

# NEWSLETTER 中伦e简报 深度观察

中倫律師事務所  
ZHONG LUN LAW FIRM

《数据安全法(草案)》观察：  
构建我国基础性数据安全制度的开端 001/

创业板&科创板，  
规范竞业问题是为先 009/

竞争者间信息交换的反垄断法风险浅析 018/

人工智能训练数据的法律风险与合规建议 032/

中英合作办学：  
英国私校在中国的落地生根(中国篇) 042/



# 《数据安全法(草案)》观察： 构建我国基础性数据安全制度的 开端

作者：陈际红、韩璐、薛泽涵



《中华人民共和国数据安全法(草案)》(“草案”)经由第十三届全国人大常委会第二十次会议审议,于7月3日对外公布并征求公众意见。毫无疑问,这是一部非常重要的法律草案,定位为我国“数据安全领域的基础性法律”,未来会与《网络安全法》和《个人信息保护法》等共同构建起中国的数据监管的法律体系。草案共分七章五十一条,覆盖的内容非常广泛,新设若干监管制度,兼顾对现有体系的完善与创新。可以预见,经过后续审议,本法草案在内容设计上会有一些调整。但通过现有版本草案,可感知立法者思路及未来数据安全监管的趋势。

第一部分\

## 明确了管辖范围、域外效力与数据活动监管框架

### (一) 规定了有限的域外适用效力

草案第二条规定本法适用于在中国境内开展的数据活动,而对于境外主体开展的损害我国国家安全、公共利益或境内主体合法权益的数据活动,亦有管辖权,确立了有限的域外适用效力。考虑到数字时代跨境数据活动已非常普遍,且数据活动与国家安全、公共利益和公民权益具有强关联性,在法律中设定一定的域外效力或长臂管辖有其必要性。同时,一国法律的域外效力(且常用公权力作为追诉手段),会引起法律及司法权冲突的问题,应当基于最为必要的原则进行设定和适用。鉴于此,我们建议对域外适用的情形限缩在国家安全、重大公共利益和严重损害公民权益的情形。

### (二) 监管对象为数据活动,突出数据安全的持续和动态要求

草案第三条明确本法监管对象为“数据活动”,即数据的收集、存储、加工、使用、提供、交易、公开等行为。将于2021年1月1日正式生效的《中华人民共和国民法典》在人格权编下规定“个人信息处理”为收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等行为<sup>1</sup>。可见,草案对于“数据活动”的定义与《民法典》下的“处理”所覆盖的范围一致,均针对数据全生命周期的处理活动。立法语言体系的统一,便于行政执法、司法和企业的合规遵循,因此,我们建议在草案中保持和《民法典》术语的一致。

草案第三条同时明确“数据安全”的具体要求,即“通过采取必要措施,保障数据得到有效保护和合法利用,并持续处于安全状态的能力”。对比现行网络安全等级保护2.0体系下对于数据完

1. 《民法典》第一千零三十五条第二款:个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。

整性、保密性、可用性的安全保护要求,草案突出了数据安全的动态和持续要求。<sup>2</sup>

### (三) 数据安全的领导机构与监管框架

草案第六条明确了我国数据安全工作由中央国家安全领导机构决策和统筹协调,与网络安全的中央领导机构(中央网络安全和信息化委员会)不同。草案第七条规定,国家网信部门负责统筹协调网络数据安全相关监管工作,电信、金融、教育等各行业主管部门承担本行业的数据安全监管职责,公安机关、国家安全机关负责各自职责范围内的数据安全监管工作,这与《网络安全法》所形成的网络安全监管框架基本保持一致。与此同时,草案明确各地区、各部门对各自工作中涉及的数据及数据安全承担主体责任。

考虑到数据活动中的地域性和行业性愈发模糊,草案中设定的行业监管和地域监管框架的科学性有待论证,可能会形成“九龙治水”的



局面。我们建议,国家设定统一的数据活动监管机构,统一监管标准、执法要求和执法程序,这将有利于数据要素的合法流动和价值实现。

## 第二部分\

## 平衡立法:安全与发展并重

### (一) 促进数据产业发展和商业利用

草案第十二条明确国家坚持“维护数据安全”与“促进数据开发利用”并重的立法与监管理念,以数据开发利用和产业发展促进数据安全,以数据安全保障数据开发利用和产业发展。同时,草案第十三条及第十四条明确国家鼓励和支持数据在各行业的技术推广和创新应用。

网络安全和网络发展是互联网为人民造福的“一体两翼”,数据监管亦是如此。国家对于数据安全的立法价值取向是,通过数据安全制度建设保障数据安全,进一步迭代促进产业发展。

### (二) 建立标准化体系

草案第十五条明确国家将推进建设数据开发利用技术和数据安全标准体系,涵盖数据开发利用技术、产品和数据安全相关标准。国家标准委发布的《2020全国标准化工作要点》中亦提出构建新一代信息技术标准体系的总体要求,

2.《GB/T 22239-2019 信息安全技术 网络安全等级保护基本要求》3.1 网络安全:通过采取必要的措施,防范对网络的攻击、侵入、干扰、破坏和非法使用以及意外事故,使网络处于稳定可靠运行的状态,以及保障网络数据的完整性、保密性、可用性的能力。

推进大数据、云计算、物联网、人工智能等重点领域的标准体系建设。诸如人脸识别技术<sup>3</sup>、智能网联汽车<sup>4</sup>等各领域的数据相关技术标准已陆续立项启动。可以预见，未来将出台并逐步完善相关技术标准，进一步规范并保障数据安全，促进产业发展。

### (三) 支持评估和认证服务发展

草案第十六条提出国家促进数据安全检测评估、认证等服务的发展，并支持评估、认证等专业机构依法开展服务。可以预见，在《网络关键设备和网络安全专用产品安全认证实施规则》、《移动互联网应用程序安全认证实施细则》等各领域现行认证规定的基础上，数据安全检测评估及认证也将作为网络安全与数据保护评估体系的重要组成部分，促进数据开发利用与产业发展。

## 第三部分 完善数据安全保障制度建设

草案第三章重点关注数据安全保障制度方面的建设，包括数据分类分级保护、重要数据保护目录、数据安全风险预警机制、数据安全应急处置机制、数据活动的国家安全审查机制等。

### (一) 数据分类分级保护及重要数据管理

数据分类分级是开展数据安全管理工作的基础。数据分类分级管理和保护，在兼顾数据安全和个人隐私保护的同时，可以最大限度释放数据价值。现行法律及部门规章层面有关数据分类分级的规定多止步于提出要求，而未明确具体的分类分级标准。草案第十九条明确数据分类分级将以风险程度为导向，按照数据“一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用”所产生的危害程度作为分类分级的原则性标准，以评估可能造成的危害程度。在此基础上，草案提出各地区、各部门有权确定本地区和本部门“重要数据”保护目录。

草案规定的数据分级分类制度以监管机构的视角出发，对不同类型及级别的数据采取不同的监管措施和法律要求，我们理解其具有必要性。同时，企业在数据活动中，为了数据安全保护、数据流动及合规遵循，会形成基于行业实践的分类分级体系。这两者应该并行不悖，不能互相取代。近年来，诸如《工业数据分类分级指南（试行）》、《证券期货业数据分类分级指引》、《个人金融信息保护技术规范》等各部委发布的指引性文件及行业标准，对特定行业的数据分类分级具体标准也进行了一些有益的尝试。数据分级应在完成数据分类的基础上，针对不同

3. 2019年底，国家围绕人脸识别技术的标准制定工作已全面启动。  
4. 《智能网联汽车数据通用要求》系列标准已于2020年6月申请立项。

类别数据发生上述安全事件后可能发生的危害后果进行定级,并匹配不同级别数据的安全保障技术措施及管理措施。

## (二) 数据安全风险预警机制及应急处置机制

《网络安全法》及其配套法规、国家标准已提出网络安全监测预警机制、网络安全事件应急响应机制及网络安全事件报告机制等。而针对数据安全,草案第二十条、第二十一条明确将从国家层面建立评估、报告、信息共享、监测预警的系统化机制,并辅以针对数据安全事件的应急处置机制,消除安全隐患,防止危害扩大。

## (三) 数据活动的国家安全审查机制

草案第二十二条规定,国家会针对影响或者可能影响国家安全的数据活动进行国家安全审查。如前所述,数据是未来国际间竞争的核心,与国家安全息息相关,对特定的数据活动进行国家安全审查,有其必要性。但是,规定所覆盖的审查范围未作限定,覆盖场景范围模糊,其与网络安全审查之间的关系未作进一步厘清。从降低制度行政运行成本和企业合规成本的角度考虑,我们建议,对于草案所设定的数据国家安全审查机制,可以考虑在后续修订中转换为针对跨境数据流动等具有较高敏感性的场景的

安全审查制度,或与现有网络安全审查机制相融合。

## (四) 数据活动的保护义务:重申和加强现有体系下的保护要求

草案对数据活动的安全保护义务予以明确,具体包括:

1.建立健全全流程数据安全管理制度,开展数据安全教育培训,采取相应的技术措施及其他必要措施,保障数据安全(第二十五条);

2.加强风险检测,及时采取补救措施,发生数据安全事件时应当及时告知用户并向主管部门上报(第二十七条);

3.采取合法、正当方式收集数据,并在法律、行政法规规定的目的和范围内收集、使用数据,不得超过必要限度(第二十九条)。

可以看到,相关保护要求基本未超出《网络安全法》对于网络运营者应当承担的网络安全及个人信息保护安全义务的范围,也与《民法典》针对个人信息处理的要求具有一致性。

## 第四部分\

## 制度创新:新制度与新挑战

除与现有制度体系的衔接外,草案也提出了部分关于数据监管的新制度设计。



## (一) 重要数据保护机制

自《网络安全法》生效后,重要数据的范围、识别和流动监管,一直是业界关注的焦点问题。一方面重要数据与国家安全及公共利益息息相关,有必要建立起有效的监管体系,另一方面,重要数据范围上须是“真正重要”的数据,不能泛化,否则会阻碍数据的正当流动,不利于数字经济的发展。业界对《数据安全法》能解决重要数据的遗留问题抱有很大的期待。

本次草案对“重要数据”的界定仍不够清晰,无法弥补现有体系下对“重要数据”范围认定的不足。同时,第十九条将“重要数据”保护目录的制定权限下放至地方与部门,权力配置缺

乏科学性,容易导致“重要数据”认定范围过于宽泛,影响数据要素流动。因此,建议将重要数据的范围和识别标准列入中央事权。

与此同时,草案围绕重要数据保护提出了若干延伸管理要求,主要包括:

- 1.重要数据的处理者应当设立数据安全负责人和管理机构(第二十五条);
- 2.重要数据相关活动定期开展包括重要数据的种类、数量,收集、存储、加工、使用数据的情况,面临的数据安全风险及其应对措施等在内的风险评估,并向有关主管部门发送风险评估报告(第二十八条);
- 3.如果重要数据的处理活动影响或者可能

影响国家安全的,应当接受国家安全审查(第二十二條);

4.如果属于“与履行国际义务和维护国家安全相关的属于管制物项的”重要数据的,也应当依法实施出口管制(第二十三條)。

针对负责重要数据风险评估、对重要数据处理活动进行国家安全审查、对落入出口管制范围的重要数据采取管制措施的具体主管部门,以及处理流程,同样需要后续立法予以明确。

## (二) 针对数据交易与在线数据处理的管理机制

数据是数字经济时代企业发展的核心资源,数据交易能帮助数据要素实现市场价值,而数据在线处理服务有助于数据价值的挖掘和利用。日前正式公布的《中共中央、国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》强调数据作为一种新型生产要素,对于数字经济发展具有重要意义。

在《民法典》以开放立法方式将数据、网络虚拟财产纳入法律保护<sup>5</sup>后,草案第十七条同步关注数据交易的价值,并对从事数据交易中介服务机构提出保证数据来源合法合规及审核交易双方身份的法律要求。我们理解,在数据交易中介服务市场高速发展的今天,此项规

定拟将现有针对数据交易服务的立法构想<sup>6</sup>,上升为强制性法律要求,强调中介服务机构在其中应尽的数据及交易双方身份的审核义务,表明国家对于数据交易中介服务市场的管理决心及方式。

在线数据处理活动会接触大量的数据,数据安全非常重要,同时,这项活动涉及数据主体权益。草案第三十一条强调专门提供在线数据处理等服务的经营者,应当按照国家电信主管部门规定,依法取得经营业务许可或者备案。同时,草案也明确了未依法办理许可或备案而从事相关业务的处罚要求<sup>7</sup>。我们理解,这部分规定更多是与现有数据处理服务电信监管要求进行衔接,避免行业发展乱象。

## (三) 针对数据跨境流动监管模式

数据跨境流动关系到国家网络空间主权及数据安全,一直以来是国家立法关注的重点。其相关立法要求,将直接影响境内企业出海战略、境内外企数据对外传输的合规方案。对此,草案将涉及数据跨境流动监管的相关要求,分散规定于不同场景条款中,主要包括如下:

1.国家积极开展数据领域国际交流合作及标准制定,促进数据跨境安全自由流动(第

5.《民法典》第一百二十七条:法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。

6.参考《信息安全技术 数据交易服务安全要求(征求意见稿)》。

7.草案第四十三条:数据交易中介机构未履行本法第三十条规定的义务,导致非法来源数据交易的,由有关主管部门责令改正,没收违法所得,处违法所得一倍以上十倍以下罚款,没有违法所得的,处十万元以上一百万元以下罚款,并可以由有关主管部门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一万元以上十万元以下罚款。



十条)；

2. 国家对与履行国际义务和维护国家安全相关的属于管制物项的数据，依法实施出口管制(第二十三条)；

3. 针对外国对中国采取的与数据活动有关的歧视性措施，可以采取相应反制措施(第二十四条)；

4. 针对境外执法机构要求调取境内数据的，有关主体应向主管机关报告并获其批准后方可进行(第三十三条)。

整体而言，草案对维护数据的正当跨境流动秩序进行了宣示，重申了中国坚持对外开放的基本国策。我国正在制定《出口管制法》，以加强对两用物项、军品、核及其他与国家安全相关的货物、技术和服务的管制，而本草案把属于管制物项的数据纳入了出口管制对象，明确了出口管制在数据活动中的适用。

2018年美国《澄清境外数据的合法使用法案》(“CLOUD ACT”)签署生效，该法案扩张了美国执法机构获取存储于境外的数据的能力，引发国际社会对数据主权的担忧。我们理解，草案的第二十二条、第二十三条及第三十三条，试图建立起维护国家安全和数据主权的保卫机制。

但是，目前草案主要针对属于出口管制范围的数据和执法机构跨境调取数据等特殊场景下的监管，尚未涉及对于一般商业及贸易场景

下的数据跨境流动提出具体监管措施。事实上，对于企业跨境数据传输监管机制的清晰化，一直为业界所期待。遗憾的是，草案仍未对这一问题作出清晰回应。☒



陈际红  
合伙人  
知识产权部  
北京办公室  
+86 10 5957 2003  
chenjihong@zhonglun.com

# 创业板&科创板， 规范竞业问题是为先

作者：曹雪峰、林晓欣



公司的竞业禁止、竞业限制事项是首次公开发行股票并上市(下称“IPO”)审核中的重点关注内容。注册制下的科创板和刚刚开始接受申请的创业板主要面向将人才、技术及其他无形资产作为竞争力关键来源的科技型企业,在此类企业的申报中,竞业事项是否得到妥当处置,既影响公司持续经营能力的维持,也关系到对公司及主要人员行为的合规判断,涉及到纠纷与潜在纠纷的应对和避免,更关系到注册和上市的成败。基于此,对竞业相关事项进行核查,协助公司尽早发现问题并规范治理,也成为发行人律师协助客户扫清科技型企业上市之路的竞业障碍的应有之义。本文将简要介绍IPO中竞业事项所涉及的基本概念、制度现状,并着眼于创业板、科创板的审核问询实践,提炼出发行人律师在协助公司妥善处置竞业事项时所应当关注的问题,并总结出相关核查手段及合规建议以供商榷。

## 第一部分\ 竞业限制与竞业禁止的基本内涵 及其异同

IPO中的“竞业”事项通常涉及两个概念——“竞业限制”与“竞业禁止”。从现行法层面看,竞业限制意指竞业限制协议,该等协议规定于《劳动合同法》及其司法解释中,即用人单位与特定人员可以自行约定竞业限制的范围、地域、期限,在不违反法律法规的前提下,限制特定人员受聘于具有竞争关系的其他用人单位,或者自己从事与用人单位的竞争活动。与之相近的另一表述“竞业禁止”则通常被视为《公司法》规定的董事高管忠实义务的具体要求,指未经股东(大)会同意,董事、高级管理人员不得自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。

就制度依据而言,“竞业限制”与“竞业禁止”不能一概等同,二者不仅分别依《劳动合同法》与《公司法》之规定在适用主体、期限、地域、经济补偿等问题上存有差异。在制度价值上,两项制度也承载着不同的利益考量。竞业禁止是公司法中诚信义务的具体要求,是立法者基于董事高管对公司资产事务的管理地位和管理“权力”,根据忠实义务原则对其施加的遵循公司利益最大化原则履行职责的法定义务<sup>1</sup>。竞业限制作为雇主与雇员的约定义务,则通常以竞业限制协议的形式,或在劳动合同或保密协议中以竞业限制条款的形式表现出来,其侧重回应的是对公司商业、技术秘密的保护需求,同时兼顾受到竞业限制的公司雇员的择业自由。此中要义在于,唯有平衡雇主商业秘密等合法权

1. 参见邓峰:《普通公司法》,中国人民大学出版社,第438页。

益与雇员择业自由权利, 兼顾市场公平竞争秩序与人才合理流动, 竞业限制制度才能最大程度实现其立法宗旨。

尽管存在制度依据差异, “竞业限制”与“竞业禁止”的“不竞争”内涵却是一致的, 实践中二者也时常被替代使用。具体到IPO领域, 不仅相关法规通常不严格区分两种表述, 在IPO监管实践中, 竞业禁止义务与竞业限制义务均可能对公司业务上的竞争力、法律上的合规性产生影响, 因而, 监管机构在反馈或问询中所关注的“竞业”问题也往往不局限于二者之一, 相应的披露与核查工作仍应当同时着眼于“竞业限制”与“竞业禁止”开展 (统称“竞业事项”)。

此外, 关于竞业事项涉及的人员, 《公司法》之竞业禁止规定指向董事、高管, 《劳动合同法》之竞业限制规定则包括高管、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。但是, IPO反馈的问询口径与立法规定不完全一致, 监管机构通常要求披露核查董监高及核心技术人员的竞业事项, 偶尔也会将范围扩大至主要股东、创始人股东甚至被代持人。实践中曾发生过拟IPO公司实际控制人因违反其与“老东家”的竞业限制约定, 违反竞业禁止规定而被“老东家”诉诸法院的案例 (如2019年7月上会被否的江苏扬瑞新型材料股份有限公司), 招股书对该等事项的披露也引来市场的议论与监管机构的关注, 这类情

形同样可能对IPO之路造成不利影响。鉴于此, 在尽职调查与合规治理工作中, 发行人律师应尽可能将所有对公司经营发展具有关键影响的人员纳入竞业事项核查范畴 (统称“公司主要人员”), 逐个或逐类分析该等人员在竞业问题上是否存在合规风险或潜在纠纷, 并进一步判断其对公司利益的影响或潜在影响。

## 第二部分\

### 竞业限制与竞业禁止的相关规定

竞业事项的制度依据主要源于《公司法》、《劳动合同法》及《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》等文件。该等规定散落于不同效力层级的法规文件中, 未形成体系化制度, 且分散的规定未能对如竞业限制协议效力、经济补偿标准等关键问题给出明晰的答案, 同类问题基于不同的理解甚至可能得出不同的法律适用结果, 对于当事人行为及司法机关裁判而言仍缺乏可预见性和指引性。

除法律、司法解释层面的一般规定以外, IPO业务中主要面对的是中国证券监督管理委员会、上海证券交易所及深圳证券交易所对竞业问题的规定, 此类规定同样散见于证券监管的相关规则和指引中, 而中华全国律师协会也对证券律师在该事项上的尽职调查作出要求。

IPO领域监管规则的主要功能既在于引领上市公司在竞业领域的合规运作,同时也促使中介机构落实相关核查工作,压实中介核查责任。相较而言,监管部门的竞业事项规则偏重于法定的竞业禁止义务,涉及竞业限制协议的规则相对较少,且分布零散。但是,随着近几年科技型企业上市案例的增加,科创板的设立、创业板改革的推进,高管及主要核心技术人员在公司的持续经营中发挥关键作用,与其相关的竞业限制问题渐凸显出重要性,有关竞业限制约定、竞业纠纷以及相关的知识产权纠纷等事项也得到监管机构更多关注,在反馈中对该等事项的披露与核查要求出现频率越来越高。



### 第三部分\

## IPO中竞业事项涉及的常见反馈问题与核查手段

### (一) 拟IPO公司主要人员与原单位的竞业事项涉及的常见反馈问题与核查手段

第一类竞业限制相关的反馈问题通常围绕公司主要人员与其原单位的竞业事项展开,这类问题尤其频繁出现在科创板、创业板的IPO案例中。鉴于主要人员(通常也是技术人员)及其参与研制的专利、技术对科技型企业的发展具有关键影响力,为避免主要人员与原单位之间存在竞业纠纷,甚至知识产权权属争议,监管机构往往要求发行人律师核查以下事项:主要人员在原单位的任职情况、是否签署竞业禁止或竞业限制协议、在拟IPO公司处持股(包括委托代持)、参与经营管理的行为是否违反竞业禁止规定或其与原单位的竞业限制约定;拟IPO公司的著作权、专利权是否构成原单位职务作品或职务发明创造,是否存在纠纷或潜在纠纷。以上问题在上市公司合纵科技(300477)、天迈科技(300807)、艾可蓝(300816)、斯迪克(300806)、双飞股份(300817)、久量股份(300808)、松井新材(688157),以及近期过会的震有科技的反馈意见中均有涉及。

参考上述提及的IPO案例,对于拟IPO公司

主要人员与原单位之竞业事项, 发行人律师可着重关注竞业限制约定及知识产权权属两个方面的问题, 并可采取下列多项核查手段组合, 以便尽早发现问题、提出解决思路并发表明确法律意见。

### **1.关于主要人员在拟IPO公司持股(包括委托代持)、参与经营管理的行为是否违反竞业禁止规定或其与原单位的竞业限制约定的问题, 可采用以下核查手段的组合:**

1) 查阅主要人员的简历、调查问卷并对其进行访谈, 核查其历次任职的工作时间、职务、工作内容及竞业限制相关情况;

2) 查阅主要人员与原单位签署的劳动合同、解约协议书(如有)、保密协议、竞业限制协议、知识产权保护协议等文件, 以及原单位支付竞业限制经济补偿的凭证(如有), 核查主要人员是否对其原单位负有竞业限制义务;

3) 取得主要人员出具的是否与原单位签署竞业限制协议及是否存在纠纷的说明, 必要时可要求主要人员承诺承担因竞业限制义务引发的责任及损失;

4) 访谈主要人员的原单位(负责人/主管领导)并取得其出具的说明, 核查原单位的主营业务是否与公司构成同类业务、主要人员在原单位的工作时间、职务及工作内容、是否存在竞业限制约定、公司的无形资产是否属于原单位之

职务作品或职务发明创造、公司与原单位之间是否存在业务关联关系<sup>2</sup>或者其他关联关系;

5) 查询中国裁判文书网、中国执行信息公开网, 核查主要人员与原单位之间是否存在产权、劳动等方面的纠纷;

6) 对于主要人员在原单位任董事、高管期间发生的《公司法》第一百四十八条所禁止的竞业行为, 应尽量取得原单位关于不存在竞业禁止纠纷的说明, 并承诺未来不因该等事项追究相关人员违反竞业禁止规定的法律责任。

### **2.关于拟IPO公司的著作权、专利权是否构成原单位职务作品或职务发明创造, 是否存在纠纷或潜在纠纷的问题, 可采用以下核查手段的组合:**

1) 取得拟IPO公司拥有的无形资产的相关文件, 包括专利证书、软件著作权证书、专利技术的内部研发资料;

2) 访谈拟IPO公司主要人员、相关专利发明人及技术研发人, 了解无形资产的来源及使用情况;

3) 取得拟IPO公司出具的关于无形资产来源及权属的说明;

4) 取得主要人员原单位出具的关于拟IPO公司专利、技术、软件著作权等不属于原单位职务发明、职务作品的说明函件(说明函件上须列

2. 对于主要人员曾任职于国有企业的情形, 还应当关注《国务院国有资产监督管理委员会关于规范国有企业职工持股、投资的意见》《关于实施<关于规范国有企业职工持股、投资的意见>有关问题的通知》的相关禁止性规定。

明拟IPO公司的专利、技术、软件著作权等知识产权)；

5) 通过国家知识产权局专利检索网、主要人员原单位相关网站等公开渠道, 查询主要人员原单位的公开业务信息、专利技术信息；

6) 取得拟IPO公司及其主要人员出具的关于是否与主要人员原单位存在无形资产纠纷的说明；

7) 查询中国裁判文书网、中国执行信息公开网, 核查拟IPO公司与主要人员原单位之间是否存在无形资产的诉讼。

## (二) 拟IPO公司与主要人员的竞业事项涉及的常见反馈问题与核查重点

在IPO反馈中, 除主要人员与其原单位的竞业事项以外, 还存在另一类针对公司本身与其主要人员的竞业问题, 该类问题通常要求披露核查: 主要人员(及其关系密切的家庭成员)的对外投资及在外兼职<sup>3</sup>的情况, 是否构成竞业禁止或利益冲突, 公司是否与主要人员缔结竞业限制协议以防止未来产生纠纷; 而当涉及主要人员离职的, 监管机构将更具针对性地关注主要人员的离职原因、离职后任职单位, 是否签订竞业限制协议, 以及离职后竞业限制协议的执行情况, 目的在于核查该等离职是否可能导致公司技术、商业秘密泄露。为此, 我们查阅了上

市公司云涌科技(688060), 近期过会的固德威、三生国健, 以及华夏天信(在审)、康希诺(在审)、科前生物(在审)等在审企业的反馈答复, 均涉及上述相关问题。

为全面核查拟IPO公司主要人员的对外投资及在外兼职情况, 并基于此对竞业限制或利益冲突问题发表核查意见, 发行人律师在尽职调查中应该从以下几方面着手进行核查:

1. 了解主要人员及其家庭成员的对外投资及主要人员在外兼职的基本情况；

2. 依据法规、章程、竞业限制协议等文件核验前述对外投资及在外兼职是否构成竞业限制或者利益冲突；

3. 取得主要人员出具的关于对外投资及在外兼职不构成竞业限制或者利益冲突的说明；

4. 取得该等企业与拟IPO公司之间的业务、资金往来的相关资料(如有)或不存在往来的说明。

综上, 发行人律师在核查拟IPO公司主要人员的对外投资及在外兼职情况时, 应首先取得相关企业的名单, 其次逐一核查主要人员在该等企业中的持股或任职情况, 企业的主要业务, 以及企业与拟IPO公司之间的业务、资金往来情况, 最后根据法律法规、审核要求、章程及协议约定、相关主体出具的说明等, 谨慎发表核查意见。

3. 除竞业限制要求以外, 拟IPO公司主要人员还应当满足其他兼职规定, 包括但不限于国有企业董事高管的兼职限制, 独董的兼职限制, 高管在控股股东的兼职限制, 总经理的专职要求等, 限于篇幅与主题, 此处不展开讨论。

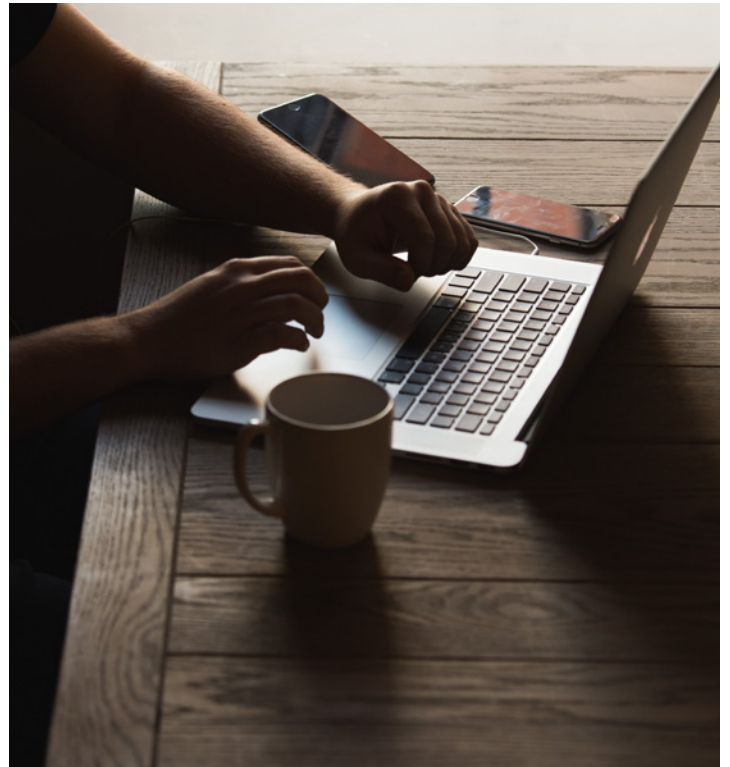
## 第四部分\

# 关于拟IPO公司与其主要人员的竞业限制协议的合规建议

出于对拟登陆科创板或创业板的IPO公司的技术、商业秘密泄露风险的关注,实践中监管机构也可能要求公司说明其与主要人员之间竞业限制协议的签订及执行情况,对于公司而言,尽量扩大竞业限制人员的范畴并赋予严格的竞业限制义务,无疑是满足IPO审核要求、公司商业利益保护需求的重要举措。但是,竞业限制并非单务合同,公司向相关人员支付竞业限制经济补偿,一味扩大竞业限制人员范畴或者施以极为严苛的竞业限制义务,必然也将相应增加公司的经济补偿成本,且存在不合理损害相关人员择业自由的风险。就此,我们结合相关法规及证监会、证券交易所的审核要求,对竞业限制的人员、范围地域及期限、经济补偿等问题提出如下建议以供商榷。

### (一) 竞业限制的人员

如前所述,在竞业限制问题上,监管机构要求核查的对象通常不限于《劳动合同法》、《公司法》规定的竞业禁止或竞业限制人员。但是,竞业限制与保密义务相互关联,唯有能够知悉公司保密事项的人员才有必要对其施以竞业限制义务。



根据《劳动合同法》第二十四条关于竞业限制人员的规定,通常认为,为维护商业、技术秘密,公司有必要与高级管理人员及核心技术人员签订竞业限制协议。除此之外,监事、不担任高管的董事及其他员工是否应纳入竞业限制人员范畴,取决于其是否属于负有保密义务的人员,在司法实践中,部分法院要求公司举证证明员工接触到的信息系法律意义上的商业秘密,员工系负有保密义务的人员,<sup>4</sup>如公司举证不能,则该竞业限制条款可能被认定为无效条款。为避免该等争议引发的诉争成本,公司在确定竞业限制人员时不应一味扩大范围,而应结合自身生产经营情

4.例如:达趣(杭州)艺术特长培训有限公司与马郡擎竞业限制纠纷案((2019)浙0108民初3979号)



况、商业及技术秘密保护的实际需要、员工的职务及对秘密的接触情况等因素,对员工进行分类,综合考虑并确定竞业限制人员。

## (二) 竞业限制的范围、地域及期限

竞业限制的范围、地域及期限是竞业限制协议的核心要素。《劳动合同法》第二十四条一方面允许用人单位与劳动者自行约定竞业限制的范围、地域、期限,另一方面也规定,劳动者的竞业限制期限自解除或者终止劳动合同之时起不得超过两年。尽管对竞业限制期限“一刀切”而未区分不同行业特征的做法未必妥当,但在现行法下,公司仍应遵循前述规定,避免因竞业限制期限超过两年而引发协议条款效力纠纷,对于重要的商业及技术秘密,则可通过保密协议强化保护。

关于竞业限制的范围、地域,立法对此没有明确规定,但从制度价值可以推断出,竞业限制人员仅在其所从事的业务或任职的单位与公司构成竞争关系时,才应当受到竞业限制协议的约束。在比较法的视角下,该制度价值同样得到普遍承认:瑞士债法典规定以不违背公平原则为前提对竞业限制的地点进行合理限制,比利时则要求竞业限制的范围是雇员能有效与雇主竞争的地理范围,法国尽管允许竞业限制协议不对地域进行限制,但雇主仍需要

证明其在该等地域存在受保护的利益<sup>5</sup>。而在中国司法实践中,保密、竞业限制等赋予劳动者义务的协议条款如果不够清晰,可能被法院认定为导致劳动者权利义务始终处于不确定状态,对劳动者明显不公平,从而认定条款无效<sup>6</sup>。基于此,建议公司在拟定竞业限制协议时,尽量细化竞业限制范围、地域条款,明确公司的业务范围及开展业务的地域范围,并在可能的情况下列举出对公司正当商业利益存有影响或潜在影响的竞争对手,以减少竞业限制条款被认定为无效的风险。

## (三) 竞业限制的经济补偿

尽管《劳动合同法》第二十三条第二款规定用人单位与劳动者可以在竞业限制条款中约定经济补偿事宜,但未明确统一的经济补偿标准,地方层面,北京、上海等地均针对竞业限制经济补偿支付标准约定不清的情形进行了支付区间的规定,深圳、江苏等地则更明确地规定了“不得少于”的补偿费金额<sup>7</sup>。拟IPO公司在与竞业限制人员签订协议时,应确认其所在省市是否已出台相关规定,建议公司基于该等规定确定经济补偿金额,以避免因经济补偿与当地规定的区间标准不一致而引发纠纷或潜在纠纷。

5. 参见谢聪敏:《比较法视野下的竞业限制制度与立法研讨》,载《渤海大学学报(哲学社会科学版)》2013年第一期,第38页;参见盛建:《约定竞业禁止的比较法分析》,载《山东审判》2005年第2期,第73页。

6. 例如:苏州我的打工人力资源有限公司与耿琪民事其他案((2018)苏0583民初13665号)

7. 参见:北京市劳动局、北京高院《关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》第三十九条,上海高院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》(沪高法[2009]73号)第十三条,《深圳经济特区企业技术秘密保护条例》(2009年修正)第二十四条,《江苏省劳动合同条例》(2013年修订)第二十八条。

此外,在未出台明确经济补偿标准的地区,公司若与竞业限制人员约定了较低的经济补偿金额,虽通常不会导致竞业限制约定无效,但仍存在引发经济补偿金额争议的风险。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》第六条规定,当事人在竞业限制协议中未约定经济补偿标准的,“劳动者履行了竞业限制义务,要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的30%按月支付经济补偿的,人民法院应予支持。前款规定的月平均工资的30%低于劳动合同履行地最低工资标准的,按照劳动合同履行地最低工资标准支付”,部分法院据此认为,若竞业限制协议约定的经济补偿标准远低于劳动合同履行地最低工资标准亦远低于劳动者工资收入,将明显有失公平,在此种情形下,法院将根据前述第六条规定酌情调整过低的经济补偿<sup>8</sup>。因此,为避免产生纠纷,拟IPO公司在与主要人员签订竞业限制协议时,建议结合前述司法解释规定的下限确定竞业限制经济补偿金额。

综上,在处理拟IPO公司主要人员的竞业限制协议时,既应当遵循法律法规的规定,也应当结合公司自身的保密需要,在降低泄密风险、减少纠纷的同时,考虑经济补偿支出的必要性,合理确定竞业限制人员及竞业限制条款内容。

## 第五部分 结语

竞业禁止与竞业限制是保护公司利益特别是商业、技术秘密等正当商业利益的基础法律制度,对于拟登陆科创板和创业板的科技型公司尤为重要。虽然目前竞业事项的相关规定尚待体系化完善,但随着科技与人才重要性的提高,竞业制度在未来无疑将得到更多运用与完善。从IPO审核的角度看,科创板和创业板监管规则对此问题均有所涉及,而监管机构近年来对于该等事项的重视程度也正逐渐凸显。因此,无论对于拟IPO公司还是发行人律师而言,在公司治理过程中对竞业事项进行合理规范,及时了解公司主要人员与原单位的竞业事项相关情况,及时与竞业限制人员缔结合法合理的竞业限制协议,及时制止公司主要人员的不当兼职和对外投资,既有助于尽早清理公司IPO之路的障碍,对于保持公司规范治理与高效经营而言也具有长远而重要的意义。<sup>8</sup>

8.例如:陈喜与上海引跑信息科技有限公司劳动合同纠纷案((2014)浦民一(民)初字第3515号)



曹雪峰  
合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
+86 10 5957 2091  
caoxuefeng@zhonglun.com

# 竞争者间信息交换的反垄断法 风险浅析

作者：丁恒、廖琪珈



横向垄断协议即卡特尔行为一直是各国反垄断法规制的重中之重,其中除典型的横向垄断协议之外,竞争者间因“信息交换”达成的协同行为近年也备受关注。实务中,如具有竞争关系的企业之间存在业务往来等合作关系抑或是并购交易关系,出于了解交易相关背景信息的目的,不可避免将在一定程度上交换相关信息,以便双方做出合理的商业决策。但此时若涉及敏感信息的交换,则存在一定的反垄断法风险。本文将介绍各主要法域中竞争者间信息交换的高风险信息类型,并简要分析其所涉及的反垄断风险,以期为企业合规作参考之用。

## 第一部分\ 敏感信息,究竟包含何种信息?

我国《反垄断法》未对竞争者间信息交换的高风险信息,即所谓的“敏感信息”加以明确定义,使得一直以来在实践中,企业无法准确界定其具体业务中所应交换信息的边界。尽管如此,2019年12月26日上海市市场监督管理局在其发布的《上海市经营者反垄断合规指引》(以下简称“《上海市合规指引》”)中指出,敏感信息是指“涉及经营者及其竞争对手的可能导致竞争者之间协调彼此生产经营行为的信息”,并进一步列举具有反垄断法风险的敏感信息,在一定程度上为该问题提供了指导性参考<sup>1</sup>。此外,根据《反垄断法》及2019年公布并施行的《禁止垄断协议暂行规定》(以下简称“《暂行规定》”)所禁止的垄断协议的类型,结合近期各地相继出台的反垄断相关合规指引<sup>2</sup>及其他相关法律法规,我们能够基本推断下列信息属于执法机构所重

点关注的敏感信息:

### (一) 价格相关信息

《暂行规定》第7条列举了横向价格垄断协议的类型,禁止竞争者间达成固定或变更价格水平、价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用以及计算价格的标准公式等在内的垄断协议,因而上述价格相关信息均属于敏感信息的范畴。《上海市合规指引》中将价格信息进一步细化为实际价格、价目表或指示性价格,并额外提示了包括折扣政策、收益或利润率等在内的敏感信息的反垄断法风险。此外,前执法机构发改委于2017年公布的《行业协会价格行为指南》中明确提示了所交换的价格信息的风险程度,即相比历史的、行业综合性、公开收集到的价格信息,交换现行的或者将来的价格信息、特定企业或特定产品的价格信息、企业自身难以收

1.《上海市经营者反垄断合规指引》指出该指引并非规范性文件,所列信息仅为一般性指导。  
2.《浙江省企业竞争合规指引》、《上海市经营者反垄断合规指引》、《江西省市场监督管理局护航市场主体全面恢复生产经营竞争秩序反垄断合规八项指引》、《山东省经营者反垄断合规指引》以及《河南省经营者反垄断合规指引》均在不同程度上明确了企业应避免与竞争者交换的敏感信息的范围。其中,《上海市合规指引》对于敏感信息的内容规定得较为详尽,为本文的主要参照依据。

集的价格信息、行业内企业近期发生的生产成本、销售报价、成交价格等信息、市场份额较大的企业将要执行的价格、上下游成本及价格信息的法律风险较大。<sup>3</sup>

## (二) 生产销售相关信息

《暂行规定》第8条及第9条的主要规制对象为限制商品的生产数量或者销售数量，以及分割销售市场的垄断协议，其中相关信息包括：生产数量(包括特定品种、型号商品的生产数量)、商品销售地域、市场份额、销售对象、销售收入、销售利润或者销售商品的种类、数量、时间。此外，销售(市场)区域在《上海市合规指引》中被明确为实际或者计划销售/不销售商品、提供/不提供服务的区域；并且，有关生产能力、产量、库存或者成本，销售条款或者条件，销售、营销、广告或者促销的策略或者成本等信息也属于敏感信息范畴。

## (三) 供应商和客户相关信息

除上述分割销售市场的垄断协议外，《暂行规定》第9条还禁止竞争者达成分割原材料市场的垄断协议。因此，企业应避免与竞争者交换该条所列举的原料、半成品、零部件、相关设备等原材料的采购区域、种类、数量、时间或者供应商的相关信息，以及《上海市合规指引》所提及

的实际或者潜在的供应商、供应商分类，客户(包括实际或者潜在的客户身份、客户分类)，与客户谈判的政策或者策略的相关信息。

## (四) 招投标信息及未来的市场行为

此前，发改委在2003年公布的《制止价格垄断行为暂行规定》第4条中，曾明文禁止经营者之间通过协议、决议或者协调等串通方式在招投标或者拍卖活动中操控价格的行为，但该规定已失效。而《上海市合规指引》中在横向垄断协议的典型行为中单独列举了“串通招投标”的行为，并且将“招投标方案或者策略”列入敏感信息的范畴。此外，业务扩张/收缩计划，研发项目、策略或者成本等未来的市场行为相关信息也被归类于敏感信息。并且，鉴于《暂行规定》第10条明确禁止竞争者间就新技术、新工艺、新设备或新产品等的限制购买及限制开发等事宜达成垄断协议，因此我们认为，企业间交流有关新技术等的购买、投资研发及使用事宜时应保持谨慎。

## (五) 其他市场相关信息

鉴于《反垄断法》中垄断协议相关规制主要针对竞争者通过某种方式达成一致，进而控制相关市场，造成限制、排除市场中竞争效果的行

3. 尽管《行业协会价格行为指南》主要规制的是行业协会发布价格信息的行为，但其对于企业间交换价格信息行为的法律风险仍有一定借鉴意义。

为,因此企业也应尽量避免与竞争者间交流市场相关信息,从而防止受到执法机构的重点关注。对此,《上海市合规指引》中也提及“市场、供求、价格趋势等数据或者观点(包括但不限于市场上的价格是否过低,价格应处于什么水平,如何获得更高或者更稳定的价格等)”属于竞争者间信息交换中的敏感信息,因其容易致使相关市场中横向垄断协议的发生。此外,《山东省经营者反垄断合规指引》第16条还提示了“区别交易条件”的信息属于执法机构认定的与竞争密切相关敏感商业信息。并且,鉴于前执法机构

商务部于《关于附条件批准美国通用汽车公司收购德尔福公司反垄断审查决定的公告》中指出“有必要确保通用汽车不获得德尔福掌握的国内其他汽车制造企业的研发技术、车型资料等竞争信息,从而避免因此排除、限制国内汽车市场的竞争”,我们认为敏感信息的外延仍需个案分析,企业应对一切能够用于排除、限制市场竞争的信息予以高度重视。

前文分类介绍了敏感信息的具体内容,那么究竟交换敏感信息将触及哪些反垄断法项下规定呢?以下将对此进行分析。



## 第二部分 \

# 横向卡特尔——其他协同行为

垄断协议中，横向垄断协议仍是企业未来需重点防控的风险。《反垄断法》未明文禁止竞争者间对上述敏感信息的交换。但根据该法第 13 条第 2 款的规定，法律所禁止的垄断协议包括“其他协同行为”，并且执法机构在《暂行规定》第 6 条中明确提出，如竞争者间进行意思联络或信息交流，此后的市场行为具有一致性且无法作出合理解释的情况下，将可能构成上述“其他协同行为”。对此，《上海市合规指引》及《江西省市场监督管理局护航市场主体全面恢复生产经营竞争秩序反垄断合规八项指引》均指出，企业应当独立地实施定价、销售、采购及作出相关市场行为决策，避免与具有竞争关系的市场经济主体达成有关敏感信息的垄断协议。同时在执法实践中，存在不少基于竞争者间的协同行为从而认定其违反《反垄断法》第 13 条的执法案例。

值得注意的是，《上海市合规指引》将“已经公开披露或者通过公开渠道可获得信息”排除在敏感信息的范围之外；同时，《浙江省企业竞争合规指引》第 10 条提出“对竞争者价格信息的获取渠道应仅限于公开信息，企业应审慎对外公开商品调价、成本等敏感信息”。

因此我们认为，如企业能证明涉嫌达成垄断协议的相关信息并非通过与竞争者交流信息所得，而是完全来自于公开渠道，则能够证明其与竞争者一致的市场行为并非“协同行为”，而是平行行为（即市场主体之间在没有任何沟通的前提下做出的相同或相似的市场行为）或跟随行为（即市场主体根据竞争对手的市场行为，在特定竞争条件下为适应竞争环境的变化，后续采取的相同或者相似的策略性应对措施），从而降低法律风险<sup>4</sup>；但是，除在业务往来中应避免该等信息的交换外，企业仍应尽量避免对外公开前述的敏感信息，从而从根本上杜绝与市场中的竞争者达成一致而受到执法机构介入调查的风险。

同时，在经营过程中，企业应与可能涉及垄断协议行为的高度风险人员签订保密协议，在必要时设立 clean team 处理相关业务；尽量避免参与包括行业协会组织的会议在内的、有竞争者参会的行业性会议，或在确定会议议程不涉及敏感信息交流时方可参与；如与会的其他企业提及相关话题，应立即明示拒绝参与、即时避席并留存相关证据，甚至可直接向执法机构举报；如不可避免将获知竞争者的敏感信息时，应尽可能避免与其采取类似市场行为，

4. 协同行为与平行行为、跟随行为的分析详见上海海基业高科技有限公司等垄断协议案二审行政判决书（(2018)京02行终82号）。而在2016年的艾司唑仑药品垄断协议案中，当事人之一辩称其行为乃是依据其独立搜集的市场信息及国家政策等做出，但因其与其他竞争者间存在事先交流的事实，执法机构对上述抗辩不予采信。

如同时以相似幅度进行调价等，将相关法律风险降至最低。

### 第三部分 \

## 并购交易所涉及的敏感信息交换风险

### (一) 经营者集中“抢跑行为”

根据《反垄断法》第20条的规定，经营者集中包括：

- ①经营者合并；
- ②经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；
- ③经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

因此，经营者集中的核心概念是企业的控制权变更。同时，该法第21条规定，达到国务院规定的申报标准的经营者集中应事先申报，未申报的不得实施集中。因此，当一项并购交易涉及企业控制权变更，并且达到了申报标准的，须事先申报。

而在一项满足上述条件须事先申报的并购交易中，自交易洽谈阶段起，交易方之间往往将不可避免地交流包括业务/资产评估信息在内的相关信息，以推进整体交易进程。但

如果发生了相当程度的敏感信息交换，导致在取得当局的批准前即产生了能够对目标公司施加决定性影响的效果，破坏目标公司的经营与决策独立性，可能会因实益权利的转移而被认定为控制权的变更，这样的行为属于“抢跑行为 (gun-jumping)”，构成未依法申报的经营者集中。

### (二) 假集中真卡特尔行为等

在一项并购交易中，有竞争关系的交易方之间交换敏感信息，不仅存在触发“抢跑行为”的法律风险，还可能构成第二部分所述垄断协议之协同行为。例如以收购竞争者的全部股权等形式进行的并购交易，最终交割后两者将被视为反垄断法项下的同一竞争主体；而在最终交割前，虽然交换敏感信息的行为本身并非当然违法的情形，但因两者仍属于互相独立的竞争者，而处于并购交易阶段也不属于《反垄断法》第15条规定的垄断协议的豁免情形，相关交易方绝不可就此掉以轻心。尤其当该并购交易最终未能顺利完成时，此前所交换的信息或将被竞争者用于限制竞争以攫取垄断利润，如固定价格、限制数量、分割市场等《反垄断法》所禁止的垄断协议。即使是竞争者的单方行为，由于各方所表现出的市场行为具有一致性，而此前也进行过信息交流，被动达成一致的企业很难





就此提出抗辩。并且，此等法律风险还多发于两家具有竞争关系的企业因新设合营企业，而发生一定程度的敏感信息交换的情形。

除此之外，或有企业以并购为名，行共谋之实，利用虚假交易与竞争者交换敏感信息，实施“假集中真卡特尔行为”。此时的并购行为仅仅是垄断协议之协同行为的幌子，根据所交换的敏感信息类型，存在被执法机构认定为达成《反垄断法》第13条项下各类垄断协议的风险。

鉴于上述并购交易中敏感信息交换的反垄断法风险，我们建议，并购交易的相关方（尤其

是处于横向竞争关系的企业）在此过程中，应：

①限定所交换的信息范围，避免交换前述的敏感信息，或对需要交换的部分进行脱敏处理甚至仅交换公开、历史性、概括性信息；

②如不可避免需要涉及敏感信息的交换时，至少应控制其交换时点，在取得当局的批准后再着手交换相关事宜；

③与相关人员签订保密协议，并在参与并购事宜的团队与自身的业务团队间设立防火墙，或是在必要时设立clean team，避免因敏感信息的交换影响企业自身的市场行为，从而降低因协同行为被认定为达成垄断协议的风险。

#### 第四部分 \

### 关联企业能否取得豁免？

关联企业，尤其是母子公司之间出于业务管控需要，不免存在一定程度上的信息交流。是否关联企业间的敏感信息交换就不具有反垄断法风险呢？该问题还需分情况讨论。

当母公司持有子公司的全部股权且实际控制子公司时，在反垄断法视野下，通常两者将被视为同一竞争主体，因此两者间的敏感信息交换原则上无违法之虞；而当关联企业间仅就部分股权存在持股关系，执法机构对于此类关联企业独立性的判断，提示了以下考量因素：

- 1.各关联企业间的股权结构；
2. 实际经营情况及经营活动的独立性；
3. 企业内部董监高的兼任情况；
4. 国家政策导向。

当关联企业间持股比例越高，实际经营过程中决策独立性越低（例如一家企业对其余关联企业的重大事项拥有实际决定权等），董监高的兼任比例越高，且国家并未出台政策鼓励相关市场中的竞争时，经过执法机构综合考量，关联企业间被认定为不具有反垄断法项下竞争关系的可能性则越大，进而敏感信息交换的风险也将相应降低。但由于其需要执法机构的个案分析，并且在迄今为止的执法实践中，也存在行为主体为关联企业却仍受到处罚的案例<sup>5</sup>，从合规角度而言，我们建议除完全控股关系外，关联企业仍需审慎对待敏感信息交换。

## 第五部分 \

### 欧盟相关规制制度

欧盟委员会在《关于〈欧盟运行条约〉第101条适用于横向合作协议的指南》（以下简称“《欧盟横向指南》”）中，对于信息交换行为的规制引入了“**策略性信息**（strategic information）”的概念并予以列举，包括价格（例如实际价格、折扣、提价、减价幅度或回扣）、客户名单、

生产成本、数量、营业额 / 周转率（turnover）、销售额、产能、质量、营销策略、风险、投资、技术以及研发计划及其成果相关的信息，其中与价格和数量相关的信息最具策略意义，其次为成本和需求信息。但具体认定仍需个案分析，例如研发型企业的技术数据可能成为该市场中最重要策略性信息。此外，认定信息是否属于禁止交换的策略性信息，还需考虑其个性化程度（是否仅为概括性信息）、时效性、市场特征（稳定性及透明度等）、信息本身是否属于公开信息（即所有主体均能平等获取的信息）及其交换频率。<sup>6</sup>

《欧盟横向指南》中指出，策略性信息的交换将消除市场中影响竞争策略的变量（如价格、产量、需求及成本等因素）的不确定性，促进竞争者间达成共谋并以此协调各方行为；其次，信息交换将增加市场的透明度，使得参与共谋的企业能够充分监控并惩罚“背叛者”，这样的模式大大增加了共谋行为的内部稳定性；此外，市场透明度的增加也便于相关企业监测并“精准打击”其潜在竞争者，提高了共谋行为的外部稳定性。信息交换通过上述三种渠道加强市场中的反竞争效果。<sup>7</sup>另外，欧盟委员会认为，当交换的信息对该市场竞争具有较大程度

5. 国市监价监处罚〔2018〕5号~6号，国家发展和改革委员会行政处罚决定书〔2016〕1号~4号。  
6. 《欧盟横向指南》第86、89-94段。  
7. 《欧盟横向指南》第65-68、78段。

的战略意义并涵盖相关市场的重要部分时,同市场中不参与信息交换的其他企业将被置于竞争劣势,从而产生该市场中的反竞争的封锁(anti-competitive foreclosure)。另一方面,不能排除信息交换导致下游市场中的反竞争的封锁的可能性。例如垂直一体化的企业通过在上游市场中的信息交换从而获得一定市场力量,使其能够提高下游市场中企业所需的关键产品/服务的价格,最终提升下游市场中竞争对手的成本。<sup>8</sup>

对于具体信息交换行为的风险,如前所述,《欧盟横向指南》重点关注策略性信息,即有关未来行为及意图的信息的交换,其中未来价格及数量相关信息属于高风险信息。就未来价格信息的交换而言,可以使得竞争者之间在价格调整期间免于失去市场份额或引发价格战的风险,即可共同将价格提至较高水准。而未来数量信息的交换通常将导致产品/服务供应数量的固定,引起价格的提升并使消费者利益受损。并且因交换该类信息的目的是为促进竞争的可能性较小,将被直接推定为卡特尔而受到处罚。<sup>9</sup>

此外,当市场透明度、稳定性、对称性(企业间同质化程度)以及集中度(甚至处于寡头垄断)较高,而市场结构既分散也不复杂时,企业间更容易因信息交换达成共谋,并造成限制、排除市场竞争的效果,此时将受到执法机构的重点关

注。在这样的市场环境中,企业应尤其重视信息交换的反垄断法风险。<sup>10</sup>但企业如能够证明信息交换能够提升效率价值(例如交换有关市场需求的信息使得易腐产品能够很快地运送到需求量大大的地区),进而使消费者受益,同时不会对市场竞争造成较大的负面影响,并且所交换信息的范围仅限于为创造该等效率性时,仍可依据欧盟竞争法第101条第3款申请个案豁免,但执法机构通常不予认可上述未来价格和数量相关信息的交换属于可豁免的情形。<sup>11</sup>

## 第六部分 \

### 美国相关规制制度

在美国,信息交换行为的违法性判断以交换行为的性质为界,当信息交换作为价格或市场分割的共谋的促进行为(facilitating practice)时,应适用“本身违法原则”,即除非能够反证,否则推定该等共谋本身具有反竞争效果;而当信息交换行为本身构成垄断协议,抑或是作为共谋的邀请(invitations to collude)时,则适用“合理原则”,需进一步衡量其反竞争效果及竞争促进效果孰高孰低,从而区分合法行为与违法行为。<sup>12</sup>

8.《欧盟横向指南》第69-71段。

9.《欧盟横向指南》第73-74段。

10.《欧盟横向指南》第77-82段。

11.《欧盟横向指南》第95-104段。

12. 参见郭瑛:《信息交换反垄断规制的域外法镜鉴》,《电子知识产权》2019年第5期,第39-42页。

美国的司法实践表明，价格信息（包括实时价格、现行价目表、未来价格及折扣）、价格变动幅度、成本、客户名单、产量、库存、未来生产计划均为企业应审慎交换的敏感信息。而出现信息交换时，行为人是否具有反竞争意图（intent），是否设置了防火墙等保障措施，信息本身的时效性、可获得性（是否公开信息）、个性化程度以及其交换频率等是当局会纳入考量的重要因素。

同时，美国司法部与联邦贸易委员会于《竞争者间合作行为之反垄断指南》的 4.2 中规定：除特殊情形外，当信息交换的合作方在每个所涉及的相关市场中的合计市场份额不超过 20% 时，能够获得反垄断执法机构的审查豁免。但此条不适用于属于本身违法的垄断协议，或是需要进一步市场分析的案件等。

## 第七部分 \

### 结语

如前所述，中美欧的反垄断法中对竞争者间的信息交换，尤其是敏感信息的交换均有所规制，企业在进行相关商业安排之时，应加强重视，务必注意甄别所交换的信息类型，尽量避免敏感信息的交换，同时完善内控合规。企业员工在获知其他竞争者的敏感信息时，应及

时咨询法务部做好风险防控；相关业务人员在参加行业性会议等场合也应提高警惕，一旦涉及敏感信息交换应及时离席并留存证据，并在必要时寻求专业人员的建议。<sup>82</sup>



丁恒  
合伙人  
公司一部  
上海办公室  
+86 21 6061 3736  
dingheng@zhonglun.com

## 附：竞业限制与竞业禁止的相关规定

### (一) 法律、司法解释关于竞业问题的一般规定

| 具体规定  | 文件名称                      | 发文主体                      |
|---|---------------------------|---------------------------|
| <p><b>第二十三条第二款</b> 对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。</p> <p><b>第二十四条</b> 竞业限制的人员限于用人单位的<u>高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员</u>。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的<u>竞业限制期限，不得超过二年</u>。</p> <p><b>第九十条</b> 劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。</p> | <p>劳动合同法<br/>(2012修正)</p> | <p>全国人民代表大会<br/>常务委员会</p> |
| <p><b>第一百四十八条</b> 董事、高级管理人员不得有下列行为：<br/>……（五）未经股东会或者股东大会同意……自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。</p>   | <p>公司法<br/>(2018修正)</p>   | <p>全国人民代表大会<br/>常务委员会</p> |
| <p><b>第二章 普通合伙企业</b></p> <p><b>第三十二条第一款</b> 合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。</p> <p><b>第三章 有限合伙企业</b></p> <p><b>第七十一条</b> 有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务；但是，合伙协议另有约定的除外。</p> <p><b>第九十九条</b> 合伙人违反本法规定或者合伙协议的约定，从事与本合伙企业相竞争的业务或者与本合伙企业进行交易的，该收益归合伙企业所有；给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。</p>   | <p>合伙企业法<br/>(2006修订)</p> | <p>全国人民代表大会<br/>常务委员会</p> |

| 具体规定   | 文件名称   | 发文主体                  |
|--|--|-----------------------|
| <p><b>第六条</b> 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制,但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿,劳动者履行了竞业限制义务,要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的 30% 按月支付<b>经济补偿</b>的,人民法院应予支持。前款规定的月平均工资的 30% 低于劳动合同履行地最低工资标准的,按照劳动合同履行地最低工资标准支付。</p> <p><b>第七条</b> 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿,当事人解除劳动合同时,除另有约定外,用人单位要求劳动者履行竞业限制义务,或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付<b>经济补偿</b>的,人民法院应予支持。</p> <p><b>第八条</b> 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿,劳动合同解除或者终止后,因用人单位的原因导致三个月未支付<b>经济补偿</b>,劳动者请求解除竞业限制约定的,人民法院应予支持。</p> <p><b>第九条</b> 在竞业限制期限内,用人单位请求解除竞业限制协议时,人民法院应予支持。在<b>解除竞业限制协议</b>时,劳动者请求用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿的,人民法院应予支持。</p> <p><b>第十条</b> 劳动者<b>违反竞业限制约定</b>,向用人单位支付违约金后,用人单位要求劳动者按照约定继续履行竞业限制义务的,人民法院应予支持。</p> | <p>最高人民法院关于<br/>审理劳动争议案件<br/>适用法律若干问题的<br/>解释(四)</p> | <p>最高人民法院</p>         |
| <p><b>八、关于劳动争议纠纷案件</b><br/>……用人单位和劳动者在竞业限制条款中约定的违约金过分高于或者低于实际损失,当事人请求调整违约金数额的,可予支持。给付违约金后,当事人请求继续履行竞业限制协议的,一般应予支持。</p>   | <p>最高人民法院办公厅关于印发《全国民事审判工作会议纪要》的通知</p>                | <p>最高人民法院</p>         |
| <p><b>(三) 关于竞业限制问题</b><br/>28. 用人单位和劳动者在竞业限制协议中约定的违约金过分高于或者低于实际损失,当事人请求调整违约金数额的,人民法院可以参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十九条的规定予以处理。</p>  | <p>最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议(民事部分)纪要</p>               | <p>最高人民法院</p>         |
| <p><b>第十九条第三款</b> <u>中央企业</u>应当根据涉密程度等与<b>核心涉密人员</b>签订竞业限制协议,协议中应当包含经济补偿条款。</p>  | <p>中央企业商业秘密保护暂行规定</p>                                | <p>国务院国有资产监督管理委员会</p> |

## 附：竞业限制与竞业禁止的相关规定

### (二) IPO领域关于竞业问题的监管规定

| 具体规定   | 文件名称  | 发文主体   |
|--|---|--|
| <p><b>第九十七条</b> 董事应当遵守法律、行政法规和本章程，对公司负有下列忠实义务：（六）未经股东大会同意，不得利用职务便利，为自己或他人谋取本应属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与本公司同类的业务。</p>   | 上市公司章程指引<br>(2019修订)  | 中国证券监督管理委员会                                      |
| <p>如果发行人的资产部分来自于上市公司，中介机构核查应重点关注哪些方面？<br/>发行人及其关联方的董事、监事和高级管理人员在上市公司及其关联方的历史任职情况及合法合规性，是否存在违反竞业禁止义务的情形.....</p> <p><b>一些发行人在经营中存在与其控股股东、实际控制人或董事、监事、高级管理人员的相关共同投资行为</b>，请问发行人对此应如何披露，中介机构应把握哪些核查要点？<br/>如公司共同投资方为董事、高级管理人员及其近亲属，中介机构应核查说明公司是否符合《公司法》第 148 条规定，即董事、高级管理人员未经股东会或者股东大会同意，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。</p> | <p>首发业务若干问题解答<br/>(2020修订)</p> <p>上海证券交易所科创板股票发行上市审核问答(二)</p> <p>深圳证券交易所创业板股票首次公开发行上市审核问答</p> | <p>中国证券监督管理委员会</p> <p>上海证券交易所</p> <p>深圳证券交易所</p> |
| <p>4.2.3 上市公司董事应当履行以下忠实义务，维护上市公司利益：（二）未经股东大会同意，不得为本人及其近亲属谋取属于上市公司的商业机会，不得自营、委托他人经营上市公司同类业务；（三）保守商业秘密，不得泄露尚未披露的重大信息，不得利用内幕信息获取不法利益，离职后履行与公司约定的竞业禁止义务。</p>   | 上海证券交易所科创板股票上市规则<br>(2019修订)  | 上海证券交易所  |
| <p>4.2.2 上市公司董事应当遵守法律法规和公司章程有关规定，履行以下忠实、勤勉义务，维护上市公司利益：（二）未经股东大会同意，不得为本人及其关系密切的家庭成员谋取属于公司的商业机会，不得自营、委托他人经营公司同类业务。</p>   | 深圳证券交易所创业板股票上市规则<br>(2020年修订)   | 深圳证券交易所  |

| 具体规定  | 文件名称   | 发文主体               |
|---|--|--------------------|
| <p><b>3.1.2 董事、监事和高级管理人员</b>不得利用其在上市公司的职权谋取个人利益，不得利用其董事、监事和高级管理人员身份从第三方获取不当利益，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，不得自营、委托他人经营公司同类业务。</p> <p><b>3.2.20 董事、监事和高级管理人员</b>离职后……应当严格履行与公司约定的同业竞争限制等义务。</p>  | <p>深圳证券交易所创业板上市公司规范运作指引<br/>(2020年修订)</p>    | <p>深圳证券交易所</p>     |
| <p><b>第三十二条</b> 调查高管人员的其它对外投资情况，包括持股对象、持股数量、持股比例以及有关承诺和协议；核查高管人员及其直系亲属是否存在自营或为他人经营与发行人同类业务的情况，是否存在与公司利益发生冲突的对外投资，是否存在重大债务负担。</p>  | <p>保荐人尽职调查工作准则</p>                           | <p>中国证券监督管理委员会</p> |
| <p><b>第25条</b> 律师须论证发行人的人员独立……律师应当尽职查验以下文件或事项：(8) 发行人的<b>高级管理人员、财务人员</b>兼职及领薪情况说明(包括发行人控股股东、实际控制人控制的其他企业或虽不属于上述企业，但与发行人存在任何业务及行业竞争关系的企业、单位等)。</p> <p><b>第31条</b> 律师须论证发行人的董事、监事和高级管理人员符合法律、行政法规和规章规定的任职资格，且无法定的任职禁止的情形。律师应当尽职查验以下文件或事项：(1) <b>发行人的法定代表人、持有发行人5%及以上股份的主要股东、董事(含独立董事)、监事、高级管理人员</b>……是否存在与其他单位或个人的竞业禁止或保密协议的约定。</p> | <p>律师从事证券法律业务尽职调查操作指引</p>                    | <p>中华全国律师协会</p>    |
| <p><b>第五十条</b> 律师应当查验发行人的<b>董事、监事和高级管理人员</b>是否符合法律法规规定的任职资格，具体查验内容包括：(五) 发行人是否与董事、监事和高级管理人员签订保密协议、竞业禁止协议以及对投资者作出价值判断或者投资决策有重大影响的协议，上述协议是否符合法律法规的规定，上述协议的履行情况，以及发行人、董事、监事、高级管理人员是否存在违反上述协议的情形。</p>   | <p>律师事务所从事首次公开发行股票并上市法律业务执业细则(试行)(征求意见稿)</p> | <p>中国证券监督管理委员会</p> |



# 人工智能训练数据的法律风险 与合规建议

作者：赵刚、刘用印、戴越、杨建恒



frank-jibinski\_dk\_unsplash

作为新基建的重要领域之一,人工智能技术受到了业界广泛关注与讨论。机器学习是人工智能的核心。机器学习是模拟人类的学习行为的一种特定算法,这种算法从现有的训练数据(包括图形、视频、音频、文字等各类信息)中挖掘出有规律的内容,并建立自己的逻辑、重新组织已有的知识结构并不断改善自身的性能,进而实现“人工智能”,如自动语音识别、人脸识别等。如何合规地获取和使用训练数据是人工智能行业普遍关心的问题。本文主要分析人工智能在进行机器学习过程中所使用的训练数据(以下简称“AI数据”)的法律风险,并对企业合规使用数据提出一些建议。

## 第一部分 使用AI数据的法律风险

通常而言,获取AI数据主要有以下方式:第一,自行采集,如通过网站、App、智能家居设备等渠道收集数据;第二,从第三方数据供应商采购;第三,通过网络爬虫等技术手段抓取现有数据。前两种方式AI数据来源相对确定,主要问题在于如何获得数据所有者及涉及的其他权利人的授权。而技术抓取的数据,数量庞大且来源广泛,除了上述授权问题之外,应更加关注数据本身以及抓取行为的风险。总体而言,AI数据的法律风险包括:侵害民事权益的风险,主要涉及自然人的人身权,通过《民法典》<sup>1</sup>调整;侵害知识产权的风险,主要涉及著作权,通过《著作权法》调整;侵害商业权益、竞争秩序的风险,主要通过《反不正当竞争法》调整。此外,如果相关行为达到了严重危害社会程度,触犯《刑法》,还会面临刑事风险。

当然,相比于其他场景下对数据的使用,由于本文讨论的主要是人工智能机器学习过程中的使用行为,这种使用一般属于内部研发阶段使用,相关数据通常不会向公众公开,且相关数据直接应用于“人工智能”,因此受到关注或者泄露的风险相对更小一点。但是,其中风险仍不容小觑、需予以关注。

### (一) 侵害人格权的风险

如上文所述,AI数据可能包括图形、视频、音频等,而如果其中涉及自然人的形象、声音、个人信息等内容,应关注其侵害人格权的风险。《民法典》总则编第一百一十条规定,自然人享有生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。第一百一十一条规定,自然人的个人信息受法律保

1. 《民法典》已于2020年5月28日通过,自2021年1月1日起施行。本文发布时《民法典》尚未生效,但出于遵循最新立法精神及体系化表述之需要,本文中涉及民法的部分仍引述《民法典》的内容。本文仅就相关问题进行学理讨论,企业在合规实践中应以生效的法律条文为依据。

护。AI数据可能涉及的人格权,主要包括上述权益中的肖像权、隐私权和个人信息权益。

### 1. 侵害肖像权的风险

《民法典》在人格权编第四章规定了肖像权,姓名的许可与声音的保护参照适用肖像权的规定。<sup>2</sup>肖像权,基于公民的肖像而产生,肖像是指通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象。肖像权是自然人的法定的权利,是自然人基于本人的形象而享有的专有权,对他人肖像的商业化使用,需要征得当事人同意,否则构成侵权。肖像主要通过画像、照片、录像等方式展现,需要完整清晰,要求能够再现原形人的相貌综合特征。

在我国司法实践中,肖像权并不局限于自然人在现实世界的样貌,一些影视剧中的剧照等如果能体现自然的特征,表演形象也被认为属于肖像的一部分。如在葛优与艺龙网肖像权纠纷一案<sup>3</sup>中,法院认为:肖像是通过绘画、摄影、电影等艺术形式使自然人的外貌在物质载体上再现的视觉形象。肖像权,是指自然人对自己的肖像享有再现、使用或许可他人使用的权利。其载体包括人物画像、生活照、剧照等。剧照涉及影视作品中表演者扮演的剧中人物,当一般社会公众将表演形象与表演者本人真实的相貌特征联系在一起时,表演形象亦为肖像的一部分,影视作品相关的著作权与肖像权并不冲

突。《我爱我家》中的“葛优躺”造型确已形成特有网络称谓,并具有一定的文化内涵,但一般社会公众看到该造型时除了联想到剧目和角色,也不可避免地与葛优本人相联系,该表现形象亦构成原告的肖像内容,并非如艺龙网公司所称完全无肖像性质。即便该造型已成为网络热点,商家亦不应对相关图片进行明显的商业性使用,否则仍构成对葛优肖像权的侵犯。

鉴于AI数据可能涉及照片、图片、录像、影视剧等内容,只要数据中涉及的肖像、声音能再现自然的特征,或者一般社会公众能够将影视剧中的表演形象与表演者本人真实的相貌特征联系在一起,相关的影视形象、自然人形象均构成自然人肖像权控制的范围。根据《民法典》第一千零一十九条的规定,未经肖像权人同意,不得制作、使用、公开肖像权人的肖像。

此外,根据《民法典》的规定,未经肖像权人同意,肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。在本文场景下,如果需要使用照片(即摄影

2.《民法典》关于肖像权的规定如下。

第一千零一十八条【肖像权】自然人享有肖像权,有权依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像。  
肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象。  
第一千零一十九条【肖像权消极权能】任何组织或者个人不得以丑化、污损,或者利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。未经肖像权人同意,不得制作、使用、公开肖像权人的肖像,但是法律另有规定的除外。  
未经肖像权人同意,肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。  
第一千零二十条【肖像权的合理使用】合理实施下列行为的,可以不经肖像权人同意:  
(一)为个人学习、艺术欣赏、课堂教学或者科学研究,在必要范围内使用肖像权人已经公开的肖像;  
(二)为实施新闻报道,不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像;  
(三)为依法履行职责,国家机关在必要范围内制作、使用、公开肖像权人的肖像;  
(四)为展示特定公共环境,不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像;  
(五)为维护公共利益或者肖像权人合法权益,制作、使用、公开肖像权人的肖像的其他行为。  
第一千零二十三条【姓名许可和声音保护的参照适用】对姓名等的许可使用,参照适用肖像许可使用的有关规定。  
对自然人声音的保护,参照适用肖像权保护的有关规定。  
3.案号:(2018)京01民终97号

作品)中的自然人图像,不仅需要获得摄影作品作者的授权,也需要获得肖像权人的许可,否则仍存在侵害肖像权的法律风险。

## 2. 侵害隐私权的风险

一般认为,隐私权是指自然人享有的对其个人的、与公共利益无关的个人信息、私人活动和私人领域进行支配的一种人格权。《民法典》在人格权编第一千零三十二条规定,自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。尽管当前对于何种信息属于隐私权在我国司法实践中仍存争议,但是根据我国相关法律和行政法规的规定,有一些信息属于法定的隐私范围,如基因信息<sup>4</sup>、病历资料<sup>5</sup>。对于其他信息或者资料,从最大可能降低风险的角度考虑,只要是自然人不愿意公开的信息,一般也会被纳入隐私权的控制范围。根据《民法典》第一千零三十三条的规定,侵扰、非法采集、公开他人私密信息是侵犯隐私权的主要形式,但未经自然人同意,处理他人的私密信息,同样属于侵害隐私权的行为。<sup>6</sup>

隐私权具有私密性,一般认为,已经合法公开的信息,不属于隐私权保护范围。如《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十二条规定,使用自然人自行在网络上公开的信息

或者其他已合法公开的个人信息一般不构成侵害隐私权。<sup>7</sup>

因此,对于AI数据,如果相关数据内容是自然人自行通过互联网公开或者通过其他合法方式公开的,对相关数据的使用一般不涉及对自然人隐私权的侵犯。但是,如果相关数据内容系偷拍、偷录或者以非法手段取得并进行上传、分享,则对该等数据的使用,仍存在较大的侵害自然人隐私权法律风险。

## 3. 侵害个人信息权益的风险

《民法典》在人格权编设置了专章对个人信息进行了规范。<sup>8</sup>关于个人信息的收集和处理,法

4.《中华人民共和国人类遗传资源管理条例》第九条规定,采集、保藏、利用、对外提供我国人类遗传资源,应当尊重人类遗传资源提供者的隐私权,取得其事先知情同意,并保护其合法权益。

5.《民法典》第一千二百二十六条规定,医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私和个人信息保密。泄露患者的隐私和个人信息,或者未经患者同意公开其病历资料的,应当承担侵权责任。

6.《民法典》第一千零三十三条规定,除法律另有规定或者权利人明确同意外,任何组织或者个人不得实施下列行为:

(一)以电话、短信、即时通讯工具、电子邮件、传单等方式侵扰他人的私人生活安宁;

(二)进入、拍摄、窥视他人的住宅、宾馆房间等私密空间;

(三)拍摄、窥视、窃听、公开他人的私密活动;

(四)拍摄、窥视他人身体的私密部位;

(五)处理他人的私密信息;

(六)以其他方式侵害他人的隐私权。

7.《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十二条规定,网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息,造成他人损害,被侵权人请求其承担侵权责任的,人民法院应予支持。但下列情形除外:(一)经自然人书面同意且在约定范围内公开;(二)为促进社会公共利益且在必要范围内;(三)学校、科研机构等基于公共利益为学术研究或者统计的目的,经自然人书面同意,且公开的方式不足以识别特定自然人;(四)自然人自行在网络上公开的信息或者其他已合法公开的个人信息;(五)以合法渠道获取的个人信息;(六)法律或者行政法规另有规定。

网络用户或者网络服务提供者以违反社会公共利益、社会公德的方式公开前款第四项、第五项规定的个人信息,或者公开该信息侵害权利人值得保护的合法权益,权利人请求网络用户或者网络服务提供者承担侵权责任的,人民法院应予支持。

8.《民法典》第四编第六章,主要条款如下:

第一千零三十四条【个人信息的定义】自然人的个人信息受法律保护。

个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息,包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

个人信息中的私密信息,适用有关隐私权的规定;没有规定的,适用有关个人信息保护的规定。

第一千零三十五条【个人信息处理的原则和条件】处理个人信息的,应当遵循合法、正当、必要原则,不得过度处理,并符合下列条件:

(一)征得该自然人或者其监护人同意,但是法律、行政法规另有规定的除外;

(二)公开处理信息的规则;

(三)明示处理信息的目的、方式和范围;

(四)不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。

个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。

第一千零三十六条【处理个人信息免责事由】处理个人信息,有下列情形之一的,行为人不承担民事责任:

(一)在该自然人或者其监护人同意的范围内合理实施的行为;

(二)合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息,但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外;

(三)为维护公共利益或者该自然人合法权益,合理实施的其他行为。

第一千零三十八条【信息处理者的信息安全保障义务】信息处理者不得泄露或者篡改其收集、存储的个人信息;未经自然人同意,不得向他人非法提供其个人信息,但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外。信息处理者应当采取技术措施和其他必要措施,确保其收集、存储的个人信息安全,防止信息泄露、篡改、丢失;发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的,应当及时采取补救措施,按照规定告知自然人并向有关主管部门报告。

律要求须遵循合法、正当、必要原则，不得过度收集、处理，并征得该自然人或者其监护人同意，公开收集、处理信息的规则，明示收集、处理信息的目的、方式和范围且不违反法律、行政法规的规定和双方的约定。关于个人信息的储存和使用，法律要求信息收集者、控制者不得泄露、篡改其收集、存储的个人信息；未经被收集者同意，不得向他人非法提供个人信息（但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外）。信息收集者、控制者还应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集、存储的个人信息安全，防止信息泄露、篡改、丢失。《网络安全法》、《信息安全技术 个人信息安全规范》等法律和国家标准亦对个人信息的收集、储存、使用、共享等全流程作出了规范。

对于AI数据，尤其是通过技术手段抓取的数据，其不可避免含有一些个人信息，因此做好个人信息合规工作十分重要。一旦违反个人信息相关规定可能面临民事纠纷、行政处罚甚至刑事风险。如在周新营诉保监会侵权案<sup>9</sup>中，因保监会的网站存在漏洞，含有原告个人信息的内容被百度爬虫抓取并收录，导致了个人信息的泄露，法院最终认定了保监会构成侵权。在秦帅等侵犯公民个人信息罪案<sup>10</sup>中，被告人通过技术手段，侵入某科技公司后台系统，爬取公民信息，制作数据报告，构成侵犯公民个人信息罪。

## （二）侵害商业权益的风险

AI数据作为人工智能学习的基础数据，对企业竞争有着至关重要的作用，在获取、使用AI数据过程中，同样应当关注其侵害其他主体商业权益的法律风险。

### 1. 侵害商业秘密的风险

根据我国《反不正当竞争法》的规定，不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息，均属于商业秘密。AI数据作为重要的商业信息，很多企业通过商业秘密的方式予以保护，若AI数据满足商业秘密的条件，以不正当手段获取权利人的商业秘密、以及使用以上述手段获取的商业秘密均属侵权行为。

一般而言，公开的数据因其不符合“不为公众所知悉”的要件，较难被认定为商业秘密，但如果企业在用户协议、隐私政策等文件中将其界定为“商业秘密”，依然可以表明此类数据的重要价值，从而可能通过《反不正当竞争法》第二条的原则性条款予以保护<sup>11</sup>，具体论述详见下文。

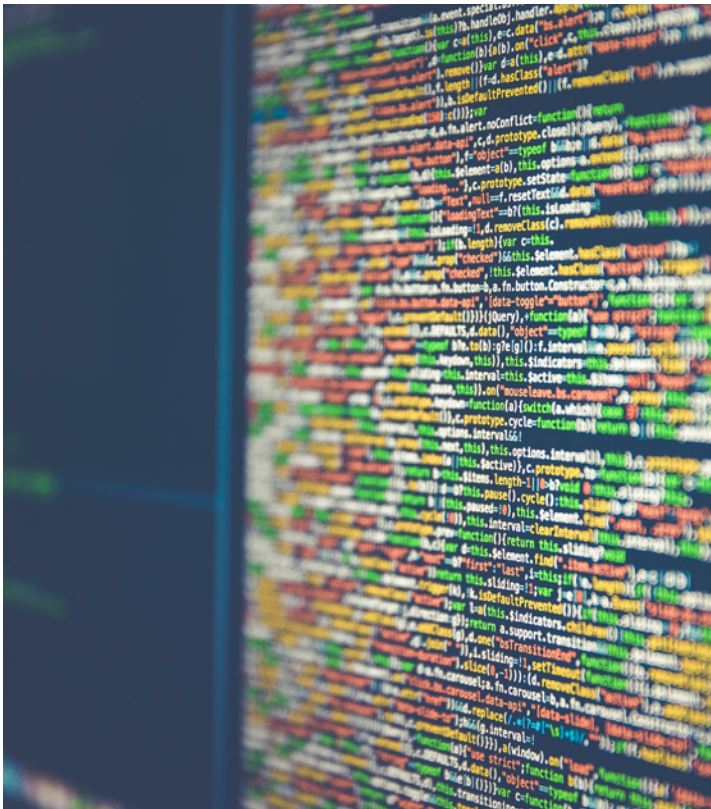
### 2. 违反不正当竞争原则性规定的风险

如上文分析，除了《反不正当竞争法》具体条文中规定的侵害商业秘密行为，经营者实施其他不正当行为，还有可能被认定为违反原则

9. 案号：(2016)琼02民终375号。

10. 案号：(2018)京0108刑初770号。

11. 《反不正当竞争法》第二条规定，经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。



性条款的不正当竞争行为。如企业通过Open API、爬虫等技术手段,取得AI数据且不加修改地使用数据,可能被认定为搭便车、构成混淆等不正当竞争行为。涉及数据的典型不正当竞争案件如大众点评诉百度地图使用“用户点评信息”不正当竞争案<sup>12</sup>、谷米公司诉元光公司获取使用“实时公交位置数据”不正当竞争案<sup>13</sup>、淘宝公司诉美景公司获取“生意参谋”大数据产品不正当竞争案<sup>14</sup>、新浪微博诉脉脉获取使用“微博用户信息”案<sup>15</sup>等。在前述新浪微博诉脉脉案中,法院虽然没有认定被告有侵害商业秘密的不正当竞争行为,但一审法院将“《开发者协议》中将用户信息定义为微博商业秘密”作为考量因素,认定

了用户信息的重要价值,亦对案件定性产生了影响,同时法院也确立了使用Open API模式获取数据应遵循“用户授权”+“平台授权”+“用户授权”的三重授权原则,否则存在较大的不正当竞争的法律风险。

### (三) 侵害著作权的风险

企业使用的AI数据,可能包含文字、图像、音视频资料等内容,这些内容可能构成受我国《著作权法》的保护的作品或录音录像制品<sup>16</sup>,未经授权使用他人作品,存在侵害著作权的法律风险。

根据我国《著作权法实施条例》第二条的规定,著作权法所称作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。在我国司法实践中,一般而言只要满足最低限度的独创性就有可能构成作品。因此,对于AI数据所涉及的某些资料,如文学著作、绘画摄影图片、音视频资源等由自然人直接或者间接创作的内容,如果满足最低限度的独创性的,则构成受《著作权法》保护的作品。企业在训练人工智能使用AI数据的过程中,一般会将相关AI数据复制或下载到自已所有或者第三方服务器中进行保存以便于使用,该种行为属于著作权中的

12. 该案入选2016年影响中国互联网络法治进程10大案例,案号:(2016)沪73民终242号。

13. 该案入选2018年中国法院50件典型知识产权案例,案号(2017)粤03民初822号。

14. 该案入选2018年度人民法院十大民事行政案件,案号(2018)浙01民终7312号。

15. 案号:(2016)京73民终588号,有媒体称之为“大数据引发不正当竞争第一案”。

16. 为便于表述,下文中主要介绍关于作品的规定,录音录像制品的规定可参考著作权法的相关表述。

“复制”行为。而企业对AI数据的使用，一般系用于自身商业目的之使用，并不满足《著作权法》第二十二条所明确规定的“合理使用”的条件。在此情况下，使用他人作品，应获得权利人的明确授权，以避免产生著作权侵权法律责任。

如未经授权使用他人享有著作权的内容，无论是自行采集还是通过自动化抓取的方式，均可能构成侵权。在我国的司法实践中，主要表现为侵害著作权的民事纠纷，如大众点评网诉爱帮网侵害“点评信息”著作权案<sup>17</sup>、湖南卫视诉内聚公司等侵害《歌手》节目信息网络传播权案<sup>18</sup>等，上述案件中，法院认定通过自动化抓取等方式获取、提供作品的行为侵害了权利人的著作权。此外，情节严重的，亦有构成侵犯著作权罪的刑事风险。如在安徽许某、王某侵犯著作权案<sup>19</sup>中，被告人未经许可，利用爬虫软件采集复制他人文字作品并上传至其个人网站，并通过商业行为获利，情节严重，构成侵犯著作权罪。尽管企业对AI数据一般仅用于内部使用而不公开，被权利人关注和追究责任的风险相对较小，但如上文分析，未经授权“复制”行为本身即构成侵权，“内部使用”不会影响行为的定性。

#### (四) 其他刑事风险

在获取AI数据的过程中，如违反了《刑法》规定，造成严重后果的，还会面临其他刑事风险。

这些风险主要来源于获取行为的非法性，其中以破坏技术措施、非法侵入、干扰计算机系统正常运行为主要风险来源。如上海晟品公司及其职员采用技术手段非法抓取科技公司服务器中存储的视频数据，破解科技公司的防抓取措施，情节严重，构成非法获取计算机信息系统数据罪。<sup>20</sup>又如，李文环等人使用“爬虫”软件，大量爬取全国各地及凉山州公安局交警支队车管所公告的车牌放号信息，之后使用软件采用多线程提交、批量刷单、验证码自动识别等方式，突破系统安全保护措施，将爬取的车牌号提交至“交通安全服务管理平台”车辆报废查询系统，构成非法侵入计算机信息系统罪。<sup>21</sup>

## 第二部分\

### 获取、使用AI数据的合规建议

面对众多的法律风险，AI企业应当增强风控意识，做好数据合规工作。以下是根据我们工作经验，对企业AI数据合规的几点建议。

#### (一) 获得AI数据权利主体的授权

无论是肖像权、著作权还是个人信息、商业数据，获得数据权利主体的授权，都是合规使用

17. 案号：(2010)海民初字第4253号。

18. 案号：(2019)京0491民初2826号。

19. 该案入选2019年度检察机关保护知识产权典型案例，案情简介参见

[http://www.jcrb.com/jcjsfalk/dxal/gjc/zhishichanquan/202004/t20200426\\_2150555.html](http://www.jcrb.com/jcjsfalk/dxal/gjc/zhishichanquan/202004/t20200426_2150555.html)

20. 案号：(2017)京0108刑初2384号。

21. 案号：(2018)川3424刑初169号。

数据的理想方案。获取授权,首先需要判断数据权益的性质与权利主体,如果相关数据来自于第三方,还应确定原始权利主体以及授权链条的完整性。实践中,AI学习需要的数据是海量的,获得每一个数据主体的授权一般难以实现。但我们认为,对于某些风险较大的数据,如个人生物识别信息、通信记录和内容、财产信息、征信信息、行踪轨迹、住宿信息、健康生理信息、病历信息等个人敏感信息(已匿名化的信息除外),应以授权同意为原则。如果是研发所必需,取得数据主体授权是研发主体难以豁免的法律义务。在获取、使用这类数据时,应对数据的原始权利主体、授权链条、授权范围等内容进行严格的审查。

## (二) 通过第三方采购数据

如上所述, AI研发需要的数据是海量的,逐一获取所有权利主体的授权并不现实,从数据供应商采购数据便成为了很多企业的解决方案。我们认为,在采购过程中,应通过协议等方式要求供应商对AI数据的知识产权,涉及第三方的民事权益(包括但不限于自然人肖像权、隐私权、个人信息)做无瑕疵或者不侵权保证,并要求该供应商确保授权权利的完整合法。如果相关数据可能涉及个人信息(尤其是个人敏感信息),应当在传输前由该第三方进行脱敏处理且做到无法还原。通过上述约定, AI企业可以降低潜在的侵权风险,

并且可以将其用作合法来源抗辩的理由。

另外,我们建议在协议中应明确保密义务条款,即对企业购买的AI数据,要求供应商承担保密义务,以降低信息被披露的可能性,从而进一步降低法律风险。同时, AI企业可通过抽查的方式对供应商提供的数据权属文件进行审查,并对相关审查情况进行书面记录,作为潜在侵权纠纷中抗辩理由的证据,以进一步降低因购买数据而导致的潜在侵权法律风险。

## (三) 使用无需授权的公有领域数据

“公有领域”是知识产权法中的概念,是指在现代知识产权法体系下,不适合于知识产权保护思想和作品的总体,是人类的一部分作品、知识的总汇,可以包括文章、艺术品、音乐、科学理论、发明等。<sup>22</sup>对于已经匿名化的个人信息、政府公开数据等数据信息,亦可以将其视为广义的“公有领域”范围。

### 1. 合理处理已经合法公开的个人信息

根据《民法典》第一千零三十六条的规定,合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息,不承担民事责任,但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外。国家标准《信息安全技术个人信息安全规范》3.14条亦指明,个人信息经匿名化处理后所

22. 参见维基百科“公有领域”条目:<https://zh.wikipedia.org/wiki/公有领域>



得的信息不属于个人信息。因此合理收集与使用已经合法公开的个人信息，收集和经匿名化处理后的个人信息，可以最大限度地降低使用AI数据的个人信息合规风险，但使用中，企业依然应当关注数据涉及的商业利益，避免因不当使用产生的不正当竞争风险及对个人财产权益的侵害。

## 2.使用公有领域的素材

根据我国《著作权法》第五条的规定，法律、法规，国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件，及其官方正式译文；时事新闻；历法、通用数表、通用表格和公式均不受著作权法保护。上述素材，可以不考虑其著作权而无偿使用。此外，《著作权法》亦规定了作品的复制权等著作财产权具有一定的保护期限。公民的作品，其著作财产权的保护期为作者终生及其死亡后五十年。法人或者其他组织的作品、著作权（署名权除外）由法人或者其他组织享有的职务作品，著作财产权的保护期为首次发表后五十年。电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、摄影作品，著作财产权的保护期为首次发表后五十年。表演者权的保护期为该表演发生后五十年。录音录像制作者权利的保护期为该制品首次制作完成后五十年。对于已经超过著作权法保护期限的作品，任何主体都可以就该作品无偿使用。

## (四) 合规使用爬虫等技术手段

企业通过爬虫、Open API等技术手段获取AI数据，应保证目的正当、手段合法。从防范风险的角度，我们建议企业建立配套的数据安全系统及专门的合规审查机制，重点关注爬虫行为的合规性（遵守robots协议、遵循“三重授权原则”等），爬取数据内容的合规性（甄别所爬取数据内容、获取权利人授权）以及对所爬取数据进行使用、储存的合规性。因为爬虫相关法律问题较为复杂，各位读者可以参考薛熠律师的文章《大数据从何而来，涉足大数据业务需留意的网络爬虫技术合规风险》。<sup>23</sup>

## (五) 限定AI数据的使用范围，建立安全机制

在AI数据使用过程中，我们建议企业对数据的使用、披露范围进行严格控制。通常情况下，企业的AI数据仅用于人工智能研发，因此建议企业通过内部规章制度或者员工保密协议，将数据的适用范围限制在“内部使用”。除了人工智能训练之外，如没有特别需求，建议企业不再将AI数据转授权或者对外公开、许可或转让，以降低可能的侵权风险。

如前所述，《民法典》、《网络安全法》等法律及其配套法规、规范性文件对网络安全、个人信息保护等事项作出了系统的规定。作为掌握大

23. 参见 薛熠 杨壹凯 程若锦：《大数据从何而来，涉足大数据业务需留意的网络爬虫技术合规风险》  
<http://www.zhonglun.com/Content/2020/05-15/1710521641.html>

量AI数据的主体,我们建议企业建立数据安全系统,设定合规审查机制,这样一方面可以保护公司数据财产安全,另一方面也是企业法定的数据合规义务。

人工智能作为快速兴起、蓬勃发展的新技术与新业态,会面临法律上的新问题与新风险。但我们相信,在产业从业者、政策制定者与司法裁判者的良性互动中,会找到解决问题的新思路与新方案,推动产业的新进步与新发展。☞



赵刚  
非权益合伙人  
知识产权部  
北京办公室  
+86 10 5087 2893  
zhaogang@zhonglun.com



刘用印  
非权益合伙人  
知识产权部  
北京办公室  
+86 10 5087 2937  
liuyongyin@zhonglun.com

# 中英合作办学：英国私校在中国的落地生根（中国篇）

作者：薛海滨、单申



## 第一部分 \

# 前言

### (一)疫情之下,中国资本转危为机

英国教育体系历史悠久,在世界上享有盛誉,目前有超过六千所英式学校分布在全球。根据英国私校委员会 (Independent Schools Council) 的报告,截止2020年1月,在英国私校委员会的成员私校中就读的海外学生人数达46,407人,相比2019年增长6,791人。<sup>1</sup>按海外学生来源国分类,来自中国大陆的学生有10,864人,来自中国香港的学生有5,404人,来自中国的台湾有216人。此外,中国更是英国私校在海外设立分校最多的国家。

本世纪的第一个十年内,中英两国教育合作成果频现,堪称两国教育合作成效卓越的十年,此后,双方的合作有序发展。英国前首相特雷莎·梅在2018年初访华期间,更着重强调了中英之间的教育合作,宣布了由英国国际贸易部促成的总价值超过5.5亿英镑的中英教育合作项目。项目涉及高教、职教、教育科技、幼教、国际学校等众多领域,其中也有中伦律师事务所伦敦分所参与的教育项目。

中英教育项目的合作既包括中国投资者到英国开展的收购或投资,也包括英国学校在中国的落地项目。正常情况下,这种双向的合作都在有

序进行。但随着本次新冠疫情在全球的蔓延,英国教育市场受到突如其来的巨大冲击,反而给中方投资者带来了极具考虑价值的投资机会。

受疫情影响,从3月20日开始,英国政府宣布学校关闭,不少学校开始尝试运营在线课程,需要可观的资金投入。同时,正如之前英国媒体报道的一样,疫情导致大量中国学生取消了留学计划,英国私校和大学失去重要财政来源,面临着巨大的资金缺口。

两个因素相交叠,疫情给英国私校带来了巨大的冲击,一些财务状况不甚乐观的英国私校陷入严重的财务危机。然而,这也带来了收购英国学校的大量机会,即使在疫情最为严重的四月份,也有中资完成对英国私校的收购交易。

### (二)英国学校在中国已初具规模

以英国私校在中国的项目落地而言,经过近二十年的合作与发展,英国顶级私校的中国分校已初具规模,比如哈罗公学、马尔文公学和国王学院等在中国设立的分校。英国私校来华设立学校的普遍原因是中国巨大的国际教育市场需求,私立学校可在此广大的市场里拓展办学空间,获得可观的经济回报。而对中国合作方来说,英国私校项目被广泛认为是优质的长线投资。根据媒体数据,自从2003年第一家英国私

1. 数据来源:英国私立学校委员会 (the Independent Schools Council) 的官方报告,链接 [https://www.isc.co.uk/media/6686/isc\\_census\\_2020\\_final.pdf](https://www.isc.co.uk/media/6686/isc_census_2020_final.pdf)

立学校-德威中学 (Dulwich College) 来华开设分校后,英国私校便开始井喷式涌入中国。到2019年底,中国有近50家英国私校建成落地,在北京、上海、广州、深圳、杭州等地均有开设。

### (三)中英双方的共赢局面

与此同时,也有越来越多的中国资本走向国门,积极向海外扩张,收购英国私立学校。对于一些财务状况不佳的英国私校而言,中国公司不仅带来了资金,还带来了急缺的生源,因此很多英国校方也欢迎中国公司的注资。不管是英国私校来中国开分校,还是中国资本来英国收购私校,对投资者、项目方和社会大众而言,均是共赢局面。

本篇为英国学校的中国落地篇,旨在分享和讨论英国私校与中方在中国合作建立中国分校项目中的一些特点、难点和实操经验。信息和经验更多基于中伦律师事务所伦敦分所数年来在众多该类项目中提供法律服务的实践总结。

## 第二部分\

### 英国私校在中国落地的基本特征

针对不同的具体项目,该类合作在细节上有诸多不同。但从总体而言,英国私校一般希望以其一个子公司实体形式,与一个或几个中方合

作,通过品牌许可的方式在中国某一城市建立以英国私校为名称的国际分校,此类学校多为新设学校(“英国私校中国分校”或“中国分校”)。

需要说明的是,虽然品牌许可方式也是英国私校在比如东南亚和日本等地一般采用的方式,但中国的教育监管环境比较复杂,除民办教育外,还并行存在中外合作办学监管要求。故有关项目需考虑是否属于《中外合作办学条例》及其实办法的规管范围,特别是当出现下述第三部分中‘项目参与方’中的中方为了提高中国分校的中英双重品牌竞争力,还同时邀请了中国公立学校以某种方式参与项目的情形下。我们在实践中遇到过某地方教育部门要求项目必须按照中外合作办学申报审批的情形。

项目定性和合规方式受项目综合因素的影响。根据项目综合因素考量,可以在中国法项下合法合规,并按照民办学校进行申报审批的英国私校中国分校项目一般具有以下特征:

1.英国私校通过其有关国际项目的子公司将品牌等知识产权通过协议授权,并且中方仅以建立和运营中国分校为目的使用;

2.中方一般不是学校等教育机构,而是一个经营实体,例如一个教育类或地产行业公司;

3.中方获得品牌许可后按照民办学校有关法规申请设立性质为“民办学校”的中国分校,并获得民办学校办学许可证;

4.对英国私校而言,在项目中对其声誉的保护是首位的,甚至比获得收入更为重要;

5.英国私校大多不直接参与中国分校的运营管理;

6.因为与英国私校的声誉直接相关,英国私校关注中国分校项目在中国的合规操作;

7.英国私校十分关注在中国被起诉或被处罚的风险,并希望尽可能阻断作为教育机构的英国私校本身所可能承受的风险,并希望寻求责任限制。

尽管这类项目有上述共性,但不同的英国私校希望参与学校管理、课程设计、教育教学、教职人员选拔聘任等方面的深度和广度各有不同。每个项目在诸多方面的不同综合起来,将决定一个项目的定性(例如是民办学校项目亦或中外合作办学项目)。定性的不同将很大程度决定所寻求的审批和办学许可证的不同。

本文仅讨论英国私校以品牌许可方式授权中方,建立性质为民办学校的英国私校中国分校的项目所涉及的相关方面。



## 第三部分 \

# 项目参与方

### (一)简介

根据我们的经验, 该类项目参与方一般包括英国私校及其专门做国际项目的子公司, 以及涉及教育产业和/或房地产开发产业的一个或几个中方。有时地方政府也会是项目中的重要一方, 因为涉及到审批, 地方政府有时会与一个或几个中方签署有关校建土地和优惠政策等方面的协议。

### (二)英国私校

鉴于英国和中国的教育体系有很多不同, 英国私校体系相较起来更为复杂, 在此先对英国学校的类别体系, 尤其是私校的体系进行简要介绍。

#### 1. 公立学校与私立学校

按照财政经费来源分类, 英国学校总体可以分为公立学校 (state school) 和私立学校 (independent school)。公立学校的财政经费主要来自英国政府的划拨, 而私立学校的经费不来自政府划拨, 是私人渠道。需要说明的是, 本文中的学校仅指英格兰的学校, 而苏格兰、威尔士和北爱尔兰的学校体系与英格兰相比有很多不同之处, 在此不再赘述。

#### 2. 私立学校的不同说法或划分

在进行了上面公立学校和私立学校的初步分类后, 在谈及英国私立学校时, 又有三个词语经常被交叉使用: independent school, private school 和 public school。Independent school 直译为‘独立学校’, 用词主要强调英国私校运营管理具有‘独立性’ (independence), 独立于地方政府的管辖; private school 直译为‘私立学校’, 用词主要强调英国私校财政经费来源的私人属性, 不来自地方政府的财政划拨; 而 public school 直译为‘公学’, 是一个具有历史性的概念。

公学一词在 1868 年公学法案 (Public Schools Act 1868) 颁布后才开始使用。公学的‘公’, 不是指公立, 而是指招收学生时不论其来自哪个地方, 也不论其父母的职业等。在 19 世纪 70 年代, 公学仅指只接收男学生的 16 所私立学校。到了 20 世纪 30 年代, 有些公学开始招收女生, 并发展为至少 24 所在内的顶级私立学校。其实公学 (public school) 可以笼统理解为是 independent school 的子集, 是指包括伊顿公学、威斯敏斯特公学、罗格比公学、坎特伯雷国王学院等在内的那些历史更悠久、享有盛誉的英国私校。

鉴于英国私校体系绵长的进化史, 这三个词语在一些情况下可以等同使用, 但从另一些

衡量标准看又有所不同。比如，从经费来源的私人属性这一点来看，所有的 independent school 和 public school 都是 private school。从学校运营管理具有‘独立性’不受地方政府的管辖这一点来看，public school 和 private school 又都是 independent school。从律师的角度来讲，一般谈及英国私校，会主要使用 independent school 一词。

### 3. 英国私校的组织形式

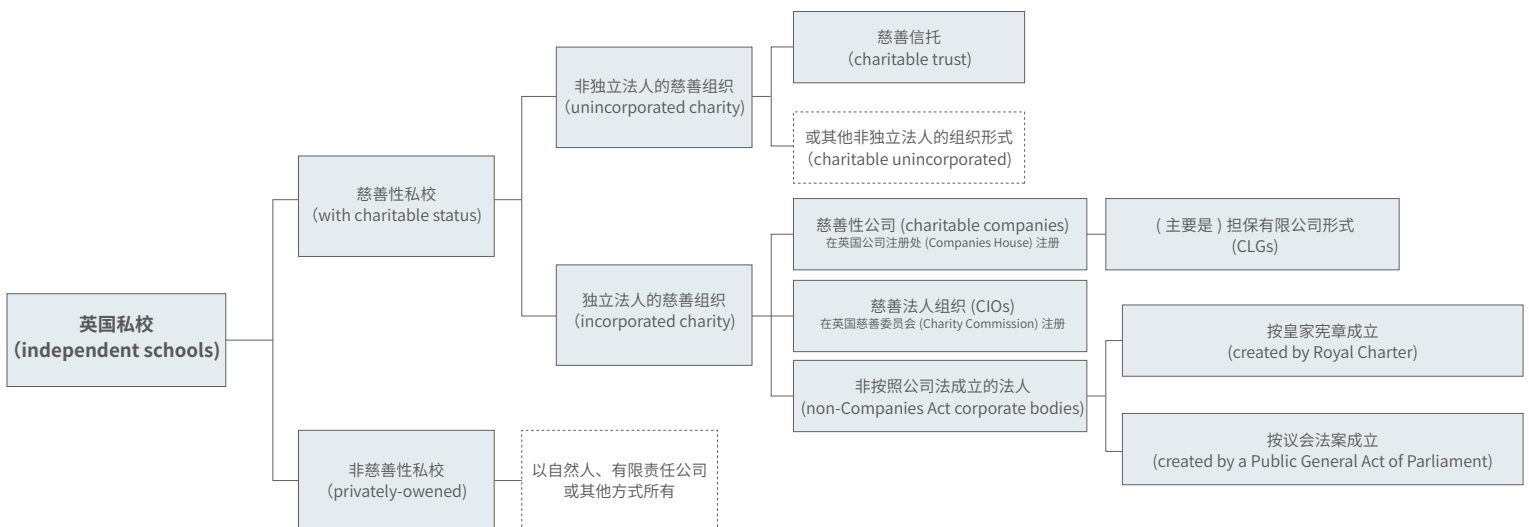
从英国私校的组织形式来看，可以大体分为慈善性的 (charities) 和非慈善性的英国私校。慈善性的私立学校不以盈利为目的，且需要符合成为慈善组织的相关法规和其他条件。

在 2,300 多个英国私校中，有大约 1,300 多个私校为慈善组织 (charities)。而不同私校选择的慈善组织的法律存在形式又有多种，包

括信托 (trust)、担保有限公司 (company limited by guarantee, CLG)、慈善法人组织 (charitable incorporated organisation, CIO) 等形式。选择的不同法律组织形式决定学校的权力机构、学校管理者的责任、学校资产的权属以及规管等诸多方面。

那些非为慈善组织的英国私校多为私人所有，其所有者可以是一个自然人，一个有限责任公司或其他形式的组织。

我们处理过的涉及英国私校的项目，有按照皇家宪章或议会法案成立的学校本身具有独立法人人格的公学，也有其他私立学校，组织形式也多种多样。但无论以何种组织形式存在，作为客户的英国私校基于风险考量大多要求不以学校本身而以其专门注册做国际项目的子公司作为项目签约主体。





### (三)中国合作方

近年来中国地产商参与该类项目的数量有所增长，一方面源于其经营多元化的需求；另一方面，该类项目多涉及拿地、规划和施工新建学校等，因此也需地产商的参与。一些项目中也有教育行业公司的参与，他们往往有着管理学校的经验，在英国私校中国分校成立后将承担学校管理和运营的部分职能。无论有几个中方，一般来说，实际出资的一方将作为民办学校的举办者申请民办学校办学许可证。

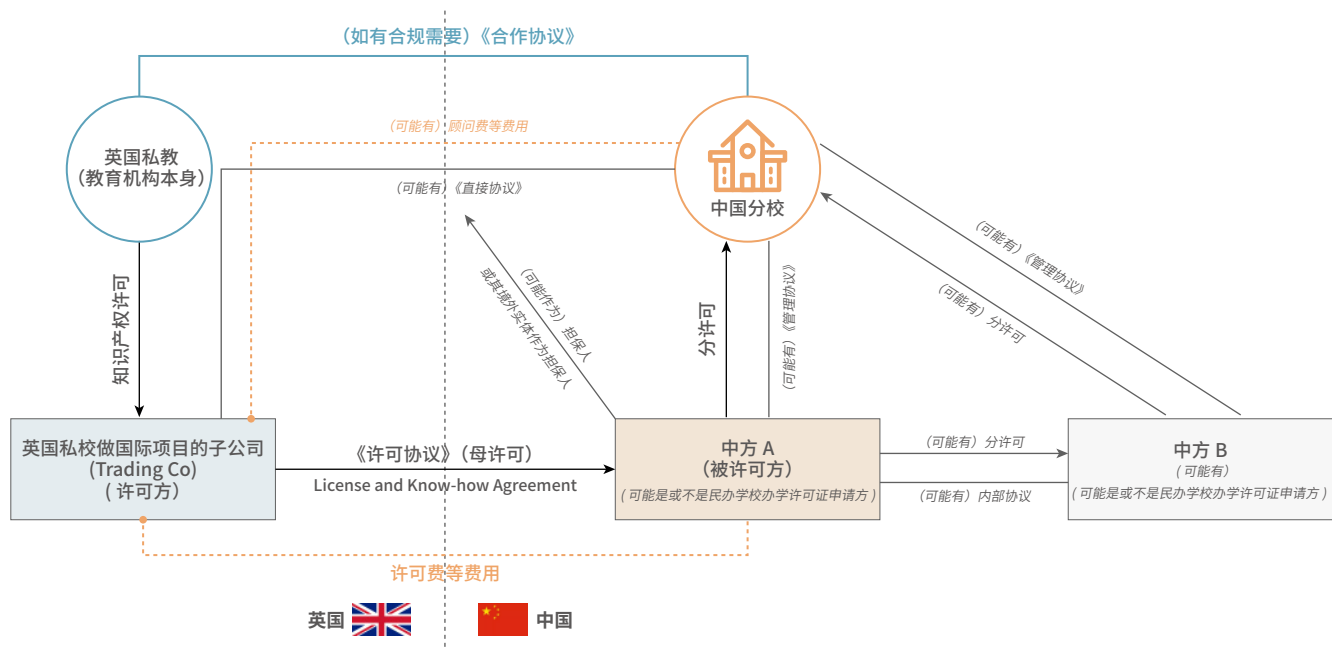
是上述英国私校子公司(“许可方”)和某一中方(“被许可方”)签订的《许可和技术秘密使用协议》(License and Know-how Agreement)，授权中方仅以建立和运营英国私校中国分校为目的，使用英国私校的名称和品牌(“许可协议”)。该协议中还经常包括许可方在教师选拔、课程(有时包括课外活动)设计和/或学校管理制度等方面为中国分校提供的一定范围的咨询服务。

在一些项目中，许可方还可能希望在中国分校建立起来并具有独立法人资格后，与中国分校再签订一个《直接协议》。该协议可能主要涉及确认许可和分许可的路径，以及不同协议间的交叉和终止等。同时，项目协议还可能包括将来实际管理学校的中方与中国分校签订的《管理协议》，以及中方之间就有关中国分

## 第四部分 \ 项目协议、收入分配和法律管辖

### (一)项目协议

在民办学校审批路径下，项目主协议一般



校收入、管理和其他权利义务等所签订的一个或几个内部协议。

待中国分校成立后，如有合规需求，则英国私校和中国分校还需签署一份《合作协议》，寻求中外合作办学项目（而非办学机构）的第二步审批。需要说明的是，这里必须是英国私校本身而非其子公司作为签约主体。

## (二)收入分配

英国私校的项目收入一般主要规定于《许可协议》项下。英国私校和中方就项目收入的约定方式根据项目的不同可能会有所不同，但计算方式上一般都综合考虑了许可费、根据中国分校拟招生人数计算的招生费、以及（如有）印有英国私校品牌的校服、文具等的销售所得分成等因素。英国私校的收入一般会在协议期间分阶段收取。

## (三)法律管辖

上述《许可和技术秘密使用协议》和（如有）《直接协议》一般被英国私校和其英国律师要求由英国法管辖。上述《管理协议》大多由中国法管辖。上述有关中外合作办学项目的《合作协议》必须由中国法管辖。

## 第五部分 \n 合规

根据我们的实践，这类项目中主要面临的两个合规要点是：民办教育还是中外合作办学、以及义务教育阶段的处理问题。

### (一)民办教育亦或中外合作办学的合规路径

根据相关法规以及教育部政策法规司在最高院某判例中的答复，中外合作办学的主要特征包括：外方应为教育机构；外方可以直接参与学校的办学与管理；教育教学内容可以部分采用国外课程等。

特别是在一些项目中，中方为扩大办学实力和提升品牌质量，在引进英国私校品牌的同时，也将一个中国本地著名公立学校纳入项目。在这种情况下，项目被认定为中外合作办学的风险较高。我们做过的一些项目中，出现过地方主管机构要求将项目定性为且办成中外合作办学机构的先例。在该情形下，如果英国私校不愿以金钱或其他有形资产出资，同时也不愿将其百年品牌和/或其他知识产权和/或无形资产出资，坚持希望通过品牌许可收取许可费，那么这将会给项目结构设计带来困难。

### 对策及建议

我们建议，项目参与方需根据项目内容和

特征综合考量,确定项目是民办学校项目还是中外合作办学项目。符合中外合作办学特征的项目应该按照中外合作办学而非设立民办学校报批。同时,当项目在中国法项下合法合规并按照民办学校报批,那么获得民办学校办学许可证的英国私校中国分校建立起来并实际运营后,如果英国私校对中国分校的教育教学和/或管理的参与符合中外合作办学的基本要素,那么我们会建议由中国分校与英国私校(具有法人主体资格的教育机构本身,而非作为《许可协议》签约方的英国私校的子公司)两个教育机构之间再签署一份《合作协议》,申请获得中外合作办学项目(而非办学机构)的批准。

## (二)义务教育阶段

英国私校大多覆盖 3 至 18 岁年龄段(即我们通常讲的 K12)。与此基本对应的是中国教育制度下的幼儿园、小学、初中和高中。但中国法律法规和政策不允许外资或外国教育机构参与中国的义务教育(即九年制小学和初中)阶段,这给中英双方的合作带来影响。

在我们参与的很多项目中,英国私校和中方最初计划设立的中国分校拟复制英国私校贯穿 3 至 18 岁的 K12 体制,即包括以中国学生为主要招生对象的幼儿园、小学、初中和高中,有时还包括一个以居住在中国的外籍人员子女

为主要招生对象的外籍子女学校(有时也被称为国际学校)。这类 K12 学校的设计因中国法项下就义务教育阶段的禁止性规定以及中方是否具有举办外籍人员子女学校的主体资格等问题而可能不合规。

### 对策及建议

我们建议,将上述 K12 学校设计分割化、独立化及英国私校选择性参与。意即在同一块校址土地上建设幼儿园、小学、初中、高中和(如有)外籍人员子女学校等几个相对独立的学校模块;并且,英国私校不参与涉义务教育的小学和初中阶段的任何方面(即不进行品牌授权亦不参与该阶段的任何教学或管理等)。即使幼儿园、小学、初中、高中和(如有)外籍子女学校存于同一校区,也应分别获得相关的办学许可证。

在项目中就上述合规方面的沟通和与之相伴的项目架构的修正经常导致项目各方较高的时间和费用成本,但该项工作又是至关重要的。有时因为项目办学范围的缩减导致英国私校和中方需重新商讨项目的整体费用、费用细节和其他商业条款等,所以项目各方律师对项目在中国法下合规细节的精准把握,以及在项目初期尽早确定在中国法项下合法合规的项目结构,将有利于帮助英国私校和中国合作方减少声誉风险以及从项目宏观角度降低时间和费用成本。



## 第六部分 \

# 影响项目顺利推进的一些实践性因素

### (一)效率差异和项目进度把控

英国私校通常注重质量远高于效率。在我们参与的项目中，通常英国私校的负责人都表示，他们拓展中国市场项目的目的主要有两个：一是增强国际声誉；二是增加学校收益。二者相较，保护学校的声誉是至关重要的，校方不会以收益为目的参与对英国私校声誉可能带来较大影响的所谓‘风险’项目。这就决定英国私校的相关负责人会不惜花费较多的时间以期

全面了解有关项目审批、运营以及可能发生的的违约和责任、项目终止、英国私校或中方撤出、行政处罚和诉讼等各项风险出现的几率，并仔细评估各项风险的严重程度。

我们参与的很多项目中，除了少数几个项目按照中方最初期待的时间表交割外，大部分项目的进度都远比中方最初设想得缓慢，且缓慢得多。在少数几个项目中，最初中方计划的是一到两个月内协议签署完毕，但项目协议的实际签署时间可能是一年或两年之后。项目各方对风险把控的要求、重视程度和理解的不同以及自身行政速度的差异，导致各方对项目进度的主观期待和/或客观把控的差异较大。

## 对策及建议

我们建议，中方应首先了解英国私校风险把控的要求和程度。

英国私校参与项目谈判的一般是财务主管 (bursar)、和/或国际项目开发主管 (international development officer) 和/或校长 (headmaster) 以及其各自带领的团队，但项目最终必须获得学校校董委员会 (Board of Governors) 的批准。鉴于英国私校大部分是慈善信托，校董 (Governors) 是慈善信托的受托人 (trustees)，有责任合力保护学校的资产、资金，偿付能力、运行和声誉。英国私校的校董 (governors) 来自各行各业，身怀十八般武艺，所以对同一个项目的认知和对风险把控的要求也有所不同。我们参与的项目中，有些英国私校的校董 (governors) 中有资深律师，对风险把控要求很高，希望花时间全面了解项目的各个方面并在一些方面设置批准的“红线”，而其他校董可能比较依赖这位资深律师的意见。如果中方对与其合作的英国私校的校董委员会 (Board of Governors) 的人员组成，及其对项目风险把控要求有一个基本了解，更有利于中方就项目时间表做出比较符合客观实际的期待。

我们还建议，中方在了解英国私校风险把控要求的前提下，应综合考虑中英商业文化中效率的差异，在和地方政府等有关机关进行项目对接的开始，就给出符合客观实际的、可以

达成的项目时间表。项目进度不仅仅是一个简单的时间问题，大幅度延迟可能导致预计的开学日期的变化，甚至整体招生计划随市场的变化而变化；也可能导致地方政府等有关机关因项目一再拖延而产生不好的印象。尤其是在有些项目中，地方政府等有关机关可能设定了与英国私校签署协议的时间期限，拖延则可能导致中方丧失从地方政府等有关机关获得建设学校所需土地的风险。

## (二)各方间实质关系的披露和处理

在中方有两方以上的项目中，比如同时存在一个地产开发商（实际出资人）和一个教育管理公司。有时会出现的情况是：

1. 仅有一个中方（比如教育管理公司）参与与英国私校的谈判和对接，且仅有该中方与英国私校有合同关系；

2. 另一中方（可能是实际出资人）因各种原因并不参与和英国私校的谈判和对接，也不与英国私校发生任何直接的合同关系；

3. 然而，两个中方之间又有内部协议，对其内部的权利义务特别是学校管理和收入分配等方面进行约定；

4. 与英国私校谈判和对接的中方不愿意将其与另一中方的内部协议的实质内容向英国私校披露，同时也不愿将其与英国私校的协议安

排的实质内容向另一中方过早披露。

虽然英国私校大都不关心中方之间的内部协议内容，但出于保护其自身声誉的考虑，英国私校希望知悉有关中国分校的管理安排等内容，因为这与保障教学质量相关。上段中举例描述的各方之间的披露不充分或信息不对称，可能导致埋藏的风险在诸多因素的综合作用下在项目交割前的最后阶段爆发。

这是因为，最迟在英国私校的校董委员会（Board of Governors）批准项目的阶段，英国私校的律师一般会要求与英国私校谈判和对接的中方披露中方间的内部协议，以全面评估项目风险，特别是需要明确哪个中方是中国分校的实际出资人、举办者和运营者等，以达到全部协议安排在各方间相对透明并均得到认可的相对理想局面。

根据我们在一些项目中的实践经验，如果届时披露的协议内容使任一项目方不能理解或接受，并可能因此带来程度严重的信任危机，将可能对项目产生重大不利影响，甚至导致整个项目流产。

### **对策及建议**

我们建议，中方应考虑英国私校在项目中对沟通透明度的期待值，在综合考虑平衡各方利益关系的基础上尽早将各方间真实协议安排的主要内容在各方间进行披露和沟通，这将有

利于节省项目整体的沟通时间和费用成本，且有利于项目的成功。☞



薛海滨  
合伙人  
公司二部  
伦敦办公室  
haibinxue@zhonglun.com



中伦研究院出品

特别声明:以上所刊登的文章仅代表作者本人观点,不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权,不得转载或使用该等文章中的任何内容,含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨,欢迎与本所联系。