

NEWSLETTER

中 伦 律 师 简 报
深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

涓涓不壅, 终为江河 001 /
企业数安宜疏不宜堵

基于投资人视角: 008 /
标的公司回购条款如何设计?
IPO申报时如何处理?

新《安全生产法》语境下的 017 /
合规管理要求

常见争议解决条款之效力辨析 032 /

观千剑而后识器: 046 /
中美欧个人信息保护制度比较

涓涓不壅，终为江河 企业数安宜疏不宜堵

作者：胡骏、李鸣、李昕洋、王周驰



“涓涓不壅，终为江河”本意为细小的水流如果不堵塞，终将汇合成为大江大河，常被用来比喻对萌芽问题不予纠正，就会酿成更大的问题。数据的生命在于流动，如何在新的数据安全监管框架下解决企业数据安全问题，新的监管框架对企业未来合规运营提出了哪些新要求、会对企业未来投融资及上市等资本运作产生哪些深远影响，也成为了企业，尤其是互联网和高科技企业最为关注的问题。

第一部分\ 企业面临运营合规与投融资风险 识别和管控的新挑战

随着《个人信息保护法》的发布以及《数据安全法》于9月1日的正式实施，有关数据安全的话题再次被广泛讨论。结合2017年生效的《网络安全法》，我国对于数据安全保护的基本法律规范框架已经初步形成。

上述三部法律及其配套法规从不同侧面对数据安全进行了规范，其中《网络安全法》主要规定了网络的建设、运营、维护和使用过程中应采取的相关安全保障制度和技术措施，《数据安全法》主要规定了国家数据安全与发展的整体制度并明确了数据处理和保护活动中相关主体应履行的义务，《个人信息保护法》主要规定了个人信息(包含敏感个人信息)收集、存储、使用

等过程中应遵守的相关要求以及个人信息主体的权利。虽然三部法律各有侧重，但通过对相关条文的研读，我们不难发现，这三部法律对于网络安全制度建设、风险评估要求、数据跨境提供等重点事项均有相应规范，形成了对数据安全既有区别又相互紧密联系的监管规则体系。

此外，近期部分在美国上市的中国企业被启动网络安全审查，也引发了大家对于网络安全和数据安全相关监管的进一步关注。该等关注不仅限于境内，例如美国证券交易委员会(SEC)主席盖斯勒也发表声明要求赴美上市中概股公司加强信息披露(特别是与网络安全和数据安全相关的内容)。这在一定程度上从执法层面印证了上述监管要求正在逐步落地，也使得投资人愈发关注企业的数据安全合规问题，进而对企业日常运营以及投融资阶段的风险识别和管控都提出了新的、更高的要求。

第二部分\ 厘清数据安全基本制度体系, 梳理 企业合规义务边界

《网络安全法》《数据安全法》及《个人信息保护法》按照数据和网络的重要程度, 设置了不同的监管要求。

《网络安全法》规定了国家实行**网络安全等级保护制度**。结合《信息安全技术 网络安全等级保护实施指南》(GB/T25058-2019) 及《信息安全技术 网络安全等级保护定级指南》(GB/T 22240-2020) 等网络安全等级保护2.0要求(以下简称“等保2.0标准”)的相继落地, 等级保护对象(即相关信息系统)按照其重要程度以及一旦遭到破坏后对国家、社会、企业或个人造成危害的程度被划分为了五个等级(第五级为最高), 我们建议相关企业和单位按照等保2.0标准妥善完成等级保护对象的定级与备案、总体安全规划、安全设计与实施、安全运行维护等工作。

对于重要领域或一旦遭到破坏可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益**的关键信息基础设施**, 《网络安全法》进一步规定, 在网络安全等级保护制度的基础上, 对关键信息基础设施实行重点保护。9月1日生效的《关键信息基础设施安全保护条例》(以下简称“**《关基保护条例》**”)作为《网络安全法》的配套行政法规, 明确

了相关行业的主管部门、监督管理部门将负责结合行业实际情况制定本行业的关键信息基础设施认定规则, 并根据认定规则负责组织认定本行业的关键信息基础设施。

相关行业主管部门在做出关键信息基础设施的认定后, 会将结果通知相应运营者, 该等运营者应按照《网络安全法》《关基保护条例》等要求, 在等保2.0标准的基础上, 采取技术和其他必要措施保障关键信息基础设施安全稳定运行, 相关措施包括但不限于**建立健全网络安全保护制度和责任制、设置专门安全管理机构并保障其经费和人员以及至少每年开展一次网络安全检测和风险评估等**。

承袭《网络安全法》的监管思路, 《数据安全法》亦首先明确了**国家建立数据分类分级保护制度**。在该等分类分级保护制度的基础上, 国家将建立相关统筹机制并协调相关部门制定**重要数据目录**, 加强对重要数据的保护; 对于关系国家安全、国民经济命脉、重要民生、重大公共利益等的**国家核心数据**, 实行更加严格的管理制度。

虽然《数据安全法》刚刚生效, 相关配套法规制度尚不完善, 但其规定的“重要数据目录”及“国家核心数据”制度无疑为后续监管指明了方向。一旦企业相关数据被纳入“重要数据目录”或“国家核心数据”, 则企业很可能需要在一般数据保护措施的基础上履行额外的数据保护

义务。对于业务涉及收集、处理、传输、利用数据等行为的企业而言，如何在合规的边界内充分挖掘和实现数据的商业价值，将成为企业的运营合规重点之一。

《个人信息保护法》则在《网络安全法》和《数据安全法》的基础上，进一步细化了处理个人信息的相关要求，并规定了敏感个人信息处理和个人信息跨境提供的规则。《个人信息保护法》延续和扩展了《网络安全法》有关处理个人信息应遵循的“合法、正当、必要”和明示同意的原则，要求相关企业在处理个人信息过程中遵循合法、正当、必要和诚信原则，并且应取得相应个人充分知情前提下的自愿、明确同意（法律另有规定的情形除外）。

此外，《个人信息保护法》也针对**互联网出海企业**最为关注的敏感个人信息的处理以及个人信息的跨境提供制定了更为细致和明确的规则，我们将在本文的下一部分中对这两个方面进行相应展开说明。

第三部分\ **完善企业数据安全建设，为后续融资/上市或业务拓展打下基础**

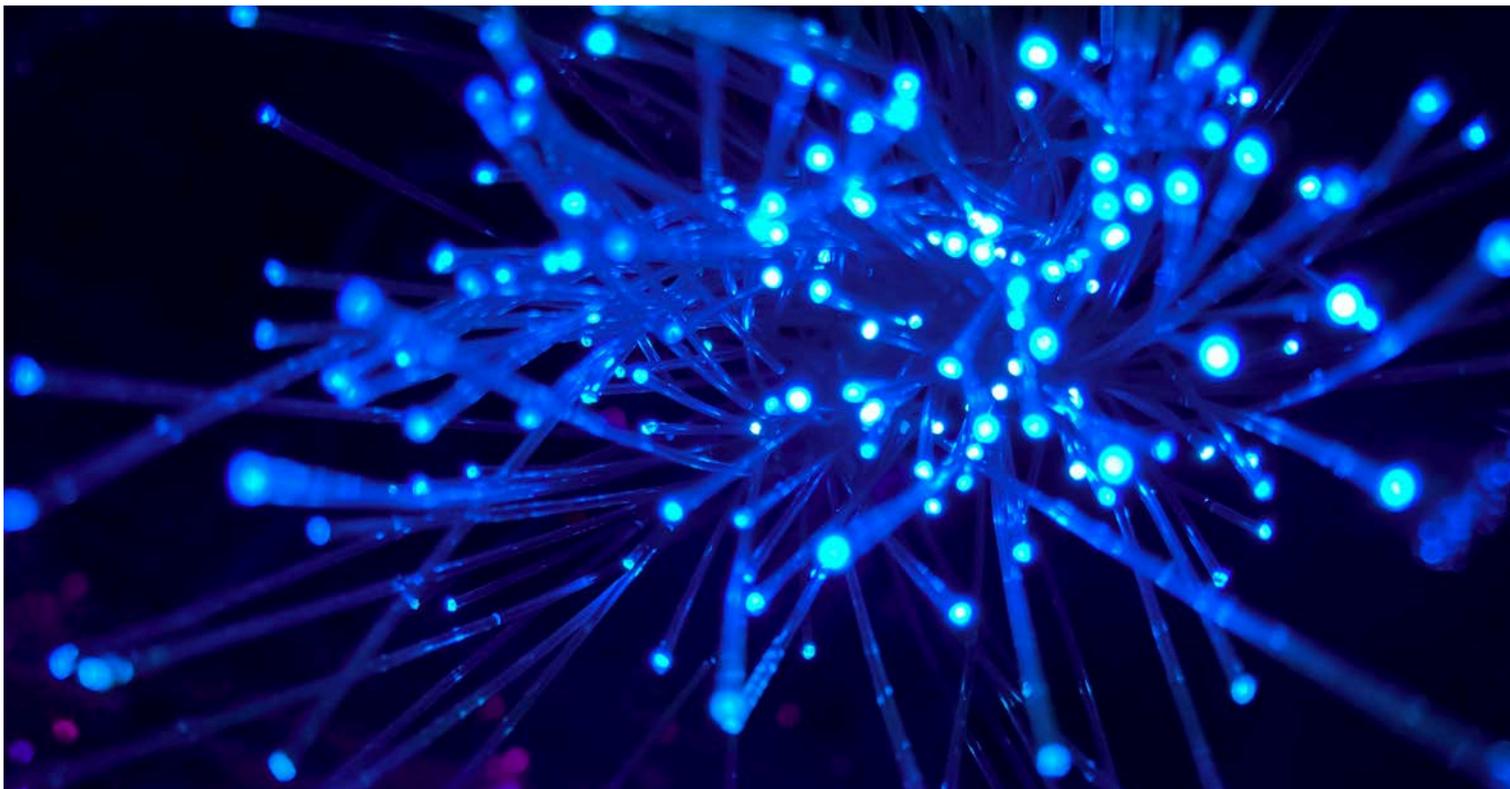
在当前数据安全的新要求下，我们建议企业对照相关最新法律法规和技术规范的要求，

完善自身数据安全建设，对企业的相关系统、制度和产品进行全面梳理，为后续能够顺利获取融资，进行资本运作或业务拓展打下良好的基础。结合《网络安全法》《数据安全法》及《个人信息保护法》的相关要求，企业可以率先从以下几个方面入手对自身数据安全合规进行一次全面梳理和评估：

1.内部系统与制度完善。企业内部的系统安全和制度保障是实现数据安全合规的基石，《网络安全法》《数据安全法》及《个人信息保护法》均要求企业对相关数据采取相应的技术措施（例如，加密、反病毒、反网络入侵等）保障数据安全，并制定相应内部管理制度、操作规程和安全应急预案。我们也建议企业按照相关法律要求定期开展网络安全事件应急演练，以测试相关技术措施和制度流程的有效性。

2.敏感个人信息的处理和保护。《个人信息保护法》将敏感个人信息定义为“一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息”，其主要包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息。

向个人客户提供商品或服务的互联网和/或高科技企业，在诸多业务场景中均可能涉及到敏感个人信息的处理。《个人信息保护法》要



求处理敏感个人信息必须满足“具有**特定的目的和充分的必要性**”这一前提,而这一点也是企业在评估其相关产品和服务方案时较容易忽视的重要一环。此外,《个人信息保护法》还进一步要求企业就处理敏感个人信息取得个人客户的单独同意,并且还应当向个人客户告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响。

3. 数据跨境提供。《网络安全法》《数据安全法》和《个人信息保护法》要求企业跨境提供重要数据和/或个人信息前应履行必要的程序。

关键信息基础设施的运营者向境外提供重要数据前,应当按照相关规定进行安全评估;其他数据处理者的重要数据出境安全管理办法,

由国家网信部门会同国务院有关部门制定。

个人信息处理者因业务等需要,确需向境外提供个人信息的,应当具备下列条件之一:(1)通过国家网信部门组织的安全评估;(2)按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证;(3)按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同;或者(4)法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。关键信息基础设施运营者和处理个人信息达到一定规模的个人信息处理者,向境外提供个人信息前,应当通过国家网信部门组织的安全评估(法律法规和国家网信部门另有规定的除外)。

4. 拟上市企业的合规审查和风险披露。

《网络安全审查办法(修订草案征求意见稿)》公布时引发了一场不小的讨论,其不仅拟将网络安全审查扩展适用至“数据处理者”(即涵盖了非关键信息基础设施运营者),其中有关“**掌握超过100万用户个人信息的运营者赴国外上市,必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查**”的规定也将使申报网络安全审查成为相关中概股企业赴国外上市的前提条件之一。

有关企业香港上市是否能够因香港非属“国外”而豁免网络安全审查、100万用户个人信息具体如何界定,以及在SEC主席要求中概股加强信息披露的大环境下如何能够妥当安排企业融资以及上市进程的问题,成为了各家创业公司,尤其是拟赴海外上市的各家互联网公司和高科技公司,最为关注的话题。

针对上述问题,由于《网络安全审查办法》的修订尚未正式落地,相关监管部门目前也并未给出具体的监管指引。在目前数据安全监管的新趋势下,考虑到相关监管部门有关数据安全的问询已经愈发细致和深入,同时参考部分赴美上市企业被启动网络安全审查的案例,我们建议企业的最佳实践应当是首先**对于数据安全的整体监管架构有一个清晰的理解**,随后在了解自身业务和数据安全合规现状的基础上,对于本企业所面临的数据安全监管要求及本企业面临的风险敞口和可用的风险缓释措施(包

括技术、内控制度及法律安排层面)有一个全面的了解,并根据本企业的实际情况制定出**可行的数据安全合规解决方案**。

随着企业对相关监管要求和本企业数据安全合规情况理解的不断深入,企业才能够妥善应对来自投资人和监管机构的问询、可能的网络安全审查以及企业上市后的持续披露义务。

第四部分 加强投资过程中的数据安全尽职调查

除融资外,我们也建议企业在对外投资时(特别是投资互联网企业或高科技企业时),考虑在一般的法律尽职调查基础上,视情况**补充进行专门的数据安全相关的尽职调查**(无论是从法律层面还是从技术层面),以识别被投资企业数据安全相关风险,完善投资风险管控。

就法律层面的数据安全尽职调查而言,其一般应建立在对被投企业业务充分理解的基础上,有针对性地了解被投企业产品、内控制度、信息系统等方面的数据安全合规情况,并且一般应涵盖:

- 1、企业系统/项目/产品基本情况;
- 2、数据收集和处理(包括存储、使用、加工、传输、提供等)情况;

- 3、数据安全技术措施和内控制度；
- 4、相关资质获取和备案完成情况；以及
- 5、是否涉及数据出境。

数据安全法律尽职调查可以采用尽职调查问卷、数据保护制度和流程审查、协议文件和资质证照审阅、现场人员(包括高级管理人员、技术人员、内控合规人员)访谈以及系统实际访问等方式。

而针对数据安全尽职调查过程中发现的问题,投资人应在充分理解相关问题所带来的风险的基础上,了解可以采取的相关技术和法律措施以及实施该等措施所需的时间和资金成本,在与被投资企业充分沟通的前提下,考虑结合相关专业机构的咨询意见,与被投资企业共同寻求解决方案,并综合考量双方可投入的资源和交易时间表,制定出能够满足双方要求的交易方案和步骤。

此外,在投资交易文件的起草阶段,我们建议投资人考虑要求将数据安全尽职调查的相关发现和风险缓释措施、交易条件等写入相关交易文件中,并视情况将部分重要措施或条件作为交割先决条件或交割后承诺,以尽可能控制或减轻被投资企业合规风险可能给投资人的利益造成的不利影响。

结语:

在新的数据安全要求下,有关数据安全的监管正在逐步加码,企业无疑需要加强对相关法律法规和政策的掌握,不断规范自身业务和企业运营。我们相信当前的数据安全治理是我国数字经济发展夯实基础的重要一步,当市场规范逐步建立后,数据要素的流通必将成为数字经济发展的的重要支撑,因此企业在遵守当前数据安全合规要求的同时,应当保持本企业数据对外开放和整合的能力,跟随市场动态不断调整和优化自身业务,实现数据安全风险合理管控基础上的业务可持续发展。☞



胡骏
合伙人
私募基金与资管部
北京办公室
+86 10 5957 2079
hujun@zhonglun.com

基于投资人视角： 标的公司回购条款如何设计？ IPO申报时如何处理？

作者：刘新辉、卞嘉虹



在股权投资领域,以标的公司回购作为对赌机制,其有效性及可执行性是一个老生常谈的问题。《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“《九民纪要》”)出台后,公司回购的“有效性”可谓已尘埃落定,而实际上,法院对于该条款“有效性”与“可履行性”是分开考察的。如果公司回购条款的设计存在问题,导致其可履行性被否定,投资方仍将会面临着手握有效的纸面条款、权利却无从落实的风险。

本文主要基于笔者经验及《九民纪要》出台后最新司法裁判案例,从投资方角度,以问题形式针对标的公司回购股权这一具体条款的设计提供若干思路。同时,笔者亦总结了近期标的企业IPO申报时对该等回购对赌条款的处理要求及若干案例,以供参考了解。

第一部分\ 作为参考:问题的背景

随着我国投资行业的多年发展,在股权投资实务中,“对赌”已成为一项常规性的交易安排。其中,当事先约定的触发情形发生,由标的公司或其原股东/实际控制人按约定价格回购投资方所持股权,作为一项兜底性的退出保障安排,在交易中被尤为经常性地使用。就标的公司承担回购义务的约定而言,理论和实务中对其态度经历了较长一段时间的论证、演变过程。

近年来,从笔者自身经验看,投资机构在优质标的融资中的竞争愈发激烈,且越来越多的创始股东偏向于注重个人家庭财产与创业资产的风险隔离,从而对承担个人回购义务的态度趋于谨慎,仅同意由标的公司承担回购义务、或

者创始股东仅以所持标的公司股权价值为限承担回购义务的交易呈现增多趋势。而投资方基于对标的公司业务前景的看好,经对风险收益综合评估后,在很多交易中亦愿意接受该等安排。

随着《九民纪要》的出台,对于标的公司回购条款有效性的认定已可谓“尘埃落定”,一定程度上降低了投资方接受该等安排的顾虑,但实际上,由于公司回购条款还存在“可履行性”被否定的风险,投资方仍需在条款设计方面加以仔细斟酌,增加未来在执行方面的“抓手”,降低权利实质落空的风险。

同时,多数股权投资交易以标的公司在A股IPO作为首选退出方案,因此各方在条款起草和执行过程中也需关注A股审核的要求及影响。我国证券监管机构对于该类对赌条款在上市申报

时的审核尺度也经历了从绝对否定、到符合特定条件可以保留的变化过程。

第二部分\ 目标及方法:探讨公司回购条款的设计思路

问题一:条款设计目标——解决什么问题?

从《九民纪要》的规定及其出台后的司法判例来看,对于投资人与目标公司之间订立的回购条款安排,法院通常会分两个层面进行考察:

首先,判断条款的“有效性”:在“华工案”¹及《九民纪要》出台后,基本肯定该等约定的有效性。

其次,判断有效条款的“可履行性”:认可公司回购条款有效,不代表该等约定必然可履行,其实际履行还受限于一系列前提条件的满足,法院会进一步对该等前提条件的满足情况进行考察。

实践中,由于包括但不限于以下方面的问题,《九民纪要》出台后,亦不乏法院虽认可公司回购条款的效力、但仍因可履行性方面的障碍而未支持投资方诉讼请求的案例:

(1) 公司减资程序的不可诉性。《九民纪要》明确规定目标公司未完成减资程序的,人民法院应当驳回其诉讼请求。而法院无法强制要求

公司股东会作出减资决议,因此在其他股东不配合、公司未履行减资程序等情形下,将存在公司回购义务实际无法履行的问题(例如“北京银海通投资中心、新疆西龙土工新材料股份有限公司股权转让纠纷”(2020)最高法民申2957号案²);

(2) 《九民纪要》中要求法院审查公司回购是否符合“《公司法》第一百四十二条关于股份回购的强制性规定”,而第一百四十二条是关于股份有限公司的规定,当标的公司作为有限责任公司时,如何认定公司回购是否符合《公司法》的强制性规定,也因法院裁判尺度的不同,而存在被否定的风险。(例如:例如广华投资案(2020最高法民再350号)³)

基于上述:由于《九民纪要》及实践中法院对于公司回购条款审查的“两分性”,投资方面临着有效的公司回购条款因缺乏履行可能性而实质“落空”的风险。因此,如何设置相应的机制

1. “江苏华工创业投资有限公司与扬州锻压机床股份有限公司、潘云虎等请求公司收购股份纠纷再审民事判决”(2019)苏民再62号

2. 该案中,最高法院认为:新疆西龙公司与银海通投资中心签订《增资扩股协议》,通过增资的方式向银海通投资中心融资900万元,并与奎屯西龙公司三方共同签订具有股权回购、担保内容的《补充协议》,均系各方当事人的真实意思表示,不违反法律、行政法规的强制性规定,不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条所规定的合同无效的情形,应属合法有效。根据《中华人民共和国公司法》第三十五条、第一百四十二条的规定,投资方银海通投资中心与目标公司新疆西龙公司“对赌”失败,请求新疆西龙公司回购股份,不得违反“股东抽逃出资”的强制性规定。新疆西龙公司为股份有限公司,其回购股份属减少公司注册资本的情形,须经股东大会决议,并依据《中华人民共和国公司法》第一百七十七条的规定完成减资程序。现新疆西龙公司未完成前述程序,故原判决驳回银海通投资中心的诉讼请求并无不当,银海通投资中心的该再审理由不成立,本院不予支持。

3. 该案中,法院认为:广华投资增资入股财神岛公司,后以未完成约定业绩为由要求财神岛公司履行回购义务。最高法院认为:依照《公司法》第35条和第37条第一款第七项之规定,有限责任公司注册资本确定后,未经法定程序,不得随意减少或抽回。《公司法》第74条第一款规定:“有下列情形之一的,对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权:(一)公司连续五年不向股东分配利润,而公司该五年连续盈利,并且符合本法规定的分配利润条件的;(二)公司合并、分立、转让主要财产的;(三)公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现,股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。”财神岛公司2011年1月20日的章程亦有相同内容的约定。尽管约定了公司回购条款的《协议书》是双方当事人的真实意思表示,但协议中关于财神岛公司回购股份的约定不属于《公司法》第74条和财神岛公司章程所列举的情形,不符合公司法关于资本维持的基本原则,广华投资企业请求财神岛公司收购其股权的条件并不具备,判决驳回投资方的诉讼请求。

以促使这种“履行可能性”的成就,则是投资方在条款设计时应予以关注和考虑的重点。

问题二 :来点儿“干货”—— 条款设计的几点具体思路

基于上述讨论和分析,笔者基于规则理解和实务经验,从投资人角度,对于标的公司承担回购义务情形下,如何设计条款以尽量降低不可履行风险、强化对投资人的保护,提出几点思路和建议:

一、增加义务主体并注意义务的定性

尽量争取增加标的公司外的主体作为“共同回购义务人”、且避免将该等义务约定为“担保”。

如上文所述,在仅有标的公司作为回购义务人的情形下,虽然规则和判例层面已经基本认可条款有效性,但受限于减资程序的履行等前提条件,投资人权利是否可以实现仍面临较大的不确定性风险。因此,在有谈判空间的情形下,建议投资人尽量要求由创始股东、实际控制人等标的公司之外的主体作为共同回购义务人,增加行权对象,从而增加权利实现概率。

而在义务的定性上,基于以下两则判例中给我们的启发,建议避免将其他主体的回购义务表述为对标的公司回购义务的“担保”,应明确其与标的公司承担同一顺位的义务,选择行权对象的权利由投资方行使:

担保效力	具体情形	最高院观点
担保效力被认可	股东作为回购义务人、公司提供担保	<p>“瀚霖案”⁴担保效力被认可的理由:</p> <p>其一,投资方已对瀚霖公司提供担保经过股东会决议尽到审慎注意和形式审查义务;</p> <p>其二,投资方的投资全部用于公司经营发展,瀚霖公司全体股东因而受益,故应当承担担保责任。</p> <p>最高院认为,对赌协议中约定目标公司为股东对投资方的股权回购义务承担连带责任保证的条款,在投资方按照公司法的规定尽到审慎注意和形式审查义务的前提下,该约定有效。</p>
担保效力被否定	公司作为回购义务人、股东提供担保	<p>“西龙公司案”⁵担保效力被否定的理由:</p> <p>担保合同义务具有从属性,即履行担保合同义务的前提条件是主合同义务履行条件已成就。</p> <p>最高院认为,银海通投资中心(投资方)针对奎屯西龙公司(原股东)的诉讼请求为“在新疆西龙公司(标的公司)不能履行回购义务时向银海通投资中心支付股权回购价款”,其诉求的该义务属于担保合同义务。现新疆西龙公司的减资程序尚未完成,股份回购的主合同义务尚未成就,故奎屯西龙公司的担保义务未成就,银海通投资中心要求判令奎屯西龙公司承担责任的再审理由不成立。</p>

4. 强静延与曹务波、山东瀚霖生物技术有限公司股权转让纠纷案 (2016)最高法民再128号
5. 北京银海通投资中心、新疆西龙土工新材料股份有限公司股权转让纠纷案(2020)最高法民申2957号

二、明确约定其他股东义务及责任

由于减资程序的履行是标的公司回购实现的重要前提，因此投资方应在交易文件中设置机制以明确公司及其他股东对此事宜的配合义务，并约定相应的违约责任。可考虑的安排主要包括：

(1) 要求标的公司全体股东均作为回购条款的协议签署方

虽然回购义务的履行主体是标的公司，但由于标的公司减资决议的作出属于股东行为，因此投资方应尽量要求标的公司其他股东作为包含回购条款之协议的签署方，以明确各股东的配合义务。

需特别关注的是，标的公司回购投资方所持股权往往构成“定向减资”，虽然《公司法》规定公司减资仅需要股东所持三分之二以上表决权同意，但实务中较多观点和案例⁶认为，向部分股东定向减资属于特殊情形，决议应当经过全体股东一致同意。因此，作为协议签署方的股东范围，应尽量涵盖标的公司的全体股东。

(2) 明确约定股东的减资配合义务

其他股东在回购触发后的减资配合义务，应约定得尽量明确、全面，以增强可执行性，主要包括：按时出席并在股东会上（以及促使其委派的董事出席并在董事会上）投票同意标的公司减资、在约定期限内配合签署完成减资程序

所需的各项文件、对于投资方要求的公司以法律允许的其他方式（例如分红、变卖资产等）筹集资金以履行支付回购款义务提供配合、保证上述各项程序的合法性等等。

同时，为督促标的公司及其他股东对减资配合义务的履行，应对相关义务约定明确的违约责任。

三、投资方权利“进阶”条款

在公司回购义务触发时，由于回购很可能导致公司财务状况的进一步恶化甚至面临破产风险，标的公司其他股东往往缺乏配合减资的主观意愿，因此，即使设置了上述股东配合义务条款，也存在一定概率的违约风险而可能陷入僵局。

对此，投资方还可考虑在投资时即预先设置一定的“权利进阶”安排，以期在该等情形发生时掌握主动性。诚然，在实务中，尤其是减资办理工商变更等过程中，该等“进阶安排”的效力认定及可执行性亦取决于有关部门的裁量，但作为风险防范措施，在具备谈判条件的情形下，投资方还是可以尽量在协议中作出约定，至少为未来主张权利预留一条路径。

6. 陈玉和与江阴联通实业有限公司公司决议效力确认纠纷案(2017)苏02民终1313号、华宏伟诉上海圣甲虫电子商务有限公司公司决议纠纷案(2018)沪01民终11780号等，在该等案件中，法院认为：不经全体股东同意进行的不同比例减资违背了公司法“同股同权”的基本原则，损害了小股东的合法权益，导致少数股东无法按比例减少其所持股份总额，定向减资后承担的股东责任增加。若按照同比例减资的表决机制通过定向减资方案，小股东更容易遭受大股东的排挤，导致小股东剩余财产分配权无法保障，减损小股东的股东权利，也会纵容多数股东串通，通过定向减资的方式提前分配公司剩余财产并利用控股股东地位做空公司。

该等“权利进阶”安排可以包括：

①由于有限责任公司的股东表决权比例可以在章程中作出特殊约定，在标的公司为有限公司情形下，可事先约定当回购触发时，全体股东同意投资方就减资事项享有100%表决权，可以单方面决定召集股东会并表决通过减资决议；

②在投资时点，投资方可考虑要求全体股东签署附条件生效的减资股东会决议，并授权投资方在协议约定的回购触发事件发生时，单方面宣布生效条件达成等等。

四、将条件触发时公司回购股权明确写入章程

如上文所述，由于《九民纪要》对于公司回购条款可履行性的审查要求，除了减资程序外，还提及“应当依据《公司法》第三十五条关于‘股东不得抽逃出资’或者第一百四十二条关于股份回购的强制性规定进行审查”，因此，法院对于该等审查要求的把握，也会影响对条款可执行性的判断。最高院在广华投资案（2020最高法民再350号）中，即认为**关于公司回购股份的约定不属于《公司法》第七十四条和标的公司章程所列举的情形**，不符合公司法关于资本维持的基本原则，驳回了投资方的诉讼请求。

就此问题，最高院在运货柜公司案（2020最高法民申1191号）中的认定，可以为我们提供一

定的理解和应对思路，该案中，最高院不仅认可了标的公司回购条款效力，亦进一步认可了其可履行性，对可履行性的认定逻辑包括：

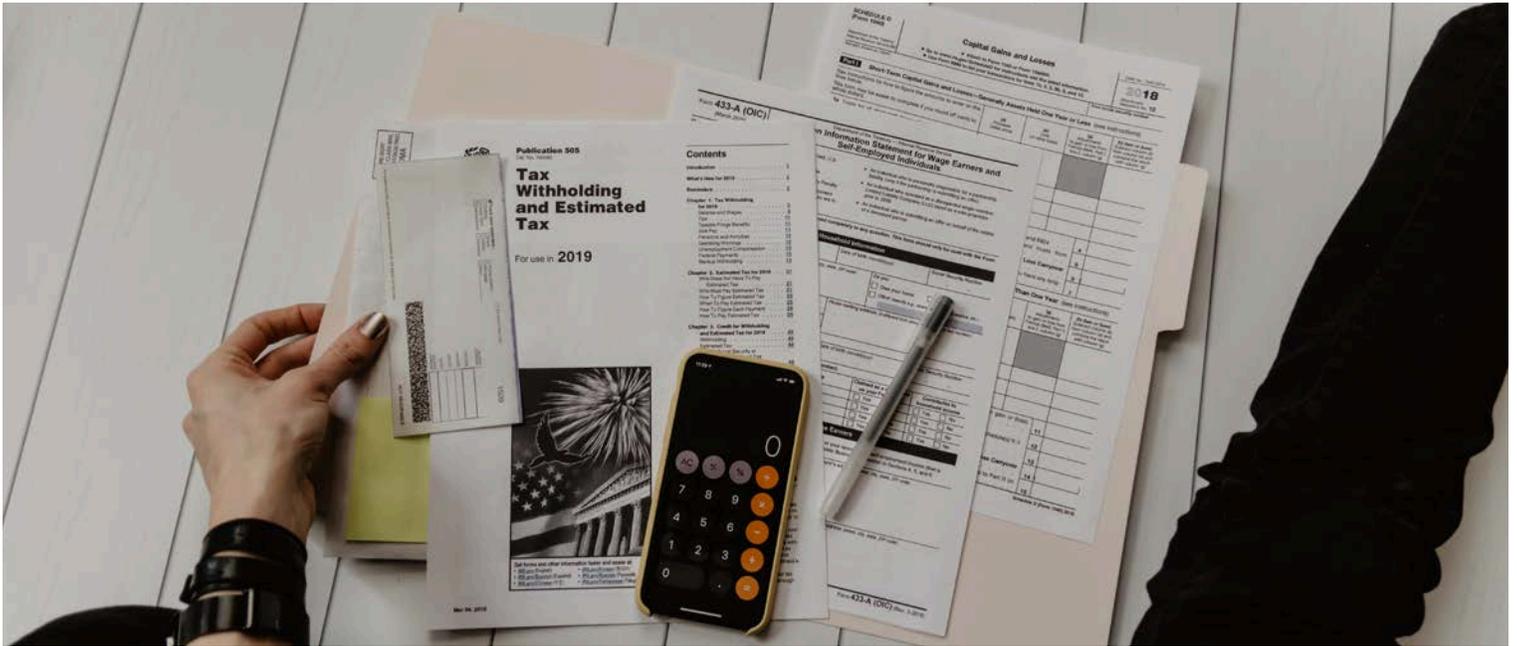
①**股权回购约定不违反公司章程的规定**。标的公司现行有效的《公司章程》未禁止股权回购，相反，对于公司减少注册资本，《公司章程》明确规定了相关的决策机构及议事规则。

②案涉回购条款通过正当的减资程序可以履行，并非“抽逃出资”；且

③《补充协议》的签约方包括标的公司的全体股东，因此在回购条款实际履行时，全体股东有义务在股东会上同意回购相关的减资事项，该等减资并不损害公司利益。

④截至2019年6月30日，标的公司除一笔一年内到期的约为200万的其他应付款外，并无其他到期债务。标的公司可以按照公司法相关要求在减资时对债权人进行清偿或担保，从而履行其回购义务。因此，履行《补充协议》不构成对公司和债权人利益的损害，具有事实上履行可能性。

总结上述案例，笔者建议：投资方还可在投资文件签署的同时，**要求标的公司修改公司章程，将回购触发事件发生时、标的公司应回购投资方所持股权明确载入公司章程，并明确标的公司回购投资方股权的决策机制**，以降低法院因广华投资案中所述之“公司回购股份的约定



不属于《公司法》第七十四条和标的公司章程所列举的情形”而作出不利判决的风险。

五、与其他权利条款整体设计衔接

在投资交易中，投、管、退的各项安排共同构成了有机结合的整体，若脱离交易宏观安排而仅执着于回购单个条款的表述来实质降低投资风险，最终效果可能无异于缘木求鱼。

股权回购安排在交易中常常是作为一项“兜底”性救济措施，投资方亦应考虑通过与其他权利和安排的结合，通过将风险把控和识别时点前移、或增加退出可选路径等方式，综合把控项目整体风险。例如：

- 在投资款支付环节，即可考虑设置与标的公司估值要素实现情况挂钩的分期注资机制，从而在投资款支付时增设一道风险把控关卡；

- 与分期注资机制异曲同工的，还可考虑先以可转债形式投资、并赋予投资人按约定估值转股的选择权等机制，以使投资人在转股前拥有债权人身份，从而阶段性降低股权回购的不可履行风险；

- 在投后管理方面，投资人还可通过知情权、重大事项决策否决权、强制分红权等条款的设置和行使，关注标的公司业务经营情况、负债等财务状况，及时识别标的公司经营管理过程的潜在风险，在标的公司可能发生不利变化时能够尽早发现、尽早行权；

- 在退出路径的设置方面，除了标的公司回购外，还可同时设置拖售权、清算优先权等权利，以增加退出时的权利保障。

此外，根据《九民纪要》，由于标的公司在业

绩对赌失败时承担现金补偿义务的,以公司存在利润、而非履行减资程序为前提,因此,还可以考虑同时设置一项相对独立的业绩对赌现金补偿机制。在因未完成减资程序而导致标的公司回购无法得到支持、但公司又有利润的情形下,投资方还可以通过主张获得现金补偿的方式,争取一定的权利。

第三部分\ 延伸问题: IPO申报时回购条款的处理

随着《首发问答》的颁布,目前审核政策层面对于对赌条款的态度已经基本明确,即原则上要求在申报前清理,如不清理则应满足以下条件:① 发行人不能作为对赌协议当事人;② 发行人未作为对赌协议当事人的,还需满足不影响控制权、不与市值挂钩等若干条件。

实务中,为最大限度满足上市审核规则的要求,避免对发行人的上市进程造成潜在风险,拟上市企业及其聘请的中介机构在多数情况下,往往会尽量选择在申报前彻底终止相关对赌条款。而随着市场案例的逐渐增多,已不乏在充分论证条款符合规则所述条件情形下,选择不作清理、或者申报时终止但附条件恢复效力的案例。

总结目前市场过会案例来看,可区分回购义务的承担主体,总结出获监管机构接受的处理方式如下:

回购义务人为股东、实控人时:

对于实际控制人等第三方作为回购义务人且符合不清理条件的,实务中主要存在三种处理方式,均有已过会案例:

未予清理:案例——四会富仕

披露并论证现存对赌协议符合上市审核规则规定的可不清理的条件,未予清理。

发行人在招股说明书中披露对赌条款的具体内容、对赌协议未解除的原因、不存在损害其他投资者利益的安排或风险、投资人及实控人承诺对赌协议不存在潜在争议或纠纷、不存在应披露而未披露的情形或其他利益安排、不影响发行人股权结构清晰、稳定等。

附恢复条件清理:案例——铂力特

对仍处于有效状态的对赌条款采取中止的方式,即拟上市公司向证监会、相关证券交易所递交公开发行股票并上市申请之日,相关对赌条款效力自动中止;若拟上市企业发生撤回申请、未通过审核等未上市成功的情形,对赌条款应自动恢复效力,并对中止执行期间具有追溯力;自拟上市企业取得证监会批文,对赌条款彻底终止,不再具有法律效力。

彻底清理:案例——博瑞医药

各方签署补充协议,约定彻底终止对赌条款,主要约定方式包括协议生效时立即终止对赌条款或自公司向证监会提交IPO申请时终止。

回购义务人为标的公司时:

相较而言,对于发行人作为回购义务人的,因属于《首发问答》明确要求清理的情形,实务中可选择的空间较窄。从笔者所关注到的案例看,涉及到公司回购的,采用的方案均为彻底终止、不附带效力恢复情形:

公司回购需彻底清理:案例——康拓医疗

公司回购义务彻底清理、且不带有附条件恢复条款。

公司和股东共同承担回购义务的,股东义务可附恢复条件,公司不可:案例——三旺通信

投资时交易文件中约定标的公司和股东方同时作为回购义务人,申报期间签署补充协议,就公司回购义务彻底终止、股东回购义务附恢复条件。

基于上述,从目前IPO审核实务看,投资时仅公司承担对赌回购义务、而没有其他共同回购义务人的,在IPO申报时往往面临公司的回购义务需彻底终止、且不能带有上市失败恢复安排的风险。因此,投资人也需从这一角度考虑,在投资时点尽量设置其他的权利保障机制,以

增强交易安全的长远保障。☞



刘新辉
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2074
liujason@zhonglun.com

新《安全生产法》语境下的 合规管理要求

作者：张炯、张丽娜



近年来,生产安全事故仍有频发态势,随着国家监管力度的加强,事故发生及处理的透明度大大提高,各行业市场主体越来越重视安全生产的合规性。自2021年9月1日起,新《安全生产法》正式施行,为生产经营单位安全生产的规范化发展、体系化管理提供了法律依据。本文聚焦于新旧《安全生产法》的变化、合规体系构建及违规风险三个维度,以期为市场主体提供制度建设和风险防控的建议。

第一部分\ 鉴往知来:新旧《安全生产法》的主要变化

《中华人民共和国安全生产法》(简称“《安全生产法》”)制定于2002年,2009年和2014年进行过两次修改,本次修正案是第三次修改。相较于《安全生产法(2014年修正)》(下称“原《安全生产法》”或“原法”),对市场主体而言,《安全生产法(2021年修正)》(下称“新《安全生产法》”或“新法”)在以下方面存在实质性变化:

(一) 主体方面——安全生产的责任主体扩大到“全员”

首先,新法压实了生产经营单位的主体责任,要求其“加大对安全生产资金、物资、技术、人员的投入保障力度”,并建立有关安全生产的保障机制。

需要说明的是,新法并未改变原法的适用

对象(“生产经营单位”)和调整范围(“在中华人民共和国领域内从事生产经营活动的单位的安全生产”,但“有关法律、行政法规对消防安全和道路交通安全、铁路交通安全、水上交通安全、民用航空安全以及核与辐射安全、特种设备安全另有规定的,适用其规定”),只是进一步强化并落实“生产经营单位”的主体责任。

关于“生产经营单位”,根据全国人大常委会法制工作委员会编写的《中华人民共和国安全生产法释义》,其包括一切从事生产经营活动的国有企业事业单位、集体所有制的企业事业单位、股份制企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业、合伙企业、个人独资企业等。所谓“生产经营活动”,既包括资源的开采活动、各种产品的加工、制作活动,也包括各类工程建设和商业、娱乐业以及其他服务业的经营

活动。¹新法进一步强调,平台经济等新兴行业和领域,同样要遵守安全生产各项义务。

可见,几乎所有的市场主体,凡在中华人民共和国领域内从事生产经营活动,无论企业性质如何、规模大小、从事哪一行业,都是安全生产的责任主体。

其次,对于生产经营单位的管理层而言,除“主要负责人是安全生产第一责任人”外,新法规定“其他负责人对职责范围内的安全生产工作负责”,并明确了“三管三必须”原则,即“管行业必须管安全、管业务必须管安全、管生产经营必须管安全”。

“管行业必须管安全”原则主要针对政府主管部门;对于市场主体而言,根据“管业务必须管安全、管生产经营必须管安全”原则,除了主要负责人是第一责任人以外,企业的决策层和管理层(包括业务分管领导、生产经营分管领导等),不能再是仅仅关注自身管理的业务板块之发展,而是需要在职责范围内承担相应的安全管理职责。

再次,对于生产经营单位的员工而言,新法强调建立健全“全员”安全生产责任制。至此,安全生产成为贯穿市场主体所有从业人员日常工作

作的常态化要求。

新法新增了全员安全责任制的规定,目的是调动生产经营单位全体员工的积极性和创造性,形成人人关心安全生产、人人提升安全素质、人人做好安全生产的局面,从而整体提升安全生产的水平。²

(二) 制度方面——安全生产的实务经验催生新制度

一方面,新法增加规定了“全员安全生产责任制”、“安全风险分级管控和隐患排查治理双重预防机制”、“高危行业安全生产责任强制保险制度”、“安全生产公益诉讼制度”等重要制度。该等新增制度是在贯彻《中共中央、国务院关于推进安全生产领域改革发展的意见》等重要文件的基础上,将实践中行之有效的做法和经验提炼上升为法律规范,相关制度我们在第二部分阐述。

另一方面,新法对近年来生产安全事故中暴露的新问题作了针对性规定。主要包括:针对近几年频繁发生的燃气爆炸事故、矿山事故、安全监控被破坏、检测机构造假等典型问题,要求

1. 参见:《中华人民共和国安全生产法释义》,载中国人大网-法律释义与问答,网址:<http://www.npc.gov.cn/npc/c2180/200309/47bec239ef944353b64f9941a4842302.shtml>,访问日期:2021年8月18日。

2. 参见应急管理部:《在全国举办贯彻〈安全生产法〉推动安全发展发布会》,载应急管理部官方网站,网址:http://www.mem.gov.cn/xw/xwfbh/2021n5y18rxwfbh_4155/,访问日期:2021年8月18日。

使用燃气的生产经营单位安装可燃气体报警装置,并保障其正常使用;要求矿山等高危行业施工单位加强安全管理,不得非法转让资质,不得违法分包、转包;要求生产经营单位不得关闭、破坏直接关系生产安全的监控、报警、防护、救生设备、设施,或者篡改、隐瞒、销毁其相关数据、信息;要求承担安全评价、认证、检测、检验的机构实施报告公开制度,不得租借资质、挂靠、出具虚假或失实报告。

(三)责任方面——安全生产违法行为面临严格惩戒

新法对安全生产违法行为的主体、类型、责任做了进一步细化,且惩处力度较旧法大幅提升。主要表现在:

首先,罚款金额提高。新法普遍提高了对违法行为的罚款数额,就单位的事故罚款数额,由旧法规定的20万元至2000万元,提高至30万元至1亿元;对主要负责人的事故罚款数额,由旧法规定的年收入30%至80%,提高至40%至100%。

其次,处罚方式趋严。(1)新法改变了“罚款”以“逾期未改正”为前提的模式,强调“金钱罚与行为罚并行”,即违法行为一经发现,即责令整改并处罚款。(2)拒不整改的,除责令停产停业整顿外,增加了“按照原处罚数额按日连续

处罚”的规定,以打击“屡禁不止”、“屡罚不改”的违法情形。(3)拒不停产停业整顿、一定期限内多次受行政处罚等情形下,安全生产监管部门提请政府予以关闭。

再次,惩戒力度加大。新法加大了对违法失信行为的联合惩戒和公开力度,具体表现在:(1)监管主体增加:由负有安全生产监督管理职责的部门(下称“**安全生产监管部门**”)在安全生产领域实施惩戒,调整为由多个部门在多个领域对失信当事人共同惩戒。(2)惩处对象扩大:针对部分违法行为,由惩戒生产经营单位,调整为同时惩戒生产经营单位和有关从业人员。(3)惩戒措施加强:在通报“黑名单”的单一手段基础上,增加了加大执法频次、暂停项目审批、上调保险费率、行业或职业禁入等联合惩戒措施,并通过公开曝光的方式强化社会监督力度。

违法行为的具体责任我们在第三部分阐述。新法通过严格的责任承担机制,一方面,能有效打击震慑违法企业和个人;另一方面,也能保障守法企业和社会公众的合法权益,提高市场主体安全生产诚信水平,优化市场环境,真正落实“人民至上、生命至上”的安全发展理念。

第二部分\ 合规体系:市场主体安全生产的制度构建

随着监管力度的加强,安全生产已经成为市场主体“合规”体系构建的重要一环。如何将新《安全生产法》的要求内化为企业制度,是生产经营单位需要考虑并解决的问题。我们建议市场主体在生产经营活动中,根据经营特点和监管要求,从人员岗位配置、技术设备支撑、专项资金保障、交易资质要求、事故预防处置等方面,建构自身的安全生产制度和合规体系。

(一) 人员岗位配置方面:

(1) 全员安全生产责任制

“全员安全生产责任制”是本次《安全生产法》修改在主体方面新增的重要制度。新《安全生产法》第57、58、59条关于从业人员义务的规定为该制度的落地提供了基础;新法关于生产经营单位主要负责人、其他负责人和安全生产管理人员的义务规定,也为该制度项下不同主体的职责范围划分提供了依据。

生产经营单位在制度层面上应落实:
1) 明确各岗位的责任人员、责任范围和考核标准等内容。

2) 对于全体从业人员,按照不低于新《安全生产法》的要求,明确其以下义务:①严格落实岗位安全责任,遵守本单位安全生产规章制度和操作规程;②服从管理,正确佩戴和使用劳动防护用品;③接受安全生产教育和培训,掌握本职工作所需的安全生产知识,提高安全生产技能,增强事故预防和应急处理能力;④发现事故隐患或者其他不安全因素,应当立即向现场安全生产管理人员或者本单位负责人报告,接到报告的人员应当及时予以处理。

3) 对于主要负责人、其他负责人和安全生产管理人员,按照不低于新《安全生产法》的要求,结合所属行业和经营活动的具体情况,明确其责任范围。

4) 结合以下人员岗位配置方面的制度,对全员安全生产责任制的各项机制进行细化,并加强对该制度落实情况的监督。

当然,如何具体落实“全员”的安全生产责任,新法并没有给出统一的答案,有待市场主体根据自身组织架构、安全生产制度及管理模式,

研究探索并交出答卷。

(2) 安全生产管理机构或安全生产管理人员制度

根据新《安全生产法》第24条,生产经营单位应当根据行业性质及从业人员数量,设置安全生产管理机构或配备专职、兼职安全生产管理人员。

生产经营单位在制度层面上应落实:

1) 对于矿山、金属冶炼、建筑施工、运输单位和危险物品的生产、经营、储存、装卸单位(下称“**特殊行业生产经营者**”),应当设置安全生产管理机构或者配备专职安全生产管理人员。

2) 对于其他生产经营单位:①从业人员超过100人的,应当设置安全生产管理机构或者配备专职安全生产管理人员;②从业人员在100人以下的,应当配备专职或者兼职的安全生产管理人员。

新《安全生产法》要求安全生产管理机构以及安全生产管理人员依法履行职责,在生产经营单位作出涉及安全生产的经营决策时提出意见。

(3) 安全生产管理人员考核制度

根据新《安全生产法》第27条,生产经营单位的主要负责人和安全生产管理人员必须具备

与本单位所从事生产经营活动相应的安全生产知识和管理能力。**对于特殊行业生产经营者**,特别要求如下:1) 主要负责人和安全生产管理人员,应由安全生产监管部门对其安全生产知识和管理能力考核合格;2) 配置注册安全工程师从事安全生产管理工作。

(4) 从业人员安全生产教育和培训制度

根据新《安全生产法》第28条,生产经营单位应当履行对全部从业人员的教育和培训义务,并遵守以下要求:1) 未经安全生产教育和培训合格的从业人员,不得上岗作业;2) 使用被派遣劳动者的,应纳入本单位从业人员统一管理;3) 完善档案制度,记录教育培训的时间、内容、参加人员以及考核结果等情况。

(5) 从业人员安全生产监督和保护制度

新《安全生产法》关于生产经营单位对从业人员安全生产的管理,强调监督与保护双管齐下,相关要求散落在新法第41、44、45、51、52、53、54、55、56、81条。

生产经营单位在制度层面上应落实:

1) 劳动合同应当载明有关保障从业人员劳动安全、防止职业危害的事项,以及依法为从业人员办理工伤保险的事项。

2) 尊重及保障从业人员有关安全生

产的权利,包括:①对作业场所和工作岗位存在危险因素、防范措施、事故应急措施、事故隐患排查治理情况等的知情权;②对本单位安全生产工作的建议权;③对本单位安全生产问题的批评、检举、控告权;④对违章指挥和强令冒险作业的拒绝权;⑤发生直接危及人身安全紧急情况时停止作业及采取紧急撤离措施的权利;⑥发生生产安全事故后获得救治和赔偿的权利。

3)教育和督促从业人员严格执行安全生产规章制度和安全操作规程。

4)关注从业人员的身体、心理状况和行为习惯,加强心理疏导,严格落实岗位安全生产责任,防范从业人员行为异常导致事故发生。

5)为从业人员提供符合国家标准或者行业标准的劳动防护用品,并监督、教育从业人员按照使用规则佩戴、使用。

6)定期组织从业人员进行应急救援预案的演练。

7)依法为从业人员办理工伤保险。

(6) 特种作业人员资格要求

根据新《安全生产法》第30条,特种作业人员必须按照国家有关规定经专门的安全作业培训,取得相应资格,方可上岗作业。

(二) 技术设备支撑方面

(1) 安全警示及一般保障

根据新《安全生产法》第35、42、45条,生产经营单位应履行生产环境安全一般保障义务。

生产经营单位在制度层面上应落实:

1)在有较大危险因素的生产经营场所和有关设施、设备上,设置明显的安全警示标志。

2)提供符合国家标准或者行业标准的劳动防护用品。

3)生产经营场所和员工宿舍应当设有符合紧急疏散要求、标志明显、保持畅通的出口、疏散通道,禁止占用、锁闭、封堵生产经营场所或者员工宿舍的出口、疏散通道。

4)生产、经营、储存、使用危险物品的车间、商店、仓库不得与员工宿舍在同一座建筑物内,并应当与员工宿舍保持安全距离。

(2) 安全设备设施管理要求

根据新《安全生产法》第36、38条,生产经营单位应当重视对安全设施设备的管理。

生产经营单位在制度层面上应落实：

1) 安全设备的设计、制造、安装、使用、检测、维修、改造和报废，应当符合国家标准或者行业标准。

2) 生产经营单位必须对安全设备进行经常性维护、保养，并定期检测，保证正常运转，且维护、保养、检测应当作好记录，并由有关人员签字。

3) 生产经营单位不得关闭、破坏直接关系生产安全的监控、报警、防护、救生设备、设施，或者篡改、隐瞒、销毁其相关数据、信息。

4) 生产经营单位不得使用应当淘汰的危及生产安全的工艺、设备。

(3) 新设备新技术特殊要求

根据新《安全生产法》第29条，生产经营单位采用新工艺、新技术、新材料或者使用新设备，必须了解、掌握其安全技术特性，采取有效的安全防护措施，并对从业人员进行专门的安全生产教育和培训。

(4) 危险物品及作业安全管理制度

根据新《安全生产法》第37、39、43条，生产经营单位生产、经营、运输、储存、使用危险物品或者处置废弃危险物品，或进行危险作业的，应

当遵守专门的安全管理制度。

生产经营单位在制度层面上应落实：

1) 明确危险物品生产、经营、运输、储存、使用或处置废弃的管理要求，包括：①由主管部门依照有关法律、法规的规定和国家标准或者行业标准审批并实施监督管理；②必须执行有关法律、法规和国家标准或者行业标准，建立专门的安全管理制度，采取可靠的安全措施，接受有关主管部门依法实施的监督管理；③危险物品的容器、运输工具，以及涉及人身安全、危险性较大的海洋石油开采特种设备和矿山井下特种设备，必须按照国家有关规定，由专业生产单位生产，并经具有专业资质的检测、检验机构检测、检验合格，取得安全使用证或者安全标志，方可投入使用。

2) 明确危险作业的管理要求，包括：生产经营单位进行爆破、吊装、动火、临时用电以及其他危险作业，应当安排专门人员进行现场安全管理。

上述有关危险作业的安全管理要求中，“动火、临时用电”是新法增加的内容，以确保操作规程的遵守和安全措施的落实。

(5) 建设项目安全设施要求

根据新《安全生产法》第31、33条,生产经营单位在新建、改建、扩建工程项目(下称“**建设项目**”)中,应当设置安全设施,且必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用。安全设施的设计人、设计单位应当对安全设施设计负责。

(6) 特定建设项目安全管理制度

根据新《安全生产法》第32、33、34、49条,若生产经营单位的生产经营活动涉及矿山、金属冶炼建设项目和用于生产、储存、装卸危险物品的建设项目(下称“**特定建设项目**”),其应在管理制度中设置专门要求。

对于**特定建设项目**,生产经营单位在制度层面上应落实:

1) 项目应当按照国家有关规定进行安全评价。

2) 项目应当设置安全设施,且必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用,安全设施设计应当按照国家有关规定报经有关部门审查。

3) 安全设施的设计人、设计单位应当对安全设施设计负责。

4) 施工单位必须按照批准的安全设

计设计施工,并对安全设施的工程质量负责。

5) 施工单位应当加强对施工项目的安全管理。

6) 项目竣工投入生产或者使用前,应当由建设单位负责组织对安全设施进行验收;验收合格后,方可投入生产和使用。

需要特别说明的是,对于**建设项目**(包括**特定建设项目**),生产经营单位(包括建设单位、勘察单位、设计单位、施工单位、供货单位、工程监理及其他有关单位)除应遵守新《安全生产法》的相关要求外,还应结合《建筑法》、《特种设备安全法》、《建设工程安全生产管理条例》、《特种设备安全监察条例》等规定,落实自身在建设工程全流程各环节的安全生产要求。

(三) 专项资金保障方面

(1) 常规经营的安全生产投入

根据新《安全生产法》第23、47、51条,生产经营单位应当具备满足安全生产条件所必需的资金投入。

生产经营单位在制度层面上应落实：

1) 按照规定提取和使用安全生产费用，专门用于改善安全生产条件，安全生产费用在成本中据实列支。

2) 安排用于配备劳动防护用品、进行安全生产培训的经费。

3) 依法参加工伤保险，为从业人员缴纳保险费。

关于安全生产费用的提取、使用和监管，国家层面的规范性文件主要是财政部、原安全监管总局发布的《企业安全生产费用提取和使用管理办法》(财企〔2012〕16号)，随着安全生产要求的提高，主管部门会否出台进一步的规定，市场主体应给予关注。

(2) 建设项目的安全投资概算

根据新《安全生产法》第31条，生产经营单位在**建设项目中**，应当将安全设施的投资纳入项目概算。对此，结合《建设工程安全生产管理条例》的规定，“安全设施的投资”应包括建设工程安全作业环境及安全施工措施所需费用，且该等费用应用于施工安全防护用具及设施的采购和更新、安全施工措施的落实、安全生产条件的改善，不得挪作他用。

(四) 交易资质要求方面

(1) 法定资质管理制度

新《安全生产法》进一步强调了涉及特定交易和资质管理的生产经营活动中，有关资质和交易模式的合法性要求，具体包括：

1) 对于承揽、租赁等业态：新《安全生产法》第49条要求，生产经营单位不得将生产经营项目、场所、设备发包或者出租给不具备安全生产条件或者相应资质的单位或者个人。

2) 对于特定建设项目：新《安全生产法》第49条要求，施工单位不得倒卖、出租、出借、挂靠或者以其他形式非法转让施工资质，不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人，不得将工程分包给不具备相应资质条件的单位。

实际上，关于无资质承揽工程、转包、违法分包或挂靠的禁令，在《建筑法》、《建设工程质量管理条例》等其他法律法规中已有规定。实践证明，企业无资质及违法转分包的区域往往是事故的多发区域。新《安全生产法》对资质合规的进一步强调，将相关违法行为与安全生产挂钩，一旦生产经营单位违反相关规定，可能同时触发不同主管部门的处罚。而根据《行政处罚法》第29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。”一旦发生企业无资质及违法转分包的行为,行政监管层面的“一事不再罚原则”是否适用、如何适用,有待主管部门给予进一步解释。

3) 对于安全评价、检测等第三方服务:新《安全生产法》第72条要求,承担安全评价、认证、检测、检验职责的机构应当具备国家规定的资质条件,并对其作出的安全评价、认证、检测、检验结果的合法性、真实性负责,且相关机构应当建立并实施服务公开和报告公开制度,不得租借资质、挂靠、出具虚假报告。

(2) 安全生产管理协议制度

根据新《安全生产法》第48、49条,以下情况下,各生产经营单位之间需要签署安全生产管理协议:1)两个以上生产经营单位在同一作业区域内进行生产经营活动,可能危及对方生产安全的;2)生产经营项目、场所发包或者出租给其他单位的。

关于安全生产管理协议:**在内容上**,需要明确协议各方的安全生产管理职责和应当采取的安全措施;**在形式上**,实践中以独立签署的协议形式居多,也可以在承包合同、租赁合同等协议中通过专门约定的方式体现。目前,安全生产管理协议在建设工程领域已广泛推行,通常作为建设工程合同附件之一,由建设单位与施工单位、总承包单位与其他施工单位签署。

需要说明的是,对于**建设项目**而言,因同时涉及“多主体在同一作业区域内生产经营”及“生产经营项目、场所发包”的情况,且属于承揽业态,除上述各项要求外,根据新《安全生产法》第48、49条,生产经营单位还需要注意各主体之间的安全生产协调义务。

对于**建设项目**,生产经营单位在制度层面上应落实:

1)各单位之间应当签署安全生产管理协议,明确协议各方的安全生产管理职责和应当采取的安全措施。

2)施工单位应当具备安全生产条件及相应的资质,不得倒卖、出租、出借、挂靠或者以其他形式非法转让施工资质,不得转包或违法分包。

3)建设单位应对施工单位的安全生产工作统一协调、管理,定期进行安全检查,发现安全问题的,应当及时督促整改。

4)建设单位及各施工单位应指定专职安全生产管理人员进行安全检查与协调。

(五) 事故预防处置方面

(1) 常规安全检查及报告制度

根据新《安全生产法》第46条,生产经营单位的安全生产管理人员应当根据本单位的生产经

营特点:1)对安全生产状况进行经常性检查;2)对检查中发现的安全问题,应当立即处理;不能处理的,应当及时报告本单位有关负责人,有关负责人应当及时处理;3)检查及处理情况应当如实记录在案;4)在检查中发现重大事故隐患,有关负责人不及时处理,可向安全生产监管部门报告。

(2) 重大危险源辨识和评估机制

根据新《安全生产法》第40条,生产经营单位对重大危险源应当建立辨识和评估机制。所谓“重大危险源”,根据新《安全生产法》第117条,其是指长期地或者临时地生产、搬运、使用或者储存危险物品,且危险物品的数量等于或者超过临界量的单元(包括场所和设施)。安全生产监管部门根据行业、领域特点及危险物品性质制定“重大危险源”的辨识标准及管理规定,例如,危险化学品领域,市场主体应遵守《危险化学品重大危险源辨识》(GB 18218-2018)及《危险化学品重大危险源监督管理暂行规定》。

生产经营单位在制度层面上应落实:

- 1) 对重大危险源登记建档,进行定期检测、评估、监控,并制定应急预案。
- 2) 告知从业人员和相关人员在紧急情况下应当采取的应急措施。
- 3) 将重大危险源及有关安全措施、应急措施报安全生产监管部门备案。

(3) 安全风险分级管控和隐患排查治理双重预防工作机制

新《安全生产法》在旧法强调“事故隐患排查治理”的基础上,新增了“安全风险分级防控”的要求,这是近年来国家推行“双重预防机制”的法律化。自2016年起,构建双重预防机制成为政府和企业安全生产工作的考核指标之一,《国务院安委会办公室关于实施遏制重特大事故工作指南构建双重预防机制的意见》(安委办〔2016〕11号)要求,“企业要对辨识出的安全风险进行分类梳理……综合考虑起因物、引起事故的诱导性原因、致害物、伤害方式等,确定安全风险类别。对不同类别的安全风险,采用相应的风险评估方法确定安全风险等级。安全风险等级从高到低划分为重大风险、较大风险、一般风险和低风险,分别用红、橙、黄、蓝四种颜色标示。……要依据安全风险类别和等级建立企业安全风险数据库,绘制企业‘红橙黄蓝’四色安全风险空间分布图。”这在当前企业安全生产分级防控上,仍有非常务实的指导意义。

生产经营单位在制度层面上应落实:

- 1) 建立“安全风险分级管控”机制,包括:①定期组织开展风险辨识评估;②对不同类别的安全风险,采用相应的风险评估方法确定安全风险等级;③按照安全风险

分级采取相应的管控措施,防止风险演变而引发事故。

2) 建立“事故隐患排查治理”机制,包括:①采取技术、管理措施,及时发现并消除事故隐患;②事故隐患排查治理情况应当如实记录,并通过职工(代表)大会、信息公示栏等方式向从业人员通报;③重大事故隐患排查治理情况应当及时向安全生产监管部门和职工(代表)大会报告。

(4) 生产安全事故应急救援预案制度

新《安全生产法》第81、82条规定了事故应急救援预案制度,要求生产经营单位防患于未然。

生产经营单位在制度层面上应落实:

1) 在了解所在地政府部门生产安全事故应急救援预案的基础上,制定本单位的应急救援预案,确保二者相衔接。

2) 定期组织应急救援演练。

3) 对于**特殊行业生产经营者**,还应当落实:①建立应急救援组织,生产经营规模较小的,可以不建立应急救援组织,但应当指定兼职的应急救援人员;②配备必要的应急救援器材、设备和物资,并进行经常性维护、保养,保证正常运转。

关于应急救援预案,生产经营单位应按照《生产安全事故应急条例》、《生产安全事故应急预案管理办法》等规定,在本单位事故风险辨识、评估和应急资源调查的基础上进行编制,并做好评审、公布、备案和实施。应急救援预案应当明确以下内容:1) 应急组织体系;2) 职责分工;3) 应急救援程序;4) 应急救援措施。在安全生产风险发生重大变化等情况下,应急救援预案还应及时进行修订。

(5) 生产安全事故报告、抢救及整改制度

《生产安全事故报告和调查处理条例》将“生产安全事故”划分为一般事故、较大事故、重大事故、特别重大事故四个等级。³

根据新《安全生产法》第83、85条,不管发生哪一级别的生产安全事故,生产经营单位应履行及时报告及抢救义务。

生产经营单位在制度层面上应落实:

1) 事故现场有关人员应当立即报告本单位负责人。

2) 单位负责人接到事故报告后,应当立即如实报告当地安全生产监管部门,不

3.《生产安全事故报告和调查处理条例》第三条规定:“根据生产安全事故(以下简称事故)造成的人员伤亡或者直接经济损失,事故一般分为以下等级:(一)特别重大事故,是指造成30人以上死亡,或者100人以上重伤(包括急性工业中毒,下同),或者1亿元以上直接经济损失的事故;(二)重大事故,是指造成10人以上30人以下死亡,或者50人以上100人以下重伤,或者5000万元以上1亿元以下直接经济损失的事故;(三)较大事故,是指造成3人以上10人以下死亡,或者10人以上50人以下重伤,或者1000万元以上5000万元以下直接经济损失的事故;(四)一般事故,是指造成3人以下死亡,或者10人以下重伤,或者1000万元以下直接经济损失的事故。国务院安全生产监督管理部门可以会同国务院有关部门,制定事故等级划分的补充性规定。本条第一款所称的‘以上’包括本数,所称的‘以下’不包括本数。”

得隐瞒不报、谎报或者迟报，不得故意破坏事故现场、毁灭有关证据。

3) 单位负责人应当迅速采取有效措施，组织抢救，抢救工作应服从统一指挥，加强协同联动。

4) 根据事故救援的需要采取警戒、疏散、应急救援等措施，防止事故扩大和次生灾害的发生，减少人员伤亡和财产损失。

5) 采取必要措施，避免或减少对环境造成的危害。

6) 配合安全生产监管部门的事故调查，全面落实事故调查处理的整改措施。

关于事故报告、救援及调查处理的具体要求，生产经营单位还应关注《生产安全事故应急条例》、《生产安全事故报告和调查处理条例》的相关规定。

(6) 安全生产责任保险制度

根据新《安全生产法》第51条第2款，“国家鼓励生产经营单位投保安全生产责任保险；属于国家规定的高危行业、领域的生产经营单位，应当投保安全生产责任保险。”

较之原《安全生产法》，**新法增加了高危行业安全生产责任强制保险制度**。根据《中共中央、国务院关于推进安全生产领域改革发展的意见》，“高危行业”主要包括八大类行业：矿山、危险化

学品、烟花爆竹、交通运输、建筑施工、民用爆炸物品、金属冶炼、渔业生产。

关于“安全生产责任保险”，其属于《保险法》项下“责任保险”（以被保险人对第三者依法应负的赔偿责任为保险标的的保险）范畴，其保障范围不仅仅包括生产经营单位的从业人员，还包括第三者的人身伤亡和财产损失，以及应急救援、事故鉴定等费用。**在**高危行业施行该强制保险后，安全生产责任保险与工伤保险、意外伤害保险、建筑工程一切险附加的第三者责任险等其他险种是否有交叉？其在定因、定责、定损及赔付等方面有哪些特殊性？****

根据现行《安全生产责任保险实施办法》及《安全生产责任保险事故预防技术服务规范》（AQ9010-2019），安全生产责任保险作为一种具有公益性质的险种，其在保险费率、保险条款、预防服务等方面均有别于其他险种；且该实施办法第6条规定，“对生产经营单位已投保的与安全生产相关的其他险种，应当增加或将其调整为安全生产责任保险，增强事故预防功能”。那么，新《安全生产法》施行后，如何实现安全生产责任保险对其他险种的整合以及事故预防功能，有待实践进一步检验。

就上述各项制度及要求，我们建议生产经营单位根据新《安全生产法》及配套规范性文件的规定，结合所属行业及自身经营特点，明确责任

主体、制度内容、工作方式、问题处理等，形成既合法合规又贴合实际的合规管理体系，促进相关制度及要求有效落地。

第三部分\

利剑高悬：违反安全生产要求的法律后果

新《安全生产法》对安全生产违法行为采取“零容忍、强惩戒”的处理原则，对于生产经营单位及其从业人员而言，一旦触发法律红线，将面临责令改正、罚款、停产停业整顿等行政处罚甚至刑事责任。

鉴于新《安全生产法》在责任规定的体系上较为分散，为便于市场主体了解相关行为的法律后果，我们以行为主体及违法行为类型（与合规体系部分的正向规范相对应）为主线，将相关法律责任梳理如附表（见“相关市场主体安全生产违法行为及法律责任清单”）。

除了附表所列法律责任外，新《安全生产法》还规定了举报监督机制和联合惩戒措施，通过违法行为信息共享及公示机制、对违法失信主体加大执法频次、暂停项目审批、上调保险费率、行业或职业禁入等措施，全方位督促市场主体杜绝安全生产违法行为，提高全社会安全生产诚信水平。

结语

综上，新《安全生产法》从我国安全生产工作的实际出发，通过正向规范与反向惩治，对生产经营单位的安全生产管理、事故预防及处置等提出了更高的要求，市场主体应当据此构建及落实安全生产的基本管理制度。

《安全生产法》修订后，特定行业的安全生产规范化体系或将迎来新变革。同时，安全生产属于我国应急管理法律体系中的一环，根据应急管理部门的工作部署，⁴我国将构建“1+5”应急管理法律骨干框架。“1”是指应急管理方面综合性法律，“5”是指5个方面的单行法律（包括安全生产法、消防法，以及自然灾害防治、应急救援组织、国家消防救援人员方面的法律）。因此，市场主体还应根据所属行业及具体从事的生产经营活动，关注安全生产及其他应急管理的法律法规及政策要求，不断完善自身安全生产制度和合规体系。☞

4. 参见应急管理部：《在新办学习贯彻落实〈安全生产法〉推动安全发展发布会》，载应急管理部官方网站，网址：http://www.mem.gov.cn/xw/xwfbh/2021n5y18rxwfbh_4155/，访问日期：2021年8月18日。



张炯
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2223
zhangjiong@zhonglun.com

常见争议解决条款之效力辨析

作者：李崇文、金光辉、陆迪



依据《民法典》第四百七十条¹之规定,当事人约定争议解决方法的条款即争议解决条款,系合同的主要条款之一。一般争议解决条款²通常主要涉及两个层面的问题,一是确定处理纠纷的机构是法院还是仲裁机构;二是确定由人民法院主管后,具体由哪个地域法院受理第一审民事案件。不同的争议解决方法将直接影响争议的处理程序、救济途径,以及当事人解决纠纷投入的成本。然而在司法实践中,不乏当事人自认为其已经通过艰苦谈判或利用优势的谈判地位达成了合适的争议解决条款,但实际上,因缺乏对相关法律法规、司法原则及仲裁规则的了解,约定的争议解决条款存在无效等事由,最终导致其约定目的无法实现。为此,在现行法基础上,本文结合最新立法动向,基于对最高人民法院(以下简称“最高院”)2020年1月1日至2021年5月1日期间审结的620余件民事管辖权纠纷案件的整理分析,总结近年来最高院在具体案件中对争议解决条款效力的认定标准,明确常见争议解决条款效力的判断规则,以期为读者在争议解决条款的约定及纠纷中争取主管及管辖的主动权提供借鉴。

第一部分 争议解决条款效力判断之一般规则

(一) 仅合同或者其他财产权益纠纷能够约定争议解决条款

依据《仲裁法》第二条³、《民事诉讼法》第三十四条⁴的规定,当事人能够约定争议解决条款的纠纷类型仅为合同或者其他财产权益纠纷。因此,如果纠纷不属于合同或者其他财产权益纠纷,如劳动合同、婚姻纠纷等涉及身份关系的纠纷,则相应争议解决条款约定无效。对此,《仲裁法》第三条明确列举了婚姻、收养及行政争议等不能进行仲裁的纠纷类型。最高院在(2020)最高法民辖22~25号、(2020)最高法民辖27、28号

等案件中,亦明确采取了“因身份关系产生民事纠纷的,不能协议选择管辖法院”的判断标准。

(二) 有效的仲裁条款需要对仲裁事项及仲裁委员会进行明确约定,且约定的仲裁事项不能超出法律规定的仲裁范围

依据《仲裁法》第十六条⁵的规定,当事人如果选择仲裁,需要基于真实意思表示,对仲裁事项及具体仲裁委员会进行明确的书面约定。

1.《民法典》第四百七十条 合同的内容由当事人约定,一般包括下列条款:……(八)解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。
2.依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二十九条,当事人约定争议解决事项的书面协议,包括书面合同中的争议解决条款或者诉讼、仲裁前以书面形式达成的选择争议解决方式及管辖的协议。因司法实践中,当事人多在合同中直接约定争议解决条款,因此本文仅以争议解决条款的效力为例。当事人之间单独约定的争议解决书面协议,其效力判断等与争议解决条款一致。
3.《仲裁法》第二条 平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。
4.《民事诉讼法》第三十四条 合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖,但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。
5.《仲裁法》第十六条 仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。 仲裁协议应当具有下列内容:(一)请求仲裁的意思表示;(二)仲裁事项;(三)选定的仲裁委员会。

同时,根据《仲裁法》第十七条⁶、第十八条⁷的规定,如果约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围,或者仲裁条款对仲裁事项或仲裁委员会没有约定或约定不明确的,且未能达成补充协议的,仲裁条款约定无效。在(2020)最高法知民辖终111号案件中,最高院认为,当事人虽在合同中约定了“因履行本合同而发生的争议提交项目所在地仲裁委员会仲裁”,但该案件实质为侵权纠纷,超出了约定的仲裁事项范围,应当根据法律规定确定管辖法院。

但需要注意的是,依据司法部于2021年7月30日发布的《中华人民共和国仲裁法(修订)》(征求意见稿)(以下简称《仲裁法修订征求意见稿》)第六条⁸、第二十一条⁹的规定,“选定的仲裁委员会”不再是有效仲裁条款的必备要件。当事人未约定仲裁机构或约定不明的,应根据该征求意见稿第三十五条¹⁰规定的具体规则确定受理案件的仲裁机构。在此基础上,如《仲裁法修订征求意见稿》第六条、第二十一条的规定被最终采纳,则当事人未在仲裁条款中约定具体仲裁机构或未能就仲裁机构达成一致的,仲裁条款可能不再会因此无效。但基于有效保障当事人仲裁机构选择主动权的考虑,笔者仍然建议当事人在仲裁条款中约定明确的仲裁机构。

(三) 约定管辖法院不得违背现行法对级别管辖和专属管辖的规定

当事人通过争议解决条款约定管辖法院时,不能违背我国现行法对级别管辖和专属管辖的规定。《民事诉讼法》第十七至二十条就第一审民事案件的级别管辖作出了规定,同时,最高院亦多次出台司法解释性质文件根据不同省份、当事人住所地情况等调整各级人民法院管辖一审民事案件的标准;而《民事诉讼法》第三十三条,则对专属管辖的纠纷类型进行了穷尽式列举。如争议解决条款的约定违背了级别管辖或专属管辖,则应当认定为无效。

(四) 争议解决条款约定的管辖法院应与争 议有实际联系,否则约定无效

《民事诉讼法》第三十四条明确规定,当事人选择的法院需要与争议有实际联系,如被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等。对此,笔者理解,与争议有实际联系应当是直接的、客观外在的联系,不能将

6.《仲裁法》第十七条 有下列情形之一的,仲裁协议无效:(一)约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;(二)无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议;(三)一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议的。
7.《仲裁法》第十八条 仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,仲裁协议无效。
8.《仲裁法(修订)》(征求意见稿)第六条 仲裁的管辖由当事人协议约定,不实行级别管辖和地域管辖。
9.《仲裁法(修订)》(征求意见稿)第二十一条 仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的具有请求仲裁的意思表示的协议。一方当事人在仲裁中主张有仲裁协议,其他当事人不予否认的,视为当事人之间存在仲裁协议。
10.《仲裁法(修订)》(征求意见稿)第三十五条 当事人申请仲裁应当符合下列条件:(一)有仲裁协议;(二)有具体的仲裁请求和事实、理由;(三)属于本法规定的仲裁范围。当事人应当向仲裁协议约定的仲裁机构申请仲裁。仲裁协议对仲裁机构约定不明确,但约定适用的仲裁规则能够确定仲裁机构的,由该仲裁机构受理;对仲裁规则也没有约定的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,由最先立案的仲裁机构受理。仲裁协议没有约定仲裁机构,当事人达不成补充协议的,可以向当事人共同住所地的仲裁机构提起仲裁;当事人没有共同住所地的,由当事人住所地以外最先立案的第三地仲裁机构受理。仲裁程序自仲裁申请提交至仲裁机构之日开始。

仅存在偶然性关系或者间接性联系作为确定的标准。

如果约定与争议无实际联系的法院,则司法实践中法院通常认为该种约定无效,约定法院不具有管辖权,将按照当事人没有约定争议解决条款的情形依法确定有管辖权的法院。在(2020)最高法民辖29、30号等案件中,最高院认为,如果在分公司签订的管辖协议中,约定由其总公司住所地人民法院管辖,应认为与争议有实际联系。但若约定为分公司所在总公司的关联公司或者控股公司住所地的,则属于与争议缺乏客观直接的联系,应认定管辖协议条款无效。

(五) 根据争议解决条款的约定应当在起诉时能够确定具体的法院

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《**民诉法解释**》)第三十条¹¹规定,有效的争议解决条款,应当能在起诉时确定具体管辖法院。如果不能确定的,则依照民事诉讼法的相关规定确定管辖。

对此,依据最高院在(2020)最高法民辖31号等案件中的观点,管辖法院的确定既包括当事人在书面协议中已经写明管辖法院的名称的情况;也包括当事人在争议解决条款中虽没有写明具体法院名称,但在起诉时结合起诉主体、

诉讼标的额能够指向与争议有实际联系的、级别和地域均明确的法院的情况。

(六) 既约定仲裁条款又约定诉讼管辖法院的,如当事人在起诉/申请仲裁前未一致确定主管机构,则约定无效

依据《仲裁法》第二十条¹²、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《**仲裁法解释**》)第七条¹³的规定,当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的,且未能在起诉/申请仲裁前就主管机构达成一致的,该约定无效,相应纠纷按照法定管辖确定受理法院。但一方向仲裁机构申请仲裁,另一方未在仲裁庭首次开庭前提出异议的,该仲裁机构具有管辖权。

对此同样需要注意的是,《仲裁法修订征求意见稿》第二十八条第一款¹⁴将当事人对仲裁协议效力提出异议的期间从《仲裁法》第二十条规定的“仲裁庭首次开庭前”更改为“仲裁规则规定的答辩期限内”,故如前述规定被最终采纳,则当事人需根据新的规定提出异议。

11.《民诉法解释》第三十条 根据管辖协议,起诉时能够确定管辖法院的,从其约定;不能确定的,依照民事诉讼法的相关规定确定管辖。

12.《仲裁法》第二十条 当事人对仲裁协议的效力有异议的,可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定,另一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定。当事人对仲裁协议的效力有异议,应当在仲裁庭首次开庭前提出

13.《仲裁法解释》第七条 当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的,仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁,另一方未在仲裁法第二十条第二款规定期间内提出异议的除外。

14.《仲裁法(修订)》(征求意见稿)第二十八条 (第一款)当事人对仲裁协议是否存在、有效等效力问题或者仲裁案件的管辖权有异议的,应当在仲裁规则规定的答辩期限内提出,由仲裁庭作出决定。

第二部分\ 争议解决条款效力判断之具体规则

虽然现行法对于争议解决条款的效力部分作出了规定,但司法实践中当事人约定的争议解决条款往往比法律规定更为复杂,因此通过案例分析确定司法实践中法院掌握的原则和标准,对具体判断常见争议解决条款的效力也尤为重要。

(一)判断仲裁条款约定效力的具体标准

依据《仲裁法》第十六条的规定,约定仲裁需要当事人明确仲裁事项,并确定具体的仲裁机构。同时,仲裁管辖只能由当事人约定选择,仲裁机构不能主动行使管辖权。

1.当事人仅能就合同或者其他财产权益纠纷约定仲裁,且仲裁条款仅对发生在约定仲裁事项范围内的纠纷具有约束力

就仲裁事项而言,在当事人约定了仲裁条款但就仲裁条款效力产生纠纷诉至法院时,法院将会就此约定从两个方面进行实质性审查。第一个方面,约定的仲裁事项是否属于仲裁管辖范围,此问题涉及到仲裁机构能否受理该纠纷案件,如前所述,能够约定仲裁的纠纷为合同纠纷和其他财产权益纠纷。第二个方面,根据当事人纠纷的具体内容判断其是否属于约定的仲

裁事项,如不属于,则当事人无权依据仲裁条款申请仲裁。

2.当事人约定的仲裁条款能够结合其意思表示确定到具体仲裁机构的,如无其他无效情形即为有效

就仲裁机构的约定而言,虽《仲裁法》明确规定有效的仲裁条款应当有选定的仲裁委员会,但法院在司法实践中也并非严格遵循文义解释,在当事人未直接约定具体仲裁机构时,通常认为如果能结合当事人的意思表示确定到具体仲裁机构的,属于符合仲裁法的规定,仲裁条款约定有效。事实上,前述《仲裁法修订征求意见稿》中不再将“选定的仲裁委员会”及“仲裁事项”规定为仲裁协议具体内容,即可表明立法在一定程度上吸收了司法实践的经验,适当放宽了对仲裁协议的要求。

例如,在(2019)最高法知民辖终477号案件中,当事人约定的仲裁机构为“北京市仲裁委”,最高院认为“众所周知,北京市存在北京仲裁委员会、中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会三家仲裁机构。其中,中国国际经济贸易仲裁委员会在协议签订过程中已经通过修改被排除。在剩余的北京仲裁委员会与中国海事仲裁委员会两家仲裁机构当中,虽然涉案协议第10条约定的‘北京市仲裁委’与北京仲裁委员会的简称存在‘市’字之差,但是根据当事人

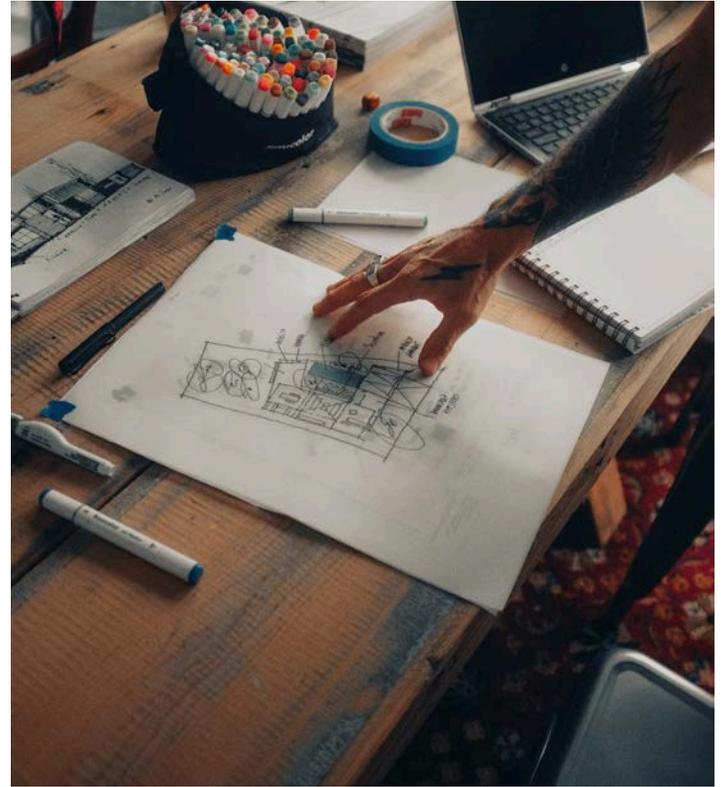
的真实意思能够确定唯一的仲裁机构应该是‘北京仲裁委员会’”。从中可以看出，最高院综合全案并结合当事人意思表示，最终确定仲裁机构并据此认定了仲裁条款的有效性。

(二) 判断约定管辖法院的争议解决条款效力的具体标准

实践中最为常见的争议解决条款即当事人对纠纷的管辖法院进行约定，但因约定内容有所不同，该类条款的效力问题在具体适用时易产生争议。对此，笔者梳理了实践中常见的约定管辖条款，并结合法律规定及最高院的裁判规则对其效力判断规则进行了总结。

1. 约定“起诉方/原告住所地有管辖权的法院管辖”→有效

在(2020)最高法知民辖终90号案件中，当事人主张：虽然案涉合同约定了由起诉方所在地有管辖权的法院管辖，但“《民事诉讼法》第三十四条并没有规定起诉方法院属于协议管辖的法院范围，不符合立法原意，属于约定不明确、没有法律依据，应当无效”。对此，最高院认为，“**本案中，涉案合同约定，双方未能就履行过程中的争议达成协议的可在起诉方的地方法院提起诉讼。本院认为，涉案合同约定的上述内容表明，双方当事人选择洛佛公司(原告)住所地法院为本案管辖法院的意思表示清楚、明确**”。在



(2020)最高法知民辖终339号、(2020)最高法知民辖终304号等案件中，最高院坚持了同样的观点，并根据当事人的约定认定原告住所地法院具有管辖权。

此外，在当事人协议选择由原告住所地法院管辖，且当事人均向各自住所地法院提起诉讼时，应认为多个法院均有管辖权。此种情况下，如最高院在(2020)最高法民辖终7号等案件中的做法，法院通常会实质审查当事人的诉请，如其诉请是基于同一法律关系或法律事实提出，则一般会依据《民事诉讼法》第三十五条¹⁵等

15.《民事诉讼法》第三十五条 两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中一个人民法院起诉；原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉的，由最先立案的人民法院管辖。

规定由先立案的法院进行管辖,后立案的法院应将案件移送先立案法院合并审理。

2. 约定“守约方所在地有管辖权的法院”→无效

在(2020)最高法知民辖终172号案件中,当事人在合同中约定“任何一方可以向守约方所在地有管辖权的人民法院提起诉讼”。最高法院认为,“**由于涉案合同各方当事人是否构成违约属于需要进行实体审理的内容,并非能够在管辖异议程序阶段确定的事实,故上述约定中的‘守约方’并不明确,无法依据该约定确定管辖法院**”。也即,如果当事人约定的争议解决条款指向的法院,属于需要通过实体审理才能确定的情况,则因其无法在起诉时确定而属于约定不明,该约定无效。

3. 约定“XX省/市法院管辖”→需具体判断

此类约定较为笼统,无法通过约定直接确定管辖法院。实践中法院通常结合级别管辖的相关规定,判断原告起诉时能否确定具体有管辖权的法院,如能确定则约定有效,如不能确定则属于约定不明,约定无效。

如在(2020)最高法知民辖终191号案件中,当事人约定管辖法院为“成都市人民法院”,最高法院审理时认为“**虽然上述管辖条款约定的‘成都市人民法院’表述不规范、不准确,但根据管辖协议约定的内容,可以确定双方具有将纠纷**

交由四川省成都市有管辖权的人民法院管辖的意思表示”。同时,最高法院结合相关司法解释对计算机软件纠纷集中管辖的规定,认为原告提起该案诉讼时“**四川省成都市中级人民法院系四川省范围内对本案计算机软件开发合同纠纷唯一具有管辖权的法院,本案符合‘根据管辖协议,起诉时能够确定管辖法院’的情形**”,从而最终认定涉案管辖协议约定的管辖法院具体、明确,该约定合法有效。

4. 当事人约定具体法院但违反级别管辖→“级别管辖部分”无效,“地域管辖部分”有效

如前所述,约定管辖不得违反级别管辖的规定。但如当事人约定的具体管辖法院违反了对级别管辖的规定,司法实践中普遍认为,如果按照其地域管辖约定,结合案件性质、标的额等能够确定具体级别管辖法院的,则该争议解决条款中的地域管辖约定有效,级别管辖部分由法院根据相关法律规定进行确定。

在(2020)最高法民辖终4号案件中,当事人约定“任何一方均有权向合同签订地福州市鼓楼区人民法院起诉”,但因案涉标的额超过了22500万元,根据《最高人民法院关于调整高级人民法院和中级人民法院管辖第一审民商事案件标准的通知》第二条规定,福州市鼓楼区人民法院对该案不具有管辖权。对此最高法院认为:“故原审裁定认定《借款合同》第13条中关

于级别管辖的约定无效正确。又因该合同中关于合同签订地法院管辖的约定不违反法律规定,故原审……认定原审法院(福建高院)属于合同约定以及法律规定的对本案具有管辖权的法院,亦属正确”。

5. 当事人约定具体法院但违反专门管辖/集中管辖→存在争议,但法院多倾向于认为“地域管辖部分”有效

此类案件多出现在涉及知识产权的纠纷中,因我国逐步开展知识产权案件的专门管辖/集中管辖,在当事人约定具体管辖法院但违反专门管辖或集中管辖时,最高院在司法实践中呈现出了不同观点。

在部分案件中,最高院否定了当事人约定争议解决条款的全部效力,转而根据法律规定确定有管辖权的法院。如在(2020)最高法知民辖终47号案件中,最高院认为“本案系计算机软件开发合同纠纷,根据上述法律规定,北京知识产权法院管辖其辖区内计算机软件民事案件,管辖的地域范围包括北京市朝阳区,北京市朝阳区人民法院对其辖区内的计算机合同纠纷没有管辖权,故涉案合同关于由北京市朝阳区人民法院管辖的约定,违反了上述法律规定,属于无效约定”。进而根据《民事诉讼法》第二十三条对于合同纠纷管辖法院的一般规定确定与案件有连结点的法院为被告住所地及合同履行地

法院,并在此基础上适用了知识产权案件相关管辖的规定。在(2020)最高法知民辖终406、407号等案件中,最高院亦采取了相同观点。

但在另外一些案件中,最高院则认可了当事人约定争议解决条款中“地域管辖部分”的效力。如在(2020)最高法知民辖终280号案件中,在当事人约定的“向东营港经济开发区人民法院提起诉讼”违反集中管辖的情况下,最高院表示“虽然东营港经济开发区人民法院对于本案没有管辖权,但从双方当事人约定的意思表示来看,双方当事人愿意在原告所在地法院进行诉讼,为保护当事人的正当预期,尽量减少无效管辖协议,应当认定当事人在本案地域管辖上的明确选择有效”,并在此基础上确定了该地域内有管辖权的法院。类似案件如(2020)最高法知民辖终335号、(2020)最高法知民辖终211号、(2020)最高法知民辖终330号案。



第三部分\ 争议解决条款在不同合同关系中效力范围的判断规则

(一)主从合同中常见争议解决条款的效力范围判断规则

1.主合同与担保合同约定选择管辖法院不一致的,债权人一并起诉债务人和担保人的,依据主合同的约定确定管辖法院

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》(以下简称《**民法典担保制度解释**》)第二十一条的规定,如果债权人同时起诉主债务人和担保人且符合起诉条件,在主合同和担保合同均协议选择法院管辖,但选择管辖的法院不一致时;或主合同约定法院管辖但担保合同未约定争议解决条款时,应根据主合同确定案件管辖。同时,如果债权人依法可以单独起诉担保人且仅起诉担保人的,应当根据担保合同确定管辖法院。

2.主合同约定争议解决方式为仲裁,从合同没有约定争议解决条款,债权人基于从合同产生的纠纷能否依据主合同约定进行仲裁目前仍存在争议

最高院早在《最高人民法院关于成都优邦文具有限公司、王国建申请撤销深圳仲裁委员会(2011)深仲裁字第601号仲裁裁决一案的请

示的复函》中就该问题作出了回应,即“担保合同没有约定仲裁条款,仲裁庭关于主合同有仲裁条款,担保合同作为从合同应当受到主合同中仲裁条款约束的意见缺乏法律依据”。

在(2015)民二终字第125号案件中,最高院通过“当主合同约定了仲裁管辖,而保证合同没有约定仲裁管辖的情况下,原则上应当先行通过当事人协商一致或者经仲裁对主债务的范围作出确认,如果债权人只对保证人提起诉讼,保证人以主合同的约定和履行情况进行抗辩,必然会涉及到法院对于已经约定仲裁裁决的争议事项能否进行审理和裁判的问题,这既涉及到约定仲裁管辖当事人的仲裁程序选择权,也涉及到人民法院审判权的行使范围”的说理,坚持了主合同中约定的仲裁条款并不当然对没有仲裁条款的担保合同具有约束力的观点。

最高院秉持上述观点的考虑在于,仲裁是当事人私权处分的产物,是仲裁条款双方授权仲裁机构处理争议的机制,其最大程度的在案件审理机构的选择上体现了当事人的意思自治。在当事人没有明确约定仲裁条款的情形下,将有关诉讼的管辖规定扩大到仲裁,将会严重损害当事人的意思自治。

但同时,仍需要注意的是,如果当事人的从合同事实上构成了主合同的“补充协议”,与主合同构成一个整体,则最高院在(2015)执申字

第33号案中明确,“如果补充协议是对主合同内容的补充,必须依附于主合同,而不能独立于主合同存在,那么,主合同所约定的争议解决条款也适用于补充协议”。

此外,如果通过个案判断可确认从合同当事人认可了主合同约定的管辖条款,此种情况下,也有部分法院认为主合同的仲裁条款同样适用于从合同¹⁶。因此,根据此前的司法实践,在涉及主从合同之间争议解决条款约定不一致的情形时,应当具体判断主从合同之间的关系,从而确定争议解决条款的效力范围。

但与司法实践中个案判断的做法不同的是,《仲裁法修订征求意见稿》第二十四条¹⁷在未区分具体情形的前提下,明确规定“从合同没有约定仲裁协议的,主合同的仲裁协议对从合同当事人有效”。因此,如该规定被最终采纳,则主合同仲裁条款的效力将可能直接扩张至未约定仲裁条款的从合同。

3.主合同争议解决条款约定诉讼,担保合同约定仲裁,债权人对债务人和担保人均提起诉讼的,法院将不予受理对担保人的起诉

如前所述,《民法典担保制度解释》第二十一条第二款规定了债权人一并起诉债务人和担保人的,应当根据主合同确定管辖法院。目前已失效的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第一百二十九条第

二款亦曾规定,“主合同和担保合同选择管辖的法院不一致的,应当根据主合同确定案件管辖”。因此,在主合同争议解决条款约定诉讼、担保合同约定仲裁的情形下,债权人对债务人和担保人均提起诉讼的,担保合同的管辖能否根据主合同确定在实践中存在理解上的争议。

对该问题,最高院在(2016)最高法民辖终122号案件中认为,即便债权人对债务人和担保人均提起诉讼,法院对担保合同的纠纷无管辖权。具体而言,最高院认为该案中“案涉《信托贷款合同》与《抵押合同》虽为主从合同关系,但根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第一百二十六条:‘连带责任保证的债权人可以将债务人或者保证人作为被告提起诉讼,也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼’的规定,主合同和担保合同并非必须合并审理的情形,可以分别约定争议解决方式。其次,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第一百二十九条规定的是在主合同和担保合同发生纠纷提起诉讼时,主合同和担保合同选择管辖的法院不一致的,应当根据主合同约定确定案件管辖法院。适用该条规定的前提是因主合同和

16. 参见吉林省辽源市中级人民法院(2014)辽民他字第2号民事裁定书。
17. 《仲裁法(修订)》(征求意见稿)第二十四条 纠纷涉及主从合同,主合同与从合同的仲裁协议约定不一致的,以主合同的约定为准。从合同没有约定仲裁协议的,主合同的仲裁协议对从合同当事人有效。

担保合同发生的纠纷均属人民法院主管。本案中,《抵押合同》15.2约定:抵押权人、抵押人发生的任何争议,由双方协商解决。协商不成,均应向武汉仲裁委员会申请仲裁解决。该约定系双方当事人真实意思表示,应认定有效。”从而最高院根据《**中华人民共和国仲裁法**》**第五条:“当事人达成仲裁协议,一方向人民法院起诉的,人民法院不予受理”**的规定驳回了该案中债权人对担保人的起诉。在此基础上,结合《民法典担保制度解释》第二十一条的各款规定和该规定的立法意旨,笔者认为,前述情形下,债权人无权依据其与债务人之间主合同的约定向担保人提起诉讼,其应按照担保合同的约定申请仲裁。

(二) 债权债务转让中原合同与债权转让协议中争议解决条款的效力范围判断规则

1. 依据现行法规定,债权债务转让的,除转让时受让人不知情、另有约定且原合同相对人同意或受让人明确反对外,原争议解决条款对受让人有效

依据《民诉法解释》第三十三条¹⁸、《仲裁法解释》第九条¹⁹的规定,债权债务转让的情况下,原合同约定的争议解决条款对受让人具有约束力。但是如果受让人不知道争议解决条款、另有有效约定且原合同相对人同意或受让人明确反

对的,则原合同的争议解决条款不适用转让后的债权债务关系。

如在(2016)最高法民辖终310号案件中,原债权人与债务人的贷款合同及与保证人的保证合同、担保合同等均约定,如发生争议,任何一方可向原债权人住所地有管辖权的人民法院起诉。后债权转让,最高院认为,该案中受让公司(原告)受让债权时已经知道上述管辖协议,因此原债权人公司与上海三家公司、A、B之前达成的管辖协议对受让公司仍然有效,受让公司有权向福建省相关人民法院(原债权人住所地)提起诉讼。最高院在(2020)最高法民申1335号、(2020)最高法民终71号等案件中亦依据前述法律规定进行裁判。

2. 原合同与债权转让协议均约定争议解决条款且两者约定内容不一致的,除债务人/保证人同意外,以原合同的争议解决条款为准

在债权人与受让人在债权转让协议中约定新的争议解决条款的情形下,如债务人/保证人未同意受新的争议解决条款约束,基于合同的相对性,司法实践中普遍认为应当以原合同的争议解决条款为准。

在(2017)最高法民辖终405号案件中,最

18.《民诉法解释》第三十三条 合同转让的,合同的管辖协议对合同受让人有效,但转让时受让人不知道有管辖协议,或者转让协议另有约定且原合同相对人同意的除外。

19.《仲裁法解释》第九条 债权债务全部或者部分转让的,仲裁协议对受让人有效,但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外。

高院针对受让人提出的债权转让协议构成对原合同争议解决条款变更的主张,明确表示“**对合同转让的,为保护原合同相对人权益,通常应按照原合同管辖协议确定管辖法院。只有在受让人有明确证据表明其不知道有管辖协议,或者转让协议另有约定且原合同相对人同意的除外**”,最终未支持受让人的前述主张。

在此基础上,如果原合同未约定争议解决条款的,除非债务人/保证人予以确认,否则债权转让协议的争议解决条款不对债务人/保证人产生约束力,受让人与债务人/保证人之间的纠纷应当依照法律规定确定管辖法院。

(三)当事人之间就相互关联的法律关系存在多个协议且约定的争议解决条款不一致的,法院通常根据纠纷内容确定至具体协议并根据该协议确定管辖机构,同时审查纠纷所涉协议是否构成对原约定争议解决条款的变更

在当事人之间的法律关系涉及多份协议且约定争议解决条款不一致时,法院通常实质性的审查当事人之间的纠纷及权利主张指向的是哪一份协议,并根据该份协议确定当事人是否约定了争议解决条款及其效力。如在(2020)最高法民辖终49号案件中,原告的诉讼请求为撤销《资产收购协议》《资产收购补充协议》《房产

土地及设备租赁协议》,最高院认为,该案中的《资产收购协议》《房产土地及设备租赁协议》等协议中虽约定了以仲裁作为争议的解决方式,但上诉人并非上述协议的当事人,并在此基础上驳回了上诉人要求按照《资产收购协议》等确定管辖的上诉请求。同时,在(2020)最高法民辖终21号等案件中,法院还结合案件背景,审查当事人纠纷所涉及的协议是否构成了对原管辖约定或仲裁约定的变更,从而具体判断有权受理纠纷的机构。

(四)担保人行使追偿权时,如担保人和债务人就追偿权事项约定争议解决条款的,从其约定;如无约定,不能适用担保人和债权人之间的争议解决约定

依据我国现行法的规定,担保人承担担保责任后,可向债务人或其他担保人追偿。对此,如最高院在(2017)最高法民辖终179号案件中所持的观点,如果担保人与债务人就担保人承担担保责任后的追偿事宜另行签订合同且存在争议解决条款约定的,如其争议解决条款不存在其他无效事由,则依照其约定确定主管及管辖。

但如果债务人与担保人之间没有合同约定,虽司法实践在具体法院的确定依据上存在争议,但是无争议的观点是,不能以担保人和债

权人之间的担保合同确定追偿权纠纷案件的管辖。

第四部分\ 其他与争议解决条款效力相关的问题

(一) 债权人向次债务人提起代位权诉讼, 原则上由次债务人住所地人民法院管辖, 但目前因法律规定变化存在不确定性

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第十四条的规定, 债权人向次债务人提起代位权诉讼的, 无论债权人与债务人、债务人与次债务人是否约定争议解决条款, 都应当由次债务人住所地人民法院管辖, 此为特殊地域管辖的规定。最高院在(2019)最高法民辖终73号、(2018)最高法民辖终107号等案件的审理中都予以遵循。

但因前述司法解释自2021年1月1日起已经失效, 目前《民法典》及相关司法解释中尚未对代位权纠纷中的管辖问题进行规定。因此, 代位权诉讼中能否继续依照次债务人住所地人民法院管辖的标准确定管辖法院, 仍存在一定争议。

(二) 案件立案受理后级别管辖相关法律规定发生变化的, 仍适用立案受理时有效的规定确定管辖法院

我国根据实际情况多次调整了各级别法院管辖第一审民事案件的标准, 不同的标准可能导致当事人约定的管辖法院发生变化, 实践中当事人对于具体案件中适用何种标准也多有争议。对此, 最高人民法院在(2020)最高法民辖终2号、(2020)最高法民辖终54号等案件中均明确, 应当根据立案受理时有效的级别管辖规定确定案件的管辖法院, 即使在立案受理后级别管辖标准发生变化的, 也应当由案件立案受理时有管辖权的法院管辖, 不应移送管辖。

第五部分\ 关于争议解决条款的建议

1. 诉讼与仲裁系两种不同的争议解决方式, 在受理机构、受案范围、审理程序及公开性等方面存在着较大差异。首先, 如果当事人约定选择仲裁程序, 则不能就同一纠纷再提起诉讼。其次, 仲裁实行一裁终局制, 当事人仅能在仲裁程序存在明显错误时申请撤销仲裁裁决或不予执行, 如仅对裁决结果不服, 则较难得到有效救济; 而诉讼程序中, 如当事人对一审判决结果不服, 可通过二审乃至再审、审判监督程序等进行

救济。再次，除当事人协议公开外，仲裁不公开进行；而诉讼中除法律特别规定外，案件原则上进行公开审理并公布相应裁判文书。鉴于诉讼和仲裁两种争议解决方法的差异，在合同纠纷及其他财产权益纠纷中，建议综合考量委托人的谈判地位、企业性质、拟确定主管机构所在地司法环境、项目的保密性需求等，选择诉讼或者仲裁，以最大程度地避免争议解决方式的不同所带来的风险。

2. 无论约定仲裁还是法院管辖，都要对争议解决条款进行明确约定，使其能够指向具体确定的仲裁机构或管辖法院，避免因约定不明造成约定无效。

3. 在对管辖法院的约定中，应当选择与争议有实际联系的法院，并应当考虑约定的连结点能否在起诉时确定，避免约定如“守约方”等需要经过实体审理才能确定的连结点。

4. 在知识产权等涉及专门管辖、集中管辖的合同中，可以尝试对地域管辖进行约定，以争取约定管辖法院的地域主动性。

5. 主合同和从合同可以根据实际情况一并或分别约定争议解决条款，为节约争议解决成本，建议约定一种争议解决方式。

6. 在债权转让中，受让人与债权人达成新的争议解决条款的，应当取得债务人及保证人的认可。

结语

综上所述可知，虽然现行法对争议解决条款的约定进行了原则性规定，但司法实践中往往存在多种法律法规未曾规定的情形，由此使得个案中争议解决条款的效力判断存在诸多不确定性。因此，不仅当事人拟定合同条款时需要审慎注意约定争议解决内容的有效性，代理人在诉讼策略的安排、条款的理解等层面也需要更为灵活。本文主要结合最高院的判例梳理了部分常见争议解决条款效力的辨析经验，因现行法的更新完善及司法实践的不断发展，个案中争议解决条款的效力问题将仍有大量可探讨空间，笔者也将继续关注立法及司法实践之动向，以期常见争议解决条款的效力辨析提供更多可参考的经验。☞



李崇文
合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5087 2888
lichongwen@zhonglun.com



金光辉
非权益合伙人
争议解决部
北京办公室
+86 10 5087 2718
jinguanghui@zhonglun.com

观千剑而后识器： 中美欧个人信息保护制度比较

作者：李瑞、贾申、钟俊鹏、李梦涵



2021年8月20日,全国人大常委会通过了《个人信息保护法》(“个保法”),自2021年11月1日起施行,成为中国第一部专门规范个人信息保护的法律法规。此前,欧盟的《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, “GDPR”)已于2018年5月生效,其被视为隐私保护领域最为权威和细致的立法。美国在联邦层面对个人信息保护采取“分散立法”的形式,但在州层面,《2018加州消费者隐私法案》(California Consumer Privacy Act of 2018, “CCPA”)及其修正案《加州隐私权法案》(California Privacy Rights Act of 2020, “CPRA”)为保护消费者个人数据的重量级法案。本文将以此三部法律作为中美欧三个法域的个人信息保护法规的主要代表,对比个人信息保护制度在不同国家的联系与区别。

不同法域的法律法规皆根据本地区的实际情况量身定制,大体相同的法律框架下监管思路和运行机制各异。概括而言,CCPA/CPRA的重点是救济对消费者的损害、平衡隐私保护与高效的商业交易之间的关系,对个人信息的处理活动监管较少,而个保法和GDPR对于个人信息处理的监管则更加严格;GDPR认为个人信息保护是个体的基本权利,可以超越其他利益,而个保法与CCPA/CPRA除了关注个人信息安全外,也关注深层的网络安全与国家安全。三部法律均对公民的个人信息权益保护产生深远影响,同时也给企业的合规工作带来挑战。

风物长宜放眼量,处于全球化时代,企业如何在“走出去”的同时与当地法律做好衔接,充分理解不同个人信息保护规则的同时不失自身在数字经济中的竞争力,成为企业合规的重要思考方向。本文尝试以尽可能简洁的方式,以三部法律为基础,对中美欧三个法域的个人信息保护制度进行要点梳理和总结,以期帮助企业在理解我国个保法的基础上进一步提高跨境业务的合规水平,在不同法域的监管机制下发挥最佳运营效能。

第一部分\ 中美欧个人信息保护制度比较

(一) 个人信息的定义与分类

三部法律都区分了一般类型的个人信息和敏感个人信息。

就一般个人信息的定义而言,各法都强调

个人信息的可识别性特征,CPRA进一步通过数据与个人“合理”的“关联性”对其定义进行限缩。在定义方式上,个保法采取归纳式概括法,GDPR和CPRA除概念外还列举了多种满足条件的信息类型。

就敏感个人信息(在GDPR中被称作“特殊类型个人数据”)而言,各法都对敏感个人信息

具体包含的数据类型进行了列举,但其具体涵盖类型存在差异。个保法和GDPR都针对敏感个人信息设置了更高要求的处理条件,如特定目的、充分必要、信息主体明示或单独同意、严格

保护措施等,而CCPA/CPRA则没有做出此类特别规定。

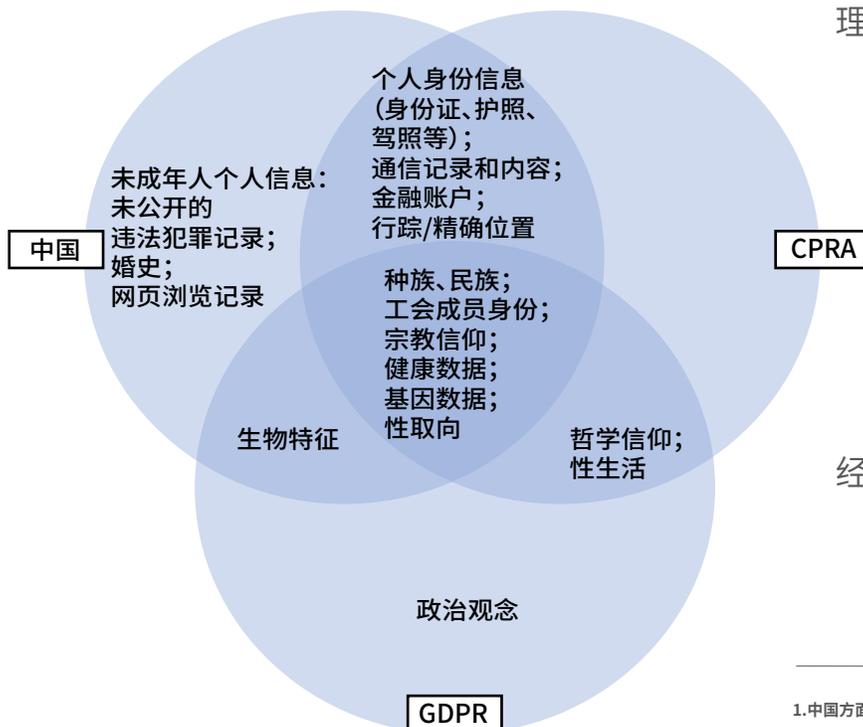
(二) 管辖范围

各法在管辖上存在着比较大的差异,都管

	GDPR	个保法	CCPA/CPRA
一般个人信息的定义及内涵	与已识别或可识别的自然人有关的信息		能够识别、关联、描述或能够合理地关联到消费者的信息
	排除: ·匿名化信息		排除: ·公开可得的信息 ·合法获得、真实的、引起公众关注的信息 ·去识别化信息 ·已汇总的信息

对于敏感个人信息的内涵,各法既有区别又有联系¹,总结如下:

辖境外实体在境内的个人信息处理行为,但GDPR还会管辖境内实体在境外的个人信息处理行为,更加宽泛。总体上,GDPR遵循“属地+属人”的管辖原则,管辖范围广泛、逻辑复杂;个保法对境外数据处理者的管辖较为明确,采取的是“属地+例外”的原则;CCPA/CPRA主要聚焦于“属地”原则,仅管辖在加州开展的商业活动,并设置了一定的管辖门槛使符合条件的中小企业的经营活动可以豁免管辖。具体如下表所示;



1.中国方面结合了《个人信息保护法》和《个人信息安全规范》(标准号:GB/T 35273-2020)。

	GDPR	个保法	CCPA/CPRA
属地原则	<p>在欧盟境内没有实体,但是由于数据处理行为与欧盟境内存在特定联系而受GDPR管辖。包括以下两种情形:</p> <ul style="list-style-type: none"> ·针对欧盟境内信息主体提供产品或服务; ·在欧盟境内的监控行为。 	<p>在中国境内处理自然人个人信息的,适用个保法。</p> <p>在境外处理中国境内个人信息的,也适用个保法,具体包括以下两种情形:</p> <ul style="list-style-type: none"> ·以向境内自然人提供产品或者服务为目的; ·分析、评估境内自然人的行为; ·法律、行政法规规定的其他情形。 	<p>在加州开展“商业活动”的,受CCPA/CPRA约束。</p>
属人原则	<p>管辖数据控制者或处理者设立在欧盟境内的实体进行的对个人数据的处理行为,无论其处理行为是否发生在欧盟境内。根据国际公法需要遵守GDPR的情形,例如欧盟成员国在境外的外交机构。</p>	不适用	不适用

(三) 个人信息处理活动的范围

三部法律对“处理”个人信息的具体内涵界定上存在差异且各有特色。GDPR所列举的处理方式最多,个保法列举的处理方式次之,但是二者都没有对具体的处理活动进行细致的描述;CPRA则没有详细列举处理活动的类型,仅提及6种行为,且结合全法可知其重点规制的是

数据的收集、出售和共享行为。

值得关注的是CPRA中的“共享”行为,个保法和GDPR都没有对此进行规定。根据CPRA,“共享”应当采取广义上的理解,可指向企业通过任何方式向第三方披露个人信息,包括“跨场景行为广告”(Cross-context behavioral advertising)的行为,在界定该行为时不考虑双

方是否交换了金钱或其他有价值的对价。其中，“跨场景行为广告”指根据从消费者的跨越语境的行为中获取的消费者个人信息向消费者投放广告，这些信息来源跨越了企业、品牌明确的网站、应用程序或者服务，而非消费者与之有意互动的企业、品牌明确的网站、应用程序或者服务。

个人信息“处理”活动的范围，在三部法律中的具体规定如下：

GDPR	个保法	CCPA/CPRA
收集, 记录, 组织, 建构, 存储, 改编或修改, 恢复, 查询, 使用, 通过传输、分发方式进行披露或者其他使个人数据可被他人获得、排列或组合、限制、删除或销毁	收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除	收集、使用、存储、披露、出售、共享

(四) 个人信息处理主体及其义务

就个人信息处理主体的界定而言，个保法与GDPR既有相似之处又有所区分。个保法形成了“个人-个人信息处理者”两方主体关系，GDPR则区分了“控制者”和“处理者”，形成了“个人-数据控制者-数据处理者”的三方主体关系。虽然同为“处理者”，但两者的概念和内涵并不相同。

GDPR的“处理者”仅仅表示代表“控制者”处理个人信息的主体，“控制者”则指的是决定个人信息处理目的和方式的主体。其中，数据控制者是GDPR下履行义务的主要主体，数据处理者除了要遵守GDPR规定下的少量法定义务，还应当履行与数据控制者之间的合同义务。我国个保法则没有区分处理者与控制者，而是将信息处理主体统称为“个人信息处理者”，都要遵守个保法下的各项义务。这种概念差异会带来跨法域对话以及法律适用上的差异。我国企业面临个人信息跨境流动和在欧盟开展经营，以及欧盟企业在我国开展经营时，均应注意概念转换与系列制度的理解问题。

相较之下，CCPA/CPRA则区分了“企业”、“服务提供商”和“承包商”三类主体。其中，“企业”的定义接近GDPR的“数据控制者”，其限定于在加州开展业务的营利组织，且需要在上一年度总收入、处理的个人信息数量及个人信息处理与收入的联系上满足一定的门槛。符合条件企业所控制的实体、合营企业及其他自愿受约束的主体也被囊括在“企业”的范围之内。在前述三类主体中，只有“企业”承担CCPA/CPRA下的义务，“服务提供商”和“承包商”所需要承担的删除等义务受限于其与企业的合同关系，不直接受法案约束。

比较而言，欧盟GDPR与美国CCPA/CPRA

区分角色的行为能够细化各个主体的义务与责任,更加有利于产业的发展和保护;而我国个保法统一定义为“个人信息处理者”的模式则更加有助于个人信息的保护。

此外,个保法制定了针对重要互联网平台的特殊义务,这与欧盟《数字市场法案》(Digital Market Act)提案中对于“守门人”数据保护义务的规定相似。同时,GDPR和个保法均对小型企业进行特别规定。具体而言,GDRP考虑到微型、小型和中型企业的具体情况,对于员工少于250

人的组织放宽了记录保存的相关规定,并鼓励欧盟机构和团体、成员国及其监督机构在适用GDPR时充分考虑微型、小型和中型企业的特殊需求;个保法第六十二条则规定将针对小型个人信息处理者制定专门的个人信息保护规则、标准,但对于“小型个人信息处理者”的定义仍有待明确,相应的规则、标准也有待后续制定。

下表比较详细地列举了各法中个人信息处理主体及其义务:

主体	GDPR		个保法	CCPA/CPRA
	数据控制者	数据处理者	个人信息处理者	企业
概念	单独或与他人共同确定个人数据处理的目的和方式的自然人、法人、公共权力机关、代理机构或其他机构。	代表数据控制者处理个人数据的自然人、法人、公共权力机关、代理机构或其他机构。	在个人信息处理活动中自主决定处理目的、处理方式的组织、个人。	在加利福尼亚州开展业务,收集消费者个人信息,或代表收集此类信息,并满足一定条件的实体,可以单独或与他人共同决定处理消费者个人信息的目的和方式。
义务	通知义务:包括收集信息前向信息主体告知处理的目的、方式等,以及发生数据泄露时的通知义务。			
	境外的个人信息处理者(GDPR:数据控制者和数据处理者)应当在境内设置代表人; 个人信息处理者(GDPR:数据控制者)开展特定的个人信息处理活动前应当进行个人信息保护影响评估。			无
	保存数据处理活动的记录。		无	无
	无	遵守与数据控制者之间的合同义务。	合规审计的义务。	无

(五) 个人信息处理原则

GDPR和个保法都构建了以“告知-同意”为核心的处理原则，信息主体的同意是企业处理数据时最重要的合法性基础，且信息主体有权随时撤回同意。而美国的CPRA采取“选择退出”机制，除非消费者选择拒绝出售或共享数据，一般默认消费者同意数据的处理。但是在特定情形下，处理个人信息也需要取得个体的同意。

三部法律都认可，有效的同意应当由信息主体充分知情且自愿、明确地作出。CPRA更是排除了部分互联网场景下的具体情形，强调消费者接受通用条款或悬停、静音、暂停、关闭等行为都不构成同意，暗箱操作模式也会导致获得的同意无效。

三部法案都对处理儿童个人信息时须取得的同意做了特别规定，但设置的年龄门槛不同。

GDPR以16周岁为界，中国以14周岁为界，CPRA则区分了13周岁和16周岁两种情况，要求处理低于特定年龄的儿童个人信息时取得监护人同意。此外，GDPR和中国个保法都规定了特殊的同意类型以适用特殊情形，而美国采取“选择退出”机制，没有特殊同意的类型。

但也应当注意到，“告知-同意”仅仅是个人信息处理原则中的“程序”要求，除了要满足这一表面要求，各法还都规定了目的原则和最小必要原则来限制个人信息的收集与处理，以此达到更好保护个人信息的效果。换言之，即使个人信息处理者(或控制者等其他术语)获得了信息主体的同意，如果其对信息的处理不符合法律限定的目的和最小必要的原则，同样也会构成侵害个人的信息权益的违法行为。

详见下图所示：



		GDPR	个保法	CCPA/CPRA
告知-同意	同意模式	告知-同意:信息主体同意后方可处理数据		<p>选择退出机制:只要消费者未拒绝便可处理数据。以下例外情况需要提前取得同意:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.出售或共享未成年人个人信息; 2.用户选择退出后对敏感个人信息进行二次处理; 3.加入财务激励计划。
	特殊同意类型	<p>明示同意: 特殊类型个人数据、自动化决策、数据转移缺乏充分保护。</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1.单独同意: 个人信息处理者在下列情形下需要取得个人的单独同意: ·向其他个人信息处理者提供其处理的个人信息; ·公开其处理的个人信息; ·在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备所收集的个人信息、身份识别信息用于维护公共安全的目的之外的其他目的; ·处理个人敏感信息; ·向境外提供个人信息的。 2.书面同意: 法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得个人书面同意的。 3.重新同意: 个人信息的处理目的、方式、种类发生变更的,处理者因合并、分立、解散、破产等原因转移个人信息,或向他人提供其处理的个人信息时前述事项发生变更的,应重新取得同意。 	无
目的限制原则	收集信息要基于合法的目的,并且后续的处理活动不得违背该目的。			
最小必要原则	信息的收集应当与处理目的相符,限于最小范围; 个人信息的存储期限也应当限于处理目的所必要的范围内。			

(六) 信息主体的权利

三部法律都赋予了信息主体知情权、更正权、限制权、删除权、拒绝权、数据可携权等权利。其中个保法的规定较为简略，以列举权利为主，具体内涵有待进一步解释；而GDPR和CPRA

对每种权利都进行了细致规定。

较有特色的是，CPRA规定了拒绝后不受报复的权利，中国个保法规定了死者近亲属对死者个人信息拥有的权利。

权利类型	GDPR	个保法	CCPA/CPRA
知情权	列举了有权知情的内容(如处理目的、数据类型等)	有知情权	列举了有权知情的内容(如处理目的、数据类型等)
更正权	更正、补充	更正、补充	仅能更正
删除权 /被遗忘权	被遗忘权： 信息主体不仅有权要求数据控制者清楚不再合法必需的个人信息，也有权要求数据控制者负责将其已经扩散出去的个人信息，采取合理的措施予以消除。	有删除权	删除权： 消费者有权要求企业删除收集的个人信息，且企业应通知服务提供商、承包商以及出售或共享信息的第三方删除。
限制处理权	列举了有权请求限制数据处理的具体情形	有限制权	只能限制使用和披露个人敏感信息
拒绝权	有权拒绝基于公共利益或合法利益的处理、用于直接营销的处理、为了研究和统计目的的处理	有拒绝权	有权拒绝出售或共享个人信息
数据可携带权	有权获得结构化、通用化和可机读的数据；并且有权将这些数据转移给其他数据控制者。 此外，在技术可行的情况下，数据主体有权要求数据控制者直接将个人信息传输给其他数据控制者。	有权查阅、复制个人信息；在一定条件下有权请求将个人信息转移给指定的个人信息处理者。	有权获得结构化、通用化和可机读的数据以进行转移。
其他权利	无	死者近亲属为了自身的合法、正当利益，对死者相关的个人信息行使查阅、复制、更正、删除等权利；死者生前另有安排的除外。	消费者选择拒绝及行使其他权利后不受企业报复的权利

(七) 自动化决策

自动化决策指的是通过计算机程序, 对个人的特征、行为等进行分析, 在没有人工干预的情况下作出决策的活动。自动化决策的决策逻辑依托算法等技术, 在外界看来具有不透明性, 是难以监督的“黑箱”。因此, 不论是从企业合规的角度还是政府监管的角度, 对这种处理行为的监管都存在着比较大的挑战。在越来越多的企业采用个性化推荐等自动化决策工具为用户

提供服务的背景下, 各法均关注到了自动化决策中对个人信息的保护问题, 总体上都要求决策逻辑需透明, 决策结果需公平公正, 且需保证用户拥有拒绝权。其中, GDPR和个保法对用户的拒绝权和处理者的义务做出了一些较为具体的规定, 而CPRA目前仍有待检察长发布进一步法令以细化有关合规要求。值得注意的是, 我国个保法还规定, 不得利用自动化决策进行差别待遇。具体内容如下表所示:

	GDPR	个保法	CCPA/CPRA
总体规定	决策逻辑透明, 决策结果公平、公正		
拒绝权	信息主体有权不受基于自动化决策的制约, 除非基于个人的明示同意或其他经法律允许的情形。	个人有权拒绝信息处理者仅通过自动化决策作出的决定。	总检察长应进一步发布关于消费者对企业自动决策技术的选择拒绝权的管理条例。
有关商业营销的自动化决策	信息主体有权拒绝作为直接营销目的个人信息处理活动, 并且此后个人信息都不应再因该目的被处理。	个人信息处理者应当同时提供不针对其个人特征的选项, 或者向个人提供拒绝的方式。	无
其他规定	无	个人信息处理者不得对个人在交易价格等条件上实行不合理的差别待遇。	将进一步通过条例确定消费者对自动化决策信息的访问权, 消费者有权要求企业告知用于分析其个人信息的自动决策方法的逻辑、演算过程、预期结果等信息。

(八) 个人信息跨境传输

作为一种重要的数据类型，欧盟和中国都对个人信息的跨境传输进行了限制。由于CCPA/CPRA是州层面的立法，不涉及个人信息的跨国传输，因此本部分只对个保法和GDPR作以比较。

首先，对于个人信息跨境传输的限制是单

向的，即，只监管个人信息的流出，而不监管个人信息的流入。其次，GDPR对于个人信息跨境传输规定了两种基本规则与两种特殊情况，个保法则规定了个人信息向境外传输的四个条件。此外，由于个保法对数据的存储也做了限制，因此，对于存储于我国境内的个人信息在跨境传输上有特别的要求。

	GDPR	个保法
基本规则	GDPR首先规定了一个充分保护水平认定的名单，向名单上的国家、地区或组织转移数据的，不需要采取特别的保障措施。如果不在名单上，则需要根据GDPR的规定，采取适当的保障措施才能够进行个人信息的跨境转移。	满足下列四个条件之一的，可以向境外转移： ·通过国家网信部门组织的安全评估； ·按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证； ·按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同，约定双方的权利和义务； ·法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。
特殊规则	除了上述两种基本规则外，GDPR还规定了两个特殊规则： 一是在存在有效国际协议的情况下，可以基于司法判决、行政决定等进行跨境传输； 二是在满足特定的条件后，即使缺乏充分保护认定以及适当的保障措施，也可以进行跨境转移。	对于存储于我国境内的个人信息，有以下两个规定： 一是按规定存储于我国境内的个人信息，确需向境外提供的，应当通过国家网信部门组织的安全评估。 二是境外的司法或者执法机构要求提供存储于我国境内的个人信息的，应当经主管机关批准。

(九) 救济与法律责任

关于救济方式,各法均规定,面对信息处理者违反个人信息保护相关规定,侵犯个人信息利益的行为,信息主体有权提起民事诉讼。在此基础上,个保法和GDPR与CCPA/CPRA的规定有明显不同,体现了各法在衡平价值上的不同选择。个保法和GDPR在消费者提起民事诉讼的权利基础上,还规定相关组织(个保法规定还包括检察机关)可以就个人信息侵权行为提起公益诉讼,增强了消费者提起诉讼的权利。而CCPA/CPRA则规定,消费者提起诉讼后,企业有30天纠错期,期间企业纠正行为并声明后,消费

者不得提起诉讼,这则对消费者提起诉讼的权利进行了限制,增强了对企业的保护。

关于法律责任,GDPR、个保法以及CCPA/CPRA都对违法个人信息保护的行为规定了罚款。就罚款额度而言,GDPR的额度最高,处罚最严厉;个保法次之,而且其规定了多种处罚类型,且采取了双罚制的规定,企业与直接主管人员都要为不当信息处理行为负责。美国CCPA/CPRA规定的罚金数额则比较低,且规定将把罚款存入消费者隐私基金。

具体内容如下表所示:



		GDPR	个保法	CCPA/CPRA
救济	民事诉讼	信息主体可以提起民事诉讼		提起民事诉讼的前提：消费者未经加密和处理的个人信息或其邮箱地址，由于企业违反义务而遭受未经授权的访问、泄露、盗窃和披露。
	民事公益诉讼	相关非营利性机构、组织或协会可以依信息主体的委托或自行提起公益诉讼。	人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起公益诉讼。	无
法律责任	罚款	一般违法 处以10,000,000欧元或者上一财年全球营业额2%的罚款 (适用情形：违反数据控制者和数据处理者的义务、违反认证机构的义务、违反监管机构的义务等。)	单位：一百万以下罚款 直接责任人员：一万以上十万以下的罚款	每次处以2500美元罚款
		严重违法 处以20,000,000欧元或者上一财年全球营业额4%的罚款 (适用情形：违法数据处理的基本原则、关于同意的条件、损害数据主体的权利、违反数据跨境传输的规定、未遵守监管机构作出的暂停数据流动或者临时或最终的处理限制的决定等。)	单位：五千万以下或上一年度营业额百分之五以下的罚款； 直接责任人员：十万以上一百万以下的罚款。	故意违法或明知涉及16周岁以下消费者信息而违法，处以7500美元的罚金。
	其他处罚类型	无	没收违法所得、警告、责令暂停相关业务或停业整顿、吊销相关业务许可或者营业执照	无

第二部分\ 企业合规建议

尽管世界局势千变万化,但全球化的浪潮仍是不可逆转的,跨国企业必须应对好不同法域的不同合规要求所带来的机遇与挑战,在破浪前行的同时也需密切关注各主要法域立法的最新动态,深入了解不同法域在监管上的区别,在必要时借助当地外部律师的力量,才能游刃有余地参与到全球化的经济中,在合规的框架下创造和收获最大商业利益。

结合上文介绍的三个主要法域的个人信息保护法律,我们对企业的个人信息保护合规工作提出以下合规建议:

- 盘查及确定企业运营过程中的哪些可能受到GDPR、CPRA等境外法律的管辖;
- 尽快检查现有的隐私政策是否符合个保法(2021年11月1日起实施)的规定,并检查特定情形下是否有符合GDPR、CPRA等境外法律规定的隐私条款;
- 确认网站的设计足以尽到收集处理用户个人信息的告知义务;
- 确认哪些情况可能涉及敏感个人信息和未成年人个人信息,并检查该信息处理机制是否符合法律最新规定;
- 自动化决策可能未来会受到较强监管,应

充分注意合规性;

- 如果企业收集的个人信息由第三方代为处理,注意将合同更新至符合法律的强制性规定,对双方的应尽义务进行补充说明;

- 开展数据合规培训,确保员工了解法律对个人信息保护的最新要求;

- 保证技术能够满足用户“彻底删除”、“获得可机读的数据”等合法要求。☒



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



贾申
非权益合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2263
jiashen@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个人观点，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。