

华诚律谈

二〇二〇年下半年刊

华诚律谈编委会 编著



目录

▶ 知识产权

- 1、抄装修的事，能算抄吗？——“火凤祥”涉嫌抄袭吼堂老火锅店装潢一事的法律评3
- 2、软件开发的主要风险点、司法裁判及合规建议8
- 3、阳澄湖不是你想用，想用就能用——谈地理标志专用标志在商品上的使用规范12
- 4、评专利审查指南修改草案征求意见稿（2020.10）补充实验数据审查案例17

▶ 公司商事

- 1、对赌的常见形式及其纠纷裁判规则的演变21
- 2、对赌纠纷典型案例解析与对赌条款设计建议24
- 3、商业战略模型在股权收购法律尽调中的运用28
- 4、股东抽逃出资的一般认定规则31
- 5、“一股二卖”情形中，股权的归属问题34

▶ 网络安全与数据保护

- 1、论医疗数据权利配置——医疗数据开放利用法律框架37
- 2、“隐秘的角落？”——Wi-Fi 探针使用的数据合规50
- 3、人脸识别亟待规范53

▶ 破产与清算

- 1、公司解散清算时出资期限尚未届满，股东是否必须缴足出资？56
- 2、股东是否会被追加为公司债务的被执行人？58
- 3、股东是否应提前承担出资加速到期的责任？61

知识产权篇

抄装修的事，能算抄吗？ ——“火凤祥”涉嫌抄袭吼堂老火锅店装潢一事的法律评论

作者：金易文

引言

也不知道从什么时候起，大热天吃火锅成了一种常规操作，把空调开到最低，把火力调到最大，毛肚黄喉鹅肠，就着香油蒜泥耗油，让味蕾在滚烫的辣椒红油中躁动起来，让灵魂在三伏天的热辣中得到升华，人生快活，莫过于此。

而这火锅店生意一好，是非也就多起来了，这不，就在上周，成都一家名为“吼堂”的火锅店发布微博称，艺人郑恺的火锅店“火凤祥”与自家火锅店的装潢高度相似，无论是设计风格、装修细节还是各种软装、乃至产品的装盘几乎一摸一样，存在“令人难以置信的相似”。

成都吼堂老火锅店是一家以上世纪三四十年代老成都集市为背景的火锅店，整个店呈红蓝色彩搭配。店内有一个小型菜市场，旁边则是一个旗袍照相馆。走进用餐区域，上面悬挂着各类招牌，如“劝业场”、“京广国货”的匾牌场景和“敬告全川同胞人人请用国货”的横幅，还有“江楼水饺”、“正兴园川菜”、“莲花担担面”等成都老字号招牌，另有“毛肚张”、“鸭肠李”、“黄喉孙”、“汉源花椒”等火锅主要食材的专业字号。



而从吼堂老火锅的发文以及郑恺“火凤祥”火锅店的照片来看，确实，“火凤祥”店面大到整体环境、复古装修风格，小到地板花纹，天花吊牌文字、餐具细节都与吼堂老火锅一样，从服务创意到档口设置都如出一辙，就连物料设计也使用相同风格字体。

一、抄店铺装潢这事，能算抄袭吗？

那这种店铺装潢的模仿，到底算不算抄袭呢？有网友立刻跳出来了：当然不算抄袭了！

笔者：哦？您说说，怎么不算抄袭了？

网友：这一模一样的事，能算抄袭吗？

笔者：嗨~

相声表演先放一边，从上面图片我们可以看到，确实“火凤祥”和吼堂老火锅的店铺装修风格非常相似。那么，对于店铺装修风格这一看似虚幻缥缈的元素，法律的保护途径一般有两种：其一，满足一定条件的店铺装修风格，或者说店铺装潢设计，可以构成著作权意义上的美术作品，而受到《著作权法》的保护；其二，知名商品的包装设计，包括店铺装潢在内，也拥有其权利，如果店铺装潢会导致消费者混淆的，同样会受到《反不正当竞争法》的规制。换句话说，确实“火凤祥”可能涉嫌侵犯吼堂老火锅的店铺装潢设计美术作品著作权，也可能构成对吼堂老火锅的不正当竞争。

1、从一种起诉依据—著作权侵权的角度来看

吼堂老火锅若想寻求《著作权法》的保护，以此对抗“火凤祥”的侵权行为的话，至少需要满足以下几个条件：

首先是权利基础部分，就著作权作品而言，店铺装潢需要具有自身独特的原创性和审美高度，例如吼堂老火锅的整体装修内容可以体现了作者的某种独创思想，或者其装潢设计中的颜色、装修布局、材质、组合方式等元素能体现出一种独特的审美风格和特典的话，方能构成达到著作权法门槛标准的美术作品，进而可以受到《著作权法》的保护。

其次，著作权的保护遵循保护原创的原则，即保护先创作完成的作品，因此，吼堂老火锅还需要证明其店铺装潢设计完成在先。

最后，就是著作权侵权的判断部分，即我们一般所称的“实质性相似+接触”的基本规则。所谓“实质性相似加接触”，是指只有证明涉嫌侵权作品与受著作权保护的作品构成实质相似，同时作品权利人又有证据表明被告在此前具备了接触原作品的机会或者已实际接触了原作品，才能判定为著作权侵权。

2、从另一种起诉依据—不正当竞争的角度来看

根据《反不正当竞争法》第六条规定，经营者不得擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识，实施混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系。

火锅店的装潢（包括桌椅、门梁、摆件、挂饰、招牌、灯具等）、火锅店店员的服饰以及火锅店的菜单样式等具有独特风格的整体营业形象，实际上均属于《反不正当竞争法》意义上的“商品装潢”。如果这些装潢在消费群体中具有一定的影响力，并且被他人模仿的话，那么模仿者就涉嫌构成不正当竞争。

但是，需要注意的是，商品或服务的知名度是认定不正当竞争的前提条件。根据最高院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》的有关规定，人民法院认定知名商品，应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象，进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围，作为知名商品受保护的情况等因素，进行综合判断。

其次，还需要在特定消费群体中存在“相似性混淆”。这就意味着，吼堂老火锅不仅需要证明双方的店铺装潢，包括本文前面提到的桌椅、门梁、摆件、挂饰、招牌、灯具等各个元素存在相同或近似，并且需要证明这种相同或近似已经或者极有可能在特定消费群体中形成混淆。

二、著作权侵权？好像不行

根据报道，吼堂老火锅似乎想从著作权侵权的角度维权^[1]。但在笔者看来，这种店铺装潢的模仿，从著作权侵权角度维权似乎存在不小的难度。

一方面，吼堂老火锅的权力基础可能不是很牢固。尽管从相关新闻稿件中笔者得知，吼堂老火锅就其室内装修设计及软装设计，已在四川省版权局申请了作品登记，这看似对吼堂老火锅方面是一桩利好，但是实际上，作品著作权的登记是遵循自愿原则，著作权是自动取得，即自作品创作完成之日起就自动受到著作权法保护，无须履行申请、注册登记、认证等程序。而著作权登记也仅仅是一种形式审查，也就是说，在进行著作权登记时，并不实质审查作品是否具有独创性，因此，著作权登记并非作品著作权产生的条件，也非其受法律保护的前提，仅仅是一种对于其自身享有著作权权利的初步证据。

具体到本案中，吼堂老火锅除了提交著作权登记证书外，还需要证明其作品实际完成的时间在“火凤祥”之前，这就意味着吼堂老火锅方面仅仅拿出开店时间在前来试图证明其原创性是远远不够的，因为从完成店铺装潢设计到进行装修，也需要一定的时间，因此，可能还需要提出其他证据证明其作品的完成时间，如设计稿、中间稿、装修合同等证据。

另一方面，从两个店铺的实际照片对比上来看，尽管两边的装修风格非常接近，但实际上仍难以达到著作权法要求的相似标准，也就是“实质性相似”。

所谓“实质性相似”，是指前后两部作品的基本表达相近，而非其思想、观点的相似。而对两部作品基本表达是否相似的判断则具备较强的主观性，受判断主体及其认知水平、立场的影响很大。因此，通常情况下，法院一般以由该作品所针对的普通公众的认知水平及立场作为判断标准，如果观众认为双方的作品之间并没有任何实质性的不同，且在该产品适用的领域内同时流通时无法区别二者，就可以认为两部作品之间存在实质性相似的可能性。

如在重庆龙舟广告艺术有限公司与重庆市九龙坡区新闻信息中心著作权侵权纠纷一案中，重庆市高级人民法院判定：本案涉案两件作品均为美术作品中的图形作品。……其侵权对比可借鉴外观涉及侵权判断的标准和方法进行，即以一个普通观众的眼光对两件作品进行整体比较。……如果该普通观众通过对两件作品进行全面观察，认为整体视觉效果上两者虽有差异，但该差异不足以使其将两个作品区分开来从而导致视觉混同，则可以认定两件作品在整体视觉效果上无实质性差异，即构成实质性相似^[2]。

但是，法院同时也指出“参考别人的作品而自成令人观感不同的新作品，借鉴他人作品而融入自己的选择、安排、取舍而构成新的作品，或者使用他人作品中处于公有领域的思想和非独创性元素都是法律允许的，只要在后作品没有完整体现在先作品的基本内容，没有以不合理的方式大量使用在先作品的具体表达方式。”就本案而言，虽然吼堂老火锅使用的诸如“太平洋戏院”、“江楼水饺”、“正兴园川菜”、“莲花担担面”等元素确实存在一定的独创性，但这些作品单独拿出来，实际上都已经进入了公有领域，并非是具有独创性等的元素，并且，我们所能看到的对比，仅仅是店内装潢的一角，实际上还有大量未能窥见的部分，“火凤祥”的装潢与吼堂老火锅的装潢存在不相似之处，也正如郑恺团队所言，“火凤祥”使用的是“老上海”的风格装修，

最明显的，卖货郎身穿长袍，更像老上海的打扮，而非老成都。



因此，如果从整体上对比来看，“火凤祥”的店铺装潢，未必就与吼堂老火锅的店铺装潢构成实质性相似，进而难以被认定为构成侵权。

三、不正当竞争？我看行

在笔者看来，吼堂老火锅的团队，使用反不正当竞争法进行维权，可能比较行得通。

首先，商品装潢受《反不正当竞争法》保护的前提是该装潢具有知名度。如在费列罗巧克力诉蒙特莎巧克力一案判决书^[11]中，法院就指出“反不正当竞争法所指的知名商品，是在中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉的商品。在国际已知名的商品，我国法律对其特有名称、包装、装潢的保护，仍应以在中国境内为相关公众所知悉为必要。其所主张的商品或者服务具有知名度，通常系由在中国境内生产、销售或者从事其他经营活动而产生。认定知名商品，应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象，进行宣传的持续时间、程度和地域范围，作为知名商品受保护的情况等因素，进行综合判断；也不排除适当考虑国外已知名的因素。”又如在著名的加多宝与广药集团的“红罐之争”系列案件中，一审二审法院都从王老吉凉茶的知名度、以及该商品所附的包装装潢的特有性两个方面，论证了涉案的包装装潢属于《反不正当竞争法》所规制的“知名商品的特有包装装潢”^[12]。

因此，在本案中，吼堂老火锅作为原告方，首先应当对其商品，即火锅店本身在市场上有一定知名度这一事实承担举证责任。而吼堂老火锅于2019年12月在成都开业，到目前为止仅仅开业半年多，需要证明自己的商品具有驰名性，可能存在不小的难度。

但是幸好，于2018年1月1日起正式实施的新《反不正当竞争法》第六条规定：“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：（一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识……”。可见，在新的《反不正当竞争法》的语境下，对于商品包装、装潢的保护更显弹性，只需要证明该商品包装、装潢具有一定影响就可以了，较之“知名商品”的标准有所降低。同时，“引人误认为与他人存在特定联系”的行为也被纳入到《反不正当竞争法》所禁止的范围内。就吼堂老火锅而言，虽然开业时间短，达不到驰名中外的地步，但从大众点评的评价来看，确实已经小有名气，长期排名大众点评成都火锅热门榜前列，也算是具有一定的影响了。



其次，侵犯知名商品特有包装装潢行为的构成要件是混淆性近似，实践中，法院一般会首先比对双方的包装装潢，确定两者是否相同或近似，并在此基础上，再判断是否构成混淆。这里的比对主要从整体印象和主要部分入手，依据一般消费者施以普通注意力后，是否具备高度的混淆可能性加以判断。需要注意的是，这里的混淆性相似虽然与著作权侵权的判断标准相似，但其判断标准更倾向于特定的消费群体，一定程度上限缩了判断的主观性；并且与著作权侵权不同，是不排除了所谓“进入公共领域”的元素的，因此实际上在判断是否构成混淆性相似这一点上，较之《著作权法》是更为宽松的。因此，笔者认为，从上述两点上来看，对于吼堂老火锅而言，从保护社会公众消费者的利益和保护知名商品所属方的利益来说，通过《反不正当竞争法》向侵权方提起诉讼，相对而言更为有利。

四、后言

不得不说，在这个经济寒冬中，选择进入餐饮行业真是难上加难，不仅要做好本职工作，还得时刻提防同行的抄袭。就如同吼堂老火锅所称的那样“身处餐饮业多年，看到餐饮行业的抄袭模仿事件比比皆是，拙劣的山寨更是层出不穷。”

但幸好，郑恺方面也是立刻发布了声明，表示知错就改，绝不姑息，也算是有担当的了。

笔者希望能够借此案件，让广大餐饮行业的从业者了解，开饭店不仅要用心做好菜，更要用心营造自己的品牌，如同周星驰电影《食神》里说的那样，一字记之曰“心”。

切不可一心向着赚快钱，净整些虚头巴脑的事，那最终的下场，也只有如同电影中的唐牛那样，身败名裂而已了。

注释：

[i] “郑恺新开火锅店风格被指抄袭 对方律师：涉嫌侵权” https://www.sohu.com/a/408461220_114941?_f=index_pagefocus_6&_trans_=000014_bdss_dkgxqsP3p:CP=

[ii] 重庆市高级人民法院民事判决书（2012）渝高法民终字第 170 号

[iii] 天津市高级人民法院民事判决书（2005）津高民三终字第 36 号

[iv] 广东省高级人民法院民事判决书（2013）粤高法民三初字第 1、第 2 号；最高人民法院（2015）民三终字第 2、第 3 号

图片来源：网络

计算机软件开发的主要风险点、司法裁判及合规建议

作者：吴月琴 何鑫

近日，最高人民法院知识产权法庭发布了《最高人民法院知识产权法庭年度报告（2019）》，其中，计算机合同纠纷案件数量攀升，争议焦点集中在开发成果是否交付、交付内容是否符合约定、履行中的变更是否已经达成合意、迟延履行应当如何认定等问题上。本文在梳理上述纠纷争议焦点的基础上，立足于法院审判实践中有关争议的认定标准，尝试为企业厘清涉计算机软件开发合同中的主要风险点，并提出有针对性的合规建议。

一、开发成果是否交付

开发成果是否交付，是该类案件中常见的争议焦点，同时在认定交付成果是否符合合同约定、当事人是否存在违约行为等事实中，开发成果是否交付也是前置需要解决的争议点。有关该争议焦点，主要涉及举证责任的分配。由于交付行为是积极事实，应当由主张开发成果已经交付的一方承担举证责任。在诉讼中，一般均为软件开发方主张开发成果已经交付，此时需要由开发方提供软件交付的相关证据。一般而言，在开发方交付委托开发软件后，委托方均需出具交付确认书，因此若开发方在诉讼中提交符合合同约定形式的交付确认书，即可认定其已经尽到了相应的举证责任，此时则应由委托方举证软件并未交付。如在上海匡丞企业管理咨询有限公司诉高腾斯佳计算机软件开发合同纠纷上诉案中^[1]，法院认为，在开发方高腾斯佳提供录音以及确认验收合格证明以证明匡丞公司对涉案产品进行确认的情况下，委托方匡丞公司在未能提供证据证明其确认交付系受到开发方诱导或涉案产品并未实际交付，此时应认定涉案产品已经交付。

在某些软件开发过程中，开发方会通过云服务器上部署软件的形式向委托方交付软件，此时发生争议，法院仅需在云服务器上验证软件是否实际部署即可确认软件是否交付。然而实践中，由于租用云服务器需要支付费用，在发生争议时，云服务器租赁方（通常为委托方）停止支付租金导致法院无法登陆云服务器进而验证软件是否实际交付。此种情形下，若开发方提供初步证据证明其已经交付软件，但无法通过云服务器验证软件是否实际交付，在无相反证据的情形下，法院可以直接认定软件已经交付。问题在于，若开发方无法提供证据证明软件已经交付，同时由于委托方停止支付租金导致无法登陆云服务器，在无法验证软件实际是否交付的情形下，此时法院要么根据“谁主张谁举证”的原则认定开发方承担举证不能的责任，要么则要求导致云服务器无法登陆的委托方承担举证不能的责任^[2]。这将为无论是开发方还是委托方维护权利带来极大的不确定性。

二、交付内容是否符合约定的认定

有关交付成果内容是否符合合同约定的认定，一方面涉及技术层面的认定，另一方面涉及对合同内容的理解。由于部分委托方对计算机专业技术及术语缺乏一定了解、双方仅对交付成果应具备的功能进行了框架性描述或双方未能仔细审查合同条款等原因，导致在签订合同过程中会出现就交付成果要求约定不明或双方对交付成果要求理解存在偏差的情形。因此，在司法实践中，除对涉案软件进行技术上鉴定以查明事实外，对合同条款的理解也是法院作出裁量的重要依据，这就涉及到合同解释问题。

根据《合同法》第一百二十五条第一款规定，当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。即，可以通过文义解释、体系解释、目的解释并结合行业交易习惯实现对合同条款的解释。在王彬诉上海涵予信息科技有限公司

司计算机软件开发合同纠纷一案中，双方合同约定交付软件包括聊天与购物板块，合同 1.3 条进一步约定聊天板块包括：我的好友，查询好友（按条件搜索、好友申请、申请提醒）、在线聊天（聊天列表、聊天界面）。但涵予公司交付软件仅有聊天与购物界面，对于合同约定的聊天、购物板块是否不包括聊天与购物功能，一审法院指出“从上述‘按条价搜索、好友申请、申请提醒’等约定看，聊天板块不应仅仅具备聊天界面，还应具备实际的聊天功能。”，此处法院则运用了文义解释的方法对合同条款进行了解释。

此外，合同解释的工作应遵循严格的顺序，文义解释应当是最先运用的解释方法，随后则是体系解释，最后是根据合同目的、交易习惯以及诚实信用原则进行解释。^[3]

三、履行中的变更是否达成合意的认定

在计算机软件开发过程中，委托方的需求可能会发生变化，此时委托方会要求开发方对软件进行调整，如增加功能模块等。此时若发生争议，委托方则会主张开发方未满足委托方变更的需求而构成违约。在济南艾雅信息系统有限公司诉济南凤凰新锐科技有限公司计算机软件开发合同纠纷一案中^[4]，委托方艾雅公司主张开发方凤凰新锐公司交付的软件未满足其在合同履行过程中提出的新开发要求及功能，构成违约。同时，开发方也可能主张委托方未支付软件开发过程中新增功能、项目的款项而构成违约。在上海凯岸信息科技有限公司诉上海麦易信息软件有限公司计算机软件开发合同及买卖合同纠纷一案中，开发方麦易公司提起反诉要求委托方凯岸公司支付后续增加的“车贷”项目开发费用。^[5]此时法院在审理过程中则会重点审查双方是否就合同变更达成合意。

根据《合同法》第七十七条第一款，当事人协商一致，可以变更合同。因此，判断委托方与开发方是否就合同变更达成一致，即是判断双方是否存在合同变更的有效要约与承诺。实践中通常出现争议的情形是，一方对发出变更合同的通知（如要求对软件功能进行调整或变更开发费用等），另一方未明示同意或拒绝，此时应如何判断双方达成合意的状态，成为法院的审查重点。根据《合同法》第二十二条规定，承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。即除当事人约定或依交易习惯外，承诺应当以明示方式作出。在此理解上，开发方若对委托方的变更要求保持沉默，则不应认定双方就合同变更达成合意。前述的凯岸公司诉麦易公司案中，法院指出，“本案中并无证据表明凯岸公司或者麦易公司曾以书面形式，明确车贷属于涉案开发软件的“新增项目”。……如车贷项目属于凯岸公司的新增需求……应当由双方当事人书面协商确认。因此，再无双方当事人书面确认车贷项目属于涉案开发软件“新增项目”的情况下，仅凭麦易公司在《下周工作计划(2015/8/3-7)》车贷项目中的“增量”字样，并不能得出车贷项目属于涉案开发软件“新增项目”的结论。”当然，若开发方虽未明确表示同意委托方变更合同的要求，但实际履行了相关软件开发要求，则应当认为开发方以默示的方式作出了承诺，双方已就合同的变更达成了合意。

四、迟延履行认定

在计算机软件开发合同中，双方通常会确定软件的交付时间，并约定开发方迟延交付软件将构成违约。因此，开发方迟延履行交付软件合同义务，成为委托方主张开发方构成违约的主要理由。然而开发方未及时交付软件并非开发方构成违约的充分条件。在部分案件中，开发方均以其迟延履行系因委托方过错导致作为抗辩理由。若法院认定委托方在开发方的迟延履行中存在过错，则会减轻开发方的违约责任甚至认定开发方不构成违约。此种情形下，如何认定委托方责任成为了法院审理该类案件时的难点。

在北京中易游网络科技有限公司诉北京盛世星辉网络科技有限公司计算机软件开发合同纠纷一案^[6]中，

委托方中易游公司主张盛世星辉公司未能及时交付软件构成迟延履行。盛世星辉公司抗辩称系因中易游公司多次提出修改及增加端口要求导致其未能按时交付软件，因此其不构成迟延履行。法院审理后认为，由于双方未能在合同履行初期制定《项目说明书》与软件开发计划，均存在过错。而中易游公司作为委托方，负有积极督促盛世星辉公司及时协商制定软件开发计划并依照开发计划在每一个阶段检测和验收盛世星辉公司开发的阶段性产品的义务。未能制定《项目说明书》与软件开发计划导致开发方不能按期交付软件的风险和难度增加。此外，现有证据不能证明中易游公司多次要求盛世星辉公司修改软件的原因系盛世星辉公司完成的工作不合要求所致。基于以上原因，开发进度被延宕的原因不应简单归责于盛世星辉公司。该案给我们的指引是，委托方应当在计算机软件开发合同签订初期，明确己方的功能需求，并同开发方明确软件开发标准，避免因自身原因导致项目进程延宕。

五、给企业的合规建议

在合同签订阶段，我们建议企业在合同签订阶段应当至少做到三个“明确”，即明确开发需求、明确交付方式、明确验收标准。

1、明确开发需求，一方面可以使开发方更清晰了解委托方对于委托开发软件的现实功能需求，进而更加高效地开展软件开发工作，另一方面，明确开发需求便于为双方在软件开发过程中就软件功能的调整进行沟通提供原则性的指引。而明确开发需求，可以通过开发方对委托方进行需求调研等形式展开。需求确定后，双方应当通过软件开发的《项目功能说明书》或软件开发计划等书面文件对需求予以确认，对功能模块的描述应当做到尽可能地详细、具体、清晰。

2、明确交付方式，包括交付的时间、交付的地点、交付所需的文件、交付的流程等内容。根据实际需要，双方也可以约定交付完成的标志，如委托方发出交付确认书、软件由开发方部署在云服务器上或软件实际运行等。需要提醒的是，由于在实践中法院通常通过交付确认书确定软件是否已经交付，而委托方作为主张消极事实的主体提供反证存在较大难度。因此委托方应在确认软件已实际交付的基础上发出交付确认书，避免因在交付流程上的疏漏导致在争议发生时处于被动地位。

3、明确验收标准，在合同签订阶段双方应当对软件验收标准进行约定，并着重对各项技术指标进行量化，必要时可以约定由第三方对软件是否符合开发标准进行验证。

在中易游诉盛世星辉案中，法院为委托方在合同履行阶段如何开展工作提供了指引。即根据在合同签订前期确定的软件开发计划等文件，依据约定的时间节点，在每一个阶段对开发方的开发工作进行检测和验收。此外，虽然在软件开发过程中，委托方需求根据软件阶段性完成情况、市场变化等原因变更属于正常情况，但由于频繁性的需求变更可能导致开发方难以按时交付软件，因此需求的变更应当控制在合理范围内。对于开发方而言，若由于委托方需求变更等原因已经可以预见到难以在约定时间内交付软件，则应及时与委托方进行沟通，延长交付期限，避免争议的发生。

在合同履行过程中，双方应当注重沟通，并留存沟通书面记录。如开发方留存告知委托方项目进度的往来邮件、委托方留存开发方进度的阶段性验收结果报告以及开发过程中软件存在的问题等。若涉及对合同内容的变更，双方应当通过书面形式确认约定的变更，尤其涉及委托方开发需求变更时，开发方应当同委托方进行正式的书面确认，避免争议发生时陷入难以证明交付软件成果符合约定的被动境地。

注释:

[1] 上海知识产权法院, (2016)沪民终 389 号民事判决书。

[2] 要求委托方承担举证不能责任的依据主要是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九十五条确立的证明妨碍制度。但根据骆永家教授观点, 证明妨碍制度要求不负举证责任之当事人在陷负有举证责任当事人于举证不能状态时存在故意或过失。而委托方停止支付租金存在避免成本增加的理由, 是否存在主观故意或过失或该理由是否属于正当理由, 仍有待讨论。

[3] 如在北京市第二中级人民法院(2019)京 02 民终 2834 号民事判决书中, 法院指出“解释合同必须先由词句的含义入手, 在词句的含义有歧义或不同理解的情况下, 方能再按照合同的有关条款、合同的目的等进行解释。”

[4] 山东省济南市中级人民法院, (2018)鲁 01 民初 2334 号民事判决书。

[5] 上海知识产权法院, (2016)沪 73 民初 730 号民事判决书。

[6] 最高人民法院, (2019)最高法知民终 433 号民事判决书。

阳澄湖不是你想用，想用就能用 ——谈地理标志专用标志在商品上的使用规范

作者：金易文

秋风起，蟹脚痒，转眼又到了一年的螃蟹季。疫情缓和后，旅游业带领消费全面复苏，内循环的启动，再加上今年中秋叠加国庆的八天长假，可把蟹农美坏了，这要不趁机大卖一波，都对不起过去这一年的辛酸。



而俗话说得好，“泰山归来不看岳，阳澄归来不吃蟹”，众蟹之中，当属阳澄湖大闸蟹独占鳌头，在过去的几十年间，吸引了无数消费者疯狂追捧。

因为名气越来越大，阳澄湖大闸蟹自然也就奇货可居，而阳澄湖如此小的湖泊，其所能承载的大闸蟹数量，远远无法供应消费者的需求，大量假冒伪劣蟹应运而生。据统计，2017年阳澄湖大闸蟹真实产量为1600吨左右，市值约3亿元，但当年总营销额却达到300亿元，其中猫腻，一眼便知，也触目惊心：市场上99%的阳澄湖大闸蟹都是假货。

其实大家当然知道真正的阳澄湖大闸蟹少之又少，每年也就十月头一波吃到的概率比较大，11月以后还能吃到的实属凤毛麟角，但往年大家也没那么在意真假：一方面，假冒阳澄湖大闸蟹泛滥成灾，由来已久，大家也都见怪不怪了；另一方面，甭管是阳澄湖还是太湖、洪泽湖、固城湖，味道总不会差太多，况且这些蟹即便挂了阳澄湖的名头，奸商也心虚，价格也不会高太多，图的就是一个便宜实惠量又足，消费者自然也是心领神会。于是，在市场和消费者多方面因素的纵容下，假冒阳澄湖大闸蟹越发猖獗，从去年开始，似乎再一次掀起波澜，进入了大众媒体的视野。

事情还要从李佳琦带货说起（没错，笔者又来碰瓷李佳琦了），在去年9月的一场直播中，“直播带货第一人”李佳琦指着身旁印有“状元蟹”LOGO的红色包装盒子，念出了厂商准备，抑或是自己即兴发挥的广告语“这是状元蟹，阳澄湖的大闸蟹，是最好的，23年老品牌”。

但兴致勃勃的消费者在询问了售卖该螃蟹的店铺后，得知这“阳澄状元蟹”，并非是阳澄湖的大闸蟹。



这一波翻车，引发了多方人士深入调查阳澄湖大闸蟹造假，却愕然发现，原来的浑水摸鱼小打小闹，如今已经演化成了规模宏大的产业。虽然假冒阳澄湖大闸蟹没法像正牌阳澄湖大闸蟹那样卖出高价，但只要打上阳澄湖品牌，螃蟹的价格也至少能上涨两三成甚至四五成。

在有利可图的前提下，每年销售旺季，就会有大批改造过牌照的苏州商务车出入其他产蟹重地，如太湖、高邮湖、洪泽湖、固城湖等地的水产批发市场，有些大型收购商还会提前驻扎外地，租下门面用以收蟹。在收到足够的螃蟹后，他们便会趁着夜色掩护，潜入早已踩好点的阳澄湖周边商家店铺，把一车外地蟹偷偷放入阳澄湖里指定的地笼，这些螃蟹俗称“洗澡蟹”。而更有甚者，由于阳澄湖地笼爆满，不少蟹商只能退而求其次，让手里的外地蟹到阳澄湖周边其他水池里泡几天，这些可怜的螃蟹终其一生都没能沾到一滴阳澄湖的水，只能远远地听到阳澄湖浪打浪的涛声，名为“听涛蟹”。



那么，阳澄湖大闸蟹的名称，真的是任这些无良奸商想用就能用的吗？当然不是。

一、阳澄湖作为地理标志，不能随意使用在商品名称中

首先要明确一个概念，阳澄湖是一个地理标志，阳澄湖大闸蟹则是一种地理标志产品。

地理标志是指某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。地理标志可以证明在商品和其原产地之间存在某种必然联系，正是其原产地的地理因素造就了该商品的特定质量、声誉和其他特征，包括特殊地质、气候、土壤、水源、原料等自然条件，或者特殊的历史、文化、技术、背景等人文条件。典型的地理标志产品包括：（一）来自该地区的种植、养殖产品；以及（二）原材料全部来自该地区或部分来自其他地区，并在该地区按照特定工艺生产和加工的产品。由此可见，阳澄湖是一种典型的地理标志，而阳澄湖大闸蟹，则是一种典型的地理标志产品。



而我国对于地理标志的保护，实际上从上个世纪末就已有之：原国家质量监督检验检疫总局 1999 年 7 月发布了《原产地域产品保护规定》，2005 年 6 月重新发布《地理标志产品保护规定》，建立了地理标志权的专门保护制度。根据《地理标志产品保护规定》的有关规定，地理标志产品应当经审核批准以地理名称进行命名。而在审核批准以后，《地理标志产品保护规定》则授权各地质检机构依法对地理标志保护产品实施保护。



而对于阳澄湖大闸蟹来说，早已有地方部门为其制定了专门的保护规定，如《苏州市阳澄湖大闸蟹地理标志产品保护办法》第 14 条第 2 款就规定了：“未加施专用标识的，不得以阳澄湖大闸蟹名义销售。”第 21 条则规定了：生产、销售者不得有下列行为：（四）使用与阳澄湖大闸蟹的专用标识、专有名称相近似，易产生误解或者混淆的名称、标识的。”

由此可见，假冒阳澄湖大闸蟹名义销售其他湖泊出产的大闸蟹的，首先就违反了国家和地方关于保护地理标志产品的有关规定。

二、那把阳澄湖注册为商标呢？

上述国家和地方关于保护地理标志产品的有关规定虽然规定简单直接，但究其效力，是属于农业农村部背书的地理标志农产品与原质监局背书的中国地理标志产品，均属于“部门规章”制度下的保护体系背书产品。作为一个奸商，自然能想到绕过这个保护体系，另辟蹊径，注册一个阳澄湖商标，不就能堂而皇之的使用了吗？事情远没有那么简单。

1、阳澄湖能被注册为商标吗？

根据《商标法》第十条的规定：下列标志不得作为商标使用：……（八）有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标。

此外，《商标审查标准》中规定：本条列举了不得作为商标使用的标志，以及明确了使用地名作为商标的限制。“不得作为商标使用”是指除了禁止这些标志作为商标注册外，还禁止上述标志作为商标使用。

眼尖的读者一定发现了，“这商标法的保护范围好像和地理标志不一样啊。”没错，阳澄湖虽然属于一种典型的地理标志，受到国家和地方关于地理标志产品的有关规定保护，但商标法的保护范围则不同，只保护行政区划地名。那么问题来了，“阳澄湖”是否属于上述被《商标法》禁止用于商标注册的县级以上行政区划地名呢？

根据上述《商标审查标准》的规定，县级以上行政区划的地名，以我国民政部编辑出版的《中华人民共和国行政区划简册》为准。

而阳澄湖作为江苏省南部的一个湖泊，横跨苏州市区、工业园区、昆山市及常熟市，其“阳澄湖”地名并不属于上述《商标法》所禁止使用作为商标注册和使用的地名。奸商看到这已经笑出声了，别急，接着往下看。



2、那这是不是就意味着，任何人都可以注册“阳澄湖”作为商标呢？非也

《商标法》第十六条另有规定：“商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所表示的地区，误导公众的，不予注册并禁止使用。”

刚才笔者已经论证过，“阳澄湖”属于一种典型的地理标志。而根据《苏州市阳澄湖大闸蟹地理标志产品保护办法》的规定，本办法所称的阳澄湖大闸蟹地理标志产品（以下简称阳澄湖大闸蟹）是指产自阳澄湖水域，符合阳澄湖大闸蟹国家地理标志产品批准公告和国家标准，经国家主管部门审核批准以“阳澄湖”地理名称命

名的中华绒螯蟹。

因此，如果要注册并使用“阳澄湖”这一地理标志作为商标，其所指向的产品应是产自阳澄湖水域，并且符合相关标准的中华绒螯蟹。

3、还有其他擦边球吗？

以上种种阻碍也阻挡不了奸商冒充阳澄湖大闸蟹的决心，以下就是司法实践中曾出现过被判定为侵权的地理标志商标“擦边球”行为：

(1) 在使用自有商标的同时，又突出使用与地理标志商标相同或者相似的标识

在一些案件中，被告会在使用自有商标的同时，在其旁边突出使用与地理标志商标相同或者相似的标识，以此作为商品卖点进行销售。以阳澄湖奸商为例，其在商品外包装上使用自有品牌“奸商牌大闸蟹”的同时，又在旁边用大而粗的醒目字体标注“阳澄湖”三个大字，当然构成侵权。

在盘锦大米协会起诉徐州人和居食品厂侵犯商标权一案二审判决书^[1]中，法院就指出：徐州人和居食品厂未能提交证据证明所生产的涉案商品大米的原产地来自辽宁省盘锦市，同时，其在涉案商品包装袋上标注使用“希美”商标，又使用“盘锦大米”文字，因该文字被以突出方式标注使用，已经起到标识大米来源的作用，具有商标性使用的效果，会使相关公众据此以为涉案商品大米系原产于盘锦市。在此情况下，其在涉案商品上突出标注“盘锦大米”文字的行为，不属于正当使用，构成侵犯涉案商标专用权的行为。



(2) 对自有商标的不规范使用

一些案件中，被告会以被告也注册了商标或者经过授权有权使用他人已经注册的商标为由进行答辩，但其使用的商标并不规范，目的不纯。以阳澄湖大闸蟹为例，奸商可以注册“阳登”商标，但在使用时将登加上三点水偏旁，再配上湖、蟹等元素的变形，结合为与“阳澄湖大闸蟹”相似的图案，这自然也是构成侵权的。

如在射阳县大米协会诉上海市嘉定区真新街道国珑粮食经营部、滨海县名仲米厂侵害商标权纠纷一案一审判决书^[ii]中，法院就指出：原告的商标是“射陽大米及图”，被告从他人处被授权使用商标“射場 shechang”。在使用过程中，被告故意将“射場大米”文字、“米”变形图案和长方形边框要素组合而成“射場大米及图”标识使用。经过对比，与原告的“射陽大米及图”商标非常近似，主观上具有攀附原告注册商标的故意，构成侵犯注册商标权。



(3) 使用地理标志商标的主要识别部分

在一些案件中，被告并没有完整、全部的使用涉案地理标志商标，而是使用了与涉案地理标志商标主要识别部分构成相同或者近似的标志（往往是地名），如奸商在商品外包装上使用了“阳澄湖鲜河蟹”，也会构成侵权。

如在舟山市水产流通与加工行业协会与北京申马人食品销售有限公司、北京华冠商贸有限公司商标专用权纠纷一案二审判决 [iii] 中，法院就指出：原告的商标是“舟山带鱼 ZHOUSHANDAIYU 及图”，涉案商品的外包装上写的不是“舟山带鱼”，而是“舟山精选带鱼段”。因此，法院认为：因被告无法证明带鱼段来自于舟山，在外包装上使用“舟山精选带鱼段”侵犯了“舟山带鱼 ZHOUSHANDAIYU 及图”的商标权。



三、法网恢恢，疏而不漏

从以上分析和案例，我们可以看到，随着法制的逐渐健全，以及人民群众品牌意识的逐渐觉醒，留给假冒阳澄湖大闸蟹的灰色空间越来越小，奸商的日子也是越来越难过了。而就在今年，压死奸商的最后两根稻草也来了。

首先在基层的行业协会层面，苏州市阳澄湖大闸蟹行业协会制定的《阳澄湖大闸蟹农产品地理标志使用管理办法（试行）》已经于今年5月22日起施行，针对目前市面上泛滥的假冒阳澄湖大闸蟹防伪标识——防伪锁扣（蟹扣）进行了规范化管理。

其次，在法规、规章层面，《地理标志专用标志使用管理办法（试行）》也已于今年4月3日公布并施行。《办法》从地理标志专用标志的样式、使用、宣传等方面进一步规范了在商品中使用的地理标志专用标志。

希望今后每一只被端上餐桌的大闸蟹，产地都能被整得明明白白的，也希望他们不要再为了无良奸商拿他们假冒阳澄湖皇亲国戚的邪念，临死前还要长途跋涉，“洗澡听涛”，再遭一波无妄之罪了。

注释

[i] 徐州人和居食品厂与盘锦市大米协会侵害商标权纠纷一案二审民事判决书【（2013）苏知民终字第0108号】

[ii] 射阳县大米协会与上海市嘉定区真新街道国珑粮食经营部、滨海县名仲米厂侵害商标权纠纷一案一审民事判决书【（2016）苏09民初第37号】

[iii] 舟山市水产流通与加工行业协会与北京申马人食品销售有限公司、北京华冠商贸有限公司商标专用权纠纷一案二审判决书【（2012）高民终字第58号】

评专利审查指南修改草案征求意见稿（2020.10） 补充实验数据审查案例

作者：汤国华

2020年，国家知识产权局开展对《专利审查指南》的全面修改工作，于9月30日发布修改草案的第一批征求意见稿，向社会公众征求意见。此次第一批征求意见稿仅涉及《指南》第二部分第十章“关于化学领域发明专利申请审查的若干规定”的若干修改（征求意见稿全文可参见国家知识产权局网站 https://www.cnipa.gov.cn/art/2020/9/30/art_75_152630.html），其中针对补充实验数据的审查（第二部分第十章第3.5节）新增了两个审查案例，本文借这两个案例做一些探讨。

一、缘起

补充实验数据的审查一直是化学领域专利审查的热点问题，之后又因中美贸易谈判而引起极大的关注。今年1月15日，中美签署了《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》（以下简称《中美贸易协议》），其中第一章“知识产权”的1.10节包括如下内容：“中国应允许药品专利申请人在专利审查程序、专利复审程序和司法程序中，依靠补充数据来满足可专利性的相关要求，包括对公开充分和创造性的要求。美国确认，美国现行措施给予与本条款规定内容同等的待遇。”将药品专利的审查、尤其是对补充实验数据的这种专利审查细节相关内容纳入到《中美贸易协议》中，足见美国方面在制药领域知识产权的重视程度。一方面，单从条文表述看不出中国对补充实验数据接受到何种程度，人们好奇美国对于实验数据的审查尺度是怎样的，是否比中国更宽松；另一方面，在中美完全不同的专利法体系下，中国将如何在相关法律法规、专利审查中践行贸易协议的上述条款，引起了业界强烈的兴趣。

此后，最高人民法院2020年9月10日发布的《最高人民法院关于审理专利授权确权行政案件适用法律若干问题的规定（一）》法释〔2020〕8号（9月12日起实施），其中第十条规定：“药品专利申请人在申请日以后提交补充实验数据，主张依赖该数据证明专利申请符合专利法第二十二条第三款、第二十六条第三款等规定的，人民法院应予审查。”该司法解释虽经过多次征求意见和修改，但最终通过的版本对于补充实验数据仅做了“应予审查”的原则性的规定，而不涉及任何具体的审查规则，给人在这方面止步不前的感觉。而此次知识产权局发布的第一批征求意见稿，可见有关补充实验数据的审查规则最终还是落在了专利审查指南这一部门规章的修改上，其作为修改草案征求意见稿的第一批予以发布，也可能体现了完善补充实验数据审查规则的迫切性。

二、现状

专利审查指南当前版本（2020年2月1日实施）中，对补交实验数据仅做了原则性的审查规则（第二部分第十章第3.5节）：

判断说明书是否充分公开，以原说明书和权利要求书记载的内容为准。

对于申请日之后补交的实验数据，审查员应当予以审查。补交实验数据所证明的技术效果应当是所属技术领域的技术人员能够从专利申请公开的内容中得到的。

上述规定明确了“先申请制”的原则，即专利的审查是以申请提交时的文本为准，包括对于说明书充分公开的审查，基于此原则，补充实验数据所证明的效果应当是从原申请文件中已经可以得到的。笔者认为，

在该原则下，实验数据是否能被接受不取决于补交的实验数据本身，而主要取决于原说明书对于该实验数据所验证的技术效果的记载，这种记载要使得本领域技术人员确信发明具有声称的技术效果。在这个意义上说，申请日后补交的实验数据并非说明书公开充分的构成要件。

一方面，指南并未给出具体判断规则，即说明书需要公开到何种程度，才能够确认发明技术效果可以从原说明书的记载得到；另一方面，指南也没有说明补交的实验数据在判断公开充分、创造性等问题上的定位和作用，因此留下很多讨论的空间。此外不难理解的是，除了与说明书本身记载的内容、撰写方式相关之外，是否能从说明书“得到”或者“确信”发明所声称的技术效果，还跟本领域现有技术、本领域技术人员认知水平相关，这其中涉及一定的主观因素，这也是各方对于补充实验数据审查存在较大争议的原因。

三、案例和评述

此次修改草案专门针对药品专利增加了两个审查实例，给出了判断可以确认原申请记载的技术效果的两个具体情形作为审查实践的指导。

第一个指导案例是关于说明书充分公开的审查，申请涉及化合物 A，说明书称其具有治病功效 X，说明书提供了制备例但未提供证明功效 X 的实验数据。为证明充分公开，申请人提供了与化合物 A 结构相近化合物具有功效 X 的现有技术，以及补交了验证化合物 A 具有功效 X 的实验数据。指南认为，补交实验数据要证明的技术效果是原申请文件可以得到的，因而可以接受。

该案例中，主要是基于原说明书和现有技术两方面的内容才得以确认技术效果是原申请文件可以得到的。然而，通过该案例，下列两种情况是值得讨论的。

第一种，如果申请人不能提供结构相近化合物具有功效 X 的现有技术文献，那么说明书所声称的技术效果还能否被认可？指南对此没有明确。但是基于该案例笔者认为大概率是不会认可的，即对于仅仅是说明书声称的技术效果，在没有其他现有技术能够印证的情况下，即便申请人补交证明化合物 A 具有功效 X 的实验数据，该技术效果也难以得到认定。

第二种，如果只提交现有技术文献而不补充实验数据，还是能够满足充分公开的要求？指南对此也没有明确。笔者认为这与根据现有技术是否必然得出本发明的化合物 A 也具有功效 X 相关，可能还需要根据具体情况判断，但是通过补交实验数据，显然会大大增加这种推定被认可的可能性。

需要注意的是，当申请人提交了相近化合物具有功效 X 的现有技术，也即表明本发明所声称的功效 X 并不是“预料不到的技术效果”，而一旦化合物 A 被认定为相对于该现有技术的化合物为显而易见，那么本发明化合物 A 的创造性将难以得到认可，因此提交现有技术证明发明的技术效果这种方法需慎重使用。

第二个指导案例是关于创造性的审查，申请涉及通式 I 的化合物，说明书记载其抗肿瘤活性和肿瘤细胞半抑制浓度 IC_{50} 为 10-100 nM 的实验数据。审查过程中，一份记载了化合物的 IC_{50} 为 87 nM 的对比文件被引用，为证明通式 I 化合物相对于现有技术更好的技术效果，申请人补交了通式 I 化合物中一个具体化合物 A 的 IC_{50} 值 15 nM 的实验数据。指南认为，补交实验数据要证明的技术效果是原申请文件可以得到的，因而可以接受。

注意到，指南仅是认可了补充实验数据，即在创造性判断时接受将补充的实验数据纳入考量，但对于发明是否具有创造性没有给出结论。但是毕竟补交实验数据是为了证明创造性，故本文对接受了补交实验数据情况下的创造性判断做一些延伸的讨论。该案例中，现有技术公开的 IC_{50} 值 87 nM 在申请说明书记载的通式 I 化合物 IC_{50} 值 10-100 nM 范围内，申请人通过补交具体化合物 A 的 IC_{50} 值 15 nM 的实验数据，其情形可能是通式 I 化合物相对于对比文件的具体化合物是结构相近，申请人试图通过对比试验证明本发明化合物相对于对

比文件具有预料不到的技术效果，进而证明创造性。此时判断通式 I 化合物相对于对比文件的创造性涉及的问题是，补交实验中的化合物 A 是请求保护的通式 I 化合物中的一个具体化合物，化合物 A 具有 15nM 的 IC₅₀ 值不代表通式 I 所涵盖所有化合物都达到同一水平的肿瘤抑制浓度，同时，说明书记载的 10-100 nM 范围的 IC₅₀ 值应当理解为通式 I 所涵盖的所有化合物 IC₅₀ 值的范围，即，如果 10-100 nM 的 IC₅₀ 范围是申请人基于实际的实验数据概括的，那么通式中有些具体化合物的 IC₅₀ 值是在 87nM 到 100 nM 范围内，其肿瘤抑制浓度的技术效果是不及对比文件的。因此，对于权利要求的通式 I 化合物，只有部分范围的化合物相比对比文件有更好的技术效果，而另外的化合物是相当的甚至更差的技术效果，通式 I 化合物作为一个技术方案整体而言，其预料不到的技术效果将不能得到认定；申请人可以通过修改通式 I 化合物，使其范围缩小到那些具有更低 IC₅₀ 值的化合物来解决这一问题，但是在实际操作中对马库什权利要求的修改受到很大限制，达成这一目的估计是相当困难的。总结而言，笔者认为，在这个案例中即便申请人补充了通式 I 化合物中具体化合物 A 与对比文件的对比实验数据，也很难证明通式 I 化合物作为整体而言具备创造性。

这个案例中另一个值得讨论的点在于，说明书仅记载了通式化合物的对肿瘤细胞的 IC₅₀ 的范围，而没有记载具体化合物的 IC₅₀ 值，有可能是申请人通过实际的实验得出的上述范围但出于某种原因没有将具体实验结果记载在说明书中，也有可能上述范围仅仅是发明人的一种预测而非实际实验得到的。如果是后一种情况，那与对技术效果的断言并无本质差别，按照第一个指导案例，这种声称的或者断言的技术效果将不予认可。但是该案例中，指南显然是认可其属于前一种情况，即最终认定可以从原说明书中得到所称的技术效果，故接受了补充实验数据。这个案例对说明书的撰写具有一定指导意义，对于涉及药物化合物的发明而言，如果申请人由于某种原因不想过多披露具体化合物的具体实验数据，但出于满足对于充分公开的要求，可以在说明书中披露一个数值范围，以表明在申请日时确实进行了相关技术效果的验证实验并得到了实验数据。

四、结语

指南此次给出的两个指导案例都是接受了补充实验数据的情形，而没有给出不接受的案例，因此还期待指南给出补交实验数据不予接受的判断案例，使得申请人在面对具体案件的操作中对审查结果更具有预期性。

附：《专利审查指南修改草案（第一批征求意见稿）》——第二部分第十章第 3.5 节

第二部分 第十章

3.5 关于补交的实验数据

3.5.1 审查原则

判断说明书是否充分公开，以原说明书和权利要求书记载的内容为准。

对于申请日之后补交的实验数据，审查员应当予以审查。补交实验数据所证明的技术效果应当是所属技术领域的技术人员能够从专利申请公开的内容中得到的。

3.5.2 药品专利申请的补交实验数据

按照本章第 3.5.1 节的审查原则，给出涉及药品专利申请的审查示例。

【例 1】

权利要求请求保护化合物 A，说明书记载了化合物 A 的制备实施例、降血压作用及测定降血压活性的实验方法，但未记载实验结果数据。为证明说明书充分公开，申请人补交了化合物 A 的降血压效果数据，同时提供了结构接近的化合物具有降血压作用的现有技术证据。对于所属技术领域的技术人员来说，根据原始申请文件的记载以及现有技术证据，化合物 A 的降血压作用已经公开，补交实验数据所要证明的技术效果能够从专利申

请文件公开的内容中得到。

【例 2】

权利要求请求保护通式 I 化合物，说明书记载了通式 I 及其制备方法，通式 I 中多个具体化合物 A、B 等的制备实施例，也记载了通式 I 的抗肿瘤作用、测定抗肿瘤活性的实验方法和实验结果数据，实验结果数据记载为实施例化合物对肿瘤细胞 IC50 值在 10-100nM 范围内。为证明权利要求具备创造性，申请人补交了对比实验数据，显示化合物 A 的 IC50 值为 15nM，而对比文件 1 化合物为 87nM。对于所属技术领域的技术人员来说，根据原始申请文件的记载，化合物 A 及其抗肿瘤作用已经公开，补交实验数据所要证明的技术效果能够从专利申请文件公开的内容中得到。需要注意的是，此时，审查员还需要结合补交实验数据进一步分析权利要求请求保护的技术方案是否满足创造性的要求。

公司商事篇

对赌的常见形式及其纠纷裁判规则的演变

作者：李慧荣

引言

对赌,作为一种投融资工具在我国资本市场投融资领域发挥了重要作用。早在本世纪之初蒙牛乳业通过与国际知名投资机构摩根士丹利、鼎晖等对赌实现了双赢,成为对赌引进国内后在创业型企业中运用的经典成功案例,此后本土企业亦不乏实践,但诸如俏江南创始人张兰与资本方鼎晖对赌失败以致失去公司控制权的故事,在业内也并不鲜见,创业者们如何既能借助资本的力量扩张公司又不至于失去对公司的控制,需要深入了解对赌有关的规则并因势利导进行条款设计,方能充分发挥对赌这一融资工具的效用。本文试图从对赌纠纷裁判规则的演变和对赌条款设计等方面进行梳理,以期抛砖引玉。

一、对赌及其常见形式

1、何为对赌?

“对赌”(Valuation Adjustment Mechanism,简称VAM)是一个金融学术语,全称“对赌协议”,又称“估值调整协议”,本身为舶来品,是指投资方与融资方在签署投资协议时,约定由融资方根据企业将来的经营情况调整投资者的投资条件或给予投资者补偿的协议,估值调整手段主要包含股权回购、金钱补偿等。从某种意义上说,“对赌协议”是基于未来可能发生的情况,故属于一种广义的期权。对赌之所以产生,主要在于投资方与融资方对被投资企业信息的不对称,所以需要通过一系列条款的约定来保障投资方的权益,同时激励被投资企业管理层尽最大努力投入到企业的经营管理中。换言之,对赌协议实际上是把投资时基于信息不对称性以及未来不确定性的风险转换成了条件能否实现和能否成功行权的风险。实践表明,只要对赌协议设计合理,风险控制得当,对赌协议是一种能够有效保护投资方权益和激励融资方管理层的最优制度安排。

2、对赌常见形式

01、按对赌主体分类

1、投资方与目标公司的股东或者实际控制人之间“对赌”

该种形式指的是投资方与目标公司的股东或者实际控制人签订的协议约定,目标公司从投资方融资,投资方成为目标公司的股东,当目标公司在约定期限内实现双方预设的目标时,由投资方给予目标公司股东或者实际控制人奖励;相反,由目标公司的股东或者实际控制人按照事先约定的方式回购投资方的股权或者向投资方承担金钱补偿等义务。

典型案例:2005年永乐电器陈晓与摩根士丹利和鼎晖对赌案、2008年俏江南张兰与鼎晖对赌案

2、投资方与目标公司之间的“对赌”

该种形式指的是投资方与目标公司签订的协议约定，目标公司从投资方融资，投资方成为目标公司的股东，当目标公司在约定期限内实现双方预设的目标时，由投资方给予目标公司奖励；相反，由目标公司按照事先约定的方式回购投资方的股权或者向投资方承担金钱补偿义务。

典型案例：北京银海通投资中心与新疆西龙土工新材料股份有限公司对赌案（2020）最高法民申 2957 号）

3、投资方与目标公司的股东、目标公司的“对赌”

即上述 1+2 的组合，指投资方与目标公司及其股东或者实际控制人签订的协议约定，目标公司从投资方融资，投资方成为目标公司的股东，当目标公司在约定期限内实现双方预设的目标时，由投资方给予目标公司股东、实际控制人奖励；相反，由目标公司和 / 或目标公司的股东或者实际控制人按照事先约定的方式回购投资方的股权或者向投资方承担金钱补偿义务等。

典型案例：2008 年海富公司与世恒公司对赌案【最高院（2012）民提字第 11 号】、2011 年冷杉投资、硅谷天堂等 27 家 PE 机构与山东瀚霖对赌案【（2014）鲁商初字第 25 号】

02、按特定条款触发之后的补偿方式分类

1、现金补偿条款

现金补偿是“对赌条款”最为常见的形式。该方式一般约定，当融资方未能实现约定的业绩指标时，融资方实际控制人或者股东、高管等将给予投资方一定数量的现金进行补偿；反之，如果融资方完成了约定的业绩指标，则投资方用现金奖励给创始人股东或者公司管理层、高管等。

典型案例：华谊兄弟投资掌趣科技时，在签署的《股权转让与投资协议》中约定，掌趣科技主要股东（姚文彬、叶颖涛、邓攀和杨闯）保证掌趣科技 2010 年和 2011 年平均净利润 (A) 不低于人民币 5,000 万元，如果未实现，则主要股东按照 $(5,000 \text{ 万元} - A) \times 12 \text{ 倍} \times 22\%$ 的金额补偿华谊兄弟。

2、股权调整条款

该类条款也是常见的对赌协议的形式。当约定的业绩指标没有实现时，投资方可以低价增资，或投资方可以无偿或低价受让企业股权；反之，投资方将无偿或低价将一部分股权转让给企业实际控制人。

典型案例：2005 年，摩根士丹利和鼎晖投资永乐电器时，与永乐电器的管理层签订协议，如果永乐电器 2007 年的净利润超过 7.5 亿元人民币，外资股东将向管理层转让 4,697.38 万股永乐电器股权；如果净利润相等或低于 6.75 亿元，管理层将向外资股东转让 4,697.38 万股永乐电器股权。

3、股权回购条款

该条款主要以企业上市作为条件对赌，这种形式的条款设定在投资协议中占比很大，投融资双方约定若企业未在约定的期限内上市或者进行 IPO 材料的申报等，融资方或其实际控制人将以投资方投资款加固定回报的价格回购投资方持有的融资方的全部股权。

典型案例：2005 年，江苏东光微电的创始股东同中国 - 比利时直接股权投资基金就增资达成协议，中比基金向东光微电增资 4000 万元，增资后占公司 29.93% 的股权，约定增资起始日后 5 年内，如由于公司经营业绩不符合上市要求，或者公司经营业绩连续两年净资产收益率（扣除非经常性损益）低于 10%，中比基金可要求原股东或公司以现金形式赎回中比基金所持全部股份并约定了赎回价格。

4、股权优先条款

该类协议约定，当目标公司未能实现对赌协议规定的业绩目标时，私募股权机构将获得特定的权利。如股权优先分配权，剩余财产有限分配权或者一定的表决权，如董事会的一票否决权等。

典型案例: 2008年2月, SRL(红杉资本)对乾照光电增资,成为乾照光电的有限股东,按照双方的增资谈判,红杉资本作为外方股东享有重大事项否决权和财务副总经理提名权。

二、对赌纠纷裁判规则变化

从上文关于对赌的介绍中可知,对赌为一种投资工具,并非法律术语,在法律层面上并没有明确的定位,因此在关涉对赌纠纷的案件中,司法判例成为各地法院裁判时最主要的参考依据。对对赌协议影响最大的司法案例莫过于2012年最高人民法院审理的甘肃世恒有色资源再利用有限公司、香港迪亚有限公司与苏州工业园区海富投资有限公司、陆波增资纠纷案【即“海富案”,参见最高院(2012)民提字第11号民事判决书】,该案奠定了对赌安排中“投资人与目标公司对赌无效,与股东对赌有效”的总基调。随后陆续出现了山东瀚霖案、江苏华工案,直至近期北京银海通与新疆西龙土工新材料公司对赌案等,司法实践中关于对赌纠纷的裁判规则随资本市场的不断完善与发展,也悄然发生了变化。

2019年11月8日《第九次全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“九民纪要”)的发布,更是创造性地将对赌条款的效力与其是否可以强制执行明确作为不同问题加以区分对待,即在确定了对赌条款“有效性”的判断标准后,至于与公司的对赌是否可以履行,则留待从协议“可履行性”角度进行分析。简单来说,就对赌协议的“效力性”而言,若对赌协议不存在其他效力瑕疵的,应当认定为有效;至于对赌协议是否具备“可履行性”还要看其是否符合《公司法》关于股份回购或者盈利分配等强制性规定。一旦存在法律上不能履行的情形,则可以根据《合同法》第一百一十条的规定,驳回投资方请求继续履行的诉讼请求。

至此,九民纪要已成为国内对赌协议纠纷裁判规则转变的重要分界点。九民会议纪要的上述规定旨在保证正常交易与投资安全之间寻求一个平衡点,一方面激发经济活力,增加投资者的保护力度,另一方面又要保护目标公司债权人的合法权益。九民纪要发布前,最高院在海富案、山东靖霖案、华工案等诸多对赌协议纠纷案中所确立的“与目标公司实际控制人、股东对赌有效,与目标公司对赌无效”等审理思路已有一定转变。

结合上述司法实践和九民纪要关于对赌纠纷审理的内容来看,笔者将对赌协议纠纷有关的裁判思路整理如下表:

| 对赌主体 | 对赌内容 | 效力评价 |
|----------|-----------------|---|
| 原股东、实控人 | 对投资人现金补偿 | 有效 |
| | 回购投资人股权 | 有效 |
| | 向投资人无偿转让股权 | 有效 |
| 目标公司 | 对投资人现金补偿 | 九民纪要前: 法院倾向于认为无效【有变化】 |
| | | 九民纪要后: 原则上有效, 法院是否会支持诉请在于约定是否具备可履行性 |
| | 回购投资人股权、投资人减资退出 | 九民纪要前: 法院认为无效【有变化】 |
| | | 九民纪要后: 原则上有效, 法院是否会支持诉请在于约定是否具备可履行性 |
| 原股东和目标公司 | 对投资人现金补偿 | 九民纪要前: 原股东对赌部分有效; 目标公司对赌部分法院倾向于认为无效。【有变化】 |
| | | 九民纪要后: 原则有效, 法院是否会支持诉请在于约定是否具备可履行性 |
| | 回购投资人股权 | 九民纪要前: 原股东对赌部分有效; 目标公司对赌部分法院倾向于认为无效。【有变化】 |
| | | 九民纪要后: 原则有效, 法院是否会支持诉请在于约定是否具备可履行性 |

注: 上表内容系根据九民纪要发布前各级法院关于对赌纠纷的生效裁判文书内容和九民纪要有关对赌纠纷审理的规定整理而成, 实践中仲裁机构对于对赌纠纷的裁决思路与人民法院的审判思路并不完全一致, 譬如在以目标公司为对赌对象时, 对投资人的现金补偿约定, 仲裁机构往往倾向于认为该等约定有效, 而在回购投资人股权、投资人减资退出问题上态度尚不明确, 裁决中可能并不要求目标公司回购, 故在评估对赌协议纠纷所涉及的效力评价时应注意区分法院与仲裁机构在裁判思路上的异同。

对赌纠纷典型案例解析与对赌条款设计建议

作者：李慧荣

引言

对赌，作为一种投融资工具在我国资本市场投融资领域发挥了重要作用。上篇文章，解析了对赌的常见形式及其纠纷裁判规则的演变，本文试图从对赌纠纷的司法实践和对赌条款设计等方面进行梳理，探究对赌相关的风险防范机制。

一、对赌纠纷的司法实践

从笔者在无讼上检索 2011 年至今最高人民法院审理的 30 例相关对赌纠纷案例的情况来看，司法实践中对赌协议纠纷主要集中在两方面：一是对赌协议的效力问题，二是对赌协议的可履行性问题。与九民纪要关于对赌纠纷所确立的将对赌协议效力与对赌协议可履行性区隔对待的裁判逻辑亦不谋而合。

1、对赌协议的效力问题

从司法实践来看，涉及对赌协议的效力认定问题，主要在于两方面：一是对赌的主体，二是对赌内容是否违反效力强制性规定。

在九民纪要发布前，司法实践中主流观点认为，投资方与目标公司实际控制人或者股东对赌有效，与目标公司对赌无效。故在目标公司股东或实际控制人与投资方签订的对赌协议的情况下，在对赌协议不存在其他效力瑕疵的情况下，对赌协议有效。对赌一方为目标公司时，因涉及到公司资本维持、外部债权人利益等因素，其效力认定要复杂得多。在《九民纪要》发布之前，在与目标公司对赌的场合中，法院多以“对赌”违反公司的资本维持原则或侵害外部债权人的利益为由判决对赌协议无效。

《九民纪要》发布后，这一问题的裁判口径发生了变化。如在最高人民法院审理的北京银海通投资中心、新疆西龙土工新材料股份有限公司股权转让纠纷再审一案中【(2020)最高法民申 2957 号】，法院认为，“……新疆西龙公司与银海通投资中心签订《增资扩股协议》，通过增资的方式向银海通投资中心融资 900 万元，并与奎屯西龙公司三方共同签订具有股权回购、担保内容的《补充协议》，均系各方当事人的真实意思表示，不违反法律、行政法规的强制性规定，不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条所规定的合同无效的情形，应属合法有效……”自《九民纪要》发布后，即便是投资方与目标公司之间“对赌”，只要协议本身并不违背《公司法》的强制性规定也无其他效力瑕疵的，对赌协议合法有效。

而在对赌协议内容是否违反强制性法律规定方面，从早些年的海富公司与甘肃世恒公司对赌一案【最高院(2012)民提字第 11 号】，到近年来的阎某某、上海某股权投资基金合伙企业股权转让纠纷案(2019 粤 01 民终 18295 号)，均因对赌协议中出现了业绩补偿条款或股权回购条款中，所约定的固定收益脱离了被投资公司的经营业绩，被法院认为损害了公司利益和公司债权人利益或违反了公司资本维持原则，属于违反《合同法》或者《公司法》禁止性的内容，而认定该等约定无效。

2、对赌协议的可履行性问题

前文提到，《九民纪要》实则将对赌协议的问题一分为二，这意味着有效性仅仅是投资方诉请获得支持的基本要件，如果不符合强制执行条件的，即使法院认可了对赌条款的效力，也可能不会支持投资方关于主张目标公司承担责任的相应诉讼请求。

在上文所述的北京银海通投资中心、新疆西龙土工新材料股份有限公司股权转让纠纷再审一案中【(2020)最高法民申 2957 号】，双方争议焦点之一就是原判决以完成减资程序作为银海通投资中心请求公司回购股份的前置条件有无法律依据。

最高人民法院经审理后认为，虽然涉案《增资扩股协议》和具有股权回购、担保内容的《补充协议》合法有效，但投资方银海通投资中心请求新疆西龙公司回购股份能否得到支持，还需确定目标公司履行上述义务是否具备法律及事实上的可能性。首先，依据《公司法》第一百四十二条的规定，除非存在《公司法》规定的例外情形，《公司法》原则上禁止股份有限公司回购本公司股份，该案中投资方要求目标公司回购其股权亦不符合《公司法》规定的公司收购本公司股权的例外情形。其次，在该案中，目标公司并未依据《公司法》第一百七十七条的规定完成减资程序。综合来看，该案中投资方要求目标公司回购其股权的诉讼请求，存在法律上和事实不能履行的情形，故无法得到法院的支持。

二、对赌纠纷典型案例解析

实践中有关对赌纠纷的典型案例要点列示如下：

| 案件名称 | 对赌条款 | 裁判要点 | 主要理由 |
|-------------------------|--|---|---|
| 海富案：最高院（2012）民提字第 11 号 | 如果世恒公司（目标公司）实际净利润低于 3000 万元，则海富公司（投资方）有权从世恒公司获得补偿，并约定了补偿计算公式。 | 与目标公司对赌无效，与目标公司股东对赌有效。 | 对赌条款一经触发，海富公司的投资可以取得相对固定的收益，脱离了世恒公司的经营业绩，损害了公司利益和公司债权人利益。 |
| 山东瀚霖案：（2014）鲁商初字第 25 号 | 瀚霖公司（目标公司）在 2013 年年底没有公开发行 A 股股票或者瀚霖公司 2011 年实现的经审计扣除非经常性损益后的净利润低于 16000 万元，天津硅谷天堂（投资方）将有权要求瀚霖公司或者曹务波（翰林公司股东）回购其持有的翰林公司股权。 | 与目标公司对赌回购股权无效，但目标公司偿还投资款进入资本公积金的部分。 | 有限责任公司注册资本确定后，未经法定程序，不得随意减少或抽回。《公司法》第七十五条规定了股东要求公司回购股份的特定情形，协议中关于瀚霖公司回购股份的条款约定因违反上述强制性规定无效，协议其他条款并不违反公司法规定，应为有效。 |
| 四川瀚霖案：（2016）最高法民再 128 号 | 若瀚霖公司（目标公司）未能在 2013 年 6 月 30 日前完成合格 IPO，强静延有权要求曹务波（目标公司股东）以现金方式回购强静延所持有的瀚霖公司股权，瀚霖公司为曹务波的回购提供连带责任担保。 | 目标公司为其股东的回购行为提供担保，担保行为有效。 | 强静延对瀚霖公司提供担保经过股东会决议，尽到审慎注意和形式审查义务，瀚霖公司提供担保有利于自身经营发展需要，并不损害公司及公司中小股东权益，应当认定案涉担保条款有效。 |
| 江苏华工案：（2019）苏民再 62 号 | 若扬锻集团公司（目标公司）在 2014 年 12 月 31 日前未能在境内资本市场上市或者主营业务、实际控制人、董事会成员发生重大变化，则华工公司（投资方）有权要求扬锻集团公司回购华工公司所持有的全部扬锻集团公司的股份，扬锻集团公司应以现金形式收购，并约定了回购款的计算方式。 | 对赌条件激活后，目标公司和原股东怠于办理有关公司变更手续，包括召开股东会等，构成违约。判决公司直接付款并办理登记。 | 我国《公司法》并不禁止有限责任公司回购本公司股份，有限责任公司回购本公司股份不当然违反我国《公司法》的强制性规定。有限责任公司在履行法定程序后回购本公司股份，亦不会损害公司股东及债权人利益，亦不会构成对公司资本维持原则的违反。 |

| 案件名称 | 对赌条款 | 裁判要点 | 主要理由 |
|--------------------------|---|---|--|
| | | | 案涉对赌协议无论是针对列入注册资本的注资部分还是列入资本公积金的注资部分的回购约定，均具备法律上的履行可能。 |
| 新疆西龙案：（2020）最高法民申 2957 号 | 如果截止 2012 年 9 月 30 日新疆西龙公司（目标公司）仍未实现在国内证券交易所公开发行股票并上市，则银海通投资中心（投资方）有权要求新疆西龙公司回购其持有的股份并约定了回购价格计算方式和回购时间。 | 股东与公司 and 案外人共同签订具有股权回购、担保内容的协议合法有效，但股东请求公司回购其股份应按照公司法规定完成减资程序。 | 股东请求公司回购股份属减少公司注册资本的情形，须经股东大会决议，并依据《公司法》规定完成减资程序。若未依法完成减资程序，其回购请求不予支持。 |

三、九民纪要时代对赌条款设计建议

从九民纪要关于对赌纠纷的相关内容来看，其所解决的是对赌协议的效力以及如果有效能否履行的问题，但对于投资方如何从目标公司获取现金补偿或者退出的问题未予明确，但并不妨碍我们通过逆向思维，从该条规定中获得关于对赌条款设计的启示。

结合上述有关对赌纠纷的司法实践，尤其是九民纪要的相关内容，笔者试图从以下方面提出对赌条款设计建议，仅供参考：

1、对赌主体可选择目标公司实际控制人或者股东，也可以为目标公司，抑或二者结合

在对赌主体方面，对于从事私募股权投资的个体或者机构而言，不仅可以通过同目标公司实际控制人、创始股东等进行对赌，也可以通过同目标公司对赌，以解决交易双方因目标公司未来发展的不确定性、信息不对称以及代理成本等问题而带来的投资风险，但应在对赌协议或对赌条款中事先做好相应的安排，避免对赌约定有效但实际无法履行的局面。

2、对赌协议内容需具备可执行性

结合对赌协议中最为常见的股权回购和现金补偿方式来看：

在股权回购条款设计上，若投资方与目标公司约定，若目标公司对赌失败，将需要回购投资方所持有的目标公司全部股权的，建议在有关协议中事先就目标公司其余股东就未来可能的减资程序（须经代表三分之二以上有表决权的股东通过）和减资款分配的配合义务和相关违约责任进行明确约定，以确保目标公司股权回购条款的可执行性。此外，还需充分考虑一旦“对赌”失败，目标公司很可能无力偿还公司债权人的债权，即便启动减资程序，公司债权人也很可能不会同意的的问题，亦需提前做好相应风险防范举措。

在目标公司金钱补偿条款设计上，因投资方同时还是目标公司的股东，其和目标公司的关系一方面受合同法相关规定的调整，亦受公司法的相关规定的规范，当对赌失败时，投资方要想从公司获得金钱补偿，只能从公司可以分配的利润中支付，否则会构成抽逃或者抽回出资。而公司进行利润分配按照公司法的规定须经股东会决议，故在该等条款设计时建议事先就未来可能的利润分配有关事项进行明确约定，同时就该等条款的违约责任做好规划，以确保未来对赌失败时目标公司金钱补偿条款的可执行性。

3、对赌条款可与公司清算程序衔接

除上述建议外，亦可考虑在对赌条款中增加如涉及到目标公司或创始人股东不履行投资协议时，投资方有权启动目标公司清算程序等内容，但需注意该条款须符合《公司法》中关于公司解散的有关规定，尤其是与公司章程保持一致。

四、结语

企业的控制权因牵涉经营管理、利润分配等多项股东权利，因此至关重要，在进行对赌时应充分权衡利弊和评估风险，避免控制权流失。一旦被投资企业在对赌协议中失利而导致需要对投资方进行股份补偿，甚至严重到丧失控制权或需要支付巨额现金补偿时，企业的创始股东对被投资企业所付出的努力都将功亏一篑。从合同技术角度看，对赌往往涉及优先清算条款、股份回购条款、优先股领售权条款、杠杆收购等多个颇具研究价值的法律、融资技术问题，因此，只有着眼于整体视角方能更清晰准确地认识到公司的金融法律问题，从而通过各种风险防范机制和条款设计，在各方利益之间寻求平衡点。

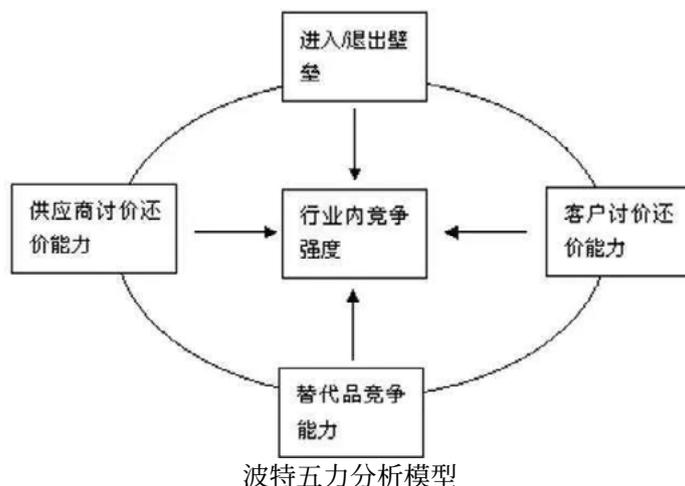
商业战略模型在股权收购法律尽调中的运用

作者：陈彦

什么是商业战略与商业战略模型？

学界对于“商业战略”的定义，始终处于高度的不确定状态，近三十年间“定位派”、“能力派”各领风骚，在不同阶段都占据过最主流的地位。笔者尝试尽量简洁的去概括，也即是“（企业）做什么，不做什么”（参考了“定位派”的观点）。因此，所谓“商业战略模型”，就是分析一个企业“做什么，不做什么”的结构化思维和系统化工具。

商业史上有很多著名的战略模型，例如偏重外部环境的波特五力分析，偏重内部能力的平衡积分卡（BBC）等等，但是都会存在运用上的制约，需要对目标公司有较为全面深入的了解，这是要花费大量“企业陪伴时间”的。当然，这是由战略的差异化本质所决定的，一百个公司可能会有一百二十个战略，战略的精准度必定需要通过消耗时间来达到对公司的充分了解（这也是为什么第三方的战略咨询项目，往往都需要数个研究员几个月的常驻在公司）。因此对于律师来说，可以向固定的常年法律顾问客户，在法律服务基础上，提供一定的差异化增值服务，律师的身份正逐步转变为公司真正的参谋和智囊，在保护价值的同时创造价值。



商业战略模型也能成为律师的工具

那么，在一个期限只有几周的法律尽职调查项目中，律师是否也能运用到商业战略模型，从而更全面更有针对性的提供法律意见呢？

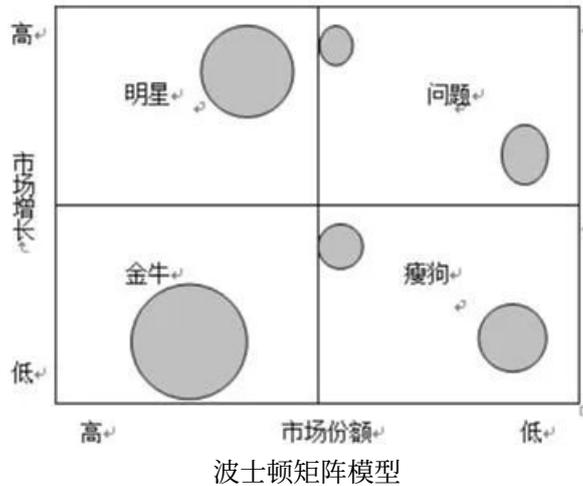
尽职调查一般分为法律尽调、财务尽调和业务尽调。既然商业战略模型很大部分是对公司业务分析，那理所当然在业务尽调中会被频繁使用，而这也往往是咨询公司们的任务。

这个结论对也不对。

首先笔者认为律师是完全可以参与到业务尽调中的，很多时候深耕某个垂直领域的律师，对于行业的熟悉程度其实并不亚于专业的咨询公司。其次，即使仅在法律尽调的范围内，使用得当的话，商业战略模型往往成为解开某个隐藏法律风险的钥匙，同时更进一步会成为衔接法律、财务和业务尽调的有效工具。

笔者拿一个经典但实用的模型来举例——波士顿矩阵模型（BCG），它着重于分析业务组合和投资组合，实质是一个简单的二维象限图，通过对每一个业务“市场增长”和“市场份额”这两个维度的高低排列摆放，可以直观的区分为“明星”、“金牛”、“瘦狗”和“问题”四大象限，而每一个象限都已经预设好了相应的

战略方向或具体举措。因为相比公司内部能力分析的局限性和主观性，BCG 仅需要分析外部因素，这通过目标公司提供的资料和一定程度的自行检索分析，是可以快读得出较为准确的结论的，因此也相应是一个容易上手的模型。



商业战略模型的实际运用

笔者曾参与过的一次股权收购尽调项目，被收购方是一家汽车零部件生产企业，笔者作为收购方委托的律师，主要参与的就是法律尽调部分，当时对于业务板块，了解到被收购方有两块主要业务，一是常规的四门两盖焊接，二是模具的开发制造。项目过程中笔者审阅了被收购方提供的相应业务合同，同时对于历史沿革、公司资产、合规涉诉等方面并未发现重大的法律风险或瑕疵。

在之后各中介机构的通气会中，笔者得到了审计公司和咨询公司所做的初步财务报告和业务报告：其中焊接业务，被收购方是多家大型整车厂的固定供应商，每年有较为稳定收入增长，但是总体业务规模较小；模具业务，被收购方非常看好业务前景，近几年投入了大量资金在上面，同时在高新企业和众多专利的加持下，已经凝结了一定的技术含量。因此，如果单独的去这几份尽调报告，被收购方既有稳定的现金流业务、又有预期向好的强前景业务，在没有重大法律风险的前提下，可以说是一个较为合适安全的收购对象。

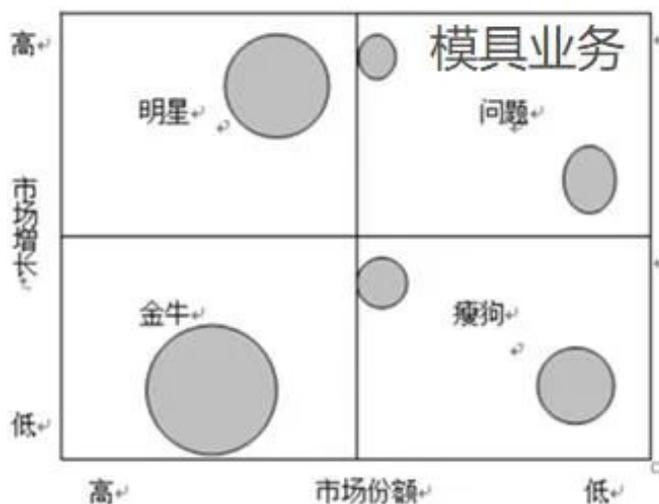
笔者出于职业习惯，便使用波士顿矩阵对模具业务进行了分析。首先检索了一下整个模具行业的增长情况，发现第三方市调机构（如下图）也对业务前景做了乐观估计，增长可期。



摘录自智研咨询发布的《2020-2026 年中国汽车检具产业运营现状及发展前景分析报告》

接着，笔者对尚未进行的访谈环节，特意要求增加了市场和业务负责人，并补充了“公司模具业务在市场份额”、“模具业务主要竞争对手情况”等问题。通过访谈，得到的结论为“公司模具业务所占份额小，主要竞争对手为著名外企，竞争优势巨大”。

因此，回到波士顿矩阵模型，可见被收购方的模具业务在迅速增长的市场中具有相对较低市场份，属于“问题”业务，为能保持增长免于掉队，是需要投入大量资金的。但是，从财务报表中笔者发现，模具业务几乎是个窟窿，只有投入不见产出，相对能够输血的焊接业务，由于规模限制，也是远远赶不上“放血”的速度。进一步的，被收购企业近几年大量的被动银行贷款也是为了缓解模具业务巨大的资金压力，同时还款期限几乎都集中在一年，如果被收购方无法在到期年实现模具业务的扭亏为盈，或者实现焊接业务的快速增长，就将面临现金流断裂的局面。



从之前的访谈中，笔者了解到模具业务由于开发周期长且几乎都为非标件，因此回款周期也相应较长，短期内是无法实现扭亏为盈的。而对于焊接业务，笔者再次使用了“波士顿矩阵”进行分析，整个市场竞争相当激烈，也造成了行业利润率的止步不前（都在拼价格），加上大部分整车厂对于供应商认证的极高门槛，所以焊接业务也几乎没有可能迎来短时间内的快速增长。

于是，笔者把目光又挪回了法律尽调环节，重新审视了模具业务相关合同，向上游看采购合同，发现模具开发的铸模、材料等成本较大，有的甚至还需要委托第三方的设计研发机构。向下游看销售合同，其中付款条款都约定被收购方先行垫付前期开发费用，而回款期都几乎长达二年（因为这差不多就是一款模具从开发到最后投入生产的时间），这和之前发现的问题又都是互相印证的。

就这样，通过一个模型，便构建起了“业务（模具）-法律（合同）-财务（营收）”的逻辑闭环，也将“业务”、“财务”、“法律”这三个环节有效衔接了起来。

完成上述的分析后，笔者将结论在法律意见书中予以披露，和收购方高层也坦言模具业务极有可能是一颗定时炸弹，收购方需要谨慎考虑是否有能力“拆弹”。最终，收购方在综合了各方意见后，决定终止了收购项目。

而年初突如其来的疫情，终于成为了最后压垮被收购方的稻草，这也验证了笔者的判断。可以说正是商业战略模型在尽调过程中的合理运用，才真正筑起了法律和战略的双重防护。

股东抽逃出资的一般认定规则

作者：周雪爽律师团队

引言

作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人可以申请追加抽逃出资的股东为被执行人，在抽逃出资的范围内承担责任。

所谓股东抽逃出资是指股东将已缴纳的出资又通过某种形式转归其所有的行为。因此，构成股东抽逃出资有以下四个前提条件：第一，公司已有效成立，股东出资已构成公司资本，股东抽逃出资是对公司资本维持原则的破坏；第二，抽逃出资的直接责任主体一般为公司发起人，包括单位股东与个人股东；第三，股东实际已经履行了出资义务；第四，股东已经取得了资格的形式要件，即股东名册、出资证明书、公司章程以及工商登记的文件等所表明的股东资格。

那么，实务中法院如何认定股东是否存在“抽逃出资”行为？由谁来承担存在抽逃出资行为的举证责任呢？本文将结合法院裁判分析股东抽逃出资的一般认定规则。

以案说法

案例：姜大鹏与丁明慧案外人执行异议之诉【（2019）鲁11民终1301号】

【基本案情】

2008年12月9日，中泉公司股东会议形成决议，增加注册资本1400万元，增资后的注册资本总额为1500万元，其中公司执行董事姜大鹏出资1350万元，徐猛出资150万元。姜大鹏缴纳新增出资1260万元。

12月25日，姜大鹏、徐猛将新增注册资本均缴存至公司银行存款账户。上海兴中会计师事务所验资后出具验资报告。

12月26日，中泉公司将1400万元资金转移至新沃公司。该笔款项在中泉公司财务账面上以“其他应收款”记挂。

后来，丁明慧等20人（统称“债权人”）诉请中泉公司履行债务，并申请强制执行，因中泉公司无可供执行的财产，债权人向法院申请追加姜大鹏为被执行人，一审法院裁定准许追加。

姜大鹏提起上诉，请求撤销一审判决、撤销将其追加为被执行人。二审法院最终驳回上诉，维持原判。

【法院裁判】

本案争议焦点为：姜大鹏是否存在抽逃注册资金的行为，其应否对中泉公司不能清偿的债务承担民事责任。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第12条，公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由，请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：（一）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（三）利用关联交易将出资转出；（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为。

本案中，中泉公司于2008年12月26日将公司运营资金1400万元转移至新沃公司，该笔资金作为公司的主要运营资金，数额特别巨大，从时间点上，在2008年12月25日姜大鹏、徐猛完成新增资本共计1400万元后，第二天该1400万元即从中泉公司账户转入新沃公司账户。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第20条规定，当事人

之间对是否已履行出资义务发生争议的，原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的，被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任。

对姜大鹏抽逃出资的事实，债权人已完成了举证责任。据此，姜大鹏主张上述 1400 万元款项转入新沃公司的行为不属于抽逃出资，应承担举证责任。

姜大鹏在该资金转移时是中泉公司的控股股东，担任公司执行董事，其对公司经济资源的管理、把握和处分上有决定权，从其陈述可以看出，姜大鹏知悉并同意该笔资金的转移等情况。因此，中泉公司向新沃公司转移资金的行为体现了姜大鹏的意愿，但其不能就该资金的转移作出合理、正常的说明，不能证明该资金转移是与新沃公司建立了真实的债权债务关系。故法院对该笔资金的转移认定为虚构债权债务关系将出资转出。

关于法律实务中抽逃出资要件的认定标准

（一）形式要件

1、制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配

这主要是指公司通过修改资产负债表或利润表内列报的项目，具体表现为增加资产、收入项目、收入金额，减少负债、费用项目、费用金额等方式导致所有者权益或利润增加，进而导致股东分配到的利润增加。

在公司无盈余或超出实际可分配的股东利润进行分配的，可以认为是抽逃出资，例如（2009）鲁民再字第 4 号案例中，法院认为，该公司每月一直按照每百元每月两元支付股息的方式属于变相抽逃出资。

2、通过虚构债权债务关系将其出资转出

这主要包括虚构交易和虚构借款两种形式。

例如，（2011）闽民终字第 81 号案例中，法院认为，被告大量以借款名义转出资金，但并无借款合同、还款期限与利息等约定，公司也无催讨行为与股东会决议等，应认为不存在实际借款，行为应属于抽逃出资。

3、利用关联交易将出资转出

这实际上属于通过虚构债权债务关系将其出资转出的特殊化形式，是指利用债权债务关系将公司的资金转移至具有关联性的另一公司。在此种情况下不需要判断关联交易是否真实，只需判断接收资金的公司与资金转出的公司是否存在关联性。

认定关联性的条件在于两公司之间是否存在董事、监事、高级管理人员以及大股东的身份重叠。例如，（2017）湘 1202 民初 1887 号案例中，法院认为，“鸿瑞公司与鸿瑞房地产公司存在关联关系，黄衍汉、刘玉成同时系两家公司的股东，其中黄衍汉系鸿瑞公司的执行董事、系鸿瑞房地产公司的监事，刘玉成系鸿瑞房地产公司的执行董事。从以上查明的事实和证据分析，两被告存在利用关联交易将出资转出的行为”。

4、其他未经法定程序将出资抽回的行为

例如，（2017）民二终字第 215 号案例中，法院认为，出资人从公司收回资金，但无证据证明除注册资金外，另有其他资金注入公司，应当认定出资人收回的资金是公司资产的组成部分，出资人行为属于抽逃公司资产。

（二）实质要件

即是否损害公司利益。股东与公司间的合法借贷关系或真实的商业往来关系不能认定为股东抽逃出资。依照《公司法》的有关规定，公司享有股东投资形式的全部法人财产权。股东以出资方式将有关财产投入到公司后，该财产的所有权发生转移，成为公司的财产，公司依法对其财产享有占有、使用、收益和处分的权利。公司借款给股东，是公司依法享有其财产所有权的体现，股东与公司之间的这种关系属于借贷关系，合法的借贷关系受法律保护，公司对合法借出的资金依法享有相应的债权，借款的股东依法承担相应的债务。

抽逃出资行为核心是“抽逃”，指公司资产从公司转移给股东时，股东并未向公司支付公正、合理的对价，即未向公司交付等值的资产或权益。因此，认定抽回出资行为是否损害公司权益时，需判断股东将出资转出时基础交易是否真实存在，交易价格是否公平、合理。股东以公平、合理对价转移出资的，不宜认定为抽逃出资。

例如，（2014）执申字第9号案例中，法院认为，第一，昌鑫公司对弘大公司存在合法的在先债权。在昌鑫公司成为弘大公司股东之前，昌鑫公司已通过债权受让的方式，取得了对于弘大公司的2545万元债权；第二，昌鑫公司未损害弘大公司及相关权利人的合法权益。昌鑫公司后来通过增资扩股的方式成为弘大公司的股东，将2545万元注册资本汇至验资账户后，在完成工商变更登记前，又作为债权人，接受弘大公司以该注册资金偿还在先债务。在这整个增资扩股并偿还债务的过程中，昌鑫公司除了把自己的债权变成了投资权益之外，没有从弘大公司拿走任何财产，也未变更弘大公司的责任财产与偿债能力。因此，法院认定，昌鑫公司的行为虽然符合抽逃出资的形式要件，但是不符合实质要件，即该债务已经预先存在，以注册资本偿还债务的行为并未损害公司权益，不构成抽逃出资。

股东抽逃出资的举证责任分配及转移

关于抽逃出资举证责任问题，对股东抽逃出资产生合理怀疑的情况下，由于债权人无法查询目标公司及其股东的银行账户或财务账簿，客观上存在举证困难，而公司股东更有可能掌握较公司债权人等利益相关方更为详尽和关键的证据，因此，此时应将举证责任转移至目标公司股东，由其解释和说明转出出资具有合理性、系用于公司正常经营业务、经过公司法定程序，反驳债权人关于股东抽逃出资的主张，否则应承担举证不能的不利后果。

例如，（2016）最高法民再2号案例中，法院认为，就股东是否抽逃出资的举证责任分配，由于美达多公司无法查询新大地公司及其股东周旻、张军妮的银行账户或财务账簿，在美达多公司提供了对周旻、张军妮抽逃出资有合理怀疑的证明后，只能通过法院调查或者由新大地公司及周旻、张军妮提供反驳证据，才能查清事实，因此，此时应将举证责任转移至周旻、张军妮，由其提供相应的证据反驳美达多公司关于周旻、张军妮抽逃出资的主张。然而，周旻、张军妮未予举证。在这种情况下，应当作出对周旻、张军妮不利的判断，即支持美达多公司的主张，认定周旻、张军妮构成抽逃出资。

实务经验总结

对公司债权人来说，在被执行公司财产不足以清偿债务时，应注意调查公司股东抽逃出资的可能性以及考虑追加执行该股东财产。在此过程中，需要收集、提供对该股东抽逃出资产生合理怀疑的证据。

对公司股东来说，在履行出资义务后，不应未经法定程序将出资抽回。股东从公司获得资金的，应当及时固定、收集相关证据，包括每次款项流动的付款时间、金额、支付方式、转款用途、企业财务报表中的相应科目、报表明细等，并予以详实记载并说明资金的具体用途以及其他案涉款项在业务活动中产生的对应交易资料，以备将来发生争议时，可以主张系正常公司经营行为，或存在真实的债权债务关系，或该转款行为经过法定程序等事实，以证实转款行为并非抽逃出资。

“一股二卖”情形中，股权的归属问题

作者：周雪爽律师团队

在实践当中，经常出现股权出让方在签订有效的股权转让合同后，没有及时配合受让方办理股权变更登记，反而待价而沽，一股二卖甚至一股多卖。

这里提到的“一股二卖”，是指原股东将股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记，又将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分的行为。这种行为必然会损害股权受让方的利益。

那么，针对股东“一股二卖”的情况，应如何处理？未能实际取得股权所有权的受让人，应如何维护自身合法权益呢？

以案说法

案例：安徽应流机电有限责任公司等与南京钢铁联合有限公司等股权转让纠纷上诉案【（2010）皖民二终字第00083号】

【基本案情】

2003年12月10日，应流机电公司与郑宝海签订出资转让协议一份，约定，该公司将其持有的应流矿业公司的股权（41%）转让给郑宝海。同日，应流机电公司召开临时股东会议，同意以上协议。郑宝海当日即将上述款项全部付给应流矿业公司，且应流矿业公司于当日出具书面证明，证明其实际收到郑宝海上全部付款，注明“请工商部门给予办理变更手续”。但后来该股权转让未能在工商管理部門办理股权变更登记。

2003年12月22日，应流机电公司召开临时股东会议，就出资转让事宜作出决议：同意将其持有的应流矿业公司的股权转让，其中39%转让给刘大文，2%转让给孙超；同时委托刘大文、孙超办理出资转让及工商变更等手续。上述股东会决议由应流机电公司全部股东签字认可，并加盖公章。依据本次股权转让，应流矿业公司的工商登记材料进行了相应变更。

2008年6月13日，郑宝海向法院提起本案诉讼，请求确认2003年12月22日应流机电公司向刘大文、孙超转让的股权行为无效，并赔偿其相应损失。

问题：应流机电公司所转让的股权应该归谁？受损方该如何救济？

【案例解析】

本案的实质是“一股二卖”中的股权归属问题。应流机电公司第一次将其股权转让给了郑宝海，但未办理变更登记，第二次将其股权转让给了刘大文、孙超，且办理了变更登记。

本案中需要明确三个问题，转让协议的效力问题、股权归属问题以及救济问题。

首先，针对转让协议的效力问题。本案中存在两份协议，一是应流机电公司与郑宝海的转让协议，二是应流机电公司与刘大文、孙超的转让协议，两个协议均是独立的。根据《合同法》第52条的规定，只要不存在无效情形，则协议的效力均为有效。本案中签订的两份协议均不存在该法条规定的无效情形，因此，两份协议的效力均为有效。

第二，对于股权归属问题。根据《公司法》第32条第2款的规定，“公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”由此可知，遵从事外观主义，只有办理了变更登记后才能起到对抗第三人的效力。因此股权归属只能归属于

一方。在本案中，应流机电公司的股权应当归属于刘大文、孙超，故法院不支持郑宝海请求确认应流机电公司的股权转让给刘大文、孙超的行为无效。

第三，针对救济问题。由于应流机电公司与郑宝海的转让协议效力为有效，所以应流机电公司应当自股权转让之日起 30 日内为其办理变更登记。而应流机电公司在与郑宝海签订股权转让合同后不到 30 日就将同一股权转让给别人，这一行为违反了其履行合同的义务，应流机电公司应当承担相应的违约责任。因此，根据《合同法》第 113 条的规定，郑宝海可向应流机电公司主张违约责任，请求应流机电公司承担其损失。

最后，关于违约损害赔偿的范围。合同法第 113 条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

实务分析

股权转让中，虽然签订了股权转让协议或变更股东名册，但股权必须经过法定程序登记才能最终转移。

针对“一股二卖”问题，最高人民法院民事判决书（2013）民二终字第 29 号明确表示：股权既非动产也非不动产，但可类推适用《物权法》第 106 条之善意取得制度，以维护善意第三人对权利公示之信赖，保证交易秩序的稳定与安全。根据《物权法》第 106 条，无权处分符合下列情况的，受让人取得所有权：（一）受让人受让时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付。

对于受让人受损害权利的救济，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第 27 条规定，“原股东处分股权造成受让股东损失，受让股东请求原股东承担赔偿责任、对于未及时办理变更登记有过错的董事、高级管理人员或者实际控制人承担相应责任的，人民法院应予支持；受让股东对于未及时办理变更登记也有过错的，可以适当减轻上述董事、高级管理人员或者实际控制人的责任。”

所以，受让人可以有以下救济方式：（1）受让股东可以根据股权转让协议的相关约定主张原有股东承担违约责任；（2）若受让人还因此受有损失的，可以主张未及时为其办理变更登记的原股东承担损害赔偿责任；（3）受让股东有权请求对于未及时办理变更登记有过错的董事、高级管理人员或者实际控制人承担相应的责任。但是，受让股东对于未及时办理变更登记也有过错的，可以适当减轻上述董事、高级管理人员或者实际控制人的责任。这里需要注意的是，公司董事、高级管理人员及实际控制人承担相应责任的前提是有过错。

知识延伸

在涉及到重大的股权转让交易时，股权转让双方往往会对于不履行合同的违约责任进行约定，但争议发生后守约方又通常会主张合同中约定的违约金过低，要求违约方对于合同约定之外的守约方可得利益损失另行进行赔偿。此时需要注意的是，可得利益必须具有一定的确定性和可预见性，守约方主张违约方赔偿可得利益损失的，应对该损失的存在承担举证责任。如守约方不能举证证明可得利益的损失存在，或所主张的可得利益损失金额已包含在合同约定的违约金范围内，法院对守约方另行主张可得利益损失的诉讼请求不予支持。

例如，（2017）最高法民终 916 号案例中，容生幸、林由勇对康域公司构成违约，故容生幸、林由勇应对康域公司承担相应的违约责任。而关于康域公司主张的违约金、可得利益和直接损失能否支持的问题，法院认为：

首先，关于违约金的问题。《转让协议》第 7 条约定的违约金是 5000 万元，鉴于违约金兼具赔偿和惩罚的双重性质，一审根据容生幸、林由勇对违约金约定过高的抗辩主张，综合考虑合同约定、实际损失、合同的

履行情况、当事人的过错程度等多方面因素，酌情将违约金调整至 4000 万元，相对公平合理，法院予以维持。

其次，关于可得利益和直接损失的问题。康域公司主张可得利益和直接损失共计 6000 万元，应对该损失的存在承担举证证明责任。一般来说，可得利益是指合同履行后将来可以获得的纯利润，该利益必须具有一定的实现性和可预见性。案涉项目属于房地产开发项目，而房地产开发具有较大的风险性，受房价市场波动、建筑成本、政府政策等因素影响较大，而康域公司提供的三亚市财政局文件所附《第三农贸市场及周边片区整体改造合作项目收益情况表》仅是对开发商净利润的估算，特别是在本案中康域公司存在资金严重不足，进一步加大开发成本的客观事实，因此康域公司主张的巨额可得利益损失，法院不予认定。

至于直接损失，即便康域公司主张的居间报酬、投融资合同违约金和工作经费共计 1780 万元的事实成立，已经支持的违约金 4000 万元足以弥补该直接损失，其再主张直接损失 1780 万元，不予支持。

因此，康域公司要求容生幸、林由勇赔偿可得利益和直接损失 6000 万元的上诉请求，无事实和法律依据，法院不予支持。

实务指引

1、在我国，股东名册的变更登记不具有对抗效力，而工商登记具有对抗效力，所以登记于工商登记文件中的受让人可以对抗登记于股东名册的受让人优先取得股权。在股权转让的时候，受让人应当时刻谨记督促转让人及时办理工商变更登记，以更好地保障自己的合法权益。

2、对于股权转让的双方而言，应当尽量在合同中约定相对客观、公平的违约责任条款。所谓客观、公平，是指违约金兼具赔偿和惩罚的双重性质，人民法院在对违约金进行判决时，以实际损失为基础，并可以兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量。因此，即使合同中约定了天价违约金，但该约定的违约金超过造成损失的 30% 的，一般可以认定为合同法规定的“过分高于造成的损失”，当事人可以请求法院或者仲裁机构予以适当减少。

3、股东资格纠纷，均应以公司为被告，与案件争议股权有利害关系的人作为第三人参加诉讼。

网络安全与数据保护篇

论医疗数据权利配置——医疗数据开放利用法律框架

作者：高富平

摘要：医疗数据关系患者个人、医疗机构和社会公共利益，如何配置权利以构建医疗数据流通利用秩序成为健康医疗大数据应用关键。医疗数据是由医疗机构采集、制作、存管形成的，服务于医疗机构运营、医疗水平改善，但经治理后可以转化为医疗大数据资源，医疗数据财产权应当配置给医疗机构。医疗数据源于患者，患者隐私权可以延伸到医疗数据，医疗机构只有征得患者同意才能进行以识别个人为目的的医疗数据利用；同时，卫生健康管理部门基于公共利益目的可以调取和使用医疗数据，实现医疗数据的社会公共价值，但这并非说医疗数据是公共数据。赋予医疗机构对医疗数据利用权利的同时，配置相应的安全管理义务，促使建立良好的数据治理体系，由此可以开启医疗机构主导的医疗数据资源社会化利用的大门。

关键词：医疗数据；数据权利配置；数据财产权；数据开放

一、引言

医疗数据是产生于医疗机构诊疗活动关于患者的生理和健康状况的数据。医疗数据的形成与医疗手段和过程的数字化（信息化）有关，但不等同于病历电子化或电子病历。电子病历只是医疗数据的基础部分，而不是全部。医疗数据是广义的健康数据的重要类型。在为患者提供诊疗过程中，医疗机构采集、制作和保管形成了医疗数据。这些数据除满足医疗机构自身管理和患者就诊需要外，还具有巨大的再开发利用价值。随着信息和通信技术（ICT）以及智能化设备在医疗活动中的普及，医疗服务从过去的电子化（以电子病历为标志的信息化管理）逐渐发展为诊疗网络化、远程化、精准化和个性化，数据的采集、分析和应用成为医疗服务的核心。医疗数据成为各个医疗机构提升医疗服务水平，整个医疗行业实现医疗技术、方法等突破的竞争性资源。为此，国家不断推动数字医疗或大数据在健康医疗领域的应用，以实施全面的健康中国战略。除此之外，医疗数据还广泛应用于医药研发、医学研究、公共健康管理、健康保险、健康服务等领域，成为如今大数据应用最为成熟的领域之一。

医疗数据不仅可以应用于医疗、医药等与医学联系紧密的领域，提升医疗和相关领域的产品和服务（如健康保险、养老健康等服务）质量，而且可以应用于公共卫生和社会治理领域，降低管理和决策成本，有效优化资源配置。医疗机构以及卫生信息平台存储了大量健康医疗信息，但由于数据权属不清等问题，数据持有者不敢将这些数据开放共享，其蕴含的价值也无法被挖掘。无论是法律层面还是行政规章层面都对医疗数据的权属问题作出明确规定，严重掣肘医疗数据的开发再利用。

目前，国内外理论和立法实践关于医疗数据权属的观点归纳起来为五种：“个人所有权说”“医疗机构所有权说”“个人与医疗机构共有说”“公共所有权说”和“复合权利说”。但是数据不同于物，其多重价值

和利益并存性决定了我们不宜从传统所有权权属思维来思考和解决其权利配置。本文试图从医疗数据形成和实际控制的角度,提出新医疗数据权利配置方案,认为对于医疗数据,患者个人享有医疗数据上的主体利益(隐私利益),而形成和管理医疗数据的医疗机构(下称“医院”)享有数据财产权(称之为“数据控制者权”),而国家卫生健康管理委员会(下称“公共健康管理部”)可以基于医疗数据的社会和公共性调用特定范围的医疗数据用于公共健康管理。这样的权利配置可以实现医疗数据的开放利用,确保各方利益,但最终有赖于医院对医疗数据的权利和义务配置。

二、医疗数据资源的形成

医疗数据是医疗机构在医疗服务过程中形成的数据资源,如今成为每个医疗机构管理的无形资产,但医疗数据具有社会性和公共性,医疗数据权利配置不是简单地将医疗数据归属于某一方,而是寻求医疗数据上多重价值实现有效的法律安排。

(一) 医疗数据的形成

从类型上,医疗数据包括患者的基本信息、门诊记录、急诊记录、住院记录、医学影像记录、检验检查记录、处方记录、手术记录、随访记录和医保数据等。其中除患者的基本信息是由个人就诊时主动提供的外,其他医疗数据均由医疗机构采集并由医疗机构运维管理形成可不断重复使用的数据资源。

医疗数据因患者与医疗机构之间的医疗服务关系建立而开始形成。患者到医院就医不仅要向医疗机构提供姓名、年龄、住址、电话等基本信息,而且要陈述既往病史、过敏源、生活习惯等信息。这些信息是患者接受医疗服务必须向医疗机构提供的信息,构成医疗机构关于患者医疗数据的基础。在之后该患者接受医疗服务(包括门诊、急诊、住院)过程中,医疗机构根据病情和诊疗需要采集生成相应数据记录,并将之汇集在一起,形成个体医疗档案(数字文件)。这些医疗数据从类型上包括:(1)医学影像记录,即医疗机构诊疗过程中形成的B超、彩超、X光、CT、心电图、脑电图、核磁共振(MRI)等影像数据记录;(2)检验检查记录,即对患者进行医学检查、化验后获得的文字或电子形式的报告记录;(3)处方记录,即由注册的执业医师和执业助理医师(以下简称“医师”)在诊疗活动中为患者开具的、由取得药学专业技术职务任职资格的药学专业技术人员(以下简称“药师”)审核、调配、核对,并作为患者用药凭证的医疗文书,包括医疗机构病区用药医嘱单;(4)手术记录,即医师对患者实施手术的具体情况、过程、术中发现及处理等情况的记录;(5)随访记录,即医疗机构对曾在医疗机构就诊的病人以通讯或其他的方式,进行定期了解患者病情变化和指导学生康复的记录;(6)医保数据,即医疗机构在患者就诊过程中采集的特定社会医疗保险数据。所有这些数据都由医疗机构的医师和其他工作人员采集、编辑和汇集而成。

从上述医疗数据的构成来看,医疗数据源于患者,没有患者就没有医疗数据。但是,患者在医疗数据形成过程中,只是提供了样本、诊疗对象(人体)和基础信息,其他数据源自于医疗机构工作人员的劳动。患者提供其样本(或诊疗对象)后,医疗机构的医师、技师对该样本以及患者本人的疾病、健康状况进行分析,制作汇集形成患者的医疗数据档案。这里既有医疗机构利用各种技术设备和仪器采集的数据和根据采集形成的检验结论、分析报告,也有医师的主观判断和描述、诊疗方案和建议等。医疗数据档案是由医疗机构经过复杂的检验、分析、编辑而形成的,是医师、技师的职务行为,是其专业技能和劳动的体现。**医疗数据关于患者,但采集、制作和保管于医疗机构,管理医疗数据是医疗机构的一项义务。**医疗机构需要不断地进行信息化建设,投入大量资金建立和维护各种信息系统,集成、分拣、结构化数据,将针对不同的患者由各部门采集的数据持续汇集

整理成为可资利用的数据库；同时需要采取各种安全措施和制定管理制度，以应对日益严重的数据存储安全威胁。

（二）医疗数据资源化

医疗数据产生是医疗机构信息化建设的产物，在初期是业务驱动的。在计算机应用初期，电子病历的推行和医疗机构信息化建设主要是为了提升医疗机构服务和诊疗的效率。医疗机构诊疗和管理实现电子化后，患者从挂号、候诊到缴费、取报告等环节均可以以电子通信方式进行，医师的诊断、治疗、开处方、用药和手术等各个环节也可以利用内部信息系统开展，所有这些电子化操作不仅可以提升就医和诊疗效率，而且形成了规范的电子健康病历 (Electronic Medical Records, EMRs)，可以在线调阅和共享，实现协同诊疗或转院就诊。因此，**医疗电子化在方便患者的同时，大大提升了医疗机构诊疗效率**，降低了管理成本，因而信息系统本身成为医疗机构运营管理不可缺少的组成部分。

信息化手段的应用不仅在于效率的提高，更在于彻底改变了医疗记录的价值。医疗过程中形成的记录一直都是医疗机构实施诊疗服务必不可少的资源，因为这些数据积累到一定规模后，就具有广泛的再利用价值，即使在过去的纸质环境下也被广泛应用于医学和医药研究，成为医疗机构改进医疗水平的重要资源。只是在纸质时代，医疗记录保存、查询和处理十分不方便，更何况无法汇集大量的样本进行分析。而在进入电子化时代以后，电子病历的全面推行大大提升了医疗机构科研和改善医疗水平的能力，医疗数据的资源性开始凸显。尤其是进入到网络化、数据化和智能化时代，各种智能化分析工具的研发和应用，使医疗数据演变为医疗机构的核心资源，使医疗机构走上基于数据资源生产和分析应用为竞争力的时代。

医疗数据对医疗机构的资源价值主要表现在以下几个方面：(1) 随着医疗机构网络设施、传感器、智能仪器和设备在医疗中的广泛应用，医疗机构运行全面数字化和智能化，在提升医疗机构管理效率和科学水平的同时，也为改善诊疗技能和提高诊疗水平提供丰富的资源。患者数据采集的数字化，对 B 超、心电图、X 光片等海量医学影像数据的分析成为常态，使智能诊断成为现实；对于患者的信息采集越全面越丰富，越便于医疗机构基于大范围、全要素的数据分析形成最佳诊疗方案，实现针对具体患者的精准检查、精准用药、精准治疗。(2) 医疗数据可广泛应用于医学和医药研究，提升医疗机构的科研能力，改善医疗疾病的诊断水平，促进在重大疑难疾病的医治方法或效果上取得突破，使医疗机构的新药研发、治疗方案改进等方面领先于同行，提升医疗机构的竞争力。(3) 大数据分析能够辅助判断疾病的影响因素，在特定疾病的预防等科研项目中起到重要作用。通过大数据分析挖掘技术，将医疗数据（如病案病例记录、遗传病史等）与其他来源的个人数据（如饮食习惯、娱乐方式等）联系起来，对可能的疾病影响因素进行比对关联分析，有针对性地提出精准、有效的疾病预防建议。医疗数据的应用会根本上改变医疗机构运营模式，使医疗机构转向数据资源驱动，使医疗机构的医疗水平和能力建立在数据分析和人工智能应用上。

从某种意义上讲，医疗数据是医疗机构提供诊疗服务的“副产品”，而不是其主业，但是随着信息科技进步，医疗数据广泛应用于诊疗和医疗机构内部运行管理，其已经成为医疗机构的资源，医疗机构均将其视为各自的重要资产加以管理和利用。但是，医疗机构管理的医疗数据作为一种资源具有强烈的社会性和公共性。

（三）医疗数据资源的社会性

医疗数据是源于各个患者个人，而由医疗机构在诊疗过程中采集、制作保管形成的有价值的资源，因而医疗数据上存在患者（个人）和医疗机构两个利益主体，涉及患者利益和医疗机构的私人利益。但是，医疗数据

具有很强的社会性和公共性,其上存在社会和公共利益。这是因为每个人都是特定社会群体的一员,是社会整体的组成部分。人的群体性、社会性决定了人与人之间存在相互影响、相互作用的关系,一个人的生存发展离不开社会整体,一个人的健康更是如此。每个人的健康可以说是社会公共健康的组成部分,每个个体的医疗数据都可以成为公共健康数据的元素。每个个体的医疗数据除了蕴含着直接关涉自身的健康医疗信息内容之外,其信息能否为社会共享也直接影响到了整个公共健康信息的完整性与科学性。

在医药和医学研究者仅可以使用自己隶属的医疗机构管理的医疗数据进行研究的情形下,对于某种疾病的研究均是小样本的分析。即使某医师采取了各种先进的算法或智能分析工具对所在医院某类疾病进行了全样本分析,那仍然是小样本的,不能视为大数据分析。大数据分析技术具有研究分析一个地区、一个国家乃至全球某类疾病医疗数据的能力,能为全人类的健康长寿提供福音,而这以汇聚足够多的数据样本为前提。也就是说,每个人的医疗数据,每家医疗机构管理的医疗数据均是整个社会(及整个人类)的健康数据的组成部分,而医疗数据整体对整个社会健康的改善具有价值。海量的个人医疗数据汇聚形成“医疗数据池”,对于查询各种疾病的成因、提前预防、实施精准诊治均具有重要的价值。但是,如果每个医疗机构只能使用自己管理的数据,或者大量患者不同意自己的医疗数据“注入”“公共健康数据池”,那么基于医疗数据的分析就缺失可信的样本,将降低疾病预防及诊疗的科学性与准确性,制约公共卫生健康管理部门对疾病的防控能力,妨碍人类健康的改善与生活水平的提高。因此,每个患者的医疗数据都是整个社会医疗健康数据的组成部分,个人医疗数据具有社会性和公共性,或者具有社会价值和公共价值。

这样,个人医疗数据的社会性和公共性决定了医疗数据应当为社会所利用,在合理的利益衡量下,个人不能拒绝,医疗机构也不能拒绝,否则就不利于社会价值和公共价值的实现。医疗数据的社会利用主要有两类,一是医药医学研究,如药物研发、诊治疗器械、医学研究等;二是国家公共健康管理。医药医学研究本身可能具有商业目的,但其结果或应用具有社会效益,即医疗水平提高,健康状况改善。后者则直接服务于社会和公共健康目的。

前面论述的基本结论是,医疗数据是关于患者个人的数据,个人是医疗机构采集和管理数据的来源,这些数据资源又关系社会和公共健康,因而医疗数据涉及患者(个人)、医疗机构、社会公众三类利益主体。医疗数据的权利配置就是协调保护三种利益,使医疗资源价值得到有效发挥的法律制度安排。

三、医疗数据上的患者权益

医疗数据是记录和描述患者个人健康和生理状况的数据,患者个人对于医疗数据享有某种权益。问题在于个人对医疗数据享有什么权益。笔者认为患者对医疗数据不享有所有权或类似支配性权利,但医疗数据上存在隐私利益,患者个人有权维护自己隐私权不受侵犯。

(一) 医疗数据隐私权:患者隐私权的延伸

患者与医疗机构之间属于医疗服务关系,患者必须向医务人员陈述家族和自己的疾病史、展现自己的隐私部位、讲述自己情感的变迁、介绍自己的工作人际关系及心理状况等不愿意对外公开的个人资料和秘密。因此,医师和医疗机构具有保护患者隐私的义务,患者享有隐私权,即“法律赋予患者在接受医疗服务时享有的,要求医方对其合法掌握的有关患者个人的各种秘密不得擅自泄露,并排斥医方非法侵犯的权利”。患者隐私权不仅包括患者在诊疗过程中向医师和医院披露的个人基本信息(姓名、年龄、住址、电话),病因信息(个人或家族病史等与疾病有关的情况)、生理信息等,而且还包括病历、标本样本等患者记录。这些记录的数字化就是医疗数据。因此,患者对医疗数据享有隐私权。

无论基于医疗服务关系中医师保密义务,还是基于一般隐私权侵权,患者的隐私权只是防御性权利,即有权要求医疗机构对医疗数据履行必要的保密义务,在遇泄露或不法披露时,有权请求停止该行为并赔偿相应的损失。患者隐私和个人信息保护并不包括支配和使用医疗数据的权利。虽然现行法律并没有赋予医疗机构对医疗数据利用的权利,但据《医疗机构病历管理规定》第六条的规定可以推出,医疗机构可以为医疗、教学、研究目的而使用(可能导致隐私泄露的)病历资料。至于《民法典》第1225条规定的患者享有查阅和复制病历资料的权利,只是为患者知悉自己的病情、处理保险理赔、医疗纠纷等提供的法律保障。这种查询复制权并不赋予患者取回所有病历资料,排除医疗机构保存和使用病历的权利。在司法实践中,通常也只是肯定患者享有查阅和复制权,而不支持其取回所有病历资料、甚或要求拷贝全部数字资料并要求删除数据的权利。如在“金至宝与江苏省人民医院医疗服务合同纠纷”一案中,原告要求江苏省人民医院返还其住院期间产生的15项检查报告原件,但没有得到法院支持。显然,患者的查询和复制权并不会导致患者对医疗数据完全控制。

需要指出的是,虽然病历是医疗数据的基础,但是受制于病历的特殊功能定位(尤其是医患纠纷解决的依据),基于病历规范管理的一套规则不能直接适用于医疗数据,或作为医疗数据权利配置的依据。这不仅仅因为《医疗机构病历管理规定(2013年版)》所规定的病历范围窄于医疗数据,更根本的原因是病历管理规范的目的无法适用于医疗数据。《医疗机构病历管理规定(2013年版)》是针对纸质病历而规定的病历的生成和保管规则,是为了满足患者知情权及为了科研教学、执法、保险等需要设置的借阅和复制规则。在大数据背景下,医疗数据的权利配置规则一定是在资源意义上规范医疗数据的生成和流通利用秩序,着眼于医疗数据开发利用价值,而不是法律上的证明价值;且其规范价值不仅仅是确认医疗机构可对自身病历进行开发利用,而是促进整个社会对海量医疗数据的有序共享或流通利用。

(二) 个人信息保护法下患者对医疗数据的权利

医疗数据属于个人数据范畴,患者医疗数据的保护也可以并应纳入个人数据(或个人信息)保护法予以保护。自2012年全国人大常委会颁布《关于加强网络信息保护的決定》起,我国开始引入域外的个人数据(信息)保护制度,之后个人信息保护规则进入《消费者权益保护法》《网络安全法》《民法总则》《电子商务法》等法律。所有这些法律对于个人信息使用的基本规则为,收集和使用个人信息应遵循合法、正当、必要原则,须经被收集者同意并依法律或合同约定使用,未经被收集者同意,不得向他人提供个人信息。因此,这些法律的基本核心是知情同意规则,使个人信息的使用限于信息主体知悉和同意目的范围之内。虽然同意在实践中被泛化,并作为个人信息收集和使用是否违法的主要依据,但是在民事上不能因此推出非经同意使用个人信息即构成侵权。因此,即使医疗数据纳入个人信息,那么依据现行法律,未经同意使用医疗数据也并不一定构成侵权,个人对医疗数据并没有一般意义上的控制权。

《民法典》第111条和第1034条宣布的“自然人的个人信息受法律保护”,但只是丰满了个人信息上人格利益保护。个人信息保护的法定性还得看《个人信息保护法》。但是,考察各国个人数据保护立法,我们也很难得出个人对个人数据享有控制权的结论。因为有的国家或组织将个人数据保护溯源于《世界人权宣言》第12条规定的人权意义上的隐私权的保护,源于对人的尊严或自由的保护。这样的隐私法无缝隙接入美国隐私法体系,被称为信息隐私权。欧洲最初也是将之定位于人权意义上隐私权,但欧盟逐渐将个人数据受保护从隐私权独立出来,作为与隐私权并列的公民基本权利。这是欧盟制定《统一数据保护条例》(GDPR)的依据。作为公民基本权利,欧洲的个人数据保护权是公民防范个人数据处理行为侵犯个人尊严的一组防御性权利,使数据主体在一定情形和条件下可以对个人数据处理全过程进行控制或干预。有学者指出,作为欧洲个人数据保

护法重要源头的德国,其个人信息自决权是宪法层面上个人自治权的体现,而不是私法上针对不特定第三人的私法上的权利。

即使我们在欧洲定义的公民基本权利意义上理解个人信息保护权,其数据主体也并不享有个人信息处理(使用)决定权。个人数据主体的权利表现为防范个人数据处理侵害主体尊严的消极权利,而不是积极权利。

因此,即使我们援用域外的个人数据保护法,也不能得出患者对医疗数据具有一般使用控制权。在笔者看来,适用个人信息保护法的一个后果主要是,如果超越医疗目的的医疗数据的使用(处理)可能需要征得患者个人的同意。不过,同意是建立在利用医疗数据识别个人或者直接针对个人进行的数据分析处理,而不是泛泛的医疗数据利用行为。

(三) 个人对医疗数据管控力问题

医疗数据适用个人信息保护法,最易被误解为患者个人对医疗数据享有控制权。这是因为域外的个人数据保护制度是建立在个人控制理论的基础之上。虽然我们不能简单地将个人控制理论等同于私法上对个人数据的控制,但是很容易被人们演绎为个人对个人数据使用控制权甚至个人数据所有权。甚至也有医院院长支持将医疗数据还给患者。在笔者看来,患者对于自己的医疗数据并无管控能力。尽管患者可以复制病历甚至取得原始数据(比如X光片等),但没有一个患者可以妥当地持续地保管自己的医疗数据。即使在云存储环境下,需要管理来源于不同医疗机构、不同时期、不同类型的医疗数据恐怕也需要相应的知识,需要花费时间和金钱。患者要收集所有个人医疗数据,形成关于自己个体的“健康医疗大数据”,需要寻求医疗机构的配合。即使医疗机构向其提供原始数据,因原始性数据需要清洗处理,才能得到结构化、准确化和科学化的医疗数据,患者需要具备医学和IT知识和能力,否则无法存管并形成可资分析利用的医疗数据资源。考虑到单个患者数据的价值及其利用的成本,给予患者个人开发利用医疗数据几乎是不现实的。

从医疗数据有效利用的角度,重要的不是归还医疗数据于患者,而是承认患者对其医疗数据享有分享利益的权利。给予患者对医疗数据的权利并不需要让其控制数据,也不需要给予其医疗数据开发利用的决定权。无论从法律赋权的可行性还是操作的角度,让医疗机构作为医疗数据控制者,赋予其开发利用权利(财产权),同时让患者间接甚至直接分享其利益,是一种最佳的制度安排。总之,医疗数据来自于患者,即承认该数据与患者有联系,这种联系表明它是源于患者的,是对患者健康状态的记录、描述或反映。当医疗数据与特定患者联系起来时,医疗数据的使用关系患者隐私,需要防范信息泄露,以防给患者造成精神损害。当我们采取合理措施保护患者的权益时,医疗数据就转化为可以被广泛用于医学医药研究的数据,成为可以用于各种目的的大数据运算分析的资源。当需要识别患者个人时需征得个人同意,当不需要识别时,进行匿名化处理,不将分析结果与个人关联。因此,“联系”或“源于”患者个人不足以作为给患者个人以控制该数据利用权利的理由。即使我们适用域外的个人数据保护法理念也很难推出患者个人对医疗数据的使用具有决定权或控制权。因此,患者对于其个人医疗数据的使用权,仍然应当限于复制医疗数据用于个人目的,而不具有医疗数据资源化利用意义上使用权。

四、医疗机构对医疗数据的财产权

随着医疗数据资源价值的凸显,如何有效地发挥医疗数据资源作用成为我们必须解决的问题。关键的问题是,医疗数据资源具有社会性,每个医疗机构的医疗数据只有与其他医疗机构的医疗数据结合匹配才能有效地实现各自的资源价值,同时医疗数据还必须满足公共健康管理目的,服务于公共健康的改善。如何打开各医疗机构的大门,让其他医疗机构乃至整个社会享受医疗数据的红利是医疗数据资源权利配置要解决的问题。笔者

认为,承认医疗机构对各自产生的医疗数据享有财产权,同时明确社会义务(责任),才能发挥医疗数据的社会价值。

(一) 医疗机构数据资源财产权的必要性和正当性

如前所述,医疗数据源自于患者、与患者有关,但并不是由患者提供和生成的,也不是患者管理和维护的。医疗机构在诊疗过程采集和形成有关于某患者的数据后,该数据即与患者分离,形成独立于患者的数字化存在,并保管于医疗机构的数字化系统中。这些数据是医疗机构为患者提供诊疗服务的结果,是一种“副产品”,但是这种副产品正在变成为医疗机构的重要资源,能够服务于患者的诊疗活动、有助于医疗机构改进医疗水平。医疗数据成为医疗机构的资源已经毋庸赘述。问题在于是否具有可以脱离医疗机构管控而存在和运营的医疗数据资源?在我国推进医疗数据开放中,存在由政府集中各医疗机构形成的数据资源进行开放的倾向或作法。笔者认为,单就作为医药学研究意义上的医疗数据资源开放一定是基于各医疗机构对医疗数据控制权的开放。其主要原因是医疗数据是一种非常特殊的资源,它依赖于从产生到应用全生命周期的持续管控行为,没有源头生产者持续的生产和处理行为,数据几乎无法成为资源。

首先,医疗数据是一种动态变化的资源。医疗数据由医疗机构在提供医疗服务过程中采集和分析形成,患者本身病情的变化、时间的推移(成长)、社会环境变化均会对医疗数据的内容产生影响,医疗数据一定要保持连续性和时效性才具有价值。因此,医疗数据作为一种资源必须适时更新,持续维护和供给。这只有在医疗数据的生产源头——医疗机构才能做到。

其次,医疗数据需要大量的处理才能转化为一定质量的可用数据。每个患者个体的医疗数据是分散的、碎片化的,而要形成有机的患者医疗档案和可供医学和医药研究使用的医疗数据,还离不开医疗机构信息化建设和数据治理体系的形成。原始数据在录入过程中有数据错漏、数据不完整等问题;缺乏统一的元数据标准,数据融合困难;缺乏统一的主数据管理,不同源头数据难以被唯一标识并实时更新。只有按照统一标准和管理规范,由各医疗机构对医疗数据进行治理,确保医疗数据完整性、精准度、一致性、准确性,医疗数据才能真正成为可用的医疗数据资源。

最后,医疗数据存在隐私和安全风险,需要持续管理。如前所述,医疗数据涉及患者隐私,在医疗机构采集、处理、分析和使用医疗数据的整个过程均必须保护患者隐私,确保数据不泄露,在患者的医疗数据进入识别分析和应用时需征得患者同意等。而隐私安全与数据安全又相互交织在一起,医疗数据同样面临各种数据安全风险,需要按照国家的各种安全规范实施网络安全等级保护、存储和访问安全控制机制,防范外部攻击和内部数据泄露风险,并依据国家法律建立安全预警、安全事件处置等机制。

信息化产生了大量的数据,但是大规模的数据还需要进行治理才能成为资源。上述三种管理活动构成医疗数据治理总体,而正是因为数据治理才使得医疗数据成为资源。这只能在医疗机构完成。而没有源头的数据治理,仅靠医疗数据采集或汇集平台是无法真正解决数据变资源问题。因此,要使医疗数据变成可用的资源,让数据驱动的医疗人工智能技术与应用落地,就必须从源头解决数据持续问题、质量问题和安全问题,而这需要依赖良好的数据治理完成。

上述研究表明,医疗机构不仅生产了数据,是该原始数据的“生产者”,而且也是或应当是将原始数据转变为医疗数据资源的主体。如果说,前者是医疗服务业务的“副产品”的话,那么后者就是数据化转型时期医疗机构的“正产品”了。正确地认识数据资源的形成过程是我们讨论医疗数据赋权的基础。笔者认为,医疗数据的资源化不仅从源头上脱离不开医疗数据,而且也需要医疗机构的数据治理活动将数据转化为资源。在这一

过程中,医疗机构具有长期的人力、财力和智力投入,而根据劳动理论,医疗机构当然地享有投资和劳动的成果——资源化的医疗数据。对于投资与劳动形成的医疗数据资源,医疗机构不仅有权开展基于数据的医疗管理,将其用于提升医疗服务的水平和能力,而且有权开发利用医疗数据,实现数据的分析价值,获得取数据资源价值。赋予医疗数据资源的生产者——医疗机构以数据财产权不仅必要,而且正当。

(二) 医疗机构的医疗数据财产权:基于事实控制的赋权

医疗数据是医疗机构在提供医疗服务过程中产生并经系统的数据治理形成的资源。医疗机构对医疗数据具有天然的管控能力,而且也有管控义务。这种管控义务一方面源自于医疗机构对病历及其数字化文档存管的法定义务,也源自于《网络安全法》等安全性法律规范。医疗数据的管控对数据管理者不应当仅仅是一种义务,还应当是一种权利。在我们讨论医疗数据赋权时,最简单易行的路径是从医疗数据的管控事实出发,而不是另起炉灶。因为任何财产权的赋予必须以具有事实上的管领和支配能力为基础,而所谓的法律赋权只是对这种管控力的正当性的确认和界定(包括权利范围和效力的限定)。

对于数据这样可复制、易获取的无形资产而言,缺失事实控制能力,对抗第三人不法占用就缺失自然力基础;单纯依赖法律赋予其排除他人支配的力量,也很难防范他人未经授权的取得和使用(如果完全实现,那么会导致信息垄断或妨碍信息流动)。由于数据本身生成和存在于网络或信息系统中,所以医疗机构基于对网络或信息系统控制和管理事实管领着医疗数据,信息系统形成了特定医疗机构对特定医疗数据的管领力边界。同时,无论基于维护自身权益还是维护他人权益甚至公共利益的目的,医疗机构都有保护医疗数据安全的义务。数据安全义务本质上是法律要求对数据实施必要的控制,不仅防止泄露,而且要防止未经授权的访问、获取等行为。医疗数据初始产生于医疗机构,也由医疗机构所控制,舍弃这样事实配置数据财产权不具有可行性。

如果仅仅是医疗机构自我利用各自管理的医疗数据资源并不需要法律的赋权,因为它们凭借事实控制即可以实现资源内部使用。医疗数据赋权要解决两个核心问题:其一,让医疗机构可以对抗第三人不法获取和使用问题;其二,激励医疗机构向社会提供医疗数据,促进数据开放和共享利用,构建医疗数据社会化利用秩序。从法律的角度,赋权问题就是明确医疗机构对所控制的数据资源的使用权及其效力,也就是明确医疗机构对医疗数据使用决定权及其排他效力。

医疗机构通过诊疗活动采集到的各类数据当然可以在病案分析、病情诊断等诊疗服务中使用,也可以进行医学药物、诊疗方案研究。医疗机构对医疗数据的使用权不仅包括自己使用,还包括许可他人使用数据的权利。由于每个医疗机构拥有的医疗数据是有限的,因而需要获得他方数据或尽可能的实现数据共享。一旦法律认可医疗机构具有允许他人使用数据的许可权,那些沉睡的医疗数据就可以被开发出来加以利用,在与他人的数据结合中发挥其价值,每个需要使用数据的主体才能获得足够体量的医疗数据,满足大数据分析和智能诊断的需要。借助医疗数据许可,就可以实现特定病种的数据汇集、分析、挖掘,改善疾病的诊疗和治疗方法,甚至在医学和医药方面实现重大技术突破。因此,赋予数据许可使用权是实现数据社会化利用的前提和制度工具。

至于医疗机构对医疗数据的排他效力,医疗机构基于现行法律对数据控制的保护就可以构筑控制者防御体系。医疗机构不仅可以采取一切可用的安全手段捍卫自己的数据安全,而且还可以运用法律手段防范他人的侵害。《网络安全法》第27条明确规定任何个人和组织不得从事非法侵入他人网络、窃取网络数据等危害网络安全的活动,对于非法行为人,不仅可依据第63条由行政机关给予行政处罚,构成犯罪的还可依据《刑法》第285条规定,追究其刑事责任。现有司法实践认定,超越授权权限进入计算机信息系统,违背了国家规定以及被害方的意愿,属于侵入他人计算机信息系统的行为,即使通过此种比较温和的手段获取他人计算机信息系统

的数据,同样构成非法获取计算机信息系统数据罪。因医疗数据落入个人信息,对于盗取医疗个人数据,还可以适用《刑法》第 253 条惩治非法获取行为。另外,医疗机构可以援用《民法典》第 1165 条,以侵害医疗机构的合法权益为由,请求盗取或以其他非法方式获取医疗数据的行为人停止侵害、赔偿损失,寻求民事救济。不过,在明确数据的财产属性前,现行法律保护是从安全或秩序的角度出发,而不是对医疗机构予以财产权保护。虽然存在一定差异,但足以确保医疗机构安全控制数据并排除他人非法获取数据,支撑医疗机构对医疗数据控制的排他性。

从上面论述我们可以得出基本结论,医疗机构事实上已经拥有或控制着基于自身医疗服务形成的医疗数据并且可以自己使用,即医疗机构已经享有事实上财产权。也就是说,基于事实控制医疗机构可以实现自我开发和分析利用数据,提升服务水平和能力(提升医疗机构的竞争力)。现在,所谓的数据赋权的目的实际上是在法律上明确医疗机构是自己的医疗数据的“主人”,有权自主决定医疗数据的使用,包括许可他人使用,使事实控制权“升华”为法律上控制权(或者其他名称,只是形式问题)。如果患者个人在医疗数据上的权益主要为隐私权,而这种隐私权并不妨碍医疗机构对医疗数据使用的话,那么“升华”的主要障碍就剩下数据社会性或者社会公共利益的实现了。

(三) 医疗数据赋权与公共健康管理

良好的公共健康管理系统对于每个社会主体都是一种良好的社会福利和保障,而公共健康管理必须依赖包括医疗数据在内的健康数据资源。拥有全面、准确和及时的公共健康数据库对于卫生健康管理部门进行疾病监测、预防和控制,对实施公共健康管理具有重要的意义。在医疗数据应用于公共卫生领域的实践中,尤其是电子健康病历的发展使得收集聚合的医疗数据变得切实可行,这些聚合起来的医疗数据极大地丰富了医学知识,改善了公共健康状况,保护了公众安全。相关研究者利用临床诊断中聚合的医疗数据评估用药和治疗方法的风险,进而分析医学治疗的成本和质量。又如,对传染性疾病的及时披露和通报可以为国家公共卫生管理部门和疾病防治部门提供重要的信息,以便采取有效措施将疾病传播造成的损失控制在最小范围内。在此次新冠疫情防控中,人们甚至认识到不仅需要疾病医疗信息共享,甚至也需要全球医疗数据共享。由此可见,医疗数据的公共价值具有公益性和社会普惠性特征,其覆盖范围是社会整体,即不特定的多数人,把握医疗数据的这一特殊属性是推进医疗数据妥善运用的前提和关键。

在疾病防治、公共卫生健康监测、人口管理等领域需要用到医疗数据,对医疗机构的管理、方针的制定、药费改革等方面也离不开医疗数据的分析结果。在赋予医疗机构财产权的同时,加以向公共健康管理机构提供必要数据就可以保障该目的的实现,这也是每家医疗机构应尽的社会责任。问题在于公共卫生健康管理部门如何获得医疗机构所掌握的医疗数据,可以获得哪些数据呢?

2009 年,我国开始推行居民健康档案,并以此为基础建立公共卫生健康数据。居民健康档案主要来源于各类卫生服务记录,其中最为重要的是医疗机构的诊疗服务。建立区域电子健康档案时,需要提供的医疗数据包括患者的基本信息、主要就诊医疗机构、健康问题摘要、卫生服务记录等信息,但是,超出该范围的医疗数据就不得要求医疗机构提供。不能因为居民健康档案具有社会公共健康属性,就要求医疗机构提供涉及患者的所有医疗数据。在实践中,一些卫生健康管理部门会要求医疗机构提供、报送全部医疗数据,由此形成各地方公共卫生健康数据库。国家卫生健康委 2019 年发文对全国医院报送的数据作出全面的规范,以形成全国性公共卫生健康数据。笔者认为,相关部门仅有权基于特定目的、在特定情形下从医疗机构处收集、调取其掌握的医疗数据,以满足社会公共利益为限度。除非是应对特殊的危害公共健康事件,否则,医疗机构向国家卫生健康

管理部门提供的数据应当是有常规清单的。因此，卫生健康管理部门为实施公共健康管理对个人医疗数据的采集应仅限于公共卫生和健康的需要，超出此范围就违背公共卫生管理目的，缺失正当性。因此，我们需要制定公共医疗机构所需的数据清单，在履行报送义务的同时，仍然可以保留各自的医疗数据资源，为医疗机构为不同的目的开展数据治理，通过数据共享或开放实现数据再利用价值。

因此，为实现公共卫生管理，满足公共利益目的，医疗机构有义务向公共医疗机构提供必要的医疗数据。但是，医疗机构基于公共利益目的向国家公共医疗机构提供数据并不意味着医疗数据因此转化为公共数据，成为国家卫生健康管理部门享有的数据资源，或者代表社会公众管理和使用由各医疗机构形成的医疗数据资源。医疗数据开放并不等于政府掌握的医疗数据开放，或者政府集中各医疗机构的医疗数据开放。这就需要寻求恰当的医疗数据开放框架。

2009年，我国开始推行居民健康档案，并以此为基础建立公共卫生健康数据。居民健康档案主要来源于各类卫生服务记录，其中最为重要的是医疗机构的诊疗服务。建立区域电子健康档案时，需要提供的医疗数据包括患者的基本信息、主要就诊医疗机构、健康问题摘要、卫生服务记录等信息，但是，超出该范围的医疗数据就不得要求医疗机构提供。不能因为居民健康档案具有社会公共健康属性，就要求医疗机构提供涉及患者的所有医疗数据。在实践中，一些卫生健康管理部门会要求医疗机构提供、报送全部医疗数据，由此形成各地方公共卫生健康数据库。国家卫生健康委2019年发文对全国医院报送的数据作出全面的规范，以形成全国性公共卫生健康数据。笔者认为，相关部门仅有权基于特定目的、在特定情形下从医疗机构处收集、调取其掌握的医疗数据，以满足社会公共利益为限度。除非是应对特殊的危害公共健康事件，否则，医疗机构向国家卫生健康管理部门提供的数据应当是有常规清单的。因此，卫生健康管理部门为实施公共健康管理对个人医疗数据的采集应仅限于公共卫生和健康的需要，超出此范围就违背公共卫生管理目的，缺失正当性。因此，我们需要制定公共医疗机构所需的数据清单，在履行报送义务的同时，仍然可以保留各自的医疗数据资源，为医疗机构为不同的目的开展数据治理，通过数据共享或开放实现数据再利用价值。

因此，为实现公共卫生管理，满足公共利益目的，医疗机构有义务向公共医疗机构提供必要的医疗数据。但是，医疗机构基于公共利益目的向国家公共医疗机构提供数据并不意味着医疗数据因此转化为公共数据，成为国家卫生健康管理部门享有的数据资源，或者代表社会公众管理和使用由各医疗机构形成的医疗数据资源。医疗数据开放并不等于政府掌握的医疗数据开放，或者政府集中各医疗机构的医疗数据开放。这就需要寻求恰当的医疗数据开放框架。

（四）有效的医疗数据开放框架

随着医疗数据价值凸显，为促进健康医疗大数据的应用，国家卫生健康管理部门在努力整合医疗数据资源，实现医疗开放和共享利用。自2016年起，我国开始推进健康医疗大数据事业，国务院文件中明确提出“健康医疗大数据是国家重要的基础性战略资源”，但是，将健康医疗大数据作为国家重要基础性战略资源只是强调健康医疗数据的重要性、公共性，并不能从公共性出发认为所有医疗数据不加区分地作为公共数据开放。

医疗数据并不当然属于公共数据，医疗数据是医疗机构生产和加工处理形成的数据资源，只是这种资源具有社会性。这种社会性决定了公共卫生健康管理部门需要必要的医疗数据从事“疾病防治”和“健康管理”，医疗机构必须提供必要的基础医疗数据，支撑公共健康管理，维护社会公共卫生和健康。这样的事业是公共的，但并不意味着医疗数据具有公共性。医疗机构提供的医疗数据仅能用于该目的，而超越该目的就不再具有正当性。公共卫生健康管理部门为对公共健康目的而调用医疗机构的必要数据，并不当然地拥有开发利用的权利，因为医疗

数据汇集后开放利用并不当然地属于公共事业，它本身是医疗数据再利用，是获数据分析利用价值。公共健康管理部门能够开放的仅限于疾病防治、健康管理过程中获得的关于公共健康的基础数据、统计数据等数据，而不是医疗机构提供形成的原始数据（更不应当是医疗机构治理之后数据）。公共健康管理部门在从事公共健康管理过程中，利用医疗机构的数据会形成关于公共健康事业的基础数据，这些数据属于公共数据。这类数据具有两个基本特征：其一，多为统计或群体数据而不直接关联特定患者，不是也不应当包括医疗机构各种化验、影像资料等原始数据；其二，这些数据是可公开且可供任何主体使用的公共数据，可以纳入政府机构无条件数据开放的范畴。

由医疗机构生成和管理的医疗数据并非天然地全面属于可公开和可自由使用的公共数据，不宜直接作为公共数据进行开放。未来的医疗数据开放应当是两条路径：一条是政府作为开放主体的公共医疗数据开放，另一条是医疗机构作为开放主体的医疗数据开放。

公共健康数据指政府从事公共健康管理过程中（包括利用医疗机构提供的医疗数据）形成的服务于公共健康目的的公共数据。在政府数据开放支撑大数据应用的背景下，公共健康管理部门开放其掌握的公共数据，可以用于医学医药研究，并作为公共健康的改善和医疗水平的提升的一项基础公共服务。每个医疗机构在诊断治疗、医学研究等过程中形成的所有医疗数据仍然属于各个医疗机构。超过公共卫生管理或公共利益之需要边界要求医疗机构提供医疗数据缺失正当性，将导致医疗数据的公共性概念过于宽泛。真正能够支撑医疗重大发现和创新的有赖于医疗机构之间主动的数据共享机制来实现，而一旦确认医疗机构对医疗数据享有财产权，那么就可以推动医疗机构积极开放医疗数据，实现医疗数据价值。

第二条路径即是医疗机构作为医疗数据开放利用的主体。如前所述，医疗数据已经成为医疗机构的重要基础资源，未来的医疗水平一定是建立在对医疗数据的开发和智能利用基础上的。也就是，医疗数据是竞争性的资源。这样，医疗机构就有强烈控制数据的愿望以维护自身利益。但与此同时大家也都承认每个医疗机构的医疗数据的有限性，只有相互开放数据，获得更全更大样本才能有更精准预测，更有价值的发现或洞见。为此，医疗机构之间只有相互承认对方在医疗数据上的权利，通过数据共享或合作的方式，或者通过专业数据平台共享开放，实现对医疗数据的开发利用。这种开发利用一定是分行业、分领域，以项目或目的驱动的，由医疗机构主导，通过自愿协议实现。除了医疗机构相互之间共享外，还可以由区域性或全国性医疗医学行业协会、医院协同管理组织等推动形成医疗数据共享平台，实现更大范围的医疗数据共享机制。

只要明确医疗机构享有对其所控制的医疗数据的使用权，那么就为医疗数据的开放奠定了制度基础。为推进医疗数据开放还需要厘清政府在数据开放中的角色定位，建立医疗数据开放的技术标准、行为规范，搭建数据交换或调用机制，形成需求驱动的，数据控制者主导的医疗数据共享和开放机制。国家卫生管理部门应积极履行职能，承担医疗数据利用秩序的维护者和监管者的义务，促进医疗数据资源的社会价值的实现。

五、代结论：支撑医疗数据开放利用的权利配置

数据的价值和生命不在于保护，而在于使用。医疗数据是关于个人健康状况的数据，其上存在个人权益，医疗数据由医疗机构形成、控制，是医疗机构的劳动成果与重要资源，同时，医疗数据也关乎公共卫生健康管理，涉及公共利益。在大数据和人工智能技术应用背景下，医疗数据的开放利用关系着医疗服务和医药制造的发展进步，关系着国民健康水平。沉淀于医疗机构的医疗数据需要实施开放利用和共享利用，才能发挥其最大价值效用，造福于社会，医疗数据上的权利配置最终服务于此目的的实现。赋予医疗机构对其产生的医疗数据以财产权，就是赋予其对医疗数据再次利用的决定权和管理权，以实现数据的开放和共享利用。

医疗数据产生于医疗机构的投资和劳动,医疗机构具有取得财产权的正当性;而医疗数据成为医疗机构的竞争性资源决定了赋予医疗机构财产权的必要性,而医疗机构对医疗数据具有事实上的控制力,又为使医疗机构享有某种财产性权利提供了可行性。因为医疗数据是动态数字资源,不仅需要复杂的网络平台系统和智能设备实时采集形成,而且还需要开展数据治理,防范数据安全和隐私风险,从原生性数据到将其进行处理以服务于内部诊疗,再到服务于数据开放(对外提供利用)都需要投入大量资金进行数据处理。显然这一任务落在每个医疗机构身上。如果没有每个医疗机构对数据按照统一技术标准清洗处理和合规治理,很难想像医疗数据可以安全有效地开放利用。正因如此,国家仍然将健康医疗大数据安全和应用管理的责任落实在各级各类医疗机构身上,如果不将医疗数据安全和应用管理的责任主体落实到各医疗机构,那么数据开放利用的质量、安全将无法保障。但问题在于,如果没有产权激励,这样的数据开放也会缺失效率。我们应当承认医疗机构在医疗数据上的财产权,才能构筑医疗数据开放利用的法律基础。只有法律确认和保护医疗机构的医疗数据的财产权,同时为其设置安全义务和开放义务,才能开启医疗数据开放利用的大门。

不过,在赋予医疗机构对医疗数据享有财产权的同时,必须能够确保患者个人权益和公共利益 的实现,否则这样的赋权也会缺失正当性。因此,我们还需要进一步论证赋予医疗机构财产权并不妨碍医疗数据上的个人利益和公共利益的实现。医疗数据源于患者,但是并非由患者形成或生产,患者的样本转化为数字化的数据资源是基于医疗机构的贡献,更何况从原始数据到可供智能分析使用的数据(集),从数据到资源还需要复杂的数据治理,这都不是患者能够实现的。其实,患者在个人数据上最为重要的是隐私利益,只要保护好患者的隐私,医疗数据就是医疗机构可用的资源。因此,需要识别个人或针对个人做决策时,在分析处理前征得个人的同意;不需要识别时,去除关联个人的标识,防范个人信息泄露,患者隐私利益就得到了保障。

医疗数据的社会性体现在两个方面,第一个方面是由医疗机构主导的数据利用,提升整个社会的疾病诊疗与医药医学研究水平,使整个社会分享医疗数据带来的社会福利。另一方面,医疗数据支撑国家公共健康管理,促成政府形成公共健康数据并向社会开放。在笔者看来,只有清晰地区分以政府作为主体的公共性健康医疗数据开放和医疗机构作为主体的医疗数据共享开放,才能够最大化的发挥医疗数据的社会和公共价值。实现这样的开放利用,需要良好的制度设计,首先不能将医疗数据直接视为公共数据,医疗数据应在合理、必要的限度内服务于公共健康目的或公共利益,但不因此而变为任何人可以使用的公共产品。其次,政府在医疗数据开放利用中应当正确履行职责义务,在确认各医疗机构享有数据控制者权的前提下,构建标准,牵线搭桥,建设专业共享或开放平台,让医疗机构实现数据的对接、交换、共享,促进大数据分析和智能应用。

在资源的定位下,承认医疗机构对医疗数据的利用权利,就可以真正推动医疗数据流通和利用。因为医疗数据存在隐私风险和安全风险,医疗数据开放利用的前提是形成良好的数据治理体系,以使医疗数据的开放利用安全可控和合规守法,不侵害患者个人权益和公共利益。对于经济价值和风险并存的资源,在赋予财产权的同时,一定要配置相应的安全管理义务,限制其权利。这才是医疗数据赋权的真正内涵。如何规范医疗数据的使用权利,尚需进一步研究和探讨,而一旦有恰当的赋权,就意味着医疗机构成为医疗数据开放利用的重要主体,可以开启医疗数据资源社会化利用的大门。

笔者从实现医疗数据最有效利用的角度出发,在平衡好患者个人、社会和公共利益前提下提倡 将医疗数据的财产权配置给医疗机构,并称之为医疗数据控制者权。认为数据财产权是基于对数据控制而享有,法律只是对这种事实予以保护同时明确其权利边界(限定其权利)。笔者之所以没有使用数据所有权,是因为所有权是针对有形物排他支配意义上的法律概念,而数据的价值具有多重性、多样性,不仅可非排他使用,而且可多利

益(主体)并存,因而传统以物之占有为基础的所有权概念不宜成为数据使用秩序的基础概念。考虑到数据是否能够成为民事权利客体都存在争议,用一个接近社会事实的术语,更易获得接受,并成为被迫切需要的数据利用秩序的法律工具。即使没有法律明确赋权,我们也可以从“法无禁止即自由”的私法基本原则使数据控制者权得到正当解释。合法的数据控制者具有实现其所控制的医疗数据价值的自由,只要它不违反公共利益,也不侵害医疗数据上个人权益(包括隐私和主体利益)。实践呼唤法律,但是法律也需要实践提供样本。一旦足够的实践证明可以基于事实与合法实践(合同)实现对数据的合理利用,那么法律的出台则是对普遍认可的社会行为的确认,以进一步明确和限制相关主体的权利,完善数据利用秩序。

“隐秘的角落？”——Wi-Fi 探针使用的数据合规

作者：吴月琴 何鑫

Wi-Fi 探针目前在客流统计、考勤、精准营销、公共安全、VIP 贵宾提醒等均有运用，主打“无感”特质，在客户无感知场景下，快速、精准识别顾客设备地址，再结合大数据匹配到设备对应的个人用户，即可向该用户手机发送短信、拨打营销电话、投放弹窗广告。3.15 曝光后，Wi-Fi 探针一夜之间似乎成为“隐秘角落”窥探个人信息的“非法”工具。本文围绕 Wi-Fi 探针收集数据、应用场景具体分析，以期厘清合规风险，给出合规建议。

一、通过使用 Wi-Fi 探针可以获取的信息

1、设备 MAC 地址

收集顾客设备 MAC 地址，是 Wi-Fi 探针最直接的功能。当用户携带开启了 Wi-Fi 开关的设备进入 Wi-Fi 探针的可探测范围内，Wi-Fi 探针即会收集设备的 MAC 地址。

2、位置及轨迹信息

WIFI 探针记录了设备 MAC 地址，实际也就可获知该用户在该时间所处的大致地理位置。理论上，如果一定区域内设置多个 Wi-Fi 探针，根据各个 Wi-Fi 探针收集设备 MAC 地址时获取的 RSSI 信号值，即可推算出用户的精确位置以及在一定时间范围内的行踪轨迹。

3、获取设备用户其他信息

当获取了用户的设备 MAC 地址后，通过与数据库匹配，收集者可以匹配设备用户的其他信息（如姓名、职业、联系方式、APP 使用状况等）。收集者所能关联到的用户个人信息范围，则取决于数据库的规模以及自身的实际需求。

根据《GB/T 35273—2020 信息安全技术 个人信息安全规范》（以下简称“《个人信息安全规范》”），个人信息的判断核心是识别与关联。识别是指由信息本身的特殊性识别出特定自然人，即“从信息到个人”；关联是指已知特定自然人在其活动中产生的信息，即“从个人到信息”。^[1]此外，根据《个人信息安全规范》附录，设备 MAC 地址及位置信息被明确列举为个人信息，因此上述信息应认为属于个人信息。

二、Wi-Fi 探针的实际运用场景

Wi-Fi 探针的实际运用场景主要为数据分析、广告定向推送以及短信电话营销场景。

1、数据分析

向商家提供数据分析是 Wi-Fi 探针提供商的基本服务。在该场景下，商家可以通过后台查看各类数据分析，包括客流数据分析、停留数据分析、顾客基础画像等内容，并可以对数据分析进行导出。

在该场景下，由于商家仅能查看并导出数据分析，而数据分析本身并不能识别或关联到特定主体，因此数据分析并不属于个人信息范畴。但需要注意的是，数据报告的形成过程基于对收集的设备 MAC 地址以及经过匹配获得的其他个人信息的分析、汇聚及融合，并最终形成顾客的间接画像，这是典型的个人信息处理行为。

2、广告定向推送

商家将获得的进店顾客间接画像进一步用于定向推送场景。商家根据已经为顾客预先标记的行为偏好、购买需求、消费能力等标签，可以实现分人群、分时段、分类别通过 APP 等渠道向顾客定向投放广告，从而达

到精准引流、降低定向成本并增加交易量的营销目的。

在该场景下，用户间接画像的形成是个人信息处理行为，而通过用户间接画像向顾客进行个性化展示，又涉及对个人信息的使用，这些应满足《网络安全法》、《个人信息安全规范》等法律法规及国家标准所提出的合规要求。

3、短信电话营销

在该场景下，Wi-Fi 探针提供商通过将获取的用户设备 MAC 地址与合作电信运营商匹配，可获取顾客手机号，进而为商家提供向设备发送营销短信或拨打营销电话服务。该业务场景一方面涉及对个人信息的使用，另一方面，从电信运营商处获得顾客手机号，又涉及间接收集顾客个人信息的情形，均需满足相应的合规要求。

三、Wi-Fi 探针使用的合规分析及建议

1、商业主体的数据主体身份定性

Wi-Fi 探针的使用一般涉及三方主体，即 Wi-Fi 探针提供商、商家以及顾客个人。开展数据合规工作的首要工作是明确谁是个人信息控制者，对此，需要结合具体商业模式判断。

目前，商业模式主要包括三种：模式（1）商家购买 Wi-Fi 探针提供商的数据分析、精确营销等服务，Wi-Fi 探针的设备所有权归提供商所有；（2）商家购买 Wi-Fi 探针提供商的设备，并向提供商购买数据分析、精确营销等增值服务；（3）商家购买 Wi-Fi 探针设备，Wi-Fi 探针提供商为商家提供系统接口或平台以管理或导出收集的设备 MAC 地址等数据，商家自行进行数据分析等。

无论哪种商业模式，商家实际上可以决定收集个人信息处理的目的与方式，我们认为，应当被认为属于个人信息控制者。不同商业模式的区别在于，在前两种模式中，探针提供商实际上接受商家委托，对收集的个人信息进行了处理行为，此时探针提供商是委托处理行为的受委托方，而在第三种模式中，由于探针提供商仅向商家提供系统而并未对个人信息进行处理，处理行为由商家实施，此时则不存在个人信息的委托处理情况。此外，如果探针提供商实际取得了对个人信息的控制权（如出于其他目的对收集的个人信息进行处理、使用的），也应被认定为属于个人信息控制者。

2、设备 MAC 地址收集的授权风险

部分 Wi-Fi 探针提供商认为，Wi-Fi 探针并没有主动收集设备 MAC 地址，而是被动地接受设备发出的 probe 帧，因此并不是个人信息收集行为。而《个人信息安全规范》明确，判断是否存在收集行为，其本质为是否取得对个人信息的控制权，至于是否主动收集或是通过交互式手段被动收集，并不影响对收集行为的认定。

^[2] 因此，Wi-Fi 探针提供商的这一判断虽然从技术角度上是成立的，但从数据合规层面考量是不正确的。

在上述基础上，我们需进一步明确该环节的合规难点。一般而言，Wi-Fi 探针在收集顾客设备 MAC 地址过程中缺乏同顾客必要的交互环境，这使得如何履行“告知 + 同意”规则成为潜在合规难点。我们认为，商家可以在店铺门口（即在 Wi-Fi 探针的作用范围外）以醒目方式向客户告知其在使用 Wi-Fi 探针收集顾客设备 MAC 地址、收集的用途等内容，并提示用户进入店铺内即“视为”同意向商家提供设备 MAC 地址。如不希望被收集，可以提前关闭设备 Wi-Fi 开关。对于可能属于个人敏感信息的顾客位置及行踪轨迹，还应取得个人的明示同意。

3、数据匹配中的个人信息共享风险

利用 Wi-Fi 探针开展数据分析等活动，需要将获取的设备 MAC 地址同数据库进行匹配，从而获取顾客的其他个人信息。若商家使用自有数据库进行匹配，则仅涉及个人信息的分析、汇聚及融合，在获得顾客授权同

意的前提下，合规风险是可控的。若商家或 Wi-Fi 探针提供商同第三方开展合作，使用第三方数据库进行匹配，则会产生个人信息共享的问题。

实务中，部分 Wi-Fi 探针提供商或第三方认为，其用于匹配的个人信息已经加密处理，不存在合规风险。然而在 Wi-Fi 探针的应用场景下，数据必须具有可识别或可关联性才可用于进行数据匹配，这则要求采取的加密措施仅能达到去标识化程度，此时用于匹配的数据仍属于个人信息。而根据《个人信息安全规范》，在个人信息共享过程中，数据库提供方作为个人信息提供方，需获取个人信息主体的授权同意并加强第三方管理。而对于商家而言，作为个人信息控制者以及个人信息共享过程中的接收者，会涉及到间接收集顾客个人信息的情况。此时，商家除需要关注自身是否满足个人信息收集及处理等过程中，获得顾客授权同意（如间接收集）等合规要求外，还需要关注数据库提供方在收集及共享顾客个人信息过程中的合法性与合规性，从而确保在共享过程中的个人信息的合规性。

4、定向推送的风险

商家通过获取的用户画像进行定向推送，根据群体画像通过 APP 向特定顾客投放广告的行为属于《个人信息安全规范》中所提及的个性化展示，需要满足相应的合规要求，如采取适当的方式显著区分个性化展示内容与非个性化展示内容以及为个人信息主体提供不针对其个人特征的选项等。

5、短信电话营销的风险

在该场景下，如前所述，涉及对顾客手机号码的使用，在手机号码未经加密处理的情况下具有极大的侵入性。虽然 Wi-Fi 探针提供商表示获取的手机号码并不直接提供给商家，而是仅提供给商家拨号平台或接口使用，但根据工信部近日发布的《通信短信息和语音呼叫服务管理规定（征求意见稿）》，商家在未事先征得顾客同意的情况下向顾客发送营销短信或拨打营销电话存在较大的合规风险。^[3]

近年来，工信部已就骚扰电话问题多次约谈电信运营商，今年 7 月 22 日再次因网络诈骗和骚扰电话问题约谈三大运营商。^[4]可见，短信电话营销场景无论对商家还是电信运营商，均有着较大的合规风险。

6、Wi-Fi 探针的刑事风险

《刑法》第二百五十三条规定了侵犯公民个人信息罪，且最高院最高检《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》中对侵犯公民个人信息罪的标准等进行了明确。在 Wi-Fi 探针使用过程中，若商家未经顾客授权或明知 / 应知第三方个人信息来源不合法但仍同其进行匹配的，则可能属于“违反国家有关规定，通过购买、收受、交换等方式获取公民个人信息”，因而有面临刑事风险的可能。因此商家及 Wi-Fi 探针提供商应加强顾客个人信息收集及处理等环节的合规把控，并严格审查第三方个人信息来源的合法性，从而避免面临刑事风险的可能。

注释：

[1] 《GB/T 35273—2020 信息安全技术 个人信息安全规范》附录 A。

[2] 《GB/T 35273—2020 信息安全技术 个人信息安全规范》3.5 注 1：（收集）包括由个人信息主体主动提供、通过与个人信息主体交互或记录个人信息主体行为等自动采集行为，以及通过共享、转让、搜集公开信息等间接获取个人信息等行为。

[3] 《通信短信息和语音呼叫服务管理规定（征求意见稿）》第十六条 任何组织或个人未经用户同意或者请求，或者用户明确表示拒绝的，不得向其发送商业性短信息或拨打商业性电话。用户未明确同意的，视为拒绝。用户同意后又明确表示拒绝接收的，应当停止。

[4] 中新经纬，“工信部约谈三家电信运营商！坚决打击码号违规使用”，<http://www.jwview.com/jingwei/html/07-23/335460.shtml>。

人脸识别亟待规范

作者：高富平

人脸主要是由眼睛、额头、鼻子、耳朵、下巴、嘴巴等部位组成，使用人脸识别的主体通过获取识别对象的面部图像，再利用核心算法对获取的面部图像也即脸部的五官位置、脸型和角度等特征信息进行计算分析、鉴别比对，从而验证识别对象的主体身份。人脸识别可应用于自动门禁系统、身份证件的鉴别、边防安全检查、网络的登录、网络支付等。在门禁的使用方面，不仅政府部门、写字楼、学校等办公场所安装智能门禁，甚至也成为居民智慧社区“标配”。这是因为人脸识别门禁功能更加的安全、稳定和便捷，通过视频布控系统可以识别进入者身份，防范不明身份的进入，保障小区安全。

但是，鉴于人脸具有的不可复制性、唯一性、终生不可更改性，人们对人脸识别的普遍应用带来的隐私和安全问题也开始表示担忧，甚至反对人脸识别系统安装或拒绝录入信息。自2012年我国就开始规范个人信息的使用，并正在制定《个人信息保护法》（全国人大法工委10月21日公布了《中华人民共和国个人信息保护法（草案）》），而人脸属于个人信息中较为敏感的生物识别信息，我们到底该如何平衡个人权利和社会安全，需要专门讨论。

一、关于人脸识别安全性问题

生物特征识别面临的问题在于区别该识别特征是否来自于真正的生物体，人脸识别系统所采集到的人脸图像，是来自于真实的人脸还是含有人脸的照片。这就需要进行验证，比如，要求人左右转头，眨眼睛，开开口说句话等，避免以假乱真。相对于密码、射频或指纹门禁等，人脸特征的生物识别系统仍然是最安全的。

当然，大部分人脸识别系统是对目标进行脸部细节特征的动态扫描，如果有人事先拥有某人面部图像或动态影像资料，确实有可能“瞒天过海”。但是，这已经不是技术本身问题，而是人的行为规制问题。依据《中华人民共和国居民身份证法》《中华人民共和国刑法》，冒用他人居民身份证可受罚款、拘留等行政处罚，而如果从事犯罪的，将依法追究刑事责任。冒用他人人脸属于冒用身份的行为，冒用人脸进行诈骗或从事不法行为，一定会进入法律，受到应有惩治。

二、对人脸识别技术的基本认知

人脸识别技术原理简单来讲主要是三大步骤：一是建立一个包含大批量人脸图像的数据库；二是通过各种方式来获得当前要进行识别的目标人脸图像；三是将目标人脸图像与数据库中既有的人脸图像进行比对和筛选。因此，人脸识别最为关键的是原始信息采集，如果没有原始图像信息则无法与获取的目标人脸进行比对。比如，要实施社区人脸门禁，业主需携带房产证及身份证、租客需提供租赁合同及身份证录入主体身份信息，从而形成特定社区区域的数据库。对于已经存在数据库内的业主或住户，进出社区要进行身份识别只需抬头，非常方便。而对于未存在于数据库内的访客则需要将人脸与身份证信息或身份证系统的照片进行对比从而完成主体身份的识别确认。

但是，随着网络视频、算法等技术的进步，人脸可以成为一种连接个体信息的标识符。在大数据时代，个体的各种信息如姓名、电话号码、家庭住址、消费习惯、行踪轨迹都是互通并可以非经个体同意从而“互享”的，而人脸同样作为个体的个人信息通过与人脸识别系统连接的摄像头、智能设备等进行收集，可以对个人进行“画像”，从而实现非接触、无感知地获取个人行踪、行为特征等私密信息并分析应用。但这已超出我们最初为达

到验证身份目的的人脸识别应用了。鉴于此，则更加引发人们对隐私、个人安全等的担忧。

笔者认为人脸识别系统作为一项技术，具有中立性。在人工智能技术引领我们走向智能社会的情形下，基于人脸的身份验证将可能成为鉴别个人身份的基本方式，如同过去我们依赖身份证一样，人脸可能成为我们与生俱有的 ID。若这样的趋势不可阻挡，那么我们只能寄希望规范其使用行为，让该项技术服务于社会安全，从而降低其对个人的危害和风险。

三、关于人脸识别使用规制的建议

笔者认为，单纯的身份验证为目的的人脸识别并不可怕，可怕的是对个人造成危害的人脸信息被滥用、泄露引发的问题。解决这些问题的重点可能并不是对个体信息的收集控制（如：知情同意），关键在于对使用行为和安全的规范。为此笔者提出以下建议：

首先，严格限定人脸信息的使用。采集人脸信息用于识别个人的身份并无大碍，但应当防范的是用于其他目的。人脸信息采集分为基础信息采集和之后使用时不断采集，基础信息不会变，而之后采集的信息则会不断累积，形成关于特定个人的轨迹信息，这些信息可以用于统计甚至对个体画像分析。而这样的使用已经不再是身份验证目的了，超越了初始收集目的。根据个人信息保护法的基本原则，信息收集只能用于收集时即明确的具体目的。显然，任何用于身份验证的人脸识别系统其法定目的就是身份验证，超出此目的的任何使用即为违法。

其次，小区业主义务决定是否采用人脸识别系统，但采集信息时并不需要个人同意。在笔者看来，人脸识别系统属于小区的安全措施，选用什么样的安全措施应当属于全体业主决定的事项。是否顺应技术发展，采取更为安全和便捷的人脸识别系统应当由业主决定，任何机构或政府没有替代业主决定的权力或权利。一旦业主决定采人脸识别系统作为门禁，那么就意味着业主同意采集个人信息了，不需要另行同意。

这样做的目的是防止物业或人脸识别系统服务提供商业利用形式化的同意，将采集的人脸信息应用身份验证以外的目的。也就是说，在人脸信息使用目的上，采法定制而不允许意定，更能够保护个人的人脸信息，防范人脸信息的滥用。这样，任何基于安监目的而采集的人脸图像、影像信息用于精准广告营销或其他目的都会被认定是非法行为，依据现行法及未来的个人信息保护法得以处罚。

最后，人脸信息安全应当有更高、更具体的要求。人脸信息属于生物识别信息，是直接与本身联系的不可更改的信息，其一旦泄露被不法分子利用，会给个人的财产和人身安全带来危害，因此，人脸信息的安全应当有特别要求。为了降低人脸信息风险，笔者认为除了对人脸识别机构的安全管理提出特别要求外，还要严厉打击盗用、冒用人脸实施的犯罪行为，惩治滥用人脸的行为。在日益发展的不同场景下，各种技术程度的人脸识别技术广泛存在，因此，统一的技术标准及要求是有必要的。

在人脸信息安全方面，除了要求采取相应的安全技术措施外，最为关键的安全措施有两点：其一，人脸基础信息采集适用《互联网个人信息安全保护指南》第 6.1 条 e) 项规定，即“个人生物识别信息应仅收集和使用摘要信息，避免收集其原始信息”。这也就是说，只能存储经过分析、处理后得到的可用于验证的信息。其二，严格限定动态采集的人脸信息的存储。如果仅用于身份验证，那么完全可以即采即验，验过销毁。如果要存储，以备案治安目的的调用和查验，那么不仅存储要有明确的期限（比如 3 个月），其调用和查看必须限于公共安全机构。

综上，人脸识别是一项带给人们便利和安全的新技术，同时也赋能公共安全管理，是智能社会的新基础设施。但是该技术的滥用会给人们隐私和安全带来危害，唯一的出路是规范其使用，而不是因噎废食，拒绝新技术。

对于人脸识别规范的关键是区分用于身份验证的人脸识别和利用人脸采集或变相采集个人信息的行为。前者系我们鼓励和接受的人脸识别应用，只要限定于身份验证目的并且注重防范人脸信息的滥用、泄露，那么它就可以造福人类；后者是对个人有潜在危害的应用，除非用于公共安全目的，应当禁止使用，并且应当严格限定实施主体。人脸识别的普遍应用迫切需要立法划定其应用红线，同时规范正当的利用行为。

破产与清算篇

公司解散清算时出资期限尚未届满，股东是否必须缴足出资？

作者：缪宇鑫

一、问题的提出

公司解散清算时如果有股东尚未足额出资，则根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（法释〔2014〕2号修订）（以下简称“公司法司法解释二”）第二十二条的规定，未缴出资应作为清算财产。但是未缴出资作为清算财产是否意味着股东必须立即缴足出资？

二、相关概念介绍——认缴期限加速到期

一般情况下，在公司正常经营过程中，公司以其注册资本为限对外承担责任，若公司无法清偿债务而此时尚有股东未按时足额出资的，债权人有权请求法院判令该股东在未出资金息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任，或通过执行程序申请追加未足额出资股东作为被执行人，并要求该股东在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任。该规则背后的原理在于纠正未按时出资的瑕疵行为，维护公司及公司债权人的信赖利益，因此，若公司股东未按时足额出资，债权人或公司其他股东有权在民事审判、执行程序中要求股东补足出资；同理，若公司已进入解散清算程序，瑕疵出资股东当然地有义务补足出资。

但是，若股东认缴期限尚未届满，瑕疵出资的前提不存在，那么债权人或公司除以下特定情形外，不得要求股东在其认缴期限届满前就其未缴出资承担责任：

加速到期的特定情形之一（以下简称“情形一”）

公司进入破产程序意味着很可能走向清算、注销的后果，若此时仍不强制股东出资加速到期将导致债权人再无机会追索债权。因此，《中华人民共和国企业破产法》规定，法院受理破产后，管理人有权要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。但是，破产程序中经管理人责令后补足的出资不能用于个别清偿，只能在破产程序中依照全体债权人审核通过的财产分配方案进行公平分配。

加速到期的特定情形之二、三（以下简称“情形二”、“情形三”）

根据2019年11月8日颁布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第6条的规定，若公司债权人以公司不能清偿到期债务为由，通过民事审判程序请求法院判令未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持，但是，下列情形除外：

（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；（情形二）

（2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。（情形三）

上述情形采取了原则否定例外肯定的原则，体现了民事审判对债权人利益与未届出资期限股东期限利益的

平衡。情形二之所以将已被执行和已具备破产原因作为加速到期的前置条件，是因为最高人民法院经过经验总结和探讨认为，如果公司不能清偿单个债权人到期债权，那么其往往也资不抵债，或者明显缺乏清偿能力，或者有丧失清偿能力可能。情形三则限制了公司和股东滥用权利，恶意逃债的行为。

综上，在公司无力偿债、股东尚未足额出资且认缴期限尚未届满的情形下，可主张认缴期限加速到期的情形和途径归纳如下：

| | 特定情形 | | | | 途径 | |
|-----|--------------------|---------------|--------------------|---------|-----------------|----------------|
| | 公司作为被执行人的案件无财产可供执行 | 已具备破产原因但不申请破产 | 债务产生时出资期限已经届满但另行延长 | 公司已受理破产 | 在民事审判中要求该股东承担责任 | 在破产程序中由管理人责令补足 |
| 情形一 | | | | √ | | √ |
| 情形二 | √ | √ | | | √ | |
| 情形三 | | | √ | | √ | |

三、公司解散清算是否属于法定加速情形

上述三种法定加速到期的情形可总结为两个要点：公司资不抵债或者股东恶意逃债。然而，在公司解散清算情境下，公司并非必然资不抵债，其股东也并不一定有恶意逃债行为，因此，公司解散清算时，仍应比照“原则否定例外肯定”的原则尊重并保护股东的认缴出资期限利益，区分不同的情境认定认缴出资是否应当加速到期。

就具体情境而言，当公司资产已经足以覆盖对外债务时，股东未足额缴纳出资并不导致公司债权人的权益受到侵害，此时可能影响的，只涉及公司股东之间的利润分配或亏损分摊问题。因此，在此情况下公司及其他股东不应要求未足额出资的股东的认缴期限加速到期，届时各股东可按照《中华人民共和国公司法》及相关司法解释的规定、或依照公司章程及股东会决议，确定公平合理的剩余财产分配方式及亏损分摊方式，由此既可以保障未届出资期限股东的期限利益，也可维护全体股东的合法权益。

据此，公司法司法解释二关于公司解散时股东认缴期限尚未届满的出资应作为清算财产的规定并不等于进入解散程序之后认缴出资必须加速到期。

股东是否会被追加为公司债务的被执行人？

作者：周雪爽律师团队

关于股东是否会被追加为公司债务的被执行人这个问题，今天我们想讨论下在公司发生债务后，出资期限尚未届满的股东转让其持有的股权的，对转让前的公司债务是否应承担清偿责任？债权人能否成功追加该股东为被执行人？

这个问题的核心在于，股东在出资期限届满前转让股权的，是否构成《〈公司法〉司法解释（三）》第13条第2款、第18条规定的“未履行或者未全面履行出资义务即转让股权”的情形，从而对转让前公司债务承担出资加速到期的补充清偿责任。

本文将通过分析几则法院的经典案例，从多个角度探索上述问题的答案。

以案说法

（一）裁判要旨一

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第19条规定的“股东未依法履行出资义务”应理解为股东没有按照公司章程规定的金额、方式、时间等全面履行出资义务，未到认缴期限的不属于“未依法履行出资义务”的情形。在认缴期限未届满的情况下，申请执行人以股东没有缴纳出资即转让股权为由，请求追加股东为被执行人的，法院不予支持。

例如，（2019）京0105民初4523号案例中，法院认为，“作为被执行人的公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，其股东未依法履行出资义务即转让股权，申请执行人申请变更、追加该原股东或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在未依法出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。但本案中，周若梦主张，麦士公司股东刘建秀未缴纳任何出资即转让股权，应当在未出资范围内对公司债务承担责任，不应理解为股东在认缴出资期限届满前未履行出资义务并转让股权应承担责任。执行程序中追加被执行人，应当限于法律和司法解释明确规定的追加范围，不得超出法定情形进行追加。根据法律规定，我国公司注册资本制度采用认缴制，即股东负有按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额的义务。公司章程可以就认缴期限作出规定，认缴期限不但对股东具有约束力，对外亦产生公示效力。在认缴期限尚未届满的情况下，周若梦以刘建秀没有缴纳出资即转让股权为由，要求追加其为被执行人，依据不足，法院不予支持。”

（一）裁判要旨二

资本认缴制赋予了股东自由权及出资宽展期，有利于激发公司的最大效能。股东享有出资的“期限利益”，公司债权人在与公司进行交易时有机会在审查公司股东出资时间等信用信息的基础上综合考察是否与公司进行交易，债权人决定交易即应受股东出资时间的约束。

例如，（2020）最高法民申133号案例中，最高院认为，“本案执行依据确定的中启鑫公司对鑫天利公司享有的买卖合同债权发生于鑫天利公司2014年5月9日、2014年10月30日两次公司注册资本增资之间，鑫天利公司于2014年5月9日将公司的注册资本从35万元增加至1000万元对债权人公司案涉交易产生公示效果和信赖基础。鉴于鑫天利公司的原股东麦树理、武东、李月平、隆昌煤矿公司已在出资期限届满之前将各自的股份转让，二审判决追加受让股份的袁春生为被执行人，没有追加麦树理、武东、李月平、隆昌煤矿公司为被执行人并无不当。”

（三）裁判要旨三

股东对外转让股权，受让人取得其持有的股权，成为公司新的股东，即应全面继受原股东的权利义务。如果债权人不能证明股权转让过程中存在双方恶意串通，或者存在一方欺诈、故意隐瞒事实等特定情形，则该股东（转让人）对公司债务不承担出资加速到期的补充清偿责任。

例如，（2019）最高法民终 230 号案例中，法院认为，“冯亮、冯大坤二人转让全部股权时，所认缴股权的出资期限尚未届满，不构成《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第 13 条第 2 款、第 18 条规定的‘未履行或者未全面履行出资义务即转让股权’的情形，且曾雷并未举证证明其基于冯亮、冯大坤的意思表示或实际行为并对上述股东的特定出资期限产生确认或信赖，又基于上述确认或信赖与甘肃华慧能公司产生债权债务关系。曾雷主张冯亮、冯大坤二人在未出资本息范围内对甘肃华慧能公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的实质是主张冯亮、冯大坤的出资加速到期，该上诉请求没有法律依据，法院不予支持。”

（四）裁判要旨四

股东转让出资早于公司债务形成时间的，公司债务与该股东（转让人）并无关联性，若仍要求该股东承担责任，显然有失公平。

例如，（2019）京民终 193 号案例中，法院认为，谷倍弛作为正润科技公司的股东，转让出资早于正润科技公司的债务形成时间。谷倍弛转让股权（出资）后，正润能源公司承诺就案涉争议的债权债务关系承担担保责任，所形成的公司债务与该公司的前股东并无关联性，若仍要求谷倍弛承担责任，显然有失公平。因此，谷倍弛在正润科技公司债务形成之前转让出资权益，不对正润科技公司的债务承担责任。

（五）裁判要旨五

九民纪要出台后，不支持认缴出资加速到期是基本原则，可以加速到期只是例外情形。

对于双方当事人有关股东出资应否加速到期的争议，按照最高人民法院于 2019 年 11 月 8 日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 6 条精神，在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益，故对债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的诉讼请求，法院原则上不予支持。公司作为被执行人的案件，只有（1）股东恶意延长出资期限以逃避履行出资义务的；（2）出现股东破产、被强制清算等新的法律事实，据此可以确定股东在出资期限届满时不可能完全履行出资义务的；（3）法院受理公司破产申请的，才能要求尚未到缴纳期限的股东提前缴纳出资以清偿公司债务。例如，（2019）京民终 193 号案例中，法院认为，谷倍弛作为正润科技公司的股东，转让出资早于正润科技公司的债务形成时间。谷倍弛转让股权（出资）后，正润能源公司承诺就案涉争议的债权债务关系承担担保责任，所形成的公司债务与该公司的前股东并无关联性，若仍要求谷倍弛承担责任，显然有失公平。因此，谷倍弛在正润科技公司债务形成之前转让出资权益，不对正润科技公司的债务承担责任。

例如，（2017）沪 02 执异 25 号案例中，法院认为，“法院在民事执行中，作为被执行人的公司财产不足以清偿生效法律文书确定的债务时，追加其股东为被执行人应当符合法律规定的情形。金骥公司在认缴出资期限届满之前将股权转让给中宏远公司，由中宏远公司履行缴纳出资的义务，不属于未依法履行出资义务即转让股权的情形。瀚峰公司认为金骥公司在认缴出资期限届满之前转让股权，其出资义务应当提前到期，缺乏法律依据。纵观现有的法律规定，要求尚未到缴纳期限的股东提前缴纳出资以清偿公司债务，在破产和清算程序中有相关规定，但在执行程序中，作为被执行人的公司无财产可供执行，要求尚未到缴纳期限的股东提前缴纳

出资以清偿公司债务，尚无法律依据。因此，瀚峰公司要求追加金骥公司为被执行人，在未出资的 1,020 万元范围内承担责任，法院不予支持。”

实务分享

需要注意的是，公司发生对外债务后，通过修改公司章程对股东出资时间作出的变更，不应对抗债权人的权利主张。此时未实缴出资的股东转让股权的，损害了债权人信赖利益，且股东有违诚实信用原则，因此需对公司债务承担出资加速到期的清偿责任。

例如，（2018）津民终 423 号案例中，法院在确认“乐氏公司实缴资本金额为 0，乐高群转让股权是在乐氏公司与国电公司债权债务发生之后”后，认为：“依照《公司法》第 3 条第 2 款、第 28 条第 1 款及《〈公司法〉解释（三）》第 13 条第 2 款，乐高群在转让乐氏公司股权之前负有足额缴纳出资的义务。乐氏公司章程对股东出资时间做的变更，亦不应对抗国电公司的权利主张。本案中作为执行依据的民事判决所涉合同的签订、履行以及案件的诉讼，均发生在乐高群经营乐氏公司期间，故在乐氏公司财产不足以清偿到期债务时，乐高群作为尚未缴足出资的股东应当在未依法出资范围内承担责任。”

同理，（2016）京执复 106 号案例中，法院认为，“浙江优选公司的股东作出关于申请延迟缴纳注册资金的股东会决议，并通过了公司章程修正案，将出资期限从 2014 年 10 月 15 日延迟至 2032 年 10 月 15 日。这在客观上对浙江优选公司资本充实造成了妨害，并损害了金谷信托公司基于许曦文公示的承诺和浙江优选公司的注册资金数额而产生的信赖利益，有违诚实信用原则，构成出资不实。应在设立公司时的未实缴出资额范围内承担责任的主张，符合相关司法解释的规定，法院予以支持。”

股东是否应提前承担出资加速到期的责任？

作者：周雪爽律师团队

2013年新修订的《公司法》确立了公司资本认缴登记制，出资制度的改变带来了股东出资责任上的新变化。总体上，《公司法》采取认缴资本制，对股东的出资期限、方式等具体由公司的章程来规定。

之前，我们讨论了在公司发生债务后，出资期限尚未届满的股东转让其持有的股权的，如果构成《公司法司法解释三》第13条第2款、第18条规定的“未履行或者未全面履行出资义务即转让股权”的情形，需要对转让前的公司债务承担清偿责任（→股东是否会被追加为公司债务的被执行人？）。

那么，在认缴登记制下，若公司无法清偿其到期债务，而股东的出资期限又尚未到期的，债权人能否主张“股东的出资义务加速到期”，进而要求该股东在未出资范围内对公司债务承担责任呢？这里引出了“认缴制”下，未实缴出资股东对公司债务的责任承担问题。

实务指引

为了细化该问题，笔者拟将公司无法清偿其到期债务的情况进一步区分为以下两种，予以讨论：

一、公司已经进入到破产或者清算程序的，债权人有权合理信赖股东的出资承诺，股东未到期的出资义务视为到期

1、公司已经被受理了破产申请，对于该情况，《企业破产法》第35条明确规定，“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。”

有前述法律规定的保驾护航，债权人可以不受出资期限的限制，要求出资人提前履行其出资义务。即使是在“认缴制”下公司股东约定了超长的出资期限也不影响债权人权利的行使。这是因为股东出资期限不能长于公司的存亡期限。

2、公司进入到清算程序时，股东尚未缴纳的出资应作为清算财产。

公司被强制清算后将终止存在，此情况下不可能再根据原定期限请求股东履行出资义务。因此，如果公司不能要求股东提前缴付出资，则股东将逃避履行对公司的出资义务，并进而损害公司债权人和其他股东的正当利益。

综上，一旦公司破产或者被强制清算，则视为章程规定的出资期限届至，即加速到期。

二、未申请公司破产，但已无法清偿其到期债务的情况

由情况一可知，在公司资不抵债申请破产的情况下，并不会因“认缴制”的出现而产生债权人权利缺失的问题。那么，“认缴制”下，在未申请公司破产的情况下，公司已没有能力清偿到期债务的，债权人是否可以请求未到出资期限的股东提前履行出资义务呢？

对于情况二，主要适用的法律规定为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（即《公司法司法解释三》）第13条：“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。”

那么，要适用该条规定追究股东责任，这就出现了一个前提条件，即“股东未履行或者未全面履行出资义务”。判断股东是否履行出资义务是依据其认缴承诺而言的，若股东未违背认缴承诺，就不存在未履行或者未全面履行出资义务的情形，债权人自然无权要求股东承担赔偿责任。

根据《最高人民法院关于公司法解释（三）、清算纪要理解与适用》的解释，“未履行出资义务是指股东根本未出资，具体包括拒绝出资、不能出资、虚假出资等。未全面履行出资义务包括未完全履行和不当履行，其中未完全履行是指股东只履行了部分出资义务，未按规定数额足额出资。不当履行是指出资的时间、形式或手续不符合规定，包括迟延出资、瑕疵出资等”。

结合《合同法》的基本原理，如股东的出资期限按公司章程的约定尚未到期的，那么就意味着该股东的合同义务期限并未到来，并非实际违约，这自然也无法认定其为“未履行或者未全面履行出资义务”。因此，在公司章程所约定的出资期限尚未届满时，当然不能认定股东未履行或者未全面履行出资义务，因此股东不承担赔偿责任。

《九民纪要》关于股东出资加速到期的最新裁判思路

2019年，随着《九民纪要》的发布，该纪要第6条对股东应否承担出资加速到期的责任做了明确规定，“在注册资本认缴制下，股东依法享有限期利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。”

但是，下列情形除外：

1、公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的。

关于破产原因，根据《破产法》第2条的规定，是指，“公司不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力”。

例如，公司约定股东出资期限于2020年12月1日届满，2020年10月1日，某股东出资期限尚未到期，但债权人已经起诉公司要求偿还债务。起诉后人民法院发现公司无财产可供执行，若公司在10月1日已具备破产原因但是不申请破产的话，债权人可以要求某股东提前在10月1日履行完毕出资义务。这种情形约等于公司已经破产了。此时，与公司破产时股东的出资期限加速到期情形相比，此时公司并没有被受理破产申请，也没有被指定管理人，股东出资期限的提前到期是把钱直接给债权人从而对特定债权做补充赔偿。

2、在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

公司债务产生之后，公司通过修改章程等方式，延长股东的出资期限，显然是股东恶意逃避履行出资义务的情形。此时要求股东在未出资范围内对公司债务承担责任，当无争议。

例如，公司的某股东出资期限即将届满，但其通过与其他股东商量，以股东会的方式把自己的出资期限往后推了十年，这种恶意延长出资期限的行为，有害于公司的责任财产，会损害到公司债权人的利益，此时，债权人可以行使债权人的撤销权撤销该公司的股东会决议，要求某股东在出资期限届满之日履行完毕出资义务。

《九民纪要》关于“股东出资能否加速到期”问题的意见，系最高人民法院对此的最新指导意见，对统一全国各级法院的裁判思路具有重要意义。在今后的司法实践中，股东未履行或者未全面履行出资义务，并不必然导致出资期限加速到期。在执行阶段，法院会对公司进行第一顺位的执行，执行不到财产，才会追加未履行出资义务的股东作为被执行人，因此，从程序上来说，未履行出资义务的股东处于司法程序的最后一个环节。

裁判指引

公司股东在设立公司进行工商登记时缴纳注册资本的承诺，应当被认定为是对社会公众所作的承诺。社会公众通过公司工商登记信息了解到的公司注册资本，代表公司对外承担责任的全部能力，这其中应当包括公司股东认缴但并未出资到位的部分资本。债权人仅以自己对公司债权尚未获得清偿为由，要求股东提前履行出资义务，并不具备相应的正当性和合理性。因此，公司债权人要求出资期限尚未届满的股东在未出资范围内对公

司债务承担补充清偿责任的诉讼请求，法院不予支持。

例如，（2016）鲁01民终5731号案例中，法院认为，“《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》第13条第2款规定，公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。

依照上述规定，未完全履行出资义务的股东应对公司债务承担补充清偿责任，但根据永力重工公司在工商登记系统公示的年度报告，文斌作为永力重工公司的股东，认缴出资额为6850万元，实缴出资时间为2065年9月20日，现该期限尚未到期，故文斌的出资义务尚在履行期内，其亦已实际履行了部分出资义务，故不能认定文斌存在未完全履行出资义务的过错。邦容公司要求文斌对永力重工公司债务承担补充赔偿责任，实际系要求文斌作为公司股东提前履行其未到期出资义务。

本院认为，债权人要求股东提前履行其出资义务，应具备相应法定条件，现永力重工公司未进入破产或解散程序，亦未资不抵债，故邦容公司现要求永力重工公司股东文斌提前履行其出资义务尚未具备相应条件。

此外，股东对公司的出资义务源于股东间出资协议或章程约定，并通过在工商行政管理部门备案登记向社会公示，已向包括债权人在内的不特定第三人宣告了出资期限，债权人也是在此预期下与公司进行交易。债权人仅以自己对公司债权尚未获得清偿为由，要求股东提前履行出资义务，并不具备相应正当性和合理性。故邦容公司要求股东文斌在未出资范围内对永力重工公司的债务承担补充清偿责任的诉讼请求，缺乏法律依据，本院不予支持。”

实务总结

从以上分析可知，债权人与未届出资期限的股东之间关于公司债务承担问题的博弈，核心是双方利益的平衡。对债权人而言，主张股东出资义务加速到期可以在公司无法清偿债务、实则满足破产条件的情况下，尽快实现债权，达到和公司破产相同的效果；对股东而言，提前缴纳出资会影响到个人的现金流。因此，在处理这个问题的风险方面，公司股东和债权人都应多加注意。

一、注册资本认缴登记制，是指公司在依法登记注册资本时，不需要实际缴纳注册资本，不需要提供验资证明文件，也不需要约定认缴出资的期限。对于公司股东而言，不要因此误以为可以随意认缴天价注册资本，约定几十年甚至一百年后再实缴出资。股东以认缴的注册资本为限，承担公司债务。认缴注册资本越大，股东的责任就越大。股东认缴期限长，不能免除股东应当承担的资本充实义务。

例如：

- 1、公司解散时，股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产；
- 2、公司破产时，管理人应当要求出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制；
- 3、即使公司未有解散、破产情形，公司债权人要求股东在认缴出资（虽然出资期限尚未届满）范围内对公司债务承担补充赔偿责任的，司法实践中存在不同裁判观点，部分法院对债权人的诉讼请求予以支持。

因此，笔者建议广大投资者根据股东的能力以及公司的实际需求理性认缴注册资本，并及时足额实缴注册资本。

其次，根据实际需要，股东可以自由约定实缴期限。但股东的出资认缴期限一旦登记确定，不可随意更改，否则可能会被认定为违反诚实守信原则，损害债权人利益，导致出资时间加速到期。

二、对于公司债权人而言，应当注意以下几点：

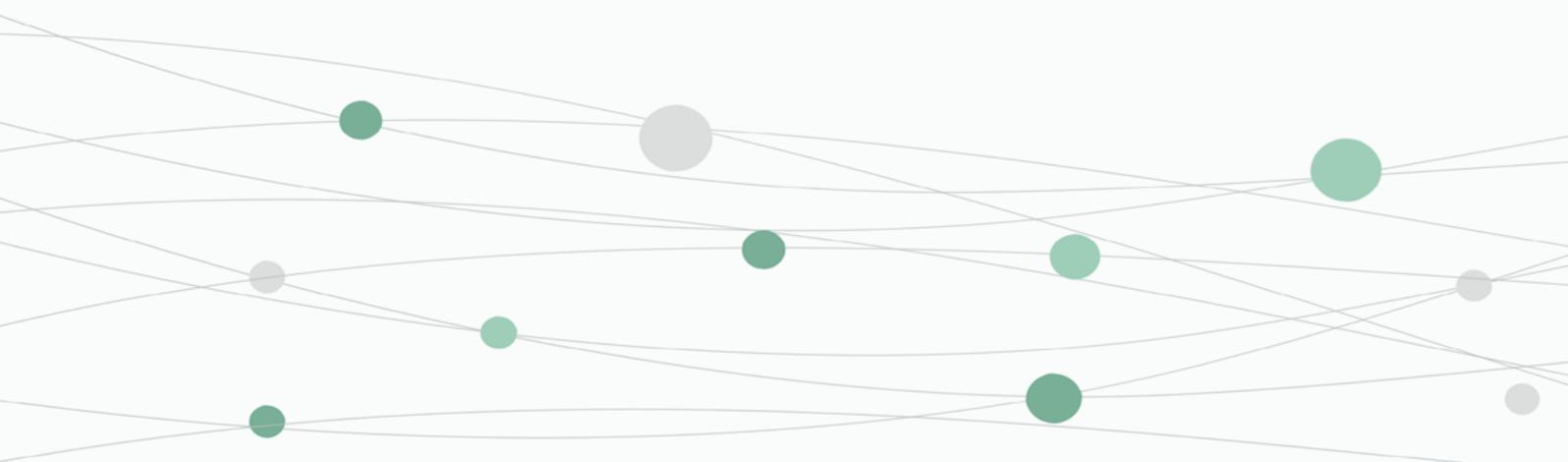
1、签订合同时，不要被公司过高的注册资本所忽悠。一些股东认为大额的注册资本，象征着公司具有雄厚的经济实力，其实不然，注册资本跟公司实力、资信状况并无必然联系。

2、对于未到认缴期限的股东，公司债权人也并非无计可施。

(1) 当债务人公司资不抵债，符合破产条件时，可申请公司破产，达到要求公司股东提前缴纳认缴出资的目的。

(2) 债权人要求未履行出资义务的股东承担的责任是补充赔偿责任，只有公司财产不足以清偿时，才可以要求股东赔偿。但在目前的诉讼程序上，债权人提起公司清偿债务的诉讼时，可直接把未完成出资的股东与公司列为共同被告。

(3) 股东恶意逃避公司债务，比如修订公司章程延长缴纳出资时间等情形，债权人有权要求未完成出资的股东对公司债务承担补充赔偿责任。



地址：上海市长乐路989号世纪商贸广场26楼

网址：www.watson-band.com.cn

 (86-21) 5292-1111;(86-21)6350-0777

 (86-21) 5292-1001;(86-21)6273-6366