



中伦文德律师事务所
ZHONGLUN W&D LAW FIRM

中伦文德

法律
评论

2019年06月

浅析企业合规管理

杨尚达

中兴通讯事件引反思：

浅谈跨国型企业的合规问题

武坚 文静

银行从业人员违法犯罪行为分析及防范

陈云峰

上市公司近期法律、法规、政策性规定

朱登凯 刘晓琴 李小鹏

合同约定解除权的边界

邱建凯

“一带一路”视野下的

《中华人民共和国外商投资法》

李铮 李昊 黎万奇 昌满意



▲ 第二届“一带一路”国际合作高峰论坛于2019年4月25日至27日在北京召开，论坛日程包括开幕式、领导人圆桌峰会和高级别会议等。其中来自37个国家的元首、政府首脑等国家领导人和2名国际组织领导人参加了此次盛会。中伦文德董事长、创始合伙人陈文律师应邀出席此次论坛的政策沟通分论坛。陈文律师早在2015年就主编在中国法律出版社率先出版了专著《一带一路格局下——中国企业走出去的法律保障》，在当年就得到了当时的广播电视部的嘉奖。2019年陈文律师主导“一带一路发展战略研究院”和“全球法律联盟”共同在法律出版社又出版了《跨境投资与国际合作》一书。



▲ 2019年4月23日上午，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人方登发律师、谢阳律师、合伙人史志敏律师、郭雅潭律师、律师助理黎万奇在本所北京办公室19层会议室接待了来访的阿联酋 Horizons & Co 律所执行合伙人 Ali AL Zarooni 先生、合伙人 Areen Jayousi 先生以及市场主管 Gemma Bradley 女士。两家律所就如何构建中国企业与阿联酋企业的合作新模式展开了深入友好的交流。



▲ 2019年4月9日，为感谢客户的扶持与相随，北京市中伦文德律师事务所作为主办方，与承办方文芳高尔夫学院、北京奥园高尔夫俱乐部共同举办了“2019中伦文德杯春季高尔夫友谊赛”。中伦文德创始人、董事长陈文律师进行了开场致辞，并与中伦文德高尔夫球会会长洪国安律师、医学专家李宪福先生一同为本场友谊赛开出彩球。



▲ 应中华全国台湾同胞联谊会邀请，2019年4月21日至24日，两岸律师同业联盟秘书长、北京市中伦文德律师事务所副主任、高级合伙人李铮律师，参加了2019年台胞社团座谈会。全国台联领导、台胞社团代表共100余人参加了此次座谈。



▲ 2019年4月8日，中伦文德委派律师参加“海南省人才租赁住房第一期资产支持专项计划”挂牌仪式，全国首单省级人才租赁住房REITs在深圳证券交易所正式挂牌流通。中伦文德作为本项目的法律顾问为“海南省人才租赁住房第一期资产支持专项计划”顺利发行提供了专业、优质、高效的法律服务。



▲ 2019年5月17日下午，北京市中伦文德律师事务所和北京永大税务师事务所有限公司作为主办方、东方花旗证券有限公司和中兴财光华会计师事务所（特殊普通合伙）作为协办方、投行下午茶作为媒体协办方，共同举办了“2019科创板上市高峰论坛”。来自清华大学、北京理工大学等高校的专家学者，来自东方信达、华融瑞泽的投资总监等投资者代表，来自科技创新类企业的负责人、财务、法务等高级管理人员，及来自人民网、财经杂志等新闻媒体的记者，共计六十余人参加了此次盛会。

目录

CONTENTS

Zhonglun W&D
Law Firm

06/2019

主 编：陈 文
执行主编：方登发
编 委：李 刚 甄庆贵 夏欲钦
李 铮 林 威 王志坚
李熙华 温志胜 王爱国
刘银栋 王海波 余树林
洪国安 王长江
责任编辑：沈心悦 李建鑫 宋若雪
电 话：64402232
传 真：64402915
网 址：www.zhonglunwende.com
地 址：北京市朝阳区西坝河南路1号
金泰大厦19层
邮 编：100028

中伦文德

Zhonglun W&D Law Firm 2019-06

企 业 合 规 法 律 专 栏

- 3 浅析企业合规管理 杨尚达
- 9 《中央企业合规管理指引（试行）》解读 桂少华 周绍丰
- 13 关于合规理论的起源、发展及海外合规经营的几点思考
郭雅潭 张 媛 余万青
- 16 关于企业合规管理体系构建的初步分析 周振红
- 22 中兴通讯事件引反思：浅谈跨国型企业的合规问题
武 坚 文 静
- 27 刍议国际制裁与合规中的律师实务 李 铮 艾文婧
- 33 “药妆”合规风险简析 王志坚 谭光建
- 37 植入业务流程的药品研发合规管理 王志坚 康 琪
- 41 企业如何应对舞弊 赵嘉炜
- 44 浅析《天津市市管国有企业违规经营投资责任追究
试行办法》的特点与建议 娄 爽
- 48 银行从业人员违法犯罪行为分析及防范 陈云峰
- 51 企业间资金拆借行为的合法性分析及风险防范
武 坚 钟濠洋
- 55 中资企业境外发行美元债券若干合规问题探讨
姚正旺 田爱玲

公 司 与 证 券 法 律

- 61 上市公司近期法律、法规、政策性规定
朱登凯 刘晓琴 李小鹏

CONTENTS

公 司 与 证 券 法 律

- 64 | 科创板政策解读之股权激励 李 铮 李 莹
- 67 | “预重整”在我国破产重整程序中的探索与实践
武 坚 赵超群
-

实 务 指 南

- 71 | 直销企业涉传风险规避 武 坚 许 璟
- 73 | 合同约定解除权的边界 邱建凯
-

外 商 投 资 法 律

- 75 | “一带一路”视野下的《中华人民共和国外商投资法》
李 铮 李 昊 黎万奇 昌满意
-

人 文 风 采

- 79 | 减字木兰花·南游 方登发
-

事 务 所 快 讯

- 80 | 事务所快讯 编辑部



□ 杨尚达/文

杨尚达律师，北京市中伦文德律师事务所律师，中国青年政治学院法学学士。业务范围主要集中于：房地产、公司常年法律顾问、建设工程全过程、公司上市、并购、新三板挂牌、发债等企业融资和资本市场非诉讼法律服务领域。

浅析企业合规管理

自 2001 年中国加入 WTO 后，企业的全球化经营与日俱增，在获取了市场机会的同时也面临着经营管理方面的挑战。从 2005 年豪赌原油期货巨亏 5.5 亿美元的中航油，到 2018 年面临灭顶之灾被罚款 14 亿美元的中兴通讯，使我们越来越意识到企业在当下必须合规经营才能更好地生存和发展，一点点的疏忽葬送的可能是企业之前的所有和未来。笔者通过总结“合规”理念在国外的演进、“合规”理念在中国的实践，结合大量实务案例分析并阐述企业开展合规管理的意义。

一、“合规”理念在国外的演进

“合规”一词源自英文“compliance”，朗文词典对“compliance”的释义为“when someone obeys a rule, agreement, or demand”，其核心含义在于“服从、遵守”。

（一）“合规”的起源

“合规”的理念起源于美国。20 世纪 30 年代，“大萧条”的到来促使美国政府加强金融行业监管，华尔街的金融机构最早提出了“compliance”的理念，将“合规”作为一项举措应用于政府对银行的监管实践。美国政府通过监管银行是否执行了美国政府制定的相关法律法规和规章制度，保障了美国银行业乃至整个金融系统数十年的稳

定发展。

金融领域合规监管的成效，使美国政府认识到加强对企业监管的重要性，于此后相继颁布了大量针对其他行业企业监管政策和法律，以加强监管。美国政府加强监管的同时，使企业也逐步树立起“合规”的观念，开始根据监管要求和自身行业特点构建和实施企业合规措施。至此，现代企业的“合规”理念初步形成。

（二）“合规”理念在美国的演进

1、重型电气设备工业公司的垄断丑闻推动了反垄断合规的发展

20 世纪 50 年代，美国爆发了重型电气设备工业公司操纵投标和定价的反垄断丑闻。因涉及价格操纵和其他不正当竞争行为，在美国司法部的调查过程中，包括通用电气（General Electric）、西屋电气（Westinghouse）和艾利斯—查尔默斯（Allis Chalmers）在内的将近 30 家公司以及 40 多名个人与执法部门达成了认罪协议，涉案的公司高管中有 7 人被判处监禁，24 人被判处缓刑。这一系列的处理结果使美国其他行业的企业及企业高管清醒地认识到，想规避《反托拉斯法》的执法风险必须加速推进企业构建并实施反垄断合规的进度。

2、《反海外腐败法》的出台促进了企业反腐败合规的发展

20 世纪 70 年代，美国政府在水门事件后续的调查处理过程中，发现数百家美国企业设立了秘密贿赂资金专门用于在国内提供政治献金及在海外贿赂外国政府官员。为加强对企业和个人海外贿赂的规制，重塑社会公众对于美国企业的信心，美国国会于 1977 年出台了《反海外腐败法》(Foreign Corrupt Practice Act, 简称“FCPA”), 其中的反贿赂与会计条款加强了从外部监管到内部控制层面对企业腐败犯罪的法律规制，明确规定了企业预防贿赂犯罪和实施内部会计控制的法定义务。通过立法的形式推动企业反腐败合规，使企业纷纷建立内部预防、发现和制止违法犯罪行为的内控机制，以规避相应的法律风险。

3、《联邦组织量刑指南》从法律层面对“企业合规”进行定义

1991 年，美国联邦量刑委员会出台了《联邦组织量刑指南》，正式将企业合规制度引入美国法律实践领域。《联邦组织量刑指南》不仅对“企业合规”从法律的层面进行了定义，而且规定“企业合规”为影响企业犯罪罚金减免和缓刑适用的法定要素。更为重要的是，《联邦组织量刑指南》确立了“有效的”企业合规计划的七项最低标准：

A. 标准和程序 (Standards and procedures), 即企业应建立合规政策和标准；

B. 领导带头遵守道德合规体系 (Leadership

consistent with effective ethics and compliance program), 即企业应指定高层人员监督企业的合规政策与标准；

C. 监督 (Oversight), 即企业不得聘用在尽职调查期间了解到具有犯罪前科记录的高管；

D. 教育与培训 (Education and Training), 即向所有员工有效普及企业的合规政策和标准，如进行培训；

E. 审核与监视 (Auditing and Monitoring), 即采取合理措施，以实现企业标准下的合规，例如利用监测、审计系统来监测员工的犯罪行为，建立违规举报制度，让员工举报可能的违规行为；

F. 激励与处罚 (Incentives and discipline), 即通过适当的惩戒机制，严格贯彻执行合规标准；

G. 响应和预防 (Response and prevention), 即发现犯罪后，采取必要的合理措施来应对犯罪行为，并预防类似行为发生，如修改完善合规计划。^[1]

(三) 全球推进企业合规管理的最新举措

1、经合组织专门针对企业合规出台指引和准则

2010 年 2 月，经济合作与发展组织（简称“OECD”）理事会出台了《内控、道德与合规的良好做法指引》，其主要内容为通过制定针对所有员工的合规执行体系以及建立相应的处理违法的



纪律处分程序和完善的举报体系，确保公司内控道德和合规项目的有效性，有效预防跨境贿赂。2011年5月底，OECD又出台了新修订的《跨国企业准则》，强化了供应链合规管理。

2、ISO 组织出台合规管理体系指南

2014年，国际标准化组织（International Organization for Standardization，简称“ISO”）出台了《ISO 19600 合规管理体系——指南》，该指南不仅指出了企业合规文化建设的重要性，而且提出了构建良好的企业合规管理体系的核心原则：

A. 将合规职能直接纳入职能机构（direct access of the compliance function to the governing body）；

B. 合规职能的独立性（independence of the compliance function）；

C. 为合规职能分配适当的权力和充足的资源（appropriate authority and adequate resources allocated to the compliance function）。

二、“合规”理念在中国的实践

“没有规矩，不成方圆”，中国人自古即有合规意识，但这种朴素的合规意识与现代西方倡导的“合规”理念又不尽相同。随着对外经济活动的日益增多，中国政府也逐渐意识到“合规”理念的重要性，不断地在实践领域制定相关的规范性文件推动企业合规经营。

（一）改革开放初期的合规管理实践

1991年，审计署下发的《审计署关于对金融机构贷款合规性审计的意见》第一次在规范性文件的标题中使用了“合规”二字，“合规”的重点在于“审计贷款的发放是否突破计划规模，是否符合国家的信贷政策，以及有无以贷谋私等问题”。^[2]1992年，在上述意见的基础上，审计署、中国人民银行联合下发了《审计署、中国人民银行对金融机构贷款合规性审计的实施方案》，该文件不但再次对“合规”的目的和重点进行了详细阐释，而且对依据和实施方法进行了较为详尽的规定。

结合上述规范性文件发布的背景，我们不难总结出这样一个结论，我国早期的合规实践其实是在立法不断完善的过程中，通过职能部门下发

文件或开展专项检查的形式促进企业合法经营的一种行为，在上世纪90年代初，我们普遍认为“合规=合法”。

（二）金融行业的合规管理实践

随着我国金融市场规模的不断扩大，金融产品的不断创新，原中国银行业监督管理委员会（已撤销，简称“原银监会”）、原中国保险监督管理委员会（已撤销，简称“原保监会”）、中国证券监督管理委员会（简称“证监会”）为了规范金融企业治理结构，加强金融企业风险管理，增强自我约束能力，实现有效的内部控制，相继制定并下发了一系列的办法、规定对金融企业的合规管理进行明确规定，并根据国际金融市场以及国内金融监管的相关变化对既有的办法、规定进行修订。

以原保监会为例，其在2007年下发了《保险公司合规管理指引》（保监发[2007]91号），该指引第一条明确规定了制定目的和制定依据：“为了规范保险公司治理结构，加强保险公司合规管理，根据《中华人民共和国公司法》、《保险公司管理规定》、《关于规范保险公司治理结构的指导意见（试行）》等法律法规，制订本指引。”2016年12月30日，原保监会在相关法律、法规及规范性文件发生了较大变化的情况下废止了《保险公司合规管理指引》（保监发[2007]91号），并出台了《保险公司合规管理办法》（保监发[2016]116号），该办法对制定目的和制定依据进行了修改，即“为了加强保险公司合规管理，发挥公司治理机制作用，根据《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国保险法》和《保险公司管理规定》等法律、行政法规和规章，制定本办法。”我们抛开法律、法规的变化不谈，仅就制定目的而言，不难看出2007年的合规管理第一要务还是“规范公司治理结构”，而到了2016年“加强合规管理”已成了主旋律。

（三）其他合规管理实践

1、中国政府自身的合规管理要求

为适应全球化，中国政府一直在努力推进“合规管理”与国际接轨，使“合规管理”既具有中

国特色又兼具国际化。这其中较为具有代表性的为国务院办公厅于 2014 年 6 月 9 日下发的《国务院办公厅关于进一步加强贸易政策合规工作的通知》(国办发[2014]29 号),该通知以审慎和负责任的态度,对中国政府在制定贸易政策时自身应遵循的合规管理进行了明确规定,即该通知第二条规定的“本通知所称合规,是指上述贸易政策应当符合《世界贸易组织协定》及其附件和后续协定、《中华人民共和国加入议定书》和《中国加入工作组报告书》”。在国务院办公厅发文表明“合规”的态度后,商务部迅速跟进于 2014 年 12 月 12 日制定并发布了《贸易政策合规工作实施办法(试行)》(商务部公告 2014 年第 86 号),随后国家税务总局也跟进于 2015 年 10 月 10 日制定了《税收政策合规工作实施办法(试行)》(税总发[2015]117 号)。

2、合规管理国家标准的提出

2017 年 2 月 7 日,中国标准化研究院下发了《中国标准化研究院关于对〈合规管理体系指南〉国家标准征求意见的函》,向全社会征集构建合规管理体系国家标准的意见。虽然仅为征求意见稿,但不难看出该指南在吸收了《ISO 19600 合规管理体系——指南》《ISO 31000 风险管理》先进理念的基础上又对其进行了本土化,其编制说明如下:“通过统一合规管理的术语和定义、提炼合规管理体系各项要素以及为合规管理提供可操作的指南,来指导并规范组织建立有效和及时响应的合规管理体系,并对合规管理体系的实施、评价、维护和改进提供指导。该标准能帮助组织降低合规风险、强化社会责任并实现可持续发展,标准的实施也将对营造公平竞争的市场环境、推进法治国家建设具有重要作用。”^[3]

3、中国在“合规”的司法层面“亮剑”

除了上述制定规则的实践活动外,中国在“合规”的司法层面也已经开始了自己的实践。2013 年 7 月,中国警方对葛兰素史克展开了商业贿赂犯罪以及利用贿赂手段谋求不正当竞争的调查,最终这家跨国制药巨头承认中国分公司的高管存在不当操作进行了商业贿赂,并表示将全力支持中国政府根除腐败的决心和行动,全力支持中国政府的医疗改革。同年 11 月,国家发改委对高通

公司展开了反垄断调查,并于 2015 年 2 月公布了对这家移动通信巨头的行政处罚决定书,罚款 60.88 亿元人民币,高通公司对处罚结果不持异议,并于一周内交纳完全部罚款。葛兰素史克案在中国爆发后美国司法部迅速跟进调查,高通案爆发后欧盟委员会和韩国公平交易委员会迅速跟进调查,中国在追随西方国家脚步构建起自己的合规体系后,终于在司法实践层面开始引领世界。

(四)新时期背景下的合规管理

党的十八大以来,国家的政策进行了较大调整,合规管理在重点领域有了新的要求。

1、“走出去”背景下的境外经营合规管理

2018 年 12 月 29 日,为推进“一带一路”建设工作让企业更好地走出去,国家发改委、外交部、商务部、人民银行、国资委、外汇局、全国工商联等七部委联合印发了《企业境外经营合规管理指引》,该指引在强调境外经营活动全流程、全方位合规的同时,重点针对对外贸易、境外投资、对外承包工程和境外日常经营等四类主要活动,明确了具体的合规要求。

2、“法治央企”背景下的中央企业合规管理

2018 年 11 月 2 日,为贯彻“法治央企”要求,推动中央企业全面加强合规管理,国务院国资委制定并下发了《中央企业合规管理指引(试行)》,该指引结合了国资监管的相关规定,要求中央企业加强重点领域(市场交易、安全环保、产品质量、劳动用工、财务税收、知识产权、商业伙伴



等),重点环节(制度制定环节、经营决策环节、生产运营环节等),重点人员(管理人员、重要风险岗位人员、海外人员等)的合规管理,同时强化企业海外投资经营行为的合规管理。2018年12月28日,上海市国资委迅速跟进,制定并下发了《上海市国资委监管企业合规管理指引(试行)》(沪国资委法规[2018]464号)。

结合最新发布的几个关于合规管理的规范性文件,我们不难看出,在经历了多年的合规管理实践后,监管部门制定的合规管理办法更具有针对性和可操作性,在重点领域如国资监管领域能够起到很好的示范作用。

三、现代企业开展合规管理的意义

结合本文前述内容,笔者认为所谓合规,是指企业及其员工的经营管理行为应符合法律法规、国际条约、规章及其他规范性文件、行业准则、企业依法制定的内部规章制度、商业惯例,以及行业公认并普遍遵守的道德规范;所谓合规管理,是指企业以有效防范、控制合规风险、培养合规文化为目的,进行的包括合规制度构建、合规管理机制执行、合规风险应对、合规文化培育等一系列有组织、有计划的管理活动。

(一)企业开展合规管理的被动性目标

马克思在《资本论》中对于资本的逐利天性有过特别形象的描述:“如果有10%的利润,它就保证到处被使用;有20%的利润,它就活跃起来;有50%的利润,它就铤而走险;为了100%的利润,它就敢践踏一切人间法律;有300%的利润,它就敢犯任何罪行,甚至绞首的危险。”企业是资本逐利的工具,因此企业也带有逐利的天性,在监管日益趋紧的背景下,企业开展合规管理就是要平衡逐利与规避风险之间的矛盾。

1、合规管理的第一要务是规避管理风险

管理风险是所有企业普遍存在的,规模再小的企业也会存在诸如决策程序是否符合相关规定、劳动人事制度是否符合相关规定等普遍性的合规风险。一般来说,从短期效益来看,企业进行合规管理的收益小于成本,但从长期效益来看,企业进行合规管理的收益是显著大于成本的。以当

年的中航油为例,短期看企业未进行严格的合规、风控管理使企业节省了管理成本,可是从长期看正是这种管理上的不合规使总经理陈久霖可以把个人意志凌驾于企业之上最终给企业造成了巨额的亏损,陈久霖因此锒铛入狱,中航油濒临破产。

2、合规管理的主要目的是规避业务风险

企业需要通过经营活动来获取利润,每一个企业都会有其专门的业务领域,如果企业在自己的业务领域因为触发合规风险导致自己面临巨额罚款甚至市场禁入,对企业而言这就是灭顶之灾。2018年,长春生物因为“假疫苗”事件遭遇了“突然死亡”,其行政处罚如下:“国家药监局撤销长春长生公司狂犬病疫苗(国药准字S20120016)药品批准证明文件;撤销涉案产品生物制品批签发合格证,并处罚款1203万元。吉林省食药监局吊销其《药品生产许可证》;没收违法生产的疫苗、违法所得18.9亿元,处违法生产、销售货值金额三倍罚款72.1亿元,罚没款共计91亿元;对涉案的高俊芳等14名直接负责的主管人员和其他直接责任人员作出依法不得从事药品生产经营活动的行政处罚。涉嫌犯罪的,由司法机关依法追究刑事责任。”不只如此,因为丑闻和市场禁入,企业的股票在证券市场被投资者疯狂抛售市值大幅缩水至今已濒临退市,可见违规开展业务对企业而言不啻于涸泽而渔、杀鸡取卵。

3、合规管理的关键点在于规避处罚风险

企业遭受的处罚风险,可能是来自行业协会的处罚,也可能是来自监管部门的行政处罚,甚至可能是来自司法机关的刑事处罚。从“合规”的起源来看,其就是为了避免遭受监管部门处罚而产生的,“合规”理念的演进也一直追随着监管方式的变化,因此,无论是企业自身还是企业的员工都需要构建合规管理体系保驾护航。2008年的“毒奶粉”事件,三鹿奶粉这家“老字号”轰然倒下,公司遭受了严厉的行政处罚,原董事长田文华被判处无期徒刑。一家知名企业,一位明星企业家,因为“合规”理念的淡漠,给无数的家庭造成了不可挽回的伤害,给企业造成了不可估量的损失,把个人钉在了历史的耻辱柱上,这样的结局不得不让我们唏嘘。

4、合规管理的重要作用在于规避其他未知

风险

企业经营过程中可能面对各种各样的风险，有些风险是已知的或者来源于企业自身，有些风险可能来源于之前不曾涉及的领域或者企业外部。企业的发展从来都不是一成不变的，十五年前的药品销售无需考虑来自互联网的风险，而在现在网络销售成为一种销售常态的情况下就不得不考虑药品在网上销售可能给企业带来的风险。企业的发展也从来都不是孤立的，企业的上游或下游出了问题，最终都有可能反噬企业，2019年一度成为国民话题的“西安奔驰4S店维权事件”用看似荒诞的方式给我们呈现了一幕商业合作伙伴不合规到底对企业影响几何的戏码，虽然奔驰公司事后的处理方式堪称危机公关的教科书，但这一事件对奔驰品牌的影响难以估量。

（二）企业合规管理的主动性目标

企业开展合规管理的意义并非全部来自于被动性地规避风险，对于现代化的企业来说，树立自身良好的企业形象，提升企业自身的价值也应该是企业主动追求的目标。

1、促进企业开拓国际市场

经济全球化浪潮改变了企业的经营环境和竞争规则，现代企业要继续发展也不得不面对“区域性企业→跨国企业→全球企业”的转变，企业面临的竞争对手不再局限于某一地域而是来自全球。中海油、武汉钢铁集团等企业因为重视合规管理，并通过实施合规管理避免了海外业务的法律纠纷，提升了企业国际竞争力；而中国地质工程集团公司、中国路桥工程有限责任公司因违规操作，被世界银行禁止承接其资助的项目，使企业自身在全球市场竞争中处于非常不利的地位。

一方面，在同样的市场藩篱面前，有着良好合规管理的企业更容易打破藩篱进入这个市场，因为所有人都会更欢迎一个“守规矩”的企业进入；另一方面，所有企业同时进入一个市场，只有“守规矩”的企业才能生存地更长久。因此，企业主动开展合规管理在全球化竞争日趋激烈的今天不但有利于促进企业进入国际市场，而且有利于企业在国际市场的竞争中保持活力持续经营。

2、营建企业合规文化，提升企业商誉

在全球化时代，企业之间的竞争已经从过去主要是技术、产品的“硬件”之争上升到经营理念、企业文化的“软件”之争，以企业社会责任为主导的企业文化形态已经成为企业进入全球市场不可或缺的软竞争力。置身于不同的文化背景下，企业原有的管理结构、治理方式均面临着严峻挑战，企业在全市场竞争下面临的最大挑战就是如何融入各种当地文化，进而形成兼容、多元的企业文化，因此营建企业合规文化是构建企业文化重中之重。我们可以试想一下，如果一家企业将“合规”作为企业文化的基石，那么将会形成一个企业员工人人重视合规经营的氛围，企业员工人人合规又会促进企业合规，形成良性循环后企业的软竞争力无疑大大提升；而且，企业拥有自己独特的合规文化氛围，对于企业的商誉也是一种提升，无论是监管机构还是合作伙伴都会因此而给予企业更高的评价。

四、余论

中国的合规监管、中国企业的合规管理体系构建尚处于初级阶段，在美国和欧盟，当企业发生违规时，企业和企业管理者以企业已经建立并实施了有效的合规管理体系作为减轻、甚至免于处罚的抗辩是有可能被行政执法机关或司法机关所接受的，未来中国的立法是否也可以加以借鉴？诚然，企业建立有效的合规管理体系并非万能灵药，并不能规避掉企业面临的所有风险，但是却可以在很大程度上降低风险发生的可能，企业构建完善的合规管理体系对于企业持续良好经营，免受法律制裁、监管处罚、重大财产损失和声誉损失不失为一个有效且具有可操作性的方案。

注释：

[1] 以上内容，部分援引自万方著《企业合规刑事化的发展及启示》，发表于《中国刑事法杂志》2019年第2期。

[2] 详见《审计署关于对金融机构贷款合规性审计的意见》第二条规定。

[3] 援引自《〈合规管理体系指南〉（征求意见稿）编制说明》第（二）部分“标准制定的目的和意义”。



□ 桂少华/文

桂少华律师，北京市中伦文德律师事务所律师，韩国国际法律经营大学法学硕士，中国政法大学法学院法学学士。业务范围主要集中于：公司常年法律顾问、公司上市、并购、发债、融资租赁等企业融资和资本市场等非诉讼及诉讼法律服务领域。



□ 周绍丰/文

周绍丰，北京市中伦文德律师事务所律师助理，中国政法大学法学学士。主要研究领域为能源与环保、房地产与建设工程、融资租赁、信托与私募基金等。

《中央企业合规管理指引（试行）》解读

我国企业的合规管理工作始于金融行业，中国银监会于2006年印发了《商业银行合规风险管理指引》，中国保监会于2007年印发了《保险公司合规管理指引》。金融行业由于起步早，在合规管理方面积累了丰富的经验，而其他行业的中央企业合规管理工作进展不一，一些企业仍处于起步阶段，其中一个关键原因是缺少一个指导性的文件。国有资产监督管理委员会（以下简称“国资委”）于2018年11月2日发布的《中央企业合规管理指引（试行）》（以下简称“《指引》”）有力推动了中央企业合规管理的发展步伐。《指引》共六章三十一条，明确要求“中央企业根据本指引，结合实际制定合规管理实施细则。地方国有资产监督管理机构可以参照本指引，积极推进所出资企业合规管理工作。”本文将从《指引》出台的背景、“大合规”理念、基本原则、重点领域、组织架构、运行与保障机制予以解读。

一、《指引》出台的背景

虽然在十三年前我国金融行业就开始了合规管理的探索，但真正上升到所有中央企业的层面则是近几年的事情。

2015年12月8日，国资委发布《关于全面推进法治央企建设的意见》，要求中央企业加快提升合规管理能力，建立由总法律顾问领导，法律事务机构作为牵头部门，研究制定统一有效、全面覆盖、内容明确的合规制度准则，加强合规教育培训，努力形成全员合规的良性机制，建立法律、合规、风险、内控一体化的管理平台。目标是到2020年，中央企业依法治企能力达到国际同行业先进水平，努力成为治理完善、经营合规、管理规范、守法诚信的法治央企。



2016年,中国石油、中国移动、东方电气集团、招商局集团、中国中铁五家中央企业在国资委统一安排下率先开始了合规管理试点工作,其目标是通过建立健全企业合规管理体系以提高企业治理水平,为我国企业参与国际市场竞争和“一带一路”建设项目作出示范。

2017年12月29日,国家质量监督检验检疫总局、国家标准化管理委员会发布《合规管理体系指南》(GB/T 35770-2017)。此后,关于企业合规管理的指导文件不断出台。2018年11月2日,《指引》颁行。同年12月26日,国家发展改革委、外交部、商务部、人民银行、国资委、外汇局、全国工商联联合印发了《企业境外经营合规管理指引》。

企业合规管理之所以得到前所未有的重视,从国内方面来说,随着依法治国基本方略的持续全面推进,法律对各种所有制经济的保护不断趋于平等,而中央企业除了需参与市场竞争外,还承担着带头推动国内营商环境发展的职责;从国际方面来说,随着中国的全面崛起,中国企业尤其是中央企业在国外遭遇日益严苛的审查,容易成为国外执法机关的重点关照对象,比如2016年农业银行纽约分行被纽约金融服务局课以2.15亿美元巨额罚款,2018年美国商务部对中兴通讯处以商业往来禁令,企业营运一度中止。这些事件或许有政治因素介入其中,但企业本身在合规管理方面存在的问题亦是其不得不付出高昂“学费”的重要原因之一,这进一步印证了企业加强合规管理的必要性与紧迫性。

二、《指引》首次提出“大合规”的理念

合规,英文表达是“compliance”,狭义上的理解是反垄断、反腐败、反商业贿赂;在广义上,“合规”不仅包括遵守法律法规,还包括企业经营应符合行业主管部门发布的规范性文件的规定、企业制定的内部规章制度、职业操守和道德规范。

以美国《反海外腐败法》为例,在西方国家企业合规管理的重点是针对反腐败、反商业贿赂。国资委发布的《指引》采用了广义上的理解,引入“大合规”的理念,要求中央企业制定全面的

合规管理体系,并对合规管理体系的各个构成要素作全面规定。这些要素包括合规组织、合规制度、合规风险管理、合规审查、合规评审、合规考核评价、合规培训、违规举报、调查和问责、合规报告、合规管理信息系统、企业合规文化、重点合规领域等。

三、合规管理的基本原则

《指引》第四条指出了合规管理的四大原则,即全面性原则、责任性原则、协调性原则和客观独立性原则,这是中央企业合规管理工作的重要指导方针。

全面性原则,即要求中央企业将合规要求覆盖企业的各项业务领域、各个层级(包括中央企业的各个部门、各级子公司、分支机构)、全体员工,以及全部流程(包括决策、执行、监督)。

责任性原则,即要求中央企业及其下属企业的主要负责人将加强合规管理作为履行推进法治建设第一责任人;建立全员合规责任制度,明确管理人员和各岗位员工的合规责任并督促有效落实。实践中,企业主要负责人具体是指中央企业本部及下属企业的党委(总支、支部)书记、董事长和总经理。

协同性原则,即要求合规管理与法律风险防范、监察、审计、内控、风险管理等工作彼此统筹、相互衔接,确保合规管理体系高效有序运行。

客观独立性原则,即要求严格根据法律法规等规定对企业 and 员工行为进行客观评价和处理,合规管理牵头部门独立履行职责,不受其他部门和人员的干涉。需要说明的是,这里的“独立”是指合规管理工作上的独立,而非合规管理部门在机构设置上的独立。

四、合规管理的重点领域

对我国非金融企业而言,合规管理工作处于刚起步阶段,从何处切入是困扰企业合规管理工作的一个难点。以跨国企业为例,其典型的合规业务是“三反”,即反腐败、反商业贿赂、反垄断,而在我国此类工作传统上是由国有企业的纪检监察部门负责。

《指引》明确指出中央企业合规管理的七大

重点领域：市场交易、安全环保、产品质量、劳动用工、财务税收、知识产权、商业伙伴。其中，居于首要地位的是市场交易，该部分针对的是反商业贿赂、反垄断、反不正当竞争，规范资产交易、招投标等活动。需要注意的是，实践中不同行业的中央企业合规管理的重点领域应作一定程度的区分，比如煤炭、电力等能源行业应对安全环保合规予以格外重视，农产品等粮食行业应对产品质量合规予以格外重视。

除了上述七大重点领域，《指引》强调对企业制度制定环节、经营决策环节、生产运营环节加强合规管理，合规管理的重点对象是三类人员：企业管理人员、重要风险岗位人员、海外人员。

五、合规管理的组织架构

在合规管理的机构设置上，《指引》坚持合规是企业各个部门工作要求的理念，而不是将其仅限于某一个部门。因此，对于合规管理的具体负责部门，《指引》采用了合规牵头部门的概念。合规牵头部门的主要职责是组织、协调和监督合规管理工作，为其他部门提供合规支持。考虑到目前中央企业机构设置情况，《指引》明确规定

法律事务机构是中央企业合规管理的牵头机构。

在合规负责人的设置上，《指引》没有简单地套用西方国家的做法，设立首席合规官（Chief Compliance Officer, CCO），而是用了一个宽泛的概念——合规负责人来代替。《指引》规定中央企业相关负责人或总法律顾问担任企业合规管理负责人，这一规定事实上将合规管理纳工作入到企业总法律顾问的工作范围内。

对于在中央企业中单独设立合规管理部门的主张，《指引》作了否定性的回答。这是因为我国非金融企业的合规管理工作起步较晚，一些合规职能事实上已经由相关业务部门承担，再单独设立一个独立的合规管理部门不仅难度系数较大，而且与其他业务部门也容易形成新的工作冲突。

六、合规管理的运行与保障机制

就如何设计合规管理的运行机制问题，《指引》充分考虑到了实践中一些企业合规管理的具体做法，总结后予以概括规定，基本覆盖了合规管理的常规性工作。具体来说，合规管理的运行机制包括：建立健全合规管理制度、建立合规风险识别预警机制、加强合规风险应对、建立健全



合规审查机制、强化违规问责、开展合规管理评估。对于这六项制度,《指引》更多的是作出原则性的概括规定,具体操作细则较少,之所以出现这一情况,主要是需要给予不同行业的企业以一定的操作空间,使合规管理更好地满足各个企业的需要。

关于违规问责,《国务院办公厅关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》(国办发〔2016〕63号)从集团管控、风险管理、购销管理、工程承包建设、资金管理、转让产权、上市公司股权、固定资产投资、改组改制、境外经营投资等方面规定了责任追究的情形。

建立合规管理体系是一项系统工程,殊为不易,但难度更大的是如何保障合规管理能够落到实处,避免流于形式。为实现这一目标,《指引》特别规定了六项保障措施:一是加强合规考核评价,把合规管理情况纳入到对企业各个部门和所属企业负责人的年度综合考核中;二是强化企业的合规管理信息化建设,以信息化优化合规管理流程;三是建立专业化的、高素质的合规管理队伍,提升队伍能力水平;四是重视合规培训;五是积极培育合规文化,筑牢合规经营的思想基础;六是建立合规报告制度。其中,保障力度最强的是第六项制度,该制度要求合规管理牵头部门于每年年底全面总结本企业的合规管理工作情况,起草年度报告,经董事会审议通过后及时报送国资委。

七、环保合规风险

笔者之所以在这里突出强调环保合规风险,是基于三个考虑:一是因为《指引》将安全环保列入合规管理的重点领域;二是因为自2020年起排污许可证制度将全面实施,留给企业强化环保合规管理的时间已经不多了;三是因为笔者在为一家大型国有企业做法律体检时,发现其下属企业在环保领域普遍存在违规现象,屡遭到当地

环保部门行政处罚,累计罚款数额巨大,个别下属企业还存在环境污染侵权责任纠纷。

鉴于环保督查与执法愈来愈严,环保合规管理已是企业一项必不可少的工作。企业在做出建设、投资、生产等决策前应充分考虑环保合规风险,对项目涉及的生态影响、监管规定等作出全面、准确的评估,必要时应委托专业机构进行评估。

在日常合规管理中,应定期核查以下环保合规风险:

(1) 环境管理机构、环境管理制度、环境管理人员状况及环境管理责任是否明确;

(2) 建设项目环评许可和排污许可是否符合法律规定以及监管部门的规定;

(3) 大气污染物和水污染物的排放环节、排放端口、排放种类、排放数量、排放浓度、污染防治设施设备、污染处理工艺及现状是否符合环评、排污许可和法律规定以及监管部门的规定;

(4) 噪声污染的产生环节、排放情况、污染防治设施设备、污染处理工艺及现状是否符合环评、排污许可和法律规定以及监管部门的规定;

(5) 固体废物及危险废物的产生、贮存、运输、处置、管理等各个环节是否与申报情况及管理计划相符,是否符合法律规定以及监管部门的规定;

(6) 危险化学品管理是否符合法律规定、监管部门的规定;

(7) 环保安全距离是否符合环评和法律规定以及监管部门的规定。

在国内经济转型升级、市场竞争日趋激烈和中美贸易摩擦持续进行的背景下,建立健全企业合规管理体系的重要意义不言而喻。《指引》的颁布实施,为中央企业加强合规管理提供了重要指南针,可以预见的是,《指引》在中央企业全面实施后,紧接着会推广至地方国有企业,然后为其他所有制企业所借鉴、采纳。

中伦
文德



□ 郭雅潭/文

郭雅潭律师，北京市中伦文德律师事务所律师，毕业于英国谢菲尔德大学，翻译学硕士。2016年加入北京市中伦文德律师事务所，业务范围主要集中于：外商投资、公司常年法律顾问、建设工程法律服务、企业投融资等非诉讼法律服务领域及诉讼、仲裁领域。



□ 张媛/文

张媛律师，北京市中伦文德律师事务所律师，毕业于北京外国语大学和上海外国语大学，先后获得法学学士、英语硕士学位。工作语言：中文、英文。业务范围主要集中于：公司常年法律顾问，建设工程全过程、公司上市、并购。



□ 余万青/文

余万青律师，北京市中伦文德律师事务所律师，中国人民大学法律硕士。业务范围主要集中于：公司常年法律顾问、诉讼、建设工程全过程、并购、增资、摘牌、发债等企业融资和资本市场非诉讼法律服务领域。

关于合规理论的起源、发展及海外合规经营的几点思考

一、合规的概念

合规概念最早起源于美国等西方国家，美国学者如 Wolters Kluwer 曾在其著作 The Law of Governance, Risk Management, and Compliance 将合规定义为：“Compliance refers to processes by which an organization polices its own behavior to ensure that it conforms to applicable rules.”，即合规是指机构制订其自身行为规定，并确保其遵守这些规定的过程。

二、“合规”的起源及在各国的发展

关于合规这一理念的起源，被普遍认可的是合规与美国等西方国家公司治理企业管理实践有非常密切的关系。商事主体要遵循“诚实信用原则”已成西方社会的普遍理念。早在 20 世纪 90 年代，银行相继发生的重大操作风险案和银行洗钱案等使得许多跨国银行以及各国的监管机构意识到银行自身合规风险管理的重要性。此后，以

美国为代表的发达国家相继出台了一系列法案，在海外反腐、监管、制裁等方面逐步完善相关规定。

（一）美国《反海外腐败法》《萨班斯法案》

美国《反海外腐败法》的出台。1976 年，当时美国某飞机制造公司和军火供应商被曝通过向日本政要行贿来向日销售产品。美国参议院全国公司调查委员会随后进行调查。这一事件直接促使 1977 年美国《反海外腐败法》（Foreign Corrupt Practices Act）的出台。《反海外腐败法》通过以后，国会开始担心相对于那些支付贿赂的外国公司，美国公司在经营中处于劣势。因此，1998 年，国会指示行政部门与经济合作与发展组织（OECD）谈判，以推动美国的主要贸易合作伙伴制定与《反海外腐败法》类似的法律。1997 年，美国与 33 个国家签署了 OECD《国际商务交易中反对贿赂外国公职人员公约》，并于 1998 年开始立法实施。

美国《萨班斯法案》(Sarbanes-Oxley Act)的出台。2002年7月25日,美国众议院通过《2002上市公司会计改革与投资者保护法案》。2002年7月30日,布什总统签署后该法案成为正式法律,称作《2002年萨班斯-奥克斯利法案》。萨班斯法案的主要内容包括:设立独立的上市公司会计监管委员会,负责监管执行上市公司审计的会计师事务所;特别加强执行审计的会计师事务所的独立性;特别强化了公司治理结构并明确了公司的财务报告责任及大幅增强了公司的财务披露义务;大幅加重了对公司管理层违法行为的处罚措施;增加经费拨款,强化美国证券交易委员会(SEC)的预算以及职能。

(二) 英国《反贿赂法》

2010年4月,英国通过了反腐力度创全球新高的《反贿赂法》(Bribery Act 2010),该法案于2011年7月1日生效。法案扩大了各类企业的反腐责任、打击范畴更广(同时包括公共部门和私营部门)、同时追究受贿者责任、处罚更为严格。与美国的《反海外腐败法》不同的是,《反贿赂法》将“通融费”(Facilitation Payment)不再作为例外而予以通融。该法案将与贿赂有关的罪名分为三类:一般贿赂犯罪(包括受贿罪与行贿罪)、贿赂外国公职人员罪、商业组织防止贿赂失职罪。其中,防止贿赂失职罪是一个新创造,体现了从重处理到重预防的执法理念的转变。

(三) 德国《反腐败法》

在1999年以前,德国国内企业间的贿赂行为以及企业在国外的贿赂行为并不受德国法律的约束和制裁。1997年8月13日,德国联邦议会通过了《反腐败法》,其中有关贿赂罪的条款是确定腐败行为法律后果的主要依据。该法提高了贿赂罪的量刑幅度;对公职贿赂罪则规定了从重处理的情况等。

此外,加拿大、法国、日本、韩国等国家均制定了类似的法律法规。

三、重点关注的合规问题

2008年底爆发的全球金融危机给各国政府

和监管部门带来了反思,各国政府在承受此次金融危机带来的冲击的同时,不仅在金融领域,而且在实体经济领域加强了合规反腐的执法力度,以促进企业强化合规管理。从国外现行法律法规及合规实践经验来看,笔者认为境外投资企业可着重关注的合规问题主要包括:

1. 企业治理合规

合规(Compliance)、公司治理(Governance)及风险管理(Risk Management)通常是企业为了保证正常经营、防范风险的核心。如果公司治理不完善、风控制度不健全可能最终导致公司经营僵局、出现巨大风险等严重后果。对于公司制企业,股东、董事(会)、高级管理人员的权力和职责分配是公司治理的关键,如何分配该等权力和职权则是每个企业都要考虑的问题。各国关于公司治理的立法以及经济合作与发展组织关于公司治理的指引都是将建立有效决策机制作为重点。

2. 税务合规

企业应按照所适用的税法的规定及时、如数缴纳相关税费。税务合规要求企业要遵守税务相关的法律法规,对于违反税务相关法律法规的规定,各国法律法规规定的罚则也不尽相同。因此,企业在境外经营时,需全面了解其常设机构住所地税法规定的税种、税率,以及是否对其所处行业、所涉交易有特殊规定。

3. 反腐败合规与反洗钱合规

加强打击腐败和商业贿赂已成为全球范围的趋势。各国都在完善关于反腐败立法并不断提高执法力度,都对跨国企业的合规管理提出了更高的要求。如美国的《反海外腐败法》和英国的《反贿赂法》中都对反腐败有详细的规定,并制定了相应的罚则。关于反洗钱,美国、英国、德国、香港等国家和地区皆已建立了以银行等金融机构为监管核心的反洗钱体系。因此,对于拟在境外投资和运营的企业,应关注所在国关于反贿赂和反洗钱的相关规定。

4. 竞争法合规

企业境外投资时通常要经过目标国的反垄断等竞争法合规审查。完成投资之后,境外主体在日常运营中应同样关注竞争法方面的合规问题。

如在英国，商业合同的签署或履行都需要遵守竞争法的相关规则，否则可能导致合同中的限制性条款无法执行，情况严重的，还将面临罚款、损害赔偿等风险。因此，境外投资和经营的企业应关注业务开展地竞争法的具体规定。

5. 信息披露合规

大部分国家都有关于上市公司信息披露的相关要求。对于上市公司，信息申报及财务审计合规通常都需要按照交易所及上市地证券法规的要求。如香港法律明确要求，无论是香港公司亦或外国公司设立在香港的子公司或分支机构，都必须每年向公司注册处进行年度信息申报。

6. 劳动用工合规

就劳动用工方面，各国关于劳动者保护的力度都不尽相同。建议境外投资的企业应全面了解当地劳动法律，并梳理入职、在职、离职、劳动稽查、工会等海外用工的主要问题。境外投资和经营企业要对海外用工给予足够的重视，树立起风险意识并寻求专业法律意见。

事实上，合规管理不仅有助于防控风险，还有助于提升管理效率。通过在上述多个方面建立合规管理，共同完善企业的相关制度，能够最大限度地降低企业风险、保障合规运营。因此，笔者认为，随着越来越多的企业前外海外进行跨境收购、境外设立分支机构等，了解所适用的法律法规并建立相应的合规制度和体系则愈发关键重要。笔者建议企业在进行海外投资前应尽快建立完善的合规制度和体系，以避免和防范境外投资

和运营的风险。

四、《企业境外经营合规管理指引》

从过往的经验教训来看，海外合规是中国企业“走出去”进程中所面临的较为普遍的合规风险，在此前发布的《中央企业合规管理指引》中已对“境外投资经营”有所侧重，此次国家发改委等七部门发布实施的《企业境外经营合规管理指引》（以下简称“《境外合规指引》”）则是针对企业境外经营，且适用范围从中央企业扩展到所有中国企业。

《境外合规指引》共八章，从合规管理要求、合规管理架构、合规管理制度、合规管理运行机制、合规风险识别评估与处置、合规评审与改进、合规文化建设等方面，对开展对外贸易、境外投资、对外承包工程等“走出去”相关业务的中国企业加强合规管理明确了原则、方向和要求。

整体来看，《境外合规指引》一方面从自身经历和经验教训着手，结合中国企业走出去的各段经历，就期间较为主要的境外贸易、境外投资、对外承包工程三类业务的境外合规管理予以规范，同时，在此三类业务基于自身特点所需注意的合规要求之外，针对中国企业开展境外日常经营中所需普遍注意的合规事项也做出了提示和说明；另一方面，亦借鉴了国外较为成熟的合规经验，例如，在合规负责人中引入“首席合规官”，即CCO（Chief Compliance Officer），这一说法在一些国际企业中早已出现，为中国企业开展合规管理明确了具体负责人，并结合境外合规的工作特点，在工作机制中除了一、二、三道防线之外又增加了与外部监管机构和第三方的沟通事项。

《境外合规指引》是“依法治国”、“依法治企”背景下中国企业开展境外合规管理的初步尝试和探索，对促进中国企业更好地开展境外经营业务具有重大的指导意义。合规管理不再仅仅是应付外部监管的需要，而是企业自身发展的需要。因此，中国企业也应该积极行动起来，通过主动识别合规风险、主动采取各类纠正措施、持续修订相关制度等管控流程，以确保企业在境外投资领域合规稳健运行。

中伦
文德





□ 周振红/文

周振红律师，北京市中伦文德律师事务所律师，南开大学法学院法学学士。业务范围主要集中于：公司常年法律顾问，房地产与建设工程全过程、公司上市、并购、新三板挂牌、发债等企业融资和资本市场非诉讼法律服务领域以及民商事诉讼。

关于企业合规管理体系构建的初步分析

在经济全球化浪潮的推动下，中国步入了新的发展阶段，从过去的粗放式发展转变为坚持节约型和环境友好型的发展道路，市场竞争也愈发激烈，这对企业来讲，既是机遇也是挑战，一方面对企业的发展提出了更高的新要求，另一方面不能适应新的经济发展趋势的企业将会逐渐被社会所淘汰。企业为了实现可持续发展，增强核心竞争力，在市场中占据有利地位，就必须适应经济发展的大趋势，改变以往落后的经营发展模式，重视节约资源、环境保护、劳动保护、反贿赂、反不正当竞争等各个领域的合规，这就要求企业要将合规经营纳入企业管理的核心范畴，强化合规意识，坚持合规经营管理的原则，通过建立健全合规管理体系，为企业的长久有效发展奠定基础。

建立健全合规管理体系不是一蹴而就的，这是一项庞杂且系统的工作，包含合规风险的识别与评估、合规管理制度的建立、合规管理机构的设置、合规培训的开展、合规考核体系的建设、合规问责机制的建立等多个方面。

（一）合规风险的识别、评估

企业在实际经营管理过程中，应对合规风险予以高度重视，而企业重视和防范合规风险的重要环节之一是对合规风险进行全面准确的识别分

析评估，有效地对合规风险进行分析和评估，将更加有利于企业最贴切其实际现状开展构建合规管理体系的其他工作，如建立合规管理制度，开展合规培训等。

企业的合规风险所涉及的法律法规方面主要有刑法、劳动法、税法、反垄断法、反不正当竞争法、反腐败法等，涉及的业务活动、管理流程包括但不限于研发、采购、生产、市场、销售、财务、法务、行政、人力、税务等各个方面。同时，企业的风险可能来源于企业内部，也可能来源于外部环境，但无论风险来源于哪方面，这都要求企业立足大局，结合实际识别合规风险，具体可根据不同的业务活动划分合规风险，并从已经发生的合规风险案例中梳理汇总普遍存在或偶然发生的风险，综合考虑法律法规的修订、新技术的推广、业务模式的后期转变、市场的变化等预测未来可能发生的风险。

因合规风险的发生概率以及对企业产生的影响程度是千差万别的，这要求企业在全面系统地识别合规风险后，应对合规风险发生的概率大小以及潜在的影响进行评估。具体可以如下标准进行风险评估：（1）发生的可能性，参考合规风险已经发生的概率以及未来可能发生的几率，将合规风险发生的可能性划分为高、中、低三个等级；（2）对企业的影响，不同的合规风险对企业产生

的影响是有所区别的，如经济损失、形象声誉损失、民事法律责任、行政处罚甚至造成企业承担刑事责任等，不光影响的层次不用，且影响的程度也可分为影响大、中级影响、影响小、无影响；（3）预防的可能，不同的合规风险可以通过现行有效的措施进行预防的可能性是不一样的，具体概率可从高到低进行划分。

（二）合规管理制度的建立

合规管理制度为企业员工提供了行为上的指引和规范，也是落实企业合规管理措施的基础和依据。企业在设计建立合规管理制度的过程中，不应孤立地进行考量，而应建立不同层次的管理制度从而构成一套完整的制度系统。根据对当下司法环境的全面分析，以及对企业管理中涉及的合规问题的汇总，并结合相关法律从业经验，建议从如下两个层次搭建合规管理制度的框架：普遍适用的行为准则，重点领域的全流程合规管理。

1、普遍适用的行为准则

普遍适用的行为准则是合规管理制度的纲领，其地位是至高无上的，是开展全部合规工作的总的原则性指导文件，是对企业及其全体员工的一切行为具有普遍约束力的标准。企业的各项具体合规管理制度和流程都应基于该行为准则来制定和补充完善。

企业普遍适用的行为准则往往应以企业整体核心的价值观为基础，以企业内部制定的相关政策、标准和程序为内容来源。其主要规定了企业合规经营的大政方针，详细阐明了企业每一名员工必须遵守的合规基本原则。企业在制定普遍适用的行为准则过程中应重点考虑如下几方面内容：

（1）适用范围

普遍适用的行为

准则通常适用于企业及其全体成员。一方面，在制定时应考虑行为准则的内容尽量简洁明了并提纲挈领，只针对企业及员工的经营行为和工作行为做原则性描述，追求让全体成员一目了然地清楚在工作中应坚守的工作原则及道德标准，并不具体描述流程与操作细节。另一方面，因行为准则适用于全体员工，企业应更加关注行为准则面向全体企业员工公布告知的问题，无论以何种方式发布给员工，均应尽可能的使全体员工以最便捷的方式获取行为准则的全部内容，并且在发布行为准则的同时，做好配套的对行为准则的宣传和培训工作。

（2）目标

完整的普遍适用的行为准则的主要目标为通过明确企业的价值观、确定符合企业期望的商业道德要求、列明企业所应遵守的法律法规并明确企业所支持和反对的行为模式，最终达到阻止员工违法、违规和不道德行为发生的目标。

（3）标准

企业在制定行为准则的标准时，应综合考虑企业内外部环境、企业价值观以及企业所有业务活动现行有效的法律法规，体现企业面临的主要合规风险并明确提出企业及员工行为所对应的标准。

（4）罚则

罚则是每一个制度不可或缺的组成部分和重要内容。所谓罚则，就是对行为人违背制度的不



合规行为进行惩罚，从而避免行为人再次发生同样的违规行为的规则，具体可表现纪律处分、经济处罚、降级、降薪、辞退等。不同企业应根据实际在制定行为准则中的罚则部分时综合考量，以求最大程度地发挥处罚的效能，同时也注明明确处罚的程序，达到制度制定的合理化和最优化。

（5）制定和解释主体

行为准则作为对合规管理制度精神的高度浓缩，以及合规本质要求的体现，一般来讲，由企业的董事会负责制定并解释、监督执行。当然，也不排除有些企业的董事会可能也会根据实际情况将其部分职责及权限委托给董事会下设的相关委员会或企业专门设立的合规管理部门。

2、重点领域的全流程合规管理

作为指导员工行为的纲领性文件，企业普遍适用的行为准则主要规定的是进行合规管理应遵守的基本要求，但是这些要求一般具有概括性和原则性。因此，要推动企业合规经营的具体执行，应依据行为准则的基本要求针对企业日常经营管理的重点领域制定具体的合规管理办法或者规范，以便更加细致、全面的给予员工更具操作性的行为指引。

企业经营中的重点领域主要包括人事管理、生产经营、项目管理、供应商管理、礼品和邀请、赞助和捐赠等方面，加强重点领域的合规管理，不光需要针对重点领域制定单独的合规管理办法，更要注重多个相关部门的协作，明确企业各项事务办理流程，从而使合规管理更加的规范。

因合规制度在企业内部需要员工来遵守，通过员工来贯彻实施，最终也将通过对员工所

产生的影响来达到合规管理的目的，完善合理的人事合规制度必然能够更好地辅佐其他各项合规管理制度在整个企业内部落实，同时也直接关系到合规文化在企业内部的培养和提升。

（1）单独的管理制度

人事的合规管理制度主要包含员工招聘、入职、培训、升职、换岗、离职等环节。

在招聘环节，企业在制定这一环节的相关合规管理制度时，重点应关注对应聘员工的审查以确保其满足岗位要求，应重点考虑如下2个问题，首先应对潜在招聘的职位进行分析，确认其职位的合规风险的高低，并设置不同程度的合规审查要求，如对于高级别的管理岗位，一般合规要求会更加高于其他低级别的普通员工岗位。其次，在招聘环节，也应重视对潜在招聘员工进行相关调查，可通过给应聘者提供的上一家用人单位打电话的方式确认其工作表现和职业历史，核实应聘信息的真实性。

在入职环节，企业应注意全面向新员工告知企业的合规政策及指南，确保员工充分认识合规要求。在这一环节中，应将企业各项管理制度及岗位合规要求，如员工手册、企业行为准则、企业各项管理制度等内容纳入新员工的入职资料中，并要求员工应仔细阅读企业的合规制度并予以签字确认，同时上述确认文件的书面文件应与





劳动合同的原件一同存入员工的个人档案并妥善保存。

对员工的培训一般包新员工入职培训以及对员工进行的定期培训。人事部门应定期对新员工进行入职培训,在培训会上可要求专门负责合规事务的人员对企业合规要求和合规政策进行整体介绍,并做好相关的培训记录。在员工任职的过程中,如企业的合规要求或政策发生调整时,人事部门也应及时对员工进行培训,以便员工能全面了解企业的合规管理动态。

在升职或换岗环节,企业应对行为准则及相关合规政策中要求的员工日常行为进行评估,并把合规相关的评估结果纳入员工的升职或换岗过程中。在员工面临升职或换岗时,人事部门需要核查员工是否存在违反企业行为准则或其他合规政策的行为,以此作为是否同意员工升职或换岗的重要考核标准之一。

在员工离职时,人事部门审查的重点之一在于核查员工是否存在违反企业合规要求的行为以及其违规行为是否已经妥善处理完毕,如尚未处理完毕的,应及时与员工所在部门沟通反馈处理,避免在员工离职后仍有合规问题尚未解决落实。

(2) 多部门联合管理

为确保合规管理制度能够在企业的日常运营活动中得以贯彻落实,就必须要把合规要求与企业内部的其他管理政策、流程密切联系起来,使合规管理制度不仅切实可行,并且全面贯穿于企业的日常业务活动中,这要求企业除了针对重点领域制定合规管理制度外,还应重视加强企业各部门的联合协作,拟定办理某项具体事务的流程,以便员工可以深入的了解办理流程及对接部门,促进该事项的办理符合企业合规要求及政策,如在规定员工办理离职的流程时,在相应的制度中应明确写明其离职的办理流程以及对接部门,必要时可以流程图的形式进行体现。

(三) 合规管理机构的设置

在建立良好的合规管理制度的基础上,协调合规管理职能和资源配置,强化合规管理机构职责及其组织领导是组织建立合规管理体系的必然要求,而合规管理机构也是承担合规管理职能的

主要机构。

通常情况下,在企业的合规管理过程中,合规管理机构可以是专门建立的部门,也可以由其他职能部门兼任。但无论采取上述哪种方式成立合规管理机构,在建设合规管理机构时,均应对其具体的责任及确定责任时的原则和条件进行详细规定。

1、成立专门的合规管理部门进行管理

合规管理部门是企业专门成立的负责合规管理的日常工作的职能部门,根据企业的规模的大小及实际工作量的多少,合规管理部门的规模可大可小,岗位人数也无具体硬性要求。

为使合规管理部门能够切实履行其职责,企业应重点关注组成合规管理部门的成员具备与履行职责相匹配的资质、经验、专业技能和综合素质,具体包括如下4个方面:第一,合规管理部门的员工应如实自愿地作出诚信履职和自身合规的书面承诺;第二,合规人员应具备高效的传达沟通能力及较强的表达能力;第三,合规人员应谦虚有礼,善于虚心接受他人建议和指导;第四,合规人员应具备相关专业能力和知识。在建立由专业的人员组成的合规管理部门后,企业应全面推进合规管理部门切实履行职责。

2、由现有部门在决策、管理、执行三个层级上划分相应的合规管理责任后成立委员会

如企业的业务领域、员工数量及部门较少,企业可由现有部门在决策、管理、执行三个层级上划分相应的合规管理责任的基础上成立合规委员会,合规委员会成员可从企业法律部门、财务部门、人事部门、审计部门等抽调出相关人员兼任,并由企业高层领导如董事长或总经理担任负责人,由合规委员会切实履行在建立健全企业合规管理政策、体系方面的职责,并负责听取合规管理工作的相关汇报,为企业研究解决合规管理中的重大或突出问题提供指导,以及监督检查不合规问题的整改。

(四) 合规培训的开展

如果说合规管理制度是针对企业成员行为的

具体合规性文件约束，那么合规培训则是对企业成员合规意识和价值观的再造和强化，其根本目的是督促企业成员提高合规意识，培养企业成员树立最高的道德标准，进而引导其个人行为，使其能够主动遵守合规要求，并将合规要求深入贯彻落实到工作中。

根据开展时间的不同，合规培训可分为新员工入职培训、定期培训、临时培训（如发生突发事件时）；根据培训对象的不同，合规培训可分为所有员工的合规培训及业务部门单独的合规培训。通常情况下，企业多以培训对象的不同并结合企业实际安排培训计划开展培训。

1、所有员工的合规培训

基于员工整体认知和能力的不足而设计培训内容是针对所有员工开展培训中需重点关注的问题。基于企业内部人员的家庭背景、教育背景的不同，工作经历的不同，岗位职责的不同，能够接受企业内部培训的程度的不同，对企业合规政策流程及价值取向要求存在认识水平高低的不同，在针对所有员工开展合规培训时，要尽量缩小员工之间存在的合规认知差距，使整体员工对合规制度流程的认知以及合规价值取向同一个方向趋近。为达到上述目的，可在培训之前向受培训员工全体发放调查问卷，收集所有员工在合规方面的问题，通过梳理汇总并全面分析这些问题，全面掌握员工存在的合规认知水平状态后，针对员工普遍存在的合规问题进行培训内容设计。

此外，因培训的对象是面向企业所有员工，在确定合规培训内容及形式时，应确保合规培训内容切实可行且容易被全体员工所理解。在开展合规培训的过程中，应避免冗杂而晦涩的理论介绍或添加过多的专业知识。如果培训内容枯燥无味、艰深难懂，往往会造成当次培训毫无意义，这要求合规培训者要将培训的内容转变为通俗易懂、能够为所有员工所理解接受的内容和形式，否则如合规培训仅仅是对全体员工进行理论、制度或流程的宣教，而员工还需费力去理解培训的内容，甚至需要对培训内容进行二次消化，这将对员工将合规要求与其具体的工作任务相结合造成障碍。因此在对所有员工开展合规培训时，要

避免合规内容过于理论化、枯燥化，并摒弃教条化的传授方式，可将培训内容融入到具体的案例中，通过案例分析来使员工对培训内容有更直观、深刻的理解。

2、业务部门单独的合规培训

在任何一个企业中，员工的角色定位都具有多样性。比如在生产型企业中，就有从事直接生产操作、技术、管理、采购、维修、法务、财务、安保以及其他等职能的多种角色，每个角色所涉及的合规风险点都各有不同，比如采购管理者主要是在对外商务活动中应注意防范商业贿赂的相关风险；直接生产操作的员工因很少直接与外界的商务伙伴沟通，其主要涉及的合规风险集中于违反企业内部生产操作流程；财务管理者主要在财务账目管理中存在舞弊相关的风险。因此，针对员工所处角色及职责所涉及的合规风险点开展业务部门单独的合规培训也是必不可少的。在设计业务部门单独的合规培训时，不仅要融入业务部门一些典型的合规要求，也要注意尽量使用该部门已经发生过的案例为参考素材。

（五）合规考核体系的建设

合规考核体系的建设是合规风险管理体系的重要组成部分之一，特别是对于合规文化尚不成熟、长效合规管理机制尚未建立健全的一些企业，通过完善的合规考核体系来提供企业合规的执行力尤为重要。一项完整的合规考核体系包含企业主动进行的定期审核、考核，也包括被动的违规行为举报机制。

1、定期审核、考核

有效的合规审核、考核体系不仅需要对员工的业务能力和成绩进行考核，而且也应对员工在业务工作中的具体合规情况进行充分的考量。

企业可以制定单独的合规审核、考核机制，也可以将合规审核、考核标准融入到企业总体的绩效管理系统中去。通过合理有效的合规审核、考核机制，对合规方面表现优秀的员工予以表彰或者奖励，对于合规表现较差或经常违规的员工应给予相应的处罚。企业制定的合规审核、考核

机制可以是多种多样的，而且需要根据企业的实际经营情况和管理情况制定详细的合规审核、考核标准。

2、建立违规举报制度

企业建立完善的违规举报机制是促进合规管理机制有效运行的保证。通过建立合规的识别、评估以及防范体系，在很大程度上将会降低企业合规风险发生的概率，但是在利益的驱使下，仍会有部分员工通过极其隐蔽的违规行为来获取不正当利益。因此，企业也应重视违规举报机制的建立，扩宽违规信息的来源渠道。

建立安全的举报环境是保证企业违规举报机制有效运行的必要前提和保障，企业可通过采取技术手段或拓宽举报途径的方式为员工举报违规信息提供途径，在实际操作中，企业采取的常规做法有如下几种：

第一，设立举报电话或邮箱，并向全体员工告知。对于电话举报或者邮箱举报，企业应与电话或邮箱的运营商沟通，采取充分的技术手段，如通过采取屏蔽来电显示或电话记录的方式规避暴露举报人的信息，以避免员工因害怕报复而不敢揭露违规行为；

第二，在企业办公场所较为隐蔽的位置设立举报箱。此点主要考虑的是员工的安全防范心理和自我保护意识，企业在举报箱的附近应避免安装摄像监控。此外，因举报箱的放置位置较为隐蔽，企业应注意向全体员工告知举报箱的设立，并定期向员工公示举报箱的位置。

第三，重视对举报人员的信息进行保密。企业应严格限定举报信息的受理人，并定期将举报信息的受理人向全体员工予以公示，减少举报信息的受理人数量一方面将会减少员工对泄露其举报行为的担心，另一方面，一旦发生信息泄露的情形也有利于企业从源头查找泄密原因并进行追责。

第四，确保举报信息受理、调查工作的独立性及保密性。负责举报信息收集及调查工作

的员工应由其上级主管部门或企业高层领导垂直管理，减少企业其他部门对其进行的制约，以便上述人员在履行职责过程中排除相关管理指挥障碍。

第五，设立举报奖励机制。如因员工的有效举报行为避免了合规风险的发生，为企业挽回损失的，企业应根据实际对举报人予以奖励，如发放一定数额的奖金、提升员工职位，促进员工举报违规行为的积极性。

（六）合规问责机制的建立

健全的合规管理体系可以降低企业员工发生违规风险的可能性，但是却无法完全避免违规行为的发生。任何企业都会遇到员工发生违规的情况，且员工的违规行为具有多样性，有的是出于员工的疏忽大意，有的是出于员工故意，但无论何种原因发生的违规，都必须明确企业对违规行为的“零容忍”态度，给予全体员工以警示，一旦发生违规行为，企业均应立即妥善处理，这就要求企业健全合规问责机制。

健全的合规问责机制不光要求企业对违规的员工进行追责，同样也要追究未能采取措施及时纠正违规行为的员工的相关责任。违规行为一经查实，企业应平等、无差别的对违规员工进行处分，严肃处理违规行为，可根据违规行为的主观意识以及造成的后果，对员工处以口头或书面警告、向员工所在部门或企业全体员工公布违规行为、调岗、降职甚至解除劳动关系，必要时，企业还可以向行政主管部门报告或对违规员工提起民事诉讼追究其民事责任。

企业构建合规管理体系不仅有助于企业及时发现和避免合规风险，减低发生预期经济损失和声誉损失的可能性，更有利于促进企业合规文化的建立，促进员工坚持职业操守和道德规范，从而提高企业核心竞争力，在市场竞争中立于不败地位，实现企业的持续发展，因此企业应将合规管理体系的构建作为企业经营发展工作中的重中之重。

**中伦
文德**



□ 武 坚/文

武坚律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。



□ 文 静/文

文静，北京市中伦文德律师事务所实习生，中央财经大学法学院硕士研究生。实习经历：参与股权收购专项服务，为收购方解除股权冻结、草拟股权转让协议以及工商信息变更等。

中兴通讯事件引反思：浅谈跨国型企业的合规问题

一、中兴事件始末回顾

2018年4月16日，美国商务部突然发出一则公告，全面禁止国内的企业与中兴通讯在今后的七年时间里出现任何的商业合作或商业活动。公告内容表示，中兴通讯未执行2017年与美国政府达成的和解协议的内容，违反了美国制定的禁止与伊朗的技术贸易交往的制裁条款

2018年4月20日，中兴通讯对该制裁发声：认为在具体调查结果尚未确定之前，美国商务部对中兴采取了最为严苛的制裁，对中兴通讯是极为不公平的，明确表示不接受！

2018年5月3日至4日，中美双方代表在北京进行的中美贸易磋商，共同关切的中美贸易问题开展了较深程度的探讨。在这两天的接触中，我国官方明确表达对中兴公司案的立场，同美方代表的交涉亦十分强硬。美方表示对我方态度会引起重视，并会向白宫传达我方的态度与坚持。

2018年5月9日，中兴通讯官方宣布，由于美国商务部激活拒绝令所造成的影响，中兴通讯的大部分经营活动已无法开展。但公司仍继续合法合规，坚守商业信用。

2018年5月13日，美总统在社交网站上表示，愿与中方共同努力，为中兴通讯迅速恢复业

务提供新思路，并下令商务部积极配合解决。中兴事件似乎迎来转机。

2018年5月15日至19日，国务院副总理刘鹤赴美访问，其作为中国政府的代表与以美国财政部长为首的美方代表们继续针对中美贸易问题进行持续的磋商。

其后的5月22日，有报道称美国白宫已决定对中兴通讯处以高额罚金，同时将对改组中兴通讯管理层，已作为终止之前对中兴通讯实施的严厉惩罚措施的代价。

2018年5月29日，中兴执行副总裁兼首席技术官和中兴公司运营主管均被免职。而早些时候，中兴首席合规官兼首席法务官已被免职，另外几名重要高管也被调离原岗位。



2018年6月7日，美国商务部终于与中兴通讯订立了新的和解协议，协议约定，中兴通讯承担高达十亿美元的高额罚款，另还需提供四亿美元由第三方托管。其它的内容还有中兴通讯在三十天时间内重组董事会并重新任命高级管理人员，美国将在中兴通讯内部派驻合规团队。

2018年7月5日晚，中兴通讯发布声明，解聘公司总裁赵先明，同时聘任徐子阳为公司新任总裁，七月六日管理层完成所有交接。中兴事件正式尘埃落定。

二、背景及原因分析

（一）相关背景

从美国商务部网站得知，在2010年的第一季度，中兴通讯在已知美国《伊朗交易与制裁条例》和美方制裁伊朗的强硬态度后，仍然将美国制造的受限类配件和软件等产品出口到伊朗，从而与伊朗公司签订大量的贸易金额高达数亿美元的合同，并参与了当地庞大的通讯网络服务建设。由此，美国有关方面提出中兴通讯涉及到串谋非法出口、阻挠司法、对联邦调查局工作人员做出虚假陈述的三项罪名。其实，美国政府对中兴通讯进行的调查最早可以追溯到七年前，而在三年前也就是2016年，美国商务部正式宣布将中兴通讯和其三家关联公司列入“实体名单”并对其进行制裁。在2012年至2016年的四年多的持续调查时间里，中兴通讯的诸多合规管理漏洞暴露出来。

首先，美国相关部门在对其启动调查前，公司领导对于贸易管制合规了解甚微，对即将面对的危机未采取有效的应对措施。在2012年3月，美国德克萨斯州法院对中兴通讯在美子公司送达了针对中兴通讯的立案调查传召函。早在十年前，中兴通讯法务部就指出公司可能会遭受出口贸易合规风险，并于2011年8月向公司提交了《关于全面整顿和规范公司出口管制相关业务的报告》，后又应领导的要求起草了《进出口管制风险规避方案》。可惜这两个文件在落实过程中变成了“一纸空文”。更令人惋惜的是，最后该“一纸空文”还被美国政府所掌握，作为指控中兴通

讯故意规避美国出口管制条例的有力证据。

随后，中兴在2012年接到传召函后，公司内部面对美国政府的调查是对抗还是配合的产生严重分歧，公司内部也分成了两大阵营：主战还是主和。“主战者”相信，公司的声誉受损引发公司严重的财产损失，而中兴作为一家中国的科技企业有理由和实力去采用强硬态度面对美国政府，无需对美国政府的调查进行配合或合作。但“主和者”则强调合规的重要性，主张积极配合美国政府调查并采取有效的措施应对。最终，抵抗的声音占了上风。2013年11月，中兴通讯明知其已违规并在接受美国监管机构调查的同时，依然决定与伊朗的有关企业进行商业合作。为了达到规避美国政府监管的目的，中兴通讯以无锡的一家上市公司作为隔断公司，代替中兴通讯与伊朗的有关企业进行商业活动。其在形式上即是，中兴通讯首先采取国内贸易形式将产品卖给该上市公司，由该公司再转卖给伊朗的有关企业。事实上，对美方监管机构而言，这种贸易方式相当于一边谈和解，一边“顶风作案”，枉顾法规的行为昭然若揭。2014年，中兴通讯某高管在美国机场被扣下进行搜查，美方搜查出了涉及“规避方案”的两份资料，因此这两份资料也成为可以证明中兴通讯违规的最主要的证据。在2016年中兴通讯向美国政府提出和解，美国政府委托第三方机构进驻中兴通讯展开合规调查。但是中兴在调查过程中表现出十分不配合的态度，在调查的过程中，为了避免泄露其他信息，所以采取各种方式隐瞒相关信息。这一行为加深了美方对中兴公司的不信任。

因此，美国有关方面提出中兴通讯涉及到串谋非法出口、阻挠司法、对联邦调查局工作人员做出虚假陈述的三项罪名，并据此作出判决中兴通讯支付共计约九亿美元的刑事和民事罚款。此外，美国商务部工业与安全局还对中兴通讯作出了高达三亿美元的罚款的处罚。在处理过程中，包括首席执行官在内的三位高管也被迫辞职。真的是覆巢之下焉有完卵。

中兴通讯事件最终的处理结果几经波折，值得各方吸取经验教训。中兴通讯事件错误肇始于2010年，在巨大的商业利益的诱惑下，无视同

美方合作的基本规则,违反美国的相关法规政策,所以必然遭受到美国商业交易规则与相关法律法规的严惩。虽然中兴公司算是逃过了一劫,挽回了濒临垂危的局面。但是从与美方达成的和解协议的内容来看,中兴通讯为此付出了沉痛的代价。客观来讲,这是中兴通讯由于其自己罔顾了契约精神而必须付出的代价,无论多么沉重都必须承担。

(二) 原因分析

随着经济全球化迅猛发展以及信息时代的到来,传统模式的跨国企业也逐渐发展壮大成为全球型企业,企业之间进行角逐的战场也从过去双方企业之间扩大到全球范围内囊括生产、销售、商誉、舆论、价值观等全多方位、立体化的空间,企业之间竞争的方式和手段也随之发生了迭代与更新。另一方面,由于各国政府监管力度的加大以及国际组织的推动,倒逼着越来越多的全球型企业重视与加强合规管理,合规管理也逐渐发展成为全球化企业新的竞争项目。去年的中兴合规危机及其处理结果暴露了中兴在管控合规风险方面的能力缺失以及企业合规管理制度的严重问题,值得所有参与全球化竞争的中国企业进行深刻反思,避免重蹈覆辙。

1. 2012 年 3 月,在得知美国德克萨斯州法院的立案调查后,中兴通讯不但不曾采取必要的出口管制合规管理手段,配合美方的调查,反而竭尽所能、想方设法对美国出口管制的有关规定进行规避。这表面中兴通讯对出口管制方面的

合规风险无法正确认知和判断,该企业从宏观层面上对于出口管制合规管理风险防范的重视程度存在严重欠缺。

2. 在美国政府已经采取相应调查手段的危急情势下,该企业依然不能抓紧弥补合规管理的漏洞和缺陷的机会与时机,相反以不配合、不合作、不坦诚的姿态面对来自美国官方的质疑和调查,进而使该企业在美国所可能遭受的出口管制合规风险进一步放大,最终致使该企业在出口管制方面的合规管理措施与制度形同虚设。根据美国商务部工业和安全局公开的信息我们可以得知,由于其掌握的两份来自中兴通讯的机密文件,因此美国商务部工业与安全局在 2016 年的 3 月才将中兴通讯及其三家关联企业列入“实体名单”并采取相应的管制措施,这两份分别名为《关于全面整顿和规范公司出口管制腺管业务报告》与《进出口管制风险规避方案》的机密文件的内容涉及到中兴通讯通过设立、控制和使用多个“阻断”公司规避美国出口管制的方案。

3. 中兴通讯的合规管理制度存在严重漏洞。根据中兴通讯的内部管理规定,合规管理部门无权直接向董事会报告,而 CEO 或者销售部门凭借其所拥有的决策的权力却可以将合规管理部门的意见和建议进行轻易否决。由此可知,合规部门



在公司管理架构中的地位应当得到尊重与提高，并保证其向上报告的畅通渠道，否则公司管理层无法有效获知风险并积极作出有效应对，导致合规管理犹如纸上谈兵。

4. 近些年来，尽管中兴通讯不断取得技术创新，其专利数量也不断增多，可是对于一些相当具有技术重要零部件尚还依赖着从国外供应商处的采购。技术上的掣肘与被制约也是中兴通讯最后被迫与美国有关部门和解并接受惩罚的根本原因。

三、启示及建议

合规管理是指公司制定和执行合规管理制度，建立合规管理机制，培育合规文化，防范合规风险的行为。合规管理是企业“内部的一项核心风险管理活动”。合规管理具有两项典型要求或特征，一是底线管理，即对合规的追求高于对经济利益的追求；二是对行为的管理，强调制度与施行的统一。在全球经济一体化程度迅速提高、全球市场资源得到充分调节与配置的当今，依靠健全的企业合规管理体制和得到企业上下普遍认同的合规文化抵御合规风险，已经成为现代全球型企业的软实力，而合规管理也逐渐发展成为全球化企业新的竞争项目。倘若企业欠缺以合规体制和合规文化为核心的软实力，其在全球竞争的新形势难免处于劣势。

近年来，随着“一带一路”倡议的推进，我国企业境外投资的意愿极高，尤其是通过自贸试验区的平台，在“一带一路”沿线国家开展境外投资具有极大的便利性，产业链条不断延长，业务范围组建遍及世界各地。尤其是在非洲、南亚、东南亚等后发市场的国家和地区，中资企业在市场竞争中往往具有明显优势，席卷着百分之五十以上的市场份额。因此，投资当地的政府与居民、国际组织与媒体越发关注到中资企业的行为与发展，甚至于某些项目和公司被进行着“显微镜”式的全面且重点审查，企业建立健全完善的合规管理体制和得到普遍认可的合规文化从而降低合规风险的任务也愈发艰巨，一旦有违规违法等状况的出现，当地政府极有可能对该企业采取国家制裁措施，如此一来，不但给企业的经济利益和

企业声誉造成严重损失，而且有可能造成该企业的海外市场失守，进而造成企业生存陷入困境。

去年六月底，中兴通讯发布公告，宣布原董事会十四名董事成员皆已辞去董事职务，并重新选举了新一届董事会，由李自学任董事长，李步青、诸为民、方榕为董事会非执行董事。董事会的革新和管理层的调整能否有戏适应并领导公司走出合规困境，以及如何才能带领中兴通讯重获发展与市场优势？笔者提出以下想法与建议。

（一）重建合规体制

中兴通讯的技术能力与市场能力不容置疑，但其合规体制一直存在不足。通用电气前首席执行官 JACK WELCH 曾说：“使我免于担忧的并非通用电气的业务，而是任何从法律上看是十分愚蠢的并且可能会给公司的声誉带来损害甚至可能导致公司一败涂地的事项”。放眼国际，安然事件、世通事件以及安达信的崩溃都是由于其违法行为。

中兴通讯合规危机事件暴露出其内部合规管理的严重缺陷：合规管理意识不高、合规管理架构仍存在严重不足，其根本原因是中兴通讯内部的合规管理体制的可操作性的缺失。

对于中兴通讯的新董事会来说，要想重整旗鼓，带领中兴通讯重获发展与市场优势，其必须实施世界一流合规管理体制。

1. 从高层和企业文化、企业价值观切入提升企业合规管理意识。只有当企业文化将诚信与合规经营的理念深入人心，并且董事会和管理层作出表率，合规管理才能发挥其应有的作用。

2. 在公司内容组织架构上应当保持合规部门的独立性。设立集团合规官对合规风险管理事项全面负责。而且，保证合规部门有向高级管理层汇报工作或反映情况的畅通渠道，必要时，赋予合规部门向董事会或董事会下设的委员会自由报告的权利。

3. 落实企业合规管理制度，尤其是对具体管控措施的执行，避免企业的合规管理制度沦为一张空文。如果企业的合规管理制度不能得到有效执行，其风险不言自明。

4. 政府监管督促企业合规管理。本世纪以



来，发达国家政府对于企业合规的监管日趋苛刻。比如，美国的反海外腐败法和英国的反贿赂法都将对违规企业的处罚力度有所加大。联合国全球契约组织、世界银行以及国际标准化组织等国际组织对于企业的诚信与合规经营也有所监督与助力。

（二）应追究前董事会成员的相关责任

我国《公司法》规定公司董事对公司负有勤勉义务。董事的勤勉义务，在英美法系被称为“注意义务”，在大陆法系则被称为“善良管理人的注意义务”或“善管义务”，其具体内容是指董事在对公司事务进行管理和对公司行为进行决策的过程中应当承担充分发挥自身的知识、经验、技能和勤勉并且使之达到法律所要求的标准的义务。在司法实践中，根据我国民法中关于侵权责任的理论，对于公司董事是否履行勤勉义务的判断标准通常会从行为和结果两方面进行认定。行为上，董事在对公司事务进行管理和对公司行为进行决策时须为善意并且不存在过失；结果上，公司利益遭受了损失，且这种损失本是可以由于公司董事勤勉义务的履行而被避免的。此外，要求公司董事的违反勤勉义务的行为与公司所遭受的损失之间存在因果关系。

根据现有渠道可以获知的信息足以认定，中

兴通讯的原董事会成员不曾履行其勤勉义务，由此使得中兴通讯遭受巨大的利益损失，而二者之间因果关系是显而易见的。从相关案例来看，在中航油案中，由于中航油（新加坡）董事及高管的勤勉义务的不履行，直接导致公司承担五亿多美元的经济损失，间接导致公司陷入行政罚款和民事诉讼的泥淖，公司的相关董事及高管也面临着民事和刑事诉讼。

如果不能借此机会追究前董事会成员及相关责任人的失职与失察的责任并采取惩处措施，中兴通讯的未来恐怕难圆“中兴”的愿望。

中兴事件合规危机的案例对于中国企业合规管理的发展提供了极具教育与鞭策意义的经验与教训。对比国内其他企业相关案例，中兴通讯对于危机的应对措施显得较为不妥，譬如吉利公司面对类似的情形，就采取了与中兴通讯截然不同的做法，吉利公司在仔细对利弊进行考量之后，果断将向伊朗出口一千五百台沃尔沃汽车的商业订单放弃。同期也有中国公司与伊朗方面签订了开采石油的订单，只是由于其风险应对得当，不曾让美国方面抓住处罚把柄。同时，我们不得不承认，国内许多企业在合规管理体制的完善和合规文化的建立方面尚有长足进步空间，若不引起重视，必将导致企业在全球竞争中面临多重掣肘与阻力。

参考文献

1. 李本灿：《企业犯罪预防中合规计划制度的借鉴》，载《中国法学》，2015年第5期
2. 曹菲：《管理监督过失研究——多角度的审视与重构》，法律出版社，2013年版
3. 张曙光：《积极应对“一带一路”合规风险带头建设完善合规管理体系》，载《国际工程与劳务》，2018年第2期
4. 蔡元庆：《董事责任的追究和经营判断原则》，载《现代法学》，2002年第4期
5. 王衡：《论完善我国公司立法中的董事忠实义务制度》，载《现代法学》，2000年10月，第22卷第5期



□ 李 铮/文

李铮律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，副主任，执委会执委，“一带一路”发展战略研究院院长，荷兰阿姆斯特丹大学法学硕士，对外经济贸易大学法学硕士，北京理工大学法学学士。主要从事跨境投资法、公司法、娱乐业法、房地产法和金融法等法律服务，擅长重大交易的交易结构设计和企业法律风险防控、大型企业集团及上市公司内部治理和法律风险防控以及劳动纠纷的咨询与处理等。



□ 艾文婧/文

艾文婧，北京市中伦文德律师事务所律师助理，中伦文德“一带一路”法律专业委员会委员。

刍议国际制裁与合规中的律师实务

[摘要] 21 世纪以来，随着全球一体化进程的不断加深，各国均分享自由贸易所结出的丰硕果实。但这一进程，在近年来发生了显著变化，特朗普执掌白宫后，美国政府采取一系列贸易保护主义措施，并威胁发动中美贸易战、英国公投脱欧、欧盟宣布对自美国进口的价值 28 亿欧元的产品加征关税……这让习惯了在技术进步和经济增长地推动下，全球化不断向纵深发展以及在多边规则体系之内开展国际贸易和投资活动的企业非常不适应。但回顾历史就会发现，真正的自由贸易只有在很短时期内在少数国家和地区实现过，贸易保护主义才是常态，因此，企业的一个重要特征就是需要服从各种监管，而且这些监管者通常是跨不同司法管辖区的。那么，如何帮助企业使用全方位的合规手段，跨越各种管辖原则与司法辖区，以确保企业能够“走出去”，则是当代中国律师需要重点研究的课题。本文题目为刍议国际制裁与合规中的律师实务，旨在通过案例分析，总结过去中国企业“走出去”过程中的经验与教训，并提出相应对策，帮助中国企业“合规”以使其能更好的“走出去”。

[关键词] 国际制裁、贸易保护主义、国际合规。

一、国际制裁与贸易保护主义

（一）国际制裁的种类

国际制裁的种类通常涵盖外交制裁、经济制裁和军事制裁等。外交制裁和经济制裁均属非武力制裁。军事制裁常见的方式包括军事封锁、武力打击、摧毁设施等。

从律师实务的角度上讲，外交制裁与军事制裁等武力制裁通常非个人努力所能避免。因此，律师应该更多考虑的是，如何帮助企业避免在经济制裁中受损，或在经济制裁的背景下谋求最大化的利益。

（二）贸易保护主义与贸易制裁

笔者认为，经济制裁和贸易制裁在决策基础、行为主体、影响范围、持续时间、合法程度等方面存在着明显区别。经济制裁具有其独特的基本特征，因此以实现纯经济利益为目标的贸易制裁不完全等于经济制裁。但是对于律师实务来说，贸易制裁是比经济制裁更频繁发生地，深刻影响企业生存与发展的事项，因此，当我们探讨“国际制裁与合规”话题，企图帮助企业更好的“走出去”时，贸易制裁应是我们重点关注的对象。

贸易保护主义盛行是近年来国际社会上的普遍趋势。特朗普政府在美国执政一年多以来，迅速兑现了其竞选承诺，在经贸领域直接退出跨太平洋伙伴关系协定（TPP），并准备退出与墨西哥和加拿大签署的北美自由贸易协定（NAFTA）。虽然特朗普的各项经济外交政策遭受了大量国内国际舆论的批评，但美国当选总统的政策制定基本还是建立在选民支持基础之上的，反映出美国社会出于对全球领导力消退的焦虑而泛起的反全球化、反贸易自由化思潮。在世界另一端，2016年英国经过全民公投选择脱离欧盟，2017年初英国议会下议院以压倒性多数投票通过政府提交的“脱欧”法案，授权首相特雷莎·梅启动“脱欧”程序。英国脱欧是欧洲一体化进程的重大挫折，不仅对欧洲内部的人员经贸往来制造出新的障碍，也反映出欧洲国家之间在贸易自由化问题上的不同步，重新开启了欧洲大陆内部的贸易壁垒。

（三）现状分析

如上所述，贸易保护主义思想的抬头，造成了贸易壁垒，并进一步使国际制裁形势更加严峻。目前，制裁方主要有联合国、欧盟和美国，具体如下：

（1）联合国制裁

2010年6月9日，联合国安理会对伊朗实施新一轮制裁，这是安理会2006年以来对伊朗实施的第四轮制裁，也是最严厉的一次，决议附件中包含了自安理会制裁伊朗以来通过的最大的制裁清单，其中关于海运和金融方面的措施对外贸公司产生了严重影响。

（2）美国制裁

2010年7月，美国通过了单边制裁伊朗的法案，扩大了受制裁的实体和个人名单，目前，美国制定的敏感国家名单中包括伊朗、古巴和朝鲜等多个国家和地区，是国际上制裁政策最为严厉的国家。

（3）欧盟制裁

2010年7月26日，欧盟通过了对伊朗的新制裁措施，重点针对伊朗的石油和天然气领域，还涉及贸易、海运和金融领域。相对于美国制裁，欧盟的制裁措施有以下特点：一是制裁范围更广。目前欧盟的制裁名单内有30多个国家，远远高于美国制裁国家的数量。

二、国际合规

（一）合规的概念

“合规”有广义和狭义之分，广义的“合规”泛指企业在运行过程中遵守的各种规制、规则和规范。包括承担社会环境责任，履行企业社会责任，反腐败、反垄断、反欺诈等各个方面。狭义的“合规”主要指强化合规经营，反对商业腐败和贿赂，本文所指“合规”为广义范畴。

（二）当前国际合规管理的重要机制

合规经营是指遵守企业内部规章制度，遵守国家相关法律法规，遵守社会道德规范，遵守东道国风俗习惯和法律法规，遵守国际行业准则和相关法律法规。也就是说，国际合规理应包含五个层面，一是企业内部规章，二是本国法律法规，三是东道国法律制度，四是国际组织法律，五是发达国家的有关规定，具体论述如下：

（1）企业内部合规

企业内部合规是指，企业必须遵守自身内部规章包括核心价值观、商业行为准则、职业操守准则等行为规范或者企业文化。

（2）遵守本国国家法律对“合规性”的要求

企业必须遵守国家关于对外贸易、投资、经济技术合作和国际工程承包等领域的一系列规定。对中国企业来说，





国务院国资委颁布的《中央企业境外国有资产监督管理暂行办法》、《中央企业境外国有产权管理暂行办法》、《关于中央企业纪检工作贯彻落实习近平总书记“三个区分开来”重要思想的指导意见》和《关于中央企业构建“不能腐”体制机制的指导意见》等文件，国家发改委公布的《企业境外投资管理办法》，商务部会同相关部门出台的《民营企业的境外投资经营行为规范》，银监会印发的《关于规范银行业服务企业走出去 加强风险防控的指导意见》，国家外汇管理局的《关于进一步推进外汇管理改革完善真实合规性审核的通知》《合规性审核释疑汇编》等都是企业在“合规”道路上时时谨记与遵守的法律法规。

（3）了解东道国的法律制度

企业一旦“走出去”，就要遵守当地的风俗习惯、民族文化、法律政策，还有就是项目合同和各种标准。例如，国际工程标准，中国有自己的标准，俄罗斯有 Ghost 标准，欧美有自己的认证体系。在众多体系当中，律师应当帮助企业，在“走出去”的过程中符合东道国的合同规定并且确认相关标准，避免出现标准不符合致使交易目的不能实现的风险。

（4）符合国际组织对“合规性”的要求

符合国际组织对“合规性”的要求，就是要符合联合国、世贸组织、货币基金组织、世界银行、亚洲开发银行、世界卫生组织等国际机构设置的标准和规定，还有这些机构与其他机构的跨机构制裁协议；国际商会关于反对贿赂、索贿、影响力犯罪等行为的規定；国际反洗钱、反毒品等规定。例如，联合国《全球契约》、《联合国反腐败条约》、经济合作与发展组织（OECD）理事会《关于进一步打击国际商业交往中贿赂外国官员的建议》、《内控、道德与合规最佳行为指南》、《跨国公司行为准则》、世界银行《诚信合规指南》等法律法规，西方发达国家为主的 33 个国家在维也纳签署的规制常规武器和两用物项的出口管制多边法律体系《瓦森纳协定》等协议。

（5）应对发达国家“长臂管辖原则”

当前主要是指美国和英国的有关规定，这些发达国家的法律都利用长臂管辖原则管理国内外企业合规经营。例如，违反了美国的《国际武器

交易条例》、《武器出口管理法案》、《对敌交易法令》、《国际紧急经济权利法》、《出口管理法案》、《出口管理条例》、《海外反腐败法》、《境外账户纳税合规法案》、《伊朗交易监管法》、《伊朗制裁法案》等出口管制法规，相关企业及责任人将受到监管部门严厉制裁，主要包括民事罚款、出口权利丧失和刑事罚款或个人长期监禁。英国方面，2010 年 7 月通过了反腐力度创全球新高的《反贿赂法》，将与贿赂有关的罪名分为三类：一般贿赂犯罪（包括受贿罪与行贿罪）、贿赂外国公职人员罪、商业组织防止贿赂失职罪，其中防止贿赂失职罪是一个新创造，体现了从重处理到重预防的执法理念转变。

三、典型案例

如本文第二部分所述，国际合规领域需要遵守的法律体系与具体法律法规种类繁多，难以详尽，因此在国际合规经营的领域内，企业因违反“合规性”而受到严厉处罚或承担不利后果的案例比比皆是。

以下以几个典型案例为切入点，浅谈海外合规问题：

（1）中兴通讯案件

2012 年，中兴通讯通过签订合同的方式，将一批搭载了美国科技公司软硬件的产品出售给伊朗最大的电信运营商伊朗电信（TCI）。根据美国的出口限制法规，美国政府禁止美国制造的科技产品出口到伊朗。中兴通讯的这笔生意涉嫌违反美国对伊朗的出口禁令。此次中兴通讯制裁事件由美国商务部主导，调查重点是中兴通讯是否通过幌子公司采购美国产品，然后将其提供给伊朗，从而违反美国的出口禁令。

本次事件的处理结果是，中兴通讯承认违规，被美国三个机构共处以 8.92 亿美元的罚款，另有 3 亿美元缓期执行。中兴通讯公告称：“本公司已就美国商务部工业与安全局（以下简称“BIS”）、美国司法部（以下简称“DOJ”）及美国财政部海外资产管理办公室（以下简称“OFAC”）对本公司遵循美国出口管制条例及美国制裁法律情况的调查达成协议（以下合称“该等协议”）。鉴于本公司违反了美国出口管制法律，并在调查过程

中因提供信息及其他行为违反了相关美国法律法规，本公司已同意认罪并支付合计 892,360,064 美元罚款。此外，BIS 还对本公司处以暂缓执行的 3 亿美元罚款，在本公司于七年暂缓期内履行与 BIS 达成的协议要求的事项后将被豁免支付。同时，在本公司与 DOJ 达成的协议获得法院批准、本公司认罪及 BIS 助理部长签发和解令后，BIS 会建议将本公司从实体名单移除。”

（2）华为案件

最近，两家华为集团旗下的子公司 (Huawei Device USA and Skycom Tech Co. Ltd.) 及华为总财务总监孟晚舟女士，因涉嫌银行欺诈、汇款欺诈、密谋汇款欺诈，违反国际紧急经济权力法案 (IEEPA)，及涉嫌密谋美国洗钱犯罪，这些涉嫌行为均与华为涉嫌参与的价值几百万美元的与伊朗交易有关，这些交易直接违反了伊朗交易和制裁法规。

（3）福建晋华案件

2017 年 12 月，美国存储芯片巨头美光科技在美国加州联邦法庭起诉联华电子与福建晋华，称联华电子通过美光台湾地区员工窃取其知识产权，包括存储芯片的关键技术，并交由福建晋华。按照美光科技诉讼文件，单是一名工程师就窃取了美光科技超过 900 多份技术文件。福建晋华集成电路公司及台湾联华电子公司，以窃取一家美国公司价值 87 亿美元的商业秘密，且利用该秘密制造销往美国市场的非法竞争产品为由，受到美国刑事和民事指控。此外，美国下达了出口技术至福建晋华的民事禁令，并且，禁止向其转让人和商业秘密，禁止两公司向美国出口其根据窃取的秘密信息生产的任何产品。

四、教训与对策

（一）教训

当审视众多国际制裁与合规的案例时，我们应当善于总结，从错误中获取经验与教训，从而在未来尽量避免，仅就中兴通讯案件来说，

笔者认为，可以总结出如下教训与经验：

（1）遵守诚实信用原则

学理届常讲，“诚实信用”是民法中的帝王条款，在国际合规领域中这一点尤为突出。事实上，在中兴通讯案件中，正是因为中兴的撒谎行为使自身陷入了更被动地境地。

（2）不故意毁灭证据

根据有关中兴案件的报道，“中兴通讯精心策划了一系列的计划来防止美国政府取得证据，例如从外部顾问那里删除或隐藏与调查相关的文件和信息。该计划甚至还包括成立了一个由 13 人组成的工作小组，名为合同数据挖掘小组。该小组在 2016 年 1 月至 3 月期间，毁灭了全部与伊朗业务有关的资料，并且小组的邮件每晚都要删除，以免暴露行动。”

当今社会，是互联网飞速发展的数据时代，一切交易均有迹可循，企业应当避免存在企图蒙混过关，瞒天过海的侥幸之心。

（3）正确使用保密协议

根据有关中兴案件的报道，“每个工作小组成员均被要求签署保密协议，严禁本次行动被曝光，一旦行动曝光，小组成员需要赔偿公司 100 万元人民币。”这一做法，实际上是企图利用保密协议来掩盖罪行，一旦东窗事发，会承担更不利的法律后果，并非可取之计。



(4) 调查期间不可重启涉嫌不合规的活动

根据有关中兴案件的报道,“2013年11月,不顾中兴通讯法律部门的反对意见,中兴通讯前任CEO召开了高层会议,决定重启与伊朗的转口业务。中兴通讯的伊朗总部被授权去寻找愿意与伊朗公司做生意的第三方,并愿意单独与中兴通讯签合同,将货物转运去伊朗,价格好商量。”虽然在调查结果未出之前,尚不能断定企业是否存在不合规行为,但考虑到未来风险,企业应尽量避免在调查期间重启可能涉嫌不合规的活动。

(5) 不要白纸黑字将有组织的违法行为作为公司战略写出来

根据有关中兴案件的报道,“《关于全面整顿和规范公司出口管制相关业务的报告》由公司法律部门起草,并于2011年9月2日被公司的四名高级管理人员签字批准,其中也包括前任CEO。”

从BIS公布的细节中可以看到,美国对于中兴通讯的巨额处罚,一方面是因为中兴恶意违反美国出口管制法案,采取了种种反侦察措施规避监管;另一方面,更重要的是因为中兴通讯采用了造假和欺骗手段,在调查期间,故意隐瞒真相妨碍调查。

(二) 对策

许多企业已经在经营实践中认识到,合规风险是企业全球化经营面临的重大风险,而我国不少企业领导还对此缺乏认识,从近年来被披露的大量事实看,我国企业,包括外企、国企和民企,都面临合规风险的严峻挑战。

从律师实务角度出发,我们可以帮助企业从以下几个方面寻找合规风险的应对之道:

(1) 企业商业活动范围拓展概念下的合规培训和合规制度应当实施和建立

对于企业来说,培训和制度应当由适当的合规律师进行指导。培训应该区分初步培训和周期性培训,并且应当建立可以直达企业高管层的畅通渠道。

对于律师来说,在为企业搭建合规制度和进行合规培训时,应当首先了解和中国企业密切相关的国际合规领域的法律法规,尤其应重点关注

反腐领域。例如,第22届亚太经合组织领导人非正式会议发布了《北京APEC宣言:构建融合创新互联的亚太》。该宣言第48条提到“我们赞赏坚定的反腐败决心和采取的有力举措,支持《北京反腐败宣言》,欢迎《亚太经合组织预防贿赂和反贿赂法律执行准则》和《亚太经合组织高效率公司合规项目基本要素》”。过去几年里,亚太经合组织各经济体已经批准通过了亚太经合组织《反腐败商业行为准则》和《私营部门商业诚信与透明度准则》。

律师应当结合上述文件,针对不同类型企业的需要,为企业“量体裁衣”,设计企业的合规制度。

(2) 避免经营涉嫌制裁的业务

在目前形势下,企业应加强资金风险防范意识,深入分析业务形态与交易流程,采取多种措施避免陷入业务纠纷,甚至钱货两空的局面。首先,要重视交易对手背景调查,即尽职调查。在尽职调查中,要对潜在的企业商业活动中,可能涉及民事、刑事领域的不合规的情况,进行合规性尽调,尽调要延伸至企业的商业活动整体。

尽职调查团队应该包括:a)对东道国制裁、合规法律非常了解且能在全景层面对投资交易或商业拓展行为进行精准评估的律师;b)投资企业所在国的法律顾问,他们应当非常精准地了解企业需求,能深入理解东道国合规律师的要求,并很好地协调东道国律师和投资企业;c)来自投资企业总部的法法律师(这些律师非常了解商业行为的全貌,能够精准地告知尽调人员企业商业活动的范围和深度以及这些企业中现有合规规范的情况)。

(3) 国际法律合规与法律风险调查与报告

企业董事会应当建立一个机制,也即,委托适合的国际法律团队进行保密调查。对于重要问题,可以成立独立调查委员会,接收和监控内部调查报告以及调查团队的建议。事实上,提前发现、报告在降低和避免违反国际合规行为中尤为重要。在目前的案例中,调查机构都进行了长时间的调查。例如中兴案件,不仅调查时间长,而且在达成初步协议后,还在继续调查是否按照协议履行。因此,早期发现、报告、降低和避免严

重地违规惩罚最为重要。

(4) 积极应诉

在上述三个典型案例中，除中兴通讯案，以中兴承认错误，接受制裁结束之外，剩余两个案子，即华为案件与福建晋华案件中的中方企业都在积极应诉中。

仅就 2012 年商务部公布的数据，自 2001 年我国加入世贸组织以来，我国在世贸组织争端解决机制下共提起起诉案件 11 起，涉及 11 个争议事项，主要针对美国和欧盟等发达成员；被诉案件 29 起，涉及 18 个争议事项。此外，我国还以第三方身份，参与了 92 起世贸争端案件。2009 年，由于世贸组织新发生案件半数以上涉及中国，使得我国超越美国、欧盟而站在当年世贸争端解决活动中心，被评论为“中国在世贸争端解决中的崛起年”。

在我国诉美国反倾销和反补贴世贸争端案（DS379）中，世贸组织上诉机构澄清了“公共机构”和“双重救济”含义，裁决美国对我国采取的反倾销和反补贴措施违反规则。这一胜诉有效反击了美国贸易保护主义的做法，美国被迫修改其国内立法。在诉美国禽肉限制措施案（DS392）中，专家组全面支持中方主张，裁决美国限制禽肉进口的立法违反了世贸组织规则，美国被迫废止其相关立法。

因此，作为律师，在国际制裁与合规领域中，不仅应防范合规风险，也要勇于迎战贸易争端案件的挑战。一方面应加强对世贸组织规则研究和把握，充分运用世贸组织争端解决机制规则进行抗辩，通过法律途径解决贸易争端，最大限度维护中国企业的合法权益。另一方面，在部分案件中，律师也应当积极探索，通过磋商和谈判等途径妥善化解贸易纠纷，有效维护我国整体利益与企业的商业利益。

五、合规经营是中国企业应对国际制裁与“走出去”的必由之路。

2019 年 4 月 25 日至 27 日，第二届“一带一路”国际合作高峰论坛在北京隆重举行，举世瞩目、影响深远。习近平主席在论坛期间发表一系列重要讲话，为共建“一带一路”在新的起点上拓展

新实践、开辟新天地指明了方向。

习近平主席指出，共建“一带一路”为世界经济增长开辟了新空间，为国际贸易和投资搭建了新平台，为完善全球经济治理拓展了新实践，为增进各国民生福祉作出了新贡献。同时指出，共建“一带一路”，关键是互联互通。我们应该构建全球互联互通伙伴关系，实现共同发展繁荣。

当前，经济全球化遭遇波折，单边主义、保护主义抬头。“一带一路”建设始终坚持鲜明的开放导向，不断推动各国实现优势互补、互利共赢。新形势下推动“一带一路”经贸合作高质量发展，应进一步扩大市场开放，提高贸易和投资便利化程度，坚决反对保护主义，维护多边贸易体制主渠道地位，通过开放促进要素自由流动、资源高效配置、市场深度融合，为促进各国经济增长提供强劲动力和广阔空间。

而作为当代中国律师，如何帮助中国企业“合规”以使其能更好的“走出去”，是我们肩负的历史责任与义务，也是我们未来不断努力不断工作的方向！

参考文献

- [1] 夏霖、王腾，如何避免国际制裁对贸易的影响 [J]，进出口经理人，2011(2)
- [2] 李斐、杨枝煌，海外合规经营——企业国际化的最高境界 [J]，国际工程与劳务，2018, No.408(07):24-27
- [3] 习微，浅析“特朗普时代”美国亚太战略及中国的应对策略 [J]，科技创业月刊，2017, 30(7):110-112
- [4] 姚树洁、汪锋，西方贸易保护主义思潮为什么愈演愈烈 [J]，人民论坛，2018, No.599(18):77-79
- [5] 王志乐，加强国际合作 促进我国企业合规——北京 APEC 会议对企业合规反腐的启示 [J]，WTO 经济导刊，2014(12):87-87
- [6] 王志乐，合规，跨国公司的底线如何守 [J]，新远见，2013(8):13-17
- [7] 孙洋，我国遭受“合规性”贸易壁垒的现状与对策 [J]，时代经贸，2012(3):107-108
- [8] 姜涛，让“一带一路”成为廉洁之路——中国企业参与“一带一路”建设的腐败风险防控 [J]，中国高校社会科学，2018(3):105-112+161
- [9] 程慧，美国制裁中国企业何去何从 [J]，经济，2013(6):122-124
- [10] 苏华，美国和经济制裁：分歧与跨境交易风险——基于欧盟法院系列判决的分析 [J]，国际经济合作，2014(8):17-21
- [11] 查道炯，中资企业正确应对国际制裁 [J]，中国信息安全，2016(6):64-65
- [12] 蒋姮、徐婷、周民，当前国际合规管理的重要机制 [J]，中国经贸，2012(3):28-30
- [13] 王志乐、蒋姮，借鉴国际经验强化企业合规管理 [J]，中国经贸，2012(3):54-56
- [14] 柳剑平、刘威，经济制裁与贸易报复——对经济制裁内涵的再界定 [J]，思想理论教育导刊，2005(5)
- [15] 中兴通讯被制裁案件的始末，引自“在路上的博客”：http://blog.sina.com.cn/s/blog_1330e5f0b0102yndk.html



□ 王志坚/文

王志坚律师，四川大学硕士，北京市中伦文德律师事务所一级合伙人、医药健康专业委员会主任、成都所主任。主要业务领域为医药健康、建筑房地产法、合规和诉讼。2013-2019连续七年被国际权威法律评级机构钱伯斯评为中国医药健康领域的领先律师，在2015-2019连续五年登榜LEGALBAND医疗与生命科学领先律师。中国医疗器械协会会员、中国医药教育协会医疗器械管理专业委员会理事、四川省医疗器械产业技术创新战略联盟理事、四川省药学会理事/药事专业委员会副主任。



□ 谭光建/文

谭光建，西南医科大学医事法学学士，兼有医学专业知识背景，熟悉医疗卫生、医疗器械相关法律法规，专注于医疗、医疗器械、药品、食品领域法律服务，擅长医疗机构设立与运营，医疗侵权，医疗器械注册、生产、使用，药品技术转让等诉讼及非诉讼业务。

“药妆”合规风险简析

2019年1月10日，国家药监局化妆品监管司在药监局官网发布《化妆品监督管理常见问题解答》（以下简称《解答》），对“药妆”、“药妆品”、“医学护肤品”等概念重申了严格禁止“标明”和“宣传”的监管态度。《解答》指出中国不存在“药妆品”的概念，且宣传“药妆”、“医学护肤品”等“药妆品”概念均属于违法行为。这一政策的发布，使得现在市场上所有的化妆品从业人员谈“药妆”色变。

据《北京青年报》2019年1月26、27两天的日调查显示，在国家药监局发布《解答》后不到一个月内，各大线上化妆品平台对其化妆品与

商店名称中的“药妆”二字进行了隐去处理，化妆品介绍中也明确提示“本品无添加药妆”；而线下实体化妆品店有关“药妆”的宣传也变得更加隐秘。因此，梳理有关“药妆”的法规制度，明确当前我国“药妆”相关法律风险，对化妆品生产、销售企业合规经营大有裨益。

一、“药妆”的定义

1. 行业的通行概念

药妆又称医学护肤品，是指从医学的角度来解决皮肤美容问题，由医生配伍应用的化妆品。它起源于夏商时期，后在国外流行，在国外称COSMECEUTICAL，即介于药品与化妆品之间的产品，相当于中国的功效性化妆品。现代“药妆”概念兴起于日本，它是目前唯一一个将其纳入正式法律文本的发达国家，欧盟和美国法律都未曾将其纳入正式法律文本，并且日本也并未将其归入化妆品监管而是作为“准药”或“半药”纳入“医药品外部”进行监管。在中国药品或化妆品监管法规中也并没有对“药妆”的明确界定，只是在化妆品行业内非法律意义上运用此概念。对于“药



妆”概念的认同分为药物化妆品、医学护肤品和功效性化妆品（如祛斑、祛痘产品）三大类。

2. 现行法律法规的定义

2018年8月29日，国家药监局在其官网发布了《关于政协十三届全国委员会第一次会议第2340号提案答复的函》。在答复徐睿霞委员的提案时，关于“药妆”的概念，国家药监局强调，根据《中华人民共和国化妆品卫生监督条例》（以下简称《条例》）规定，化妆品不得宣传疗效，不得使用医疗术语，并无“药妆”这一品类。可见在我国现有的监管体系中并无“药妆”这一定义。

在2019年刚完成修订的《条例》中，第十条明文规定：“生产特殊用途的化妆品，必须经国务院化妆品监督管理部门批准，取得批准文号后方可生产。特殊用途化妆品是指用于育发、染发、烫发、脱毛、美乳、健美、除臭、祛斑、防晒的化妆品。”亦即当前我国对化妆品的法律区分仅有特殊用途与非特殊用途两类。其中，特殊用途化妆品的许多用途实则就是大多数化妆品生产、销售商家所宣传的“药妆”的所谓“神奇”功效。

此外，因为特殊用途化妆品生产需要获得国家药监局化妆品司的批准文号，所以多数“药妆”生产厂家希望通过打擦边球的方式降低法律成本。但是，“药妆”仅仅是一种商业宣传，其

功效和不良反应等所谓“药品属性”都难以得到验证，因此，大肆宣传其治疗功效是违背“保证化妆品的卫生质量和使用安全，保障消费者健康”的基本宗旨的。

二、现行药妆的管理体系及未来需重点关注的风险点

1. “药妆”的现行法律规定

涉及“药妆”的法律、法规、规章及相关规范性文件汇总如表1。

2. 未来需重点关注的风险点

2.1 “药妆”与药品的竞合

“药妆”生产、销售商家通过宣传将“EFG”等药用成分加入化妆品从而具备修复的药品功效时实际已经脱离化妆品本身，将其简单的归类为一种药品，仅突出其药品功效，发生了经营行为的越轨。此时，根据《中华人民共和国药品管理法》（以下简称《药品管理法》）第四十八条和《中华人民共和国刑法》第一百四十一条之规定，这种行为极有可能构成生产、销售假药行政违法，如果出现生产、销售数额较大或者造成消费者身体健康受损乃至死亡等严重情形的，还有可能构成生产、销售假药罪需要承担刑事责任。原因在于，“药妆”生产、销售商家仅仅或者甚至没有取得化妆品生产、销售许可，并没有取得《药品生产

表1 “药妆”监管相关法律法规汇总表

法规名称	生效 / 修改时间	位阶	相关规范内容
《电子商务法》	2019.01.01	法律	“药妆”线上经营相关规定
《化妆品卫生监督条例》	2019.03.02	行政法规	化妆品标识和宣传相关规范。 明确禁止化妆品标明和宣扬“医疗作用”，使用“医学术语”等违法行为。 严格查处以“药妆”等名义标明、宣扬化妆品的治疗功能。
《化妆品卫生监督条例实施细则》	2005.06.01	部门规章	
《化妆品标识管理规定》	2008.09.01	部门规章	
《化妆品命名规定和命名指南的通知》	2010.02.05	规范性文件	
《加强化妆品标识和宣称日常监管工作的通知》	2010.11.26	规范性文件	
《加强化妆品违规标识监督检查的通知》	2011.07.11	规范性文件	规定特殊用途化妆品审批程序
《关于审批特殊用途化妆品有关规定的通知》	1992.07.06	规范性文件	

许可证》或《药品销售许可证》，其所谓“药妆”包含的医疗效果都是非法的宣传行为。

2.2 可能构成虚假宣传的行为

根据《条例》第十二条和第十四条，《化妆品命名规定》第五条，《关于进一步加强化妆品违规标识监督检查的通知》及《关于加强化妆品标识和宣称日常监管工作的通知》等规范之规定，化妆品不得注有适应症，不得宣传疗效，不得使用医疗术语。因此，一旦化妆品生产、销售商家出现以上行为，根据《条例》第十二条和第十四条、《化妆品标识管理规定》第十六条、《中华人民共和国广告法》第四条、第十七条、第五十五条、第五十六条及《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条之规定，该商家就可能构成虚假宣传违法，需要承担相应的行政责任、民事责任甚至刑事责任。

2.3 药妆与作为院内制剂的外用皮肤产品的区别

院内制剂，是指经所在地省、自治区、直辖市人民政府卫生行政管理部门审核同意获得《医疗机构制剂许可证》（GPP）的医疗机构根据本单位临床需要而非为市场销售，由具备专业技术资格的药剂人员研制，并由本单位执业医师开具处方调配使用的制剂。

首先，皮肤外用院内制剂本身是依据《药品管理法》第四章“医疗机构药剂管理”规定生产的药品，如前文所述，它与“药妆”最大的不同就在于院内制剂是经批准的正式药品，而药妆只能归入是化妆品。其次，皮肤外用院内制剂作为

一种院内使用的制剂，需要评专科执业医师的处方调配使用，这远比“药妆”等化妆品的使用要求更为严格。最后，皮肤外用院内制剂不能进入市场进行销售，它的使用仅仅限于制剂生产医疗机构内部调配使用，这也不同于“药妆”产品可以在市场上自由买卖。

2.4 针对药妆的职业打假风

根据现行规定，只要化妆品上出现“药妆”或者在化妆品相关宣传资料和口述中使用“药妆”、“医学词汇”的就是违法行为。于是，在这种背景之下，会催生出一类通过购买明知是“药妆”或宣传治疗效果的化妆品然后攫取赔偿金的人群，即所谓的“职业打假人”，例如全国职业打假第一人王海。

考虑到此类产品与食品、药品一致都是与人的身体健康密切相关的产品，因此参照《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条：“因食品、药品质量问题发生纠纷，购买者向生产者、销售者主张权利，生产者、销售者以购买者明知食品、药品存在质量问题而仍然购买为由进行抗辩的，人民法院不予支持”之规定，针对此类诉讼法院仍然会受理。但是，是否构成《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称《消法》）所谓的欺诈，应由法院根据双方当事人的举证予以确证，例如“温拓与天津百恩汇生物科技有限公司产品销售者责任纠纷二审民事案件”，二审法院最终认定温拓购买商品并非为了使用，百恩汇科技公司也没有也不存在虚假宣传，判决撤销了原判。

三、针对上述违法行为的法律规制

1. 民事规制

1.1 虚假宣传——三倍赔偿

如前文所述，化妆品生产、销售企业若执意采取明示或隐匿的方式宣传其化妆品具备治疗效果，即是所谓的“药妆”，并且这种宣传实际诱导了消费者进行选择，根据《消费者权益保护法》第四十五条和第五十五条之规定，化妆品生产、销售企业应当承担虚假宣传的民事赔偿责任，如果构成欺诈的，消费者还可以请求最高为购买化



妆品价格三倍的赔偿。

1.2 产品本身引发的人身损害赔偿

“药妆”本身也属于一种产品，因此也要受到《中华人民共和国侵权责任法》产品侵权责任制度的调整。当化妆品生产、销售企业出品的所谓“药妆”造成消费者身体健康受损乃至生命受到威胁的，根据《侵权责任法》第四十二条之规定：“因销售者的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，销售者应当承担侵权责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担侵权责任”化妆品生产、销售企业应承担相应的侵权损害赔偿赔偿责任。

2. 行政规制

依据《化妆品卫生监督条例》第二十八条、《中华人民共和国广告法》第五十五条、五十六条及《中华人民共和国行政处罚法》第八条、第三十三条、第三十二条或者第四十二条的相关规定，对涉嫌以“药妆”名义生产、销售化妆品的企业、公司可以处以警告、罚款、责令停产、没收违法所得、没收非法财物、暂扣或者吊销许可证、执照等行政处罚，例如“广州由美化妆品公司虚假宣传行政处罚案”就是一个典型的例子。

4. 刑事规制

当化妆品生产、销售企业涉嫌生产、销售

假药罪时，依据《中华人民共和国刑法》第一百四十一条、第一百五十一条之规定，单位生产、销售的，单位将被处以罚金，而其直接负责的主管人员和其他直接责任人员三年到十年以上不等的自由刑并处罚金或没收财产。若是个人涉及生产、销售假药罪的，按照第一百四十一条规定的一般情况处理。典型案例如“李登华、杜爱娟生产、销售假药二审刑事案件”和“叶某英、王某元生产、销售假药罪二审刑事案件”。

四、“药妆”相关方的应对

1. 化妆品生产企业

化妆品生产企业应从以下几个方面应对此次“药妆”的强化监管：

其一，依法取得化妆品生产相关许可资质，包括《化妆品生产许可证》、《特殊化妆品生产许可证》及相关生产工作人员的健康证。其二，及时召回标注有“药妆”、“医疗”等内容的化妆品。其三，改变原有“药妆”发展战略，开发其他类型的化妆品品类。其四，督促化妆品经营企业按照法规要求正常销售化妆品，不做夸大宣传。

2. 化妆品经营企业

根据是否利用互联网进行化妆品销售，我国化妆品经营企业可以区分为线上化妆品销售企业和线下化妆品销售企业。在应对此次“药妆”监管风暴时，首先，线上、线下化妆品销售企业都应完善化妆品包括进口化妆品的检验核查工作，对涉及“药妆”等内容和成分的化妆品尽早处理，对已售出化妆品及时召回。其次，线上、线下化妆品销售企业应严格审核销售广告或促销网页上涉及“药妆”的相关信息，规范销售工作人员的促销行为。最后，线上化妆品经营平台应当加强对线上店铺资质与广告的审核、清理。此外，若是个人利用网络销售（微商）“药妆”的应当及时停止销售、宣传行为。





□ 王志坚/文

王志坚律师，四川大学硕士，北京市中伦文德律师事务所一级合伙人、医药健康专业委员会主任、成都所主任。主要业务领域为医药健康、建筑房地产法、合规和诉讼。2013-2019连续七年被国际权威法律评级机构钱伯斯评为中国医药健康领域的领先律师，在2015-2019连续五年登榜LEGALBAND医疗与生命科学领先律师。中国医疗器械协会会员、中国医药教育协会医疗器械管理专业委员会理事、四川省医疗器械产业技术创新战略联盟理事、四川省药学会理事/药事专业委员会副主任。



□ 康琪/文

康琪，成都中医药大学中药学学士、药事管理硕士，医药知识产权博士在读。同时具有律师、专利代理人和执业药师资格。先后参与承担的课题研究包括国家知识产权局的《我国高校院所知识产权转化模式与机制研究——以四川省生物医药高校院所职务发明专利为例》、四川省科技厅的《基于专利质量和专利转化的专利管理实效机制研究》、成都市科技局的《成都高校院所专利成果转化运营创新模式与机制研究》。擅长专利申请及专利权纠纷、反不正当竞争等知识产权相关工作和药品医疗器械领域的法律服务。

植入业务流程的药品研发合规管理

[摘要] 近年来医药行业的整体创新能力逐步增强，但由于药品研发包含药物临床前研究和药物临床研究的众多环节，药品研发流程中任一环节出现问题都可能会影响药品的安全有效、稳定可控。同时，由于药品研发流程中涉及的法律法规及政策繁杂，容易发生不合规的行为，这些不合规行为轻则导致药品研发失败不能获取一系列行政批准或 / 和承担民商事法律风险，重则还可能涉及行政处罚甚至刑事犯罪。因此，本文拟从实时监控预警的角度探讨药品研发流程的合规管理，分析药品研发合规管理构成要素，以大数据分析及数据挖掘的方式细化药品研发各个环节所涉及的法律风险，系统分析这些法律风险的成因和化解这些风险的实时解决措施，并结合计算机程序设计语言编制的理论和方法，建立和实施植入药品研发环节的合规管理应用软件以实现不同研发阶段的各类法律风险的实时预警提示及风险化解。

[关键词] 药品研发；法律风险；合规；应用软件。

一、引言

近年来我国药品上市许可人制度及创新药物优先审批等鼓励医药创新的政策陆续出台，各类新药的申报数量均有所增加，相应的专利申报数量也有较大幅度的提高。同时，社会分工的进一步专业化和细化，一批以提供新药临床前和 / 或新药临床研究服务的 CRO(Contract Research Organization) 企业逐步成长起来，医药行业的整体创新能力逐步增强。但是药品研发包含药物的发现与筛选、项目立项及临床研究、临床试验、药品评审及药品再评价等多个环节，在药品研发流程中任何一个环节出现问题都可能会影响药品的安全有效、稳定可控。同时，由于药品研发流程中涉及的法律法规及政策众多，容易发生不合规的行为，这些不合规行为轻则导致药品研发失

败不能获取一系列行政批准或 / 和承担民商事法律风险,重则还可能涉及行政处罚甚至刑事犯罪。因此,本文拟从实时监控预警的角度探讨药品研发流程的合规管理以避免或降低药品研发过程中各类法律风险及药害事件发生。

二、药品研发环节及其法律风险

(一) 药品研发的主要环节

药品研发环节主要包括临床前研究部分和临床研究部分。药品临床前的研发环节包括药物的发现与筛选、药物验证、临床前药效及安全性评估、处方工艺研究、中试研究、工艺验证、质量

标准研究及稳定性试验研究等(图一)。药品临床研究环节包括临床申报、新药的 I-III 期临床研究及仿制药的一致性评价等(图二)。

(二) 药品研发环节的法律风险

药品研发阶段的法律风险包括民商事法律风险,行政风险和刑事风险。民商事法律风险分为违约风险与侵权风险,临床前研究阶段主要是技术转让纠纷,临床研究过程中主要是药品申报单位与 CRO 企业 / 试验药品生产企业 / 药品检验机构之前的纠纷。行政风险包括药品不能获得行政许可(药品临床批件、药品生产批件等)和承担行政处罚(吊销临床试验机构的资格、三年内不

图一 药品临床前研究的主要环节

药物筛选	药物验证	临床前药效及安全性评估	处方及工艺研究
活动化合物的探索和靶标验证	初步药效学验证	临床前药效学研究	处方工艺研究(原料及制剂)
化合物(API)合成		药理学研究	中试研究
		毒理研究	工艺验证
		非临床药代动力学研究	质量标准研究
			稳定性试验研究

图二 药品临床研究的主要环节

申报临床	临床研究	申报注册	获批生产	上市后再评价
药学研究申报资料	仿制药一致性评价	申报注册资料准备	生产批件	再注册
临床研究设计	一期临床(新药)	研制现场核查	原料药GMP认证	四期临床(新药)
临床研究准备	二期临床(新药)	生产现场核查	制剂上市生产	药物经济学评价
	三期临床(新药)	CDE审评过程中的沟通		
		发补内容的研究		

受理其申报该品种的药品注册申请等)。涉及的刑事风险主要包括故意提供虚假证明文件罪(药物非临床研究机构、药物临床试验机构、合同研究组织的工作人员,故意提供虚假的药物非临床研究报告、药物临床试验报告及相关材料)和生产、销售假药罪(药品注册申请单位的工作人员,故意使用虚假药物非临床研究报告、药物临床试验报告及相关材料,骗取药品批准证明文件生产、销售药品)。

以药品技术转让环节为例,涉及到的民商事法律风险包括技术委托时的知识产权(包括后续改进)归属,技术资料真实性及保密义务,原辅料是否有合法来源,且价格是否合理、供应稳定,生产工艺等是否能满足受让方产业化要求(成功放大生产),转让方能否指导受让方连续生产出符合药监部门要求的样品等。行政风险包括药品转让方的相关技术未能满足国家药品监督管理部门的规定,不能获得药品临床批件或药品生产批件等,此外如果技术转让方或技术受让方编造或者无合理解释地修改受试者信息以及试验数据、试验记录、试验药物信息的应承担三年内不受理其申报该品种的药品注册申请等行政处罚,同时构成故意提供虚假证明文件罪。

(三) 不合规行为的动机分析

1. 疏忽:系统及管控均无问题,仅因操作者偶发性原因导致的意外,很容易解决且不具有重

复性。

2. 错误:因系统过于复杂又缺乏有效控制而导致的无心之错误。

3. 偶发性不合规:在应对突发性事件时发生的不恰当处理。

4. 常规性不合规:为了减少工作量或资金使用并已经形成常规流程但主观上并不追求错误结果。

5. 故意造假:故意篡改或伪造数据。

以上五类动机过错和危害均呈递增状态。

三、合规管理应植入药品研发业务流程

(一) 合规管理植入药品研发业务流程的必要性

由于药品研发的环节繁杂,相关法律法规及药品审批审评的政策众多,在不同的研发环节涉及的法律风险有所不同,有些环节只涉及某一类型的法律风险,有些环节可能涉及多个类型的法律风险,甚至同一药品研发环节,不同情况下(技术转移或自主研发)其涉及的法律风险不同。

五种动机的不合规行为的防范方式也不同。怎样避免那些事前能够或不能够意识到的非故意风险?怎样避免那些事后很难弥补的非故意风险?怎样让不知道不合规行为后果的故意违规行为者能够意识到后果(公司有人能意识到不合规的后果不等于所有工作环节上的人员均能意思



到)。在笔者曾经代理的一起药品技术转让合同纠纷中,双方约定了里程碑付款方式,后合同因故终止。但由于在双方尚属友好的阶段,为了保住临床批文,受让方出具了并不影响药品研发质量的文件。然而该文件却能证明某一里程碑阶段已实现,最终受让方被判决支付了不应该支付的里程碑付款。

因此,药品研发过程中的风险合规管理在满足一般的风险合规管理体系的基础上,还应当根据不同的环节予以动态监控。

(二) 合规管理的设立要求

2018年7月1日,《合规管理体系指南》(GB/T 35770-2017/ISO19600:2014)实施。在该《指南》的引言中指出:“合规是组织可持续发展的基石。近年来,国际社会和各国政府都致力于建立和维护开放、透明、公平的社会秩序,与此同时我国全面推进依法治国,在这样的背景下,组织越来越多地关注其面临的合规风险以及如何实现合规。合规意味着组织遵守了适用的法律法规及监管规定,也遵守了相关标准、合同、有效治理原则或道德准则。若不合规,组织可能遭受法律制裁、监管处罚、重大财产损失和声誉损失,由此造成的风险,即为合规风险”。该标准以良好治理、比例原则、透明和可持续性原则为基础,给出了合规管理体系的各项要素以及各类组织建立、实施、评价和改进合规管理体系的指导和建议。它的实施与应用将为我国从事医药研发的企业或机构建立并运行合规管理体系,识别、分析和评价合规风险,改进合规管理流程,应对和管控合规风险提供指导和建议。建立是前提,实施是必要



条件,而“有效”则是关键,建立和实施都必须是有有效的。我们理解这样的药品研发合规管理需要具备以下条件:遵守法律法规的规定;合乎《合规管理体系指南》这一国家标准;合乎医药行业准则;与企业的实际研发模式行为相一致;根据不同的研发环节予以动态监控并予以风险预警。

(三) 合规管理的植入方式及特点

通过大数据分析及数据挖掘的方式细化药品研发各个环节所涉及的法律风险,在绘制风险地图的基础上,系统分析这些法律风险的成因和化解这些风险的实时解决措施,并结合计算机程序设计语言编制的理论和方法,建立和实施植入药品研发环节的合规管理应用软件,该应用软件可以与在现有各类型药品研发阶段研发数据提取软件兼容基础上,实现不同研发阶段的各类法律风险的实时预警提示。

植入药品研发环节的合规管理的最大特点在于,将遵守法律法规、国家标准、行业准则等相关内容融入到药品不同研发环节的日常操作中,应用合规管理应用软件的基础上可根据不同的研发环节予以动态监控并予以法律风险预警及风险化解,让每一位一线药品研究人员都能参与到研发合规进行中。

这种方法存在的合理性的逻辑在于,研发相关人员一方面存在不能全面掌握体系化的法律(法律人员对业务合规规定不熟悉、不能很好理解,合规意思不足;研究人员对民事法律掌握不好没有相应风险意思)把握风险的问题,更严重的是知道但这工作进行中往往业务优先,忽略合规风险,等到出现不合规时有可能无法逆转。

综上所述,药品研发行业须适应形势变化,改变现有法律风险的处理方式,将法律纠纷事后处理的方式前置为法律风险事先防范,提高合规意识,把合规作为企业可持续发展的基石和经营的条件,建立和实施有效的合规体系,才能在守住底线和追求卓越的道路上越走越远。

参考文献

[1] GB/T 35770-2017/ISO19600:2014. 合规管理体系指南[S].



□ 赵嘉炜/文

赵嘉炜律师，北京市中伦文德律师事务所上海分所合伙人。持有中国法律职业资格，同时，还是美国注册舞弊审查师（CFE），曾在中国国家政府机关担任办案人员和信息官员近十年，在上海发展研究基金会担任特邀研究员。专业领域：公司内部舞弊调查和处理、公司法、劳动法、以及网络安全法。

企业如何应对舞弊

前言

本文的舞弊是指雇员使用欺骗手段获取不正当或非法利益，导致企业利益受损的行为。发生舞弊案件已经逐渐成为企业所面临的主要挑战之一。如何正确应对舞弊案件是很多企业已经面临和亟待解决的问题。由于舞弊案件往往会涉及到企业商业秘密，且有可能影响企业声誉，企业往往更倾向于先自行寻找解决办法。如果能够在企业内部将问题解决自然最好，若无法解决则再寻找外部顾问加入到案件中。事实上，由于舞弊案件的特殊性和敏感性，从案件一开始就需要使用正确的措施开展调查，并在后续依靠长期积累的舞弊调查经验才能掌控好舞弊案件调查的全过程，并寻求能有一个满意的解决结果。因此，本文就如何正确应对舞弊进行一些探讨，希望能对企业在应对舞弊案件时有些许帮助。

首先，良好的制度设计和有效的制度执行是预防舞弊案件发生的最好方法。

纵观我们所经手的相关案件，之所以会发生舞弊，很大一部分原因是公司缺乏有效预防舞弊的制度，或者是未能对已有制度完全执行。不同企业的问题不尽相同：对于从较小规模成

长起来而成为大型规模的企业，在发展过程中更多考虑的是公司的发展和盈利，而对于如何加强内部审计和合规就相对松懈，而等到问题出现后追悔莫及；对于外资公司而言，可能在国外有一套长期执行并行之有效的反舞弊规定，但并未在国内公司成立时进行本土化升级，在我们处理的很多案例中，很多知名的跨国公司都会将国外运行的规定或者员工手册做一些直接的翻译，有的甚至就英文原版拿来发给员工。这些制度虽然“看上去很美”，但却大多“水土不服”，究其原因是没有结合中国的实际情况进行“本地化”升级，导致厚厚一本公司制度或员工手册得不到有效的执行从而成为“一本空文”。因此，企业应该重视劳动合同和员工手册，在不违反劳动法以及劳动合同法的情况下，充分利用合同意思自治和公司内部治理自治的优势，制定出能对企业起到实际保护作用的劳动合同和员工手册。例如，制定详细和严格的解除劳动合同约定，明确在企业因员工的不当行为而造成一定数额的损失时，企业可以与员工直接解除劳动合同等。

其次，企业应该第一时间聘请专业合规调查团队。

面对可能的舞弊嫌疑或者已经有确凿证据

证明的舞弊案件，企业可以通过多种途径进行救济。我们认为企业首先要第一时间聘请专业的法律合规团队来应对舞弊案件，这样做的目的是将主动性牢牢掌握在企业手中。在很多舞弊案件中，企业并没有第一时间聘请外部顾问来处理案件，而是自己先进行初步的调查工作，打算等到事情有所眉目再聘请律师也不迟，但这往往会带来难以弥补的错误。原因包括：

a) 在面对舞弊案件时，企业第一想到的解决方案可能是与涉案员工解除劳动关系。但是，在没有确凿的证据情况下，和涉嫌舞弊的问题员工解除劳动关系对企业而言是一件非常危险的事。这种情况下若员工提起劳动仲裁，企业被判赔偿员工的可能性非常高。因此，在没有非常有利的证据且员工不愿意主动离职的情况下，企业以员工违反劳动纪律或者给企业带来损失为由与员工单方解除劳动合同是高风险的行为。除非员工愿意主动离职，但此种情况往往出现在面对确凿的证据员工别无选择只能承认自己的舞弊行为的情况下。因此，作为专业合规团队，我们会建议企业应把与相关员工解

除劳动关系作为最后一个选项或者是处理舞弊案件的最后一步。

b) 运用了不恰当的调查方法往往容易打草惊蛇，从而丧失对于案件调查的主动性，更糟糕的情况是被调查对象在意识到自己被调查后会销毁证据并做好心理建设以应对调查。这种情况会对后来接手的调查合规团队带来重重障碍，不仅重要的证据没有办法收集，而且在被调查对象有备而来的情况下进行访谈也会非常艰难。效果往往差强人意。

c) 即使企业成功收集了相关证据，但由于企业缺乏相应的法律经验，导致很多收集的证据有法律程序性的瑕疵，从而没有办法在后续的刑事报案或者民事诉讼中使用。对于舞弊案件的后续法律途径救济，无论是通过刑事途径还是民事途径，都存在对于证据有效性进行审查，这既有证据本身的合法性要求，也有收集过程的合法性要求。企业在自行收集证据的过程中，往往会忽略证据收集过程的合法性，如是被收集的证据可能因涉及员工个人隐私而无法作为证据使用，电子数据可能会因为被采用



不恰当的方法进行收集从而完整性遭到破坏，达不到电子证据的法律要求。

此外，企业对于舞弊案件的处理难度要有准备。

舞弊案件调查和救济有“三难”，分别是“取证难”、“定性难”、“救济难”，要解决“三难”问题也需要颇多功夫。舞弊案件中，很多非法的资金往来都是现金形式从而难以追查，很多通讯都是用个人手机进行，在不使用公权力的情况下很难掌握证据。企业或者是合规团队要挖掘有价值的线索往往难度很大，只能从公司现有的财务记录、工作邮箱等寻找蛛丝马迹，一来寄希望于能够将线索形成较为完整的证据链，从而证实员工的舞弊行为，退而求其次是将不多的线索有效运用于对嫌疑对象的访谈中，通过给嫌疑对象施加压力使其承认舞弊行为。在实践中，如能拿到被嫌疑人的口供往往是最有效的，这需要专业的合规团队运用专业的谈判技巧结合已经收集到的证据“攻克”嫌疑人。此外，如果对舞弊案件以职务侵占罪名刑事报案，那么警方进行的取证将会更为完整和有效。要构成职务侵占有三个要素，分别是：利用职务便利、有侵占行为、达到一定数额。这三个要素缺一不可。在现有的司法实践中，要成功将舞弊案件以涉嫌职务侵占罪等理由成功得到警方的受理非常困难。警方通常需要企业提供有事实依据，或者起码提供有一定根据的线索的情况下，才会受理案件并开展进一步的犯罪调查工作。因此，企业如果光凭捕风捉影，警方很难凭借企业的“一面之词”和有限的证据材料受理案件和开展调查。

舞弊案件的“取证难”顺势导致了案件“定性难”和“救济难”。上文中提到如果要将涉案雇员的舞弊行为定性为刑事犯罪，就必须严格符合刑法所规定的主客观条件。在取证难的情况下，将舞弊行为定义为刑事犯罪必定有较大难度。从劳动关系的角度出发，也，要证明员工违反《劳动合同》中规定的员工义务或者是《员工手册》中规定的尽职义务之严重程度达到了

可以解除劳动合同的条件都有相当困难。

最后，公司要求涉案员工对公司损失进行赔偿的途径。

在司法实践中，要求员工赔偿公司损失有两种可能的途径，分别是：

a) 若涉案员工是公司高级管理人员，则可以根据《公司法》第 147 条、148 条、149 条等相关条款，以高管违反尽职义务为切入点，要求涉案员工赔偿。运用这条法律规定的难点之一一是高管的认定问题。社会通常认识中的高管和法律定义中的高管并不完全一致，根据《公司法》第 217 条：高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。这一条款对高管做了定义，在具体案例中，法院对高管的认定有一定的自由裁量权，还会从工资待遇、职务职称、对公司的实际控制力等多方面衡量。但通常法院在实践中更倾向于从严把控，这就意味着要证明涉案员工是公司高级管理人员颇有难度；难点之二是计算高管所得利益和公司实际损失。根据《公司法》148 条规定，公司高管违反尽职义务所得收入应当归公司所有，又根据《公司法》149 条，公司高管执行职务违反法律法规或公司章程，给公司造成的损失的，应当承担赔偿责任。但在实践操作中，无论是计算还是在司法程序中举证高管违法所得或公司实际损失都通常有一定难度。

b) 根据《刑法》第六十四条之规定：犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；如果涉案员工被认定为犯职务侵占等罪名，通常法院会判令将违法所得退赔被害公司。是否能够履行退赔义务也是法院量刑的依据之一。这一途径的难点在于上文中所提到的，主动权并不在企业手中，而是由国家机关主导相关司法程序。当然，企业在侦查及起诉阶段积极配合公安、检查机关进行侦查和公诉活动同样非常重要，对于企业在后续能否得到多少赔偿有着重要的意义。



□ 娄 爽/文

娄爽律师，北京中伦文德（天津）律师事务所合伙人，南开大学经济法与公共管理双料硕士，北海国际仲裁院仲裁员，多家上市公司独立董事，中央电视台《律师来了》嘉宾，天津广播电台《今晚有说法》嘉宾，天津市法学会经济法学分会理事，天津工业大学法律硕士校外导师。曾在天津市公安局和天津市国资委任职多年，熟悉公安刑事法律和国资监管政策，精通公安业务和国企混改。专业领域：国企改革，民商事诉讼，刑事辩护，法律顾问。

浅析《天津市市管国有企业违规经营投资责任追究试行办法》的特点与建议

【摘要】2017年11月24日，《天津市市管国有企业违规经营投资责任追究试行办法》正式予以公布，这是对《国务院办公厅关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》精神的贯彻，是对63号文件“各级履行出资人职责的机构和国有企业要按照本意见要求，建立健全违规经营投资责任追究制度”要求的落实，也是对天津市国有企业开展违规经营投资责任追究工作奠定的制度基础。与63号文件相比，《试行办法》更加落地具体，紧贴天津国有企业的实际，具有明显的进步性和操作性。本文，将就《试行办法》的特点进行总结，并提出相关的建议。

【关键词】国有企业；违规经营投资；责任追究；办法。

2017年11月24日，天津市人民政府办公厅印发了《天津市人民政府办公厅印发〈关于进一步完善我市市属国有企业法人治理结构的实施意见〉和〈天津市市管国有企业违规经营投资责任追究试行办法〉的通知》（津政办发〔2017〕109号），对《天津市市管国有企业违规经营投资责任追究试行办法》（以下简称《试行办法》）正式予以公布。这是对《国务院办公厅关于建立国有

企业违规经营投资责任追究制度的意见》（国办发〔2016〕63号，以下简称“63号文件”）精神的贯彻，是对63号文件“各级履行出资人职责的机构和国有企业要按照本意见要求，建立健全违规经营投资责任追究制度”要求的落实，也是对天津市国有企业开展违规经营投资责任追究工作奠定的制度基础。与63号文件相比，《试行办法》更加落地具体，紧贴天津国有企业的实际，具有明显的进步性和操作性。

一、文件体例更加合理

63号文件分为七大部分，没有按照条款体例行文。而《试行办法》共分七章四十条，文件的体例为“总则、责任追究范围、财产损失认定、经营投资责任认定、责任追究处理、责任追究工作的组织实施、附则”等七个部分，与63号文件的体例相比，《试行办法》主要有以下特点。

（一）责任追究范围补充完整

《试行办法》以分条款的方式，对责任追究范围的九个方面分别进行罗列，并且增加了第十四条“除本办法第五条至第十三条规定情形之外，企业经营管理有关人员发生其他违反规定、

应当追究责任的情形的，应当依法依规追究责任”，从而将责任追究范围补充完整。

（二）损失认定依据表述全面

《试行办法》将 63 号文件中“资产损失金额及影响的认定和或有资产损失的认定”，分为第十六条和第十九条进行分别论述。特别是在第十六条，分为四大类，对资产损失认定的证据进行了扩充和完善，比 63 号文件更加具体完备。

（三）责任职责划分分条列明

《试行办法》对于经营投资责任根据工作职责划分为的直接责任、主管责任和领导责任，首先在第二十二条分别进行了定义，后在第二十三条对企业负责人应当承担直接责任的情形进行了表述。相比 63 号文件在一个段落内既进行定义责任，又论述企业负责人应当承担直接责任情形的体例，《试行办法》的论述方式更加合理明晰。

（四）组织实施部分体例调整

63 号文件的“责任追究工作的组织实施”部分，首先阐明了开展责任追究工作应当遵循的程序，随后表明责任追究工作原则上按照干部管理权限组织开展。在《试行办法》中，对两者的位置进行了调整，首先论述责任追究工作原则上按照干部管理权限组织开展，然后论述开展责任追究工作应当遵循的程序，在体例摆布上更加合理。

在“责任追究范围”中，《试行办法》增加了两个条款：在工程承包建设方面，增加了“违反招投标法有关规定进行招投标的”条款；在购销管理方面，增加了“在签订、履行合同过程中严重不负责任，未按照规定对合同相对方的主体身份履行能力等情况进行核查的”条款。

（二）补充认定错误追责方面规定

《试行办法》第二十四条规定“企业在资产损失认定工作中有意将损失进行分解或混淆类别的，损失认定环节中的相关责任人应当比照直接责任人进行责任认定”，弥补了故意认定错误时对相关责任人的责任认定方面的空白。

（三）补充当罚未罚追责方面内容

《试行办法》第二十四条规定“企业发生较大或者重大资产损失，未对相关人员进行责任追究的，一经查实，除按照本办法对相关责任人进行责任认定外，对企业主要负责人应当比照直接责任人进行责任认定”，对应当进行责任追究而未进行企业主要负责人的处置进行了规定。

（四）补充一般资产损失处理方式

在 63 号文件中，仅对发生较大资产损失和发生重大资产损失的处理方式进行了规定，没有对发生一般资产损失的处理方式进行规定，显然是不完整的。《试行办法》在第二十七条，结合天津的实际，对发生一般资产损失的处理方式进

二、内容规定更加完善

在《试行办法》中，增加了一些 63 号文件中没有的条款，有的是借鉴兄弟省市相关的规定，有的是结合天津工作实际的原创，从而使内容规定更加明确具体。

（一）补充责任追究范围方面情形



行了规定，从而弥补了这一处理方式的空白。

（五）补充对人员及机构具体要求

《试行办法》第二十八条补充了对责任追究工作人员的回避和违法违规情况处理方面的规定。第二十九条对参与调查的中介机构或者相关专家提出了明确要求，都是对 63 号文件内容的有益补充。

三、损失标准更加明确

《试行办法》在第二十条中，以准确的数额和比例的方式界定了资产损失程度的认定标准，在界定具体数额的同时，考虑到了不同企业的规模和资产量，既客观又科学，从而为相关责任人员的处理工作奠定了基础。

综上所述，《试行办法》既是对 63 号文件的贯彻和落实，又对 63 号文件进行了有益的扩充和拓展，在文件的体例结构和条款的增加补充上具有明显的进步和完善，极大程度地提高了实操性和适应性。尽管我们能够感觉到立法者在这部

规章中倾注了大量的心血，但我们发现，《试行办法》与其他规定相比存在一些差异。特别是《中央企业违规经营投资责任追究实施办法（试行）》（国务院国资委第 37 号令，以下简称“37 号令”）颁布后，更发现《试行办法》还可以更加完善，下文将简要进行分析并提出建议。

第一，相关概念有异其他规定。《试行办法》对“市管国有企业”的定义为“市国资委履行出资人职责的企业及其所属的各级独资、控股子企业”。但在 2011 年，天津市国资委曾印发通知，规范市国资委监管制度文件中监管对象的称谓，并延续至今。《通知》将称谓分为三级：（一）市管企业，即为市国资委代表市政府履行出资人职责的国有企业（含委托市级委办局管理的拥有经营性资产的企事业单位），如现有的国有集团公司、公司；（二）市管企业独资、控股子企业或者市管企业重点独资、控股子企业；（三）市管企业所属各级独资、控股企业。显然，两者的概念是不一致的。同时，“子企业”应为市国资委履行出资人职责企业所属二级企业，“各级独资、



控股企业”则为市国资委履行出资人职责企业所属各级企业，“所属的各级独资、控股子公司”的论述似有不妥。因此，如果将文件的适用主体确定为“市属国有企业”，并将其概念定义为“市属国有企业是指市管企业及其所属各级独资、控股企业”应该更为合理。

第二，追究范围还可继续扩大。2017年3月，市国资委印发了《天津市国资监管负面清单（2017版）》，结合该文件的相关规定，可以将一些情形加入到责任追究的范围中，作为《试行办法》的有益补充。例如：（一）在转让产权、上市公司股权和资产方面，增加“转让权属关系不明确或者存在权属纠纷的企业国有产权”的条款；（二）在固定资产投资方面，增加“未履行或未正确履行职责投资市国资委禁止投资项目的”；（三）在投资并购方面，增加“未履行或未正确履行职责投资市国资委禁止投资项目的”；（四）在改组改制方面，增加“改制为国有控股企业的，原企业向继续留用职工支付经济补偿金的”条款等。

第三，部分内容仍有借鉴空间。如前所述，《试行办法》采纳了兄弟省市相关规定的内容，主要是借鉴了《甘肃省国资委监督企业资产损失责任追究暂行办法》的部分内容。经研究比较，甘肃省的规定中还有一些规定可以被吸收和采纳。例如：（一）对于企业内控管理制度缺失造成企业资产损失，企业负责人的处置规定；（二）对于瞒报少报资产损失，企业负责人的处置规定；（三）对于所属企业发生资产损失，上级企业负责人的处置规定；（四）对于调离工作岗位或者已退休的相关责任人给予经济处罚的规定等。

第四，相关职责建议予以明确。根据《试行办法》第三十六条的规定，责任追究工作的主体为履行出资人职责的机构和市国资委履行出资人职责的企业及其所属的各级独资、控股子公司。同时，根据《试行办法》第三十七条的规定，市国资委履行出资人职责的企业及其所属的各级独资、控股子公司要建立健全违规经营责任追究制

度。对于市国资委、市国资委履行出资人职责的企业以及所属的各级独资、控股子企业的职责并没有明确的列明，这在实际操作中，有可能造成落实的困难和偏差。因此，建议对履行出资人职责的机构、市国资委履行出资人职责的企业的相关职责以列举的方式予以明确。

第五，责任追究范围建议调整。37号令将63号文件责任追究范围的顺序和内容进行了调整，将风险管理、资金管理前提，并增加了境外经营投资的内容，可见对风险管理、资金管理和境外经营投资更加重视，建议《试行办法》也做相应调整，补充相关内容。

第六，建议明确相关处理方式。37号令规定“相关责任人受到诫勉处理的，六个月内不得提拔、重用；受到调离工作岗位、改任非领导职务处理的，一年内不得提拔；受到降职处理的，两年内不得提拔；受到责令辞职、免职处理的，一年内不安排职务，两年内不得担任高于原任职务层级的职务；同时受到纪律处分的，按照影响期长的规定执行”，从而对于受到诫勉、调离工作岗位、改任非领导职务、责令辞职、免职等处理的方式予以了明确，建议《试行办法》也参照予以规定，落实具体的处理方式。

第七，增加相关处理规定。37号令对违规经营投资责任追究的从重、加重、从轻、减轻和免除处理的方式进行了分别表述，《试行办法》却没有相关内容，建议对该部分内容予以明确和阐释，从而对处理方式予以完善。

当然，“没有一部法律是完善的”，上述建议无法掩盖《试行办法》对于规范企业经营投资工作和维护国有资产安全的重大意义，结合日后的落地执行和调整，《试行办法》定会更加完善圆满。我们有理由相信，在天津未来日趋繁杂的国有企业经营投资工作中，《试行办法》将起到举足轻重的警示作用，为国有企业依法合规经营投资奠定坚实的理论基础，为预防和处置违规经营投资工作提供法律支撑。

中伦
文德



□ 陈云峰/文

陈云峰律师，北京市中伦文德律师事务所上海分所律师。业务领域：私募股权与投资基金、银行、信托、区块链技术应用及合规、互联网金融等业务。主要从事私募基金投后管理、区块链技术应用顾问、互联网金融战略建议、境内外运营合规化、交易结构设计、法律风控体系设计、金融类犯罪刑事辩护等。曾荣获“2015年最佳法律顾问”、“2016年互联网金融十佳律师”等称号。

银行从业人员违法犯罪行为分析及防范

近些年，因银行内部员工利用职务之便侵占、贪污、盗窃，挪用资金的案件逐步升高，尽管与银行配套的监管法律法规较为完善，相比于其他

行业，银行业的犯罪率并不算高，但是作为专业的金融机构，因内部体系漏洞而导致的犯罪后果亦不容小视，特别是动辄数百、上千万元涉案金

额，不仅对银行带来巨大经济损失，对银行自身的商誉更是造成严重毁损。

根据笔者在裁判文书网搜集整理的近些年与银行业违法相关的案件情况来看，主要涉及的业务类型、涉案主体、犯罪类型见表1。

表1 银行从业人员违法犯罪主要涉及的业务类型、涉案主体、犯罪类型

银行业务类型	涉案主体	涉嫌罪名
信贷类业务	借款人 (自然人/单位)	高利转贷罪
		骗取贷款、票据承兑、金融票证罪
		贷款诈骗罪
	银行及其工作人员	违法发放贷款罪 违法向关系人发放贷款罪 ¹
存款类业务	银行工作人员	吸收客户资金不入账罪
		挪用资金罪/挪用公款罪
		非法吸收公众存款罪
		集资诈骗罪
票据类业务	一般主体 (自然人/单位)	伪造、变造金融票证罪
		票据诈骗罪
		金融凭证诈骗罪
		信用证诈骗罪
	银行工作人员	有价证券诈骗罪
		违规出具金融票证罪
支付结算业务	一般主体 (不包括单位)	对违法票据承兑、付款、保证罪
		伪造货币罪
		变造货币罪
	一般主体 (自然人/单位)	妨害信用卡管理罪
		洗钱罪
	一般主体 (包括银行工作人员)	窃取、收买、非法提供信用卡信息罪
其他	银行工作人员	金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪
		商业受贿罪
		职务侵占罪

一、犯罪行为分析

由于银行工作人员涉及的经济类犯罪多集中于信贷类、票据类相关领域，故本文主要针对信贷业务、票据业务的犯罪行为及防范进行分析。

1. 信贷业务犯罪

实践中，银行工作人员违反国家规定，发放贷款，数额巨大或造成重大

损失的主要表现形式包括：发放冒名贷款；向不具备借款资格、不符合贷款条件的主体发放贷款等，因此造成银行的巨大损失，主要包括：

(1) 依法应对借款人是否符合有关贷款的条件（身份、收入、信用等级、偿还能力、借款用途等）进行审查而不审查；依法应对借款人的信用等级以及贷款的安全性、合法性、盈利性进行调查、评估却不调查、评估；

(2) 批准不符合授信申报要求的申报材料，未按银行及其它相关规定对授信资料的真实性、完整性等履行尽职调查义务；

(3) 依法应与借款人签订借款合同而不签订合同；未审查借款人是否为实际使用人；对借款人是否符合贷款条件虽然进行了审查，但在审查中应付了事，不作认真、细致、全面、深入的审查就作出批准贷款决定；

(4) 未对担保人、担保资质进行审核；担保人不在于场就办理贷款手续；

(5) 明知申请借款人不符合条件，但为了向其发放贷款，而向有关批准贷款的领导谎报情节或隐瞒真相；明知借款人不符合条件，但由于人情关系或接受了借款人贿赂及某种利益，利用自己的职权擅自向其发放贷款；

(6) 违反中国人民银行贷款利率上下限的规定，擅自提高贷款利率而放松其他条件发放贷款；签订贷款合同，利用手中职权指使或亲自就一些重要条款如还款期限、还款方式、违约责任不予以明确；

(7) 超越自己的职权，擅自批准发放贷款；

(8) 向国家明文禁止的生产经营或投资项目、产品发放贷款；

(9) 向未取得环境保护部门许可的生产经营或投资项目发放贷款；向按国家规定应报有关部门批准而未取得批准文件的建设项目发放贷款等。

除上述直接参与违法

贷款发放以外，有些银行内部工作人员还利用其所掌握的银行业务操作程序以及银行人脉关系发放贷款，还有一些帮助借款人出谋划策，掩盖真相、提供虚假材料等，规避银行正常的审核程序和手续。此外，对于银行工作人员冒用他人名义骗取贷款，属于个人行为的，同样应当根据《刑法》175 条之一的规定认定为骗取贷款罪。

2. 票据类业务犯罪

在票据类业务中，银行从业人员实施犯罪行为的主要表现形式包括：

(1) 在票据承兑业务中，玩忽职守，对没有真实委托付款关系的汇票予以承兑；对存疑材料未尽审慎审核义务便予以承兑，包括未尽严格审查之责，使用由关联公司的虚假购销合同、增值税专用发票等资料用于办理票据贴现业务；或在商业承兑汇票协议明确规定每笔业务需要提供货物发运单据的情况下，仍予以承兑；

(2) 对背书不连续（以合法方式取得的例外）、形式要件欠缺、签章或预留印鉴不符、票载金额（文字或数字记载）不一致或超出期限及其他违反票据法规定的票据予以付款；

(3) 对没有财产担保或财产担保不足值的票据予以保证或承兑；

(4) 对虚假的交易文件、财务资料，及未提供增值税发票的情况下予以承兑；



(5) 对应当实地考察的情况未进行实地尽职调查；对于承兑申请人提供复印件的材料也未要求与原件进行核对。

与票据业务相关的犯罪活动中的参与主体主要为银行工作人员，其在犯罪中的主观要件一般是过失构成，但也不排除间接故意甚至直接故意。可能存在两种情况：

i. 行为人因疏忽大意，对票据审查不严，未遵循银行内部审核流程及手续，未发现票据违反《票据法》而予以承兑、付款或保证，造成重大损失的，构成疏忽大意的过失犯罪；

ii. 行为人明知票据违法，也预见到予以承兑、付款、保证可能造成重大损失，却采取放任的态度，构成间接故意甚至直接故意。

因此，对违法票据承兑、付款、保证罪在主观方面既可以是疏忽大意的过失，也可以是出于间接故意或直接故意。

二、犯罪成因

根据笔者处理过的案件情况来看，导致银行工作人员出现上述行为的原因主要包括以下方面：

(一) 银行内部监管不足、内部岗位制约不严，自查、互查可能存在缺失导致各岗位员工未及时发现问題，由此被某些熟悉业务流程的工作人员利用从而诱发职务犯罪。

(二) 针对技术信息、客户信息等商业秘密的密级保护尚不完善，导致某些技术人员在测试系统过程中发现并利用设计漏洞，截获银行客户的银行卡号、磁条信息、交易密码等。

(三) 银行机构对内部工作人员及岗位未能正确评估风险及职责匹配，落实相应的防护措施，导致工作人员自身对金融服务工作内容、工作性质的认知不足、责任感缺失，从而在诱惑面前丧失职业道德。

三、合规措施

我国金融监管部门近些年频繁出台针对银行业等金融机构的监管文件，防控金融风险成为每

一个金融机构的重大责任。对于银行来说，应当把内部风控，尤其是工作人员业务能力提升、职业道德培养作为首要的工作内容。

(一) 完善落实各项贷款管理制度，确保工作人员严格按照银行内部贷款管理流程开展业务。在贷款受理环节、贷款调查环节、贷款风险评价和审批阶段、贷款合同签订和发放阶段、贷后检查阶段等各个环节，确保工作人员审查客户资质到位，严防与借款人合谋利用虚假资料或虚假担保等骗取贷款，防止工作人员逆程序操作和超权限审批。贷款调查、审查部门或人员撰写调查、审查报告中要据实披露、独立评估，不受其他人员的干扰或不当指示，在未落实贷款条件或客户经营发生重大不利变化情况下重新评估贷款发放。信贷部门要及时跟踪客户经营状况，定期实地查看押品状态，严防贷款被挪用、资产被转移、担保被悬空。

(二) 银行应当结合自身信贷业务特点和风险控制能力，及时组织开展信贷操作风险和道德风险排查，重点关注以下领域：近年新增加的不良贷款；关注类贷款和违约客户情况；信贷资产转让情况；银行员工帮助客户规避制度获取贷款情况；贷款抵质押和担保落实情况；展期贷款和借新还旧贷款情况等。

(三) 银行应当定期组织开展信贷人员岗位规范和业务流程教育，让员工熟知工作流程、业务规范以及违规操作应承担的责任。开展职业道德教育、法制和案例警示教育，培养员工诚实守信的职业操守。

(四) 银行内部应当重视风险教育，加强工作人员的管理，从招聘到任职过程中应当重点考察其行为表现，提升其对金融服务工作的认知，特别要重视保密责任意识的培养。

金融是关系国计民生的重大工程，而银行工作人员作为具体落实金融业务的重要环节和角色，其行为的合规与否更是关系到金融安全，甚至社会稳定和公众对于国家金融活动的信心，其职业道德和操守的提升应当成为银行金融工作的重要内容。



□ 武 坚/文

武坚律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。



□ 钟濠洋/文

钟濠洋，实习律师，中国政法大学法学学士、法律硕士，曾挂职贵州省安顺市中级人民法院办公室副主任，曾在昌平区人民法院工作、曾任罗马尼亚布加勒斯特大学讲师，具有较强的法学研究能力和实务能力。执业领域：公司业务、房地产与建设工程、民商事争议解决等。

企业间资金拆借行为的合法性分析及风险防范

一、企业间资金拆借行为曾长期被认定为无效

我国曾长期处于计划经济时代，彼时的金融市场管制非常严格，对于企业间拆借资金的行为是明令禁止的。改革开放以后，民间金融市场趋于活跃，但是与之不相称的是，企业间的拆借行为为长时间内仍然被当作无效对待。

1996年，最高人民法院发布《关于对企业借贷合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》（法复〔1996〕15号）中指出，“企业借贷合同违反有关金融法规，属无效合同。”

1998年，中国人民银行以《中国人民银行关于对企业间借贷问题的答复》（银条法〔1998〕13号）答复最高人民法院经济审判庭，认为：“企业间的借贷活动，不仅不能繁荣我国的市场经济，相反会扰乱正常的金融秩序，干扰国家信贷政策、计划的贯彻执行，削弱国家对投资规模的监控，造成经济秩序的紊乱。因此，企业间订立的所谓借贷合同（或借款合同）是违反国家法律 and 政策的，应认定无效。”

之后，在某些特定领域，企业间的借款合同效力得到了有限的保护，例如2005年最高人民法院发布的《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》。但是，企业间资金拆借行为仍然被普

之后，在某些特定领域，企业间的借款合同效力得到了有限的保护，例如2005年最高人民法院发布的《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》。但是，企业间资金拆借行为仍然被普



遍认为违法而无效。

二、最高人民法院改变对于企业间资金拆借行为的态度

然而，随着改革开放的逐步深入，计划经济向市场经济过渡，不同类型的企业，尤其是民营企业，获得了长足的发展，民间借贷、企业间资金拆借也变得十分普遍。绝对禁止企业间拆借资金，已经不符合社会经济发展的实际情况。尤其在紧缩银根，控制流动性的情况下，从银行贷款难、利息高、手续多、周期长，很多民营企业、中小微企业资金链绷得很紧张，民间借贷变得异常活跃，企业间互相拆借资金也屡禁不止。

变化发生在 2015 年。2015 年 9 月 1 日起施行的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《民间借贷司法解释》）第十一条规定：“法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，除存在合同法第五十二条、本规定第十四条规定的情形外，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。”该司法解释的出台意味着最高人民法院对于企业间资金拆借行为的态度发生了重大转变，有条件地认可企业资金拆借行为的效力，不再一味否定其效力。

司法实践中，最高人民法院在 (2018) 最高法民终 816 号“重庆朝天门国际商贸城股份有限公司、重庆商投石化有限公司企业借贷纠纷二审民事判决书”即指出，“重庆商贸公司向商投石化公司借款的用途是临时资金周转，应认定为重庆商贸公司与商投石化公司为生产、经营需要而订立的民间借贷合同”，“《备忘录》以及二份《资金调度协议》不违反法律、行政法规的强制性规定，前述合同均为有效，商投石化公司应按约偿还借款本金合计 1.5 亿元。”类似的还有最高人民法院 (2015) 民一终字第 154 号和 (2015) 民一终字第 161 号等诸多案例。

三、企业间资金拆借行为无效的几种情形

《民间借贷司法解释》第十四条规定了五种应当认定借贷合同无效的情形，《合同法》第五十二条也规定了五种导致合同无效的情形。上述情形

有所重叠，归结起来，可以总结为以下几点。

（一）套取金融机构信贷资金后高利转贷

根据《民间借贷司法解释》第十四条第（一）款规定，企业从金融机构取得的信贷资金不能够再转贷给其他企业牟利，如果借款企业事先知道或者应当知道的，借款合同会被认定为无效。

适用该条款应当注意条文中所称资金是指信贷资金，出借企业抵押贷款后向其他企业转贷的借款行为不属于该条款规定的情形。信用贷款是指根据借款企业的信誉发放的贷款，它与抵押贷款的差别在于借款企业不需要提供任何抵押物。信用贷款明显比抵押贷款的风险要高，而且其风险是由金融机构来承担的。一旦借款企业丧失还款能力，金融机构又不能通过对抵押物拍卖受偿，可能面临巨大的损失。所以，套取信用贷款后又转贷的，相当于将风险转嫁给了金融机构，会导致巨大的不稳定因素，所以法律禁止这种行为。出借企业通过抵押的方式获取贷款，一旦丧失偿还能力，金融机构仍然可以就抵押物优先受偿，并不会导致金融市场混乱或损害社会公共利益。因此，出借企业抵押贷款后向借款企业转贷的并不属于《民间借贷司法解释》第十四条规定的借款合同无效的情形。

还需注意的是，根据《中华人民共和国刑法》第一百七十五条规定，转贷牟利情节严重的将构成犯罪，出借企业可能被科以违法所得一倍以上五倍以下罚金，直接负责的主管人员和其他直接责任人员可能被判处三年以下有期徒刑或者拘役。

（二）用集资取得的资金转贷牟利

根据《民间借贷司法解释》第十四条第（二）款规定，以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利，且借款企业事先知道或者应当知道的，借款合同会被认定为无效。

适用该条款应满足三个条件：

1. 拆借资金来源是集资所得。法律并不禁止企业用自有资金向其他借款企业出借资金，因为这不会扰乱金融市场秩序，也不会危害社会公共利益，风险也由出借企业全部承担。但是，如将

从其他企业和单位职工处集资取得的资金再出借，则提供资金的其他企业和职工也要承担风险，这是法律不允许的。

2. 出借企业牟利。如果出借企业只是出于“热心”将钱借给有需要的企业，也不会导致借款合同无效，法律并不禁止“乐于助人”的行为。但是，实践中，鲜有企业会不以赚差价为目的转借资金。

3. 借款企业事先知道或者应当知道。法律保护善意第三人的利益。

在云南省高级人民法院(2017)云民终1000号“马立媛、昆明驰崇商贸有限公司民间借贷纠纷二审判决书”中，法院即指出：“认定借款合同无效应满足本案出借资金系驰崇商贸向其他企业借款又转借给百大珠宝，马立媛牟利，且百大珠宝、马立媛事先知道或应当知道三个条件。”

(三) 其他情形

1. 违反法律、行政法规效力性强制性规定。《合同法》第五十二条第(五)规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效。根据该规定，违反地方性法规、部门规章或者效力更低的规范性文件不会导致合同无效，违反法律、行政法规的任意性规定也不会导致借款合同无效。

《民间借贷司法解释》第十四条第(五)款进一步明确，只有违反法律、行政法规的“效力性”强制性规定的借款合同才无效。也就是说违反法律、行政法规的“管理性”强制性规定不会导致

借款合同无效，但是合同当事人可能会承担其他责任，例如行政主管部门的处罚。

值得一提的是，司法解释在我国的效力问题，司法机关一般认为其地位等同于法律，因此，违反司法解释的规定等同于违反法律的规定，所以，违反《民间借贷司法解释》第十四条即导致借款合同无效。

2. 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益。所谓欺诈，就是故意隐瞒真实情况或者故意告知对方虚假的情况，欺骗对方，诱使对方作出错误的意思表示而与之订立合同。一般借贷一方涉及国有企业就可能发生损害国家利益的情形。

3. 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益。所谓恶意串通，就是合同的双方当事人非法勾结，为牟取私利，而共同订立的损害国家、集体或者第三人利益的合同。例如，出借企业作为集体企业，将资金出借给明显没有偿还能力的民营企业。

4. 以合法形式掩盖非法目的。例如，双方企业通过虚假的借款合同达到隐匿财产、逃避债务的目的就是一种比较典型的以合法形式掩盖非法目的合同。

5. 损害社会公共利益，违背社会公序良俗。例如，企业将资金出借给其他企业用于不正当竞争的。

6. 出借企业事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的。例如，企业将资金出借给其他企业用于开设赌场的。

四、企业间资金拆借应注意风险防范

(一) 借款企业资质不佳，缺乏还款能力

实践中，出借企业和借款企业的实际控制人往往具有很好的个人交情，因此出借企业才可能同意将资金外借。也由于双方之间感情很好，出借企业羞于要求借款企业提供担保。



一些粗枝大叶的企业甚至没有对借款企业的资信状况和还款能力进行调查。还有一些企业虽然有这个意识，但是没有类似金融机构的调查能力。也有一些企业出于高利的诱惑，选择性地忽视了这一风险，甚至通过抵押的方式，将从银行获得的资金转贷给借款企业。一旦出现各种原因导致借款企业不能按期还款，引发纠纷，将给出借企业造成巨大损失。

笔者建议，出借企业在对外签订借款合同前，应对借款企业进行详细的调查，评估借款企业的信用和财务状况，决定是否要求借款企业提供必要的担保措施。根据《中华人民共和国担保法》第二条的规定，担保措施包括保证、抵押、质押、留置和定金等。

（二）借款合同违反公司章程

《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第一百四十八条规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为：……（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保……”根据该规定，公司董事、高级管理人员决定将公司资金借贷给其他企业不得违反本公司的章程规定，同时，也必须按照公司章程的规定，获得股东会、股东大会或者董事会同意。否则，该借款合同可能会被认定为无效。《公司法》第一百四十九条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”相关董事、高级管理人员违反本公司的章程规定，将资金借贷给他人，给公司造成损失的，也可能承担赔偿责任。

笔者建议，出借企业在对外签订借款合同前，应当审查该借款行为是否符合公司章程的规定，并且按照《公司法》和公司章程的规定召开股东会或者董事会，履行相应的手续。

（三）借款合同约定的借款利息畸高

《民间借贷司法解释》第二十六条规定：“借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请

求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。”根据上述规定，借款合同约定的年利率低于24%的法律予以保护；年利率超过24%但低于36%的，已经履行的部分予以保护，尚未履行的部分借款企业可以不予履行；年利率超过36%的，法律不予保护，借款企业可以要求出借企业返还。

本所律师建议，出借企业对外签订借款合同，应根据借款企业的身份和借款的目的，约定适当的利率，但不得违反法律法规的强制性规定，否则约定的利率不受法律保护，作出相应决策的企业领导也可能被公司内部追责。

（四）借款企业将资金挪作他用

根据《民间借贷司法解释》第十一条规定，借款企业应当将借款资金用于本企业的生产和经营，而不能挪作其他用途，比如供实际控制人挥霍等，更甚者借款企业将资金用于犯罪活动，而出借企业明知的，还可能被借款企业牵连。

本所律师建议，出借企业应在借款合同中作出相应的约定，在借款后加强对借款资金的监管。资金借出后，出借企业应通过现场与非现场方式，检查借款合同项下出借资金使用情况，要求借款企业提交出借资金的使用情况报告，必要时提供相应的资金使用凭证。出借企业在检查过程中发现由于借款企业资金使用不当的，可以要求借款人限期改正。

五、结语

随着金融业的发展和经济的繁荣，企业之间拆借资金的行为已经获得了司法界的承认。有规范的企业间资金拆借不会影响金融秩序稳定，却能有效纾解中小微企业融资难问题，促进市场繁荣发展。不过，企业拆借一定要在法律法规允许的范围内进行，并注意防范可能发生的风险，避免产生不必要的纠纷。



□ 姚正旺/文

姚正旺律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人。主要业务领域：结构化融资、并购重组、工程地产等，在该等领域具有丰富的经验。姚正旺律师曾先后为“南水北调银团贷款”、“2008奥运工程建设指挥部”、“川气东送”、“国庆六十周年庆典”、“中亚管道”、“中国五矿并购中国中冶”等国家级项目提供专业法律服务。



□ 田爱玲/文

田爱玲律师，北京市中伦文德律师事务所执业律师。主要业务领域为公司证券、建设工程与房地产、金融等，在该等领域具有丰富的法律服务经验。

中资企业境外发行美元债券若干合规问题探讨

前言

中资企业境外发行美元债作为目前中资企业的有效融资渠道之一，同时相比较于国内债券发行有着独特的优势。随着近年来外债监管政策松绑，中资企业发行外债的门槛明显降低，相较于境内发债更加高效。同时，境外发行美元债券结构灵活、成本相对低廉，中资企业可以根据自身情况及需求，基于汇率、利率、企业资产负债结构等因素，选择直接发行或间接发行模式，结构多样、灵活。这一切使得中资企业境外发行美元债券日趋活跃。

一、中资企业境外发行美元债券的国内外市场环境

从国际视角，美联储的一系列动作使得美国各期限国债收益率在2019年一季度快速回落，这在一定程度上降低了中资美元债的发行成本。国内方面，2019年3月李克强总理在政府工作报告关于货币政策的描述也更注重“稳健”、“松紧适度”，不再提“保持中性”。境外融资相对于境内融资的成本优势再度显现，吸引了更多中资企业

前往境外发债。此外，自2018年10月以来已经连续六个月没有企业获得国家发展和改革委员会（下称“国家发展改革委”）的境外债券发行备案，而部分企业的境外债券发行配额有效期截止时间为2019年6月底，对于其中那些未在2019年第一季度完成发行的企业而言，2019年第二季度将是本次有效期的最后时间窗口，中资企业美元债第二季度的发行量有望较一季度进一步增加。

二、中资企业境外发行美元债券国内合规政策的调整

中资企业发行美元债券的相关监管政策，涉及发行审批和资金调用两大环节，主要由国家发展改革委和国家外汇管理局监督管理，以合理管控外债风险。近年来对境内中资企业去境外募资的监管政策经历了由严放宽再趋严的过程。

1、2015年以前监管严格，以间接发债为主

2015年之前，境内企业直接发行美元债券适用的政策是基于2000年3月的《关于进一步加强对外发债管理意见的通知》（国办发〔2000〕23号，下称“23号文”），鉴于发行监管严格、企业境外

直接发债的门槛较高等原因，企业主要选择维好协议、跨境担保和红筹架构三种间接发债的方式。

2、2015-2017 年，境外发行美元债券相关政策逐步放宽

2.1 取消额度审批，实行备案登记制管理；外资美元债券得以快速发展。2015 年 9 月《关于推进企业发行外债备案登记制管理改革的通知》（发改外资[2015]2044 号，下称“2044 号文”）正式实施。2044 号文的核心内容：从流程上来看，由前期的额度审批，改为备案登记和信息报送两个流程；取消企业发行外债的额度审批，实行备案登记制管理；直接发行外币外债的限制被放开，改为由国家发展改革委统一管理，并且将间接发行外债也纳入监管范围；试点的省份和银行，可不必报送国家发展改革委，直接报送试点省内国家发展改革委，程序进一步简化。

2.2 全国推广全口径跨境融资宏观审慎管理政策，审慎衡量与监测风险。2016 年 4 月 30 日，人民银行发布《关于在全国范围内实施全口径跨境融资宏观审慎管理的通知》（银发[2016]132 号，下称“132 号文”），将原先在自贸区试点的全口径跨境融资推广到全国范围内执行，所有的国内企业（仅限非金融企业，且不包括政府融资平台和房地产企业）和金融机构，都可以通过“全口径”模式从境外融资。

2.3 意愿结汇的资本项目外汇收入可根据需要办理结汇。2016 年 6 月 9 日，国家外汇管理局发布《关于改革和规范资本项目结汇管理政策的通

知》（汇发[2016]16 号，下称“16 号文”），其一是将企业外债资金结汇管理方式推广至全国，境内企业（包括中资和外商投资企业，不含金融机构）外债资金，均可按照意愿结汇方式办理结汇手续。其二是统一境内机构资本项目外汇收入意愿结汇政策。这意味着，企业通过境外融入的资金、以及资本项目的外汇收入，均可在企业需要时，进行结汇，且额度没有限制；大幅提升境外融入资金的适用范围和灵活度；可视为鼓励企业在境外进行融资。

2.4 内保外贷模式下境外募集资金的用途放开。2017 年 1 月 26 日，国家外汇管理局发布《关于进一步推进外汇管理改革完善真实合规性审核的通知》（汇发[2017]3 号，下称“3 号文”），首次明确债务人可通过向境内进行放贷、股权投资等方式，将担保项下资金直接或间接调回境内使用，内保外贷模式下境外募集资金的用途放开。2017 年 1 月，央行下发《关于全口径跨境融资宏观审慎管理有关事宜的通知》（银发[2017]9 号，下称“9 号文”），将企业的跨境融资杠杆率由原先的 1 上调为 2，即将企业跨境融资的风险加权余额上限扩大了一倍，增加企业在境外的融资额度。

2.5 试点企业可自主选择发债时间和发债批次。此外，国家发展改革委分别于 2016 年 6 月和 2017 年 4 月发布部署年度企业外债规模管理改革试点工作第一批和第二批名单；试点企业在年度外债规模内可灵活把握发债时机，自主选择发债时间和发债批次，境内外统筹使用外债资金，带动试点企业在境外发行美元债募资的积极性。整体而言，2015

年至 2017 年对企业境外发债的政策逐步放宽，从发行到资金结汇均有所放松。

3、2018 年境外发行监管政策趋严

2018 年国家外债监管政策趋严，对部分行业 and 低资质主体境外发债提出更高要求。2018 年 4 月以来，出于控制外债风险和配合国家房地产行业 and 地方政府债务监管政策的考虑，企业境外发行美元债券政策态度略有收紧。例如，除有特殊规定外，房地产企业、地方政府



融资平台不得借用外债。

2018年5月17日：国家发展改革委和财政部联合发布《关于完善市场约束机制严格防范外债风险和地方债务风险的通知》（发改外资〔2018〕706号，下称“706号文”），706号文强调了融资的可行性等要求，明确了责任义务。虽然关于此项政策主要是针对近两年部分房地产和城投平台外债发行规模有所增加、申请备案登记的外债规模偏大与自身实力不相匹配的问题，但是其他企业也不免受到更强的监管和规范。

三、中资企业境外发行美元债券的三种基本模式

2015年2044号文出台后，中国的外债管理由审批制向控制总量的备案制转变，近几年的外债规模呈逐年上升趋势。中国企业目前去境外发债的惯常模式主要包括三种：（1）境内企业直接发行，即境内企业直接去境外发债；（2）境内企业间接发行，即由境内企业的境外下属子公司发行，通常由境内企业提供担保或者提供其他增信方式的境外发债；（3）红筹架构模式发债，这属于特殊类型的“中国企业境外发债”方式。从发行模式来看，境内企业前往香港、新加坡等交易所发行中资外币债，当前可以分为境内主体直接发行、境内主体在境外子公司间接发行，红筹结构发行。

1、直接发行

境内企业直接在境外离岸市场发行中资美元债。这种方式不要求境内注册的发行人在境外注册子公司，但同时也可见，募集资金汇兑后主要用途用于境内项目或再融资需求。在政策阶段收紧、限制境外募集资金在境内的使用范围时，这类发行主体在境外的融资或受限。同时，汇兑损益对这类企业的发行决策，以及资金的出入境节奏也有一定影响。直接发行结构简单，避免了跨境担保/增信措施的额外成本。但在直接发行模式中，发行人承担着较高的税负成本。

2、间接发行

指中资企业以其控制的境外SPV作为发行主体在境外发行债券。由于境外SPV多为空壳公司，

无实际运营业务支撑，为消除海外投资人对发行主体偿债能力的疑虑，在该间接模式下通常需要配套一定的增信措施，包括由境内母公司提供的跨境担保、或者其他变通方式如签署维好协议以及股权收购承诺协议、或第三方增信如由银行提供的备用信用证等。境内注册企业通过其境外子公司发行美元债，当前主要分为担保发行、维好协议发行以及结合担保发行与维好协议三种方式。

3、红筹架构企业境外发债模式

红筹架构企业境外发债是特殊类型的“中国企业境外发债”方式，在2044号文发布初始，实务界普遍认为红筹架构境外发行债券不属于其规范的范畴。但2017年6月，国家发展改革委发布的《企业境外发行债券风险提示》敲响了警钟，点名五家有关企业（其中包含红筹架构企业）发行外债未履行事前备案登记，并提示企业发行外债应按2044号文规定事前申请备案登记，事后还应及时报送发行信息。

2018年5月，国家发展改革委外资司又约谈了八家发行外债的企业（包括红筹企业）和相关承销商、律师事务所等中介机构，并在官网上公布了相关约谈情况，指出了企业发行外债存在的违规之处，并要求企业和中介机构遵守2044号文事前备案登记要求及境外发债的相关规定。

从2017年的点名批评到2018年的约谈，国家发展改革委对红筹架构企业境外发债的态度逐渐明确，即红筹架构企业需要纳入2044号文的监管范围。

四、中资企业境外发行美元债券若干合规问题及其建议

1、境外债券发行的前置备案登记

根据2044号文第一条第一项之规定，外债是指境内企业及其控制的境外企业或分支机构向境外举借的、以本币或外币计价、按约定还本付息的1年期以上债务工具，包括境外发行债券、中长期国际商业贷款等。同时，根据该文第一条第三项之规定，企业发行外债，须事前向国家发展改革委申请办理备案登记手续，并在每期发行结

束后 10 个工作日内，向国家发展改革委报送发行信息。

2016 年 6 月，根据国家发展改革委《2016 年外债管理改革试点省市规模安排的批复》（发改外资【2016】1139 号），将内资企业借用中长期国际商业贷款和境外发行债券的管控权限，下放给天津、上海、广东、福建、厦门和深圳等六个省市国家发展改革委，在国家发展改革委核定外债控制规模内，其辖区内注册的地方企业境外发行债券和借用中长期国际商业贷款，由其省市发展改革委负责出具《企业发行外债备案登记证明》。2016 年 6 月，国家发展改革委选择了国家开发银行、中国进出口银行、五大国有银行、中国人寿、华融资产、信达资产、中金公司、中信证券、工银租赁等、中信集团、中国石化、招商局集团、中国建筑、中国铁建（中国铁道建筑总公司）、四川发展、华为投资控股和海航集团等 21 家企业开展 2016 年度外债规模管理改革试点，21 家试点企业在年度外债规模内，可自主选择发行窗口，分期分批发行，不再进行事前登记，待发行完成后，及时报送发行信息。

根据上述规定，除外债管理改革试点地区所辖企业和 21 家试点企业外，若境内企业通过境外全资子公司在境外间接举债或境内母公司直接举借外债，且期限超过 1 年期，该债务性质属于《通知》中所指的外债，则该举债行为必须事前向国家发展改革委申请备案登记手续。若发行企业属于 2016 年度外债规模管理改革试点企业之一，发行企业在发行境外美元债时，建议提前与国家发展改革委沟通确认该次发债是否仍在改革试点期限内，如是，则该次发行境外美元债无需事前登记，待发行完成后发行企业应当及时向国家发展改革委报送该次发行信息。

2、关注发行美元债的主体条件

根据目前市场上已发行的案例来看，发行主体一般要符合以下两方面的要求：

2.1 盈利性：目前绝大多数的已发行案例都是遵照 Regs 的标准进行的，在美国境外向投资者发行和销售的，发行主体需要符合 Regs 条例盈利性要求。根据具体操作的实务，美元债发行对象

一般为 (i) 依据美国《1933 年证券法》144A 条例，只在美国境内向合格机构买家发行和销售，以及 (ii) 依据美国《1933 年证券法》S 条例即 RegS 条例，在美国境外向若干人士发行和销售。根据 Regs 的发行标准，于发行通函最少要有两年的业绩披露，而市场一般要求发行企业两年的业绩均有盈利记录，并且没有出现盈利下降的情况，而面向美国本土机构投资者的 144A 发行标准，则需要三年业绩及详尽披露，另一方面，路演时也可能向投资者发放近三年财务数据，故此，就一般情况而言，出现亏损或最近曾发出盈利预警的企业并不具备发债条件。

2.2 评级要求：债券在经过国际评级机构的评级之后所获评级应不低于 BBB-，否则难以得到投资者的认同。以香港为例，香港市场债券发行人以企业为主，且公开发行的债券发行人通常需取得国际评级机构的评级。根据评级，发行人分为投资级与非投资级，而这对于发行人的融资成本以及投资者认可度有着极大的关系。标准普尔（S&P）评级 BBB- 以下即为非投资级。故债券在经过国际评级机构的评级之后所获评级应不低于 BBB-，否则难以得到投资者的认同，或者导致较高的融资成本。若发行企业系行业领军的中央直属企业，通常符合 Regs 及 144A 发行标准对盈利性的要求。此外，根据 Regs 及 144A 发行标准，前者的交易规模一般低于 5 亿美元或以下，后者的交易规模一般大于 5 亿美元，发行企业若发行规模超过 5 亿美元，建议发行企业关注债券国际评级情况，并提前与 2 个以上国际评级机构沟通债券评级事宜，以便顺利推进境外美元债券的发行工作。

3、选择合适的发行方式

按照目前实务操作的案例，除红筹架构外，境外发行债券通常可选择直接发行或者间接发行两种发行方式。直接发行的方式下，境内企业作为发债主体，在境外发行美元债券；间接发行方式下，实务中境内企业一般以其控制的境外 SPV 作为发行主体在境外发行债券。由于境外 SPV 多为空壳公司，无实际运营业务支撑，为消除海外投资人对发行主体偿债能力的疑虑，在该间接模

式下通常需要配套一定的增信措施，包括由境内母公司提供的跨境担保、或者其他变通方式如签署维好协议以及股权收购承诺协议、或第三方增信如由银行提供的备用信用证等。

相较之下，直接发行结构简单，避免了跨境担保/增信措施的额外成本。但在直接发行模式中，发行人承担着较高的税负成本，具体包括：（1）对于境外债券持有人将来从境内发行人处获得的利息收入部分，需由发行人代扣代缴 10%（债券持有人为非居民企业时）或 20%（债券持有人为非居民个人时）的预提所得税；以及（2）境外债券持有人可能会被认定为向境内发行人提供贷款服务而要求支付 6% 增值税，而实务中该等税费通常约定由发行人实际承担，故就该情形而言，发行人的融资成本会相应提高。因此，建议发行企业结合自身实际情况，考虑两种发行方式的利弊，在综合考量各方面因素后确定发行方式。

4、关注募集资金回流问题

无论是直接发行还是间接发行，一年期以上（含一年期）的境外举债均需通过国家发展改革委的事前备案（试点地区和试点企业除外）。

在直接发行情形下，根据 2044 号文第二条第六项规定，募集资金优先用于支持“一带一路”、京津冀协同发展、长江经济带与国际产能和装备制造合作等重大工程建设和重点领域投资。2016 年 6 月 7 日，国家发展改革委在支持回流资金用于上述重大工程建设和重点领域投资外，进一步将城镇化、战略性新兴产业、“双创”、高端装备制造业、互联网+、绿色发展等重点领域纳入了优先考虑募集资金调回境内使用的政策支持范围。

若采用间接发行，根据 3 号文即《国家外汇管理局关于进一步推进外汇管理改革完善真实合规性审核的通知》（汇发【2017】3 号）第二条之规定，允许内保外贷项下资金调回境内使用。债务人可通过向境内进行放贷、股权投资等方式将担保项下资金直接或间接调回境内使用。因此，自 2017 年开始，间接发行中多采用境内母公司提



供跨境担保发行，通过境外发行人对境内的债权投资和股权投资将境外债券募集的资金调回境内使用。而美元债券发行成功后 10 个工作日内在境内担保人即境内母公司所在地外汇局备案即可。

虽然，外汇管理部门规定美元债券发行成功后 10 个工作日内备案即可，但是，实务中曾发生部分企业在采用跨境担保方式发行美元债券成功后，在外汇管理部门进行备案受阻，这可能导致美元债券到期后，无法将境内资金调到境外偿还外债，因此，笔者倾向于建议发行企业在发行美元债券之前应当事先与当地外汇管理部门进行充分沟通，避免日后陷入资金难以出境偿还外债的而导致债券违约的困境。

5、申报的资金用途要真实、合法、符合实际需要

从在申请办理外债备案登记手续时，企业需提交发行外债的申请报告与发行方案，写明拟发行债券的币种、规模、利率、期限、募集资金用途及资金回流情况等。根据本所律师在过往与国家发展改革委的沟通和咨询，在外债备案登记过程中，国家发展改革委对资金用途尤为关注。此外，美元债券发行募集资金使用的合法性分析判断，美元债券在发行之后是否用于发行说明书所描述的使用地域和使用项目，如涉及到资金的使用涉及国际公认的敏感高危地域和项目，需审慎对待；

因此，建议发行企业在境外美元债券发行过程中应确保所登记的资金用途的真实性、合法性

和完整性。此外，国家发展改革委强调企业不得擅自更改资金用途，如资金的实际用途与登记的用途不一致或发生变更，则发行企业须及时与国家发展改革委进行沟通，防止因外债的实际使用情况与备案登记情况差异较大，而导致企业被纳入国家信用信息平台不良信用记录和联合惩戒信息平台。

6、及时办理外债签约及内保外贷登记

在直接发行模式下，根据国家外汇管理局《外债登记管理办法》（汇发[2013]19号，2013年5月13日起施行）境内企业应当在外债合同签约后15个工作日内，到所在地外汇管理局办理外债签约登记手续，但人民银行发布的9号文即《关于全口径跨境融资宏观审慎管理有关事宜的通知》（银发[2017]9号，2017年1月12日起施行）与前述文件规定的办理外债签约登记时限和方式有着不同的规定，在此提请拟发行美元债券的境内企业注意。如未按规定在上述时限内办理外债签约登记，则境内企业将面临外汇管理局的罚款和警告，也不得将募集资金调回境内使用，从而导致企业的融资目的无法实现。

在间接发行模式下，未办理内保外贷签约登记手续，将导致境内担保人无法进行担保履约。同时，境内担保人未按规定办理内保外贷签约登记，还将面临外汇管理局的处罚。此外，通常债券发行文件（如认购协议）会要求境内担保人在一定时限内（一般为90个营业日）完成内保外贷签约登记，否则将触发债券发行文件中的债券回购条款，从而导致融资目的落空。尽管内保外贷签约登记系一项事后登记的行政程序，但如未及时办理该项登记，后果较为严重。

综上，建议发行企业根据发行的实际情况，及时到外汇管理部门办理签约或内保外贷登记。

7、对发行人或境内担保人及其重要子公司的合法性判断

在美元债发行过程中，法律文件中一般需要对发行人或境内担保人及其重要子公司的合法存

续性及正当权力行使的合法性判断，而重要子公司的限定则需要根据发行人或境内担保人的具体情况，由境内外中介机构（主要是律师）共同圈定，并非像发行境内债券时，对债券发行人合并报表项下的全部子公司开展调查。鉴于重要子公司的限定则需要根据发行人或境内担保人的具体情况，由境内外律所共同圈定，而重要子公司的圈定对发行时间和效率存在较大的影响，建议发行企业在发行过程中予以重点关注。

8、其他需要关注的事项及建议

发行人或境内担保人及其重要子公司境内环保合法情况的分析判断；是否存在涉及人权的重大劳资纠纷；重要资产是否在境内购买相关商业保险，是否符合境内商业保险政策等；发行人或境内担保人及其重要子公司融资合同是否存在发行债券或对外担保的限制性条款，若存在相应限制性条款，是否需要征得贷款方的书面同意，是否构成融资合同中的交叉违约情况的分析判断。鉴于发行企业或境内担保人及其重要子公司境内环保情况、融资合同是否存在发行债券或对外担保的限制性条款对境外美元债券发行存在一定的影响，建议发行企业在发行过程中予以关注。

五、结束语

在当前国内经济企稳回升的环境下，境内企业赴境外如香港、新加坡、日本发行美元债券的要求与在境内发行债券截然不同，在发债模式、条件及监管手续等方面上，中资美元债券与国内债券品种存在很大的差异，因此大部分中资企业对于美元债具体发行流程、监管要求及监管政策不熟悉，因此在实际发行过程中往往出现诸多本可以避免的问题。但随着中国企业的进一步国际化，发行企业将逐步熟悉并适应中资美元债的特点及各方面要求，同时在有经验的专业中介机构，的协助下，发行企业将更好的制定适合自身需求的发债方案，其境外发行美元债券项目也将在合法合规的渠道下稳步推进，最终达到成功融资进而更好地发展的根本目的。



□ 朱登凯/文

朱登凯律师，北京市中伦文德律师事务所执委，高级合伙人。中南财经政法大学国际经济法学士，法国巴黎第一大学欧洲法硕士，中国人民大学国际法硕士。主要从事公司收购与兼并、外商直接投资、公司上市和证券发行、私募股权融资、风险投资、境外投资等公司法律业务，以及银行信贷、信托和项目融资等金融法律业务。



□ 刘晓琴/文

刘晓琴律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，风险与控制委员会委员、国有资产管理法律专业委员会主任、公司与证券专业委员会副主任，在公司上市和证券发行、公司收购与兼并、私募股权融资、风险投资等法律业务领域有着丰富的经验。曾在诸多公司上市项目中作为发行人律师提供法律服务，为上市公司增发、股权激励项目提供法律服务，也曾诸多风险投资、私募股权融资项目中为项目所涉的投资人（基金）、并购方、目标公司或财务顾问等提供法律服务。



□ 李小鹏/文

李小鹏，律师助理；中南财经政法大学法学学士，中央民族大学（法学）硕士。主要执业领域：资本市场，包括IPO、新三板、并购重组、投资等。

上市公司近期法律、法规、政策性规定

一、并购重组

《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 26 号——上市公司重大资产重组（2018 年修订）》

证监会于 2018 年年底修订发布《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第 26 号——上市公司重大资产重组（2018 年修订）》（证监会公告[2018]36 号）。

本次修订重点在于减少简化上市公司并购重组预案披露要求，主要修订内容包括：（1）聚焦主要交易对方和交易标的核心要素的披露。不再要求披露交易对方业务发展状况、主要财务指标和下属企业名目；对海外并购、招拍挂等交易允许简化或暂缓披露相关情况。（2）增加中介机构核查要求弹

性。允许中介机构结合尽职调查的实际进展披露核查意见。（3）在已明确交易标的前提下，不再强制要求披露标的预估值或拟定价，便于交易各方更充分地谈判博弈。（4）在充分披露相关风险的前提下，不再要求披露权属瑕疵、立项环保等报批事项，本次交易对公司同业竞争、关联交易的预计影响，



相关主体买卖股票自查情况。

《证监会试点定向可转债并购支持上市公司发展》

近期证监会试点并支持部分企业将定向可转债作为并购重组交易支付工具，上市公司在并购重组中定向发行可转换债券作为支付工具，有利于增加并购交易谈判弹性，为交易提供更为灵活的利益博弈机制，有利于有效缓解上市公司现金压力及大股东股权稀释风险，丰富并购重组融资渠道。近期不少公司已经提出了切实可行的方案，如赛腾股份（603283）重组项目试点首单定向可转债，并于11月20日披露了重组报告书草案。^[1]

二、退市新规

继2018年7月15日“长生生物疫苗事件”爆发后，证监会迅速发布《关于修改〈关于改革完善并严格实施上市公司退市制度的若干意见〉的决定》（以下简称“《退市意见》”），要求完善重大违法强制退市主要情形，强化证券交易所在退市制度实施中的主体责任。11月16日，沪、深交

易所根据证监会的相关要求，各自制定并发布了《上市公司重大违法强制退市实施办法》（以下简称“《退市办法》”），对重大违法强制退市情形及具体执行进一步细化、明确。关于退市情形主要包括两大类：证券市场严重违法以及严重危及社会公共安全。其中前者主要包括首发上市欺诈发行、重组上市欺诈发行、年报造假规避退市以及交易所认定的其他情形；后者包括涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全和公众健康安全等领域的重大违法情形。^[2]

三、回购新规

继2018年11月9日证监会发布《关于支持上市公司回购股份的意见》后，沪、深交易所于11月23日晚间分别发布实施细则征求意见稿，从基本要素、信息披露要求、交易机制、已回购股份的管理及违法行为监管五个方面对上市公司实施股份回购进行了全面、系统的规定。^[3]

四、停复牌

2018年11月6日，证监会发布《关于完善上



市公司股票停复牌制度的指导意见》(下称“《指导意见》”),自此,停复牌问题涉及的相关规则从交易所自律规则上升至部门规章层面。

随后,在证监会前述《指导意见》的基础上,沪、深交易所于11月21日分别发布了《停复牌指引(征求意见稿)》,主要从以下几个方面对《指导意见》进行了细化:

(1) 规范重大资产重组停复牌行为。仅允许发行股份购买资产可以申请停牌,且停牌期限不得超过10个交易日(包括停牌期间更换重组标的的);如国家有关部门另有要求的,在充分披露事项进展、延期原因以及预期复牌时间后,可申请延期,但连续停牌不得超过25个交易日;如涉及国家重大战略项目、国家军工秘密等事项的,停牌期限可从其要求。

(2) 提高了筹划其他重大事项的停牌标准。一方面,对筹划控制权变更、要约收购、股权激励、员工持股计划等重大事项的以及破产重整期间,明确停牌不超过5个交易日;另一方面,对于筹划前述列举以外的其它重大事项时,原则上不得仅以筹划事项结果尚不确定为由申请停牌。

(3) 明确相关各方在筹划重大事项过程中的勤勉尽责义务。上市公司及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他交易各方等,应当勤勉尽责,在停牌期间积极推进所筹划事项,严格履行信息披露义务,尽可能缩短停牌时长,保障投资者的交易权利,并且中介机构发表的意见应当客观公正。

(4) 明确交易所停复牌办理和事中事后监管职责。交易所在办理停牌申请过程中,可以要求公司提交补充文件或者财务顾问就停牌事由发表意见;停牌后,交易所可对不符合实际情况或规定停复牌事由的停牌实施强制复牌,对一年内多次停牌的企业可以视情况对其停牌情况进行公示。

(5) 明确相关方在违规停复牌(包括停牌不审慎、滥用停牌、不按时复牌、信息披露不实等)中的法律责任。上市公司违规停复牌的,交易所可以对上市公司、实际控制、控股股东、董事长等责任人采取监管措施或实施纪律处分;中介机

构未能勤勉尽责的,也可被交易所采取监管措施或实施纪律处分。^[4]

五、再融资新规

继2017年2月修订之后,2018年11月9日证监会对《发行监管问答——关于引导规范上市公司融资行为的监管要求》再次进行修订。2017年修订主要基于控制上市公司过度融资,本次修订则主要集中于募集资金用途以及再融资时间间隔方面。

其一,对募集资金用途涉及补充流动资金和偿还债务时提出一定的比例要求。具体为:通过配股、发行优先股或董事会确定发行对象的非公开发行股票方式募集资金的,可以将募集资金全部用于补充流动资金和偿还债务;通过其他方式募集资金的,用于补充流动资金和偿还债务的比例不得超过募集资金总额的30%;对于具有轻资产、高研发投入特点的企业,补充流动资金和偿还债务超过上述比例的,应充分论证其合理性。

其二,对再融资时间间隔的限制适当放宽。对于前次募集资金基本使用完毕或募集资金投向未发生变更且按计划投入的上市公司,在申请增发、配股、非公开发行股票时可不受18个月融资间隔限制,但原则上不得少于6个月。^[5]

注释

- [1] 证监会试点定向可转债并购支持上市公司发展, http://www.cs.gov.cn/pub/newsite/zjhxwfb/xwdd/201811/t20181101_346074.html.
- [2] 上海证券交易所上市公司重大违法强制退市实施办法, <http://www.sse.com.cn/lawandrules/sserules/listing/stock/a/20181116/663a10dd37755f7edacec152bacfdab0.docx>. 深圳证券交易所上市公司重大违法强制退市实施办法, <http://www.szse.cn/lawrules/rule/company/public/P020181116829482444974.pdf>.
- [3] 上海证券交易所上市公司回购股份实施细则(征求意见稿), <http://www.sse.com.cn/disclosure/announcement/general/a/20181123/7644419ea257a2efe543ef0647e215c6.doc>. 深圳证券交易所上市公司回购股份实施细则(征求意见稿), <http://docs.static.szse.cn/www/lawrules/publicadvice/W020181123745663166836.pdf>.
- [4] 上海证券交易所上市公司筹划重大事项停复牌业务指引(征求意见稿), <http://www.sse.com.cn/home/apprelated/news/a/20181121/95ec4cf9c5268f303bc09c3f5b629f6c.doc>. 深圳证券交易所上市公司停复牌业务信息披露指引(征求意见稿), <http://docs.static.szse.cn/www/lawrules/publicadvice/W020181121753842439712.pdf>.
- [5] 发行监管问答——关于引导规范上市公司融资行为的监管要求(修订版), http://www.cs.gov.cn/pub/newsite/fxjgb/gzdt/201811/t20181109_346515.html.

中伦
文德



□ 李 铮/文

李铮律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，副主任，执委会执委，“一带一路”发展战略研究院院长，荷兰阿姆斯特丹大学法学硕士，对外经济贸易大学法学硕士，北京理工大学法学学士。主要从事跨境投资法、公司法、娱乐业法、房地产法和金融法等法律服务，擅长重大交易的交易结构设计和企业法律风险防控、大型企业集团及上市公司内部治理和法律风险防控以及劳动纠纷的咨询与处理等。



□ 李 莹/文

李莹律师，北京市中伦文德律师事务所专职律师，中国政法大学法学硕士，擅长公司与证券法、房地产法、金融法等。

科创板政策解读之股权激励

从2018年11月初黄浦江畔的一声宣告，到如今正式进行科创企业上市审核，面对科创板这股“东风”，全国的科创企业们正在摩拳擦掌。而对于“拥有关键核心技术，科技创新能力突出”的科创板定位而言，任何一个科创企业都非常清楚科技人才对于企业的重要性，也深知股权激励是科创企业吸引人才、留住人才、激励人才的重要手段。我们也非常欣喜地看到，科创板现行规则给予了科创企业股权激励制度，在原审核规则项下开创性地突破，以及与现行A股上市公司股权激励的差异化选择。

一、关于科创企业上市前实施的员工持股计划

对于拟申报科创板的未上市企业而言，如果在申报前实施员工持股计划，应如何看待并处理发行人信息披露及中介机构核查要求等问题？

根据《上海证券交易所科创板股票发行上市审核问答》（以下简称“《问答一》”）的规定，发行人首发申报前实施员工持股计划应遵循的原则性要求主要如下：

（1）依法履行决策程序，公司自主决定、员

工自愿参加，不得强制实施。

（2）权益平等、盈亏自负、风险自担，不得侵害其他投资者合法权益。

（3）主要以货币出资，及时足额缴纳。以科技成果出资入股的，提供所有权属证明并评估作价，及时办理财产权转移手续。

（4）可通过持股平台间接持股，建立平台内部流转、退出、股权管理机制。

（5）员工离开公司的，间接所持股份权益按照章程或相关协议约定处置。

同时，《问答一》规定了员工持股计划穿透计算的“闭环原则”。即：（1）员工持股计划遵循“闭环原则”，并承诺自上市之日起至少36个月的锁定期，不予穿透计算；（2）未遵循“闭环原则”，员工持股计划依法设立、规范运行，且已经在基金业协会依法依规备案，不予穿透计算；（3）不符合前述要求的，在计算公司股东人数时，穿透计算员工持股计划的权益持有人数。

据此，《问答一》规定发行人信息披露要求及中介机构的核查要求为：发行人应在招股说明书中充分披露员工持股计划的人员构成、是否遵循“闭环原则”、是否履行登记备案程序、股份

锁定期等内容。保荐机构及发行人律师应当对员工持股计划是否遵循“闭环原则”、具体人员构成、员工减持承诺情况、规范运行情况及备案情况进行充分核查，并发表明确核查意见。

《上海证券交易所科创板股票发行上市审核问答（二）》（以下简称“《问答二》”）对于“发行人历史上存在工会、职工持股会持股情形时，发行人规范和中介机构核查要求”规定的审核原则为：（1）发行人控股股东或实际控制人存在职工持股会或工会持股情形的，应当予以清理；（2）对于间接股东存在职工持股会或工会持股情形的，如不涉及发行人实际控制人控制的各级主体，发行人不需要清理，但应予以充分披露；（3）对于工会或职工持股会持有发行人子公司股份，经保荐机构、发行人律师核查后认为不构成发行人重大违法违规的，发行人不需要清理，但应予以充分披露。

纵有前述上海证券交易所的指导性规定，但中介机构在具体核查过程中需要根据每个科创企业的不同具体情况具体判断、分析，而对于拟申报科创板的未上市企业而言，如果在申报前实施员工持股计划，科创企业应当关注如下实操问题：

1、员工如果以科技成果出资入股，应重点关注哪些内容？

根据《问答一》的规定，员工不得以劳务、

信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资，除了货币出资入股外，员工可以科技成果出资入股。但因为科技成果的出资核查难度较高，除非无法以货币出资，在实践中我们不建议员工以科技成果出资。员工若以科技成果出资入股，需要重点核查如下情况：

（1）科技成果权属是否明晰，是否存在权属瑕疵。比如，是否存在委托开发、职务发明等情况，是否为合作开发并与其他人共有的技术，是否侵犯其他单位的知识产权或者商业秘密，是否享有充分的处分权，等等。

（2）评估作价是否合理，科技成果是否被高估或者低估作价。公司成立后，发现作为设立公司出资的科技成果的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额；公司设立时的其他股东承担连带责任。

（3）是否已履行交付和变更登记的义务。员工应当向公司移交技术资料，如果涉及专利技术，应当将权利人变更至公司名下。

2、员工持股计划没有遵循“闭环原则”，也没有在基金业协会备案，是否会影响科创板上市？

根据《问答一》的规定，拟上市企业应在招股说明书中充分披露员工持股计划的人员构成、是否遵循“闭环原则”、是否履行登记备案程序、

股份锁定期等内容，同时要求保荐机构及拟上市企业律师应当对员工持股计划是否遵循“闭环原则”、具体人员构成、员工减持承诺情况、规范运行情况、规范运行情况及备案情况进行充分核查，并发表明确核查意见。从科创板定位和设立初衷分析，此规定旨在为了引导和鼓励科创板拟上市企业的员工持股计划遵循“闭环原则”或者在基金业协会备案，规范管理和运作。因此，我们倾向性



认为，员工持股计划没有遵循“闭环原则”，也没有在基金业协会备案，并不会影响申报科创板，但是，股东需要穿透计算并确认是否超过 200 人。

3、科创板接受的员工间接持股平台都包括哪些？

发行人实施员工持股计划，可以通过公司、合伙企业、资产管理计划等持股平台间接持股。对于“资产管理计划”这种契约型私募基金，科创板也突破了现有 A 股对“三类股东”的审核尺度，允许其以员工持股计划形式成为发行人的股东。而三类持股平台也因其法律身份不同，存在着税收、内部决策机制、退出机制等差异。

二、关于科创板上市公司的股权激励

科创板审核政策除了对拟申报科创板的，未上市企业在申报前实施的员工持股计划作了规定，针对科创板上市公司的股权激励，科创板在《上海证券交易所科创板股票上市规则》（以下简称“《上市规则》”）第十章对股权激励制度也作了优化处理。主要包括：一是扩展了股权激励的比例上限，将上市公司全部在有效期内的股权激励计划所涉及的标的股票总数的累计限额由 10% 提升至 20%。二是扩展了对象范围，允许单独或合计持有上市公司 5% 以上股份的股东、实际控制人及其配偶、父母、子女，成为股权激励对象，但需要在上市公司担任主要管理人员、核心技术人员或核心业务人员。三是增强了股权激励价格条款的灵活性，科创公司可以自主决定授予价格。

三、首发申报前制定且拟在上市后实施的期权激励计划

对于在科创板申报上市前设立期权激励计划的科创企业而言，面临的问题是，按照此前 A 股的审核实践，申报上市前没有完成的期权激励计划，为满足股权清晰明确的要求，均应当终止履行。此类科创企业，是否必须在申报前解除期权激励计划？

我们需要明确的是，科创板《问答一》明确了拟上市企业首发申报前制定、上市后实施的期权激励计划应当符合的具体要求，这意味着，科

创板申报上市前设立的期权激励计划，无需在申报前解除。但是，结合《问答一》的规定，其需要满足特定的条件：（1）激励对象应当符合《上市规则》第 10.4 条相关规定。《上市规则》第 10.4 条明确规定：“激励对象可以包括上市公司的董事、高级管理人员、核心技术人员或者核心业务人员，以及公司认为应当激励的对公司经营业绩和未来发展有直接影响的其他员工，独立董事和监事除外。单独或合计持有上市公司 5% 以上股份的股东、上市公司实际控制人及其配偶、父母、子女以及上市公司外籍员工，在上市公司担任董事、高级管理人员、核心技术人员或者核心业务人员的，可以成为激励对象。科创公司应当充分说明前述人员成为激励对象的必要性、合理性。”；（2）激励计划的必备内容与基本要求，激励工具的定义与权利限制，行权安排，回购或终止行权，实施程序等内容，应参考《上市公司股权激励管理办法》的相关规定予以执行；（3）期权的行权价格由股东自行商定确定，但原则上不应低于最近一年经审计的净资产或评估值；（4）拟上市企业全部在有效期内的期权激励计划所对应股票数量占上市前总股本的比例原则上不得超过 15%，且不得设置预留权益；（5）在审核期间，拟上市企业不应新增期权激励计划，相关激励对象不得行权；（6）在制定期权激励计划时应充分考虑实际控制人稳定，避免上市后期行权导致实际控制人发生变化；（7）激励对象在拟上市企业上市后行权认购的股票，应承诺自行权日起三年内不减持，同时承诺上述期限届满后比照董事、监事及高级管理人员的相关减持规定执行。

作为当下资本市场最火热的话题，不管是科创板的试点注册制、上市门槛“五选一”的灵活性，还是对红筹企业、含 VIE 架构企业以及差异化表决权企业的特殊安排，甚至允许带期权型员工股权激励计划上市等等制度亮点，都让我们看到了资本市场对科创企业的包容性。本次科创板股权激励在制度上的突破和创新，将进一步满足科创企业不同发展阶段对于人才的激励需求。我们期待着科创板股权激励能在审核实践中不断优化，最大化的发挥其中长期的激励作用，为科创企业未来的发展保驾护航。



□ 武 坚/文

武坚律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。



□ 赵超群/文

赵超群律师，北京市中伦文德律师事务所律师，中国青年政治学院法律硕士，山西省法学会破产与重组研究会第一届理事会理事，擅长领域为：企业破产清算及重整、并购重组法律服务、诉讼仲裁法律服务等。

“预重整”在我国破产重整程序中的探索与实践

引 言

《中华人民共和国企业破产法》自 2007 年 6 月开始实施以来，为资不抵债的危困企业退出市场提供了一条合理化路径。然而，作为《企业破产法》中的一大主要内容“破产重整程序”，一方面为暂时资金链断裂但仍有生存价值的企业提供了再生希望，另一方面消耗了昂贵的司法和经济成本，在有限的时间内（最长 9 个月）重整成

功企业少之又少。预重整制度作为美国 1978 年破产法中的首创制度，可以减少企业重整成本、降低破产重整中产生的程序性费用、消除破产重整程序对危困企业商业价值和名誉的影响，已被我国学术界反复研讨，并在地方企业破产重整中得到应用和实践。

一、预重整概念

根据联合国国际贸易法委员会制定的《破产法立法指南》，“预重整”制度指的是“使受到影响的债权人在程序启动之前自愿重组谈判中谈判商定的计划发生效力而启动的程序”^[1]。1978 年，美国《破产法》明确可以在企业进入破产重整程序前对自愿协商制定的重整方案进行表决，但学术界没有对其形成统一的定义，预重整制度是在美国企业破产重整的实践中应运而生的。美国学者大卫·G·爱泼斯坦（David G.Epstein）、（Steve H.Nickles）、[美]詹姆斯·J·怀特（James J.White）著的《美国破产法》中，“预重整”制度包括以下两个方面：一是整体预重整，即债务人在向法院提起重整申请程序前已完成重整计划的制定，向债权人征集投票并得到通过该计划



票数 (Prepacked Chapter 11 Plans); 二是部分预重整, 即债务人向法院提起重整申请程序前先与一部分而非全部债权人就重整计划中的条款进行谈判, 而将对重整计划的表决放到重整程序中 (Prepacked Chapter 11 Plans)。

在我国, 预重整制度目前没有全国立法层面的文件予以认可, 最高人民法院于 2018 年 3 月 4 日发布的《全国法院破产审判工作会议纪要》最先提出“探索推行庭外重组与庭内重整制度的衔接。在企业进入重整程序之前, 可以先由债权人与债务人、出资人等利害关系人通过庭外商业谈判, 拟定重组方案。重整程序启动后, 可以重组方案为依据拟定重整计划草案提交人民法院依法审查批准”, 即在一定层面上承认了预重整制度的合理性, 并鼓励企业在启动破产重整程序前进行预重整的有益探索。而此前, 各地方法院已提出相关类似概念并在个案中得到应用。浙江省高级人民法院于 2013 年 7 月 5 日发布《关于企业破产案件简易审若干问题的纪要》, 首先提出“企业破产申请预登记”制度, 即法院经合理评估后, 可以参照浙江省高级人民法院《关于试行诉前登记制度的通知》的要求, 进行企业破产申请的预登记, 但需符合下列情形之一: (1) 根据浙江省高级人民法院相关意见适用集中管辖措施化解和处置企业债务危机的; (2) 债务人是否构成破产原因存在不确定性, 需要进行进一步论证的; (3) 商业银行启动信贷风险会商帮扶机制的; (4) 已经提出破产重整申请, 但已知重要债权人等利害关系人对债务人进行重整存在较大意见分歧的; 经法院释明, 申请人同意法院进行企业破产申请预登记的; 其他需要进行企业破产申请预登记的情形。无独有偶, 2015 年 2 月, 深圳市中级人民法院发布《深圳市中级人民法院破产案件立案规程》, 其中提到在受理破产申请前, 债权人和债务人可以自行协商和解或提前准备重整方案, 协商和解和准备重整方案的期间不计入法院破产案件立案审查期间。

二、预重整在我国的积极意义

预重整, 通过将法院破产重整程序中的债权债务清理、债权人会议、债权人表决等工作提前

到正式破产重整程序之前, 从而大大缩短了破产重整程序的时间。除此之外, 预重整还保全了企业的商业价值, 企业被法院裁定进入破产重整程序后, 潜在投资人对企业经营预期及价值判断会大幅下降, 在收购定价层面压低价格, 造成企业更加不利的现实状况, 另外法院与其指定的管理人不具有准确的商业价值判断能力, 实际上很难给公司的经营价值作出精确评估, 而预重整使各方在相对自由、平等、客观的状态下对企业进行估值, 使企业在正常的市场机制下确定合理偿债方案和企业定价, 保护了企业的权益和价值。

三、预重整模式在国内的探索及实践

根据国内外的实践案例, 预重整模式主要包括法庭外预重整、预立案阶段的重整、受理清算宣告破产前的重整三种:

(一) 法庭外预重整

法庭外预重整是完全独立于司法重整的一种重整方式, 即债权人、债务人、股东及各方利益主体在庭外自由协商确定重组方案, 并形成相关书面文件或备忘录, 以节省司法重整阶段的时间, 提高重整效率。

中国第二重型机械集团公司 (以下简称“二重集团”) 与二重集团 (德阳) 重型装备股份有限公司 (以下简称“二重 (德阳) 重装公司”) 破产重整案是法庭外预重整的典型案列。二重集团为国家重大技术装备国产化基地和我国最重要、最大的新能源制造基地之一, 二重 (德阳) 重装公司为其二级控股企业。由于二重集团、二重 (德阳) 重装公司连年亏损, 严重资不抵债, 截至 2014 年两公司负债规模已超过 200 亿元人民币, 公司日常经营及员工费用等基本靠贷款和股东借款予以支撑。

二重集团没有直接申请破产, 而是在进入法院重整前, 在相关部门的支持下, 以银行等金融机构为主的 30 多家主要债权人组成二重集团金融债权人委员会, 与二重集团、二重 (德阳) 重装公司股东开展庭外谈判, 并于 2015 年 9 月 11 日确定了各方都认可的战略性重组方案, 方案主要以金融债权人“现金 + 留债 + 股票”的方式予

以偿债。方案达成后，机械工业第一设计研究院等债权人向德阳市中级人民法院申请二重集团、二重（德阳）重装公司破产重整。

法院受理破产重整案件之后，以之前金融债权人达成的框架性重组方案为基础，各表决组表决通过《破产重整计划（草案）》。至此，金融债权 120 亿元得到 100% 清偿，非金融债权得到部分现金清偿，其余部分在 2-5 年之内清偿完毕，整体清偿率达到 90%。

本案通过庭外重组方式，对二重集团、二重（德阳）装备公司主要债权人及股东在庭外进行债权债务调整，初步达成框架性的重组方案。进入法院阶段后，法院及管理人以庭外确定的重整方案为原则，作为调整金融债权人的重整计划，得到了金融债权人的认可。本案探索了一种从庭外重组到司法重整的转换方式，为陷入沉重债务负担的国有企业再生提供示范版本。

（二）预立案阶段的重整

有些地方法院实行预立案制度，即法院在审查破产重整案件申请立案期间，进行预立案登记，法院指定管理人开展与债权人谈判、对外寻找投资人、进行初步资产债务清理、并引导股东与主要债权人达成重组方案。由于此过程为法院主导，达成的重组方案自然而然成为法院受理破产重整立案后的重整计划。比较典型的为浙江省首例预重整案 - 杭州怡丰成房地产开发有限公司重整案。

“东田 - 怡丰城”项目是位于杭州地铁 1 号线翁梅站地铁的一处房地产项目，而在 2015 年 3 月开始就处于停工状态，预售开发等工作都无法顺利开展。作为项目开发商，杭州怡丰成房地产开发有限公司被爆负债 18 亿元，资产负债比例已超 100%，面临绝境的杭州怡丰成房地产开发有限公司只能向余杭区人民法院申请破产重整。由于此项目涉及购房人 1200 多人、其他建设工程类债权人 1000 多人，房屋购买人和农民工多次上访，造成了极其恶劣的社会影响，引发了不稳定因素，如何处理好此次重整，成为余杭区人民法院的一大难题。为了加快效率和节省时间，余杭区人民法院根据浙江省高级人民法院制定的《关于企业破产案件简易审若干问题的纪要》的相关规定，借鉴预重整制度实践经验较为丰富的国家做法，于 2015 年 6 月对杭州怡丰成房地产开发有限公司破产重整申请进行了“预登记”，指定管理人开展重整的前期工作，司法重整工作在此基础上延续，法院暂不裁定受理杭州怡丰成房地产开发有限公司破产重整立案，初步确定待相关条件成后再行及时裁定。

在预重整期间，管理人在府院联动机制的协调配合下，一方面初步查清了债务人公司的资产债务情况，并反复与债权人沟通，取得了债权人意见的初步统一，另一方面积极寻找战略投资人，为尽快恢复施工建设提供资金条件。后经过多方沟通，杭州银行余杭支行愿意为项目恢复建设提供 2.2 亿元融资资金。

而在本案进入破产重整程序后，管理人只使用了 2000 万元人民币就将此项目建设正常运转了起来。此项目楼盘在 2015 年下半年复苏，于 2016 年 6 月 14 日重新恢复销售，并正常交房。

在本案中，法院采取预重整的原因主要为：怡丰成公司并





不满足破产重整的前提条件，若贸然进入破产重整程序，管理人或债务人根本无法在6个月期限内向法院提交重整计划草案，破产重整成功几乎没有可能性。而预重整制度通过政府搭建的府院联动机制，在正式立案前达成联络协商机制，并指定管理人开展前期重整服务，保证了怡丰成公司资产的保值，实现了债权人利益的最大化。

（三）受理清算宣告破产前的预重整

法院正式受理债务人破产申请后、宣告债务人破产前，债权人、债务人及股东在此阶段协商谈判并达成重整方案，待条件完备后另行提出破产重整申请，由破产清算转为破产重整程序，上述情况为受理清算宣告破产前的预重整。

安徽省阳光半岛文化发展有限公司开发建设的寿县阳光半岛地产项目，是安徽省“861”重点工程项目，计划投资100亿元。由于自有资金不足，长期依靠高利息融资，同时为关联企业担保过多，导致阳光半岛公司资不抵债，不能清偿到期债务。经评估公司初步评估，阳光半岛公司资产为43.09亿余元，负债为65.62亿余元，相关债权人于2014年7月3日向寿县人民法院提起破产清算，法院裁定立案后制定了管理人。

如本案继续破产清算可能出现资产无人购买、分割低价出卖、长期闲置等情况，导致债权人的可清偿金额降低甚至为零。为妥善解决购房问题，维护社会稳定，法院积极引导本案由破产

清算转为破产重整程序。在未正式进入破产重整程序前，管理人在网络平台发布招募战略投资人的公告，并让报名者提交重整方案并开展竞争性谈判，后确定恒大地产集团有限公司为优先重整投资人。法院于2017年7月12日裁定受理破产重整召开第二次债权人会议，对重整计划草案进行表决，除出资人组外，其余各组均通过重整计划草案。

本案是司法重整阶段比较常规的一种方式，在阳光半岛公司案件的处理中，法院引导该案由破产清算程序引入破产重整程序，采取“存续性重整”模式，充分发挥市场在资源配置中的决定性功能，实现了各方共赢。

综上，预重整制度并未作为我国破产重整制度的一部分，在相关法律法规中予以明确，但在我国破产审判实践中，一些地方法院通过探索试水，尝试运用预重整解决企业困境，并取得了良好的法律、经济、社会效果。但庭外预重整、预立案阶段的重整与正式重整程序相比较，其在减少司法制度成本的同时，也失去了司法制度对其的强制力保障^[2]。上述两种重整方式并不能享受《企业破产法》及相关规定关于保护债务人的权利，如债务利息停止计算、对外清偿债务停止进行、执行程序中止、管理人对未履行完毕的合同有选择是否继续履行的权利等。债权人暂停催债行为依赖于债务人自身的说服力和影响力，对双方并无法律约束力。因此建议尽早明确预重整的法律效力，并在预重整期间给予债务人一定的保护机制，从而更好地解决债务人的生存危机，化解其现实困难。

参考文献

- 1、【美】大卫·G·爱泼斯坦、斯蒂夫·H·尼克勒斯、詹姆斯·J·怀特：《美国破产法》，韩长印等译，中国政法大学出版社2003年版。
- 2、浙江省杭州市余杭区人民法院课题组：“房地产企业预重整的实务探索及建议”，载《人民司法》2016年第七期。

注释

- [1] 联合国国际贸易法委员会：《破产法立法指南》（中文版）2006年版本，第212页。
- [2] 浙江省杭州市余杭区人民法院课题组：“房地产企业预重整的实务探索及建议”，载《人民司法》2016年第七期。



□ 武 坚/文

武坚律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，中央财经大学博士研究生，《商法》“2018年中国业务优秀律师”，汤森路透ALB“2017年客户首选律师”，中国能源法研究会会员，北京律协并购重组专业委员会委员，朝阳区人民法院特邀调解员，具有上市公司独立董事资格、军工保密咨询证书和并购交易师证书。



□ 许 璟/文

许璟律师，北京市中伦文德律师事务所律师，税法专业委员会秘书长，中央财经大学法律硕士（财税法方向），证券、基金从业资格。执业领域：合同、股权、不良资产、并购重组、诉讼和仲裁等。

直销企业涉传风险规避

随着权健等直销企业涉嫌传销被查处，直销企业涉传问题引发了社会各界的广泛关注，自2019年1月8日起，国家市场监督管理总局、工信部、公安部、卫健委等13个部门启动了联合整治“保健”市场乱象百日行动，百日行动期间，国家市场监督管理总局发布了多个典型执法案例，其中有不少案例涉及传销。本文主要从直销企业涉传风险角度，分析直销与传销的区别，厘清直销和传销的界限，帮助直销企业规避传销风险。

一、直销模式

现国内大部分直销企业内部存在两种基本的经营模式，一种为直销企业和直销员之间的经营模式，即通常所说的直销模式，另一种为传统经营模式，即直销企业与经销商之间的经营模式，本文着重分析直销企业的直销经营模式，该经营模式采取无店铺方式经营，与传统经营模式的层层中间环节相区别，由直销员将产品直接推销至消费者，直销企业以直销员的销售收入为基础，依法给予直销员相

应报酬。

二、传销模式

《禁止传销条例》第七条明确规定了三种传销模式：组织者发展第一层级人员，要求第一层级人员发展第二层级人员，依次类推，上级人员以下级人员发展的人头数量作为计酬依据，牟取非法利益；组织者发展第一层级人员，要求第一层级人员发展第二层级人员，依次类推，以下级人员销售业绩作为计酬依据，牟取非法利益；组



织者发展下级人员，向下级人员收取费用，以此费用作为下级人员取得加入资格与否的标准，牟取非法利益。

结合国家市场监督管理总局近日发布的解读，认定传销行为，应同时符合以下三个特征：发展加入（即组织者发展下级人员进入团队）、形成层级和复式计酬（即上级人员以下级人员发展的人员数量计算报酬、上级人员以下级人员所获得的销售收入计算报酬或者要求下级人员缴纳费用取得加入团队的资格牟利）。

三、直销与传销的区别

从合法性角度，直销是直销企业根据法律规定合法经营的产物，传销为非法经营行为，影响社会稳定。

从产品角度，直销产品的范围及生产均需严格符合法律规定，产品质量是直销企业的核心竞争力；传销多数并无产品或以产品为幌子，产品价格与实际价值相背离。

从层级角度，直销为单层关系，该单层关系中，直销企业和直销员紧密联系，由直销员直接将直销产品推销给消费者，并从直销企业处获得收入；而传销则层层发展，形成多层级人员。

从人员进入门槛角度，直销经营模式下的直销员应按法律规定取得直销员证，获得直销员资格后，尚可进行直销产品的销售，直销企业与直销员直接形成推销合同法律关系，不以向直销企业缴纳费用或购买产品作为成为直销员的条件；而传销活动中，成员需要交费或变相交费，不断发展下级人员。

从计酬角度，基于直销的单层关系，直销企业与直销员直接结算，直销员的报酬不应超过其销售收入的30%；而传销计酬并不透明，因涉及多层级，计酬往往层层瓜分。

从产品售后角度，按照《直销管理条例》，直销企业为保证产品售后服务，应当在进行直销的区域建立服务网点，从而保障售后；传销并无相关保障。

四、直销企业直销经营现状

实践中，即使直销企业管理严格，仍无法避

免直销员因利益驱动等原因，自行发展第一层级业务人员，要求第一层级业务人员购买产品以获得成为业务人员的资格，并要求第一层级业务人员继续发展第二层级业务人员，形成多层级关系，以下级人员开发的人员数量或者业绩作为计算报酬的基础。该种模式实际符合了传销的“发展加入、形成层级和复式计酬”三大特征，实为传销行为。直销企业如明知该情形，为追求利益，放任该情形的发生，则面临被监管机构处罚的风险，构成传销犯罪的，还应承担刑事责任。

大多数直销企业为规避以上风险，往往利用传统经营模式，选用法律地位相对独立的经销商，并在与经销商的经销合同中约定，经销商自行承担责任，其一切行为与直销企业无关，但实际默认并鼓励（以返利、发放市场推广费等方式）经销商发展下级业务人员以追求更高利润。经销商为追求高利润，往往在选择发展下级经销商的同时，亦发展其他无直销员证的消费者作为第一层级人员，并由第一层级人员继续向下发展第二级人员，由此形成多层级关系，各层级人员以发展的下级人员人头数或业绩作为计算报酬的基础。该模式实际已构成传销，目前尚未查到因直销企业经销商构成传销，追究直销企业责任的案例，但因该情形十分普遍，目前已成为监管难题，监管部门对此亦存在激烈争议，为防范风险，直销企业仍应依法合规经营，保持与监管部门的紧密沟通，避免被认定传销。

五、直销企业涉传风险规避

第一，直销企业应坚持与直销员之间的单层级关系，禁止直销员发展下级人员采用直销方式推销直销产品；进行直销员培训，强化直销员传销风险规避意识。

第二，直销企业在处理与经销商之间关系时，应避免使用返利、市场推广费等方式，避免默认或鼓励经销商发展下级人员、违法推销直销产品；进行经销商培训，强化经销商传销风险规避意识。

第三，应与监管机构保持密切联系，定期汇报工作，对于目前监管争议较大的问题，应尽量依法合规，防止被认定为传销。



□ 邸建凯/文

邸建凯律师，北京市中伦文德律师事务所石家庄分所知识产权专业律师，毕业于大连理工大学和中国政法大学，分别获得工业自动化专业学士学位和法学专业学士学位，并先后取得法律职业资格、专利代理人资格。1995年至2004年在大型企业从事电气助理工程师及软件工程师的工作；2004年开始投入知识产权行业，先后在知识产权代理公司及律师事务所从事专利工程师、专利代理人及知识产权专业律师的工作。擅长于知识产权的诉讼和非诉业务，已办理专利复审、专利无效、商标复审、商标无效、专利诉讼、商标诉讼案件上百件，撰写专利新申请、答复审查意见超过千件。

合同约定解除权的边界

现在，大多数企业都有了合同意识，一有了交易行为都能想到要签署个书面合同，正所谓“无合同不交易”。但是，有些企业虽有合同，却在一些关键条款的设置上，比如常见的合同解除条款，并不“完美”，没能通过合规性审查，导致交易行为隐含有巨大的法律风险。

本文将从合规的角度分析合同解除条款的设置，尤其是分析合同约定解除权的边界。

一、合同解除的含义及法律规定

正如法谚所云：“合同是当事人之间的法律”，订立合同就是在合同当事人之间确定了权利义务关系。但合同的订立就是为了消灭，也就是说合同权利义务的终止是必然的^[1]。

合同消灭，导致合同权利义务终止，主要有两种情形：一种是合同正常履行完毕，因而合同权利义务终止；另一种是合同解除，使得合同权利义务提前终止。

学者总结合同解除的定义是：合同解除，是指在合同成立以后，当解除的条件具备时，因当事人一方或者双方的意思表示，使合同关系自始

或者仅向将来消灭的行为，也是一种法律制度^[2]。

根据我国法律，典型的合同解除可分为两种：合同的约定解除和合同的法定解除。

《合同法》第九十三条第二款规定了合同的约定解除：“当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。”

《合同法》第九十四条规定了合同的法定解除：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者



以自己的行为表明不履行主要债务；(三)当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；(五)法律规定的其他情形。”

上述合同解除的法律规定实质上就是赋予了合同当事人合同解除权，这种解除权是一种形成权，即当合同解除的条件具备时，一方当事人的单方行为就能产生消灭合同的效力。符合约定解除条件的产生约定解除权，符合法定解除条件的产生法定解除权。

二、合同解除条款的设置

我国合同法一个重要的原则就是，合同依法成立后，合同当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同（见《合同法》第8条）。依照上述原则，合同按约定积极履行是一般情况，合同的变更、解除是例外情况。

如果发生了一方当事人违约的情况后，应当赋予守约方解除合同的权利。但不管任何情况的违约都导致合同解除，也不符合合同法的上述原则。学者分析，要求在任何违约情形下均导致合同解除，既不符合鼓励交易的目的，也不利于资源有效利用，更有使合同解除成为一场赌博的危险^[1]。也有学者指出，在主客观情况发生变化，合同履行成为不必要或不可能的情况下，合同继续存在，已经失去积极意义，并将造成不适当的结果时才允许解除合同，这也是合同解除制度存在的依据^[4]。

因此，《合同法》第九十四条规定的目的不

仅仅是通过立法形式规定了合同解除的条件，更在于严格限制合同解除权的行使，即只有在发生了不可抗力或一方当事人严重违约的情况下，才能导致合同的解除。

了解了合同解除制度的立法背景后，就可以分析如何正确的进行合同解除条款的设置。

首先，依据《合同法》第九十三条第二款规定，当事人可以约定合同解除条款，即设置合同的约定解除权，这是合同解除条款设置的法律依据。

其次，合同解除条款设置应当受到《合同法》第九十四条规定的限制，如果合同解除条款的设置违反了法定解除条款的规定，这种合同解除条款就是无效的，也就是说合同约定解除权的边界不能超出合同法关于法定解除条款的规定。

比如，“无论发生任何情形，一方或双方都不得解除本合同”的约定，相当于预先放弃了法律赋予的法定解除权，类似于预先放弃诉讼时效的约定是无效的一样，这种条款直接违反了《合同法》第九十四条的规定，是无效的。

比如“任何一方迟延履行主要债务，不待催告即可解除合同”的约定，买卖合同中“买方未按照本合同的约定支付货款超过10日的，卖方有权立即解除合同”的约定，这种条款是比法定解除权更严厉的约定，可能会导致违约方在仅有轻微违约的情况下，守约方就轻易的享有了约定解除权，不符合合同解除制度的设置目的，也属于违反了《合同法》第九十四条的规定，是无效的。

综上所述，合同法关于合同解除制度的规定实质上是对合同的解除条件作出了严格的限制，即只有在不可抗力或一方当事人根本违约的情况下才能导致合同解除。因此，设置合同解除条款，约定合同解除权，必须符合合同法关于合同解除制度的规定。

注释

[1] 李永军著，《合同法》，第337页。

[2] 崔建远主编，《合同法》，第231页。

[3] 王利明主编，《合同法要义与案例析解》，第348页。

[4] 崔建远主编，《合同法》，第234页。





□ 李 铮/文

李铮律师，北京市中伦文德律师事务所高级合伙人，副主任，执委会执委，“一带一路”发展战略研究院院长，荷兰阿姆斯特丹大学法学硕士，对外经济贸易大学法学硕士，北京理工大学法学学士。主要从事跨境投资法、公司法、娱乐业法、房地产法和金融法等法律服务，擅长重大交易的交易结构设计和企业法律风险防控、大型企业集团及上市公司内部治理和法律风险防控以及劳动纠纷的咨询与处理等。



□ 李 昊/文

李昊，北京市中伦文德律师事务所律师助理，中国海洋大学硕士，参与过公司并购、资产证券化、私募基金管理人登记、争议解决等众多法律业务。曾为首创置业股份有限公司、商务部国际经济合作事务局、中小企业基金理事会办公室等客户提供过服务，积累了丰富的经验。



□ 黎万奇/文

黎万奇，北京市中伦文德律师事务所律师助理，2015年毕业于美国威廉玛丽学院美国法律体系专业，获得法律硕士学位。本科就读于北京理工大学，获得法律和经济双学位。主要业务领域：民商事诉讼与仲裁，涉外民商事业务、公司常年法律顾问业务等。



□ 昌满意/文

昌满意，北京市中伦文德律师事务所律师助理，2016年毕业于武汉大学法学院，获得法律硕士学位。主要业务领域：私募股权基金、常年公司法律顾问服务、民商事诉讼等。主要服务的客户：首创置业股份有限公司、国家中小企业发展基金理事会办公室、商务部国际经济合作事务局、碧朗湾商业服务有限公司、北京莱福世纪置业有限公司等。

“一带一路”视野下的《中华人民共和国外商投资法》

1979年的春天，邓小平在中国的南海边画了一个圈，翻开了中国对外开放的新的历史篇章。40年后，中国企业在国际市场上从默默无闻的跟随者，变成行业的领军者。华为、小米等民营企业，深耕高新技术产业，在国际市场上占有了一席之地并逐渐站稳脚跟。回望一路艰辛，尽管过程面临重重阻碍，但已取得丰硕成果。

40年前后，国际形势已不可同日而语，当今，全球宏观经济形势疲软，欧美等国家都在收紧对外政策。自2017年以来，美国对外商投资的国家安全审查趋严，2018年8月13日美国总统特朗普正式签署了FIRRMA（Foreign Investment Risk Review Modernization Act），对外政策进一步收紧。放眼欧洲等国，投资移民政策也在不断收紧。国

际政治、经济大环境不断趋于保守。

近期，国家主席习近平圆满结束了2019年的首次对外出访，此处出访的目的地是亚欧大陆的另一端——欧洲。习近平主席此次出访欧洲，是沿着古代丝绸之路方向，自亚欧大陆的东端，一路向西，最后到达了丝绸之路的西端——意大利、摩纳哥、法国。2019年3月21日至26日，习近平主席在意、摩、法三国共出席了40多场双边活动，与意、摩、法三国领导人话友谊、论责任、谈合作、谋发展。习近平主席利用多个场合深入阐释“一带一路”的丰富内涵，亲自倡议、亲自谋划、亲自推动中国与欧洲各国在一带一路上的合作。2019年3月23日中午，在习近平主席和意大利总理孔特的共同见证下，中意双方代表正式

签署了关于共同推进“一带一路”建设的谅解备忘录。此外，中法两国政府已就依托中法第三方市场合作机制开展“一带一路”具体项目合作达成了共识。摩纳哥也表达了同中国围绕“一带一路”倡议探讨深化生态环保、清洁能源、绿色低碳等领域合作的意愿。扩大同中国的合作、密切同中国的交往，正在成为欧洲各国的普遍共识。

2019年3月22日，习近平主席在与意大利众议院议长菲科会见时，向菲科议长发出要求，“欢迎您到中国去，看看一个古老而现代的中国，看一看勤劳智慧的中国人民。”习近平主席的态度明确表明中国欢迎包括意大利在内的欧洲各国能够更加踊跃、积极地参与到共建“一带一路”进程当中，欢迎欧洲各国来中国投资，深化中国与欧洲各国在各领域的合作，促进中国与欧洲的共同发展。

在全球环境日益保守、中美贸易谈判正酣的这一时刻，中国在“走出去”的同时，仍坚定坚持“引进来”的战略。为进一步的促进和保护外商投资并与国际投资制度的接轨，我国加快出台了《中华人民共和国外商投资法》（以下简称“《外商投资法》”）。《外商投资法》将自2020年1月1日起施行。该法律生效后将取代《中外合资经营企业法》、《外资企业法》和《中外合作经营企业法》（以下简称“外资三法”），成为规范外商投资的基础性法律。“外资三法”主要通过分类式对外商投资领域进行规定，而《外商投资法》以原则性规定为主，满足了当前社会发展和国际关系形势下搭建外商投资监管体系新框架的需求。此次《外商投资法》的出台体现了中国作为一个开放的大国，致力于为外商创造更加公平的营商环境，坚持改革开放政策的决心和自信。与欧美等国日益收紧的对外政策相比，中国稳定的政局和社会治安、自由的营商环境、公平的准入机制等也能够留住国内人才的同时，吸引更多国际人才的加入。

《外商投资法》分为6章，包括总则、投资促进、投资保护、投资管理、法律责任、附则，共42条，主要内容现归纳总结如下：

第一、第一章“总则”和第二章“投资促进”为原则性的规定，强调了中国坚持改革开放的基本国策，奠定了中国愿意积极促进外商投资的基调。

（1）基本国策不动摇：国家坚持对外开放基本国策，扩大对外开放，积极促进外商投资，保护外商投资合法权益，推动形成全面开放新格局。

（2）外商投资定义延伸：外国投资者通过传统的投资、新设、并购等方式以及法律、行政法规或者国务院规定的其他方式在中国境内投资的都应属于外商投资的范畴，增加的兜底条款为外商投资的形式赋予了更多的灵活性；

（3）国民待遇及负面清单制度：明确对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度；

（4）权益保护：国家依法保护外国投资者中国境内的投资、收益和其他合法权益；

（5）地方政府职权：明确了县级以上地方人民政府有关部门有权在法定范围和职责分工范围内，开展外商投资促进、保护和管理的工作，制定外商投资促进政策。

（6）公平参与政府采购：国家保障外商投资企业公平参与政府采购活动。政府采购依法对外商投资企业在中国境内生产的产品平等对待。

（7）融资渠道：外商投资企业可以依法通过公开发行股票、公司债券等证券以及其他方式进行融资。

有关法条：

《外商投资法》第三条：国家坚持对外开放的基本国策，鼓励外国投资者依法在中国境内投资。国家实行高水平投资自由化便利化政策，建立和完善外商投资促进机制，营造稳定、透明、可预期和公平竞争的市场环境。

《外商投资法》第四条：国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。前款所称准入前国民待遇，是指在投资准入阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇；所称负面清单，是指国家规定在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施。国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇。负面清单由国务院发布或者批准发布。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对外国投资者准入待遇有更优惠规定的，可以按照相关规定执行。

第二、第三章“投资保护”更具体地约定了外商在投资各环节上受到的保护，此条约定的内容，如知识产权保护、外汇流动、行政许可等也

是过去外国投资者最为关注的内容。

(1) 原则上不得征收：国家对外商投资原则上不实行征收，在特殊情况下，根据社会公共利益需要对外商投资实行征收的，应当依照法定程序进行，并给予公平、合理的补偿。

(2) 外汇自由流动：外国投资者在中国境内的出资、利润、资本收益、知识产权使用费、依法获得的补偿或者赔偿等，可以依法以人民币或者外汇自由转出。

(3) 知识产权保护：国家依法保护外国投资者和外商投资企业的知识产权，保护知识产权权利人和相关权利人的合法权益，鼓励基于自愿原则和商业规则开展技术合作。外商投资过程中技术合作的条件由投资各方遵循公平原则平等协商确定，行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。

(4) 地方立法权限：各级人民政府及其有关部门制定涉及外商投资的规范性文件，应当符合法律法规的规定，不得违法减损外商投资企业的合法权益或者增加其义务，不得违法设置市场准入和退出条件、违法干预或者影响外商投资企业的正常生产经营活动。

(5) 信赖利益保护：地方各级人民政府及其有关部门应当严格履行向外国投资者、外商投资企业依法作出的政策承诺以及依法订立的各类合同。因国家利益、社会公共利益需要改变政策承诺或者合同约定的，应当严格依照法定权限和程序进行，并依法对外国投资者、外商投资企业因此受到的损失予以补偿。

(6) 事后投诉机制：国家建立外商投资企业投诉工作机制，协调完善外商投资企业投诉工作中的重大政策措施，及时解决外商投资企业反映的问题。

有关法条：

《外商投资法》第二十条：国家对外国投资者的投资不实行征收。在特殊情况下，国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对外国投资者的投资实行征收或者征用。征收、征用应当依照法定程序进行，并及时给予公平、合理的补偿。

《外商投资法》第二十二条：国家保护外国投资者和外商投资企业的知识产权，保护知识产权

权利人和相关权利人的合法权益；对知识产权侵权行为，严格依法追究法律责任。国家鼓励在外商投资过程中基于自愿原则和商业规则开展技术合作。技术合作的条件由投资各方遵循公平原则平等协商确定。行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制转让技术。

第三、第四章“投资管理”主要约定的是事前的设立程序及准入机制。

(1) 投资领域：外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域，外国投资者不得投资。外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的条件。外商投资准入负面清单以外的领域，按照内外资一致的原则实施管理。

(2) 经营许可：外国投资者投资依法需要取得许可的行业、领域的，应当依法办理相关许可手续。除法律、行政法规另有规定外，有关主管部门应当按照与内资一致的条件和程序，审核外国投资者的许可申请。

(3) 组织形式及税收、会计、外汇制度：外商投资企业的组织形式、组织机构，适用《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》等法律的规定外商投资企业开展生产经营活动，应当依照有关法律、行政法规和国家有关规定办理税收、会计、外汇等事宜，并接受有关主管部门依法实施的监督检查。

(4) 信息报告及安全审查制度：国家建立外商投资信息报告制度，国家建立外商投资安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。

第四、第五章“法律责任”及第六章“附则”主要约定了对相关违法犯罪行为的惩处及前文未约定的其他重要事项。

(1) 法律责任：外国投资者、外商投资企业、行政机关工作人员有违反法律、法规的行为，应受到相应惩处。

(2) 报复性原则：任何国家或者地区在投资方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。

(3) 金融市场另行规定：对外国投资者在中

国境内投资银行、证券、保险等行业或者投资证券市场、外汇市场等金融市场的管理，国家另有规定的，依照其规定。

第五、《外商投资法》较“外资三法”的亮点

（1）深化效力层级

《外商投资法》的出台，取消中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业的划分标准，统一纳入外商投资企业的范畴，将促进外商投资管理制度更加简便易行、规范明晰。“外资三法”的规定内容仅停留于规范外资企业的层面，并没有涉及政府、国际层面。而现在《外商投资法》则在外商待遇方面进行了更深维度的规定：国际条约有更优惠的待遇则可以遵循国际条约，地方行政法规可以细化外商投资法的规定给予外商更为便利、透明的待遇带必须遵守外商投资法的规范而不可与之相违背。

（2）明确外商投资企业的组织管理形式

在“外资三法”中，对外商投资企业（中外合资企业、中外合作企业、外商独资企业）的企业组织形式明确限定为有限责任公司或者不具有法人资格的合作企业（仅限于中外合作企业），限制了外商投资企业在境内的投资范围以及投资类型。而《外商投资法》对外商投资企业组织形式适用《公司法》、《合伙企业法》予以明确规定。这是将多年对外开放过程中对外商企业管理的实践经验进行总结，并用于立法实践中。体现了内资、外资企业平等适用法律，向世界发出我国将进一步鼓励外商投资和外资进入的信号。

（3）规定了外商投资的便利化与透明度原则

透明度原则和便利化原则是近年国际贸易法中出现的新标准，“外资三法”并无关于便利化、透明度的有关规定，其关于外资企业的构建管理等内容已经被《公司法》、《合伙企业法》等内容取代。而《外商投资法》将便利化与透明度原则运用到投资法领域，外商企业根据外商投资法的规定有权参与设计自身的规范、标准制定阶段，透明度在法规的制定、实施、修改各个阶段得到了保障。

（4）建立安全审查制度

“外资三法”制定的时代我国为了尽可能引进先进技术和资金促进国家经济发展，通过国家优

惠政策吸引外资，鼓励外资进入。而根据现今中国情势，在保障经济发展的同时，也要保护国内市场。据此，《外商投资法》对于外资的准入和待遇大大放宽准入标准的同时，也建立了相应的安全审查制度来防止外资企业的进入会影响我国的国家安全。

（5）完善保护外商投资征收征用

相比于“外资三法”，《外商投资法》进一步详细规定了国家对于外国投资者的投资征收的前提条件及补偿说明，同时创新性增设了当国家征用外国投资者的投资时，也将依据法定程序，给与公平合理的适当补偿的制度，加强了对于外商投资在我国投资的保障。

（6）突出知识产权保护

考虑到知识产权保护一直是外国投资者重点关注的领域，同时也是回应某些国家指责中国知识产权保护不力，更是我国进一步加强知识产权保护的体现，《外商投资法》突出强调了国家对于外国投资者和外商投资企业的知识产权的保护，对知识产权侵权行为也将强化执法追责措施，同时也明确禁止利用行政手段强制转让技术的情况发生。

第二届“一带一路”国际合作高峰论坛已经在北京召开，有来自100多个国家的数千名各界代表与会。最新出台的《外商投资法》将为“一带一路”合作提供全面的法治保障，共建“一带一路”引领效应将持续释放，沿线国家的合作机制将不断健全，经贸合作和人文交流加快推进。在此基础上，仍需要进一步根据实践情况，更新和制定外商投资管理的操作细则等法规、规章和规范性文件，以进一步完善外商投资管理法律体系，实现外商投资体制的成功改革。

中国经济的大发展，不仅将不断拓展中国与世界各国互利合作的空间，而且中国也欢迎外国投资者参与到中国的经济发展进程中来。《外商投资法》的出台，不仅将进一步推动中国的改革开放进程，而且也坚定了世界各国对中国改革开放的信心，有助于实现中外联动发展。外国的投资者应抓住此次《外商投资法》出台的契机，把握好中国的商机，参与到中国的经济建设和大发展中来，享受中国经济大发展的红利。

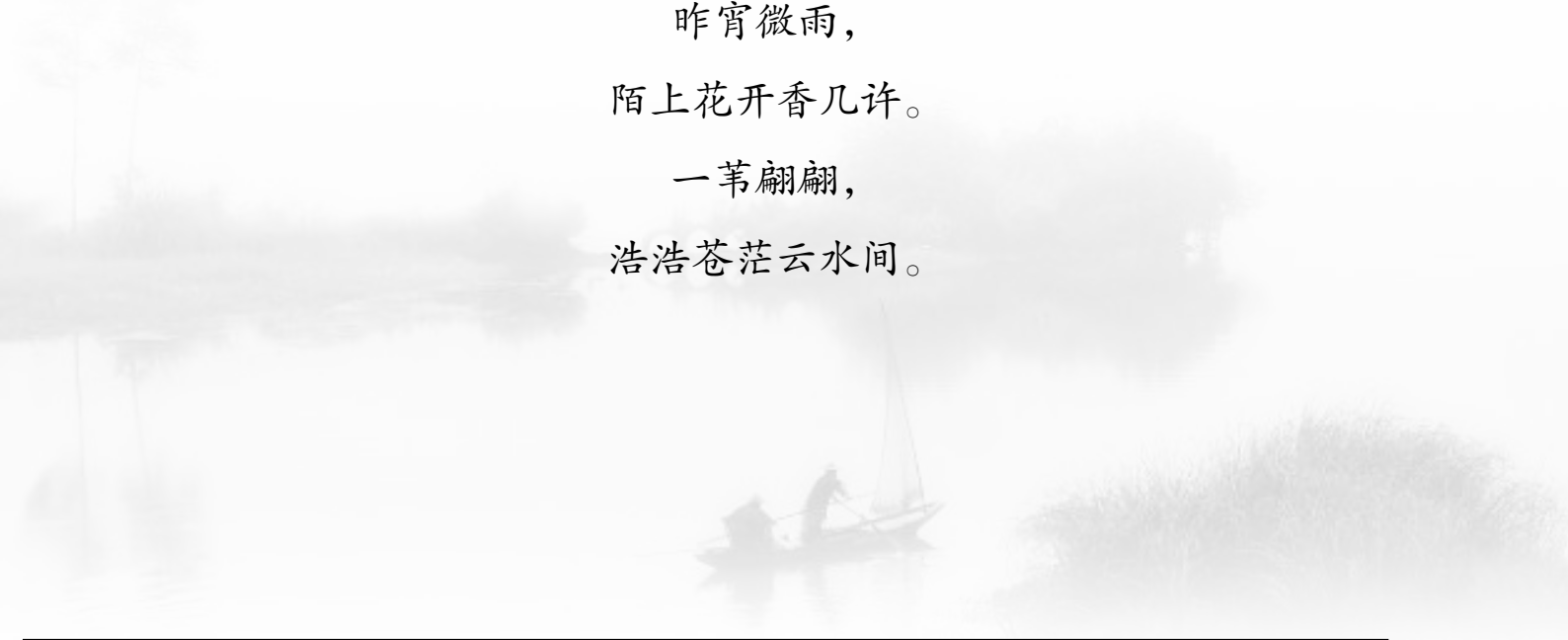
减字木兰花·南游

□ 方登发/文

五一小长假，自北京西站南下。西站主楼高耸星空，遥看万里；高速铁路风驰电掣，尽览秀丽江山。春雨载途，天明登高，好一幅水墨山水展开眼前。以小词《减字木兰花·南游》一首记之。



楼高百尺，
遥看天涯千万里。
电掣星驰，
一寸春光一寸诗。
昨宵微雨，
陌上花开香几许。
一苇翩翩，
浩浩苍茫云水间。



事务所快讯

▲中伦文德荣获“2015-2018 年度北京市优秀律师事务所”荣誉称号

为大力宣传和表彰北京律师队伍在全面推进依法治国基本方略、促进社会和谐稳定等方面的作用和贡献，发挥先进典型的引领、示范作用，推动形成律师行业创先争优的浓厚氛围，激励广大律师为建设国际一流的和谐宜居之都和法治中国首善之区建设做出更大贡献，北京市律师协会对法制建设发展作出积极贡献的优秀律师事务所进行了表彰。北京市中伦文德律师事务所荣获“2015-2018 年度北京市优秀律师事务所”称号。

▲中伦文德多名律师荣获央视《律师来了》优秀公益律师称号

近日，中央电视台社会与法频道对中伦文德多名律师在2018-2019 年度《律师来了》第二季公益法律服务中提供的专业法律帮助给予了表彰，总所高级合伙人李铮律师、黎学宁律师、武坚律师、许波律师，合伙人史志敏律师，天津分所合伙人姜爽律师，均被授予优秀公益律师称号。《律师来了》是中央电视台社会与法频道的大型服务类节目，秉承“法为绳墨，助为初心”的理念，以“以案说法，公益帮扶”为宗旨，进行法律服务和公益帮助，帮助当事人梳理法律关系，让当事人明白怎样运用法律逻辑去思考问题，加大全民普法力度，树立宪法法律至上、法律面前人人平等的法治理念。

▲中伦文德律师接受中央电视台社会与法频道《律师来了》栏目邀请，赴中共中央对外联络部为老同志做《老年人法律权益保护知识》讲座

2019 年 4 月 9 日上午，北京市中伦文德律师事务所的副主任、高级合伙人李铮律师，接受中央电视台社会与法频道《律师来了》栏目邀请，为中共中央对外联络部（以下简称“中联部”）的老干部，做了题为《老年人法律权益保护知识》的讲座。中联部约 100 余名老同志参加了讲座活动，气氛非常活跃！老干部们纷纷表示，这项活动非常有意义，贴合老同志们的需求，感谢中联部老干部局、《律师来了》节目组和文德律师所的安排，并期待多举办这样的法律讲座和交流活动。

▲中伦文德律师事务所李铮律师当选北京市第十一届律师代表大会代表

2019 年 4 月 13 日，北京市朝阳区第三届律师代表大会第二次会议顺利召开。北京市中伦文德律师事务所副主任、高级合伙人李铮律师出席大会，并当选北京市第十一届律师代表大会代表。北京市朝阳区律师协会副会长刘晓明律师对李铮律师表示热烈祝贺。李铮律师当选北京市第十一届律师代表大会代表，是中伦文德律师受到同行一致认可的体现！中伦文德律师将不负众望，认真履职，不断砥砺前行，与大家一同推进律师行业的新发展！

▲中伦文德律师参加北京市第十一次律师代表大会

2019 年 5 月 19 日，中伦文德副主任、高级合伙人李铮律师，参加了北京市第十一次律师代表大会。会上，北京市律师协会对法制建设发展作出积极贡献的优秀律师事务所进行了表彰。北京市中伦文德律师事务所荣获“2015-2018 年度北京市优秀律师事务所”称号。本次代表大会还选出了北京律师协新一届会长、副会长和监事长等领导班子成员。

▲中伦文德继续入选中国出口信用保险公司律师库入库律所

中伦文德律师事务所继续入选为中国信保律师库入库律所，并作为全国少数几家律所同时入选了中国信保的“非诉讼境内综合所”和“诉讼（含仲裁）全国所”的入库律所。在中伦文德创始合伙人陈文董事长领导下，北京总所高级合伙人、保险研究院院长李政明律师牵头负责了整个投标活动，北京总所武坚律师、李云海律师、李铮律师、许波律师等以及上海、广州、深圳、天津、成都、济南、武汉、太原、重庆等地分所共同参与。

▲中伦文德律师事务所助力北京北控文化体育有限公司收购北控足球俱乐部

中伦文德律师事务所（“中伦文德”）助力北京北控文化体育有限公司成功收购了中甲球队北京控股足球俱乐部有限公司（“北京北控”）55.33% 股权，近期北京北控已正式更名为“北京北体大足球俱乐部有限公司”。中伦文德为本次俱乐部并购提供了方案设计、尽职调查、本文起草、收购谈判等全流程法律服务工作。本项目总协调人为刘洋律师，主办为徐涛律师，项目组成员还包括陈鸿慈律师、刘峻巍律师。

▲中伦文德·长沙律师事务所党支部赴韶山开展主题党日活动

为进一步继承和发扬党的光荣传统与优良作风，不断推动党员学习教育活动的有效开展，5 月 10 日，中伦文德（长沙）律师事务所党支部组织全体党员赴韶山参加五月主题党日活动，将党课搬到青山绿水间，以全新的形式，全新的姿态，牢记党的使命。

▲天津翔宇国际学校一行来中伦文德（天津）律师事务所参观交流

2019 年 5 月 5 日上午 9 点，天津市翔宇国际学校康岫岩校长、李翠玲校长等一行来我所（天津）分所参观交流。我所创始合伙人、主任温志胜律师，高级合伙人张世明律师，合伙人黄冀蒙律师、合伙人孙秋实律师等进行了热情接待。温主任首先带领翔宇学校一行参观了我所位于金融街中心融汇广场 A 座 38 层的新办公场所，其后双方进行了友好交流。在交流中，温主任介绍了我所的基本情况，康校长等人亦充分肯定了我所近年来的发展。

中伦
文德



▲ 2019年4月3日，中伦文德凭借出色的市场表现和良好的客户口碑，在房地产与建设工程领域、医疗与生命科学领域入选LEGALBAND（国际媒体公司Accurate Media旗下的专业法律评级机构）公布的2019年中国顶级律师事务所/律师排行榜。。中伦文德创始合伙人、董事长陈文律师在Real Estate & Construction 房地产与建设工程领域入选第一梯队。中伦文德高级合伙人、医药健康专业委员会主任、成都所主任王志坚律师在Healthcare & Life Sciences 医疗与生命科学领域入选第二梯队。



▲ 2019年4月23日下午，本所方登发主任应邀参加中国人民大学律师业务研究所举办的“律所信息化管理与竞争力”研讨会。会议由中国人民大学律师业务研究所所长、教授、博导李奋飞先生主持，北京市多家律师事务所负责人参会。



▲ 2019年3月30日，中伦文德破产重组法律专业委员会主任刘培峰律师、秘书张娇茹律师代表中伦文德律师事务所应邀参加了“中国破产法论坛·管理人履职保障与首都营商环境优化专题研讨会”。本次研讨会聚集了来自中国人民大学破产法研究中心、北京市破产法学会、北京市法院系统、北京市五十家在册管理人机构以及中国工商银行北京市分行的200余位破产法理论及实践方面的专家学者，聚焦“管理人履职存在的障碍及其克服”等议题展开深入研讨，并探讨了“银行金融机构如何支持管理人履职”等问题。



▲ 2019年5月10日，北京市中伦文德律师事务所董事长陈文律师、副主任李铮律师、合伙人胡洁律师、张家健律师、律师助理崔艺小、律师助理王禹宸，在本所北京办公室19层会议室接待了爱尔兰A&L Goodbody律师事务所合伙人Marie O' Brien女士、合伙人Michael Doyle先生以及律师Kevin Slattery。作为合作伙伴，两家律所的合伙人，就如何进一步加深友好合作、交流，进行了广泛的讨论，并互相介绍了双方律所的发展近况，共同强调要加强双方青年律师的交流合作，共同举办规模性、专业性的研讨会。



▲ 北京市中伦文德律师事务所李政明律师、何娟律师、郭文俊律师以深厚的法学底蕴与丰富的争议解决经验，为当事人阮先生、屈先生等投资人与某P2P集团公司合同争议案经北京市某中级人民法院执行完毕，全额收回本金，而且执行回款利息和相应的违约金，合计七百余万元。当事人特向本所赠送锦旗，表彰中伦文德“中伦明正义、文德为民众”的法律人精神。



▲ 2019年5月9日，在中伦文德北京总所，通信业务团队与美国贝克豪斯律师事务所（BakerHostetler LLP）隐私与数据保护团队就隐私与数据信息保护国际业务合作事宜开展深入研讨，双方就该业务领域的典型案例及律师在该领域的重要作用进行了详细交流。研讨会由合伙人谢叶律师主持，贝克豪斯合伙人赵晓华律师、Theodore J. Kobus III 律师、Melinda Mclellan 律师及中伦文德合伙人郝伟律师、徐云飞律师、王向阳律师、冯杰律师各自发表了生动、务实、恳切的经验和建议，李铮律师团队黎万奇担任翻译。

主 编：陈 文

执行主编：方登发

编 委 会：李 刚 甄庆贵 夏欲钦 李 铮 林 威 王志坚 李熙华 温志胜 王爱国 刘银栋 王海波 余树林 洪国安
王长江

中伦文德律师事务所 ZHONGLUN W&D LAW FIRM

北京·上海·广州·深圳·成都·石家庄·天津·武汉·太原·济南·西安·南京·厦门·前海·香港·伦敦·巴黎·里昂·新加坡·柏林·汉堡

北京市朝阳区西坝河南路1号金泰大厦19层

19/F, Golden Tower, No.1, Xibahe South Road, Chaoyang District, Beijing, 100028

总机(Tel): (010)64402232

传真(Fax): (010)64402915

www.zhonglunwende.com