

# 华诚律谈

二〇一八年刊

华诚律谈编委会 编著



# 目录

## ▶ 知识产权

- 1、华诚最新整理免费商用中文字体参考表——避免字体侵权遭受高额索赔·····3
- 2、计算机软件著作权侵权介绍及分析·····5
- 3、“侵犯有一定影响的商品名称权益”的抗辩事由分析——从《商标法》的视角出发·····11

## ▶ 公司商事

- 1、共享商业模式下企业应重视的合规问题·····15
- 2、从“阵亡”的共享商业模式企业看初创企业合规性审查及建议·····20
- 3、浅论对赌协议之效力·····26
- 4、受让分期缴纳出资股权的风险·····32

## ▶ 网络安全与数据保护

- 1、大数据何以“杀熟”？——关于差异化定价法律规制的思考·····35
- 2、隐私保护和数据安全：领头企业的担当与责任·····38
- 3、GDPR 指引系列 | 以“数据主体权利”为主线·····40
- 4、“人群捕捞：从此再无私隐”——谈酒店行业的个人信息安全合规·····41

## ▶ 破产与清算

- 1、刍议国家工商总局 97 号文与“僵尸企业”清退·····45
- 2、对下落不明的债务人提起破产清算申请·····51
- 3、打开企业注销的新年大礼包——关于企业注销新政策的梳理及展望·····54
- 4、破产原因情形区分及在破产申请实务中的适用·····56

## 知识产权篇

### 华诚最新整理免费商用中文字体参考表 ——避免字体侵权遭受高额索赔

作者：刘一舟 俞吟艳 朱琦

#### 字体侵权“风暴来袭”，线上线下企业遭受连击

近年来频频出现的字体侵权诉讼让很多企业危机感重重，其中以方正、汉仪为首的字库公司对字体侵权展开了大规模“清剿”。网络频现淘宝店主“求救贴”，原因是很多店主被方正员工找上门，被告知店铺使用的方正字体侵权了，需要补交授权费用，费用不菲。方正这次大面积对线上企业下手，显然是已经将矛头从实体产业转向了网络这一“聚宝盆”。

前几日，北京汉仪科印信息技术有限公司还以侵害著作权及不正当竞争纠纷为由将北京某科技有限公司诉至法院，要求其停止侵权行为并索赔经济损失 150 万元。而方正也并不是第一次对企业“开刀”，早在 2007 年，方正某 IT 部门员工在玩美国暴雪娱乐有限公司出品的《魔兽世界》中文版时即发现，游戏中使用的中文字体均未获得相关授权。方正随即将暴雪告上法庭。最高人民法院判决暴雪未经许可使用方正享有著作权的字库，侵犯后者对字库享有的计算机软件著作权。方正在该案中主张赔偿额高达 4.08 亿元人民币，最终法院判赔 200 万元。可见，字库是字体版权人绝对不容触碰的高压线。

#### 字体单字使用也面临侵权风险

事实上，除了字库的使用，广告、产品包装上使用字体单字是众多商家、企业的日常经营行为之一。在汉仪诉昆山笑巴喜一案中，南京市中级人民法院认为笑巴喜在注册商标中使用的汉仪秀英体“笑巴喜”三字“具有明显的个性特征，能够独立构成美术作品”，该使用行为侵犯汉仪公司对字体享有的著作权。该案是我国法院首次在判决中认定字体单字构成受著作权法保护的美术作品，此后，在方正诉南京母婴坊、方正诉河北蓝亨啤酒、汉仪诉青蛙王子（中国）日化有限公司等案中，法院纷纷做出了相似判决。

#### 侵权成本过高，字库使用需谨慎

不难看出，我国法院对于具备独创性的字体单字，已经形成了倾向保护知识产权的初步态度。因此，在日常经营活动中，未经授权使用他人享有版权的字体都极有可能触碰到“侵权”的高压线。我们将目前可以免费商业使用的字体整理后附在文末，供大家参考使用。

福利：免费商用中文字体参照表

来源	字体	说明
方正公司	方正黑体 方正书宋 方正仿宋 方正楷体	方正公司在官网上明确表示可以免费商业使用的四款字体（但需要申请方正字体库的授权）
王汉宗系列	王汉宗标楷体空心 王汉宗波卡体空阴 王汉宗波浪体 王汉宗超黑俏皮动物 王汉宗明体 王汉宗粗钢体标准 王汉宗粗黑体实阴 王汉宗粗圆体双空 王汉宗仿宋标准 王汉宗钢笔行楷 王汉宗报体半天水 王汉宗特黑体 王汉宗特明体标准 王汉宗细黑体 王汉宗细新宋简体 王汉宗颜楷体 王汉宗中魏碑简体	由中原大学数学系王汉宗教授研发，授权公众免费商业使用。经 Justfront 专业比对，证实左列字体不涉及与文鼎字型的版权纠纷。
思源系列	思源黑体 思源宋体	思源字体是由 Adobe 与 Google 领导开发的开源字体
文泉驿系列	文泉驿点阵宋体 文泉驿微米黑 文泉驿正黑体	文泉驿系列字体来自于旅美学者房骞骞牵头创建的开源汉字字体项目
站酷系列	站酷高端黑 站酷快乐体	来自字体设计师胡晓波、刘兵克发起的“汉字百人舞”计划，由 100 位字体设计师共同创作，供公众免费商业使用
cwTeX 系列	cwTeX 明体 cwTeX 粗黑 cwTeX 仿宋 cwTeX 楷书 cwTeX 圆体	台湾 TeX 社区的繁体字体
Fandol 字体系列	FandolFang FandolHei FandolKai FandolSong	来自一家破产的字体公司，现在已开源
	庞门正道标题体	庞门正道公众号推出的免费字体，号称“不限时，不限量，不收费，随便用！”

（需要特别说明的是，本文及上述表格中有关免费字体内容系笔者整理自互联网中的公开信息，仅供读者参考，笔者对于上述信息的有效性和时效性不提供任何的担保和保证。任何使用上述字体的行为均应事先与权利人、作者或开发者取得联系并在获得确认和授权后进行。）

# 计算机软件著作权侵权介绍及分析

作者：朱琦 唐怡豪

在国内计算机行业发展的起步阶段，企业对于计算机软件著作权的关注度并不高，大多数企业所使用的都是盗版软件，一方面基于免费的盗版软件能够大大节省企业的办公成本，另一方面则是因为国外先进软件的著作权人为占领国内市场而对此种行为所采取的放任政策。<sup>[1]</sup>

而今，随着中国加入 WTO 后，国家对于计算机著作权的保护越来越重视，针对盗版产品的使用行为打击力度也越来越大。以微软的软件为例，自 2002 年至今，共发生 88 起相关计算机软件著作权侵权纠纷案件。<sup>[2]</sup>其中涉及到的法律责任包括了刑事责任和民事责任，刑责的最高量刑为三年六个月<sup>[3]</sup>，而民责的赔偿金额从 10 万元<sup>[4]</sup>到 3600 万元<sup>[5]</sup>不等。

本文以微软的侵权案件为例，具体介绍计算机软件著作权的侵权方式及司法实践中的认定规则，以期说明企业该如何预防与应对可能遭遇到的软件著作权纠纷。

## 一、微软计算机软件著作权侵权简介

### (一) 常见的微软计算机软件

软件企业在日常的销售过程中以及其他企业在日常办公过程中所可能使用的微软的软件包括：

由微软公司开发完成的 Windows 系列操作系统软件、Office 系列办公软件。具体包括但不限于：Microsoft Office Professional Edition 2003（简称 Office 2003）、Microsoft Office Ultimate 2007（简称 Office 2007）、Windows 视窗系列软件、Microsoft Windows XP Professional（简称 Windows XP 专业版）等。而随着计算机科技的快速发展，用于执行独立功能的专用计算机系统的嵌入式软件<sup>[6]</sup>的著作权也越来越为微软所重视，如：Windows CE、Windows XP Embedded 系列软件。

尽管上述软件的权利人微软公司属于美国且其软件的登记注册地在美国，但微软对其计算机软件享有的权利依然受中国法律保护。首先，根据《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》的第五条及国民待遇原则，联盟任何一成员国公民的作者，或者在任何一成员国首次发表其作品的作者，其作品在其他成员国应受到保护，此种保护应与各国给予本国国民的作品的保护相同；<sup>[7]</sup>其次，我国的《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）第二条明确规定了外国人的作品受本国《著作权法》的保护，《计算机软件保护条例》第五条也明确规定了外国人开发的软件也受该法保护；<sup>[8]</sup>同时，《著作权法》第三条还明确指出，计算机软件为该法所称的作品，软件权利人对其享有著作权。<sup>[9]</sup>

综上所述，微软公司对其所开发的各类软件享有计算机软件著作权，且其权利在中国受到《著作权法》、《计算机软件保护条例》等相关法律的保护。

### (二) 计算机软件著作权权利

#### 1) 著作权和计算机软件著作权

著作权即版权，是指文学、艺术、科学作品的作者对其作品享有的权利，包括财产权、人身权。<sup>[10]</sup>计算机软件著作权是指软件的开发者或者其他权利人依据有关著作权法律的规定，对于软件作品所享有的各项专有权利。<sup>[11]</sup>

虽然《著作权法》中将计算机软件的著作权包含在其调整范围内。但，计算机软件著作权与传统著作权之

间仍存在着不同。传统的著作权主要保护作品的表现形式<sup>[12]</sup>，而计算机软件著作权所保护的对象更注重作品的内容。

因此，国家特别出台了《计算机软件保护条例》对计算机软件著作权进行规定。

## 2) 计算机软件著作权人的权利

由于计算机软件著作权同时受两部法律的保护，因而，计算机软件著作权人所享有的权利不仅仅包括《计算机软件保护条例》所规定的发表权、署名权、修改权、复制权、发行权、出租权、信息网络传播权、翻译权八项权利，也包括了《著作权法》中规定的著作权人所享有的其他权利。

而在实务中，微软公司对其软件所享有的上述几项权利中，被侵权最为频繁的是复制权、发行权和信息网络传播权三项。

### (三) 计算机软件著作权侵权方式

对于计算机软件著作权的侵权方式一般表现为：

1) 未购买上述正版软件，擅自对其复制、安装并商业使用。在微软公司诉山东英科环保再生资源股份有限公司、淄博英科医疗制品有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案中，被告英科环保公司、英科医疗公司未购买正版软件，非法复制、安装并商业性使用了原告微软公司依法享有著作权的 MicrosoftOffice（微软办公）系列软件，侵犯了微软公司的著作权，法院最终判令其赔偿原告 20 万元的经济损失。<sup>[13]</sup>

2) 购买了一定数量的正版软件，但实际使用的软件数量、种类远超所购买的数量、种类。在微软公司与上海博科资讯股份有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案中，被告虽购买了 10 套微软公司开发的“微软开发工具 2005 中文专业版”，然而在证据保全时发现其所安装的涉案软件远不止 10 套，法院最终判定其构成侵权，赔偿原告经济损失 3300000 元。<sup>[14]</sup>

3) 未经微软公司授权，以营利为目的，擅自复制并发行相关软件。在微软与武汉银嘉信息技术有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案中，法院认定被告武汉银嘉信息技术有限公司未经原告微软公司授权为客户电脑复制安装涉案软件的行为属于发行行为，构成了对微软公司的侵权，最终判定被告赔偿原告经济损失 300000 元。<sup>[15]</sup>

4) 在产品中安装错误署名的相关软件。在微软公司与济南创佰数码科技有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案中，法院认为创佰公司在其加装的软件版权页加注“制造商和技术支持商 DEEPIN”，侵犯了微软公司的署名权，应以适当的方式消除影响，并最终判定被告赔偿原告经济损失 60000 元。<sup>[16]</sup>

5) 对正版软件进行解密，并将其置于网络平台上供他人下载。<sup>[17]</sup> 在“番茄花园”侵犯微软计算机软件著作权一案中，被告人孙显忠指示被告人张天平和被告人洪磊、梁焯勇合作，在未经微软公司许可的情况下，复制微软 WindowsXP 计算机软件后制作多款“番茄花园”版软件，并以修改浏览器主页、默认搜索页面、捆绑其他公司软件等形式，在“番茄花园”版软件中分别加载百度时代网络技术（北京）有限公司、北京阿里巴巴信息技术有限公司、北京搜狗科技发展有限公司、网际快车信息技术有限公司等多家单位的商业插件，通过互联网在“番茄花园”网站、“热度”网站发布供公众下载 10 余万次，法院认为其构成了侵犯著作权罪，判处被告人孙显忠有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币一百万元。<sup>[18]</sup>

如果企业在日常经营过程中存在类似上述任意一项行为时，即需注意该种行为有可能侵犯了微软的计算机软件著作权，企业可能将会面临陷入诉讼纠纷的窘境。

## 二、计算机软件著作权侵权的具体分析

### (一) 权利人了解企业计算机软件著作权侵权的途径

据了解，微软公司知晓企业是否使用盗版软件的途径主要是通过微软中国版权部对企业的调查，这种调查的对象一般是各类上市公司及知名度较高的公司。也就是说，企业一旦进行了上市，或者在其经营过程中对企业的宣传度较高亦或者企业在其所在行业的知名度较高都会进入到微软的视线中。<sup>[19]</sup>

而企业一旦进入了微软的调查名单，微软会根据企业的规模大小通过其独有的方法估算该企业的电脑使用数量，而后通过其所开发的软件特性，对企业购买正版软件的数量进行核对，一旦发现企业未购买正版软件或者购买的正版软件的数量与实际使用的数量不符，则微软即认定该企业使用了盗版的微软软件。

值得注意的是，在具体的实务中，微软公司也曾经通过企业发布的招聘信息中的“能够熟练使用office等办公软件”一点来判断相关企业是否存在使用盗版软件的可能性。<sup>[20]</sup>

### (二) 计算机软件著作权侵权的认定

#### 1、司法实践中主流的侵权认定规则

对于侵犯知识产权行为的认定，“实质性相似+接触”是一个非常重要的规则。<sup>[21]</sup>计算机软件著作权作为一种特殊的知识产权。在司法实践中对其侵权行为的认定时，其主流认定规则不仅包含实质性相似和接触两点，还包含了对软件合理来源解释这一规则。<sup>[22]</sup>

##### 1) 实质性相似

计算机软件的实质性相似是指被控侵权软件在表达方式上与权利人的软件存在实质性的相似<sup>[23]</sup>，具体包括文字部分的相似和非文字部分的相似。

文字部分的相似是指作者对作品思想创作的表达方式相似，在计算机软件著作权中其判定的主要依据是软件程序代码中引用的百分比。

非文字部分的相似是指软件整体上的相似，主要在软件程序的组织结构、处理流程、结果输入输出方式等方面的相似。

在认定一款软件是否构成侵权时，对于该软件的实质性相似确定是十分重要的。《著作权法》所保护的是作者对于其作品的表达而非其思想，因而作品形式的实质性相似是判断是否构成侵权的重要依据。传统文学作品的实质性相似主要表现在文字部分相似之上。而计算机软件不同于此，其实质性相似更基于注重其非文字部分的相似，因此，在具体的实务中对于这方面的举证就变得尤为重要。

##### 2) 接触

接触是指被控侵权人有接触侵权软件的机会，即该被控侵权人有“研究、复制对方计算机软件产品”的机会<sup>[24]</sup>。

现实中，导致“实质性相似”的原因不仅仅只有侵权行为。被控侵权人在独立开发的过程中可能会出现思想和技术方面的选择设计的巧合，这也可能导致最后的作品存在实质性的相似。如果被控侵权人能够有效证明软件是由其独立开发完成的，则这种实质性相似与侵权无关。

因而，在认定计算机软件是否侵权的过程中，被控侵权人是否有接触侵权软件的机会是需要着重考虑的。这决定了被控侵权人开发的软件的独立性。

##### 3) 合理来源解释

尽管法律实践中，“实质性相似+接触”是判断侵权人侵权的主要依据，但由于计算机软件著作权有着易复制的特点，权利人以外的其他人可以通过“接触”的方式非法取得软件。因此在侵权认定规则中，被控侵权人还需要承担着对软件合理来源解释的义务。

权利人主张构成侵权行为时，通常会举证被控侵权人有接触软件的机会。而被控侵权人如若主张其未侵权，则应当对软件的合法来源进行举证，如软件的复制经权利人授权，软件为独立开发完成等。

#### 4) 软件的合理使用

尽管满足上述计算机软件侵权认定规则的行为均被认定为侵犯他人著作权，但也存在着例外。如果软件使用行为属于法律规定的合理使用情况，则法院认定其不构成侵权。

我国《著作权法》对于著作权权利的合理使用做出了十二种情况的规定<sup>[25]</sup>。同时，我国《计算机软件保护条例》对于计算机软件的合法复制也做出了列举式规定：为了学习和研究软件内含的设计思想和原理，通过安装、显示、传输或者存储软件等方式使用软件的，可以不经软件著作权人许可，不向其支付报酬。除此以外的使用均非法律规定上的合理使用。

### 2、计算机软件著作权侵权的认定证据

上文提到了对于微软计算机软件著作权的侵权方式的简单阐述和总结，并从理论上了解了计算机软件著作权的认定的规则。虽然认定方式看似很简单，然而，在实务中由于案情的复杂性、专业性，法院对于企业是否构成对微软计算机软件著作权的侵权的认定还是很复杂的。

在实务中，法院一般从以下几个方面的证据认定企业是否构成对微软计算机软件著作权构成侵权：

1) 微软公司对企业所使用的相关软件是否享有著作权。通常法院根据《中华人民共和国著作权法》第二条第二款、《计算机软件保护条例》第五条第三款的规定以及微软公司在美国版权局是否进行了登记注册来判定微软公司对其所诉软件是否享有著作权。<sup>[26]</sup>

2) 企业的计算机中是否安装了盗版软件。对于该点内容的确定，微软公司一方面会通过自己的方式进行调查取证，以电话或者律师函的形式向企业提出“企业使用微软软件正版化问题”，一旦企业方不做出任何否认，则可以从侧面证实其安装了盗版软件<sup>[27]</sup>；另一方面，微软公司会通过公证以及向法院提出证据保全的方式进行确认。<sup>[28]</sup>

3) 企业能否对所使用的相关软件提供合法来源。如果企业能够对所诉的软件的合法来源提供相关证据，则法院认定其不构成侵权。<sup>[29]</sup>值得一提的是，实务中，企业所使用的软件可能是在购置电脑设备的时候附带的，而且企业并不知晓附带软件是盗版软件。这种情况下，根据《计算机软件保护条例》第三十条规定，企业只需停止使用、销毁该侵权复制品，无需承担赔偿责任。

4) 企业对于软件的使用是否符合商业使用的特性。在微软公司与山东英科环保再生资源股份有限公司、淄博英科医疗制品有限公司侵害计算机软件著作权纠纷一案中，法院认为：最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十一条规定：计算机软件用户未经许可或者超过许可范围商业使用计算机软件的，依据《中华人民共和国著作权法》第四十七条第（一）项、《计算机软件保护条例》第二十四条第（一）项的规定承担民事责任。<sup>[30]</sup>

在本案中，法院对于涉案软件的办公使用认定其为商业性使用。因此，尽管企业对于侵权软件并未做直接牟利的使用，而是仅用于日常办公，但其仍然构成了对于微软软件的侵权行为。

5) 企业对于软件的使用是否是合理使用。微软软件的合理使用行为具体包括两种，一种是法律规定的合理使用情况，另一种是微软和委托加工厂商之间的合理使用协议里规定的情况。

需要注意的是，在第二种情况中，企业为微软软件的最终用户，未经微软公司授权，并非协议服务对象。因此，企业以合理使用协议作为不构成侵权行为的主张不能受到法院的支持。在微软公司与莱克电气股份有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案中，法院认为微软公司仅允许各品牌委托加工厂商可以对涉案软件进行降版安装，并无证据表明，微软公司授权最终用户可以自行从网络中下载降版系统进行安装。故对莱克公司关于其系降版安装 WindowsXP 系统的主张不予采纳。<sup>[31]</sup>

### (三) 计算机软件著作权侵权的损害赔偿金额

对于计算机软件著作权侵权损害的赔偿金额，在司法实践中，法院通常根据以下方式进行认定：

1) 依照权利人的实际损失给与补偿。对于权利人的经济损失认定问题：如果侵权人的行为属于对侵权产品的销售，发行行为的，则权利人的经济损失可以根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十四条的规定，根据权利人因侵权所造成复制品发行减少量或者侵权复制品销售量与权利人发行该复制品单位利润乘积计算。发行减少量难以确定的，按照侵权复制品市场销售量确定。而法院所依据的一般为同期市场价格和销量。

2) 依照侵权人的违法所得给与补偿。当权利人的实际损失难以确定时，以侵权人的侵权软件复制品的总销售额减去可从中扣除的成本，以及由被侵害的软件著作权以外的因素带来的利润来计算侵权人的违法所得。<sup>[32]</sup>

3) 由人民法院根据侵权行为情节，判决给与 50 万元以下的赔偿。当权利人的实际损失以及侵权人的实际违法所得难以确定时，根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十四条规定，由人民法院根据侵权人的经营规模、经营时间、侵权软件数量、软件参考价格以及权利人在案所支出的合理开支（调查费、律师费、国内外公证费、翻译费、设备购买费等）判决 50 万元以下的损害赔偿。

## 三、微软计算机软件著作权侵权简介

随着中国经济水平的不断发展，微软公司对于盗版软件的打击力度正在逐年加大，许多知名企业都被一纸诉状告上法庭。企业所面临的是巨额的赔偿金以及无法避免的购买正版软件的昂贵费用。

为了避免这种情况，从源头开始加强对企业软件使用信息的保护固然很重要。但是，这种方法治标不治本，且仍存在着极大的法律风险。因而企业逐步使自身使用的软件正版化才是如今的主流趋势。当然，如若担心成本问题，企业同微软签订批量购买正版软件协议以降低成本是一个很好的方法，值得广大企业参考。

另外企业在日常使用计算机软件的过程时也可以注意以下几点，以避免争讼：

1) 对全公司的电脑装机量以及微软计算机软件的正版使用情况进行摸底统计。这样做的意义在于对公司软件使用情况有一个全面的了解，便于应对可能遇到的软件侵权诉讼纠纷。

2) 在对外招聘的招聘信息中，如包含“熟练使用 office 软件”等字样时，确保企业内部的正版软件使用率符合规定，以减少企业进入微软打击盗版名单的机率。

3) 加强对于正版软件使用的宣传，规范员工避免使用盗版软件。

4) 寻找可替代的相关免费软件，逐步替换对企业内微软软件的使用。

5) 对相关权利人来电以及邮件应当安排专人专员审慎对待，并及时咨询法律顾问，设计应对方案。

注释:

- [1] 张松:《反盗版:微软的另类营销手段》,经济参考报,2004年9月20日
- [2] 律商网“微软计算机软件著作权”检索信息, <http://sina.lt/fyD4>, 最后访问时间:2018/2/2, 14:43
- [3] (2009) 虎知刑初字第 0001 号, 成都共软网络科技有限公司、孙显忠、张天平、洪磊、梁焯勇侵犯著作权案, 苏州市虎丘区人民法院
- [4] (2014) 苏中知民初字第 00185 号, 微软公司与中铁二十局集团第一工程有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案(一审), 苏州市中级人民法院
- [5] 微软诉上海瑞创网络科技股份有限公司, 上海市浦东新区人民法院
- [6] 嵌入式软件 <https://baike.baidu.com/item/%E5%B5%8C%E5%85%A5%E5%BC%8F%E8%BD%AF%E4%BB%B6/5345503?fr=aladdin>
- [7] 《伯尔尼公约》国民待遇原则, 来自: <http://sina.lt/fyD5>
- [8] 《计算机软件保护条例 2013 修订》 <http://www.66law.cn/tiaoli/1107.aspx>
- [9] 《中华人民共和国著作权法》 <http://www.66law.cn/tiaoli/14.aspx>
- [10] 版权的定义, 来自: <http://sina.lt/fyD8>
- [11] 计算机软件著作权的定义, 来自: <http://sina.lt/fyD7>
- [12] 孔嘉,《浅议网络环境下著作权概念及与传统著作权的对立统一》, 内蒙古社会科学(汉文版), 第 30 卷, 第 4 期
- [13] (2014) 淄民三初字第 81 号, 微软公司与山东英科环保再生资源股份有限公司、淄博英科医疗制品有限公司侵害计算机软件著作权纠纷(一审), 淄博市中级人民法院
- [14] (2014) 普民三(知)初字第 114 号, 微软公司诉上海博科资讯股份有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案一审判决书, 上海市普陀区人民法院
- [15] (2016) 苏民终 1063 号, 微软与武汉银嘉信息技术有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案, 江苏省高级人民法院
- [16] (2013) 鲁民三终字第 206 号, 微软公司(Microsoft Corporation)与济南创佰数码科技有限公司侵害计算机软件著作权纠纷一案二审民事判决书, 山东省高级人民法院
- [17] 宋振凌,《计算机软件著作权侵权问题研究》, 湘潭大学硕士学位论文(2004)
- [18] (2009) 虎知刑初字第 0001 号, 成都共软网络科技有限公司、孙显忠、张天平、洪磊、梁焯勇侵犯著作权案, 苏州市虎丘区人民法院
- [19] 《微软清查上百家中国企业盗版:国产软件春天来了》, 新浪数码, 2017 年 10 月 25 日, 快科技
- [20] 陈东升,《招聘信息成盗版侵权证据》, 法制日报, 2013 年 7 月 10 日第 005 版
- [21] 吴汉东,《试论“实质性相似+接触”的侵权认定规则》, <http://article.chinalawinfo.com/ArticleFullText.aspx?ArticleId=93503>
- [22] 余逸超,《软件著作权侵权诉讼中的实质性相似与举证责任》, 中文科技期刊数据库(全文版)社会科学
- [23] 李俭,《软件著作权侵权的基本认定办法》, 法律图书馆, 2013/8/9, 最后访问时间:2018/2/2, 9:40
- [24] 宋振凌,《计算机软件著作权侵权问题研究》, 湘潭大学法律硕士论文
- [25] 《中华人民共和国著作权法》 <http://www.66law.cn/tiaoli/14.aspx>
- [26] (2016) 苏民终 1063 号, 微软公司与莱克电气股份有限公司侵害计算机软件著作权纠纷二审民事判决书, 江苏省高级人民法院
- [27] (2009) 浦民三(知)初字第 126 号, 某软件公司与 XX 保险股份有限公司侵害计算机软件著作权纠纷一案一审民事判决书, 上海市浦东新区人民法院
- [28] (2014) 苏中知民初字第 00185 号, 微软公司与中铁二十局集团第一工程有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案(一审)判决书, 苏州市中级人民法院
- [29] 《计算机软件保护条例》第二十八条, <http://www.66law.cn/tiaoli/1107.aspx>
- [30] (2014) 淄民三初字第 80 号, 微软公司与山东英科环保再生资源股份有限公司、淄博英科医疗制品有限公司侵害计算机软件著作权纠纷一案一审民事判决书, 淄博市中级人民法院
- [31] (2016) 苏民终 1063 号, 微软公司与莱克电气股份有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案二审判决书, 江苏省高级人民法院
- [32] 宋振凌,《计算机软件著作权侵权问题研究》, 湘潭大学硕士论文

## “侵犯有一定影响的商品名称权益”的抗辩事由分析 ——从《商标法》的视角出发

作者：张黎明

商标侵权向来是商标法理论研究和司法实践的核心内容，而商标侵权的抗辩事由又是商标侵权的重要组成部分。商标侵权抗辩事由是指在商标侵权案件中，被告针对原告的诉讼请求而提出的证明原告的诉讼请求不成立或不完全成立的事实，抗辩事由是抗辩在实体法上的依据。对于商标侵权抗辩体系，从国际条约到不同国家和地区的商标立法和司法实践，再到理论研究层面，都受到了非常高的关注。

### 我国商标侵权法律体系下的抗辩事由主要包括：

●商标权利瑕疵抗辩：例如原告商标系以不正当手段注册而应该被宣告无效、原告囤积商标超过三年未使用而应该被依法撤销。该等抗辩事由的实体法依据为《商标法》第四十四条及四十九条的规定。

●正当合理使用抗辩：从平衡商标权利人与社会公众的利益出发，主张原告的商标已权利利用尽、被告的使用属于正当使用、被告享有先使用权、或者非商标性使用等。前述部分抗辩事由的实体法依据为《商标法》第五十九条的规定。

●不相同、不混淆抗辩：被告主张商标标识、使用的商品或服务与原告商标存在较大差异、或者两者在市场上长期共存，不会造成混淆。

●赔偿责任豁免抗辩：即使被告构成商标侵权，但在特殊情形下可以对损失赔偿免责，此项抗辩的实体法依据为《商标法》第六十四条有关未使用商标抗辩、合法来源抗辩的规定。

然而，对于反不正当竞争案件，尤其是涉及侵犯有一定影响的商品名称权益的不正当竞争案件，无论是立法上还是理论研究层面，都鲜有体系化的分析和讨论。本文旨在从《商标法》的视角出发分析该类案件的抗辩事由，以求引发更多的思考和讨论。

值得说明的是，本文之所以借鉴商标法体系进行反不正当竞争案件的研究，一方面是因为两者保护的对象均为商业标识，尽管存在私权与公权侧重点的差异，但就保护识别作用、避免混淆而言，两者具有一定的共通性；另一方面也是最重要的缘由在于，学术界主流观点认为《反不正当竞争法》下的“商品名称”与《商标法》意义上的“商标”存在着天然的渊源，两者在法益上是重合的。

例如，有学者认为《反不正当竞争法》下的“商品名称”实质上是“未注册商标”，由于《商标法》仅明文保护注册商标和未注册驰名商标，为弥补《商标法》的不足，《反不正当竞争法》以禁止擅自使用他人“有一定影响的商品名称”之名行保护“未注册商标”之实。为论证前述说法的正确性，学者不仅找出了法理上的依据，更以《最高人民法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》第四条有关“认定与知名商品特有名称、包装、装潢相同或者近似，可以参照商标相同或者近似的判断原则和方法”、以及第五条有关“商品的名称、包装、装潢属于商标法第十条第一款规定的不得作为商标使用的标志，当事人请求依照反不正当竞争法第五条第（二）项规定予以保护的，人民法院不予支持”的规定为依据，主张《反不正当竞争法》下的“商品名称”与《商标法》意义上的“商标”实质上在保护客体、混淆判断标准上是一致的。当然，也有学者持反对意见，其认为《商标法》侧重于对民事主体私权的保护，而《反不正当竞争法》更侧重于对公平有序的市场竞争秩序的保护，两者保护的客体具有一定的类似性，但不能一概而论。

对学术界关于这一问题的争议，本文暂且按下不表。无论定性上的争议如何，已形成体系的商标侵权抗辩事由的借鉴意义是不可否认的。以下，结合商标侵权抗辩事由对“侵犯有一定影响的商品名称权益”案件的抗辩事由进行分析。

### 一、不相同、不混淆抗辩（不具有竞争关系抗辩）

《最高人民法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》第四条规定，认定与知名商品特有名称、包装、装潢相同或者近似，可以参照商标相同或者近似的判断原则和方法。

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条规定，商标法第五十二条第（一）项规定的商标相同，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，二者在视觉上基本无差别。商标法第五十二条第（一）项规定的商标近似，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。

在北京市高级人民法院终审的“（2017）京民终28号”“老干妈”商标侵权及不正当竞争纠纷案中，原告贵阳老干妈公司的产品为“豆豉、辣椒酱（调味）”（在商标分类中属于第29类），而被告贵州永红公司的产品为“牛肉棒”（在商标分类中属于第30类）。一审法院在判决书中认定：原、被告不具有市场竞争关系，不能适用《反不正当竞争法》的相关规定，被告的涉案行为未构成不正当竞争行为。该案件显然是按照商标法律体系下的判断标准，依据双方商品的不近似得出了原、被告不具有市场竞争关系的认定结论。

### 二、责任豁免抗辩

#### （一）未使用抗辩

《商标法》第六十四条第一款规定：注册商标专用权人不能证明此前三年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。

被告在反不正当竞争案件中可以参照上述规定主张未使用抗辩。在诉讼前期，被告只要提出原告在合理时间内未使用商品名称的主张即可，举证责任由原告承担。如果原告不能举证证明“一定时间内曾实际使用过”其主张的商品名称，则其更无法证明所主张的商品名称具有“一定的影响”，那么其起诉也就不存在法律要求的客观事实基础。该种情形看似荒谬，似乎在这样的情形下，原告本就不会提起诉讼，然而实践中的情形并非如此简单。例如，甲公司生产的某卫浴产品原本在市场中占有垄断性的地位，然而后来由于股权纠纷导致经营难以为继，产品于五年前在市场上已难觅踪影。经过多轮民事诉讼，股权纠纷终于得以解决，甲公司于半年前重整旗鼓，将原来的卫浴产品再次推向市场，但始终无法打开局面。调查发现，原来乙公司在一年前将一款同名产品推向市场，目前占有了一定的市场份额。甲公司认为乙公司侵犯了其“有一定影响的商品名称权益”愤而起诉。诉讼中，乙公司以甲公司在乙公司使用前三年内未使用“商品名称”、不存在“一定影响”为由进行抗辩。考虑到商品在市场上的流通时间、影响力的累积和消退周期等因素，甲公司的商品名称在五年前具有的知名度不具有必然的延续性。最终，甲公司只好撤诉结案。

#### （二）合理来源抗辩

《商标法》第六十四条第二款规定：销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，不承担赔偿责任。

“合理来源抗辩”来源于民法中的善意第三人制度，善意第三人制度的确立主要是为了维护市场经济中的正常交易秩序和交易安全。如果行为人在实施民事行为时主观上出于善意，主观上对侵权案不知情，客观上

又支付了合理的对价，则根据公平和利益平衡原则，该善意第三人的合法权益应当得到法律的保护。《商标法》下，如果销售商的“合理来源抗辩”成立，则可以免除金钱给付的赔偿责任。但是，其仍会被认定侵权成立、仍需承担停止侵权的责任。

然而，有案例显示反不正当竞争案件中的“合理来源抗辩”具有放大的效应。例如，最高人民法院在“(2015)民申字第302号”民事裁定书指出：1993年《反不正当竞争法》第5条第(二)项“规定中的使用行为应指直接使用行为，也就是生产商的生产、制造以及销售被控侵权产品行为，而不包括仅仅作为被控侵权产品销售商的销售行为。”该认定从根本上否定了销售商侵权的成立，更谈不上停止侵权、赔偿责任的承担。

对于最高院在该案中的认定，学术界持有异议者众多，各地法院在随后的案件审判中有遵循先例者、也有独立裁判者。然而，大家没有异议的是：如果销售商的“合理来源抗辩”成立，是不需要承担赔偿责任的。

### (三) 权利瑕疵抗辩

由于同一客体可衍生两项或两项以上不同性质的知识产权，而知识产权权利范围本身亦具有模糊性，故权利冲突难以避免。在不正当竞争案件中，原告所主张的商品名称是否具备法律要求的要件，是否与其他权利存在冲突均可能成为被告的抗辩理由。

例如，北京市高级人民法院在“(2013)高民终字第4324号”苏国荣等与北京当代商城有限责任公司商标侵权案件中认定：在案证据不足以证明香港荣华公司、东莞荣华公司使用在月饼上的“榮華”标识在第533357号“荣华及图”商标申请注册前已经在中国内地通过使用形构成未注册驰名商标或知名商品特有名称。因此，原审法院认定香港荣华公司“榮華月饼”并不享有在先权利，也未构成在先使用的知名商品特有名称是正确的。在此基础上，香港荣华公司、东莞荣华公司未经第533357号“荣华及图”商标的注册人或权利人许可，在同一种商品或者类似商品上使用与第533357号“荣华及图”商标近似的商标，侵犯了其商标权人的注册商标专用权，依法应当承担相应的法律责任。

该案件中，虽然抗辩双方的位置发生了对换，但就实体事实而言，充分体现了权利瑕疵对案件结果的影响。

### (四) 正当合理使用抗辩

#### (一) 权利利用尽抗辩

商标权用尽是指商标权人或其授权的人合将使用注册商标的商品投放市场上之后，商标权人在这些商品上的权益业已实现，其权利因用尽而告消灭，商标权人失去对该产品再次销售的控制权，商标权人无权阻止任何人在这些商品上继续使用其商标。

类似的，承载着有一定影响的商品名称的商品合法投入市场后，也会因权利利用尽而不得阻止他人利用该商品，可成为被告主张的抗辩事由。

#### (二) 正当使用抗辩

《商标法》第五十九条规定：注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。

《反不正当竞争法》虽然将旧法的“知名商品的特有名称”修改为“有一定影响的商品名称”，但正如有些学者所论述的，“特有”的删除主要是为了消除旧法中“以出身论英雄”的悖论。在新法下“有一定影响的商品名称”仍要求具有“特有”内涵，需要与要告具有指向性联系。如果被告能够证明被控产品使用的系“通用名称”，或者说原告所主张的商品名称并不特有，那么，原告的主张将丧失权益基础，被告的使用具有正当、合理性，原告无权禁止被告的正当使用。

### （三）先使用权抗辩

《商标法》第五十九条规定：商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用商标，但可以要求其附加适当区别标识。

最高人民法院在“(2012)民提字第38号”苏国荣与荣华饼家有限公司等侵犯注册商标专用权和不正当竞争纠纷再审案中认定：根据已经查明的事实，香港荣华公司公证购买由今明公司生产、世博分公司实际销售的被诉侵权商品和进行网上证据保全行为的时间均在上述商标许可使用合同的期限内，被诉侵权商品上文字部分的主要识别部分“荣华”与今明公司被许可使用的第533357号商标的文字组合及呼叫基本相同，且该标识使用在月饼商品上，故今明公司在被诉侵权商品上使用“荣华月饼”文字的行为具有正当性。因此，香港荣华公司和东莞荣华公司所提今明公司、世博分公司生产、销售被诉侵权商品的行为侵犯了其知名商品特有名称权的主张缺乏事实与法律依据。在该案件中，被告使用的商品名称获得商标注册，形成在先权利，不构成对在后商品名称权益的侵犯。

以上，从《商标法》的视角出发，对反不正当竞争案件中涉及“侵犯有一定影响的商品名称权益”的抗辩事由进行分析，希望对类似案件的处理有所启示和助益。

## 公司商事篇

### 共享商业模式下企业应重视的合规问题

作者：钱军亮 王卓雅

近日，笔者先后就共享单车与共享珠宝的问题接受了两家媒体的采访，从法律角度浅谈了笔者对于共享经济模式的一些看法。

#### 共享经济的发展现状

共享单车、共享汽车、共享珠宝、共享雨伞、共享睡眠舱……在“互联网+”的大时代背景下，共享经济已成为2017年最引人瞩目的关键词之一。创业者们争相将自己的项目冠以“共享”的标签，以期在火爆的共享经济平台中分一杯羹。然而在丰满的理想下，创业者和投资方却不得不直面骨感的现实：共享睡眠舱被查封，共享雨伞有借无还，共享单车充值容易退费难……

伴随着共享经济的蓬勃发展，各类现实问题也纷纷浮出水面。对此，中央和地方政府广泛征集意见，相继出台部门规章或规范性文件来规制共享行业的健康发展。比如，2017年8月1日，交通部等10部委联合出台了《关于鼓励和规范互联网租赁自行车发展的指导意见》，而仅在一周以后，8月8日，交通部和住建部联合发布《关于促进小微型客车租赁健康发展的指导意见》。在此之前，北上广深等多个城市的交通管理部门也已陆续发布了关于共享单车的规范性文件或征求意见稿。因此，共享商业模式下企业的合规运作不再是一纸空谈，而是逐渐变得有“规”可循。

我们认为，充分有效的法律合规审查对于共享商业模式的有效推广至关重要。企业在投身于共享经济的浪潮之前，应该考虑清楚：共享商业模式的法律实质是什么？在运作过程可能会出现哪些问题？应如何有效规避？笔者将结合新出台的规定阐述个人对于以上问题的观点。

#### 共享商业模式的法律实质

目前，市面上出现的形形色色的“共享系”创业项目，从本质上说，“共享”既非法律概念，也非传统意义上经济学概念<sup>[1]</sup>，而是对特定传统业态中某种既有概念的再包装。

首先，以共享单车为例，单车公司实际上为消费者提供的是一种租赁服务，双方之间通过建立租赁合同关系来实现所谓的“共享”，即消费者支付一定的代价包括交付押金并预付费用，就可以获得在一定时间内使用单车的权利。相较之下，目前新兴的共享珠宝则更倾向于“以物换权”的置换模式，即消费者无需支付押金和租金，只需通过分享一件闲置首饰来换取相应价值范围内的物品使用权。而共享雨伞的运营模式既非租赁，也非置换，而是默许甚至鼓励用户通过支付押金和使用费的方式将雨伞带回家，与其家人朋友“共享”。<sup>[2]</sup>显然，共享雨伞偏题更远，虽冠以“共享”之名，但实则却是一场披着“共享”外衣的无人销售行为。

综上，各种共享商业模式所代表的法律性质不一而同，因此，其背后所隐藏的法律风险需要企业有的放矢

地予以规范，但总体而言，共享经济模式在合规方面仍存在一些值得关注的共性问题。

## 共享商业模式的主要问题及应对策略

### 01、资金管理

#### 1) 充值容易退费难：

随着各类 App 和手机支付软件的广泛运用，大多数的共享企业在提供服务之前都要求用户先支付一笔押金并进行定额充值，但目前充值容易退费难的情况普遍存在并且已引发广泛关注。

在各种共享商业项目中，共享单车起步早受众广，因此，在资金管理方面的问题也较为突出。目前市场上的共享单车品牌，有些在服务条款中直接注明“余额不能转移”，有些虽然声称支持余额退费，但实际可操作性欠佳，退款流程并不顺畅。比如，某共享单车公司要求消费者必须通过拨打人工客服电话申请退费，但客服电话经常会出现无人响应的情况。据悉，上海市消保委在今年半年内接到的有关共享单车客服的投诉量与往年相比大幅增长。仅截至 2017 年 3 月初，投诉量就已达 463 起，远远超过 2016 年全年的投诉量。<sup>[3]</sup>

我们认为，首先，从法律角度来看，消费者与共享单车企业之间实质上是一种债权债务关系，而充值是消费者的预付行为，因此已缴押金及未用余额理应退回。如若企业声称不能退款，则涉嫌侵害消费者的合法权益。其次，即使企业支持退费，退费难的问题仍然可能演变为企业发展过程中的合规风险。本月初交通部等 10 部委联合发布的《关于鼓励和规范互联网租赁自行车发展的指导意见》（以下简称“共享单车指导意见”）鼓励企业采用免押金提供租赁服务，并要求企业加快实现“即租即押，即还即退”。而即将出台的上海市共享单车企业“团体标准”则规定：押金退回的时效不得超过 7 天，共享单车企业的投诉电话应保持 24 小时畅通，并应在 48 小时内处理用户的投诉。因此，共享企业（不仅限于共享单车企业）应顺应市场和消费者需求，尽快调整依靠押金运营的单一模式，可以尝试建立用户信用评价制度，同时构建跨企业跨地域的守信激励和失信惩戒机制，以信用管理模式辅以或代替押金管理模式。

#### 2) 资金流向监管：

除此之外，消费者对于共享商业模式的资金管理问题的另一大质疑在于，共享企业通过用户注册及充值等形式所沉淀的资金究竟流向哪里？仍以共享单车为例，鉴于目前共享单车的用户群体数量庞大，粗略估计单车公司所收取的押金和用户充值余额也极为可观。有数据统计显示，截至 2017 年 3 月，摩拜押金规模超过 30 亿元，ofo 超过 25 亿元<sup>[4]</sup>，以上数据仅限于用户首次使用所交付的押金，尚不包括用户的充值余额。那么，这笔数额不菲的资金如何保存和使用？在资金安全方面是否存在潜在风险？

与传统租赁服务不同的是，在用户终止接受共享单车服务时，押金不会自动退还。而且押金并非一车一押，而是一人一押，因此，一辆单车可能有多个用户的押金同时存在。用户对押金的金额并无议价权，这种“一对多”的强制性交易模式相当于一种变相融资行为，收取的押金及用户充值会形成资金池<sup>[5]</sup>，而对于如何运营这笔庞大的资金，各共享单车公司并没有对外披露。除了维持企业的正常运转以及产品的维修和更新换代之外，企业也有可能利用押金和用户充值进行投资或开展其他经营性业务。例如，摩拜单车携手全球知名餐饮品牌 Wagas 打造的“摩拜单车主题餐厅”已登陆北京和上海。一旦相关投资或企业运行本身出现问题，消费者支付的押金及充值余额可能有去无回，经营失败的风险也就由此转嫁到消费者身上。如果发生押金兑付危机，单车企业除了可能因为商誉受损而造成顾客群体的流失，还有可能面临行政处罚或引发集体诉讼。对此，“共享单车指导意见”要求企业应严格区分自有资金和用户押金、预付资金，在企业注册地开立用户押金、预付资金专用账户，实现专款专用。如果共享单车企业运用押金和用户预付资金开展金融投资业务，则还需要行政机

关和金融监管机关配套出台相应措施进行监管。例如，近日出台的《北京市鼓励规范发展共享自行车的指导意见（试行）》规定：企业须在本市开立资金专用账户，自觉接受中国人民银行营业管理部及开户商业银行监管，实行专款专用。若企业退出运营前要向社会公示，退还承租人押金，回收所有投放车辆。

## 02、信息管理问题

不论是共享单车还是共享汽车，目前很多以“共享”为名的租赁平台都是以“实名认证+手机绑定+押金”的方式运行的，在用户注册时手机号、身份信息等就开始被采集，而共享汽车平台更是要求用户提供驾驶证信息。当用户使用共享单车服务时，摩拜单车对于每一辆车的位置和状态了如指掌。不仅开锁信息会被记录下来，共享单车 APP 还会借助每一辆单车搭载的 GPS 模块、移动通信模块及其他技术设备记录用户的运动轨迹，比如单车的使用频率、运行轨迹、各个时间段的使用量……甚至包括它背后对应的骑车人的骑行速度、骑行习惯等。共享单车借助 GPS、手机 APP 等技术手段，轻松获得了单车相关的用户数据，这无疑给共享单车的精细化运营提供了帮助。但在实现精细化运营的同时，用户的个人隐私信息也存在着被泄露或传播的风险。<sup>[6]</sup> 对此，某市场占有率较高的共享单车 APP 的《租赁服务条款》规定：公司承诺保护用户隐私，但同时公司可能会与第三方合作，如该第三方同意承担与本公司同等的保护用户隐私的责任，公司有权将用户的注册资料等提供给第三方、公司有权对用户数据库进行分析并对数据库进行商业上的利用。<sup>[7]</sup> 对于这种“一揽子”的格式合同，用户想要使用服务只能全盘接受所有条款。共享单车租赁合同是通过电子数据信息方式而形成的合同，合同内容往往由平台单方面提供的格式条款构成，而且租赁期限较为短暂。但相较于普通租赁合同，共享单车租赁服务的特殊之处在于它不仅受合同法的调整，同时也受消费者权益保护法的规制。当二者发生冲突时，消费者权益保护法应作为特殊规则予以优先适用。<sup>[8]</sup> 因此，即使用户选择接受格式合同中的隐私条款，也可以利用消费者权益保护法中关于格式条款的规定<sup>[9]</sup>来保护自身的合法权益。

另一方面，共享单车 APP 本身也存在可能泄露个人信息的技术漏洞。在近日举行的 2017 国际安全极客大赛 GeekPwn 年中赛上，女黑客 TYY（化名）演示了不到一分钟攻破共享单车的高危漏洞，直接获取用户的个人资料、免费骑车的过程。由于安全漏洞的存在，网上关于共享单车恶意扣费的新闻屡见不鲜<sup>[10]</sup>，个人信息的泄露也难以避免。

今年 6 月 1 日正式生效的《网络安全法》进一步完善了个人信息保护规则，共享企业在收集、使用个人信息时，应更加审慎，防止信息泄露、毁损、丢失。<sup>[11]</sup> 如果因为诸如安全漏洞等原因导致无法彻底杜绝个人信息的泄露、毁损或丢失，网络运营者应当通过告知可能受到影响的用户来增强用户对相关诈骗行为的警惕性<sup>[12]</sup>，这在一定程度上也对共享企业信息管理责任的进一步提升形成了有效的倒逼机制。

## 03、安全责任问题

### 1) 因产品质量原因导致的安全责任问题：安全责任问题：

共享平台的产品在使用过程中出现质量问题在所难免。仍以共享单车为例，由于质量问题导致消费者遭受人身损害的产品缺陷，主要原因包括，单车本身的制造缺陷或设计缺陷，单车反复被使用而出现的折损问题，第三人原因（如恶意损坏）致使单车出现缺陷等。<sup>[13]</sup>

今年年初，北京的冯先生在使用 ofo 共享单车的过程中，因刹车突然失灵摔倒受伤，导致自己支付逾 2 万元的治疗费用。冯先生遂以 ofo 平台方提供的产品存在质量问题，未尽到保障使用者人身安全的责任为由将 ofo 平台方诉至北京市朝阳区人民法院，这是共享单车遭遇的首起索赔官司。<sup>[14]</sup>

因单车质量导致使用者遭受人身伤害，受害人是否可要求共享单车企业予以赔偿？首先，从消费者权益保护的角度来看，消费者有权要求经营者提供的商品和服务符合保障人身、财产安全的要求<sup>[15]</sup>。因此，在使用共享单车的过程中，因车辆本身存在缺陷而给消费者造成人身伤害或财产损失时，消费者有权要求作为经营者的共享单车企业承担赔偿责任。其次，从共享商业模式的法律实质来看，共享单车企业作为出租方，应当提供质量合格的产品并尽到审慎管理及维护保养的义务，同时应当向单车的使用者针对安全骑行等注意事项进行充分地告知及提醒。

即使非因平台本身原因（如第三方恶意毁损）导致共享单车的出现质量问题，受害人也可以通过主张违约责任或侵权责任向单车平台索赔。平台赔偿后，可以向生产厂商或损坏单车的第三人进行追偿。目前，很多共享单车运营平台都为用户投保了人身意外险，但对于投保类别、赔付范围等信息却鲜有公示和披露，而且保险公司理赔之后，平台是否应该就保险赔偿金未填补的部分向受害人承担更多的赔偿责任，也存在争议。例如，在上述首起共享单车索赔案中，由于 ofo 平台方已为用户投保附加意外伤害医疗保险和人身意外伤害保险，因此保险公司可以给予受害人冯先生不超过 1 万元的赔偿，但冯先生以赔偿额不足以支付治疗费用为由，向 ofo 平台继续索赔。

我们认为，鉴于共享单车企业难以对全部单车进行及时有效地管理维护，平台为使用者购买保险不失为明智之举，既能更好保护用户的安全权益，又可以分散赔偿责任风险。但购买保险并不能成为平台的免责事由，保险公司理赔之后，平台仍需就未被保险赔偿金所涵盖的部分承担相应的赔偿责任。<sup>[16]</sup>

## 2) 非因产品原因导致的安全责任问题：

除了产品本身的质量问题，共享平台所运营的产品也可能 2017 年 3 月，上海一不满 12 岁的男童骑共享单车被撞身亡，其家长将该单车企业作为被告之一诉至法庭，共索赔 878 万元。这是国内首例共享单车儿童伤亡案，也为共享单车的安全责任问题再一次敲响了警钟。虽然很多共享单车 APP 上明确标示未满 12 周岁的儿童不得骑行，但如何从源头上杜绝 12 岁以下未成年人使用单车仍有一定难度。一方面，企业可以对 APP 的功能进行优化研发，进行实名制管理，从而对用户年龄进行真实准确的判断；另一方面，企业可以创新保险机制，为用户购买人身意外伤害险，并在用户注册协议中予以告知。

目前，随着一线城市共享单车的暂停投放、共享单车企业接连倒闭押金有去无回，共享经济的热潮已逐渐进入冷静期的拐点。如何从“由无到有”过渡至“由有到精”，共享企业在发展的过程中更要重视合规经营，以实现从跑马圈地的粗放式经营转入更具挑战性的精细化运营阶段。

注释：

[1] 共享经济的概念：拥有闲置资源的机构或个人有偿让渡资源使用权给他人，让渡者获取回报，分享者利用分享自己的闲置资源创造价值。参见 MBA 智库【<http://dwz.cn/3sdmC1>】

[2] 共享雨伞创始人赵书平的回。参照《中国青年报》2017 年 8 月 8 日 --《“共享睡眠舱”被叫停变味儿的共享经济本质是什么》【<http://dwz.cn/7bY5Mr>】

[3] 参见《共享单车余额退款为何这么难？余额去哪了？已成“金融公司”？》【<https://0x9.me/yCBks>】

[4] 《从共享经济到信用经济共享单车行业加速洗牌》【<https://0x9.me/dTpJq>】

[5] 同 3

[6] 《共享单车也玩大数据精细化运营背后隐私如何保护？》【<https://0x9.me/BsoT2>】

[7] 《摩拜单车租赁服务协议》第五条【<https://0x9.me/7iG1x>】

[8] 参考《与你我相关！共享单车出事故谁赔？》一文中清华大学法学院教授程啸，中国人民大学法学院教授刘俊海的观点。

【<https://0x9.me/lMOz4>】

[9] 《中华人民共和国消费者权益保护法》第二十六条：

经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。

经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。

格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

[10] 例如：浙江嘉兴的一位市民4月18日选择了小鸣单车出行，但仅仅骑了20分钟，关锁还车后，App还在疯转，计费竟达41万元。

(来源：<https://0x9.me/K7vQm>)

[11] 《中华人民共和国网络安全法》

第四十条规定：网络运营者应当对其收集的用户信息严格保密，并建立健全用户信息保护制度。

第四十一条规定：网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。

[12] 《中华人民共和国网络安全法》第四十二条规定：

网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。

[13] 《与你我相关！共享单车出事故谁赔？》【<https://0x9.me/uz7dT>】

[14] 搜狐新闻《ofo 遭遇共享单车首起索赔官司》【<https://0x9.me/mJClI>】

[15] 《中华人民共和国消费者权益保护法》第七条

[16] 同 8.

## 从“阵亡”的共享商业模式企业看初创企业合规性审查及建议

作者：钱军亮 唐怡豪

作为“互联网+”时代下最为热门的商业模式之一，共享商业模式在中国呈现出“爆发式”的增长。公众普遍对这一新兴商业模式寄予厚望<sup>[1]</sup>，然而随着2017年一份企业“阵亡”名单的出炉<sup>[2]</sup>，其中共享商业模式企业却成为了“死亡重灾区”，截止至2017年12月20日，共有19家投身共享经济的企业宣告倒闭或终止服务<sup>[3]</sup>。

从一片关注到哀鸿遍野，共享商业模式企业的阵亡背后的原因发人深省。本文旨在通过对于“阵亡”企业的消亡原因进行分析，从而揭示初创企业合规性审查的重要性，并为创业者提供简单的建议。

### 一、“阵亡”共享商业模式企业现状

随着共享经济所体现出的资源浪费、信息安全、押金监管不力等问题的频发，中央和地方政府针对市场乱象相继出台了一系列的部门规章和规范性文件进行规范和整顿。与此同时，基于市场上用户习惯的逐步形成、企业之间技术层面的差距等因素，各共享商业模式企业之间的竞争力正在逐渐拉大，大企业对于市场份额的占有率越来越大，而小企业的生存空间越来越小。

现阶段，共享经济已从之前的“高热”中冷却下来，进入到了市场洗牌的阶段。在政策规范和市场竞争的双重作用下，多家企业或是被政府叫停，或是倒闭进入了破产阶段，退出了共享经济行业。

公司名称	“阵亡”时间	主营业务	“阵亡”原因	状态
悟空单车	2017/6/13	共享单车	供应链困境	倒闭
叮叮单车	2017/8	共享单车	资金链断裂	倒闭
3Vbike	2017/6/21	共享单车	车被偷光	停止运营
小鸣单车	2017/10	共享单车	资金链断裂	CEO离职，大裁员 实际控制人失联
零派乐享	2017/7	共享汽车	资金问题	停止运营
乐电 LeDian	2017/10/18	共享充电宝	使用频率低	停止运营
活力摩登	2017/12	共享雨伞	伞被偷光	停止运营
享睡空间	2017/7/17	共享睡眠舱	不符合消防安全条件	停止运营
云骑天下	2017/9	共享电动车	产品不符合国家标准	政府叫停
他趣	2017/9/18	共享女友	产品涉嫌色情传播	政府叫停

部分企业“阵亡”名单，来源：<http://t.cn/RmxTkyC>

### 二、共享商业模式企业的“阵亡”原因

#### < 1 > 企业资金链断裂

但付出并不一定会有回报。对于所有行业而言，最先进入该行业的企业以及资本巨头往往享有巨大的优势，两者掌控了市场大部分的资源，无论是用户习惯还是资本。后来者想要在市场上占据一席之地只能付出更多的努力和资本，可往往也成效不佳。此时，不断投入的资金和收益甚微的回报之间就形成了一种恶性循环。在收支不平衡的情况下，一旦资金的投入超过了企业所能承受的范围，那企业的资金链必然要承受断裂的风险。

## < 2 > 共享项目内容违反相关法律法规

共享商业模式企业除了可能遇到的资金链断裂问题外还可能涉及到项目内容违反相关法律法规而被政府叫停的情况。

2017年9月14日，他趣公司宣布推出“共享女友”服务——即共享充气娃娃。业务上线当日在北京举行了地推活动，而活动一结束北京三里屯派出所致电他趣总部要求地推人员前往派出所接受调查。9月15日晚间，三里屯派出所正式作出决定，以“低俗活动扰乱社会治安”为由对他趣进行罚款处罚，同时叫停其“共享女友”项目。<sup>[5]</sup>这是首家因共享概念涉嫌传播淫秽色情事物而被叫停的企业。2017年9月17日，杭州相关管理部门对在杭州提供租赁电动自行车业务的企业进行了约谈，以租赁电动自行车业务存在的车辆不符合国家技术标准、骑行者未经过安全培训且不固定、充电电池易引发火灾、对生态环境造成污染等隐患。叫停了多家平台企业“共享电动车”项目。<sup>[6]</sup>国内多数企业因共享产品质量不符合国家标准而被叫停标志着国家对于市场的监管正在加强。

共享经济属于新兴行业，它的边界还没有被固定下来<sup>[7]</sup>，因此在这个行业里充满着无限的可能。所有看似满足用户需求的东西均可以成为共享的对象，共享充电宝、共享雨伞、共享汽车甚至共享飞机，这些都有可能成为创业者的项目。

然而，边界的模糊化往往意味着可能触及道德与法律的底线。很多企业忽视了对项目合法性的审查，导致了项目尚未开始便被叫停的情况出现。同时，国家对于新兴行业的监管政策存在滞后性。有些企业会在监管空白期忽视了对于产品质量的要求，一味追求利益最大化，从而导致了在国家对于行业进行整顿规范的过程中由于产品问题而出现被迫接受整改或叫停的情况。

## < 3 > 共享产品缺少保障机制，企业难以持续经营

共享商业模式企业退出共享经济行业的原因除了上述两者基于其自身因素导致之外，还包括市场对企业可持续经营的影响。

企业为用户所提供的共享产品存在于大街小巷。然而，由于缺乏有效的市场监管机制以及用户素质有待提高，企业投入到市场中的共享产品可能遭到任意侵占、偷窃与毁坏。企业面对这种情况很难予以有效的追偿、制止，只能通过再次投入产品的方式来维持产品规模。这就导致了项目成本过高，企业无法持续经营。

以卡拉单车和共享雨伞为例 [8]，由于产品缺乏相应的技术保障以及监管措施，在第一批次的产品投放过程中，最后回收到的产品十不存一。这种比率的产品回收率对于企业而言是难以接受的。尽管资金足够充足，项目也合法合规，但基于其在市场上的存活率过低，企业无法持续经营，所以只能选择项目停运。

“阵亡”名单体现出的共享商业模式下企业所面临的问题，一方面是企业如何在合规性事先审查中规避可能存在的法律风险，另一方面是企业自身该如何在这个竞争激烈的市场中不被淘汰。而这两个问题都最终体现在企业的合规问题上。

## 三、共享商业模式下创业的合规性审查

### <1> 企业设立前经营项目合规性事先审查的要点

#### 1. 政策合规、合法

上文提及共享经济的边界仍未确定，大范围的创业机会给创业者带来的也是更大的法律风险。对于创业者而言，在创业之初首先应当考虑的是创业项目政策合规、合法性问题。

(1) 解读中央和地方政府发布的行业相关政策,判断项目是国家限制类、禁止进入类项目还是国家鼓励类、支持类项目。通过解读近几年《2016年政府工作报告》、《关于促进分享经济发展的指导性意见》(以下简称《指导性意见》)等文件的出台,可以从政策风向上发现政府从宏观上鼓励共享经济的发展,对于共享商业模式企业的创业者而言,在这个时候进入市场是极为有利的。

(2) 严格遵守《民法总则》、《公司法》对于公司设立的规定。具体包括了程序上的合规性以及提交审核材料的真实性、合法性。其中值得注意的是在公司设立时,通过公司章程所确定的企业经营范围必须准确符合企业项目的性质。在他趣“共享女友”案中,厦门海豹他趣信息技术股份有限公司推出了实质是人体充气娃娃的分时租赁业务的“共享女友”项目。而在该企业所公示的经营范围中[9]并不包含租赁类服务,该项目超出了企业的经营范围,根据《中华人民共和国企业法人登记管理条例》的规定[10],最终项目被政府叫停。因此,企业对于公司设立的相关法律应当有充分的理解以及足够的重视,尽力去规避基本的法律风险。

## 2. 不违背公序良俗

《指导性意见》第四条指出政府将放宽对于共享经济市场的准入条件限制。[11]这意味着企业将更容易进入到市场当中,项目的选择性也将更多样化。但是无论企业对于项目如何创新如何开发,首先必须保证项目内容不违背公序良俗。同样是在他趣“共享女友”案中,共享人体娃娃的过程本身违反了《民法总则》第八十六条关于法人经营活动的规定[12],涉嫌传播淫秽色情物品,挑战了社会公序良俗的道德底线,最终导致了项目未开始运营便受到处罚的严重后果。

从本案中,创业者应当认识到,企业的存在是为了推动社会经济的健康发展,如果项目本身违背了社会的公序良俗,那必然是无法为法律所容忍的。

## 3. 融资管理

(1) 在寻求融资的过程中,保证融资渠道的合规性,选择适合企业自身的融资方式、对融资过程中尽职调查可能涉及的法律问题进行全面了解、对于股权比例、收益分配等问题以合同的方式进行有效确认。

(2) 对于自身创业项目需要有一个清晰的认识,包括其运营模式和盈利模式,保证其运营符合市场规律与经济规律。最优的做法是在寻求融资之前吗,通过区域性的市场试运营的方式对项目本身进行考核,逐步完善。此后再通过融资不断扩大项目规模。否则,仅凭一纸商业计划书就将大把资本无脑投入到市场中,最后等到资本“烧”完后,项目也将面临无资可融而“死亡”的情况了。

### < 2 > 企业日常经营管理合规性事先审查要点

#### 1. 知识产权侵权风险

创业者在科研技术方面所需要考虑的主要是项目所涉及到的技术是否侵犯了他人的专利、版权、商标等知识产权以及其自身的技术是否能够适应市场上可能面临的各种挑战。[13]

现阶段,基于共享经济涉及到的知识产权侵权案件较少,但随着共享经济的不断发展,企业对于如何提升自身产品的竞争力必然会涉及到产品的优化及改革,这个过程中所涉及到的知识产权问题就十分重要了。以共享单车为例,为了适应市场上可能发生的用户破解智能锁免费骑车问题,企业可以通过技术研发来提升智能锁的性能。一旦企业为该技术申请了技术专利,那么创业者在创业过程中对于该技术的运用就存在着侵权的可能性。因此,创业者需要对自身可能涉及的高精尖技术产品进行相关知识产权检索工作,避免发生侵权问题。

#### 2. 产品质量合规问题

创业者在完成了创业项目的事先合规审查后，在项目后续的实施过程中，还应当注意保证产品质量的合规性。尤其是在作为新兴行业的共享经济中，国家现有的相关产品质量规定可能未将其包含在内。有些企业因此会一味地追求利益而忽视了对产品质量的保障，最终导致被政府叫停。

所以如果产品质量问题现行法律并未作出具体规定，或者产品的定性模棱两可，不确定是否使用相关产品质量规定时，企业对其自身产品的质量应当更为重视，可以参考类似产品的质量标准生产，加强标准化建设，为企业的产品质量留出一定的余地防止国家对市场产品整顿时，产品因不合格而退出市场的情况发生。

### 3. 用户个人信息保护的合规问题

在 O2O 模式下，企业对于用户的信息获取是非常重要的，借助共享平台的网络用户信息填写，企业能够准确地获得大量的用户信息。而在互联网时代下，信息数据是一种极为宝贵的财产，因而企业需要在创业之初便对其信息保全机制的合规性进行审查。

对于信息安全的合规性审查主要依据我国《网络安全法》、《消费者权益保护法》对于个人信息的保护规则。<sup>[14]</sup> 其中尤其需要注意的是，如果企业的盈利模式中包括了对用户信息的其他使用，则这种创造商业机会获得盈利的使用必须不违反《网络安全法》的相关规定，同时还需要在后续的隐私政策中注明此种情况的发生，并征得用户的同意。否则，企业一旦在经营过程中发生了用户信息泄露的情况，对于整个企业而言将会受到巨大损失。

### 4. 企业危机处理机制的合规问题

出于企业长期经营的考虑，创业者对企业危机处理机制的合规性审查很重要。在《指导性意见》中明确要求企业建立健全消费者投诉和纠纷解决机制，鼓励行业组织依法合规探索设立共享经济用户投诉和维权的第三方平台。<sup>[15]</sup>

创业者对于自身危机处理机制的设立和完善主要依据我国《消费者权益保护法》、《合同法》、《侵权责任法》的相关规定。对于共享商业模式下的创业者而言，由于行业正在起步中，可供创业者参考的同业完善责任救济体系较少。因而，创业者可以通过假设性原则，对可能出现的危机情况进行假设，并对此建立针对性的纠纷解决机制。同时可以参考行业内各类案件中，企业危机处理机制存在的漏洞，对自身体系进行查漏补缺，不断完善该机制，使其成为用户信任企业最关键的一个保障。

### 5. 资金管理的合规问题

#### (1) 财务管理

创业者在创业初期就应当对企业的财务管理进行相关合规性审查。目的在于有效规避企业陷入非法集资的法律风险以及因财务管理不善而导致资金链断裂的隐患；防止企业在经营过程中由于项目的复杂性和多样性而造成财务管理紊乱，企业运营效率低下的情况。

创业初期，创业者的大部分精力都放在项目上，因而对于财务管理方面可以通过选择专业的代理公司为企业制定一套合理的财务管理系统。等到企业逐步发展起来后，选择专业的专职人员对财务管理进一步完善。

同时，企业所有的决策都应当根据财务数据以及资金流数据，结合企业的持续经营和发展做出，避免出现涸泽而渔的情况。

#### (2) 押金管理与处理

用户在享受共享商业模式企业提供的服务之前需要支付一笔押金。据计算，这笔押金所形成的资金池是非常大的。一旦对于这笔资金的使用出现任何不当的违规操作，那么企业可能面临的就是数不尽的诉讼官司。因此，企业对于押金的合规操作就显得尤为重要。

企业对于押金的合理处理应当积极响应中央和地方政府的指导性意见。以共享单车指导意见为例 [16]，政府鼓励共享单车采用免押金的方式提供服务，对收取的押金应严格区分企业自有资金和用户押金，设置押金专用账户，实施专款专用，接受相关部门的监管。那么企业在收取用户押金之时，应当设立专用的押金账户，并积极配合相关部门的监管，保证在用户需要或者企业退出市场时，企业有能力退还押金。

值得一提的是，现行的法律法规对于共享经济押金的其他金融投资使用尚未出台相应的措施进行监管。尽管大都数共享企业向大众公开的押金处理方式是专款专用，但不可否认的是以用户押金进行其他金融投资获利的盈利方式对于企业而言是极大的诱惑。如果企业存在着这样的情况，那么应当注意预留充足的资金以应对用户退还押金的需求，同时选择风险较小的金融投资业务防止资金大规模流失。

#### 四、对共享商业模式创业者的建议

对于希望进入共享经济行业的创业者，提出以下几点建议：

**第一点，避开资本巨头，开拓新领域，避免同质化竞争。**企业对于共享项目的选择，在资本竞争不过行业巨头的情况下，可以尽量避开已经逐渐形成规模的常见项目，发散性地尝试其他新颖的、可行的共享项目；或者可以尝试避开资本巨头集中的一线城市，将目光聚焦在市场尚待开发的二三线城市。

**第二点，对共享项目进行充分的事先审查。**这里的审查范围包括了对项目的合法合规性审查以及对项目的可行性审查。前者可以通过寻找专业的法律人士对于项目本身所涉及的法律问题进行检索和法律风险评估，后者则可以通过市场调研以及小规模的区域性试运营来得到市场对于项目产品的反馈。

**第三点，确保资金链的稳定性。**创业者首先要对自身产品的盈利模式和盈利周期有一个详细的了解，切不可盲目跟风不断地投入资本，以致最终资金链断裂。

**第四点，完善企业架构，以可持续经营为宗旨。**创业者的所有决策都应当以企业的可持续经营为起点，包括对于企业架构的完善。无论是企业内部的管理制度，还是对于用户信息的保密制度、消费者纠纷解决制度。所有的这些都是为了企业能在竞争激烈的市场上存活下去。吸收“阵亡”企业的教训，在此基础上对自身企业进行反省，存活下来的企业才能不断发展下去。

综上，对于初创的共享商业模式企业而言，乘着共享经济热潮的风向抢占市场，赚取“第一桶金”固然是大势所趋。但在这盲目入市的过程中，一大批企业由于对事先合规性审查的忽视导致了企业的“短命消亡”，不仅未有盈利，更是血本无归。这为后来者敲响了警钟，共享企业的创建过程中的合规性审查牵动着后期经营的每一根“神经”，创业者对此应当重视起来，为自己负责，为企业负责，也为社会大众负责。

注释：

[1] 据国家发改委新闻发言人孟玮表示，预测到 2017 年年底，中国共享经济的交易规模将达到 4.5 万亿元。

《发改委：2017 年底中国共享经济规模将达 4.5 万亿元》，<http://t.cn/RjJKFct>，最后访问时间：2018.2.6，10: 04

[2] 《惨！2017 企业阵亡名单，可能是你看过最全的……》，<http://t.cn/RmxTkyC>

[3] 同 2

[4] 《共享单车的制造成本大约是多少钱？》，[http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_766845440102wsk5.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_766845440102wsk5.html)

[5] 网易新闻，《“共享女友”被叫停 共享经济的“筐”不是什么都装》，<http://news.163.com/17/0919/10/CUMIEICE00018AOR.html>

[6] 和讯新闻，《杭州叫停共享电动引热议 这些“共享”也被叫停》，<http://news.hexun.com/2017-09-18/190902925.html>

[7] 《三大共享企业共享经济现状危机未来》，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1570175849041260&wfr=spider&for=pc>

[8]《以丢车出名的卡拉单车，死得一点也不冤》，<http://mobile.163.com/17/0221/09/CDPOMMQM00118023.html>

新浪科技，《共享雨伞在上海闹笑话了 消失的共享雨伞去了哪里?》，<http://tech.sina.com.cn/i/2017-06-06/doc-ifyfuzmy2195259.shtml>

[9] 厦门海豹他趣信息技术股份有限公司工商信息 <http://sina.lt/fxRM>，最后访问时间：2018/2/11，11: 22

[10]《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第二十九条：企业法人有下列情形之一的，登记主管机关可以根据情况分别给予警告、罚款、没收违法所得、停业整顿、扣缴、吊销《企业法人营业执照》的处罚：

- (一) 登记中隐瞒真实情况、弄虚作假或者未经核准登记注册擅自开业的；
- (二) 擅自改变主要登记事项或者超出核准登记的经营范围从事经营活动的；
- (三) 不按照规定办理注销登记的；
- (四) 伪造、涂改、出租、出借、转让或者出卖《企业法人营业执照》、《企业法人营业执照》副本的；
- (五) 抽逃、转移资金，隐匿财产逃避债务的；
- (六) 从事非法经营活动的。

对企业法人按照上述规定进行处罚时，应当根据违法行为的情节，追究法定代表人的行政责任、经济责任；触犯刑律的，由司法机关依法追究刑事责任。

[11]《关于促进分享经济发展的指导性意见》第四条：清理规范制约分享经济发展的行政许可、商事登记等事项，进一步取消或放宽资源提供者市场准入条件限制，审慎出台新的市场准入政策。

[12]《民法总则》第八十六条：营利法人从事经营活动，应当遵守商业道德，维护交易安全，接受政府和社会的监督，承担社会责任。

[13]《关于促进分享经济发展的指导性意见》第七条：加强对分享经济发展涉及的专利、版权、商标等知识产权的保护、创造、运用和服务。

[14]《中华人民共和国网络安全法》第四十二条规定：网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。

《中华人民共和国消费者权益保护法》第二十九条规定：经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。

经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。

经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。

[15]《关于促进分享经济发展的指导性意见》第七条

[16]《关于鼓励和规范互联网租赁自行车发展的指导意见》第十二条

## 浅论对赌协议之效力

作者：沈一凡 程丰

2018年4月，恒大公司许家印在2017年业绩发布会上提出恒大将进军新能源板块的计划。紧随其后，根据公开资料显示，恒大健康通过收购香港时颖，间接投资了由贾跃亭实际控制的FF公司。根据媒体报道，恒大健康与包括贾跃亭在内的管理团队达成“对赌协议”，各方约定，如管理团队无法于2019年第一季度兑现首批电动车量产交付承诺，即视为对恒大健康的违约，届时FF管理团队将失去对公司的全部投票权。

不只是恒大投资贾跃亭的FF公司，近年来，对赌条款被广泛用于私募机构的投资活动中，业内更有“无对赌不PE”之说法。但是，在我国司法实践中，与对赌条款有关的争议层出不穷。其中，对赌条款的效力问题往往是涉案各方争议的焦点。另外，在公司首发上市情况下，证监会、深交所、上交所均对对赌条款持明确的否定态度，与对赌有关的系列协议的有效性也同样存在质疑。

### 一、对赌协议的含义及要素

对赌协议，其英文本意为“估值调整机制”(Valuation Adjustment Mechanism)，是指公司与投资人达成投资协议时，双方对于未来不确定的公司经营情况的一种约定。如果约定的条件出现了，则投资方可以行使某一权利；而如约定的条件不出现，则公司可以行使另一种权利。

设置对赌协议主要基于以下两个目的：

1、调整估值。在投资方进行投资决策时，投资方对于公司价值的评估整体上依靠公司单方面提供的资料。投资方可以利用对赌协议的具体约定，私募股权投资者可以在投资决策完成后，在企业出现对赌协议中约定的条件时，对原先确定的投资交易价格进行相应调整，从而实现保护自己利益的目的。

2、管理层激励。如企业管理层勤奋工作，完成对赌协议中约定的条件，那么管理层可获得相应的利益，否则须付出相应代价。

#### (二) 对赌协议要素

实践中由于需求、谈判地位等因素的影响，投资方与被投资方之间最终达成的对赌条款的形式具有多样性，但是均可以拆分为以下若干要素：

对赌对象	对赌机制	对赌目标
控股股东 / 实际控制人 目标公司 目标公司与控股股东 / 实际控制人	股权回购 现金补偿 减资退出 让渡管理权力 其他	业绩 上市 股价 财务表现 其他

上述所列要素经过各种组合方式，可以产生若干种不同的结果。为了更加直观、具体了解对赌条款之各要素，现摘录并分析某投资机构之模板《增资协议》如下：

对赌对象	公司	2.4.1 如遇有以下情形，投资者在不违反中国法律法规的前提下，有权要求公司回购其持有公司的全部或部分股份，相关各方届时应予以配合执行：
对赌机制	股权回购	

对赌目标	财务表现	(1) 公司未能在每个会计年度结束后一百二十 (120) 天出具有证券从业资格的会计师事务所审计的无保留意见的审计报告;
	上市进度	(2) 公司产品出现重大质量问题引起客户赔偿, 以致影响公司合格上市的; (3) 公司未能在 2016 年 12 月 31 日前向中国证监会提交上市申报文件; (4) 除因投资者过错外, 公司未能根据本协议第 2.8 条的约定完成合格上市; (5) 公司放弃上市计划;
	业绩情况	(6) 公司 2014 年及 2015 年的净利润合计 (i) 低于人民币 7,000 万元人民币; 或 (ii) 低于人民币 5,600 万元; (7) 公司因业绩下滑或违规操作导致公司于 2014 至 2016 三个会计年度未能实现连续盈利; (8) ……

## 二、一般对赌协议的效力

根据上述要素分析, 通常对赌当事人一方为股权投资方, 另一方为融资方, 即被投资公司及其大股东和实际控制人等。对赌条款基本内容一般为投资方认购 / 受让公司股份, 公司获得资金, 由大股东等承诺一定业绩目标、生产技术研发和产能的增长、产品销量、市场占有率、上市进度等。如公司达不到约定目标, 其大股东、实际控制人或者公司本身需要进行金钱补偿或赔偿, 让渡公司股份或者管理席位, 甚至是从投资方回购其持有的公司股权。

由此得知, 对赌协议之标的与我国《合同法》列出的有名合同不同, 有名合同标的涉及的法律关系往往是单一的, 而对赌协议涉及的法律关系非常复杂, 尤其是对于公司内部治理、股权回购等安排, 涉及《公司法》及公司上市监管 (关于公司上市监管问题, 将在本文第二部分单独讨论) 等敏感法律问题, 故对赌协议效力问题始终存在争议。

目前关于对赌协议有效性的质疑, 主要围绕于两个问题, 即:

### 1、大股东、实际控制人必须回购投资方股份是否为保底条款?

保底条款, 通常是指联营一方虽向联营体投资, 并参与共同经营, 分享联营的盈利, 但不承担联营的亏损责任, 在联营体亏损时, 仍要收回其出资和收取固定利润的条款。

保底条款最早见于最高法于 1990 年 11 月 12 日出台的《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》(法(经)发 <1990>27 号, 以下简称“联营合同解答”), 关于联营合同中的保底条款规定在第四条: “保底条款违背了联营活动中应当遵循的共负盈亏、共担风险的原则, 损害了其他联营方和联营体的债权人的合法权益, 因此应当确认无效。……(保底条款) 是名为联营, 实为借贷, 违反了有关金融法规, 应当确认合同无效。” 因此, 有观点认为, 根据《联营合同解答》, 如对赌协议被认为规避了共负盈亏、共担风险原则, 损害了其他联营方的利益, 则对赌协议应属无效。

### 2、投资方以股东身份参与公司经营管理的情形下, 以公司业绩对赌, 是否属于滥用股东权利损害公司、其他股东及债权人利益?

公司的经营管理活动由包括股东(会)和董事(会)在内的权力机构和职能机构负责进行, 而投资方以股东身份参与公司经营管理, 甚至在董事会中也享有投票权。所以, 对赌目标能否实现在一定程度上取决于投资方, 但投资方又不承担经营失败的后果, 因此有观点认为, 这种安排属于滥用股东权利, 损害公司、其他股东及债权人利益, 违反了公平原则。

(二) 司法实务界主流观点

2012年，最高人民法院审理结束“中国对赌第一案”——“苏州工业园区海富投资有限公司与甘肃世恒有色资源再利用有限公司、香港迪亚有限公司、陆波增资纠纷”（以下简称“海富公司案”）再审案，对上节所述两点争议的最终结论予以阐明，该再审判决也被编入2014年第8期《最高人民法院公报》。自此，最高人民法院的再审判决书中传达的意见也成为司法实务界的主流观点。

关于海富公司案一审、二审和再审过程及判决结果总结详见下表：

案涉对赌条款总结	1、如未完成上市目标，由控股股东回购其股权； 2、如未完成净利润目标，由公司根据约定的计算方式向投资人支付补偿金，控股股东承担补充责任。		
审理阶段	兰州市中院一审 (2009)	甘肃省高院二审 (2011)	最高法院 再审 (2012)
诉讼各方	原告：投资人 被告：公司 控股股东 控股股东的法定代表人	上诉人：投资人 被上诉人：公司 控股股东 控股股东的法定代表人	申请人：公司 控股股东 被申请人： 投资人
原告/上诉人/再审申请人诉讼请求	1、依据对赌条款，由三被告向原告支付补偿款； 2、被告承担诉讼费等其他费用。	1、请求撤销一审判决； 2、被上诉人承担诉讼费等其他费用。	请求撤销二审判决，维持一审判决。
法院观点总结	投资人利用对赌条款滥用股东权利，违反了《公司法》第20条第1款、《中外合资经营企业法》第8条规定。	除对赌条款由于违反了《公司法》第20条第1款、《中外合资经营企业法》第8条规定导致其无效外，二审法院另外认为，根据《联营合同解答》第四条，该等对赌条款属于“保底条款”，应属无效，投资方向公司注入资金的性质为“名为投资、实为借贷”。	投资人与公司之间的对赌约定损害了公司、其他股东及债权人的利益，违反了《公司法》第20条第1款、《中外合资经营企业法》第8条规定，应属无效。 但是，投资人与控股股东之间的对赌约定属于双方意思自治的结果，未损害公司、其他股东及债权人的利益，所以该约定有效。
判决结果	根据《合同法》第52条第5项，对赌条款约定无效，一审法院驳回原告的诉讼请求。	二审法院将各方签署的《增资协议书》性质定义为借款合同，超出上诉人的诉讼请求，判令公司及控股股东返还“借款”。	再审法院认为，投资人与公司的对赌条款无效。但是，投资人与控股股东之间的对赌约定有效，判令投资人相应支付补偿款。

需要注意，在判断对赌协议的有效性应当抓住问题本质，即“是否损害公司、其他股东及公司债权人的利益”，而不应仅仅机械、肤浅地适用“与公司对赌无效，与股东对赌有效”，这一点也在国家法官学院编纂的《中国法院2017年度案例——公司纠纷》<sup>[1]</sup>中得到了强调。

诚然，二审法院依据并适用的《联营合同解答》（1990-11-12）出台时间已久，但目前仍处于生效状态。最高法在海富公司案再审判决中，拒绝适用该规则并直接推翻了甘肃省高院的二审判决，关于其背后传达出

的价值取向，可以从最高法民二庭法官王东敏所著的《公司法审判实务与疑难问题案例解析》[2]一书中窥探一二。

该书中提到：“对赌协议各方当事人目的是一致的，即在融资企业实现业绩是各方当事人均获利，融资公司大股东等没有增加投资，但融资公司成长使其股权升值并最终获得利益，作为其获利的对价是（融资方）提供了保证担保，保证投资方在投资失败时拿回投资的最低成本，甚至享有特殊股东权利等，这种安排是公平合理的。所以，只要不违反《公司法》及其他法律的强制性规定，均是公司内部股东的意思自治，是当事人对不可预测的商业风险作出的自愿、合理分担，人民法院在司法角度上不予干预比较妥当。”

### 三、拟上市公司所涉对赌等有关协议之效力

投资方在前期以付出巨额溢价为代价取得公司股权，为了收回前期成本、获取收益和利润，投资方往往会要求在投资协议中加入上市对赌条款，即以在某时间点之前成功首发上市为对赌目标。

但是，从证券监督管理层面，不允许拟上市公司存在任何形式的对赌协议，保代培训中也多次强调在上市前必须清理各类对赌协议，即不论对赌对象是公司、控股股东 / 实际控制人等，也不论对赌机制是股权回购或是支付补偿金。

#### A. 股权结构稳定性

根据《首次公开发行股票并上市管理办法》（以下简称“上市管理办法”）第13条规定：“发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷”，即拟上市公司的股权须具有稳定性，《首次公开发行股票并在创业板上市管理暂行办法》第十七条也进行了相同规定。

#### B. 违反股东的禁售要求

各证券交易所在公司上市后一段时间内，对公司实际控制人、控股股东及其他股东实行“禁售期”限制，比如《上海证券交易所股票上市规则》包含下述规定：

“5.1.4 发行人首次公开发行股票前已发行的股份，自发行人股票上市之日起1年内不得转让。

5.1.5 发行人向本所申请其首次公开发行股票上市时，控股股东和实际控制人应当承诺；自发行人股票上市之日起36个月内，不转让或者委托他人管理其直接和间接持有的发行人首次公开发行股票前已发行股份，也不由发行人回购该部分股份。”

如果存在对赌协议，在相当长一段时间都存在股权变动的可能性，如果控股股东 / 实际控制人参与对赌，为公司募集资金负担了实然债务、或然债务，有可能促使其在公司上市后转移募集到的资金用于向投资方偿还对赌失败的债务，故对赌协议可能成为侵犯中小股东权益、公司债权利益、社会公众利益的隐患，所以证监会明令要求拟上市公司清除。

目前在实务操作中，在公司上市过程中对赌协议有效性的争议主要围绕于以下两个问题：

1、对赌协议的存在违反了证监会及交易所规定，是否属于《合同法》第52条第（五）项“违反法律、行政法规的强制性规定”，从而导致对赌协议无效？

《合同法》第52条第（五）项规定的由于违反法律、行政法规的强制性规定导致合同无效，在此并不适用。

公司需要在过会前清理对赌协议的根据为证监会制定并发布的《上市管理办法》、各交易所上市规则及保代培训内容。很明显，交易所上市规则和保代培训内容不属于法律和行政法规，而证监会的《上市管理办法》从法律位阶上仅属于部门规章，并且第13条要求拟上市公司股权结构需具有稳定性，如违反，拟上市公司面临的后果也仅是无法成功上市，并无其他处罚、惩罚措施，所以《上市管理办法》不属于“法律、行政法规的

强制性规定”。

2、根据《合同法》第 52 条第（三）项“以合法形式掩盖非法目的”，与对赌有关的“抽屉协议”相关安排是否无效？

目前从实际操作角度，在“明面上”上市对赌条款已经不见踪迹，拟上市公司在披露招股说明书阶段即明确表示相关对赌已经解除。但事实上，对赌协议仍未被完全清理，处于“名亡实存”的状态。实践中的操作方式为：

- 签署对赌解除协议，并在上会材料中披露已解除相关对赌协议以符合监管要求；

- 但是，私下另行签署了中止协议，约定上会期间中止对赌协议的履行，一旦上市申请被否决或者撤回上市材料，对赌协议将重新恢复效力。

那么，万一对赌条件实现，即过会后上市失败或撤回材料，如投资方要求继续履行对赌条款，承担对赌责任的股东或实际控制人能否根据《合同法》第 52 条第（三）项，即“以合法形式掩盖非法目的”的合同无效，要求法院认定该一系列的“抽屉协议”安排无效？

### 关于“以合法形式掩盖非法目的”的理论讨论

事实上，目前司法实践中，关于“以合法形式掩盖非法目的”尚未形成统一的判断标准，法律适用中经常与第（二）项“恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益”、甚至与第（五）项“违反法律、行政法规的强制性规定”产生交叉混淆。故而，为了回答“抽屉协议”的效力问题，有必要对“以合法形式掩盖非法目的”的含义及标准进行探讨。

现行《合同法》于 1999 年 10 月 1 日生效后未进行过修改，其第 52 条第（三）项的规定源自于《民法通则》第 58 条，即“以合法形式掩盖非法目的”的民事行为无效。我国的民法体系借鉴自德国、日本及台湾民法理论及体系，并受到前苏联民法学理论的影响，所以有学者从民法渊源角度进行追溯、分析 [3]，认为“以合理形式掩盖非法目的”可能沿袭自德国民法的“虚伪表示”或者是台湾民法学界的“脱法行为”，但是在借鉴的过程中进行了“擅自变通”，使其在理解、适用过程中产生了混乱。

2017 年 10 月 1 日生效的《民法总则》将“以合法形式掩盖非法目的”删除，取而代之的是第 146 条规定的“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理”，更加倾向于德国民法的“虚伪表示”，即以意思表示的真实性判定民事法律行为的效力。故而笔者认为，可以用《民法总则》第 146 条来理解“以合法形式掩盖非法目的”的边界及标准。

所以，关于“抽屉协议”相关操作中包含两个协议，即对赌解除协议和中止协议。很明显，对赌中止协议的签署各方的意思表示真实，但是投资人并不愿意放弃上市失败情况下的对赌利益，所以提交证监会的对赌解除协议在意思表示上存在瑕疵，该协议存在被认定为无效的可能性。

### 结语

对赌协议最早起源于西方商业环境，后来作为一种“舶来品”被广泛应用于我国私募机构的投资活动中。在海富公司案中，除属于滥用股东权利损害公司、其他股东及债权人利益的情形，最高人民法院的法官原则上认可了对赌协议的有效性，体现了我国司法系统在民法、商事领域一贯坚持的“意思自治”原则，维护法律关系的稳定性，促进商品交易。如果司法机关武断认定各类对赌协议全部无效，则会严重打击私募投资领域及相关产业的活力。

在公司上市及证券监管领域，为了维护证券交易市场的稳定性、保护广大二级市场投资者的利益，证监会

及各交易所均对对赌协议采取否定态度，要求拟上市公司必须彻底清理对赌协议。证监会作为隶属于国务院的事业单位，统一监督管理全国证券、期货市场，维护证券、期货市场的秩序，作为行政职能部门有权审核公司的上市申请，并作出是否准予首发上市的决定。

但是，审查合同等法律行为的效力，应属于法院的职权范畴，而非行政部门，因此证监会无权干涉。故而，关于上市对赌协议及“抽屉协议”效力问题，只要该等协议具备合同生效要件、不存在《民法总则》、《合同法》规定的无效之情形，应当认定为有效。

及各交易所均对对赌协议采取否定态度，要求拟上市公司必须彻底清理对赌协议。证监会作为隶属于国务院的事业单位，统一监督管理全国证券、期货市场，维护证券、期货市场的秩序，作为行政职能部门有权审核公司的上市申请，并作出是否准予首发上市的决定。

但是，审查合同等法律行为的效力，应属于法院的职权范畴，而非行政部门，因此证监会无权干涉。故而，关于上市对赌协议及“抽屉协议”效力问题，只要该等协议具备合同生效要件、不存在《民法总则》、《合同法》规定的无效之情形，应当认定为有效。

## 受让分期缴纳出资股权的风险

作者：蒋力飞

为鼓励社会投资，国家确立了法定资本制下的分期缴纳制。然而《公司法》对在认缴出资期内，股东转让尚未出资到位股权未作出明确规定，由此导致股权转让纠纷不断，甚至上演公司与股东对簿公堂的一幕。

### 案情简介

2008年初，汤某与另外四人共同出资设立公司。根据公司章程规定，公司注册资本为180万元，其中汤某认缴出资30.6万元，分三期缴足：2008年4月2日缴纳6.12万元（已足额缴纳），2009年1月2日缴纳12.24万元，2010年1月2日缴纳12.24万元。章程对其他四名股东的认缴出资额及缴纳时间也进行了规定。

公司经营一段时间后，因汤某与其他股东在经营理念上有较大分歧，公司经营状况不稳定而萌生退意。宦某在一家事业单位工作，朝九晚五，工作稳定，但一直想做点生意、投资公司来突破自己，听朋友说汤某愿意低价出让股权，便通过朋友找到汤某商谈股权转让事宜，经过两次商谈，双方达成了股权转让意向。

2008年11月份，汤某与宦某签订《股权转让协议》，约定汤某持有的全部股权转让给宦某，转让款4万元。《股权转让协议》签订后，全体股东重新签订公司章程，公司也办理了股权变更手续，将宦某登记于股东名册中，并向宦某出具了出资证明书。

2009年元旦刚过，公司要求全体股东按照章程规定履行第二期认缴出资，其余股东均履行认缴义务，但宦某认为其出资已完结，不同意认缴。2010年1月2日，在其他股东均履行第三期认缴出资义务，宦某仍不认缴。

2010年5月，公司以宦某为被告向法院提起诉讼，诉求宦某向公司补足认缴出资24.48万元。

宦某在法庭上抗辩称，当初受让汤某股权时，已经向汤某支付全部股权转让款，是汤某没有向公司履行完毕出资义务，应由汤某补足24.48万出资款。

### 法院裁判

法院认定，汤某在转让股权之时，已按公司章程约定向公司按期足额履行了出资义务。原股东汤某两期出资款的缴款时间均在股权转让之后。宦某作为股权的受让方，在受让股权时应当尽到必要的注意义务，宦某既未对股权转让协议的效力提出异议，也未与汤某等人进行协商，推定宦某与汤某之间对后续的出资义务已经达成合意。

股权转让之后，附于该股权之上的权利义务也一并随之转移，此时，按期足额缴纳出资的义务应该由新股东宦某来承担。故公司向宦某主张补足出资的诉讼请求有事实及法律依据，应当予以支持。

### 律师评析

我国《公司法》确定公司注册资本必须在登记机关登记，公司以股东认缴的出资作为注册资本，股东以认缴资本为限对公司承担责任，同时股东还可以分期缴纳注册资本。本质上，认缴出资属于民事行为。全体股东在成立公司之前会签署一份出资协议，在公司章程也会明确股东的出资期限与方式，如果一方违约，应向其他守约方承担违约责任，这符合合同法的基本原则。然而，在公司设立之后，认缴出资不仅仅是简单的民事行为，其受到国家工商行政登记秩序的约束，并且关系到公司以及公司债权人相关权利。

2013年新修订《公司法》取消了注册资本实缴制度（对部分行业保留此制度）以及认缴出资时间限制，认缴制度全面放开。理论上存在1元可以开公司，且分期认缴时间不再受两年的限制。

对于未完全履行出资义务的股东能否转让股权，《公司法》并没有明确的规定，仅是概括性的规定有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权，也可向股东以外的人转让股权。

根据“法无禁止即自由”的理论，既然公司法没有禁止分期缴纳出资股东股权的转让，从鼓励交易出发，股东转让分期缴纳出资股权的权利不应受到限制。

分期缴纳出资的股东，在按期足额履行出资义务后，转让股权给受让人，如受让人办理了股权变更登记，便取得股东资格，享有股东的权利和义务。同时，也承继出让股东的义务，包括应当缴纳剩余出资的义务，以确保公司注册资本的到位，也是股东对其他按期足额缴纳出资的股东的合同义务。

汤某向公司认缴出资30.6万元，占公司17%股权比例，其中已实缴出资6.12万元，占公司股权的3.4%。分析汤某与宦某之间转让股权构成，其转让内容应包含两个方面，既含汤某已出资6.12万元所对应的3.4%股权，又包含尚未实缴出资的24.48万元所对应的13.6%股权，与已实缴出资3.4%股权相比，该13.6%股权上附随着认缴24.48万元的出资义务。

《公司法解释三》第18条规定：“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。”

根据该条规定可能有人提出：分期缴纳出资股东在规定期限内缴纳了对应期限的出资，如还有剩余几期未缴纳，应当视为未全面履行出资义务，受让人有权对其进行追偿，否则这对受让人和第三人保护不利。实际上这种担心是多余的。实践中，分期缴纳出资的股东是按照法律规定，行使公司法赋予的分期出资的权利，履行自身的出资义务，不存在出资不实或抽逃出资等出资瑕疵的情形，只不过是分期地进行缴纳而已，并且在公司章程中记载股东分几期缴纳出资的信息，在营业执照上注明注册资本和实缴资本信息，所有的信息公示披露，完全可以避免受让人、第三人因信息公开不对称而利益受损。

案例中，宦某作为股权受让人，应当具备相应的商业常识，在与汤某进行转让谈判时，尽到自身的谨慎、注意义务，充分审查汤某在公司登记机关登记的材料，查阅公司章程，查看公司营业执照等，从而做出合理判断是否受让股权。从双方支付的对价看，汤某在首期6.12万元出资到位后，将所占公司17%股权，以4万元的价格转让给宦某，从公司整个资产情况看是合理的。由此推断受让人对于公司的注册资本状况是知晓的，理应认识到在接受股权后将要承担后续出资的义务。

当然，基于分期缴纳出资的特殊性，作为出让人还必须考虑以下特殊情况，防止利益受损。

股权转让协议签订后，如果股权受让人记载于股东名册并且向公司登记机关办理了变更登记的。出让人从法律上已经完全丧失股东资格，已经没有享有权利和承担义务的基础和前提，此时由受让人承担到期出资义务。

如果股权转让仅记载于股东名册、而没有向公司登记机关办理变更登记的，则对内股权受让人承担到期出资义务，即受让人到期没有缴纳出资的，应依法对其他股东承担违约责任、对公司承担出资填补责任等，出让人依据股东名册上的记载而无须承担义务；对外出让人还应当就受让人存在（拖欠）分期缴纳出资义务对公司的债权人承担连带责任。

如果股权转让没有记载于股东名册、也未办理变更登记的。出让人仍然是转让股权法律上的所有权人，还应承担该股权上承载的到期出资义务。

由此可见，对于出让人而言，在签订股权转让协议后，及时办理股权变更手续，特别是工商部门的股东信

息变更登记，方能避免对到期认缴出资承担出资义务的风险。

### 策略提示

结合分期认缴出资的特点，笔者认为在对分期认缴股权进行转（受）让时应注意以下几个方面：

#### 一、转（受）让前，充分披露（了解）公司股东构成及出资情况。

根据法律法规规定，公司章程中记载了公司股东构成及出资情况，包括分期认缴出资的认缴时间和已实缴出资信息。公司营业执照上也对实缴出资和认缴出资信息进行登记。受让人应着重对此类文件进行审查。

就出让人而言，虽然公司章程和营业执照中明确记载了分期认缴出资相关信息，但这些信息对于一些尚未掌握公司基本常识的受让人来讲不一定起到公示警示效果。为避免日后产生不必要的争议，充分掌握公司出资信息的出让人应主动向受让人披露所转让股权（全部或部分）负有到期出资义务。避免受让人以受让时不知情、被欺诈为由请求撤销或者变更股权转让协议。

#### 二、确定转让标的范围，明确转让价格所涵盖内容。

在发生股权转让争议时，股权转让价格是衡量所转让股权是否包含或剔除认缴出资股权部分的重要因素。根据法律规定，股东可以部分或全部转让股权。从理论上讲，出让人可以将已实缴出资股权和认缴出资（尚未实缴）股权单独或全部转让。因此，在股权转让协议中，转（受）让双方应当对转让标范围进行确定，对转让价格所涵盖的标的范围予以明确。

#### 三、及时办理股权转让手续。

分期认缴的股权特点之一是股权所有人对公司负有认缴时间到期时的出资义务。

出让人要涤除在认缴时间到期时对公司的出资义务，就必须在股权转让协议签订后，至迟在认缴时间到期之前完成工商登记股东信息变更手续。只有这样，出让人才能免除对公司的出资义务。因此，在股权转让协议签订后，出让人应及时敦促公司、受让人办理股权变更登记手续。

#### 四、股权转让应符合公司法、公司章程的规定。

同普通（已实缴出资）股权转让一样，分期认缴股权的转让同样要遵守公司法及公司章程的规定。

转让之前应征询其他股东是否有购买股权的意思表示，充分保证其他股东优先购买权的行使。股权转让还应由全体股东会决议通过之后，方能顺利办理工商变更登记。

#### 五、股权转让协议中明确违约救济途径。

鉴于股权转让协议的履行具有不确定性，出（受）让人应在协议中充分预见可能存在的违约风险，制定违约风险发生后切实可行的救济途径和违约金等措施。譬如，如因受让人原因导致工商登记股权信息无法变更，公司或第三人向出让人追究履行出资义务或其他股东要求出让人承担逾期出资的违约时，受让人应当承担出让人由此产生的所有损失（包括但不限于出资款及利息、违约金、诉讼费用、律师费等）。

## 网络安全与数据保护篇

### 大数据何以“杀熟”？——关于差异化定价法律规制的思考

作者：高富平、王苑

9月17日，对数据法律与知识产权保护有着十数年深入研究的华诚高级合伙人高富平教授，将在首届华诚论坛上为参会嘉宾带来主旨演讲——给人工智能充分原料：人工智能时代数据开发利用的法律框架。

数据本身无“毒”，而“大数据杀熟”问题和数据的收集其实无关，关键在于收集的数据的使用是否合法正当，是否会侵犯消费者的权益，是否存在数据的滥用。

数据的透明是指数据主体必须被通知到自己的数据被收集了，被收集了哪些数据，在不想被收集的情况下，以及不希望个人信息被商家共享给其他合作方的时候，被通知有选择退出的权利。

数据利用不仅关涉消费者的权益，同时也是构筑诚信透明的商业伦理和商业文明的内在需求。经营者是否尊重消费者个人权利等也决定着消费者的“选择”。因此，充分竞争的市场是不公平交易的最有效的校正者。

“大数据杀熟”是通过算法对用户画像后，对不同用户进行不同的定价，由此引发的价格歧视现象。在“熟客”属于消费者情形下，就难以纳入《价格法》第14条（五）所调控的“价格歧视”行为，因为它针对的是“提供相同商品或者服务，对具有同等交易条件的其他经营者”的价格歧视行为。同样《消费者权益保护法》第八条所规定的消费者知情权限于“购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况”，包括价格、主要成份等，但似乎不包括经营者的“差异化定价”。因此，“大数据杀熟”不宜直接纳入现行法律体系进行规制。

经营者对特定惯常消费者差异化定价（“杀熟”）并非始于大数据应用，只是网络让价值更加透明、大数据更容易精确地实现。差异化定价与大数据联系起来之后，会让人们对新技术产生信任危机，甚至归咎于数据。在现行法律没有有效的规制方法的情形下，也有人呼吁通过个人信息保护法立法，严格限制数据的收集和流通过来保护个人权益，甚至建议个人尽量避免提供个人信息给服务提供者。但在数据驱动经济成为人类社会发展趋势的背景下，这无疑是逆历史潮流而行，阻碍大数据应用的，不可采行。

#### 一、数据无“毒”：合理数据收集不应限制

对于算法分析可能导致的价格歧视，很多人首先反应的应对策略是限制数据的收集，认为大数据是“原罪”。然而，数据和技术一样，本身具有中立性，将价格歧视归咎于数据有“毒”，因而要求限制数据的收集和使用是非理性的。在倡导建设“数字中国”“网络强国”的当下，数据作为一种资源性的存在，不合理的限制不符合大数据时代对数据流通和利用的内在要求，不符合社会发展趋势，会严重阻碍社会和经济的发展。在尊重用户权益的前提下，数据潜在的价值应当得到充分的发挥。实际上，2011年美国曾推出《网络反追踪法案》，试图为消费者提供禁止收集和使用私密数据的标准，要求商业主体遵守消费者的选择退出收集和使用的规则，并且要求商业主体主动披露其共享数据的每个合作方。但是，这部规范数据收集和使用的法案最终并没有

通过，反对者认为其会损害商业的发展和违反美国联邦宪法，因为在线的精准广告营销是最有效的广告途径，反追踪会降低广告的有效性，对商业的危害不可估量；另外，许多人享受着精准推送服务的便利，对追踪行为并不反感。《网络反追踪法案》的“流产”，一方面说明了美国国内对数据营销的规范各方之间的利益博弈异常激烈，另一方面也明确了数据的使用是数据存在的本质要求，限制使用并非公认的国际趋势。

因此，数据本身无“毒”，而“大数据杀熟”问题和数据的收集其实无关，关键在于收集的数据的使用是否合法正当，是否会侵犯消费者的权益，是否存在数据的滥用。如果因为“大数据杀熟”可能导致价格歧视就要求限制网络服务提供者收集用户数据或者劝告用户避免被数据收集，是一种因噎废食的作法，并不足取。

## 二、数据使用透明：旨在保护消费者知情权

“杀熟”在商业经营中并不鲜见，是商家利用客户的信任赚取多余利益的行为，本身受到商业伦理的谴责，但是互联网的作用让“杀熟”从暗箱中走到了日光之下，社交媒体又将此问题进一步放大；同时在大数据时代，因对用户精准画像，自动分析并预测用户偏好，“杀熟”已经不仅仅是一个伦理问题，更可能涉及对“富人”和“穷人”的价格歧视，已经上升为一个法律问题。

美国曾经刊登对大数据是否会导致价格歧视的一个实验，用新注册的两个账号模拟富人和穷人的网络行为轨迹访问一些网站，一段时间之后，发现在同一时间有些网站上同样的客房价格“富人”的价格比“穷人”的偏高，说明确实有些网站利用大数据进行“杀熟”，即价格歧视。

在大数据利用方面，用户画像的问题在于，客户往往对自己被搜集了哪些信息，信息是否真实准确并不清楚，算法分析模型常常被作为商业秘密予以保护，客户无法理解定价的机制和原理，信息的透明度不够导致即便客户被侵权也不自知，所以事后救济非常无力。就算公司提供客户访问被搜集数据的权利，客户也无法控制这些数据。因而，数据透明原则才显得格外重要，其让客户理解商业运作及决策做出的方式，并给予客户退出信息收集和使用的权利，有助于在线商业的建立发展和维护客户的信任。

透明原则在美国的“公平信息实践”（FIPs）中居于核心地位，在目前的版本中内化为“通知”原则。通俗来讲，数据的透明是指数据主体必须被通知到自己的数据被收集了，被收集了哪些数据，在不想被收集的情况下，以及不希望个人信息被商家共享给其他合作方的时候，被通知有选择退出的权利。因此，透明原则是保障用户自决的手段（威斯丁，1967）。在个人信息保护立法中，一般均将透明作为基本原则，体现在信息主体的知情或个人信息使用者的告知义务。比如，欧盟即将于5月25日生效的《统一数据保护条例》就给予了数据主体对自动化决策包括用户画像拒绝的权利。我国《消费者权益保护法》也明确要求经营者“明示收集、使用信息的目的、方式和范围”，只是如何细化落实这样的义务，确保消费者能够知情。在这方面，我国新发布的《信息安全技术个人信息安全规范》国家推荐标准有细化，要求数据控制者约束信息系统的自动决策，数据主体有权质疑并要求控制者做出解释，以及提供适当的救济方式。在笔者看来，透明、告知义务本质是保障消费者的知情权，它衔接了个人信息保护法和消费者权益保护法，是规制个人信息不当应用（包括“杀熟”）的有效手段。

## 三、数据使用正当：法律的限度

既然“杀熟”是大数据利用中的问题，至少属于不合商业伦理的一种数据利用行为，因而个人信息保护立法应当关注这样的问题，将这样的行为定性为个人信息的不当使用，并对这种不当使用行为予以调整。其中最为重要的，在个人信息使用者告知义务中增加算法或算法用途说明，满足消费者对个人信息使用及其可能的差异化定价的知情权。但是，这样的规制很可能难以真正扼制严重的“杀熟”行为，因为消费者（信息主体）往

往难以判断或拒绝交易，最后还是任其宰割。此时，必须求助于《消费者权益保护法》对公平交易的保护。利用大数据算法，实行差异化定价，一旦构成《消费者权益保护法》规定的“不公平、不合理的交易条件”，那么就是消费者公平交易权被侵害。此时，消费者可以向市场监管机构投诉，监管机关可以对有关经营者实施必要的行政处罚，打击这种大数据技术的滥用行为。此时，数据使用的不正当已经“升格”为针对消费者的不公平交易，超越个人信息保护法“势力范围”，属于《消费者权益保护法》调整了。

需要指出的是，差异化定价是一个非常复杂的问题，因为其背后的原因很复杂，大数据的算法模型是否会**导致歧视的产生取决于数据数量和质量**。甚至我们也应当允许或容忍一定范围的差异化定价，并将之视为一种商业自由。因此，差异化定价法律规制的真正难题在于如何协调经营者的商业自由（包含定价自由）与交易公平（尤其是消费者的交易公平）。

在这一问题长期无解的背景下，大数据与差异化定价的普遍联系，可能使数据应用的规制成为突破口。但是，我们不能寄予太高期望。虽然“杀熟”这样不当使用数据的行为，属于一种价格歧视，但是，这种价格歧视仍然是在社会伦理道德层面上的一种评价，是在“社会公平”、“社会平等”等人类社会基本价值上的一种评判。一般来讲，基于这种抽象价值的法律规范多具有道德规范价值，而不具有真正的法规范效力。因此，“杀熟”即使被认为是一种不当数据使用行为，但个人信息保护法对其调整也是非常有限度的。

甚至我们不能也不需要完全求助于法律来解决这一问题。未来商业竞争一定是建立在数据利用的基础之上，而数据利用不仅关涉消费者的权益，比如消费者隐私、公平等法律问题，同时也是构筑诚信透明的商业伦理和商业文明的内在需求。因而经营者是否尊重消费者的感受，尊重消费者个人权利（包括个人信息受保护的权利）也决定着消费者对经营者的“选择”。充分竞争的市场是不公平交易的最有效的校正者。那种渴望立法来彻底解决公平问题，仍然是对法律不切实际的奢望。

本文原载于《上海法治报》法治论苑 2018年5月16日第B06版

## 隐私保护和数据安全：领头企业的担当与责任

作者：高富平

随着我国社会网络化、数据化和智能化的加速推进，数据成为社会经济发展的驱动力。数据驱动的核心是让无处不在的网络和智能设备形成的数据被再次挖掘和利用，用于科技创新、经济转形、社会治理、风险防控等各个领域。数据具有巨大的社会经济价值，因而被公认为是继石油之后的新能源。于是，各个企业尽可能多地采集和收集数据，并进行各种数据分析，应用于产品或服务推广、风险控制等领域。

一切数据皆有源头，其中来源于或关于个人的数据又涉及个人尊严和自由，关涉个人隐私保护（或个人信息保护）。如何在维护隐私和数据安全利益的前提下，促进数据的开放、共享和流通利用，成为推动数据经济发展的关键制度所在。这也是国外从上世纪七十年代即开始着手构建的个人数据保护法律制度的目的之所在。

国外在计算机刚刚开始大范围应用阶段，即开始从维护个人尊严或自由的角度着手保护个人信息，防范电子化的个人信息被滥用，侵犯公民的尊严和自由。相关工作的核心是防范个人被毫不知悉地“被处理”，因而要让个人知情并给予必要的参与、控制权利。

相比较而言，我国没有这样的传统。而在计算机尤其是网络普遍应用之后，内部泄露、非法窃取、买卖公民个人信息等成为社会公害，不仅危害个人隐私，而且成为数据正当使用的“拦路虎”。随着数据价值的被逐步开掘，个人信息非法收集、加工处理、买卖、应用形成一条难以铲除的黑灰色产业链条，甚至挂牌企业都守不住不法买卖公民个人信息的底线。于是，保护公民个人信息不受侵犯成为我国的政治命题，公、检、法、司、学各界几乎都在探讨我国的个人信息保护方案。

探讨中我们发现，我们面临的环境和任务与国外不完全相同。我国当前的问题是个人信息被不法利用，危害的是公民的人身和财产安全。而国外立法要解决的问题是，在个人信息用于合法目的的前提下，如何规范对个人信息的利用行为，防范对个人尊严、自由及隐私的侵害。

但是，现有的个人信息保护规则合法与非法边界不甚清晰，于是打击个人信息的非法提供和获取成为我国推动数据经济发展的“魔咒”，成为正当合法的数据再利用的障碍。指望立法的确立规则，需待时日。如何打破困局，企业尤其是大企业要有作为，要有担当。

时不我待，探索新技术条件下个人信息保护的合理制度规则，成为数据驱动型企业的担当和使命。

2012 年始，我国开始移植国外的个人信息保护规则，其中最核心的是知情同意规则。

根据我国现行法律，收集和使用个人信息必须经过个人同意，非经同意的任何收集和使用行为均为违反法律规定的行为，有可能受到行政处罚和承担刑事责任。于是，如何做到同意便成为企业数据合规的主要任务。

但同时我们也发现，同意根本起不到保护个人权利的作用，反而成为滥用个人信息的保护伞。这不仅仅是因为用户往往不会细读相关授权条款，而且即使读了也没有选择自由。而在没有选择自由的情形下，同意就意味着将“命运”交给企业。

与此同时，我们还发现，在大数据、人工智能普遍应用的情形下，许多个人信息的获取，根本无法也无需取得个人的同意，而非经同意即违法的“大棒”又时时刻刻威胁着企业的数据库应用。也就是说，同意变得越来越形式化，实施同意并不一定能够给个人以保护，未经同意也不见得就损害个人隐私。

于是，满足于形式还是给个人以实质性的保护，就不仅成为一种立法选择，而且也是企业选择。一个有担当、负责任的企业不应当满足于法律合规或监管要求，不应当将个人信息保护流于形式，而应当以用户利益为

重，把用户隐私保护贯彻到企业的每个角落，成为企业的自觉意思。

网络为个人提供了无限的便利，人们的衣、食、住、行、工作都已离不开网络，进入到了网络化、数字化生存时代。云计算、物联网、大数据等技术支撑着人们的便捷生活。

所有这一切造成的一个后果是，个人越来越难以掌控自己，无力掌控数据。真正能够控制和使用数据的是企业、网络运营者。那种以个人控制为理论基础的个人信息保护制度也就越来越不适应网络时代的个人信息保护。即使法律赋予个人再多的权利，如果没有实际掌握数据的企业配合，这些权利也很难落地。因此，保护个人信息需要企业自觉贯彻实施相关法律，将法律转化为企业的制度和行动。这便是世界范围内得到提倡的企业自律的作用。

在现阶段，企业自律在我国尤显重要。因为我国缺失专门的个人信息保护法，现有的法律不足以指导企业正当合理地利用个人信息，因而需要探索如何在保护个人隐私利益的前提下实现对个人数据合理利用的规则。

隐私的本质是对个人的尊重。因此，保护个人隐私本质上是培育尊重个人的文化。显然，保护隐私文化的形成依赖全社会的参与。一家企业对隐私保护的重视和探索，只是一个企业的担当和努力，没有全社会的参与不可能营造良好的隐私保护生态。

网络化、数据化、智能化已经成为不可阻挡的趋势，在这个大背景下，如何既给用户提供更好的服务，又能保护好用户的隐私？这是整个世界互联网行业都必须面对的一个挑战。隐私保护是一件只有起点，没有终点的事业。笔者希望更多的企业及相关组织加入进来，推动隐私保护事业进步，促进中国数字经济的发展。

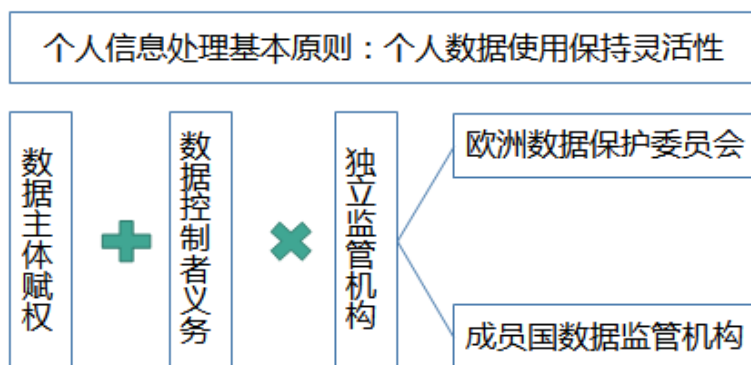
# GDPR 指引系列 | 以“数据主体权利”为主线

作者：高富平

## 一、GDPR 的基本思路和框架

高富平教授认为欧盟 GDPR 是一部基本权利保障法，其制定的总体思路是基于“个人数据关系个人尊严”、“个人数据处理可能侵害个人尊严”的价值认知，进而创设个人数据保护权（Right to protection of personal data）以保护个人权利不因个人数据处理而受侵害。根据该思路所制定的 GDPR 基本框架如下：

### GDPR：基本权利保障法



## 二、数据主体权利的分类

GDPR 赋予了数据主体诸多权利，高富平教授根据权利的性质和特征将 GDPR 中数据主体的权利分为了三类。

第一类：维护主体尊严的权利，包括知情权、访问权和更正权；

第二类：消极控制数据使用的权利，包括清除权（被遗忘权）、限制处理权、拒绝权、拒绝自动分析权；

第三类：数据移转权（数据携带权）。

## 三、数据主体权利的解析

从数据主体权利的分类可以看出，GDPR 构建了一套“保护个人尊严的防御性权利体系”。值得注意的是，同意并不属于数据主体的权利，GDPR 仅赋予数据主体消极的控制权，旨在构建个人数据利用法律关系。GDPR 在赋权的同时，规定了一系列的数据控制者的义务，以实现对个人利益的双重保护。

同时，高富平教授还指出，GDPR 虽然强调其并未赋予个人对个人数据的绝对控制权，但其最终的实际效果依旧是给予了数据主体很强的控制力，其中隐藏着财产权的安排。

## 四、富有威慑力的责任体系

GDPR 的责任体系非常完善，既包括民事责任，也有行政责任。完善的责任体系是保障个人权利实现的后盾。其中民事责任的责任形态包括停止侵害和损害赔偿。行政责任则为行政罚款，该行政罚款最高可达 20,000,000 欧元或上一财政年度全球营业额的 4%，非常具有威慑力。

最后，高富平教授倡导“行为规范 + 法律救济”是 GDPR 保护个人权利基调，也是我们努力的方向。

# “人群捕捞：从此再无私隐”

## ——谈酒店行业的个人信息安全合规

作者：吴月琴、郑莹莹

最近一篇“人群捕捞：从此再无私隐”的热文，犀利且悲观地指出“在庞大的数据面前，人类越来越像一个提供输入的变量角色，任何试图伪装和保护自己的举动，在无死角的数据监控下都显得徒劳。”<sup>[1]</sup>无论这一论断正确与否，从去年的洲际酒店、凯悦酒店，到今年八月份的华住酒店以及此次已在国外被集体诉讼的万豪酒店等集中性爆发的“数据泄露门”事件，凸显了酒店行业个人信息安全环境严峻的现实。

本文以酒店行业涉及的宾客个人信息收集、使用、共享和处理为合规关注点，对酒店管理涉及的个人信息安全问题提出建议。

### 一、酒店宾客的个人信息及个人敏感信息

根据公安部门的要求，每一位入住酒店的宾客都要进行身份证件登记，并通过公安系统实时传输到当地派出所；酒店管理系统也会为每位宾客建立档案。每一位宾客在注册账号、订房、入住、消费及离店，都涉及到大量个人信息的收集、使用、处理、存储及保护问题。

酒店通过宾客到店办理入住时提供的身份证件、银行卡等获取宾客的姓名、性别、身份证号、家庭住址、银行卡卡号、有效期等。宾客如通过酒店或第三方系统在线预订、支付和退款等，除上述信息会被收集外，更加完整的个人信息将被记入，如邮箱、IP地址、位置信息、支付宝或微信账户等；住宿期间，从安保角度，宾客在酒店公共区域活动画面会被监测及记录，面部信息、位置信息、活动信息等也会被收集；入住至退房整个过程中，酒店还将会收集到宾客到达及入住时间、消费记录及金额。上述被收集的宾客信息中，相当大一部分信息都属于宾客隐私，关乎到个人的人身与经济安全。

华住事件中，华住旗下多个品牌的酒店数据遭脱库，共涉及数亿条信息被泄露，并在暗网中以8个比特币（约35万元人民币）的标价兜售<sup>[2]</sup>：

第一部分为个人在华住官网的注册资料，包括姓名、手机号、邮箱、身份证号、登录密码等，共53G，大约1.23亿条记录；

第二部分为个人在酒店入住登记身份信息，包括姓名、身份证号、家庭住址、生日、内部ID号，共22.3G，约1.3亿人身份证信息；

最后一部分为个人的酒店开房记录，包括入住时间、离开时间、房间号、消费金额等，共66.2G，约2.4亿条记录。

依据《网络安全法》、《信息安全技术个人信息安全规范》以及《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》<sup>[3]</sup>，酒店宾客的这些信息，能够识别到特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，属于法律范畴的“个人信息”；这些个人信息，按照敏感度，可以进一步区分为高度敏感信息、敏感信息以及一般个人信息。其中，宾客行踪轨迹信息（位置信息）、通信内容、财产信息（银行卡卡号及有效期、支付宝或微信账号）为“高度敏感信息”；住宿信息（入住及离开时间、房号、关联房号）、通信记录、健康生理信息（面部特征、体型体态）、交易信息（消费记录）等为“敏感信息”。个人敏感信息，一旦泄露、非法提供（“黑市售卖”）或滥用（“精准诈骗”）可能危害人身和财产安全，极易导致个人名誉、身心健康

受到损害或歧视性待遇。<sup>[4]</sup> 作为行业管理标杆的五星级酒店，集中性爆发个人信息数据安全事件，难怪会引起社会高度关注和民众恐慌。

为此，酒店行业做好数据安全防范的前提，至少要做到识别关键数据，区分个人信息敏感度等级，做好数据分类分级，清晰地了解关键数据和价值，知晓数据的位置、边界和关系，并制定针对性的保护策略。对于个人敏感信息，采取加密处理，严格控制可接触该信息的人群和流程，对酒店内部工作人员管理权限进行分级。对个人信息的保存时间应最小化，超出期限后应当对信息进行删除或者匿名化、去标识化处理。这样，即使不法分子非法获取或盗窃信息数据，由于上述技术的处理使其无法匹配相应数据，重新识别特定个人。

## 二、酒店网站及 APP、小程序的隐私政策

酒店信息系统包括网站、APP 甚至是小程序，这些会用来收集个人信息。根据 2016 年颁布的《移动互联网应用程序信息服务管理规定》，APP 运营者收集、使用用户个人信息应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集使用信息的目的、方式和范围，并经用户同意。这些约束规定一般由酒店通过制定、实施隐私政策来体现。

酒店隐私政策，可以参考如下合规要点进行自查：

核心问题	关注点
是否存在过度收集、使用个人信息	收集的个人信息与其实现的酒店产品及服务功能明确挂钩（对各类信息对应的业务功能进行明确说明）
	是否会收集非实现业务功能所必需的信息
	是否涉及收集用户位置信息、通讯录信息、手机号码、个人财产信息、征信信息、生物识别信息等个人高度敏感信息
隐私政策的形式	是否向用户公开发布的隐私政策
	隐私政策是否在网站、APP、小程序等的明显位置公示
	是否在用户注册时主动向用户展示隐私政策
	隐私政策用语是否通俗易懂，对相关内容的表述是否清晰
	隐私政策是否需要用户主动勾选，或是否采用其他手段提示用户阅读隐私政策
	隐私政策内是否存在“自行承担风险”等不合理免责条款
隐私政策—知情权	是否明确告知用户收集其个人信息类型
	是否明确告知用户对其个人信息的使用方式
	需要收集敏感信息的，是否明确告知用户收集上述信息的用途，并告知用户拒绝提供将具体影响哪些功能
	是否明确告知用户个人信息的保存期限、保存地域、安全事件应急处理措施和停止运营的情形
	需要对外提供个人信息的（包括共享、转让、公开披露个人信息等），是否告知用户提供个人信息的目的、涉及的个人信息和接收方类型，以及所承担的相应法律责任等
	是否有条款提到会在条款变更时及时通知用户
	是否有条款提及会在个人信息控制者发生收购、兼并、重组时，将明确告知用户
隐私政策—同意	征求用户授权同意时，是否给用户足够选择权
	需要收集敏感信息的，是否对用户的同意设置了更高级别的同意要求
	需要超出用户授权范围使用个人信息的，是否有条款提及会征得用户同意
	需要对外提供个人信息的（包括共享、转让、公开披露个人信息等），是否有条款提及会征得用户同意
	是否有条款提及会在个人信息控制者发生收购、兼并、重组时，将征得用户同意
隐私政策—其他权利	是否对未成年人的同意进行了特殊要求（征得监护人同意）
	隐私政策有疑问时，给予个人联系客服的方式是否足够便利，是否说明响应时间
	是否明确告知用户，并提供便利的访问、删除、更正个人信息的方式、撤回同意的方式
	是否提供用户注销账号功能，并提供便利的注销账号通道

### 三、酒店个人信息的数据交换及委托处理

随着业务的拓展与延伸，酒店行业会委托第三方进行数据处理外包，或与第三方因业务连接进行数据交换。在此过程中安全保护措施的疏忽会是重要的直接或间接泄露途径，如 2018 年初 Facebook 5000 万用户数据泄露事件就是第三方数据处理原因造成的典型案例。

在数据处理外包的法律关系中，一般而言，酒店为数据控制者，提供服务的第三方为数据处理者。在数据交换、数据共享的法律关系中，酒店与第三方为共同的数据控制者。数据控制者与数据处理者的核心区别在于为自己还是为他人目的处理数据，两者权利义务的边界规定并不完全相同。在一些案件中，被告的抗辩意见中会提及数据处理者，法院也会对数据控制者和数据处理者的民事责任分担阐述。

在庞理鹏诉去哪儿网、东航的案件中<sup>[5]</sup>，法院认为东航与中航信之间为数据委托处理关系，裁判东航作为数据控制者应当对数据处理者中航信的行为担责。“如果本案中的确是中航信泄露了庞理鹏的隐私信息，则从东航和中航信之间的关系看，中航信仅仅是对内向东航提供信息网络服务的人。外部的订票者并不在意、也不知道东航的订票系统是由谁来维护和管理。无论由谁管理和维护，订票的消费者都认为是在向东航订票。因此，在对外关系上，即便是中航信泄露了庞理鹏的隐私信息，也可以由东航首先承担责任”。法院认为东航与趣拿公司之间为数据共享关系，均需对原告个人信息泄露情况担责。“东航和趣拿公司作为各自行业的知名企业，一方面因其经营性质掌握了大量的个人信息，另一方面亦有相应的能力保护好消费者的个人信息免受泄露，这既是其社会责任，也是其应尽的法律义务。从法院现有证据看，东航和趣拿公司在被媒体多次报道涉嫌泄露乘客隐私后，即应知晓其在信息安全管理方面存在漏洞，但是，该两家公司却并未举证证明其在媒体报道后迅速采取了专门的、有针对性的有效措施，以加强其信息安全保护。而本案泄露事件的发生，正是其疏于防范导致的结果，因而，可以认定趣拿公司和东航具有过错，理应承担侵权责任”。

由此，酒店进行数据共享和寻求外包服务时，一是应进行个人信息授权的梳理，明确个人信息来源并确认来源的合法性；了解已获得的个人信息处理的授权同意范围及目的。如所需信息超出授权范围及目的，应在获取或处理信息前，征得信息主体的明确同意。二是应注重相对方的数据合规情况和资质，核查其信息安全系统的保护等级及实施水平、是否有数据安全风险事件；三是通过合同准确界定各自在参与个人信息处理活动中的作用和主体性质，明确相对方的数据合规、安全保障承诺以及相应的动态管理义务，并约定对第三方造成损害时的责任承担，内部追偿的范围等。

### 四、酒店网络安全等级保护

根据《网络安全法》规定，酒店作为网络运营者应当依法按照网络登记保护制度，履行安全保护义务 [6]。早在 2013 年，汉庭等酒店就被曝出数据泄露，当时是因为酒店所使用的 WiFi 管理和认证管理系统存在漏洞，数据传输过程并未加密导致的。<sup>[7]</sup>

酒店应根据国家法律法规规定建立信息系统分类等级标准，根据分级结果对敏感信息建立安全防护体系，实行敏感信息加密，数据脱敏技术以及安全隔离策略等。从网络安全等保的定级看，酒店信息系统，一旦受到破坏，则不仅会对宾客的合法权益产生严重损害，还会对社会秩序以及公共利益造成严重损害，因此酒店信息系统的安全保护等级应定为三级以上。<sup>[8]</sup>酒店应根据自我评级后的等级，积极整改信息系统中的安全漏洞，并到公安机关备案。此外，酒店应持续监控，主动发现：对网络边界、业务终端和数据库的异常访问行为进行持续性监控，及时分析和处理。此外，还要做到对外和对内的安全防控，做到关键数据保护等。

## 五、酒店数据安全风险事件的应对

酒店行业应依据国家标准和安全等级制定企业自身的处理数据操作规范、数据保存规定；确立数据安全日常监控制度和应急处理制度，进行符合自身业务类型的数据安全异常点检测，并在出现疑似数据安全问题时及时保留相关证据。确立定期数据安全审计和数据安全风险培训的制度。

根据《国家网络安全事件应急预案》，酒店应做好数据安全风险事件的应急预案，并模拟风险事件处理进行应急演练：

一是风险预防：制定安全管理制度和操作规范，确定网络安全负责人或组织，严禁不相关人员查询或获取信息；制定相应应急方案，采取有效的技术和必要的措施，建立安全隐患预警机制；定期对相关负责人进行培训，提高安全防护意识及技能。

二是应急处理：立即启动应急方案，积极采取有效措施，避免损害进一步扩大；对相关事件内容进行记录、留档；及时通知信息主体以及报告相关主管部门。

三是应急结束：酒店应自行组织调查处理和总结评估，总结调查报告应对事件的起因、性质、影响、责任等进行分析评估，提出处理意见和改进措施，避免再发生类似的安全事件。

“过去住酒店，人们担心的是卫生情况，如今银行卡和敏感个人信息却成了主要担心的对象”。即使如某知名酒店所言，其购买的网络保险可以覆盖个别数据泄露导致的财务损失，但由此引发的信任危机对品牌的影响仍是长期且巨大。酒店行业应遵守现有的国家法律法规规定，积极建立个人信息合规制度，实施信息安全等级保护，从预防、治理、总结以及改进，不断地完善自身的数据安全保护环境，避免数据泄露事件的再度发生。

注释：

- [1].《人群捕捞：从此再无私隐》公众号：子牛；链接：<https://dwz.cn/uph86zNZ>
- [2].《华住被“脱裤”，1.3亿人的隐私在“裸奔”》长江观察周刊 2018年8月29日
- [3].《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》第五条
- [4].《信息安全技术 个人信息安全规范》GB/T 35273-2017 第三章规定
- [5].庞理鹏诉中国东方航空股份有限公司、北京趣拿信息技术有限公司隐私权纠纷案，案号（2017）京01民终509号
- [6].《网络安全法》第二十一条
- [7].《华住酒店陷数据泄露风波 信息泄露成酒店监管顽疾》创业家传媒 2018.8.30
- [8].《网络安全等级保护管理办法》规定

## 破产与清算篇

### 刍议国家工商总局 97 号文与“僵尸企业”清退

作者：朱小苏

【摘要】中央在新常态形势下提出“僵尸企业”的清理，在此情况下国家工商总局和税务总局联合颁布了《关于清理长期停业未经营企业工作有关问题的通知》，旨在响应中央要求，加快建立“僵尸企业”强制退出机制，清理长期停业未经营企业。笔者从多方面比较了该通知下针对的长期停业未经营企业与中央提出的“僵尸企业”的区别，并结合“僵尸企业”清退的方式，分析了该通知规定的清理方式存在的问题，强调两者不能混为一谈。最后，笔者还对如何在实践中进一步应对商事制度改革过程中常态应对长期停业未经营企业提出了几点建议。

【关键词】僵尸企业 97 号文 长期停业未经营 吊销营业执照

2015 年 3 月，李克强总理在国家工商总局考察时提出要“要避免形成‘僵尸企业’”<sup>i</sup>。2015 年底的中央经济工作会议，对“十三五”开局之年的经济工作进行了全面部署，强调要着力推进包括清理“僵尸企业”在内的一系列供给侧结构性改革措施，推动经济持续健康发展。2016 年 3 月，“僵尸企业”的清理问题正式写入了国务院《2016 年政府工作报告》。在此背景下，为加快建立“僵尸企业”强制退出机制，国家工商总局与国家税务总局于 2016 年 5 月 27 日联合颁布《关于清理长期停业未经营企业工作有关问题的通知》（工商企监字〔2016〕97 号，以下简称“97 号文”），在全国范围内清理长期停业未经营企业。

根据国家工商总局的统计，2016 年上半年全国工商和市场监管部门共查处各类经济违法违章案件 23.5 万件，其中第二季度的案件数为 16.9 万件，约达第一季度案件数的 2.5 倍；尤其值得关注的是，在该 23.5 万件案件中，市场主体准入监管案件达 6.3 万件，在案件总量的占比高达 26.64%，比 2015 年同期增长 160%<sup>ii</sup>。据笔者了解到的一些情况，在 2106 年上半年北京、重庆、辽宁等地市场主体准入监管案件在本地区案件总量中的占比均过半，甚至 6 月份当月的市场准入监管案件数量即超过前五个月此类案件数量的总和。这些数据均充分反映在 97 号文的引导下，清退长期停业未经营企业已经成为工商执法的重中之重。笔者无意否定 97 号文在行政执法中的效应，但需要注意的是，97 号文是工商和税务为加快建立“僵尸企业”强制退出机制所颁布的产物，但其是否真正与所追求的初衷相契合，或者说达到了中央提出的清理“僵尸企业”的效果，笔者提出如下几方面以作商榷。

#### 一、97 号文下的“长期停业未经营企业”并非中央提出清理的“僵尸企业”

97 号文指向的清理对象是“长期停业未经营企业”，并对其处以包括吊销营业执照在内的行政处罚。从法律依据的角度，其主要基于《公司法》第 211 条的规定，即“公司成立后无正当理由超过六个月未开业的，

或者开业后自行停业连续六个月以上的，可以由公司登记机关吊销营业执照。”《中华人民共和国企业法人登记管理条例》进一步在其 22 条对前述条款进行了规定，即“企业法人领取《企业法人营业执照》后，满 6 个月尚未开展经营活动或者停止经营活动满 1 年的，视同歇业”，将受到被吊销营业执照的处罚。因此，从这个角度而言，“长期停业未经营企业”可又被称为“歇业企业”。

实践中，由于企业经营与否较难界定，行政执法机关无法确切了解，因此过去对“歇业企业”的处置更多是通过企业的工商年检制度加以实施。根据《企业年度检验办法》，若企业不按照规定接受年度检验的且在责令的期限内未接受年检的，由工商部门予以公告。自公告发布之日起 60 日内仍未接受年检的，工商部门即可依法吊销其营业执照<sup>iii</sup>。但随着商事制度改革的推进，在《企业信息公示暂行条例》于 2014 年出台后，企业工商年检制度被公示年报制度所取代，《企业年度检验办法》也因《企业经营异常名录管理暂行办法》的颁布而被废止。在目前的年报制度下，未依法公示年度报告的企业将被列入经营异常名录，但不再有被吊销营业执照的法律责任，这也使得《公司法》第 211 条再次面临被束之高阁的局面。97 号文的出台实则是为工商部门在年报制度下对未依法公示年报的企业进一步予以行政处罚提供了法律基础。根据 97 号文的规定，若企业连续两个年度未进行年报，且连续两年未报税，而现场检查其登记的住所或经营场所又无法取得联系，则工商部门依据《公司法》第 211 条规定依法吊销其营业执照。

然而，需要区分的是，虽然 97 号文旨在加快“僵尸企业”强制退出，但其规制的“长期停业未经营企业”（或“歇业企业”）与“僵尸企业”存在着很大的不同，概括而言至少有以下几方面的区别：

（一）概念属性不同。“僵尸企业”的概念起源于美国俄亥俄州立大学经济学家 Edward Kane 在 1987 年发表的一篇文章，指那些虽可产生现金流，但扣除运营成本和固定成本后，只能支付贷款利息而无力偿还贷款本金的企业<sup>iv</sup>。而在中国，这个名词首次出现在 2014 年提请全国人大常委会审议的《国务院关于加强金融监管防范金融风险工作情况的报告》中，指经营难以为继且产品缺乏竞争力，仅靠银行贷款而存续的企业，此后，该词逐渐成为官方宏观调控政策的常用术语<sup>v</sup>，因此“僵尸企业”更大程度上属于一个经济学的专用术语而非法律概念。而“长期停业未经营企业”则不同，虽然它也不是一个严谨的法律概念，但通过《公司法》等的诠释，已在一定程度上具备了法律语境下的特殊属性，而“歇业企业”更是一个明确的法律概念。此次 97 号文的出台进一步在法律层面为其设定了具体的标准，即“连续两个年度未进行年报，且连续两年未报税，而现场检查其登记的住所或经营场所又无法取得联系”。

（二）营业状态不同。另一个明显的区别在于，顾名思义，“长期停业未经营企业”处于停止经营的状态，不产生现金流，也不进行税务申报，企业多数会以劳动合同订立的客观情况发生重大变化为由与员工解除劳动合同。而“僵尸企业”由于仍然获得贷款或政策补贴，其经营情况尽管不佳，但仍存于续存状态，也正是因为这样的低效运转，导致相关行业的低端产能过剩。同时，“僵尸企业”迫于营业维持和社会稳定的因素，往往也肩负着庞大的员工队伍，并很难实现人员剥离<sup>vi</sup>。

（三）财务状况不同。“僵尸企业”由于主要靠银行贷款或政府支持存续，其本身的财务状况已经发生赤字，营业收入不足以支付经营成本，企业连年亏损，处于高负债率状态。2015 年 12 月，李克强总理在国务院常务会议上将清理的“僵尸企业”进一步界定为“持续亏损三年以上且不符合结构调整方向的企业”<sup>vii</sup>，可见，“僵尸企业”从财务状况角度已经资不抵债。相比较，“长期停业未经营企业”未必已经无力偿债或者在财务上已经亏损。企业停业的原因有很多，有可能因经营不善而停业，也有可能因为经济大环境不佳而歇业停产，甚至有些纯粹为某项目而设立的项目公司，因项目最终没有推进而自始未曾展开经营业务的，因此，虽然财务状况

亦不佳，但整体存在更多的可能性。

(四) 合法程度不同。“僵尸企业”虽然因占用社会资源但不产生效益而具有危害性，但其成因主要由于政策性支持，并不直接违反法律法规的规定，这也是目前在清理“僵尸企业”过程中主张府院联动，特别强调政府介入的力量<sup>xiii</sup>，而无法简单地通过违法查处进行出清的原因。而“长期停业未经营企业”或“歇业企业”则不同，无论是从《公司法》第 211 条出发，或是《企业信息公示暂行条例》的角度，其已经发生了违反法律规定的行为，并会触发违法处罚的法律后果。

正是因为存在上述不同，“长期停业未经营企业”（或“歇业企业”）与“僵尸企业”不能等量齐观。前者因为存在的违法性，从行政作为的角度，理应加以处置，但该处置与“僵尸企业”的清退并不存在直接的关系，97 号文将这样的处理定位于“建立‘僵尸企业’强制退出机制”，显得并不妥当。况且，由于“僵尸企业”依靠政府“输血”生存，往往占用了包括政府补贴、政策扶持、银行贷款、大量人力资本等各种的社会资源，因此，处置“僵尸企业”的核心目的即在于将这些被低效挤占的社会资源盘活，从僵尸企业中予以释放，实现社会资源的有效再分配，促进企业资源配置效率<sup>ix</sup>。以温州为例，其鹿城区在 2015 年促使 25 家僵尸企业退出市场，便成功盘活资产 1812 万元，激活厂房、土地 6500 平方米。但 97 号文项下吊销“长期停业未经营企业”营业执照的处罚，除了可以将这些企业在工商登记的名称字号在三年后重新纳入社会流通外，实现盘活更多社会资产的空间有限，其主要原因就在于这些企业因长期停业，自身拥有的资产多数早已被转移或消亡殆尽。

## 二、97 号文下的吊销清理并非中央对“僵尸企业”的清理方式

对于“僵尸企业”的处理，李克强总理在 2015 年 11 月的国务院常务会议上提出了两种清理方式，即重组整合或退出市场<sup>xii</sup>，此后，最高人民法院、工信部等又先后表示在两种方式的选择中，应该多重重组少清算<sup>xiii</sup>。由此可见，中央对“僵尸企业”的清理方式无外乎“生死”二法，其中“生”即通过兼并重组或《企业破产法》下的重整程序，实现资源调配，使得企业涅槃重生；而“死”即通过企业自行解散清算或破产清算的方式，将企业彻底从市场出清。

相比较，97 号文虽也以所谓“僵尸企业”退出市场为导向，但其规定的最主要清理方式却为“吊销营业执照”。国家工商行政管理总局企业监督局的领导在今年 8 月的某公开场合谈及 97 号文时就表示“吊销营业执照的程序是企业最主要的退出渠道”<sup>xiv</sup>。受此影响，全国各地工商也纷纷将 97 号文下的吊销营业执照与“僵尸企业”的市场退出挂钩<sup>xv</sup>。诚然，在过去国家工商总局颁布的相关规定，例如，《公司登记管理若干问题的规定》（1998 第 83 号）、《关于企业登记管理若干问题的执行意见》（工商企字〈1999〉第 173 号）等，均规定企业的法人资格自吊销营业执照之日终止，甚而在 2002 年工商总局更专门出具《关于企业法人被吊销营业执照后法人资格问题的答复》（工商企字（2002）第 106 号），明确“吊销营业执照是企业法人资格消亡的方式，法律后果导致企业法人资格消亡”，但该《答复》目前已被工商总局废止<sup>xvii</sup>。可见在目前，企业被吊销营业执照即退出市场的理解缺乏有效的法律依据支撑。而从司法角度，最高人民法院在 2000 年第 23 与 24 号批复中给出了与工商系统不同的解释，表示企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前，法人资格存续，可以以自己的名义参加诉讼活动<sup>xviii</sup>。因此，吊销营业执照的方式并不能彻底置企业于“死地”。实践中，如温州雅尔达鞋业有限公司这样被吊销营业执照 16 年却仍然“残存于市”的企业不乏少数<sup>xix</sup>。更有甚者，虽然我国的规定要求工商机关在吊销企业营业执照后，应向同级税务机关通报情况<sup>xx</sup>，以形成联动；同时银行界人士也呼吁吊销的信息需通知银行及时办理销<sup>xxi</sup>，但实践中这样的信息共享落实的并不理想。笔者就亲历几个企业在因逾期年检而被吊销营业执照后仍然无证经营了多年的业务，按期报税，显然这与工商吊销执照以强制清退企业的初衷

是南辕北辙的。若要这些长期停业而被吊销企业完全从市场退出，需要这些企业进入清算程序并完成后续一系列的注销手续，但现实是这些企业已经停止经营多年，连基本的年度检验或报告公示都没有动力操作，更谈何自行成立清算组履行清算义务？

既然不能置企业于“死”，那么因长期停业而被吊销营业执照后的企业是否还有机会“活”？就目前的情况看，答案也是否定的，最主要的原因在于吊销执照的行为从法律角度属于行政处罚行为的一种，而行政行为因其公定力、确定力、约束力和执行力的特征，除非经法律程序变更或撤销，否则不得否定。为此，被吊销的营业执照原则上也就难以恢复，而没有营业执照的企业也就丧失了继续经营的合法依据，实践中这也是多数工商机关的共识。尽管如此，仍有个别工商机关赋予了恢复营业执照一定的操作空间，甚至个别地区颁布了专门的规定，以明确恢复被吊销企业的规程。但细看这些规程，具体可恢复营业执照的原因并不相同，北京地区主要是基于行政机关的错误而予以恢复<sup>xxii</sup>，而西安则仅在企业因长期停业逾期年检被吊销执照的前提下才会考虑恢复<sup>xxiii</sup>，这无疑会导致各地执法上的不统一。进而，这些规程均兜底性地将“其它原因需要恢复的”作为可恢复的情形之一，而该“其他原因”概念模糊不清，容易在一定程度造成权利寻租的空间，难以保证个案处理的公正平等。因此，笔者认为，在缺乏明确的法律规定的情况下，因长期停业而被吊销营业执照的企业无法也不宜再被恢复生产经营。

一面是被吊销执照后的“僵而不死”，而另一面又是欲恢复经营的“求生不得”，97号文的吊销清理并不能实现中央清理“僵尸企业”的效果，而如果要将被吊销的企业从市场上出清，较为可行的方式就是申请其强制清算或破产清算，通过“托底”的司法程序实现退市。但需要考虑的是，中央提出清退“僵尸企业”的一个目的在于优化资源，而无论是强制清算还是破产清算，不可避免都要消耗包括法院、管理人等在内的众多社会资源，而处置的对象又是本身已不拥有太多资产的“长期停业未经营企业”。在无法释放太多社会资源的情况下，还要投入非常多，甚至可能入不敷出的社会资源去清扫97号文吊销清理所遗留下来的善后问题，这本身是否划算就值得商榷。

### 三、法律建议

其实在写本文的时候，笔者自始至终并不否定97号文颁布的必要性。如前文所述，“长期停业未经营企业”因其在现行法律下存在的违法性而受到行政处罚具有合理性。笔者希望表达的是，这样的处置不应与中央目前提出的“僵尸企业”的清退混为一谈，后者是在目前经济新常态下提出的要求，具有一定的政策性原因，而前者应该是商事制度改革过程中行政执法所要对应处理的一种常态。既然是常态的工作，单凭一个工商部门出具的《通知》，可能尚嫌不足，为更好地实现法律的功能，笔者建议，除淡化与“僵尸企业”清退的关联外，还可以考虑从更高的法律位阶出发，增加以下两方面的内容：

（一）从立法的角度明确企业被吊销营业执照后，股东未依法成立清算组进行清算或怠于清算的，应就企业的未清偿债务与企业承担连带清偿责任。如前文所述，因逾期年检或年报而被吊销营业执照的很多企业停产多年，早已人去楼空，故这种情况下股东没有任何动力启动自行解散清算程序，而通过司法程序以强制清算或破产清算强制企业退市又会耗费大量社会资源，因此这种情况下必须有很好的“武器”迫使股东履行清算义务。目前这个“武器”存在于《公司法》司法解释二的第十八条，即债权人有权通过诉讼要求股东依其怠于清算的行为不同而相应承担清算赔偿责任或连带清偿责任。尽管如此，该规定毕竟仅以法院司法解释的形式存在，而在《公司法》等本位法下并没有此类可以刺破公司面纱而追究股东清偿责任的情形，因此有必要在更高位阶上加以明确。同时，目前《公司法》司法解释二区分了未成立清算组进行清算和虽成立清算组却怠于履行清算义

务两种情况,前者仅在由其导致的公司财产损失范围内承担清算赔偿责任,而后者则就债权人主张的债权承担连带清偿责任。笔者以为,实践中“不成立清算组”的行为实际也是“怠于清算”的行为,甚至比不积极履行清算义务的行为更为普遍和严重,按举轻以明重的原则,对此类行为也可要求股东承担连带清偿责任。只有这样才能真正向股东施加压力,督促其在经营中规范所投资企业的年报公示,并在因长期停产未经营或其他违法情形而被吊销营业执照后积极履行清算义务。

(二)明确企业因长期停产未经营/逾期年报而被吊销营业执照后,是否还能如英国或香港等国家和地区一样,经自愿申请并在缴纳罚款后,恢复营业执照。从企业意思自治的角度,由于停产与否从很大程度上属于企业自主决策的内容,而其停产或逾期年报所造成的社会危害较之虚假注册或违法经营等吊销营业执照的事由来的轻弱,故赋予企业在此情况下申请恢复营业执照的机会具有一定的合理性。如最终决定保留恢复的可能,则建议就恢复的具体规程和标准颁布全国性的统一规定。相反,在目前《公司法》第211条不做修改的情况下,从市场监管和资源调配的角度,对因长期停产或逾期年报企业处于吊销营业执照的处罚也无可厚非。如最终决定吊销后不再恢复而是强制企业退市,则建议在法律层面进一步规定企业被吊销营业执照后一定期限(如六个月或一年)内未依法成立清算组开展清算的,由相关行政部门直接对该企业进行注销并进行相应的公告。对于在此类注销后遗留的未清除债务,直接由股东承担连带清偿责任。

注释:

i 参见:李克强《商事制度改革要协同向纵深推进》, [http://www.gov.cn/guowuyuan/2015-03/22/content\\_2837186.htm](http://www.gov.cn/guowuyuan/2015-03/22/content_2837186.htm)。

ii 参见:《工商总局2016年上半年例行新闻发布会》, [http://www.saic.gov.cn/ywdt/xwfb/201607/t20160725\\_170014.html](http://www.saic.gov.cn/ywdt/xwfb/201607/t20160725_170014.html)。

iii 参见:《企业年度检验办法》(国家工商行政管理总局令[2006]第23号)第十九条。

iv 参见:维基百科“Zombie Company”词条 [https://en.wikipedia.org/wiki/Zombie\\_company](https://en.wikipedia.org/wiki/Zombie_company)。

v 参见:聂辉华、江艇、张雨潇、方明月《中国僵尸企业研究报告—现状、研究和对策》载于《人民大学国发院年度研究报告》第11页。

vi 参见:谢玮,《僵尸企业生存实录:为何死不了?员工占当地人口三分之一》,载于《中国经济周刊》,2016年第3期,总第603期,2016年1月18日出版。

vii 参见:冯彪《国务院重申清理“僵尸企业”持续亏损3年以上企业成“靶心”》,载于《每日经济新闻》,2015年12月10日,第3版。

viii 参见:《关于清理“僵尸企业”的指导意见》(浙并购办(2016)第4号)。

ix 参见:前瞻产业研究院《国务院将清理“僵尸企业”促进企业资源配置效率》, <http://bg.qianzhan.com/report/detail/458/151211-a997ee96.html>。

x 参见:黄宏、洪叶《听权威人士的话 温州25家僵尸企业退出市场》,载于《浙江在线》,2016年1月4日, <http://zj.zjol.com.cn/news/241800.html>。

xi 根据国家工商行政管理总局《企业名称登记管理办法》第31条规定,被吊销营业执照的企业名称三年之内不得使用。

xii 参见:《李克强:加快“僵尸企业”重组整合或退出市场》,来源于中国政府网,2015年11月4日, <http://news.cntv.cn/2015/11/04/ARTI1446649088498308.shtml>。

xiii 参见:《工信部:处置“僵尸企业”要多重组少破产》,来源于中国经济网,2015年11月26日, [http://finance.ifeng.com/a/20151126/14091466\\_0.shtml](http://finance.ifeng.com/a/20151126/14091466_0.shtml);《最高法谈清理“僵尸企业”:尽可能多兼并重组》,来源于澎湃新闻,2016年4月8日, <http://news.sohu.com/20160408/n443673401.shtml>。

xiv 参见:《第七届中国破产法论坛在京隆重召开》,来源于中国破产法论坛网,2016年8月18日, <http://www.bbbs.org.cn/xwzx/ShowArticle.asp?ArticleID=45330>。

xv 参见:《两年没年报企业超过21万 江苏“僵尸企业”要强制退出》,来源于中国日报网,2016年7月11日, [http://www.chinadaily.com.cn/interface/toutiao/1120789/2016-7-11/cd\\_26043131.html](http://www.chinadaily.com.cn/interface/toutiao/1120789/2016-7-11/cd_26043131.html)

xvi 《我区工商部门清理僵尸企业退出市场》,来源于白银区政府法制办,2016年6月27日, <http://www.gsfbz.gov.cn/FZJG/ShowArticle.asp?ArticleID=118741>。

xvii 参见：1998年2月1日《公司登记管理若干问题的规定》（国家工商行政管理局令第83号）第三十四条，“依据《公司登记管理条例》第五十八条、第五十九条的规定被撤销、吊销营业执照的，该公司自始即无法人资格”；1999年6月29日国家工商行政管理总局《关于企业登记管理若干问题的执行意见》（工商企字〔1999〕第173号）第十条，“企业被吊销营业执照的，其法人资格或经营资格终止”。

xvii 2004年6月30日，国家工商行政管理总局《关于废止有关工商行政管理规章规范性文件的决定》（工商法字〔2004〕第98号）中，将工商企字〔2002〕第106号《关于企业法人被吊销营业执照后法人资格问题的答复》予以废止。

xviii 参见：最高人民法院法经（2000）23号《关于人民法院不宜以一方当事人公司营业执照被吊销，已丧失民事诉讼主体资格为由裁定驳回起诉问题的复函》以及最高人民法院法经（2000）24号《关于企业法人营业执照被吊销后，其民事诉讼地位如何确定的复函》。

xix 参见：《瓯海停产16年的“僵尸企业”达成债务和解》，载于《温州都市报》，2013年6月4日，<http://news.66wz.com/system/2013/06/04/103671503.shtml>。

xx 参见：《国家税务总局 国家工商行政管理总局关于工商登记信息和税务登记信息交换与共享问题的通知》（国税发〔2003〕81号）。

xxi 参见：金舒《吊销企业营业执照应及时通知银行》，载于《金融与经济》1987年第1月，第61页。

xxii 参见：关于印发《北京市工商行政管理局恢复被吊销企业操作规程（试行）》的通知（京工商发〔2000〕214号）。

xxiii 参见：《西安市工商行政管理局恢复被吊销营业执照企业经营资格操作规程（试行）》。

## 对下落不明的债务人提起破产清算申请

作者：蔡炳辉 朱小苏

在向濒临破产或是实际已经停止经营的企业追索债权、申请执行其财产时，往往因难以寻找债务人及其财产线索而陷入僵局。很多情况下，只能掐着时间发送催款函以免超过诉讼时效，或者由法院中止执行待由财产线索再申请恢复执行。这样，债权便一直停留纸面，债权人利益一直受损。而实务中，这样的等待并不会换来债权人的突然出现和清偿。对于下落不明的债务人，在符合条件的情况下向法院申请其破产已不失为一种有效的破局手段。

### 一、对下落不明债务人能否提起破产清算申请

债务人下落不明时，如果法院受理针对该债务人的破产清算申请，一般意味着对债务人的清算工作较难开展，最终有可能无法清算。那么，在预知存在这种较大无法清算可能的情况下，债权人是否可以提出破产清算申请，而法院是否应当予以受理？

从《企业破产法》第7条第2款“债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请”的规定看，债务人只要存在不能清偿到期债务的情形，债权人便可以向法院申请对其破产清算，而未要求债权人提交其他的证明材料。当债权人对债务人提出破产清算后，《企业破产法》赋予债务人异议权及异议期，债务人可以从债权人对其是否享有到期债权、其是否存在不能清偿到期债权的情形以及其是否资不抵债或明显缺乏清偿能力等角度进行抗辩。如债务人未提出异议或者人民法院认为债务人异议不能成立的，人民法院便应当受理债权人提出的破产清算申请。人民法院受理债权人提出的破产清算后，债务人及其相关人员才负有向人民法院或管理人移交债务人财产、财务资料等义务。因此，即使债务人在人民法院审查受理环节未向法院提交任何与其资产负债、清偿能力有关材料，致使人民法院无法了解其财务情况，但只要债权人提交的破产清算申请符合规定，人民法院便应当裁定受理，即使债务人下落不明，亦是如此。2008年，最高人民法院曾就债权人对“下落不明”债务人提出破产清算申请的受理问题，专门作出了《关于债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算案件如何处理的批复》，规定“债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算，符合企业破产法规定的，人民法院应依法予以受理。债务人能否依据企业破产法第十一条第二款的规定向人民法院提交财产状况说明、债权债务清册等相关材料，并不影响对债权人申请的受理”，2011年，最高人民法院作出的《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》贯彻了这一规定<sup>1</sup>，为债权人申请下落不明债务人破产清算提供了途径。

### 二、对下落不明债务人申请破产清算的现实意义

债务人下落不明，我们认为大体上存在两种情形，一种是债务人已无财产，债务人为逃避债务而隐名匿迹，另一种情况是债务人实际上有财产，“下落不明”只是一种债务人营造出来的现象，用于逃废债务。而不论如何，只要债务人下落不明，都将致使债权人债权无法实现，因为即使债权人通过法院强制执行的方式执行债务人财产，只要债务人名下没有登记公示的财产，债务人呈现“下落不明”的表征，法院一般也就终止执行了。如果这样的状况一直持续下去，从另一个角度看，也可以说债务人成功实现了逃废债务。因此，在债务人呈现“下落不明”状态时，债权人便应当考虑其他的实现债权的方式，我们认为债权人通过申请下落不明债务人破产清算是一个有益的方式：

首先，债务人并不一定就真“下落不明”了，债务人有可能是为了逃废债务而转移经营场所。如债权人借助一些司法手段，债权人自行调查债务人下落的手段非常有限；而如债权人通过法院强制执行债务人，如果债务人呈现“下落不明”的表征，在目前法院司法资源较为有限的情况下，法院一般也不会花较大精力去调查搜索债务人，而在债务人登记的“法定代表人”无所谓限制消费、限制出境等限制措施的情况下，法院“逼迫”债务人现身的可能性就较小，法院较有可能中止对债务人的执行。而在破产清算程序下，管理人报酬与债务人可供清偿的财产相关联，管理人在承办一个破产案件时，只有在债务人财产存在相关财产的情况下，管理人才可以获得报酬，因此，管理人具有追查债务人下落、追查债务人财产的内在利益驱动。管理人系由法院以决定书形式指定，具有《企业破产法》所明确规定的职权，可以借助法院的司法调查手段，而在一些场合下管理人又可以以债务人的身份进行相应查询、检索，因此，管理人调查手段较为丰富（如我们在另一个债务人下落不明的案件，便通过查询债务人社会保险费缴纳情况，查找到了债务人，原来债务人还在经营也还有用工，只是为了躲避债权人转移了经营场所）。将“下落不明”债务人纳入破产清算程序，借助管理人的努力，便有可能查找到债务人。而及时查找到债务人，则有可能保全债务人财产，避免债务人利用“下落不明”这段期间完成对财产的转移、隐匿或挥霍。

其次，在债务人为企业法人的情况下，如没有特别情形，债务人股东、法定代表人、高管并不需对企业债务负责。债务人下落不明，便极有可能是债务人有关人员利用“企业法人”独立法人人格的法律地位，化解债权人债权追索行为的方式。因此，如果持续停留于对“企业法人”这一形式化主体的追索，反倒落入债务人设计的圈套，债权人应当寻求透过“企业法人”而追究躲在“企业法人”后面的人员的法律责任的途径。《〈公司法〉若干问题的规定（二）》等有关规定，已明确公司清算义务人在企业无法清算的情况下，应当对企业债务承担连带清偿责任；《最高人民法院关于债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算案件如何处理的批复》则明确在企业无法清算的情况下，债权人起诉“债务人有关人员”承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持，此处的“债务人有关人员”从广义上理解不仅包括了公司的清算义务人，还可以理解为包括了债务人的法定代表人等负有责任的人员。因此，债权人对下落不明债务人申请破产清算的，如最终债务人无法清算，则可以将对债务人的债权追索延伸至对债务人清算义务人及其有关人员，这将在很大程度上促进债权人债权的实现。从这个角度看，看似“无结果”的无法清算，实际上蕴含着有益的“结果”。

最后，债权人对下落不明债务人申请破产清算，只有可能争取实现较为有利的局面，而不可能使债权人处于更为不利的处境。有部分债权人担心一旦对债务人提起破产清算申请，债务人又无财产可供清偿的，对债务人债权便只能一笔勾销。事实上，这是对现行破产法的误解，破产法所允许免除的债务，是在企业具有独立人格情况下，通过对企业的全面清算，以清算所得企业财产清偿债务后而不能全额清偿的部分，换言之，破产法仅允许免除破产企业因市场经营风险而无法向债权人清偿的债务。在企业不具有独立人格，或者不能实现对破产清算的情况下，纵使债务人“经历”了破产程序，债务人对外债务仍然不能被免除，相反，反倒通过“破产清算”而使得债权人可以在继续向债务人追索债权的同时，也打通债权人向清算义务人及其有关人员追索债权的途径。退一步而言，如果下落不明的债务人最终在破产程序中得以完整清算，债权人最终仅得到部分清偿甚至没有得到清偿，债权人对债务人债权最终被豁免，那么说明债务人财产情况、清偿能力本就如此，纵使债权人不申请破产清算，债权人也不可能得到其他更好的结局。

注释：

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》第6条规定：“债权人申请债务人破产的，应当

提交债务人不能清偿到期债务的有关证据。债务人对债权人的申请未在法定期限内向人民法院提出异议，或者异议不成立的，人民法院应当依法裁定受理破产申请。受理破产申请后，人民法院应当责令债务人依法提交其财产状况说明、债务清册、债权清册、财务会计报告等有关材料，债务人拒不提交的，人民法院可以对债务人的直接责任人员采取罚款等强制措施。”

# 打开企业注销的新年大礼包

## — 关于企业注销新政策的梳理及展望

作者：蔡逸奇

2019年1月2日，李克强总理在国务院常务会议（“会议”）中，决定推出一系列关于企业注销的便利化改革措施，解决长期以来备受关注的“注销难”问题。下面就让小编来打开这份新年大礼包，梳理和展望这些指日可待的企业注销新政。

### 一、针对简易注销程序的改革措施

自2015年4月起在个别地区进行试点，到2017年3月起的全国范围推行，简易注销登记改革已经陆续实施了三年有余，让众多符合条件的企业更快捷的完成了市场退出，并且形成了可复制推广的市场退出创新改革经验。本次国务院常务会议在工商总局2016年12月发布的《关于全面推进企业简易注销登记改革的指导意见》（“《指导意见》”）的基础上，针对目前的简易注销程序提出了如下的进一步改革：

#### 1、扩大简易注销的适用范围

根据《指导意见》的规定，目前可适用简易注销的企业类型包括有限责任公司、非公司企业法人、个人独资企业、合伙企业，其他类型的企业不包括在内。本次会议中提出，要将非上市的股份有限公司、农民专业合作社以及各类企业的分支机构也纳入适用范围，参照适用简易注销登记程序。

#### 2、压缩公告时间

在最初的试点过程中，许多地方在其简易注销试点方案中对公告时间进行了压缩（比如上海浦东新区规定的公告时间为10个工作日、浙江省规定为10天等）。然而，为了充分保障有关利害关系人的合法权益，工商总局在其后发布的《指导意见》中，根据《公司法》的规定，仍然将企业在国家企业信用信息公示系统上发布简易注销的公告期规定为45天，并要求各试点地区据此做好衔接工作，保证与《指导意见》的一致性。

如今，在《指导意见》的基础上，本次会议提出要将公告时间由45天压缩至20天，以进一步缩短简易注销的时间。

#### 3、提高容错率

根据《指导意见》的规定，曾经被终止过简易注销程序的企业，包括自动撤销简易注销申请或者被认定不满足简易注销要求的企业，均无法再次申请适用简易注销程序。换言之，目前来说，每个企业仅有一次简易注销的申请机会；一旦企业因任何原因被终止简易注销程序，将被迫转为一般注销。

现本次会议提出，应当提高简易注销申请的容错率，允许被终止简易注销登记的企业在达到条件后再次申请简易注销。据此，被认定为暂不符合条件的企业在异常状态消失后，将有机会再一次申请简易注销；而那些申请文件形式或内容不规范的企业，在补正文件后其简易注销申请将可以被受理。

事实上，国家市场监督管理总局于2018年12月3日发布的《关于开展进一步完善企业简易注销登记改革试点工作的通知》，已经就会议提出的上述简易注销的改革重点进行了阐述，要求北京市、浙江省杭州市、宁波市等试点地区应于2019年1月底前正式启动该些改革的试点。据了解，目前包括试点地区在内的各地的简易注销程序仍按照《指导意见》的规定执行，新的改革措施尚未落实，但可以预计国家市场监督管理总局不日将会相应的出台更新版的适用于全国的指导意见，对各地的简易注销执行程序提出最新的指示。

## 二、针对一般注销程序的改革措施

除了针对简易注销的改革措施外，会议中还提出了如下针对一般注销程序的改革措施：

### 1、简化注销流程和申请文件

对标简易注销的程序，会议中提出，今后一般注销程序也将不再要求企业进行清算组备案、登报发布债权人公告，而是与简易注销一样，统一在国家企业信用信息公示系统上免费发布注销公告，且相应的注销申请文件也将大量减少，仅保留清算报告等必要文件，从而简化了注销流程和申请文件、节省注销费用。

### 2、简化税务、社保、海关等注销

会议提出，推行税务注销分类处理，未办理过涉税事宜或未领用发票、无欠税等纳税人，可免于办理清税手续，直接申请简易注销；对没有社保欠费的企业同步进行社保登记注销。

事实上，早在2018年9月，国家税务总局就发布了《关于进一步优化办理企业税务注销程序的通知》，已经明确提出自2018年10月起，符合上述条件即可免办清税证明。人力资源社会保障部于2018年11月发布的关于《社会保险经办管理服务条例（征求意见稿）》中也有提到，实现“五证合一”的用人单位依法终止的，社会保险经办机构应当依据市场监管部门共享的企业注销数据，办理社会保险注销登记，即无须企业在工商登记注销后再另行办理社保登记注销。而2019年1月9日，海关总署与国家市场监管总局也共同发布了《关于〈报关单位注册登记证书〉（进出口货物收发货人）纳入“多证合一”改革的公告》，明确了自2019年2月1日起海关不再核发《报关单位注册登记证书》，而是直接通过市场监管部门按照“多证合一”流程完成登记，并在总局层面完成与海关总署的数据交换。

由此可见，会议中提出的税务注销便利改革措施已经开始实施，社保同步注销将率先在已实现“五证合一”的企业中开始落实，而海关注销的具体改革措施也将随着海关登记正式纳入“多证合一”管理体系后指日可待。

### 3、推行注销一网服务

会议提出，要依托一体化政务服务平台，设立企业注销网上服务专区，推行注销“一网”服务。

就在会议后的第二天，上海的“一窗通”注销平台正式上线，率先响应了会议中提出的注销“一网”服务的号召。企业在“一窗通”平台填报注销申请信息后，平台将同步推送至相关部门，各部门并联预审办理。平台通过系统控制，引导企业按照最优方案办理注销业务，帮助企业厘清各项业务的办理顺序。同时，平台还设置了银行账户撤销的预约服务功能，企业可以在网上预约多个商业银行办理账户注销业务。

目前，全国许多地区已经逐步实现了企业开办的“一窗”服务平台，相信不久也会根据会议要求开通企业注销的服务平台，使企业能够通过平台全面掌控注销流程，实现信息同步推送、部门并联办理，解决部分材料重复提交的问题，压缩注销办理时间。

最后，在坐等各项注销便利改革措施落地的同时，还需要提醒企业注意的是，简化注销流程并不意味着减少了企业的责任。股东仍然应当依法完成企业清算，清理债权债务，并且仍将就注销后的遗留债务承担相应责任；未经清算即办理注销，导致企业无法清算的企业股东或实际控制人，将可能被要求就公司遗留债务承担连带清偿责任。因此，建议企业无论适用何种注销程序，享受何种注销便利政策，都应当在注销企业前仔细核实债权债务并制作清算报告，以免因不适当的注销引起后续法律风险。

## 破产原因情形区分及在破产申请实务中的适用

作者：蔡炳辉 朱小苏

在债务人具备破产原因时，企业以及债权人均可向人民法院申请对债务人进行破产清算。因此，债务人是否具备了“破产原因”，便成为了人民法院是否受理破产清算申请的关键因素。按《企业破产法》第2条规定，企业“破产原因”分为两种情形，一种是债务人“不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务”，另一种是债务人“不能清偿到期债务，并且明显缺乏清偿能力”，两种破产原因表述有些相似，特别是两种破产原因都要求债务人“不能清偿到期债务”，但该两种破产原因在实务中的适用，却存在较为明显的区分。下文将围绕两种破产原因在实务中的适用展开详细论证。

### 一、“不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务”的破产原因

“不能清偿到期债务”，指的是对于依法成立的债务，债务人在债务清偿期限内不能足额清偿的情形。该债务依法成立即可，不要求债权债务关系、债权债务数额经过法院或者仲裁机构裁决；企业到期未清偿即构成不能清偿，不要求经过相关机构执行后无法清偿才构成不能清偿。对此，最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》【法释（2011）22号】第二条中也进行了明确规定，要求人民法院在判断企业是否“不能清偿到期债务”时，只要同时具备“债权债务关系依法成立”、“债务履行期限已经届满”、“债务人未完全清偿债务”情况的，便可认定企业存在“不能清偿到期债务”的情形。最高人民法院之所以对企业“不能清偿到期债务”作如此详细的规定，是因为在一些破产申请的实务中，一些法院认为企业“不能清偿到期债务”，指的是企业不能按生效判决履行债务且人民法院执行不到企业财产的情形。债权数额经由人民法院或仲裁机构裁决且经强制执行不能实现，固然使得法院极为容易判断企业是否“不能清偿到期债务”，但另一方面却也使破产申请的条件变得极为苛刻，特别是对于债权人申请对债务人进行破产清算的情形，如按此要求，则债权人需先提起诉讼使法院判决确认其债权，然后再申请强制执行以证明债务人不能清偿到期债务。这样，债权人申请对债务人进行破产清算，不但要先耗费诉讼费用，而且还将耗费较长的时间，而在这么一段时间内，原本可在破产程序中保全、取回并分配的财产便有可能也被耗费殆尽，这样也就使得债权人申请破产清算变得毫无意义。最高人民法院对“不能清偿到期债务”作此规定，在为各级法院提供审查标准的同时，在很大程度上也确保了债权人通过破产申请救济自身利益的权利。

“资产不足以清偿全部债务”，指的是债务人的全部资产（包括现金、固定资产、无形资产、对外投资等）合计数额低于企业对外负债数额。在目前的破产实践中，一般以企业提供的资产负债表、会计师事务所提供的审计报告所呈现的企业资产、负债情况作为判断债务人是否“资产不足以清偿全部债务”的重要证明材料。

“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务”的破产原因，一般由企业在自行申请破产清算中使用。而对于企业自行提出的破产清算申请，人民法院也会要求企业提供财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告等，以核查企业是否已资不抵债。如企业提供的相关财务数据显示其资产仍大于负债的，则人民法院便较大可能不受理企业提出的破产清算申请。

最高人民法院在《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》中，对如何判断企业“资不抵债”进行了进一步的延展，即以企业资产负债表作为审核企业是否资不抵债的依据，但并不排斥结合其他方式对企业的真实资产负债情况进行综合审核，具体而言：即使企业提供的资产负债表（甚至会计师事务所作

出的审计报告)显示企业资产大于负债,但如有其他材料,如针对企业所有财产或者重大财产价值的评估报告,显示企业帐上财产实际上价值有限,且已不足以清偿所有债务的,那么,法院也应认定企业资不抵债。该规定赋予了审核企业是否“资不抵债”必要的灵活性,避免了企业实际已资不抵债、但却需要再经过一段时间的账面亏损才能进入破产程序的尴尬,也有利于实际上已具备破产原因的企业及时进入破产程序以优化资源的有效配置。

目前破产实践中,企业自行申请破产清算的案件,主要分为两类:一类为已在较长一段时间内停止经营、实质上已退出市场竞争的企业;一类为突遭市场变化(如市场环境恶化、资金链断裂等)又无重整可能的企业。对于前者,多数具有国有企业背景,其申请破产清算,主要目的在于通过合法方式退出市场,彻底摆脱之前已停止经营的“僵而不死”的状况,而在前述目的之下,可能也存在上级单位调整财务报表方面考虑,如企业已经经过合法途径注销,那么该企业并不好看的资产负债表也就可以从上级单位大范围的财务报表中抹去了;相比较而言,长时间停止经营的民营企业自行向人民法院申请破产清算的较少。对于后者,其申请破产清算,一般出于“破产免责”的考虑,即进入破产程序后,企业由管理人接管,债权人按破产法有关规定向管理人申报债权,债权人通过出席债权人会议行使权利并最终从管理人处接受分配等,债权人不再是向企业的原管理层或者股东方追索债权,这样企业的原管理层或者股东方便得以从众多的、各式各样的债权追索中脱身,且只要企业经营管理规范、合法,企业的原管理层或股东方亦不需要对债权人未受偿的债权负责,相比较而言,出于该情形而向人民法院申请破产清算的民营企业倒相对较多。

## 二、“不能清偿到期债务,并且明显缺乏清偿能力”的破产原因

“不能清偿到期债务”的判断标准如前所述,而对于“明显缺乏清偿能力”,按《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(一)》规定,指的是以下几种情形:

- i. 因资金严重不足或者财产不能变现等原因,无法清偿债务;
- ii. 法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产,无法清偿债务;
- iii. 经人民法院强制执行,无法清偿债务;
- iv. 长期亏损且经营扭亏困难,无法清偿债务;
- v. 导致债务人丧失清偿能力的其他情形。

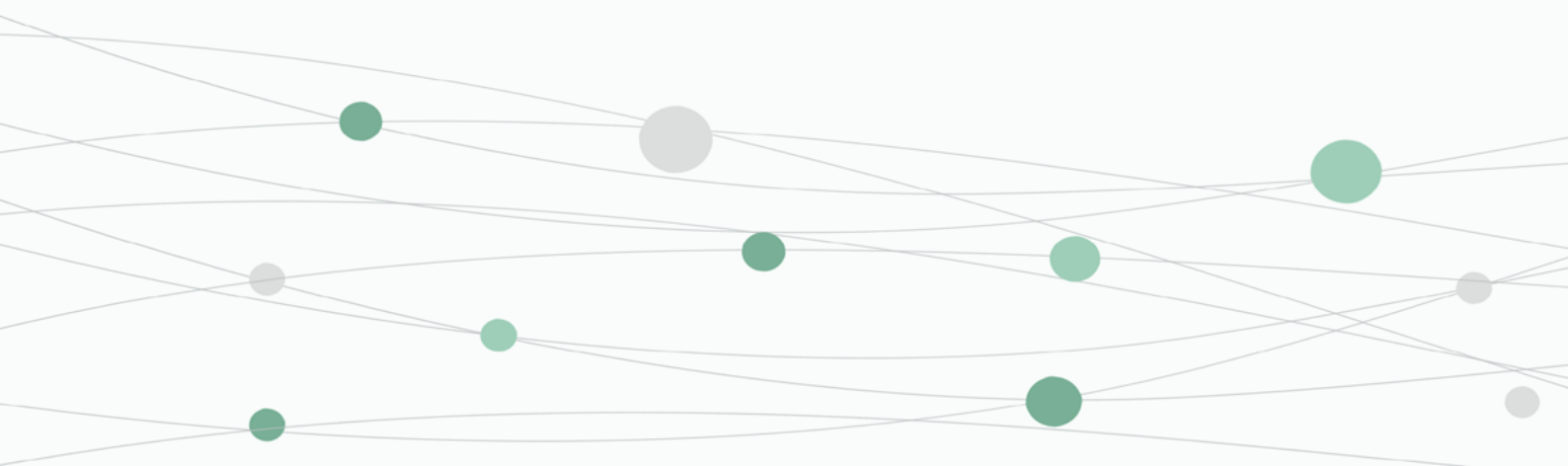
在企业具备上述情形之一时,便可认为企业“明显缺乏清偿能力”。

当企业具备“不能清偿到期债务,并且明显缺乏清偿能力”破产原因时,企业也可以依此向法院申请破产清算,但实务中,法院倾向于通过审核企业是否“资不抵债”来确定是否受理企业自行提出的破产清算申请,因此,该破产原因一般由债权人在申请对某企业进行破产清算时使用,因为债权人作为企业的外在一方,一般无法收集企业资产负债表方面的数据材料以证明债务人“资不抵债”。而债权人对债务人享有债权,一般也都追索过债权,故债权人一般较容易证明债务人存在“不能清偿到期债务”的情形,以及债务人“明显缺乏清偿能力”。

对于债权人以企业“不能清偿到期债务,并且明显缺乏清偿能力”为由提出的破产清算申请,依照企业破产法的规定,人民法院将在收到破产申请的5日内通知债务人,如债务人有异议的,应当自收到人民法院通知的7日内向人民法院提出。债务人所进行的异议,一般从债权人对其是否享有到期债权以及债务人是否还具备清偿能力展开。需要明确的是,在这一过程中,并不必然要求债务人向人民法院提供资产负债表等相关材料,即当发生人民法院不能通知到债务人、或者债务人经通知不向人民法院披露企业资产、负债相关情况时,并不


影响人民法院对是否受理债权人所提出破产清算申请的判断。相反，当人民法院裁定受理债权人提出的破产申请后，按《企业破产法》第 11 条规定，债务人才负有“自裁定送达之日起十五日内，向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况”的法定义务，以配合人民法院、管理人对债务人的破产清算。在实务中，也出现过人民法院在审查债权人提出的破产清算时，同时要求债务人提供资产负债表等财务资料以审查债务人是否确实“资不抵债”的情形，其实这样的做法属于对两种破产原因的混同，实质上也为债权人申请破产清算增加了“门槛”，人民法院很有可能因耗费时间去了解债务人财务情况而延缓了对债权人破产申请的受理、甚至因此导致不受理债权人提出的破产申请。对此，最高人民法院其实也已作出了相应引导，其在《关于债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算案件如何处理的批复》便明确指出：“债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算，符合企业破产法规定的，人民法院应依法予以受理。债务人能否依据企业破产法第 11 条第 2 款的规定向人民法院提交财产状况说明、债权债务清册等相关材料，并不影响对债权人申请的受理”。


在当前破产实务中，以华诚所担任管理人的破产案件为例，债权人申请的破产案件为数不少由“不良资产包”引发，即金融机构将相关债权通过资产包转让推向市场（可能先后通过几次转让），最终的债权人以向法院申请债务人破产作为实现债权的最后手段。该情况也与上海市营商环境优化方面的政策推广、深化，导致的破产申请门槛减低、费用减少有关。



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](http://www.watson-band.com.cn)

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

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