

# NEWSLETTER

 ZHONG LUN  
中倫律師事務所

中 倫 e 簡 報  
深度观察

融资性贸易刑事风险防控  
——基于国有企业及员工的视角

001/

美国《2026财年国防授权法案》  
关键涉华条款解读

010/

证券监管措施的新时代  
——《证券监管措施新规》解析

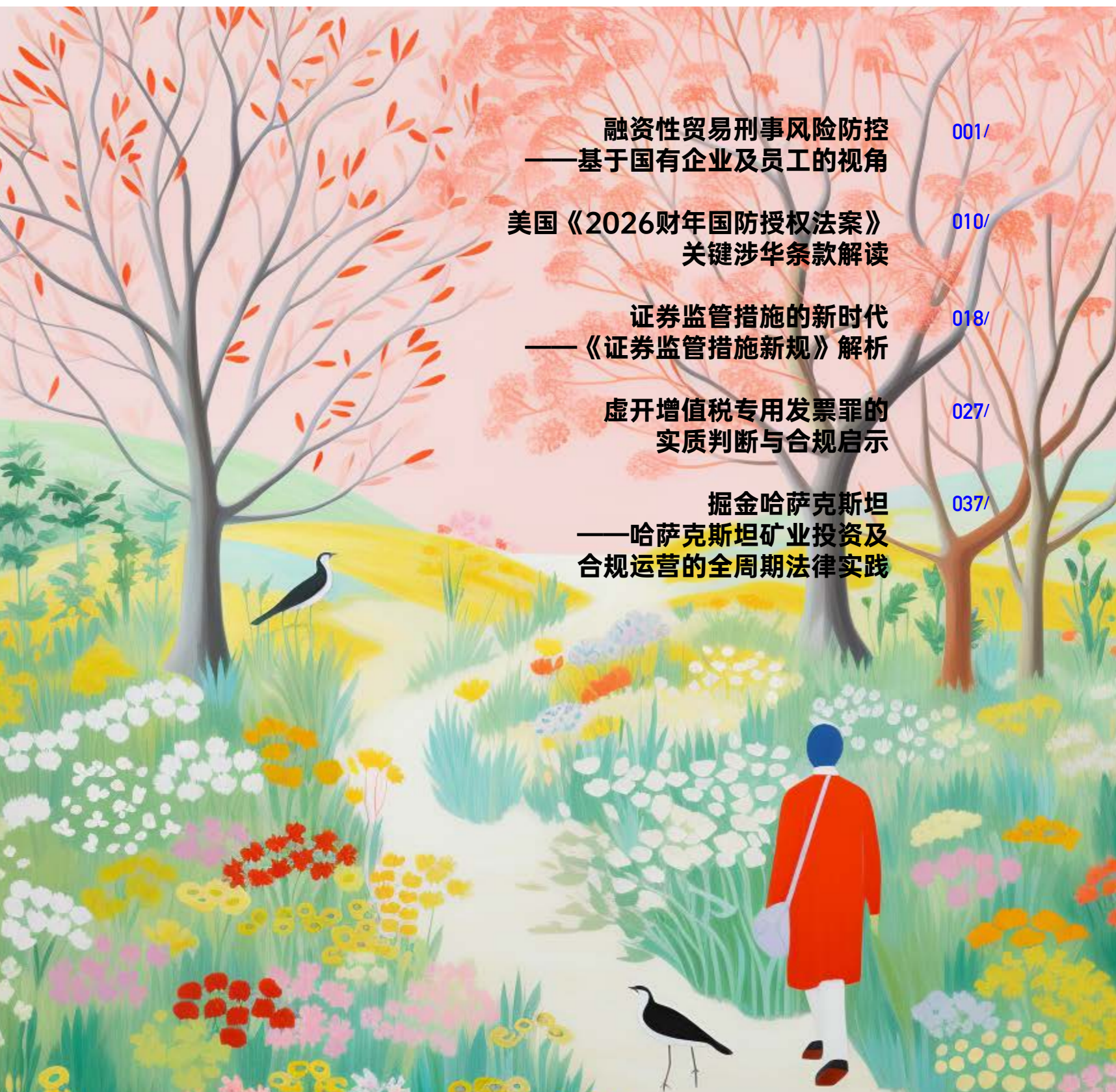
018/

虚开增值税专用发票罪的  
实质判断与合规启示

027/

掘金哈萨克斯坦  
——哈萨克斯坦矿业投资及  
合规运营的全周期法律实践

037/





# 融资性贸易刑事风险防控 ——基于国有企业及员工的视角

作者：魏志强 翟树良



在上一篇《融资性贸易刑事风险深度剖析》一文中，笔者对融资性贸易涉及刑事罪名的认定问题进行了分析，总结了融资性贸易场景下，交易各方及其员工可能涉及的刑事风险。本篇将从国有企业及其员工“刑事风险防控”的角度，对国有企业以及员工在日常业务中需要关注“融资性贸易刑事风险”识别及防控问题进行讨论。

## 第一部分\

# 融资性贸易中单位犯罪与个人犯罪的界限

“集体决策”是国有企业惯常采取的决策形式，尤其是“三重一大”决策制度<sup>1</sup>的落实，使得国有企业中的大量项目具备了“集体决策”的外观。因此，准确区分单位犯罪与个人犯罪对于确定刑事责任主体和量刑具有重要意义。在融资性贸易引发的刑事案件中，如果犯罪行为是由国有企业的决策机构（如董事会、总经理办公会）按照法定程序决定，或者由单位负责人决定，为了单位的利益，以单位名义实施的，并且违法所得也归单位所有，那么就构成单位犯罪。例如，国有企业为了虚增业绩、获取融资或完成考核指标，集体决策开展融资性

贸易，并在贸易过程中实施了虚开增值税专用发票、骗取贷款等行为，如果符合单位犯罪的构成要件，则应对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。

然而，在实践中，融资性贸易往往与个人行为紧密交织。如果融资性贸易的决策和实施是由国有企业中的个别管理人员或经办人员，为了个人私利，盗用单位名义，或者超越职权擅自决定，或者利用职务便利将单位财物非法占为己有，那么即使表面上看起来像是单位行为，也可能被认定为个人犯罪。例如，国有企业的负责人利用融资性贸易的幌子，将国有资金挪用给个人使用，或者与外部人员勾结，通过虚假贸易骗取单位财物，这些行为通常会被认定为个人犯罪，如贪污罪、挪用公款罪、合同诈骗罪（共犯）等。如果属于个人犯罪的，则应对该个人判处刑罚。

区分单位犯罪与个人犯罪的关键在于审查：一是犯罪意志的来源，属于单位集体意志

1.根据《关于进一步推进国有企业贯彻落实“三重一大”决策制度的意见》，“三重一大”决策制度指：凡属重大决策、重要人事任免、重大项目安排和大额度资金运作事项必须由领导班子集体作出决定。

还是个人意志；二是犯罪行为的归属，是以单位名义还是个人名义；三是犯罪所得的归属，是归单位所有还是归个人所有。如果名义上是单位行为，但实际上是为了个人利益，或者违法所得大部分归个人所有，则通常不认定为单位犯罪。

## 第二部分\

### 涉及国有企业及员工刑事罪名的认定及对比分析

笔者对国有企业及其员工在融资性贸易中可能构成的刑事罪名进行了统计，梳理总结出三项较为典型的罪名（见下表），并进一步通过具体案件对相应罪名的认定要点进行分析。

罪名	主体	主观状态	客观方面
国有公司、企业人员滥用职权罪	国有公司、企业人员	故意（包括间接故意，即明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度）	行为人超越职权，违法决定、处理其无权决定、处理的事项，或者违反规定处理公务，从而给国家利益造成重大损失
国有公司、企业人员失职罪	国有公司、企业人员	行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果	行为人未尽到应有的注意义务和管理职责，导致国家利益受损
签订、履行合同失职被骗罪	国有公司、企业人员	行为人应当预见自己的行为可能造成国家利益遭受重大损失的结果，因为疏忽大意没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致这种结果发生	行为人不履行或者不正确履行自己主管、分管合同签订、履行合同的义务，致使他人利用合同形式骗取国有公司、企业、事业单位的财物

### （一）国有公司、企业人员滥用职权罪的认定

国有公司、企业人员滥用职权罪<sup>2</sup>是融资性贸易中，涉及国有企业工作人员时，常见的刑事罪名之一。

2.根据《中华人民共和国刑法》第一百六十八条的规定，国有公司、企业的工作人员，由于滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。



笔者以湖北省监察委员会发布对一个案例为分析标本，基本案情为：A公司系S市某国有控股企业，其中B国有公司出资70%，丙控制的C公司出资30%。甲、乙经B国有公司委派至A公司分别担任董事长、财务总监，丙被A公司董事会聘任为总经理。2015年9月至2019年12月，甲、乙、丙等人在A公司经营管理过程中，为完成上级考核指标，以采购饲料、原料等名义，通过直接与丙控制的多家公司签订无实际货物交付的“空转”贸易合同等方式，虚假做大经营规模，并将A公司向银行信贷（即信用贷款，指以借款人的信誉发放的贷款）的资金提供给丙控制的公司使用，从中赚取高于银行同期贷款利率两个点的“利润”，该“利润”源于丙控制的公司使用该资金的费用，以使A公司账面上有利润。后丙控制的公司资金断链出现回款慢、不回款等情况，甲、乙、丙并没有采取及时有效的措施，防止经济损失进一步扩大，而是继续开展“空转”贸易，将大量资金提供给丙控制的公司使用，最终造成A公司无法归还2.7亿余元的银行贷款。

在上述案例中，甲乙被认定为国有公司、企业人员滥用职权罪主要是因为存在如下的犯罪行为：

### 1.明知违规，主观上放任损害结果的发生

甲乙丙三人为了完成上级考核指标，甲乙

明知与丙控制的公司开展的“空转”贸易不真实，仍然违规决策与丙方进行贸易，将A公司向银行信贷的资金提供给丙控制的公司使用，主观上放任损失结果的发生，最终造成A公司无法归还2.7亿余元的银行贷款，其行为构成国有公司人员滥用职权罪。

### 2.客观上存在滥用职权的行为

甲乙双方明知丙方为“空转”贸易，但其却超越职权，违规决策与丙方开展“空转”贸易，违反规定拆借资金，放任资金风险发生；两人在发现贸易存在风险或问题时，滥用职权，不采取有效措施进行干预和止损，反而继续放任风险扩大，最终导致损失不可挽回，两人构成国有公司人员滥用职权罪。

### 3.是否存在违反规定提供担保或增信行为

在融资性贸易链条中，除了上述两个行为外，国有企业工作人员还可能滥用职权，违规为融资方提供担保，或者利用国有企业的信用为融资行为增信，导致国有资产损失而构成国有公司、企业人员滥用职权罪。

## （二）国有公司、企业人员失职罪的认定

国有公司、企业人员失职罪<sup>3</sup>与国有公司、

3.《中华人民共和国刑法》第一百六十八条规定国有公司、企业人员失职罪，是指国有公司、企业的工作人员，由于严重不负责任，不履行或者不认真履行职责，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的行为。

企业人员滥用职权罪存在一定的相似性。本罪要求行为人存在“严重不负责任”的情形，在认定中以“理性管理人”作为标准进行判断。以郭某国有公司、企业、事业单位人员失职罪、受贿罪【(2019)苏01刑终907号】为样本进行分析。

基本案情为：郭某为国有企业——国某甲公司的财务总监，其明知国某乙是商某控制的公司，国某甲公司与商某控制的相关公司没有真实交易的情况，郭某作为财务总监对此没有反对，在其分管的财务范围内配合商某开展专网循环贸易，安排资金调配；2011年到2014年期间，郭某违反“前款不清、后款不借”的原则，在以往签订的合同均未履行完毕，且预付款余额逐年增加的情况下，继续支付预付款；2013年年初，十四所召开下属公司董事会，要求其停止开展专网循环贸易，并尽快收回国某甲公司预付款用于归还委托贷款，郭某参加会议对会议要求是明知的，但其未停止后来又继续做了几次专网循环贷款。过程中，郭某并没有如实向其上级领导汇报国某甲公司存在的资金风险情况。

在融资性贸易的背景下，法院认定国有企业工作人员失职罪主要从如下几点进行认定：

### **1.违反内部管理规定和操作规程**

本案中，郭某作为财务总监，违反财务管

理制度对商某控制的公司进行付款，属于其构成过失犯罪的一个评价点。国有企业通常都有一套完整的贸易业务管理和风险控制制度。如果工作人员在参与融资性贸易时，严重违反这些内部规定和操作流程，例如超越授权范围签订合同、未按规定进行风险评估、未履行必要的审批程序等，并因此造成国有资产重大损失，可能构成失职罪。

### **2.怠于履行职责，对损失的发生听之任之**

在本案中，郭某在项目推进过程中，尤其是十四所已经召开会议明确要求停止融资性贸易的情况下，怠于履行其财务总监的职责，在工作中没有尽到“理性管理人”的管理责任，没有尽到与其职务相匹配的注意义务，对损失的发生听之任之，最终导致了损失的发生。

### **3.对合同履行过程监管不力**

本案中，郭某在融资性贸易合同签订后，国有企业工作人员未能对合同的履行过程进行有效监管，在前期合同未履行完毕，且预付款余额逐年增加的情况下，未能及时发现和纠正合同履行中的异常情况，从而导致国有资产在不知不觉中流失。

### **4.对贸易背景真实性审查不严**

示范案例中，郭某明知基础交易为融资性贸易，但是笔者检索到存在以下情形也构成国有公司、企业人员失职罪的案例，即在参与融

资性贸易前，国有企业工作人员未对交易对手的资信状况、履约能力、贸易项目的真实性进行充分的尽职调查。例如，未核实货物是否存在、货权是否清晰、仓储情况是否属实等，轻信融资方的虚假陈述或提供的虚假材料，从而使得国有企业陷入虚假贸易的圈套，最终导致资金损失。

### （三）签订、履行合同失职被骗罪的认定

签订、履行合同失职被骗罪<sup>4</sup>是专门针对国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员的一项罪名，该罪名与国有公司、企业失职罪存在较高的一致性，从刑事罪名认定的角度上具有研究价值，但鉴于本文主要讨论国有企业及员工的风险防控问题，两罪名之间的认定与区分并非本文重点，本文仍然聚焦典型的犯罪行为，以做好风险提示及应对。

以郭某、胡某国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪【(2020)晋01刑终152号】案例为样本，法院查明事实部分载明：郭某担任山煤进出口公司执行董事、总经理，其全面负责公司的经营管理；胡某担任山煤进出口公司副经理，分管业务一部，其具体负责代理青岛德诚公司的转口、内贸业务。

经查，在贸易中被告人郭某、胡某违反山煤集团《合同管理办法》的有关规定，没有对

青岛德诚公司及其指定的上下游客户的经营状况、财务状况、履约能力、商业信誉等进行调查，而是安排业务员温某、曹某等人将《客户调查表》交给青岛德诚公司的王某、翟某等人代为填写。在签订合同过程中，温某等人通过青岛德诚公司王某等人与上下游企业传递合同，始终没有与上下游企业有过接触。郭某在对上下游企业不了解的情况下，草率签订采购、销售合同，未能及时发现“德正系”公司操纵的融资性贸易中存在的巨大风险。合同签订后，温某等人向授信银行提供相关开证资料，申请开具国际远期信用证或承兑汇票，用于支付货款。贸易期间，郭某、胡某等人简单认为持有仓单即持有货权，没有对持有的大量仓单对应货物进行查验，未能发现持有的仓单存在虚假。郭某、胡某没有安排公司人员对购销货物进行专门的查验、核库，疏于对货物的动态管控，致使山煤进出口公司出具的价值17.78亿元人民币的信用证及3.4亿元贷款被陈某控制的“德正系”公司非法占有。合同履行过程中，山煤进出口公司为了控制风险，要求质押全部仓单，但实际履行过程中，郭某未按照上述要求执行，导致最终仅持有1笔贸易对应的6份仓

4.《中华人民共和国刑法》第一百六十七条。该罪是指上述人员在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的行为。

单，其他的13笔累计56份仓单均已经提交交付给“德正系”公司，导致无法追索货权。

在融资性贸易的复杂环境中，法院认定签订、履行合同失职被骗罪主要从如下几点分析：

### **1.对合同相对方的主体资格和履约能力审查失职**

国有企业的项目主管人员在签订融资性贸易合同前，有责任对合同相对方（通常是融资方或其关联企业）的主体资格、经营范围、资信状况、履约能力等进行严格审查。如果因为严重不负责任，未能发现对方是皮包公司、空壳公司，或者轻信了对方虚假的财务数据、夸大的经营实力，从而与不具备履约能力甚至蓄意诈骗的对方签订了合同，并支付了货款或提供了货物，最终导致国有资产被骗，就可能构成本罪。

### **2.合同签订过程中审查失职**

融资性贸易需要上下游合作形成一个贸易闭环，若国有企业项目主管人员在合同签订过程未仔细审查合同条款，特别是关于货物交付、货权转移、付款条件、违约责任、争议解决等关键条款，充分评估合同风险。如果因为严重不负责任甚至都没有参与合同条款的谈判，被对方利用进行诈骗，造成国有资产损失，同样可能构成本罪。

### **3.对合同标的真实性、合法性审查失职**

国有企业负责人在签订合同时，应对合同标的物（如货物）的真实存在性、权属清晰性、质量状况等进行核实。如果因为严重不负责任，未能发现合同标的物根本不存在（如“空转”贸易中的虚假货物），没有安排公司人员对购销货物进行专门的查验、核库，疏于对货物的动态管控，从而签订了合同并支付了对价，最终导致国有资产损失，也可能构成本罪。

### **4.在合同履行过程中对异常情况失察或处置不当**

合同签订后，在履行过程中，如果出现对方延迟交货、交付的货物与约定不符、拒绝提供有效的货权凭证、资金支付异常等情况，国有企业负责人应及时警觉并采取有效措施，如中止履行、要求提供担保、追究违约责任甚至解除合同。如果因为严重不负责任，对这些异常情况失察，或者处置不当，未能及时止损，导致诈骗行为得逞，国有资产损失进一步扩大，也可能构成本罪。





### 第三部分\

## 国有企业及员工防范融资性贸易刑事风险的建议

根据以上罪名的分析以及司法审查要点，笔者总结了国有企业及员工在日常贸易活动中需要关注的风险要点及应对建议，避免因融资性贸易引发刑事风险。

### （一）合规体系的构建

国有企业应建立健全覆盖贸易业务全流程的合规管理体系，从制度上明确贸易业务的合规红线，特别是针对融资性贸易的禁止性制度规定。

这包括制定详细的贸易业务制度及操作指引，明确贸易背景真实性审查、交易对手资信评估、合同条款审核、货权控制、资金支付、发票管理等关键环节的操作规范和风险控制要求。企业应设立独立的合规管理部门或岗位，负责对贸易业务的合规性进行监督和检查，确保各项规章制度得到有效执行。对于新开展的贸易业务，必须进行严格的风险评估和合规审查，确保业务模式清晰、商业逻辑合理、风险可控。

### （二）提高全员法律意识，识别融资性贸易

国有企业应定期组织贸易业务相关的法律

法规、监管政策以及企业内部规章制度的培训，特别是针对融资性贸易识别方法以及可能触犯的刑事罪名进行重点宣贯。明确各级管理人员和业务人员在贸易业务中的职责和权限，强化其责任担当，做到对融资性贸易的识别。

### （三）严格审查贸易背景的真实性

严格审查贸易背景的真实性是识别和防范融资性贸易风险的核心环节。国有企业在参与贸易业务前，都应对贸易背景的真实性进行穿透式审查，不能仅仅满足于形式上的合同和单据。

审查的重点应包括：交易对手的真实身份、经营状况、履约能力和商业信誉，特别是对于新客户或信用状况不明的客户，应进行更为严格的尽职调查；贸易标的物的真实性、权属清晰性、市场行情以及是否存在真实的供需关系；贸易链条的合理性，警惕人为增加不必要的交易环节或设计复杂的循环贸易结构，是否存在商业上的合理性；合同条款中是否存在与融资相关的表述，如垫资、借款本金、利息等，若存在此类描述则大概率存在风险。

企业应通过多种渠道核实贸易信息的真实性，例如实地考察、面对面谈判、查阅工商资料、要求提供相关证明文件等。对于大宗商品贸易，还应关注货物的仓储、运输、保险等环

节，确保货权清晰可控。通过严格的贸易背景审查，可以有效识别虚假贸易，避免卷入以融资为真实目的的违规业务。

#### （四）规范合同签订与履行流程

规范合同签订与履行流程是防范融资性贸易刑事风险的重要抓手。国有企业应建立严格的合同管理制度，确保所有贸易合同都经过法律部门和业务部门的联合审查，不应出现合同签订过程中不参与合同条款协商，未见面即签订大额合同的情况。

在合同履行过程中，应建立有效的跟踪和监控机制，密切关注货物的实际流转情况、资金的支付进度以及相关单据的传递。对于出现的异常情况，如对方延迟交货、交付的货物与约定不符、资金支付异常等，应及时启动风险预警，并采取相应的应对措施，如中止履行、要求提供额外担保、追究违约责任甚至解除合同。企业应确保合同签订和履行的全过程都有据可查，保留完整的交易记录和凭证，以便在发生纠纷或涉嫌犯罪时，能够提供充分的证据。

融资性贸易中常采用“第三方监管”交货的方式，国有企业除了关注上下游合同之外，也需要关注与第三方监管公司签订的《监管协议》，定期对监管仓的监管措施、文件进行审查，有条件的可以进行盘货，避免监管仓与他

人串通虚构货物、提货、入库等相关手续，导致自身的风险。

#### （五）建立健全责任追究机制

国有企业应依据国家法律法规、监管规定以及企业内部管理制度，制定明确的贸易业务违规责任追究办法，责任追究应覆盖决策、审批、执行、监督等各个环节，促使各级管理人员和业务人员时刻绷紧风险防范这根弦，自觉抵制融资性贸易等违规行为。同时，也要完善容错纠错机制，对于在探索创新业务模式过程中出现的失误，只要不违反法律法规的禁止性规定，且勤勉尽责、未谋取私利的，应予以客观评价和适当保护。

以上为在融资性贸易领域内，国有企业及员工会常涉及的罪名以及认定要点，同时针对被认定的行为，笔者也提出了针对性的应对建议，希望对国有企业及员工有参考价值。 ☞



魏志强  
合伙人  
争议解决部  
南京办公室  
+86 25 6951 1818  
wzqlawyer@zhonglun.com



翟树良  
非权益合伙人  
争议解决部  
南京办公室  
+86 25 6951 1810  
zhaishuliang@zhonglun.com

# 美国《2026财年国防授权法案》 关键涉华条款解读

作者：张国勋 王大坤 段嘉玮





12月18日，美国总统特朗普签署《2026财年国防授权法案》（National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2026，以下简称ND AA2026），该法案正式生效<sup>1</sup>。作为美国国会年度必经的综合性国防立法，ND AA2026不仅承担着授权国防预算和军事建设的功能，更逐渐演变为美国外交、科技竞争及经济安全政策的重要立法载体。

NDAA 2026在延续以往立法传统的基础上，进一步强化了以“国家安全”为核心的制度性安排，其涉华条款的系统性、针对性及可执行性均较往年明显提升。本文旨在深入解读该法案的核心要点，重点剖析其涉华条款的内容，并简析其对中国企业所产生的影响。

## 第一部分\ 美国对外投资审查

NDAA 2026纳入了基于《全面对外投资国家安全法案》（Comprehensive Outbound Investment National Security Act of 2025，以下称“**COINS Act**”）修订而成的对外投资限制条款，从制度层面确立了对外投资限制的法律基础。这一转变意味着美国对华投资交易将面对更加明确和系统化的审查机制。

与拜登政府发布的第14105号行政令及财政部2024年发布的最终规则（以下称“**OIR规则**”）相比，COINS Act在审查范围上呈现出多

维度的显著扩张。首先，受关注国家（country of concern）由单一针对中国（含港澳）扩展至俄罗斯、古巴、伊朗、朝鲜以及委内瑞拉。

其次，受管控的技术领域做出调整，COINS Act删除了原有OIR规则中关于“禁止交易”和“通知交易”的技术参数与最终用途标准，改由财政部通过新规确定具体参数，可能导致被认定为禁止或需通知的交易类型大幅扩张。同时，COINS Act在原有半导体和微电子（Semiconductor technology and microelectronics）、人工智能系统（Artificial intelligence systems）及量子信息技术（Quantum information technologies）的基础上，新增高性能计算与超级计算（High-performance computing and super-computing）以及高超音速系统（Hypersonic

1. <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/2025/12/congressional-bill-s-1071-signed-into-law/#:~:text=S.%201071%2C%20the%20E2%80%9CNational,State%20programs%5B%20supports%20a%20military.>

systems)。尽管法案未对上述新增领域作出明确定义，但将会在配套行政法规中明确相关技术标准的控制范围，体现中美科技战略竞争的关键投资领域。

再次，与现行OIR规则不同，COINS Act明确将“仅为承销服务而临时收购股权”排除在管控范围之外。此外，法案还新增了三类未被现行规则明确排除的交易例外：财政部认定的微量交易（de minimis）、金融机构的特定辅助交易（ancillary transactions），以及与受管控交易相关的“次级交易”（transactions “secondary” to covered transactions）（包括前述承销服务）。这些例外情形为部分金融业务设定了合规边界，但也要求中国企业在涉及美资的交易中，需更精准地界定交易性质以适用例外规则。

在COINS Act框架下，“受管控外国主体”（covered foreign person）包括：

- （1）在受关注国家注册、主要营业地位于受关注国家或依据受关注国家法律设立的实体；
- （2）受关注国家的党员或政治领导层成员；
- （3）由受关注国家指导或控制的实体；
- （4）在受关注国家国防或监控技术领域从事重大业务的实体；以及
- （5）直接或间接由受关注国家或上述主体合计持有50%以上所有权的实体。

“受限国家安全交易”（covered national security transaction）类型包括：

（1）在知晓交易对方为“受管控外国主体”的情况下，对其进行的股权或附条件股权收购；

（2）向已知的“受管控外国主体”提供贷款或类似债务融资安排，且该融资赋予或将会赋予美国人士分享利润、任命董事或享有其他类似股权投资的财务或治理权利；

（3）与“受关注国家”的实体设立合资企业，且在设立时即知晓该合资企业将从事或计划从事被禁止或需申报的技术业务；

（4）在“受关注国家”收购、租赁或开发运营资产、土地、财产等，且明知或计划该行为将导致设立一个新的“受管控外国主体”，或使该国实体从事被禁止或需申报的技术业务；

（5）将针对“受管控外国主体”的或有股权（或类似权益）转换为正式股权，或将其的债权转换为股权；

（6）在知情的情况下，指示外国人士进行某项交易，且明知若该交易由美国人士自己实施，将构成被禁止或需申报的活动；以及

（7）收购非美国人士管理的风险投资基金、私募股权基金等集合投资工具的有限合伙份额或类似权益，且在收购时即知晓该基金可能投资于涉足被禁止或需申报技术领域的“受关注国家”实体，并且该基金随后实施了若由美国人实施则构成“受关注国家安全交易”的行为。

该法案明确授权财政部在450天内颁布新规，以“修订、终止、取代或简化”现行规则。

这意味着现行规则虽在过渡期内继续适用，但未来约18个月内将成为制度重塑的关键窗口期，新规将决定扩展管控范围的具体落地，包括高超音速等前沿技术的适用边界。

对于中国企业而言，这意味着国际融资环境将面临结构性压力。美国投资者在评估涉华交易时，不仅需判断交易本身是否符合现行规则，还需考虑未来法规调整带来的潜在影响，包括交易类型、技术范围及投资结构的合规风险。

## 第二部分\

### "中国涉军公司"定义范围扩大

NDAA 2026通过修订《2021财年国防授权法案》第1260H(g)(2)(B)(i)(I)条，实质性拓宽了"中国军事公司"（Chinese military companies）的涵盖范围，将直接或间接由相关中国军事部门控制、关联或代理的境外运营实体包含在内<sup>2</sup>。该调整旨在封堵企业通过境外注册、跨国运营或借助第三国架构以规避美国审查的合规路径。对于采取集团化、国际化经营模式的中国企业而言，其境外子公司、合资企业或控股平台，均可能被适用穿透式审查并与境内母公司一并评估。

此外，第1263节修订《2021财年国防授权法案》第1260H(b)(3)条，要求美国防部长在每

年修订"中国军事公司清单"时，必须考虑将过去一年被列入美国其他限制或审查清单的中国黑名单实体纳入。这一要求虽未直接修改"中国军事公司"的定义，但通过清单交叉联动，将更多因地缘政治、人权、国家安全、技术等原因被美国列管黑名单的中国实体，纳入"中国军事公司"的潜在认定范围，间接扩大了该类企业的覆盖边界<sup>3</sup>。一旦中国企业因技术、安全或产业政策因素被纳入其他美国监管清单，其在后续年度被同步或追加纳入"中国军事公司清单"的风险显著上升，从而在投资、采购、销售、技术合作等多个层面触发叠加性的制裁风险。

## 第三部分\

### 重点行业监管：生物技术与人工智能

NDAA 2026在生物技术和人工智能领域设定了多项限制性条款，意图在技术发展的源头构建"防火墙"。

2.SEC. 1262. Preventing circumvention by Chinese military companies in third-party countries. (a) In general.—Section 1260H(g)(2)(B)(i)(I) of the William M. (Mac) Thornberry National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021 (Public Law 116–283; 10 U.S.C. 113 note) is amended to read as follows:

(I) directly or indirectly owned by, controlled by, or beneficially owned by, affiliated with, or in an official or unofficial capacity acting as an agent of or on behalf of, any of the following, **whether operating inside or outside of China.**

3.SEC.1263.Inclusion on list of Chinese military companies of entities added to certain other lists.

Section 1260H(b)(3) of the William M. (Mac) Thornberry National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2021 (Public Law 116–283; 10 U.S.C. 113 note) is amended—(B) REVIEW OF ENTITIES ADDED TO OTHER LISTS.—In preparing each annual revision under subparagraph (A) of the list required by paragraph (1), the Secretary shall consider whether to include each Chinese entity added, during the preceding year, to any other list maintained by the United States of entities subject to additional restrictions or scrutiny for any purpose, as a result of concerns relating to the activities or affiliations of such entities.



## （一）生物技术领域

在生物技术领域，第6614节将中国在美国及全球获取生物数据的行为定义为国家安全威胁，要求情报机构为此类审查提供支持。这意味着，任何涉及人类遗传信息、医疗健康大数据的中美研发合作或商业交易，都将面临被政治化和安全审查的高度风险。对于中国生物科技企业而言，这不仅可能切断其与美国政府及受政府影响的研究机构的商业往来，更可能影

响其与跨国药企等私营领域的合作，因为后者为规避风险可能主动设置更高的合规门槛。

同时，第6615节要求美国情报界在采购合成DNA/RNA相关产品时，必须优先采用“最终组装与主要加工均在美国完成，且原料基本来自美国或盟国”的产品，并禁止与被认定构成威胁的“中国生物技术供应商”合作。这实质上是对生物制造供应链的“本土化”强制要求。主要条款如下：

序号	条款	具体内容
1.	第6614节	该条款旨在强化美国情报界对生物数据安全的管控支持，要求国家情报局局长协同情报界其他部门负责人，为联邦调查局（FBI）、外国投资审查委员会（CFIUS）等联邦机构提供支持与咨询，重点审查“受关注外国实体”（foreign entities of concern）收购“涉生物数据实体”（本条的“covered entity”）的交易，防范美国生物数据被境外势力获取，同时需在法案生效90天内，向国会相关委员会汇报情报界支持联邦机构的正式流程及所需资源。 条款明确将中国列为重点防范对象，直接指出需审查中国试图获取生物数据的两类行为：一是中国在美国境内通过各类手段获取生物数据；二是中国通过为境外国家的军事、工业、农业或医疗基础设施提供经济支持，间接在境外获取生物数据。
2.	第6615节	该条款要求美国国家情报局局长在法案生效后90天内制定政策，核心是保障美国情报界采购的“合成DNA或RNA相关产品”源于美国本土生产，同时禁止情报界与被判定对美国构成安全或供应链威胁的“中国生物技术供应商”（Chinese biotechnology supplier）、“中国生物技术供应链中介”（Chinese biotechnology supply chain intermediary）签订合同；产品需满足“最终组装/加工在美国、主要加工在美国、原料/组件基本来自美国或盟国”的要求，仅可通过个案豁免突破限制。 条款直接针对中国生物技术相关实体实施采购限制：一是明确禁止情报界与“中国生物技术供应商”合作，此类供应商指依据中国法律设立或受中国管辖的生物技术供应方；二是禁止与“中国生物技术供应链中介”合作，此类中介指由中国持有控制权的美国本土生物技术供应商。
3.	第6616节	该条款要求美国国家情报局局长在法案生效后90天内，协同中央情报局局长等多部门官员，向总统及国会情报委员会、国防委员会提交专项战略，核心是填补两类“情报缺口”：一是中国在美“生物技术领域”（biotechnology sector）的投资活动，二是中国实体对“美国源生物技术相关知识产权”（intellectual property relating to United States-origin biotechnology）的获取行为，战略需明确所需权限与资源。

## (二) 人工智能领域

在人工智能领域，法案明确要求美国国防部及其承包商从系统和设备中移除特定中国公司开发的人工智能模型。虽然对军事系统的直接影响有限，但这一政策信号极为明显：特定中国AI技术被标记为不可信。

在商业实践中，这一标杆可能被美国科技公司、金融机构及学术界广泛参考和效仿，从而形成对中国基础AI模型和开发平台的市场排斥效应。对于以核心算法、开发平台或云服务模式出海的中国AI企业而言，其市场准入障碍将显著增加。主要条款如下：

序号	条款	具体内容
1.	第1532节	该条款是针对美国国防领域人工智能使用的严格管控条款，要求美国防部在法案生效后30天内采取行动：一是强制排除并移除国防部系统及设备中的“特定人工智能”（covered artificial intelligence），同时禁止国防部承包商在合同履行中使用该类人工智能；二是考虑发布全军指南，禁止使用经判定对国家安全构成风险的“特定人工智能公司”（covered artificial intelligence company）开发的人工智能；仅在科研、国家安全评估、反恐等特定场景下可个案豁免，且豁免需配套风险缓解措施。条款直接将中国相关人工智能及实体列为管控重点：一是明确“特定人工智能”包含特定中国公司及其关联实体开发的人工智能，直接禁止其在国防系统及承包商业务中的使用；二是对“特定人工智能公司”的定义涵盖“受特定国家（含中国）资本所有、控制或影响”的实体，以及被列入美商务部综合筛查清单、涉华军民融合清单的实体。

## 第四部分\

## 供应链安全问题

法案中关于供应链安全的条款，其影响将通过产业链传导，产生远超国防采购范围的广泛效应。

以第850节为例，该条款要求美国国防部在2026至2029财年分阶段实施对中国实体所有或控制的计算机、打印机的100%采购禁令，



并明确适用于通过子公司或其他受控实体的间接销售。这种“穿透”原则削弱了中国企业通过第三国生产或本地品牌规避管控的可行性。

更重要的是，美国国防部采购标准具有示范效应，可能被关键基础设施运营商、大型金

融机构、研究型大学及跨国企业采纳作为供应商准入参考。由此，影响的不仅是直接出口的硬件厂商，还包括所有可能间接融入美国及其盟友数字经济生态的中国科技制造企业，其市场准入风险将全面提升。主要条款如下：

序号	条款	具体内容
1.	第850节	该条款是针对美国国防部采购的专项限制条款，核心是分阶段禁止采购中国所有或控制实体生产的计算机（computer）与打印机（printer），要求在2026-2029财年逐步提升合规采购比例，2029财年及以后实现100%禁止（含通过子公司的间接采购）；仅允许为测试、评估、逆向工程等非作战用途豁免采购，且仅适用于法案生效后签订、续签或延长的合同。
2.	第844节	该条款核心是限制美国国防部采购来源，将钼、镓、锗纳入“特定材料”（covered material）范畴，禁止从“非盟国”（non-allied foreign nations）采购这三类关键矿产；同时授权可采购回收材料生产的该类矿产，但需满足“回收材料产自非覆盖国家、熔融及后续加工制造在美国或合格外国政府（qualifying foreign government）所在国进行”的条件，其中镓、锗相关限制自法案生效后2年起实施。 条款虽未直接提及中国，但结合“特定国家”（covered nation）的定义，其核心逻辑隐含对华采购限制：一是中国属于“非盟国”范畴，条款禁止从中国直接采购钼、镓、锗；二是回收材料需产自“非特定国家”，间接排除中国产回收原料的使用可能。

## 第五部分\

### 中国企业应对建议

在NDAA 2026的框架下，中国企业面临的国际市场环境恶化呈现地缘政治规则塑造的复杂格局。国家安全泛化概念的延伸，使技术标准、数据流动、资本来源及供应链布局成为潜在风险变量。因此，我们建议企业从被动合规

升级为主动战略重构，重点关注以下方面：

- 1.资本层面：**构建多元融资网络，降低对受美国法律直接管辖资本依赖，积极拓展国际金融市场及主权投资机构合作。
- 2.供应链层面：**开展韧性压力测试，识别关键节点依赖，建立可行替代方案或备份体系，将地缘政治风险纳入成本和风控模型。
- 3.企业治理层面：**涉外企业需建立全球化



合规体系，关注配套法规立法趋势与政策意图，使合规部门成为战略预警与资产保护中心，将规则适用与风险管理纳入核心企业战略。

整体而言，NDAA 2026明确强化了美国对中国相关投资、技术与供应链的监管，标志着国际商业环境正被地缘政治规则深度重塑。对中国企业而言，理解这些变化及其潜在外溢负面效应，将成为开展跨境业务和制定长期发展规划的重要前提。 ☐



张国勋  
高级顾问  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2288  
zhangguoxun@zhonglun.com



王大坤  
非权益合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2304  
wangdakun@zhonglun.com

# 证券监管措施的新时代 ——《证券监管措施新规》解析

作者：杨沁鑫 李征宇



2025年12月30日,《证券期货市场监督管理措施实施办法》(中国证券监督管理委员会令第231号,以下简称《实施办法》)正式审议通过,并将自2026年6月30日起施行。关于证券期货市场监督管理措施(以下简称“证券监管措施”或“措施”)的系统性规范始于2008年颁布的《证券期货市场监督管理措施实施办法(试行)》(证监发〔2008〕158号,以下简称《试行办法》),自《试行办法》实施以来,其在规范措施实施、维护市场秩序、保护相对人合法权益等方面发挥了积极作用,但也在措施定位、当事人程序性权利保障、措施记载内容等方面暴露出一些问题。有学者将证券监管措施对行政法学理论与实务的挑战概括为:法律定位不清、行政程序缺失、司法审查乏力<sup>1</sup>。随着资本市场深化改革持续推进和法治建设不断加强,证券监管措施亟须在制度化、规范化、程序化方面进一步完善。

《试行办法》实施后,中国证监会就《试行办法》的修改多次征求意见,正式审议通过的《实施办法》不仅对证券监管措施的定位进行了厘清,并且坚持程序法定位,显著提升了监管行为中对当事人权利保障的水平。

## 第一部分\

# 重新认识证券监管措施

## (一) 证券监管措施的法律依据与定位演变

1.新《证券法》实施前,证券监管措施的定位与部分措施的法律授权有待进一步明确

随着我国资本市场的持续发展,中国证监会在实践中运用了大量形式多样的证券监管措施,诸如责令改正、监管谈话、出具警示函、限制股东权利、限制分红等。但是,在2019年

修订的《中华人民共和国证券法》(下称“新《证券法》”)实施前,部分证券监管措施缺乏法律授权,且证券监管措施的定位亦不明确。

在法律授权方面,新《证券法》实施前,虽然《证券法》及其他法律、行政法规规定了部分证券监管措施,但实践中,证监会出于监管需要,亦通过部门规章等形式创设了其他众多措施。但是,证监会所创设的措施在法律授

1.张红:《证券行政法专论》,中国政法大学出版社2017年第1版,第74-78页。



权层面存在一定的模糊地带，有待进一步明确。

在定位方面，证券监管措施的定位不明确导致其性质争议不断。一方面，证监会在2002年的《关于进一步完善中国证券监督管理委员会行政处罚体制的通知》（证监发〔2002〕31号）中即提出“非行政处罚性监管措施”的概念，但学界中仍然存在行政处罚说、行政强制说、行政指导说、独立行为说以及分别定性说等多种观点。这一性质争议背后所指向的核心实践问题在于：证券监管措施是否适用《行政处罚法》《行政强制法》等法律。

2.新《证券法》对证监会自行设定的证券监管措施予以概括性授权，《实施办法》对措施的定位进一步明确

新《证券法》第一百七十条第二款规定：“为防范证券市场风险，维护市场秩序，国务院证券监督管理机构可以采取责令改正、监管谈话、出具警示函等措施。”

**在法律授权方面**，上述条款为证券监管措施提供了上位法依据，且条款中包含“等”字，首次为证券监管措施提供了概括性法律授权。对此，证监会于2020年就修订《试行办法》公开征求意见稿的后附起草说明即载明“新《证券法》第一百七十条第二款……为证监会实施法律、行政法规规定之外的监管措施提供了明确的制度依据”。

**在定位方面**，上述条款明确证券监管措施的目的在于“为防范证券市场风险，维护市场秩序”，亦即证券监管措施具有防范风险功能。

《实施办法》第二条对措施的定位进一步规定：“本办法所称监督管理措施是指中国证券监督管理委员会及其派出机构为了保护公共利益、及时矫正违法行为、防范市场风险、维护市场秩序，依法对当事人采取的下列措施：……”这一定义在新《证券法》界定的“防范风险”的功能基础上，进一步强调了“及时矫正”功能，同时增加了“保护公共利益”的表述。笔者认为，“防范风险”与“及时矫正”精准地抓住了证券监管措施的本质，亦即只要存在风险隐患，监管机构就可以采取相应措施，从而实现对公共利益和市场秩序的前端保护。

## （二）对证券监管措施性质的再认识

笔者认为，基于上述法律依据与定位演变，在新《证券法》与《实施办法》的背景下，可对“证券监管措施”的性质加以重新认识。

首先，应区分“证券监管机构有权采取的措施”与“证券监管措施”两个概念。前者为证券监管机构依法有权作出的所有行政行为，内涵更丰富、外延更广，既包括行政处罚、行政强制措施、行政许可等已型式化的行政行为，亦涵盖尚未被型式化的其他多样化行政行为；后者

则以新《证券法》第一百七十条第二款为上位法依据，并限于《实施办法》所规定的具有防范风险与及时矫正的功能定位的行政行为。

其次，证券监管措施属于行政法律行为，而非行政事实行为。行政法律行为是指行政主体依职权作出的影响当事人权利义务关系、产生法律效果的行为<sup>2</sup>。对于证券监管措施而言，诸如限制业务活动、限制股东权利等具有强干预性并产生不利法律效果的证券监管措施，无疑属于行政法律行为。不仅如此，所有证券监管措施根据《证券期货市场诚信监督管理办法》第八条的规定均会计入诚信档案，从而影响市场主体的经营活动，以及依法或事实上产生其他不利法律效果。因此，即便是“监管谈话”这类形式上相对温和的措施，也并非仅是一次事实上的沟通谈话，而应被纳入产生法律效果的行政法律行为范畴。

最后，随着《实施办法》的实施，证券监管措施将在行政行为型式化的道路上迈出重要一步，与其他行政行为的界分将更加明显。行政行为型式化的意义，有学者将其概括为：制度化功能、衔接性功能、储藏性功能<sup>3</sup>；亦有学者将其概括为稳定化功能、减负功能、衔接功能，以及通过提高明确性、稳定性以及可预测性来提高行政的可理解性与可接受性<sup>4</sup>。实践中，早在2010年，证监会颁布的《中国证券监

督管理委员会行政复议办法》第七条便将行政监管措施与行政处罚、行政强制措施、行政许可等行政行为并列，随着新《证券法》及《实施办法》的实施，证券监管措施的定位更加精准后，其与其他行政行为的边界亦会更加清晰。

### （三）证券监管措施与行政处罚的关系

对于证券监管措施与行政处罚的关系，2014年全国证券期货监管工作会议曾有过专门论述：监管措施是对市场主体合规性和审慎性监管过程中实施的矫正性措施，主要作用是防止风险蔓延和危害后果扩散，对时效性要求较高；行政处罚措施是对违法违规行为实施的惩罚性措施，具有实体性、结论性等特点，主要作用是惩戒<sup>5</sup>。

《实施办法》亦延续了上述精神。根据《实施办法》的定义，证券监管措施的核心目的在于防范风险与及时矫正，而行政处罚的核心目的在于制裁惩戒。因功能定位不同，两者在法律保留密度、主观过错要件、时效逻辑、是否适用一事不二罚等方面有所区别。

以“警告”与“出具警示函”为例，前者属于

2.何海波：《行政诉讼法》，法律出版社2022年第3版，第143页。

3.林明锵：《论型式化之行政行为与未型式化之行政行为》，载于《当代公法理论》，月旦出版公司1993年版，第347-349页。

4.赵宏：《行政行为的源与流》，法律出版社2025年第1版，第446-447页。

5.《大力推进监管转型——肖钢同志在2014年全国证券期货监管工作会议上的讲话》，访问地址：<https://www.csrc.gov.cn/csrc/c100028/c1002177/content.shtml>。

行政处罚，后者则属于证券监管措施。仅从字面难以区分两者，但从行政行为的核心目的来看，两者性质迥异：“警告”旨在对违法行为予以制裁惩戒，“出具警示函”则旨在风险初现时通过出具警示函提前消除风险或矫正违法状态。尽管两者均对相对人产生不利法律效果，但因其目的不同，分别归属于行政处罚与证券监管措施两类不同的行政行为。

值得注意的是，《实施办法》第二十二条还对证券监管措施与行政处罚的衔接作出了创新性规定：“违法行为被给予行政处罚的，不再采取监督管理措施，但为及时防范风险或者保护投资者合法权益，确有必要采取的除外；涉嫌犯罪的，应当依法移送司法机关处理。”该规定既避免了重复执法，又保留了对防范风险与保护投资者合法权益情况下的弹性干预，体现了原则性与灵活性的统一。

#### **（四）证券监管措施与行政强制措施的关系**

对于证券监管措施与行政强制措施的关系，在目的上，两者在一定范围及程度上具有相似性。此外，《行政强制法》规定的行政强制措施不仅包括对财物的暂时性控制，还通过“其他行政强制措施”的兜底条款为其适用范围的扩展预留了空间。由此引发一个值得深入探讨的问题：对于限制股东权利等证券监管措施

而言，其是否属于行政强制措施？是否应适用《行政强制法》？

笔者认为，证券监管措施可以分为一般证券监管措施与金融业审慎监管措施。前者包括责令改正、监管谈话、出具警示函等，主要发挥提示、督促和纠正功能，其与《行政强制法》显然无关；后者则包括限制股东权利、限制转让财产、限制业务活动等，具有更强的干预性，其与《行政强制法》的关系值得进一步讨论。

对此，《行政强制法》第三条第三款规定：“行政机关采取金融业审慎监管措施、出境货物强制性技术监控措施，依照有关法律、行政法规的规定执行。”围绕该条款的理解，理论界与实务界存在不同观点，笔者倾向于如下解释：

一方面，《行政强制法》采取了“金融业审慎监管措施”的表述。然而，由于“审慎监管”的概念缺乏立法定义，其内涵具有不确定性，且随时代发展有所变化，故如何理解此处的“审慎监管”至关重要。若将“审慎监管”与“行为监管”的概念对应，是否意味着还存在“金融业审慎监管措施”与“金融业行为监管措施”的区分？进而还将引出两者各自与《行政强制法》关系的问题。笔者认为，此处的“审慎监管”可广义解释为审慎性监管，即强调金融监管的审慎性理



念，而非特指与“行为监管”相对的狭义范畴。事实上，在《行政强制法》颁布的2011年及之前，“行为监管”这一提法尚不普遍，当时“审慎监管”概念的外延与内涵更广。此外，即便是在近期的一些行政法规、部门规章中，“审慎监管”亦可在广义解释口径下使用<sup>6</sup>。

另一方面，金融业审慎监管措施本质上属于特别行政强制措施。根据全国人大法工委编写的《中华人民共和国行政强制法释义》，法律、行政法规对金融业审慎监管措施另有规定的，从其规定，不再适用作为一般法的《行政强制法》<sup>7</sup>。笔者认为，新《证券法》已对证券监管措施作出概括性授权，《实施办法》亦对证券监管措施及其实施程序等事宜作出了细化规定。上述规定构成《行政强制法》第三条第三款所指的“另有规定”情形，因而证券监管措施无需再适用《行政强制法》。

## 第二部分\

# 《实施办法》的程序法定位

《实施办法》坚持程序法定位，为证券监管措施制定了一套程序体系，包括一般程序与特别程序。而对于证券监管措施的具体适用情形、适用标准、适用对象等事项则由法律、行政法规或中国证监会的其他规章予以规定。

## (一) 一般程序

一般程序是证券监管措施实施的普适性程序，包括如下制度：**第一**，实施机构必须对措施的取证、决定、送达等全过程进行文字、音像等形式的记录并归档保存，实现执法全过程监督并为后续审查提供依据；**第二**，现场执法必须由不少于两名具备行政执法资格的执法人员实施；**第三**，《实施办法》规定了明确的办案期限，实施机构应在启动措施实施程序后六个月内作出决定，复杂案件经负责人批准每次延长不超过六个月；**第四**，追责时效制度，违法行为两年内未被发现则不再采取措施，但依法另有规定或影响尚未消除的除外；**第五**，建立了回避制度，执法人员与当事人有利害关系时应主动回避，当事人也有权申请回避；**第六**，实施措施必须以事实为依据，实施机构需全面收集证据，且对于在其他事项中获取的证据材料，在符合真实性、合法性及关联性要求的情况下，也可以在本事项中使用；**第七**，实

6.例如《证券期货行政执法当事人承诺制度实施办法》（国务院令749号，2022年1月1日实施）第七条规定：“有下列情形之一的，国务院证券监督管理机构对适用行政执法当事人承诺的申请不予受理：……（六）国务院证券监督管理机构基于审慎监管原则认为不适用行政执法当事人承诺的其他情形。”又如，根据证监会《上市公司重大资产重组管理办法（2025修正）》第十二条规定：“上市公司及其控股或者控制的公司购买、出售资产，达到下列标准之一的，构成重大资产重组：……购买、出售资产未达到前款规定标准，但中国证监会发现涉嫌违反国家产业政策、违反法律和行政法规、违反中国证监会的规定、可能损害上市公司或者投资者合法权益等重大问题的，可以根据审慎监管原则，责令上市公司暂停交易、按照本办法的规定补充披露相关信息、聘请符合《证券法》规定的独立财务顾问或者其他证券服务机构补充核查并披露专业意见。”

7.《中华人民共和国行政强制法释义》载明：“考虑到一些实际情况，有些行政法规也设定了行政强制制，且是必要的，有的根据部门实际情况规定了具体程序，因此本法还规定了例外情形，即有些情况下，其他法律、行政法规有规定的，从其规定；没有规定的，依照行政强制法执行。这些例外情形有：本条第二款、第三款规定的应急措施或者临时措施、金融业审慎监管措施、进出境货物强制性技术监控措施”，以及“金融业关系国家金融秩序和群众的切身利益，有着特殊的运行规律和管理规则，为保证金融机构稳健运行，需要展开审慎监管……另外，在上述领域中法律规定已经较为齐备，排除适用并不会导致滥用权力”，见信春鹰主编：《中华人民共和国行政强制法释义》，法律出版社2011年版，第15-17页。

施措施应当进行法制审核，法律、行政法规、规章另有规定的除外。

## （二）特别程序

对于《实施办法》第二条第七项至第十四项所列措施，以及第十五项中对当事人权利义务有较大影响的“其他措施”，《实施办法》在一般程序的基础上增设了更为严格的特别程序，核心是保障当事人的合法权益。

特别程序要求实施机构在作出决定前，必须向当事人送达《事先告知书》，明确告知拟采取措施的内容、事实、理由和依据，并告知其依法享有的陈述、申辩等权利。当事人有权在规定期限内进行陈述和申辩，实施机构必须充分听取意见并复核其提出的事实、理由和证据，成立者应当采纳。若对《事先告知书》的内容作出调整，实施机构必须重新进行事先告知，也即遵守二次告知程序，确保当事人有再次申辩的机会，但作出对当事人有利变更的除外。

此外，《实施办法》还设立了紧急情况下的快速处置机制，即当出现证券基金期货经营机构监管指标恶化、经营管理情况恶化、发生重大风险事件或其他重大风险隐患等情形，若不立即采取措施将出现严重危害后果时，实施机构可以当场或通过电子通讯等方式听取当事

人意见，不受事先告知程序的形式和时限的限制。在确实无法联系到当事人等特殊情况下，经实施机构主要负责人批准，甚至可以不适用事先告知程序。

值得注意的是，紧急程序受到严格的内部制约：首先，其适用情形有明确限定，必须是面临严重且紧迫的风险；其次，即使在紧急情况下，也应尽可能听取当事人意见；最后，对于无法联系当事人的极端情况，需要经过“实施机构主要负责人批准”这一关键内部控制环节。

### 第三部分\

## 《实施办法》规定的其他重要制度

### （一）设定权限：法律、行政法规或证监会部门规章

基于新《证券法》的概括性授权，证监会有权设定及规范证券监管措施。根据《实施办法》第二条第一款第（十五）项以及第三条第一款的规定，证券监管措施及其实施程序均由法律、行政法规、证监会规章规定，证监会的行政规范性文件不得设定证券监管措施。

《实施办法》所附说明中进一步明确：“行政规范性文件不能新设监管措施的适用情形，但对于法律、行政法规、规章规定的适用情形，特别是一些原则性、兜底性规定，可以进

一步细化。《实施办法》施行前由规范性文件规定的监管措施，将逐步进行清理，在清理之前继续适用。”

## （二）时效制度：基于防范风险与及时矫正的核心目的构建

《实施办法》第八条第一款规定：“违法行为在二年内未被发现的，实施机构不再对该违法行为采取监督管理措施，法律、行政法规、中国证监会规章另有规定或者违法行为所产生的影响尚未消除的除外。”这一规定与《行政处罚法》第三十六条关于行政处罚时效的规定存在差异。

行政处罚时效制度的核心在于提升行政处罚效率、加强行政处罚功能、有利于违法当事人纠正违法并自觉守法、以及维护法的安定性<sup>8</sup>。因此，《行政处罚法》第三十六条第一款规定：“违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚；涉及公民生命健康安全、金融安全且有危害后果的，上述期限延长至五年。法律另有规定的除外。”

然而，证券监管措施并不以制裁惩戒为目的，而是以防范风险与及时矫正为目的。因此，其时效规则并非单纯追求“过时不究”，而是围绕“是否仍有必要干预”展开动态判断。在此框架下，《实施办法》设置两年时限的同



时，特别保留了两项例外：一是其他规范性文件另有规定；二是违法行为虽已超过两年，但其负面影响尚未消除。

## （三）公开制度：区别于行政处罚的公开逻辑

与“具有一定社会影响的行政处罚应当依法公开”这一刚性要求不同，《实施办法》第十五条对除“责令公开说明”等具有公开要求的措施外，采取了更为灵活的“可以公开”原则。行政处罚的公开旨在通过公示违法行为及其法律后果，发挥警示、教育和威慑作用；而证券监管措施的公开，则服务于防范风险、及时矫正的核心目标。“可以公开”原则赋予了实施机构根据实际情况的裁量权，使其能在保障市场透明度与维护市场秩序之间寻求平衡。

8.胡建淼：《行政处罚法论》，人民出版社2025年第1版，第480-481页。



#### 第四部分\

## 结语：证券监管措施的新使命

《实施办法》的实施，标志着证券监管措施在经历十七年试行探索后，正式迈向了定位更加清晰、程序更加完备、体系更加健全的法治化新阶段。本次修订不仅是对《试行办法》的查漏补缺，更是对证券监管措施定位的聚焦与重塑，显著提高了措施的制度化、类型化、程序化程度。

依托新《证券法》的概括性授权与《实施办法》的精细化界定，证券监管措施已从原先定位模糊的“一揽子”规制工具，依法聚焦为以“防范风险”与“及时矫正”为核心功能的行政行为。通过概念界定、类型列举、权限归属、程序设置、法律效果以及救济途径等环节的完整构建，证券监管措施不仅在行政行为型式化的道路上走出了鲜明的部门法特色，亦为作为行政法总论经典命题的行政行为理论贡献了部门行政法的思考与探索。 ☞

(刘思琪对本文亦有贡献)



杨沁鑫  
合伙人  
债务重组与破产部  
北京办公室  
+86 10 5957 2496  
yangqinxin@zhonglun.com

# 虚开增值税专用发票罪的 实质判断与合规启示

作者：王然 周旋 周亚成 许奔



近年来最高人民法院、最高人民检察院以下简称“两高”密集发布危害税收征管罪相关司法解释、典型案例和规范性文件，力图进一步规范涉及此类犯罪的司法实践。2024年3月15日，两高发布《最高人民法院 最高人民检察院关于办理危害税收征管刑事案件适用法律若干问题的解释（法释〔2024〕4号）》（以下简称《危害税收征管罪司法解释》），并于3月18日举行新闻发布会，发布依法惩治危害税收征管典型案例。2025年11月24日，最高人民法院发布依法惩治危害税收征管犯罪典型案例。2025年12月，最高人民法院办公厅又作出《对关于明确虚开增值税专用发票“虚抵进项税额”行为性质建议的答复（法办函[2025]1595号）》。以票控税是我国税收征管的重要手段，因此与发票相关的犯罪行为是税收征管领域最为常见的犯罪手段，上述诸多规定和案例多涉及虚开增值税专用发票罪（以下简称“虚开专票罪”）。

针对增值税发票犯罪行为，《刑法》第二百零五条规定的虚开专票罪是危害税收征管罪中法定刑最重的罪名，直至2011年《刑法修正案（八）》才删去了此罪的死刑刑罚；同时该罪又是普发、高发的危害税收征管罪罪名，平均每十起经济犯罪中就有一起是虚开专票罪<sup>1</sup>。基于虚开专票罪具有复杂性、专业性，在司法实践中如对相关事实认定和法律适用存在模糊认识，可能有违司法公正，也可能影响企业正常经营，甚至会损害企业家合法权益。有鉴于此，笔者结合相关法律法规和司法实践，梳理和澄清其中主要的焦点问题和争议情形，为企业依法处理涉税法律事务，防范刑事风险提供参考。

## 第一部分\

### 虚开专票罪的不法本质是骗抵税款

虚开专票罪设立以来，司法实践关于该罪入罪标准一直存在分歧，同样行为在不同地区、不同法院的判决中结果差异很大，难免会

给行为人带来困扰。《危害税收征管罪司法解释》第十条对“虚开行为”的具体情形做了清晰

1.2024年3月18日，涉税犯罪司法解释暨典型案例新闻发布会记者问上公布：“近五年检察机关受理审查起诉的危害税收征管案件占整个刑事犯罪案件、经济犯罪案件总数的0.6%、12%左右。其中……虚开增值税专用发票罪占比约80%。”



界定<sup>2</sup>。但是，行为人实施了上述虚开行为并不必然成立虚开专票罪，还需要具备虚开专票罪的不法本质，即行为人**具有利用虚开增值税专用发票骗抵税款的目的，或虚开行为因抵扣造成国家税款损失**，才构成虚开专票罪。

1995年全国人民代表大会常务委员会通过的《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》规定：“为了惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票和其他发票进行偷税、骗税等犯罪活动，**保障国家税收**，特作如下决定……”明确惩治虚开增值税专用发票的目的是保障国家税收。

1997年修订后的《刑法》第二百零五条继承了全国人大上述决定的内容，但第二百零五条第一款仅规定了“虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的”应当定罪处罚，没有关于立法目的的相关内容。仅从这一规定来看，似乎只要存在虚开增值税专用发票的行为就构成虚开专票罪，并不要求行为人具有特定目的或者虚开行为造成国家税款损失。之所以如此规定，是因为1997年刑法修改时虚开增值税专用发票的行为基本均为利用其抵扣功能骗抵国家税款，暂不存在以其他目的虚开增值税专用发票情况，也没有作相应规定。但是在该罪设立后不久，司法实践中很快出现了不以骗抵国家税款为目的的虚开

专票犯罪行为，两高通过各种形式反复表达过该类行为不构成虚开专票罪的意见。

《刑法》在第二百零五条规定虚开专票罪之外，另于第二百零五条之一规定了虚开发票罪，后者的最高法定刑为七年，而前者的最高法定刑为无期徒刑。如果认为两类犯罪行为均系仅侵犯了发票管理秩序，就将一切虚开增值税专用发票的行为均认定为虚开专票罪，显然不符合罪刑责相适应的理念。2025年11月24日最高人民法院发布的典型案例6《陈某某虚开增值税专用发票案——依法惩处为骗取税款而虚开增值税专用发票的行为》指出：“以非法占有为目的、骗取国家财产的虚开抵扣行为，本质上是以虚开增值税专用发票手段**骗取国家财产**，对此应依法严惩。”<sup>3</sup>例如，甲从乙处以不含税价100万元购进货物若干，又从丙处以3万元为对价购入丙虚开的增值税专用发票，进项税金额13万元，然后以226万元含税价（不含税价200万元加销项税26万元）将该批货物销售给丁，收到丁支付的价款226万元。此时，甲通过取得虚开的增值税进项税发票抵扣销项税，

2.《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害税收征管刑事案件适用法律若干问题的解释（法释〔2024〕4号）》第十条规定：“具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百零五条第一款规定的‘虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票’：（一）没有实际业务，开具增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的；（二）有实际应抵扣业务，但开具超过实际应抵扣业务对应税款的增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的；（三）对依法不能抵扣税款的业务，通过虚构交易主体开具增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的；（四）非法篡改增值税专用发票或者用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票电子信息；（五）违反规定以其他手段虚开的。”

3.参见“最高人民法院发布依法惩治危害税收征管犯罪典型案例”，<https://mp.weixin.qq.com/s/67nfmp4SRooGuOEnKREwFA>。

实际需缴纳税款13万元，将收到的26万元税款中的13万元据为己有；丙赚取了虚开发票收到的开票费3万元，甲扣除3万元开票费后净余10万元，二者合计非法占有了国家税款13万元。故此，应当从是否骗抵国家税款的角度对虚开专票罪的认定范围作出一定限缩，只有对骗抵国家税款的虚开专票行为处以重刑，才符合罪刑相适应的原则。这也是自该罪设立以来最高人民法院、最高人民检察院反复表达的倾向性观点。

2000年《刑事审判参考》第107号案件《芦才兴虚开抵扣税款发票案》、2001年福建高院请示最高人民法院的《泉州市松苑绵涤实业有限公司等虚开增值税专用发票案》、2001年最高人民法院《关于湖北汽车商场虚开增值税专用发票一案的批复（刑他字〔2001〕36号）》、2015年最高人民法院研究室《〈关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质〉征求意见的复函（法研〔2015〕58号）》，以及2020年最高人民检察院《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》均表示虚开专票罪的危害实质在于通过虚开行为骗取抵扣国家税款。如将该罪理解为行为犯，只要虚开增值税专用发票，扰乱增值税专用发票管理秩序的，即构成此罪并要判处重

刑，不符合罪刑相适应原则。

尽管此反复多次表达过不以骗抵税款为目的的虚开行为不构成虚开专票罪，但是司法实践中对虚开专票罪是否需要以骗抵税款为目的或结果仍存有不同观点。2004年全国法院经济犯罪案件审判工作座谈会上，部分与会者认为：“刑法第205条的规定，并未将行为人具有偷、逃税目的作为虚开增值税专用发票犯罪构成的必要要件……至于行为人有无偷逃税的目的，以及行为人有无实际骗取、抵扣税款，并不影响犯罪的认定。”2019年山西省高级人民法院《关于虚开增值税专用发票犯罪的调研报告》指出：“理论界和司法实务中，对于行为人构成本罪，主观方面是否要求具有谋取非法利益等特定目的分歧较大。一种观点认为，构成本罪不要求行为人具有谋取非法利益等特定目的。”2016津01刑终24号，2016苏0804刑初559号，2018黑0102刑初700号等诸多案例均认为构成虚开专票罪不需要骗抵税款的目的或国家税款受到损失的结果。

为澄清虚开专票罪的不法本质、明确该罪的限缩范围，《危害税收征管罪司法解释》第十条规定：“为虚增业绩、融资、贷款等不以骗抵税款为目的，没有因抵扣造成税款被骗损失的，不以本罪论处，构成其他犯罪的，依法以其他犯罪追究刑事责任。”该条为限缩该罪名适

用范围、有效保障企业正常经营与合法利益提供了重要依据。

## 第二部分\

### **虚开专票抵扣无真实交易销项税额不构成虚开专票罪**

虚开增值税专用发票的受票企业在抵扣无真实交易、无需要缴纳的销项税额时不构成虚开专票罪。虚开专票罪的限缩条件“以骗抵税款为目的”或者“因抵扣造成税款被骗损失”应当从实质上理解而不能流于形式。部分企业为融资而进行的交易，在表面上需要缴纳销项税，但由于其交易行为本身系为融资而虚构的，不存在真实交易，实际亦不需要缴纳销项税。企业在这种情况下为抵扣无真实交易销项税额而取得虚开的增值税进项税发票，不构成虚开专票罪。

北京二中院在《人民法院案例选》刊登的案例《某商贸（北京）有限公司、刘某某等非法购买、出售增值税专用发票案》采用了这一观点。A公司为了贸易融资给B公司虚开了大量的增值税专用发票（进项）发票，因此留下了相应的增值税专用发票（销项）发票，为避免因此缴纳相应的增值税，A公司找到甲公司、乙公司获取了虚开的增值税专用发票（进项）发票，A公司

主观上并非出于骗取国家税款的目的。A公司因给B公司开具增值税专用发票（进项）发票而留下大量销项发票，该部分发票因为没有实际发生商品流转，没有产生真实的商品增值，也就没有缴纳增值税的事实基础，不缴纳该部分税款也不会给国家造成实际的税款损失。法院在该案明确指出：“虚开增值税专用发票用于抵扣无真实交易销项税额的行为，不具有骗取国家税款目的，未造成国家税款损失的，不构成虚开增值税专用发票罪。”

## 第三部分\

### **不以骗抵税款为目的对开、环开不构成虚开专票罪**

部分企业为增加业务规模以便利融资等因素，在无真实交易的情况下对开、环开发票，此类案件在税收征管上属于虚开增值税专用发票的行为，但是如果其不以骗抵国家税款为目的，没有造成国家税款损失，就不构成虚开专票罪。对此，有以下两个案例可以加以比较：

案例一：2023年人民法院案例库入库案例《王某某虚开增值税专用发票案》的裁判要旨指出：“在无真实货物购销交易的情况下，循环开具增值税专用发票并均已进行进项税额抵扣，按规定向主管税务机关进行了纳税申报，



整个流程环开环抵、闭环抵扣，未造成国家税款的流失。行为人不以骗取国家税款为目的，没有套取国家税款的行为和主观故意，不符合虚开增值税专用发票罪的构成要件，不宜以虚开增值税专用发票罪定罪量刑。”

案例二：2024年两高发布的依法惩治危害税收征管典型案例6《上海某实业公司、张某某虚开增值税专用发票案》指出：“行为人之间互相开具或者循环开具增值税专用发票，销项税额与进项税额不能互相抵消，造成国家税款损失的，应当以虚开增值税专用发票罪追究刑事责任。”

上述两个案例均为涉事企业对开、环开发票，但是案例一环开的发票能够前后相抵，未给国家税款造成损失，案例二环开的发票不能相互抵消，造成国家税款损失，由此案例一的涉事企业不构成虚开专票罪，案例二的涉事企业则构成虚开专票罪。

实践中企业的交易、开票方式多种多样，判断企业间对开、环开发票的具体行为是否构成虚开专票罪应当关注该行为是否以骗抵国家税款为目的、是否造成国家税款损失，而不拘于所开具的发票是否能够相互抵消。在能够抵消的情形下，如果从总体来看对开环开的行为仍然造成了国家税款损失的，同样可能构成虚开专票罪。

#### 第四部分\

## 不利用抵扣功能的变票虚开不构成虚开专票罪

变票虚开是典型的基于真实业务开具增值税专用发票，但发票部分内容与实际业务情况不符的虚开行为，在石化等领域涉事企业为偷逃消费税进行此类虚开尤为常见。关于此类虚开行为是否构成虚开专票罪，司法实践中有不同的处理方式，但是随着2024年《危害税收征管罪司法解释》的出台，变票虚开行为应当较为明确地被排除在虚开专票罪之外。

部分司法实践认为构成虚开专票罪不以骗取进项税抵扣为前提，只要是虚开了增值税专用发票，并且造成国家税收损失的虚开行为，都构成虚开专票罪。例如，浙江省高级人民法院（2018）浙刑终361号判决书指出：刑法规定和司法解释均没有明确要求构成虚开增值税专用发票要以偷逃增值税为前提，被告通过变票的方式虚开增值税专用发票，偷逃了税款，原判定性为虚开专票罪并无明显不当。无独有偶，浙江省湖州市吴兴区人民法院法官2022年在《人民司法（案例）》发表文章《虚开增值税专用发票逃避缴纳消费税的构罪分析》，认为虚开专票罪主观目的要件不能限制为骗取增值税进项抵扣，企业变票虚开增值税专用发票

票、以逃避缴纳消费税的行为构成虚开专票罪。<sup>4</sup>

与上述观点相反，另有司法实践认为只有利用增值税专用发票抵扣税款这一功能造成国家税收损失的情况下，虚开行为才能被认定为虚开专票罪，如果只是利用了增值税专用发票的其他功能逃税，则不能认定为虚开专票罪。安徽省高级人民法院（2022）皖刑终204号刑事判决书指出：“如果未利用增值税专用发票的抵扣功能，而是利用了增值税专用发票所具有的一般发票也具有的经济活动证明功能，则虚开增值税专用发票与虚开普通发票无实质区别，从罪责刑相一致原则考虑，同时构成虚开发票罪与逃税罪的，按照牵连犯从一重处罚原则，一般定逃税罪。”

以上两种观点在司法实践中均有体现，但是需要看到，虚开专票罪的法定刑之所以明显高于逃税罪，在于其行为后果不仅是逃避缴纳税款，而且是以非法占有为目的，骗抵国家税款，本质上与骗取国家财产的诈骗罪无异，因而其法定刑高于逃税罪。就此，安徽高院的观点更符合立法本意。为进一步明确这一观点，2025年12月最高人民法院办公厅又作出《对关于明确虚开增值税专用发票“虚抵进项税额行为”性质建议的答复（法办函[2025]1595号）》指出：“逃税罪是行为人基于逃避应纳税义务而实施的犯罪，行为危害性在于应缴不缴

造成国家应该征收的税款流失；虚开增值税专用发票罪则是行为人利用增值税专用发票可以抵扣税款的功能，虚开发票以骗取国家税款，本质上是以欺骗手段积极地占有国家财产，即属于诈骗犯罪，因此危害比逃税罪严重，这也符合刑法关于二罪的法定刑设置。”这无疑为实践中变开发票行为的辩护提供了新的思路和依据，也为涉事企业避免被扩大化地认定为虚开专票罪提供了有效法律依据。

#### 第五部分\

### 不具有不法本质的代开专票行为不构成虚开专票罪

代开增值税发票是否构成虚开专票罪自该罪设立以来就有诸多争议，笔者认为是否构成虚开专票罪的关键仍在于其是否具备不法本质，即以骗抵税款为目的或者因抵扣造成税款被骗损失。

1995年，国家税务总局下发《关于加强增值税征收管理若干问题的通知》（国税发[1995]192号）确立了增值税发票管理领域发票流、资金流、货物流，“三流一致”的管理标

4. 参见“典型案例 | 刑事（《人民司法》）：虚开增值税专用发票逃避缴纳消费税的构罪分析”，<https://mp.weixin.qq.com/s/iTp4R1HM8HNqkGg-QWvr0g>。



准。受此影响，1996年最高人民法院《关于为他人代开增值税专用发票的行为如何定性问题的答复》《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》均明确规定即便具有实际经营活动，代开发票仍然构成虚开专票罪。

但是市场交易模式多种多样，在许多产业领域，由于实际经营者无法或不便开具增值税专用发票，广泛存在请他人代开发票的情况，因而税务总局逐渐将部分代开行为排除在虚开发票之外。2002年，国家税务总局《关于废旧物资回收经营业务有关税收问题的批复》（国税函[2002]893号）认定废旧物资经营单位为废旧物资收购人员(非本单位人员)代开发票的行为不构成虚开发票。此后，最高人民法院刑事审判第二庭《对〈关于征求对国税函

〔2002〕893号文件适用暨××公司案定性问题意见的函〉的复函》（〔2008〕刑二函字第92号）、最高人民检察院公诉厅《〈关于征求对国税函〔2002〕893号文件适用暨××公司案定性问题意见的函〉的回复函》、公安部经济犯罪侦查局《关于安徽省泗县 XX 废旧物资回收公司案定性问题的批复》（公经财税〔2008〕67号）均表示，代废旧物资收购人员开具发票的公司必须是真实的废旧物资经营单位，在与税务总局排除的代开情形相同条件下的代开才不构成虚开专票罪，如果代开企业是无实际业务的开票公司，则仍然构成虚开专票罪。

2014年，国家税务总局进一步放宽代开发票的合规标准，发布《关于纳税人对外开具增值税专用发票有关问题的公告》（国家税务总局公告2014年第39号），认定挂靠方以挂靠形式向受票方实际销售货物，被挂靠方向受票方开具增值税专用发票的情形不构成虚开增值税专用发票。2015年，最高人民法院研究室发布的《〈关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质〉征求意见的复函》（法研〔2015〕58号）在认可税务总局前述观点的基础上，进一步将非挂靠经营条件下的借名经营代开行为也排除在虚开专票罪之外，同时表示《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于



惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》的若干问题的解释》关于“进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票”也属于虚开的规定，与虚开专票罪的规定不符，不应继续适用。至此，随着税务总局虚开发票标准的变化，最高人民法院改变了代开发票一律构成虚开专票罪的观点。

但需要注意的是，司法机关并不认为任何代开行为都不构成虚开专票罪，而是强调在如实代开、主观上并无骗取抵扣税款的故意、客观上也未造成国家增值税款损失的情况下才不构成虚开专票罪。换言之，如果代开公司本身系专门开票的空壳公司，代开行为目的在于骗抵国家税款，仍然构成虚开专票罪，这是理清司法实践中代开发票是否构罪争议的关键。下述三个案例为进一步理解该观点提供了依据。

案例一：2024年人民法院案例库入库案例《张某强虚开增值税专用发票宣告无罪案》中，被告人张某强以河北某公司的名义对外签订销售合同，由该单位收取货款、开具增值税专用发票，该行为在主观上没有骗取国家税款的目的，客观上未造成国家税款的损失，故其行为不构成虚开专票罪。

案例二：2023年人民法院案例库入库案例《赵某某等虚开增值税专用发票案》中，泰某公司在支付真实货款之外，又额外向旺某五金

支付“开票费”“购买”涉案虚开增值税专用发票的费用，该笔款项并未作为国家税收进入国库，造成国家增值税款损失，故其行为构成虚开专票罪。

案例三：2024年人民法院案例库入库案例《夏某虚开增值税专用发票案——有真实交易代开行为与无真实交易虚开行为的区分》中，某建材公司借王某、宋某采购柴油之机，由王某、宋某将购油款经某建材公司转至售油公司，售油公司向某建材公司开具增值税专用发票，某建材公司支付王某、宋某开票费。王某、宋某从售油公司处购买柴油，本身并不能收取增值税专用发票，亦即该购销环节产生的增值税本不用于抵扣，但却虚开给了建材公司供其抵扣，造成了国家税款损失，故构成虚开专票罪。

可见，认定在有真实交易的情况下代开、代收增值税专用发票是否构成虚开专票罪，关键在于该行为是否具有骗抵国家税款的目的或者造成国家税款损失。苟周于事，不拘于行，由于实践中交易模式和代开形式多种多样，该等目的或损失的认定难以通过一成不变的标准进行衡量，而应当从交易和开票行为的整体出发，统筹各个环节进行分析，通过考察包括但不限于：用于抵扣的进项税对应销项税是否如实缴纳、是否存在利用“富余票”虚开、代开主

体是否为无真实业务的开票公司等因素，从而判定是否存在因抵扣造成国家税收减少的目的或结果，为依法应对虚开专票罪指控、防止该罪名的扩大适用提供法律依据。

## 第六部分\

# 总结

本文围绕虚开专票罪的不法本质，对几种典型情况是否构成虚开专票罪进行了讨论，希望能够为企业依法纳税、合规经营提供一定启示。后续笔者将结合司法实践进展，进一步分析探讨危害税收征管罪其他情形。 88



周旋  
合伙人  
公司业务部  
北京办公室  
+86 10 5087 2832  
zhouxuan@zhonglun.com



周亚成  
顾问  
公司业务部  
北京办公室  
+86 10 5957 2288  
zhouyacheng@zhonglun.com

# 掘金哈萨克斯坦 ——哈萨克斯坦矿业投资及合规 运营的全周期法律实践

作者：夏磊 姚尧





哈萨克斯坦固体矿产资源非常丰富，采矿业是哈萨克斯坦国民经济的支柱产业之一，也是国际矿业资本的战略要地。近年来，哈萨克斯坦对于矿产资源的开发和国际合作愈加重视，明确鼓励外国投资者参与矿产勘探、开采和加工全产业链，允许外资企业100%控股除铀矿外的矿业项目。2024年7月，中国与哈萨克斯坦签署了《中华人民共和国商务部和哈萨克斯坦共和国工业和建设部关于加强新能矿（关键矿产）领域合作的谅解备忘录》，为促进两国矿业合作、吸引中国投资人参与哈方矿业市场注入了新的强劲动力。对哈萨克斯坦矿业领域的投资多集中于金矿、铜矿、钾盐矿和铀矿。

哈萨克斯坦对本地和国际投资人在本土进行矿产资源开发有一套完整而严谨的监管体系。本文以矿业项目全周期为脉络，以实践为导向，聚焦底土开发的重点环节，从“底土权利获得”“底土使用义务”到关联的“土地政策”，深入剖析矿产资源法律项下投资人的权利来源、法定义务与违约风险，旨在呈现一个立体、务实且贯穿项目全周期的法律实践框架。

## 第一部分\

# 底土资源开发的法律依据及权利来源

根据哈萨克斯坦《宪法》及《底土和底土资源利用法》的规定，哈萨克斯坦境内所有矿产资源由国家所有<sup>1</sup>，由国家根据法律规定的依

据、条件和范围授予底土资源的各项使用权。

## (一) 底土资源立法的历史沿革

哈萨克斯坦现行矿产资源管理法律主要是2017年颁布并于2018年6月29日实施的《底土和底土资源利用法典》(Code on Subsoil and Subsoil Use) (以下简称《**底土法典**》)。该法律替代了1995年6月28日起实施的《石油法》和1996年1月17日起实施的《底土法》(Subsoil Use Law) (以下称为“《**底土法**》”)，是调整

1. 《底土和底土资源利用法》第11条: Subsoil resources belong to the people of Kazakhstan.

哈萨克斯坦固体矿产、石油和天然气等自然资源勘探和开发的法律基础，规定了国家对底土资源利用权的授予、实现、转让和终止的监管。

在此之前，哈萨克斯坦关于底土资源使用的立法已经过多次改革：

(1) 在1999年之前，底土资源使用权是根据许可证和相应的合同（以下称为“**许可&合同制度**”）授予的，被授权主体即底土资源使用权人（以下称为“**底土使用权人**”）进行底土作业需获得底土资源使用许可证，并同时与相关主管部门签署底土资源使用合同；

(2) 1999年《底土法》进行了修订，从许可&合同制度向单一合同制度过渡（以下称为“**合同制度**”），即不再需要底土资源使用许可证来确认底土资源的使用权；

(3) 2010年，新的《底土法》颁布，在授予底土资源方面延续了合同制度，进一步完善了底土资源使用立法；

(4) 2017年12月，《底土法典》颁布，取代了2010年的《底土法》，其作为法典效力优先于其他法律。《底土法典》重新引入了许可制度（以下称为“**许可制度**”），即底土资源使用权人不需要再签署底土合同，仅需要获得底土资源使用许可证即可享有底土资源使用权。

## (二) 底土合同及底土权证的过渡安排

尽管经历了数次变更，但在每一次《底土法》和《底土法典》迭代时，相关法律条款均对现行有效的底土合同和底土权证作了过渡性的安排。即，如果在最新修改的法律法规生效时仍然有效的底土合同和/或底土权证，在其原始有效期内，该等合同和权证仍然就其对应范围内的底土区域有效，无需另行办理变更手续。

## (三) 底土资源开发权证类型

根据底土资源使用作业的类型，哈萨克斯坦底土资源使用权证主要有以下几种类型：

- 矿产地质调查许可证license for geological survey of subsoil;
- 固体矿物勘查许可证license for exploration of solid minerals;
- 固体矿物开采许可证license for production of solid minerals;
- 普通矿产开采许可证license for production of commonly occurring minerals;
- 底土空间利用许可证subsoil space use license;
- 手工开采许可证artisanal mining license.

## (四) 底土资源开发权证的基本申请流程

各类许可证申请基本程序如下：

1) 根据固体矿物勘探或开采许可证、底土空间使用许可证等各类底土使用目的，拟取得底土使用权的主体应向主管当局提交申请。其中探矿权和采矿权由工业和建设部MIC授予；

2) 主管部门在收到申请10个工作日内审核，如果审核符合条件则授予许可证；如果审核不符合条件则拒绝授予许可证；

3) 在收到拒绝授予许可证之日起10个工作日内申请人可以提起申诉，并且拒绝授予许可证并不禁止申请人重新申请许可证。

## (五) 底土资源开发权人的主体资格限制

底土资源使用权的主体可以是自然人，也可以是法人实体(legal entity)<sup>2</sup>。根据哈萨克斯坦《民法典》<sup>3</sup>(Civil Code)的定义，法人实体是以营利为主要活动目的商业性组织，或者不以获取收入为目标且不在各方之间分配任何净收入的非营利组织<sup>4</sup>。

根据哈萨克斯坦相关法律，有限责任公司(LLP)和股份有限公司(JSC)是哈萨克斯坦主流的商业组织形式。股份有限公司(JSC)主要由哈萨克斯坦《股份有限公司法》(Law of Kazakhstan No. 415 of 13 May 2003 on Joint Stock companies)<sup>5</sup>规定，有限责任公司(Lim-

ited liability partnership)主要由《有限责任公司及附加责任公司法》(Law of Kazakhstan No. 220-1 of 22 April 1998 on Limited and Additional Liability Partnerships)<sup>6</sup>规定。同时，《底土法典》明确规定，在该法律项下，底土资源使用权仅能由单一主体(one person)持有<sup>7</sup>。

## 第二部分\

## 底土开发项下的各类义务

获得底土使用相关权证仅是项目的开端，持续合规经营才是国际投资人深入哈萨克斯坦矿业市场真正的挑战。哈萨克斯坦法律规定的核心义务构成了矿业项目日常运营的“合规仪表盘”。

### (一) 制定工作计划

工作计划属于哈萨克斯坦采矿项目的关键项目文件。制定工作计划是在哈萨克斯坦进行矿产资源勘探开发的前提，工作计划包括勘探

2.《底土和底土资源利用法》第18条第一款：The subsoil use right may be held by individuals and legal entities, unless otherwise provided for by this Code.

3.Civil Code of the Republic of Kazakhstan - "Adilet" LIS (zan.kz) .

4.An organization which pursues the recovery of income as the primary purpose of the activity (commercial organization) or doesn't have gaining income as a goal and doesn't distribute any net income between the parties (non-profit organization) shall be recognized as the legal entity.

5.<https://adilet.zan.kz/eng/docs/Z030000415>.

6.<https://adilet.zan.kz/eng/docs/Z980000220>.

7.《矿产资源及矿产资源利用法》第18条第二款：In cases provided for by this Code, only one person can be the owner of a subsoil use right.



计划 (exploration plan)、采矿计划 (mining plan) 以及复垦计划 (liquidation (reclamation) plan)。根据哈萨法律, 禁止在没有关键项目文件的情况下进行任何勘探和/或采矿活动。

实践中, 根据底土合同或取得的底土权证, 底土使用权人需提交相关关键项目文件的工作计划并获得主管部门的批准, 包括采矿量、选矿量、投资金额等。

## (二) 复垦义务

根据哈萨克斯坦相关法律, 与复垦相关的义务有两种: (1) 制定复垦计划并获得相关机构的批准; 以及 (2) 向复垦资金拨款, 底土合同缔约方每年应把勘探和生产支出总额的0.3%分配到复垦资金中。

对于从事采矿活动的底土使用权人, 其应履行上述两项义务。对于从事勘探活动的底土使用权人, 只需履行上述第 (2) 项义务, 无需制定复垦计划和获得相关主管部门的批准。

## (三) 雇员培训和职业发展义务

根据哈萨克斯坦法律规定, 底土使用权人应该将其勘探支出的 1%和生产支出的 0.1%用于其在哈萨克斯坦雇员的培训和职业发展。

## (四) 社会 and 经济发展义务

底土使用权人应每年拨出30,000美元, 用于该地区的社会 and 经济发展。底土开发协议可以自行补充约定这部分支出义务的具体金额。

## (五) 研究和科学研究义务

底土使用权人每年应资助哈萨克斯坦国内工程和服务生产商的研究、科学研究和技术发展工作, 资助金额不得少于上一年总收入的1%。

## (六) 本地化用工要求

根据哈萨克斯坦《移民法》第36-1.1条, 为保护国内劳动力市场, 移民主管机构应制定吸引外国劳动力在哈萨克斯坦境内从事劳动活动的比例。该比例以百分比形式确定, 代表潜在外国劳动力数量与哈萨克斯坦经济活跃人口比例的上限。雇主获得相关工作许可应以遵守该等属地化用工比例为前提。

《工作许可证条例》第5条明确划分了四种不同的雇员类型, 所有雇员均应严格遵守其所属类型的任职资格要求。根据该条例第19条, 哈萨克斯坦地方政府发放或延长工作许可受限于以下条件:

- 对于属于第一类 (经理及其副职) 和第二类 (分支机构 (如代表处、子公司等) 负责人) 的员工, 员工名单中哈萨克斯坦国籍的员

工不得少于70%，包括根据人事服务合同从事劳务派遣的雇员；

- 对于属于第三类（专家）和第四类（有资质从事劳动的雇员）的员工，员工名单中哈萨克斯坦国籍的员工不得少于90%，包括根据人事服务合同从事劳务派遣的雇员。

## **(七) 保险义务**

底土使用权人应提供法律要求的各类强制性保险，包括第三方责任保险、环境保险、员工意外保险和社会保险。

## **(八) 采购义务**

根据《底土法典》第213条，从事采矿的底土使用权人及其分包商应按照《底土法典》规定采购货物、工程和服务（GWS），包括公开招标、单一来源采购等。底土使用权人必须提交其年度采购计划以及5年的中期计划。此外，底土使用权人应提交关于所购GWS的季度报告。

《底土法典》第213条并未禁止在哈萨克斯坦境外进行采购，但一般而言，除非相关合同/许可证规定了更高的比例，否则至少50%的GWS应来自哈萨克斯坦境内。在哈萨克斯坦境外采用竞标方式发生的用于生产经营的GWS费用，或违反既定程序采购GWS费用，不计入在

主管部门认定底土使用权人履行底土合同/许可证相关义务的费用中。因此，如果底土使用权人主要在海外采购，则可能达不到底土合同/许可证规定的比例要求。

## **(九) 法定报告义务**

《底土法典》要求底土使用权人在采矿作业期间提交定期报告，包括：

- 许可证义务的履行情况报告；
- 关于采购GWS及其中包含的国内价值占比的报告；
- 直接或间接控制底土使用权人的个人和（或）组织的组织架构报告；
- 在开采矿区进行勘探时的地质报告；
- 固体矿物提取报告。

除关于采购GWS和国内价值占比的报告外，所有报告应于每年4月30日之前提交。关于采购GWS的报告每季度提交一次。

## **(十) 环境评估要求**

在国际矿业向可持续转型的大背景下，《底土法典》强化了环境和社会责任要求，这已成为外国投资者评估项目可持续性的关键指标。

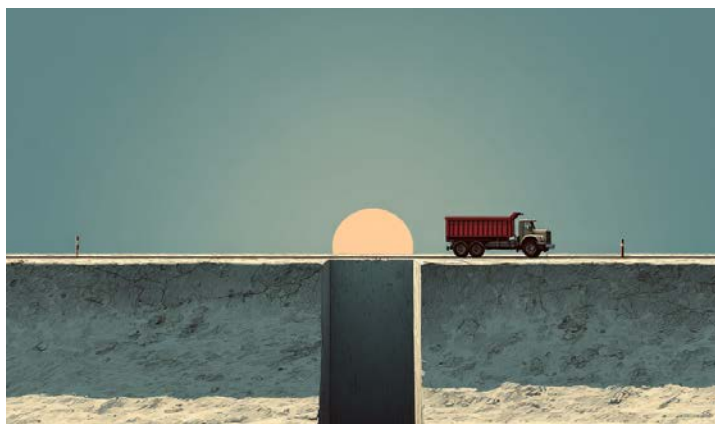
在哈萨克斯坦项目启动前必须完成环境影响评估（EIA），这是确保矿业活动不对环境造

成重大破坏的重要环节。哈萨克斯坦将环境影响评估对象分为四类，矿产勘探开采主要属于第一类，而常见矿物勘探开采则属于第二类。

环境评估由取得相关许可证的法人主体或个人进行，评估投资项目对大气、地表水和地下水、土壤、居民健康等环境的影响。环境影响评估报告需经哈萨克斯坦生态、地质和自然资源部和地方各州市政府相关部门审核。

### (十一) 贵金属矿产的精炼要求

根据2016年颁布的哈萨克斯坦《贵金属法》（*Law of the Republic of Kazakhstan On Precious Metals and Precious Stones*），所有含有贵金属的原材料必须提供给经批准的贵金属生产实体进行加工或精炼。根据哈萨克斯坦共和国投资和发展部于2016年3月30日发布的第303号命令，此类实体的名单包括三家公司：Kazzinc LLP、Kazakhmys Smelting LLP和Tau-Ken Altyn LLP。



## 第三部分\

### 违反义务的后果及补救措施

哈萨克斯坦对于矿业行业监管严格，任何一个环节的疏漏，都可能引发高昂罚款、项目延期，甚至导致核心底土权利的丧失。2025年，哈萨克斯坦共和国工业和建设部吊销了阿克托别州、突厥斯坦州、东哈州和阿拜州合计六宗金矿采矿权<sup>8</sup>。

#### (一) 违规后果

以“超采”为例，根据哈萨《底土法典》的规定，如果实际采矿量变化超过底土合同工作计划规定采矿量20%的，则需修改工作计划。主管部门有权在底土使用者重大违约的情况下暂停和/或单方面终止底土使用合同或吊销底土许可权证。

然而，法律对于何为可导致权利吊销的“重大违约”并未给出量化标准，这为监管实践留下了关键的裁量空间。终止底土合同或吊销许可证可能会涉及土地租赁和违反矿区使用条件等原因。

<sup>8</sup><https://new.kaztag.kz/ru/news/pyat-ugolovnykh-del-vozbuzhdeno-po-faktu-nezakonnoy-dobychi-zolota-v-kazakhstane>.



## (二) 应对与补救

如果一旦出现违反底土合同约定或底土权证要求的相关义务，底土使用权人应尽快采取补救措施，一般包括：

### (1) 签署底土合同补充协议

与主管部门签署底土合同补充协议，根据实践情况约定调整工作计划。补充协议如果获得批准，可能间接证明主管部门暂时未终止合同，届时可以减轻以后的违约风险。但需要注意的是，补充协议一般针对后续矿业活动的安排，与过去矿业活动的违规行为有关的风险可能不会完全消除。

### (2) 与主管部门沟通出具豁免函

与主管部门沟通，尝试寻求包括工业和建设部等相关主管部门的豁免函（Waiver Letter）或非正式谅解，是另外可寻求的补救措施。

## 第四部分\

## 底土使用中的土地相关制度

底土使用权人在对应矿产资源所在区域进行勘探、开采作业前，应获得实施作业所在区域的土地使用权。哈萨克斯坦法律体系为底土使用者获取土地使用权设立了专门的制度。根据哈萨克斯坦《土地法》<sup>9</sup>，外资企业可以基于矿产资源使用许可证或矿产资源利用合同，在

许可证或合同的有效期限内取得土地有偿临时使用权（租赁）。

## (一) 主管法律及登记要求

在哈萨克斯坦，包括土地、建筑物、在建工程和其他与土地相关的财产（即如不造成损害则无法移动的物体）在内的不动产主要受《土地法》、《民法典》和《登记法》Law of the Republic of Kazakhstan on Registration等法律法规规定。不动产所有权和不动产抵押权自司法部进行国家登记时设立。

根据《登记法》第4条，以下不动产权利（包括其他权利）须进行国家登记：（a）所有权；（b）为期超过一年的土地使用权（租赁）；（c）为期至少一年的主要土地或其他不动产的用益权；（d）其他应权利人的要求进行登记的权利。

相关登记由司法部在不动产所在地进行。登记机关保存一份登记册，反映不动产权利的历史和当前状态。不动产权利通过在提交文件上签名盖章等来证明。不动产所有权文件通常是股权转让协议或其他旨在转让不动产所有权的文件（例如法院命令、转让契约、地方市政

<sup>9</sup>Land Code of the Republic of Kazakhstan - "Adilet" LIS.

部门的决议等)。

## (二) 土地类型

一般来说，哈萨克斯坦土地资源根据预期目的分为以下几类：

- 农业用地；
- 定居点（城市、城镇、农村定居点）用地；
- 工业、交通、通讯、活动场所、国防、国家安全和等非农业用地；
- 自然保护区、疗养地、娱乐和历史文化用地；
- 林业资源土地；
- 水资源土地；以及
- 保留土地/预备用地。

土地按上述类型划分，并会因哈萨克斯坦政府、地方政府部门、国家重要城市、首都、地区和地区重要城市改变土地预期用途时从一个类别转入另一个类别。

## (三) 地块获取

为取得某一地块的土地权利，投资者需依法向该地块所在区域的主管部门递交申请。一般来说，获得地块的程序包括以下四个阶段：

- 向地方政府提交申请；
- 选址；

- 设计和勘测工作；以及
- 获得土地使用权。

根据《土地法》第48条第1款第4项的规定，拍卖中标者还可以通过竞标/拍卖等方式获得未使用的国有土地所有权或国有土地租赁权，除非该等权利应由国家部门通过政府间协议等方式直接授予其组织的设施建设项目的投资人。在拍卖中标者获得土地所有权之前，当地执行机构会先预留土地用于建设可再生能源设施。

当土地属于国家所有时，投资者必须要么获得短期（最长5年）或长期（5至49年）的土地使用权，要么从地方行政部门购买土地；如果土地属于私人所有，开发商有权从所有者手中购买土地。

## (四) 土地性质变更程序

变更土地用途的程序如下：

- 保留土地是没有登记所有权或土地使用权并由区级政府部门管辖的土地。保留土地在授予所有权或土地使用权的同时转为其他类型土地。
- 由于农业用地被收回并用于其他目的而损失的农业生产，应向国家预算进行补偿，以通过恢复农业用地及其质量来维持农业生产水平。

- 应在决定授予土地权利或改变农业用地的预期用途之日起六个月内赔偿农业生产损失。补偿由取得农业用地非农业用途（不包括工业、交通、通讯地点、国防、国家安全及其他非农业用途）批准的主体承担。

## (五) 土地持有主体限制

外国公民和外国实体可根据土地类别，取得建筑用地或工业和非工业的（包括用于居住的）建（构）筑物或建筑群占用的地块（包括用于建筑服务（结构）的土地）的私人所有权，但指定用于农业生产和植树造林的土地除外。

法人实体（包括外国法人实体）可以取得临时土地使用权，这种使用权可以是短期的（最长5年），也可以是长期的（5至49年）。但外国土地使用者不能获得任何类别地块的永久土地使用权，包括外国公民、无国籍人士、根据外国法律设立的法人实体、外国国家主权政府和国际组织等。

## 第五部分\

## 结语

随着国际投资者的逐渐深入，机遇的另一面是环环相扣的严苛合规挑战。哈萨克斯坦的

矿业投资远非单纯的资源开发，而是一场考验投资者系统性法律风险管理能力的复杂工程。

可以看出，对于志在长远的投资者而言，从严格的本地化用工采购要求，到独立的土地获取程序，再到严苛的环境恢复义务，每一项都是项目顺利推进必须跨越的“门槛”。成功的投资不仅在于识别风险，更在于通过专业团队进行前瞻性的法律架构设计和全周期的合规管理，提前预判和精准划分权责，以规避潜在的风险和资产损失。 ☒



夏磊  
非权益合伙人  
公司业务部  
北京办公室  
+86 10 5957 2101  
rachelxia@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。