

华诚律谈

二〇二〇年上半年刊

华诚律谈编委会 编著



目录

知识产权

- 1、侵犯商业秘密犯罪立法与司法修改要点解读·····3
- 2、武汉病毒研究所申请瑞德西韦用途发明专利事件中的专利争议解析·····8
- 3、知识产权海关保护之经典十二问·····12

公司商事

- 1、法院如何认定“公司决议撤销纠纷”？·····17
- 2、国有上市公司股权激励 | 相关政策及设计方案要点·····20
- 3、国有非上市公司 | 股权激励设计方案要点·····25
- 4、股东能否约定轮流担任公司法定代表人？·····29

网络安全与数据保护

- 1、“车联天下，数据当冠”——车联网数据合规与网络安全指引·····32
- 2、“取数有道、用数有矩”——供应商风险管理之数据合规审查指引·····37
- 3、以“净网行动 2020”为引浅析 App 合规方向·····41
- 4、智能手机 app 窃听安全漏洞风险所涉及的法律问题·····45

破产与清算

- 1、公司注销或吊销未清算，股东是否需要对公司债务承担连带责任·····47
- 2、有关管理人查询破产企业银行开户和存款信息的新规在实践中的运用·····51
- 3、对因疫情影响而破产的企业多用破产和解制度予以挽救的建议·····54

知识产权篇

侵犯商业秘密犯罪立法与司法修改要点解读

作者：贺晓博

一、涉及的解释：

◆最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）（2020.9.12）

◆中华人民共和国刑法修正案（十一）（2021.1.4）

解读：

我国正在加大知识产权刑事保护的力度，以上两个文件对于知识产权刑事犯罪办理的实操方面具有非常大的指导意义，其内容涉及著作权、专利、商标、商业秘密保护等各方面，本文中主要针对知识产权中非常独特也非常重要的有关商业秘密的刑事犯罪在立法和司法上的变化进行分析。

背景：

（1）中美经贸协议第一章第二节商业秘密约定——具体落实

启动刑事执法门槛：双方明确将逐步调整、降低直至取消刑事执法的门槛；

刑事程序和处罚：双方约定将通过不正当的手段获取商业秘密以及披露和使用商业秘密的行为都纳入到刑事程序中进行处罚和追诉。

（2）社会、企业发展需要

独角兽企业是新赛道引领者

独角兽企业分布于26个领域，量达到218家，总估值7964亿美元。智慧物流、医疗健康、人工智能、新文娱、新零售、互联网教育领域独角兽企业数量分列前五；其次，汽车服务、产业互联网、大数据、云服务、智能网联等领域集聚较多独角兽企业。

解读：

随着互联网和新兴企业的发展，知识产权越来越成为企业的核心竞争力。而知识产权中，除了商标、著作权、专利以外，作为商业秘密保护的那一块商业信息往往是企业核心价值中其最重要的组成部分之一，越来越重要的作用，受到关注，也因此要求加强对企业商业秘密的保护。

二、法条修改对照：

刑法（老）	刑法（新）
<p>第二百一十九条【侵犯商业秘密罪】有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：</p> <p>（一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；</p> <p>（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；</p> <p>（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。</p> <p>明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。</p> <p>本条所称商业秘密，是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。</p> <p>本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。</p>	<p>第二百一十九条【侵犯商业秘密罪】有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：</p> <p>（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；</p> <p>（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；</p> <p>（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。</p> <p>明知前款所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密论。</p> <p>本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。</p> <p>为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供军事秘密的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节严重的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。</p>

二、修改要点：

（1）情节犯和行为犯

- ◆给商业秘密的权利人造成重大损失的（改）→情节严重
- ◆造成特别严重后果的（改）→情节特别严重
- ◆境外机构、组织、人员 + 军事秘密→构成犯罪

解读：

明显扩张了有关商业秘密犯罪的认定标准，从原来的造成重大损失和造成特别严重后果修改为情节严重和特别严重之后，可以将原先造成损失的这一块纳入到情节严重中，将来还可以进行扩展，比如说构成累犯的，涉及多次侵犯的，涉及特定主体、特定对象如军事秘密的等等。

行为犯指的是只要存在犯罪行为，不论是否造成最终损害后果，都构成犯罪。本次修正案在第二百一十九条中明确增加一款：为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的，处五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。

（2）扩大了“不正当获取商业秘密手段”的行为范围

- ◆对“盗窃”做出扩展性的解释：非法复制、未经授权或者超越授权使用计算机信息系统获取商业秘密
- ◆将“贿赂、欺诈、电子侵入”纳入“不正当手段”范畴，也与目前《反不正当竞争法》关于商业秘密侵权的规定保持一致。

思考问题：

员工将工作过程中获悉的商业秘密信息发到自己的私人邮箱——会否构成侵犯商业秘密犯罪？

美国礼来公司、礼来（中国）研发公司诉黄孟炜侵害技术秘密纠纷案【上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民五（知）初字第 119 号】

解读：

笔者通过案例检索并结合实务经验，认为这个问题需要从两个层面来理解：民事侵权和刑事犯罪。

一是：从民事侵权的角度来说，目前司法实践中基本上认为如果规章制度不允许将商业秘密发送至员工私人邮箱的，而实际上员工将自己工作过程中获悉的商业秘密发送到了自己的邮箱，则这种行为属于侵犯商业秘密的民事侵权行为。实践中法院认定构成侵权的理由可分为三种情况：

(a) 认定该行为是一种非法获取的行为，超出了原定的获取方式和获取范围，增加了商业秘密被侵犯的风险；

(b) 从违反约定使用商业秘密的角度来看，违反了原来的保密义务，该违规行为导致了商业秘密存在被使用和被侵犯的风险；

(c) 认为既是不正当的获取，又是一种违规行为，增加了商业秘密被侵犯的风险，比如美国礼来公司、礼来（中国）研发公司诉黄孟炜侵害技术秘密纠纷案【上海市第一中级人民法院（2013）沪一中民五（知）初字第 119 号】纠纷一案：

【裁判结果】

上海市第一中级人民法院经审理认为，原告行为保全的申请符合《民事诉讼法》第一百条的规定，遂裁定禁止被告黄孟炜披露、使用或允许他人使用两原告主张作为商业秘密保护的 21 个文件。涉案 21 个信息文件涉及原告为了开发治疗糖尿病以及癌症等其它疾病的药物所做的研究，包括多项化合物的化学结构、数据、有价值的生物靶点、活性信息、未来研究的提议等内容，不为相关公众所知悉，能够帮助药品研发企业取得市场竞争优势，具有商业价值，且原告采取了限定知悉人员范围、对文件采取加密措施、标注保密标志、监控文件阅看及下载情况、与员工签订保密协议、进行保密培训等多种有效的保密手段，构成《反不正当竞争法》所保护的商业秘密。被告违反公司规章制度，擅自将原告的技术秘密文件下载及转存于其个人所有的电子设备之中，且未履行承诺，配合原告删除上述技术秘密文件，使原告的技术秘密存在着失控的风险，构成商业秘密侵权行为，依法应当承担相应的民事责任。鉴于原告未能提供证据证明其因被告的侵权行为而遭受实际损失，故对原告赔偿损失的主张不予支持。据此判决被告黄孟炜于判决生效之日起停止侵害原告的技术秘密，即删除其所获取的 21 个信息文件，并不得披露、使用或者允许他人使用直至该技术秘密为公众知悉时止；支付原告合理费用人民币 120,000 元；驳回原告其余诉讼请求。判决后，双方当事人均未提起上诉，一审判决已经发生法律效力。

二是：民事上构成侵权，刑事上并不一定构成犯罪：这里涉及的不只是损害后果的问题，还要考虑行为的具体表现，理由：

一方面，从不当获取来看，刑法上规定的通过不正当手段获取商业秘密属于犯罪行为，但是该行为在刑法上的具体表现为盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入等，这类行为针对的是行为人此前并不掌握、知悉或者持有该项商业秘密的情形，通过类似上述不正当行为获取商业秘密，行为恶劣，反映了巨大的主观恶意，与因为职务关系本来有权获悉商业秘密的情形存在明显区别。

另一方面，从违反保密义务或者违约侵犯商业秘密的角度来说，刑法规定的犯罪行为是在存在违约情形时，有披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的行为。如果仅是将知悉的商业秘密发到自己的邮箱，尚未披露、使用或者允许他人使用的，不属于上述规制的行为。

(3) 入罪门槛——重大损失——情节严重

- ◆降低入罪标准——损失、违法所得 30 万以上
- ◆直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的；
- ◆其他重大损失的（清算、兼并、停产、解散）

(4) 损失数额、违法所得数额的计算

	情形	计算方式	备注
1.	不正当手段获取、尚未披露、使用或者允许他人使用	商业秘密的合理许可使用费	综合考虑：涉案商业秘密权利人或者其他商业秘密权利人许可使用相同或者类似商业秘密收取的费用、不正当手段获取商业秘密后持有的时间等因素认定
2.	以不正当手段获取后，披露、使用或者允许他人使用	权利人销售利润减少、商业秘密合理许可使用费（就高计算）	
3.	违约型侵犯商业秘密的情形。	权利人销售利润的损失计算	
4.	“以侵犯商业秘密论”的情形	权利人销售利润的损失计算	
5.	造成商业秘密丧失非公知性或者灭失的情形	商业秘密的商业价值作为认定给权利人造成损失的依据。	考虑（综合确定）： 研究开发成本 实施该项商业秘密的收益 民事：研究开发成本、实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素。
6.	补救费用：权利人为减轻对商业运营、商业计划的损失或者重新恢复计算机信息系统安全、其他系统安全而支出的		
7.	销售利润损失计算 (1) 权利人销售量减少的总数*权利人每件产品的合理利润； (2) 侵权产品销售量*权利人每件产品的合理利润； (3) 侵权产品销售量*每件侵权产品的合理利润确定； (4) 用于服务等其他经营活动：被侵权而减少的合理利润确定。		

注意：

① 民事侵权和刑事犯罪在认定上有所不同

比如：商业价值——在民事和刑事上考量的因素不同。

② 民事中认定的赔偿金额和刑事中判定的损失数额有所不同

损失数额是客观的，赔偿金额考虑商业机密性质、商业价值（研发成本）、创新程度、竞争优势、侵权性质情节后果等

③ 刑事在某些方面走在民事前面

比如：面对获取未披露的行为

民事——只赔合理费用

如前述案例：“据此判决被告黄孟炜于判决生效之日起停止侵害原告的技术秘密，即删除其所获取的 21 个信息文件，并不得披露、使用或者允许他人使用直至该技术秘密为公众知悉时止；支付原告合理费用人民币 120,000 元；驳回原告其余诉讼请求。”

刑事——根据合理许可使用费计算损失数额

(5) 刑事诉讼程序中对商业秘密的保护

在刑事诉讼程序中，当事人、辩护人、诉讼代理人或者案外人书面申请对有关商业秘密或者其他需要保密的商业信息的证据、材料采取保密措施的，应当根据案件情况采取组织诉讼参与人签署保密承诺书等必要的保密措施。

(6) 罚金刑的确定

◆继续坚持倍比罚金制

◆开创性规定“限额罚金制”

对于侵犯知识产权犯罪的，应当综合考虑犯罪违法所得数额、非法经营数额、给权利人造成的损失数额、侵权假冒物品数量及社会危害性等情节，依法判处罚金。

罚金数额一般在违法所得数额的一倍以上五倍以下确定。违法所得数额无法查清的，罚金数额一般按照非法经营数额的百分之五十以上一倍以下确定。违法所得数额和非法经营数额均无法查清，判处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者单处罚金的，一般在三万元以上一百万元以下确定罚金数额；判处三年以上有期徒刑的，一般在十五万元以上五百万元以下确定罚金数额。

四、待解决的问题：

(1) 合理许可费计算中实际操作的问题

◆是不是按倍数？

◆独占许可、排他许可、一般许可，确定哪个？

◆尚没有许可的情况如何应对？

◆零星的商业秘密点或者部分技术秘密范围，如何确定许可费？

◆权利人举证还是评估、鉴定？法院是否可以调整？

(2) “以侵犯商业秘密论”的行为中“明知或者应知”的修改

“以侵犯商业秘密论”是指“行为人明知商业秘密来源不合法，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密论”。

《反不正当竞争法》第九条对“以侵犯商业秘密论”的表述保留了“应知”的情形。修改前的刑法规定是“明知或者应知”，而修订后的该类型则仅限于行为人明知的情形，条文表述去掉了“应知”二字。《司法解释（三）》也与《修正案（十一）》的表述保持一致。

去掉了“应知”是否意味着“应知”不再属于商业秘密犯罪行为——缩小入刑范围之嫌——有待将来的司法实践进一步明确。

武汉病毒研究所申请瑞德西韦用途发明专利事件中的 专利争议解析

作者：彭雨诗

在新型冠状病毒（以下简称“COVID-19”）疫情爆发的当下，中国科学院武汉病毒研究所（以下简称“武汉病毒研究所”）的一篇官网文章，使得一款名为瑞德西韦（Remdesivir）的药物以及其相关的专利争议成为了社会热议的焦点。

一、情况简介

瑞德西韦是美国的药物研发企业吉利德科学公司所开发的一种在研的广谱抗病毒药物，目前尚未在全球任何国家获得批准。^{<1>} 根据《新英格兰医学杂志》2020年1月31日发表的一篇文章，美国首例确诊 COVID-19 感染的病例在住院的第六天病情恶化升级为肺炎，但在第七天静脉注射了瑞德西韦后病情有了明显的好转。^{<2>} 该文章同时也声明了，使用瑞德西韦是基于病患病情恶化的无奈之举，如为证明瑞德西韦对抗 COVID-19 的安全性和有效性，则还需进一步的临床试验^{<3>}。

之后，2020年2月4日，武汉病毒研究所在其官网发布了《我国学者在抗 2019 新型冠状病毒药物筛选方面取得重要进展》。该文章一方面公布了“瑞德西韦在细胞水平上能有效抑制 COVID-19 的感染”的研究结果，一方面也同时公布了其针对瑞德西韦的专利布局：

“对在我国尚未上市，且具有知识产权壁垒的药物瑞德西韦，我们依据国际惯例，从保护国家利益的角度出发，在1月21日申报了中国发明专利（抗 2019 新型冠状病毒的用途），并将通过 PCT（专利合作协定）途径进入全球主要国家。如果国外相关企业有意向为我国疫情防控做出贡献，我们双方一致同意在国家需要的情况下，暂不要求实施专利所主张的权利，希望和国外制药公司共同协作为疫情防控尽绵薄之力。”^{<4>}

武汉病毒研究所的这篇文章瞬间引起舆论哗然，各媒体纷纷以“武汉病毒研究所‘抢注’美国药专利”为标题进行报道。^{<5>} 那么，事实是否真的如媒体的醒目标题一样是一宗“专利抢注案件”呢？

二、争议焦点

专利权的申请、授权、使用及侵权判定，是知识产权法领域中最为复杂、疑难的一块。因此，笔者根据普通公众最为关注的角度将本事件的争议焦点分为以下四项，并用简明扼要的方式为大家进行解释与说明。

1、专利是否存在“抢注”的说法？

虽然媒体报道中“抢注”这个词非常的吸睛，但这是一个明显错误的指向与用法。

“抢注”这一说法，目前在知识产权法律体系中仅存在于商标法中，且在我国商标法中仅适用于“抢注驰名商标”的情况。^{<6>} 商标的知名度和辨识度是通过公开使用产生的，但是我国的商标权授予制度是“谁先申请，谁获得商标权”，因此偶尔会出现商标在先申请者与在先使用者不一致的情况。针对该情况，出于保护在先使用并获得较高知名度的驰名商标所有人的权益、以及限制恶意仿造驰名商标扰乱市场秩序行为的考量，我国商标法在第十三条中对“抢注驰名商标”进行了规定。^{<7>} 因此，禁止商标“抢注”可以说是我国商标申请优先制度下对商标在先使用者的例外保护。

与商标类似，专利中也存在在先申请者与在先研发者不同的情况。但是，与商标不同的是，由于所有专利研发的具体细节都是非公开的，每个发明人的努力并不会对他人的研发做出贡献，故最终谁能获得这项专利只

取决于谁最快的完成研发进度并提出专利申请。因此，专利权的授予是严格按照“谁先申请，谁获得专利权”执行的，^{<8>}并不会因为开始专利研发的时间节点在先而有所通融。

故，从法律层面上来说，专利法中并不存在所谓“专利抢注”行为（窃取他人的研究成果并申请专利的行为系另外的情况，因与本事件无关，所以在此不展开说明）。

2、武汉病毒研究所为什么能申请瑞德西韦的中国发明专利（抗 2019 新型冠状病毒的用途）？

专利权的客体是发明创造。可能从大众普遍认知来看，发明创造指的是从无到有创造出一种全新的科技产品，就像是爱迪生发明电灯一样。但是，实际上专利权中的发明创造所涵盖的范围非常广泛，我国专利法就规定了三类发明创造，分别是发明、实用新型、外观设计，^{<9>}而其中发明专利对创造性的要求最高，其保护的客体既可以包括新产品及其制造方法和用途，也可以包括已知产品的新的用途。

对应药物专利方面，瑞德西韦作为一款吉利德科学公司自主研发的，具有新颖性、创造性、实用性的化学化合物，其显然符合发明专利的客体要求。但除此之外，我国的《专利审查指南》也规定了此类化学药物产品的新用途也属于发明的一种：

“化学产品的用途发明是基于发现产品新的性能，并利用此性能而作出的发明。无论是新产品还是已知产品，其性能是产品本身所固有的，用途发明的本质不在于产品本身，而在于产品性能的应用。因此，用途发明是一种方法发明，其权利要求属于方法类型。”^{<10>}

据笔者调查，吉利德科学公司于 2015 年 11 月 25 日、2018 年 7 月 13 日被授予的两项中国发明专利（专利权号 201180035776.1、201510615482.6）中包括了瑞德西韦药物化合物，且其中明确说明了该药物的原始用途是用于治疗副黏病毒科病毒感染。显然，武汉病毒研究所所申请的中国发明专利，系对该药物在治疗 COVID-19 感染的新的性能的发现，并利用此性能而作出的发明，因此属于《专利审查指南》中的化学产品的用途发明。

实际上，不仅仅是武汉病毒研究所，吉利德科学公司自身在被授予瑞德西韦药物化合物的中国发明专利之后，也在持续的研发过程中发现了瑞德西韦在治疗沙粒病毒科和冠状病毒科病毒感染的新性能，并于 2016 年 9 月 16 日提出了该用途发明专利的申请（专利申请号 201680066796.8）。但此处的治疗冠状病毒科病毒感染的新性能属于一个范围较广的上位概念，而治疗 2019 年新发现的 COVID-19 感染的新性能系其下位概念（举个例子，狗是上位概念，中华田园犬系其下为概念）。由于上位概念不破坏下位概念的新颖性，故武汉病毒研究所可以就瑞德西韦治疗 COVID-19 感染的用途提出专利申请（至于申请是否能通过审查，这并非本文所关注的焦点，故在此不进行讨论）。

综上所述，虽然瑞德西韦的化合物专利归吉利德科学公司所有，但武汉病毒研究所在发现瑞德西韦治疗 COVID-19 感染的新性能的情况下可以就该用途发明申请专利。

3、武汉病毒研究所在申请专利过程中使用瑞德西韦进行研究是否侵犯了吉利德公司的专利权？

专利侵权行为包括未经专利权人许可，以生产经营为目的使用、制造、销售、进口专利产品的行为，^{<11>}因此可能会有人问，那么武汉病毒研究所使用瑞德西韦进行研究并申请专利的行为难道不是专利侵权行为吗？关于专利权是否应该被保护这一问题，一直都是学术争论的热点。如果不对专利权进行保护，那么发明人研发专利技术所花费的金钱与精力就得不到回报，因此会造成无人愿意再进行发明与研究，社会就得不到发展；但如果将专利权完全归发明人所有，那么该专利将被发明人所垄断，并在发明人限制专利授权许可的情况下，大

众将无法享受到专利所带来的技术革新，并且甚至无法在该专利的基础上再进行研发，社会同样得不到发展。因此，在对专利权人与社会大众的权益进行均衡之后，世界各国均采取了对专利权进行有限保护的方式，一方面规定专利权人能在有限时间内对专利享有垄断，一方面也规定了不属于专利侵权行为的例外情形，其中就包括了“专为科学研究和实验而使用有关专利的”的行为。^{<12>}

所以，武汉病毒研究所使用瑞德西韦进行治疗 COVID-19 感染的研究并申请用途发明专利的行为，就属于“科学研究”不侵犯专利权的例外。

4、武汉病毒研究所申请瑞德西韦的中国发明专利具有什么意义？

尽管武汉病毒研究所申请瑞德西韦用于治疗 COVID-19 感染的用途发明专利的行为本身不侵犯吉利德科学公司的专利权，但这并不是说在该用途发明专利获得授权之后，武汉病毒研究所就能自行制造、使用瑞德西韦来治疗 COVID-19 感染。

在这个问题上，我们首先需要分清楚吉利德科学公司所有的瑞德西韦化合物发明专利和武汉病毒研究所申请的用途发明专利的保护范围的区别——瑞德西韦化合物发明专利的客体是特定的化合物成分，而武汉病毒研究所申请的用途发明专利的客体是使用瑞德西韦用于治疗 COVID-19 感染的方法。换句话说，就是吉利德科学公司虽然能制造、销售瑞德西韦，但任何购买者未经武汉病毒研究所的许可均不得将其用于商业化治疗 COVID-19 感染；而武汉病毒研究所虽然掌握了治疗 COVID-19 感染的方法，但是未经吉利德科学公司的许可，其不能推广药厂生产瑞德西韦并让医院使用瑞德西韦进行商业化治疗 COVID-19 感染。

所以，虽然即使武汉病毒研究所在被授权该用途发明专利后也无法推广使用瑞德西韦，但如果吉利德科学公司希望在中国销售瑞德西韦并用于治疗 COVID-19 感染的话，其必须与武汉病毒研究所进行谈判并协商交叉许可事项，故因此在一定程度上使得瑞德西韦能以更低廉的价格进入中国市场，以便有更多的病患能获得治疗。

此外，由于我国专利法规定了，“为了公共健康目的，对取得专利权的药品，国务院专利行政部门可以给予制造并将其出口到符合中华人民共和国参加的有关国际条约规定的国家或者地区的强制许可”^{<13>}，因此，也有部分专业人士认为武汉病毒研究所没有必要去申请用途发明专利。

然而，从药品专利强制许可制度设立至今，我国从来没有实施过一次强制许可。这里面存在强制许可的操作方式规定的过于粗泛的立法缺陷因素，也有国际贸易摩擦和仿制药质量较低等法外因素，而其中“国际贸易摩擦及发达国家构建的知识产权贸易壁垒是我国药品专利强制许可零实施的主要原因。”^{<14>}实际上，从 21 世纪以来，尤其是近十年，我国在国际贸易中屡屡遭受欧美等发达国家的狙击阻拦，例如美国多次发起“301 调查”和“337 调查”对我国出口企业进行制裁，并多次将我国列入“重点国家名单”。因此，如我国轻易对欧美等发达国家的药品专利实施强制许可，则等同于为其提供进行经济制裁的合法理由。故在综合考虑强制许可所带来的药价优惠的获益，以及发达国家经济制裁所造成的损失的情况下，我国选择了通过国内巨大市场吸引欧美等发达国家的药企进行专利授权谈判的途径。所以，武汉病毒研究所选择尽早申请使用瑞德西韦用于治疗 COVID-19 感染的用途发明专利的原因，也是为了尽可能积攒与国外药企进行谈判的筹码。

武汉病毒研究所申请瑞德西韦用途发明专利的结果还处于未知状态，但不可否认，从法理和国际贸易角度来看，该行为合法合情合理。

注释:

1 吉利德科学微信公众号,《吉利德科学就瑞德西韦(Remdesivir)相关话题的回复》, https://mp.weixin.qq.com/s/whmcClqAEyOE_JzlLmm2Ng (最后访问时间 2020 年 2 月 24 日)。

2 新 英 格 兰 医 学 杂 志,《First Case of 2019 Novel Coronavirus in the United States》, https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMoa2001191?query=featured_home (最后访问时间 2020 年 2 月 24 日)。

3 同 2。

4 中国科学院武汉病毒研究所,《我国学者在抗 2019 新型冠状病毒药物筛选方面取得重要进展》, http://www.whiov.ac.cn/kyjz_105338/202002/t20200204_5497136.html (最后访问时间 2020 年 2 月 18 日)。

5 第一财经,《武汉病毒所为何能抢注申报瑞德西韦的发明专利?》 <https://www.yicai.com/news/100490593.html> (最后访问时间 2020 年 2 月 24 日); 光明网,《“抢注”瑞德西韦发明专利,知识产权专家怎么看?》, http://topics.gmw.cn/202002/06/content_33573353.htm (最后访问时间 2020 年 2 月 24 日); 环球时报,《瑞德西韦专利“抢注”,圈里人怎么看?》, <https://world.huanqiu.com/article/9CaKrnKpdm7> (最后访问时间 2020 年 2 月 24 日)。

6 《商标法》第十三条:“……就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标,容易导致混淆的,不予注册并禁止使用。就不相同或者不类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标,误导公众,致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的,不予注册并禁止使用。”

7 《商标法》第三十一条:“两个或者两个以上的商标注册申请人,在同一种商品或者类似商品上,以相同或者近似的商标申请注册的,初步审定并公告申请在先的商标……”

8 《专利法》第二十二条:“授予专利权的发明和实用新型,应当具备新颖性、创造性和实用性。新颖性,是指该发明或者实用新型不属于现有技术;也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请,并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中……”

《专利法》第二十三条:“授予专利权的外观设计,应当不属于现有设计;也没有任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请,并记载在申请日以后公告的专利文件中……”

9 《专利法》第二条:“本法所称的发明创造是指发明、实用新型和外观设计……”

10 《专利审查指南》第二部分第十章 4.5.1。

11 《专利法》第十一条:“发明和实用新型专利权被授予后,除本法另有规定的以外,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品,或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。外观设计专利权被授予后,任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。”

12 《专利法》第六十九条:“有下列情形之一的,不视为侵犯专利权:……(四)专为科学研究和实验而使用有关专利的……”

13 《专利法》第五十条。

14 袁姣姣,我国药品专利强制许可零实施原因探析,广西政法管理干部学院学报,2019 年 04 期:90-95,116 页。

知识产权海关保护之经典十二问

作者：吴月琴 栗本晟 陈温怡

根据海关总署的统一部署，自今年2月15日起，全国海关正在开展为期10个月的知识产权海关保护专项行动（“龙腾行动2020”），针对海运、空运、铁路等不同渠道，一般贸易、市场采购、跨境电商等不同贸易形态下侵权商品流向的不同特征，针对出口不同地区侵权货物风险等级和货物类别，全面加强对输往北美、欧洲、日本等国家和地区侵权商品的有效监管，对输往南美、非洲、中东及“一带一路”沿线国家和地区的货物，聚焦侵权高风险商品，实施重点打击、精准施策、精确发力。这已是中国海关连续第四年在进出口环节开展知识产权保护专项行动。

知识产权海关保护，指海关根据国家法律法规，在进出口环节采取的保护知识产权的执法措施，是权利人处理全球侵权问题、保护知识产权有力、有效且节约成本的方式。本文将对海关保护实务中的常见问题进行解答，并梳理海关保护的核心流程。

一、海关知识产权保护依据的法律法规及保护模式有哪些？

知识产权海关保护依据的法律法规主要是《中华人民共和国海关法》、《中华人民共和国知识产权海关保护条例》（以下简称“条例”）及配套的《关于〈中华人民共和国知识产权海关保护条例〉的实施办法》（以下简称“实施办法”）。根据条例规定，海关知识产权保护执法的模式有依职权保护（“主动保护”）和依申请保护（“被动保护”）两种模式。

依职权保护是指知识产权权利人已经向海关总署进行了知识产权备案，海关根据备案的知识产权权属及商品信息、侵权人信息、侵权货物信息，依照职权主动中止涉嫌侵权货物的通关程序，并通知有关知识产权权利人，根据知识产权权利人的申请对涉嫌侵权货物实施扣留、调查，并对侵权货物的收、发货人实施行政处罚的主动保护模式。

依申请保护是指即使知识产权权利人未在海关总署进行知识产权备案，但只要权利人发现侵权货物即将进出口时，仍然可以直接向海关提出申请，要求海关对涉嫌侵权的进出口货物进行查扣的被动保护模式。这种模式下，海关对依申请扣留的侵权嫌疑货物不进行调查，知识产权权利人需要就有关侵权纠纷向法院起诉。如果海关未在法律规定时限内收到法院协助执行的通知，将放行货物。

目前，海关执法实践情况以依职权主动查扣为主，侵权货物的查扣主要集中在出口环节，东部沿海地区依旧是海关执法的主战场。

二、依职权主动查扣和依申请保护的区别有哪些？

	依职权保护	依申请保护
知识产权备案	必需	无需
查扣	海关发现涉嫌侵犯备案知识产权的进出口货物，应当中止放行，并书面通知有关知识产权权利人，知识产权权利人要求海关扣留侵权嫌疑货物的，应当在3个工作日内提出申请。	海关日常不负责对进出境涉嫌侵权嫌疑货物的监控，但会根据权利人申请及提供的信息及线索确定是否查扣。
担保	每一次查扣，知识产权权利人向海关提供的担保最高不超过人民币10万元。权利人也可提供年度总担保。	权利人应当向海关提供相当于申请查扣的侵权嫌疑货物价值的担保。
处理职权	海关有权对货物的侵权状况进行调查和认定，对不能认定货物侵权状况的，海关会通知知识产权权利人向法院申请司法扣押；海关对其认定侵权的货物，有权予以没收并对侵权货物的收发货人给予行政处罚，对构成犯罪的，海关还应当向公安机关移送；对没收的侵权货物，海关有权依法进行处置。	海关不会对货物的侵权状况进行调查、判断，需要当事人自行向人民法院提起侵权诉讼解决。

三、所有知识产权都可以获得海关保护吗？

海关保护知识产权的权利类型包括：注册商标权（限于“商品商标”）、著作权和与著作权有关的权利、授权的专利权（发明创造、实用新型、外观设计专利）、奥林匹克标志专有权、世博会标志专有权，但不包括商业秘密，也不包括服务商标。

四、为什么海关知识产权备案是必要的？

海关总署于2004年设立备案系统以来，一直在完善该系统。在备案系统中备案的知识产权和相关信息可被中国所有的口岸海关共享和查看。

(1) 知识产权备案是依职权主动查扣的前提

知识产权权利人只有将相关知识产权在海关备案后，海关才能事先掌握有关知识产权的法律状况、权利人的联系方式、合法使用知识产权情况、侵权嫌疑货物情况等，进而才可能在日常监管中发现侵权嫌疑货物并主动予以扣留。而在依申请被动保护模式下，权利方需要事先发现侵权进出口货物详细线索，才能向海关申请查扣，费时费力且难度较大。

(2) 知识产权备案后权利人的担保负担减轻

对于持续受到侵权产品困扰的权利人，一年中可能会多次触发海关主动保护，每次查扣均需在较短时间内向海关提供货物等值的担保才能扣留货物，无疑会增加维权成本。如果权利人已进行知识产权备案的，对于查扣担保可采取提供年度总担保形式，以固定费用（按照上一年度向海关申请扣留侵权嫌疑货物后发生的仓储、保管和处置等费用之和，如上一年度无扣留货物，则为20万元）为整年的海关查扣侵权行为提供担保，未雨绸缪、控制维权成本。

(3) 知识产权备案对潜在侵权行为有警示和震慑作用

因海关会没收进出口侵权货物并给予进出口企业行政处罚，所以尽早进行知识产权备案，将会对那些过去肆无忌惮地进出口侵权货物的企业产生警告和威慑，促使其自觉地尊重知识产权。一些主观上并不知晓涉嫌进出口侵权产品的企业也可以通过查询知识产权海关备案情况，了解其承揽加工、进出口的货物是否可能构成侵权。

五、权利人怎样进行知识产权备案？

根据《条例》规定，权利人申请备案的，应当向海关提交知识产权备案申请书。申请书应当包括下列内容：

- (1) 知识产权权利人的名称或者姓名、注册地或者国籍等；
- (2) 知识产权的名称、内容及其相关信息；
- (3) 知识产权许可行使状况；
- (4) 知识产权权利人合法行使知识产权的货物的名称、产地、进出境地海关、进出口商、主要特征、价格等；
- (5) 已知的侵犯知识产权货物的制造商、进出口商、进出境地海关、主要特征、价格等。

前款规定的申请书对应内容有证明文件的，知识产权权利人应附送。

海关总署会在收到全部申请文件之日起30个工作日内作出是否准予备案的决定并书面通知申请人，或将不予备案的理由告知申请人。

根据《条例》规定，一次备案有效期可长达十年。此外，在备案有效期届满前六个月内，向海关申请续展则可将其有效期延长十年。

六、如果企业知识产权未经海关备案，只能启动依申请保护模式，具体如何操作？

权利人可以向海关提交申请书及相关证明文件，并提供足以证明侵权事实明显存在的证据，还需要提供不超过货物等值的担保以便请求扣留侵权嫌疑货物。

申请书应当包括下列主要内容：

- (1) 知识产权权利人的名称或者姓名、注册地或者国籍等；
- (2) 知识产权的名称、内容及其相关信息；
- (3) 侵权嫌疑货物收货人和发货人的名称；
- (4) 侵权嫌疑货物名称、规格等；
- (5) 侵权嫌疑货物可能进出境的口岸、时间、运输工具等。

七、向海关提供担保可以有哪些方式？一定要用现金担保吗？

根据《实施办法》规定，在海关总署备案的商标专用权的知识产权权利人，经海关总署核准可以向海关总署提交银行或者非银行金融机构出具的保函，为其向海关申请商标专用权海关保护措施提供总担保。”

海关可接受现金担保和银行保函两种方式，但银行保函仅适用于已备案的注册商标权。

八、如收发货人的进出口货物因涉嫌侵犯专利权被海关扣留，但认为自己的货物并未侵权，应如何请求海关放行？

《条例》规定了“专利反担保”制度，即涉嫌侵犯专利权货物的收发货人认为其进出口货物未侵犯知识产权的，可在向海关提供货物等值的担保金后，请求海关放行其货物。反担保制度并不适用于其他知识产权权利类型，如涉嫌侵犯商标权的货物无法适用反担保的上述规定，只能等待海关放行或通过诉讼解决。

九、海关执法专项保护行动是如何开展的？

近年来全国海关开展知识产权保护专项行动，代号“龙腾行动”，自2017年就已揭开序幕。“龙腾行动”的开展时间逐年增长，从2017年的三个月逐步延长到2020年的十个月，与此同时，查获侵权货物也从2017年的311万件增长到2019年的1745万件，大有轰轰烈烈之势。

在开展“龙腾行动”期间，海关将加强区域协作，控制侵权商品口岸漂移态势，加强跨关区风险分析和布控协作，开展多角度立体分析和“精准画像”，构建风险布控模型，提升布控精准度。

针对如今互联网领域侵权假冒商品出口批次多、案值小的特点，海关为提升办案效能，对部分知识产权办案流程进行优化，加大重点领域打击和惩处力度。如针对寄递渠道侵权高发态势，海关将互联网领域侵权假冒专项治理工作列为行动重点，以期堵截该类侵权违法活动。

同时，海关也积极深化与权利人、进出口商会、跨境电商平台等的合作。专项行动期间，全国多个海关与地方打击侵权和制售假冒伪劣领导小组办公室、邮政监管部门、公安机关密切配合，形成对互联网领域侵权行为的共管共治模式；加强与欧盟、日本、俄罗斯等国家和地区海关的案件信息通报；与香港、澳门海关组织开展联合执法行动，提高粤港澳大湾区三地海关联防联控水平。

十、为什么企业需要在海关查扣货物后提起知识产权侵权诉讼？

由于海关的主要职责在于进出口监管，而非知识产权侵权的判断，对于需要知识产权专业审判职权和经验才能裁判的纠纷，需要当事人启动诉讼救济，具体如下：

（1）依职权主动查扣模式

海关会在查扣货物后主动就是否侵权进行调查，但如出现海关无法认定是否构成侵权，就需权利人进一步向法院提起诉讼，否则经过50个工作日，海关会放行货物。

（2）依申请被动查扣模式

权利人应在申请海关扣留货物后的20个工作日内向法院提起诉讼并就相应货物采取保全措施，否则根据《实施办法》的规定海关将会放行货物。在涉嫌专利侵权的情况下，如收发货人提供反担保要求海关放行的，则权利方的起诉期限可延长至收到海关放行货物通知后的30天。

因此，在海关查扣货物后，权利人应当和海关保持沟通和联系，并在法定时限内，尽快提起诉讼，以维护自身的合法权益。

十一、经销商出口正牌产品被海关扣留该怎么办？

为避免合法供应商的进出口货物被海关误扣、中止放行，权利人可立即与口岸海关沟通，并发送关于该等货物不侵权的说明函，要求海关放行货物，并将该等经销商登记为知识产权的合法使用人，以免日后再次被查扣，影响货期。

十二、海关知识产权保护对于权利人整体维权策略价值

(1) 收集海关保护数据、确定保护策略

基于一段时间的海关保护措施运行情况，权利人往往能通过整理分析得到与其知识产权保护紧密相关的数据，如侵犯其知识产权的产品主要在哪些省市的口岸被拦截，侵权产品来自哪些省市、进出口规律（周期、货量、目的地）等。根据以上数据，知识产权权利人能决定针对哪些口岸海关开展更多培训活动，或决定在哪些区域进行更多的市场普查，从而制定合适和有效的整体策略。

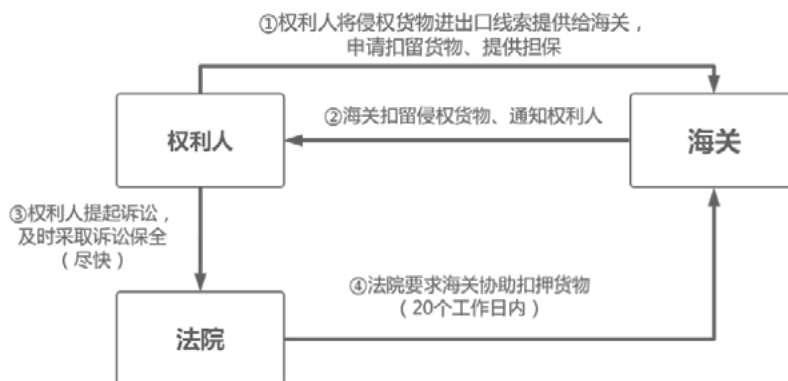
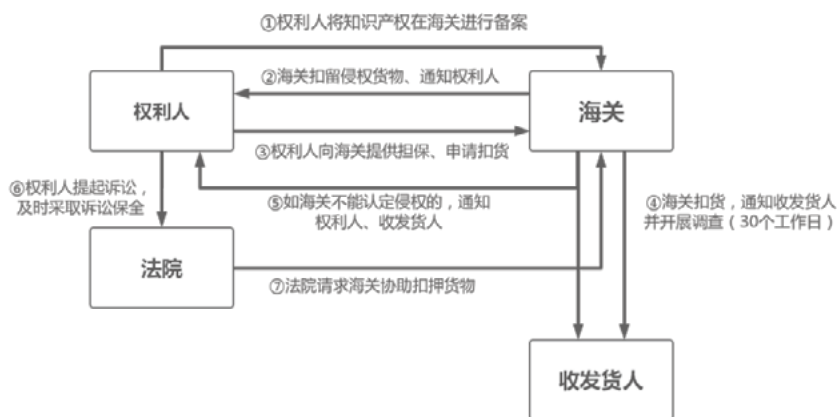
(2) 通过合法使用人备案，有效管理产品进出口

权利人可将没有进出口授权的国内生产、销售厂商不作为知识产权合法使用人备案。这些厂商如擅自将加工产品进出口，将可能在海关保护执法中被发现并通报权利人，权利人将借此知晓合作厂商的违约情况，可进一步依据合同主张违约责任。

(3) 加强与主要海关沟通，发现刑事案件线索

海关是进出口环节收集和接触相关侵权货物证据的首个官方机构。进出口的侵权货物数量通常较大，海关查扣案件往往有可能发展成刑事案件。依据条例第 26 条，如果海关在提供知识产权保护时发现任何可疑刑事犯罪，则应依法将该案件移交警方处理。因此，针对刑事案件与海关协作是权利人维权策略的重要部分。为提高海关官员发现并查扣侵权产品（尤其是专利侵权产品）的可能性，也可以结合海关专项行动的重点，主动与海关沟通，开展针对海关的培训活动，让海关人员熟悉掌握更多相关知识产权的信息和相关产品的特征，将会对加强知识产权保护提供助力。

附图：



海关知识产权依申请被动保护模式

公司商事篇

法院如何认定“公司决议撤销纠纷”？

作者：周雪爽律师团队

在笔者日常办理及接触案件的过程中，经常会遇到有关公司决议是否可予撤销这一问题，有鉴于此，笔者在对过往法院裁判案例进行分析的基础上，就公司决议撤销纠纷案件中的争议焦点以及决议可予撤销的主要具体情形等方面展开探讨。

公司决议，包括股东（大）会决议和董事会决议，是公司的意思决定。股东会决议可能存在瑕疵，包括程序上的瑕疵和内容上的瑕疵。程序上的瑕疵是指会议召集程序和表决方式违反法律、行政法规或公司章程的规定；内容上的瑕疵是指决议内容违反法律、行政法规或公司章程的规定。这两种瑕疵也是公司决议撤销纠纷案件中最常见的争议焦点。

公司可撤销决议的具体事由

一、股东（大）会、董事会的会议程序违法：

1、会议召集程序违反法律、行政法规或者公司章程：

（1）董事会召集决议的瑕疵（如召集通知中未写明召集事由、议题、议题概要；股东依法提出的议案概要未被记载在会议通知上等）；

（2）召集人不适格；

（3）通知的瑕疵（未按照规定期限发送召集通知；未采用规定的方式发送召集通知；通知事项不齐全等）；

（4）目的事项（审议事项、临时提案）以外的决议。

2、会议表决方式违反法律、行政法规或者公司章程：

（1）参与表决的主体不具备表决资格（没有表决权的参会人员对议案进行表决的；应当回避的没有回避的；委托参会人员的授权委托手续存在瑕疵等）；

（2）《公司法》对于主持会议的人员有明确规定，若会议由无权人主持，则属于会议主持人的瑕疵；

（3）未达到法定的表决比例；

（4）违反了章程关于表决代理人仅限于股东、董事的规定；

（5）会议主持人拒绝适格代理人行使表决权等等。

二、股东会、董事会的决议内容违反公司章程（如果决议内容违反法律、行政法规规定则为无效决议）

需要注意的是，在未违反上述规定的前提下，法院对表决内容所依据的事实和理由不作审查。

如最高院指导案例 10 号，最高院认为：从决议内容看，佳动力公司章程规定董事会有权解聘公司经理，董事会决议内容中“总经理李建军不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股，造成巨大损失”的陈述，

仅是董事会解聘李建军总经理职务的原因，而解聘李建军总经理职务的决议内容本身并不违反公司章程。

而对于经理以及其他高管权利的诉讼救济途径，上海市二中院民四庭刘净法官进一步评析：“根据法律规定，起诉人应明确相应请求权基础，法院则应根据不同的诉讼类型，适用不同的法律规定，确定不同的审查内容和裁判标准。如果公司经理与公司签署劳动合同或存在事实劳动合同关系的，可依据《劳动合同法》以公司为被告提起劳动争议之诉，法院应根据劳动法和公司法的相关规定予以审理；如果公司经理认为公司董事会决议内容损害其人身、财产或其他民事权益的，可依据《民法通则》相关规定以公司或相应行为人为被告提起侵权或损害赔偿之诉。”

决议可撤销的例外

考虑到效率与公正之间的平衡，《公司法司法解释四》后半句对决议可撤销制度作出了例外规定，“但会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，且对决议未产生实质影响的，人民法院不予支持。”

该例外情形需要同时具备三个要件：

1、仅适用于召集程序或表决方式方面的程序瑕疵；

对于“决议内容违反公司章程规定”的瑕疵，即便存在，也不能适用例外条款。

2、程度方面要求“仅有轻微瑕疵”；

对于何为轻微，司法解释未作进一步规定，但可以根据瑕疵是否会影响全体成员公平地参与会议、进行表决作为判断的标准。

3、结果方面要求“对决议未产生实质影响”。

这是指瑕疵并没有对决议的结果产生影响，有无此瑕疵，决议的结果均为相同。

如（2017）粤01民终16215号案例，法院认为：本案中王宁和李莎收到通知的时间未在会议召开二十日以前，股东大会通知时间确实存在瑕疵，但是王宁和李莎收到通知后，委托了代理人到会参加了该次股东大会并充分行使了股东权利，并没有因未到会而未行使股东权利，从而被排除在该次股东大会表决事项之外。因此会议通知时间上的瑕疵，并未对决议产生实质影响。不予支持撤销案涉股东大会决议。

撤销公司决议需注意哪些要素？

1、撤销的对象：股东（大）会、董事会决议；

2、无效的前提：程序、表决方式违反法律、行政法规、公司章程，或者内容违反公司章程；

3、主张的主体：公司股东（提起撤销之诉的股东在起诉时具有股东资格）；

4、时间限制：自决议作出之日起六十日内；

提起公司决议撤销之诉的期限为60日。股东请求法院撤销公司决议的权利，即撤销权，是形成权的一种。因公司决议的撤销，对公司正常经营影响较大，为使法律关系尽早确定，必须明确撤销权的行使或存续期间，此期间为除斥期间，也是不变期间，不得展期。公司法规定了60天的除斥期间，股东自决议作出之日起60日内，可以向法院起诉，请求法院予以撤销。

5、被告：公司。其他利害关系人可以列为第三人。

公司决议被判撤销的影响

若法院确认该决议可撤销，公司依据该决议与善意相对人之间形成的法律关系，也是不应受到影响。

根据《公司法司法解释四》明确规定：“公司决议被判决无效或撤销的法律效力不及于善意第三人”；《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（四）》第六条规定“股东会或者股东大会、

董事会决议被人民法院判决确认无效或者撤销的，公司依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响”，股东会决议被判决撤销后，决议形成的外部法律关系是否有效取决于第三人是否善意。对于相对人善意的衡量标准，除了相对人事实上不知道该事实存在的情况外，在尽了形式审查义务之后仍然不可能知道存在的事实，也应当认定相对人属于善意。

如最高院（2010）民提字第 48 号的裁判要旨（来源：《最高人民法院公报》2011 年第 3 期）所示：“在民商事法律关系中，公司作为行为主体实施法律行为的过程可以划分为两个层次，一是公司内部的意思形成阶段，通常表现为股东会或董事会决议；二是公司对外作出意思表示的阶段，通常表现为公司对外签订的合同。出于保护善意第三人和维护交易安全的考虑，在公司内部意思形成过程存在瑕疵的情况下，只要对外的表示行为不存在无效的情形，公司就应受其表示行为的制约。”

实务分享

在实际案例中，股东间一旦产生纠纷，在股东（大）会、董事会决议上做文章的可能性比较大，因此股东（大）会、董事会的召开应严格按照法律及章程规定的程序召开，尤其在股东（大）会、董事会召开的通知方式和通知时限方面需要格外注意。

通知的方式：一般情况下建议采用邮寄的方式通知并保存证据。即使章程规定可以采用邮件、电话等方式通知，非紧急情况不建议使用，因为该类证据证明力较差。如果必须采用邮件的方式通知，请务必发送至股东、董事与公司进行工作沟通的邮箱；若采用电话方式通知，建议进行电话录音。

通知的时限：根据法律规定，股东会的召开应当提前十五天通知全体股东，章程另有约定的除外；召开股东大会的，应当提前二十天通知各股东；临时股东会应提前十五天通知各股东。

国有上市公司股权激励 | 相关政策及设计方案要点

作者：周雪爽律师团队

近年来，在推动国企深化改革的背景下，股权激励作为增强微观主体经营活力的重要举措，正在被越来越多的国企关注和实践。过去，国企正向激励的手段主要是现金形式，但存在着国企的员工尤其是骨干员工因为体制的制约，付出很多但难以得到与贡献相匹配的回报的问题，这一直是制约国企活力和发展的重要因素。而合理和完善的股权激励机制能够在微观上充分调动员工的积极性和主动性，将员工的个人成长和企业的长远发展结合起来，增强企业的竞争力。因此，在确保国有资产不流失的基础上，也要让人力资本参与到国企的财富分配之中。

国企的股权激励可分为国有上市公司和国有非上市公司两方面，本文从国有上市公司的股权激励相关政策背景出发，探索和梳理国有上市公司股权激励方案的设计要点。

一、国有上市公司股权激励适用的法律法规

国有上市公司实施股权激励，除了要遵守证监会 2016 年发布的《上市公司股权激励管理办法》及 2014 年发布的《关于上市公司实施员工持股计划试点的指导意见》，还需要遵守其它相应的法律法规（《国有控股上市公司（境内）实施股权激励试行办法》、《关于规范国有控股上市公司实施股权激励制度有关问题的通知》、《关于进一步做好中央企业控股上市公司股权激励工作有关事项的通知》、《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》及专门针对境外上市公司出台的《国有控股上市公司（境外）实施股权激励试行办法》）。那么，与民营企业上市公司相比，国有上市公司实施股权激励的政策要求有哪些不同呢？

二、国有上市公司股权激励相关政策对比（与民企）

1、政策对比——实施股权激励的国有上市公司应符合的条件

民营企业上市公司	国有上市公司
<p>根据《管理办法》，不得出现以下情形：</p> <p>一、财务会计报告： 最近一个会计年度财务会计报告被注册会计师出具否定意见或者无法表示意见的审计报告。</p> <p>二、内部控制： 最近一个会计年度财务报告内部控制被注册会计师出具否定意见或无法表示意见的审计报告。</p> <p>三、利润分配违规： 上市后最近36个月内出现过未按法律法规、公司章程、公开承诺进行利润分配的情形。</p> <p>四、其他： 1、法律法规规定不得实行股权激励的； 2、中国证监会认定的其他情形。</p>	<p>满足《管理办法》规定的同时，还需具备如下支持性条件：</p> <p>一、治理结构： 1、公司治理结构规范，股东会、董事会、经理层组织健全，职责明确。外部董事（含独立董事）占董事会成员半数以上； 2、薪酬委员会由外部董事构成，且薪酬委员会制度健全，议事规则完善，运行规范。</p> <p>二、财务状况： 资产质量和财务状况良好，经营业绩稳健，近三年无财务违法违规行为和不良记录。</p> <p>三、发展战略： 公司有明确的发展战略。</p> <p>四、公司制度： 公司有规范的基础管理制度、完善的内控制度、市场化的劳动人事分配制度、劳动用工制度、有效的绩效考核体系。</p>

2、政策对比——国有上市公司员工被授予激励股权的条件

国有上市公司在确定股权激励的员工范围时，要充分考虑该员工所处的职务、为企业服务的年限、业绩贡献、前景、管理员工的范围、职业稀缺程度、影响力等要素，确定各要素的权重，对多个因素进行加权评分，按照评分高低筛选出股权激励的员工范围。

民营企业上市公司	国有上市公司
<p>1、可以包括上市公司的董事、高级管理人员、核心技术（业务）人员，以及公司认为应当激励的对公司经营业绩和未来发展有直接影响的其他员工，不应包括独立董事和监事。</p> <p>2、单独或合计持有上市公司5%以上股份的股东或实际控制人及其配偶、父母、子女，不得成为激励对象。</p>	<p>一、可以成为激励对象的员工范围：</p> <p>1、原则上限于上市公司董事、高级管理人员以及对上市公司整体业绩和持续发展有直接影响的核心技术人员和管理骨干。上述高级管理人员包括：经理、副经理、董事会秘书、财务负责人及公司章程认定的其他高级管理人员；</p> <p>2、担任上述职务的在境内工作的外籍人员；</p> <p>3、国有上市公司母公司的负责人在国有上市公司担任职务的。</p> <p>二、不能成为激励对象的员工范围：</p> <p>1、上市公司监事、独立董事及由上市公司控股公司以外的人员担任的外部董事，暂不纳入股权激励计划；</p> <p>2、已参加其他上市公司股权激励计划的员工。按照规定，股权激励对象不能同时参与两个及以上的股权激励计划；</p> <p>3、在股权授予日，任何持有上市公司5%以上有表决权的股份的人员，未经股东大会批准，不得参加股权激励计划；</p> <p>4、未在国有上市公司任职，未与国有上市公司（包括其母公司的员工）签署劳动合同的员工。</p>

3、政策对比——国有上市公司可授予的股权激励份额

民营企业上市公司	国有上市公司
<p>1、上市公司全部在有效期内的股权激励计划所涉及的标的股票总数累计不得超过公司股本总额的10%。</p> <p>2、非经股东大会特别决议批准，任何一名激励对象通过全部在有效期内的股权激励计划获授的本公司股票，累计不得超过公司股本总额的1%。</p> <p>3、预留比例不得超过本次股权激励计划拟授予权益数量的20%。</p>	<p>2、授予的股权总量，应结合上市公司股本规模的大小和股权激励对象的范围、股权激励水平等因素，在0.1%-10%之间合理确定。</p> <p>2、首次实施股权激励计划授予的股权数量原则上应控制在上市公司股本总额的1%以内。另外，中央企业控股上市公司中的中小市值上市公司、科技创新型上市公司首次实施股权激励计划授予的股票数量最高可至3%，重大战略转型等特殊需要的上市公司两个完整年度内累计授予数量最高可至5%。</p>

4、政策对比——国有上市公司股权激励中的定价问题

民营企业上市公司	国有上市公司
<p>1、期权：不低于草案公布前1个交易日公司股票交易均价与草案公布前20、60、120个交易日公司股票交易均价之一的孰高者。</p> <p>2、限制性股票：不低于草案公布前1个交易日公司股票交易均价的50%与草案公布前20、60、120个交易日公司股票交易均价之一的50%的孰高者。</p> <p>3、不得低于股票票面金额。</p>	<p>满足《管理办法》规定的同时，还需具备如下条件：</p> <p>1、股票期权：不得低于股权激励计划草案摘要公布前一个交易日（境外上市公司为授予日）的公司标的股票收盘价、股权激励计划草案摘要公布前30个交易日（境外上市公司为授予日前5个交易日）内的公司标的股票平均收盘价中两者之一的孰高者。</p> <p>2、限制性股票：不得低于股权激励计划草案摘要公布前一个交易日（境外上市公司为授予日）的公司标的股票收盘价的50%、股权激励计划草案摘要公布前30个交易日（境外上市公司为授予日前5个交易日）内的公司标的股票平均收盘价的50%中两者之一的孰高者。</p> <p>3、境内上市公司通过定向增发方式取得标的股票的，其拟授权益的行权价格或者授予价格应当同时不低于定价基准日前20个交易日公司股票平均收盘价。</p>

5、政策对比——国有上市公司股权激励中的时间要求

民营企业上市公司	国有上市公司
<p>1、股权激励计划的有效期自首次授予日起不得超过10年。</p> <p>2、禁售限制：期权、限制性股票的锁定期不得少于12个月。应当分期行权、解锁，每期时限不得少于12个月，各期行权、解锁比例不得超过获授总额的50%。</p>	<p>1、股权激励计划的有效期自股东大会通过之日起计算，一般不超过10年。股权激励计划有效期满，上市公司不得依据此计划再授予任何股权。</p> <p>2、在股权激励计划有效期内，应采取分次实施的方式，每期股权激励授予方案的间隔期应在一个完整的会计年度以上。</p> <p>3、期权锁定期不少于2年，有效期不少于3年，匀速分批行权。</p> <p>4、限制性股票锁定期不少于2年，解锁期不少于3年，匀速分批解锁。</p> <p>5、对国有上市公司高管，有不得少于20%的期权或限制性股票需在任期结束以后考核达标方可行权或解锁。</p>

6、政策对比——国有上市公司股权激励中的业绩考核

根据政策要求，国企的业绩目标需要体现成长性，保证未来可持续发展。实践中，企业需要在政策要求下充分考虑自身实际情况，以及成长性指标的对标。多年来，国企成长性指标的考核方式经历了显著的变化，从早期普遍采用的同比增长率方式到以固定基数考核增长率再到为稳健应对业绩波动逐渐增多的企业选择以历史三年业绩平均值作为基数进行考核。多样化指标中，根据 Choice 数据统计，2019 年国有上市公司披露的股权激励方案中，公司层面的业绩考核指标仍以净利润增长率、净资产收益率、经济附加值（EVA）、营业收入增长率四类为主。

民营企业上市公司	国有上市公司
<p>1、应当包括公司业绩指标和个人业绩指标，应当客观公开、清晰透明，符合公司实际情况，有利于促进公司竞争力的提升。应披露所设定指标的科学性和合理性。</p> <p>2、可以包括ROE、每股收益、每股分红等反映股东回报和公司价值创造的综合性指标，以及净利润增长率、主营业务收入增长率等反映公司盈利能力和市场价值的成长性指标。可以公司历史业绩或同行业相关指标作为对照依据，同行业对照公司不得少于3家。未强制要求多指标考核。</p>	<p>1、考核指标：相比于民营企业上市公司实施期权或限制性股票，还需要在三方面设置考核指标以保证国有资产保值增值。业绩考核指标应包含反映股东回报和公司价值创造等综合性指标，如净资产收益率（ROE）、经济增加值（EVA）、每股收益等；反映公司盈利能力及市场价值等成长性指标，如净利润增长率、主营业务收入增长率、公司总市值增长率等；反映企业收益质量的指标，如主营业务利润占利润总额比重、现金营运指数等。上述三类考核指标原则上至少各选一个。</p> <p>2、授予条件：授予考核指标应不低于公司近三年平均业绩水平及同行业平均业绩（或对标企业50分位值）水平。</p> <p>3、行权条件：行使权利时的业绩目标水平，应在授予时业绩水平的基础上有所提高，并不得低于公司同行业平均业绩（或对标企业75分位值）水平。</p>

三、国有上市公司股权激励方案设计要点

01 - 境内上市方案设计要点

股权激励方案设计要素	股权激励方案设计要点
时间周期	1、期权锁定期不少于2年，有效期不少于3年，匀速分批行权。 2、限制性股票锁定期不少于2年，解锁期不少于3年，匀速分批解锁。
激励范围	1、原则上限于上市公司董事、高级管理人员以及对上市公司整体业绩和持续发展有直接影响的核心技术人员和管理骨干。上述高级管理人员包括：经理、副经理、董事会秘书、财务负责人及公司章程认定的其他高级管理人员； 2、担任上述职务的在境内工作的外籍人员； 3、国有上市公司母公司的负责人在国有上市公司担任职务的。
激励模式	以股票期权、限制性股票为主
股票来源	定向增发或二级市场回购
激励总量	1、授予的股权总量在0.1%-10%之间合理确定。 2、首次实施股权激励计划授予的股权数量原则上应控制在上市公司股本总额的1%以内。另外，中央企业控股上市公司中的中小市值上市公司、科技创新型上市公司首次实施股权激励计划授予的股票数量最高可至3%，重大战略转型等特殊需要的上市公司两个完整年度内累计授予数量最高可至5%。
授予价格	1、股票期权：不得低于股权激励计划草案摘要公布前一个交易日（境外上市公司为授予日）的公司标的股票收盘价、股权激励计划草案摘要公布前30个交易日（境外上市公司为授予日前5个交易日）内的公司标的股票平均收盘价中两者之一的孰高者。 2、限制性股票：不得低于股权激励计划草案摘要公布前一个交易日（境外上市公司为授予日）的公司标的股票收盘价的50%、股权激励计划草案摘要公布前30个交易日（境外上市公司为授予日前5个交易日）内的公司标的股票平均收盘价的50%中两者之一的孰高者。
个量分配	有效期内获授股权激励的总额不得超过公司股本总额的1%。
业绩考核	1、考核指标：业绩考核指标应包含反映股东回报和公司价值创造等综合性指标，如净资产收益率（ROE）、经济增加值（EVA）、每股收益等；反映公司盈利能力及市场价值等成长性指标，如净利润增长率、主营业务收入增长率、公司总市值增长率等；反映企业收益质量的指标，如主营业务利润占利润总额比重、现金营运指数等。上述三类考核指标原则上至少各选一个。 2、授予条件：授予考核指标应不低于公司近三年平均业绩水平及同行业平均业绩（或对标企业50分位值）水平。 3、行权条件：行使权利时的业绩目标水平，应在授予时业绩水平的基础上有所提高，并不得低于公司同行业平均业绩（或对标企业75分位值）水平。
退出机制	正常调动、退休、死亡、丧失民事行为能力时，当年已达可行使时间限制和业绩考核条件的，可行使部分可在离职之日起半年内行使，尚未达到条件的不再行使。辞职、被解雇时，尚未行使的股权不再行使。

02 - 境外上市方案设计要点

境外国有上市公司股权激励方案设计的核心要点与境内国有上市公司股权激励方案的要点基本一致，其中主要的区别在时间周期、授予价格与业绩考核三方面。

股权激励方案设计要素	股权激励方案设计要点
时间周期	额外规定：股权激励计划有效期一般不超过10年，自股东大会通过股权激励计划之日起计算。
授予价格	额外规定：不低于授予日的收盘价或前5个交易日的平均收盘价，不予以折扣。
业绩考核	行权所获现金收益需进入上市公司为股权激励对象开设的账户，账户中的现金收益应有不低于20%的部分至任职（或任期）期满考核合格后方可提取。

从上述政策对比可以看出，国有上市公司实施股权激励必须满足一定的条件，并且优先支持人才资本和技术要素贡献占比较高的科技型企业；激励对象应为拥有可持续贡献能力的核心技术骨干和管理骨干，坚决杜绝全员持股；国有企业股份管理的严格性，股权激励不能改变国有股东控股地位；需要审慎、合理使用国有股权，

股权激励实施方案必须严格按程序审批，确保方案具有合规性和可行性。

四、上海 | 国有上市公司股权激励实施方案一览

近年来，上海市国资委累计实施上市公司股权激励、张江办法、创投企业跟投、职业经理人“激励基金+个人购股”、科技成果转化收益分配等各种形式正向激励项目 70 余例。

从实施层面上讲，上海聚焦战略性新兴产业、先进制造业、现代服务业、创新转型支撑产业、国企改革“双百行动”企业、“四大品牌”建设企业、上市公司、科技研发企业、国有创投企业、重大专项任务企业等重点领域和重点单位推进实施正向激励，促进国企创新发展。

以上海电气为例，2018 年，上海电气制定了一个覆盖 2000 多名核心员工的限制性股票方案，股票锁定期两年，然后分三年解锁，每年解锁 1/3。根据方案，企业业绩达标员工才能购买增发的限制性股票。此外，每年都要考核上一年的业绩，如果符合要求，股票按市场价结算；如果没有达成目标，股票按授予价格结算，也就是说不仅没收益，还损失了资金原本存银行所能获取的利息。上海电气通过上市公司平台实施集团层面限制性股票激励计划，使核心骨干关注集团发展，推动业绩增长；下属企业则根据各自经营特点采取平台跟投、核心员工持股激励、虚拟股权激励机制、超额利润分享机制等不同激励约束方式，激发了集团各层级公司发展的活力。

上汽集团所属斑马网络公司参考互联网企业上市前使用最为普遍的“股票期权”模式，建立了股东与经营者之间的利益共享与风险共担机制，2018 年 9 月，公司完成首轮融资 16 亿元，估值迈入独角兽行列。

另外，华谊集团从 2017 年起实施重点项目核心团队风险抵押考核奖励。对每个重点项目明确考核范围、对象、指标及权利义务，实施考核分期兑现。2019 年有 4 个签约项目进入考核兑现期，4 个重点项目均安全顺利推进，费用控制、建设周期及经济运行效果均达到预期目标。

国有非上市公司 | 股权激励设计方案要点

作者：周雪爽律师团队

国有非上市公司股权激励是否适宜实施以及如何实施呢？本文从国有非上市公司的股权激励相关政策背景出发，探索和梳理国有非上市公司股权激励方案的设计要点。

一、哪类国有非上市公司适合做股权激励？

笔者建议，可以在人力资本突出的科研技术类企业、竞争性强的企业、集团公司所属的二三级企业先行先试，而资源型、政策性、垄断型较强的行业应慎重实施。目前政策明确可以试点股权激励的国有非上市公司主要分为两大类：

类型一：国有控股科技型企业

根据 2016 年 2 月发布的《国有科技型企业股权和分红激励暂行办法》，国有科技型企业即“中国境内具有公司法人资格的国有及国有控股未上市科技企业”，包括：转制院所企业、国家认定的高新技术企业；高等院校和科研院所投资的科技企业；国家和省级认定的科技服务机构 3 类。

针对股权激励的实施条件，对转制院所、高新技术企业及高等院校和科研院所投资的科技企业，要求近 3 年研发费用占当年企业营业收入均在 3% 以上，上一年度企业研发人员占职工总数 10% 以上；对科技服务机构，要求近 3 年科技服务性收入不低于当年企业营业收入的 60%。

类型二：国有控股混合所有制企业

根据 2016 年 12 月《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》，要求：

- 1、行业特点：主业处于充分竞争行业和领域的商业类企业；
- 2、业务来源：营业收入和利润 90% 以上来源于所在企业集团外部市场；
- 3、股权结构：股权结构合理，非公有资本股东所持股份应达到一定比例，公司董事会中有非公有资本股东推荐的董事；
- 4、内部管理：公司治理结构健全，建立市场化的劳动人事分配制度和业绩考核评价体系。

二、国有非上市公司股权激励的基本原则

根据现行国有非上市企业股权激励相关规定，当前实施股权激励的国有非上市企业，主要包括国有控股混合所有制企业和国有控股科技型企业。除此之外，部分央企下属企业、国有创投企业以及部分区域（例如中关村国家自主创新示范区）的国有企业的股权激励，有其相关规定。本文主要探讨国有控股混合所有制企业与国有科技型企业的股权激励。

通过规范国有控股混合所有制企业员工持股政策的国资发改革《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》（〔2016〕133 号）；规范国有控股科技型企业股权激励政策的《国有科技型企业股权和分红激励暂行办法》（财资〔2016〕4 号）与《关于扩大〈国有科技型企业股权和分红激励暂行办法〉实施范围等有关事项的通知》（财资〔2018〕54 号）以及中央及地方各级政府的其他政策性文件，并结合某些国有非上市公司股权激励案例，笔者从中归纳出国有非上市公司在实施股权激励中所需遵循的如下基本原则。

严守国家有关国资监管的法律法规，股权激励方案实行中防止国有资产流失，维护国有资产保值增值，是国有非上市公司实施股权激励过程中需要遵循的最基本原则。具体表现在：

1、股权激励方案要经过国资监管部门的审批或备案。如 2016 年 4 号文规定“激励方案应先行报履行出资人或国有监管职责的部门、机构、企业批准”；2016 年 133 号文规定“地方试点企业的员工持股方案报履行出资人职责的机构备案，同时抄报省级人民政府国有资产监督管理机构；中央试点企业的员工持股方案报履行出资人职责的机构备案”。

2、入股价格要经过资产评估，且不得低于经核准或备案的每股净资产评估值。

3、在实施股权激励过程中应当规范关联交易。如 2016 年 133 号文规定“作为员工持股计划的持股平台不得从事除持股以外的任何经营活动”；2016 年 4 号文规定“采取间接持股方式的，持股单位不得与企业存在同业竞争关系或发生关联交易”。

4、股权激励完成后，仍应保持国有股东控股地位。”

三、国有非上市公司股权激励方案设计要点

根据国有非上市公司股权激励相关法律政策规定及前述基本原则，并结合相关案例，国有非上市公司实施股权激励的方案设计要点可归纳如下：

1、定对象

国有非上市公司股权激励的激励对象一般为与公司具有劳动合同关系的关键岗位科研人员、经营管理人员和业务骨干，且不得面向全部员工实施股权激励。同时由于国有企业身份的特殊性，根据 2016 年 133 号文规定“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。外部董事、监事（含职工代表监事）不参与员工持股。如直系亲属多人在同一企业时，只能一人持股”。

另外，除 133 号文和 4 号文规定外，尚需结合相关激励对象职务以及公司所处行业了解是否存在其他限制性规定，需要注意激励对象范围的合规性。

2、定模式

国有控股科技型企业股权激励主要方式是股权出售、股权奖励和股权期权，也可以进行虚拟股份激励（分红权）。然而股权奖励及期权行权均涉及国有资产评估作价，容易产生员工入股价格与股权评估价不匹配的问题，因此两种激励路径实施的可行性较差，实践中相关案例不多，大多案例均采用股权出售或股权分红的方式。

国有控股混合所有制企业只能采用股权出售的形式，不能奖励员工股份，也不能采用其他的股权激励模式。

3、定数量

就持股比例而言，股权激励比例份额存在限制，激励后均不得改变国有股东控制地位。

其中，国有控股混合所有制企业国有股东持股比例不得低于公司总股本的 34%。具体规定有 2016 年 133 号文规定“员工持股总量原则上不高于公司总股本的 30%，单一员工持股比例原则上不高于公司总股本的 1%”。

国有控股科技型企业方面，2016 年 4 号文规定“大型企业的股权激励总额不超过企业总股本的 5%；中型企业的股权激励总额不超过企业总股本的 10%；小、微型企业的股权激励总额不超过企业总股本的 30%，且单个激励对象获得的激励股权不得超过企业总股本的 3%。企业用于股权奖励的激励额不超过近 3 年税后利润累计形成的净资产增值额的 15%。

4、定价格

由于非上市公司无法与上市公司一样，可以用股价来作为奖励基数，因此在公司价值的衡量上并没有那么准确。因此，在设计股权激励方案时，应注意：国有非上市公司股权激励的行权价格不应低于当前经核准或备案的每股净资产评估值；且员工入股价格须经过资产评估。

另外，现有中央层面发布股权激励相关法律规定并未对员工入股是否必须要进产权交易所挂牌交易做出明确规定。实践中的常见做法是：国有非上市公司在启动混改、引入投资者时同步实施股权激励，投资者需要进场交易通过竞价确定股权价格，激励对象则按照投资者挂牌交易的股权价格出资购买股权。国有非上市公司通过在产权交易所挂牌交易的方式，以市场询价来最终确定股份的交易价格，这样的定价公信力较高。例如，广州珠江钢琴集团股份有限公司为广州国资委下属国有全资非上市公司，该公司于2009年11月16日在广州产权交易所挂牌交易，向符合条件的意向投资者进行询价，并以询价结果作为新股的发行价格（发行价格不低于经评估确定的每股净资产值）。

5、定出资方式

员工入股应主要以货币出资，以科技成果入股的经评估作价，办理权属转移。公司员工应以自有资金出资，公司、国有股东不得向员工无偿赠与股份，不得向持股员工提供垫资、担保、借贷等财务资助。

6、定资金来源

具体有定向增发、回购股份、现有股东向激励对象转让股权。原则上国资监管机构较支持对国有企业增资的方式。

7、定条件

一是实施股权激励的国有非上市公司的准入条件。一般来说，人才资本和技术要素贡献占比高、产权明晰、管理规范、主业处于充分竞争行业和领域的商业类国有企业更适合开展股权激励。

二是实施过程中与激励对象约定需要完成的业绩考核条件。

8、定时间周期

国有控股科技型企业激励对象自取得股权之日起，5年内不得转让、赠与。

国有控股混合所有制企业员工持股锁定期不少于36个月。在公司公开发行股份前已持股的员工，不得在公司首次公开发行时转让股份，并应承诺自上市之日起不少于36个月的锁定期。锁定期满后，公司董事、高级管理人员每年可转让股份不得高于所持股份总数的25%。

对此，笔者建议：

(1) 建立限售期制度。激励对象必须在公司工作一定的年限后才能转让股份，通常要三至五年以上，才能获取全部的股份。

(2) 建立股权回购制度。在实践中，激励对象离职、退休等情况发生时，为了实现股权，即股权兑付，可能出现对内转让和对外转让两种情形。从公司控制权和股权激励长效机制的角度，建议计划中明确对内转让优先，其中大股东回购的该部分股权，可继续用于股权激励计划。

(3) 建立股权激励计划合规机制。企业应及时办理员工股东身份的确认：对内，及时变更股东名册，核发股权成员证书或股权出资证明；对外，办理股东变更或增资变更工商登记。

9、定退出机制

国有控股混合所有制企业方面，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。转让给持股平台、符合条件员工或非公有资本股东的，价格由双方协商确定；转让给国有股东的，转让价格不得高于上一年度经审计的每股净资产值。

国有控股科技型企业方面，因本人提出离职或者个人原因被解聘、解除劳动合同，取得的股权应当在半年内全部退回企业，其个人出资部分由企业按上一年度审计后净资产计算退还本人。因公调离本企业的，取得的

股权应当在半年内全部退回企业，其个人出资部分由企业按照上一年度审计后净资产计算与实际出资成本孰高的原则返还本人。

除上述要点之外，部分地方城市可能会对 133 号文或 4 号文相关规定进行进一步细化规定。鉴于此，若国有非上市公司拟开展股权激励，除了需要结合 133 号文或 4 号文相关规定考虑外，还需注意结合相关地方政府部门的细则规定进行设计。

实务指引

1、目前国企员工的薪酬模式仍是以相对稳定的年薪为基本方式。而股权激励作为长期激励为国企管理层和核心员工总体薪酬的一部分，因此设计这类激励时必须考虑到目前国企薪酬体系的水平和结构，对国企中高级管理层的薪酬体系结构进行系统优化。

2、股权激励还需要统筹考虑国企集团干部管理中的流动和平衡两个问题。国企间公司的中高级管理层之间进行轮换、调动，这在国企中十分常见。此时涉及到激励股份的变化衔接问题，需要提前做好筹划。

3、根据相关法律法规，国企股权激励计划的审批程序比较复杂，必须经由下列程序：

- (1) 资产评估；
- (2) 经职工代表大会讨论；
- (3) 经股东大会或董事会审议通过；
- (4) 经国资部门或其它行业主管部门审批。

因此，通过分析政策明确企业是否适合开展股权激励是第一步，其次在股权激励的方案拟定、程序实施上亦需严格遵守相关监管规定，并与相关审批和监管部门进行预沟通，参考最新审批案例，确保股权激励的实施过程依法合规。

股东能否约定轮流担任公司法定代表人？

作者：周雪爽律师团队

现实中有许多公司，凭着兄弟义气辛苦创业打拼，后期却受制于公司股权、控制权难以进一步发展。出现此类情形的原因主要是，创业前在对公司的具体情况作出约定时，未注意到公司成长、运营中将会出现的法律风险，特别是股权结构设置为 50:50 的公司，尽管两股东各占 50% 股权看上去似乎十分公平，但是能否形成有效的公司决议、完成变更公司章程等事项，还取决于双方的配合程度。后期一旦双方之间出现矛盾，不相配合，可能会导致公司运营僵局。本文分析的则是股权结构为 50:50 的公司，股东轮流担任法定代表人的约定是否有效？

一、以案说法

案例：徐正旺与上海云兮商贸有限公司请求变更公司登记纠纷 [（2016）沪 0117 民初 12253 号]

基本案情：

云兮公司共有徐正旺、王映革两名股东，各持 50% 股权，公司原执行董事及法定代表人均为徐正旺。

2015 年 2 月 9 日，徐正旺、王映革签署新的公司章程，载明：执行董事由股东会选举产生，任期三年，任期届满前股东会不得无故解除其职务；执行董事为公司法定代表人。

2015 年 5 月 8 日，徐正旺、王映革签订合同，约定双方轮流担任公司法定代表人一年，王映革任法定代表人时间为 2015 年 5 月 8 日至 2016 年 5 月 7 日，徐正旺任法定代表人时间为 2016 年 5 月 8 日至 2017 年 5 月 7 日，依此类推，后续每人各担任法定代表人一年。

同日，徐正旺、王映革作出股东会决议：选举王映革担任公司执行董事、法定代表人，后公司办理了法定代表人变更登记。在王映革担任法定代表人的期限届满后（按合同约定，至 2016 年 5 月 7 日届满），王映革拒绝将法定代表人变更为徐正旺。

徐正旺遂以公司为被告、王映革为第三人提起诉讼，请求判令将法定代表人变更为徐正旺。

王映革抗辩称：按公司章程规定，公司法定代表人由执行董事担任，任期三年，任期届满前股东会不得无故解除其职务。王映革自 2015 年 5 月 8 日起担任法定代表人任期不足 3 年，因此不应被解除执行董事、法定代表人职务。

裁判要旨：尽管本案中公司章程规定公司的法定代表人任期为 3 年，但是此后公司仅有的两名股东在合同决议中同意实行两名股东轮流担任法定代表人的方式，这应当视为两名股东以在后的一致意思表示对之前订立的公司章程中的相关内容进行了变更。该股东决议不违反法律规定，应为有效。并且综合考虑，双方各占公司 50% 的股权，轮流担任法定代表人亦符合常理。在双方合意达成后，双方办理法定代表人变更手续，说明双方已经认可合同决议，实现了对公司章程内容的变更，故法院认定，本案中，应当按照在后的合同决议确定公司的法定代表人，徐正旺有权担任公司法定代表人。

法院裁判：依据我国《公司法》第十三条的规定：“公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记。”被告公司章程规定，执行董事为公司法定代表人，执行董事由股东会选举产生，任期三年，任期届满前，股东会不得无故解除其职务。现原告依据双方所签《合同》的约定，主张被告变更登记法定代表人为原告。本案的争议焦点在于公司法定代表人的

任职问题上，应当按照公司章程还是合同决议内容执行。

一、被告股东为原告与第三人两人，两人就系争合同所约定内容是被告经营有关的公司法定代表人选任事项，两人所达成合意具有被告股东会决议性质。公司股东在决定文件上签章即可视为形成公司决议，并不必须要召开形式上的股东会。而且系争合同不存在违反法律法规禁止性规定或损害社会公共利益等情形，该合同应为有效。再从被告股权结构来看，原告与第三人分别享有公司 50% 股权，均不能单独控制被告，两人作出轮流担任法定代表人的决定符合常理。

二、被告于 2013 年 12 月至 2015 年 5 月 8 日期间登记的法定代表人为原告，因双方于 2015 年 5 月 8 日签订系争合同，又于同日作出被告股东会决议，变更被告法定代表人为第三人，并办理了变更登记。这说明第三人对该合同效力是认可，并实际执行的。

三、系争合同形成于被告章程之后，因合同具有公司决议性质，且获得股东一致同意，可以变更章程规定事项。第三人辩称，按章程规定，公司执行董事三年任期届满之前，股东会不得解除其职务，但在第三人担任被告法定代表人之前原告为被告执行董事、法定代表人，原告三年任期亦未届满。可见作为被告股东的原告与第三人均同意在双方协商一致的情况下，可以变更公司执行董事暨法定代表人，而不受公司章程的约束。由上分析，法院认为，原告有权依据具有公司决议性质的系争合同主张被告变更登记法定代表人。

实务指引

公司章程和公司全体股东签订的合同等文件，虽然名义上不是股东会决议，但本质上属于当事人的意思表示，具有公司决议的性质，如没有无效、可撤销情形，对于全体股东具有约束力。只是由于公司章程往往经过工商登记，具有对外公示效力。但是由于本案仅涉及公司内部法定代表人变更，并未涉及善意第三人利益。因此，在后的合同决议可以对公司章程中的相应内容进行变更，适用合同决议确定本案中公司法定代表人人选。为避免发生上述纠纷，全体股东签订合同等文件时，应注意文件内容不要与公司章程的相关规定出现矛盾，如有矛盾之处，应同步修改公司章程。

而本案矛盾出现的根本原因在于公司股权结构不合理，公司股权比例为 50:50 的情况下，股东一方不具有话事权，就算是形成了“股东轮流担任法定代表人”的约定也需要双方配合完成。甚至于，如果两方股东长期不和，就会难以形成有效的股东会决议，导致股东会机制失灵，造成“公司经营管理发生严重困难”情形，此时如果又无股权转让、增资扩股、公司回购股权等调整股权比例的机制，在万不得已的情况下，一方股东只能选择司法途径解散公司。

例如，最高院指导案例 8 号林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案【（2010）苏商终字第 0043 号】中，法院认为：“公司经营管理发生严重困难”的侧重点在于公司管理方面存有严重内部障碍，如股东会机制失灵、无法就公司的经营管理进行决策等，不应片面理解为公司资金缺乏、严重亏损等经营性困难。凯莱公司仅有戴小明与林方清两名股东，两人各占 50% 的股份，凯莱公司章程规定“股东会的决议须经代表二分之一以上表决权的股东通过”，且各方当事人一致认可该“二分之一以上”不包括本数。因此，只要两名股东的意见存有分歧、互不配合，就无法形成有效表决，显然影响公司的运营。凯莱公司已持续 4 年未召开股东会，无法形成有效股东会决议，也就无法通过股东会决议的方式管理公司，股东会机制已经失灵。执行董事戴小明作为互有矛盾的两名股东之一，其管理公司的行为，已无法贯彻股东会的决议。林方清作为公司监事不能正常行使监事职权，无法发挥监督作用。由于凯莱公司的内部机制已无法正常运行、无法对公司的经营

作出决策，即使尚未处于亏损状况，也不能改变该公司的经营管理已发生严重困难的事实。且由于凯莱公司的内部运营机制早已失灵，林方清的股东权、监事权长期处于无法行使的状态，其投资凯莱公司的目的无法实现，利益受到重大损失，且凯莱公司的僵局通过其他途径长期无法解决。据此，判决解散凯莱公司。

因此，从根本上看，公司的股权结构模式应该避免设置为 50:50，否则不仅容易导致法定代表人、执行董事出现争议的情况发生，而且会难以形成一致的决议，不利于公司长期发展。

网络安全与数据保护篇

车联天下，数据当冠”——车联网数据合规与网络安全指引

作者：吴月琴 何鑫

随着 5G 技术的商用化，车联网的发展进入了加速期。3 月 24 日，工信部发布了《关于推动 5G 加快发展的通知》，提出了促进“5G+ 车联网”协同发展，推动将车联网纳入国家新型信息基础设施建设工程，促进 LTE-V2X 规模部署。建设国家级车联网先导区，丰富应用场景，探索完善商业模式的要求。^{<i>i</i>} 车联网的布局、开发、设计与运行，离不开大数据的应用。据德勤预测，到 2025 年，汽车行业利润的 20% 将来自移动出行以及对数据的管理^{<i>ii</i>}。

在 MaaS (Mobility as a Services) 理念下，从基础设施建设到软硬件生产开发再到娱乐智能服务，网联汽车的基础设施提供商、移动出行服务提供商、内容供应商等均是车联网产业的重要参与者。车联网企业有序竞争、健康发展离不开数据合规和网络安全。360 发布的《2019 智能网联汽车信息安全年度报告》指出，2019 年，车联网就遭遇了两种新型攻击方式的威胁，“基于车载通信模组信息泄露的远程控制劫持攻击以及基于生成式对抗网络的自动驾驶算法攻击”^{<i>iii</i>}。本文将结合车联网产业链的环节和场景，分析、梳理数据合规和网络安全的核心问题，给予指引。

一、车联网产业

车联网产业链可纵向划分为应用层、平台层、硬件层与基础设施层四个层次^{<i>iv</i>}：

(一) 应用层

应用层是网联汽车中涉及人车交互最为密切的层面，也是车联网下实现数据价值转化的基础，根据内容可分为车辆服务应用与生态服务应用。前者如自动寻路、智能停车、车辆状态监控等服务，后者是在基础车辆服务应用之上、用于满足人们出行过程中所产生的娱乐、休闲、消费需求的各类应用。可以说，丰富的生态服务应用将重构人车关系，使车辆成为人类生活方式的体现。

应用层中，为实现相关服务目的，必然涉及对用户信息、车辆数据的收集与使用。而在建立统一数字 ID 的基础上实现多应用账号通用还会涉及数据的共享与传输。此外，在其他多场景下也都会产生数据合规问题。

(二) 平台层

平台层是当下各企业布局车联网的重点，车企与互联网企业纷纷寻求对网联汽车操作系统的主导权，如特斯拉推出基于 Linux 的操作系统；上汽同阿里展开合作推出斑马智行车载系统；拜腾与百度开展基于小度车载 OS 的合作；华为推出智慧汽车解决方案 HUAWEI HiCar 等。

平台层面的信息安全风险主要体现于车辆信息系统的安全。如，2016 年腾讯科恩实验室宣布以“远程无物理接触”的方式成功入侵了特斯拉的 Model S 汽车，对车辆的停车状态和行进状态进行远程控制，甚至可

以实现远程刹车。此类事件凸显了车辆信息系统安全性问题。

（三）硬件层

硬件层可分为两个层次，一是传统的车辆设计、生产、制造，二是与车联网相关的智能设备及芯片的研发生产。在第一层中，依托于大数据，汽车生产商可以分析车辆行驶过程中产生的数据，将其运用于车辆的设计研发。这一过程涉及对位置信息、环境信息等行车数据的收集与处理；在第二层中，智能设备与人的信息交互成为潜在的风险点，如某些智能设备收集信息缺乏“告知+同意”的授权交互界面，用户被采集信息时难以充分了解其信息被收集使用的目的和用途。此外，智能设备自身的数据安全也是合规风险点。

（四）基础设施层

车联网的发展离不开无线网络、智能充电桩、加油站、停车场等基础设施的建设。工信部在《关于推动5G加快发展的通知》中，将车联网发展纳入了国家新型信息基础设施建设工程。车联网产业链的核心企业是否将由此被界定为“关键信息基础设施的运营者”以及是否需要承担《网络安全法》下由此对应的网络安全和数据合规义务，也值得进一步分析。

二、车联网的数据合规和网络安全

车联网产业链的数据合规和网络安全工作，应依据《网络安全法》、《数据安全管理办法（征求意见稿）》（以下简称“《管理办法》”）《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T 35273-2020）（以下简称“《安全规范》”）等法律法规及国家标准、行业标准，围绕数据收集、处理、使用、流动、信息系统安全以及涉及关键信息基础设施对应的义务开展。企业应结合自身业务、所涉场景的特殊性，合理界定合规工作的核心和边界。

（一）数据的收集、处理、使用与流动

1. 车联网语境下的“个人信息”

车联网语境下，个人信息的界定具有一定的特殊性。除车主、驾驶者、同乘人等个人身份信息外，某些在其他场景下不被认为个人信息的数据，在车联网场景下，可以与其他数据结合，起到识别特定个人的作用，也会被认定为个人信息，如驾驶风格、行驶距离等行为数据以及与车辆零部件磨损的车辆的技术信息，与其他信息结合（例如，车辆识别号）进行交叉引用可能识别到个人数据主体，因而被认定构成个人信息。

2. 个人信息的收集与使用

在个人信息的收集与使用环节，企业应遵守“合法、正当、必要”以及“告知+同意”原则。车联网企业在该环节开展合规工作应当：

（1）明确收集个人信息的类型，是否涉及个人敏感信息（如：个人指纹、声纹、掌纹、耳廓、虹膜、面部识别特征等个人生物识别信息）。

（2）评估收集个人信息的正当性与必要性。如收集的个人信息类型是否与实现产品或服务的业务功能有直接关联；自动采集频率是否是实现业务功能所必需的最低频率；间接获取个人信息的数量是否为实现业务功能所必需的最少数量。此外，由于地理位置信息往往可以揭示驾驶者的诸多生活习惯与生活状况，如通过频繁前往某些医院可能确定驾驶者患有某些疾病等，因而具有极大的隐私性和侵入性。企业应特别关注地理位置信息收集的正当性与必要性评估，如当应用陀螺仪即可实现测量车辆运动状态目的时，收集车辆位置信息用于该目的即为“非必要”，此时不应收集车辆位置信息。

（3）明确个人信息的来源是否涉及间接获取。在向驾驶者提供应用服务时，如需从第三方应用或系统中获取驾驶者信息（如数字ID等），应遵循间接获取个人信息的“三重授权”原则。

(4) 审查企业的隐私政策或收集使用规则是否符合《网络安全法》等法律法规以及国标、行标的要求。如是否（根据不同车联网场景）向个人信息主体告知收集、使用个人信息的目的、方式和范围等，并获得个人信息主体的授权同意等。

(5) 在网联汽车与智能设备中为用户预留修改隐私设置的功能。允许其主动调整对企业关于收集（包括后文个人信息的处理、共享、传输等行为）的授权，一旦用户选择不向企业提供授权，企业应立即停止相关行为并删除已收集存储的个人信息。需要注意的是，某些情境下收集用户个人信息与车辆安全驾驶有直接关联（如收集车辆位置信息以提示行驶路线上发生的交通事故等），在用户选择停止向企业授权收集用于该类功能的个人信息时，企业应以显著方式告知其停止收集个人信息可能导致的相关风险。

2. 用户画像与定向推送

《安全规范》第 3.7 款将用户画像定义为“通过收集、汇聚、分析个人信息，对某特定自然人个人特征，如职业、经济、健康、教育、个人喜好、信用、行为等方面作出分析或预测，形成其个人特征模型的过程”。第 3.8 款进一步区分直接用户画像和间接用户画像，“直接使用特定自然人的个人信息，形成该自然人的特征模型，称为直接用户画像。使用来源于特定自然人以外的个人信息，如其所在群体的数据，形成该自然人的特征模型，称为间接用户画像。”间接画像的信息颗粒度较大，一般无法与具体自然人进行关联，因此，用户画像的合规焦点聚集于个体画像或直接画像上。

在提供场景化、个性化服务中，涉及用户画像的使用，如根据用户驾车习惯自动调整座椅、根据用户偏好驾车旅行中提供酒店导航等。企业在使用用户画像时，应参照遵守《管理办法》与《安全规范》，确保业务开展的合规性。如根据驾驶者驾驶习惯推送商业广告时，企业应评估使用直接用户画像的必要性，判断是否可以使用间接用户画像代替直接用户画像^{<vi>}；在提供定向推送服务过程中向用户标明“定推”字样并提供定向推送服务的退出选项^{<vi>}等。

企业在向第三方提供用户画像时，应评估提供用户画像的类型，是否必须提供精确的用户画像等。如在 UBI 车险（Usage Based Insurance）中，车险定价基于驾驶者的驾驶行为，此时会涉及企业向保险公司提供用户驾驶行为相关的用户画像，而生成该用户画像的原始数据包括投保人事故信息、位置信息、驾驶偏好等可能构成个人敏感信息的数据。此时企业应评估是否可以通过仅提供结果数据而不提供原始数据的方式向保险公司提供投保人的用户画像，如通过对投保人的驾驶行为进行打分等。

3. 数据共享与传输

车联网中建立统一的数字 ID 成为主要发展趋势。统一的数字 ID，实现一个账户、多个应用通用，打通不同场景的信息壁垒，避免数据孤岛，这涉及到数据共享与传输合规的核心问题，即个人信息主体的授权以及数据共享与传输的安全。

在个人信息主体授权层面，《管理办法》第二十七条规定，除特定情形外，网络运营者向他人提供个人信息均应获得个人信息主体的同意。获取授权的通知，根据《安全规范》9.2 要求，应包括个人信息共享与提供的目的、接收方类型等，涉及个人敏感信息的，还应告知涉及个人敏感信息的类型、数据接收方的身份以及安全能力等。对于车辆智能设备提供商而言，由于某些智能设备进行个人信息的收集具有隐蔽性与非感知性，甚至部分设备缺乏交互界面，如何充分履行通知义务并获取个人信息主体的授权（包括对收集的授权）是合规工作的难点。对此，设备提供商可以通过 APP、网站等平台向个人信息主体提供隐私政策等相关文件以充分履行通知义务。

在确保数据共享或传输中安全层面,《管理办法》第二十七条要求网络运营者应评估安全风险。具体而言:(1)根据提供数据的类型采取有效保护个人信息的措施。对于提供位置信息、驾驶员驾驶习惯、行为轨迹等个人敏感信息,评估提供匿名化数据的可能性。如向第三方导航服务提供商提供车辆位置信息以更新路况信息时,可以仅提供位置信息,而不提供可以直接识别用户身份的车牌信息等;(2)通过合同等方式明确数据接收方的责任义务,如提供不低于企业同等保护水平的保障、违法或违约时提供方享有合同解除权、接收方应采取补救措施等;(3)在向用户寻求授权时,向个人信息主体告知其要求访问、更正、删除个人信息等权利,并在交互界面为用户预留撤回授权的选项。

4. 数据出境

我国的数据出境制度仍处于持续构建状态。根据《网络安全法》、《管理办法》《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》等法律法规,数据出境制度的合规重点在于个人信息主体的告知与授权、数据出境安全评估义务以及数据接收方的数据安全义务。

车联网企业的数据跨境合规,首先,应区分出境数据的类型,评估数据是否属于禁止出境的类型,其中应重点关注涉及地理信息的重要数据。在《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》中,第十一条(二)项规定,数据出境给国家政治、经济、科技、国防等安全带来风险,可能影响国家安全、损害社会公共利益的不得出境。^{<vii>}企业在车辆行驶等过程中,收集到的车辆位置信息、周边建筑设施信息等地理信息,可能因涉及国家的专用铁路、专用公路、大型水利、电力、通信等设施而成为禁止出境的重要数据。在确认数据属于可以出境的数据后,企业还应确认该数据是否属于个人信息(重点关注车联网场景中可能成为个人信息的特定数据);涉及个人信息的,应当获取个人信息主体就数据出境的授权;其次,通过合同等方式确保数据接收方可以对数据提供足够水平的保护,并对其向第三方传输个人信息的能力进行限制;再次,建立相应的数据出境管理制度,对数据出境合同履行情况、数据出境情况进行记录等;最后,还应当关注安全评估以及相关立法动向,以对数据出境合规工作进行相应调整。

(二) 车联网信息系统安全

网联汽车作为车联网的终端,会存储用户的大量个人信息与数据,若该数据被他人访问或获取(无论是否通过网络攻击的方式),将会对用户的生命财产安全造成严重影响。试想这样的场景:用户将自己的网联汽车借给好友使用,而好友无意中通过网联汽车提供的日程提醒服务得知了该用户的患有某慢性疾病,随后好友不慎将该事实告知了用户的同事,导致用户在单位遭遇歧视甚至不正当辞退。因此,确保网联汽车作为终端节点的安全对企业和个人均至关重要。对此,我们建议车联网企业:

1、采取适当的用户身份识别技术,确保只有授权用户才可以访问自身数据或使用车联网的相关功能,对于未授权用户,则仅提供驾驶网联汽车所必需的基础功能或对涉及用户个人信息的功能进行限制

2、存储网联汽车信息系统的日志记录,定期进行检查以识别发生的攻击行为与潜在的攻击来源;

3、对移动出行服务提供商而言,提供租车服务时,应当在交互界面为用户提供数据清除选项,供用户在停止使用租着服务后清除存储在车辆中的个人信息等数据;

4、尽早开展等保定级、备案、测评,建立相应的安全管理制度,从而在制度和流程上确保信息系统的安全,降低企业信息系统安全风险,并按照《网络安全法》等履行网络安全义务,如提供符合国家标准的产品服务、制定网络安全事件应急预案、安全事件发生时的报告义务等。

（三）《网络安全法》对关键信息基础设施的若干要求

根据《信息安全技术 关键信息基础设施网络安全保护基本要求（报批稿）》（以下简称“《关保要求》”），公共通信等基础信息网络以及交通领域的信息系统等均构成关键信息基础设施。

根据工信部《车联网（智能网联汽车）产业发展行动计划》，车联网产业中主要的基础设施包括通信网联设施、大数据与云平台以及智能道路基础设施。而相关基础设施提供商（如 5G 通信服务提供商等），则有可能构成关键信息基础设施运营者，从而需要履行《网络安全法》等规制的相应义务与要求，如履行《网络安全法》第三十一至三十九条规定的安全保护、风险监测评估与报告、个人信息与重要数据的境内存储等义务。此外，《关保要求》一旦正式通过并实施，关键信息基础设施运营者还应在进行等级保护的基础上，围绕识别认定、安全防护、检测评估、监测预警、应急处置环节开展网络安全保护工作，以进一步落实《网络安全法》中保护关键信息基础设施运行安全的要求。

车联网的构建已经纳入国家“十三五”项目规划，可以说，车联网的发展将对于我国经济、社会和民生等方面产生深远影响。与此同时，车联网也会参与角逐的企业带来巨大的发展机遇。车网天下，数据为冠。我们相信，数据合规和网络安全，必将成为企业在新领域竞争占有一席之地的特殊阵地。

< 注释 >:

<i> 工业和信息化部，《关于推动 5G 加快发展的通知》，工信部通信 [2020]49 号。

<ii> 德勤中国，《未来汽车行业价值链 2025 年以后》。

<iii> 360，《2019 智能网联汽车信息安全年度报告》

<iv> 德勤中国，《智能互联 构建新时期的人车关系》。

<v> 《信息安全技术 个人信息安全规范》7.4 (c) 除为实现个人信息主体授权同意的使用目的所必需外，使用个人信息时应消除明确身份指向性，避免精确定位到特定个人。例如，为精确评价个人信用状况，可使用直接用户画像，而用于推送商业广告目的时，则宜使用间接用户画像。

<vi> 《数据安全管理办法（征求意见稿）》第二十三条 第一款 网络运营者利用用户数据和算法推送新闻信息、商业广告等（以下简称“定向推送”），应当以明显方式标明“定推”字样，为用户提供停止接收定向推送信息的功能；用户选择停止接收定向推送信息时，应当停止推送，并删除已经收集的设备识别码等用户数据和个人信息。

<vii> 在《个人信息出境安全评估办法（征求意见稿）》颁布后，涉及重要数据出境的法规应将会重新制定。虽然新的重要数据出境法规会对重要数据出境进行怎样的限制存在不确定性，但《个人信息和重要数据出境安全评估办法（征求意见稿）》的相关规定也具有参考价值。

“取数有道、用数有矩”

——供应商风险管理之数据合规审查指引

作者：吴月琴 张晓丽

数据时代，数据已成为新的生产资料，企业需要通过大数据掌握自身运营情况、了解客户需求、把控市场趋势。在个人信息保护逐渐得到重视之前，企业已习惯于收集大量个人信息，并因业务需要与第三方供应商合作，进行委托处理、共享、转让或者融合数据。尽管许多企业已实施了供应商风险管理（Vendor Risk Management, VRM）计划，但立法和执法实践越来越关注第三方托管和数据处理活动的风险，企业有必要重新审视 VRM 计划是否满足最新数据合规的要求。本文将聚焦企业如何将数据流动的合规性审查纳入供应商风险管理中。

数据流动的合规性审查是企业供应商风险管理的重要内容。在数据流动链条中，企业一方面从上游供应商处获取数据，上游数据来源不合法、有瑕疵，企业获取、使用数据就存在风险隐患；另一方面委托下游合作方处理其数据，共享、转让数据，下游的数据接收方如违反授权目的、超越授权范围使用数据，不能保障数据安全，企业也难辞其咎。2019 年下半年，多家现金贷相关的数据源公司涉嫌违规爬取数据、贩卖个人信息、助力暴力催收等被公安部门立案^[1]。同年，商业模式涉嫌超越授权范围采集公民个人隐私的墨迹天气首发上市被否^[2]。

一、供应商的数据源合规审查

初创企业往往没有原始数据的积累，也缺乏产生数据的业务或产品支撑，需要通过购买数据，或者运用相关爬虫技术获取数据。对于有上市计划的数据密集型企业，数据源合法性不仅仅是日常运营的合规需求，也是未来上市申请的核查重点。证监会、交易所等有关数据合规的问询将覆盖企业对数据全生命周期的管理活动。

企业对来自外部的上游数据源应至少进行如下合规审查工作：

1、应识别数据类型，判断是否包括个人信息（个人敏感信息）、重要数据及其他受监管的特定行业数据；然后再确定数据来源的合法性，理清供应商获取用户数据信息的获取途径，收集用户信息获得用户同意的具体制度安排，如收集用户信息时是否明确告知收集信息的范围及使用用途；核查供应商是否拥有所涉相关数据信息的产权归属及其法律依据。此处不仅仅是文件的形式审查，必要时也应该采取实质性审查，比如抽查用户同意的真实性；

2、对于爬虫爬取的数据，需要进行深度的合规性评估，避免存在连带的法律责任甚至是行政、刑事风险。合规性评估，包括数据来源合法性和数据收集授权范围的审查和确认：如是否获得被爬取用户或者平台是否授权同意，是否需要三重授权，是否存在民事、行政和刑事违法风险。未经授权直接爬取其他平台数据的，可能构成“搭便车”、“侵犯商业秘密”、“妨碍、破坏正常运营”的不正当竞争行为。绕过平台的技术措施的爬虫行为，可能构成“非法侵入他人网络、窃取网络数据的违法行为”，甚至具有涉嫌构成“非法获取计算机信息系统数据罪”或“破坏计算机信息系统罪”的刑事风险。

二、供应商的数据处理、共享、转让、融合合规审查

企业出于各种商业需求进行数据委托处理、数据共享、数据转让或者数据融合，由外部供应商来存储、处理和传输企业自身控制的个人信息，即使是集团内部关联公司之间的数据处理活动，在合同签订和采购过程中，实施数据合规和安全审查也是不能忽略的合规要点。企业法务人员有必要与安全专业人员全程共同对供应商部

署的数据合规和安全控制进行审查，包括最初供应商的选择和评估流程，以及对供应商持续性的管理审查。

企业与供应商及其他合作方数据合规相关的重要问题包括：

1、何种类型的个人信息可由供应商存储、处理或传输？有哪些注意事项？

根据《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T 35273—2020）（以下简称“个人信息安全规范”），个人信息控制者做出委托数据处理行为，不应超出已征得个人信息主体授权同意的范围。因此，在企业对外提供个人信息的过程中，首先，应对下游供应商处理数据的场景和目的进行严格审查，以确定不同类型个人信息委托、共享、转让和融合的必要性和可行性，如向供应商共享、转让个人敏感信息，则需应事前向个人信息主体告知涉及的个人敏感信息类型、数据接收方的身份和数据安全能力，并事先征得个人信息主体的明示同意；其次，结合下游供应商的具体应用场景对用户进行明确的通知，取得用户的同意，如果超出授权范围，应重新取得用户同意。最后，需要共享、转让和融合个人敏感信息的，应在传输、使用过程中采取严格的保密措施，且可通过数据脱敏、匿名化处理等措施降低数据的敏感程度，降低数据在供应商数据处理过程中的泄露风险。

2、委托处理、共享、转让和融合数据过程中，供应商应采取哪些保护控制措施？

依据《个人信息安全规范》，企业作为个人信息控制者做出委托处理、共享、转让或者融合数据行为，应事前进行个人信息安全影响评估，确保供应商满足相关规定的数据安全能力要求。因此，企业应按照国家相关标准对供应商的数据安全能力进行评估，确保供应商具备适当的数据安全保障能力，且已落实必要的管理和技术措施，防止个人信息的泄露、损毁、丢失、篡改，并定期进行审查供应商。如供应商违反法律法规要求或双方约定处理个人信息的，应立即要求供应商停止相关行为（如更改口令、回收权限、断开网络连接等），或要求供应商采取有效补救措施或消除个人信息面临的安全风险。必要时企业应终止与供应商的业务关系，并要求供应商及时删除从企业获得的个人信息。

另外，企业委托供应商开发企业软件时，如软件有处理个人信息功能需求，应要求供应商根据国家有关标准在需求、设计、开发、测试、发布等系统工程阶段考虑个人信息保护要求，保证在系统建设时对个人信息保护措施同步规划、同步建设和同步使用，确保软件在个人数据合规逐渐严格的趋势下有良好的可用性。

3、供应商是否需要做网络安全等级保护测评？

根据《网络安全法》第 21 条^[iii]规定，网络运营者应当按照网络安全等级保护制度的要求履行安全保护义务，以及第 31 条^[iv]规定对可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的关键信息基础设施，在网络安全等级保护制度的基础上，实行重点保护。因此，如果供应商构成《网络安全法》中的网络运营者或者进一步构成关键信息基础设施运营者的，则有义务按照网络安全等级保护制度的要求，履行安全保护义务，保障网络免受干扰、破坏或者未经授权的访问，防止网络数据泄露或者被窃取、篡改，企业需要查验供应商是否：

① 制定内部安全管理制度和操作规程，确定网络安全负责人，落实网络安全保护责任；

② 采取防范计算机病毒和网络攻击、网络侵入等危害网络安全行为的技术措施；

③ 采取监测、记录网络运行状态、网络安全事件的技术措施，并按照规定留存相关的网络日志不少于六个月；

④ 采取数据分类、重要数据备份和加密等措施。

4、供应商如何确保数据服务的持续完整性和可用性？

为了保证数据服务的持续完整性和可用性，尤其针对云服务或者数据中心供应商，企业一般借助服务级别协议 (Service-Level Agreements, SLA) 来规范外部供应商技术服务水平，SLA 通常是企业和外部供应商之

间的协议合同。在 SLA 中通常会列明供应商对服务性能的各种陈述保证，同时应包含供应商不能满足服务性能要求时的解决方案或者赔偿条款。例如，如果关键电路停机超过 15 分钟，供应商可能同意放弃该电路上的一周费用。SLA 中核心条款通常涉及：系统正常运行时间（如总工作时间的百分比）、最大连续停机时间、高峰负荷、平均负荷、诊断责任安排、以及故障切换时间等。

除 SLA 协议安排之外，如果双方或多方计划传输敏感数据，则应使用 ISA(Interconnection Security Agreement, ISA) 来确定数据传输的技术需求，主要包括通信双方如何建立、维持和断开连接的技术细节，为确保数据安全使用的加密算法和密钥长度以及密钥如何管理等条款。

5、供应商数据活动是否涉及数据跨境传输，是否需要开影响评估？

《网络安全法》第 37 条对关键信息基础设施的运营者在国内收集的个人信息、重要数据进行跨境流通应当进行安全评估作出了原则性的规定，尽管目前与数据跨境流通有关的配套法规基本上均处于征求意见阶段或正在研究过程中，但从《个人信息出境安全评估办法（征求意见稿）》等法规可以看出，将安全评估主体从关键信息基础设施的运营者范围扩大至网络运营者是未来制度构建的方向。因此，企业如果考虑委托境外供应商处理数据，如位于境外的云服务平台，则需要做好法律尽职调查，通过合同协议等措施规避风险，并对数据出境开展安全评估。若可行，企业也可直接选择境内供应商从而避免因数据跨境传输而产生相应的合规问题。

6、供应商是否依赖于任何其他第三方来存储、处理或传输数据？如何处理扩展到第三方与数据合规和安全控制有关的合同条款？

企业应根据数据的敏感程度与供应商约定如下事项：是否允许供应商进行数据处理的再委托，供应商再委托是否需要事先征得企业的授权；如允许转委托处理，则如何展开个人信息安全影响评估，确保第三方达到的相关规定的数据安全能力要求；供应商再委托不应超出已征得个人信息主体授权同意的范围，如超过范围应如何取得个人同意等。

值得注意的是，企业不能仅仅依靠协议或者合同审查来规避数据非法获取的责任。即使已经跟上下游签署了相关的合同、保密书、承诺书等法律文件，也应考虑到涉及刑事案件的主观故意犯罪构成要件，司法机关会通过具体场景来分析企业是否存在过错，因此企业应通过多方位的审查来避免企业的数据接收或者数据传输行为构成实质性违法。

三、将数据合规加入供应商风险管理计划

国家对网络安全及数据的立法监管的广度和深度在不断扩张，部委联合执法专项治理行动风暴趋于常态化，舆论对信息安全 / 数据应用的关注力度也在逐渐加强，企业或公民个人对维护数据权益的诉讼行为有待激增，因此，企业有必要重新审视供应商风险管理（VRM）计划是否满足最新数据合规的需求。

1、根据法律法规及标准评估当前的供应商风险管理计划

企业 VRM 计划要与个人信息保护法律法规保持一致，企业内部应建立完善的供应商评价体系，做好供应商甄选、数据源核验以及合同合规性审核的内控措施。尤其是上文中提到的上下游供应商的合规性审查。

建立供应商评价体系，首先需要结合现有的个人信息保护法律法规及国家、行业标准，制作评估供应商业务、安全控制等信息的调查问卷，然后根据供应商的情况选择适用于供应商的评估标准，后续采取定期审计等方式，以监督供应商是否满足标准，并对于不足部分改进。



2、确定供应商数据合规的评估标准

企业可以根据供应商提供的服务类型、数据共享的目的，以及供应商将访问的数据类型，来确定供应商必须满足的相应数据安全级别。在评估供应商是否满足企业的最低数据安全性和隐私要求时，企业可以关注以下方面：

■ 查看供应商内部安全培训和数据安全规范，以确定其数据处理中将涉及的系统软件、流程、人员、数据类型以及数据保护控制措施；

■ 通过问卷调查或者外部审计来识别较高风险的供应商，例如处理大量个人数据和 / 或个人敏感信息的供应商；

■ 了解供应商的业务连续性计划与灾难恢复计划以及个人信息安全事件应急预案情况；

■ 监督供应商执行隐私政策和安全性指标的状况，形成报告以评估供应商的数据安全管理制度实施质量。

3、对重要供应商定期开展审计

企业与供应商建立合作关系后，经常忽略定期审计和评估这一把控数据合规风险的关键点。有关定期评估的频率、执行安全审计的类型、如何审查审计结果应该在前期确定评估标准或者在合同中约定。审查和评估的内容包括合同审查、数据处理的合法依据、数据安全措施和法律义务是否因法律法规变化而改变等。例如，企业根据合同约定，定期开展针对供应商数据处理工作流程合规性审查，用于验证数据处理是否符合个人信息保护法律法规的要求和标准以及企业根据自身业务提出的要求。目前我国个人信息保护立法工作尚未尘埃落定，因此企业及其供应商应时刻跟进立法和执法动态，定期重新评估数据处理关键流程、隐私政策和相关协议合同，以确保业务合规性。

注释：

[i] 大数据倒在 2019：十余家公司被调查，最严监管时代到来，<http://tech.aialab.cn/article-95821.html>。

[ii] 墨迹天气 IPO 被否是意料之中？曾因违规获取用户数据遭公安部点名警告！

<https://stock.hexun.com/2019-10-12/198841640.html>

[iii] 《网络安全法》第二十一条：“国家实行网络安全等级保护制度。网络运营者应当按照网络安全等级保护制度的要求，履行下列安全保护义务，保障网络免受干扰、破坏或者未经授权的访问，防止网络数据泄露或者被窃取、篡改：（一）制定内部安全管理制度和操作规程，确定网络安全负责人，落实网络安全保护责任；（二）采取防范计算机病毒和网络攻击、网络侵入等危害网络安全行为的技术措施；（三）采取监测、记录网络运行状态、网络安全事件的技术措施，并按照规定留存相关的网络日志不少于六个月；（四）采取数据分类、重要数据备份和加密等措施；（五）法律、行政法规规定的其他义务。”

[iv] 《网络安全法》第三十一条：“国家对公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务等重要行业和领域，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的关键信息基础设施，在网络安全等级保护制度的基础上，实行重点保护。关键信息基础设施的具体范围和安全保护办法由国务院制定。国家鼓励关键信息基础设施以外的网络运营者自愿参与关键信息基础设施保护体系。”

以“净网行动 2020”为引浅析 App 合规方向

作者：陈温怡

一、净网行动多次发力，数十款常用 App 遭下架整改

据新华社 4 月 10 日报道，国家计算机病毒应急处理中心（CVERC）近期在“净网 2020”专项行动中通过互联网监测发现 25 款存在隐私不合规行为的 App，包括 LuckinCoffee（瑞幸咖啡）、叮当快药、每日优鲜、春雨医生、必胜客等，将予以下架处理。

无独有偶，据广州日报 5 月 6 日报道，CVERC 又发现 21 款民宿、会议类移动应用存在隐私不合规行为，包括了《锦江酒店》、《自如》、《泊寓》、《途牛旅游》、《同程旅游》、《携程旅行》等，CVERC 提醒广大收集用户谨慎下载使用以上 App，避免受到安全威胁。

据悉，“净网 2020”专项行动的主要目的是继续打击整治网络违法犯罪活动，深入整顿网上秩序，进一步营造安全、清朗、有序的网络环境。“净网行动”自 2011 年开启以来逐步扩大打击面，从着力于网上涉枪涉爆等违法犯罪活动，到各种网络犯罪案件，再到最近多次下架隐私不合规 App，公安层面对公民隐私的重视程度，可见一斑。

今年三月份，信息安全标准化技术委员会亦新发了《网络安全标准实践指南——移动互联网应用程序(App)个人信息安全防范指引（征求意见稿）》^[1]（以下简称《防范指引》），给出了当前 App 个人信息保护合规的常见问题和防范策略，给 App（含小程序）运营者提出了提升个人信息保护水平的专项建议。

二、《防范指引》深度解读

《防范指引》以问题罗列的形式，总结了市面上主流 App 的信息保护合规问题，并在问题后对主要情形进行了归纳。文中总共罗列了十个常见问题，分别是超范围收集，无法注销或设置不合理条件，强制捆绑授权，无隐私政策，默认选择同意，未充分明示个人敏感信息使用规则，申请权限目的不明，未提供删除、更正或投诉举报的功能或渠道，隐私政策内容与实际不符，以及未告知同意第三方 SDK 收集行为。

将小程序以成文形式纳入监管视野是本文件的一大亮点。小程序是一种不用下载就能使用的应用，与 App 相比，小程序有方便快捷、不占内存、开发成本低、维护简便等特点，但在个人信息保护方面存在安全隐患。2020 年 3 月 16 日，天津网信办通报七款应用违法违规收集使用个人信息，其中五款应用存在无隐私政策的问题，而在这五款应用中，三款为小程序。小程序需要依附其他平台才能运行，但小程序与 App 在提供服务、实现功能时，所需要收集使用的个人信息是类似的，且随着 App 开发方对隐私政策的重视程度不断提高，如今大多数 App 在初次安装使用时，会立即跳出显眼的隐私保护协议条款，而小程序则是直接跳出授权页面，并无隐私相关条款提醒。



除此之外,《防范指引》更着重突出了在疫情期间,从疫情防控 App 上发现的问题。为了及时追踪控制感染源,利用大数据时代的数据监测是更高效便利的方法,然而与此同时,使用 App 采集信息也出现了非授权、超范围采集使用个人信息、未明示收集使用规则等问题,存在个人信息泄露与滥用的风险。住所、现居地、身份证照片等信息可能被轻易曝光的情况,于疫情刚爆发之际,就受到了诸多网友的质疑:“我提交的个人信息有被好好保存吗?为什么我接到的骚扰电话更多了?”需要注意的是,有权收集并非是无权收集,疫情防控 App 同样需要约束。

对此,《防范指引》提出,疫情防控 App 宜以“简版隐私政策”、“个人信息保护声明”等方式,在注册、登录、填写个人信息等页面,以显著方式公开收集使用个人信息的关键规则,如收集个人信息的目的、类型,保存时间、安全措施及投诉渠道等。

在 App 收集、使用、利用个人信息方面,官方之前也发布了具有针对性的其他相关文件,包括《个人信息安全规范》^[2](以下简称《安全规范》)、《网络安全标准实践标准—移动互联网应用程序(App)收集使用个人信息自评估指南(征求意见稿)》^[3](以下简称《2020 自评估指南》)、《App 违法违规收集使用个人信息自评估指南》^[4](以下简称《2019 自评估指南》)及《App 违法违规收集使用个人信息行为认定方法》^[5](以下简称《认定方法》)。经综合整理,我们可得出一份企业自检项目清单,以下将对其中重点问题进行简单提示。

三、合规方向

1、主要违规行为

1) 未向用户明示申请的全部隐私权限

即 App 在向用户明示申请的隐私权限时有所隐瞒，用户在勾选隐私权限时并不能对自己授予的全部隐私权限有清晰认知，从而存在误授权、多授权现象。《2020 自评估指南》的 3.4 对这一点提出了企业自评估建议：“收集使用的过程应与其所声明的政策等收集使用规则保持一致。如实际收集的类型、申请打开的可收集使用的系统权限、调用系统权限的行为应与政策所描述内容一致，不应超出政策所述范围。”

2) 未说明收集使用个人信息规则

《防范指引》的问题 6 对这点进行了情形罗列：“……包括但不限于：收集身份证件号码、银行账户、个人生物识别信息等个人敏感信息时，未同步告知用户其目的，或者目的不明确、难以理解。”例如 App 收集面部识别特征前，未展示单独协议或进行显著特殊说明，在用户点击“继续”后，App 在无任何提示情况下便开始采集用户的面部识别特征。《认定方法》对此进行了更加细致的描述和罗列：“未逐一列出 App(包括委托的第三方或嵌入的第三方代码、插件)收集使用个人信息的目的、方式、范围等；收集使用个人信息的目的、方式、范围发生变化时，未以适当方式通知用户，适当方式包括更新隐私政策等收集使用规则并提醒用户阅读等；在申请打开可收集个人信息的权限，或申请收集用户身份证号、银行账号、行踪轨迹等个人敏感信息时，未同步告知用户其目的，或者目的不明确、难以理解；有关收集使用规则的内容晦涩难懂、冗长繁琐，用户难以理解，如使用大量专业术语等。”

3) 未提供有效的更正、删除个人信息及注销用户账号功能

这种情况对于用户来说体感更加强烈，如新浪微博在过去很长一段时间里都未提供账户注销服务，导致淘宝甚至出现了代注销服务，这对 App 的生态环境造成了严重的恶劣影响。《防范指引》对此情形也进行了罗列，包括较明显的“无法注销或注销机制无效”和隐性的“设置不合理注销条件”以达成阻止用户注销的目的。在本次净网行动中，《好大夫》(版本 6.7.7)和《妙健康》(版本 5.1.10)都因此原因被通报下架处理。

4) 未建立并公布个人信息安全投诉、举报渠道，或未在承诺时限内受理并处理

此种违规行为在 App 中较为多发，在 5 月 6 日的查处活动中，《同程旅游》、《我爱我家》、《携程旅行》、《V 智会会务版》、《锦江酒店》共 5 款 App 皆是由于该原因而被查处。《防范指引》在问题 8 中提及了此种典型违规行为，需要注意的是，《防范指引》对承诺时限的时长也提出了要求：“不得超过 15 个工作日”。

2、合规工作建议

1) 从用户视角梳理 App 收集利用个人信息流程

用户对 App 使用的流程大同小异，但 App 运营方也可以站在用户角度，对 App 的下载、安装、使用、卸载流程进行全面的重新梳理审视。如安装后是否会出现申请权限交互界面，用户不勾选非必要权限是否会强制关闭 App，权限后是否默认选择同意，是否充分明示信息使用规则条款，权限申请完成后是否会出现显眼的隐私政策条款，条款是否清晰明确易于理解，内容与实际是否相符等等。

2) 参照《安全规范》、《防范指引》、两版《自评估指南》进行自检

虽然已出台的政策文件还没有对处罚条款进行明确，且很多文件还处于收集意见状态，但如前所示，违法违规收集个人隐私信息也会被通报批评并下架处理，这将损害运营方的收益和品牌口碑。运营方可以严格自我

要求，防范于未然。

3) 小程序运营方也需引起重视

基于《防范指引》，我们也可以看出，小程序已经进入了监管视野，虽说过去小程序可能并未注意隐私收集问题，但向 App 合规方向看齐，以 App 标准进行合规自检工作，应当列入小程序运营方的待办清单。

4) 寻求律师事务所做合规工作

如运营方对此类文件规范感到繁琐而无从下手，寻求律师事务所的帮助是一个很好的选择。通过勾选合规表格，企业更能对己方 App 信息收集情况产生全面的理解，并对风险方向进行合规改正，就能更简易、安全、面面俱到地做好合规工作。

注释：

[1] 信息安全标准化技术委员会，《网络安全标准实践指南——移动互联网应用程序（App）个人信息安全防范指引（征求意见稿）》，信安秘字〔2020〕18号

[2] 信息安全标准化技术委员会，《网络安全标准实践标准—移动互联网应用程序（App）收集使用个人信息自评估指南（征求意见稿）》，3.4 实际收集的个人信息或打开的可收集个人信息权限是否超出用户授权范围，信安秘字〔2020〕13号

[3] 国家互联网信息办公室，《App 违法违规收集使用个人信息行为认定方法》，国信办秘字〔2019〕191号

[4] 信息安全标准化技术委员会，《信息安全技术个人信息安全规范》，GB/T 35273-2020v App 专项治理工作组，《App 违法违规收集使用个人信息自评估指南》

[5] 新华社，《国家计算机病毒应急处理中心监测发现 20 余款违规移动应用》

智能手机 app 窃听安全漏洞风险所涉及的法律问题

作者：高富平

近日，华东政法大学教授、数据法律研究中心主任、互联网法治研究院（杭州）常务副院长，华诚所高级合伙人律师高富平接受了《财经》杂志的访问，就最新研究发现的智能手机 app 存在的窃听安全漏洞风险所涉及的法律问题发表了观点。

一、事件背景

南方都市报《最新研究 任意手机应用无需授权可窃听用户语音, 准确率近90%》| 记者 蒋琳 | 中国科学报《手机加速度计等于窃听器?》| 记者 卜叶 | 雷锋网《窃听风云! 手机 App 无授权就能监听电话, 成功率高达 90%, 罪魁祸首你想象不到》

以下是高富平教授对该问题的完整观点：

问题 1: 不限定领域的话，您如何看待这个研究的意义？您认为公众应当如何客观地去看待此次研究成果？

高富平：网络通信在给人们带来便利的同时也给通信安全和信息泄露带来更多的风险。该项研究使我们进一步认识到在网络环境下，没有绝对信息安全。这项研究对于网络通信安全认知又提高了一步。手机内置加速度传感器本来是一种有益技术内但若被“坏人”利用了，有可能在用户不知情、无需系统授权的情况下实现语音窃听。在智能手机及其 APP 应用普及情形下，无论对国家安全和个人隐私是非常大的威胁。此项研究具有对于网络通信安全的防范具有前瞻性。

对于公众而言，也许现阶段还不必要恐慌，因为目前还没有证据证明该项窃听技术被传播应用，一旦被证明是可传授或可掌握的技术，那么采取系统升级等防范措施是必要的。

问题 2: 从个人信息保护的角度，针对此项研究呈现的结果，您会给普通大众和监管部门哪些意识建设、具体手段上的建议？

高富平：语音窃听不仅涉及个人信息窃取，而且涉及窃取或泄露通信内容，都是构成刑事犯罪的行为。也就是说，无论采取加速度传感器还是陀螺仪实施窃听 APP 信息或语音内容都构成犯罪，都受到刑法 253 条的制裁。因此，这种技术本身就是犯罪行为，隐蔽并不导致其“合法”。关键我们需要有侦测这种窃听行为的工具，使没有人敢采用这种技术，实施窃听。因此，监管部门或网络犯罪侦查机关应当关注这种新兴窃听技术的使用，并研发监测使用行为的技术。一旦再隐蔽的行为是可以侦破的，那么可能也就没有人敢冒险试法了。对于普通手机用户而言，需要关注手机使用安全，一旦出现异常状况，向监管部门或公安机关投诉或报案。

问题 3: 您认为该研究是否会对未来监管部门和其他相关机构的政策、规制方向产生影响？可能的影响是什么？

高富平：该项研究对网络安全监管部门具有重要意义。一旦这种隐蔽窃听手段成为现实，就需要升级有关软硬件标准，以确保通信和个人信息安全。按照专家们预测，升级软硬件可能带来社会成本甚或使用不便，但是这是为确保安全必须接受的事实。

问题 4: 您是否认为这个研究为去年舆论热议的“手机‘偷听’、推荐商品或服务”提供了一种可能的解释？或者仍然是过度解读？

高富平：利用合法采集和分析到的信息进行商业推送是数据驱动时代普遍的商业模式，而且我一向认为个

性化推荐并不一定是对消费者的侵扰，还有可能是一项用户服务。但是采用窃听或其他非法手段获取个人信息做推送则是违法犯罪行为。在这两项研究问世之前，各种网络通信窃听技术一直存在，可能被少数不法商家用于商品推送，但是对于大多数商家来讲，仍然知道窃取和窃听网络通信信息的代价，因此不易将手机偷听与商业推送挂钩。

技术可以向善，也可以向恶，关键还在用技术做什么。如果我们能够有效扼制非法窃听使用，那么大面积的上级安全标准可能也是不必要的。但是对于关键信息基础设施或涉及国家安全的应用，则需要从技术上有效地防范隐蔽的网络窃听。

附《中华人民共和国刑法》相关条文链接：

第二百五十三条 私自开拆、隐匿、毁弃邮件、电报罪

邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的，处二年以下有期徒刑或者拘役。犯前款罪而窃取财物的，依照本法第二百六十四条的规定定罪从重处罚。

第二百五十三条之一 侵犯公民个人信息罪

违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。

破产与清算篇

公司注销或吊销未清算，股东是否需要对公司债务承担连带责任

作者：王建英

一、公司在注销或者吊销后，股东对公司的清算义务

在“大众创新，万众创业”，以资本认缴制取代资本实缴制的背景下，注册公司变得容易了很多。

2020年开年伊始，为控制新冠肺炎疫情，神州大地众志成城，在多次延期开工之后，一些现金流吃紧或翻身无望的公司在租金、员工工资等固定运营成本倒逼下无以为继，被迫解散，正如作家方方所说的，“时代中的一粒灰，落在个人那里，可能就是一座山。”无论是将公司注销还是由于未按时年检等原因导致公司被吊销营业执照，股东为了免于承担除了对公司的出资之外的责任的法律风险，需要对公司进行清算。

根据《公司法》第180条，注销或者被吊销营业执照意味着公司在法律意义上解散了。另外，依据《公司法》第183条，由于注销或者吊销导致公司解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，进行清算。可见，公司解散之后进行清算是一种义务。

《公司法司法解释二》第18条则规定，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东没有在法定期限内成立清算组进行清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，应在造成损失的范围内对公司债务承担赔偿责任，假如因此导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，则应对公司债务承担连带清偿责任。

如果是实际控制人原因造成上述结果，实际控制人对公司债务应承担相应的民事责任。也就是说，即使注销或者吊销后的公司，有限公司的股东和实际控制人、股份公司的董事、控股股东和实际控制人也需要对其进行清算。2016年12月1日起施行的《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 法释〔2016〕21号》第21条的规定也印证了股东在公司注销后的清算义务，其规定如下：作为被执行人的公司，未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，申请执行人申请变更、追加有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东为被执行人，对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。该规定换句话说就是，注销之后不办理清算，造成公司无法清算的后果的，债权人可要求股东对公司债务承担连带责任。

二、以案释法：什么情况下公司注销 / 吊销未办理清算时股东不需要对公司债务承担连带责任

最高院曾经有一个再审案子（案号：（2016）最高法民再37号），颇为一波三折，简要内容是1998年某银行将500万贷款给甲公司，甲公司在贷款到期之后仅归还了借款本金100万元，银行多次讨债未果，后来将债权（本金400万元、利息2073754.22元）出卖，买到该笔债权的公司由于对甲公司讨债未果，再次将债权出卖，后来依旧由于对甲公司讨债未果，债权再次被出卖，卖给了某不良资产处置公司。不良资产处置公司在对甲公

司讨债未果后向法院申请对甲公司强制清算，清算组在清算时发现被清算公司甲公司早已无营业场所和营业活动，经调查亦未能发现被清算公司的任何财产。

一审法院向被清算公司的两股东（A公司、B公司）说明了清算义务人，即上述两股东（A公司、B公司）不履行法定义务的相关法律后果后，其股东之一A公司（该公司也于2013年被吊销了营业执照）的法定代表人仍表示被清算公司的所有资料都不知去向，仅陈述资料可能由C公司接管，但法院经向C公司负责人调查，其陈述该公司并未接收任何关于被清算公司的资料；被清算公司的另一股东B公司仅保存并提供了被清算公司1995年设立（两股东各出资50万元）、1997年增资（两股东各增资50万元）时的合资协议、章程，被清算公司1995至1997年度的审计报告，以及B公司1999年起诉被清算公司甲公司的民事判决书及相关执行裁定书等资料。因无法清算，一审法院终结了强制清算程序。

2014年，不良资产处置公司向扬州市中级人民法院起诉，请求甲公司的两个股东，A公司和B公司对借款本金400万元、利息2073754.22元承担连带清偿责任。甲公司工商档案显示该公司最后一次年检是1999年度，相关表格中显示该公司此时的资产总额426万元，负债总额663万元。甲公司在2001年11月2日被吊销了营业执照，但未在解散事由出现之日起十五日内成立清算组开始清算，此后该公司也一直未进行清算。一审法院认为，A公司虽在2013年已被吊销了营业执照，但其诉讼主体资格仍然具备，其不应诉答辩，视为对相关质证、抗辩等诉讼权利的放弃，且不良资产处置公司提供了基础证据，因此法院判令A公司需要对该债务承担连带责任，一审法院也没有支持B公司提出的甲公司账册保存在C公司而未灭失的主张。

二审和再审则围绕着B公司是否需要承担甲公司的债务承担连带责任展开，最终的结果是，再审维持了二审判决，认为B公司不需要对甲公司的债务承担连带责任。

甲公司被吊销营业执照前，B公司就其对甲公司的另外900余万元债权提起了诉讼，该债权为甲公司拖欠B公司的汽车款，后因甲公司已歇业，暂无资产可供执行，B公司亦提供不出被执行人甲公司的财产线索，相应判决被裁定中止执行。因此，如果B公司有条件对甲公司组织清算，对B公司亦为有利，其主观上非怠于清算，客观上其申请执行未果。

甲公司欠B公司汽车款900余万元，B公司于1999年即已起诉甲公司，但因甲公司无财产可供执行，未能受偿。故B公司主观上不具有滥用甲公司的独立法人地位和其股东有限责任损害甲公司债权人利益的过错。甲公司最后一次年检显示其已经资不抵债，B公司未履行清算义务与不良资产处置公司的损失之间并无因果关系。在甲公司于2001年已无偿债能力且被吊销营业执照的情形下，即使当时进行清算，其也无责任资产偿还不良资产处置公司对甲公司的案涉债权，故B公司未履行清算义务的行为并未造成不良资产处置公司的损失，B公司未履行清算义务的行为与不良资产处置公司案涉债权未得到清偿所致损失并无因果关系。

而且，本案被清算公司发生清算事由在2001年，《公司法司法解释二》自2008年5月19日起施行，考虑到对于当事人期限利益的保护，基于法无溯及力的原则，让当事人基于清算事由发生时未实施的法律要求其承担连带清偿责任，有失公正，尤其是在清算义务人已尽其所能未能在强制执行程序中使自己对被清算主体的900万元债权得到清偿的情形下。

基于上述原因，再审维持了二审判决，B公司不对甲公司的债务承担连带责任。

上述案例最高法之所以认为B公司不对甲公司的债务承担责任，主要是：

一、清算义务人B公司证明了其并非怠于履行清算义务，其在清算事由发生之前就起诉甲公司索要900余万元汽车款，因甲公司无财产而无法执行。

二、被清算人甲公司在清算事由发生时已资不抵债，其不履行清算义务的行为与债权人债权未得到清偿没有因果关系。

三、要求清算义务人承担法律责任的司法解释在清算事由发生时尚未出台。一个有意思的事实是，再审中被申请人 B 公司还提交意见称，不良资产处置公司购得该债权（借款本金 400 万元、利息 2073754.22 元）的对价格极为低小（仅约 30 万元对价）（笔者内心 OS：如果法院判决支持不良资产处置公司的主张，对不良资产处置公司可谓一本万利，没有比这来钱更快的了）。

基于上述充分的事实和法律依据，再审维持了二审判决，认为 B 公司不对甲公司的债务承担连带责任。与此相反，在没有充分依据的情况下，在公司注销或者吊销后，如果股东怠于履行清算义务，还是需要对造成的损失承担赔偿责任，股东因怠于履行清算义务导致公司无法清算的，需对公司债务承担连带责任。

2009 年 11 月 4 日颁布并实施的《最高人民法院印发〈关于印发审理公司强制清算案件工作座谈会纪要〉的通知》第 29 条也规定无法清算或者无法全面清算情况下，可基于公司法司法解释二第 18 条的规定要求股东、董事、实际控制人等对其债务承担赔偿责任：债权人申请强制清算，人民法院以无法清算或者无法全面清算为由裁定终结强制清算程序的，应当在终结裁定中载明，债权人可以另行依据公司法司法解释二第十八条的规定，要求被申请人的股东、董事、实际控制人等清算义务人对其债务承担偿还责任。股东申请强制清算，人民法院以无法清算或者无法全面清算为由作出终结强制清算程序的，应当在终结裁定中载明，股东可以向控股股东等实际控制公司的主体主张有关权利。

三、审判规定的明确和细化：《全国法院民商事审判工作会议纪要》出台

在司法实践中，一些案例显示，在公司吊销未清算情况下，有小股东也承担了对公司债务的连带清偿责任。对此，在 2019 年 11 月 8 日由最高人民法院印发的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称《九民纪要》）中对有限责任公司清算义务人的责任、怠于履行清算义务的认定、因果关系抗辩以及诉讼时效期间做了明确细化规定，其内容如下：

1、关于有限责任公司清算义务人的责任

关于有限责任公司股东清算责任的认定，一些案件的处理结果不适当地扩大了股东的清算责任。特别是实践中出现了一些职业债权人，从其他债权人处大批量超低价收购僵尸企业的“陈年旧账”后，对批量僵尸企业提起强制清算之诉，在获得人民法院对公司主要财产、账册、重要文件等灭失的认定后，根据公司法司法解释（二）第 18 条第 2 款的规定，请求有限责任公司的股东对公司债务承担连带清偿责任。有的人民法院没有准确把握上述规定的适用条件，判决没有“怠于履行义务”的小股东或者虽“怠于履行义务”但与公司主要财产、账册、重要文件等灭失没有因果关系的小股东对公司债务承担远远超过其出资数额的责任，导致出现利益明显失衡的现象。需要明确的是，上述司法解释关于有限责任公司股东清算责任的规定，其性质是因股东怠于履行清算义务致使公司无法清算所应当承担的侵权责任。在认定有限责任公司股东是否应当对债权人承担侵权赔偿责任时，应当注意以下问题：

【怠于履行清算义务的认定】

公司法司法解释（二）第 18 条第 2 款规定的“怠于履行义务”，是指有限责任公司的股东在法定清算事由出现后，在能够履行清算义务的情况下，故意拖延、拒绝履行清算义务，或者因过失导致无法进行清算的消极行为。股东举证证明其已经为履行清算义务采取了积极措施，或者小股东举证证明其既不是公司董事会或者监事会成员，也没有选派人员担任该机关成员，且从未参与公司经营管理，以不构成“怠于履行义务”为由，

主张其不应当对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院依法予以支持。

【因果关系抗辩】

有限责任公司的股东举证证明其“怠于履行义务”的消极不作为与“公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算”的结果之间没有因果关系，主张其不应对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院依法予以支持。

【诉讼时效期间】

公司债权人请求股东对公司债务承担连带清偿责任，股东以公司债权人对公司的债权已经超过诉讼时效期间为由抗辩，经查证属实的，人民法院依法予以支持。

公司债权人以公司法司法解释（二）第 18 条第 2 款为依据，请求有限责任公司的股东对公司债务承担连带清偿责任的，诉讼时效期间自公司债权人知道或者应当知道公司无法进行清算之日起计算。

上述规定概括起来就是：小股东在没有“怠于履行义务”或者虽“怠于履行义务”但与公司主要财产、账册、重要文件等灭失没有因果关系情况下，不宜对公司债务承担远远超过其出资数额的责任，否则将出现利益明显失衡的现象。股东证明其怠于履行清算义务的行为与无法清算结果没有因果关系的，对公司债务不承担连带责任。股东主张公司债权人对公司债权已过诉讼时效的，股东对公司债权不承担连带责任。

四、总结

综上所述，在回答公司注销或吊销未清算，股东是否需要对公司债务承担连带责任这一问题时，我们可以采用《九民纪要》中上述细化规定的要义和精髓，考虑将大小股东责任分别认定、明确股东是否是怠于履行清算义务，不履行清算义务与因此给债权人带来的损失是否有因果关系、是否已过诉讼时效、股东是否有其他抗辩事由等对个案进行逐个认定。

如果可以做到的话，在公司注销或者吊销之后，还是建议办理清算程序，这样债权人就不能基于法人人格否认制度向股东追索责任，能避免法律风险，将股东的损失止于对公司的出资以及股东对公司的其他运营成本上（如果有该成本的话）。

庚子鼠年开局已经不利，一起咬咬牙挺过去，立春已过，花开终有时。

有关管理人查询破产企业银行开户和存款信息的新规在实践中的运用

作者：刘宗哲

管理人是破产案件中一种特殊的临时主体，在《企业破产法》下被授予了充分的权力，使管理人能够全面地接管破产企业，推进破产案件进行，实现管理人在破产案件中的重要作用。《联合国国际贸易法委员会破产法立法指南》曾对此总结称，破产法经常对破产代表必须在程序中履行的职责和职能作出规定，破产法赋予破产代表有效和高效地履行这些职责和职能所必需的权力，这一点非常关键。

然而，我国的《企业破产法》在赋予管理人权力的同时，却并没有明确实施这些权力的方式。譬如其中第二十五条第二款“调查债务人财产状况，制作财产报告”，虽然赋予了管理人调查财产状况的权力，却在具体能查询哪些财产状况、要如何查询等方面缺乏具体的规定，这使得管理人过去查询破产企业财产状况明细时颇费周折。特别是核查银行开户和存款信息方面，由于银行的保密性要求极严，管理人在这一环节上屡屡碰壁，材料齐全的还可以凭借印鉴章以公司身份查询，遇上印鉴章遗失、“三无”企业则不得不求助于法院。管理人的职能难以得到彻底的施展，更妄论前述《立法指南》所要求的“有效和高效”。

2020年4月，这种情况有了转机。《上海市优化营商环境条例》（下简称“《条例》”）和《关于合作推进企业重整优化营商环境的会商纪要》（下简称“《会商纪要》”）两份文件的先后发布，对管理人查询企业明细作出了详细的规定，使管理人成为了独立的有权机关，而不再依靠于法院的调查令。这无疑让管理人在破产案件中调查核实企业银行开户和存款状况变得更为高效。然而，新规伊始，在实践上仍然面临着种种困难。如何克服这些困难，打破纸面与实践的隔阂，真正使破产案件的各方都能享受到新规所带来的便利，除了银行自身的学习，也需要作为变革见证者的管理人们来推动。

关于管理人查询破产企业明细的规定，体现在《条例》的第72条和《会商纪要》的第11条：

“第七十二条……破产管理人有权查询破产企业注册登记材料、社会保险费用缴纳情况、银行开户信息及存款状况，以及不动产、车辆、知识产权等信息，相关部门、金融机构应当予以配合……”

“第十一条（管理人查询）金融机构依据管理人提供的人民法院受理破产申请裁定书、指定管理人决定书查询破产企业的全部开户信息、征信报告和账户流水明细（包括历史账户和现存账户），免收手续费……”

由此可见，依照新规，管理人仅凭破产申请裁定书和指定管理人决定书，就可以在银行调取破产企业的开户信息、存款情况及明细，而且免收手续费。若能严格落实，实在是非常便利的条件。然而，在笔者向银行调取明细的过程中，即使向银行释明了这两项规定，仍然经常被拒绝。常见的原因有以下几种：

一、“律师不能查明细。”

这种理由出现的缘由在于仍有很多银行不知道“管理人”这一概念。事实上，管理人并不仅仅是律师事务所，也包括在管理人名册中的会计师事务所、清算事务所等中介机构。以笔者所在的律所担任管理人的情况举例，在指定管理人的决定书上，通常指定律所为管理人，相关律师为管理人团队成员。但在银行方面看来，会觉得管理人终究脱不开“律师”这层身份，而在“律师”和“管理人”这两个概念中，他们显然更熟悉“律师”。因此他们在对接管理人提出的核查银行账户信息的要求时，套用对待普通律师的操作也就可以理解了。事实上，普通律师确实无权独立查询企业明细，而管理人和律师是不同的两个身份，可以说，破产案件中，律师是获得

管理人团队成员资格的一种途径，而当一个律师成为管理人团队成员后，就是在代表管理人的身份活动，律师身份反而不那么重要了，其他如会计师等身份亦同。因此，如果银行看着决定书问“您是律师吗”，千万不要只回答“是”，而是要说“我是，但我也代表管理人”，之后再向他们普及“管理人”这一概念。

二、“我们银行还没有收到这个文件。”

因为《会商纪要》的规定比《条例》更细，发布机关中又有人民银行，一般来说笔者会优先释明《会商纪要》，于是就容易出现这种状况。上海市的银行规定，是由人行上海总部分行下达给各分行，再由各分行下达给各支行的，而银行内部又要再制定更细一步的规定，因此在支行收到要执行的具体规定前，便很难执行《会商纪要》。这时就体现出《条例》的优势来，作为行政法规，该条例是具有法律效力的，而不是银行说不执行就不执行，何况《条例》第79条也指出“妨碍破产管理人依法履职的”，由有关部门责令改正，情节严重追究法律责任。

因此，对于此种情况，可以走一个三步的流程：首先让支行向分行核实到底有没有收到《会商纪要》；其次，晓之以理，向他们说明文件迟早是会收到的，而强调未收到文件，除了拖延时间外，并不能改变最终结果；若是以上两步均无法解决，再释明《条例》的法律强制力以威慑。据笔者所知，自从一位勇敢的管理人同行向人行投诉某银行不执行《会商纪要》后，人行已经向各大行负责人进行了再次的嘱咐，当下以未收到文件来拒绝查询的情况已经有所减少。

三、“必须要决定书上写了名字的人才能查。”

翻译一下就是必须要管理人团队成员查询。限于文书的篇幅，决定书通常只列明管理人团队的主办成员，并不会将所有成员的名字均堆砌在上，实践中，若破产企业开立的银行账户较多，管理人团队也会安排助手跑银行查明细。在此情况下，非管理人团队成员查询应该备好决定书指定的中介机构介绍信和加盖管理人章的管理人团队授权委托书，以体现自己是得到了管理人（中介机构）和管理人团队的双重授权，此时就有部分银行会网开一面了。

当然，有一些银行在收到上述准备的材料后，仍会拒绝查询。它们一般会说中介机构的公章和管理人章无法验证。作为专业的金融机构，银行在工作中有核验预留印鉴的习惯，因此换位思考，它们的这一说法也可以理解。由于团队能否授权团队外的人查询银行信息并无明确规定，而章也确实一时无法核实，此种情况是不能硬顶的。只能不断协商、增强自身可信度来获取银行信任。这时可以让银行查询本市的管理人名册，并指出管理人章是携带裁定书和决定书才能刻的，以提高可信度。若再无法解决的，可以让银行与决定书上列明的管理人团队负责人打电话核实，或者请银行先打印，打好后再叫团队成员携带证件来取。至此，这类问题基本上都可以得到解决。

四、“必须要两人才能查询。”

凡是提这类要求的银行，一般脾气都很刚直，还会告诉你法院来查也得两个人。笔者目前也没有能单人当场解决的方法，但是大多数情况下他们不会核实身份，只要人到齐了，且出现在决定书指定的中介机构介绍信上，携带了与介绍信上写的相同的证件（最好统一写身份证），就可以查询。此外，部分银行在上海市的分行可以查询所有本市支行的明细，所以最为理想的方式是第一次碰壁后，就约好同行人员，将所有需要去支行的账号汇总起来，统一去一次分行，若是分行实在不能统一查询，再一家一家去跑支行。

五、“我们要收原件。”

这个原件特指裁定书和决定书。因为后续办理破产企业注销阶段均需要使用原件，多数管理人的原件都是很珍稀的。然而不知道是何时在银行圈内传出的说法，称“管理人问法院要原件，要多少份法院就给多少份”，

于是便有银行提出了这样的要求。银行要收原件的动机多半是为了核实真实性，理想的情况是用加盖管理人章的复印件或由经办人员签名的复印件代替。多向银行说明管理人的苦衷，获取原件并不容易，也能有助于这一奇怪现象得以彻底解决。

六、“管理人也要收手续费。”

管理人免收手续费本来是《会商纪要》中的明确规定，银行没有正当理由还不执行新规，是可以直接通过法院投诉到人行的。当然，如果金额较小，也没有必要与之纠缠，但有些银行的收费较高，如按年 2000 元 / 年收取，个别网点甚至要价 80 元 / 张，这对于破产费用本就有限的案子来说，便成了一笔不小的开支，这时便需要和它们据理力争，从而体现管理人的忠实勤勉义务了。此外，诸如“我们只认调查令”，“只有法院能查，其他都不行”等拒绝管理人核查的理由，较之前几类银行“有自己难处”、或是“新规未明确涉及”的情况不同，便显得有些蛮不讲理。这些情况下，均建议直接将银行、工作人员和不执行新规的具体情况提交给法院或破产管理人协会，由后者汇总后向人行上海总部反映。

还想说的是，如果企业移交的材料齐全，最好随身携带破产企业的印鉴章和加盖公章的情况说明，以便能直接以公司身份查询。这是一种妥协的办法，但是很方便，可以省去说服银行的功夫。虽然新规下的管理人已被明确授权，还要借用企业的身份未免有些不甘，但效率确实会得到大大提升，何况多准备一条后路，在一条路走不通时，总会多一种选择。笔者在以管理人身份难以沟通时，就会提出按照企业流程办，以此解决了一些困难；但若案件中破产企业的原印鉴章遗失，便不得不在普及新规的道路上斗争到底。

笔者自今年四月份起开始参与破产项目，恰逢新规颁布，不仅能亲眼见证新规一步步落实，更有机会切身为新规的推广做一点微小的贡献。这是一种巧合，也是一种缘分。回忆起刚开始跑银行时，几乎所有银行都拒绝管理人查询，当时又正值斗志昂扬之际，笔者经常在银行花费一个小时以上的时间，来说服柜员、支行负责人以及隔着电话的分行负责人，真是举步维艰。到了后来就越来越顺利，因为了解新规的银行多了，我们这些管理人的努力得到重视了。近两个月，笔者和很多银行打了交道，有些银行笔者去了不止一次，也有些银行最终不得不麻烦管理人团队成员出马，但从来没有一家银行，能让我们妥协到去开调查令或请法院查询。这说明，管理人身份可以查询企业明细已经渐渐达成共识，管理人凭借裁定书和决定书就能畅通无阻的春天正在来临。这是管理人的胜利，也是破产法司法实践中的进步，能见证这段历史，令笔者不胜荣幸！

最后，笔者结合自身经验，就查询破产企业银行开户和存款状况所需的材料做一个总结，以供参考：

- 管理人团队成员查询：裁定书 + 决定书 + 证件
- 委托团队外的人查询：裁定书 + 决定书 + 证件 + 介绍信 + 授权委托书
- 以破产企业名义查询：公章 + 法人章 + 财务章 + 情况说明
- 绝不“翻车”的材料：委托团队外的人材料 + 破产企业名义查询材料
- 基本户查开户清单：开户许可证 + 开户密码（忘记开户密码需重置，密码为后台随机密码，基本户并不知情）
 - 银行自助打印明细：银行卡 + 密码（限一年内，仅有卡号密码无卡一般不行）
 - 网上银行查询明细：U 盾 + 密码（限一年内）

注：若查询时间跨度长明细多，等待时间也会长，一周后再通知提取亦属正常现象。但若银行长时间不通知，可主动联系，以防银行遗忘或因缺材料而搁置。

对因疫情影响而破产的企业多用破产和解制度予以挽救的建议

作者：朱小苏

由于新型肺炎疫情的肆虐，中国经济不可避免将受其影响，餐饮、零售、航空、旅游、影视、文化演出、出口、轻型制造等一些主要受疫情影响的产业会遇到经营困难，虽然政府一定会尽力挽救，甚至如上海、苏州等地陆续颁布了支持中小企业共渡难关的政策意见，但可以预见，仍然会有一批原本正常经营的中小型企业会因该突发事件而破产倒闭。笔者建议，对因疫情影响而陷入危困的中小型企业，应尽可能通过破产和解制度加以挽救，帮助其脱离困境，这是目前对整体经济重要的扶助，也是在合法运用破产法机制的同时体现特殊时期“人情味”的有益探索。具体而言，原因主要有以下：

一、日趋成熟的法律适用基础

考虑到中小企业是中国社会经济发展的重要生力军，毫无疑问，我们应该对这些因突发疫情而陷入困境的企业加以挽救。不同于1986年试行的破产法将清算作为单一目标取向，2007年生效的现行《中华人民共和国企业破产法》下设置了破产清算、破产重整和破产和解三套各自独立又可以相互依法转换的程序。对于那些产业落后、产能低效、确已缺乏挽救价值的企业，固然可以通过破产清算程序将其从市场上出清并注销，但对于仍具有挽救价值的困境企业，其还可以选择重整或者和解程序涅槃重生。这其中，破产和解是指在企业不能清偿债务时，在法院的主持下，经与债权人会议磋商谈判，达成相互间的谅解，一揽子解决债务危机以图复苏的制度。与破产清算相比较，和解制度避免了企业的清算退市，有利于其重生；与破产重整相比，和解制度更为简便灵活，时间经济成本更低。经过10多年的实践，现行破产法已逐渐为公众所了解，但相比较而言，破产清算与重整程序使用的更广，和解程序利用不多，而2019年11月颁布的《全国法院民事审判工作会议纪要》明确提出“注重发挥和解程序简便快速清理债权债务关系的功能，鼓励当事人通过和解程序或者达成自行和解的方式实现各方利益共赢”，为破产和解的进一步推广适用打下了坚实的法律基础。

二、具有针对性的简便快速程序

如前所言，破产和解最重要的优势在于程序的简便快速。同样出于破产保护的目，破产重整更适合大型公司，特别是股份公司、上市公司，例如日本破产法规定重整仅适用于股份公司。但破产和解则更适合债权人人数较少、债权数较小的企业。本次因受疫情影响而进入破产程序的企业，更多可能是中小型企业。这些企业多为服务业或轻型制造企业，正常经营情况下本不会破产，恰是由于疫情这个“黑天鹅事件”，导致无法正常营业，继而受困于租金或人力成本导致资金链断裂，而其自身的融资能力又不强，最终进入破产程序。区别于复杂的大型企业破产，这些中小企业的债权人结构组成简单，债权数额不高，特别是债权人与债务人企业之间可能之前长期存在合作或雇佣关系，矛盾并不尖锐，达成和解的既有基础较好。当然，这样的和解需要尽可能减少不必要的时间成本，如果久拖不决，债务人企业在泥潭中越陷越深，恢复经营的难度增大，而债权人资金占用成本也不断增高，各方让步的意愿将被逐渐消磨。在这方面，破产和解恰恰具有简便快速的优势，一旦达成，可以在最短时间内让困境企业回归正常经营。

三、概括清偿和强制和解的制度优势

破产和解另一个优势在于，与一般的执行程序相比，其是一项概括执行和清偿的制度，即在程序中，所有债务人企业的债权将集中申报，关于其的诉讼也将统一由破产受理法院管辖。可以想象，多数安分经营的中小

企业应诉的经验并不丰富，受疫情影响形成债权债务纠纷后，各债权人纷纷上门讨债或向不同法院启动诉讼程序，势必让本就命悬一线的中小困境企业应接不暇，疲于应对诉累也会堆高各项时间、费用成本。这种情况下，债务人企业往往按下葫芦浮起瓢，与全体债权人达成和解极为不易。而和解程序中，所有的债权都得以在同一法院的主持下，一揽子公平受偿，且法院将指定专业且富有经验的中介机构担任管理人，协助审核债权，调解各方的矛盾，有助于当事人准确地理解和解的重大意义，为合意的达成创造有利的条件。更重要的是，和解程序不需要每一个债权人的同意，而是以债权人会议的表决机制通过的和解，即只要出席债权人会议的有表决权的债权人过半数同意，且其所代表债权额占无财产担保债权总额的三分之二以上，该和解协议即可以通过，这无疑大大降低了达成和解的难度。而且，该和解协议的效力一旦经法院认可，将对不同意和解的债权人产生同样的约束力，因此又被称为强制和解，这样的制度优势无疑有助于更快地挽救那些因疫情而“突然死亡”的企业。

四、节约司法资源和优化营商环境

从一个更宏观的角度看，由于受到疫情影响，法院或仲裁机构在短期内原本就会形成很多积案，一旦一些中小企业因疫情而陷入债权债务纠纷，继而诉讼或仲裁四起，必然将进一步挤占原本就有限的司法资源。这些案件案情可能并不复杂，但数量一多，也需要投入不少的人力办理。况且，如果最终这些企业被迫破产倒闭，意味着多数诉讼即使胜诉，也无法帮助债权人得到足额清偿，甚至可能出现一大批无法执行的案件，势必又将大幅削减这些诉讼本身的意义。若是企业可以在出现无法清偿到期债务的情况下，迅速进入破产和解程序，虽无法完全定纷止争，却可以将许多诉争通过一个破产案件化解，客观上避免了很多无谓的诉讼，节约了司法资源。此外还需要看到，上海近年一直致力于优化营商环境，通过破产和解程序挽救受困疫情的中小企业，无疑是对尚在公开征求意见阶段的《上海市优化营商环境办法》的提前践行，是营商环境提升的一个直接体现。更重要的是，在世界银行的营商环境评估中，“办理破产”也是关键的参评指标之一，而上海又是世行选定的评估中占比最高的中国样板城市，通过发挥和解程序简便快速清理债权债务关系的功能，很大程度上可以让上海在“办理破产”指标下，破产程序时间乃至回收率等因素得到更高的分数，直接有益于中国整体营商环境在全球排名的提升。

当然，如前文所述，自破产和解制度设立以来，我国在司法实践上的适用还不多，因此，在倡导对因疫情影响而破产的企业多用破产和解加以挽救时，建议从以下几方面着手：

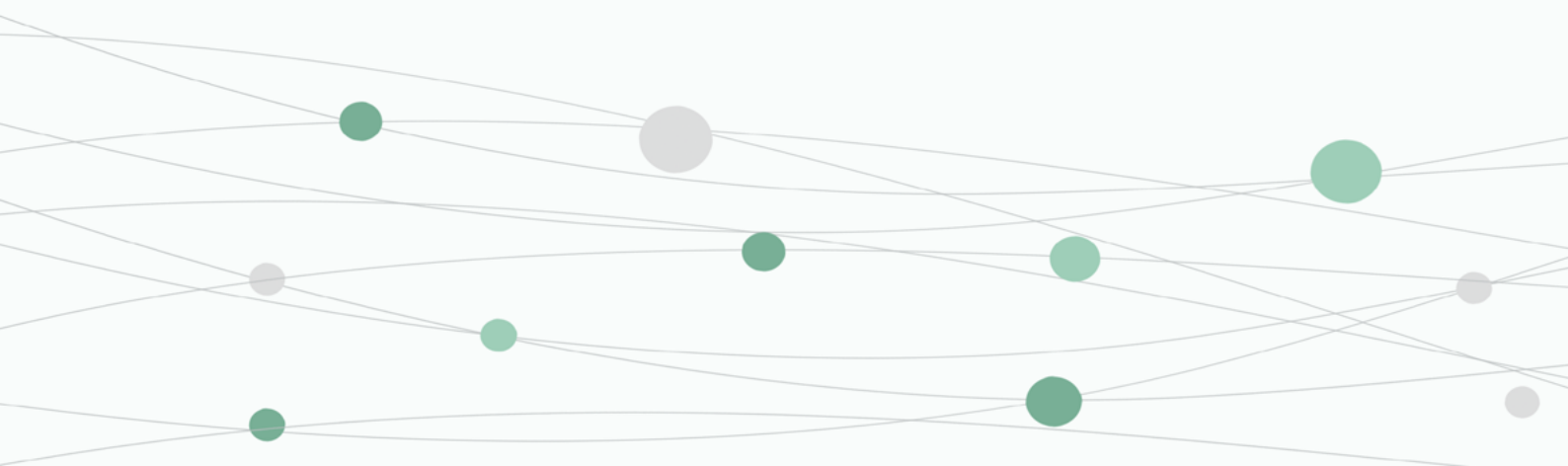
（一）提高破产法官对破产和解制度的重视和适用。在中国，绝不能忽视政策导向的重要作用。此前，最高人民法院曾提倡破产案件“多重整，少清算”，继而推动了一批具有影响力的破产重整典型案例的诞生。而对破产和解，长期以来法官可能更多采取一种听凭当事人意思自治的态度，从而影响了和解的成功率。在疫情而导致大量企业破产的特殊阶段，建议从政策上施加一定的引导，必要时，可以颁布一些指引或司法解释，鼓励破产法庭和法官在可能的情况下多允许企业破产和解，甚至对因疫情而濒危的中小企业破产案件，将和解程序前移作为破产清算或重整的前置程序。同时，法官应以更积极的态度参与到破产和解程序中，特别是在债权人和债务人企业谈判陷入僵局时及时介入调停，从而将法官的影响力渗透到和解程序的每一个环节。

（二）发挥管理人在具体案件中斡旋调解的作用。现行的破产法建立了“管理人中心主义”，即具体破产案件中的诸多事务性工作均由法院指定的中介机构（通常是律师事务所或会计师事务所）作为管理人予以执行。由于管理人的报酬依照最高人民法院的收费标准，系根据破产财产的数额统一累进计取，故原则上对于究竟采取破产清算，或是重整或和解，管理人并无特别的倾向。但不可否认的是，无论是重整或是和解，均需要管理人投入大量的精力居中调停，因此，从程序的便利度出发，部分管理人更乐于直接适用破产清算程序，将破产

财产快速变价并结案。但对于因疫情影响而破产的企业，考虑到其危困产生原因的偶发性，建议应通过有关的破产管理人协会、律师协会或会计师协会，鼓励管理人尽可能寻求破产和解的可能性，充分发挥在具体案件中的斡旋作用，在准确拿捏债权人与债务人企业之间矛盾点和利益点的基础上，把握最佳的时机介入，努力拉近双方之间的谈判差距，进而取得各方利益的平衡。


（三）增加地方政府部门对破产和解的支持力度。不同于一般诉讼，破产案件由于其牵涉当事人较多，容易引发群体性的矛盾，具有极强的社会性，因此中国破产审判的一个重要特色就是“府院联动”，在破产案件中寻求债务人企业所在地的基层组织、地方党委、政府等的协助支持。在破产和解程序中，更应保持与地方党委和政府部门的良好沟通，在可能的情况下通过集结社会各方的力量去争取多数债权人对和解协议的合意。在此过程中，对于涉及的诸如地方税务、社保等部门的欠费、地方国有企业或金融机构的债权，建议视金额的大小，在个案中允许一定程度的减免或迟延清偿，共同促进和解的达成。


（四）加大对破产和解在内的破产保护文化的宣传。同样重要的是，从挽救企业重生的角度出发，我们需要让受疫情影响而陷入危困的企业尽早进入破产和解程序，这就需要公众对破产保护文化有充分的理解。在西方国家，破产法往往是企业起死回生的特效药，但在中国许多企业主的认知中，破产往往是加速其消亡的催命符，许多人对破产的理解更多仍停留在破产清算的概念。虽然我们的破产立法并不比美国等国家落后，但由于司法、行政以及企业家观念的原因，通过破产制度寻求企业转危为安的实践总体仍不多。因此，建议在现阶段通过各种渠道尽可能对破产保护文化加以宣传，鼓励和引导受疫情影响而陷入危困的企业及时提出破产和解申请，而一旦在该过程中通过破产和解确实帮助一些企业转危为安，这些案例反过来又是对破产保护文化一种有益的宣传。



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