

HANKUN

汉坤律师事务所

Han Kun Law Offices

汉坤专递

2022 年第 12 期 (总第 188 期)

新法评述

- 1、《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》要点解读
- 2、《商业银行表外业务风险管理办法》核心要点解读

新法评述

1、《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》要点解读

作者：龚雅玲 | 史昭君 | 严瑾丽 | 陈枫眠

2022年11月22日，国家市场监督管理总局发布《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》（“《征求意见稿》”），向社会公开征求意见。面对日新月异的市场和层出不穷的新经济、新业态、新模式，新型不正当竞争行为亟待规制¹。

《反不正当竞争法》自1993年正式施行以来，于2017年、2019年进行了两次修订，本次修订草案《征求意见稿》拟对现行的《反不正当竞争法》进行第三次大幅修订，由目前的三十三条增加到四十八条，修改的内容主要包括：完善数字经济反不正当竞争规则；对现有不正当竞争行为的表现形式进行补充完善，包括完善商业混淆条款、对商业贿赂中的受贿行为做出禁止性规定、细化虚假宣传条款、加强商业秘密保护等；新增不正当竞争行为的类型，包括损害公平交易行为和恶意交易行为；完善法律责任，增设了部分违法行为的法律责任，科学调整违法行为的处罚额度。《反不正当竞争法》的每次修订都有其亮点和重点，如2017年修法的亮点是受贿主体，仅包含交易相对方的工作人员等，排除了原有的交易相对方、增设网络不正当竞争的规制条款以提高罚金数额，2019年修订的亮点是强化商业秘密保护条款，下文将对本次修订的重点和亮点进行概述和解读。

一、完善数字经济领域反不正当竞争规则

此次《征求意见稿》最引人瞩目的修改是对数字经济领域中的不正当竞争行为进行了细化，针对数据获取和使用、利用算法和技术实施的网络不正当竞争行为做出详细规定。《征求意见稿》针对该主题新增和修改了约十个条款，可见立法部门对数字经济领域公平竞争秩序、数据保护的重视。《征求意见稿》在总则部分新增的第四条，开门见山地提出国家健全数字经济公平竞争规则，并禁止利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事不正当竞争行为。在具体条款和行为类型上，《征求意见稿》在现行《反不正当竞争法》对流量劫持、不当干扰行为、恶意不兼容进行规制的基础上，新增了恶意交易、影响用户选择、通过关键词联想、设置虚假操作选项等方式误导用户、不当拦截或屏蔽他人页面、阻碍网络服务和产品开放共享、不正当获取或使用商业数据、以及大数据杀熟等违法行为类型。

同时，考虑到数字经济领域不正当竞争行为认定的复杂性，《征求意见稿》第二十一条规定了判断是否构成不正当竞争行为的考虑因素，增强制度的可预期性和执法的规范性，这些因素包括：（1）是否对消费者、其他经营者合法权益以及社会公共利益造成影响；（2）是否采取强制、胁迫、欺诈等手段；（3）是否违背行业惯例、商业伦理、商业道德；（4）是否违背公平、合理、无歧视的原则；（5）是否对技术创新、行业发展、网络生态产生影响等。

综上，该部分的诸多条款体现了对数字经济领域新型不正当竞争行为的规制，值得平台经营者及平台上的店家予以关注，对之前合同签订、目前执行或将来日常运营中的相关问题，重新逐一进行合规性评估。

¹ 参见国家市场监督管理总局关于《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》的说明。

二、加强对商业贿赂的规制

本次《征求意见稿》进一步加强了对商业贿赂的规制，主要体现在以下四个方面：

1. 将交易相对方重新纳入受贿对象范围。《征求意见稿》第八条规定的受贿主体中包含了经营者不得自行或者指使他人采用财物或者其他手段贿赂交易相对方或者其工作人员，即恢复交易相对方“单位”也是受贿对象。在1993年的《反不正当竞争法》中规定，在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在帐外暗中收受回扣或其他好处的，以受贿论处。相较之下，2017年的《反不正当竞争法》中列举了受贿主体，仅包含交易相对方的工作人员等，排除了原有的交易相对方。“交易相对方”一直是反不正当竞争法执法逻辑上的难点，一方面公对公的互相给付通常带有市场的属性，是平等、自愿的双方通过商业谈判的结果，不涉及贿赂行为本质上的“权钱交易”的安排不宜被认定为商业贿赂（例如：仅因财务处理不当而导致的“账外暗中”的支付行为）；另一方面，对特定的市场主体（例如：医院），即便是公对公的安排仍然可能会导致其他的问题（例如：免费投放捆绑耗材可能导致逃避招标采购、甚至串通投标、医院内部的腐败等），对于解决这类特殊主体的系统性问题，反不正当竞争法仍然是有效的工具之一。新修订的征求意见稿将“交易相对方”重新纳入，仍需在这两方面进行平衡，期待通过实施层面的配套规定进一步明确违法行为认定的要件。
2. 明确收受商业贿赂的行为亦可构成不正当竞争，设置了对于受贿行为的禁止性规定和罚则。《征求意见稿》第八条商业贿赂条款中新增“任何单位和个人不得在交易活动中收受贿赂”的禁止性规定，并在第二十九条第二款中规定了“经营者或者其工作人员在交易活动中收受贿赂”的法律责任。如法律、行政法规对某类交易活动中的受贿行为有规定的，依照其规定；法律、行政法规没有规定的，依照对于行贿方的规定进行处罚。对受贿主体的处罚，会使得行刑衔接、双向移送更为流畅，填补了受贿人不构成刑事追溯标准即无法可管的空白。
3. 《征求意见稿》第八条强调“指使他人”进行贿赂的行为同样构成商业贿赂，为实践中厂家通过经销商或其他第三方行贿的情形提供了更为明确的处罚依据。
4. 对商业贿赂行为的罚款金额上限从三百万元提高到五百万元。

上述四项变化可见执法机关对商业贿赂的打击力度加大，若最终正式成文，则可能预示着反商业贿赂执法将迎来新的高潮。

三、不正当竞争的帮助行为被纳入监管

本次《征求意见稿》的亮点之一是加强了对帮助实施不正当竞争行为的规制。此前，市场监管总局在2021年8月公布的《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》中，亦规定了经营者不得帮助实施网络不正当竞争行为，本次《征求意见稿》再次强调了对间接实施不正当行为帮助者的监管。

《征求意见稿》总则部分的第二条原则性地规定了经营者不得帮助他人实施不正当竞争行为，并在具体条款中增设相应的规定：（1）不得帮助实施商业混淆行为：经营者不得销售构成混淆的商品，不得为实施混淆行为提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所等便利条件（第七条第二款）；（2）不得帮助实施虚假商业宣传：经营者不得通过组织虚假交易、虚构评价等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传，不得为虚假宣传提供策划、制作、发布等服务（第九条第三款）；（3）不得帮助获取商业秘密：不得帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密（第十条）。对于帮助实施不正当竞争行为的经营者，其法律责任与直接实施不正当竞争行

为的经营者一致，可能会被责令停止违法行为、没收违法所得及用于违法行为的物品、罚款、吊销营业执照等。

上述规定对于平台企业而言，意味着更多的监督和审核义务；对于一般企业服务提供商而言，意味着需对服务事项更审慎地合规审查。对于商业秘密的保护，更加确定。

四、完善法律责任，提高违法成本

在法律责任方面，《征求意见稿》增设了部分不正当竞争行为的法律责任，科学地调整了违法行为的处罚额度，具体如下：

（一）扩大惩罚性赔偿和法定赔偿的适用范围

现行《反不正当竞争法》规定的惩罚性赔偿制度，仅适用于“经营者恶意实施侵犯商业秘密行为”，情节严重的，可以按照权利人因被侵权受到实际损失或侵权人侵权获利的一倍以上五倍以下确定赔偿数额（第十七条第三款）。本次《征求意见稿》将惩罚性赔偿的适用范围扩大至“违反本法规定的”全部不正当竞争行为。同时，现行《反不正当竞争法》规定的五百万元以下的法定赔偿制度仅适用于商业混淆行为和侵害商业秘密行为（第十七条第四款），本次《征求意见稿》将其适用范围扩大至全部不正当竞争行为。

（二）增设了部分违法行为的法律责任

《征求意见稿》对损害公平交易、实施恶意交易，以及新型网络不正当竞争行为等新增违法行为设定了相应的处罚；对帮助实施混淆行为、虚假宣传规定了法律责任；《征求意见稿》第二十九条在现行规定基础上，对商业贿赂中收受贿赂的行为设定了处罚，增加了收受商业贿赂者的法律责任。

（三）加重部分违法行为的法律责任

《征求意见稿》总体上提高了罚款的上限，对于侵犯商业秘密、商业诋毁、滥用相对优势地位、恶意交易、网络不正当竞争行为等，其罚款上限提高到五百万人民币。对于情节特别严重，性质特别恶劣，严重损害公平竞争秩序或者社会公共利益的部分不正当竞争行为，经营者还可能面临没收违法所得、处上一年度销售额百分之一以上百分之五以下的罚款、责令停业、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照等处罚；经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员，也可能被处以十万元以上一百万元以下的罚款。

（四）减轻部分不正当竞争行为的法律责任

《征求意见稿》根据执法实践需要，为确保过罚相当，将虚假宣传的处罚下限由罚款二十万元下调至十万元。此外，《征求意见稿》第四十一条规定了可免于处罚的特殊情况：如相关经营者之间就不正当竞争行为的民事责任承担达成和解，或者人民法院已经就民事责任做出裁决，且经营者的行为对公平竞争秩序和社会公共利益没有造成损害的，可以不进行调查，已经调查的可以终止调查，调查结束的，可以免除处罚。

除以上几大亮点和重点外，《征求意见稿》还定义了商业宣传的行为特征，并将商业宣传与广告进行区分（第九条）；提出“相对优势地位”概念，强化对中小市场主体的权益保护（第十三条、第四十七条）；加强对个人隐私和个人信息的保护（第二十五条）等等，本次《征求意见稿》对《反不正当竞争法》的修改可谓是大改，完善了对近年来出现的新型不正当竞争行为的规制，体现了《反不正当竞争法》除了对经营者、

消费者权益的保护外，对社会公共利益和商业道德的重新审视制约。我们也期待《征求意见稿》经过充分论证并正式通过后，《反不正当竞争法》历年来为执法最为活跃的依据，此番与时俱进的大幅度修改将会进一步优化工商业界全链条的监管范围、保障营商环境，和促进公平竞争的社会秩序。

2、《商业银行表外业务风险管理办法》核心要点解读

作者：朱俊 | 王洁 | 蔡芳菲 | 邱哲

2022年12月2日，中国银行保险监督管理委员会（简称“银保监会”）发布《商业银行表外业务风险管理办法》（银保监规〔2022〕20号，简称“《办法》”或“新规”）。延续《商业银行表外业务风险管理指引》（银监发〔2011〕31号，简称“《指引》”）、《商业银行表外业务风险管理指引（修订征求意见稿）》（简称“征求意见稿”），对商业银行以及金融资产管理公司、金融租赁公司、企业集团财务公司、汽车金融公司、消费金融公司、信托公司开展表外业务的风险管理和控制提出进一步的监管要求。

近年来，商业银行表外业务迅速发展，各类新兴表外业务不断涌现，成为银行收益的重要来源。为规范快速发展的表外业务，银保监会等金融管理部门针对各类具体表外业务陆续制定了一系列监管制度规定，涵盖了传统表外、理财、代理代销等各类业务。《办法》是在系统梳理已有制度规则，总结、归纳和提炼各类表外业务的管理标准的基础上制定的统领性、综合性规范，共六章47条，包括总则、治理架构、风险管理、信息披露、监督管理及附则等部分，我们对其中的主要内容解读如下：

- 适用范围：**除了商业银行，《办法》也适用于金融资产管理公司、金融租赁公司、企业集团财务公司、汽车金融公司、消费金融公司、信托公司等非银金融机构。
- 适用时间：**自2023年1月1日起实施，无过渡期安排（原征求意见稿设置有6个月的过渡期）。
- 扩展了表外业务定义范围、增加了新兴表外业务类型：**根据《办法》，表外业务是指商业银行从事的，按照现行企业会计准则不计入资产负债表内，不形成现实资产负债，但有可能引起损益变动的业务。

原《指引》将表外业务分为担保类、部分承诺类两类；新规以是否存在信用风险及承担信用风险的主体为依据，结合不同表外业务的特征和法律关系，将表外业务分为四类：担保承诺类（基本涵盖原《指引》项下的担保类和部分承诺类）、代理投融资服务类、中介服务类、其他类。对不同类别的表外业务，新规根据分类管理原则制定了差异化的监管和管理要求。

类型	界定标准	包含的具体业务类型
担保承诺类	<ul style="list-style-type: none"> 包括担保、承诺等按照约定承担偿付责任或提供信用服务的业务。 担保类业务是指商业银行对第三方承担偿还责任的业务。 承诺类业务是指商业银行在未来某一日期按照事先约定的条件向客户提供约定的信用业务。 	担保类业务包括但不限于： <ul style="list-style-type: none"> 银行承兑汇票 保函 信用证 信用风险仍由银行承担的销售与购买协议等 承诺类业务包括但不限于贷款承诺等。
代理投融资服务类	指商业银行根据客户委托，按照约定为客户提供投融资服务但不承担代偿责任、不承诺投资回报的表外业务。	包括但不限于：

		<ul style="list-style-type: none"> ■ 委托贷款 ■ 委托投资 ■ 代客理财 ■ 代理交易 ■ 代理发行和承销债券
中介服务类业务	指商业银行根据客户委托，提供中介服务、收取手续费的业务。	包括但不限于： <ul style="list-style-type: none"> ■ 代理收付 ■ 代理代销 ■ 财务顾问 ■ 资产托管 ■ 各类保管业务
其他类表外业务	指上述业务种类之外的其他表外业务。	

4. 对不同类别表外业务的特殊监管要求

《办法》根据各类表外业务不同的风险本质和法律关系，制定了差异化的监管和管理要求：

类别	特殊监管要求
担保承诺类	<ul style="list-style-type: none"> ■ 第二十五条：按照穿透原则纳入全行统一授信管理，采取统一的授信政策、流程、限额和集中度管理，实行表内外统一管理。 ■ 第四十条：重点监管信用风险，关注统一授信执行、表外业务信用风险转换系数、表外业务垫款等情况。
代理投融资服务类	<ul style="list-style-type: none"> ■ 第二十六条（风险管理原则）：应审慎开展，准确界定法律关系、责任和承担的风险种类，厘清各方职责边界，有效管理操作风险、声誉风险等风险。不得以任何形式约定或承诺承担信用风险。 ■ 第二十七条：应实现表内业务与表外业务、自营业务与代理业务在资产、账务核算、人员等方面的隔离。 ■ 第二十八条（管理制度）：应按照参与主体的不同，建立合作标准、评价体系和审批流程；应通过签订书面合同，明确界定商业银行、客户、资金使用方、合作机构等参与主体的权利、义务和责任。 应对合作机构、产品实行总行统一管理。未经总行授权，分支机构不得销售任何第三方产品。零售类业务应实施专区“双录”管理。 开展代理金融衍生产品交易业务的，应遵循合规性、匹配性、审慎性和透明性原则，加强合规管理，在谨慎评估后开展业务，确保风险可控。 ■ 第三十条：不得参与具有滚动发行、集合运作、分离定价特征的资金池业务，应遵守资金来源、资金投向、杠杆水平、投资范围、收益分配、风险承担等监管要求。

类别	特殊监管要求
	<ul style="list-style-type: none"> ■ 第三十一条：应严格按照穿透原则向上识别最终投资者，禁止通过欺诈或误导的方式进行错误销售；向下识别底层资产，确保资金投向符合国家宏观调控政策和监管要求，公募证券投资基金除外。 ■ 第四十条：重点监管操作风险、声誉风险，关注业务操作规范、客户投诉、金融消费者保护等情况。
中介服务类业务	<ul style="list-style-type: none"> ■ 第二十六条（风险管理原则）：同代理投融资服务类。 ■ 第二十七条（风险隔离）：同代理投融资服务类。
其他类	无

5. 内部治理及管理要求

《办法》完善了表外业务的治理框架，明确董事会、监事会和高管层职责，对业务部门、合规管理职能部门、风险管理部门、会计部门以及内外部审计职责作出了明确规定：

(1) 两会一层的责任分工：董事会对表外业务的管理承担最终责任；高级管理层承担表外业务的经营管理责任，负责执行董事会对于表外业务的决议；监事会负责对董事会和高级管理层在表外业务管理中的履职情况进行监督评价。

(2) 落实部门管理责任

- 业务经营管理部门承担表外业务管理和风险管理的首要责任。
- 指定各类表外业务的风险管理部门，有效管理相关风险。
- 将全部表外业务纳入合规管理。未经合规审查的，不得开展该项表外业务。
- 会计部门根据表外业务的交易结构对相应会计科目的设置和会计核算规则进行审查。

(3) 统一风险报告和外部审计

- 定期汇总整理全行表外业务发展和风险情况，并作为全面风险管理报告的一部分，向董事会报告。
- 外部审计师进行年度审计时，应将表外业务风险情况及相关会计信息纳入年度财务报告审计范围。

(4) 制度和业务管理流程要求

《办法》要求应针对各类表外业务特点，制定相应的管理制度和业务管理流程。未制定相关管理制度和流程的，不得开展该项表外业务。

6. 合作机构管理

《办法》所规定的合作机构包括但不限于接受委托提供资产管理以及相关金融服务的金融机构及银保监会认可的其他机构。《办法》要求商业银行确保对合作机构的管理要求，具体而言：

(1) 统一管理和授权要求

- 应对分支机构的表外业务合作机构和产品进行书面审批授权。

- 应建立总行统一集中管理的表外业务合作机构名单制管理制度，并定期跟踪评价，及时清退不符合条件的机构。
- 未经总行授权，分支机构不得销售任何第三方产品。
- 零售类业务应按照相关要求实施专区“双录”管理。零售类业务是否需要双录，应按照对相关业务适用的监管规定或监管部门的要求执行。
- 针对不同业务种类，制定差异化的资质审查标准，书面确定对单个合作机构的风险限额和风险监控方式。
- 对于应由表外业务合作机构披露的信息，应加强与合作机构沟通，及时掌握其拟披露信息的内容。

(2) 对“代理投融资服务类”业务的合作方的特殊要求

银行在表外资管业务中会将部分理财资金以“委外”的方式交由外部市场化资管机构（例如券商资管、基金公司或基金子公司专户）。委外业务的目的是借助受托人的主动管理能力和投资经验，弥补商业银行在资金投资方面的投研缺陷。在实践中，由于部分银行自身激励、约束机制缺位，发生过不少此类风险案例，因此《办法》特别加强了对委外合作机构的管理，加强管理的内容包括：

- 对合作机构、产品实行总行统一管理。
- 应按照参与主体的不同，建立合作标准、评价体系和审批流程。
- 应通过签订书面合同，明确界定商业银行、客户、资金使用方、合作机构等参与主体的权利、义务和应承担的法律责任。

7. 表外业务资本计提

《办法》针对表外业务相关资产的风险分类和减值准备计提、风险加权资产计量和资本计提、相关风险准备金计提等方面提出了明确要求：

- 对实质承担信用风险的表外业务，应按照金融资产风险分类相关规定，真实、准确地进行风险分类，并按照债务人履约能力以及金融资产风险变化结果，及时动态调整。
- 应严格遵循企业会计准则和相关监管规定，及时、充足计提减值准备（例如银行理财、委托贷款等不承担信用风险的表外业务，自然不需要计提减值）。
- 根据资本监管相关规定，按照业务实质审慎计算表外业务对应的风险加权资产，计提资本。
- 根据相关监管规定，从表外业务收入中计提相关风险准备金。根据《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（即“资管新规”），金融机构应按照资产管理产品管理费收入的10%计提风险准备金，或按照规定计量操作风险资本或相应风险资本准备。风险准备金余额达到产品余额的1%时可以不再提取。风险准备金主要用于弥补因金融机构违法违规、违反资产管理产品协议、操作错误或技术故障等给资产管理产品财产或投资者造成的损失。金融机构应定期将风险准备金的使用情况报告金融管理部门。

8. 压力测试要求

与征求意见稿相比，《办法》在压力测试方面提出了具体要求：

- 应定期对表外业务开展相关压力测试，测算压力情景下主要表外业务风险情况，以及对本行资本、流动性、损益变动等的影响。
- 在开展信用风险、市场风险、操作风险、流动性风险、银行账簿利率风险等压力测试时，商业银行也应充分考虑相关表外业务的影响。

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

海口 朱俊 律师：

电话： +86 898 3665 5000

Email: jun.zhu@hankunlaw.com

武汉 马姣 律师：

电话： +86 27 5937 6200

Email: jiao.ma@hankunlaw.com

香港 陈达飞 律师：

电话： +852 2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com
