

# NEWSLETTER 中 伦 e 简 报 深度观察



中倫律師事務所  
ZHONG LUN LAW FIRM

外商投资中国保险业  
“走进春天”系列之一——监管概览 001 /

2019年《网络安全法》年度观察 012 /

稽往振今、因时制宜：  
《反垄断法》修订草案亮点解析 019 /

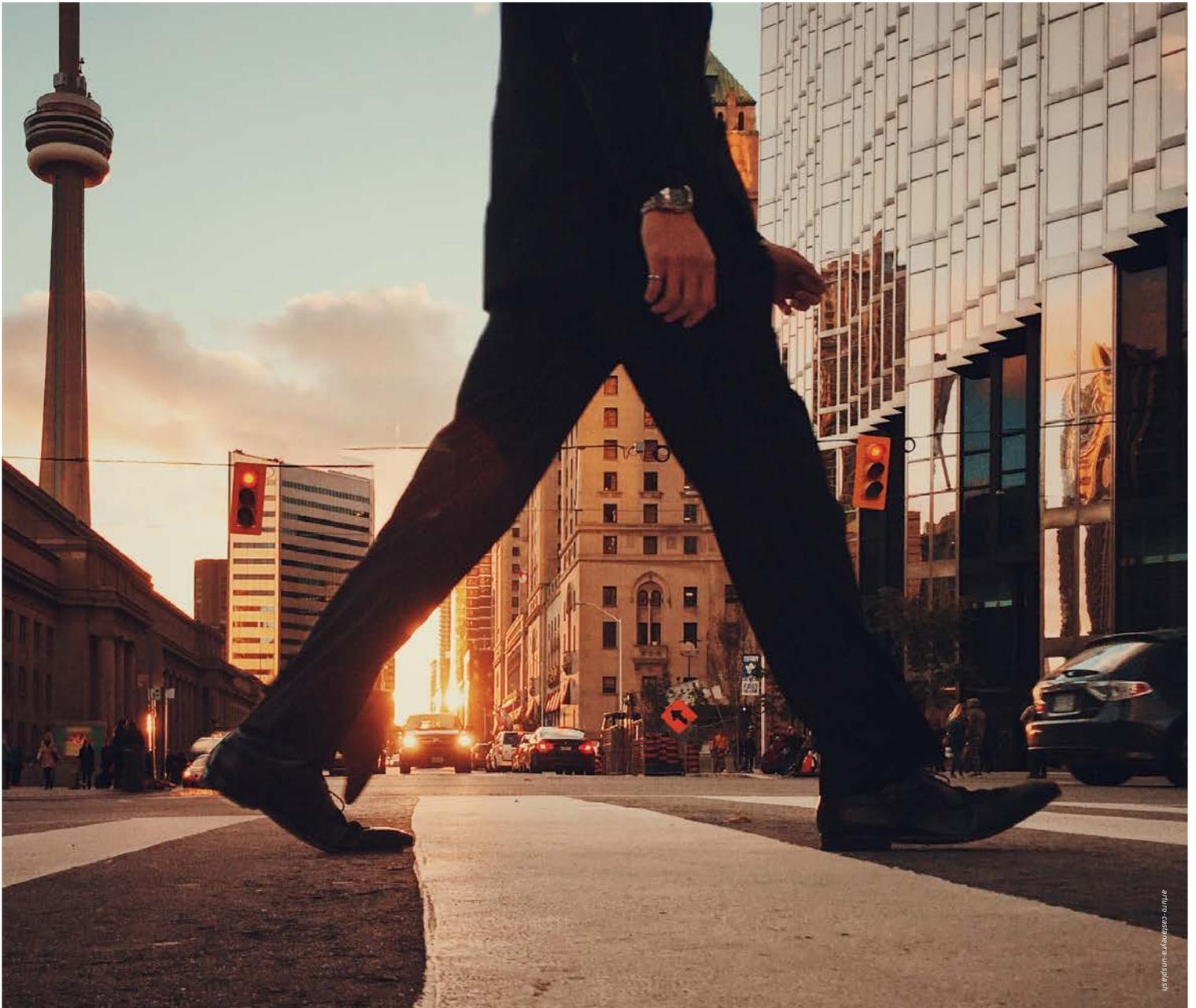
双资质施行，单资质施工  
/设计企业何去何从？ 027 /

微信聊天记录可以成为  
内幕交易证据？其实发现和  
认定内幕交易比这更容易 033 /



# 外商投资中国保险业 “走进春天”系列之一——监管概览

作者：乔文骏、谢静、肖璐璐



2019年11月14日,安联(中国)保险控股有限公司获得中国银行保险监督管理委员会(“银保监会”)批准开业。其自2018年11月获银保监会批准筹建,一年后,成为中国首家外资独资保险控股公司。

2019年10月15日,国务院总理李克强签署国务院令修订《中华人民共和国外资保险公司管理条例》,放宽了外资保险公司的准入条件,取消“经营保险业务30年以上”和“在中国境内已经设立代表机构2年以上”的限制;允许外国保险集团公司在境内投资设立外资保险公司,以及境外金融机构入股外资保险公司。这是自今年5月银保监会推出12条对外开放新措施(“12条对外开放新措施”)<sup>1</sup>,及7月国务院金融稳定发展委员会办公室推出《国务院金融稳定发展委员会办公室关于进一步扩大金融业对外开放的有关举措》(“国11条”)<sup>2</sup>后,落实保险业对外开放的一项实际举措,此举可谓迎来了外商投资中国保险业的“春天”。

本“外商投资中国保险业‘走进春天’系列”文章旨在从法律角度就外资在新形势下布局中国保险市场的主要相关问题进行探讨。

## 第一部分 中国保险业发展现状及外资保险在华格局

### (一) 中国保险业发展现状

中国保险业正在蓬勃发展,是全球增长最快的保险市场之一。根据瑞士再研究院今年7月4日发布的再保险Sigma报告《世界保险业:重心继续东移》,到2029年,亚太地区保费将占到全球42%——中国的份额预计将达到20%<sup>3</sup>。根据中国人民银行及瑞士再研究院发布的数据,2017年,我国保险密度是384美元/人,而同年的瑞士的保险密度为6,811美元,美国的保险

#### 1. 12条对外开放新措施如下:

- 按照内外资一致原则,同时取消单家中资银行和单家外资银行对中外资商业银行的持股比例上限;
  - 取消外国银行在华设立外资法人银行的100亿美元总资产要求和外国银行在华设立分行的200亿美元总资产要求;
  - 取消境外金融机构投资入股信托公司的10亿美元总资产要求;
  - 允许境外金融机构入股在华外资保险公司;
  - 取消外国保险经纪公司在华经营保险经纪业务需满足30年经营年限、总资产不少于2亿美元的要求;
  - 放宽中外合资银行中方股东限制,取消中方唯一或主要股东必须是金融机构的要求;
  - 鼓励和支持境外金融机构与民营资本控股的银行业保险业机构开展股权、业务和技术等各类合作;
  - 允许外国保险集团公司在华投资设立保险类机构;
  - 允许境内外资保险集团公司参照中资保险集团公司资质要求发起设立保险类机构;
  - 按照内外资一致原则,同时放宽中资和外资金融机构投资设立消费金融公司方面的准入政策;
  - 取消外资银行开办人民币业务审批,允许外资银行开业时即可经营人民币业务;
  - 允许外资银行经营“代理收付款项”业务。
- 信息来源:《郭树清就银行业保险业扩大对外开放接受采访》:<http://www.cbirc.gov.cn/chinese/home/docView/54986096451943B185CFF7728CA9B7FF.html>。

#### 2. 国11条内容如下:

- 允许外资机构在华开展信用评级业务时,可以对银行间债券市场和交易所债券市场的所有种类债券评级;
  - 鼓励境外金融机构参与设立、投资入股商业银行理财子公司;
  - 允许境外资产管理机构与中资银行或保险公司的子公司合资设立由外方控股的理财子公司;
  - 允许境外金融机构投资设立、参股养老金管理公司;
  - 支持外资全资设立或参股货币经纪公司;
  - 人身险外资股比限制从51%提高至100%的过渡期,由原定2021年提前到2020年;
  - 取消境内保险公司合计持有保险资产管理公司的股份不得低于75%的规定,允许境外投资者持有股份超过25%;
  - 放宽外资保险公司准入条件,取消30年经营年限要求;
  - 将原定于2021年取消证券公司、基金管理公司和期货公司外资股比限制的时点提前到2020年;
  - 允许外资机构获得银行间债券市场A类主承销牌照;
  - 进一步便利境外机构投资者投资银行间债券市场。
- 信息来源:《关于进一步扩大金融业对外开放的有关举措》:[http://www.gov.cn/xinwen/2019-07/21/content\\_5412293.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2019-07/21/content_5412293.htm)。

- 《瑞再sigma报告:保险重心持续东移,中国有望在2030年代中期成为最大的保险市场》:<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1638172094791390684&wfr=spider&for=pc>。

密度为4,216美元,保险密度较高的发达国家的保险密度约是我国的9-17倍<sup>4</sup>。从所处阶段来看,中国保险市场与西方发达国家相比仍处于前期发展阶段;但从长远来看,中国市场对于保险的需求将大幅度上升。

2017年以来,我国保险业加快对外开放进程。以取消人身险公司外资持股比例时限为例,2017年11月,我国财政部副部长朱光耀在新闻办就中美元首北京会晤经济成果相关情况举行的吹风会上宣布,到2020年,单个或多个外商投资者投资设立经营人身保险业务的保险公司的投资比例将放宽至51%,到2022年,投资比例不受限制。2018年4月,中国人民银行行长易纲在博鳌论坛宣布进一步加快金融业对外开放的时间表,宣布将人身险公司的外资持股比例上限取消时间缩短至2021年;2019年5月,银保监会宣布12条对外开放新措施,外资人身险公司外资股比限制从51%放宽至100%的过渡期缩短至2020年。在这短短2年期间,取消外商投资寿险领域外资股比限制的时间表经历了“5-3-1”的跳级式加速。

## (二) 外资保险在华格局

在此大环境下,外资持续看好中国保险市场前景,积极扩大在华战略布局,多家外资保险公司增资及“第一”外资保险公司筹建在各个领

域陆续获批:

序号	时间	事项
1	2018年5月	首家合资保险资管公司——工银安盛资产管理有限公司获批筹建
2	2018年11月	首家外资独资保险控股公司——安联(中国)保险控股公司获批筹建
3	2018年12月	德华安顾人寿增加注册资本6亿元
4	2018年12月	瑞再企商保险增加注册资本0.69亿元
5	2018年12月	中荷人寿增加注册资本3.2亿元
6	2018年12月	恒安标准人寿增加注册资本10.1亿元
7	2019年3月	首家外资养老保险公司——恒安标准养老保险有限责任公司获批筹建
8	2019年11月	美国安达增持华泰保险集团股份至30.9%

4. 根据中国人民银行披露的数据显示,2017年,我国保险密度是384美元(人民币2,631.58元)/人,保险深度为4.42%,经济发展较快的地区居民参保意识较强,北京、上海、江苏等省市居前,但仍有1/3省份保险密度低于2,000元/人。(数据来源:《金融科技创新推动普惠保险落地 助力新经济发展 第10期(总第208期)》: <http://www.cbirc.gov.cn/chinese/home/docView/E7C22014A2DF49EBA262ABC7EF946CE4.html>);另外,根据瑞士瑞再研究院发布的数据显示,2017年瑞士的保险密度为6,811美元,保险深度为8.53%;美国的保险密度为4,216美元,保险深度为7.10%;英国的保险密度为3,810美元,保险深度为9.58%;亚洲国家中,日本的保险密度为3,312美元,保险深度为8.59%;韩国的保险密度为3,522美元,保险深度为8.59%;以上数据显示,保险密度较高的发达国家是我国保险密度的9~17倍。数据来源:《2017全球88个地区保险深度、密度排行榜》: [http://www.360doc.com/content/18/0922/18/19674222\\_788795527.shtml](http://www.360doc.com/content/18/0922/18/19674222_788795527.shtml)。

截至2018年底,我国外资寿险公司及外资财险公司数量及保费收入等情况如下<sup>5</sup>:

类别	外资寿险公司	外资财险公司
	28 <sup>6</sup>	22
前五大外资保险公司	工银安盛人寿保险有限公司	安盛天平财产保险股份有限公司
	恒大人寿保险有限公司	国泰财产保险有限责任公司
	友邦保险有限公司所持分公司	中航安盟财产保险有限公司
	中信保诚保险人寿保险有限公司	利宝保险有限公司
	招商信诺人寿保险有限公司	美亚财产保险有限公司
2018年底前五大外资保险公司保费约计收入(单位:亿元)	1,226.2	160.3

2019年1-4月份,外资险企原保费收入市场占有率达到6.84%,同比上升1.78%<sup>7</sup>。截至2019年第二季度末,境外保险公司在我国一共设立了59家外资保险法人机构和131家代表处<sup>8</sup>。

我们相信,随着我国政策对外资进入保险行业的加快开放,外资进入我国保险市场有着广阔的发展空间和巨大的市场前景。

5.《国盛证券研究报告 金融开放系列一:对保险业有何影响?》: [http://data.eastmoney.com/report/zw\\_industry.jshtml?encodeUrl=bSjzgQTTXkRF8aFqnvxseJsKf7HIZQaoHT5SPR4IzTA=](http://data.eastmoney.com/report/zw_industry.jshtml?encodeUrl=bSjzgQTTXkRF8aFqnvxseJsKf7HIZQaoHT5SPR4IzTA=)。  
6.其中中外合资寿险公司共计27家,在境内成立外资全资分公司的仅友邦保险有限公司1家。  
7.《保险业发展态势稳中向好 服务实体经济高质量发展能力持续提升—保险业协会聚焦自律和服务主业 坚持专业化发展方向 第21期(总第219期)》: <http://www.cbirc.gov.cn/chinese/home/docView/1FE3D06B42C6446C9858C4EC8DCB2A92.html>。  
8.《银保监会国务院政策例行吹风会问答实录(2019年10月15日)》: <http://www.cbirc.gov.cn/chinese/home/docView/114B356412654696AD717F2A77F517E3.html>。  
9.根据《外资保险公司管理条例》(2019年修订)第三条,合资寿险公司为外国保险公司与中国的公司、企业合资在中国境内设立经营人身保险业务的合资保险公司。根据《中华人民共和国保险法》(2015年修订)第九十五条,人身保险业务包括人寿保险、健康保险、意外伤害保险等保险业务。因此我们理解,外商投资寿险公司为经营上述《中华人民共和国保险法》中第九十五条“人身保险业务”的外资保险公司。  
10.根据《保险公司非寿险业务准备金管理办法(试行)》,非寿险业务是指除人寿保险业务以外的保险业务,包括财产损失保险、责任保险、信用保险、短期健康保险和意外伤害保险业务以及上述业务的再保险业务。  
11.根据中国人民银行于2019年7月20日正式发布《关于进一步扩大金融业对外开放的有关举措》,寿险公司的外资持股比例上限取消时间缩短至2020年,具体落地有待《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》及《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)》的修订。

## 第二部分\外商投资保险公司监管现状与历史沿革

### (一) 外商投资保险公司监管现状

目前,我国将外商投资保险公司基本分为寿险公司<sup>9</sup>和非寿险公司<sup>10</sup>进行分类监管。根据现行有效的《外商投资产业指导目录》(2017年修订)及《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》,外商投资寿险公司受制于外商投资准入特别管理措施,即其外资股比不得超过51%(2021年将取消外资股比限制)<sup>11</sup>;非寿险公司按照允许类监管,无外资持股比例限制。此

外,我们未发现《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单) (2019年版)》及《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》对寿险公司及非寿险公司的外资持股比例监管另行作出特别规定。

因此,在目前的保险市场上,外资寿险公司主要是以合资公司形式成立并存续,例如前文提及到的工银安盛人寿保险有限公司、恒大人寿保险有限公司、中意人寿保险有限公司等;非寿险领域有多家外资独资财险公司在华落户,例如三星财产保险(中国)有限公司、瑞再企商保险有限公司,苏黎世财产保险(中国)有限公司等。

## (二) 外商投资保险公司历史沿革

回顾外资进入中国保险市场的历史进程,我国保险业自1980年开始允许部分外国保险公司在华设立代表处,1980年,新中国第一家合资保险公司——中美保险公司设立,截至1992年共计22家保险公司在华设立28家代表处<sup>12</sup>。

1992年至2001年间,我国保险业对外开放进入试点阶段,外资接连进入中国保险市场<sup>13</sup>14:

- 1992年,美国友邦保险公司作为**第一家外资保险公司**在上海设立分公司;

- 1994年,中国**第一家外资财险分公司**——东京海上火灾保险株式会社上海分公司成立;

- 1996年,中国**第一家中外合资人身保险公司**——中宏人寿保险公司在上海成立,其外方股东为加拿大宏利旗下宏利人寿,中方股东为中化集团财务公司,且外资和中资持股比例分别为51%和49%,是外资控股合资寿险公司;

- 1999年,中国**第一家获准开业的欧洲合资寿险公司**——安联大众人寿保险公司在上海正式开业,其股东为德国安联保险集团和大众保险股份有限公司,且德国安联保险集团拥有该合资公司51%股份成为控股股东,是中国加入世界贸易组织(WTO)之前成立的外资控股寿险公司之一。

- 2000年,瑞士丰泰人寿、苏黎世洛易银行、新加坡新政泰达投资和日本软库银行等四家外资股东入股泰康人寿保险股份有限公司,成为**首家获得保监会批准对外招股的国内股份制寿险公司**。

2001年,中国加入WTO,就保险业对外开放作出承诺,自此,中国的保险业加快了对外开放的进程。

以下将主要就外商投资寿险公司及外商投资非寿险公司对外开放的重要节点进行分析。

### 1. 外商投资寿险公司

2001年,在中国加入WTO作出的入世承诺

12.《新中国外资保险70年:金融服务业开放的独特样本》:<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1609850287429657154&wfr=spider&for=pc>。

13.《新中国外资保险70年》:[http://shh.sinoins.com/2018-08/24/content\\_269655.htm](http://shh.sinoins.com/2018-08/24/content_269655.htm)。

14.《“一枝两花”不符监管规定 安盛将卖泰康人寿15.6%股权》:<http://insurance.hexun.com/2009-11-04/121568080.html>。

中,对外商投资寿险公司作出了如下四个方面的承诺:

序号	限制	具体内容
1	企业设立形式限制	允许外国寿险公司在中国设立合资公司, 外资股比不超过50%。
2	地域限制	允许外国寿险公司向外国公民和中国公民提供个人(非团体)寿险服务; 中国加入WTO后三年内, 允许外国寿险公司向中国公民和外国公民提供健康险、团体险和养老金/年金险服务。
3	业务范围	允许外国寿险公司向外国公民和中国公民提供个人(非团体)寿险服务; 中国加入WTO后三年内, 允许外国寿险公司向中国公民和外国公民提供健康险、团体险和养老金/年金险服务。
4	营业许可限制	营业许可的发放不设数量限制。申请设立外资保险机构的资格条件为: 第一, 投资者应为在WTO成员国超过30年经营历史的外国保险公司; 第二, 必须在中国设立代表处连续两年; 第三, 在提出申请前一年的年末总资产不低于50亿美元。

此后, 自2001年至2018年7月, 我国对外商投资寿险公司一直实施较为严格的持股比例限制, 要求外国保险公司在中国设立合资公司经营寿险业务, 且外资股比不得超过50%。

2018年7月, 国务院办公厅发布《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2018年版)》(“**2018年全国版负面清单**”), 寿险公司的外资股比限制由50%放宽至51%(2021年将取消外资股比限制)。尽管只是1%的股比变化, 但在准入政策上外资在寿险领域的投资实现了从非控股到控股的飞跃, 是2018年4月银保监会宣布的加

快落实银行业和保险业对外开放举措在法规层面的具体落实<sup>15</sup>。

现行有效的《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》于2019年6月发布, 其中关于寿险公司的外资股比限制规定与2018年全国版负面清单保持一致。2019年7月, 国务院金融稳定发展委员会办公室推出国11条, 将寿险公司外资股比限制取消的时间表提前至2020年。

15. 2018年4月27日, 银保监会宣布加快落实银行业和保险业对外开放举措, 与保险业相关的主要内容有以下2项: (1) 将人身险公司的外资持股比例上线放宽至51%, 三年后(2021年)不再设限; (2) 全国范围内取消外资保险机构设立前需开设2年代表处的要求。信息来源: 《银保监会加快落实银行业和保险业对外开放举措》: <http://www.cbrc.gov.cn/chinese/newshouDoc/BEE68B1C27C04D6CBF04233814F9B7C8.html>。

我们将对后续《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》及《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)》的修改和政策落地拭目以待。在即将到来的2020年,或将出现中国境内第一家外商独资寿险公司。

关于外商投资寿险公司的股比限制变更情况整理如下表<sup>16</sup>:

## 2.外商投资非寿险公司

2001年,在中国的入世承诺中,对外资非寿险公司在华经营业务有以下三个方面的承诺:

序号	年度	全国规定	主要内容
1.	2001年12月	中国加入WTO作出入世承诺	具体内容请见上述第(二)部分第1条
2.	2002年3月	《外商投资产业指导目录》(2002年修订)	寿险保险公司的外资比例不超过50%
3.	2004年11月	《外商投资产业指导目录》(2004年修订)	寿险保险公司的外资比例不超过50%
4.	2007年10月	《外商投资产业指导目录》(2007年修订)	保险公司(寿险公司外资比例不超过50%)
5.	2011年12月	《外商投资产业指导目录》(2011年修订)	保险公司(寿险公司外资比例不超过50%)
6.	2015年3月	《外商投资产业指导目录》(2015年修订)	保险公司(寿险公司外资比例不超过50%)
7.	2017年6月	《外商投资产业指导目录》(2017年修订)	寿险公司外资比例不超过50%
8.	2018年4月	银保监会加快落实银行业和保险业对外开放举措	将人身险公司的外资持股比例上限放宽至51%,三年后(2021年)不再设限
9.	2018年7月	《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2018年版)》	寿险公司的外资股比不超过51%(2021年取消外资股比限制)
10.	2019年6月	《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2019年版)》	寿险公司的外资股比不超过51%(2021年取消外资股比限制)
11.	2019年7月	《国务院金融稳定发展委员会办公室关于进一步扩大金融业对外开放的有关举措》	人身险外资股比限制从51%提高至100%的过渡期,由原定2021年提前到2020年

16.根据我们的研究,《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》和《自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施(负面清单)》对外资寿险公司的持股比例要求并未作特别约定,因此,在此我们只就全国适用的法规进行罗列。

序号	限制	具体内容
1	企业设立形式限制	将允许外国非寿险公司在中国设立分公司或合资公司, 合资公司外资股比可以达到51%; 加入后两年内(2003年12月11日), 允许外国非寿险公司设立独资子公司, 即没有企业设立形式的限制。
2	地域限制	在加入时, 对外资非寿险公司经营业务进行地域限制, 在加入后三年内取消地域限制 <sup>17</sup> 。
3	企业设立形式限制	加入时, 允许外国非寿险公司从事没有地域限制的“统括保单”和大型商业险保险 <sup>18</sup> ; 允许外国非寿险公司提供境外企业的非寿险服务、在中国外商投资企业的财产险、与之相关的责任险和信用险服务; 加入后两年内, 允许外国非寿险公司向中国和外国客户提供全面的非寿险服务; 但外资保险公司不允许经营机动车辆第三者责任险、公共运输车辆和商业用车司机和承运人责任险等法定保险业务。

上述限制在相应的时限满足后均已取消, 第3项中的不允许外资保险公司经营机动车辆第三者责任险、公共运输车辆和商业用车司机和承运人责任险等法定保险业务的限制也于2012年突破。2012年2月14日, 中国政府和美国政府共同发布了《关于加强中美经济关系的联合情况说明》, 其中明确指出: “目前中方已决定对外资保险公司开放交强险, 在完成相关法规程序后, 将正式颁布实施。” 同年4月30日, 国务院发布《关于修改〈机动车交通事故责任强制保险条例〉的决定》, 取消外资保险公司不得经营交强险这一法定保险业务的限制, 外资保险公司可经核准经营交强险。

此外, 从《外商投资产业指导目录》的修订

进程看, 在《外商投资产业指导目录》(2002年修订)中, 非寿险保险公司被列为限制类, 且规定外资比例不超过51%, 不迟于2003年12月11日允许外方独资, 与2001年中国加入WTO时所做出的承诺一致。2007年10月及以后, 在对《外商投资产业指导目录》进行的共四次修订中, 对非寿险保险公司均依照允许类监管。

17. 加入时, 允许外国非寿险公司在上海、广州、大连、深圳、佛山提供服务; 中国加入后两年内, 允许外国非寿险公司在北京、成都、重庆、福州、苏州、厦门、宁波、沈阳、武汉和天津提供服务。

18. 大型商业险是指对大型工商企业的保险。其标准为: 中国入世时企业年保费超过80万元人民币, 而且投资额超过2亿元; 入世后一年, 企业年保费超过60万元, 而且投资额超过1.8亿元; 入世后两年, 企业年保费超过40万元, 而且投资额超过1.5亿元。

## 第三部分\ 保险业对外开放后续监管方向

序号	政策	具体内容	中伦解读
1	12条对外开放新措施之保险业落地情况	允许境外金融机构入股在华外资保险公司。	<p>该项放开前,外资保险公司境外股东须为保险公司;放开后,允许符合条件的非保险金融机构持股外资保险公司,以丰富外资保险公司的股东类型和资金来源。但入股后,外资保险公司的主要股东仍应为保险公司,以保证其专业经验优势。</p> <p>我们注意到,《外资保险公司管理条例》已作修订,第四十一条规定,境外金融机构可以入股外资保险公司,但是具体管理办法将由国务院保险监督管理机构制定。预计将于后续修订的《外资保险公司管理条例实施细则》中进行具体规定。</p>
2		取消外国保险经纪公司在华经营经纪业务需要30年经营年限、资产不少于2亿美元的要求。	<p>目前我国保险市场已经引进6家外资保险经纪公司。取消相关业务年限以及总资产的要求,将有利于鼓励和引导后发优势显著的优质外资保险经纪公司进入中国市场,也有利于我国加深与国际先进同行的交流合作。</p> <p>我们注意到,上述政策尚未落地,有待相关法规的修订。</p>
3		允许外国保险集团公司投资设立保险类机构 <sup>19</sup> 。	<p>该项举措意味着外资准入条件进一步放宽,将使更多的外国保险集团满足进入中国市场的条件,从而吸引更多外资保险来华投资设立保险类机构。</p> <p>我们注意到,《外资保险公司管理条例》已作修订,第四十条规定,允许外国保险集团在中国境内设立外资保险公司,具体管理办法将由国务院保险监督管理机构制定,预计将于后续修订的《外资保险公司管理条例实施细则》中进行具体规定。但是,除外国保险集团投资设立外资保险公司外,外国保险集团投资设立其他保险类机构的相关法规尚未落地。</p>

19. 参照《保险公司设立境外保险类机构管理办法》第三条,保险类机构指分支机构、保险公司和保险中介机构,而保险中介机构包括保险代理机构、保险经纪机构和保险公估机构。

序号	政策	具体内容	中伦解读
4		允许境内外资保险集团公司参照中资保险集团公司资质要求发起设立保险类机构。	允许境内外资保险集团公司参照中资保险集团公司资质要求发起设立保险类机构,则进一步明确了诸如安联(中国)保险控股有限公司等境内外资保险集团的未来发展架构,使其享受和中资保险集团公司一样的待遇。这将会吸引更多的外资保险集团在华设立控股牌照,有利于提升外资保险集团在中国市场的战略及财务灵活性,并在中国市场拓展业务。 我们注意到,上述政策尚未落地,有待相关法规的修订。
5		人身险外资股比限制从51%提高至100%的过渡期,由原定的2021年提前到2020年。	我们注意到,上述政策尚未落地,有待《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》的后续修订。
6	国11条之保险业落地情况	取消境内保险公司合计持有保险资产管理公司的股份不得低于75%的规定,允许境外投资者持有股份超过25%。	《保险资产管理公司管理暂行规定》第九条规定,境内保险公司合计持有保险资产管理公司的股份不得低于75%。保险资产管理系寿险公司的主要业务领域之一,移除中资保险公司比例不得低于75%的股比限制,将有利于发挥外资寿险公司丰富的投资经验,提升外资寿险资金利用效率,提高盈利能力。 我们注意到,上述政策尚未落地,有待《保险资产管理公司管理暂行规定》的修订。
7		放宽外资保险公司准入条件,取消30年经营年限要求。	我们注意到,上述政策已在《外资保险公司管理条例》第八条中落实,同时预计将于后续修订的《外资保险公司管理条例实施细则》中进行具体规定。
8		2018年3月,保监会公布实施《保险公司股权管理办法》,第八十五条明确:“本办法适用于中华人	保监会发展改革部主任何肖锋、保监会发展改革部机构管理处副处长曹晓英接受记者提问中曾提及,对于外资保险公司如何参照适用《保险公司股权管理办法》的问题,具体办法将由相关部门做具体一个制定的细则。 我们预计将于后续修订的《外资保险公司管理条例实施

序号	政策	具体内容	中伦解读
		<p>民共和国境内依法登记注册的中资保险公司。全部外资股东持股比例占公司注册资本百分之二十五以上的保险公司,参照适用本办法有关规定”。</p>	<p>细则》中进行具体规定。</p>

## 第四部分\ 结语

在本“外商投资中国保险业‘走进春天’系列之——监管概览”中,我们对我国保险业对外开放的历史及现状进行了回顾和分析,包括寿险领域和非寿险领域的开放现状及保险市场目前的外资格局。我们理解,中国保险业的大门加快向外资开放的今天,正是外国投资者积极布局在华保险市场的好时机。☞



乔文骏  
合伙人  
房地产和基础设施部  
上海办公室  
+86 21 6061 3688  
anthonyqiao@zhonglun.com



谢静  
非权益合伙人  
房地产和基础设施部  
上海办公室  
+86 21 6061 3100  
xiejing@zhonglun.com

# 2019年《网络安全法》年度观察

作者：陈际红、韩璐、薛泽涵



《中华人民共和国网络安全法》(“《网络安全法》”)生效至今已逾两年,相较于中国“数据合规元年”之2018年,网络安全相关立法体系逐步完善,执法监管活动更趋活跃,企业合规措施落地工作进入重点提升阶段。在“数据为王”的ABCD时代(AI, Blockchain, Cloud, big Data),及国家强化网络安全的政策环境下,网络安全及数据合规与各行业的耦合度进一步提升,除以工信部、网信办、公安部等部门主导的APP个人信息保护执法行动、“净网行动”外,围绕人脸识别技术应用的社会高度关注、针对数据爬取行业的起底、企业上市过程中由于数据合规遭遇滑铁卢等,无不体现网络安全及数据合规问题在各领域企业合规工作中的重要性凸显。在岁末年初,我们对本年度网络安全及数据保护热点做一个全景盘点,并对下一年度的发展趋势进行展望,以期为企业数据合规工作提供参考。

## 第一部分\ 复盘2019: 立法及执法的全景观察

### (一)《网络安全法》配套法规之“进阶”

《网络安全法》作为我国网络空间安全管理的框架性法律,其对网络运营者等责任主体的责任义务要求需依托具体配套法规或实施细则予以落实。相较去年,本年度配套法规的完善取得了“进阶性”成果,也做出了不少“进阶性”尝试。

**“等保2.0”制度带来“十大变化”。**2019年12月1日,以《GB/T 22239-2019信息安全技术网络安全等级保护基本要求》、《GB/T 28448-2019信息安全技术网络安全等级保护测评要求》、《GB/T 25070-2019信息安全技术网络

安全等级保护安全设计技术要求》<sup>1</sup>三个网络安全领域的国家标准为代表的“等保2.0”制度正式生效<sup>2</sup>,标志我国等级保护将适用全新的评估标准体系。“等保2.0”在保留五级安全等级评定标准的基础上,实现了等保对象及适用范围两个全覆盖,将云计算、移动互联、物联网、工业控制系统等新兴技术和应用场景纳入了等级保护范围,构成“安全通用要求+新型应用安全扩展要求”新体系。据此,中伦总结出“等保2.0”制度体系的“十大变化”<sup>3</sup>。

**《密码法》的“放与管”。**《中华人民共和国密码法》(“密码法”)在2019年颁布并于2020年1

1. 2019年5月13日,国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会发布。

2. 等保1.0以1994年发布并于2011年修订的《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》为开端,广泛应用于各行业指导企业开展信息系统安全等级保护的建设整改、等级测评等工作。2017年6月1日正式实施的《中华人民共和国网络安全法》规定“国家实行网络安全等级保护制度”,明确了网络安全等级保护制度的法律地位,也拉开了等保2.0的序幕。相应地,2018年公安部发布《网络安全等级保护条例(征求意见稿)》,深入推进实施网络安全等级保护制度。而《等保基本要求》等三个国家标准结合云计算、移动互联、物联网、工业控制和大数据等新技术新应用开展综合治理、系统监管、主动防控的等保2.0时代。

月1日起施行。《密码法》的制定遵循“放管服”的思路,从立法层面正式取消了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,监管重点正在从“管企业”向“管产品”转变。商务部和国家密码管理局对于商用密码进出口实行清单管理制度,用于网络关键设备和网络安全专用产品的商用密码服务实行强制检测、认证制度。《密码法》的颁布有利于外资企业公平地进入市场竞争。

**《个人信息安全规范》应时而变。**2018年5月《GB/T 35273-2017信息安全技术个人信息安全规范》(“《个人信息安全规范》”)正式实施。在现有生效版本基础上,本年度《个人信息安全规范》经历了2月、6月、10月的三次草案/征求意见稿的修改尝试,在总结现行规范实施过程中发现的问题及经验并展开优化的同时,积极回应新技术和产业的发展,对大数据时代的个性化展示、数据汇聚融合、SDK/插件管理等新型应用场景如何规范个人信息的收集和使用提出了新的尝试。《个人信息安全规范》不是法,但在个人信息保护和数据安全立法缺位的情况下,其起到了“准法源”的作用。

**数据出境监管的新思路。**本年度《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》<sup>4</sup>的发布,试

图打造中国版的SCC(标准合同条款)机制,并修正了2017年《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》<sup>5</sup>的立法思路。由于个人信息及重要数据所保护的法益不同,理应遵循不同的监管思路,目前的立法模式正逐步理顺这种分开管理的监管框架,以出境安全评估为抓手进行管理。需要进一步讲,对于个人信息出境的监管,需要考虑数据主体权利保护和经济效率的平衡,“一刀切”地要求所有出境数据进行安全评估和向网信部门申报评估并非平衡之道。

**儿童个人信息保护再加强。**本年度实施的《儿童个人信息网络保护规定》,辅之以8月初教育部等八部门联合发布的《关于引导规范教育移动互联网应用有序健康发展的意见》,对面向未成年人尤其是在校学生提供产品或服务过程中收集其个人信息的运营者进行明确的行为约束及规范。

**CII网络安全保护制度即将落地。**目前《关键信息基础设施安全保护条例(征求意见稿)》尚未落地,CII的识别标准和适用范围有待确定。本年度《网络安全审查办法(征求意见稿)》<sup>6</sup>的发布,表明国家重点关注并规范关键信息基础设

3. 参见评论文章《等保2.0国家标准颁布,看十大主要变化》。

4. 国家互联网信息办公室于2019年6月13日发布。

5. 国家互联网信息办公室于2017年4月11日发布。

6. 国家互联网信息办公室于2019年5月24日发布。

施运营者(CIIO)采购网络产品和服务时的审查需要、审查流程、审查因素等。

地方先行先试的数据安全管理。网信办于5月发布《数据安全管理办法(征求意见稿)》，在个人信息保护部分，吸收了近年来广泛适用的《个人信息安全规范》中的若干规定，于法规层面上明确了网络运营者的合规要求及主管部门的监管态度，同时提出了收集个人敏感信息备案制的新要求；在重要数据保护部分，进一步明确了重要数据的性质，提出了收集重要数据的备案制以及向第三方提供重要数据的批准制的新要求。需要注意的是，天津市在6月份制定出台了《天津市数据安全管理办法(暂行)》，对数据备案、数据采集、数据传输、数据存储、数据使用、数据发布、数据共享、数据销毁、数据服务外包及信息通报与应急处置工作等作出了明确规定。

## (二) 网安行政执法之“迭起”

今年以来，App个人信息保护问题始终是各行业监管的重点关注对象。年初<sup>7</sup>中央网信办、工业和信息化部、公安部、市场监管总局四部委在《关于开展App违法违规收集使用个人信息专项治理的公告》中明确提出，自今年1-12月内全国范围将组织开展App违法违规收集使用个人信息专项治理行动。在此基调下，相应立法及执法行动频频，包括成立App专项治理工作组，发布

《App违法违规收集使用个人信息自评估指南》等<sup>8</sup>，“3.15晚会”上曝光典型案例，向用户量大且问题严重的App的运营者发送整改通知等。今年11月份以来，由工信部主导的“App用户权益执法行动”<sup>9</sup>，可视为全年度App执法检查工作的“年度大考”。

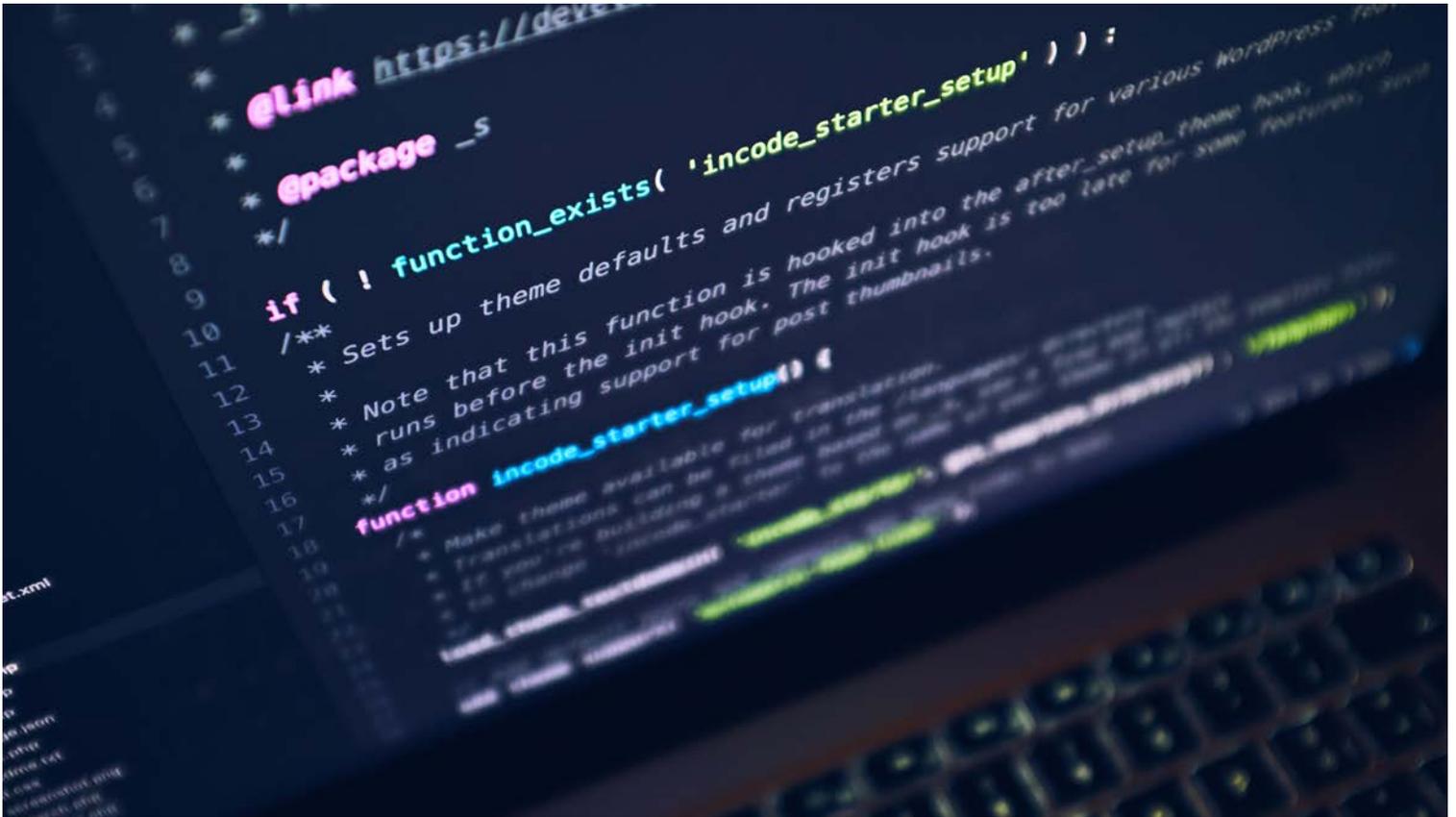
公安机关不断加强网络安全执法监督工作。年中公安部部署了本年度网络安全执法检查工作，以国家关键信息基础设施、重要信息系统和大数据等相关应用系统为重点检查对象，组织网络安全技术检测和现场检查工作。同时，“净网2019”行动持续开展，各地网警支队陆续公布了行政执法案例，为企业网安合规工作划定实务“红线。”

各行业陆续开展内部审查及自律自管行动。中国人民银行、中国互联网协会、国家计算机病毒应急处理中心、各地消费者权益保护协会等行业单位及部门，陆续开展内部网络安全自查、自律等行动，从行业内部引导相应企业落实《网络安全法》的要求。

7. 中央网信办、工业和信息化部、公安部、市场监管总局四部委于2019年1月25日发布。

8. 包括《App违法违规收集使用个人信息自评估指南》、《App违法违规收集使用个人信息行为认定办法(征求意见稿)》及《信息安全技术 移动互联网应用程序(App)收集个人信息基本规范(草案)》。其中，国家互联网信息办公室、工业和信息化部、公安部、市场监管总局于2019年12月30日正式发布《App违法违规收集使用个人信息行为认定办法》。

9. 2019年11月4日，工业和信息化部发布《关于开展App侵害用户权益专项整治工作的通知》，即日起面向App服务提供者和App分发服务提供者，就App违规处理个人信息、过度索权、为用户账号注销设置障碍等八类侵害用户权益的突出问题，由工信部及地方通信管理局主导开展信息通信领域为期两个月的App专项整治行动。



### (三) 数据爬取业务之刑事“红线”

今年9月以来,公安部门加强对涉足互联网金融行业的大数据服务公司在网络安全及数据合规领域的执法力度。9月6日,摩羯科技、新颜科技两家数据服务提供商均面临警方调查,部分高管人员被要求协助调查,其他部分知名风控数据提供商也主动或被动停止了相应的数据提供服务。根据现有公开资料显示,尽管这类公司遭遇调查的主要原因系数据爬虫技术的使用边界问题,但数据爬虫背后连带的数据源合规、用户授权获取、合法对外提供个人金融信息、数

据库维护、各环节员工的数据访问权限等常见的数据合规处理问题,因缺乏人员数据合规意识及技能培训,缺乏内部管理制度和技术保障措施导致公司数据库污染或非法对外提供个人信息导致法律风险,甚至可能牵涉个人信息非法采集及提供等刑事“红线”,值得社会各界的高度关注,尤其是同样涉及大量数据获取、开发、分析、共享的企业的高度重视。

### (四) 行业标准及指南构建之合规“引路”

完善企业网络安全技术措施指引。2019年4月10日,公安部网络安全保卫局发布《互联网个

人信息安全保护指南》。与《个人信息安全规范》相比,该指引加强了数据安全实现中技术措施的要求,并与等级保护制度的技术要求相结合,为企业数据合规工作提供更加全面的指引。

**加强移动互联网应用程序(App)安全认证及合规管理指引。**如今App成为网络运营者收集处理用户个人信息的主要渠道,相应行业单位及部门也以App为抓手展开合规指引工作。今年3月份国家认证认可监督管理委员会发布的《移动互联网应用程序(App)安全认证实施细则》、全国信息安全标准化技术委员会于5月份发布的《网络安全实践指南-移动互联网应用业务功能个人信息收集必要性规范》、国家标准化委员会于10月份发布的《信息安全技术 移动互联网应用程序(App)收集个人信息基本规范》(草案)等,共同组成了App安全认证及数据合规管理指引体系基础。

尽管这一系列标准或指引并非强制性国家标准,但其为企业提供了落实数据保护工作的行业良好实践规范(Good Practice)。采取上述标准或指引的推荐性措施,有助于企业落实法律法规的各项要求,亦有利于企业平衡数据处理活动的商业需求与数据保护的合规义务。

## 第二部分\

### 展望:

## 2020年国内立法发展及企业应对策略

在2020年,我们预计:

**立法成果化:**2019年度诞生的网络安全及数据合规领域的诸多“草案”及“征求意见稿”,预示着2020年将是本领域法律、行政法规成果“井喷”的一年。其中,已纳入十三届全国人大常委会立法规划的《数据安全法》、《个人信息保护法》,连同高度关注的《数据安全管理办法》及《个人信息出境安全评估办法》等配套法规的最终出台值得期待。

**标准支撑完善化:**有关数据出境安全评估、CII识别及安全保护、重要数据识别等一系列配套标准可能最终落地,为企业提供可操作性的合规指引。

**隐私保护常态化:**个人信息保护工作将从今年的阶段性执法运动的形式,逐步转化为日常常态化监管模式;对于隐私政策/通知等用户授权机制的审查要求,也将从“有无”进一步深入为“详略”的细化要求,切实评估各项功能涉及的个人信息处理活动的保护机制,切实维护个人信息主体权益。

**跨境监管核心化:**有关个人信息和重要数

据出境的监管要求有望于明年落地,对于跨国企业而言,构建合规的全球IT架构,设计合法的数据本地化和跨境传输方案,将成为跨国企业合规工作的重中之重。

**行业监管体系化:**各个行业主管部门,尤其是金融、医疗健康、电子商务等数据敏感行业,将进一步完善行业内的网络安全和数据保护实施细则的立法和执法工作。

**数据管理科学化:**为应对商业发展需求,企业将从被动应对监管逐步转变为主动开展数据合规管理,启动数据资产管理战略,全盘化、体系化、科学化展开内部数据合规管理体系及外化合规成果建设工作。

## 第三部分 结语

为帮助企业理解中国复杂的法律环境,寻求适当的合规路径,降低法律风险,中伦专业团队结合在网络安全和数据保护领域的广泛实践,发布了一系列网络安全和数据保护的回顾和总结文章,希望对企业的合规工作有所帮助。



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

# 稽往振今、因时制宜： 《反垄断法》修订草案亮点解析

作者：余昕刚、蒋蕙匡、徐洁、刘利柯



2020年1月2日,国家市场监督管理总局(“市场监管总局”)公布了《<反垄断法>修订草案(公开征求意见稿)》(“《草案》”),并向社会公开征求意见。该《草案》系2018年《反垄断法》修法正式列入全国人大常委会立法规划<sup>1</sup>以来由反垄断执法机构公布的首个完整草案<sup>2</sup>。

自2018年4月整合反垄断执法职能后,市场监管总局一直致力于加强执法和推动立法工作。过去20个月,有近800起经营者集中案件获得审查通过(包括8起附条件批准),超过120起反垄断违法案件获得查处,涉及医药健康、能源化工、汽车制造、房地产、快消品、信息通信等众多行业。2019年9月,有关禁止垄断协议、滥用市场支配地位和制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的三套反垄断暂行规定正式实施,此外还有经营者反垄断合规、宽大制度、承诺制度、知识产权滥用等方面的反垄断指南亦正在制定过程中。

《草案》反映了反垄断执法机构对于现阶段执法实践的总结和反思,体现了此前确定的既要符合中国国情也要合理借鉴欧美发达国家成熟的做法和经验的原则<sup>3</sup>,符合我国政府调整监管思路(放松准入限制,加强事后监管)的趋势。虽然根据国内立法程序和计划,《反垄断法》修订草案仍需要经过国务院、全国人大常委会等审议<sup>4</sup>,具体落地时间待定,但该《草案》无疑为本

次《反垄断法》修订奠定了基调。

总体来看,《草案》并未改变现行《反垄断法》“总则-四类违法行为-调查程序及法律责任”的核心架构,主要是对竞争政策的地位和目标、垄断行为的范围、违法行为的认定标准、调查程序及法律责任有不同程度的修改和增补,主要亮点包括:

- 大幅提高反垄断违法行为(特别是未依法实施集中、拒绝或阻碍反垄断调查等)的处罚标准,敦促企业在日常经营、投资交易、应对执法等方面加强反垄断合规。

- 调整并完善经营者集中申报标准制定和审查制度(包括授权反垄断执法机关适时调整申报标准、明确停钟制度等)。

- 拓展垄断行为的范围,细化垄断行为认定标准,关注新经济、技术相关垄断行为。

- 强化反垄断执法职权(如更高的处罚权限等),可能通过设立派出机构进一步统一央地反垄断执法口径。

- 明确竞争政策的基础地位,通过事前(公平竞争审查)和事后(针对行政性垄断行为的执法)机制全面规范政府行为。

1. 2018年9月7日公布的十三届全国人大常委会立法规划正式将《反垄断法》(修改)列为第二类项目,即“需要抓紧工作、条件成熟时提请审议的法律草案”。根据立法计划,《反垄断法》(修改)的提请审议机关或牵头起草机关为国务院。访问地址: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201809/f9bfff485a57f498e8d5e22e0b56740f6.shtml#>。

2. 2019年5月,中国政法大学竞争法研究中心曾发布《反垄断法》专家修改建议稿,访问地址 <http://www.competitionlaw.cn/info/1138/26864.htm>。

3. “市场监管总局谈反垄断法修订:解决执法实践中最迫切问题”,访问地址: [https://www.sohu.com/a/275828776\\_116897](https://www.sohu.com/a/275828776_116897)。

4. 根据全国人大常委会第四十四次委员长会议原则通过的2020年立法工作预安排,《反垄断法》不在继续审议和计划修改的立法工作安排中。我们预计,除非因特殊情况而进入快速立法通道,修订后的《反垄断法》不大可能会在2020年正式通过。

## 第一部分\ 大幅提高反垄断违法处罚标准, 敦促企业全面加强反垄断合规

《草案》大幅提高了针对各类违反《反垄断法》行为的处罚上限标准(个别提高百倍甚至更

多), 通过加大违法成本增强法律威慑力, 敦促企业在日常经营、投资交易及应对执法等方面加强反垄断合规, 这也和欧盟、美国等主要法域的立法实践相契合。修改前后的反垄断处罚标准如下表汇总:

相关违法行为	现行罚款标准(上限)	《草案》罚款标准(上限)
经营者集中相关违法行为(包括未依法申报、申报后未经批准实施集中、违反附加限制性条件或禁止集中的决定)	50万元以下	上一年度销售额10%以下
拒绝、阻碍反垄断调查/审查(拒绝提供或提供虚假材料, 隐匿、销毁证据, 威胁人身安全等)	个人:10万元以下 单位:100万元以下	个人:20-100万元 单位:上一年度销售额1%以下或(如果没有销售额或者销售额难以计算)500万元以下罚款
达成垄断协议但尚未实施	50万元以下	5,000万元以下
行业协会组织经营者达成垄断协议	50万元以下	500万元以下

根据《草案》的提议, 除了垄断协议和滥用市场支配地位行为, 其他违反《反垄断法》的行为(如未依法实施集中、拒绝或阻碍反垄断调查等)也可能导致按上一年度销售额一定比例计算的经济处罚。考虑到反垄断执法机构已多次明确反垄断罚款基数应为企业上一年度的全部销售额(非仅涉案产品的销售额)<sup>5</sup>, 企业在实体或程序方面违反《反垄断法》均可能面临高达数

千万元甚至上亿元的巨额罚款。

其中, 就经营者集中而言, 现行《反垄断法》虽然规定对于未依法实施集中可采取“责令停止实施集中限期处分股份或者资产、限期转让

5. 例如, 参见中国市场监管报: 专访反垄断局局长吴振国: 细化措施落实竞争政策, 突出重点加强反垄断执法, “吴振国局长:……罚款基数应为企业上一年度的全部销售额, 而不是涉案产品的销售额。就此问题, 市场监管总局已经专门请示全国人大常委会法工委, 并得到明确答复……”, 访问地址: <http://www.cicn.com.cn/2019-05/22/cms117787article.shtml>; 此外, 上海市市场监管局发布《上海经营者反垄断合规指引》中也强调了该执法原则, 见第3页。我们关于《上海经营者反垄断合规指引》的亮点解读, 中文版本请见 <http://www.zhonglun.com/Content/2020/01-03/1852560197.html>; 英文版本请见 <https://mp.weixin.qq.com/s/4yX8wt4ES-5OyHyYobKj5fw>。

营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态”，但是目前尚无实例，而均是处50万以下的罚款，以至于经常出现不少企业因为未依法申报处罚金额过小而“故意”不报或者先交割再补报的情况。此次将未依法实施集中的罚款上限大幅提高，将显著增加法律震慑力和违法成本，敦促相关交易方在协商交易架构、交易条款和时间表时更加重视反垄断合规。从短期来看，对于可能已经存在的未依法申报等不合规情形，考虑到未来罚款水平可能大幅提高，我们也建议企业积极自查或寻求专业意见，并在需要时尽早补报。

此外，《草案》在反垄断立法层面明确了针对构成犯罪的垄断行为应依法追究刑事责任（第57条），但是具体与刑法的衔接有待进一步观察，尤其是企业高管人员是否可能被追究刑事责任。需要注意的是，根据目前的刑法，已有少数垄断行为（如串通招投标、操纵证券/期货价格或交易量）和程序违法行为（如拒绝或阻碍反垄断调查）可以入罪（含单位犯罪），相应的违法风险不容忽视。

## 第二部分 调整完善反垄断申报标准制定制度和审查时限，加强经营者配合审查义务

《草案》中修订最为集中的部分是经营者集中相关制度。除前述针对未依法实施集中的处罚上限提高至经营者上一年度销售额的10%（第55条）外，其他调整重点包括：

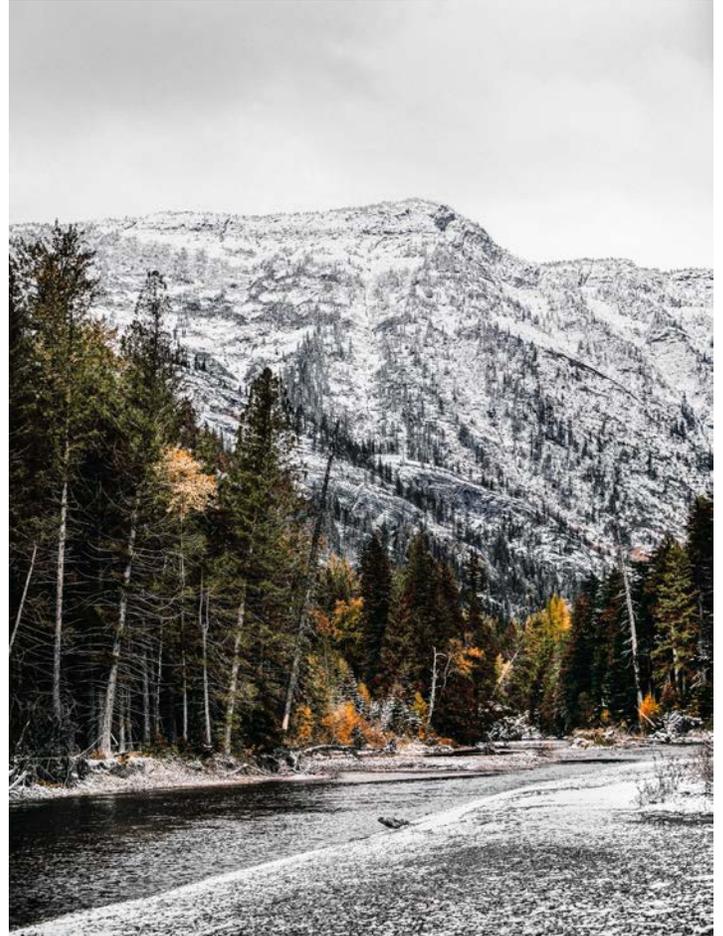
**明确“控制权”标准。**《草案》尝试在法律层面明确构成经营者集中的“控制权”总体概念，即经营者直接或者间接、单独或者共同对其他经营者的生产经营活动或者其他重大决策具有或可能具有决定性影响的权利或实际状态（第23条）。当然，实践中需要考虑的控制权因素会更加复杂，判断某一交易是否构成经营者集中仍需要根据具体情况个案分析。

**授权反垄断执法机构制定申报标准。**《草案》提议直接由执法机构根据经济发展水平、行业规模等制定经营者集中申报标准（第24条）。在此情况下，一方面，反垄断执法机构很有可能会在目前基础上适当提高申报的营业额标准，以平衡监管力度和广度（以2019年为例，共审结432件经营者集中<sup>6</sup>），从而在一定程度上降低企

6. 参见光明日报：2020年，市场更活监管更严。访问地址：[http://www.gov.cn/xinwen/2019-12/30/content\\_5465002.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2019-12/30/content_5465002.htm)。

业的合规成本;另一方面,反垄断执法机构也可以针对营业额未达标准但可能存在竞争问题的交易制定更为灵活的补充性申报标准(如参考交易金额、市场份额或交易涉及的数据(data)体量等)<sup>7</sup>。对于后者,《草案》还在立法层面上兜底性地规定了反垄断执法机构应当调查未达到申报标准但具有或可能具有排除、限制竞争效果的经营集中,并可针对已实施的此类集中采取适当救济措施(如附加限制性条件、责令停止集中或恢复到集中前的状态)(第24和34条)。如果按此修法,新经济业态(如创新市场或数据密集型行业)、市场份额较高的经营者将面临更强的竞争监管,相关交易将面临更大的不确定风险(即交割后仍有可能被反垄断执法集中调查),而企业进行“常态化”申报评估似乎是降低合规风险的必要手段。

**引入“停钟”(stop-the-clock)机制。**《草案》借鉴欧盟等反垄断司法辖区的实践经验,在现有的审查时限制度的基础上引入“停钟”机制,即对“经申报人申请或者同意”、“补交文件、资料”、“磋商附加限制性条件建议”三种情形停止计算审查时限(第30条)。虽然该机制对于确保复杂交易的审查程序的完整性具有现实意义(即避免审查期限届满后为争取更长的审查时间而撤回重报),但也可能导致一般普通案件乃至简易案件的审查期限因故延长。



强调经营者的配合审查义务。《草案》还进一步强调了经营者配合审查的义务:一方面,《草案》规定了反垄断执法机构在作出审查决定后,因申报人提供的材料不真实准确撤销原审查决定的职权(第51条);另一方面,如前所述,《草案》提高了针对拒绝配合或阻碍审查行为(如拒绝提供或提供虚假材料等)的反垄断处罚上限(经营者上一年度营业额1%以下),提高了经营者不配合审查的违法成本(第59条)。

7. 如德国、奥地利等反垄断司法辖区已将交易额(transaction value)标准作为经营者集中审查的补充性门槛,以应对数据驱动型并购可能给市场竞争带来的损害。美国则采纳相关交易的“交易规模”(交易额)以及“交易人规模”(销售额或资产额)相结合的申报标准。

## 第三部分\ 拓宽垄断协议的范围,完善垄断协 议和滥用行为的认定标准

### 垄断协议

规定组织、帮助达成垄断协议的反垄断责任。除了现行《反垄断法》规定的横向垄断协议(包括行业协会组织达成横向协议)和纵向垄断协议之外,《草案》还将经营者组织、帮助其他经营者达成垄断协议的行为规定为参照垄断协议相关规定进行反垄断处罚的对象(第17条)。该条规定将直接规制“辐轴型合谋”<sup>8</sup>、其他咨询机构等组织横向协议等情形。在目前的执法实践中,由于此类经营者(如网络平台、上下游经营者或行业咨询机构)与协议参与方不具有直接竞争关系,执法机构难以直接适用横向垄断协议相关规定对其进行处罚(仅在此类经营者有纵向关系的情况下,才可能间接以纵向垄断协议对其进行查处、以横向垄断协议对相关上下游企业进行查处)。而根据《草案》的规定,反垄断执法机构可以直接对此类经营者进行反垄断处罚。平台经营者(特别是网络平台、信息中介、行业咨询机构或会议组织者等)应特别关注这一方面的反垄断风险。相应地,对于行业协会组织经营者从事垄断行为的规定,《草案》也不再将被组织的经营者限定在“本行业”的经营者

(第17条)。

细化豁免、中止调查例外的认定标准。《草案》还将市场监管总局制定《禁止垄断协议暂行规定》<sup>9</sup>(其第27条)中关于认定垄断协议豁免的认定标准(即“所达成的协议是实现相关情形的必要条件”)上升到立法层面(第18条)。这也意味着,在执法还是在司法案件中,经营者都可能对适用豁免承担更高的证明责任,通过豁免制度免于反垄断处罚的难度将更大。另一方面,对于横向垄断协议中三类最为严重的“核心卡特尔行为”(包括固定价格、限制产销量和分割市场),《草案》也吸纳了《禁止垄断协议暂行规定》的规则要求反垄断执法机构不得适用中止调查程序(第50条)。

### 滥用市场支配地位

降低相对人主张差别待遇的难度。《草案》特别就差别待遇的滥用市场支配地位的行为,删除了“条件相同”的交易相对人的限定条件(第20条)(而此前在《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》的第19条还对认定“条件相同”的考量因素进行了规定),该修改将大大减轻执法机构或者民事诉讼中的原告主张行为人构成差

8. 辐轴型合谋是指具有竞争关系的企业通过与一个居间方(如网络平台运营者)的沟通或意思联络而最终达成的横向垄断协议,参见上海市市场监管局《上海市经营者反垄断合规指引》。

9. 我们关于《禁止垄断协议暂行规定》的亮点解读,中文版本请见<http://www.zhonglun.com/Content/2019/07-18/1507462460.html>;英文版本请见<http://www.zhonglun.com/Content/2019/07-17/1749252335.html>。

别待遇的证明责任,即执法机构或原告仅需证明行为人施加的交易条件存在差别而无需当然证明与其他交易相对人“条件相同”;相应地,经营者如果主张对于条件不同的相对人实施差别待遇的正当性,则需要在“正当理由”要件下承担证明责任<sup>10</sup>。这种举证责任的分配方式或许更有利于解决目前互联网行业中普遍存在的针对用户的“算法歧视”行为问题(例如大数据“杀熟”),但是也会导致具有市场领先地位的经营者通过分级经销管理等模式针对不同客户实施差异化的交易条件(如折扣、返利政策等)的反垄断风险显著变高。

明确认定互联网领域经营者市场支配地位的考量因素。为反映新经济业态的竞争特点,《草案》在立法层面提炼了此前在《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》<sup>11</sup>(其第11条)中规定的原则,即认定互联网领域经营者具有市场支配地位应当考虑网络效应、规模经济、锁定效应、掌握和处理相关数据的能力等因素(第21条)<sup>12</sup>。这反映了反垄断执法机构希望为处理互联网领域复杂垄断案件在立法层面获得更多支持。与之相关,《草案》在立法目的(第1条)中增加了“鼓励创新”一项,对于新经济业态中的企业,反垄断执法中将会更加谨慎地对待新兴模式、技术以及竞争评估之间的平衡,相关企业在面对执法的过程中也可以更多地强调其行为对

于创新的贡献。

## 第四部分\ 强化反垄断执法职能,统一央地反 垄断执法口径

值得注意的是,《草案》还在整体上强化了反垄断执法的职能:一方面,如前所述,《草案》大幅提高了拒绝或阻碍反垄调查和审查行为的法律责任,并规定了反垄断执法机构对于行政性垄断行为直接责令限期改正的职权,保证反垄断执法的效率;另一方面,《草案》似乎也在法律层面为反垄断执法机构直接在地方层面设立垂直管理的派出机构(类似海关、金融等行业监管机关的设置)提供了思路(第11条),反垄断执法机构可以通过派出机构统一地方反垄断执法的标准和尺度,强化地方反垄断执法。当然是否能够按此修法并在实践中落地还有待观察。

10. 参见最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第八条:“被诉垄断行为属于反垄断法第十七条第一款规定的滥用市场支配地位的,原告应当对被告在相关市场内具有支配地位和其滥用市场支配地位承担举证责任。被告以其行为具有正当性为由进行抗辩的,应当承担举证责任。”

11. 我们关于《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》的亮点解读,中文版本请见<http://www.zhonglun.com/Content/2019/07-18/1507462460.html>;英文版本请见<http://www.zhonglun.com/Content/2019/07-17/1749252335.html>。

12. 《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第11条提及了更多考虑因素。“根据反垄断法第十八条和本规定第六条至第十条规定认定互联网等新经济业态经营者具有市场支配地位,可以考虑相关行业竞争特点、经营模式、用户数量、网络效应、锁定效应、技术特性、市场创新、掌握和处理相关数据的能力及经营者在关联市场的市场力量等因素。”

## 第五部分\ 确立竞争政策的基础地位, 全面规范政府行为对市场竞争的影响

《草案》提议在立法层面首次确立竞争政策的基础地位(第4条), 为国务院自2016年起推动确立的公平竞争审查制度<sup>13</sup>提供更加明确的上位法依据(第9条)。为确保竞争政策的基础地位, 《草案》将通过事前(公平竞争审查制度)和事后(对行政性垄断行为的执法)机制全面规范政府行为, 防止政府行为排除、限制市场竞争。

《草案》规定行政主体在制定涉及市场主体经济活动的政策措施时, 必须进行事前的公平竞争审查(第42条)。与此相关, 《草案》进一步强化了对行政性垄断的执法职权, 包括明确被调查行政主体配合反垄断执法机构执法的义务(第52条)、增加反垄断执法机构直接限期责令改正的权限(第58条)等, 将从事后加强对政府行为的规范。

## 第六部分\ 其他有待澄清的问题

《草案》也并非面面俱到, 仍有若干当前执法及司法实践中出现的重要问题尚不明确, 如垄断协议是否以排除、限制竞争的效果为构成

要件(即垄断协议定义中“排除、限制竞争的”是基于目的上(by objective)还是效果上(by effect), 或两者兼而有之)、如何确定反垄断罚款基数(上一年度销售额的认定标准)、安全港制度、非价格的纵向垄断协议等等。这些问题是否会在后续修法活动获得讨论亦或通过执法法规/指南形式得到澄清还有待观察。☒

13. 参见国务院于2016年发布的《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》, 以及国家发改委等五部门于2017年印发的《公平竞争审查制度实施细则(暂行)》。



余昕刚  
合伙人  
公司二部  
北京办公室  
+86 10 5957 2078  
scottyu@zhonglun.com



蒋蕙匡  
合伙人  
公司二部  
北京办公室  
+86 10 5957 2131  
jianghuiquan@zhonglun.com

# 双资质施行, 单资质施工/设计企业何去何从?

作者：周月萍、者丽琼、刘思侯



2019年12月31日，住建部和国家发改委联合发布《房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包管理办法》（以下简称《工程总承包管理办法》），引起了业界广泛关注。此前，住建部曾先后于2017年12月、2019年5月单独及联合国家发改委发布两版“征求意见稿”，几经打磨后终于出台正式稿，对当前国家大力推行和发展工程总承包、促进建筑业企业转型升级意义重大。

《工程总承包管理办法》的核心内容主要涵盖工程总承包单位的条件（资质条件及禁止条件）、工程总承包项目的发包与分包、建设单位和工程总承包单位的风险分担原则、以及工程总承包项目的实施要求等。相比2019版“征求意见稿”，《工程总承包管理办法》大幅“瘦身”，删除了工程总承包项目的多项具体管理规定，如安全生产许可证管理、安全生产考核合格证、施工图设计文件审查、施工许可证办理的条件、信息管理、监督管理表格添加工程总承包单位等。与此同时，《工程总承包管理办法》还结合《政府投资条例》的有关规定，新增了相应的垫资条款。

## 第一部分\ “双资质”施行，终结施工/设计企业“单枪匹马”的时代

《工程总承包管理办法》第十条第一款明确规定：“工程总承包单位应当同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质，或者由具有相应资质的设计单位和施工单位组成联合体。”该条确定的“双资质”要求，彻底改变了“单资质”企业承接房屋建筑和市政基础设施工程总承包项目的现状，对仅具有单资质的施工/设计企业挑战重大，影响深远。

在《工程总承包管理办法》发布以前，住建部和地方建设行政主管部门对工程总承包单位的资质要求已存较大差异，主要体现在两个方

面：一是，“单资质”还是“双资质”？二是，是否可以采用联合体方式？具体而言：

### （一）按照住建部规定，工程总承包单位具备任意一项相应的设计或施工资质即可；但部分地方规定已明确提出“双资质”要求

《建设部关于工程总承包市场准入问题说明的函》（建市函〔2003〕161号）规定：“《工程总承包资格证书》废止之后，对从事工程总承包业务的企业不专门设立工程总承包资质。具有工程勘察、设计或施工总承包资质的企业可以在其资质等级许可的工程项目范围内开展工程总承包业务”；《住房城乡建设部关于进一步推进工程总承包发展的若干意见》（建市〔2016〕93号）第二条规定：“工程总承包企业应当具有与

工程规模相适应的工程设计资质或者施工资质”。即,从国家层面来看,工程总承包企业不需要同时具有相应的设计资质和施工资质,具备任意一项相应资质即可作为工程总承包项目的承接主体。

因此,大部分地方规定亦遵循了住建部的“单资质”要求,允许仅具有设计或施工资质的企业作为工程总承包单位。但是,部分地方规定也对工程总承包单位资质条件提出“双资质”要求,如天津市城乡建设委员会在《关于天津市建设项目推行工程总承包试点工作有关事项的通知》(津建筑〔2017〕477号)中规定,工程总承包试点范围内的工程总承包企业应同时具有与工程相适应的工程设计资质和施工资质,或为具有与工程相适应资质的设计企业与施工企业组成的联合体。北京市住房和城乡建设委员会在《关于在本市装配式建筑工程中实行工程总承包招投标的若干规定(试行)》(京建法〔2017〕29号)中对于装配式建筑工程的工程总承包项目承包人也提出了类似要求(但2019年12月26日该规定试行期已结束)。

## **(二) 按照住建部规定, 施工/设计企业可以组成联合体承接工程总承包项目, 但部分地方规定明确禁止采用联合体方式**

《建设部关于培育发展工程总承包和工程

项目管理企业的指导意见》(建市〔2003〕30号)第四条规定:“工程勘察、设计、施工企业也可以组成联合体对工程项目进行联合总承包”;《住建部“十三五”装配式建筑行动方案》(2017年03月23日施行)第二条亦规定:“设计、施工、开发、生产企业可单独或组成联合体承接装配式建筑工程总承包项目。”即,国家层面对联合体承揽工程总承包项目持开放态度。

因此,大部分地方规定亦允许设计、施工等企业以联合体的形式承揽工程总承包项目。但也有极少部分地方规定明确禁止采用联合体方式,如吉林省住房和城乡建设厅在《关于进一步明确工程总承包管理有关事项的通知》(建办〔2017〕50号)中规定:“我省工程总承包项目应由符合条件的设计或施工总承包企业中的一家承揽,不得采用联合体方式承揽”。

综上所述,自国家提出鼓励工程总承包模式以来,虽然各地方建设行政主管部门纷纷制定适用于本地区的管理规范,但诸多规范之间尚存在不一致甚至冲突。在《工程总承包管理办法》施行后,“双资质”已成定局,“联合体”方式也真正获得“身份”。目前,不少地方规定及其实践操作,互相之间以及与《工程总承包管理办法》的规定不完全一致,施工/设计企业在参与工程总承包项目的过程中,需要兼顾国家及地方层面的规定,与相关主管部门进行有效、紧密沟

通,并及时消除可能影响项目落地的相关障碍。

## 第二部分\ 已取得设计和施工双资质的企业 可独立承接工程总承包项目;而单 资质施工/设计企业应何去何从?

### (一) 已取得设计和施工双资质的企业,按照 管理办法可独立承接工程总承包项目

按照现行建筑业企业资质标准,符合“双资质”要求的企业主要有两类:一类是具备施工总承包特级资质的企业;另一类是虽不具备施工总承包特级资质,但同时具有与工程规模相适应的工程设计资质和施工资质的其他企业,如一些大型设计院和施工企业。

根据《施工总承包企业特级资质标准》(建市〔2007〕72号)的规定,申请施工总承包特级资质的企业应具有本类别相关的行业工程设计甲级资质标准要求的专业技术人员;取得施工总承包特级资质的企业可承担本类别各等级工程施工总承包、设计及开展工程总承包和项目管理业务;取得房屋建筑、公路、铁路、市政公用、港口与航道、水利水电等专业中任意1项施工总承包特级资质和其中2项施工总承包一级资质,即可承接上述各专业工程的施工总承包、工程总承包和项目管理业务,及开展相应设计主导专

业人员齐备的施工图设计业务;取得房屋建筑、矿山、冶炼、石油化工、电力等专业中任意1项施工总承包特级资质和其中2项施工总承包一级资质,即可承接上述各专业工程的施工总承包、工程总承包和项目管理业务,及开展相应设计主导专业人员齐备的施工图设计业务。因此,具备施工总承包特级资质的企业,往往也具有相关行业的工程设计甲级资质和相应设计能力。据统计,截至2019年12月中旬,全国特级资质数量达875个,分别归属于691家企业,其中不乏具有多个特级资质的大型建筑企业。

上述两大类企业符合《工程总承包管理办法》第十条规定的“双资质”要求,可直接承接工程总承包业务,并且在资金、技术、人员、市场方面都颇具实力,将在承接房屋建筑和市政基础设施工程总承包项目方面占有一定优势。

### (二) 单资质的施工/设计企业可以通过组建 联合体、自行申请相应资质,以及并购重组等 途径,实现承接工程总承包业务

#### 1. 与其他设计/施工企业组成联合体

《工程总承包管理办法》第十条第二款明确规定:“设计单位和施工单位组成联合体的,应当根据项目的特点和复杂程度,合理确定牵头单位,在联合体协议中明确联合体成员单位的责任和权利。联合体各方应当共同与建设单位

签订工程总承包合同，就工程总承包项目承担连带责任。”据此，为长期开展工程总承包业务，单资质的施工/设计企业可以借助尽职调查等综合手段，挑选出有实力、有诚信的长期合作伙伴，共同承接工程总承包业务。在联合体方式下，以下两点需要各参与方重点关注：

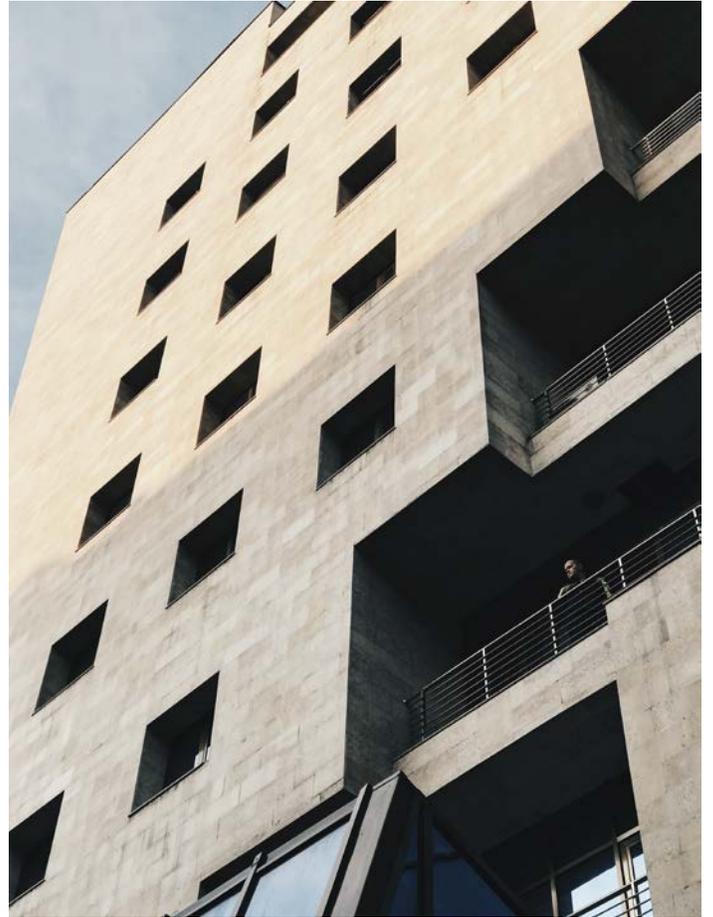
第一，一般情况下，施工部分的工作量和合同金额远大于设计部分，在设计企业和施工企业组成联合体的情况下，施工企业对项目的掌控能力远大于设计企业，施工牵头的工程总承包项目可能成为主流。

第二，在联合体模式下，由于设计企业能收取的费用相对较少，却对整个工程总承包项目负有连带责任，故设计企业参与此类项目需特别注意通过联合体协议等合理分配风险。

第三，“共赢”是联合体各方的一致目标。《工程总承包管理办法》第一条开宗明义，本法的制定目的是“规范房屋建筑和市政基础设施项目工程总承包活动，提升工程建设质量和效益”，因此，联合体在实施项目的具体过程中，应以实现“提升工程建设质量和效益”这一立法精神，齐心协力、实现共赢，注意培养长期合作伙伴关系，各取所长实现设计施工相融合。

## 2. 自行申请取得设计/施工资质

《工程总承包管理办法》第十二条明确规定：“鼓励设计单位申请取得施工资质，已取得



工程设计综合资质、行业甲级资质、建筑工程专业甲级资质的单位，可以直接申请相应类别施工总承包一级资质。鼓励施工单位申请取得工程设计资质，具有一级及以上施工总承包资质的单位可以申请相应类别的工程设计甲级资质。完成的相应规模工程总承包业绩可以作为设计、施工业绩申报。”据此，设计甲级资质单位和施工总承包一级资质单位可直接申请对方资质，而不需按照通常的资质升级路径，根据《建筑业企业资质管理规定》第八条的规定，在首次申请或增项申请资质时，从最低等级资质开始

申请;同时,完成的相应规模工程总承包业绩可以作为设计、施工业绩,用于申请资质。

但需要注意的是,上述规定仅适用于设计综合资质和部分甲级资质单位以及施工总承包一级及以上资质单位,并且申报资质所需的业绩仅限工程总承包业绩。除此之外,相关单位还需满足资质申报和项目承接所需的人员要求,并转变管理和经营模式,以适应开展工程总承包业务。

### 3.通过兼并重组,获得相应的设计/施工资质或相应的专业技术力量

除前述两种方式外,设计/施工单位也可以通过兼并重组的方式,获取相应的设计/施工资质或相应的专业技术力量。根据《住房和城乡建设部关于建设工程企业发生重组、合并、分立等情况资质核定有关问题的通知》(建市〔2014〕79号)规定,符合七种特定情形的建设工程企业(包括勘察、设计、施工、监理企业等)发生重组、合并、分立等情况申请资质证书的,可按照有关规定简化审批手续,经审核注册资本金和注册人员等指标满足资质标准要求的,直接进行证书变更。

所以通过兼并重组方式,企业一方面可以实现直接获取相应的设计/施工企业资质;或者,通过此种方式获取相应的专业技术力量,并在此基础上打造自身的专业团队,为申请相应资

质创造有利条件。

鉴于当前建筑市场增速放缓以及建筑业改革方向,目前建筑企业兼并收购日益增多。“双资质”的推行,将进一步促进建设工程企业的兼并重组趋势。☞



周月萍  
合伙人  
房地产和基础设施部  
上海办公室  
+86 21 6061 3098  
cindyzhou@zhonglun.com

# 微信聊天记录可以成为 内幕交易证据?其实发现和 认定内幕交易比这更容易

作者：张保生、孙显



近期,中国证监会福建监管局的两份《行政处罚决定书》<sup>1</sup>,以微信聊天记录作为主要证据认定行为人构成内幕交易并予以行政处罚,引发了资本市场的广泛关注与热议。微信聊天记录也可以用来认定内幕交易?这样的稽查手段和认定方式让违法者有点“心惊胆战”、“防不胜防”,但事实上,证券监管机构对于内幕交易的发现与认定远比普通人想象的容易和简单得多。在大数据、互联网和高科技时代,内幕交易几乎不能遁形和逃避,相关主体应充分认识到内幕交易的容易识别性和法律后果的严重性,防范内幕交易法律风险。

## 第一部分\ 微信聊天记录也能成为认定内幕交易的证据?是的,完全可以

该案被处罚行为人刘长江系被收购方大股东,直接参与收购事宜,为法定内幕信息知情人,而且,刘长江与周某锋的微信聊天记录可直接证明其知悉内幕信息。作为法定内幕信息知情人的刘长江在内幕信息敏感期内交易股票,当然构成内幕交易。其实,证券监管机构认定刘长江构成内幕交易,并不需要微信聊天记录证明其知悉内幕信息。

该案另一被处罚行为人任敏媛虽然不是法定内幕信息知情人,但任敏媛与周某锋的微信通话记录证明其与内幕信息知情人存在接触、联络,其在内幕信息敏感期内存在异常交易,而其不能作出合理说明或者提供证据证明其并未利用内幕信息进行交易。可见,证券监管机构是根据“接触内幕信息知情人+异常交易”,推定任

敏媛构成内幕交易。

微信聊天记录作为私人间的信息往来,似乎非常隐蔽,但在内幕交易稽查中很容易被发现,并被作为认定构成内幕交易的证据。但在很多行政处罚实践的案例中,发现和认定内幕交易远比该案例容易得多。

## 第二部分\ 内幕交易是怎么被发现和识别的?原来,大数据系统、互联网、高科技让内幕交易无所遁形

### 1.大数据系统自动筛查出内幕信息敏感期内的异常交易账户

下列交易行为通常会被大数据系统自动识别为异常交易:

- 从未交易过相关股票而在内幕信息敏感期

1. 中国证券监督管理委员会福建监管局《行政处罚决定书》((2019)3号、(2019)4号)。

内突然大笔交易相关股票；

- 在内幕信息敏感期内新开账户大笔交易相关股票；

- 在内幕信息敏感期内清仓处理其他股票而大笔买入相关股票；

- 原来小量交易相关股票，在内幕信息敏感期内突然大笔交易相关股票。

## 2.确定异常账户后,依托互联网技术可以轻易查清这些异常账户的开户人、下单人、资金来源和去向,从而锁定异常交易账户的实际交易人

对于开户人、资金来源和去向很容易查清,自不必多言。容易被忽视的是,通过互联网技术很容易查清异常交易账户下单的IP地址和MAC码,从而锁定了在哪儿、通过哪台电脑或手机下单,也就因此确定了下单人。

实践中,一些行为人试图通过借用他人证券账户进行内幕交易而掩人耳目,其实,在大数据、互联网时代这是一种掩耳盗铃的做法,根本无法逃避证券监管机构的调查和处罚。

### 3.如果异常账户的开户人、下单人、资金来源方或资金流向方本身就是内幕信息知情人,或者在内幕信息敏感期内与内幕信息知情人有接触,则认定该异常交易构成内幕交易,除

## 非当事人自证清白

在查明异常账户的开户人、下单人、资金来源方和资金流向方之后,证券监管机构会调查这些人是否是法定的内幕信息知情人,或者是否是内幕信息知情人的近亲属。如果是,则直接认定该异常交易构成内幕交易。

如果异常账户的开户人、下单人、资金来源方和资金流向方并非法定内幕信息知情人,但这些人与内幕信息知情人存在以下接触、联络的情形,也会被推定构成内幕交易:

- 在内幕信息敏感期内存在电话交流；
- 在内幕信息敏感期内存在短信交流；
- 在内幕信息敏感期内存在微信、语音交流；
- 在内幕信息敏感期内一同开会、吃饭、打高尔夫、一起旅行等联络、接触情况。

## 第三部分\

## 内幕交易为什么容易被认定?因为,没有直接证据也可通过“与内幕信息知情人有接触+异常交易”就推定为内幕交易的方式认定

在行政处罚实践中,通常有以下几种方式认定内幕交易:

- 1.对于法定内幕信息知情人,如果在内幕信息敏感期内买卖相关证券或者泄露内幕信息

或者建议他人买卖相关证券的行为,可直接认定行为人构成内幕交易。

**2.对于非法定内幕信息知情人,如果有直接证据证明其“知悉”并“利用”内幕信息进行交易,则认定行为人构成内幕交易。**

**3.对于非法定内幕信息知情人,如果有证据证明行为人在内幕信息敏感期内与内幕信息知情人有接触,且存在异常交易,则推定其知悉并利用内幕信息进行交易。**在此情况下,行为人如果要反驳不构成内幕交易,应自证清白,一方面应证明其不知悉内幕信息,另一方面应证明其交易的合理性,举证难度很大。

## 第四部分\ 内幕交易的法律后果怎么样?后果很严重,不仅面临行政重罚,还面临刑事追责

### 1. 内幕交易面临严厉的行政处罚

内幕交易行为可能承担的行政责任包括:警告;没收违法所得;罚款:处以违法所得1倍以上10倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足50万元的,处以50万元以上500万元以下的罚款;证券市场禁入。

### 2.内幕交易面临令人胆寒的刑事追责

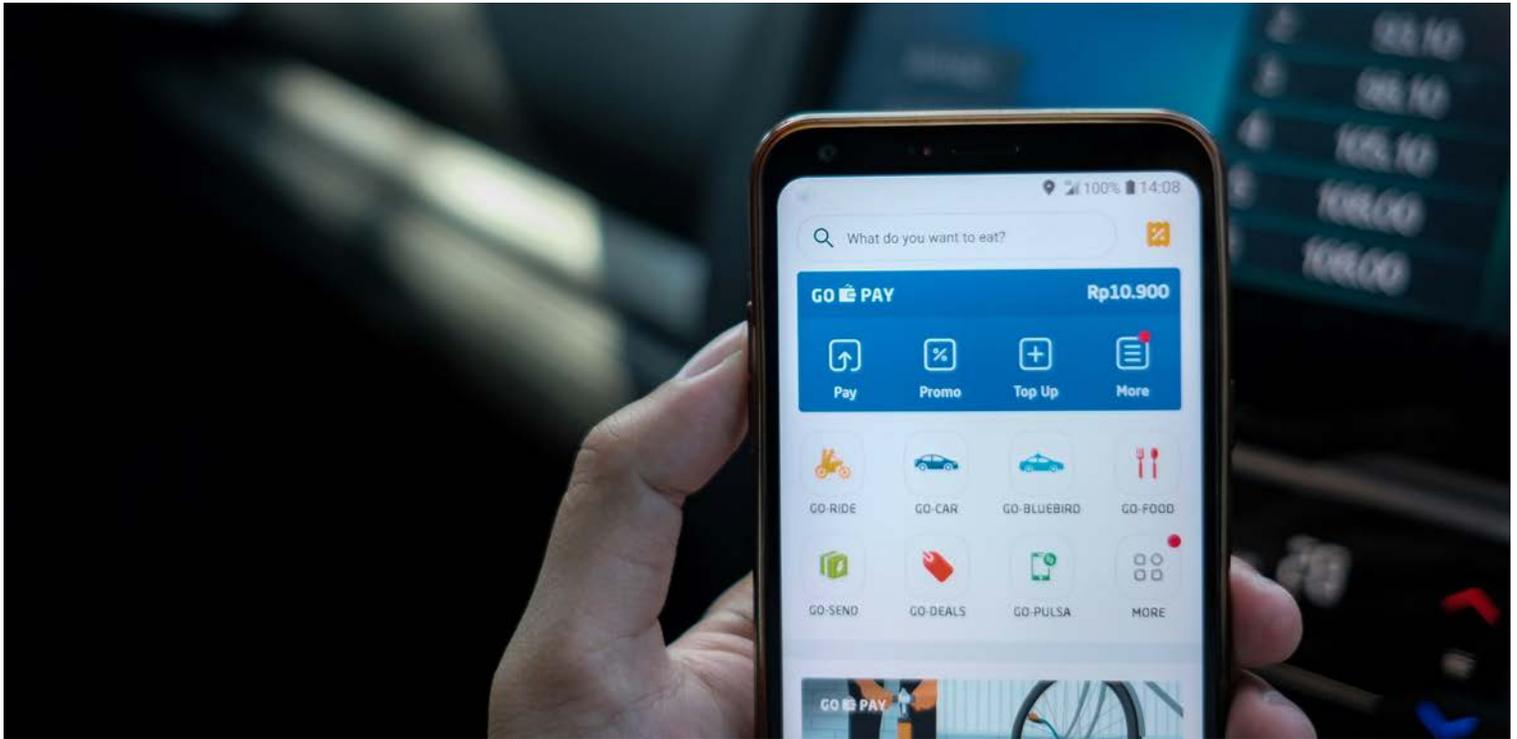
对内幕交易行为的监管和稽查仍以中国证监会、地方证监局的稽查为主导,通常涉嫌内幕交易的相关线索由中国证监会或地方证监局进行稽查,如发现符合刑事犯罪追诉标准的,通常在行政处罚后移送公安机关追究刑事责任。

具有如下情形之一的,即符合刑事立案追诉条件:证券交易成交额在50万元以上的;或期货交易占用保证金数额在30万元以上的;或获利或者避免损失数额在15万元以上的;或进行内幕交易、泄露内幕信息3次以上的。

如果证券交易成交额在250万元以上,或期货交易占用保证金数额在150万元以上,或获利或者避免损失数额在75万元以上的,则属于情节特别严重的情形。

根据《刑法》规定,构成内幕交易、泄露内幕信息罪的,处5年以下有期徒刑或拘役,单处或并处违法所得1-5倍罚金,单位犯罪的,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5年以下有期徒刑或者拘役。如果属于情节特别严重的,应处5年以上10年以下有期徒刑,并处违法所得1-5倍罚金。

**3.根据即将于2020年3月1日生效的新《证券法》的规定,出借或者借用账户从事证券交易,即使不构成内幕交易,也可能面临50万**



元以下的罚款。

#### 4.内幕交易还将面临民事赔偿追索

内幕交易行为造成投资者损失的,投资者有权向内幕交易行为人主张民事赔偿责任。但由于最高人民法院至今尚未出台相关司法解释,就此类案件的立案受理、赔偿标准等做出明确规定,使得司法实践中内幕交易民事赔偿诉讼的案件数量远远少于虚假陈述民事赔偿诉讼案件数量,给投资者维权带来一定障碍。据悉,最高人民法院目前正就相关司法解释的出台进行研讨,部分法院对内幕交易民事赔偿案件也在积极探索裁判思路。相信在未来司法解释出

台以及实践中的相关裁判案例陆续出现后,投资者提起内幕交易民事赔偿诉讼的案件数量将会大幅增加,相关内幕交易违法行为人也将面临巨额的民事赔偿责任。

### 第五部分\ 如何防范内幕交易法律风险?事前 防范和事后依法应对都很重要

#### 1.防范内幕交易法律风险,事前防范最重要

对于内幕交易不能心存侥幸心理,一味地认为如果手法“高明”便不会被发现,在大数据、互联网、高科技时代下,没有秘密可言,任何时候都应当知法、守法,保持对法律的敬畏之心。

如果知悉、接触到内幕信息,应注意保持警惕,既不要从事相关的股票交易,也不要对外透漏内幕信息,还不要建议他人买卖相关股票。

## 2.如果因为涉嫌内幕交易被调查、被处罚,建议在第一时间寻求有证券合规经验的专业律师的帮助,从以下几方面积极应对:

- 在态度上,要高度重视、积极应对,而不能消极面对,更不能破罐子破摔;
- 在行动上,要尽早寻求有经验的证券合规律师的法律帮助;
- 理清事实,在律师的帮助下进行分析和预判;
- 面对监管机构的调查,应态度诚恳,积极配合,不对抗,不阻挠;
- 如果认为确实不构成内幕交易,亦应依法举证、申辩、做合理解释,必要时申请听证,依法维权。

**后记:**针对证券合规和证券诉讼案件多发的现状和当事人对该类纠纷专业化法律服务的需求,中伦律师事务所组织了由多位合伙人和律师组成的证券合规和证券诉讼服务业务组,专门为上市公司、证券公司、资产管理公司、基金公司及其董监高提供专业的证券合规和证券诉讼法律服务。近年来,中伦律师事务所的证券

合规和证券诉讼服务业务组先后协助数十家上市公司、证券公司、资产管理公司和基金公司处理了大量的证券合规和证券诉讼业务,积累了丰富的经验,取得了非常好的效果,也得到了客户的信任和高度认可。☒



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



中伦研究院出品



*image by kristopher-roller-PC\_lbSSxCZE-unsplash*

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、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨,欢迎与本所联系。