

# 中央企业合规管理系列指南

## 目 录

一、反商业贿赂.....	1
二、反垄断（经营者集中）.....	25
三、商业秘密保护.....	36
四、反垄断（垄断协议、滥用市场支配地位）.....	71
五、PPP.....	91
六、个人信息保护.....	127
七、商业伙伴.....	171
八、劳动用工.....	191

# 反商业贿赂

## 第一章 反商业贿赂概述

- 一、商业贿赂的基本概念
- 二、商业贿赂的构成要素
- 三、规制商业贿赂的法律框架

## 第二章 反商业贿赂合规风险

- 一、第三方商业贿赂风险
- 二、礼品与招待商业贿赂风险
- 三、旅游与考察商业贿赂风险
- 四、捐赠与赞助商业贿赂风险
- 五、工程建设招投标商业贿赂风险
- 六、招聘商业贿赂风险
- 七、采购商业贿赂风险

## 第三章 涉美反商业贿赂合规风险

- 一、美国《反海外腐败法》
- 二、特别注意：美国出口管制的“长臂管辖”
- 三、美国《反海外贿赂法》执法趋势

## 第四章 反商业贿赂合规管理机制

- 一、作出政策声明
- 二、建立组织保障
- 三、建立制度体系
- 四、建立风险评估机制
- 五、建立预控机制
- 六、组织教育培训
- 七、开展调查与举报
- 八、开展沟通与审查
- 九、开展考核与追责
- 十、培育反商业贿赂文化

## 第五章 反商业贿赂合规风险防范措施

- 一、第三方商业贿赂风险防范

- 二、礼品与招待商业贿赂风险防范
- 三、旅游与考察商业贿赂风险防范
- 四、捐赠与赞助商业贿赂风险防范
- 五、工程建设招投标商业贿赂风险防范
- 六、招聘商业贿赂风险防范
- 七、采购商业贿赂风险防范

**附件**

- 一、反商业贿赂主要国际公约清单
- 二、反商业贿赂主要外国法清单
- 三、我国反商业贿赂法律法规清单

# 第一章 反商业贿赂概述

## 一、商业贿赂的基本概念

### （一）商业贿赂的定义

商业贿赂指市场参与者在商业活动中为了谋取商业利益，而故意采取各种贿赂手段，侵害正常市场竞争秩序的行为。商业贿赂是最常见同时也是最普遍的腐败形式之一，是贿赂的一种。

### （二）商业贿赂的后果

商业贿赂行为会违反国际条约或国内外法律，从而遭致严厉的惩罚。实施商业贿赂行为的实体或者个人除承担高额罚金、民事责任、刑事责任外，还可能被列入国际多边组织的制裁黑名单，禁止参与相关投标，禁止相关实体或者个人与被制裁者进行贸易、金融等交易等。

## 二、商业贿赂的构成要素

### （一）商业贿赂的主体

商业贿赂的主体包括行贿主体和受贿主体。从行贿主体来看，应当是从事商业活动的经营者，包括单位和个人。从受贿主体来看，除了包括上述从事商业活动的经营者的交易相对人以外，还包括与商事活动有密切关系的其他单位和个人，例如：居间代理人，公司高管及其授权雇员，律师，会计师，政府官员，以及其他具有影响交易能力的个人或组织等。

商业贿赂主体具有多样性：只要是参与市场竞争的主体都有可能成为商业贿赂犯罪的行贿方，而所有能够影响市场竞争的单位和个人也都可能成为商业贿赂犯罪的受贿方，这是由经济活动的广泛性所决定的。

### （二）商业贿赂的主观方面

商业贿赂的主观方面只能由故意构成，并且只能是出于直接故意的主观形态。行贿者之所以不遵守正当的竞争规则，暗中给予对方单位、个人财物或者其他利益，目的是在经营活动中获取交易机会，将自己的产品或服务销售出去，或者以更优惠的条件购买商品或接受服务。而收受商业贿赂的一方则为牟取私利，不顾国家和单位及公众利益。

### （三）商业贿赂的客体

商业贿赂侵害的客体是商业贿赂犯罪行为所侵害的社会关系。商业贿赂所侵

犯的客体应当是复杂客体，即侵犯了公平竞争的市场经济秩序，又侵犯了有关人员的职务廉洁性，其中对公平竞争的市场经济秩序的侵犯是其主要的客体特征。

#### （四）商业贿赂的客观方面

商业行贿的表现形式为暗中提供或者允诺提供给他人利益上的报酬、礼品和其他好处。商业受贿的表现形式为收受、索取或者应诺接受他人暗中提供的利益上的报酬、礼品和其他好处，为他人谋取不正当利益。贿赂的范围包括但不限于财物、财产性利益及非财产性利益，例如：经营者为销售或者购买商品，假借促销费、宣传费、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义，或者以报销各种费用等方式，给付对方单位或者个人的财物；提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益的手段。

### 三、规制商业贿赂的法律框架

#### （一）主要国际公约

##### 1. 《联合国反腐败公约》

《联合国反腐败公约》是联合国为打击跨国、跨区域的腐败犯罪主持制定的国际法律文件。于2003年10月31日经第58届联合国大会通过的。公约的诞生反映了国际社会反腐败的强烈要求和坚定决心。截止2018年6月，公约有140个签署国，180个缔约国。我国于2003年12月10日签署公约，2005年10月27日批准公约，2006年1月13日递交批准书。公约于2006年2月12日对我国生效。

公约建立了一系列综合性反腐败的措施，在完善国内预防与打击腐败犯罪、加强国际合作与交流、促进司法协助方面制订了具体的执行方案，并确立了被贪污的公款必须返还的原则。该公约的内容除序言外共分8章：包括总则，预防措施，定罪、制裁、救济及执法，国际合作，资产的追回，技术援助和信息交流，实施机制以及最后条款。其中第三章“定罪、制裁、救济及执法”明确规定，可以定罪的腐败行为包括：贿赂、贪污、挪用公款、影响力交易、窝赃、滥用职权、资产非法增加、对犯罪所得洗钱、妨害司法等。

《联合国反腐败公约》在强调打击腐败犯罪的同时，更强调对腐败犯罪实施综合预防战略。这部公约对预防腐败的措施作了系统的规定，并要求各缔约国定期评估有关法律文书和行政措施是否能够有效预防和打击腐败，确立专门的、具有必要独立性和人力物力资源保证的预防性反腐败机构，加强审判、检察人员的廉政，并发挥他们在预防腐败方面的重要作用。此外，公约在建立、完善境外追逃、

追赃机制方面提出了针对性措施。

## 2. 经济合作与发展组织《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》

在美国的推动下，1997年，经济合作与发展组织通过《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》（以下简称“OECD公约”），公约于1999年2月正式生效。截至2019年4月，已有44个国家签署该公约，其中包括全美国、英国、德国、法国、意大利、日本、加拿大、俄罗斯。中国目前只是一个观察国，尚未签署该公约。

公约适用主体为“外国政府官员”，包括任何外国立法、行政或司法机关中拥有相关权力的人员，无论其为选举所任还是被指派；公共服务代理人或国有企业中行使公共权能的人员；以及国际公共组织中的官员或代理。

OECD公约核心条款为：反贿赂条款，要求签署国通过国内立法将本国主体向外国官员行贿的行为列为犯罪行为，进行刑事处罚；以及会计账目条款，要求签署国通过国内立法，明确禁止公司设立账外账或通过不实记账隐瞒行贿行为，并对此类行为给予民事、行政或刑事惩罚。

中国虽然至今未签署OECD反腐公约，但中国在2011年5月1日施行《中华人民共和国刑法修正案（八）》，在《刑法》第164条中加入“为谋取不正当商业利益，给予外国公职人员或者国际公共组织官员以财物的，依照前款的规定处罚”的内容，将中国企业在国际商业交易中向外国公职人员行贿的行为列为犯罪行为，处以重罚。由此可见，中国刑法针对向外国公职人员行贿的刑罚已经在实质上达到OECD公约的要求。

### （二）主要外国法

#### 1. 美国《反海外腐败法》

美国1977年颁布的《反海外腐败法》（英文简称“FCPA”）是该领域立法的鼻祖。FCPA主要包括两个部分：反贿赂条款和会计条款，分别对贿赂外国公务人员的行为及会计账目掩盖贿赂款项的行为进行了规定，全方位打击跨国公司商业贿赂。尤其是会计条款部分，通过着眼于公司的内部控制体系，关注公司通过帐外支付或其它欺骗手段隐瞒腐败行为的做法，将预防贿赂的措施提前，以期通过公司自律监管代替事后惩罚。

在管辖权方面，该法的适用行为主体为任何代表公司行为的公司、自然人、董事、雇员、代理等（包括在美国境内向国外政府官员行贿的外国公司和个人）。

另外，根据美国地域管辖原则和国籍管辖原则，“股票发行者”和“国内关联者”如果在美国境内使用美国邮政或者其他手段（包括电话、传真、电汇、国际旅行），向外国政府官员行贿，都有可能违反 FCPA。在母公司的责任方面，FCPA 规定，美国的母公司需要为其在海外的子公司向外国政府官员行贿的行为负责。具备美国国籍、居民资格的个人如果受雇于这些海外子公司，并代表公司进行行贿，也受到该法的制裁。

在贿赂的责任后果方面，除了对于公司的巨额罚款外，根据 FCPA 的规定，跨国公司因商业贿赂违法的后果还包括对公司高管的监禁、对公司可能长达数年的调查与审计、限制或禁止参与美国政府的政府采购项目、丧失出口资质、丧失参与证券业务的资格、禁止参与美国期货交易委员会和美国海外私人投资委员会的代理项目等严格的处罚。

## 2. 英国《反贿赂法》

2010 年英国《反贿赂法》将英格兰和威尔士先前与贿赂犯罪有关的分散法律编成法典，于 2011 年 4 月生效，确立了以下罪名：

三类一般贿赂罪：给予或收受贿赂或其他好处（包括提供、索取或同意收受贿赂或其他好处）；贿赂外国公职人员罪；以及新型法人犯罪：企业未能阻止与商业组织相关联并代表该商业组织提供服务的任何人进行贿赂。在管辖权方面，英国《反贿赂法》确定了更广泛的管辖权，甚至因此被称为“史上最严厉的反腐败法”。该法第 12 条规定，如果一个商事组织在英国设立，或者在其他国家设立，但在英国从事业务，则无论犯罪行为在什么地方发生，该法律对其都有管辖权。但相比于 FCPA，英国《反贿赂法》并没有通融费例外，即：如果是出于加速或取得外国官员例行政府行动之目的而给外国官员支付的便利性或加速性费用，仍然会被认定为“贿赂外国公职人员”，仍然会受到惩罚。同样，英国《反贿赂法》也并没有合理正当开销这一抗辩事由。

英国《反贿赂法》项下的处罚包括：对公司处无上限罚金；个人若被定罪，则最高刑期可达十年，罚金不封顶。

### (三) 国内法

#### 1. 行政法下的反商业贿赂

行政法下的商业贿赂的主要集中体现在《反不正当竞争法》以及《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》的规定中。此外，《中华人民共和国行政处罚法》、《中华人民共和国保险法》、《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国建筑

法》、《中华人民共和国价格法》、《中华人民共和国政府采购法》、《中华人民共和国税收征收管理法》、《中华人民共和国合同法》、《\*\*\*关于在对外活动中赠送和接受礼品的规定》、《治理产权交易中商业贿赂工作实施方案》、《中国保险业监督管理委员会关于明确保险机构不正当竞争行为执法主体的复函》以及《中国银行业监督管理委员会办公厅关于银行业金融机构不正当竞争有关问题的批复》等法律、法规甚至规范性文件也有相应的规定。

### (1)《反不正当竞争法》

《反不正当竞争法》是行政法体系下最重要的反商业贿赂法律。2017年新修订的《反不正当竞争法》则明确了商业贿赂受贿方的范围。第七条第一款明确了商业贿赂受贿方的范围,规定经营者不得贿赂下列单位或个人以获取交易机会或竞争优势:交易相对方的工作人员;交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人;以及利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。

与1993版相比,新版《反不正当竞争法》显著提高了针对商业贿赂的行政处罚力度,罚款上限从20万元提升至300万元,并增加了吊销营业执照的严厉处置。

### (2)《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》

该规定第2条分别对“商业贿赂”以及“财物”、“其他手段”进行定义。即“商业贿赂”,是指经营者为销售或者购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或者个人的行为。“财物”,是指现金和实物,包括经营者为销售或者购买商品,假借促销费、宣传、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义,或者以报销各种费用等方式,给付对方单位或者个人的财物。“其他手段”,是指提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益的手段。此外,对“回扣”“折扣”“佣金”等进行了定义。该规定第5条,“回扣”,是指经营者销售商品时在帐外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款。第6条规定“折扣”,即商品购销中的让利,是指经营者在销售商品时,以明示并如实入帐的方式给予对方的价格优惠,包括支付价款时对价款总额按一定比例即时予以扣除和支付价款总额后再按一定比例予以退还两种形式。第7条规定“佣金”,是指经营者在市场交易中给予为其提供服务的具有合法经营资格中间人的劳务报酬。并明确经营者“可以以明示方式给予对方折扣”,但给予方以及接收方必须如实入帐。

## 2.刑法下的反商业贿赂

刑法下的商业贿赂规定主要集中在是《刑法》以及相关的刑事立法解释、司法解释中。例如,《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》、《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》、《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》、《最高人民法院、最高人民检察院关于行贿罪立案标准的规定》以及《最高人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》等。具体罪名涉及:非国家工作人员受贿罪(刑法第163条)、对非国家工作人员行贿罪(刑法第164条)、受贿罪(刑法第385条)、单位受贿罪(刑法第387条)、行贿罪(刑法第389条)对单位行贿罪(刑法第391条)、介绍贿赂罪(刑法第392条)、单位行贿罪(刑法第393条)、利用影响力受贿罪(刑法第388条)、对外国公职人员或者国际组织官员行贿罪(刑法第164条)。

## 第二章 反商业贿赂合规风险

实践中,商业贿赂合规风险一般包括第三方商业贿赂风险、礼品与招待商业贿赂风险、旅游与考察商业贿赂风险、捐赠与赞助商业贿赂风险、招聘商业贿赂风险、工程建设招投标商业贿赂风险、招聘商业贿赂风险以及采购商业贿赂风险等七方面。

### 一、第三方商业贿赂风险

“第三方”是指公司以任何形式或名义聘用的代理、顾问、中介机构、业务推广人、业务赞助人或其他代表,例如:销售顾问、销售代表、公关顾问、清关代理、财务顾问、法律顾问、合资或合作伙伴、物流货运代理或海关事务代理、或营销代理人或为公司商业交易提供居间服务的第三人等,无论其组织形态为有限责任公司、股份有限公司、合伙企业甚至是自然人或其他非法人实体。

聘请第三方以开展业务,对企业来说是一种颇具吸引力的选择。这些第三方群体既精通当地语言,又具备专业知识,还拥有广泛的职业人脉,能够很方便地开展业务,提高交易的便捷性和利润。但是,企业应该事先考虑与第三方合作的风险,以免惹上麻烦或卷入代价高昂的诉讼。

“第三方”风险是反商业贿赂领域中企业面临的重大风险之一。除了在美国登记的证券之“发行人”和美国“国内企业”以及他们的相关人员,美国《反海外腐败法》FCPA还制约了他们的“代理人”这一第三方主体,以及在美国境内促成行贿、或促使其他人促成行贿行为在美国境内发生的外国公司和个人。

美国对于“第三方”监管的十分严格，结合美国《反海外腐败法》FCPA 的过往执法案件及执法趋势，第三方商业贿赂风险可以归结为以下几种：

通过代理人、顾问、当地合作伙伴等第三方中间人直接向政府官员等行贿。

通过代理人、顾问、当地合作伙伴等第三方中间人以订立虚假合同、折扣、虚高报酬等方式向政府官员等人变相提供不正当有价物。

向与政府官员等人有“私交、亲密关系”的第三方提供不正当有价物。

在公司应当知情却不知情的情况下，其第三方顾问向政府官员行贿。

企业应政府官员的要求或暗示，聘用某家第三方。

第三方“顾问协议”仅包含描述比较模糊的服务，可能被用来掩盖顾问服务的“真相”。

## 二、礼品与招待商业贿赂风险

当经营者将赠礼、宴请作为利诱的手段为其达成交易、谋取业务机会、排挤其他竞争对手时，正当的商业礼仪会变质为违法行为，从而受到商业贿赂相关法律、法规的规制。

“有价物或好处”指接受者认为可能有价值的财物或好处，例如财产性利益或其它好处，包括现金、礼品、礼品卡，带有公司标志的物品，电子设备或其他设备、实物资产或其他资产，如：股票、债券、有价证券、不动产或其它财产、服装、餐饮、娱乐(例如：音乐会、剧院演出、体育活动或其他类似活动的门票或邀请函)、旅行、住宿、交通、贷款、对财产、资产、设备的使用权，慈善捐赠、政治献金、医疗、工作或实习机会或合同，以及雇佣机会。

除“第三方”风险外，“礼品与招待”亦是反商业贿赂领域中企业面临的风险之一。美国《反海外腐败法》FCPA 严格禁止向外国政府官员提供、支付、承诺支付或授权支付任何现金、或邀约、礼品、承诺给予或授权给予任何有价值的实物。

对提供实物礼品、现金或现金等价物构成商业贿赂行为总结以下要点：

公司在一段时期内频繁向交易相对方的相关人员赠送实物礼品、现金或现金等价物，赠予频率超过一般商业惯例且对象特定。

在赠礼行为持续期间，公司与交易相对方之间达成了具体业务，即在销售商品或服务的过程中提供财物。

在赠礼行为持续期间，虽然公司与交易相对方之间尚未达成具体业务，但赠送的礼品内在价值明显超出了法律允许的范畴，足以被理解为以影响交易相对方

人员的商业决定为目的。

用以提供礼品、现金或现金等价物的经费未如实入账，或以虚假的报销单据冲账套取现金作为贿赂的经费。

### 三、旅游与考察商业贿赂风险

与礼品与招待类似，美国《反海外腐败法》FCPA也曾因外国企业向部分官员及其亲属提供旅游而对其展开调查。具体所涉及到的旅游与考察方面的风险可归结为以下几点：

企业假借考察、学习、培训的名义，向利益相关方或其家人及私人宾客提供“免费旅游”。

企业向其利益相关方报销其个人或其家人及私人宾客旅游过程中支付的相关费用。

企业出于正当目的为相关方安排旅游与考察时，支付或报销其家人或私人宾客的开销。

企业内人员以任何形式接受来自利益相关方提供的“免费旅游”。

企业出于正当目的为相关方提供过于奢侈昂贵的旅游与考察。

企业出于正当目的为相关方提供旅游与考察的同时，向其支付现金、酬金、出差津贴等任何形式补贴。

由利益相关方报销其企业内人员个人旅游过程中支付的开销。

### 四、捐赠与赞助商业贿赂风险

从美国《反海外腐败法》FCPA的执法过往历史来看，越来越多的外国公司通过以捐赠或者赞助的方式向政府官员进行行贿以换取业务。捐赠或赞助过程中亦存在大量的商业贿赂风险，具体风险分类如下：

企业以任何形式直接向政党进行政治性捐赠，发生与政党之间的不当利益输送。

企业假借捐赠或赞助的名义，通过财务手段向被捐赠或被赞助方进行行贿，以达到商业目的。

企业向具有影响力的官员所指定的慈善机构支付捐款以达到商业目的。

企业将捐赠赞助与商业活动挂钩，通过捐赠赞助方式争取交易机会。

企业假借捐赠或赞助的名义，承担被捐赠或被赞助方的各种费用。

企业假借捐赠或赞助的名义，向被捐赠或被赞助方提供各种娱乐活动。

企业以赞助的方式向被赞助方提供资金，但被赞助方未签订《赞助协议》提

供任何市场推广活动，或未按照《赞助协议》中的约定进行任何市场推广活动。

企业通过捐赠或赞助的方式向第三方进行捐赠赞助，再由第三方向政党或其他利益相关方进行利益输送。

## **五、工程建设招投标商业贿赂风险**

各国政府、资金方、外部监管机构及其他国际组织对于企业在境外工程建设过程中的招投标监管压力逐年增强。

招投标是商业贿赂的高发区，存在大量的商业贿赂风险，具体风险分类如下：

企业通过向招标方、评标委员会或招标代理机构进行行贿以谋取中标。

企业身为招标方，通过要挟、暗示竞标方提供有价物或好处才能中标。

企业通过伪造、篡改投标文件及标书等文件以谋取中标。

企业通过与其他竞标方或业主相互串通，破坏市场公正，损害其他投标人的合法权益。

企业通过向其他竞标方或业主提供有价物或好处，获取投标保密信息，以获得投标优势。

企业在业务往来过程中提供或收取任何形式的贿赂、回扣、佣金或有价物。

企业在招投标过程中聘用第三方，并通过第三方向招标方提供有价物或好处，以谋取中标。

业主利用发包权，强迫承包企业签订“阴阳合同”，私下索取不当利益。

政府主管部门直接干预招投标，从中谋取私利。

## **六、招聘商业贿赂风险**

从美国《反海外腐败法》FCPA的执法过往历史来看，越来越多的外国公司通过以招聘的方式向政府官员变相提供好处以换取业务。

企业通过向外国政府官员近亲属不当提供就业机会以换取业务。

企业通过聘用特定人员以获得不正当利益或开展其他违法活动。

企业在招聘过程中通过商业贿赂等不正当手段招聘人员。

招聘方人员通过干预招聘，从中谋取私利。

企业通过聘用特定身份人员开展存在利益冲突的工作以获得利益。

## **七、采购商业贿赂风险**

与“第三方”风险类似，“采购”风险也是反商业贿赂领域中企业面临的风险之一。在FCPA项下，其将“经销商”放在了第三方项下。但由于“采购”在国际上所涉及到的内容并不单指“经销商”或“物资采购”，为更有效加强风险

防范，我们将“采购”具体定义如下：

“采购”指广义采购，通指：物资及设备采购，工程及劳务分包，房屋、设备及材料租赁，保险采购，技术、管理等咨询服务。

根据上述定义，“采购”所涉及到的风险具体如下：企业通过接受投标方的贿赂或不当利益向投标方泄露其他投标方或招标信息等开标前的其他涉密信息，或者发生任何对公平竞争产生不利影响的行为。

企业要求或允许投标方在投标截止期后修改投标文件，或在投标完成后要求折扣。

企业在业务往来过程中提供或收取任何形式的贿赂、回扣、佣金或有价物。企业利用发包权，强迫投标方签订“阴阳合同”，私下索取不当利益。

企业要挟、暗示投标方必须分包部分项目给指定的分包商或供应商才能中标。

企业与一个或数个投标方私自协商或恶意串通。

企业授意一个或多个竞标方组成联合体共同投标，或限制投标方之间竞争。招标委员会中的成员与投标方存在直接利益冲突。

### 第三章 涉美反商业贿赂合规风险

纵观美国法律体系，美国已建立起一套相对完善的反腐败、反商业贿赂法律体系。美国专门法包括：1883年制定的《文官制度法》（后于1978年修订为《文官制度改革法》），对政府雇员的义务做了更明确的规定。要求政府雇员奉公守法，廉洁自律。1925年国会通过的《联邦贪污对策法》旨在通过减少公职人员违法募集竞选资金而预防腐败犯罪的重要法律。该法惩处的重点是选举中的间接贪污行为，对向国会初选和大选的捐款作了限制。1978年美国国会通过《政府道德法》，（1989年进行了修订，改为《道德改革法》），其主要目的是统一立法、司法、行政三部门的道德标准，加强了美国本土官员的廉政体系建设。但上述法案，更多的都是管控美国本土官员的腐败问题。

1977年美国国会颁布了《反海外腐败法》，以求禁止特定个人或实体向外国政府官员进行非法支付以换取商业好处的行为。FCPA的主要宗旨就在于彻底禁止境外贿赂。近年来，美国进一步防范和打击交易中的“商业贿赂”行为，增大了对外国公司商业贿赂行为的调查及处罚力度。

#### 一、美国《反海外腐败法》

### （一）适用范围

根据 FCPA 的反贿赂条款规定，中国在美国上市的公司、美国公司在中国设立的子公司、代表处及其雇员，以及在美国境内开展业务的中国企业或者个人，甚至通过美国银行转账的行为，都可能受到该法的管辖。具体来说可以分为以下三类人员：

1、全体美国公民、永久居民和其他具有美国国籍的人（不论是否居住在美国），以及所有根据美国法律注册成立的公司、企业或其他组织。

2、在美国证券交易所交易的美国和外国公司，不论是否在美国注册或有美国国籍。

3、所有在美国领土范围内直接或间接进行贿赂支付的个人或实体。

此外，任何外国人或外国公司的雇员，只要是通过了美国的邮件系统进行通信或使用隶属于美国的国际商业工具进行商业贿赂支付，只要满足了“最小联系”，即不论是电话、邮件还是银行转账，只要和美国发生了任何联系，美国都可以进行管辖。

### （二）禁止行为

1、影响该外国官员在公务职位上的任何行为或决定；

2、引诱该外国官员做任何违反其法定职责的事情或做对其法定职责不尽责的事情；

3、取得任何不正当利益；

4、引诱该外国官员利用其在外国政府或其机构的影响力来影响该政府或机构的任何行为或决定，以帮助行为人取得或保留给任何人的业务，或将业务交给任何人。

### （三）法律责任

1、FCPA 对行贿行为的认定标准

商业目的判定是判断 FCPA 是否适用的重要标准。FCPA 适用于行贿者为诱使或影响外国官员利用其职位协助行贿者获得或保持业务而进行的行贿。所谓“业务”包括获得或保持合同，而且包括业务优势。

但 FCPA 对行贿行为的认定标准较为模糊，执法过程中美国司法部和美国证券交易委员会有着较大弹性的自由裁量权，具体认定如下：

（1）FCPA 对贿赂行为的构成采用了“业务目的测试”，禁止任何为获取业务或与获取业务相关的任何形式的交易或给付行为；

(2) FCPA 还要求行为人必须具有进行贿赂的主观意图，行为人做出给付、承诺给付或对给付的授权的行为时，必须具有“腐败的”意图。行为人一旦被认定为“蓄意”行贿，就需要承担 FCPA 项下的刑事责任。“蓄意”则指行为人知晓其违法行为，但并不要求被告一定知道其违反了 FCPA；

(3) FCPA 对贿赂行为的认定要件还包括行为人必须给付了外国官员任何“有价值之物”。FCPA 本身未对何为“有价值之物”进行定义，但美国司法部和法院对“有价值之物”这一概念做出了十分宽泛的界定。具体包括现金、礼品、旅行、餐饮娱乐、折扣、工作机会和其它有价值的财务。

## 2、具体处罚措施

违反 FCPA 反贿赂条款，对公司和其他商业实体最高处以 200 万美元的罚金，对个人最高处以 25 万美元罚金并处最高 5 年刑期；

违反内控会计条款，对公司和其他商业实体最高处以 2500 万美元罚金，对个人最高处以 500 万美元罚金并处最高 20 年刑期；

对于违反 FCPA 的被告，法院可对其加以更高的处罚。最高可达相当于被告从其商业贿赂行为中所获取利益的两倍的罚金。个人所受罚金不得由单位代缴。

证券交易委员会针对证券发行人，司法部针对国内单位和外国人。针对违反反贿赂条款的民事罚金，对于单位和个人均是 16000 美元，针对违反会计账目条款的证券发行人，证交会可以罚没被告从贿赂行为中获益的金钱性毛收入。

## (四) 抗辩事由

1、本地合法支付，支付给外国官员的任何财物根据该外国成文法规定是合法的支付。

2、合理正当开销，支付给外国官员的任何财物均为合理正当的开销支出。

近年来，一旦中国企业在跨国经营过程中，满足“最小联系”，其企业本身及其人员及子公司的行为都会受 FCPA 监管。而美国司法部在查案过程中，执法机构对企业对非法行为的自我检举、对调查的配合以及补救措施。公司内部是否建立并有效执行一套反商业贿赂的合规体系，会影响到执法机构决定案件的和解方式，罚金数额等。

## (五) 执法机关

美国司法部主要负责 FCPA 的执行，而美国证券交易委员会则一般负责公司记录和会计规定的执行。两家机构都有权对目前及未来的违法行为执行永久禁止令。

## 二、特别注意的问题：长臂管辖

“长臂管辖”是美国民事诉讼中的一个重要概念，当被告的住所不在该法院地州但和该州有某种最低联系时，所提权利要求的产生和这种联系有关时，就该项权利要求而言，该州对于该被告具有属人管辖权。

“长臂管辖”原则可以理解为：美国法院根据长臂法案的授权，依据“最低限度联系”原则，在非居民被告与法院的联系满足美国宪法正当程序条款所要求的最低联系时，对非居民被告行使特别管辖权或者一般管辖权所形成的管辖权范围扩张的效果。

一个企业不需一定在美国设立，也不必在美国有业务经营，只要企业经营行为与美国市场、美国相关机构或者美国企业有联系，如果法院认定企业或者企业高管存在违反出口管理、有贿赂等腐败行为，即使不是发生在美国，也同样受到美国“长臂法”的制约。

根据 FCPA 规定，其管辖适用的范畴，包括在美国任何证交所或柜台交易机构上市的公司，任何美国国民、公民、居民，任何受美国联邦或州法律管辖的实体，以及任何主要营业地点在美国的公司。只要满足了“最小联系”，即不论是电话、邮件还是银行转账，只要和美国发生了任何联系，美国都可以进行管辖。

## 三、美国《反海外贿赂法》执法趋势

2018 年，美国《反海外腐败法》（FCPA）的罚金总数高达 28.9 亿美金。2018 年 11 月，美国司法部宣布了“中国行动倡议”，其中便提出，优先处理“涉及与美国企业竞争的中国公司”的《反海外腐败法》案件。伴随着企业“走出去”的脚步加快，众多企业不仅需要在国内加强自身的合规管理，跨境合规管理也同样面临这项挑战。

近年来，美国司法部正稳步推进加大对企业犯罪执法中个人追责力度的工作，并将强化对 FCPA 违法案件中当事方为与美国企业存在竞争关系的中国企业的执法力度。由于反腐败执法行动的监管机构之间的国际合作日益加强，美国当局发起的 FCPA 调查也可能引发其他国家监管机构的调查。

为了使中国企业有效预控国际商业活动中的商业贿赂风险，维护中国企业形象和利益，中国企业必须高度重视合规体系建设，深化合规意识。

## 第四章 反商业贿赂合规管理机制

### 一、作出政策声明

企业应根据自身行业特色，自上而下提升反商业贿赂合规意识，并以此声明将把严格执行国家反商业贿赂政策法规作为发展经营战略的重要内容。政策声明对内作为反商业贿赂机制的指导原则，对外可起宣传作用。

政策声明应体现企业自身价值观，由主要负责人签署，公开发布、确保全员知悉。

## **二、建立组织保障**

企业应结合自身管理体系分阶段、分层级搭建反商业贿赂的合规管理组织架构。

反商业贿赂的合规管理组织架构的建立应确保独立性原则，即：

1.承担反商业贿赂体系职能的部门及人员不应承担财务管理、市场营销、物资与设备采购等可能与其反商业贿赂职责发生利益冲突的职责，确保处理问题时的公允性和客观性；

2.反商业贿赂人员要确保汇报路径独立，就重大事项按照合规的汇报路径逐层向上级合规官进行独立汇报和沟通。

企业应设立合规委员会，作为企业合规管理体系的最高负责机构，合规委员会应履行以下反商业贿赂职责：

- 1) 在合规管理战略内，提出反商业贿赂的具体开展方向。
- 2) 建立和完善企业反商业贿赂管理体系，审批反商业贿赂管理制度。
- 3) 听取反商业贿赂管理工作的汇报，指导、监督、评价反商业贿赂工作。

企业应任命合规管理负责人，负责贯彻执行企业对反商业贿赂管理工作的各项要求。

企业应根据市场环境及自身管理体系设置相应的反商业贿赂管理机构（反商业贿赂部门），或明确特定部门履行反商业贿赂管理职责。

## **三、建立制度体系**

企业应收集业务开展过程中涉及到的各国家反商业贿赂的法律规定及国际组织的规章条文，制定符合国际标准的反商业贿赂制度体系，使企业内部工作人员能够根据制度及时了解并有效执行企业内部合规机制。

制度体系应涵盖：企业政策声明、组织架构、业务开展程序、反商业贿赂职能制度、其他内控机制的规章制度和信息等。

## **四、建立风险评估机制**

### **1. 风险识别**

风险识别是指企业查找各业务单元、各项重要经营活动及其重要业务流程中  
有无风险，有哪些风险的过程。有效防范和打击商业贿赂要求企业对可能面临的  
商业贿赂风险有清晰的认识，这也是制订和执行反商业贿赂制度的基础。企业应  
当准确识别反商业贿赂相关的内部风险和外部风险。

识别内部风险，应当关注：董事、监事、经理、其他高级管理人员及员工的  
职业操守等人力资源因素，重点关注与政府官员或第三方之间的往来情况；公司  
组织机构、经营方式、资产管理、业务流程等管理因素；财务状况、现金流量、  
资金使用等财务因素等。识别外部风险，应当关注：在哪一国家或地区进行商业  
活动更容易产生商业贿赂行为等廉洁性因素；拟投资国别或地区经济形势、产业  
形势、融资环境、市场竞争等经济因素；法律法规、监管要求等法律因素等。

识别风险的方式包括但不限于：针对合规风险的内部审计、过去不合规行为  
的梳理、外部机构对公司所处行业及开展业务国家的调查及报告；了解与政府雇  
员直接或间接的互动往来；对公司法律、风控、审计、采购等部门相关人员以及  
公司管理层进行访谈；对交易对象进行尽职调查等。

## 2. 风险分析与评价

为了更有效分配企业资源，高效识别商业贿赂风险，企业应对商业贿赂发生  
的可能性及对应可能发生的影响进行分析和评价。风险分析与评价是指对识别出  
的风险及其特征进行明确的定义描述，分析和描述风险发生可能性的高低、风险  
发生的条件，并按照风险发生的可能性及其影响程度等，对识别的风险进行分  
析和排序，确定关注重点和优先控制的风险。

企业进行风险分析及评价，应当充分吸收专业人员，组成风险分析团队，按  
照严格规范的程序开展工作，确保风险分析结果的准确性。同时，公司应当合理  
分析、准确掌握董事、经理及其他高级管理人员、关键岗位员工的风险偏好，采  
取适当的控制措施，避免因个人风险偏好给企业经营带来重大损失。

企业应当采用定性与定量相结合的方法进行商业贿赂风险分析与评价。定性  
方法可采用问卷调查、集体讨论、专家咨询、情景分析、政策分析、行业标杆比  
较、管理层访谈、由专人主持的工作访谈和调查研究等。定量方法可采用统计推  
论、计算机模拟、失效模式与影响分析、事件树分析等。

进行商业贿赂风险定量评估时，应统一制定各风险的度量单位和风险度量模  
型，并通过测试等方法，确保评估系统的假设前提、参数、数据来源和定量评估  
程序的合理性和准确性。要根据环境的变化，定期对假设前提和参数进行复核和

修改，并将定量评估系统的估算结果与实际效果对比，据此对有关参数进行调整和改进。

### 3. 风险应对

识别并分析评价商业贿赂相关风险后，企业应当根据风险分析的结果，结合风险承受度，权衡风险与收益，确定风险应对策略。企业应当综合运用风险规避、风险降低、风险分担和风险承受等风险应对策略，实现对风险的有效控制。

风险规避是企业对超出风险承受度的风险，通过放弃或者停止与该风险相关的业务活动以避免和减轻损失的策略。例如，企业可以通过不进入高腐败、廉洁程度较低的市场开展业务，未通过尽职调查不与外部代理签约，未通过企业决策程序以及商业贿赂评估不进行投资等。

风险降低是企业在权衡成本效益之后，准备采取适当的控制措施降低风险或者减轻损失，将风险控制在风险承受度之内的策略。例如，加强对交易对象、第三方的审查。

风险分担是企业准备借助他人力量，采取业务分包、购买保险等方式和适当的控制措施，将风险控制在风险承受度之内的策略。例如，企业可以通过委托适格外部机构进行尽职调查的方式控制相关风险。

风险承受是企业对风险承受度之内的风险，在权衡成本效益之后，不准备采取控制措施降低风险或者减轻损失的策略。

企业应当结合不同发展阶段和业务拓展情况，持续收集与风险变化相关的信息，进行风险识别和风险分析，及时调整风险应对策略。

## 五、建立预控机制

企业应制定重大商业贿赂风险预控方案，对反商业贿赂风险第一时间进行风险预警。

企业应当根据反商业贿赂制度体系，一线业务部门作为第一道关，在业务所在地收集、调研驻地反商业贿赂法律规定，识别、评估商业贿赂风险，反商业贿赂部门对商业贿赂风险进行审核把控，再由一线业务部门在接受完反商业贿赂部门的指导后，及时应对相关风险。如发生特定商业贿赂风险，应由反商业贿赂部门和业务部门成立特定小组，对相关风险进行风险评估和应对。必要时，应聘请外部律师或咨询顾问对相应的商业贿赂风险进行识别和评估。

## 六、组织教育培训

从事反商业贿赂的人员应接受专业的反商业贿赂培训。企业应根据外部环境

及自身管理体系制定具体的反商业贿赂培训专题课程。企业所有境外管理人员，均应接受反商业贿赂专题培训。每年定期开展反商业贿赂培训，所有反商业贿赂培训均应做好记录留存。

## **七、开展调查与举报**

企业应根据外部环境及自身管理体系设立专业的反商业贿赂举报管理体系，公司内部所有员工及外部相关方有权通过举报体系向反商业贿赂部门进行举报，反商业贿赂部门有义务对举报方进行保护，对举报全过程保密。

企业应视举报情节由反商业贿赂部门制定调查方案并开展内部调查，必要时还可引入外部调查。企业应根据调查结论对相应责任人进行违规责任追究。

## **八、开展沟通与审查**

企业应在业务部门和反商业贿赂部门建立顺畅的咨询和沟通机制，业务部门在履职过程中发现商业贿赂风险，应第一时间向反商业贿赂部门寻求咨询或支持，必要时，应寻求外部律师或咨询顾问的咨询或支持。

企业应定期对公司整体开展的反商业贿赂工作进行持续性的合规审查，通过独立、合理、高效的审查方式确保反商业贿赂工作有效落地。

企业应根据合规审查中发现的反商业贿赂制度体系中的不足，随时提出改进措施，全方位提升反商业贿赂管理水平。

## **九、开展考核与追责**

企业应根据自身管理体系将反商业贿赂作为考核点纳入合规考核体系内，考核指标应参照企业内部合规考核指标设立。

企业应将反商业贿赂纳入企业追责体系内，如违反企业反商业贿赂制度，企业应视具体情节，对相关责任人进行追责处罚。

## **十、培育反商业贿赂文化**

### **1.反商业贿赂文化**

企业应将反商业贿赂文化建设作为企业文化建设的组成部分。企业董事会和高层应重视反商业贿赂文化建设，从上到下推动反商业贿赂文化建设，企业全员应认知到反商业贿赂的重要性，不断树立反商业贿赂的文化氛围。

### **2.员工合规行为准则**

员工合规行为准则是最重要、最基本的合规管理制度，企业应在员工行为准则中加入反商业贿赂条款，同时适用于企业所有管理人员及从事境外经营活动的第三方。

## 第五章 反商业贿赂合规风险防范措施

### 一、第三方商业贿赂风险防范

精细化设计尽职调查内容。合规尽职调查是管理第三方的重要手段，企业应在与第三方签订合作协议前对第三方的资信能力进行尽职调查。为了更准确定位第三方的风险等级并标记风险，在前期设计尽职调查内容时应根据行业和企业的实际情况做到精细化。

将合规流程“镶嵌”在业务流程前端。对于有可能合作的第三方，业务人员在接触的第一时间就应当借助一些平台或系统进行数据查询，并在业务交流中收集必要的资料。

完善与第三方之间的交易文件。企业应与第三方签订反商业贿赂条款，确保第三方在合作过程中不会出现商业贿赂行为。

警示提醒的实时化。通过一些先进的合规管理工具或平台，结合及时获取的第三方商业数据，合规管理者应当持续关注第三方在商业方面的风险及声誉变化。

完善内部风险控制制度。在内部制度中明确规定应当对第三方进行尽职调查；对于娱乐支出、差旅费用、报销项目等高敏感高风险活动确保透明性；各项内部制度应当满足财务账簿记录的法定要求；全程监督与第三方之间的资金走向。

对第三方进行培训。为确保第三方切实遵守合规条款，公司应监督促使第三方确保其所有与履行交易合同相关的全体员工遵守合规条款，包括基层员工和劳务工。

### 二、礼品与招待商业贿赂风险防范

明确可以允许接受礼品或招待的条件。

明确禁止提供或接受礼品或招待的情形。

对每年提供或接受礼品和招待的数量和限额制订具体规则。即使是价值适当的礼品，雇员和第三方也应避免就提供或接受礼品形成一种模式，因为该行为可能会被认为存在腐败或不当行为。因此，公司应当对每年提供或接受礼品和招待的数量和限额制订具体规则。

划分风险进行分层级审批。按照员工提供或接受礼品、餐饮、娱乐的相关风险划分进行分层级审批，对风险级别较高的提供或接受礼品、餐饮、娱乐事项采

取事前审批。公司内部可以将礼品、宴请招待按审批类别分为“禁止事项”和“附条件允许事项”。

### **三、旅游与考察商业贿赂风险防范**

企业应出于正当目的方可为相关方安排合理适当的旅游与考察。

企业应重点关注旅游与考察过程中的各项费用支付，费用应尽可能直接向酒店、航空公司及饭店等服务提供方支付。所有费用支付都应有正当的商业票据。

企业应在向相关方提供旅游与考察前，由相关部门进行审核。

公司不得支付有影响力的外部人士或其他第三方的配偶和其他家属产生的费用。

公司不得出于任何目的向有影响力的外部人士或第三方支付现金预付款。

必须收集和保存收据、其他证明文件和相关差旅通信。

规定赞助差旅的次数和金额限额。

### **四、捐赠与赞助商业贿赂风险防范**

企业应出台具体的捐赠赞助管理制度，规范捐赠赞助流程。

企业应明确严禁任何形式的政治性捐赠。

企业应由相关部门对被捐赠或被赞助方进行背景调查，确保被捐赠或被赞助方无政党背景。

企业应与被捐赠或被赞助方签订《捐赠或赞助协议》，双方应按照合同中的条款进行履约。

企业应由相关部门对捐赠或赞助的全过程进行监督，确保捐赠赞助人员不出现商业贿赂行为。

企业应重点关注捐赠或赞助过程中的各项费用支付，明确资金走向，减少付款风险。

企业开展捐赠或赞助应遵循履行企业道德、社会责任，贡献社会宗旨的原则进行捐赠或赞助。

企业应尽可能不以现金或现金等价物形式进行捐赠，如必须以现金捐赠或赞助，应在发生捐赠或赞助前报相关部门进行审核。

企业应不禁止雇员以其个人名义和个人财产进行捐赠或赞助，但雇员以其个人名义和个人财产进行捐赠或赞助时，应不提及企业。

### **五、工程建设招投标商业贿赂风险防范**

企业应出台相关的招投标管理制度，规范招投标流程，确保投标过程中不存

在欺诈、串通、腐败、胁迫等不道德行为。

企业应由相关部门对投标过程中的投标文件进行复核，确保投标文件真实有效，不存在虚假、伪造等违规行为。

企业应由相关部门对投标过程进行全过程监督，确保投标人员及招标方不出现不道德的反商业贿赂行为。

企业应由投标负责人在投递标书之前签订投标承诺书，确保投标活动依法依规。

在发现或收到举报，证明投标过程中投标人员存在不当行为时，企业应由相关部门出面终止投标行为，并开展相应调查。

企业应对商务合同设置内部审核程序，加入反商业贿赂条款，避免日后产生商务纠纷，规范业主和投标方的行为。

企业应对招投标过程中聘用的第三方进行合规尽职调查，确保第三方的资信实力，并要求第三方签订反商业贿赂声明。

企业应重点关注投标过程中的各项费用支付，明确资金走向，减少付款风险。

## **六、招聘商业贿赂风险防范**

企业应出台相关的人事制度，规范招聘流程，招聘过程中不允许出现商业贿赂行为。

企业应由相关部门负责对拟招聘方进行合规背景调查，确保拟招聘岗位与拟招聘方无利益冲突。

企业应由相关部门负责，组织企业所有管理人员签署反商业贿赂声明，确保所有管理人员不会出现商业贿赂的行为。

企业应对劳动合同设置内部审核程序，加入反商业贿赂条款，避免日后产生商务纠纷，规范拟招聘方的行为。

## **七、采购商业贿赂风险防范**

企业应出台明确的采购管理制度，规范采购行为，确保采购过程公开、透明。企业应公开招标，多家询价，并成立招标委员会，对采购全过程进行公开监督。

企业应由相关部门对投标方进行合规尽职调查，确保投标方的资信实力，并要求投标方签订反商业贿赂声明，同时确保招标委员会中的人员与投标方无利益冲突。

企业在招标委员会外，应由相关部门对采购全过程进行公开监督。

企业采购人员应签订反商业贿赂声明，确保采购过程中不会出现商业贿赂的行为。

在发现或受到举报，证明采购过程中投标人员存在不当行为时，企业应由相关部门出面终止投标行为，并开展相应调查。

企业应对采购合同设置内部审核程序，加入反商业贿赂条款，避免日后产生商务纠纷，规范采购人员和供应商的行为。

企业应重点关注采购过程中的付款环节，建立明确的付款制度，规范付款风险。

## 附件：

### 一、 反商业贿赂主要国际公约清单

- 1.《联合国反腐败公约》(The United Nations Convention against Corruption)
- 2.《关于打击国际商业交易中行贿外国公职人员行为的公约》(OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions)

### 二、 反商业贿赂主要外国法清单

- 1.美国《海外反腐败法》(Foreign Corruption Practice Act, FCPA)
- 2.美国《海外反腐败法资源指南》(A Resource Guide to the U.S. FCPA)
- 3.英国《2010年反腐败法案》(The Bribery Act 2010, UKBA)
- 4.英国《有关商业组织防范有关人员贿赂的程序指南》(Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing)

### 三、 我国反商业贿赂法律法规清单

#### 1.法律

- (1)《中华人民共和国刑法》
- (2)《中华人民共和国反不正当竞争法》

#### 2.司法解释

- (1)《最高人民法院、最高人民检察院关于行贿罪立案标准的规定》
- (2)最高人民法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》

#### 3.部门规章

- (1)国家工商总局《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》
- (2)国家工商总局《关于商业银行等金融企业不正当竞争管辖权问题的答复》
- (3)中国保监会《关于严厉打击利用保险业务从事商业贿赂行为的通知》
- (4)国家卫计委《医药购销领域商业贿赂不良记录规定》

## 反垄断 (经营者集中)

### 第一章 监管要求概述

- 一、监管目的
- 二、经营者集中交易的定义
- 三、反垄断法具有域外管辖权
- 四、申报方式
- 五、申报门槛
- 六、审查程序及时间

## **第二章 合规风险的识别**

- 一、法律风险
- 二、商业风险
- 三、交易合同风险

## **第三章 合规风险防范机制**

- 一、规范化、系统化管理申报工作
- 二、落实保密信息和“防火墙”管理
- 三、加强交易合同管理
- 四、完善风险管理体系
- 五、建设合规文化

## **第四章 合规风险应对措施**

- 一、成立申报工作小组
- 二、授权委托第三方处理申报工作
- 三、尽早评估申报责任
- 四、善用申报前的沟通机制
- 五、落实申报工作
- 六、注意商业敏感信息的保密
- 七、关注交易合同条款的拟定
- 八、跟进监管机构的批复

## 第一章 监管要求概述

### 一、监管目的

为鼓励经营者通过竞争提升经营效率、提高质量、提升创意、维护消费者利益等，世界各国监管机构通过制定反垄断相关法律及并购交易监管规定，监管有关商业活动，限制反竞争和垄断行为。

### 二、经营者集中交易的定义

不同国家及地区的法律法规对“经营者集中”的表述不尽相同，但实质内容基本一致。经营者集中交易一般包括：

(1)两家或以上的独立经营者的合并；

(2)通过购买股权或资产方式取得一家或多家其他经营者的直接或间接“控制权”（包括单独控制权和共同控制权）的交易；

(3)通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加“决定性影响”的交易。

一般情况下，成立两家或以上经营者共同控制的合资公司也会被认为是经营者集中交易。有关判断经营者是否通过交易取得对其他经营者的“控制权”或能够对其他经营者施加“决定性影响”，通常取决于一系列因素的综合评估，包括但不限于收购股权比例、交易前后的股权结构及其变化、股东大会及董事会的组成、表决事项及表决机制（特别是针对年度预算、经营计划、投资计划、任免高级管理人员等策略性商业决策事项的表决机制）。

但需要特别注意的是，在少数国家及地区（例如德国等），只要收购股权比例达到设定标准（例如德国的标准是25%），则构成经营者集中交易。

### 三、反垄断法具有域外管辖权

经营者集中反垄断审查具有域外管辖权。只要有关交易构成相关国家及地区监管机构定义的经营者集中交易，且达到相关监管机构规定的申报门槛，有关交易将受到该等监管机构的管辖。

### 四、申报方式

#### （一）强制性事前申报机制

目前大部分国家及地区（包括中国、美国、欧盟等）实行强制性事前申报机制，即若有关交易达到经营者集中申报门槛，且不符合豁免规定的，经营者需要

事先向有关监管机构申报，未申报且未获得有关监管机构批准的不得实施交易。

## （二）自愿性事前申报机制

少数国家及地区(例如英国、澳大利亚等)实行自愿性事前申报机制，即由经营者自行评估有关经营者集中交易是否损害市场竞争，如经营者认为有关交易不会损害市场竞争，可选择不进行申报，但如有关监管机构发现有关交易可能损害市场竞争，则有权发起相关调查程序并执行相关救济措施。

## （三）事后申报机制

极少数国家及地区(例如印尼等)实行事后申报机制，即经营者需要在交割后的规定时间内进行申报。

## 五、申报门槛

不同国家及地区对经营者集中申报门槛采用不同的标准，中国、欧盟等大部分国家及地区主要采用营业额标准；美国等部分国家及地区主要采用交易和资产规模联合标准；澳大利亚等部分国家及地区主要采用市场份额标准；极少数国家及地区主要采用商业存在标准(考虑因素包括是否在当地进行任何业务、相关商品是否在当地进行销售等)。有关监管地区也有可能综合各项标准对申报门槛进行规定，例如同时考虑参与集中经营者的营业额及在当地的商业存在情况。

### （一）营业额为主要标准

在采用营业额标准的国家及地区(包括中国、欧盟等)，申报门槛的主要考虑因素包括：(1)参与集中的经营者所在集团(包括有关经营者及其控股公司、附属公司及关联公司，下同)上一会计年度在全球范围内的“营业额”；(2)参与集中的经营者所在集团上一会计年度在相关国家或地区的“营业额”(以经营者所在集团商品或服务的客户所在地为准，即将有关营业额计入客户所在地的国家及地区)。计算“营业额”时需要包括相关经营者上一会计年度内销售产品和提供服务所获得的收入，扣除相关税金及其附加项，并排除同一集团内经营者之间发生的营业额。

除个别国家及地区另有规定之外，在一般情况下，如交易构成单独控制，需要考虑买方所在集团及标的公司的营业额；如交易构成共同控制，则需要考虑买卖合资或各方所在集团(涵盖标的公司)的营业额。

如法律法规对个别行业(例如金融业)的营业额计算基准另有专门规定的，从其规定。

### （二）营业额及总资产联合标准

以美国为例，对于涉及美国标的公司的交易，若(1)在交易完成之后，买方取得的享有投票权益的证券及/或资产的总价值超过设定金额(即总资产标准)；或者(2)在证券及/或总价值未超过该设定金额但在有关金额区间的情况下，买方所在集团及标的公司的全球营业额或总资产同时超过设定标准(即营业额及总资产联合标准)，均需进行申报。对于涉及非美国标的公司的交易，若标的公司(1)持有的美国资产价值超过设定金额(即总资产标准)；或(2)上一会计年度在美国产生的营业额(即来自于美国境内销售或向美国出口的营业额)(即营业额标准)超过设定金额，均需在美国进行申报。美国监管机构会每年根据国民生产总值的变化调整前述设定数值。

## 六、审查程序及时间

### (一) 两阶段审批程序

大部分国家及地区的审查机制分为两阶段：

(1)一般情况下没有争议的交易可在第一阶段获得审批；对于规模小或架构简单的没有争议的交易，企业可考虑进行简易程序(如有)以更快获得审批；对于有争议的交易，有关监管机构可能会在提出附带条件(包括要求相关经营者承诺出售资产以减少对市场的控制力)的基础上在第一阶段审批交易，或进入第二审批阶段。

(2)如进入第二审批阶段，有关监管机构较大可能要求提供进一步申报信息及材料，并在提出附带条件或要求实施维持有效竞争的措施的基础上审批交易，甚至有可能拒绝审批交易或启动相关程序阻止交易的实施(适用于有关监管机构无法单方面阻止交易实施的国家及地区)。

### (二) 两阶段审批时间

除个别国家及地区另有规定之外，第一阶段的审查一般需时三十天左右；第二阶段的审查时间一般需时三个月至六个月，或更长的时间。如申报信息及材料不完整，法定审查时间从补全申报信息及材料、监管机构确认正式受理当天才开始计算(即“停表”设置)。

### (三) 欧盟特有转介审查机制

在欧盟，欧盟委员会有权就所有达到欧盟申报门槛的经营者集中交易进行审查，没有达到欧盟申报门槛的交易则依据个别成员国的当地法律处理。但若交易符合相关规定条件，申报者和成员国可根据交易的实际情况，申请由欧盟委员会或成员国进行审查。

#### （四）审查考虑因素

监管机构一般会根据个案具体情况和特点,综合考虑参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力,相关市场的市场集中度,经营者集中对市场进入、技术进步的影响,经营者集中对消费者和其他相关经营者的影响,经营者集中对国民经济发展的影响等因素后,评估经营者集中是否具有或者可能具有排除、限制竞争的效果,并据以作出审查决定。

## 第二章 合规风险的识别

### 一、法律风险

#### （一）提前实施交易的法律风险

(1)在获得有关监管机构批准之前实施达到申报门槛的经营者集中交易,或没有落实有关监管机构为维持市场有效竞争提出的附带条件或措施,经营者及/或个人需要承担法律责任,有关监管机构也有权禁止已实施的交易并要求把市场情况还原至交易未实施前的情况(包括通过停止实施经营者集中、限期处置股份或资产等措施)。

(2)在完成经营者集中申报之前,如果标的公司的经营管理控制权已实质性转移至买方(包括通过交割前对标的公司的经营管理实施决定性影响、提前获得标的公司的商业敏感信息等方式)(又称“抢跑”行为),即便未完成所有交割程序,也有可能构成经营者集中实际上提前实施的违法行为,经营者及/或个人需要承担相应法律责任。

#### （二）申报信息过程中可能引起的法律责任

经营者在申报过程中故意隐瞒重要信息,未能按时提供相关信息,或提交虚假或误导性的信息,有关监管机构可以不予受理,或撤销有关决定,并可追究经营者及/或相关个人的法律责任。

#### （三）董事和高管的潜在刑事责任

在部分国家及地区,法律责任除行政罚款、民事责任外,还包括董事和高管的刑事责任。

### 二、商业风险

#### （一）交易未能顺利交割的风险

随着有关监管机构不断加强执法力度,申报程序及审批时间存在不确定因素,取得经营者集中审批的难度也越来越高。特别是对于争议性较大或架构较复

杂的交易，有可能需要同时在多个国家及地区进行申报，不单增加交割的不确定风险，还会产生更多交易费用；若有关监管机构提出审批附带条件或要求落实维持有效竞争的救济措施（特别是处置经营者原有资产的附带条件），会对经营者的业务、经营管理带来直接的商业风险。

#### （二）商业敏感信息交流或泄露的风险

由于申报信息涉及交易各方的商业敏感信息，包括没有被公开的营业额信息、主要供应商和客户信息等，若在填报的过程中涉及竞争者之间的商业敏感信息交流或被不当泄露商业敏感信息，除了交易各方有可能违反反垄断法（部分国家或地区又称反不正当竞争法）之外，还会对交易各方的业务、市场竞争能力带来直接的商业风险。

#### （三）违规经营者需要面临商誉受损的风险

对于未依法申报经营者集中的违规行为，有关监管机构可通过官方渠道进行公示，违规行为将为公众所知悉，将对违规经营者的商誉造成长远的重大不利影响。

### 三、交易合同风险

由于经营者集中申报存在诸多不确定因素，在拟定具体交易合同条款时，需要特别关注经营者集中申报的风险分配，否则在无法取得审批（即无法交割）时，企业不单会产生交易费用上的损失，还可能需要承担高额赔偿责任（例如无法交割时申报责任方需要向交易对方支付的分手费）以及其他违约责任。

## 第三章 合规风险防范机制

### 一、规范化、系统化管理申报工作

#### （一）定期梳理相关监管规定

由于反垄断法具有域外管辖效力，企业进行申报责任分析时，除了需要注意交易当地的申报规定之外，还要注意其他相关国家或地区的申报要求。考虑到实施反垄断（经营者集中）法律法规及监管规定的国家、地区遍布全球，作为日常合规管理工作的一部分，企业（尤其是在市场集中度较高行业的企业）结合之前申报工作的经验（如有），根据自身发展战略，特别关注、定期梳理监管较严格或较容易达到申报门槛的国家及地区的监管规定、执法政策及案例，以便企业在有需要时进行查阅及作为申报分析参考。

#### （二）尽早对申报工作进行合理预判

在进行经营者集中交易时,企业可以根据有关监管机构对申报要求及审查程序的明文规定,同时参考有关监管机构的执法政策及案例,针对有关监管机构对不同性质经营主体的审查要求,尽早对申报要求、审查程序及结果进行合理预判,最大程度规避合规、商业及交易合同风险。

### (三) 系统化信息收集及申报工作

全过程申报管理涉及大量的工作,信息量庞大,而且时间性要求高,需要所在集团、企业各职能部门以及交易对方的支持和配合,为及时推进申报责任分析评估及正式申报工作,企业可以系统化信息收集及申报工作,包括有效组织收集买卖或合资各方所在集团及标的公司上一会计年度在全球范围内及各国家、地区的营业额(一般需要同时提交经审计综合财务报表作为支持)、市场份额(一般需要同时提交第三方市场中介分析报告作为支持)。此外,企业可以尽早规划申报前期及中期的工作时间表,列明责任方、支持方和明确各相关方工作要求,可有效统筹各相关方落实各相关国家及地区的申报工作。

### (四) 确保申报口径的准确性和一致性

为确保各项交易的申报信息及材料真实、完整、准确,并与过往申报口径一致,企业及/或企业所在集团可以统一规范各类申报文件中企业本身及其所在集团的描述、商品市场、地域市场的界定、上下游产业竞争情况的分析等申报信息和申报策略。此外,企业及/或企业所在集团可以统筹做好各项交易申报文件的存档工作,作为日后申报工作的范例或参考。

## 二、落实保密信息和“防火墙”管理

由于申报信息涉及交易各方的商业敏感信息(亦为保密信息),企业可以严格控制申报信息的传阅范围(一般通过限制可查阅信息的人员范围,及限制有关人员可查阅的信息范围的措施),建立商业敏感信息收集及填报机制(例如只通过独立第三方中介收集、填报商业敏感信息,并由中介在申报文件删减或隐去一方商业敏感信息后发送予另一方审阅确认),提醒相关人员有关保密责任,并落实签订保密协议、设立“防火墙”等信息管理措施,使商业敏感信息得以保密。

## 三、加强交易合同管理

交易各方不同的立场和谈判地位,形成了交易合同中不同的权利、责任标准和分配条款。为防控交易合同风险,建议企业在评估经营者集中申报和审批风险的工作基础上行,结合商务、财务、法务等各方面的考量,在交易律师的协助下,就风险分配问题与交易方详细约定各方在交易所有环节中的权利、义务及责任,

并在交易协议予以明确和细化，防控合同风险。

#### **四、完善风险管理体系**

##### **（一）制定、完善反垄断合规管理办法**

企业可以依据反垄断(经营者集中)的法律法规和监管要求，参考本指南内容，同时结合企业自身的实际业务和经营情况，制定、完善有关反垄断(经营者集中)的合规管理办法，内容可涵盖合规管理要求、风险防控机制、应对措施等。

##### **（二）细化制定、完善合规操作流程**

企业可进一步就有关反垄断(经营者集中)的合规行为准则及管理办法，细化制定、完善相应的合规操作流程，内容可涵盖全过程申报管理的工作流程和具体分工、申报口径的范例等；企业也可以将具体的合规标准和要求融入到现有的业务制度(例如投资管理办法或业务操作流程)当中，便于员工理解、遵从和落实，有助确保各项投资经营行为合规合法及申报工作符合相关监管机构要求。

#### **五、建设合规文化**

企业可将有关反垄断(经营者集中)的合规培训纳入员工培训计划，培训内容可随企业内外部环境变化进行动态调整及更新。企业可要求参与投资经营业务的境内外相关部门和分支机构的所有员工接受合规培训，确保员工了解并掌握企业有关反垄断(经营者集中)的合规管理制度和风险防控要求。企业亦可要求或鼓励决策层和高级管理层带头接受有关合规培训，以及要求关键岗位员工接受有针对性的专题合规培训，培训内容可包括经营者集中申报相关的法规要求、申报责任分析评估等。另建议企业做好合规培训的记录留存，作为日常合规管理工作的对照，亦可供日后培训参考。

## **第四章 合规风险应对措施**

### **一、成立申报工作小组**

为及时取得所需申报信息，同时确保信息沟通同步，企业可尽早与所在集团就信息收集及申报进行沟通联系，并组织成立申报工作小组，小组成员可包括企业的负责管理层人员、投资管理人员、财务人员、法务人员、市场分析人员等，集合所有相关方的力量，可有效确保符合申报各阶段的工作要求。

### **二、授权委托第三方处理申报工作**

企业可借助外力，授权委托熟悉申报国家法律法规及监管机构要求的外部律师或其他第三方中介作为企业代理人，负责汇总申报信息、材料及填报申报文件，

以及与有关监管机构的沟通及后续申报、联系工作。企业可在申报过程中建议与中介的沟通机制，在有需要时及时咨询中介的专业意见，同时要求中介定期更新申报工作进展情况。

### 三、尽早评估申报责任

企业可根据拟进行交易的推进情况，综合考虑交易架构的设定(包括交易股比、控制权变更等设定)、相关合同条款(特别是股东权利、策略性商业决策事项和决策机制、僵局解决方式及其他影响到申报分析的条款)的拟定，尽早启动全球(特别是标的公司业务所在地、买卖各方所在集团都有业务、监管较严格或较容易达到申报门槛的国家及地区)经营者集中申报责任分析评估工作，提前(一般在签订交易协议前)商议确定需要进行申报的国家及地区，制定申报工作策略。

### 四、善用申报前的沟通机制

为确保审批流程顺利，在正式申报前，企业可就拟申报的经营者集中交易咨询有关监管机构(如有提供相关咨询服务或强制要求进行申报前沟通)的意见。企业可向有关监管机构提供交易概况、交易各方信息及申报文件初稿等基本材料，获取有关监管机构提供的非正式的意见或建议，包括营业额的计算、交易是否需要申报、需要提交的申报文件材料、申报文件是否完备、申报和审查程序、是否需考虑变更交易条款或采取救济措施以避免交易严重妨碍有效竞争等事项，可有助对申报要求、审查程序及结果进行合理预判。

### 五、落实申报工作

#### (一) 申报内容

在正式申报时，企业需要提交特定申报表格及材料，申报内容包括但不限于：

- (1)交易概况，包括交易架构、交易代价、交易理由等；
- (2)标的公司、交易各方、交易各方所在集团及交易各方在申报当地的关联公司的基本情况，包括持股架构、业务概况、全球及当地营业额、市场份额等；
- (3)所涉商品市场及地域市场的描述(需要依照有关监管机构的过往审批案例)；
- (4)上下游产业的描述，包括重要供应商及客户的基本信息；
- (5)涉及标的公司控制权的合同条款分析；
- (6)竞争性影响评估(需要考虑有关监管机构的执法基准及参考过往审批案例)，包括主要竞争者、市场集中度、市场进入、行业发展现状，交易对市场竞争结构、行业发展、技术进步、社会经济发展，消费者以及其他经营者的影响，

交易协议是否有任何限制竞争的条款等;

(7)需要进行申报的其他国家及地区;及

(8)有关监管机构要求提供的其他申报信息。

## (二) 申报材料

申报材料一般包括但不限于交易协议、相关方的经审计财务报表、批准交易的相关决议文件、市场分析报告等。

## (三) 申报注意事项

(1)委托代理人申报的,需要提交经申报人签字的授权委托书。

(2)如申报材料的原文未以当地语言书写,企业一般需要根据有关监管机构要求提交申报材料的翻译本,并根据当地法规要求提供申报材料的经认证版本。

## 六、注意商业敏感信息的保密

为确保交易各方(特别是在交易各方为竞争者的情况下)不涉及商业敏感信息的分享交流,企业可聘请外部律师或其他第三方中介代为收集申报信息及撰写、提交申报文件,并在删减或隐去自身商业敏感信息后才将申报文件发送交易对方审阅确认。如果企业收到交易对方的商业敏感信息,建议立即删除文档并提醒中介注意商业敏感信息的处理。

## 七、关注交易合同条款的拟定

### (一) 加入反垄断审批的交割先决条件

在确定需要履行的申报责任后,如涉及强制事前申报要求,企业需要在交易协议加入取得有关反垄断(经营者集中)审批的交割先决条件,确保合同条款明确体现出在取得所需审批后才能实施交易的合规要求。如未能在签订交易协议前确定需要履行的申报责任,建议企业在交易协议加入有关取得所需第三方监管机构审批的交割先决条件,以涵盖潜在的反垄断(经营者集中)审批的要求(如适用)。

### (二) 明确申报工作的责任及风险分配

企业(不论是买方或卖方)与交易对方在拟定交割相关的合同条款时,特别是申报工作的责任及风险分配、交割最后限期的设置和交易退出机制,建议综合各项考虑因素拟定,包括申报程序及时间表要求(会影响到交割最后限期的设置)、拟进行交易的重要性及时间要求(会影响到交割最后限期和交易退出机制的设置)、交易各方谈判地位、有关监管机构过往审批案例(包括是否曾经提出审批附带条件或维持有效竞争的措施,以及有关条件和措施的内容)及取得审批的难度(会影响到风险分配、交割最后限期和交易退出机制的设置)等。

在任何情况下，除了关注申报方的责任之外，还需要在交易协议明确其他方的相关配合责任，包括配合及时提供所需申报信息和材料的责任，以确保申报责任方能够顺利完成申报工作。

## 八、跟进监管机构的批复

### （一）及时提供进一步申报信息及材料

(1)在进行申报的过程中，企业若有任何与申报、审查程序、申报文件要求相关的查询，建议及时与有关监管机构沟通联系，同时可咨询外部律师的专业意见，确保申报文件的完备性，避免对申报及交割时间表造成任何延迟(特别是涉及“停表”设置的申报机制)。

(2)在提交申报文件后，建议企业密切跟进有关监管机构的审批进展，可有助根据有关监管机构的要求及时提供进一步申报信息及材料。

### （二）做好监管机构提出审批附带条件的应对

如有关监管机构提出任何审批附带条件及/或维持有效竞争的措施，包括要求申报者出售资产以减少对所涉市场的控制力、解除与竞争对手之间的连结、协助新竞争者进入市场、分享科研成果等，建议企业认真评估实施交易的重要性、该等条件及措施的影响，履行所需内部决策程序，在获得内部批准后尽快落实相关要求及措施，以及时取得有关监管机构的审批，或者在内部否决进行有关要求或措施后，利用交易协议的退出机制终止交易或考虑与交易对方制定新的交易方案。

# 商业秘密保护

## 第一章 商业秘密保护概述

- 一、定义
- 二、保护范围
- 三、构成要件
- 四、侵权认定
- 五、侵权救济

## 第二章 主要国家和地区商业秘密保护法律体系

- 一、我国商业秘密保护法律体系
- 二、商业秘密保护国际条约
- 三、美国商业秘密保护法律体系
- 四、其他国家地区商业秘密保护法律体系

## 第三章 商业秘密保护合规管理：制度建设

- 一、基本制度
- 二、台账制度
- 三、培训制度
- 四、奖惩制度

## 第四章 商业秘密保护合规管理：组织保障

- 一、保密委员会
- 二、保密办公室
- 三、商业秘密管理人员

## 第五章 商业秘密保护合规管理：涉密人员管理

- 一、内部人员
- 二、外部人员
- 三、涉外人员

## 第六章 商业秘密保护合规管理：涉密信息管理

- 一、基本管理
- 二、涉密载体
- 三、涉密场所
- 四、对外合作

五、涉美业务

## 第七章 商业秘密保护合规审查

一、审查依据及要求

二、审查内容

三、审查结果

## 第八章 商业秘密保护合规管理：应急措施

一、失泄密应急措施

二、侵犯他人商业秘密应急措施

## 附件

法律清单

# 第一章 商业秘密保护概述

## 一、定义

依据《反不正当竞争法》(2018版)第9条对商业秘密的定义,本指南中商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。

该定义与《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)以及美日欧等国家的法律法规中的定义基本一致。

## 二、保护范围

商业秘密保护范围包括符合商业秘密构成要件的技术信息和经营信息。

经营信息包括战略规划、管理方法、商业模式、财务信息、投融资决策、产购销策略、资源储备、客户信息、招投标事项等。具体的,战略规划包括企业经营环境(客户)战略分析,竞争、品牌、技术开发、人才开发、资源开发等战略的实施与控制;财务信息包括企业财务状况、获利能力、偿债能力、现金流量、投资报酬、增长能力等;招投标事项包括总体实施方案、项目综合分析、招投标采购方案、招标文件等;产购销策略包括产品策略、价格策略、渠道策略和促销策略;客户信息包括客户列表、联系方式、交易习惯、交易需求、价格承受能力等。

技术信息包括设计、软件、产品配方、制作方法、技术诀窍、关键设备、工程样机等。具体的,软件包括源代码所表征的公开的技术和不公开的工程化实现技术,工程化实现技术表现为熟练技巧、工程经验、隐性技术、测试分析等;产品配方包括化学合成成分及各种成分的含量;制作工艺包括生成工具和设备,对各种原料、材料、半成品进行加工或处理的步骤、方法和技术;技术诀窍包括生产有实用价值的、先进的、未经公开、未申请专利的技术知识和独特技巧。

## 三、构成要件

商业秘密构成要件包括秘密性、价值性和保密性。

### (一) 秘密性

秘密性是指不为公众所知悉,这是商业秘密的核心特征。不为公众所知悉应当理解为权利人主观上不愿为公众所知,客观上没有采取任何公开措施,具体从以下三个方面来把握:一是商业秘密的秘密性是相对的。这里的相对仅指不为权

利人以外的其他人以违反诚信原则的方式而知悉。若权利人将自己的商业秘密告知参加使用这种秘密的人或认为能够保守此秘密的人等,这些情况都不影响商业秘密的秘密性。二是商业秘密要具有一定的新颖性,不能把公共领域内的信息当作企业自身的商业秘密。三是商业秘密是不能从公开渠道直接获取的。商业秘密不能向社会公开,不能向不特定的人员透漏。向特定的负有保密义务的人员公开不属于向社会公开。

## (二) 价值性

价值性是指商业秘密能通过现在或将来的使用给权利人带来经济价值和竞争价值,既包括现实价值也包括潜在价值。不论是现实的可直接使用的商业秘密,还是正在研究、试制、开发中而具有潜在的、可预期的价值的信息,不论是对生产、销售、研究、开发等生产经营活动直接有用的信息,还是在生产经营中有利于节省费用、提高经营效率的信息,只要对权利人改进技术构思或者经营思路具有价值,对竞争对手十分重要,其本身蕴涵着潜在的经济利益,可以带来竞争优势,都属于商业秘密。

## (三) 保密性

保密性是商业秘密得以存在的保证。法律意义上的商业秘密,除了要求具备秘密性和价值性两个客观特征外,权利人主观上还必须具备保密意图,即权利人对其所产生的符合商业秘密客观特征的信息,必须采取能够明确显示其主观保密意图的保密措施,才能成为法律认可的、受法律保护的商业秘密。

## 四、侵权认定

### (一) 商业秘密侵权定义

商业秘密侵权是指他人未经权利人(合法持有人)的许可,以非法手段获取、披露、使用或者允许他人使用权利人商业秘密的行为。

### (二) 商业秘密侵权认定原则

我国经过长期司法实践,同时吸收国外先进经验,形成了“接触+相同或实质性相似-合理来源”的商业秘密侵权认定原则。

接触,一般指接触的可能,只要被告有接触的可能性即推定为信息来源于权利人(原告),而接触的内容为权利人诉请保护的秘密。

相同或实质性相似,即同一性,是指被告所使用的信息与权利人(原告)的商业秘密具有一致性或者相同性。

合理来源包括自行开发、反向工程所得、受让或许可以以及不知他人非法获取

或披露而使用等，这些构成被控侵权人的法定抗辩理由。

### （三）商业秘密侵权认定途径

商业秘密侵权认定途径有行政认定和司法认定两种。

依据商业秘密侵权认定原则，当权利人能证明被申请人所使用的信息与自己的商业秘密具有一致性或者相同性，同时能证明被申请人有获取其商业秘密的条件，而被申请人不能提供或者拒不提供其所使用的信息是合法获得或者使用的证据，行政或司法机关可以根据证据认定被申请人有侵犯商业秘密行为。

### （四）商业秘密侵权常见类型

#### 1.以不正当手段获取商业秘密

不正当手段包括盗窃、贿赂、欺诈、胁迫等。盗窃是以非法占有为目的窃取他人商业秘密；贿赂是指通过给予有关单位或个人金钱或其它利益而获得商业秘密的行为；欺诈是故意使有关人员发生错误认识而透露其掌握的商业秘密的行为；胁迫是指用威胁或要挟的方法强迫有关人员透露其掌握的商业秘密。还有其他不正当手段，如诱导他人泄密或用电子及其他方法进行侦探以获取他人的商业秘密。凡是以获取商业秘密为目的，违反商业道德、公序良俗的行为都属于不正当手段。

#### 2.披露、使用或许可他人使用以不正当手段获取的商业秘密

披露是指以不正当手段获取商业秘密后将商业秘密向他人传播、扩散。使用包括直接使用和间接使用，直接使用是指不正当获取人将商业秘密运用于自己的生产经营，间接使用是指将以不正当手段获取的商业秘密用于科研活动，表面上不用于生产，实际可以减少科研经费、人力等投入。许可他人使用以不正当手段获取的商业秘密是指侵权人以有偿或无偿的方式将其通过不正当手段获取的商业秘密提供给第三人使用，比较典型的是侵权人冒充商业秘密所有人与他人签订许可合同，并收取使用费。

#### 3.获取商业秘密途径正当但违反保密义务披露、使用、许可他人使用

通过正当手段或途径获取商业秘密，但未尽保密义务，违反保密要求，将商业秘密披露给他人、自行使用或者允许他人使用。这些行为包括：违反法定保密义务，披露、使用、许可他人使用其所掌握的商业秘密的行为；职工违反合同约定或者违反权利人的保密要求，披露、使用、许可他人使用其所掌握的商业秘密的行为；第三人基于恶意或重大过失的获取、使用或披露行为。

## 五、侵权救济

商业秘密不遵从公示公信原则。商业秘密可以采取多种保密措施进行保护。商业秘密保护成本较高，一旦泄露被他人利用就会给权利人造成损失，在立法中给予商业秘密所有者诉权以及获得救济的权利对于维护合法商业利益尤为重要。

我国《反不正当竞争法》对侵犯商业秘密行为的法律救济规定了两种途径，即行政救济和司法救济。

行政救济的方式主要是行政监督检查部门责令侵权人停止侵权行为，处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。

司法救济的方式主要是损害赔偿。赔偿的计算方法依据权利人因侵权行为而遭受的损失或者侵权人因实施侵权行为所获得的利润。权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人三百万元以下的赔偿。如果构成侵犯商业秘密罪，则应负刑事责任。

## 第二章 主要国家和地区商业秘密保护法律体系

在充分市场竞争环境中，企业商业秘密保护极其重要。世界各国特别是发达国家普遍立法，对商业秘密进行保护。

### 一、我国商业秘密保护法律体系

我国尚未出台专门的商业秘密保护法，相关的法律依据分布在多个法律法规中。

《反不正当竞争法》是我国商业秘密保护中最重要的一部法律。2017年修订的《反不正当竞争法》重新界定了商业秘密的构成要件，与 TRIPS 和多数国家的相关条款实现基本接轨。修订也明确了侵犯商业秘密禁止性规范、获取手段和获取对象，规定了侵害商业秘密应承担的赔偿额度最高达到“三百万元”。

表 1 《反不正当竞争法》2017 年修订涉及条款及说明

1993 年颁布的 《反不正当竞争法》	2017 年修订的 《反不正当竞争法》	修订说明
第十条，删除“利诱”。	第九条，增加“贿赂、欺诈”。	细化获取手段
第十条，删除“第三人明知或者应知前款所列违法	第九条，增加“第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前	明确获取对象

1993年颁布的 《反不正当竞争法》	2017年修订的 《反不正当竞争法》	修订说明
行为，”	员工或者其他单位、个人实施前款所列违法行为，仍”。	
第十条，删除“能为权利人带来经济利益、具有实用性”。	第九条，增加“具有商业价值”。	减少构成要件
无	第十五条，增加“监督检查部门及其工作人员对调查过程中知悉的商业秘密负有保密义务。”。	监督检查人员 保密义务
无	第十七条，增加“经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人三百万元以下的赔偿。”。	增设损害赔偿
第二十五条，删除“可以根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款。”	第二十一条，“处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。”	提高罚款额度

《关于加强国有企业商业秘密保护工作的通知》(国经贸法[1997]419号)中要求“正确理解商业秘密的定义，合理认定商业秘密的范围”。\*\*\*国资委印发了《中央企业商业秘密保护暂行规定》(国资发[2010]41号)，界定了商业秘密保护范围、密级、保密期限、知悉范围、机构与职责、保护措施和奖励与惩罚。

此外，《中华人民共和国合同法》对技术转让中关于技术秘密转让作出规定；《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》、《中华人民共和国外资企业法实施细则》均对非专利技术出资(包括商业秘密中的技术秘密)作出规定；《中华人民共和国律师法》、《中华人民共和国进出口商品检验法》、《中华人民共和国促进科技成果转化法》等均针对在相关活动中知悉的商业秘密应负保密义务作出规定；《中华人民共和国劳动法》等对公司高级管理人员和劳动合

同当事人应保守企业商业秘密有关事项作出规定；《中华人民共和国刑法》也规定侵犯商业秘密罪以及应承担的刑事责任。

## 二、商业秘密保护国际条约

中国加入了与商业秘密相关的国际多边条约主要是《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)和世界贸易组织(WTO)的《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)。

《巴黎公约》中并未明确提及商业秘密,但第十条之二中关于“不正当竞争”的规定,通常被认为是适用于商业秘密保护的条款。

TRIPS 统一了商业秘密保护的国际基准,首次规定各成员国须通过立法履行保护商业秘密的义务。TRIPS 中将商业秘密表述为“未披露过的信息”(Undisclosed Information),我国制定的《反不正当竞争法》第 9 条正是履行这一义务的体现。

## 三、美国商业秘密保护法律体系

美国是较早提出商业秘密保护的国家之一,相关法律体系完备,保护水平也高。

1979 年施行《统一商业秘密法》((Uniform Trade Secrets Act, UTSA)。哥伦比亚特区及 47 个州均采用了 UTSA 及其修改版本,作为商业秘密保护的法律依据,联邦上诉法院和少数未采纳 UTSA 的州仍适用《侵权行为法第一次重述》(The First Restatement of Torts)的规定。

2016 年,《商业秘密保护法》(Defend Trade Secrets Act, DTSA)正式生效,商业秘密和其他知识产权一样获得美国联邦立法的保护。DTSA 的出台克服了 UTSA 在应对跨州及跨国公司的商业秘密保护问题上的局限,同时对《经济间谍法》(Economic Espionage Act, EEA)中将侵犯商业秘密列为联邦刑事犯罪进行统一规制,对没有赋予商业秘密所有者单独向联邦法院起诉的情况进行调整,为起诉侵害商业秘密案件、获取民事救济提供统一的联邦法律依据。

表 2 美国商业秘密保护相关法律立法时间及相关说明

法律	立法时间	相关说明
侵权行为法重述	1939 年	美国法律学会。第 757-759 条，它是美国法律学会在判例法的基础上整理归纳出的重要法律原则，对商业秘密有关问题作了专章规定。1978 年修订第二版时，有关商业秘密的规范随“不正当竞争及交易规范”全部删除。
统一商业秘密法	1979 年	美国统一州法委员会。该成文法仅为示范法，只有为各州所采用，才具有法律效力。对侵犯商业秘密的法律救济做出了较为明确的规定，且统一了商业秘密及其侵权的定义，统一了商业秘密侵权的诉讼时效，明确了侵权的法律救济。
反不正当竞争法 第三次重述	1995 年	美国法律学会。在其以“商业价值的侵占”为标题的第四章中专设第二部分，规定了商业秘密问题；其中对第 39-45 条，对商业秘密的概念、保护规则、侵权和法律救济做出了详尽的论述。
经济间谍法	1996 年	美国国会。首次将侵犯商业秘密的行为归列为联邦刑事犯罪，无法给予商业秘密所有者所需的各种民事救济，还对商业秘密的保护客体进行了范围更大的界定。
商业秘密保护法	2016 年	美国国会。使商业秘密获得美国联邦立法的正式保护，分别对商业秘密窃取案件的联邦管辖权、案件执行、境外案件报告、国会相关共识以及行为规范、责任豁免等进行详细规定。

DTSA 对商业秘密窃取案件的联邦管辖权、案件执行、境外案件报告、国会相关共识以及行为规范、责任豁免等进行详细规定。

DTSA 新创设的单方扣押程序规定，在“特定情况下”可采取单方民事扣押的行动，规定在侵害商业秘密的民事诉讼中，原告有权单方申请对被告涉及商业秘密的财物或信息进行民事扣押，使得商业秘密所有者在诉讼程序获得进展及丧失商业秘密之前能够预先牵制对方。

此外，DTSA 还要求针对发生在美国境外的盗用美国公司商业秘密的案件进行追踪与报告。司法部长应向参议院与众议院的司法委员会提交报告，并在司法部门的网站上进行公布，通过其认同的途径进行传播，同时对于报告应当包含的内容也进行了详细规定。

当前现行州法中关于商业秘密的保护体系不会被取代，DTSA 后续实施情况如何，也值得持续观察。

#### 四、其他国家地区商业秘密保护法律体系

##### （一）欧盟

欧盟的商业秘密保护法律一方面基于判例逐步明确关于商业秘密认定裁量的标准规则，另一方面结合判例所反馈的司法实践需要，制定相应的成文法。欧盟成员国对商业秘密的保护主要通过各成员国的国内法实现。

2016 年 6 月 8 日，欧洲议会和欧盟委员会通过了欧盟《商业秘密保护指令》（欧盟第 2016/943 号指令，以下简称《指令》）。欧盟成员国须在 2018 年 6 月 9 日之前将《指令》转化到其国内法，现已届期。

《指令》通过之前欧盟商业秘密保护的成文法主要是 1989 年 4 月 1 日生效的《商业秘密集体豁免条例》，但该条例中“白色清单”（规定了商业秘密许可权利）、“黑色清单”（规定了不能获得豁免的限制条款）的规定都过于狭窄；该条例还将商业秘密对地域限制许可条款的豁免期限规定为 10 年，不利用商业秘密的长远保护。

《指令》的出台为统一救济措施与程序奠定了法律基础，同时明确了有关商业秘密非法获取、使用或披露的法律，改变各成员国关于商业秘密在术语、保护制度上不统一的状况。以德国与法国为例，1896 年，德国在《反不正当法》首次把侵犯商业秘密列举为不正当竞争行为；2004 年《反不正当竞争法》对商业秘密侵权行为进行了完善。法国从民事和刑事两方面进行商业秘密保护，其中，《法国刑法典》、《法国知识产权法典》、《法国劳动法》、以及《法国民法典》中均涉及商业秘密保护。

欧洲议会法律事务委员会强调商业秘密在获得保护的同时，应当尊重言论和信息自由，其中涉及新闻自由、劳工迁徙等方面。一是保障新闻自由和多元化；二是有关规则不能影响公共部门披露与商业有关的信息；三是保障劳工迁徙的权利，有关规则不能影响劳工在先前就业的正常程序中诚实获得的信息、知识、经验和技巧，不能对劳工在就业合同规定之外寻找工作造成限制。

## （二）日本

日本尚未出台专门的商业秘密保护法，商业秘密保护的相关规定分布在不同法律法规中。

2015年，日本对《不正当竞争防止法》进行了重要修订，此次修订涉及民事救济程序、刑事处罚范围和商业秘密侵权认定等条款。

在民事救济程序方面，将诉讼时效延长至20年，并设计了一套可推翻的“推定使用”机制，该机制仅适用于涉及生产过程的技术秘密，即推定被告使用了原告关于制造方法的商业秘密，为了推翻这些推定，被告需要承担证明自己没有使用商业秘密制造产品的举证责任，这种举证责任转移至被告的制度在发达国家中是独一无二的。

在刑事处罚范围方面，增加“日本境外非法获取商业秘密的行为”，去除要求商业秘密必须由日本企业或个人所控制这一前提条件，将窃取商业秘密未遂行为、侵犯商业秘密涉及的第三人也纳入刑事处罚范围。

日本商业秘密侵权认定原则中特别规定“推定使用”原则，并不去机械性地比较原被告技术的“秘密点”是否相同或近似，而是强调原被告产品有无共通性，是否属于竞争产品。

2015年，日本还修改了《企业秘密管理指南》，对商业秘密构成要件中的“秘密管理性”进行变更，规定员工若可识别信息作为一个商业秘密，则信息即构成商业秘密，以此放宽信息作为企业秘密的条件。

## （三）“一带一路”部分沿线国家

俄罗斯2004年正式颁发《俄罗斯联邦商业秘密法》，对商业秘密的确认、获得方法、保护、人员等均进行了规定。2008年《俄罗斯联邦民法典》正式生效，对技术秘密独占权的内容、权利归属、有效期、许可转让、民事责任等均作了规定。

以色列《商事侵权法》及《药剂条例》中对于未披露信息（商业秘密）进行立法保护。商业秘密的保护期没有限制，只要商业秘密保持其秘密性，对于测试数据保护期最高为5年。

《印度合同法》规定：“对交易进行限制的任何协议都是无效的”。印度商业秘密保护的法律还有《版权法》、《外观设计法》、《信息技术法》。印度商业秘密保护的立法分散，相关法律规定过于笼统，不利于实际操作。

### 第三章 商业秘密保护合规管理：制度建设

制度是商业秘密保护的基础，是商业秘密保护工作的指导性规程。中央企业应注重制度建设，制定商业秘密管理保护细则、商业秘密台账制度、奖惩制度等。

#### 一、基本制度

依据《中华人民共和国保守国家秘密法》和《中央企业商业秘密保护暂行规定》，确保商业秘密保护合规管理，结合企业实际经营要求，制定符合中央企业行业特点的商业秘密管理保护细则，作为企业商业秘密保护的基本制度。

#### 二、台账制度

制定商业秘密清单以及涉密载体、涉密场所等的台账制度，准确掌握商业秘密基本信息，确保商业秘密载体的保存、流转、交互、销毁等整个生命周期有据可查，并对商业秘密场所的设备和接触人员进行完整的全流程记录；另外，完整、准确记录商业秘密及其获取途径，获取途径可为反向工程、自我研发、合同、承诺、声明等。

#### 三、培训制度

针对企业实际情况制定培训制度，对商业秘密相关人员进行国家有关法律法规、商业秘密保护案例、企业保密规章制度、商业秘密保护注意事项、竞争对手防范等内容的宣传教育，提高相关人员特别是对外合作相关人员的商业秘密保护意识和风险防范意识。

#### 四、奖惩制度

在商业秘密保护和风险防范工作中，对成绩显著或作出突出贡献的部门和个人，应当给予表彰和奖励。发生商业秘密泄密事件，由本企业保密委员会负责组织有关部门认定责任，相关部门依法依规进行处理。泄露、非法使用商业秘密或者违法国家法律法规的员工，情节较重或者给企业造成较大损失的，应当依法追究相关法律责任，涉嫌犯罪的，依法移送司法机关处理。

### 第四章 商业秘密保护合规管理：组织保障

机构和人员是商业秘密保护的组织保障。中央企业商业秘密保护工作应按照“统一领导、分级管理”的原则，实行企业法定代表人负责制，成立保密委员会，设立保密办公室，配备专职的商业秘密管理人员。

## 一、保密委员会

保密委员会由总经理办、办公室、管理部、生产部、技术部、供应部、营销部、财务部等主要部门领导组成。其主要职责：

- （一）贯彻执行党和国家有关保密工作的指导思想、方针、政策、法律、法规和决定；贯彻执行上级保密委员会的有关保密工作指示、部署；
- （二）制定保密工作发展规划和年度保密工作计划，并认真组织实施；
- （三）研究决定单位保密工作的重大问题和审查审批保密管理有关事项；
- （四）组织开展保密宣传教育，加强涉密人员管理的领导；
- （五）制定保密技术（含人防、物防、技防）发展规划并指导、组织实施；
- （六）开展保密监督检查工作，协助查处本单位发生的重大泄密事件；
- （七）负责防止侵犯他人商业秘密和疑似侵犯他人商业秘密的处置和协调；
- （八）向中央企业和上级保密委员会报告工作，并提出加强和改进保密工作的意见、建议。

## 二、保密办公室

保密办公室是商业秘密的归口管理机构，日常工作由公司办公室负责。其主要职责包括：

- （一）向保密委员提出工作建议，部属、落实保密委员会决策；
- （二）负责制定、完善公司商业秘密保护及商业秘密侵权防范管理制度；
- （三）建立和完善商业秘密保护、侵权防范管理体系；
- （四）根据保密资格标准，组织协调中央企业保密检查及审查工作；监督、指导定密工作；
- （五）涉密人员审查、管理；组织中央企业保密教育与培训；
- （六）监督指导重要涉密活动的保密管理工作；
- （七）组织确定和调整保密要害部门、部位；
- （八）配合开展泄密案件调查，对已发生的泄密案件及时向上级主管部门和同级保密部门报告情况，及时查处泄密案件当事人，及时采取补救措施。

## 三、商业秘密管理人员

按照“业务谁主管、保密谁负责”配备商业秘密保护管理人员。其主要职责包括：

- （一）集中保管涉及到商业秘密的资料、物品等；
- （二）负责信息系统、信息设备和存储设备的安全保密管理工作；

(三)负责公司涉密设备和涉密载体管理(包括申报、维修、报废等),台账清晰、过程受控;

(四)对于清退或销毁商业秘密资料和物品时,需经审批并按照有关程序,在专人监督下进行,并形成历史记录,永久保存;

(五)做好涉密人员月度自查、保密培训及保密检查准备工作;

(六)了解和掌握业务工作中的保密范围,把保密工作纳入业务管理工作,经常进行督促和检查;

(七)自觉接受保密监督,模范遵守保密法律、法规。

## 第五章 商业秘密保护合规管理：涉密人员管理

涉密人员合规管理是商业秘密保护的重要环节之一,需要根据企业内外部情况采取对应的合规管理措施,包括中央企业内部人员,可能知悉中央企业商业秘密的外部人员,尤其是涉外人员。

### 一、内部人员

针对内部涉密人员,编制涉密人员管理规范,明确涉密人员岗前、在岗、离岗及离职期间的保密要求;对在岗人员进行培训,不披露员工掌握的他人商业秘密;在岗人员公开宣传的资料或设备应经保密委员会和保密工作小组审核;使内部涉密人员能够利用管理规范及时了解并有效执行企业内部的保密机制,具体管理措施还包括:

(一)内部涉密人员根据涉密程度和密级不同进行分类;

(二)组织人事部门要对拟任(聘)到涉密岗位工作的人员进行保密审查,填写《涉密人员保密审查表》;

(三)新入职人员的人事合同中应有保密条款的规定;

(四)内部涉密人员上岗前必须经过保密教育培训,并经考核合格;

(五)内部涉密人员上岗和离岗前要签订《商业秘密保密协议》及《竞业限制协议》,明确涉密人员应当承担的保密责任和义务;

(六)内部涉密人员因私出国(境),要填写《涉密人员因私出国(境)审批表》,由保密工作领导小组提出意见,按照干部(人事)管理权限报组织人事部门审批,涉密人员出国(境),应对其进行行前保密教育,签订《出国(境)保密承诺书》;

(七)内部涉密人员离岗离职实行脱密期管理,签订《离岗离职保密承诺书》,

脱密期内的涉密人员，不得到境外（驻华）机构、组织及外商独资企业提供劳务、咨询或者其他服务，未经批准不得出国（境）；

（八）聘用外籍人员和海外归国人员从事涉及商业秘密工作的，应当报经单位保密委员会批准；

（九）内部涉密人员调离涉密岗位，应当在离岗前及时向所在单位移交、归还商业秘密载体，并签订调岗保密承诺书；

（十）内部涉密人员公开宣传的资料或设备应经中央企业保密委员会和各部门保密工作小组审核。

## 二、外部人员

针对供应商、客户、被许可人、制造商、顾问等相关外部人员，做好登记管理工作，必要时签订保密承诺书，写明保密条款；确保外部人员能够知晓并关注企业商业秘密的保密。

应告知外部人员所获取信息的专有性和机密性，要求保证不泄露履行合同时掌握的企业商业秘密，否则将承担违约和赔偿，甚至刑事责任。要做好参观交流等活动的登记管理，限制参观区域、路线和内容。

## 三、涉外人员

涉外人员主要包括中央企业开展产品或技术进出口以及涉外技术交流合作、产品展览和人才引进等过程中涉及商业秘密保护的相关人员。

针对产品或技术进出口业务开展，应统一产品规格、材料、流程、技术等介绍材料口径，限制宣传范围和程度，确保与产品和技术相关的商业秘密不被泄露。

针对涉外技术交流合作的相关人员，审慎对待交流人员将原单位或合作企业（特别是合作方为竞争对手）的商业秘密带入本企业；合理安排双方人员的交流场所和频次，记录交流内容和达成结果并保存相关证据，防止合作企业或其他单位利用双方不当交流方式而恶意提起侵权诉讼。

针对涉外产品展览的相关人员，应审查展出的产品及其介绍材料，对展览中涉及的竞争对手、保密措施等进行培训，并重点保护产品秘密点。

针对人才引进中的相关人员，对聘用的外籍或曾就职于外企的技术人员，应调查其背景，充分考虑因聘用人员提供的技术可能被外国政府或企业起诉侵犯商业秘密的风险。

## 第六章 商业秘密保护合规管理：涉密信息管理

涉密信息的合规管理主要包括基本管理、涉密载体、涉密场所以及商务合同中涉及的商业秘密事宜，特别是涉美业务中如何防范侵犯他人商业秘密。

### 一、基本管理

要建立商业秘密分级制度，根据商业秘密的数量、重要程度、保护要求、管理水平等实际状况划分商业秘密的密级和知悉范围，明确各等级商业秘密保密期限以及商业秘密标志，将不同重要程度的商业秘密按照不同的保护模式进行保护；对商业秘密的产生、认定、使用和解密等环节进行动态管理，商业秘密变更密级、保密期限、知悉范围、在保密期限内解密或自行解密进行及时更新。

要对商业秘密的解密进行分层管理，商业秘密的降密、解密和销毁，需根据该项商业秘密的保密期限或依据已经变化的情况，经所在单位初审后报保密委员会审定批准，方可进行降密、解密或销毁。

对于事关国民经济国防安全的商业秘密需要变更为国家秘密的，依法定程序将其确定为国家秘密。

### 二、涉密载体

商业秘密载体应及时如数登记并长期保存；商业秘密载体应存放在密码文件柜内，指定专人管理，定期进行检查，做到账物相符。

严格规范商业秘密载体，对在以文字、数据、符号、图形、声音等方式记载商业秘密的纸质文件、磁质文件等上作出明显的商业秘密标志。对商业秘密载体的制作、收发、传递、使用、保存、销毁等过程实施控制，确保商业秘密载体安全。商业秘密及其载体应在规定区域内保存和流转，重要商业秘密应经保密办公室审核批准。

加强与商业秘密相关的计算机信息系统、通讯及办公自动化等信息设施、设备的保密管理，保障商业秘密信息安全。涉密设备的选择、采购、安装、运行、使用、维修、报废、销毁应当充分考虑国家的安全和保密需要，按照操作规程和国家保密部门的有关规定制定相关流程。

### 三、涉密场所

涉密场所指企业内部专门处理涉密事项、存储商业秘密以及涉密载体的区域。规范涉密场所的确定、变更及标识，根据区域实际情况及保密要求，落实保密管理制度和防范措施，将保密责任落实到人，增强工作人员保密意识，确保企

业商业秘密安全。

涉密场所设立门禁，明确进入人员范围，严格禁止无关人员进入，其他部门员工和外来人员因工作需要进入涉密场所，需经涉密场所负责人批准，并做好登记工作。未经批准禁止携带有录音、录像、拍照、信息存储等功能的设备进入涉密场所。涉密区域的关键位置还应设置图像采集设施。

#### **四、对外合作**

在开展对外合作签订合同时，要明确双方权利、义务以及技术成果归属。在合作过程产生新的信息也要明确权属关系和保密义务。

在商务合作中商业秘密合法来源的证据要总结归档。在重点工程、重大项目建设中与外部单位进行技术合作或统一经营管理时，应通过合同、申明、承诺等方式明确技术信息和管理经验的归属以及使用方式。

对于相关证据处的信息要保存归档，尤其是涉嫌侵权的文档、资料。在参考、引用其他公司相关数据或资料，应尽可能明确其来源。对于公开信息，使用时要清楚标注出处；对于非公开信息，如企业间业务合作和技术交流，需要通过合同、申明、承诺等方式保存确保其来源合法。

#### **五、涉美业务**

在开展涉美业务时，要对美国同行企业以及竞争对手的商业秘密保护情况进行充分的了解，要加强对美国商业秘密保护法律开展研究。

要针对同行、伙伴、竞争对手及其子公司的商业秘密保护情况进行调研，形成调查报告。

要及时盘点企业自己的产品、技术和服务等信息及其来源等商业秘密相关信息，预防出现侵犯他人商业秘密的风险。

在与美国公司直接开展涉及商业秘密的业务咨询、谈判、技术评审、成果鉴定、合作开发、技术转让、合资入股时，要关注美国公司的业务范围、合作伙伴以及与中央企业的业务往来等可能涉及商业秘密的信息。

在与其他公司开展业务合作过程中，如果该公司与美国公司有业务往来，在签订保密协议中要明确其与美国公司的相关业务往来应该获得中央企业的许可或授权。中央企业要了解、记录该美国公司的业务范围、合作伙伴、相关业务往来等可能涉及商业秘密的信息。

要加强对美国“337”调查典型案例的研究，掌握“337”调查的规律和应对方式，做好风险防范。

另外，DTSA 规定司法部应针对美国境外侵害美国商业秘密的案件情况，经与知识产权执法部门等机构磋商后定期向参、众两议院提交报告并向社会公布，可见 DTSA 不仅局限于境内商业秘密的保护，还试图使美国的商业秘密能够获得全球范围内的保护。同时，当境外盗用美国商业秘密涉及进口货物时，只要可能损害美国相关产业利益，即使该行为发生在外国，美国联邦贸易委员会（ITC）也可行使管辖权。所以，有货物出口贸易的中央企业需更加谨慎。

## 第七章 商业秘密保护合规审查

### 一、审查依据及要求

依据我国及其他国家地区的商业秘密保护法律法规，对中央企业商业秘密保护进行合规审查。

商业秘密的合规审查围绕保护和侵权风险防范两个方面，主要针对涉密人员、涉密载体、涉密场所、保密措施等内容，对技术转让、许可、产品进出口等环节的合同签订、信息来源、接触途径等环节进行审查。

合规审查可以根据业务开展和交易具体情况决定审查进度和周期。

### 二、审查内容

商业秘密保护合规审查的内容主要聚焦保护和侵权风险防范，既要确保中央企业自身的商业秘密能获得充分保护，避免损失，又要防止中央企业侵犯他人的商业秘密，防范风险。保护方面审查内容主要包括：涉密人员管理审查、涉密信息管理审查、失泄密应对措施审查等；风险防范审查内容主要包括：人员引进审查、商务合同审查、侵犯他人商业秘密应对措施审查等。

#### （一）商业秘密泄密风险合规审查

##### 1. 涉密人员管理审查

调查数据显示，商业秘密泄密案件中的 80% 由内部人员引发，60% 由人员流动引起，因此，人员管理是商业秘密保护的第一道防线，属于重点审查内容。

##### （1）审查范围

审查的人员范围包括内部人员和外部人员。内部人员包括：新入职人员、在职人员、调岗人员、离职人员。外部人员包括：被许可人、供应商、客户、制造商、销售代理商，以及向公司提供产品或服务的建筑师、工程师、顾问、承包人、分保人，以及人才引进和技术合作中的涉外人员等。

##### （2）审查重点

岗前、在岗、离岗及离职期间的涉密人员的合同、协议、声明、承诺等文件中设置保密条款内容是否全面、责任是否明确；人才引进和技术合作中商业秘密信息保存记录情况；开展涉外业务和技术合作时，还需重点审查涉外涉密人员的管理情况。

## 2. 涉密信息管理审查

采取保密措施是商业秘密的构成要件，需要重点审查。

### (1) 审查范围

企业保密措施主要包括采用与企业实际经营状况相适应的技术手段、经济手段和契约手段对涉密信息进行管理的方式方法。其中，涉密信息管理主要包括密级管理、涉密载体、涉密场所。

### (2) 审查重点

商业秘密密级制度建立情况；是否明确保密期限和标志等；是否对商业秘密的产生、认定、使用和解密等环节进行动态分层管理；商业秘密载体指定专人管理情况；与商业秘密相关的计算机信息系统、通讯及办公自动化等信息设施、设备是否具有商业秘密标志；涉密场所是否设立门禁，并登记人员往来等。

## 3. 失泄密应对措施审查

### (1) 审查内容

商业秘密失泄密应对措施审查的内容主要包括：失泄密事件的确认、失泄密原因查找、失泄密补救措施、失泄密风险再识别和制度再改进等。

### (2) 审查重点

是否具有规范的失泄密应对措施流程；是否具有专职人员或专业的中介机构对失泄密原因进行调查；是否可以根据不同的失泄密风险等级确定应急处置等。

## (二) 商业秘密侵权风险防范合规审查

### 1. 人员引进管理审查

#### (1) 审查范围

与泄密风险审查中的涉密人员管理审查不同，侵犯他人商业秘密风险防范合规审查主要针对人员引进尤其是从境外人才引进的管理，以及业务合作中我方人员、合作方人员的行为规范的管理。

#### (2) 审查重点

在引进外部尤其是外籍、外企的技术人员时，签署协议文件中是否明确不侵犯他人商业秘密；如果侵权责任如何承担等；在开展业务合作过程中我方人员是

否遵守商业秘密保护规定和约定；是否存在因个人原因导致侵犯他人商业秘密牵连企业；是否存在因合作方人员原因侵犯他人商业秘密牵连企业。

## 2. 商务合同审查

### （1）审查范围

涉及中央企业的咨询、谈判、技术评审、成果鉴定、合作开发、技术转让、技术入股等商务活动签订的合同都纳入审查范围。不仅审查正常履行的合同，还要覆盖中止、终止或解除的合同。

### （2）审查重点

商业秘密或知识产权条款设置情况：商业秘密权属、保密义务、泄密责任是否明确；保密内容、范围和期限是否合理；涉密人员要求是否恰当；保密措施是否可行等。

## 3. 侵犯他人商业秘密应对措施审查

### （1）审查范围

主要针对企业在遭遇他人以侵犯商业秘密为由提起的纠纷或诉讼时，如何采用合理、及时、专业的抗辩方法、应对措施等。

### （2）审查重点

是否对商业秘密构成条件进行确认；是否对商业秘密侵权构成条件进行确认；侵权责任的判断及应对策略是否合理；是否有专业人员或专业机构参与等。

## 三、审查结果

在审查结束后给出审查意见和结论，通常结论有两种情况：

（一）商业秘密保护和体系建设符合合规要求，可继续完善体系优化机制，执行好商业秘密保护各项制度。

（二）商业秘密保护和体系建设不符合合规要求，同时指出保护体系需要强化的重点环节和完善的具体举措。

特别注意的是：审查过程中如遇特殊交易，则在审查结论中应在具体情况的基础上，增加后续合规审查安排的表述。

## 第八章 商业秘密保护合规管理：应急措施

企业应建立失泄密和侵犯他人商业秘密的应急处理预案和保障措施，一旦遭遇失泄密和侵犯他人商业秘密的风险，能及时采取有效措施予以应对。

## 一、失泄密应急措施

企业商业秘密失泄密应急处置措施包括失泄密事件的确认、查找失泄密原因、确定失泄密风险等级、采取补救措施和失泄密风险再识别及制度再改进等步骤。

### （一）失泄密事件确认

中央企业应建立一套确认失泄密事件的评价机制，确认在商业保密保护过程中发生下列情形之一的，应视为发生失泄密事件：

- 1.商业秘密相关信息被不负有保密义务的人员、企业获悉；
- 2.使用某项专有技术生产的产品在市场上出现；
- 3.商业秘密相关信息出现在公众领域的网络媒体、刊物上；
- 4.某个可能涉及商业秘密的行为或事件给企业已经造成了经营、管理、经济、声誉等不良影响；
- 5.初步判断可能出现失泄密事件的其他情形。

### （二）失泄密原因查找

对于可能发生的失泄密事件，中央企业应及时组织法律部门、审计监察部门及相关业务部门着手调查失泄密原因，以及调查手段的覆盖面。

调查可采用顺向调查、逆向调查和侧向调查方式开展，或同时采用多种方式调查。顺向调查从保密单位入手，从保密信息的知悉范围、保密工作方式、保密流程管理等发现商业秘密的流向，对可能出现失泄密的环节重点组织调查认证，查找失泄密原因。逆向调查从商业秘密出现的知悉人员、平台、机构入手，追溯涉密信息的来源，查找失泄密原因。侧向调查是从监督机构、相关中介机构了解相关保密信息来源，查找失泄密原因。

### （三）失泄密风险等级

中央企业应根据风险事件对企业的经营发展影响划分失泄密风险等级，可分为一般风险事项和重大风险事件等级。

一般风险事件指中央企业发生某项商业秘密失泄密事件，可能受到较轻的处罚、制裁或遭受数额较小的财产损失或影响较小的声誉损失的风险事项。对于一般风险事件，不直接影响中央企业整体利益，并且相关部门能够在其职权范围内进行有效防范的，保密委员会日常办事机构应当向特定部门提出处置方案，并指导、监督处置方案的落实。相关部门有义务向保密委员会日常办事机构汇报合规风险处置方案的执行情况。

重大风险事件是指中央企业发生某项商业秘密失泄密事件，可能受到严厉处罚或制裁或遭受重大经济损失或重大声誉损失的风险事项。对于重大风险事件，保密办公室应制作书面的风险分析意见，立即采取补救措施。

#### （四）失泄密补救措施

中央企业发现失泄密事件，应及时采取补救措施，并保证补救措施的范围和力度。

对于出现的企业员工泄露或者非法使用商业秘密，情节较重或者造成较大损失的，应当依法追究相关法律责任。涉嫌犯罪的，依法向公安或检察机关报案。对于出现第三方侵权事件，要及时组织收集相关证据，如果企业内部采取的补救措施效果有限，可借助外部专业律师事务所或知识产权代理机构等部门的力量，推进谈判、报案、诉讼等方式的维权和补救的进程，依法主张权利，要求停止侵权，消除影响，赔偿损失。

#### （五）失泄密风险再识别和制度再改进

中央企业应建立商业秘密保护后评估制度，根据商业秘密风险识别情况和风险事件处置结果，进入商业秘密保护合规风险再识别和合规制度再制定的持续改进阶段，保障商业秘密合规管理体系全环节的稳健运行。

## 二、侵犯他人商业秘密应急措施

企业侵犯他人商业秘密的应急处置措施包括侵犯他人商业秘密的确认、查找侵权原因、设置抗辩途径、遏制企业损失和构建后评估制度等步骤。

### （一）侵犯他人商业秘密确认

中央企业遭遇他人商业秘密侵权诉讼时，应立即启动侵犯他人商业秘密的确认机制。

判断中央企业所使用的信息有没有侵犯他人商业秘密需要两个步骤，一是确认他人所称商业秘密是否构成法律意义上的商业秘密；二是在他人所称商业秘密确认构成法律意义上的商业秘密的前提下，判断中央企业所使用的信息是否与他人所称商业秘密等同或相同。

确认他人所称商业秘密是否构成法律意义上的商业秘密包括确认他人所称商业秘密是什么、判断他人所称商业秘密是否符合商业秘密的三要件，中央企业应从秘密性和保密性入手提出抗辩理由，即证明原告所称商业秘密并不具有秘密性和保密性。

当判断他人所称商业秘密的确构成法律意义上的商业秘密，中央企业下一步

需判断所使用的信息是否与他人所称商业秘密相同或等同。中央企业组织内部技术专家或借助外部知识产权事务所等，对涉嫌侵权的商业秘密的相同或等同性进行评估，初步判断所使用的信息是否相同或等同于他人所称商业秘密，以预估侵犯他人商业秘密的风险。

## （二）查找侵权原因

中央企业应建立侵权原因追溯机制，对于可能发生的侵犯他人商业秘密事件，中央企业保密委员会是否及时组织法律部门、审计监察部门及相关业务部门着手开始调查，查找侵权原因。调查可以采用逆向调查，从中央企业涉侵权信息的知悉人员、平台、机构入手，追溯涉侵权信息的来源，查找涉嫌侵权的原因，为侵权抗辩寻找证据，有利于企业侵权风险再识别和制度再改进。重点调查涉侵权信息是否来源于员工跳槽携带原单位信息及员工记忆信息、企业合作和技术交流从外部单位流入信息、外部单位非法获得本企业信息作为外部单位的商业信息而恶意诉讼等可能情况。

## （三）抗辩途径设置

中央企业应当根据商业秘密的获取途径、接触、相同或实质性相似等原则对商业秘密进行侵权抗辩，必要时通过司法鉴定或其他专门人员从商业秘密的秘密性、同一性辅助认定事实，重点关注：一是侵害商业秘密纠纷案件司法实践中“秘密性”具体表现为“秘密点”的寻找与确定，明晰商业秘密权利人起诉前自身商业秘密的“秘密点”所在是胜诉的基本保证；二是被告实施的技术信息与原告是否相同，两者不具有同一性，同样不构成侵害商业秘密。

中央企业在技术合作中，应采取必要手段切断或减少与合作方“接触”的可能和证据，具有紧急组织企业内部技术专家或借助外部律师事务所、知识产权代理机构、技术鉴定组织等专业机构，对涉嫌侵权的商业秘密的相同或等同性进行评估的能力。保存合作项目和转让技术的合同、许可、协议等技术合理来源的证据，其中合理来源包括自行开发、反向工程所得、受让或许可以及不知他人非法获取或披露而使用等。

## （四）遏制企业损失

中央企业对于可能发生的侵犯他人商业秘密事件，应采取积极措施遏制由此事件带来的损失，遏制损失的措施可以从以下方面拓展：一是通过协商的方式解决侵犯商业秘密纠纷。由于商业秘密的特殊性，采取行政、刑事、民事诉讼等法律途径解决纠纷并不是优先方案，司法立案前应当优先考虑是否可以通过协商解

决的方案解决纠纷；二是诉讼案件中抗辩分析原告案由，处理诉讼时效与管辖、证据收集和确定赔偿金额等问题。

#### （五）构建后评估制度

中央企业应建立侵犯他人商业秘密风险后评估制度，根据侵权风险识别情况和风险事件处置结果，进入商业秘密保护合规风险再识别和合规制度再制定的持续改进阶段，保障商业秘密合规管理体系全环节的稳健运行。

## 附件

### 法律清单

#### 中国相关法

### 《中华人民共和国反不正当竞争法》<sup>1</sup>

第九条 经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施前款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。

第十五条 监督检查部门及其工作人员对调查过程中知悉的商业秘密负有保密义务。

第十七条 经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人三百万元以下的赔偿。

第二十一条 经营者违反本法第九条规定侵犯商业秘密的，由监督检查部门责令停止违法行为，处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。

第三十条 监督检查部门的工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露调查过程中知悉的商业秘密的，依法给予处分。

---

<sup>1</sup> 2019年修正的《中华人民共和国反不正当竞争法》。

## 《中华人民共和国刑法》<sup>2</sup>

### 第二百一十九条 侵犯商业秘密罪

有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

- （一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；
- （二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；
- （三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。

明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

本条所称商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

### 第三百零八条之一 泄露不应公开的案件信息罪

司法工作人员、辩护人、诉讼代理人或者其他诉讼参与人，泄露依法不公开审理的案件中不应当公开的信息，造成信息公开传播或者其他严重后果的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。

有前款行为，泄露国家秘密的，依照本法第三百九十八条的规定定罪处罚。

公开披露、报道第一款规定的案件信息，情节严重的，依照第一款的规定处罚。

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

## 《中华人民共和国促进科技成果转化法》<sup>3</sup>

第十一条 国家建立、完善科技报告制度和科技成果信息系统，向社会公布科技项目实施情况以及科技成果和相关知识产权信息，提供科技成果信息查询、筛选等公益服务。公布有关信息不得泄露国家秘密和商业秘密。对不予公布的信

<sup>2</sup> 2017年修正的《中华人民共和国刑法》。

<sup>3</sup> 2015年修正的《中华人民共和国促进科技成果转化法》。

息，有关部门应当及时告知相关科技项目承担者。

第三十条第二款 科技中介服务机构提供服务，应当遵循公正、客观的原则，不得提供虚假的信息和证明，对其在服务过程中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密负有保密义务。

第四十二条 企业、事业单位应当建立健全技术秘密保护制度，保护本单位的技术秘密。职工应当遵守本单位的技术秘密保护制度。

企业、事业单位可以与参加科技成果转化的有关人员签订在职期间或者离职、离休、退休后一定期限内保守本单位技术秘密的协议；有关人员不得违反协议约定，泄露本单位的技术秘密和从事与原单位相同的科技成果转化活动。

职工不得将职务科技成果擅自转让或者变相转让。

第四十八条第二款 科技中介服务机构及其从业人员违反本法规定泄露国家秘密或者当事人的商业秘密的，依照有关法律、行政法规的规定承担相应的法律责任。

第五十一条 违反本法规定，职工未经单位允许，泄露本单位的技术秘密，或者擅自转让、变相转让职务科技成果的，参加科技成果转化的有关人员违反与本单位的协议，在离职、离休、退休后约定的期限内从事与原单位相同的科技成果转化活动，给本单位造成经济损失的，依法承担民事赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 《中华人民共和国合同法》

### 第四十三条 保密义务

当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

### 第二百六十六条 承揽人的保密义务

承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或者技术资料。

### 第三百二十五条 技术合同价款、报酬或使用费（第二款）

约定提成支付的，可以按照产品价格、实施专利和使用技术秘密后新增的产值、利润或者产品销售额的一定比例提成，也可以按照约定的其他方式计算。提成支付的比例可以采取固定比例、逐年递增比例或者逐年递减比例。

### 第三百四十三条 技术转让范围的约定

技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围，但不得限制技术竞争和技术发展。

### 第三百四十七条 技术秘密转让合同让与人的义务

技术秘密转让合同的让与人应当按照约定提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性，承担保密义务。

### 第三百四十九条 技术转让合同让与人基本义务

技术转让合同的让与人应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者，并保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到约定的目标。

### 第三百五十条 技术转让合同受让人技术保密义务

技术转让合同的受让人应当按照约定的范围和期限，对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分，承担保密义务。

### 第三百五十一条 让与人违约责任

让与人未按照约定转让技术的，应当返还部分或者全部使用费，并应当承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该项技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

### 第三百五十二条 受让人违约责任

受让人未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止实施专利或者使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，未经让与人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。

### 第三百五十三条 技术合同让与人侵权责任

受让人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人承担责任，但当事人另有约定的除外。

### 第三百五十四条 后续技术成果的归属与分享

当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果分享办法。没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。

## 《中华人民共和国公司法》<sup>4</sup>

### 第一百四十八条 董事、高管人员的禁止行为

董事、高级管理人员不得有下列行为：（七）擅自披露公司秘密；董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

## 《中华人民共和国劳动法》<sup>5</sup>

第二十二条 劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保守用人单位商业秘密的有关事项。

第一百零二条 劳动者违反本法规定的条件解除劳动合同或者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任。

## 国际条约

### 《巴黎公约》

#### 第十条之二 不正当竞争

（1）本联盟国家有义务对各该国国民保证给予制止不正当竞争的有效保护。

（2）凡在工商业事务中违反诚实的习惯做法的竞争行为构成不正当竞争的行为。

（3）下列各项特别应予以禁止：

（i）具有采用任何手段对竞争者的营业所、商品或工商业活动产生混淆性质的一切行为；

（ii）在经营商业中，具有损害竞争者的营业所、商品或工商业活动的信用性质的虚伪说法；

（iii）在经营商业中使用会使公众对商品的性质、制造方法、特点、用途或数量易于产生误解的表示或说法。

### 与贸易有关的知识产权协定（草案）

#### 第二部分 关于知识产权效力、范围和使用的标准

##### 第七节 对未披露信息的保护

---

<sup>4</sup> 2018年修正的《中华人民共和国公司法》。

<sup>5</sup> 2018年修正的《中华人民共和国劳动法》。

第三十九条 一、在保证针对《巴黎公约》(1967)第十条之二规定的不公平竞争而采取有效保护的过程中,各成员应依照第二款对未披露信息和依照第三款提交政府或政府机构的数据进行保护。

二、自然人和法人应有可能防止其合法控制的信息在未经其同意的情况下以违反诚实商业行为的方式向他人披露,或被他人取得或使用,只要此类信息:

(一)属秘密,即作为一个整体或就其各部分的精确排列和组合而言,该信息尚不为通常处理所涉信息范围内的人所普遍知道,或不易被他们获得;

(二)因属秘密而具有商业价值;并且

(三)由该信息的合法控制人,在此种情况下采取合理的步骤以保持其秘密性质。

三、各成员如要求,作为批准销售使用新型化学个体制造的药品或农业化学物质产品的条件,需提交通过巨大努力取得的、未披露的试验数据或其他数据,则应保护该数据,以防止不正当的商业使用。此外,各成员应保护这些数据不被披露,除非属为保护公众所必需,或除非采取措施以保证该数据不被用在不正当的商业使用中。

## 美国法律

### 《不公平竞争法第三次重述》<sup>6</sup>

#### 第四章 贸易价值的适用

##### 主题 2 商业秘密

##### § 39 商业秘密的定义

商业秘密是指可用于企业或其他企业运营的任何信息,并且具有足够的价值和秘密,可以提供实际或潜在的经济优势。

##### § 40 商业秘密的拨款

如果出现以下情况,则可能会对另一个商业秘密的占用承担责任:

(a)行为人通过第 43 条规定的规则获得的不正当行为获得该行为人知道或有理由知道的另一商业秘密;要么

(b)在未经另一方同意的情况下,该行为人使用或披露另一方的商业秘密,并且在使用或披露时,

---

<sup>6</sup> 1995 年施行的《不公平竞争法第三次重述》。

(1)该行为人知道或有理由知道该信息是该行为人根据第 41 条规定的规则在行为人对另一方承担责任的情况下获得的商业秘密; 要么

(2)行为人知道或有理由知道该信息是行为人通过第 43 条规定的不正当手段获得的商业秘密; 要么

(3)行为人知道或有理由知道该信息是行为人通过第 43 条规定的不正当手段获得或通过其商业秘密的披露而获得的商业秘密。根据第 41 条规定的规则违反另一方的信任义务; 要么

(4) 行为人知道或有理由知道该信息是该行为人通过意外或错误获得的商业秘密, 除非该收购是另一方未采取合理预防措施以维护信息保密的结果。

#### § 41 信心的责任

如果出现以下情况, 则商业秘密被披露的人对商业秘密的所有者负有信任义务, 以符合第 40 条规定的规则:

(a) 该人在披露商业秘密前明确承诺保密; 要么

(b) 商业秘密在披露当事人之间的关系或披露的其他事实证明在披露时得出的结论的情况下向该人披露,

(1) 该人知道或有理由知道该披露是为了保密, 而且

(2) 披露的另一方在推断该人同意保密义务方面是合理的。

#### § 42 员工违反信心

使用或披露雇主或前雇主所有的商业秘密违反保密义务的雇员或前雇员, 根据第 40 条规定的规则, 对商业秘密的占用负有责任。

#### § 43 不正当地获取商业秘密

根据第 40 条规定的规则, “不正当”意味着获取另一个商业秘密, 包括盗窃, 欺诈, 未经授权拦截通信, 诱导或知道参与违反信任, 以及其他方式本身就是不法行为或在案子。对公开产品或信息的独立发现和分析不是不正当的获取方式。

#### § 44 禁令: 商业秘密的拨款

(1) 在适当的情况下, 根据第 (2) 款规定的规则, 可以颁发禁令救济, 以防止根据第 40 条规定的规则承担责任的人继续或威胁性地侵占他人的商业秘密。

(2) 禁令救济的适当性和范围取决于对案件所有因素的比较评估, 包括以下主要因素:

(a) 受保护利益的性质;

- (b) 拨款的性质和范围;
- (c) 强制令和其他补救措施对原告的相对充分性;
- (d) 如果禁令被授予可能导致被告合法利益的相对损害, 如果禁令被拒绝, 则可能导致原告的合法利益;
- (e) 第三者和公众的利益;
- (f) 原告提起诉讼或以其他方式主张其权利的任何不合理的延误;
- (g) 原告的任何相关不当行为; 和
- (h) 制定和执行禁令的实用性。

(3) 商业秘密行动中禁令救济的期限应限于保护原告免受拨款造成的任何损害所必需的时间, 并剥夺被告因拨款而产生的任何经济利益。

#### § 45 货币救济: 商业秘密的拨款

(1) 根据第 40 条规定对另一个商业秘密进行盗用的另一方应对由于拨款或由于拨款产生的行为人自身的金钱利益而导致的另一笔金钱损失负责, 以两者为准。更大, 除非根据第 (2) 款规定的规则进行此类救济是不合适的。

(2) 货币救济金是否合适以及衡量此类救济的适当方法取决于对案件所有因素的比较评估, 包括以下主要因素:

- (a) 原告确定金钱损失的事实和程度或由于拨款而产生的行为人的金钱利益的确定程度;
- (b) 拨款的性质和范围;
- (c) 原告对其他补救措施的相对充分性;
- (d) 行为人的意图和知识以及行为人依赖任何善意的性质和程度;
- (e) 原告提起诉讼或以其他方式主张其权利的任何无理拖延; 和
- (f) 原告的任何相关不当行为。

### 《经济间谍法》<sup>7</sup>

#### 第 90 章 保护商业秘密

#### 第 1831 条 经济间谍罪

#### (a)、一般

任何人图谋使、或知道, 犯罪有益于外国政府、外国机构或外国代理人, 仍故意实施下列行为的, 即:

---

<sup>7</sup> 1996 年施行的《经济间谍法》。

(1)、盗窃商业秘密，或者未经许可侵占、取得、带出、藏匿商业秘密，或者以伪造、阴谋、欺骗手段，获取商业秘密；

(2)、对商业秘密，未经许可抄写、临摹、复制、草绘、绘制、拍摄、下载、上载、改变、破坏、影印、传送、递送、托送、邮寄，或用通讯或口头传递；

(3)、知道商业秘密是未经许可盗窃、侵占、获取或传递的结果，仍然接受、购买或占有该商业秘密；

(4)、上述(1)、(3)项行为的预备行为；

(5)、上述(1)、(3)项行为的共谋行为，其共谋人之一的行为作用于该共谋之目的，处 50 万美元罚金，或 15 年以下有期徒刑，或二者并处；组织犯罪依 B 款规定。

(b)、组织犯罪

任何组织犯(a)款罪的，处 1000 万美元以下罚金。

第 1832 条 侵夺商业秘密罪

(a)、任何人图谋使、或知道，犯罪有损于其产品是为州际、国际贸易生产或产品处于该贸易中的商业秘密的所有人，仍为该所有人以外任何人的经济利益，以传递有关该产品或者包含于该产品的商业秘密为目的，故意实施下列行为的，即：

(1)、盗窃商业秘密，或者未经许可侵占、取得、带出、藏匿商业秘密，或者以伪造、阴谋、欺骗手段，获取商业秘密；

(2)、对商业秘密，未经许可抄写、临摹、复制、草绘、绘制、拍摄、下载、上载、改变、破坏、影印、传送、递送、托送、邮寄，或用通讯或口头传递；

(3)、知道商业秘密是未经许可盗窃、侵占、获取或传递的结果，仍然接受、购买或占有该商业秘密；

(4)、上述(1)、(3)项行为的预备行为；

(5)、上述(1)、(3)项行为的共谋行为，其共谋人之一的行为作用于该共谋之目的，处罚金，或 10 年以下有期徒刑，或二者并处；组织犯罪依 B 款规定。

(b)、组织犯罪

任何组织犯(a)款罪的，处 500 万美元以下罚金。

第 1833 条 例外

本章不适用于：

(1)、任何执行美国政府、州政府职能的实体，或州政府的分支权利机构，所

采取的合法行为；

(2)、向对犯罪管辖有合法授权的任何执行美国政府、州政府职能的实体，或州政府的分支权利机构，报告可疑违法行为。

#### 第 1834 条 没收犯罪财产

(a)、法院处罚本章各罪的犯罪人的，除其他处罚外，应责令向美国政府清缴下列犯罪财产：

(1)、犯罪人直接或间接地获得的、构成或导源于作为犯罪结果的收入的任何财产；

(2)、法院根据案情，考虑性质、范围和比例，认定的在犯罪中或为帮助犯罪，以任何方式、任何部分，使用或企图使用的犯罪人的财产。

(b)、对依本节没收之财产的任何没收或处理，和任何有关行政和司法程序，应适用 1970 年毒品犯罪综合防治法第 413 节；依本节规定不应没收的，属于第 413 节第(d)条和第(f)条规定的财产除外。

#### 第 1835 条 保密令

在依本章进行的任何控诉或其他程序中，为必要和恰当地保守商业秘密，法院应考虑联邦刑事与民事诉讼法、联邦证据法和其他联邦法律的要求，下达命令和采取其他有关措施。对美国政府提出的诉间上诉，联邦地区法院应以决定或命令，予以受理，授权或指导任何商业秘密的披露。

#### 第 1836 条 禁止侵权的民事程序

(a)、在民事诉讼程序中，检察长对违反本节之犯罪，可申请适当的禁令救济。

(b)、对依本条的民事诉讼，联邦地区法院有一审专属管辖权。

#### 第 1837 条 美国境外的犯罪行为

本章规定亦适用于美国境外的行为，如果：

(1)、自然人犯罪，该人为美国公民或有美国永久居留权的外国人，或者组织犯罪，该组织根据美国联邦、州或其权利分支机构的法律产生。

(2)、促成犯罪的行为，原生于美国。

#### 第 1838 条 适用时与其他法律的关系

本章不得解释为，相对于无论是联邦、州、共同体、领地、属地法律所规定的，对侵占商业秘密的任何其他民事、刑事救济，产生了先占或替代作用；或对政府雇员根据美国法典第 552 条（一般称为信息自由法）进行的合法信息公开，产生任何影响。

## 第 1839 条 定义

本章使用的术语：

(1)、“外国机构”是指由外国政府实质上所有、控制、赞助、指挥、管理或支配的任何职能机构，委、局、处室、所、协会，或者任何法律、商业或业务组织、团体、公司；

(2)、“外国的代理人”指任何外国政府的任何官员、雇员、授权代理人、公务人员、委任代表或代表。

(3)、“商业秘密”是指所有形式和类型的财务、经营、科学、技术、经济或工程信息，包括样式、计划、编辑产品、程序装置、公式、设计、原型、方法、技术、工艺、流程或编码，无论有形或无形，无论是否或怎样得到物理、电子、绘制、照相或书写方式的存放、组织、存储，如果——

(a)、所有者对该信息采取了合理的措施；并且

(b)、该信息由于未能被公众所知，且未能用正当手段已经可以确定，因而具有实际或潜在的独立经济价值。

(4)、商业秘密的‘所有者’，指由于法定权利或衡平权利，或接受许可，从而保有商业秘密的人或实体。

# 反垄断（垄断协议、滥用市场支配地位）

## 第一章 反垄断（反托拉斯）监管要求概述

- 一、监管目的
- 二、经营者的定义
- 三、垄断协议以及滥用市场支配地位
- 四、反垄断法（反托拉斯法）的域外效力

## 第二章 合规风险的识别

- 一、法律风险
- 二、商业风险
  - （一）无法顺利交割的风险
  - （二）商业交易方式泄露的风险
  - （三）商誉受损的风险
- 三、交易风险

## 第三章 合规风险防范

- 一、规范化事前管理
- 二、强化合同管理
- 三、建立健全反垄断合规风险管理体系
- 四、加强反垄断合规培训和考核建设合规文化

## 第四章 反垄断合规风险应对

- 一、应对反垄断调查
- 二、应对反垄断诉讼

## 第一章 反垄断（反托拉斯）监管要求概述

### 一、监管目的

为了预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进市场经济健康发展，世界主要国家制定了反垄断（反托拉斯法）法，反垄断执法机构依法监管垄断行为，处理限制竞争贸易的行为，保护竞争促进创新。激励受害者提起诉讼，威慑违法者，美国规定了三倍损害赔偿制定，中国和欧盟规定了损害赔偿诉讼。

### 二、经营者和市场的定义

中国反垄断法界定了经营者含义，经营者即是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。

美国和欧盟没有在立法中界定经营者含义，在司法和执法实践对市场主体作了界定，市场主体包括法人和自然人，参与市场经济活动和竞争活动，承受交易行为利益和义务的组织和个人。

中国反垄断法界定了相关市场，即相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务（以下统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围。

美国和欧盟对市场界定的方法很相近，在确定市场产品的可替代性方面都使用了需求交叉弹性标准，还使用了产品的物理特性和用途标准确定产品的可替代性。其差别在于欧盟优先考虑消费者在经济方面的有效选择权和可能性。

### 三、垄断协议以及滥用市场支配地位

#### （一）中国反垄断法的监管要求

垄断协议是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。协议或者决定可以是书面、口头等形式。其他协同行为是指具有竞争关系的经营者之间，虽未明确订立协议或者决定，但实质上存在协调一致的行为。依据《中华人民共和国反垄断法》以及《禁止垄断协议暂行规定》，经营者不得从事以下行为：

#### 1. 禁止横向垄断协议

1.1 禁止具有竞争关系的经营者就商品或者服务（以下统称商品）价格达成下列垄断协议：

（1）固定或者变更价格水平、价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用；

- (2) 约定采用据以计算价格的标准公式；
- (3) 限制参与协议的经营者的自主定价权；
- (4) 通过其他方式固定或者变更价格。

1.2 禁止具有竞争关系的经营者就限制商品的生产数量或者销售数量达成下列垄断协议：

(1) 以限制产量、固定产量、停止生产等方式限制商品的生产数量，或者限制特定品种、型号商品的生产数量；

(2) 以限制商品投放量等方式限制商品的销售数量，或者限制特定品种、型号商品的销售数量；

(3) 通过其他方式限制商品的生产数量或者销售数量。

1.3 禁止具有竞争关系的经营者就分割销售市场或者原材料采购市场达成下列垄断协议：

(1) 划分商品销售地域、市场份额、销售对象、销售收入、销售利润或者销售商品的种类、数量、时间；

(2) 划分原料、半成品、零部件、相关设备等原材料的采购区域、种类、数量、时间或者供应商；

(3) 通过其他方式分割销售市场或者原材料采购市场。

原材料还包括经营者生产经营所必需的技术和服务。

1.4 禁止具有竞争关系的经营者就限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品达成下列垄断协议：

(1) 限制购买、使用新技术、新工艺；

(2) 限制购买、租赁、使用新设备、新产品；

(3) 限制投资、研发新技术、新工艺、新产品；

(4) 拒绝使用新技术、新工艺、新设备、新产品；

(5) 通过其他方式限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品。

1.5 禁止具有竞争关系的经营者就联合抵制交易达成下列垄断协议：

(1) 联合拒绝向特定经营者供应或者销售商品；

(2) 联合拒绝采购或者销售特定经营者的商品；

(3) 联合限定特定经营者不得与其具有竞争关系的经营者进行交易；

(4) 通过其他方式联合抵制交易。

2. 禁止纵向垄断协议

禁止经营者与交易相对人就商品价格达成下列垄断协议：

(1) 固定向第三人转售商品的价格水平、价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用；

(2) 限定向第三人转售商品的最低价格，或者通过限定价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用限定向第三人转售商品的最低价格；

(3) 通过其他方式固定转售商品价格或者限定转售商品最低价格。

### 3.对行业协会的监管要求

行业协会是指由同行业经济组织和个人组成，行使行业服务和自律管理职能的各种协会、学会、商会、联合会、促进会等社会团体法人。行业协会应当加强行业自律，引导本行业的经营者依法竞争，维护市场竞争秩序。

禁止行业协会从事下列行为：

(1) 制定、发布含有排除、限制竞争内容的行业协会章程、规则、决定、通知、标准等；

(2) 召集、组织或者推动本行业的经营者达成含有排除、限制竞争内容的协议、决议、纪要、备忘录等；

(3) 其他组织本行业经营者达成或者实施垄断协议的行为。

### 4.滥用市场支配地位

经营者具有市场支配地位不得滥用。市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

具有市场支配地位的经营者严禁从事下列滥用市场支配地位的行为：

(1) 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；

(2) 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；

(3) 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；

(4) 没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；

(5) 没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；

(6) 没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；

(7) \*\*\*反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

监管机构认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：

- (1) 该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；
- (2) 该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- (3) 该经营者的财力和技术条件；
- (4) 其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；
- (5) 其他经营者进入相关市场的难易程度；
- (6) 与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

监管机构依据下列情形之一，可以推定经营者具有市场支配地位：

- (1) 一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；
- (2) 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；
- (3) 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

有上述第2项、第3项规定的情形，其中有的经营者市场份额不足十分之一的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。

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

## (二) 美国反托拉斯监管要求

违反反托拉斯法的协议是指若干个经营者之间所达成、实施限制竞争或者反竞争的协议，协议是市场主体的一致意思表示，主要有口头形式、书面形式、默示行为，包括限制、排除或者妨害市场竞争内容。

### 1. 横向联合限制竞争行为

美国《谢尔曼法》第一条禁止限制贸易的协议。

#### 1.1 违反美国反托拉斯法中横向限制竞争协议

违反美国反托拉斯法中横向限制竞争协议指企业间的合同、联合和共谋。注意默示协议的证据。

违法的横向限制竞争协议为不合理的限制贸易行为，合理性原则是美国最高法院确立的判定限制贸易的协议是否违法的规则之一。企业间的合同、联合和共谋还需具有州际意义，影响或者损害州际或者有其他国家的贸易。

#### 1.2 违法的横向限制竞争协议种类

Cartel: 协议中包括固定价格、限制生产和分割市场的内容。

经营者在协议中固定价格的串通或者共谋，限制竞争，相互承诺限制生产、分割消费者和消费地域等。这些协议属于本身违法。为了保护来自境外的竞争、促进国内产业更加集中以及自给自足，美国在对外贸易中处罚限制美国进口、固

定价格、分割市场的国际协议。(参见 1911 年 United States v. American Tobacco Co.、1947 年 United States v. National Lead Co.案)

### 1.3 协议中包括集体抵制和标准化的内容

集体抵制是指经营者联合不与竞争对手、供应商或其他客户交易的协议，亦即美国《谢尔曼法》第一条的限制贸易的串通或者联合。

尽管一定程度的标准化有利于消费者、销售者和使用者，但是应当避免排挤“非标准化的产品”遭到反托拉斯诉讼，因此，为达成符合反托拉斯法的目的，应注意保证标准的客观性和可操作性，使用中介机构的公开程序，并通过中介机构公布结果。(1961 年 Radiant Burners Inc. v. Peoples Gas Light and Coke Co.)

### 1.4 国际合资企业

国际合资企业是指具有卡特尔性质的经营者为了固定价格、分配市场或者减少产量以限制竞争成立合资企业进行合作，不符合《谢尔曼法》第一条，属于本身违法行为。

通常有三种合资协议形式：母公司合资成立新公司，分配新公司的股份；股份合资，取得另一个公司的股份进入该公司；公司之间签署相互合作协议进行完全合作形式。评估合资企业是否违反反托拉斯法，司法实践采用合理原则，评估协议对合作者以及国民经济带来的最大效益，也会考虑是否排除其他当事人，是否会缩小合资者的潜在竞争。

注意在美国建立合资企业时充分利用《1984 年国民合资研究法》以及《1993 年国民合作研究法修正案》对合作企业的反托拉斯保护的规定，维护权益。这些规定了使用合理性规则，企业如果事先注册，发生诉讼只负责按照实际损害赔偿。同时注意阅读 2000 年 4 月 7 日司法部和联邦贸易委员会联合发布的《竞争者合作的反托拉斯指南》，了解这两家执法机构对此的观点和做法。

### 1.5 联合购买协议

联合购买协议在多数情况下按照合理性规则进行分析。公司联合在一起的规模很小，所在市场也不集中，会加强经济效益和竞争。公司联合不适当扩大买方的市场力量，压低价格，以致勾结起来交换敏感信息，这样的行为很可能具有反竞争性，会受到反托拉斯执法机构的审查。

## 2. 纵向限制规定

《谢尔曼法》第一条、第二条禁止限制贸易规定、《克莱顿法》第三条和《联邦贸易委员会法》第五条规定，以及联邦法院的相关判例。

纵向限定类型：

(1) 排他交易协议

生产厂家有权选择交易对象，在特定地域指定分销商或者销售商取得独家销售权的销售商，但是要考虑在该地域内同类产品的竞争，是否影响、限制竞争。在选择使用指定协议时还要考虑市场份额，即注意法院判例确定排他交易协议的反托拉斯标准相关市场和被排挤掉的市场份额和使用合理性。

(2) 捆绑协议、搭售协议

关于搭售协议，卖方、出租人或者许可方在转让货物、服务或者技术时，对买方、承租方或者被许可人设置条件，要求买方、承租方或者被许可人从其所指定的人同时购买不同的货物、服务或者技术。《谢尔曼法》第一条和《联邦贸易委员会法》第五条规定使用搭售协议。《克莱顿法》第三条直接针对搭售协议但是仅仅限于商品以及在美国领域中的商品销售。联邦最高法院认为捆绑协议、搭售协议的目的是为了限制竞争。搭售协议有两种方式：一是全线或者全部系列强加搭售，二是“一揽子”或者整体技术许可搭售。在提起诉讼证明被告违反《谢尔曼法》第一条提交证据证明：涉及两个独立的产品，买方、承租方或者被许可人没有选择的余地，为了获取主要产品只能购买被捆绑的产品，被告在主要产品市场具有支配地位，被捆绑的产品的贸易量巨大(参见 1992 年 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.)。捆绑协议、搭售协议如果有明显的商业合理性，不超出其目的范围，该搭售也是合法的。(参见 1989 年 Mozart Co. v. Mercedes-Benz of North America, Inc.)

(3) 转售方面限制-转售维持价格、地域和客户限制

《谢尔曼法》第一条和《联邦贸易委员会法》第五条规定使用搭售协议规制限制买方转售其所购买的商品自由的纵向限制协议。美国判例中多涉及限制转售价格、地域和客户。

限制转售价格纵向协议。限制转售价格，也称纵向固定价格或者维持转售价格。美国联邦最高法院在 1911 年的 Dr. Miles Medical Co. V. John Park & Sons Co. 案裁决被告的行为本身违反《谢尔曼法》，转售价格维持不合理限制了转售商的定价权利，卖方可以依法建议买方的转售价格，不得签署其希望的销售价格协议或者强迫采取其要求销售的价格。但是美国最高法院在 1997 年的 State Oil Co. v. Khan 案中推翻了以前的裁判标准-本身违法，裁决认为固定转售价格并不有害，采用合理性原则来评估。

地域和客户限制。供应商与买方签署纵向地域和客户限制方面协议不一定具有反竞争性。但是当销售产品几乎不存在内部竞争时，该协议可能具有很高的反竞争性。美国法院在1967年的United States v. Arnold. Schwinn Co.案中认定生产商地域和客户的限制是不合理的，属于本身违法，而在1977年的Continental T.V. Inc v. GTE Sylvania Inc. Sylvania案中抛弃Schwinn案本身违法原则，以合理性原则审查地域和客户限制的利弊。在美国出口中出口企业要注意与美国销售商转售限制事宜，按照合理性和本身违法原则进行风险评估，切记剔除含有最低价格的限制要求。

### 3.美国反托拉斯法单方限制贸易行为-滥用市场支配地位

美国反托拉斯法规定对有关市场的垄断、企图垄断或者垄断化的控制。《谢尔曼法》第二条是其立法主要规定内容，针对企业的单方限制贸易的行为，侧重禁止垄断行为、串通计划或者企图垄断的行为，对违法行为的处理是结构性的，要求拆散违法企业。

美国单方限制贸易行为类型、单方限制贸易的行为掠夺性定价、拒绝交易、捆绑和其他排他行为等。

掠夺性定价是指具有市场支配的企业为排挤竞争者、谋取将来的利润确定低于成本的价格的行为。司法实践中大多数由竞争对手提起的掠夺性定价反托拉斯诉讼获胜的很少。1993年Brooke group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.案中，最高法院指出根据《谢尔曼法》第二条，原告主张掠夺性定价必须表明，被告低于成本的价格导致竞争对手的损失，被告对恢复自己的损失的合理方式是通过获得垄断利润补偿，且利润大于损失，结论是，除非获得垄断利润补偿，掠夺性定价在市场上的价格是低的，有利于增加消费者的福利。

### （三）欧盟的监管要求

#### 1. 欧盟竞争法有关横向联合的控制规定

为了保护消费者和企业的合法权益以及维护竞争，欧盟条约第101条（原第81条）规定，联合限制行为是违法的。根据欧盟委员会和欧盟法院的实践，第101条第一款规定将联合限制分为三类：横向限制协议（价格卡特尔和分割市场的行为）、纵向协议和使用专利、商标或者技术秘密等许可协议中的限制竞争内容。

#### 1.1 横向限制协议的违法构成要件

违法的横向限制协议指企业间协议、企业联合的决议以及相互协调的行为。

为了规避竞争风险多个企业有目的、自愿协调其价值行为。企业联合发布相关成本和价格交流的信息，不得涉及具体的竞争者，否则会受到反托拉斯审查。

企业间协议、企业联合的决议以及相互协调行为具有阻碍、限制和扭曲共同内部竞争的目的或者后果。企业协议、企业联合的决议以及相互协调行为之目的是为了阻碍、限制和扭曲竞争，就是违法了欧盟条约第 101 条。

企业间协议、企业集团的决议以及相互协调行为影响成员国之间的贸易。企业之间的限制竞争的协议影响了成员国的贸易，是违法竞争法的行为。

企业间协议、企业联合的决议以及相互协调行为具有显著不利影响。根据欧盟委员会 1997 年发布的《宽容通告》，市场份额不超过 5% 横向协议不会产生显著的影响，但是价格卡特尔等协议即使不超过 5%，也会被视为对市场产生显著的影响。

### 1.2 横向限制协议的类型

(1) 以直接或者间接的方式固定购买或者销售价格或者其他供货条件的协议。欧盟的执法实践中严格处理固定价格的行为，不论固定最低价还是最高价格，处以大额罚款。

(2) 限制或者控制生产、销售渠道、技术开发或者投资。限制生产、销售数量，经常被称为数量卡特尔，与价格卡特尔一起在协议中违法使用。注意欧盟内部的结构危机卡特尔、专业化生产、标准化生产协议中涉及限制竞争的行为，不适用第 101 条第一款，即反垄断豁免。

(3) 分割市场和采购渠道。

(4) 歧视。相同条件下对不同交易对象适用不同的交易条件，使其处于不利的交易地位。

(5) 搭售。企业要求交易对象接受无关的附加条件，与合同没有本质上或者惯例上相关性。

### 1.3 豁免情形

欧盟条约第 101 条（原第 81 条）第三款规定，符合下列条件的违法的企业间协议、企业联合的决议以及相互协调的行为，不适用第一款规定，可以免除适用反垄断处理：

(1) 有助于改善食品的销售，有利于推动技术或者经济进步。

(2) 消费者能够从限制竞争的好处中得到合理的份额。

(3) 为实现上述限制竞争是绝对必要的。欧盟豁免时会考虑限制竞争的适

当性和必要性，曾豁免过一些结构危机卡特尔。

(4) 限制竞争不得大到排除市场竞争的程度。参与协议企业共同的市场份额是认定是否达到排除市场竞争的因素。共同的市场份额不够 30%，达不到排除市场竞争的程度，共同的市场份额超过 50%的，会被怀疑排除市场竞争，超过 90%的份额，达到了排除市场竞争的程度。

## 2. 纵向限制协议

为协议的目的，在生产或者销售链的不同环节的两个以上的经营者之间达成的、有关购买、销售或者转售特定商品或者服务的协议或者协调行为（《集体豁免条例》）。

欧盟竞争法关于对纵向协议的规定是欧盟条约第 101 条(原第 81 条)和 1999 年 12 月 22 日颁布了《纵向协议和纵向协调行为的具体豁免条例》(简称执行集体豁免条例或者 2790/1999 号条例)，2010 年 4 月 20 日通过了新的纵向协议豁免条例，取代了 2790/1999 号条例以及 2010 年发布的《纵向协议豁免条例适用指南》。

欧盟竞争总司在实践中首先审查协议是代理协议还是供销协议，审查的主要因素为代理人是否承担资金和商业风险。

纵向协议豁免条例禁止的核心限制行为，依据欧盟条约第 101 条第一款原则上予以禁止。纵向限制协议属于纵向核心限制的安排，不论市场份额多少，一律不适用安全港的豁免规定。

在欧盟反垄断实践中下列纵向限制协议几乎不能被豁免：

### (1) 维持转售价格

如果卖方固定买方的转售价格，或者强加一个最低销售价格，协议得不到豁免。卖方设定一个最高销售价格或者推荐一个销售价格，则不受此限。维持最低转售价格能够产生经济效益，在个案基础上可以得到豁免，包括三种情况：一是维持最低转售价格对引导分销商促销新产品是必须的，特别是在无法通过合同实现的情况下；二是在特许经营或者类似的分销协议中，维持转售价格对 6 个周的短期促销是必须的；三是第三方能够证明维持转售价格避免售前服务搭便车，特别是对在复杂产品情况下对消费者售前服务。

### (2) 限制地域客户

直接或者间接限制买方的销售对象或者销售地域，属于核心限制条款。原则上得不到豁免。但是以下四种例外情况下可以得到豁免：一是协议禁止买方在卖方的或者在卖方为其他销售商保留的独占地域或者专有客户进行的主动销售且

不影响买方在自己的独占地域进行独家销售；二是阻止批发商直接向最终用户进行主动或者被动销售的协议可以得到豁免；三是阻止选择性销售网络中的分销商向未授权的分销商进行主动或者被动销售的协议可以得到豁免；四是如果买方购买零部件的目的是装配，组织买方向卖方直接竞争的生产商主动或者被动销售零部件的协议可以得到豁免。

(3) 限制选择性体系的销售商向最终用户进行主动或者被动销售。

如果协议禁止选择性体系的销售商向未经授权的销售商（有别于最终用户）销售其所从事的业务，该限制可以得到豁免。

(4) 限制选择性体系的销售商进行交叉供货

如果协议限制选择性体系的分销商之间进行交叉供货，即使处分销商于不同阶段，该限制也无法豁免。

(5) 限制供货商向第三方企业提供零部件

最终消费者和独立供应商有权购买商品，限制是不合理的。如果买方和服务商签订合同，买方有权依据合同要求服务商只从自己手中购买零配件，买方禁止卖方向该服务商销售零配件的行为是合理的。

### 3. 欧盟关于滥用市场支配地位

欧盟条约第 102 条（原第 82 条）规定构成滥用市场支配地位需要三个条件：一个或多个企业在共同市场或者该市场的一个重大部分具有支配地位；滥用支配地位；对成员国之间的贸易具有现实或潜在的影响。支配地位、滥用和滥用获得的利益包括在相邻市场。欧盟竞争法核心内容之一是规制滥用市场支配地位，禁止滥用市场支配地位的前提是企业在共同市场或者该市场的一个重大部分具有支配地位。如果行为主体是中小企业实施的，有可能豁免，如果是具有市场支配地位滥用市场支配地位，不可能豁免。

#### 3.1 市场支配地位的认定

欧盟委员会和欧盟法院在进行市场支配地位的认定时经常考虑企业的行为，但是最重要的是市场结构标准，即企业市场的份额，比如企业长期占有很高的市场份额，可以构成市场支配地位的证据。此外，还考虑企业与竞争者的差距、潜在竞争、与上下游企业的联系紧密程度以及企业的技术优势等因素。

#### 3.2 滥用市场支配地位类型

欧盟条约第 102 条列举了过高定价、掠夺性定价、价格歧视、拒绝交易、搭售、限制生产销售或技术开发等滥用支配地位的行为，但并不限于这些情形。

### （1）过高定价

欧盟条约第 102 条规定，如果以占据市场支配地位的企业，直接或者间接强迫其他企业接受不公平的购买价格或者销售价格或者其他交易条件，就构成滥用市场支配地位，如向消费者和用户索取不合理的高价。

### （2）掠夺性定价

企业的定价低于成本，含有低价倾销的性质，目的是企图将竞争者挤出市场。

## 四、反垄断法（反托拉斯法）的域外效力

《中华人民共和国反垄断法》第二条规定，中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。

美国是第一个将反托拉斯法域外适用的国家，这些法包括《谢尔曼法》、《克莱顿法》、《对外贸易反托拉斯改进法》等。

欧盟对 101 条、102 条作了宽泛解释，第 101 条、102 条禁止对成员国之间贸易的具有妨碍、限制和扭曲共同市场竞争的企业间的协议、决议和协同行为以及滥用市场支配地位的其他行为，外国公司实施了妨碍、限制和扭曲共同市场竞争的行为，欧盟对外国公司均有管辖权。

## 第二章 合规风险的识别

### 一、法律风险

#### （一）违反《中华人民共和国反垄断法》的法律风险

经营者违反中华人民共和国反垄断法达成并实施垄断协议的或者滥用市场支配地位，会被处以行政处罚，即反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；给他人造成损失的，依法承担民事责任，受到损失的经营者、消费者向法院起诉要求经营者依法承担民事责任。

#### （二）违反欧盟条约的法律风险

企业违反欧盟条约第 101 条和第 102 条以及相关竞争实施条例规定，欧盟委员会会宣布终止违法行为，依据《关于实施〈欧盟条约〉第 101 条和第 102 条规定的竞争规则》予以处罚。罚款不应超过企业上一年度总产值的 10%。按照《第 1/2003 号条例第 23 条第 2 款第 a 项规定的罚款方法指南》第 13 条，罚款金额应以企业在欧洲经济区内的侵权行为所涉及的货物或服务销售额为准。

#### （三）违反美国反托拉斯法的法律风险

企业违反反托拉斯法的，可能受到刑事处罚、行政处罚或者承担三倍损害赔偿等民事责任。

1.刑事处罚风险。在违反谢尔曼法的情况下，对企业可以判处最高额为1000万美元的罚款，对个人可判处最高额为35万美元的罚款或者10年以下的监禁，或者并处罚金与监禁。

2.行政处罚风险。反垄断行政责任一般包括责令停止违法行为、进行行政处罚和认定限制竞争协议无效。一是责令停止违法行为。指的是在行为人实施了违法行为的情况下，反垄断执法机构作为市场秩序的维护者，有权对违法行为发布禁令，制止违法行为。美国《联邦贸易委员会法》第5条规定联邦贸易委员会制止个人、合伙人或者公司实施不公平竞争或者不正当和欺骗性的行为。二是行政处罚。对违法者处以行政处罚，是反垄断法为了预防和制止违法行为常用的法律手段。美国司法部还使用两倍收益或者两倍损害的规则对违法者进行罚款。三是限制竞争的协议无效或者拆分企业。

3.民事法律责任风险。美国《谢尔曼法》第7条以及《克莱顿法》第4条规定任何由于违反反托拉斯法而遭受财产或其他任何损害的人，按照三倍的赔偿标准给予其赔偿、诉讼费用和适当的律师费用。罚款并不能免除违法者的民事损害赔偿，特别是在国际卡特尔案件中，美国法院判处的民事损害赔偿金额越来越大。

在实践中，三倍损害赔偿之诉对不法经营者有着很强的威慑力，在维护市场竞争秩序和保护消费者合法权益方面发挥着巨大的作用。据统计，美国绝大多数反垄断案件是由私人提起诉讼的，政府提起的诉讼只是很小一部分。根据美国联邦民事诉讼规则第23条(a)的规定，在某些情况下，美国的私人原告还可以作为所有与自己处于相同地位的其他人的代理人，以集团的名义提起诉讼。

美国州都可以作为该州居民的“父母官”以其辖区内居民的名义提起三倍损害赔偿之诉，为他们因违反反垄断法的行为而受到的损害要求三倍损害赔偿。

## 二、商业风险

### （一）无法合作的风险

国际企业在合同中约定，双方遵守反垄断法，一方违反反垄断法的，对方有权解除合同，导致合作无法继续合作如技术许可、供货，会遭受重大损失。

### （二）商誉受损的风险

企业商誉受损，影响投标等经营利益。《企业信息公示暂行条例》第十八条规定，县级以上地方人民政府及其有关部门应当建立健全信用约束机制，在政府

采购、工程招投标、国有土地出让、授予荣誉称号等工作中，将企业信息作为重要考量因素，对被列入经营异常名录或者严重违法企业名单的企业依法予以限制或者禁入。

### 三、交易合同风险

当事人因合同内容或者经营行为违反反垄断法或者反托拉斯法，被监管机构或者法院责令停止违法行为，导致交易合同无法履行，引发交易合同风险。

## 第三章 合规风险防范

### 一、规范化事前管理

1.企业在防范反垄断合规风险时要遵循以下原则：

- (1) 守法合规、事先规范；
- (2) 预防为主、控制流程；
- (3) 重在教育、入心入脑。

2.企业应当充分了解、掌握与其具有竞争关系的经营者情况，在识别具有竞争关系的经营者时应当考虑以下因素：

- (1) 经营范围，经营者营业执照记载的经营范围；
- (2) 商品功能或者服务功能；
- (3) 行业性质，经营者进入行业是否经政府批准；
- (4) 地域市场，经营者经营产品或者服务地域区域。

3.企业应当建立健全符合《反垄断法》的销售管控模式，充分了解和掌握有关纵向、处于供应链上下游之间、不具有竞争关系的交易相对人情况。

4.企业应当制定员工合规管理制度，包括严格规范和管理员工参加由具有竞争关系的经营者组织的行业会议，不论形式如何，只要涉及价格议题或者协商销售价格变动、分割市场范围等《反垄断法》禁止的行为，员工须一律退出会议讨论场所并收集和保留相关证据，禁止员工擅自签署任何违法《反垄断法》的协议、记录等书面凭据，禁止员工参与任何讨论所销售商品价格变化的微信群等，禁止向对方提出的涨价提议做出任何承诺。

5.企业应当加强管理和规范员工对外销售合作行为、引导员工提高反垄断合规意识，合规部门应当及时敦促销售部门员工定期检查以下信息：

(1) 通过微信或者含聊天记录等电子通讯方式，并在销售商品过程中实施达成的垄断协议、销售记录和销售数据、财务数据；

(2) 联合体领导交流微信群；

(3) 电子邮件、财务报表和数据。

合规部门在审查销售合同时应当关注提供商品或者服务的销售价格、销售数量、财务数据的合规性。

## 二、强化合同管理

1.企业禁止达成和实施垄断协议。企业内部的合作行为或协作行为不宜称之为协同，避免因使用与反垄断监管相同的词语引起反垄断执法机构的误解。

2.企业合规部门和销售部门在识别其他协同行为时，应当考虑以下因素：

(1) 经营者的市场行为是否具有 consistency；

(2) 经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流；

(3) 经营者能否对行为的一致性作出合理解释。

识别其他协同行为，还应当考虑相关市场的结构情况、竞争状况、市场变化情况、行业情况等。

3.企业合规应当加强识别，抵制交易垄断协议，注意掌握与其具有竞争关系的经营者达成的联合抵制交易协议。

企业在实施行为方面，注意以下细节：经营者以搬迁、环保等理由拒绝向其它企业供货，相关企业多次联系，多次拒绝供货，拒绝行为须符合《中华人民共和国反垄断法》第十七条第(三)款的规定，否则构成实施抵制交易协议的行为。

企业合规部门和销售部门在识别联合抵制交易垄断协议时应当考虑以下因素：

(1) 商品市场是否是典型寡头垄断市场；

(2) 具有竞争关系的经营者是否进行意思联络；

(3) 具有竞争关系的经营者联合抵制行为是否具有 consistency。

4.企业应当树立合规思维，严守《中华人民共和国反垄断法》底线，禁止形成统一涨价的意愿或者集体涨价默契，禁止达成垄断协议。

5.企业合规部门和销售部门在防范横向垄断风险时要关注以下信息：

(1) 调价倡议书、调费公告以及有关调价和涨价的聚会聚餐、邮件沟通、电话联络等；

(2) 与其具有竞争关系的经营者的公司章程、营业执照企业；

(3) 财务报表和数据；

(4) 上一年度销售额和销售数据、台账、记录；

(5) 年度工作总结、董事会等公司治理机构会议纪要、工作记录。

6.企业合规部门在审查销售协议是否符合反垄断法有关纵向协议规定时，应考虑本企业市场地位是否强大、所销售商品市场竞争是否充分以及限制转售价格的目的和后果。

7.企业应当高度关注行业协会是否遵守反垄断法以及相关行为指南的要求，不执行行业协会作出的以下行为：

- (1) 是制定排除、限制价格竞争的规则、决定、通知等；
- (2) 是组织经营者达成《反垄断法》和国家规定禁止的价格垄断协议；
- (3) 是组织经营者达成或者实施价格垄断协议的其他行为。

企业合规部门和销售部门应当加强对前款合规性的把关，防范行业协会将企业拖入实施垄断协议的合规风险之中。

### **三、建立健全反垄断合规风险管理体系**

企业应依据反垄断(价格)的法律法规和监管要求，结合企业自身的实际业务和经营情况，制定、完善有关反垄断(价格)的合规管理办法。

企业可进一步就有关反垄断(价格)的合规行为准则及管理办法，细化制定、完善相应的合规操作流程，

### **四、加强反垄断合规培训和考核建设合规文化**

#### **1.加强反垄断合规培训**

企业应当制定反垄断合规培训方案和计划，对所有员工进行有针对性的培训和考核，特别是强化对企业高级管理人员包括董事长和总经理、分管销售工作的企业副职和所有销售人员，经培训考核合格的，签发反垄断合规培训合格证，作为工作合规的依据和晋升的依据。

#### **2.建设合规文化**

企业党组成员、董事会成员和经营班子成员以及其他高级管理人员应带头学习反垄断法以及相关监管要求，形成浓厚的反垄断合规氛围，接受有关合规培训，关键岗位员工应接受有针对性的专题合规培训，例如针对销售管理以及一线销售人员培训。

有关合规培训应做好记录留存。

## **第四章 反垄断合规风险应对**

企业成立反垄断风险应对小组，制定应急预案，及时跟进反垄断执法或者诉讼动态，强化组织领导，有针对性研究调整商业模式，使其商业模式符合反垄断的立法和监管要求。

## 一、应对反垄断调查

1.企业发现有关部门员工涉嫌违反反垄断法迹象时，应当及时监控、调查，及早处置、处理；认为违法情节严重的，应当积极主动、及时向反垄断执法机构报告，并提供相应证据。

2.企业在中国面临反垄断调查的，可以根据《中华人民共和国反垄断法》第十五条规定，能够证明达成的协议属于以下情形之一的，向反垄断执法机构申请反垄断豁免：

(1) 为改进技术、研究开发新产品的；

(2) 为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；

(3) 为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；

(4) 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；

(5) 因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；

(6) 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；

(7) 法律和\*\*\*规定的其他情形。

企业可以依据《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》的规定，向反垄断执法机构主动报告协议以及证据，主动停止涉嫌违反行为，配合反垄断执法机构调查，可以向反垄断执法机构申请宽大，减轻或者免除处罚。

企业在欧盟面临反垄断调查的，可以依据欧盟条约和相关豁免条例、指南，向欧盟反垄断执法机构申请反垄断豁免。

企业在美国面临反托拉斯调查的，可以依据美国法律和案例确定的原则如合理性原则、反托拉斯指南，配合美国反垄断执法机构调查。

## 二、应对反垄断诉讼

应对反垄断诉讼，是个复杂的过程，也是个技术活。

### (一) 应对美国个人诉讼

企业的法务人员要研究美国的反托拉斯法律制度和联邦法院的反托拉斯判例，特别是要加强对联邦民事诉讼规则和联邦证据规则研究，并强化向领导普法，避免盲目决策，对案件的走向要心中有数。

根据案件的需要聘请美国律师，要聘请态度对我友好、职业素养和职业能力较强的律师，切记防备进入律师陷阱，漫天收费。为了控制费用，聘请中国律师有助于降低费用。

关于美国国家主权豁免问题。许多中国国有企业按照美国 1976 年《外国主权豁免法》提出了豁免问题。这里涉及三个问题：一是，美国法院是否给与国有企业豁免？从《外国主权豁免法》第 1603 条规定来看，国企可以作为主权豁免主体；但是，近 10 年来，美国法院在实践中依据《外国主权豁免法》第 1605 至 1607 条规定，以商业活动例外为由，拒绝给与我国国有企业豁免，如 2007 年中国银行、2010 年五矿集团、中钢等企业在美国诉讼中，法院据此拒绝主权豁免。二是，实践中主张主权豁免的国有企业，一旦败诉或者被缺席判决，原告便执行国家在美国的财产，外交部门花大力气化解。三是，我国政府主张，政府享有绝对豁免，国有企业是独立的法人，不具有国家主权豁免资格，不支持国有企业在个案中提出主权豁免主张。

关于案件的走向。反垄断案件诉讼，需要长时间进行，美国国内通常 7-8 年，国际案件 15-20 年，而华北制药跨国诉讼耗时 12 年，才诉到美国联邦最高法院，但是美国最高法院驳回案件，让上诉巡回法院提出具体的国际礼让标准，本案何时结束，很难预测。

关于反托拉斯案件，美国联邦法院的诉讼体制，一审为联邦地区法院，通常需要陪审团决定事实，如当事人不服一审判决，可上诉到联邦巡回法院作为二审法院，联邦巡回法院判决后，当事人不服的，可申请联邦最高法院调卷审判，由联邦最高法院决定是否受理、审判。从最近研究美国反垄断案件诉讼，大额诉讼多数到达联邦最高法院，因此必须准备“持久战”。

## （二）应对中国反垄断诉讼。

了解反垄断民事诉讼制度。2012 年 5 月，最高人民法院发布《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》，这部司法解释，具有三个主要特点：一是反垄断民事诉讼的独立性。在诉讼方式上，反垄断民事诉讼不以反垄断行政机关的行政处理为前置条件，垄断行为受害人既可以直接向人民法院起诉，也可以等待行政执法机关作出认定构成垄断行为的决定后起诉；在事实认定上，反垄断行政执法机关的行政处理决定认定的事实对于审理民事案件的法院没有法定约束力，仅仅是法院认定事实的证据之一，如有相反证据足以推翻的，人民法院可重新认定事实。对于行政机关未作认定的事实，法院可以结合案

件具体证据和事实独立作出认定。二是原告资格的开放性。无论是直接还是间接受到垄断行为侵害的经营者和消费者，都有原告资格。三是责任方式的多样性。通过反垄断民事诉讼，原告可以请求就其因垄断行为受到的损失获得赔偿，还可以请求获得禁令救济以及确认与垄断行为有关的法律行为无效。

掌握人民法院实施反垄断法对反垄断法的具体理解、解释。人民法院通过案件审理，明确了反垄断法实体条文的意义或者垄断行为分析方法，确立了相关领域的竞争规则和行为标准。例如，在娄丙林诉北京市水产批发行业协会横向垄断协议纠纷案中，法院认为，对于固定价格的横向协议，无需单独界定相关市场，可以根据该行为排除、限制竞争的目的或者效果直接认定其构成垄断协议；在锐邦公司诉强生公司纵向垄断协议案中，二审判决明确了限制最低转售价格的纵向垄断协议的分析方法；在唐山市人人信息服务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司垄断纠纷案中，法院判决首次探索了互联网搜索引擎服务的相关市场界定原则；在奇虎公司诉腾讯公司垄断民事纠纷案中，判决明确了网络环境下相关市场界定的思路与方法；在华为公司诉美国 IDC 公司滥用市场支配地位垄断纠纷案中，判决探索了必要专利许可相关市场界定标准以及超高定价的判断标准。

### （三）应对欧盟的诉讼

为保证《欧盟运行条约》第101条、第102条的有效实施，保证内部市场的正常运行，促进公正赔偿和权利救济将威慑潜在违法者的限制竞争行为，必须建立一套统一适用的损害赔偿诉讼规则。欧盟议会大会于2014年11月底签署《关于违反欧盟及其成员国竞争法的损害赔偿诉讼若干规则的指令》（以下称《损害赔偿指令》）并要求自《损害赔偿指令》公布之日起2年内，成员国必须完成对国内相关法律的转化工作，使国内法中的反垄断损害赔偿诉讼的具体规则和标准不低于《损害赔偿指令》中的规定。《损害赔偿指令》共七章二十四条，明确对证据开示、转嫁抗辩、起诉资格、求偿范围的量化以及经双方合意的争议解决等诸多问题作出了规定。

为保证做好在欧盟的反垄断诉讼，必须了解《损害赔偿指令》，必须了解欧盟法院处理案件的判例。

欧盟法院在2001年和2006年两个判决中指出，受害者的求偿权利是由欧盟法律给予保障的。《损害赔偿指令》第3条第1款规定，成员国应确保成员国因存在违反竞争法的行为而遭受损失的任何自然人或法人，就其损失享有索赔权并且享有获得充分赔偿的权利。欧盟竞争法将自然人也纳入适格原告范围是出于对消

费者权利保护的考虑，凡是因垄断行为而遭受损失的，无论是自然人或法人都有获得充分赔偿的权利。

《损害赔偿指令》第3条第2款规定，受害人应当获得充分赔偿，赔偿能够使受害人恢复到之前未受到违反竞争法行为影响的状态。因此，充分赔偿权利应当包括针对实际损失和利润损失的求偿权以及支付利息的请求权。这条规定明确了损害赔偿的范围（即受害者应当对所受损害实际价值获得的完全赔偿）包括因违法行为而导致价格上涨所遭受的实际损失、销售额减少导致的利润损失以及相关的利息损失。《损害赔偿指令》中明确求偿范围之后，各成员国将指令的要求转化为国内法，将有利于规则的统一性和损害赔偿的可预见性。

# PPP

## 第一章 概述

- 一、词语和定义
- 二、管理原则

## 第二章 跟踪和筛选阶段

- 一、项目领域要求
- 二、项目入库
- 三、前期工作开展
- 四、政府财政支出安排
- 五、企业资产规模
- 六、项目模式

## 第三章 可研及项目决策阶段

- 一、可行性分析
- 二、审批主体
- 三、决策流程
- 四、重点关注事项

## 第四章 投标阶段

- 一、遴选方式
- 二、遴选流程
- 三、重点关注事项
- 四、主要合规风险防范

## 第五章 合同签署阶段

- 一、合作方式
- 二、签署主体
- 三、签署路径
- 四、签署时限
- 五、合同体系内容
- 六、主要合规风险防范

## 第六章 实施前准备阶段

- 一、项目公司设立
- 二、项目融资

三、组建项目管理机构

四、主要合规风险防范

## **第七章 项目实施阶段**

一、合同技术交底

二、项目过程管控

三、项目收尾

四、重点关注事项

五、主要合规风险防范

## **第八章 运营与维护阶段**

一、运营条件

二、管理模式

三、运营维护

四、运营责任分配

五、主要合规风险防范

## **第九章 移交与退出阶段**

一、项目移交

二、项目退出

三、重点关注事项

四、国有资产转让风险

## **第十章 健全 PPP 业务合规管理机制**

一、完善 PPP 合规管理规范

二、健全 PPP 合规风险管控机制

三、建立 PPP 合规审查机制

四、构建 PPP 合规信息化管理系统

五、提升 PPP 重点人员的合规意识

六、强化 PPP 违规问责

## **附件 PPP 项目合同审查重点**

## 第一章 概述

### 一、词语和定义

#### （一）PPP

本指南所称PPP，是指政府为增强公共产品和服务供给能力、提高供给效率，通过特许经营、购买服务、股权合作等方式，与社会资本建立的利益共享、风险分担及长期合作关系。

#### （二）实施机构

本指南所称实施机构，是指负责PPP项目准备、采购、监管和移交等工作的政府或其指定的有关职能部门、事业单位或行业运营公司等。

#### （三）社会资本方

本指南所称社会资本方，是指与政府方签署PPP项目合同的社会资本或项目公司。社会资本是指依法设立且有效存续的具有法人资格的企业。

#### （四）项目公司

本指南所称项目公司，是指为实施PPP项目而依法设立的自主运营、自负盈亏的具有独立法人资格的经营实体。

### 二、管理原则

#### （一）全面性原则

中央企业应将PPP合规管理纳入到本企业合规管理体系中。PPP合规管理应覆盖涉及PPP项目质量、安全、进度、投资等管理部门、岗位和人员，并贯穿PPP项目的决策、执行和监督的全部管理环节。

#### （二）适用性原则

PPP合规管理应与中央企业风险管理、经营管理状况等相适应，并根据中央企业发展、市场环境变化等实时调整和完善。

#### （三）独立性原则

中央企业应赋予PPP合规管理机构独立的工作职责，确保其不受其他部门和人员的干涉。

## 第二章 跟踪和筛选阶段

### 一、项目领域要求

中央企业跟踪筛选的PPP项目应是需求长期稳定、价格调整机制灵活、市场

化程度较高的基础设施及公共服务类项目。具体包括：燃气、供电、供水、供热、污水及垃圾处理等市政设施项目；公路、铁路、机场、城市轨道交通等交通设施项目；医疗、旅游、教育培训、健康养老等公共服务项目；水利、资源环境、生态保护、新型城镇化试点等项目。

## 二、项目入库

中央企业跟踪筛选的PPP项目应按规定已纳入财政部全国PPP综合信息平台和发改委投资项目在线审批监管平台，或已具备纳入以上平台的条件。根据《关于规范政府和社会资本合作（PPP）综合信息平台项目库管理的通知》（财办金〔2017〕92号）规定，存在下列情形之一的项目，无法入库或需要被清理出库：

（一）商业地产开发、招商引资等不属于基础设施及公共服务领域，政府不负提供义务的项目；

（二）涉及国家安全或重大公共利益，不宜由企业承担的项目；

（三）仅涉及项目建设，无实质运营内容的采用建设-移交（BT）方式实施的项目；

（四）未按规定履行立项审批手续的新建、改扩建项目。未履行国有资产审批、评估手续的国有产权权益转移存量项目；

（五）入库之日起一年内无任何实质性进展或项目发起人或实施机构书面确认不再采用PPP模式实施的项目；

（六）未通过物有所值评价和财政承受能力论证的项目，或虽已开展物有所值评价和财政承受能力论证，但评价方法和程序不符合规定的项目；

（七）未建立与项目产出绩效相挂钩的政府付费或可行性缺口补助项目；

（八）在项目合作期内未连续、平滑支付，导致某一时期内政府财政支出压力激增的政府付费或可行性缺口补助项目；

（九）建设成本未参与绩效考核，或实际与绩效考核结果挂钩部分占比不足30%，固化政府支出责任的项目；

（十）财政支出责任占比已超过5%的地区新上的政府付费项目。尚未进入采购阶段但本级政府当前及以后年度财政承受能力已超过10%上限的项目；

（十一）通过打捆、包装等方式，将新上政府付费项目变为内容无实质关联、使用者付费比例低于10%的使用者付费项目；

（十二）致使政府从一般公共预算列支的财政支出责任，超过当年本级一般公共预算10%的项目；

(十三) 采购文件中设置歧视性条款、影响企业平等参与的项目；

(十四) 未按合同约定落实项目债权融资的项目。或违反相关法律和政策规定，未按时足额缴纳项目资本金、以债务性资金充当资本金（国家另行规定的除外）或由第三方代持企业方股份的项目；

(十五) 由政府或政府指定机构回购企业投资本金或兜底本金损失的项目；

(十六) 政府向企业承诺固定收益回报的项目，或政府及其部门为项目债务提供任何形式担保等其他违法违规举债担保的项目；

(十七) 其他违反规定的项目。

如果中央企业跟踪和筛选的项目未能纳入到财政部全国 PPP 综合信息平台 and 发改委投资项目在线审批监管平台，将无法开展项目运作，因此要将 PPP 项目入库作为 PPP 项目合同生效要件，或作为实施机构承诺，要求实施机构明确如果无法入库应当承担的责任。

### 三、前期工作开展

中央企业跟踪筛选的 PPP 项目前期准备工作应已到位。新建、改扩建项目已按规定履行相关立项审批手续；涉及国有产权权益转移的存量项目已按规定履行相关国有资产审批、评估手续；项目已通过物有所值评价和财政承受能力论证。

中央企业应当关注项目前期工作中有关审批文件的办理主体是否超越其法定权限范围，审批程序是否符合要求。一般情况下，PPP 项目前期工作由实施机构负责。实施机构的主体资格应符合《关于印发政府和社会资本合作模式操作指南（试行）的通知》（财金〔2014〕113号）<sup>8</sup>、《关于开展政府和社会资本合作的指导意见》（发改投资〔2014〕2724号）等相关要求。需重点关注政府方 PPP 项目审批手续及审批程序是否合规，对 PPP 项目批准文件的审批主体资格、审批权限及工作程序进行审查。重点审查项目是否入库，核实 PPP 项目财政支出责任是否纳入财政一般公共预算管理，是否超过当年本级一般公共预算支出的 10% 以及是否纳入中长期财政规划。同时，审查项目的建议书及批复文件、可行性研究报告（含选址意见书、土地预审意见、环境影响评价报告等支撑性文件）及批复文件、设计文件及批复文件（如有）等审批手续是否完备。

### 四、政府财政支出安排

跟踪筛选 PPP 项目时，应关注政府每一年度全部 PPP 项目需从预算中安排的

---

<sup>8</sup> 《政府和社会资本合作模式操作指南（试行）》虽已在《财政部关于公布废止和失效的财政规章和规范性文件目录（第十三批）的决定》（财政部令 103 号）中废止，但在新的替代文件出台前，仍具有指导意义。

支出责任以及占比。项目所在地政府每一年度全部 PPP 项目需要从预算中安排的支出责任，占一般公共预算支出比例是否超过 10%。财政支出责任占比超过 5% 的地区，根据《关于推进政府和社会资本合作规范发展的实施意见》（财金〔2019〕10 号）规定，除污水、垃圾处理等依照收支两条线管理、表现为政府付费形式的 PPP 项目之外，无法推出新的政府付费项目。

在实践中，如果项目未纳入一般公共预算管理，应在 PPP 项目合同中将项目纳入一般公共预算管理作为合同的生效要件，或要求实施机构承诺明确如果未纳入一般公共预算管理应当承担的责任。此外，PPP 项目不应从政府性基金预算、国有资本经营预算安排中支出。

### 五、企业资产规模

根据《关于加强中央企业 PPP 业务风险管控的通知》（国资发财管〔2017〕192 号）规定，中央企业跟踪筛选的 PPP 项目应属于中央企业主业领域投资。已纳入中央企业债务风险管控范围的企业集团，累计对 PPP 项目的净投资资产已超过上一年度合并净资产 50% 的，跟踪筛选时应测算对企业资产负债率的影响，不应因开展 PPP 项目而推高企业资产负债率。资产负债率高于 85% 或近 2 年连续亏损的中央企业，应以联合投资的方式实施 PPP 项目。

### 六、项目模式

实践中可能存在将不符合采用 PPP 模式要求的项目包装成 PPP 模式而引发的风险。对此，中央企业应对照\*\*\*及有关部委规定，对跟踪筛选的项目是否适宜采用 PPP 模式进行严格审查，明确约定相关责任的承担及费用补偿等。

## 第三章 可研及项目决策阶段

### 一、可行性分析

中央企业应根据《关于加强中央企业 PPP 业务风险管控的通知》（国资发财管〔2017〕192 号）要求，在 PPP 项目决策前充分开展项目可行性分析，并形成可行性分析报告。报告内容一般应包括：项目概述（项目概况、项目区位、主要建设运营内容、主要经济指标、交易结构、主要产出说明、项目进展情况）、项目背景及必要性、地方政府信誉及财政承受能力评估、项目投标单位及合作单位、项目交易结构及法人治理结构、项目投资（融资）方案、项目回报机制与绩效考核、项目运营、移交及退出方案、合同体系及主要边界条件、项目经济评价、项目风险及防控、结论与建议等。

高度关注可行性分析不实风险，避免流于形式，或分析所依据的资料和数据信息存在隐瞒、篡改等情形，影响 PPP 项目投资决策有效性。对此，建议健全中央企业投资项目管理制度体系，对 PPP 项目可行性研究报告所包含的内容要素及研究深度提出明确、标准化要求，加强对 PPP 项目投资决策前及投标前审核评估。强化责任追究，对可行性分析报告弄虚作假，造成重大经济损失的进行责任追究。

## 二、审批主体

中央企业集团总部（含整体上市的上市公司总部）是 PPP 业务的投资决策审批主体。中央企业集团总部承担 PPP 业务的管控主体责任，投资 PPP 项目的各级子企业承担 PPP 业务的具体管理责任。中央企业集团总部（含整体上市的上市公司总部）依法依规履行内部程序后，根据管控能力、业务集中度等因素，可将一定投资限额内的 PPP 业务决策权授权至二级子企业，被授权的二级子企业不应转（再）授权。

## 三、决策流程

中央企业应对项目投标实施前置审核。审核未通过的，不得开展项目投标。审核通过且中标的，中央企业应根据企业章程、“三重一大”决策制度等规定，报内部相关决策机构审核决策。审核决策通过的，根据《关于加强中央企业 PPP 业务风险管控的通知》（国资发财管〔2017〕192号）规定，报中央企业集团总部（含整体上市的上市公司总部）审批决策。中央企业集团总部（含整体上市的上市公司总部）根据章程、“三重一大”决策制度等规定审批决策前，可委托第三方机构对项目经济性、科学性等进行评价。评价结果应作为审批决策参考依据。

## 四、重点关注事项

1.项目是否完成可行性论证。中央企业拟投资 PPP 项目的，应关注政府方是否已按照《\*\*\*办公厅关于保持基础设施领域补短板力度的指导意见》（国办发〔2018〕101号）、《国家发展改革委关于依法依规加强 PPP 项目投资和建设管理的通知》（发改投资规〔2019〕1098号）等规定进行可行性论证：一是从经济社会发展需要、规划要求、技术和经济可行性、环境影响、投融资方案、资源综合利用以及是否有利于提升人民生活质量等方面，对项目可行性进行充分分析和论证；二是从政府投资必要性、政府投资方式比选、项目全生命周期成本、运营效率、风险管理以及是否有利于吸引中央企业参与等方面，对项目是否适宜采用 PPP 模式进行分析和论证。

2.项目是否已履行审核备案程序。中央企业拟投资 PPP 项目的，应关注政府

方是否已按照《政府投资条例》(\*\*\*令第712号)、以及《企业投资项目核准和备案管理条例》(\*\*\*令第673号)等规定履行项目审批、核准以及备案程序。当项目建设地点发生变化,建设规模和主要建设内容发生较大变化,建设标准发生较大变化,项目投资规模超过投资批复的10%,应重点关注政府方是否已重新履行项目审核备案程序。

3.项目是否达到决策指标要求。中央企业集团总部(含整体上市的上市公司总部)审批决策时,应设置合理的项目财务管控指标、投资回报率和项目风险管控等作为决策的依据指标,一般包括:项目是否符合国家产业政策和企业发展战略和规划;项目的技术、市场、经济性是否合理,支撑材料分析、数据测算是否真实、可靠;投融资方案是否科学合理,项目资金是否已经落实;投资回报是否高于企业相同或相近期限债务融资成本,对企业的经济增加值是否在合理范围;投资风险分析是否全面,风险是否可控、可接受或者已经制定有效的防范措施;投资法律风险评估是否到位,是否存在违法违规问题,是否已经制定法律风险防控措施。

4.规范缴纳项目保证金。中央企业缴纳的项目保证金限于投标保证金、履约保证金、工程质量保证金、农民工工资保证金等四项。项目保证金应按规定以银行保函等非现金方式缴纳。

5.严禁未批先投。未批先投,指中央企业未按规定履行投标前置审核、项目保证金缴纳等审批程序,或者上述程序尚未审批通过时,擅自实施项目投标或缴纳保证金。对此要坚决予以禁止,同时要按照《\*\*\*办公厅关于清理规范工程建设领域保证金的通知》(国办发〔2016〕49号)、《关于进一步推动中央企业工程建设领域保证金保函替代工作有关事项的通知》(国资厅发财管〔2017〕49号)要求,建立工程项目保证金支付审批备案制度,明确项目保证金的审批程序和权限。对以现金形式缴纳项目保证金超过5000万元的,应经中央企业集团总部批准,超过1亿元的应报国资委备案。

## 第四章 投标阶段

### 一、遴选方式

中央企业应按照《政府采购法》、《政府采购竞争性磋商采购方式管理暂行办法》等规定,通过公开招标、邀请招标、竞争性谈判、竞争性磋商和单一来源采购等五种方式成为项目社会资本方。其中,以公开招标、邀请招标、竞争性谈判、

竞争性磋商方式参与投标或磋商活动前,应按要求参加实施机构组织的项目资格预审。

## 二、遴选流程

中央企业要成为项目社会资本方,一般应经过资格预审、项目投标、现场考察、采购结果确认谈判、拟定并签订项目合同等流程。

### (一) 资格预审

中央企业应按照实施机构在项目所在地省级以上人民政府财政部门指定媒体发布的政府采购资格预审公告要求,在规定的时限内提交资格预审申请文件。

### (二) 项目投标

1.投标前准备。投标前,中央企业应组织专业投标团队,认真研究采购文件中的专用条件、技术规范、功能描述书、投标书附录等内容,充分识别项目风险,划分项目风险等级,制定投标策略及风险防控举措。

2.编制投标文件。中央企业应按照《建筑法》《招标投标法》规定编制投标文件。投标文件应真实有效,符合采购文件要求并对采购文件作出实质性响应。采购文件有内容含糊或前后不一致的,中央企业应要求采购方组织澄清。

3.递交投标文件。中央企业应在采购文件规定的首次提交投标文件截止日前以密封方式递交投标文件。投标截止日期前,中央企业可通过书面形式修改、替代和撤销已递交的投标文件,其格式应与投标文件的格式相同。

### (三) 现场考察

中央企业可要求实施机构按照公平、合法原则组织现场考察或者召开采购前答疑会。现场考察和答疑会应有两个以上(含两个)的企业参加。

### (四) 采购结果确认谈判

按照候选排名,企业依次与实施机构就项目合同中可变的细节问题进行签署前确认谈判。确认谈判不得涉及项目合同中的实质性条款(工作范围、合作期限、质量标准、合同价格等)。

### (五) 拟定并签订项目合同

中央企业应按照《政府和社会资本合作项目政府采购管理办法》(财库〔2014〕215号)规定,在被确定为预中标、成交社会资本方后10个工作日内,与实施机构签署确认谈判备忘录,并根据采购文件、响应文件及有关补遗文件和确认谈判备忘录共同拟定项目合同。

### 三、重点关注事项

1.提交资格预审申请文件的期限。根据《政府和社会资本方合作项目政府采购管理办法》(财库〔2014〕215号)规定,提交资格预审申请文件的期限应不少于自资格预审公告发布之日起15个工作日。

2.资格预审评审小组的组成。评审小组应由实施机构代表和评审专家共5人以上单数组成,其中评审专家人数不少于评审小组成员总数的2/3。评审专家可以由项目实施机构自行选定,但评审专家中至少应当包括1名财务专家和1名法律专家。

3.履行公示程序。被确定为预中标、成交社会资本方后,实施机构应将预中标、成交结果和项目合同在省级以上人民政府财政部门指定的政府采购信息发布媒体上进行公示,公示期不少于5个工作日。公示期满无异议后2个工作日内,实施机构应及时发出中标、成交通知书,并在规定期限内签订经本级人民政府审核同意的项目合同。

### 四、主要合规风险防范

#### (一) 实施机构主体不适格风险

##### 1.风险概述

实施机构主体不适格包括两个方面:一是实施机构与\*\*\*有关部委发布的政策规定不一致;二是指签署项目合同的实施机构未获得政府正式授权。

##### 2.主要应对举措

(1)按照项目具体适用的PPP政策规范确定项目实施机构,同时明确项目实施机构的授权依据、范围、预算安排等。

(2)实施机构不符合政策要求的,中央企业应与政府协商更换实施机构,确保实施机构主体资格符合相关要求。

(3)如签署项目合同的一方为实施机构派出机构,中央企业应要求实施机构明确派出机构仅为实施机构授权代表,项目合同下的权利义务均由实施机构承担,实施机构追认派出机构的一切行为并承担相应法律责任。

(4)中央企业在投标前应查看招标人的招标授权文件。如果中标后发现招标人授权存在瑕疵的,中央企业应协调招标人尽快取得实施机构的追认。

#### (二) 投标主体不适格风险

##### 1.风险概述

投标主体不适格,是指项目投标人的主体资格不符合政府采购法律法规及有

关规定要求。

## 2.主要应对举措

(1)单独投标时，确保作为投标人的主体资格符合政府采购法律法规及有关规定要求。

(2)联合体投标时，中央企业应合理选择联合体成员及联合方式，并签署联合体协议，合理划分联合体成员的权利与义务。避免因联合体成员的资质认定、业务禁止、权利与义务约定不清等问题导致联合体投标无效或者发生争议。避免母公司参与投标而子公司履约或者商业银行直接作为股东参与项目股权投资等情形的发生。

## (三)采购方式违规风险

### 1.风险概述

采购方式违规，是指实施机构未按照政府采购法律法规及有关要求遴选社会资本方，或者违反规定采用“两招”变“一招”<sup>9</sup>方式。

## 2.主要应对举措

(1)重点关注招标主体的资格及授权文件、招标方式的合法合规性，尤其是审查单一来源采购方式的项目是否符合《政府采购法》及其实施条例相关规定。

(2)在投标阶段，禁止投标人与招标人就实质性内容进行谈判或形成书面材料。

(3)严格按照《招标投标法》《招标投标法实施条例》，以及政府采购有关政策规定的条件遴选社会资本方和项目施工主体。

## 第五章 合同签署阶段

### 一、合作方式

中央企业应以委托运营、管理合同、建设-运营-移交、建设-拥有-运营、转让-运营-移交和改建-运营-移交等方式与政府开展PPP项目合作。新建的经营性及准经营性项目一般采用建设—运营—移交、建设—拥有—运营等合作方式。存量项目一般采用改建—运营—移交、移交—运营—移交等合作方式。

---

<sup>9</sup> 《关于在公共服务领域深入推进政府和社会资本合作工作的通知》(财金〔2016〕90号)规定，对于涉及工程建设、设备采购或服务外包的PPP项目，已经依据《政府采购法》选定社会资本合作方的，合作方法能够自行建设、生产或者提供服务的，按照《招标投标法实施条例》第九条规定，合作方可以不再进行招标，即PPP项目实践中所称的“两招”变“一招”。

## 二、签署主体

签订 PPP 项目合同的政府方，应是县级及县级以上具有相应行政权力的政府或其授权的实施机构。签订 PPP 项目合同的社会资本方，应是依法设立且有效存续的具有法人资格的企业。成立项目公司的，由项目公司作为项目合同及其他相关合同的签约主体。

## 三、签署路径

未设立项目公司的，由中标中央企业直接与实施机构签订确认谈判备忘录、项目合同。设立项目公司的，项目公司成立前，中央企业先与实施机构签订确认谈判备忘录、项目合同；项目公司成立后，由项目公司与实施机构重新签署项目合同，或者签署继承项目合同的补充合同，对项目合同生效后实施机构与项目公司及中央企业此前就本项目所达成的协议是否继续存续进行约定。

## 四、签署时限

实施机构发出中标、成交通知书后，中央企业应根据《招标投标法》《政府和社会资本方合作项目政府采购管理办法》（财库〔2014〕215号）规定，督促实施机构按照规定时限及时签署项目合同。签署之前，项目合同应履行有关审批程序。

## 五、合同体系内容

项目合同、股东协议、工程承包合同、运营服务合同、原料供应合同、产品或服务购买合同、融资合同和保险合同等组成项目合同体系。合同体系中各合同的内容由当事人约定。合同的内容，根据《合同法》规定，一般包括以下条款：（一）当事人的名称或者姓名和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同，但应注重合同之间的传导关系及合同内容的贯通衔接。

PPP 项目合同是 PPP 项目合同体系的核心，中央企业应参照\*\*\*有关部委发布的项目合同指南，重点做好项目价格机制、合作期限、项目融资及风险分配等条款的设计安排。

### （一）价格机制

1.健全项目定价机制。中央企业应在项目合同中健全项目定价机制：一是要统筹考虑项目投资、利益分配机制、价格政策、政府补贴或优惠、最低需求量保

证、产品或服务的能力水平、期望投资回报率、公众需求量及消费心理、税收政策等影响项目定价的因素。二是要制定有效定价举措。项目合同中应制定包括设置唯一性条款、限制超额利润、设置可计量、可衡量的绩效评估机制、限定政府参与收费定价的具体方式等在内的项目定价举措。

2.完善项目调价机制。一是在项目合同中明确享有项目调价权的主体。享有项目调价权的主体一般为社会资本方，涉及公众利益的，项目调价主体还包括行业主管部门。二是明晰调价的具体情形。当PPP项目合同约定的调价周期届满，或者项目价格变化幅度、服务范围达到PPP项目合同约定的标准时，可申请调价。三是规范审价流程。实施机构应在项目合同约定的期限内审查调价申请，做出同意或不同意调价的决定。有异议的，应按约定的争议解决机制处理。调价需要履行听证程序的，应按照《价格法》等规定，履行价格听证等法定程序。

3.确定付费机制。一是在项目合同中设定可细化量化的合理性项目绩效指标。二是在项目合同中明确不同付费机制所依据的核心要素。政府付费和可行性缺口补助项目，应明确项目“可用”、“不可用”的界定标准，以及“不可用”情形下相应的违约豁免、社会资本方获取经济补助的具体方式。建立“照付不议”付费制度，当项目实际需求低于约定的最低需求时，应尽量要求实施机构仍负付费义务。使用者付费项目，应确保一定期限内项目附近没有其他新建和竞争性项目。对因需求激增或收费价格上涨引发的政府限定社会资本方投资回报率的，应约定具体措施确保项目公司或社会资本能获得合理收益。

## （二）合作期限

1.项目合作期限。确定项目合作期限，应根据项目的投资回收期、项目设计和建设期、财政承受能力等综合确定。项目合同约定的项目合作期限应在10-30年之间，对于投资规模大、回报期长的特许经营项目，可约定超过30年的合作期限，但法律法规另有规定的，应从其规定。

2.合作期限的规定方式。应采取以下两种方式在项目合同中约定合作期限的起始：一是自合同生效之日起的一个固定的整体期限。二是分别设置独立的设计建设期间和运营期间，并规定运营期间为自项目开始运营之日起的一个固定期限。

3.合作期限的延长。项目合同中应明确合作期限可以延长的事由，当实施机构违约导致社会资本方延误履行其义务并迟延获取收益，或因发生实施机构应承担的风险导致社会资本方延误履行其义务并迟延获取收益的，项目合作期限可适

当延长。

### （三）项目融资

1.项目融资。项目合同中，应明确项目公司和融资方的权利和义务，明确约定项目全生命周期内相关资产和权益的归属，以确定项目公司是否有权通过在相关资产和权益上设定抵/质押担保等方式获得项目融资，以及是否有权通过转让项目公司股份以及处置项目相关资产或权益等方式实现投资的退出。涉及融资交割的，须确保所提交的融资文件满足融资方的要求，或被有效豁免，所签订的融资合同合法有效。融资方的权利义务中，应关注融资方在特定情形下的介入权，以及介入权行使的具体情形、程序和通知义务等。如政府为项目提供投资补助、基金注资、担保补贴、贷款贴息等支持的，项目合同中须明确政府支持的具体方式及条件。

2.项目再融资。项目合同应约定再融资的条件，以及再融资后所节省的财务费用的具体分配。

## 六、主要合规风险防范

### （一）违规签署合同风险

#### 1.风险概述

违规签署合同包括两个方面：一是指中标后，实施机构和中央企业未能在《招标投标法》规定的期限内，根据招投标文件、《中标通知书》确定的内容签订PPP项目合同；二是指实施机构和中央企业违反《招标投标法》《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》的相关规定，另行签订在工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等方面与《中标通知书》不一致的合同。

#### 2.主要应对举措

（1）实施机构与中央企业应严格按照《招标投标法》等法律法规中关于合同签署期限、依据及签署内容的相关规定，依法依规签订PPP项目合同。

（2）确需变更PPP项目合同的，实施机构与中央企业应在不变更原PPP项目合同中有关工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容的前提下，另行签订补充协议。

### （二）收益模式违规风险

#### 1.风险概述

收益模式违规，是指实施机构违反PPP项目利益共享、风险共担的原则，向

社会资本方承诺固定收益回报，或者 PPP 项目的未来收益及清偿责任与土地出让收入挂钩。

## 2. 主要应对举措

(1) 严格按照有关政策规定，确定符合政策要求的 PPP 项目收益模式，避免因 PPP 项目模式违规被清退出库，导致社会资本方收益受损。

(2) 项目收益模式违反政策规定的，中央企业应与实施机构重新测算并出具符合规定的实施方案，及时变更项目回报模式，并签订补充协议予以固化。

### (三) 违规增信风险

#### 1. 风险概述

违规增信，是指为成功获得融资，中央企业拟通过引入“名股实债”类股权资金、购买劣后级份额或为其他股东出资提供担保、承诺收益等方式向金融机构提供融资增信。

#### 2. 主要应对举措

(1) 探索多元化融资增信方式。原则上由项目自身权益、资产或股权投资作为担保措施。尝试采用排污权、收费权、特许经营权、购买服务协议预期收益等权利出质或资产抵押方式作为融/担保措施。

(2) 严格按照国资监管规定要求，对确需由项目公司股东提供融资担保的，应坚持由项目公司各方股东按照出资比例提供担保。

### (四) 违规分担法律风险

#### 1. 风险概述

违规分担法律风险，是指政府违反政策规定，通过项目合同条款安排，将本应由政府承担的包括政策变动、不可抗力在内的法律风险转嫁给中央企业承担。

#### 2. 主要应对举措

(1) 总体上，按照以下原则分配风险。一是承担风险的一方应对该风险具有控制力，承担风险的一方能够将该风险合理转移；二是承担风险的一方对于控制该风险最为有效；三是如果风险最终发生，承担风险的一方不应将产生的费用和损失转移给合同相对方。

(2) 具体而言，土地使用权获取、政策调整、法律变更等风险一般由政府方承担。对项目融资风险，项目设计、建设和运营维护相关风险，包括完工、供应、技术、运营以及移交资产不达标等风险，可由社会资本方承担。不可抗力风险由双方合理分担。

## 第六章 实施前准备阶段

### 一、项目公司设立

社会资本方应按照采购文件及项目合同约定，按时足额出资设立项目公司。

1.项目公司法人治理结构。项目公司应建立健全现代企业制度，完善法人治理结构，合理设置股东会、董事会、监事会。

2.项目公司党的建设。项目公司为国有资本绝对控股企业的，应根据《中共中央组织部 \*\*\*国资委党委关于扎实推动国有企业党建工作要求写入公司章程的通知》（组通字〔2017〕11号）规定，将党建工作要求写入项目公司章程，并按照《中国共产党章程》《中国共产党国有企业基层组织工作条例（试行）》规定，在项目公司设立党的工作机构，配齐配强专兼职党务工作人员，保证必需的党建工作经费，确保党的活动能够正常开展。

### 二、项目融资

中央企业应按照《关于加强固定资产投资项目资本金管理的通知》（国发〔2019〕26号）、《关于加强中央企业PPP业务风险管控的通知》（国资发财管〔2017〕192号）、《关于规范金融企业对地方政府和国有企业投融资行为有关问题的通知》（财金〔2018〕23号）等规定，落实项目融资。

（1）融资要求。根据股权比例合理确定各方融资比例。优先使用金融机构或受托管理资金、保险资金、基本养老保险基金等长期低成本资金支持。项目融资比例应结合中央企业的资产负债率设定，匹配好债务融资与项目生命周期，严格控制杠杆比例。中央企业提供项目融资担保时，应由项目自身权益、资产或股权投资担保，确需中央企业担保的，应由项目公司各股东按照出资比例提供担保。

（2）中央企业融资。禁止以“名股实债”、股东借款、借贷资金等债务性资金作为项目资本金。以股权资金方式进行项目融资的，应以非劣后方式进行融资。不得为其他方股东出资提供担保、承诺收益。中央企业融资时，应重点关注以下事项。一是中央企业不应为政府举债或变相为政府举债提供便利。二是实施机构应以非借贷类资金出资项目公司。三是中央企业不应要求实施机构就项目投资本金损失、项目最低收益作出承诺。四是除外国政府和国际经济组织贷款转贷外，中央企业不得要求实施机构就项目融资承担偿债责任。

### 三、组建项目管理机构

除按照项目合同约定组建项目公司外，承担项目建设任务的中央企业应按照

《建设工程项目管理规范》(GB/T50326-2017)规定,及时组建项目管理机构。项目管理机构的人员配置应满足PPP项目管理需要。项目管理机构成员应具备相应资格,并按照职责权限开展工作。

#### 四、主要合规风险防范

##### (一) 债务性资金出资风险

###### 1. 风险概述

债务性资金出资,是指中央企业为缓解资金压力,通过引入金融机构筹措项目资本金,金融机构以股加债、名股实债等方式提供债务性资金作为资本金注入PPP项目。

###### 2. 主要应对举措

严格把握项目资本金合法合规的底线,禁止以“名股实债”、股东借款、借贷资金等债务性资金和以公益性资产、储备土地等方式违规出资或不实出资,确保出资合法合规。

##### (二) 项目公司设立及治理风险

###### 1. 风险概述

政府为加强对项目的管控,不仅在项目合同层面设置实施机构各项监督与临时干预权利,也在项目公司治理层面限制中央企业在项目公司中的权利,违反实施机构在项目公司中不得有实际控制力及管理权的政策规定而引发的风险。

###### 2. 主要应对举措

(1) 严格按照有关规定及项目合同约定设立项目公司。对政府参与设立项目公司的,应确保实施机构在项目公司中的持股比例不高于50%,且不具有实际控制力及管理权。

(2) 科学配置股东会、董事会、监事会、经理层和党组织的权责关系。股东会、董事会、监事会、经理层和党组织的职权划分应符合有关规定。决策机构的议事规则和表决机制应当公平合理。政府参股项目公司的,应明确政府享有的分配权益和股东代表在项目公司法人治理结构中的安排。如是否享有与其他股东同等权益,是否在利润分配顺序上予以优先安排,是否在特定事项上拥有否决权等。

(3) 合理设置一票否决权。项目公司章程中应明确约定实施机构行使一票否决权的事项及前提。避免出现“重大事项”、“大额支付”等界定不清晰的定性表述。通常情况下,

项目公司法人治理结构中，除涉及公共安全、公共利益外，要限制实施机构在项目公司拥有和使用一票否决权的情形。大股东应按照章程行使权利，避免出现大股东权利滥用的情形。

(4) 完善授权管理制度，明确项目公司各项事务办理流程，避免实施机构代表在制度文件规定的权限以外干涉项目公司正常经营。

(5) 当实施机构或者联合体中的金融机构为项目公司大股东时，在项目公司组建时应充分考虑实际管理方的权利诉求，在股东会、董事会决议表决权设置及经理层人员派驻方面，确保实际管理方能顺利实现对项目公司的日常经营管理。

### (三) 表外融资风险

#### 1. 风险概述

表外融资风险，是指中央企业出于优化自身财务报表、规避考核等方面的考虑，未按照“实质重于形式”原则，对拥有实际控制权的 PPP 项目合并财务报表而引发的风险。

#### 2. 应对举措

严格按照《关于印发修订〈企业会计准则第 33 号——合并财务报表〉的通知》（财会〔2014〕10 号）、《关于加强中央企业 PPP 业务风险管控的通知》（国资发财管〔2017〕192 号）要求，按照“实质重于形式”原则综合判断对 PPP 项目的控制程度，规范界定财务报表合并范围。

## 第七章 项目实施阶段

### 一、合同技术交底

项目实施前，项目公司应组织实施项目合同交底。就合同的主要内容、合同责任、实施风险、合同目标等向相关方进行说明。承担项目设计任务的项目公司，应组织设计单位根据审核合格的施工图，就设计内容、设计意图和施工注意事项向项目监理单位、施工单位进行说明。

### 二、项目过程管控

#### (一) 工程设计管理

根据项目合同约定，承担项目设计任务的项目公司，应组建项目设计管理部门，界定设计管理职责与分工，健全项目设计管理制度体系，明确项目设计控制流程。理顺设计与采购、施工、运营等专业环节的接口关系，建立项目设计管理

工作动态调整机制。

## （二）项目进度、质量、安全环保管理

项目公司应按照《建设工程项目管理规范》(GBT50326-2017)要求,做好项目进度、质量、安全环保管控,确保项目进度、质量、安全环保在可控范围之内。

1.项目进度。项目公司要根据项目施工合同约定履行项目进度管控职责。应将项目关键线路上的各项活动目标作为项目进度控制的重点。要定期检查项目进度,当项目实际进度和计划进度不一致时,项目公司应采取有效举措,或按照规定对进度计划进行变更调整。

2.项目质量。项目公司应根据项目施工合同中的质量条款、项目设计文件、法律法规和标准规范要求,采取跟踪、数据收集与比较、分析与纠偏等手段,开展项目质量控制。

3.项目安全环保。项目公司应按照《建设工程安全生产管理条例》(\*\*\*令第393号)等规定,开展项目常态化安全环保管理。

## 三、项目收尾

项目公司应按照《建设工程项目管理规范》(GBT50326-2017)要求,完成项目竣工验收、项目竣工结算、项目竣工决算、项目保修等收尾工作。

### （一）组织项目竣工验收

项目公司应按照《建筑法》《建设工程质量管理条例》《建筑工程施工质量验收统一标准》(GB50300-2013)、《建设工程文件归档整理规范》(GB/T50328-2001),以及地方主管部门关于基本建设项目验收管理的规定组织项目竣工验收,验收合格后编写竣工验收报告书。

### （二）完成项目竣工结算

项目竣工验收后,项目公司应根据项目合同、竣工图和工程变更文件、有关技术资料、工程计价文件和工程量清单以及确认的签证和工程索赔资料等办理项目竣工结算。

### （三）开展项目竣工决算

项目公司应按规定,依据项目可行性研究报告、项目概算文件、项目设计文件、项目合同、竣工结算书等编制项目竣工决算书。项目竣工决算书应包括项目竣工财务决算说明书、项目竣工财务决算报表、项目造价分析表。

### （四）实施项目保修

项目公司应制定项目保修期管理制度,按照《建设工程质量保证金管理办法》

要求，与施工单位签订项目保修期保修合同，确定质量保修范围、期限、责任与费用的计算方法。

#### **四、重点关注事项**

1.项目手续。如需中央企业办理用地手续的，应按照规定向城乡规划、国土资源、环境保护等部门申请办理规划选址、用地预审、环境影响评价、开工许可等审批手续。

2.履约担保。中央企业缴纳的保证金数额应在项目预算金额的2%以内。履约保证金的数额应在项目初始投资总额或者资产评估值的10%以内。无固定资产投资或者投资额不大的服务型PPP项目，履约保证金的数额应在项目平均6个月服务收入额以内。

#### **五、主要合规风险防范**

##### **（一）项目管理风险**

##### **1.风险概述**

项目管理风险，是指未按照工程项目管理规范要求，未建立健全项目管理制度体系，未配备与所承建项目规模、复杂程度相适应的项目管理人员而导致的风险。

##### **2.主要应对举措**

（1）按照工程项目管理规范要求，建立健全包括质量、安全、进度、资金、技术、材料、设备等在内的项目管理制度体系。

（2）根据所承建项目的规模及复杂程度，配备持有政府有关部门规定的资质证书的项目管理人员。同时，要避免项目管理机构负责人未经项目公司同意兼任两个及以上工程项目的项目管理机构负责人。

##### **（二）项目超概风险**

##### **1.风险概述**

项目超概风险，是指由于增加建设内容、扩大建设规模、提高建设标准或改变设计方案，或者项目建设期价格大幅上涨、政策调整、地质条件发生重大变化和自然灾害等不可抗力因素等原因导致项目超概而引发的风险。

##### **2.主要应对举措**

（1）项目公司应按照《中央预算内直接投资项目管理办法》（发改委第7号令）、《国家发展改革委关于加强中央预算内投资项目概算调整管理的通知》（发改投资〔2009〕1550号）、《中央预算内直接投资项目概算管理暂行办法》（发改

投资〔2015〕482号),以及项目所在地政府发改部门发布的制度规定,做好项目概算控制及调整。合同价格的调整必须控制在概(预)算内。

对项目由于政策调整、价格上涨、地质条件发生重大变化等原因确需调整投资概算的,由项目公司向实施机构提交概算调整申请文件。实施机构同意调整概算申请的,由项目公司按要求准备概算调整申报材料,报项目原概算核定部门核定。概算调增幅度超过原批复概算10%的,概算核定部门商审计部门进行审计后,依据审计结果进行概算调整并同意概算调整的,项目公司应督促实施机构协调有关机构重新出具项目财政责任支出列入一般公共预算的决议,并与实施机构签订项目补充协议。项目回报方式为政府付费和可行性缺口补助的,项目公司应敦促政府方相应调整物有所值和财政可承受能力论证等手续,并更新项目入库信息。

(2)项目公司应按照批准的可行性研究报告、投资估算控制、概算总投资控制以及施工图等加强设计阶段工程造价控制。

(3)项目公司应通过做好工程施工的招标管理及合同管理,严格履行超概审批程序,严格控制合同价款调整上限等强化施工阶段工程造价的控制。

(4)健全设计变更、签证审批制度,严禁“先干后变、先干后算”,重大设计变更和签证应在实施机构批准后实施。

### (三)违法发包风险

#### 1.风险概述

违法发包风险,是指项目公司将项目发包给个人或不具有相应资质的单位、肢解发包、违反法定程序发包及其他违反法律法规规定发包所导致的风险。

#### 2.主要应对举措

(1)健全项目公司发包管理制度,加强项目发包信用审查,从源头加强和杜绝发包方的违法行为。

(2)按照法定程序,项目应发包给具有相应资质的单位,严禁将项目发包给不具有相应资质的单位或个人,以及肢解发包、违反法定程序发包及其他违反法律法规规定发包的行为。

### (四)未重新履行审批程序风险

#### 1.风险概述

未重新履行审批程序,是指建设规模、主要建设内容和建设标准发生较大变化,以及项目投资规模超过批复投资规定比例时,实施机构或中央企业未按规定重新履行审批程序。

## 2.应对措施

(1) 健全中央企业项目决策管理制度，明确重新履行审批程序的具体条件和情形。加大未按规定履行审批程序的责任追究力度。

(2) 需重新履行审批程序的，项目公司应督促实施机构按照规定履行程序。中央企业需要重新履行审批程序的，也应按照相关规定办理。

### (五) 工期延误风险

#### 1.风险概述

工期延误风险，是指因实施机构或中央企业未能合理安排施工、妥善配置资源、及时提供必要协助等原因导致工期超过合同约定期限而引发的风险。

#### 2.应对措施

(1) 在项目投标和合同谈判过程阶段，应充分研究拟承接项目的工期是否科学合理。在合同谈判阶段，应准确界定项目建设期、运营期的起止日。在PPP项目合同中明确约定工期可顺延的具体事项及主张工期顺延的程序、逾期主张工期顺延的后果等。

(2) 在项目合同中，明确约定因工期延误引发的误工费用的承担与计算、补贴年限、单次补贴额度、建设期补贴起付时间、工期顺延的期限、补偿金额等事项的结算标准和原则等。

(3) 制定科学的施工进度控制计划，合理优化配置施工资源，加强项目工期过程控制，做好工期顺延的证据收集和沟通工作。

### (六) 技术质量风险

#### 1.风险概述

技术质量风险，是指由于未按照工程项目管理规范要求，建立健全项目质量管理组织机构和制度体系，未明确质量标准和责任，以及技术质量管理人員违反操作规程而产生的技术质量隐患。

#### 2.主要应对举措

(1) 在合同中明确约定应采用的技术质量标准及相应规范。

(2) 建立健全项目技术质量管理组织机构和制度体系。

(3) 建立工程项目技术质量交底制度，明确技术质量管理部门、人员的具体工作要求和责任。

(4) 加大项目质量过程监督和阶段性查验力度。完善隐蔽工程验收办法和程序，做好工程质量检查和记录。

## （七）审计结算风险

### 1. 风险概述

审计结算风险，是指按照规定以审计结果作为项目结算依据，但由于部分项目成本不被审计认可、审计材料不齐备，或者政府拖延审计结算时间等，致使项目结算款项延迟到位或价款低于预期的风险。

### 2. 应对举措

（1）在项目合同中约定政府的审计期限，作出当政府逾期审计时以报送的结算资料为准的约定。

（2）强化项目中间验收和过程审计，及时完善项目审计资料，分散竣工审计风险。

## 第八章 运营与维护阶段

### 一、运营条件

项目运营包括试运营和正式运营。当具备以下条件时，项目开始运营：一是项目的建设已经基本完工（除一些不影响运营的部分）并且已经达到满足项目目的的水平；二是项目运营所需的审批手续已经完成（包括项目相关的备案审批、竣工验收手续以及特许经营许可）；三是其他需要满足项目开始运营条件的测试和要求已经完成或具备。

### 二、管理模式

项目公司应按照项目合同约定，采用自行运营、联合运营、委托运营等项目运营管理模式。自行运营，是指项目公司通过自行组建专业队伍直接负责项目运营维护；联合运营，是指项目公司借助专业运营公司丰富的运营管理经验、人员、设备等资源，实施项目运营维护；委托运营，是指项目公司将项目部分运营和维护事项交给专业运营商负责。

项目进入运营与维护阶段前，项目公司应根据项目现场实际，提前编制好项目运营维护方案。项目运营维护方案实施前应经实施机构批准。方案批准后，项目公司对其作出重大变更的，应提交实施机构审批。

### 三、运营维护

项目公司应从运营管理制度体系、收入管理、运营成本和现金流管理、维护管理、项目绩效管理、风险及应急管理等方面加强项目运营维护管理。

#### （一）运营管理制度体系

项目公司应健全项目运营管理制度体系，完善项目运营相关的业务操作规程，确保项目运营维护工作的规范化和标准化。

## （二）收入管理

项目公司应健全项目收入管理体系，明确政府付费的计算基数、支付条件、支付节点、支付方式、支付程序，以及运营期或付费期的起算时点，提前完成项目收费报批工作。

对不同的付费方式，项目公司应采取不同的管理措施。对运营内容较少或由政府指定的运营商、可约定固定运营费用；承诺分步回购的项目，项目公司应单独建档管理，固化收入和支付边界条件。对可用性付费，项目公司应掌握政府财政预算支出决策程序和支付流程，动态关注政府偿债能力状况，确保由财政资金支付的部分能够按期、足额进入政府年度财政预算支付范围。对于使用者付费项目或使用者付费占主要比例的项目，项目公司应通过提高服务质量或产品质量等手段，做好收费定价、调价、计量和收费风险管控。对于可行性缺口补助项目中的使用者付费部分，项目公司应采取切实措施，确保使用者付费部分应收尽收。

## （三）加强维护管理

项目公司应结合自身优势逐步提升自主运营能力。牢固树立运营主体责任意识，切实加强维护风险的预警、防范和规避。对于部分专业性较强、确须进行专业运营分包的工作内容，项目公司应加强管控，做好风险防范。

## （四）项目绩效管理

项目公司应深入研究项目运营绩效考核标准和考核办法。项目运营期前，要明确项目绩效考核标准，进一步细化考核细则，争取全部采用客观性、技术性标准，使考核更具备可操作性，避免主观考核标准或多主体评价，消除项目运营风险。绩效评价时，项目公司应按照《政府和社会资本合作（PPP）项目绩效管理操作指引》（财金〔2020〕13号）要求，配合实施机构开展项目运营绩效考核。

## 四、运营责任分配

对项目公司原因导致无法按期开始运营的，项目公司应承担无法按时获得付费、运营期缩短、支付逾期违约金、项目终止及提供履约担保等运营责任。因实施机构原因导致无法运营的，项目公司应要求延迟开始运营日并索赔有关费用。因不可抗力等原因导致无法运营的，受影响方可主张免除违约责任或申请延迟运营。

由于计划内原因导致项目暂停运营，项目公司应履行提前向实施机构报告的

义务。停运系不可抗力等计划外原因引起的，一般由各方平等承担责任。无论是计划内亦或是计划外暂停运营，项目公司均应与实施机构及时制定工作应对预案，规避扩大损失，产生不良社会后果。

## 五、主要合规风险防范

### （一）政府支付风险

#### 1.风险概述

政府支付风险，是指在采用政府付费或可行性缺口补助付费机制的项目中，由于政府付费或补助金额未按规定列入预算或出现政府支付能力欠缺，导致实施机构延迟或不履行支付义务。

#### 2.主要应对举措

（1）坚持承接能入库项目，在项目合同中约定政府支付安排及纳入预算的义务及责任，并将项目入库、财政支出纳入一般公共预算管理作为项目合同生效条件。

（2）在项目周期内，按年度关注政府对项目的预算编制及中期财政规划调整情况，确保政府支付资金始终在财政预算范围内。

### （二）成本及现金流风险

#### 1.风险概述

成本及现金流风险，是指在项目运营中，由于提高产品服务标准、增加项目产出，或项目公司运营管理不善，项目收费发生重大变化等原因，导致项目公司运营成本和现金流的支出超出预期。

#### 2.主要应对举措

（1）按照“事前算赢”原则，通过计划、监测、考核等方法，全面测算运营成本，制定运营维护风险应对预案，提高成本管理水平，在满足产出标准/服务要求的基础上逐步压降运营成本。

（2）统筹做好运营期的还本付息安排和现金流管理，提前制订现金流风险防范预案，规避因政府支付延期或使用者付费发生较大变化而出现流动性风险。对于突发事件引起现金流发生变化，项目公司应及时报告相关方。

（3）在项目合同中明确约定项目运营维护成本超支及现金流大幅减少的责任分配以及价格调整的程序和方法等。

### （三）委托运营风险

#### 1.风险概述

委托运营风险,是指中央企业超越自身运营服务权限将权限范围外的运营服务事项委托给其他运营维护商,或者将项目全部或部分的运营和维护事务委托给缺乏相关经验、资质的运营维护商。

## 2.主要应对举措

(1) 中央企业应严格按照项目合同,在约定的运营服务权限范围内组织开展项目运营服务事项。

(2) 对潜在的运营合作方的项目业绩、履约能力以及资信能力进行全面评估,尽量选择综合实力较强的运营合作方作为项目运营维护商。

(3) 在委托运营服务的合作协议中,明确约定运营服务商未来的责权利,特别是约定项目的运营费用与运营风险的承担。并通过要求运营单位提供担保等方式,转移委托运营责任及风险。

## (四) 未建立按效付费机制风险

### 1.风险概述

未建立按效付费机制,是指在政府付费或可行性缺口补助付费机制下,未建立与项目产出绩效相挂钩的付费机制,未连续、平滑支付,导致某一时期内财政支出压力激增,或项目建设成本未参与绩效考核,实际与绩效考核结果挂钩部分占比不足 30%,固化政府支出责任。

## 2.主要应对举措

(1) 在采用政府付费或可行性缺口补助付费机制的项目中,严格按照《关于规范政府和社会资本合作(PPP)综合信息平台项目库管理的通知》(财办金〔2017〕92号)要求,建立按效付费机制。

(2) 按照“明确、客观、合理”的原则,约定绩效考核标准,明确绩效考核调整条件、程序及建立第三方考核评价的异议争议解决机制。

## (五) 特许经营权终止风险

### 1.风险概述

特许经营权终止,是指在特许经营期限内,因特许经营协议一方严重违约或不可抗力等原因,或者出现约定的提前终止协议情形,导致无法履行特许经营权协议,特许经营权终止。

## 2.主要应对举措

(1) 加强对特许经营协议签订主体、程序、授权范围的合法合规性审核。规避国有企业或地方政府融资平台公司等不符合要求的主体代表政府签署项目

合同。

(2) 在项目合同中就特许经营协议提前终止、政府收回特许经营项目后的补偿义务、范围和程序进行约定。

## 第九章 移交与退出阶段

### 一、项目移交

项目移交，是指在项目合作期限结束或者项目合同提前终止后，政府或项目公司作为移交方将全部项目设施及相关权益以项目合同约定的条件和程序移交给作为接收方的项目公司、政府或其指定的其他机构。

#### (一) 移交条件

符合条件的项目方可移交。项目移交条件包括权利和技术两类。权利方面，即项目设施、土地及所涉及的任何资产不存在权利瑕疵，其上未设置任何担保及其他第三人的权利，但在提前终止导致移交的情形下，就尚未清偿的项目贷款所设置的担保除外。技术方面，即项目设施应符合项目合同约定的技术、安全和环保标准，并处于良好的运营状况。

#### (二) 移交程序

1. 成立机构。项目公司与实施机构委派人员共同组成移交管理机构。

2. 评估和测试。项目公司对项目资产状况进行评估，并对项目是否达到合同约定的条件进行测试。不符合约定条件的，移交方应对项目设施进行修理、更新，要满足移交要求。

3. 签署移交合同。评估测试结果满足要求的，由项目公司和实施机构签署移交合同。移交合同应包括移交范围、移交费用、人员安置、保险转让、相关合同转让、技术转让及培训等内容。

4. 设置移交过渡期。移交期间，要确保项目运营平稳有序，项目公司和实施机构应设置移交过渡期，并明确过渡期内各自的权利义务以及工作内容、进度安排等。

5. 办理移交手续。项目公司和实施机构应按照合同约定办理移交手续。移交费用按照合同约定分担，合同没有约定或约定不明确的，移交费用一般由项目公司承担。移交因一方违约导致，由违约方承担赔偿责任。

#### (三) 移交内容

移交内容包括项目设施、土地使用权及项目用地相关的其他权利；相关设备、

机器、装置、零部件、备品备件以及其他动产；相关人员以及运营维护项目设施所要求的技术和技术信息；项目手册、图纸、文件和资料(书面文件和电子文档)；其他所需内容。

## 二、项目退出

当发生合同约定事由或发生不可抗力时会导致项目退出。具体包括：合作期限届满的正常退出；合作约定特定条件下的提前退出；一方违约导致的退出；政府基于公共利益的强制退出；不可抗力引发的退出。

项目退出时，项目公司应基于不同的退出原因制定相应的退出处理机制，明确不同退出情形下政府、项目公司应承担的回购、补偿义务。

## 三、重点关注事项

### (一) 移交后的合同转让

移交时，项目公司应在征得相关方同意的条件下，将尚未履行完毕的有关合同转让给政府或政府指定的其他机构。政府根据合同对项目继续运营的重要性，决定是否进行合同转让。

### (二) 移交后的技术转让

涉及移交有第三方技术支持的项目，项目公司应将项目运营和维护所需要的所有技术，全部移交给政府或政府指定的其他机构，并确保政府或政府指定的其他机构不会因使用这些技术而遭受任何侵权索赔。对移交时技术使用权期限已届满的，项目公司应协助政府或政府指定的其他机构取得技术继续使用权。

### (三) 移交后的风险转移

项目公司应以确定的移交日为基准，合理安排移交过程中的风险转移。通常移交日前，由项目公司承担项目设施全部或部分损失或损坏的风险，除非该损失或损坏是由实施机构的过错或违约所致；移交日及其后，由实施机构承担项目设施的全部或部分损失或损坏的风险。

## 四、国有资产转让风险

国有资产转让风险，是指中央企业未采用规定方式转让项目国有资产，或者转让项目国有资产时未按照规定履行审计、评估程序以及未基于评估结果确定转让价格等引发的风险。

对此，中央企业应高度关注，切实采取措施：

1.中央企业应按照《企业国有资产交易监督管理办法》(国资委 财政部令第32号)规定，确定项目国有资产转让的具体实施方式。

2.对通过产权市场公开方式转让项目国有资产的，中央企业应按照《企业国有资产交易监督管理办法》(国资委 财政部令第32号)、《关于印发〈企业国有产权交易操作规则〉的通知》(国资发产权〔2009〕120号)、《企业国有资产评估管理暂行办法》(国资委令第12号)等规定，履行内部决策、审计、评估、信息披露、转让协议审查等程序，以竞价方式完成项目国有资产转让。

3.对按照规定采取非公开协议方式转让项目国有资产的，中央企业应根据《企业国有资产交易监督管理办法》(国资委 财政部令第32号)、《企业国有资产评估管理暂行办法》(国资委令第12号)等要求，履行内部决策、审计、评估、转让协议审查等程序，按照协议约定完成国有资产转让。协议约定的转让价格不应低于转让标的的评估结果。

PPP项目合作协议约定运营期结束后社会资本方将所持项目公司股权或资产无偿转让给政府方的，应当确保社会资本方在运营期内能够收回投资成本并获得合理收益。

## 第十章 健全PPP业务合规管理机制

### 一、完善PPP合规管理规范

从事PPP业务的中央企业应根据法律法规和政策监管的合规要求，完善PPP项目全生命周期闭环式合规管理制度，完善全员普遍遵守的PPP合规经营行为规范，建立PPP项目标准化规范运行机制。PPP项目全生命周期闭环式合规管理制度应包含事前科学评估和决策、事中强化管理和监控、事后严格评价和责任追究等方面的管理要求。PPP合规经营行为规范应包含财务纳税、招标投标、商务合作、合同管理、质量、安全环保等方面的合规要求。

从事PPP业务的中央企业在完善PPP合规管理制度的过程中，应强化对规章制度、行为规范的合规审查，确保符合法律法规、监管规定等要求。

### 二、健全PPP合规风险管控机制

从事PPP业务的中央企业应健全PPP合规风险管控机制，对PPP项目风险管理信息实行动态管理，定期或不定期地组织有关职能部门和业务单位，或聘请有资质、信誉好、风险管理专业能力强的中介机构开展PPP项目合规风险识别、评估及预警工作。系统查找分析PPP项目在经营决策、运营管理等每个环节可能存在的合规风险。采用定性与定量相结合的方法，对PPP项目合规风险发生的可能性、影响程度、潜在后果等实施分析评价。对于典型性、普遍性和可能产生较严

重后果的风险应及时发布预警,并按照有关规定,编制专项风险报告和应对预案,采取有效管理策略和解决方案,及时应对处置。

### 三、建立 PPP 合规审查机制

从事 PPP 业务的中央企业应建立 PPP 项目全过程合规审查机制。把合规审查工作融入到 PPP 决策、经营、实施、监督等各个环节。将合规审查作为 PPP 项目经营管理行为的必经程序。实行合规论证与市场论证、技术论证、财务论证等有机结合。根据业务规模、合规风险水平等因素配备专业化、高素质的专兼职合规管理人员。从跟踪筛选阶段开始,企业应主动吸收合规管理人员全程参与 PPP 项目,促进合规由静态审核变为动态审核,由被动参与变为主动介入,切实发挥合规审查专业把关作用,做到 PPP 项目风险防控与市场商机的合理平衡。

### 四、构建 PPP 合规信息化管理系统

从事 PPP 业务的中央企业应建立与 PPP 业务规模、风险状况等相匹配的合规风险管理信息系统。建立健全合规风险数据质量控制机制,积累真实、准确、连续、完整的内部和外部合规风险数据,使其具备 PPP 业务合规风险的识别、计量、评估、检测、报告和反馈等功能,满足企业 PPP 业务合规管理需要,助推 PPP 项目合规管理水平的提升。

### 五、提升 PPP 重点人员的合规意识

从事 PPP 业务的中央企业应建立制度化、常态化的 PPP 合规培训机制,积极普及 PPP 业务合规管理内容。重点加强 PPP 管理人员、重要风险管控岗位人员的合规培训。筑牢管理人员带头依法合规经营的思想基础,持续推动重要风险管控岗位人员熟悉并严格遵守业务涉及的合规知识和合规管理要求。

PPP 业务合规培训应注重培训的针对性和有效性。培训内容应满足法律法规、政策规则、合规准则等最新要求,建立 PPP 业务合规培训档案,将 PPP 业务合规培训的时间地点、培训方式和内容、培训证明、考核结果等信息和事项记录在案。

### 六、强化 PPP 违规问责

从事 PPP 业务的中央企业应完善 PPP 业务违规行为处罚制度体系,健全违规行为处罚工作机制。明确违规行为的认定标准、原则和范围,细化违规行为处罚类型、适用情形等。对于违法违规造成中央企业资产损失的,相关企业应按照规定,及时查处并严肃追究违规人员责任。同时,应举一反三、查漏补缺,不断提升 PPP 业务合规管控能力和水平。

## 附件

### PPP 项目合同审查重点

#### 一、参与主体资格审查

审查项目参与主体资格是否符合本指南第五章的规定。审查代表政府签署项目合同的一方是否有实施机构正式书面授权。除此之外，还应审查实施机构的主体资格是否符合本指南第一章对实施机构的定义要求。

#### 二、模式合规性审查

虽然中央企业在跟踪筛选阶段已对项目模式是否合规作出判断，但实施法律审查时，合规机构仍应按照本指南第二章有关规定，对项目模式是否合规作出独立评价。

#### 三、内容一致性审查

审查项目合同时，应审查其与在先签署的法律文件的内容是否一致，是否存在前后约定不一或冲突的情形。此外，法律事务机构还应关注采购文件和响应文件等法律文件对项目合同的效力和条款的影响，审查相关条款内容是否发生了实质性变更。

#### 四、项目风险分配审查

审查时，法律事务机构应判断风险分配是否合理，是否符合一般项目风险分配原则，是否与项目实况以及各主体的风险承受能力相匹配，是否有加重或减轻风险承受的情形。

#### 五、术语释义审查

审查项目合同中涉及的重要术语是否根据项目具体情况作了定义。对已经定义的术语，应审查其内涵和外延在项目合同中是否一致。一般而言，应对项目合同主体、“服务范围”、“技术标准”、“服务标准”、“特许经营期”、“融资交割”、“不可抗力”、“法律变更”等词语进行重点释义，释义时能量化的，应尽量量化。

#### 六、项目范围审查

应审查项目范围、建设内容、服务对象、独家运营区域等内容是否清晰界定。项目范围涉及的设计、投融资、建设、运营、维护、移交中的具体环节是否明确。

#### 七、项目合作期限审查

审查项目合作期限是否符合本指南第五章规定。并对合作期限的合理性以及内容完整性等方面作出评价。

## 八、合同生效先决条件审查

应审查项目合同是否约定了先决生效条件，以及当先决条件未成就或未被豁免将导致哪些条款无法生效、导致哪些后果。同时，还应审查未能满足先决条件的一方应承担哪些责任。如约定承担赔偿责任，应审查赔偿规则是否符合规定。如约定了违约金条款及保证条款，应审查承担违约责任的方式、金额、计算规则是否明确。

## 九、合同生效时间审查

审查时，应注意项目合同中的生效条款。梳理即时生效条款和附条件生效条款。一般而言，前提条件、争议解决等条款属于签署时即生效条款。其他部分条款可作为附条件生效条款。

## 十、政府承诺效力审查

（一）审查限制竞争性承诺。应审查限制性词语是否明确和量化，避免使用“项目周边、项目附近”等定性描述，应采用定义加列举的方式明确。对政府违反限制竞争性承诺是否承担责任也应审查。审查是否明确约定了政府承担违约责任的具体方式、计算规则等。

（二）审查审批协助承诺。应审查政府对有关事项提供的协助行为是否符合法定条件和程序。

（三）审查提供项目配套承诺。对政府承诺向项目提供设施配套或项目投入物的，应审查因此导致政府每一年度全部 PPP 项目需要从预算中安排的支出责任，占一般公共预算支出比例是否超过 10%，是否对财政承受能力论证的结果产生实质性影响。

## 十一、项目融资审查

项目公司负责融资的，应审查融资行为、融资比例、融资模式等是否符合有关规定。要求中央企业为项目公司融资提供担保的，应根据《关于加强中央企业 PPP 业务风险管控的通知》（国资发财管〔2017〕192 号）规定，审查是否由项目公司各股东方按照出资比例为项目公司融资债务共同担保。如赋予融资方介入权，审查时，应关注是否设置融资方行使介入权的前提、条件、程序，以及前提、条件、程序设置的合理性和可操作性。涉及再融资的，应审查项目合同中是否约定了再融资的条件，以及政府方对于因再融资所节省的财务费用是否可以分成以及如何分成。

## 十二、项目用地审查

(一) 审查项目用地取得的方式。对实施机构负责提供项目用地的,应根据《划拨用地目录》(国土资源部令第9号)规定,审查项目用地取得方式是否符合规定,并审查是否已经县级以上人民政府批准。实施机构协助项目公司获得项目用地的,应根据《划拨用地目录》(国土资源部令第9号)规定,审查项目用地取得方式是否符合规定。取得用地的方式如不符合《划拨用地目录》(国土资源部令第9号)规定,应审查是否以招标、拍卖、挂牌、租赁、或作价出资入股等有偿方式取得。采用租赁方式取得项目用地的,审核时应注意土地租赁期限是否与项目期限一致。实施机构以土地使用权作价出资入股的,应审查作价出资入股方案是否已获得批准。

(二) 审查土地用途。审查在合作期内,项目土地使用权能否流转、能否设置抵押权,以及流转时是否需要审批等。需要注意的是,对以划拨方式取得的土地使用权的流转,根据《土地管理法》规定,应补缴土地出让金。

(三) 审查费用承担。审查时,应关注是否约定了土地使用权的具体费用承担范围,以及费用的承担主体。

### 十三、项目设计审查

(一) 审查设计深度。一般而言,项目设计深度不同,项目合同中的设计范围也应有所不同。审查时,应确保PPP项目合同设计范围与不同设计深度文件包含的范围保持一致。

(二) 审查设计分工。审查时,应关注项目发起人为哪一方。项目发起人不同,设计工作的分工也不同。一般而言,实施机构发起项目的,可行性研究报告和项目产出说明的编制工作由实施机构自行完成。中央企业发起项目的,可行性研究报告和项目产出说明的编制工作由中央企业自行完成。初始设计、技术设计和施工图设计工作一般在PPP项目合同签署后,主要由项目公司按照PPP项目合同约定的设计要求和标准完成。

(三) 审查设计标准。应审查设计标准是否符合国家、地区和行业的强制性技术标准。对根据项目特点采用非标设计的,审查时,应关注是否有论证程序。

(四) 审查设计变更。在由中央企业或项目公司负责全部或部分设计的,且采用政府付费或可行性缺口补贴付费机制的项目中,应审查项目合同中是否列明了设计变更情形以及是否设定了必要的审批程序等。

(五) 审查设计责任。对设计成果需要实施机构审查的,应审查是否明确约定了实施机构的审核标准、范围、审核时间、逾期审核的后果、提出修改意见的

程序、审核争议的解决程序等。应当注意的是，即使项目合同约定由项目公司承担设计责任，但该责任不因实施机构的审核或分包给其他设计单位而减轻或免除。

（六）审查建设阶段实施机构的监督和介入。审查是否对实施机构的监督和介入设置了条件，防止实施机构过度干预。一般而言，可限定政府仅在获取建造计划、报告资料等方面行使监督权。实施机构在不影响项目正常施工的前提下，可按照双方约定的程序进行检查、测试。在选择施工单位时，可约定政府行使有限监督权，对监督的具体内容也应明确。

项目合同中，当约定实施机构有出入项目建设场地的权利时，应审查是否对行使该权利设置了限制条件和应履行的相关义务。一般而言，仅在检查项目建设进度、监督运营维护等情形下，实施机构有权出入场地。当实施机构进入场地时，应履行通知义务，且应遵守现场安全保卫规定，不能影响项目的正常建设和运营。

需要说明的是，实施机构依据公权力行使监管职权进入项目场地的，不受合同限制条件的约束。

（七）审查建设要求。项目合同中，应对建设工期、质量标准、违约责任等基本要求予以明确。此外，应根据 PPP 项目特点，在项目合同中应明确约定项目计价方式、风险分配、价格调整、工程变更、费用结算等内容。

#### **十四、项目建设审查**

审查时，应关注项目合同中，政府方与项目公司在建设期的权利义务划分是否合理，项目建设所依据的技术和质量标准是否明确，是否明确约定了建设工期及进度要求。在完工时间对于项目具有重大影响的项目中，是否明确了具体的完工日期或开始运营日。其他条款可参照住建部门发布的最新建设工程施工合同范本进行审查。

#### **十五、项目运营维护审查**

应审查是否明确约定了运营开始的具体时间以及运营应当达到的具体条件。具体条件应以列举加概括的方式设定。同时，还审查是否约定了运营维护能否外包，以及无法按约定时间开始运营的责任归属、责任承担方式、损失计算标准和不可归责于合同任一方时的责任处置举措。

#### **十六、项目移交退出审查**

参照本指南第九章的相关规定对项目的移交退出实施法律审查，作出独立评价。

## 十七、股权限制变更审查

(一) 审查股权限制变更范围。审查项目合同是否约定了限制股权变更的具体范围。一般而言, 限制股权变更范围包括但不限于股权转让、定向增发、发行可转债等。为确保股权变更范围能全面覆盖有可能影响项目实施的情形, 项目合同中关于股权变更的范围, 通常还需加入兜底性条款, 如“导致股权变更或表决权变动的其他情形”。

(二) 审查股权限制变更的方式。审查时, 应关注是否约定了限制股权变更的锁定期。锁定期限的起讫日是否明确, 同时还应审查设定锁定期是否增加了项目风险。对锁定期较长的, 可提出引入担保机制缩短锁定期的意见和建议。对锁定期的例外情形也应明确。锁定期的例外情形一般包括: 项目融资人实现本项目融资项下的债权导致的股权变更、实施机构转让项目公司股权。

(三) 审查股权受让主体资格。涉及股权转让的, 应当审查采购文件、响应文件等法律文件对股权受让主体的资格是否有特定要求。如有特定要求, 应约定受让方必须满足该要求。

(四) 审查违反股权限制变更的后果。审查是否约定了当一方违反股权限制约定的, 守约方可采取的法律举措以及违约方应承担的违约责任。约定违约责任的, 应审查违约责任的承担方式、计算标准、支付方式是否明确且可计量、可操作。

## 十八、付费条款审查

审查付费机制是否符合有关规定。定价机制是否科学合理, 是否可以保证项目公司在运营期限内收回投资成本并获得合理利润。采用可用性付费的, 应审查“可用”和“不可用”的标准是否明确、合理。采用使用量付费的, 应审查是否明确了在最低使用量和最高使用量情形下的政府付费义务。采用绩效付费的, 应审查绩效标准是否合理、客观、易于评价, 付费是否与绩效考评结果挂钩, 挂钩比例是否符合规定。采用使用者付费的, 应审查是否有限制竞争性条款和超额利润限制条款, 以及条款的约定是否明确, 措施是否完善等。采用可行性缺口补助的, 应审查是否明确了政府提供可行性缺口补助的具体方式, 是否明确了具体的结算周期、付款周期、付款方式。

## 十九、履约担保审查

审查履约担保方式、担保金额是否符合有关规定。确保履约担保方式、担保金额满足《政府和中央企业合作项目政府采购管理办法》(财库〔2014〕215号)、

《关于加强中央企业 PPP 业务风险管控的通知》( 国资发财管〔2017〕192 号) 要求。

## 二十、违约与提前终止审查

审查合同是否约定了违约事件, 以及当事人违约事件的界定是否清晰, 发生违约应履行哪些程序并将导致哪些后果。一般应采用概况式、列举式、概况加列举的方式界定当事人的违约事件。

审查合同是否明确约定了合同终止事由, 以及当事人是否享有合同单方解除权和权利行使的条件、程序。如果约定了政府方享有单方解除权, 应审查是否对政府可能滥用权力行为的限制举措。

## 二十一、争议解决方式审查

应根据合同内容审查约定的争议解决方式是否符合有关规定。如果项目不涉及特许经营, 应通过协商、专家裁决、申请商事仲裁或提起民事诉讼方式解决争议。如果涉及特许经营, 应通过协商、专家裁决或提起行政复议、行政诉讼方式解决争议。

## 二十二、其他

除以上内容外, 还应对项目资本金比例、保险等事项, 根据《\*\*\*关于加强固定资产投资项目资本金管理的通知》( 国发〔2019〕26 号)、《基础设施和公用事业特许经营管理办法》、以及建筑领域的相关法律法规规定实施审查。

# 个人信息保护

## 第一章 主要司法管辖区个人信息保护法律比较

- 一、概述
- 二、我国个人信息保护法律规定
- 三、欧盟个人数据保护法律规定
- 四、美国个人数据保护法律规定
- 五、其他国家个人信息保护法律规定
- 六、主要司法管辖区个人信息保护法律对比分析

## 第二章 管理机制

- 一、管理制度
- 二、管理机构
- 三、人员管理
- 四、管理手段

## 第三章 识别个人信息的合规义务

- 一、个人信息收集中的合规义务
- 二、个人信息存储中的合规义务
- 三、个人信息使用中的合规义务
- 四、委托处理、共享、转让、公开披露个人信息的合规义务
- 五、个人信息主体权利请求的响应
- 六、个人信息跨境传输的合规义务

## 第四章 履行个人信息保护合规义务

- 一、履行个人信息收集中的合规义务
- 二、履行个人信息存储中的合规义务
- 三、履行个人信息使用中的合规义务
- 四、履行委托处理、共享、转让、公开披露个人信息中的合规义务
- 五、响应个人信息主体权利请求
- 六、履行个人信息跨境传输合规义务

## 第五章 信息安全事件的风险防范及应对

- 一、事前防范
- 二、事中控制

### 三、事后评估

#### 附件：

一、国内相关法律法规

二、相关定义

三、《信息安全技术 个人信息安全规范》(2020)附录 A 个人信息示例

四、《信息安全技术 个人信息安全规范》(2020)附录 B 个人敏感信息示

例

# 第一章 主要司法管辖区个人信息保护法律比较

## 一、概述

当今世界处于网络生活全覆盖的大数据时代，网络大数据正通过信息的流动和共享改变着人们的生活方式。世界各国在大力发展互联网信息产业、鼓励数据流通的同时，也纷纷出台相应的法律法规，加强对个人信息权利和基本自由的保护。

个人信息控制者开展个人信息处理活动应遵循合法、正当、必要性原则，具体包括：①目的明确：具有合法、明确、清晰、具体的个人信息处理目的；②最小必要：仅收集满足上述个人信息处理目的所需的最少个人信息类型和数量；③公开透明：以明确、合理的方式公开处理个人信息的范围、目的、规则等，并接受外部监督；④授权同意：向个人信息主体明示个人信息处理的目的、方式、范围等，征求其授权同意，但法律对个人信息处理另有规定的，从其规定；⑤存储限制：个人信息仅保留至个人信息处理目的所需的时间限度内，无合法正当的目的时，或个人主张删除、注销时，个人信息控制者应妥善删除或匿名化个人信息，但法律另有规定的除外。

安全性原则：个人信息控制者应采取适当、合理的措施保护其所控制的个人信息，包括但不限于信息技术和组织管理等多个方面的安全措施。

数据质量原则：个人信息控制者应采取适当的措施维持数据的准确性、可用性和保密性，在合理的范围内保证数据的质量。

主体权利原则：向个人信息主体提供能够查询、更正、删除其个人信息，以及撤回授权同意、注销账户、投诉的途径。

冲突适用原则：建议企业综合考虑本集团业务类型、涉及范围、适用地域等因素选择性适用，遵循以下两个基本原则：①严格责任标准：同时适用两个或两个以上国家/地区的法律时，若有冲突之处，适用最严格标准；②特殊标准优先适用：若针对特定群体（如未成年人、残疾人等）有特殊要求的，从其特殊要求。

本指南主要基于我国已颁布法律法规、国家标准以及欧盟《通用数据保护条例》（以下简称 GDPR）的相关要求编写，基本遵从前述冲突适用原则，供企业参考。

## 二、我国个人信息保护法律规定

我国个人信息保护起步较晚，立法框架独特，形式上既没有类似欧盟的个人

数据保护统一立法，立法模式又与美国的行业立法兼顾地方立法模式有所不同。总体而言，我国的个人信息保护从内容上更倾向于欧盟的 GDPR，从体系上类似于美国的行业立法模式。

全国人民代表大会（以下简称全国人大）及其常务委员会（以下简称全国人大常委会）、国家各部委、地方人民代表大会及地方政府均高度重视在个人信息保护方面的立法：2012年通过了《关于加强网络信息保护的决定》，确立了个人信息收集使用的规则，以及网络服务提供者保护个人信息安全的义务等基本规范；2013年修改《消费者权益保护法》，对消费者个人信息保护专章规定，同年《电信和互联网用户个人信息保护规定》正式实施；2016年通过了《网络安全法》；2018年《信息安全技术 个人信息安全规范》对个人信息如何保存提出了具体要求；2019年《互联网个人信息安全保护指南》、《儿童个人信息网络保护规定》相继出台；2020年新通过的《民法典》在人格权一编中以专章的形式规定了隐私权和个人信息保护，同时，《信息安全技术 个人信息安全规范》也进一步修改完善。这一系列行动都表明了国家在如何细化个人信息保护立法方面正做出有益探索，而企业也面临越来越严格的外部监管。

与域外立法采用“个人数据”的表述不同，中国的立法表述是“个人信息”，我国立法机关采取这一表述的考量是“数据是信息的载体和表现形式”。但从个人信息保护的角度，定义个人信息的方法与欧盟 GDPR 的角度类似。《网络安全法》对个人信息的定义为以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息；《民法典》与《网络安全法》对于个人信息的定义没有本质的区别，仅在表述上增加了对自然人的特定性的描述。第二，个人信息的处理原则、个人信息主体的权利等与欧盟 GDPR 类似，但在处理原则中的“合法性基础”（主要是在“同意”）的规则上，两者有差异，这主要是因为“同意”的范围和方式的不同，导致在个人信息处理的合法性上，对“同意”的依赖程度不同，我国主要依赖于个人的同意，而欧盟则有6个合法性基础，同意仅是其中之一。第三，执法机关体系为“一体两翼”式分布，中央机关层面，“一体”指国家互联网信息办公室，“两翼”分别为国家工业和信息化部、公安部；在地方层面上，体现在地方网信办、地方通信管理局和地方公安部门。第四，强化对未成年人信息的保护，立法与美国在儿童数据隐私方面的立法有相似性，与欧盟 GDPR 在信息社会服务上的未成年人保护也具有一定程度的相似性。第五，与欧盟 GDPR 法案以高额经济罚款为主的处罚方式不同，我国的个人信息保护在立法

层面上综合行政执法、民事责任和刑事责任，既有包括最高十倍损害的行政罚款，又有民法典规定的个人信息损害赔偿之诉，同时刑法上也规定了包括“侵犯公民个人信息罪”以及其他与计算机、网络信息相关的罪名，以罚金和有期徒刑双罚制的刑罚处罚作为更加严厉的规制。

面对个人信息侵害案件越来越多的现实，个人信息保护立法已正式纳入立法日程。我国目前正在开展《个人信息保护法》与《数据安全法》的立法工作，可以预见的是，中国未来会形成以《个人信息保护法》、《数据安全法》为个人信息保护方面的主要立法，《民法典》、《网络安全法》、《电子商务法》、《消费者权益保护法》、《刑法》为个人信息保护的支持立法，并且以包括《儿童个人信息网络保护规定》等单项的部门规章为补充，以《信息安全技术 个人信息安全规范》等国家标准为指南，来构建中国个人信息保护立法体系。

### 三、欧盟个人数据保护法律规定

欧盟《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, 简称“GDPR”)于2018年5月25日正式全面实施。GDPR作为通用条例，为欧盟成员国提供了一套先进、实用、统一的法律框架，同时也为国际数据传输制定了更明确的规则，开宗明义地指出其旨在保护自然人的权利和数据自由流通的目的。近年来，GDPR已成为了影响全球数据保护最深远的法规。

GDPR的管辖范围十分宽泛。首先，其具有广泛的域外效力。无论是否在欧盟或欧洲经济区有设立营业场所，只要对欧盟境内的个人数据进行处理，均适用GDPR。值得注意的是，任何网站、手机软件只要能够被欧盟境内的个人所访问和使用，产品或服务使用（无论是否有偿）的语言是英语或者特定的欧盟成员国语言，产品或服务所使用的货币是欧元或特定的欧盟成员国货币，都可以被视为该产品、服务的目标用户包括欧盟境内用户，从而推定适用GDPR。其次，个人数据的定义宽泛。其包括但不限于：姓名、身份证号码、地址、定位数据、电话号码、电子邮箱、照片、识别码（如：IP地址、MAC地址、Cookies）等等，与被识别出来的或者可被识别出来的自然人有关的任何信息都被囊括在内。第三，数据处理的含义面面俱到。GDPR将“处理”几乎等同于对数据所做的任何操作，如收集、记录、存储、更正、检索、排列或组合、使用、传播、传输等等。

欧盟认为，数据处理应服务于人类，数据保护的原则和规则应当尊重自然人的基本权利和自由。GDPR着重强调了在数据保护领域，数据主体所具有的知情权、访问权、更正权、删除权、限制处理权、反自动决策权、可携带权、拒绝权

等。数据主体的每一项权利都对应着数据控制者和数据处理者的合规义务。除了从数据主体的权利角度来说，GDPR 还为数据控制者和数据处理者明确地规定了较多的义务，他们应当采取各类适当的技术性和组织性措施以确保并证明数据处理符合 GDPR 的规定。但保护数据自由流通也是 GDPR 的应有之义，因此在其行文中有许多例外条款，如实体适用范围、保存期限、数据处理的合法性理由等。

值得注意的是，GDPR 的违法后果相当严重。一般情况下，最高罚金可达 1000 万欧元或公司集团全球营业额 2%(取高者)；而最严重的违法情况，将会导致高达 2000 万欧元或公司集团全球营业额 4%(取高者)的罚款。同时，具有潜在的民事诉讼，特别是容易导致集团诉讼的违规风险。

#### 四、美国个人数据保护法律规定

美国是世界上最早提出并通过法规对隐私权予以保护的国家之一。早在 1974 年美国就通过了《隐私法案》(Privacy Act)。相比于欧盟 GDPR 的集中立法模式，美国个人数据保护方面的立法模式目前是以联邦层面上的行业立法和州层面上的立法为主，州立法的典型是加利福尼亚州的消费者隐私立法。此外，美国的个人数据保护还包括很多行业的自律规定。可以说，美国个人数据保护方面的法律非常庞杂，而且各个州之间和行业之间的保护水平也参差不齐。

美国目前尚无联邦层面的数据保护统一立法，之前关于数据保护的立法多按照特定行业领域或群体分类，例如：涉及互联网的隐私保护、数据抓取等行为的联邦《计算机欺诈和滥用法》(Computer Fraud and Abuse Act)、保护儿童个人数据的联邦《儿童在线隐私保护法》(The Children's Online Privacy Protection Act)、《视频隐私保护法》(Video Privacy Protection Act)。

近年来，美国在持续加强数据保护立法。在联邦层面，2018 年 3 月，美国正式通过了《澄清域外合法使用数据法》(the Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act)(以下简称 CLOUD 法案)。CLOUD 法案规定了美国政府可调取美国公司在境内外所拥有、监管和控制的数据，而不以数据库所在地在美国境内为限。该法案为美国对境内外数据进行执法提供了依据，同时反映出美国试图打破各国数据本地化政策屏障的意图。

在州立法层面，在欧盟 GDPR 正式实施一个月后，加利福尼亚州政府于 2018 年 6 月快速通过了《消费者隐私保护法案(California Consumer Protection Act)》(以下简称 CCPA)。该法案旨在加强加州消费者隐私权和数据安全保护，主要适用于以营利为目的，在加州组织或经营的、业务内容涉及收集和/或处理加州居

民个人数据的企业，且满足以下一个或多个条件：(1) 年收入超过 2500 万美元；(2) 每年单独或组合购买、收取、出售或共享不少于 50000 个消费者、家庭或设备的个人数据；(3) 有不少于 50% 的年收入来自于出售个人数据所获得。CCPA 法案被认为是美国国内最严格的消费者数据隐私保护立法，2019 年 9 月 13 日通过、10 月 10 日经州长批准的五份修正案对 2018 年 6 月 CCPA 做了多方面修订，已于 2020 年 1 月 1 日正式生效。

## 五、其他国家个人信息保护法律规定

### (一) 日本

日本保护个人信息权利的法律体系采用统分结合的方式构建而成，《个人信息保护法》(平成 29 年法律第 36 号)(PIPA)为基本法，于 2005 年 4 月 1 日起施行。随着信息技术的急速发展与利用，《个人信息保护法》于 2015 年进行了大幅修订，2017 年 5 月 30 日起施行，并于 2020 年再度进行修订，以符合国际个人信息保护和跨境传输的需求。

《个人信息保护法》经修订后共有七章，分别规定了立法目的与理念、国家和地方公共团体的责任和义务、个人信息保护对策、个人信息处理从业者的义务、个人信息保护委员会、法律适用的例外、罚则等事项。该法以“保护个人权利权益，兼顾个人信息有用性”为基本原则，目标是在充分保护的前提下，实现个人信息社会效益的最大化。该法明确了各个主体在对个人信息的使用处理中所承担的义务，为个人信息权利保护提供了法律依据，并兼顾了个人信息的有效利用及与之相关的个人合法权益的有效保护。个人信息保护委员会于 2016 年 1 月设立，该委员会是在考虑个人信息有用性的同时，确保妥善处理个人信息而设立的具有高度独立性的机关。

### (二) 韩国

2011 年 3 月 29 日韩国制定了《个人信息保护法》(PIPA)，并于 2011 年 9 月 30 日开始实施。自 2011 年起至 2020 年经历多次修订，2020 年 1 月 9 日韩国议会宣布通过对《个人信息保护法》的修正案(“Data 3 Act”)。

《个人信息保护法》是个人信息保护领域内的专门立法，韩国在其他法律中也涉及个人信息的处理，包括韩国的《刑法》、《通信隐私保护法》、《促进信息和通信网络利用和信息保护法》(ICNA)、《信用信息使用和保护法》(UPCIA)等。韩国《个人信息保护法》对个人信息的含义作出了较为宽泛的界定：一是易于识别的个人信息，即通过姓名、身份证号码等能够识别个人的信息；二是其他不易

于识别的信息，比如一些信息因匿名性难以识别，但该等信息如果能够与其他相关个人信息结合起来起到识别个人的作用，就属于个人信息保护的范畴。

韩国《个人信息保护法》规定了信息控制者（Data Controller）和信息受托处理者（Consignor），类似于欧盟的数据控制者和数据处理者的概念。

与欧盟 GDPR 极为类似，在合法性上，个人信息控制者在下列情况下可以收集个人信息，并在收集目的范围内对其予以使用：（1）经信息主体同意；（2）法律有特别规定，或因法令遵循义务而不可避免的情形；（3）公共机构为执行法律法规规定的主管业务而不可避免的情形；（4）为了与信息主体签订或履行合同而不可避免的情形；（5）信息主体或其法定代理人处于不能表示意见的情形，或因地址不明而无法事前取得同意的情形；（6）为达成个人信息处理者的正当利益，在必要且其明确优先于信息主体正当利益时，与个人信息处理者的正当利益有较大关联，并且仅限于未逾越合理范畴的情形。

## 六、主要司法管辖区个人信息保护法律对比分析

国别	中国	欧盟	美国	日本	韩国
个人信息/ 个人数据的定义 (范围)	以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息。	有关已识别或可识别的自然人的任何信息。	直接或间接地识别、关系到、描述、能够相关联或可合理地连结到特定消费者或家庭的信息。	与个人有关的信息中,通过含有姓名、出生日期等记录可以识别出特定个人的部分,也包括可以比较容易地与其他信息相比照并可以借此识别出特定个人的信息,还包括通过信息中含有的个人识别符来识别出特定个人的信息。	易于识别的个人信息,或不易于识别的信息与其他相关个人信息结合起来能起到识别个人的作用。
个人信息保护权利	1.查询权; 2.更正权; 3.删除权; 4.取得数据副本权; 5.撤回授权同意权; 6.注销账户权。	1.知情权; 2.访问权; 3.更正权; 4.删除权; 5.限制处理权; 6.数据可携权; 7.拒绝权; 8.不受自动化决策制约权; 9.撤回同意权。	1.受披露权; 2.访问权; 3.删除权; 4.选择退出权(指示企业不得向第三方出售其个人数据); 5.数据可携权; 6.不受歧视的权利。	1.访问权; 2.更正权; 3.删除权; 4.停止使用权。	1.知情权; 2.选择同意权; 3.查阅及获取副本权; 4.停止处理权; 5.更正权; 6.删除和销毁权。

国别	中国	欧盟	美国	日本	韩国
<p>信息（数据）控制者的义务</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 制定个人信息保护政策；</li> <li>2. 遵守隐私原则；</li> <li>3. 记录处理活动；</li> <li>4. 信息保护措施及信息泄露的报告；</li> <li>5. 个人信息本地化及跨境传输合规；</li> <li>6. 保护个人信息主体的权利；</li> <li>7. 制定个人信息安全事件应急预案并进行演练；</li> <li>8. 个人信息安全评估及审计；</li> <li>9. 设立网络安全负责人和个人信息保护负责人的义务。</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 整体责任；</li> <li>2. 遵守数据保护基本原则；</li> <li>3. 记录数据处理活动；</li> <li>4. 数据安全及数据泄露的报告和通知义务；</li> <li>5. 数据出境合规；</li> <li>6. 保护数据主体的权利；</li> <li>7. 数据保护影响评估；</li> <li>8. 与数据处理者签署数据处理协议的义务；</li> <li>9. 与其他数据控制者作出权利义务划分的安排义务；</li> <li>10. 设立 DPO 的义务。</li> </ol>	<p>CCPA 下：适用主体为“企业” (businesses)，类似于 GDPR 的“数据控制者”，相同义务：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 提供符合 CCPA 要求的隐私政策；</li> <li>2. 在合同约定目的范围内使用个人数据；</li> <li>3. 删除的义务；</li> <li>4. 充分尊重并保障个人的各项数据权利。</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 根据利用目的的限制，已经正当的获取并保证个人信息最小化；</li> <li>2. 适当的管理（确保个人信息内容的准确性及最新性等）；</li> <li>3. 在丧失使用目的时进行个人信息删除的义务；</li> <li>4. 保障安全性义务；</li> <li>5. 向第三方提供个人信息的限制；</li> <li>6. 提供隐私政策的义务；</li> <li>7. 响应个人信息保护权利诉求的义务，包括访问权、更正和删除权、停止处理等；</li> <li>8. 设立力求适当且迅速地处理投诉的制度及专门团队。</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. 限定个人信息处理的目的、范围；</li> <li>2. 在个人信息处理目的范围内，合法正当收集、处理最低限度的个人信息；</li> <li>3. 个人信息控制者应在个人信息处理目的必要范围内，保障个人信息的准确性、完整性和最新性；</li> <li>4. 个人信息控制者应披露个人信息处理政策等个人信息处理相关事项，保障信息主体的请求查阅权等权利；</li> <li>5. 个人信息控制者应当采取对信息主体私生活的侵害程度降到最低的方法处理个人信息；</li> <li>6. 如果可以匿名处理个人信息时，个人信息控制者应当尽可能以匿名方式处理个人信息；</li> <li>7. 个人信息控制者应严</li> </ol>

					格遵守并履行本法律及相关法规规定的责任和义务，努力获取信息主体的信任； 8.遵守个人信息跨境传输方面的要求。
<b>国别</b>	<b>中国</b>	<b>欧盟</b>	<b>美国</b>	<b>日本</b>	<b>韩国</b>
<b>信息（数据）处理者的义务</b>	<p>中国的个人信息处理者的定义在民法典下与其他国家不同。在不考虑信息处理者的定义语言，而仅看实质时，我们的信息处理者即是接受委托处理信息的组织或个人。</p> <p>对于接受委托处理信息的组织或个人，应当：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.遵守信息控制者的指令；</li> <li>2.接受信息控制者的合规审计；</li> <li>3.或者与信息控制者签署合同。</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.自身行为的责任；</li> <li>2.遵守与数据控制者、下级数据处理者的合同义务；</li> <li>3.记录处理活动；</li> <li>4.安保及数据泄露报告（向控制者报告）；</li> <li>5.数据出境合规。</li> </ol>	<p>“服务提供者”（service provider），类似于 GDPR 中的“数据处理者”，但 CCPA 法案无针对服务提供者具体义务的规定。</p>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1.根据利用目的的限制，已经正当的获取；</li> <li>2.向第三方提供个人信息的限制；</li> <li>3.公开利用目的，公开对个人信息的保存具有责任的从业者的名称；</li> <li>4.设立力求适当且迅速地处理投诉的制度及专门团队。</li> </ol>	<p>与 GDPR 不同，处理者在韩国的定义更广泛，相比而言，与 GDPR 下的处理者类似的概念是韩国的受托处理者。受托处理者是指基于控制者的委托，接受个人信息处理业务：</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.遵守法律的原则性义务，例如安全保障义务；</li> <li>2.信息泄露报告义务；</li> <li>3.信息提供义务，向信息主体公开受委托的情形和内容，以便信息主体查看；</li> <li>4.遵守与控制者的合同义务。</li> </ol>

国别	中国	欧盟	美国	日本	韩国
DPO 设立要求	《网络安全法》： 网络安全负责人； 《个人信息安全规范》：个人信息保护负责人。	在一定情形下必须设立 DPO，对于 DPO 的任职能力、职责以及 DPO 的利益冲突有明确规定。	无明确要求设立 DPO。	日本个人信息保护法案并没有要求设立 DPO。但是根据日本个人信息保护委员会发布的官方指南，设立 DPO 来负责个人信息处理的事务，属于遵守安全性义务的一种表现和必要措施。	信息控制者应当设立个人信息保护责任人。
跨境传输事前审批或备案	根据中国目前生效的立法要求(不含征求意见稿)，分为： 1.一般的网络运营者(需经个人的同意方可进行传输，但目前无个人信息出境评估要求)； 2.关键信息基础设施运营者(需经个人的同意，并经个人信息出境评估，但目前具体的指南尚未正式出台实施)。	1.欧盟委员会充分性决议； 2.欧盟委员会制定的标准跨境传输合同条款(SCC)，无需审批； 3.如修订了欧盟委员会的标准跨境传输合同条款(SCC)，则需要监管机关审批； 4.BCRs，即约束性公司规则，需要经过主监管机构的批准；	无明确要求。	1.个人信息处理业者将个人信息提供给处于外国的第三人时，应事先取得本人的同意； 2.跨境传输的豁免情形： (1)除非日本个人信息保护委员会认为该国家提供与日本相同的个人信息保护水平； (2)当接收方第三方建立的数据保护系统满足了日本个人信息保护委员会的要求。 2019年1月23日，欧盟与日本之间签署了一份互认为基础的个人信息跨境传	1.如果个人信息控制者需要向第三方提供个人信息，此时需要明示告知给信息主体，并且征求信息主体的同意； 2.如果向国外第三方提供个人信息时，应向信息主体告知各项内容并获得同意，签订有关个人信息向海外转移合同不得违反法律的规定； 3.同意的例外同样在此处适用。 需要注意的是，如果是信息处理的外包是必要的，或者为了提高个人信息

		5.特定豁免。		输充分性框架协议，自此，欧盟与日本之间实现了个人信息的双边自由传输。	主体的便捷性，且此前在隐私政策中已经披露过第三方的情况，此时根据促进信息和通信网络利用法是不需要获得额外的同意的。
<b>国别</b>	<b>中国</b>	<b>欧盟</b>	<b>美国</b>	<b>日本</b>	<b>韩国</b>
<b>特殊群体 (如未成年人、残疾人等)规定</b>	1.14 周岁以下儿童监护人明示同意原则； 2.《儿童个人信息网络保护规定》，详细规定相关要求。	在信息社会服务领域内,16 周岁以下的儿童不能单独作出同意。	除企业实际不知道儿童年龄外，原则上： 1.16 周岁以下儿童个人数据出售需监护人同意； 2. 13 周岁以下儿童个人数据需监护人同意。	1.有“需要注意的特别个人信息”的概念，如种族、信仰、社会地位、医疗历史，犯罪记录等； 2.除非法律法规要求、或保护公民生命财产安全、或因公共卫生等原因，个人信息处理者获取该信息时应取得个人事先同意。	14 周岁以下儿童监护人可浏览或编辑其个人信息，或有撤回同意的权利。
<b>罚则</b>	1.《网络安全法》：一百万元以下罚款，情节严重的可责令停业整顿、关闭网站、吊销营业执照等； 2.《电子商务法》：责令限期改正，可处两万元以上二十万元以下	GDPR： 1.一般情况，最高罚金达 1000 万欧元或公司集团全球营业额 2%(取高者)； 2.最严重的违法情况，将会导致高	CCPA： 1.民事罚款：每次违法事件 2500 美元；每次故意违法事件 7500 美元； 2.个人赔偿：对每个消费者赔偿：100-750 美元的损	刑事处罚： 1.个人信息保护委员会相关人员违反 72 条规定，暗中泄露或使用信息时，处以 2 年以下有期徒刑或 100 万日元以下罚款； 2.个人违反该法律规定时，处以 6 个月以下有期徒刑	1.“以非法手段收集个人信息”的情形适用监禁刑与罚金的双罚制；最严重的情况，会判处 10 年监禁刑，以及单处或并处 1 亿韩元的罚金； 2.行政制裁：最严重的可处 5000 万韩元罚款的行

	<p>罚款；</p> <p>3.《消费者权益保护法》：停止侵害、消除影响、赔礼道歉并赔偿损失，同时提供了行政责任的承担方式；</p> <p>4.《刑法》：三年以下有期徒刑或拘役，情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。 (详见附件3)</p>	<p>达 2000 万欧元或公司集团全球营业额 4%(取高者)的罚款；</p> <p>3.潜在的民事诉讼，且容易是集团诉讼；</p> <p>4. 成员国在自己的本国法内有关于数据保护的刑事责任。</p>	<p>害赔偿金，或实际损害额（以数额较大为准）；</p> <p>3.企业可能面临民事个人或集体诉讼。</p>	<p>或 30 万日元以下罚款；</p> <p>个人未按照该法要求提交报告时，处以 30 万日元以下罚款；</p> <p>3.个人信息处理者以非法获利为目的提供窃取个人信息数据库时，处以 1 年以下有期徒刑或 50 万日元以下罚款(同时对公司课以罚款)。</p> <p>4.行政处罚：最多十万日元的行政处罚，主要针对数据分享、数据保护认证以及对终止认证的虚假申报等。</p>	<p>政处罚。</p>
--	--	---	--	---	-------------

## 第二章 管理机制

企业应通过建立完善管理机制来加强对个人信息的保护和管理,从管理层面做好个人信息合规工作,从源头及各个业务环节来控制个人信息安全风险。

### 一、管理制度

#### (一) 一般管理制度与流程

有约束力的管理制度能够为企业做好个人信息保护合规工作提供根本性的支撑。一般而言,个人信息保护管理制度需包含组织机构及其职责、个人信息处理的原则及合法性基础、回应个人信息主体权利的程序、处理个人信息安全事件的程序、签订个人信息处理协议的程序、签订个人信息跨境传输协议的程序、处罚机制等。企业应制定个人信息安全事件应急预案。

#### (二) 个人信息处理记录制度

企业宜建立、维护和更新所收集、使用的个人信息处理记录,建立制度,内容主要包括所涉及的个人信息类型、数量、来源;根据业务功能和授权情况区分个人信息处理的目的、使用场景,以及委托处理、共享、转让、公开披露、是否涉及跨境传输等情况;与个人信息处理活动各环节相关的信息系统、组织或人员。

#### (三) 培训机制

企业宜建立个人信息保护合规培训机制。一是针对个人信息主体提供服务的员工开展岗前培训,未经过个人信息保护培训的员工,不应直接回复个人信息主体的权利请求;二是定期或在个人信息保护政策发生重大变化时,对个人信息处理岗位相关人员开展个人信息安全专业化培训和考核,确保相关人员熟练掌握个人信息保护政策和相关规程;三是针对企业员工开展广泛的个人信息保护合规培训,提高全员合规意识。

### 二、管理机构

个人信息保护合规工作主要由数据保护合规官来总体负责,并设立协助数据保护合规官的专门机构,以保障数据合规工作的落地执行。未设立数据保护合规官的企业,应设置指导和管理个人信息保护的专门工作机构和专门人员。此外,企业内部各相关部门,如个人信息收集部门、个人信息使用部门、IT部门、法律部门或合规部门,分别对个人信息保护合规承担部分管理职责。

#### (一) 数据保护合规官(DPO)

根据欧盟GDPR的规定,核心业务是与大规模处理个人数据或监控欧盟境内

的个人数据有关的企业，应设立数据保护合规官（Data Protection Officer，简称 DPO）。

### 1. 任职条件

根据 GDPR 以及欧盟数据保护工作组的《DPO 指南》（后为欧盟数据保护委员会（EDPB）认可），DPO 一般应具备以下任职条件：（1）掌握数据保护法律和实践的专业知识；（2）深刻理解公司的信息技术和数据安全；（3）了解公司进行的数据处理活动；（4）了解公司的业务和组织结构；（5）为履行 DPO 的职责要求，DPO 应熟练掌握英语或对应主监管机构的官方语言，能够与欧洲监管机构就数据保护事宜进行沟通；（6）DPO 能够直接向公司最高层汇报工作。

同时，欧盟也对 DPO 的任职做了限制，其设立需要考虑利益冲突，首席执行官、首席财务官、首席运营官以及人力资源部门负责人、市场部门负责人、技术部门负责人等相关高级管理人员不宜担任 DPO。且根据《DPO 指南》，DPO 如为兼职，公司应当确定分配给兼职 DPO 的工作时间比例，以确保 DPO 的工作能高质量完成。

### 2. 工作职责

DPO 的最终职责是监督公司的业务是否符合 GDPR 的要求。根据 GDPR 第 39 条的规定，DPO 的工作职责主要包括：（1）通知并向企业及其员工提供 GDPR 下的数据保护义务；（2）监督企业对 GDPR、适用的欧盟成员国数据保护法的合规情况以及企业的保护政策执行情况，包括责任分配、提高 GDPR 合规意识和员工培训以及相关审计工作；（3）就数据保护影响评估（“DPIA”）提供建议并监督其执行情况；（4）与执法机构进行合作；（5）作为与执法机关之间的联络点，依据 GDPR 的规定向执法机关进行咨询。

### 3. 工作保障

公司应当为 DPO 的工作提供适当的保障和条件，例如为 DPO 提供持续更新其数据保护知识和实践的培训，提供协助 DPO 工作的人员、场所等。

#### （二）个人信息收集部门

与个人信息主体存在直接服务关系，从个人信息主体获取个人隐私数据的企业内部部门，如与自然人客户直接相关的业务部门、与员工相关的人力资源部门等。其职责如下：

1. 负责完善对口业务领域的个人信息保护方面的业务流程，保障个人信息主体的合法权利；

2.针对个人信息主体提供服务的员工开展个人信息保护的业务培训；

3.对个人信息主体提出的各项在个人信息方面的要求，例如要求实现访问权，及时转达至 DPO 及法律部门或合规部门。

### （三）个人信息使用部门

与个人信息主体不存在直接服务关系，但存在使用个人信息的业务场景的企业内部部门。其在处理个人信息时需要遵守相关法律法规、企业规章制度，完善各自业务领域的数据使用流程，严格按章操作，避免个人信息泄露。

### （四）IT 部门

IT 部门在个人信息保护方面的主要职责包括：

1.负责企业的网络安全，建立与完善个人信息处理方面的网络安全制度；

2.负责响应个人信息收集部门和个人信息使用部门的业务需求，对个人信息进行技术处理，完善对应业务系统功能，以符合个人信息保护相关法规与业务流程的要求；

3.采取技术手段保证个人信息处理的安全；

4.配合 DPO，开展个人信息泄露事件网络安全领域的调查研究工作等。

### （五）法律部门/合规部门

法律部门/合规部门负责完善企业个人信息保护领域法律方面的风险防范制度；协调处理个人信息安全事件法律方面的具体事宜。

## 三、人员管理

企业宜严格管理接触个人信息的人员。

### （一）签署保密协议，做好背景调查。

企业应与从事个人信息处理岗位上的相关人员签署保密协议，并要求其在调离岗位或终止劳动合同时继续履行保密义务；对大量接触个人敏感信息的人员进行背景调查，以了解其诚信状况。

### （二）明确岗位职责，建立处罚机制。

企业应明确内部涉及个人信息处理不同岗位的安全职责，建立违反企业个人信息保护制度的内部责任追究机制。

### （三）规范外部人员的访问。

1.建立关于物理环境的外部人员访问的安全措施，如规范外部人员允许访问的设备、区域和信息等；建立外部人员访问事前审批制；外部人员访问的记录与全程监督等。

2.建立关于网络通道的外部人员访问的安全措施，如制定外部人员允许接入受控网络访问系统的规定；设置外部人员访问事前审批环节；外部人员访问时进行身份认证；根据外部访问人员的身份划分不同的访问权限和访问内容；对外部访问人员的访问时间进行限制；对外部访问人员对个人信息操作进行记录等。

#### （四）员工入职与离职管理。

1.建立入职个人信息保护培训和义务告知制度，在员工入职时即开始宣贯个人信息保护，并下发个人信息保护相关的制度文件，督促员工遵守。

2.离职或岗位变动时，进行个人信息方面的交接和调整，涉及访问和使用个人信息的权限调整或关闭，督促其删除在其个人设备上保存的客户或员工个人信息。

### 四、管理手段

企业可以通过内部合规审查机制来发现内部个人信息保护的漏洞，不断完善个人信息合规措施，防控个人信息泄露风险。

#### （一）审查依据及要求

审查依据：国内个人信息保护相关法律法规、企业需遵循的境外个人信息（数据）保护法律法规、企业内部相关规章制度。

审查要求：审查企业个人信息保护机制的法律法规规章符合性及实践有效性，并形成审查记录，为应对安全事件的处置、应急响应和事后调查提供支撑。

#### （二）审查内容

审查可以围绕以下内容展开，包括但不限于：

1.企业的相关规章制度、处理程序、安全措施、个人信息保护隐私政策（包括针对客户及员工的）是否有效；

2.个人信息处理的记录是否完备；

3.是否存在个人信息违规使用、滥用等情形；

4.是否采用防止非授权访问、篡改或删除的技术措施；

5.是否能够识别个人信息泄露事件，是否存在准确分工和应对流程；

6.是否制定针对儿童、残疾人等特殊群体的个人信息保护政策；

7.是否针对员工开展个人信息保护合规培训；

8.企业内部重大决策是否会考虑个人信息保护等。

#### （三）审查结果

审查的过程及结果应当予以记录。对于符合要求的项目，应当归档支撑性文

件，并保持该项目的持续有效性；对于不符合要求的项目，应立即处理、实施整改，并对处理、整改措施和结果进行记录。

### 第三章 识别个人信息的合规义务

#### 一、个人信息收集中的合规义务

（一）应具备收集个人信息的合法性基础。

收集个人信息最基本前提是获取个人信息主体的授权同意。上述同意应是“自愿、特定、知情前提下的”同意，而收集个人敏感信息和个人生物识别信息前，应征得个人信息主体的具体的明示同意。

法律法规如对收集、处理个人信息有其他规定的，企业应依照法律法规相关规定收集、处理个人信息。

（二）仅收集最小必要的个人信息。

收集的个人信息范围应与实现特定目的有直接关联，如果不收集此类信息，产品或服务的业务功能就无法实现，则此类收集是必要的。举例而言，顾客通过互联网平台购票或订房时，平台不应要求顾客提供完整的身份证照片，因为身份证照片中包含住址、民族等用于核实旅客身份所非必需的信息。

（三）尊重个人信息主体的自主选择权。

当产品或服务提供多项需收集个人信息的业务功能时，信息控制者不应违背个人信息主体的自主意愿，不得通过“一揽子”的授权强迫个人信息主体选择接受多项业务功能，而应当在告知个人上述服务的前提下，有个人自主进行选择是否接受何种业务功能。

（四）确保个人信息收集过程的安全性。

个人信息控制者应采取适当的技术措施保障个人信息收集过程的安全性，包括收集前的身份认证、个人信息在传输过程中的保护措施、对收集内容的安全检测和过滤、整个信息系统的网络安全等级防护等。

（五）自第三方处收集、分享个人信息的合规。

个人信息控制者自第三方处收集个人信息，或接受其他企业分享的个人信息，仍然应遵守合规义务，合规标准应与直接从个人处收集个人信息的义务保持一致。此外，个人信息控制者应与第三方妥善签署数据保护协议，规定双方的权利义务责任划分。

#### 二、个人信息存储中的合规义务

（一）确保个人信息存储时限最短。

根据欧盟 GDPR 的规定，个人数据存储期限应为实现个人数据主体授权使用的目的所必需的最短时间，超出上述存储期限后，数据控制者应对个人数据进行删除或匿名化处理。但在中国，各个行业对个人信息保存期限有不同的要求<sup>⑩</sup>，为了保障合规性，我们认为这种最短期限可以理解为：如果法律法规或行业监管对个人信息保存期限有要求，应遵守该保存期限的要求；政策监管无具体要求的，应是业务应用所需的最低时限。

如企业破产且无承接方时，应将存储的数据彻底删除。

（二）应保障存储个人信息的安全性。

1.收集到的个人信息应采取相应的安全措施，例如安全加密存储、本地或异地备份等，防止个人信息泄露、毁损或丢失。

2.个人信息如可以进行匿名化后的处理，应采取匿名化的措施，并保证其不可恢复至可识别出个人的状态。

3.企业在收集个人信息后，应当采取技术和管理方面的措施，将可识别的个人信息与去标识化的数据（例如假名化的数据）分开存储并加强访问和使用的权限管理。

4.存储的个人信息的访问应当处于可控、可记录或描述的状态。

（三）谨慎对待个人生物识别信息。

一是个人生物识别信息应与个人身份信息分开存储；二是原则上不应存储原始个人生物识别信息。

（四）对个人信息进行分级分类存储。

企业应对收集的个人信息进行必要的分级和分类，对于不同风险级别的个人

---

<sup>⑩</sup> 1.《中华人民共和国网络安全法》第二十一条规定：“采取监测、记录网络运行状态、网络安全事件的技术措施，并按照规定留存相关的网络日志不少于六个月。”依据此条款，包含个人信息的相关网络日志至少需要保存六个月。

2.《中华人民共和国电子商务法》第三十一条规定：“商品和服务信息、交易信息保存时间自交易完成之日起不少于三年。”

3.《征信业管理条例》第十六条规定：“征信机构对个人不良信息的保存期限，自不良行为或者事件终止之日起为 5 年；超过 5 年的，应当予以删除。”

4.《金融机构客户身份识别和客户身份资料及交易记录保存管理办法》第二十九条规定：“金融机构应当按照下列期限保存客户身份资料和交易记录：（一）客户身份资料，自业务关系结束当年或者一次性交易记账当年计起至少保存 5 年。（二）交易记录，自交易记账当年计起至少保存 5 年。……”

5.《医疗机构管理条例实施细则》第五十三条要求：“医疗机构的门诊病历的保存期不得少于十五年；住院病历的保存期不得少于三十年。”

信息进行分类存储，防止个人信息泄露发生时的损害后果或风险不当增加。

### 三、个人信息使用中的合规义务

#### （一）遵循使用目的限制。

1.企业在使用个人信息时，不得超出与收集个人信息时所声称的目的具有直接或间接关联的范围；确需超出上述范围的，应再次征得个人信息主体的同意。

2.除目的所必需外，使用个人信息时应进行去标识化处理，消除明确身份识别性，避免识别到特定的个人。

3.对因加工处理而产生的个人信息，例如航空的 PNR 信息，对其处理应限于企业通过隐私政策等合法披露的收集个人信息时的目的范围。

4.遵守用户画像的使用限制，避免用户画像中出现不当信息、避免使用用户画像时违反法律法规有关规定。

5.企业内部的各部门进行个人信息的使用时，仍应遵守最小化原则，避免个人信息在不需要的部门内进行分享和使用。

#### （二）个性化推送应征求个人的同意。

个性化推送是实现精准营销的重要方式，企业应就个性化推送或营销进行单独的告知，并为个人拒绝个性化推送提供退订方式或者退出的机制。

#### （三）规范使用自动化决策机制。

个人信息主体有权反对通过自动化处理而对其个人做出具有法律效力或重大影响的自动化决策，其可以要求在此过程中进行人为干预。企业应开展个人信息安全影响评估，确保个人信息得到保护，并具备支持个人信息主体发起以上诉求的渠道。

#### （四）确保安全性、准确性和保密性。

在使用个人信息时，应采取任何适合且合理的措施来保障个人信息的安全性，并在任何使用场景下注意对个人信息进行保密。在任何个人信息使用过程中，如个人发现信息不准确或不完整，个人信息的使用部门应当妥善进行更正或补充。

### 四、委托处理、共享、转让、公开披露个人信息的合规义务

#### （一）征得个人信息主体授权同意。

1.原则上不应共享、转让、公开披露个人敏感信息。

2.信息控制者作出委托行为，不应超出已征得个人信息主体授权同意的范围；信息处理者即受托方，应在授权范围内处理个人信息。

3.信息控制者应将共享、转让、公开披露的目的、个人信息类型、接收方情况以及可能产生的后果等内容告知个人信息主体,除信息控制者发生收购、兼并、重组、破产等变更外,还需同时征得个人信息主体的授权同意。

(二)应对委托、共享、转让和公开披露进行个人信息安全影响评估,保护个人信息的安全。

个人信息控制者应对委托行为、共享、转让行为和公开披露行为开展个人信息安全影响评估,确保受委托者达到相应的信息安全能力要求,根据评估结果采取有效的保护个人信息主体的措施。

(三)公开披露应经法律授权或具备合理事由。

个人信息原则上不应公开披露,除非事先征得个人信息主体的同意,或者具备以下事由:1.履行法律法规规定的义务;2.与国家安全、国防安全直接相关;3.与公共安全、公共卫生、重大公共利益直接相关;4.与刑事侦查、起诉、审判和判决执行等直接相关;5.出于维护个人信息主体或其他人的生命、财产等重大合法权益但又很难得到本人授权同意的。

(四)信息控制者应对信息处理者、第三方接入者进行管理和监督。

信息处理者代表信息控制者对数据进行处理,其应听从信息控制者的指令行事;信息控制者应当以合同的形式约束信息处理者的行为,使其履行信息处理过程中的种种合规义务。

第三方接入者并非单纯的信息处理者,也并不一定与信息控制者构成共同的个人信息控制者。信息控制者应当以合同的形式约束第三方的行为,使其履行个人信息收集、存储、处理、响应个人信息主体权利请求等全生命周期的合规义务。

(五)准确记录和存储个人信息处理的情况。

根据 GDPR 的规定,为了证明企业在个人信息方面的合规性,信息控制者和信息处理者应保存其职责范围内的个人信息处理活动记录,且有义务配合监管机构提供这些记录。

## **五、个人信息主体权利请求的响应**

个人信息主体拥有诸多权利:

(一)访问权:指个人信息主体有权获取其在企业处收集或处理的个人信息的副本并有权访问其在企业处收集和处理的个人信息的权利。

(二)更正权:个人信息主体有权要求控制者更正所有的关于其不准确、不完整的个人信息。

(三)删除权:个人信息主体有权要求控制者在一定情况下删除有关其的个人信息,例如,在不再需要该个人信息来实现其收集目的的情况下。

企业豁免响应个人信息主体的删除权请求的情形:企业收集个人信息的依据是法律法规的规定,例如购买机票、火车票实名制要求。

(四)拒绝权:个人信息主体有权因其个人原因,在信息处理是为了控制者的合法利益的情况下,拒绝控制者处理其个人信息。

(五)限制处理权:个人信息主体出于某些理由要求控制者限制他们个人信息处理的权利。

(六)个人信息可携权:在技术可行的前提下,个人信息主体有权从控制者处获得其相关个人信息,且其信息应当是经过整理的、普遍使用的和机器可读的,个人信息主体有权将此类数据传输给另一个控制者。

(七)不受自动化决策制约的权利:个人信息主体具有反对有关对个人具有法律效力或其他类似效果的自动化决策的权利。

(八)拒绝直接营销的权利:个人信息主体有权拒绝直接营销,包括与直接营销有关的用户画像。

(九)注销权:个人信息主体有权随时要求注销其在企业的网上账户,一旦个人信息主体注销其账户,企业应当立即采取合理措施删除或匿名化处理个人信息主体的个人信息,但法律另有规定的除外。

企业应当为个人信息主体提供便捷的个人信息权利请求提起及沟通的渠道。当个人信息主体向企业提出权利请求时,企业应当在最迟不超过一个月内响应个人信息主体权利。

## 六、个人信息跨境传输的合规义务

### (一)将国内个人信息传输出境

企业在中国境内收集的个人信息存储应遵照《网络安全法》的有关规定,其中第37条明确:“关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要,确需向境外提供的,应当按照国家网信部门会同\*\*\*有关部门制定的办法进行安全评估。”

《网络安全法》对于跨境传输的安全评估只做了原则性规定,考虑到国家网信办2019年公布的《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》(以下简称“2019征求意见稿”)系专门针对个人信息出境,且相比2017年公布的征求意见稿而言,2019年的征求意见稿对安全评估框架、评估流程、评估材料申报要求等做了较

大调整，可以更加清晰地看出监管部门的最新监管动向。因此，我国企业应为个人信息出境做好安全评估的准备工作。

## （二）从境外传输个人信息入境

企业在其他国家收集的个人信息，如需将个人信息传输至国内或其他国家，应首先查看该司法辖区内是否有数据本地化的法律要求，如有该等要求，则应将数据保留至当地。如无该等要求，则遵循该司法辖区有关数据跨境传输的规定。

例如：如果个人信息要自欧盟向欧盟境外传输的，按照 GDPR 的要求允许跨境数据传输，但应遵守 GDPR 的相关要求，由于中国尚未与欧盟就个人信息保护水平达成充分性认定，我国企业如存在个人信息自欧盟出境的需求，应充分注意到欧盟对于个人数据跨境传输的义务。

# 第四章 履行个人信息保护合规义务

## 一、履行个人信息收集中的合规义务

### （一）判断个人信息。

判断某些信息是否属于个人信息，根据《网络安全法》和《民法典》的定义，有两条路径：一是个人信息具有直接的识别性，由这类信息本身可以识别出特定的自然人；二是个人信息具有间接的可识别性，即虽然单独该信息不足以识别出特定的自然人，但与其他信息结合则可识别出特定的自然人。

### （二）区分基本业务功能和扩展业务功能。

企业应当根据个人在选择、使用所提供的产品或服务时的根本期待和最主要的需求来划定基本业务功能；将产品或服务所提供的基本业务功能之外的其他功能，划定为扩展业务功能。举例而言，利用 App 交话费，基本功能即是通过电子支付向移动运营商缴纳通信费用，运营商通过核验手机号码、确认支付信息即可实现该项基本业务功能；此时企业不应以获得该主体的位置信息以推送精准的流量套餐为由，强制要求个人信息主体必须同时同意收集位置信息和收集与前述实现基本业务功能所必须的数据，否则不能使用所有功能。此种情形下，企业可以采用分阶段、分窗口等方式征得个人信息主体的同意。

### （三）履行告知义务。

告知义务实际上贯穿着个人信息处理的各个阶段，就收集阶段而言，在可能收集个人信息的业务功能开始前，即初始安装、注册账号等阶段，企业应当通过

官网、App、小程序以及其他交互界面或设计（如弹窗、文字说明、填写框、提示语等形式）向个人信息主体提供隐私政策或规则，告知实现业务功能所需收集和处理的个人信息的类型、目的和方式，个人享有的信息保护的權利以及如果拒绝收集和处理的造成的影响。

#### （四）获取个人信息主体的同意。

基本要求：在保障个人知情权的前提下进行同意。在中国法下，对授权同意的方式并无特别的限制，根据《信息安全技术 个人信息安全规范（2020）》的表述，授权同意即包括通过以直接的方式明示同意（例如，非预选的勾选框内进行主动的勾选），也可以通过默示的行为作出授权（例如，继续浏览网页即视为同意）。但无论如何，应确保个人信息主体知悉其信息可能被处理（收集、使用、披露、分享、存储、传输、加工、删除等操作）。

高级要求：具体而明示的同意。收集包括个人生物识别信息在内的个人敏感信息前须就该等收集行为单独取得个人信息主体的明示同意。明示应通过个人信息主体的主动行为来明确。数据控制者可通过设计主动性“同意”勾选框、“某个信息服务技术”选项或主动填写、提供等方式实现，如果个人信息主体直接采取“默示、将勾选框空置或不做出反应的行动”，应被推定为不同意。

例外：在特殊情形中，信息控制者收集、使用个人信息不必征得个人信息主体的授权同意。如：(1)履行法律法规规定的义务；与国家安全、国防安全直接相关；(2)与公共安全、公共卫生、重大公共利益直接相关；(3)与刑事侦查、起诉、审判和判决执行等直接相关；(4)出于维护个人信息主体或其他个人的生命、财产等重大合法权益但又很难得到本人授权同意的；(5)维护所提供产品或服务的安全稳定运行所必需的。

## 二、履行个人信息存储中的合规义务

### （一）保证存储信息安全。

保证存储个人信息的安全主要考虑技术措施和管理制度两方面。

技术措施包括数据加密技术、身份识别技术等，此外企业还可参照相关的国家标准自我审查数据存储的安全性，主动申请取得信息系统相关的安全认证。

从管理上，企业应当对数据进行分级分类存储，加强内部员工的管理，通过限定员工访问、使用个人信息的授权，完善内部审批流程，分离设置安全管理人员、数据操作人员、审计人员等措施防止企业员工违法使用或泄露存储的个人信息。

## （二）履行删除义务。

企业可以对收集的个人信息进行分类，分别定义为实现个人信息主体授权使用目的所必需的最短时间，并设置超出上述个人信息存储期限后，自动提醒企业及其供应商对上述个人信息进行存档、删除或匿名化处理。同时，企业应用日志记录删除的过程，以作为删除数据的证明。

另外一方面，企业应当在隐私政策中说明在个人信息主体主动作出退出行为时，如注销账号、取消使用该业务功能，个人信息的处理方式；提供个人信息主体提起删除请求的渠道。

## 三、履行个人信息使用中的合规义务

### （一）限制访问。

通过限制访问策略，可以有效控制个人信息的滥用。一是对被授权访问个人信息的人员，建立最小授权的访问控制策略，使其只能访问职责所需的最小必要的个人信息，且仅具备完成职责所需的最小的数据操作权限；二是对个人信息的重要操作、超权限处理个人信息等设置内部审批流程；三是对个人敏感信息的访问、修改等操作行为，可以在对角色权限控制的基础上，按照业务流程的需要触发操作授权。

### （二）提供有选择权的个性化推送。

在向个人信息主体提供业务功能过程中使用个性化推送的，应显著标明“定推”等类似字样；如根据个人信息主体的兴趣爱好、消费习惯等特征提供个性化推送时，应同时提供非个性化的选择，可以利用“退出”或分页面展示的方式，或者直接提供供其自行选择是否个性化的功能。

### （三）提供反自动决策的渠道。

自动决策如自动决定个人征信及贷款额度，或自动筛选简历等功能，对个人信息主体权益有显著影响的，如果企业不得不使用，应设置专门的申诉渠道并支持人工复核，并在自动决策产生前告知个人信息主体该申诉渠道。

### （四）在使用过程中保持安全、保密和准确性。

对于企业部门、员工在使用个人信息的环节上，注意安全性和保密性，防止个人信息被不当使用，并在发现数据不准确或不完整时，按照相关的个人的要求进行更正或补充。

## 四、履行委托处理、共享、转让、公开披露个人信息中的合规义务

### （一）与受托者、信息处理者、信息接收者签署个人信息保护协议。

企业作为信息控制者，对受托者、信息处理者、信息接收者的管理与监督主要通过协议的形式实现。个人信息保护协议一般应包含：(1)对各方之间关系的界定；(2)目的限制；(3)信息处理的类型；(4)信息安保措施；(5)各方在信息安全事件、信息主体权利响应、个人信息跨境传输、个人信息影响评估、个人信息删除或返还等方面的义务或责任安排；(6)违约赔偿责任等。

(二)对委托、共享、转让、公开披露等行为开展事前个人信息安全影响评估。

个人信息安全影响评估主要评估委托、共享、转让、公开披露的活动遵循个人信息安全基本原则的情况以及对信息主体合法权益的影响，主要包括：该活动是否可能对信息主体合法权益造成不利影响，包括是否会危害人身和财产安全、损害个人名誉和身心健康、导致差别待遇等；受托者、处理者、接收者是否具备有效的信息安全措施等。

## 五、响应个人信息主体权利请求

(一)制定适当的隐私政策。

制定并发布个人信息保护隐私政策是信息控制者遵循公开透明原则、尊重个人信息主体知情权的重要体现，也是约束自身行为和配合监管管理的重要机制。

一般而言隐私政策需包含以下内容：(1)收集个人信息的范围；(2)如何使用所收集的个人信息；(3)个人信息存储的规则；(4)如何委托处理、共享、转让、公开披露所收集的个人信息；(5)个人信息跨境传输的规则；(6)企业保护所收集个人信息的安全措施；(7)信息主体的权利及响应规则；(8)隐私通知的更新等。

(二)制定响应个人信息主体权利请求的规范性程序。

1.回应步骤：回应个人信息主体权利请求，首先应确认企业属于信息控制者，如不是信息控制者应协助信息主体联系信息控制者；第二，在确认企业本身为信息控制者后，应验证权利请求者的身份；第三，企业应查看公司是否有豁免信息主体权利请求的合法情形，如果没有豁免情形，企业应当按照要求履行并回应信息主体权利请求；最后，企业应当建立信息主体权利请求及处理记录，并妥善保存。

2.回应期限：企业应当不延迟地回应信息主体权利请求。如权利请求较为复杂，最迟不得晚于一个月回应信息主体处理结果；如一个月内仍无法回应，则应及时书面告知信息主体合理理由，此时可延长一个月进行回应。对于App的个人信息权利实现的功能设置，应在15个工作日内回应信息主体的请求。

3.回应方式：企业应当以隐私政策中公开披露的回应方式，如 DPO 专用邮箱、电话等，并按照信息主体的语言、回应方式等要求，响应信息主体的权利请求，并不断提高信息主体提交权利请求的体验度。

（三）采取适当的技术措施。

信息控制者需要为信息主体提供有效行使权利的方法，并在自己的计算机系统中提供允许信息主体行使权利的技术工具。企业针对信息主体的可功能化的权利请求，可以提供不同的功能，如：

访问权——显示与信息主体相关的所有信息的功能，例如创建用户账号，在账号内向该账号用户完整披露企业掌握的基本个人信息；

更正权——允许信息主体直接修改其账户中的信息的功能，例如允许信息主体在账号内进行按照账号规则，更改其用户名、出生日期、手机号、使用语言等；

删除权——允许信息主体自行删除与其相关的信息的功能。例如：在用户账号内，用户可以删除部分基本个人信息的功能，但如使用删除功能影响其正常的产品基本功能时应在交互界面内进行提示；

限制处理权——管理员将该信息主体的相关信息暂时“隔离”而使这些信息无法读取或修改。

信息可携权——允许信息主体以计算机可读的标准格式下载信息的功能，以及标准机读格式下传输数据至第三方；

不受自动化决策制约的权利——允许信息主体通过信息系统对自动决策结果进行投诉，并将投诉问题传输至专人进行人工复核的功能；

拒绝直接营销的权利——在网站或 App 界面对营销予以提示，并设置拒绝或退订按钮。

注销权——在网站、App、微信小程序等交互界面上，增加“注销”按钮，允许用户点击注销后，在验证身份并解除与第三方绑定的其他账号后，注销其账号，后台开始进行信息删除工作。

值得注意的是，使用这些功能行使信息主体权利之前，必须以安全的方式进行身份验证，并追踪对其个人信息造成影响的一切操作。上述功能实现，应在 15 个工作日内，并在实现功能或存在障碍时以弹窗或其他交互方式告知用户。

## 六、履行个人信息跨境传输合规义务

（一）做好个人信息合规工作。

不论是个人信息传输出境还是入境，企业本身的个人信息合规是否有效对于

申请当地国的审批以及对于保护信息主体的权益都至关重要。

个人信息合规主要考虑四个方面的因素：组织、流程、制度和培训。这一部分可以参照本指南第二章管理机制来设计，同时根据各企业自身需求结合本指南第三章、第四章做好合规工作。

#### （二）签署数据跨境传输协议。

欧盟于2004年和2010年发布了欧盟内数据控制者向欧盟外数据控制者、数据处理者传输数据的格式合同，目前仍然有效。签署欧盟跨境传输标准合同条款是企业向欧盟监管机构证明其具有适当安保措施的合规途径之一。

#### （三）做好个人信息跨境传输安全影响评估准备工作。

跨境传输安全影响评估是我国法律框架之下的规定，但目前尚无具体的强制性要求，为保护个人信息安全，企业可以组织跨境传输的合规和技术安全风险评估自查，主要内容如下：

- 1.设立包含法务、政策、安全、技术、管理等相关专业人员的自评估工作组；
- 2.制定个人信息出境计划，包含涉及的个人信息情况、涉及的信息系统情况、出境持续时间、个人信息出境后是否再向第三方传输等；
- 3.参照《个人信息出境安全评估办法》（征求意见稿）的要求，制定相关评估文件和个人信息出境协议；
- 4.形成评估自查报告，提出改进建议和风险防控措施。

## 第五章 信息安全事件的风险防范及应对

企业应牢牢抓住事前防范、事中控制和事后评估三个重要时间节点，建立健全信息安全事件管理机制，依法合规开展个人信息保护管理工作。

### 一、事前防范

#### （一）制定信息安全事件应急预案

为建立健全个人信息安全突发事件应急组织体系和工作机制，提高个人信息安全突发事件综合应对能力，确保及时有效地控制、减轻和消除个人信息安全突发事件造成的危害和损失，企业应根据自身情况，根据信息安全事件的风险等级和潜在影响，量身定制应急预案。

应急预案通常包含总体要求、组织指挥和职责任务、处置措施、处置程序、保障措施五部分。总体要求主要介绍个人信息安全突发事件定义、应急预案适用范围以及应急处置工作原则等；组织指挥和职责任务要明确应急处置工作小组的

构成及其职责分工；处置措施一般按个人信息安全突发事件发生前和发生后两种情况，分类制定相应的处置措施；处置程序可按照发现情况、预案启动、应急处置方法、情况报告、处置结果检查、预案终止这一时间线设置；保障措施主要明确人员、技术、物资等全方位保障的细化措施。

## （二）应急预案的演练

为加强个人信息安全突发事件的预防、高效应对能力，增强企业各相关部门保护个人信息的意识和自救互救的能力，企业应有针对性地定期开展个人信息安全突发事件演练，对相关人员进行应急预案的内容、要求和措施方面的培训，让相关人员掌握岗位职责和应急处置策略的规程，确保应急管理措施及时到位和有效。

## 二、事中控制

### （一）落实应急预案

制定应急预案是为了及时有效控制突发安全事件，把损失尽可能降低而采取的重要举措。因此，在实践中，企业应根据应急预案演练内容，一旦出现个人信息安全突发事件苗头或在发生初期，即刻启动应急预案，及时进行有效的应对处理，控制事态扩大，减少相应损失。应急预案落实步骤主要有：

1.记录事件内容，包括但不限于：发现事件的人员、时间、地点，涉及的个人信息种类和数量，发生事件的系统名称，对其他互联系统的影响；

2.评估事件可能造成的影响，充分运用技术、管理等手段，并采取必要措施控制事态，消除隐患；

3.相配套的人员、技术、物资等保障措施迅速到位，做好相关支持。

### （二）依法向监管机关汇报并建立配合和沟通机制

企业应对本单位网络和系统运行情况进行密切监测，一旦发生个人信息安全事件，立即依法向主管的监管机关汇报并建立配合和沟通机制，不得迟报、谎报、瞒报、漏报。

报告内容包括但不限于：涉及个人信息主体的类型、数量、内容、性质等总体情况，事件可能造成的影响，已采取或将要采取的处置措施，事件处置人员的联系方式等。

### （三）依法通知受影响的个人信息主体

个人信息安全突发事件可能会给个人信息主体的合法权益造成严重危害的，如个人敏感信息的泄露，需依法实施安全事件的告知。对个人信息控制者的要求

包括：

1.及时将事件相关情况以邮件、信函、电话、推送等通知方式告知受影响的个人信息主体，难以逐一告知个人信息主体时，应采取合理、有效的方式发布与公众有关的警示信息；

2.告知的内容包括但不限于：安全事件的内容和影响、已采取或将要采取的处置措施、个人信息主体自主防范和降低风险的建议；针对个人信息主体提供的补救措施；个人信息保护负责人和个人信息保护工作机构联系方式等。

### 三、事后评估

#### （一）开展个人信息安全影响评估工作

企业应定期组织内部相关人员进行应急响应培训和应急演练，借助信息泄露事件的模拟来开展个人信息安全影响评估工作。信息安全影响评估工作对个人信息控制者的要求包括：

1.个人信息安全影响评估应主要评估处理活动遵循个人信息安全基本原则的情况，以及个人信息处理活动对个人信息主体合法权益的影响，内容包括但不限于：

(1)个人信息收集环节是否遵循目的明确、选择同意、最小必要等原则；

(2)个人信息处理是否可能对个人信息主体合法权益造成不利影响，包括是否会危害人身和财产安全、损害个人名誉和身心健康、导致差别性待遇等；

(3)个人信息安全措施的有效性；

(4)匿名化或去标识化处理后的数据集合重新识别出个人信息主体与其他数据汇集后重新识别出个人信息主体的风险；

(5)共享、转让、公开披露个人信息对个人信息主体合法权益可能产生的不利影响。

2.形成个人信息安全影响评估报告，并以此采取保护个人信息主体的措施，使风险降低至可接受的水平。

3.妥善留存个人信息安全影响评估报告，确保可供相关方查阅，并以适宜的形式对外公开。

#### （二）开展信息安全事件经验总结工作

个人信息安全突发事件经验总结工作包括但不限于：

1.评审企业应急预案的响应和执行效果，分析执行结果与原定计划的偏离部分及原因，并提出改进方案；

- 2.信息保护团队根据事件所涉及的既定流程，标注出需要调整和改进之处；
- 3.信息安全团队总结经验教训形成专题报告。

### （三）持续加强个人信息保护工作，强化培训宣贯

企业在引导内部相关职能部门开展信息安全自查工作，防止类似事件的复发的同时，应增强个人信息管理的日常监控、改善事件响应演练、以及针对关键领域和关键岗位开展个人信息合规专题培训，帮助员工了解全球个人信息保护趋势，规避运营风险。

鉴于我国尚处于《个人信息保护法》与《数据安全法》的立法阶段，信息安全系统构建相对互联网行业的迅猛发展比较滞后，信息安全体系的构建显得尤为重要。我们要从过去的补救性防护思维中跳脱出来，建立起具备前瞻性的个人信息安全防护体系。

## 附件 1

### 国内相关法律法规

#### 一、法律

##### (一)《中华人民共和国民法典》

第一百一十一条 自然人的个人信息受法律保护。任何组织或者个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。

第一千零三十四条 自然人的个人信息受法律保护。

个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

个人信息中的私密信息，适用有关隐私权的规定；没有规定的，适用有关个人信息保护的规定。

第一千零三十五条 处理个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则，不得过度处理，并符合下列条件：

(一) 征得该自然人或者其监护人同意，但是法律、行政法规另有规定的除外；

(二) 公开处理信息的规则；

(三) 明示处理信息的目的、方式和范围；

(四) 不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。

个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。

第一千零三十六条 处理个人信息，有下列情形之一的，行为人不承担民事责任：

(一) 在该自然人或者其监护人同意的范围内合理实施的行为；

(二) 合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息，但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外；

(三) 为维护公共利益或者该自然人合法权益，合理实施的其他行为。

第一千零三十七条 自然人可以依法向信息处理者查阅或者复制其个人信息；发现信息有错误的，有权提出异议并请求及时采取更正等必要措施。

自然人发现信息处理者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定处理其个人信息的，有权请求信息处理者及时删除。

第一千零三十八条 信息处理者不得泄露或者篡改其收集、存储的个人信息；未经自然人同意，不得向他人非法提供其个人信息，但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外。

信息处理者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全，防止信息泄露、篡改、丢失；发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，应当及时采取补救措施，按照规定告知自然人并向有关主管部门报告。

第一千零三十九条 国家机关、承担行政职能的法定机构及其工作人员对于履行职责过程中知悉的自然人的隐私和个人信息，应当予以保密，不得泄露或者向他人非法提供。

## （二）《中华人民共和国刑法》

第二百五十三条之一 【侵犯公民个人信息罪】违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。

窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。

单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。

第二百八十六条之一 【拒不履行信息网络安全管理义务罪】网络服务提供者不履行法律、行政法规规定的信息网络安全管理义务，经监管部门责令采取改正措施而拒不改正，有下列情形之一的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金：

- （一）致使违法信息大量传播的；
- （二）致使用户信息泄露，造成严重后果的；
- （三）致使刑事案件证据灭失，情节严重的；
- （四）有其他严重情节的。

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

有前两款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

### （三）《中华人民共和国网络安全法》

第二十二条 网络产品、服务应当符合相关国家标准的强制性要求。网络产品、服务的提供者不得设置恶意程序；发现其网络产品、服务存在安全缺陷、漏洞等风险时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。

网络产品、服务的提供者应当为其产品、服务持续提供安全维护；在规定或者当事人约定的期限内，不得终止提供安全维护。

网络产品、服务具有收集用户信息功能的，其提供者应当向用户明示并取得同意；涉及用户个人信息的，还应当遵守本法和有关法律、行政法规关于个人信息保护的规定。

第三十七条 关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同\*\*\*有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

第四十条 网络运营者应当对其收集的用户信息严格保密，并建立健全用户信息保护制度。

第四十一条 网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。

网络运营者不得收集与其提供的服务无关的个人信息，不得违反法律、行政法规的规定和双方的约定收集、使用个人信息，并应当依照法律、行政法规的规定和与用户的约定，处理其保存的个人信息。

第四十二条 网络运营者不得泄露、篡改、毁损其收集的个人信息；未经被收集者同意，不得向他人提供个人信息。但是，经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外。

网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。

第四十三条 个人发现网络运营者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定收集、使用其个人信息的，有权要求网络运营者删除其个人信息；发现网络运

营者收集、存储的其个人信息有错误的，有权要求网络运营者予以更正。网络运营者应当采取措施予以删除或者更正。

第四十四条 任何个人和组织不得窃取或者以其他非法方式获取个人信息，不得非法出售或者非法向他人提供个人信息。

第四十五条 依法负有网络安全监督管理职责的部门及其工作人员，必须对在履行职责中知悉的个人信息、隐私和商业秘密严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。

第六十四条 网络运营者、网络产品或者服务的提供者违反本法第二十二条第三款、第四十一条至第四十三条规定，侵害个人信息依法得到保护的权利的，由有关主管部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款；情节严重的，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。

违反本法第四十四条规定，窃取或者以其他非法方式获取、非法出售或者非法向他人提供个人信息，尚不构成犯罪的，由公安机关没收违法所得，并处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处一百万元以下罚款。

第六十六条 关键信息基础设施的运营者违反本法第三十七条规定，在境外存储网络数据，或者向境外提供网络数据的，由有关主管部门责令改正，给予警告，没收违法所得，处五万元以上五十万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。

#### （四）《中华人民共和国电子商务法》

第五条 电子商务经营者从事经营活动，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德，公平参与市场竞争，履行消费者权益保护、环境保护、知识产权保护、网络安全与个人信息保护等方面的义务，承担产品和服务质量责任，接受政府和社会的监督。

第十八条 电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的，应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项，尊重和平等保护消费者合法权益。

第二十三条 电子商务经营者收集、使用其用户的个人信息，应当遵守法律、

行政法规有关个人信息保护的规定。

第二十四条 电子商务经营者应当明示用户信息查询、更正、删除以及用户注销的方式、程序，不得对用户信息查询、更正、删除以及用户注销设置不合理条件。

电子商务经营者收到用户信息查询或者更正、删除的申请，应当在核实身份后及时提供查询或者更正、删除用户信息。用户注销的，电子商务经营者应当立即删除该用户的信息；依照法律、行政法规的规定或者双方约定保存的，依照其规定。

第三十二条 电子商务平台经营者应当遵循公开、公平、公正的原则，制定平台服务协议和交易规则，明确进入和退出平台、商品和服务质量保障、消费者权益保护、个人信息保护等方面的权利和义务。

第七十六条 电子商务经营者违反本法规定，有下列行为之一的，由市场监督管理部门责令限期改正，可以处一万元以下的罚款，对其中的电子商务平台经营者，依照本法第八十一条第一款的规定处罚：

（三）未明示用户信息查询、更正、删除以及用户注销的方式、程序，或者对用户信息查询、更正、删除以及用户注销设置不合理条件的。

电子商务平台经营者对违反前款规定的平台内经营者未采取必要措施的，由市场监督管理部门责令限期改正，可以处二万元以上十万元以下的罚款。

第七十九条 电子商务经营者违反法律、行政法规有关个人信息保护的规定，或者不履行本法第三十条和有关法律、行政法规规定的网络安全保障义务的，依照《中华人民共和国网络安全法》等法律、行政法规的规定处罚。

（五）《中华人民共和国消费者权益保护法》

第十四条 消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利，享有个人信息依法得到保护的权利。

第二十九条 经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。

经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情

况时，应当立即采取补救措施。

经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。

第五十条 经营者侵害消费者的人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。

第五十六条 经营者有下列情形之一，除承担相应的民事责任外，其他有关法律、法规对处罚机关和处罚方式有规定的，依照法律、法规的规定执行；法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门或者其他有关行政部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处以违法所得一倍以上十倍以下的罚款，没有违法所得的，处以五十万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照：

（九）侵害消费者人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的；

经营者有前款规定情形的，除依照法律、法规规定予以处罚外，处罚机关应当记入信用档案，向社会公布。

#### （六）《中华人民共和国密码法》

第三十一条 密码管理部门和有关部门及其工作人员不得要求商用密码从业单位和商用密码检测、认证机构向其披露源代码等密码相关专有信息，并对其在履行职责中知悉的商业秘密和个人隐私严格保密，不得泄露或者非法向他人提供。

第四十条 密码管理部门和有关部门、单位的工作人员在密码工作中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，或者泄露、非法向他人提供在履行职责中知悉的商业秘密和个人隐私的，依法给予处分。

## 二、全国人大常委会的决定

《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》全文。

## 三、司法解释

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》全文。

## 四、行政法规、部门规章等规范性文件

（一）《电信和互联网用户个人信息保护规定》（2013）全文。

(二)《儿童个人信息网络保护规定》(2019)全文

(三)《App违法违规收集使用个人信息认定办法》(2019)全文

(四)《网络交易管理办法》

第十八条 网络商品经营者、有关服务经营者在经营活动中收集、使用消费者或者经营者信息,应当遵循合法、正当、必要的原则,明示收集、使用信息的目的、方式和范围,并经被收集者同意。网络商品经营者、有关服务经营者收集、使用消费者或者经营者信息,应当公开其收集、使用规则,不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。

网络商品经营者、有关服务经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息或者经营者商业秘密的数据信息必须严格保密,不得泄露、出售或者非法向他人提供。网络商品经营者、有关服务经营者应当采取技术措施和其他必要措施,确保信息安全,防止信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时,应当立即采取补救措施。

网络商品经营者、有关服务经营者未经消费者同意或者请求,或者消费者明确表示拒绝的,不得向其发送商业性电子信息。

## 五、国家标准

(一)《信息安全技术 个人信息安全规范》(2020)全文

(二)《互联网个人信息安全保护指南》(2019)全文

## 六、尚处于征求意见阶段的法律和规范性文件

(一)《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》

(二)《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》

(三)《关键信息基础设施安全保护条例(征求意见稿)》

(四)《数据安全管理办法(征求意见稿)》

(五)《个人信息保护法(征求意见稿)》

## 附件 2

### 相关定义

以下定义主要参考《信息安全技术 个人信息安全规范》(2020) 相关表述。

#### 1.个人信息

以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种数据。

注 1: 个人信息包括: 姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、通信通讯联系方式、通信记录和内容、账号密码、财产信息、征信信息、行踪轨迹、住宿信息、健康生理信息、交易信息等。

注 2: 关于个人信息的判定方法和类型参见附件 3。

注 3: 个人信息控制者通过个人信息或其他信息加工处理后形成的数据, 例如, 用户画像或特征标签, 能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的, 属于个人信息。

#### 2.个人敏感信息

一旦泄露、非法提供或滥用可能危害人身和财产安全, 极易导致个人名誉、身心健康受到损害或歧视性待遇的个人信息。

个人敏感信息包括身份证号码、个人生物识别信息、银行账户、通信记录及内容、财产信息、征信信息、健康信息、行踪轨迹、交易信息以及 14 岁以下(含) 儿童的个人信息等。

#### 3.个人信息主体

个人信息所标识或关联的自然人。

#### 4.个人信息控制者

有能力决定个人信息处理目的、方式等的组织或个人。针对信息主体的信息控制者, 可以是一个, 也可以是多个。

#### 5.个人信息处理者

信息处理者是指为信息控制者处理个人信息的组织或个人。

#### 6.收集

获得个人信息控制权的行为。

注 1: 包括个人信息主体主动提供、通过与个人信息主体交互或记录个人信息主体行为等自动采集行为, 以及通过共享、转让、搜集公开信息等间接获取个

人信息等行为。

注2：如果产品或服务的提供者提供工具或平台供个人信息主体使用，提供者不对个人信息进行访问的，并非本指南所称的收集。

### **7.明示同意**

个人信息主体通过书面、口头等方式主动作出纸质或电子形式的声明，或者主动勾选、主动点击“同意”“注册”“发送”“拨打”，或者主动填写或提供，对其个人信息进行特定处理作出明确授权的行为。

### **8.授权同意**

个人信息主体对其个人信息进行特定处理作出明确授权行为。包括通过积极行为作出授权（明示授权）或者通过消极不作为而作出授权（默认授权）。

### **9.用户画像**

通过收集、分析个人信息，对某个特定自然人个人特征，如职业、经济、健康、教育、个人喜好、信用、行为等方面作出分析或预测，形成其个人特征模型的过程。

直接使用特定自然人的个人信息，形成该自然人的个人特征模型，称为直接用户画像。使用来源于特定自然人以外的个人信息（如其所在群体的数据），形成该自然人的个人特征模型，称为间接用户画像。

### **10.个人信息处理**

对个人信息的任何单一或一系列自动化或非自动化的操作，例如对个人信息的收集、记录、组织、建构、存储、匹配、修改、检索、咨询、使用、披露、传输或其他利用、排列组合、限制、删除或销毁。

### **11.删除**

在实现日常业务功能所涉及的系统中去除个人信息的行为，使其保持不可被检索、访问的状态。

### **12.公开披露**

向社会或不特定人群发布信息的行为。

### **13.转让**

将个人信息控制权由一个控制者向另一个控制者转移的过程。

### **14.共享**

个人信息控制者向其他控制者提供个人信息，且双方分别对个人信息拥有独立控制权的过程。

## 15. 匿名化

通过对个人信息的技术处理，使得个人信息主体无法被识别或关联，且处理后的信息不能被复原的过程。个人信息经匿名化处理后所得的信息不属于个人信息。

## 16. 去标识化

通过对个人信息的技术处理，使其在不借助额外信息的情况下，无法识别或者关联个人信息主体的过程。

注：匿名化与去标识化的区别

	仅从该数据本身无法指向特定个人	结合其他数据也无法指向特定个人	处理后的数据不能被复原为个人信息（也无法重新标识）
匿名化 (anonymization)	√	√	√
去标识化 (de-identification)	√	×	×

## 17. 个性化展示（推送）

基于特定个人信息主体的网络浏览历史、兴趣爱好、消费记录和习惯等个人信息，向该个人信息主体展示（推送）信息内容、提供商品或服务的搜索结果等活动。

## 附件 3

### 《信息安全技术 个人信息安全规范》(2020) 附录 A

#### 个人信息示例

个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息,如姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、通讯联系方式、通信记录和内容、账号密码、财产信息、征信信息、行踪轨迹、住宿信息、健康生理信息、交易信息等。

判定某项信息是否属于个人信息,应考虑以下两条路径:一是识别,即从信息到个人,由信息本身的特殊性识别出特定自然人,个人信息应有助于识别出特定个人。二是关联,即从个人到信息,如已知特定自然人,由该特定自然人在其活动中产生的信息(如个人位置信息、个人通话记录、个人浏览记录等)即为个人信息。符合上述两种情形之一的信息,均应判定为个人信息。

表 A.1 给出了个人信息举例。

表 A.1 个人信息举例

个人基本资料	个人姓名、生日、性别、民族、国籍、家庭关系、住址、个人电话号码、电子邮件地址等
个人身份信息	身份证、军官证、护照、驾驶证、工作证、出入证、社保卡、居住证等
个人生物识别信息	个人基因、指纹、声纹、掌纹、耳廓、虹膜、面部识别特征等
网络身份标识信息	个人信息主体账号、IP 地址、个人数字证书等
个人健康生理信息	个人因生病医治等产生的相关记录,如病症、住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、护理记录、用药记录、药物食物过敏信息、生育信息、以往病史、诊治情况、家族病史、现病史、传染病史等,以及与个人身体健康状况相关的信息,如体重、身高、肺活量等
个人教育工作信息	个人职业、职位、工作单位、学历、学位、教育经历、工作经历、培训记录、成绩单等
个人财产信息	银行账户、鉴别信息(口令)、存款信息(包括资金数量、支付收款记录等)、房产信息、信贷记录、征信信息、交易和消费记录、流水记录等,以及虚拟货币、虚拟交易、游戏类兑换码等虚拟财产信息
个人通信信息	通信记录和内容、短信、彩信、电子邮件,以及描述个人通信的数据(通常称为元数据)等
联系人信息	通讯录、好友列表、群列表、电子邮件地址列表等
个人上网记录	指通过日志储存的个人信息主体操作记录,包括网站浏览记录、软件使用记录、点击记录、收藏列表等
个人常用设备信息	指包括硬件序列号、设备 MAC 地址、软件列表、唯一设备识别码(如 IMEI/Android ID/IDFA/OpenUDID/GUID/SIM 卡 IMSI 信息等)等在内的描述个人常用设备基本情况的信息
个人位置信息	包括行踪轨迹、精准定位信息、住宿信息、经纬度等
其他信息	婚史、宗教信仰、性取向、未公开的违法犯罪记录等

## 附件 4

# 《信息安全技术 个人信息安全规范》(2020) 附录 B 个人敏感信息示例

个人敏感信息是指一旦泄露、非法提供或滥用可能危害人身和财产安全,极易导致个人名誉、身心健康受到损害或歧视性待遇等的个人信息。通常情况下,14 岁以下(含)儿童的个人信息和涉及自然人隐私的信息属于个人敏感信息。可从以下角度判定是否属于个人敏感信息:

**泄露:**个人信息一旦泄露,将导致个人信息主体及收集、使用个人信息的组织和机构丧失对个人信息的控制能力,造成个人信息扩散范围和用途的不可控。某些个人信息在泄漏后,被以违背个人信息主体意愿的方式直接使用或与其他信息进行关联分析,可能对个人信息主体权益带来重大风险,应判定为个人敏感信息。例如,个人信息主体的身份证复印件被他人用于手机号卡实名登记、银行账户开户办卡等。

**非法提供:**某些个人信息仅因在个人信息主体授权同意范围外扩散,即可对个人信息主体权益带来重大风险,应判定为个人敏感信息。例如,性取向、存款信息、传染病史等。

**滥用:**某些个人信息在被超出授权合理界限时使用(如变更处理目的、扩大处理范围等),可能对个人信息主体权益带来重大风险,应判定为个人敏感信息。例如,在未取得个人信息主体授权时,将健康信息用于保险公司营销和确定个体保费高低。

表 B.1 给出了个人敏感信息举例。

表 B.1 个人敏感信息举例

个人财产信息	银行账户、鉴别信息(口令)、存款信息(包括资金数量、支付收款记录等)、房产信息、信贷记录、征信信息、交易和消费记录、流水记录等,以及虚拟货币、虚拟交易、游戏类兑换码等虚拟财产信息
个人健康生理信息	个人因生病医治等产生的相关记录,如病症、住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、护理记录、用药记录、药物食物过敏信息、生育信息、以往病史、诊治情况、家族病史、现病史、传染病史等
个人生物识别信息	个人基因、指纹、声纹、掌纹、耳廓、虹膜、面部识别特征等
个人身份信息	身份证、军官证、护照、驾驶证、工作证、社保卡、居住证等
其他信息	性取向、婚史、宗教信仰、未公开的违法犯罪记录、通信记录和内容、通讯录、好友列表、群组列表、行踪轨迹、网页浏览记录、住宿信息、精准定位信息等

# 商业伙伴

## 第一章 商业伙伴合规管理概述

- 一、商业伙伴及其合规风险的含义
- 二、商业伙伴选择的基本原则
- 三、商业伙伴合规管理职责
- 四、商业伙伴合规管理制度建设

## 第二章 商业伙伴合规管理国际规则

- 一、联合国关于商业伙伴合规管理的倡议规则
- 二、经合组织关于商业伙伴合规管理的倡议规则
- 三、世界银行关于商业伙伴合规管理的倡议规则
- 四、亚太经合组织关于商业伙伴合规管理的倡议规则
- 五、国际标准化组织关于商业伙伴合规管理的倡议规则
- 六、其它国际组织关于商业伙伴合规管理的倡议规则

## 第三章 商业伙伴合规风险重点管控领域

- 一、商业伙伴选择不当风险
- 二、商业伙伴违规风险

## 第四章 商业伙伴合规风险管控机制

- 一、商业伙伴的分类管理
- 二、商业伙伴的闭环管理

## 第五章 商业伙伴风险管理保障机制

- 一、合规宣传和培训

# 第一章 商业伙伴合规管理概述

## 一、商业伙伴及其合规风险的含义

本指南中所称商业伙伴，是指与企业（包含其下属单位，下同）存在任何业务或潜在业务、工作往来的单位或个人。商业伙伴通常包括客户、投资伙伴、供应商、承包商、经销商、咨询机构、代理机构以及其他第三方。

商业伙伴合规风险是指因商业伙伴选择不当或商业伙伴的不合规行为，引发企业承担法律责任、遭受行政处罚、造成经济或声誉损失以及其他负面影响的可能性。

## 二、商业伙伴选择基本原则

（一）合法原则，即为合法目的，选择合法设立和有效存续的商业伙伴开展合作。

（二）诚信原则，即选择具有资信和履约能力、合规义务履行情况良好的商业伙伴开展合作。

（三）择优原则，即充分考虑相对方经济实力、履约能力等因素，从中选择综合实力较强的商业伙伴开展合作。

（四）共赢原则，即与商业伙伴通力协作，实现合作目的，为合作各方和社会创造更大价值。

（五）公开原则，即对于法律法规规定应公开采购商业伙伴的，应公开进行。

## 三、商业伙伴合规管理职责

（一）建立与风险相适应的商业伙伴合规管理方面的规章制度和管控流程，其中关于供应商合规管理的内容应与企业采购管理相关的规章制度和流程相融合；

（二）采取适当措施对商业伙伴进行全周期管控，包括但不限于：

1、在选择阶段，对商业伙伴进行尽职调查，将商业伙伴的合规管理情况纳入尽职调查范围；

2、在签约阶段，将商业伙伴的合规义务纳入合同条款；

3、在合作阶段，对商业伙伴进行必要的合规培训、合规风险监测和合规调查审计，并及时采取适当的风险应对措施；

4、在合作结束后，对商业伙伴进行合规评价，作为后续合作的依据。

企业应将商业伙伴合规管理的各项具体职责落实到具体管理部门。例如，可

指定合规管理部门负责商业伙伴合规管理的制度设计、合同合规条款设计，指定业务部门负责商业伙伴合规管理的流程设计和全周期管控等，指定审计部门对商业伙伴合规管理进行专项合规审计。

#### 四、商业伙伴合规管理制度建设

企业应建立商业伙伴合规管理的专项制度，对商业伙伴实行分类管理、动态管理和闭环管理，加强商业伙伴合规风险管控机制建设和商业伙伴合规风险管理保障机制建设。

商业伙伴合规管理专项制度应涵盖本企业涉及的所有类型的商业伙伴，覆盖从商业伙伴选择至合作结束的管理全流程，针对不同类型的商业伙伴和不同的合作阶段制定与风险相适应的具体合规风险管控措施。

针对商业伙伴中的供应商，企业应建立采购管理及供应商管理相关规章制度，与商业伙伴合规管理专项制度相融合。

## 第二章 商业伙伴合规管理的国际规则

商业伙伴合规管理的国际规则，通常为联合国、经济合作与发展组织（简称“经合组织”）等全球性国际组织倡议的合规管理规则，提供给企业自愿遵守。该等倡议规则虽不具有强制约束力，如企业将其纳入整体合规管理规则的内容并加以遵守，可以成为企业发生合规风险时相关责任减轻情节的考虑要素。

### 一、联合国（UN）关于商业伙伴合规管理的倡议规则

2000年制定的“全球契约”计划（United Nations Global Compact，简称“UNGC”）规定了一套关于人权、劳工标准、环境及反腐败等方面的十项基本原则，要求企业在经营中践行、倡导该等原则。

2018年通过的最新版本《联合国供应商行为守则》（UN Supplier Code of Conduct，简称“UNSCC”）阐明了联合国对在联合国登记或与其有商业往来的所有供应商的期望，设定了联合国供应商的最低标准，内容主要涉及劳工、人权、环境和道德操守等方面。

2010年制定并于2016年更新的《供应链反腐：客户和供应商指导》（*Fighting Corruption in the Supply Chain: A Guide for Customers and Suppliers*）提供了降低供应链腐败风险的实操方法和案例，并为预防和处理常见的供应链腐败情形提供了具体指南。

## 二、经合组织（OECD）关于商业伙伴合规管理的倡议规则

1976年首次通过并于2011年进行重大修订的《跨国公司准则》（OECD Guidelines for Multinational Enterprises，简称“OECD Guidelines”）规定了关于人权、雇佣和产业关系、环境、贿赂邀请和勒索等方面的内容。

1997年签订并于1999年生效的《国际商务交易活动中反行贿的建议案》（也称《反贿赂公约》，Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions，简称“OECD Anti-Bribery Convention”）要求成员国将提供或给予贿赂的行为定为犯罪，但不应将索取或接受贿赂的行为定为犯罪。

2010年公布的《关于内控道德与合规的良好做法指引》（Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance，简称“The Good Practice”）为企业提供了有效的内部控制、道德规范、合规计划和措施方面的指引，还为商业组织和联合会向企业提供帮助指明了方向与可行措施。

## 三、世界银行（World Bank）关于商业伙伴合规管理的倡议规则

2010年制定的《诚信合规指南》（World Bank Group Integrity Compliance Guidelines）将对商业伙伴的尽职调查、诚信合规计划的执行监督等对商业伙伴的合规管理纳入企业的合规管理范围，并要求企业尽最大努力鼓励存在重要业务联系或能够施加影响的商业伙伴做出对等承诺，以预防、发现、调查和补救不当行为。

从1999年开始实行“不合格公司与个人清单”（“Listing of Ineligible Firms & Individuals”），即“黑名单”制度，并建立了以此为基础的制裁政策。“黑名单”是指在世界银行网站上发布的被认为对违法行为负有责任的公司和个人的清单。在名单上的公司和个人由于欺诈或腐败，无资格参与世界银行主导的业务。世界银行还与亚洲开发银行、非洲开发银行、欧洲复兴开发银行及美洲开发银行于2010年订立了多边交叉制裁协议（Agreement For Mutual Enforcement of Debarment Decisions），使被列入“黑名单”的公司和个人无法参与这些国际银行的业务，进一步增强了对不法企业与个人的制裁效果。

## 四、亚太经合组织（APEC）关于商业伙伴合规管理的倡议规则

2014年制定的《北京反腐败宣言》（Beijing Declaration on Fighting Corruption）规定，成员应通过消除腐败避风港、用更加灵活的手段追回腐败所得、推动信息共享、进一步发掘运用国际法律文书等手段加强亚太地区反腐败合

作。

《亚太经合组织高效率公司合规项目基本要素》(APEC General Elements of Effective Voluntary Corporate Compliance Programs)提出了包括开展风险评估、管理层的全力支持和参与、制定和遵守书面的公司行为准则等在内的企业合规项目 11 大基本要素,在“提供反腐败培训、教育讲座和持续指导”以及“开展基于风险和详尽记录的尽职调查”两项领域,对企业的商业伙伴合规管理提出了具体要求。

### 五、国际标准化组织 (ISO) 关于商业伙伴合规管理的倡议规则

国际标准化组织 2014 年制定了《合规管理体系指南》(2014 Compliance Management Systems, ISO 19600),为企业和其他组织设立、实施、评估、维护和改善合规管理体系提供指导。该指南在组织架构中增加了“治理结构”,明确了合规团队的职责和独立性,指出了合规文化建设的重要性,详细阐述了合规绩效的监视、测量、分析和评价,并为组织建立合规管理体系提供了一些最佳实践。

### 六、其它国际组织关于商业伙伴合规管理的倡议规则

国际商会 (ICC) 分别于 2010 年和 2013 年发布了《国际商会关于代理商、中间商和其他第三方的指导》(ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties)和《国际商会道德与合规培训手册》(ICC Ethics and Compliance Training Handbook)。前者为企业如何选择和管理第三方提供了建议,后者为企业进行合规管理提供了指引。

世界经济论坛 (WEF) 2014 年制定了《反贪腐伙伴倡议——反贿赂守则》(Partnering Against Corruption Initiative, “PACI”),为公司制定反贿赂政策及程序提供了参考基准。

透明国际 (TI) 2012 年发布了《公司反贿赂的保证框架》(Assurance Framework for Corporate Anti-bribery Programmes),通过阐述企业获得独立保证措施(保证措施指第三方鉴证机构对企业的反商业贿赂合规建设进行评估、鉴定,以提高公开披露信息的可信度)的过程,提供企业设计和评估自身反贿赂合规方案以获得独立保证时使用的基准。

## 第三章 商业伙伴合规风险重点管控领域

### 一、商业伙伴选择不当风险

#### （一）主体资格风险

商业伙伴主体资格风险,是指与主体资格虚假或存在瑕疵的商业伙伴开展合作,可能导致企业遭受商业诈骗、造成前期投入损失、丧失商业机会,甚至遭受行政处罚等风险。

商业伙伴主体资格虚假或存在瑕疵通常表现为:虚构的商业主体、空壳公司、超出有效存续期间的商业主体、存续存在瑕疵的商业主体等。

#### （二）资质风险

商业伙伴资质风险,是指在开展对商业伙伴有特定资质要求的合作时,商业伙伴不具备该特定资质,可能导致项目成果存在质量问题,进而产生企业对外承担违约或侵权责任等风险;或可能导致企业被责令整改、行政罚款,进而产生项目停滞、前期投入损失、对外承担违约责任等风险。

商业伙伴不具备特定资质通常表现为:无资质、资质失效、资质等级不足、超出资质范围等。

#### （三）关联关系风险

商业伙伴关联关系风险,是指企业违反法律法规与关联方交易,可能导致国有资产流失、相关交易行为无效等风险,以及企业相关董事、监事、高级管理人员遭受行政处罚,甚至承担刑事责任的风险。

《中华人民共和国企业国有资产法》中规定的企业的关联方是指企业的董事、监事、高级管理人员及其近亲属,以及这些人员所有或者实际控制的企业。《上海证券交易所上市公司关联交易实施指引》规定的关联方包括实际控制人、控股股东、5%以上的重要股东、上市公司董事、监事、高级管理人员,以及前述关联方直接或者间接控制的法人或其他组织;或根据实质重于形式原则认定的其他与上市公司有特殊关系,可能导致上市公司利益对其倾斜的法人或其他组织及自然人,包括持有对上市公司具有重要影响的控股子公司10%以上股份的股东。

根据《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国企业国有资产法》、《企业会计准则第36号--关联方披露》、《上市公司治理准则》、《上市公司重大资产重组管理办法》、《上市公司收购管理办法》、《上海证券交易所上市公司关联交易实施指引》规定,企业违反法律法规与关联方交易,通常表现为:

1、企业违反决策程序与关联方交易。例如，企业与关联方的交易未依照法律法规和公司章程的规定由股东会/股东大会或董事会决定；企业的董事会对企业与关联方交易进行审议决定时，该交易涉及的董事行使或代理行使表决权；企业与关联方进行特定交易（包括：企业为关联方提供担保，与关联方订立财产转让、借款的协议，与关联方共同出资设立企业或向关联方投资），未经国资委同意。

2、企业与关联方进行法律法规禁止的关联交易。例如，企业向关联方无偿提供资金、商品、服务或者其他资产；企业与关联方以不公平的价格进行交易。

3、企业下属上市公司关联交易违反上市公司相关的法律法规等。例如，关联交易未按要求披露报告；关联交易违反企业独立经营原则，交易价格大幅偏离合理价格；涉及重大资产重组、收购等特定事宜的关联交易缺少适格第三方机构专业意见。

#### （四）能力风险

商业伙伴能力风险，是指合作的商业伙伴履约能力不足，可能导致项目超期、成果存在质量问题或安全隐患，进而产生企业对外承担违约或侵权责任，甚至遭受行政处罚、承担刑事责任的风险。

## 二、商业伙伴违规风险

商业伙伴违规风险是指合作过程中商业伙伴的违规风险可能传导至企业，引发企业承担法律责任、遭受行政处罚、造成经济或声誉损失以及其他负面影响等。企业应重点关注商业伙伴下述违规风险：

#### （一）出口管制合规风险

商业伙伴的出口管制合规风险，是指商业伙伴在与企业合作过程中，违反相关出口管制法律法规与政策，在未取得相关许可的情况下将管制物项提供给受限国家或地区的企业、受限主体或受限最终用户，或用于受限最终用途，导致企业可能遭受行政处罚、承担刑事责任的风险。

若企业为商业伙伴违反出口管制法律法规与政策的行为提供了融资、订购、存储、处置、服务等支持或帮助，无论企业是否存在主观故意，该等支持或帮助行为均可能导致企业遭受监管处罚。该等监管处罚措施可能包括行政罚款、被列入实体清单或被拒绝人名单从而丧失从美国进口受管制物项的资格，企业高管等责任人承担刑事责任等。

管制物项通常指下述清单内的管制物项：《瓦森纳协定》项下的《两用商品

和技术清单》和《军品清单》；导弹技术控制机制项下的《设备、软件和技术附件》；澳大利亚集团项下的《共同管制清单》；核供应商集团项下的《核转让准则》及《与核有关的两用设备、材料、软件和有关技术的转让准则》；美国《出口管理条例》项下的《商品管制清单》等。

受限国家或地区通常指伊朗、朝鲜、俄罗斯、叙利亚、古巴、委内瑞拉等具有次级制裁效力或被禁运的国家或地区。

受限主体或受限最终用户通常指下述名单中的主体：联合国安理会的制裁名单；美国的被拒绝人清单（DPL）、实体清单（EL）、未经核实清单（UVL）等。

## （二）经济制裁风险

商业伙伴的经济制裁风险，是指商业伙伴在与企业合作过程中违反适用的经济制裁法律法规与政策，参与受制裁国家或地区的受制裁行业，与被制裁主体开展禁止性交易，导致企业可能遭受行政处罚、承担刑事责任的风险。

若企业为商业伙伴违反经济制裁法律法规与政策的行为提供了融资、订购、存储、处置、服务等支持或帮助，无论企业是否存在主观故意，该等支持或帮助行为均可能导致企业遭受监管处罚。该等监管处罚措施可能包括行政罚款、被列入特别指定国民清单(SDN)从而丧失与美国企业进行交易以及使用美元的资格，企业高管等责任人承担刑事责任等。

受制裁国家或地区通常指受联合国制裁的索马里、中非共和国、刚果民主共和国、几内亚比绍共和国、利比亚、马里、苏丹、南苏丹、阿富汗、朝鲜、伊拉克、黎巴嫩、也门、“伊黎伊斯兰国”等。

被制裁主体通常指下述名单中的主体：联合国安理会的制裁名单；美国的特别指定国民清单、海外逃避制裁者名单、巴勒斯坦立法委员会清单、外国金融机构第 561 条款名单、非 SDN 涉伊朗制裁法案名单、代理行和通汇账户制裁名单等。

禁止性交易通常指武器或军用物资等管制物项交易或为此类交易提供外汇、贷款、投资、储蓄等金融服务。

## （三）反垄断合规风险

商业伙伴反垄断合规风险，是指因与商业伙伴的合作涉及垄断协议、滥用市场支配地位、具有或可能具有排除或限制竞争效果等，可能导致企业承担民事责任、遭受行政处罚等风险。

企业与商业伙伴间的合作，如涉及以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品，低于成本价销售、拒绝或限制交易、不合理搭售与歧视性交易以

操纵市场等滥用市场支配地位，或签订限制商品或服务价格、产量、联合抵制交易、分割市场、限制创新等垄断协议，以及具有排除、限制竞争效果的其他违规行为，以及相关并购活动达到相关申报要求而未申报，均可能导致企业与商业伙伴的相关合作被纳入反垄断调查范围。如被调查机关认定上述合作为垄断行为，将导致相关合作被勒令停止或恢复原状，企业可能遭受行政处罚、没收违法所得等行政处罚，并需要对遭受相关损失的第三方承担民事责任。

#### （四）反洗钱合规风险

商业伙伴反洗钱合规风险，是指因商业伙伴利用与企业的合作进行或参与洗钱，可能导致企业及其董事、高级管理人员遭受行政处罚、承担刑事责任的风险。

商业伙伴知悉相关业务涉及洗钱活动，甚至明知存在洗钱情形拒不报告或采取行动规避报告义务，仍为第三方提供相关服务，帮助隐瞒/掩饰相关犯罪所得，为其开展资金账户、财产形式转换（如现金、金融票据、有价证券等）、资金转移、跨境汇付、贵金属现货交易、不动产交易、资金代管、代持股等洗钱活动，可能导致商业伙伴及其董事、高级管理人员遭受罚款、勒令整改、吊销相关业务证照等行政处罚甚至承担刑事责任，从而影响与企业的业务合作；更有甚者，商业伙伴的前述行为可能使企业与商业伙伴的合作直接构成洗钱活动的环节之一，致使企业可能被认定为对洗钱活动“明知”、“蓄意”，从而导致企业及其董事、高级管理人员因涉及洗钱活动而遭受行政处罚、承担刑事责任。

#### （五）知识产权合规风险

知识产权合规风险，是指企业在分发、拷贝、复制、编辑、采购或以其他方式使用商业伙伴所销售、提供、出让、授权的知识产权或含有该知识产权的产品或服务时，因该知识产权存在缺陷、未能满足企业业务需要，可能导致企业内部成本增加、盈利受损的风险；因该知识产权侵犯第三方权利，可能导致企业遭受第三方要求索赔的风险；因该知识产权违反法律法规，可能导致企业遭受行政调查、行政处罚、勒令整改等行政处罚，甚至企业及其董事、高级管理人员等承担刑事责任的风险。

#### （六）数据保护合规风险

商业伙伴的数据保护合规风险，是指因互联网服务供应商、电子信息设备供应商等商业伙伴未按照相关司法辖区适用的数据保护要求开展数据保护工作，可能导致企业在使用相关产品或服务过程中造成数据主体的个人数据被滥用、被泄露等，致使企业遭受行政处罚、暂停相关业务、甚至取消相关业务经营资格等行

政处罚，造成声誉损失等风险。

商业伙伴未按照相关司法辖区适用的数据保护要求开展数据保护工作，通常表现为：

- 1、对个人数据不合理采集与使用，未按照要求存储或传输；
- 2、未给予数据主体法律规定的权利，未在相应软件及系统的隐私政策中明确告知各方权利及义务、设置相应功能，未按照法律要求披露举报机制等；
- 3、使用的网络设施设备未按照相关网络安全等级保护标准要求建设、维护、运营；
- 4、采购的相关产品与服务不符合相应网络安全要求等。

#### （七）环境保护合规风险

商业伙伴环境保护合规风险，是指因商业伙伴相关工作的开展或其工作成果不符合环境保护要求，可能导致企业遭受项目停滞损失、额外环保费用支出，甚至承担环境损害赔偿赔偿责任、遭受行政处罚等风险。

商业伙伴相关工作的开展或其工作成果不符合环境保护要求，通常表现为：

- 1、承担设计、施工、监督等工作的商业伙伴，未按照适用的法律法规中强制性环境保护要求进行建设项目或设施设备的规划、评估、报告、设计、建设；
- 2、建设项目或设施设备完工后的验收、维护、运营未能满足相关环境保护要求；
- 3、产品供应商生产、销售、提供不符合强制性环境保护要求的产品或服务。

#### （八）劳动用工合规风险

商业伙伴劳动用工合规风险，是指商业伙伴违反适用的劳动用工法律法规，可能导致企业遭受声誉损失、业务受阻等风险。

商业伙伴违反适用的劳动用工法律法规，通常表现为：

- 1、雇佣童工、用工歧视、强迫劳动等人员聘用方面问题；
- 2、不支付或拖延支付薪资、薪酬待遇不符合法律规定等薪资待遇方面问题；
- 3、欠缺用工相关保险、剥夺休息时间、强令冒险或超时作业、缺乏必要的安全生产保护措施等劳动保障方面问题；
- 4、特定工种缺乏岗前培训等技能培训方面问题。

#### （九）腐败和商业贿赂合规风险

商业伙伴腐败和商业贿赂合规风险，是指因商业伙伴或其相关方，为企业谋

取或维系商业机会或谋取其他利益,与政府官员、客户或潜在客户等不恰当交往,被认定为存在(商业)贿赂行为,可能导致企业声誉损失、遭受行政处罚、吊销相关业务证照,甚至高管等责任人承担刑事责任等风险。

## 第四章 商业伙伴合规风险管控机制

企业应逐步建立商业伙伴的合规风险管控机制,对商业伙伴实行分类管理、动态管理和闭环管理。

### 一、商业伙伴的分类管理

企业应根据合作类型和合规风险等级的不同,对商业伙伴实行分类管理,针对不同的商业伙伴采取不同的合规管理措施,兼顾风险管控和经营效益的要求。

#### (一) 按照合作类型对商业伙伴实行分类管理

按照合作类型,商业伙伴分为供应商、客户、投资伙伴和其他商业伙伴。对于不同合作类型的商业伙伴,应实行分类管理,重点关注与各类商业伙伴的合作义务以及责任相关的合规义务履行能力和履行情况。

#### 1、供应商合规管理

供应商是指向企业提供商品或服务,并为此收取货款或费用等交易对价的商业伙伴。对于供应商,应重点关注其提供合格产品及服务、知识产权、生产安全、环境保护、合法用工、依法纳税、公平廉洁交易等合规义务的履行能力和履行情况。

#### 2、客户合规管理

客户是指接受企业提供的商品或服务,并为此支付货款或费用等交易对价的商业伙伴。对于客户,应重点关注交易背景和目的、下游或最终客户、支付能力、结算方式以及反洗钱、出口管制和经济制裁等合规义务履行能力和履行情况。

#### 3、投资伙伴合规管理

投资伙伴是指与企业通过合资、合营、合作、合伙等方式,共同投资设立企业或经营项目的商业伙伴。对于投资伙伴,应重点关注其企业类型和性质、股权结构、主要股东和实际控制人情况、资产结构、公司治理和授权、重大法律纠纷情况以及出口管制、经济制裁、反洗钱、反垄断等合规义务履行能力和履行情况。

#### 4、其他商业伙伴合规管理

其他伙伴是指除供应商、客户和投资伙伴以外的商业伙伴。对于其他商业伙伴,应根据相关方具体的合作内容、合作形式以及合作风险,重点关注与交易合

作安全有关的合规义务履行能力和履行情况。

## （二）按照合规风险等级对商业伙伴实行分类管理

### 1、商业伙伴分类

企业在选择商业伙伴开展合作时，应对商业伙伴的资信和履约能力进行调查，根据调查结果，并基于商业伙伴相关合规风险发生的可能性及违规后果对企业的影响程度，对商业伙伴的合规风险等级进行以下分类：

（1）一般合规风险等级商业伙伴，是指其发生违规行为的可能性较小、与其合作或其违规对企业业务和声誉影响或造成企业损失较小的商业伙伴；

（2）中等合规风险等级商业伙伴，是指其发生违规行为的可能性不大、与其合作或其违规对企业业务和声誉影响或造成企业损失在可控范围内的商业伙伴；

（3）重大合规风险等级商业伙伴，是指存在“风险预警信号”（指本部分第3项论述的风险预警信号，下同）、与其合作或其违规可能对企业业务和声誉影响或造成企业损失较大的商业伙伴。

### 2、分类管理

企业应对不同合规风险等级的商业伙伴实行分类管理，重点关注中等合规风险等级和重大合规风险等级商业伙伴的相关合规风险管控，并对不同合规风险级别的商业伙伴采取不同的合规管理措施：

（1）对于一般合规风险等级商业伙伴，可基于业务需要和资信及履约能力调查情况，由该商业伙伴在合同中作出相关陈述和保证，并在合同中设置对应合规条款。

（2）对于中等合规风险等级商业伙伴，应根据资信和履约能力调查结果，提出相应处理建议和应对预案，争取事前化解风险后，再推进合作。在决定合作情况下，除由该商业伙伴在合同中作出相关陈述和保证并在合同中设置对应合规条款外，企业应针对尚未化解的合规风险制订切实有效的风险防控措施并严格执行落实。

（3）对于重大合规风险等级商业伙伴，除上述规定的合规管理措施外，企业在合作项目内部审批中必须充分披露并提示存在的风险预警信号，同时提出风险缓释措施，以供内部审批机构决策。

### 3、风险预警信号

企业判断和评估商业伙伴是否属于重大合规风险等级的商业伙伴，可参考以

下常见的风险预警信号：

(1) 该商业伙伴及/或其高级管理人员、董事、关联方、实际控制人是否被列入全国法院失信被执行人名单、行业黑名单、企业黑名单或本企业高风险供应商名单，或最近三年内曾被列入前述名单；

(2) 该商业伙伴所在国家或地区透明国际（TI）判定的清廉指数（CPI）评分在 0-59 分区间，且具有以下任一情形的（对中国境内地区的评分不适用本项规定）：

- ①该业务涉及向公职人员出售或购买产品或服务的；
- ②与该商业伙伴的合作基于公职人员的推荐或要求；
- ③该商业伙伴基于为本企业获取业务机会的目的，需要与公职人员往来接触的；
- ④该业务的开展需要获得有关政府部门的审批、许可、证照的；
- ⑤该商业伙伴或负责该业务的关键业务人员为公职人员或其特定关系人。

(3) 该商业伙伴仅为项目公司或无实质运营业务的空壳公司，且实际控制人不明或在公司股权结构、组织架构、运营方面存在不符合商业惯例的异常情况的；

(4) 该商业伙伴及其关联方、实际控制人与企业或下属单位发生过重大法律纠纷，且对方存在过错或违约行为的；

(5) 该商业伙伴涉及出口管制、经济制裁、反洗钱领域的特定行业、国家、区域，或可能属于特定司法辖区的制裁名单和黑名单主体的；

(6) 该商业伙伴坚持采用与交易惯例不符的现金交易、全额付款条件等，或要求企业向该商业伙伴所在国家或者地区以外且与该项业务无关联的国家或地区第三方支付款项，或该商业伙伴坚持使用与该项业务无关联的第三方离案银行账户或空壳公司账户向企业支付款项，或有其他金融结算异常情况的；

(7) 商业伙伴无正当理由明确拒绝接受合同中的合规条款、合规陈述和保证或拒绝签署合规承诺书的；

(8) 该商业伙伴以获得某项业务、商业机会、行政审批、许可或争议案件等的有利结果为目标，收取不符合商业惯例的畸高奖励费用、风险费用的；

(9) 存在其他企业确定的属于重大合规风险等级“风险预警信号”的商业伙伴。

## 二、商业伙伴的闭环管理

企业应对商业伙伴合规风险进行全流程闭环管理,对商业伙伴合规风险管控应覆盖商业伙伴的选择阶段、合作阶段及合作结束阶段。

### (一) 商业伙伴的选择

在商业伙伴选择阶段,企业应重视对商业伙伴的尽职调查,把商业伙伴的合规管理状况纳入尽职调查的范围,并在采购供应商时遵守采购管理相关的法律法规及企业内部规章制度。

#### 1、尽职调查

企业在与商业伙伴开展合作时,应调查商业伙伴的资信和履约能力等情况,即调查商业伙伴自主履行其相关合同义务或承诺的能力大小和可信任程度,奠定商业伙伴合规管理的基础和条件。

##### (1) 调查内容

企业调查商业伙伴的资信和履约能力情况时,可选择的调查内容包括:商业伙伴的设立时间和地址、企业类型和性质、注册资本和实缴资本;经营范围、经营资质和许可;资产、负债、经营利润、现金流及其他财务状况;股权结构、主要股东及实际控制人情况;组织架构、经营管理团队及员工情况;主要业务和资产情况;知识产权情况;重大合同履行情况;资产抵押、权利质押及其他对内对外担保情况;法律纠纷情况;以往同类或近似业务经营业绩情况;合规义务履行能力和履行情况等。

企业调查商业伙伴的合规义务履行能力和履行情况时,可选择的调查内容包括:合法经营;出口管制和经济制裁;反腐败、反贿赂、廉洁交易;保障产品和服务质量;依法纳税;合法用工和保障劳动安全;遵守公平竞争和反垄断法律;反洗钱;保障安全生产;保护知识产权和商业秘密;保护环境;个人数据保护和数据安全;与合作业务或合作内容密切相关的其他合规义务等。

##### (2) 调查的方式和要求

企业应对拟合作的所有商业伙伴进行一般性资信调查。根据相关法律法规和监管要求,通过企业内部系统排查、公开信息查询、要求商业伙伴主动提供相关资质和证明文件、现场考察等方式,对该商业伙伴进行一般性资信调查,审查了解与合作相关的必要资信和履约能力、重点合规义务履行情况,同时排查是否存在“风险预警信号”等。

根据一般性资信调查结果,如存在“风险预警信号”或其他重大疑议问题的,

企业应进一步对商业伙伴进行较全面资信和履约能力调查，如有必要，可委托外部专业机构依法进行深入尽职调查；资信和履约能力调查记录和调查报告应存档，并作为风险评估、业务审批、合规评价和检查等的依据。

## 2、采购管理

企业开展采购活动，应遵守采购管理相关法律法规和企业内部规章制度，严格按照规定的采购方式、审批权限、采购程序进行采购。如涉及招标，还应遵守《中华人民共和国招标投标法》等招标相关法律法规及企业内部规章制度，坚决杜绝应招未招、违规干预招标、招标公告及招标文件违规、招标及开标程序违规等情况发生。

### （二）商业伙伴的动态监测

企业应建立商业伙伴合规风险监测和应对处置机制，在与商业伙伴的合作过程中，持续关注商业伙伴的资信和履约能力情况、重点合规义务履行情况，对商业伙伴实行动态管理，防范和控制商业伙伴的合规风险。

#### 1、合规风险监测内容

在与商业伙伴的合作过程中，企业应定期查询商业伙伴是否存在被列入特定司法辖区的制裁名单和黑名单、全国法院失信被执行人名单、行业黑名单或企业黑名单以及其他行业禁入等负面信息，检查商业伙伴与合作业务相关的资质、许可、证照、授权等的有效性，审查收付款活动是否符合合同约定、是否存在异常金融结算行为、是否完全履行了合规条款规定的义务、是否出现“风险预警信号”。对于中等或重大合规风险等级商业伙伴，企业还应定期关注尚未化解的合规风险的风险状态和风险防控措施执行落实情况。

#### 2、合规风险监测方式

企业可以通过日常持续监督和关注，必要时开展合规检查等方式，对商业伙伴进行合规风险监测。

##### （1）日常持续监督和关注

日常持续监督和关注是企业对商业伙伴进行合规风险监测的最主要方式。企业可以通过信息查询、双方人员日常沟通交流、从第三方侧面了解、合作情况实时跟踪等方式了解、搜集、更新商业伙伴相关信息，并定期整理、记录，以掌握商业伙伴的最新合规状态。

##### （2）合规检查

合规检查是企业对商业伙伴进行合规风险监测的特殊方式。商业活动中，平

等主体间的合规检查不是法定权利,企业应在与商业伙伴的合同中规定企业的合规检查权利和商业伙伴的合规检查配合义务,作为企业对商业伙伴进行合规检查的合同依据。

在有合同约定的前提下,企业应根据管理需要,对商业伙伴履行合规义务的情况进行检查和监督,具体包括:

①对于中等或重大合规风险等级商业伙伴,企业应定期检查其尚未化解的合规风险的风险防控措施执行落实情况。

②在合作过程中,如果商业伙伴发生或可能发生合规风险,且该等风险可能传导至企业,企业应对商业伙伴进行合规检查,以了解其真实合规状态。

企业对商业伙伴的合规检查通常可采用监管机构信息查询、商业伙伴相关内部资料查阅、商业伙伴相关人员访谈、实地考察等方式。

### 3、合规风险应对处置

企业在对商业伙伴合规风险监测中,如发现商业伙伴合规状态发生变化,应立即重新评估和调整商业伙伴合规风险等级,采取要求商业伙伴或相关方整改、出具书面承诺、提供有效担保、追究商业伙伴违约责任、中止/终止合作等管控措施,将商业伙伴的合规风险控制可在可承受的范围之内。

追究商业伙伴违约责任、中止/终止合作,是商业伙伴合规状态发生重大变化以致违反合同约定,甚至触发合同中的企业单方解约条款时,企业采取的救济措施。商业伙伴的违约责任可以包括继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等。企业和商业伙伴的合同中应明确约定违约责任的具体内容以及企业单方解约的具体条件。

### (三) 商业伙伴的合同管理

#### 1、合规管理一般条款

企业应将商业伙伴需遵守的相关合规行为准则和承诺的合规状态,在与商业伙伴签订的合同中约定为合规条款和陈述与保证条款,或由商业伙伴出具专项合规承诺书,并应在合同或合规承诺书中明确约定商业伙伴违反该等约定或承诺应承担的违约责任。对合规风险等级较高的商业伙伴,企业还应在合规条款中约定本企业商业伙伴的合规检查的权利以及商业伙伴的配合义务。

企业应及时组织制定和更新本企业商业伙伴合规条款标准文本,下述条款描述可作参考:

“合同相对方承诺遵守以下合规条款:

反商业贿赂：不得为获得不正当利益或商业机会进行商业贿赂，不对我方及其员工和员工的家庭成员行贿或输送不当利益，包括但不限于提供现金、有价证券、支付凭证、物品及就业机会等，同时禁止给予我方员工及其家庭成员不合适的商业礼仪或馈赠，包括但不限于提供贵重物品、高价值文化礼品、旅游、考察、高规格接待等。

配合我方的合规检查：理解并接受我方对商业合作伙伴的合规管理要求，同意配合合规检查，并不得隐瞒任何可能对我方利益造成影响的信息。

严格约束合同相对方员工及合同相对方的代理人或代理机构：承诺严格要求合同相对方的员工遵守合规承诺条款，若合同相对方员工及合同相对方的代理人或代理机构违反相关承诺即视为合同相对方违反。

责任承担：如果合同相对方违反前述合规承诺条款，我方将有权立即单方终止本合同，并有权要求合同相对方承担因此而给我方造成的全部损失。”

## 2、合规管理特殊条款

除了上述合规管理一般条款，企业还应结合实际情况，对不同商业伙伴可能涉及的特殊合规风险，在合同中进行特别约定。下述条款描述可作参考：

### (1) 出口管制和经济制裁合规条款

#### A、定义

制裁机构是指发布和/或执行制裁和出口管制相关法律、法规、指令或命令的相关政府机构。

受限制方是指被制裁机构明确指定受经济制裁或出口管制法律、法规、指令或命令限制的个人、法人和组织，该等规范性文件包括但不限于联合国综合清单（UN Consolidated List）、美国外国资产控制办公室（OFAC）的特别指定国民清单（SDN List）、实体清单、欧盟关于自然人、团体和实体的综合清单（EU Consolidated list）等。

#### B、保证及声明

合同相对方保证并声明：其目前未被任何制裁机构指定为受限制方，且未因违反制裁或出口管制法律而接受调查或者身处行政、司法程序。

合同相对方保证并声明：其遵守相关的制裁和出口管制法律，其拥有制裁和出口管制的合规政策和程序。

在履行本合同时，合同相对方不得违反且不会导致我方违反美国、欧盟等国家或地区的第三方司法管辖区以及联合国等国际组织关于制裁和出口管制的有

关法律、法规、指令、命令。

合同相对方同意从相关制裁机构处获取所有履行本合同所需的货物、技术和服务的出口许可证、特许及其他授权。

合同相对方同意,如果其知晓自身即将被指定为受限制方或者其正面临制裁机构的执法活动,在相关法律允许的情况下立即通知我方。

#### C、赔偿

如果合同相对方的行为或不作为导致我方被制裁机构处罚、罚款或施以其他惩罚性措施,合同相对方应作出全额赔偿并使我方免受损害。

#### D、放弃被通知权

我方有权应相关制裁机构或有管辖权的法院的要求,提供本合同项下的有关资料,无需遵守合同相对方东道国的法律规定事先取得合同相对方的同意。

#### E、不可抗力

如果未来本合同的履行根据相关的制裁或者出口管制法律、法规、指令或命令变得非法或不可能,不属于不可抗力事项。如果未来发生该等事项,合同相对方应立即通知我方,并本着诚信原则协商相关法律法规允许的对于不履行此合同的替代方案,该等方案包括善意努力获取必要的许可证、特许或豁免。”

### (2) 数据保护合规条款

“合同相对方保证不违法收集、使用、传输相关信息;保证保障个人信息主体的合法权益,包括但不限于:访问权、更正权、删除权、复制权、撤回同意权等,以符合法定要求的标准;保证采取适当且充分的措施保障数据安全。如发生数据泄露,合同相对方应立即采取补救措施并通知我方,向有关机关报告。”

### (3) 知识产权保护合规条款

#### “A、陈述和保证

合同相对方向我方陈述并保证:交付之日起保证期限内,出让或授权的知识产权将免于缺陷并且符合规格说明和与我方的约定所需;合同相对方拥有该知识产权或者有有效且充分的权利授予相关知识产权的许可,无任何限制、留置权或第三方的占有权附于该知识产权之上;没有与该知识产权相关的将要发生的或待解决的争议、索赔或诉讼;据合同相对方所知,该知识产权不会侵犯第三方知识产权;若发现该知识产权的任何缺陷和对第三方权利的侵犯,将立即通知我方。

#### B、免责条款

在发生任何关于授权或出让予我方的知识产权的争端、行动、命令、诉讼和

责任时，合同相对方将承担费用负责解决，并免去我方及我方客户、过去、现在和未来的雇员、董事、管理人员、受让人、继承人以及为我方服务的个人和组织对任何与上述知识产权争议相关的损失的责任。”

#### （4）反洗钱合规条款

“合同相对方保证不参与洗钱活动，包括但不限于：开设转移资金账户、提供财产形式转换（如现金、金融票据、有价证券等）、资金转移、跨境汇付、贵金属现货交易、不动产交易、资金代管、代持股等洗钱活动；保证不向我方隐瞒知悉的相关洗钱信息。合同相对方不得诱导、欺骗、利用与我方的合作进行洗钱活动。”

#### （四）商业伙伴的后评估

企业应在合作结束后，对商业伙伴的资信和履约能力、合规管理能力等方面进行合规评价，掌握商业伙伴的资信和履约能力情况、合规状态持续情况、合规义务履行情况、合规风险整改情况，实行合规风险分级管理和重点管控，相关材料存入合规管理档案，评价结果作为商业伙伴后续合作的重要依据。

企业应制定具体办法，为合规评价等级较高的商业伙伴创造更好的合作机会，鼓励合规行为，减少合规风险。

#### （五）商业伙伴的文档管理

企业应及时收集、整理、归档商业伙伴合规管理过程中涉及的相关资料，包括但不限于尽职调查、合规风险监测、合规培训、合规审计和检查、合规评价以及相关的业务合同、谈判记录、会议纪要、招投标文件、各类技术资料及协议等。

## 第五章 商业伙伴风险管理保障机制

### 一、合规宣传和培训

#### （一）合规宣传

企业应在企业合规宣传中纳入商业伙伴合规管理的内容，使企业员工深入了解商业伙伴合规管理的重要性和必要性，使商业伙伴合规管理的理念深入人心。

企业应开展广泛的合规宣传，树立合规经营的形象，吸引和聚集有共同理念和价值观的商业伙伴并肩前行。

#### （二）合规培训

##### 1、培训对象及内容

企业应对员工开展商业伙伴合规培训，使员工知悉并能识别商业伙伴合规风

险，了解并掌握商业伙伴合规管理的重点和方法以及风险应对处置措施。

企业可根据需要，对商业伙伴进行合规培训，帮助商业伙伴理解企业的合规理念和合规管理要求，督促商业伙伴遵守相关合规义务，防范商业伙伴发生合规风险。

企业应督促商业伙伴定期对其员工、合作方开展相关领域的合规培训，并提交完整的合规培训记录，确保商业伙伴及其合作方了解和遵守合规义务。

## 2、培训方式

商业伙伴合规培训可采取多种方式进行，例如现场宣贯、线上培训、提供培训文件自行学习等。

企业应根据培训对象，确定合适的培训内容和适当的培训方式，确保一定的培训时长，并保留完整的培训记录。

## 二、合规管理数字化建设

企业应将数字化建设覆盖至合规管理领域，实现合规管理数字化，通过数字化手段执行商业伙伴合规管理的要求，提升商业伙伴合规管理的效果，实现商业伙伴合规管理的目的：

- 1、固化和优化商业伙伴合规管理要素和流程；
- 2、落实商业伙伴的尽职调查和合同相对方风险排查要求；
- 3、提高商业合同中的一般合规条款和特殊合规条款的规范性和执行度；
- 4、加强对商业伙伴合规情况的实时监测和风险预警；
- 5、实现商业伙伴合规管理成果和信息在企业内部的共享；

6、完整记录和保存商业伙伴合规管理信息，为商业伙伴合规风险处置提供文档支持。

# 劳动用工

## 第一章 招聘录用

- 一、招聘信息发布
- 二、简历筛选与笔试面试
- 三、背景调查与利益冲突
- 四、录用通知
- 五、应届毕业生

## 第二章 标准劳动关系

- 一、劳动合同订立与劳动关系的确认
- 二、劳动关系管理
- 三、劳动合同变更、解除与终止
- 四、职工代表大会与工会
- 五、特殊员工
- 六、劳动争议案件处理

## 第三章 劳务派遣、业务外包与灵活用工

- 一、劳务派遣
- 二、业务外包
- 三、灵活用工

## 第四章 海外用工

- 一、外派员工
- 二、海外属地化用工
- 三、海外用工风险防控建设

# 第一章 招聘录用

## 一、招聘信息发布

用人单位可以通过委托人才中介服务机构、参加人才交流会、在公共媒体和互联网发布信息以及其他合法方式招聘人才<sup>11</sup>。无论通过何种方式进行招聘，用人单位招聘环节的起始往往是拟定和发布招聘信息。根据《人力资源市场暂行条例》第二十四条，“用人单位发布或者向人力资源服务机构提供的单位基本情况、招聘人数、招聘条件、工作内容、工作地点、基本劳动报酬等招聘信息，应当真实、合法，不得含有民族、种族、性别、宗教信仰等方面的歧视性内容”。这里的歧视也包括户籍、地域歧视，传染病歧视、残疾人歧视等<sup>12</sup>。因此，在信息发布环节，应特别注意不能存在具有上述歧视内容的信息。

## 二、简历筛选与笔试面试

在简历筛选和笔试面试环节，用人单位对求职者进行全方位了解、考察与比较，双方就潜在工作机会进行充分沟通，以最大程度地达成企业选人选才的目的，达到人岗相适、人岗匹配。在这一过程中，求职者有义务如实提供个人基本情况以及与应聘岗位直接相关的知识技能、工作经历、就业现状等情况并出示相关证明，而用人单位的法律合规义务则体现在以下方面：

（一）如实告知的义务。《劳动合同法》第八条明确，“用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况”。

（二）避免歧视的义务。用人单位对劳动者平等就业权的保护既体现在招聘信息发布环节，也体现在候选人筛选环节。在此过程中，特别是面试等综合评估环节，用人单位应避免因民族、种族、性别<sup>13</sup>、宗教信仰、户籍、地域、传染病、残疾人等为由进行歧视。<sup>14</sup>当然，避免就业歧视与用人单位用工自主权并不矛盾，用人单位基于合理判断做出选择的权利仍应受到保护。

<sup>11</sup> 《人才市场管理规定》第二十二条。

<sup>12</sup> 详见《劳动法》、《就业促进法》、《传染病防治法》、《残疾人就业条例》。

<sup>13</sup> 《关于进一步规范招聘行为促进妇女就业的通知》明确：不得限定性别或性别优先（女职工禁忌劳动范围等情况除外）；不得以性别为由限制妇女求职就业、拒绝录用妇女；不得询问妇女婚育情况；不得将妊娠测试作为入职体检项目；不得将限制生育作为录用条件；不得差别化地提高对妇女的录用标准。

<sup>14</sup> 根据《人力资源市场暂行条例》第二十三条，“用人单位在招聘人才时，不得以民族、宗教信仰为由拒绝聘用或者提高聘用标准；除国家规定的不适合妇女工作的岗位外，不得以性别为由拒绝招聘妇女或提高对妇女的招聘条件”。

（三）避免扣押证件或收取押金、要求提供担保的义务。用人单位组织开展招聘活动聘用劳动者，无论出于何种原因（例如考试费用、劳动工具保管使用费用、风险押金等）均不得“以任何名义”要求求职者和劳动者提供担保或抵押证件及财物。<sup>15</sup>如果笔试面试过程涉及候选人异地差旅等费用支出的，建议用人单位提前说明相关费用承担原则和标准，避免因此产生纠纷。

（四）避免招聘不得招用的人员。根据《劳动法》第十五条，禁止用人单位招用未满十六周岁的未成年人。<sup>16</sup>根据《人才市场管理条例》第二十六条，用人单位不得招聘下列人员：正在承担国家、省重点工程、科研项目的技术和主要人员，未经单位或主管部门同意的；由国家统一派出而又未满轮换年限的赴新疆、西藏工作的人员；正在从事涉及国家安全或重要机密工作的人员；有违法违纪嫌疑正在依法接受审查尚未结案的人员；法律、法规规定暂时不能流动的其他特殊岗位的人员。

（五）避免不正当竞争。《就业服务与就业管理规定》第十五条明确，“用人单位不得以诋毁其他用人单位信誉、商业贿赂等不正当手段招聘人员”。

（六）尊重隐私与保密义务。我国《民法典》明确“自然人享有隐私权”<sup>17</sup>，“自然人的个人信息受法律保护”，处理“个人信息的，应当遵循合法、正当、必要原则”。在招聘录用过程中，用人单位应充分了解候选人与应聘岗位直接相关的个人信息情况，对于与工作无必要联系的内容（如婚育史、婚育计划等），应避免主动强制获得；对于招聘过程中所掌握的候选人相关信息，未经候选人同意亦不得对第三方披露或非法使用。同时，对于对其现有用人单位或前用人单位负有保密义务的候选人，企业应避免在面试过程中非法获取其他企业商业秘密。

在招聘录用过程中收集、知悉的有关候选人的个人信息、隐私信息或其他单位的商业秘密或内部信息，应注意依法保守秘密和依法、合规使用，不得擅自对外披露或用于非工作所需事项。

### 三、背景调查与利益冲突

背景调查并非招聘流程中的必要环节，却通常是用人单位确定候选人至发送

---

<sup>15</sup> 《劳动合同法》第九条明确，“用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物”。《人力资源市场暂行条例》第二十四条，“用人单位招聘人才，不得以任何名义向应聘者收取费用，不得有欺诈行为或采取其他方式谋取非法利益。”

<sup>16</sup> 文艺、体育和特种工艺单位招用未满十六周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。

<sup>17</sup> 根据《民法典》第一千零三十二条，隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。

录用通知前的重要环节。开展背景调查可以通过自行调查、委托调查、要求候选人提供相关证明资料等方式开展，重点应通过调查或核查工作确认以下内容，以避免用人单位承担相关风险：（一）候选人不属于法律禁止招用的人员；（二）候选人身份信息、学历信息、工作经历、职业资质信息真实准确；（三）候选人犯罪记录、信用记录；（四）候选人是否已解除或终止劳动关系<sup>18</sup>及是否存在竞业限制义务等；（五）高级管理人员任职资格调查<sup>19</sup>；（六）特殊行业任职资格调查等。

在背景调查过程中，应采取依法、合规手段获取相关信息，不得采用非法手段获取有关信息。

#### 四、录用通知

如果用人单位向候选人发送录用通知，应充分了解录用通知所具有的法律约束力。录用通知书的发送主体应与招聘简章、广告和签订劳动合同的主体一致，录取通知记载的内容应与双方面面试沟通确认的内容以及劳动合同订立的内容一致。发送录用通知后，用人单位无正当理由（依法撤回或撤销录用通知）不录用候选人的，需要承担缔约过失责任，应赔偿由此给候选人造成的损失。

#### 五、应届毕业生

应届毕业生基于档案落户等原因，通常会涉及签署“三方协议”的事宜。三方协议可以理解为学校作为见证，毕业生与用人单位签订的一份意向性协议，具有相应法律效力，但不作为建立劳动关系的凭证，不具有劳动合同的效力。订立三方协议后，毕业生或用人单位任何一方违背诚信未如约与对方建立劳动关系的，应承担缔约过失责任。用人单位不录用该毕业生的，应提供充分证据说明理由。

## 第二章 标准劳动关系

### 一、劳动合同订立与劳动关系的确认

#### （一）劳动合同的订立

根据我国劳动法律体系规范，适用《劳动合同法》和参照执行《劳动合同法》的用人单位主体包括中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织，依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会，与劳动

---

<sup>18</sup> 《劳动合同法》第九十一条，用人单位招用与其他单位尚未解除劳动合同的劳动者，给其他单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

<sup>19</sup> 《公司法》、《中央企业禁入限制人员信息管理办法（试行）》、《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》等均对不得担任公司董事、监事、高级管理人员的情形进行了列举。

者建立劳动关系的国家机关、事业单位、社会团体。集团化经营的用人单位应特别注意确定唯一、适格的用人单位主体；同时，应审查劳动者主体资格<sup>20</sup>，避免因主体瑕疵造成劳动合同无效或劳动关系混同。因用人单位原因订立无效合同给劳动者造成损害的，需要承担赔偿责任<sup>21</sup>。

建立劳动关系，用人单位应当及时与劳动者订立书面劳动合同。“及时”是指应当“自用工之日起一个月内”，否则将面临每月多支付一倍工资和被视为签订无固定期限劳动合同的风险责任。<sup>22</sup>“书面”可以包括电子形式，但用人单位应当与劳动者协商一致，使用符合电子签名法等法律法规规定的可视为书面形式的电子数据电文和可靠的电子签名。<sup>23</sup>

订立劳动合同应包含劳动合同期限、工作内容和工作地点、工作时间和休息休假、劳动报酬、社会保险、劳动保护、劳动条件和职业危害防护等必备条款，还可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。合同内容应符合《劳动合同法》及国家地方关于最低工资、社会保险、安全生产等相关法律法规的强制性规定。同时，用人单位有义务将签署完毕的劳动合同文本交付劳动者，避免扣留劳动合同文本。<sup>24</sup>

## （二）劳动合同的种类

劳动合同分为固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定明确的合同终止时间的劳动合同。无固定期限劳动合同，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位

---

<sup>20</sup> 根据《劳动法》禁止招用未满十六周岁的未成年人；已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员在司法实践中一般被认定为形成的是劳务关系；在校生利用业余时间勤工俭学，不视为就业的，属于劳务关系。

<sup>21</sup> 《劳动法》第九十七条，由于用人单位的原因订立的无效合同，给劳动者造成损害的，应当比照违反和解除劳动合同经济补偿金的支付标准，赔偿劳动者因合同无效所造成的经济损失。

<sup>22</sup> 《劳动合同法》第八十二条第一款，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。违反规定不与劳动者订立固定期限劳动合同的，应当自订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。第十四条第三款，用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

<sup>23</sup> 《人力资源社会保障部办公厅关于订立电子劳动合同有关问题的函》规定符合劳动合同法规定和上述要求的电子劳动合同一经订立即具有法律效力。

<sup>24</sup> 《劳动合同法》第八十一条，用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。<sup>25</sup>

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有劳动合同法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。<sup>26</sup>

无固定期限合同没有到期终止时间，但并不意味着不能变更、解除和终止。在履行过程中，当法律规定的可以解除劳动合同的条件出现，无固定期限的劳动合同可依法定条件解除。用人单位应避免故意规避订立无固定期限劳动合同，否则，按照法律规定应当签订无固定期限劳动合同而未签订的，用人单位将自应签订无固定期限劳动合同之日起每月支付二倍工资，从而承担相应的责任风险<sup>27</sup>。

### （三）事实劳动关系

事实劳动关系是指用人单位虽未与劳动者订立有效的书面劳动合同，但实际上已经与劳动者形成劳动关系的法律关系。在未订立书面劳动合同的情况下，确立劳动关系依据三个标准：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分<sup>28</sup>。

企业应当避免应签未签、应续未续劳动合同形成事实劳动关系承担二倍工资或无固定期限劳动合同的相关法律责任；同时，也应采取措施避免为非与本单位建立劳动关系的人员发放工资、缴纳社保、提供工作证明等，避免非劳动关系被认定为事实劳动关系承担不必要的用人单位法律责任。

### （四）试用期

通常情况下，用人单位与劳动者可以约定试用期，但同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期，且试用期的期限应符合法律规定。劳动合同期限三个

---

<sup>25</sup> 《劳动合同法》第十二条。

<sup>26</sup> 《劳动合同法》第十四条。

<sup>27</sup> 《劳动合同法》第八十二条第二款，用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

<sup>28</sup> 《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发[2015]12号）。

月以上不满一年的,试用期不得超过一个月;劳动合同期限一年以上不满三年的,试用期不得超过二个月;三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同,试用期不得超过六个月。以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的,不得约定试用期。<sup>29</sup>

试用期工资以劳动合同书面约定为准,劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资的80%或者不得低于劳动合同约定工资的80%,并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。<sup>30</sup>试用期中的劳动者依法享有社会保险待遇,其他福利待遇可由用人单位在内部规章制度中确定。在试用期中,除劳动者有劳动合同法第三十九条和第四十四条第一项、第二项规定的情形外,用人单位不得解除劳动合同。

用人单位应避免违反规定与劳动者约定超长试用期、违规延长试用期<sup>31</sup>,避免出现滥用试用期违规支付工资、违规解除劳动合同等侵害劳动者权益的行为。

## 二、劳动关系管理

### (一) 工时与休假

#### 1. 工作时间

《宪法》第四十三条明确,“中华人民共和国劳动者有休息的权利。国家发展劳动者休息和休养的设施,规定职工的工作时间和休假制度。”根据《劳动法》《\*\*\*关于职工工作时间的规定》等规定,劳动者每日工作八小时,每周工作四十小时,每周至少休息一日是标准工时制度。企业因生产特点不能实行标准工时制度的,应根据《企业实施不定时工作制和综合计算工时制的审批办法》和地方有关审批规定对符合条件的岗位报劳动行政部门审批。

在标准工时制度下,用人单位由于生产和经营的需要,经与工会或者劳动者协商之后可以延长工作时间。一般每日不得超过一小时;特殊情况下延长工作时间每日不得超过3小时,每月不得超过36小时<sup>32</sup>。延长工作时间需要依法支付相应的加班工资<sup>33</sup>。对于实行不定时工作制和综合计算工时工作制等其他工作和休

---

<sup>29</sup> 《劳动合同法》第十九条。非全日制用工不得约定试用期。

<sup>30</sup> 《劳动合同法》第二十条。

<sup>31</sup> 《劳动合同法》第八十三条,用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的,由劳动行政部门责令改正;违法约定的试用期已经履行的,由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准,按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

<sup>32</sup> 《劳动法》第四十一条。

<sup>33</sup> 《工资支付暂行规定》第十三条,在标准工作时间之外延长工作时间、休息日工作又不能安排补休的、法定节假日工作的,要按照劳动合同规定的劳动者本人小时工资标准的150%,日或者小时工资的200%

息办法的职工，企业应在保障职工身体健康并充分听取职工意见的基础上，采用集中工作、集中休息、轮休调休、弹性工作时间等适当方式，确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。

## 2. 休息休假

劳动者依法享受法定休息日<sup>34</sup>及法定节假日。法定节假日包括全体公民放假的假日（新年、春节、清明节、劳动节、端午节、中秋节、国庆节）、部分公民放假的假日（妇女节、青年节、儿童节、建军节）、少数民族习惯的节日。全体公民放假的假日，如果适逢星期六、星期日，应当在工作日补假。部分公民放假的假日，如果适逢星期六、星期日不补假。<sup>35</sup>

除法定假日外，劳动者连续工作一年以上的，享受带薪年假。年休假天数根据职工累计工作时间确定，但有特殊情形的不享受当年年休假<sup>36</sup>。国家法定休假日、休息日不计入年休假的假期。职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。年休假由用人单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。年休假在1个年度内可以集中安排，也可以分段安排，一般不跨年度安排。因生产、工作特点确有必要跨年度安排职工年休假的，可以跨1个年度安排。对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。<sup>37</sup>

针对劳动者可能遇到的不同特殊情形，国家和地方法律政策规定有婚假、丧假、产假、陪产假、探亲假、独生子女看护假、事假等特殊假期的，企业应按规定并结合自身情况执行和适用，企业同时可以自行设立福利假期。中央企业可结合用工所在地政策和企业实际情况在内部规章制度中明确相关假期的申请程序和待遇等，在法律政策框架内维护企业用工管理秩序、保障职工健康权益。

## （二）薪酬与福利

---

或者300%支付劳动者工资。

<sup>34</sup> 《国务院关于职工工作时间的规定》第七条，国家机关、事业单位实行统一的工作时间，星期六和星期日为周休息日。企业和不能实行前款规定的统一工作时间的事业单位，可以根据实际情况灵活安排周休息日。

<sup>35</sup> 《全国年节及纪念日放假办法》。

<sup>36</sup> 《职工带薪年休假条例》第四条，职工有下列情形之一的，不享受当年的年休假：（一）职工依法享受寒暑假，其休假天数多于年休假天数的；（二）职工请事假累计20天以上且单位按照规定不扣工资的；

（三）累计工作满1年不满10年的职工，请病假累计2个月以上的；（四）累计工作满10年不满20年的职工，请病假累计3个月以上的；（五）累计工作满20年以上的职工，请病假累计4个月以上的。

<sup>37</sup> 《劳动法》、《职工带薪年休假条例》、《企业职工带薪年休假实施办法》。

员工薪酬和福利待遇管理关系到劳动者最基本和切身的利益,是开展人才激励、增强企业活力的重要手段。中央企业应当依照国家和地方有关法律法规及劳动合同约定依法支付工资,并应遵守《中央企业工资总额管理办法》等收入分配政策规定履行内部决策、国资委备案或核准程序。

### 1.工资支付

工资是用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定,以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬。工资总额是指由企业在一个会计年度内直接支付给与本企业建立劳动关系的全部职工的劳动报酬总额,包括工资、奖金、津贴、补贴、加班加点工资、特殊情况下支付的工资等。<sup>38</sup>中央企业工资支付行为合规应注意以下几个方面:(一)工资应当以法定货币形式支付,不得以实物及有价证券替代;(二)工资每月至少支付一次,应在约定日期支付,不得无故拖欠;(三)除法定扣除情形外<sup>39</sup>,不得克扣劳动者工资;(四)应依法支付延长工作时间的工资;(五)应依法支付相关地方政策规定的强制性津贴(如高温津贴、夜班津贴);(六)支付给劳动者的工资不得低于当地最低工资标准;(七)不得超提超发工资总额,不得在工资总额之外列支任何工资性支出;(八)应向劳动者提供工资清单,并保留工资支付记录至少两年。<sup>40</sup>

### 2.福利待遇

广义的福利待遇是指劳动者因履职而从单位获得的除工资所得之外其他所得,以及使员工直接或间接受益的待遇所得,包括但不限于法定社会保险、住房公积金、企业年金、股权激励计划等,是企业满足员工工作生活需求、实施人才竞争战略的重要手段。狭义的福利待遇专指企业职工福利费的支出。根据财政部《关于企业加强职工福利费财务管理的通知》,企业职工福利费是指企业为职工提供的除职工工资、奖金、津贴、纳入工资总额管理的补贴、职工教育经费、社会保险费和补充养老保险费(年金)、补充医疗保险费及住房公积金以外的福利待遇支出,包括发放给职工或为职工支付的多种类型的现金补贴和非货币性集体福利。随着薪酬及人工成本管理体系的不断完善,中央企业应注意加强职工福利费的规范管理,一是严格按照《企业财务通则》第四十六条规定,应当由个人承

<sup>38</sup> 《关于工资总额组成的规定》、《中央企业工资总额管理办法》。

<sup>39</sup> 《工资支付暂行规定》第十五条,有下列情况之一的,用人单位可以代扣劳动者工资:(一)用人单位代扣代缴的个人所得税;(二)用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险费用;(三)法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费;(四)法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。

<sup>40</sup> 《劳动法》、《工资支付暂行规定》、《最低工资规定》。

担的有关支出不得作为职工福利费开支<sup>41</sup>；二是合理控制职工福利费在职工总收入的比重的同时不得超标准发放或支出相关费用；三是将本企业产品和服务作为职工福利的，应当按商业化原则实行公平交易，不得直接供职工及其亲属免费或者低价使用。

### （三）社会保险、住房公积金、企业年金

为劳动者缴纳社会保险和住房公积金是用人单位的法定义务。由于地方政策的复杂性，社会保险和住房公积金管理的合规性也需引起重视。

《社会保险法》第二条规定，国家建立基本养老保险、基本医疗保险、工伤保险、失业保险、生育保险等社会保险制度，保障公民在年老、疾病、工伤、失业、生育等情况下依法从国家和社会获得物质帮助的权利。中央企业一是应严格要求系统内各用人单位主体及时办理社会保险登记；二是应按时足额缴纳社会保险费；三是不得与劳动者约定不缴或少缴社保；四是不得以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险待遇。随着社保征管体系改革方案的出台和推进，税务部门征管和稽核能力进一步加强。用人单位未依法为劳动者缴纳社会保险费不仅使得劳动者可以依据《劳动合同法》第三十八条第一款解除劳动合同获得经济补偿金，面临的行政处罚风险也将进一步加大。

住房公积金是单位及其在职职工缴存的长期住房储金，中央企业应依法按时、足额为建立劳动关系的劳动者缴存住房公积金，不得逾期缴存或少缴。<sup>42</sup>住房公积金缴费原则上以职工本人上一年度月平均工资为基数，新参加工作或新调入的职工以入职当月工资为基数，最高缴存基数上限为当地职工平均工资的3倍，约按单位5-12%，个人5-12%的比例缴纳，请注意各地对缴纳比例规定有所差别。单位缴存住房公积金确有困难的，经民主和审核程序后可降低缴存比例或者缓缴，待效益好转后再提高缴存比例或者补缴缓缴。

企业年金（也称补充养老保险费、年金），是指企业及其职工在依法参加基本养老保险的基础上，自愿建立的补充养老保险制度。建立企业年金的中央企业应注意根据人社部财政部《企业年金办法》、国资委《关于中央企业规范实施企业年金的意见》规范企业年金管理，一是明确企业年金实施条件，亏损及未实现国有资产保值增值的企业、人工成本投入产出效率在行业内处于较低水平的企业

---

<sup>41</sup> （一）娱乐、健身、旅游、招待、购物、馈赠等支出。（二）购买商业保险、证券、股权、收藏品等支出。（三）个人行为导致的罚款、赔偿等支出。（四）购买住房、支付物业管理费等支出。（五）应由个人承担的其他支出。

<sup>42</sup> 《住房公积金管理条例》。

暂缓实施；二是合理确定年金方案、规范运营管理，企业缴费每年不超过企业职工工资总额的8%，职工个人缴费不低于企业为其缴费的四分之一，合计最高不超过本企业职工工资总额的12%；三是严格执行民主程序和报告审批制度，企业年金方案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过，报国资委备案后报送人社部。

#### （四）劳动安全卫生

根据《劳动法》第五十二条，用人单位必须建立、健全劳动安全卫生制度，严格执行国家劳动安全卫生规程和标准，对劳动者进行劳动安全卫生教育，防止劳动过程中的事故，减少职业危害。中央企业应注意遵守《安全生产法》、《\*\*\*办公厅关于加强中央企业安全生产工作的通知》、《中央企业安全生产监督管理暂行办法》的有关要求，把安全生产作为日常生产经营管理的重要内容，确保各项安全措施落实；同时，应遵守《职业病防治法》建立、健全职业病防治责任制，落实职业病防护管理措施。在劳动用工管理中，围绕劳动安全卫生，中央企业应履行的合规义务包括但不限于：一是必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品；二是为劳动者建立职业健康监护档案，对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查；三是订立劳动合同应载明有关保障劳动安全、防止职业危害的事项以及依法为从业人员办理工伤保险的事项；四是必须依法参加工伤保险；五是进行劳动安全卫生教育培训；六是不得安排未成年工从事接触职业病危害的作业，不得安排孕期、哺乳期的女职工从事对本人和胎儿、婴儿有危害的作业；七是依法保障工伤、职业病员工合法待遇。

#### （五）培训与服务期

根据《劳动法》第六十八条，用人单位应当建立职业培训制度，按照国家规定提取和使用职业培训经费，根据本单位实际，有计划地对劳动者进行职业培训。通常，企业有义务对新入职员工进行岗前培训。根据《劳动法》和《职业教育法》<sup>43</sup>，从事技术工种的劳动者上岗前必须经过培训；从事特种作业的必须经过培训并取得特种作业资格。因此，用人单位应注意根据岗位情况有计划地实施岗前培训。同时应注意，岗前培训不同于专业技术培训，不得以此约定服务期及要求员工支付违约金。

用人单位为劳动者提供专项培训费用,对其进行专业技术培训的,可以与该劳

---

<sup>43</sup> 《职业教育法》第二十条，“从事技术工种的职工，上岗前必须经过培训；从事特种作业的职工必须经过培训，并取得特种作业资格”。

劳动者订立协议,约定服务期。<sup>44</sup>中央企业开展专业技术培训约定服务期应注意以下方面:一是适用对象限于劳动者和专业技术培训。二是服务期应由双方订立协议约定。三是服务期的期限虽法律并没有明确规定,但应具有明确性、应遵守公平合理原则;除非双方另有约定,服务期超过劳动合同期限的,法律规定劳动合同应当延至服务期满。<sup>45</sup>四是违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。五是用人单位与劳动者约定服务期的,不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。<sup>46</sup>六是用人单位与劳动者约定了服务期,劳动者依照劳动合同法第三十八条的规定解除劳动合同的,不属于违反服务期的约定,用人单位不得要求劳动者支付违约金。<sup>47</sup>

#### (六) 保密与竞业限制

中央企业应根据国家有关保密法律法规、党的保密工作方针政策建立保密管理体系并对涉密人员进行严格管理。根据《中央企业商业秘密保护暂行规定》第十九条,中央企业与员工签订的劳动合同中应当含有保密条款。中央企业与涉密人员签订的保密协议中,应当明确保密内容和范围、双方的权利与义务、协议期限、违约责任。中央企业应当根据涉密程度等与核心涉密人员签订竞业限制协议,协议中应当包含经济补偿条款。

根据《劳动合同法》、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》,中央企业与劳动者在劳动合同或保密协议中约定竞业限制条款应注意:一是竞业限制适用对象仅限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员;二是竞业限制的范围、地域、期限不得违反法律、法规的规定(不得超过两年,到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位,或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务);三是合理约定竞业限制补偿金标准(未约定补偿金标准,劳动者履行了竞业限制义务的,按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的30%按月支付,低于劳动合同履行地最低工资标准的,按照劳动合同履行地最低工资标准支付);四是合理约定违反竞业限制违约金(应约定合理的违约金数额或计算方法,如未约定,只能要求赔偿造成的损失,用人单位将承担较大的举证

<sup>44</sup> 《劳动合同法》第二十二条第一款。

<sup>45</sup> 《劳动合同法实施条例》第十七条。

<sup>46</sup> 《劳动合同法》第二十二条第二、三款。

<sup>47</sup> 《劳动合同法实施条例》第二十六条。

责任)；五是依约支付竞业限制补偿金或及时解除竞业限制协议(因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者有权解除竞业限制约定；在竞业限制期限内解除竞业限制协议时，需额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿)。

### 三、劳动合同变更、解除与终止

#### (一) 岗位及薪酬调整

岗位调整属于劳动合同变更最常见也是最易产生争议的情形。首先，根据《劳动合同法》第三十五条，变更劳动合同应由用人单位与劳动者协商一致，应采用书面形式。其次，根据《劳动合同法》第四十条，在劳动者患病或者非因工负伤在规定的医疗期满后不能从事原工作/不能胜任工作的情形下，用人单位也可以合理地调整劳动者的工作岗位。最后，用人单位可以在劳动合同或规章制度中依法约定合理的调岗的条件和程序。针对事先约定的单方调岗条款或制度是否有效的问题，用人单位通常需证明调岗属于合理范畴(考虑用人单位经营必要性、目的正当性，调整后的岗位为劳动者所能胜任、工资待遇等劳动条件无不利变更等)。用人单位与劳动者签订的劳动合同中明确约定工作岗位但未约定如何调岗的，在不符合《劳动合同法》第四十条所列情形时，用人单位自行调整劳动者工作岗位的属于违约行为，给劳动者造成损失的，用人单位应予以赔偿，参照原岗位工资标准补发差额。

薪酬调整往往和岗位调整组合出现。实践中，中央企业对劳动者调岗调薪应统筹兼顾合法性和合理性并注意程序的规范性和公正性。

#### (二) 劳动合同解除

##### 1. 协商一致解除劳动合同

根据《劳动合同法》第三十六条，用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。如果用人单位向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同，则必须依法支付经济补偿金；而劳动者提出解除的情形则不适用。中央企业和劳动者应当遵循平等自愿、协商一致的原则协商解除劳动合同，不得有欺诈或胁迫的情形亦不得违反法律法规排除用人单位法定义务。协商解除协议签署后，用人单位和劳动者应当自觉履行权利义务，非经法定程序不得随意反悔、撤销。

##### 2. 劳动者单方解除劳动合同

根据法律规定，劳动者提前一定时间通知用人单位后，即可以提前与用人单位解除劳动合同。根据《劳动合同法》第三十七条，劳动者在试用期内需要提前

三日、以书面或口头的方式，超过试用期需要提前三十日、必须以书面的形式通知用人单位解除劳动合同。

对于用人单位存在法定过错情形的，劳动者可以书面或口头告知用人单位，立即解除劳动合同：（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（五）因劳动合同法第二十六条第一款<sup>48</sup>规定的情形致使劳动合同无效的。此外，用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全，劳动者有权立即解除劳动合同，无需履行任何通知程序。<sup>49</sup>上述情形下，用人单位应依法支付经济补偿。

### 3.用人单位单方解除劳动合同

用人单位单方解除劳动合同的情形可分为过错性解除和非过错性解除两种。

过错性解除主要是依据《劳动合同法》第三十九条的规定。劳动者出现法定过错情形，用人单位可以解除劳动合同。包括：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（五）以欺诈、胁迫的手段或乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同致使劳动合同无效的；（六）被依法追究刑事责任的。

因劳动者过错解除劳动合同的，用人单位无须支付经济补偿，但用人单位需要保留充分的证据证明属于劳动者过错情形、并且用人单位操作符合有关的程序要件（如事先将理由通知工会研究工会意见并将处理结果书面通知工会）。如果操作不当（如录用条件约定不明确、规章制度效力存在瑕疵、违纪证据不足、违纪情形不构成严重、重大损害标准不明、混淆刑事责任与行政拘留等），容易被认定为违法解除，进而导致需向劳动者支付赔偿金或继续履行劳动合同的后果<sup>50</sup>，陷入被动的局面。完善的劳动用工规章制度体系是用人单位规范管理的基础。中央企业应注意确保规章制度的内容合法合理，并且应依法履行民主公示程序，保留相关证据。

非过错性解除是指用人单位在非因劳动者过错而单方解除劳动合同的法定

<sup>48</sup> 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的。

<sup>49</sup> 《劳动合同法》第三十八条。

<sup>50</sup> 《劳动合同法》第四十八条。

情形。根据《劳动合同法》第四十条、第四十一条，主要包括医疗期届满、不胜任工作、客观情况发生重大变化以及经济性裁员等。非过错性解除用人单位需要依法支付经济补偿金，但应注意非过错性解除不适用于几类特殊人群，包括医疗期职工、孕期产期哺乳期女职工、在本单位连续工作满十五年且距法定退休年龄不足五年等。<sup>51</sup>

医疗期是劳动者患病或非因工负伤时，停止工作治病休息不得解除劳动合同的期间，并不是劳动者的治疗期间，其根据劳动者工龄和司龄来确定。在医疗期内非因法定事由不得与劳动者解除劳动合同。用人单位运用医疗期满后法定情形解除劳动合同的，应注意不能在医疗期满后直接解除劳动合同，应当先履行合理调整岗位这一前置程序，如果劳动者不能胜任新的工作岗位的，用人单位才能依据法律规定解除劳动合同。<sup>52</sup>

劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的，用人单位可以解除劳动合同。<sup>53</sup>据此，如果劳动者不能胜任工作，对员工进行培训或合理调岗（选择其一适用）是解除劳动合同的前置程序。只有在劳动者经过培训和调岗后不能胜任新工作的，用人单位才能与劳动者解除劳动合同。实务操作中，用人单位应制定详细的、尽可能量化的绩效考核制度，明确绩效改进计划的考核指标，并合理安排员工培训或者调整工作岗位。用人单位决定对员工进行不胜任培训的，应当就已经对员工进行了培训，且与培训相关的时间、地点、培训内容等进行举证。

劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的，用人单位在与劳动者协商未能就变更劳动合同内容达成协议的情况下，可与劳动者解除劳动合同。<sup>54</sup>“客观情况”是指发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等情况。目前在“客观情况发生重大变化”的认定上各地司法实践中存在自由裁量空间。

用人单位依照企业破产法规定进行重整，生产经营发生严重困难，企业转产、重大技术革新或者经营方式调整经变更劳动合同后仍需要裁减人员的，或者其他

---

<sup>51</sup> 《劳动合同法》第四十二条，还包括：从事解除职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期的；在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的等。

<sup>52</sup> 《劳动合同法》第四十条第一款。

<sup>53</sup> 《劳动合同法》第四十条第二款。

<sup>54</sup> 《劳动合同法》第四十条第三款。

因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化致使劳动合同无法履行的,裁员人数在二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的,用人单位在提前三十日向工会或者全体职工说明情况,将提出的裁减人员方案向用人单位注册地劳动行政部门报备后,可以解除劳动合同。<sup>55</sup>用人单位经济性裁员要求用人单位优先留用下列人员:与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的;与本单位订立无固定期限劳动合同的;家庭无其他就业人员,有需要扶养的老人或者未成年人的。用人单位裁减人员后,在六个月内重新招用人员的,应当通知被裁减的人员,并在同等条件下优先招用被裁减的人员。<sup>56</sup>中央企业应注意,裁减人员时应依据法律规定的程序进行,同时还应积极履行国家稳就业工作的相关政策<sup>57</sup>,不裁员或少裁员的企业可以享受失业保险稳岗返还政策。

### (三) 劳动合同终止

劳动合同终止的情形包括劳动合同期满、劳动者主体资格丧失和用人单位主体资格丧失等<sup>58</sup>。根据《劳动合同法》第四十六条,除用人单位维持或提高劳动合同约定条件续订劳动合同,劳动者不同意续订的情形外,如果劳动合同到期终止的,用人单位应当支付经济补偿。

针对劳动合同期满,用人单位应注意甄别是否存在法定延续事由(如职业病医学观察期、工伤职工停工留薪期、女职工孕期产期哺乳期、本单位连续工作满十五年且距法定退休年龄不足五年等)<sup>59</sup>;甄别是否存在签订无固定期限劳动合同的情形(用人单位与劳动者连续订立两次固定期限劳动合同后期满,且劳动者无过错的,劳动者提出或者同意续订、订立无固定期限劳动合同,用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同)<sup>60</sup>;并应根据地方口径提前履行通知劳动者程序。

劳动者主体资格丧失的情形包括劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的,或者劳动者死亡、被人民法院宣告死亡或宣告失踪的。用人单位主体资格丧失的情形包括用人单位被依法宣告破产,营业期限届满,被吊销营业执照、责令关闭、撤销,决定提前解散的。

---

<sup>55</sup> 《劳动合同法》第四十一条第一款。

<sup>56</sup> 《劳动合同法》第四十一条第二款、第三款。

<sup>57</sup> 《国务院关于进一步做好稳就业工作的意见》。

<sup>58</sup> 《劳动合同法》第四十四条。

<sup>59</sup> 《劳动合同法》第四十五条,劳动合同期满,有本法第四十二条规定情形之一的,劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。

<sup>60</sup> 《劳动合同法》第十四条第二款

《劳动合同法实施条例》第十三条明确，用人单位不得与劳动者约定法定终止情形外的其他劳动合同终止条件。

#### （四）后合同义务

实务操作中，劳动合同解除或终止时，用人单位和劳动者往往还需要继续履行一部分法定义务，可以称之为“后合同义务”。

劳动者需要履行的主要义务是按照双方约定办理工作交接。用人单位应当向劳动者支付经济补偿的，可在劳动者办结工作交接时支付。<sup>61</sup>如果劳动者未按照用人单位的要求办理工作交接且给用人单位的生产、经营和工作造成直接经济损失的，用人单位有权向劳动者主张损害赔偿，但需要注意的是，用人单位应当对直接经济损失承担举证责任。此外，离职后的保密义务和竞业限制义务也属于后合同义务的范畴。

用人单位需要履行的主要义务包括出具离职证明、按照约定支付经济补偿、在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续等。此外，用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本应至少保存两年备查。如果在劳动合同解除或终止后用人单位未及时履行上述义务的，用人单位将可能面临损害赔偿的法律责任以及劳动行政部门限期责令支付经济补偿的问题，如果逾期仍不支付的，还将面临加付赔偿金的法律风险。

用人单位还应注意在特殊情形下需要履行的其他特殊法定义务，例如裁减人员后六个月内优先补录相关人员的义务等。

### 四、职工代表大会与工会

#### （一）职工大会与职工代表大会

职工代表大会（或职工大会，简称职代会）是职工行使民主管理权力的机构，是企业民主管理的基本形式<sup>62</sup>。劳动者可通过职代会形式参与民主管理或者就保护劳动者合法权益与用人单位进行平等协商。<sup>63</sup>依照法律规定建立和完善中央企业职工代表大会制度有利于推进企业民主管理工作规范化，促进中央企业持续健康发展。国资委党委《关于建立和完善中央企业职工代表大会制度的指导意见》明确，中央企业实行职代会制度必须坚持党的领导、坚持推进基层民主政治建设、坚持促进企业发展、坚持推进现代企业制度建设、坚持促进劳动关系和谐。职工代表的总人数根据企业规模等实际情况而定，既要保证职工代表的覆盖面和代表

<sup>61</sup> 《劳动合同法》第五十条。

<sup>62</sup> 《企业民主管理规定》第三条。

<sup>63</sup> 《劳动法》第八条。

性，又要保证职代会制度的可操作性。职工代表人数按照不少于全体职工人数的百分之五确定，最少不少于三十人。职工代表人数超过一百人的，超出的代表人数可以由企业与工会协商确定。职工代表的结构应以一线职工为主体，劳模先进人物、青年职工和女职工、劳务派遣职工应占适当比例。企业中层以上管理人员和领导人员一般不得超过职工代表总人数的百分之二十。职工代表调离企业、与企业解除劳动合同、退休或死亡，其代表资格自行终止。中央企业的职代会一般每届3-5年，每年至少召开一次会议。每次会议必须有全体职工代表的三分之二以上出席，方可召开。

职代会的职权包括审议建议权、审议通过权、监督评议权、民主选举权和法律法规赋予的其他权利。其中审议通过权包括审议企业提出的企业改制中的职工安置方案、职工奖惩办法及企业其他涉及职工切身利益的重要规章制度；经企业和工会协商提出的集体合同草案、企业年金方案、住房制度改革方案等涉及职工切身利益的重大事项。<sup>64</sup>

值得注意的是，依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务是用人单位的法定责任。中央企业制定和完善企业劳动规章制度既要注意相关内容符合法律法规规定，又要注意制定程序是否符合有关规定。根据《劳动合同法》第四条，“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。”

## （二）工会组织

劳动者有权依法参加和组织工会。工会代表和维护劳动者的合法权益，依法独立自主地开展活动。<sup>65</sup>成立工会组织对于企业维护劳动关系稳定，合法解决劳动管理各项事务发挥重要作用。中央企业应根据《工会法》《中国工会章程》《企业工会工作条例》《企业工会主席产生办法》等法律法规的规定支持依法组建工会并及时拨缴工会经费，保护工会合法权利，包括但不限于：参与企业民主管理

---

<sup>64</sup> 《关于建立和完善中央企业职工代表大会制度的指导意见》：《企业工会工作条例（试行）》第三十四条，国有企业、国有控股企业职工代表大会或职工大会的职权：（一）听取审议企业生产经营、安全生产、重组改制等重大决策以及实行厂务公开、履行集体合同情况报告，提出意见和建议。（二）审议通过集体合同草案、企业改制职工安置方案。审查同意或否决涉及职工切身利益的重要事项和企业规章制度。（三）审议决定职工生活福利方面的重大事项。（四）民主评议监督企业中层以上管理人员，提出奖惩任免建议。（五）依法行使选举权。（六）法律法规规定的其他权利。

<sup>65</sup> 《劳动法》第七条。

(企业研究经营管理和发展的重大问题应当听取工会意见;召开讨论有关工资、福利、劳动安全卫生、社会保险等涉及职工切身利益的会议必须有工会代表参加);代表职工签订集体合同;对企业处分职工提出意见(企业单方解除劳动合同时应事先将理由通知工会);对劳动条件和安全卫生等进行监督;调查侵犯职工合法权益的问题;维护职工合法权益(职工因工伤亡事故和其他严重危害职工健康问题的调查处理必须有工会参加);参加企业劳动争议调解工作等。

企业工会接受同级党组织和上级工会双重领导,以同级党组织领导为主。企业工会与企业行政具有平等的法律地位,相互尊重、相互支持、平等合作,共谋企业发展。工会召开会议或者组织职工活动,需要占用生产时间的,应当事先征得企业的同意。工会非专职委员占用生产或工作时间参加会议或者从事工会工作,在法律规定的时间内(每月不超过三个工作日)工资照发,其他待遇不受影响。工会专职工作人员的工资、奖励、补贴由企业支付,社会保险和其他福利待遇等享受本单位职工同等待遇。

## 五、特殊员工

### (一)三期女职工

女职工孕期、产期、哺乳期合称“三期”。符合计划生育政策的三期女职工可依法享受本节规定的待遇和保护,而违反计划生育政策的三期女职工除可按规定享受产假外,不享受本节所述的各项生育福利待遇。

用人单位可根据女职工户籍所在地的相关规定确定三期女职工是否符合计划生育政策,如女职工居住地的计划生育政策与户籍所在地的规定不一致,则用人单位应分别与户籍所在地和居住地的相关部门确定适用标准。

#### 1. 产前检查

怀孕女职工在劳动时间内进行产前检查,所需时间计入劳动时间,因此,用人单位应当按照正常工资标准向女职工发放产检期间的工资,而不能按病假、事假、旷工处理。女职工在怀孕期间的产前检查次数,法律并无明确规定,用人单位可根据医疗机构和医生的建议给予产检假。

#### 2. 产假

《女职工劳动保护特别规定》规定了产假和流产假的天数,部分地区(例如上海、天津)还对产前假做了专门的规定。

《人口与计划生育法》规定,符合法律、法规规定生育子女的夫妻,女职工可享受奖励假,其配偶可享受护理假或陪产假。奖励假和护理假(或陪产假)的

具体规定各地存在差异，应结合各地政策确定。

目前，全国各地产假最少为 128 天，最长为 365 天（一年）；男性护理假最少 7 天，最长 30 天。

### 3. 产假待遇

根据《女职工劳动保护特别规定》第八条的规定，女职工产假期间的生育津贴，对已经参加生育保险的，按照用人单位上年度职工月平均工资的标准由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，按照女职工产假前工资的标准由用人单位支付。女职工生育或者流产的医疗费用，按照生育保险规定的项目和标准，对已经参加生育保险的，由生育保险基金支付；对未参加生育保险的，由用人单位支付。

奖励假的工资待遇是否由社保基金承担、生育津贴低于女职工本人工资的差额部分是否需由用人单位补足等问题，目前各地方规定不同，应按各地政策执行。

### 4. 哺乳期、哺乳假及哺乳时间

（1）哺乳期，是女职工怀孕生下婴儿，到婴儿满 1 周岁的这一期间。

（2）哺乳假，是女职工产假期满后抚育婴儿有困难的，经本人申请且所在单位批准后可以享受一定期限的假期。关于哺乳假，国家法律法规未做规定，能否享受以及如何享受，具体按照各地规定执行。

（3）哺乳时间，用人单位应当在每天的劳动时间内为哺乳期女职工安排 1 小时哺乳时间；女职工生育多胞胎的，每多哺乳 1 个婴儿每天增加 1 小时哺乳时间。哺乳时间如何使用，法律未规定，可由用人单位在规章制度中规定。

### 5. 劳动合同的解除和终止限制

用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳予以辞退、与其解除劳动合同或者聘用合同。女职工在孕期、产期、哺乳期的，用人单位不得依照《劳动合同法》第四十条<sup>66</sup>、第四十一条<sup>67</sup>的规定解除劳动合同。劳动合同期满，女职工在孕期、产期、哺乳期的，劳动合同应当续延至相应的情形消失时终止。

### 6. 劳动保护

（1）工作内容保护。用人单位不得安排女职工在怀孕期间、哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期、哺乳期禁忌从事的劳动<sup>68</sup>。

---

<sup>66</sup>即无过失性解除。

<sup>67</sup>即经济性裁员。

<sup>68</sup>详见《女职工劳动保护特别规定》附录部分。

(2) 劳动时间保护。对怀孕7个月以上、哺乳未满1周岁婴儿的女职工，用人单位不得延长劳动时间或者安排夜班劳动，并应当在劳动时间内安排一定的休息时间。

(3) 岗位和薪酬保护。用人单位不得因女职工怀孕、生育、哺乳而降低其工资、调整工作岗位，用人单位与女职工协商变更的除外。

## (二) 医疗期员工

### 1. 病假

病假是指劳动者因患病或非因工负伤，针对实际的病情，根据医生的建议停止工作进行治疗的期间。病假的长短根据劳动者的病情而定。目前法律对于病假的长短以及病假成立的条件，没有明确规定。对于劳动者而言，因病休病假系属于法定权利，无须经过用人单位的批准即可行使的权利，但劳动者应当向用人单位提供医院出具合法有效的诊断证明书以证明其疾病的真实性。

### 2. 医疗期

(1) 医疗期是指企业职工因患病或非因工负伤停止工作治病休息不得解除劳动合同的时限。<sup>69</sup>医疗期以劳动者休病假为前提。

(2) 医疗期的期限及计算周期。用人单位根据劳动者实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予三个月到二十四个月的医疗期。不同的医疗期限有不同的累计计算时间。一般情况下，医疗期从病休第一天开始计算，累计计算。医疗期包含连续病休期间的休息日、法定节假日。<sup>70</sup>特别提醒的是，上海对医疗期的计算及计算周期做了特别规定<sup>71</sup>。

(3) 医疗期的延长。劳动者法定医疗期满仍未痊愈的，可以在医疗期满前向用人单位提出延长医疗期的申请，用人单位可根据法律规定以及劳动者的具体情况决定是否许可延长医疗期，如不同意延长应书面告知劳动者。对某些患特殊疾病（如癌症、精神病、瘫痪等）的劳动者，在24个月内尚不能痊愈的，经用人单位和劳动主管部门批准，可以适当延长医疗期。<sup>72</sup>患有特殊疾病的劳动者，用人单位是否无需考虑其工作年限而直接给予24个月医疗期，各地的操作口径不同，应结合各地规定确定。

### 3. 病假工资

---

<sup>69</sup> 《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》。

<sup>70</sup> 《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》。

<sup>71</sup> 上海市人民政府《关于本市劳动者在履行劳动合同期间患病或者非因工负伤的医疗期标准的规定》。

<sup>72</sup> 《关于贯彻〈企业职工患病或非因工负伤医疗期规定〉的通知》。

职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期间内由用人单位按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的80%。目前只有部分省市对疾病救济费做出了专门规定，因此如涉及疾病救济费的，应结合当地政策确定。

一般可按照以下规则确定病假工资的标准：劳动合同有约定的，按约定；无约定的，可按照集体合同；劳动合同和集体合同均未约定的，可按照公司规章制度；用人单位与劳动者无任何约定的，可按照劳动者的本人工资或当地社会平均工资标准来确定。各省市另有规定的，从其规定。

#### 4. 劳动合同解除和终止的限制

劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的，用人单位不得依照《劳动合同法》第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同。劳动合同期满，劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的，劳动合同应当顺延至相应的情形消失时终止。

#### 5. 医疗终结或医疗期满后劳动关系的处理

(1) 医疗终结后劳动关系的处理。根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第六条，企业职工非因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病，在医疗期内医疗终结，不能从事原工作，也不能从事用人单位另行安排的工作的，应当由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力的鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，终止劳动关系，办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇；被鉴定为五至十级的，医疗期内不得解除劳动合同。

(2) 医疗期满后劳动关系的处理。根据《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》第七条，企业职工非因工致残和经医生或医疗机构认定患有难以治疗的疾病，医疗期满，应当由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力的鉴定。被鉴定为一至四级的，应当退出劳动岗位，解除劳动关系，并办理退休、退职手续，享受退休、退职待遇。

劳动合同解除后是否需支付医疗补助费，各地口径不一致，具体、需结合各地规定确定。

#### (三) 工伤、职业病员工

根据《工伤保险条例》、《职业病防治法》规定，职工因工作遭受事故伤害或者患职业病进行治疗，享受工伤医疗待遇。

## 1. 工伤情形

职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

- (1) 在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；
- (2) 工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；
- (3) 在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；
- (4) 患职业病的；
- (5) 因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；
- (6) 在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；
- (7) 法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

职工有下列情形之一的，视同工伤：

- (1) 在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的；
- (2) 在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的；
- (3) 职工原在军队服役，因战、因公负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

职工有下列情形之一的，无论是否符合应认定或视同工伤的情形，均不认定为工伤或者视同工伤：

- (1) 故意犯罪的；
- (2) 醉酒或者吸毒的；
- (3) 自残或者自杀的。

## 2. 申请工伤认定

如职工发生事故伤害或者按照职业病防治法规定被诊断、鉴定为职业病，企业应当自事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起 30 日内，向统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。

如企业未按前款规定提出工伤认定申请的，工伤职工或者其近亲属、工会组织在事故伤害发生之日或者被诊断、鉴定为职业病之日起 1 年内，可以直接向用人单位所在地统筹地区社会保险行政部门提出工伤认定申请。

应予注意，因企业未在规定时限内提交工伤认定申请，在此期间发生符合规定的工伤待遇等有关费用由该企业负担。

### 3.停工留薪期待遇

职工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要暂停工作接受工伤医疗的,在停工留薪期内,原工资福利待遇不变,由所在单位按月支付。

停工留薪期一般不超过12个月。伤情严重或者情况特殊,经设区的市级劳动能力鉴定委员会确认,可以适当延长,但延长不得超过12个月。工伤职工评定伤残等级后,停发原待遇,按照本章的有关规定享受伤残待遇。工伤职工在停工留薪期满后仍需治疗的,继续享受工伤医疗待遇。生活不能自理的工伤职工在停工留薪期需要护理的,由所在单位负责。

### 4.解除或终止劳动合同限制

如职工患因职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的,中央企业不得依照《劳动合同法》第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同;劳动合同期满的,劳动合同是否终止按照国家有关工伤保险的规定执行。

### 5.工伤职工待遇

职工因工致残被鉴定为一级至四级伤残的,保留劳动关系,退出工作岗位,享受以下待遇:

(1)从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金,标准为:一级伤残为27个月的本人工资,二级伤残为25个月的本人工资,三级伤残为23个月的本人工资,四级伤残为21个月的本人工资;

(2)从工伤保险基金按月支付伤残津贴,标准为:一级伤残为本人工资的90%,二级伤残为本人工资的85%,三级伤残为本人工资的80%,四级伤残为本人工资的75%。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的,由工伤保险基金补足差额;

(3)工伤职工达到退休年龄并办理退休手续后,停发伤残津贴,按照国家有关规定享受基本养老保险待遇。基本养老保险待遇低于伤残津贴的,由工伤保险基金补足差额。

职工因工致残被鉴定为五级、六级伤残的,享受以下待遇:

(1)从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金,标准为:五级伤残为18个月的本人工资,六级伤残为16个月的本人工资;

(2)保留与用人单位的劳动关系,由用人单位安排适当工作。难以安排工作的,由用人单位按月发给伤残津贴,标准为:五级伤残为本人工资的70%,六级伤残为本人工资的60%,并由用人单位按照规定为其缴纳应缴纳的各项社会保

险费。伤残津贴实际金额低于当地最低工资标准的，由用人单位补足差额。

经工伤职工本人提出，该职工可以与用人单位解除或者终止劳动关系，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残的，享受以下待遇：

(1) 从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：七级伤残为 13 个月的本人工资，八级伤残为 11 个月的本人工资，九级伤残为 9 个月的本人工资，十级伤残为 7 个月的本人工资；

(2) 劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。

职工因工死亡，其近亲属按照下列规定从工伤保险基金领取丧葬补助金、供养亲属抚恤金和一次性工亡补助金：

(1) 丧葬补助金为 6 个月的统筹地区上年度职工月平均工资；

(2) 供养亲属抚恤金按照职工本人工资的一定比例发给由因工死亡职工生前提供主要生活来源、无劳动能力的亲属。标准为：配偶每月 40%，其他亲属每人每月 30%，孤寡老人或者孤儿每人每月在上述标准的基础上增加 10%。核定的各供养亲属的抚恤金之和不应高于因工死亡职工生前的工资。供养亲属的具体范围由\*\*\*社会保险行政部门规定；

(3) 一次性工亡补助金标准为上一年度全国城镇居民人均可支配收入的 20 倍。

## 6. 特殊用工情形下的工伤职工待遇处理

(1) 企业发生分立、合并、转让的，承继单位应当承担原企业的工伤保险责任；原企业已经参加工伤保险的，承继单位应当到当地经办机构办理工伤保险变更登记。

(2) 企业实行承包经营的，工伤保险责任由职工劳动关系所在单位承担。

(3) 职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原企业承担工伤保险责任，但原企业与借调单位可以约定补偿办法。

(4) 企业破产的，在破产清算时依法拨付应当由单位支付的工伤保险待遇

费用。

#### （四）外国人

外国人在中国就业，指没有取得定居权的不具有中国国籍的外国人在中国境内依法从事社会劳动并获取劳动报酬的行为。

##### 1. 申办就业证件

外国人在中国就业，应符合规定的就业条件，用人单位需要向有关主管部门进行申报办理相关就业核准手续，在经核准后，在中国就业的外国人应持 Z 字签证入境，入境后取得《外国人就业证》和外国人居留证件，方可在中国境内就业。任何单位和个人不得聘用未取得工作许可和工作类居留证件的外国人。

另外，外国人在中国就业的用人单位必须与其就业证所注明的单位相一致。故企业无法通过劳务派遣、业务外包等方式招用外籍员工。

##### 2. 劳动合同期限

《外国人在中国就业管理规定》第十七条规定，用人单位与被聘用的外国人应依法订立劳动合同。劳动合同的期限最长不得超过五年。劳动合同期限届满即行终止，按规定履行审批手续后可以续订。

##### 3. 法律适用

外国人在华就业，适用中国法律。用人单位支付所聘用外国人的工资不得低于当地最低工资标准；在中国就业的外国人的工作时间、休息休假、劳动安全卫生以及社会保险按国家有关规定执行。

##### 4. 社会保险

用人单位招用外国人的，应当自办理就业证件之日起 30 日内为其办理社会保险登记，依法为外籍员工缴纳社会保险。

聘用来自与我国签订有社会保险双边互免协议国家的员工，单位可按照社保双边互免协议为其缴纳社会保险。

##### 5. 就业证的变更、延期及年检

外国人在就业期间变更用人单位、变更职务、护照号码、国籍、居住地点等，用人单位及外国人应当在规定时间内办理就业及居留证件的变更手续。就业证期限届满继续聘雇，用人单位应及时为其办理就业证延期手续。同时用人单位还应按规定为外国人办理就业证年检、注销等相关手续。

## 六、劳动争议案件处理

### （一）劳动争议案件诉前阶段

劳动争议案件是指劳动关系的双方当事人之间,因劳动权利和义务发生纠纷而引发的诉讼案件。《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二条规定:“中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议,适用本法:(一)因确认劳动关系发生的争议;(二)因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议;(三)因除名、辞退和辞职、离职发生的争议;(四)因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议;(五)因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议;(六)法律、法规规定的其他劳动争议”。

我国劳动争议处理制度在程序操作上主要有三个步骤,可以简单归纳为“自愿调解,一裁两审”:第一步:在自愿协商的前提下,在企业内部进行调解;企业自身设有劳动争议调解委员会的,可向该调解委员会申请调解。第二步:调解未成的,可以向劳动争议仲裁委员会提起仲裁,进入劳动争议仲裁程序,这个程序是法定的前置必经程序。第三步:当事人对仲裁裁决不服的,可以向人民法院提起诉讼(一审),对于一审结果不服的当事人可以依法向一审法院所属的二审法院提起上诉(二审)。

劳动争议案件的诉前阶段非常重要,即员工申请仲裁之前,公司通过及时沟通介入解决,从而化解风险。一般可以通过工会或者内部的劳动争议调解委员会来处理,倾听员工诉求,梳理事实依据,及时解决矛盾。

## (二) 劳动争议案件仲裁阶段

劳动仲裁是劳动争议案件的法定前置程序,一旦发生劳动争议,双方可以向劳动合同履行地或用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

用人单位收到仲裁申请书及相关材料后,应仔细研究分析申请人的相关诉请,及时通过公司的有关部门了解申请人在申诉书中陈述的事实是否和实际情况相符,或向专业机构就案件的情况征询处理方案。结合案件事实、掌握证据及相关劳动法规,综合客观分析案件,制定仲裁策略。若发现案件事实不利于己方或仲裁成本过高,为避免诉累,可及时采用调解或和解方式解决争议,结合实际情况确定切实可行的调解方案,争取与员工达成一致。

劳动争议案件中有一种特殊的纠纷类型即社会保险纠纷。该类纠纷可能涉及到社保行政部门,与一般劳动争议案件的处理方式上存在不同,需格外注意。实践中可能涉及到的社会保险纠纷有以下两类:

(1) 用人单位办理了社保手续，但因用人单位欠缴、漏缴、拒缴社会保险费或者因缴费年限、缴费基数等发生的争议。该类社会保险纠纷是征收与缴纳之间的纠纷，不是单一的劳动者与用人单位之间的社保争议。司法实践中，多数劳动人事争议仲裁委员会、人民法院不予受理，但也有部分地区予以受理该类纠纷。即使受理，补缴社会保险费具体事宜仍需前往有关社保部门具体办理。该类争议的解决，通常由社保缴费办理部门、执法部门予以处理。

(2) 社会保险损失赔偿纠纷。指保险事故发生后，劳动者依照法律、法规的规定，要求用人单位赔偿因其不交、少交或迟交社会保险费的行为所带来的社会保险待遇损失纠纷。此类社会保险纠纷是在劳动合同履行期间内产生，属于劳动争议案件。

用人单位对于劳动争议案件的仲裁裁决需注意一裁终局的情形，即关于追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议以及因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议，此类仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力。用人单位只能向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决。

对一裁终局所涉规定以外的其他劳动争议案件的仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼；期满不起诉的，裁决书发生法律效力。

### (三) 劳动争议案件诉讼阶段

#### 1. 一审

劳动争议一审案件由用人单位所在地或劳动合同实际履行地的基层法院进行管辖。如果用人单位与员工分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的基层人民法院起诉，由先受理的法院进行管辖。由于案件中实际履行地可能在外地，所以如果对仲裁裁决不服，用人单位应尽早在本地上案以降低诉讼成本。

鉴于在劳动争议仲裁阶段，已经进行过事实调查和证据质证。故在收到裁决书后，如果对于裁决中所述事实和法律依据不认可，应积极准备起诉，在起诉书中列明请求事项及事实依据，着重针对裁决书中事实认定不实部分来完善证据链。如果员工起诉，用人单位应着重针对诉讼阶段原告的诉讼请求进行分析，对于所涉的案件事实进行充分的调查，在原有劳动争议仲裁的基础上进一步完善证据材料。

劳动争议案件中为了平衡劳动者和用人单位之间的利益，用人单位往往需承

担更多的举证责任，所以用人单位需重视证据的保存和提出。证据主要包括当事人陈述、书证、物证、视听资料、证人证言、电子数据、鉴定意见、勘验笔录八种。在诉讼过程中，也需关注己方和对方提出证据的三性即真实性、关联性和合法性，围绕证据三性进行举证质证。

用人单位不服人民法院第一审判决的，有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。

## 2. 二审

二审程序，是第二审人民法院根据上诉人的上诉，就第一审人民法院尚未发生法律效力或裁定认定的事实和适用法律进行审理。二审主要是针对一审案件的纠错程序，用人单位须在庭前就一审判决书中的事实认定错误或法律适用错误部分做好充足准备。

二审案件可以进行调解，调解书送达后，原审人民法院的判决即视为撤销。二审判决是终审判决，一经作出即生效。

如果认为二审判决有误，可以在判决或裁定生效以后六个月内向上一级人民法院提出再审申请。再审程序只是纠正生效裁判错误的法定程序，不是案件审理的必经程序，也不是诉讼的独立审级。实践中，由于再审审理的对象是确定的生效判决，因而启动再审程序的情况非常少见。

### （四）劳动争议案件执行阶段

对于发生法律效力的调解书、裁决书和判决书，当事人应当在规定期限内履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。

## 第三章 劳务派遣、业务外包与灵活用工

### 一、劳务派遣

#### （一）劳务派遣法律关系

劳务派遣是指劳务派遣单位（即用人单位）根据用工单位需要，将劳动者派遣到用工单位工作。用人单位将本单位劳动者派往境外工作或者派往家庭、自然人处提供劳动的，不是劳务派遣。

劳务派遣单位、用工单位和被派遣劳动者三方之间形成三种法律关系：一是劳务派遣单位与被派遣劳动者之间的劳动合同关系；二是劳务派遣单位与用工单位之间的劳务派遣合同关系，也即民事关系；三是被派遣劳动者与用工单位之间的用工管理关系。

## （二）劳务派遣机构经营资质

经营劳务派遣业务应当依法取得劳务派遣经营许可证。用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者，用人单位或者其所属单位也不得出资或者合伙设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

## （三）用工单位的义务

由于用工管理在用工单位，因此用工单位应根据《劳动合同法》第六十二条的规定履行相应的义务，例如支付加班费、绩效奖金等福利待遇，提供岗位必须的培训等。用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。

## （四）用工岗位和用工比例

1.用工岗位。劳务派遣用工只能在临时性、辅助性或者替代性（合称“三性”）的工作岗位上实施。用工单位决定使用被派遣劳动者的辅助性岗位，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定，并在用工单位内公示（即民主程序）。

劳务派遣单位不得以非全日制用工形式招用被派遣劳动者。

2.用工比例。用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，使用的被派遣劳动者数量不得超过其用工总量的10%。用工总量是指用工单位订立劳动合同人数与使用的被派遣劳动者人数之和。

3.不受用工岗位和用工比例的限制。外国企业常驻代表机构和外国金融机构驻华代表机构等使用被派遣劳动者的，以及船员用人单位以劳务派遣形式使用国际远洋海员的，不受三性和用工比例的限制。

## （五）劳动合同期限

劳务派遣单位应当依法与被派遣劳动者订立2年以上的固定期限书面劳动合同。劳务派遣是否适用无固定期限劳动合同<sup>73</sup>的相关规定，各地的执行口径不一致，具体以各地规定为准。

## （六）同工同酬

被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

## （七）劳务派遣员工的退回

---

<sup>73</sup>详见《劳动合同法》第十四条。

## 1.退回及退回后的处理

可退回的情形	退回后的处理
劳务派遣员工有《劳动合同法》第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的行为	劳务派遣单位可据此与劳动者解除劳动合同
用工单位有《劳动合同法》第四十条第三项、第四十一条规定情形的	1、重新派遣。重新派遣时维持或者提高劳动合同约定条件,被派遣劳动者不同意的,劳务派遣单位可以解除劳动合同; 2、待岗。被派遣劳动者退回后在无工作期间,劳务派遣单位应当按照不低于所在地人民政府规定的最低工资标准,向其按月支付报酬。
用工单位被依法宣告破产、吊销营业执照、责令关闭、撤销、决定提前解散或者经营期限届满不再继续经营的	
劳务派遣协议期满终止的	

## 2.退回限制

被派遣劳动者有《劳动合同法》第四十二条规定情形,且用工单位有《劳动合同法》第四十条第三项、第四十一条规定情形的,则在派遣期限届满前,用工单位不得将被派遣劳动者退回劳务派遣单位;派遣期限届满的,应当延续至相应情形消失时方可退回。具体情形如下:

(1)劳动者从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查,或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的;

(2)劳动者在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的;

(3)劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期内的;

(4)女职工在孕期、产期、哺乳期的;

(5)劳动者在本单位连续工作满十五年,且距法定退休年龄不足五年的;

(6)法律、行政法规规定的其他情形;

(7)劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的;

(8)有下列情形之一,企业需要裁减人员的:

① 依照企业破产法规定进行重整的;

② 生产经营发生严重困难的;

③ 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；

④ 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

#### （八）工伤处理

被派遣劳动者在用工单位因工作遭受事故伤害的，劳务派遣单位应当依法申请工伤认定，用工单位应当协助工伤认定的调查核实工作。劳务派遣单位承担工伤保险责任，但可以与用工单位约定补偿办法。被派遣劳动者在申请进行职业病诊断、鉴定时，用工单位应当负责处理职业病诊断、鉴定事宜，并如实提供职业病诊断、鉴定所需的劳动者职业史和职业危害接触史、工作场所职业病危害因素检测结果等资料，劳务派遣单位应当提供被派遣劳动者职业病诊断、鉴定所需的其他材料。

#### （九）跨地区派遣

劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的，劳务派遣单位应当在用工单位所在地为被派遣劳动者参加社会保险，按照用工单位所在地的规定缴纳社会保险费。被派遣劳动者享有的劳动报酬、劳动条件和社会保险待遇，按照用工单位所在地的标准执行。

劳务派遣单位在用工单位所在地设立分支机构的，由分支机构为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费。劳务派遣单位未在用工单位所在地设立分支机构的，由用工单位代劳务派遣单位为被派遣劳动者办理参保手续，缴纳社会保险费。

#### （十）劳务派遣单位与用工单位的连带责任

劳务派遣单位、用工单位违反有关劳务派遣规定的，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款，对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

## 二、业务外包

业务外包是指企业为了获得比单纯利用内部资源更多的竞争优势，将其业务的一部分交由外部合作企业完成，从而达到降低成本、提高效率、分散经营风险、充分发挥自身核心竞争力和增强企业对环境的迅速应变能力的一种经营管理模式。

业务外包的实质为承包、承揽，即发包方把业务的一部分或者全部发包给外部专门机构（承包方），由承包方完成相应的业务工作；承揽人按照定作人的要求完成工作交付工作成果。

业务外包(尤其是服务外包)与劳务派遣在一定程度上具有相似性，因此《劳务派遣暂行规定》第二十七条规定，用人单位以承揽、外包等名义，按劳务派遣用工形式使用劳动者的，按照劳务派遣处理。即“假外包，真派遣”。

业务外包与劳务派遣具有如下区别：

1.业务外包与劳务派遣的客体不同。外包的客体是“事”，派遣的客体是“人”。

2.行使管理权的主体不同。业务外包中，由承包方对劳动者行使管理权；而劳务派遣中，则是由用工单位对劳动者行使管理权。

3.侵权责任承担主体不同。劳动者因执行工作任务致他人损害的，业务外包由承包方承担，劳务派遣由用工单位承担。

### 三、灵活用工

随着互联网经济的迅猛发展，各种新产业、新业态、新模式不断出现，灵活用工也被越来越多企业所采用。较传统的企业用工模式而言，灵活用工给了企业与劳动者更多选择，可以更好地满足企业和劳动者灵活多样的用工需求和就业需求。然而，灵活用工到目前为止并没有明确的法律定义，本章节所述灵活用工，包括实习生、见习生、非全日制用工及共享用工均属于灵活用工的范畴。

#### （一）实习生

实习通常是指在校学生，根据学校教学目标和计划，由学校组织学生到各类企事业单位中开展的与其所学专业相关的实践性教学活动或者是在校学生自行利用课余时间到企事业单位进行工作实践的情形。

##### 1.实习的法律关系

实习生为在校学生，实习是其教学环节之一，非劳动法意义上的劳动者，目前司法实践中的主流意见是不建立劳动关系，建立劳务关系。

##### 2.实习协议的签订

企业招用实习生应当依法与实习人员、学校签订相关实习协议，明确相关权利义务。同时，依据相关规定，企业不得安排未满16周岁的学生进行顶岗实习；安排未满18周岁的实习生进行跟岗、顶岗实习的，应当取得学生监护人的知情同意书。

##### 3.实习报酬

企业与顶岗实习生应就实习报酬进行约定，实习报酬应当不低于相关规定的最低标准，并按照实习协议约定，以货币形式及时、足额支付给学生。

#### 4. 实习管理与安全职责

企业作为实习单位，应当做好学生权益保障工作，严禁安排学生从事相关法律法规禁止的生产活动，遵守国家关于工作时间和休息休假的规定；健全安全生产规章制度和操作规程，配备必要的安全保障器材和劳动防护用品，加强对实习学生的安全生产教育培训和管理，保障学生实习期间的人身安全和健康。

#### 5. 意外伤害事故的处理

企业可为实习生购买人生意外伤害保险或其他商业保险，并在实习协议中明确实习生遭受意外伤害事故时，实习单位、学校、实习生的责任承担模式，同时加强实习安全教育与提示，将该等情况发生的可能性降到最低。

### （二）见习生

见习是帮助尚未就业的青年提升就业能力，尽快实现就业的就业扶持措施，是在政府的组织和帮助下，尚未就业的青年申请前往经政府审批确定的见习基地特定岗位进行适应性训练的一项就业准备活动。

#### 1. 见习的法律关系

在见习期内，见习人员与企业即见习基地之间不建立劳动关系。

#### 2. 见习单位

企业要开展见习工作的，应当按照各地政府相关文件的要求向政府机构提出申请，经当地政府相关机构审核批准后成为见习基地，再开展见习工作。如果企业未被认定为见习基地就招用“见习人员”，那么与见习人员建立的就不是见习关系。因此，在见习制度中，企业必须被核准为见习基地才能适格。

#### 3. 见习人员

目前各地的见习制度中对于适用人员范围的规定各不相同，但均规定了见习人员必须满足特定条件才能参加见习。

#### 4. 见习补贴

见习期间，政府会用财政资金向见习基地企业及见习人员分别发放见习补贴。

#### 5. 人身保障

见习基地企业无需为见习人员缴纳基本社会保险，政府一般会为每位见习人员购买商业保险。见习人员在见习过程中因完成见习工作遭受人身伤害的，见习

单位不承担工伤保险相关的责任，会由政府购买的商业保险承担理赔责任。

## 6. 见习管理

从各地的见习制度来看，是由政府相关机构专项负责见习工作，并有权对见习全流程实施监督管理。企业在成为见习基地后，应按当地政府规定的流程与要求招聘见习人员、签订见习协议，有序开展见习活动，并应建立健全见习管理制度，加强见习人员的生产安全管理，维护见习人员的合法权益。

### （三）非全日制用工

非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。

非全日制用工对签订书面劳动合同无强制性规定，双方当事人可以订立口头协议，劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同，但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。非全日制用工双方当事人不得约定试用期，任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

此外，非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准，劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。用人单位应当依法为非全日制用工的劳动者缴纳工伤保险，以分散用工风险。

### （四）超过退休年龄人员用工

根据《劳动合同法》及《劳动合同法实施条例》规定，劳动者达到法定退休年龄或者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。

目前，关于职工的退休年龄，男性为60岁，女职工管理岗为55岁，非管理岗为50岁。

司法实践中，对于达到退休年龄，已办理退休手续并开始依法享受基本养老保险待遇的人员，无论是本单位职工还是其他单位职工，一般认为与企业不再建立劳动关系，企业招用上述人员用工的，一般按劳务关系对待。但是，对于已达到退休年龄，尚未办理退休手续或者对于从未缴纳过基本养老保险费的“农民工”与企业形成用工关系后，是按劳动关系还是按劳务关系看待，在司法实践中存在一定争议。企业在招用上述人员时，应注意避免用工风险。

### （五）共享用工

共享用工是在共享经济流行的大背景下出现的一种用工模式，并无明确的法律定义。通常，广义的共享用工是指员工通过共享平台实现与用工需求方自愿有

效匹配的工作方式，此种方式也被称为“众包”，其劳动关系如何认定尚无定论；狭义的共享用工指基于客观因素影响（比如疫情期间的停工停产等），用人单位对其员工进行的劳动再安排，其目的是为了缓解原用人单位的用工压力，满足实际用工方的用工需求，原用人单位不得以营利为目的借出员工。通过用工共享，原用人单位将现在不能工作的员工派到借用单位工作。借用期满后，被借用人员继续回原用人单位工作。此种用工模式下，需要关注以下几个方面：

1.劳动关系：共享用工不改变原用人单位和劳动者之间的劳动关系，原用人单位应保障劳动者的工资报酬、社会保险等权益，并督促借用单位提供必要的劳动保护，合理安排劳动者工作时间和工作任务，保障劳动者身心健康。

2.工伤责任承担：《工伤保险条例》第四十三条第三款规定，职工被借调期间受到工伤事故伤害的，由原用人单位承担工伤保险责任，但原用人单位与借调单位可以约定补偿办法。

3.共享用工协议的签订：如采取共享用工模式的，原用人单位（出借单位）、借用单位以及劳动者三方可通过签订民事协议明确各自的权利与义务。在共享用工协议中，原用人单位、借用单位以及劳动者可对借调期限、劳动者工伤的承担模式、劳动者医疗期、三期待遇的承担、违纪处理、商业秘密保护等内容作出细致的约定，以明确各自的权责归属、降低可能产生的法律风险，也为日后如果发生争议情况下的责任分担提供明确的处理依据与支持。

集团化企业中，上级公司向下属子公司委派管理人员或集团内部各成员单位间借调员工的，可参照上述方式操作。

## 第四章 海外用工

在企业境外经营合规管理中，劳动用工领域是至关重要的一个方面；但是相对其他投资经营风险，劳动用工合规管理风险往往容易被忽略。《企业境外经营合作管理指引》为中国企业提升境外经营合规管理水平提供了指引，其中提到了“劳工权利保护”，但中央企业海外用工过程中面临的风险与挑战远不限于此，包括用工模式选择、法律适用、出入境管理、税务以及劳动用工涉及的劳动安全保护、工时休假管理、个人信息保护、社保与工伤等方方面面。

### 一、外派员工

#### （一）外派员工的主要形式

为加强中国总部对境外企业的管理，在每家设立海外公司或开展境外项目的

中国企业中，几乎都存在由中国总部向境外公司外派员工的现象。目前，中央企业员工外派主要有三种情形。

第一种是对外投资。境内企业根据《企业境外投资管理办法》等法律规定开展境外投资，将已签订劳动合同的自有员工外派至其境外投资项目，并为外派员工办理符合派驻地法律规定的工作手续。该种模式下，境内企业与外派员工签订劳动合同，双方之间存在中国法律项下的劳动关系；员工被派出后，其主要劳动关系发生在东道国，公司于当地发放薪资、缴纳社会保险的情况下，存在双重劳动关系。如员工长期在东道国工作却未与东道国企业签订劳动合同，未办理合规的工作签证等用工手续，则存在构成东道国非法用工的风险。

第二种是对外工程承包。根据《对外承包工程管理条例》，具有对外承包工程资质的境内企业与员工签订劳动合同，购买境外人身意外险，办理出境手续，将员工外派至境外承揽的工程项目。对外承包工程企业在招用外派人员的时候，可以自行招用，也可以通过中介机构招用，但是只能通过取得\*\*\*商务主管部门许可并合法经营的从事对外承包工程外派人员的中介机构进行招用<sup>74</sup>。对外工程承包模式下，外派劳务人员从事的大多为低端劳动力工作，工资待遇相对较低，工伤风险较高，除了劳动关系本身应当缴纳的社会保险，还要求境内企业缴纳人身意外保险。需要注意的是，承包工程所在国的劳动用工法律法规也适用于外派的中国员工，企业应当保证外派员工在最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全卫生等方面符合该国的最低标准。

第三种是对外劳务合作。根据《对外劳务合作管理条例》，境外分支机构作为外国雇主，与具有对外劳务合作资质的境内企业签订合作协议，由对外劳务合作企业与劳务人员签署服务合同或劳动合同，购买境外人身意外险，并办理出境手续。对外劳务合作模式下存在对外劳务合作企业、国外雇主与劳务人员三方的法律关系。对外劳务合作企业与国外雇主必须签订书面劳务合作合同，否则对外劳务合作企业不得组织劳务人员赴国外工作。用工项目所在国家或者地区法律规定企业或者机构使用外籍劳务人员需经批准的，对外劳务合作企业只能与经批准的企业或者机构订立劳务合作合同。对外劳务合作企业与劳务人员订立服务合同或者劳动合同时，应当将劳务合作合同中与劳务人员权益保障相关的事项以及劳务人员要求了解的其他情况如实告知劳务人员，并向劳务人员明确提示包括人身安全风险在内的赴国外工作的风险，不得向劳务人员隐瞒有关信息或者提供虚假

---

<sup>74</sup> 请见《对外承包工程管理条例》、《对外承包工程项下外派劳务管理暂行办法》

信息。对外劳务合作企业应当负责协助劳务人员与国外雇主订立确定劳动关系的合同,并保证合同中有关劳务人员权益保障的条款与劳务合作合同相应条款的内容一致。

## （二）外派员工的社保缴纳问题

在中央企业开展对外投资、海外工程承包的过程中,妥善解决外派员工的社保缴纳问题是保障劳动者权利,解决其后顾之忧的重要问题。企业需要了解员工外派国家的社保缴费模式、相关法律规定以及中国与东道国之间是否存在双边协定。在强制要求缴纳社保的国家,如公司未依法依规为外派员工缴纳社保,可能面临补缴及承担利息,缴纳罚款以及赔偿损失的风险。

截至2019年9月,我国已与12个国家签署了双边社保协定,包括德国、韩国、丹麦、芬兰、加拿大、瑞士、荷兰、法国、西班牙、卢森堡、日本、塞尔维亚。如员工外派目的地为以上国家,则企业可以依据外派员工在国内开具的参保证明免缴协定豁免的部分社保。

## 二、海外属地化用工

属地化用工是指跨国企业的海外子企业或项目部按照所在国家(地区)相关法律法规,根据实际需要直接雇佣或使用当地人力资源。随着中国企业走出去步伐的加快,中国企业在境外雇佣外方员工的数量大幅增加,但由于企业长期在国内经营,对其他国家国情认识不足,对国外法律制度、执法口径、社会文化背景等缺乏了解,往往会导致劳动用工关系冲突和风险的出现,从外部环境来说,主要包括以下四个方面的风险。

### （一）劳动力成本差异引发的风险

由于社会经济发展状况的不均衡,不同国家地区的劳动力成本存在较大差异。存在部分国家和地区用人成本明显高于或低于国内平均水平。如何进行薪酬体系的整合是国内企业跨国并购时需要考虑的重要问题。

### （二）劳动用工政策差异引发的风险

国内企业选择对外投资就意味着要接受东道国劳动政策法规的规制。随着国际化不断深入,外国政府对国外企业和承包商的监管越来越强,制裁手段也越来越严厉,了解当地法律法规对劳动者薪酬、福利、劳动保护、健康安全保护方面的规定对于投资项目的稳定经营有着重要影响。劳动用工政策差异引发的主要风险点包括劳务配额制度、劳工权利制度等。

劳务配额政策是引发境外劳动用工风险的重要因素,各个国家和地区为保护

本国或本地区公民就业，会根据当地实际和项目投资规模给予境外企业一定的劳务配额，对外来人员的签证和居留进行严格限制。劳工权利是指法律规定的劳动者所享有的与劳动有关的政治权利、经济权利和社会权利，包括劳动保护、最低工资、工作时间、劳工福利、社会保险等。

### （三）工会组织差异引发的风险

工会制度在各国劳动用工法律关系中发挥着重要的作用，对履行雇主责任义务、保护劳工权利、实现员工有效管理和劳资争议调解均有特殊意义。中央企业应在从前期调研到项目落地执行的各个环节中重视境外工会的作用，将工会管理纳入劳动用工合规管理体系内，有效发挥工会组织的积极作用，提升企业集体协商与谈判能力，建立跨文化沟通和境外职工权益保护的有效平台。

### （四）政治制度和人文环境差异引发的风险

国内企业海外投资，代表着中国企业的国际形象，必然要受到国际政治文化背景的影响。由于在政治体制、经济体制、文化观念等方面存在差异，中央企业海外用工管理应制定更加严格和全面的制度规范，坚持可持续发展理念、履行企业社会责任等内容均应纳入员工日常管理的行为规范。此外，文化观念和宗教观念的差异也可能引发矛盾乃至冲突事件，应注意加强事前预防。

对于属地员工的管理，一是应当充分考虑当地政治经济状况和人文环境，在沟通和尊重的基础上，包容互信，建立跨文化的沟通体系和多样化、人性化的管理制度；二是要正确认识工会的作用，学会与工会正面、良性的沟通，履行跨国企业的社会责任；三是应当在尊重本地员工文化、传统、习惯的基础上充分发挥其主观能动性，建立科学有效的激励机制，提供符合市场环境的薪酬福利待遇，为外籍员工提供培训和发展的机会。

## 三、海外用工风险防控建设

### （一）开展尽职调查与法律调查

国内企业没有合理应对劳动用工合规风险导致利益受损，其中首要原因是对东道国的劳资状况、劳动法律政策及人文环境缺乏了解，因此，在开展海外投资项目之前，开展劳动用工尽职调查与法律尽职调查，识别当地劳动用工政策、劳动就业环境、劳动用工文化、工会制度相关风险，制定预防措施非常有必要。通过尽职调查，充分预估可能发生的风险，制定科学有效的防范措施能够有效减少风险的发生。

### （二）规范企业外派人员的招聘模式

中央企业应根据海外生产经营的实际需要合理确定海外用工模式，进而对员工进行依法规范管理。应注意避免未办理东道国合法用工手续的非法用工，也应注意避免法律关系不清晰、用工关系混同等情况出现。值得注意的是，与对外劳务合作企业签订合作协议的主体应是外国雇主，与东道国劳动者签订雇佣协议的主体应是外国雇主。

### （三）建立内部防范机制

劳动用工合规管理，尤其是海外劳动用工合规管理是一个动态而复杂的过程，需要建立长期的风险识别和防范机制。首先，企业的人力资源、法务等部门需要时刻关注东道国劳动相关政策法规，并以此为依据调整企业劳动用工政策，建立尊重差异、信守承诺、平等互利共赢的企业劳动用工机制；第二，企业应当建立防范预警机制，一旦发现异常，应当及时分析研究上报，采取必要的手段消除隐患；第三，建立通畅的投诉渠道，及时处理员工投诉，并建立纠纷处理程序，妥善处理纠纷。

### （四）加强企业用工管理，重视内部谈判协商能力建设

企业应重视内部雇佣管理能力的提升，加强管理型人才的培养，实现高效管理，避免因企业管理不当而引起劳动争议的产生。同时，企业应加强内部谈判协商能力的建设，为企业和员工搭建顺畅沟通的桥梁，提供劳资双方有效对话的平台，及时发现潜在的问题，了解员工的诉求，一旦发生争议，企业及时进行沟通调解，防止劳动争议的升级和劳资关系的恶化。

### （五）遵守当地法律规定

劳动法律政策具有极强的地域属性，不同国家和地区之间的法律可能存在巨大差异，境外企业基于国内习惯，很可能在“无意中”违反了当地法律。例如，一些境外企业在员工未取得当地就业许可的情况下，即与员工建立用工关系。有的企业雇佣中方员工的比例超过当地法律规定的限制。有些企业没有充分了解当地工会法律，被当地执法部门认定为损害员工结社权，导致难以开展实际工作。

### （六）制定风险处理预案

中央企业海外劳动用工纠纷事件不仅关系企业自身投资经营的成败，如果处理不善，引发群体性事件，还有可能造成不良的国际影响。因此，中央企业针对海外劳动用工纠纷事件应制定风险处置预案，既能储备相关资源防患于未然，又能在事发后及时采取有力措施第一时间进行有效处置。

本文档由香当网(<https://www.xiangdang.net>)用户上传