

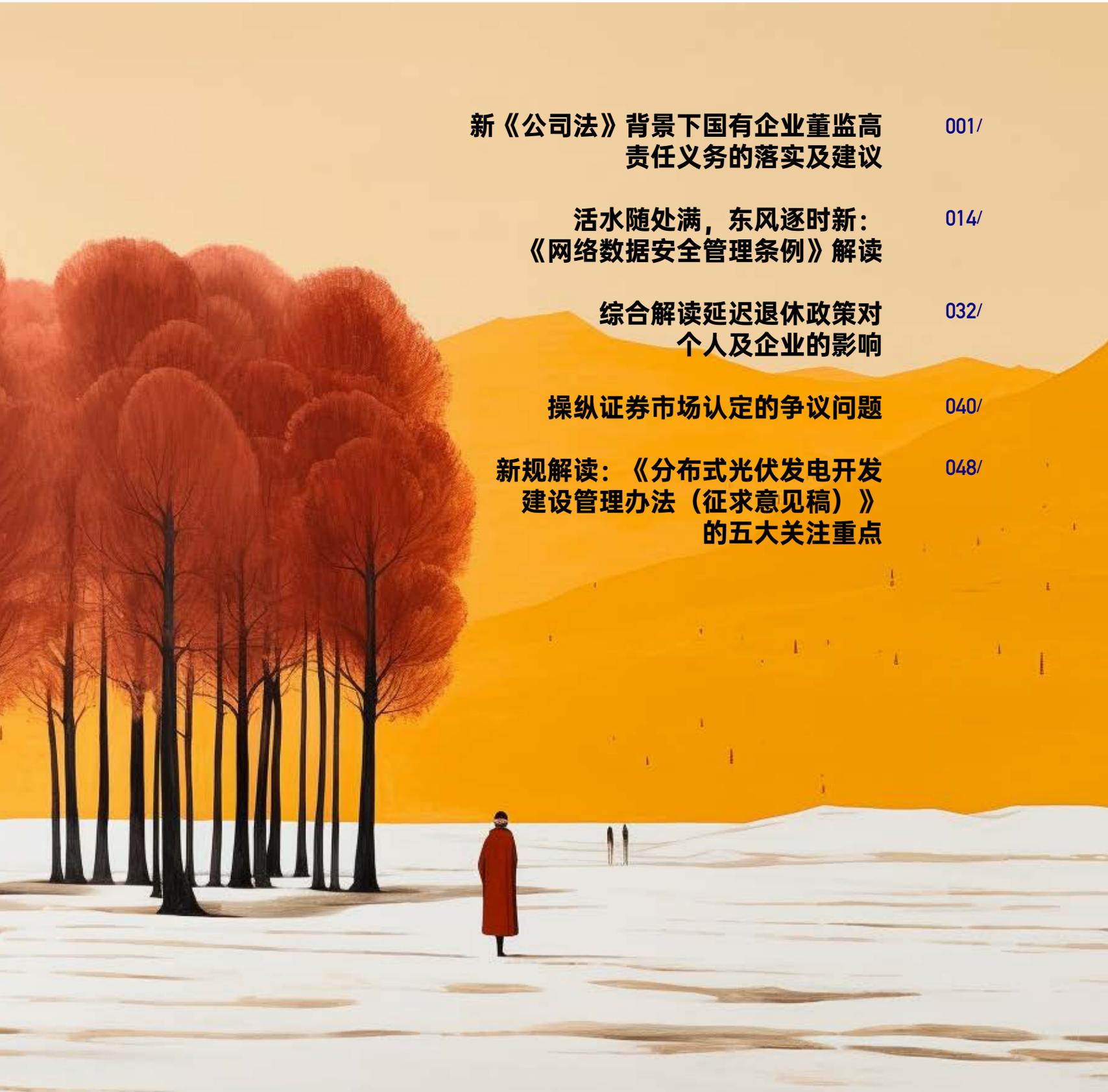
新《公司法》背景下国有企业董监高
责任义务的落实及建议 001/

活水随处满，东风逐时新：
《网络数据安全条例》解读 014/

综合解读延迟退休政策对
个人及企业的影响 032/

操纵证券市场认定的争议问题 040/

新规解读：《分布式光伏发电开发
建设管理办法（征求意见稿）》
的五大关注重点 048/



新《公司法》背景下国有企业董监高责任义务的落实及建议

作者：陈志军 夏隽杰



今年正式实施的《公司法》在原有框架下，新增了“国家出资公司组织机构的特别规定”，进一步完善了国家出资公司的相关要求，推动国有企业合规经营，成为提升治理水平与推动高质量发展的关键议题。此外，新《公司法》对董事、监事和高级管理人员的责任义务提出了更高要求。随着《国有企业管理人员处分条例》（国务院令 第781号，以下简称《处分条例》）于2024年9月1日正式施行，国有企业董监高在履职期间的责任义务将进一步增强。本文将结合新《公司法》及《企业国有资产法》《处分条例》等国有企业相关法律法规，探讨国有企业董监高责任义务的落实及建议。

第一部分\

《公司法》修订及《处分条例》 出台对国有企业的意义

新《公司法》中的“国家出资公司组织机构的特别规定”章节，是此次修订的一个重要新增内容，专门针对国有企业的特殊性及其在国家经济体系中的重要作用进行规范，其修订要点如下：一是设国家出资公司组织机构的特别规定专章，将适用范围由国有独资有限责任公司，扩大到国有独资、国有资本控股的有限责任公司、股份有限公司。二是坚持党对国有企业的领导，强调国家出资公司中中国共产党的组织的领导作用。三是要求国有独资公司董事会成员中外部董事应当过半数。四是规定国有独资公司在董事会中设置由董事组成的审计委

员会行使监事会职权的，不设监事会或者监事。五是增加国家出资公司应当依法建立健全内部监督管理和风险控制制度的规定。¹

在新《公司法》框架下，国有企业的合规经营既涉及公司法的基本要求，也包括政治、纪律和国家政策的约束。国有企业必须通过强化公司治理、提高透明度、加强内部控制和风险管理，确保其经营活动符合法律要求，同时履行好保护国有资产、维护国家利益的职责。完善的合规管理体系和有效的监督机制，将是国有企业在新时代背景下实现高质量发展的重要保障。

《处分条例》则是我国第一部对国有企业

¹全国人大常委会法工委负责人就《公司法》修订答记者问

管理人员建立监督制约机制的行政法规，实际是对《中华人民共和国公职人员政务处分法》在国有企业领域实施的细化。

长期以来，关于国有企业管理人员的处分规定散见于各行业领域法律法规文件和企业内部管理制度中，国家层面没有对处分的种类及其适用、处分的程序等作出专门规定。因此《处分条例》的产生可以健全国有企业管理人员监督制约机制，统一规范对各级各类国有企业管理人员的处分事宜，为打造忠诚干净担当

的国有企业管理人员队伍、推动国有企业高质量发展提供有力的法治保障²。

第二部分\

国家出资公司与国有企业管理人员的适用范围

从新《公司法》及《处分条例》看来国家出资公司及国有企业管理人员的具体适用范围大致可对应，具体如下：

新《公司法》中国 国家出资公司适用范围	《处分条例》中国有企业管理人员适用范围
国有独资公司	在国有独资、全资公司、企业中履行组织、领导、管理、监督等职责的人员
国有资本控股公司	经党组织或者国家机关，国有独资、全资公司、企业，事业单位提名、推荐、任命、批准等，在国有控股、参股公司及其分支机构中履行组织、领导、管理、监督等职责的人员
	经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、管理、监督等工作的人员。

注：国家出资公司包括国家出资的有限责任公司、股份有限公司

笔者认为“国家出资公司”与“国有企业管理人员”适用范围的明确，有助于厘清法律适用的对象，确保法律责任的落实与管理的规范化，不仅为国有资本在市场经济中的管理提供了法律基础，也强化了国有企业和管理人员的责任。这一调整确保国有资本能够在不同的资本

结构中有效运作，推动国有企业的市场化改革，同时保障了国家对国有资本的控制和监督力，通过明确相关责任，促进国家出资公司的经营更加规范化和透明化。

2.司法部 国务院国资委 财政部负责人就《国有企业管理人员处分条例》答记者问

第三部分\

国有企业董监高的任职资格及责任义务

(一) 国有企业董监高的任职资格

(1) 新《公司法》下董监高的任职要求

《公司法》第一百七十八条对董监高任职资格进行了明确规定，下列人员不得担任公司董监高：（一）无民事行为能力或者限制民事行为能力；（二）因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处有期徒刑，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年，被宣告缓刑的，**自缓刑考验期满之日起未逾二年**；（三）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；（四）担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照、**责令关闭之日起未逾三年**；（五）个人因所负数额较大债务到期未清偿被人民法院**列为失信被执行人**。

相较于2018年《公司法》，新《公司法》对董监高任职资格作出如下调整：

(i) 新增“缓刑”的任职资格限制，以及缓刑考验期限限制期限。

(ii) 进一步明确企业“责令关闭之日起未逾三年”的时间限制。

(iii) 在“个人因所负数额较大债务到期未清偿”的情形下，进一步新增被人民法院列为失信被执行人限制条件。

(2) 国有企业相关法律法规对国有企业董监高的任职要求

相较于《公司法》的“负面清单”，《企业国有资产法》则以正面角度阐述了国有企业董监高的任职条件，《企业国有资产法》第二十三条规定：“履行出资人职责的机构任命或者建议任命的董事、监事、高级管理人员，应当具备下列条件：（一）有良好的品行；（二）有符合职位要求的专业知识和工作能力；（三）有能够正常履行职责的身体条件；（四）法律、行政法规规定的其他条件。董事、监事、高级管理人员在任职期间出现不符合前款规定情形或者出现《中华人民共和国公司法》规定的不得担任公司董事、监事、高级管理人员情形的，履行出资人职责的机构应当依法予以免职或者提出免职建议。”

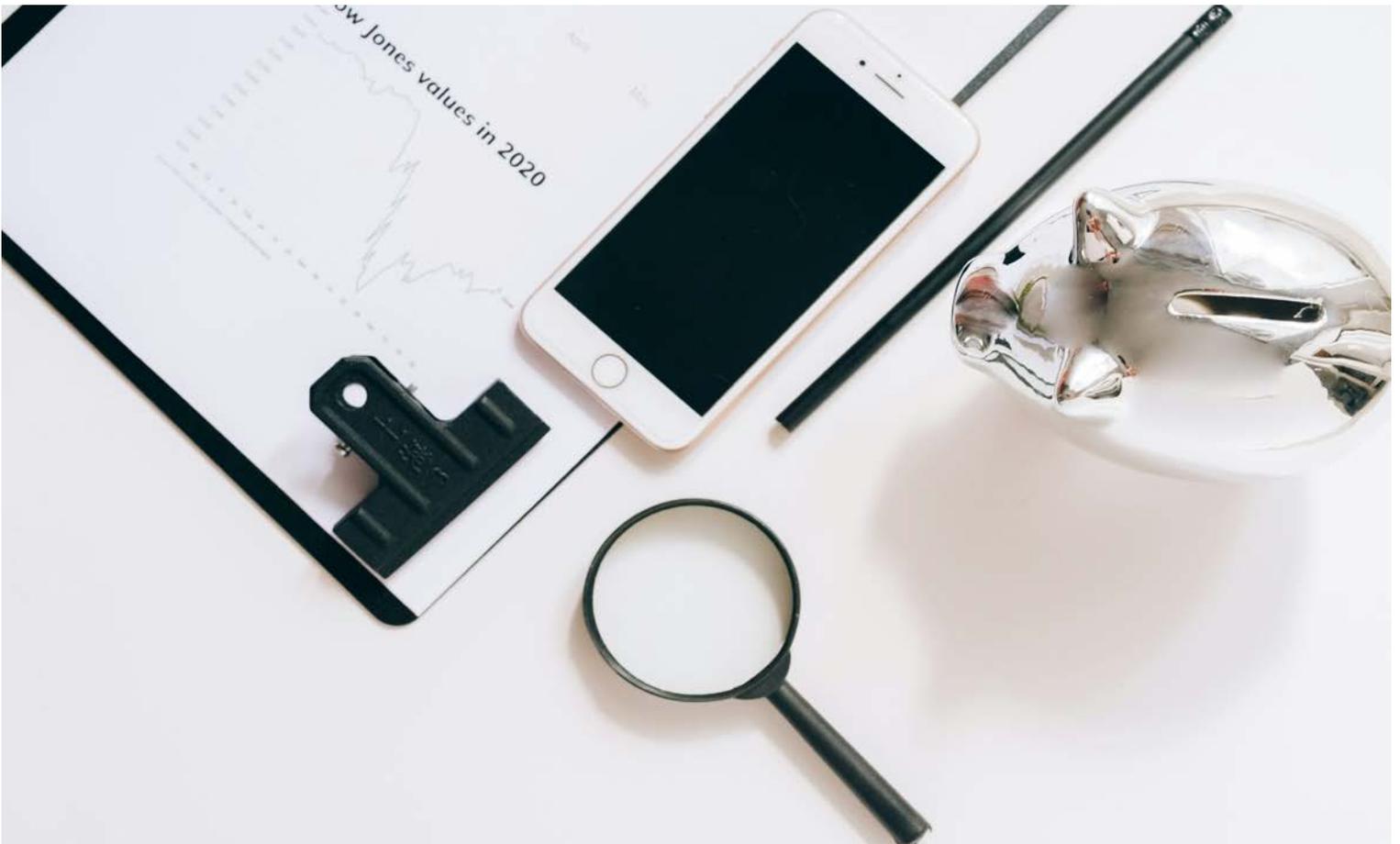
此外，《国有企业参股管理暂行办法》第十四条规定：“依据参股企业公司章程，选派股东代表、董事监事或者重要岗位人员，积极发挥股东作用，有效履行股东权责。加强选派人员管理，建立健全选聘、履职、考核和轮换等

制度，确保派出人员具备相应的专业素质和履职能力。”

由上可见，就国有企业董监高及受国有企业选派至参股企业担任董监高的人员而言，其任职资格要求更高，值得注意的是，相关人员应格外注意其任职企业或被选派任职企业的对外投资及担保情况，以免出现被投资/担保企业因经营管理不善导致公司承担连带责任，届时相关人员可能会因此成为失信被执行人从而导致董监高任职资格失格。

(3) 党组织领导对国有企业董监高的特别要求

笔者认为，国有企业管理层的设置亦应当考虑新《公司法》第一百七十条：“国家出资公司中中国共产党的组织，按照中国共产党章程的规定发挥领导作用，研究讨论公司重大经营管理事项，支持公司的组织机构依法行使职权”的相关规定。经查询相关案例，现已有一些上市公司修改公司章程并将党治融入企业管理中，对国有企业的章程制定与修改亦有参考意义：



公司简称	章程规定
广钢气体 (688548.SH)	<p>第十二条 本章程所称其他高级管理人员是指公司的首席运营官、首席科学家、副总经理（副总裁）、总会计师（财务负责人）、董事会秘书、总法律顾问。党委书记、党委副书记及其他党委委员视同高级管理人员，其管理按党组织的有关规定执行。</p> <p>第八章 党的组织</p>
大元泵业 (603757.SH)	<p>第一百九十七条 公司党委可以在公司董事会选聘高级管理人员时，党委对提名人提出意见，或者向总经理推荐提名人选。监事会成员中的职工代表一般由优秀党员职工担任。</p> <p>第十一章 党建工作</p>
中航高科 (600862.SH)	<p>第一百七十二条 公司党委总揽全局、协调各方，做到总揽不包揽、协调不替代、到位不越位，推动公司各治理主体协调运转、有效制衡。</p> <p>董事会决策的重大经营管理事项须经党委前置研究讨论通过后，再按照相关规定由董事会做出决定。公司制定党委会前置研究讨论的重大经营管理事项清单，对研究讨论的重大事项进行细化和具体化，并对有关额度、标准等予以量化，厘清党委与董事会和经理层等治理主体的权责边界。</p> <p>前置研究讨论重大经营管理事项，应当坚持决策质量和效率相统一。党委可以根据集体决策事项，结合实际把握前置研究讨论程序，做到科学规范、简便高效。</p> <p>坚持和完善“双向进入、交叉任职”领导体制，符合条件的党委班子成员可以通过法定程序进入董事会、监事会、经理层，董事会、监事会、经理层成员中符合条件的党员可以依照有关规定和程序进入党委。</p> <p>第八章 党委</p>
北化股份 (002246.SZ)	<p>第十三条 本章程所称其他高级管理人员是指公司的副总经理、财务负责人、董事会秘书、首席科学家、党委书记、党委副书记、纪委书记。</p> <p>第一百三十六条 公司设总经理 1 名，由董事会聘任或解聘。</p> <p>公司设副总经理若干名，由董事会聘任或解聘。</p> <p>公司总经理、副总经理、财务负责人、董事会秘书、首席科学家、党委书记、党委副书记、纪委书记为公司高级管理人员。</p> <p>第七章 党委</p>

综上所述，笔者认为，新《公司法》与相关法律法规对国有企业董监高的任职资格提出了更加严格的要求，尤其是在任职限制条件和履职能力方面。国有企业不仅应注重其管理层的合规与专业素质，还应融入党组织的领导作用，以确保企业治理的合法合规，促进国有企业的高质量发展。

(二) 国有企业董监高的责任义务

(1) 守法义务

《公司法》第一百七十九条规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程。”

笔者认为此条属于董监高义务的总体要求，董监高在履职期间，应严格遵守法律、行政法规和公司章程的相关规定，合规履职。对于国有企业董监高而言，则可同时参考《处分条例》，杜绝相关违规情形的产生。

(2) 忠实勤勉义务

《公司法》第一百八十条规定：“董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。公司的控股股东、实际控制人不担任公

司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定。”《公司法》第一百八十三条、第一百八十四条亦对公司董监高忠实勤勉义务进行了具体补充。

董监高的忠实勤勉义务属于董监高履职基本义务之一，也是本次《公司法》修订重点强调的内容之一。针对上述义务，董监高的履职要点在于：对公司忠实负责，不谋私利以及履职过程中尽职尽责，对相关职责范围内事项尽到合理注意义务。

(3) 国有企业董监高的禁止行为

《公司法》第一百八十一条规定：“董事、监事、高级管理人员不得有下列行为：（一）侵占公司财产、挪用公司资金；（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（三）利用职权贿赂或者收受其他非法收入；（四）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（五）擅自披露公司秘密；（六）违反对公司忠实义务的其他行为。”

对于国有企业董监高而言，在遵守《公司法》相关规定的同时，《处分条例》亦通过明确处罚的方式对董监高禁止行为进行了罗列，具体如下：

处分程度	禁止行为
<p>予以记过或者记大过；情节较重的，予以降级或者撤职；情节严重的，予以开除</p>	<p>(一) 散布有损坚持和完善社会主义基本经济制度的言论； (二) 拒不执行或者变相不执行国有企业改革发展和党的建设有关决策部署； (三) 在对外经济合作、对外援助、对外交流等工作中损害国家安全和国家利益。</p>
<p>予以警告、记过或者记大过；情节严重的，予以降级或者撤职</p>	<p>(一) 违反规定的决策程序、职责权限决定国有企业重大决策事项、重要人事任免事项、重大项目安排事项、大额度资金运作事项； (二) 故意规避、干涉、破坏集体决策，个人或者少数人决定国有企业重大决策事项、重要人事任免事项、重大项目安排事项、大额度资金运作事项； (三) 拒不执行或者擅自改变国有企业党委（组）会、股东（大）会、董事会、职工代表大会等集体依法作出的重大决定； (四) 拒不执行或者变相不执行、拖延执行履行出资人职责的机构、行业管理部门等有关部门依法作出的决定。</p>
<p>予以警告、记过或者记大过；情节较重的，予以降级或者撤职；情节严重的，予以开除</p>	<p>(一) 利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有、挪用本企业以及关联企业的财物、客户资产等； (二) 利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益； (三) 为谋取不正当利益，向国家机关、国家出资企业、事业单位、人民团体，或者向国家工作人员、企业或者其他单位的工作人员，外国公职人员、国际公共组织官员行贿； (四) 利用职权或者职务上的影响，违反规定在企业关系国有资产出资人权益的重大事项以及工程建设、资产处置、出版发行、招标投标等活动中为本人或者他人谋取私利； (五) 纵容、默许特定关系人利用本人职权或者职务上的影响，在企业关系国有资产出资人权益的重大事项以及企业经营管理活动中谋取私利； (六) 违反规定，以单位名义将国有资产集体私分给个人。</p>
<p>情节较重的，予以警告、记过或者记大过；情节严重的，予以降级或者撤职</p>	<p>(一) 超提工资总额或者超发工资，或者在工资总额之外以津贴、补贴、奖金等其他形式设定和发放工资性收入； (二) 未实行工资总额预算管理，或者未按规定履行工资总额备案或者核准程序； (三) 违反规定，自定薪酬、奖励、津贴、补贴和其他福利性货币收入； (四) 在培训活动、办公用房、公务用车、业务招待、差旅费用等方面超过规定的标准、范围； (五) 公款旅游或者以学习培训、考察调研、职工疗养等名义变相公款旅游。</p>

处分程度	禁止行为
<p>予以警告、记过或者记大过；情节较重的，予以降级或者撤职；情节严重的，予以开除</p>	<p>(一) 违反规定，个人经商办企业、拥有非上市公司（企业）股份或者证券、从事有偿中介活动、在国（境）外注册公司或者进行投资入股等营利性活动；</p> <p>(二) 利用职务上的便利，为他人经营与所任职企业同类经营的企业；</p> <p>(三) 违反规定，未经批准在本企业所出资企业或者其他企业、事业单位、社会组织、中介机构、国际组织等兼任职务；</p> <p>(四) 经批准兼职，但是违反规定领取薪酬或者获取其他收入；</p> <p>(五) 利用企业内幕信息或者其他未公开的信息、商业秘密、无形资产等谋取私利。</p>
<p>情节较重的，予以警告、记过或者记大过；情节严重的，予以降级或者撤职；情节特别严重的，予以开除</p>	<p>履行提供社会公共服务职责过程中，侵犯服务对象合法权益或者社会公共利益，被监管机构查实并提出处分建议的。</p>
<p>予以警告、记过或者记大过；情节较重的，予以降级或者撤职；情节严重的，予以开除</p>	<p>(一) 截留、占用、挪用或者拖欠应当上缴国库的预算收入；</p> <p>(二) 违反规定，不履行或者不正确履行经营投资职责；</p> <p>(三) 违反规定，进行关联交易，开展融资性贸易、虚假交易、虚假合资、挂靠经营等活动；</p> <p>(四) 在国家规定期限内不办理或者不如实办理企业国有资产产权登记，或者伪造、涂改、出租、出借、出售国有资产产权登记证（表）；</p> <p>(五) 拒不提供有关信息资料或者编制虚假数据信息，致使国有企业绩效评价结果失真；</p> <p>(六) 掩饰企业真实状况，不如实向会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等中介服务机构提供有关情况和资料，或者与会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等中介服务机构串通作假。</p>
<p>予以警告、记过或者记大过；情节较重的，予以降级或者撤职；情节严重的，予以开除</p>	<p>(一) 洗钱或者参与洗钱；</p> <p>(二) 吸收客户资金不入账，非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，违反规定参与或者变相参与民间借贷；</p> <p>(三) 违反规定发放贷款或者对贷款本金减免、停息、减息、缓息、免息、展期等，进行呆账核销，处置不良资产；</p> <p>(四) 违反规定出具金融票证、提供担保，对违法票据予以承兑、付款或者保证；</p> <p>(五) 违背受托义务，擅自运用客户资金或者其他委托、信托的资产；</p> <p>(六) 伪造、变造货币、贵金属、金融票证或者国家发行的有价证券；</p>

处分程度	禁止行为
	<p>(七) 伪造、变造、转让、出租、出借金融机构经营许可证或者批准文件，未经批准擅自设立金融机构、发行股票或者债券；</p> <p>(八) 编造并且传播影响证券、期货交易的虚假信息，操纵证券、期货市场，提供虚假信息或者伪造、变造、销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券、期货合约；</p> <p>(九) 进行虚假理赔或者参与保险诈骗活动；</p> <p>(十) 窃取、收买或者非法提供他人信用卡信息及其他公民个人信息资料。</p>
<p>予以警告、记过或者记大过；情节较重的，予以降级或者撤职；情节严重的，予以开除</p>	<p>(一) 泄露企业内幕信息或者商业秘密；</p> <p>(二) 伪造、变造、转让、出租、出借行政许可证件、资质证明文件，或者出租、出借国有企业名称或者企业名称中的字号；</p> <p>(三) 违反规定，举借或者变相举借地方政府债务；</p> <p>(四) 在中华人民共和国境外违反规定造成重大工程质量问题、引起重大劳务纠纷或者其他严重后果；</p> <p>(五) 不履行或者不依法履行安全生产管理职责，导致发生生产安全事故；</p> <p>(六) 在工作中有敷衍应付、推诿扯皮，或者片面理解、机械执行党和国家路线方针政策、重大决策部署等形式主义、官僚主义行为；</p> <p>(七) 拒绝、阻挠、拖延依法开展的出资人监督、审计监督、财会监督工作，或者对出资人监督、审计监督、财会监督发现的问题拒不整改、推诿敷衍、虚假整改；</p> <p>(八) 不依法提供有关信息、报送有关报告或者履行信息披露义务，或者配合其他主体从事违法违规行为；</p> <p>(九) 不履行法定职责或者违法行使职权，侵犯劳动者合法权益；</p> <p>(十) 违反规定，拒绝或者延迟支付中小企业款项、农民工工资等；</p> <p>(十一) 授意、指使、强令、纵容、包庇下属人员违反法律法规规定。</p>

由此可见，国有企业的董监高由于其特殊的身份和角色，需承担更多的责任与义务。为促进国有企业的健康可持续发展，董监高不仅应严格履行职责，还应在合规与治理方面发挥更大的引领作用。

第四部分\

国有企业董监高的责任义务的落实及建议

为确保国有企业的可持续发展，董监高不仅需提升自身的法律意识与责任感，还需通过

建立健全内部治理体系、加强合规文化建设与有效履行党组织的领导作用，落实各项责任义务。笔者认为，可从下列几个方面展开：

(一) 加强法律和制度的理解与执行

国有企业董监高需严格遵守《公司法》和国有企业相关法律法规等相关法律法规。新《公司法》明确了董监高在履职中的责任，并强调了对董监高不履行或怠于履行职责时的赔偿责任，如《公司法》第五十一条规定对因公司股东未足额缴纳出资而导致公司损失的情形，负有责任的董事应承担赔偿责任；第五十三条则规定股东抽逃出资，造成公司损失时，负有责任的董监高应当与该股东承担连带赔偿责任；第一百九十一条规定董事、高级管理人员执行职务因故意或重大过失给他人造成损害的应承担赔偿责任……同时，国有企业董监高应加强对相关法律法规的理解，避免出现未履职或履职不到位等情形。

从治理层面，建议国有企业可以制定董监高履职的专项合规政策，整合其职责、权限及行为准则，确保在企业经营管理过程中严格遵循法律法规和章程，降低风险责任。加强董监高履职的内部控制体系建设，规范其提案、召集、决策、执行及监督等各个环节，确保履职行为的合规性和有效性。

(二) 合法合规作出及执行决议

在实际公司运营中，董监高不规范作出或执行决议的情况屡见不鲜，给公司治理带来了重大隐患。为确保公司决策的合法性与合规性，新《公司法》对董监高的决议行为提出了明确要求。首先，会议召开和决议作出的程序必须严格遵循法律和公司章程的规定。其次，决议内容应合法合规，不得违反法律、行政法规或公司章程。正如《公司法》第二十五条所述，公司股东会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。即便决议通过，如果其内容违法，也将被认定为无效。而最为关键之处则在于董监高需依照《公司法》第一百八十条，忠实履职，尽到勤勉义务，确保决策符合公司最大利益，避免个人利益与公司利益发生冲突。通过合法合规地作出和执行决议，不仅可以提升公司治理的水平，还能有效防范法律风险，确保公司的长期稳健发展。

从治理层面，建议国有企业可以建立健全决策机制，确保所有决议符合相关法律法规和公司章程，国有企业在委派董事时，要加强对委派董事的合规培训，以确保其明确了解自身的角色和责任边界。同时，企业应确保决策过程透明、规范，并定期评估决策执行的合规性与效果。此外，企业也应当完善信息披露制度，提高对外沟通的透明度，增强各方利益相

关者的信任，最终实现有效的公司治理。

(三) 董监高自身廉洁自律

国有企业董监高在廉洁方面亦应承担重要责任。他们需严格遵守法律法规和企业内部规章，确保不利用职权为个人谋取私利。此外，建立透明的决策机制和责任追究制度也是关键，确保所有决策过程公开、公正，并对不当行为进行及时处理。

为了提升廉洁自律意识，国有企业应加强对董监高的廉洁教育与培训，帮助其提高道德素养和法律意识。同时，鼓励公众参与舆论监督，形成外部制约，推动企业内部廉洁文化的建立与发展。

(四) 适当引入董监高保险机制

《公司法》第一百九十三条规定：“公司可以在董事任职期间为董事因执行公司职务而可能承担的赔偿责任投保责任保险。”考虑到董监高在企业运营中的重要性及其可能面临的多种风险，引入董监高保险机制是一个值得重视的选择。在实施这一机制时，公司应充分考虑董监高的职责范围、潜在风险以及保险产品的承保范围和保费等因素。公司可以为董事、监事和高级管理人员投保相应的责任保险，以便在

他们因执行公司职务而面临赔偿责任时提供必要的保障。

同时，适当的保险措施能够有效提升国有企业董监高的尽职意识，使他们在履行职务时更加谨慎，减少因决策失误或其他潜在风险导致的个人责任，从而促进企业整体治理水平的提高和可持续发展。

(五) 重视党组织的领导作用

国有企业中，董监高还需与党组织协同合作，支持其在重大经营决策中的领导地位。党组织的监督与指导不仅能够提升企业的合规性，还有助于实现长期可持续发展，通过加强政治引领，确保企业在市场竞争中始终保持正确的发展方向。

第五部分\

结语

新《公司法》及国有企业相关法律法规的实施，对国有企业董监高的责任义务提出了更高的要求。国有企业在合规经营和高质量发展方面面临机遇与挑战。通过加强内部治理结构、完善合规管理体系，国有企业能够有效应对新的法律要求，推动可持续发展。在新时代

背景下，国有企业管理层需不断提升专业素质，加强法律意识，以确保国有资产的保值增值和国家利益的维护。 ☞



陈志军
合伙人
资本市场部
上海办公室
+86 21 6061 3350
chenzhijun@zhonglun.com

活水随处满，东风逐时新： 《网络数据安全管理条例》解读

作者：蔡鹏 肖莆羚令 苏阳阳 高维钊 唐静思



作为规范网络数据处理活动，保护个人、组织在网络空间的合法权益，维护国家安全和公共利益的重要法律，《网络数据安全条例（征求意见稿）》（简称“征求意见稿”）甫一出台，便引起社会各界的广泛关注，成为数据、隐私与互联网监管方向的重要法规。经过将近三年的讨论与修订，结合新质生产力与数字经济的发展趋势，国务院在2024年8月30日第40次常务会议上通过了《网络数据安全条例》（简称“网数条例”、“正式稿”），并将在2025年1月1日开始正式施行。在本文中，我们将以新旧比对的视角，对新规的整体亮点以及“重要数据”、“个人信息保护”、“平台治理”、“监管和处罚”等四个重要方面进行解读。希望读者在“千淘万漉”之中，对新规的整体修订内容以及监管趋势有全面了解，并作合规对应之策。

第一部分\

法案的整体亮点

1. 限缩概念、简化流程，为企业减负

首先，《网数条例》在一些关键概念上进行了限缩，如什么是网络数据，什么是重要数据等。特别是重要数据的定义，一直以来都是各界关注的重点。正式稿对重要数据的形态和外延进行了框架性明确，首次在法律层面进行了定义（具体见下文“重要数据”章节）。

其次，在跨境报备豁免中，《网数条例》增加了“履行法定职责或者法定义务”这一情形，极大便利了各类主体在跨境交易中的数据传输需求，解决了当下痛点问题。

第三，《网数条例》正式稿在征求意见稿

的基础上删除了一些较为繁琐的义务性条款，如“结构化查询”以及“平台规则重大修订时需征求社会公众意见甚至经过第三方机构和监管部门同意”的要求。这些变动简化了企业的合规流程，降低了操作难度和成本。

第四，对于大型平台及重要数据处理者而言，年度审计或评估的要求也有所调整。正式稿取消了必须由外部机构执行的规定，赋予企业更大的自主权来选择适合自身的评估方式。

第五，在对外提供和委托处理重要数据方面，监管模式有所调整。征求意见稿中此类活动须事先获得监管部门批准；正式稿改为由企业自行评估风险并据此决策，增强了企业在相关事务处理上的灵活性。

第六，《网数条例》对企业在使用自动化

采集技术过程中可能遇到的问题提供了指导。根据法案规定，当自动化采集不可避免地收集到非必要的个人信息或未依法取得个人同意的信息从技术上难以实现删除或匿名化时，网络数据处理者应当停止除存储和采取必要安全保护措施之外的任何处理行为。这一规定为诸多新技术、新应用的合规开发指明了方向，如大模型训练中通过爬虫等方式获取海量数据但无法有效剥离非必要信息的情形等，在避免数据滥用风险的同时也保障了企业的正常运营和技术进步。

2.“网络安全审查”的消失和“国家安全审查”的唤醒

此前，在征求意见稿中引起企业广泛讨论的一项规定是增加了《网络安全审查条例》之外的网络安全审查情形。然而，在正式版本中，这一条款被删减，将网络安全审查的事实依据完全归置于《网络安全审查条例》之下，从而缓解了部分赴港上市企业对此方面的担忧。

此外，正式版本还引入了“国家安全审查”机制（当数据处理活动影响或可能影响国家安全时），与现行国家安全审查体系相衔接。根据《国家安全法》第五十九条的规定，对影响或者可能影响国家安全的外商投资、特定物项

和关键技术、网络信息技术产品和服务、涉及国家安全事项的建设项目，以及其他重大事项和活动应当进行国家安全审查。过去，触发国家安全审查的情形主要集中在外资项目上，而针对“网络信息技术产品和服务”的案例较为少见。此次通过相关条例明确激活了“网络信息技术产品和服务”领域内的国家安全审查工具箱，这与当前国际形势下将数据安全与国家安全进行强关联的趋势相契合。

3.法律衔接与术语统一

正式稿在措辞方面进行了统一与优化工作。例如，把征求意见稿中“共享”一词修改为“提供”，与《个人信息保护法》的表述保持一致，其目的在于消除法律术语方面的歧义，进而确保法规具备严谨性以及一致性。

针对那些已经被其他法律法规详细规范的内容，正式稿采取了简化处理方式。比如，在数据跨境传输方面，《促进和规范数据跨境流动规定》已有详尽的规定，因此正式稿仅简要提及并与专门法案保持一致；又如“数据安全事件”的处理，在《网络安全事件报告管理办法（征求意见稿）》已经对相关报告义务提供了详尽的规则，正式稿也仅作简略说明。这种做法避免了重复规定，体现了立法简洁且高效的特性。

第二部分\

关于重要数据

1.重要数据的界定和细化

重要数据，是指特定领域、特定群体、特定区域或者达到一定精度和规模，一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能直接危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全的数据。

在我国的数据安全法规体系中，关于重要数据的定义一直处于不断完善的过程。《网络安全法》和《数据安全法》这两部基础性法律均未对重要数据给出明确的界定。为了满足实际的数据管理和安全保障需求，一些相关的规章相继出台并对重要数据进行了定义，且已生效实施。例如《汽车数据安全若干规定（试行）》和《数据出境安全评估办法》等规章，均将数据遭到破坏时可能带来的风险作为认定重要数据的锚点。

在此基础上，正式版本的《网数条例》进一步发展了重要数据的定义。它延续了 2023 年推荐性指南《信息安全技术 重要数据处理安

全要求（征求意见稿）》的思路，并进行了更为细致的规定。在原有基础上增加了“特定领域、特定群体、特定区域或者达到一定精度和规模”描述内容。这意味着重要数据的认定并非基于数据的固有属性，而是要综合考虑不同业务领域、不同区域以及数据主体等多种因素动态识别。这种定义方式与当前在汽车行业、工信领域、数据出境、安全审查等多个领域或场景下对重要数据外延的差异化规定相互呼应，体现了法规对不同行业和场景的适应性。

例如，北京市近期发布的自贸区数据出境负面清单就给出了一个关于“一定规模”的具体例子。在该清单中，重要数据被明确界定为涉及一千万人以上的个人信息、一百万人以上的敏感个人信息或十万人以上的特别敏感个人信息（如金融账户、诊疗信息等）。

此外，与征求意见稿相比，正式版本的一大变化是，参照重要数据保护规则适用的个人信息数量门槛从一百万人提升至一千万人。并且，适用的义务规则也进行了调整，达标的处理者增强义务仅限于任命网络数据安全负责人和网络数据安全管理机构，以及在企业发生合并、分立、解散、破产等情况下的报告义务。

我们认为，这一调整具有重要意义。它在很大程度上减轻了企业的负担，使得企业在处理个人信息时，不必受限于严格的重要数据保

护规则。这也反映出监管机构在界定“重要数据”，以及区分不同处理者时采取了更为谨慎的态度，避免因范围过宽而给企业带来不必要的合规成本。此外，这也体现了《个人信息保护法》实施三年后，监管机构对一般个人信息处理者的监管模式更趋于采用“事后监管”，相信他们在处理未达到重要数据标准的个人信息时，能够自觉遵守相关法律法规，确保数据安全。

2.重要数据的监管机构

在《网数条例》征求意见稿中，重要数据的监管涉及多个部门，常见表述为“网信部门和主管、监管部门”。这种多头监管模式本质上类似于“九龙治水”，不仅使企业的合规成本显著攀升，还可能造成因监管机构不明晰而导致的各种“消耗”问题。在正式稿中，监管职责被归口于“主管部门”，一定程度上将监管进行了集中。

为什么选择“主管部门”而非“网信部门”作为重要数据的主要监管机构？我们理解，这与重要数据的认定方式密切相关。同一数据字段在不同垂直领域可能具有完全不同的性质和风险，因此由负责该领域的行业主管部门来把控风险更为合理与可信。此外，《网数条例》将更广义的“网络数据”同样归口于“主管部门”，这与重要数据的规定保持一致，确保企业在实际操作流程中能够有章可循地确定一个对

接部门。但在实践中，我们注意到很多企业面临多个主管部门或无清晰明确的主管部门的情况，此种情形已经出现在网络安全审查等类似案例中，这可能为重要数据的监管带来了较多不确定性。我们希望立法者能够对此进行相应的明晰。

3.数据处理者合规义务：不止于重要数据和个人信息

《网数条例》针对重要数据处理者设定了诸多新的要求，例如负责人任命、年度风险评估等。然而，需引起读者关注的是，整个《网数条例》对于非个人信息的规制范畴，并非仅仅局限于重要数据，而这一点恰恰容易被忽视。

在《网数条例》颁布之前，人们普遍认为对于非个人信息及非重要数据的监管尚处于空白状态。尽管《数据安全法》第二十七条和第二十九条包含了一些有关制度和流程方面的要求，但据我们观察，这些规定实践中难以落地，缺乏实际的可操作性以及明确的指引作用。在《网数条例》中，明确规制的义务主体为网络数据的处理者，而网络数据定义较为宽泛，包含了一般数据（排除个人信息和重要数据）。为便于读者参考，我们特拟以下表进行总结：

合规要求		一般数据处理者	重要数据处理者
日常管理	技术措施	备份、加密、访问控制、标签标识和安全认证等	
	制度措施	网络数据安全管理制度、操作规程和网络数据安全事件应急预案	
	组织措施	/	网络数据安全负责人和网络数据安全管理机构 特定人员安全背景审查
特殊场景	面向社会提供产品、服务	建立投诉、举报渠道和处理机制 (重要数据处理者不区分是否面向社会提供)	
	提供、委托处理、共同处理	合同约定、处理活动记录、对网络数据接收方履行义务的情况进行监督	
		/	事前风险评估
	数据出境	/	数据出境安全评估
	合并、分立、解散、破产	网络数据接收方继承网络数据安全保护义务	
		/	向主管部门报告
	安全事件	建立健全网络数据安全事件应急预案、向有关主管部门报告、通知利害关系人	
影响或者可能影响国家安全的网络数据处理活动	国家安全审查		
合规实践	安全培训、风险监测、应急演练		
	/	年度风险评估	

第三部分\

关于个人信息保护

在个人信息保护部分，《网数条例》对于《个人信息保护法》这一上位法的相关规定进行了细化、补充与完善。我们梳理了以下要点

问题，以资参考：

1.个人信息跨境：新增“履行法定职责与法定义务”豁免情形

对于个人信息跨境，在《个人信息保护法》第三十八条以及《促进和规范数据跨境流

动规定》第五条豁免情形的基础上,《网数条例》第三十五条新增了“为履行法定职责或者法定义务”这一“可以向境外提供个人信息”的情形。

从第三十五条的立法结构上看,该情形与其他出境豁免情形并列,属于处理者在自我评估后,可以不经备案审核而自由出境的法定情形。该条的设置意图在于鼓励数据跨境自由流动,能够帮助厘清很多跨境交易场景下的合规痛点问题。如企业在境外并购和上市等交易中,往往涉及较多中外中介机构参与。为履行有关法定义务,中介机构与交易主体之间不免会进行较多的文件、数据的跨境传输和往来,以推进交易的进行。而在以往的规定中,并未将此作为法定豁免情形,造成了很多相关交易主体的合规困扰。此项豁免的引入将会极大便利各类正常的跨境交易。作为数据处理者,我们建议其在进行网络数据跨境处理活动之前,谨慎评估法定义务的边界,并据此进行数据跨境活动。我们理解,履行数据跨境活动中的诸项义务以形成有效的合规证明将会成为企业合规中的必选动作。

2.“集中公开展示”+“双清单”

《网数条例》第二十一条整合并细化了《个人信息保护法》第十七条、第三十条、第三十一条的有关规定,在告知义务的履行方

面,建议个人信息处理者关注以下重点问题:

1)“集中公开展示”:对于《个人信息保护法》第十七条规定的“显著方式”义务,《网数条例》进一步细化提出了“集中公开展示”+“易于访问”+“置于醒目位置”三方面义务。针对“集中公开展示”这一义务的履行,《网数条例》并未再进一步细化,有待后续澄清。在目前阶段,我们建议个人信息处理者可关注以下应对要点:

- 同时涉及多份个人信息处理规则(同时制定《隐私政策》《未成年人个人信息处理》等)、或同时涉及生效中的个人信息处理规则和已失效的历史个人信息处理规则时,建议通过一个界面(含嵌入形式界面)进行集中展示;
- 避免用户仅可通过注册界面或仅可通过客服咨询等方式查找个人信息处理规则。

2)“双清单”:此前,工信部印发的《关于开展信息通信服务感知提升行动的通知》(规范性文件行政)首次提出了该要求,要求部分主体予以落实。后续部分地区通管局结合实际对于“双清单”的适用范围进行了拓展。本次《网数条例》将该要求的效力位阶提升,并将适用对象扩大为“网络数据处理者”,如网络数据处理者通过制定个人信息处理规则方式履行告知义务的,则应当履行该“双清单”要求。建

议此前未履行该义务但落入前述适用情形的相关主体，及时履行该项合规义务。

3.“法律责任变化”+“APP特殊合规义务”

《网数条例》第二十二条整合与细化了《个人信息保护法》第五条、第六条、第十四条、第二十九条、第三十一条等关于“同意”的相关规定。在适用“同意”这一合法性基础时，建议个人信息处理者关注以下重点问题：

1)**法律责任问题**：作为下位法，针对违反第二十二条的罚款责任，《网数条例》并未直接转致适用《个人信息保护法》：其第五十五条对于上述行为“拒不改正或情节严重的”设定的罚款幅度上限为“100万元”，而《个人信息保护法》第六十六条对于所有“违反本法规定处理个人信息，或者处理个人信息未履行本法规定的个人信息保护义务的”、“情节严重的”均设定了罚款上限为“5000万元以下或者上一年度营业额5%以下”。对于该法律责任的设定，我们在此暂不探究下位法与上位法的冲突问题，仅提示数据处理者关注后续的立法澄清和执法实操。

2)APP特殊合规义务：

- “提供产品或者服务所必需”：在APP合规方面，建议优先划分“基本业务功能”和“扩展业务功能”，并以此细化区分各个功能下的个人信息收集是否为提供产品或者服务所必需；

- “频繁征求同意”：在APP合规方面，《网数条例》未明确频繁应对标准的前提下，建议可参考不具有强制约束力的《移动互联网应用程序（App）收集使用个人信息自评估指南》等规定中提供的“48小时内问询超过1次”的频繁认定标准。

4.个人信息存储：自行设定方法

《个人信息保护法》第十七条要求个人信息处理规则需要包含“个人信息保存期限”内容的告知，但实操中个人信息主体往往面临着保存期限较难确定的问题。《网数条例》明确了此种情形之下，数据处理者应当以合理的方式，自行确定保存期限及其方法，并予以明确告知。

5.个人信息委托处理、对外提供和共同处理

对于《个人信息保护法》第二十一条、第二十三条和第二十条下的个人信息委托处理、对外提供、共同处理三类行为，《网数条例》进行了以下重点内容的新增：

1)**对外提供行为，应当通过合同等方式与接收方进行约定**。关于委托处理、共同处理行为的合同等约定要求已在《个人信息保护法》第二十一条、第二十条中进行了明确规定，但《个人信息保护法》第二十三条中并未明确此

类处理行为需要通过合同方式进行约定，在实践中亦有不同的理解。如主张无需进行约定的观点认为，提供方与接收方为独立的个人信息处理者，需独立地对其个人信息处理行为负责，属于默示义务而无需通过合同予以规制；而另一方则认为，该要求虽未明确规定在《个人信息保护法》第二十三条中，但此前的《信息安全技术 个人信息安全规范》9.2条已明确约定个人信息共享需要“通过合同等方式规定数据接收方的责任和义务”。最终《网数条例》解决了上述分歧，对于个人信息处理者而言，对于个人信息的对外提供，“应当”通过合同等方式与接收方约定个人信息处理相关问题。

2)对外提供及委托处理行为，应当保存处理情况记录。《个人信息保护法》第五十五条、第五十六条明确约定了涉个人信息对外提供、委托处理行为下的3年的“个人信息保护影响评估记录”留存要求，《网数条例》中提出了3年的“处理情况记录”留存要求。我们理解，后者与GDPR下的数据处理活动记录类似，具体要素仍有待于澄清。我们建议，个人信息处理者在开展对外提供或委托处理行为时，既要留存个人信息保护影响评估报告，也要尽量全面地留存该行为相关的详细证明材料，例如数据处理协议、数据传输相关系统记录、数据安全措施证明等，以履行该项合规义务。

6.携带权适用条件进一步明确

对于个人信息可携带权问题，与征求意见稿相比，《网数条例》正式稿有以下变化：

1)增加“转移个人信息具备技术可行性”的适用条件：司法裁判中关于可携带权的多个争议认定中也强调了此适用条件，《网数条例》的规定，进一步明确了落地标准。

2)由“提供转移服务”修改为“提供访问、获取途径”：该点减轻了企业的合规负担，数据处理者在响应该类行权请求时，可进行更为灵活的安排与设置。

3)不增加额外成本作为行权准则。对于请求次数等明显超出合理范围的收费，由“收取合理费用”修改为“根据转移个人信息的成本收取必要费用”。在此，处理者应当有针对性地留存证明材料，并结合成本制定费用收取标准，以免发生争议。

此外，关于可携带权问题，除《网数条例》规定外，网安标委今年4月曾发布《信息安全技术 基于个人请求的个人信息转移要求（征求意见稿）》，预计后续该文件的正式稿会在《网数条例》规定内容的基础上进一步细化，建议持续关注。

7.个人信息合规审计

对于个人信息保护合规审计问题，此前国

家网信办已发布《个人信息保护合规审计管理办法（征求意见稿）》，后续该文件会对于个人信息保护合规审计问题进行细化规定。对此，《网数条例》虽未进一步细化，但规定了多种评估、审计机制之间的协调问题，即个人信息保护合规审计、重要数据风险评估、重要数据出境安全评估要加强衔接，避免重复评估、审计。该点对于减轻企业合规负担具有重要意义。

8.域外适用：适用情形衔接+报送部门确定

对于境外网络数据处理者而言，值得关注以下要点：

1)**适用情形**：《网数条例》第二条第二款衔接了《个人信息保护法》第三条第二款的规定，无新增内容，仍需依据《个人信息保护法》的情形进行适用性判断；

2)**报送的具体监管部门**：《网数条例》第二十六条明确了《个人信息保护法》第五十三条境外网络数据处理者在境内设置专门机构或者指定代表的报送监管部门，并指明该类主体应当向市级网信部门报送。类似于GDPR下的DPO设置，对于落入上述适用范围的境外网络数据处理者而言，建议重视此项合规义务，尽快在中国境内专门机构或者指定代表，明确其个人信息保护具体职责，并向有关机构备案。

第四部分\

关于对网络平台服务提供者的监管要求

总体上看，相比于征求意见稿，《网数条例》在“平台监管”章节的调整最大。新规删除了较多针对于平台的合规义务，而将侧重点放在了网络平台处理网络数据时的安全保护义务。当下对于大型平台的监管，是各国监管机构面临的重要问题之一，《网数条例》也做出了有效回应。

（一）强化大型网络平台监管

在明确网络平台服务提供者的主体责任的基础上，《网数条例》延续了此前征求意见稿对于网络平台的分级监管思路，进一步提出“大型网络平台”的概念，并吸纳欧盟《数字市场法》（*Digital Market Act*, DMA）对于“守门人（gatekeeper）”赋予前置行为义务的监管方案，对大型网络平台服务提供者提出了更为严格的合规要求。

1.什么是“大型网络平台”？

《网数条例》中定义的“大型网络平台”，**是指注册用户5000万以上或者月活跃用户1000万以上，业务类型复杂，网络数据处理活动对国家安全、经济运行、国计民生等具有重**

要影响的网络平台。从上述定义上看，我国对于大型网络平台的界定采用了“定量+定性”的思路，即：

(1) **定量要求**：注册用户5000万以上或者月活跃用户1000万以上。

(2) **定性要求**：①业务类型复杂；②网络数据处理活动对国家安全、经济运行、国计民生等具有重要影响。

需要注意的是，《网数条例》并未就“业务类型复杂”及“网络数据处理活动对国家安全、经济运行、国计民生等具有重要影响”这两个关键要件进行澄清。满足定量要求的企业在识别自身是否构成大型网络平台时，仍面临着一定的不确定性。结合此前《未成年人网络保护条例》中规定的“未成年人用户数量巨大或者对未成年人群体具有显著影响的网络平台服务提供者的具体认定办法，由国家网信部门会同有关部门另行制定”，我们理解，未来国家相关部门可能就此“大型网络平台”的具体认定制定专门规则。如该等规则在《网数条例》生效前仍未发布的，基于审慎开展业务经营的考量，我们建议，企业在满足上述定量要求时即需要履行大型网络平台的相关义务，以避免引发相应的合规风险。

2.大型网络平台服务提供者有哪些特殊合规义务？

根据《网数条例》，大型网络平台服务提供者不得利用网络数据、算法以及平台规则等从事下列活动：

①通过误导、欺诈、胁迫等方式处理用户在平台上产生的网络数据；

②无正当理由限制用户访问、使用其在平台上产生的网络数据；

③对用户实施不合理的差别待遇，损害用户合法权益；

④法律、行政法规禁止的其他活动。

其中，第①项是对《个人信息保护法》中“不得通过误导、欺诈、胁迫等方式处理个人信息”的重申，第④项则为兜底性规定，以下我们将主要就第②、③项合规要求开展分析。

(1) 不得无正当理由限制用户访问、使用其在平台上产生的网络数据

应当明确的是，本项的“用户”不仅涵盖个人用户，也应理解为包含企业用户。基于此，本项要求不仅是对《个人信息保护法》中个人信息主体有关权利的重申，也进一步明确平台内经营者作为企业用户对于其在平台上产生的数据享有的访问和使用的权利。

对比考察域外立法实践，DMA中对守门人提出了类似要求。即守门人应当免费向企业用户提供有效、高质量且持续性的数据实时访问和使用。但对比《网数条例》而言，DMA为守

门人设置了更加沉重的负担。如在DMA下，大型网络平台服务提供者还应当免费提供数据实时访问和使用、保障数据访问和使用的有效性、高质量和持续性等合规要求。

（2）不得对用户实施不合理的差别待遇，损害用户合法权益

在《网数条例》之前，我国法下的“差别待遇”主要是指反垄断法下的差别待遇或网络不正当竞争行为，具体如下：



反垄断法下的差别待遇

《反垄断法》第二十二条 禁止具有市场支配地位的经营
者从事下列滥用市场支配地位的行为：……（六）没有
正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易
条件上实行差别待遇……

《禁止滥用市场支配地位行为规定》第十九条 禁止具有
市场支配地位的经营没有正当理由，对条件相同的交
易相对人在交易条件上实行下列差别待遇：

- （一）实行不同的交易价格、数量、品种、品质等级；
- （二）实行不同的数量折扣等优惠条件；
- （三）实行不同的付款条件、交付方式；
- （四）实行不同的保修内容和期限、维修内容和时间、
零配件供应、技术指导等售后服务条件。

……

网络不正当竞争行为

《网络反不正当竞争暂行规定》第二十条 经营者不
得利用技术手段，对条件相同的交易相对方不合理
地提供不同的交易条件，侵害交易相对方的选择
权、公平交易权等，妨碍、破坏其他经营者合法
提供的网络产品或者服务正常运行，扰乱市场公平
交易秩序。

以下情形不属于前款规定的不正当竞争行为：

- （一）根据交易相对人实际需求且符合正当的交易
习惯和行业惯例，实行不同交易条件；
- （二）针对新用户或在合理期限内开展的优惠活动；
- （三）基于公平、合理、无歧视的规则实施的随机
性交易。

就《网数条例》规定而言，该条针对差别待遇的规制范围并未实质超出反垄断及反不正当竞争视域下的规制。而《网数条例》并未针对本条设置罚则，而是明确对于其未设置罚则的违反该条例的相关行为，应由主管部门依照有关规定追究法律责任。**基于此，我们理解，大型平台服务提供者在具体履行本项合规要求时，可以前述列举的反垄断及反不正当竞争层面的“不合理差别待遇”行为的构成要件为基准，合理确定自身针对用户设置不同交易条件、服务条件的合规边界。**

此外，《网数条例》还特别强调了大型网络平台的公共属性及其所负有的透明度义务，要求大型网络平台服务提供者应当**每年度**发布**个人信息保护社会责任报告**，报告内容包括但不限于个人信息保护措施和成效、个人行使权利的申请受理情况、主要由外部成员组成的个人信息保护监督机构履行职责情况等。

（二）细化网络平台企业主体责任

在“网络平台服务提供者义务”这一章节中，《网数条例》特别强调了网络平台服务提供者对于自身平台中的相关商品和服务的管理义务。具体而言，网络平台服务提供者应当通过平台规则或者合同等明确接入其平台的第三方产品和服务提供者的网络数据安全保护义

务，并采取措施督促第三方产品和服务提供者加强网络数据安全。此外，预装应用程序的智能终端等生产者，对于预装的应用程序，同样需承担上述网络数据安全要求。

值得关注的是，此前征求意见稿中要求互联网平台运营者就第三方产品和服务对用户的损害承担先行赔偿义务，即当第三方产品和服务对用户造成损害时，用户可以要求互联网平台运营者先行赔偿。我们理解，这种先行赔偿义务并未将过错作为归责要件，实质上排除了“避风港规则”的适用空间，一旦发生相关损害，无论互联网平台运营者是否具有过错，均应依用户要求先行赔偿。而在《网数条例》中，当接入平台的第三方产品和服务对用户造成损害的，网络平台服务提供者仅需“依法承担相应赔偿责任”。我们理解，在《网数条例》下，网络平台服务提供者仍可援用“避风港规则”，仅当自身存在过错时才需就第三方产品和服务造成的损害承担相应责任。

此外，《网数条例》还重申了应用程序分发平台对于应用程序的核验与处置要求，将《移动互联网应用程序信息服务管理规定》中的相关规定上升至行政法规层面的监管要求。对于通过自动化决策方式向个人进行信息推送的，网络平台服务提供者还应当设置易于理解、便于访问和操作的个性化推荐关闭选项，

为用户提供拒绝接收推送信息、删除针对其个人特征的用户标签等功能。

第五部分\

《网数条例》下的监管与罚则

相较于征求意见稿，《网数条例》在监督管理与法律责任方面亦做了较大的调整。整体来看，《网数条例》进一步强调了由网信部门统筹、相关主管部门在各自职责范围内负责的分工与协同的网络数据监督管理机制。在法律责任方面，《网数条例》与《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》《行政处罚法》等相关法律进行了有效衔接，既体现了监管部门“一以贯之”的监管态势，又可体察到此领域“包容审慎”的监管机制，为相关主体和企业提供了纠错空间。

具体而言：

（一）国家数据管理部门将承担网络数据安全职责

《网数条例》第四十七条对网络数据安全和监管工作提出了分工要求。值得注意的是，《网数条例》特别针对国家数据管理部门提出了具体工作职责，指出国家数据管理部门在具体承担数据管理工作中履行相应的网络数据安

全职责。

作为国家数据管理部门，国家数据局于2023年挂牌成立，其主要承担推进数据要素有序流通、数据基础制度建设等数据管理职责，亦先后发布相关文件以履行其数据管理工作职责，如基于“数据二十条”发布的具体细化政策规则等。

我们理解，《网数条例》专门提出国家数据管理部门的网络数据安全职责，一方面可以看出国家对数据利用、数据要素流通的重视，另一方面也可以看出国家对于数据安全和数据要素流通并重的态度。

（二）细化行业主管部门的监督职责

在《数据安全法》《个人信息保护法》等的规定下，行业主管部门在其行业、领域内的承担着重要的监管职责。实践中，相关领域主管部门通过发布行业的数据安全管理规定，以履行其监管职责，如工业和信息化领域、金融领域等。《网数条例》第四十八条在相关法律的基础上，对行业主管部门的网络数据安全管理工作职责进一步的进行了细化，对主管部门提出了诸多主动的数据安全管理要求，以督促行业主管部门落实网络数据安全监管职责。具体包括：

➤ 明确本行业、本领域网络数据安全保护工作机构；

- 统筹制定并组织实施本行业、本领域网络安全事件应急预案；
- 定期组织开展本行业、本领域网络安全风险评估；
- 对网络数据处理者履行网络安全保护义务情况进行监督检查；
- 指导督促网络数据处理者及时对存在的风险隐患进行整改。

我们理解，《网数条例》对主管部门管理职责的细化不仅对主管部门提出了更高的管理要求，同时也意味未来监管的垂直化、专业化和透明化，亦可更好的督促企业能够提前做好相关网络数据安全的合规工作。

（三）明确网信部门统筹开展网络数据安全应急处置工作

《数据安全法》提出国家建立数据安全应急处置机制。《网数条例》进一步明确了国家网信部门统筹协调有关主管部门履行网络安全事件的应急处置职责的要求，包括及时汇总、研判、共享、发布网络安全风险相关信息，同时加强网络安全信息共享、网络安全风险和威胁监测预警以及网络安全事件应急处置工作。

我们理解，该规定意味着网络数据监管领域数据安全应急处置机制的落地，对于数据安

全应急监管提供了重要的法律依据。

（四）进一步优化了数据安全监督检查措施

征求意见稿对主管部门开展网络安全监督检查的措施进行了规定，《网数条例》在征求意见稿的基础上针对监督检查措施进行了进一步优化。在网络数据安全监督检查中，主管部门不仅可以要求相关人员进行说明，同时还可以查阅复制相关文件和记录，以及检查网络安全措施运行情况 and 网络数据处理活动有关的设备、物品等。从前述规定可以看出，主管部门在监督检查中可以采取的措施范围较大，这就要求相关企业应进一步提高数据合规意识，提升数据合规能力，以更好地应对主管部门的监督检查。

《网数条例》进一步强调了有关主管部门在网络数据安全监督检查获取的信息只能用于维护网络数据安全的需要，不得访问、收集与网络安全无关的业务信息。该规定对相关企业在应对主管部门的监管检查过程中的不规范执法行为提供了重要的法律依据，据此切实保护企业的合法权益。此外，《网数条例》在征求意见稿的基础上，新增了有关主管部门及其工作人员对在履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密的保密义务。

同时，《网数条例》亦为相关企业应对主

管部门的监督检查进行了一定程度的“松绑减负”。法案不仅要求有关主管部门在开展网络安全监督检查时，应当加强协同配合、信息沟通，合理确定检查频次和检查方式，避免不必要的检查和交叉重复检查，并指出重要数据风险评估和网络安全等级测评的内容重合的，相关结果可以互相采信。

（五）首次提出网信部门有权对境外组织、个人的网络数据处理活动进行监管

《网数条例》第五十四条提出，国家网信部门会同有关主管部门可以依法对境外的组织、个人从事的相关网络数据处理活动采取相应的必要措施，这是首次在法律法规层面明确提出网信部门针对境外组织、个人的监管职责。

此前《数据安全法》和《个人信息保护

法》仅在法律层面明确了针对相关境外数据活动的法律适用。《网数条例》提出针对境外组织、个人的监管，进一步厘清了《数据安全法》和《个人信息保护法》的适用范围。

（六）进一步细化法律责任

在法律责任方面，《网数条例》在《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》的基础上，进一步针对网络数据领域的具体违规行为的罚则进行了细化，明确了相关网络数据处理者的法律责任。同时，《网数条例》加强了与《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》在罚则规定的关联，对于《网数条例》中未规定的罚则，监管部门仍将依据上位法对相关违规企业进行处罚。《网数条例》设置的罚则具体梳理如下：

违规行为	一般违规	拒不改正或者情节严重的
未履行向其他网络数据处理者提供、委托处理个人信息和重要数据的合规要求。	责令改正，给予警告，没收违法所得	处100万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处1万元以上10万元以下罚款
为国家机关、关键信息基础设施运营者提供服务，或者参与其他公共基础设施、公共服务系统建设、运行、维护的，未履行数据安全保护义务。		
为国家机关提供服务的信息系统未履行数据安全保护义务。		
自动化工具访问、收集网络数据，非法侵入他人网络，干扰网络服务正常运行。		

违规行为	一般违规	拒不改正或者情节严重的
提供生成式人工智能服务的网络数据处理者未采取有效措施防范和处置网络数据安全风险。		
未建立便捷的网络安全投诉、举报渠道。		
未按照国家有关规定进行国家安全审查。	责令改正，给予警告，可以并处10万元以上100万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处1万元以上10万元以下罚款	处100万元以上1000万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处10万元以上100万元以下罚款。
未按照国家有关规定识别、申报重要数据，未履行网络安全保护责任。	责令改正，给予警告，可以并处5万元以上50万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处1万元以上10万元以下罚款	拒不改正或者造成大量数据泄露等严重后果的，处50万元以上200万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处5万元以上20万元以下罚款。
网络安全负责人不具备网络安全专业知识和相关管理工作经历； 掌握有关主管部门规定的特定种类、规模的重要数据的网络数据处理者，未对网络安全负责人和关键岗位的人员进行安全背景审查。		
重要数据的处理者提供、委托处理、共同处理重要数据前，未进行风险评估。		
重要数据的处理者因合并、分立、解散、破产等可能影响重要数据安全的，未采取措施保障网络安全，并向省级以上有关主管部门报告重要数据处置方案、接收方的名称或者姓名和联系方式等。		

虽然《网数条例》针对大型网络平台规定了诸多特殊义务，却并未为其设置单独的罚则。然而，我们认为，一旦大型网络平台出现违规行为，例如违规处理个人信息，若按照《个人信息保护法》中以营业额为基准确定罚款，极有可能直接突破《网数条例》所设定的

最高罚款额度。

（七）引入首违不罚、轻微不罚的行政处罚原则

“首违不罚”“轻微不罚”是《行政处罚法》针对行政处罚重要的处罚原则。《网数条例》

第五十九条引入了“首违不罚”“轻微不罚”原则，明确网络数据处理者存在主动消除或者减轻违法行为危害后果、违法行为轻微并及时改正且没有造成危害后果或者初次违法且危害后果轻微并及时改正等情形的，可以依法从轻、减轻或者不予行政处罚。这是数据立法领域首次明确前述原则，体现了《网数条例》与《行政处罚法》的有效衔接，也体现了监管部门包容审慎的监管态度。

实践中，“首违不罚”和“轻微不罚”主要以清单式方式明确具体情形，数据监管领域对于前述原则的落地仍有待观望监管实践。对于网络数据处理者而言，我们建议对于“首违不罚”和“轻微不罚”原则仍应保持谨慎态度，并主动做好主动合规动作。如确实存在违规行为可以从轻、减轻或者不予行政处罚的情形，亦可以积极行使权力，争取不罚。

第六部分\ 结语

在互联网和人工智能时代，网络数据覆盖了经济生活中的方方面面。故《网数条例》对于各类组织、企业而言，将成为在数字经济领域继“三法一条例”之后的重要合规依据。颁布后的《网数条例》也体现了国家和监管部门在

如今的经济环境下，主动为企业减负，增强数据要素市场，建立高效、便利数据流通机制的决心。

《网数条例》将在明年正式实施，我们建议有关企业应当在这段“过渡期”内，积极识别自身合规义务，主动评估自身的合规工作。特别是数据合规领域，对于流程性文件的全面性和准确性要求较高，合规工作并非“一蹴而就”，企业需要长时间的专业储备和高效准备。为应对未来趋严趋细的监管落地，各类数据处理者应以“防患于未然，绸缪于未雨”作为工作准则，建立良好的数据合规文化，应对全球范围的数据监管浪潮。 ☒

扫描二维码可查看《网络数据安全条例》对比表



蔡鹏
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5087 2786
caipeng@zhonglun.com

综合解读延迟退休政策 对个人及企业的影响

作者：严静安 周易



2024年9月13日下午，全国人民代表大会常务委员会正式通过并发布《关于实施渐进式延迟法定退休年龄的决定》（“《决定》”），并将于2025年1月1日起开始实施。虽然有关“延迟退休”的风声从十数年前就开始了，但从今年7月第二十届三中全会更新确定了延迟退休的原则之后迅速落地，体现了政策层的决心和政策的迫切性。

国务院《关于渐进式延迟法定退休年龄的办法》（“《办法》”）随决定一同发布，办法虽然只有九条，但信息量很大。本文旨在通过分析决定与办法内容，结合补充必要背景知识，解读决定及办法出台后我国的退休制度。

第一部分\

简析我国原退休制度与延迟退休的背景

我们平常所说的退休一般指结束职业生涯不再工作（完全取决于个人决定），法律意义上退休的主要含义为“达成领取养老保险待遇的要求，开始逐月领取养老保险待遇”，具体来说包括两个核心要求：一是达到法定退休年龄（年龄要求，即延迟退休的具体对象），二是满足养老保险的最低缴费年限（原为15年）。

此前执行的法定退休年龄，早在上世纪五十年代就基本已经确立，分别为男性六十周岁，女性则据其工作性质区分为五十五周岁和五十周岁。至决定出台前，尽管退休本身的含

义，包括如何界定女职工五十五周岁或五十周岁退休的标准发生了一定变化，但上述三类法定退休年龄的标准并无任何改变。

结合上述，便可以清晰理解延迟退休制度势在必行的背景，合理性方面，人均预期寿命增长，法定退休年龄随之适当延后，也有助于应对人口老龄化背后潜在的劳动力不足问题，从更直接的角度看，则可以缓解目前养老保险基金的潜在收支缺口。

第二部分\

《决定》实施后的退休年龄

首先，《办法》仍沿用我国原有法定退休年龄三分的框架，即全体男性适用于同一类法

定退休年龄，女性根据其工作划分两类退休年龄。

其次，调整采用“渐进式”原则，非“一步到位”而是逐步调整，即自2025年1月1日起，用十五年时间将退休年龄逐步延迟到目标退休年龄。从便于理解的角度，在渐进式调整过程中，法定退休年龄与出生日期挂钩，出生日期越晚，则法定退休年龄也越晚，直至达到计划的法定退休年龄。

至于如何界定区分女职工的两类法定退休年龄，《办法》中并未提及，一定程度上也是因为各地针对该问题的理解存在差异。我们采用相对主流的界定方式（后同），将办法内容总结如下：

1. 男性职工：1965年1月前出生的不受影响，仍适用六十周岁的法定退休年龄，此后出生越晚，法定退休年龄越高，在1976年9月及以后出生的职工，均适用六十三周岁的法定退休年龄；

2. 从事管理技术岗位工作的女性职工（原适用五十五周岁的法定退休年龄）：1970年1月前出生的不受影响，仍适用五十五周岁的法定退休年龄，此后出生越晚，法定退休年龄越高，在1981年9月及以后出生的职工，均适用五十八周岁的法定退休年龄；

3. 从事非管理技术岗位工作的女性职工

（原适用五十周岁的法定退休年龄）：1975年1月前出生的不受影响，仍适用五十周岁的法定退休年龄，此后出生越晚，法定退休年龄越高，在1984年11月及以后出生的职工，均适用五十五周岁的法定退休年龄。

除法定退休年龄的延后，办法的另一核心改动在于渐进式增加养老保险待遇领取的最低缴费年限限制，从15年逐步延长至20年（从2030年开始，到2039年完成，即职工的实际退休时间如不早于2039年1月1日，届时均须至少缴满20年养老保险方能申领养老保险待遇），其提升幅度不小。

结合上述两点，可以清晰地看到，国家对申领养老保险待遇的两个核心要求都做了更新：至2040年，申领养老保险待遇（办理法定意义上的退休）原则上需同时满足：1) 达到延迟后的法定退休年龄，且2) 满足至少20年的养老保险最低缴费年限。

第三部分\

《决定》实施后是否要选择提前退休？其影响如何？

今年7月的三中全会首次提出了延迟退休的“自愿弹性”原则，也体现在了正式公布实施的《办法》与《决定》之中，具体表现为职工

本人对提前或延迟退休的选择。

在《决定》公布之前，我国的提前退休制度是相对严格的，一般均需以职工存在特定情形为前提，如工伤导致的退休退职、因病（或非因公负伤）丧劳而导致的病退、从事特殊工种（如井下、高空、高温等）的法定退休年龄提前等。而在《决定》公布后，职工均有权选择在法定退休年龄前退休，但仍受限于以下三点：

- 1.达到养老保险最低缴费年限要求；
- 2.提前时间最长为3年；
- 3.提前后，退休年龄不得低于《决定》实施前法定退休年龄。

显然，赋予提前退休的选择是目前《决定》与《办法》中“柔性”和“弹性”的最直观体现。对于全体男性职工，从事管理技术岗位的女性职工，即便其法定退休年龄均延长3年，通过自愿选择提前退休，最早仍可分别在六十周岁、五十五周岁退休，与原法定退休年龄无异；但对于从事非管理技术岗位的女性职工，如其法定退休年龄延迟至五十五周岁，则选择提前退休，最早可在五十二周岁退休。

但需要注意，“自愿弹性”选择仅适用于是否提前退休，而并不适用办法中的另一核心改动，即最低缴费年限的变化，即无论职工如何选择退休年龄，都必须满足当时适用的最低缴

费年限（2039年及以后为20年）。而事实上满足这一要求的难度并不小，尤其是对于农村务工人员、灵活就业人群等群体。

另外，选择退休年龄势必也会影响最终能领取到的养老保险待遇，《办法》中除了重申常见的“长缴多得”“多缴多得”原则外，还额外强调了“晚退多得”的原则，提示职工在选择退休年龄时，需要考量这一选择对享受养老保险待遇的影响。从《办法》本身的规定来看，上述原则仍在现行的养老保险待遇计发规则框架之下。具体来说，**每月养老保险待遇一般由两部分构成：1) 基础养老金部分，由缴费年限和实际缴费挂钩；2) 个人账户养老金部分，由退休年龄和个人账户的缴纳总额决定。**

就退休年龄将对养老保险待遇的具体影响，我们试举一例说明：退休年龄主要决定养老保险待遇中个人账户养老金部分每月发放的数额，这一数字的计算公式为**个人账户累计储存额（含利息）÷计发月数**。“个人账户累积储存额”实际上是职工参加养老保险期间每月缴纳的金额加总（附加利息），而“计发月数”则就完全取决于退休年龄，由国家规定，办理退休时的实际年龄对应一个特定的计发月数（不区分男女），越晚退休，计发月数就越小，则每月可领取的待遇就越高。需要注意的是，这里的计发月数仅是一个规定的计算标准，并不影

响实际职工领取的月数（一般情况下养老保险待遇能一直领取，直至职工去世）。

按现行的计发规则，我们假设一名男性职工的个人账户金额为30万元，如其选择60岁提前退休，对应国家规定的计发月数为139，其每月可领取个人账户养老金部分（不含基础养老金部分）约为2158元，而如果其选择63岁退休，对应国家规定的计发月数为117，其每月可领取的个人账户养老金部分将提升至2564元，提升幅度是较为明显的。另外需注意，养老保险待遇中的另一主要部分基础养老金，按现行计算规则，只和历年缴费基数和缴费年限相关，与实际退休年龄并无直接关系。

当然，延迟退休决定实施后，也无法排除现有计算规则、标准改变的可能性，也有待进一步关注。

第四部分\

《决定》实施后提前退休、延迟退休对企业用工的影响

除了上文提到的提前退休，办法还允许在延迟后的退休年龄基础上再进一步延迟退休的选项，但要求同时满足：1) 所在单位与职工协商一致；2) 最长不得超过3年；3) 如国家另有规定的，从其规定（我们理解主要是针对一

些特定情况的规定，比如就教授、研究员以及相当于这一级别的高级专家可延长至七十周岁退休的现有规定）。

由此可以总结办法实施后职工对退休选择的三种情况：

1. 职工决定提前退休，最多提前3年且提前后的退休年龄不会低于原法定标准；
2. 职工决定按《办法》实施后的法定退休年龄退休（“新法定退休年龄”）；
3. 用人单位与职工协商一致，决定进一步延迟退休年龄，最长可在新法定退休年龄后再延长3年。

需要注意的是，对于上述情况1和2，最终的决定权完全掌握在员工手中，因而无法排除企业意愿与员工决定存在冲突的可能。

一种可能性是企业希望员工按新法定退休年龄退休，而员工希望提前退休。这一情形其实和企业希望返聘退休人员类似，核心在于企业希望员工“继续提供服务”，其关键在于提供令员工满意的待遇，激励其接受留任安排。员工如能够接受的，即便其办理了提前退休，也可以通过退休返聘的方式继续为企业提供服务。

另一种可能性是员工希望按新法定退休年龄退休，而企业希望员工提前退休。这一情形约等同于企业拟提前解除员工劳动合同，在缺

乏其他法律依据（如员工严重违纪等）的情况下，需要通过与企业沟通谈判达成一致。

不难看出，在《决定》实施后，用人单位已经丧失在原法定退休年龄自主决定终止员工劳动合同的权利。而除非员工同意提前退休，用人单位有义务承担因员工法定退休年龄延迟而带来的人工成本增长。可以预见的，对企业而言，聘用和解雇高龄劳动者的成本均会有增加。面对新实施的退休制度，用人单位需做更多准备，一方面是要重新梳理员工的新退休区间，尤其是对于距法定退休年龄不满五年的员工，需要特别考虑该群体选择退休年龄对现有组织架构的影响；另一方面，对于上述临近退休区间的员工，可考虑提前征询了解他们的意向，以便早做准备，确保妥善处置劳动关系、平稳安排工作衔接。

基于我们对于《办法》的理解，用人单位可选的一种安排是说服已经符合条件的员工提前办理退休，开始领取养老保险待遇，作为对价，企业同意以返聘方式继续给员工提供工作机会。这种模式下，用人单位可以一定程度减少社会保险、住房公积金等支出，同时由于员工已经开始领取养老保险待遇，则原来的劳动关系转为民事法律关系，企业可获得更多灵活安排的空间。当然，上述安排均基于“说服员工”的前提之下，企业可以考虑提供适当激励。

第五部分\

《决定》与《办法》的影响和趋势

对比此前的“男女统一65周岁退休”的风声，目前《决定》与《办法》中延迟退休的框架和调整幅度都更显柔和，尤其是赋予职工自愿弹性提前退休的选择，充分体现了这一决定是在考虑社会接受度和潜在影响后的举措。

我们也清楚地意识到，延迟退休决定势必会对劳动力、就业形式乃至社会民生产生深远影响，包括延迟就业给就业市场带来的供给端变化、高龄劳动者增加可能形成的“挤出效应”，但这些讨论已超出本文所涉范畴，且国家政策也已有所考量，例如“健全终身职业技能培训制度”，“强化大龄劳动者就业岗位开发，完善困难人员就业援助制度”等。我们回到《决定》与《办法》的条文中，摘要部分更为直接和具体的影响与趋势：

第一，《决定》与《办法》中的措施将有助于缓解养老保险基金收支的缺口。一方面，在自愿弹性的规则之下，可以预期的是仍会有相当一部分有稳定工作的职工有意愿接受延迟后的退休安排，也就意味着更长年限的养老保险缴纳及更晚的领取待遇时间。另一方面，最低缴费年限从15年提升至20年的变化将明显提高养老保险待遇的申领门槛，且这一要求并无

弹性选择空间，预计可直接增加养老保险基金的收入，提高国家保障民生的财政能力。

第二，达到法定退休年龄的劳动者，也可能享有部分劳动法下的权益保障。办法明确要保护该群体“获得劳动报酬、休息休假、劳动安全卫生、工伤保障等基本权益”。这一背景来源于劳动法实务中的一个疑难问题，即劳动者达到法定退休年龄，但尚未领取养老保险待遇（未办理退休），其与用人单位之间的法律关系该界定为劳动关系还是民事法律关系？进一步的，其是否应该可获得劳动法下的权益保障？各地对此观点不一，其中一种观点认为构成一种“特殊劳动关系”，即有选择性地给予这一群体部分劳动法下的权益保障。可以看到《办法》中的规定实际上很接近“特殊劳动关系”观点的体现，也与最高院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）（征求意见稿）》第六条的精神类似。需要注意的是，办法中并未区分“是否领取养老保险待遇”，这是否意味着在后续退休返聘的实务中，即便企业聘用的是已经办理了退休、依法享有养老保险待遇的劳动者，如其达到法定退休年龄，企业也要提供部分劳动法下的权益保障，比如认定工伤的可能及相关待遇？鉴于目前《办法》表述较为宽泛和原则，具体实操中如何理解和落实，也有待后续细则明确。

第三，灵活就业人员、新就业形态人员的劳动权益保障和社会保障被进一步提上日程。

目前这部分群体的权益保障制度尚不完善，尤其是针对灵活就业人员、新就业形态人员的社会保险制度（包括养老保险制度）与该群体的匹配度较低，尽管对是否参保不做强制规定，但缴费模式上要求该群体承担较高的缴费比例，导致了实操中该群体的低参保意愿和低参保率。而延迟退休、增加最低缴费年限的背景，无疑会进一步降低该群体的参保意愿。随着灵活就业人员的群体的不断扩大，一方面相关群体的养老将缺乏保障，另一方面也不利于平衡养老保险基金的收支。我们预计，对于灵活就业人员如何参与养老保险及获得养老保险，后续政策也会作出必要调整。

第四，国家完善带薪年休假制度。这一点来源于《办法》中的明确表述，该表述看来与延迟退休主旨之间的关联性相对较小。除了潜在的提升社会接受度的考量，我们认为这也充分体现了后续趋势。近两年，完善并严格执行劳动者休息休假制度（尤其是年休假制度）的趋势也是有迹可循的，如新《公司法》在第十七条签订集体合同事项中明确增加了“休息休假”；再如最高院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（二）（征求意见稿）》第五条中提出未休年假补偿适用劳动报酬特殊时效

的观点（即劳动者可于在职期间及离职后一年内主张对其历年未休年假进行补偿），而这一观点在近两年也逐渐被上海地区的仲裁实践所认可。

第五，退休相关争议将增多。《办法》和《决定》出台前，退休相关争议主要集中在女职工退休年龄的界定上（五十周岁还是五十五周岁），且多数为女职工希望五十五岁退休，而用人单位认定其退休年龄为五十岁并据此终止劳动关系，由此引发的终止是否合法的争议。在延迟退休政策出台后，目前仍缺乏对女职工退休年龄的明确界定标准（五十五周岁还是五十八周岁）；同时，用人单位面临更高的用人成本，而员工可选择提前退休又在实操中创造了一定的灵活协商与操作空间，以及潜在的“模糊地带”。可以预见，未来将产生更多有关退休终止劳动合同的争议。

无论延迟退休决定将带来何种影响，都将直接改变原有的退休制度。作为普通劳动者，可能需要重新思考职业生涯与养老保障，而作为用人单位，也需要结合这一背景考虑规划用人成本与用工模式。同时如决定所述，后续就落实延迟退休制度，国务院可进一步对《办法》进行补充和细化，我们也将持续关注。☞



严静安
合伙人
公司业务部
上海办公室
+86 21 6061 3187
yanjingan@zhonglun.com

操纵证券市场认定的争议问题

作者：张保生 朱进姝 肖强



近年来，中国证券监管机构对操纵证券市场行为始终保持高压执法态势。仅在2023年，证券监管机构就查办操纵市场案件63起，作出操纵市场行政处罚23起。从案件类型看，除传统的坐庄型操纵市场外，证券监管机构从严重点打击内外勾结操纵股价行为，查办了9起上市公司实际控制人、高管与游资内外勾结共同操纵市场的案件。但根据我们的观察与研究，在操纵证券市场的行政执法与司法实践中，关于操纵市场违法和犯罪行为的认定标准、共同操纵市场的认定、共同操纵违法行为人的责任划分等问题，均存在着一定的分歧和争议。

基于此，笔者结合多年来办理相关操纵证券市场案件的经验和问题研究，就实践中操纵市场认定的若干争议问题进行分析、探讨，以期进一步明晰操纵市场行为的法律边界和责任认定，为操纵市场认定的行政执法和司法的进一步完善建言献策，为证券市场参与者提供明确的预期与建议。

第一部分\

关于操纵证券市场的客观认定标准

实践中，对于操纵证券市场行为的认定，通常首先考察其是否满足一定的客观标准。操纵市场的客观要件包括行为要件和结果要件，行为要件是指利用资金、持股和信息优势连续交易、对倒和对敲、虚假申报等不正当操纵手段，结果要件是指操纵行为影响了证券交易价格或者证券交易量。

《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》规定了操纵证券市场罪的

立案追诉标准，《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》规定了操纵证券市场罪“情节严重”和“情节特别严重”的具体情形，较为明确、合理地量化了操纵证券市场罪的客观要件认定标准。

但是，《证券法》等相关法律法规暂未就证券市场操纵行为中相应关键要素的行政认定标准做出清晰明确的规定，合法的交易行为与违法的操纵行为之间的法律界限并不明晰，证券市场操纵行为的认定的宽严程度、最终结果也很容易受到证券监管政策前后变化、执法人员认知差异等多种因素的影响。基于对涉及操

纵证券市场行政处罚案例的研究，我们理解，中国证券监管机构内部可能已经形成或制定了对操纵证券市场违法行为进行认定和处罚的识别标准，但遗憾的是，这种或有的标准并未向社会公开，并且在同类型的不同证券市场操纵案件中，证券监管机构所采用的考察指标似乎也存在一定差异。

客观上，任何交易行为都会在不同程度上影响证券交易价格和/或证券交易量，交易行为本身往往并不足以反映出相关行为合法与违法的边界，更无法反映操纵市场行为所要求的干扰证券市场正常供求关系这一本质特征。因此，笔者建议证券监管机构尽快制订或公布操纵市场行政违法的认定标准，以提升监管执法的透明度，给予证券市场参与者明确的预期，避免不当打击证券市场交易的活跃度。

第二部分\

关于操纵证券市场的主观认定标准

尽管新《证券法》第五十五条未明确使用操纵证券市场的“故意”或“目的”等措辞，但该条采取不完全列举方式，旨在禁止任何人采用所列手段操纵证券市场，而并不是对单纯操纵手段的禁止。从该条文字面意义理解，对不以操纵市场为目的而与该条款所列操纵手段吻合

的行为，应不属该条款禁止之列。也就是说，操纵市场行为的边界，核心在于行为人是否具有操纵故意——通过操纵行为制造交易活跃的假象以诱使投资者进行跟风交易的欺诈意图。

自新《证券法》颁布实施以来，对于操纵市场行为认定，要求行为人具有操纵市场的故意已经成为理论界与实务界的普遍共识。不过，对于行为人是否具备操纵故意的认定，由于行政处罚是对该行为的事后评价，通常难以完全真实地再现行为人行为发生时的内心真意，因此，对行为人主观意图的考察，主要是通过对其客观行为的判断来实现的。

中国证监会行政处罚委员会编写的《证券期货行政处罚案例解析（第一辑）》曾指出，在没有其他直接证据证明行为人具有欺诈故意的情况下，应当首先判断行为人是否实施了法律所禁止的操纵行为或者其他异常行为，在行为人的行为在客观上满足前述行为特征后，再进一步判断行为人的行为本身是否具有经济上的合理性以及行为人能否证明自己的行为不具有欺诈故意。¹

从上述执法逻辑可以看出，在认定行为人是否具备操纵市场的主观故意时，执法机关通

¹ 参见中国证券监督管理委员会行政处罚委员会编：《证券期货行政处罚案例解析（第一辑）》，法律出版社2017年版，第177页。

常采取基于行为人的客观行为推定行为人是否具备操纵市场主观故意的思路，在行为人的行为具备某些操纵市场外观表象的情况下，行为人需举证证明或合理说明自己不具有操纵故意，以推翻这种推定。然而，不同于对内幕交易的推定有着较为清晰的规则，对操纵市场违法的推定规则尚付阙如。此外，从既有的操纵市场行政处罚实践来看，行政处罚决定中往往缺乏对行为人主观故意的甄别和具体分析，行为人在很多案件中抗辩自己不具有操纵的故意，但该等抗辩通常不被证券监管机构所采信，多数行政处罚决定对该等抗辩甚至不予评价和反驳。在操纵市场应具有欺诈本质已经为理论和执法实践普遍认可的情况下，该等欺诈本质的证明标准和证明路径，仍有待规范的进一步明确，或在执法实践和行政处罚决定的说理中得到丰富和发展。

笔者建议，在一般情形下应当由证券监管机构以直接证据证明行为人具有操纵市场的主观故意，对于以间接证据认定或推定行为人具有操纵市场故意的情况，建议证券监管机构应当及时归纳、总结通过客观行为推定主观故意的典型情形并适时规则化，在适用时应严格采用明显优势证据的证明标准，并进一步加强在行政处罚文书中对于当事人所抗辩的不具备主观故意的分析、说理和反驳，以精准打击操纵

市场行为，给予行为人明确预期，推进资本市场法治化。

第三部分\

关于共同操纵中的共同故意的认定

在操纵市场的执法实践中，对于共同操纵市场的认定既是一个普遍问题，更是一个难题。认定共同操纵，既要证明相关行为主体具有共同操纵的故意，也要证明相关行为主体实施了共同操纵的行为。为了认定某一行为主体知悉并参与了共同操纵，执法机构应当证明其对操纵行为整体性质、手段、目的存在共同违法之认知，但是不要求其知悉违法行为的全貌或者参与违法行为的全部环节。

我们理解，对于某一行为主体是否具有参与共同操纵的故意，执法机构可以通过当事人陈述、证人证言或者相关书证予以直接证明。如果没有直接证据证明某一行为主体具备共同操纵的故意，而是通过其实施的违法、异常行为进行推定，则执法机关应对该行为主体行为的违法性和异常性负有较高的举证义务，即该等行为的违法和异常表现仅能解释为行为人具有操纵市场的共同故意一种可能，而不存在其他可能。

第一，在没有充分证据证明某一行为主体

知道或者应当知道其他行为主体在实施操纵市场的情况下，不应仅依据其实施了“外在表现与普通交易行为无异”的行为，例如居间、交易、资金往来等行为，就推定其与其他主体之间存在共同实施违法行为的意思联络或者其他形式的共同违法的主观故意。

第二，在没有充分证据证明某一行为主体与其他主体合谋操纵市场的情况下，对该行为人的貌似异常、貌似违法的行为，应当允许行为人对其行为的合法性、合理性做出合理解释。在行为人对其行为做出一定合理解释的情况下，执法机关负有排除其合理解释的可能性的义务。执法机关不能以行为人不能举出充分证据证明其所做的合理解释为由，就对行为人的解释不予采信，从而认定行为人具备操纵市场的故意，否则，有悖于行政处罚法规定的基本的举证责任规则。

第三，对于共同故意范围的认定亦应有边界。即便不同行为主体之间存在过操纵市场的意思联络，但是，如果这种意思联络因为某种主客观因素而中断结束，对于此后某一行为主体再行实施的操纵行为，不应再由其他行为主体承担责任。即便不同行为主体之间存在过操纵市场的意思联络，但是如果某一行为主体在其他行为主体不知情的情况下实施了远远超出双方共同认知的操纵行为，对于不知情的行为

主体的责任承担范围，也不应超出共同认知所涵盖的操纵行为。

第四部分\

关于共同操纵中的违法所得认定和 行为人责任划分

《行政处罚法》第五条明确规定，行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当，即遵循“罚责相当”的基本原则。在具体适用时，执法机关应严格遵循法定标准，根据当事人的主观恶性、违法情节、违法后果等因素，给予相应的处罚。

在共同实施违法行为的情况下，我国行政处罚实践通常遵循“一事各罚”原则，而不是“一事共罚”原则。但在实践中，如何进行“一事各



罚”的标准并不明确。在部分案件中，证券监管机构先确定案涉操纵行为的全部违法所得，再确定罚款倍数，最后在各共同违法主体之间确定承担责任的比例。但这种违法所得的认定方式可能有违“罚责相当”和“一事各罚”原则：一方面，在认定违法所得时未查明和认定各违法主体的具体行为和责任边界，导致未参与、不知情的行为主体可能对其他主体行为超限部分承担责任；另一方面，在认定罚款金额时未考虑各主体的违法情节，即便在最终的责任承担比例上进行考虑和调整，仍会导致参与程度低、主观过错小、违法情节轻微的主体适用了与“首恶”相同的罚款倍数。

笔者认为，在共同操纵市场的情况下，若根据相关证据能够计算各个违法主体的违法所得数额，应当按照各自违法所得数额分别没收并罚款。如果根据相关证据无法计算各个违法主体的违法所得数额，应当根据各个违法主体的出资、分工、在操纵中所起到的作用等案件具体事实和情节综合考虑没收违法所得比例分配问题，在确定各个当事人应当没收的违法所得基础上，再进一步确定每个行为人的罚款金额。此外，还应考虑前述共同故意的范围边界，对于其他行为主体实施的远超出双方共同认知的操纵行为，不知情的行为主体不应对超出共同认知范围的操纵行为承担责任。

第五部分\

关于市值管理与操纵市场的界限

过去的几年，证券监管机构查处了一大批以市值管理为名行操纵市场之实的违法行为。但是，不能因为客观上存在以市值管理为名行操纵市场之实的乱象，就简单地把行为人签署市值管理协议的行为一概认定为行为人具有操纵市场的故意。

2024年9月24日，中国证监会发布《上市公司监管指引第10号——市值管理（征求意见稿）》（下称“《指引》”），向社会公开征求意见。《指引》明确正当合法的市值管理行为是指上市公司以提高上市公司质量为基础，为提升投资者回报能力和水平而实施的战略管理行为。而以市值管理之名实施的操纵市场行为，本质上是一种证券欺诈行为，严重损害投资者合法权益，严重扰乱证券市场秩序。显然，不能将市值管理行为与操纵市场行为简单地画等号，也不能仅仅因为行为人签署了市值管理协议就认定行为人具备操纵市场的故意。

对于签署了市值管理协议的其中一方主体确认存在操纵市场的客观行为的，另外一方主体是否存在操纵市场的行为和故意，依然要基于法定标准予以甄别和认定，而不能因为双方签署市值管理协议的行为就简单化处理笼统认

定各行为主体均构成操纵市场。依法精准识别操纵市场行为，客观公平认定操纵行为人责任，对于保护投资者权益、提升执法透明度、维护市场平稳运行、促进资本市场高质量发展具有重要意义。

第六部分\

关于操纵市场中对大宗交易行为的性质认定

相较于二级市场的买卖交易，大宗交易不参与集中竞价，通常为盘后平价或折价交易，不会对该上市公司股票的二级市场成交价格 and 成交量产生直接影响。大宗交易的这种特殊性，决定了大宗交易行为本身难以构成违法的操纵行为。

根据笔者在办理相关案件过程中的观察，在认定大宗交易行为本身构成操纵市场行为的一部分的案件中，行政处罚决定的认定主要有以下几种情形：第一，认定大宗交易构成操纵市场的建仓行为。就此，笔者认为，单纯的大宗交易建仓本身不构成操纵行为，因为这种建仓行为本身不会影响证券价量；第二，认定大宗交易构成操纵市场的出货行为。就此，笔者认为，对于操纵者而言，通过大宗交易转让股票是其获利方式，但对于接盘者而言，需要根

据双方交易安排以及接盘者是否知悉操纵行为的存在，判断其是“帮助”操纵，还是正常投资；第三，认定大宗交易构成操纵市场的锁仓行为。就此，笔者认为，行为人通过大宗交易承接大股东减持的股票，在一定程度上可以“减少流通盘”以达到“降低抛压”的锁仓效果，但对于该等行为性质的认定，应围绕行为人的主观认识审慎把握，避免将正当合法的投资行为错误地认定为违法的“帮助”操纵行为。

由于大宗交易行为本身难以构成操纵行为，如果没有明确证据证明大宗交易具有配合操纵获利的意图，不应仅以操纵市场行为人在建仓或出货阶段存在大宗交易行为，就直接将大宗交易纳入操纵市场违法所得的认定范围，或将大宗交易认定为操纵市场的建仓行为并据此划定操纵市场的行为区间。中国证监会关于操纵市场违法所得有关问题的会议纪要也认为，如果操纵市场行为对大宗交易的影响不明显、较为间接且无法量化，则不应将大宗交易获利视为操纵违法所得。此外，笔者注意到，实践中的大宗交易还存在一些特殊情形，例如被认定为建仓或出货的大宗交易实际是投资者控制的不同账户之间的倒仓行为，由于并未与其他投资者发生实际交易，笔者理解也不应将该等大宗交易买入或卖出的成交价作为计算操纵市场违法所得的基准价格。

第七部分\

关于操纵市场违法与犯罪的区分与衔接

最高人民法院等四部门《关于办理证券期货违法犯罪案件工作若干问题的意见》（下称“《四部门意见》”）在“行政执法与刑事司法的衔接”部分明确规定，证券监管机构发现涉嫌犯罪依法需要追究刑事责任的，应当及时向公安机关移送，公安机关认为有犯罪事实需要追究刑事责任的，应当及时立案。根据公开信息，2024年上半年中国证监会向公安机关移送涉嫌证券期货违法犯罪案件86件。

对于操纵市场行为的行政执法和刑事司法，在规范目的、审理程序、认定标准、证明标准和法律后果等方面存在明显差异，被行政处罚的操纵市场行为并不当然构成操纵证券市场罪。为此，《四部门意见》第16条明确，证券监管机构在行政执法中可以根据明显优势证据标准综合认定违法事实，但公检法机关办理证券犯罪案件应当做到犯罪事实清楚，证据确实、充分。

因此，笔者认为，在刑事司法程序中，对于没有犯罪嫌疑人、被告人供述且缺乏直接证据证明操纵市场事实的案件，办案机关负有依法排除合理怀疑的举证责任。如果办案机关运

用间接证据证明操纵市场事实，构成证明体系的间接证据应当相互衔接、相互支撑、相互印证，证据链条完整、证明结论唯一，要通过审查证据，进一步分析是否存在与指控方向相反的信息，排除其他可能性。对于行为人对其行为做出的合理解释，办案机关应当排除合理怀疑。²²



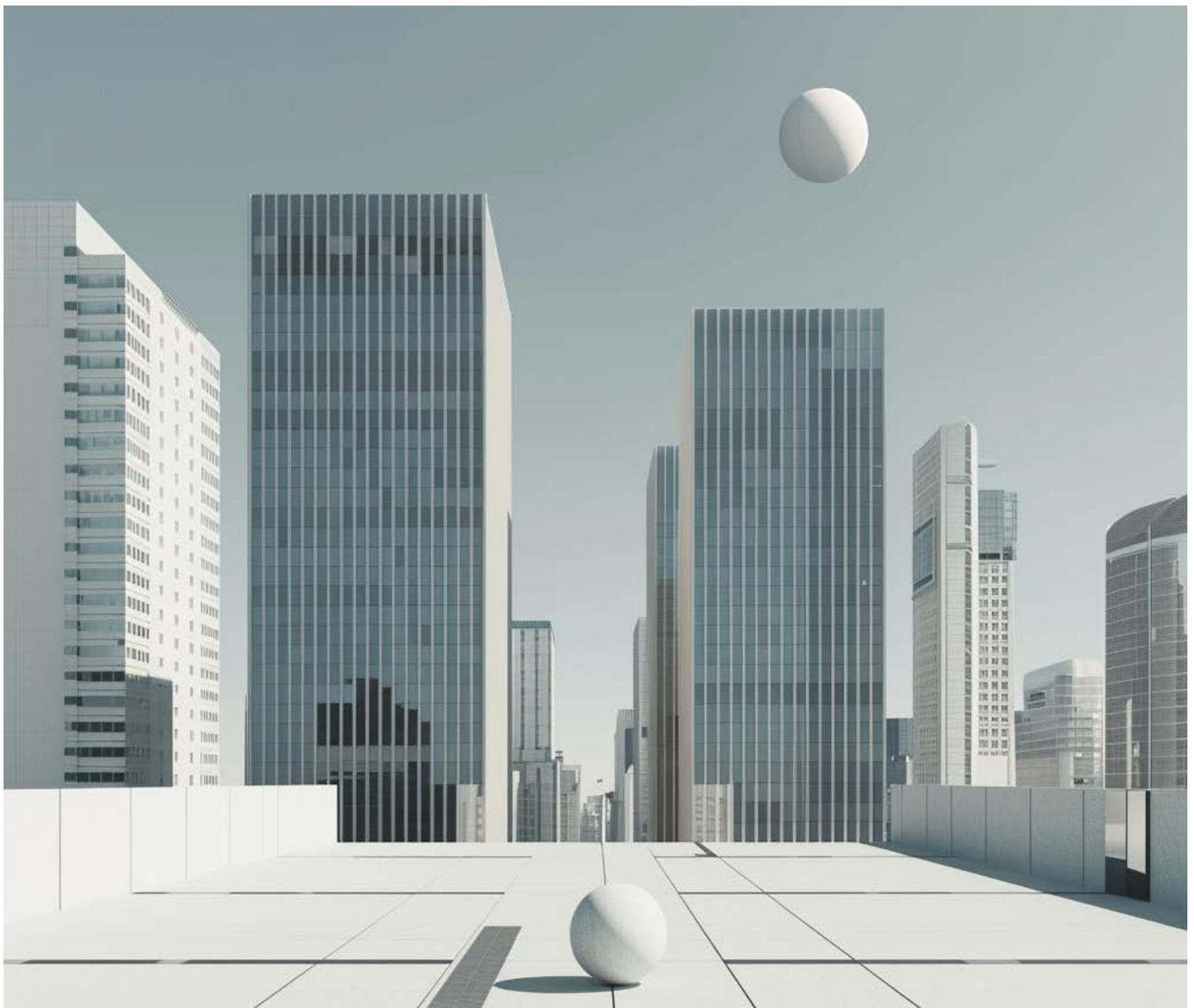
张保生
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5780 8368
zhangbaosheng@zhonglun.com



朱进姝
非权益合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5780 8311
zhujinshu@zhonglun.com

新规解读：《分布式光伏发电开发建设管理办法（征求意见稿）》 的五大关注重点

作者：郝利 王威 叶宇昕



为适应国家能源结构转型新要求，国家能源局于2024年10月9日印发《分布式光伏发电开发建设管理办法（征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”），对分布式光伏发电项目的开发建设提供了更清晰的规范指导，并面向社会公开征求意见。本文旨在结合作者在光伏行业的法律实务经验，对《征求意见稿》中需要重点关注的问题进行介绍和解读。

第一部分\

《征求意见稿》的创新模式

（一）首次明确“非自然人户用”项目类型，并将工商业项目细分为“一般工商业”和“大型工商业”两类

相较于《分布式光伏发电项目管理暂行办法》（国能新能〔2013〕433号），《征求意见稿》第四条基于备案主体、电压等级将分布式光伏项目进行划分，并明确对具体项目类型的总装机容量做出限定，使得分布式光伏项目的分类更为清晰，从而为差异化管理做好铺垫。

具体而言，户用分布式光伏发电项目进一步细分为“自然人户用”和“非自然人户用”，前者系指自然人利用自有住宅投资建设、公共连接点电压等级不超过380伏的分布式光伏项目，而后者系指非自然人利用居民住宅投资建设、公共连接点电压等级不超过10千伏、总装机容量不超过6兆瓦的分布式光伏项目。

同时，工商业分布式光伏项目进一步细分为“一般工商业”和“大型工商业”，前者系指利用党政机关、学校、医院、市政、文化、体育设施等公共机构以及工商业厂房等建筑物及其附属场所建设，公共连接点电压等级为10千伏（20千伏）及以下、总装机容量不超过6兆瓦的分布式光伏项目；后者系指利用建筑物及其附属场所建设，接入电力用户内部电网或与用户开展专线供电（不直接接入公共电网），公共连接点电压等级为35千伏、总装机容量不超过20兆瓦或公共连接点电压等级为110千伏（66千伏）、总装机容量不超过50兆瓦的分布式光伏项目。自此，工商业分布式光伏项目将基于其电压等级而备案为不同的项目类型。换言之，一旦电压等级达到35千伏，则需要适用“大型工商业”的规定，而《征求意见稿》对于“大型工商业”采取了一定的限制性政策，故从投资便利性考虑，后续项目投资中，工商业分布式光伏项目将更多以10千伏（20千伏）为主，且装机

容量不超过6MW。

（二）首次增加“全部自发自用”上网模式

在细分各类分布式光伏发电项目的基础上，《征求意见稿》第五条在以往“全额上网”和“自发自用、余电上网”模式的基础上，首次新增“全部自发自用”的模式，并对不同项目类型限定了其上网模式的范围。在《征求意见稿》背景下，户用分布式光伏项目可选择的上网模式范围最为宽泛，三种上网模式均可适用。相反，工商业分布式光伏项目均不再适用“全额上网”模式，且大型工商业分布式光伏项目仅可选择“全部自发自用”模式。

（三）明确提出分布式光伏项目参与电力市场和绿证交易

针对市场热议的分布式光伏入市问题，此次《征求意见稿》尚未做出详细规定，但第三十六条已明确分布式光伏发电项目按照国家有关规定参与电力市场，可以通过独立方式，或是通过微电网、源网荷储一体化、虚拟电厂聚合等多种形式，公平地参与电能交易及辅助服务等各类电力市场活动。至于相应的配套政策，由各地根据本地分布式光伏发电的发展状况及电力市场建设的进展情况制定。

另外，绿证制度的市场化也在同步推进中。该规定明确建档立卡的分布式光伏发电项目按全部发电量核发绿证，其中上网电量核发可交易绿证，项目投资主体持有绿证后可根据绿证相关管理规定自主参与绿证交易。由此可见，后续绿证的供应结构应区分上网电量和自发自用电量，仅上网电量才能获得可交易的绿证，绿证的市场价值将进一步提高。

第二部分\

《征求意见稿》的限制要求

（一）上网模式与项目类型相绑定，工商业项目无法全额上网

此次《征求意见稿》的最大变化就是细化项目类型，并将其匹配不同的上网模式。尤其值得关注的是“工商业分布式光伏”项目不再适用“全额上网”模式，且“大型工商业”项目仅可选择“全部自发自用”模式，还需通过配置防逆流装置实现发电量全部自发自用。可以预见，《征求意见稿》相关内容一旦正式发布，则对于电压等级35千伏以上的分布式光伏项目而言，其将因必须自带负荷而导致开发难度急剧增加。与此同时，项目的运营和收益无疑也将更为依赖于用电方，故项目自主性随之降低，

不可控风险同步增加。

据此，从《征求意见稿》的规定中能够明显看出，大型光伏项目（尤其是实践中常见的全额上网地面分布式项目）在分布式领域的投资空间将被大幅压缩。在后续阶段，分布式项目将主要以低电压、小容量为主，而大型地面分布式项目大概率会纳入集中式项目管理，从而受制于规模指标、配储等相关要求。

若不考虑法律层面的规定，仅从市场角度而言，前述规定实则也在一定程度上体现了现阶段的消纳困境，其虽然短期内可能对依赖补贴或全额上网模式的项目造成影响，但从适应新能源消纳要求、倒逼分布式光伏配置储能、降低对电网资源挤兑等角度来看，限制工商业分布式项目全额上网，有助于优化电力资源配置，并为分布式光伏的技术创新和可持续发展提供了新的机会和方向。

（二）首次明确“同一用地产权红线”的限制，进一步限制“隔墙售电”和“项目分割”

“同一用地产权红线”的概念在本次《征求意见稿》中多次提及，反映了《征求意见稿》对分布式光伏发电项目的监管限制。

《征求意见稿》第四条明确要求，各类分布式光伏发电项目所在的建筑物及其附属场所应当位于同一用地产权红线范围内。同时，第

十四条特别指出，在同一用地产权红线范围内，分布式光伏项目不得新增与公共电网的连接点，其目的在于防止通过“增加连接点来规避项目规模限制”的行为，即避免实质上属于“大型工商业”的分布式项目，以多点接入的形式拆分建设成“一般工商业”分布式项目的情况。

值得注意的是，《征求意见稿》第五条规定，涉及自发自用的，用电方、发电项目应位于同一用地产权红线范围内（即禁止“隔墙售电”行为），或用电方与发电项目投资方为同一法人主体。由此来看，在红线范围限制的背景下，在特殊情形下仍存在突破空间，即用电方与发电项目投资方为同一法人主体时，则可跨越红线供电，允许“隔墙建设”。该条款在尊重红线监管的基础上，旨在保持分布式项目的灵活部署特征，进一步优化电力资源配置。但是，如何清晰界定“发电项目投资方”将是新规需要关注的问题，不排除会有用电方以少量参股项目公司的方式来实现“隔墙建设”自发自用项目的目的。

（三）上网模式仅允许在规定的模式范围内变更“一次”，可能对现有项目造成不利影响

根据《征求意见稿》第十五条的规定，除大型工商业分布式光伏项目外，其他分布式光伏发电项目的投资主体在面临电力用户负荷变

化或自身经营状况调整时，仅允许上网模式变更一次。在变更时，投资主体需告知备案机关并同步更新备案信息，且应与电网企业重新签署并网协议和购售电合同。

相较于此前《国家发展改革委关于完善陆上风电光伏发电上网标杆电价政策的通知》（发改价格〔2015〕3044号）的规定，《征求意见稿》继续沿用了只能变更一次的要求，但是对于变更的具体形式不再限定，即并非仅能从“自发自用、余电上网”变更为“全额上网”，而是只要在对应项目类型的上网模式范围内，其均可以自行选择变动。

不过，需要重点关注的是，就现有工商业项目而言，不少项目已经出现房屋业主资信不良而拖欠电费的现象，甚至发生资产被拍卖、房屋业主破产等情况，致使项目投资方不得不被迫变更为“全额上网”模式。然而《征求意见稿》仅规定发布后施行，并未对老项目和新项目作出区分。换言之，一旦《征求意见稿》相关内容正式发布，则不论新老项目，任何“自发自用、余电上网”的工商业分布式项目都可能不再允许变更为“全额上网”，将直接导致现有工商业项目投资方与房屋业主强绑定，救济渠道进一步缩减。

第三部分\

《征求意见稿》的优化安排

（一）简化项目开发建设合规文件，明确无需办理“规划手续”

在《征求意见稿》之前，尚无全国层面的规定明确豁免分布式光伏项目的“规划手续”，仅在部分省市层面存在豁免规定，且主要集中于“非营利性的分布式光伏项目”。因此，目前大部分的合规口径仍主要按照“原则上需要办理，例外依据当地规定豁免”执行，而实践中又鲜有分布式光伏项目办理规划手续，导致规定和现实层面出现脱节。

对此，《征求意见稿》第二十条首次明确提出利用既有建筑物及其附属场所的，在符合建设要求的条件下可免除用地预审与规划选址、规划许可、节能评估等手续。同时，对于利用新建建筑物及其附属场所的项目，宜在建筑物规划设计、施工建设等阶段统筹考虑安装需求，一并办理规划许可等手续。

可以预见，若《征求意见稿》相关内容正式发布，则对于简化项目开发建设手续的相关规定，将能够更加贴合分布式光伏项目的实际操作现状，有利于增进项目开发效率，降低项目建设成本。

（二）优化非自然人户用项目的备案模式，明确可以“合并备案”

《征求意见稿》的出台，为非自然人户用项目投资者带来了一定的利好，主要体现在备案模式相关方面。

其一，《征求意见稿》第十二条明确以投资主体作为备案主体的原则，为非自然人户用分布式光伏项目的备案提供了清晰的指导。同时，针对此前已由自然人备案的项目，可不作备案主体变更，但投资主体应主动向备案机关和电网企业告知相关信息，明确承担项目运行维护的主体及相应法律责任。因此，《征求意见稿》直接赋予非自然人进行户用项目备案的权利，在制度层面解决了长期以来户用项目投资主体与备案主体不一致的问题，能够增加电费收益的安全性，有效保护项目投资者的权益。

其二，鉴于非自然人户用项目多为利用农户自建房屋顶进行光伏电站安装，故项目整体呈现出单个屋顶容量较小，且电站数量多而分散的特征，因此《征求意见稿》第十四条明确，对于非自然人户用分布式光伏项目，允许合并备案并分别接入电网。同时，为避免产生不当拆分项目的情况，该条同时明确合并备案需满足以下条件：投资主体相同、备案机关相同、单个项目的建设场所、规模及内容明确；其余情况不得将分布式光伏发电项目合并备案。

第四部分\

《征求意见稿》的保障措​​施

（一）规范项目备案程序，禁止不当限制或阻碍项目备案

在项目准入方面，《征求意见稿》第十条明确规定，分布式光伏开发应尊重建筑产权人意愿，各地不得以特许权经营等方式控制屋顶等分布式光伏开发资源，不得限制各类符合条件的投资主体平等参与分布式光伏发电开发建设。

在项目备案方面，《征求意见稿》第十一条要求分布式光伏发电项目实行备案管理，各地不得设置违反市场公平竞争的相关条件，备案机关应遵循便民、高效原则，依法对项目进行备案，不得擅自增加备案文件要求或超出办理时限，防止变相设定准入障碍。本次规定明确禁止备案机关要求企业必须在当地登记注册或设立分公司，预计将进一步降低投资主体的制度性交易成本。

（二）再次强调保护自然人合法权益，避免户用光伏项目投资人损害农户权益

以人为本作为我国法规政策的立足点之一，在本次《征求意见稿》中同样得到体现。《征求意见稿》通过保护自然人的知情权和选

择权、出台标准合同文本以及提供财政支持等措施，共同构成了对自然人合法利益的全方位保障。

其一，为保护农户合法权益，《征求意见稿》第十条明确要求在利用农户住宅建设分布式光伏发电项目时，必须征得农户的同意，并切实保护农户的合法权益。任何单位和个人不得违背农户的意愿，强制租赁使用农户住宅进行光伏项目建设。这一规定有助于确保农户的知情权和选择权，确保农户在参与分布式光伏发电项目中能够享受到应有的权益和收益，避免受到不公平待遇或遭受损失。

其二，为保护自然人免受不公平合同条款的影响，本次《征求意见稿》第十八条提出了由国家能源局组织制定标准合同文本的举措，通过规范合同内容和条款，减少因合同不明确或不合理而引发的纠纷和风险，为自然人提供更加公平、透明、有保障的协议文本。

其三，在财政支持方面，《征求意见稿》第三十六条明确规定自然人户用分布式光伏免收政府性基金及附加费用、系统备用容量费，降低了自然人参与户用分布式光伏发电项目的经济负担，提高了项目的经济性和可行性。

（三）明确提出建档立卡及信息管理，提升项目管理效率

为规范分布式光伏项目全生命周期管理，本次《征求意见稿》中关于建档立卡及信息管理的规定同样值得我们关注。根据《征求意见稿》第十六条、第三十七条规定，省级能源主管部门需要依托国家可再生能源发电项目信息管理平台，组织开展分布式光伏发电项目的建档立卡工作。这一措施意味着每个分布式光伏发电项目都将在国家层面上有一个完整的档案记录。建档立卡的完成时间被明确为项目建成并网后的一个月内，投资主体和电网企业应及时在国家可再生能源发电项目信息平台和全国新能源电力消纳监测预警平台报送相关信息，填写、更新项目建档立卡内容，以便确保数据的时效性和准确性。

第五部分\

《征求意见稿》的鼓励方向

（一）鼓励各类投资主体参与投资和经营

《征求意见稿》第三条明确指出，鼓励符合法律规定的各类电力用户、投资企业、专业化合同能源服务公司、自然人作为投资主体，依法依规开发建设和经营分布式光伏发电项目，从政策层面表达了鼓励各类投资者积极参

与分布式光伏项目开发的明确态度。由此来看，《征求意见稿》不仅鼓励光伏行业参与主体的多元化，而且通过明确各类主体的参与资格，降低了市场准入的门槛，有助于促进光伏行业良性竞争。

（二）再次提出鼓励BIPV模式

基于对光伏项目的技术性指导，本次《征求意见稿》鼓励采用建筑光伏一体化（BIPV）的建设模式，使得光伏组件与建筑本身在结构上更加稳固，抗风、抗震能力更强，同时在防水、防雷等方面也能更好地满足建筑物的安全要求。

（三）明确支持项目升级改造

分布式光伏发电作为绿色能源项目，对可持续发展具有重要意义，本次修订的第三十九条中，同样释放了鼓励项目升级改造的积极信号。该条款通过鼓励投资者对现有项目进行技术改造、设备回收再利用等措施，进一步提高发电效率和能源利用水平。然而，升级改造可能会涉及到重新备案的问题，这在实践中可能会影响项目原有的补贴资格。建议投资主体在关注既有项目升级改造的同时，注意项目备案相关的要求，充分了解并评估可能的政策变化，提前与当地能源主管部门沟通，明确升级

改造后项目的补贴资格是否会受到影响，以及如何维持或重新获得补贴资格，最大限度减少经济损失风险。

第六部分\

结语

本次《征求意见稿》的发布，旨在规范和促进分布式光伏发电项目的健康发展，响应国家能源转型和碳中和战略。《征求意见稿》在细化项目类型、创新上网模式、优化办理流程、限制建设红线、保护自然人利益、鼓励投资与技术创新、促进市场交易与公平竞争等方面提出了明确要求。希望《征求意见稿》在广泛听取各方意见后尽快完善和出台，相关规定和措施颁布后，不仅有助于推动分布式光伏发电行业的市场化运作，保障项目的合规性和合法性，同时也将为实现能源结构的优化和环境保护目标提供清晰的法规政策支持。 ☒



郝利
合伙人
公司业务部
杭州办公室
+86 571 5692 1386
haoli@zhonglun.com



中伦研究院出品



特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等视听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。