

鉴往知来 错位发展 001 /  
——北京证券交易所公开发行上市制度解读

《个人信息保护法》实施背景下， 011 /  
如何构建企业数据合规管理体系？

垄断协议风险降低了吗？ 020 /  
从《反垄断法（修正草案）》看垄断协议的认定

屋顶分布式光伏项目业主破产时 029 /  
投资者的风险与救济

关于《网络数据安全条例（征求意见稿）》的 037 /  
三十四个核心问题



# 鉴往知来 错位发展 ——北京证券交易所公开发行 上市制度解读

作者：郭克军 魏海涛 赵海洋



2021年9月2日, 习主席在2021年中国国际服务贸易交易会全球服务贸易峰会致辞中宣布深化新三板改革, 设立北京证券交易所(简称“北交所”)。2021年9月3日, 北京证券交易所有限责任公司注册成立。随后, 中国证监会、北交所先后就发行融资、持续监管、投资者适当性等一系列基础制度和规则向社会公开征求意见。近日, 上述基础制度和规则陆续正式实施。2021年11月15日, 北交所正式开市交易。北交所的设立是我国多层次资本市场改革的重大举措, 本文拟围绕注册制对北交所公开发行上市制度进行相关解读。

## 第一部分\ 设立北交所的背景

我国资本市场是伴随着经济体制改革的进程逐步发展起来的。一方面, 随着新冠疫情、国际经贸摩擦等因素的影响, 十四五期间我国经济发展进入以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局, 对金融服务实体经济的要求进一步提升<sup>1</sup>。另一方面, 随着股票发行注册制改革的不断推进, 多层次资本市场体系需要进一步完善, 资本市场支持中小微企业融资的功能需要进一步加强<sup>2</sup>。在此背景下, 监管机构提出以现有的新三板精选层为基础组建北交所, 并同步试点证券发行注册制, 建设一个为创新型中小企业量身打造的交易所。

## 第二部分\ 北交所公开发行上市 制度架构的要点

### (一) 组织形式

北交所是我国境内首个公司制证券交易所, 全国中小企业股份转让系统有限责任公司为北交所的唯一股东。对此, 中国证监会同步修订了《证券交易所管理办法》, 为北交所的相关监管安排提供了上位法依据。

目前, 沪深交易所均为会员制。据统计, 全球股票成交金额排名最前的十大证券交易所中, 除了我国的沪、深交易所外, 其他八个交易所皆是公司制的证券交易所, 并且其中六家交易所还是上市公司。实际上, 在沪深交易所的长期发展中, 会员制已带来了治理机构不合理、产权不清晰、国际竞争压力和发展动力不足等问题<sup>3</sup>。特别是随着证券发行注册制的全面推进, 发行审核权利逐步下放至交易所, 同时证券一线监管职责不断前移, 在此背景下, 北交所试点实

1. 参见国务院副总理刘鹤:“加快构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局”, 载于2020年11月25日的《人民日报》。

2. 中国的中小企业一直有“56789”的说法, 即他们贡献了50%的税收, 60%的GDP, 70%的技术创新, 80%的就业, 90%的新增就业。但国内企业特别是中小企业直接融资比例一直太小, 发达国家企业直接融资比例占80%, 而我国企业直接融资仅占20%左右, 其中中小微企业融资占比不到5%, 95%的中小微企业融资依靠自有资金、民间借贷和少量的银行贷款。

3. 参见杜晶:《论证券交易所的“公司化”改革和自律管理职责履行方式的调整》, 载《金融服务法评论》, 2014年第六卷。

行公司制,对于进一步明晰多层次资本市场体系下监管机构和交易所之间的职责权限划分及探索未来三大交易所的国际化具有重要意义。

此外,我们也注意到,修订后的《证券交易所管理办法》规定,公司制交易所董事长、副董事长、监事长由中国证监会提名,总理由中国证监会任免。我们理解,此类安排并不完全契合公司制交易所的主流模式,未来有待于根据北交所的运行实际进一步优化。

## (二) 市场定位

根据《北京证券交易所向不特定合格投资者公开发行股票注册管理办法》(下称“《注册办法》”)及中国证监会的相关介绍,北交所定位于主要服务创新型中小企业。北交所的定位具有如下特征:

**一是与沪深交易所相比,北交所服务对象“更早、更小、更新”。**沪深交易所主板主要服务于大型蓝筹企业,科创板、创业板主要服务于已具有一定规模的硬科技企业和创新创业企业,北交所主要服务于创新型中小企业,科创板、创业板的市值要求约在10-50亿元,北交所的市值要求约在2-15亿元,北交所对企业的收入、利润、市值等关键指标要求较低,对企业发展成熟度要求也更低。

**二是与新三板基础层、创新层相比,北交所更聚焦创新型中小企业。**北交所主要承接在新

三板创新层、基础层发展壮大的中小企业,重点支持先进制造业和现代服务业等领域的企业,包括以制造业为主的“专精特新”中小企业,也包括战略新兴产业中创新能力突出的中小企业、向专业化和价值链高端延伸的生产性服务业企业、向高品质和多样化升级的生活性服务业企业,<sup>4</sup>体现了北交所与新三板创新层、基础层“层层递进”的市场结构设计,有利于发挥北交所对新三板创新层、基础层的示范引领和“反哺”作用,并提升新三板对初创期中小企业的吸引力。

## (三) 发行上市条件

北交所整体平移了新三板精选层的制度安排,并复制借鉴创业板、科创板注册制改革成熟经验,试点证券公开发行注册制。根据《注册办法》《北京证券交易所向不特定合格投资者公开发行股票并上市审核规则(试行)》(下称“《审核规则》”)及《北京证券交易所股票上市规则(试行)》(下称“《上市规则》”)的规定,北交所公开发行并上市的条件包括:(1)符合《注册办法》规定的发行条件;(2)符合《上市规则》规定的上市条件;(3)满足信息披露要求。

4.参见全国股转公司董事长、北京证券交易所董事长徐明于2021年10月22日在“2021金融街论坛年会”分论坛上的致辞。

## 1.符合《注册办法》规定的公开发行条件

根据《注册办法》第十条的规定,申请公开发行股票,应当符合以下条件:(1)具备健全且运行良好的组织机构;(2)具有持续经营能力,财务状况良好;(3)最近三年财务会计报告无虚假记载,被出具无保留意见审计报告;(4)依法规范经营。

与新三板精选层公开发行条件相比,北交所根据新《证券法》第十二条的规定修订了对发行人持续盈利能力的要求,简化了规范经营的表述。

## 2.符合《上市规则》规定的上市条件

《上市规则》规定了北交所的进入标准,主

要包括主体条件、财务条件、公众化条件和规范性条件四个方面。具体如下:

### (1)主体条件

根据《上市规则》中对公开发行主体的规定,在全国股转系统连续挂牌满12个月的创新层企业,可以申请公开发行并在北交所上市。此处所说12个月是指从挂牌开始,而不是进入创新层之后再等12个月。因此,处于基础层的挂牌公司,也可以提前筹划在北交所上市,只是需要提前安排在上半年先进入创新层。

### (2)市值指标和财务指标:四选一

北交所的市值指标和财务指标借鉴科创板、创业板经验,共设有四套标准,从差异化原



则出发, 市值标准由低到高, 财务条件也覆盖了不同发展阶段、行业类型、商业模式和融资需求的企业, 企业符合其一即可。北交所对上市的财

务指标要求与沪深交易所科创板、创业板对上市的财务指标要求对比如下:

科创板	创业板	北交所
<b>标准一: 市值+净利润/(+营收)</b> 预计市值不低于人民币10亿元, 最近两年净利润均为正且累计净利润不低于人民币5000万元, 或者预计市值不低于人民币10亿元, 最近一年净利润为正且营业收入不低于人民币1亿元	<b>标准二: 市值+净利润+营收</b> 预计市值不低于10亿元, 最近一年净利润为正且营业收入不低于1亿元  <b>标准一: 净利润</b> 最近两年净利润均为正, 且累计净利润不低于5000万元	<b>标准一: 市值+净利润+净资产收益率</b> 市值不低于2亿元, 最近2年净利润均不低于1500万元且加权平均净资产收益率的均值不低于8%, 或者最近1年净利润不低于2500万元且加权平均净资产收益率不低于8%
<b>标准二: 市值+营收+研发营收占比</b> 预计市值不低于人民币15亿元, 最近一年营业收入不低于人民币3亿元, 且最近三年累计研发投入占最近三年累计营业收入的比例不低于15%		<b>标准三: 市值+营收+研发营收占比</b> 市值不低于8亿元, 最近1年营业收入不低于2亿元, 最近2年研发投入合计占最近2年营业收入合计比例不低于8%
<b>标准三: 市值+营收+现金流</b> 预计市值不低于人民币20亿元, 最近一年营业收入不低于人民币3亿元, 且最近三年经营活动产生的现金流量净额累计不低于人民币1亿元		<b>标准二: 市值+营收+营收增长率+现金流</b> 市值不低于4亿元, 最近2年平均营业收入不低于1亿元且最近一年营业收入增长率不低于30%, 最近1年经营活动产生的现金流量净额为正
<b>标准四: 市值+营收</b> 预计市值不低于人民币30亿元, 且最近一年营业收入不低于人民币3亿元	<b>标准三: 市值+营收</b> 预计市值不低于50亿元, 且最近一年营业收入不低于3亿元	
<b>标准五: 市值+研发</b> 预计市值不低于人民币40亿元, 主要业务或产品需经国家有关部门批准, 市场空间大, 目前已取得阶段性成果, 并获得知名投资机构一定金额的投资。医药行业企业需取得至少有一项核心产品获准开展二期临床试验, 其他符合科创板定位的企业需具备明显的技术优势并满足相应条件		<b>标准四: 市值+研发</b> 市值不低于15亿元, 最近2年研发投入累计不低于5000万元

①在市值+盈利的标准之下,市值方面对科创板、创业板市值10亿元的指标,北交所最低2亿元的要求更低,但北交所在净利润之外还有净资产收益率不低于8%的要求,这对企业的盈利能力要求较高。

②在市值+营收+研发营收占比的标准之下,科创板在各方面都要求更高,尤其是15%的研发投入占累计营收比例要求,这也体现了科创板注重“硬科技”的特点。

③在市值+营收+现金流的标准之下,科创板对市值和营收的要求都更高,且要求不低于1亿元的三年经营性现金流,可见其注重企业发展的长期性与稳定性;而北交所则增加了近一年营收增长率不低于30%的要求,体现其对于企业成长性的重视。

④在市值+研发的标准之下,科创板对于企业在研发方面已经取得阶段性成果要求较高,要求医药行业企业至少有一项核心产品获准开展二期临床实验,且对市值要求较高,要求至少不低于40亿元。北交所和科创板在该标准下均不对企业营收和盈利作任何要求,可见体量越大、科技含量越高的企业,对其盈利或营收的硬性指标要求越小。

此外,关于以上几项财务指标,北交所延续了新三板精选层的审核要求,于2021年11月12日发布《北京证券交易所向不特定合格投资者

公开发行股票并上市业务规则适用指引第1号》,对北交所上市标准的理解与适用进行了细化,包括要关注净利润的来源,是否来自于关联方或重大不确定的客户,是否来源于政府补助或税收优惠,以及是否来源于非合并报表的投资收益。营业收入也是一样,要关注其稳定性和持续经营能力。选择第三套标准的,最近一年的营业收入,应当是来源于前期的研发成果产业化。选择第四套标准的,主营业务应当是国家重点鼓励发展的战略性新兴产业,包括新一代信息技术、高端装备制造、生物医药等,并且要关注其创新能力、技术先进性还有是否产生了阶段性的研发或经营成果。

### (3) 公众化条件

除了上述财务指标,申请北交所上市的公司还需满足公众化水平的要求,具体包括:①最近一年期末净资产不低于5000万元;②公开发行的股份不少于100万股,发行对象不少于100人;③公开发行后,公司股本总额不少于3000万元;④公开发行后,公司股东人数不少于200人,公众股东持股比例不低于公司股本总额的25%;公司股本总额超过4亿元的,公众股东持股比例不低于公司股本总额的10%。

与科创板、创业板相比,北交所对股本规模、股东人数、公众股东持股比例等均设置了明确要求。我们理解,股权分散度是境内外证券市

场常用的上市挂牌条件,公司达到一定的股权分散度,有利于深化外部股东的约束,进一步改善公司治理水平同时也是北交所实施连续竞价交易方式的基础。

#### **(4) 负面情形:规范性条件**

根据《上市规则》的规定,申请北交所上市不得存在如下违规情形:

①最近36个月内,发行人及其控股股东、实际控制人,存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪,存在欺诈发行、重大信息披露违法或者其他涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全、公众健康安全等领域的重大违法行为;

②最近12个月内,发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员受到中国证监会及其派出机构行政处罚,或因证券市场违法违规行为受到全国股转公司、证券交易所等自律监管机构公开谴责;

③发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员因涉嫌犯罪正被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规正被中国证监会及其派出机构立案调查,尚未有明确结论意见;

④发行人及其控股股东、实际控制人被列入失信被执行人名单且情形尚未消除;

⑤最近36个月内,未按照《证券法》规定在每个会计年度结束之日起4个月内编制并披露

年度报告,或者未在每个会计年度的上半年结束之日起2个月内编制并披露中期报告;

⑥中国证监会和北交所规定的,对发行人经营稳定性、直接面向市场独立持续经营的能力具有重大不利影响,或者存在发行人利益受到损害等其他情形。

上述负面清单是对《注册办法》公开发行条件的进一步细化,特别是新增了对于发行人经营稳定性、直接面向市场独立持续经营能力具有重大不利影响或存在发行人利益受到损害等其他情形,隐含了经营稳定性、独立性、同业竞争、关联交易等内容,体现了北交所在示范引领和“反哺”新三板创新层、基础层中小企业的同时,坚持高级交易市场的定位。

### **3. 符合信息披露要求**

《审核规则》规定了对申请公司信息披露的要求,北交所招股说明书内容和格式准则总体平移了新三板精选层公开发行说明书相关规定,同时强化了北交所与新三板创新层、基础层的有机联系,在招股说明书中适度精简了部分披露信息,例如曾在挂牌期间合规披露的信息(如历史沿革信息),降低了发行人的信息披露成本。

从创业板、科创板注册制改革的情况看,注册制实施初期,在申报环节,较多申请企业的招股说明书存在没有充分结合发行人自身特点进

行针对性信息披露的问题<sup>5</sup>；在审核环节，存在交易所问的过多、过细的问题<sup>6</sup>。北交所开市运行后，如何针对创新型中小企业的特点，衔接好发行人“讲清楚”与审核机构“问清楚”的关系，为试点注册制积累更多经验，有待于进一步观察。

#### **(四) 审核流程**

根据中国证监会的相关介绍，按照总体平移的原则，为实现平稳过渡，北交所开市后，全国股转公司精选层现有挂牌公司全部转为北交所上市公司，新增上市公司由北交所按照注册制要求从符合条件的创新层挂牌公司中产生。

根据《注册办法》及《审核规则》的相关规定，除新三板现有精选层挂牌公司之外，北交所开市后，申请公开发行并在北交所上市，应当聘请保荐机构等中介机构进行推荐，在履行公司内部决策程序后，向北交所提交申报材料，经北交所审核通过后报中国证监会履行注册程序，取得中国证监会注册批文并完成公开发行后，达到北交所上市条件的方能在北交所上市。主要流程如下：

5. 例如风险揭示章节针对性不强，部分招股书的风险因素中还包含风险对策、发行人竞争优势及类似表述，参见《科创板上市审核中心关于切实提高招股说明书（申报稿）质量和问询回复质量相关注意事项的通知》。

6. 例如：科创板当前审核首轮问题较开市时降幅36%，问询轮次一般两轮上会，参见2020年9月上海证券交易所组织的科创板保荐机构业务培训纪要。

#### **1. 确认自身符合主体条件**

申请公司应当为在全国股转系统挂牌满一年的创新层公司。要在北交所上市，需先进入新三板创新层，然后再申请公开发行并在北交所上市。

#### **2. 完成辅导验收**

申请公司应当聘请保荐机构等中介进行辅导，并按照证监会派出机构相关要求完成辅导验收程序。

#### **3. 履行内部审议程序，制作并提交申请文件**

申请公司应当履行董事会、股东大会审议程序，按照有关规定制作申请文件，由保荐机构保荐并向北交所提交。

#### **4. 北交所审核**

北交所受理申请文件后，通过向申请公司及其保荐机构、证券服务机构提出问询等方式进行审核，由北交所审核机构进行审核并出具审核报告，北交所上市委员会会议形成通过或不通过的审核意见。

#### **5. 中国证监会注册**

北交所审核通过后，向中国证监会报送申请文件及审核意见、相关审核资料及发行人相关申请文件。中国证监会受理后履行注册程序，在20个工作日内作出是否同意注册的决定。

#### **6. 发行承销**

申请公司取得中国证监会注册批文之后，

按发行与承销细则的规定开展定价、申购和配售等工作。发行人可以与主承销商自主协商选择采用直接定价、竞价或询价等定价方式，股票发行价格、时机和规模均由市场决定，充分发挥市场定价功能。

## 7. 上市交易

发行完成后，申请公司向北交所提交相关文件，经北交所审核，符合北交所上市条件的，其股票在北交所上市交易。

总体来看，北交所公开发行并上市流程充分借鉴了科创板、创业板经验，并适当体现了北交所制度设计的精准性和包容性，具体包括：(1) 在审核方式方面，全程实施电子化申报与审查，确保整个过程的公开透明、规范高效；(2) 在审核机构方面，类比科创板、创业板的上市委员会，北交所设立专门审核机构及上市委员会，充分发挥交易所的自律管理职能；(3) 在申请材料方面，北交所公开发行并上市的应用文件数量比沪深交易所的申请文件数量减少50%以上；(4) 在审核时限方面，北交所自受理申请文件之日起2个月内出具审核意见，加上中介机构回复反馈时间，正常过会时间在3个月左右。

## 第三部分\

# 对北交所公开发行上市制度架构的思考及展望

我国资本市场的很多制度架构设计是吸收借鉴美国、香港等国际成熟资本市场的经验而来，借北交所设立的契机，回顾多层次资本市场建设的历程，我们从深入推进注册制的角度，简要列举分析以下事项，为未来改革提供参考。

## (一) 关于转板机制和不同交易市场的互联互通

2020年7月新三板设立精选层时曾明确精选层挂牌公司向沪深交易所的转板机制，中国证监会及沪深交易所相继发布《中国证监会关于全国中小企业股份转让系统挂牌公司转板上市的指导意见》(简称“《转板上市指导意见》”)、《全国中小企业股份转让系统挂牌公司向上海证券交易所科创板转板上市办法(试行)》《深圳证券交易所关于全国中小企业股份转让系统挂牌公司向创业板转板上市办法(试行)》，建立了符合条件的新三板精选层公司向沪深交易所创业板、科创板的转板制度，打通了多层次资本市场的互联互通机制。北交所设立后，中国证监会对《转板上市指导意见》进行了修订，形成了北交所上市公司转板的指导意见。

我们注意到，原新三板精选层转板机制是建立在新三板内部市场分层的基础上的，将精选层直接升级为一个独立的交易所之后，原本符合精选层挂牌条件的公司即直接享有沪深交易所上市公司的市场待遇，在此情况下，此类挂牌公司再转板沪深交易所的意愿将会降低。另一方面，根据《注册办法》《上市规则》，申请北交所上市的公司必需是在新三板挂牌满12个月的创新层公司，且制度架构是以公开发行并上市为核心的，在此情况下，满足交易所上市标准的新三板公司目前是没有直接转板北交所或者沪深交易所的制度设计的。进一步思考，随着不同交易所之间的差异化竞争，未来沪深交易所上市公司是否有直接转板北交所的通道呢？

我们理解，虽然在我国首次公开发行几乎都以上市为目的，但实际上，上市并不必然需要公开发行募资，特别是新三板市场分层之后，部分已经在新三板挂牌接受公开市场监管并实施过定向增发融资的公众公司可能只有上市的需求而没有短期内再公开募资的需求，为此类企业提供直接上市的通道具有合理性和必要性。另一方面，注册制也为公开发行与上市的分离提供了制度空间，新《证券法》进一步明确了注册制下监管机构和交易所之间发行审核与上市审核权限的分离，这也为转板机制改革和不同交易市场的互联互通提供了上位法依据。总体

上看，随着北交所的开市运行，监管机构和交易所应该对现行转板制度进行修订，强化交易所的上市审核权限，进一步打通场外交易市场和交易所之间的转板流动机制，为不同成长阶段、不同类型的企业预留市场间或板块间的转板选择空间<sup>7</sup>。

## (二) 关于不同交易市场的制度优化

北交所设立后，北交所与新三板、沪深交易所分别具有不同的市场定位和制度规则，我们理解，这是有合理性的。但从多层次资本市场整体看，不同交易市场的制度衔接存在优化的空间，简要列举如下：

### 1. 投资者适当性

为改善新三板市场的流动性，2020年7月新三板设立精选层时大幅降低个人投资者适当性标准，精选层、创新层和基础层投资者准入资产标准分别降至100万元、150万元、200万元，并在精选层引入公募基金。根据《北京证券交易所投资者适当性管理办法（试行）》，北交所个人投资者适当性标准由100万元进一步降低至50万元，和上交所科创板持平。

由于北交所整体平移了新三板精选层的制度安排，我们理解，北交所上市公司的投资风险

7. 美国的多层次资本市场之间即建立了灵活的转板机制，纳斯达克上市企业可以转板到纽交所，纽交所上市企业也可以转板到纳斯达克市场，甚至可以在两个市场同时挂牌。

与精选层挂牌公司相比并不会产生实质性变化，仅以交易市场升级为由降低个人投资者适当性标准的依据并不充分。实际上，除了资产数额，投资风险偏好也是投资者选择不同交易市场的重要考虑因素，甚至在国际成熟资本市场中，个别低级交易市场并不会对投资者准入设置过多限制<sup>8</sup>。考虑到新三板一直以来的流动性困境，我们建议，北交所可以将个人投资者适当性交由证券公司经纪部门和投资者个人进行判断，或者考虑结合市场运行情况进一步降低个人投资者适当性标准。

## 2. 股份限售

根据《上市规则》第2.4.2条的规定，北交所上市公司的股份限售和减持安排总体上保持精选层要求不变，控股股东、实际控制人、10%以上股东所持公开发行前股份在上市后仍限售12个月，其他10%以下股东没有明确的限售要求。但《上市规则》第2.4.1条又规定，上市公司股东以及董事、监事和高级管理人员所持股份的限售、减持及其他股份变动事宜，应当遵守《公司法》《证券法》关于上市公司股份变动的相关规定。根据《公司法》第一百四十一条的规定，公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。

根据上述规定，申请北交所上市的新三板创新层公司，除挂牌期间超过200人（实施员工



持股计划的员工人数不计算在内)的定向发行构成公开发行<sup>9</sup>而豁免适用《公司法》上述股份限售规定之外，其余向不特定合格投资者公开发行之外的股份均需要适用《公司法》上述股份限售规定，由此导致《上市规则》对其他10%以下股东的限售豁免涉嫌上位法依据不足的问题。

实际上，《公司法》上述股份限售规定条款是2005年10月修订时新增条款，其本意在于规范股份公司新股上市交易时投资者低价抢购老股及老股东在公司上市后大量抛售以赚取差价的现象，当时并没有作为全国性证券交易场所的新三板市场，该新增条款自2005年10月《公司法》修订后保留至今。但随着2013年新三板市场扩容至全国及2020年3月新《证券法》对新三板

8. 个人投资者仅占伦敦证券交易所主板交易量的2%，而占伦敦证券交易所的另类投资市场（Alternative Investment Market）交易量的20%-25%，参见徐文鸣、陶震：《反思多层次资本市场的分层逻辑——基于初级证券交易所的跨国比较研究》。

9. 《证券法》第九条：有下列情形之一的，为公开发行：（一）向不特定对象发行证券；（二）向特定对象发行证券累计超过二百人，但依法实施员工持股计划的员工人数不计算在内；（三）法律、行政法规规定的其他发行行为。

市场作为全国性证券交易场所法律性质的明确,《公司法》上述股份限售规定条款已滞后于多层次资本市场需求。按照新三板挂牌公司现行交易规则,投资者在挂牌期间通过公开转让(特别是竞价或做市交易)或定向增发取得的股份均没有限售期的要求,如果这部分股份在北交所上市后与控股股东、实际控制人所持股份一样另行限售12个月,相当于变相否认了三小板作为全国性证券交易场所的公开交易职能,不利于私募投资者深度参与新三板挂牌企业的孵化,也不利于新三板与北交所“层层递进”市场结构的联动,我们建议监管机构和交易所应结合注册制及多层次资本市场的实施情况进一步完善《公司法》等上位法与交易所具体规则之间的衔接。

### 3. 公司治理

北交所在公司治理制度上基本保持了和沪深交易所监管标准的一致,但也存在一些不一致的地方,例如作为上市公司治理重要事项的关联交易,目前北交所《上市规则》与沪深交易所科创板、创业板所界定的关联方范围存在差异<sup>10</sup>。

我们理解,关联方是界定关联交易的前提,上市公司日常治理中,不同交易市场可以对关联交易的审核标准作出不同规定,例如上交所科创板对一项关联交易是否需要披露或提交股东大会审议考虑了市值占比,但关联方的界定不应有明显差异,以免增加上市公司在不同交

易市场转板时的信息披露风险<sup>11</sup>。对此,我们建议不同交易市场应结合市场运行情况对此类通用制度进行必要的修订。

### 4. 信息披露

2020年新三板设立精选层后即针对不同市场层级的挂牌公司实施了差异化的信息披露机制,精选层披露标准与上市公司趋同,创新层披露标准在原有基础上适度降低,基础层更突出客观描述和风险揭示<sup>12</sup>。

我们注意到,在公开发行并上市信息披露方面,北交所公开发行并上市的应用文件数量比沪深交易所的申请文件数量减少50%以上,但是在上市后持续信息披露方面,北交所暂未就定期报告摘要、临时报告等事项发布与新三板和沪深交易所差异化的披露指引。国际成熟多层次资本市场的经验表明,不同交易市场之间存在竞争,不同的信息披露要求影响证券的流动溢价,也影响申请上市企业的选择<sup>13</sup>。通常情况下,从低层次交易市场到高层级交易市场,其上市标准及信息披露要求会逐步提高。随着北交所的开市运行,我国不同交易市场之间的竞争也会逐渐显

10. 例如:科创板、创业板将直接或间接控制发行人的法人或其他组织的董事、监事、高级管理人员关系密切的家庭成员作为关联方,但北交所并未规定;科创板、创业板将独立董事对外担任董事、高级管理人员的企业排除在关联方之外,北交所并未排除;科创板、北交所将间接持股5%以上的法人或其他组织作为关联方,但创业板并未规定。

11. 例如:德众汽车(838030)、生物谷(833266)等新三板挂牌企业在申报精选层时就存在因遗漏披露关联交易而被全国股转系统公司出具自律监管措施的情况。

12. 例如:创新层、基础层均不要求披露季报和业绩预告,不需要执行审计师定期轮换制度。

13. 1995年至2006年间,伦敦证券交易所另类投资市场承接了267家主动从伦敦证券交易所主板转板的企业,而仅有73家企业从伦敦证券交易所另类投资市场转板至伦敦证券交易所主板。从对企业访谈所获信息来看,伦敦证券交易所主板上市企业向伦敦证券交易所另类投资市场转板的主要原因即是追求更灵活的监管规则。参见徐文鸣、陶震:《反思多层次资本市场的分层逻辑——基于初级证券交易所的跨国比较研究》。

现,我们建议未来北交所也应结合市场运行情况推出差异化的信息披露指引。

### (三) 关于退市机制

上市制度和退市制度分别从入口端和出口端保障资本市场的有序运转。北交所《上市规则》建立了多元组合的退市指标,根据不同情况,北交所退市公司可以退至创新层或基础层继续交易;不符合新三板挂牌条件,且股东人数超过200人的,转入退市公司板块。

我们注意到,目前沪深证券交易所退市公司及两网公司(即原证券公司代办股份转让系统挂牌的STAQ、NET系统公司)在新三板设置的“两网及退市公司”单独板块进行交易(也称为“老三板”),该板块目前由全国股转公司代为管理。从多层次资本市场角度,上述退市仅是从交易所市场退出,但风险仍留在多层次资本市场内部。实务中,该类退市公司进入老三板之前如何为中小投资者提供充分的权益保护,进入老三板交易后如何实施重组、收购或转板至其他交易市场,或如何从老三板彻底退出交易市场等问题并没有具体的操作指引。随着北交所的开市运行和严格退市制度的实施,未来退市公司会逐步增多,上市公司退市机制和不同交易市场的衔接问题有待监管机构和交易所进一步研究解决。

## 结语

以现有的新三板精选层为基础组建北交所,并同步试点证券发行注册制是我国多层次资本市场改革的重大举措,也是全面落实金融供给侧改革的要求。北交所定位于服务创新型中小企业,围绕创新型中小企业发展需求,整体平移新三板精选层制度安排,建立与新三板层层递进、与沪深交易所错位发展的注册制架构,实现了制度供给与企业需求的匹配。北交所同步试点证券发行注册制,虽然现行制度架构尚有需要进一步探索和完善之处,但我们相信随着注册制的不断深入推进及多层次资本市场的日益完善,北交所将会成为资本市场服务创新型中小企业的“前沿阵地”和“创新工场”,为中国经济的高质量发展带来更多活力。☞



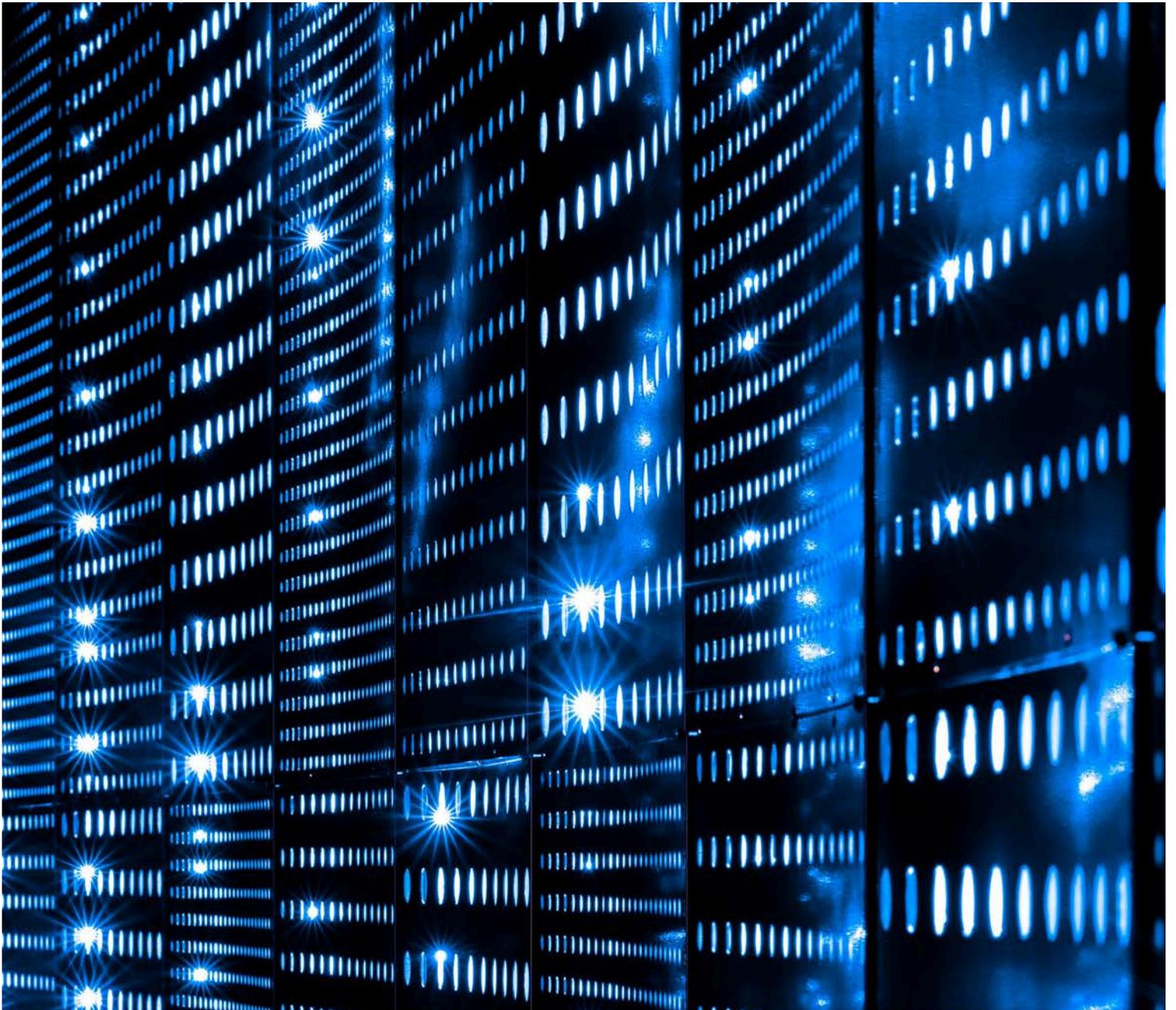
郭克军  
合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
+86 10 5957 2082  
guokejun@zhonglun.com



魏海涛  
合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
+86 10 5957 2429  
weihaitao@zhonglun.com

# 《个人信息保护法》实施背景下， 如何构建企业数据合规管理体系？

作者：刘相文 汤敏志 李伟



随着《个人信息保护法》(下称“《个保法》”)于2021年11月1日正式施行,企业纷纷更新互联网平台应用“隐私政策”<sup>1</sup>,以满足《个保法》提出的个人信息分类保护、自动化决策规则等新要求。这无疑是当务之急。但是,作为一部基础性法律,《个保法》对企业个人信息和数据保护提出的新要求远不止如此。

《个保法》第五章对企业(个人信息处理者)义务的直接规定,大部分是有关个人信息管理体系、制度、机制的规定。企业应该意识到,落实《个保法》,更重要的是落实法律对企业数据合规体系的新规定;监管机构执法,也更看重企业数据合规体系建设和个人信息保护机制实际发挥作用情况。

此外,个人信息保护领域,《个保法》并非孤立存在,其与《数据安全法》、《网络安全法》一起,共同构成我国企业应遵循的数据保护合规义务基础体系。企业应关注的不再是某一风险点,而是需要对自身业务、产品进行全面体检,将视野放远至整个合规体系层面。国家对个人信息保护力度不断加强,与后疫情时代社会公平与共同富裕理念、遏制资本无序扩张政策息息相关,企业应提高站位,把准时代脉搏。

我们将结合为企业搭建全面合规体系和开展个人信息保护合规专项的实践经验,解读《个保法》背景下企业数据合规体系的新特征,以期为企业落实《个保法》,实施个人信息保护和数据管理提供实操指引。

---

1.当前,市场上主流叫法是“隐私政策”,也有称之为“隐私协议”。但在汉语语境下,“政策”一般指国家或政党为实现政治或管理目的而制定的行动准则,企业行为用“政策”不合适。之所以市场上很多“隐私政策”,主要是当初翻译而来。用“协议”也不合适,使用该文件场合下,单方告知内涵多于双方协商。此外,按照民法典,个人信息与隐私是有交叉的不同概念,隐私已经被认可为一种有名的民事权利,个人信息总体上还只是一种民事利益,并未上升为基础权利。自然人的个人信息和隐私,依法都需要保护。因此,我们认为,使用“个人信息与隐私保护说明/指引”命名个人信息保护告知文件更为妥当。在我们的法律服务项目实践中,这种做法也被企业广泛认可。为表述方便,本文以“隐私政策”称之。

## 第一部分\

# 落实《个保法》，企业数据合规组织架构如何搭建

于企业而言，在现有合规管理组织体系基础上，《个保法》对数据合规管理架构提出了三个方面的新要求：

### (一) 应当任命个人信息保护负责人

个人信息处理数量达到网信部门规定的企业应当指定个人信息保护负责人，这是《个保法》的强制性规定。

**哪些企业必须设置个人信息保护负责人。**《个保法》第52条第1款规定，“处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者应当指定个人信息保护负责人”。“国家网信部门规定数量”还有待《个保法》配套规定进行明确。2021年7月，网信办在《网络安全审查办法（征求意见稿）》中规定，掌握超过100万用户个人信息的企业赴国外上市应先进行国内申报审查，可资参考。市场监督管理总局、国家标准委《信息安全技术个人信息安全规范》（GB/T35273-2020）（下称“《个人信息安全规范》”）倡导，满足以下条件之一的企业，应设立专职个人信息保护负责人：“1.主要业务涉及个人信息处理，且从业人员规模大于200人；2.处理超过100万人的个人

信息，或预计在12个月内处理超过100万人的个人信息；3.处理超过10万人的个人敏感信息的。”

**个人信息保护负责人的级别如何设置。**个人信息保护负责人具体如何设置、级别如何安排，属于企业自治内容，法律不会干预。但从个人信息保护涉及的范围和影响，以及岗位职责出发，企业应结合实际高规格设置个人信息保护负责人，至少应在公司层面，而非部门层面设置该岗位。《个人信息安全规范》规定：个人信息保护负责人参与有关个人信息处理活动的重要决策并直接向企业主要负责人报告工作。

**个人信息保护负责人是否必须专职。**从更高的合规价值追求和良好的合规治理实践出发，我们建议至少符合上文国标要求的企业，应设立专职的个人信息保护负责人。同时，从成本控制和企业发展阶段出发，个人信息保护负责人也可兼职。比如，由首席数据官、首席信息官或总法律顾问兼任。

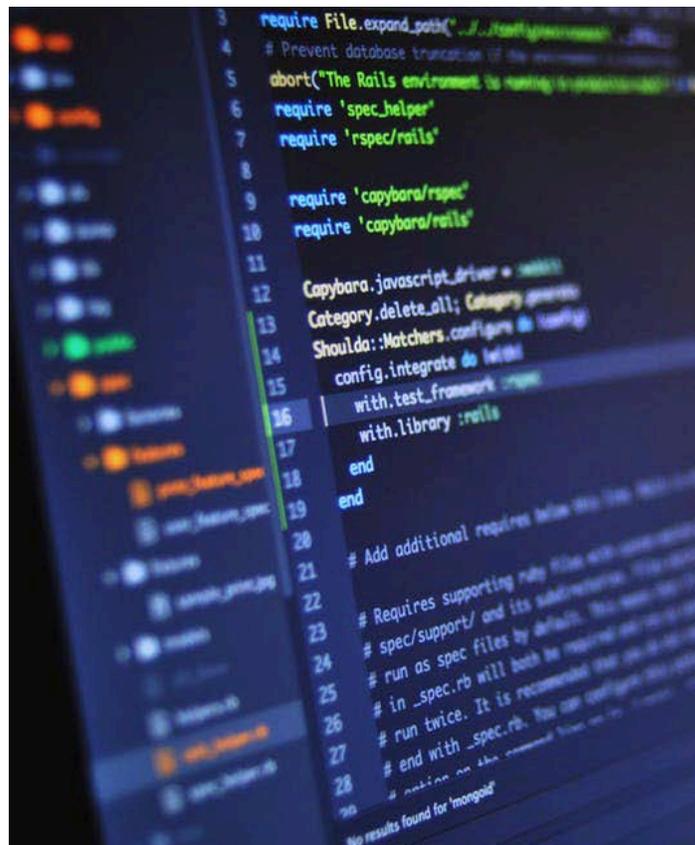
**企业应当公开个人信息保护负责人联系方式。**《个保法》第52条第2款规定，“个人信息处理者应当公开个人信息保护负责人的联系方式，并将个人信息保护负责人的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门”。公开联系方式主要指对用户或者个人信息收集对象公开，报送是指向《个保法》第60条规定的各级网信部门报送。

## (二) 应当健全个人信息保护组织机构

**明确配合个人信息保护负责人开展工作的  
工作机构。**《个保法》没有直接规定企业应当设立个人信息保护工作机构,但其对企业处理个人信息规定了各方面义务,履行这些义务显然需要专门工作机构的支持。《个人信息安全规范》则明确指出,企业应当设立个人信息保护工作机构,与个人信息保护负责人一起,承担数据保护和合规管理工作,特别是确保能够及时应对和处理个人信息泄露、篡改和丢失事件。《数据安全法》第27条也规定,重要数据的处理者应当明确数据安全负责人和管理机构,落实数据安全保护责任。

**建立完整的个人信息保护组织体系。**按照我们的实践经验,成熟的数据合规管理体系一般围绕以下骨架搭建:法定代表人—数据合规委员会—数据合规负责人—数据合规牵头部门—业务部门(下属子公司)—数据合规专员。

企业法定代表人或主要负责人对个人信息保护负全面领导责任;数据合规委员会(可在合规管理委员会内部下设),作为个人信息保护的专门议事决策机构;个人信息保护负责人具体负责企业数据合规体系建设并领导牵头部门开展工作;数据合规牵头部门一般由企业法律合规部门担任,组织、协调和监督个人信息保护合规管理工作,并为其他部门提供合规支持;具体



承担个人信息收集任务的业务部门是个人信息保护的第一责任人,是数据合规风险的第一道防线;下属单位较多或横跨多个业务板块的企业,还可以通过设置数据合规专员的方式,提高数据合规管理效率。

此外,对于在境外处理我国境内个人信息的企业,还应当在境内设立专门机构或者指定代表,负责处理个人信息保护相关事务。

以上组织体系的建立健全,首先可通过完善企业合规管理制度的方式实现,再通过企业数据合规运行和保障机制的有效实施得以落地。

### **(三) 应当成立主要由外部成员组成的独立监督机构**

《个保法》第58条规定，提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者，应当成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督。

哪些企业需强制成立独立监督机构，尚待配套规定明确。但《个保法》在法律层面已经强调，独立监督机构“应当主要由外部成员组成”。在落实《个保法》该项规定的过程中，涉案企业合规第三方监督评估制度和上市公司独立董事制度可能会成为参考。我们建议企业在制定未来规划时，应尽早考虑成立独立监督机构，以赢得工作上的主动。

## 第二部分\

### **落实《个保法》，企业数据合规制度体系如何完善**

《数据安全法》强调企业应建立健全“全流程数据安全管理制度”，《个保法》则针对个人信息保护制度建设进一步规定了三个方面内容。

#### **(一) 应当制定落实《个保法》五大原则的制度**

个人信息保护原则的极大丰富是本次《个保法》立法一大亮点，主要体现在第5条至第10

条。可概括总结为“五大原则”：合法正当诚信原则；最小必要原则；公开透明原则；信息质量原则；信息安全原则。

落实该等原则，首先应内化为企业合规制度，用以指导、补充和协调企业个人信息保护机制发挥作用。当然，除了及时制定或升版企业规章制度外，企业“隐私政策”作为最重要的个人信息保护文件，在更新中也应着重注意贯彻《个保法》确定的新原则。

#### **(二) 应当制定内部专项合规制度和操作规程**

内部管理制度和操作规程是个人信息保护合规制度建设中最基础、最重要的内容。《个保法》对此的原则规定是，企业应当根据个人信息的处理目的、处理方式、个人信息的种类以及对个人权益的影响、可能存在的安全风险等，制定内部管理制度和操作规程，确保个人信息处理活动符合法律、行政法规的规定。

具体而言，企业究竟应制定哪些管理制度和操作规程，这取决于企业个人信息处理业务的规模、领域和监管环境。但无论如何，企业制度体系应至少涵盖以下基础内容：个人信息保护总体合规管理办法，个人信息收集规则，个人信息使用规则，敏感个人信息处理规则，个人信息存储和保护政策，个人信息共享、提供、转让和委托处理规则，个人信息跨境传输规则，个人



信息安全事件处置规则, 个人信息公开披露规则等。

需强调的是, 企业新的制度建设应遵循“最小影响”原则, 应尽量避免繁多的管理制度和体系叠床架屋, 首先着眼于对企业既有制度的整合、融入和升版, 而不是处处另搞一套。

### **(三) 应当制定个人信息安全事件应急预案**

个人信息安全事件, 指发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的事件。个人信息安全事件应急预案作为成文文件, 是企业制度体系的一部分。落实《个保法》的具体规定, 企业个人信息安全事件应急预案应包含以下内容。

**一是安全事件应急响应的组织机构和工作机制、责任机制。**总体编制思路可参考《国家网络安全事件应急预案》。

**二是如何记录、评估和上报信息安全事件。**包括记录事件内容, 评估事件影响并及时采取减损措施, 依法向网信部门上报等。

**三是如何履行对个人信息主体的告知义务。**告知内容包括: 安全事件涉及的信息种类、原因和可能造成的危害; 已采取的补救措施和个人可以采取的减轻危害的措施; 企业的联系方式。

**四是应急响应培训和应急演练计划。**

### 第三部分\

## 落实《个保法》，企业数据管理运行机制如何建立

个人信息保护制度的落地，取决于运行机制的设计和实施。个人信息保护运行机制的建立健全是企业防范合规风险最核心、最复杂的内容，限于篇幅，本文仅就《个保法》规定的有关运行机制作提纲挈领的解读。

### (一) 应当建立个人信息分级管理机制

将个人信息分为一般个人信息和敏感个人信息，并进行分类保护，是我国个人信息和数据保护走向成熟和深入的标志。企业应当首先建立个人信息分级管理机制，通过内部制度和操作规程，鉴别和区分企业处理个人信息的不同类别，并着重针对敏感个人信息、未成年人信息设置单独同意等特殊规则。

### (二) 应当建立个人信息处理规则公开机制

企业在处理个人信息前，应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知本企业个人信息处理规则。包括企业名称和联系方式，个人信息的处理目的、处理方式以及个人信息种类和保存期限，个人行使法定权利（包括知情权、决定权、查阅复制权、可携带权、更正

权、撤回删除权等）的方式和程序等。该规则还应便于查阅和保存。

### (三) 应当建立个人信息保护影响事前评估机制

企业开展对个人权益有重大影响的个人信息处理活动，应当事前进行个人信息保护影响评估，这是《个保法》之后，企业开展个人信息处理业务的前置程序，应当引起重视。具体而言，企业在开展如下业务时应进行事前评估：处理敏感个人信息；利用个人信息进行自动化决策；委托处理个人信息、向其他个人信息处理者提供个人信息、公开个人信息；向境外提供个人信息等。评估内容包括：个人信息的处理目的、处理方式等是否合法、正当、必要；对个人权益的影响及安全风险；所采取的保护措施是否合法、有效并与风险程度相适应。相关评估报告应当至少保存三年。

### (四) 应当建立个人信息处理活动强制记录机制

企业开展对个人权益有重大影响的个人信息处理活动，应对处理情况进行记录。记录的内容包括：处理个人信息的类型、数量、来源，个人信息的处理目的、使用场景及分级管理情况，共享、转让、委托处理、公开披露、出境提供等情况，

个人信息处理活动各环节信息系统、组织和人员等。个人信息处理记录应当至少保存三年。

### (五) 应当建立个人信息保护安全审计机制

企业应当定期对其处理个人信息遵守法律、行政法规的情况进行合规审计。审计内容包括：个人信息保护政策、相关规程和安全措施的有效性，个人信息处理活动监测记录情况，安全事件应急处置情况，个人信息违规使用、滥用及追责情况等。

此外，还包括个人信息保护风险识别与评估机制、个人信息保护合规审查与咨询机制、个人信息保护合规报告机制、个人信息安全工程“三同步”工作机制等。

## 第四部分\ 落实《个保法》，企业应就数据合规管理提供哪些保障

**领导重视。**数据合规体系建设意义重大，企业领导层应大力支持并率先垂范。《个保法》“法律责任”章规定，违法处理个人信息情节严重的，不仅要对企业实施处罚，也要对企业主管人员和直接责任人员课以罚款、职业禁入等处罚措施，并计入信用档案。有其他违法行为的，还可能被起诉、行政处罚甚至追究刑事责任。

**组织保障。**与其他专项合规管理体系不同，搭建数据合规体系需要企业法务部门与业务部门、信息技术部门、网络产品主管部门，乃至外部技术开发单位共同参与。内部团队承担与律师团队对接、组织合规访谈、开放后台数据权限、产品功能演示、担任“技术-法律”翻译等工作职责。专业法律团队承担方案设计、数据合规监管要求梳理、特定产品风险识别与评估、数据合规保护制度与员工指南制定、隐私政策修改、数据合规风险防控等职责。

**此外，**企业还应建立个人信息保护违规举报与调查、合规考核、安全培训与教育、风险防控有效性评价等机制，为个人信息保护制度和运行机制的有效落实提供保障。

## 第五部分\ 落实《个保法》，企业应关注的其他事项

《个保法》生效未久，配套规范付之阙如且正在紧锣密鼓地推进出台，监管尺度仍有待明确，这一切无疑增加了企业面对不确定时的合规成本。对此，我们建议企业注意以下事项。

### (一) 密切关注网信部门监管配套规定

《数据出境安全评估办法（征求意见稿）》《

互联网平台分类分级指南(征求意见稿)》等规范制度正在计划出台,将进一步细化企业个人信息保护的义务与责任,以及对企业数据合规体系提出具体要求。企业需持续关注关于敏感个人信息保护规则、境外提供信息的认证机构与程序、特定企业个人信息处理等方面的配套制度。

## (二) 密切关注监管执法尺度

《个保法》不仅明确了信息处理者的行为规范,更设置了严厉的法律后果。遭遇暂停业务、吊销许可与执照、双罚制、按照营业额百分比罚款、负责人员资格罚等处罚,将可能成为企业难以承受之重。企业后续需要密切跟踪监管执法案例,把握监管执法尺度,根据事项轻重缓急,对照进行合规整改。

## (三) 密切关注司法裁判倾向

个人信息处置违规,可能引发用户集体诉讼,《个保法》已明确规定了该类公益诉讼制度。关注司法裁判动向,将为企业提供具有警示意义的案例,司法裁判与监管执法对待个人信息保护的边界与理念也将为企业开展数据合规体系建设、应对执法监管等,提供新的思路。

## (四) 树立个人信息保护合规价值观

初创企业、新兴业务、互联网产品天然存在

试探监管底线的冲动,而《个保法》确立了“强保护”规则框架以及严格的法律责任。个人信息保护规范的“张”与企业业务发展的“弛”之间极易产生冲突。而“业务”与“合规”的冲突与妥协永远是企业开展合规体系建设所要面临的难题,在个人信息保护方面也没有例外。当下,企业应当自上而下确立个人信息保护的合规价值观,找到业务与合规的平衡和良性互促路径。☒



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



# 垄断协议风险降低了吗？ 从《反垄断法（修正草案）》 看垄断协议的认定

作者：薛熠 谷田



10月23日,经第十三届全国人大常委会第三十一次会议审议后的《中华人民共和国反垄断法(修正草案)》(以下简称《修正草案》)正式公布并向社会公开征求意见。《修正草案》的内容从多个方面体现了“进一步完善反垄断相关制度规则”的修法目标,其中有关垄断协议认定规则的修改和完善回应了理论和实务中的部分争议问题,尤其是明确垄断协议须具有“排除、限制竞争”的属性以及引入“安全港”制度,引发了高度关注。《修正草案》中的垄断协议相关条款是否平息了关于垄断协议“本身违法”和“合理分析”的分析模式之争?企业未来面临的垄断协议法律风险是否会实质性地降低?本文拟基于《修正草案》的内容,追本溯源,谈一谈过往实务中有关垄断协议认定的争议、垄断协议的认定方法,以及《修正草案》在实操层面对于企业所面临的垄断协议风险的可能影响。

## 第一部分\

# 《修正草案》对于垄断协议认定相关规则有哪些修改和完善?

## (一)明确垄断协议须具有“排除、限制竞争”之属性

### 1.背景:关于纵向垄断协议是否亦应具有“排除、限制竞争”属性的争议

现行《反垄断法》第十三条第一款列举了被禁止的横向垄断协议的具体类型,其后第二款是对垄断协议的定义:“本法所称垄断协议,是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”;而第十四条有关禁止纵向垄断协议的规定则无此限定。这一体例导致了法院对规则释明的疑义:纵向垄断协议是否亦应具有“排除、限

## 制竞争”之属性?

事实上,在过往涉及纵向价格垄断协议纠纷的案件中,法院对此已有论断,认为《反垄断法》第十三条第二款所规定的垄断协议概念外延涵盖该法第十四条所规定的纵向垄断协议。一方面,从文义解释的角度,“本法所称垄断协议,是指……”的表述在逻辑上不应仅仅适用于一个条文而应该适用于整部法律;另一方面,一般认为,由于横向协议直接排除、限制了市场竞争,横向协议限制竞争的效果甚于纵向协议,举重以明轻,纵向垄断协议当然应具有“排除、限制竞争”之属性。

为回应上述问题及实践中业已形成的观点和做法,《修正草案》在第二章垄断协议部分开宗明义:“本法所称垄断协议,是指排除、限制竞

争的协议、决定或者其他协同行为”，表明无论横向垄断协议还是纵向垄断协议，均须具有“排除、限制竞争”之属性。

**2.问题：“排除、限制竞争”是否等同于“具有排除、限制竞争的效果”？**

需要特别注意的是，如何理解垄断协议的定义对实践当中垄断协议的认定具有至关重要的影响，一个最直接的问题是：**上述定义是否可以被理解为垄断协议应当以具有排除、限制竞争效果为构成要件？**在过往的多个案例中，相关审理法院对此似持有肯定观点，但理论和实务界长期以来对此问题都未形成统一的认知。最高人民法院在“海南裕泰科技饲料有限公司诉海南省物价局行政处罚再审案（裕泰案）”中对此问题作出了澄清，其一方面肯定了一审法院关于《反垄断法》第十三条第二款所规定的垄断协议的概念及于纵向垄断协议的认定，另一方面认为将“排除、限制竞争”的构成要件限缩为“排除、限制竞争的效果”的解释行为存在明显疏漏。最高法院认为，认定垄断协议“排除、限制竞争”**既可以是效果，也可以是目的；既可以是既成事实，也可以是可能性。**

我们倾向于认为，最高人民法院的上述解释更符合《反垄断法》的立法目的和法律条文的内在逻辑，也解释了为何已达成但尚未实施的垄断协议仍会被课以法律责任。**可以合理地预**

计，未来对垄断协议构成要件的理解仍可能继续沿用上述思路。相较于狭义的效果要件，在该等解释方法下垄断协议的认定门槛将会更低。

**(二)赋予经营者主张转售价格维持行为不具有排除、限制竞争效果从而不构成垄断协议的抗辩权利**

**1.背景：行政执法与民事诉讼对纵向（价格）垄断协议认定的分歧**

明确垄断协议须具有“排除、限制竞争”之属性后，随之而来的问题则是在垄断案件中是否需要对此加以证明？如是，需要哪一方来证明？需要说明的是，**尽管垄断协议的核心属性为“排除、限制竞争”，但在实践中并非对所有类型的垄断协议的认定都需要对此加以证明。**经济学理论和市场经验表明，特定类型的协议一旦实施几乎必然导致排除、限制的效果，且缺乏可抵消反竞争效果的正面效益。出于严惩垄断行为并节约法律资源、提升效率的目的，通过立法技术将特定类型的协议推定为排除、限制竞争的垄断协议是各国反垄断立法实践的普遍做法，即：证明该等协议存在的事实即可，而无需对其主观目的、实际或潜在效果加以分析和论证。固定价格、限制产量、划分市场等行为是适用前述分析模式的典型情形，实践中少有争议；而对于如何认定纵向垄断协议，不同国家的反

垄断法律和实践则普遍存在差异。

我国自《反垄断法》实施以来，反垄断执法机构和法院在纵向价格垄断协议的认定上似乎存在一定的分歧。**反垄断执法机构认定纵向价格垄断协议时倾向于采用“禁止+豁免”的执法思路**，即推定相关纵向垄断协议具有排除、限制竞争的效果，在调查执法中无需就相关转售价格维持安排的竞争影响进行合理性分析，只需证明转售价格维持行为存在即可认定违法，除非经营者能够证明符合法定豁免条件而予以免责（而非不构成垄断协议）。而在司法实践中，**法院则倾向于认为对于《反垄断法》第十四条规定的垄断协议的认定，不能仅以经营者与交易相对人是否达成了固定或者限定转售价格协议为依据，而要结合第十三条第二款规定的内容，进一步综合考虑是否具有排除、限制竞争效果**。典型的裁判观点如“强生案”二审法院所述：“在对纵向垄断协议性质的分析判断中，相关市场竞争是否充分、被告市场地位是否强大、被告实施限制最低转售价格的动机和限制最低转售价格的竞争效果是该案最重要的考量因素”。由于现行垄断行为民事纠纷司法解释仅就横向垄断协议规定了举证责任倒置的规则<sup>1</sup>，而未就纵向垄

断协议作出明确规定，法院一般认为在法律未作不利推定的情形下应按照一般规则由原告承担证明被诉行为具有排除、限制竞争效果的举证责任。

作为我国第一起纵向垄断协议的行政诉讼案件，民事诉讼和行政执法就纵向垄断协议认定标准不一致的冲突在“裕泰案”中格外凸显。该案一审法院秉持过往案例所持观点，认为认定纵向垄断协议须以其具有排除、限制竞争效果为前提，法院经过综合考量认定裕泰公司的行为不具有排除、限制竞争效果，判决海南省物价局败诉。尽管二审法院推翻了一审法院的判决，但原告裕泰公司不服二审判决向最高人民法院申请再审。最高人民法院就我国纵向垄断协议的分析模式作出了澄清，除了前文所述的对于垄断协议“排除、限制竞争”的解释外，最重要的是在原则上认可固定向第三人转售商品的价格及限定向第三人转售商品的最低价格这两种协议，一般情况下本身就属于垄断协议，符合排除、限制竞争的标准。反垄断执法机构经过调查证实经营者存在上述两种情况，即可认定为垄断协议，无须对该协议是否符合“排除、限制竞争”这一构成要件承担举证责任，但认定可以由经营者通过提交证据进行抗辩予以推翻。

**2.问题：如何理解和适用“不具有排除、限制竞争效果”的抗辩规则？**

1.《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》[法释(2012)5号]第七条：“被诉垄断行为属于反垄断法第十三条第一款第(一)项至第(五)项规定的垄断协议的，被告应对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。”

在上述背景下,《修正草案》针对纵向价格垄断协议增加了“经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的,不予禁止”的规定,我们可以合理地推测,相关修订旨在回应实践中的分歧,并且可能在一定程度上认可和吸纳了最高法院的裁判观点。但是,对于上述修订的理解和适用仍有诸多不明确之处,特别是:

- 是否意味着转售价格维持会被推定为排除、限制竞争而构成垄断协议,除非经营者证明不具有排除、限制竞争效果?

- 证明不具有排除、限制竞争效果需要达到何种程度?是否应参照最高人民法院对“排除、限制竞争”的解释,不仅证明行为不具有排除、限制竞争的实际效果,还需证明不具有造成竞争损害的可能性?

- 是否统一了行政执法与民事司法的纵向垄断协议违法性认定标准?如此一来,是否表明在民事诉讼案件中,对于纵向垄断协议案件的认定也如横向垄断协议一般适用举证责任倒置规则?

- 如何协调垄断协议判断标准与民事责任的要件(证明存在损害)之间的关系?

2.最高人民法院在裕泰案中认定“在行政诉讼中对反垄断执法机关认定纵向垄断协议行为合法性的判断标准,与民事诉讼中对纵向垄断协议的审查标准存在明显差别”,其主要原因在于“经营者因垄断协议而承担民事责任的前提是给原告造成损失,而给原告造成损失就是垄断协议具有排除、限制竞争效果的直接体现,所以在民事诉讼中需要审查垄断协议是否具有排除、限制竞争的效果”。也有学者认为,民事诉讼与行政执法在纵向价格限制违法认定标准上实质是一致的,区别仅在于赔偿或者处罚的前提不同。

- “不具有排除、限制竞争效果”的抗辩与个案豁免抗辩的关系当如何把握?二者抗辩的思路和证明标准又有何异同?

另外,我们注意到,《修正草案》对于横向垄断协议是否可以“不具有排除、限制竞争效果”进行抗辩并无明确规定。但鉴于现行垄断行为民事纠纷司法解释中有关涉嫌达成横向垄断协议的经营者可举证证明该协议不具有排除、限制竞争的效果,以及《修正草案》中“安全港”制度亦可适用于横向垄断协议,是否可以得出横向垄断协议事实上也可能以“不具有排除、限制竞争效果”进行抗辩的推论?

### (三) 引入“安全港”制度

除上述对于垄断协议构成要件(或违法性认定标准)这一核心问题的澄清外,《修正草案》还引入了“安全港”制度,即增加的第十九条:“经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准的,不适用本法第十六条(横向垄断协议)、第十七条(纵向垄断协议)、第十八条(轴辐协议)的规定,但有证据证明经营者达成的协议排除、限制竞争的除外。”

“安全港”制度本身并不是垄断协议的违法性认定标准,不代表经营者的市场份额低于规定的标准其行为就当然不构成垄断协议,其仅

是提供了一个初步的评估指标以提高效率、降低企业的合规成本。对于“安全港”制度是否真正“安全”的问题,企业还应当保持谨慎。首先,理论上,并非所有限制行为均可适用“安全港”制度;其次,适用“安全港”制度需要准确界定相关市场;再次,市场份额落入“安全港”范围,也并不意味着行为本身绝对“安全”,反垄断执法机构仍可提出反证,排除不具有排除、限制竞争效果的推定。

## 第二部分\ 实践中如何认定垄断协议?

### (一) 认定垄断协议的分析模式

实践中认定垄断协议的基础性问题是垄断协议的分析模式。肇始于美国,垄断协议的基本分析模式有两种:**本身违法原则和合理分析原则**。前者无需在个案中证明排除、限制竞争效果,行为存在即推定损害竞争而违法;后者则需要在个案中衡量涉嫌行为的竞争影响,损害竞争的方构成垄断协议而被禁止。《欧盟运行条约》第101条禁止具有“阻碍、限制或扭曲竞争之目的或效果”的协议、决定和一致行为,其中“具有限制竞争的目的”是指那些在本质上有潜在限制竞争可能的情形,此类限制极有可能会对竞争产生负面效果,以至于在适用条约第101条

第(1)款时,无须证明该限制对市场产生的任何实际的或可能的反竞争效果。从制度功能的角度来看,“目的限制”推定(被推定的行为构成核心限制)与“本身违法原则”是具有类似效果的分析模式<sup>3</sup>。

**无论是“本身违法原则”还是“目的限制”推定,其直接的法律效果即是竞争损害结果的推定。**一方面,在该等推定下被诉经营者的抗辩范围将受到严格限定,即不得以“不具有排除、限制竞争效果”为理由进行抗辩(但不排斥其他角度的抗辩)<sup>4</sup>;另一方面,基于市场份额的“安全港”制度将不会适用于推定下的行为。

在上述分析模式的基本原则之下,美国和欧盟均允许存在某些例外情况:**形式上落入“本身违法原则”或“目的限制”推定的行为类型也可能不会构成垄断协议**。这些例外情况通常是指“附带限制”(ancillary restraint),即形式上符合“本身违法”或“目的限制”的行为对于特定类型或性质的协议或者合理目标的保护而言是客观必要的,这类行为将不适用“本身违法原则”或“目的限制”推定的分析模式,而应当对其

3.尽管制度功能类似,但本身违法与目的限制在具体适用方法上存在差异,受限于文章篇幅,在此不作展开讨论。

4.兰磊:《最高人民法院之垄断协议分析模式观探微——评裕泰公司与海南省物价局行政处罚纠纷案再行政裁定书》,载《竞争政策研究》,2021年第3期。

竞争效果进行个案评估。典型的附带限制如并购交易中的一定限度内的不竞争安排、联合生产协议的双方为联合生产的产品设定销售价格等特殊背景下为实现合理目的所必要的行为。

总之，“本身违法”与“合理分析”应被理解为垄断协议的分析模式，而非垄断协议的类型本身。分析一项行为应适用何种分析模式是认定垄断协议的环节之一，并且随着实践的发展，适用“本身违法”分析模式的行为类型亦可能有所扩张或限缩。

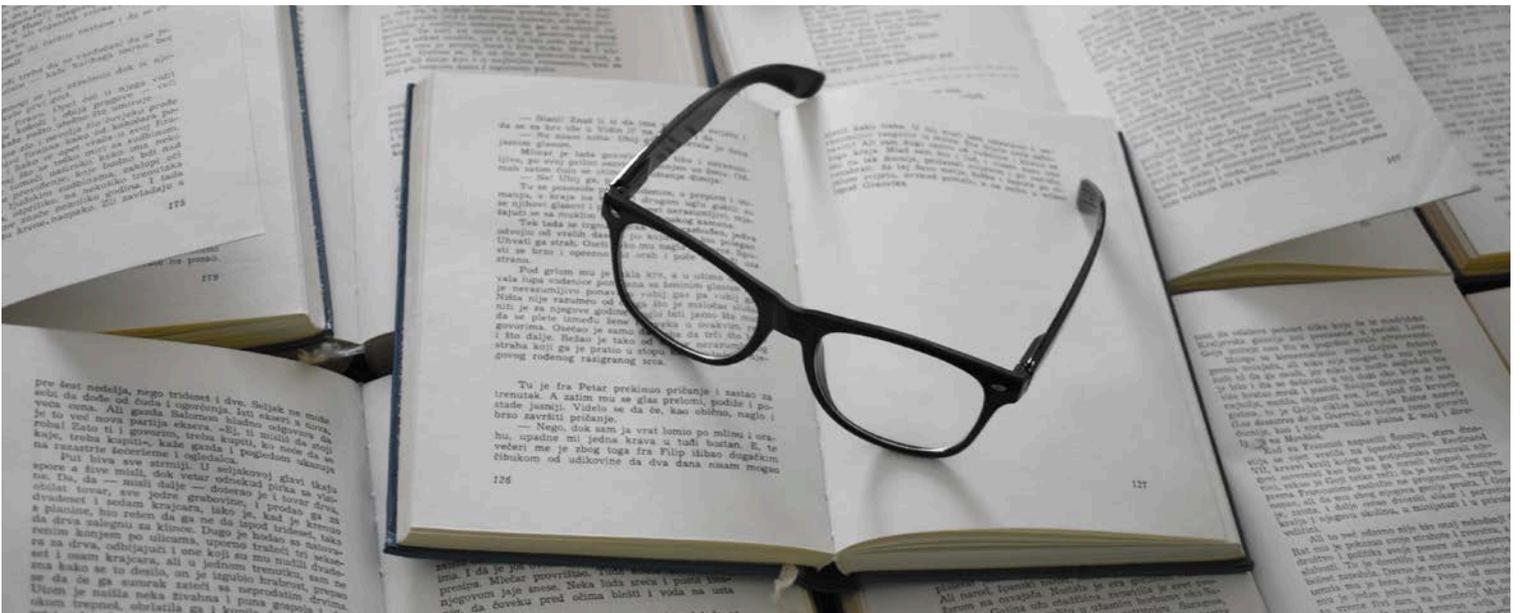
## (二) 认定垄断协议的步骤与框架

基于对垄断协议认定的分析模式和基本逻辑的梳理，我们理解认定垄断协议应大体遵循如下步骤和框架：

**首先，评估行为是否属于“核心限制”，如是，则适用“本身违法原则”，推定损害竞争，仅在特定例外情况下，例如某些附带限制，允许以“不具有排除、限制竞争效果”为由进行抗辩并适用“合理分析原则”评估竞争影响。**

**其次，对于不属于核心限制的行为，评估是否落入“安全港”制度的市场份额范围，如是，则推定不构成垄断协议，除非控方以反证证明；对于未落入“安全港”范围的行为，不推定其反竞争效果，而适用“合理分析原则”评估竞争影响，不具有排除、限制竞争效果的，不构成垄断协议。**

**最后，对于构成垄断协议的，基于作为竞争政策与其他公共政策的协调机制的豁免规则，评估是否满足豁免条件。**



### 第三部分\ 《修正草案》对企业垄断协议风险影响几何?

《修正草案》澄清了垄断协议须具有“排除、限制竞争”的属性、提出经营者可证明相关协议不具有排除、限制竞争效果从而不构成垄断协议,以及引入“安全港”制度,这些修改和完善对于企业而言无疑是一大利好:“安全港”制度的引入使得法律的可预见性有所增强、企业合规成本有所降低,而赋予当事人举证证明转售价格维持行为不具有排除、限制竞争效果的权利则在法定豁免之外为企业提供了相关纵向限制不构成垄断协议的抗辩途径。尽管如此,结合前文对于垄断协议认定相关规则的探讨和对反垄断实践传统的梳理,我们谨慎地认为,《修正草案》并未实质性地降低企业面临的垄断协议风险,反而对企业准确理解反垄断法律规则以及在风控合规方面的恰当应用提出了更高的要求,突出表现在以下方面:

**第一,“安全港”制度或有有限的适用范围,特定类型的行为可能无法受益于“安全港”制度。**传统上,固定价格、限制产量、划分市场的行为被视为核心卡特尔行为,普遍被排除在“安全港”制度的适用范围之外;而对于竞争影响有争

议的转售价格维持行为而言,欧盟仍将其列为核心限制之一而不得适用“安全港”制度,即使是通过其最高法院判例确认转售价格维持行为不再适用“本身违法原则”的美国,一些州立法仍然坚持以“本身违法原则”认定转售价格维持行为。如前文推测,《修正草案》中关于“安全港”制度的规定有可能仅为一种笼统的授权,目的在于为反垄断执法机构制定相关指南确立上位法基础,其适用和排除的具体范围还有赖于反垄断执法机构出台具体指南予以澄清。除非我国反垄断立法决心突破长期以来的反垄断法律传统,否则“安全港”制度很难会被无条件、全范围地适用。

**第二,对于纵向垄断协议的认定,特别是转售价格维持行为,《修正草案》的内容似乎并未实质性地降低其被认定为违法的风险。**一方面,基于前文对修订背景的讨论,反垄断执法机构与最高人民法院均认为固定向第三人转售商品的价格及限定向第三人转售商品的最低价格这两种协议,一般情况下本身就属于垄断协议,《修正草案》仅仅是在“原则禁止”之外,增加了经营者以“不具有排除、限制竞争效果”抗辩不构成垄断协议的可能性;另一方面,经营者对此应承担举证责任,然而证明“不具有排除、限制竞争效果”的标准尚不明确。可以

预见,从转售价格维持行为可能提高市场透明度从而促进供应商之间的共谋、通过消灭品牌内竞争从而促进购买商之间的共谋、导致特定品牌产品价格上涨从而损害消费者利益等角度笼统地推定其具有排除、限制竞争的效果相对容易,而承担举证责任的经营者如仅以品牌间竞争充分,消费者有充足选择、避免“搭便车”效应、避免恶性竞争等笼统的理由进行抗辩,则恐难以成功。如前文所述,按照普遍的反垄断法律传统,对于被推定为“本身违法”或“目的限制”的行为,允许进行合理分析的情形当属少数例外。以此逻辑,即使未来反垄断法修正案采纳了草案的内容,实践中,反垄断执法机构也可能会从严掌握符合“不具有排除、限制竞争效果”的转售价格维持行为的场景。另外值得思考的是,过往实践中曾被视为可能获得个案豁免的情形,例如:短时期内维持特定新产品的转售价格,或者特定行业中限定仅承担垫资、物流职能的中间商的转售价格,以“不具有排除、限制竞争效果”为由进行抗辩是否较豁免抗辩更具合理性和可行性?

综上,《修正草案》有关垄断协议认定的条款在一定程度上回应和澄清了现行《反垄断法》实施以来的争议问题,也为企业增强事前反垄断合规预判以及事后提出有效抗辩提供了新的

制度抓手。但与此同时,新的制度和规则如何理解和适用,尤其是反垄断执法机构和法院在实践中如何掌握其适用尺度值得关注。我们期待未来正式出台的反垄断法修正案能够更加明晰,或者以立法解释的方式作更多的澄清,也建议企业密切关注未来相关的立法和执法进展,在相关细则和执法态度明朗之前,仍保持谨慎合规的立场。☒



薛熠  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2057  
xueyi@zhonglun.com

# 屋顶分布式光伏项目业主破产时 投资者的风险与救济

作者：郝利 吕澄



屋顶分布式光伏项目能利用屋顶闲散资源发电,且不受规模指标等的限制,一直广受新能源领域投资者的青睐。近年来,在国家政策的鼓励下,屋顶分布式光伏项目发展迅速,装机容量不断增长。但也应该注意到,与一般地面集中式光伏项目相比,屋顶光伏项目高度依赖业主提供的屋顶,一旦屋顶业主出现破产甚至被强制执行等情形,可能就需要处置房屋,投资方也随之会面临巨大风险。本文将视角聚焦在屋顶业主破产的情形下,分析光伏项目投资者可能面临的法律风险与相应的权益救济。

## 第一部分\ 破产程序中出租人与承租人的利益保护冲突

屋顶分布式光伏项目的常规运作方式是屋顶业主将闲置屋顶出租给光伏企业,光伏企业投资建设分布式光伏电站,双方可视情况采取自发自用、余电上网模式或全额上网模式,光伏企业以此获得电费及补贴,屋顶业主获得租金回报或优惠的电价。此时,光伏企业与屋顶业主之间形成两种法律关系,一是基于房屋租赁合同形成的租赁合同关系,另一种是基于供用电形成的电量购销法律关系。本文主要围绕前一种租赁合同关系展开讨论,这也是实务中产生争议和纠纷较多之处。

### (一)“买卖不破租赁”原则对承租人的保护

根据《民法典》第七百二十五条,租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力,即通常而言的“买卖不破租赁”。“买卖不破租赁”原则的初衷是保护承租人天然的弱势地位。租赁合同虽然属于平等主体之间签署的民事合同,但一般认为,租赁关系中承租人是弱者,通过保护承租人的租赁权可以给予承租人更多保障。因此,在租赁期内,无论租赁物所有权如何变动,租赁关系仍然存在,房屋的所有权人不能随意解除租赁合同。

### (二)租赁合同在破产程序中的处理

但当出租人进入破产程序时,基于不同利益选择,相关法律出现了不同的规定。根据《企业破产法》第十八条的规定,人民法院受理破产申请后,管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除

或者继续履行,并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人,或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的,视为解除合同。也就是说,对于债务人签订的双方均未履行完毕的合同,管理人单方有挑拣履行的权利。

在对待履行合同的认定标准上,双方义务履行完毕是否应以主给付义务为限?譬如在租赁合同中,承租方的主要合同义务是支付租金,若承租方已经支付全部租金,是否可以认为此时租赁合同不属于双方均未履行完毕的合同?

目前在我国司法实践中来看,笔者认为,法院还是倾向于将此时的租赁合同认定为双方均未履行完毕的合同。主要原因在于,租赁合同属于继续性合同,支付租金非承租人的全部合同义务,承租人尚有保管、返还租赁物等附随义务,在租赁结束之前,应当认定为双方均未履行完毕的合同。湖南省高级人民法院在(2017)湘民再461号判决即持有该观点。最高院第二巡回法庭则认为待履行合同通常是指双方当事人均未履行完毕主给付义务的合同。但如从给付义务的违反直接影响主给付义务的履行效果,导致对方合同目的无法实现,或附随义务的违反导致对方合同目的落空,则从给付义务或附随义务的未履行或未适当履行亦可成立待履行合同。<sup>1</sup>

若将租赁合同归于双方均未履行完毕的合同,那么根据前述《企业破产法》第十八条的规定,在屋顶业主破产情形下,管理人有单方面决定解除或者继续履行租赁合同的权利。

### (三)利益冲突下的选择

由此可见,以上两个规定分别是从事务人与承租人的角度出发所做的利益选择。但在屋顶业主进入破产程序时,显然变成了一个零和博弈,究竟应当保护作为债务人的屋顶业主,还是保护作为承租人的光伏企业?

考察域外规定,鉴于租赁合同的特殊性,部分国家立法倾向于限制破产管理人的挑拣履行权。如德国《破产法》规定,破产时债务人关于不动产标的或房屋的使用租赁和收益租赁关系以及债务人的雇佣关系继续有效(第108条第1款)。美国《破产法》第365条虽然规定出租人可以拒绝履行合同,但同时也规定即便如此,承租人也可以以按期支付房租为条件,根据租约的条款(包括其中关于续租或延期的条款)继续占有

1. 参见《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要(第二辑)》,人民法院出版社,2021年4月版。  
2. 许德风:《论破产中尚未履行完毕的合同》,载《法学家》2009年第6期。

并使用有关不动产。<sup>2</sup>

我国《企业破产法》对此没有明确规定,但司法实践中的观点倾向于认为管理人的挑拣履行权优先于“买卖不破租赁”原则。原因在于,破产法律是一项区别于一般规则的特殊规则,作为一种概括执行程序,破产程序的价值追求是债务人整体价值最大化及对债权的公平分配。如果对租赁合同采取特殊保护,必然会损害整体债权人的利益。基于债权人整体利益优先于个别债权人利益的原则,确保债权人整体利益最大化,可能不得不牺牲承租人的个别利益。湖南省高级人民法院(2017)湘民再461号民事判决书、绍兴市中级人民法院(2017)浙06民终3688号民事判决书等裁判中均支持管理人运用《企业破产法》第十八条解除租赁合同。

## 第二部分\

# 管理人挑拣履行权下的实务分析

### (一) 管理人选择继续履行合同

对于破产管理人而言,选择继续履行合同,还是解除合同,本质上是一个商业价值判断。管理人需要结合破产企业资产情况、行业发展情况、履行合同所需支付的对价与获得的收益等进行综合评估,从而作出选择,根本目标是破产财产价值最大化。

对光伏企业而言,屋顶分布式光伏项目的投资主要集中在前期建设阶段,对于已经建成并网的分布式光伏项目,光伏企业已经完成绝大部分前期投入,后期保持基本运维即可通过电费、补贴获取收益。由于屋顶光伏项目利润回收周期长,对于光伏企业来说,保持合同继续履行一般是较优的危机解决方式。

由于企业样态各不相同,若继续履行租赁合同本身不损害破产企业资产价值,甚至可能提升价值,管理人权衡利弊后也会选择继续履行租赁合同。而对光伏企业来说,这更是消解风险的最佳方案。因此,破产管理人与光伏企业并不完全站在对立面,两者最终也可能达到双赢的效果。

从破产法的角度,根据《企业破产法》第四十二条的规定,人民法院受理破产申请后发生,因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务,为共益债务。共益债务不同于一般债务,共益债务由债务人财产随时清偿。因此若管理人选择继续履行合同,对于屋顶光伏投资者来说,在法律上也增加了一层保障。屋顶业主破产后,若因光伏运维等产生需要屋顶业主承担的费用,根据上述规定,可以纳入破产企业共益债务,由管理人随时支付。

也有光伏投资者担心,破产程序终有一日会终结,破产管理人会终结职务,并将资产移交给第三方。一旦资产处置给第三方,光伏电站是

否会再次面临被拆除的风险?一般而言,若管理人处置的资产上面存在租赁等特殊情形,管理人会在资产处置时通过拍卖公告披露等方式提前告知意向买受人该等特殊情形,并提示意向买受人现场踏勘并评估该等特殊情形对今后持有、运营资产可能造成的影响。

若新的屋顶业主接受房屋租赁情况的,光伏企业除与新的屋顶业主协商租赁事宜外,还需要对接当地发改部门、电网公司等,说明情况,了解屋顶业主变更所应办理的手续,确保光伏电站继续合法合规运营。

若新的屋顶业主竞得资产后又不同意继续履行租赁合同,一方面,因管理人前期已明确告知买受人资产上存在租赁情况,买受人若由于未仔细阅读拍卖文件或未实地踏勘而参与竞拍,本身存在过错,可考虑根据过错责任原则确定责任归属。另一方面,此时仍可适用“买卖不破租赁”原则,要求买受人继续履行租赁合同。

## (二) 管理人选择解除合同

若管理人选择解除合同,光伏企业便可能面临拆除光伏电站,丧失预期可获得的电费及补贴等一系列的风险及损失。根据《企业破产法》第五十三条,“管理人或者债务人依照本法规定解除合同的,对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。”因此,光伏企业可就自

己所遭受的损失向管理人申报债权。

但根据《企业破产法》的规定,只有法定的就特定财产优先受偿的债权、税收债权、职工债权等类型债权才在债权清偿时具有优先顺位。因管理人解除合同所产生的损害赔偿,通常仅属于普通债权,只有在前序债权人获得清偿后、破产财产仍有剩余时才得以受偿,而破产企业往往负债金额远大于资产价值,普通债权通常无法获得全额清偿,光伏企业难以避免会因此遭受损失。

此外,实务中还常出现以下两个问题:

### 1. 预期收益的认定

一旦屋顶业主解除合同,光伏企业拆除光伏电站,不但前期投入血本无归,还将造成预期发电收益损失。因此光伏企业在主张损失时可能会同时主张预期收益损失。

根据《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》(法释〔2002〕23号)第五十五条第(五)项的规定,清算组解除合同,对方当事人依法或者依照合同约定产生的对债务人可以用货币计算的债权属于破产债权。且该第(五)项规定的债权以实际损失为计算原则。

参考相关案例,对于未实际发生的预期收益损失,由于难以证明预期收益具体金额,实务中获得支持的难度较大。如(2019)甘民终53号判决中,发包方提出因承包方逾期完工导致发包方电价损失,法院认为发包方主张的电价损失属



估算费用,亦无相应证据予以证实,且发包方最终能否获得电价,除承包方能否准时完工外,还存在其他影响因素,两者无直接因果关系。个别支持案例则是在合同中做了特殊约定。另如(2019)鲁01民终9358号判决中双方当事人在《房屋租赁合同》中对出租方单方解除合同将赔偿承租方预期利益损失及损失计算方式均作出明确约定,法院认为依据合同约定、承租方的实际营业收入及经营期限,计算其预期利益损失并无不当。

因此,实务中若光伏企业若将预期收益作为债权一并向管理人申报,由于预期收益在金额计算、因果关系认定等方面存在不确定性,光伏企业亦很难举证,被确认债权难度较大。

## 2. 预付租金的处理

若光伏企业在租赁屋顶后一次性支付了五年、十年乃至更长时间的租金,而在此过程中屋顶业主进入破产程序,此前预付的租金应当属于何种性质?光伏企业是应当向管理人申报债权,还是主张返还?

根据(2017)湘民再461号民事判决书中的观点,关于合同解除是否有溯及力,我国法律尚未明确规定,通常认为,若为非继续性合同的解除原则上溯及力,若为继续性合同的解除原则上无溯及力。租赁合同即为继续性合同,对承租人而言,合同解除后负有返还租赁物的义务;对出租人而言,合同解除后,多收的剩余租期租金即构成不当得利,根据权利义务对等原则,亦应予以返还。

此外,在最高人民法院(2016)最高法民他93号答复函答复湖南省高级人民法院《关于破产企业签订的未履行完毕的租赁合同纠纷法律适用问题的请示》的答复意见中也指出,“租赁合同如判解除,则预付租金构成不当得利应依法返还,根据《企业破产法》第四十二条第三项的规定,该不当得利返还债务应作为共益债务,由破

产企业财产中随时返还”。

预付租金虽是屋顶业主欠付光伏企业的款项,但性质上与一般债务不同,租赁合同一旦解除,预付租金便没有了法律上的支付依据,属于屋顶业主的不当得利。从程序上而言,对于预付租金,光伏企业也无需就此申报债权,应当直接以不当得利要求破产企业全额返还。

### 第三部分\

## 光伏投资者的风险防控与救济

为尽量避免或减少屋顶业主进入破产程序后给光伏企业带来的风险与损失,笔者建议光伏企业可从以下几点着手,进行法律风险防控。

### (一) 提前对屋顶业主开展资信调查,明确房屋权属情况

目前大量的分布式光伏项目系租赁工商业企业屋顶进行建设,因此在选择屋顶、签署屋顶租赁合同之前,光伏企业可聘请专业律师开展尽职调查,或者自行通过中国执行信息公开网等网站对出租方的资信情况进行初步调查,确认出租方是否涉及大量诉讼,是否被纳入失信被执行人等。若出租方诉讼缠身、资信不佳,则说明屋顶业主今后面临破产、处置资产的风险较大,应谨慎与其合作。

出租人合法持有房屋也是承租人后期主张权利的基础,因此承租人应当认真核查出租人的不动产权属证书,确认出租人系房屋合法持有者,且房屋有完备的规划审批手续,不属于违章建筑。此外,承租人也可要求出租人出具不动产登记情况,调查房屋是否存在抵押或查封。

### (二) 出租方破产后第一时间联系管理人,争取继续履行合同

根据《企业破产法》第十八条的规定,“管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人,或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的,视为解除合同。”因此,若屋顶业主进入破产程序,为降低损失,光伏企业应当第一时间主动与管理人对接,争取继续履行合同,千万不能抱有“管理人不联系我,视为合同继续履行”的侥幸心理。

此外,光伏企业与管理人协商时,可结合破产企业的实际情形,尝试从以下几个方面与管理人分析利弊:第一,屋顶光伏项目的运营是利用闲置屋顶资源,光伏电站的运行本身并不会对企业资产产生负面影响,也不会影响企业正常运营;第二,一旦企业重新开始运营,光伏企业可与屋顶业主协商给予一定电价优惠,降低企业运营成本,特别是对于高电力消耗的企业,分布式光伏电站不仅不会降低企业资产价值,甚至可能成

为企业引进投资者的有效助力。

若光伏企业评估继续履行合同对自身可能有一定不良影响时,根据《企业破产法》的规定,还可要求管理人提供担保。

### **(三) 解除租赁合同后及时申报债权,采取必要措施降低损失**

若管理人选择解除租赁合同,光伏企业应及时就损失部分向管理人申报债权。根据《企业破产法》第五十六条的规定,在人民法院确定的债权申报期限内,债权人未申报债权的,此前已进行的分配,不再对其补充分配。为审查和确认补充申报债权的费用,由补充申报人承担。因此,为及早获得清偿,避免损失进一步扩大,光伏企业应在接到管理人通知后立即着手债权申报事宜。

根据笔者多年新能源项目法律服务的经验,认为对于光伏项目而言,地面集中式光伏项目的最大风险在于土地,而屋顶分布式光伏项目的最大风险就在于屋顶。近年来,在笔者办理的多起和屋顶分布式光伏项目有关的厂房搬迁、房屋拆迁以及屋顶业主破产等纠纷案件中,往往屋顶光伏项目企业投资较大,但项目并网运行时间并不长,一旦发生搬迁、拆迁或者屋顶业主破产,将给光伏投资企业带来巨大的损失。随着屋顶分布式光伏项目的蓬勃发展,在经济下行压力增大

的背景下,讨论屋顶光伏项目业主破产时投资者的利益保护与救济措施不仅是一个单纯的法律问题,更是关系新能源行业健康发展和“碳达峰、碳中和”目标实现的重要课题。在屋顶业主破产的情形下,如何有效平衡各方的利益关系,争取实现双赢和多赢,需要立法机构、司法机关和行业主管部门共同研究和解决。☒



郝利  
合伙人  
公司业务部  
杭州办公室  
+86 571 5692 1386  
haoli@zhonglun.com

# 关于《网络数据安全管理条例(征求意见稿)》的三十四个核心问题

作者：陈际红 吴佳蔚 焦雅婷 陈煜焯 韦龙杰



2021年11月14日, 国家互联网信息办公室公布《网络数据安全条例(征求意见稿)》(以下简称“《数安条例》”)。《数安条例》以《网络安全法》、《数据安全法》和《个人信息保护法》“三驾马车”作为上位法, 内容庞大, 既有对“三驾马车”重要但又落地细节不足条款的细化和补充, 也增设了一些新的制度体系。鉴于该条例的高度重要性, 我们通过本文对三十四个核心问题进行解读。

## 第一部分\

# 基本问题的细化与澄清

## 1. 条例的定位、目标和适用范围是?

	具体内容
定位	根据《网络数据安全条例(征求意见稿)》(以下称“《数安条例》”)第一条规定,《数安条例》是根据《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》等法律制定的行政法规。因此《数安条例》在一定程度上可以看作是《数据安全法》和《个人信息保护法》的实施细则。但是《数安条例》主要针对的是“网络数据”, 重点在落实法律中提出的数据安全制度, 因此《数安条例》的侧重点与上述法律存在一定的区别。
目标	根据《数安条例》第一条规定, 该条例的颁布有如下三点目标: <ul style="list-style-type: none"><li>– 规范网络数据处理活动, 保障数据安全;</li><li>– 保护个人、组织在网络空间的合法权益;</li><li>– 维护国家安全和公共利益。</li></ul>
适用范围	《数安条例》第二条规定的适用范围遵循了《个人信息保护法》对于适用范围的规定, 即亦包括属地原则和指向原则两类, 具体如下: <ul style="list-style-type: none"><li>– 如果数据处理者在中华人民共和国境内利用网络开展数据处理活动或者对网络数据安全进行监督管理, 应当适用该条例;</li><li>– 如果数据处理者在中华人民共和国境外处理境内个人和组织的数据, 如果符合下列条件之一, 应当适用该条例: (1) 以向境内提供产品或者服务为目的; (2) 分析、评估境内个人、组织的行为; (3) 涉及中国境内重要数据的处理; (4) 法律、行政法规规定的其他情形。</li></ul> 另外, 该法规排除了自然人因为个人或者家庭事务开展数据处理活动的情形, 上述活动不在《数安条例》的适用范围内。

## 2. 哪些主体适用该条例？

根据《数安条例》第七十三条的规定，下列主体在进行数据处理活动时应当遵循《数安条例》的相关规定：

主体	定义
数据处理者	是指在数据处理活动中自主决定处理目的和方式的个人和组织（《数安条例》第七十三条第（五）款）。
互联网平台运营者	是指为用户提供信息发布、社交、交易、支付、视听等互联网平台服务的数据处理者（《数安条例》第七十三条第（九）款）。
大型互联网平台运营者	是指用户超过五千万、处理大量个人信息和重要数据、具有强大社会动员能力和市场支配地位的互联网平台运营者（《数安条例》第七十三条第十款）。本条规定亦是对《个人信息保护法》（以下简称“《个保法》”）第五十八条规定的重要互联网平台的明确和细化，也就是说，如果某互联网平台运营者用户超过五千万、处理大量个人信息、具有强大社会动员能力和市场支配地位时，应当履行同时履行《个保法》第五十八条和《数安条例》规定的相关合规义务。

## 3. 什么是重要数据？

根据《数安条例》第七十三条第（三）款规定，重要数据是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或

者非法获取利用，可能会对国家安全和公共利益造成危害的数据，具体如下：

序号	具体内容
1	未公开的政务数据、工作秘密、情报数据和执法司法数据；
2	与出口管制相关的数据，包括出口管制物项涉及的核心技术、设计方案、生产工艺等相关的数据，密码、生物、电子信息、人工智能等领域对国家安全、经济竞争实力有直接影响的科学技术成果数据；
3	根据国家法律、行政法规、部门规章明确规定的需要保护或者控制传播的国家经济运行数据、重要行业业务数据、统计数据等相关数据；
4	在工业、电信、能源、交通、水利、金融、国防科技工业、海关、税务等重点行业和领域安全生产和运行的相关数据，以及关键系统组件和设备供应链数据；

序号	具体内容
5	达到国家有关部门规定的规模或者精度的基因、地理、矿产、气象等人口与健康、自然资源与环境相关的国家基础数据；
6	国家基础设施、关键信息基础设施建设运行及其安全数据,国防设施、军事管理区、国防科研生产单位等重要敏感区域的地理位置、安保情况等数据；
7	其他可能影响国家政治、国土、军事、经济、文化、社会、科技、生态、资源、核设施、海外利益、生物、太空、极地、深海等安全的相关数据。

此项定义没有采取多年前《数据安全管理办法(征求意见稿)》(下称“《数安办法》”)中的定义,个人信息或者企业内部的生产数据在此版本中并没有被排除出重要数据的范围。

#### 4. 什么是国家核心数据?

根据《数安条例》第七十三条第(四)条规定,核心数据是指关系国家安全、国民经济命脉、重要民生和重大公共利益等的相关数据。国家核心数据在《数安法》中有所提及,但是并未明确其定义,而《数安条例》的规定对于国家核心数据概念的确立尚属首次。

#### 5. 个人信息和重要数据的关系?

根据《数安条例》第二十六条规定,如果数据处理者处理一百万人以上个人信息时应当参照《数安条例》第四章关于重要数据处理者的规定(重要数据处理的规定参见下文)。也就是说,

**《数安条例》将一百万以上的个人信息的保护要求提升到与重要数据相同的水平。但是,我们也注意到在某些行业中存在特别规定,例如在《汽车数据安全若干规定》(试行)(以下称“《汽车数据安全规定》”)的第三条规定了涉及个人信息主体超过10万人的个人信息属于重要数据。由此,分别在国家层面和行业层面,个人信息和重要数据的认定的交叉关系可能是一个需要持续关注的话题。**

#### 6. 什么是公共数据?

根据《数安条例》第七十三条第(六)条规定,公共数据包括两类:第一,国家机关和法律、行政法规授权的具有管理公共事务职能的组织在履行公共管理职责或者提供公共服务过程中收集和产生的各类数据;第二,其他组织在提供公共服务过程中收集和产生的涉及公共利益的各类数据。

## 7. 数据安全保障措施有什么具体要求？

根据《数安条例》第九条和第十条的规定，数据处理者需要采取下列数据保障措施：

- 1) 采取备份、加密、访问控制等基本必要措施；
- 2) 按照网络安全等级保护的要求加强数据处理系统、传输网络、存储环境等安全防护；
- 3) 如果发现使用或者提供的网络产品和服务存在安全缺陷或漏洞，抑或威胁国家安全和危害公共利益等风险时，应当立即采取补救措施。

另外，数据处理者在处理重要数据和/或核心数据时，应当采取下列数据保障措施：

- 1) 使用密码对重要数据和核心数据进行保护；
- 2) 重要数据的处理系统原则上应满足三级以上网络安全等级保护和关键信息基础设施安全保护要求；另外，在处理核心数据时，数据处理系统需要依照有关规定从严保护。

## 8. 关于数据安全事件的处理和报告

根据《数安条例》第十一条规定，数据处理者应当建立数据安全应急处置机制，并在数据安全事件发生时及时启动，以防止危害扩大，消除安全隐患。同时，数据处理者应当注意下列时间节点：

时间	具体要求
“三个工作日”	如果数据安全事件对个人和/或组织造成危害，相关数据处理者应当在三个工作日内通知利害关系人；同时，上述通知应当包括安全事件和风险情况、危害后果、已经采取的补救措施等内容，法律、行政法规另有规定的除外。
“八小时”和“五个工作日”	如果发生重要数据或者十万人以上个人信息泄露、毁损、丢失等数据安全事件时，数据处理者还应当履行以下义务： <ul style="list-style-type: none"><li>- 在发生上述安全事件的八小时内，向设区的市级网信部门和有关主管部门报告该事件基本信息；报告内容应当包括涉及数据数量、类型、可能的影响、已经或拟采取的处置措施等内容；在实操中，这么短的操作时间对于企业往往是比较大的挑战。</li><li>- 在事件处置完毕后五个工作日内，向设区的市级网信部门和有关主管部门报送调查评估报告，报告内容应当包括事件原因、危害后果、责任处理、改进措施等内容。</li></ul>

## 9. 如何进行涉及第三方的数据流转？

根据《数安条例》第十二条规定，数据处理者如果向第三方提供个人信息或者共享、交易、委托处理重要数据时，应当注意下列要求：

主体	要求	具体内容
数据处理者	对个人的告知义务	应当向个人告知个人信息的目的、类型、方式、范围、存储期限、存储地点，并取得个人单独同意，法律法规规定不需要告知的或经过匿名化处理的个人信息除外；
	明确约定处理事项	应当与接收方约定处理数据的目的、范围、处理方式、数据安全保护措施、数据安全责任义务等内容，并对接收方相关数据处理活动进行监督；
	五年保存期	应当留存下列日志记录：个人同意记录以及提供个人信息的日志记录；共享、交易、委托处理重要数据的审批记录、日志记录。上述日志记录应保存至少五年时间。
数据接收方	约定范围内处理数据	数据接收方应当履行约定的义务，不得超出约定的目的、范围、处理方式处理个人信息和重要数据。

## 10. 企业合并、重组、分立、解散、破产，数据怎么办？

《个保法》在第二十二條中已經規定，個人信息處理者在合併、分立、解散、被宣告破產等原因需要轉移個人信息時，应当向個人告知相關個人信息接收方的名稱或者姓名和聯繫方式。而《數安條例》的第十四條則進一步細化了數據處理者的相關義務，具體如下：

1) 數據處理者在發生合併、重組、分立等情況時，除了繼續履行數據安全保護義務外，如果涉及重要數據和一百萬人以上個人信息時，应当向設區的市級主管部門進行報告；

2) 數據處理者發生解散、被宣告破產等情況時，应当向設區的市級主管部門報告，並按照相關要求移交或刪除相關數據，如果上述主管部門不明確時应当向設區的市級網信部門報告。

## 11. 爬虫类的自动化访问、收集工具还能用吗？

根据《数安条例》第二十二條第四款規定，如果使用自動化採集技術等技術措施，且無法避免採集到非必要個人信息或者未經個人同意的個人信息時，相關數據處理者应当在十五個工作日內刪除上述採集的個人信息或者對上述個人信息進行匿名化處理。我們理解，爬虫類自

动化访问、收集工具以及网联汽车收集车外数据等均可能落入此类范畴。因此,如果该类自动化访问和收集工具的确采集到非必要个人信息或未经个人同意的个人信息时,使用者应当在十五个工作日内对相关个人信息予以删除或进行匿名化处理。

## 第二部分\ 关于个人信息

### 12. 隐私政策得写到什么程度?

就隐私政策的写作尺度,《数安条例》第二十条延续了《个保法》真实、准确、完整的标准,同时进一步细化了相关内容要求。

《数安条例》在形式上要求隐私政策应当“集中公开展示、易于访问并置于醒目位置”,这一点与《App违法违规收集使用个人信息行为认定方法》(下称“《认定方法》”)的相关规定一脉相承;

在内容上应“明确具体、简明通俗、系统全面”,具体而言:

1) 从体例上,隐私政策应依据产品或服务的功能,以清单的形式列明各项功能处理个人信息的目的、用途、方式、种类、频次或者时机、保存地点,以及拒绝处理个人信息对个人的影响。此处,个人信息收集的频次首次被明确要求在隐私政策中加以列明,这也与《数安条例》第十九条规

定的个人信息需限于处理目的最低频次相对应。

2) 《数安条例》还首次规定需在隐私政策中列明个人信息存储期限的确定方法,即企业需内部论证并梳理存储期限的订立逻辑,并加以公示。

3) 对于公众多有困惑的第三方、第三方代码/插件的公示情况,《数安条例》也在第二十条中给出了明确的方案,要求需以集中展示等便利用户访问的方式说明第三方代码/插件的名称、收集个人信息的目的、方式、种类、频次或者时机及其个人信息处理规则,也需列明向第三方提供个人信息情形及其目的、方式、种类、数据接收方相关信息等。在实践中,我们经常可以看到部分企业以在隐私政策中嵌入单独超链接或表格的方式进行公示,结合近期工信部发布的《关于开展信息通信服务感知提升行动的通知》中所要求的“双清单”义务,第三方数据共享的严格透明化将是《个保法》生效后的显著趋势。

4) 《数安条例》还包括个人信息主体权利响应、个人信息安全风险及保护措施、个人信息安全问题投诉、举报渠道及解决路径、个人信息保护负责人联系方式的内容要求。

综上,随法律法规的进一步细化,隐私政策的透明度及细节程度可谓有增无减,建议企业在制定隐私政策时全盘把握个人信息处理活动的各生命周期,确保真实、准确、完整地披露各项要求的内容。

### 13. 用户的同意需具备哪些条件？

《数安条例》第二十一条对用户的同意条件进行了集中阐述。在形式上，需按照服务类型分别向个人申请处理个人信息的同意，不得使用概括性条款取得同意；不得通过捆绑不同类型服务、批量申请同意等方式诱导、强迫个人进行批量个人信息同意。此要求与今年5月1日出台的《网络交易监督管理办法》第十三条<sup>1</sup>相呼应。另外，与《信息安全技术 个人信息安全规范》（下称“《安全规范》”）第5.3条<sup>2</sup>类似，不得仅以改善服务质量、提升用户体验、研发新产品等为由强迫个人同意处理其个人信息，即前述条件需以同意作为处理的法律基础。特殊场景如敏感个人信息需取得个人单独同意，不满十四周岁的未成年人的个人信息需取得监护人同意。在获取同意之后，不得超出个人授权同意的范围处理个人信息，也不得在个人明确表示不同意后，频繁征求同意、干扰正常使用服务。

值得一提的是，《数安条例》全文在多处提及单独同意相关细化要求。首先，《数安条例》在第九章中，首次对单独同意的定义加以明确。单独同意是指指数据处理者在开展具体数据处理活动时，对每项个人信息取得个人同意，不包括一次性针对多项个人信息、多种处理活动的同意。

其次，如第三十六条规定，针对跨境提供个人信息的场景，如收集个人信息时已单独就个人信息出境取得个人同意，且按照取得同意的事项出境的，无需再次取得个人单独同意。此要求即是在确保个人信息单独同意的前提下平衡用户体验的典型体现。

《数安条例》第二十一条还与《个保法》的举证责任条款有效连接，如对于同意行为有效性存在争议，数据处理者负有举证责任。对此，企业需在内部建立相关流程机制，对同意行为的有效性进行论证，并留存相关日志记录。

### 14. 数据主体行权的响应要求

《数安条例》在延续《个保法》《安全规范》数据主体行权响应要求的基础上，细化了部分权利的响应要求。数据主体行权的范围包括查阅、复制、更正、补充、限制处理、删除其个人信息。

根据《数安条例》第二十二条，个人信息删除的条件除个人信息处理目的已实现或不再必要、存储期限届满、服务终止或账号注销外，还包括因使用自动化采集技术等，无法避免采集到的非必要个人信息或者未经个人同意的个人信息，此处可能是针对爬虫或者汽车数据处理者可能收集的人脸信息、车牌信息等的车外视频、图像数据。本条跟《个保法》规定有所差异，例如不包含撤回同意的情形。

1.《网络交易监督管理办法》第十三条：网络交易经营者不得采用一次概括授权、默认授权、与其他授权捆绑、停止安装使用等方式，强迫或者变相强迫消费者同意收集、使用与经营活动无直接关系的信息。  
2.《个人信息安全规范》第5.3(f)条：不得仅以改善服务质量、提升用户体验、研发新产品、增强安全性等为由，强制要求个人信息主体同意收集个人信息。

对于个人信息主体的查阅权,《数安条例》第二十三条要求数据处理者需“提供便捷的支持个人结构化查询本人被收集的个人信息类型、数量等的方法和途径,不得以时间、位置等因素对个人的合理请求进行限制”。其中,“便捷”、“结构化”、“个人信息类型、数量”均为值得关注的要点。业界良好实践包括部分企业提供自动化方式,供用户自行导出个人信息列表,但也需检查确保符合前述内容条件。

另外,《数安条例》继《认定方法》第六条<sup>3</sup>后,再一次明确了数据主体权利行使要求为十五个工作日。企业在接收到数据主体行权申请后,应确保在十五个工作日内处理并反馈。

## 15. “数据转移权”如何响应?

《数安条例》第二十四条首次对数据转移权进行了细化规定。与《欧洲通用数据保护法》(下称“GDPR”)<sup>4</sup>的立法逻辑类似,转移权仅针对基于同意或者订立、履行合同所必需而收集的个人信息。与GDPR不同的是,《数安条例》明确说明转移的个人信息可以是本人的信息,也可以是他人的信息,但请求人需确保他人的信息是通过合法的方式获得,且不违背他人意愿,同时,请求人的合法身份也需可验证。在实践中,企业可以考虑如何设置信息内容及申请者合法的前置证明条

件。《数安条例》也未像GDPR一样规定转移的个人信息需为“通用”且“机器可读”的。

另外,GDPR规定如技术可行,数据主体有权要求数据控制者将其个人数据直接传输给另一数据控制者,而《数据条例》第二十四条在开头即表明,数据处理者提供的转移服务适用于个人指定的其他数据处理者访问、获取个人转移的个人信息,从文意上理解,此处的转移服务也发生在数据处理者及个人指定的数据接收方之间。《数安条例》特别规定,如数据处理者发现“接收个人信息的其他数据处理者有非法处理个人信息风险的,应当对个人信息转移请求做合理的风险提示”。我们理解,此项要求如何在实践中落地还有待进一步观察及讨论,如转移权的行使是否均需要数据主体告知接收个人信息的其他数据处理者?企业如何判断其他数据处理者的个人信息处理活动是否存在风险?是否仅需做统一提示?对此,我们将持续观察后续法律进展及行业实践。

3.《App违法违规收集使用个人信息行为认定方法》第六(5)条:以下行为可被认定为“未按法律规定提供删除或更正个人信息功能”或“未公布投诉、举报方式等信息”:...未建立并公布个人信息安全投诉、举报渠道,或未在承诺时限内(承诺时限不得超过15个工作日,无承诺时限的,以15个工作日为限)受理并处理的。...

4. Article 20 of GDPR: The data subject shall have the right to receive the personal data concerning him or her, which he or she has provided to a controller, in a structured, commonly used and machine-readable format and have the right to transmit those data to another controller without hindrance from the controller to which the personal data have been provided, where: (a) the processing is based on consent pursuant to point (a) of Article 6(1) or point (a) of Article 9(2) or on a contract pursuant to point (b) of Article 6(1); and (b) the processing is carried out by automated means. 2. In exercising his or her right to data portability pursuant to paragraph 1, the data subject shall have the right to have the personal data transmitted directly from one controller to another, where technically feasible.



## 16. 只能用人脸信息进行打卡合法吗？

个人生物特征的准确性及便捷性，使得相关身份识别及认证技术在社会上广泛使用。《数安条例》第二十五条规定数据处理者在利用生物特征进行个人身份认证时，应首先对其必要性、安全性进行风险评估。同时，规定生物特征，包括人脸、步态、指纹、虹膜、声纹等，不得作为唯一的个人身份认证方式。对于此类生物特征信息的收集，由于其属于敏感个人信息范畴，根据《数安条例》第二十一条，在收集前需获取用户的单独同意，此条规定也确认了生物特征信息用于个人身份识别是以同意作为法律基础，在使用该技术收集个人信息时需同时提供其他替代方案。

5.《数据安全管理办法（征求意见稿）》第十七条：网络运营者以经营为目的收集重要数据或个人敏感信息的，应当明确数据安全责任人。数据安全责任人由具有相关管理工作经历和数据安全专业知识的人员担任，参与有关数据活动的重要决策，直接向网络运营者的主要负责人报告工作。

## 第三部分\ 关于重要数据

### 17. 谁能当数据安全负责人？

《数安法》第二十七条即明确重要数据的处理者应当明确数据安全负责人和管理机构，对于具体由谁来承担数据安全负责人这一角色，《数安条例》延续了《数安办法》第十七条<sup>5</sup>的规定。《数安条例》第二十八条说明，数据安全负责人应当具备数据安全专业知识和相关管理工作经历，且由数据处理决策层成员承担，有权直接向网信部门和主管、监管部门反映数据安全情况。与《数安办法》不同的是，《数安条例》直接明确该负责人需为决策层成员承担，而非参与有关数据活动的重要决策。企业如需在内部设置数据安全负责人，可以根据工作背景及工作职责综合考虑决定。

## 18. 数据安全负责机构有哪些职责？

根据《数安条例》第二十八条，重要数据的处理者应成立数据安全管理机构。数据安全管理机构应履行多方面职责。该机构由数据安全负责人带领，即该数据处理决策层成员将带领机构研究提出数据安全相关重大决策建议，并制定实施数据安全保护计划和数据安全事件应急预案。同时，数据安全负责机构还将开展数据安全风险监测，及时处置数据安全风险和事件；定期组织开

展数据安全宣传教育培训、风险评估、应急演练等活动。机构还将受理、处置数据安全投诉、举报；按照要求及时向网信部门和主管、监管部门报告数据安全情况。

## 19. 重要数据处理者的数据安全法定责任有哪些？

根据《数安条例》，重要数据处理者的数据安全法定责任包括：

责任	具体要求	解读
备案 (第二十九条)	在识别重要数据后的十五个工作日内向设区的市级网信部门备案, 备案内容包括: (一) 数据处理者基本信息, 数据安全管理机构信息、数据安全负责人姓名和联系方式等; (二) 处理数据的目的、规模、方式、范围、类型、存储期限、存储地点等, 不包括数据内容本身; (三) 国家网信部门和主管、监管部门规定的其他备案内容。	在识别重要数据之后的十五个工作日内, 重要数据处理者即需要向相关部门备案, 时间之紧即要求企业在日常就为重要数据识别及相关备案内容做好准备, 设立相关数据安全负责人及机构, 梳理内部数据处理活动。
培训 (第三十条)	应当制定数据安全培训计划, 每年组织开展全员数据安全教育培训, 数据安全相关的技术和管理人员每年教育培训时间不得少于二十小时。	该要求一方面限定了数据安全教育培训的范围, 需覆盖全员, 另一方面要求数据安全相关技术和管理人员每年的培训时间不得少于二十小时。企业需在内部及时做好并保存相关记录。
采购 (第三十一条)	应当优先采购安全可信的网络产品和服务。	应在内部建立采购流程及制度, 避免采购的网络产品和服务造成相应安全风险。
安全评估 (第三十二条)	(在第20问具体说明)	
流转批准 (第三十三条)	数据处理者共享、交易、委托处理重要数据的, 应当征得设区的市级及以上主管部门同意, 主管部门不明确的, 应当征得设区的市级及以上网信部门同意。	进一步规制数据处理者共享、交易、委托处理重要数据的行为, 企业可以在共享、交易、委托处理前进行内部风险评估。相关批准流程仍有待进一步明确。

## 20. 如何进行重要数据的安全评估?

《数安条例》第三十二条对于重要数据处理者的安全评估分成两种类型:

1) 定期评估:处理重要数据的数据处理者应自行或者委托数据安全服务机构每年开展一次数据安全评估,并在每年1月31日前汇报上一年的数据安全评估报告。数据安全评估报告需保留至少三年。评估内容包括:

序号	具体内容
1	处理重要数据的情况;
2	发现的数据安全风险及处置措施;
3	数据安全管理制度,数据备份、加密、访问控制等安全防护措施,以及管理制度实施情况和防护措施的有效性;
4	落实国家数据安全法律、行政法规和标准情况;
5	发生的数据安全事件及其处置情况;
6	共享、交易、委托处理、向境外提供重要数据的安全评估情况;
7	数据安全相关的投诉及处理情况;
8	国家网信部门和主管、监管部门明确的其他数据安全情况。

此项要求与《汽车数据安全规定》第十三条<sup>6</sup>规定的汽车数据处理者的报送义务类似。

2) 场景评估:对于共享、交易、委托处理、向境外提供重要数据的场景,重点评估的内容有所区别:

序号	具体内容
1	共享、交易、委托处理、向境外提供数据,以及数据接收方处理数据的目的、方式、范围等是否合法、正当、必要;
2	共享、交易、委托处理、向境外提供数据被泄露、毁损、篡改、滥用的风险,以及对国家安全、经济发展、公共利益带来的风险;
3	数据接收方的诚信状况、守法情况、境外政府机构合作关系、是否被中国政府制裁等背景情况,承诺承担的责任以及履行责任的能力等是否能够有效保障数据安全;
4	与数据接收方订立的相关合同中关于数据安全的要求能否有效约束数据接收方履行数据安全保护义务;
5	在数据处理过程中的管理和技术措施等是否能够防范数据泄露、毁损等风险。

如评估结果为可能危害国家安全、经济发展和公共利益,则不得共享、交易、委托处理、向境外提供数据。

6.《汽车数据安全规定》第十三条:汽车数据处理者开展重要数据处理活动,应当在每年十二月十五日前向省、自治区、直辖市网信部门和有关部门报送以下年度汽车数据安全情况:(一)汽车数据安全负责人、用户权益事务联系人的姓名和联系方式;(二)处理汽车数据的种类、规模、目的和必要性;(三)汽车数据的安全防护和管理措施,包括保存地点、期限等;(四)向境内第三方提供汽车数据情况;(五)汽车数据安全事件和处置情况;(六)汽车数据相关的用户投诉和处理情况;(七)国家网信部门会同国务院工业和信息化部、公安、交通运输等有关部门明确的其他汽车数据安全情况。

## 第四部分\ 关于数据跨境

### 21. 哪些情况下, 个人信息跨境提供无需签订标准合同、获得认证或者通过安全评估?

根据《数安条例》第三十五条第二款, 以下两种情形无需履行《个人信息保护法》(下称“《个保法》”)第三十八条设定的个人信息跨境传输合法路径:

- 1) 为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需向境外提供个人信息
  - 2) 为了保护个人生命健康和财产安全而必需向境外提供个人信息
- 其中, 对于为订立、履行合同所必需而向

境外提供个人信息的场景可见于跨境网购、与境外证券公司开展交易等境内个人直接与境外处理者发生个人信息传输的场景, 根据《数安条例》, 此等场景无需再履行《个保法》第三十八条设定的个人信息跨境传输合法路径。

我们理解, 这可能由于此等场景下境外处理者将直接根据《个保法》第三条第二款构成《个保法》项下的义务主体(进而需满足个人信息处理者的一系列要求), 据此无需再以跨境传输的合法路径对境外数据处理者的数据安全能力等予以重复规制。

### 22. 哪些主体需要通过国家网信部门组织的数据出境安全评估?

主体	跨境传输数据类型	法律依据
数据处理者	重要数据累计向境外提供超过十万人以上个人信息或者一万人以上敏感个人信息	《网络安全法》 (下称“《网安法》”)第三十七条  《个保法》第四十条  《数据出境安全评估办法(征求意见稿)》 第四条
关键信息基础设施运营者 (“CIIO”) & 处理100万人以上个人信息的数据处理者	个人信息	
国家网信部门规定的其他情形		《数安条例》第三十七条

## 23. 向境外提供数据的具体义务有哪些？

序号	个人信息	重要数据	法律依据
1	在报送网信部门的个人信息保护影响评估报告中明确的目的、范围、方式和数据类型、规模内向境外提供	N/A	《数安条例》第三十九条 *《个保法》第五十五条仅规定个人信息处理者在跨境传输前的个人信息保护影响评估义务,但此等义务内容尚未明确应向网信部门报送,故《数安条例》规定的本项义务有待进一步观察。
2	在网信部门安全评估所明确的出境目的、范围、方式和数据类型、规模等向境外提供		《数安条例》第三十九条 *见上第2问关于安全评估的要求。
3	采取合同等有效措施监督数据接收方按照双方约定的目的、范围、方式使用数据		《数安条例》第三十九条 《个保法》第三十八条第三款 《数据出境安全评估办法(征求意见稿)》第九条
4	接受和处理数据出境所涉及的用户投诉		《数安条例》第三十九条 《个保法》第六十二条
5	依法对因数据出境对个人、组织合法权益或者公共利益造成的损害承担责任		《数安条例》第三十九条 《数据安全法》(“《数安法》”)第四十六条
6	存留相关日志记录和数据出境审批记录三年以上		《数安条例》第三十九条
7	主管部门核验向境外提供个人信息和重要数据的类型、范围时,以明文、可读方式予以展示		《数安条例》第三十九条
8	国家网信部门认定不得出境的,应停止数据出境,并采取有效措施对已出境数据的安全予以补救		《数安条例》第三十九条
9	个人信息出境后确需再转移的,应事先与个人约定再转移的条件,并明确数据接收方履行的安全保护义务	N/A	《数安条例》第三十九条 《个保法》第四十五条
10	非经中国主管机关批准,境内的个人、组织不得向外国司法或者执法机构提供存储于境内的数据		《数安条例》第三十九条 《数安法》第三十六条
11	每年1月31日前编制数据出境安全报告,向设区的市级网信部门报告上一年度的数据出境情况		《数安条例》第四十条
12	建立健全相关技术和管理措施		《数安条例》第四十二条

## 24. 什么是数据跨境安全网关?

数据跨境安全网关在实践中又常称为“防火墙”，《数安条例》第四十一条系国家首次以立法形式明确了“防火墙”的法律地位。具体而言，数据跨境安全网关是指阻断访问境外反动网站和有害信息、防止来自境外的网络攻击、管控跨境网络数据传输、防范侦查打击跨境网络犯罪的重要安全基础设施（《数安条例》第七十三条第（十一）项）。

## 第五部分\ 网络安全审查

### 25. 涉及数据处理活动的网络安全审查如何启动?

此前网信办于2021年7月10日发布了《网络安全审查办法（修订草案征求意见稿）》（以下称“《审查办法》”），其中对于数据处理活动规定了主动申报审查和依职权启动审查两种情形，《数安条例》第十三条在此基础上新增了部分场景，具体请见下表：

审查类型	数据处理活动	法律依据
主动申报审查	<p>(1) 汇聚掌握大量关系国家安全、经济发展、公共利益的数据资源的互联网平台运营者实施合并、重组、分立，影响或者可能影响国家安全的（新增）；</p> <p>(2) 处理一百万人以上个人信息的数据处理者赴国外上市的；</p> <p>(3) 数据处理者赴香港上市，影响或者可能影响国家安全的（新增）；</p> <p>(4) 其他影响或者可能影响国家安全的数据处理活动。</p>	<p>《数安条例》第十三条； 《审查办法》第二条、第六条</p>
依职权启动审查	<p>网络安全审查工作机制成员单位认为影响或可能影响国家安全的数据处理活动以及国外上市行为。</p>	<p>《审查办法》第十六条</p>

## 26. 国外上市和香港上市在网络安全审查方面有区别吗？

《审查办法》规定，“掌握超过100万用户个人信息的运营者赴国外上市”应主动申报网络安全审查，相较于《证券法》以及国务院的有关规定，此条款并未使用“境外”这一概念，而是使用了“国外”一词。我们之前的解读《激活网络安全审查制度 筑牢数据安全防火墙——〈网络安全审查办法（修订草案征求意见稿）〉评析》认为，这一特殊安排的用意旨在将赴香港上市排除在本条所规定的网络安全审查的适用范围。《数安条例》将“赴国外上市”和“赴香港上市”通过第十三条的第二项和第三项分置规定，显然印证了这一理解，即《审查办法》第六条的适用范围不包括香港上市。

我们理解，《数安条例》并非在《审查办法》基础上对香港上市监管加码，而是法律适用的明确。《数安法》第二十四条规定，“国家建立数据安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的数据处理活动进行国家安全审查。”即，只要数据处理活动影响或可能影响国家安全，都会触发安全审查，赴港上市行为当然也应包括在内。《审查办法》第六条虽然不包括香港上市，但在第二条却有原则性的要求，即：“数据处理者开展数据处理活动，影响或可能影响国家安全的，应当按照本办法进行网络安全审查。”

据此，相较于对国外上市所采取的一刀切的量化标准，赴港上市的网络安全审查采取是风险导向的标准，只有确实存在影响或可能影响国家安全的风险，才会触发网络安全审查。同时，为消除该规定对香港上市带来的不确定性，我们也建议监管部门尽快制定赴港上市的数据风险预判指南。

最后，《数安条例》第三十二条还规定赴境外上市的数据处理者应每年开展数据安全评估并向市级网信部门报送的义务。此为赴国外上市和赴香港上市均需遵循的法定义务。

## 第六部分\

## 关于互联网平台运营者

## 27. 互联网平台运营者应当制定哪些重要规则？如何公示？

《数安条例》第四十三条规定，“互联网平台运营者应当建立与数据相关的平台规则、隐私政策和算法策略披露制度”，并对相关规则提出了具体的公示要求，结合此前网信办于2021年8月27日发布的《互联网信息服务算法推荐管理规定（征求意见稿）》，相关要求梳理如下：

重要规则	公示要求	法律依据
平台规则、隐私政策	(1)制定或者对用户权益有重大影响的修订,应当在其官方网站、个人信息保护相关行业协会互联网平台面向社会公开征求意见,征求意见时长不得少于三十个工作日;  (2)日活用户超过一亿的大型互联网平台运营者制定或者对用户权益有重大影响的修订的,应当经国家网信部门认定的第三方机构评估,并报省级及以上网信部门和电信主管部门同意。	《数安条例》第四十三条第二款、第三款
算法策略披露制度	算法推荐服务提供者应当以显著方式告知用户其提供算法推荐服务的情况,并以适当方式公示算法推荐服务的基本原理、目的意图、运行机制等。	《互联网信息服务算法推荐管理规定(征求意见稿)》第十四条

## 28. 互联网平台运营者如何管理接入第三方?

《数安条例》第四十四条强调**通过合同等形式明确第三方的数据安全责任义务**,并督促第三方加强数据安全保护,采取必要的数据安全保护措施。同时,如因第三方产品和服务对用户造成损害,互联网平台运营者**将可能直接向用户承担先行赔偿的责任**。此外,对于移动通信终端预装第三方产品同样适用于上述规定,例如信安标委于2021年11月12日发布的《移动智能终端预装应用程序分类方法(征求意见稿)》所规定的不可卸载应用程序和可卸载应用程序均可视为上述规定中的“第三方”。

具体而言,结合《GB/T 35273-2020信息安全技术个人信息安全规范》第9.7条的相关规定,互联网平台可采取如下措施管理接入的第三方:

序号	具体内容
1	建立第三方产品或服务接入管理机制和工作流程,必要时建立安全评估等机制设置接入条件;
2	应与第三方产品或服务提供者通过合同等形式明确双方的安全责任及应实施的个人信息安全措施;
3	应向个人信息主体明确标识产品或服务由第三方提供;
4	应妥善留存平台第三方接入有关合同和管理记录,确保可供相关方查阅;
5	应要求第三方根据相关要求向个人信息主体征得收集个人信息的授权同意,或要求第三方具备同意之外的其他法律基础,必要时核验其实现的方式;
6	应要求第三方产品或服务建立响应个人信息主体请求和投诉等的机制,以供个人信息主体行权;

序号	具体内容
7	应监督第三方产品或服务提供者加强个人信息安全管理,发现第三方产品或服务没有落实安全管理要求和责任的,应及时督促整改,必要时停止接入;
8	产品或服务嵌入或接入第三方自动化工具(如代码、脚本、接口、算法模型、软件开发工具包、小程序等)的,宜采取以下措施: - 开展技术检测确保其个人信息收集、使用行为符合约定要求; - 对第三方嵌入或接入的自动化工具收集个人信息的行为进行审计,发现超出约定的行为,及时切断接入。

## 29. 互联网平台运营者不能利用数据及平台规则做哪些事?

互联网平台运营者作为平台数据处理者和平台规则的制定者,相较于用户和平台内经营者均具有相当的优势地位。国家市场监督管理总局亦于2021年10月29日发布《互联网平台分

类分级指南(征求意见稿)》(以下称“《平台分类分级指南》”)《互联网平台落实主体责任指南(征求意见稿)》(以下称“《平台责任指南》”),对互联网平台的分类分级规则以及平台需落实的主体责任予以明确。其中《平台责任指南》中与数据及平台规则相关的义务包括平等对待平台自身和平台内经营者(第二条)、建立健全数据安全审查与内控机制(第四条)、公示服务协议与交易规则(第十四条)、禁止从事垄断或不正当竞争行为(第十六条、第十七条)、数据获取合规(第十八条)、遵循算法规制(第十九条)、规范价格行为(第二十条)、保护平台内经营者(第二十九条)。

《数安条例》第四十六条则从损害后果的角度进行划分,规定了四类互联网平台运营者利用数据以及平台规则的禁止性行为:

行为	具体内容
损害用户合法权益	利用平台收集掌握的用户数据,无正当理由对交易条件相同的用户实施产品和服务差异化定价等;
损害公平竞争	利用平台收集掌握的经营者数据,在产品推广中实行最低价销售;
损害用户对其数据的决定权	利用数据误导、欺诈、胁迫用户,违背用户意愿处理用户数据;
限制中小企业获取平台数据	在平台规则、算法、技术、流量分配等方面设置不合理的限制和障碍,限制平台上的中小企业公平获取平台产生的行业、市场数据等,阻碍市场创新。

### 30. 互联网个性化推荐仅能一键关闭还合规吗？

《个保法》第二十四条第二款规定，**通过自动化决策方式向个人进行信息推送**，应当同时提供不针对其个人特征的选项，**或者向个人提供便捷的拒绝方式**。由此一键关闭个性化推荐为法定的明确要求。但是，对于个性化推荐活动的法律基础如何界定一直是业界争议的焦点，如果适用同意这一基础，则会给企业带来包括opt-in在内的更重的合规负担。

然而，《数安条例》第四十九条对于利用个人信息和个性化推送算法向用户提供信息提出了一系列的合规要求，我们理解，《数安条例》正式稿生效后，此等合规要求将成为互联网平台提供个性化推荐服务的法定义务，仅提供一键关闭功能将面临较高合规风险。具体而言，互联网平台运营者需履行的合规义务包括：

序号	具体义务
1	收集个人信息用于个性化推荐时，应当取得个人单独同意；
2	设置易于理解、便于访问和操作的一键关闭个性化推荐选项，允许用户拒绝接受定向推送信息，允许用户重置、修改、调整针对其个人特征的定向推送参数；
3	允许个人删除定向推送信息服务收集产生的个人信息，法律、行政法规另有规定或者与用户另有约定的除外。

### 31. 公共服务下收集、产生的数据能用于自身平台发展的目的吗？

根据《数安条例》第五十一条，“互联网平台运营者在为国家机关提供服务，参与公共基础设施、公共服务系统建设运维管理，利用公共资源提供服务过程中收集、产生的数据不得用于其他用途。”

据此，我们理解该条与《数安法》项下政务数据的相关规定有衔接，倾向于认定公共服务下收集、产生的数据仅可用于“为国家机关提供服务”这一目的本身，同时，如该互联网平台系专为提供公共服务所搭建，则将前述数据用于此等平台发展也可能被认定属于上述目的范围。然而，如该互联网平台还存在其他非公共性质的平台服务内容，则我们理解平台运营者不得将此等基于公共服务所收集、产生的数据概括性地用于平台发展。

### 32. 大型互联网平台运营者有哪些义务？

《数安条例》第七十三条第(十)项规定的大型互联网平台运营者是指“用户超过五千万、处理大量个人信息和重要数据、具有强大社会动员能力和市场支配地位的互联网平台运营者。”其中关于“用户超过五千万”的量化标准与《平台分类分级指南》第3.4条所规定的“大型平台”之“上年度在中国的年活跃用户不低于5000万”相呼应。可以预见，未来正式稿将有较大可能以5000万年活跃用户作为大型互联网平台的判断标准，同时，我们也倾向于认

定将以5000万作为《个保法》第五十八条规定“用户数量巨大”的法定门槛。

具体而言,结合《个保法》《数安条例》和《平台责任指南》,根据对平台规制领域侧重的不同,此等大型互联网平台(或《个保法》下的“重要互联网平台”;《平台责任指南》下的“超大型平台”<sup>7)</sup>运营者的义务包括:

7.根据《平台责任指南》附则第(4)项,超大型平台,是指在中国的上年度年活跃用户不低于5000万、具有表现突出的主营业务、上年底市值(或估值)不低于1000亿人民币、具有较强的限制平台内经营者接触消费者(用户)能力的平台。

规制领域	法定义务	法律依据
个人信息保护	<p>(1) 按照国家规定建立健全个人信息保护合规制度体系,成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督;</p> <p>(2) 遵循公开、公平、公正的原则,制定平台规则,明确平台内产品或者服务提供者处理个人信息的规范和保护个人信息的义务;</p> <p>(3) 对严重违法法律、行政法规处理个人信息的平台内的产品或者服务提供者,停止提供服务;</p> <p>(4) 定期发布个人信息保护社会责任报告,接受社会监督。</p>	《个保法》第五十八条
数据安全	<p>(1) 在境外设立总部或者运营中心、研发中心,应当向国家网信部门和主管部门报告;</p> <p>(2) 日活用户超过一亿的大型互联网平台运营者平台规则、隐私政策制定或者对用户权益有重大影响的修订的,应当经国家网信部门认定的第三方机构评估,并报省级及以上网信部门和电信主管部门同意;</p> <p>(3) 应当通过委托第三方审计方式,每年对平台数据安全情况、平台规则和自身承诺的执行情况、个人信息保护情况、数据开发利用情况等年度审计,并披露审计结果。</p>	《数安条例》第十三条、第四十三条、第五十三条
平台责任	应当依法依规采取相关措施,履行《平台责任指南》所规定的各项义务,落实平台主体责任。	《平台责任指南》第三十五条

## 第七部分\ 关于监督管理

### 33. 监管机构可以采取哪些监督措施？

《数安条例》五十七条首次对于监管机构采取的监管措施进行细化,明确处理者的配合义务,可以采取以下措施对数据安全进行监督检查:

序号	具体内容
1	要求数据处理者相关人员就监督检查事项作出说明;
2	查阅、调取与数据安全有关的文档、记录;
3	按照规定程序,利用检测工具或者委托专业机构对数据安全措施运行情况进行技术检测;
4	核验数据出境类型、范围等;
5	法律、行政法规、规章规定的其他必要方式。

有关主管、监管部门开展数据安全监督检查,应当客观公正,不得向被检查单位收取费用。在数据安全监督检查中获取的信息只能用于维护数据安全的需要,不得用于其他用途。

数据处理者应当对有关主管、监管部门的数据安全监督检查予以配合,包括对组织运作、技术系统、算法原理、数据处理程序等进行解释说明,开放安全相关数据访问、提供必要技术支持等。

### 34. 数据安全审计怎么开展？

根据《数安条例》第五十八条规定,数据安全审计工作应当包括以下内容:

1) 针对国家而言,应当建立数据安全审计制度;

2) 对于数据处理者而言,如果数据处理者的处理活动涉及个人信息时,应当委托专业的数据安全审计机构定期对其处理个人信息遵守法律、行政法规的情况进行合规审计。上述规定与《个保法》第五十四条规定一致;

3) 如果数据处理者的处理活动涉及重要数据时,相关主管监管部门应当组织开展对上述处理活动的审计工作,重点审计数据处理者履行法律法规规定的重要数据处理义务等内容。

除上述问题之外,还有一些制度或内容仍待澄清,包括并不限于公共信息、新技术安全评估具体流程、个人信息保护行业组织等。基于此,我们会持续关注法律变化和监管动态,对上述仍待澄清的制度或内容予以关注。☞



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