

CHINA'S ENTERPRISES'

# overseas



中伦研究院出品

investment and trade  
compliance

## 中国企业 跨境贸易·投资 合规文集

2.0版  
热点聚焦  
——  
美国贸易  
管制与制裁

**如何保障供应链安全：芯片、俄乌、海关与产业链重塑**

**中国企业如何应对域外调查、制裁与诉讼**

**出海如何预防“看不见”的腐败风险**

**关注境外反垄断申报与国家安全审查**

**跨境知识产权并购要点及专利诉讼策略**

**全面布局跨境工程经营合规**

**海外劳动用工合规风险如何把控**



中倫  
ZHONG LUN







中伦研究院出品

SPECIALLY PRESENTED BY  
ZHONGLUN RESEARCH INSTITUTE



*China's Enterprises'*  
***overseas***  
*investment and trade*  
*compliance*

中国企业  
跨境贸易·投资

合|规|文|集

2.0

# *contents*

China's Enterprises'  
*overseas*

*investment and trade  
compliance*



全球战略的新挑战：国际监管游戏规则风暴下的法律合规预警 003

CHAPTER 001

全球合规预警与供应链重构 × 024

保障供应链安全合规，推动世界一流企业建设 026

案例解析：复杂的商业环境下中国企业全球供应链重构思路 039

英国国家安全审查制度：中企产业链投资面临新挑战 049

CHAPTER 002

出口管制合规与经济制裁应对 × 062

【美芯片新规应对指南】 063

美国“先进计算芯片和半导体制造物项”新规全景解读 065

美国《2022 芯片与科学法案》解读及其应对指南 081

【涉疆企业合规指引】 089

从美国监管调查逻辑看涉疆企业供应链安全与管理 091

【俄乌冲突下的风险应对】 098

情境化分析：中国企业应对涉俄制裁风险的实战解读 100

俄制裁场景下各行业法律风险和企业防火墙方案解析 113

【涉军清单应对策略】 124

企业被美国列入军方企业名单，如何困境突围？ 126

# *contents*

China's Enterprises'  
**overseas**

*investment and trade  
compliance*





---

## CHAPTER 003

### 跨境调查、诉讼与制裁 × 135

---

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 美国法域外管辖：中国企业如何应对美国跨境调查和诉讼？ | 137 |
| 世界银行调查与制裁：中国企业出海合规要点       | 147 |
| 国际多边金融机构制裁：中国企业遭遇制裁的应对     | 157 |

---

## CHAPTER 004

### 海关与关税合规 × 167

---

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 应对美国海关管理：出口美国商品的关税筹划及海关合规 | 169 |
| 中国企业如何开展美欧海关合规供应链尽职调查     | 184 |

---

## CHAPTER 005

### 跨境知识产权合规 × 192

---

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 观察与洞见：海外知识产权并购关键步骤梳理  | 194 |
| 跨国专利诉讼：中国企业的IP策略与攻防应对 | 209 |

# *contents*

China's Enterprises'  
*overseas*

*investment and trade  
compliance*



---

## CHAPTER 006

### 反腐败合规 × 231

---

跨境反腐败合规回顾与观察(2021-2022 年度) 233

---

## CHAPTER 007

### 反垄断合规 × 244

---

中国企业如何在不同法域开展反垄断并购合规审查与申报? 246

跨境并购交易中不竞争条款的反垄断合规问题 262

---

## CHAPTER 008

### 海外工程承包合规 × 269

---

海外工程经营合规：全面布局，有效应对 271

国际工程争议解决：路径及各阶段策略解析 282

---

## CHAPTER 009

### 劳动合规 × 290

---

“走出去”之劳动用工合规浅谈 292

中企海外投资用工风险控制 306

# ***preface***

前  
言

China's Enterprises'  
**overseas**

*investment and trade  
compliance*





当今世界，国际力量对比和全球格局正在经历深刻演变，世界多极化、经济全球化、国际关系民主化潮流势不可当。同时，单边主义、保护主义、霸权主义依然横行，世界进入新的动荡变革期。<sup>1</sup>在此背景下，中国企业的国际化发展也正面临着前所未有的艰难挑战。全球供应链环境日益复杂，如此前美国通过了《2022芯片与科学法案》(CHIPS and Science Act of 2022)等新规，在发展美国半导体事业的同时，大幅加强对相关半导体物项的贸易管制，并借由新规实现“长臂管辖”，多角度、多层次地限制中国等国家的半导体研发和生产。这一系列波澜都严重加剧了中国企业海外投资贸易的风险，企业“出海”可谓困难重重。

随着我国“一带一路”建设以及“走出去”战略的不断深化，对外投资与合作仍然是中国企业必须牢牢掌握的战略机遇。《“十四五”商务发展规划》明确表示将“支持企业参与全球产业链供应链重塑，促进国内外产业协同，引导对外投资合作平稳有序发展，推动中国产品、服务、技术、品牌、标准走出去。”<sup>2</sup>根据商务部数据，仅2022年前三季度，中国企业全行业对外直接投资已达1067.7亿美元。<sup>3</sup>国家也越来越重视中国企业海外发展的合规经营，出台相关法规指引等文件帮助中国企业突破困境，与世界合规体系接轨。

企业“走出去”不合规所带来的负面后果难以估计，合规需求已经贯穿企业境外投资的全程。出口管制与经济制裁、金融系统的调查、商业贿赂的风险、技术侵权、“国家安全”和数据安全等合规风险的“暗礁”无处不在，甚至可能多重“暴雷”。例如，企业进口某些“制裁清单”国家产品进行贸易，就可能招致相关机构的调查，自身乃至相关负责人受到制裁处罚，最终企业经营停摆，产业链断裂，甚至保险赔付都将收到阻碍等等。企业需时刻警醒自身，主动自查，量身定制合规风险预案，才能化危为机、抓住重构境外供应链格局的重大机遇。

2021年初，中伦研究院曾就此话题发布《海外投资贸易合规报告》。在经历两年的跌宕与起伏后，此次发布的《中国企业跨境贸易投资合规文集》2.0版立足最新国际合规监管风暴，结合所内律师丰富实务经验，帮助企业布局跨境供应链合规，解读各国出口管

1.王毅：《全面推进中国特色大国外交》

2.中华人民共和国商务部，“十四五”商务发展规划，<http://images.mofcom.gov.cn/zhs/202107/20210708110842898.pdf>

3.中华人民共和国商务部，“走出去”公共服务平台，月度简明统计数据，<http://fec.mofcom.gov.cn/article/tjsj/ydjm/>

制与制裁动向,指导企业如何应对跨境诉讼与制裁,对包括海关关税、跨境知识产权、反垄断反腐败监管、海外工程承包、劳动用工管理在内的各类企业“走出去”热点问题深度梳理,以期助力中国企业高质量合规地“出海远航”。

# *prologue*

序  
章

China's Enterprises  
**overseas**

*investment and trade  
compliance*





# 全球战略的新挑战：国际监管游戏规则风暴下的法律合规预警

龚乐凡

当今世界正在经历百年未有之大变局，逆全球化趋势加剧，新冠疫情仍在继续，单边主义、保护主义的抬头，导致全球国际化循环明显弱化，中国企业面临的外部环境日趋复杂。在深度参与及融入全球供应链时，一定会涉及到全球供应链的重构、重塑和定价权的博弈问题，要想突出重围，有效维护企业的核心利益，实现企业行稳致远，中国企业必须将风险防范、提高国际竞争力放在企业战略的核心地位，增加企业的综合实力和抵御风险的能力。

合规本身，无论是在中国还是国外，对于企业的运营和可持续发展都至关重要，面对强监管的环境，企业的不合规行为不仅仅会遭至巨额罚款、吊销证照、甚至刑事追责，企业声誉一落千丈；而中国企业的国际生存环境又随着中美关系的变化和“去全球化”的现象变得更具有挑战，**某些国家实施对中国企业的围堵所采用的常见的方法，就是祭出法律合规“武器”。**另外，一旦触发合规风险，高管也是最有可能被追责的对象。美国司法部曾经表示：“将用一切手段和资源来调查国际交易中的相关犯罪活动，包括针对所涉**公司和高管个人**提起诉讼。”会给高管带来个人刑事责任的美国法律法规包括《美国反海外腐败法》、《国际紧急经济权力法》(IEEPA)、《出口管制条例》、《商业秘密保护法》等。鉴于美国已有超过100个国家和法域缔结了双边引渡条约。结合引渡条约与美国的“长臂管辖”原则，美国司法机关可在上百个国家和地区对企业相关责任人进行逮捕和通缉。

本文将探讨知识产权、出口管制和经济制裁、反腐败、反洗钱、反垄断这五大可能涉刑的合规风险点，也会通过高管在境外被抓捕的案例探讨个人层面所面临的责任风险。百年未有之大变局，更是要求企业以及企业的核心管理层、法务总监，站在更高的维度，以更大的全局观看待自己企业所处的环境以及国际风险。



CHAPTER 001

## 知识产权合规风险

2018年11月，美国司法部 (Department of Justice, **DOJ**) “中国行动计划 (China Initiative Program)” 正式启动。针对该计划，DOJ 在于2020年2月召开的“中国行动计划大会 (China Initiative Conference)” 上表示：“中国的经济进攻威胁到美国的技术和知识产权，美国未来会将盗窃知识产权和技术等商业秘密的行为作为执法重点。” 虽然该计划已于2022年初被美国司法部正式喊停，但这并不意味着美国监管机构放松了对于技术与知识产权相关的关注。基于2021年通过的《无尽前沿法案》，法案引入了“知识产权侵犯者名单 (Intellectual Property Violators List)”，笔者理解这一法案为涉知识产权刑事监管也打下了基础。

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

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

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

## 案例1.1: 华人教授因窃取并贩卖商业机密在美国获罪18个月, 罚款近48万美金

2020年9月, 华人科学家、教授张某因窃取并贩卖商业机密的行为而被美国法院正式定罪, 被判18个月有期徒刑, 罚款近48万美金。此前, 张某在2015年受邀至美国凤凰城参加会议时, 在洛杉矶机场处被美国FBI拘捕。同年被起诉违反了美国法条第18章第1832条有关盗窃商业秘密的相关规定。根据美国司法部的声明, 张某曾与多人筹划并实施了从两家美国公司窃取商业机密的计划, 与其同事共谋窃取价值极高的芯片科技且通过一家开曼空壳公司出售。张某承认了检方部分关键证据的真实性。<sup>2</sup>

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

## 案例1.2: 华人工程师窃取知识产权机密被美国司法部通缉

根据美国司法部的调查, 2014年8月, Yao入职一家芝加哥制造厂商, 于2014年9月就已经下载了3000份公司机密文件其中包括技术文件、软件代码以及软件的使用方法。在他下载了文件后的大约一年的时间里, Yao利用其非法下载的这些商业机密, 主动寻求与一家中国公司的“合作”, 经过协商后最终接受了该公司的录用通知。据查, 该中国公司是一家提供远程信息处理服务的公司。2017年11月, 美国司法部对Yao提起与盗窃商业秘密有关的9项指控, 指控其违反美国法典第18章第1832条有关盗窃商业秘密的相关规定。美国司法部有理由相信Yao现在居住在中国境内。<sup>3</sup>

“Yao案”的起诉时间虽然早于前述美国司法部“中国行动计划”(China Initiative)的启动, 但该案在事实和法律层面都具有一定的典型性, 笔者认为有必要就此案提醒中国

---

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

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

企业高管在聘用过程对进行员工背景审查,尤其是知识产权类岗位。时至今日,Yao仍在被美国司法部通缉中,一旦被捕,等待他的可能是最高长达10年的监禁。

虽然中美之间没有引渡协议,但是,2020年1月15日中美双方签订的第一阶段《中美经贸协议》1.8条第二款中约定:“中国的刑事程序和处罚应至少将出于非法目的,通过盗窃、欺诈、实体或电子入侵的形式侵犯商业秘密的行为,以及未经授权或不当使用计算机系统的行为列为禁止行为。”上述案例中Yao的行为明显属于“盗窃商业秘密”,未来此种行为是否会导致其在中国境内受到中国司法机关的处罚还需要等待中美进一步谈判的结果。

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

## CHAPTER 002

### 出口管制和经济制裁合规风险

受到逆全球化和贸易保护主义的影响,尤其近年来在新冠疫情大流行、俄乌战争、以及中美贸易摩擦争端等复杂国际局势所致的紧张国际政治经济环境下,中国企业出海贸易和投资受到他国基于国家安全、地区安全以及本国政治外交的目的而遭至管制、制裁的风险日益渐增。以美国法为例,违反出口管制相关法律的处罚既包括行政上的处罚(包括民事罚金、进出口禁令、增列黑名单)和刑事上的处罚。刑事处罚以每次处以100万美元的罚款,涉案高管也有可能面临最高20年的监禁,刑事罚金和监禁二者可并处。

不难看出,基于日趋复杂国际政治经济形势,出口管制和经济制裁已然演变成为美国对外最常用的“武器”之一。目前,美国已经形成一套由商务部、国防部、国土安全局、司法部、国务院和财政部、国家情报总监等国家机关协同合作的全面监管执法体系。美

国法项下的出口管制与经济制裁的法律体系严密而复杂，仅法律法规就包括了《出口管制改革法案》(ECRA)、《出口管理条例》(EAR)、《武器出口管制法》(AECA)、《国际武器贸易条例》(ITAR)、《国际紧急经济权力法案》(IEEPA)等。从物项范围来看，受到EAR管制的物项包括：

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

2022年10月7日，美国商务部发布的对华出口管制新规中新增了三项外国直接产品规则，进一步扩大域外管辖范围。将特定外国（例如中国或第三国）制造的先进计算物项和用于超级计算机最终用途的特定外国制造物项纳入直接产品规则，从而纳入EAR的管辖范围。修订实体清单直接产品规则，加严在华芯片、集成电路等半导体实体的管制力度。在实体清单中增加脚注4，囊括在华重要半导体行业实体，进一步加强管制。<sup>5</sup>

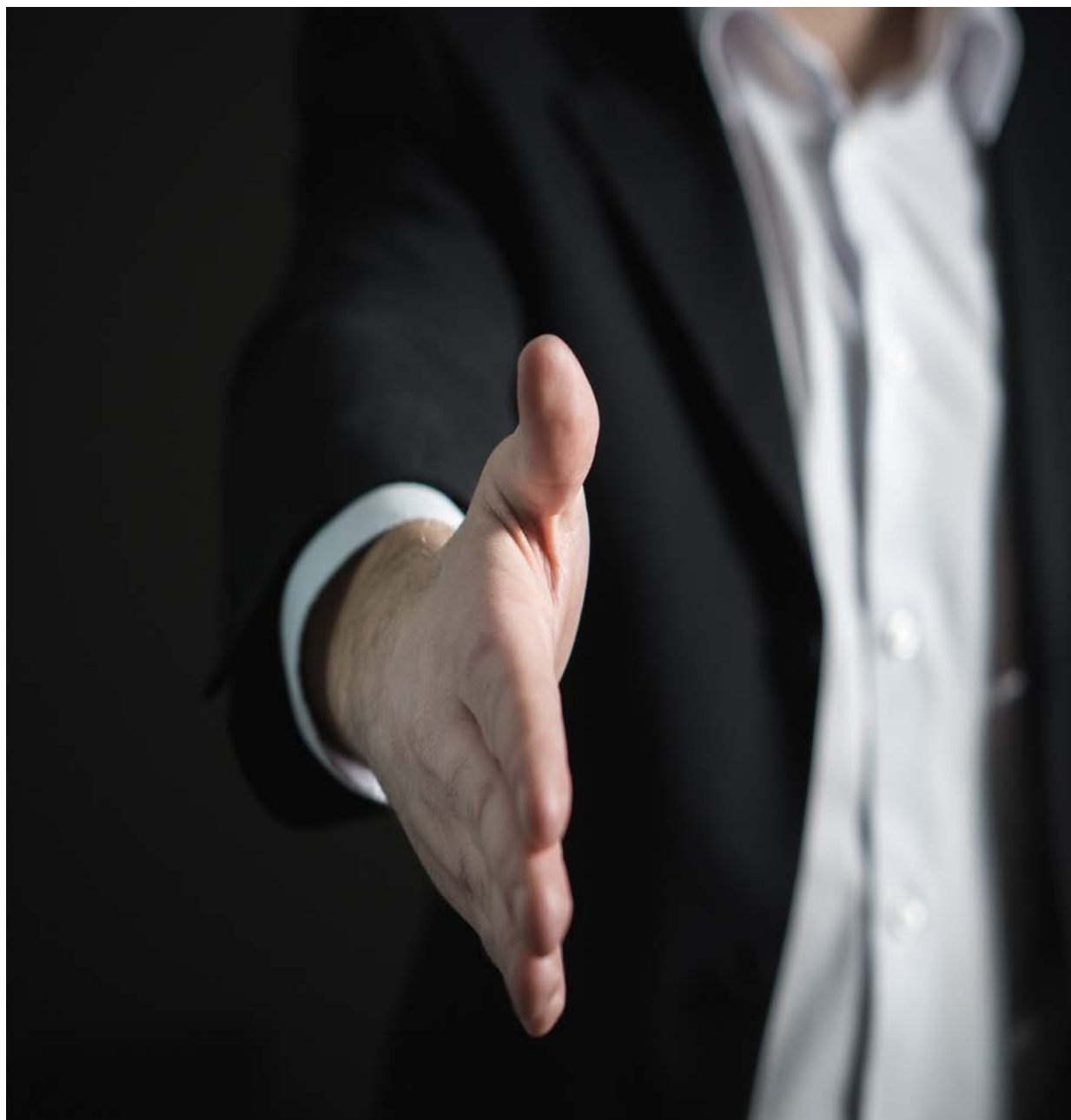
与出口管制以物项 (items) 为核心的管辖不同，经济制裁主要以交易 (transactions) 为核心；主要监管机构为美国财政部海外资产管理办公室 (OFAC)。同样的，基于经济制裁而导致的处罚也有可能上升至刑事责任。违反相关法律，最高可能面临每次违反100万美金的罚款或者20年的刑事监禁。如果涉及到毒品交易相关的经济制裁，根

4.15 CFR § 734.3 - Items subject to the EAR

5. 参见张国勋：《美国先进计算芯片和半导体制造物项出口管制新规全景解读》，<https://mp.weixin.qq.com/s/8DiK7vRnn885nNWjN6q8WQ>



当企业违反了监管国相关法律导致调查和处罚后，企业与目标国政府机关的和解协议中不可避免地会约定对涉案高管个人的处罚。



据《外国毒枭认定法》，最高可达每次500万美元的罚款或者35年刑事监禁。<sup>6</sup>美国经济制裁一般分为一级制裁和二级制裁。一级制裁禁止美国人或者具有美国因素 (U.S.nexus) 的非美国人与被美国制裁的对象开展交易，否则可能面临罚款甚至被追究刑事责任。二级制裁则禁止非美国人与被制裁对象开展重大交易 (certain significant transactions) 或者提供实质性帮助。基于二级制裁，值得注意的是，即使不存在任何美国因素 (U.S. nexus)，也仍然存在被制裁的风险。

### 案例2.1: 跨国公司中国高管违反国际经济权力法被判一年监禁

2012年12月20日，美国某涂料巨头的上海子公司的一名常务董事王某因违反IEEPA被美国法院判处其一年监禁，支付10万美元罚金，及提供500小时社区服务。<sup>7</sup>

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

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

从中国高管的角度，之前也许从未关注公司与之签署的劳动合同，是否有特殊补偿条款，即当高管为公司利益履行职务的时候遭受损失，公司应当给与其全额的损失补偿 (除非该等高管的行为乃故意不当行为)。中国高管如果在美国被起诉，不仅面临牢狱之灾，判决之前聘请美国辩护律师也得花费不菲的代价，究竟是自掏腰包、自认倒霉，还是应当由公司补偿？我们为境内外客户提供法律服务的时候，已经帮助部分客户在劳动合同或者雇佣协议中设置相关的补偿条款。

---

6. Sanctions Report 2022 USA (iclg.com)

7. BIS DOJ Press Release - December 20, 2012

8. Former PPG Manager Sentenced Over Export to Pakistan Nuclear Plant

<https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578191674061514836>

## 案例2.2: 通讯公司被列入实体清单, 因未如实履行和解协议导致“封杀”

美国出口管制项下的清单管理制度中, “实体清单”(Entity List)是最为严格的一种。截止到2022年8月, 据不完全统计, 已有**近400家**中国企业被列入美国“实体清单”(Entity List)。若美国政府认定相关企业从事违反美国国家安全或外交政策利益的活动, 经由美国商务部、国务院、国防部、能源部和财政部所组成的“**最终用户审查委员会**”(End-User Review Committee, ERC)对最终用途和最终用户进行审议、多数票同意后, 可将该企业列入“实体清单”。对于所有与受EAR管辖的原产于美国的产品(简称“**美国产品**”)相关的业务, 若涉及“实体清单”(Entity List)内企业, 均需获得美国商务部产业与安全局的许可。<sup>9</sup>

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

为了解决生存危机, 2018年7月13日, 该公司向美国缴交14亿美元罚款及保证金, 美国商务部正式解除对该公司的出口禁令, 宣布其可重新向美国公司购买零件, 恢复正常生产。此外, 这家公司还必须接受由独立的合规团队进驻企业内部, 并且在30天内更换董事会和高管团队<sup>10</sup>。若未来发生其他违规事件, 其仍有被禁售长达10年的风险。

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

## ◇ 出口管制下的两用物项(Dual-Use Items)合规

实践中, 笔者注意到与“两用物项”(下称Dual-Use Items)有关的合规在企业跨境投

9. Deloitte, Trade Advisory Newsflash

10. 网易科技. 某科技公司被罚10亿美元逃过生死劫, 回顾该事件始末.

<http://tech.163.com/18/0608/09/DJP5JA7200098IEO.html>

资贸易中经常容易被忽略。跨境投资贸易的术语中, Dual-Use Items是指主要具有商业效用、又具有潜在军事及其他战略用途的物项。

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

美国法项下有关两用物项 (Dual-Use Items) 的详细规定可详见于《出口管理条例》(EAR)。确认某一特定两用物项是否需要获得出口许可,其一需要确认其是否属于《商业管制清单》(Commerce Control List, 下称CCL) 的范围。列入CCL的项目在出口前需要许可证,分为十大类别和五个组别:

| 十大类别 |                       | 五个组别 |            |
|------|-----------------------|------|------------|
| 1    | 核相关项目及杂项              | A    | 系统、装备和组件   |
| 2    | 化合物、微生物和毒素            | B    | 测试、检测与生产装备 |
| 3    | 材料加工                  | C    | 材料         |
| 4    | 电子产品                  | D    | 软件         |
| 5    | 电脑                    | E    | 技术         |
| 6    | Pt-1电信;Pt2 -资讯保安(加密)  |      |            |
| 7    | 传感器和激光                |      |            |
| 8    | 导航和航空电子设备             |      |            |
| 9    | 船舶(船舶、推进和设备)          |      |            |
| 10   | 推进系统、太空飞行器(包括飞机和飞机引擎) |      |            |

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



2020年7月，美国司法部（DOJ）  
和美国证券交易委员会（SEC）  
发布了第二版《美国反海外腐败  
法资源指南》。



需要注意的是,2022年10月,美国商务部在对《出口管理条例》作出一些列修订,在CCL中新增四项管制物项,分别为第3类别中的高性能计算芯片(3A090)、特定先进半导体制造设备(3B090)和第4类别中的包含高性能计算芯片的计算机、电子组件或元件(4A090)、与开发生产前述计算机、电子组件或元件的专用软件(4D090)等。<sup>12</sup>

其二,没有列在CCL上的物项被指定为EAR99,通常由低技术或者消费品组成,除非出口到被禁运的国家、受限制的一方或最终用于受限制的,一般而言不是必须获取许可证。

## CHAPTER 003

### 反腐败合规风险

---

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

FCPA的可适用主体非常广泛,主要有以下三种主体:①所有美国公民和②部分在美国注册或被要求提交FCPA相关报告的外国公司以及③在获取商业机会或者维持经营的过程中,**直接或者通过代理人间接实施美国境内腐败支付行为的公司和个人。**<sup>13</sup>

2020年7月,美国司法部(DOJ)和美国证券交易委员会(SEC)发布了第二版《美国反海外腐败法资源指南》。与第一版相比,第二版将更多的美国国家机关(例如联邦调查局、国土安全调查局和金融犯罪执法局等)纳入执法主体,也强调了美国将与德国、英国、巴西、法国、瑞士和荷兰等政府展开紧密合作。这就意味着,中国企业必须将在海外

---

12. 参见张国勋:《美国先进计算芯片和半导体制造物项出口管制新规全景解读》, <https://mp.weixin.qq.com/s/8DiK7vRnn885nNWjN6q8WQ>

13. DOJ Official Website: FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

营商的反腐工作提升至全球合规的高度，否则很有可能遭至多国联合执法，付出较大的代价。

### 案例3.1：从某能源高管何某因违反FCPA在美被判3年监禁看长臂管辖

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

这也是该案的一个主要争议点。纽约南区法院在撤销被告方动议 (motion to dismiss) 的裁决中明确指出：由于何某并不是美国公民，**他本人并不满足“美国国内利益相关主体” (domestic concern) 这一要求。**然而，何某所服务的该能源企业下设非盈利组织 (NGO) 某能源基金会在美国设有办公处，属于FCPA项下“美国国内问题” (domestic concern) 的管辖范围。美国法院因此对该NGO的职员、董事、雇员和代理人拥有管辖权。<sup>14</sup>何某作为该基金会的秘书长，也应当受到美国法律的约束。

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

### 案例3.2：阿尔斯通“美国陷阱”

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

14. Patrick and Gadio Complaint, 17MAG8611

事实上,美国司法部针对“阿尔斯通腐败案件”的调查早从2009年就已着手开始,在调查过程中,阿尔斯通集团持续隐瞒真相,用其所谓的“合规计划”作为掩饰,暗中却依然通过所谓“中间人”来行贿。经过多年的调查,美国司法部认为,“阿尔斯通的腐败计划持续了十数年,横跨多个大洲,必须要有人来承担责任,以示惩戒。”皮耶鲁齐在书中说道:“美国司法部追诉跨国公司的高管,甚至会把他们送进监狱,强迫他们认罪,从而迫使他们的公司向美国支付巨额罚款。”笔者对这一观点持保留态度,但不可否认的是,实践中的确存在某些国家将“法律”用作遏制竞争的武器,存在着打压其他国家公司的风险。

从实践来看,企业想要最大程度降低跨境腐败行为带来的风险,必须做到熟悉FCPA及相关反腐败法规、识别相关高风险行为、从而使合规制度落地。

## CHAPTER 004

### 反腐败合规风险

---

据世界反洗钱协会WAMLA (World Wide Anti-Money Laundering Association) 的统计,2020年全球范围内因违反反洗钱法规的罚款总计高达106亿美元,2021年,即使在新冠疫情导致全球商业活动减少的背景下,该数字也达到了53.5亿美元。<sup>15</sup>仅在美国,据统计,2020年度,金融公司就因此被罚款 104亿美元。<sup>16</sup>

全球反洗钱监管的不断加码,涉嫌洗钱活动不仅仅会导致企业收到“巨额罚单”,还可能直接被监管机关吊销营业执照;涉案高管也很可能面临起诉、调查;情节严重的,还有可能被禁止从业,断送职业生涯,甚至触发刑事程序、面临牢狱之灾。如2016年2月,西班牙税务部门、警方以及欧洲刑警组织的调查显示,中国某银行马德里分行涉嫌卷入了一个犯罪团伙的资金往来。西班牙内政部称,该团伙通过马德里分行进行资金操作,涉嫌汇款的总额高达4000万欧元,但该银行并没有对资金的来源进行仔细审查。该银行的5名分行领导及部门负责人已被送至警察局接受调查。在加密货币领域,一家经营比特币混合交易的美国公司Helix因违反美国《银行保密法》而被FinCEN罚款6000万美元,其首席运营官也可能面临长达20年的监禁。

---

15.WAMLA:Anti-Money Laundering Report 2021,<http://www.worldaml.org>

16.What To Know About AML Fines For 2021-2022 | Jumio <https://www.jumio.com/aml-fines/>



全球范围内因违反反洗钱法规的罚款  
2020年总计高达106亿美元, 2021年, 即  
使在新冠疫情导致全球商业活动减少的  
背景下, 该数字也达到了53.5亿美元。



自2022年2月24日以来,美国及其盟友对俄罗斯实施多轮制裁,私募股权投资公司一直在忙着筛查投资者中是否有被制裁的个人或公司,并向当局报告。几名美国民主党参议员要求提出一项提案FinCEN将反洗钱规定扩大到投资顾问。<sup>17</sup>

#### 案例4.1:某中资银行米兰分行和解洗钱案,获60万欧元罚款,4员工获刑

2017年2月,某中资银行的米兰分行与当地监管机关达成60万欧元罚款的庭外和解协议,4名该中资银行的员工因洗钱罪获刑2年,缓期执行。事实上,早在2011年和2012年,该中资银行就已收到意大利司法机关的通知,要求其就所办理的中国转汇款业务进行合规性配合调查。一名佛罗伦萨检查官指出,检方在一项名为“金钱之河(River of Money)”的调查行动中发现,2006年至2010年间,主要居住在佛罗伦萨和附近普拉托的中国人从意大利向中国走私了超过45亿欧元,在这项调查行动中,检方重点调查了该中资银行与一家转账服务公司Money2Money(M2M)的关系。<sup>18</sup>

#### 案例4.2:某中资银行因银行反洗钱工作不合规在美国被罚款2.15亿美元

根据纽约州金融服务局(DFS)长达数年的调查<sup>19</sup>,从2013年起,该中资银行的纽约分行即使在收到DFS告知“在建立起更完善的合规体系前,不要增加美元清算交易量”的警告后,其通过境外关系银行(Foreign Correspondent Account)进行的美元清算交易的数量仍在不断大量增长。由于恐怖组织和其他罪犯很可能利用这些交易从事其他违法活动,这些交易中存在着严重的风险。

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

---

17. 道琼斯风险合规:《美国国会审议私募基金新规,旨在打击俄中“非法资金”》[https://mp.weixin.qq.com/s/RSuon9PBb8FuOIH63\\_Flgw](https://mp.weixin.qq.com/s/RSuon9PBb8FuOIH63_Flgw)

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

19. DFS Fines \*\*Bank \$215 MILLION for violating Anti-Money Laundering Laws and Masking Potentially Suspicious Financial Transactions [https://www.dfs.ny.gov/reports\\_and\\_publications/press\\_releases/pr1611041](https://www.dfs.ny.gov/reports_and_publications/press_releases/pr1611041)

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

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

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

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

此外,网络犯罪频发、区块链等新兴技术在金融领域的广泛应用也使得加密货币领域反洗钱监管力度上升到新的高度。继美国、欧洲相继收紧加密货币反洗钱规范之后,2020年2月27日,香港财政司司长陈茂波在年度预算演讲中表示,“香港可能很快会加强对加密货币领域的监管,以更好地符合国际反洗钱规范。”<sup>20</sup>

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



## CHAPTER 005

**反垄断合规**

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

早在2012年3月,美国司法部就曾与隶属于日本某世界级汽车集团的世界第一大汽车零部件供应商电装公司达成了一项与反垄断指控相关的认罪协议,达成这项认罪协议的重要条件之一是该公司高管Norihiro Imai接受为期一年的刑事监禁。此外,公司还需向美国政府支付7.8亿美元刑事罚金。<sup>21</sup>

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

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



| 法律名称       | 主要规制内容  | 是否有刑事责任   |
|------------|---|---|
| 《谢尔曼法》     | 《谢尔曼法》禁止所有不合理地限制州际和对外贸易的合同、合并和阴谋；其中包括了竞争对手之间用以确定价格、分配客户的协议。此外，该法还规定，垄断州际贸易的任何部分都是犯罪行为。当只有一家公司控制了某一产品或服务市场，且通过反竞争行为来抑制竞争时，就存在非法垄断。 | 有（违反该法案的个人最高可被罚款100万美元，并处最高10年监禁；违反该法案的公司每项罪名最高可被罚款1亿美元。） |
| 《克莱顿法》     | 《克莱顿法》禁止可能削弱竞争的合并或收购。根据该法案，所有考虑合并或收购超过一定规模的人必须通知反托拉斯部门和联邦贸易委员会。 <sup>22</sup>   | 无   |
| 《联邦贸易委员会法》 | 《联邦贸易委员会法》禁止州际贸易中的不公平竞争方式。  | 无   |

企业反垄断合规风险并不总是偶发的，主动或被动参与签订垄断协议的企业也不在少数。实践中企业销售部门或者市场部门等一线业务部门因为业务压力与竞争对手签订横向垄断协议或者强迫下游经销商、代理商接受以最低价格销售产品等行为都可能触发反垄断合规风险。随着数字经济的发展，全球互联网平台企业均出现了较强的集中程度，在许多领域占据了较高的市场份额，全球主要司法辖区（中美欧）均加强了对平台企业反垄断的“二选一”、“自我优待”<sup>23</sup>等行为的执法力度。

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

23. 自我优待 (Self-Preferencing) 是指经营者通过自身的市场力量 (MarketPower) 对自己的产品或服务予以特殊的优惠待遇 (Preferential Treatment) 以提高自身市场地位或阻止其他竞争对手进入市场或进行扩张。虽然自我优待这一行为存在合理性，但若经营者利用市场力量建起绝对的优势实施自我优待，就会扰乱竞争秩序，对其他经营者造成侵害，受到反垄断法规制。

作为想要开拓国际市场的中国企业，合规的概念已然超越仅仅满足法律法规，更重要的是要符合国际市场对企业的预期。



CHAPTER 006

## 如何做好跨境战略合规？

早在2018年底，发改委就已对中国企业提出了高标准的合规期待，要求“企业开展境外投资，应确保经营活动全流程、全方位合规，全面掌握关于市场准入、贸易管制、国家安全审查、行业监管、外汇管理、反垄断、反洗钱、反恐怖融资等方面的具体要求。”鉴于日趋复杂的国际营商环境，企业合规和制裁正在逐渐成为大国竞争和反制的战场，企业和高管个人也有面临刑事责任的风险，切不可对中资企业在海外触犯他国法律法规的行为视为不见。**更具前瞻性的处理方式是将“跨境合规”列入企业的战略性方针，用法律为产品和服务背书，以前瞻性思维做好预案，确保企业的长期竞争优势。**

以世界知名的科技企业英特尔公司为例，和其他科技企业（例如微软、AT&T）一样，英特尔也曾经一度因面临大量反垄断责任风险而困扰。从20世纪初期起，为了最大程度减少反垄断诉讼给企业带来的损失，英特尔设立了专项合规计划、主要措施包括：（1）大范围地对员工（从管理层到一线）进行反垄断法长期持续性的合规培训，不仅包括法律法规的学习，还囊括了对实践中模糊领域的专题分析等；（2）企业合规部门有权对可能违规的行为进行实质调查：允许其在不给予警告的情况下，查封相关人员的电子邮件、电子存储设备、纸质文件等。同时，合规部门还可以就调查结果对所涉及到某一具体业务中不合规行为的相关人员（包括高管）进行询问。这种强大的监控功能可以很好地起到对高管及员工了解严格合规价值的教育作用。<sup>24</sup>

当企业有意识地开始对可能触发违规风险的商业活动进行自查，就不可避免地涉及到对海量的业务合同进行审查。牵一发而动全身，通过商业网络串联起来的合作伙伴也无法独善其身，也极有可能受到牵连，例如美国E.L.F化妆品公司此前因未对供应商进行审查，在不知情的情况下进口了原材料产地不过需要注意的是，并非任何与企业发生交易的主体都可以被定义为商业合作伙伴，这需要结合合作紧密程度、重要性、企业战略等多重因素来考虑。

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

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

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

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

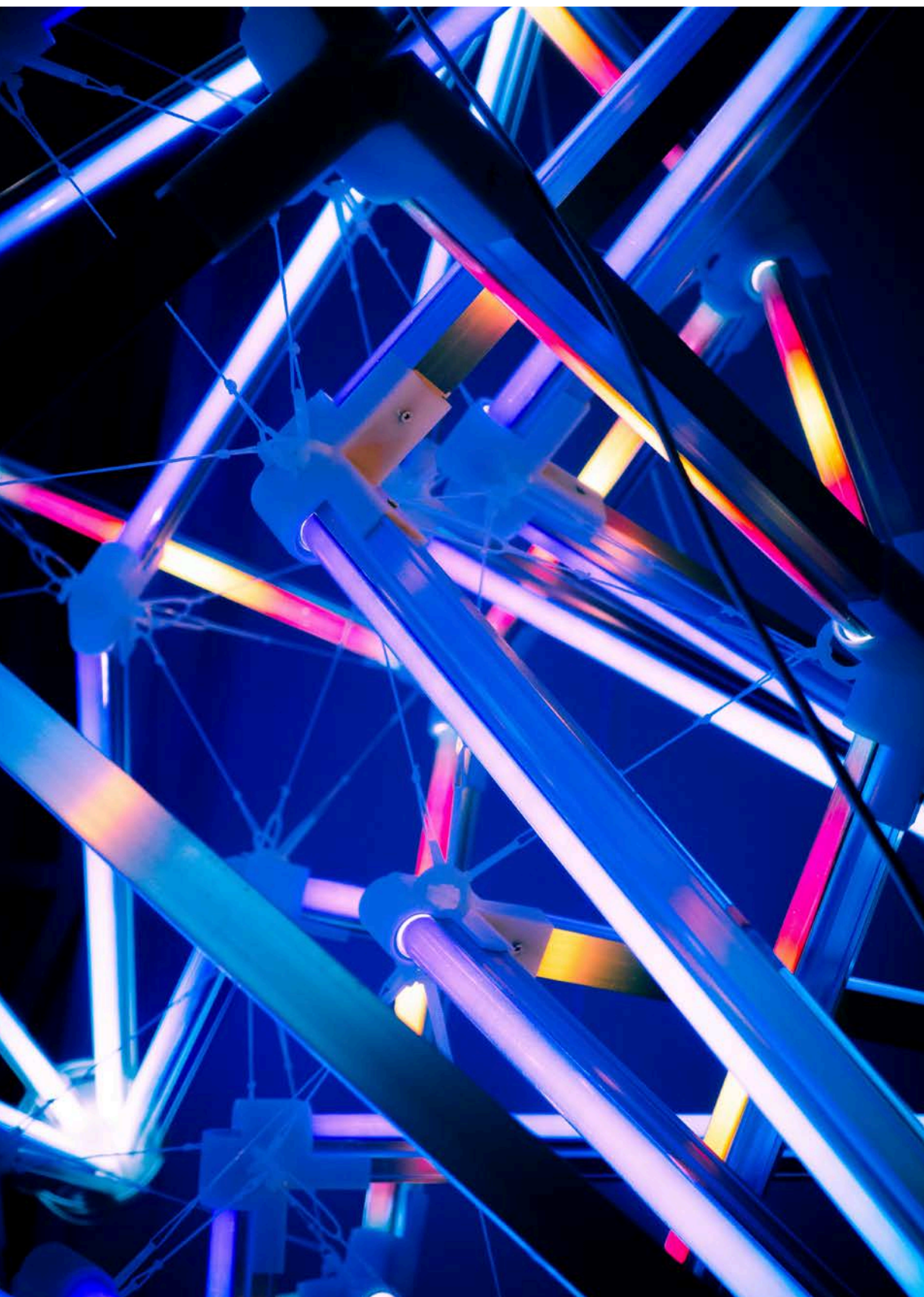


龚乐凡  
合伙人  
私募基金与资管部  
上海办公室  
+86 21 6061 3608  
lefangong@zhonglun.com



# *chapter 1*

全球合规预警  
与供应链重构



# 保障供应链安全合规， 推动世界一流企业建设

张国勋 王大坤

2022年4月21日，国资委召开了对标世界一流采购交易管理体系推进会，国资委党委委员、副主任翁杰明出席会议并讲话。会议总结并肯定了国企采购交易管理建设的成就，指出了当前现阶段仍然存在的问题，强调了新形势下确保国企供应链安全的重要意义和巨大挑战，并提出建设具有世界一流水平的采购交易管理体系的关键环节和重点要求。

此次会议的召开有着深刻的历史背景和时代坐标，既凸显了保障大国经济供应链安全的战略价值，也展现了国企改革、对标世界一流管理的重要面向，还具有立足当下、攻坚克难的深刻现实意义。

## CHAPTER 001

## 供应链安全的重要性与必要性

### (一) 供应链安全是国企改革的重点工作

2020年,习近平总书记已就供应链安全作出指示,强调“产业链、供应链在关键时刻不能掉链子,这是大国经济必须具备的重要特征”。<sup>1</sup>2021年末的中央经济工作会议指出,要“保障产业链供应链稳定,加大吸引外资力度”。<sup>2</sup>2022年《政府工作报告》进一步突出国有企业对于供应链稳定的重要作用,提出“促进国企聚焦主责主业、提升产业链供应链支撑和带动能力”的工作目标。

2022年正是国企改革三年行动的收官之年。2020年,《国企改革三年行动方案(2020—2022年)》审议通过;同年,国务院国资委印发《关于开展对标世界一流管理提升行动的通知》,提出到2022年,国有企业总体管理能力明显增强,部分国有重点企业管理达到或接近世界一流水平的目标。强化采购交易管理,正是国有企业对标世界一流管理建设的重要一环。

### (二) 供应链安全是复杂化国际形势下的重要要求

一方面,以美国为首的西方发达国家日益将中国视为全球化竞争的劲敌,以零和博弈的思维,采取局部脱钩、同盟封锁等遏制战略,试图阻止中国对全球产业链、供应链的参与、融合。<sup>3</sup>俄乌冲突事件发生后,西方国家纷纷出台制裁措施,将战略博弈打成明牌。美国更在多种场合下明示暗示对中国开展类似制裁。<sup>4</sup>这无疑对我国的产业链供应链的稳定与安全构成了重大挑战。另一方面,就国内经济而言,2022年4月召开的中央政治局会议警示“我国经济发展环境的复杂性、严峻性、不确定性上升”,提出疫情要防住、经济要稳住、发展要安全的明确要求,凸显了供应链安全对于我国经济发展的重要作用 and

1.《国家中长期经济社会发展战略若干重大问题》,  
<http://politics.people.com.cn/n1/2020/1031/c1024-31913885.html>

2.《中央经济工作会议举行 习近平李克强作重要讲话》,  
[http://www.gov.cn/xinwen/2021-12/10/content\\_5659796.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2021-12/10/content_5659796.htm)

3.张杰:《中国产业链供应链安全的风控研判与维护策略》,《改革》2022年第4期(总第338期)。

4.例如:2022年4月27日,美国国会众议院高票通过一项法案,要求美国国务院报告中国协助俄罗斯逃避制裁情形,这种报告可能成为开展对中制裁的凭据。见  
<https://www.congress.gov/bills/117th-congress/house-bill/7314/text?r=1&s=1>



深远的战略意义。这就要求中国企业在跨境经营的过程中强化供应链合规管理意识，保障供应链的安全稳定，以更好发挥国有企业国民经济稳定器、压舱石的作用。

### (三) 供应链安全是企业全球化运营的必要保障

近年来，美国运用出口管制、经济制裁、国家安全审查等政策法律工具愈加灵活，对中国企业的针对处处可见。美国频繁炒作的新疆问题，也是对我国产品融入全球供应链体系进行刻意阻碍。此外，美国对俄制裁中，大批中国企业业务受到牵连和影响，陷入了两难境地。面对这一局面，在强调安全自主的同时，也提示企业应当注意维护自身权益，积极开展供应链合规风险管理工作，避免因合规意识不足而造成企业损失和威胁供应链安全。

## CHAPTER 002

### 供应链安全面临的风险与挑战

参照美国部分产业供应链安全建设经验，风险识别是供应链安全的首要关键步骤。<sup>5</sup>综合政治、法律、市场等各方面因素，以及本次会议就采购、供应链相关问题的多项要求，在企业供应链合规管理中，应注重全流程、各环节合规，并重点关注如下风险与挑战。

#### (一) 出口管制与经济制裁风险

##### 1. 主要制度规定

在目前的世界形势下，中国企业尤需注意“制裁”的影响，即便没有海外业务线也需进行一定关注，理由详见后述。国内舆论中的制裁，例如“涉俄制裁”，可以分为出口管制和经济制裁，二者侧重不同方面。

所谓**出口管制**，即某一国家禁止或限制从其境内向境外转移特定货物、技术和服务等管制物项，以及禁止该国家或地区的主体向其他国家或地区的主体提供管制物项的行为。美国的出口管制法还要求，对受美国《出口管理条例》(Export Administration Regu-

5. 李婧等：《美国关键矿产供应链安全风险防控及启示》，《情报杂志》2022年5月5日知网首发。

lations, **EAR**) 管辖物项的再出口行为, 即在外国将其向第三国出口的行为, 同样受到美国法律管制。在《出口管理条例》下, 受管辖物项的范围极为广泛, 包括美国境内物项、美国原产物项、含有一定比例以上美国成分物项以及美国设备、技术等“直接产品”。违反此类管制, 可能导致企业被列入出口管制“黑名单”, 例如实体清单 (**Entity List**)。一旦企业被列入实体清单, 则企业自美国进口或在国内采购受《出口管理条例》管辖物项的交易必须获得许可, 不适用许可例外, 且此类申请将被推定为拒绝。由于美国产品、技术等物项在全球产业格局中常常占据重要甚至关键地位, 被列入实体清单将意味着巨大的供应链切断风险。

所谓**经济制裁**, 即某一国家针对特定国家或地区、实体或个人等在贸易、投资或其他经济活动领域施加的禁止或限制性措施, 例如金融制裁、贸易制裁、入境限制等等。近年来, 美国针对特定个人或实体开展各类“黑名单制裁”已经得心应手, 并开发了“菜单式制裁”模式。在美国黑名单制裁中, 最为严重的是“特别指定国民名单” (**Specially Designated Nationals List, SDN List**), 将使得企业在美财产、权益的冻结, 且美国人不得与其交易, 这将导致企业直接失去业务伙伴。

## 2. 俄乌冲突与涉俄制裁

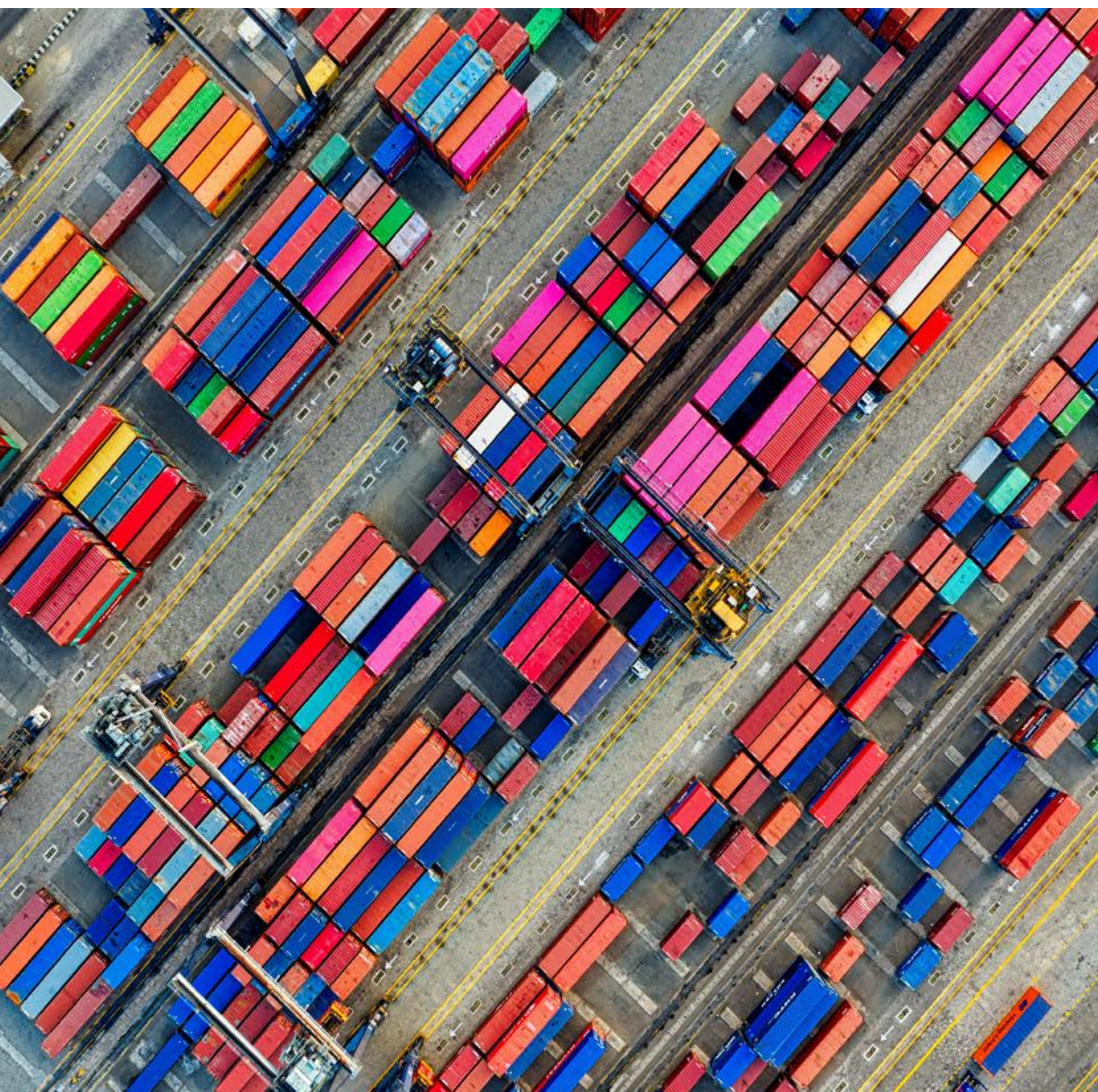
俄乌冲突中西方世界的密集制裁措施, 是经济制裁、出口管制制度的一次“全景展示”。美国、欧盟、英国、加拿大等发达经济体都已对俄罗斯相关的个人、实体、行业等开启了数轮制裁。在出口管制方面, 美国大幅修改了对俄罗斯、白俄罗斯的出口管制措施, 扩大了出口许可证要求以及与其相关的外国直接产品规则所涵盖的范围, 从而加强了对供应链的穿透。在经济制裁方面, 美国制裁涵盖了俄罗斯诸多行业。例如, 美国针对俄罗斯能源行业发布了进口禁令、投融资禁令等, 并将部分相关实体纳入了SDN清单。其次, 美国针对俄罗斯银行金融系统, 将许多俄罗斯银行列入制裁黑名单, 并联合其他国家将多家银行排除出国际资金清算系统 (**Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications, SWIFT**) 系统, 这也将极大影响企业涉俄业务的结算。在物流运输方面, 美国、欧盟等纷纷对俄罗斯航司关闭领空, 欧盟针对俄罗斯当地注册的物流公司实施限制令, 一些大型运输企业也宣布终止对俄货物运输。

## 3. 中国企业的应对之道

中国企业对于制裁往往会产生相反的两方面误区。



参照美国部分产业供应链安全  
建设经验, 风险识别是供应链  
安全的首要关键步骤。



一方面是针对制裁没有引起足够的重视,认为其业务不涉及美国等发起制裁国,因此对于相关国家的制裁状况不管不顾。然而如上所述,以美国出口管制为例,即便业务不直接涉及美国及相关实体,如果企业进口、采购的产品仍然与美国具有联系,则仍可能受到管制政策的影响。

另一方面,在此次涉俄制裁浪潮中,也有许多企业表现出“闻制裁而色变”,完全切断相关业务往来的“寒蝉效应”,导致自己也承受了额外的业务损失。然而,如上所述,由于制裁措施在程度、方面上可能有所差异,并非所有措施都绝对禁止第三国企业与相关对象、行业的业务往来,因而在基于具体问题具体分析“精准”合规到位情况下,企业仍然有望延续相关业务,甚至可以把握到因西方企业主动脱钩而出现的商业机会。

从供应链安全维度,我们认为,中国企业可以在如下方面进行重点关注:

其一,开展全业务环节的制裁风险识别、筛查。首先,供应商“黑名单”筛查。通过黑名单检索,确认现有或潜在的供应商本身是否为被制裁实体。这里需要注意的是,即便筛查对象不在“黑名单”上,也需关注其是否由受制裁对象控股,是否落入“50%规则”的适用范围。其次,行业筛查以及交易地区筛查,关注是否存在相关的行业制裁和地区性制裁。第三,管制物项筛查,相关产品是否为受出口管制物项,尤其是否是受美国EAR管辖的物项。第四,物流渠道筛查,关注相应货物的物流运输工具(船舶、飞机)和物流企业等是否受到“黑名单”制裁。最后,结算渠道与结算方式筛查。例如,业务是否使用美元结算,如果使用,则构成美国“连接点”,面临一级制裁风险。又例如,许多俄罗斯的主要银行被踢出SWIFT、被列入SDN名单,甚至日前也有银联中止相关合作的传闻;但另一方面,并非所有俄罗斯银行都被一概制裁,且俄罗斯境内仍有中资银行,因而仍有结算渠道、结算方式的安排空间。

其二,具体问题具体分析,根据不同程度的制裁,安排合理的应对措施。如上所述,美国发展出菜单式制裁,意味着其意图施加不同严厉程度的措施,而非一概封锁。因此,企业也需注意应对措施的成比例性,通过安排精准的应对措施,以达成风险与收益的均衡。例如,关注部分SDN名单是否具有二级制裁效力,如相关行政令中是否具有“重大交易”或“实质性帮助”的表述;又例如,美国代理行和通汇账户制裁名单(The Correspondent Account of Payable-Through Account Sanctions, CAPTA)名单就限制外国金融机构在美国开设往来账户或通兑账户,与第三国同相关受制裁实体的合作并无直接



联系。

其三，密切关注制裁动态，及时调整合规措施。尽管部分名单对于第三国实体没有直接影响，但是随着制裁措施的升级，也会出现由非SDN名单向SDN名单转移的情况，例如2021年5月21日加入NS-MBS (Non-SDN Menu-Based Sanctions List) 名单的一批俄罗斯实体，在三个月后就被除名并移入了SDN名单。

其四，加强合规管理建设，注意相关文件化信息与合规记录的留存。在美国出口管制与经济制裁执法中，完善的合规机制是企业进行抗辩的一个重要缓解因素；在欧盟制裁法下，黑名单自动传导规则的适用前提也是企业没有尽到相应筛查义务。因此，一方面，企业应当重视出口管制与经济制裁合规建设，并留存相应文件化信息。另一方面，企业应对日常的“黑名单”筛查工作进行记录，例如进行网页打印或下载筛查报告，并保存不少于5年时间，以表明企业在业务经营中做到了注意义务。

其五，设定适当的风险隔离措施。例如在合同中安排制裁承诺条款、出口管制承诺条款等。

其六，发展供应链替代，制定紧急预案。从确保供应链安全的角度，企业也应注意发展替代产品、替代供应商等，并对可能升级的制裁措施制定应急预案，以避免制裁措施升级导致的供应链切断风险。此外，企业也可以借此机会，调整供应链布局，增强自主可控能力，以确保供应链稳定。

最后，企业在海外经营合规中，也应重视我国法律的要求，遵守中国《反外国制裁法》《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》等法律法规，注意是否存在中外法律的适用冲突，如果存在则及时向我国有关部门进行报告。尤其是，企业在与外国出口管制或制裁执法部门沟通的过程中，应当遵守我国的数据出境法律法规，不得在未经批准的情况下直接向外国执法部门提供境内数据和个人信息。

## **(二) “强迫劳动”执法及应对**

### **1. “强迫劳动”问题背景**

以美国为代表的西方国家，近年来以人权为幌子打压中国相关实体，典型如指责我国新疆地区“强迫劳动”，并出台多部门联合措施，这在近两年中尤其明显。例如，2021年6月，美国将5个中国实体以侵犯人权（包括强迫劳动）为由列入实体清单；7月到12月，又

将我国许多个人、实体以涉“新疆人权”为由列入SDN名单；与此同时，美国国务院会同各部门发布新疆供应链商业咨询意见，事实上劝阻企业与新疆实体进行合作；美国海关、劳工部等也都加强了对“强迫劳动产品”的执法力度。

以美国海关暂扣令公开案件为例，自2016年到2019年仅有6件，而2020年至今则有11件，都与中国实体联系密切。相关的产品范围包括发制品、服饰、计算机部件、棉花及制品、番茄、硅基产品等等。美国“强迫劳动”执法对于供应链穿透极为细致，近一年中，某些知名服装公司都曾遭到美国海关的产品扣押。另据了解，美国部分口岸的海关已经扣留上千个来自中国的集装箱，涉及大量光伏产品。

此外，2021年末，美国《维吾尔强迫劳动预防法案》（*The Uyghur Forced Labor Prevention Act*, “**涉疆法案**”）的签署生效更是引起广泛关注，该法案将对供应链涉及我国新疆地区的产品施加可推翻的强迫劳动推定，具体的执行策略、进口指引此前已于2022年6月中下旬发布。这一推定完全扭转了美国现行法律下要求美国政府承担举证责任的规定——尽管原先的证明标准也很易于达到且难以抗辩，但新的推定无疑将使得相关工作难上加难。从2022年4月，美国就此组织的听证会议题来看，加强跨国供应链透明度以及路线追溯将是此次《涉疆法案》的执行措施的重要关注方面。

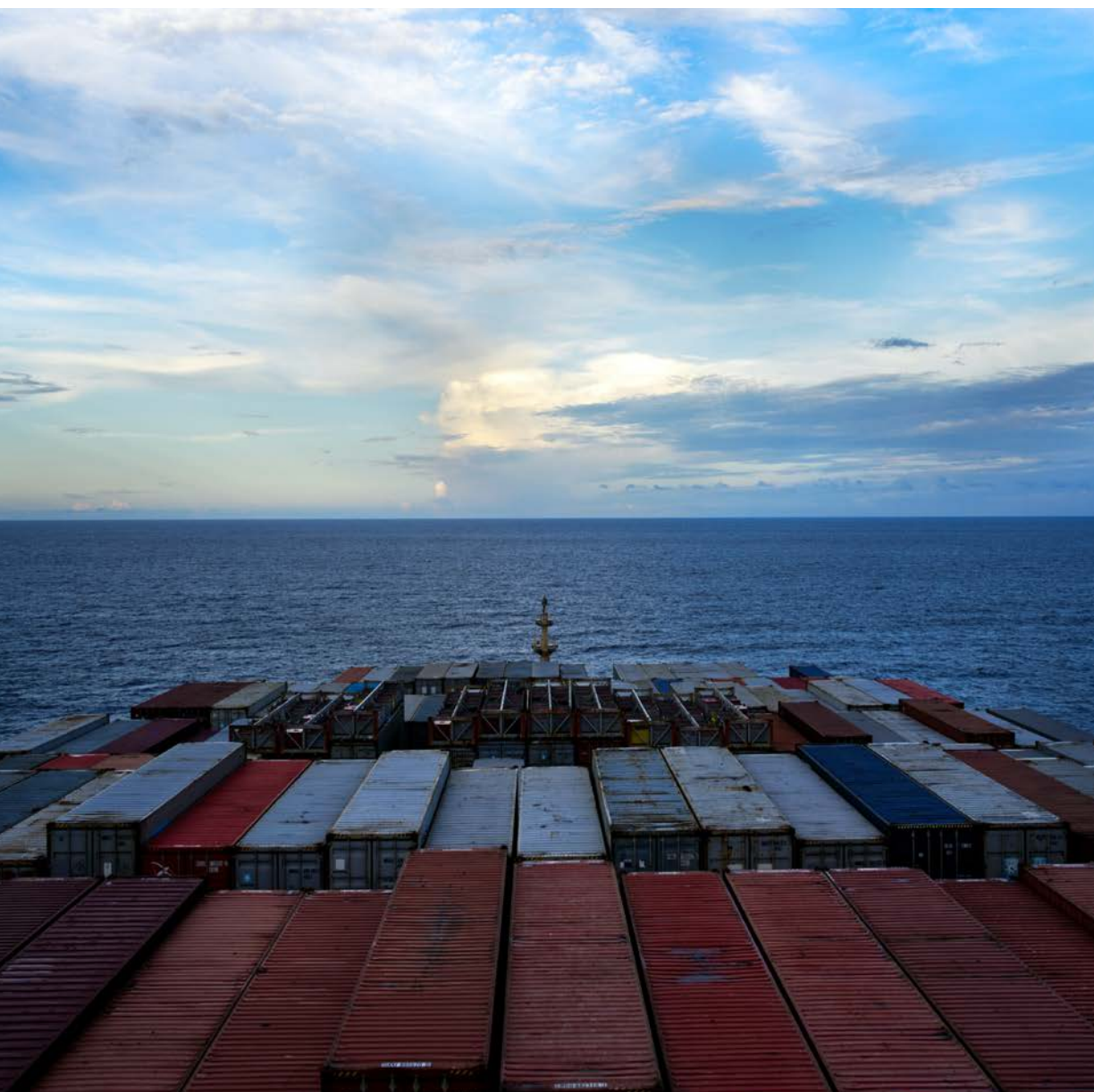
## 2. 企业应对措施

首先，美国就我国新疆地区炒作“强迫劳动”议题无疑是对我国的政治抹黑，背后是打压中国经济的实质考虑。但在批判的同时，从维护本国利益的角度出发，为避免扩大相关措施对我国产业链供应链造成不利影响，我国企业应当采取慎重的态度。特别是对于从事跨境进出口经营的企业而言，即便不直接从事美国业务，也应做好预先的研究、排查和应对预案，避免牵连国内业务线。如下是几个值得关注的方面：

其一，加强供应链管理系统的建设。此次国资委推进会提出建设数字化、智能化的采购交易管控体系，做好供应商管理等要求，企业更可以在此基础上，建设更为完善、智能的供应商管理系统，实现对供应链全环节的监测、追溯，以加强供应链安全合规保障，便于为合规举措的制定和落地提供支持。

其二，实时跟进美国相关执法措施的制定进展。根据法案安排，美国强迫劳动执法处（*The Forced Labor Enforcement Task Force*, **FLETF**）将首先征集《涉疆法案》的评论，而后组织该议题的听证会，并于2022年6月21日前向国会提交执法支持措施。建议

但在批判的同时，从维护本国利益的角度出发，为避免扩大相关措施对我国产业链供应链造成不利影响，我国企业应当采取慎重的态度。



中国企业在近期密切关注相关动态,评估对自身供应链是否产生影响、影响程度如何。

其三,排查企业自身的相关因素,明确可能的风险点位。为了帮助制定应对预案,企业可以开展涉疆因素的自查,这包括排查供应链上的涉疆原料、产品,排查企业是否涉及相关扶贫或对口支援项目,少数民族员工状况等等,通过这些排查来评估企业是否会面临美国执法风险,为应对举措的制定提供指引。

其四,深入研究美国执法机制,制定执法应对方案。企业可以深入了解美国相关执法部门的执法机制,救济方式和其他应对举措,例如产品被美国海关扣押应当如何、以及在何等期限内进行抗辩,以及此等跨境沟通可能涉及的前述数据出境合规问题。

其五,考虑到美国对我新疆地区的不公正待遇还将长期持续,建议进一步完善境内外供应链布局,充分运用我国相关外贸政策,建立符合中国法律和满足市场需求的国内外“双循环”供应链体系。

### **(三) 反腐败风险**

#### **1. 主要内涵**

此次推进会上,翁杰明表示,强化采购交易管理不仅是提升效率,也是深化腐败治理的重要抓手。毋庸置疑,采购环节常常是腐败易生发的环节,也是我国反腐败、反商业贿赂治理工作的重点关注领域。例如2015年颁布的《国务院办公厅关于加强和改进企业国有资产监督防止国有资产流失的意见》(国办发〔2015〕79号)就强调,要严肃查办在物资采购、招标投标和国际化经营等“重点领域和关键环节”的腐败问题;各地国资委也纷纷颁布针对本地国有企业的行为规范,要求企业按照《招投标法》并参照《政府采购法》从事采购等交易活动。

经过近年来的治理,腐败问题已经在很大程度上得到解决,此次会议也总结了相关建设成就,指出中央企业采购交易更加规范透明,集中采购率、公开采购率、上网采购率和电子招标率都达到了很高水准。在此背景下,各国有企业强化供应链合规管理中的反腐败面向,也有助于进一步提升腐败治理效能,避免国有资产流失,保障维护产业链供应链安全稳定。

#### **2. 境内外反腐败合规**

就境内而言,腐败、贿赂违反党纪国法。我国制定了完整的反腐败、反商业贿赂的法



律体系。例如在《反不正当竞争法》下，商业贿赂行为如对其他企业造成损害，则其他企业有权诉请损害赔偿，监管部门亦有权没收违法所得并作出行政处罚；《公司法》规定了公司高管商业贿赂义务；国有企业人员涉及行贿、受贿的，更有可能牵涉《刑法》中的多项犯罪。

就境外而言，中国企业的境外合作方，包括外国公司在中分支机构，如果从事商业贿赂行为，也可能遭受所在国处罚甚至刑事追诉，这也将反过来对中国企业的相关业务产生影响。例如，美国《海外反腐败法》(The Foreign Corrupt Practices Act, **FCPA**) 禁止美国人及其代理人向外国政府官员从事贿赂行为；在近年来的执法案例中，担任美国公司中国高管的中国公民同样也被纳入该法的制裁范围之内，而作为贿赂对象的“外国政府官员”的解释范围中也包含了国有企业高官和雇员。因此，这一方面也值得企业进行额外的注意。

## CHAPTER 003

### 内控、风控、合规等多体系的建设与融合

前文论述了与供应链安全相关的重点关注方面；但是，合规不是零散的“头痛医头、脚痛医脚”，而应当建立起系统性的合规管理制度，并能够切实有效地落地执行。打铁还需自身硬，只有企业加强自身总体制度建设，提升防范化解风险能力，方能以不变应万变。

近年来，国资委先后推动国有企业建设合规管理制度和内部控制体系，《关于做好2021 年中央企业内部控制体系建设与监督工作有关事项的通知》(国资厅监督〔2020〕307号)更提出建立以“强内控、防风险、促合规”为目标的内控制度体系要求。在这一精神指引下，结合到此次推进会的主题，在加强采购交易管理建设的基础上，将供应链安全合规管理的要求有机融入各流程环节和各岗位，是一项值得探索的方向。企业可以会同自身法律、合规等部门，并结合第三方专业人士的协助，结合自身业务实际，完善制度设计，防范化解风险，安全稳定经营。

## CHAPTER 004

**总结**

2022年4月21日对标世界一流采购交易管理体系推进会的召开,以供应链安全为重要指向,表明了供应链安全是我国近年来的一项核心议题。保障供应链安全,离不开充分的供应链合规建设,而跨境合规是其中的重要面向。

当前日益复杂的国际形势对我国企业的境外业务形成挑战,对供应链安全也带来了潜在风险。通过加强合规工作,企业可以实现风险的精准可控,实现供应链的合理维持甚至扩张,以避免盲目“脱钩”对企业和国家带来的不利影响。对于国有企业而言,更可以在既往合规体系与内控体系建设成果的基础上,结合国资委指导性文件,在此次采购交易管理体系的建设中,探索合规、内控等体系相融合的“N位一体”方案,进一步推动建设世界一流企业的步伐。



张国勋  
高级顾问  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5087 2905  
zhangguoxun@zhonglun.com



# 案例解析：复杂的商业环境下 中国企业全球供应链重构思路

王峰

过去的四年中,由于外部贸易环境的变化,疫情的影响等,对企业的供应链造成了很大的压力。叠加中国的供给侧改革和产业的升级改造,中国企业做大做强和“走出去”等因素,供应链调整已经是必然的。很多中国企业都在思考如何平稳地和安全地安排好供应链调整以保证企业的持续发展。

结合之前14年在几家世界500强外资企业的供应链管理(Supply Chain Management)的实务经验,和15年在四大和律师事务所工作的法律合规经验,我们根据几个近期的实际案例(2021-2022年),分享相关法律实务经验,希望能在企业的供应链调整中,提供几点思路和启示,帮助企业安全 and 健康地发展。



## CHAPTER 001

**供应链的搭建需要符合企业的商业发展规划,不能完全孤立计划**

**案例:**一家电子通讯企业和我们沟通,想在境外建立售后维修中心。当时沟通的主题是因为担心部分零件的美国成分含量占比较高,会受到美国出口管制。

**强调重点:**在这个事情中,我们提示客户需要关注两个方面的内容:1,企业在目标区域的发展计划,即企业在今后3~5年中,主要的发展市场在哪里;2,综合考虑美国的出口管制问题。

**案例简析:**

1.考虑企业发展计划的原因在于,一个售后维修中心的选址,需要考虑方方面面的问题,比如接近销售区域,运输便利,运营成本,可否支持其它销售地区,当地的市场准入环境,营商环境等等,当然现在还有出口管制和制裁这个重点问题。所以,我们在给出意见前,需要考虑企业今后的发展方向,这样,在可选的大致范围内,我们可以提供不同的方案,包括客户关心的第二个出口管制问题。

2.关于出口管制问题,其实除了考虑美国的出口管制问题,还需要考虑欧盟的出口管制制裁因素。当然在这个零件的处理方式中,我们根据国际贸易的规则和国际海关组织的归类原则,为客户提示了相关的方法,而不是纠结于零件本身的原则。

**提示:**

- 企业是商业主体,所以在考虑问题的时候要把问题放在企业商业发展的框架下考虑,这样才有落地性;
- 在具体问题中,关注问题本身的困难点是一个解题思路,但利用其它国际贸易规则,应对美国出口管制规则,也是一种方式解决问题。在上述案例中,我们就是用中国的产品认定,国际海关组织关于产品认定规则想到其它方法。

## CHAPTER 002

## 供应链调整不是简单更换一两家合作方,需要要做前期铺垫和准备,而且可能不是短期的安排

**案例:**一家知名白色家电企业讨论,如果企业有较大贸易合规风险,企业需要立即有方案应对,类似于打开抽屉,拿出方案就可以实施执行的,也就是常见的“抽屉式管理”。

**强调重点:**除了其它讨论事项,就“马上实施”的企业诉求,我们强调了几个重要问题:1,从微观角度来说,企业如果出现管制和制裁问题,能否马上更改合同主体?涉及到具体交付和支付问题,而且还是不考虑上下游合作方的接受程度;2,涉及国企央企合作,有招投标管理规范和管理规范的要求,不容易轻易改变交易主体,是否考虑到了;3,美国政策有后继者责任继承的原则,那么企业是否考虑怎样面对这种挑战。

### 案例简析:

1.供应链调整是一个复杂的工程,而不是仅仅调整一两个供应商或是合作方,况且供应商选择还要看技术标和商务标谈判的结果,也有必不可少的过程和验证阶段。更何况是复杂工艺的项目。无论是企业自身出现极端情况,还是上游供应商,下游客户出现极端情况,企业都需要一定的时间才能完成调整。

2.所以,企业一定要未雨绸缪,我们在这个案件的沟通中,探讨了企业的架构:如销售,生产,技术研发和售后四大板块的分立问题,即都是独立公司的情况,正所谓鸡蛋不放在一个篮子里的问题,一个部分出问题,其它部分继续运营的可能性,当然这需要仔细设计好关联关系;也沟通了依据产品特点,对供应商进行分类,哪些有替代可能性,哪些替代可能性比较小,同样的,哪些比较容易出现极端情况,哪些不容易出现极端情况;还有哪些是现在就可以准备的,哪些需要一定时间才能决策和实施。

3.这个过程中,或多或少地需要影响到企业其它一些资质和内部安排,如当地的减免税政策,人员安排,项目投资融资等,都需要一并考虑或是调整。(1)企业有居安思危的考虑,肯定是对的而且这是必须的,特别是在可预见的,笔者已经在支持相类似项目;(2)从调整来说,但要是从美国管控角度讲,有一个后继者责任继承的原则,也就是说,公司之前被处罚,之后的调整,特别是短平快类型的调整,都有可能被美国管理者认为是一种规避的行为,从而要求后继者继续履行前任要承担的责任和处罚等。

**提示：**

- 很多外资企业其生产，研发，销售和售后都是独立公司，不仅仅有税赋考虑，现在看其贸易合规抗压性也比一般性企业要强，至少是出现极端情况下“伤一指而不是五指”，并且调整空间，时间和费用都有周旋的余地。我们曾经帮助一家实体清单企业调整其境内外业务，也是因为企业有很多资源可以利用的情况下，再加上合理的安排才能达成。

- 企业整体供应链调整不是一蹴而就的，所以需要分析好先后次序，结合企业商业计划，逐步实施，可能是一两年的长度，但考虑到企业发展的需求和整体环境的问题，这个时间是需要的，而且也是必然的。

- 更重要的是，美国在出口管制方面有后继者责任继承的一个原则，来杜绝企业通过清算，关闭等方式规避美国的处罚等。所以企业的“抽屉式管理”不能被认为是规避行为从而失去了其意义。从这个角度讲，企业也要做好提前考量。

CHAPTER 003

**境内、境外双循环的供应链体系一种思路**

**案例：**一家知名家用机器人制造商和我们探讨双循环体系的可能性，即国内工厂制造产品支持国内市场和国外工厂制造产品支持国外市场的模式。

**强调重点：**仅从美国出口管制和制裁角度讲，美国考量企业法人的独立性以判断违规的责任人是谁，从判断标准有很多指标需要评估。所以从双循环的角度讲，需要明确上述两家企业的经营中，在肯定有一定的关联关系的情况下，怎样确保独立性的问题。

**案例简析：**

1.管理决策是否混同。在现在很多企业中，管理者，如下级公司的总经理和董事长，是上级公司派驻和委任的，同时内部都有重大决策的管控程序，即下级公司需要向上级公司汇报重大事项，由上级公司决策或是批复。这些都可能存在风险外溢的隐患。

2.资金是否存在混同的情况。总部主导集团内部资金预算和决定，或是关联公司之间的资金拆借在企业日常经营中是常态，但常态中的管理方法论是否被认定为参与了另外一方的实质经营，是否可能被连带处罚，是双循环中的重点考虑和解决问题之一。

更重要的是，美国在出口管制方面有后继者责任继承的一个原则，来杜绝企业通过清算，关闭等方式规避美国的处罚等。





3.生产经营是否混同。在实际生产经营中，普遍存在技术和物料在不同实体间的的串换问题，以上这些混淆容易造成公司之间是否是完全独立经营，比如很多企业使用“共享支持 (share function)”是否影响到企业具有独立性的问题。

4.在双循环的安排下，境外公司没有独立性的实质，但因为境外公司的存在或是参与交易，从而规避了美国的监管和税赋，则企业会被认定为美国思路下的规避监管的行为。

#### 提示：

- 举例来说，我们有些企业在香港的公司并没有很多实际业务人员，或是一些人员本身就在内陆工作，这些都容易被认定为不符合公司独立性原则，所以在处理这类型情况的时候要充分考虑。

- 双循环其实是很多经营规模较大企业的典型做法，贴近市场，产品适应当地市场，采购和销售方便，总体成本低等等，当然，还有管理层级的安排。但考虑到管理和控制的商业目的，企业在内控上会加强相关内容加强管控下级企业，而那些常用的管控方法是否会造成下属企业没有独立性，将是一个挑战。由于下属企业不具有独立性的原因，造成母公司被列入黑名单的可能性增高。

- 但是作为中国企业“走出去”，特别是前期怎样做好独立性隔离，需要怎样的步骤，我们在这里并没有办法直接回答，因为都是需要按照企业的实际经营和安排来做判断和做必要调整，个案分析和制定方案的。双循环的确是一种思路，但要注意内部的细节和重点事项，避免只有表象，没有实质的情况发生。

## CHAPTER 004

### 货物贸易、服务贸易、税赋筹划和贸易管制是供应链安排的重点

**案例：**知名的TMT企业委托我们帮助其第一个出口项目，协助企业出口其电子产品交付到东南亚两个国家，商业合同与买方在新加坡的总部签署。合同涉及硬件交付和服务交付，属于交钥匙类型的境外项目。

**强调重点：**这个案例非常有代表性，在和客户沟通中我们注意到这个事情涉及了现代供应链管理的方方面面，提示了在中国法下和境外目的国法律下，需要考虑的品牌管理，ODM管理，货物出口和服务出口以及其中的税赋变化的技巧，目的国市场准入，目

的国税赋要求,以及商业合同的交付和目的国市场准入之间的矛盾,反向数据服务和管理,中国技术出口管制等。

### 案例简析:

1.上述企业是行业的头部企业,业务种类多,架构复杂,其供应链更是繁杂。所以在这个项目中,一定要清楚每一种交付的特点,理清楚业务关联关系,才能制定适合,正确,合规,低成本方案。总结来说,在此次境外交钥匙项目下,涉及实物的交易,服务交易,技术协作,售后服务,测试产品,外包业务等等。在典型性的货物贸易(实物交付)中,还夹杂着技术性的交付,而在服务合同中,又会有实物的交付,还会有升级、调试和培训等类型的服务性交付,而在技术性交易里更多的是技术性的服务贸易等。

2.从贸易合规专业角度来说,涉及国内ODM贴牌生产、品牌方授权、中国出口方式和税赋成本(硬件和软件一起还是分别出口的监管要求以及出口退税的税赋不同,还有售后服务的出口涉及服务出口以及服务内容中零备件出口)。在东南亚两地的市场电子产品准入要求下,存在申请人必须是当地企业与业务合同交钥匙项目的冲突问题,其准入资质又是进口国海关进口条件如何解决也是很头疼的问题;服务合同中的一种服务是当地两个国家的最终使用人通过采购产品收集的信息出境到中国储存的问题,还有其它一些问题需要解决。可以看出,一个简单的小的商品出口到东南亚国家,从品牌管理,知产管理,税赋管理,国际贸易管理还有数据管理等方面都会涉及和考虑。

### 提示:

- 企业不要片面理解法律和合规风险的范围。很多企业和我们沟通时常有一种心态,交易金额不大,所以涉及内容不多,就是一个简单问题。其实我们看的不是一个交易金额的问题,而是其中的法律关系,而合规的法律关系确定也会为企业这类型的业务提供交易安全保障。美国出口管制追溯期为5年,如果一开始交易的法律关系没有合规处理,那么5年内累计的违法情况都会被追究,了解美国出口管制的同事都知道,正常的处罚中,其罚金一项就会远远高出交易金额总额(注意不是指利润,而是交易总额)。所以,企业要对业务链条做好评估和合规处理,避免损失。

CHAPTER 005

## 供应链安全的考虑要有前瞻性

**案例:**某领域技术领先企业芯片开始投产,进行市场拓展,为后几年上市的目标和潜在挑战提前布局。

**强调重点:**如第四点所述,美国出口管制追溯期为5年,换言之,美国在其调查中会关注企业的近5年的发展和变化。企业上市都会对业务内容进行全面披露,往往会“主动”对外展示自身业务情况,如果被美国关注并发现有美国法下不合规的地方,或是美国认为的敏感或打击领域的范围,那么对企业实施打击后,对企业今后的发展将造成严重冲击。所以基于潜在风险,企业在这几年发展好布局中,应考虑到外部因素的影响以及可以做到的应对方案,就像我们第一点和第二点提示的内容。

### 案例简析:

1.这家某领域技术领先企业芯片投产,从体量上讲还是初创阶段,和管理层沟通的时候,我们就企业现在的原材料采购情况,技术获得情况,生产情况,销售情况以及境内外技术交流情况做了详细沟通,而且还对这个领域现有的境外技术阻力,相关管控和制裁的规定,下一步的潜在影响进行了探讨,初步制定了需要提前布局的工作。

2.企业在初创阶段,考虑内容的确和其它阶段不同,在现阶段的重点是起步过渡到发展和稳定,所以基于起步阶段,我们根据企业的生产业务外包的特点,针对的合规内容主要在技术研发方面,其它方面做简单化处理。

3.参考类似企业被美国加入实体清单后的调整方案,我们对后面几年的发展提出了原则性建议,企业根据情况在后期进行必要实施,做好相关资源的准备和将来调整的基础。

### 提示:

- 面对美国出口管制和制裁的挑战,不是简单建立一个合规体系,做一些合规承诺函就可以解决问题的,虽然这些重要,但打法来说,这只是一小部分。

- 中美竞争是一个长期的状态,在这个基础上,合规的打法就是一个长期过程。在这个过程中,就像企业发展不断调整方向和内容一样,对外的打法也要不断和提前调整相关内容,这样才能不会以“临时抱佛脚”的方式处理挑战。我们都明白往往“临时抱佛脚”的处理方式并不能取得期望的结果。

## CHAPTER 006

**总结**

人无远虑，必有近忧。在供应链安全上，需要考虑的远一点。供应链整体安排和安全，不会是简单调整就可以实现迅速转变的，做好前期的铺垫和安排，做到有备无患，在符合企业发展的前提下，才能用较小的成本达成可能的“快速”调整和稳定的发展。

每家企业经营管理和发展都是不同的，供应链整体布局，也不是依靠一种方法或是一个思路来实现，结合自身的不同发展阶段的需求，制定合适的战略战术，才能为企业长久发展做好基础，希望用我们的经验为大家助力。



王峰  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5796 5001  
wangfeng9@zhonglun.com





# 英国国家安全审查制度： 中企产业链投资面临新挑战

余昕刚 侯彰慧 吴亦维

英国商业、能源及工业策略部 (Department for Business, Energy & Industrial Strategy, **BEIS**) 于当地时间2022年11月16日发布了一条命令,要求某中资企业旗下荷兰半导体公司限期出售其收购的英国最大芯片制造商Newport Wafer Fab(现已更名为:Nexperia Newport)至少86%股权(事实上否决了该中资企业于2021年收购Newport Wafer Fab 86%股权这一交易),理由是“威胁国家安全”。而2022年8月17日, BEIS也宣布了一项阻止某中资企业收购英国电子设计自动化(**EDA**) 软件开发公司Pulsic Limited的决定,理由同样是“威胁国家安全”。

英国上述否决中资企业收购英国公司的依据是2022年1月4日正式生效的《国家安全和投资法》(National Security and Investment Act, “**NSI法案**”),该法律标志着英国首次引入了独立的投资国家安全审查制度,而在该法律生效后短短10个多月的时间内,就有3起交易因受该法案影响而被BEIS否决,收购方全部为中资企业。同时,另有3起涉中资企业交易虽被允许,但BEIS克以一系列国家安全风险缓解措施,其中有1起甚至为纯中国境内交易,但因为目标公司有英国子公司而使得BEIS能依照NSI法案对其进行审查。由此,了解NSI法案的基本制度对于有投资意向或在英有商业布局的中资企业而言已十分必要。

本文将首先介绍英国的NSI法案,包括主管部门、管辖范围和审查程序等内容,同时分析受NSI法案影响的中资交易,最后提出对中资企业的相关建议。



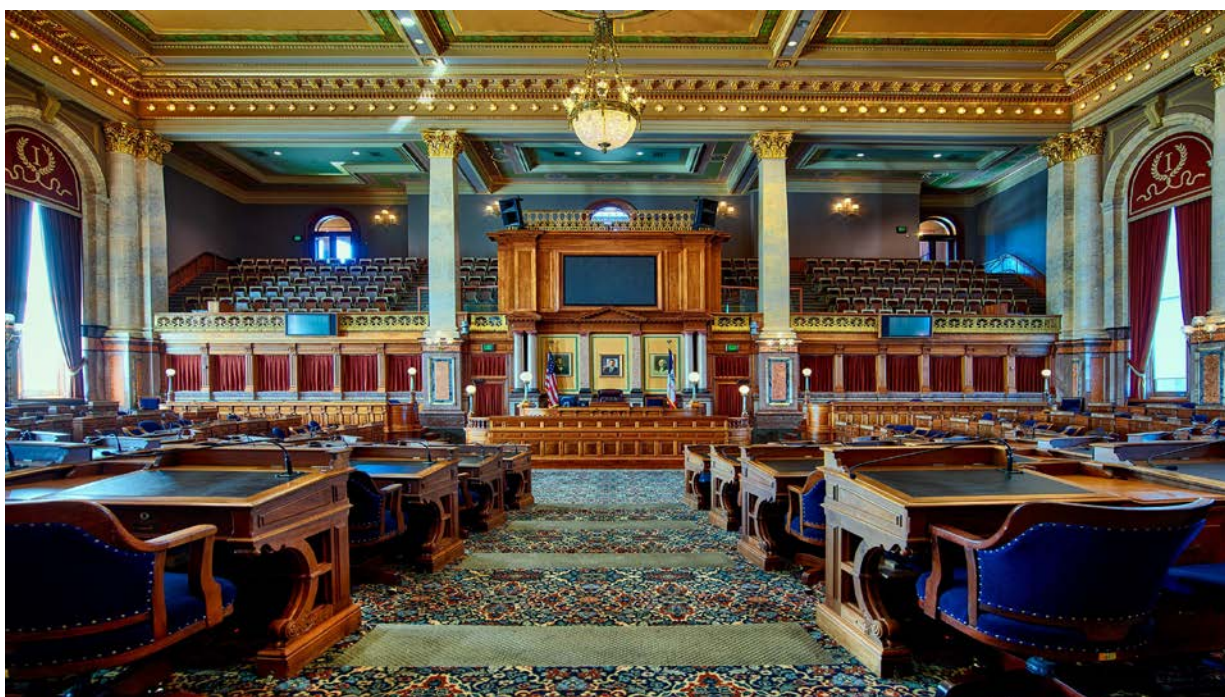
CHAPTER 001

## 英国《国家安全和投资法》简介

在NSI法案之前，并购英国企业的相关监管主要适用《2002年企业法》(the *Enterprise Act 2002*)，监管部门为英国竞争和市场管理局 (the UK Competition and Markets Authority, **CMA**)，其可以基于公共利益理由干预某些外国收购，但其干预的前提是当事方自愿申报，这样的法律机制使得英国政府对外国投资的审查能力实质上受到了限制。

随着国际经贸环境的一系列变化和跨境交易数量的不断增长，英国政府愈发意识到国家安全审查在外国投资者对英投资行为中的必要性和重要性，为此逐步采取了一系列措施，直至于2020年11月颁布了NSI法案草案，该法案在2021年4月29日获得御准后于2022年1月4日正式生效。**这是英国首次就投资者收购英国企业或资产涉及的国家安全问题进行专门立法，该法案涵盖了所有对英投资行为的国家安全审查问题。**NSI法案反映了对投资领域国家安全问题进行更多干预和审查的全球趋势。NSI法案将与前文提到的《2002年企业法》下的公共利益审查制度并行但又独立存在。

根据NSI法案，英国BEIS是外国投资的主管部门，由该部新成立的部门——**投资事务署** (Investment Security Unit, **ISU**) 直接负责受理交易方的申报和提供指引。



## CHAPTER 002

## 英国《国家安全和投资法》的管辖范围

NSI法案仅适用于特定情形的收购（“合格收购”，qualifying acquisitions），在NSI法案中被称为“触发事件”（trigger events）。法案第5条规定，当某一主体获得对合格实体（qualifying entity）的控制权或获得对合格资产（qualifying asset）的控制权时，就会发生“触发事件”。为此法案对“合格实体”“合格资产”“获得控制权”等核心概念做了明确界定。

### 2.1 收购对象是合格实体或合格资产

“合格实体”的范围包括非自然人实体（无论是否是法人），包括公司、有限合伙、合伙、非法人组织、信托等。

“合格资产”的范围包括土地、有形动产，以及具有产业、商业或其他经济价值的创意、信息或技术（下称“知识产权”），例如商业秘密，数据库，源代码，算法，公式，设计，方案、绘图及规格，软件等。

### 2.2 合格实体或合格资产来自于、位于英国或与英国有联接点

如果某些实体或资产在英国境外，但与英国有如下的联接点，它们也可能构成“合格实体”或“合格资产”。

- 依据境外法律设立或被境外法律认可的某实体，在英国进行活动，或向位于英国的人士提供货物或服务。
- 位于境外的某一土地、有形动产或知识产权，被用于在英国进行活动，或被用于向位于英国的人士提供货物或服务。

### 2.3 取得合格实体或合格资产的控制权

如果投资者通过本次交易取得的合格实体或合格资产的控制程度符合以下任一标准的，即视为取得了NSI法案项下的“控制权”：

- (1) 其在合格实体中持有的股权或表决权达到或超过以下任一比例：



- a)从25%或以下上升至超过25%;
- b)从50%或以下上升至超过50%;或
- c)从低于 75% 上升至75%或以上。

(2) 其在合格实体中持有的表决权能够使投资者通过或阻止影响合格实体事务的任何级别决议。

(3) 其能够对合格实体的政策施加重大影响。BEIS此处对于“重大影响”的认定与评估,将参考进行英国经营者集中审查时竞争主管部门(CMA)对于“重大影响”的界定,即着重于投资方对目标实体与市场行为相关政策产生实质性影响的能力,并结合考虑NSI法案对于国家安全风险控制这一大背景。

(4) 其能够使用合格资产,或者指示或控制该合格资产如何使用,或相比收购前、更大幅度地指示或控制该合格资产如何使用。

## CHAPTER 003

### 英国《国家安全和投资法》的强制申报制度

如果拟收购的合格实体属于特定的关键敏感领域,则收购方有法定义务在交易完成前向BEIS申报并获得其批准,否则该等收购无效;这就是NSI法案项下规定的**强制申报制度**(需特别说明的是:对上述特定关键敏感行业的合格资产的收购无需履行强制申报义务。强制申报仅针对对于合格实体的收购)。**如果收购方在未取得BEIS批准之前就完成了属于强制申报范围的交易,其可能受到民事和刑事处罚,其中民事罚款最高可达收购方相关业务全球营业收入的5%或1000万英镑(以较高者为准)**。若合格收购不属于强制申报范围,交易方(出售方、收购方或合格实体自身)可自愿向BEIS进行申报(即自愿申报)。

上述落入NSI法案项下强制申报范围的关键敏感领域包括以下17类,它们均规定在《2021年国家安全和投资法(应申报的收购)(合格实体的说明)条例(2021)》(*The National Security and Investment Act 2021 (Notifiable Acquisition) (Specification of Qualifying Entities) Regulations 2021, 2021 No. 1264*,简称“《**应申报的收购条例**》”)。相较于美国国家安全审查(CFIUS审查)体制下对于TID(关键技术、关键基础设施、敏感数据)的着重关

注, NSI相关立法关注的关键敏感领域更为宽泛。

(1)先进材料(Advanced Materials):在国防和民用领域、对于帮助重要工业部门转型和支撑高价值制造业的关键领域至关重要的材料,重点关注其技术先进性和军民两用性,例如具备前述特点的金属与合金、半导体、光电设备、石墨烯及相关2D材料、纳米技术等,或列入《英国战略出口管制清单(Regulation 428/2009)》的任意物项。

(2)高端机器人(Advanced Robotics)(包括专为其研制的核心组件):该机器人可以与环境交互,可以移动自身或自己“肢体”或工具,且具有一定程度的自主性,和/或能使用传感器来进行复杂的监视和数据收集。

(3)人工智能(Artificial Intelligence):如果某合格实体从事AI研究,或者开发、生产使用了AI的商品、软件或技术,且AI的应用场景为a)识别或跟踪物体、人员或事件;b)高端机器人;或c)网络安全,那么对它的收购就有可能落入强制申报范围。

(4)民用核能(Civil Nuclear):合格实体持有非军事用途的核设施许可,是经许可的非军事用途核设施的承租人,持有、运输核原料,拟兴建核反应堆,持有与铀浓缩相关的设备、软件或信息,或收受与核裂变反应堆有关的公共财政资金等。

(5)通讯(Communications):合格实体是英国境内营业额超过5000万英镑的公共电信网络或服务商或向前者提供附属设施,拥有存放有源电信设备的不动产,拥有英国境内营业额超过5000万英镑的海底电缆系统、电缆登陆站或为前者提供维保服务,拥有顶级域名注册处、域名系统解析器、权威托管服务或互联网交换点,或为BBC等重要频道提供广播基础设施。

(6)运算硬件(Computing Hardware):合格实体从事以下任何活动的:a)CPU或存储用集成电路的设计,或拥有相关知识产权;b)设计、维护或提供用于CPU信任根或控



制CPU的代码的安全配置或管理的服务;c)CPU或存储用集成电路的制造、封装。

(7)政府部门关键供应商(Critical Suppliers to Government):即有权访问非常敏感政府数据、资产或财产、可能受到敌对势力攻击的政府供应商,仅包括与政府部门有直接合同关系的一级供应商,其分包商不属于该范围。

(8)加密认证(Cryptographic Authentication):该加密认证技术一般不面向普通消费者提供,例如进入关键国家基础设施站点的自然人身份验证,访问电站计算机网络的用户身份,ATM的信用卡/借记卡芯片,电子护照上持有的数字信息等。

(9)数据基础设施(Data Infrastructure):该设施以数字形式存储、处理或传输与公共部门的管理和运营相关的数据,或是提供用于公共电信网络和/或服务提供商之间的互连或交换、但不归公共电信网络或服务提供商所有的设施,或能使得一个或多个公共电信网络与一个电信网络(该网络的一部分通过海底电缆系统提供)互连。

(10)国防(Defence);

(11)能源(Energy):主要涉及石油、天然气、电力领域。

(12)军用或军民两用技术(Military and Dual-Use):一般来说因国家安全因素而受到出口管控的物项均可能落入本条所述范围,具体可参考《2008年出口管制令》《2006年放射源出口管制令》《欧盟理事会法令(EC) No 428/2009》附件一等。

(13)量子技术(Quantum Technologies):包括量子通信,量子连接,量子成像、传感、计时或导航,抗量子密码学,量子信息处理、计算或模拟等。

(14)卫星和太空科技(Satellite and Space Technologies):包括太空碎片管理,卫星在轨活动,卫星通信链路,相关安全设施,制造或测试飞船、发射器、卫星等设备,用于国防目的的太空数据,太空基础设施运行控制设施,提供或处理太空态势感知数据等。

(15)紧急服务部门关键供应商(Suppliers to the Emergency Services):“紧急服务”包括边防、警察、大不列颠交通警察、民用核能警察、消防救援、国防部警察、国家打击犯罪调查局等部门。

(16)合成生物学(Synthetic Biology):例如基因编辑和基因治疗,将DNA用于数据存储、加密和生物计算,重新设计现有的自然生物系统等等。

(17)交通(Transport):重点关注海事、航空和空中交通管制部门的关键运输基础设施,例如港口、机场,或在途交通管制的服务提供商。



BEIS有权在交易交割后不超过5年内且在知悉该交易后6个月内对该交易进行主动介入。





## CHAPTER 004

**英国《国家安全和投资法》主动介入(call in)时的考量因素**

无论交易方是否进行了申报,也无论其是否属于强制申报的范围,若BEIS对某起交易可能会构成“国家安全风险”产生合理怀疑,均可以主动介入(call in),审查该交易。BEIS有权在交易交割后不超过5年内且在知悉该交易后6个月内对该交易进行主动介入。在决定是否主动介入时,BEIS会考虑以下因素<sup>1</sup>:

**4.1 目标风险:**

主要考虑两点,一是目标的用途或可能的用途,以及该用途是否已经或可能引起国家安全风险;二是目标所在行业,特别是合格实体是否在上述17个关键敏感行业从事活动。

**4.2 收购方风险:**

主管机关在评估收购方是否会带来国家安全风险时,会考虑如下几个方面:

(1) 收购方的最终控制人,或者收购方是否会随时被利用;

(2) 收购方此前的投资、持股情况是否可能对国家安全构成威胁,比如,收购方是否已在某些关键、敏感领域持有大量股份,而这可能会增加其潜在的杠杆作用;

(3) 收购方或其最终控制人是否已经参与了危害或可能危害国家安全的非法活动。

需要特别说明的是,BEIS并不认为国有企业、主权财富基金等实体天然地就更有可能构成国家安全风险,特别是如果这些实体在追求以经济回报为目标的长期投资战略方面具有完全运营独立性。另外,BEIS不会仅仅只根据收购方的国籍做出判断,但需考虑收购方与英国敌对方的联系程度。

**4.3 控制权风险:**

主要考虑收购方所获得的控制权的类型和控制水平,以及收购方将如何使用其控制权。

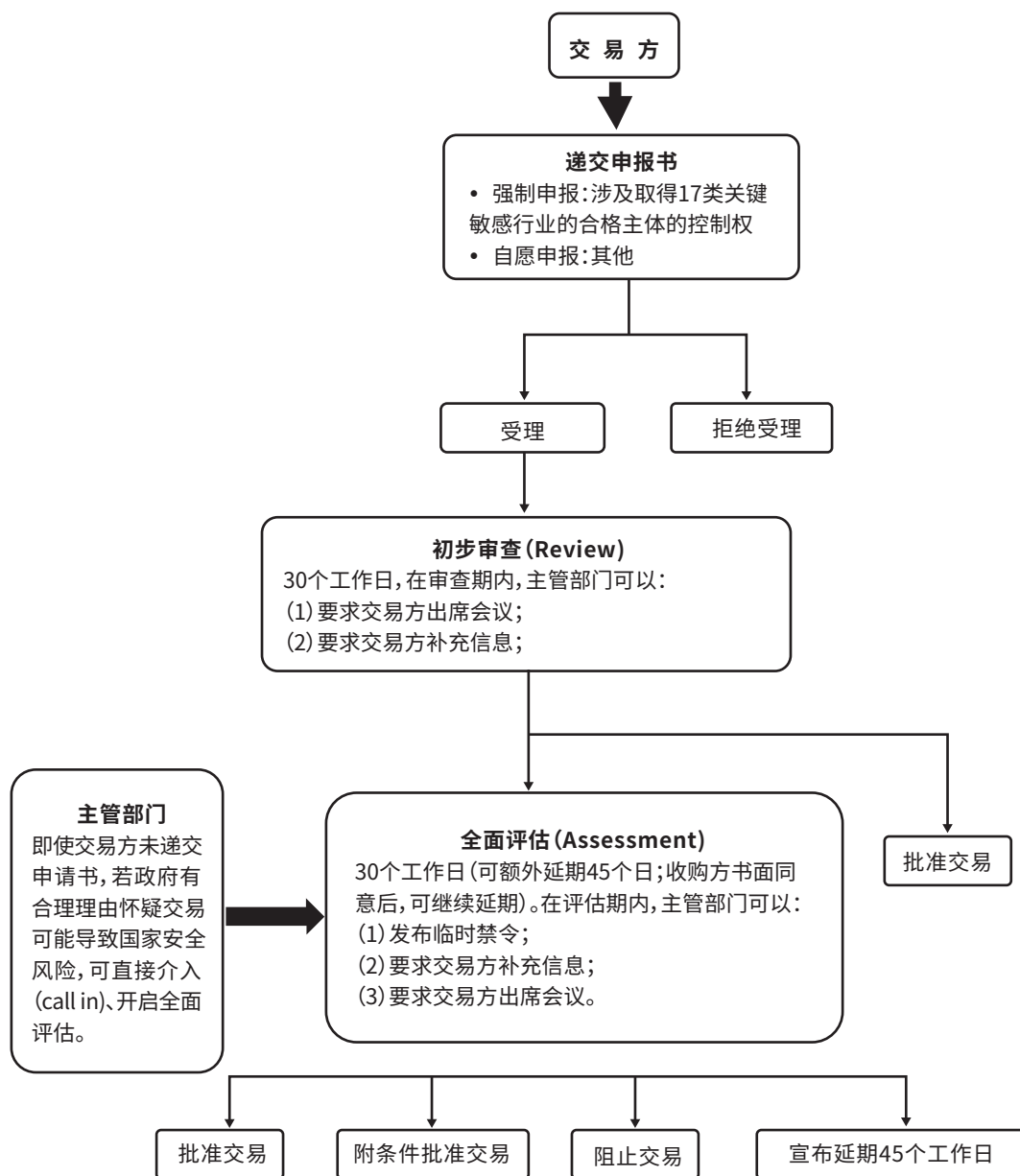
---

1. <https://www.gov.uk/government/publications/national-security-and-investment-statement-about-exercise-of-the-call-in-power/national-security-and-investment-act-2021-statement-for-the-purposes-of-section-3>

## CHAPTER 005

## 英国《国家安全和投资法》的审查程序

审查程序简要流程图如下表所示：



CHAPTER 006

## 受英国国家安全审查影响的中资交易

### 6.1 某中资企业旗下荷兰半导体公司被要求限期出售Newport Wafer Fab多数股权

英国时间2022年5月25日,英国政府在官网宣布,其将就某中资企业控制的荷兰子公司收购半导体公司纽波特晶圆制造公司(Newport Wafer Fab)之交易主动介入(call in)、启动国家安全的全面评估。<sup>2</sup>纽波特晶圆制造公司是英国最大的微芯片制造公司,而该交易被认为具有国家安全风险的主要原因在于其中设计和开发芯片电路布局时使用的规划、安置和布线工具被定性为具有军民两用性质的技术。<sup>3</sup>该荷兰子公司原先已持有纽波特少数股权,于2021年进一步收购了纽波特剩余的86%股权,实现了对其百分百控股。

时隔近半年后,在历经数次审查时限延期后,BEIS最终决定荷兰半导体公司必须限期出售纽波特至少86%的股权。英国政府认为中资企业旗下的荷兰半导体公司独家控股纽波特会构成国家安全风险主要基于两个方面:第一,纽波特厂区可能会重新开展化合物半导体<sup>4</sup>的生产活动,由此产生的技术和专有知识可能会削弱英国相关能力;第二,纽波特厂区位于南威尔士半导体产业集群<sup>5</sup>,这一地理优势可能便于纽波特获悉、利用该产业集群的技术与专有知识,而纽波特与南威尔士半导体产业集群的联系可能阻止集群内的众多半导体公司无法再参与涉及国家安全的相关项目。

这一交易审查有几点颇为引人关注。第一,这是一起回溯性审查。早在2021年8月,中资企业控制的荷兰子公司就已收到英国公司注册处的股东权益确认通知书,确认了纽波特晶圆制造公司的100%股权已由该荷兰子公司间接持有,但BEIS却在2022年5月份发起了NSI法案项下的主动介入程序,对该交易进行全面的国家安全评估。第二,BEIS对该交易的审查历经多次延期,暨2022年7月份宣布对该交易的国家安全全面评

2.<https://www.gov.uk/government/news/newport-wafer-fab-acquisition-called-in-for-national-security-assessment>

3.[https://www.theregister.com/2022/09/06/uk\\_government\\_demand\\_more\\_time/](https://www.theregister.com/2022/09/06/uk_government_demand_more_time/)

4.半导体材料可分为单质半导体及化合物半导体两类,前者如硅(Si)、锗(Ge)等所形成的半导体,后者为砷化镓(GaAs)、氮化镓(GaN)、碳化硅(SiC)等化合物形成。GaAs主要用于通讯领域,GaN主要应用于军事领域,SiC主要作为高功率半导体材料应用于汽车以及工业电力电子,在大功率转换应用中具有巨大的优势。

5.南威尔士半导体产业集群是世界级的半导体集群,集合了一众领先的大学及科研机构、高科技制造公司及相关服务机构等。

估程序依法额外延期45个工作日后, BEIS于2022年9月份、10月份又宣布了两次延期(按照NSI法案要求, 这两次延期需取得收购方的书面同意)。第三, 该审查历经两任英国商务、能源和产业战略大臣(也历经了三任英国首相), 前后两任大臣对本交易的态度保持了连贯性与一致性, 体现出英国政府对外国投资者(特别是中国投资者)对英投资行为的持续重点关注。

## 6.2 曼彻斯特大学 (University of Manchester) 向某中资企业许可视觉传感技术遭阻止

英国当地时间2022年7月20日, 英国时任商务、能源和产业战略大臣夸西·克沃滕下令, 阻止曼彻斯特大学向某中资企业授予视觉传感技术SCAMP-5和SCAMP-7的使用许可。<sup>6</sup>据报道, 这是夸西·克沃滕首次利用NSI法案赋予的职权以国家安全风险为由阻止外资交易。<sup>7</sup>英国政府认为, 双方签订的许可协议中规定的技术具有双重用途, 且该技术有可能用于建立可能对英国构成国家安全风险的国防或技术能力。<sup>8</sup>

据曼彻斯特大学和该技术的研发人员称, SCAMP视觉传感技术用“视觉芯片”取代了图像处理中使用的传统芯片, 且不像大多数传感器那样只输出常规图像, 而是输出传感器分析的结果, 提供传感器所看到的细节。这意味着它可以提供更多有价值的信息, 可被用于机器人、虚拟现实、车辆和监控等高科技领域。<sup>9</sup>特别地, 开发者提到了当该技术作为机器人的先进导航系统时, 存在军民两用的可能性。<sup>10</sup>

## 6.3 某中资企业收购英国软件公司Pulsic Limited遭阻止

英国当地时间2022年8月17日, 英国政府公告称, 夸西·克沃滕已经下令, 阻止某中资企业对英国软件公司Pulsic Limited的全资收购。<sup>11</sup>Pulsic是一家EDA软件公司, 专注于精密设计自动化, 其高级定制数字和模拟设计解决方案是对现有设计流程、标准和数据

---

6. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1092802/aquisition-scamp5-scamp7-know-how-final-order-notice-20220720.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1092802/aquisition-scamp5-scamp7-know-how-final-order-notice-20220720.pdf)

7. <https://www.ft.com/content/dee8c799-0bbb-4869-96c2-4a733e72bd83>

8. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1092802/aquisition-scamp5-scamp7-know-how-final-order-notice-20220720.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1092802/aquisition-scamp5-scamp7-know-how-final-order-notice-20220720.pdf)

9. <https://www.asiafinancial.com/uk-stops-deal-to-sell-chinese-company-vision-technology>

10. <https://www.ft.com/content/dee8c799-0bbb-4869-96c2-4a733e72bd83>

11. <https://www.gov.uk/government/publications/acquisition-of-pulsic-ltd-by-super-orange-hk-holding-ltd-notice-of-final-order/acquisition-of-pulsic-ltd-by-super-orange-hk-holding-ltd-notice-of-final-order>



库的补充,与手动设计或其他EDA软件解决方案相比,Pulsic的技术可以更快地提高制作的质量。<sup>12</sup>Pulsic的客户包括全球顶尖的半导体公司。<sup>13</sup>

夸西·克沃滕称,Pulsic拥有的EDA软件知识产权、技术可以用于集成电路制造,这些集成电路又可以用在民用或军用供应链中,以供使用者建立国防或科技能力;而收购将令上述实体和资产转移给收购方,形成国家安全的风险,因此援引NSI法案下令禁止这一收购。<sup>14</sup>

上述三起被NSI法案否决的涉中资交易具有一些共同特征,第一,涉及的技术基本均有军民两用性;第二,涉及的技术具有比较明显的技术优势,或者目标公司的生产规模在行业中占据领先地位,交易可能对于目标公司所在行业造成整体影响;第三,均与半导体、芯片行业有着密切关系,在全球芯片短缺、主要经济体间开展激烈技术竞争的大背景下,先进芯片的战略意义日渐凸显。

## 6.4 NSI法案附条件批准的涉中资交易

根据公开信息,目前有三起涉中资企业交易虽被允许,但BEIS克以一系列国家安全风险缓解措施。简要情况如下:

- 某国资企业定增某A股上市航空公司:2017年,某A股上市航空公司宣布完成对英国航空零部件制造商、空中客车重要供应商之一Gardner Aerospace Holdings Limited的收购;2018年,某国资企业出资认购该上市公司定向增发的股份,成为该上市公司第二大股东。英国主管机构于2022年对两者之间某起交易进行了回溯性的国家安全审查,并认为该交易可能对英国国家安全构成风险,理由是涉及到一家英国航空制造业公司的安全。**也就是说,中资企业的在英子公司可能会使得BEIS的管辖权延展至英国境外、对纯中国境内交易展开审查。**该交易最终获得BEIS附条件许可,而所附条件包括:限制Gardner向中方股东提供信息,免去中方股东在Garnder董事会任命的董事,向Garnder董事会委派一名来自英国政府的观察员,Garnder向中方股东转让资产时需通知监管部门,以及一系列其他安全措施。

12.<https://www.163.com/dy/article/HF60QT2A0511838M.html>

13.<https://www.theguardian.com/business/2022/aug/18/kwasi-kwarteng-blocks-takeover-of-pulsic-by-hong-kong-rival-over-security-concerns>

14.<https://www.gov.uk/government/publications/acquisition-of-pulsic-ltd-by-super-orange-hk-holding-ltd-notice-of-final-order/acquisition-of-pulsic-ltd-by-super-orange-hk-holding-ltd-notice-of-final-order>

- 某中资企业收购某英国电池储能项目发展权：该收购获得BEIS附条件许可，条件包括：中资收购方在委任项目营运方时必须经过英国政府批准，以及限制项目营运方向中资收购方分享敏感信息。
- 某中资企业收购英国西北电力公司部分股权：该收购获得BEIS附条件许可，条件包括：限制中方股东对企业重要员工的任命权，以及限制向中方股东分享敏感信息。

## CHAPTER 007

**对中资企业赴英投资的建议**

英国《国家安全和投资法案》是英国首次引入独立的外国投资审查制度，该法案的适用范围极为广泛（甚至有纯中国境内交易受到审查），并且规定了强制申报、主动介入等程序，加强了企业的合规义务，也提高了交易的不确定性。不遵守强制申报制度有可能受到严重的刑事和民事处罚，相关投资也将被视为无效。

鉴于NSI法案生效不足一年却呈现出非常活跃的监管趋势，而中资企业在监管中受到了重点关注，我们建议企业充分评估其交易的风险状况，对涉英投资可能面临的国家安全风险树立起充分认识，并对相关强监管态势在交易架构、交易进度、交易结果等方面做好充分预期与准备，特别是涉及到如下方面的交易：(i)涉及NSI法案要求强制申报的17个行业的；(ii)收购方具有较高风险特征的，或(iii)收购方对标的拥有高度控制权的；对已有涉英投资的，做好相关合规风险排查，提前进行合规布局。



余昕刚  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2078  
scotttyu@zhonglun.com



侯彰慧  
合伙人  
公司业务部  
北京办公室  
+86 10 5957 2336  
houzhanghui@zhonglun.com

# *chapter 2*

## 出口管制合规与 经济制裁应对

01

美芯片新规  
应对指南





# 美国“先进计算芯片和半导体制造物项”新规全景解读

张国勋 于治国 潘静怡

2022年10月7日,美国商务部通过《联邦纪事》<sup>1</sup>公开了对中国先进计算和半导体制造物项实施出口管制的新规则(以下简称“**新规**”),分阶段于2022年10月7日,12日和21日生效。美国商务部产业安全局(Bureau of Industry and Security, **BIS**)在**先进计算芯片和半导体制造物项**的两个关键领域,“祭出”了限制美国物项出口、扩大长臂管辖范围和控制“美国人”在华从业等多角度、多层次的限制政策和措施,将对我国集成电路等半导体行业发展造成明显影响。

从美国国家安全和外交政策方面考虑,新规一方面聚焦对特定先进计算相关芯片和集成电路、超级计算<sup>2</sup>最终用途的相关交易,加强对实体清单中某些实体相关交易的进一步管控;另一方面,新规对特定半导体制造物项和特定集成电路最终用途的交易实施了新的管制措施。主要修订要点如下:

**1.在《商业控制清单》(Commerce Control List , CCL)中新增四项管制物项**,分别对应高性能计算芯片(3A090),包含高性能计算芯片的计算机、电子组件或元件(4A090),与开发生产前述计算机、电子组件或元件的专用软件(4D090),以及特定先进半导体制造设备(3B090)等。

**2.新增三项外国直接产品规则,扩大域外管辖范围。**将特定外国(例如中国或其他第三国)制造的先进计算物项和用于超级计算机最终用途的特定外国制造物项纳入直接产品规则,从而纳入美国《出口管理条例》(Export Administration Regulations, **EAR**)的管辖范围。修订实体清单直接产品规则,加严在华芯片、集成电路等半导体实体的管

1.公告原文链接请见:<https://www.federalregister.gov/public-inspection/2022-21658/additional-export-controls-certain-advanced-computing-and-semiconductor-manufacturing-items>

2.此次修订增加超级计算机的定义:“a computing system having a collective maximum theoretical compute capacity of 100 or more double-precision (64-bit) petaflops or 200 or more single-precision (32-bit) petaflops within a 41,600 ft (cubed) or smaller envelope”。

制力度。在实体清单中增加脚注4，囊括在华重要半导体行业实体，进一步加强管制；

**3.增加对超级计算机和国内半导体制造最终用途的管控；**

**4.对“美国人”在华提供的特定“支持”活动设置限制。**禁止“美国人”未经许可对中国境内的半导体制造工厂开展芯片开发或生产提供支持；

**5.设立供应链缓冲工具。**为减轻对半导体供应链的短期冲击，设立一项针对非中国最终用户的临时通用许可(Temporary General License, **TGL**)；

**6.过渡期条款。**根据措施内容的优先缓急分阶段给予业界缓冲过渡，特别是海上运输。

## PART 001

## 新增四项管制物项

---

新规在CCL中增加了四项管控物项，分别对应高性能计算芯片(3A090)，包含高性能计算芯片的计算机、电子组件或元件(4A090)，与开发生产前述计算机、电子组件或元件的专用软件(4D090)，以及特定先进半导体制造设备(3B090)等。

### (一) 特定先进和高性能计算芯片3A090

新增对先进计算相关的芯片和集成电路的管制。涉及的物项例如具有或可编程获得输入输出双向传输率总计600 Gbyte/s或以上的集成电路(不包括易失性存储器)。该类芯片包括但不限于GPU、CPU以及内存芯片等类别产品。

### (二) 含有上述芯片的计算机、电子组件或元件4A090

新增对包含高性能计算芯片的计算机、电子组件或元件的管制。未来也可能通过修订补充其他受控物项。

### (三) 开发生产上述计算机、电子组件和元件的专用软件4D090

新增对为“开发”或“生产”ECCN 编码4A090中规定的计算机及相关设备、电子组件和元件而专门设计或修改的软件。

### (四) 特定半导体制造设备3B090

该项管控的物项是特定半导体制造设备，主要是符合特定技术指标的半导体制造沉积设备。

### (五) 管制政策

增加对上述物项“区域稳定”(Regional Stability, **RS**)的管制原因，对中国全域的出口、再出口和境内转移需要申请许可证。针对上述物项许可证的申请，BIS将实施推定拒绝(presumption of denial)的许可证审查政策。但是如中国境内的最终用户总部在美



国,或总部位于EAR规定的A:5或A:6组国家或地区(包含日、韩和台湾地区),许可政策为“逐案审查”(case-by-case)。如上许可政策区别体现出美国对芯片联盟(美、日、韩和台湾地区,简称**CHIP4**)在华生产销售利益的兼顾。

相应的,与上述先进计算芯片相关的其他软件和技术(即ECCN编码为3D001、3E001、4D090、4E001),均新增RS作为管制原因。这些软件和技术向中国全域出口、再出口或境内转移时,按照相同的管制政策进行管控。

## PART 002

### 新设“实体清单脚注4实体”“先进计算”及“超级计算机”三项直接产品规则

新规通过新增“实体清单脚注4实体”、“先进计算”及“超级计算机”三项直接产品规则,扩大了美国出口管制的域外管辖范围,将特定含有美国成分的外国制造产品纳入管控。新增规则均于2022年10月21日生效。

#### (一) 实体清单脚注4实体规则:

此项规则将针对新增的带有脚注4<sup>3</sup>的28家实体清单企业适用,同时满足以下产品范围和最终用途范围的外国制造物项将落入这一规则受到EAR管辖。具体规则如下:

##### 1. 产品范围

(1) 构成ECCN编码为3D001,3D991,3E001,3E002,3E003,3E991, 4D001,4D993, 4D994,4E001,4E992,4E993,5D001,5D002,5D991,5E001,5E002和5E991的受EAR管辖的软件或技术的“直接产品”;或者

(2) 由位于美国境外的任何工厂或工厂的主要设备(指对生产物项至关重要的设备,包括测试设备),且工厂或工厂的主要设备本身构成ECCN编码为3D001, 3D991,3E001,3E002,3E003,3E991,4D001,4D993,4D994,4E001,4E992,4E993,5D001,5D991,5E001,5E991,5D002和5E002的美国原产技术或软件的“直接产品”。

3.具体请见EAR第744节附件4中的实体清单“许可证要求”一栏。

## 2.最终用户范围

如果“知晓”存在如下任一情形：

(1) 外国制造物项将被纳入 (incorporated into) 或将被用于“生产”或“开发”任何“零件”、“部件”或“设备”，而这些“零件”、“部件”或“设备”是由实体清单脚注4实体生产、购买或订购的；或者

(2) 实体清单脚注4实体是涉及外国制造物项的任何交易的当事方，例如购买者、中间收货人、最终收货人或最终用户。

关于“知晓”（包括其他变体词，如“知道”、“有理由知道”或“有理由相信”），EAR规定的含义为，知晓某一情形不仅包括正面知晓某一情形的存在，或极为肯定其将要发生，也包括意识到该情形的存在或未来发生具有极高可能性。这种意识可以从与某人有意忽略其所知晓的事实相关的证据中推断出，也可以从某人故意避开某些事实的行为中推断出，下文同。

上述实体清单脚注4实体FDP规则与“华为规则”（实体清单脚注1实体FDP规则）基本一致，主要区别在于受控软件和技术数量从16个增加至18个（增加了与加密相关的软件和技术：5D002和5E002），进一步拓宽了可能受EAR管辖的外国制造物项范围。

## （二）先进计算FDP规则：

根据先进计算直接产品规则，同时满足以下产品范围和最终用途范围的外国制造物项，将受到EAR管辖。具体规则如下：

### 1.产品范围：

(1) 构成ECCN编码为3D001,3D991,3E001,3E002,3E003,3E991,4D001,4D090,4D993,4D994,4E001,4E992,4E993,5D001,5D002,5D991,5E001,5E991,5E002的受EAR管辖的软件或技术的直接产品；且外国产品本身落入ECCN编码3A090,3E001 (3A090相关),4A090,4E001 (4A090相关)，或落入其他ECCN但满足3A090和4A090描述技术指标的集成电路、计算机、电子集成 (electronic assembly) 或组件；或者

(2) 由构成ECCN编码为3D001,3D991,3E001,3E002,3E003, 3E991,4D001,4D090, 4D993,4D994,4E001,4E992,4E993,5D001,5D002,5D991,5E001,5E991,5E002的美国原产技术和软件的直接产品的美国境外工厂或工厂主要部分生产;且外国产品本身落入ECCN编码3A090,3E001 (3A090相关), 4A090,4E001 (4A090相关), 或属于其他ECCN但满足3A090和4A090描述技术指标的集成电路、计算机、电子集成 (electronic assembly) 或组件。

## 2.目的地和最终用途范围:

(1) “知晓”最终目的地为中国, 或将被纳入最终目的地为中国的非EAR99的零部件、计算机或设备;或者

(2) “知晓”外国制造产品是由总部位于中国的实体所研发的技术, 并将用于光罩或集成电路晶圆或晶粒 (die) 的生产。

## (三) 超级计算机FDP规则

同时满足以下产品范围和国别/最终用途范围的外国制造物项, 将落入超级计算机直接产品规则的范畴而受到EAR管辖。具体规则如下:

### 1.产品范围:

(1) 构成ECCN编码为3D001,3D991,3E001,3E002,3E003,3E991,4D001,4D090, 4D993,4D994,4E001,4E992,4E993,5D001,5D002, 5D991,5E001,5E991,5D002,5E002的受EAR管辖软件或技术的直接产品;或者

(2) 由构成ECCN编码为3D001,3D991,3E001,3E002,3E003, 3E991,4D001,4D090, 4D993,4D994,4E001,4E992,4E993,5D001, 5D002,5D991,5E001,5E991,5D002,5E002的美国原产技术和软件的直接产品的美国境外工厂或工厂主要部分生产。

### 2.国别和最终用途范围:

(1) “知晓”外国制造物项将用于设计、开发、生产、运行、安装、维护、维修、翻修或翻新位于中国境内或发往中国的超级计算机;或

(2) “知晓”外国制造物项将纳入或用于位于中国境内或发往中国的超级计算机的零部件或设备的研发或生产。

## PART 003

## 增加“超级计算机”和“半导体制造”最终用途的管控

新规对特定“超级计算机”和“半导体制造”最终用途设置了新的限制措施。当出口商、再出口商等“知晓”涉华出口、再出口或境内转移的特定受控物项，其最终用途为“超级计算机”和“半导体制造”的相关特定物项时，需要向BIS申请许可证。

## (一) “超级计算机”最终用途出口管制

“超级计算机”最终用途的管制新规，从**产品范围 (Product Scope)**和**最终用途范围 (End-use Scope)**两个角度把握。当任何管控物项符合产品范围，且明知该物项用于位于中国或目的地是中国的超级计算机时，都需要申请许可证。该措施自2022年10月21日起生效。

| 产品范围   | 最终用途范围   |
|--|--|
| (i) 受EAR管辖的集成电路 (IC)，ECCN 编码为3A001, 3A991, 4A994, 5A002, 5A004或5A992；<br>且出口商、再出口商、境内转移方“知晓”物项将用于第(i)或(ii)项规定的最终用途。          | (i) “开发”、“生产”、“使用”、“操作”、安装 (包括现场安装)、维护 (检查)、修理、大修或翻新位于或运往中国的“超级计算机”；<br>(ii) “置入”或用于位于或运往中国的“超级计算机”的任何“组件”或“设备”的生产或“开发”。 |
| (ii) 受EAR管辖的计算机、“电子组件”或“部件”，ECCN编码为4A003, 4A004, 4A994, 5A002, 5A004, 或 5A992；<br>且出口商、再出口商、境内转移方“知晓”物项将用于第(i)或(ii)项规定的最终用途。 |  |



## (二) “半导体制造”最终用途出口管制

“半导体制造”最终用途限制措施于2022年10月7日生效。同样，“半导体制造”最终用途限制措施也需要从**产品范围 (Product Scope)**和**最终用途范围 (End-use Scope)**两个角度把握。

| 产品范围  | 最终用途范围  |
|---|---|
| (iii) 任何受EAR管辖的物项, 出口商、再出口商、境内转移方“知晓”物项将用于(A)-(C)规定的最终用途。                                 | (iii) 在中国大陆境内的半导体制造“工厂”中“开发”或“生产”集成电路, 且制造的集成电路满足以下标准:<br>(A)使用非平面结构或"生产"技术节点为16/14纳米或以下的逻辑集成电路 <sup>4</sup> ;<br>(B)具有128层或更多的NOT-AND ( <b>NAND</b> ) 存储器集成电路;或<br>(C)动态随机存取存储器( <b>DRAM</b> )集成电路, 使用半间距为18纳米或更小的"生产"技术节点。 <sup>5</sup> |
| (iv) 任何受EAR管辖的物项, 且属CCL中规定的第3类B, C, D, E组规定的ECCN编码, 出口商、再出口商、境内转移方“知晓”物项将用于第(iv)项规定的最终用途。 | (iv) 在中国大陆境内的半导体制造“工厂”中“开发”或“生产”集成电路, 但出口商、再出口商、境内转移方不“知晓”制造的集成电路是否满足上述(A)-(C)规定的标准 <sup>6</sup> 。  |
| (v) 任何受EAR管辖的物项, 出口商、再出口商、境内转移方“知晓”物项将用于第(v)项规定的最终用途。                                     | (v) 在中国大陆境内“开发”或“生产”任何“零部件”、“组件”或“设备”, 其ECCN编码为3B001, 3B002, 3B090, 3B611, 3B991, 或3B992。   |

4.Logic integrated circuits using a non-planar architecture or with a “production” technology node of 16/14 nanometers or less;

5.Dynamic random-access memory (DRAM) integrated circuits using a “production” technology node of 18 nanometer half-pitch or less;

6.The “development” or “production” of integrated circuits at any semiconductor fabrication “facility” located in the PRC, but you do not know whether such semiconductor fabrication “facility” fabricates integrated circuits that meet any of the criteria in paragraphs (a)(2)(iii)(A) through (C) of this section;

除上述规定以外，BIS还可以以通知的形式（具体单独通知或公告）要求针对任何受EAR管辖物项的出口、再出口和境内转移办理许可证。

### （三）许可政策

针对“半导体制造最终用途”的新规的许可政策为“推定拒绝”（presumption of denial）。如中国境内的最终用户其总部在美国，或总部位于EAR规定的A:5或A:6组国家或地区，许可政策为“逐案审查”（case-by-case）。针对超级计算机和半导体制造最终用途的新规不适用许可例外。

## PART 004

### 新设“美国人”在华提供的特定“支持”活动的从业限制

---

新规以规则修订的方式通知“美国人”，未经许可不得在中国境内从事“支持”开发和生产特定先进计算芯片和半导体生产相关的工作。

#### （一）“美国人”

“美国人”具体包括：

1. 美国公民或具有美国永久居留权的人，以及根据美国法下受保护的难民。其中，在华工作的持有美国绿卡的非美籍永久居民也属于“美国人”的范围；
2. 任何根据美国及美国境内管辖地法律设立的法人（包括在外国的分支机构）；
3. 在美国境内的任何人（包括在美国研发中心的持工作签证外籍工作人员）。

#### （二）受影响物项

限制行为主要集中于两个层面的物项：

一是先进计算芯片相关的制造、技术和软件（即ECCN3B090以及与其相关的3D001和3E001物项）。无论在华的最终用户和最终用途如何，“美国人”都不能在未经许可的情况下从事“支持”性行为。

二是与三种特定先进计算芯片相关的物项,即(A)使用非平面结构或“生产”技术节点为16/14纳米或以下的逻辑集成电路;(B)具有128层或更多的NOT-AND (NAND) 存储器集成电路;(C)动态随机存取存储器(DRAM)集成电路,使用半间距为18纳米或更小的“生产”技术节点。“美国人”也被禁止在未经许可的情况下,从事部分“支持”上述产品开发和生产的行为。

### (三) 具体限制行为

具体限制的支持性行为<sup>7</sup>包括:

#### ● 将任何不受EAR管辖的物项用于中国境内开发和生产特定性能的集成电路

(1) 向中国或在中国境内运输、传输或在中国境内转移任何不受EAR管辖的物项,且“知晓”该物项将被用于在中国境内的半导体制造“工厂”中“开发”或“生产”集成电路,同时,制造的集成电路符合以下(A)-(C)的三项任何标准:

(A) 使用非平面结构或“生产”技术节点为16/14纳米或以下的逻辑集成电路;

(B) 具有128层或更多的NOT-AND (NAND) 存储器集成电路;或

(C) 动态随机存取存储器 (DRAM) 集成电路,使用半间距为18纳米或更小的“生产”技术节点;或<sup>8</sup>

(2) 为任何不受EAR管辖的物项的运输、传输或境内转移提供便利,且“知晓”该物项将被用于在位于中国的半导体制造“工厂”中“开发”或“生产”集成电路,同时,制造的集成电路符合上述(A)-(C)的任何标准;

(3) 为任何不受EAR管辖的物项提供服务,且知道该物项将被用于位于中国的半导体制造“工厂”中集成电路的“开发”或“生产”,同时,制造的集成电路符合上述(A)-(C)的任何标准;

7.根据EAR第744.6(b) (6) 的规定,“支持”是指:

(1) 从一个外国向另一个外国运送或传输任何不受EAR管辖的物项 (包括以任何方式将该种物项送入或带出外国), 且明知该物项将被用于本节(b)(1)至(5)段所述的任何最终用途或最终用户。

(2) 境内转移任何不受EAR限制的物项, 且明知该物项将被用于本节(b)(1)至(5)段所述的任何最终用途或最终用户。

(3) 为运输、传输或境内转移提供便利;或

明知履行合同、提供服务或雇佣行为可能协助或有利于本节(b)(1)至(5)段所述的任何最终用途或最终用户而仍从事此类活动, 此类活动包括但不限于: 订购、购买、移除、隐藏、储存、使用、销售、贷款、处置、服务、融资、运输、货运代理, 或进行谈判 (以促进上述任何最终用途或最终用户)。

8.(A) Logic integrated circuits using a non-planar architecture or with a “production” technology node of 16/14 nanometers or less;

(B) NOT-AND (NAND) memory integrated circuits with 128 layers or more; or

(C) Dynamic random-access memory (DRAM) integrated circuits using a “production” technology node of 18 nanometer half-pitch or less; or

- **将第3类物项用于中国境内开发和生产非特定性能的集成电路**

(4) 向中国或在中国境内运输、传输或境内转移任何不受EAR管辖且符合CCL规定的第3类B, C, D, E组规定的ECCN技术标准的物项, 且“知晓”该物项将被用于位于中国境内的任何半导体制造“工厂”的集成电路的“开发”或“生产”, 但不能确定该半导体制造“工厂”制造的集成电路是否符合上述(A)-(C)的任何标准;

(5) 为向中国或在中国境内运输、传输或境内转移任何不受EAR管辖且符合CCL规定的第3类B, C, D, E组规定的ECCN技术标准的物项提供便利, 且“知晓”该物项将被用于在中国境内的任何半导体制造“工厂”的集成电路的“开发”或“生产”, 但不能确定该半导体制造“工厂”制造的集成电路是否符合上述(A)-(C)的任何标准;

(6) 为任何不受EAR管辖且符合CCL规定的第3类B, C, D, E组ECCN技术标准的物项提供服务, 且“知晓”该物项将用于位于中国的任何半导体制造“工厂”的集成电路的“开发”或“生产”, 但不能确定该半导体制造“工厂”制造的集成电路是否符合上述任何标准;

- **将特定ECCN编码物项用于任何用途**

(7) 向中国或在中国境内运输、传输或境内转移任何不受EAR管辖的且符合ECCN为3B090、3D001 (针对3B090) 或3E001 (针对3B090) 技术标准的物项, 无论最终用途或最终用户为何;

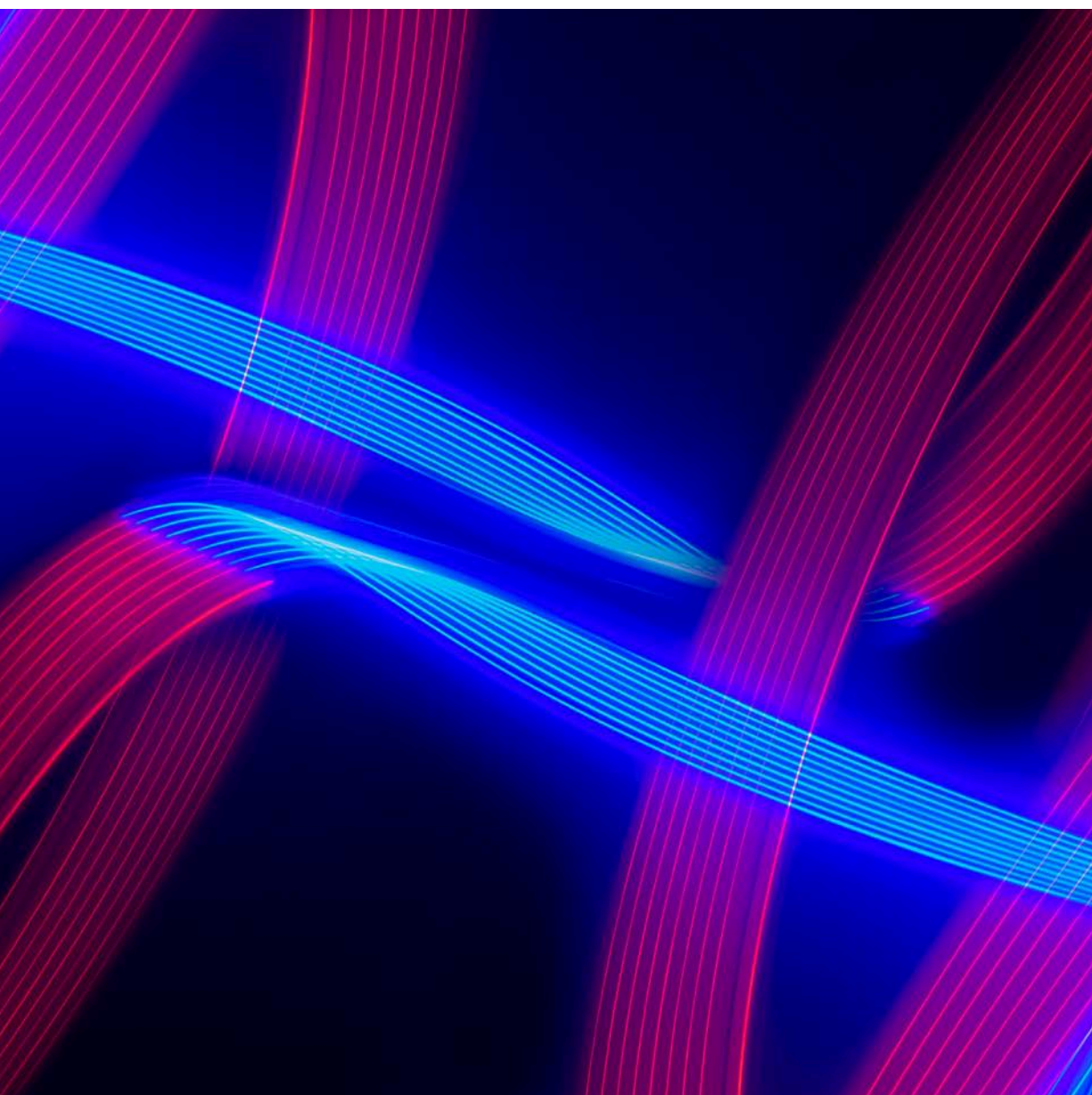
(8) 为任何不受EAR管辖且符合ECCN为3B090、3D001 (针对3B090) 或3E001 (针对3B090) 技术标准的物项向中国或在中国境内的运输、传输或在中国境内转移提供便利, 无论最终用途或最终用户为何;

(9) 为任何位于中国境内且符合ECCN为3B090、3D001 (针对3B090) 或3E001 (针对3B090) 技术标准的物项提供服务, 无论最终用途或最终用户如何。

根据2022年10月13日晚的BIS公开会议解释, 上述提及的在中国境内的半导体制造“工厂”(semiconductor fabrication “facility”)是指半导体生产环节涉及的工厂, 后续不涉及改变技术节点的环节不涵括在内。



新规以规则修订的方式通知“美国人”，未经许可不得在中国境内从事“支持”开发和生产特定先进计算芯片和半导体生产相关的工作。



## PART 005

**供应链缓冲工具**

为减轻对半导体供应链的短期冲击，美国设立了一项针对非中国最终用户的临时通用许可（TGL）。

自2022年10月21日起至2023年4月7日，总部非位于D:1、D:5或E组国家的企业，可以继续从事整合、安装、检查、测试、质保和销售3A090和4A090及相关软件技术（3D001, 3E001, 4D090, 4E001），或落入其他ECCN的任何符合或超出3A090和4A090描述技术指标的计算机、集成电路、电子零部件和组件、相关软件和技术。但此项许可例外不适用于最终用户或最终收货人在中国的情形。



## PART 006

## 过渡期条款

---

此次修订规则包括过渡期条款(savings clause), 具体内容如下:

如交易物项因此次修订不再适用许可例外或无许可证要求, 但在2022年10月7日前, 已在码头、驳船转载或由承运人装载或由承运人运输至出口港途中, 根据实际订单仍可继续使用之前的许可例外或无许可证要求完成交易, 只要出口、再出口和境内转移物项在2022年11月7日午夜前完成。在此时间之前未实际完成的交易将受到相关许可证规定要求的约束。

此外, 与3A991.p和4A994.1相关的软件 and 技术的视同出口和视同再出口如因此次修订需要办理许可证的, 仅在外国主体超出之前能够获取的软件和技术范围之外时才需要办理。

## PART 007

## 合规和应对建议

---

美国商务部此次加严出口管制的新规, 涉及面广、危害性大, 对经营管理、员工队伍、供应链和研发生产等企业生产经营多个环节都会造成明显的负面影响。结合工作经验, 根据此次新规的特点, 我们提出部分合规建议供相关企业和行业协会参考:

**一是稳定员工队伍。**此次新规对“美国人”的突击可能严重影响管理和技术团队的稳定。建议稳妥有步骤地推进身份+行为的合规风险分析, 结合合规风险判断进行工作调整、身份管理、税务协调(美国身份放弃会有弃籍税)、许可申请等应对工作, 最大程度稳定核心团队的稳定。

**二是在过渡期中迅速扩充库存。**从研发、生产计划反向推导极限生存计划, 在过渡期中多方采购所需物资材料和设备, 相关技术软件等, 做好自身技术人员后期维护保养的技术储备, 以备后期无法获得售后服务。

**三是保障供应链弹性。**鉴于新规落地速度很快, 相关受控物项自美国甚至其他国家的进口可能因为过度合规应激反应突然受阻。建议与现有供应商开展谈判, 迅速寻找候

选供应商,稳定生产经营所需的技术、设备和零部件的供应。

**四是开展供应链筛查。**建议相关企业开展对上下游企业、产品涉美国受管制技术情况、产品最终用途等的全面筛查与风险评估,全面筛查和识别供应链中存在的风险。

**五是加强行业协调。**美国新规影响全行业层面,需要在全行业角度在企业间进行协调,跳出规则站在国家和行业角度统一立场和应对方案,从政府双边谈判和行业协会协调自救多层面采取集体行动应对。

**六是防止单边措施多边化。**在2022年10月13日的公开听证会上,美国商务部明确表示将把新规措施推广到瓦森纳机制,实现瓦森纳机制40多个成员国的联合管控扩大影响,将进一步加剧对我国芯片行业的打击。建议从政府和行业层面要警惕规则的进一步升级和扩大化,预防性的开展有关磋商谈判。



张国勋  
高级顾问  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5087 2905  
zhangguoxun@zhonglun.com



于治国  
非权益合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5796 5075  
yuzhiguo@zhonglun.com

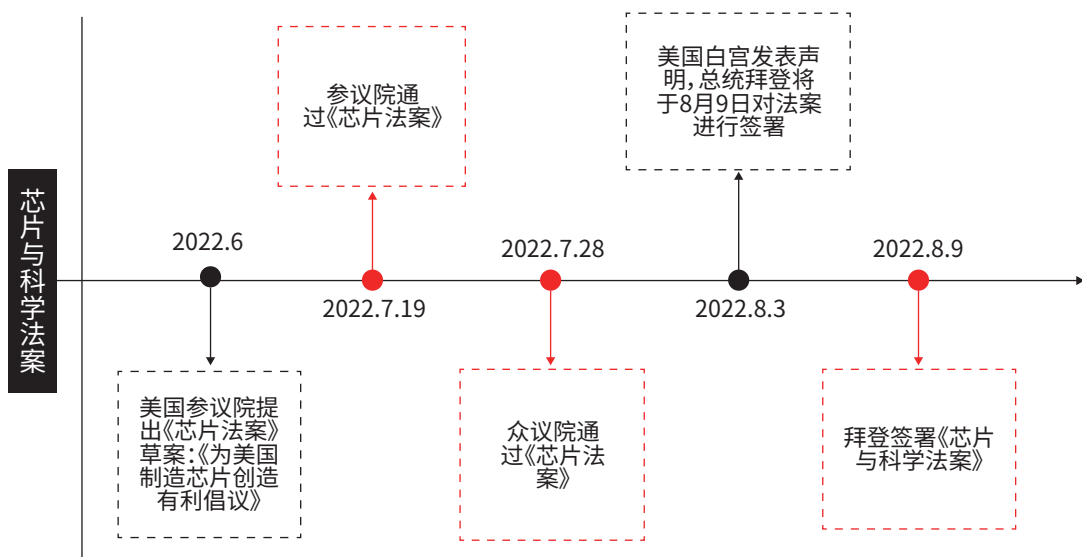




# 美国《2022 芯片与科学法案》 解读及其应对指南

刘相文 王涛 蒋孟菲

北京时间2022年8月9日晚间,美国总统拜登正式签署《2022芯片与科学法案》(CHIPS and Science Act of 2022, 下称“《芯片法案》”)。该法案整体涉及金额约2800亿美元,包括向半导体行业提供约527亿美元的资金支持,为企业提供价值240亿美元的投资税抵免,鼓励企业在美国研发和制造芯片,并在未来几年提供约2000亿美元的科研经费支持等。尤其值得关注的是,《芯片法案》限制美国企业支持中国等国家的半导体研发和生产。《芯片法案》一经颁布,即引起境内外相关行业的广泛关注。我们现对《芯片法案》的主要内容,尤其是其中与中国相关联的条款进行解读,供中国企业决策者参考。



(“《芯片法案》时间表”)

CHAPTER 001

《芯片法案》要点解读

(一) 补贴美国半导体产业

《芯片法案》计划设置“美国劳动力和教育基金”，为半导体产业提供527亿美元的补贴，具体如下：

| 基金名称            | 2022             | 2023            | 2024            | 2025            | 2026            | 2027          |
|-----------------|------------------|-----------------|-----------------|-----------------|-----------------|---------------|
| 美国芯片基金          | \$24,000,000,000 | \$7,000,000,000 | \$6,300,000,000 | \$6,100,000,000 | \$6,600,000,000 |               |
| 美国芯片国防基金        |                  | \$400,000,000   | \$400,000,000   | \$400,000,000   | \$400,000,000   | \$400,000,000 |
| 美国芯片国际科技安全和创新基金 |                  | \$100,000,000   | \$100,000,000   | \$100,000,000   | \$100,000,000   | \$100,000,000 |
| 美国芯片劳动力和教育基金    |                  | \$25,000,000    | \$25,000,000    | \$50,000,000    | \$50,000,000    | \$50,000,000  |

上述补贴资助的活动包括：

1.在5年内向美国芯片基金分配500亿美元。该资金必须用于实施商务部的半导体激励措施和《2021财年国防授权法案》授权的研发和劳动力发展计划。每个财政年度，可将最高2%的资金用于工资和开支、行政管理和监督，且其中每年有500万美元可供监察长 (the inspector general) 使用。

美国芯片基金可用于以下拨款：

(1) 激励计划：在5年内分配390亿美元用于实施本法Sec. 9902授权的计划。具体而言，于2022财年分配190亿美元，于2023-2026财年每年分配50亿美元。其中20亿美元用于对汽车行业、军事和其他关键行业至关重要的传统芯片的生产，以促进经济和国家安全利益，60亿美元用于直接贷款和贷款担保产生的支出；

(2) 商业研发和劳动力发展计划：在5年内拨款110亿美元，用于实施本法Sec. 9906授权的计划，包括国家半导体技术中心、国家先进封装制造计划以及其他Sec. 9906授权的研发和劳动力发展计划。具体而言：于2022财年拨款50亿美元，其中20亿美元用于国家半导体技术中心，25亿美元用于先进封装制造计划，5亿美元用于其他相关研发项目；逐年提供资金供国家半导体技术中心、先进封装制造计划和其他相关研发计划使用，具体而言，2023财年提供20亿美元，2024财年提供13亿美元，2025财年提供11亿美元，2026财年提供16亿美元。

2. 向美国芯片国防基金分配20亿美元：资金将用于微电子共用网络以及半导体劳动力培训。

3. 向美国芯片国际科技安全和创新基金分配5亿美元：资金将分5年分配给国务院，协同美国国际开发署、进出口银行和美国国际开发金融公司，与外国政府合作伙伴相协调，以支持国际信息和通信技术安全以及半导体供应链活动，包括支持安全和可信的电信技术、半导体和其他新兴技术的开发和应用。

4. 向美国芯片劳动力和教育基金分配2亿美元：分期5年提供给国家科学基金会资金以促进半导体劳动力的增长。预计到2025年，半导体产业将增加9万名劳动力。

## (二) 限制受援实体提升中国半导体制造能力

《芯片法案》第103条“半导体激励”对《2021财年国防授权法》进行了修正，以确保美国国内半导体制造商有资格获得《芯片法案》下的联邦财政援助，并加强美国国内半导体制造，但如果该制造商在对美国构成国家安全威胁的国家（如中国）扩建或建造新半导体生产设施，则不能获得《芯片法案》下的援助资金。

### 1. 签署协议

《芯片法案》要求，在向有资格获得联邦财政援助的半导体制造商（下称“**受援实**



体”)提供联邦财政援助的至少21天前,受援实体必须与商务部签订协议,约定从接受联邦财政援助之日起的10年内,受援实体不得参与任何使中国或任何其他“受关注的外国”(foreign country of concern)(包括俄罗斯、伊朗、朝鲜等对美国构成“国家安全威胁”的国家)半导体制造能力得到实质性扩张(material expansion)的重大交易。目前法案并未对“实质性扩张”或“重大交易”给出相关定义,业界认为,这是为了给美国政府更多的空间,可以在未来决定“实质性扩张”的涵盖范围,以调整该法案对中国的影响程度。

在协议的适用期限内,受援实体应将其在中国及其他“受关注的外国”实质性扩大半导体制造能力的重大交易通知商务部长。

## 2.例外情况

如果符合《芯片法案》规定的例外情况,则不受到上述限制。例外情况包括:

- (1) 受援实体现有的用于制造传统半导体(legacy semiconductors)的设施或设备;或
- (2) 虽然属于促进半导体制造能力实质性扩张的重大交易,但该交易旨在生产传统半导体,并且主要服务于受关注的外国市场。

《芯片法案》将“传统半导体”定义为28纳米或更早一代的半导体技术,或由美国政府决定的任何半导体技术,但不包括对国家安全至关重要的半导体。

此外,协议签署要求以及例外情况不仅适用于受援实体本身,也适用于根据1986年《国内税收法》第1504(a)条受援实体的任何关联集团成员。1986年《国内税收法》第1504(a)规定,“关联集团”是指因股票所有权而存在共同母公司的一个或多个公司集团;该共同的母公司在至少一个公司中直接拥有80%及以上的投票权和价值,且5年内不能合并重组;且前述80%及以上的投票权和价值被共同母公司之外的一个或多个公司直接拥有。前述定义中的“股票”不包括:无表决权的;在股息方面是有限的和优先的,并且不参与公司发展;赎回和清算权(合理的赎回或清算溢价除外)不超过该股票发行价格;以及不能转换为另一类的股票。

### (3) 违反协议约定的后果

如前所述,受援实体必须向商务部报告其实质性扩大中国半导体制造能力的重大交易。商务部长在收到受援实体通知之日起90天内,在与国防部长和国家情报局局长协商后,应确定通知中描述的重大交易是否会违反协议要求,并通知该受援实体。

如果通知确定重大交易会违反协议要求,收到商务部通知的受援实体应当在45天内向商务部长提供证据证明,所涉重大交易已经停止或被放弃。若该受援实体未能停止或纠正其违约行为,商务部长将收回根据《芯片法案》向受援实体提供的全部联邦财政援助资金。

### (三) 限制税收抵免企业在华建设半导体设施

企业如果建造或购置主要用于制造半导体或半导体制造设备的资产,《芯片法案》将给予25%的先进制造业投资税收抵免。接受先进制造业投资税收抵免的公司不得在对美国构成国家安全威胁的国家(如中国)扩建或建造新半导体生产设施。

#### 1. 税收抵免适用范围

适用《芯片法案》税收抵免规则的财产需要满足几个条件:(1)有形财产;(2)允许折旧(depreciation)或摊销(amortization);(3)由纳税人建造或重建,或如果纳税人是财产的原始使用人,则由纳税人获得;并且(4)是先进制造设施运作的组成部分。前述“先进制造设施”一词是指主要目的是制造半导体或半导体制造设备的设施,包括建筑物和结构性部件,但用于办公室、行政服务或其他与制造无关的功能的部分除外。

能够享受《芯片法案》税收抵免的纳税人需要满足几个条件:(1)不是受关注的外国实体(包括中国实体);(2)在纳税年度内没有进行《芯片法案》下的“相关交易”(applicable transaction)。《芯片法案》下的“相关交易”是指纳税人在中国或受关注的外国的半导体制造能力方面的重大交易,但主要扩大传统半导体制造能力的交易除外。



## 2. 税收抵免规则

先进制造业税收抵免是一项临时的、可退还的、不可转让的25%的税收抵免，用于投资美国的半导体制造设施。符合前述条件的纳税人，如果建造或获得前述符合条件的资产，可以在该财产投入使用的年份，申请相当于该合格财产成本25%的先进制造业税收抵免。

要获得先进制造业税收抵免：(1) 符合条件的财产必须在2022年12月31日之后投入使用；并且(2) 该财产必须在2027年1月1日之前开始施工建设。对于在2023年1月1日之前开始施工的符合条件的财产，只有在总统签署该法案之后增加到该财产的税基上的成本才适用税收抵免。对于在总统签署该法案后开始建设的符合条件的财产，所有相关费用都可以获得税收抵免。

## CHAPTER 002

## 对中美两国的影响

《芯片法案》在对美国多个领域产生激励效果的同时，也对中国半导体行业造成了压力。

### (一) 对美国各领域的激励

#### 1. 巩固美国在半导体领域的地位

虽然2021年美国的芯片销量在全球占比约47%，但这实际上仅反映了美国在芯片设计和制造设备等研发密集型活动中的主导地位。<sup>1</sup>大多数美国的半导体公司采用“晶圆厂”模式运营—在美国设计微芯片，但将生产外包到国外，导致美国的芯片产量从1990年占全球供应量的37%下降到今天的12%，进而导致美国目前没有能力制造最先进的微芯片。《芯片法案》为美国半导体的研究、开发、制造和劳动力发展提供高额补贴，意图通过激励措施及税收抵免的方式吸引半导体工厂落户美国。根据白宫简报<sup>2</sup>，《芯片

1. 2021 SIA State of the U.S. SEMICONDUCTOR Industry Report, <https://www.semiconductors.org/wp-content/uploads/2021/09/2021-SIA-State-of-the-Industry-Report.pdf>

2. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/08/09/fact-sheet-chips-and-science-act-will-lower-costs-create-jobs-strengthen-supply-chains-and-counter-china/>.

法案》提供的补贴将确保美国国内供应，创造数以万计的高薪工作、数以千计的高技术制造业工作，并促进数千亿美元的私人投资。

## 2. 确保先进发明在美国制造

《芯片法案》将在美国国家科学基金会设立技术、创新和合作伙伴关系理事会，在加强半导体、计算、通信技术、能源技术、量子信息技术和生物技术等领域研究的同时，推动技术的商业化，确保在美国的发明能够在美国制造。

## 3. 促进区域经济增长和发展

《芯片法案》将投资100亿美元用于在全国范围内建立20个区域技术中心，创造就业机会，刺激区域经济发展。《芯片法案》还拨款10亿美元给美国商务部经济发展管理局实施再竞争 (RECOMPETE) 试点计划，以缓解持续的经济困境，并促进最贫困社区的长期经济发展。

## 4. 培养美国本土理工类劳动力

科学、技术、工程和数学 (STEM) 教育和劳动力发展活动，对于发展以未来技术为基础的新兴产业的高技能工作所需的技能至关重要。据估计，美国半导体制造商的员工中，约有40%的人员来自美国以外，因此美国本土的STEM劳动力常面临着多项挑战<sup>3</sup>。为了解决这个问题，《芯片法案》设置了美国芯片劳动力和教育基金，并通过美国国家科学基金会发放，以使得来自边缘化、服务不足和资源不足的社区的人员，能够获得STEM教育和培训。

## (二) 对中国半导体行业的压力

根据《芯片法案》的规定，获得美国政府补贴和税收减免的厂商需要承诺，在十年内不在中国开展任何使半导体生产能力发生实质性扩张的重大交易，否则需要全额退还联邦补贴及减免的税收。据公开资料显示，台积电在南京建有16纳米和28纳米的晶圆厂，三星在西安建有闪存芯片工厂，SK海力士在无锡和大连建有芯片工厂。鉴于美国积极组建以美国、韩国、日本、中国台湾地区为核心的“芯片四方联盟” (Chip 4)，上述企业

---

3. <https://www.usssc.edu.au/analysis/explainer-the-chips-and-science-act-2022>.



可能有意在美国建厂并获取美国政府提供的补贴,由此影响其在中国的芯片生产和销售,进而对下游中国企业产生影响。然而对中国的半导体产业来说,希望《芯片法案》所带来负面影响是暂时性的,并由此激发中国自主创新的爆发力和持久动力,最终化为推动中国芯片自主研发的外部力量。

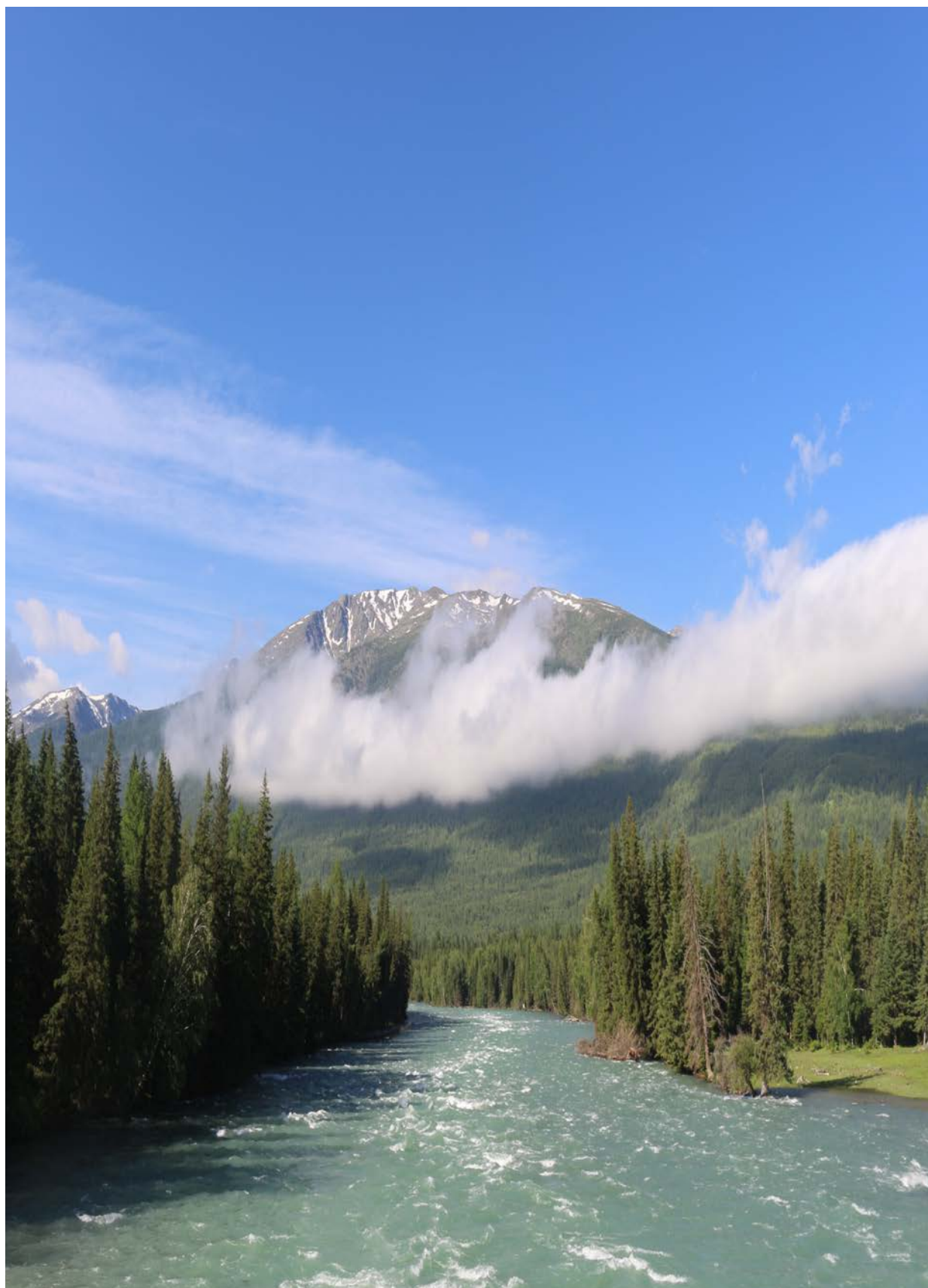
(唐露小荷对本文亦有贡献)



刘相文  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2050  
liuxiangwen@zhonglun.com

# 02

## 涉疆企业合规指引



# 从美国监管调查逻辑看涉疆 企业供应链安全与管理

王峰 王安艺

根据所谓 *Uyghur Forced Labor Prevention Act* (《维吾尔强迫劳动预防法案》, 简称“**UFLPA**”) 的规定, U.S. Customs and Border Protections (美国海关与边境保护局, 简称“**CBP**”) 于2022年6月21日正式开始实施“涉疆强迫劳动货物”的进口执法。

而在6月13日和6月17日分别发布的 *U.S. Customs and Border Protection Operational Guidance for Importers* (《美国海关和边境保护操作指引-针对进口商》, 简称“**操作指引**”) 和 *Strategy to Prevent the Importation of Goods Mined, Produced, or Manufactured with Forced Labor in the People's Republic of China* (《防止进口在中华人民共和国通过强迫劳动开采、生产或制造的产品的策略》, 简称“**防止策略**”), 就进口商如何证明没有涉及所谓的“涉疆”问题, 进行了相关说明, 并指引进口商进行尽调, 准备文件和资料, 以达到“自证清白”。

我们不再重复操作指引和防止策略的具体内容, 而是希望通过结合供应链安全和管理, 以及美国此类合规指引的特点, 为大家在国际贸易实务中, 如何理解美国CBP调查的逻辑, 找到一些降低风险和运营成本方案, 提供一些思路。



CHAPTER 001

## 美国“涉疆”合规指引要求,是一项不可能完成的事情

操作指南和防止策略中要求进口商展示尽责管理、有效的供应链追踪和供应链管理措施,以确保任何全部或部分由强迫劳动制造的货物,特别是来自新疆地区的货物不会被进口到美国。这一要求延伸到整个供应链,包括可能直接从中国其它地方运来的货物和运到第三国进一步加工的货物。

### a)要求提供的信息和内容过于复杂,缺乏实务操作性

CBP提出的供应链绘图,对进口货物从原材料到产品的供应链进行评估,判定是否存在强迫劳动风险。根据全文的理解,供应链绘图是指产品溯源到最开始的原材料状态。以棉花为例,按照操作指引附录A的要求和美国政府的思路,棉花种子的来源是否也是要确认和证明的(既然附录A中已经强调了西红柿也要溯源到种子的来源)?然后才是棉花种植、收割、清洁、筛选、打包、储存、运输到纱厂,当然从纱厂的混棉再到成衣的过程又非常复杂。如果一个美国进口商要想拿到整个供应链绘图,恐怕是一项不可能的任务。引用美国“政客”(Politico)新闻网采访专家的说法——难道CBP还要使用DNA检测设备来了解有关产品有没有使用新疆棉花吗?

除了要求提供产品构成相关的内容,与之相关的非生产性供应商,如仓储、运输、检测、人员招聘、对口单位、合作项目方等等,直接和间接参与企业生产经营的企业和机构,从供应链角度讲,也需要被列明并承诺“涉疆”合规,并准备相关的证据。可以设想在执行层面将会多么的尴尬。

除了实务操作性的难度,从商业角度考虑,每一层级的供应商是否愿意公开全部其产品构成信息和供应商/合作方信息,也的确是一个未知数,这也要取决于市场地位和商业依存度。

### b)要求提供的信息和内容没有“涉疆”针对性

操作指引和防止策略的主要目的是基于2021年12月23日美国总统签署的 *Uyghur Forced Labor Prevention Act* (H.R.6256,《维吾尔强迫劳动预防法案》),禁止进口从中国新疆地区或与认定的相关实体进口产品,除非证明产品非由“强迫劳动”制造。

纵观整体要求,可以非常明确的是,操作指引和防止策略要求企业证明:1)产品没

有新疆任何原料和2) 供应链过程中没有少数民族员工的参与。而前述成分问题和参与人员问题, 其实从根本上和交易发票、装箱单、运输路径、运输单据等等都没有直接关系。

既然证明成分含量和价格构成、供应链安排没有关系, CBP作为美国政府监管机关, 收集这些没有实质性确认成分含量的辅助性信息的目的是什么? 考虑到美国针对中国的301调查、针对中国市场地位的不同的看法等因素、结合“涉疆”的三个产品样本带有鲜明的行业特点, 这个问题需要各个行业的主要供应商认真和全面的思考。

### **c) 提供信息的复杂性导致的工作量和回应时间的矛盾**

CBP提供了五个类别合规行为指导, 指导进口商在不同的情况下提供不同的信息和文件作为CBP调查的回复内容, 这五个类别分别是: A. 尽职调查系统信息、B. 供应链追踪信息、C. 供应链管理评估信息、D. 证明货物不是全部或部分在新疆维吾尔自治区开采、生产或制造的证据、E. 证明源自中国的货物不是全部或部分由强迫劳动开采、生产或制造的证据。

提供信息和文件不仅非常复杂, 而且这些文件和信息并不是CBP可能要求的文件的穷尽清单, 极有可能的情况是CBP将会根据自己的理解对清单进行调整。这对进口商而言会变成一个不确定的问题, 即多少信息和文件才能说服CBP, 需要多少时间和轮次的沟通和审核。CBP的时间节点非常清楚, CBP在商品被提交给CBP检验后的五天内 (不包括周末和节假日) 决定是否放行或扣留商品。在这五天内未被放行的商品将被视为被扣留的商品。收到有关其货物的扣留通知的进口商, 可以在适当的时间范围内 (根据19 C.F.R. Part 151, 一般在商品提交给CBP检查之日起30天内), 对扣留通知作出回应, 申请解除扣留 (即认定可反驳推定的例外)。

以上只列明三点供大家考虑, 其实在实际生产中, 原则上每一个原材料都有两家或是以上的供应商 (导致供应链绘图更加复杂), 原料和成品虽然是本着先进先出的原则, 但生产定制化和实务运营中往往是相互交叉的, 企业准确追踪非常困难。还有很多实际问题, 基于篇幅限制, 这些内容就不一一分析和探讨了。

CHAPTER 002

## CBP调查的思路探讨

知己知彼，一直是中国的经典名言，也是我们在支持企业合规经营中寻找实际方案的基础。如果要找到合适的方案，就要知彼，即了解美国调查的底层思路和逻辑。CBP针对此次“涉疆”问题的执法，从其发布的操作指引内容来看，其调查思路和美国反规避调查是完全一致的，即通过信息交叉印证，合理逻辑推断，来确定最后结论。

反规避措施是反倾销和反补贴措施的延伸，根据2016年8月22日生效的*The Enforce and Protect Act of 2015*（《2015年执行和保护法案》，以下简称“EAPA”），美国是第一个对中国出口产品提起反规避调查的国家。自该法案生效后两年多的时间内，美国海关与边境保护局发起了16起反规避调查，除其中一起是针对来自越南的石油套管以外，其他15起均针对来自中国的产品。

其调查方式就是发放问卷以收集各种商业信息，对原料和成品进行交叉印证，对水电费等消耗物资进行折算，对生产设备和人员开工率进行匡算，以印证实际产量和出口产量的差异合理性，并通过现场的核查，对信息进行真实性的确认。

其中一个调查案例就是美国针对涉嫌泰国转运中国的钢丝衣架产品，通过上述的方法，最终发现其生产总量不能够支持其出口总量，其中的差异必然是外购而来，从而认定真正的厂家中国杭州某企业对美出口衣架的规避行为。

注：这也是为什么我们在前文中提出了这样思考：为什么针对成分含量问题却要收集供应商发票、箱单、运输、生产能力、材料投入量与商品产出量的关系、和非生产相关的人力投入、合作方参与情况等证据。美国“涉疆”认定不是国际贸易中的原产地认证规则的适用。而且重要的是，如果美国认为有“涉疆”风险，那么上述要求也有可能被适用于中国境外生产的运往美国的产品。说到这里，再次提醒企业家们，针对此次“涉疆”问题的考虑要更全面一些。

知己知彼，一直是中国的经典名言，也是我们在支持企业合规经营中寻找实际方案的基础。如果要找到合适的方案，就要知彼，即了解美国调查的底层思路和逻辑。



## CHAPTER 003

**企业怎么办**

CBP现阶段的要求是美国此次针对中国“涉疆”问题整体策略的合理延续。有了针对中国在“涉疆”问题上的种种铺垫，如列入实体清单的理由之一就是监控行为和所谓侵犯人权，所以在所谓人权和监控上的铺垫下，针对中国的措施就好施展。

如果企业面临这种挑战，为了实现更好的生存和经营，我们建议考虑以下内容：

**a) 企业需要明确自身所处的行业特点、产品特点和真正的挑战在哪里**

如上所述，知己知彼是非常重要的，知彼是了解美国CBP调查的逻辑和思路，同时企业对自身情况要有一个清晰的理解。这个理解不仅仅是对企业在行业中的位置、产品的构成、原料的来源、产品销售、雇员情况、合作方的特点和情况有清晰的认识，还要对美国上述要求对自身实务经营的影响有充分的认识，即底线在哪里。就好比棉花的长绒棉，中国产区在哪里？而番茄的不同产区的品种是怎样分布的，这些都是将来方案的重要信息基础。

很多解读只是建议企业按照这些要求建立合规体系，我们还需要理解：建立合规体系的目的是什么、对企业的实际作用大小、特别是明确地执行了这些要求是想说明企业自身存在风险还是能够证明没有风险，如果在如此浩瀚的工作量中存在没有考虑到的一两个地方，是增加了CBP的担心还是对CBP判断没有任何影响。

所以，企业需要正确地理解这些要求的底层逻辑和思路，并在自己的实际情况基础上找到适合的处理方法。

**b) 可借鉴的实践经验**

对于这项看似“不可能完成的任务”，解决的办法和机会仍然存在。之前笔者就曾成功帮助实体清单企业对业务进行合理合规的分割和转移，并最终上市；帮助在泰国投资设厂的中国企业对其生产产品出口美国的整体方案进行设计、分析和实施；还有协助一些企业设计方案以解决美国管控物项在企业采购、生产和销售过程中的溯源问题；以及在国内并购业务中针对客户的目标公司产品因为美国整体管制制裁造成的销售问题等，通过对具体限制性要求的分析和企业运营的调整，最终化解难题，实现企业目的。

需要指出的是，本文笔者所作的每一个方案和分析，都是要结合企业的实际情况而



量身定做的定制化方案。其它行业的经验可以参考,但必须要结合自身所在领域的情况综合判断。而且每个方案对企业的风险大小亦有差异,也需要结合企业风险偏好决定,不能简单而同。

### c) 企业商业思路的调整

近几年商业大环境的变化很大,企业面临的挑战也很大,所以考虑必要的调整也是必然趋势。企业调整,特别是有一定规模的企业进行调整不是一天两天就可以完成的,需要时间并且不能被误读(特别是涉及美国方面的误读)。这就需要企业在制定调整方案的时候,进行全面考虑(以上已经阐述),还要逐步渐进。利用好他国的规则,达到自身商业目的。

那么,是否可以有“拉开抽屉”马上实施的方案?从相对长远来说,或许可以实现,从短期来说,容易造成特别是美国方面的误判,即被认为是规避性行为从而追究后继者责任。所以建议企业在思考调整方案的时候,基于上文提示,在知己知彼的基础上,按照“你打你的,我打我的”的方式,制定好规划。企业需要跳出已经设定的圈子,才能找到比较适合的方案。

解决复杂问题不能仅靠一种方法,一个思路,我们希望通过这个简短的分享提供一点不同的想法。希望在这场大变革中,企业可以继续平安前行,我们能够继续助力。



王峰  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5796 5001  
wangfeng9@zhonglun.com

# 03

## 俄乌冲突下的 风险应对



# 情境化分析：中国企业应对涉俄制裁风险的实战解读

刘相文 王涛 丁海东 谢逸

自2022年2月21日俄罗斯承认“顿涅茨克人民共和国”和“卢甘斯克人民共和国”（下称“**顿、卢地区**”），以及2022年2月24日俄乌军事冲突以来，美国政府已经对俄罗斯、白俄罗斯和“顿、卢地区”采取了多轮经济制裁和出口管制措施。一旦违反美国制裁规定，与受制裁对象进行交易，可能引起行政责任、刑事责任风险，还可能被列入“特别指定国民清单”（Special Designated National and Blocked Persons List, 下称“**SDN 名单**”）等制裁名单，对企业经营造成较为严重的影响。据统计，中国与俄罗斯的经贸往来和投资合作远远多于与朝鲜、伊朗等其他受到全面制裁的国家和地区，<sup>1</sup>连续多年位居俄罗斯第一大贸易伙伴。因此，中国企业，尤其是开展俄罗斯业务的企业近期及将来有必要重点关注和防范美国涉俄制裁相关风险。

美国的经济制裁可以大致分为一级制裁和二级制裁。美国一级制裁禁止含有美国要素（美国主体参与、原产于美国的物项、交易发生在美国境内）的、与受制裁主体进行的经贸往来。违反一级制裁的主体可能会面临被美国处以罚款或追究刑事责任等风险。二级制裁禁止非美国人与受制裁主体进行实质性（materially）交易，即使该交易没有任何美国要素。违反二级制裁的主体，一般不会被美国罚款或追究刑事责任，而是面临自身受到美国制裁的风险。虽然美国近期对俄罗斯制裁的频率高、样态杂，但主要还是集中在一级制裁和二级制裁的框架内。相应地，中国企业识别和评估相关风险，也可以从一级制裁和二级制裁两个方面入手。

在本文中，我们将结合相关法律服务经验，假设八种中国企业在开展俄罗斯业务时

1. 据统计，2020年中国与伊朗、朝鲜、俄罗斯的经贸额分别为149.1亿美元、5.39亿美元、1,077.65亿美元，中国是俄罗斯第一大贸易伙伴。截至2020年，中国对俄罗斯的投资总额已经超过500亿美元，是俄罗斯第三大投资国。

可能面临的情境,并根据美国涉俄制裁规定,分析中国企业是否面临以及面临何种制裁合规风险,供相关企业决策者参考。



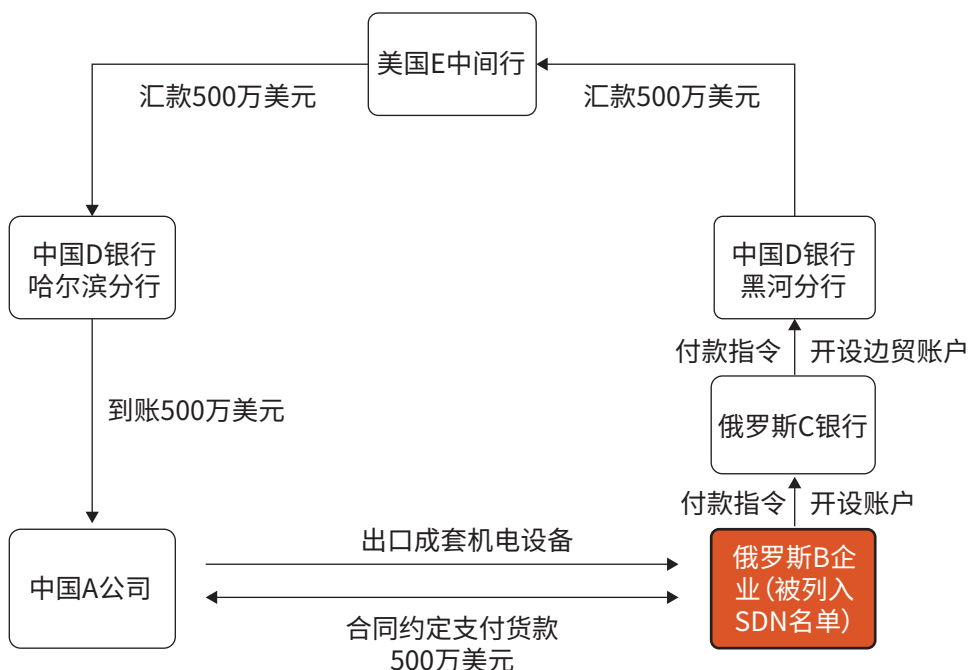
## CHAPTER 001

## 一级制裁风险情境分析

近期美国对俄罗斯和“顿、卢地区”实施的经济制裁措施以一级制裁为主，即主要禁止美国主体对俄罗斯进行某些投资、与俄罗斯开展某些贸易活动、与特定俄罗斯主体进行交易等，相关制裁依据包括第14024、14065、14066号总统行政令，以及拜登总统于2022年3月11日签发的总统行政令（下称“**3月11日令**”）等。以2022年3月8日签发的14066号总统行政令为例，其中包含如下制裁措施：(1) 禁止向美国进口原产于俄罗斯的原油、石油、天然气、煤炭及其部分相关产品；(2) 禁止美国主体在俄罗斯的能源行业进行新的投资；(3) 禁止美国主体对外国主体从事的前述禁止性交易提供批准、融资、促进或担保。



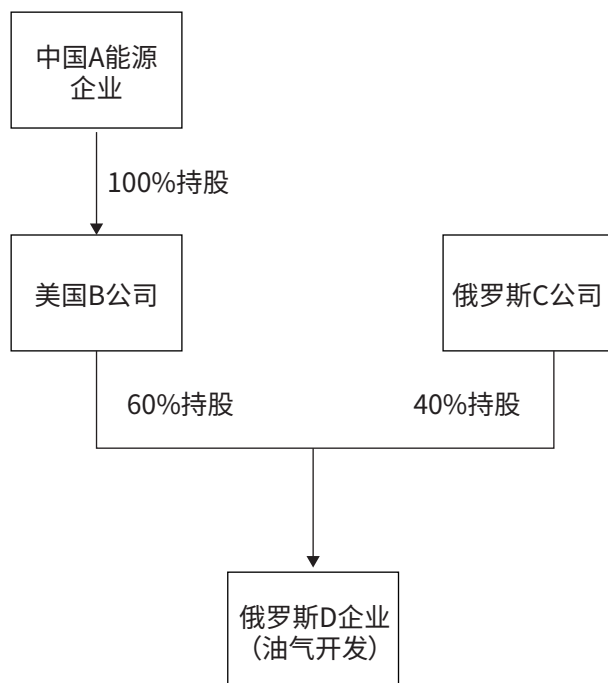
## 情境一



**相关事实:**中国A公司向俄罗斯B企业出口成套机电设备, 合同约定货款为500万美元。A公司和B企业通过中俄边贸账户用美元结算货款。具体而言, 作为买方的B企业在俄罗斯C银行开设账户, C银行在中国D银行黑河分行开设边贸账户, 而作为卖方的A公司在中国D银行哈尔滨分行开立美元账户。D银行黑河分行通过美国E中间行向D银行哈尔滨分行进行美元支付, 从而完成这笔货款的支付。俄乌军事冲突爆发后, B企业被美国财政部海外资产控制办公室 (OFAC) 列入SDN名单, 禁止任何美国主体与其进行交易, 也即禁止美国主体向B企业提供或者从B企业获得任何资金、货物或者服务。

**法律分析:**根据美国制裁法规定, 禁止任何美国主体与俄罗斯B企业之间进行资金交换或者货物、服务贸易。在情境一中, 美国E银行为受制裁的B企业进行跨境美元转账, 相关交易违反了美国制裁法的规定。而俄罗斯C银行和中国D银行引起(cause)了美国E银行为B企业提供金融服务, 如果主观上存在故意, 那么可能构成违反经济制裁相关犯罪, 存在刑事责任风险; 如果主观上不存在故意, 那么也可能需要承担罚款等行政责任。

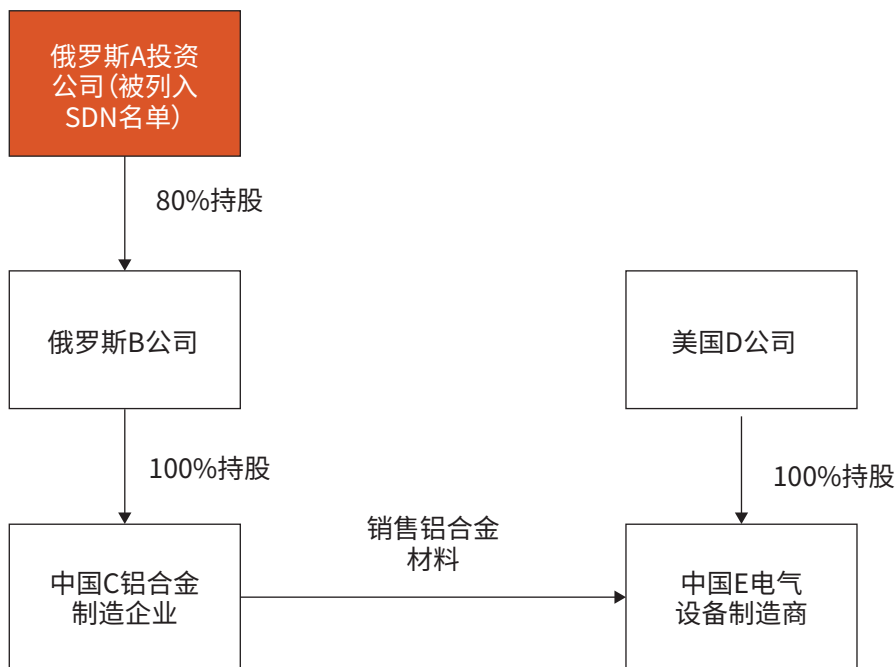
## 情境二



**相关事实：**中国某A能源企业在美国独资设立了B公司，从事全球能源投资与生产。根据A企业董事会决议安排，2022年3月4日，B公司和俄罗斯的C公司签署战略协议，拟在俄罗斯合资设立D企业，专门负责开发并向中国出口天然气资源。2022年3月8日，拜登总统发布第14066号总统行政令，禁止美国主体向俄罗斯能源行业进行新的投资。

**法律分析：**根据第14066号总统行政令规定，美国主体不得向俄罗斯能源行业进行新的投资。B公司设立于美国，属于美国主体，如其现在向俄罗斯能源行业进行投资，将会违反美国制裁法规定，存在刑事责任风险。B公司向俄罗斯能源行业进行投资系根据A企业董事会决议要求进行，双方存在共谋，因此，A企业对于B公司违反第14066号总统行政令同样可能面临刑事责任风险。

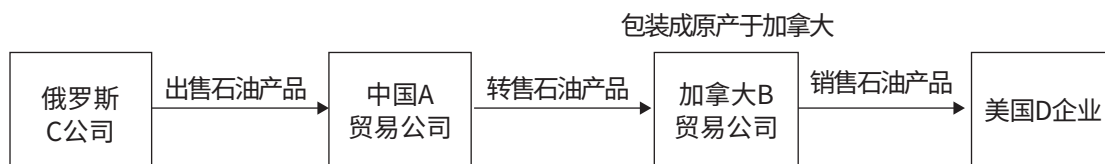
## 情境三



**相关事实:**为推动中俄经济合作领域创新项目发展,俄罗斯某巨型A投资公司安排其控股的B公司在中国投资设立C企业,专门生产国际高端铝合金新材料。C企业在中国生产的铝合金产品质量好、价格适中,在中国市场非常畅销。美国D企业在华投资设立的E公司专门从事电气设备生产,经市场调查,了解到C企业生产的铝合金材料价廉质优,拟将C企业纳入供应商库,向其采购铝合金材料。俄乌军事冲突爆发后,美国OFAC将A公司列入SDN名单,禁止任何美国主体与其进行交易,也即禁止美国主体向A公司提供或者从A公司获得任何资金、货物或者服务。

**法律分析:**根据美国制裁法的50%规则,任何被列入SDN名单的主体,其实际控制(包括穿透持股)的企业也会被默认为SDN名单上的主体,因此,美国主体不得与其进行交易。E公司是注册成立于中国的企业,虽然是美国D企业的子公司,但并非美国主体。因此,E公司与C企业进行交易,并不会违反美国制裁法中的一级制裁规定,不会承担刑事责任风险。

## 情境四



**相关事实：**2022年3月8日，拜登总统发布第14066号总统行政令，禁止美国进口原产自俄罗斯的石油及相关产品。中国A贸易公司发现俄乌军事冲突爆发后，美国近期油价飙升，存在巨大商机，遂向加拿大B贸易公司提出合作向美国销售石油产品的商业计划。具体交易模式为：A公司先从俄罗斯C公司采购石油产品，然后转售给B公司，由B公司将相关产品包装成加拿大生产的石油产品，并出售给不知情的美国D企业。A公司和B公司就前述交易安排商讨后达成一致，并签署合作备忘录。

**法律分析：**中国A公司和加拿大B公司通过层层包装和转售的方式，最终达到了将俄罗斯石油产品出口到美国的目的，属于规避美国制裁规定的行为，可能存在刑事责任风险。美国制裁规定不仅仅禁止显而易见的、直接违反制裁规定的行为，而且也打击旨在通过欺诈、规避等方式，绕开监管规定，实现非法目的的行为。

## CHAPTER 002

### 二级制裁风险情境分析

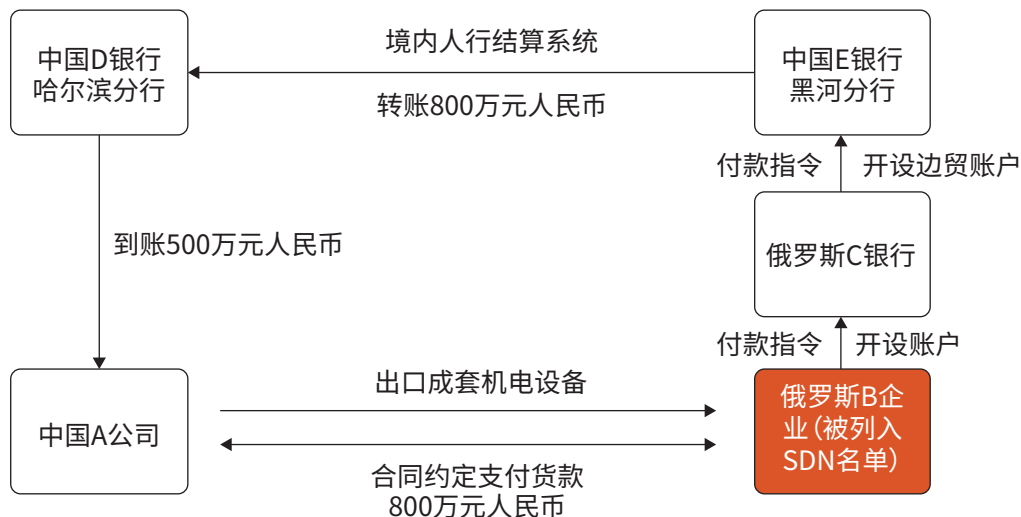
美国近期对俄罗斯和顿卢地区施加的制裁中包括二级制裁的内容。例如，第14065号总统行政令规定，任何被美国财政部认为向基于该令被制裁的主体<sup>2</sup>“实质性”地提供帮助，赞助，提供财务、物质或技术支持，或提供商品或服务（统称“**实质性**帮助”）的任何主体也可能受到制裁。从过往案例来看，<sup>3</sup>“实质性”帮助包括高价值的交易，触及美国制裁核心目标的活动，以及具有组织性、欺诈性、规避性的行为。

2. 基于第14065号行政令，任何主体可能因以下原因被美国制裁，包括但不限于：(1) 在顿卢地区内经营；(2) 担任在顿卢地区经营实体的领导、官员、高级行政人员或董事会成员；(3) 为基于本行政令被制裁的主体所控制或所有，或代表该被制裁主体行事。

3. 参见<https://hsfnnotes.com/sanctions/2020/10/07/recent-trends-in-secondary-sanctions/>。



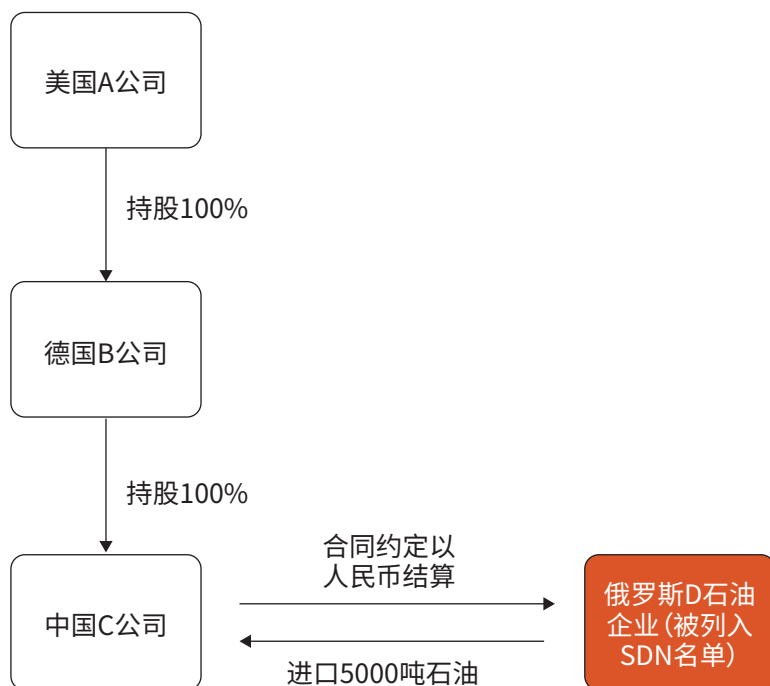
## 情境五



**相关事实：**中国A公司向俄罗斯B企业出口成套机电设备，合同约定货款为800万元人民币。A公司和B企业通过中俄边贸账户用人民币结算货款。具体而言，作为买方的B企业在俄罗斯C银行开设账户，C银行在中国E银行黑河分行开设边贸账户，而作为卖方的A公司在中国D银行哈尔滨分行开立人民币账户。E银行黑河分行通过中国人民银行结算系统向D银行哈尔滨分行转账人民币800万元，从而完成这笔货款的支付。俄乌军事冲突爆发后，B企业被美国OFAC列入SDN名单，并标注二级制裁，任何向其实质性提供财务、物质、技术支持，或者货物、服务的主体，都可能被列入SDN名单。

**法律分析：**情境五中的成套机电设备交易和人民币结算既不涉及美国主体，也未发生在美国境内，更不包含美国原产物项，不违反美国一级制裁规定，交易各方的刑事风险较低。但是，中国A公司、D银行、E银行和俄罗斯C银行均故意与存在二级制裁风险的B企业进行交易，美国财政部部长有可能在和国务卿商议之后，将前述一名或者多名主体列入SDN名单中，对此，美国政府拥有较大的自由裁量权。

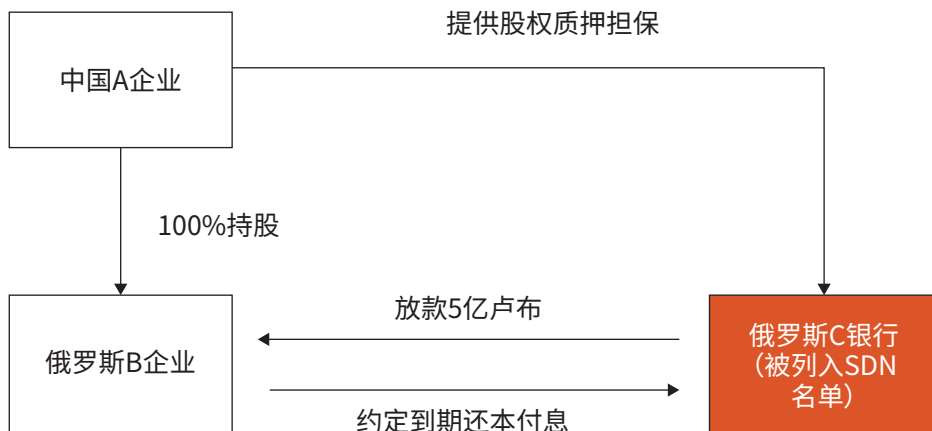
## 情境六



**相关事实:**美国A公司全资持有德国B公司的股权,而B公司在中国投资设立了C公司,并持有其100%的股权。C公司根据自身业务需要,一次性从俄罗斯D石油企业进口5000吨石油,双方约定以人民币结算,相关交易经过B公司批准,但未上报A公司。俄乌军事冲突爆发后,D企业被美国OFAC列入SDN名单,并标注二级制裁,根据美国制裁法规定,任何向其实质性提供财务、物质、技术支持,或者货物、服务的主体,都可能被列入SDN名单。

**法律分析:**C公司虽然被美国A公司经由B公司间接全资持股,但是C公司仍然是中国企业,并非构成一级制裁中美国因素的“美国人”。情境六中的交易既不涉及美国主体,也未发生在美国境内,更不包含美国原产物项,因此不违反美国一级制裁规定,A、B、C公司的刑事风险都较低。但是,C公司故意(B公司批准)与存在二级制裁风险的D企业进行交易,美国财政部部长有可能将B公司和C公司列入SDN名单中,对此,美国政府拥有较大的自由裁量权。

## 情境七

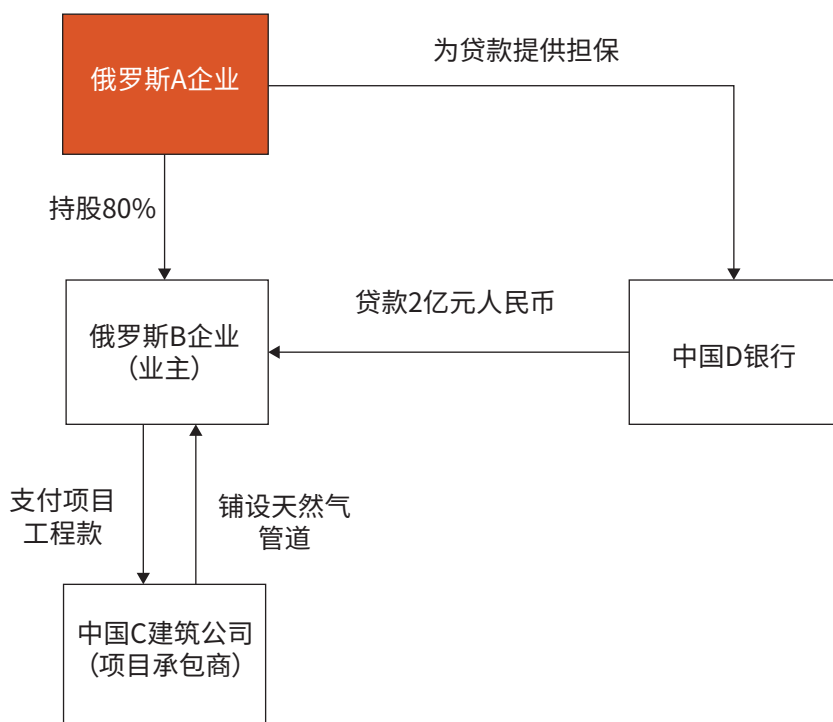


**相关事实：**中国A企业在俄罗斯投资设立了B企业，主要负责开采当地的天然气资源。为扩大开采规模，获得更多的资金支持，B企业向俄罗斯C银行申请了5亿卢布的贷款，约定到期还本付息。C银行表示，需要B企业资金实力雄厚的中国母公司A企业提供股权质押担保。俄乌军事冲突爆发后，C企业被美国OFAC列入SDN名单，并标注二级制裁。

**法律分析：**根据美国制裁法规定，情境七中的交易既不涉及美国主体，也未发生在美国境内，更不包含美国原产物项，因此不违反美国一级制裁规定。但是，A企业为存在二级制裁风险的C银行提供股权质押担保，以及未来B企业向C银行还款，均构成向C银行实质性提供财务支持，美国财政部部长有可能在和国务卿商议之后，将A企业和B企业列入SDN名单中，对此，美国政府拥有较大的自由裁量权。



## 情境八



**相关事实：**为支持中国建筑工程企业“走出去”，中国D银行为俄罗斯B企业（业主）提供贷款2亿元人民币，用于向中国C建筑公司支付天然气管道铺设项目工程款。俄罗斯A企业持有B企业80%的股权，并就前述贷款为B企业提供担保。俄乌军事冲突爆发后，A企业被美国OFAC列入SDN名单，并标注二级制裁。

**法律分析：**根据美国制裁法中的50%规则，A企业持有B企业超过50%的股权，所以B企业会被默认为SDN名单上的主体。A企业向D银行提供担保，而不是D银行为A企业提供实质性财务支持，所以D银行被列入SDN名单的风险较低。但是，由于B企业也存在二级制裁风险，D银行向其提供贷款，以及C公司为其提供管道铺设服务，有可能被认定为构成实质性提供财务支持等。故此，美国财政部部长有可能在和国务卿商议之后，将D银行和C公司列入SDN名单中，对此，美国政府拥有较大的自由裁量权。

## CHAPTER 003

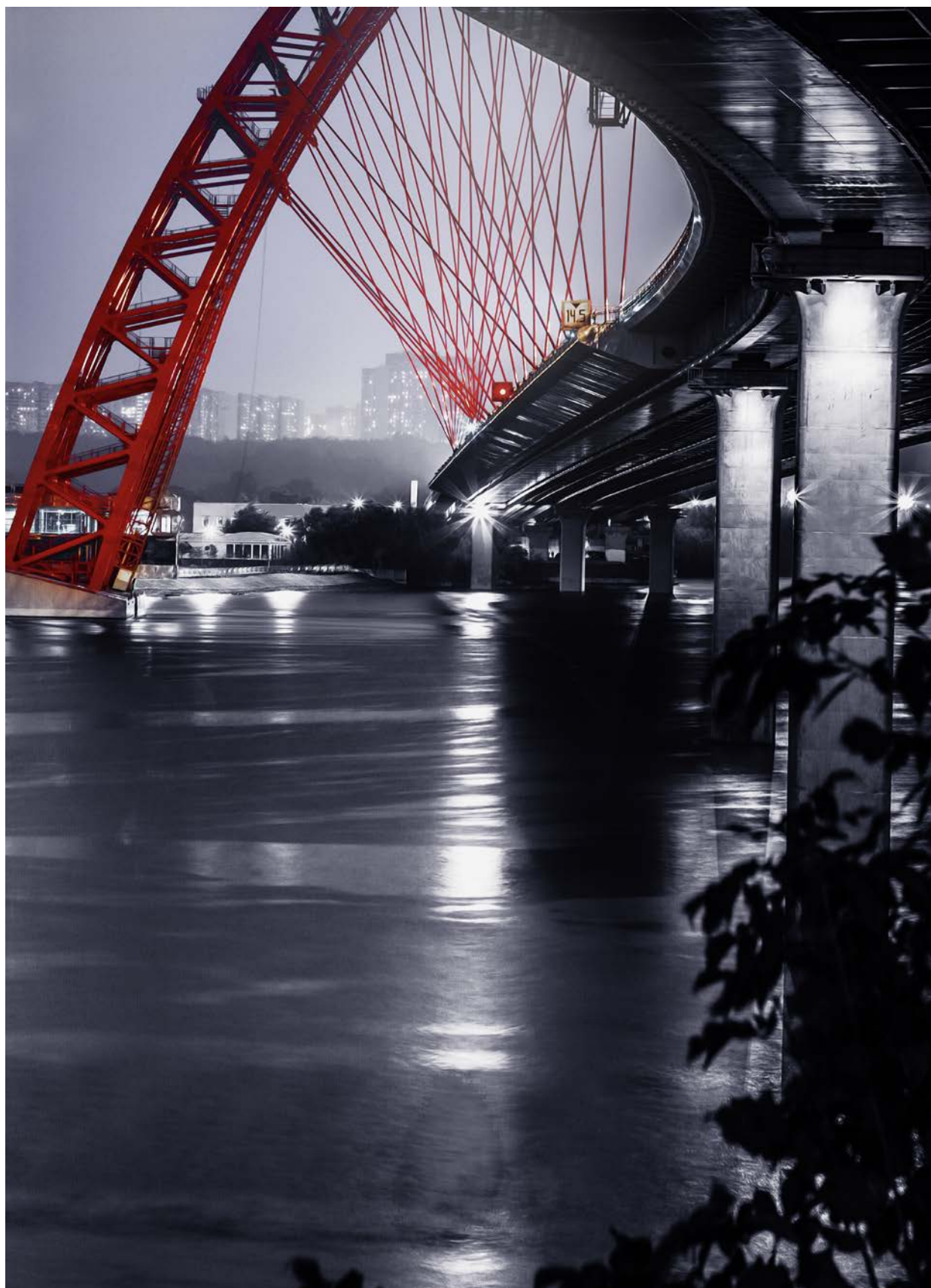
**结语**

可以预见的是,即使俄乌局势变化,美国及其盟友也不会立即解除对俄罗斯的经济制裁,随着俄乌陷入军事冲突泥潭,美国及其盟友反而有可能不断加码对俄制裁措施。中国企业与俄罗斯受制裁企业继续保持或发展商业关系,有可能会面临违反美国一级制裁规定或者受到二级制裁传导的风险。对此,我们建议中国企业密切关注俄乌局势及美国对俄最新制裁措施,根据美国及其他西方国家制裁措施及其域外法效力,加强制裁背景下交易对象筛查,以及交易合规风险识别和评估,系统分析上述制裁措施实施对企业的影响及后果,严控风险传导的不同交易环节,为存量业务和增量业务分别制定全面风险处置方案,以更好地应对当前国际形势下涉俄制裁带来的合规与监管挑战。



刘相文  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2050  
liuxiangwen@zhonglun.com





# 俄制裁场景下各行业法律风险 和企业防火墙方案解析

贾申 柯静

随着俄乌战况持续,各国对俄罗斯的制裁一波未平,一波又起。2022年3月11日,拜登再次签署行政令,禁止美国人向其财政部指定的俄罗斯特定部门进行任何投资,也禁止美国人向从事相关交易的外国人提供批准、融资、便利、担保。以美为首的西方各国对俄制裁,预计将会对世界经济产生深远影响。本文综合美国对俄罗斯制裁措施,选取能源、金融、先进制造以及跨境贸易和电商行业进行风险分析,对中国企业建立风险防火墙提出具体建议和方案。

CHAPTER 001

## 能源行业

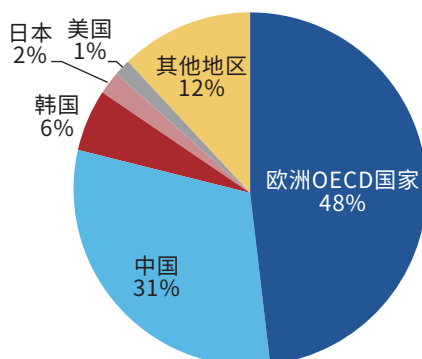
### 1.1. 制裁现状

作为俄罗斯的支柱性行业，能源业一直以来都是美国对俄罗斯行业制裁的重点。

2022年2月23日，美国财政部外国资产管理办公室（OFAC）就根据拜登总统的行政令将北溪2号项目运营商Nord Stream 2 AG及其CEO列入了制裁清单；2月24日，美国继续对5家俄罗斯金融机构与13家从事包括金融、天然气、石油与电信等关键行业的大型企业进行金融制裁措施。3月8日，美国白宫发布行政令，美国总统拜登正式批准禁止美国从俄罗斯进口能源。根据该行政令规定，美国人被禁止进口俄罗斯原油和某些石油产品、液化天然气和煤炭；禁止美国人对俄罗斯能源部门的新投资；禁止美国人资助或支持在俄罗斯投资能源公司等。

在俄乌冲突的重压之下，北溪2号企业拟申请破产；英国石油、壳牌、埃克森美孚等在内的数十家西方公司已经宣布要退出俄罗斯市场。俄罗斯是世界第二大原油工业国和天然气生产国，面对对俄罗斯严苛的能源制裁，国际原油、天然气价格也出现了较大波动。

#### 俄罗斯原油出口目的地分布

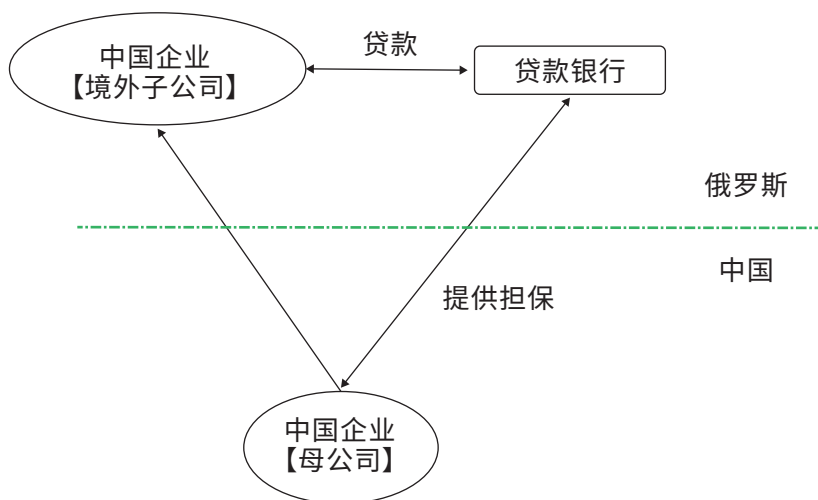


数据来源：EIA, 国泰君安证券研究

## 1.2. 法律风险

目前, 中国企业如在俄罗斯开展工程项目, 特别是能源类项目, 应当谨慎评估继续开展相关交易的风险。如前所述, 海外工程项目由于周期长、成本高, 可能会涉及一家或多家贷款银行, 在美国对俄罗斯的银行展开密集制裁时, 要审慎选取贷款银行; 此外, 存在美国连接点(美元结算、使用美国技术、产品)时, 境内母公司应当审慎开展担保, 以免落入到为美国禁止的交易提供“实质性协助”(material assistance)或“提供便利”(facilitate)的范畴中, 承担二级制裁(针对非美国人)的违规责任。

### 俄罗斯制裁 典型场景：海外项目运营



## 1.3. 应对措施

面对此类情况, 存在俄罗斯海外项目的公司应该慎重评估以下风险:

**1.3.1 梳理是否存在涉俄制裁能源项目。**在不同的总统令和法规中, “能源行业”的内涵不尽相同。2022年3月8日OFAC颁布的通用许可证General License 8A中指明, “与能源有关”包括石油的开采、生产、精炼、液化、气化、再气化、转化、浓缩、制造、运输或购买石油产品、天然气或其他能够产生能源的产品, 例如用于制造生物燃料或任何形式的铀的煤炭、木材或农产品, 以及开发、生产、发电、通过任何方式传输或交换电力, 包括核能、热能和可再生能源。

如使用美国制裁名单 (Specially Designated National List, **SDN清单**) 中的俄罗斯银行在俄能源项目中融资, 可能会招致美国的二级制裁 (针对非美国人), 也被列入SDN清单中, 被冻结美国控制的资产, 以及被限制或禁止各类商业交易。

**1.3.2. 关注项目合同相关条款。**在评估后, 如果需要退出项目, 则需要根据交易的不同阶段, 重点关注合同中的应急机制、终止条件、违约责任等一系列条款。此外, 还需要关注美国对于项目退出时间的要求, 在规定的时间内完成撤资及人员转移。由于俄罗斯也有反外国制裁的相关法律, 对限制外资退出有一定的限制, 长远来看如何平衡不同国家的法规要求、维护稳定与发展的关系, 也是企业需要面对的抉择。

## CHAPTER 002

### 金融行业

#### 2.1. 制裁现状

同样地, 作为俄罗斯支柱行业之一, 金融业也未逃脱美国经济制裁范围:

- 俄乌冲突爆发后初期, 美国迅速对俄罗斯金融行业展开制裁, 目的在于切断俄罗斯金融机构与世界美元结算体系的关系, 限制俄罗斯融资。具体措施包括: 将数家俄罗斯金融机构列入制裁清单, 禁止美国人对其提供开设代理账户 (correspondent) 和外汇账户 (payable-through account) 的服务, 或者冻结该实体在美国控制下的资产并禁止相关交易。

- 美国号召G7有关国家切断俄罗斯多银行与SWIFT的联系, 这一举措也将对俄罗斯和相关企业会产生深远的影响。SWIFT是环球银行金融电信协会 (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications) 的简称, 其本质上是跨境支付系统, 主要提供支付指令交换的服务。美国切断SWIFT联系的制裁措施会导致支付指令传输的中断, 导致跨境支付的阻断; 同时也会导致相关交易难以以美元为指定货币进行结算活动。该举措也会限制俄罗斯联邦中央银行动用外汇储备, 这将导致俄罗斯无法出售其外国资产以换取本国货币。虽然, 目前存在CIPS、CHPIS等替代性的跨境支付平台, 但是使用替代性平台也会产生跨境支付速度降低、费用升高等不便。



## 2.2. 法律风险

在俄罗斯市场内经营的中国金融机构需要重点关注以下风险：

- 金融行业、尤其是跨国金融公司天然地存在较大风险敞口。涉及跨境业务的金融机构无法脱离美元业务，本身无法排除交易中的美国连接点，极容易落入美国一级制裁范畴，面临巨额罚款，高管承担刑事责任。
- 金融机构面临的客户尽职调查负担较重。从规则层面而言，美国制裁规定具有一定不确定性，尤其在国际情势重大变更的情况下，这种不确定性更加放大，金融机构KYC流程无法做到及时跟进，导致风险敞口；从实操层面，由于美国经济制裁股权穿透规则下，某一实体被制裁会连带其他下属实体，这导致金融机构在对客户进行背景调查时还要求对其他关联实体的全面覆盖。
- 金融行业本身属于各国强监管行业，跨国金融公司在某一法域的子公司不得选择遵守当地法律强制性规定；而对于集团公司整体而言，在不同法域内选择遵守本国还是域外法律存在两难。由于缺乏风险防火墙的设计，某一法域子公司所面临的制裁风险又会殃及至母公司本身。

## 2.3. 应对措施

- **针对客户：完善客户尽职调查。**

金融机构应当对所有客户及与客户合作的相关主体进行尽职调查，判断其是否属于SDN等各类制裁名单、是否存在涉及乌东地区贸易活动、项目是否属于重点制裁行业等，对客户风险进行标准化定级，暂停或终止对高风险客户提供服务。

- **针对合作银行：慎重安排涉及经济制裁的合同免责条款。**

在2020年的*Lamesa Investments Ltd v Cynergy Bank Ltd*一案中，债务人（一家英国银行）为遵守美国经济制裁规定，拒绝向债权人（被某个列入SDN的俄罗斯实体实际控制）支付借款利息。根据双方合同约定，如果债务人拒绝付款的原因系出于遵守强制性法律、法规或命令的，则不构成违约。本案中，英国法院判决认定美国经济制裁规定属于强制性法律，且涉俄制裁不在欧盟阻断法令范围内，最终判令被告可以暂时免于向原告支付款项，直至原告被移出SDN名单。

我们建议中国金融机构在与域外金融机构的合作中谨慎且视情况地安排相关免责

我们建议中国金融机构在  
与域外金融机构的合作中  
谨慎且视情况地安排相关  
免责条款。



条款。尤其在我国已颁布《反外国制裁法》和《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》的情况下,其中“歧视性限制措施”和被阻断法律范围尚未明确,类似遵守域外规定的条款效力有待斟酌,需慎重设置。

## CHAPTER 003

### 以半导体行业、汽车行业为代表的先进制造业

#### 3.1. 制裁现状

在制造业和货物出口贸易领域,由于美国对俄罗斯金融机构强力度的制裁措施,许多出口企业在国际贸易下的汇款、支付以及收款受到了严重影响。此外,半导体、智能网联汽车等先进制造业会受到美国政府对俄罗斯新出口管制措施的影响。根据美国商务部产业安全局(BIS)的公告,目前的出口管制新措施呈现出如下特点:

- 对俄出口管制物项范围扩大

本次新措施将出口管制物项扩大到美国出口管制CCL清单第3-9类物项,其中有58类受控物项被新增入需申请出口许可的清单。

- 对出口、再出口或转移至俄罗斯的产品实行严格的审核制度

严格限定豁免情形,对涉及航空安全、海洋安全、人道主义需求、航天政府间合作、民用电信设施、政府间行为等实行逐案审查方式。

- 对俄罗斯实体实施新的直接产品规则(“FDP规则”)

➢ 针对俄罗斯一般实体的FDP规则。若某物项(i)为美国受控原产软件或技术的直接产品,或者(ii)主要原材料或零部件本身为美国受控原产软件或技术直接生产而来,那么该类物项为FDP规则受控物项。当已知该物项将出口至俄罗斯,或将被并入或用于在俄罗斯生产或者出口至俄罗斯的产品中时,应当适用该条FDP规则。

➢ 针对俄罗斯特定实体的FDP规则。在本次FDP规则中,美国商务部将俄罗斯“军事最终用途”和“军事最终用户”的限制力度进行强化。这种力度的强化体现在两方面,(i)其一,受控物项扩大到CCL中的全部软件和技术,甚至包括EAR99物项均在管制范围之内;(ii)其二,在适用对象方面,将原军事最终用户纳入实体清单管理,凡交易链中有任何一方出现上述实体(本轮共打击49个实体),均应当向美国商务部申请出口许可。

在美国商务部推出对俄罗斯新的出口管制措施后,众多行业巨头和大型跨国公司开始重新评估对俄罗斯业务的风险:

- 半导体和IT行业

众多芯片和电脑跨国企业决定停止对俄罗斯发货。

- 汽车行业

众多行业头部企业选择暂停或者停止在俄业务。

### 3.2.法律风险

在新的出口管制措施下,企业对俄罗斯业务可能存在以下风险:

- 对俄罗斯出口产品管制范围显著扩大,导致企业原先对俄罗斯正常出口的产品可能面临触犯美国出口管制法的风险;

- 广大企业缺乏对直接产品规则的内涵、适用条件等问题的了解,很容易在对俄经营业务中踩红线;

- 俄罗斯直接产品规则下的出口许可原则上有很大的概率被拒绝,除非满足特殊条件可以申请豁免,企业可能出现无法出口至俄罗斯的情形;

- 本次出口管制新措施下,对俄罗斯管制的实体清单被进一步扩大,企业在开展对俄罗斯业务前若无法做好客户尽职调查工作,有可能造成一定的出口管制风险。

### 3.3.应对措施

- 制造业对供应链进行安全性审查

俄乌局势变化势必对全球制造业供应链造成极大影响,这种影响可能波及到行业内供应链全流程,包括从上游采购端到生产、再到下游销售的所有流程和节点。任何节点的高危风险都有可能传导、弥漫至全局。制造企业应当梳理工厂产线,从上游供应商至下游客户进行风险识别和评估,达到对全产业链的风险控制。

- 对第三方合作伙伴进行安全性审查

除了对产业链中重要参与者的安全性审查外,其他第三方合作伙伴的风险也有可能殃及企业,因此,制造企业应当对包括物流企业、代工厂等在内的第三方合作伙伴进行安全性审查。



## CHAPTER 004

## 跨境贸易和电商

## 4.1. 制裁现状

美国在贸易领域对俄罗斯的制裁从工业品蔓延到一般消费品。2022年3月11日拜登签署的行政命令,宣布取消与俄罗斯的正常贸易关系,并在进出口两方面规定如下制裁措施:

- **在进口方面:**禁止原产于俄罗斯联邦的鱼类、海产品及其制品、酒精饮料、非工业钻石,及财政部未来商定的原产自俄罗斯的其他产品进口至美国。
- **在出口领域:**该行政令限制从美国或者由美国人出口、再出口、销售或者供应一切奢侈品到俄罗斯。

同日,七国集团(G7)也承诺减少西方与俄罗斯贸易,并声明将采取行动组织世界贸易组织成员国的广泛联盟与其共同行动,剥夺俄罗斯关键产品的最惠国待遇。

在一系列密集制裁措施的压力下,不断有消费品领域内的跨国企业选择停止对俄罗斯开展业务。目前,国际各大食品饮料行业巨头均计划或已经暂停在俄业务;影视行业巨头也暂停俄罗斯服务。对此,以商品零售为主营业务的跨境电商不得不重新审视俄乌局势下欧美制裁禁令的连带影响,一方面加强与平台内品牌商家的联络,就涉俄贸易所牵连的潜在责任进行沟通;另一方面,加强对平台内商家的管理,对存在俄罗斯境内采购或者消费下单的行为进行风险评估。此外,欧美多国对俄罗斯银行的制裁也可能同时波及跨境电商,导致俄罗斯相关采购或销售难以通过美元等外汇进行跨境结算。

## 4.2. 法律风险

- 最惠国待遇的取消将为美国及其盟友向俄罗斯多种商品征收“破坏性关税”铺平道路。根据彼得森经济研究所的分析,取消俄罗斯正常贸易关系地位,意味着美国对俄罗斯商品的平均关税税率将从3%左右提高到32%左右。<sup>1</sup>关税的升高将导致俄罗斯原产产品出口至欧美地区的价格被进一步抬高。

1. 中国国际贸易促进委员会浙江省委员会: [http://www.ccpitzj.gov.cn/art/2022/3/14/art\\_1229557691\\_23095.html](http://www.ccpitzj.gov.cn/art/2022/3/14/art_1229557691_23095.html)



- 美国对奢侈品出口的贸易限制具有较强的扩张性,非美国主体的相关交易可能因为存在其他美国连接点(如物流途径美国、由美国职员销售等)而被纳入限制范围。
- 制裁措施可能向俄罗斯重要贸易伙伴扩张。在美国与其他西方国家对俄采取贸易制裁措施背景下,保持与俄罗斯的正常贸易关系,可能导致其成为相关国家的制裁对象,具有较高的风险。
- 美国对俄罗斯产品进出口的管制措施可能导致短期,甚至长期涉俄涉乌的供应链受阻或被切断,或导致相关运营成本上升。
- 美国对俄罗斯金融机构的制裁措施可能导致相关企业在俄资金被冻结,且对俄贸易难以通过美元或SWIFT与美国结算系统进行结算,可能导致企业短期资金链受阻或断裂,或产生流动性危机。



### 4.3. 应对措施

#### ● 替代性产品市场的开拓

对俄进出口风险上升的背景下, 电商企业可以考虑开拓替代性产品市场。但同时, 俄罗斯供给和需求可能会对中国进出口企业带来一波利好, 电商企业也可以在保障安全的前提下抓住相关窗口期的机遇, 拓宽现有贸易对象和地域范围。

#### ● 供应链安全性审查

电商企业应积极对原材料与产品供应链进行审查, 分析供应链涉俄涉乌风险。与此同时, 存在涉俄涉乌业务的实体也应同时寻求和开发新的供应商, 以应对短期供应链被切断的危机, 并保证长期贸易管制背景下的供货需求可被满足, 保证企业的正常生产与运行。

#### ● 资金安全性与流动性管理

企业应避免在作为本次经济制裁对象的金融机构处贮蓄或存放过多资金, 并及时处理利润转回等业务, 可以选择CIPS等人民币跨境结算平台完成结算活动。

#### ● 规避卢布汇率风险

鉴于目前卢布币值稳定性较低的情况, 应当尽量避免将其确定为合同的结算货币, 或在合同中纳入币值稳定条款, 按照某一特定的汇率水平确定价格水平, 以防止不可预测的商业风险。

(周以诺对本文亦有贡献)



贾申  
顾问  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2263  
jiashen@zhonglun.com

# 04

## 涉军清单应对策略

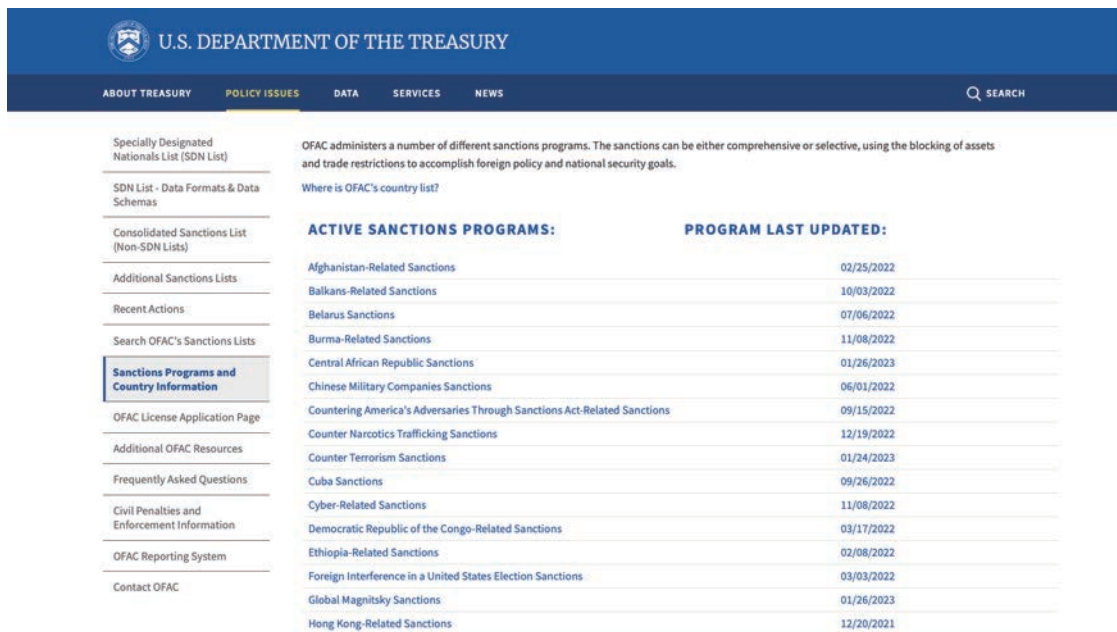


# 企业被美国列入军方企业名单，如何困境突围？

刘相文 王涛

在中美大国博弈的背景下，美国不断利用法律工具对中国企业进行域外管辖相关的调查、执法、制裁，如反海外腐败调查、BIS实体清单、SDN名单等，对境外经营的中国企业造成了很大的合规压力。从2020年6月12日开始，美国国防部也加入了执法序列，截至2022年10月5日，美国国防部已将60家中国企业列入了军方企业名单（下称“**CCMC企业**”）。2020年11月12日和2021年1月13日，时任总统特朗普分别签发13959号总统行政令（下称“**13959号令**”）和13974号总统行政令（下称“**13974号令**”）；2021年6月3日，拜登总统签发14032号总统行政令（下称“**14032号令**”），禁止任何美国主体与CCMC企业公开交易证券或任何衍生证券或进行旨在为此类证券提供融资的交易。美国财政部海外资产办公室（**OFAC**）官网目前专门设置了“中国军方企业制裁”（Chinese Military Companies Sanctions）项目。被列入CCMC名单的企业，声誉和形象会受到影响，融资渠道受到限制，股价发生波动，还可能面临商业机会流失和人才吸引力下降等不利后果。





U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY

ABOUT TREASURY POLICY ISSUES DATA SERVICES NEWS SEARCH

Sanctions Programs and Country Information

OFAC License Application Page

Additional OFAC Resources

Frequently Asked Questions

Civil Penalties and Enforcement Information

OFAC Reporting System

Contact OFAC

OFAC administers a number of different sanctions programs. The sanctions can be either comprehensive or selective, using the blocking of assets and trade restrictions to accomplish foreign policy and national security goals.

Where is OFAC's country list?

| ACTIVE SANCTIONS PROGRAMS:   | PROGRAM LAST UPDATED: |
|--|-----------------------|
| Afghanistan-Related Sanctions  | 02/25/2022            |
| Balkans-Related Sanctions  | 10/03/2022            |
| Belarus Sanctions  | 07/06/2022            |
| Burma-Related Sanctions  | 11/08/2022            |
| Central African Republic Sanctions                                       | 01/26/2023            |
| Chinese Military Companies Sanctions                                     | 06/01/2022            |
| Countering America's Adversaries Through Sanctions Act-Related Sanctions | 09/15/2022            |
| Counter Narcotics Trafficking Sanctions                                  | 12/19/2022            |
| Counter Terrorism Sanctions  | 01/24/2023            |
| Cuba Sanctions   | 09/26/2022            |
| Cyber-Related Sanctions  | 11/08/2022            |
| Democratic Republic of the Congo-Related Sanctions                       | 03/17/2022            |
| Ethiopia-Related Sanctions   | 02/08/2022            |
| Foreign Interference in a United States Election Sanctions               | 03/03/2022            |
| Global Magnitsky Sanctions   | 01/26/2023            |
| Hong Kong-Related Sanctions  | 12/20/2021            |

(美国OFAC官网的“中国军方企业制裁”项目)

公开报道显示:2021年1月29日,小米公司(Xiaomi Corporation)(下称“小米公司”)在美起诉美国司法部和财政部,请求撤销将其列入CCMC名单的行为。2021年3月12日,哥伦比亚特区联邦地方法院签发了暂停将小米公司列入CCMC名单的初步禁令。而且该法院解释,其之所以签发禁令,是因为小米公司很有可能获得最终胜诉判决。小米公司主动起诉并初步获胜的“壮举”,既振奋人心又引人深思。CCMC名单上的其他企业,是否也可以效法起诉挑战CCMC名单呢?还有没有其他困境突围之路?本文将围绕CCMC企业普遍关切的前述问题进行分析,供中国企业决策者参考。

CHAPTER 001

## CCMC名单要点解读

关于CCMC名单的出台背景、法律依据、法律风险及其与实体清单、SDN名单的主要区别，详见2020年10月19日“中伦视界”发布的文章《“虚晃一枪”还是“引弓待发”？——美国国防部“中国军方企业”名单解读》，本文不再赘述。现就2020年10月以后，CCMC名单的更新及最新制裁情况，进一步解读CCMC名单的要点。

### 要点一：CCMC制裁的动机是防止美投资者为中国军工发展提供金融支持。

13959号令称，禁止美国投资者参与CCMC企业证券交易的原因在于，中国的军事、情报和其他安全装置不断现代化，并通过开发大规模杀伤性武器、先进的常规武器，以及进行恶意网络活动，对美国国家安全造成了威胁。中国实行“军民融合战略”，很多民用工业企业成为支持中国军事工业发展的关键。这些企业向美国投资者公开发行证券融资，让美国投资者出资支持中国军工的发展。在目前被列入CCMC名单的60家企业中，大多数是央企或国资背景的企业，主要集中在电信、军工、交通、船舶、核能、建筑、化工、航空、半导体等与军事工业关联比较密切的领域。

### 要点二：时任总统特朗普并没有绕过紧急状态宣告程序直接实施制裁，而是在宣布紧急状态之后才采取制裁措施。

《1999年国防授权法案》第1237条授权美国总统绕过 (without regard to) 《国际紧急经济权力法》(IEEPA) 项下必须先宣布国家紧急状态再实施经济制裁的流程，允许总统直接对CCMC名单上的企业施加经济制裁。从13959号令的内容来看，时任总统特朗普还是根据《国际紧急经济权力法》和《国家紧急状态法》的相关规定，先宣布中国的军工复合体对美国的国家安全、外交政策和美国经济造成了非同寻常和极端的威胁，为保护美国本土和美国人民，宣布美国进入国家紧急状态，再采取禁止美国主体投资CMCC企业证券的经济制裁措施。

### 要点三：CCMC名单和出口管制领域的“军事最终用途”和“军事最终用户”等概念不同，CCMC企业并不当然面临出口管制风险。

第一批CCMC名单发布于2020年6月12日，而2020年6月29日，美国《出口管理条例》中关于加强对中国“军事最终用户”“军事最终用途”进行出口管制的规定生效。称谓

上的相似性和时间上的相近性，一度引发了中美贸易企业巨大的合规疑虑，担心CCMC企业会被视为“军事最终用户”而遭受出口管制。例如，某企业在被列入CCMC名单之后，五天之内就遭遇了美国供应商的断供，理由是向“军事最终用户”供货需要申请出口许可证。但是，在断供五天之后，该供应商又恢复了供货，并称之前的断供是内部供应链调整，而非需要申请出口许可证。由此可见，CCMC企业被直接认定为“军事最终用户”而遭受出口管制的风险是比较低的。

## CHAPTER 002

### 被列入CCMC名单对企业的不良影响

---

#### 影响一：在美融资渠道受阻

根据13959号令、13974号令和14032号令，一旦被列入CCMC名单，美国投资者将被禁止投资CMCC企业公开发行的证券；已经投资的，必须在法定期限内退出。据此，纽约证券交易所对美股上市的CCMC企业进行了摘牌退市处理。以被列入CCMC名单的某科技公司为例，2020年该公司三分之一的融资约15亿美元来自美国资本市场。由于禁止所有美国投资者交易CMCC企业公开发行的证券，摩根士丹利、摩根大通、高盛等在香港资本市场上也放弃了该公司。这些后果表明，被列入CCMC名单会影响一些倚重美国投资者的企业的融资能力，进而有可能延缓这些企业在研发、扩张和战略收购等方面的步伐。

#### 影响二：股价受到负面影响

被列入CCMC名单之后，企业股价通常会在短时间内发生比较严重的下跌。比如，某科技公司在被列入名单后一月内，股价下降9.5%，造成了约100亿美元的市值蒸发。2020年11月30日，某企业可能被列入CCMC名单的消息传开后，股价一路走低，盘中一度大跌超14%，收跌13.97%。自2020年11月12日颁布13959号令至2021年1月4日，另外三家CCMC央企港股股价平均下跌20%左右。

#### 影响三：企业形象声誉受损

一旦给企业贴上“军方”的标签，企业在海外经营时可能给商业伙伴和客户造成不必要的疑虑和困扰，对企业的跨境投资和国际贸易造成负面影响。一些商业伙伴可能担

心CCMC企业的军方背景而取消相关业务合作。而部分高端人才也可能因为介意公司的军方背景而选择不为公司提供服务,尤其是享受股权激励的美籍人才,可能因为公司被列入CCMC名单而无法继续享受之前的待遇,流失的风险更高。

#### 影响四:企业发展不确定性上升

拜登政府上台后,大有延续特朗普对华遏制政策,甚至不断加码的态势,先以人权为由对涉疆主体施加制裁,又将七家超算机构列入威胁美国国家安全的“实体清单”,还通过了《2021年战略竞争法案》(两党对华全面法案)。鉴于美国非常担心中国军事力量的发展,而且《1999年国防授权法案》授权总统绕开宣布紧急状态的程序,直接对CCMC企业采取制裁措施。如果中美关系进一步紧张,不排除CCMC企业遭受进一步经济制裁的可能性。

## CHAPTER 003

### 企业被列入CCMC名单的应对建议

CCMC名单和SDN名单、实体清单等不同,没有规定行政复议的移除程序。因此,中国企业需要用申请除名以外的其他方式来进行应对。结合美国相关法律规定和过往实务经验,我们认为,CCMC企业目前可以考虑三种应对方式:

- 1) 通过诉讼手段将企业移除CCMC名单;
- 2) 通过游说将企业移除CCMC名单;
- 3) 从美股市场撤离。

这三种方法各有利弊,适用于不同类型的企业。企业可以根据自身业务特点、类型,以及受制裁影响程度的大小,作出相应的应对。

#### 途径一:通过诉讼的方式将企业移除CCMC名单

CCMC企业可以起诉美国国防部和财政部,请求法院宣告将其列入CCMC名单违宪违法,并撤销将其列入CCMC名单的行为。目前已经至少有两家CCMC企业提起了该等诉讼,其中小米公司已经获得法院签发的临时禁令,取得了阶段性胜利。

2021年1月29日,被列入CCMC名单的小米公司起诉美国国防部和财政部,主张将其列入CCMC名单违反了美国《行政程序法》以及美国联邦宪法。首先,国防部将小米公

诉讼是应对CCMC名单制裁的一种有效且明确的手段, 中国企业尤其是民营企业, 如果满足与上述法院签发临时禁令所述理由相似的情形, 那么有可能获得与小米公司同样的有利裁判。





司列入CCMC名单的决定与事实和证据不符,小米公司不是中国政府或军方控制的企业,因此该决定是武断的、任意的。其次,国防部的行为违反了美国宪法第五修正案项下的正当程序条款,国防部没有就该行政决定向小米公司提供任何通知或回应申辩的机会,因此违宪。小米公司据此向法院申请宣告将小米公司列入CCMC名单违法违宪,请求法院发布命令将小米公司移除CCMC名单,并临时且永久地禁止被告将小米公司列入该名单。

而被告美国国防部等则向法院辩称,将小米公司列入CCMC名单的部分原因是,公司创始人在2019年被中国工业和信息化部等部门联合授予“优秀中国特色社会主义事业建设者”称号。加之小米公司在5G和人工智能领域的投资计划,足以支持将其加入CCMC名单。

2021年3月12日,法院认为小米公司很可能在最终庭审中获胜,为避免对其造成进一步损失,签发了禁止将小米公司列入CCMC名单的临时禁令,主要理由如下:

**1.在正当程序方面,国防部将小米公司加入CCMC名单存在许多根本性问题,例如没有召开听证会或给予合理解释,从而导致了整个决策流程的严重缺陷。**

**2.国防部将小米公司列入CCMC名单缺乏证据支持。**5G和人工智能技术已经是民用电子产品开发商的入门标准,也是小米公司保持商业竞争性的必要手段,这些技术存在军事用途不能说明小米公司是CCMC企业。按照这个标准,在华投资的美国科技企业也可以被定义为涉军企业。

**3.有关小米公司创始人的“优秀中国特色社会主义事业建设者”称号,法院认为自2004年以来受中国政府类似表彰的企业家多达500多人,包括很多经营婴幼儿奶粉产品、辣椒酱、成衣制品和酿酒厂的企业家。因此,无法根据该奖项认定小米公司是CCMC企业。**

**4.小米公司被列入CCMC名单之后,声誉和形象受到了较大影响,融资渠道受到很大限制,股价发生大幅下跌,还遭受了商业机会流失和人才吸引力下降等不利后果。因此,如果不签发临时禁令,可能对小米公司造成无法弥补的损害。**

**5.对于国防部提出的小米公司的经济利益不能和美国国家安全利益相比的理由,法院认为:(1)国防部对小米公司的指控是基于不可靠的证据;(2)CCMC名单所依据的《1999年国防授权法案》已存在逾20年,国防部从未将任何企业列入名单,却在特朗**

**普任期最后阶段匆忙做出决定，很难支持国防部关于国家安全的说法。**

诉讼是应对CCMC名单制裁的一种有效且明确的手段，中国企业尤其是民营企业，如果满足与上述法院签发临时禁令所述理由相似的情形，那么有可能获得与小米公司同样的有利裁判。通过诉讼寻求移除CCMC名单有以下优点：

**1. 管辖法院明确。**位于美国哥伦比亚特区的联邦法院对于美国国防部、财政部的行政决定有管辖权。

**2. 适用法律明确。**其他企业也可以主张美国国防部、财政部相关行为违反《行政程序法》以及美国联邦宪法。

**3. 较为适合民营企业。**其他民营企业也可以主张其不构成中国政府或军队控制的企业，进而要求法院将自身从CCMC名单中移除。

但是，通过诉讼手段将自身从CCMC名单中移除也存在以下缺点：

**1. 国企胜诉难度更大。**CCMC名单中的国企也可以主张自己不由中国军方控制，且美国国防部违反正当程序没有召开听证会或给予合理解释，但是美国国防部提出的国家利益等理由可能得到法院支持，进而增加国企胜诉难度。

**2. 启动诉讼程序的成本较高。**需要综合考虑被列入CCMC名单对企业的负面影响、胜诉概率、诉讼周期、诉讼成本等各种因素，再决定是否起诉。

### **途径二：通过游说的方式将企业移除CCMC名单**

企业也可以考虑通过游说的方式，说服美国政府将其移除CCMC名单。这种方法适合目前受制裁影响较小的企业。例如，未在美股上市发行中概股的CCMC企业，可以考虑通过利益集团、游说公司、说客等，详细规划游说手段和策略，以将自身移除CCMC名单。具体如下：

1. 游说美国国防部或美国国防部高层，将企业从名单上移除；
2. 游说美国财政部或美国财政部高层，暂缓执行对名单上企业的制裁措施；
3. 游说美国参众两院有影响力的议员，借以间接影响政府政策，将企业从名单上移除；
4. 游说美国联邦政府高级幕僚，协助企业从名单上移除。

通过游说的方式来应对CCMC名单主要有两个优点：**一是舆论压力小。**如果通过游说的方式来争取从名单上移除，不易惊动媒体，且游说过程全程不公开，因此企业的舆论压力会相对较小。**二是对股价影响小。**诉讼进程的不确定性可能给企业股价带来较大

的波动,而游说对股价的影响相对较小。

但是,当前中美关系较为紧张,通过游说移除CCMC名单成功率很低,甚至低于诉讼的成功率。拜登政府在政治、经济和外交等诸多领域依然延续特朗普政府对中国的对抗姿态和制裁手段,找到有能力且有意愿影响CCMC名单的政府高层或议员比较困难,游说联邦高级幕僚的难度更高。因此,目前通过游说解决相关问题的成功率比较低。

### 途径三:撤离美股市场

大多数CCMC企业在香港或者境内上市,美国存托股份(ADS)占总股份比例较低。对这些企业而言,从美国退市不会实质影响其融资能力,可以考虑彻底离开美股市场。对于较为依赖美国投资者融资的CMCC企业,在面临摘牌退市危机时,亦可结合自身长远战略,考虑私有化退市,转板A股、港股或者其他资本市场,反而可能有助于释放企业的真实价值,为企业后续赢得更大的资本运作空间,可谓“塞翁失马,焉知非福”。

CCMC名单是特朗普政府遗留、拜登政府延续执行的新型制裁工具,与其他制裁名单存在较大差异。被列入CCMC名单后,企业需要综合考虑企业性质、融资结构、损失大小等因素,在权衡利弊的基础上制定稳妥的应对策略。对于被列入CCMC名单的民营企业,可以认真考虑通过诉讼方式实现名单移除。同时,不排除拜登政府未来会将更多企业列入CCMC名单,或者对CCMC企业采取进一步经济制裁措施的可能性,因此,中国企业需要未雨绸缪,提前做好涉外合规体系建设和应对预案制定工作,为境外投资经营保驾护航。

(王晶涛、祝梓瑜对本文亦有贡献)



刘相文  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2050  
liuxiangwen@zhonglun.com

# *chapter 3*

## 跨境调查、诉讼与制裁







# 美国法域外管辖：中国企业如何应对美国跨境调查和诉讼？

刘相文 王涛 Graham Adria

## CHAPTER 001

### 美国政府对中国企业的域外管辖

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

| 管辖事由 | 执法机关        | 法律依据                                 | 法律后果(部分)  |
|------|-------------|--------------------------------------|---|
| 反腐败  | 证券交易委员会、司法部 | 《反海外腐败法》《美国法典第18章第201节》《霍布斯法案》《旅行法案》 | <p><b>违反《反海外腐败法》中的反腐败条款</b><br/>对个人处不超过10万美元罚金和/或不超过5年有期徒刑；对企业处不超过200万美元罚金和/或不超过1万美元民事罚款。</p> <p><b>违反《反海外腐败法》中的会计条款</b><br/>对个人处不超过500万美元罚金和/或不超过20年有期徒刑；对企业处不超过2500万美元罚金。</p> <p><b>特殊情况下，《反海外腐败法》项下罚款可高达违法损失或者所得的两倍。</b></p> |

| 管辖事由 | 执法机关                                       | 法律依据   | 法律后果(部分)   |
|------|--|--|--|
| 反垄断  | 司法部反垄断局、联邦贸易委员会                            | 《谢尔曼法案》《联邦贸易委员会法案》《反垄断程序修订法》                   | <b>违反《谢尔曼法案》</b><br>停止不公平竞争行为;对个人处不超过100万美元罚金和/或10年有期徒刑;对企业处不超过1000万美元罚金。  |
| 反洗钱  | 财政部美国金融犯罪执法网、货币监管署、美联储、美国司法部反洗钱和资产追回科      | 《银行保密法》《阿农奥·怀利反洗钱法》《禁止洗钱法》《反洗钱和金融犯罪策略法》《爱国者法案》 | <b>违反《银行保密法》</b><br>对个人处不超过50万美元罚金和/或不超过20年有期徒刑;没收违法所得。  |
| 经济制裁 | 国务院经济制裁政策与实施办公室、财政部海外资产管理办公室、司法部、商务部、国土安全部 | 《与敌人贸易法》《国际紧急经济权力法案》《国家紧急法》                    | <b>违反《与敌人贸易法》</b><br>对企业处不超过100万美元罚金,对个人可并处不超过20年有期徒刑;处不超过5万美元的民事罚款;没收财产。  |
| 出口管制 | 美国商务部工业与安全局、美国国务院国防贸易管制局、核管理委员会            | 《美国出口管制改革法案》《武器出口管制法》《国际紧急经济权力法案》《出口管理条例》      | <b>违反《出口管制改革法案》</b><br>对企业处不超过100万美元罚金,对个人可并处不超过20年有期徒刑;按照30万美元和案涉交易标的额两倍孰高者处罚款;撤销许可;禁止出口、转出口、转移管制物项。<br><b>违反《国际紧急经济权力法案》</b><br>按照25万美元和案涉交易标的额两倍孰高者处罚款;对企业处不超过100万美元的罚金,对个人可并处不超过20年有期徒刑。<br><b>违反《出口管理条例》</b><br>剥夺出口特权;在故意违反的情况下,对企业处不超过100万美元的罚金,对个人可并处不超过20年有期徒刑。 |

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

## CHAPTER 002

### 内部调查与责任风险评估

---

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

#### (一) 了解权限,把握流程。

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

#### (二) 收集证据,梳理事实。

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

#### (三) 出具报告,评估风险。

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

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

## CHAPTER 003

### 制定整体应对策略

---

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

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

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

通常而言,中国企业可以从以下方面寻找应对调查的抗辩理由。一是从案涉美国法律的域外管辖规定入手,确定美国监管机关是否有权对被调查事项和主体展开调查和

执法。二是在配合调查的过程中,全面考察美国监管机关是否越权、调查手段是否适当、要求提交的证据是否适用“律师—当事人特权”等保密规则等,及时提出抗辩。三是主张企业已经建立完善的合规体系。如果企业具备有效的合规体系,那么通常可以减轻或免除处罚。四是强调区分企业单位责任和员工个人责任。以美国《反海外腐败法》为例,美国监管机关通常会从员工行贿有无公司授权审批、行贿款项是否来自公司、受益人是公司还是员工个人等方面来考量,以判断应当由企业还是员工个人承担责任。五是从合同条款、交易安排出发提出抗辩。如果企业能够证明其通过合同条款、合规培训等方式要求商业伙伴合规经营,而且在交易过程中执行了有效的约束和监督机制,那么企业可以主张就商业伙伴的个别违规行为减免责任。

## CHAPTER 004

### 配合调查

---

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

#### (一) 证据提交

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

#### (二) 证人询问

在企业员工作为证人接受美国调查机关现场询问前,建议由律师在法律允许的范



中国企业应结合个案情况，合理安排提交证据的时间、顺序、方式和范围，灵活运用抗辩理由，尽量减免自身所要承担的法律风险。



围内,在不强迫或者诱导证人作伪证的前提下,帮助企业员工进行演练。

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

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

## CHAPTER 005

### 谈判和解

---

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

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

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

## CHAPTER 006

**律师团队配备**

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

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

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



## CHAPTER 007

**其他事项****(一) 和解未果与诉讼应对**

在少数情形下,如果中国企业作为被调查对象未能和美国政府通过谈判达成和解,而必须通过诉讼的方式解决纠纷,或者如此前发生过的三家中资银行作为证人收到传票被要求提供相关银行账户信息而被动卷入美国法院诉讼程序,那么我们还是建议中国企业聘用国内兼具中美法律实务背景且外语能力极强的跨境争议解决律师,由美国律师配合,完成整个跨境诉讼,并做好打持久战的准备。总结过往中美跨境诉讼的实务经验,中国企业在美国起诉应诉时,需要重视美国诉讼与国内诉讼的差异,在文书送达、管辖权异议、证据开示、证据保存、结案方式选择等方面,充分理解和灵活运用美国程序法和实体法规则,争取实现预期战略目标。

**(二) 危机公关与媒体应对**

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

(王晶涛对本文亦有贡献)



刘相文  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2050  
liuxiangwen@zhonglun.com





# 世界银行调查与制裁： 中国企业出海合规要点

龚乐凡

目前,中国已经是受世行制裁企业数量最多的国家,受制裁的中国企业则主要集中在基础设施领域。企业一旦遭受制裁,面临后果和经济损失将极为严重。例如,某中国企业曾经在已经保质保量完成了某海外建设项目90%的情况下,由于在项目进行过程中被世界银行下属廉政局(Integrity Vice Presidency, “INT”)调查后发现了违规行为,该公司以及其6家关联公司均受到世行制裁,不得不终止工程进程,项目损失高达数亿;并且在未来长达8年的时间内,无法参与任何世行资助项目。

针对上述情况,其中最大的问题来自于**中国企业对这个领域的游戏规则认知仍存在不足**——而只要能够积极应对,在法务和合规制度方面,做好事前防范和事后应对的工作,处罚和制裁的风险可以大幅降低。

如果你作为一家从事海外工程承包的企业,从事一带一路或者其他的建设项目,而有一天收到一封来自世界银行集团(以下简称“世行”)的审计函(audit letter),或者更为严重的质询函(show cause letter),那么不仅意味着企业所从事的涉及调查的海外项目面临中止,也可能意味着你们企业集团下属的所有接受世界银行以及其他多边开发银行的融资均面临搁置或者取消。如果所涉及的违禁事实实锤,那么公司(包括其子公司和关联公司)以及相关个人可能都将面临世界银行的制裁。相关的行贿以及欺诈等行为,亦有可能由世界银行转报企业所属国家的司法机关进行调查和处理。这对于企业来说,意味着巨大的经济损失和商誉损害,以及潜在的刑事责任。

如何应对这样的世行调查函件,对于调查和处罚的结果,其实有着极为重要的影响。因为世行最终的处罚、制裁结果各不相同,有一些因素可能会导致从严从重的处罚,相反的,也有一些因素可以有利于获得从轻从宽的处理。而在调查和处理的流程上,究竟是通过“和解方式”解决,还是通过“裁决”方式解决,严重的程度也往往存在天壤之别。是否配合世行的调查?而配合了调查却又发现了新的违规违禁行为该怎么办?企业进行“自检”该如何收集证据,如何做调查笔录,如何将调查流程向世行调查机构报备?企业是否需要快速构建合规体系,以获得处罚和制裁上的从轻从宽处理?而什么样的合规体系,才能获得世行的认可?为什么说不同阶段,采取合规体系建设的早晚,也会对结果也有影响?为什么说有一些积极的应对策略,能够起到神奇的效果?

另外,针对世行的调查和制裁,很多人还对“合规”存在严重的误区。例如,误认为不合规无非就是不要向当地的官员行贿,只要公司已经有了反贿赂的合规体系,就可高枕无忧。但实际上,世行除了针对贿赂这些腐败行为进行调查和制裁,对于欺诈、虚假陈述等在招投标过程中的行为,一样会进行调查和处罚。根据《世界银行制裁体系2022财年年度报告》,虽然相较2021年,2022财年世行处理腐败贿赂行为的占比提升至30%,但依然有高达70%的处罚案件涉及的是欺诈和误导性陈述,仍是最为常见的违规行为。而企业在招投标的过程中,哪怕是不小心的描述错误,仍然有可能触发调查并导致极为严重的后果。

这些就是本文希望进行探讨的内容。

## CHAPTER 001

## 世行调查与制裁的背景

---

世界银行集团是全球发展中国家资金与知识的最大来源之一，它包括五个共同致力于减少贫困、推动共享繁荣和促进可持续增长与发展的机构：国际复兴开发银行（IBRD）、国际开发协会（IDA）、国际金融公司（IFC）、多边投资担保机构（MIGA）以及国际投资争端解决中心（ICS）。根据《世界银行2022年度报告》，2018至2022财年，每年世行承诺支付的资金均超过600亿美元，2022年财年的承诺金额更高达1043亿美元；资助项目广泛分布于教育、医疗、公共设施建设等关系到“国计民生”的重要领域。

2022财年全年，世行INT共收到3381起投诉，对330个案件进行了初步调查，完成了31个正式调查，认定20名被调查主体存在可制裁行为。除此之外，世行还承认了其他多边开发银行的72项交叉禁止，同时提出了符合其他多边开发银行交叉禁止标准的30项禁止。<sup>1</sup>截止至2022年11月18日，根据世界银行官方数据，已有178个中国（包括港澳台地区）主体（包括企业和个人）被世界银行列入除名制裁名单（List of Debarred Firms and Individuals）<sup>2</sup>。根据世行《制裁和和解程序》第9.01(c)条，被宣布“除名制裁”的企业和个人将会在规定时间内（甚至永久）被取消投标和参与世界银行融资项目的资格。

对受到制裁的企业而言，世行的制裁不仅仅意味着经济损失和被迫失去世行资助项目的参与资格，更会受到全球市场的信用质疑，丧失投资者的信任，进而影响企业“全球化”的发展战略。企业必须对此加以重视。

## CHAPTER 002

## 世行制裁典型案例展示

---

目前，中国仍是受世行制裁企业数量最多的国家，受制裁的中国企业则主要集中在基础设施领域。由于一大批中国优秀基建企业因为被世行制裁，其参与的“一带一路”项

---

1. 数据来源：《世界银行制裁体系2022财年年度报告》

2. 数据来源不包括世行的附条件的不予取消资格决定（Conditional non-debarment, CND）

目即使并非由世行援建,也会饱受质疑,带来蝴蝶效应般的影响,导致其他中国企业遭遇全球信用危机。<sup>3</sup>

一旦遭遇世行制裁,即便企业已经开始项目,甚至已经即将保质保量地完成项目,也要立即退出,关联企业也会受到波及,丧失参与世行项目的机会。例如某中国企业曾经在已经保质保量完成了项目90%的情况下,由于在项目进行过程中经世行INT调查后发现了违规行为,该公司以及其6家关联公司均受到世行制裁,不得不终止工程进程,项目损失高达数亿;并且在未来长达8年的时间内,无法参与任何世行资助项目。<sup>4</sup>

借由分析以下三个往年世行制裁案例,我们期望能够帮助梳理世行制裁的原因与具体方式,为相关企业提供借鉴。

#### 案例一:中国企业海外投标太阳能光伏项目,因披露不合规遭至世行制裁<sup>5</sup>

2021年3月8日,世行发布对施璐得亚洲有限公司的制裁,决定将该公司自决定发布日起,列入“除名清单”至少16个月。2018年3月,该企业于缅甸参与一次由世行资助的太阳能光伏项目投标时,向世行隐瞒了其“雇佣中间人来帮助中标”的事实,构成欺诈行为。

根据世行制裁决定书内容,在应对世行的调查中企业曾辩称,该“涉案中间人”**并非公司的员工或代理人(agent),而是独立的中间人,无需向世行披露**。但制裁委员会并未承认上述辩解中的缩小解释。委员会认为:“世行投标文件中的披露要求涵盖了任何向代理人(agent)或者任何其他一方(any other party)所支付的佣金(commissions)或者费用(fees),因此,这一披露要求强调的是该佣金是否已经支付或者支付即将完成(whether a commission was paid or was to be paid at all),而不是支付给谁(not to whom it was paid)。”当INT介入调查时,被调查企业实际已经向“涉案中间人”完成支付,这一事实属于世行所要求的应当披露的范围。公司隐瞒这一事实的行为成立欺诈,理应接受制裁。

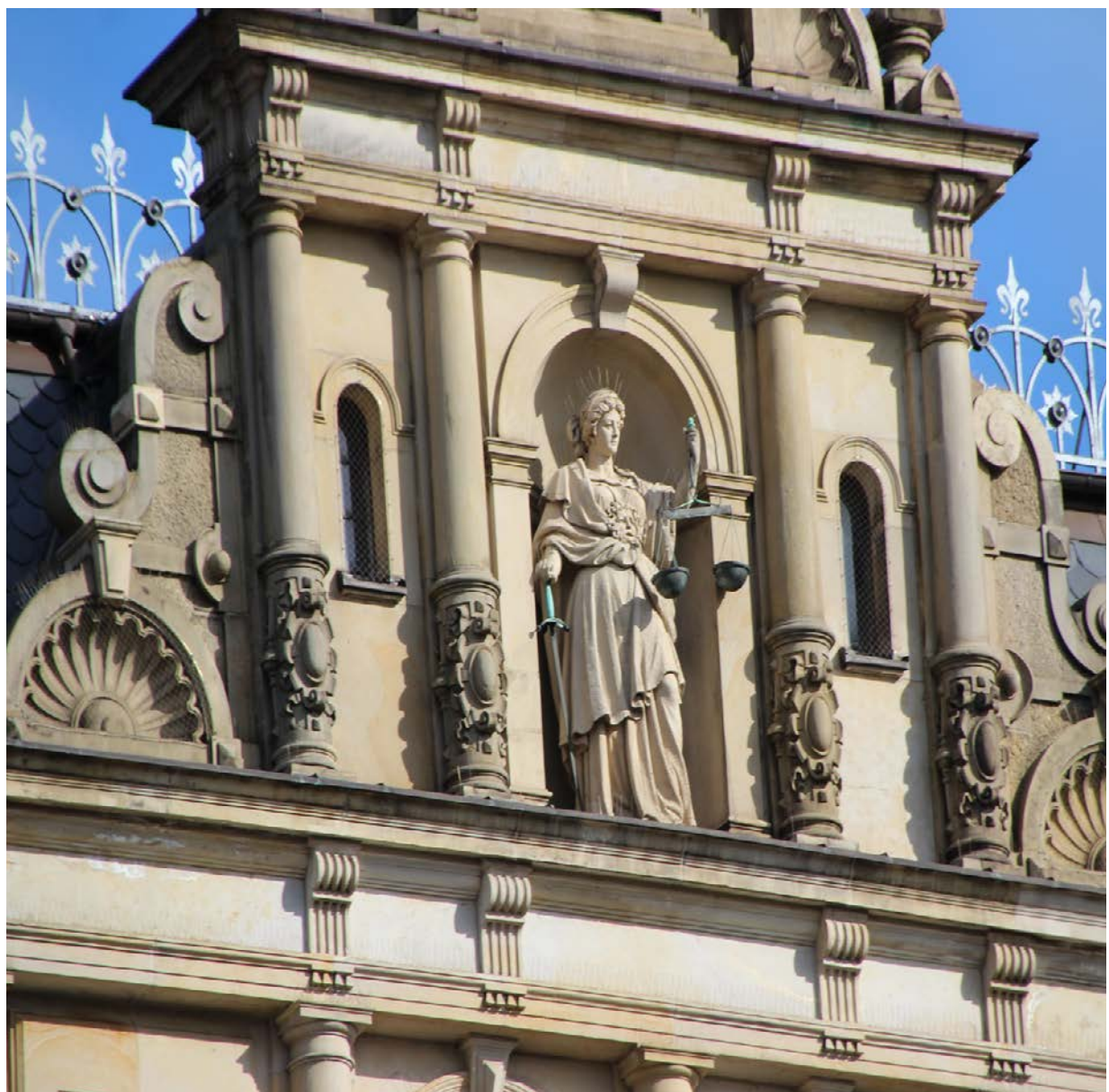
3.彭亚媛:《世界银行对华企业制裁的法律依据、成因以及对策》,国际经济法学刊 2020年第2期

4. World Bank Applies 2009 Debarment to China Communications Construction Company Limited for Fraud in Philippines Roads Project <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2011/07/29/world-bank-applies-2009-debarment-to-china-communications-construction-company-limited-for-fraud-in-philippines-roads-project>

5. Sanctions Board Decision No. 131 (Sanctions Case No. 671) IDA Credit No. 5727-MM (the National Electrification Project in the Republic of the Union of Myanmar)

<https://www.worldbank.org/en/about/unit/sanctions-system/sanctions-board/brief/issuance-of-sanctions-board-decision-no-131>

借由分析本文三个往年世行制裁案例，我们期望能够帮助梳理世行制裁的原因与具体方式，为相关企业提供借鉴。





从以上案例不难看出,实践中不少企业对于世行的规则并不完全了解,而是想当然地从自己的角度加以解读。这样的想法是比较危险的,可能会给世行留下“强词夺理”的第一印象,并且导致调查机关忽视对企业有利的证据,甚至有可能成立加重情节。所以,一旦企业遭遇调查,应尽早尽快寻求专业的咨询建议,积极地、及时地应对,在法律专家的协助下,进行全面的自查,搜集整理有力证据,主动协商。

### 案例二:越南企业在城市基建类项目中行贿被世行制裁<sup>6</sup>

2021年1月5日,世行发布了对越南VN1 Industrial Group JSC公司的制裁决定:自决定发布之日起,将其列入世行“除名清单”至少四年。根据调查,该企业在两年间,向包括项目管理机关、相关顾问等在内的越南官方机构行贿,涉案金额达46222美元,违规行为涉及至少6个世行融资合同及子合同的施行。

前述两个被制裁企业均被世行列入“除名清单”,一旦被列入清单,相关企业和/或个人可能会面临如下“困境”:

a)禁止中标任何世行融资项目或从中获取经济利益;

b)禁止被其他世行资助项目的项目参与方指定为分包商,咨询顾问,承包商和供应商或服务提供商;

c)禁止获得任何世行的贷款或者参与世行资助的项目。

如果要向世行申请解禁,被制裁企业必须向世行合规官证明其采取了适当的举措来弥补错误行为,并且有效建立并实施了符合世行合规标准的合规方案。

### 案例三:中国某国有公司子公司借母公司名义实施欺诈行为,母公司监管不力而被列入“附条件不除名制裁名单”<sup>7</sup>

2020年10月28日,世行发布了对中国CC公司(以下简称“CC公司”)及其子公司中国CE公司(以下简称“CE公司”)的制裁决定,决定对CC公司施以自决定发布之日起18个月的“附条件不除名”制裁。世行认定,CE公司在赞比亚的电力工程项目中,提供了冠以母公司名称的资质证明文件,以满足投标要求,应被认定为欺诈行为。而被调查企业CC

6.Sanctions Case No. 655 IDA Credit Number 5083-VN (Vietnam Mekong Delta Region Urban Upgrading Project), [https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/office-of-suspension-and-debarment/2021/jan/Case%20655%20-%20Notice%20of%20Uncontested%20Sanctions%20Proceeding%20\(Vietnam%20-%20VN1\)%20\(1.5.2021\).pdf](https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/office-of-suspension-and-debarment/2021/jan/Case%20655%20-%20Notice%20of%20Uncontested%20Sanctions%20Proceeding%20(Vietnam%20-%20VN1)%20(1.5.2021).pdf)

7.World Bank Group Sanctions Two Chinese Engineering Companies for 18 months. <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/10/28/world-bank-group-sanctions-two-chinese-engineering-companies-for-18-months>

公司作为CE公司的母公司,未能及时发现子公司的违规行为,存在失职情况,未尽到相应监管义务,同样被世行认定为欺诈行为的实施者。

本案中,该公司最终与世行达成了和解协议。世行允许CC公司继续参与世行相关的项目。但若未能满足世行与CC公司之间的和解协议条件,则后续可能会被禁止参与项目;而如果CC公司与子公司均实施了有效的企业合规方案,则可能会缩短18个月的制裁期限。

从本案的违规事实来看,企业在参与世行资助项目时,不能自以为投标文件上的某些“借用”、“冠名”和一些适当夸大的措辞是合理的;尤其在涉及到资质证明文件时,更应引起高度关注。另一方面,企业应当及时纠正错误、主动配合世行进行内部调查、争取达成和解、及时建立合规制度、避免重蹈覆辙,这些都会有利于制裁的减轻。

## CHAPTER 003

### “遇事不怕事”:未雨绸缪,积极应对不合规行为,建立合规体系

---

在面临世界银行制裁的过程中,企业的应对方式乃至应对态度都会影响到最终的制裁结果。合适的应对方式能够有效减少制裁期限,相反,消极、仓促的应对则可能进一步加重制裁,即所谓的加重情节(aggravating factors)与减轻情节(mitigation factors)。例如,企业应当积极配合世行的调查。事实上,企业的积极配合程度就是可以影响到制裁结果的减轻情节之一。而如若企业不配合,乃至以各种手段干扰调查,则可能成立加重情节,面临可至三年制裁期的加重制裁;更有甚者,甚至可能成立阻碍行为(obstruction),而被单独另案调查。关于具体的世行制裁调查过程中有哪些值得相关企业注意的加重情节或减轻情节,我们将在之后的系列文章中加以详细探讨。

总的来说,由于世行采取两级制裁程序,潜在的可制裁不当行为首先将被INT调查。在这个阶段,所有被调查的实体都会被给予和解选项,出于策略考虑,和解在一定程度上节省了企业应对调查的时间与资源,给予了企业自主选择的空间,往往可以有效减轻制裁。鉴于INT在和解阶段,对于相关事实的认定有较大的自主裁量权,企业如若想寻求和解,需要及时咨询相关法律专业人士,有策略地收集有利证据,以合适善意的方式,进行有礼有节的协商。

如果企业没有成功与INT达成和解协议,那么案件将被送达至第一级制裁程序,由暂停资格审查办公室(Office of Suspension and Debarment, “**OSD**”)执行初步制裁(一旦进入制裁阶段,大概率后果较为严重)。同时为了保证制裁结果的公正与独立,世行也为被制裁企业提供了上诉机会,如果不满OSD的制裁决定,则企业可以向制裁委员会(Sanction Board)上诉,即世行第二级制裁程序。制裁委员会将遵从“**de novo**”(重新审理)原则,对每一个上诉案件进行全面的、公平的审理。一般来说,制裁委员会的决定为终审,不得上诉。<sup>8</sup>基于此,企业在不同时点下将会面临不同的制裁场景,应对侧重点也应当不尽相同。

根据《世界银行制裁体系2022财年年度报告》,在2022财年,诚信合规办公室(Integrity Compliance Office, “**ICO**”)向 33 家新制裁方告知了解除制裁的条件,与81家被制裁方接触并提供帮助。因为只有当被制裁主体(企业或者个人)满足了ICO的合规要求时,才能解除制裁;否则即使制裁期满,被制裁主体也可能无法从制裁名单上移除。这就是所谓“附条件解除除名”(Debarment with conditional release),也是世行最常见的制裁方式之一。2022财年年度,通过ICO审核并且达到条件解除除名制裁的企业共有 22 家。

当然,企业如果想真正防患于未然,又能从容应对可能的调查、制裁,必须做到“打铁自身硬”。所以,最为有利的做法是主动出击,尽快做好符合世行要求的合规制度建设,防范于未然,而不是等出了事情再去被动应对,而是应当根据世行解除制裁的核心标准(即公司是否建立并实施了符合世行《诚信合规指南》所要求的合规制度),在日常经营中就积极评估公司相关业务的风险,建立全面的多层次合规制度和体系,在包括员工行为手册、合作方尽调、投标等各个业务核心领域建立完善的企业合规,时刻强调合规的重要性。建立完善合规体系需要时间和经验的积累,并非能够一蹴而就,但尽快启动、未雨绸缪颇为关键。而在接受世行调查之后,即便最终建立起合适的合规体系,也并不意味着企业能够当然获得从轻制裁:例如,如果存在进行合规弥补措施的时间较晚,或存在被调查行为造成的损害过强等情形,获得从宽处理的可能性同样也是有限的。

8.The World Bank Group Sanctions System: Addressing Fraud and Corruption Through a Two-Tiered Administrative Process, <https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/other-documents/sanctions-board/Two-Tier-Sanctions-brochure-Final.pdf>

而公司即便有了其他相应的合规制度(例如反腐败、反贿赂方面的合规制度),绝不等于就可以在世行的调查和制裁程序中拿到“免死金牌”——恰恰相反,世行的不合规行为的定义颇为广泛。举例而言,可能构成欺诈的行为有:在投标中或在项目过程中提交任何虚假或误导性文件(例如,不准确的时间表、歪曲与个人资格有关的简历或在投标中包含个人姓名,而个人可能不可以参与项目),或者公司未能披露重要信息(制裁程序经常涉及这种性质的指控)等等。

因此,在建立符合世行要求的合规体系的同时,企业需要经常对员工开展各类关于合规的培训,否则业务相关人员可能无法完全认识到世行制裁小组在认定不合规行为时所适用的广泛定义。

全面合规体系的建立只是中国企业走向国际“未雨绸缪”和“亡羊补牢”的第一步,而将合规管理融入日常业务流程,打造并实施具有可行性的合规制度,并且注意资料和合规痕迹的保管和留存,才能真正做到“防患于未然”,在遭遇调查时有理可证,有据可依,利于免除公司责任。



龚乐凡  
合伙人  
私募基金与资管部  
上海办公室  
+86 21 6061 3608  
lefangong@zhonglun.com





# 国际多边金融机构制裁： 中国企业遭遇制裁的应对

高俊 周杨洁

遭遇境外政府性执法机构和多边金融机构制裁的中国企业数量近年来趋增。在战争、疫情、国际能源危机、大国博弈等多重因素的叠加之下，中国企业“走出去”之路依旧坎坷。

在夹缝中求生存，在危机中找机遇，中国企业在履行“走出去”的时代使命的同时，也在谋求企业自身的稳步发展。在此过程中，中国企业参与了多边金融机构提供资金支持的大量项目，在给东道国、业主方、当地人民创造价值的同时，也陆续暴露出一些合规问题，甚至受到东道国政府、多边金融机构的调查和制裁。

我们总结归纳了一些多边金融机构制裁中国企业的整体情况，并且结合我们应对非洲开发银行（以下简称为“**非开行**”）对本所客户在非洲东部某国家大型基础设施工程系列投标流程中的不当行为的调查案例，分享些许办案经验，希望可以帮助更多在海外市场开疆拓土的中国企业，厘清多边金融机构制裁的概念，协助企业建立健全内部合规体系，在事前、事中、事后全程降低合规风险，全力推进公司业务健康稳定发展。

## CHAPTER 001

## 世界五大银行组织

---

多边金融机构是一个广泛的概念，不仅包括国际和区域性多边开发银行，还包括国际货币基金组织、多边投资保证机构等多层级多种类机构和组织。本文聚焦于世界五大多边开发银行的对不合规行为制裁。

世界五大多边开发银行包括世界银行、亚洲开发银行、非洲开发银行、欧洲复兴开发银行和泛美开发银行（以下合称为“**五大行**”）。五大行的制裁执法权主要来自其贷款协议。在五大行各自的贷款协议中，一般会保留审计权和要求公司主动披露与贷款项目相关的文件与行为的权利。基于此类权利，五大行可以对相关主体展开调查，在发现存在可制裁行为时，向制裁对象施以处罚。

## CHAPTER 002

## 制裁对象与可制裁行为

---

五大行各行的制裁规则总体思路一致，细节存在区别。整体而言，制裁对象涉及借款人（包括银行贷款的最终受益人）、投标人、供应商、承包商和其代理人、分包商、服务提供商、以及上述主体的雇员等。可制裁行为包括腐败行为、欺诈行为、共谋行为、胁迫行为和阻碍行为等。我们通过下表进行释明：



| 可制裁行为 | 内涵   | 举例  |
|-------|--|---|
| 腐败行为  | 直接或间接地提供、给予、接受或索取任何有价值的东西,不正当地影响另一方的行为。  | 企业获得五大行资助的项目合同后,向负责项目招采的官员返还一定比例的回扣。          |
| 欺诈行为  | 通过任何作为或不作为(包括错误表述),蓄意或肆意误导或企图误导某一方,获得财务等利益或逃避义务的行为。  | 企业在投标中虚报业绩或资质,提供虚假的人员简历。                      |
| 共谋行为  | 为了达到不正当目的而设计的两方或多方之间的安排,包括不正当地影响另一方的行为。  | 串标。   |
| 胁迫行为  | 直接或间接损害、伤害,或威胁损害、伤害任一方的财产,以此不正当地影响某一方的行为。  | 为了排挤竞争对手,在投标流程中,威胁竞争对手高级管理人员的人身安全,迫使其错过投标截止日。 |
| 阻碍行为  | 故意销毁、伪造、篡改或藏匿对调查有重要意义的证据,或向调查人员作出虚假的陈述,试图严重妨碍五大行的指控或调查;威胁、骚扰或胁迫任一方,以阻止该方披露其掌握的与调查有关的情况,或阻止该方参与调查;意图严重妨碍五大行进行调查和履行审计权或调阅信息等合同权利的行为。 | 在被五大行调查时,故意提交不完整的资料,也无法对缺失的记录提供合理解释。          |

## CHAPTER 003

## 制裁的方式和内容

当制裁对象存在可制裁行为被调查时,五大行会综合考虑多项因素,最终根据具体案件情况作出相应处罚。这些考量因素主要涉及制裁对象的责任范围、行为的恶劣性和严重性、造成损失的程度、制裁对象采取补救措施的情况等。值得一提的是,制裁对象如果在调查过程中自愿披露信息、认错或配合调查,并因此节约了五大行的资源、促进了调查的实施,也会作为一个“减刑”情节,可以据此在一定程度上争取五大行的宽大处理。

五大行可以作出的制裁方式和内容有：

(一) **谴责信**，即公开批评制裁对象。谴责适用于缺乏监督的孤立事件，或制裁对象在应受处罚行为中的作用不大，影响范围小的案件。

(二) **附条件的不取消资格**，即制裁对象必须在规定时限内遵守特别要求，采取特定措施以保证不会再次发生违规行为，否则将被取消资格。

(三) **取消资格**，即制裁对象在规定时限内或永久地被禁止参与五大行资助的合同。

(四) **附解除条件的取消资格**，即制裁对象被取消资格的时限届满后，必须满足某些条件才能有效解除制裁。附解除条件的目的是鼓励制裁对象改过自新，减轻项目或方案的进一步风险。

(五) **恢复原状/经济补偿**，即制裁对象被要求支付赔偿金或采取一些补救措施，补救由于其违法行为而造成的损害。该惩罚措施既可单独作出，又可结合其它制裁同时作出。

(六) **其它制裁**，包括但不限于全部或部分补偿与调查和制裁程序有关的费用。

以上内容中值得提示中国企业的是，“**取消资格**”这项制裁内容存在特殊的规定。五大行于2010年4月9日签订了《相互执行取消资格决定协议》(Agreement for Mutual Enforcement of Debarment Decisions)。根据协议第四条，若制裁对象存在可制裁行为，被五大行中任一家银行在协议生效后，采取了超过一年期限的取消资格制裁，且该制裁决定在不当行为发生的十年内作出并公布于众，则其它五大行成员行将自动对制裁对象采取同样的取消资格制裁。

## CHAPTER 004

### 制裁流程——以非洲开发银行为例

制裁流程上，五大行根据各自的组织架构特色，存在一定的不同之处。总体上，都将调查程序和制裁程序进行独立区分。制裁程序为两级的模式，分别为一审程序和上诉程序，上诉程序作出的决定为最终决定。

#### 案例展示：

笔者在2020年代理了一家中国企业应对非洲开发银行(以下简称“**非开行**”)的调查与制裁。客户是一家大型建筑工程领域的民营企业，在中国北方地区，及以非洲市场为

主的海外市场，具有不小的影响力。非开行的调查针对客户于2019年至2020年间参与的三个非开行资助的非洲东部某国家工程项目的投标。

值得注意的是，非开行的调查并非在一开始就全盘托出，而是抽丝剥茧式从一个项目调查开始，一片一片地拼凑线索。根据调查时间线，非开行针对客户的项目人员资质、设备种类及规格、投标准备工作内部分工、与项目所在国当地代理的关系、历年财务报表、母子公司及总分公司关系、业绩证明文件等多个方面提出连环问询。

具体来说，针对三个投标项目，非开行在长达近一年的调查中，共计发出约十封问询函。调查人员对证据的罗列和对问题的询问重点反映了非开行全面、连贯性、递进式的调查方式。客户企业在三个项目的标书材料存在一定的关联性。非开行抓住了这一特点，顺藤摸瓜，拼图式地通过嵌套连续的问询函拼凑调查线索，一环接一环地将三个相互独立的工程项目投标整合起来，全局调查。

我们受客户委托、正式介入该项目之时，正值第一个项目调查结束，后两个项目调查新起之际。由于对第二、第三个项目调查的介入及时，并且客户内部非常重视，我们与客户高层管理团队携手，**技巧性地设计了问询回应策略，谨慎准备了支持性证据材料。**根据我们的应对跨境制裁的经验，监管机构在调查问询中的沟通所初步认定的事实，并非一锤定音不可反驳的。**核心应对技巧之一是如何通过逻辑链条完整清晰的说理和详实的证据说服监管机构。**举个例子，本案中，客户在标书材料中存在汇总表格数字错误但支持附件数据真实完整的情况。我们向非开行解释了计算错误的瑕疵，并强调支持附件为经过公证认证的真实有效文件，完整披露于标书材料中，这正反映了客户没有任何欺诈的意图。非开行诚信与反腐败办公室对于客户在该投标中的特殊情况，也接受了我们的解释。

最终，通过理据充分的说明和举证，我们成功地将非开行对第二个项目的9项疑似欺诈行为中的8项进行了澄清，将对第三个项目的24项疑似欺诈行为中的22项进行了澄清，最大程度地缩减了可制裁行为的范围和数量。在2020年末，顺利地协助客户将案件引入和解谈判程序。

回到本部分开头提到的两级制裁程序，以非开行为例，简而言之，就是第一级程序上，非开行的调查机构——诚信与反腐败办公室通过问询和调查，得出可制裁行为调查结论，将案件材料转交制裁办公室，由其作出初步制裁决定。被调查者有权进行答辩，后



由制裁办公室作出重审决定。第二级程序上,如果被调查者对重审决定依然不服,可以提出上诉,此时诚信与反腐败办公室需要对上诉申请作出回应甚至补充证据,被调查者可以进行二轮反驳,由上诉委员会在必要时组织听证,作出最终决定,并随后由非开行公布。为便于读者理解,我们画了示意图,供各位参考。



我们于2020年开始代理的上述案件之初,客户正处于上图所示制裁流程的环节①,经历了近一年的努力,我们协助客户应对了调查、和解的全过程,最终在2021年11月前后与非开行达成和解协议,最终的处理结果是由非开行对该客户施加一项为其35个月的附条件取消资格的禁令,所附的条件即为要求该客户建立和完善合规体系,上述结果好于预期。

在本案以及其他类似案件中,我们的工作思路正是试图从源头化解纠纷,在事件被定性前尽可能地降低风险,减少对客户正在投标和已经中标的其它五大行资助项目的影响。

## CHAPTER 005

**实务建议**

五大行提供资金支持的项目往往位于欠发达国家，这些国家通常清廉指数更低、被认为具有更高的腐败风险。中国企业在参与位于欠发达国家的五大行项目时，当地的营商环境会对企业合规造成了一定的挑战。一些中国企业会把在国内“不是大问题”、“市场惯常性或实务性”的做法带到项目中去，比如错误陈述工作人员的资质、伪造工作时间记录等这些在他们看来无足轻重的行为。而此类行为常常是五大行制裁制度所打击的对象。企业由于没有深入了解五大行制裁规则，最后酿成苦果。

来自五大行的负责诚信与反腐败的内部机构的请求或要求通常具有调查性质，企业的任何书面回复和沟通，甚至选择忽视不回复的态度，都会被五大行视为案件证据或推理的佐证来运用，因此，接到上述请求或要求时，企业高层管理人员与合规部门务必慎重对待、严肃处理。一些中国企业对五大行的制裁不以为意，认为即使被制裁，制裁期限届满后五大行就会自动将其从黑名单上除去，企业大不了在制裁期限内不参与项目。但事实上，如上文所述，制裁方式有“附解除条件的取消资格”这一种，企业被取消资格的时限届满后，必须以令五大行满意的方式实施了合规措施，经申请才能有效解除制裁。

如果企业被坐实存在可制裁行为，被五大行处以制裁处罚，无论是上面提到的六种制裁方式的哪一种，通常都会导致被取消投标资格、被迫终止在建项目、连累企业关联公司，甚至丧失国际市场。

因此，我们建议广大中国企业在“走出去”的过程中，更加积极主动地落实合规要求。合规不是一纸空文，上千个中国企业被五大行处罚的案例已经证明，抱着侥幸心理为了拿项目游走于灰色地带，甚至不择手段争取五大行资助项目的心态是走不通的。即使五大行的诚信与反腐败办公室等调查部门未能识别企业的不当行为，企业拿到项目合同后，来自竞争对手的外部举报也终将使得五大行合规的罚槌缓缓敲下。

除了在事前阶段制定完备的合规政策，在事中积极履行外，若发生了调查和制裁事件，主动有效的应对也可为企业争取到宝贵的喘息恢复机会，如果应对得到还有可能争取到和解 (Settlement) 的机会，在一定程度上可以减轻企业实际面临的不利后果，例如缩短禁令时限，或缩窄禁令的适用对象。

五大行提供资金支持的项目往往位于欠发达国家, 这些国家通常清廉指数更低、被认为具有更高的腐败风险。



我们对世界银行公开的2018年到2022年这五年财政年度件每一年的《制裁系统年度报告》(World Bank Group Sanctions System Annual Report)进行了梳理和分析。经统计发现,受到多边金融机构调查和制裁的中国企业中,有较大比例的企业会积极应对,对能够澄清的质疑点据理力争、进行抗辩,减少最终被认定为“可制裁行为”的数量;同时,对确实存在问题的事实进行承认、内部处置和追责、承诺整改,节约多边金融机构为调查而投入的资源并提高工作效率,从而换取从轻发落的机会。

下文将以表格的形式让大家直观地看到,五年内被世界银行施加了取消资格禁令(debarred)的中国企业(包含香港地区和台湾地区企业)中,有部分企业未对资格暂停与取消办公室的决定提出异议,有部分企业提出异议并进入到制裁委员会的第二级制裁审理程序,更有部分企业争取到了和解的机会:

| 年份 |  | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|----|--|------|------|------|------|------|
| 1  | 被指控方对资格暂停与取消办公室的决定无异议<br>SDO Uncontested | 4    | 5    | 5    | 6    | 0    |
| 2  | 由制裁委员会作出决定<br>Sanctions Board Decision   | 0    | 1    | 0    | 1    | 0    |
| 3  | 和解<br>Settlement                         | 3    | 9    | 5    | 4    | 1    |
| 4  | 年度被世行制裁中国企业总数<br>Total Number            | 7    | 15   | 10   | 11   | 1    |

在上表的数字背后,既包括在与境外机构打交道的过程中已经身经百战的中国央企、国企,也包括走出国门扩展业务的经验尚浅的中国民营企业。例如,2019年被世界银行列入制裁名单的一家中国福建的民营企业,福建路港(集团)有限公司(Fujian Lugang (Group) Corporation Ltd., 以下简称为“路港公司”),在收到调查和问询后采取了积极应对的措施,向世界银行提交了书面答复,一方面是承认不当行为,另一方面是表明态度。

路港公司上述应对策略的效果也是显而易见的,调查结束制裁开始时,路港公司及其关联公司被资格暂停与取消办公室 (Office of Suspension and Debarment) 建议共同处以附解除条件的取消资格三年。基于路港公司的书面答辩,结合路港公司承认不当行为愿意承担责任的表态、开展公司内部调查追查不当行为的举措、对责任人在公司内部追责、改进完善公司合规政策和流程等积极补救措施,世界银行最终没有采纳最初的处罚建议,而是大幅度减轻了处罚力度,最终对路港公司实施了附解除条件的取消资格十个月。从三年到十个月,这不单单是取消资格期限大大减短的问题,最重要的是,由于取消资格期限在一年以下,不会触发《相互执行取消资格决定协议》项下的五大行世界范围内联合交叉制裁。路港公司在世界银行调查与制裁的应对上,提供了漂亮的示范。相信经过这一课,路港公司也会狠抓企业合规体系建设,避免类似事件再次发生。虽然付出了短期沉重的代价,对企业长远的发展和与世界标准接轨的发展进程来看,无疑是往良性循环的道路上稳步迈进。

我们分享非开行的案例,和世界银行的路港公司制裁案例,都是想呼吁广大“走出去”的中国企业提高合规意识,以更加主动开放自信的心态对待多边金融机构的调查与制裁。在众多不确定因素叠加的背景下,我们无法排除外国政府及各层级监管部门继续扩张跨境制裁机制,监管中国企业的可能。

春天终会到来,但首先需要顺利渡过寒冬。我们建议面对更大合规压力的中国企业在参与多边金融机构资助的项目时,主动识别并立刻停止不当行为,调查并惩罚内部责任人,采取主动、合理的补救措施,详尽记录企业改善行为的证据。说到底,抵御打击的治本良方是提高自身免疫能力。

(郑蓉对本文亦有贡献)

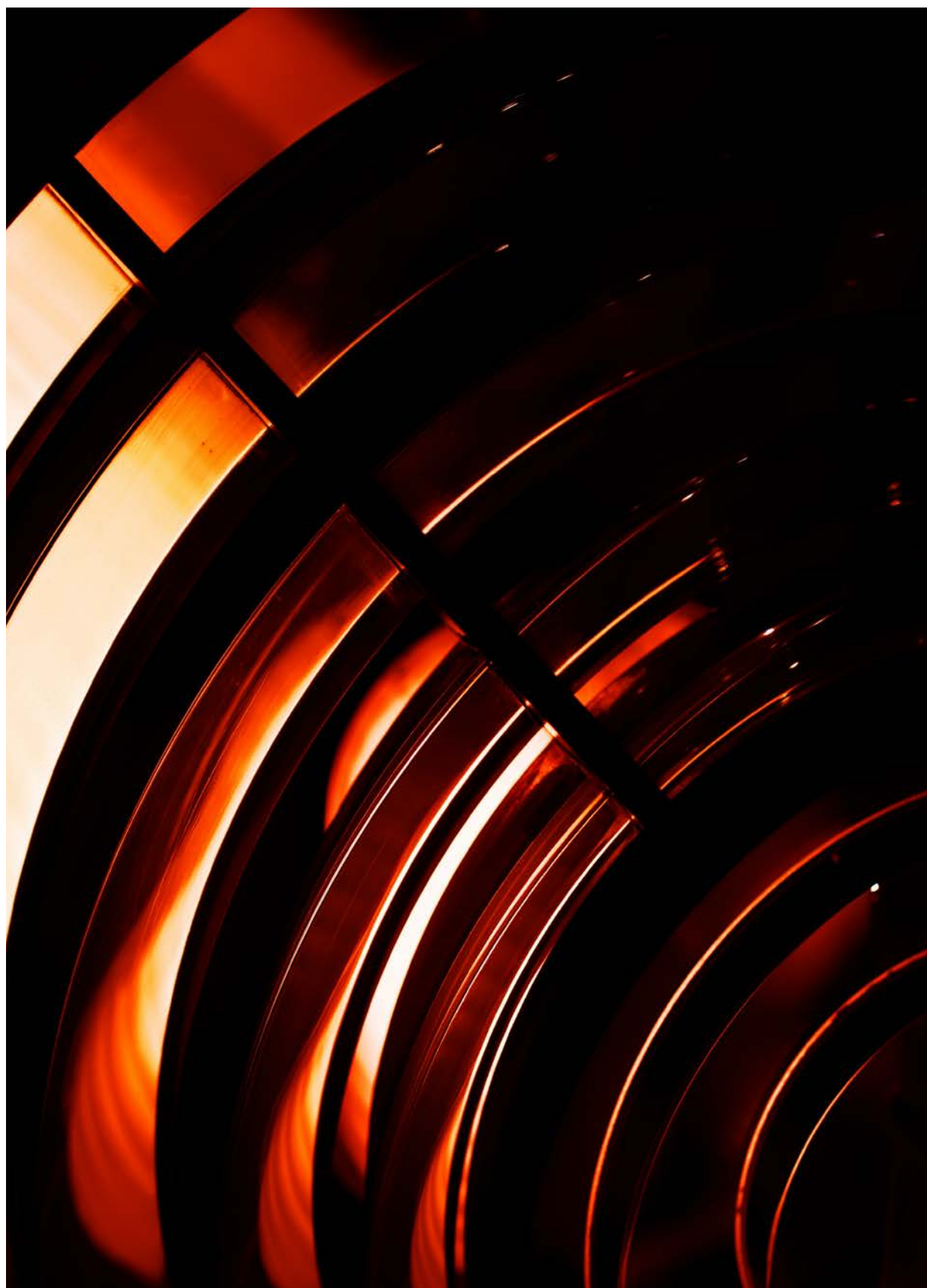


高俊  
合伙人  
合规与政府监管部  
上海办公室  
+86 21 6061 3575  
gaojun@zhonglun.com



# *chapter 4*

## 海关与关税合规



# 应对美国海关管理：出口美国商品的关税筹划及海关合规

徐珊珊 潘晓婷

自2018年中美贸易摩擦开始,美国前后共发布了四批次加征关税清单,对大约三分之二的中国输美商品加征关税。自美国开始对中国商品加征关税起,中国商品出现改变税号、降低进口价格、“借道”欧洲、东南亚等地区,再出口美国的趋势,以期达到避免被加征关税的目的。但这样的贸易安排可能会因不合规而成为美国海关与边境保护局(下称“**美国海关**”或“**CBP**”)重点审查的对象。美国海关加大单证审核力度,加强物流信息等数据风险分析,甚至提高实际查验的比例,从严掌握认定标准,加大对伪报、瞒报、误报等行为的查处力度。甚至,有的第三国也拒绝为在当地简单组装的中国材料所制的商品出具本地的原产地证。

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

CHAPTER 001

## 关税筹划的三大法律技术问题

### (一) 原产地“反规避”与应对

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

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

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

中美之间贸易适用的是“非优惠原产地规则”,简单的转口和/或组装不能实现改变产品原产地的目的。而且,随着中美贸易摩擦日趋激烈,美国甚至在原产地规则适用上针对中国出口企业的转口和/或组装安排,作出区分“标志”用途和“征税”用途的“反传统”的原产地裁定。具体地,美国海关于2018年9月14日针对该直流电机公布了一个新的原产地裁定,即以在墨西哥的组装不足以构成实质性改变为由,对产品开出了双重原产地认定:(1)在原产地标记上,根据《北美自由贸易协议》(NAFTA)规则,产品应标记为“墨西哥制造”;(2)从适用税率上,由于产品未发生实质性改变,因此,应按中国原产缴纳

25%的惩罚性关税。<sup>1</sup>该裁定引发了争议,但多重标准+“穿透”式的审查明白无误地提醒中国出口商“绕路”或“简单组装”无法回避中国原产。对此,中国出口企业可以据理力争,如仅在中国进行简单包装,或者是在中国进行的加工工序所产生的增值数额较小等。企业可以向美国海关提请复议,甚至司法复审。

但需注意的是,美国总统拜登在2021年12月23日签署《维吾尔强迫劳动预防法》(“UFLPA”)成为法律。UFLPA设立了一个“可反驳的推定”原则,即一律将全部或部分在新疆或由“UFLPA实体清单”中的实体开采、生产或制造的产品推定为“强迫劳动”产品,因违反《1930年关税法》第307节的规定不得入境美国;除非企业能够提供证据资料证明产品未落入UFLPA的管辖范围,或不涉及“强迫劳动”而自证清白。据此,若产品供应链涉及新疆原料成分或UFLPA实体清单上的实体,该产品已无法通过改变原产地的方式进入美国市场。

因此,梳理并评估输美产品的供应链风险,结合原产地规则考虑对外投资,重构生产与供应链,并申请原产地预裁定来确保设计的可行性,对产品输美的出口企业变得尤为重要,尤其对于从事美国海关认定的高风险产业(包括棉花、番茄、多晶硅及下游产品)的企业。根据美国法律规定,进出口商及其他利害关系人可通过在线提交或邮寄信函的方式向美国海关提出裁定申请。裁定通常会在收到申请之日起30天内完成,如需实验室报告或与其他机构进行磋商,其完成时间会相应延长。裁定一旦做出,就永久有效,除非被修订或废除。

## (二) 税号适用与加征排除

### 1. 依法调整而非伪报

有些出口企业会为避免被加征关税有意伪报税号。例如在2016年底,美国对来自中国的硬木胶合板开始反倾销调查,2017年美国进口的来自中国的硬木胶合板下降20%,但来自中国的软木胶合板则飙升549%。

但伪报税号的风险是极高的。世界上绝大多数国家和地区税号确定的依据是以《商

---

<sup>1</sup>H300226: Modification of NY N299096; country of origin of electric motors from Mexico; 2018 Section 301 trade remedy; 9903.88.01, HTSUS. <https://rulings.cbp.gov/search?term=H300226&collection=ALL&sortBy=RELEVANCE&pageSize=100&page=1>.



品名称及编码协调制度的国际公约》(下称“《协调制度公约》”)为基础的法律和法规,产品输美企业只有依法改变归类要素,而非简单伪报,才可做到安全的税收筹划。由于改变税号的技术性非常强,建议企业改变税号前先与专家确认,或向美国海关申请归类预裁定。

## 2.加征关税排除

为避免损害美国利益,美国贸易代表办公室(“USTR”)先后共发布了39个排除清单,涵盖了99个税号下2129种特定产品。其中,有16个排除清单期限被延期至2020年12月31日。(见图一)

| 美国对中国产品加征关税的排除 |             |                        |        |                       |            |            |
|----------------|-------------|------------------------|--------|-----------------------|------------|------------|
| 加征清单           | 被加征关税中国产品价值 | 开始排除时间                 | 排除清单数量 | 关税排除到期日               | 被延期的排除清单数量 | 延期批次到期日    |
| 清单1            | 340亿美元      | 2018.7.6               | 10个    | 开始排除之日起一年或直到2020.10.1 | 8个         | 2020.12.31 |
| 清单2            | 160亿美元      | 2018.8.23              | 9个     | 开始排除之日起一年或直到2020.8.7  | 3个         | 2020.12.31 |
| 清单3            | 2000亿美元     | 2018.9.24<br>2019.5.10 | 15个    | 2020.8.7              | 3个         | 2020.12.31 |
| 清单4            | 3000亿美元     | 2019.9.1<br>2020.2.24  | 9个     | 2020.9.1              | 2个         | 2020.12.31 |

图一

截止目前,仍被豁免的产品仅剩433种产品。具体地,USTR在2022年3月23日宣布恢复352种无法从中国以外的国家采购或生产的产品的排除,产品范围包括工业化产品和汽车、汽车零部件、纺织品、消费电子产品和食品。恢复产品的排除期将追溯至2021年10月12日,并于2022年12月31日到期。另为抗击COVID-19大流行,USTR对81项医疗产

品排除期进行了数次延长,目前已延长至2023年2月28日。

尽管USTR目前不接受新产品排除申请或考虑恢复绝大多数此前批准但未延长的产品排除,但USTR未来可能会采取更广泛的方法。例如,参议院在2021年6月通过的《2021年美国创新与竞争法》(“USICA”),如果该法案获得通过,将暂停对某些商品征收关税,并正式确定将进口商品排除在301条款关税之外的程序。因此,建议中国企业可随时关注相关立法变化,并在USTR重新接受新的排除申请时,力争促使由美国进口商主体提出产品申请。

### (三)运用美国“海关估价”规则淘金

#### 1. “出口至美国的销售”与“首次销售规则”

WTO《海关估价协议》第一条第一款规定,进口商品的应税价格应为成交价格,即为该货物出口销售至进口国时依照第八条的规定进行调整后的实付或应付价格。初看起来,“出口销售至进口国”是什么时候发生的不应该有什么问题。然而实践中当中间商介入交易而形成多层次交易的时候,这个概念便成为了一个非常复杂的问题。究竟哪个是进口商品的应税价格?是中间商支付给外国生产商的价格?还是进口商支付给中间商的价格?这是一个在商界与海关之间存在广泛争议的问题。但《海关估价协议》没有进一步解释“出口销售至进口国”的含义。在美国对这个概念的明确成为了“案例法”的领地。

在岩井美国公司诉美国一案中<sup>2</sup>,联邦巡回上诉法院就哪一次销售构成对美国的出口确立了一项新的规则。联邦巡回上诉法院指出,当依据《1979年贸易协定法》外国生产商的价格与中间出口商的价格都可以作为成交价格时,生产商的价格应被作为成交价格。而且联邦巡回上诉法院还认为,设定“最直接地引起出口”标准的海关裁定在法律上是站不住脚的。如果交易价格是相互独立的主体间通过谈判而取得的,不存在非市场力量影响了销售价格,而且显然货物最终要出口至美国的话,生产商的价格也可接受为成交价格。联邦巡回上诉法院所确立的这项规则被称形象地称为“首次销售规

---

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

则”(first sale rule), 并受到美国商界的欢迎。<sup>3</sup>之后在联合运动诉美国案中,<sup>4</sup>国际贸易法院遵循了岩井案的先例并重申了上述观点。

根据以上案例, 企业在实际运用“首次销售规则”中要确认满足以下三个条件:

- (1) 交易各方之间存在真实的销售交易;
- (2) 中间商在向供应商购买商品时, 该商品已明确无误注定将出口至美国;
- (3) 符合独立交易原则要求 (适用于买卖双方为关联企业时的情况)。

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

## 2. 转让定价报告可用于支持关联交易中运用“成交价格”估价

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

- (1) 交易价格的确定方式与相关行业的正常定价方式一致;
- (2) 交易价格的确定与卖方将商品销售给无关联的买方时的定价方式一致;
- (3) 交易价格足以确保收回所有成本并获取利润, 该利润相当于关联交易卖方在有代表性的期间销售同等级或同种类商品所实现的总利润。

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

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

值得注意的是，虽然美国法院最终倾向于“首次销售价格”，但是美国海关却通过“直接引起出口标准”以及“假定进口商价格”等办法来尽力提高成交价格。



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

这两个案例研究对中国出口商来说是个好消息,但仍有几个重要事项要注意:首先,以利润为基础的转移定价方法(如TNMM)的关注点通常是测试方与基准测试公司的功能、资产和风险的相似性,行业兼容性通常不会是转让定价研究报告的重点;尤其在集成生产的那些情况下,转让定价研究报告中往往找不到或是很难找到行业兼容性的信息或分析。对此可以考虑其他的解释该行业的正常定价惯例的研究报告。其次,“案例研究14.1”特别提出一个观点,海关在其认为适当的情况下可能要审查进口商的经营费用。此外,对于存在混合销售收入的目标公司,要获得不同类型商品销售的营业利润率,可能存在一定难度。这是因为对于经营费用分摊的合理性,海关和企业之间看法不同,会存在一定的争议。<sup>5</sup>

### 3. 利用无“相关性”排除特许权费计入

美国海关作出“不相关”裁定的最常见的考虑是——特许权费的支付不针对所进口之商品。而美国海关通常可接受的证明角度包括:特许权费的计算不基于进口商品;进口产品的生产不需要使用相应的专利或者技术秘密;<sup>6</sup>如果制成品中可能包含也可能不包含进口零部件,或者进口商可以向出口商采购也可以向其他供应商采购生产所需原料的话,美国海关便会更加确认,特许权费的支付与商品进口无关<sup>7</sup>。可以看到,美国海关衡量特许权费与进口商品的“相关”标准,指进口商品就是含权利(特许权费标的)的商品。

值得注意的是,特许权费的支付不针对所进口之商品不是一项绝对的标准,美国海关判断会因交易中明显存在支持“相关性”的因素而改变。例如,在一个有关计算机元件

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

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

7.Headquarters Ruling No.236746 dated Jul. 1, 2013.



的案件中,进口商进口计算机元件以组装成一个大型计算机处理系统。进口商向出口商支付特许权使用费,以取得生产计算机系统所必需的技术信息和技术秘密。根据协议条款,进口商为生产计算机系统必须从卖方处购买相应的元件。在这种情形下,美国海关认为特许权使用费与进口商品的销售相关。<sup>8</sup>

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

## CHAPTER 002

### “合理注意”等鼓励守法合规的制度

---

为将海关业务流水线化及自动化并增进对于海关法的自觉遵守及保障执法统一性和进口商的正当程序权利<sup>9</sup>,《海关现代化法》(*Customs Modernization Act*)在许多方面修改了《1930年关税法》,引起了美国海关执法理念与方法的变革。<sup>10</sup>比如,通过引进“合理注意”、“知法守法”(informed compliance)、“责任共担”(shared responsibility)等观念强调海关通过各种方式及时地向公众公开其执法依据和裁决,以最大程度地确保进口商能够充分地了解最新的美国海关规定及要求。同时,也将更多的守法责任赋加到进口商身上。

#### (一)“合理注意”

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

---

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

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

10.Edward J. Hayward, Julie Long, Comparative Views of U.S. Customs Valuation Issues In Light of the US Customs Modernization Act, 5 Minn. J. Global Trade 311, Summer 1996; Guide to United States Customs Trade Laws After the Customs Modernization Act, 2nd Edition, by Leslie Alan Glick, Kluwer Law International (1997) pp2-3

为了给进口商提供一定的指引,美国海关发布了一个合理注意问题清单<sup>11</sup>。透过这张问题清单,特别是其中的暗含着各种引导合规问题(如:是否已经建立了可靠的程序;是否查询了海关估价的法律与行政法规,海关估价百科全书,海关知法守法出版物,法院的案例以及海关的行政裁定来帮助海关估价;是否得到了一份有关进口商品的海关“裁定”;是否向一个海关“专家”寻求帮助以对货物进行估价),可以看到“合理注意”是比“诚实信用”更高的标准,在诚信的基础上,要求进口商应不仅尽到“关心”(duty of care),并还应具备一定的“专业性”,从而完全熟悉自己的商业操作、了解海关的规则,准确且充分地进行信息披露,自觉地确保守法合规。

## (二) 保存记录

除“合理注意外,”《海关现代化法》还对进口商设置了相当繁重的充分保存进口记录的义务,以使得在任何需要的时候进口商都可以提供这些记录。进口商应保存的记录的范围非常广泛,包括:陈述、申报材料、往来通信、电子数据、会计账簿等。<sup>12</sup>与进口相关的交易记录需要保存五年。<sup>13</sup>如果进口商参加到海关的“记录保存守法项目”(record keeping compliance program)之中定期提供相关记录,便可将潜在的责任降至最低。<sup>14</sup>相反地,如果进口商没有保存足够的文件以说明它适当地进行了进口申报,它将可能因为“疏忽”而承担罚金。<sup>15</sup>

## (三) 鼓励合规

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

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

12.19 CFR § 162.1a(a)

13.19 USCA § 1508

14.19 U.S.C. 1508 and 1509; What Every Member of the Trade Community Should Know About: Record Keeping, An Informed Compliance Publication (Jan. 2006), US Customs and Border Protection.

15.United States v Yuchius Morality Co. (2002, CIT) 24 BNA Intl Trade Rep 2127, judgment entered (2002, CIT) 25 BNA Intl Trade Rep 1063.

在美国从事进出口业务的企业除了要面临美国海关调查的风险外,还会面临被普通公民举报的风险。



#### (四) 重奖举报

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

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

### CHAPTER 003

#### 对不实与错误申报的惩罚

##### (一) 法律责任

在美国，进口商有义务向海关提供真实和准确的发票。《1930年关税法》规定，进口人在申报时须起誓说明发票上所注明的价格是真实的。<sup>16</sup>如果进口人向海关提交了虚假的发票，那么，美国政府将可以欺诈、重大疏忽、疏忽为由向其征收民事罚金。<sup>17</sup>

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

##### (二) 美国海关的调查权与裁量权

《1930年关税法》第509节授予了美国海关非常广泛的调查权。<sup>18</sup>一般只要所涉文件与海关问题有关海关便有权取得相关文件。而美国海关取得文件的法律途径也很多，除在取得进口商同意的情况下进行检查、发出行政命令进行检查等通常途径外，还可通过

16.19 USC § 1484  
17.19 USC § 1592  
18.19 USCA § 1509

法院的命令使行政命令得到执行、通过大陪审团传单(grand jury subpoena)要求进口商提供相关记录、根据司法程序所发出的搜查令而扣押相关证据。<sup>19</sup>

《1930年关税法》第500节授予了美国海关充分的自由裁量权,可依据所取得的文件通过“合理的方法和渠道”来确定商品的价值。<sup>20</sup>美国国会在《行政措施说明》中进一步指出,第500节允许海关估价时考虑最佳(最可信)的证据。比如,如果相关进口交易没有内容准确的发票或其它文件,进口商无法或拒绝提供这些资料,海关将有权基于它能够收集到的任何证据用合理方式确定进口商品的应税价格等。<sup>21</sup>

## CHAPTER 004

### 行政复议与司法救济

---

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

如果进口商如对海关做出的最终决定不服,可在最终决定做出后180天内向美国国际贸易法院(Court of International Trade)提起诉讼。对国际贸易法院的判决不服的,还可向美国联邦巡回上诉法院提起上诉。依据《海关法院法》,国际贸易法院对海关税收案件进行司法复审时,它应当“重新审理”<sup>22</sup>“自行作出决定”<sup>23</sup>。

## CHAPTER 005

### 结语

---

美国仍是中国的重要出口市场,面对当前美国海关的执法与美国司法诉讼的风险,

---

19. Marc M. Levey, Steven, C. Wrappe, *Transfer Pricing, Rules, Compliance, and Controversy*, CCH Incorporated Chicago, 2001, § 2030.

20. 19 USCA § 1500

21. *Statements of Administrative Action (SAA)*, House Doc. 96-153, Part II.

22. H.R. Rep. No. 1235, reprinted in 1980 U.S.C.A.N. at 3770 (“Subsection (a)(1) of section 2640 provides for a trial de novo in the Court of International Trade in a civil action commenced pursuant to section 515 of the Tariff Act of 1930. This provision restates existing law.”).

23. 28 U.S.C. § 2640



中国出口企业的“软猬甲”就是加强自己的合规建设。企业之间交流经验与请专业机构开展外部审计、风险测试和合规建设都是必不可少的。时代已经变化，如果观念仍然滞后，那就是航行靠运气，实不可取。



徐珊珊  
合伙人  
合规与政府监管部  
上海办公室  
+86 21 6061 3311  
xushanshan@zhonglun.com



# 中国企业如何开展美欧海关 合规供应链尽职调查

于治国

近年来,美欧海关对进口货物提出的供应链尽职调查要求日益增加和明确。对于特定领域或特定行业的产品,外国产品在进入美欧市场时,进口商需要按照海关等政府部门的要求准备相关问题的尽职调查材料。在进行尽职调查和准备尽职调查材料时,各国出口商同样需要配合准备和提供与供应链相关的采购和生产等方面的信息。本文试从美欧海关一般性的供应链尽职调查要求,对供应链合规及其尽职调查的法律和实践进行初步的梳理。

## CHAPTER 001

## 美国涉疆法案相关供应链尽职调查要求

美国海关和边境保护局(CBP)针对UFLPA(以下简称“《涉疆制裁法案》”)公布了进口商操作指引。这是CBP首次针对所谓“强迫劳动”商品的执法机制向进口商书面公布执法标准。操作指引中对执法流程及证明标准的回复对我国出口商应对美国进口限制类贸易制裁有重要借鉴意义。

### (一) UFLPA体系下的进口流程以及CBP“强迫劳动”执法行动

CBP将根据进口商货物情况及识别的风险,采取扣留(Detention)、退运(Exclusion)或没收(Seizure/Forfeiture)等相应措施。

#### A.扣留

根据UFLPA扣留进口商货物时,CBP将发出扣留通知并提供扣留原因和预计扣留时间。扣留通知中还包括指示进口商向CBP提交资料以反驳UFLPA推定(Rebuttable Presumption)的相关说明。进口货物提交至海关核查之日起,CBP将在五个工作日内决定是否放行或扣留货物。进口商可以在货物被退运或没收之前出具保函,以获取许可正常提取被扣留的货物。

#### B.放行

若确认进口商已完全遵守UFLPA第3(b)节的相关规定,则CBP将适用可反驳推定豁免(Exceptions)条款放行货物。

#### C.退运

若CBP认为进口商违反UFLPA相关规定,则可能退运该货物。此时,进口商对CBP的退运决定提出复议(Protest against decisions of Customs Service)。进口商在提起复议时,应当选择“不允许入境的商品”进行相应抗辩。

#### D.没收货物

根据19 USC § 1595a以及19 CFR § 171的规定,被确定为违反UFLPA的进口货物可能会被CBP没收。当CBP决定没收货物时,案件将被提交至入境口岸的罚款、处罚和没收部门(Fines, Penalties and Forfeitures, **FP&F**)进行处理。

## (二) 免于受制于UFLPA豁免申请的内容

UFLPA建立了一项可反驳推定,即禁止进口任何全部或部分在新疆维吾尔自治区开采、生产、制造或UFLPA实体清单上的实体开采、生产、制造的货物(goods)、产品(wares)、物品(articles)、商品(merchandise)。进口商可在货物被扣留、退运以及没收阶段中,向CBP申请对可反驳推定进行豁免处理。若进口商满足以下特定条件,则CBP可批准豁免:

- i. 进口商完全遵守UFLPA策略中指南及相关要求;
- ii. 全面并且实质性地回应了CBP所有问询;
- iii. 提交明确和令人信服的证据证明该批货物并非全部或部分通过“强迫劳动”开采、生产或制造等。
  - 收到扣留通知的进口商可根据19 CFR § 151的规定,在规定时间内对扣留通知提出复议,并在货物提交CBP检查之日起30天内,提出UFLPA可反驳推定豁免申请。
  - 收到退运通知的进口商可以根据19 CFR § 174,在规定时间内提出行政复议,请求适用UFLPA可反驳推定豁免条款。
  - 收到没收通知的进口商可以依据19 CFR § 171中概述的申请程序来申请UFLPA可反驳推定豁免。

## (三) 供应链尽职调查证据

CBP列举以下信息来源,以帮助进口商理解在其商品受到UFLPA管辖时,CBP会要求其提供何种类型的文件。但指引中也明确提示所列举的证据清单并非穷尽,实际执法过程中,CBP可能要求进口商提供清单外的其他证明资料。

主张进口货物不属于UFLPA管辖范围内,即认为其货物并非来自新疆地区的产品且与UFLPA实体清单上的实体无任何关系的进口商可以参考第二、四小节中的证据清单申请豁免。主张其进口货物不涉及“强迫劳动”进而申请UFLPA豁免的进口商,可以参考第一、三、五节中的证据清单申请可反驳推定豁免。

### 1. 尽职调查

- 与供应商、交易相对方合作,共同评估、解决“强迫劳动”风险;
- 绘制供应链流程架构图并评估从原材料到商品生产的整个供应链中的“强迫劳动”



风险;

- 禁止使用“强迫劳动”的供应商行为准则(书面文件);

## 2.供应链溯源

### A.与供应链有关的证据

- 供应链架构描述;
- 供应链中各方角色分工;
- 与生产相关的供应商列表,包括姓名和联系信息(地址、邮件、电话);

### B.与商品有关的证据

- 采购订单;
  - 与供应商和次级供应商的付款记录、发票收据;
  - 运输记录,包括清单、提单(例如,空运/船舶/卡车运输);
- ### C.与采矿、生产商或制造商有关的证据
- 采矿、生产或制造记录;
  - 其他证明商品并非全部或部分由“强迫劳动”开采、生产或制造的证据。

## 3.供应链合规管理措施

- 防止、减轻、纠正生产过程中“强迫劳动”风险的内部风控措施;
- 优化业务管理系统或会计系统,包括经审计的财务报表。

## 4.证明货物并非在新疆生产

- 追踪货物供应链的文件。

## 5.证明原产于中国的货物不涉及“强迫劳动”

- 供应链架构;
- 工人工资支付及确保工人自愿工作的招聘信息;
- 可信的审计报告。

美欧先后提出与所谓“强迫劳动”相关的合规要求,并对进口货物采取执法措施和调查程序,对我国企业开展对美和对欧贸易造成严重影响。



## CHAPTER 002

**欧盟相关供应链尽职调查要求**

美欧先后提出与所谓“强迫劳动”相关的合规要求，并对进口货物采取执法措施和调查程序，对我国企业开展对美和对欧贸易造成严重影响。相对而言，我国企业对欧出口在欧盟层面需要面临“立体式”地合规准备，要应对包括进口时欧盟海关执法在内的合规要求。

欧盟及成员国“强迫劳动”相关规定包括，1.欧盟层面，即将出台的欧盟对内和对外贸易的关于“强迫劳动”的管理措施；2.法国《注意义务法》相关的规定；3.德国《供应链尽职调查法》的相关规定；4.意大利为执行《联合国工商企业与人权指导原则》的相关规定。此外，英国也有《现代奴隶制法案》等与人权和劳工权利相关的规定。

欧盟法律法规和政策制度设计的目的是，禁止含有“强迫劳动”成分的货物在欧盟的商业流通。因此，在执法措施设置上，欧盟通过不同的方式提出合规要求，并辅以违规处罚手段对企业行为进行规制。

**1.进出口禁令**

在海关执法程序中，规定禁止含有“强迫劳动”相关成分的货物在欧盟进出口，是欧盟的措施选项之一，也是欧洲议会所倾向的执法措施。但由于欧盟尚未公布执行条例的草案文本，欧盟层面是否以及如何采取进出口禁令类的措施禁止含有所谓“强迫劳动”成分的货物贸易，仍需要进一步观察。

**2.货物强制召回**

行政机关欧盟委员会则倾向于货物强制召回相关的执法措施。不仅在进出口海关报关环节，还包括在欧盟境内的贸易中，欧盟可能采取要求供应商召回含有所谓“强迫劳动”成分货物的措施。

**3.行政调查**

针对货物中的所谓“强迫劳动”成分以及贸易商的贸易行为，欧盟都会相应设置调查程序，对货物和欧盟企业进行调查，以发现涉及“强迫劳动”的违规或违法行为。通常，启动调查的方式包括相关利害关系方的举报和报告，执法机关也可以依职权自行启动调查。



#### 4.对欧盟企业的处罚方式

对于违反所谓“强迫劳动”相关法律法规的欧盟企业，欧盟的处罚措施包括罚款、取消参与政府采购资格等。此外，欧盟企业亦可能因为此类违法措施，遭到合同和侵权相关的民事起诉，向因此受损的利害关系方赔偿损失。

虽然中国企业没有在欧盟法框架内直接的合规义务，但为了配合欧盟客户履行其合规责任，中国企业仍然需要按照欧盟法律法规的要求采取合规措施。

##### 1.建立合规制度体系

建立运行有效的合规制度体系，仍然是必须的基础设施。在欧盟客户进行与进口货物有关的尽职调查中，中国供应商能够提供行之有效地合规制度，亦能够给欧盟客户提供“实质知晓”的抗辩理由。

##### 2.供应链溯源和记录

对于供应链和生产过程中的各种投入，需要进行所谓“强迫劳动”相关的溯源和记录工作，以证明本企业生产和贸易的货物不属于相关“强迫劳动”的范畴，或者不含有“强迫劳动”的成分。

##### 3.准备抗辩和合规资料

对于欧盟进口商以及欧盟供应链中的客户，在面临相关执法措施或行政调查时，我国企业也要配合其准备证据资料，为其提供抗辩理由和证据。此外，我国企业也可能需要配合欧盟客户，撰写和发布其年度的所谓“强迫劳动”合规报告。



## CHAPTER 003

## 结语

虽然在供应链合规尽职调查方面,美欧规定和执法有不同之处,但是对进口商乃至中国出口商的要求却有相同之处。通过分析解读与所谓“强迫劳动”相关的尽职调查要求,可以管中窥豹发现出口商供应链合规的法律要求和实践要点,为我国出口商更好地准备和应对海关合规环节的尽职调查提供一定借鉴。



于治国  
非权益合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5796 5075  
yuzhiguo@zhonglun.com



# *chapter 5*

## 跨境知识产权合规



# 观察与洞见：海外知识产权 并购关键步骤梳理

顾萍

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

---

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

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

## CHAPTER 001

**并购前的调查****(一) 知识产权相关性与协同性调查**

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

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

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

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

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

基于知识产权的并购交易取得成功依赖于并购者如何有效地评价并购目标的价值和潜在的知识产权协同效应。搜集广泛的、准确的、必要的信息对成功并购起到了关键的作用。信息在这里可以被界定为对维护和增强知识产权并购决定起必要作用的一系

列事实和资料。

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

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

## (二) 知识产权价值调查(知识产权尽职调查)

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

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

**并购目标越明确,调查的针对性就越强,实现并购目标的可能性也就越大。**

如果并购方的首要目标是获得被收购方的骨干员工和技术秘密,那么需要对员工

3.北京市知识产权局《企业海外知识产权预警指导规程》第五条 企业预警机构的职能一般包括:

(一) 定期与研发、市场等相关部门进行沟通和交流,了解并确定企业重大研发方向和目标市场;  
(二) 搜集和检索与公司经营生产相关的专利信息,掌握竞争对手的境外专利布局;  
(三) 对检索到的专利进行重点分析,自行或委托外部专利律师出具专业的分析报告,确定风险等级,拟定应对方案;  
(四) 遇到专利风险时,迅速制订预警预案,将结果尽快反馈给决策层,并且制订和调整相关策略。



情况进行重点调查,比如员工是否都签署了保密协议,是否约定了发明创造成果所有权的归属,哪些是骨干员工,已使用哪些激励方法来激励骨干员工,骨干员工是否愿意留下来继续为并购方工作,是否有竞业限制条款防止骨干员工离职后使用保密信息从而损害目标公司利益。

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

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

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

### **1.知识产权所有权权属瑕疵风险**

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

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

#### **(1) 共同所有的知识产权**

一般而言,知识产权的共有人之间的权利和义务采取约定优先的原则。在公司并购中,如果目标企业存在共同所有的知识产权,需要审查该知识产权按约定或规定是否需要共同所有人全部同意方可转移。因此,**需要仔细审查共同所有权的内容**,例如,各方的许可权限、知识产权转移的条件、对知识产权有效性的维持以及侵权发生时的救济方式等约定。

**如果被收购或者被并购的目标企业的知识产权在美国,交易时要特别注意。**因为美国的专利权共有人不需要通知其他共有人就可以单独处分共有专利(但不得剥夺其他

公司并购中的知识产权权属瑕疵风险主要来自于相关的合同风险以及相关国家的知识产权法律冲突(如果存在)。



共有人的所有权、使用权、许可权等), 并且收益无需与其他共有人分享。

### **(2) 雇员所有的知识产权**

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

### **(3) 独立合同方所有的知识产权**

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

### **(4) 其他第三方所有的知识产权**

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

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

## **2. 知识产权地域性风险<sup>4</sup>**

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

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

---

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

国家或地区已获得权属。

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

**知识产权地域性特点决定了海外并购中目标所在国知识产权律师的介入必要性。**

### 3.知识产权时间性风险

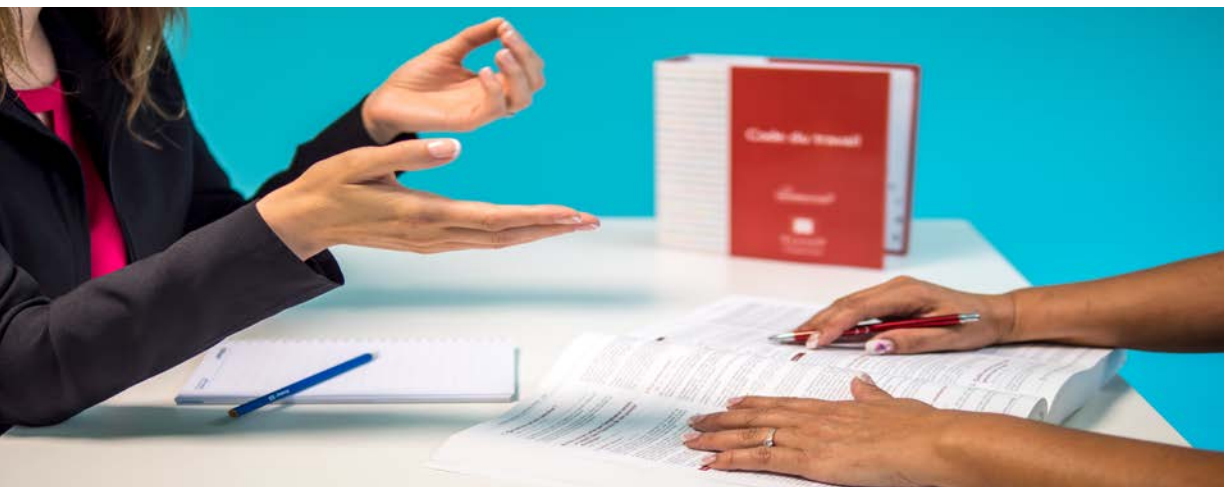
知识产权通常有还涉及期限问题。具体而言,商标到期可以通过缴费续展,商业秘密在未被公开前会一直保持有效,而专利需要缴纳年费并具有严格的权利保护期限,超出这一界限,法律不再给予垄断性保护。

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

### 4.知识产权诉讼或无效争议风险

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

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





标公司知识产权的影响、以及对收购方购买、运营所涉知识产权会造成何种影响。

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

此外,收购方还应当调查和评估目标公司正在申请、审查过程中的知识产权状况。例如,驰名商标的申请与认定情况(根据2019年修订的《商标法》,在中国,驰名商标只能在处理涉及商标案件时根据需要认定),发明专利的申请与审查情况等。通过调查官方的审查意见、目标公司的答辩意见和利益相关人的质疑意见,查明可能存在的知识产权争议风险。

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

### (三) 知识产权法律调查

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

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



在并购中,企业要详细排查相关协议和相关法律、政策,具体到该主体所在的地方法规、政策等,排除所有转让限制。



2022年10月7日,美国商务部工业与安全局(Bureau of Industry and Security,以下简称“BIS”)宣布修订《出口管理条例》,此次修订针对中国高科技企业增加了新的出口管制限制措施,其严格限制了中国企业获取高性能计算集成电路、高性能计算芯片、超级计算机、特定半导体等相关领域技术和产品的途径。根据修订内容,BIS对28家于2015-2021年之间被纳入到实体清单上的中国企业扩大了其需要许可的技术范围<sup>5</sup>。根据新的修订,BIS将31家中国实体列入其出口管制“未经核实清单”(Unverified List,以下简称“UVL”),其理由是,这31家实体处于美国政府的管控之外,BIS无法对这些实体进行最终用途核查,从而无法核实这些实体的诚信状况;同时,BIS将9家中国实体移除UVL,其理由是BIS已经可以核实其诚信状况。BIS进一步指出,如果UVL下的企业基于各种原因不能配合完成最终用途核查,以致BIS无法判定该实体的行为是否符合EAR,该实体可能被纳入实体清单<sup>6</sup>。

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

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

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

**同时也需要注意目标企业已有的知识产权许可等协议是否存在违反法律的风险。**中国企业并购海外企业时,尤其要注意目标公司签署的知识产权许可等协议是否违反所适用的反垄断法等相关法规,比如限制研发改进;限制购买竞争技术;迫使被许可方购买非必需的技术、原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的人员;限制被许可方实施技术生产产品或者服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场;限制被许可方购买

5.<https://www.federalregister.gov/documents/2022/10/13/2022-21658/implementation-of-additional-export-controls-certain-advanced-computing-and-semiconductor>

6.<https://www.federalregister.gov/documents/2022/10/13/2022-21714/revisions-to-the-unverified-list-clarifications-to-activities-and-criteria-that-may-lead-to>

原材料,产品及设备的渠道或者来源;禁止知识产权接受方对合同标的技术知识产权的有效性提出异议等。这些条款在特定法域下可能无效,从而造成该等条款无法执行。

## CHAPTER 002

### 并购中的管理

---

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

#### (一) 知识产权谈判和准备收购协议

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

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

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

**但仅仅依靠陈述和保证,依靠对权利的声明和放弃是远远不够。**在中国的知识产权法律体系下,专利和商标的转让必须经过知识产权局和商标局的批准后才生效,专利和商标的许可合同也是经过备案后才能对抗第三人。版权的转让虽然无需版权局批准,但经过版权保护中心登记变更版权所有人并公告后的公信力才会更强,权利的法律状态才会更稳定。所以在知识产权谈判并准备收购协议时,务必把知识产权转让合同的生效或许可合同的备案作为整个交易的前提条件之一,或者至少需要明确约定转让方在转让备案、登记、变更等程序中提供必要协助的义务。目前实务界比较常用的办法是,在签订转让协议的同时,就转让后续需要完成的官方事项,提前做出安排,一次性签署所有需要签署的文件。

## (二) 并购价格

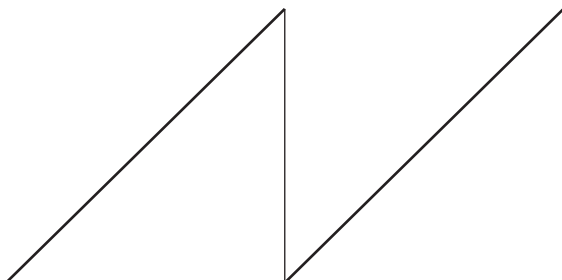
**并购价格与目标公司所拥有的知识产权资源量有关, 包括数量和质量。**基于知识产权的并购往往是溢价交易, 虽然溢价交易与并购是否为并购者创造价值之间没有明显的相关性, 但从并购绩效的角度, 并购者必须考虑并购后所获得的知识产权能产生的预期协同的当前价值大于支付溢价。

并购价格的确定往往是一个谈判问题, 但在双方认可的情况下, 也可以参考第三方评估机构的评估价格。并购方为了了解拟受让知识产权的市场价值, 也可以自行聘请国内有资质的无形资产评估机构进行价值评估, 不过目前的现实情况是国内知识产权评估制度正处于形成阶段, 评估中的技术问题、评估的可操作性等基本问题还有待解决, 针对知识产权的特殊性, 还应当从评估方法的应用、评估标准的完善、折现率的选取、必要信息的披露等方面做出努力, 以期知识产权评估日渐规范化和科学化。<sup>7</sup>

### CHAPTER 003

## 并购后的整合

并购后的知识产权整合战略实质上是目标公司与并购者之间的知识产权资源转移及价值创造过程。中国企业海外并购完成以后, 应根据企业自身的发展战略与并购目标, 对并购企业进行整合并且不断完善知识产权管理制度。<sup>8</sup>



7. 2014年11月5日, 国务院总理李克强主持召开国务院常务会议作出相关部署, 其中提到, 要建立国家科技重大专项和科技计划知识产权目标评估制度, 促进创新成果转移转化。针对重大产业规划、政府重大投资活动等开展评议, 规避知识产权风险。

8. 深圳市知识产权局《企业知识产权海外维权指引》第二十九条:【管理能力提升】企业应建立并不断完善知识产权管理制度, 重视知识产权战略, 提升知识产权检索分析能力、侵权判断能力和谈判能力等, 在开拓国际市场中不断利用已建立的知识产权制度有效化解风险, 保护自身权益。

### 并购后的企业整合方式主要有三种：

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

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

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

此外，**海外并购后还需要对知识产权进行监测和预警，具体包括以下三个部分：**

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

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

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



## CHAPTER 004

## 结语

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



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



# 跨国专利诉讼：中国企业的IP策略与攻防应对

张鹏

## CHAPTER 001

### 跨国专利诉讼策略常见六问

---

随着知识经济和经济全球化深入发展,专利已经成为企业创新发展的战略性资源和国际竞争的核心要素,专利纠纷也随之呈现国际化特点。虽然专利权具有地域性,其产生与保护均由一国决定并仅影响一国地域内的行为,但是以专利或者专利产品为标的的跨境民商事活动愈加频繁,通信、网络、物流、交通等技术的发展为跨境活动提供了便利,跨国经济往来不断密切促使专利权地域性削弱,专利权的域外效力扩张需求加大。在此趋势下,在多个法域使用同族专利进行专利诉讼等已经成为运用专利资源进行国际竞争的新方向。

在此背景下,基于《巴黎公约》和《专利合作条约》的规定,如果企业运用其所拥有的同族专利,在多个国家或者地区启动专利侵权诉讼,那么在多个国家或者地区的这些专利侵权诉讼以及与之伴随的专利无效宣告程序,就是本文所述及的跨国专利诉讼。该“跨国专利诉讼”具有如下特点:一是基于基本相同的技术方案获得的同族专利或者内在关联的技术方案获得的关联专利提起专利诉讼,二是在不同国家或者地区提起专利诉讼,三是针对相同或者相关联的民事主体提起专利诉讼。例如,苹果公司与三星公司在美国等12个国家进行的跨国专利诉讼就具备上述特点:苹果公司首先在美国提起专利诉讼,之后三星公司通过在韩国、日本和德国提起专利诉讼的方式加以应对,接着两者之间的专利诉讼延伸到其他国家和地区。

## 一、跨国专利诉讼的发展现状：基于深口袋理论的诉讼安排

**第一问：跨国专利诉讼产生的背景是什么？跨国专利诉讼产生的背景是经济全球化基础上的商业活动跨国化。**目前，企业的市场通常并非限于所在国。根据中国企业联合会、中国企业家协会发布的“2022中国100大跨国公司名单”显示，中国100大跨国企业的海外资产总额达到107510亿元，年增长率达到16.63%；中国100大跨国企业的海外营业收入达到77904亿元，年增长率达26.66%；中国100大跨国企业的海外员工数量达到1249095人，年增长率达5.41%，已经成为我国经济发展的主力军。这些企业的经营活动和市场范围跨越到其他国家，从而使得专利技术和专利产品也往往在多个国家制造、销售、使用，也使得跨国专利诉讼成为可能。

**第二问：企业为什么需要全球化视野下部署专利诉讼？专利权的地域性、企业控制风险需要、各个法域存在不同的优势与劣势。**企业需要在全局化视野下部署专利诉讼，综合制定跨国专利诉讼的整体诉讼策略，基本原因有三点：一是从专利权的角度而言，如前所述，专利权具有地域性。即依照一国法律获得的专利权除签订有国际公约或双边条约外，只在该国领域范围内有效，其他国家对此种权利没有保护的义务，并不发生域外效力，从而不可能在其他国家解决基于某国专利的产生的专利纠纷。<sup>1</sup>二是从企业的角度而言，基于“深口袋”理论的法律风险控制是客观需求。基于此，任何看上去拥有经济财富的企业都可能受到起诉，被告在高风险诉讼中往往会选择通过在多个国家起诉的方式控制诉讼风险。三是从法域特点角度而言，不同法域具有不同的专利诉讼的优势和劣势，没有完全完美的专利诉讼管辖法域。以美国为例，美国以较高的赔偿数额、完善的证据开示制度获得了很多专利权人的青睐，但同时由于2011年《美国发明法案》引入了多方复议程序，以及近期最高法院判决引发的《美国专利法》第101条法律适用的不确定性<sup>2</sup>，也给专利诉讼带来了一定的影响。

综上所述，基于经济全球化基础上的商业活动跨国化，我国企业有必要在全局化视野下部署专利诉讼，综合运用各个法域专利制度的独特优势，以期达到最为有利的专利诉讼目标。

1.张鹏：《知识产权基本法基本问题研究：知识产权法典化的序章》，北京：知识产权出版社2019年8月版。

2.Patricia A. Martone. Declining Student Interest in Patent Law Reflects Declining Job Opportunities: How the Weakening of the United States Patent System Weakened the Patent Law Profession. Cybaris: vol. 9: Iss.2, Article 6(2018). Available at: <https://open.mitchellhamline.edu/cybaris/vol9/iss2/6>.

## 二、跨国专利诉讼的法域选择：基于诉讼目的的方案设计

**第三问：跨国专利诉讼法域选择的出发点是什么？诉讼战略需求的匹配度。**我国企业在全球化视野下部署专利诉讼过程中，首要需要考虑的问题是法域选择，即希望在哪些国家和地区展开专利诉讼。我们认为，跨国专利诉讼法域选择的出发点是法域优势与诉讼战略需求的匹配度，尤其是不仅需要考虑哪个法域对自己有利，还需要考虑对对手有利的法域。

**第四问：跨国专利诉讼法域选择的注意事项有哪些？重点突出、考虑全面、成本控制。**跨国专利诉讼法域选择尤其需要注意三点：一是重点突出，未来可能做出第一个判决的法域具有至关重要的作用。无论存在多少个并行的、同步开展的，也无论每个案件中的力量对比如何，第一个作出判决的案件对和解具有强大的驱动作用，该判决结果对双方具有至关重要的影响。二是考虑全面，没有一个完美的法域和完美的管辖法院，诉讼进程推进比较快的法院并不必然是最有利于权利人的法院，需要全面考虑不同法域在跨国专利诉讼中的优势和劣势并进行综合分析评判。同时，不仅考虑到专利司法保护程序，也需要注意到与之紧密相关的专利确权程序和海关执法程序。三是成本控制，通常而言，启动的诉讼越多，对各方的成本压力越大。

**第五问：跨国专利诉讼法域选择的主要考虑因素是哪些？从诉讼过程角度而言，跨国专利诉讼需要考虑诉讼周期、获取证据便利性、诉讼成本，从诉讼结果角度而言，跨国专利诉讼需要考虑法律规则、禁令救济、诉讼结果可预期性。**为了有效地控制诉讼过程，保障前述的第一个作出判决的案件对和解所具有的强大的驱动作用，需要考虑诉讼周期问题。据统计，主要法域专利诉讼的一般周期为，对于专利侵权诉讼和专利无效程序合一、通常在专利侵权诉讼中审理专利权无效抗辩的国家而言，美国平均2.4年<sup>3</sup>，加拿大通常2年内<sup>4</sup>，英国平均9个月至2年<sup>5</sup>，荷兰平均1年<sup>6</sup>。对于专利侵权诉讼和专利无效程序分离、通常在专利侵权诉讼之外单独设立专利无效程序的国家而言，需要一并对专利侵权

3.Landan Ansell et. Al. 2018 Patent Litigation Study, PwC(May 2018). <http://www.pwc.com/us/en/services/forensics/library/patent-litigation-study.html> (2022年11月16日最后访问)

4.Matthew Bullman. What You Need to Know about Patent Litigation in Canada. ipLaw 360(August 29,2018). <http://www.law360.com/articles/1077703> (2022年11月16日最后访问)

5.Matthew Bullman. What You Need to Know about Patent Litigation in UK. ipLaw 360(August 6,2018). <http://www.law360.com/articles/1070615> (2022年11月16日最后访问)

6.Matthew Bullman. Patent Litigation in the Netherlands : What You Need to Know. ipLaw 360(August 20,2018). <http://www.law360.com/articles/1074513> (2022年11月16日最后访问)



诉讼和专利无效程序的周期进行统计分析。目前看,德国8个月的专利侵权诉讼和2年左右的专利有效性诉讼<sup>7</sup>,韩国12-18个月的专利侵权诉讼<sup>8</sup>和4个月的无效宣告程序<sup>9</sup>,日本15个月的专利侵权诉讼<sup>10</sup>可供参考。

为了有效地控制诉讼过程,需要考虑第二个因素是获取证据便利性,尤其是证据开示程序(Discovery)的可行性。需要强调的是,通过证据开示程序可以获得被控侵权技术的具体情况,对专利权人而言是非常有效的举证措施。通常而言,在美国之外的其他法域证据开示制度非常少,中国、德国、韩国、日本等大陆法系均没有完整的证据开示制度。即使是同属于英美法系的英国,其证据开示的范围也仅限于书面文件。因此,在诉讼策略方面常用的做法是,在美国提起同族专利的专利侵权诉讼并通过证据开示程序获得证据,将这些证据用于在美国之外的其他法域的专利侵权诉讼中。需要强调的是,美国诉讼保护令会限制在美国诉讼过程中获得的文件和信息用于其他国家的相关诉讼中。如果选在欧洲进行专利诉讼,通常选择的法律实践做法是,首先在法国提起专利侵权诉讼以获取相关证据,之后用于欧洲其他国家法院的诉讼中。这一做法的理由在于,在法国可以请经济警察进入经营场所以获取文件和其他必要信息以证明专利侵权。

为了有效地控制诉讼过程,需要考虑第三个因素是诉讼成本。包括律师费用在内的诉讼成本与案件的复杂程度紧密相关。同时,根据近期统计而言,在1百万美元到1千万美元专利侵权损害赔偿数额区间的情况下美国诉讼成本通常是170万美元,这一成本较之往年有所下降是因为很多案件在专利保护客体的争议中得到解决<sup>11</sup>。英国诉讼成本大约几百万美元<sup>12</sup>。德国包括专利无效宣告诉讼和专利侵权诉讼的总成本10万美元到170万美元<sup>13</sup>。韩国包括专利无效程序和专利侵权诉讼的诉讼成本15万美元到40万美

7. Matthew Bullman. *What You Need to Know about Patent Litigation in Germany*. *ipLaw 360*(July 27, 2018). <http://www.law360.com/articles/1067438> (2022年11月16日最后访问)

8. Si Yul Lee, Ho Yeon Lee and Inchan Andrew Kwon. *Patent Litigation in South Korea: overview* (May 2018). <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-014-5857?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29> (2022年11月16日最后访问)

9. Ryan Davis. *Patent Litigation in South Korea: What You Need to Know*. *ipLaw360*(August 24, 2018), <https://www.law360.com/articles/1076694> (2022年11月16日最后访问)

10. Ryan Davis. *What You Need to Know About Patent Litigation in Japan*. *ipLaw360*(September 20, 2018), <https://www.law360.com/articles/1084568> (2022年11月16日最后访问)

11. AIPLA. *2017 Report of the Economic Survey*. <https://www.aipla.org/detail/journalissue/economic-survey-2017>. Cited from Patricia A. Martone. *Patent Litigation: A Global Perspective*(January 2019) in *Patent Law Institute 2019: Critical Issues & Best Practices*.

12. Ian Kirby, et.al. *National Patent Litigation-United Kingdom*. *les Nouvelles* vol.LIII No. 4, 323, 327 (December 2018).

13. Wolfgang Kellenter, Benedikt Migdal. *Patent Litigation in Germany: overview*. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-622-3450?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-622-3450?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (2022年11月16日最后访问)

跨国专利诉讼法域选择的主要考虑因素包括诉讼周期、获取证据便利性、诉讼成本、法律规则、禁令救济、诉讼结果可预期性等6大因素。



元<sup>14</sup>。日本包括专利无效程序和专利侵权诉讼的诉讼成本30万美元到50万美元<sup>15</sup>。需要强调的是,英国、德国、荷兰和加拿大允许败诉方承担胜诉方的全部或者部分费用,包括律师费用。

为了有效控制诉讼结果,跨国专利诉讼需要考虑的第一个因素是法律规则。需要分析关于专利权有效性和关于专利侵权判定的当地法律。首先,专利有效性判定的实体法律制度差异可以对专利权利要求的选择乃至专利的选择具有重大影响。尤其是在专利有效性判定的实体法律制度方面,专利权保护客体判定规则、说明书公开充分判定规则、权利要求得到说明书支持的判定规则,均具有非常重要的影响。其次,专利侵权判定的实体法律制度差异同样具有重大影响。尤其是等同侵权判定的差异影响很大,例如专利审查档案对等同侵权判定的影响等。

为了有效控制诉讼结果,跨国专利诉讼需要考虑的第二个因素是禁令救济。禁令救济是专利权人非常强有力的竞争工具。一旦在某个法域获得禁令救济,专利权人在于对方的许可谈判中将占据具有强大优势的地位。不同法域对于禁令救济的标准有明显不同。在我国,禁令救济在专利侵权诉讼的法律适用中具有普遍性。然而,在美国,美国联邦最高法院在Ebay v. Mercexchange一案中明确禁令适用的四个构成要件:原告已经遭受无法弥补的侵害,专利侵权损害赔偿不足以充分弥补该损害,权衡当事人的经济情况、不损害公共利益。在该案件的判决中,最高法院亦驳斥了联邦巡回上诉法院将永久禁令“一般规则”化的观点,明确指出,虽然《美国专利法》第154条规定了专利权是“排除他人制造、使用、销售、许诺销售其发明的权利”,但是“权利的设立条款不同于违反权利的救济条款”,不能基于专利权的排他权属性即认为永久禁令一般规则化具有正当性。<sup>16</sup>

为了有效控制诉讼结果,跨国专利诉讼需要考虑的第三个因素是诉讼结果可预期性。通常而言,使用带有陪审团程序的法域诉讼结果可预期性相对较弱,由法官进行审理的法域可以通过对之前判决的统计分析判断诉讼结果的可预期性,尤其是对诉讼争

14.Si Yul Lee, Ho Yeon Lee and Inchan Andrew Kwon. *Patent Litigation in South Korea: overview* (May 2018). <https://uk.practicallylaw.thomsonreuters.com/w-014-5857?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29> (2022年11月16日最后访问)

15.Ryan Davis. *What You Need to Know About Patent Litigation in Japan*. *IpLaw360*(September 20, 2018), <https://www.law360.com/articles/1084568> (2022年11月16日最后访问)

16.参见张鹏:《专利侵权损害赔偿制度研究:基本原理与法律适用》,北京:知识产权出版社2017年4月版。

议焦点的法律观点的分析非常重要。就统计数据而言,通常很难找到完整的、真实的、全面的统计数据,而且统计数据对于判断某个个案的诉讼结果可预期性参考意义有限,更多地需要根据诉讼律师结合以往司法实践情况进行预估判断。据统计,美国权利人胜诉率为从提起专利诉讼案件的34%提升到进入审判阶段并由陪审团进行审判案件的76%<sup>17</sup>。日本专利侵权胜诉率大约25%,专利有效性的胜诉比率大约70-80%<sup>18</sup>。据德国学者所述,德国没有关于胜诉率情况的统计<sup>19</sup>,但是很多参与跨国专利诉讼的专利权人愿意选择在德国进行专利诉讼。

如前所述,跨国专利诉讼法域选择的主要考虑因素包括诉讼周期、获取证据便利性、诉讼成本、法律规则、禁令救济、诉讼结果可预期性等6大因素。同时,对于具体企业而言,还需要从市场影响、文化因素、社会环境等方面进一步综合分析。

### 三、跨国专利诉讼的统筹管理:实现诉讼主张的协调一致

**第六问:如何做好跨国专利诉讼的统筹管理?选好诉讼总指挥、建好诉讼协调机制,实现跨国诉讼主张的协调一致。**由于跨国专利诉讼涵盖多个法域,而且各个法域的专利法律规则和专利法律实践不断变化,如何有效管理多个法域并行推进的跨国专利诉讼,与外部律师进行有效沟通,是一项非常重要的工作。首先,就管理的内容而言,跨国专利诉讼的管理不仅仅是要管理诉讼策略和诉讼成本,还需要避免冲突的立场和协调实体的观点。也就是说,跨国专利诉讼管理需要从宏观层面控制各个法域诉讼进展的程序,实时了解各个法域诉讼进展的情况,积极推动对自己最为有利的法域第一个作出判决,从而保障促进和解的强大驱动作用。同时,跨国专利诉讼管理需要从微观层面协调实体的观点,避免冲突的立场。例如,专利权人对于专利权利要求的解释,被控侵权人对被控侵权产品结构的解释,需要在多个法域持有相互协调一致的观点。其次,就管理的方式而言,需要选择主导律师事务所的律师担任诉讼总指挥,以便于确定总体诉讼策略并协调各个法域的律师推进相应的诉讼进程。尤其是,需要协调诉讼总指挥与各个法域律师

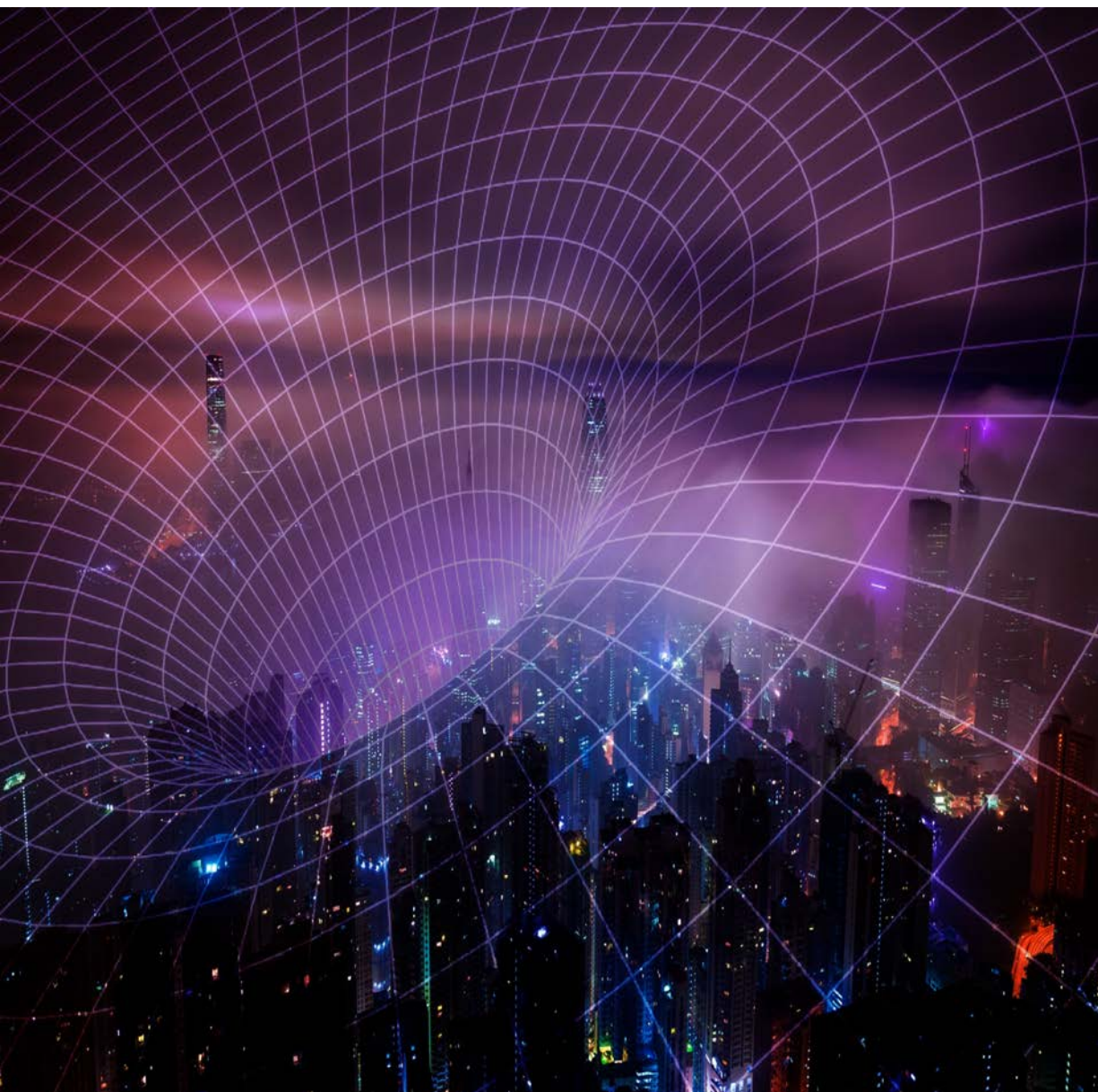
17. Patricia A. Martone, *Patent Litigation: A Global Perspective* (January 2019) in Patent Law Institute 2019: Critical Issues & Best Practices.

18. Ryan Davis, *What You Need to Know About Patent Litigation in Japan*, ipLaw360 (September 20, 2018), <https://www.law360.com/articles/1084568> (2022年11月16日最后访问)

19. Tilman Muller-Stoy et. al, *National Patent Litigation-Germany*, Les Nouvelles vol. LIII Vol. 4, 295, 304.



基于专利权的地域性、企业控制风险需要、各个法域存在不同的诉讼优势与劣势等原因,企业需要在全球化视野下部署专利诉讼。





之间的观点,切实认识到在每个法域中的有能力的当地机构具有不可替代的作用,确保能够全面了解各个法域本地机构的法律建议而不是替代他们的建议。还有,建好诉讼协调机制,定期同步诉讼进展,建立工作报告模板,实现诉讼信息共享和有效调配。特别需要强调的是,建立专门的诉讼风险管理 with 风险控制机制。在任何法域开展的诉讼活动都存在风险,在多个法域并行开展的诉讼活动加重了这样的风险,需要加强诉讼风险管理与风险控制。

## CHAPTER 002

### 跨国专利诉讼九大法域选择

---

基于专利权的地域性、企业控制风险需要、各个法域存在不同的诉讼优势与劣势等原因,企业需要在全球化视野下部署专利诉讼。跨国专利诉讼法域选择以诉讼战略需求的匹配度为出发点,注意重点突出、考虑全面、成本控制,统筹考虑诉讼周期、获取证据便利性、诉讼成本、法律规则、禁令救济、诉讼结果可预期性等6大因素。为了便于我国企业更好地结合6大因素选择跨国专利诉讼的法域,本部分对目前专利诉讼最为集中的9大法域的情况进行分析,介绍这些法域6大因素的基本情况。

#### 美国

美国对于侵权诉讼和专利无效程序合一、通常在专利侵权诉讼中审理专利权无效抗辩,专利诉讼平均周期是2.4年<sup>20</sup>。美国具有证据开示程序,可以充分证据了解被控侵权技术的具体情况,这对专利权人而言是非常有效的举证措施。在诉讼策略方面常用的做法是,在美国提起同族专利的专利侵权诉讼并通过证据开示程序获得证据,将这些证据用于在美国之外的其他法域的专利侵权诉讼中。需要强调的是,美国诉讼保护令会限制在美国诉讼过程中获得的文件和信息用于其他国家的相关诉讼中。根据近期统计而言,在1百万美元到1千万美元专利侵权损害赔偿数额区间的情况下美国诉讼成本通常

---

20.Landan Ansell et. Al. 2018 Patent Litigation Study, PwC(May 2018). <http://www.pwc.com/us/en/services/forensics/library/patent-litigation-study.html> (2022年11月16日最后访问)

是170万美元,这一成本较之往年有所下降是因为很多案件在专利保护客体的争议中得到解决<sup>21</sup>。在美国,美国联邦最高法院在*Ebay v. Mercexchange*一案中明确禁令适用的四个构成要件:原告已经遭受无法弥补的侵害,专利侵权损害赔偿不足以充分弥补该损害,权衡当事人的经济情况、不损害公共利益。在该案件的判决中,最高法院亦驳斥了联邦巡回上诉法院将永久禁令“一般规则”化的观点,明确指出,虽然《美国专利法》第154条规定了专利权是“排除他人制造、使用、销售、许诺销售其发明的权利”,但是“权利的设立条款不同于违反权利的救济条款”,不能基于专利权的排他权属性即认为永久禁令一般规则化具有正当性。<sup>22</sup>通常而言,使用带有陪审团程序的法域诉讼结果可预期性相对较弱。在美国,是否构成侵权由陪审团决定,法律责任承担由法官决定。据统计,美国权利人胜诉率为从提起专利诉讼案件的34%到进入审判阶段并由陪审团进行审判案件的76%<sup>23</sup>。

## 英国

在英国,专利权的有效性和是否构成专利侵权均由同一个法院处理,专利权的有效性和是否构成专利侵权的整体审理周期平均9个月至2年<sup>24</sup>。英国具有针对书面文件的证据开示程序,但是不像美国范围那么广泛,仅仅可以针对书面文件要求开示。英国诉讼成本大约几百万美元<sup>25</sup>。英国是普通法国家,但是在专利诉讼中不采用陪审团。在英国,庭审中允许采用证言的方式加以证明,证言需要以证人书面陈述的方式提交同时在庭审中进行交叉质证。特别是,专家证人的证言极其重要,对专家证人证言的交叉质证是庭审中最为关键的部分。由于不需要面对陪审团,在英国选择专家证人的时候沟通能力不像在美国选择专家证人时那么重要,其技术背景和技术能力具有更加重要的价值。如果专利权有效并且构成侵权,那么具有很高可能性被授予禁令。通常采用先行判决的范式,在认定侵权责任成立之后再行决定损害赔偿。由于很多案件在认定侵权责任成立之

21. AIPLA. 2017 Report of the Economic Survey. <https://www.aipla.org/detail/journalissue/economic-survey-2017>. Cited from Patricia A. Martone. Patent Litigation: A Global Perspective (January 2019) in Patent Law Institute 2019: Critical Issues & Best Practices.

22. 参见张鹏:《专利侵权损害赔偿制度研究:基本原理与法律适用》,北京:知识产权出版社2017年4月版。

23. Patricia A. Martone. Patent Litigation: A Global Perspective (January 2019) in Patent Law Institute 2019: Critical Issues & Best Practices.

24. Matthew Bullman. What You Need to Know about Patent Litigation in UK. ipLaw 360 (August 6, 2018). <http://www.law360.com/articles/1070615> (2022年11月16日最后访问)

25. Ian Kirby, et. al. National Patent Litigation-United Kingdom. les Nouvelles vol. LIII No. 4, 323, 327 (December 2018).

后即行和解,所以关于损害赔偿的判例不多。可以要求败诉方承担包括律师费用在内的合理支出,但是该合理费用需要与损害赔偿成一定的比例。

## 加拿大

加拿大通常2年内可以审结专利诉讼<sup>26</sup>。加拿大具有一定程度的证据开示程序,每方必须提供用以支持其观点的证据和可能支持对方观点的证据。可以对用于说明事实的证人进行有限的质询,不能对专家证人进行质询。书证和专家证言都是可以接受的,专家证言可以在庭审现场作证也可以提交书面意见,通常现场作证,庭审现场作证需要接受对方交叉质证。

## 澳大利亚

澳大利亚作为普通法国家,在专利诉讼中没有陪审团审判,每个法院会同时审理专利有效性和专利侵权诉讼,但是对二者分别作出决定。澳大利亚具有两套法院审理专利诉讼:联邦法院和地方法院,通常来说联邦法院的法官更具有经验。如果侵权事实发生在某一区域,该区域的地方法院也可以审理,但是其判决仅限于该区域。

根据当事人的请求通常会颁发永久禁令。专利权人可以证明因为专利侵权行为所遭受的损失,或者接受法定赔偿。胜诉方可以获赔一定比例的合理支出。

## 德国

德国是典型的专利侵权诉讼和专利无效程序分离,在专利侵权诉讼中之外单独设立专利无效程序的国家。德国专利侵权诉讼的平均周期为8个月左右,专利有效性诉讼的平均周期为2年左右<sup>27</sup>。就获取证据的便利性而言,德国专利诉讼没有证据开示程序,但是在无法从公共渠道获得侵权证据同时权利人有充足证据证明侵权的可能性的情况下,权利人有法定权利要求被控侵权人提供涉嫌侵权产品或者方法。在庭审中,书面

26. Matthew Bullman. What You Need to Know about Patent Litigation in Canada. ipLaw 360(August 29,2018). <http://www.law360.com/articles/1077703> (2022年11月16日最后访问)

27. Matthew Bullman. What You Need to Know about Patent Litigation in Germany. ipLaw 360(July 27 ,2018). <http://www.law360.com/articles/1067438> (2022年11月16日最后访问)

德国是典型的专利侵权诉讼和专利无效程序分离,在专利侵权诉讼中之外单独设立专利无效程序的国家。



证据是关键证据，证言的重要性较低。德国包括专利无效宣告诉讼和专利侵权诉讼的总成本10万美元到170万美元<sup>28</sup>。德国专利侵权和专利确权程序分离，专利侵权诉讼由12个地区法院管辖，专利有效性由欧洲专利局、德国专利局或者联邦专利法院确定。通常会在专利有效性判定结论出来之前作出专利侵权判决，由法官进行裁判并不使用陪审团。如果案件存在需要，德国法院可以指定技术调查官参加。德国联邦专利法院的法官绝大多数是具有技术背景的技术专家，因此在德国联邦专利法院技术调查官并不常见。专利侵权判决比较普遍地判处禁令，禁令对专利诉讼的和解作用非常大。由于专利侵权诉讼和专利无效程序分离，如果专利有效性尚未完全确定的情况下，在专利侵权诉讼中获得禁令需要提交保证金。通常而言，德国专利侵权损害赔偿数额不太高。胜诉方可以要求败诉方在法定限额之内承担其合理支出。

## 法国

法国获取证据较为便利，因为在法国可以请经济警察进入经营场所以获取文件和其他必要信息以证明专利侵权，同时在法国专利权人可以要求法院发布命令允许其收集侵权证据或者没收侵权产品。因此，如果选在欧洲进行专利诉讼，通常选择的法律实践做法是，首先在法国提起专利侵权诉讼以获取相关证据，之后用于欧洲其他国家法院的诉讼中。法国专利诉讼的平均庭审时间仅有半天。同时，就证据形式而言，法国法官不希望听取专家的发言，而是更多地希望阅读专家提供的书面证言。在专利侵权案件中除了专利侵权损害赔偿之外，通常会判处禁令救济。

## 荷兰

荷兰是欧洲非常重要的诉讼集中地，只有海牙地方法院知识产权法庭<sup>29</sup>这么一个法庭具有专利案件的管辖权，法官全部进行过专利法培训并且部分具有技术背景。荷兰专利侵权诉讼和专利无效程序合一，专利有效性和专利侵权诉讼在一个程序审理，

---

28.Wolfgang Kellenter, Benedikt Migdal. *Patent Litigation in Germany: overview*. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-622-3450?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-622-3450?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (2022年11月16日最后访问)

29.the District Court of the Hague, IP Division.



通常在专利侵权诉讼中审理专利权无效抗辩，荷兰专利诉讼的平均审理周期是1年<sup>30</sup>。没有陪审团审判，没有证据开示程序，平均庭审的时间是一天。可以提交文档和书面的专家证言，专家证言必须以书面形式提交。同时，荷兰专利诉讼具有加快程序，可以申请加快诉讼进程。荷兰专利诉讼在认定专利侵权成立后，一般都会被授予禁令甚至可以授予跨境禁令。同时，在认定构成侵权并且确定禁令救济之后，有一个单独的程序决定损害赔偿数额。胜诉方可以获得“合理的、一定比例的”合理支出。

## 日本

在日本，专利有效性和专利侵权分别由特许厅和法院进行审理，但是法院可以审理专利无效抗辩，该抗辩结果仅适用于本案。日本专利侵权诉讼的平均审理周期为15个月<sup>31</sup>，包括专利无效程序和专利侵权诉讼的诉讼成本30万美元到50万美元<sup>32</sup>。书证和专家证言都是可以接受的，最好是书面的形式。通常有技术调查官参与案件审理没有陪审团审判，没有证据开示程序，但是否认构成侵权的被控侵权人应当提供证据支持其主张。法院具有要求当事人提供证据的权力，可以指派专家检查财务账簿并计算损害赔偿数额。几乎每个案件都被给予禁令救济，损害赔偿数额不高，败诉方承担胜诉方的合理支出，但是不包括胜诉方支付的律师费用。当事人不服一审判决均上诉到东京高等法院，从而减少法律适用冲突。

## 韩国

在韩国，专利有效性和专利侵权分别由特许厅和法院进行审理，但是法院可以审理专利无效抗辩，该抗辩结果仅适用于本案。就审理周期而言，韩国12-18个月的专利侵权诉讼<sup>33</sup>和4个月的无效宣告程序<sup>34</sup>，韩国包括专利无效程序和专利侵权诉讼的诉讼成本

30. Matthew Bullman. *Patent Litigation in the Netherlands: What You Need to Know*. ipLaw360 (August 20, 2018). <http://www.law360.com/articles/1074513> (2022年11月16日最后访问)

31. Ryan Davis. *What You Need to Know About Patent Litigation in Japan*. ipLaw360 (September 20, 2018), <https://www.law360.com/articles/1084568> (2022年11月16日最后访问)

32. Ryan Davis. *What You Need to Know About Patent Litigation in Japan*. ipLaw360 (September 20, 2018), <https://www.law360.com/articles/1084568> (2022年11月16日最后访问)

33. Si Yul Lee, Ho Yeon Lee and Inchan Andrew Kwon. *Patent Litigation in South Korea: overview* (May 2018). <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-014-5857?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29> (2022年11月16日最后访问)

34. Ryan Davis. *Patent Litigation in South Korea: What You Need to Know*. ipLaw360 (August 24, 2018), <https://www.law360.com/articles/1076694> (2022年11月16日最后访问)

15万美元到40万美元<sup>35</sup>。特许厅通常会加速审理因为专利侵权诉讼产生的专利无效宣告请求,通常可以在4个月内审结专利无效宣告请求。韩国具有有限的证据开示程序,可以请求法院颁发命令要求对方提供一些有限的材料。当事人可以聘请专家,法院可以指派专家,书证和专家证言都是可以接受的,专家证言可以在庭审现场作证也可以提交书面意见,庭审现场作证需要接受对方交叉质证。地方法院通常选择等待特许厅就专利权有效性作出决定。专利侵权诉讼案件具有两种形式的禁令:临时禁令并且没有损害赔偿,永久禁令并且具有损害赔偿。通常而言,临时禁令难以获得,而只要认定侵权成立就会颁发永久禁令,但总体来说损害赔偿数额较低。需要指出的是,韩国没有陪审团审判,一些法官的专业是知识产权。

## CHAPTER 003

### 专利诉讼的两大关联程序

在跨国专利诉讼的诉讼策略设计中,不仅需要考虑专利诉讼自身的部署,还需要研究分析专利诉讼的关联程序,娴熟借助各种程序的优势,打通各个程序之间的关联,以最大程度地维护企业合法权益。通常而言,专利诉讼的关联程序包括专利确权程序和边境执法措施。

#### 一、专利确权程序

如前所述,美国、英国、加拿大、荷兰、澳大利亚等国家专利侵权诉讼和专利无效纠纷由同一个法院处理、通常在专利侵权诉讼中审理专利权无效抗辩,德国、韩国、日本等国家专利侵权诉讼和专利无效程序分离,专利侵权诉讼和专利无效纠纷由不同的部门或者机关加以处理,在专利侵权诉讼之中之外单独设立专利无效程序。

这两种专利确权纠纷解决机制的模式相互借鉴相互融合。一方面,作为专利侵权诉讼和专利无效程序分离的国家,日本、韩国通过专利权效力抗辩制度,被控侵权人可

35.Si Yul Lee, Ho Yeon Lee and Inchan Andrew Kwon. *Patent Litigation in South Korea: overview* (May 2018). <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-014-5857?transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29> (2022年11月16日最后访问)

通常而言，专利诉讼的  
关联程序包括专利确权  
程序和边境执法措施。



以在专利侵权诉讼中主张专利权人因为专利权不稳定而构成权利滥用,从而在个案中认定专利权的效力。另一方面,作为专利侵权诉讼和专利无效程序合一审理的国家,美国在发明法案后设立双方复议程序(inter partes review,简称IPR),由美国专利商标局USPTO的专利审判及上诉委员会PTAB对专利权的效力进行判定。近期,美国专利商标局审查政策的主要目标是提高专利稳定性,“稳定的专利对经济增长至关重要,提高专利审查的质量效率同样对美国经济意义重大。”这个目标的实现包括三个方面:加强培训和标准引导以实现高质量审查,提高审查员检索现有技术的便利性,充分发挥专利审判及上诉委员会的作用。专利审判及上诉委员会有双方复议程序IPR、授权后复议程序PGR(post-granted review)、商业方法审查程序CBM(covered Business Method proceedings)等多种程序,但是授权后复议程序和商业方法审查程序数量非常少,2022年授权后复议程序案件各月份均为个位数。因此,专利审判及上诉委员会的双方复议程序受到了广泛关注,下面重点对该程序的最新进展进行介绍。

2018年,专利审判及上诉委员会共受理双方复议程序案件1717件。与之相对比的是2018年美国主要联邦基层法院受理专利侵权案件的情况。期间,专利侵权案件数量排名前三名的法院情况如下:特拉华州东区法院共受理869件专利诉讼,德州东区法院共受理497件专利诉讼,加州北区法院共受理309件专利诉讼。可见,专利审判及上诉委员会双方复议程序案件数量大致相当于排名前三的三家法院专利侵权案件数量总和。就结果而言,自2018年4月25日SAS Institute v. Iancu案判决,在双方复议程序的案件中,60%维持权利要求全部有效,35%宣告权利要求全部无效,5%其他情况。

就专利审判及上诉委员会双方复议程序的性质而言,美国最高法院在Oil State Energy Services LLC v. Greene's Energy Group, LLC一案<sup>36</sup>中认定,双方复议程序的理论基础在于公共利益保留原则,对一项技术方案授予专利权是涉及公共利益的事务,双方复议程序是对于这一专利授权行为的重新审核。<sup>37</sup>就双方复议程序的审理范围而言,美国最高

---

36. Oil State Energy Services LLC v. Greene's Energy Group, LLC, 138 S.Ct.1365(2018).

37. Inter parties review falls squarely within public rights doctrine... [T]he decision to grant a patent is a matter involving public rights-specifically, the grant of a public franchise... Inter parties review is simply a reconsideration of that grant... [Upon this basis, the court found that IPRs fall squarely within the public right doctrine.] Thus, the PTO can do so without violating Article III.



法院在*SAS Institute, Inc. v. Iancu*案<sup>38</sup>中提出,专利审判及上诉委员会需要对主张的所有权利要求进行审查。<sup>39</sup>就专利审判及上诉委员会双方复议程序的后续程序而言,联邦巡回上诉法院越来越频繁审理不服专利审判及上诉委员会作出的双方复议程序行政决定提起的诉讼。2009年,仅有4%的联邦巡回上诉法院案件来自于对专利审判及上诉委员会决定不服提起的诉讼;2018年,该数字上升到了38%。在2015-2019年的诉讼程序中,78%的专利审判及上诉委员会决定得到维持,11%的专利审判及上诉委员会决定被撤销,其他类型占到11%。就双方复议程序的新进展而言,按照新修订的程序规则,专利权人提出专利修改请求时可以要求专利审判及上诉委员会给予事先指导(non-binding preliminary guidance),在该事先指导之后专利权人可以进一步修改权利要求(file a revised motion to amend)。就双方复议程序与专利侵权诉讼程序的衔接而言,目前大多数法院会选择等待双方复议程序的进展,以便于在专利侵权诉讼中充分考虑双方复议程序对专利权效力的认定以及双方复议程序中对权利要求作出的解释。

## 二、边境执法措施

边境执法措施也是与专利纠纷紧密相关的程序安排。下面以美国国际贸易委员会(United States International Trade Commission,简称ITC)的程序为例进行说明。根据《美国法典》第19编1337节的规定,美国国际贸易委员会如发现货物所有者、进口商或承销商及其代理人(1)将货物进口到美国或在美国销售时使用不公平竞争方法和不公平行为,威胁或效果是摧毁或严重损害美国国内产业,或阻碍该产业的建立,或限制或垄断了美国的贸易和商业;或者(2)将货物进口到美国、或为进口到美国而销售,或进口到美国后销售,而该种货物侵犯了美国已经登记的有效且可执行的专利权、商标权、版权或半导体芯片模板权,并且与这些权利有关的产品有已经存在或在建立过程中的国内产业,则这些不公平竞争方法将被视为非法,应予以处理。2018年,美国联邦贸易委员会颁布了新的实体和程序规则(Rules of Practice and Procedure)。就其性质而言,是

38. *SAS Institute, Inc. v. Iancu*, 35 U.S.C. § 318(a).

39. [PTAB] shall issue a final written decision with respect to the patentability of any patent claim challenged by the petitioner.



由行政法官主持的、处理与进口货物有关的知识产权侵权和不正当竞争的行政程序。就其类型而言，主要是专利案件，2017年专利案件占比达到87.2%，2018年专利案件占比就达到了91.5%。

在进行诉讼策略设计时，需要分析的第一个问题是为什么选择美国国际贸易委员会的程序。首先，美国国际贸易委员会337调查的救济仅仅是禁令，不包括损害赔偿。其中，所述禁令包括有限排除令limited exclusion order、普遍排除令general exclusion order、禁止令Cease and Desist Order。其次，美国国际贸易委员会337调查不会受到专利审判及上诉委员会双方复议程序的影响，不会等待双方复议程序的结果，因此程序较快。还有，由于美国国际贸易委员会的行政法官作出决定，而非如同专利侵权诉讼那样由陪审团作出认定，可预期性较强。同时从目前法律实践看，美国国际贸易委员会被广泛认为对权利人非常友好。就其美国国际贸易委员会程序与地区法院专利侵权诉讼程序的比较参见下表。

|          | 地区法院                         | 美国联邦贸易委员会       |
|----------|------------------------------|-----------------|
| 裁判者      | 地区法院法官                       | 行政法官            |
| 裁判方式     | 陪审团或者法官裁判                    | 行政法官裁判          |
| 审理周期     | 两年以上                         | 短于1年            |
| 责任成立条件   | 构成侵权                         | 构成侵权并且损害国内产业    |
| 救济方式     | 损害赔偿和/或禁令救济                  | 排除令和禁止令         |
| 与IPR程序关系 | 通常会因为双方复议程序而放慢程序，等待双方复议程序的结果 | 不会因为双方复议程序而放慢程序 |

边境执法措施也是与专利纠纷紧密相关的程序安排。



就总体策略安排而言,需要考虑如下方面:

一是注意加强337调查与知识产权交易策略安排的协调性。由于可能判处排除令或者禁止令,337调查对知识产权交易影响很大。因此,337调查和解撤回比例较高,2017年仅有18%的337调查作出了决定,2018年则为19%。追踪337调查的进展状态对知识产权交易的方式和时间具有非常重要的意义。同时,需要注意专利许可谈判的时间,不要导致被非自愿地加入到337调查程序中。

二是注意加强337调查与双方复议程序策略安排的协调性。美国联邦贸易委员会很少中止程序等待专利审判及上诉委员会的决定,美国联邦贸易委员会的行政法官可能会考虑专利审判及上诉委员会关于权利要求解释的观点等,但不会等待专利审判及上诉委员会作出的决定。原因在于,专利审判及上诉委员会双方复议程序通常需要12-18个月,美国联邦贸易委员会作出最终决定的时间通常为16个月,因此美国联邦贸易委员会不太可能在337调查程序中等待专利审判及上诉委员会双方复议程序的决定。

三是注意加强337调查与地区法院专利侵权诉讼程序策略安排的协调性。根据28 U.S. Code §1659的规定,基于美国联邦贸易委员会的要求,地区法院需要中止专利侵权诉讼的诉讼程序。同时,在诉讼策略方面需要注意美国联邦贸易委员会的证据开示程序(discovery程序)适用范围比地区法院更加广泛。

提起337调查请求的注意事项包括四个方面:一是起草详细起诉状,包括技术特征对比表、证明进口的证据,并且明确被控侵权产品的范围(涉及到案件范围以及未来禁止令排除令的范围)以及所寻求的救济(有限排除令、普遍排除令、禁止令)。二是将起诉状提交不公平进口调查室(Office of Unfair Import Investigations)审查,在提起337调查请求之日起至少一周前,不公平进口调查室会给出起诉状的完善建议以及其他建议。三是根据不公平进口调查室的要求提交支持起诉状的补充材料,对被告答辩材料进行回复,并收集证据、确定证据开示的范围、起草对第三人的传票。四是尽可能在美国联邦贸易委员会通知后的尽早进行证据开示程序,尝试与被告就证据开示程序的过程和范围(例如不对电子邮件、特定日志进行证据开示等)进行沟通,同时尽早收集形成对国内产业造成的影响的证据。

应对337调查请求的注意事项包括四个方面:一是尽早评估案件,注意时限要求。

二是引入共同被告有助于降低成本,同时需要确保尽可能扮演积极的角色。三是研究提起双方复议请求是否有所帮助,美国联邦贸易委员会不会终止程序但是会促使原告进一步考虑其主张,同时专利审判及上诉委员会的观点会对行政法官有一定的说服作用。四是加强案例研究,不要预先假设起诉状满足了证明标准要求,最好的抗辩策略是对行政法官之前决定的深入分析。



张鹏  
合伙人  
知识产权部  
北京办公室  
+86 10 5957 2068  
zhangpeng@zhonglun.com

# *chapter 6*

## 反腐败合规





# 跨境反腐败合规回顾与观察 (2021-2022 年度)

高俊 邱玮鑫

从2020年至今,新冠疫情给这个世界所带来的冲击和阴霾依然没有散尽。同时,国际关系的剧变、地缘政治的冲突以及世界经济的停滞都不断刷新着我们对原有世界的认知。

正如在许多人的印象中,中国企业似乎常常成为跨境反腐败合规的被执法对象和被调查对象。当然这样的想法也并不是空穴来风,毕竟根据美国司法部(Department of Justice,下称“DOJ”)就《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practices Act, **FCPA**)近四十年的执法数据统计,中国企业是DOJ或美国证监会(Securities and Exchange Commission)打击跨国公司腐败最热门的执法目标。然而,时过境迁,当我们回过头来仔细审视跨境反腐败合规这个问题的时候,我们恍然发现,中国企业在这么多年“走出去”的过程中,成长起来的跨国公司无论是在数量、质量和规模上都已不亚于传统欧美企业,而这些“走出去”的企业也已经从原来的日夜担心欧美跨境反腐败合规调查的“被迫防守型”角色渐渐转为“主动建规立制”以满足自身业务国际化和跨区域、跨文化管理的迫切需求。

以我国中央企业为例,目前中国央企在全球180多个国家和地区拥有的机构和项目超过8000个,海外员工达到125万,境外资产总额约8万亿元。“十三五”期间,中央企业实现的海外营业收入超过24万亿元,利润总额接近6000亿元,对外投资收益率达到6.7%,参与建设“一带一路”沿线项目超过3400个。

不得不承认,在“走出去”这个过程中,中国跨国公司在国际化早期因为编制限制和人员配备等因素的影响,跨境合规的工作的确有许多不尽如人意的地方。然而,随着《中央企业合规管理指引(试行)》《企业境外经营合规管理指引》和《中央企业合规管理办法》的陆续推出,加强内控、风控,并建立一个完备的跨境合规体系已经成为了大

部分国企和民企出海的必修课。

而在这几年中，即便是在疫情不间断的冲击下，笔者观察到我国许多大型企业依然勇于开拓国际业务并致力于完善和自身发展相匹配的全球跨境合规体系，并且已经开始使用法律科技和数字化的手段，进一步加强跨境合规体系的建设。甚至笔者所服务的一些企业已经在摸索一条将合规、风控、内控和流程制度整合之路。

基于上述情况，当我们看到美国白宫在2022年10月在其最新《国家安全战略报告》中提到“中国是唯一一个既有意图又有能力重塑国际秩序的竞争者”，此外还称“未来十年是美国与中国竞争的决定性十年”等等这样的描述时，我们似乎也不再那么惊讶。中国的跨国公司在硬实力上已经和传统意义上欧美跨国公司不相上下，而在跨境合规体系等方面软实力的建设也在迎头赶上。我们也越来越清楚地认识到，在贸易战叠加疫情冲击之后的未来几年，跨境合规体系也将超越传统商业交易层面的反腐败、反贿赂的范畴，并渐渐扩大到核心技术层面的数据出境、进出口贸易合规，甚至政治领域合规。

## CHAPTER 001

**2021-2022年美国跨境反腐政策与动态回顾**

2021年6月3日,拜登政府发布了《关于将反腐败确立为美国国家安全核心利益的备忘录》(*Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United States National Security Interest*),首次以国家安全备忘录的形式,明确将“反腐败”提升为美国国家安全的核心利益,并表示将在美国境内及海外进一步开展反腐败行动,最后确定将美国国防部、国务院和中央情报局等十多个机构授权为反腐败审查机构。

2021年10月,美国司法部(DOJ)宣布对其企业执法计划进行重大改革。例如DOJ正在加派资源调查公司案件,在做出指控决定时,增强对公司过去不当行为的考虑,提高对公司配合度的要求,并取消可能不利于监察的事先指导。大约在同一时期,DOJ首席助理副检察长公布了DOJ公司执法工作的新优先领域,其中包括经济制裁、出口管制和涉及加密货币的洗钱犯罪。同时,为了针对其他法域日益严格的数据安全和国家秘密的相关法律规定,DOJ扩大了与国际合作伙伴在跨境调查方面的协调与合作,使DOJ能够获取更多的外国信息和证据。

此外,美国国会近期还修订了《美国爱国者法案》(31 U.S.C.),其中§ 5318授权美国检察官可以传唤在美国设有代理银行账户的任何外国银行,以获取与“代理账户或外国银行的任何账户”相关的任何记录。此举大大提高了美国检察官获取追踪非法资金国际流动所需的金融文件的能力。值得注意的是,根据新修订的法案,法院不得仅基于遵守传唤“将与外国保密法或机密法的规定相冲突”这一事实而撤销或修改法院传票。

2021年12月初,美国国务卿布林肯宣布将在美国国务院设立专门的“全球反腐败问题协调员”,随后,美国白宫在一周之后发布了《美国反腐败战略》(United States Strategy on Countering Corruption),提出拜登政府反腐败的全面方针,尤其强调重点打击跨国腐败并暗示将进一步加强FCPA的执法。《美国反腐败战略》的五个核心重点如下:

第一,强调美国政府将投入大量资金和人力用于打击腐败,主要强调把反腐败上升到国家安全高度,并明确相关参与部门。为此,美国政府设置的战略目标分别为:(1)加强与腐败相关的研究、数据收集和分析;(2)加强国内和国际的信息共享;(3)强调跨国腐败问题;(4)为国内外反腐败斗争提供必要资源;(5)将反腐败纳入区域、专题和不同



部门的优先事项。

第二，强调美国政府将填补反洗钱和反恐怖融资机制的监管漏洞，不仅要防止外部渗透美国，还要延伸到海外。为此，美国政府设置的两个战略目标分别为：(1) 解决反洗钱制度中的缺陷；(2) 与盟友和伙伴合作解决缺陷。

第三，强调美国政府将通过强化执法机制以追究腐败行为人的责任。为此，美国政府设置的战略目标为：(1) 加强执法工作；(2) 更新用于追究国内外腐败主体责任的工具；(3) 与国际伙伴合作，利用经济制裁、签证限制等其他权力工具遏止腐败；(4) 加强对国际伙伴和跨国行动的支持；(5) 加强民间社会、媒体和私营部门打击腐败的责任意识和能力。

第四，专注于在现有的国际框架下，在全球范围内打击腐败行为。为此，美国政府设置的战略目标为：(1) 加强现有的反腐败框架和机构；(2) 发挥多边论坛的作用。

第五，强调美国政府将最大限度地加强美国政府对其他国家在反腐败方面的援助，通过增进外交接触和运用对外援助资源达到反腐政策目标。为此，美国政府设置的战略目标为：(1) 扩大针对反腐败的外交计划和对外援助的规模；(2) 保护反腐败行为者；(3) 利用新技术打击腐败；(4) 提高对外援助的协调性和风险分析能力；(5) 优化安全援助并将考量军事规划行动中的腐败因素。

2022年2月23日，DOJ负责国家安全的助理司法部长Matthew Olsen宣布，DOJ正式取消“中国行动计划”（China Initiative），并明确指出，这些政策变化主要限于研究人员和学者未能披露他们与中国政府的关系的案件。Matthew Olsen明确表示，虽然“中国行动计划”已经终结，但DOJ将转而支持“应对民族和国家威胁战略”的新计划，并透露DOJ将(1) 捍卫核心国家安全利益，保护（国家）最敏感的信息和资源，对间谍活动、违反出口管制和制裁的行为以及干扰基础设施的行为进行积极的调查和起诉；以及(2) 利用监管机构和刑事程序保护关键技术、信息和供应链免受“经济间谍活动、恶意操纵和网络恶意活动”的伤害。

2022年6月16日，美国司法部副部长Lisa Monaco公开将制裁称为“新的《反海外腐败法》”，并表示“制裁执法的增长遵循了《反海外腐败法》之前走过的道路”。此外，美国财政部长Janet Yellen还谴责了被认为试图破坏对俄罗斯制裁的中国企业，并讨论了努力将供应链转移到值得信任的国家的问题。最近备受瞩目的制裁执法行动，其中包括



值得注意的是, 根据新修订的法案, 法院不得仅基于遵守传唤“将与外国保密法或机密法的规定相冲突”这一事实而撤销或修改法院传票。



2021年8月由美国财政部外国资产控制办公室 (Office of Foreign Assets Control) 对某中国银行英国子公司提起的一项诉讼。

2022年7月5日, 美国国务院任命Richard Nephew为全球反腐败协调员。据美国国务卿布林肯的说辞, Richard Nephew和他的团队“将加强美国政府在反腐败问题上的团结, 并与国际伙伴密切合作, 推进美国的反腐败政策。这些努力的一部分包括领导国务院实施美国有史以来第一个反腐败战略, 并通过民主峰会推进努力[...]。”

从这两年间美国白宫对中国定位的不断调整变化, 我们观察到美国跨境合规执法机构对中国企业或者个人的执法目标已经从原来较为单一的商业贿赂领域延伸到窃取商业秘密和进出口贸易合规等非传统领域。甚至从近期加拿大总理指责中国通过提供资金等方式影响加拿大等国选举的言论来看, 我们亦不能排除美国等发达国家以后也会将跨境合规的执法范围扩大到政治选举活动等相关领域中。

## CHAPTER 002

### 2021-2022年英国与欧洲跨境反腐政策与动态回顾

---

2021年9月, 多个组织联合致信欧盟委员会表达对匈牙利反腐败框架不足的担忧, 并请求欧盟委员会推迟批准匈牙利复原力和复苏机制(RRF)的国家计划直到具体措施到位。

2021年11月, 欧盟委员会致信匈牙利和波兰, 表示司法独立、对腐败的起诉不力以及公共采购方面的缺陷等问题可能会对欧盟的经济利益构成风险。

2021年1月, 法国反腐败机构发布了最新指南, 以遵守法国具有里程碑意义的《萨宾第二法案》, 并对完善私营公司预防和发现腐败的做法提出了建议。同年12月, 法国在担任欧盟理事会轮值主席国前, 也围绕政治和经济生活的透明度和诚信同非政府国际性民间组织“透明国际”(Transparency International EU)发布了联合声明。

2022年9月, 欧盟委员会主席Von der Leyen在其欧盟年度咨文中宣布, 在未来的一年, 欧盟将进一步提出各种措施用于更新打击腐败的立法框架。

在2022年2月24日, 当时的英国首相约翰逊宣布将快速推进《经济犯罪法案》, 该法案于2022年3月15日获得皇家批准, 新的《2022年经济犯罪(透明度和执法)法》[*Economic*

*Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022*, 下称“**ECA**”]正式成为法律。ECA寻求确保在英国持有的财产所有权是透明的,通过建立海外实体及其受益所有人登记册、修改金融制裁法、改革英国的不明原因财富令制度等措施,进一步授权刑事调查人员进行跨境反腐败调查时的权限。

2022年6月,英国法律委员会公布了一系列关于公司刑事责任的法律改革方案。英国政府曾要求法律委员会调查这一问题,法律委员会在2017年就这一主题进行了相应咨询,但没有得出结论。这些备选办法包括保留“认定原则”作为将刑事责任归责于公司的手段,以及必要时代替“认定原则”的推定原则,即如果公司高级管理人员参与、同意或纵容犯罪(包括商业贿赂),则可以将该等行为同时归责于公司。

## CHAPTER 003

### 2021-2022年多边银行跨境反腐制裁情况回顾

---

如上所述,近三年新冠疫情的全球肆虐极大地改变了原有的地缘政治以及国际关系,也极大影响了世界经济的发展。以世界银行集团(The World Bank Group,下称“**WBG**”)、亚洲开发银行(The Asian Development Bank,下称“**ADB**”)和非洲开发银行(African Development Bank,下称“**AFDB**”)等为主要代表的多边开发银行在这两年中也大大增加了对中国国家的投资力度,以期帮助发展中国家对抗疫情的冲击。与之相对的,多边开发银行对其资助项目中出现的腐败、欺诈等违规行为的调查和制裁案件数量也相比疫情之前要明显增加。

根据WBG所发布的《世界银行制裁体系2022财年年度报告》,WBG的制裁体系继续履行其反腐败使命,并帮助支持该机构提高世行融资支持的发展业务的诚信、透明度和问责性。

根据上述年度报告的统计数据,世界银行廉政局(Integrity Vice Presidency,下称“**INT**”) 在2022财年共收到了3,380份投诉材料,展开了330项新的初步外部调查,对其中48项投诉启动了正式的外部调查程序,同时完成了31项现有的外部调查。INT向资格暂停和除名办公室(The Office of Suspension and Debarment,下称“**OSD**”)提交了18起制裁案件和12个和解案供其审查。另有三项调查交予国际金融公司(International

如上所述，近三年新冠疫情的全球肆虐极大地改变了原有的地缘政治以及国际关系，也极大影响了世界经济的发展。





Finance Corporation) 进行评价审查。

OSD审查了其中15个制裁案件及全部和解案件。在15个制裁案件中，OSD认定有8个案件存在至少1项证据不足，并将案件退回INT。OSD在2022财年共计在14个案件中做出了制裁程序通告，对包括14家企业和6名个人在内的20名调查对象采取了暂停资格措施。就OSD处理的违规行为类型而言，近5个财年（2018-2022财年），欺诈行为总体上始终占绝对多数，而腐败行为、串谋行为被认定的比例均在20%左右。就2022财年而言，认定欺诈行为的占比较往年有所下降，但仍是最常见的违规行为类型（70%），而2022财年OSD处理腐败行为的占比则显著提升至30%。

与WBG的情况类似，ADB的反腐败和廉政办公室（Office of Anticorruption and Integrity）于2019-2021年受理的投诉数量也都在200份以上，该数字相较于其2017年和2018年的同期投诉数量都有较大幅度的增加。笔者同时观察到，多边开发银行除了对实施不当行为的企业主体进行制裁，还非常注重追究有责任的企业高管或员工的个人责任。根据ADB披露的数据显示，从2017年至2022年间，收到ADB制裁的中国企业主体数量为51个，受到制裁的中国企业代表个人为54个。另外，AFDB也已经开始和其地区成员国的国家反腐败机构进行协商，以便正式安排信息交流和案件转移，并鼓励非洲的反腐败机构建立一个统一的反腐败调查信息共享平台。

#### CHAPTER 004

### 2021-2022年我国企业建立反腐败合规体系的发展

从法规层面，业界普遍将2018年11月2日国有资产监督管理委员会发布并于同日起生效的《中央企业合规管理指引（试行）》（以下简称“《**央企合规指引**》”）作为中国法项下合规制度形成的初始原点。根据《央企合规指引》，合规是指中央企业及其员工的经营管理行为符合法律法规、监管规定、行业准则和企业章程、规章制度以及国际条约、规则等要求。合规风险，是指中央企业及其员工因不合规行为，引发法律责任、受到相关处罚、造成经济或声誉损失以及其他负面影响的可能性。合规管理，是指以有效防控合规风险为目的，以企业和员工经营管理行为为对象，开展包括制度制定、风险识别、合规审查、风险应对、责任追究、考核评价、合规培训等有组织、有计划的管理活动。



在《央企合规指引》出台的同时，国家发展和改革委员会、外交部、商务部、中国人民银行、国有资产监督管理委员会、国家外汇管理局和中华全国工商业联合会联合发布《企业境外经营合规管理指引》（以下简称“《企业境外运营合规指引》”），其中对合规进一步定义为指企业及其员工的经营管理行为符合有关法律法规、国际条约、监管规定、行业准则、商业惯例、道德规范和企业依法制定的章程及规章制度等要求。同时，根据《企业境外运营合规指引》，企业应以倡导合规经营价值观为导向，明确合规管理工作内容，健全合规管理架构，制定合规管理制度，完善合规运行机制，加强合规风险识别、评估与处置，开展合规评审与改进，培育合规文化，形成重视合规经营的企业氛围。

2022年10月1日，国务院国资委《中央企业合规管理办法》正式生效（下称“《央企合规办法》”），明确提出充分发挥企业党委（党组）领导作用，将合规要求嵌入经营管理各领域各环节，明确业务及职能部门、合规管理部门和监督部门职责，并明确了以下要求：

- 1)明确了立法目的是以有效防控企业合规风险为目的，以提升企业依法合规经营管理水平为导向；
- 2)明确了首席合规官与总法律顾问的关系，由总法律顾问兼任首席合规官，指导所属单位加强合规管理；
- 3)明确了首席合规官定位，赋予首席合规官更多职权，同时明确在企业经营管理中合规审查是必经程序；
- 4)明确了合规管理的重点领域为反垄断、反商业贿赂、生态环保、安全生产、劳动用工、税务管理、数据保护等；
- 5)明确了合规风险事件应对机制，使合规的规定更为健全、更具操作性，明确了重大合规风险事件发生后首席合规官、合规管理部门、相关部门协同配合的具体机制；
- 6)明确了合规文化，规定了央企应当将合规管理纳入党委（党组）法治专题学习，推动企业领导人员强化合规意识，并建立常态化合规培训机制，制定年度培训计划；
- 7)明确了监督问责机制，以及根据相关规定开展责任追究的职权。

尽管《央企合规指引》《企业境外运营合规指引》和《央企合规办法》从合规角度有其适用的独特主体和范围，但从合规总体依据和目标角度，可以为民企、合资企业以及跨国公司在华的主体提供可供参照的范本。而随着初创企业在资本助力下迅猛的发展，很多企业已在较短时间内形成具有规模性平台乃至社区的格局，因此上述合规体系也

可以为初创企业建立合规体系提供良好的参照。

2022年10月27日,中共中央纪律检查委员会发布了《十九届中央纪律检查委员会向中国共产党第二十次全国代表大会的工作报告》,回顾了自党的十九大以来的反腐败工作情况,对未来反腐败工作提出了新的计划和要求。

## CHAPTER 005

### 尾声

---

正如笔者上文所述,中国的跨国公司在“走出去”的过程中,不仅在国际业务中的位置产生了变化,而且开始为全球跨境合规体系的完善输出我们自己的想法和理念。在这个动态调整的过程中,我们的思想定位、心态、理念、思维也都要有相应的转变,也只有建立在这些基础上的跨境合规体系才能真正能够匹配中国跨国公司出海发展要求。

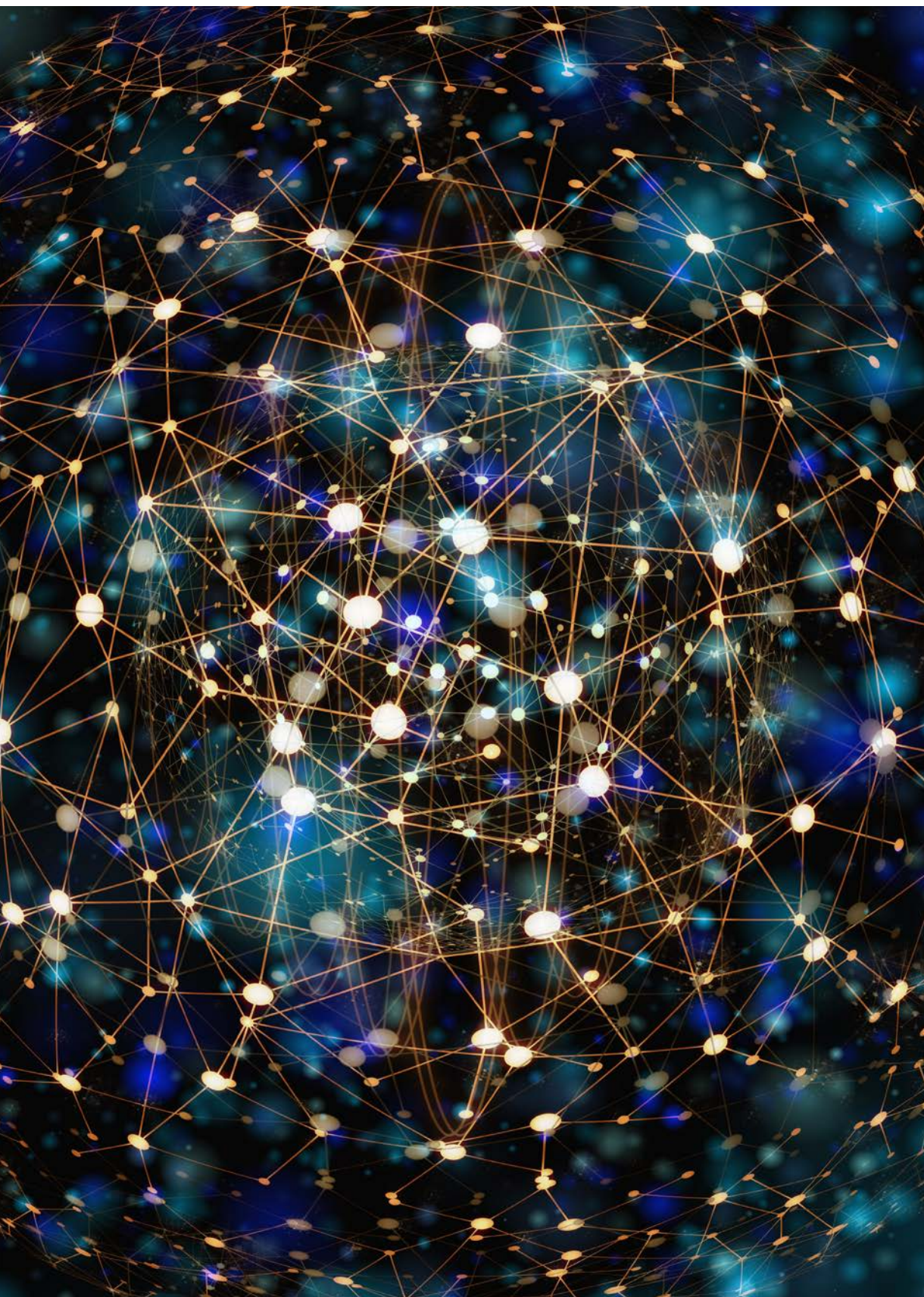


高俊  
合伙人  
合规与政府监管部  
上海办公室  
+86 21 6061 3575  
gaojun@zhonglun.com

# *chapter 7*

## 反垄断合规





# 中国企业如何在不同法域开展 反垄断并购合规审查与申报？

余昕刚 蒋蕙匡

“我们这项交易和标的业务都在海外，还需要在中国进行反垄断申报吗”、“交易过后我们并不控股，不需要做反垄断申报吧”、“中国企业收购东南亚公司，为什么要在欧盟做反垄断申报”……随着中国企业越来越多地“走出去”，海外交易可能触发的监管合规问题也受到了越来越多的关注。我们根据公开信息统计，截至2022年，全球共有130个国家或地区设立了反垄断审查制度，55个法域设立了外资审查制度。

在反垄断领域，中国企业在海外投资并购时就经常遇到上述反垄断申报（亦称经营者集中申报）相关问题。本文将通过梳理各国关于反垄断申报的相关要求，对哪些类型的交易属于经营者集中、一项特定的经营者集中需要在哪些法域进行申报、以及主要法域的具体申报标准进行总结。同时，面对当前错综复杂的国际政治和贸易局势，涉及中国投资人的海外交易也经常面临不同法域的外商投资、安全审查等监管问题，本文也将对中国企业在海外投资并购时应注意的其他合规要求进行简要提示。



## CHAPTER 001

## 反垄断申报和审查概览

各法域对何为“经营者集中”的规定不尽相同。总体而言，如果某项规模以上的经营者参与的交易发生了“控制权”的变化，即经营者通过合并、股权收购、资产收购、合同控制等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响，则其构成可能触发反垄断申报义务的“经营者集中”。

虽然部分法域允许事后申报（如阿根廷<sup>1</sup>），但是在大部分主要法域，对于达到特定标准的经营者集中而言，获得反垄断机构的批准是实施集中的前提条件。如果在获得反垄断机构的批准之前就开始实施集中，则将面临责令停止实施集中、限期采取必要措施恢复原状、业务剥离、罚款等制裁。例如，欧盟（及其部分成员国，如德国）对相关企业未依法申报的处罚可高达交易各方营业总额的10%。2022年9月6日，根据《欧盟合并条例》，欧盟委员会宣布禁止美国基因组学公司Illumina于2021年所实施的医疗保健公司GRAIL的收购，尽管该交易并未达到欧盟及相关国家的申报标准，但欧盟委员会认为该合并将扼杀创新，并减少新兴市场对基于血液的早期癌症检测测试的选择。<sup>2</sup>在美国，除可能被要求剥离已实施集中的资产外，申报人还可能面临根据违法期间长短计算的最高每日43,792美元的罚款（2021年标准）。美国联邦贸易委员会（FTC）主席Lina Khan曾表示，要加强对大型科技公司的审查，严禁具有损害竞争后果的企业并购。<sup>3</sup>在印度，未依法申报可能会被征收个人或企业总营业额或总资产1%的罚款（以较高者为准）；在日本，罚金的上限为20亿日元；在韩国则为1亿韩元。

2022年8月1日，新修正施行的《反垄断法》已大幅提高了未依法申报的违法成本，将原本50万人民币的罚款上限提高到了500万元（不具有排除、限制竞争效果的情形）或上一年度销售额10%的上限（具有或可能具有排除、限制竞争效果的情形）；对于情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，还可以在前述罚款数额的2倍以上5倍

1. 2016年底，CNDC提交了一项旨在新反垄断立法的法律草案，其中，将强制申报由事后转为事前。该法案正处在议会审议过程中。

2. EC Press Release IP/22/5364, Mergers: Commission prohibits acquisition of GRAIL by Illumina, September 6, 2022, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_5364](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5364)

3. FTC Chair Lina Khan outlines new vision for antitrust enforcement, consumer protection: <https://www.cnbc.com/2021/09/23/ftc-chair-khan-outlines-vision-for-antitrust-enforcement-consumer-protection.html>



以下确定具体罚款数额。此外，企业声誉以及之后的其他交易可能会因此受到不利影响，特别是，《反垄断法》已明确可将反垄断处罚纳入信用记录。<sup>4</sup>2018年9月30日，中国国家市场监督管理总局（“**市场监管总局**”）附加限制性条件批准林德集团与普莱克斯公司合并案，此项批准自第一次立案审查共历时362天，且在市场监管总局查清林德集团此前的一项未依法申报并做出处罚之前一直没有获批<sup>5</sup>。从执法趋势来看，自2020年以来，市场监管总局（以及国家反垄断局）对于未依法申报案件的执法强度与处罚力度都有从严的趋势，仅2021年以来就已对138件未依法申报案件作出了处罚决定<sup>6</sup>。

## CHAPTER 002

### 各主要法域申报标准简介

如前所述，一项经营者集中只有符合特定标准才会触发申报义务。各主要法域有关经营者集中的申报标准不尽相同，大致包括参与集中的经营者在全球范围和/或特定市场上的营业额、资产、交易规模或经营者的市场份额四大类，参见下表。总体而言，这些标准一般不关注交易方的国籍，也不关注交易发生在哪个国家或地区，如果参与集中的经营者的市场力量或本次集中的规模达到一定标准而可能对本国或地区的市场竞争产生一定影响，该项集中就可能需要在本法域进行反垄断申报。

4.新《反垄断法》第64条规定：经营者因违反本法规定受到行政处罚的，按照国家有关规定记入信用记录，并向社会公示。

5.2019年9月29日，市场监管总局发布对林德香港与上海华谊设立合营企业未依法申报案的行政处罚决定书，见[http://www.sohu.com/a/257019440\\_733746](http://www.sohu.com/a/257019440_733746)；2019年9月30日，市场监管总局附加限制性条件批准林德集团与普莱克斯公司合并案，见[http://www.sohu.com/a/257298921\\_742371](http://www.sohu.com/a/257298921_742371)。

6.自《反垄断法》于2008年生效以来，截至2022年10月，未依法申报案件共202件，其中自2021年以来作出处罚的案件未138件，占比超过60%。

| 申报标准考量因素 | 营业额     | 资产 | 市场份额    | 交易规模 |
|----------|---------|----|---------|------|
| 中国       | √       |    |         |      |
| 欧盟       | √       |    |         |      |
| 美国       | √       |    |         | √    |
| 巴西       | √       |    |         |      |
| 日本       | √       |    |         |      |
| 韩国       | √       | √  |         |      |
| 新加坡      | √(自愿申报) |    |         |      |
| 印度       | √       | √  |         |      |
| 俄罗斯      | √       | √  |         |      |
| 南非       | √       | √  |         |      |
| 澳大利亚     | √       |    | √(自愿申报) |      |
| 越南       | √       | √  | √       | √    |
| 马来西亚     | √(自愿申报) |    |         |      |
| 印度尼西亚    |         | √  | √       |      |

实践中,某项具体交易要在哪些法域进行申报需要结合经营者和交易的具体情况  
进行更加精细化的判断。<sup>7</sup>

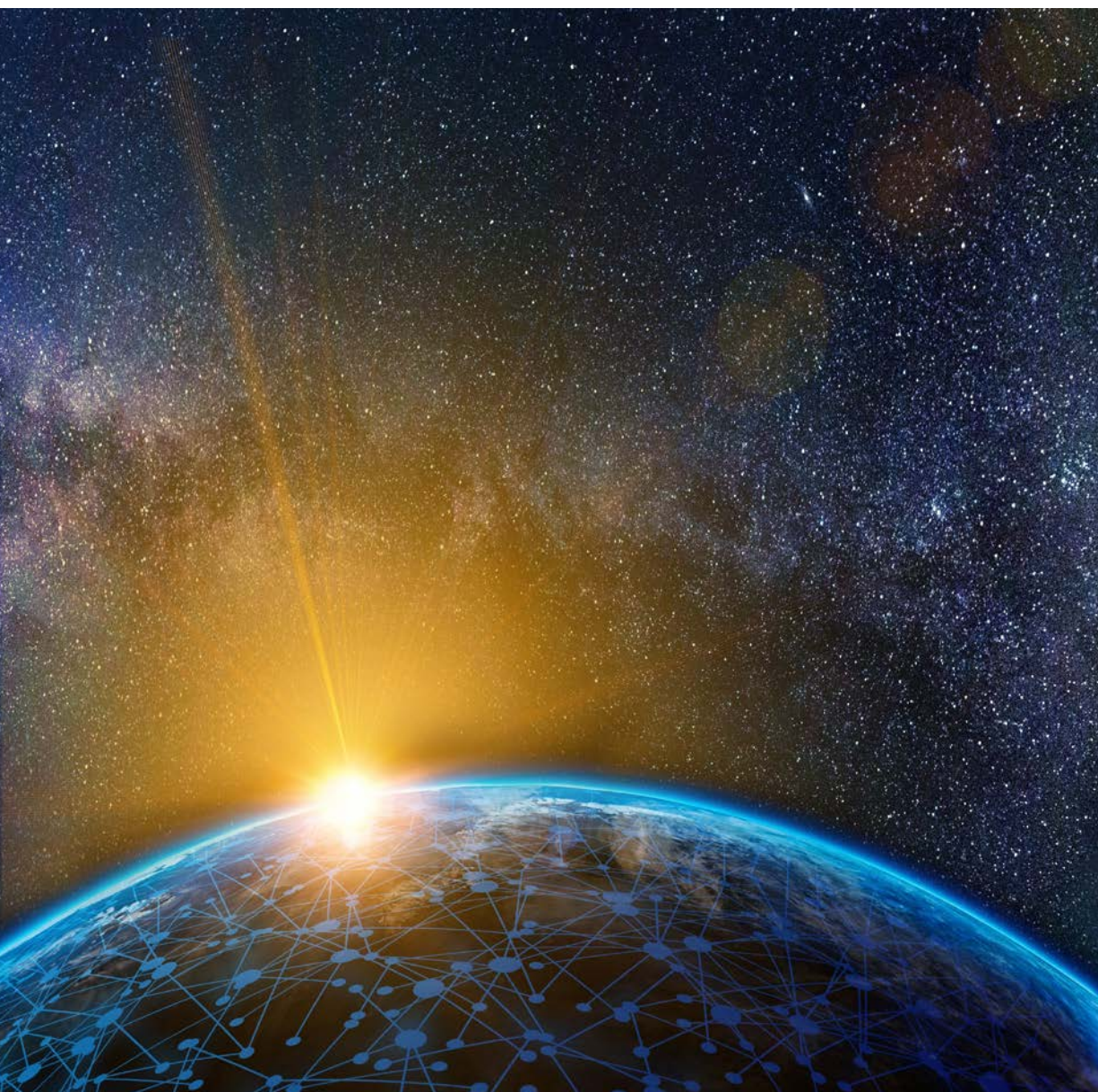
CHAPTER 003

中国企业在全球申报中的流程管理

考虑到各主要法域均将获得反垄断审查批准作为实施集中的前提条件,以及各法域  
的申报标准、流程和关注点不尽相同,是否需要进行申报以及需要在哪些法域进行申报

7.如需了解某法域的具体申报标准,欢迎与本文作者联系。

如前所述，一项经营者集中  
只有符合特定标准才会触发  
申报义务。





可能对交易的进程和结果产生较大的影响。为了对交易流程进行更好的管理,我们建议中国企业在海外投资并购活动中可考虑采取以下措施:

(一) 在交易早期引入反垄断律师对交易可能触发的申报义务和风险进行评估。

对于竞争性投标而言,提前对反垄断申报义务以及对交易可能产生的影响进行全面妥当的评估是能够提高中标几率的重要因素之一;对于已经初步确定交易意向的交易方而言,反垄断申报义务的评估能够帮助交易方更好地预见和掌控交易进程。鉴于大多数法域的反垄断申报标准是交易方在全球范围和/或特定市场上的营业额、资产、市场份额或本次交易规模,交易方可在尽职调查阶段即引入律师对交易是否属于触发申报义务的经营集中进行评估。如果交易方的业务覆盖全球多个国家或地区的市场,可能还需要咨询相关法域的当地律师。

反垄断申报评估的内容通常包括:1) 交易方和/或交易是否达到某一法域申报标准;2) 如果要进行申报,此类交易应适用哪种申报程序,一般周期是多长时间;3) 本次交易有多大可能性不通过审查或被附加限制性条件,在附加限制性条件(如剥离业务或者保持独立等)后,交易目的是否还能实现。

(二) 涉及国企的交易需更加全面和谨慎评估。

2017年8月1日,《国有企业境外投资财务管理办法》开始施行;2022年10月1日,《中央企业合规管理办法》正式生效,其中要求中央企业应当针对反垄断等重点领域制定合规管理具体制度或者专项指南。这对国有企业境外投资的合规提出了更为明确、具体、体系化的要求。

在反垄断申报审查中,“经营者”的营业额、市场份额通常包括参与交易的企业所在的集团。近年来我国国企之间的独立性在境外执法机构的反垄断审查中不断受到挑战。例如,在欧盟委员会对中国蓝星收购埃肯国际贸易(上海)有限公司、帝斯曼(DSM)集团与中化集团设立合营企业、中广核集团收购NNB股份等案件进行审查时,无论欧盟委员会是否明确认定国企之间实际构成单一经济体,都在考虑了全部相关企业业务的基础上进行审查,“最坏情形假设”(即在不明确认定交易企业与其他国有企业构成单一经济体<sup>8</sup>

---

8. 根据欧盟委员会《合并管辖通知》(Consolidated Jurisdictional Notice),如果一家国有企业独立的经营决策权由国家或其他公共实体掌握,以至可使其“与其他国有企业发生协同”,则前述国企共同作为单一经济体,共同构成一个经营者。参见, <http://www.cicn.com.cn/zggsb/2019-09/03/cms120383article.shtml>



的情况下,假设其构成单一经济体并进行审理)正成为审理常态。因此,涉及国有企业的反垄断评估需要更为审慎。

### (三) 根据评估结果重新考虑交易结构的设计和交易文件的起草。

一方面,在大多数主要法域只有引发“控制权”变化的交易才属于可能触发申报义务的“经营者集中”,交易方可以考虑是否可能通过交易结构的重新设计避免触发反垄断申报义务;另一方面,如果确定要进行反垄断申报,交易方应就申报义务的履行,申报可能对交割前提条件、交割时间表带来的影响,申报材料准备中各方的义务、申报的成本与费用的负担、以及如果交易不被批准或被附条件批准可能带来的后果与责任在交易文件中进行相应约定。

### (四) 积极制定申报策略并推进申报进程。

如果确定进行反垄断申报,交易方应积极配合反垄断律师梳理双方业务关系,搜集交易方的产品/服务的市场(份额)信息。如果涉及多法域申报,不同法域之间应加强协调与配合,以统一信息披露的口径,全盘把握申报进程。在一些法域,境外交易可以适用豁免制度或者适用申报的简易程序。例如,美国、韩国、俄罗斯、德国等法域的境外交易在满足特定条件时可以豁免申报的;欧盟、法国、韩国、英国、美国、澳大利亚等法域涉及了申报的简易程序,法国、韩国明确规定了境外交易可以适用简易程序的情形。

对于中国企业走出去的相关交易而言,近年来,随着中国律所处理各类申报业务的经验日益丰富,并逐步建立起与各法域当地领先律所的合作网络,中国律所凭借与中国客户之间更为有效的沟通渠道、更加高效的反应速度以及灵活优化的成本安排,正越来越多地担当起中国企业在多法域申报中牵头律师的角色。

## CHAPTER 004

### 海外投资并购还可能涉及到国家安全审查的问题

中国企业在海外的投资并购活动不仅可能受到常态化的反垄断审查,还可能触发其他法域对外商投资的安全审查。例如,欧盟于2019年2月通过《欧盟统一外资安全审查框架建议》(Proposal for a Regulation establishing a framework for screening foreign direct investment in the European Union),确立外商投资审查机制;该机制已于2020年10月11日正式全

中国律所凭借与中国客户之间更为有效的沟通渠道、更加高效的反应速度以及灵活优化的成本安排，正越来越多地担当起中国企业在多法域申报中牵头律师的角色。



面实施;欧洲议会和欧洲理事会还分别于2022年11月10日和11月28日表决通过《关于外国补贴扭曲欧盟内部市场的条例》(Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market)<sup>9</sup>,待正式公布后生效,本条例为欧委会创设了三种新的审查机制,以对外国补贴进行监管,对在欧盟存在业务或投资并购交易可能涉及欧盟市场的中国企业(尤其是国有企业)将带来深远影响。美国于2018年8月13日签署了《外国投资风险审查现代化法案》(Foreign Investment Risk Review Modernization Act, “FIRMA”),赋予美国外资投资委员会(The Committee on Foreign Investment in the United States, “CFIUS”)更广泛的安全审查权力。英国商业、能源和工业战略部(Department for Business, Energy & Industrial Strategy, “BEIS”)发布的《国家安全和投资法》(National Security and Investment Act 2021)于2022年1月4日正式生效,首次引入独立的外国投资审查制度,标志着英国对外国投资机制的全面改革。

特别值得关注的是,近年来中国企业在海外投资并购由于安全审查等原因正频频遇阻。例如,2016年12月,某中国基金收购德国某半导体公司的交易由于涉及在美资产被CFIUS以危害美国国家安全为由叫停;2018年1月,某金融服务平台正式发表声明,称其由于未能获得CFIUS批准,正式放弃对某国际汇款公司的相关并购事宜,同时会向该国际汇款公司支付3000万美元的收购终止费;2018年9月,有中资背景的某资本公司以13亿美元收购某半导体公司的交易经历了多轮审查后被CFIUS以危害美国国家安全为由叫停;2019年3月,“由于担忧威胁美国国家安全”,CFIUS要求中国互联网公司H公司出售其此前全资收购的美国同性恋社交网站;自2022年以来,BEIS依据《国家安全和投资法》已否决了3起收购方为中资企业的交易,例如,2022年8月17日,BEIS以“威胁国家安全”为由宣布阻止中国港资企业超橙控股有限公司收购英国电子设计自动化(EDA)软件开发公司Pulsic Limited<sup>10</sup>.....

面对充满不确定因素的国际政治和贸易局势,中国企业在海外进行投资并购时,除了关注反垄断审查相关要求,还需要对是否可能引发外国国家安全方面的担忧进行更

9.该文件的内容和影响分析请参见本文作者的文章:《中国企业为何要关注欧盟的外国补贴监管制度?》,https://mp.weixin.qq.com/s/0s2n35tvMSgwnwL-rzhbig和《中国企业为何要关注欧盟的外国补贴监管制度? (二)》,https://www.zhonglun.com/Content/2020/12-07/1623422538.html。

10.另外两起案件包括:2022年7月20日,英国宣布禁止曼彻斯特大学向中资企业北京无限愿景科技有限公司授予视觉传感技术SCAMP-5和SCAMP-7的使用许可;2022年11月,闻泰科技旗下子公司安世半导体被要求限期出售Newport Wafer Fab至少86%的股权。

加谨慎的评估并提前做出预案。尤其对于涉及敏感行业和地区的交易项目，尽早聘请有经验的律师/顾问开展工作可对交易进程和结果产生重要影响。

随着中国经济和全球贸易的发展，中国企业的规模持续壮大，交易体量不断增长，投资领域和投资目的地都在不断扩展。同时，由于反垄断申报和国家安全审查等交易合规要求在众多主要法域需经独立审查，中国企业在进行海外投资并购时可能同时面对多法域的不同监管要求。从合规以及交易流程管理的角度来说，我们建议中国企业做好准备，积极主动地评估并应对反垄断申报以及其他监管要求，将交易的主动权把握在自己手中。



## 附件一：各主要法域的反垄断申报标准概览

| 法域 | 反垄断申报标准   |
|----|---|
| 中国 | <p>根据现行标准(截至2022年11月),一项经营者集中达到以下标准之一就应报中国反垄断主管部门审批:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 标准一:参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币;</li> <li>- 标准二:参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。</li> </ul> <p>同时,根据2022年6月27日市场监管总局发布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定(修订草案征求意见稿)》第三条和第四条,经营者集中达到下列标准之一的应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 标准一:参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过120亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过8亿元人民币;</li> <li>- 标准二:参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过40亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过8亿元人民币。</li> </ul> <p>此外,未达到上述申报标准,但同时满足下列<b>两项</b>条件的,经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.其中一个参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额超过1000亿元人民币;</li> <li>2.其他参与集中的经营者市值(或估值)不低于8亿元人民币,并且上一会计年度在中国境内的营业额占其在全球范围内的营业额比例超过三分之一。</li> </ol> |



| 法域 | 反垄断申报标准  |
|----|--|
| 欧盟 | <p>符合以下标准<u>之一</u>的集中将被视为具有“欧盟规模”的集中, 必须向欧盟委员会申报(需说明的是, 如果未达到“欧盟规模”, 则需要根据欧盟各成员国的标准个别判断是否需要在该国单独申报):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 标准一: 如果(i)所有参与集中的经营者在全球范围内的合计营业额超过50亿欧元; 并且(ii)其中至少有两个经营者在欧盟范围内的营业额分别超过2.5亿欧元, 除非每个参与集中的经营者在欧盟范围内的总营业额的三分之二来自于同一个成员国。</li> <li>- 标准二: 同时满足下列条件, 除非每个参与集中的经营者在欧盟的营业额三分之二以上来自于同一个成员国: (i)所有参与集中的经营者在全球范围内的合计营业额超过25亿欧元; (ii)在至少3个成员国中, 所有参与集中的经营者的合计营业额均超过1亿欧元; (iii)包括为第(ii)项之目的所列成员国在内的至少3个成员国中, 在每一个成员国, 至少2个参与集中的经营者的各自营业额分别超过2500万欧元; 并且(iv)至少2个参与集中的经营者在欧盟的营业额分别超过1亿欧元。</li> </ul> |
| 美国 | <p>若一项交易<u>同时满足</u>“交易规模”标准和“交易人规模”标准则须在美国进行并购前申报, 标准中的具体数额还将根据国民总值的数字变化和调整。2022年2月美国联邦贸易委员会发布的最新申报标准如下:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 交易规模标准: 如果并购交易会使得收购人获得被收购人的表决权证券、非企业利益和资产的价值超过1.01亿美元, 则交易需要申报。如果交易规模在1.01亿美元至4.039亿美元之间, 则交易还必须满足下述当事人规模标准。如果交易价值超过4.039亿美元, 则不需要考虑当事人规模标准也需要申报。</li> <li>- 交易人规模标准: 如果交易规模在1.01亿美元至4.039亿美元之间, 则如果交易一方的年度净销售额或总资产至少为2.02亿美元且交易另一方的年度净销售额或总资产至少为2020万美元, 则在大多数情况下交易必须申报。</li> </ul>   |

| 法域 | 反垄断申报标准  |
|----|--|
| 巴西 | <p>达到以下标准的经营者集中应进行申报：</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 参与集中的交易方中，一方所在经济集团上一财年在巴西的营业额不低于7.5亿雷亚尔，且其他交易方中至少有一方所在经济集团同一口径营业额不低于7500万雷亚尔。</li> </ul>  |
| 印度 | <p>同时满足“企业层面标准”和“集团层面标准”的经营者集中应在印度进行申报</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 企业层面标准： <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 参与并购的各家企业在印度境内的资产总和超过200亿卢比，或其营业额总和超过600亿卢比；或</li> <li>(b) 在印度境外也有业务的，则各企业全球资产总和超过10亿美元且在印度境内的资产总和超过100亿卢比，或全球营业额总和超过30亿美元且在印度境内的营业额总和超过300亿卢比；</li> </ul> </li> <li>- 集团层面标准： <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 并购完成后所隶属的集团在印度境内的资产总额超过800亿卢比，或者营业总额超过2400亿卢比；或</li> <li>(b) 在印度境外也有业务的，则该集团全球资产总额超过40亿美元且在印度境内的资产额超过100亿卢比，或全球营业总额超过120亿美元且在印度境内的营业额超过300亿卢比。</li> </ul> </li> </ul> |
| 南非 | <p>南非要求符合以下标准的中型经营者集中和大型经营者集中必须进行申报。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 中型经营者集中： <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 合并各方的南非销售额或在南非当地资产超过6亿南非兰特；且</li> <li>(b) 被收购方的南非销售额或在南非当地资产超过1亿南非兰特；</li> </ul> </li> <li>- 大型经营者集中： <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) 合并各方的南非销售额或在南非当地资产超过66亿南非兰特；且</li> <li>(b) 被收购方的南非销售额或在南非当地资产以超过1.9亿南非兰特。</li> </ul> </li> </ul>  |

| 法域   | 反垄断申报标准   |
|------|---|
| 澳大利亚 | 无强制申报要求。一项具有横向或相邻关系的经营者集中,如果交易后的市场份额将高于20%,则鼓励交易方进行申报。  |
| 日本   | <p>日本对于不同类型的集中交易规定了不同的申报标准,以股权收购为例,同时符合下列条件的,需要向公平交易委员会事先申报:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 收购方在日本国内的集团营业额合计超过200亿日元;</li> <li>- 被收购方在日本国内的集团营业额合计超过50亿日元;</li> <li>- 交易后,收购方所持有的被收购方股份相应的表决权数与收购方所属集团所持有的被收购方股份相应的表决权数之和,占被收购方全体股东表决权数的比例将分别超过20%或超过50%的。</li> </ul>                                   |
| 韩国   | 如果交易一方的全球总资产或营业额为3000亿韩元或以上,且另一方的全球总资产或营业额为300亿韩元或以上,则该交易需提交申报。上述条件也适用于外国公司收购另一外国公司或韩国公司收购外国公司的情形。  |
| 越南   | <p>符合下列情形的任何一项的非金融企业经营者集中交易,需进行申报:</p> <p>(1) 资产门槛:当 (i) 交易的其中一方,或 (ii) 交易其中一方的关联公司集团,在交易的前一个会计年度在越南市场的资产总值超过3000亿越南盾;</p> <p>(2) 营业额门槛:当 (i) 交易的其中一方,或 (ii) 交易其中一方的关联公司集团,在交易的前一个会计年度在越南市场的总营业额超过30,000亿越南盾;</p> <p>(3) 交易价值门槛:全球交易价值(即购买价格)超过10,000亿越南盾;</p> <p>(4) 市场份额门槛:在交易前一会计年度,交易各方的市场份额在相关市场中合计达到20%或以上。</p> |
| 马来西亚 | <p>自愿性申报。</p> <p>合并各方在马来西亚的总营业额超过5000万马币的,或合并各方的全球总营业额超过5亿马币的,则鼓励申报。</p>  |

| 法域 | 反垄断申报标准  |
|----|--|
| 印尼 | <p>根据印度尼西亚《并购指引》明确规定,新设合营企业(如绿地合营企业)可免经营者集中申报义务。但如果是通过股份或资产收购方式创建合营企业则仍需要进行经营者集中申报。</p> <p>经营者集中申报的门槛如下,符合其中之一者即需进行申报:</p> <p>(1) 交易双方在全球范围内的总资产价值超过2.5万亿印尼盾;或</p> <p>(2) 交易双方在印度尼西亚的上一年度总营业额超过5万亿印尼盾。</p> |



余昕刚  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2078  
scotty@zhonglun.com



蒋蕙匡  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2131  
jianghui@zhonglun.com







# 跨境并购交易中不竞争条款的反垄断合规问题

薛熠 谷田

近年来,在“走出去”和“一带一路”战略的推动下,中国企业在国际化的道路上取得了瞩目的成就。但是,机遇往往同时伴随着风险,海外投资由于涉及跨司法区域的法律适用,并且需适应不同的政治和文化环境,其所面临的法律风险比国内投资更加多面和复杂,涉及反垄断、反腐败、反洗钱、数据与隐私保护等对于国内企业而言相对陌生的领域。在此背景下,国家颁布了一系列有关境外投资和经营的合规指引,均提及了企业在境外投资和日常经营中要掌握反垄断等方面的具体要求<sup>1</sup>,其原因在于反垄断监管适用长臂管辖且处罚力度极高,对于企业的并购活动及日常经营合规而言关系重大。从我们的经验来看,对于跨境并购中的反垄断合规问题,交易方关注的重点普遍集中于评估一项并购交易是否触发相关司法区域的反垄断申报申报义务<sup>2</sup>以及触发申报义务后的反垄断申报组织工作。然而,对于一项并购交易而言,需要从反垄断法角度考量的问题不限于此,尚有其他反垄断合规问题需要交易方谨慎评估。为此,本文将探讨一项对于跨境并购交易反垄断合规而言重要但尚未引起足够关注的议题:并购交易中的不竞争条款。

---

1. 参见《企业境外经营合规管理指引》《中央企业合规管理办法》。

2. 根据《中华人民共和国反垄断法》,经营者集中是指下列情形:经营者合并;经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权;经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。经营者集中达到国务院规定的申报标准的,经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中。

## CHAPTER 001

## 问题的提出:不竞争条款“反竞争”吗?

在我们近期处理的一起案件中,客户提出希望在交易协议的承诺条款中加入关于“不竞争”的承诺,并就如下草拟的条款内容征求我们的意见:

在**限制期限**内,卖方集团成员不得:1.直接或间接地1)开展或从事任何**竞争业务**;或2)招揽目标公司的现有客户或在前12个月内与目标公司有业务关系的客户;及2.在**限制区域**内,1)新设从事**竞争业务**的商业组织;或2)将既存商业组织的业务转变为从事**竞争业务**。

以反垄断律师的视角,我们需要向交易双方澄清若干问题:从反垄断的角度如何看待上述不竞争承诺条款?不竞争条款是否具有“反竞争”的效果?条款中对于限制期限、限制区域与竞争业务的定义是否会影响对前述问题的判断?

在并购交易中,通过主协议的特定条款或附属协议,交易双方可能会对一方的市场行为进行限制,不竞争条款是其中最为常见的限制之一。典型的不竞争条款的核心内容一般会表述为“卖方在交易交割之日起的一定期限内,不得在特定地域范围内从事特定业务”,作为一项重要的商业条款,交易双方通常会就不竞争条款的期限、地域范围及业务范围等关键要素展开谈判。由于交易双方通常将不竞争条款视为实现交易目的所不可或缺的条件,其往往会忽视其中的反垄断合规性问题:即不竞争条款可能具有潜在的竞争担忧,从而导致违反反垄断法的风险。例如,具有竞争或潜在竞争关系的交易双方之间的不竞争安排,在形式上涉嫌构成划分市场的横向垄断协议<sup>3</sup>。

对此,交易双方在风险控制方面面临的迫切问题是:对于一项在并购交易背景下达成的不竞争条款,其合理的商业目的能否使其区别于一般的不竞争安排,从而避免被认为具有排除、限制竞争效果?以及对于一项已经在经营者集中申报中披露的不竞争安排,集中获得批准是否意味着不竞争安排的合法性得到了支持?

对于上述问题,《中华人民共和国反垄断法》(“**反垄断法**”)及经营者集中相关的实施细则未作明确规定。这一方面表明,并购交易背景下的合理商业目的不能当然作为不

3.《中华人民共和国反垄断法》规定,禁止具有竞争关系的经营者达成分割销售市场或者原材料采购市场的垄断协议。不竞争条款由于限制了卖方和目标公司之间销售产品的地域范围,有可能构成分割销售市场的垄断协议。

竞争条款豁免于反垄断法规定的理由,同时也意味着对于并购交易项下的不竞争条款的评估缺乏法律上的、明确的指引。

实践中,不竞争条款在跨境并购交易中并不鲜见,尽管具有限制竞争的一面,但因其具有一定的经济合理性,并不为竞争法所当然禁止,一些主要的反垄断司法区域,例如欧盟、美国,竞争执法机构均认可满足特定条件的不竞争条款的合法性。在此背景下,本文将结合竞争法的一般原理、其他司法区域的执法经验以及实践中的理解尝试梳理和归纳评估并购交易中的不竞争条款的分析框架,以期从反垄断合规角度为并购交易中谈判不竞争条款提供相对确定、有可操作性的参考。

## CHAPTER 002

### 竞争法如何看待并购交易中的不竞争条款

#### 1. 并购交易中的不竞争条款具有商业合理性

从一般的经济学原理角度出发,在并购交易中,施加于卖方的不竞争义务通常被认为是必要的,其目的在于保障交易标的的全部价值能够转移至买方,尤其是标的资产积累的商誉 (goodwill) 及卖方开发的专有技术 (know-how)。因此,为了使买方在收购后实现业务的平稳过渡,例如获得及维持客户、充分吸收和利用专有技术,买方需要一些保护机制,使其免受来自卖方的竞争,确保转让标的的价值不因转让而贬损。

#### 2. 满足特定条件的不竞争条款可被视为附属于并购交易而非横向垄断协议

尽管不竞争条款在形式上与竞争法保护充分市场竞争的一般价值相悖,但鉴于不竞争条款的上述经济合理性,竞争法原则上认可并购交易中的不竞争条款一般不会导致排除、限制竞争的效果,但相关不竞争条款需要满足特定的条件。欧盟颁布的《委员会关于与集中直接相关且必要的限制的通告》<sup>4</sup> (“**附属限制通告**”) 的规定反映了前述观点。欧盟委员会认为,一项不竞争义务如果能够满足: 1) 与实施集中直接相关 (相关性标准); 且 2) 为实施集中所必要 (必要性标准), 则该等限制会被视为集中的附属限

4. Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations, 2005/C 56/03.

需要澄清的是,无论是相关性标准还是必要性标准,均需要达到特定的程度且不以交易双方的主观判断为准。



制，欧盟委员会对于集中的批准将自动适用于不竞争条款。

需要澄清的是，无论是相关性标准还是必要性标准，均需要达到特定的程度且不以交易双方的主观判断为准。就相关性标准而言，不竞争条款与并购交易在同一背景下达成或同时达成是不足够的，而必要性标准需要满足的条件是“没有相关限制，集中无法实施，或者只能在相当不确定的条件下，以相当高的成本，在相当长的时间内或在相当大的难度下实施”。需要特别注意的是，由于不符合不竞争条款存在的初衷，向买方施加不竞争义务<sup>5</sup>，或者在交易标的仅限于有形资产或排他性工业产权的情况下设定不竞争义务通常会被认为缺乏必要性<sup>6</sup>。

## CHAPTER 003

### 如何评估并购交易中的不竞争条款

除了考量上述原则性的标准外，交易双方还应确保不竞争条款的核心内容不超过合理的限度，参考附属限制通告的指引，交易双方至少应对以下几个方面给予特别关注：

| 序号 | 内容       | 合理限度  |
|----|----------|---|
| 1  | 期限       | 视乎转让标的是否涉及专有技术，如涉及，则不竞争义务的期限最长为3年，否则一般不应超过2年。               |
| 2  | 地域范围     | 卖方承担的不竞争义务的范围应当限于卖方在交易前提供标的产品或服务的地域范围，一般不可延伸至交易后卖方新进入的地域范围。 |
| 3  | 标的产品     | 限于目标公司经济活动所涉产品或服务。  |
| 4  | 受限制的主体   | 可以限制卖方及其子公司、商业代理人，但不可限制卖方的经销商、用户。                           |
| 5  | 对投资活动的限制 | 限制卖方持有或购买与转让业务相竞争的公司的股权通常能够被认为是与集中直接相关且必要的，但不得禁止纯粹为财务目的的投资。 |

5.不竞争条款的目的在于保障转让标的的价值不因转让而贬损，以及实现转让业务的平稳过渡，买方承担不竞争义务对于实现前述目的而言并非必要。

6.土地、厂房、机器设备等有形资产，或是得到专利法保护的专利技术权利边界相对清晰，易于通过法律手段保护，因而无需特别通过限制双方竞争的方式保护转让标的的价值。



## CHAPTER 004

**反垄断审查与不竞争条款评估**

与交易相关方开展的业务活动所涉及的地域范围相关，一项跨境并购交易可能涉及跨司法区域的反垄断审查。对于交易方而言，需要进一步考虑的是，如果一项交易涉及反垄断申报审查，交易协议中包含的不竞争条款是否在反垄断审查中进行评估？反垄断审查的通过是否表明不竞争条款在反垄断法意义上具有合规性？

首先，从我国的经营者集中反垄断审查实践来看，对于集中协议或其附件中包含的不竞争条款的评估是否属于经营者集中审查执法机构的职权范围，以及对于一项集中的审查批准决定是否意味着执法机构认可了不竞争条款在反垄断法意义上的合法性，尚无法律依据或裁判先例可供参考。现阶段我国反垄断执法机构内部对于经营者集中反垄断审查、垄断协议和滥用市场支配地位的调查有明确的分工，在未出台类似的有关认定集中附属限制的规定的情况下，经营者集中审查执法机构不太可能会特别对并购交易中的不竞争条款的评估承担责任。因此，对于交易双方而言，不可当然认为集中获得批准即表明一项已经在经营者集中申报中披露的不竞争安排的合法性得到了支持，假设未来发生反垄断诉讼或行政调查，如果不竞争义务不满足相关性原则和必要性原则或者超过了合理的限度，其仍然存在被认定为垄断协议的风险。

在欧盟，如不竞争条款因不符合前文所述相关标准而受到挑战，相关不竞争条款可能会被执法机构认定为违反《欧盟运行条约》第101条第(1)款(Article 101 (1) TFEU)，构成具有限制竞争目的的协议(a restriction of competition by object)。受限于执法成本，反垄断执法机构无义务单独就包括不竞争条款在内的集中的附属限制进行评估，附属限制通告确立了“自我评估(self-assessment)”的原则，委员会仅会依当事人请求就特定具有新颖性的问题进行评估。

美国法院在评估不竞争条款的合理性时会考虑限制所覆盖的地理区域、限制的期限及受影响的产品等因素，考虑的因素与前文提及的欧盟标准类似但具体标准相对而言更宽松、更具有灵活性。如不超过合理的、必要的限度，该等不竞争条款通常会被认为具有可执行性。同样地，反垄断审查通常不会对不竞争条款的合规性作出直接的评价。当有证据表明双方利用不竞争条款掩盖与交易无关的限制竞争的密谋时，双

方将面临构成本身违法的卡特尔行为的法律风险。此外,当卖方有意违反不竞争条款时,其可能提起民事诉讼主张不竞争条款超过必要的限度因而无效,并可能主张损害赔偿。

总而言之,交易双方在起草、谈判不竞争条款时即应当保持谨慎,确保其对并购交易而言是相关和必要的,并且不超过合理的限度。当交易双方同时受到多个反垄断司法区域管辖时,“合理限度”应适用其中最严格的标准。

此外,除了不竞争条款,并购交易中也有可能同时约定不招揽义务,或就卖方与目标公司之间的购买与供应义务,以及知识产权许可作出限制性安排,考虑到此类限制在反垄断法项下的敏感性,交易双方亦应合理地平衡商业诉求与合规要求,必要时引入相关司法区域的反垄断律师把握限制性安排的尺度。



薛熠  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2057  
xueyi@zhonglun.com

# *chapter 8*

## 海外工程承包合规



# 海外工程经营合规： 全面布局，有效应对

高俊 田恩雅

尽管受到新冠疫情、全球经济下行、逆全球化等因素的冲击，作为“一带一路”建设的重要内容，我国对外承包工程业务仍保持平稳发展，其中“一带一路”国家业务占比过半。2021年中国企业在“一带一路”沿线60个国家对外承包工程新签合同额1340.4亿美元，完成营业额896.8亿美元，分别占同期总额的51.9%和57.9%。<sup>1</sup>

对于开展海外工程承包的中国企业而言，“一带一路”既是机遇，更是挑战。由于复杂多变的国际形势、市场环境和法律政策，工程承包企业在境外经营的过程中存在多层次、多环节的合规风险。就日常经营层面而言，企业往往面临国际反腐败、市场准入、数据保护、劳动用工、环境保护等方面的合规风险。尤其对于参与世行、亚投行、非发行、欧洲开发银行等国际多边银行投资的企业而言，更需要重点关注这些银行自身合规体系下对于腐败、欺诈、串通、胁迫和妨碍行为的合规标准。就项目开展层面而言，企业在项目开发、招投标、合同谈判签约、建设实施、竣工验收等各个环节均须符合当地政府和监管部门的要求。

近年来，许多企业因为在经营过程中存在不合规的行为，导致自身陷入遭受国际金融组织的制裁、被多国政府列入“黑名单”等窘境，对企业的经济效益和国际声誉均造成严重伤害。截至2022年11月，共有178家中国（不包含港、澳、台地区）实体和个人受到世行制裁，其中2022年新增33家受制裁实体和个人。<sup>2</sup>因此，“未雨绸缪”全面布局自身合规体系，有效应对合规挑战应成为中国工程承包企业实现高质量“走出去”的重要抓手。

---

1.见商务部《2021年我对“一带一路”沿线国家投资合作情况》(<http://www.mofcom.gov.cn/article/tongjiziliao/dgz/202201/20220103239000.shtml>，最后访问于2022年11月28日)。

2.见世界银行制裁名单(<https://www.worldbank.org/en/projects-operations/procurement/debarred-firms>，最后访问于2022年11月28日)。



CHAPTER 001

## 工程承包企业境外经营合规风险

### 1. 日常经营合规风险

#### (1) 反腐败风险

“一带一路”沿线各国的政治法治环境差异较大，政府治理水平和执法力度参差不齐，腐败不但易于滋生也难以被及时监管惩处，使得一些强调“人际关系”思维的企业对于可接受的企业行为与腐败之间的灰色地带往往抱有“侥幸”心理，忽视其中的腐败风险。然而，不论是企业本身或合作方或代理方的腐败行为，一旦被查处，企业将面临巨大的政府违约、舆论指责和法律追究以及多边开发银行交叉制裁、连带制裁等后果，相关管理人员甚至面临国内及海外多重刑事处罚等后果。2014年某中国知名建筑企业在和另外五家公司组成的国际联合体成功中标克雷塔罗高铁项目后的短短三天内，墨西哥交通部单方面撤销中标合同，据英国《金融时报》报道，其中的部分原因是由于墨西哥国内反对党质疑借墨西哥总统涅托名下的一处价值700万美元的豪宅与该企业的墨西哥合作方有关。

#### (2) 数据保护风险

海外员工个人数据管理、数据多流向跨境传输是企业海外工程经营过程中不可避免的日常管理问题。基于不同程度的国家安全、公共秩序、个人隐私保护考量和立法理念，“一带一路”沿线各国对于数据保护、跨境规则的立法模式和内容不尽相同。目前已有超过半数的“一带一路”沿线国家或地区出台了有关个人数据保护的法律法规，通过属地管辖或属人管辖对**发生在东道国本地的个人数据行为或虽然发生在境外但涉及东道国居民个人数据的行为**进行规制，如欧盟《一般数据保护条例》，菲律宾将在境外实施但涉及菲律宾居民个人数据的数据行为纳入数据保护的管辖范围。此外，“一带一路”沿线的部分成员国还参与了一些合作机制，如中、日、韩等15个国家正式签署了《区域全面经济伙伴关系协定》，东盟发布了《东盟数据管理框架》。这也意味着企业在“出海”过程中，相关数据的处理、存储、传输等行为均需遵循东道国当地的法律法规，一旦违反相关要求，企业将面临严重的法律风险，如巨额罚款、行政处罚和刑事责任，更有甚者相关责任人员和雇员也会受到一定的行政处罚或刑事处罚。

### (3) 市场准入风险

个别“一带一路”沿线国家出于对保护本国经济利益的考虑,往往会针对性地设置市场准入门槛。例如,泰国对于外资进入建筑业和工程服务业规定了较多限制,其《外商经营法》规定,外国投资者只有与泰籍本地企业设立合资公司或联合体才能承揽泰国的工程项目,且合资公司或联合体必须由泰籍人控股,外籍人投资所占比例不得超过49%。另外,在实践中,泰国的大部分国家预算(非外资)项目对于含有外资成分的承包商往往要求更为严格,必须具有各级资质才能参加投标。类似的甚至更为严格的建筑业市场准入限制也存在于哈萨克斯坦、文莱等国。我国一些工程承包企业为了隔离风险、稳健投资,常常选择在东道国设立相对独立的项目公司运作工程项目,但往往忽视对东道国市场准入情况的了解和调研,待项目公司已经在当地成立后,才发现无法开展下一步的工作,或因为忽视了东道国的审批要求或东道国的法律而直接导致投资失败。

### (4) 环境保护风险

“一带一路”沿线国家多为自然资源丰富但生态环境十分脆弱的地区,工程施工类项目,尤其是大型基础设施项目,在开发建设过程中容易对相关地区的环境、生物多样性产生负面影响。在项目实施过程中,部分工程企业因缺乏环保意识、不了解当地的环保标准和法律法规,对东道国环境保护和资源合理开发缺乏足够重视,违反东道国环境保护的相关规定,对东道国生态环境造成破坏,从而触发巨额罚款,项目被东道国政府叫停或暂缓实施,甚至导致企业因严重违法而被责令关闭,同时被政府向媒体曝光等后果。<sup>3</sup>1993年,中国五金矿产公司在巴西投入大量资金收购巴西的小型炼铁厂并对其生产线进行改造扩张,并计划因地制宜适用木炭炼铁,但生产线建成投产不久,巴西国会就通过了一项严禁乱砍乱伐森林树木的法律。炼铁生产因为缺乏木炭只能被迫停止。2011年某投资集团在缅甸承包克钦邦大型水坝项目时未能对当地生态环境造成的影响处理得当,招致当地居民、环保组织的强烈抗议,缅甸政府迫于民众压力不得暂缓该项目,该集团为此遭受了巨额损失。

---

3. 肯尼亚非常重视环境保护,政府有专业督察员监控企业的环保措施执行情况,一旦发现违规行为,不仅要依照法律进行处理,同时还可能向媒体曝光。

### (5)劳动用工风险

“一带一路”的沿线国家大多依据各自国情从劳动者权益保护、劳动力限制等方面制定了本土化的劳动保护法律和政策,对于劳动场所、劳动时间、福利待遇、职业健康保护、外籍及本国国民聘用比例及岗位限制等内容进行规定。例如,泰国一般禁止外籍普通劳工到本国工作,禁止外籍人员在泰国从事非技术的普通劳务的工种,但允许有条件地输入技术和管理人员。同时还规定,企业注册资金在1亿泰铢以上者,每输入1名外国人员需雇用4名当地劳工;企业注册资金在1亿泰铢以下者,每申请1名外籍人员则需雇用5名当地劳工。<sup>4</sup>如果中国企业未依据东道国的法律法规或依据当地习惯与一些政治组织、行业协会及工会组织进行积极沟通进而妥善处理劳动争议问题,可能会引起东道国政府的阻扰,引发罢工及其他形式的劳工行为,影响企业的正常运转,企业本身可能还会受到控告和相应处罚,从而遭受巨大经济和声誉损失,甚至导致项目失败。例如1992年,首钢在收购秘鲁国有铁矿公司后,由于没有预估到秘鲁工会的强大势力,因劳资纠纷发生了一连串罢工,直接影响了公司的日常生产,使企业原本计划的1500万吨产量最终只实现了50%左右。

## 2.项目开展合规风险

日常经营的合规风险往往贯穿、潜伏于项目开展的各个阶段,例如投标阶段的腐败风险,合同谈判阶段的合同管理风险、项目实施阶段的环境保护风险、劳动用工风险、技术标准风险等。例如,在投标过程中向项目所在国政府、政党、政治性组织或者公务人员等提供捐赠或赞助被世行认定为腐败行为;某建筑企业的沙特项目中,招标文件中仅写出工程目标之一是“开通35%运能”;由于该企业未能在合同签订阶段要求对方进一步对模糊用语作出解释说明,直到施工开始后才发现对于招标文件中工程目标为“开通35%运能”的含义理解与业主理解不一致,致使时间成本和经济成本大幅增加;中海外联合体在波兰A2高速公路项目的施工过程中临时处理珍稀蛙类保护,额外付出高额成本为珍稀蛙类和其他大中型动物建设专门通道等等。因此,企业对于境外项目开展过程中的风险防范不仅需要着重一般性的合规要点,更应着重开展在操作规程上细节性风险预警。

---

4. [https://m.thepaper.cn/baijiahao\\_11138850](https://m.thepaper.cn/baijiahao_11138850)

个别“一带一路”沿线国家出于对保护本国经济利益的考虑，往往会针对性地设置市场准入门槛。





CHAPTER 002

## 全面布局合规体系

### 1. 合规体系全面布局应形成“大合规”格局

开展对外承包工程业务的企业普遍具有大型、综合性特点，特别是央企，更具有规模庞大、集团公司下辖子公司数量较多、业务覆盖面广、开发地域范围广等特点，因而容易形成子公司和集团公司之间合规管理互动断层、境外业务决策与风险控制预警不匹配、合规制度及管理内容相对分散、多部门重复工作等问题，从而导致境外子公司在东道国实际开展业务过程中存在合规风险预警不到位、出现违规难以及时纠偏、合规管理效率低下等合规短板。因此有必要形成自上而下，兼具整体性和针对性的“大合规”境外经营合规体系。

### 2. 整体性调控：逐步构建由中国法律合规总部总领的跨境合规管理架构

随着“一带一路”的不断推进，越来越多中国企业已从单纯的国内经营拓展至跨国经营，关于海外承包工程业务的发展思路已从个别项目开发的初步尝试转型升级为长期发展战略规划，国际化合规经营也随之面临挑战。很多企业往往选择根据项目进展中的临时需求零散补充东道国法律知识，合并淡化甚至缺失法务合规职能，以至于境外运营的整体合规管理以及外派员工的整体境外合规意识都较为薄弱。对于境外经营合规风险缺少预先性地体系化统筹，容易导致“合规地雷”在项目实际开展过程中被“引爆”，给企业造成巨大损失。

**构建由中国法律合规总部总领的跨境合规管理架构不仅是自境外合规风险管理维度出发而设计体系化的境内外联动合规管理组织架构，更是自全球化经营战略部署出发而贯彻全员化跨境合规、建设“百年老店”意识的合规价值观实践。**中国法律合规总部可以制定符合企业海外地域及业务布局的体系化合规管理制度，统一地调配法律资源，降低管理成本，提高管理效率，从而加强合规风控管理。其次，中国法律合规总部通过在合理的地域布局以及下设职能设置实现全球垂直化管理，实现对各东道国本地业务的合规化经营、合规风险预警，合规挑战应对的高效管理、沟通和支持，从而有效支撑企业海外业务的战略性发展。具体而言，中国法律合规总部可以统筹制定适用于海外各级项目“先



行部队”或海外各级子公司的海外合规管理组织体系、海外合规制度体系、海外合规治理体系、海外合规风险管理机制、海外合规保障机制。其中，海外合规管理组织体系包括海外合规管理组织架构的搭建、海外合规管理人员的基本资质要求、主要职责、汇报流程等内容，形成由企业董事会决定海外合规管理战略规划、基本制度；监事会监督董事和高级管理人员在海外合规管理职责方面的履行情况；法律合规总部牵头各层级、各部门推动海外合规管理体系建设和运行的具体组织和实施工作的“走出去”管理格局。

### 3. 针对性布防：构建跨境合规重点风险预警管理指引体系

根据专业领域的不同，企业在境外开展对外承包工程时应构建符合自身经营模式及业务操作实际的合规重点风险预警管理指引体系，制定总纲性境外合规义务指引，包含反腐败合规义务、反制裁合规义务、数据保护合规义务、环境保护合规义务、劳工权利保护合规义务，一些作为境内上市公司的企业还应包括信息披露合规义务以及境外行为准则等内容，原则性指导员工在境外经营过程中确保行为合规性，采取合规风险清单等工具积累识别境外合规风险，设计境外合规风险预警报告应急处理机制及激励约束机制等；其次，对于业务涉及的重点合规风险，如反腐败、数据保护、反制裁制定具体的境外合规手册，模块化制定合规风险指引，从具体的业务流程，如投标管理、签约谈判、项目履约等阶段全方位指导员工的行为同时符合国内和东道国相关法律规定和监管要求，其中，需特别注意当企业部分具有国内管理特色的制度要求与东道国的监管要求发生冲突的情况，应以合乎东道国的监管要求为基础，通过对合规行为指导的设计进行调和；另外，对于管理人员专设高管跨境刑事合规模块的合规风险指引手册，从行为规范到可能触发境外合规的行为、可能面临的潜在法律后果、可能触发的执法方式及最优应对方式提高管理人员的境外合规意识，实现警示约束和支持的管理效果。

## CHAPTER 003

### 有效应对合规挑战

“一带一路”海外工程项目经营过程中不免遭受来自多边开发银行及东道国或个别国家“长臂管辖”的政府调查，中国企业要有“遇事不怕”的信心和专业有效应对措施，才

因此有必要形成自上而下,兼具整体性和针对性的“大合规”境外经营合规体系。



能最大化维护自身的利益。

## 1.有效应对多边开发银行制裁

以世界银行为首,包括亚洲开发银行、非洲开发银行、欧洲复兴开发银行、泛美开发银行集团、亚洲基础设施投资银行和金砖国家开发银行等多边开发银行在“一带一路”建设中发挥着为发展中国家经济发展提供资金的中坚作用,然而,很多中国海外工程承包企业由于长期形成的业务操作习惯、对一些“国际游戏规则”不熟悉或理解不到位,容易面临或遭受多边开发银行的合规调查和制裁。同时,基于五大多边开发银行(即世界银行、非洲开发银行、亚洲开发银行、欧洲复兴开发银行和美洲开发银行)共同实施交叉制裁适度以及个别银行(世界银行)实施的及于被制裁主体的关联企业的连带制裁制度,一旦企业受到制裁,其国际声誉和市场竞争力皆会遭受实质性影响,甚至其境内经营和融资能力也会受到一定影响。

尽管如此,企业在面对多边开发银行的合规调查和制裁时,切忌本着“侥幸”心理和中式思维仓促应对,而应沉着专业地应对,妥善运用多边开发银行本身的“控辩”程序和规则,策略性地核实、分析以及收集证据,进行有礼有节地解释和回应,从而争取撤销指控、减轻或免除制裁。

多边开发银行的制裁机制基本相同,分为调查程序和两级制裁程序,调查和制裁程序相互独立,调查部门扮演控告人的角色,制裁部门作出第一级制裁决定,如被控告企业对第一级制裁决定不服,可向上一级制裁部门提起上诉。对企业而言,在面对调查时有一些黄金节点需要着重把握,例如,对于多边银行调查部门发出的质询函的回复是第一个黄金节点,一些企业在回复时因为缺乏对于多边银行案件审查思路的了解,采取“避重就轻”的思路,反而容易留下顾而言他的印象,难以达到减轻效果。相反,通过内部调查收集反证,结合对制裁行过往案件中的审查经验的分析进行有效抗辩,同时重点突出对制裁行重视的“减轻情节”的回应,如配合制裁行的调查、已采取或拟采取内部整改措施等,将有利于成功撤销部分指控。

如受到多边开发银行的制裁,或签署和解协议后,企业应当尽快根据与多边开发银行达成的整改协议以及相关合规要求为重点领域,同时结合多边开发银行的相关合规政策标准要求,如亚开行的《反腐败政策》、《廉政原则与指南(2015)》(*Integrity Principles*

and Guidelines (2015), “IPG”)和“四眼政策”等,对重点领域的合规短板、整改需求、整改措施、整改效果等进行梳理,就受制裁行为涉及的业务领域、管理流程设计有针对性的预防措施、监督机制,更新、强化相应的合规制度体系。同时聘请具有经验的律师团队与多边开发银行就整改效果、合规情况等问题保持专业、高效的沟通,争取提前解禁。

## 2.有效应对国际政府调查

“一带一路”沿线国家的经济发展水平存在较大差异,发展中国家占大多数。由于经济发展较为缓慢,一些国家的法律制度运行效率也相对较低,特别是非洲国家多具殖民历史,其法律法规多是在沿袭前殖民国家法系的基础上属地化的成果,法律制度根本本身并不薄弱。例如,苏丹贸易法规由英国殖民时的《贸易促进法》发展而来,加蓬、刚果共和国法律多沿袭自法国,安哥拉则沿用葡萄牙法系等。这些国家对于本国侧重保护的资源更是强化了法律制度保障。如肯尼亚设立了国家环境管理局(“NEMA”),其公众申诉委员会有权调查针对任何个人或肯尼亚环境或可疑环境破坏有关的指控。考虑到一些廉洁指数排名靠后但政府话语权较大,在应对这些东道国政府调查的过程中,中国企业应在妥善应对的同时牢牢把握合规底线。

一些发达国家政府发起调查的动机可能综合了某些政治因素,中国企业除了采取一系列的措施积极应对,如开展内部调查,厘清事实并保存相关证据,在必要的时候可以寻求外交保护和中国政府的介入,同时善于利用其行政权力与司法权力之间的制衡机制寻求突破。



高俊  
合伙人  
合规与政府监管部  
上海办公室  
+86 21 6061 3575  
gaojun@zhonglun.com







# 国际工程争议解决： 路径及各阶段策略解析

南锦林 黄荣成

近年来，随着中国政府的“一带一路”倡议推进和中国企业“走出去”的深化，中国对外承包工程行业如同坐上了飞速奔驰的“复兴号”，完成营业额和新签合同额均保持高速增长。根据美国《工程新闻记录》杂志 (*Engineering News-Record*) 2020年统计，有74家中国对外承包企业入围全球最大250家国际承包商，市场份额达25.4%，中国上榜企业数量 and 市场份额均居各国承包商之首<sup>1</sup>。

随着国内产业结构调整 and 国内企业承包国际工程经验积累，越来越多的施工企业正在逐步扩大其国际工程业务的布局。无论是国内工程还是国际工程，由于工程自身的专业性和复杂性、履约时间跨度长、参与主体众多等特性，工程合同的履行中存在着纷繁复杂的争议因素。而国际工程与国内工程最基本的不同，就是其开始并完成于国外——是国内施工企业相对不熟悉的环境，其争议解决路径也与国内工程存在着诸多不同。因此，为在国际工程争议中维护自身利益，中国企业需要熟悉并掌握国际工程争议解决的路径。

---

1.《中国对外承包工程发展报告2019-2020》第3页, 20201201171840137.pdf (mofcom.gov.cn)

## CHAPTER 001

## 争议解决的起点——合同文本

建设工程中的争议往往源于索赔,而索赔的主要依据是双方签订的工程合同文件。工程合同往往不仅规定了索赔的范围、索赔提起的程序和索赔的处理,更有防止索赔演变成争端的程序设置,还有关于争端无法通过友好协商处理而诉诸终局性解决路径——诉讼或仲裁的规定。工程合同文件的不同,合同当事人索赔的依据不同,争议解决的路径也就不同。

常见的建设工程合同条件文本主要有FIDIC(国际咨询工程师联合会, 法文Fédération Internationale Des Ingénieurs Conseils, “**FIDIC**”)合同条件、AIA(美国工程师协会, American Institute of Architects, “**AIA**”)合同条件、NEC合同条件(由英国土木工程师协会编制,是在1993年版本基础上新修订的,称New Engineering Contract, “**NEC**”)、世界银行贷款工程建设项目的合同条件以及我国的建设工程施工合同示范文本等多种合同条件。当前我国施工企业进行对外承包工程的主要市场是亚洲和非洲,在这两个地区最常用的合同文本是FIDIC合同条件。此外,世界银行与亚洲开发银行提供项目融资的项目也都要求适用FIDIC合同条件进行项目管理。

在亚洲和非洲市场,工程承包企业只有熟悉FIDIC合同条款,才能在国际工程招标投标、合同谈判、设备采购、风险管理、索赔处理和争议解决等方面从根本上处于有利和主动的地位。对于项目管理和合同管理人员而言,不仅要熟悉FIDIC合同条件中明示索赔条款(1999版红皮书第1.9款延误的施工图或指示、第2.1款现场进入权等)和默示索赔条款(1999版红皮书第5.2款对指定的反对、第7.3款检查等),以做好索赔管理,更要熟悉FIDIC合同条件中的争议解决条款(1999版红皮书第20条和2017版银皮书第21条等)。

在工程项目中,索赔并不必然会形成争端,为防止分歧成为争端(preventing a disagreement from becoming a dispute),1999版FIDIC合同条件全面引入了争端裁决委员会(英文Dispute Adjudication Board, “**DAB**”)机制。FIDIC合同条件争议解决条款的一大特色就在于其以DAB机制为核心的阶梯式争端解决机制,按照争端升级的发展顺序从索赔、争端避免、争端委员会决定、到友好协商,到最终仲裁。

以1999版FIDIC红皮书为例,第20.4款规定:“如果双方间发生了有关或起因于合同或工程实施的争端(不论任何种类),包括对工程师的任何证书、确定、指示、意见或估价的任何争端,任意一方可以将该争端以书面形式提交DAB,并将副本送另一方和工程师,委托DAB作出决定。”而根据20.2款和20.3款规定,双方应在投标书附录中规定的日期前共同任命DAB;如DAB由三人构成,各方均推荐一人,报另一方认可,第三人由两位已确定DAB成员与当事人共同协商,商讨后确定为DAB主席;DAB成员的报酬及DAB咨询过的任何专家的报酬,应在双方协商任命条件时即商定,每方应承担报酬的一半。

DAB机制又有常设和临时之分,常设DAB是在承包商实施工程前任命,此后要定期视察现场,协助双方解决不时出现的分歧,防范分歧成为争端,缺点是常设DAB的费用较高;而临时DAB,是只在发生争端时任命,在DAB对争端发出决定后即告解散。对于比较复杂且涉及合同金额较大的国际工程项目,聘请常设DAB是非常必要的。

在FIDIC合同条件的国际实践中,DAB作为第三方的委员会,能起到制衡雇主的作用,平衡雇主与承包商的不平衡地位。有时候项目雇主作为优势一方,会要求项目承包商删除DAB的相关条款,但承包商与融资人尽量坚持保留DAB条款,这样可以及时有效地把争议化解在项目施工过程中,大大降低项目的完工风险。在由世界银行等多边开发银行提供贷款融资的工程项目中,融资方不仅会要求在合同谈判签署中保留DAB条款,更会要求在开工前DAB成员确定并到位,建立常设DAB机制,防止项目施工过程中产生的争议导致项目失败。

FIDIC合同条款的科学性、公正性和严谨性是得到国际建筑行业广泛认可的,已成为一种国际惯例。对于承包国际工程的中国施工企业而言,熟悉FIDIC合同条件中的争议解决条款,特别是要在合同签署中保留1999版FIDIC合同条件第20.4款/2017版FIDIC合同条件第21.4款[取得DAB/DAAB的决定],在争议避免和争议裁决中利用DAB/DAAB机制,这也是与国际承包行业惯例接轨的内在要求。



## CHAPTER 002

## 对簿公堂前的努力——替代性争端解决

常见的工程争议解决方式包括：协商 (Negotiation)、斡旋 (Conciliation)、调解 (Mediation)、工程师决定 (Engineer's decision)、争议评审 (Dispute Review)、争议裁决 (Dispute Adjudication)、仲裁 (Arbitration) 和诉讼 (Litigation)。其中最友好的就是协商解决，对抗性最高的是仲裁和诉讼，而介于此之间的就是替代性争议解决机制 (英文 Alternative dispute resolution, 即“**ADR**”)。

相比于诉讼和仲裁，ADR 着眼于维护双方之间的长期合作关系，氛围友好；而相对于协商而言，因其一般要引入第三方，有较为固定的运作机制，比协商更容易预测和控制结果。而在工程中常用的一种 ADR 就是争端裁决委员会，在不同的合同文本下和不同的语境中会有 DAB、DRB、DAAB 的叫法，但大同小异。

FIDIC 系列合同最早自 1995 版橘皮书《设计-建造和交钥匙合同条件》(Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey, 20.3) 就开始使用 DAB，并在 1999 版 FIDIC 合同条件中进行了全面应用。在 2017 版 FIDIC 合同条件中，DAB 被优化成了争议避免与裁决委员会 (Dispute Avoidance/Adjudication Board, 以下简称“**DAAB**”)，意在强化和突出委员会在避免争议方面的作用，防止索赔转变为争议。

我们以 2017 版 FIDIC 合同银皮书为例，争端委员会可以为常设亦可以临时设置，可为独任制也可以由三人组成，但在较为复杂且合同金额较高的国际工程项目中一般为三位专家组成的小组，成员具备必要的法律、技术、管理等专业背景，对争端进行调查和处理。如果合同双方选择保留 FIDIC 合同条中的 DAB/DAAB 条款，则在工程开始之前各指派一名争端委员会成员，再由两名成员共同提名委员会主席。当工程师或业主无法给出令承包商信服的索赔答复时，索赔可能会演变成争端。此时，双方可依据 2017 版 FIDIC 合同条件第 21.3 款主动请求 DAAB 介入并就解决“问题或分歧” (issue or disagreement) 提供协助或主持非正式讨论，或者当 DAAB 意识到争端不可避免时，也可邀请双方提出请求，由 DAAB 介入。

非正式讨论不是 DAAB 机制中的必走程序，DAAB 在非正式讨论期间提出的建议也不具有约束力。争议 (Dispute) 发生时，任何一方都可将争议提交 DAAB 来取得

FIDIC合同条款的科学性、公正性和严谨性是得到国际建筑行业广泛认可的,已成为一种国际惯例。





DAAB的决定。提交争议后,双方应及时向DAAB公开信息,允许其视察工程现场和设备以便作出决定。依据第21.4.3项规定,DAAB应在收到提交争议后的84天内作出决定。

在DAAB作出决定后,任何一方对决定的全部或部分不满意的,均可在28天内向对方发出“不满意通知”(Notice of Dissatisfaction)并抄送DAAB。如还存在满意的部分,则该部分的决定将成为最终且有拘束力的决定,双方应立即遵照执行,即使不满的一方提出仲裁,仲裁庭也会将未提出不满意的部分直接吸纳为仲裁裁决。而就不满意的部分,不满意的一方的救济就是可在通知发出后的28日后正式启动仲裁。

### CHAPTER 003

## 终局性争议解决方式——诉讼或仲裁

---

如果在合同中双方没有选择保留DAAB条款或者一方对DAAB决定不满意,其他ADR亦不能提供双方满意的结果的,双方则只能将已从分歧演化成的争议提交终局性争议解决路径——仲裁或诉讼。

在国际工程中,业主与承包商往往分属不同国家,选择诉讼则势必要选择其中一国,任何一方均会对另一国法院的中立性存疑。相对于诉讼而言,仲裁因其仲裁庭组成和准据法的可选择性、仲裁员的专业性以及程序的便利性,已逐渐成为国际工程的主流争议解决方式。此外,仲裁相对于诉讼的另一大优势是,由于1958年《承认与执行外国仲裁联合国公约》(即《纽约公约》)得到了全球大多数国家的签署和批准,仲裁裁决的执行难度要小于依赖不同国家和地区订立的双边协定来实现执行的法院判决。

与协商或各种形式的ADR不同,在仲裁中企业会很大程度上借助第三方——律师和专业咨询机构来完成,但企业作为当事人必须在仲裁程序中有意识地、科学地参与并管理好案件,这对于快速从争议中脱身,维护自身利益至关重要。对于作为当事人的施工企业而言,其对于仲裁的管理至早在合同谈判和签订中即已体现——选择诉讼还是仲裁,选择仲裁地、仲裁机构、仲裁规则、仲裁语言和准据法,都会影响到后期仲裁的进行。

在国际仲裁中,经常选用的仲裁机构有位于巴黎的国际商会仲裁院(ICC, International Court of Arbitration)、斯德哥尔摩商会仲裁院(Arbitration Institute of the

Stockholm Chamber of Commerce)、伦敦国际仲裁院(London Court of International Arbitration)、新加坡国际仲裁中心(Singapore International Arbitration Centre)和香港国际仲裁中心(Hong Kong International Arbitration Centre),其中新加坡国际仲裁中心和香港国际仲裁中心是在亚洲的工程项目争议抉择中比较常用的。国际商会自2001年起即开始发布一系列包括《国际商会建筑行业仲裁报告:有效管理的推荐工具与技巧》<sup>2</sup>在内的报告,从仲裁员选定、案件管理会议到程序性时间表到仲裁程序中的翻译,手把手指导企业依据国际通行的规则积极主动地参与国际仲裁,解决纠纷,维护自身利益。此类报告也是我国施工企业承包国际工程,开拓国际市场时可以参考的一个工具箱。

在国际工程仲裁中,仲裁庭最好是由熟悉建设工程合同及其解释,具备跨文化交流经验、熟悉建设工程争议解决的专业人士组成,既具备工程技术知识又具备法律专业知识的律师是最佳选择。从仲裁员的国籍来看,通常是倾向于选择来自英美的工程法律专业人士,毕竟无论是国际仲裁程序还是工程合同文本都是深受英美法的影响。

对于中国施工企业在境外获得胜诉的仲裁裁决,中国企业可以依据《纽约公约》(香港仲裁,则依据《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》)在中国境内向法院申请承认与执行。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百九十条,境外仲裁裁决应由当事人直接向被执行人住所地或其财产所在地的中级人民法院申请执行,而无须通过境外仲裁机构申请。

而当仲裁一方当事人向我国有管辖权的法院申请承认与执行外国仲裁裁决的,另一方当事人不服的,可依据《1958年纽约公约》第五条第一项和第二项规定及《最高人民法院关于执行我国加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》的通知》第四条的规定,提出仲裁裁决具有:1)仲裁协议签订主体无主体资格或依据准据法仲裁协议无效;2)仲裁当事人未收到仲裁员指定或仲裁程序的通知;3)仲裁裁决内容超出仲裁协议约定的范围;4)仲裁庭组成和仲裁程序不符合约定或仲裁地的法律规定;5)仲裁裁决尚未对当事人产生约束力或已被作出裁决的国家的有权机关撤销或中止;6)根据申请承认与

---

2.网址链接:Construction Industry Arbitrations - Report of the ICC Commission on Arbitration and ADR - ICC - International Chamber of Commerce (iccwbo.org)

执行仲裁裁决的国家法律,裁决事项不可通过仲裁形式解决的;7)承认或执行裁决将违反该国公共政策的等情形的,而请求法院拒绝承认或执行。

实践中,在同一个项目中工程专业人员与法律专业人员是两条线,专业之间壁垒往往使沟通不畅,而中国的施工企业必须正视与境外律师之间的沟通难度。因此,选择中国律师与境外律师沟通是一种理性选择。此外,仲裁裁决之后的承认与执行,需要跨境律师作为专业人士去协助推动,企业才能砌上维护自身利益堡垒的最后一块砖。



南锦林  
合伙人  
公司业务部  
上海办公室  
+86 21 6061 3760  
nanjinlin@zhonglun.com

# *chapter 9*

劳动合规







# “走出去”之 劳动用工合规浅谈

段海燕 何思明 张梦含

随着我国“一带一路”建设以及“走出去”战略的不断深化,对外投资及跨国经济合作成为中国企业发展的新机遇。然而,回顾过往,中国企业海外投资之路并非一帆风顺。早在1996年,首钢收购秘鲁国有铁矿公司四年后曾面临长达一个月的罢工;2016年,中远集团接管希腊比雷埃夫斯港同样遭受了持续的罢工和抗议<sup>1</sup>。可见,中国企业“走出去”往往会面临更严峻的劳动用工合规管理需求,该等需求会贯穿企业境外投资的全程,甚至会影响企业境外投资目标的实现。

本文中,笔者将结合实务经验,浅谈自己对企业劳动用工合规及其在企业境外投资中的目的及作用的理解,并通过梳理企业在境外投资中常见的劳动用工合规风险点,进一步提出相关建议。

---

1.肖竹,《“一带一路”背景下“出海”企业的对外劳动关系治理》,载于《劳动与社会保障》(2019年第3期),第21页。

## CHAPTER 001

## 企业劳动用工合规及其在境外投资中的目的和作用

笔者认为,企业劳动用工合规是指企业采取措施,使其劳动用工行为符合适用法律规定,以实现企业健康、有序发展。企业劳动用工合规不仅是企业自身的制度完善,还涉及企业员工管理方式的提升,因此,企业劳动用工合规是企业在“法律底线”之上建立符合企业文化和价值的员工管理体系的过程。

具体到境外投资活动中,企业劳动用工合规的目的和作用主要体现在以下三个方面:

**第一,将劳动用工法律风险降低到企业可接受的程度。**在中国企业境外投资过程中,从适用法律的角度出发,企业一般会受到国际性和/或区域性劳工标准、中国劳动法、以及东道国劳动法等三重规制,有时还会面临员工国籍国法律的约束。从企业管理的对象看,按照员工国籍,一般可以分为中国员工、东道国员工、第三国(甚至无国籍)员工。从员工雇用方式看,则可分为母公司派遣员工、当地直雇员工、第三方雇用员工(例如劳务派遣人员、劳务外包人员等)等。上述适用法律、用工主体、管理对象的多元化导致了中国企业在境外投资中面临着相较于本土经营而言更多样、更复杂的法律风险来源。因此,这就要求企业通过劳动用工合规管理将法律风险防控的时间节点提前。通过提前识别法律风险点、制定风险应对策略、以及培养员工的合规意识等手段,将劳动用工法律风险降低和控制在企业可接受的程度之内。

**第二,帮助企业最大程度地发挥用工管理权。**由于劳动关系具有较强的人身隶属性,尽管不同法域的劳动法规千差万别,但在一定程度上均具有强行法的特征。一般而言,一个国家或地区仅会对最低劳动保障标准(例如,最低工资支付周期、最低工资标准、最少休假天数等)做出强制性规定。这就意味着,企业在强制性法律标准之上仍有一定行使用工管理权的空间。企业可以利用该空间,制定符合自身特点和需要的内部政策或制度,从而最大程度地发挥企业的用工自主权,并保证企业成员在开展经营活动和做出决策时均“有规可循”。

**第三,服务于企业的价值导向并维护企业声誉。**实践中,企业在制定内部劳动用工政策时,通常会在法律允许的范畴内进一步规范其成员行为,相关“行为准则”、“评价标准”、“可为与不可为”等恰恰体现了企业的文化和价值导向。因此,当一家中国企业“走

出去”的时候,伴随着资产的输出,该企业的文化和价值观也传向了海外市场。在全球信息化的当下,包括耐克、沃尔玛、苹果在内的不少知名跨国企业均曾因劳动用工问题而引发舆情,可见,企业在劳动用工方面的管理尺度和价值体现也会对企业的声誉产生影响。因此,中国企业可以通过搭建合法、合理、合情的劳动用工管理体系向国际市场传送积极信号。

## CHAPTER 002

### 中国企业在境外投资中常见的劳动用工争议及相关建议

中国企业境外投资常见的方式包括在投资目标国(东道国)新设项目公司、收购在东道国的目标公司、承包东道国的工程项目等。与此相应,企业常选择的用工模式主要包括两种:一种是将中国籍员工派驻目标公司或项目公司(即“**中国员工外派**”);另一种是通过目标公司或项目公司直接在东道国招用东道国国籍或其他国籍的员工(即“**当地员工直雇**”)。下文将分别就两种用工模式下常见的劳动用工合规要点进行梳理,并提出相关建议。

#### (一)中国员工外派

在我国现行的法律体系下,调整中国企业境外用工的法律法规较为有限,主要包括:《对外承包工程管理条例》(国务院〔2008〕第527号)、《对外劳务合作管理条例》(国务院〔2012〕第620号)、《商务部 住房城乡建设部关于加强对外承包工程外派人员管理工作的紧急通知》(商合函〔2011〕第201号)以及《商务部关于加强对外投资合作在外人员分类管理工作的通知》(商合函〔2013〕第874号,以下简称“《**在外人员分类管理通知**》”)。结合前述法规以及实践经验,在中国员工外派模式下,企业需注意如下合规问题:

##### 1、中国员工外派方式问题

根据《对外劳务合作管理条例》第二条的规定,国外的企业、机构或者个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作。因此,企业安排中国本地员工到境外的目标公司、项目公司或境外工程项目中工作时,需要特别注意对外劳务用工形式合法性的问题。在我国现行法律框架下,外派人员主要分为以下三类:

**(1) 对外劳务人员。**对外劳务人员是指由对外劳务合作企业组织赴其他国家或其他地区为国外的企业或机构(简称“**境外雇主**”)工作的人员。中国企业在境外投资的目标公司、项目公司等即属于境外雇主。依法取得对外劳务合作经营资质的对外劳务合作企业与境外雇主之间必须签订《劳务合作合同》,并载明与劳务人员权益保障相关的事项。对外劳务合作企业与外派员工之间可以签订劳动合同或服务合同。其中,如双方订立服务合同的,对外劳务合作企业可向外派员工收取服务费;如双方订立劳动合同的,则双方成立劳动关系,对外劳务合作企业不得向员工收取服务费。此外,无论对外劳务合作与外派员工形成何种法律关系,对外劳务合作企业必须为外派员工购买境外工作期间的人身意外伤害险。并且,如员工在境外工作期间享受劳动权益不符合《劳务合作合同》约定的,对外劳务合作企业应协助员工向境外雇主维权;如对外劳务合作企业不协助索赔或者员工未得到应有赔偿的,员工有权要求对外劳务企业承担相应的赔偿责任。

**(2) 对外承包工程人员。**对外承包工程人员是指对外承包工程企业向其境外承揽的工程项目派遣的人员。对外承包工程企业必须与外派员工签订劳动合同,履行用人单位的法定义务,同时为外派员工购买境外人身意外伤害保险。对外承包工程企业可以选择通过取得“对外承包工程外派人员中介服务许可”的中介服务机构招用外派人员,但对外承包工程企业仍应与通过中介机构招用的外派员工签订与项目工期相当的《劳动合同》。

**(3) 对外投资外派人员。**对外投资外派人员是指对外投资企业向其境外企业派出的人员。中国企业向其境外公司派出员工主要有两种方式:①境内企业与外派员工签订劳动合同,并将员工派驻境外公司;②以境内企业作为中介,直接为境外公司招收并外派员工。前述两种方式的区别在于外派员工与境内公司之间是否成立劳动关系。需要注意的是,在第②种方式下,境内企业必须依法取得对外劳务合作经营资质。否则,根据2017年7月14日商务部办公厅发布的《关于进一步加强对外劳务合作管理的通知》,不具有合法资质的境内企业将未与其建立劳动关系的员工直接派驻境外企业,将面临承担相关行政责任及刑事责任的风险。

## 2、东道国移民和就业政策问题

一般而言,出于对本国劳动力市场保护的目的,各国要求非本国国籍或不具有本国永久居民身份的境外人员在本国从事劳动或提供服务的,应当根据该国的要求办理工

中国企业境外投资常见的方式包括在投资目标国（东道国）新设项目公司、收购在东道国的目标公司、承包东道国的工程项目等。





作类签证、工作类许可以及工作类居留许可等。相关管理机构可能包括东道国的劳动行政部门、移民监管部门以及公共安全部门等。如果员工通过商务旅行签证等非工作类签证入境后从事雇用活动的,员工本人及其东道国雇主均有可能面临不同类型的罚则。

### 3、外派协议内容问题

在对外劳务合作的用工形式下,取得经营资质的对外劳务合作企业应当与劳务人员的境外雇主企业签订《劳务合作合同》。《劳务合作合同》应当载明下列事项:劳务人员的工作内容、工作地点、工作时间和休息休假;合同期限;劳务人员的劳动报酬及其支付方式;劳务人员社会保险费的缴纳;劳务人员的劳动条件、劳动保护、职业培训和职业危害防护;劳务人员的福利待遇和生活条件;劳务人员在国外居留、工作许可等手续的办理;劳务人员人身意外伤害保险在购买;因国外雇主原因解除与劳务人员的合同对劳务人员的经济补偿;发生突发事件对劳务人员的协助、救助;违约责任<sup>2</sup>。

在中国母公司与外派员工签订劳动合同并派至境外子公司工作的方式下,现行法律暂未对中国母公司与外派员工是否需要另行订立外派协议及其条款与条件作出明确规定。笔者发现,实践中,大部分企业在外派中国员工的过程中未充分考虑其与员工签署的协议中需明确的事项,从而为将来产生劳动纠纷埋下了伏笔。以我们曾处理过的外派引发的劳动争议为例:S公司将境内员工M以“跨国调动”的方式转移至境外关联公司,双方在派出时未就相关事项达成任何协议。M在境外工作期间,S公司停止缴纳M的社会保险,并按照公司内部政策为M缴纳境外员工享受的补充养老保险。其后,S公司单方解除了M的劳动合同,M主张确认其在境外工作期间与S公司存在劳动关系,并要求S公司补缴外派期间的社会保险,同时主张S公司支付境外工作期间的未休年假工资、境外工作期间的津贴等等。因此,笔者认为,中国母公司向境外派遣员工时也可参考上述《劳务合作合同》的要求,充分考虑“与外派中国员工权益保障相关的事项”并通过书面协议予以确认。

根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四条<sup>3</sup>及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)(2020修正)》第八

2.见《对外劳务合作管理条例》第二十一条。

3.《涉外民事关系法律适用法》第四条:“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。”

条<sup>4</sup>的规定,我国法律对劳动者权益保护有强制性规定的,直接适用该强制性规定。因此,在母公司外派的方式下,母公司与外派员工的劳动关系及双方的权利义务在外派期间仍然受到中国劳动法相关强制性规范的约束(例如,用人单位负有社会保险缴纳的法定义务)。因此,在母公司与外派员工签订的《外派协议》中应当尤其注意明确以下三个方面:(1)薪酬待遇方面,包括员工在境外工作期间的基本薪酬、是否享有津贴补贴及其他额外待遇、是否停发或减发境内的相关待遇、各类薪酬及福利待遇的支付主体、加班认定方式及加班工资计算方式等;(2)休假方面,包括员工在境外工作期间享受公共假日和带薪休假的标准、外派期间回国探亲/休假是否冲抵法定带薪假期等;(3)保险方面,包括员工在境外工作期间中国社会保险的处理方式、是否参加东道国社会保险、是否享有补充商业保险及险种、标准、投险费用承担等问题。

#### 4、员工在外派期间的工伤保险待遇问题

根据《工伤保险条例(2010修订)》第四十四条<sup>5</sup>的规定,员工在境外工作期间应当参加当地工伤保险的,员工参与当地工伤保险,其国内工伤保险关系中止;不能参加当地工伤保险的,其国内工伤保险关系不中止。尽管有上述规定,笔者一般建议境内企业将在员工派驻境外工作期间继续为员工在中国缴纳工伤保险。主要原因如下:

中国员工在境外工作期间,由于工作生活环境差异较大、对当地流行病的免疫力弱等种种原因,不幸出现意外或发生伤亡的情况并不少见。根据现行司法裁判尺度,工伤保险机构和法院一般倾向于认为,由于员工在境外工作是基于用人单位的派遣并为履行用人单位工作任务的目的,因此员工在境外期间如出现患病、负伤等情况时,应当认定为工伤。在此情况下,一旦出现境外工伤保险理赔不及时、金额不足以覆盖员工治疗费用支出等情况时,境内母公司仍然可能面临承担员工工伤治疗相关费用的要求。那么,如果境内公司已经中止缴纳员工的境内工伤保险,根据《中华人民共和国社会保险法(2018修正)》第四十一条<sup>6</sup>的规定,境内公司不仅需要承担法律规定的由用人单位支

4.《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)(2020修正)》第八条:“有下列情形之一的,涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定,人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定:(一)涉及劳动者权益保护的;(二)涉及食品或公共卫生安全的;(三)涉及环境安全的;(四)涉及外汇管制等金融安全的;(五)涉及反垄断、反倾销的;(六)应当认定为强制性规定的其他情形。”

5.《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。”

6.《社会保险法》第四十一条:“职工所在用人单位未依法缴纳工伤保险费,发生工伤事故的,由用人单位支付工伤保险待遇。用人单位不支付的,从工伤保险基金中先行支付。”

付的工伤待遇(例如,工伤治疗期间的工资福利、伤残等级为五、六级员工的伤残津贴以及一次性伤残就业补助金等),还需要支付本应由工伤保险基金支付的工伤待遇(例如,治疗工伤的医疗费用、住院伙食补助费、交通食宿费用、生活护理费、伤残等级为一至四级员工的伤残津贴等)。

此外,除中国工伤保险的处理问题之外,企业还可能面临法定工伤待遇之外其他因员工工伤产生的费用的处理问题。例如,2017年,某矿业研究院的员工在外派期间患病,员工家属花费包机费三十三万元通过专机将员工转运回国治疗,其后向法院主张由研究院承担此部分费用。研究院主张员工的病情并不紧急,且当时可以优先选择在当地或到邻国治疗,因此该费用并非必要支出;同时,研究院已为员工缴纳工伤保险,但包机费超出工伤待遇范畴,因此不应由研究院承担。但是,地方法院认为,缴纳工伤保险只是部分分担用人单位的责任,员工包机回国治疗的费用虽然不属于工伤保险基金支付范围,但仍属于应由用人单位承担的工伤责任,并判决研究院向员工返还三十三万元<sup>7</sup>。因此,一般建议公司为外派员工购买覆盖面较全、理赔金额较高的商业医疗保险,例如涵盖境内外治疗费用、紧急救助费用、转运包机费用等。同时,企业也可以事先与员工就工伤赔付的合理范畴进行明确约定。

## (二)当地员工直雇

中国企业在“走出去”的过程中,如果大量输出中国劳工到东道国就业将不可避免地冲击东道国就业市场。同时,对于企业而言,尤其是劳动力密集型的产业,直接雇佣当地劳动者更能符合企业提高经济效率的需求。因此,我国境外投资政策鼓励员工“属地化”,相应地,雇用当地员工成为中国企业境外投资过程中主要的用工模式之一。

中国与全球化智库通过对“走出去”企业的失败样本进行分析发现,在因法律因素导致投资失败的案例当中,“企业忽视和不熟悉东道国劳工法律制度”导致投资失败的比例约占1/3<sup>8</sup>。由此可见,在雇用当地员工的用工模式之下,劳动用工合规问题同样不

7.案号:湖南省长沙市中级人民法院(2017)湘01民终7797号。

8.王耀辉,《中国企业全球化报告(2015)》,社会科学文献出版社。转引自:肖竹,《“一带一路”背景下“出海”企业的对外劳动关系治理》,载于《劳动与社会保障》(2019年第3期),第21页。

笔者发现,实践中,大部分企业  
在外派中国员工的过程中未充  
分考虑其与员工签署的协议中  
需明确的事项,从而为将来产生  
劳动纠纷埋下了伏笔。



可忽视。实践中,企业应当注意以下方面:

### 1、遵守东道国劳工保护的标准及规定

一般而言,东道国的劳动保护标准由三个部分组成:

第一,东道国当地的劳动法律法规及政策。如前所述,调整劳动关系的法律一般为强行法,尤其是各国均有强制的劳动基准法,标准高低主要取决于各国经济发展水平。以最低工资和带薪年假为例,不同国家之间存在较大的差异,如下表所示:

| 国家(地区) | 最低工资(USD) <sup>9</sup> | 年休假 <sup>10</sup>                   |
|--------|------------------------|-------------------------------------|
| 中国(广东) | 226.48 <sup>11</sup>   | 5-15个自然日 <sup>12</sup>              |
| 孟加拉国   | 77.86 <sup>13</sup>    | 每工作11日/18日/22日享受1个工作日 <sup>14</sup> |
| 柬埔寨    | 191.33 <sup>15</sup>   | 18个工作日                              |
| 巴西     | 223.49                 | 30个自然日                              |
| 马来西亚   | 234.39                 | 8-16个自然日 <sup>16</sup>              |
| 哥伦比亚   | 202.90                 | 15个工作日                              |
| 智利     | 434.00 <sup>17</sup>   | 15个工作日                              |
| 西班牙    | 1037.60                | 30个自然日                              |
| 葡萄牙    | 731.51                 | 22个工作日                              |
| 法国     | 1742.08                | 30个工作日                              |

9.本表格中的金额均为目前各国现行有效的最低工资标准,以2022年11月18日当日美元汇率换算的结果。除特别标明,数据均来源于www.wageindicator.org。考虑到各国根据本国政策不时更新最低工资标准,上述数据仅供参考,实际情况以当地政府官方政策为准。

10.除特别标明,年休假信息来源于L&E Global Employment Law Overview (2019-2020),网址为<https://knowledge.leglobal.org/le-globals-employment-law-overviews-2019-2020-global-edition/>。

11.此金额系以中国广东地区2022年第五类城市对应的最低工资标准1620元换算汇率所得。

12.根据《职工带薪年休假条例》规定,根据员工社会工龄不同而变化。

13.此为该国成衣制造业工人的最低工资标准。

14.根据成年员工所在行业不同,享受的带薪年假累计方式有所差异。参见《孟加拉国劳动法》第117条。

15.此为该国正式员工的最低工资标准。

16.根据员工在用人单位的服务年限不同而变化。信息来源于www.ilo.org/dyn。

17.此为该国18岁以上65岁以下人群的最低工资标准。



第二,东道国已加入并生效的国际劳工公约规定的标准。出于保护劳工的目的,国际劳工组织通过公约等形式制定国际劳工标准,如东道国加入了相关公约,且公约已满足生效条件,则境外子公司与当地员工建立的用工关系也应当遵守公约规定的标准。常见的国际劳工公约包括《工业工作时间公约》(第1号)、《强迫劳动公约》(第29号公约)、《每周40小时公约》(第47号)、《同工同酬公约》(第100号)、《废除强迫劳动公约》(第105号公约)、《带薪假期公约》(第132号)、《最低就业年龄公约》(第138号)等。

第三,东道国与第三国签订的双边协定中承诺的劳动保护条款。例如,根据美国2012年双边投资协定标准文本(2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, “BIT”)中有关“投资与劳动”的规定,“为了鼓励投资而削弱或降低国内劳动法律的保护标准属于不当行为”,该等劳动保护标准包括“结社自由、集体协商权以及具有最低工资标准、工作时间要求、劳动安全及健康保障的劳动条件等”<sup>18</sup>。这意味着,如果中国企业投资的目标国与美国签订了包含有上述劳工保护标准条款的双边协议的,中国企业境外的子公司也需关注与该等协议相关的东道国国内劳动法标准。

## 2、重视同工同酬问题

除了遵守东道国当地劳动保护的强制规定外,对于同时采取中国员工外派和当地员工直雇两种用工方式的企业,还需要特别注意同工同酬的问题,以免相同岗位的员工由于薪酬福利待遇的差别引发对企业的不满或抵抗情绪。

## 3、正确认识工会问题

我国现有的企业与员工集体协商机制尚处于发展阶段,相关工会制度与其他国家的工会制度存在较大差异。这导致中国企业在境外投资的过程中屡屡因工会问题而碰壁。最典型的例子为首钢收购秘鲁国有铁矿公司的遭遇:除了1996年第一次发生罢工事件外,首钢秘铁其后又接连遭遇多次员工罢工事件。2004年,首钢秘铁工会781名员工为要求加薪开始无期限罢工;2005年3月,该工会又再一次提出加薪要求,并设置了封锁线;2010年3月,工人再次以罢工方式要求秘铁加薪;2012年7月,罢工事件再次以变本加厉的方式上演,因公司拒绝回应此次加薪要求,该铁矿1113名员工罢工近20天。据不

18. 参见2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, 网址为: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

完全统计,罢工事件给秘鲁铁矿公司带来的日平均损失在100至200万元不等<sup>19</sup>。

由首钢秘铁的经历可见,企业在决定在投资目标国招用或接收当地员工前,应当预先了解当地工会及集体谈判的法律政策以及环境。具体需要了解的法律政策及环境情况一般包括:当地法律及政策是否强制要求企业设立工会?当地工会组织享受何种权利(如组织罢工等)?企业有何应对措施?本企业工会、当地相关行业工会等属于温和型或激进型?其对外商投资企业的过往态度如何?

#### 4、关注“强迫劳动”问题

基于对企业履行“ESG(环境保护、社会责任和公司治理)”等义务的要求,国际市场近年十分关注“强迫劳动”的问题。中国企业在“走出去”的进程中需要了解并遵守“强迫劳动”的相关域外规则,识别并防范相关风险,规范劳动用工行为,以最大限度保护其在国际贸易中的利益。需要注意的是,由于欧盟及美国均关注进口产品的上下游供应链企业是否存在强迫劳动行为,因此,对于向欧盟及美国出口产品的企业,不仅要避免自身企业存在“强迫劳动”的问题,还需要关注上下游供应链企业是否存在“强迫劳动”的风险。

### CHAPTER 003

## 结语

总体而言,企业的境外投资劳动用工合规没有统一的标准和体系,每个企业需要结合自身的海外用工需求、管理模式、价值导向、以及东道国的劳动法环境作个性化的处理。作为企业的中国劳动法顾问,在中国企业境外投资劳动用工的过程中可以发挥的作用主要包括但不限于:①对企业境外投资涉及的劳动用工情况开展尽职调查、识别法律风险、提供合规方案;②与外国劳动法律师就企业境外投资涉及的外国劳动法律适用和执行问题进行沟通,进而向企业提供可行的本地劳动用工管理制度与投资目标国的劳动法规衔接的建议;③协助企业举行劳动用工合规培训,为企业相关业务和职能部门提供法律支持等。

19. 参见矿业汇于2017年4月8日发布的文章,网址为<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1565878123971715&wfr=spider&for=pc>

随着“走出去”的步伐越来越远,中国企业所面临的劳动用工情况将会越发复杂。随着实务问题的不断涌现,笔者期待为读者们呈现更深入的关于境外劳动用工合规的研究成果。



段海燕  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2043  
[duanhaiyan@zhonglun.com](mailto:duanhaiyan@zhonglun.com)



# 中企海外投资用工 风险控制

张根旺 李旭

随着经济全球化的深化发展,越来越多的中国企业放眼世界,通过海外投资的方式将业务战略部署全球。人力资源是每家企业正常运转的基石,在海外投资的过程中,境外中资企业如何通过合规的方式招募劳动力,并合理管控海外用工过程中的法律风险对于拓展海外业务有着重要意义。目前,境外中资企业的用工模式主要包括以下三种:

- 模式一:由中国总部向境外子公司外派员工;
- 模式二:通过符合资质的对外劳务合作企业向境外公司输送劳动力;
- 模式三:在投资国当地招聘员工。



## CHAPTER 001

**模式一：由中国总部向境外子公司外派员工**

在该种用工模式下，员工入职于中国总部，之后，由中国总部将员工派驻到境外公司工作。员工的薪资可能由中国总部或境外公司发放。

**(一)员工劳动关系的认定**

虽然员工系由中国总部招募，且通常与中国总部签订劳动合同，但在被派遣至海外公司工作以后，员工即在项目国当地提供劳动，且可能需要接受海外公司的管理。在这种情形下，**是否可以视为员工与总部的劳动关系已经自动解除并与海外公司建立劳动关系？司法实践中，通常认为员工与中国总部的劳动关系依然存续。**理由如下：

1. 员工系由中国总部招聘，双方建立劳动关系的意愿已经达成。员工是接受中国总部的指示赴海外公司工作，因此，本质上还是接受中国总部管理。中国总部将员工派遣至海外公司工作，仅仅是劳动关系中的工作地点的变动，不影响劳动关系的存续；

2. 司法机关对这类问题的处理原则是，倾向于保护员工与境内用人单位之间的劳动关系，以避免用人单位通过外派的方式变相与劳动者解除劳动合同；

3. 对于对外承包工程项目的外派劳务，《对外承包工程项下外派劳务管理暂行办法》等法规做出了特别规定。根据相关规定，具有对外承包经营资格的企业向其在境外签约实施的承包工程项目派遣各类劳务人员，应当与对外派人员签订劳动合同，所派各类劳务人员受雇于对外承包工程企业，而非外方雇主。这意味着对于对外承包工程项目的外派劳务，法律强制要求对外承包工程企业必须作为雇主与外派人员签订劳动合同，对外工程企业不能通过“劳务中介雇佣”、“境外企业雇佣”等方式转嫁自身的雇主责任。

**✦ 案例分析——董某与中国海外某工程有限责任公司确认劳动关系之争<sup>1</sup>**

1. (2015)海民初字第33877号判决书、(2018)京01民终2264号判决书

## 1. 基本案情

2013年4月,董某被中国海外某工程有限责任公司(以下简称“**中海外**”)派往南太平洋的岛国巴布亚新几内亚(以下简称“**巴新**”)工作。董某在巴新工作期间遭遇当地人袭击,于2014年6月回国治疗,但中海外却不断推诿,撇清与董某的关系。无奈下,董某向北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会提出仲裁申请,要求认定其与中海外存在劳动关系。但由于董某的劳动合同是与中海外境外全资子公司巴新公司(以下简称“**巴新公司**”)签订的,其请求被北京市海淀区劳动人事争议仲裁委员会驳回。

董某不服劳动仲裁裁决,向北京市海淀区人民法院提起诉讼,请求确认其自2013年4月18日起与中海外存在劳动关系。董某主张其入职于中海外,并受中海外的派遣于2013年4月17日从北京出境,于4月18日到达巴新。其在巴新门迪至坎德普公路工程项目工作,担任工程技术人员。其直接领导是刘某,其工资标准为每月1650美元,工资是由巴新公司直接汇入其在中国银行的账户。2014年5月17日,其在工作被打伤。另外,巴新公司未给其缴纳社会保险。

中海外辩称,董某与巴新公司签订了劳动合同,合同期限自2013年4月18日至2016年4月。巴新公司是独立的法人。因此,中海外与董某不存在劳动关系,故不同意董某的诉讼请求。

董某为证明其主张,提供团体意外险保险单。该保险单显示中海外给董某投保了2013年8月10日至2015年8月3日期间的团体意外险。某公司认可该证据的真实性,但表示费用是由巴新公司负担的。董某提供其与中海外几名人员的谈话,该谈话显示双方在协商工伤的处理事宜。中海外认可该证据的真实性,但对几名人员的身份提出不同意见。

中海外主张,门迪至坎德普公路工程项目是中海外承包的工程。因其公司将部分工程分包给了巴新公司,董某是巴新公司的员工,与中海外没有劳动关系。中海外提供了董某与巴新公司的劳动合同、董某的劳工许可证证明董某系与巴新公司建立劳动关系。

## 2. 法院观点

本案经过了一审和二审程序。北京市海淀区人民法院和北京市第一中级人民法院均支持了董某的请求,确认董某自2013年4月18日起与中海外存在劳动关系。法院的审判理由主要包括:

(1) 根据国务院《对外承包工程管理条例》第十二条的规定,对外承包工程的单位应当依法与其招用的外派人员订立劳动合同,按照合同约定向外派人员提供工作条件和支付报酬,履行用人单位义务。而《对外承包工程管理条例》同时规定,对外承包工程的单位不得将工程项目分包给不具备国家规定的相应资质的单位。中海外在海淀仲裁委及法院诉讼期间,数次陈述门迪至坎德普公路工程是由中海外承包或分包,但其数次所作的陈述前后均不一致,且其亦未提交其公司将部分工程转包或分包给巴新公司的证据,故对于中海外所陈述的巴新公司承包或分包门迪至坎德普公路工程的说法不予采信。故中海外作为对外承包工程的单位应当依法与其招用的外派人员订立劳动合同。

(2) 根据国务院《对外劳务合作管理条例》第二条第二款之规定,国外企业、机构和个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作。巴新公司为外国企业,外国企业不具备直接招用中国雇员的资格,也不能直接与中国劳动者建立劳动关系、订立劳动合同。故法院采信董某的主张,认定董某系由中海外招用并由中海外外派出国、给中海外承包的工程提供劳动。

(3) 根据国务院《对外承包工程管理条例》第十二条的规定,属于规定主体应当或必须做出一定积极行为的义务性规则。中海外作为中国国内的企业,承包境外建设工程项目,亦应当按照上述规定执行,与其外派人员签订劳动合同,履行用人单位的主体义务,且其不能通过协议的方式转嫁其用人单位的义务。因此,虽然董某在到达巴新后,与巴新公司签订了劳动合同,但对外承包工程的主体与外派人员之间的用工关系已由行政法规规定,按照劳动关系进行调整,故中海外仍旧应当承担用人单位的主体责任。

### 3. 律师点评

综合本案的各项事实与证据,中海外在海外用工的过程中存在明显不合规之处。其作为对外承包工程企业,应当按照《对外承包工程管理条例》等法规的规定与外派劳务人员签订劳动合同。而中海外却通过境外企业与劳务人员签署劳动合同的方式企图转嫁雇主责任,其行为违反了《对外劳务合作管理条例》等法规的规定。对外承包工程企业与外派人员之间的用工关系已由行政法规所规定,企业无权通过协议的方式另创其他用工模式。因此,中海外最终被认定与董某存在劳动关系。

虽然员工系由中国总部招募,且通常与中国总部签订劳动合同,但在被派遣至海外公司工作以后,员工即在项目国当地提供劳动,且可能需要接受海外公司的管理。





## (二) 社会保险的缴纳

由于中国总部与外派员工之间的劳动关系不因外派而终止, 因此中国总部应当履行雇主义务, 按照《社会保险法》等法律规定为外派员工缴纳社会保险。

### 1. 工伤保险缴纳的特殊情形

在缴纳社会保险时, 对于工伤保险, 应当分情况区别对待。根据《工伤保险条例》第44条的规定: “职工被派遣出境工作, 依据前往国家或者地区的法律应当参加当地工伤保险的, 参加当地工伤保险, 其国内工伤保险关系中止; 不能参加当地工伤保险的, 其国内工伤保险关系不中止。” 因此, 对于外派员工, 如按照项目国当地的法律规定参加了当地的工伤保险, 则国内企业可以停止为其缴纳工伤保险。否则, 国内企业应当在员工外派期间继续为其缴纳工伤保险。

### 2. 双边社会保障协定

由于外派员工的工作地点在项目国, 项目国可能要求境外企业同时按照当地的法律法规为员工缴纳社会保险。这就产生了外派员工社会保险的双重缴纳问题, 给企业带来额外的负担。为解决上述问题, 目前中国已经与包括韩国、德国、日本、丹麦、芬兰、加拿大、瑞士、荷兰、法国等国家签署了双边社会保障协定。根据双边社会保障协定, 对方国家特定员工在本国工作期间, 中国与相关国家将相互免除员工及相应企业在本国缴纳特定社会保险的义务, 从而减轻企业在社保缴费方面的负担。例如, 根据中国与荷兰签署的社会保障协定, 中国企业的雇员被派往荷兰工作期间, 将免除该雇员以及相应企业在荷兰境内的养老保险、失业保险等强制社保缴费。荷兰人员和企业也将享受对等益处。

## (三) 特殊工时制的申请

对于部分外派至海外作业的员工, 其工作模式可能存在以下特点: 一年中的大部分时间被安排在国外工作, 剩余时间在国内休息。实行这种工作模式的企业可能要求员工在海外工作期间集中工作, 不安排或者很少安排休息时间。当员工回到国内时处于待岗状态, 因此可以集中休息。

由于员工在外派期间连续工作, 此种工作模式可能存在的风险包括员工主张工作时间超过法定标准时间, 以及要求企业支付加班工资。为避免前述风险的产生, 企



业应当在劳动合同中就特殊的工作模式与员工做出明确约定,并征得员工同意。此外,建议企业为员工申请适用不定时工时制或综合计算工时制,从而避免特殊工作模式引发的法律风险。

## ✦ 案例分析<sup>2</sup>——外派员工与境内企业的加班费之争

### 1. 基本案情

高某于2009年5月27日入职北京A公司,双方签订劳动合同,高某被外派至A公司在伊拉克的项目,担任安保员,劳动合同约定双方执行综合计算工时工作制。高某在国外工作时其每周7天工作,没有休息日,同时支付国内、国外两部分工资;回国时则处于休息待岗状态,不工作,只支付国内工资。2009年至2012年高某在国外工作703天,在国内休息334天。后双方发生劳动争议纠纷,高某诉至法院,要求A公司向其支付双休日及法定节假日加班工资共计403,014元。

### 2. 法院观点

本案经过了劳动仲裁、一审、二审。北京市第一中级人民法院认为:高某系A公司派驻境外工作的安保人员,其工作性质和收入构成与普通的实行标准工时制的工作岗位有明显的区别。双方认可其执行的是在境外集中工作,回国集中休息的工作形式,此形式符合该工作岗位的需要,也符合双方在劳动合同中对其工资构成的约定。上述情况符合综合计算工时制的特点,双方的劳动合同中也约定了对高某执行综合计算工时制,故法院参考综合计算工时制度核算高某的工作、休息时间、法定节假日加班费标准和工资发放情况。经统计,高某在职期间的工作时间不超过参考综合计算工时制计算的此期间其工作时间上限,且A公司亦安排高某享受了相应的补休。现高某主张休息日加班工资缺乏依据,法院不予支持。

2. (2014)一中民终字第02952号判决书。

## CHAPTER 002

**模式二：通过符合资质的对外劳务合作企业向境外公司输送劳动力**

海外投资企业的第二种用工模式为通过符合资质的对外劳务合作机构招聘中国员工。2012年6月，国务院发布了《对外劳务合作管理条例》，其中第二条第二款明确规定“国外的企业、机构或者个人不得在中国境内招收劳务人员赴国外工作”。因此，境外企业无权直接从中国境内招募劳务人员，并作为雇主与其签订劳动合同或劳务协议。对于有类似需求的境外企业，必须与符合资质的对外劳务合作企业签订劳务合作合同，并通过对外劳务合作企业向境外输送劳动力。

**✦ 案例分析——一起境外劳务纠纷引发的思考**

2017年，笔者团队有幸与某国际律师事务所美国三个办公室的律师合作，参与处理了一起海外中国劳务人员讨薪纠纷案。本部分将以本案例为出发点，就境外中资企业通过劳务合作机构用工过程中的法律风险作简要评析。

**(一)案情简介**

被卷入这起劳务纠纷的中资企业是国内某知名装饰公司“J公司”。J公司成立于1993年，总部设在中国苏州，经过二十几年的发展，J公司在国内的装饰行业已经处于领先地位，并于2006年11月在深圳证券交易所挂牌上市。随着国内市场的不断发展，J公司也将业务扩张的步伐扩展到海外市场，并在全球多个国家、地区设立了子公司。

2015年12月，J公司在塞班岛设立的子公司“S公司”与某国际休闲娱乐产业集团签订了《框架协议书》，S公司获得塞班岛某度假村项目的设计与施工精装修分包工程，该项目的签订对于提升J公司海外工程业绩，开拓广阔的海外市场有着重要意义。

在劳动力紧缺的情况下，为加快工程进度，S公司选择与塞班岛当地的一家劳务公司合作，与该公司签订了劳务分包合同，约定由该劳务公司为S公司提供劳务服务。根据劳务分包合同，劳务分包合同项下的工人均由当地劳务公司负责招募与管理，劳务公司组织工人向S公司提供劳务。劳务分包合同同时约定，S公司直接向当地劳务公司支付劳务工程款，S公司与劳务公司人员无劳动关系。然而，这家劳务公司在用工管理方面存在诸多不合规的问题，包括：

1. 劳务公司没有为前往塞班工作的中国工人办理合法的工作签证, 所有工人持旅游签证在塞班当地工作。根据美国法律, 这些工人都是非法劳工;

2. 中国工人的工作时间明显超过了美国法律的规定, 并且劳务公司没有向工人支付加班费;

3. 中国工人的小时工资低于美国法律规定的最低工资标准。

2017年4月, 该劳务公司携S公司支付的工程款逃匿, 92名建筑工人被拖欠一个多月的薪水, 滞留在美国塞班岛上。事发之后, 被欠薪的92名建筑工人在塞班岛举行强烈的抗议, 要求S公司按照美国劳动法律规定支付拖欠的薪资, 同时受害的中国工人还通过中国驻洛杉矶总领事馆、塞班岛中国商会等多种渠道反映自身面临的困境。与此同时, 美国劳工部工资和工时司以及当地劳动部门的官员也依照美国《公平劳工标准法》等法律法规, 积极介入了这一事件的调查, 此事甚至惊动了美国联邦调查局。

在各方推动下, 中国驻洛杉矶总领事馆的工作人员、S公司代表、律师、还有美国劳工部的工作人员和员工代表进行了谈判, 就拖欠工资、赔偿、滞纳金等问题达成了协议, 问题最终得到了解决。而S公司也为此付出了沉重的代价, 其所支付的全部款项高达已支付工程款的数倍。

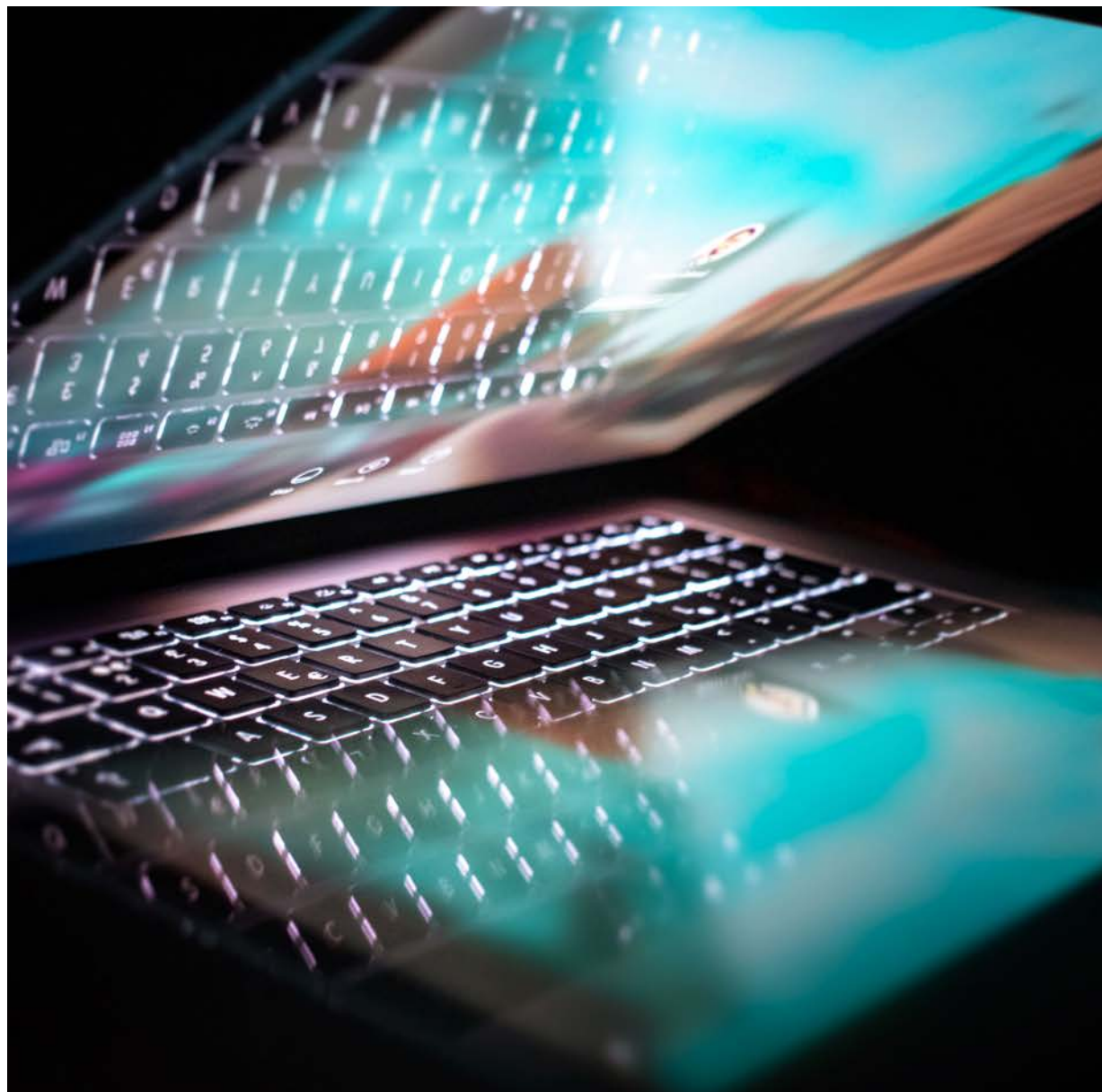
## (二)案件引发的法律思考

### 1. 谨慎选择劳务合作机构

在S公司的劳务纠纷案中, S公司选择与塞班当地的一家华裔劳务中介合作, 由该华裔劳务中介从中国境内雇佣劳工。经查看双方的劳务服务合同, 该劳务服务合同通篇没有载明劳务公司的名称, 仅有公司负责人在合同上签字。而根据《对外劳务合作管理条例》、《对外劳务合作经营资格管理办法》的规定, 从事对外劳务合作的企业必须是在中国境内注册的企业, 且须经商务部许可, 依法取得对外劳务合作经营资格。而S公司在未审核劳务公司资质的情形下即通过该劳务公司招募员工, 这为日后的劳务纠纷埋下了巨大的风险和隐患。企业在海外用工的过程中应当选择取得合法资质的机构作为对外劳务合作企业, 在签订劳务合作合同前务必核实对外劳务合作企业的《营业执照》、《对外劳务合作经营资格证书》等证件, 确认资质无误后才能与其签署劳务合作合同。

### 2. 制定完善的劳务合作合同, 明确各方责任

企业在海外用工的过程中应当选择取得合法资质的机构作为对外劳务合作企业,在签订劳务合作合同前务必核实对外劳务合作企业的《营业执照》、《对外劳务合作经营资格证书》等证件,确认资质无误后才能与其签署劳务合作合同。



在现行的法律规定下,境外公司与对外劳务合作企业之间的合作模式包括以下两种:

(1) 境外企业作为雇主

在该种模式下,对外劳务合作企业与在境内招募的劳务人员订立书面服务合同;而境外企业作为雇主与劳务人员签订劳动合同。

(2) 对外劳务合作企业作为雇主

在该种模式下,对外劳务合作企业作为雇主先与劳务人员签订劳动合同,双方建立劳动关系;之后对外劳务合作企业再将员工派遣到境外项目工作。

根据《对外劳务合作管理条例》的规定,对于以上两种合作模式,境外公司均应按《对外劳务合作管理条例》第二十一条的规定与劳务服务合作公司签订书面劳务合作合同,且劳务合作合同应当至少载明以下事项:

- 1) 劳务人员的工作内容、工作地点、工作时间和休息休假;
- 2) 合同期限;
- 3) 劳务人员的劳动报酬及其支付方式;
- 4) 劳务人员社会保险费的缴纳;
- 5) 劳务人员的劳动条件、劳动保护、职业培训和职业危害防护;
- 6) 劳务人员的福利待遇和生活条件;
- 7) 劳务人员在国外居留、工作许可等手续的办理;
- 8) 劳务人员人身意外伤害保险的购买;
- 9) 因国外雇主原因解除与劳务人员的合同对劳务人员的经济补偿;
- 10) 发生突发事件对劳务人员的协助、救助;
- 11) 违约责任。

以上规定的立法目的既是为了保护劳务人员的合法权益,同时也为了促进外国雇主与对外劳务合作企业之间明确各自的责任与义务。在本案中,S公司与劳务公司签订的劳务服务合同仅就“服务内容”、“付款方式”及“劳务公司的职责”进行了极为简要的约定,显然不符合《对外劳务合作管理条例》的规定。并且,经过美国劳工部的调查,S公司被认为应当就劳务中介的违法行为承担连带责任,而由于劳务合作合同未就双方的责任、义务做出明确约定,这使得S公司在承担连带责任后向劳务公司追讨的难度大大加大。



### 3. 严格遵守项目国当地的用工管理规定

由于劳务人员在项目国当地提供劳务,在用工方面,海外投资企业还须遵守项目国当地的劳动法律规定,尤其在最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、签证管理等基本方面不得违反当地的标准性规定。在本案中,劳务人员的签证、工作时间、小时工资均违反了当地的法律规定,而S公司最终也向劳务人员和政府支付了高额的赔偿金、罚金等款项,代价不菲。因此,海外投资企业在境外用工的过程中还应深入了解项目国当地的劳动法律规定,并严格遵守当地的用工管理规范,减少、避免违反当地法律法规所引起的法律风险。

## CHAPTER 003

### 模式三:在项目国当地招聘员工

由于境内劳动力成本不断提高,加之投资国对于本国就业的保护力度不断加大,从成本和便利性的角度分析,境外中资企业还应充分利用项目国当地的劳务资源,在项目国当地招聘劳动力。在此种用工模式下,境外企业在招聘、用工管理及解除劳动/劳务合同的过程中均应严格遵守项目国当地的法律规定,境外企业与劳务人员之间的权利义  
务和争议解决应当适用投资国当地的法律。通常情况下,投资国当地的劳动法律与我国的劳动法律存在较大的差异,在开展用工前,建议境外中资企业提前就用工管理过程中的注意事项向当地的专业律师进行深入咨询,并请当地律师协助制定合规的用工管理方案,避免违反投资国当地的法律规定而引发各项法律风险。



张根旺  
合伙人  
合规与政府监管部  
上海办公室  
+86 21 6061 3191  
andersonzhang@zhonglun.com

## 主编

---

张国勋

于治国

## 编委(按姓氏笔画排序)

---

王峰

顾萍

刘相文

余昕刚

张根旺

张鹏

侯彰慧

段海燕

南锦林

高俊

贾申

徐珊珊

蒋蕙匡

薛熠

## 总编

---

龚乐凡

张炯





1993-2023



ZHONG LUN  
中倫律師事務所