

汉坤专递

2024 年第 6 期（总第 206 期）

新法评述

- 1、Reverse CFIUS 实施细则征求意见稿详解
- 2、汉坤企业出海系列：法律视角下的“出海”（一） — 出海演进概览以及出海架构选择
- 3、汉坤企业出海系列：法律视角下的“出海”（二） — 出海有关的几个热门中国法律问题（上）
- 4、中国颁布刑事司法协助新规，助力跨境刑事涉案资产追索

新法评述

1、Reverse CFIUS 实施细则征求意见稿详解

作者：李胜 | 资雯迪

2024 年 6 月 21 日，美国财政部（U.S. Department of the Treasury）发布了一项拟议规则通知（Notice of Proposed Rulemaking, “NPRM”）¹，就 2023 年 8 月 9 日拜登政府颁布的 Reverse CFIUS 行政令（Executive Order）提出了具体的实施细则并征求公众意见（截至美国时间 2024 年 8 月 4 日）。有关 Reverse CFIUS 行政令的具体内容，请见我们此前发布的文章《靴子落地 — “Reverse CFIUS” 行政令正式颁布》。

通过 Reverse CFIUS 行政令，美国政府正式确立了一项新的战略措施，即限制美国主体对中国（包括香港和澳门，但不包括台湾）的关键行业进行投资。时隔近一年，在与商务部等各政府部门和机构咨询以及吸取社会各界意见的基础上，美国财政部终于出台了本次的 NPRM，进一步明确 Reverse CFIUS 的实施细则。本文将对 NPRM 的主要内容以及与此前行政令相比的变化进行梳理和解读，以期为相关行业参与者日后的投融资活动提供参考。

总体而言，Reverse CFIUS 行政令确定的基本监管框架没有变化，即对美国主体投资中国的三大关键行业进行限制：人工智能、半导体和微电子、量子信息技术；并按照禁止类和通知类分类进行监管：禁止有特别重大国家安全威胁的交易，对于国家安全威胁较小的交易则要求通知。但是，NPRM 在执行细节层面相比之前的行政令有不小的变化，例如对 AI 行业的投资限制整体比之前更为严格，最典型的变化就是把使用高于 $10^{23}/10^{24}/10^{25}/10^{26}$ （具体采用哪个标准尚未确定）运算量标准的算力训练的 AI 系统直接列入了受限业务（不论是否为军事最终用途），又如对美国 LP 投资于基金的豁免标准有了进一步细化（例如，首次提出考虑美国 LP 对基金的不超过基金管理规模 50% 的被动财务投资可能是一个豁免的方向，而此前考虑的最低投资金额豁免定在 100 万美元，具体用哪个豁免方式尚未确定）。

一、受限业务（Covered Activity）

（一）人工智能

禁止类	通知类
开发以下任一 AI 系统：	开发非禁止类的以下任一 AI 系统：
A. <u>设计专门用于（Designed to Be Exclusively Used for）或计划用于（Intended to Be Used for）军事、政府情报或大规模监视最终用途。</u>	A. <u>设计用于（Designed to Be Used for）军事、政府情报或大规模监视最终用途。</u>
	B. <u>计划用于（Intended to Be Used for）网络安全应用、数字取证工具、渗透测试工具、机器人系</u>

¹ <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy1686>。

禁止类	通知类
	统控制。
<p>B. <u>使用高于如下标准的算力训练的：</u></p> <p>1. <u>10²⁴/10²⁵/10²⁶ 运算量(具体采用哪个指标尚未确定)；或</u></p> <p>2. <u>10²³/10²⁴ 运算量 (具体采用哪个指标尚未确定)，且主要使用生物序列数据。</u></p>	<p>C. <u>使用高于 10²³/10²⁴/10²⁵(具体采用哪个指标尚未确定) 运算量标准的算力训练的。</u></p>

相比于此前的行政令，禁止类和通知类的一个重大变化是新增了“使用高于一定标准的算力训练的 AI 系统”。根据该项，符合相关运算量标准的大模型将被囊括在内，具体采用哪个指标目前尚未确定。**事实上，这个描述主要是针对大语言模型 (LLMs) 的开发（且不论这些模型开发的最终用途是用于什么），**这是因为，大语言模型通常具有数十亿到数万亿个参数，需要海量的计算资源来训练，因此训练这些大模型需要极高的计算能力，通常以浮点运算次数 (FLOPS) 来衡量，可以达到 10²³ 甚至更高的数量级，例如，训练一个千亿参数的大模型大约需要 1.8*10²³ 次浮点运算。

此外，此前行政令仅将“专门/主要用于”军事类最终用途的 AI 系统列为禁止类，本次除了直接将符合一定算力标准的 AI 系统直接列入禁止类及通知类中（无论最终用途），还将“专门/主要用于”改为“专门/计划用于”军事类最终用途的 AI 系统并列为禁止类，且将其他“设计用于”军事类最终用途的 AI 系统列为通知类。根据 NPRM 中的解释，改为“计划用于”是因为某些情况下需要看 AI 系统的设计用途，而某些情况下则需要看 AI 系统的实际计划用途。对于“设计用于”和“计划用于”的区别，NPRM 暂时没有提供明确的解释，可能是在有主观意图用于军事类最终用途的情况下是禁止类，在没有主观意图仅是客观设计可以用于军事类最终用途的情况下属于通知类。

由此可见，本次 NPRM 对于美国人投资 AI 行业的限制相比之前行政令的规定是更为严格的。

（二）半导体和微电子

总体而言，半导体和微电子行业的受限业务相较之前的行政令变化不大。

1. 通知类

禁止类之外的集成电路设计 (Design)、制造 (Fabric) 和封装 (Package)。

2. 禁止类

- (1) 开发或生产用于集成电路设计或先进封装的电子设计自动化软件 (EDA)。此前的行政令仅包括集成电路设计的 EDA，本次新增先进封装²的 EDA。
- (2) 开发或生产：
 - 为批量制造集成电路而设计的前端半导体制造设备，包括从空白晶圆或基板到完成的晶圆或基板的生产阶段（即集成电路已加工但仍在晶圆或基板上）所使用的设备；

² 先进封装是指以支持二维半 (2.5D) 或三维 (3D) 组装的方式封装集成电路，例如使用硅通孔、裸片或晶圆键合、异质集成或其他先进方法和材料直接连接一个或多个裸片或晶圆。

- 进行批量先进封装的设备；
 - 专门用于或与极紫外光刻制造设备（EUV）一起使用的商品、材料、软件或技术。此前的行政令未包含本项，为本次新增，理解是为了进一步限制 EUV 设备的发展。
- (3) 设计先进集成电路（符合 ECCN 编码 3A090.a 项下的性能指标）或在 4.5 开尔文或更低温度下工作的集成电路。ECCN 编码 3A090 是美国出口管制规则中为高性能芯片设置的一个编码，3A090.a 中列示的性能指标为：总处理性能 \geq 4,800；或总处理性能 \geq 1,600 且性能密度 \geq 5.92。更多信息请见我们此前发布的文章 [《当交易遇见管制（3）：还能买算力吗？— 美国近期针对中国芯片行业的出口管制规则梳理》](#)；
- (4) 制造符合以下任一项标准的集成电路：
- 使用非平面晶体管架构或生产技术节点为 16/14 纳米或更低的逻辑集成电路，包括全耗尽型硅绝缘体（FDSOI）集成电路；
 - 128 层或更多层的与非门（NAND）存储器集成电路；
 - 采用 18 纳米半间距或更小技术节点的动态随机存取（DRAM）存储器集成电路；
 - 用镓基化合物半导体制造的集成电路；
 - 使用石墨烯晶体管或碳纳米管的集成电路；或
 - 在 4.5 开尔文或更低温度下工作而设计的集成电路。
- (5) 使用先进封装技术的集成电路封装；
- (6) 开发、安装、销售或生产由先进集成电路支持的超级计算机，该超级计算机可在 41,600 立方英尺或更小的空间内提供 100 或更多双精度（64 位）Petaflops 或 200 或更多单精度（32 位）Petaflops 的理论计算能力。

（三）量子信息技术

无通知类，均为禁止类，包括：

1. 开发量子计算机或生产量子计算机所需的关键部件，如稀释制冷机或两级脉冲管式低温冷却器；
2. 开发或生产设计用于或计划用于军事、政府情报或大规模监控最终用途的量子传感平台；
3. 开发或生产设计用于或计划用于以下目的的量子网络或量子通信系统：
 - (1) 建立网络以扩大量子计算机的能力，例如用于破解或破坏加密；
 - (2) 安全通信，如量子密钥分发；或
 - (3) 任何其他具有军事、政府情报或大规模监控最终用途的应用。

（四）其他禁止类

落入以下美国出口管制或制裁清单的主体，只要从事受限业务（无论是禁止类还是通知类），则与其相关的受限交易均属于禁止类：实体清单（Entity List）、军事最终用户清单（Military End User List）、军事情报最终用户（Military Intelligence End-User）、SDN、NS-CMIC、被指定为外国恐怖组织（关于该

等清单的介绍请见我们此前发布的系列文章《[当交易遇见管制](#)》和《[当交易遇见制裁](#)》。这一点也是本次 NPRM 新加入的机制。

二、受限交易（Covered Transaction）

（一）一般受限交易

一般受限交易为美国主体（U.S. Person）对受限主体（Covered Foreign Person）进行的股权或类股权投资交易。美国主体包括美国公民、永久居民、根据美国法律设立的实体，包括其外国分支机构（Foreign Branch），以及美国境内的任何人。受限主体为从事受限业务（即本文第一部分所述的禁止类和通知类业务）的中国主体及其特定股东（具体判断标准见后文）。

具体而言，一般受限交易包括美国主体直接或间接：

1. 收购受限主体的股权或或有股权（或相当于股权或或有股权的权益），且美国主体在收购时知悉（具体判断标准见后文）其为受限主体。
2. 向受限主体提供借款或类似债务融资安排，且美国主体在提供时知悉其为受限主体，且该等债务融资：
 - (1) 可转换为股权；
 - (2) 赋予或将赋予美国主体对受限主体或代表受限主体做出管理决策的权利，或任命董事会（或同等机构）成员的权利。
 3. 将或有股权（或等同于或有股权的权益）或债务转换为受限主体的股权，且美国主体在转换时知悉其为受限主体。
 4. 在中国收购、租赁或以其他方式开发业务、土地、财产或其他资产，而美国主体知悉这将导致，或美国主体计划导致：
 - (1) 受限主体的设立；
 - (2) 中国主体从事其此前未从事的受限业务。

相较于之前的行政令而言，受限交易新增了上述第 4 项，根据 NPRM 的解释，该项主要是为了将通过绿地投资的方式（Greenfield Investment）从事受限业务的情况囊括在内，且该等绿地投资包括两种情形，新设一家从事受限业务的实体或将现有实体的业务转为受限业务。根据该项，假设一名美国创始人在中国设立公司计划从事受限业务，或其在中国的现有公司新从事受限业务，将可能落入受限交易，从而取决于具体的受限业务将被禁止或需要通知。

（二）美国 LP 投资于基金

关于美国 LP 对基金的投资，和此前行政令类似，NPRM 作出了特别规定。这也是为了避免对美国 LP 作为被动财务投资人投资于基金造成过于宽泛的限制。

首先，美国主体作为风险投资基金、私募股权基金、Fund of Funds (FoF) 或其他集合投资基金 (Pooled Investment Fund) 的有限合伙人 (LP) 或同等权益人，对该基金的投资在符合全部以下条件时才属于受限交易：

1. 该基金自身不是美国主体（因为属于美国主体的基金自身直接会受到限制）；
2. 该美国 LP 在投资该基金的时候知悉该基金很可能会投资于半导体和微电子、量子信息技术或人工智能行业的中国主体；并且
3. 该基金后续也确实进行了如果是美国主体从事则会构成受限交易的交易。

其次，符合一定条件的美国 LP 对基金的投资属于豁免的情况（前提是美国 LP 本身不应在受限主体中有特殊股东权利³）。NPRM 提供了两种方案（尚未确定用哪一种）：

方案一（符合下述全部条件的 LP）：

1. LP 的出资仅为资本，并且 LP：
 - (1) 不承担出资以外的基金的任何债务或其他财务责任；
 - (2) 不能批准、否决或以其他方式影响或参与基金的投资决策；
 - (3) 不能批准、否决或以其他方式影响或参与普通合伙人（GP）、管理成员或与基金所投资实体相关的同等人员的决策；
 - (4) 不能单方解聘、阻止解聘、选择基金的 GP、管理成员或同等人员，或决定其报酬；并且
 - (5) 由于其 LP 身份或任何其他合同关系，不能参与、也无权或无能力影响基金所投资的任何受限主体的决策或运作。

（NPRM 进一步说明，如 LP 只是参与基金的咨询委员会或其他委员会，而实际没有上述权力，不会导致 LP 被认定为有上述情况。）

2. LP 的承诺出资不超过基金管理资产总额的 50%，包括组成基金的所有投资和共同投资主体的资产总额；或者如果基金不是美国主体或其控制的外国实体，LP 已获得具有约束力的合同保证，即其出资不会被用于会导致 LP 间接进行禁止类交易的交易。

方案二：

在构成该基金的任何投资和共同投资主体中，该 LP 的承诺出资合计不超过 100 万美元。

上述方案一和方案二看起来是完全不同的两个方向，按照方案二的要求，规模较大的基金的 LP 可能都难以利用该等豁免；而按照方案一的要求，则只要出资不超过基金规模的 50% 且不参与决策和管理则都能豁免，这个方案相对而言就会宽松很多。

（三）和中国主体组建 JV

和中国主体共同组建 Joint Venture（JV），无论该 JV 位于何处，且美国主体在参与时知悉该 JV 将从事，或美国主体计划从事受限业务。就本项受限交易而言，无论 JV 位于何处，也无论参与 JV 的其

³ 如果一项投资赋予美国主体的权利超出了对受限主体的标准少数股东保护，则该投资不属于豁免交易。此类保护包括：

- (1) 有权阻止出售或抵押全部或大部分资产或自愿申请破产或清算；
- (2) 有权阻止与多数投资者或其关联方签订合同；
- (3) 有权阻止为多数投资者或其关联方的债务提供担保；
- (4) 有权购买额外权益，以防止其权益被稀释；
- (5) 有权阻止改变少数投资者持有的特定类别股票的法定权利或优先权；
- (6) 有权阻止就上述事项修改相关主体章程或其他组织文件。

他中国主体本身是否从事受限业务。

（四）受限主体（Covered Foreign Person）

1. 从事受限业务（即本文第一部分所述的禁止类和通知类业务）的中国主体。中国主体包括：

- (1) 中国公民或永久居民（美国公民或永久居民除外）；
- (2) 主要营业地（管理层指挥、控制或协调实体活动的主要地点，就投资基金而言，是指普通合伙人、管理成员或同等人员指挥、控制或协调基金活动的主要地点）、总部（目前尚未给出明确的定义）在中国或根据中国法律设立的实体；
- (3) 中国政府或其直接或间接控制的实体（持有 50%或以上股权、表决权或董事会表决权或通过其他方式有权指示该实体的管理和政策）；
- (4) 上述（1）、（2）、（3）中的主体单独或合计、直接或间接持有 50%或以上股权、表决权或董事会表决权的实体；
- (5) 上述（4）中的主体单独或合计、直接或间接持有 50%或以上股权、表决权或董事会表决权的实体。

从上述规定可见，**即使是一家外国公司，如果中国人、中国公司或主要营业地、总部在中国的公司持有该外国公司 50%或以上股权、表决权或董事会表决权，那么该外国公司从事受限业务，美国主体对该外国公司进行了股权投资等受限交易，则也会受到管辖。**

2. 上述中国主体的特定股东，即直接或间接持有中国主体的股权、表决权、董事席位，或通过合同安排（包括 VIE）有权指示中国主体的管理或政策的主体，且该主体：

- (1) 从中国主体中获得其营收或净收入的 50%以上（单独或合计）；或
- (2) 其资本支出或运营支出的 50%以上通过中国主体产生（单独或合计）。

上述数据应基于交易发生时该主体最近一年的经审计的年度财务报表进行计算。如果没有经审计的财务报表，则应使用最新的未经审计的财务报表。**在受限主体为上述特定股东时，并未要求其直接从事受限业务，也就是说只要美国主体对上述特定股东进行了股权投资等受限交易，就会受到管辖。但 NPRM 仅明确了在相关中国主体从事禁止类业务的情况下，对上述特定股东的受限交易也是禁止类的；未明确在相关中国主体从事通知类业务的情况下，对上述特定股东的受限交易是否也是通知类的（我们理解本意应该是属于）。**

3. 就上述 JV 相关的受限交易而言，任何参与 JV 的中国主体。

（五）知悉（Knowledge）

在上述受限交易中，美国主体“知悉”相关情况是一个重要的构成要件，如果美国主体不知悉相关情况，则美国主体从事的相关交易不会构成受限交易。

根据 NPRM 给出的定义，“知悉”包括：实际知道某个事实或情况存在或几乎确定会发生；意识到某个事实或情况很有可能存在或未来会发生；或者有理由知道某个事实或情况的存在。

NPRM 也提供了“知悉”的评估方法，即评估美国主体基于合理和尽职的调查而掌握或本可以掌握的信息；如果美国主体未能进行合理和尽职的调查，则可能被评估为有理由知悉相关情况。NPRM 进一步提供了判断美国主体是否进行了合理和尽职的调查的相关考量因素，包括：

1. 对投资标的和相关交易方的调查；
2. 要求投资标的和相关交易方就不属于受限交易和受限主体作出的合同上的陈述和保证；
3. 为获取和审查与确定是否属于受限交易以及受限主体相关的非公开信息所做的努力；
4. 可获得的公开信息，为获得和审查这些信息所做的努力，以及在交易时可获得的其他信息与这些公开信息一致或不一致的程度；
5. 是否故意避免了解或分享相关信息；
6. 是否存在警示信号，其中可能包括投资标的或相关交易方对问题的回避或不回应，或拒绝提供信息、合同上的陈述或保证；
7. 使用公共和商业数据库来识别和核实投资标的或相关交易方的相关信息。

（六）受限交易的豁免

除上述美国 LP 投资于基金相关的豁免之外，美国主体的如下投资也不属于受限交易（仅列举几个常见的豁免，并非全部）：

1. 根据 2023 年 8 月 9 日(即行政令发布)之前已订立的有法律约束力的尚未履行的出资承诺(Binding, Uncalled, Capital Commitment)而进行的交易，即使在正式立法生效之后完成，则会被豁免。这里 NPRM 只明确指出了未履行的出资承诺这个情况，鉴于受限交易还包括其他情况（比如转股、开发业务或资产、组建 JV），这些交易如果是在行政令发布之前订立的合同，是否能够被豁免，尚不确定；
2. 收购某个实体中所有中国主体持有的全部股权或其他权益，并且收购完成后，该实体不构成受限主体；
3. 投资于公开交易的证券，或以下公司发行的证券或其衍生产品：投资公司（Investment Company）⁴，如指数基金（Index Funds）、共同基金（Mutual Funds）或交易所交易基金（Exchange Traded Funds），或商业发展公司（Business Development Company）⁵；
4. 在由银团以参与贷款的方式提供的贷款或类似融资安排中，因违约或其他情况而导致美国主体获得受限主体的投票权，前提是银团中的美国主体不能自己对债务人采取任何行动，并且在银团中不发挥主导作用。

三、美国主体的义务和罚则

（一）禁止类交易

1. 美国主体不得从事禁止类交易。
2. 美国主体应采取一切合理措施（Take All Reasonable Steps）阻止其控制的外国实体（Controlled Foreign Entity）从事禁止类交易。

⁴ 《1940 年投资公司法》第 3(a)(1)条所定义的、已在美国证券交易委员会注册的。

⁵ 根据《1940 年投资公司法》第 54 条选择成为的。

美国主体控制的外国实体：

- (1) 美国主体直接或间接持有该外国实体超过 50%的表决权或董事会表决权⁶；
- (2) 美国主体是该外国实体的普通合伙人（GP）、管理成员（Managing Member）或同等人员；
- (3) 该外国实体是集合投资基金（Pooled Investment Fund），而美国主体是其投资顾问（Investment Adviser）⁷。

判断美国主体是否采取了一切合理措施应考虑如下因素且应根据相关事实和情况整体考量是否合理：

- (1) 美国主体与其控制的外国实体之间就遵守本规定所签署的协议；
 - (2) 美国主体在其控制的外国实体拥有和行使治理和股东权利的情况；
 - (3) 美国主体及其控制的外国实体为遵守本规定所制定和实施的定期培训和内部报告要求；
 - (4) 美国主体及其控制的外国实体实施适当的有记录的内控措施的情况，包括定期进行内部审查的内部政策、程序或指导方针；
 - (5) 对内部政策、程序或指导方针实施有记录的测试和/或审计程序。
3. 美国主体不得在明知的情况下指示（Knowingly Direct）非美国主体进行禁止类交易。在明知的情况下指示是指美国主体有权单独或作为团体的一部分代表非美国主体做出或实质上参与决定（如果美国主体在非美国主体中担任高管、董事、高级顾问或拥有其他高级权力，则被视为其拥有该权力），并且行使该权力来指导、命令、决定或批准非美国主体进行交易。虽然美国主体拥有该权力，但如果其在相关的交易中已回避，则不被视为其行使了该权力。基于这个规定，如果基金中有美国主体担任高管、董事等高级职位或美国主体做出或参与基金投资决策（比如投资决策委员会成员），该等美国主体需要注意对于基金参与的禁止类交易的决策应当回避，否则可能构成违规。

（二）通知类交易

1. 美国主体从事通知类交易应按规定向财政部提交通知。
2. 美国主体控制的外国实体从事通知类交易，该美国主体也应按规定向财政部提交通知。
3. 如果在交易完成后美国主体实际知悉（Actual Knowledge）该等交易本应构成受限交易（无论是禁止类还是通知类），该美国主体应尽快且不晚于知悉后 30 日按规定向财政部提交通知。

（三）其他报告义务

任何主体都需要向财政部提供其不时要求的受限交易相关的信息。

（四）罚则

⁶ 在多层股权架构中，还应考虑如下因素：

- (1) 如果为母公司和子公司的关系（持有的表决权或董事会表决权超过 50%），则母公司应被视为持有子公司的全部表决权或董事会表决权；
- (2) 如果不是母公司和子公司的关系，那么间接持有的下层实体的表决权或董事会表决权应按比例计算；
- (3) 如同时直接以及间接持有表决权或董事会表决权，则需要累计计算。

⁷ 定义见《1940 年投资顾问法》15 U.S.C. 80b-2(a)(11)。

根据不同的违规情况或规定，可能产生不同的罚则，包括但不限于民事责任：不超过一定金额的民事罚款（25 万美金或相关交易金额的两倍，孰高）；刑事责任：不超过 100 万美金的罚金，和/或不超过 20 年监禁；撤销正式立法生效之后进行的禁止类交易等。

四、如何应对？

（一）从美元基金的角度

1. 建议美元基金与其律师等专业顾问沟通，尽量在征求公众意见期间（截至美国时间 2024 年 8 月 4 日），通过其自身或其专业顾问官方渠道尽量反映其关心的立法细节问题和意见，包括但不限于就美国 LP 对基金投资的豁免情形，尽量选择 50% 的标准而非 100 万美金的标准，尽量要求排除不论用途地加入大模型开发作为受限制交易等；
2. 对照禁止类和通知类业务，对于此类行业的新投资尽量谨慎，尽量避免投资禁止类和通知类业务，否则均可能被要求提供相关信息，且该等信息提供的范围可能是不确定的，美国政府有自由裁量权；
3. 对高风险行业的新投资履行 NPRM 中指出的合理和尽职的调查，并留存相关信息和资料，以避免被认定为“知悉”相关受限交易的情况；
4. 注意基金内部美国主体的相关义务，包括如果 GP 本身为美国主体，则基金可能会构成其控制的外国实体，那么 GP 对于基金从事禁止类交易有采取一切合理措施阻止的义务，对于基金从事通知类交易也负有通知义务；如果基金的投资决策委员会、董事、高管中有美国主体，其参与基金从事禁止类交易的决策也是不允许的；
5. 从长远考虑，考虑到后续美国政府可能会据此要求美元基金的境内主体或人员配合提供相关境内项目信息以及中国法律对此的要求，建议提高中国法下的合规意识，寻求专业数据律师的建议，评估中国法下数据出境或国家安全的潜在影响。

（二）从创业公司的角度

1. 对照禁止类和通知类业务，结合自身情况，寻找适合企业特点的投资人组合，考虑后续进一步脱钩的风险；
2. 接受美元基金投资人的投资，注意与投资人诚意沟通信息权的边界与可能向境外提供信息的风险，合理保护自身商业秘密及其他重要信息；
3. 注意公司内部美国主体的相关义务（比如创始人或高管有美国籍或绿卡），如果创始人本身为美国主体，则创始人通过中国公司开展禁止类业务本身可能会被禁止，对于中国公司从事通知类业务也负有通知义务（虽然正式立法生效之前的业务可能会不受影响，但也需要考虑后续的信息披露和数据出境风险，以及公司业务进一步扩展的限制）。

（三）从人民币基金的角度

1. 对照禁止类和通知类业务，如果投资标的属于相关业务，则后续被投资企业引入美元投资人时应注意判断潜在的风险；
2. 如果投资标的属于相关业务且创始人自身为美国主体或存在美元投资人，正式立法生效之前的业

务可能会不受影响，但需要考后续的信息披露和数据出境风险，以及被投企业的业务进一步扩展的限制。

敬请注意，本文中涉及境外的内容，系我们根据境外当地公开可查的法律法规、案例、文件、文章和报道，及我们的实践经验编写，不代表我们有资质就该等资料进行审查或者发表意见，本文章不构成我们的任何法律意见。

2、汉坤企业出海系列：法律视角下的“出海”（一） — 出海演进概览以及出海架构选择

作者：李朝应 | 肖园艳

近年来，随着国内市场竞争激烈、行业过剩、市场逐渐饱和等问题，中国企业在国内的发展空间变得越来越有限。出海可以帮助企业拓展新的市场，获得更多的机会和资源；出海还可以降低企业面临的风险，提高企业的国际竞争力，为企业在国际市场上拥有更大的话语权。因此，对许多中国企业而言，出海已经成为其发展战略规划中的一个重要方面。

然而，出海并非易事，除需考虑错综复杂的地缘政治环境影响外，不同国家有着不同的文化背景、商业环境、风土习俗、消费习惯以及法律法规，这更加需要企业在前期进行充分的准备和规划，以期顺利开展海外业务。我们拟通过本系列文章将中国企业出海从法律层面应注意的事项进行宏观的介绍和汇总，以供参考。

本系列文章将综合概述出海演进过程，探讨中国企业在不同阶段面临的架构选择和热门境内外法律问题，为中国企业在复杂的国际环境更好的决策提供思路和参考。本文为本系列文章的第一篇，我们梳理了出海的演进阶段，并介绍常见的出海项目的架构类型。

一、出海的演进

中国企业出海模式可以大致按照产品出海、资本出海和业务出海进行区分：早年间，依托于国内供应链、基础设施建设以及物流等领域优势，中国企业更多以产品出海的模式走出国门，即通过传统的国际贸易模式出口国内产品；随后在资本出海阶段，中国企业通过引入境外资本，比如搭建红筹结构等方式获取外汇投资，将其境外融资款注入至国内进行主营业务发展；而近年兴起的业务出海模式，企业通过海外并购、建立海外分支机构、与当地合作伙伴进行合作、品牌授权等方式来扩大业务范围和市场份额。

（一）产品出海

中国企业早期主要依靠出口国内制造产品来拓展海外市场，即传统外贸模式下以海运、空运或者陆运等方式进行货物的进出口贸易。这种出海模式通过大规模生产低成本产品，以价格优势占据市场份额，同时存在交易周期长、风险较高等特点。

产品出海比较典型的案例是早期的华为，在九十年代初期开始通过出口手机设备进入海外市场；又如小米于 2014 年进军印度市场，在印度市场推出了定制版的手机，成功打入印度市场。

（二）资本出海

资本出海模式指的是中国企业通过引入境外资本的方式来获取外汇投资，并将海外融资款用于中国企业的境内主营业务发展。其中，搭建红筹结构是一种常见的方式，通过逐层设立境外控股公司，吸引外国投资者参与企业的境外股权投资，并将这些境外融资款下沉投入至外商投资企业注册资本金，用于国内业务扩大生产规模、研发新产品、开拓新市场等。

通过资本出海模式获得成功的案例不在少数，为公众所熟知的 BAT、新浪等互联网企业均系在资本出海模式下从初创公司成长为互联网巨头的案例。

（三）业务出海

业务出海为近年来兴起的出海模式，随着中国经济的不断发展，传统制造业出口模式受到国际市场竞争激烈和劳动力成本上升的挑战，逐渐失去竞争优势，一些企业开始转向出口服务和知识产权模式。这种模式强调技术、品牌和服务的价值，是中国经济结构转型和市场需求变化的结果。

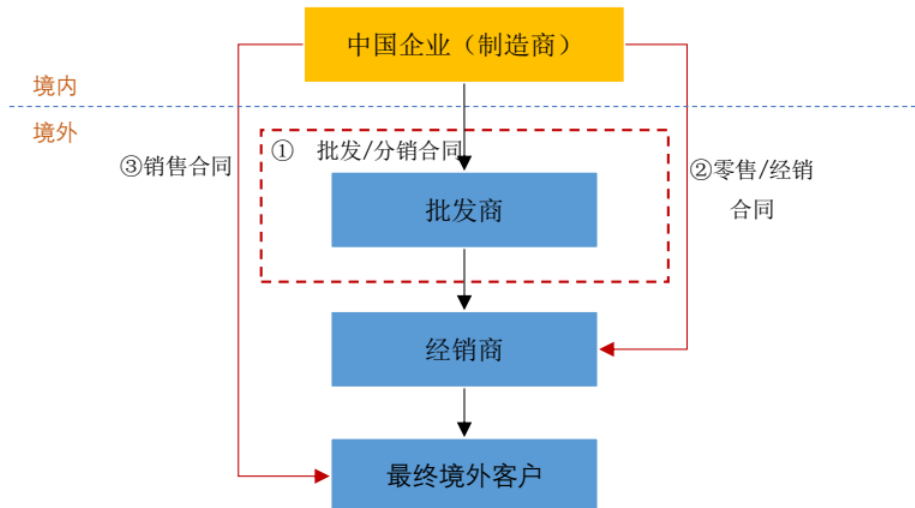
以 2023 年在 A 股市场表现亮眼的宇通客车为例，宇通客车于 2023 年国内销售营业收入比上年减少 1.71%，而其 2023 年海外销售营业收入较 2022 年增加 85.98%。公司在其 2023 年年度报告⁸里明确提出：“近年来，公司正在从‘制造型+销售产品’企业向‘制造服务型+解决方案’企业进行转型。独创中国制造出口的‘宇通模式’，成为中国汽车工业由‘产品输出’走向‘技术输出和品牌授权’的业务模式创新典范，帮助部分国家建立本地客车制造能力”。由此可见，新型业务出海模式下，中国企业亦可通过技术输出和品牌授权的模式成功实现业务出海的目标。

除了上述技术输出和品牌授权模式外，亦有不少中国企业通过海外并购、新设海外分支机构以及与当地合作伙伴进行合作的模式进行出海，例如海尔集团收购美国 GE 家电业务、美的收购东芝家电、芯碁微装拟于泰国注册设立子公司等。

二、出海的架构选择

（一）产品出海

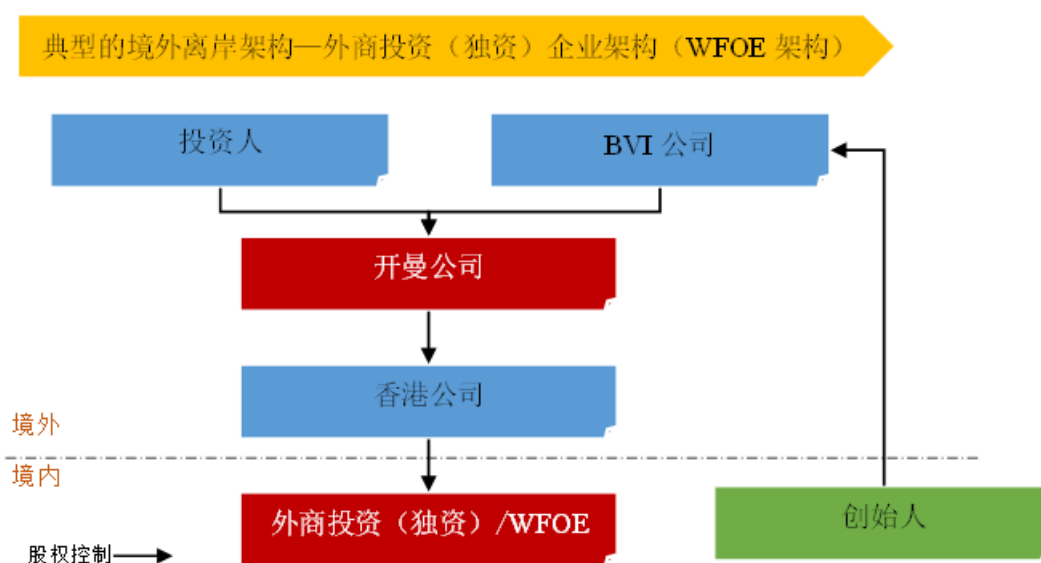
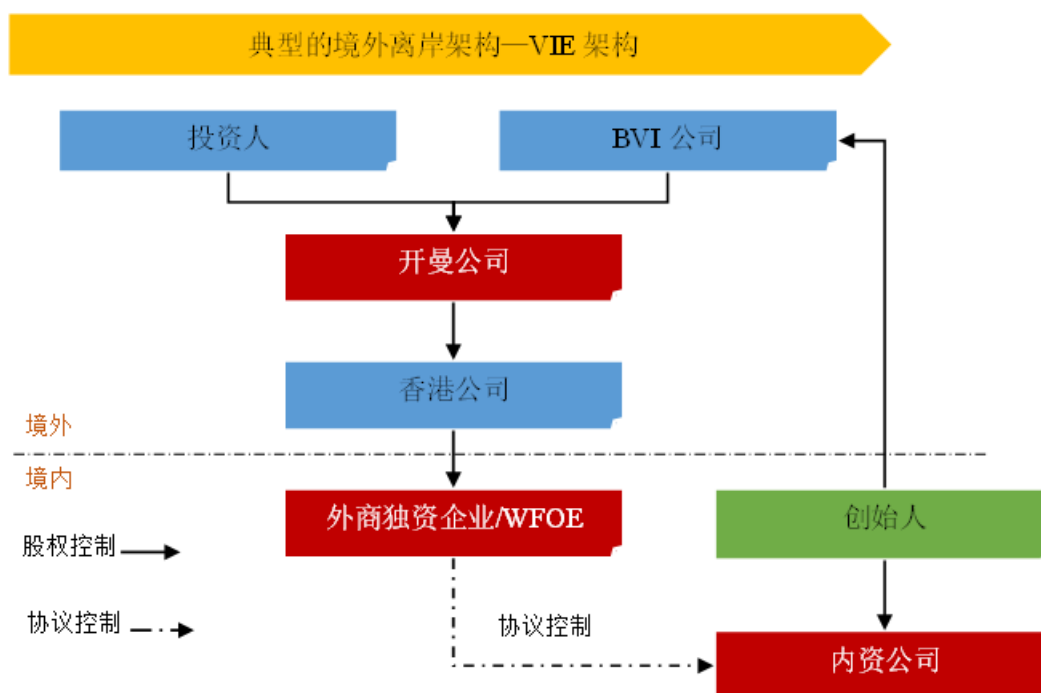
常见的产品出海架构如下图所示（本质为合同关系）：



（二）资本出海

常见的资本出海架构如下所示：

⁸ 可参见宇通客车 2023 年年度报告第 7 页：
<https://www.yutong.com/res/res/2024/4/2/2024/1f3d7b06ce074e5e1c1a3b3069b2b1d5.pdf>。

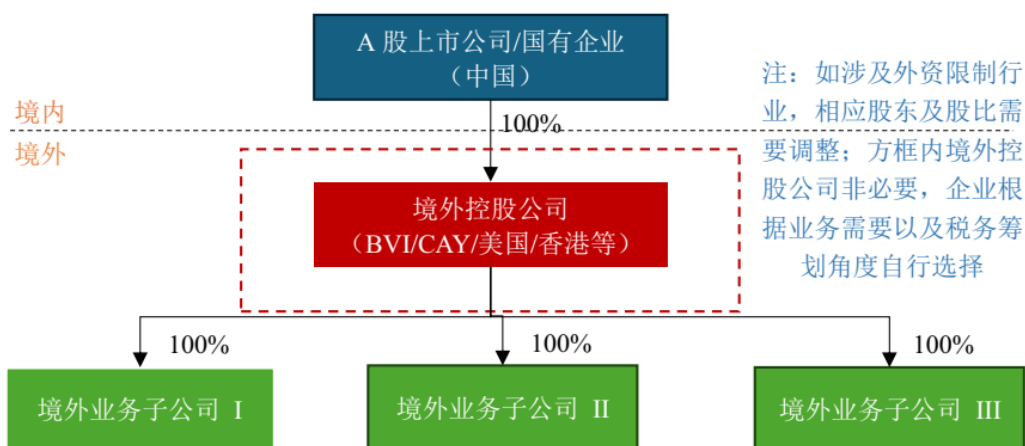


（三）业务出海

业务出海模式需要综合企业本身股权结构、当地运营业务模式等多重因素进行考虑。以下根据进行融资和上市的最上层控股公司（“**控股公司**”）是设立在中国境内的境内架构还是设立在中国境外的境外架构进行简单区分：

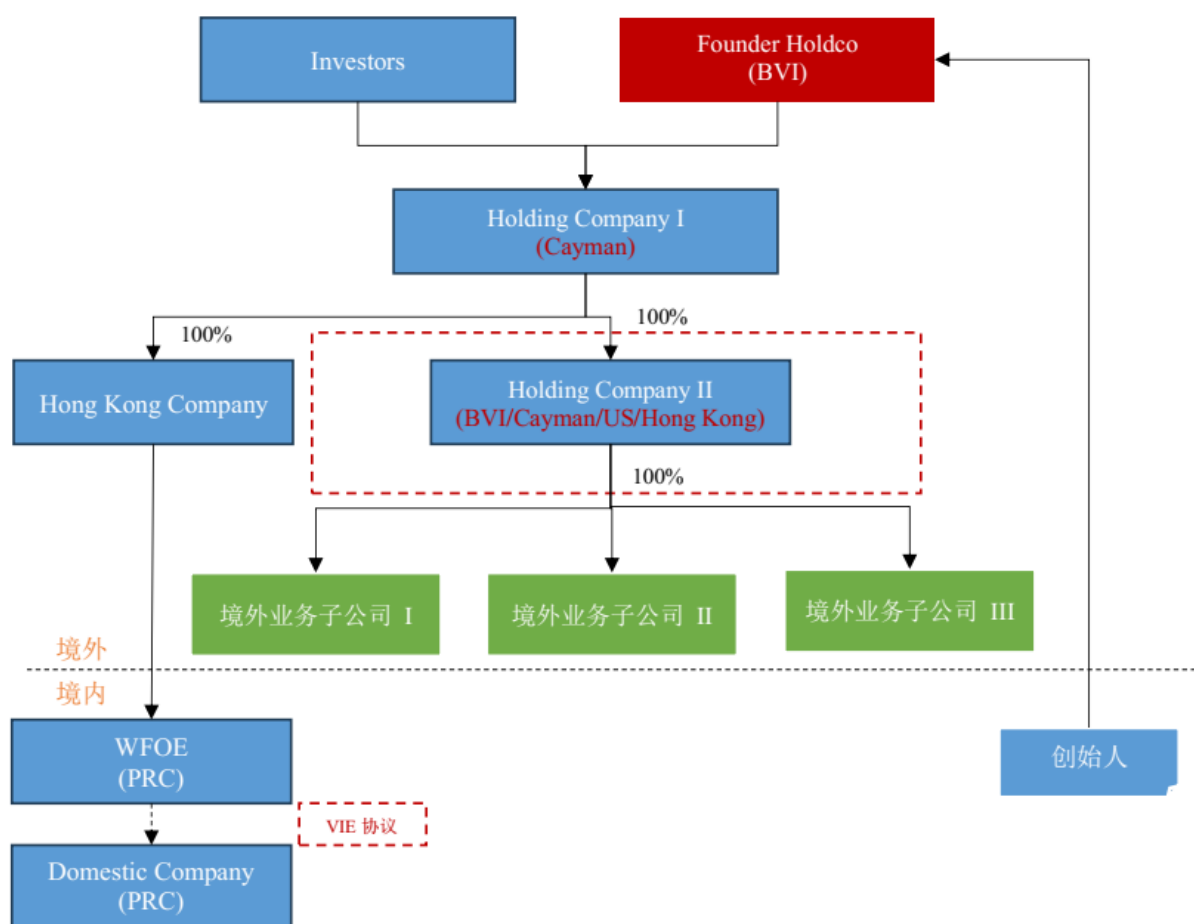
1. 控股公司为 A 股上市公司或国有企业

在此情形下，股权架构一般为通过 ODI 方式对外设立境外子公司，如下图所示：



2. 控股公司为个人民营企业或红筹架构

在此情形下，股权架构一般为直接在海外注册境外业务子公司，如下图所示：



注：如涉及外资限制行业，相应股东及股比需要调整。

方框内境外控股公司 II 非必要，出海企业根据业务需要以及税务筹划角度自行选择。

3、汉坤企业出海系列：法律视角下的“出海”（二） — 出海有关的几个热门中国法律问题（上）

作者：李朝应 | 肖园艳

本文为本系列文章的第二篇，简要介绍了出海相关的两个热门中国法律问题，即就资本和业务出海的兼顾、业务出海和国内的兼顾两个方面进行介绍。

一、资本出海和业务出海的兼顾

对拟进行出海的中国企业（“出海企业”）来说，去哪里上市、以何种形式上市需尽早提上议程，这也关系到企业在前期的融资规划，避免后续进行重组涉及资金流转、税务成本以及外资准入限制等因素给出海企业带来成本和损失。

整体而言，出海企业应综合考虑以下几个因素来判断选择架构搭建和上市地：公司所处行业类型（外资准入限制，公司所主推的概念、技术和发展模式、同类型公司的架构参考）、上市门槛、资本市场的喜好、规模、流动性和估值高低、公司股东背景（现有股东是否为中国国籍、是否有国企持股）、政府审批、重组（并购的便利性；企业自身是否还需要对外投资/并购）、海外市场的品牌效应等。

以下通过进行融资和上市的最上层控股公司（“控股公司”）是设立在中国境内的境内架构还是设立在中国境外的境外架构进行区分介绍⁹：

（一）以境内上市为目标的境内架构

出海企业应根据自身情况及境内各上市板块的定位、发行上市条件设置评估判断及规划其上市选择，特别是基于企业的所属行业及业务特性（是否符合产业政策、是否符合板块定位）、是否盈利（抑或预期能够实现盈利的时间及数额）、是否需维持红筹架构或差异化表决权结构、预计能够达到的市值及财务指标等方面予以考虑：

板块	定位
主板 — “大盘蓝筹”	<ul style="list-style-type: none"> ■ 突出“大盘蓝筹”特色 ■ 重点支持业务模式成熟、经营业绩稳定、规模较大、具有行业代表性的优质企业
科创板 — “硬科技”	<ul style="list-style-type: none"> ■ 面向世界科技前沿、面向经济主战场、面向国家重大需求 ■ 优先支持符合国家战略，拥有关键核心技术，科技创新能力突出，主要依靠核心技术开展生产经营，具有稳定的商业模式，市场认可度高，社会形象良好，具有较强成长性的企业
创业板 — “三创四新”	<ul style="list-style-type: none"> ■ 主要服务成长型创新创业企业 ■ 深入贯彻创新驱动发展战略，适应发展更多依靠创新、创造、创意的大趋

⁹ 境内架构亦可于境外上市（如 H 股），境外架构亦可于境内上市（如 CDR 模式），此处分类仅以市面上更惯常的操作路径为示例。

板块	定位
	势，支持传统产业与新技术、新产业、新业态、新模式深度融合
北交所 — “创新型中小企业”	<ul style="list-style-type: none"> ■ 主要服务创新型中小企业，重点支持先进制造业和现代服务业 ■ 推动传统产业转型升级，培育经济发展新动能，促进经济高质量发展

（二）以境外上市为目标的境外架构

与境内上市的考虑因素类似，出海企业亦需综合境外各上市板块的定位、发行上市条件等因素进行综合考虑，以下表格就中国企业常见的境外上市交易所选择地以及定位进行简要总结：

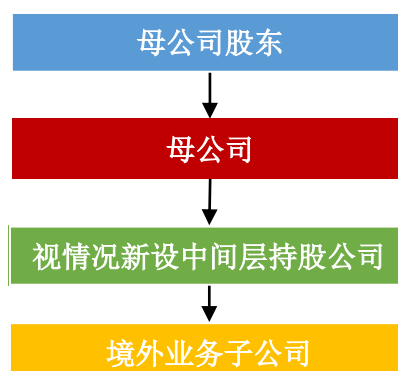
板块	定位
美国纽交所	<ul style="list-style-type: none"> ■ 全球性大市值蓝筹股市场
美国纳斯达克	<ul style="list-style-type: none"> ■ 全球型高增长企业股票市场 ■ 是较多互联网企业的首选上市地点
香港联交所主板	<ul style="list-style-type: none"> ■ 类似国内主板，适合发展成熟的企业，寻求在主板上市的公司必须达到一定准入门槛
香港 GEM	<ul style="list-style-type: none"> ■ 适合处于快速成长阶段的企业需要，准入门槛有所放宽

二、业务出海和国内架构的兼顾

就出海企业如何兼顾承载国内既有业务的股权架构与承载海外业务的股权架构，我们总结了如下三种不同的操作路径¹⁰：

（一）母子公司关系

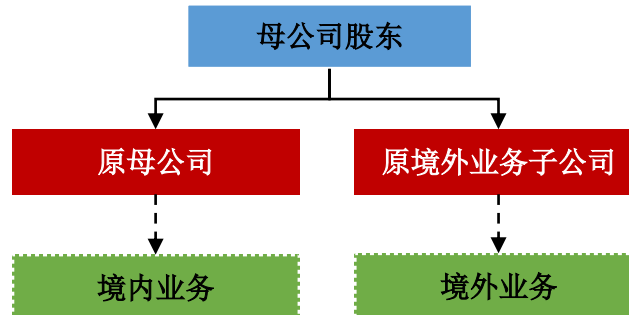
指运营既有国内业务的控股公司（下称“**母公司**”）通过其控制的子公司（下称“**境外业务子公司**”）直接从事海外业务模式。两个公司仍为上下层架构，即母子公司关系，最终股权架构如下图所示：



（二）兄弟公司关系

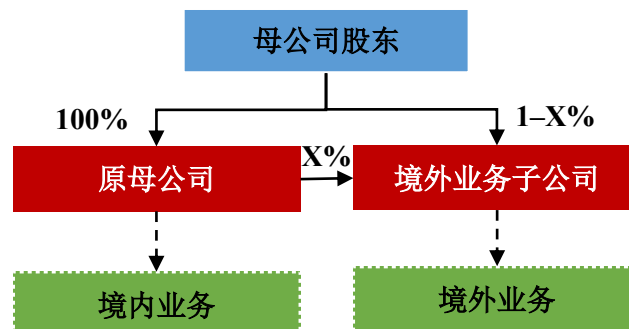
¹⁰ 本部分侧重于以示意图介绍境内外业务兼顾的股权结构模式，具体就出海企业控股公司系为境内架构还是境外架构原理上类似，区别见本系列第一篇文章介绍内容，此处不再赘述。

指母公司通过将其在境外业务子公司中所拥有的股份，按比例地分配给母公司现有的股东，从而在股权上和组织上将境外业务子公司从母公司的体系中分离出去。原母公司不再持有拟从事境外业务子公司的股份，两个公司为平行架构，即兄弟公司关系，最终股权架构如下图所示：



(三) 混合关系

指母公司通过将其在子公司中所拥有的股份，按比例地分配给母公司现有的股东，从而在股权上和组织上将子公司从母公司的体系中分离出去，但母公司或母公司控股子公司，仍会持有境外业务子公司股权，最终股权架构如下图所示：



就以上三种不同的股权架构形式，出海企业可以综合对集团公司经营业务影响、估值影响、业务架构切分等因素进行综合选择。

4、中国颁布刑事司法协助新规，助力跨境刑事涉案资产追索

作者：廖荣华¹¹

当前犯罪分子在全球范围内转移藏匿涉案资产的方式日益复杂和迅速，跨境追赃更加需要不同国家之间紧密有效的刑事司法协助。中国国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、外交部、公安部、国家安全部及司法部于 2024 年 4 月 22 日联合颁布了《关于实施〈中华人民共和国国际刑事司法协助法〉若干问题的规定（试行）》（以下称“《实施规定》”），自发布之日起正式实施，这是中国自 2018 年 10 月《中华人民共和国国际刑事司法协助法》（“《刑事司法协助法》”）颁布以来，首次专门在国际刑事司法协助领域制定的实施细则。本文将结合作者在跨境资产追索领域的实务经验，立足跨境刑事涉案资产追索有关问题，对《实施规定》的相关内容进行评述。

一、《实施规定》出台前中国刑事司法协助的立法现状

在国内法层面，中国在《实施规定》出台之前，针对国际刑事司法协助事宜仅有《刑事司法协助法》这一部综合性专门规范，其余相关条款散见于《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下称“《刑事诉讼法》”）、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下称“《刑事诉讼法解释》”）、《人民检察院刑事诉讼规则》、《公安机关办理刑事案件程序规定》以及《中华人民共和国监察法》（以下称“《监察法》”）等法律法规之中。

具体而言，在《刑事司法协助法》中，中国可向外国提供的刑事司法协助包括送达文书，调查取证，安排证人作证或者协助调查，查封、扣押、冻结涉案财物，没收、返还违法所得及其他涉案财物，移管被判刑人等，其中“查封、扣押、冻结涉案财物”、“没收、返还违法所得及其他涉案财物”便是外国在中国追索刑事涉案资产的重要法律依据和行动基础。

相较于《刑事司法协助法》的概括性规定，《刑事诉讼法解释》、《人民检察院刑事诉讼规则》、《公安机关办理刑事案件程序规定》及《监察法》主要是基于人民法院、人民检察院、公安机关及监察委等不同主体，对国际刑事司法协助予以规范和细化。

在国际法层面，截至 2024 年，中国已与超过 60 个国家签署双边刑事司法协助条约，与 17 个国家签署移管被判刑人员条约，加入包含司法协助、引渡等内容的近 30 项国际公约，其中涉及赃款赃物、受害人财产返还、犯罪所得和犯罪工具没收等协助内容，亦可以成为相应缔约国向中国请求刑事涉案资产追索相关司法协助的依据。

二、《实施规定》出台前中国跨境追索刑事涉案资产现状及问题

（一）《实施规定》出台前，中国跨境追索刑事涉案资产现状

无论是中国向外国请求协助追索刑事涉案资产，还是中国协助外国追索刑事涉案资产，实践中均存在诸多障碍，执行情况都不算理想。关于中国协助外国在境内追索刑事涉案资产的实例，从公开可查询的信息来看数量不多，外国请求中国提供协助因各种程序或实体阻碍而经常进展不顺。至于某些未与中国签署多边或双边国际条约的国家，则通常只能尝试通过外交途径请求中国协助，考虑到外交途径下互

¹¹ 实习生向亚飞、梅雨婷对本文的写作亦有贡献。

惠承诺以及政治因素等方面的影响，实践中公开的案例也不多见。

（二）《实施规定》出台前，在中国追索刑事涉案资产面临的问题

1. 协助追索的期限不明

在《实施规定》出台之前，与国际刑事司法协助相关的一般性时限规定可见于《公安机关办理刑事案件程序规定》第三百七十九条：“执行刑事司法协助和警务合作，请求书中附有办理期限的，应当按期完成。未附办理期限的，调查取证应当在三个月以内完成；送达刑事法律文书，应当在十日以内完成。不能按期完成的，应当说明情况和理由，层报公安部。”然而在国际刑事司法协助中，所关涉的部门并不局限于公安，所关涉事项也不局限于调查取证和刑事法律文书送达。因此《公安机关办理刑事案件程序规定》未能完全明确国际刑事司法协助办理时限问题。

总体而言，中国提供国际刑事司法协助的时限未有明确规定，案件办理周期往往较长。有实务人员指出，一起国际刑事司法协助案件从受理到办理完毕，通常需要 6 个月甚至 1 年左右的时间，某些案件甚至好几年都无法完成协助。

2. 协助追索的主管机关不明

根据《刑事司法协助法》，中国负责国际刑事司法协助的机关分为对外联系机关、主管机关和办案机关。《刑事司法协助法》第六条规定“国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等部门是开展国际刑事司法协助的主管机关”，第四十三条规定“主管机关经审查认为符合下列条件的，可以同意查封、扣押、冻结涉案财物，并安排有关办案机关执行”、第五十一条规定“主管机关经审查认为符合下列条件的，可以同意协助没收违法所得及其他涉案财物，并安排有关办案机关执行”、第五十三条规定“外国请求返还违法所得及其他涉案财物，能够提供确实、充分的证据证明，主管机关经审查认为符合中华人民共和国法律规定的条件的，可以同意并安排有关办案机关执行”，因此结合前后文，在外国请求中国协助追索财产时，国家监察委、最高院、最高检、公安部、国家安全部均属有权主管的机关，可能在权责划分上产生一定程度的模糊重叠。鉴于对外联系机关与主管机关之间并非上下级关系，对外联系机关无权“命令”主管机关受理，因此权责上的模糊重叠性可能导致各部门之间沟通不畅，影响程序的正常流转和衔接。

3. 中国境内机构、组织或个人拟对外提供协助时，程序设置不明

《刑事司法协助法》第四条规定，“非经中华人民共和国主管机关同意……中华人民共和国境内的机构、组织和个人不得向外国提供证据材料和本法规定的协助”，但如前所述，中国可能的主管机关较多，境内机构、组织或个人应通过何种形式途径，向哪一机关申请同意并不明确，这使得中国境内机构、组织或个人在面外国非经国际刑事司法协助合作途径提出的请求时，可能会无所适从。

三、《实施规定》的关键条款以及对跨境刑事涉案资产追索的影响

《实施规定》主要从程序层面对《刑事司法协助法》进行细化、补充和完善，主要如下：

（一）明确处理时限，给予外国期限预期

《实施规定》第六条、第七条首次明确了对外联系机关、主管机关以及办案机关在国际刑事司法协助事项处理上的处理时限；第十五条明确了工作机制办公室的审查期限。前述相关条款将协助事项区分为一般性事项和优先处理事项的情况下，对此两类事项在对外联系机关、主管机关和办案机关的办理时

限分别做出明确规定，并为“重大复杂”案件的时限做出例外的弹性规定。具体而言：

1. 根据《实施规定》第六条，优先处理事项主要包括“紧急”和“有重大影响或其他特殊情况”两类。对于优先处理事项，均要求在接收到相关事项起 30 日内处理完毕。
2. 对于一般事项，区分不同事项分别在 45 日和 90 日内处理完毕。
3. 对于重大复杂情况，不受规定的时限限制。

工作机制办公室则需要在收到符合《实施规定》第十四条所规定的证据出境申请时在 60 日之内审查完毕，告知申请人审查结果。

对外联系机关、主管机关以及办案机关协助事项及时限规定具体如下表：

机关	事项	时限
对外联系机关	收到外国刑事司法协助请求	45 日内处理完毕
	收到主管机关执行结果	45 日内处理完毕
	《实施规定》第六条所述情形： （一）需要紧急查封、扣押、冻结涉案财物或者没收违法所得及其他涉案财物的； （二）基于调查、侦查、起诉或者审理期限限制，确有必要紧急处理的； （三）涉及的案件具有重大影响或者其他特殊情形的	30 日内处理完毕
	需要采取紧急冻结等措施的	15 日内处理完毕
主管机关	收到对外联系机关转交的外国刑事司法协助请求	45 日内处理完毕
	收到办案机关执行结果	45 日内处理完毕
	《实施规定》第六条所述情形	30 日内处理完毕
	需要采取紧急冻结等措施的	15 日内处理完毕
办案机关	收到主管机关交办的外国刑事司法协助请求	90 日内提出处理意见或者执行完毕
	《实施规定》第六条所述情形	30 日内提出处理意见或者执行完毕
	需要采取紧急冻结等措施的	15 日内提出处理意见或者执行完毕
工作机制办公室	受理中国境内的机构、组织和个人为维护自身权益等目的主动向外国提供证据的申请	60 日内告知申请人审查结果
情况复杂需各部门协调的		不受上述时限限制

（二）强化对外联系机关、主管机关以及办案机关的程序衔接，提高程序运作可行性

1. 明确主管机关

《实施规定》在第四条、第十六条以及第十七条中，就主管机关的确定予以细化。其中第四条为概括性条款，要求考量“法律规定的职责分工、综合请求事项性质、案件所处诉讼阶段等”因素以确定主管机关；第十六条关于“外国请求协助查封、扣押、冻结涉案财物”，重申根据案件性质和所处的诉讼阶段，转交相应主管机关办理；第十七条关于“外国请求协助没收、返还违法所得及其他涉案财物”，明确外国提供其司法机关作出的生效没收令等法律文书副本时，转交最高人民检察院和最高人民法院办理。

目前在中国国内法层面，人民法院、人民检察院、公安机关、监察委员会以及国家安全机关等均有权查封、扣押、冻结涉案财物，在外国请求协助查封、扣押、冻结涉案财物一事上，《实施规定》并未将主管机关直接固定，而是规定应予考量的因素，既为主管机关的确定提供指引，又可与国际刑事司法协助的具体情况和中国国内的程序规范相匹配。结合《实施规定》载明的考量因素，我们理解相关刑事案件处于审理阶段时，可能由最高人民法院主管；相关刑事案件处于侦查阶段而尚未进入审判程序时，可能由公安部等主管；相关刑事案件属于公职人员贪污受贿类犯罪时，则可能由中国国家监察委员会主管等等。

关于外国请求协助没收、返还违法所得及其他涉案财物，《实施规定》针对外国是否提供其司法机关做出的没收令等法律文书，予以不同处理。在外国提供没收令等法律文书的情况下，《实施规定》直接明确由最高人民法院与最高人民检察院作为主管机关；而在外国未能提供没收令等法律文书时，《实施规定》则进行了留白处理。与查封、扣押、冻结涉案财物类似，目前在中国国内法层面，同样有多个部门享有“没收”财物的权限。结合《实施细则》第四条关于主管机关确定的概括性规范，我们理解在外国未能提供没收令等法律文书时，主管机关亦需回到相关刑事案件性质、所处诉讼阶段等因素加以确定。

当然，无论外国是请求协助查封、扣押、冻结，还是请求没收、返还，请求所涉及的刑事案件或具体情况均可能较为复杂。由此牵涉到多个主管机关，难以就主管机关得到较为清晰的结论时，对外联系机关可以根据《实施规定》第四条，同所有可能的主管机关进行协商确定。

2. 明确对外联系机关的审查标准

《刑事司法协助法》在第十三条规定外国提出刑事司法协助时，应在申请书中载明的内容；在第十五条规定根据申请书是否满足要求，对外联系机关的处理方式。《实施规定》第二条和第五条则在前述规定的基础上，进一步明确对外联系机关的主要审查事项、不同处理方式所对应的具体情形，更为明确地反映出对外联系机关的“形式审查”职责。具体而言，根据《实施规定》第二条，对外联系机关的主要审查事项为请求书是否载明《刑事司法协助法》规定应当载明的事项；请求是否依据刑事司法协助条约或者互惠原则等提出；依据互惠原则提出请求的，请求书是否附有由请求国适格主体作出的具体明确的互惠承诺；请求书及所附材料是否附有《刑事司法协助法》或者条约规定的译文以及兜底性的“其他条款”。

根据《实施规定》第五条，中国对外联系机关有权基于不同情形要求请求国重新提出请求或是补充材料。具体而言，重新提出请求这一处理方式对应的情形为“请求书存在重大表述错误、影响请求执行的；请求书未经适当签署或者盖章的；请求提出主体和请求对象不符合中华人民共和国法律或者条约规定的以及兜底性的其他条款”；补充材料这一处理方式对应的情形为“请求书或者所附材料关于案件事

实或者请求事项的表述不充分、不清晰，可能影响请求执行的；请求书或者所附材料未附有中华人民共和国法律或者条约规定的译文或者译文不准确，无法确定请求内容的以及兜底性的其他条款”。

另外，《实施规定》第五条也指出若主管机关认为应当全部或者部分拒绝协助，或存在其他形式或内容不符合要求情形的，应当书面说明理由，通过对外联系机关回复请求国。

外国请求中国协助追索财物属于国际刑事司法协助的内容之一，因此无论是请求协助查封、扣押、冻结涉案财物，还是请求没收、返还违法所得及其他涉案财物，中国对外联系等机关在《实施规定》出台以后，均将遵守上述审查内容相关的规范。

（三）增设工作机制办公室，填补中国境内机构、组织或个人对外提供刑事司法协助及证据信息出境的程序空白

1. 填补中国境内机构、组织或个人对外提供刑事司法协助的程序空白

如前所述，《刑事司法协助法》在第四条第三款中明确禁止中国境内的机构、组织和个人在未经中国主管机关同意的情况下，向外国机构、组织和个人提供刑事活动相关的协助。然而《刑事司法协助法》中并未明确中国境内机构、组织和个人通过何种形式申请获得哪一主管机关的同意。为此，《实施规定》第十三条规定“中华人民共和国境内的机构、组织和个人收到外国非经国际刑事司法协助合作途径，直接要求其协助进行刑事诉讼活动或者提供《中华人民共和国国际刑事司法协助法》规定的其他协助的通知的，应当在收到之日起30日内，向工作机制办公室书面报告有关情况。报告时应当提交有关情况的具体说明，并附相关法律文书副本或者其他证明材料……工作机制办公室收到报告后，应当与机制成员单位会商，需要外国提出刑事司法协助请求的，由相关对外联系机关向外国提出要求”，将与中国境内机构、组织和个人对接的机关设置为“工作机制办公室”。基于前述规定，我们理解在跨境涉刑资产追索中，若外国当事人自行或委托律师向中国境内的银行等金融机构发出协助请求，要求其冻结某账户资金时，该金融机构需在30日内上报至工作机制办公室，并由工作机制办公室同成员机关会商确定后续处理方式。

根据《实施规定》第十二条，工作机制办公室设置在国务院的司法行政部门（司法部），成员由对外联系机关和主管机关等共同组成，具体可能包括参与此《实施规定》制定的七部门。然而鉴于《实施规定》出台时间较短，中国目前尚无此工作机制办公室的进一步确切讯息。

2. 填补刑事证据信息出境的程序空白

除了上述情形外，《实施规定》第十四条还就中国境内机构、组织和个人为维护自身权益等目的，向外国提供刑事证据信息事宜做出规范。即，中国境内机构、组织和个人应当遵守保守国家秘密、数据安全、个人信息保护等有关法律规定，并同样需向工作机制办公室提交书面申请¹²。

3. 《实施规定》第十三条、十四条规定与中国司法主权及信息安全保护立场相吻合

《实施规定》第十三条、第十四条几乎属于中国在国际刑事司法协助领域的“阻断法令”，中国境

¹² 《实施规定》第十四条：“中华人民共和国境内的机构、组织和个人为维护自身权益等目的，需要主动向外国提供证据的，应当遵守保守国家秘密、数据安全、个人信息保护等有关法律规定，并向工作机制办公室提交书面申请。申请书包括但不限于以下内容：（一）申请人的身份信息、案件基本情况、申请提供证据的范围、内容和理由等；（二）申请人如有行政或者行业主管部门，相关主管部门的意见；（三）关于证据符合保守国家秘密、数据安全、个人信息保护等法律规定以及合同约定的保密义务等事项的说明；（四）关于证据目的、用途以及保密和安全保护措施等事项的说明；（五）申请所需的其他材料。”

内机构、组织和个人能否提供刑事相关协助，能否主动向外国提供刑事证据等信息，最终都是中国国家机关把握确认，此不仅体现了中国的国家司法主权原则，也与中国其他信息安全保护相关的法律立场一致，反映出中国在刑事证据数据出境中的慎重态度和数据安全利益的严格保护。

例如，根据《中华人民共和国个人信息保护法》（以下称“《个人信息保护法》”）第四十一条、《中华人民共和国数据安全法》（以下称“《数据安全法》”）第三十六条规定，中华人民共和国主管机关根据有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，或者按照平等互惠原则，处理外国司法或者执法机构关于提供存储于境内个人信息的请求或关于提供数据的请求，非经中华人民共和国主管机关批准，个人信息处理者或境内的组织、个人不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的个人信息或数据；《数据出境安全评估办法》、《数据出境安全评估申报指南》、《个人信息出境标准合同办法》、《个人信息出境标准合同备案指南》、《中华人民共和国网络安全法》、《网络安全标准实践指南——个人信息跨境处理活动安全认证规范》等亦对数据信息出境做出了管理和限制性规范。

4. 《实施规定》在证据信息出境规定上的缺漏

截至目前为止，《实施规定》暂未明确审查的具体标准，我们理解针对国际刑事司法协助中可能出现的不同的案件事实，工作机制办公室或是采取个案区分的审查方式，根据个案的实际情况，对欲出境的证据数据的具体情况进行评估审查，促使审查模式更加灵活，结论更加有针对性。

同时，《实施规定》也暂未告知在未通过审查情况下的处理和救济措施，仅说明工作机制办公室应当告知申请人审查结果。工作机制办公室接收到申请，经过审查判断而作出不通过的决定时，其本身并不直接产生证据出境与否的效果，只是在实际上影响该刑事证据数据是否能够出境。因此，无论是出于申请人的合法权益保护亦或是对程序正义的贯彻，工作机制办公室应当在做出审查决定、告知审查结果后赋予申请人相应的救济措施。

此外，《实施规则》尚未规定中国境内组织、机构和个人未报告工作机制办公室而径行向外国提供证据信息的法律后果。我们理解，上述中国关于个人信息安全保护和信息数据出境的规定在此时存在适用可能和空间，即根据《国家安全法》、《数据安全法》、《数据出境安全评估办法》等相关法规范，在国际刑事司法协助中，若相关机构、组织或个人没有按照《实施规定》的要求进行报告或申请，可能会被认定为未履行法定的数据安全保护义务，将面临行政责任甚至刑事责任的追究。

具体而言，例如《数据安全法》第四十八条第二款规定，“违反本法第三十六条规定，未经主管机关批准向外国司法或者执法机构提供数据的，由有关主管部门给予警告，可以并处十万元以上一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处一万元以上十万元以下罚款；造成严重后果的，处一百万元以上五百万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五万元以上五十万元以下罚款”，明确了没有履行申请义务通过非官方渠道向外国提供中国境内的数据者可能会面临的处罚。

最后，中国目前负责数据出境安全评估的主要机关是国家互联网信息办公室，其并非《实施规定》的联合制定方，因此目前尚不清楚国家互联网信息办公室是否会成为《实施规定》中工作机制办公室的成员，也不清楚刑事证据信息出境是否需要履行国家互联网信息办公室的安全评估程序。

四、结论与展望

《实施规定》填补了原有《刑事司法协助法》及零散规范在国际刑事司法协助中的未尽之处，强化了中国在国际刑事司法协助程序上的可操作性。从明确处理时限到完善各机关衔接程序再到增设工作机制办公

室等,《实施规定》的出台使得中国在跨境刑事涉案资产追索中更加规范和有据可循。此举不仅可以树立中国负责任大国的国际形象,也有助于中国与外国形成良好的互惠合作关系并改善中国跨境刑事涉案资产追索的现状。

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，请与下列人员联系：

北京 李伟 律师：

电话： +86 10 8525 4668

Email: david.li@hankunlaw.com

上海 高超 律师：

电话： +86 21 6080 0920

Email: kelvin.gao@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

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

新加坡 于岚 律师：

电话： +65 6013 2966

Email: lan.yu@hankunlaw.com

纽约 蒋尚仁 律师：

电话： +1 646 849 2888

Email: mike.chiang@us.hankunlaw.com
