



**企业国有资产无偿划转制度
适用的疑难问题** 001/

**国资委强监管背景下循环融资贸易
的识别认定及诉讼风险防控** 011/

**慎始而无后忧：结合《反间谍法》修订
看涉外调研、统计活动的合规风险** 023/

QFLP政策的发展变化及实务 032/

**筑牢网络安全的基石——
《商用密码管理条例》要点解读与合规观** 043/



企业国有资产无偿划转制度 适用的疑难问题

作者：贾琛 刘宜鑫



企业国有资产无偿划转，是指企业国有资产在政府机构、事业单位及特定国有企业之间的无偿转移，其作为一种特殊的产权转移方式，具有程序简单、高效便捷、无偿等优势，是国有企业进行资产重组调整的重要方式之一。我国目前已经逐步建立起相对完善的无偿划转制度体系，但无偿划转实务中仍有不少问题尚待明确。厘清国有资产无偿划转过程中的疑难问题，对于正确适用无偿划转制度及促进国有资产保值增值皆有重要意义。

第一部分\

企业国有资产无偿划转的制度体系及适用

（一）企业国有资产无偿划转的制度体系概述

自2003年国务院国有资产监督管理委员会（以下简称“国务院国资委”）成立后，我国的国有资产无偿划转制度逐步完善，并形成了现有涵盖有限责任公司、非上市股份有限公司、上市公司的无偿划转制度体系，所涉及的主要规则如下：



文件名称	文号	发布机构	发布时间	本文简称
《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》	国 资 发 产 权 〔2005〕 239号	国务院国资委	2005.08.29	239号文
《企业国有产权无偿划转工作指引》	国 资 发 产 权 〔2009〕 25号	国务院国资委	2009.02.16	25号文
《关于促进企业国有产权流转有关事项的通知》	国 资 发 产 权 (2014) 95号	国务院国资委	2014.07.11	95号文
《关于进一步明确非上市股份有限公司国有股权管理有关事项的通知》	国 资 厅 产 权 〔2018〕 760号	国务院国资委 办公厅	2018.11.19	760号文
《上市公司国有股权监督管理办法》	国 资 委、财 政 部、 证监会令第 36号	国 务 院 国 资 委、 财政部、 证监会	2018.05.16	36号令
《关于企业国有资产交易流转有关事项的通知》	国 资 发 产 权 规 〔2022〕 39号	国务院国资委	2022.05.16	39号文

（二）无偿划转制度对不同类型标的公司的适用

1、有限责任公司

当有限责任公司作为无偿划转的标的公司时，239号文、25号文、95号文及39号文的规定应同时适用。

2、非上市股份有限公司

根据239号文的规定，股份有限公司国有股无偿划转，按国家有关规定执行。但对于非上市股份有限公司而言，国家并未作出专门规定。根据《关于进一步明确非上市股份有限公

司国有股权管理有关事项的通知》（国资厅产权〔2018〕760号）的规定，非上市股份有限公司的国有股权无偿划转，参照239号文等规定执行。

我们理解，“参照239号文等规定”是非完整列举，其中不仅仅包括239号文，还应包括有限责任公司无偿划转所适用的25号文、95号文及39号文的规定。

3、已上市股份有限公司

针对已上市的股份有限公司而言，36号令第五章明确规定了国有股东所持上市公司股份

无偿划转的相关要求。根据239号文关于“股份有限公司国有股无偿划转，按国家有关规定执行”的规定，上市公司股份的无偿划转应是适用36号令的规定，不再适用239号文等规定。

从36号令第五章的规定看，可以依法无偿划转所持上市公司股份的主体仅限于政府部门、机构、事业单位、国有独资或全资企业之间。但需注意的是，根据《〈关于企业国有资产交易流转有关事项的通知〉的问题解答》，39号文第五条中“企业产权”包含上市公司股份。因此，我们理解，国有控股、实际控制企业与其直接、间接全资拥有的子企业之间，或其直接、间接全资拥有的子企业之间，可比照36号令相关规定划转所持上市公司股份。

上市公司国有股份的无偿划转应同时适用36号令和39号文。

第二部分\

哪些主体可以无偿划转国有资产

（一）39号文发布前无偿划转适用主体范围的历史演变

国有资产无偿划转是国有企业优化资源结构，进行国企改革和重组的重要方式之一，其具有行政主导、程序便捷等基本特点，但其根本特征还是其无偿性，这也决定了能够适用无

偿划转进行国有产权调整变动的划入方/划出方只能是有限的特定主体。为行文方便，本文将无偿划转中的划入方/划出方统称为无偿划转适用主体。

自2003年国务院国资委成立至39号文发布，**无偿划转的适用主体范围得到了逐步明确和扩充，主要历经了三个阶段。**

第一阶段是239号文时期。根据239号文的规定，能够适用国有产权无偿划转的主体包括政府机构、事业单位、国有独资企业、国有独资公司。国有独资企业是指全民所有制企业。根据《公司法》的规定，国有独资公司是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。因此，根据239号文的规定，国有独资企业、国有独资公司、国有事业单位投资设立的一人有限责任公司及其再投资设立的一人有限责任公司，并不是国有产权无偿划转的适用主体。

第二阶段是25号文时期。25号文在239号文基础上，进一步明确规定能够适用国有产权无偿划转的主体包括国有独资企业、国有独资公司、国有事业单位投资设立的一人有限责任公司及其再投资设立的一人有限责任公司。

第三阶段是95号文时期。95号文将国有独资企业增加为了无偿划转的适用主体。根据95

号文的规定，“国有全资企业之间或国有全资企业与国有独资企业、国有独资公司之间，经双方全体股东一致同意，其所持股权可以实施无偿划转。”

（二）无偿划转适用主体范围的困境和挑战

结合上述各个阶段国有产权无偿划转适用主体的演变情况看，在39号文出台前，能够适用无偿划转的主体均具有一个共同特征，即其出资结构向上穿透后都是100%的国有出资，不存在任何非国资成分。但是，无偿划转主体需为100%国有出资的要求实质面临诸多的挑战：

首先，无偿划转主体需为100%国有出资的要求其实是一个表层特征，实质折射出的是避免国有资产流失的要求。但从避免国有资产流失的角度看，国有产权无偿划转其实可不必限制在100%国有出资的主体之间。国有控股公司与其全资子公司之间具有100%的股权关系，即便二者之间进行国有产权的无偿划转也同样不会存在国有资产损失的风险。

其次，近年大力推行的国有企业混合所有制改革，实质上导致了向上穿透后为100%国有出资的公司数量大幅减少，对于大量存在的已完成混合所有制改革的国有控股企业而言，无法适用无偿划转规定在一定程度上也限制了进行内部国有产权重组调整的手段和效率。

第三，在地方国资监管实践方面，也早有地方国资监管机构先行踏出了一步。上海市国资委于2020年12月发布了《上海市企业国有产权无偿划转管理办法》，根据该办法第十九条规定，各级国有控股、国有实际控制企业与其全资子公司或其全资子公司之间进行国有产权划转，可参照该办法相关规定，经各主体按公司治理结构决策，由监管企业批准后实施。上海市国资委下属的飞乐音响（600651）也在2022年实施了一次和全资子公司之间的无偿划转，将其持有的全资子公司上海亚明照明有限公司和上海飞乐工程建设发展有限公司的全部股权无偿划转至其全资子公司上海飞乐投资有限公司。

（三）无偿划转适用主体范围的突破及现状

2022年5月，国务院国资委发布了39号文，为推动国有经济布局优化和结构调整，也在国有产权无偿划转适用主体范围方面做出了突破。

根据39号文第五条的规定，“国有控股、实际控制企业内部实施重组整合，经国家出资企业批准，该国有控股、实际控制企业与其直接、间接全资拥有的子企业之间，或其直接、间接全资拥有的子企业之间，可比照国有产权无偿划转管理相关规定划转所持企业产权。”

综合239号文、25号文、95号文及39号文的规定，目前可实施或比照实施无偿划转的主体包括：

(1) 政府机构、事业单位、国有独资企业、国有独资公司；

(2) 国有独资企业、国有独资公司、国有事业单位投资设立的一人有限责任公司及其再投资设立的一人有限责任公司；

(3) 国有全资企业；

(4) 国有控股/实际控制企业（可比照无偿划转相关规定划转所持企业产权，仅限于该国有控股、实际控制企业与其直接、间接全资拥有的子企业之间，或其直接、间接全资拥有的子企业之间）。

需注意的是，39号文虽然将无偿划转的适用主体扩展到了国有控股/实际控制企业，但39号文在各地国资监管中的执行程度不统一。经公开检索，诸如天津、厦门等地已经出台明确规定，将39号文关于比照适用无偿划转的内容纳入了当地的国资监管规定中¹。但是，根据我们的实操经验，部分地方国资监管机构目前尚未执行39号文关于比照适用无偿划转的相关规定。因此，在具体适用39号文关于比照无偿划转相关规定时，建议及时与企业所属国资主管部门沟通确认。

第三部分\

哪些国有资产可以被无偿划转

哪些资产可以作为无偿划转的标的资产？

从239号文及25号文的规定看，企业国有产权可以作为无偿划转的标的资产。参考已失效的《企业国有产权转让管理暂行办法》第二条中规定，“企业国有产权是指国家对企业以各种形式投入形成的权益、国有及国有控股企业各种投资所形成的应享有的权益，以及依法认定为国家所有的其他权益。”

但实务中容易产生的疑虑的是，除企业国有产权外，其他国有资产是否作为无偿划转的标的资产。根据239号文的第二十一条规定，“企业实物资产等无偿划转参照该办法执行。”国务院国资委也曾在官网问答中明确无偿划转对象包括产权和实物资产。²但由于实物资产范围并不明确，因此，在实务中还是存在一定疑义，尤其是知识产权、债权是否属于实物资产？

从实物资产的字面意义理解，实物资产应是指有形的实体资产。参考关于实物资产转让

1. 详见《天津市企业国有产权无偿划转管理办法》（津国资产权〔2022〕34号）、《厦门市市属国有企业国有资产交易流转监督管理办法》（厦国资产规〔2022〕366号）
2. 参见国务院国资委官网：关于《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》中的适用范围的咨询，<http://www.sasac.gov.cn/n2588040/n2590387/n9854167/c25906947/content.html>

的相关规定³，实物资产通常包括房地产、机动车、特种车辆、机器设备、存货等。因此，从现有实物资产相关规定看，知识产权、债权并不属于实物资产的范畴。

但是，我们理解，239号文第二十一条关于参照该办法执行的资产范围不是完整列举，

存在解释的空间。其次，知识产权及债权本身属于可以依法转让的资产（特定债权除外），在划入方和划出方均符合规定的情况下，实施无偿划转也不会存在国有资产流失的风险。根据我们的检索，在实务中也存在无偿划转知识产权及债权的情况，具体案例如下：

公司简称及代码	无偿划转债权情况
中远海能（600026）	大连远洋运输有限公司审计报告：本公司因改制无偿划转股权减少盈余公积17,460,020.55元， 无偿划转房产减少盈余公积1,104,882.85元 ，无偿划转债权减少盈余公积499,838,490.66元，合计减少盈余公积518,403,394.06元。
国机汽车（600335）	中国汽车工业进出口有限公司审计报告：2013年度资本公积增减变动主要为： 因无偿划转债权而减少资本公积8,203,214.46元 。
西部牧业（300106）	2018年7月17日，八师国资委下发文件同意将12家团场投资公司持有的对12家合资牧场剩余股权和 债权无偿划转给天山军垦 。
天士力生物医药股份有限公司	2018年4月，天士力有限与天士力医药签署《股东资产划转协议》，天士力医药向天士力有限无偿划转专利号分别为 ZL200410018835.6（一种重组人尿激酶原的纯化方法）的专利权及1项非专利专有技术（重组人糖基化尿激酶原的制备方法）等知识产权，同时包括多个在研生物药项目、机器、设备资产及1项已注册商标（商标名称：普佑克；注册号：3805943）。
信科移动（688387）	子公司大唐移动通信设备有限公司收到原股东电信科学技术研究院有限公司 无偿划转专利技术、固定资产 ，增加资本公积-其他资本公积18,889,319.74元的通知。

3.《河北省人民政府国有资产监督管理委员会关于规范企业实物资产转让工作的通知》（冀国资字〔2012〕92号）：本通知所称实物资产包括房地产、机动车、特种车辆等固定资产和在建工程，以及其他单宗原值50万元人民币以上或批次原值100万元人民币以上的机器设备、核销资产、物资等。
 《北京市人民政府国有资产监督管理委员会关于加强企业实物资产转让管理工作的通知》（京国资发〔2012〕4号）：本通知所称重要实物资产包括转让方列入固定资产的房地产、机动车、特种车辆及其他单宗原值50万元人民币以上或批次原值100万元人民币以上的机器设备、物品等。
 《关于国有及国有控股企业实物资产转让有关问题的通知》（青国资产权〔2005〕88号）：本通知所指实物资产，主要包括企业的机器设备、房屋及建筑物、在建工程、存货等。其中，存货是指停产企业批量、贬值处理库存积压的原材料、半成品、产成品等。

综上，我们理解，知识产权及债权可以作为无偿划转的标的资产，但鉴于各地国资监管机构的实际把握口径可能存在差异，在实际操作中建议及时与所属国资监管机构沟通确认。

第四部分\

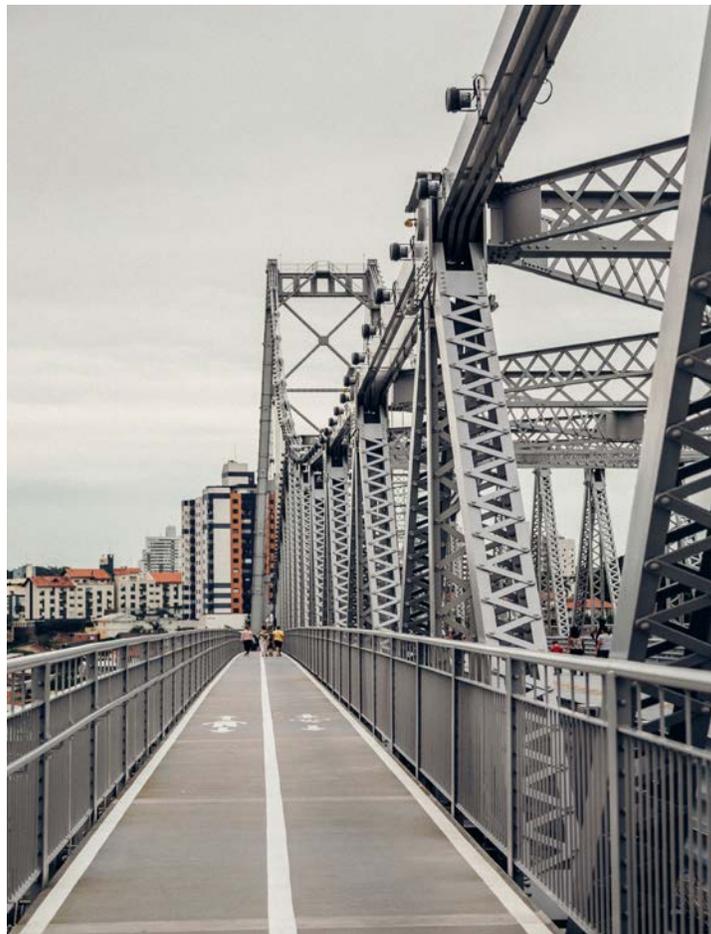
有限责任公司国有股权无偿划转情况下是否适用优先购买权

（一）关于无偿划转是否适用优先购买权的争议

《公司法》未对无偿划转是否需要适用股权转让的要求作出明确规定。根据239号文第五条规定，有限责任公司国有股权的划转，还应当遵循《公司法》的有关规定。但在司法实践中，无偿划转是否需遵守《公司法》关于优先购买权的要求存在较大争议，甚至是最高人民法院在审理的不同案件中也存在不同观点。

针对无偿划转是否适用优先购买权的司法争议主要存在两个层面，第一个层面直接涉及无偿划转是否适用股权转让及优先购买权的规定，第二个层面则是关于无偿划转争议是否属于法院受理民事案件范围。

关于第一个层面的争议，最高人民法院在“（2017）最高法民终205号”案件中直接认定国有资产划拨不适用关于股权转让的规定，认



为一审法院认定不存在行使优先购买权的基础正确。但在广西壮族自治区百色市右江区人民法院“（2019）桂1002民初2989号”案件中，法院则认为无偿划转应按照公司章程和公司法的规定办理，即需要取得其他股东过半数同意并适用优先购买权。

关于第二个层面的争议，由于《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2020〕18号）第三条规定“政府主管部门在对企业国有资产进行行

政性调整、划转过程中发生的纠纷，当事人向人民法院提起民事诉讼的，人民法院不予受理”，也产生了无偿划转相关争议是否属于民事案件受理范围的司法争议。最高人民法院在“（2012）民二终字第58号”案件中认为“划转行为虽经吉林省人民政府及相关部门批准，但就其实质来讲，仍然是吉林市国资委作为出资人处分华星电子财产的民事行为，由此引发纠纷应作为民事案件受理”。最高人民法院还在“（2018）最高法民申1952号”案件中重申了“（2012）民二终字第58号”案件中的观点。但是，最高人民法院在“（2021）最高法民申74号”这一再审案件中，认为无偿划转导致的股权转移是清远市人民政府批复产生的法律效果，并维持了一审法院关于该案不属民事案件受理范围并驳回起诉的裁定。

（二）无偿划转的本质

无偿划转是国有资产重组调整中转移国有资产产权的一种方式，其具有一定的行政特征，并非单纯的民事行为。如果在无偿划转的情形下适用优先购买权的规定，则无法实现国有资产重组调整的特定目的，不利于国有资产的保值增值。其次，优先购买权需要在“同等条件下”行使，而无偿划转具有无偿性特征，不可能让其他股东以无偿方式取得国有产权，如果

开展资产评估或清产核资依然存在成本承担与国有资产流失的问题。第三，无偿划转的划出方和划入方要么均系国有全资主体要么双方之间具有全资持股关系⁴，在一定程度上能够延续被划转企业的国有股东意志、保证有限责任公司的“人合性”，不易突破或违背被划转企业股东间的合作初衷、合作方式。

因此，我们倾向于有限责任公司国有股权无偿划转情形下不适用优先购买权制度。

（三）实务处理建议

鉴于无偿划转是否适用优先购买权存在较大争议，尤其是司法实践中不同法院可能存在不同观点。就无偿划转的实务而言，为避免潜在的争议，对于实施无偿划转的国有企业，建议在相关标的公司章程中明确规定无偿划转不适用优先购买权的相关规定；如果相关标的公司章程未做前述规定，建议应尽量在无偿划转实施前取得其他股东同意无偿划转并放弃优先购买权的书面文件。

针对标的公司国有股权无偿划转中划出方外的其他股东而言，如果标的公司章程没有作出限制优先购买权的特殊规定，其他股东对于

4.根据39号文规定，国有控股、实际控制企业与其直接、间接全资拥有的子企业之间，或其直接、间接全资拥有的子企业之间，可比照无偿划转相关规定划转所持企业产权。

该国有股权无偿划转行为如有异议，应根据自身需要在股权划出方实施无偿划转行为前及时提出异议。

第五部分\

结语

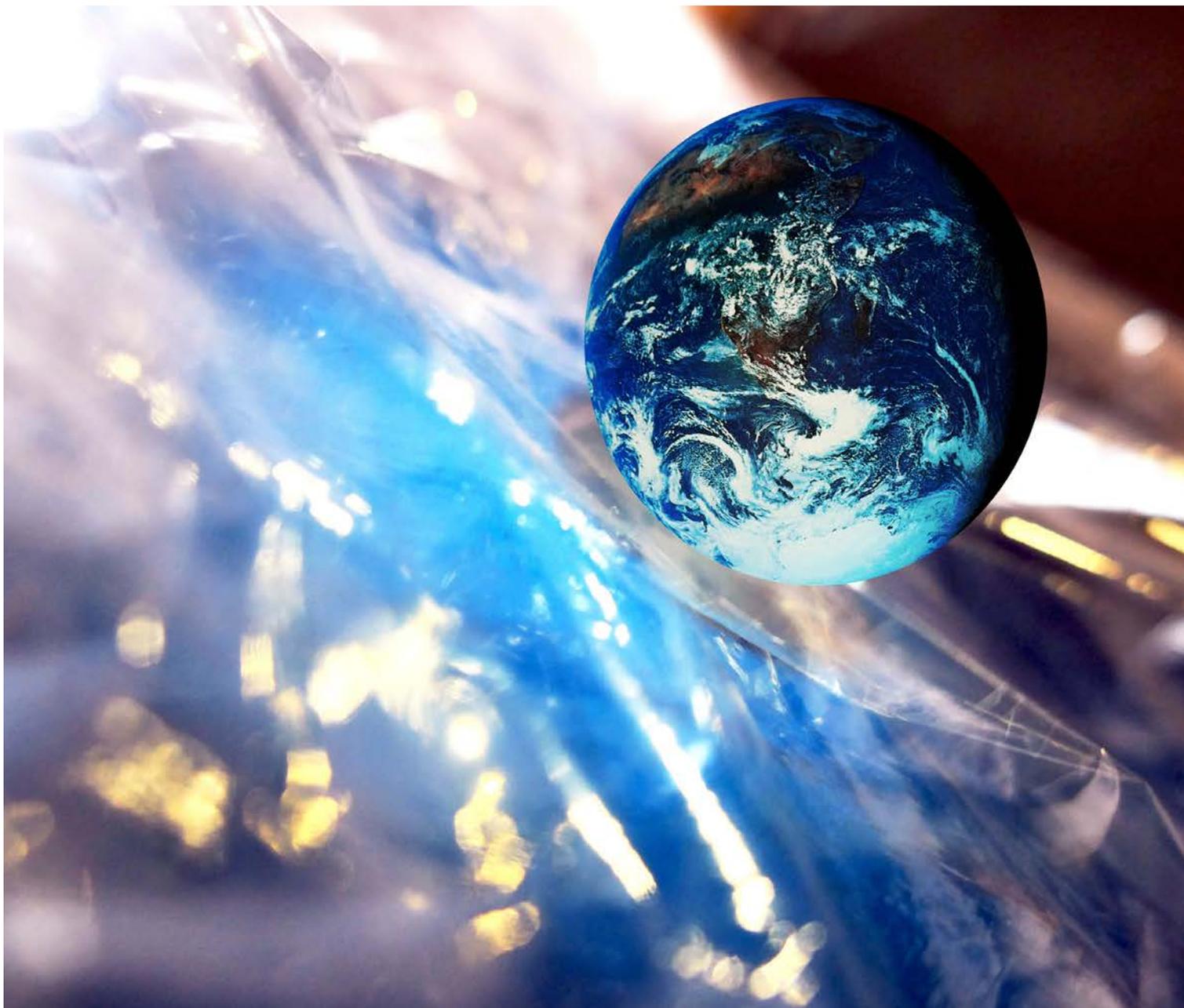
无偿划转作为一项重要的国有资产调整方式，将在我国长期存在并持续在国有资产重组调整和国企改革中发挥重要作用。自2003年国务院国资委成立后，我国的企业国有资产无偿划转制度虽得以逐步完善并形成相对完整的制度体系，但现实情况的复杂多变依然为无偿划转制度的适用带来了诸多问题和挑战。通过对相关法律法规的分析以及相关市场案例的梳理解读，我们对无偿划转实务中的一些疑难问题形成了自己的理解和判断，并结合实务操作经验给出了相关建议，希望给各界人士提供一些参考。同时，我们也期待国资监管机构后续能够持续完善无偿划转制度，通过出台新的监管规则或监管问答的形式，对于无偿划转实务的问题予以进一步回应和明确，使无偿划转制度更加贴合实际并在国有企业重组改革中发挥更大作用。 ☞



贾琛
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2428
jjachen@zhonglun.com

国资委强监管背景下循环融资贸易的识别认定及诉讼风险防控

作者：刘相文 刁维侯 张梅花 陈柯宇



2023年4月17日，国务院国有资产监督管理委员会（下称“国资委”）出台《关于做好2023年中央企业违规经营投资责任追究工作的通知》（国资厅发监责〔2023〕10号，下称“《通知》”），明确循环融资贸易等融资性贸易是国有企业违规经营中的“牛皮癣问题”，再次提出严厉查办的要求。自2012年融资性贸易首次出现在国资委出台的《关于加强中央企业资金管理有关事项的补充通知》之中，到《通知》明确对融资性贸易“零容忍”，国资委对循环融资贸易等融资性贸易的监管态度历经了从加强管理、适度压缩规模，到严防严禁、零容忍的趋严转变，监管口径不断收紧。我们对国资委等监管机构的监管要求演变进行了梳理：

时间	文件	规定
2012.05.07	《关于加强中央企业资金管理有关事项的补充通知》（国资厅发评价〔2012〕45号）（已失效）	要加强融资性贸易业务管理，适度压缩融资性贸易规模，全面清理“预付加赊销”业务，减少资金占用，不得以任何形式变相出借资金。
2015.10.23	《国资委关于做好2015年度〈企业年度工作报告〉填报工作的通知》	详细披露融资性贸易、信托担保、金融衍生、带资建设等重点业务事项。
2015.11.13	《关于做好2015年度中央企业财务决算管理及报表编制工作的通知》（国资发评价〔2015〕155号）	高度关注特殊业务风险，继续开展大宗商品贸易业务风险排查，进一步加大融资性贸易和垫资建设等业务的风险管控力度，及时追偿到期款项，防止发生损失。
2016.08.02	《国务院办公厅关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》（国办发〔2016〕63号）	责任追究范围（二）购销管理方面……交易行为虚假或违规开展“空转”贸易；利用关联交易输送利益；未按照规定进行招标或未执行招标结果；违反规定提供赊销信用、资质、担保（含抵押、质押等）或预付款项，利用业务预付或物资交易等方式变相融资或投资……
2018.04.10	《关于开展供应链创新与应用试点的通知》（商建函〔2018〕142号）	打击融资性贸易、恶意重复抵质押、恶意转让质物等违法行为，建立失信企业惩戒机制，推动供应链金融市场规范运行，确保资金流向实体经济。
2018.07.13	《中央企业违规经营投资责任追究实施办法（试行）》（国务院国有资产监督管理委员会令37号）	第九条 购销管理方面的责任追究情形：（三）违反规定开展融资性贸易业务或“空转”“走单”等虚假贸易业务。

时间	文件	规定
2019.10.23	《国务院关于2018年度国有资产管理情况的综合报告》	强化重大风险防范，确保风险可控在控……强化企业负债规模和负债率双重管控、债券风险管控、担保和PPP等业务管控，坚决清理融资性贸易。
2021.02.28	《关于加强地方国有企业债务风险管控工作的指导意见》（国资发财评规〔2021〕18号）	严禁融资性贸易和“空转”“走单”等虚假贸易业务，管住生产经营重大风险点。
2021.12.06	《关于做好2021年度中央企业财务决算管理及报表编制工作的通知》（国资发财评〔2021〕97号）	全面清理融资性贸易、“空转”、“走单”等风险业务。
2022.01.08	《关于推动中央企业加快司库体系建设进一步加强资金管理的意见》（国资发财评规〔2022〕1号）	（十）加强供应链金融服务管理……要严控供应链金融业务范围，严禁提供融资担保，严禁开展融资性贸易业务和虚假贸易业务。
2022.11.17	《中央企业高质量发展报告（2022）》（国资委研究中心）	对开展融资性贸易的露头就打、严肃问责，全面清理“空转”“走单”贸易业务。
2023.04.17	《关于做好2023年中央企业违规经营投资责任追究工作的通知》（国资厅发监责〔2023〕10号）	紧盯屡禁不止“牛皮癣”问题。对国资委三令五申严禁的融资性贸易、“空转”“走单”虚假业务问题“零容忍”，一经发现即由集团公司或上级企业提级查办，涉及二级子企业或年内全集团累计发现3件上述同类问题的，应当报告国资委，由国资委提级查办。 ……强化专项治理联动。在国资委组织开展的虚假贸易业务、粮食购销、工程项目等领域的专项治理工作中，要将企业违规责任追究部门纳入专项治理工作机制，对排查发现的问题线索，要开展初步核实并按专项分别建立违规问题台账，对造成财产损失或其他严重不良后果的，及时组织核查和责任追究。集团公司要重点关注专项治理工作中违规问题线索“零报告、零移交、零追责”的子企业，针对性开展督导检查，严肃追究漏报、瞒报或隐匿不查等责任。
2023.04.19	《中央企业财务决算审核发现问题整改和责任追究工作规定》（国资发监责规〔2023〕25号）	第十四条 国资委财务监管部门移送国资委违规责任追究部门的违规经营投资问题线索主要包括：（五）涉嫌开展融资性贸易或“空转”“走单”等虚假业务。

循环融资贸易作为融资性贸易中最为多发也最为典型的类型，牵涉主体广泛、交易环节繁多、交易事实隐蔽性强、法律关系复杂，所涉风险也相对较大。结合《通知》要求，本文将重点探析如何识别循环融资贸易、循环融资贸易将引发哪些责任，并为国有企业及其经营管理人员提供诉讼风险防控建议。

第一部分\

循环融资贸易的识别

根据《关于进一步排查中央企业融资性贸易业务风险的通知》（国资财管〔2017〕652号），循环融资贸易等融资性贸易业务是以贸易业务为名，实为出借资金、无商业实质的违规业务。¹《通知》进一步列明融资性贸易“空转”“走单”的虚假业务特征。实践中，循环融资贸易的交易模式特征通常称为“走单，走票，不走货”。循环融资贸易的交易模式中往往涉及三种身份的主体，即出借方、通道方、借款方。多个交易主体两两签订内容几乎一致的买卖合同，整体在合同上形成闭合循环的货物流转与资金流转。

虽然近年来，循环融资贸易的交易模式日趋隐蔽复杂，但根据《最高人民法院第二巡回法庭2020年第26次法官会议纪要》，究其本

质，循环融资贸易往往存在以下核心特征：

（1）整个交易链条是由三方或以上主体形成的闭环；（2）整个交易过程中并无真实货物的流转，或贸易标的由主导方实质控制；（3）某一方交易主体（通常是借款方）存在“高买低卖”的明显有违商业逻辑的行为，出借方和通道方不承担货物风险；（4）虚构贸易，各方真实意思表示为借贷。实践中，法院会结合具体案情综合判断案涉交易是否属于借贷关系。

国有企业由于资金实力雄厚，大多是作为出借方或通道方角色出现在循环融资贸易中。由于循环融资贸易中没有货物的实际流转，导致国有企业在支出资金的同时并未获得货权，如果借款方经营状况恶化导致无法承担还款义务，最终将会导致国有企业直接承担经济损失，背负不良债权。

1.网址：<http://www.sasac.gov.cn/n2588040/n2590387/n9854167/c27333644/content.html>

第二部分\

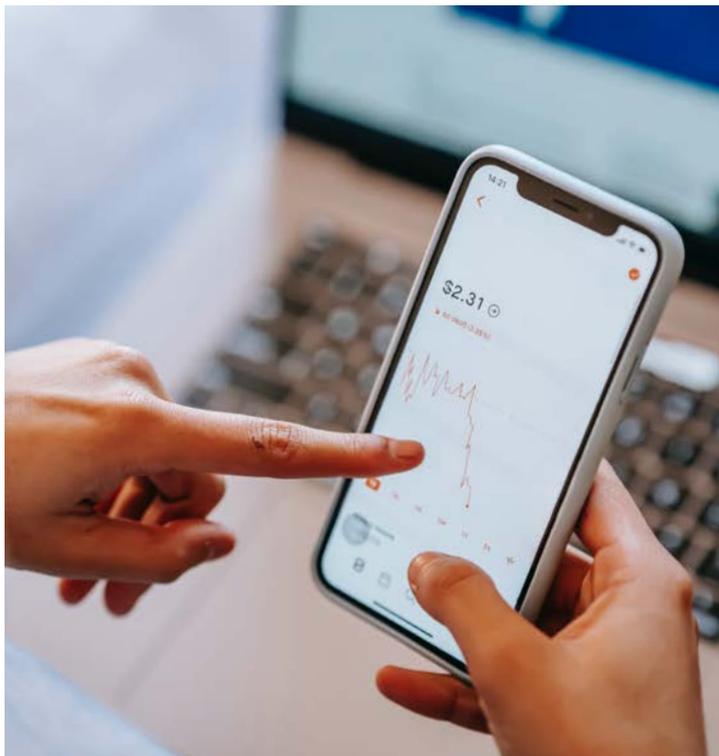
循环融资贸易的责任承担

分析循环融资贸易中责任承担的前提是，确认循环融资贸易所涉合同的效力。在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）强调“通过穿透式审判思维，查明当事人的真实意思，探求真实法律关系”的背景下，司法实践一般会对循环融资贸易所涉合同进行实质审查，揭开表面合同，探究当事人隐藏的真实意思。自最高人民法院（2015）民提字第74号公报案例发布以来，司法裁判的主流观点为，一旦查明当事人虽表面签署买卖合同，但

隐藏的真实意思是借贷，依据我国《民法典》第一百四十六条通谋虚伪意思表示无效的规定，循环融资贸易中的买卖合同将被认定无效；如果基于真实意思形成的借贷法律关系不存在法定无效情形，那么司法裁判原则上会认定循环融资贸易下隐藏的真实借贷行为有效。目前司法实践的难点在于如何确定各方需承担的民事责任，这需要先后厘清两个问题：（1）确定各方在循环融资贸易中的地位和角色；（2）根据各方的角色和行为确定责任承担。

（一）确定地位和角色

如上文所述，循环融资贸易中一般涉及出借方、通道方、借款方三种角色，往往由出借方或者借款方主导构建整个循环融资贸易，通道方在其中仅是“过票、走账”的通道，收取一定的手续费，并不实际承担责任。但在我们处理的一些案件中，也存在通道方基于对出借方的信任而先行垫资给借款方的情况。在这种模式下，通道方的先行垫资一般不采取立即付款的方式，而是通过承兑汇票、设置账期等方式，将各方结算资金的时间设定在同一时间。或者，在某些出借方主导的案件中，通道方向借款方实际支付资金的时间会略早于其收到出借方资金的时间。由于循环融资贸易中主导方的不同，各方的谈判地位不同，主导一方会利



用优势地位尽量降低自身风险，交易结构设计也趋于隐蔽和复杂，出借方、通道方、借款方的身份界限不再非常清晰。如果进入诉讼程序，各方都可能主张自己仅仅扮演通道角色，不承担责任或者仅承担较小责任。

在此情况下，法院可能考量以下因素厘定各方的角色：（1）根据案件事实分析循环融资贸易的主导方和资金的实际出借方。例如，在某些案件中，某一方掌握循环融资贸易所涉全部合同和单据，或者在合同中使用“我公司”“本公司”的称谓。（2）考量借款方在案件中的陈述，其是否对融资事实、实际资金出借方进行说明。（3）根据案件是否已有刑事判决或者其他民事判决对某一方存在经常性循环融资贸易的事实或者资金出借的事实进行认定。

（二）确定责任承担

1. 借款方向出借方承担还款责任

循环融资贸易中的借款人往往资金实力不足或者存在紧急的资金需求，引发纠纷的原因也大多是借款方无力偿还资金。纠纷产生后，出借方一般会基于借款方和通道方的财产情况选择具备偿债能力的一方作为被告起诉，要求承担交付货物或返还货款等责任。当出借方仅依据与借款方的合同起诉时，如果双方没有提交有关循环融资贸易的证据，裁判机构无法查

明循环融资贸易的全部事实，可能直接基于双方之间的合同判定责任。

2. 通道方就借款方不能清偿部分承担一定比例的补充责任

当出借方起诉通道方时，通道方为避免承担买卖合同下的责任，一般会选择揭露整个循环融资贸易的事实，如果法院认为所涉交易为循环融资贸易，往往会释明要求追加借款方，此时需要确定各方的责任承担。

对于通道方应承担何种责任，司法实践主流观点认为，如果通道方在不知情的情况下参与循环融资贸易，不存在过错，通道方并非借款主体，不应承担还款责任；如果通道方存在过错，通道方可能根据其过错程度，就借款方不能清偿的部分向出借方承担一定的补充责任。

司法裁判中会综合考量以下因素对通道方的过错进行认定：（1）参与非法融资活动中的动机（主观上是否存在帮助借贷交易双方规避禁止性或限制性规定以获取不正当利益的过错）；（2）在整个循环融资贸易中的主导性/参与程度（结合循环融资贸易发起环节、实施环节中各方的沟通情况、履行情况等因素，判断通道方是否促使了交易的发生、资金的顺利出借）；（3）获益情况；（4）通道方和出借方之间是否就履约风险存在特别约定等。例

如，在北京市高级人民法院（2022）京民申605号案例中，法院认为“本案中，《钢材采购合同》名为买卖实为借贷，广州诚通公司等为掩饰借贷双方之间的借款关系，提供转贷通道并从中牟利，故广州诚通公司等对案涉融资借款合同无效均存在一定过错，二审法院据此酌定其对于合慧伟业公司不能清偿的债务部分（在400万元范围内）承担四分之一的赔偿责任，并无不当。”

值得关注的是，如果通道方并非单纯扮演资金通道的角色，而是明知其所参与的循环融资贸易违反相关法律规定，却仍然参与其中并获取利益；或通道方在循环融资贸易中具有一定主导性，深度参与和设计了整个贸易性融资的交易设计，则通道方可能被法院认定对于出借方的资金损失存在更高的过错责任。例如，在浙江省高级人民法院（2019）浙民终167号案例中，法院认定“浙商控股（出借方）、京城物流（通道方）均明知‘名为买卖、实为融资’的非法性，仍参与并相互配合，各有利益所在，均存在过错，综合考量浙商控股和京城物流参与非法融资活动中的动机、主导性、利益获取、内贸代理协议中清算条款的约定等因素，酌定浙商控股和京城物流对沈阳东方和辽宁东钢不能返还借款而给浙商控股造成的损失承担同等责任……酌定京城物流对浙商控股案涉融

资款5.32亿元中不能受偿的损失部分的二分之一承担赔偿责任”。

第三部分\

国有企业及其经营管理人员风险

如上文所述，国有企业在循环融资贸易中一般作为出借方或者通道方参与交易。在强监管的背景下，国有企业开展循环融资贸易，企业可能面临国有资产损失的风险，企业具体经办管理人员亦将面临诸多法律风险。

（一）国有企业风险

国有资产损失风险。如果国有企业在循环融资贸易中是出借资金一方，一旦借款方无力还款，将产生国有资产损失的风险。即使国有企业起诉通道方，通道方亦不会承担全部责任，无法完全弥补国有资产的损失。如果国有企业是通道方，则需要依据国有企业参与循环融资贸易的具体事实判断是否可能承担补充责任，一旦国有企业被认定存在过错，也将遭受相应损失。

税务风险。由于循环融资贸易中并无真实货物往来，国有企业向下游企业开具的增值税发票可能涉嫌“三流”（业务、票据、资金）不一致，存在被税务机关认定为虚开增值税发票，

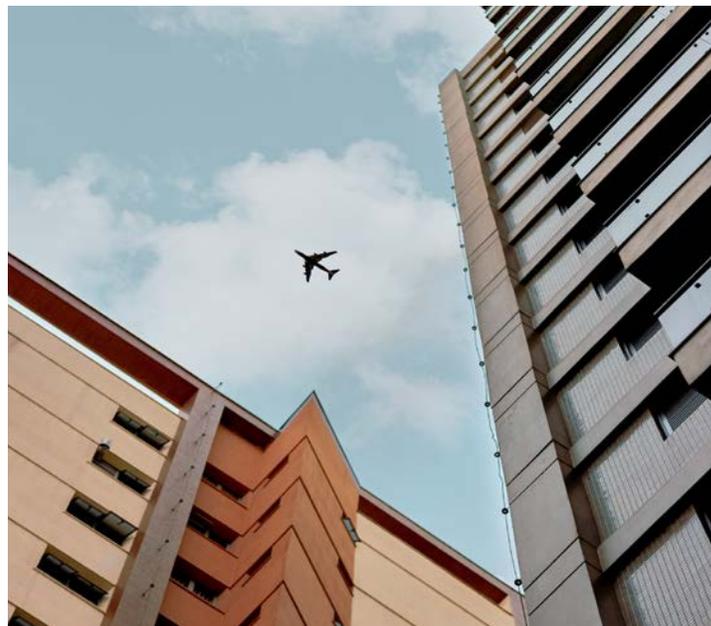
进而遭受行政处罚²的风险，情节严重的还可能涉嫌触犯《刑法》³，构成虚开增值税专用发票罪等经济犯罪。

刑事风险。国有企业参与循环融资贸易各环节产生的单据与流水有可能被用以优化报表、虚增业务收入，如果国有企业在向银行进行融资贷款时，借循环融资贸易项中的资金流水证明企业偿债能力，且向银行隐瞒循环融资贸易的事实，导致银行产生认识错误并发放贷款，企业还可能涉嫌构成《刑法》第一百七十五条规定的骗取贷款、金融票证罪⁴。

企业声誉风险。根据我们处理多起循环融资贸易纠纷的经验，循环融资贸易往往涉及多家国有企业或者多笔大额资金，一旦借款方无力偿还将引发一连串的纠纷，牵涉甚广，极易产生社会舆论的负面评价。如果涉及国有企业的重大经营性风险或大额资金损失，国有企业的信用等级也可能大幅度降低。

(二)国有企业经营管理人员风险

国资委等监管部门问责处罚风险。根据《国务院办公厅关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》（国办发〔2016〕63号）、《中央企业违规经营投资责任追究实施办法（试行）》（国务院国有资产监督管理委员会令第37号）及《通知》等相关规定，国有企业经营



管理人员在任职期间违反规定，未履行或正确履行职责，违规从事循环融资贸易造成国有资产损失以及其他严重不良后果的，应追究责任，追责方式和具体内容详见下表。

2.《中华人民共和国发票管理办法》第二十二条 开具发票应当按照规定的时限、顺序、栏目，全部联次一次性如实开具，并加盖发票专用章。

任何单位和个人不得有下列虚开发票行为：（一）为他人、为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；（二）让他人为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；（三）介绍他人开具与实际经营业务情况不符的发票。

《中华人民共和国发票管理办法》第三十七条第一款 违反本办法第二十二条第二款的规定虚开发票的，由税务机关没收违法所得；虚开金额在1万元以下的，可以并处5万元以下的罚款；虚开金额超过1万元的，并处5万元以上50万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3.《中华人民共和国刑法》第二百零五条【虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪】虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

单位犯本条规定之罪的，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，处三年以下有期徒刑或者拘役；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，是指为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。

《中华人民共和国刑法》第二百零五条之一【虚开发票罪】虚开本法第二百零五条规定以外的其他发票，情节严重的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节特别严重的，处二年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

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。

4.《中华人民共和国刑法》第一百七十五条之一【骗取贷款、票据承兑、金融票证罪】以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；给银行或者其他金融机构造成特别重大损失或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

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。

追责方式	具体内容
基本原则	依法依规问责、客观公正定责、分级分层追责、惩治教育和制度建设相结合。
损失认定	(1)包括直接损失与间接损失，分为一般财产损失（500万元以下）、较大财产损失（500万元以上5000万元以下）和重大财产损失（5000万元以上）； (2)尚未形成事实财产损失，但确有证据证明财产损失在可预见未来将发生，且能可靠计量资产损失金额的，经中介机构评估可以认定为或有损失，计入财产损失。
责任人员	(1)任职期间违反规定，未履行或未正确履行职责造成国有资产损失以及其他严重不良后果的，应当追究其相应责任； (2)实行重大决策终身责任追究制度，已调任其他岗位或退休的，应当纳入责任追究范围。
责任划分	(1)直接责任、主管责任、领导责任； (2)违反规定瞒报、漏报或谎报重大资产损失的，未按规定和有关工作职责要求组织开展责任追究工作的，对相关责任人员一并追责； (3)有关经营决策机构以集体决策形式作出违规经营投资的决策或实施其他违规经营投资的行为，造成财产损失或其他严重不良后果的，应当承担集体责任，有关成员也应当承担相应责任。
追责措施	(1)根据财产损失程度、问题性质等，对责任人员采取组织处理、扣减薪酬、禁入限制、纪律处分、移送国家监察机关或司法机关等方式追责，可单独使用，也可合并使用； (2)对于财产损失频繁发生、金额巨大、后果严重、屡禁不止、顶风违规、影响恶劣等情形，从重或加重处罚。
追责实施	(1)程序：受理、初步核实、分类处置、核查、处理、整改； (2)追责单位：由集团公司或上级企业提级查办，涉及二级子企业或年内全集团累计发现3件上述同类问题的，应当报告国资委，由国资委提级查办； (3)重点关注：集团公司要重点关注专项治理工作中违规问题线索“零报告、零移交、零追责”的子企业，针对性开展督导检查，严肃追究漏报、瞒报或隐匿不查等责任。
与其他程序衔接	在责任追究工作过程中，发现企业经营管理有关人员违纪或职务违法的问题和线索，应当移送相应的纪检监察机构查处，涉嫌犯罪的，应当移送国家监察机关或司法机关查处。

刑事风险。除受到国资委等监管部门问责以外，国有企业从事循环融资贸易的，企业经营管理人员还可能面临更加严重的刑事处罚。

首先，可能涉嫌构成《刑法》第一百六十八条⁵规定的国有公司人员滥用职权罪。若国有企业经营管理人员草率决策，或超越职责权限或违反程序，未能准确识别风险而导致国有企业卷入循环融资贸易中并使公司遭受重大损失，或将面临构成此罪的风险。例如，在广州市中级人民法院（2015）穗中法刑二初字第28号案例、杭州市上城区人民法院（2016）浙0102刑初425号案例、天津市滨海新区人民法院（2018）津0116刑初80134号案例、河北省赵县人民法院（2020）冀0133刑初38号案例、山西省太原市小店区人民法院（2019）晋0105刑初326号案例中，国有企业经营管理人员均因滥用职权，违规参与循环融资贸易，致使国家利益遭受重大损失，而被判处国有公司人员滥用职权罪。

其次，可能涉嫌构成《刑法》第一百六十七条⁶规定的签订、履行合同失职被骗罪。如果国有企业经营管理人员在签订、履行合同过程中，因盲目轻信，不认真审查对方当事人的合同主体资格、资信情况、履约能力和货源情况等，致使国家利益遭受重大损失的，可能涉嫌构成此罪。例如，上海市第一中级人民法院在

（2020）沪01刑终627号案例中认定，国有企业经营管理人员在相关业务的处理中，既违反了央企禁止开展无商品实物、无货权流转或原地转库的融资性业务的规定，也未对大额度资金运作事项依规进行决策，在未查明对方的履约能力、未取得担保的情况下签订合同，将大笔资金交付对方，导致国有企业遭受重大经济损失，存在失职过错，构成签订、履行合同失职被骗罪。山西省太原市中级人民法院在（2020）晋01刑终152号案例中也有类似观点。

最后，可能涉嫌构成虚开增值税专用发票罪及骗取贷款、金融票证罪。上文已述，在循环融资贸易中，国有企业可能涉嫌构成虚开增值税专用发票罪及骗取贷款、金融票证罪，根据《刑法》，不仅要对国有企业判处罚金，对于直接负责的主管人员和其他直接责任人员也一并处罚。例如，在安徽省巢湖市人民法院（2019）皖0181刑初49号案例中，被告单位及其主管负责人串通国有企业经营管理人员，对虚假的循环融资贸易开具增值税专用发票，并将相关发票用以抵扣税费，给国家税收造成损

5.《中华人民共和国刑法》第一百六十八条【国有公司、企业、事业单位人员失职罪】【国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪】国有公司、企业的工作人员，由于严重不负责任或者滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。
国有事业单位的工作人员有前款行为，致使国家利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。
国有公司、企业、事业单位的工作人员，徇私舞弊，犯前两款罪的，依照第一款的规定从重处罚。
6.《中华人民共和国刑法》第一百六十七条【签订、履行合同失职被骗罪】国有公司、企业、事业单位直接负责的主管人员，在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。

失，法院认定对被告单位主管负责人一并判处虚开增值税专用发票罪。

第四部分\

诉讼风险防控建议

循环融资贸易常见于大宗交易中，所涉交易金额往往十分巨大，如果不能充分防范风险，国有企业可能遭遇重大损失，企业经营管理亦将面临严峻责任。我们从缔约、履约、争议三个阶段，为国有企业及企业经营管理提出以下风险防范建议。

(一) 缔约阶段

加强合作伙伴管理。如果国有企业拟从事的贸易涉及多个合作方，建议加强对合作伙伴的尽职调查，充分收集和整理合作方的经营情况、财务状况、商业信誉及履约能力等。必要时，充分核实多个合作方上下游企业之间是否为关联方或受同一实控人控制或存在利益关系，避免上下游企业串通搭建虚假贸易，使国有企业陷入循环融资贸易的风险。根据尽职调查情况，建议国有企业对合作方进行评级与分类管理，区分设定交易额度上限，尽可能选择与经营情况、财务状况、商业信誉良好的主体合作，降低国有资产未来可能遭受损失的风险。

审查业务可行性。在合作之前，建议对拟开展的贸易背景及贸易真实性、可行性进行充分调查评估，重点关注货物来源、运输方式、仓储情况等，以便识别是否涉嫌循环融资贸易。同时，对尽调文件、评估文件、决策文件书面留档，以便应对未来可能发生的纠纷，证明国有企业已尽到合理注意义务。

健全合同文本。在缔结合同时，建议对货物的型号、数量、交付方式、运输单据、仓储单据、验收标准、所有权转移、货物价格、付款条件、担保方式、违约责任、争议解决等重要核心条款进行全面详尽的约定。通过合同文本设计，尽可能在前端确保交易的真实性，并降低国有企业遭受损失的风险，在后端通过违约责任、约定有利的争议解决方式等降低风险。如果涉及多方交易，建议国有企业与合作伙伴协商，在不违反保密义务的情况下获取其他交易参与方的合同文本，比对不同合同文本的内容，排查和规避虚假贸易风险。

履行企业决策程序。根据国资监管规定及国有企业内部管理制度，国有企业就案涉贸易及其大额资金运作事项开展三重一大⁷等必要的决策程序，经营管理人员根据岗位职责，勤勉尽责地报告交易所涉事实情况。

7.具体指“重大事项决策、重要干部任免、重大项目投资决策、大额资金使用”。

(二) 履约阶段

紧抓货物流转凭证的收集与保管。循环融资贸易最为核心问题是货物的真实流转，因此在合同履行过程中，建议国有企业严格把控货物流转的真实性，保留相关运输单、仓单、收货单、提货单、增值税发票等书面单据作为货物流转的凭据，关注并留存货物交割地点、交割凭证、检验手续等具体合同履行信息凭证，全面验证货物流转的真实性。国有企业可以采取定期实地考察、远程监控、第三方验收等方式，多渠道确认货物的真实与安全。

密切跟踪资金回款。循环融资贸易产生纠纷的原因大多是借款方无力偿还资金，但这往往并非突然发生，而是借款方经营情况逐渐下降所致。建议国有企业着重规范合同款项的收取与支付，密切跟踪合作方的经营情况、资信情况，严格按照合同催收账款，定期整理和分析资金回收情况。如果发现借款方出现不能及时回款的风险，需要及时聘请专业中介机构评估并采取措施。

(三) 争议阶段

充分评估，选择最合适的诉讼路径。由于国资委对国有企业参与循环融资贸易持绝对否定态度，因此循环融资贸易一旦涉诉，国有企业应根据交易事实，在起诉或者答辩时坚持基

于合法真实的买卖合同提出主张，尽量固定自身作为通道方的角色，证明自身不存在过错。具体而言，国有企业应当注意结合循环融资贸易的典型特征，从最终出卖人与最终回购人不存在关联关系、货物流转的真实凭证、多方贸易符合商业常理、国有企业并非资金出借方、不知悉融资目的等角度组织证据。

组织证据，证明已经审慎审查。我们建议国有企业在司法诉讼中尽可能组织提交已经尽到合理审查义务、不了解各方循环融资贸易情况的证据，以证明国有企业在不知情的情况下参与循环融资贸易，没有借此转贷牟利。如果司法裁判认可国有企业的证据和主张，则国有企业可以据此请求减轻或者免除国资监管的追责。☞



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



刁维俣
非权益合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5087 2839
diaoweiyu@zhonglun.com

慎始而无后忧:结合《反间谍法》修订看涉外调研、统计活动的合规风险

作者：李瑞 蒋蕙匡 贾申 李梦涵



2023年4月26日，新修订后的《中华人民共和国反间谍法》（下称《反间谍法》）正式颁布，将于今年7月1日正式施行。相比此前的版本，《反间谍法》拓宽了间谍行为的认定范围。特别是，《反间谍法》第四条扩大了窃密的对象范围，将“间谍组织及其代理人以外的其他境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施，或者境内机构、组织、个人与其相勾结实施的窃取、刺探、收买、非法提供……其他关系国家安全和利益的文件、数据、资料、物品”纳入间谍行为的范畴。¹

近年来我国监管部门对于数据安全问题越来越重视，《反间谍法》的修订与这一监管态势方向一致，相辅相成。此前，国家安全部门因某日本药企高管涉嫌间谍行为对其实施强制措施，并在另一起执法行动中调查了某外资咨询公司的上海办公室；在《反间谍法》修订稿颁布后几天内，国家安全部门又对上海某咨询机构非法向国内党政机关、重要国防科工等涉密人员获取国家各类敏感信息的案件采取了公开执法行动。

由于《反间谍法》修订拓宽了其覆盖的信息及物品范围，在当前的监管趋势和背景下，在中国境内大量开展研究、调研活动和从事公开信息统计相关行为的企业，特别是外资企业以及与外国企业合作较多的内资企业，有必要关注本次《反间谍法》的修订内容。

特别地，考虑到本次修订新增的“其他关系国家安全和利益的文件、数据、资料、物品”的表述与《数据安全法》及《统计法》涉及的行为及客体存在一定程度上的竞合，我们认为前述企业需要综合考虑三部法律项下的关于特定数据安全保护措施的规定，并且特别关注调研、统计活动以及将相关成果提供给境外的行为。在下文中，我们将首先说明为何《反间谍法》的修订使得其内容可能会与《数据安全法》及《统计法》（以下合称为“三法”）产生竞合或联接，借用一个虚拟案例分析实践中可能发生的情况，最后将就企业如何防范潜在风险给出合规建议。

1. 《反间谍法》第四条：“本法所称间谍行为，是指下列行为：……（三）间谍组织及其代理人以外的其他境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施，或者境内机构、组织、个人与其相勾结实施的窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报以及其他关系国家安全和利益的文件、数据、资料、物品，或者策动、引诱、胁迫、收买国家工作人员叛变的活动”。

第一部分\

《反间谍法》《数据安全法》及《统计法》的侧重点与竞合/联接

我们将《反间谍法》《数据安全法》及《统计法》各自的规制内容、行为主体和法律责任梳理如下：

法律	规制内容	行为主体	法律责任
《反间谍法》	《反间谍法》界定了六种间谍行为 ² ，将任何参与非法获取国家秘密、情报以及其他关系国家安全和利益的数据的机构、组织、个人均纳入违法对象的范畴，无论其是否与间谍组织存在联系。	间谍组织及其代理人；境内外机构、组织、个人。	“三法”的法律后果均包括行政处罚和刑事责任： (1) 行政处罚。对违反相关法律的，可对个人予以警告、处以行政拘留、罚款等行政处罚；对单位处违法所得1-5倍罚款（《反间谍法》规定）或1000万元以下罚款（《数据安全法》规定），责令停止从事相关业务、提供相关服务或者责令停产停业、吊销有关证照、撤销登记等。
《统计法》	《统计法》及其实施条例对在中国境内开展的统计工作设定了一系列合规义务。根据相关规定，民间统计调查活动不得窃取、刺探、收买、泄露国家秘密，影响国家重大战略和政策实施，危害国家安全、损害国家利益。	统计机构、人员（注：《统计法》不适用于民间统计，但其配套法规、规章、规范性文件包涵适用于民间统计调查机构的规定）。	(2) 刑事责任。相关行为构成犯罪的，依法追究刑事责任（间谍行为相关的刑事责任最高可判处无期徒刑）。
《数据安全法》	《数据安全法》及其配套法规设定了包括重要数据安全保护在内的一系列数据合规要求，特别对于数据出境活动提出了相应的监管要求，包括：国家秘密不得出境；重要数据和个人信息的跨境传输应当采取法律规定的措施和/或履行特定的合规程序以确保数据安全等。	在中国境内开展数据处理活动的数据处理者。	

在本次《反间谍法》修订后，“三法”在与国家安全相关的合规义务方面产生了更多的竞合与联接，特别是对于境内企业的涉外调研、统计活动产生了更多合规义务的联接点。具体而言：

首先，《反间谍法》的修订使得其关于间谍

行为的规定与《数据安全法》项下关于重要数据保护的义务产生了一定程度上的竞合或联接：

2.六种间谍行为包括：(1) 间谍组织及其代理人实施或者指使、资助他人实施，或者境内外机构、组织、个人与其相勾结实施的危害中华人民共和国国家安全的活动；(2) 参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务，或者投靠间谍组织及其代理人；(3) 间谍组织及其代理人以外的其他境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施，或者境内机构、组织、个人与其相勾结实施的窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报以及其他关系国家安全和利益的文件、数据、资料、物品，或者策动、引诱、胁迫、收买国家工作人员叛变的活动；(4) 间谍组织及其代理人实施或者指使、资助他人实施，或者境内外机构、组织、个人与其相勾结实施针对国家机关、涉密单位或者关键信息基础设施等的网络攻击、侵入、干扰、控制、破坏等活动；(5) 为敌人指示攻击目标；(6) 其他间谍活动。

- 在本次修订前,《反间谍法》第4条第(3)项描述的间谍行为是“间谍组织及其代理人以外的其他境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施,或者境内机构、组织、个人与其相勾结实施的窃取、刺探、收买或者非法提供国家秘密或者情报”的行为,本次修订则专门将“**其他关系国家安全和利益**的文件、**数据**、资料、物品”纳入了窃密范畴。而根据《数据安全法》及其配套法规的规定,重要数据是指一旦被泄露或篡改、损毁,可能直接危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全的**数据**。很显然,《反间谍法》最新修订版中新增的“其他关系国家安全和利益的数据”与《数据安全法》项下的“重要数据”的范围在一定程度上存在交叉和重合。
- 《数据安全法》项下设置了诸多重要数据保护的合规义务,其中最重要的义务之一为重要数据的出境合规义务。而另一方面,间谍行为的要件之一是将窃取到的国家秘密、情报或其他关系国家安全和利益的数据等向境外提供。可以看出,《反间谍法》所规制的间谍行为,也可能会构成《数据安全法》及相关法律法规所规制的国家秘密/情报/重要数据违规出境行为。



其次,《统计法》配套法规所设置的统计调查活动相关合规义务,与《反间谍法》项下的间谍行为禁止性规定具有联接点;而根据重要数据范围的定义,统计调查活动所形成的数据,有可能落入重要数据的范畴。

- 根据《统计法实施条例》《涉外调查管理办法》的相关规定,境外组织、个人应当委托具有涉外统计调查资格的机构进行统计调查活动;任何组织、个人不得进行可能导致“窃取、刺探、收买、泄露国家秘密或者情报,危害国家安全、损害国家利益”的后果的涉外调查活动,我们理解在这一层面上,《统计法》的合规义务与《反间谍法》的合规义务产生了竞合;
- 根据《重要数据识别指南(征求意见稿)》,“未公开的政务数据、工作秘密、情报数据和执法司法数据,如未公开的统

计数据”等属于重要数据。在这一层面上，民间统计调查机构受境外组织、个人委托开展统计调查活动，形成的统计数据，可能落入重要数据的范畴，从而受制于《数据安全法》项下的重要数据保护合规义务，包括重要数据的出境合规义务。

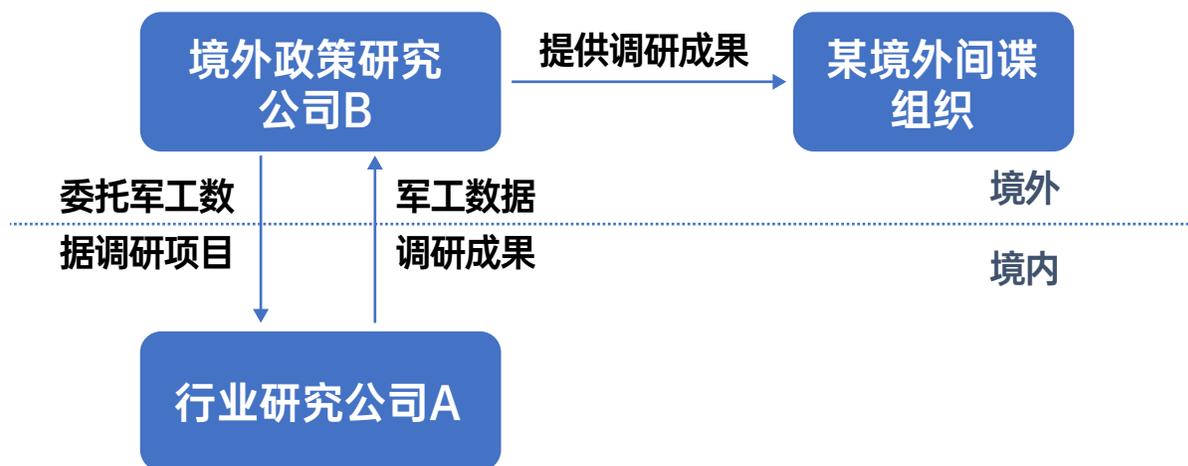
第二部分\

虚拟案例

就“三法”关于信息统计、调查行为及相关数据处理行为的规定，企业最为关心的是何种行为、场景可能触发“三法”下的合规义务或受到相应处罚。为了探讨这一核心的问题，我们假设有如下虚拟案例：

【虚拟案例】

某国内行业研究公司A接受某境外政策研究公司B委托，开展军工行业相关的数据调研和统计活动并收取相应的报酬。根据B公司的要求，主要工作内容是广泛收集国内军工类杂志公开出版前的最新文章，统计其中的军工项目数据，并将国内各大军工科研院所研制尖端武器的情况、研究的方向、研究的现状进行梳理和总结。A公司在完成数据统计和梳理后，将成果通过指定的信息系统传输给B公司。位于境外的B公司将其获得的A公司的数据调研和统计结果再提供给境外某间谍组织。但是，A公司对于B公司将其数据调研和统计的成果提供给境外间谍组织的行为并不知情。



【案例评价】

问题一： A公司对于B公司将其数据调研和统计的成果提供给境外间谍组织的行为并不知情，而仅是出于经济利益而接受项目委托并开展数据调研活动，其行为应如何界定？

从《反间谍法》角度，《反间谍法》对于六种间谍行为之一的窃密行为的定义为，“间谍组织及其代理人以外的其他境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施，或者境内机构、组织、个人与其相勾结实施的窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报以及其他关系国家安全和利益的文件、数据、资料、物品”，换言之，窃密行为的成立并不要求境外机构是间谍机构及其代理人，因此，A公司对B公司所联系的间谍组织知情与否并不影响对A公司行为是否构成间谍行为的判断。如果A公司采取了窃取、刺探、收买、非法提供等非法手段处理了关于国家安全和利益的数据，则可能被定性为间谍行为。

从《统计法》角度，即便A公司对B公司的身份不知情，如A公司经统计、研究形成的军工数据调研成果被认定为国家秘密或者情报，则其行为也可能因客观效果而被认定为“危害国家安全、损害国家利益”，从而违反《统计法》。同样，从《数据安全法》角度，如A公

司向B公司提供调研成果前并未履行数据出境合规义务，则A公司的行为同样构成对《数据安全法》的违反。

问题二： 如经认定，A公司所收集的军工项目数据同时构成情报和重要数据，其将重要数据传输给境外组织而不履行任何出境合规义务，可能导致同时违反《数据安全法》和《反间谍法》；而因为这些数据是其自行统计和收集的，还可能违反《统计法》。那么，对于A公司的行为，如何进行处罚？是否可以“三法”并罚？

根据上述第1点中的分析，A公司的行为可能同时违反了三部法律的规定。从行政处罚的角度，A公司可能构成行政违法行为的竞合。在罚款方面，根据《行政处罚法》规定，同一违法行为违反多个法律规范的，不得给予两次以上罚款的行政处罚，应按照罚款数额高的规定处罚³；但《行政处罚法》并未明确其他类型处罚措施的适用原则，不能排除多个执法机关基于不同法律规定分别实施处罚的可能性。就“三法”的罚则而言，《反间谍法》规定，单位从事间谍行为的，可处以违法所得1-5倍罚款；

3. 《行政处罚法》第二十九条：对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚。同一个违法行为违反多个法律规范应当给予罚款处罚的，按照罚款数额高的规定处罚。

《数据安全法》对重要数据违法出境设置了更为严重的处罚措施，包括处以最高1000万元的罚款，以及责令企业暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。

问题三：如果A公司事先就其向境外传输重要数据履行了《数据安全法》项下的合规义务，如办理并通过了数据出境安全评估，是否可以论证其在《反间谍法》项下也不构成违法？换言之，企业采取哪些内外部合规措施能够防范《反间谍法》的违规风险？

我们倾向于认为，如果企业履行了《数据安全法》项下的出境合规义务，并在办理数据出境安全评估的过程中如实披露了境外接收方的情况，则可以说明其并不具备“窃取、刺探、收买或者非法提供”的主观意图，这应当可以作为其未违反《反间谍法》的较为有力的抗辩理由。从这个角度说，企业积极履行合规义务，有助于降低其违法风险。



第三部分\

合规建议：“应当做”和“不应做”

尽管目前实践中对于“重要数据”或者“关系国家安全和利益的文件、数据、资料、物品”如何界定仍存在一些不确定性，考虑到国家安全相关的合规监管制度趋于严格，我们还是建议企业立即行动起来，在日常经营活动中，特别是开展研究、调研活动及从事公开信息统计相关行为时，充分落实如下合规要求：

应当做：

1. **梳理自身所掌握的数据资产**，识别自身可能掌握的国家秘密、情报、核心数据、重要数据等关系国家安全和社会利益的数据，加强对该等数据的保护，并在向任何第三方提供该等数据之前，对该等行为是否可能危害国家安全进行充分、严格的审查。

2. **在信息收集环节**，谨慎对待自身所收集的企业自身经营活动以外的其他信息或任何第三方委托其收集的信息，特别是在涉及中国尖端技术、国防或关键行业信息以及其他可能与国家安全相关的数据和信息的情况下，应当更加审慎。

3. **涉及数据跨境传输时**，应积极履行《数据安全法》及其配套法规项下的合规义务，如

涉及到个人信息，必须事先取得个人的同意；对于重要数据、个人信息或受制于特定行业要求的数据，必须履行相关法律法规的事前审批程序和其他合规义务；如果不能确定某项数据是否属于重要数据的范畴，采取谨慎保守的原则开展相关处理行为。

4. **建立反间谍行为的内部合规体系**，包括识别、报告间谍行为的内部流程、对客户、供应商等的尽职调查要求，以及发现可能涉及间谍行为后的补救措施。

5. **如果调查、统计或信息收集的对象涉及关键信息基础设施及其运营者**，则对于相关调查、统计活动和信息处理活动形成的数据应当施以更加严格的管理措施。

6. **在与第三方的合作方面**，如涉及到与第三方机构合作收集信息、开展调查与统计活动，或是与境外客户等相对方的业务往来，应当做好尽职调查工作，避免与涉嫌间谍组织或其代理人合作。在实践中，一方面可以在协议中设置无责解除条款，另一方面可以要求合作方或者交易相对方出具承诺函，明确其不属于间谍组织或间谍组织代理人，对于企业证明自身的合规意识和合规措施具有积极的影响。

7. **旅行合规方面**，境外公司的高管/员工在中国出差/旅行，或境内公司的高管/员工因差旅访问海外国家，都应关注旅行合规的要求。

不应做：

1. **企业在日常经营活动中**，如需从事数据收集、处理和研究、调研活动，应避免如下高风险的行为：

- 参与有间谍组织及其代理人、或有较高嫌疑可能是间谍组织或其代理人的实体参与的任何活动，并向其提供信息/数据。
- 获取并向境外机构提供国家秘密、情报或者其他与国家安全相关的信息/数据，即使其认为该境外机构与间谍组织及其代理人没有关联。
- 未经国家网信部门组织的数据出境安全评估流程，向境外提供给重要数据。
- 未委托具有统计调查资格的企业且未经有权机构批准，擅自在中国境内开展统计调查活动。
- 开展统计调研活动的对象涉及到任何与国家安全可能相关的敏感信息。
- 在统计调研活动中使用的信息收集、处理的工具涉及到任何可能属于间谍活动所需的专用间谍器材。

2. **如果企业的合作方、客户、供应商等交易相对方涉嫌或者可能涉嫌参与境内外间谍行为的**，特别是此前已经有公开信息被认定为间谍组织或其代理人的，或者与某国家政府联系较为密切的，企业应当避免与其开展合作，已

开展合作的应及时终止，并避免向其提供或交换任何敏感信息。☞



李瑞
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2143
lirui@zhonglun.com



蒋蕙匡
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2131
jianghuikuang@zhonglun.com



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

QFLP政策的发展变化及实务

作者：朱永春 何芬 于天姿



第一部分\

QFLP政策的背景

QFLP是合格境外有限合伙人（Qualified Foreign Limited Partner）的简称，系指通过资格审批和外汇资金的监管，将境外资本兑换为人民币资金，投资于境内股权投资企业的境外投资者。QFLP试点企业主要包括外商投资股权投资企业与外商投资股权投资管理企业，前者系指由合格境外有限合伙人（QFLP）参与投资设立、以非公开方式向投资者募集资金并投

资于非公开交易的企业股权的企业；后者指的是由外国的自然人、企业或者其他组织参与投资设立的，以发起设立或受托管理外商投资股权投资企业为主要经营业务的企业。

早年外商来华开展股权投资主要是通过三种方式。第一种是外商直接投资（Foreign Direct Investment, **FDI**）；第二种是在境内设立外商投资性公司；第三种是在境内设立外商股权投资平台。三种方式在早期的实际操作中均存在一定的困境：

投资方式	适用情形	实操困境
外商直接投资	主要适用于在境内开展单个项目投资，而非持续性地在境内进行股权投资。	《中华人民共和国外商投资法》（下称“《外商投资法》”）颁布之前外商直接投资的审批程序相对于境内投资而言较为复杂，FDI投资时每个项目均需要进行单独审批，无法满足PE/VC投资时对于项目快速交易的需求。
境内设立外商投资性公司	主要适用于规模较大、产业背景较好的大型跨国公司或集团。	《关于外商投资举办投资性公司的规定》（2015年修订）对于外商投资性公司的设立条件较为严格，对外国投资者的资产、出资额、资信等都具有较高要求 ¹ ，还需将外资企业申请表、可行性研究报告、章程等相关文件报批 ² 。
境内设立外商股权投资平台	主要适用于在境内开展以股权投资为主要业务的企业。	受限于2008年国家外汇管理局发布的《关于完善外商投资企业外汇资本金支付结汇管理有关业务操作问题的通知》（汇综发〔2008〕142号，下称“142号文”） ³ 的规定，即外商投资企业资本金结汇所得人民币资金，应当在政府审批部门批准的经营范围内使用，除另有规定外，不得用于境内股权投资，导致在境内设立的外商投资股权投资平台的外汇资本金无法在境内结汇使用。

1.见《关于外商投资举办投资性公司的规定》（2015年修订）第三条。

2.见《关于外商投资举办投资性公司的规定》（2015年修订）第六条。

3.已失效。

在上述三种路径均存在一定障碍的情况下，如何设立专门在境内进行股权投资的外商投资企业一直是业内的痛点。为进一步吸引外资并解决外资在境内落地进行股权投资的问题，2010年上海市率先推出了QFLP试点政策，出台了《关于本市开展外商投资股权投资企业试点工作的实施办法》（沪金融办通〔2010〕38号）。随后北京、天津、重庆、深圳等地相继出台QFLP政策，外商投资股权投资企业逐步成为境外投资人参与境内投资的重要渠道之一。在当时的监管背景下，QFLP制度的优势主要体现在：第一，单个项目不用像FDI项目每次均需要进行审批；第二，结汇额度一次性审批，不用单个项目结汇，被投资企业容易接受且符合市场上PE/VC项目快速交割的需求。

近些年随着《外商投资法》及相关配套制度的实施和意愿结汇改革的持续推进，使得QFLP基金在投资流程与结汇方面与其他两种方式相比传统优势已不再如当初明显，但其一些新的发展变化有利于吸引外资进一步参与中国的私募股权投资市场。



第二部分\

QFLP政策近些年的主要变化及优势

据不完全统计，截至2023年5月全国QFLP试点地区至少已达50多个，分别为上海、北京、天津、重庆、深圳、贵州、平潭、珠海、广州、佛山、东莞、嘉兴嘉善县、嘉兴南湖区、青岛、烟台、厦门、苏州、海南、沈阳、济南、南宁、雄安、无锡、南京、杭州、宁波、温州、湖州、横琴、安徽自贸区等。与此同时，以北京、深圳等为代表的早期试点城市也积极修订与完善其既有的试点政策。本文选取了一些重点城市的试点政策，对QFLP基金管理人及QFLP基金的相关要求进行了梳理，**具体可参考附表。**

从上海率先推出QFLP政策，历经10余年的调整和完善，各试点地区积极对接国家最新政策，接轨行业监管要求，搭建更开放、更便利、更市场化的QFLP监管政策体系。这一系列变化主要体现在资质要求进一步放宽、备案要求进一步放宽、投资范围进一步放开、外汇结汇进一步便利等方面。

(一) 资质要求进一步放宽

1. 取消或降低基金管理人的相关资质要求

近几年，部分地区大幅放宽QFLP基金管理

人的资质要求，涉及管理人境外股东资产规模、境外金融牌照、高管人员数量及资质等方面。与之前的QFLP政策相比，北京、深圳、海南、广州及南沙新区、宁波、青岛自贸区等地均已取消（或未设置）对QFLP基金管理人注册资本的特殊要求。并且深圳、广州及南沙新区、珠海横琴新区、海南、宁波等地区均未对QFLP基金管理人股东相关资质或资金规模设置特殊要求。此外，深圳、广州、广州南沙区、宁波、厦门等地区未对基金管理人的高管人员提出明确要求，而海南、珠海、苏州等地区虽仍然对高管人员提出一定要求，但其已经接近于中国证券投资基金业协会（下称“中基协”）对高管人员的相关要求，逐渐呈现出内外资一致的趋势。相关资质要求的降低或取消，极大地鼓励了QFLP基金管理人的落地，有利于进一步吸引外资。

2. 取消或降低基金本身的相关资质要求

同样，近几年部分试点城市大幅放宽对QFLP基金的募集规模及投资者的要求，深圳、广州及南沙新区、海南、宁波等地区已取消（或未设置）对QFLP基金的出资规模、出资限制及投资者资质的特殊要求。其中，深圳取消了原政策中QFLP基金最低认缴出资不低于1500万美元的要求；北京则大幅降低了最低规模要求并取消了相关的出资限制，从原来5亿人民币

的QFLP基金规模要求下调到新政策的1亿人民币，并且北京对合格投资者的资质要求已经与中基协对合格投资者的要求基本相同，也逐渐呈现出内外资一致的趋势；珠海取消了对港澳企业及个人认缴出资不低于600万美元、其他境外企业不低于1500万美元的出资要求，明确QFLP基金的认缴出资符合中基协备案要求，境外投资者满足合格投资者要求即可。部分试点地区降低了QFLP基金募集规模、投资者最低认缴出资等要求，一定程度减少了QFLP基金管理人的募资压力，有利于QFLP基金管理人较快募集设立QFLP基金。

(二) 备案要求进一步放宽

QFLP基金具有典型的私募基金属性，除了几个早期试点地区上海、重庆未在政策中明确规定外，其他试点地区均明确规定QFLP基金管理人和基金需在中基协备案。根据深圳市地方金融监督管理局于2022年9月发布的《关于外商投资股权投资企业试点工作的补充通知》及海南省地方金融管理局于2022年10月发布《关于外商投资股权投资企业有关事项的补充通知》，深圳市及海南省对在本地设立但仅在境外募集资金的QFLP基金，不对其在中基协备案做强制要求。根据电话咨询中基协的反馈，实操中存在有纯境外募集资金的基金提交中基



协备案时被反馈不能备案的情况，但目前中基协未对此进行过明确的文件或通知说明。根据《私募投资基金登记备案办法》（中基协发〔2023〕5号）第二条，在中国境内以非公开方式募集资金设立投资基金的适用本办法，其实质规范的是境内募集资金并设立投资基金的行为，理解深圳、海南对境外募集的基金放开备案限制的规定与中基协的规定并不存在冲突，其他试点地区是否会放开对境外募集的基金备案限制待持续关注。目前深圳、海南对纯境外募集的基金不在中基协备案进行强制要求，节省了QFLP管理人及基金的合规成本，也减少了基金募集过程中与境外投资者的谈判成

本，有利于快速募集境外资金并落地。

(三) 投资范围进一步放开

在QFLP政策的变更中，各地均积极拓宽QFLP基金的投资范围，从最开始的投资于非上市企业的股权逐步扩展到参与定增交易、大宗交易、协议转让交易、可转债及母基金（FOF）投资等以往限制的投资领域，部分地区还将QFLP基金的投资范围拓展至夹层投资、私募债、不良资产等特殊机会投资领域，为QFLP基金参与不良资产的投资留下了政策空间。

试点地区	之前	之后
<p>上海</p>	<p>《关于本市开展外商投资股权投资企业试点工作的实施办法》（2010年）</p> <p>外商投资股权投资企业可从事如下业务：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.在国家允许的范围内，以全部自有资金进行股权投资，具体投资方式包括新设企业、向已设立企业投资、接受已设立企业投资者股权转让以及国家法律法规允许的其他方式； 2. 为所投资企业提供管理咨询； 3. 经登记机关许可的其他相关业务。 	<p>《关于加快推进上海全球资产管理中心建设的若干意见》（2021年）</p> <p>除左侧投资范围外，新增： 推进QFLP试点机构开展境内非上市公司股权、上市公司定向增发和夹层基金、特殊资产、私募股权、创业投资基金等投资。</p>
<p>北京</p>	<p>《关于本市开展股权投资基金及其管理企业做好利用外资工作试点的暂行办法》（2011年）</p> <p>试点企业不得从事下列业务：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 国家禁止外商资的领域投资； 2.二级市场股票和企业债券交易（但所投资企业上市后，股权投资基金所持股份不在此列）； 3. 期货等金融衍生品交易； 4. 直接或间接投资于非自用不动产； 5. 挪用非自有资金进行投资； 6. 向他人提供贷款或担保； 7.法律、法规以及外资股权投资基金设立文件禁止从事的其他事项。 	<p>《关于本市开展合格境外有限合伙人试点的暂行办法》（2021年）</p> <p>试点基金募集的境外资金可用于以下支出：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 非上市公司股权； 2.上市公司非公开发行和交易的普通股（含定向发行新股、大宗交易、协议转让等），可转换为普通股的优先股、债转股和可转债，可作为上市公司原股东参与配股； 3. 夹层投资、私募债、不良资产； 4. 参与投资境内私募投资基金； 5. 法律法规允许的其他业务。
<p>深圳</p>	<p>《关于本市开展外商投资股权投资企业试点工作的暂行办法》（2012年）；</p> <p>《深圳市外商投资股权投资企业试点办法》（2017年）</p> <p>外商投资股权投资企业可从事如下业务：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.在国家允许的范围内，以全部自有资金进行股权投资，具体投资方式包括新设企业、向已设立企业投资、接受已设立企业投资者股权转让以及国家法律法规允许的其他方式； 2.为所投资企业提供管理咨询； 3.经审批或登记机关许可的其他相关业务。 	<p>《深圳市外商投资股权投资企业试点办法》（2021年）</p> <p>外商投资股权投资企业可依法在境内开展以下业务：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 投资非上市公司股权； 2. 投资上市公司非公开发行和交易的普通股，包括定向发行新股、大宗交易、协议转让等； 3. 可作为上市公司原股东参与配股； 4. 为所投资企业提供管理咨询； 5. 中国证券监督管理委员会或中基协允许的其他业务。

试点地区	之前	之后
珠海	<p>《关于印发<珠海市外商投资股权投资企业试点管理暂行办法>的通知》（2018年）</p> <p>1. 外商投资股权投资企业可以从事下列业务： (1) 在国家允许范围内依法以自有资金进行境内股权投资，具体投资方式包括新设企业、向已设立企业投资、接受已设立企业投资者股权转让以及国家法律法规允许的其他方式（涉及国家规定实施准入特别管理措施范围内的投资须经审批）； (2) 为所投资企业提供管理咨询； (3) 经审批或登记机关许可的其他相关业务。 2. 应当投向有利于粤港澳大湾区发展的实体产业和基础设施项目，或以《外商投资产业指导目录》为导向，直接投资于实业；禁止以基金中的基金（FOF）模式进行投资，市级以上战略合作外商投资股权投资企业和以投资专项的项目型基金方式投资于实业的情况除外。</p>	<p>《珠海市外商投资股权投资类企业试点办法》（2021年）</p> <p>外商投资股权投资企业可依法在境内开展以下投资业务：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 未上市企业股权； 2. 上市公司非公开发行或交易的股票； 3. 可转债、市场化和法治化债转股、股权类基金份额； 4. 作为上市公司原始股东参与配股； 5. 经监管部门或登记备案部门许可的其他相关业务。
海南	<p>/</p>	<p>《海南省关于开展合格境外有限合伙人（QFLP）境内股权投资暂行办法》（2020年）</p> <p>政策未明确列举投资范围，仅规定QFLP基金不得投资的范围：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 在国家禁止外商投资的领域投资； 2. 二级市场股票和企业债券交易，但经相关监管部门认可的投资标的除外； 3. 期货等金融衍生品交易； 4. 投资于非自用不动产； 5. 挪用非自有资金进行投资； 6. 向非被投企业提供贷款或担保；及 7. 国家法律法规禁止从事的其他事项。

至此，QFLP基金已基本覆盖人民币私募股权基金所能够参与的交易类型，并且实践中部分境外投资者已经通过QFLP基金在境内投资上述领域。QFLP基金投资范围的放开对于其参

与境内交易的方式提供了更多可能，一定程度提高了外资参与境内商业活动的灵活性。

另外，中基协于2023年2月发布了《不动产私募投资基金试点备案指引（试行）》（中

基协发〔2023〕4号）（下称“《**不动产基金指引**》”）的公告，以积极发挥私募股权投资基金在房地产市场的作用，并且针对不动产私募投资基金规模较大、期限较长的特点，中国证券监督管理委员会（下称“**证监会**”）还积极鼓励境外投资者以QFLP方式投资不动产私募投资基金。

(四) 外汇结汇进一步便利

2014年起，国家外汇管理局开始逐步推行意愿结汇制度代替原本的支付结汇制度，允许天津、江苏、广东等试点地区内以投资为主业的外商投资企业在其境内所投资项目真实、合规的前提下，按实际投资规模将外汇资本金直接结汇后划入被投资企业账户⁴；随后，意愿结汇制在全国范围内逐步放开，逐步扩大意愿结汇适用的机构主体、资金来源、资金用途等，根本解决了142号文项下外商投资企业资本金结汇所得人民币资金进行境内股权投资的限制问题。

2022年1月国家外汇管理局发布《国家外汇管理局开展跨境贸易投资高水平开放试点》，在上海自由贸易试验区临港新片区、广东自由贸易试验区南沙新区片区、海南自由贸易港洋浦经济开发区、浙江省宁波市北仑区等区域开展跨境贸易投资高水平开放试点，随后各试点地区的外管局出台了相应的QFLP实施细

则及外汇管理操作指引，主要从以下几个方面进一步简化了QFLP基金的资金汇入和汇出手续：第一，外汇登记及账户简化，如取消了QFLP基金外汇再投资登记及开立结汇待支付账户等要求；第二，简化了资金汇出程序，如QFLP基金清盘前跨境收支无需提供完税证明，用税务承诺函代替；第三，对QFLP基金实行“余额制管理”，即，在基金管理企业取得总额度后可在总规模范围内发起设立一只或多只QFLP基金，基金管理企业可在这些QFLP基金之间灵活调节单只基金的资金募集规模，使得基金募集在商业上更为灵活。该等外汇政策的进一步放开极大便利了外资LP进入境内投资及收益汇出等外汇程序，有利于吸引更多境外资金进入境内。

第三部分\

可能面临的主要法律问题

(一) 基金投资时的国民待遇问题

根据《外商投资法》，外商投资指外国的自然人、企业或者其他组织直接或者间接在中国境内进行的投资活动，包括取得中国境内企

4.见《关于在部分地区开展外商投资企业外汇资本金结汇管理方式改革试点有关问题的通知》（汇发〔2014〕36号），已失效。

业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益。国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。北京和深圳等地的QFLP政策均要求QFLP基金在境内再投资时仍适用《外商投资法》及相关的外商投资准入特别管理措施，并未规定QFLP基金进行再投资时能够被视为内资对待，其仍应受限于《外商投资法》确立的“负面清单”与“信息报告”等外资基本管理制度⁵。

但是就业内之前讨论的特殊架构的QFLP基金，即，QFLP基金的普通合伙人（GP）是外商投资企业但其有限合伙人（LP）全部是内资企业的基金（下称“**FIE GP基金**”），部分早期试点地区（如上海⁶）的政策规定其原有属性仍为人民币基金，进而可享受人民币基金在投资行业以及审批流程方面的国民待遇。但根据国家发改委于2012年4月向上海市发改委下发的《国家发展改革委办公厅关于外资股权投资企业有关问题的复函》（发改办外资〔2012〕1023号），针对黑石QFLP基金这种FIE GP基金仍认定应按照外资政策法规进行管理，其投资项目适用《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》的规定。而且，即使FIE GP基金被视为内资，实践中依然存在问题，如投资于试点地区以外的项目时，项目所在地的监管部门是否认可其内资性质；另外，在其投资于外资

禁止或者限制行业时，相关行业监管部门可能会要求穿透核查FIE GP基金的股权结构，如果其中有外资成分，则相关行业监管部门可能会提出质疑。

（二）基金投资的资产范围仍存在限制

尽管部分试点地区在逐步拓展QFLP基金的投资资产范围，但QFLP基金在投资时仍存在一些限制。例如，上海、海南等地规定QFLP基金不得在二级市场进行股票和企业债券交易、不得从事期货等金融衍生品交易、不得直接或间接投资非自用不动产、也不得向他人提供贷款或担保，青岛明确禁止QFLP基金以母基金投资子基金的模式进行投资。

除了QFLP政策的限制之外，中基协对于私募基金（包括QFLP基金）的投资资产范围也有一定的限制，如不得从事经常性、经营性民间借贷活动等⁷。就私募基金投向债权和不良资产等特殊标的，中基协的相关文件目前未对此有

5.根据《市场监管总局关于贯彻落实<外商投资法>做好外商投资企业登记注册工作的通知》（国市监注〔2019〕247号）规定，外商投资的投资性公司、外商投资的创业投资公司、以投资为主要业务的外商投资合伙企业境内投资设立的企业，其登记注册参照适用该通知。

6.根据《关于本市开展外商股权投资企业试点工作的实施办法》（沪金融办通〔2010〕38号），获准试点的QFLP管理人可使用外汇资金对其发起设立的股权投资企业出资，金额不超过所募集资金总额的5%，该部分出资不影响所投资QFLP基金的原有属性。

7.根据2023年5月1日生效的《私募投资基金登记备案办法》第四十一条：有下列情形之一的，协会不予办理私募基金备案，并说明理由：(1)从事或者变相从事信贷业务，或者直接投向信贷资产，中国证监会、协会另有规定的除外；(2)通过委托贷款、信托贷款等方式从事经营性民间借贷活动；(3)私募基金通过设置无条件刚性回购安排变相从事借贷活动，基金收益不与投资标的的经营业绩或者收益挂钩。(4)投向保理资产、融资租赁资产、典当资产等与私募基金相冲突业务的资产、资产收（受）益权，以及投向从事上述业务的公司的股权；(5)投向国家禁止或者限制投资的项目，不符合国家产业政策、环境保护政策、土地管理政策的项目；(6)通过投资公司、合伙企业、资产管理产品等方式间接从事或者变相从事本条第一至第五项规定的活动；(7)不属于本办法第二条第二款规定的私募基金，不以基金形式设立和运作的投资公司和合伙企业；(8)以员工激励为目的设立的员工持股计划和私募基金管理人的员工跟投平台；(9)中国证监会、协会规定的其他情形。

明确规定，但是经我们电话咨询中基协的反馈，中基协目前已暂停受理投资于债权类不良资产的基金的备案。因此，部分地区的QFLP政策虽然放开了QFLP基金投资不良资产的限制，但是在实践操作层面依然受到中基协的限制。

此外，在外汇监管的层面，相关政策对于外汇资本金结汇的用途也存在一些限制，如不得直接或间接用于经营范围外支出、购买非保本理财、向非关联企业发放贷款（经营范围明确许可的情形除外）以及建设、购买非自用房地产（房地产企业除外）⁸。另外，在上述试点地区出台的QFLP实施细则及外汇管理操作指引中，允许QFLP基金通过股权、债权等形式在境内开展外商投资准入负面清单以外的各类投资活动，但房地产企业和地方政府融资平台除外。就QFLP基金投资于债权，由于QFLP基金是投资性的外商投资企业，其经营范围区别于一般性的外商投资企业，就QFLP基金向被投资企业提供贷款进行债权投资，从外汇监管的角度，与银行和外管存在一定的沟通空间，但在实践中是否可行，依然会受到中基协上述对私募基金投资范围的限制。就QFLP基金投资于房地产企业，随着《不动产基金指引》的发布和试点的落地，以QFLP基金方式投资于房地产存在一定的灵活性。

（三）外汇汇出问题

虽然外汇政策进一步便利了QFLP基金的资金汇入和汇出，但QFLP基金在进行利润、股息、红利汇出时，仍然可能面临比内资基金更多的要求和限制。第一，在实践操作中，有些地方的托管银行要求QFLP基金单个投资项目退出时所收回的投资本金作为基金的实缴出资，无法作为利润或红利直接进行分配并汇出，而是需要通过减资等其他方式退出，而QFLP基金的减资通常需经当地金融办（局）进行前置审批，流程相对复杂。第二，有些地方的托管银行要求QFLP基金在进行利润、股息、红利汇出时，需向银行提交相关证明材料，经审核通过后方可汇出境外，而银行通常要求QFLP基金进行整体利润核算，即在进行分配时，需要对QFLP基金届时整体的财务状况进行核算，只有届时财务报表上显示QFLP基金存在利润时，方可分配该等利润、股息或红利并汇出境外，而不能仅按照单个的投资项目进行利润核算。

上述资金汇出的要求与私募基金行业通常的根据单个投资项目进行分配并退出的商业需求可能存在一定冲突（尤其是对于境外LP而言）。实践中，建议提前就利润分配及资金汇

⁸ 参见《国家外汇管理局关于改革和规范资本项目结汇管理政策的通知》（汇发〔2016〕16号）。

出与托管银行沟通，托管银行有可能结合具体情况协助设计较为灵活的分配及退出机制。

第四部分\

展望

随着10余年来QFLP试点地区的增加及QFLP政策的不断修订完善，部分试点地区的QFLP政策在资质要求与投资范围方面已经与内资人民币基金趋同，逐渐呈现内外资一致的趋势，对于进一步吸引外资深度参与中国的私募基金市场创造了利好条件。 ☞

扫描二维码可查看



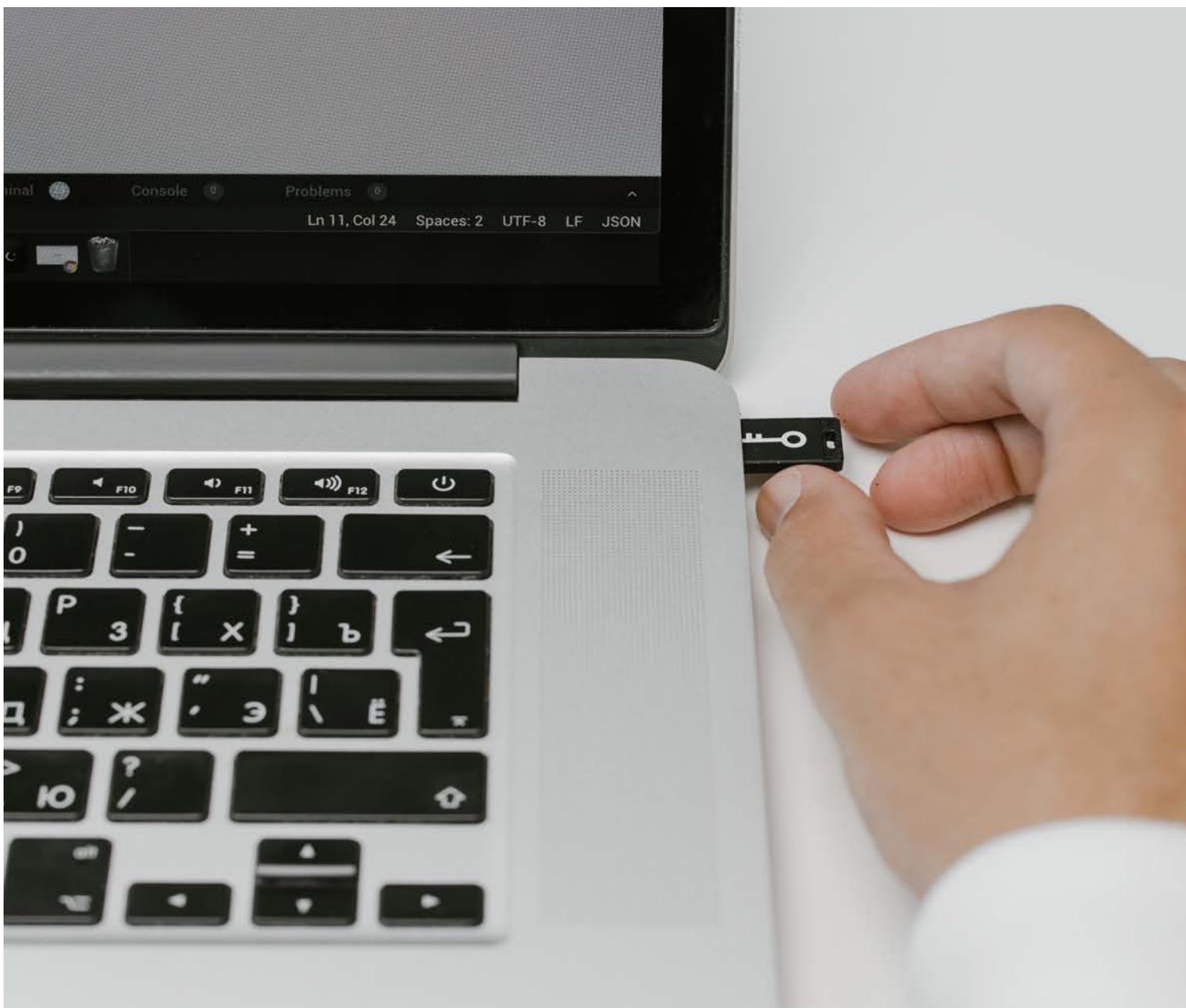
附表：QFLP政策的发展变化及实务



朱永春
合伙人
私募基金与资管部
北京办公室
+86 10 5957 2488
zhuyongchun@zhonglun.com

筑牢网络安全的基石——《商用密码管理条例》要点解读与合规观

作者：陈际红 陈城 刘连炘



2023年4月27日，修订后的《商用密码管理条例》（“《条例》”）公布，自2023年7月1日起施行。我国密码领域的第一部法律《中华人民共和国密码法》（以下简称“《密码法》”）于2020年1月1日实施，对我国的商用密码管理制度进行了结构性重塑。为适应商用密码技术创新的发展需求，协调同《密码法》的适用关系，同年，国家密码管理局发布《商用密码管理条例（修订草案征求意见稿）》（“征求意见稿”），对1999年发布并生效的《商用密码管理条例》（“原《条例》”）进行全面修订。《条例》的发布对促进商用密码技术的有序发展，构筑并完善现有监管体系意义重大。

第一部分\

《条例》核心要点评析

（一）贯彻总体国家安全观，理清“四级管理+专项管理”机制

征求意见稿就商用密码监管构建了“四级管理+专项管理”的机制，即国家、省级、市、县密码管理部门负责相应行政区域的商用密码工作，国家网信、商务、海关、市场监督管理等有关部门在各自职责范围内负责商用密码有关管理工作。¹《条例》进一步强调应坚持党对商用密码工作的领导，贯彻落实总体国家安全观，并就国家密码管理部门与其他主管部门的职权范围作出了进一步协调：

第一，要求国务院市场监督管理部门在审查商用密码认证机构资质申请时，应当征求国

家密码管理部门的意见；

第二，厘清国家密码管理部门与国务院商务主管部门就商用密码进口许可和出口管制事宜的职权范围；

第三，明确国家密码管理部门对商用密码标准实施监督检查的职责；

第四，对国家密码管理部门及有关部门开展商用密码监督检查的职权进行了限缩。

（二）多管齐下，促进密码科技创新与标准化

征求意见稿主要在以下几个层面就促进商业密码科技创新与标准化确立起总体的保障要求：

第一，通过对作出突出贡献的组织和个人予以表彰与奖励，增强知识产权保护，促进商

1.《商用密码管理条例（修订草案征求意见稿）》第三条。

用密码技术的创新²;

第二, 支持商用密码技术成果转化和产业化³;

第三, 对密码算法、密码协议、密钥管理机制等商用技术进行安全性审查⁴;

第四, 组织制定商用密码国家标准、行业标准, 推动参与商用密码国际标准化活动, 对商用密码团体标准的制定进行规范、引导和监督。

《条例》进一步在以下方面对征求意见稿原有规定内容作出了完善:

一是鼓励外资开展商用密码技术合作:

《条例》明确, 国家鼓励外资参与商用密码技术合作的总体原则, 对行政机关及其工作人员利用行政手段强制转让商用密码技术作出禁止性规定。

二是明确强制性审查鉴定的商用密码技术范围, 删除技术指导目录相关规定: 《条例》明确强制性审查鉴定的商用密码技术应为“法律、行政法规和国家有关规定要求使用商用密码进行保护的网络与信息系统所使用的”商用密码技术, 并删除了征求意见稿中要求将通过安全性审查的商用密码技术列入商用密码技术指导目录的要求。

2. 《商用密码管理条例（修订草案征求意见稿）》第七条。
3. 《商用密码管理条例（修订草案征求意见稿）》第八条。
4. 《商用密码管理条例（修订草案征求意见稿）》第九条。
5. 《商用密码管理条例（修订草案征求意见稿）》第十条。

(三) 落实“放管服”, 细化商用密码检测认证实施要求

我国商用密码产品的管理制度经历了“审批制”到“检测认证制”的过程:

- 根据原《条例》规定, 国家对商用密码产品的科研、生产、销售和使用实行专控管理;
- 2017年9月, 随着《国务院关于取消一批行政许可事项的决定》(国发〔2017〕46号)的发布, 商用密码产品生产单位审批、商用密码产品销售单位许可、外商投资企业使用境外密码产品审批、境外组织和个人在华使用密码产品或者含有密码技术的设备审批等4项行政许可事项被取消;
- 2017年12月, 国家密码管理局发布《国家密码管理局关于废止和修改部分管理规定的决定》, 对《商用密码产品销售管理规定》《商用密码产品使用管理规定》和《境外组织和个人在华使用密码产品管理办法》三部管理规定予以废止;
- 2019年《密码法》颁布, 确立了强制检测认证和自愿检测认证相结合的监管机制。

《条例》对《密码法》中的上述规定进行了细化, 对商用密码产品检测与认证机构的主管部门、资质要求、申请流程、监督管理进行具体规定, 具体如下:

	商用密码检测	商用密码认证
主管部门	国家密码管理部门 ⁶	国务院市场监督管理部门、国家密码管理部门 ⁷
资质要求	<ul style="list-style-type: none"> 具有法人资格； 具有与从事商用密码检测活动相适应的资金、场所、设备设施、专业人员和专业能力； 具有保证商用密码检测活动有效运行的管理体系。⁸ 	<ul style="list-style-type: none"> 符合法律、行政法规和国家有关规定要求的认证机构基本条件； 具有与从事商用密码认证活动相适应的检测、检查等技术能力。⁹
申请流程	<ul style="list-style-type: none"> 申请商用密码检测机构资质，应当向国家密码管理部门提出书面申请，并提交符合条件的材料； 国家密码管理部门应当自受理申请之日起20个工作日内，对申请进行审查，并依法作出是否准予认定的决定； 需要对申请人进行技术评审的，技术评审所需时间不计算在本条规定的期限内。国家密码管理部门应当将所需时间书面告知申请人。¹⁰ 	<ul style="list-style-type: none"> 申请商用密码认证机构资质，应当向国务院市场监督管理部门提出书面申请。申请人除应当符合法律、行政法规和国家有关规定要求的认证机构基本条件外，还应当具有与从事商用密码认证活动相适应的检测、检查等技术能力； 国务院市场监督管理部门在审查商用密码认证机构资质申请时，应当征求国家密码管理部门的意见。¹¹
监督管理	对出具的检测数据、结果负责，并定期向国家密码管理部门报送检测实施情况。 ¹²	<ul style="list-style-type: none"> 对出具的认证结论负责； 商用密码认证机构应当对其认证的商用密码产品、服务、管理体系实施有效的跟踪调查，以保证通过认证的商用密码产品、服务、管理体系持续符合认证要求。¹³

图表1：商用密码检测与认证实施机制

此外，就《密码法》所确立的强制检测与自愿检测相结合的实施机制，《条例》中也做出了进一步规定。对于符合以下条件的商用密码产品应经过检测认证合格后方可销售、提供¹⁴：

一是涉及国家安全、国计民生、社会公共利益商用密码产品，应当依法列入网络关键设备和网络安全专用产品目录，由具备资格的商用密码检测、认证机构检测认证合格后，方

可销售或者提供；

二是商用密码服务使用网络关键设备和网络安全专用产品的，应当经商用密码认证机构

6. 《商用密码管理条例》第十五条。
 7. 《商用密码管理条例》第十七条。
 8. 《商用密码管理条例》第十四条。
 9. 《商用密码管理条例》第十八条。
 10. 《商用密码管理条例》第十五条。
 11. 《商用密码管理条例》第十八条。
 12. 《商用密码管理条例》第十六条。
 13. 《商用密码管理条例》第十九条。
 14. 《商用密码管理条例》第二十条、第二十一条。

对该商用密码服务认证合格。

而对于除上述两种情形之外的商用密码产品，当前主要采取鼓励态度，明确了相关商用密码产品提供者可以自愿接受商用密码检测认证。

(四) 与《电子签名法》衔接，确立电子认证商用密码管控要求

《条例》在《密码法》的基础上，对电子认证服务机构及电子政务电子认证服务机构应该遵循的要求分别作出了规定，具体如下：

	电子认证服务机构	电子政务电子认证服务机构
资质要求	依法取得国家密码管理部门同意使用密码的证明文件 ¹⁵	依法取得电子政务电子认证服务机构资质 ¹⁶
资质申请条件	具有与使用密码相适应的场所、设备设施、专业人员、专业能力和管理体系。 ¹⁷	<ul style="list-style-type: none"> - 具有企业法人或者事业单位法人资格； - 具有与从事电子政务电子认证服务活动及其使用密码相适应的资金、场所、设备设施和专业人员； - 具有为政务活动提供长期电子政务电子认证服务的能力； - 具有保证电子政务电子认证服务活动及其使用密码安全运行的管理体系。¹⁸
资质申请流程	N/A	<ul style="list-style-type: none"> - 向国家密码管理部门提出书面申请，并提交符合规定条件的材料； - 国家密码管理部门应当自受理申请之日起20个工作日内，对申请进行审查，并依法作出是否准予认定的决定； - 需要对申请人进行技术评审的，技术评审所需时间不计算在本条规定的期限内。国家密码管理部门应当将所需时间书面告知申请人。¹⁹
业务规范	应当按照法律、行政法规和电子认证服务密码使用技术规范、规则，使用密码提供电子认证服务，保证其电子认证服务密码使用持续符合要求。 ²⁰	应当按照法律、行政法规和电子政务电子认证服务技术规范、规则，在批准范围内提供电子政务电子认证服务，并定期向主要办事机构所在地省、自治区、直辖市密码管理部门报送服务实施情况。 ²¹

图表2：电子认证与电子政务电子认证机构应满足的要求

15. 《商用密码管理条例》第二十二条。
 16. 《商用密码管理条例》第二十四条。
 17. 《商用密码管理条例》第二十二条。
 18. 《商用密码管理条例》第二十五条。
 19. 《商用密码管理条例》第二十六条。
 20. 《商用密码管理条例》第二十三条。
 21. 《商用密码管理条例》第二十八条。

根据国家密码管理局官网公布的信息，截止本文成文前，电子认证服务使用密码许可单位一共有64家；电子政务电子认证服务机构一共有56家。²²《条例》还进一步明确，外商投资电子政务电子认证服务，影响或可能影响国家安全的，应当依法进行外商投资安全审查²³，这也与《中华人民共和国外商投资法》第三十五条规定的外商投资安全审查制度相衔接。

(五) 从“批准制”到“清单制”，进一步完善商用密码进出口管制要求

中国对商用密码进出口的管制，经历了从“批准制”到“清单制”的转变：

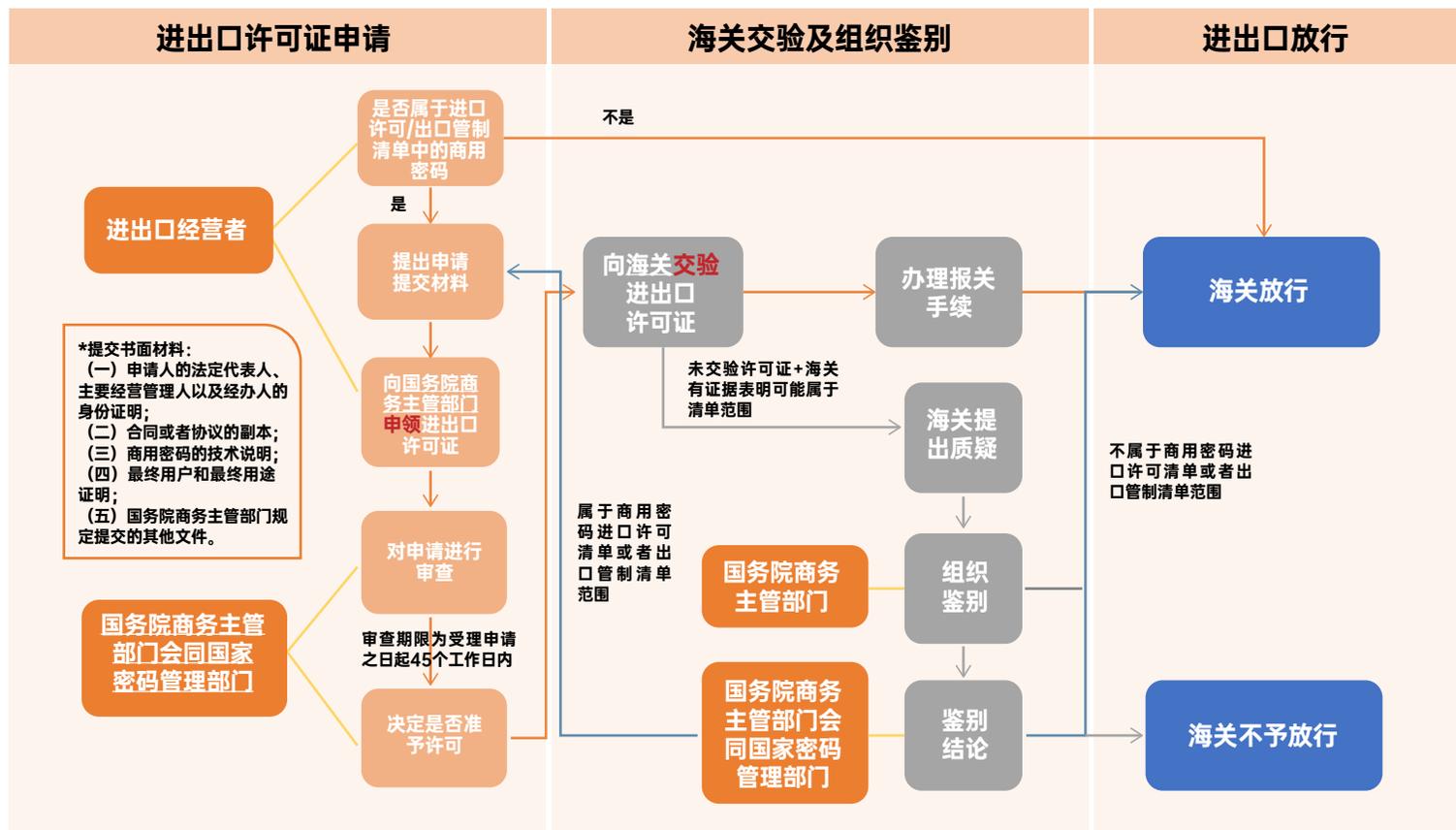
- 原《条例》第十三条规定，进口密码产品以及含有密码技术的设备或者出口商用密码产品，必须报经国家密码管理机构批准。任何单位或者个人不得销售境外的密码产品。
- 《密码法》以“清单制”代替“批准制”，对涉及国家安全、社会公共利益且具有加密保护功能的商用密码实施进口许可，对涉及国家安全、社会公共利益或者中国承担国际义务的商用密码实施出口管制。商用密码进口许可清单和出口管制清单由国务院商务主管部门会同国家密码管理部门和海关总署制定并公布。此外，大众消费类产

品所采用的商用密码不实行进口许可和出口管制制度。

- 2020年11月，商务部、国家密码管理局、海关总署发布《关于发布商用密码进口许可清单、出口管制清单和相关管理措施的公告》（以下简称“**《商用密码进口许可出口管制公告》**”），公告明确了“商用密码进口许可清单”“商用密码出口管制清单”以及商用密码进出口许可程序。

上述规定和实践在《条例》中得以延续，《条例》第三十一条在征求意见稿的基础上，补充规定“大众消费类产品所采用的商用密码不实行进口许可和出口管制制度”，与《密码法》第二十八条进行了立法体系上的协调和内容呼应；《条例》第三十三条规定了海关对进出口许可证进行校验检查的相关要求；第三十四条在征求意见稿的基础上补充了相关规定，对申请商用密码进出口许可的流程做出了进一步明确，具体如下：

22. 参见：http://www.sca.gov.cn/app-zxfw/xzspss/syxkdw.jsp?channel_code=c100142，最后访问时间2023年6月5日。
23. 《商用密码管理条例》第二十七条。



图表3：商用密码产品进出口管控流程

(六) 制度协同，应协调与等保、关键信息基础设施监管之间的适用关系

《条例》第三十八条、三十九条在征求意见稿的基础上，对应当使用商业密码进行保护及应开展商用密码应用安全性评估（以下简称“密评”）的关键信息基础设施的条件，由“非涉密的关键信息基础设施”调整为“法律、行政法规和国家有关规定要求使用商用密码进行保护的关键信息基础设施”，具体范围尚待进一步明

确。此外，上述两条规定在修订过程中删除了网络安全等级保护第三级以上网络、国家政务信息系统等网络与信息系统，将前述两类信息系统排除在第三十八条、三十九条的适用范围之外，并新增第四十一条对根据网络安全等级保护制度应当如何使用商用密码的信息系统进行密评作出了专门规定，法条的体系及条理得以进一步完善。具体如下：

关键信息基础设施		等级保护
密评要求	<ul style="list-style-type: none"> 投入运行前，自行或者委托商用密码检测机构开展商用密码应用安全性评估； 运行后每年至少进行一次评估，评估情况按照国家有关规定报送国家密码管理部门或者关键信息基础设施所在地省、自治区、直辖市密码管理部门备案。²⁴ 	<ul style="list-style-type: none"> 应当按照国家网络安全等级保护制度要求，使用商用密码保护网络安全。国家密码管理部门根据网络的安全保护等级，确定商用密码的使用、管理和应用安全性评估要求，制定网络安全等级保护密码标准规范。²⁵
商用密码检测	<ul style="list-style-type: none"> 使用的商用密码产品、服务应当经检测认证合格； 使用的密码算法、密码协议、密钥管理机制等商用密码技术应当通过国家密码管理部门审查鉴定。²⁶ 	N/A
国家安全审查	关键信息基础设施的运营者采购涉及商用密码的网络产品和服务，可能影响国家安全的，应当依法通过国家网信部门会同国家密码管理部门等有关部门组织的国家安全审查。 ²⁷	N/A

图表4：关键信息基础设施与等级保护相关密评要求

根据上述规定，关键信息基础设施运行后每年应至少进行一次评估，评估情况报密码管理部门备案。同时，《条例》第三十九条规定，对于应当通过商用密码保护的关键信息基础设施，“使用的商用密码产品、服务应当经检测认证合格，使用的密码算法、密码协议、密钥管理机制等商用密码技术应当通过国家密码管理部门审查鉴定”，对于此处提及的两项条件，我们倾向于应当是“和”而非“或”的关系。

此外，《条例》第四十一条中虽然采用了“网络运营者应当按照国家网络安全等级保护制度要求，使用商用密码保护网络安全”这一相对模糊的规定，但结合征求意见稿原有表述，以

及《贯彻落实网络安全等级保护制度和关键信息基础设施安全保护制度的指导意见》第二条第（六）项的规定²⁸，从企业合规的角度而言，我们认为宜根据意见的前述规定，对于网络安全等级保护三级以上网络采用商用密码技术进行保护，并根据《条例》规定进行商用密码安全性评估，遵循网络安全等级保护密码标准规范。

24.《商用密码管理条例》第三十八条。

25.《商用密码管理条例》第四十一条。

26.《商用密码管理条例》第三十九条。

27.《商用密码管理条例》第四十条。

28.《贯彻落实网络安全等级保护制度和关键信息基础设施安全保护制度的指导意见》第二条第（六）项规定，“落实密码安全防护要求。网络运营者应贯彻落实《密码法》等有关法律法规规定和密码应用相关标准规范。第三级以上网络应正确、有效采用密码技术进行保护，并使用符合相关要求的密码产品和服务。第三级以上网络运营者应在网络规划、建设和运行阶段，按照密码应用安全性评估管理办法和相关标准，在网络安全等级测评中同步开展密码应用安全性评估。”

第二部分\ 企业合规应对建议

随着数字技术的发展，越来越多的企业在业务中涉及到商用密码技术的应用。《条例》的出台为企业在商用密码合规管理层面也带来新的挑战。

(一) 关注商用密码产品强制检测认证的合规义务

1. 风险提示

根据《条例》规定，对于符合条件的商用密码产品应经过检测认证合格后方可销售、提供。对于列入“网络关键设备和网络安全专用产品目录”的商用密码产品以及使用网络关键设备和网络专用产品的商用密码服务，应该履行网络关键设备和网络专用产品的检测认证合规义务。

《网络安全法》第二十三条²⁹对上述合规义务做出了规定，《关于修改〈中华人民共和国网络安全法〉的决定（征求意见稿）》第一条明确了违反《网络安全法》第二十三条的法律责任。如《中华人民共和国网络安全法（修订征求意见稿）》最终生效，则对于提供未经检测认证的网络关键设备和网络专用产品的网络产品提供者而言，将面临具体的法律风险。



2. 应对建议

对于使用网络关键设备和网络安全专用产品的商用密码服务提供者而言，可参考下表，对自身提供的商用密码服务是否涉及使用网络关键设备和网络安全专用产品予以认定，并在此基础上判断是否需要落实商用密码服务的检测认证，以及网络关键设备和网络安全专用产品的检测认证合规义务。

29. 《中华人民共和国网络安全法》第二十三条规定，“网络关键设备和网络安全专用产品应当按照相关国家标准的强制性要求，由具备资格的机构安全认证合格或者安全检测符合要求后，方可销售或者提供。国家网信部门会同国务院有关部门制定、公布网络关键设备和网络安全专用产品目录，并推动安全认证和安全检测结果互认，避免重复认证、检测。”

设备或产品类别		范围
网络关键设备	1.路由器	整系统吞吐量（双向） $\geq 12\text{Tbps}$ 整系统路由表容量 ≥ 55 万条
	2.交换机	整系统吞吐量（双向） $\geq 30\text{Tbps}$ 整系统包转发率 $\geq 10\text{Gpps}$
	3. 服务器（机架式）	CPU数量 ≥ 8 个单CPU内核数 ≥ 14 个内存容量 $\geq 256\text{GB}$
	4. 可编程逻辑控制器（PLC设备）	控制器指令执行时间 ≤ 0.08 微秒
网络安全专用产品	5. 数据备份一体机	备份容量 $\geq 20\text{T}$ 备份速度 $\geq 60\text{MB/s}$ 备份时间间隔 ≤ 1 小时
	6. 防火墙（硬件）	整机吞吐量 $\geq 80\text{Gbps}$ 最大并发连接数 ≥ 300 万每秒新建连接数 ≥ 25 万
	7. WEB应用防火墙（WAF）	整机应用吞吐量 $\geq 6\text{Gbps}$ 最大HTTP并发连接数 ≥ 200 万
	8. 入侵检测系统（IDS）	满检速率 $\geq 15\text{Gbps}$ 最大并发连接数 ≥ 500 万
	9.入侵防御系统（IPS）	满检速率 $\geq 20\text{Gbps}$ 最大并发连接数 ≥ 500 万
	10.安全隔离与信息交换产品（网闸）	吞吐量 $\geq 1\text{Gbps}$ 系统延时 $\leq 5\text{ms}$
	11.反垃圾邮件产品	连接处理速率（连接/秒） > 100 平均延迟时间 $< 100\text{ms}$
	12.网络综合审计系统	抓包速度 $\geq 5\text{Gbps}$ 记录事件能力 ≥ 5 万条/秒
	13. 网络脆弱性扫描产品	最大并行扫描IP数量 ≥ 60 个
	14. 安全数据库系统	TPC-E tpsE（每秒可交易数量） ≥ 4500 个
	15.网站恢复产品（硬件）	恢复时间 $\leq 2\text{ms}$ 站点的最长路径 ≥ 10 级

图表5：网络关键设备和网络安全专用产品目录（第一批）³⁰

30. 参见《关于发布<网络关键设备和网络安全专用产品目录（第一批）>的公告》，http://www.cac.gov.cn/2017-06/09/c_1121113591.htm?eqid=ff2c0150000012740000000564264f2b，最后访问时间：2023年6月5日。

(二) 关注商用密码产品进出口管制合规义务

1. 风险提示

《条例》第三十二条规定，“进口商用密码进口许可清单中的商用密码或者出口商用密码出口管制清单中的商用密码，应当向国务院商务主管部门申请领取进出口许可证。商用密码的过境、转运、通运、再出口，在境外与综合保税区等海关特殊监管区域之间进出，或者在境外与出口监管仓库、保税物流中心等保税监管场所之间进出的，适用前款规定。”因此，对于进口商用密码进口许可清单中的商用密码或者出口商用密码出口管制清单中的商用密码提供者而言，应当就相关商用密码的进出口向商务部申请相应的进出口许可证。

2. 应对建议

《商用密码进口许可出口管制公告》中明确了“商用密码进口许可清单”及“商用密码出口管制清单”中包含的产品范围。我们建议，商用密码产品提供者应在进出口商用密码产品之前，判断相关产品是否落入“商用密码进口许可清单”及“商用密码出口管制清单”的范围，对于落入前述清单范围的商用密码产品应该在进出口之前申请相应的许可证，落实进出口合规义务。

(三) 关注关键信息基础设施及等保相关商用密码产品合规义务

1. 风险提示

《条例》规定，关键信息基础设施运营者如涉及在其所运营的关键信息基础设施上使用商用密码的情况，需承担商用密码应用安全性评估及检测认证的义务：

- **安全性评估义务**：应在关键信息基础设施投入运营前自行或者委托商用密码检测机构开展商用密码应用安全性评估；在投入运营后每年至少进行一次评估，评估情况按照国家有关规定报送国家密码管理部门或者关键信息基础设施所在地省、自治区、直辖市密码管理部门备案。
- **检测认证合规义务**：使用的商用密码产品、服务应当经检测认证合格；使用的密码算法、密码协议、密钥管理机制等商用密码技术应当通过国家密码管理部门审查鉴定。

而对于一般的网络运营者而言，则应该按照国家网络安全等级保护制度要求，使用商用密码保护网络安全。

2. 应对建议

对于构成关键信息基础设施运营者的企业而言，如涉及在其所运营的关键信息基础设施上使用商用密码，应落实《条例》项下的安全

评估及检测认证的义务。而对于一般的网络运营者而言，则应该按照国家网络安全等级保护制度要求，使用商用密码保护网络安全。

第三部分\

结语

商用密码广泛服务于经济社会各领域，对于保障网络强国、数字中国等国家重大战略的顺利实施意义重大，直接关系到国家政治安全、经济安全、国防安全和信息安全。本次《条例》的修订及发布实施，全面落实《密码法》立法精神，为在法治轨道上推进商用密码高质量发展提供了清晰完整的实施路径。企业应密切关注《条例》确立的相关法律要求，履行商用密码产品及服务相关合规管控义务，落实合规主体责任。 ☒



陈际红
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2003
chenjihong@zhonglun.com



陈璩
非权益合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5087 2940
chenjianbj@zhonglun.com



中伦研究院出品



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