

08 / 04 / 22

如果您对备忘录中讨论的事宜有任何疑问，请联系以下律师或您在世达的联系人。

郭子俊

合伙人 / 香港
852.3740.4788
steve.kwok@skadden.com

Andrew M. Lawrence

合伙人 / 华盛顿特区
202.371.7097
andrew.lawrence@skadden.com

Jessie K. Liu

合伙人 / 华盛顿特区
202.371.7340
jessie.liu@skadden.com

陶琼

律师 / 华盛顿特区
202.371.7313
sherry.tao@skadden.com

本备忘录由世达国际律师事务所专为学术和信息而提供，并不可作为法律意见。本刊物根据适用的州法律应被视为广告信息。

One Manhattan West
New York, NY 10001
212.735.3000

重点和实用建议

- 美国司法部于2018年11月推行“中国行动计划”（China Initiative），用以抵制来自中国的、被视为影响美国国家安全的威胁。2022年2月，美国司法部宣布“中国行动计划”“不是（处理问题的）的正确做法”。¹尽管如此，拜登政府仍继续实行与中国有关的执法行动，包括针对涉嫌盗窃商业机密以及涉嫌违反制裁和出口管制的行为。
- 面对包括中国阻断法规在内的调查障碍，美国证券交易委员会（美国证监会）可能会改变其对与中国相关事务的执法策略，例如提出不需要其证实欺诈的指控，或者更多地依赖其能够在中国境外收集的证据。同时，美国证监会已经列出150多家不符合《外国公司问责法案》规定的发行人，并加强了针对中国的可变利益实体（VIE）架构的披露要求。
- 最近中华人民共和国阻断法规及网络和数据安全与隐私的法律使得跨境执法更具挑战性。
- 鉴于中美关系的现状和两国的复杂的新法律，公司应该建立透明可信的内部合规流程，以帮助确保其满足美国和中国的法律要求。例如：
 - 在做出战略决策时，公司应主动评估美国和中国监管制度下的法律和合规风险以及潜在冲突，而不是在问题出现时才做出应对。
 - 为了避免在相互冲突的监管制度中陷入困境，公司可以考虑敦促美国和中国的监管机构相互沟通，而不是让公司充当中间人的角色。
 - 公信力和程序是很重要的。例如，如果中国的阻断法规限制了美国证监会自行调查的能力，那么美国证监会可能会更依赖公司内部审计团队或外部律师的调查以及其他信息来源。公司应实施并维护可以让美国证监会信任的内部程序。

美国和中国当局最近对涉及中国的跨境执法采取了相关重大行动。在美国方面，美国司法部继续调查和起诉涉嫌盗窃商业机密以及涉嫌违反制裁和出口管制的行为，而美国证监会则重点关注与《外国公司问责法案》和VIE架构有关的问题。在中国方面，中国政府已经通过了各种阻断法规和数据隐私法，使美国的跨境执法工作更具挑战性。因此，在中美两国开展业务的公司需要制定计划，以应对这些时而相互冲突的监管制度。

近期美国司法部针对中国的执法趋势

美国司法部修改“中国行动计划”

2018年11月，美国司法部推行“中国行动计划”，致力于识别和调查让中国受益的经济间谍活动和商业机密盗窃行为。在该计划的保护伞下，美国联邦检察官还提出了数宗指控学者和研究人员的案件，指控其因欺诈并向美国联邦机构作出虚假陈述，而涉嫌不实陈述其与中国政府的关系。2022年2月，负责美国司法部国家安全局的司法部助理部长（AAG）马修·奥尔森（Matthew G. Olsen）承认，对许多人来说“中国行动计划”“助长了零容忍和偏见的说法。”暗示“美国司法部区别对待来自中国的民众或华裔。”²但是，与此同时，奥尔森先生断言，中国政府将继续对美国利益构成国家安全威胁。他宣布，今后美国司法部将向来自中国、俄罗斯、伊朗和朝鲜等国家的潜在威胁适用更为广泛的《应对民族国家威

¹ “Assistant Attorney General Matthew Olsen Delivers Remarks on Countering Nation-State Threats”，美国司法部（2022年2月23日）。

² 同上。

与中国相关的跨境执法近期趋势

胁战略》(Strategy for Countering Nation-State Threats)。³ 在2022年7月28日美国众议院司法委员会的听证会上，奥尔森先生重申了美国司法部对《应对民族国家威胁战略》的承诺，并指出美国司法部国家安全局特别关注网络攻击和其他民族国家攻击，“最为关注中国和俄罗斯，还有伊朗和朝鲜”。

虽然有些人将奥尔森先生今年二月的讲话解释为对“中国行动计划”的否定，但修改“中国行动计划”并不意味着拜登政府放松其对被视为来自中国的威胁的执法。美国司法部仍在继续推进最初基于“中国行动计划”提出的许多案件，包括涉嫌欺诈和虚假陈述的案件。综上所述，未来的执法工作可能会优先关注涉嫌盗窃商业机密和违反出口管制的案件，而不是涉嫌欺诈资助和虚假陈述的案件。其他执法和监管机构也将使用所有现有工具，而现有机制（例如美国海外投资委员会(CFIUS)审查）将不会受到影响。建议在中国经营的公司和个人保持警惕，并确保遵守所有适用的法律和法规。

中国人才计划

美国司法部一直积极对涉嫌隐瞒收到中国资助或隐瞒其与中国关系的个人提出刑事指控。其中许多案件涉及被告参与的诸如千人计划(Thousand Talents Program)等中国人才招聘计划。该计划本身并不违法，但是美国司法部严格审查这些项目，因为其认为这些项目是为了中国的利益而招募可以获得美国政府资助研究的个人的方法。

如果公司被美国当局认为其协助员工与被视为对美国国家安全利益构成威胁的中国人才计划合作，公司则可能面临声誉风险，并可能在调查中须承担大量法律费用为自己辩护。如果公司谎报或漏报参与这类(人才计划)的相关信息，则可能面临包括刑事责任在内的潜在法律责任。公司应始终遵守美国法律和法规，保持账目记录的准确性，并确保针对美国政府询问的任何答复都是真实和完整的。同时，建议公司告知其员工在特定情况下被询问时(例如在边境口岸时)，他们有权寻求律师帮助或保持沉默，并可拒绝对其人身或财产进行搜查。

此外，公司应评估哪些数据应储存在美国，哪些数据应储存在中国，并谨慎对待两个司法管辖区之间的数据传输，因为这可能会引起中国数据和网络安全法以及美国《澄清境外数据合法使用法》(CLOUD法案)的问题。在寻求美国律师的建议时，公司也应注意律师与客户保密特权所提供的保护。

制裁和出口管制

制裁和出口管制是美国司法部执法的首要任务。2022年6月16日，美国司法部副部长丽莎·摩纳哥(Lisa Monaco)公

³ “Hearing: Oversight of the Department of Justice National Security Division”，美国众议院司法委员会(2022年7月28日)。

开将制裁描述为“新的FCPA”(《美国反海外腐败法》)，并表示“针对制裁的执法演变正遵循FCPA之前走过的道路，”从而暗示美国司法部未来针对制裁的执法会像持续了一段时间的FCPA执法那样非常活跃。⁴ 此外，美国财政部长珍妮特·耶伦(Janet Yellen)最近谴责了被认为试图违反对俄罗斯制裁规定的中国公司，并讨论了未来将供应链过渡到可信任的国家。⁵ 最近备受瞩目的制裁执法行动包括一起2021年8月由美国财政部外国资产控制办公室(OFAC)对中国银行英国子公司提起的诉讼，双方就涉嫌通过处理付款而违反了苏丹制裁计划达成了230万美元的和解。⁶

美国商务部工业和安全局最近宣布了一项由三部分组成的出口管制执行策略，包括罚款、公开披露以及要求和解公司公开承认不当行为。⁷ 2022年5月，美国国务卿安东尼·J·布林肯(Antony J. Blinken)宣布与美国商务部合作加强出口管制。⁸ 最近的民事出口管制行动包括美国商务部对三家美国3D打印公司发出的临时拒绝令，暂停其出口特权180天。⁹ 据美国商务部称，这些公司未经美国政府的必要授权或公司客户的同意，将用于3D打印的受管控技术从美国出口到中国。

近期美国证监会针对中国的执法趋势

美国证监会在瑞幸咖啡后的跨境执法策略

美国证监会在2020年12月对瑞幸咖啡采取的执法行动被视为具有开创性，原因包括与中国发行人有关的和解规模巨大(1.8亿美元的处罚)、调查的迅速以及美国证监会和中国证券监督管理委员会之间的合作。¹⁰

尽管美国证监会在进行干预的几年中已经开展了大量与中国发行人有关的调查，但该机构面临着包括中国阻断法规在内的巨大障碍。中国阻断法规使美国证监会从中国获取信息更加困难，并阻碍其进行这些调查的能力。这类发展将继续对美国证监会的跨境执法策略产生实际影响。美国证监会可能会侧重于从中国以外的来源收集证据，例如参与公司上市的第三方、做空研究公司和举报人。此外，美国证监会可能会

⁴ “Deputy Attorney General Lisa O. Monaco Delivers Keynote Remarks at 2022 GIR Live: Women in Investigations”，美国司法部(2022年6月16日)。

⁵ “Transcript: US Treasury Secretary Janet Yellen on the Next Steps for Russia Sanctions and ‘Friend-Shoring’ Supply Chains”，大西洋理事会(2022年4月13日)。

⁶ “OFAC Enters Into a \$2,329,991 Settlement With Bank of China (UK) Limited for Apparent Violations of the Sudan Sanctions Regulations”，美国财政部(2021年8月26日)。

⁷ “Assistant Secretary for Export Enforcement Matthew S. Axelrod Delivers Remarks to the Society for International Affairs 2022 Spring Virtual Advanced Conference on Export Controls & International Politics”，美国商务部(2022年5月16日)。

⁸ “The Administration’s Approach to the People’s Republic of China”，美国国务院(2022年5月26日)。

⁹ “Temporary Denial Order Issued for Illegal Export of Satellite, Rocket and Defense Technology to China”，美国商务部(2022年6月8日)。

¹⁰ “Luckin Coffee Agrees To Pay \$180 Million Penalty To Settle Accounting Fraud Charges”，美国证监会(2020年12月16日)。

与中国相关的跨境执法近期趋势

发现，对涉嫌违法者更适宜提出非欺诈指控，如违反会计或内部管控规定，而非欺诈案件，因为后者通常依赖于通过内部沟通和证人证词所构成的意图证据。

《外国公司问责法案》

2020年12月，美国国会通过了《外国公司问责法案》。根据该法案，如果美国上市公司会计监督委员会（PCAOB）判定其连续三年无法审查美国上市公司审计师作出的财务报表，那么美国证监会会将该上市公司从美国交易所摘牌。美国国会正在审议的立法可能会将这一时间框架缩短为两年。¹¹

PCAOB已经确定了其未能审查的公司。截至2022年7月29日，美国证监会在其网站上已列出了150多家其认为潜在的、不符合美国法规的发行人。¹²一些媒体报道称，美国和中国当局可能正试图解决这些问题，但美国证监会国际事务办公室主任YJ 费舍（YJ Fischer）最近评论说，“重大问题仍然存在，但所剩时间已经不多见了。”¹³此外，《外国公司问责法案》在公司已经以及必须继续披露的信息是否正确这一方面带来了很大的不确定性。

可变利益实体（VIE）

中国有法规禁止或限制外商对在包括媒体和电信行业在内的某些敏感行业经营的中国公司进行投资。为了遵守这些法规，许多（在国外上市的）中国发行人成立了外国控股公司，与中国的运营公司达成合同安排。根据合同安排，这些中国发行人控制并成为了中国运营公司的主要受益人。

美国证监会认为VIE架构有可能引起透明度问题。美国证监会已指示其工作人员通过VIE架构来评估（中国运营公司）真正的所有权和控制权，并要求（发行人）对美国投资者进行披露。2021年7月，美国证监会主席盖瑞·金斯勒（Gary Gensler）就中国VIE架构对美国投资者的影响表示担忧，他要求美国证监会工作人员要求此类实体在宣布发行人注册生效之前进行特定的披露。¹⁴此外，在2021年12月，美国证监会公司财务部发布了一封“样本信”，将包括披露范围在内的金斯勒主席的一些担忧付诸实践。¹⁵美国证监会可能会继续在复杂的法律架构下要求（发行人）遵守包括《外国公司问责法案》在内的美国法律。

¹¹ 2021年6月在美国参议院通过的《加速外国公司问责法案》可以将《外国公司问责法案》规定的外国公司退市时间从三年缩短到两年。

¹² “Holding Foreign Companies Accountable Act (‘HFCAA’)”，美国证监会（2022年7月29日）。

¹³ “Resolving the Lack of Audit Transparency in China and Hong Kong: Remarks at the International Council of Securities Associations (ICSA) Annual General Meeting”，美国证监会（2022年5月24日）。

¹⁴ “Statement on Investor Protection Related to Recent Developments in China”，美国证监会（2021年7月30日）。

¹⁵ “Sample Letter to China-Based Companies”，美国证监会（2021年12月）。

与跨境执法相关的新的中国法律制度

影响跨境执法的最新中国法律

一系列使跨境执法工作更具挑战性的中国法律最近开始生效。这些法律包括：两部主要针对美国国会颁布的CLOUD法案而通过的阻断法规，CLOUD法案要求在美国注册的外国公司通过共享数据与执法部门合作；《中华人民共和国国际刑事司法协助法》（ICJA法），主要影响美国司法部的调查；以及修订后的《中华人民共和国证券法》第177条（177条），主要影响美国证监会的调查。

2018年10月颁布的ICJA法，禁止位于中国的个人和组织在未先得到中国当局事先批准的情况下向外国负责刑事案件机构提供任何证据或协助。2019年12月颁布的177条规定，未经中国有关部门批准，中国任何单位和个人不得向境外传递任何与证券有关的文件或信息。

中国还有三部关于网络和数据安全以及保护个人信息的法律：《网络安全法》为数据保护和网络安全建立了一个全面的框架；《数据安全法》（DSL）建立了一个框架，根据对中国数据安全的潜在影响，对在中国收集和存储的数据进行分类；以及《个人信息保护法》（PIPL），其对在中国收集个人数据的数据处理者制定了严格的要求。

公司在面对美国和中国法律制度的冲突时应考虑的问题

外国调查何时会成为刑事或证券相关调查？调查的本质，无论是刑事还是民事，决定了哪些阻断法规适用，以及美国当局应该通知哪些中国政府机构。然而，刑事调查和证券相关调查之间的区别并不是很清晰。例如，美国证监会进行的一个初步调查可能是纯民事性质的，但是，诸如美国司法部等负责刑事案件的部门可能会在后台参与，并不会向公司表明其正在进行刑事调查。此外，在收到通常与美国证监会密切合作的自律组织（如纽约证券交易所、纳斯达克和金融业监管局）的要求时，中国公司可能需要决定何时以及向哪个中国政府机关报告。

向美国监管机构自行披露（以主张合作从宽）是否会违反中国法律？鉴于中国关于保护敏感数据的新法律，决定是否向美国监管机构自行披露违规行为对中国公司来说尤为复杂。一方面，报告违规行为可能会触犯中国DSL和PIPL中禁止传输特定数据的规定。另一方面，选择不报告的公司可能面临美国监管机构加重处罚的风险。建议让两国监管机构直接沟通，而不是让公司充当中间人，可能会更有效。