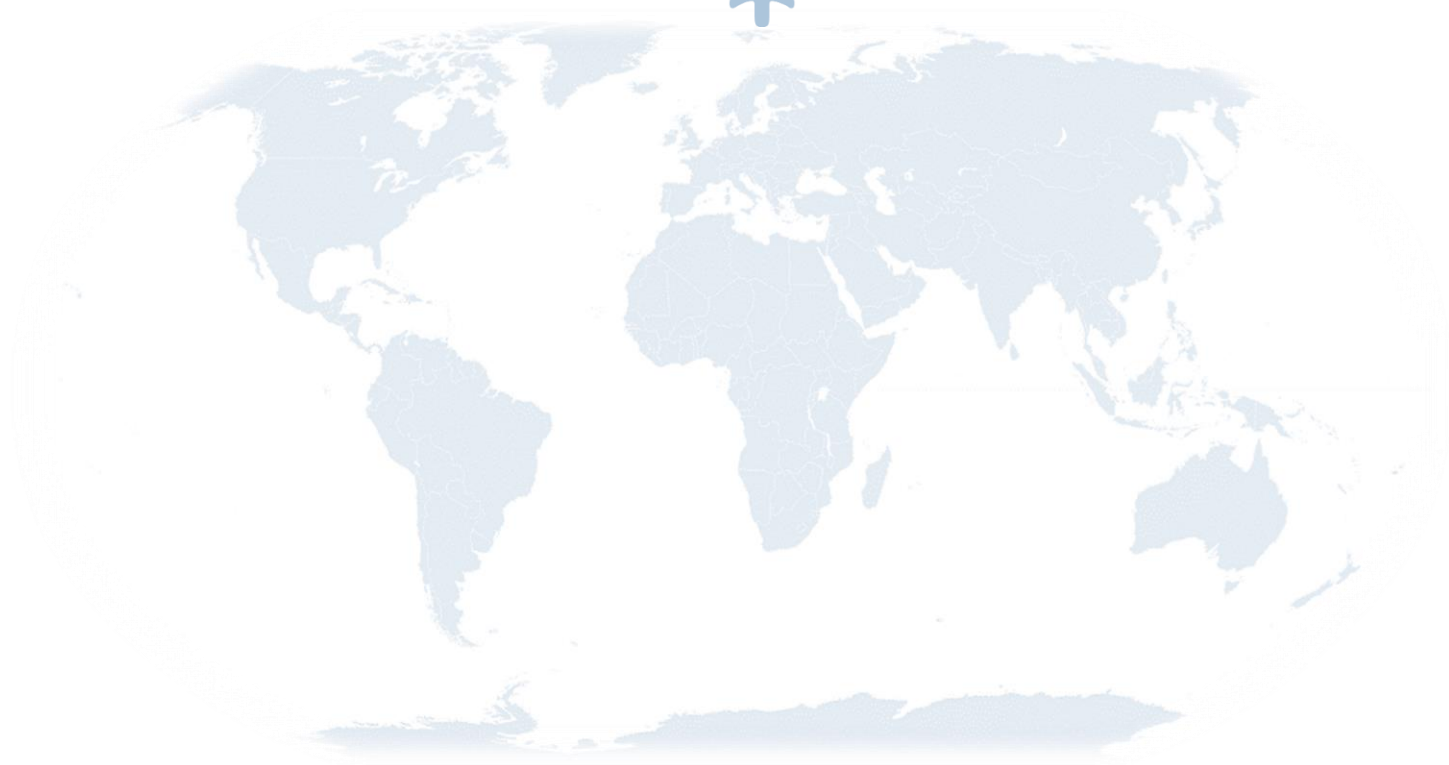




国际法讯

International Law Newsletter



上海市律师协会国际法业务研究委员会

2023-3-28

目 录

编者语	2
编委会成员	3
本期责编	3
本期聚焦	4
要闻简讯	6
中国加入《取消外国公文书认证要求的公约》	6
中国国务院办公厅转发商务部、科技部《关于进一步鼓励外商投资设立研发中心的若干措施》	6
欧盟《外国补贴条例》生效	7
欧洲议会批准《数据法案》，要求在智能合约上设置终止开关	7
为防止人工智能等五大关键技术外泄，美国成立新机构加强出口管制	8
委员会动态	9
委员会 2022 年 10 月 12 日召开全体会议暨“数据跨境传输的监管”学术研讨会	9
委员会 2023 年 2 月 28 日召开全体会议暨“跨境投资审查制度”学术研讨会	10
主题研究	11
细说美国拟建立的对外投资审查机制	11
澳大利亚外商投资审查机制与申请程序介绍	16
挑战与机遇并存：《欧盟外资安全审查条例》问世四年来的观察	30
简析日本的外商投资管理制度	46
GDPR 执法案例研究	55



编者语

各位读者、法律界同仁：

“阳春布德泽，万物生光辉。”《国际法讯》自2022年3月创刊以来，已在社会各界领导、同仁的关怀关注之下历经一年，累计发布五期。我们通过要闻简讯、委员研究、国际观察、委员会动态等栏目，聚焦国际法热点问题，刊载委员会委员原创文章或转载其他优质文章。

国际法业务研究委员会（以下称“国际法委员会”）是上海市律师协会最新成立的业务研究委员会之一。在正处于调整期的国际政治、经济和法律环境中，我们希望《国际法讯》成为国际法领域信息、经验与研究成果的分享平台和传播载体，为法律实务工作者、研究机构、政府部门、企业等提供参考。如果您有好的稿件、案例或经验分享，请不吝赐稿（邮箱地址为：intlallaw_shbar@126.com）。

我们分别于2022年10月和2023年2月专门就**跨境数据传输**和**跨境投资的审查制度**组织内部研讨会，分享实务经验并展开热烈讨论。由此，本期法讯继续深入研究，聚焦于**跨境投资的审查制度**，同时着眼于**跨境数据传输**，注重案例分析和提出实务建议。

[《国际法讯》创刊号](#)（[点击链接阅读](#)）、[第二期](#)（[点击链接阅读](#)）、[第三期](#)（[点击链接阅读](#)）、[第四期](#)（[点击链接阅读](#)）、[第五期](#)（[点击链接阅读](#)）受到法律界和实务界的广泛关注，令人鼓舞。国际局势风云诡谲，国家立场与民族利益是我们继续深耕法律专业领域的坚定锚点。我们将一如既往，为打造“更具韧性、更加安全、更富吸引力的发展环境”添砖加瓦。

欢迎您继续关注，发送见解、意见，与我们交流切磋。

编委会成员

(以姓氏拼音为序)

陈丽梅 陈袖牧 李志灵 麻国安 马 乐 倪建林 邱梦赟
沈海鹰 孙小青 王俐雯 余盛兴 朱夏婵 韩小西 潘金涛
王 雁 吴安琪

本期责编

本期协调：倪建林

执行编辑：吴安琪 李志灵

编辑小组：倪建林 唐元飞

吴 燕 陈丽梅

*《国际法讯》中所刊载的文章之版权归原作者所有；转载或者引用本文内容请注明来源及原作者。

*《国际法讯》中所使用之图片均来自于政府网站、无版权图片网站及各委员。



本期聚焦

本期聚焦话题：

跨境投资的审查制度

本期将分别从美国、澳大利亚、欧盟和日本的外资审查角度切入，进行深度探讨。

随着中美战略竞争日趋激烈，美国在双方经贸领域的博弈中也频出新招。我们有幸邀请并获得微信公众号“机工情报”的授权转载，洞察美国对外投资审查机制的新动向。

我们的部分委员和嘉宾具有相关执业经验，熟悉澳大利亚、欧盟、日本等地区的外资审查制度，除了在内部研讨会深入分享之外，在本期中做了更详尽的介绍和提示。

跨境数据传输

GDPR（General Data Protection Regulation，通用数据保护条例）于2018年5月25日正式生效。该法案的正式实施取代了欧盟曾在1995年推出的欧盟《数据保护指令》（Data Protection Directive），且在个人隐私方面迈出了一大步。它旨在保护欧盟公民的个人数据，并对企业的数据处理提出严格要求。GDPR的全面实施，意味着欧盟对于个人信息的保护及监管达到了前所未有的高度，GDPR堪称史上最严格的数据保护法案。本期着重对GDPR执法案例进行深度分析，以期获得启示。

本期法讯稿件列表如下：

	题 目	作者
1	细说美国拟建立的对外投资审查机制	常雁 (机工智库研究员)
2	澳大利亚外商投资审查机制与申请程序介绍	唐元飞、王禹
3	挑战与机遇并存：《欧盟外资安全审查条例》 问世四年来的观察	范玮文 (Vittorio Franzese)
4	简析日本的外商投资管理制度	吴燕
5	GDPR 执法案例研究	陈丽梅



要闻简讯

中国加入《取消外国公文书认证要求的公约》¹

2023年3月8日，中国驻荷兰大使谈践代表中方正式向《取消外国公文书认证要求的公约》保管机关荷兰外交部递交加入书，标志着中国正式加入《公约》。11月上旬，《公约》将在中国生效实施。

外交部发言人毛宁说，《公约》主要作用在于简化公文书跨国流转程序、便利国际经贸和人员往来。加入《公约》是中方扩大涉外文书流转领域制度型开放的重要举措，将带来两大红利：

一是大幅降低文书跨国流转的时间和经济成本。对于普通公民而言，这意味着可以更加方便快捷地办理在海外可能需要的健康证明、驾照证明、学位证明、户口证明等文书。加入《公约》之后，办妥一份出国使用的文书，时间可从约20个工作日减少到几个工作日，费用也会大幅下降。每年可为中外人员和企业节省3亿多元人民币办证费用。缔约国间办理文书流转手续时间平均减少约90%。

二是优化营商环境。入约后，有意向中国投资、出口的外国企业无需为商业文书办理领事认证，中方超过70%的出口贸易所涉商事文书亦将因此受益。

中国国务院办公厅转发商务部、科技部《关于进一步鼓励外商投资设立研发中心的若干措施》²

2023年1月11日，中国国务院办公厅转发商务部、科技部《关于进一步鼓励外商投资设立研发中心的若干措施》（简称《若干措施》）。

《若干措施》指出，外资研发中心是我国科技创新体系的重要组成部分，

¹ http://www.gov.cn/xinwen/2023-03/10/content_5745904.htm

² <http://www.mofcom.gov.cn/article/xwfb/xwrcxw/202301/20230103379837.shtml>

为加快实施创新驱动发展战略，扩大国际科技交流合作，要加大对外商投资在华设立研发中心开展科技研发创新活动的支持力度，更好发挥其服务构建新发展格局、推动高质量发展的积极作用。《若干措施》提出了4方面共16条政策措施。

欧盟《外国补贴条例》生效³

2023年1月12日，欧盟《外国补贴条例》（FSR）生效。该条例旨在解决外国补贴造成的扭曲，使欧盟保持对贸易和投资的开放，并确保为在单一市场运营的所有公司提供公平的竞争环境。该条例由欧委会于2021年5月提出，并于2022年6月以创纪录的速度获得欧洲议会和理事会的同意。FSR适用于欧盟的所有经济活动：合并和收购、公共采购程序和其他市场行为。新规则赋予委员会调查非欧盟国家向在欧盟从事经济活动的公司提供财政捐助的权力，并在必要时纠正其扭曲影响。

自2023年7月12日起，FSR将进入关键实施阶段，并在六个月后开始适用。自该日期起，欧委会将能够启动依职权调查。公司的通知义务将于2023年10月12日生效。

欧洲议会批准《数据法案》，要求在智能合约上设置终止开关⁴

欧洲议会于2023年3月14日通过了《数据法案》，旨在“通过消除阻碍获取工业数据的障碍来促进创新”。该法案包含了保护商业秘密和避免非法数据转移的条款，对提供可共享数据的各方的智能合约提出了要求，包括“安全终止和中断”。“智能合约应包括内部功能，可以重置或指示合约停止或中断操作。.....特别是，应评估在哪些条件下应允许非自愿的终止或中断”。

³ <http://eu.mofcom.gov.cn/article/jmxw/202301/20230103379520.shtml>

⁴ <https://www.8btc.com/article/6809270>

该法案以 500 票赞成、23 票反对、110 票弃权的优势通过。议会成员现在将与欧洲理事会和欧盟各成员国就该法律的最终形式进行谈判。

为防止人工智能等五大关键技术外泄，美国成立新机构加强出口管制⁵

2023 年 2 月 16 日，美国司法部网站消息显示，美国司法部和美国商务部正式发起“颠覆性技术打击部队”（Disruptive Technology Strike Force）。

值得注意的是，在美国司法部的声明中，明确将中国、俄罗斯、朝鲜和伊朗认为是该项目重点关注的外国对手。

声明中提到涉及国家安全的关键技术包括与超级计算和超大规模计算、人工智能、先进制造设备和材料、量子计算和生物科学相关的技术。虽然这些领域的技术具有重要的商业用途，但是如果对手国家将其用于破坏性目的，例如改进武器设计等，则这些领域的科技可能会威胁美国的国家安全。

因此，打击部队的工作重点将是调查和起诉违反出口法的犯罪行为；加强美国出口管制的行政执法。利用国际伙伴关系协调执法行动和破坏战略；利用先进的数据分析和所有来源的情报来开发和建立调查；加强打击部队与情报界之间的联系。



⁵ <https://new.qq.com/rain/a/20230220A009GU00>



委员会动态

委员会 2022 年 10 月 12 日召开全体会议暨 “数据跨境传输的监管”学术研讨会



2022 年 10 月 12 日下午，上海律协国际法业务研究委员会在上海瀛泰律师事务所多功能活动室召开“数据跨境传输的监管”研讨会。

研究会主任倪建林律师、副主任陈柚牧律师做简要的开场致辞。上海市锦天城律师事务所合伙人吴卫明律师做主旨发言《如何合规地开展数据出境活动》，围绕数据出境和个人信息的评估问题展开。上海瀛泰律师事务所合伙人王华律师做主旨发言《航运数据出境合规风险与应对》。

随后，宋锡祥律师深度分享英国、日本《全面经济伙伴关系协定》（CEPA）中的数字贸易规则，重点介绍数字贸易保护相关内容。研讨会最后，委员们自由发言，积极讨论。

委员会 2023 年 2 月 28 日召开全体会议暨

“跨境投资审查制度”学术研讨会



上海市律协国际法业务研究委员会于 2023 年 2 月 28 日下午 2 点在北京市京师（上海）律师事务所会议室召开全体委员会议，会议由委员会主任倪建林律师主持，副主任邱梦赉律师及部分委员、干事出席。会议讨论了如下事项：

北京市京师（上海）律师事务所管委会主任胡晨阳律师开场致辞。

主持人倪建林律师指出本次研讨会主题为跨境投资审查制度，将从美国、澳大利亚、欧盟和中国的外资审查角度，进行全面分享交流。第一位发言嘉宾余承志律师来自北京大成（上海）律师事务所，主讲美国国家安全审查制度。第二位发言嘉宾唐元飞律师来自赛法思肖律师事务所（Seyfarth Shaw LLP），主讲澳大利亚投资审查事宜。第三位发言嘉宾 Vittorio Franzese 律师来自赛法思肖律师事务所（Seyfarth Shaw LLP），主讲欧盟投资审查事宜。最后发言环节，由倪建林律师介绍中国外资准入和境外投资合规。

随后，参会委员就发言嘉宾的分享提出问题，积极互动讨论。



主题研究

细说美国拟建立的对外投资审查机制¹

常雁 机工智库研究员

随着中美战略竞争日趋激烈，美国在双方经贸领域的博弈中也频出新招。日前，除美国已拥有并频繁适用的针对外国对美投资进行安全审查的制度（即大家常说的 CFIUS 外资安审制度）外，美国正在研究开发新的政策工具，以更有针对性地应对所谓来自中国的竞争，而对从美国境内流出的对外投资予以必要的审查，正是美国拟开发的新政策工具之一，这种新工具被称为“**对外投资审查机制**”，也有人称之为**反向 CFIUS**。在一个高举贸易与投资自由化大旗的国家，此项政策与其一直倡导的促进资本自由流动的主张完全相悖。

“对外投资审查”是美国以国家安全为由，干扰企业正常商业投资行为的举措，也是其政府政策转向保护主义的风向标，应引起高度重视。对其政策推进过程，可能针对的重点领域、重点国家，以及新制度一旦实施的影响等进行跟踪研究很有必要。。

美国对外投资审查机制的推进历程

首次提出。2018 年，在美国《出口管制改革法案》（ECRA）和《外国投资风险审查现代化法案》（FIRRMA）的国会辩论期间，关于对外投资审查机制的讨论**首次提出**。提出的理由主要是担心美国的风险投资基金流向被投资国（所谓）尖端技术的军事应用开发方面。根据最初的提议，FIRRMA 将设置专门条款授权建立一个类似美国外国投资委员会（CFIUS）的平行的跨部门机制，

¹ 本文经机工情报微信公众号授权转载，来源 https://mp.weixin.qq.com/s/LvgrIKR6L8D8f_KSlo7Uwg

针对存在国家安全风险的美国对外投资进行审查。但该提议最终并未成型。

再次提出。2021年5月，参议员 Bob Casey 和 John Cornyn 提出《国家关键能力防御法案》（NCCDA），且包含在 2022 年众议院版本的《美国竞争法案》中，并于 2022 年 2 月 4 日在众议院获得通过。根据其提议，将建立一个由美国贸易代表领导的跨部门国家关键能力委员会（CNCC），负责审查美国公司在“被关注国家/地区”涉及“国家关键能力”的对外投资。其主要目标基本上是针对美国在中国和俄罗斯的投资项目。但该提议因两党无法达成共识而搁置。

重提并获进展。2022 年 6 月 13 日，一个由两党立法者组成的小组发布了 2022 年《国家关键能力防御法案》的修订版草案，提议建立对外投资审查机制。美国参议员 Bob Casey、John Cornyn 和众议员 Rosa DeLauro、Bill Pascrell 等在众议院版美国竞争法案（H.R.4521）会议上发表的关于设立对外投资机制新提案的联合声明称，通过与利益相关方的建设性讨论，推出了美国企业对外投资审查的立法提案，“以确保美国不会将其在对美国经济和国家安全至关重要的行业中的制造能力拱手让给‘外国对手’。”“今天发布的完善的提案得到了两党、两院的支持，并解决了行业关注的问题，包括预期活动范围、涵盖的行业以及防止重复授权等。”

持续推进。白宫一直高度关注对外投资审查机制在美国国会的立法进程，甚至发出信号支持这项立法工作，并强调重点是需要“提高美国对他国的投资透明度”。2022 年 9 月 16 日，沙利文在全球新兴技术峰会上发言表示，美国正在制定关于敏感技术对外投资审查机制的政策，尤其是出口管制未能覆盖但有助于提升竞争对手敏感技术能力的对外投资。2023 年初，外媒也出现了更多关于拜登政府正考虑颁布相关行政令，并推测行政令草案正在征求各部门意见的报道。2023 年 1 月 10 日，美国众议院两党取得共识，成立中国问题特别委员会（Select Committee on China），且该委员会主席麦克·加拉格尔透露，中国问题特别委员会将审查美国在中国大陆的投资，包括可享受税收优惠的养老基金的投资。2023 年 2 月，美国立法者更是以所谓的“流浪气球”事件为由，敦促白宫加速推进对外投资审查机制，限制所谓中国获得先进技术的能力。

美国拟建的对外投资审查机制的重点内容

从上文分析不难看出，《国家关键能力防御法案》是美国拟建立的对外投资审查机制的基础，虽然后续会因两党博弈、讨论以及征询意见等有所调整，但从《国家关键能力防御法案》（2022 年修订版）中仍可看出美国拟建立的对外投资审查机制的主体框架。

《国家关键能力防御法案》（2022 年修订版）关于对外投资审查机制的主要内容如下：

“谁”审查。根据该法案，新建立的跨部门国家关键能力委员会（CNCC）将审查对外投资交易。该委员会将由 12 个联邦机构的负责人（或其指定人员）组成，包括农业部、商务部、国防部、能源部、卫生和公共服务部、国土安全部、司法部、劳工部、财政部、美国贸易代表办公室以及科技政策办公室等。美国总统（或总统指定人员）担任委员会主席。这与将美国贸易代表列为主席的旧版法案有所不同。

审查“什么”。该法案确定了范围广泛的受审查的“涵盖活动”。该法案对“涵盖活动”的定义比对“投资”的传统理解更广泛，包括以下活动：（1）建造、开发、生产、制造、翻新、扩展、转移、服务、管理、运营、利用、出售或将“国家关键能力”转移到“被关注国家/地区”；（2）向“受关注实体”分享、披露、贡献、转让或许可任何设计、技术、知识产权或专有技术，包括通过开源技术平台或研发，支持、贡献或授权“受关注实体”或“被关注国家/地区”获得“国家关键能力”；（3）投资、提供资金、咨询或提供任何指导，以增强“受关注实体”或“被关注国家/地区”的“国家关键能力”或促进其获得财政资源。值得注意的是，“涵盖活动”不仅限于美国人采取的上述行动，还包括外汇交易或主要营业地点在美国境外的实体。

“国家关键能力”，涉及的领域和技术包括：①涉及拜登政府 14017 号行政令中对供应链至关重要的领域，具体包括半导体制造和先进封装、大容量电

池、关键矿物和材料、药物和活性药物成分；②国家情报总监认定为关键和新兴技术的技术，包括生物科技、人工智能、量子信息科学和技术；③生产关键货物和材料以及其他基本货物和材料所需的制造能力和其他能力，如基础供应链；④2022年2月美国国家科学技术委员会关键和新兴技术清单更新中指定的行业，如先进计算、先进工程材料、先进制造、先进核能技术、人工智能、生物技术、金融科技、可再生能源发电和存储技术等；⑤其他被确定为国家关键能力的行业、技术和供应链。

“被关注国家/地区”，与2019年美国《安全和可信通信网络法》中的所谓“对手国”范围相同，具体包括中国、俄罗斯、伊朗、朝鲜、古巴和委内瑞拉。

“受关注实体”，具体包括：“被关注国家/地区”或者受“被关注国家/地区”影响的实体，直接或间接拥有、控制或持有5%或以上已发行的有表决权的股票；“被关注国家/地区”或可能受“被关注国家/地区”影响的任何实体；位于“被关注国家/地区”的重要决策者、重要商业决策、商业利益，及相关实体的子公司、控股公司、合同相关方等都是被调查对象；任何直接或间接在“被关注国”（地区）注册的实体，接收、受益、转让、授权或协助获取属于美国人的商业机密、情报信息、国家安全信息、受控非机密信息或敏感信息的都是被调查对象等。

“怎么”审查。根据该法案，打算从事“涵盖活动”的美国人或外国实体必须在从事“涵盖活动”前45日内向CNCC提交书面通知。若未按时提交，则CNCC有权进行单方面审查，并对未按要求提交者处以最高250000美元的民事罚款。收到书面通知后，CNCC将在45日内确定该活动是否对国家关键能力构成风险。如果CNCC确定“涵盖活动”对“国家关键能力”构成不可接受的风险，CNCC有权向总统或国会提出建议以减轻风险；在总统或国会采取行动之前，CNCC可以与各方协商达成缓解协议。

美国加严对外投资审查的影响及应对

美国对外投资审查制度之所以目前尚未正式成文，业界的质疑是重要原因之一。正如中国外交部发言人毛宁所言，“美国泛化国家安全概念、人为对中美经贸往来和科技交流设置障碍的做法与市场经济原则和国际经贸规则背道而驰，有损国际社会对美国营商环境的信心，也将会反噬美方自身”。

美国咨询机构荣鼎集团发布的一份报告分析显示，该机制将覆盖大约 43% 的美国在华投资，可能会损害与中国的投资关系，并使美国跨国公司在“中国”这个全球第二大经济体中的业务运营更加困难。美国公司也将因此面临更高的法律和合规成本。此外，在美国的外资子公司也将受到新规的约束，而这可能影响其未来是否在某些被认为对国家安全至关重要的领域向美国投资的决定。

美国外交关系委员会发表的一篇文章称，美国拥有健全的出口管制制度，目前尚不清楚对外投资审查机制是否能够真正地发现并解决出口管制机制无法解决的其他国家安全问题。而该制度将扩大美国行政部门监管对外贸易的权力，模糊经济福祉与国家安全之间的界限，并为已经在高风险环境中运营的美国投资者带来新的不确定性。此外，美国适用该新机制还可能引发其他国家和地区的效仿，进而在全球范围内产生不好的示范作用，并可能使采用该机制的国家未来的对外投资竞争力下降。

总之，从上文的分析不难看出，美国逐步加严美企对中国大陆投资的限制已形成两党共识，或许短期内建立一个类似 CFIUS 的相对独立的审查机制可能性仍有待观察，但美国议员们极有可能一边敦促拜登政府出台具有针对性的行政令，一边在新一届国会中引入 3.0 版 NCCDA 以回应业界质疑，进而推进常态化的对外投资审查机制的建立。

对此，建议中企双管齐下：一方面，密切关注 2023 年拜登政府关于美国对外投资限制的行政令进展情况，而半导体、人工智能和量子技术领域的投融资或合资项目尤其要引起重视；另一方面，密切关注美国国会相关法案的立法动态，跟踪 NCCDA 版本更新情况，而生物技术等上文所述“国家关键能力”涵盖技术领域的投融资尤其需要警惕，必要时可提前开展尽调和溯源。

澳大利亚外商投资审查机制与申请程序介绍

唐元飞、王禹 Seyfarth Shaw LLP



唐元飞

Seyfarth Shaw LLP 高级法律顾问，澳大利亚执业律师，上海市律师协会国际法业务研究委员会委员。唐元飞律师具有高度的创新思维和敏锐的商业意识，业务主要涉及公司与房地产领域，在高科技、可再生能源、矿产及乳制品等行业积极为中国企业与投资机构在澳大利亚的跨境交易与并购项目提供法律意见，是众多企业（包括国有企业和私人投资机构）信赖的法律顾问。

王禹

Seyfarth Shaw LLP 法律顾问，澳大利亚执业律师。王禹律师服务过大量国企及跨国公司，他的业务范围主要涉及公司、跨境诉讼与仲裁，熟悉 TMT，光伏新能源，食品、服装快消品等领域，为中国企业在澳大利亚投资、开拓业务保驾护航，并提供全方位法律意见。



前言

澳大利亚政府非常欢迎海外投资者。凭借稳定、有力的经济体系，透明、有序的政治环境，公平、独立的司法体系，以及得天独厚的地缘优势，澳大利亚能够为海外投资者提供有利、便捷的营商环境。多元化的经济结构也使澳大利亚能够更好地向全世界吸引技术型人才，推动本土经济与商业化发展。

澳大利亚的投资政策与国家及周边区域的金融、文化和政治是紧密相关且相互影响。澳大利亚政府鼓励一切符合澳大利亚国家利益的外商投资行为，但海外投资者在澳大利亚所做的投资行为会受到澳大利亚财政部、外商投资审查委员会及其他主要政府与行业机构的监管。因此，开展跨境交易项目时，考虑

投资政策的走向与变化需要从多个维度结合跨境并购中相关的法律规定，从而更好地了解项目所涉及的商业问题与政策要求。

本文章旨在提供有关澳大利亚外商投资审查的相关法律法规介绍，协助海外投资者更好地了解澳大利亚政府关于外商投资审查的规定以及相应的申请和批准流程，并就跨境交易项目中可能涉及的有关问题进行简要阐述。希望本文章能够协助有需要的企业或个人更好地开展在澳大利亚的商业投资。如需要就本文章中所涉及内容获得更多详细信息，或寻求专业法律意见，欢迎随时与我们联系。¹

一、投资环境

作为具备丰富资源优势，优美自然环境的资源出口大国，澳大利亚常年占据最受欢迎投资目的国榜单前列。世界银行发布的《2020 年营商环境报告》显示，澳大利亚营商环境在全球排名第十四位。²《2021 年经济自由指数》显示，2021 年澳大利亚在经济自由度排名上位列全球第三的历史最高位，且过去十年始终保持在全球前十的优秀行列之中。二十多年持续的经济增长使澳大利亚成为最受外国企业青睐的投资目的国之一。³

与此同时，澳大利亚完善配套的法律体系能够更好地保障海外投资者享受优质、成熟的营商环境。澳大利亚包含六个州⁴以及两个领地⁵，国家结构形式上采用的是联邦制度，分为三个层级——联邦政府、州与领地政府，以及市、区级地方政府。澳大利亚宪法⁶赋予联邦政府最高立法权，包括税收、国防、通信、移民、外商投资、对外事务等具体领域的立法权力。在联邦和州或领地法律不一致时，以联邦法律为准，且联邦法律适用于整个澳大利亚。第二层级是

¹ 鉴于澳大利亚法律与法规会持续变更，本文章中所包含的信息可能会存在滞后、遗漏或误差。本文不能用于代替法律、税务或其他专业咨询机构的咨询意见。读者在做出决定或采取交易行动前，应当向 Seyfarth Shaw LLP 专业法律顾问进行咨询。

² 世界银行，《2020 年营商环境报告》<https://archive.doingbusiness.org/zh/reports/global-reports/doing-business-2020>。

³ The Heritage Foundation. Highlights of the 2021 Index of Economic Freedom.

⁴ 新南威尔士、昆士兰、南澳大利亚、西澳大利亚、维多利亚和塔斯马尼亚。

⁵ 北领地和澳大利亚首都领地。

⁶ 澳大利亚联邦宪法于 1901 年 1 月 1 日生效。

州与领地政府，除了专属于联邦政府的事项外，州与领地政府在各自的管辖地区内可制定适用的法律法规，包括教育、医疗、卫生、运输和执法等重点事项的相关法律规定。第三层级为地方政府。市、区级别的地方政府，相较于上两层级的政府，虽权力较为有限，但在外商投资领域却十分重要，尤其是土地的开发利用（例如，重大开发项目等）通常与联邦、州或领地政府有一定的管辖权交叉或者存在多重管理的情况。⁷

中国长期以来都是澳大利亚十分重要的贸易伙伴。中澳两国于1972年12月21日建立外交关系，且自建交以来，双边经贸往来持续、稳定发展。2015年6月，两国正式签署《中澳双边自由贸易协定》并于当年12月20日正式生效。2020年11月15日，中国、澳大利亚作为创始成员国共同签署了《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership）（简称“RCEP”）。澳大利亚议会在2021年11月2日通过批准加入RCEP，自2022年1月1日起正式生效。RCEP涵盖货物贸易、服务贸易、投资和自然人临时移动四方面的市场开放，并纳入知识产权、电子商务、竞争等议题，具有四大亮点：一是十年内域内90%以上货物贸易最终实现零关税；二是作出高于各自“10+1”自贸协定水平的服务开放承诺；三是产品原产地价值成分可在区域内进行累积；四是采用负面清单方式对“农林牧渔”及制造业，这5类非服务业领域投资作出较高水平的开放承诺并增加投资透明度。

中国与澳大利亚的双边经贸往来有着悠久、美好的历史，为两国国民经济与社会发展作出了突出的贡献。但碍于近些年新冠肺炎疫情的冲击以及地缘冲突加剧等一系列因素，两国之间的经贸合作受到了严重冲击。贸易领域，以广受中国市场欢迎的澳洲红酒为例，2021年中国大陆的澳洲红酒进口量同比下降了10%。⁸然而，即便受到不同程度的影响，根据澳大利亚外事与贸易部（Department of Foreign Affairs and Trade）统计数据，2021年中国仍然是澳大利

⁷ https://www.aph.gov.au/About_Parliament/House_of_Representatives/Powers_practice_and_procedure/00_-_Infosheets/Infosheet_20_-_The_Australian_system_of_government, 最后访问日 2023 年 3 月 15 日。

⁸ <https://www.wineaustralia.com/about-us/performance-and-reporting>, 最后访问日 2023 年 3 月 15 日。

亚最大的贸易进出口国。⁹投资领域，根据毕马威的研究报告¹⁰，2021 年中国在澳大利亚投资大幅减少近 70%，降至 2007 年以来的最低水平。能源领域，2020 年中企在澳投资则跌至 25 亿澳元，回到 2007 年中国投资涌入澳大利亚矿业之前的水平。该报告分析骤降的主要原因包括：新冠肺炎疫情、地缘政治影响、以及中国相较之前更严格的对外投资管理政策等因素。尽管如此，如果以海外累计投资总额口径统计，澳大利亚仍然位列中国对海外投资最热门目的国第二位，仅次于美国（从 2005 年到 2021 年）。很显然，中澳两国之间的经贸发展潜力巨大，随着中国疫情防控措施缓和，澳大利亚新换届政府持续释放务实、积极、友善信号，两国之间的经贸往来必将迎来复苏，中国对澳投资必将重焕生机。对此，两国经贸人士应该提前做好准备，逐步开展可行性研究，适时启动尽职调查工作，抢占市场先机。

二、投资规定

澳大利亚外商投资规定的核心法律依据是联邦政府 1975 年颁布的《外国收购与兼并法案》（Foreign Acquisitions and Takeovers Act）（简称“FATA”），以及后续一系列的配套政策。¹¹在 FATA 制度体系下，负责审查和批准投资的部门是澳大利亚财政部，对于投资行为的申请，由财政部部长¹²决定，并通过财政部下属顾问机构外国投资审查委员会（Foreign Investment Review Board）（简称“FIRB”）来实际执行。FIRB 每年对需要做申报的投资项目或者投资领域、金额、类别进行整理汇总，并在官网上公开相关的申请准则与流程。投资人可参考准则中的规定考虑自身的投资行为是否需要向 FIRB 进行申报。

⁹ <https://www.dfat.gov.au/trade/trade-and-investment-data-information-and-publications/trade-and-economic-fact-sheets-for-countries-economies-and-regions#c>，最后访问日 2023 年 3 月 15 日。

¹⁰ <https://kpmg.com/au/en/home/insights/2022/04/demystifying-chinese-investment-in-australia-april-2022.html>，最后访问日 2023 年 3 月 15 日。

¹¹ 《2015 年联邦政府关于外国收购与兼并规定》（Foreign Acquisitions and Takeovers Regulation 2015 (Cth)）；

《2015 年联邦政府关于外国收购与兼并费用征收法案》（Foreign Acquisitions and Takeovers Fees Imposition Act 2015 (Cth)）；

《2020 年联邦政府关于外国收购与兼并费用征收规定》（Foreign Acquisitions and Takeovers Fees Imposition Regulations 2020 (Cth)）

¹² 现任财政部部长为 Jim Edward Chalmers, <https://www.jimchalmers.org/>

（一）投资者与投资行为

广义上讲，海外投资者应当就其在澳大利亚境内开展的投资行为根据 FATA 的要求向澳大利亚财政部作出申请。¹³依照 FATA 中的定义，海外投资者（Foreign Persons）应当包括：非澳大利亚居民；由非澳大利亚居民、企业、政府合计持有至少 20% 权益的实体（如果是两名或两名以上股东的，非澳大利亚居民、企业、政府合计持有至少 40% 权益的实体）；以及外国政府投资实体。

14

关于投资行为，FATA 主要归纳了两种投资行为：“重大投资行为”（Significant Actions）和“须申报的投资行为”（Notifiable Actions）。“须申报的投资行为”指：直接收购澳大利亚农业综合实体或者公司的权益（包括股权、证券、信托单位等权益形式）；收购澳大利亚实体中主要权益（普通企业（≥20% 权益），农业类、上市类企业（≥10% 权益），传媒等国家安全行业（>0% 权益））；或者，收购澳大利亚土地权益（包括收购持有土地资产的澳大利亚公司的权益）¹⁵。“须申报的投资行为”必须在投资开始前向财政部进行申请，法规层面上讲，属于强制申报的投资行为。

“重大投资行为”包括：对澳大利亚实体或业务的控制权产生影响的行为且达到对应的金额门槛；¹⁶或对澳大利亚土地权属产生影响的行为且达到对应的金额门槛。¹⁷对于“重大投资行为”，FATA 未对投资人申请作强制规定，属于自愿申报的投资行为。然而，为了避免投资项目事后被认定需要申报（例如，出于国家利益考量）但投资前实际未做申报而最终被叫停的风险，FIRB 建议申请人就相关的投资行为提交申请。¹⁸

¹³ Core Part 3 action, Section 4 (Definitions), FATA.

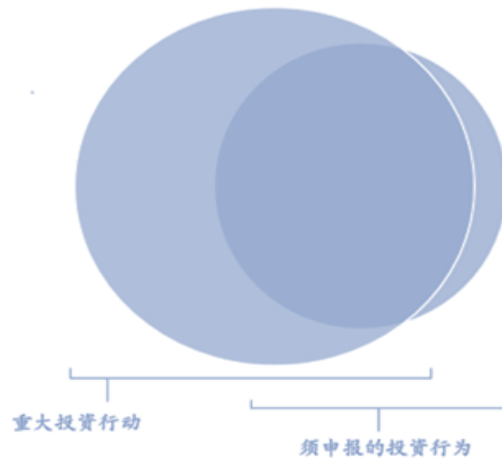
¹⁴ 该定义也涉及有关信托和有限合伙制的协议安排，详见 Section 4 (Definitions), FATA.

¹⁵ Section 47, FATA.

¹⁶ Sections 40, 47, 51, 52, and 54, FATA; Sections 50 to 52, Foreign Acquisitions and Takeovers Regulation 2015 (Cth).

¹⁷ Sections 43 and 52, FATA.

¹⁸ FIRB Guidance Note 35 (2017 年 7 月 1 日).



FATA 规定下，“重大投资行为”与“须申报的投资行为”的定义相对笼统且不易判别。在实际操作中，部分的“重大投资行为”同时也被视为“须申报的投资行为”。在进行申请分析时，我们建议针对不同的投资类别（居民用地、农业用地、矿产资源等）结合 FIRB 指引中的有关要求，考虑对应适用的金额门槛¹⁹，区分投资行为是否属于“重大投资行为”或“须申报的投资行为”。对于“须申报的投资行为”需在项目启动前提前做好申请准备，最好将申请要求及时间跨度等条件写入交易文件中。对于“重大投资行为”，投资人考虑是否需要进行申报，如选择不作申报，项目会存在哪些潜在风险，例如投资行为未来是否存在被政府视为“须申报的投资行为”，或投资项目出于“国家利益”等因素被政府叫停。

（二）外国政府投资实体

在 FATA 的规定中，关于国企、央企等这类“外国政府投资实体”有具体的审查规定以及申请要求。针对这类投资，FIRB 比较注重的是投资企业的股权结构和对应的企业背景。根据澳大利亚外商投资相关政策，外国政府投资实体，无论投资金额大小，都必须在进行“直接投资”之前向 FIRB 进行申请，²⁰该类投资项目同时也包括在澳大利亚首次开设业务。该要求有两点值得注意：

第一，如果被认定为外国政府投资实体，在开展关于“直接投资”的投资

¹⁹ FIRB 金额门槛（2023 年 1 月），<https://firb.gov.au/general-guidance/monetary-thresholds>.

²⁰ FIRB Guidance 7（2022 年 4 月 12 日）。

行为前需要提交申请。例如上文提到的“重大投资行为”的金额门槛，就不再适用于“外国政府投资实体”的投资行为。换句话说，即便投资“1元”，“外国政府投资实体”就此类“重大投资行为”也须向 FIRB 提交申请。什么是“外国政府投资实体”？通常来说，只要满足以下三种情况中的一种，即被视作“外国政府投资实体”：²¹

- (1) 单个外国政府及其代理机构或相关实体持有该投资实体中 15%（或以上）的权益；或
- (2) 多个外国政府及其代理机构或相关实体持有该投资实体中累计 40%（或以上）的权益；或
- (3) 外国政府或其代理机构或相关实体掌握该投资实体实际控制权（例如，国有企业与主权财富基金，都视为外国政府投资实体）。

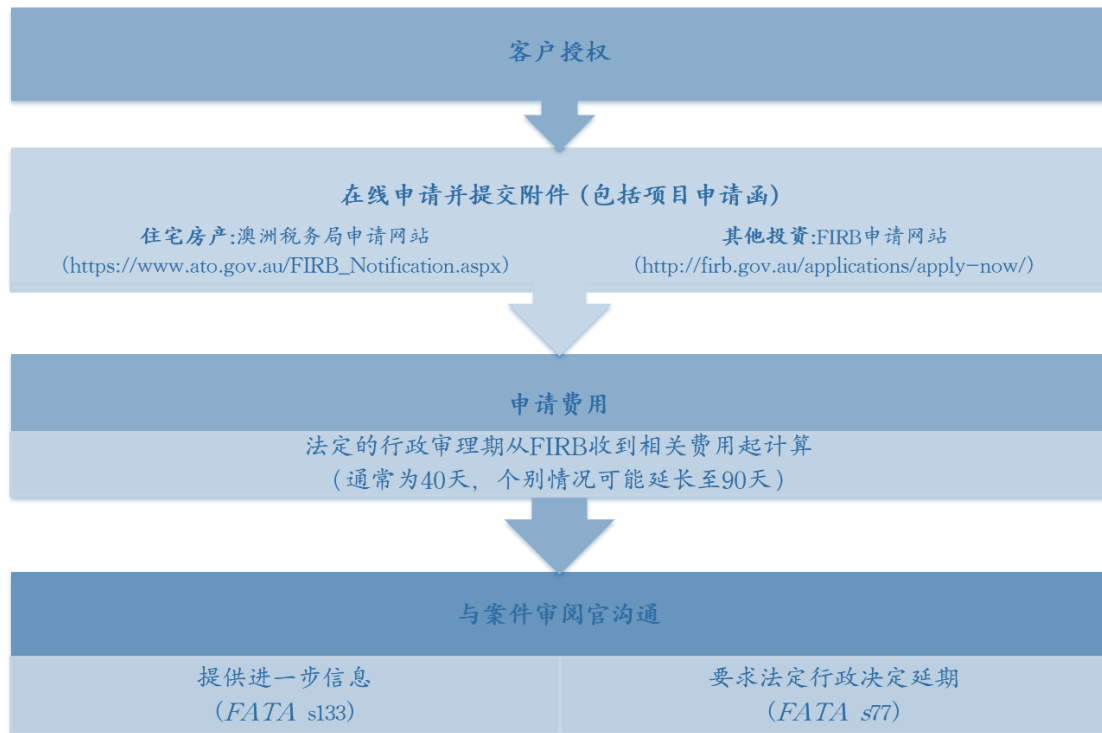
第二，什么是“直接投资”？“直接投资”指外国政府投资实体对澳大利亚企业或业务（股权或资产等形式）进行至少 10%（含本数）的投资。²²对于 10% 以下的投资或有意与标的建立长期、持久关系的投资，如果其中存在某些特定的投资安排，例如特殊权益安排，一票否决权等，那么这类对投资标的的控制权存在影响的投资安排仍可能视为“直接投资”。需注意的，“外国政府投资实体”的相关规定是对于 FIRB 申报要求（包括投资类型与金额门槛）的补充，具体投资类别（例如，土地、矿权等投资行为）相关的投资金额门槛同样仍适用于“外国政府投资实体”。在参与这类投资的申请时，我们的建议是要对提交的申请材料作细致的审查并注意信息披露的尺度。

三、申请流程

关于 FIRB 申请，主要流程可分为四个步骤：客户授权、提交材料、支付费用，以及后续与案件官员沟通。

²¹ FIRB Guidance 2（2022 年 7 月 29 日）。

²² Section 16, Foreign Acquisitions and Takeovers Regulations 2015 (Cth).



时间方面，FIRB 通常会在四十（40）天（自然日）内作出答复。时间计算的起始日期是从 FIRB 收到申请费用起开始计算，而非申请提交日期或者费用支付日期。在四十（40）天的审理期中，财政部长首先会有三十（30）天的考虑时间，如对提交的申请材料没有异议（No objection）将会批准申请。²³如对申请的投资行为存有疑虑，根据 FATA 规定，例如“国家利益”等原因，财政部长有权否决相关的外国投资提案，在财长作出决定后，FIRB 会有十（10）天时间就该决定准备书面材料并联系申请人出具最终决定。²⁴

对于某些需要延长审理期的申请，FIRB 会在截至日前主动联系相关的申请人，要求延长审理期限。目前的规定中，FIRB 有两种方式可以延长审理时间：

- (1) 财长可以作出临时命令（Interim Orders）将审理时间延长最多至九十（90）天（即，法律规定可以延长的最长天数）。按规定，此类临时命令需要在联邦层级进行公告（Federal Register of Legislation）；或者
- (2) FIRB 可与申请人沟通，双方协商确定延长一个合理的期限（例如，8-10周）。这类延长无需公告，也是在交易项目中较常采用的一种延长审

²³ Section 77, FATA.

²⁴ Section 74, FATA.

理期限的方式。

（一）客户授权

具体步骤上，客户首先需要授权律所作为代理机构，由其代表客户向 FIRB 提交有关投资行为的申请。授权函中应当明确授权的范围以及事项，包括但不限于起草申请函，协助客户收集与准备申请材料，提交申请函，代为支付申请费用，与相关案件官员就申请材料与内容进行沟通，并及时回答项目中涉及的有关商业和法律问题等内容。

此外，授权函中应当明确客户所提供信息是真实、准确的。如在申请材料中存在误导、欺诈等情形，客户应当了解、知晓并承担相关法律责任与责任。

（二）提交材料

FIRB 申请采用的是在线提交方式，在完成第一步“客户授权”之后，律师将通过 FIRB 在线窗口（Online Portal）在线上提交申请。在提交申请材料时需要注意，应当按照具体的投资类别、投资人信息、项目信息（例如，投资金额以及投资标的等）提供对应数据与材料，并逐一完成填写。以下是在线系统申请时的相关流程截图：

（投资类别）

Applicant details Save << Back Next >>

Please provide details of the corporation, trust or individual making this application.
If there is more than one applicant, please provide details of each applicant.

Applicant type * Corporation ☐ Yes ☒ No **Is this applicant a Foreign Government Investor? ***

Corporation details

Corporation / Business legal name * **Registration number of corporation (e.g. ACN/ABN)**

Trading name (if different) **Country of incorporation *** **Country of main activity ***

Registered address of corporation

Address line 1 * **Country ***

Address line 2 **State or Territory ***

Suburb/Town * **Postcode ***

Shareholder details
List the shareholders holding a 5 per cent interest or greater in the applicant

Provide details of shareholders and percentage in the fields below.
‘Add’ – use this button to add another shareholder.
‘Delete’ – use this button to remove a selected shareholder.

Add Delete

Shareholder type *	Corporation legal name *	Country of incorporation *	Percentage held (%) *
Corporation	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>

(投资人信息)

Target details Save << Back Next >>

Please provide details of each interest to be acquired.
If there is more than one target, please provide details of each target.

Target type * Corporation ☐ Yes ☐ No **Is this corporation a trustee of an Australian land trust or an Agricultural land trust? ***

Corporation details

Corporation / Business legal name * **Registration number (e.g. ACN/ABN)**

Country of incorporation * **In which states or territories does the target entity have assets or operations? ***

Country of registration ☐ ACT ☒ NSW ☐ NT ☐ QLD ☐ SA ☐ TAS ☐ VIC ☐ WA ☐ Offshore

Acquisition details

Type of interest being acquired * Direct ownership ☐ **Total Australian assets (A\$ million) *** Please provide an estimate of the total value of the Australian assets held by the target company or trust. E.g. Enter \$350 million as 350 E.g. Enter \$22.5 million as 22.5

The total percentage interest the applicant or applicants already hold in the target (%) * E.g. Enter 20% as 20. **Total Australian land assets (A\$ million) *** Please provide an estimate of the total value of the Australian land assets held by the target company or trust. E.g. Enter \$350 million as 350 E.g. Enter \$22.5 million as 22.5

Maximum interest in the target that the applicant or applicants are seeking to acquire (%) * E.g. Enter 20% as 20. **Total Australian agricultural land assets (A\$ million) *** Please provide an estimate of the total value of the Australian agricultural land assets held by the target company or trust. E.g. Enter \$350 million as 350 E.g. Enter \$22.5 million as 22.5

Consideration value (A\$ million) * Please provide the monetary consideration for the interest to be acquired. The consideration value is the maximum expected purchase price. E.g. Enter \$350 million as 350 E.g. Enter \$22.5 million as 22.5 **Total global assets (A\$ million) *** Please provide an estimate of the total value of the global assets held by the target company or trust. E.g. Enter \$350 million as 350 E.g. Enter \$22.5 million as 22.5

Click the ‘Add’ button to add more targets.
Click the ‘Delete’ button to delete the current target.

(项目信息)

在线申请中最重要的一个环节是申请函的准备。申请函通常作为附件提交，在提交材料时，在线系统会确认添加附件的内容（见下图表）。申请函需要律所团队和客户紧密合作，确保申请函的内容充分、详实但又不会过度地对外披

露不必要的项目信息，对于律师来说是非常具有挑战的一项工作。申请函的核心作用是对项目作具体介绍说明，以便让审理案件的官员（Case Officer）更好地了解申请的投资项目。申请函中也会重复某些在线申请过程中已经提供的信息，例如，投资实体在澳大利亚已有的投资项目、企业总资产、股东信息等，如涉及敏感行业投资的（例如，媒体、航天等）需要披露持有投资实体中 5% 及以上权益的股东信息，如涉及基金投资人的，需要披露基金的合伙人信息等。另外，投资实体需要对是否存在政府背景（例如国企、央企）等情况进行披露。

Supporting documentation and attachments

Please provide a short description of the proposal and details of any related applications associated with this proposal.

Please see attached the cover letter accompanying this application for further details on the proposal.

Attach a cover letter detailing the following:

- Further details on the ownership and control of the applicant, including major activities and locations and any Australian operations;
- Details of any foreign government ownership or control;
- The Australian business operations of the target;
- Proposed interest (e.g. duration, fees and payments, rights to the interest holder and obligations of the property holder);
- Relationships between the applicant and the target (e.g. directors, joint ventures, goods and services provision), as well as all economic interests that the purchaser has in the target (including any exposure the purchaser may have through the target);
- Intended acquisition method and timing, including reasons for the proposal from the viewpoints of the applicant, the target and any vendor (if applicable);
- Intentions for the target business, including changes to the composition of the board of directors, voting rights and intentions and the amount of development expenditure proposed (if applicable); and
- Other relevant information (e.g. proposed beneficial ownership, voting and board representation rights, and other rights concerning management and control).

Please attach the following documents:

- Annual report and financial report;
- Ownership structure diagrams for the acquirer;
- Copies of any contract, bid or agreement (if applicable); and
- Other supporting documents (if applicable).

Please provide supporting documentation and attachments below (the maximum size for each document is 9 megabytes).

*Add – use this button to add another attachment.
*Delete – use this button to remove an attachment.

	Upload (maximum 9MB)	Attachment type
1	<input type="text" value="Clear content selection"/>	Cover letter
2	<input type="text" value="Clear content selection"/>	Structure diagram
3	<input type="text" value="Clear content selection"/>	Annual Report and financial details

（添加申请函作为附件提交）

此外，申请函应当包括项目对价、投资的商业目的等信息，项目涉及融资安排的，还需要提供融资信息。**FIRB** 要求申请中包含对于整个项目的周期安排，例如项目时间表、交割日期等，涉及竞标程序的，申请内容应当包含收购竞标的截止日期，或者收购方案会议安排等信息与材料。在审理申请过程中，**FIRB** 可能会咨询州或者领地政府，以及包括澳大利亚税务局（**Australian Taxation Office**（简称“**ATO**”）），澳大利亚竞争和消费者委员会（**Australian Competition and Consumer Commission**（简称“**ACCC**”））等第三方政府机构。因此，在向 **FIRB** 提交的申请函中，我们建议申请人强调并要求 **FIRB** 对于项目内容进行合理程度的保密，防止在项目初期披露过多不必要的交易细节，对项目的商业价值产生不利影响。

（三）支付费用

在申请提交后，接下来一步就是申请费用支付。如在上文中提到的，FIRB 的审理期是从收到申请费用起开始计算。费用支付如果存在问题，会影响到整个项目的周期。目前市场上较常规的做法是，交易双方会将 FIRB 批准作为交易的先决条件加入到交易文件中。如果费用支付延迟，那会对整体交易产生非常大的影响。申请费用会因投资类别和标的价值的不同而有所差异。我们以企业的股权收购为例：²⁵

- (1) 如标的价值 5000 万澳元或以下，申请费用为 13,200 澳元；
- (2) 如标的价值在 5000 万澳元以上，基础申请费用为 26,400 澳元，且标的价值每增长 5000 万澳元，申请费增加 26,400 澳元；
- (3) 申请费用有封顶价格，即价值大于 20 亿澳元时，申请费用为 1,045,000 澳元。

FIRB 每年会对申请费进行调整，发布在年初的指引（Guidance Note）中，投资人可以查阅当年的投资类别及对应的申请费用，作为参考。如果项目时间较紧，交易双方对项目具体定价存在某些分歧，我们建议是，可先选择支付较高的申请费用，之后与 FIRB 商讨退还多余款的申请费用。这样的优势在于可以先启动 FIRB 的审理程序，从而在整体上节省整个项目周期。

最后，在收到申请费用后，FIRB 会向申请人出具确认函（见下图）。

²⁵ FIRB Guidance Note 10（2023 年 1 月 3 日）。

Telephone: 02 6263 3795
 Overseas: +61 2 6263 3795
 Facsimile: 02 6263 2940
 Website: www.firb.gov.au

FOREIGN INVESTMENT APPLICATION PAYMENT RECEIVED

DATE: [REDACTED]
 REFERENCE NUMBER: [REDACTED]
 APPLICANT: [REDACTED]
 TARGET: [REDACTED]

PAYMENT REFERENCE NUMBER: [REDACTED]
 BET ID: [REDACTED]
 FEE: SAUD 101,500

Your fee has been received.

The statutory deadline for this application is [REDACTED].

Please note the above fee has been calculated based on the information you have provided in your online application. The above fee is subject to change depending on review of the detail of your application. You will be contacted if the fee needs to be changed.

Foreign Investment Review Board Secretariat
 The Treasury
 Langton Crescent
 PARKES ACT 2600

（确认函）

（四）与案件官员沟通

针对每个投资申请，FIRB 会指派一名负责的案件官员，在申请过程中就申请材料中所涉及的有关问题（包括申请审理的期限等）与申请人进行交流、沟通。个别情况下，被指派的 FIRB 官员可能并不熟悉相关领域的交易模式与商业惯例。因此，这需要专业人员对其进行讲解，以便能够更快地理解项目的具体内容。此外，案件官员提出的问题可能会涉及交易结构、融资方案，投资人权益等事项，需要熟悉整个交易的项目律师与财务顾问对其逐一进行合理解释。对于在澳大利亚长期进行投资的海外投资者，FIRB 也会根据实际情况委派熟悉该投资者业务的官员，这样有利于节省审理的时间，更高效地完成申请审查工作。

通常情况下，如申请程序完整、合规，提交的材料内容准确、合理，过程中与案件官员的口头、书面沟通清晰、顺畅，大部分的投资都能够获批。特定情况下，批准可能会附带某些特定条件（例如土地开发的期限、税务、环保要求等）。对于不确定是否需要做 FIRB 申请的投资行为，FIRB 对此类项目的态度也是建议提交申请，避免交易日后被认定需要申报但实际未做申报而被叫停的风险。投资人可以与 FIRB 官员进行沟通，就项目情况进行说明，协助官员去判断项目的实际情况。

澳大利亚联邦财政部有权力阻止特定的外商投资行为，其中包括对需要申报但没有申报的投资、或者未获得批准而进行的投资。未按规定提交申请的，申请人除了承担相应的行政责任及/或（个别情况下）刑事责任外，政府可以下达强制出售令。²⁶对申请结果有异议的，申请人可以向澳大利亚行政上诉委员会（Administrative Appeals Tribunal）申请复议，但复议审查的是申请的程序是否合法，而非申请的项目本身等实质内容。²⁷也就是说，如果财政部长出于国家利益等因素否决某投资提案，且经审查认定程序公正合理，则复议的最终结果仍可能是维持原有否决该投资的决定。

总结

澳大利亚为全球投资者提供多元化的投资机会，行业涵盖农业、矿业等传统领域以及医疗健康、数字科技、可再生能源等新兴产业。澳大利亚丰富的资源可以满足中国高质量发展的需要，其完备的基础设施及先进的科学技术可以与中国企业形成优势互补，并很好地进行良性互动。

中国企业在选择澳大利亚进行投资时，首先面对的就是外商投资的相关审查。我们建议有意向投资澳大利亚的企业，在投资前咨询专业人士意见，搭建合理的项目架构，并熟悉相关的外商投资规定。在启动投资前，了解投资标的所在行业、领域：是否存在外商投资准入要求（例如，银行、保险、航空、航运、电信媒体等领域）？拟开展的投资行为是否需要向 FIRB 进行申报（例如，须申报的投资行为或重大投资行为）？投资企业是否存在政府背景（例如，国企、央企或政府基金等）？申请获批的几率有多高（例如，横向比较近期类似的投资行为）？批准是否会附带条件（例如，税务、环保、土地开发等要求）？

最后，我们希望本文章中所涉及的内容能够助力有意向投资澳大利亚的企业或个人。如需要就本文章中具体事项了解更多详细信息，或寻求专业法律意见，欢迎随时与 Seyfarth Shaw 团队联系。

²⁶ <https://firb.gov.au/qa-temporary-changes-foreign-investment-framework>, 最后访问日 2023 年 3 月 15 日。

²⁷ <https://www.aat.gov.au/apply-for-a-review>, 最后访问日 2023 年 3 月 15 日。

挑战与机遇并存：

《欧盟外资安全审查条例》问世四年来的观察

范玮文（Vittorio Franzese） Seyfarth Shaw LLP



范玮文 Vittorio Franzese

美国赛法思·肖律师事务所法律顾问，意大利执业律师。Vittorio 在处理跨国公司相关跨境并购交易以及品牌保护、知识产权管理方面具有丰富的经验。他帮助客户从容应对相关地域特别法律规定和文化规范下的挑战，并提供切实、高效的解决方案。Vittorio 职业生涯的大部分时间身处于亚洲，他深知如何帮助客户克服业务运营过程中的文化障碍并为其解决实际问题。凭借他的丰富经验及对多元文化环境的深刻理解，Vittorio 是外资企业在新大陆拓展业务的理想顾问。

一、欧盟的 FDI 审查机制框架¹

2019 年 3 月 19 日，第一部建立欧洲外国直接投资（FDI）审查机制的欧盟条例问世。一年半后，这部条例于 2020 年 10 月 11 日正式开始对各欧盟成员国生效。

本文的目的是分析欧盟第 2019/452 号条例（以下简称《欧盟外资安全审查条例》）的规定，探究其对整个欧洲关于外国投资流动的影响和它在过去几年在欧盟成员国及其他国家的实施情况。

首先需要指出的是，尽管《欧盟外资安全审查条例》是欧盟层面上第一套处理外国直接投资的规则，但它并不直接适用于在欧洲的所有外商直接投资，也没有发挥全面协调欧盟的外国直接投资的控制作用，或是取代各国国内的外

¹ 本文中信息不能用于代替专业法律、税务或其他专业咨询者提供的咨询意见。读者在做出决定或采取交易行动前，应当向专业法律顾问进行咨询。本文为中文译文，文义如与英文本有差异，概以英文本为准，译者：梁春谐。

国直接投资审查。该条例的积极作用在于促进了欧盟委员会和成员国之间在外国直接投资控制方面的合作、信息共享，并在一定程度上保证了审查的透明度。

虽然各成员国在处理外国直接投资的方法和措施上仍然是自主的，但《欧盟外资安全审查条例》的出台，使尚未制定类似规则的国家需要承担一定解释的义务。

《欧盟外资安全审查条例》主要包括以下三部分内容：

第一，由成员国实施的基于国家安全或公共秩序风险对外国直接投资进行审查的欧盟法律框架；

第二，成员国之间的合作机制；以及

第三，欧盟委员会审查外商投资并向成员国发出不具约束力的咨询性意见的权限。

《欧盟外资安全审查条例》广泛适用于外国（指非欧盟成员）投资者的各类投资，旨在建立和保持外国投资者与被投资企业之间的持久和直接的联系，以便在成员国开展经济活动，包括有效参与管理或控制被投企业的再投资。绿地投资（Greenfield Investments）和组合证券投资不在该条例的范围内。

（一）审查框架：对国家安全或公共秩序的风险和合法利益

《欧盟外资安全审查条例》规定，成员国应基于对“国家安全或公共秩序”（Security or Public Order）的风险程度来审查外国投资。这一术语源于欧盟的条约，欧盟法院只在总体层面上对其进行解释。这意味着各成员国拥有较大的自由裁量权。

为了在一定程度上协调各成员国国内关于外国直接投资的规则，《欧盟外资安全审查条例》提供了一项非穷尽的清单，列明了成员国在确定一项外国投资是否会影响国家安全或公共秩序时可供考虑的因素，包括是否涉及以下事项：

- 对关键基础设施的投资，包括能源、运输、水利、公共卫生、通信、媒体、数据处理或储存、航空航天、国防、民选或金融基础建设，以及对使用这些基础建设至关重要的敏感设施和土地及房地产的投资；

- 关键技术和军民两用的物品，包括人工智能、机器人技术、半导体、网络安全、量子技术、航空航天、国防、能源储存、核技术、纳米技术和生物技术；
- 关键设施的供应，包括能源或原材料，以及食品安全；
- 敏感信息的获取，包括个人数据；
- 影响媒体的自由和多元性；
- 非欧盟国家政府（包括国家机构和武装部队）对外国投资者的控制；
- 外国投资者参与影响成员国国家安全或公共秩序的活动；或
- 外国投资者从事非法或犯罪活动的风险较高

除上述审查考虑因素外，需要强调的是，《欧洲联盟运行条约》（Treaty on the Functioning of the European Union）（以下简称“TFEU”）规定了欧洲投资项目的自由。具体而言，TFEU 第 63 条保障了资本在欧盟内部的自由流动，并将这种自由扩展到资本从欧盟内部向第三国的流动，以及自第三国向欧盟的流动。TFEU 第 49 条则旨在保护一个成员国的国民在另一个成员国的营业自由。

在有限的情形下，成员国可以减损 TFEU 规定的基本自由，并随着时间的推移受到司法审查，包括在《欧盟合并条例》（EU Merger Regulation）的语境下。具体来说，欧盟成员国被允许采取“适当措施”来保护其“合法利益”，但这些措施必须符合欧盟法律的规定。就《欧盟合并条例》而言，这意味着如果成员国的“合法利益”受到威胁，影响了重大国家利益，那么成员国就不必受制于欧盟委员会对涉及欧盟的投资或交易的竞争方面的审查（《欧盟合并条例》第 21 条）。

欧盟法院（the Court of Justice of the European Union）对“适当措施”进行了广泛的解释，但将其标准设定的很高，并对什么是“合法利益”进行了狭义的解释。例如，如果存在对社会基本利益的真实的和足够严重的威胁，可以依靠国家安全或公共秩序的理由来限制资本的自由流动，但对自由的限制又将被严格限定（例如，为了确保公共利益或公共政策服务的最低供应或连续性，如

在邮政、石油、电力和电信领域）。即使在涉及这些关键部门的案件中，所依据的任何立法都必须为限制性措施的适用规定客观和非歧视性的标准，以确保法律的确定性。

此外，欧洲法院还决定，合法利益不应该界定为纯粹的经济性利益。欧盟委员会此前规定了限制基本条约自由的措施的四个条件，如资本的自由流动和设立公司的自由。如需设定事先行政审批或授权的程序等，必须符合：（1）以非任意和非歧视的方式实施；（2）与所追求的目标是合适的和相称的（以必要的要求为理由）；（3）提供法律的确定性，以有关企业事先知道的客观、非歧视性的标准为基础，并存在法律救济的途径；（4）遵循透明的程序，明确说明在哪些具体、客观情况下会作出和不予作出批准决定。成员国的外国直接投资法律和欧盟外国直接投资条例所建立的框架应在这一背景和已有的欧盟法律（包括判例法）下进行解释。特别是，《欧盟外资安全审查条例》的前言中规定：“虽然允许以国家安全和公共秩序”为标准来审查外国投资，但《欧盟合并条例》意义上的‘合法利益’概念应与本条例的概念保持一致，不影响保护这些利益的国家政策、欧盟法律的一般原则和其他规定。”《欧盟外国直接投资条例》也支持投资者的法律确定性原则，它要求（与欧盟投资报告相似）成员国在其现有的、新通过的和/或修订的外国直接投资审查措施实施后30天内通知欧盟委员会。

（二）成员国之间的合作机制

欧盟外国直接投资框架的另一个重要内容是未来外国直接投资所在的成员国与其他成员国之间的合作机制：成员国就任何正在进行的外国直接投资审查活动，应通知欧盟委员会和其他成员国。如果一成员国确定，正在另一成员国接受审查的某项外国直接投资可能影响其国家安全或公共秩序，则可向实施审查的成员国发出评论意见。如果成员国没有进行任何审查，或者该国的外国直接投资的法律尚未生效，或者没有采用任何外国直接投资审查的规则，其也被允许发表评论。外国直接投资所在的成员国应适当考虑其他成员国的意见。

这种对成员国之间“协同和合作”的关注是极其重要的，因为它为国家制度设定了最低标准，并促使了欧盟对外国直接投资的审查机制朝着更为协调的方式发展。

欧洲外国直接投资合作机制还有赖于一个标准格式的通知模板，鼓励成员国在合作机制下通知外国直接投资时使用。在 2021 年 4 月，欧盟委员会公开发布了该通知模板，用以收集有关投资审查的具体信息。该表格的目的是使欧盟委员会和成员国能够更快地评估正在接受审查的外国直接投资是否影响至少本国的国家安全或公共秩序。在实践中，该模板使欧盟 27 个成员国和欧盟委员会在根据前述合作机制接收和审查通知时，能够获得标准化的信息，以评估对本国国家安全和公共秩序、欧盟委员会感兴趣的计划和项目的影响。这种形式的底层逻辑是，通过提高合作机制内的信息质量，可提高成员国和欧盟委员会的审查效率，并使发出通知的成员国亦能完成其调查。

（三）欧盟委员会的新角色

作为一项义务，成员国还应向欧盟委员会通报任何正在进行的外国直接投资审查。但无论成员国是否通知欧盟委员会，如果欧盟委员会认为该投资可能影响：（i）一个以上成员国的国家安全或公共秩序，或（ii）涉及大量欧盟资金的项目，或欧盟委员会掌握该外国直接投资有关的其他相关信息，委员会可以向该投资项目的成员国发出不具约束力的意见。此外，如果一个成员国认为在另一个成员国进行的外国直接投资可能影响其国家安全或公共秩序，它也可以主动要求欧盟委员会发表意见。外国直接投资所在的成员国在审查投资的过程中应适当考虑委员会出具意见。

此外，《欧盟外资安全审查条例》规定了成员国在国家安全审查方面的年度报告义务，以保证在欧盟的外国直接投资有最低程度的透明度。

对外国投资者来说，《欧盟外资安全审查条例》造成的影响是两方面的：

1. 审查持续时间增加：由于成员国有义务适当考虑欧盟委员会的意见和各成员国的评论，投资审查过的耗时会进一步增加。例如，如一成员国开展了投

资审查，其他成员国、欧盟委员会可以在该国发出外国直接投资通知后的 35 天内发布相关意见和评论，该成员国需要在该期限之后才能结束其投资审查程序。

2. 复杂性和不确定性的增加：对于开展投资审查的欧盟成员国而言，欧盟委员会的角色和其他成员国对该程序的参与将进一步增加审查程序的复杂性和不确定性。外国投资者在考虑在某成员国投资时，不仅要考虑目标司法管辖区的外国投资限制，还应考虑其他成员国以及欧盟委员会可能存在的意见。数据显示，在 27 个欧盟成员国中，有 25 个国家已经或正在建立外国直接投资制度。在 2021 年向欧盟成员国筛选机构发出的 414 份通知中：

- 大多数被无条件地批准（76%）；
- 23%是有条件批准的；
- 只有 1%的案例中交易被阻止；
- 86%的通知交易在第一阶段结束，只有 11%在第二阶段结束；以及
- 委员会仅在 3%的案例中发表了不具约束力的意见。²

基于这些数据，如前所述，公司没有必要担心交易的结束——但这些过程必然会对交易时间表产生影响。

二、外国补贴条例

除外国直接投资外，并购的另一个交易障碍也在 2022 年敲定。经过欧洲理事会和欧洲议会的谈判，欧盟外国补贴条例（FSR）于 2022 年 11 月 28 日由欧洲理事会正式通过，并于 2023 年 1 月 12 日正式生效。预计 2023 年中期会颁布一个实施条例。

FSR 旨在通过对并购和公共采购交易中的外国投资进行更多的关注，让活跃在欧盟内部市场的欧洲公司和外国支持的公司之间的竞争环境更加公平。从 2023 年 10 月起，如果达到以下门槛，并购交易将需要进行通知：

²European Commission reports on operation of EU FDI screening mechanism, Allen & Overy, 2022 年.

至少有一家合并公司（在完全合并的情况下）、目标公司（在收购的情况下）或合资公司是在欧盟成立的，并且在上一个财政年度在欧盟范围内的总营业额至少为 5 亿欧元；并且交易各方在签订协议、宣布竞标或收购之前的三年内，收到的外国投资总额超过 5 千万欧元。

如从事公开招标的公司满足下列情况的，标的国需要向其他成员国和欧盟委员会发出通知：

合同价值等于或高于 2.5 亿欧元；如果投标被分成若干标段，所申请的标段总价值等于或高于 1.25 亿欧元；以及

投标方（包括其子公司和/或控股公司）及其主要分包商（或供应商）在通知之前的三年内收到的外国财政捐款总额等于或高于 400 万欧元。仍低于 400 万欧元的投标方仍需提交一份声明，确认其低于申报门槛。

正如预期的那样，现在欧盟委员会拥有当然的调查权力，可以要求并购交易/公开招标的各方在实施/授予之前进行通知。还应注意的是，与合并控制和外国直接投资的情况一样，适用暂停义务。公司在获得许可之前不得实施其集中或授予招标。

三、欧洲投资审查的实践

实际上，投资审查机制在欧洲已经有很多年的实践，在一些国家，这种由政府审查个别投资项目，以明确其对国家安全利益的影响的规则，其实践可以追溯到 60 年前。尽管如此，历史上许多国家最多只能依靠单一部门的授权要求或类似机制对投资进行审查。

因此，在实践中，外国直接投资筛选机制对交易实践领域的影响相当有限，主要针对国防相关的投资。近年来，主要是在《欧盟外资安全审查条例》通过后，在欧洲迎来了外国直接投资审查政策制定的新浪潮。在很多行业，外国直接投资的合规问题已成为欧盟内部关注的重点，例如涉及关键基础设施（能源、运输、水利、公共卫生、通信、媒体、数据处理、航空航天、国防、民选或金融基础设施、敏感设施和重要地产）和关键技术（人工智能、机器人、网络安全、能源储存、核技术、纳米技术和生物技术）的行业。在新冠疫情爆发后，

投资安全审查制度在欧洲趋严。一些成员国进一步发展了其国内的审查机制，或采用了新的机制，以涵盖在医疗保健和生物技术等新部门的投资。其他国家，如法国、意大利或西班牙，通过了临时制度，以确保在新冠疫情发生后保护其国家利益。

以法国为例，投资审查制度变得更加严格。在新冠疫情期间，政府最初的决定是将非欧盟国家向法国上市公司投资 10% 的股权比例设定为审查门槛，该门槛较之此前更低，意味着适用的情形增加。该规定延长实施期限至 2021 年 12 月 31 日。此外，法国经济部长公开表示投资审查一直呈现收紧的趋势，表现在两例案件中：在美国 Teledyne 公司对从事夜视系统的法国公司 Photonis 表现出兴趣的情况下，法国经济部口头上反对任何投资安排，此后，法国外交部提出了以下条件：(1) 法国主权投资基金 Bpifrance 收购 Photonis 公司 10% 的少数股权，同时对 Photonis 公司在法国和荷兰的业务运营和管理拥有否决权；(2) 建立一个内部安全委员会，包括法国武装部队和法国经济和财政部的代表，他们不仅拥有否决权，还将过滤信息，以限制向 Teledyne 转让战略数据。不过，这些讨论的可行性随着法国在去年年底发出正式的禁令而结束。在另一个在 2021 年被否决的案例中，法国经济部以法国食品主权的名义，否决了加拿大零售商 Couche-Tard 对家乐福 (Carrefour) 的收购。对于市场主体而言，法国的这些否决决定像一个信号，表明法国将对非欧洲投资者更为严格，倾向保护本国企业，即使是对于亲法的投资国家，如美国或加拿大。³

德国仔细审查了其对于外国投资的依赖性和具体措施，特别是在重要行业领域。就外商投资安全审查方面，德国对“国家安全”和“公共秩序”这两个词进行了广泛的解释，特别强调能源、半导体、卫生、技术和食品等行业。德国政府准备利用外国直接投资审查来阻止不受欢迎的交易——即使只是通过程序上的拖延。虽然颁布正式禁令的门槛很高，但像 Siltronic/Global Wafers 这样的案例表明，政府已经准备好利用外资审查的程序来避免做出在政治上为难的决定。德国新政府的关键部门由绿党 (Green Party) 代表担任，他们呼吁采取更严格的审查态度。对于自俄罗斯和白俄罗斯对德国的投资，即使是来自不受

³ Foreign Direct Investment Regulation Guide, Veronica Roberts, Law Business Research, 2022 年.

制裁影响的实体，现在也被同等严格对待。而来自欧盟的投资者也会受到越来越严格的审查。

2021 年，德国政府共审查了 306 个案件。此外，通过欧盟合作机制提交共 240 个案件。短短几年内，德国的审查制度多次加严，我们预计政府将专注于执行现有框架，亦可能会进一步收紧政策。

意大利在新冠疫情之后引入了新的通知要求，有效期至 2021 年 12 月 31 日。该等要求适用于欧盟投资者收购某些敏感行业（除国防和国家安全外）的公司的控制权和欧盟投资者收购战略实体的 10% 或更多的资本 (D.P.C.M. 179/2020)。该法令扩大了意大利外国直接投资法规的范围，适用条件是投资的总标的额不低于 100 万欧元。

对于外国投资者而言，由于外国直接投资法律适用范围的扩大，其申报义务的大幅增加（如上所述）。投资主体在确保投资和新的所有权方面面临新的挑战，特别是许多外国直接投资审查程序仍然是保密的——在这方面，意大利政府使用其“黄金权力”（Golden Power），即外国直接投资审查规则所处理的三个案件被公众知悉。首先，根据意大利的“黄金权力”（Golden Power），中国投资者 Syngenta 收购意大利蔬菜种子生产商 Verisem 的交易在 2021 年 10 月被阻止。原因系这项交易构成了国家安全风险，可能会把用于生产蔬菜和芳香草药的种子的转移到亚洲。Syngenta 公司承认该交易存在一定程度的国家安全风险，但其提出的承诺足以确保意大利公司 Verisem 的国家战略利益得到保护。因此，Syngenta 公司启动了行政法庭程序，挑战意大利政府的决定。最终，意大利法院认定，意大利政府的禁止决定是经过适当推理的，应当有效。⁴

在另外两个案例中，意大利目标公司反对适用外国直接投资法来阻止拟议的投资或收购。2021 年，总部位于米兰的半导体设备生产商 LPE，在罗马政府阻止其被中国公司深圳英维兰控股有限公司收购后提出了上诉。另一案件中，意大利外国直接投资当局确定 Calvi Holdings 在意大利的钢铁行业是独一无二的，故瑞士公司 Montanstahl 对其的收购交易被阻止了。在 Montanstahl 退出交易后，

⁴ Reuters, Italian court rules veto of Syngenta purchase of seed producer is valid, 2022 年 4 月 13 日。

意大利法院以不具备相关利益基础为由，拒绝审查 Calvi Holdings 提出的上诉。

5

西班牙政府因宣布紧急状态而采取的诸多措施中，有一项突出的举措，其中要求来自欧盟其他国家和欧洲自由贸易联盟（EFTA）成员国的居民的部分投资必须取得授权。这是在 2020 年第一次紧急状态期间针对非欧盟/欧洲自由贸易联盟居民的投资而引入的额外的规定。在西班牙，外国投资需要取得授权已经成为常态，而在以前，该等要求仅针对欧盟和欧洲自由贸易联盟以外的国家的居民对西班牙的投资，并且只针对非常特殊的行业。

此外，荷兰立法机构也采取了一些举措，完成了国家安全审查（Wet veiligheidsstoets, investeringen, fusies en overnames）和提供进一步细节的单独命令 Vifo 法案。Vifo 法案于 2023 年上半年生效。这部新法案将与针对电信、天然气和电力行业的外国直接投资制度同时适用，并对 2020 年 9 月 8 日至生效之日实施的交易具有追溯效力。

根据 Vifo 法案的规定，与重要供应商、活跃在敏感技术领域的公司以及商业园区有关的某些交易必须通知荷兰投资审查机构（BTI）。预计在 2023 年中期会公布关于 Vifo 法案实施的细则，以细化该法在商业领域的应用。

除了 Vifo 法案，荷兰立法机构一直在研究有关国防部门投资的立法。目前还不清楚究竟何时会公布草案。

另外，BTI 还公布了一些基于《电力、天然气或电信法》（Electricity, Gas or Telecommunications Act）的投资审查数据。在 2018 年至 2022 年 9 月期间⁶：

- BTI 无条件地批准了 14 项交易中的 12 项；
- 1 项交易被宣布为不可接受；1 项被撤销；
- 没有任何交易受到条件限制或被阻止；以及
- 审查完成的平均时长为 9 周。

⁵ Reuters, Italy vetoes takeover of semiconductor firm by Chinese company Shenzhen, April 9, 2021 年 4 月 9 日; Reuters, Italy may compensate firms hit by anti-takeover powers, sources say, 10 December 2021 年 12 月 10 日.

⁶ Foreign Investment Developments in 2022; Stibbe, 2023 年 1 月.

最后，在提到欧洲时，由于其地理位置和欧盟政治决定对其外交政治的自然影响，它仍然被认为是一个值得关注的国家，我们不得不提到英国对其邻国采取此类措施的反应。在英国，根据《2021 年国家安全和投资法》引入的新的国家安全审查制度自 2022 年 1 月起才开始实施，投资者们仍在掌握这个既未经实践，又范围广泛和全面的程序。

新制度本身是对英国海外投资的数量和价值更加谨慎的象征，近年来政治和媒体环境在跨境并购方面不断恶化，代表着英国传统上开放和自由的外国直接投资环境的明显转变。

虽然鉴于新制度只有几个月的有效期，现在做出定量判断还为时过早，但有来自公司及其顾问的传闻证据表明，在英国的新制度下，低风险的交易被推入延长审查，这表明了一种谨慎的态度和更高的风险敏感性。

四、“投资欧盟”计划

为了重新激发外国投资者的热情，欧盟各国决定实施投资融资招商计划，如“投资欧盟”计划。该计划旨在向欧洲和外国投资者提供资金，并以优惠的利息长期贷款或直接提供资金，在某些特定产业和大多数新加入的欧盟成员国提供融资业务。



投资欧盟计划（Invest-EU）将为欧盟提供关键的长期资金，利用大量的私人 and 公共资金来支持可持续的复苏。它还将帮助调动私人投资，用于欧盟的政策重点，如欧洲绿色交易和数字转型。该计划包括三个部分：投资欧盟基金、投资欧盟咨询中心和投资欧盟门户网站。投资欧盟基金将通过金融合作伙伴实施，他们将利用欧盟 262 亿欧元的预算担保对项目进行投资。整个预算担保将支持执行伙伴的投资项目，增加他们的风险承担能力，从而调动至少 3720 亿欧元的额外投资。

欧洲复兴开发银行（The European Bank for Reconstruction and Development）（以下简称“EBRD”）和欧盟委员会已经签署了一项价值高达 4.5 亿欧元的投资欧盟担保协议。该协议将释放欧洲复兴开发银行高达 21 亿欧元的资金，用于投资欧盟的可持续基础设施、绿色经济和数字化，以及创新和研究。

最近，在 2022 年 12 月，欧洲复兴开发银行和欧盟委员会签署了一项价值高达 4.5 亿欧元的投资欧盟担保协议。该协议将释放欧洲复兴开发银行高达 21 亿欧元的资金，用于投资欧盟的可持续基础设施、绿色经济和数字化，以及创新和研究。⁷

EBRD 将利用这一担保在广泛的领域调动投资，包括运输、移动、能源、基础设施、数字连接、循环经济和低碳技术。它还将支持对生物经济、食品、旅游、研究和数字化、关键原材料价值链解决方案、生命科学、智能城市、可持续蓝色经济、可负担社会住房和信息通信技术的投资。这些投资将帮助欧盟实现其更广泛的战略目标，即确保绿色和数字转型。

这些项目将涵盖保加利亚、克罗地亚、捷克共和国、爱沙尼亚、希腊、匈牙利、拉脱维亚、立陶宛、波兰、罗马尼亚、斯洛伐克共和国和斯洛文尼亚。

通过这项协议，欧洲复兴开发银行成为欧盟投资计划的合作伙伴。投资欧盟计划为合作伙伴提供欧盟预算担保，以提高其承担风险的能力，因此有助于根据欧盟的政策优先事项调动公共和私人投资。

⁷ InvestEU: EBRD and European Commission sign agreement to unlock €2.1 billion, Volker Ahlemeyer, European Bank for Reconstruction and Development.

经济事务专员 Paolo Gentiloni 在谈及投资欧盟计划时表示：“投资欧盟正在支持整个欧盟的投资，这将有助于我们实现我们共同的优先事项，特别是绿色和数字转型。欧洲复兴开发银行在将投资引向最需要的地区方面有着悠久的历史。我很高兴，通过今天的协议，欧洲复兴开发银行已成为投资欧盟的执行伙伴。我们可以共同提供必要的投资，使关键部门的关键项目充分发挥潜力，支持经济发展，创造高质量的就业机会。”

五、投资者和卖家：如何克服紧缩的趋势，将投资审查机制转化为优势

从实践来看，外国投资控制审查不再是一个例外，必须从交易的确定性和交易完成的时间上对之加以考虑。在这方面，鉴于即使是较低的少数股权也会引发外国直接投资规则的适用，合同安排、其他权利和资产收购也是如此，尽职调查阶段在确保外国投资问题上起着关键作用。

在计划并购交易时，需要将外国直接投资的申报与基于竞争的并购控制规则⁸（Merger Control Rules）一并考虑。此外，与其他监管程序相比，政府在外围直接投资制度下有更大程度的自由裁量权来进行实质性干预，该审查程序更有可能被政治化，透明度也普遍较低，公开的案例和指南较少。其结果是一定程度的不确定性，需要纳入整体的交易风险。

因此，各方可能需要在尽职调查阶段就进行申报并取得相关授权，并将取得这种事先授权作为完成其交易的先决条件。在实践中，需要进行初步的多法域分析，以确定是否存在受到外国投资监管的可能。

在欧盟现有的外国直接投资制度下，如果确定某项投资可能影响国家安全或公共秩序，成员国有权禁止某些投资或要求采取减缓措施，因此，预估跨境并购交易中的外国直接投资风险就更为关键。与其他监管审批要求一样，如果一项交易受到一个或多个国家的外国直接投资制度管辖，会对交易时间表产生重大影响。投资审查可能需要几个月的时间，如果交易需要强制事先通知，即使在没有实质性国家安全问题的情况下，也会阻碍交易的完成。尽早履行外国

⁸ The legal basis for EU Merger Control is the Council Regulation (EC) No 139/2004, also known as the EU Merger Regulation. The regulation prohibits mergers and acquisitions which would significantly reduce competition in the Single Market, for example if they would create dominant companies that are likely to raise prices for consumers.

直接投资通知的义务有助于减轻对交易整体的影响。鉴于政府的目的是维护国内利益和防止外国投资者掠夺性收购，投资者可考虑是否能在适当情况下向监管部门提供具体的承诺与保证。例如，承诺保持国内生产和研发的能力、保持国内就业的机会。此外，各方可能需要在构建交易结构时，从外国直接投资的角度进行考虑，制定合适的时间表。

值得一提的是，欧洲对外国直接投资的吸引力在新冠疫情之后呈现了向好的趋势，2022年公布的投资项目数量比2021年增加了5%。

同时，主要由乌克兰战争造成的新的地缘政治和经济环境影响，可能意味着欧洲对投资者的吸引力受到负面影响。不过，欧洲的长期吸引力仍然强劲，大多数投资者认为欧洲的吸引力将在未来三年内得到改善。⁹

事实上，如果供应链受到干扰，以至于企业开始将业务转移到欧洲或近岸，那么欧洲的制造业投资可能会增加。但最有可能的结果是，制裁和供应链中断将持续下去，并对商品价格上涨、地缘政治紧张局势以及大型企业和关键基础设施遭受网络攻击的风险增加产生影响。

除了当前的经济和地缘政治背景，调查还强调了许多可能影响欧洲对外国直接投资的长期吸引力的结构性因素。调查数据显示了五个最重要的因素：

1. 数字化投资：决定企业投资方向的最重要因素是消费者、公民和行政部门的技术采用水平。
2. 作为竞争优势的可持续性：企业将应对气候变化和可持续性的政策方针列为决定其投资地点的第二大重要因素。
3. 对新人才的需求：劳动力中的新技能是受访者评估外国直接投资的两大重点之一，尤其是与欧洲的绿色和数字转型有关的方面。
4. 税收的灵活性和实用性：税务机关系统的数字化程度是决定企业投资地点的最重要税收相关因素。

⁹ Foreign Direct Investment in Europe a game of two halves: current volatility impacts strategy while long-term appeal instills confidence, EY London, 2022年5月。

5. 政策制定者对中小型企业的支持：中小型企业（收入低于 15 亿欧元）受疫情的影响最大，重新启动其外国直接投资计划的可能性较小（83%的大型企业与 44%的中小型企业）。

可以预见，外国直接投资法将继续发展，交易各方最好保持活力，监测和评估外国直接投资筛选对其拟议交易的潜在应用。外国直接投资规则的制定在 2022 年初继续进行。对于寻求有关外国直接投资活动的更多法律确定性的各方来说，有一些混合信号，但也有一些有希望的迹象。最重要的是，对许多投资者和交易来说——也许多达 90%——遵守外国直接投资的备案要求是一个时间问题，并接受一定程度的披露。虽然完成外国直接投资审查程序可能会给交易带来一些直接成本，但一旦在总体平衡中权衡，各方不一定会认为这阻碍了他们的交易计划。鉴于新冠疫情对交易的影响和其他因素，如欧洲和其他地方加强合并控制的执行，可能需要更长的时间来了解外国直接投资审查对欧洲外国直接投资趋势的总体影响。

就目前而言，无论未来的申报要求如何，当适用于个别和更复杂的外国直接投资案例时，统计数据将不那么重要。市场主体可以参考最近的国家外国直接投资当局对作出的审查决策。

欧盟委员会在呼吁通过和适用外国直接投资法律的同时，明确表示希望外国直接投资法律能够稳定的实施。

在该等法律框架下，仍然为外国直接投资交易留下了不可预测性。一方面是先例很少，外国直接投资当局对投资的审查进行逐案评估，需考虑每项交易的具体事实。因此，国家外国直接投资制度给审查当局留下了广泛的自由裁量权，并明显为政治考虑打开了大门。

对于市场主体而言，外国直接投资审查作为一个因素注定要得到保留，为收购、投资目标公司带来一些不确定性。为了减轻这种风险，投资者应该准备好向关键的利益相关者，包括政治受众，解释为什么拟议的交易将是有益的，并且不会损害国家安全利益——这需要考虑从地方、区域、联邦或国际层面考虑敏感问题。

- 因此，交易各方可以考虑：

- 了解支撑交易的政治、经济和安全动态背景，并在早期准备好将交易与更广泛的政治战略目标联系起来；
- 在一开始就与有经验的律师和商业顾问一起评估有关监管问题、潜在的情况和可能出现的其他方面的问题；
- 意识到一项交易的潜在风险，并考虑可能的补救措施和缓解措施，以便向国内监管实体保证交易不会影响国家安全；
- 了解交易与供应链安全问题的关系——特别是在涉及能源、半导体、医疗保健、数字化和食品安全的行业；
- 对复杂的程序和某些情况下可能出现的延误做好准备；
- 了解市场以外的关注因素，因为其他政府可能影响到审查程序，并由此提出意见，并影响交易进程。

最后，我们希望本文章中所涉及的内容能够助力有意向投资欧盟的企业或个人。如需要就本文章中具体事项了解更多详细信息，或寻求专业法律意见，欢迎随时与 Seyfarth Shaw 团队联系。

简析日本的外商投资管理制度

吴燕 北京市隆安律师事务所上海分所



吴燕

北京市隆安律师事务所上海分所合伙人，上海市律师协会国际法委员会委员，日本 TMI 律师事务所上海分所中国法律顾问，徐汇区总工会职工维权服务志愿者。毕业于南京大学，日本名古屋大学。吴律师可熟练使用日语交流，主要从事公司法务、并购、劳动法、外商投资、对日投资等相关法律服务。吴律师常年为以日资企业为主的外资企业提供法律顾问服务，为跨国公司跨境并购等提供法律服务。

一、日本外商投资管理制度的沿革

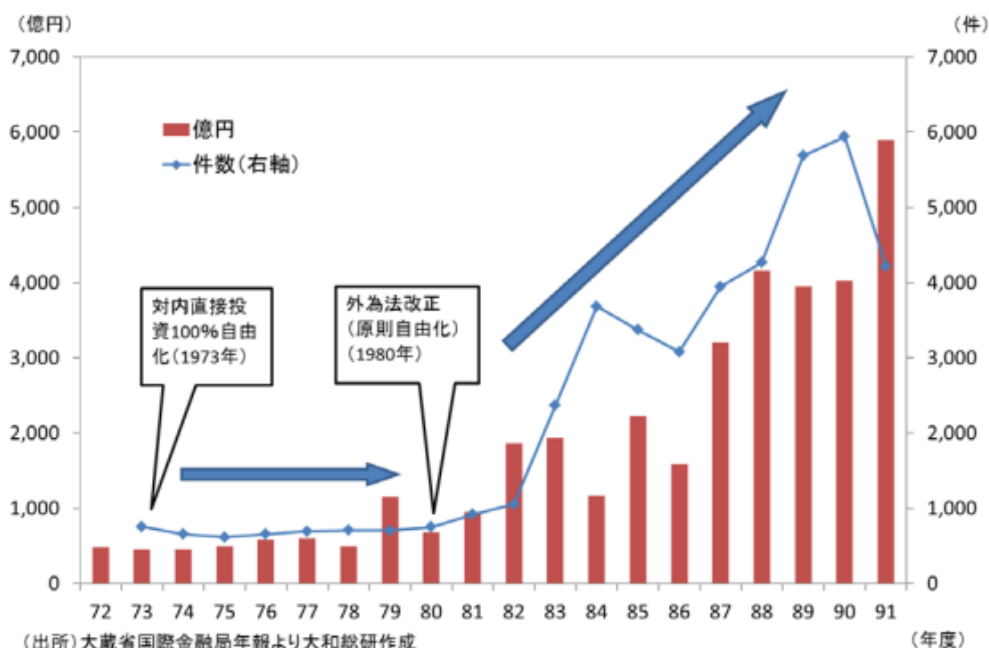
为通过引进国外的先进技术等提振战后的日本经济，日本于 1949 年制定了《外汇和对外贸易管理法》。1950 年，又制定了《外资法》作为《外汇和对外贸易法》的特别法，并引入了对内直接投资审批制度。

1964 年，日本加入 OECD（经济合作与发展组织），随着经济高速增长，对外商投资的管制有所松动。终于在 1979 年，废除《外资法》，将对外商投资的管制并入《外汇和对外贸易管理法》，对内直接投资由审批制（原则上禁止）转入事先备案制（原则上自由）。

1991 年，将对内直接投资需要事先向大藏大臣及业务主管大臣备案修改为原则上事后报告，部分事先备案制。

株式会社大和综研根据大藏省国际金融局年报制作的

1972 年至 1991 年对内直接投资趋势图



1997 年，原则上废除事先审批、备案制度。同时，由于《外汇和对外贸易管理法》中的“管理”二字有“管制”的意思，与自由化的理念不符，故将《外汇和对外贸易管理法》名称中的“管理”二字删除，变更为《外汇和对外贸易法》（以下称为“《外汇法》”）。

自 2000 年以后，之前在日本很少见的敌对收购逐渐增多，其中还有外资加入。为防止对日本国家安全具有重要意义的技术通过投资、收购外流，2007 年，通过修改政省令告示，在需要事先备案的安全保障相关行业中追加了军民两用技术。

2017 年，进一步加强对外商投资的管制，主要进行了如下两大修改：

（1）将外国投资者从其他外国投资者处取得非上市股份的行为（即“特定取得”）追加为事先备案的对象。

（2）追加对于未申报、虚假申报而进行一定的投资等的外国投资者等，当局可以发出出售股份命令或采取其他措施的命令的规定。

2019 年之前需要事先备案的行业有：与国家安全相关的“武器、飞机、核电、航天相关、可转为军用的通用产品制造业”、“电力/燃气、供热、通信业、广播、供水、铁路、客运”、“生物制品制造业、安防”、“农林渔业、石油、皮革相关、航空运输、航运”等。2019 年，为确保网络安全，防止安保相关重

要技术的流出给日本的安保造成重大影响，网络安全相关行业（信息处理相关设备/零部件制造业；软件业；信息处理服务业、网络利用支持等信息通信服务相关行业）被追加进事先备案对象。

2020 年，为进一步促进有助于日本经济健康发展的对内直接投资，同时，也为了恰当应对可能损害国家安全等的投资，在修改事先备案的对象（将获取上市公司股份或表决权的 10% 以上需要事先备案修改为获取上市公司股份或表决权的 1% 以上即要事先备案等）的同时，引入了事先备案豁免制度。随着新型冠状病毒的传播，为维护与国民的生命/健康密切相关的国内医疗生产领域，将传染病相关药品的制造业和与高度管控的医疗器械相关制造业追加进了需要事先备案的核心产业。

2021 年，鉴于确保稀土等重要矿产资源的稳定供应是经济安全保障上的重要课题，将重要矿产资源相关金属矿业等追加进了需要事先备案的核心产业。

由于日本外商投资管理制度的内容相当多，限于篇幅限制，以下对现行制度的全貌进行概括介绍。



二、事先备案制度

《外汇法》第27条规定，外国投资者对经营特定业务的日本公司进行直接投资等一定的行为的，要进行事先备案。

根据《外汇法》第26条第1款，外国投资者是指：

- (1) 非居民个人；
- (2) 根据外国法律法规设立的法人或主要经营场所在外国的法人（外国法人等）；
- (3) 非居民个人或外国法人等直接或间接持有50%以上表决权的公司；
- (4) 过半数的高级管理人员为非居民个人的日本法人；
- (5) 外国法人等出资在50%以上或外国法人等占执行事务合伙人的过半数的投资业务有限合伙企业（包括任意合伙和外国的类似的合伙）。

根据《外汇法》第26条第2款，直接投资等一定的行为是指：

- (1) 收购国内上市公司的股份，投资比例达到1%以上，或获取国内上市公司表决权达到1%以上的；
- (2) 收购国内非上市公司股份或股权；
- (3) 个人在成为非居民后将作为居民时取得的国内非上市公司的股份或股权转让给外国投资者；
- (4) 外国投资者就国内公司经营目的实质性的变更（该公司为上市公司的，仅限于外国投资者持有总表决权1/3以上表决权的情况）、关于任命该外国投资者或其相关者为国内公司的董事或监事的提案（该公司为上市公司的，仅限于外国投资者持有总表决权1%以上表决权的情况）、关于全部资产的转让等的提案（该公司为上市公司的，仅限于外国投资者持有总表决权1%以上表决权的情况）表示同意的；
- (5) 在国内设立分公司，或实质性地变更分公司的类型或业务目的的；
- (6) 向国内法人提供超过1年的贷款（在符合一定条件时）；
- (7) 从居民法人承继业务，或通过吸收分立及合并的方式承继业务；

(8) 取得国内公司发行的债权，且自取得日至本金赎回日超过 1 年，该债权的发行仅面向特定的外国投资者的（不包括居民外国投资者以日元计价购买公司债权的情况）（在符合一定条件时）；

(9) 政令规定的与上述情形类似的情形。

日本通过告示的方式，对需要进行事先备案的指定行业进行了规定。指定行业又分为核心产业和非核心产业。核心产业是指危害国家安全等的可能性比较大的行业（如：武器、飞机、人造卫星、核电；原油/天然气、炼油业；稀土；药品/高度管制医疗器械；可转为军事用途的通用货物制造业）。非核心产业是指可能危害国家安全等的行业（如：农林渔业；皮革/皮革制造业；燃料零售业；石油仓储业；广播业）。

为帮助外国投资者判断其在进行对内直接投资时是否需要事先申报等，财务省制作了《日本上市公司在外汇法下的对内直接投资等事先申报适用一览表》。如果外国投资者对一览表中的公司进行对内直接投资，那么就需要进行事先申报。

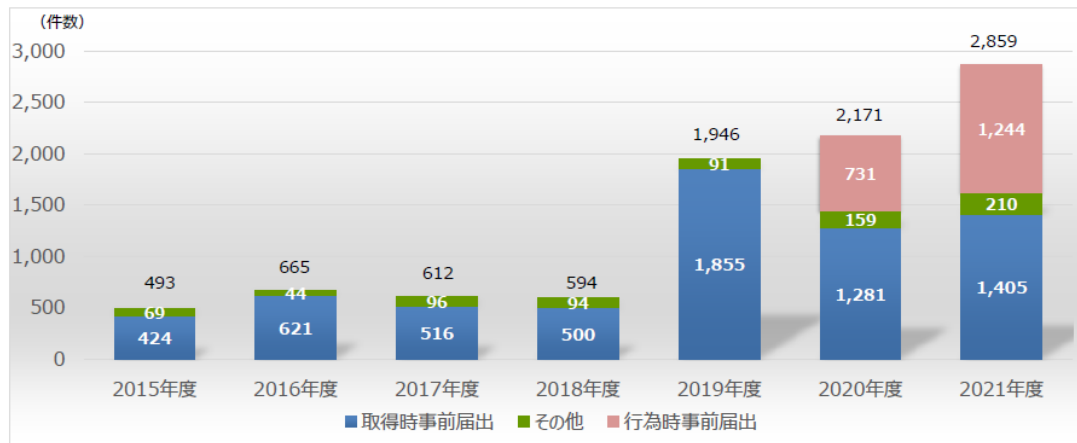
需要注意的是，如果被投资公司的子公司经营的业务含有需要事先备案的行业，外国投资者也要进行事先备案。也就是说，外国投资者不但要确认被投资公司，还要确认被投资公司的子公司是否经营需要事先备案的行业，以判断是否需要事先备案。

事先备案应在交易或行为发生之日前的 6 个月内，通过日本银行按照规定的格式向财务大臣及业务主管大臣进行。根据《外汇法》第 27 条第 2 款，对于需要事先备案的交易，自财务大臣及业务主管大臣受理该备案之日起 30 日内，不得进行与该备案相关的对内直接投资等。但是，该禁止期限通常会缩短至自受理备案之日起 2 周内。但如果该备案事项被认为对日本的安全等造成威胁的，财务大臣和业务主管大臣将听取海关、外汇等审议会的意见，为进行审查，该禁止期限最长可延长至 5 个月。

如果审查结果认为有可能损害国家安全等的，相关大臣可以发出中止投资的劝告等。根据《外汇法》第 29 条和第 70 条第 1 款第 22 项，对于未备案、虚假备案或违反变更/中止命令的对内直接投资等，在一定情况下，财务大臣及业

务主管大臣可以发出出售股份等的事后措施命令，外国投资者甚至会面临 3 年以下有期徒刑，单处或并处 100 万日元以下（但是，如果投资额的 3 倍超过 100 万日元的，则为投资额 3 倍以下）罚金的刑事处罚。

根据日本财务省国际局调查课投资企划审查室公布的数据，2015 年外国投资者进行事先备案的案件数为 493 件，2021 年进行事先备案的案件数增长为 2859 件。



此外，财务省于 2020 年 12 月 25 日发布通知，通过日本银行进行的事先备案可以线上进行。

外国投资者实际取得股份等后，还应在 45 日内通过日本银行向财务大臣及业务主管大臣提交执行报告。

三、事先备案豁免制度

事先备案豁免制度于 2020 年引入。对于核心产业等危害国家安全风险较高的投资以外的投资，以遵守豁免标准为前提，可以豁免在股份等的取得时的事先备案义务。

豁免标准如下：

- （1）本人或密切相关人员不担任高级管理人员；
- （2）不自行向股东大会提出关于指定行业的业务转让等的提案；
- （3）不接触与指定行业相关的非公开技术相关信息。

事先备案豁免制度分为面向证券公司、银行、保险公司等外国金融机构的一揽子豁免和面向未违反过《外汇法》，且非国有企业等的所有其他外国投资者的一般豁免。属于一揽子豁免对象的，无论其收购的股份的比例和是否是核心产业，只要遵守豁免标准即可免除事先备案。在一般豁免中，为指定行业中的非核心产业的，只要遵守豁免标准即可免除事先备案，属于核心产业的，则在遵守附加条件的前提下，对于收购不到 10%的股份的情况，免除事先备案。附加条件如下：

（1）不亲自参加关于核心产业业务的董事会或对其有重要决策权的委员会；

（2）对于核心产业业务，不提出书面提案，要求董事会等在规定期限内答复/行动。

需要说明的是，一揽子豁免是针对上市公司的，对于非上市公司的对内直接投资等，并不适用一揽子豁免制度。对于非上市公司的对内直接投资只有在属于指定行业中的非核心产业的情况下，才能适用事先备案豁免制度。

《外汇法》对 27 条之 2 第 3 款规定，对于利用事先备案豁免制度进行对内直接投资等的外国投资者违反豁免标准的，财务大臣及业务主管大臣可以对该外国投资者发出劝告，要求其采取必要的措施遵守豁免标准。《外汇法》第 27 条之 2 第 4 款规定，外国投资者不遵守该劝告的，可以命令其采取与该劝告相关的措施，违反该命令的，将成为措施命令的对象。

四、事后报告制度

对于外国投资者进行的对内直接投资等中，不属于事先备案行业，但该外国投资者收购的股份达到 10%以上的，应在投资等行为进行之日起 45 日内进行事后报告（普通事后报告）。此外，利用事先备案豁免制度的外国投资者也应在进行对内直接投资等之日起 45 日内提交记载有承诺遵守豁免标准的事后报告。对于一揽子豁免的，只有与密切相关方合起来的出资比例（实际持股）或表决权（实际享有的表决权）达到 10%以上的情况才需要进行事后报告。对于利用事先备案豁免制度的对非上市公司对内直接投资等的外国投资者，无论其出资比例和表决权比例如何，均要进行事后报告。事后报告也是通过日本银行向财务

大臣及业务主管大臣进行。同样，事后报告也可以通过线上进行。

五、结语

通过上面的介绍，我们可以看出，外国投资者在进行对内直接投资时：

如果投资的是上市公司，那么首先要考虑收购的股权比例是否是 1% 以上。如果未达到 1%，那么无需事先备案，也无需事后报告。如果达到 1% 以上，那么要考虑该公司的业务中是否有需要事先备



案的行业。如果没有，那么无需事先备案。如果收购的股份达到 10% 以上，那么需要事后报告，如果未达到 10%，则无需事后报告。如果该公司业务中有需要事先备案的行业，那么要考虑能否遵守豁免标准。如果不能遵守，则要事先备案，且在交易完成后要提交执行报告。如果能够遵守，那么无需事先备案。如果该外国投资者属于外国金融机构，那么只要遵守豁免标准，则无需事先备案。如果该外国金融机构收购的股份达到 10% 以上，则需要进行事后报告，否则，无需事后报告。如果该外国投资者不是外国金融机构，那么要考虑其投资的是否是核心产业，如果不是核心产业，那么无需事先备案，但需要进行事后报告。如果属于核心产业，那么需要考虑能否遵守附加条件。不能遵守，则要进行事先备案，且在交易完成后要提交执行报告。如果能够遵守，但收购股份的比例达到 10% 以上的，则需要进行事先备案，且在交易完成后提交执行报告。未达到 10% 的，则无需事先备案，只要进行事后报告。

如果投资的是非上市公司，那么首先要考虑该公司业务中是否有指定行业。如果不含有指定行业，则无需事先备案。如果收购的股份比例也未达到 10%，那么也无需事后报告。如果收购的股份的比例达到 10% 以上，则需要进行事后报告。如果该公司业务中含有指定行业，则要考虑其是否含有核心产业。如果含有核

心产业，则需要进行事先备案，且在交易完成后提交执行报告。如果不含有核心产业，且能够遵守豁免标准，则无需事先备案，但要进行事后报告。如果不能遵守豁免标准，则要进行事先备案，且在交易完成后提交执行报告。

此外，即使是对内直接投资，也有既不要事先备案也不要事后报告的情况。比如：通过继承、遗赠、无偿配股、通过附收购条款的股份的收购事由发生取得股份等；通过持有非上市公司股份或股权的法人的合并，合并后存续的法人或新设的法人取得该股份或股权或与该股份或股权相关的表决权等。

以上是对日本外商投资管理制度一般规定的介绍，除此之外，日本还制定有七个个别法（《采矿法》、《关于日本电信电话株式会社等的法律》、《广播法》、《放送法》、《船舶法》、《航空法》、《货物运输业法》）对特殊行业的外资准入进行了限制。如：《采矿法》规定外国人不能成为采矿权持有人；《关于日本电信电话株式会社等的法律》规定，外国人等直接持有的表决权比例和其通过国内法人间接持有的表决权比例之和达到 1/3 以上的，不得变更股东名册中的名义等。

参考文献：

1. 日本财务省国际局调查课投资企划审查室 2022 年 6 月《关于对内直接投资等的事先备案数量等（令和 3 年度/2021 年度版）》
(https://www.mof.go.jp/policy/international_policy/gaitame_kawase/press_release/20220610.pdf)
2. 日本财务省 2020 年 12 月 25 日《开始实施基于外汇法的对内直接投资等的事先申报相关手续的电子化》
(https://www.mof.go.jp/policy/international_policy/gaitame_kawase/gaitame/recent_revised/gaitamehou_20201225.html)
3. 株式会社大和综研 2015 年 8 月 10 日《日本资本市场对外开放的经验》
(https://www.dir.co.jp/report/research/capital-mkt/securities/20150810_010004.pdf)

GDPR 执法案例研究

陈丽梅 上海申浩律师事务所



陈丽梅

上海申浩律师事务所律师，福州大学硕士，英语专业八级，具有外销员资格证书（1998 年），目前系上海市律师协会国际法业务研究委员会委员，为多家跨国公司及外资企业提供法律服务，主要执业领域为涉外法律服务及民商事诉讼。

GDPR（General Data Protection Regulation，通用数据保护条例）于 2018 年 5 月 25 日正式生效。该法案的正式实施取代了欧盟曾在 1995 年推出的欧盟《数据保护指令》（Data Protection Directive），且在个人隐私方面迈出了一大步。它旨在保护欧盟公民的个人数据，并对企业的数据处理提出严格要求。GDPR 的全面实施，意味着欧盟对于个人信息的保护及监管达到了前所未有的高度，GDPR 堪称史上最严格的数据保护法案。自 GDPR 实施以来，据统计，截止目前罚款超过 100 万欧元的执法案件达 70 个¹。该 70 个案例的罚款金额总计 2,077,668,635 欧元。

本文通过对 GDPR 实施以来罚款超过 100 万欧元的 70 个执法案例进行研究分析，总结 GDPR 执法案例中出现的执法依据及相关法条，结合相关案例分析数据处理中常见的问题，并对企业的数据合规提出建议。

一、从 GDPR 执法案例执法依据和执法力度国别性差异两个维度进行分析

¹ 数据来源于 GDPR Enforcement Tracker <https://www.enforcementtracker.com/>

图1 GDPR执法案例处罚依据数量比分布图

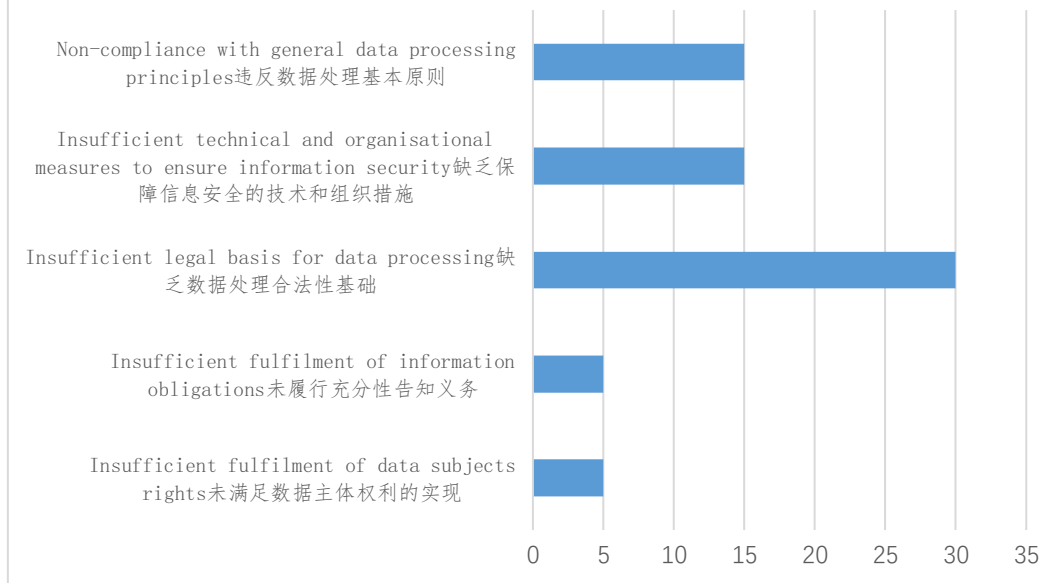


图2 GDPR执法案例处罚依据金额分布图

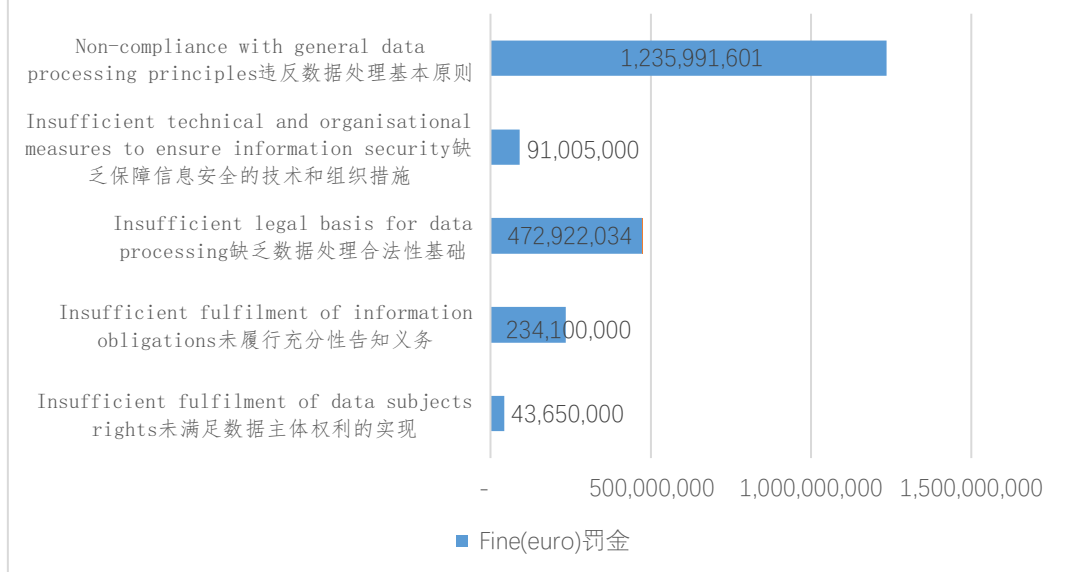
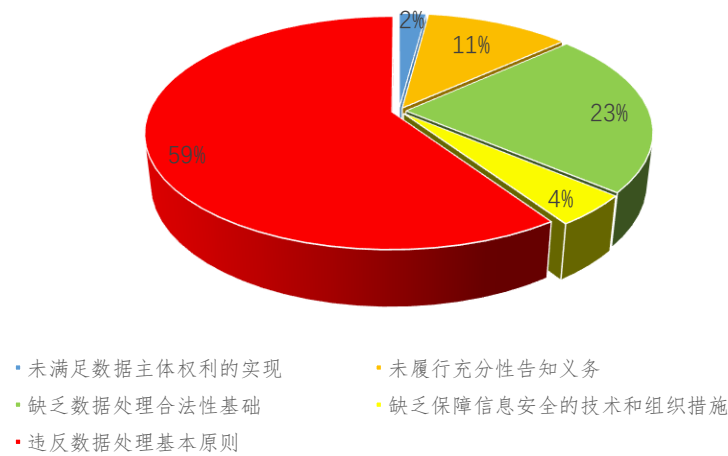


图3 GDPR执法案例处罚依据金额占比分布图



从图 1、图 2、图 3 对 GDPR 实施以来罚金超过 100 万欧元的 70 个执法案例的处罚依据进行分析，发现违反数据处理基本原则、缺乏数据处理合法性基础、未履行充分告知性义务、缺乏保障信息安全技术和组织措施、未满足数据主体权利是监管机构处罚的重灾区²，监管机构引用的高频执法条款按照由高到低的顺序排列主要是 GDPR 第 5、6、32、13、12、14、25、21、9、24、35、15、17、28 条；根据 GDPR 的结构设置结合案例将前述条款归结到所对应的处罚依据³：

序号	高频度依据条款	所对应的处罚依据
1	Art. 5 GDPR	违反数据处理基本原则
2	Art. 6, 9 GDPR	缺乏数据处理合法性基础
3	Art. 32, 25, 24, 35, 28 GDPR	缺乏保障信息安全的技术和组织措施
4	Art. 13, 12, 14 GDPR	未履行充分告知性义务

² 划分依据来源于 GDPR Enforcement Tracker 执法案例中的（处罚）类型，因每个案例中的事件存在多方面的违法情况，故处罚引用的条款很多，有些已超出了处罚的类型范围，该处罚类型只是监管机构依据处罚的核心条款划定的。未满足数据主体权利的实现和未履行充分性告知义务的处罚依据，在法律体系上并不是割裂的，而是一体两面，前者更侧重数据主体的权利，后者更侧重为实现数据主体的权利数据控制者应履行的义务。

³ 该归类更加偏重于 GDPR 结构设置，因每个案例中的事件存在多方面的违法情况，处罚引用的条款很多，有些已超出了处罚的类型范围，若仅按照监管机构给出的案件的处罚类型所引用的条款划分，不是很科学，且会产生误导。

序号	高频度依据条款	所对应的处罚依据
5	Art. 21, 15, 17 GDPR	未满足数据主体权利

监管机构的执法重点包括 GDPR 第 5 条中的数据处理的基本原则、第 6 条数据处理的合法性基础。其中，违反数据处理基本原则的执法力度最为显著。在笔者统计的 70 个案例中，违反数据处理基本原则的案件罚款金额高达 1,235,991,601 欧元，占比 59%，数量 15 个。另外，缺乏数据处理合法性基础的案件罚款金额高达 472,922,034 欧元，占比 23%，数量 30 个，未履行充分告知性义务的案件罚款金额达 234,100,000 欧元，占比 11%，数量 5 个，缺乏保障信息安全技术和组织措施及未满足数据主体权利的案件占比 6%，数量 20 个。因每个处罚案例虽然只有一个处罚依据，但通常会引用多个 GDPR 条款，故有必要从 GDPR 具体条款在这 70 个执法案例中的引用频率的维度进行分析，发现排名前 8 位的条款占比近 70%，包括 Art.5 (*Principles relating to processing of personal data*)，Art.6 (*Lawfulness of processing*)，Art.32 (*Security of processing*)，Art.13 (*Information to be provided where personal data are collected from the data subject*)，Art.12 (*Transparent information, communication and modalities for the exercise of the rights of the data subject*)，Art.14 (*Information to be provided where personal data have not been obtained from the data subject*)，Art.25 (*Data protection by design and by default*)，Art.21 (*Right to object*)。（详情请参考图 4⁴）

⁴ 罚款金额超过 100 万欧元的执法案例引用条款共计 28 条，图中所显示的条款为 14 条，引用次数占比 86.9%；除了图中所显示的 14 个条款外，还有另外 14 个条款按引用次数排列依次为 Art. 7，Art. 30，Art. 22，Art. 33，Art. 82，Art. 16，Art. 26，Art. 27，Art. 29，Art. 31，Art. 37，Art. 10，Art. 34，Art. 48，占比 13.1%。

图4 GDPR执法案例相关条款的引用频率占比

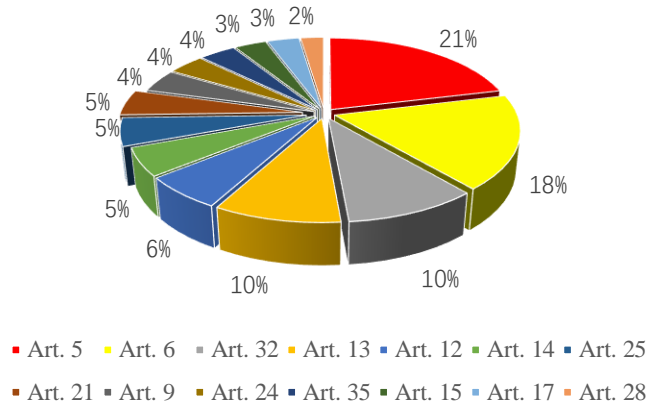
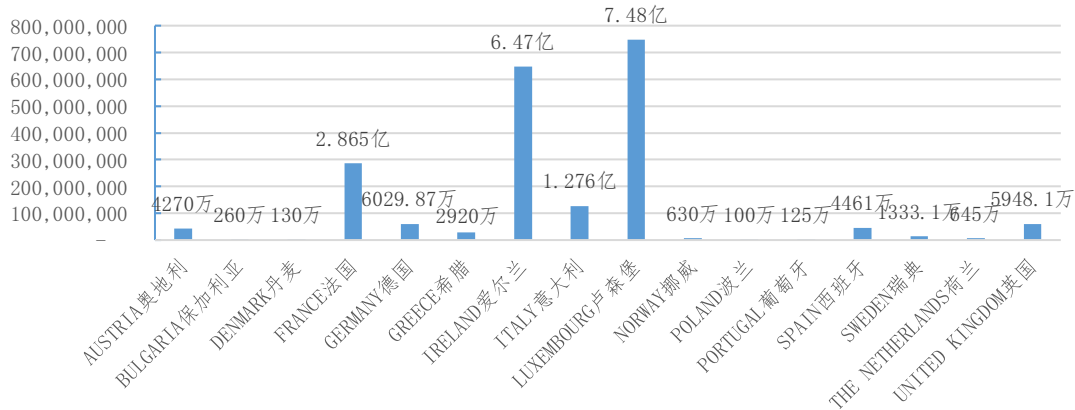


图5 欧洲国家GDPR执法案例处罚力度对比图



欧洲国家处罚力度排名前五位的分别是卢森堡（7.48 亿欧元）、爱尔兰（6.47 亿欧元）、法国（2.865 亿欧元）、意大利（1.276 亿欧元）、德国（6029.87 万欧元）。卢森堡 7.48 亿欧元的罚款均来自亚马逊，其中 2021 年 7 月 16 日对 Amazon Europe Core S.à.r.l.的罚款高达 7.46 亿欧元，成为截止目前史上最高罚单，目前事件仍在上诉中；爱尔兰的罚款 6.47 亿欧元，其中 2022 年 9 月 5 日对 Meta Platforms, Inc（Facebook 的母公司）的罚款高达 4.05 亿欧元，成为截止目前史上第二高的罚高，2021/9/21 对 WhatsApp Ireland Ltd.（Facebook 的子公司）的罚款高达 2.25 亿欧元，成为截止目前史上第三高的罚单；法国的罚款 2.865 亿欧元，其中对 Google 的罚款达 2 亿欧元；意大利的罚款 1.276 亿欧元，其中来自 TIM (telecommunications operator)的罚款达 2780 万欧元；德国的罚款达 6029.87 万欧元，其中来自 H&M Hennes & Mauritz Online Shop A.B. & Co. KG 的罚款达 3525.87 万欧元。从这 70 个案例所处的行业来看，受 GDPR 处罚

严重的行业主要集中在科技巨头的互联网行业，如 Amazon, Facebook, Google 以及其他掌握了大量个人信息数据的行业如电信、航空、酒店、银行、邮政、票务、零售、汽车等。

二、结合执法案例，介绍 GDPR 处罚案例高频引用的罚款依据及相关条款

（一）数据处理的基本原则（Art5. GDPR Principles relating to processing of personal data）

截止目前，在 GDPR 执法案例中，处罚金额最高的 Amazon Europe Core S.à.r.l.和第二高的 Meta Platforms, Inc.均因违反该原则而被处罚。

1. 数据处理的基本原则

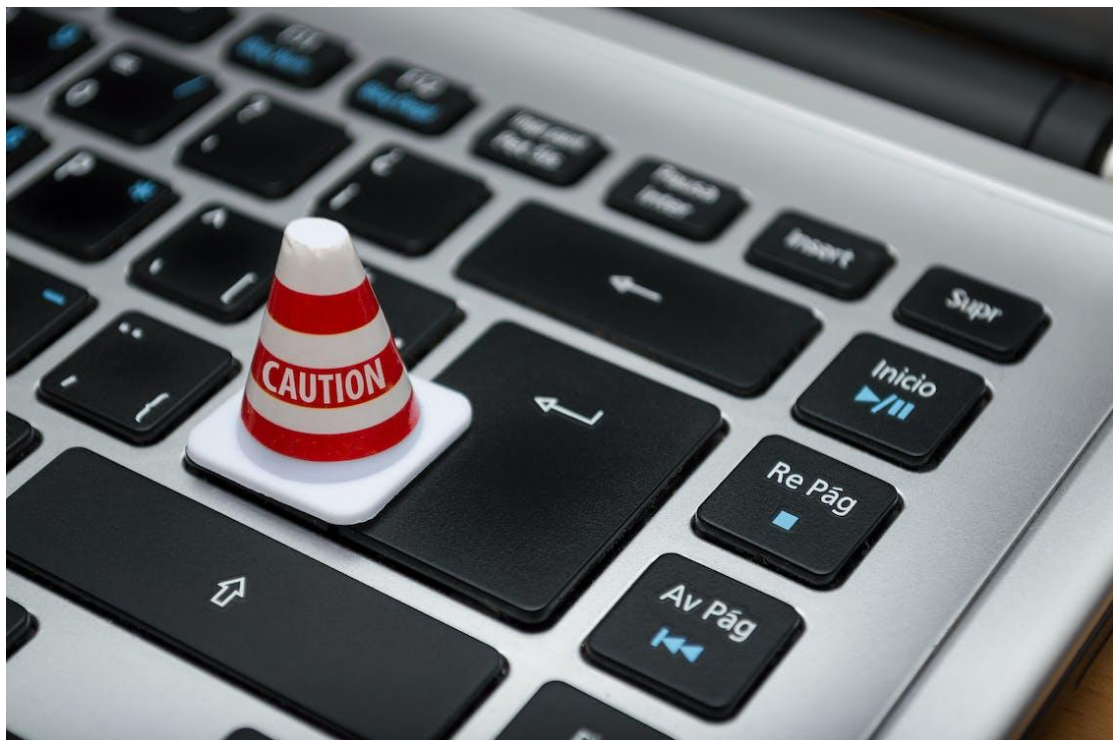
包括合法、公正、透明原则(*lawfulness, fairness and transparency*)、目的限定原则(*purpose limitation*)、数据最小化原则(*data minimisation*)、准确性原则(*accuracy*)、存储限制原则(*storage limitation*)、完整性、机密性原则(*integrity and confidentiality*)、问责制原则(*accountability*)。

企业处理数据的合法性基础主要来源于数据主体的“同意”。同意需要符合自愿的原则，且数据主体有权随时自由地撤回自己的同意。征求同意的请求应以可以理解，易于访问的形式做出，且需要符合明确、具体的要求。GDPR 给出如下解释，*If the data subject's consent is given in the context of a written declaration which also concerns other matters, the request for consent shall be presented in a manner which is clearly distinguishable from the other matters, in an intelligible and easily accessible form, using clear and plain language.* 除了数据主体的同意，GDPR 还列出了其他一些数据处理的合法性基础，如（在数据主体是合同一方时）为了履行合同的需要，或者为了公共利益的需要等。公正、透明原则要求对个人数据的收集、使用、处理以及处理的程度、处理的目的、数据控制者的身份等必须为数据主体知悉。

目的限定原则要求收集个人数据的目的应具体、明确、合法，且数据处理不能与该目的相违背，GDPR 解释说 *“the specific purposes for which personal data are processed should be explicit and legitimate and determined at the time of the*

collection of the personal data.”数据最小化原则要求企业处理个人数据应当与目的相符，收集、处理的个人信息应当是充分的、相关的，且与处理目的相关。存储限制原则是数据最小化原则的应有之义。存储限制原则要求对个人数据的存储期限不能长于完成处理目的，企业应建立数据删除的期限或定期对数据进行审查。

数据准确性原则要求企业对其处理的数据保持适时地更新，并采取一切合理的措施确保错误数据被及时清除或更正。完整性、机密性原则要求数据处理应当以确保个人数据的适当安全性的方式进行，包括采取适当的技术和组织措施以保护数据免遭未经授权或非法处理以及意外的丢失、销毁或破坏。问责制原则是指企业应对履行 GDPR 的规定负责，且能证明其已经履行了前述规定的原则。



2. GDPR 最高罚单：Amazon Europe Core S.à.r.l.案

从目前可以获得的信息来看，Amazon 案件的起因是 2018 年 5 月 10,000 名个人通过一个法国隐私权保护组织 La Quadrature du Net 对亚马逊进行投诉，监管机构对亚马逊如何对其顾客的个人信息进行处理展开调查后发现亚马逊的广

告定位系统没有获得顾客的同意而存在侵权，故对其处以 7.46 亿欧元的罚金。*There are certain requirements for compliant consent that need to be met in order to stay in line with the GDPR, like using clear, plain language and explaining how data is going to be used, why and by whom.* 该处罚案例的细节因 Amazon 在上诉中，故根据当地的法律，该案件处于保密阶段，直至上诉期结束。Amazon 强烈反对这一处罚决定，理由是自己不存在数据泄露，而且也未把顾客信息披露给第三方。有评论认为，Amazon 提出的理由，不会非常奏效。*“GDPR focuses not only on data security but also on the data privacy aspects— how companies use personal data, if the company is transparent, and if the processing is lawful. So whether a data breach occurred or not, may not be crucial in this case.”*

根据 GDPR 关于数据处理基本原则的规定，Amazon 要想证明自己没有违反该原则，难度非常大。Amazon 在回应该事件时只提到了自己没有泄露数据，也没有披露给第三人，但没有正面回应是否获得顾客的同意，根据前述所介绍的数据处理的的基本原则要求，数据的收集及处理必须征得数据主体的同意，而且对个人数据的收集、使用、处理以及处理的程度、处理的目的、数据控制者的身份等必须透明，是否有数据泄露等并不是判定自己没有违反该原则的依据。

3. 爱尔兰目前最高罚单：Meta 案

今年 9 月 5 日爱尔兰对 Meta Platforms, Inc (Facebook 的母公司) 的罚款高达 4.05 亿欧元，成为截止目前 GDPR 第二高的罚单。监管机构给出的原因是 Meta 违反了数据处理的基本原则，尤其是关于未成年人隐私保护的规定。据路透社，Meta 允许 13-17 岁的未成年用户在 Instagram 上创建自己的商业帐户，这意味着他们的邮件地址、电话号码会在应用程序中公开显示。*The inquiry examined, in particular, the public disclosure of email addresses and/or phone numbers of children using the Instagram business account feature and a public-by-default setting for personal Instagram accounts of children.* 该案件最终经过 Concerned Supervisory Authorities (“ CSAs ”) 及 the European Data Protection Board (“ EDPB ”) 审议决议确定了最终的罚款金额 4.25 亿。除了罚款之外，数据保护委员会 (“ DPC ”) 还给予训诫及指令并要求 Meta 采取改正措施，规范数据处理行为。*“In addition to these administrative fines, the DPC has also imposed a reprimand and an order requiring Meta Platforms Ireland Limited to bring its*

processing into compliance by taking a range of specified remedial actions.” 这个案件从侧面反映出欧盟打击未成年人隐私泄露的决心和力度。

DPC 给出惩罚的理由时，除了引用了数据处理基本原则，如第 5(1)(a)条（合法、公正、透明原则）第 5(1)(c)条（数据最小化原则），还引用了其他条款第 6(1)条（同意），第 8(1)条（未成年人同意的有效方式），第 12（1）条（透明原则的细化），第 13 条（收集数据时，应充分告知数据主体的信息），第 24 条（数据控制者的责任：采取组织和技术措施保证并能证明其已符合 GDPR 的规定），第 25 条（设计和默认的数据保护）和第 35 条（数据保护影响评估）。其他条款实质也是数据处理原则进一步的细化。

（二）数据处理的合法性基础

在 GDPR 执法案例中，Google 2019 年 1 月 21 日因违反该原则被法国处罚了 5000 万欧元，2021 年 12 月 21 日因违反该原则再次被法国处罚了 1.5 亿欧元；意大利于 2020 年 1 月 15 日因 TIM (telecommunications operator) 违反该原则，处罚 2780 万欧元。

1. 数据处理的合法性

数据处理合法性基础引用的主要条文是 Art. 6 GDPR Lawfulness of processing，对企业而言，最主要的是数据处理应获得数据主体的有效同意；除了上文关于数据处理的合法性原则提到的要点之外，尤其注意的是在考察用户是否自由作出同意时，应该尤为注意企业是否设置了不合理的条件，如以不必要的个人数据处理活动作为履行合同必要条件的情形。换言之，如果企业会要求用户同意其采集一些和服务没有关系的非必要数据，或把必要数据用于其他目的，而用户不同意就拒绝提供服务，就构成了未取得数据主体的有效同意而非法处理数据的情形。

另外，GDPR 在第 8 条项下明确规定，对于 16 周岁以下的未成年人的个人数据进行处理的基础在于未成年人的监护人做出有效同意。GDPR 中还存在部分个人数据处理场景需要企业获得用户明确同意，例如处理第 9 条项下的特殊种类个人数据，包括涉及种族或民族、政治观念、宗教或哲学信仰或工会

成员的个人数据、基因数据、为了特定识别自然人的生物性识别数据、以及和人的健康数据等，GDPR 明确规定禁止企业对这类数据进行处理，除非获得明确同意；处理第 22 条项下对自动决策结果的适用（*The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her except that the decision is based on the data subject's explicit consent*），以及第 49 条项下（缺乏充分性保护决定与适当保护措施）的跨境数据传输等需要明确同意。

该条文经常和第 5 条项下数据处理基本原则及关于数据主体权利的条文一起被引用。关于合法性原则上文已提到，数据主体的权利会在下文中单独提出，此处不再赘述。

2. TIM (telecommunications operator) 商业营销违反欧洲 GDPR

TIM 被处罚的原因在于不合法的数据处理、不合规的激进营销策略，未取得数据主体的有效同意以及过长的数据储存期限。*The fine was issued for violation of the GDPR, with emphasis on unlawful data processing, non-compliant aggressive marketing strategy, invalid collection of consents and excessive data retention period.* 监管机构最终认定 TIM 违反了第 5 条数据处理的基本原则（*Principles relating to processing of personal data*），第 6 条数据处理的合法性（*Lawfulness of processing*），第 17 条删除权（*Right to erasure*），第 21 条拒绝权（*Right to object*），第 32 条数据处理安全（*Security of processing*）。

TIM 公司进行商业营销，未经数据主体的同意，且对于已经登记谢绝营销的个人或者拒绝营销的个人还进行商业营销 “*promotional calls without proper consent or despite registration of the contacted individuals in the public do not call registry, and even after they exercised the right to object.*” TIM 以纸质形式收集同意时，用一个单一的选择性加入锁定多个目的，故数据主体的同意是无法辨识且不明确，这违反了 GDPR 合法性原则中关于同意应以明确、可辨识的方式做出的规定，“*The company collected consents in paper forms with a single opt-in for multiple purposes. Therefore, making consents indistinguishable and unspecific.*” TIM apps 及其营销项目收集信息时以同意作为获得该软件服务的前提条件，故为了

进入该程序并获得相应的使用权，客户不得不同意其营销目的，违反了 GDPR 关于同意应自由做出的规定。 *“There were also issue with the data collected through TIM apps and promotional programs, like “TIM Party” that conditioned consent for service. Therefore, to access the program and related benefits, customers had to express consent to promotional purposes.”*

未满足 GDPR 关于数据主体的权利要求，尤其是数据主体的访问权、拒绝权。 *“Further complaints pointed to a failure to respond to the data subjects’ requests with regard to their GDPR rights, in particular regarding access to their data and objection to the processing for promotional purposes.”*

未正确管理数据主体的同意清单。 *“TIM failed to properly manage lists of data subjects who wanted to be excluded from commercial campaigns.”*

过长的数据储存期限，TIM 储存数据的期限超过了法律允许的最长期限十年。 *“TIM stored data relating to customers of other Operators (to whom TIM provided network and infrastructure service), in their CRM system, for a time exceeding the limits required by law (10 years).”*

3. Google 和 H&M

Google 2021 年被法国罚款 1.5 亿欧元，主要原因在于谷歌的系统所设置的 cookie 按钮接受很容易，拒绝却很复杂，这影响了网络用户是否做出同意表示的自由， *“The restricted committee, the CNIL body in charge of issuing sanctions, judged that making the refusal mechanism more complex actually discourages users from refusing cookies and encourages them to opt for the ease of the “I accept” button.”*

德国 GDPR 执法案例最高罚金是 2020 年 10 月 1 日对 H&M Hennes & Mauritz Online Shop A.B. & Co. KG 实施的 3526 万欧元罚款，该案是因 H&M 对员工信息的不合法的监控引起的，即未经数据主体的同意而实施了个人数据的监控。德国 GDPR 处罚金额一般比较保守，最大的罚单来自劳工领域，足可以看出德国对劳动者权利的保护。 *“Supervisors at the service centre had a practice of collecting detailed private information from employees returning from holidays or sick leave - even short absences - through “welcome back talks”. “The information collected was often highly personal, such as details of employees’ holiday experiences and*

sometimes included special category personal data such as symptoms of illnesses and diagnoses.”最终，H&M 对受影响的员工给予了赔偿并道歉，并提出了一个综合的数据保护方案，包括指定一位新的数据保护协调官，发布月度数据保护状态更新，以及对吹哨人的保护等。

（三）企业应履行充分告知性义务

1. 充分告知性义务

该义务主要规定在 GDPR 第 13 条和 14 条项下（两个条款的内容基本一致），是指企业在收集数据之前应该向数据主体提供如下信息：控制者的身份与详细联系方式，数据保护官的详细联系方式，数据处理的目的，数据处理的合法基础，数据的类型，数据的接收者，数据将被储存的期限或用来确定此期限的标准，数据主体存的权利包括数据主体对数据的访问权、更正或删除权，或者限制或拒绝权，数据可携权，可随时撤销同意的权利，向监管机构进行申诉的权利，个人数据的来源。前述信息应当在合理时间内提供，如需要在进一步处理数据之前，前向数据主体提供此类目的的信息，若需要将数据披露给第三方，需要在披露之前向数据主体提供；但最晚在一个月以内提供。对于数据主体已经拥有的信息，不需要再次提供。

GDPR 第 12 条明确规定对于与个人信息处理相关的第 13 条和第 14 条规定的所有信息、或者对第 15 条至 22 条以及 34 条（数据泄露可能会给数据主体带来风险时应即刻告知数据主体）所规定的交流，数据控制者应当以一种简洁、透明、易懂和容易获取的形式，以清晰和平白的语言向数据主体提供；对于数据主体是儿童的所有信息，尤其应当如此。

2. WhatsApp 违反信息披露透明的规定

WhatsApp 因未履行充分性告知义务，于 2021 年 9 月 2 日被爱尔兰罚款 2.25 亿欧元，DPC 调查主要围绕 WhatsApp 是否履行了其数据披露透明义务，尤其是关于 WhatsApp 与其他 Facebook 公司分享和处理其收集的 personal data 的透明度（Facebook 在 2014 年收购了 WhatsApp）。DPC 确认 WhatsApp 对其服务的用户和非用户都违反了 GDPR 第 12-14 条即未向数据主体明确、公开和透明地披

露其个人数据将被如何处理，例如 DPC 发现 WhatsApp 并未对其每一个数据处理活动提供合法的基础，违反了 GDPR 第 13(1)(c)条。

关于罚金的计算，欧洲数据保护委员会 EDPB 决定 WhatsApp 的母公司 Facebook 的收入与 WhatsApp 的收入应合并计算，因为两家公司都是统一经营。且根据欧盟法院 CJEU 的判例法，当母公司和子公司进行统一经营，该经营行为因子公司触犯了法律而应承担法律责任时，该母子公司的总收入构成了所争议的经营的财务能力。根据 GDPR 83 条第 5 款的规定，违反数据披露透明度应施加最高 2000 万欧元或前一年度全球总营业额 4% 两者取其高的一项进行罚款。

最后，EDPB 考虑到透明度原则的重要性，要求 WhatsApp 在三个月内采取多项行动，以提高其数据披露的透明度，并完成相关整改。WhatsApp 必须对其用户和非用户更新其隐私公告，该公告应涵盖 GDPR 第 13 条和第 14 条规定的内容，包括用户如何对其处理活动向监管机构进行申诉的权利。

（四）企业应满足数据主体权利的实现

1. 数据主体的权利

GDPR 第 15 条-23 条规定了数据主体的权利，包括第 15 条数据主体的访问权（*Right of access by the data subject*），第 16 条更正权（*Right to rectification*），第 17 条删除权（*Right to erasure to be forgotten*），第 18 条限制处理权（*Right to restriction of processing*），第 19 条便携权（*Right to data portability*），第 21 条数据主体的拒绝权（*Right to object*）。

数据主体的访问权，是指数据主体有权从数据控制获得的信息，包括：数据处理的目的是，数据的类型，数据接收者或接收者的类型，个人数据将被储存的预期期限，数据主体享有的更正权、删除权、限制处理权的存在，向监管机构进行申诉的权利，数据来源的任何信息（当要处理的数据不是从数据主体直接收集的），关于数据转移的保障措施，自动化的决策的存在及其处理的逻辑及对于数据主体的预期后果和影响；

更正权：当数据主体要求更正错误个人数据时，企业应当及时响应数据主体行权要求，及时更正与其有关的错误数据。删除权：当数据主体撤回同意或

当个人数据处理已不必要情况下，数据主体提出删除其个人数据的请求时，企业应及时采取删除措施，清除与其相关的个人数据。拒绝权：为营销目的处理个人数据的，应当征得数据主体同意。当数据主体明确拒绝为广告营销目的处理其个人数据，企业不得向其推送广告。

限制处理权：当数据主体对个人数据的准确性提出质疑、数据处理违法情况下数据主体要求限制数据使用或数据主体行使拒绝权的情况下，数据主体有权限制企业的数据处理行为。数据可携权：当数据处理是基于数据主体同意或合同约定合法性基础，或数据通过自动化方式进行处理的情况下，提供个人数据的数据主体有权向企业要求提供结构化、通用化和可机读的与其有关的个人数据。

2. Clearview AI Inc.收集数百亿人的图像，违反欧盟 GDPR

Clearview AI Inc.今年因其违反 GDPR 先后被意大利、英国、希腊、法国施加了罚款，总金额达 6900 万欧元，虽然监管机构所给出的处罚类型稍有不同如法国以未满足数据主体的权利进行罚款，其他三个国家则以违反数据处理的基本原则，但所依据的核心条款之一都包括了数据主体的权利。

以法国监管机构 CNIL 给出的处罚理由为例：CLEARVIEW AI 从各网站包括社交媒体收集大量照片及视频，数量达数百亿。该公司建立了自己的图像数据库，并提供搜索引擎进行个性化搜索和匹配。CLEARVIEW AI 把这项服务提供给执法当局用以识别罪犯或受害者，并还为此建立了以人的物理特性（主要是人脸）的模版，这些生物学的数据都是非常的敏感数据，属于 GDPR 第 9 条项下的特殊种类的数据，处理该类数据必需征得数据主体的明确同意。但是，CLEARVIEW AI 数据库里的图像的数据主体并不知道自己的图像被收集并被在其软件上使用，这些图像的数据主体无法合理的预知自己的图像会被一个公司加工并应用于人脸识别系统，实施执法目的。故 CNIL 以 CLEARVIEW AI 违反 GDPR 第 6 条项下数据处理必需有合法的基础（包括明确的同意、合法的利益等）及违反了 GDPR 第 12 条、15 条、17 条项下的规定，未以有效的令人满意的方式保证数据主体的权利尤其是访问权，而对其进行处罚。CLEARVIEW AI 限制数据主体行使访问权，限制访问的对象为提出申请前 12 个月内收集的数据，并且无任何合法依据的将权利的行使限定为一年两次，且仅在从同一人收到大

量请求时才回应部分请求，而且对数据主体要求删除的回应非常的低效。在 CNIL 调查时，CLEARVIEW AI 配合度低，其仅回复了小部分调查表，且未对 CNIL 发布的正式的通知给予任何回复，而根据 GDPR 第 31 条的规定，数据控制者应该对监管机构关于其数据处理的询问予以配合。故，鉴于 CLEARVIEW AI 违反了 GDPR 第 6 条、12 条、15 条、17 条及 31 条的规定，对其施加罚款 2000 万欧元。

（五）缺乏保障信息安全的技术和组织措施

1. 保障信息安全的技术和组织措施

数据控制者应采取保障信息安全的技术和组织措施的规定主要体现在 GDPR 第 32 条数据处理的安全性（*Security of processing*）、第 24 条数据控制者的责任（*Responsibility of controller*）、第 25 条设计的和默认的数据保护（*Data protection by design and by default*）、第 28 条数据处理者（*Processor*）。

数据控制者应采取保障信息安全的技术和组织措施，主要包括：个人数据的匿名化和加密；确保处理系统与服务的保密性、公正性、有效性以及重新恢复的能力；在发生物理的或技术的故障时，能及时恢复对数据的获取与访问；建立定期测试、评估与评价技术性与组织措施有效性的流程，以保证数据处理安全；在默认情况下，只有为特定处理目的所必要的个人数据被处理；在评估安全性时，应考虑处理所带来的风险，特别是在个人数据传输、储存或处理过程中可能发生的意外或非法破坏、丢失、篡改、未经授权的披露或访问所带来的风险。企业可以设立行为准则或进行认证，证明自己已经履行了法定的义务。

2. Marriott International, Inc 数据泄露案

2018 年 11 月，万豪国际集团公开披露其旗下喜达屋酒店客房预订系统数据泄露事件。该事件导致 3.39 亿酒店客户信息（包括姓名、邮件地址、电话号码、护照号码、行程信息等）被黑客窃取，涉及到 3000 万来自 31 个欧洲经济区（EEA）国家的居民，其中包括 700 万英国居民。万豪国际在 2016 年 9 月收购喜达屋酒店。据英国监管机构 ICO 调查，喜达屋酒店客房预订系统因黑客攻击导致的数据漏洞自 2014 年 7 月起便存在，直到 2018 年才发现此漏洞。

ICO 认为万豪国际在处理数据时，未采取确保个人数据安全的基数和组织措施，以防范对数据进行未经授权、非法的处理及意外的损失、破坏、损害等，故违反了 GDPR 第 15(1)(f)条及第 32 条的安全保障义务。ICO 依据 GDPR 第 5(1)(f)条、第 5(2)条、第 24 条、第 28 条、第 29 条、第 32 条、第 83 条，于 2020 年 10 月 30 日对万豪国际集团做出了 2.045 亿欧元的罚款。

最后，再聊一下本案的管辖，万豪国际是一国际连锁酒店，业务总部在美国。万豪国际证实根据 GDPR 第 4(16)条，万豪酒店是在欧盟成立的万豪的主要机构，故该案件应适用 GDPR 的规定，根据 GDPR 第 3(1)条的规定 *This Regulation applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not*，万豪国际的数据泄露案应适用 GDPR。又，该事件涉及到 3000 万来自 31 个欧洲经济区（EEA）国家的居民，其中包括 700 万英国居民，故该案件从所泄露的数据主体是欧洲经济区的居民及举重以明轻的原则，也应适用根据 GDPR 的规定，依据是第 3（2）条 “*This Regulation applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union*” 。

三、对企业数据合规的建议

根据 GDPR checklist，结合执法案例，笔者建议企业应建立一整套的数据合规体系。企业应从四个维度构建数据合规体系，包括数据处理合法性的基础及透明度、数据安全、责任和管理、隐私权。



（一）数据处理合法性的基础及透明度

企业应首先对所处理的数据做审计，以明确所处理的数据类型，以及谁对这些数据具有访问权；对敏感类型的数据如银行账户、护照号码等进行加密，对特殊类型的数据，需要获得数据主体的明确同意。应保证数据主体的访问权，查看本企业谁对该数据具有访问权，是否有第三方对该数据具有访问权（位于哪里），并确保与数据处理无关的人无权访问该数据，例如对访问数据的申请者进行身份验证。

数据处理应有合法的基础，如是否获得数据主体的有效同意，并注意企业在征求数据主体同意时不得设置不合理的条件，如不能要求用户同意其采集一些和服务或处理目的没有关系的非必要数据；在获取用户的同意时，应当确保该同意是明确而具体的，即针对不同的处理行为获取相应的同意，禁止“一揽子”授权同意。在企业的隐私政策中提供关于数据处理及合法性基础的明确信息。应核实数据处理的目的，仅能按照数据主体知悉并同意的处理的目的对数据进行处理；若超过该目的，则需重新获得数据主体的同意。规划删除、审核数据的时间节点。

（二）数据安全

任何时候都要对数据进行保护，从产品开发到每一次数据处理，都应贯彻落实数据保护的理念；利用技术措施保护数据的安全性和机密性，如只要有可

能就要对个人数据采取加密、匿名、去名等措施；利用组织措施保护数据的安全性和机密性，如限制所收集的数据的数量，并删除不再需要的数据；建立定期测试、评估的流程，在系统安全方面采取更多、有效的保护措施；制定团队内部的保护政策，养成保护数据的良好意识；知道何时应该进行数据保护影响评估，并且制定评估决议程序及评估程序；发生数据泄露时应通知监管机构和数据主体：根据 GDPR 第 33 条的规定，控制者在知悉后应当及时，至迟在 72 小时内，将数据泄露事件告知监管机构；根据 GDPR 第 34 条规定，若泄露会给数据主体带来很大的风险时，应及时通知数据主体发生了数据泄露。

如在万豪数据泄露事件中，ICO 指出了数据处理中存在的主要错误：*insufficient monitoring of privileged accounts that would have detected the breach; insufficient monitoring of databases; failure to implement measures to reduce the vulnerability of the server (which would have restricted access to key aspects of their databases)*；另一方面，ICO 肯定万豪所采取的有利措施，*(i) creating a bespoke incident website in numerous languages, (ii) sending notification emails to data subjects, (iii) establishing a dedicated call center, and (iv) providing web monitoring to affected data subjects.*

（三）责任和管理

指定特定的人负责 GDPR 合规事宜；如需第三方代为进行数据处理，应和第三方签署数据处理的合同，签署的合同不应违反 GDPR 的相关条款；如果数据控制者在欧盟之外设立，则应在欧盟内部的一个成员国指定一个代表；如需要，则应任命数据保护官，数据保护官应被授权评估公司的数据保护政策及该政策的实施。

（四）隐私权（数据主体的权利）

隐私权方面应做到如下：用户/客户（以下简称用户）即数据主体，很容易发出请求并能收到公司所拥有的客户的所有数据；用户很容易更改、更新错误的或不完整的数据；用户很容易请求删除其个人数据；用户很容易要求公司停止处理其本人的个人数据；用户很容易收到其本人的一份个人数据，并且该数

据形式可以很容易传到另一家公司；用户很容易对公司处理其个人数据进行拒绝；如公司决定对个人数据进行自动化处理，必须设立保护主体权利的程序。确保能核实请求该数据的主体身份；并应该在一个月之内回应这些要求。

用户有权知道企业拥有的关于其本人的个人数据，并有权知道企业会如何使用这些数据。用户有权知道企业计划保存这些数据的期限，并且知道保存期限的原因。企业提供给用户的第一份数据应该免费，以后提供的数据可以收取合理的费用。用户有权知道数据处理的目的、数据接收者或接收者的类型、向监管机构进行申诉的权利、数据控制者及其联系方式、数据处理的合法基础等。

另外，企业须在兼并和收购背景下重视数据共享的重要性，将其视为潜在的“优先事项”。只要标的公司的业务涉及数据，则应当把数据合规尽职调查放到与公司其他资产尽职调查同等重要的地位，遵守 **GDPR** 的规定，从而避免日后发生数据漏洞给企业带来的巨额损失。

“东风随春归，发我枝上花，诗酒趁年华。”

感谢您阅读《国际法讯》第六期，开启与我们同行的第二年。

欢迎您继续关注，发送见解、意见，与我们交流切磋。

如您有优质稿件、案例或经验分享，请不吝赐稿。

联系邮箱 intllaw_shbar@126.com。谢谢！

