

HANKUN

汉坤律师事务所

Han Kun Law Offices

汉坤专递

2021 年第 4 期（总第 168 期）

新法评述

- 1、进一步与国际接轨 — 人行发布金融机构反洗钱新规
- 2、182 亿反垄断处罚决定抢先看

新法评述

1、进一步与国际接轨 — 人行发布金融机构反洗钱新规

作者：杨铁成 | 葛音 | 郑婷 | 乔梦晶

继中国人民银行（“人行”）于2020年12月30日发布《金融机构反洗钱和反恐怖融资监督管理办法（征求意见稿）》（“《征求意见稿》”）后，2021年4月16日，人行正式发布了《金融机构反洗钱和反恐怖融资监督管理办法》（“《2021年反洗钱办法》”）。《2021年反洗钱办法》将于2021年8月1日正式生效并取代人行于2014年发布的《金融机构反洗钱监督管理办法（试行）》（“《2014年反洗钱办法》”）。为了提升我国反洗钱和反恐怖融资风险防范能力，满足反洗钱国际评估后续整改的需要，督促金融机构提高反洗钱工作水平，人行出台了《2021年反洗钱办法》，旨在进一步整合并完善中国反洗钱和反恐怖融资的监管制度，促进与国际实践相接轨。

本文将着重关注《2021年反洗钱办法》的核心要点及其对我国金融机构的监管影响，并将重点分析《2021年反洗钱办法》在《2014年反洗钱办法》等相关规定的基础上的新增要求。

一、扩大适用范围

相较于《2014年反洗钱办法》，《2021年反洗钱办法》进一步扩大了反洗钱义务主体的范围，包括网络小额贷款公司、消费金融公司、非银行支付机构等。值得注意的是，在人行《关于〈金融机构反洗钱和反恐怖融资监督管理办法（征求意见稿）〉公开征求意见的反馈》（“《人行反馈》”）中，人行进一步明确了《2021年反洗钱办法》对各类金融机构设立的子公司的适用问题：

1. **商业银行理财子公司**：适用于《2021年反洗钱办法》；
2. **证券公司子公司**：由于经中国证券监管部门许可的“证券公司”已包含证券行业各类子公司，因此《2021年反洗钱办法》对证券公司子公司适用；
3. **期货公司子公司**：因其主要业务性质不是全部具有金融属性，因此《2021年反洗钱办法》不适用于期货公司子公司；以及
4. **基金管理公司子公司**：目前，基金管理公司子公司的反洗钱要求由发起设立该子公司的基金管理公司进行覆盖。人行将进一步梳理研究是否要求基金管理公司的子公司单独纳入反洗钱义务主体并承担反洗钱义务。

值得注意的是，《2021年反洗钱办法》的适用范围不包括私募基金管理人。根据《人行反馈》，私募基金管理人未被纳入的原因是（1）目前私募基金管理人的法律性质界定仍需进一步明确；且（2）从实践来看，我国私募基金管理人类型复杂、数量众多且工作人员普遍较少，难以统一监管要求并实质开展反洗钱工作。针对私募基金产品可能存在的洗钱风险问题，人行将会同相关主管部门进一步研究。

我们对《2014年反洗钱办法》和《2021年反洗钱办法》对不同类型机构的适用情况进行了总结，具体如下表：

机构类型	《2014年反洗钱办法》	《2021年反洗钱办法》
1. 政策性银行、商业银行、农村合作银行、农村信用合作社及村镇银行	√	√
2. 证券公司、期货公司及基金管理公司	√	√
3. 保险公司和保险资产管理公司	√	√
4. 金融资产管理公司、信托公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司和货币经纪公司	√	√
5. 商业银行理财子公司	×	√
6. 证券公司子公司	√	√
7. 期货公司子公司	×	×
8. 基金管理公司子公司	×	有待进一步明确
9. 非银行支付机构、银行卡清算机构和资金清算中心	×	√
10. 网络小额贷款公司、消费金融公司和贷款公司	×	√
11. 从事基金销售业务、汇兑业务、保险专业代理和保险经纪业务的机构	×	√
12. 私募基金管理人，包括外商独资私募基金管理人（PFM WFOE）、合格境内有限合伙人（QDLP）、合格境内投资企业（QDIE）和合格境外有限合伙人（QFLP）等机构	×	×

二、强化反洗钱义务与责任

相较于《2014年反洗钱办法》，《2021年反洗钱办法》进一步明确和强化了对金融机构反洗钱内部控制与风险管理方面的要求。为此，《2021年反洗钱办法》对各类型机构现行的反洗钱规则进行了整合与统一，包括但不限于：（1）《银行业金融机构反洗钱和反恐怖融资管理办法》；（2）《互联网金融从业机构反洗钱和反恐怖融资管理办法（试行）》；（3）《支付机构反洗钱和反恐怖融资管理办法》；以及（4）《关于加强特定非金融机构反洗钱监管工作的通知》（统称“行业反洗钱规则”）。基于我们目前的分析，《2021年反洗钱办法》还对《法人金融机构洗钱和恐怖融资风险管理指引（试行）》（“《反洗钱风险管理指引》”）和《法人金融机构洗钱和恐怖融资风险自评估指引》（“《自评估指引》”）中的部分现有要求进行了细化与完善。

（一）洗钱和恐怖融资风险自评估

《2021年反洗钱办法》要求金融机构对洗钱和恐怖融资风险进行自评估，并根据其经营规模和风险状况，建立健全内部控制制度，并制定相应的风险管理政策。

《2021年反洗钱办法》要求金融机构（1）在总部层面建立洗钱和恐怖融资风险自评估制度；（2）定期或不定期评估洗钱和恐怖融资风险；以及（3）经董事会或者高级管理层审定之日起10个工作日内，将自评估情况报送人行。

值得注意的是，《自评估指引》还规定了自评估的实施要求，明确了自评估的一般原则、关键要素和核心方法等。《自评估指引》直接适用于中国境内的法人金融机构和非银行支付机构，其它类型的机构（如银行卡清算机构、资金清算中心等）可参照《自评估指引》进行自评估。

（二）制定内部反洗钱管理制度

《2021 年反洗钱办法》通过明确金融机构反洗钱组织机构、人力资源保障、反洗钱信息系统和技术保障等各类要求，整合统一了行业反洗钱规则的各项要求。

在《2014 年反洗钱办法》和行业反洗钱规则的基础上，《2021 年反洗钱办法》还特别规定了金融机构应当建立绩效考核和奖惩机制，并与董事会、监事会、高级管理层和其它相关职能部门的反洗钱和反恐怖融资职责相挂钩。我们理解，以上规定是对《反洗钱风险管理指引》相关要求的原则性规定。

（三）建立内部审计机制

在《2014 年反洗钱办法》的基础上，《2021 年反洗钱办法》进一步强化了金融机构反洗钱内部审计的要求。金融机构应当建立反洗钱和反恐怖融资内部审计机制，并通过内部审计和独立审计等方式，审查反洗钱和反恐怖融资内部控制的有效性。审计应当确保全面覆盖境内外分支机构和控股附属机构。此外，审计报告应当向董事会或者其授权的专门委员会提交。

尽管上述要求是在《2014 年反洗钱办法》基础上新增的内容，但上述要求并非首次提出，类似的要求已包含在《反洗钱风险管理指引》中。根据《反洗钱风险管理指引》，法人金融机构必须进行内部审计，以检查和评价反洗钱管理系统的合规性和有效性。

（四）对境外分支机构和控股附属机构的监管

相较于《2014 年反洗钱办法》，《2021 年反洗钱办法》增加了对金融机构境外分支机构和控股附属机构的管理要求，以防范境外反洗钱监管风险。金融机构必须要求其境外分支机构和控股附属机构（1）在驻在国家（地区）法律允许的范围内，执行《2021 年反洗钱办法》；（2）驻在国家（地区）有更严格要求的，将要求其遵守驻在国家（地区）的有关规定；以及（3）如果《2021 年反洗钱办法》的要求比驻在国家（地区）的相关规定更为严格，但驻在国家（地区）法律禁止或者限制实施《2021 年反洗钱办法》的，金融机构应当采取适当的补充措施应对洗钱和恐怖融资风险，并向人行报告。以上要求与《反洗钱风险管理指引》中要求基本一致。

此外，《2021 年反洗钱办法》还要求境内金融机构总部向人行报送年度报告，说明其境外分支机构或控股附属机构接受驻在国家（地区）反洗钱和反恐怖融资监管情况。

三、反洗钱信息跨境传输

《2021 年反洗钱办法》不仅填补了特定类型机构在反洗钱管理制度方面的空白，亦为金融监管机构进一步规则制定留出空间。例如，《2021 年反洗钱办法》第五条要求，金融机构对依法履行反洗钱和反恐怖融资职责或者义务获得的客户身份资料和交易信息（统称“反洗钱信息”）应当予以保密，非依法律规定不得对外提供。本项义务与《中华人民共和国反洗钱法》第五条下的保密要求基本一致。

基于上述保密要求，《反洗钱风险管理指引》就反洗钱信息跨境传输提供了进一步细化要求，具体如下：

1. 法人金融机构应当建立跨境信息保密保障措施，对于在开展跨境业务、应对跨境监管等过程中所涉的客户、账户和交易信息、可疑交易报告等信息，应当严格控制跨境信息知悉范围和程度，建立

完善的内部跨境信息传递体系、风险控制流程和授权审批机制；

2. 境外有关部门因反洗钱和反恐怖融资需要要求其提供客户、账户、交易信息及其他相关信息的，法人金融机构应当告知对方通过外交途径、司法协助途径或金融监管合作途径等提出请求，不得擅自提供；
3. 有关国内司法冻结、司法查询、可疑交易报告、行政机构反洗钱调查等信息不得对外提供；以及
4. 境外清算代理行因反洗钱和反恐怖融资需要要求提供除汇款信息、单位客户注册信息等以外的客户身份信息、交易背景信息的，法人金融机构应当在获得客户授权同意后提供；客户不同意或未获得客户授权同意的，法人金融机构不得提供。

值得注意的是，相对于数据本地化而言，在中国境内开展业务运营的跨国金融机构在实践中可能更倾向于将境内数据向境外关联机构进行跨境传输，以储存和处理“了解您的客户”信息（其可能被纳入反洗钱信息范畴），因此上述规定可能会引起在中国境内开展业务运营的跨国金融集团的关注。

2020年2月13日，人行和全国金融标准化技术委员会发布了《个人信息保护技术规范（JR/T 0171-2020）》（“《个人信息规范》”）。《个人信息规范》规定，金融业机构可向境外机构（含总公司、母公司或分公司、子公司及其它为完成该项业务所必需的关联机构）提供个人信息，但需要满足以下条件：

1. 出于业务需要，确需向境外机构提供；
2. 获得个人信息主体明示同意；
3. 开展个人信息出境安全评估，以确保境外机构数据安全保护能力达到相关的安全要求；
4. 金融机构通过与境外机构签订协议、现场核查等方式，确保境外机构有效履行其职责义务；以及
5. 符合国家法律法规及行业主管部门的有关规定、办法与标准。

在《个人信息规范》中，“个人信息”的范围广泛涵盖金融业机构在提供金融产品和服务过程中获取、处理和保存的个人信息，包括账户信息、鉴别信息、金融交易信息、个人身份信息、财产信息、借贷信息和其它反映特定主体某些情况的信息。

《2021年反洗钱办法》中“反洗钱信息”的范围与《个人信息规范》中“个人信息”的范围存在一定程度的重合。然而，人行并未明确将反洗钱信息和个人金融信息进行划分，也未对《2021年反洗钱办法》与《个人信息规范》（及其它相关数据保护规则）之间如何衔接提供详细的指引，相关金融机构是否需要同时遵守两套规则，存在一定的不确定性，这可能给金融机构在反洗钱监管制度和个人金融信息保护制度下的数据合规带来一定挑战。从效力上看，《个人信息规范》属于推荐性行业标准，本质上属于对本行业企业在个人信息保护方面的建议。但在实践中，我们不排除《个人信息规范》会成为监管机构在监督检查或开展执法活动时的重要参考依据，因此，《个人信息规范》对有关企业仍然具有较强的指导意义。我们建议金融机构应当审慎对反洗钱信息的跨境传输予以关注。出于审慎起见，在适用的情况下，金融机构在跨境传输反洗钱信息时将需要同时遵守反洗钱信息保护和个人金融信息保护的相关要求。

四、展望

随着中国反洗钱监管制度的不断发展与完善，我们预计监管机构将可能出台进一步细则和/或详细指引，以解决本文中讨论的尚待解决的问题，例如《2021 年反洗钱办法》对于基金管理公司子公司和私募基金管理人的适用性、反洗钱监管制度以及个人金融信息保护制度下个人信息的跨境传输等。

我们也将持续关注相关监管要求的更新，并及时与各位读者分享我们的观点。

2、182 亿反垄断处罚决定抢先看

作者：解石坡

2021 年 4 月 10 日，国家市场监督管理总局（“市场监管总局”）在其网站上公布了对某一头部互联网公司的反垄断《行政处罚决定书》和《行政指导书》，对该互联网公司滥用中国境内网络零售平台服务市场的支配地位，实施“二选一”行为，处以其 2019 年中国境内营业额 4% 的罚款，计人民币 182.28 亿元。这一罚款是中国反垄断执法中的最高纪录，远远超过了 2015 年高通受到的 60.88 亿元处罚，其可能也是中国各类企业遭受的最大金额的行政处罚。

这一处罚的依据是中国《反垄断法》项下关于禁止滥用市场支配地位行为的规定。具体而言，《反垄断法》第十七条第一款第（四）项规定，“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易”。而市场监管总局调查认为，该互联网公司的“二选一”行为，就属于该条项下的限定交易行为。

分析滥用市场支配地位的垄断行为，一般需要从市场界定、支配地位、滥用行为、排除竞争效果等几个角度分步骤进行，这也是市场监管总局处罚决定的分析框架。具体而言：

一、市场界定

通常而言，市场界定是认定包括滥用市场支配地位在内的反垄断行为的第一步，包括相关商品市场和相关地域市场两个方面。本案中，市场监管总局根据《反垄断法》和市场界定的一般做法，参考平台经济特点，结合案件具体情况，将相关市场界定为中国境内网络零售平台服务市场。

本案中特别应注意相关商品市场的界定。在该方面，市场监管总局从双边平台跨边网络效应的特点出发，考虑了平台上经营者和消费者两个双边用户群之间的关联影响和替代性分析，根据营业者覆盖地域和服务时间、经营者经营成本构成、匹配潜在消费者的能力、市场需求反馈效率，以及消费者可选择的商品范围、购物便捷程度、比较和匹配商品的效率等方面的不同，认为网络零售平台服务与线下零售商业服务存在区别，不属于同一相关商品市场。因此，网络零售平台服务构成一个单独的相关商品市场。

这一相关商品市场界定方法，为互联网平台经济领域的潜在后续案件的市场界定提供了参考依据。此前的案件中，互联网平台的经营者往往认为线下的同类业态与其存在竞争关系，因此其市场力量并不足以构成市场支配地位。这样的观点，在今后市场监管总局的执法中可能不会被接受，而如果仅看线上业务，很多细分领域中的互联网平台企业的市场份额将大幅度的增加，这将增大其被认为具有市场支配地位的风险，请见下文关于支配地位的分析。

二、支配地位

对于支配地位的认定，市场监管总局仍从市场份额和市场集中度这些传统的市场力量标志出发，认为中国境内网络零售平台服务市场高度集中，竞争者数量较少，且该互联网公司的市场份额很高（过去五年内均高于 60%）。在此基础上，市场监管总局分析了该互联网公司的市场控制能力，特别强调了该互联网公司控制服务价格的能力、控制平台内经营者获得流量的能力和控制平台内经营者销售渠道的能力，以及其雄厚的财力和先进的技术条件，使其具有较强的市场力量。

此外，由于平台经济网络效应和锁定效应的特点，市场监管总局认为其他经营者在交易上高度依赖该互联网公司，同时考虑市场进入难度，以及该互联网公司在物流、支付、云计算等领域的显著优势，综合认定

该互联网公司在中国境内网络零售平台服务市场具有支配地位。

三、滥用行为

在滥用行为方面，市场监管总局调查认为，自 2015 年以来，该互联网公司滥用其在中国境内网络零售平台服务市场的支配地位，实施“二选一”行为，通过禁止平台内经营者在其他竞争性平台开店和参加其他竞争性平台促销活动等方式，限定平台内经营者只能与当事人进行交易，并以多种奖惩措施保障行为实施，违反《反垄断法》第十七条第一款第（四）项关于“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易”的规定，构成滥用市场支配地位行为。

根据市场监管总局的处罚决定，该互联网公司的“二选一”行为，主要表现为通过协议规定或口头要求，禁止平台内经营者在其他竞争性平台开店，以及禁止平台内经营者参加其他竞争性平台促销活动。

同时，为了保障“二选一”要求实施，该互联网公司结合使用激励与惩罚措施，一方面是为遵守其要求的平台内经营者提供流量支持的激励性措施，另一方面则是通过人工检查和互联网技术手段监控等方式，监测平台内经营者在其他竞争性平台开店或者参加促销活动情况，并凭借市场力量、平台规则和数据、算法等技术手段，对不执行当事人相关要求的平台内经营者实施处罚，包括减少促销活动资源支持、取消参加促销活动资格、搜索降权、取消在平台上的其他重大权益等。通过上述激励与惩罚措施的结合，该互联网公司推行与落实了其对平台内经营者的“二选一”要求。

四、排除、限制竞争效果

市场监管总局认为，该互联网公司通过限制平台内经营者在其他竞争性平台开店或者参加其他竞争性平台促销活动，形成锁定效应，排除、限制了中国境内网络零售平台服务市场竞争。首先是排除、限制了其他竞争性平台的竞争力和竞争潜力，其次损害了平台内经营者的利益，并阻碍了资源配置，限制了平台经济创新发展，最终损害了消费者利益。

五、对互联网企业的启示

总体而言，自 2020 年末以来，互联网领域的反垄断成为一个热点问题。2020 年 11 月 10 日，市场监管总局发布《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》。2021 年 2 月 7 日，国务院反垄断委员会发布了该指南的正式版本。2020 年 12 月 11 日，中央政治局会议明确要求“强化反垄断和防止资本无序扩张”。2021 年两会，政府工作报告中再次强调，要“强化反垄断和防止资本无序扩张，坚决维护公平竞争市场环境”，而全国人大常委会和最高人民法院的工作报告中，也分别再次强调了《反垄断法》修订和“司法反垄断”内容。人民银行、交通部、民航总局等行业监管机构也明确提出加强各自行业的反垄断工作，其中也将涉及对互联网业务的监管。

可见，反垄断已经成为社会广泛关注，立法、执法和司法机关高度重视的一个法律领域。普遍认为，对该互联网公司的调查，是针对互联网行业反垄断执法的开始，而非结束。

面对这种形势，互联网企业应当更积极主动采取措施，加强内部反垄断合规，针对垄断行为建立自上而下的风控体系，以便减小合规风险，树立合规优势，在行业中不断变化的竞争中占得先机。

值得注意的是，在本案中，市场监管总局在《行政处罚决定书》之外，还首次出具了一份《行政指导书》，指导该互联网公司：（1）对照《反垄断法》开展全面深入自查，检视并规范自身经营行为，（2）依法申报达到《国务院关于经营者集中申报标准的规定》规定申报标准的经营者集中，不得违法实施具有或者可能具有

排除、限制竞争效果的经营者集中，和（3）不得利用技术手段、平台规则和数据、算法等，实施垄断协议和滥用市场支配地位行为，排除、限制市场竞争。

《行政指导书》中，还对该互联网公司落实平台企业主体责任（公平公正使用数据资源，依法保护个人信息和隐私，公平合理无歧视的原则与平台内经营者开展合作），完善企业内部合规控制制度（明确合规管理要求和流程，完善合规咨询、合规检查、合规汇报、合规考核等内部机制，并定期开展公司高管和工作人员合规培训），以及积极维护公平竞争促进创新发展等方面提出了明确而具体的要求与建议。这些内容，对于其他的互联网企业，尤其是在特定领域中具有较强市场地位的企业，具有很大的参考价值。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

北京 金文玉 律师：

电话： +86 10 8525 5557

Email: wenyu.jin@hankunlaw.com

上海 曹银石 律师：

电话： +86 21 6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳 王哲 律师：

电话： +86 755 3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com

香港 陈达飞 律师：

电话： +852 2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com
