

# NEWSLETTER

中 伦 律 师 事 务 所  
深度观察



中倫律師事務所  
ZHONG LUN LAW FIRM

经营者集中申报中“未批先行型  
抢跑”的行为类型与认定标准 001 /

“双减”政策背景下，  
校外培训机构将何去何从 012 /

国有拟上市公司实施股权激励的  
几个实操问题 019 /

明晰人脸识别案件的司法裁判规则，  
推动AI行业规范发展  
——最高院人脸识别司法解释解读 032 /

中国企业海外项目，如何应对  
世行合规调查和制裁？ 042 /

# 经营者集中申报中“未批先行型抢跑”的行为类型与认定标准

作者：吴鹏、李斌、岳奇睿、王静昀



## 第一部分\ 引入

根据《中华人民共和国反垄断法》(“《**反垄断法**》”)、《经营者集中审查暂行规定》等相关监管规定,对于达到申报标准的新设合营企业、股权收购等经营者集中,作为申报义务人的相关交易当事人应当事先向反垄断执法机构申报,未申报的不得实施经营者集中。并且,即使交易当事人已经提交了申报材料,在反垄断执法机构正式作出批准决定前(即,在审查期间内),交易当事人亦不得实施经营者集中(除非反垄断执法机构逾期未作出决定)。纵观欧盟、美国等世界其他主要法域的反垄断监管制度,为避免经营者集中对市场竟争造成不利影响,对于达到一定规模的经营者集中,大多数国家基本均采取与我国类似的事先申报规制模式。

在事先申报规制模式下,如交易当事人未依法申报或在反垄断执法机构作出批准决定之前即实施经营者集中的,将可能被认定为构成违反反垄断监管规定的“抢跑”行为,并可能相应被处以罚款等处罚,甚至可能被责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业或采取其他必要措施恢复到集中前的状态。近年来,我国、欧盟以及美国等世界主要法域纷纷加强了对反垄断申报中的“抢跑”行为的关注及

执法力度。并且,根据最新的《<反垄断法>修订草案(公开征求意见稿)》,未来对“抢跑”等违法实施经营者集中的行为的罚款力度亦可能较目前规定的最高50万元人民币有较大幅度的提升。在此大背景下,关注“抢跑”的行为类型及认定标准具有重要意义。

通常而言,“抢跑”行为主要可分为两种类型:(1)“**应报未报型抢跑**”,即交易达到申报标准但未进行申报即实施完毕经营者集中的类型;以及(2)“**未批先行型抢跑**”,即在取得反垄断执法机构批准决定前提前实施部分经营者集中行为的类型<sup>1</sup>。

其中,就“应报未报型抢跑”而言,鉴于我国现行法律法规已经对申报标准作出了较为详细的规定,在执法实践中“应报未报型抢跑”较易识别且引发的争议相对较少。但,就“未批先行型抢跑”而言,关于具体何种行为可能被认定为构成“未批先行型抢跑”,实践中仍然存在一定争议,且反垄断执法机构的执法力度和在具体案件中判断标准可能并不完全一致。此外,基于目前的执法实践,以新设合营企业的方式实施的经营者集中所涉及的“抢跑”,多表现为未向反垄断执法机构申报或在向反垄断执法机构提交申报材料之前即已完成合营企业的设立登记

1.在此处所称的“未批先行型抢跑”中,提前实施部分经营者集中行为既可能发生在申报前,亦可能发生在申报后取得批准决定前,但总体而言,其均发生在最终取得反垄断执法机构的批准决定之前,因此统称为“未批先行型抢跑”。

手续。换言之，其构成“抢跑”的行为类型相对较为单一，并且多为“应报未报型抢跑”。因此，本文主要关注以并购交易的方式实施的经营者集中所涉及的“未批先行型抢跑”。本文将结合我国、欧盟以及美国执法实践中“未批先行型抢跑”的具体案例，分析可能被认定为构成“未批先行型抢跑”的行为类型及认定标准。

## 第二部分\ “未批先行型抢跑”的行为类型及认定标准

结合我国、欧盟以及美国反垄断法执法实践，被认定为构成“未批先行型抢跑”的行为主要表现为以下3种典型行为类型：1.在取得反垄断执法机构的批准决定前，在复杂的多步骤交易架构中提前实施部分交易步骤；2.在取得反垄断执法机构的批准决定前，提前实施相当于实质取得控制权的行为；3.在取得反垄断执法机构的批准决定前，提前过度交换敏感商业信息。

在交易实践中，交易当事人由于各种原因，可能会考虑采取多步骤的交易架构，或者在交易文件内约定在签署日起至交割日之间的过渡期内收购方有权对被收购方的某些经营决策施加一定影响（包括委派管理层等），或者就某些商业敏感信息进行交换等。从商业角度出发，前

述交易安排可能具有一定的合理性及必要性。例如，前述交易安排可能有利于维持目标公司价值的稳定性、实现控制权接管的平稳过渡等。但，在取得反垄断执法机构的批准决定之前，在交易文件中约定前述事项或实际实施前述行为均存在被反垄断执法机构认定为构成“未批先行型抢跑”并被处以处罚的风险。

### 1.在复杂的多步骤交易架构中，提前实施部分步骤可能被认定为构成“未批先行型抢跑”

在交易实践中，对于一项整体达到申报标准的交易，交易当事人出于尽快实现其商业目的等考虑，可能采取将整体交易分拆为多个步骤进行的交易架构，并在取得反垄断审查机构的批准决定前，提前实施部分交易步骤。交易当事人可能认为提前实施部分交易步骤并不违反反垄断监管规定，但在执法实践中，反垄断执法机构可能认为该多步骤的交易实质上构成一项整体的经营者集中。因此，在未取得反垄断执法机构作出的批准决定前已经实施前期步骤的行为可能被认定为提前实施经营者集中，即可能被认定构成“抢跑”。

案情简介	监管观点
<p><b>案例① 佳能/东芝医疗案<sup>2</sup></b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>•佳能收购东芝医疗100%股权的交易分为2个步骤实施。</li><li>•步骤一：由特殊目的公司M公司收购东芝医疗发行的20股享有表决权的A类股。同时，由佳能收购东芝医疗发行的1股B类股与100份认股权证。</li><li>•步骤二：在取得包括中国在内的各司法辖区的反垄断批准后，佳能行权并将认股权证转化为有表决权的普通股。同时，东芝医疗将从M公司和佳能分别回购A类股和B类股并予以注销。至此，佳能将完成收购东芝医疗100%股权的交易。</li><li>•佳能向中国反垄断执法机构申报时，步骤一已完成，步骤二尚未开始。</li></ul>	<p>中国反垄断执法机构认为：</p> <ul style="list-style-type: none"><li>•本案所涉交易系佳能收购东芝医疗全部股权的交易，<b>该交易虽然分为两个步骤实施，但两个步骤紧密关联，均是佳能取得东芝医疗全部股权不可分割的组成部分，构成经营者集中，且该交易已达到申报标准。</b>因此，佳能在向中国反垄断执法机构申报前已经开始实施交易（即，实施步骤一的交易），构成未依法申报的违法实施的经营者集中，处以30万元人民币罚款。</li></ul> <p>在中国反垄断执法机构对佳能收购东芝医疗案作出处罚后，欧盟反垄断执法机构于2019年对佳能该行为处以2800万欧元的罚款（佳能已就该处罚提起上诉，截至本文成稿之日，裁判结果尚未发布）；佳能、东芝亦于2019年与美国反垄断执法机构达成和解，同意分别支付250万美元。由此可见，包括中国在内的世界主要法域的反垄断执法机构已对该问题达成较为一致的判断。</p>
<p><b>案例② A事务所/B事务所(丹麦)案<sup>3</sup></b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>•2013年11月8日，B事务所(丹麦)与A事务所签署合并协议。</li><li>•为实现该合并协议，B事务所(丹麦)计划结束与B事务所(国际网络)的合作关系(B事务所(丹麦)与B事务所(国际网络)并非隶属关系，而是通过签订合作协议的形式进行合作)。</li><li>•根据该合作协议的约定，如一方希望终止协议的，应至少在B事务所(国际)会计结束年度前6个月通知相对方。</li><li>•因此，B事务所(丹麦)于签订合并协议的当日发出了终止该合作协议的通知。</li></ul>	<p>丹麦反垄断执法机构认为：</p> <ul style="list-style-type: none"><li>•在反垄断执法机构批准该交易之前，B事务所(丹麦)已经发出单方终止合作协议的通知，该行为构成提前实施交易的行为，即，构成“抢跑”。</li></ul> <p>(A事务所向丹麦法院提起诉讼，请求丹麦法院确认丹麦反垄断执法机构的前述决定无效，丹麦法院向欧盟法院申请先行裁决。)</p> <p>欧盟法院在判决中指出：</p> <ul style="list-style-type: none"><li>•“集中”应指交易参与方实施了某一交易且该交易能够导致目标公司控制权的持续性转移。如果在一项经营者集中的交易中，其可被分为多个步骤的交易行为进行，如果该多个步骤联系密切，其应被视为同一个集中。<b>但，如果某一行为并不能导致申报人取得控制权，即并不与一项“集中”的实施有直接关系的，尽管该行为可能是具有辅助性或准备性的，但该行为仍然不应被视为是一项“集中”的抢先实施行为。</b></li><li>•因此，欧盟法院认为B事务所(丹麦)终止合作协议的行为虽然与集中行为存在一定的关联，<b>但其更多的是辅助性和准备性的，并且终止合作协议本身并不会使A事务所取得对B事务所(丹麦)施加影响的可能性，因此，终止该合作协议的行为不应被视为“抢跑”。</b></li></ul>

2. 参见：<http://www.mofcom.gov.cn/article/xzcf/201701/20170102495314.shtml>  
3. 参见：<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0633>

在前述案例①及案例②中，交易当事人均认为其所实施的整体交易已达到申报标准，并提交了申报材料，但均提前实施了整体交易的前期步骤。但，就两个案例中实施该前期步骤的行为是否构成“抢跑”，反垄断执法机构最终作出了不同的认定结论。综合前述案例中的监管观点，实施该前期步骤的行为是否可能被认定为构成“抢跑”，可能**主要取决于该前期步骤与整体交易的关联性**：

- 如果该前期步骤属于与交易当事人实现取得控制权的整体交易目的具有较为直接且紧密联系的交易行为，且交易当事人可以通过该前期步骤的实施取得对目标公司的一定影响力的，则提前实施该前期步骤的行为最终被认定为构成“抢跑”的可能性较高。

- 但，如果该前期步骤仅是一个准备性、辅助性的步骤，且交易当事人无法通过该前期步骤的实施取得对目标公司施加影响的可能性的，其最终被认定为构成“抢跑”的可能性将降低。

## 2.提前实施相当于实质取得控制权的行为可能被认定为构成“未批先行型抢跑”

在交易实践中，自交易文件签署日起至交割日之间通常会有一段时间的过渡期，交易当事人出于希望尽快取得对业务运营的影响力以尽快实现交易目的，或者防止目标公司的管理

层在过渡期内实施不当行为导致目标公司价值下降等考虑，交易当事人可能会提前实施部分可能被认定为实质取得控制权的行为或者通过条款约定取得可以实质影响目标公司业务经营的权利。

例如，交易当事人可能会直接参与目标公司的经营、管理、决策；或通过委派管理人员参与目标公司的经营、管理、决策；或在交易文件中约定对目标公司在过渡期内的某些重要行为或公司章程的修订等享有否决权等。

交易当事人在实施前述行为或作出前述约定时往往未能意识到该等行为或约定可能存在违反反垄断监管规定的风险。即，如果该交易达到反垄断申报标准，且交易当事人亦依法提交了申报材料，但如果其在取得反垄断执法机构的批准决定之前即实施前述行为或作出前述约定的，该等行为或约定可能被视为交易当事人实际实施了“集中”，从而被认定为构成“抢跑”。



## (1) 提前取得管理、决策权利或实施管理、决策行为

案情简介	监管观点
<p><b>案例③ Flakeboard/Sierra Pine案<sup>4</sup></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>在Flakeboard/Sierra Pine案中, Flakeboard与SierraPine达成协议, 由Flakeboard收购Sierra-Pine名下的三家工厂。</li> <li>在美国反垄断执法机构审查期间内, Flakeboard与SierraPine达成一项协议, 基于该协议, Sierra-Pine名下的一家工厂被关闭, 且该工厂的客户将被转移到Flakeboard的另一家工厂中。</li> </ul>	<p>美国反垄断执法机构认为:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>在审查期间内, <u>Flakeboard通过协议关闭SierraPine名下工厂并转移客户的行为属于提前对被收购资产的业务行使了运营控制权, 构成“抢跑”。</u></li> </ul>
<p><b>案例④ Duke Energy/Calpine Corp.案<sup>5</sup></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>在Duke Energy/Calpine Corp.案中, Duke Energy与Calpine Corp.签订收购协议收购Calpine Corp.持有的Osprey能源中心。</li> <li>在签订收购协议的同时, Duke Energy同时签订了一项收费协议(tolling agreement)。</li> <li>根据该收费协议, Duke Energy立即取得了对Osprey能源中心的日常运营的控制, 包括对其产量的控制权, 并开始从Osprey能源中心的日常运营中赚取利润并承担风险。</li> </ul>	<p>美国反垄断执法机构认为:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>前述情形相当于Duke Energy在审查期间内实际取得了Osprey Energy Center的实益所有权<sup>6</sup>, 构成“抢跑”。</li> </ul>
<p><b>案例⑤ Gemstar-TV Guide International, Inc./ TV Guide Inc.案<sup>7</sup></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>交易当事人在美国反垄断执法机构审查期间内, 实施了(1)共同制定标准合同价格和条款; (2)由TV Guide作为Gemstar-TV Guide International, Inc.的代理人参与客户合同的谈判; (3)共同协商同意在完成合并前延缓客户谈判以在合并完成后达成更好的交易条件等行为。</li> </ul>	<p>美国反垄断执法机构认为:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>该等行为构成交易当事人的共同决策行为, <u>该等共同决策行为消除了2家公司作为独立竞争者的地位, 构成“抢跑”。</u></li> </ul>

4. 参见: [https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2014/11/07/flakeboard\\_complaint.pdf](https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/press-releases/attachments/2014/11/07/flakeboard_complaint.pdf); <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/496471/download>

5. 参见: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/928986/download>; <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/957011/download>

6. 根据美国Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 (“HSR法”) 以及Clayton Act的规定, 交易主体在等待期(即, 审查期间)届满前即转移“实益所有权(beneficial ownership)”的行为, 可能被认定为构成“抢跑”行为。根据The Statement of Basis and Purpose accompanying the Premerger Notification Rules的规定, 如特定主体符合: (1) 享有获得价值或分红收益的权利; (2) 承担价值损失风险; (3) 享有表决权或决定可行使表决权的主体的权利; (4) 享有投资裁量权等情形, 其被认定为享有“实益所有权”的可能性较高。

7. 参见: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/497056/download>

案情简介

监管观点

案例⑥ Input/Output/ DigiCOURSE案<sup>8</sup>

•Input/Output在美国反垄断执法机构审查期间内实施了决定DigiCOURSE的重组计划的行为,并且为DigiCOURSE的管理人员指定了新的职位和职级等,并将前述管理人员转移至Input/Output的设施内,向其提供了Input/Output的名片和邮箱地址。

美国反垄断执法机构认为:

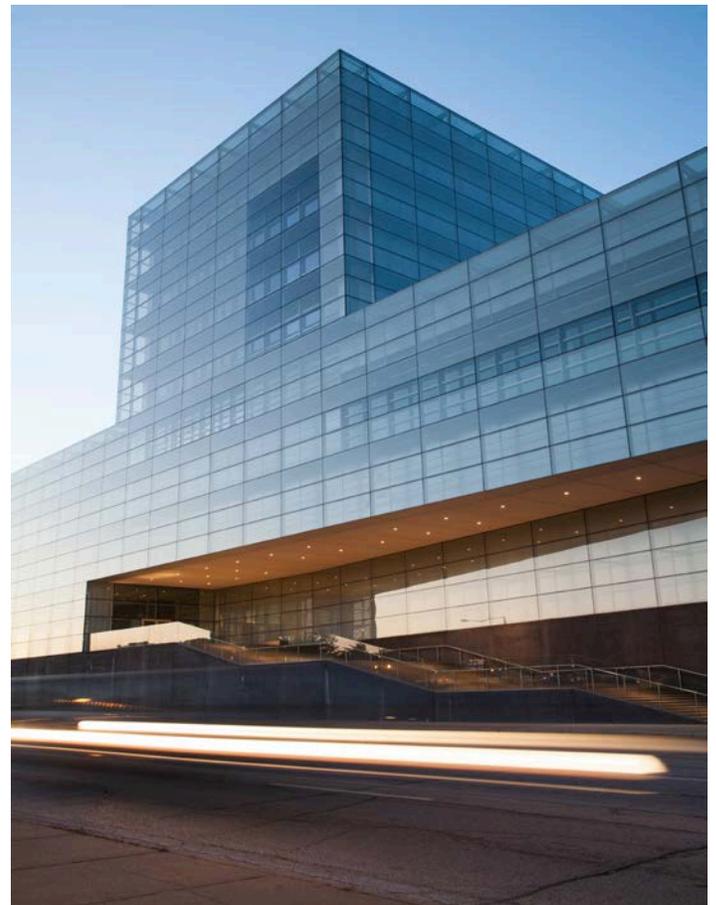
•该等行为构成“在等待期(即,审查期间)届满前将DigiCOURSE的实益所有权转让给Input/Output”,因此构成“抢跑”。

综合前述案例,交易当事人实质取得管理、决策权利或实施管理、决策行为的表现形式是多种多样的。但,如交易当事人实质上直接参与了公司或资产的实际经营中的决策或管理行为(例如,决定关闭工厂、制定重组计划、参与合同谈判等),或者间接通过委派管理人员参与经营管理,只要该等行为是在反垄断执法机构作出批准决定前实施的,其均存在被认定为构成“抢跑”的风险。因此,交易中的交易当事人应当保持警惕,在取得反垄断审查机构的批准决定前,应避免参与目标公司或目标资产的实际经营。

**(2) 通过交易条款约定提前取得对目标公司日常经营施加影响的权利**

通常情况下,为维持目标公司的公司价值,交易当事人会在交易文件内对目标公司的管理层在过渡期内的行为作出一定的限制。常见的限制包括,不得出售重大资产、不得进行分红、实施某些交易行为前需取得收购方的同意等。但,如果该等条款赋予了收购方在取得反垄断

执法机构的批准决定前对目标公司的日常经营施加影响的权利,则该等约定可能被视为构成“抢跑”。



8.参见:<https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-civil-penalties-violation-premerger-reporting-requirements-hart-scott>

案情简介	监管观点
<p><b>案例⑦ Altice/PT Portugal案<sup>9</sup></b></p> <p>•在Altice/PT Portugal案中,根据交易文件约定,收购方Altice对被收购公司PT Portugal在过渡期内的以下行为或事项享有否决权:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>•(i) PT Portugal与其所有管理人员以及董事签订的雇佣条款的制定、终止或变更;</li><li>•(ii) PT Portugal的定价政策(包括标准报价、标准条款及条件)的修改;</li><li>•(iii) PT Portugal的商业协议及商业行为的签订、终止或修改。</li></ul>	<p><b>欧盟反垄断执法机构认为:</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>•对于收购方而言,为了维持被收购公司的公司价值,在有必要的情况下可以对目标公司在过渡期内的经营行为进行约定,但在本案中,前述每一项否决权均已经远远超出了价值保全的正当需要。</li><li>•就(i)的否决权,交易文件中并没有明确对该等人员的定义和范围进行明确约定,并且该等人员并不仅限于与公司价值具有实质性联系的人员范围内;</li><li>•就前述(ii)的否决权,根据该项约定,Altice实际取得了对所有价格变化以及客户合同条款变化的有效的否决权,而并非仅仅对于将对公司价值造成实质影响的修改的否决权。</li><li>•就前述(iii)的否决权,交易文件中约定的Altice享有否决权的商业协议的价格门槛过低,因此Altice实质取得了对常规合同的否决权;另一方面,并购协议中约定Altice对“重大合同(Material Contracts)”的签订、终止或修改享有否决权,但该并购协议中对“重大合同(Material Contracts)”的定义并不明确。</li><li>•综上,前述否决权的约定使Altice实际获得了对PT Portugal施加决定性影响的权利。</li><li>•并且,欧盟反垄断执法机构指出,即使Altice并没有实际使用前述否决权,但Altice取得施加决定性影响的权利即已经构成控制权的改变,并构成“抢跑”。(Altice已就该决定提起上诉,截至本文成稿之日,裁判结果尚未发布。)</li></ul>
<p><b>案例⑧ Smithfield Foods, Inc./ Premium Standard Farms案<sup>10</sup></b></p> <p>•Smithfield Foods, Inc.和Premium Standard Farms签订了并购协议。</p> <p>•在该并购协议中规定了限制Premium Standard Farms在协议签署日至交割日之间的过渡期内不得实施部分行为的条款,其中包括,“Premium Standard Farms应当按照以往的惯例开展业务”。</p> <p>•但, Premium Standard Farms并未依照其自身的独立商业判断开展业务,相反的,在美国反垄断执法机构审查期间内, Premium Standard Farms向Smithfield Foods, Inc.提交了普通的生猪购买协议并寻求Smithfield Foods, Inc.的批准。</p>	<p><b>美国反垄断执法机构认为:</b></p> <ul style="list-style-type: none"><li>•Smithfield Foods, Inc.通过该对日常业务合同的批准行为取得了对Premium Standard Farms的部分业务的运营控制权,构成“抢跑”。</li></ul> <p>9.参见:<a href="https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993_849_3.pdf">https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993_849_3.pdf</a> 10.参见:<a href="https://www.justice.gov/atr/case-document/file/511646/download">https://www.justice.gov/atr/case-document/file/511646/download</a></p>

案情简介	监管观点
<p><b>案例⑨ Computer Associates/Platinum案<sup>11</sup></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>•在Computer Associates收购Platinum的协议中,包含了过渡期安排条款。其中,包括限制Platinum在过渡期内的日常经营的条款。</li> <li>•根据该条款,Platinum不得在未取得Computer Associates的书面同意的情况下签订固定价格合同、提供超过20%的折扣的合同等业务行为。</li> </ul>	<p><b>美国反垄断执法机构认为:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>•前述条款的约定被认定为Computer Associates提前实现了对Platinum的业务的控制,因此被认定为构成“抢跑”。</li> </ul>

综合前述案例,尤其是在案例⑦Altice/PT Portugal案中,欧盟反垄断执法机构试图在交易当事人对于维持目标公司价值的正当需求与反垄断监管要求之间寻求平衡。其在认可交易当事人可以为维持目标公司价值而对过渡期内的目标公司的行为作出一定限制的同时,亦指出,如果该等限制超出必要的限度,并使收购方在反垄断执法机构作出决定之前实质上取得了对目标公司的日常经营施加决定性影响的权利,则约定该等过渡期安排条款亦可能被视为构成“抢跑”。在案例⑧及案例⑨中,亦可看出,美国反垄断执法机构同样聚焦于对目标公司的日常经营作出限制的过渡期安排条款。

需要特别提请注意的是,在前述案例中,并非仅有依据过渡期安排条款实际实施对目标公司的日常经营作出限制的行为(例如,实际基于过渡期安排条款规定的否决权否决目标公司的业务合同)方可能被认定为构成“抢跑”,反而,只要在交易文件中约定收购方享有对目标公司

的日常经营进行限制的权利的过渡期安排条款,即可能被视为收购方已经基于该约定取得了足以对目标公司施加决定性影响的权利,从而可能被认定为构成“抢跑”。例如,在案例⑦Altice/PT Portugal案,欧盟反垄断执法机构特别强调,即使Altice并没有实际使用前述否决权,但Altice取得施加决定性影响的权利即已经构成控制权的改变,并构成“抢跑”。

虽然,目前在我国反垄断执法实践中,尚未出现因在交易文件中约定过渡期安排条款而被认定为构成“抢跑”的执法案例。但,结合前述分析,如果在交易文件中约定了收购方在反垄断执法机构作出决定之前有权对目标公司的日常经营施加影响的条款(例如,目标公司需取得收购方的批准后方可签订一定数额的合同或进行特定行为等),则约定该等条款亦存在被认定为构成“抢跑”的风险。

11.参见:<https://www.justice.gov/atr/case-document/file/492441/download>

### 3.提前过度交换敏感商业信息可能被认定为构成“未批先行型抢跑”<sup>12</sup>

在交易实践中,从前期的价值评估阶段至交易实施的各个阶段,交易当事人之间必然会存在一定的信息交换。但,在签署交易文件后,

交易当事人为尽快实现交易目的(例如,尽快利用交易后的联合优势)等,往往可能会进行产品价格、客户清单、营销计划、研发计划等敏感商业信息的交换,但该等敏感商业信息的交换可能存在被认定为构成“抢跑”的风险。

案情简介	监管观点
<p><b>同案例⑦ Altice/PT Portugal案<sup>12</sup></b></p> <p>在Altice收购PT Portugal的交易中,在取得反垄断执法机构的批准决定前,PT Portugal已经向Altice提供了大量关于其商业战略的敏感商业信息。</p>	<p><b>欧盟反垄断执法机构认为:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>•该等行为使得Altice“处于一种好像已经控制了PT Portugal的地位,因此其有权要求取得这些信息”,该等行为违反了在审查期间的不得实施集中的规定,构成“抢跑”。</li> </ul>

综合前述案例,从反垄断监管角度考虑,如果该等敏感商业信息交换发生在反垄断执法机构作出批准决定之前,该等敏感商业信息的交换可能会被认为交易当事人已经失去各自的独立市场地位(即,反垄断执法机构可能会认为,当交易当事人处于彼此独立的市场地位时,双方会对该等敏感商业信息严格保密,并不会将该等敏感商业信息披露给可能存在竞争关系的外部主体),或者被认定为收购方已经实质取得了目标公司的控制权,进而可能被认定构成提前实施集中行为,即构成“抢跑”。此外,若具有竞争关系的交易当事人之间交换敏感商业信息的,亦存在被认定为构成《反垄断法》所禁止的“横向垄断协议”的风险。

### 第三部分 合规建议

在实际交易中,交易架构复杂多变,从反垄断合规角度考虑,我们理解交易当事人可考虑在前期尽早聘请律师对交易架构、交易文件等进行审阅,扫清其中的反垄断违规风险,为交易的顺利实施保驾护航。其中,具体可注意以下方面:

- 1.在实施复杂的多步骤交易时,如该交易整体达到申报标准的,应谨慎判断各个前期步骤与整体交易的关联性以及谨慎确定各个前期步

12. 参见: [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993\\_849\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7993_849_3.pdf)

驟的實施時點，避免因在取得反壟斷執法機構的批准決定前實施前期步驟而被認定為構成“搶跑”。

2. 在取得反壟斷執法機構的批准決定前，應慎重進行敏感商業信息的交換。如確有必要進行交換的，可考慮採取以下措施：①限制所交換信息的範圍；②限制信息披露的人員範圍，例如將信息披露的人員範圍限制在“清潔團隊”內<sup>13</sup>；③採取其他必要措施以避免因信息交換而對競爭造成影響，例如簽署保密協議、制定嚴格的信息披露及管理制度的等。

3. 在取得反壟斷執法機構的批准決定前，避免實施可能被認定為實質取得控制權的行為，例如，避免實施委派管理人員、參與日常經營決策及其他介入目標公司經營管理的行為。

4. 在交易文件中約定過渡期安排條款時，應當將該過渡期安排條款限於保全目標公司價值的合理限度內，並建議考慮基於取得反壟斷執法機構的批准決定的時點對過渡期安排作出進一步細化約定，例如，避免約定收購方在取得反壟斷執法機構批准決定之前即可對目標公司的日常經營施加影響的條款。

## 結語

近年來，我國反壟斷執法機構對“搶跑”行為作出處罰的案件數量逐年上升。雖然相關執

法案例仍以“應報未報型搶跑”案件為主，但伴隨我國反壟斷執法工作的精細化、專業化發展，對“未批先行型搶跑”案件的監管關注及執法力度將有所提高。並且，根據目前的《〈反壟斷法〉修訂草案（公開征求意见稿）》，未來對“搶跑”行為的罰款力度很可能大幅度提升，且相關交易當事人亦存在被要求採取必要救濟措施恢復到集中前的狀態的可能性。

鑑於目前反壟斷執法實踐中“未批先行型搶跑”的行為類型及認定標準仍存在一定的不確定性，為避免因反壟斷合規問題而對交易造成不利影響，交易當事人應特別警惕相關行為被認定為構成“未批先行型搶跑”的風險，重視防范前文中指出的可能被認定為構成“未批先行型搶跑”的各類典型行為，在交易前期儘早諮詢交易律師的意見，合理規劃取得反壟斷執法機構批准決定前的交易安排，以期在儘量滿足商業目的及交易效率的前提下避免反壟斷違規風險。<sup>13</sup>

13. “清潔團隊 (clean team)”指不會就目標公司的日常經營活動或業務作出直接決定的人員（例如，目標公司的財務、人事、法務等支持部門管理人員、律師或會計師等外部專業人員等），採用“清潔團隊”可以減低因信息的獲取而對目標公司的市場競爭行為造成影響的可能性。



吳鵬  
合夥人  
合規與政府監管部  
北京辦公室  
+86 10 5957 2002  
wupeng@zhonglun.com

# “双减”政策背景下， 校外培训机构将何去何从

作者：刘永青、戴丽铢、周浩



为了从体制机制入手深化教育改革、落实立德树人根本任务、促进学生全面发展和健康成长,中共中央办公厅、国务院办公厅于2021年7月24日印发了《关于进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担的意见》(以下简称“《双减意见》”)。《双减意见》旨在切实提升学校育人水平,持续规范校外培训,有效减轻义务教育阶段学生过重作业负担和校外培训负担(以下简称“双减”)。

根据网上公开信息,截至目前,我国校外培训机构数量超100万家。《双减意见》一经出台,便引发了社会的广泛讨论,并对校外教育培训产业造成了重大影响。《双减意见》明确要求应当坚持校外培训的公益属性,而现有绝大多数校外培训机构均为营利属性,因此,在当前国家持续推进教育改革的背景下,《双减意见》必将重塑校外培训产业生态。本文将从法律视角出发,聚焦《双减意见》中校外培训机构治理的相关政策规定,剖析《双减意见》可能对校外培训机构合规经营产生的影响。

《双减意见》明确了其适用对象为校外培训机构,相对于大家熟知的小学、初中等学历教育而言,校外培训在分类上属于非学历教育。而《双减意见》主要针对的义务教育学段的培训机构,又可以分为学科类培训机构和非学科类培训机构<sup>1</sup>。《双减意见》对学科类培训机构的震动最为强烈,同时也对其他类型培训机构产生了较大影响,下文将具体论述。

## 第一部分\ 影响一:限制培训机构的资本运作

《双减意见》强调校外培训的公益属性,明确限制学科类培训学校的资本运作,严格控制

资本过度涌入培训机构,具体要求包括:

- (1) 学科类培训机构一律不得上市融资,严禁资本化运作;
- (2) 上市公司不得通过股票市场融资投资学科类培训机构,不得通过发行股份或支付现金等方式购买学科类培训机构资产;
- (3) 外资不得通过兼并收购、受托经营、加盟连锁、利用可变利益实体(VIE)等方式控股或参股学科类培训机构;
- (4) 明确融资及收费目的,即培训机构融资及收费应主要用于培训业务经营。

对于培训机构现存的违规融资、上市等行

1. 如未作特别说明,本文中培训机构特指义务教育学段的培训机构。

为,《双减意见》明确由人民银行、银保监会、证监会负责清理整顿。

就已上市校外培训机构而言,其本身可能面临退市或对开展学科类校外培训机构的资产进行剥离的现实问题;就拟上市校外培训机构而言,其资本化运作之路将难以为继,其投资者或将面临难以收回投资回报及成本的风险。同时,因为外资受限,通过VIE架构实现上市的路径也被斩断。因此,此类拟上市校外培训机构急需对未来发展进行重新规划、调整。

在外资准入方面,结合《外商投资准入特别管理措施(负面清单)(2020年版)》第二十四、二十五条的规定,我国禁止外资投资义务教育机构,对于学前、普通高中和高等教育机构限于中外合作办学且须由中方主导。

《双减意见》的上述举措,对正在寻求及已进行了资本运作的学科类培训机构、投资人必将形成强烈冲击。

## 第二部分\ 影响二:对培训机构从严分类审批

### 1.部分新设培训机构不再审批

对新设培训机构,《双减意见》明确规定不再审批以下三类培训机构:

(1) 面向学龄前儿童的校外培训机构;

(2) 面向义务教育阶段学生的学科类校外培训机构;

(3) 面向普通高中学生的学科类校外培训机构。

除此之外,对于其他非学科类培训机构,《双减意见》规定各地在区分体育、文化艺术、科技等类别的基础上,明确相应主管部门,分类制定标准、严格审批。

### 2.现有的面向义务教育阶段学生的学科类校外培训机构统一登记为非营利性机构

根据我国《民办教育促进法(2018修正)》(以下简称“新《民促法》”)的规定,非营利性民办学校与营利性民办学校最大的不同在于:其一,非营利性民办学校的举办者不得取得办学收益,学校的办学结余全部用于办学;营利性民办学校的举办者可以取得办学收益,学校的办学结余依照公司法等有关法律、行政法规的规定处理(即公司股东可以分配利润)。其二,民办学校终止时,应当依法进行财务清算。清偿债务后,非营利性民办学校的剩余财产继续用于其他非营利性学校办学;营利性民办学校的剩余财产,依照公司法的有关规定处理。

简而言之,学科类校外培训机构转为非营利性机构以后,其举办者将无法分配利润,在培训机构终止清算后,举办者也将无法分配剩余

财产。所以，学科类校外培训机构的举办者有必要充分权衡利弊，对后续经营情况进行预测评估，进而作出决策。

### 3.现有的线上学科类培训机构由备案制改为审批制

对原备案的线上学科类培训机构，改为审批制；各省市对已备案的线上学科类培训机构全面排查，并按标准重新办理审批手续。未通过审批的，取消原有备案登记和互联网信息服务业务经营许可证（ICP）。

除上述规定外，《双减意见》还明确要求依法依规严肃查处存在不符合资质、管理混乱、借机敛财、虚假宣传、与学校勾连牟利等严重问题的机构。在坚决压减学科类校外培训的背景下，国家和各省市将针对现有学科类校外培训机构陆续出台重新审核登记的具体规定，届时将对学科类校外培训机构进行全面整顿，校外培训行业将重新洗牌。

## 第三部分\ 影响三：引进非学科类校外培训机构参与课后服务

《双减意见》的工作目标之一是学校课后服务基本满足学生需要，进一步提升学校教育教

学质量和服务水平，并明确了提升学校课后服务水平的方式及相关配套措施，引进非学科类校外培训机构参与课后服务便是其中重要措施之一。

《双减意见》对非学科类校外培训机构参与课后服务的选择机制、退出机制及违法处罚措施均进行了原则性规定，具体如下：

**(1) 选择机制：**教育部门负责组织遴选非学科类校外培训机构，学校选择使用；

**(2) 退出机制：**建立评估退出机制；

**(3) 处罚措施：**对出现服务水平低下、恶意在校招揽生源、不按规定提供服务、扰乱学校教育教学和招生秩序等问题的培训机构，坚决取消培训资质。

上述规定仅为引进非学科类校外培训机构参与课后服务的一些原则性规定，具体的遴选标准和程序、入选后的评估机制、违法行为的认定方式和相对应的处罚措施等，均需要国务院及各省市出台具体规章或规范性文件予以明确。

## 第四部分\ 影响四：规范培训机构的培训服务

对于当前校外培训超范围培训、培训质量良莠不齐、内容低俗违法、盗版侵权等乱象，《双减意见》明确了规范措施，具体如下：



**(1) 培训内容:**建立培训内容备案与监督制度,制定出台校外培训机构培训材料管理办法。

**(2) 培训范围:**严禁超标超前培训,严禁非学科类培训机构从事学科类培训,严禁提供境外教育课程。

**(3) 培训时间:**严格执行未成年人保护法有关规定<sup>2</sup>,校外培训机构不得占用国家法定节假日、休息日及寒暑假组织学科类培训。

**(4) 教师资质:**从事学科类培训的人员必须具备相应教师资格,并将教师资格信息在培训机构场所及网站显著位置公布。

#### **(5) 收费标准:**

**基本原则:**根据市场需求、培训成本等因素确定培训机构收费项目和标准,向社会公示、接

受监督。

**监管措施:**①将义务教育阶段学科类校外培训收费纳入政府指导价管理,科学合理确定计价办法,明确收费标准,坚决遏制过高收费和过度逐利行为;②加强对培训领域贷款的监管;③通过第三方托管、风险储备金等方式,对校外培训机构预收费进行风险管控,有效预防“退费难”“卷钱跑路”等问题发生。

**(6) 合同管理:**全面使用教育部办公厅、市场监管总局办公厅印发的《中小学生校外培训服务合同(示范文本)》。

2.《中华人民共和国未成年人保护法(2020修订)》第三十三条规定:“学校应当与未成年学生的父母或者其他监护人互相配合,合理安排未成年学生的学习时间,保障其休息、娱乐和体育锻炼的时间。学校不得占用国家法定节假日、休息日及寒暑假,组织义务教育阶段的未成年学生集体补课,加重其学习负担。幼儿园、校外培训机构不得对学龄前未成年人进行小学课程教育。”

**(7) 强化监管措施:**健全常态化排查机制,及时掌握校外培训机构情况及信息,完善“黑白名单”制度。

**(8) 反不正当竞争和反垄断:**坚决禁止为推销业务以虚构原价、虚假折扣、虚假宣传等方式进行不正当竞争,依法依规查处行业垄断行为。

**(9) 广告管控:**加强校外培训广告管理,确保主流媒体、新媒体、公共场所、居民区各类广告牌和网络平台等不刊登、不播发校外培训广告。

《双减意见》从培训、资质、收费、合同、监管等领域对校外培训机构进行全方位整治,可谓对校外培训机构打的一记重拳,但是部分措施仅为原则性规定,尚待出台细化规定进一步明确。

## 第五部分\ 影响五:学前和高中学段的校外培训机构参照适用

《双减意见》要求,在做好义务教育阶段学生“双减”工作的同时,还要统筹做好面向3至6岁学龄前儿童和普通高中学生的校外培训治理工作,具体规定如下:

(1) 针对学龄前儿童的培训,不得开展面向学龄前儿童的线上培训;严禁以学前班、幼小衔接班、思维训练班等名义面向学龄前儿童开展

线下学科类(含外语)培训;不再审批新的面向学龄前儿童的校外培训机构。

《双减意见》全面要求取缔面向学前儿童的线上培训、线下学科类培训等,仅保留了面向学前儿童的线下非学科类培训类型。

(2) 针对普通高中学生的培训,不再审批新的面向普通高中学生的学科类校外培训机构;对面向普通高中学生的学科类培训机构的管理,参照本意见有关规定执行。

《双减意见》并未明确规定现有“面向普通高中学生的学科类培训机构”统一登记为非营利性机构,而是规定了“对面向普通高中学生的学科类培训机构的管理,参照本意见有关规定执行”。

鉴于新《民促法》没有强制要求高中阶段的学历制民办学校全部登记为非营利性,并且相关分类登记配套文件还明确规定了非义务教育阶段的民办学校可以选择登记为营利性民办学校,因此,我们认为《双减意见》中的“对面向普通高中学生的学科类培训机构的管理,参照本意见有关规定执行”的规定,应当理解为培训、资质、收费、合同等管理事项参照执行,并不是要求面向普通高中学生的学科类培训机构也必须统一登记为非营利性机构。

## 结语

为了推动《双减意见》的落地施行,《双减意见》第二十八条明确了各部门工作责任,规定了各部门联动工作机制,要求教育部门统筹协调,发展改革、财政、民政、市场监督管理、银保监、证监等部门按照各自职责负责任、抓落实。为了确保各部门及相关主体协同推进落实“双减”政策,《双减意见》第三十条明确要求建立责任追究机制,对责任不落实、措施不到位的地方、部门、学校及相关责任人要依法依规严肃追究责任。

从上述规定来看,本次“双减”政策的出台对校外培训机构行业影响大,国家整治校外培训机构的决心力度大,但由于《双减意见》提出的诸多治理措施尚属原则性规定,需要后续出台配套制度进一步细化。因此,校外培训机构及投资者应当密切关注国务院及各省市当地后续相关规章制度及规范性文件的出台情况,做好风险自查和合规治理的准备。☒



刘永青  
合伙人  
公司业务部  
青岛办公室  
+86 532 5572 8608  
liuyongqing@zhonglun.com

# 国有拟上市公司实施股权激励的几个实操问题

作者：李长虹、王婧、苏恒瑶



随着本轮国有企业改革的深入推进,一批率先实施员工持股的示范性试点企业已顺利登陆资本市场,如中国电研(688128,首批十家中央企业员工持股试点企业之一)、中金辐照(300962)、深水规院(301038)等。

本文将结合笔者近期承办的数家国企IPO项目,就国有拟上市公司在实施股权激励过程中关注较多的、具有典型性的几个问题进行梳理和分析。

## 第一部分\ 特殊人员参与股权激励问题

国有企业开展股权激励面临的首要问题就是确定参与人员的范围,笔者在实际承办业务时被问及最多的也是哪些人员可以参与股权激励。从IPO审核角度,相关审核问答等并未对特殊人员(包括实际控制人及其控股股东员工、子公司员工、退休员工等)能否参与股权激励做出限制性规定,但对国有企业股权激励而言,是否也是如此呢?

### (一)“上持下”问题

所谓“上持下”系指上级公司的员工持有下级公司的股权。实践中,不少国企集团内部均存在上级公司人员同时担任下级公司董事、高管或主要技术负责人等核心岗位的情形,这些人员在产业布局、技术创新等重要方面对下级公司的发展产生了重要影响,这类人员是否可以参与股权激励也将极大的影响到管理层的积极性。

#### 1.相关规定

目前针对非上市国有企业“上持下”问题的相关规定具体如下:

序号	文件名称	颁布时间	具体规定
1	《国务院办公厅转发国资委关于进一步规范国有企业改制工作实施意见的通知》(国办发[2005]60号)	2005.12	应严格控制管理层通过增资扩股以各种方式直接或间接持有本企业的股权。为探索实施激励与约束机制,经国有资产监督管理机构批准,凡通过公开招聘、企业内部竞争上岗等方式竞聘上岗或对企业作出重大贡献的管理层成员,可通过增资扩股持有本企业股权。
2	《国务院国有资产监督管理委员会关于规范企业职工持股、投资的意见》(国资发改革[2008]139号,以下简称“139号文”)	2008.9	第二条第四款:职工入股原则限于持有本企业股权……但不得直接或间接持有本企业所出资各级子企业、参股企业及本集团公司所出资其他企业股权。科研、设计、高新技术企业科技人员确因特殊情况需要持有子企业股权的,须经同级国资监管机构批准,且不得作为该子企业的国有股东代表。
3	《国有科技型企业股权和分红激励暂行办法》(财资[2016]4号,以下简称“4号文”)	2016.2	第七条:激励对象为与本企业签订劳动合同的重要技术人员和经营管理人员。
4	《三部门关于<国有科技型企业股权和分红激励暂行办法>的问题解答》	2017.11	问题18回复:根据《办法》(即4号文)第三条规定,符合条件的国有科技型企业开展股权激励,应以本企业股权为标的,不得用持有的控股子公司股份对本企业员工进行股权激励。
5	《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》(国资发改革[2016]133号,以下简称“133号文”)	2016.8	第三条第一款:参与持股人员应为在关键岗位工作并对公司经营业绩和持续发展有直接或较大影响的科研人员、经营管理人员和业务骨干,且与本公司签订了劳动合同。
6	《关于支持鼓励“双百企业”进一步加大改革创新力度有关事项的通知》(国资改办[2019]302号)	2019.8	“双百企业”及所出资企业属于科研、设计、高新技术企业的,其科技人员确因特殊情况需要持有子企业股权的,可以报经集团公司批准后实施,并报同级国有资产监管机构事后备案。其中,地方“双百企业”为一级企业,且本级企业科技人员确因特殊情况需要持有子企业股权的,须报经同级国有资产监管机构批准后实施。
7	《关于做好“科改示范行动”入选企业改革方案备案等有关事项的通知》(国企改办[2020]1号)	2020.2	科技型企业的科技人员,确因特殊情况需要持有子企业股权的,可以报经集团公司批准后实施,并报同级国有资产监管机构事后备案。

通过梳理相关规则发现,非上市国有企业股权激励原则上禁止上级公司员工持有下级公司股权,但科技型企业可以在一定程度上突破

“上持下”的限制。

## 2. 近期上市案例

从近期上市案例看，绝大部分公司的持股  
人员范围里均未包含上级公司员工，但仍有极

个别公司持股人员中包含上级公司员工，相关  
情况如下：

序号	公司名称	基本情况	反馈回复/整改措施
1	北京中科润宇环保科技股份有限公司（审核中，以下简称“中科环保”）	依据4号文实施股权激励，持股对象包括中科环保高管、部门中层；子公司总经理、副总经理、财务负责人；中科环保其他骨干员工（经总经理办公会提名、董事会审批的技术和经营管理骨干）；中科集团经批准持股对象（仅经批准的中科集团总裁、中科环保董事长一人）；中科环保下属公司经批准持股对象。	经批准持股，持股对象的确定标准符合《审核问答》问题22的相关要求。
2	贵州振华新材料股份有限公司（科创板注册中，以下简称“振华新材”）	（存在违规“上持下”）2018年12月前，累计共计有62名振华新材控股股东振华集团及其下属企业（除振华新材及其子公司外）员工通过增资或股权转让的方式持有振华新材的股权。	已对前述员工持股违规行为进行了全面清理并取得了主管机关的专项确认，具体如下： • 振华新材按照139号文及《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》（国资发改革[2009]49号）等相关规定及国务院国资委的要求就控股股东员工持有振华新材股权进行了清理，具体方式为前述员工将其所持股权转让给第三方。 • 振华新材就清理情况及结果向国务院国资委进行了汇报并取得国务院国资委出具的批复，对上述清理结果予以了确认且未对发行人做出处罚。 • 实际控制人中国电子、控股股东振华集团出具确认函，确认在振华新材对历史上存在的不适格国有企业员工持股全部予以清理规范后，发行人不存在因此受到国资监管机构或其他政府部门处罚的情形。
3	开普检测（003008）	（存在违规“上持下”）2013年12月，开普检测进行改制并实施员工持股（改制后员工共计持有改之后开普检测前身70%的股权），姚某、韩某、张某、李某、周某等人当时均在开普检测母公司任职，通过改制持有开普检测股权。此后，张某、韩某、李某分别将各自所持开普检测全	已就前述员工持股违规行为在上市前取得主管机关的专项确认，具体如下： • 2018年3月，取得河南省国资委出具的《关于许昌开普检测研究院股份有限公司国有股权确认有关事宜的意见》，确认：开普检测改制“总体符合《公司法》《国务院办公厅转发国资委关于进一步规范国有企业改制工作实施意见的通知》（国办发[2005]60号）等当时国家改制文件规定，合法合规”。 • 2019年6月，取得河南省人民政府出具的《河南省人民政府关于许昌开普检测研究院股份有限公司改制及历史沿革等事项的批复》（豫政文[2019]82号），确认：“改制的程序和结果合法合规、真

序号	公司名称	基本情况	反馈回复/整改措施
		部20万元出资额(共计60万元出资额)转让给姚某,姚某辞去开普电气职务并在开普检测任职,周某办理了退休手续。在上市时开普检测并未对持股情形进行清理。	实有效,不存在国有资产流失或损害国有股东利益及职工利益的情形”。 •2020年5月,取得许昌市人民政府出具的《许昌市人民政府关于对许昌开普检测研究院股份有限公司改制等有关事项的批复》(许政文[2020]18号),确认:“‘上持下’情形在改制后已事实性消除,与国企改革相关政策规定精神并不存在实质性冲突……许昌市人民政府对开普检测改制存在的上述瑕疵不予追究。”

从上述案例可以看出,就不符合规定、未经批准的上级公司员工参与下级公司员工持股的,原则上均需要予以清理,且在清理后应取得主管国资监管部门不构成国有资产流失,不会对公司予以处罚等的专项说明;就因劳动关系转换、人员退休等原因使得“上持下”情形已事实上不复存在的,虽然不必要对既有违规持股情况进行清理,但仍然需要取得主管国资监管部门的专项说明。

综上,在目前的规则体系下,仅科技型国有企业中的科技人员在经批准后可以持有下级公司股权,其余企业存在“上持下”情形的,原则上都需要在上市前予以清理。若上级公司员工在下级公司任职,且有意参与下级企业股权激励,而下级公司非属于科技型企业或员工本人非科技人员的,则可以考虑采取员工与上级公司解除劳动合同并重新与下级公司订立劳动合同的方式取得股权激励参与资格,避免因违规“上持下”对公司上市造成不利影响。

## (二) “下持上”问题

“下持上”系指下级公司的员工持有上级公司的股权。实践中,因相当一部分国有企业的研发、生产或销售业务分散在各子公司层面,这些国有企业在实施股权激励时通常希望将子公司员工一并纳入激励范围。

### 1. 相关规定

就“下持上”问题,有139号文第二款第四条明确允许:经国资监管机构或集团公司批准,子公司员工可持有上一级改制企业股权。虽然4号文和133号文并未禁止“下持上”,但4号文第七条明确规定,“激励对象为与本企业签订劳动合同的重要技术人员和经营管理人员”;133号文第三条第一款明确规定,持股人员需“与本公司签订了劳动合同”。

### 2. 近期上市案例

结合近期成功上市的案例,无论是依据4号文还是133号文实施股权激励的国有企业,都存在子公司员工参与发行人层面股权激励的情

形, 例如:

序号	公司名称	“下持上”具体情况	股权激励依据文件
1	有研粉材(688456)	持股员工均为有研粉材及其控股子公司的员工, 均已与有研粉材或有研粉材的控股子公司签署劳动合同。	4号文
2	中国电研(688128)	持股员工包含中国电研员工, 威凯检测、嘉兴威凯检测、擎天实业、擎天材料(擎天实业全资子公司)等下属公司员工。	133号文
3	某物流公司	持股员工包含部分子公司员工。	133号文

这些公司的股权激励方案不仅通过了各自所属央企集团公司的审批, 在上市审核过程中证券监管机构也并未就“下持上”问题进行追问。

综合上述规定及案例, 笔者倾向于认为4号文和133号文项下的“本公司/本企业”应当是包含本公司及各级控股子公司, 也只有如此才能充分发挥员工持股的激励作用, 激发骨干员工的工作积极性。

### (三) 退休员工持股问题

有的项目中, 客户提出: 一些退休返聘的老员工是否可以作为股权激励的对象? 类似问题其实具备普遍性: 一些公司的技术骨干很有可能已经或者即将达到退休年龄, 但其实亦可以通过退休返聘等多种形式为公司做出很大的贡献。无论是从个人的意愿、还是公司的需求、乃至激励的效果而言, 将这类员工作为激励对象都具有合理性。对此, 下文将区分两种情形进行讨论:

#### 1. 已退休员工的持股问题

从前文对规则的梳理可知, 无论是4号文还是133号文均明确要求持股员工需与本公司签订劳动合同, 其本质是要将激励对象限定在与本公司建立劳动关系的人员范围内。已退休员工可否参与持股的核心就在于已退休员工可否继续与国有企业建立劳动关系。

根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条第二款规定, 员工退休且“开始依法享受基本养老保险待遇的”, 劳动合同终止; 即依法享受基本养老保险待遇的退休员工就不再满足需与公司订立劳动合同的要求, 即使其通过签署劳动合同或签署退休返聘协议仍在公司工作, 通常认为其与公司之间建立的也是劳务关系, 而非劳动关系<sup>1</sup>。

若员工超过法定退休年龄且未享受相应的

1.《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(一)》第三十二条第一款规定“第三十二条 用人单位与其招用的已经依法享受基本养老保险待遇或者领取退休金的人员发生用工争议而提起诉讼的, 人民法院应当按劳务关系处理”。

养老保险待遇的,根据《劳动合同法》第四十四条第二款的规定,法律并未禁止该等员工与用人单位签订劳动合同及建立劳动关系,司法实践中也有相当一部分判决认同此类人员可与用人单位建立劳动关系<sup>2</sup>。

但从实践案例来看,笔者在协助客户与其上级审核机关沟通时,不少审核机关都认为国有企业的已退休员工当然不符合订立劳动合同的条件,应当排除在激励对象之外(可能原因在于国有企业中退休人员大多享有养老保险待遇,属于《劳动合同法》第四十四条第二款所规定的劳动合同终止的情形),并未区分相关员工是否已享受养老保险待遇;此外,就近期上市案例,笔者暂未发现有国有企业在实施股权激励时将已退休员工纳入持股人员范围的情形。可见实践中将退休员工纳入持股范围的情形较为少见。

综上所述,我们理解,已退休且已享受养老保险待遇的员工通常已不再具备签署劳动合同、订立劳动关系的条件,不符合参与国有企业股权激励的资格;但就国有企业中已达到退休年龄但并未享受养老保险待遇的员工,建议结合未能享受相关待遇的具体原因、与员工签署的协议内容等情况予以分析,在制定方案时与上级审核机关充分沟通,确认是否可将此类已届退休年龄的特殊员工纳入激励对象范围。

## 2.参与员工持股后退休员工的继续持股问题

参与员工持股后退休的人员,在退休后是否仍可继续持股?按照同样的逻辑和路径展开分析。

从规则层面看,133号文第四条第三款明确规定,“**持股员工因辞职、调离、退休、死亡或被解雇等原因离开本公司的,应在12个月内将所持股份进行内部转让**”;但4号文未像133号文一样明确规定退休为员工退股情形之一,4号文第二十二条仅规定了激励对象在“因本人提出离职或者个人原因被解聘、解除劳动合同”、“因公调离本企业”三种情形下需退回取得的股权。

从实践层面看,近期成功上市案例中依照133号文和4号文实施股权激励的,在对已退休人员的处理上也存在差异,相关对比案例如下:

序号	公司名称	持有后退休人员处理情况	股权激励依据文件
1	深水规院(301038)	水规院投资(深水规院员工持股平台)存在已离职或已退休尚未转让所持份额的人员,前述人员应当退出持股平台,但该等人员的应转让事由发生尚不足12个月,相关人员暂未退出未违反133号文及《深圳水规院投资股份有限公司章程》的规定。	133号文
2	新余国科(300722)	其人力资源部部长在通过员工持股平台持有新余国科股权后退休,在上市时未退出员工持股平台。	4号文

2.例如,在(2019)苏民再99号民事判决书中,法院认为:用人单位与已达到法定退休年龄的员工形成的劳动关系并非在劳动者达到法定退休年龄时自动终止。李某发生工伤时虽然已经超过法定退休年龄,但此时李某并未享受相应的养老保险待遇,是劳动关系中的劳动者,而非劳务人员。

除上述案例外,依照133号文实施股权激励的公司,从各家公司披露的股权流转情形看,退休均是员工强制退出的情形之一;而不少依照4号文实施股权激励的公司,在披露员工退出情形时,并未将退休作为强制退出情形之一,如已通过科创板审核的华强科技仅将“合伙人提出离职或者个人原因被解聘、解除劳动合同,合伙人因公调离华强科技,违反竞业禁止约定,故意或重大过失给合伙企业或华强科技或其子公司造成重大损失等及法律法规规定的情形”列为员工从员工持股平台退伙的情形。

因此,我们理解,在4号文项下国有企业参与持股后退休的员工继续持有公司股权可能尚存在一定的政策空间,企业在制定方案时可充分与审核机关沟通,允许在参与持股后退休的员工保留其已持有的股权。

#### (四) 各级党委、政府任命的国有企业领导人员参与股权激励问题

基于我国国有企业监管体系,各级党委、政府通常会向其管理的国有企业委派人员,以充分履行出资人职责。此类人员在国有企业里面通常系担任董事、高管等职务的主要负责人,为企业的发展做出突出贡献。实践中,也有不少企业咨询笔者是否可将此类国企领导人员纳入股权激励范围,一方面希望为公司自身发展争取更多的支持;另一方面也可进一步激发国企领导人员的积极性。

##### 1. 国有企业领导人员范围

首先需要说明的是“国有企业领导人员”并非一个严格的法律用语,其具体范围散见于中央企业及各省国有企业管理制度,简要梳理如下:

序号	文件名称	相关规定
1	《中央企业领导人员管理规定》	领导人员包括:党委(党组)书记、党委(党组)副书记、党委常委(党组成员、未设党委常委的党委委员)、纪委书记(纪检组长);董事长、副董事长、董事(不含外部董事、职工董事);总经理(局长)、副总经理(副局长)、总会计师。
2	中央规定 《中管金融企业领导人员管理暂行规定》	中管金融企业董事长、副董事长、董事(不含股权董事、独立董事、职工董事),监事长(监事会主席),行长(总经理、总裁)、副行长(副总经理、副总裁)、中管金融企业党委书记、党委副书记、党委委员,纪委书记。
3	各省规定 《湖北省省属企业领导班子和领导人员履职尽责考核评价办法(试行)》	领导人员包括:党委书记、副书记、纪委书记、党委委员;董事长(理事长)、副董事长(副理事长)、董事(理事)【不含外部董事(理事)、独立董事(理事)、职工董事

序号	文件名称	相关规定
		(理事)】总经理(总裁、行长、主任)、副总经理(副总裁、副行长、副主任)、总会计师;企业内部产生的监事会主席(监事长)。
4	《江苏省国有企业领导人员管理暂行办法》	领导人员包括:由国有股权代表出任的董事长、副董事长、董事(不含兼职外部董事和职工董事),总经理(总裁)、副总经理(副总裁),党委书记、副书记、委员,纪委书记,以及按企业领导人员管理权限批准列入的其他人员。

从上述规定梳理来看,国有企业领导人员通常包含党委/组成员、纪委书记/纪检组长;董事(不含外部董事、职工董事);以及总经理、总会计师等。特殊行业或各地国资监管机构也可在结合本行业、本地区的实际情况下对“领导人员”范围进行细微调整。

## 2.参与股权激励可行性分析

目前,133号文明确规定“**党中央、国务院和地方党委、政府及其部门、机构任命的国有企业领导人员不得持股**”,各省国资委关于员工持股的细则里也均在133号文的基础上做出了相同的规定<sup>3</sup>。

虽然4号文并未明确规定禁止此类人员持股,其仅要求持股人员“与本企业签订劳动合同”,且“企业不得面向全体员工实施股权或者分红激励。”以及“企业监事、独立董事不得参与企业股权或者分红激励”。从各省在4号文基础上制定的本省实施细则来看,似乎也并未明确禁止此

类国有企业领导人员被纳入科技型企业股权激励计划。但笔者认为,这并不意味着依照4号文实施股权激励的企业可以将此类国有企业领导人员纳入激励对象范畴,主要考虑如下:

从政策层面看,不仅133号文限制了此类国有企业领导人员持股;《中央企业控股上市公司实施股权激励工作指引》(2020年4月)第十六条第二款也明确规定“中央和国资委党委管理的中央企业负责人不参加上市公司股权激励”,虽然该工作指引是针对央企上市公司,但从政策一致性角度来看,地方国有上市公司以及非上市国有企业在实施股权激励时亦会参照前述限制性规定。就此,笔者倾向于认为国资监管对政府、党委任命的国有企业领导人员参与各类国有企业的股权激励均持否定态度。

从实践层面看,近期成功上市国有企业公开

3.例如:《北京市关于市属国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的实施办法》、《广东省国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的实施细则》、《厦门市国有控股混合所有制企业开展员工持股试点实施办法》、《天津市开展国有控股混合所有制企业员工持股试点的实施意见》等。

披露的持股员工范围暂未发现各级党委、政府任命的国有企业领导人员参与持股的。

因此,我们理解,若有意将此类国有企业领导人员纳入股权激励对象,则在制定方案时需提前与主管国资监管部门沟通,探讨是否存在将4号文项下的国有企业领导人员纳入股权激励计划的可行性。

## 第二部分\ 预留份额处理问题

公司在实施股权激励时往往不会选择将激励股权一次性授予完毕,而是会预留一部分用于授予后续新引进的人才或因表现优秀获得晋升的员工。此部分预留股权通常由员工持股平台通过认缴但不实缴的方式持有,直至授予后续参与股权激励的员工并由后续参与的员工完成相应份额的实缴。那么,如果预留份额未在上市前全部授予员工是否会对公司的上市进程造成影响呢?

### 1. 相关规定

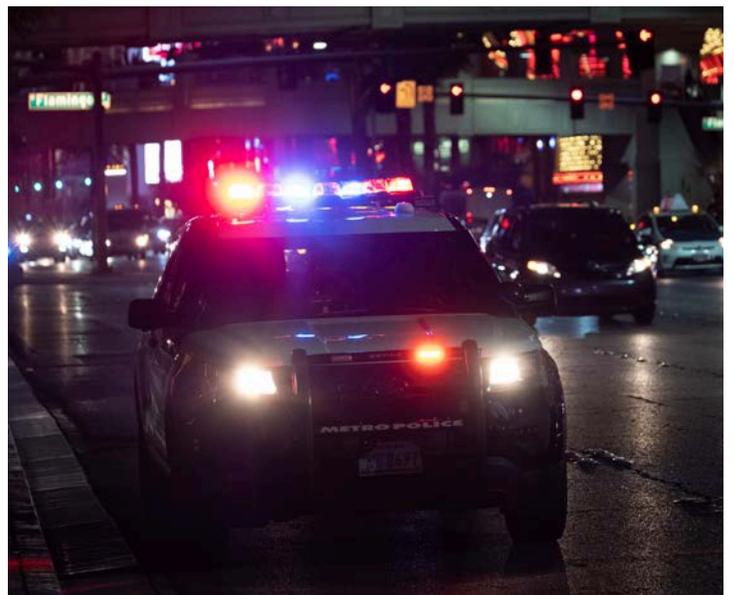
从《公司法》角度看,鉴于我国实施注册资本认缴制,员工持股平台仅需按照公司章程规定的出资时间缴纳出资即可,并未明确是否需要在上市前缴足。

从国有企业股权激励监管角度看,133号文仅规定国有企业在实施员工持股时可以采取适当方式预留部分股权,用于新引进人才,但并未对预留股权的授予时间、授予方式等具体问题作出规定。

从上市规则角度看,《首次公开发行股票并上市管理办法(2020年修正)》(以下简称“《**首发办法**》”)第十条明确规定要求“发行人的注册资本已足额缴纳”。

### 2. 近期上市案例

经检索近期国有企业上市案例,发现就预留股权处理通常采取以下两种处理方式:一是在申报上市前将预留股权全部授予员工;二是变更员工持股方案,员工持股平台将预留股权转让给控股股东,由控股股东完成实缴。相关案例如下:



序号	公司名称	股权预留情况	处理方式
1	某物流公司	某物流公司于2017年7月通过增资方式引入战投时同步实施员工持股,员工持股平台持有某物流公司本次增资后10%的股权,员工所持部分股权为预留部分,直至2018年8月,员工持股平台才向某物流公司完成实缴出资。	员工持股平台增资入股某物流公司的实缴资本分三批完成,对应于每一批次持股员工向其所持有份额的合伙企业实缴出资,三批次持股员工的实缴份额出资分别于2017年8月、2017年12月以及2018年8月确认。
2	厦钨新能(688778)	新能源有限(厦钨新能前身)员工持股平台于2019年4月签署《增资扩股协议》认购厦钨新能1,907.03万元新增注册资本,占新能源有限增资后注册资本的20%,其中11.22%由首批持股员工实缴,剩余8.78%系预留股权用于后续新增人员的激励以及已持股人员的调整,预留股权于增资协议生效后7年内实缴。	为加快上市进程,2020年3月12日,新能源有限全体股东作出书面决议,一致同意将员工持股平台剩余预留股权所对应的未实缴出资调整为由公司控股股东厦门钨业认购并实缴,其余股东的持股比例保持不变。新能源有限就前述调整签署了增资协议补充协议、取得厦门钨业董事会及股东大会的批准,并取得了福建省国资委的同意批复。

综上所述,虽然133号文未明确规定预留股权的预留方式、授予方式等,但从上市角度而言,国有企业在设置预留股权时,需充分考虑企业未来的人才引进计划以及上市安排,从而满足“发行人注册资本已足额缴纳”的上市要求;若因符合持股条件的员工数量较少或员工出资压力过大等原因导致预留股权未能授予完毕,为避免影响上市进程,可在履行必要的国资审批手续后,对原持股方案进行变更,调整预留股权的出资主体。

值得注意的是,若是发行人子公司在上市前实施员工持股且无法在上市前将预留股权授予完毕,因子公司层面的持股平台存在预留,一般不会影响发行人符合股权权属清晰这一上市条

件,如优刻得(688158)在上市前其子公司上海优铭云就采取持股平台代持的方式预留了20%的激励股权,在上市过程中亦未做出特殊安排,仍将该20%的激励股权预留到上市后分批授予上海优铭云的员工。

### 第三部分 股权代持问题

实践中存在部分国有企业为工商登记之便利或集中管理目的,未将部分持股员工登记为持股平台股东/合伙人,而是采取其他员工代持的方式实现该部分员工持股。**由于股权代持行为存在潜在的股权权属纠纷风险及对公司股权结构**

清晰、稳定存在不利影响,在上市过程中原则上均需予以全面清理。

### 1. 相关规定

139号文、4号文以及133号文等国有企业股权激励的文件并未对股权代持做出明确规定。

《首发办法》第十三条规定,“发行人的股权清晰”;《科创板首次公开发行股票注册管理办法(试行)》(2020修正)和《创业板首次公开发行股票注册管理办法(试行)》规定,“控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东所持发行人的股份权属清晰”,虽然限定了股份权属清晰的主体范围,但实操中均是从严把握要求发行人的全部

股权清晰。

此外,证监会及交易所在其举办的保代培训中也**多次强调不允许存在股份代持,需要申报前予以清理。**

### 2. 近期上市案例

股权代持需在申报前予以清理在实践中并无争议,重点是清理的方式以及清理是否彻底,在审核过程中监管机构也会重点关注股权代持的产生背景、是否存在规避法律强制性规定的情形、是否彻底清理以及是否存在纠纷或潜在纠纷等问题。经笔者查阅,就代持清理问题,近期上市的国有企业案例如下:

序号	公司名称	代持情况	清理方式
1	振华新材(科创板注册中)	2009年6月振华新材第一次增资时,卢某、张某、孙某、李某、辜某、席某、国某代振华集团及其体系内企业51名员工认缴部分新增股份。各员工参与本次增资系看好振华新材的发展,代持系为便于统一集中管理、减少名义股东人数。	结合139号文及《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》(国资发改革[2009]49号)的规定,发行人于2016年1月对振华集团体系内职工股份代持事项进行了清理: •若实际权益人不属于国有企业中层以上管理人员及其配偶,属于适格股东,由委托持股人直接向实际权益人还原以解除委托代持关系。代持双方签署《关于股份代持事项的确认书》确认不存在纠纷或潜在纠纷。 •若实际权益人为国有企业中层以上管理人员及其配偶等不适格股东,由实际权益人向无关联第三方转让以解除委托代持关系,无关联受让方直接向实际权益人支付转让对价。且由代持双方及第三方共同签署不存在纠纷或潜在纠纷等的确认书。
2	中瓷电子(003031)	经中国电科《关于中国电子科技集团公司第十三研究所成立河北中瓷科技有限公司(拟名)的批复》(电科产函[2009]178号文)批准,	代持清理过程具体如下: •2012年12月,郑某由于工作调动从中瓷有限离职,郑某将其持有的100.00万元中瓷有限的出资额转交给付某。中瓷有限职工持股代表变

序号	公司名称	代持情况	清理方式
		中国电科十三所与骨干职工共同设立中瓷有限。为简化股权结构、提高管理效率, 2009年7月30日至2009年8月3日期间, 郑某、邹某分别与其他31名自然人签署《自然人股东协议书》, 约定该等职工在中瓷有限的出资由郑某、邹某代为持有, 各实际出资股东以其出资比例享有利润、承担亏损及债务。	更为付某和邹某。 •2018年9月, 职工代表付某和邹某将其本人及其代持股权转让至泉某和(员工持股平台), 转让价格为0.00元。至此股权代持清理完毕。此外, 控股股东中国电科十三所出具说明, 确认股权代持已解除, 现有股东均真实持有公司股份等。

综上, 我们理解, 就股权激励中存在代持情形的国有企业, 建议在启动上市计划时, 尽快开展代持清理工作, 聘请专业中介机构通过核查持股员工名单、各持股员工的出资资金来源、代持协议等对真实的持股情况(包括代持发生的时间、人数、代持原因和数量、实际出资人)等情况予以确认。

在确认真实持股情况后, 就实际权益人符合持股条件的, 应对相关代持予以还原, 包括安排代持各方签署相关协议(协议内容包括确认原有的股份代持基本情况、同意解除股份代持以及还原真实持股的方案等), 必要时由公证人员对协议签署过程进行公证, 并通过召开股东大会对代持清理方案予以确认等。就实际权益人不符合持股条件的, 安排将相关股权转让给第三方。

同时为避免存在后续潜在纠纷及满足IPO核查要求, 还需对代持各方进行访谈, 确认股份代持、解除基本情况以及就代持事项是否存在纠纷或潜在纠纷等。

## 结语

绝大部分实施股权激励的国有企业都是计划通过“引战——员工持股——上市”的“三步走”路径完成国有企业混改目标, 从而实现企业跨越式发展。为避免因股权激励中的不当安排对公司上市造成不利影响, 国有企业在实施股权激励时应严格遵守4号文、133号文等文件的相关规定; 就已开展股权激励但可能存在不规范情形的, 可结合国有企业股权激励相关规定与IPO审核要求在专业中介机构的指导下提前进行整改。✉

(特别鸣谢: 资本市场部合伙人熊川律师对本文提出的宝贵建议)



李长虹  
合伙人  
合规与政府监管部  
武汉办公室  
+86 27 5942 5117  
lichanghong@zhonglun.com



王婧  
非权益合伙人  
公司业务部  
武汉办公室  
+86 27 5942 5133  
wangjing@zhonglun.com

# 明晰人脸识别案件的司法裁判规则， 推动AI行业规范发展 ——最高院人脸识别司法解释解读

作者：陈际红、蔡鹏、陈煜焯



2021年7月27日, 最高人民法院发布《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“《规定》”), 自2021年8月1日起实施。

人脸识别是人工智能技术的重要应用, 在社会生活带来便利的同时, 其所带来的个人信息保护问题也日益凸显。“3.15晚会”曝光人脸识别技术滥用乱象、“我国人脸识别第一案”中强制顾客激活人脸识别系统等, 体现出人脸识别技术广泛应用与个人信息保护的矛盾日益尖锐。

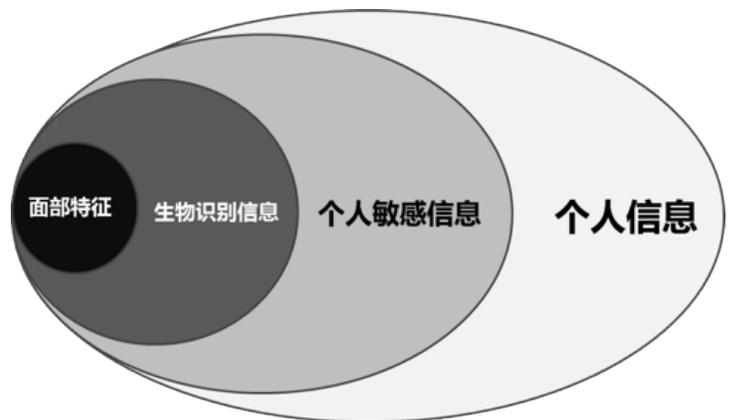
对于人脸信息等个人信息的保护, 我国存在民事、行政和刑事三种救济方式。我国过去长期以行政监管和刑事惩戒作为个人信息保护的主要规制手段, 基于民事司法裁判的规制不清晰, 原告举证责任难以实现等原因, 导致以民事途径维护个人信息权益的司法实践并不顺畅。《规定》的出台, 将激活人脸识别技术有关人脸信息保护案件的民事司法保护途径。

## 第一部分\ 明确人脸信息的属性

关于人脸信息的定义和法律属性, 《规定》第一条第三款规定“本规定所称人脸信息属于民法典第一千零三十四条规定的‘生物识别信息’”。具体定义可参照国家标准《GB/T 38671-2020 信息安全技术 远程人脸识别系统技术要求》中对“人脸识别”的表述, 即人脸识别技术中处理的“人脸信息”为**能够识别个体身份的面部特征信息**。

从法律属性上讲, 笔者总结, 因其能够识别个体身份, 首先构成“个人信息”<sup>1</sup>; 其次, 由于“人脸识别信息”为面部特征信息, 可能包含有身体、健康、年龄、种族等多元信息, 甚至可能包括个人的心理信息<sup>2</sup>, 因此构成“敏感个人信息”<sup>3</sup>,

具体则属于个人敏感信息中的“生物识别信息”<sup>4</sup>。各信息类型的关系可见下图。



1.《网络安全法》第七十六条。《民法典》第一千零三十四条。

2.王利明: 人脸信息是敏感信息和核心隐私应该强化保护, <https://www.shupl.edu.cn/xbb-jb/2021/0201/c2265a86508/page.htm>。

3.《信息安全技术 个人信息安全规范》附录B

个人敏感信息是指一旦泄露、非法提供或滥用可能危害人身和财产安全, 极易导致个人名誉、身心健康受到损害或歧视性待遇等的个人信息。

4.《信息安全技术 个人信息安全规范》附录B——表B.1

## 第二部分\ 设定人脸识别技术应用的合法边界

《规定》作为《民法典》人格权编配套的司法解释，其在规范逻辑上大体与《民法典》第一千零三十四条至第一千零三十八条相一致。同时，

由于人脸信息本质上具有敏感个人信息的属性，故《规定》在为人脸识别技术划定司法边界时，与《网络安全法》以及刚出台的《个人信息保护法》等个人信息保护规则相互呼应，形成了具有体系一致性的司法裁判规则。

### 1. 明示处理个人信息的目的、方式、范围

规定	网络安全法	个人信息保护法
第二条:信息处理者处理人脸信息有下列情形之一的,人民法院应当认定属于侵害自然人人格权益的行为:(二)未公开处理人脸信息的规则或者未明示处理的目的、方式、范围。	《网络安全法》第四十一条:网络运营者收集、使用个人信息,应当遵循合法、正当、必要的原则,公开收集、使用规则,明示收集、使用信息的目的、方式和范围,并经被收集者同意。	第七条:处理个人信息应当遵循公开、透明原则,公开个人信息处理规则,明示处理的目的、方式和范围。

《规定》第二条第(二)项要求信息处理者应当公开处理人脸信息的规则,并且明示处理的目的、方式、范围。一方面,此项要求是个人信息处理基本原则<sup>5</sup>中“目的明确”和“公开透明”两项原则的体现,即要求信息处理者应当具有明确、清晰、具体的个人信息处理目的,并且应当以明确、易懂和合理的方式公开处理个人信息的范围、目的、规则等,接受外部监督。同时,此项规定也是对于个人信息主体知情权的保障,从而确保个人信息主体的同意是其在完全知情的基础上作出的意愿表示。

实践中,此等明示义务通常以《个人信息保

护政策》(又称《隐私政策》)等形式实现,根据《个人信息保护法》第十七条、第三十条,所应明示的内容至少包括:1)个人信息处理者的身份和联系方式;2)个人信息的处理目的、处理方式,处理的个人信息种类、保存期限;3)个人行使权利的方式和程序。同时,人脸信息作为敏感个人信息,信息处理者还应当向个人告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人的影响。

### 2. 获得单独同意

5.《信息安全技术 个人信息安全规范》4 个人信息安全基本原则

规定	民法典	个人信息保护法
<p>第二条:信息处理者处理人脸信息有下列情形之一的,人民法院应当认定属于侵害自然人人格权益的行为:(三)基于个人同意处理人脸信息的,未征得自然人或者其监护人的<b>单独同意</b>,或者未按照法律、行政法规的规定征得自然人或者其监护人的书面同意。</p>	<p>第一千零三十五条 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。</p>	<p>第二十九条 处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意;法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得书面同意的,从其规定。</p>

无论是《民法典》还是《网络安全法》，都将个人同意作为个人信息处理首要合法性基础。然而，实践中人脸识别技术应用中各种不规范做法，使得个人同意往往流于形式。《规定》第二条第(三)项在《民法典》第一千零三十五条的基础上，考虑《个人信息保护法(二审稿)》的规定，进一步将“同意”细化为“单独同意”。“单独同意”目的在于对人脸信息提供增强式保护，让信息主体更加充分地参与到人脸信息处理的决策之中。从目的上讲，“单独同意”是为了保障个人对于其人脸信息的处理享有**知情权、决定权，有权限制或拒绝他人对其个人信息进行处理**。

欧盟《通用数据保护条例》明确数据主体的同意是指“数据主体通过书面声明或经由一个清楚确定的动作，表示同意对其个人数据进行处理。该意愿表达应是自愿的(freely given)、特定的(specific)、知情的(informed)、明确的(unambiguous)”。因此，也可借鉴此方式，将充

**分知情、自愿、明确、特定(单独)**作为理解是否满足我国“单独同意”的四个要件。

基于此，“单独同意”首先应当确保收集的“**可感知性**”，个人充分知情，而不应与其他个人信息处理规则一并告知。其次，“单独同意”应当**排除“捆绑授权”**，即人脸信息处理的同意应当与其他的个人信息处理行为区分开，并分别征得个人的同意。最后，“单独同意”应当**排除“强迫或变相强迫同意”**的情况，如人脸信息不属于提供产品或者服务所必需的，个人在拒绝后对产品或服务的使用不应被影响或限制，这也是《规定》第四条<sup>6</sup>之规定的应有之义。

6. 第四条 有下列情形之一的，信息处理者以已征得自然人或者其监护人同意为由抗辩的，人民法院不予支持：  
(一) 信息处理者要求自然人同意处理其人脸信息才提供产品或者服务的，但是处理人脸信息属于提供产品或者服务所必需的除外；  
(二) 信息处理者以与其他授权捆绑等方式要求自然人同意处理其人脸信息的；  
(三) 强迫或者变相强迫自然人同意处理其人脸信息的其他情形。

### 3. 采取技术措施及其他必要措施

规定	网络安全法	个人信息保护法
<p>第二条:信息处理者处理人脸信息有下列情形之一的,人民法院应当认定属于侵害自然人人格权益的行为:(五)未采取应有的技术措施或者其他必要措施确保其收集、存储的人脸信息安全,致使人脸信息泄露、篡改、丢失。</p>	<p>第四十二条第二款:网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施,确保其收集的个人信息安全,防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时,应当立即采取补救措施,按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。</p>	<p>第五十一条:个人信息处理者应当根据个人信息的处理目的、处理方式、个人信息的种类以及对个人的影响、可能存在的安全风险等,采取必要措施确保个人信息处理活动符合法律、行政法规的规定,并防止未经授权的访问以及个人信息泄露或者被窃取、篡改、删除。</p>

《规定》第二条第(五)项要求信息处理者应当采取技术措施或者其他必要措施确保人脸信息安全,此等措施的具体要求可参照《信息安全技术 个人信息安全规范》<sup>7</sup>关于个人敏感信息的传输和存储要求予以执行。具体包括:

- 传输和存储人脸信息应采用加密等安全措施;
- 人脸信息应与个人身份信息分开存储;
- 原则上不应存储原始人脸信息(如样本、图像等),可采取的措施包括但不限于:1)仅存储人脸信息的摘要信息;2)在采集终端中直接使用人脸信息实现身份识别、认证等功能;3)在使用人脸识别特征实现识别身份、认证等功能后删除可提取个人生物识别信息的原始图像。

#### 4. 不得违法或违约向他人提供

《规定》第二条第(六)项将违反法律、行政法

规和违约向他人提供人脸信息作为侵害自然人人格权益的法定情形。关于法律、行政法规对于向他人提供个人信息的要求可见《个人信息保护法》第二十三条,包括**向个人告知接收方的身份、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类,并取得个人的单独同意**。同时,《信息安全技术 个人信息安全规范》还要求提供个人敏感信息前,应告知数据接收方的身份和数据安全能力,企业在向关联方或第三方提供相应人脸信息前应予以遵循。

#### 5. 责任豁免

在充分保护人脸信息的同时,《规定》通过建立责任豁免制度,为人脸识别技术的应用和发展留下空间,也为企业合规使用人脸识别技术以及

7.《信息安全技术 个人信息安全规范》6.3 个人敏感信息的传输和存储

处理基于人脸识别技术生成的人脸信息提供合法的路径指引。

《规定》第五条在吸收《个人信息保护法(二审稿)》立法精神的基础上,对民法典第一千零三十六条规定进行了细化,明确规定了使用人脸识别技术的责任豁免情形,包括:

- 为应对突发公共卫生事件,或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需;
- 为维护公共安全,依据国家有关规定使用人脸识别技术;
- 为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为在合理的范围内处理人脸信息;
- 在自然人或者其监护人同意的范围内合理处理人脸信息。

同时,《规定》第七条第二款规定,信息处理者利用网络服务处理人脸信息侵害自然人人格权益的,适用《民法典》关于**通知-删除规则**的相应规定,笔者理解,这事实上也为网络服务提供者设置了网络环境下的责任豁免情形。

### 第三部分\ 设定三元救济路径:侵权、违约和公益诉讼

《规定》分别从侵权、违约和消费者公益诉讼三个层面形成了我国个人信息保护的三元规制

路径,为个人信息主体实现人脸信息保护提供了**有力的法律基础**。其中,《规定》第二条至第九条主要从人格权和侵权责任角度明确了滥用人脸识别技术处理人脸信息行为的性质和责任;第十条至第十二条从**合同角度**对实践中涉及人脸识别的重点问题予以回应,包括物业服务、格式条款效力、违约责任承担等;第十四条则从**民事公益诉讼**的角度规定了信息处理者处理人脸信息的行为符合《民事诉讼法》《消费者权益保护法》等关于民事公益诉讼的相关规定时,法律规定的机关和有关组织可以提起民事公益诉讼。

此种三元规制体系的一大亮点在于,将**违约作为与侵权救济同一位阶的救济手段,有利于保障当事人在起诉时选择最有利于保障自身合法权益的请求权基础**。例如,相比于违约案件,在人格权侵权案件中,受害人的损失或侵权人的获利往往难以直接举证,受害人在主张赔偿额时可能面临举证不能的困境。通过设立违约责任,自然人可通过约定违约金以解决过去自然人在主张个人信息侵权之诉时赔偿额难以计算的困境。

关于人脸识别信息的民事救济路径,在“国内人脸识别第一案”<sup>8</sup>中,该案历经两审,法院在判决书分别从消费者权益保护、个人信息保护(侵权)和合同法角度进行论述,认定其应当承担单方变更入园方式的违约责任,以及超出事前收

8.案件具体情况参见(2019)浙0111民初6971号民事判决书。

集目的激活已收集的照片的侵犯个人信息权益的相应责任。

## 第四部分\ 民事责任的裁量和承担

### 1. 民事责任形式及考量因素

首先,《规定》第二条将违法处理人脸信息认定为侵害自然人人格权益的行为,对此《民法典》第九百九十五条规定了一般侵害人格权应承担的停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等责任形式。其次,《规定》第八和第九条分别明确了自然人有权主张财产损害赔偿及为制止侵权行为所支付的合理开支,同时对于特定情形下的侵害行为,自然人有权申请法院作出人格权侵害禁令。据此,对于侵害人脸信息的行为,可能承担的民事责任形式包括:

**(1) 停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉;(2) 财产损害赔偿;(3) 制止侵权行为的合理开支;(4) 人格权侵害禁令。**

同时,《规定》第三条明确了认定上述民事责任时应考量的因素,即适用民法典第九百九十八条<sup>9</sup>的规定,并结合案件具体情况综合考量受害人是否为未成年人、告知同意情况以及信息处理的必要程度等因素。其中,将受害人是否为未成年人作为重要考量因素,并在其他条款中要求处

理未成年人人脸信息必须征得其监护人的单独同意,体现了《规定》坚持最有利于未成年人原则,对于违法处理未成年人人脸信息的,在责任承担时依法予以从重从严,确保未成年人人脸信息依法得到特别保护。

### 2. 合理分配举证责任

人脸识别技术应用领域往往存在**消费者与经营者双方当事人经济实力不对等、信息不对称等问题**,如果仅运用民事诉讼基本原则“谁主张积极事实,谁承担证明责任”,**从形式上平等地适用于消费者领域的侵权举证责任分配,将无法最终实现当事人双方的实质平等。**

基于此,《规定》第六条在依据现有一般举证责任法律适用规则的基础上,通过第六条第二款规定,“信息处理者主张其行为符合民法典第一千零三十五条第一款<sup>10</sup>规定情形的,应当就此所依据的事实承担举证责任。”第三款规定,“信息处理者主张其不承担民事责任的,应当就其行为符合本规定第五条<sup>11</sup>规定的情形承担举证责

9.《民法典》第九百九十八条 认定行为人承担侵害除生命权、身体权和健康权外的人格权的民事责任,应当考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度,以及行为的目的、方式、后果等因素。

10.《民法典》第一千零三十五条 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。

11.《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》第五条 有下列情形之一的,信息处理者主张其不承担民事责任的,人民法院依法予以支持:

(一)为应对突发公共卫生事件,或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需而处理人脸信息的;  
(二)为维护公共安全,依据国家有关规定在公共场所使用人脸识别技术的;  
(三)为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为在合理的范围内处理人脸信息的;  
(四)在自然人或者其监护人同意的范围内合理处理人脸信息的;  
(五)符合法律、行政法规规定的其他情形。

任。”进而在举证责任配上课以信息处理者更多的举证责任。

## 第五部分\ 热点回应：人脸识别技术的典型争议场景

### 热点一：公共场所使用人脸识别技术

2021年“3·15”晚会调查发现一些企业在消费者不知情的情况下，违规利用人脸识别技术，通过监控摄像头追踪消费者行程，记录消费者信息，但并未明确告知顾客其人脸信息已被获取。被央视报道后，相关企业发布道歉声明，并表示已安排相关门店连夜拆除摄像设备，但相关事件引发公众对个人隐私的担忧。

针对此类场景，《规定》第二条规定，“信息处理者处理人脸信息有下列情形之一的，人民法院应当认定属于侵害自然人人格权益的行为：（一）在宾馆、商场、银行、车站、机场、体育场馆、娱乐场所等经营场所、公共场所违反法律、行政法规的规定使用人脸识别技术进行人脸验证、辨识或者分析。”

首先，应明确该条该规定并非**直接排除**在经营场所、公共场所使用人脸识别技术的可能性，而是强调使用此等技术应当在不违反法律、行政法规的前提下进行。

与此同时，鉴于客观上公共场所采集的人脸信息数量巨大，法律法规对相关处理行为进行更严格的要求也是应有之义。因此，《个人信息保护法》第二十六条规定，“在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备，应当为**维护公共安全所必需，遵守国家有关规定**，并设置显著的提示标识。所收集的个人图像、身份识别信息只能用于维护公共安全的目的，不得用于其他目的；取得个人单独同意的除外。”一方面，**将收集信息的目的仅限于维护公共安全**，同时，要求遵循“国家有关规定”，而非仅仅指法律、行政法规，这意味着**规章等规范性文件以及相关国家标准、地方标准也将成为判断其合法性的重要参照**。

### 热点二：强制索权、捆绑索权

以自2018年开始的App专项治理行动为抓手，App强制索权、过度索权、捆绑索权成为近期主管部门监管的重点领域。

App专项治理实施的行政监管或行政处罚手段有其局限性，基于此，要求App运营者直接对用户承担民事责任将有利于改变现状，《规定》第四条规定，信息处理者不得要求自然人同意处理其人脸信息才提供产品或者服务，除非**处理人脸信息属于提供产品或者服务所必需**；此外，信息处理者不得以**授权捆绑、强迫或变相强迫等方式等方式**要求自然人同意处理其人脸信息。

对于企业而言,在获取处理人脸信息权限时应当从整体上遵循**知情同意**和**最小必要**两项个人信息保护的基本原则。具体而言,以App为例,自2019年,全国信息安全标准化技术委员会、电信终端产业协会陆续发布《网络安全实践指南-移动互联网应用基本业务功能必要信息规范》《网络安全标准实践指南—移动互联网应用程序(App)系统权限申请使用指南》《App用户权益保护测评规范 权限索取行为》,以及包含《App收集使用个人信息最小必要评估规范总则》等在内的17项评估规范,从**权限的合理应用场景和信息收集最小必要要求**等层面对App权限索取行为作出了相应要求。此外,网信办等四部门于2021年3月发布《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》,明确了**常见类型App可收集的必要个人信息范围**,可以作为企业合规运营App的良好参照。

### 热点三:物业服务以人脸识别作为唯一验证方式

近几年,部分小区使用人脸识别门禁系统的问题受到社会的广泛关注,用“刷脸”代替“刷卡”被认为是一种智能化管理的新模式。但由此引发的问题在于,在录入人脸信息时,小区物业往往同时要求人脸信息和详细住址、身份信息相绑定,这些信息一旦泄露,将可能给个人隐私造成

难以弥补的损害。同时,人脸信息本质上属于个人信息,只有业主或者物业使用人自愿同意使用人脸识别,对人脸信息的采集、使用才有合法性基础。

据此,《规定》第十条第一款规定,“物业服务企业或者其他建筑物管理人**以人脸识别作为业主或者物业使用人出入物业服务区域的唯一验证方式,不同意的业主或者物业使用人请求其提供其他合理验证方式的,人民法院依法予以支持。**”根据该条及相关规定,小区物业在使用人脸识别门禁系统录入人脸信息时,应当征得业主或者物业使用人的单独同意,对于不同意的,小区物业应当提供替代性验证方式。

笔者理解,物业服务场景与“国内人脸识别第一案”的场景有所不同,在实践中物业服务合同通常由物业服务公司与业主委员会签订,此等合同较难被认定为消费者合同,进而难以适用消费者权益保护的视角进行调整,同时在物业服务合同中相关条款的细化程度往往并不高,难以明确物业服务企业以人脸识别作为唯一验证方式是否具有违法或违约性质。通过发布上述《规定》,业主或物业使用人将有权直接以“提供其他合理验证方式”作为诉讼请求,有利于改变此种现状。

**结语:**

最高人民法院研究室副主任郭锋先生在新闻发布会上表示，“人脸信息具有唯一性和不可更改性，我们可以换手机、可以换密码、可以换住址，但是我们没法‘换脸’。人脸信息一旦泄露，侵权影响，包括技术歧视或算法偏见所导致的不公平待遇甚至可能伴随其一生。”

人脸识别技术是个人信息保护领域的重中之重，《规定》在民事领域划定了使用人脸识别技术的合法性边界，也留下了技术发展的空间。随着《民法典》贯彻实施的不断深入、《个人信息保护法》的颁布实施，未来其他个人信息保护细分领域的裁判思路可见一斑。涉及人脸识别技术等AI企业应当迎接挑战，把握机遇，以合规路径响应人工智能时代的个人信息保护发展。 ❷



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



蔡鹏  
合伙人  
知识产权部  
北京办公室  
+86 10 5087 2786  
caipeng@zhonglun.com

# 中国企业海外项目，如何应对世行合规调查和制裁？

作者：龚乐凡



中国已经是受世行制裁企业数量最多的国家,受制裁的中国企业则主要集中在基础设施领域。企业一旦遭受制裁,面临后果和经济损失将极为严重。例如,某中国企业曾经在已经保质保量完成了某海外建设项目90%的情况下,由于在项目进行过程中被世界银行下属廉政局(INT)调查后发现了违规行为,该公司及其6家关联公司均受到世行制裁,不得不终止工程进程,项目损失高达数亿;并且在未来长达8年的时间内,无法参与任何世行资助项目。

针对上述情况,其中最大的问题来自于中国企业对这个领域的游戏规则认知严重不足——而只要能够积极应对,在法务和合规制度方面,做好事前防范和事后应对的工作,处罚和制裁的风险可以大幅降低。

如果你作为一家从事海外工程承包的企业,从事一带一路或者其他的建设项目,而有一天收到一封来自世界银行集团(以下简称“世行”)的审计函(audit letter),或者更为严重的质询函(show cause letter),那么不仅意味着企业所从事的涉及调查的海外项目面临中止,也可能意味着你们企业集团下属的所有接受世界银行以及其他多边开发银行的融资均面临搁置或者取消。如果所涉及的违禁事实实锤,那么公司(包括其子公司和关联公司)以及相关个人可能都将面临世界银行的制裁。相关的行贿以及欺诈等行为,亦有可能由世界银行转报企业所属国家的司法机关进行调查和处理。这对于企业来说,意味着巨大的经济损失和商誉损害,以及潜在的刑事责任。

如何应对这样的世行调查函件,对于调查和处罚的结果,其实有着极为重要的影响。因为世行最终的处罚、制裁结果各不相同,有一些因素可能会导致从严从重的处罚,相反的,也有一些因素可以有利于获得从轻从宽的处理。而在调查和处理的流程上,究竟是通过“和解方式”解决,还是通过“裁决”方式解决,严重的程度也往往存在天壤之别。是否配合世行的调查?而配合了调查却又发现了新的违规违禁行为该怎么办?企业进行“自检”该如何收集证据,如何做调查笔录,如何将调查流程向世行调查机构报备?企业是否需要快速构建合规体系,以获得处罚和制裁上的从轻从宽处理?而什么样的合规体系,才能获得世行的认可?为什么说不同阶段,采取合规体系建设的早晚,也会对结果也有影响?为什么说有一些积极的应对策略,能够起到

神奇的效果？

另外，针对世行的调查和制裁，很多人还对“合规”存在严重的误区。例如，误认为不合规无非就是不要向当地的官员行贿，只要公司已经有了反贿赂的合规体系，就可高枕无忧。但实际上，世行除了针对贿赂这些腐败行为进行调查和制裁，对于欺诈、虚假陈述等在招投标过程中的行为，一样会进行调查和处罚。根据《世界银行制裁2020年度报告》，高达86%的处罚案件涉及的是欺诈和误导性陈述，而不是贿赂。而企业在招投标的过程中，哪怕是不小心的描述错误，仍然有可能触发调查并导致极为严重的后果。

这些就是本文希望进行探讨的内容。

## 第一部分\ 世行调查与制裁的背景

世界银行集团是全球发展中国家资金与知识的最大来源之一，它包括五个共同致力于减少贫困、推动共享繁荣和促进可持续增长与发展的机构：国际复兴开发银行（IBRD）、国际开发协会（IDA）、国际金融公司（IFC）、多边投资担保机构（MIGA）以及国际投资争端解决中心（ICS）。根据《世界银行2020年度报告》，2016至2020财年，每年世行支付的资金均超过600亿美元，2020年财年的支付金额更高达770亿美元；

资助项目广泛分布于教育、医疗、公共设施建设等关系到“国计民生”的重要领域。

2020财年全年，世行廉政局（INT）共收到2958起投诉，对429个案件进行了初步调查，制裁了49家公司和个人。除此之外，世行还承认了其他多边开发银行的72项交叉禁止，同时提出了符合其他多边开发银行交叉禁止标准的38项禁止。<sup>1</sup>截止至2021年7月8日，根据世界银行官方数据，已有142个中国（包括港澳台地区）主体（包括企业和个人）被世界银行列入除名制裁名单（List of Debarred Firms and Individuals）。根据世行《制裁和和解程序》第9.01(c)条，被宣布“除名制裁”的企业和个人将会在规定时间内（甚至永久）被取消投标和参与世界银行融资项目的资格。

对受到制裁的企业而言，世行的制裁不仅仅意味着经济损失和被迫失去世行资助项目的参与资格，更会受到全球市场的信用质疑，丧失投资者的信任，进而影响企业“全球化”的发展战略。企业必须对此加以重视。

## 第二部分\ 世行制裁典型案例展示

目前，中国已经是受世行制裁企业数量最

1.数据来源：《世界银行2020年度报告》

多的国家,受制裁的中国企业则主要集中在基础设施领域。由于一大批中国优秀基建企业因为被世行制裁,其参与的“一带一路”项目即使并非由世行援建,也会饱受质疑,带来蝴蝶效应般的影响,导致其他中国企业遭遇全球信用危机。<sup>2</sup>

一旦遭遇世行制裁,即便企业已经开始项目,甚至已经即将保质保量地完成项目,也要立即退出,关联企业也会受到波及,丧失参与世行项目的机会。例如某中国企业曾经在已经保质保量完成了项目90%的情况下,由于在项目进行过程中经世行廉政局(INT)调查后发现了违规行为,该公司及其6家关联公司均受到世行制裁,不得不终止工程进程,项目损失高达数亿;并且在未来长达8年的时间内,无法参与任何世行资助项目。<sup>3</sup>

借由分析以下三个近期世行制裁案例,我们期望能够帮助梳理世行制裁的原因与具体方式,为相关企业提供借鉴。

### 案例一:中国企业海外投标太阳能光伏项目,因披露不合规遭至世行制裁<sup>4</sup>

2021年3月8日,世行发布对施璐得亚洲有限公司的制裁,决定将该公司自决定发布之日起,列入“除名清单”至少16个月。2018年3月,该企业于缅甸参与一次由世行资助的太阳能光伏项

目投标时,向世行隐瞒了其“雇佣中间人来帮助中标”的事实,构成欺诈行为。

根据世行制裁决定书内容,在应对世行的调查中企业曾辩称,该“涉案中间人”并非公司的员工或代理人(agent),而是独立的中间人,无需向世行披露。但制裁委员会并未承认上述辩解中的缩小解释。委员会认为:“世行投标文件中的披露要求涵盖了任何向代理人(agent)或者任何其他一方(any other party)所支付的佣金(commissions)或者费用(fees),因此,这一披露要求强调的是该佣金是否已经支付或者支付即将完成(whether a commission was paid or was to be paid at all),而不是支付给谁(not to whom it was paid)。”当INT介入调查时,被调查企业实际已经向“涉案中间人”完成支付,这一事实属于世行所要求的应当披露的范围。公司隐瞒这一事实的行为成立欺诈,理应接受制裁。

从以上案例不难看出,实践中不少企业对于世行的规则并不完全了解,而是想当然地从自己的角度加以解读。这样的想法是比较危险的,可能会给世行留下“强词夺理”的第一印象,

2. 彭亚娜:《世界银行对华企业制裁的法律依据、成因以及对策》,国际经济法学刊 2020年第2期  
3. World Bank Applies 2009 Debarment to China Communications Construction Company Limited for Fraud in Philippines Roads Project <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2011/07/29/world-bank-applies-2009-debarment-to-china-communications-construction-company-limited-for-fraud-in-philippines-roads-project>  
4. Sanctions Board Decision No. 131 (Sanctions Case No. 671) IDA Credit No. 5727-MM (the National Electrification Project in the Republic of the Union of Myanmar)



并且导致调查机关忽视对企业有利的证据，甚至有可能成立加重情节。所以，一旦企业遭遇调查，应尽早尽快寻求专业的咨询建议，积极地、及时地应对，在法律专家的协助下，进行全面的自查，搜集整理有力证据，主动协商。

## 案例二：越南企业在城市基建类项目中行贿被世行制裁<sup>5</sup>

2021年1月5日，世行发布了对越南VN1 Industrial Group JSC公司的制裁决定：自决定发布之日起，将其列入世行“除名清单”至少四年。根据调查，该企业在两年间，向包括项目管理机关、相关顾问等在内的越南官方机构行贿，涉案金额达46222美元，违规行为涉及至少6个

世行融资合同及子合同的施行。

前述两个被制裁企业均被世行列入“除名清单”，一旦被列入清单，相关企业和/或个人可能会面临如下“困境”：

- a) 禁止中标任何世行融资项目或从中获取经济利益；
- b) 禁止被其他世行资助项目的项目参与方指定为分包商，咨询顾问，承包商和供应商或服务提供商；
- c) 禁止获得任何世行的贷款或者参与世行资助的项目。

5. Sanctions Case No. 655 IDA Credit Number 5083-VN (Vietnam Mekong Delta Region Urban Upgrading Project)

如果要向世行申请解禁，被制裁企业必须向世行合规官证明其采取了适当的举措来弥补错误行为，并且有效建立并实施了符合世行合规标准的合规方案。

### 案例三：中国某国有公司子公司借母公司名义实施欺诈行为，母公司监管不力而被列入“附条件不除名制裁名单”<sup>6</sup>

2020年10月28日，世行发布了对中国CC公司（以下简称“CC公司”）及其子公司中国CE公司（以下简称“CE公司”）的制裁决定，决定对CC公司施以自决定发布之日起18个月的“附条件不除名”制裁。世行认定，CE公司在赞比亚的电力工程项目中，提供了冠以母公司名称的资质证明文件，以满足投标要求，应被认定为欺诈行为。而被调查企业CC公司作为CE公司的母公司，未能及时发现子公司的违规行为，存在失职情况，未尽到相应监管义务，同样被世行认定为欺诈行为的实施者。

本案中，该公司最终与世行达成了和解协议。世行允许CC公司继续参与世行相关的项目。但若未能满足世行与CC公司之间的和解协议条件，则后续可能会被禁止参与项目；而如果CC公司与子公司均实施了有效的企业合规方案，则可能会缩短18个月的制裁期限。

从本案的违规事实来看，企业在参与世行

资助项目时，不能自以为投标文件上的某些“借用”、“冠名”和一些适当夸大的措辞是合理的；尤其在涉及到资质证明文件时，更应引起高度关注。另一方面，企业应当及时纠正错误、主动配合世行进行内部调查、争取达成和解、及时建立合规制度、避免重蹈覆辙，这些都会有利于制裁的减轻。

### 第三部分\ “遇事不怕事”：未雨绸缪，积极应对不合规行为，建立合规体系

在面临世界银行制裁的过程中，企业的应对方式乃至应对态度都会影响到最终的制裁结果。合适的应对方式能够有效减少制裁期限，相反，消极、仓促的应对则可能进一步加重制裁，即所谓的加重情节 (aggravating factors) 与减轻情节 (mitigation factors)。例如，企业应当积极配合世行的调查。事实上，企业的积极配合程度就是可以影响到制裁结果的减轻情节之一。而如若企业不配合，乃至以各种手段干扰调查，则可能成立加重情节，面临可至三年制裁期的加重制裁；更有甚者，甚至可能成立阻碍行为

6. World Bank Group Sanctions Two Chinese Engineering Companies for 18 months.  
<https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/10/28/world-bank-group-sanctions-two-chinese-engineering-companies-for-18-months>

(obstruction), 而被单独另案调查。关于具体的世行制裁调查过程中有哪些值得相关企业注意的加重情节或减轻情节, 我们将在之后的系列文章中加以详细探讨。

总的来说, 由于世行采取两级制裁程序, 潜在的可制裁不当行为首先将被廉政局 (INT) 调查。在这个阶段, 所有被调查的实体都会被给予和解选项, 出于策略考虑, 和解在一定程度上节省了企业应对调查的时间与资源, 给予了企业自主选择的空间, 往往可以有效减轻制裁。鉴于INT在和解阶段, 对于相关事实的认定有较大的自主裁量权, 企业如若想寻求和解, 需要及时咨询相关法律专业人士, 有策略地收集有利证据, 以合适善意的方式, 进行有礼有节的协商。

如果企业没有成功与INT达成和解协议, 那么案件将被送达至第一级制裁程序, 由暂停资格审查办公室 (Office of Suspension and Debarment, OSD) 执行初步制裁 (一旦进入制裁阶段, 大概率后果较为严重)。同时为了保证制裁结果的公正与独立, 世行也为被制裁企业提供了上诉机会, 如果不满OSD的制裁决定, 则企业可以向制裁委员会 (Sanction Board) 上诉, 即世行第二级制裁程序。制裁委员会将遵从“**de novo**” (重新审理) 原则, 对每一个上诉案件进行全面的、公平的审理。一般来说, 制裁委员会的决定为终审, 不得上诉。<sup>7</sup>基于此, 企业在不

同时点下将会面临不同的制裁场景, 应对侧重点也应当不尽相同。

根据《世界银行制裁体系2020财年年度报告》, 在2020财年, 诚信合规办公室 (Integrity Compliance Office, ICO) 向43家新制裁方告知了解除制裁的条件, 与107家被制裁方接触并提供帮助。因为只有当被制裁主体 (企业或者个人) 满足了ICO的合规要求时, 才能解除制裁; 否则即使制裁期满, 被制裁主体也可能无法从制裁名单上移除。这就是所谓“附条件解除除名” (Debarment with conditional release), 也是世行最常见的制裁方式之一。2020财年年度, 通过ICO审核并且达到条件解除除名制裁的企业共有18家。

当然, 企业如果想真正防患于未然, 又能从容应对可能的调查、制裁, 必须做到“打铁自身硬”。所以, 最为有利的做法是主动出击, 尽快做好符合世行要求的合规制度建设, 防范于未然, 而不是等出了事情再去被动应对, 而是应当根据世行解除制裁的核心标准 (即公司是否建立并实施了符合世行《诚信合规指南》所要求的合规制度), 在日常经营中就积极评估公司相关业务的风险, 建立全面的多层次合规制度和体系, 在包括员工行为手册、合作方尽调、投标等各个

7. The World Bank Group Sanctions System: Addressing Fraud and Corruption Through a Two-Tiered Administrative Process

业务核心领域建立完善的企业合规,时刻强调合规的重要性。建立完善合规体系需要时间和经验的积累,并非能够一蹴而就,但尽快启动、未雨绸缪颇为关键。而在接受世行调查之后,即便最终建立起合适的合规体系,也并不意味着企业能够当然获得从轻制裁:例如,如果存在进行合规弥补措施的时间较晚,或存在被调查行为造成的损害过强等情形,获得从宽处理的可能性同样也是有限的。

而公司即便有了其他相应的合规制度(例如反腐败、反贿赂方面的合规制度),绝不等于就可以在世行的调查和制裁程序中拿到“免死金牌”——恰恰相反,世行的不合规行为的定义颇为广泛。举例而言,可能构成欺诈的行为有:在投标中或在项目过程中提交任何虚假或误导性文件(例如,不准确的时间表、歪曲与个人资格有关的简历或在投标中包含个人姓名,而个人可能不可以参与项目),或者公司未能披露重要信息(制裁程序经常涉及这种性质的指控)等等。

因此,在建立符合世行要求的合规体系的同时,企业需要经常对员工开展各类关于合规的培训,否则业务相关人员可能无法完全认识到世行制裁小组在认定不合规行为时所适用的广泛定义。

全面合规体系的建立只是中国企业走向国

际“未雨绸缪”和“亡羊补牢”的第一步,而将合规管理融入日常业务流程,打造并实施具有可行性的合规制度,并且注意资料和合规痕迹的保管和留存,才能真正做到“防患于未然”,在遭遇调查时有理可证,有据可依,利于免除公司责任。☒



龚乐凡  
合伙人  
私募基金与资管部  
上海办公室  
+86 21 6061 3608  
lefangong@zhonglun.com



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。