

华诚律谈

二〇二一年下半年刊

华诚律谈编委会 编著



目录

▶ 知识产权

- 1、对《专利审查指南修改草案（2021.8）》的解读和建议（一）3
- 2、对《专利审查指南修改草案（2021.8）》的解读和建议（二）5
- 2、对《专利审查指南修改草案（2021.8）》的解读和建议（三）8
- 3、涉电商类知识产权侵权案件法定赔偿计算方式14

▶ 公司商事

- 1、隐名出资人和名义股东之间的隐名出资法律规定分析解读16
- 2、都是孰高条款惹的祸——浅议科华生物收购仲裁案19
- 3、重大不利变化条款在并购协议中的适用21
- 4、公司高级管理人员违反忠实、勤勉义务的主观认定23

▶ 网络安全与数据保护

- 1、人面应知何处去，桃花依旧笑春风——逐条解读“人脸识别”新司法解释25
- 2、从司法解释谈人脸识别信息保护28
- 3、App 提供方嵌入 SDK 的正确姿势30
- 4、不同“同意”的适用场景31

▶ 破产与清算

- 1、执行程序中申请股东出资加速到期是否可行？32
- 2、公司破产后，股东对公司的债权之受偿顺序35
- 3、如何判断公司的经营管理是否出现严重困难，申请解散公司？37
- 4、未穷尽救济方式，股东发生矛盾初期即提起解散公司之诉的不予支持40
- 5、论后续破产重整申请权的法律规制42



知识产权篇



对《专利审查指南修改草案（2021.8）》的解读和建议（一）

作者：华诚知识产权团队

今年6月1日起施行的新修正的专利法（2020年修正）是近十年来专利制度的一次重大变化，引入了包括局部外观、专利期限补偿、药品专利链接、开放许可、以及惩罚性赔偿等全新的制度。目前与之配套的专利法实施细则以及专利审查指南仍在修改中，早先国家知识产权局于2020年12月曾就专利法实施细则修改草案征求公众意见，就在今年的8月3号，专利审查指南修改草案（征求意见稿）也是在千呼万唤中始出来。

专利审查指南为专利法及其实施细则的制定配套的规定和具体操作办法，针对此次审查指南涉及的重要修改，本文在实操层面上进行解读并给出建议。

注：与专利法（2020修正）配套的专利法实施细则（修改）尚未通过，此次审查指南修改草案中引用的以及本文中引用的实施细则条款是未正式生效的条款。

1. 基于专利法第二十条的诚实信用原则的审查

专利法第二十条第一款规定，申请专利和行使专利权应当遵循诚实信用原则。不得滥用专利权损害公共利益或者他人合法权益。专利法实施细则（修改）第十一条的规定，申请专利过程中，编造、伪造、抄袭、拼凑或者其他不正当行为属于违反专利法第二十条第一款的行为。为上述目的，此次审查指南修改在专利初步审查、实质审查、以及无效宣告请求审查三个阶段分别增加了有关是否明显违反诚实信用原则的审查项目。

首先，在初步审查（实用新型和发明）和实质审查（仅发明）两个阶段，审查员都需要针对申请内容是否属于专利法实施细则规定的违反诚实信用原则的具体情形进行审查。

在初审阶段，审查员审查后认为申请明显不符合诚实信用原则的，会发出通知书，要求申请人进行答辩。虽然指南并未说明如何才算“明显”，不过相信依赖专利大数据，很容易辨别抄袭或者拼凑的行为。

在实审阶段，需要审查员阅读申请文件的实质内容之后甄别申请是否存在编造、伪造的情形。审查指南在这部分列举了几种违反诚实信用原则的具体情形，包括：编造数据、技术效果等有关技术内容的，或以复杂结构实现简单功能等明显不符合技术改进常理的；伪造文件证明不丧失新颖性宽限期的；抄袭或拼凑现有技术、现有设计的；恶意提交多件内容明显相同申请的。尽管指南列举了若干具体情形，但因为上述某些行为的认定带有主观性，难免存在对正常申请造成误伤的担心。例如，组合发明往往是由现有技术中多个已知要素进行组合得到的，其创造性体现在“组合”上而非已知要素上，这种“组合”与“拼凑”如何区分？如果以“组合”有没有带来技术效果、以及带来何种技术效果作为判断的依据，难免带有主观因素。因此，建议指南进一步细化审查规则，对不同情况提供指导案例，明确需要审查员举证的情形，如此也使申请人对如何答复此类审查意

见、提交什么证据有较强的预期。

其次，此次修改将违反诚实信用原则纳入到专利无效审查中的依职权审查的范围内。也就是，即便无效请求人没有提出专利违反诚实信用原则的无效理由，合议组发现专利存在违反诚实信用原则的，也可以就此进行审查并进而宣告专利无效。可见，对于编造、伪造等不真实的发明、弄虚作假的行为，国家给出了坚决不授予专利权的态度。

为此，申请人在撰写申请文件时需要注意避免可能构成指南中规定的几种违反诚实信用的情形，为说明书撰写提出了新的要求。比如，说明书对于发明具体实施方式的描述应尽可能详细；对于化学、生物、医药领域的发明，技术效果的认定需要基于实验结果，因此应提供实验方法或手段，给出详尽的实验数据，此外，还要保留好实验记录等过程文件，以便作为证据提交；对于基于在先专利的改进型发明而言，应特别注意对改进点的说明，阐明改进点与技术效果之间的关系，不要因为撰写的问题导致专利申请被认为是编造的、没有技术效果的发明。

2. 专利权属纠纷当事人参加无效程序

根据现行的专利法实施细则，专利无效宣告程序可以因为专利权属纠纷或法院对专利采取保全措施、应当事人请求而中止，待专利权属纠纷有了结果或者保全期届满再继续专利无效程序。在专利法实施则修改征求意见稿中，专利权属纠纷或者专利保全不再是中止无效程序的理由，专利权属发生纠纷的，权属纠纷的当事人可以请求作为第三人参加无效程序。实践中，在专利权属纠纷或者专利保全期间，专利无效程序不会中断，在权属纠纷有结果前或者保全期间专利被宣告无效的，意味着纠纷的权利基础已不存在，法院可以裁定驳回起诉，避免占用司法资源。

此次审查指南修改对此做适应性的规定，规定了专利权属纠纷当事人可以参加无效程序及具体办法，还规定了专利权属纠纷当事人参加无效程序仅限于接收文件。可见，权属纠纷当事人并不能实质上参与无效程序（如提交意见陈述），而只是享有知情权。笔者考虑有没有可能出现这种情况，专利权人在无效程序中不作为，而权属纠纷当事人无法发表意见，最终导致专利权被无效，那么就可能损害原本应享有权利的权属纠纷当事人的利益。因此，是否应当允许权属纠纷当事人作为第三人实质上参与无效程序，提交意见陈述供合议组参考。

3. 专利权评价报告的请求主体

专利法（2020 修订）第六十六条规定，涉及实用新型或者外观设计专利纠纷的，专利权人、利害关系人或者被控侵权人可以主动出具专利权评价报告。

为此，在专利权评价报告请求的主体在专利权人、利害关系人的基础上，审查指南修改增加了潜在的被控侵权人（即有可能成为被控侵权人的单位或个人）作为请求主体。按照指南的修改，似乎并不是任何人都可以请求专利权评价报告，这一点与早先 2020 年 12 月的专利法实施细则修改建议中请求主体包括“任何单位或个人”（征求意见稿第 56 条）并不一致，因此尚需等待正式的实施细则出台才能确认。

此次指南修改规定了潜在被控侵权人请求专利权评价报告的，需要提交律师函等证明文件。这里的律师函，可理解为专利权人或利害关系人前向潜在被控侵权人发送的要求停止侵害其专利权的律师函，或者其他可以证明其主张潜在被控侵权人侵犯其专利的文件。针对专利权人或利害关系人向潜在被控侵权人发送律师函、虽经潜在被控侵权人催告但不提起专利侵权诉讼的情形，潜在被控侵权人可以向国家知识产权局请求专利权评价报告，并在向法院提起确认不侵权之诉中出具。

对《专利审查指南修改草案（2021.8）》的解读和建议（二）

作者：华诚知识产权团队

今年6月1日起施行的新修正的专利法（2020年修正）是近十年来专利制度的一次重大变化，引入了包括局部外观、专利期限补偿、药品专利链接、开放许可、以及惩罚性赔偿等全新的制度。目前与之配套的专利法实施细则以及专利审查指南仍在修改中，早先国家知识产权局于2020年12月曾就专利法实施细则修改草案征求公众意见，就在今年的8月3号，专利审查指南修改草案（征求意见稿）也是在千呼万唤中始出来。

专利审查指南为专利法及其实施细则的制定配套的规定和具体操作办法，针对此次审查指南涉及的重要修改，本文在实操层面上进行解读并给出建议。

注：与专利法（2020修正）配套的专利法实施细则（修改）尚未通过，此次审查指南修改草案中引用的以及本文中引用的实施细则条款是未正式生效的条款。

4. 关于优先权恢复和援引加入

援引加入和优先权恢复是专利合作条约（PCT）中涉及优先权救济的规定，直至目前我国对援引加入和优先权恢复规定均做出了保留，即我国不适用这两项规定。此次专利法实施细则的修改草案（尚未生效）引入了这两项救济措施，以与大多数国家保持一致。

根据巴黎公约，要求优先权的在后申请应当在在先申请提出后12个月（发明或实用新型）或6个月（外观设计）的优先权期限内提出。在中国，超过优先权期限提出的申请是无法享有优先权的，且没有救济措施；而不能享有优先权的最坏的结果就是申请因优先权期间公开了相同发明的在先文献而不具备新颖性或创造性，最终无法获得授权。此次修改引入了错过优先权期限的救济措施，对超过12个月或6个月优先权期限向国家知识产权局提出在后申请的，可以在优先权期限届满之日起的2个月（即优先权日起14个月或8个月）内办理优先权恢复手续，这可以看作是允许给与优先权期限2个月的宽限。为此审查指南修改在操作层面上增加了相关规定，包括申请人需要提交恢复权利请求书并说明理由，以及缴纳优先权恢复费等。

虽然在将来，即专利法实施细则修改正式通过后，错过优先权期限的申请可以请求恢复，但申请人仍需要特别注意对优先权期限的监控，因为优先权仅有2个月的恢复期，如果没有对优先权期限有及时的预警而错过期限，随后的两个月的恢复期也是很快就会过去的，一旦再次错过2个月的恢复期限，就再无可救济了。

所谓援引加入是指在后申请提出之后，可以在不改变申请日的情况下补入在先申请（即优先权）的内容，包括权利要求书、说明书的全部或部分内容。在目前我国对援引加入做出保留的情况下，如果在后申请之后想要追加在先申请文件中的内容的，需要将提交追加文件的日期重新确定为在后申请的申请日，而由于推后了在后申请的申请日，可能导致在后申请超过12个月优先权期限而丧失优先权，其同样可能造成无法授权的严重后果。

同样出于与其他多数国家保持一致的原因，此次专利法实施细则的修改承认了援引加入，规定可以在申请递交日起2个月内或者在指定期限内，以援引在先申请的方式补交权利要求书和说明书的全部或部分内容。援引加入包括两种情形，一种是补交权利要求书或者说明书的全部，这意味着在后申请在提交时完全不包含在先申请的权利要求书或者/以及说明书，这种情况虽然罕见却的确有可能发生，例如为了满足12个月优先权期限，在后申请仅提交了请求书并要求了优先权，但因为时间关系没有提交申请国官方语言的权利要求书和说明书（译

文)，因此需要在申请之后补交完整的权利要求书和说明书。援引加入的另一种情形是补交权利要求书或者说明书中的部分内容，这可能是由于在后申请因为例如翻译差错导致遗漏了在先申请权利要求书或者说明书中的部分内容，这种情形更为常见，通过援引加入，可以将遗漏的部分补入在后申请中。不管是哪种方式，允许援引加入都可以不改变在后申请的申请日，因此不会出现丧失优先权的情况。

此次指南修改针对援引加入增加了相应的审查规定，审查员主要审查通过援引在先申请文件的方式补交的申请文件内容是否包含在在先申请文件副本和其中文译文之中，如果补交的权利要求书或说明书并不在先申请文件副本和其中文译文之中，就不符合援引加入，审查员会要求申请人补正；如果申请人坚持补入这些内容，则需要重新确定申请日为补交文件的日子。

与优先权恢复类似，援引加入也是有期限的，即申请递交后的2个月内或者专利局指定的期限内。但一般来说，对于在后申请遗漏了在先申请的部分内容，审查员没有义务审查也不会发现，因此专利局并不会主动发出补正通知书要求申请人援引加入，除非申请完全没有包含权利要求书或者说明书这种明显的错误。因此，通常需要申请人自己发现并主动请求援引加入以补入遗漏的部分。因此，在实践中，申请人可以在申请提交后对申请文件进行检查，如果发现申请文件因为翻译或其他情况有遗漏或者错误，可以及时通过援引加入的方式加以更正。这对于由于时间紧迫而仓促提交申请，申请文件出现错误时，给予了申请人事后补救的机会。因此，建议申请人为申请设立2个月援引加入的提醒，在申请后对申请文件再次检查，如有必要，请求援引加入以更正申请的遗漏或者错误。

5. 实用新型申请初步审查增加对创造性的审查

与发明专利不同，实用新型专利仅需要经过初步审查即可获得授权，目前对实用新型专利申请的初步审查仅涉及是否明显不具备新颖性的审查，而一般不会对实用新型申请是否具备创造性进行审查。实用新型的这种审查制度在一定程度上导致大量不具备创造性的实用发明获得专利权，而且某些权利人对专利权的滥用，对正常的生产和商业行为带来了干扰，同时也让公众将实用新型与低质量专利等同起来。

此次指南修改增加了对实用新型申请明显不具有创造性的审查，虽然没有达到对发明申请那样全面实质审查的标准，但对于提高实用新型专利的质量、维护公平公正迈出了一步。

根据专利法第二十二条第三款的规定，实用新型专利的创造性标准是低于发明专利的创造性标准的，两者的不同主要体现在现有技术中是否存在技术启示，实用新型的审查实践中对于对比文件的技术领域和对比文件的数量相较于发明有更多的限制。虽然指南并未明确对实用新型的创造性初步审查中，是否应当检索对比文件，以及规定什么才属于“明显”不具备创造性的情形，但是我们预计对于技术方案简单、尤其是日常生活中常见的产品的实用新型申请，审查员会倾向于拒绝授权，也不排除审查员主动检索对比文件。因此，我们可以期待，今后实用新型申请在初审阶段会收到更多的审查意见通知书，实用新型的审查周期会更长，甚至超过1年，最终实用新型申请的授权率会进一步降低。

6. 延迟审查的相关操作

延迟审查是指申请人可以要求延迟对发明或者外观设计申请的审查，此次指南修改对延迟审查的修改涉及下面三个方面：

1) 将外观设计的延迟期限设定为以月为单位，而不是之前如发明那样以年为单位，因此延迟期限从之前的1年、2年或3年修改为最长为自提出延迟审查请求生效之日起36个月。

2) 目前延迟审查请求是不可撤回的, 此次修改为申请人可以撤回延迟审查请求, 撤回后申请将按顺序审查。如此, 申请人可以根据实际情况确定开始审查的时机, 对申请人而言更为灵活。

3) 对同一申请人同日(仅指申请日)对同样的发明创造既申请实用新型又申请发明的(即所谓一案双申请), 规定一般对已经获得专利权的实用新型所对应的发明专利申请进行延迟审查, 延迟期限通常为4年。

对于第3)处修改, 尚需要指南明确以下两点: 第一, 专利局决定延迟审查的, 是否会向申请人发出延迟审查通知书? 我们认为, 申请人对其申请的延迟审查应享有知情权。第二, 4年的延迟期限是从何时起算, 是从申请人提出实质审查请求之日, 还是延迟审查通知书的发出日? 鉴于指南规定对发明申请采取延迟审查措施的前提是同案的实用新型已获授权, 那么我们认为延迟审查的启动很可能是以实用新型授权的时间为准。

实际上近年来, 细心的申请人不难发现, 所申请的实用新型早已授权, 但同日申请的发明却迟迟未进入实质审查, 由此猜测专利局内部实际上已采取了延迟审查的措施。如果这一修改通过, 势必对一案双申请的发明授权进度造成重大影响。如果同案的实用新型在申请提出1年后授权, 此时如果专利局决定对同案的发明延迟4年审查, 意味着该发明申请在提出后最快5年后才可能开始审查, 而实质审查至少需要1年, 那么可以预测一案双申请中的发明在申请后至少6年内很难获得授权, 而实际的授权时间可能将会是更晚。

鉴于此, 申请人需要重新考虑是否采用一案双申请的策略以及可能存在的风险。一案双申请的初衷是在发明申请授权时申请人可以放弃早先授权的实用新型专利, 以避免重复授权的问题。而根据我们的实践经验, 发明申请在实质审查过程中, 往往需要对权利要求进行修改才可能符合例如新颖性、创造性等授权要求, 因而修改后的权利要求实际上已经与实用新型不同了, 即不存在重复授权问题, 如此发明在授权时并不需要放弃实用新型专利。因此, 我们建议, 申请人可以从不同的角度布局实用新型和发明, 例如实用新型侧重于保护结构, 而发明专利侧重于从功能、流程、使用方法、制造方法等角度布局, 并且不采用一案双申请的方式同日申请发明和实用新型(但申请表中不勾选一案双申请), 则可以避免专利局对发明申请采取延迟审查的措施, 依然可以尽早获得授权的实用新型, 并且还能使发明申请尽早进入实质审查; 即便是存在实质上保护范围相同的权利要求, 在发明的实审过程中、或者收到专利局要求修改申请以避免重复授权的通知时, 可以通过修改发明申请的权利要求使得权利要求与实用新型不同, 可以克服重复授权的问题而使发明申请最终获得授权。

对《专利审查指南修改草案（2021.8）》的解读和建议（三）

作者：华诚知识产权团队

在今年的8月3日，《专利审查指南修改草案（征求意见稿）》发布并面向公众征求意见，其中第二部分第九章针对涉及计算机程序的发明专利申请的相关内容又进行了部分修订，增加并修改了数个审查示例。

此次指南的修订明确了计算机程序相关领域的审查标准，对此本文从专利代理的实操层面上进行解读并给出建议。

一、第二部分第九章 5.2 节“权利要求书的撰写”

此次指南修改草案中增加了“计算机程序产品应当理解为主要通过计算机程序实现其解决方案的软件产品”规定，并且“计算机程序产品”可以作为权利要求的保护对象。

此项修改带来的变化是，后续涉及计算机程序的发明专利申请的权利要求通常可以撰写成以下4组的形式：

1. 方法权利要求
2. 装置、设备、系统权利要求
3. 计算机程序产品权利要求
4. 存储介质权利要求

通过增加计算机程序产品的权利要求，一方面，可以适应技术发展和各行业创新主体的需求，涉及到计算机程序的发明专利的撰写方式和相关审查标准与国际进一步接轨；

其次，涉及到计算机程序的发明有了明确的侵权产品，侵权对象可以只针对计算机程序的软件制造商，而无需牵涉到处理器、存储器等计算机硬件产品的制造商；

另外，随着云计算技术的飞速发展，计算机软件或程序更多的是以存储在云端的形式存在，从侵权诉讼取证的角度来说，计算机程序产品的权利要求可以允许专利权人从网络上获取相应的计算机程序产品，进而证明侵权事实，而无需取得侵权对象的运行有计算机软件的电脑、服务器等。

最后，对于申请人或专利代理人来说，在审查指南修改定稿之前的过渡阶段，可以在说明书部分增加计算机程序产品相关内容的记载，在后续利用主动修改的机会将计算机程序产品相关权利要求补入权利要求书部分。

二、第二部分第九章 6.1.2 节“根据专利法第二条第二款的审查”

此次指南修改通过结合 6.2 节的四个审查示例明确了专利法第二条第二款规定的技术方案审查标准。

例 5

一种深度神经网络模型的训练方法

申请内容概述

发明专利申请提出一种深度神经网络模型的训练方法，针对某一大小的训练数据，从多个候选训练方案中选取训练耗时最小的方案用于模型训练，以解决固定地采用同一种单处理器或多处理器训练方案不适用于所有大小的训练数据而导致训练速度慢的问题。

申请的权利要求

一种深度神经网络模型的训练方法，包括：

当训练数据的大小发生改变时，针对改变后的训练数据，分别计算所述改变后的训练数据在预设的候选训

练方案中的训练耗时；

从预设的候选训练方案中选取训练耗时最小的训练方案作为所述改变后的训练数据的最佳训练方案，所述候选训练方案包括单处理器训练方案和基于数据并行的多处理器训练方案；

将所述改变后的训练数据在所述最佳训练方案中进行模型训练。

分析及结论

该解决方案是一种深度神经网络模型的训练方法，该模型训练方法为解决训练速度慢的问题，针对不同大小的训练数据，选择适配具有不同处理效率的单处理器训练方案或多处理器训练方案，该模型训练方法与计算机系统的内部结构存在特定技术关联，提升了训练过程中硬件的执行效果，从而获得符合自然规律的计算机系统内部性能改进的技术效果。因此，该发明专利申请的解决方案属于专利法第二条第二款规定的技术方案，属于专利保护的客体。

例 6

一种电子券使用倾向度的分析方法

申请内容概述

为吸引用户，商家会向用户发放各类电子券。但是无目的地投放电子券，不但无法吸引真正有需要的用户，反而给用户增加了浏览和筛选的负担。发明专利申请提供一种构建电子券使用倾向度识别模型的方法，通过分析电子券的种类、用户行为等，能够准确地建立电子券使用倾向度识别模型，以更加精确地判断用户对电子券的使用倾向，使投放的电子券更加满足用户实际需要，提升电子券的利用率。

申请的权利要求

一种电子券使用倾向度的分析方法，其特征在于，包括：

根据电子券的信息对电子券进行归类以得到电子券种类；

根据电子券的应用场景获取用户样本数据；

根据用户行为，从所述用户样本数据中提取用户行为特征，所述用户行为包括：浏览网页、搜索关键词、加关注、加入购物车、购买以及使用电子券；以用户样本数据作为训练样本，以用户行为特征作为属性标签，针对不同种类电子券来训练电子券使用倾向度识别模型；

通过训练后的电子券使用倾向度识别模型对电子券的被使用概率进行预测，得到用户对于不同种类电子券的使用倾向度。

分析及结论

该解决方案涉及一种构建电子券使用倾向度识别模型的方法，该方法处理的是电子券相关的大数据，通过对电子券进行归类、获取样本数据、确定行为特征及进行模型训练，挖掘出用户行为特征与电子券使用倾向度之间的内在关联关系，浏览时间长、搜索次数多、使用电子券频繁等行为特征表示对相应种类电子券的使用倾向度高，这种内在关联关系符合自然规律，据此解决了如何提升分析用户对电子券使用倾向度的精确性的技术问题，并且获得了相应的技术效果。因此，该发明专利申请的解决方案属于专利法第二条第二款规定的技术方案，属于专利保护的客体。

例 7

一种知识图谱推理方法

申请内容概述

知识图谱在许多自然语言处理应用中有非常重要的作用，例如问答系统、语义搜索等。但由于知识获取的不确定性，基于实体识别和关系抽取技术构建的知识图谱，会导致知识图谱的不完整。如果知识图谱中存在错误，会导致应用返回错误的结果。发明专利申请提出了一种基于关系注意力的知识图谱推理方法。

申请的权利要求

一种基于关系注意力的知识图谱推理方法，所述方法包括：

获取知识图谱中节点的初始嵌入表示，将所述初始嵌入表示转换到高维空间，得到高维嵌入表示，所述节点为知识图谱中的实体，所述知识图谱是对知识进行实体识别和关系抽取构建的，所述知识是问答系统、语义搜索中相关联的知识，所述实体是利用命名实体识别工具从自然语言文本中获取的文本数据，所述初始嵌入表示是所述文本数据通过词嵌入模型得到的向量；

获取所述知识图谱中目标节点的邻居节点集合，根据所述目标节点与所述邻居节点集合中邻居节点的关系类型，构建邻居子图；

根据所述目标节点的高维嵌入表示和所述邻居子图中邻居节点的高维嵌入表示，得到所述目标节点嵌入邻居子图中信息的邻居嵌入表示；

将所述目标节点的高维嵌入表示与所述邻居嵌入表示进行聚合，得到目标节点的聚合嵌入表示；

根据每个所述邻居子图的第一注意力分值，对所述聚合嵌入表示进行融合，得到所述目标节点的融合嵌入表示；

根据所述融合嵌入表示，计算所述目标节点对应三元组的得分，根据得分进行三元组推理。

分析及结论

该解决方案是一种基于关系注意力的知识图谱推理方法，该方法各步骤中处理的数据是自然语言中的文本数据或者语义信息等技术数据，通过对问答系统、语义搜索中相关联的知识进行实体识别和关系抽取构建知识图谱，从而进行知识图谱推理。该解决方案所解决的是文本嵌入及语义搜索过程中如何丰富语义信息、提高推理准确性的技术问题，利用的是遵循自然规律的技术手段，获得了相应的技术效果。因此，该发明专利申请的解决方案属于专利法第二条第二款规定的技术方案，属于专利保护的客体。

例 10

一种金融产品的价格预测方法

申请内容概述

现有的金融产品价格预测方法，大多由专家根据经验给出建议，预测的准确性和时效性不高。发明专利申请提供一种金融产品的价格预测方法，通过金融产品的历史价格数据对神经网络模型进行训练，从而对金融产品的未来价格走势进行预测。

申请的权利要求

一种金融产品的价格预测方法，其特征在于，所述方法包括：使用金融产品的N +1 个日指标历史价格数

据对神经网络模型进行训练得到价格预测模型，其中，前N个日指标历史价格数据作为样本输入数据，最后1个日指标历史价格数据作为样本结果数据；

使用所述价格预测模型和最近N个日指标历史价格数据来预测未来一天金融产品的价格数据。

分析及结论

该解决方案涉及一种金融产品的价格预测方法，该方法处理的是金融产品相关的大数据，利用神经网络模型挖掘过去一段时间内金融产品的价格数据与未来价格数据之间的内在关联关系，但是，金融产品的价格走势遵循经济学规律，由于历史价格的高低并不能决定未来价格的走势，因此，金融产品的历史价格数据与未来价格数据之间不存在符合自然规律的内在关联关系，该方案所要解决的是如何预测金融产品价格的问题，不构成技术问题，获得的相应的效果不是技术效果。因此，该发明专利申请不属于专利法第二条第二款规定的技术方案，不属于专利保护的客体。

首先，判断涉及计算机程序的发明创造是否符合专利法第二条第二款规定的总体原则没有变，还是考虑整体的方案是否解决了技术问题以及是否获得了技术效果；

其次，对于涉及计算模型、算法等的创新，权利要求可以反应出与计算速度或者计算精度提高等能体现出技术效果的内容。而按照之前的规定，涉及人工智能的网络模型的专利申请，一般必须有具体的应用领域，例如图像处理、视频处理等。根据新增的审查示例，涉及人工智能算法的方案并不一定要结合具体的应用领域或是处理对象。相应地，没有了诸如图像、视频处理的应用领域的限制，权利要求的保护范围会扩大。

再次，对于涉及到行为分析、金融领域等容易被判定为智力活动规则和方法的申请，需要体现技术上的改进，而不仅仅是规则在计算机层面的实现或再现。

三、第二部分第九章 6.1.3 节“新颖性和创造性的审查”

此次指南修改通过结合 6.2 节的两个审查示例明确了创造性的审查标准，即，对于结合了技术特征或者与技术特征功能上彼此相互支持、存在相互作用关系的算法特征或商业规则和方法特征应当予以考虑。

例 13

一种物流配送方法

申请内容概述

在货物配送过程中，如何有效提高货物配送效率以及降低配送成本，是发明专利申请所要解决的问题。在物流人员到达配送地点后，可以通过服务器向订货用户终端推送消息的形式同时通知特定配送区域的多个订货用户进行提货，达到了提高货物配送效率以及降低配送成本的目的。

申请的权利要求

一种物流配送方法，其通过批量通知用户取件的方式来提高物流配送效率，该方法包括：

当派件员需要通知用户取件时，派件员通过手持的物流终端向服务器发送货物已到达的通知；

服务器批量通知派件员派送范围内的所有订货用户；

接收到通知的订货用户根据通知信息完成取件；

其中，服务器进行批量通知具体实现方式为，服务器根据物流终端发送的到货通知中所携带的派件员 ID、物流终端当前位置以及对应的配送范围，确定该派件员 ID 所对应的、以所述物流终端的当前位置为中心

的配送距离范围内的所有目标订单信息，然后将通知信息推送给所有目标订单信息中的订货用户账号所对应的订货用户终端。

分析及结论

对比文件 1 公开了一种物流配送方法，其由物流终端对配送单上的条码进行扫描，并将扫描信息发送给服务器以通知服务器货物已经到达；服务器获取扫描信息中的订货用户信息，并向该订货用户发出通知；接收到通知的订货用户根据通知信息完成取件。发明专利申请的解决方案与对比文件 1 的区别在于批量通知用户订货到达，为实现批量通知，方案中服务器、物流终端和用户终端之间的数据架构和数据通信方式均做出了相应调整，取件通知规则和具体的批量通知实现方式在功能上彼此相互支持、存在相互作用关系。相对于对比文件 1，确定发明实际解决的技术问题是如何提高订单到达通知效率进而提高货物配送效率。由此可以使物流派送人员的操作更便利、订货用户接收取货通知更及时，提高了取送货双方的用户体验。本申请的解决方案能够获得提高订单到达通知效率进而提高货物配送效率的技术效果以及用户体验的提升，这种用户体验的提升是由功能上彼此相互支持、存在相互作用关系的数据架构和数据通信方式的调整以及取件通知规则和具体的批量通知实现方式共同带来的，上述用户体验的提升和技术效果共同构成发明与现有技术相比所具有的有益效果。由于现有技术并不存在对上述对比文件 1 做出改进从而获得发明专利申请的技术方案的技术启示，要求保护的发明技术方案具备创造性。

例 15

一种用于适配神经网络参数的方法

申请内容概述

针对不同的应用场景需设计不同的神经网络架构，并且需在某一类型的计算架构上使用一系列的运算来实现，因此期望能够通过较低的硬件成本高效地实现神经网络中的运算。发明专利申请提出了用于适配神经网络参数的方法，通过获得具有规范形式的神经网络参数，将神经网络中的运算映射到计算架构所支持的运算中，简化神经网络相关硬件的设计和实现。

申请的权利要求

一种用于适配神经网络参数的方法，所述方法包括：

针对神经网络至少一层中的每一层的权重参数，选择多个维度；

确定所述权重参数在所述多个维度中每个维度上的尺寸；

基于支持神经网络计算的硬件的使用率，确定所述权重参数在所述多个维度中每个维度上的目标尺寸的候选值集合；

选取所述候选值集合中大于或等于对应维度上的尺寸的所有候选值子集，确定所述候选值子集中的最小值为对应维度上的目标尺寸；

如果所述权重参数在多个维度中的至少一个维度上的尺寸小于对应维度上的目标尺寸，则在所述维度上对权重参数进行填充，使得填充之后获得的权重参数在每个维度上的尺寸等于对应维度上的目标尺寸。

分析及结论

对比文件 1 公开了面向神经网络处理器的设计方法，该方法根据神经网络拓扑结构、神经网络层中各层的

权重参数和维度参数，以及硬件资源约束参数等，从已构建的神经网络组件库中查找单元库，并依据单元库生成对应于神经网络模型的神经网络处理器的硬件描述语言代码，进而将所述硬件描述语言代码转化为所述神经网络处理器的硬件电路。其中将神经网络特征数据和权重数据划分为适当的数据块集中存储和访问。发明专利申请的解决方案与对比文件 1 的区别在于确定神经网络每一层权重参数在每个维度上的尺寸，基于硬件使用率确定权重参数在每个维度上的目标尺寸的候选值集合，选取对应维度上的候选值子集并确定其中最小值为目标尺寸，如果权重参数在至少一个维度上的尺寸小于目标尺寸则对所述维度上的权重参数进行填充。基于申请文件可知，该解决方案通过将权重参数的尺寸填充为等于目标尺寸，当支持神经网络的硬件对神经网络的数据进行运算时，硬件能够高效处理所述数据，该解决方案中的算法提升了硬件的运算效率。因此，上述用于适配神经网络参数的算法特征与技术特征在功能上彼此相互支持、存在相互作用关系。相对于对比文件 1，确定发明实际解决的技术问题是如何使硬件高效地执行神经网络中的运算。上述通过适配神经网络参数以提升硬件运算效率的内容未被其他对比文件公开，也不属于本领域的公知常识，现有技术整体上并不存在对上述对比文件 1 进行改进以获得发明专利申请的技术方案的启示，要求保护的发明技术方案具备创造性。

指南修改明确了创造性审查的标准，应当考虑算法或商业规则和方法等所谓非技术特征和技术特征之间的关联性，而不能一味地否定非技术特征的作用。

首先，涉及到计算机算法或者是商业模式的发明申请，不仅要注意总体的方案中一定要结合进技术手段，也要强调利用该方案获得相应的技术性效果。

其次，对于计算机算法或者是商业模式与计算机相结合的发明创造而言，可以重点体现算法、规则与计算机具体技术参数、结构部件等的结合，进而突出该算法、规则对于计算速度（快）和效率（高精度 / 低运算量）的影响作用；

再次，说明书中对于发明的效果的描述不能仅仅强调用户体验而脱离技术性的效果，否则可能会对创造性审查带来风险。

总的来说，就专利法第二条第二款以及新颖性和创造性而言，对于涉及计算机程序的发明创造的审查更加合理。在撰写涉及到计算机程序或者是商业模式的发明申请时，还是要注意体现“技术手段、技术问题、技术效果”这三要素，一方面能够满足专利法二条二款的规定，另一方面为答复审查意见，特别是涉及创造性的审查意见提供依据。

涉电商类知识产权侵权案件法定赔偿计算方式

作者：李凯扬

导读

近年来随着电子商务的兴起，加之官方对于知识产权保护的日趋加强，由电子商务活动引发的知识产权侵权案件大幅增加，呈现批量化、流水线化的行业生态。在电商活动中，产生的知识产权纠纷类型主要集中在商标权纠纷、著作权纠纷尤其是信息网络传播权纠纷。律师在提供该类知识产权服务过程中，无论是面向权利人，还是面向商家、电商平台，应当对于侵权发生时的判赔金额或损失金额有较为规范明晰的判断，从而为委托人提供更加优质的法律服务。

当权利人发现电商平台商户存在损害自身利益的情形时，会在第一时间进行证据保全的公证或固证，随后提起相应诉请。权利人的诉请通常会包含两个部分，其一是要求停止侵权，其二是要求消除影响及赔礼道歉，其三是要求赔偿经济损失及必要费用。关于停止侵权的诉请，通常在开庭前已由电商平台经营者基于与商家签署的《平台合作协议》，以涉诉或能基本判断侵权为由对涉诉商品进行下架处理，故权利人该诉请通常会撤回。消除影响及赔礼道歉诉请，往往会因为没有实际利益、诉讼是由知识产权平台发包提起等原因撤回。因此，最实际且最需要着重考虑的便是如何确定赔偿的损失金额。

确认损失金额，首先需要确定涉诉商品的销量及销售额。电商平台往往会作为共同被告参与诉讼，会在收到立案材料后大约一个月左右时间向法院提供涉诉商品的销售数据，是否披露由法院决定。在获取平台提供的准确数据之前，权利人的代理人可以通过公证书体现的销量及单价进行初步判断，商家的代理人可以通过商家后台的销售数据进行初步判断。最终的判赔金额会依据电商平台提供的销售数据进行确定。

此时，若权利人请求法院适用法定赔偿，法院确定赔偿金额除一般考量因素外，主要需结合涉诉商品的销售数量及销售额确定赔偿金额。由于商品的销售数据具有一定的秘密性，通常不在具体裁判文书公开体现，因而难以直接通过类案检索的方式确定判赔数额与商品销量及销售额的关系。近期笔者代理了大量拼多多平台运营主体上海寻梦信息技术有限公司的诉讼案件，结合《北京市高级人民法院关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》等法律法规规定，初步总结常见电商类知识产权侵权案件法定赔偿的裁判标准，供参考。

一、侵害商标权纠纷案件

侵权类型	计算基数	计算比例
“引流”方式	销售额	约 5%-10%
使用近似商标	销售额	约 10%-15%
使用相同商标	销售额	约 20%-30%

*该数据来源于笔者办案经验

（一）使用知名商品引流

使用知名商品引流通常有两种表现形式，其一是使用了正品描述，但实际发出的货物是其他品牌或无标商

品；其二是商品名称直接使用了正品名称，包括“某某耳机适用于OPPO”甚至“某某手机非OPPO”等商品名称。该行为占用了正品的搜索结果流量，在一定程度上造成了正品销量损失。但因为造成损害后果相对轻微，消费者可以直接判断非正品商品，因此判决数额通常按照销售额的5%-10%酌定赔偿损失数额。

(二) 使用近似商标或使用相同商标

该类侵权是电子商务活动中较为常见的表现形式，二者的差别在于近似商标的购买者经过仔细辨认可以辨别出属于不同商标，对于正品的商誉造成一定程度影响，通常按销售额10%-15%计算赔偿损失数额。使用了相同商标侵权通常按照20%-30%去计算赔偿损失数额。在这里需要注意的是，该类赔偿计算方法仅适用于批量、较小额的诉讼案件中，在案件标的额较大的情况下，例如销售仿冒手机，销售额达到数百万元的案件，判赔比例会大幅降低。

二、侵害著作权纠纷案件

侵权类型	计算基数 (A)	计算方式
发行权纠纷	A=正品单价*0.5 (或 0.6)	约销售数量*0.2A
文字类侵权	/	约 80 元/千字
摄影类侵权	/	约 500-2000 元/幅
美术作品侵权	/	约 800-3000 元/幅

(一) 发行权纠纷

侵害发行权纠纷是电子商务活动中相比于其他的互联网活动较为特有的案件类型，具体表现形式是网店销售盗版书，消费者通过购买方式获得了书籍本身。盗版书籍的销售价格可能会达不到正品书籍的十分之一，因而该类案件通常不再以商家的销售额作为计算基数，将权利人的损失作为计算参考。具体的计算方式是：先确定正品书籍的具体价格，再打5-6折，以该价格为基础，利润率定为20%（教辅书定为30%）进行计算，举个例子，标价100元的正品书籍，按60元计算销售价，权利人获取20%的利润即12元，若商家销售了1000本盗版书，则需赔偿权利人12000元。因此往往会出现判赔数额高于商家销售额的情形。

(二) 信息网络传播权纠纷

该类纠纷通常存在支付合理费用的数额高于赔偿损失数额的情况，在判赔金额较小的案件中，检索出的案例里往往经济损失和必要费用是合并到同一条判决条款中表述的。具体的计算方法与北京高院制定的计算标准基本一致。文字类作品，原创作品通常按80-300元/千字计算赔偿金额，翻译作品通常按50-200元/千字计算赔偿数额，汇编作品通常按10-20元/千字计算赔偿数额。美术作品通常按800-3000元/张计算赔偿数额，摄影作品通常按500-2000元/张计算赔偿数额。需要注意的是，在出现商家复制了全篇商品描述，涉及大量图像作品时，不再按照图片数量进行简单算数相加，会结合案件情况进行整体判断。

注：本文系作者结合自身办案经验对于电商常见知识产权侵权所作出的总结，谨供参考。如有疑问，可联系作者。

公司商事篇

隐名出资人和名义股东之间的隐名出资法律规定分析解读

作者：周雪爽律师团队

隐名法律关系

随着市场经济的高速发展，在这个资金流动转眼之间完成的社会，隐名出资成为出资人不愿显现自己身份的常见操作手段。所谓隐名出资是指隐名出资人以他人的名义向公司出资，实际出资来源于隐名出资人，但是公司章程、工商登记以及股东名册上的记载的股东为名义股东。

在司法实践中，隐名出资又被称为股权代持。隐名出资根据公司及其他股东是否知情这一标准可分为完全隐名出资与不完全隐名出资，完全隐名出资是指公司及其他股东对隐名出资人的存在不知情。相反，不完全隐名出资是指公司及其他股东部分或全部知道隐名出资人的存在。

相关法律规定

《中华人民共和国公司法》（以下简称公司法）

第三十二条

有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：

- （一）股东的姓名或者名称及住所；
- （二）股东的出资额；
- （三）出资证明书编号。

记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。

公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

第七十一条

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。

股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

最高人民法院《关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定(三)》(以下简称公司法司法解释三)

第二十四条

有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同,约定由实际出资人出资并享有投资权益,以名义出资人为名义股东,实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的,如无合同法第五十二条规定的情形,人民法院应当认定该合同有效。

前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议,实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的,人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的,人民法院不予支持。

实际出资人未经公司其他股东半数以上同意,请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的,人民法院不予支持。

第二十五条

名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分,实际出资人以其对于股权享有实际权利为由,请求认定处分股权行为无效的,人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

名义股东处分股权造成实际出资人损失,实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的,人民法院应予支持。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称九民纪要)

第二十八条

实际出资人能够提供证据证明有限责任公司过半数的其他股东知道其实际出资的事实,且对其实际行使股东权利未曾提出异议的,对实际出资人提出的登记为公司股东的请求,人民法院依法予以支持。公司以实际出资人的请求不符合公司法司法解释(三)第24条的规定为由抗辩的,人民法院不予支持。

分析解读

● 隐名出资的关键前提

公司法司法解释三第二十四条第一款实际上给出了隐名出资的定义,以及规定了隐名出资的效力问题。从法律条文中可以看出公司法司法解释三并没有采用“隐名出资人”这一称呼,而是使用“实际出资人”这一名称。并且,法律规定在隐名出资场合下,隐名出资人和名义股东之间必须对隐名出资一事存有合意,两人间的合意是界定隐名出资存在的关键前提。这就区别开了冒名出资与隐名出资,冒名出资即盗用他人名义出资,在此种情况下,两人并无合意。

● 隐名出资中何者为股东

公司法司法解释三第二十四条规定对股东资格认定采形式说,将记载于公司章程、股东名册上公司文件或者在登记机关上登记的名义股东认定为公司股东。隐名出资人与名义股东之间订立的股权代持合同仅在合同双方之间发生效力,不及于公司及其他股东,以及在公司法第三十二条中亦规定了股东登记对抗主义。但笔者认为股东资格认定采纳形式说只能适用在公司及其他股东对隐名出资人的存在不知情即完全隐名出资的情况下,在不完全隐名出资的场合下,公司及其股东部分或全部知道隐名出资人的存在,基于公序良俗以及公平正义的原则,笔者认为股东资格的认定应当采用实质说。

● 隐名出资人如何取得股权

九民纪要第二十八条规定了在不完全隐名出资的特定情况下,隐名出资人显名的特别条件。公司法解释三

第二十四条第三款规定隐名出资人要取得股东资格需经过其他股东半数以上同意，包括半数本身。隐名出资人取得股权，以与名义股东有效的受让协议为前提，获得其他股东半数以上同意为其特别生效要件。并且在过程中，法律没有明确规定其他股东享有优先购买权，不同于公司法第七十一条明确规定在股权对外转让程序中，其他股东享有同等条件下的优先购买权。

● 名义股东处分股权

公司法解释三第二十五条规定名义股东处分股权的行为以及认定处理参照物权法第一百零六条即现民法典第三百一十一条的规定，参照善意取得制度处理。但是在第二十四条中将名义股东认定为具有公司股东的资格，既然是公司的股东，那其处分股权的行为就属于有权处分，按照该逻辑就不应参照善意取得制度处理名义股东处分股权的行为。因此，该法律制度设计在学界中被认为存在体系矛盾。笔者认为法律如此设计目的在于加强对善意第三人的保护，考虑到在隐名出资的情况下，隐名出资人对第三人信赖外观具有可归责性。

笔者在执业过程中，曾办理多起关于隐名股东要求显名的案件，代理过原告也代理过被告。在办理的相关隐名股东需要显名的案件中通过办案实践，笔者认为隐名股东要想显名，首先需要提供证据证明其履行相应出资义务，其次还需获得其余股东同意。可见在这样的案子中，如果有隐名股东未实际以现金方式出资而是以所谓技术入股、资源入股等非现金方式出资的（关于股东是否能以此出资，这个话题以后在沟通。）、或者未能取得其他股东同意的，隐名股东想要显名还是具有一定风险的，可谓投资有风险，入股需谨慎。

故此，这个问题也就另外延伸出一个新的问题，作为一名执业律师怎么帮助客户拟好一份好的代持协议。这个可以从多角度多维度来探讨。

都是孰高条款惹的祸——浅议科华生物收购仲裁案

作者：周雪爽律师团队

近日，一纸因收购引发的仲裁成为各方关注的焦点，其中的主角上海科华生物工程股份有限公司（以下简称公司）自然而然也就成为了舆论热点。

公司于2021年7月13日收到上海国际经济贸易仲裁委员会的仲裁通知，该仲裁是由彭年才，李明，苗保刚，西安昱景同益企业管理合伙企业（有限合伙）四位申请人共同提起，其内容为要求公司支付105亿西安天隆和苏州天隆38%的股权转让款以及10亿逾期付款的违约金。之后公司于2021年7月16日召开了第八届董事会第九次会议，为保护公司和股东的利益，公司总裁向董事会提议解聘作为仲裁申请人之一--李明先生的公司副总裁职务，会议审议通过了《关于解聘李明先生公司副总裁职务的议案》。

这一纸仲裁缘于2018年公司与四申请人签署的《关于西安天隆科技有限公司和苏州天隆生物科技有限公司之投资协议书》，该《投资协议书》约定由本公司以现金方式向西安天隆科技有限公司和苏州天隆生物科技有限公司（以下合称“天隆公司”）进行增资并收购四申请人持有的天隆公司股权。根据《投资协议书》约定，天隆公司的全部股权收购共分两个阶段完成，第一阶段为本公司以人民币553,750,000元的对价获得天隆公司62%股权；第二阶段为本公司在2021年度以按照天隆公司2020年度净利润情况相应计算的股权价值完成对四申请人持有的剩余38%股权的收购，最终完成对天隆公司100%股权的整体收购。就第二阶段天隆公司38%股权的转让事宜，《投资协议书》第10.2条约定，四申请人于2021年度内有权要求本公司受让该38%股权。届时天隆公司的整体估值以下列两者孰高为准：（1）90000万元；或（2）标的公司2020年度经审计的扣除非经常性损益后的净利润×25倍。如果本公司未依约付款，根据《投资协议书》第10.3条第二款约定，应自拒绝或逾期之日起10个工作日内向四申请人支付相当于该等剩余投资价款10%的违约金，且每延迟支付1日，本公司还应当四申请人支付相当于违约金万分之三的迟延履行违约金。

实际上，其本质上就是一次股权收购，公司收购天隆公司的全部股权，分两个阶段完成。其中，第一阶段的62%股权收购已经完成。问题就出现在第二阶段的收购，收购条款中规定了在股权收购中并不陌生的“孰高”条款：90000万元或2020年度利润。未知一年内的利润这一条款内容本身就存在风险，会给股权收购埋下极大的隐患。2020年突如其来的新冠疫情则将这一风险现实化扩大化，天隆公司产品以及研究所涉领域正是此次新冠疫情所需的范畴。新冠疫情之前，天隆公司的扣除非经常性损益之后的净利润每年大概1000万元左右，疫情之后，呈现爆炸式增长增至2020年的11亿元。这对于第二阶段的收购来说，就意味着需要以比原本收购款高几十倍的价格才能完成收购。随即，公司主张“情势变更”等相关法律规定回应四申请人提起的仲裁，认为天隆公司2020年度收入和利润受新冠肺炎疫情等客观因素的影响所产生的爆发式增长显然已经构成了法律规定的“情势变更”情形。

天隆公司2020年度收入和利润受新冠肺炎疫情等客观因素的影响所产生的爆发式增长是否符合法律规定的“情势变更”情形，是“情势变更”还是商业风险？关于此案后续的发展会持续关注。将视线转至《投资协议书》中的“孰高”条款，之所以发生现在的问题，除了新冠疫情这种不可抗力，很大部分原因在于当初签订的这份《投资协议书》中的“孰高”条款，没有设定交易的封顶数字，对合同条款风险的意识不够，没有做好风险防控。在仲裁通知公告出来之后，对科华生物公司产生了极大不利的影响，公司股票开盘就跌停。此次公司面临

的问题给实务中起草股权收购和并购协议起到了很好的警示。为规避风险发生，在起草收购或并购协议中适用重大不利变化（MAC）条款也是一个很好的选择，但是目前在司法实践中还没有针对流行病疫情是否能够构成重大不利变化的案例，所以，有些地方还需要详细的讨论，关于重大不利变化条款可以在之后详细的分享。

重大不利变化条款在并购协议中的适用

作者：周雪爽律师团队

继之前科华生物收购仲裁文章讨论的孰高条款后，文章中也提到了重大不利变化条款，本文将进一步深入分析一下重大不利变化条款。

一、定义

作为并购交易中常见的条款 - 重大不利变化条款（MAC，全称 Material Adverse Change），又称重大不利影响条款（MAE，全称 Material Adverse Effect），其含义是指交易双方签订并购协议后至正式交割前的这段期间，产生的可能对整体交易产生威胁的事件。重大不利变化条款起源于英国普通法管辖的合同。其理论基础为英国普通法中的合同受挫理论（contract frustration）：当发生特定的事件时，合同当事人可以解除合同，拒绝承担合同义务。该条款可以成为合同一方当事人解除合同的依据。

二、常见形式 & “重大”的判断标准

（一）常见形式

重大不利变化条款在不同的案件中表现形式不一，并没有规定固定的形式。在并购协议中常见形式为：

（1）卖方事先在陈述与保证部分提出没有重大不利变化存在，在此之后利用“休眠条件”或“下沉条件”将陈述与保证中的重大不利变化条款转化为交割条件。

（2）双方约定只要出现符合重大不利变化条款的事由，就可以终止交易。

（二）“重大”的判断标准

重大不利变化条款的包含范围比较广，其在不同的案件中出现的情况不一样，在实务中界定经常存在不同的意见。虽然存在分歧，但是通过过往案例的分析与总结，基本上可以得出以下结论：发生的不利变化必须是重大的，其判断标准为必须发展到能够严重影响公司履行合约义务的能力或公司整体盈利的程度。“重大”其实质必须为存在影响买方正常交割的风险，只有发生了影响正常交易的事件，才符合重大不利变化条款的内在精神，避免违背公平交易的原则。并且该重大不利变化的影响周期不能为暂时性的，必须要产生持久性的重大不利影响，如此，才能适用重大不利变化条款。

三、经典案例

国内关于重大不利条款的案例以及研究材料较少，研究文献中基本是以2018年特拉华州衡平法院对Akorn v. Fresenius的判决为对象进行分析研究。该案件作为之后判断重大不利变化条款的典型参考案例之一，其基本案情如下：

2017年4月，德国制药公司Fresenius Kabi AG（以下简称“Fresenius”）与美国制药公司Akorn Inc.（以下简称“Akorn”）签署收购Akorn的并购协议。该协议约定了以下交割条件：

- （1）Akorn将以商业上合理的努力在并购协议签署与最终交割的过渡期维持Akorn公司的正常运营；
- （2）Akorn所作的陈述与保证，尤其是关于不会发生重大不利影响的陈述与保证属实；
- （3）Akorn在过渡期内不遭受重大不利影响。

之后Fresenius主张以重大不利影响终止协议。

特拉华州法院认为：第一，Akorn在并购协议签署后的业绩每况愈下。其中，Akorn的2017年全年收入

相较 2016 年下降 25%，EBITDA 下降 86%，营业收入（Operating Income）下降 105%。因此，法院认为 Akorn 并未履行其在过渡期内以商业上合理的努力维持公司正常运营的义务；第二，Akorn 在签约完成后取消了以往惯例进行的数据完整性审核、对早前发现的数据缺失不予改进，甚至于 2017 年 8 月向 FDA 提供了虚假数据报告的表现，构成了重大不利变化。综合上述一、二点，法院认定 Akorn 在过渡期内遭受了重大不利影响，并因此判定 Fresenius 终止协议的决定是正确并合法的。

从该案法院的判决中可以看出，法院判决承认 Akorn 遭遇重大不利变化，其重要原因在于 Akorn 在并购前后的业绩差距过于悬殊。

四、重大不利条款的适用建议

接下来，讨论一下在并购协议中采纳重大不利变化条款应需注意的地方。通过以往案例的分析，重大不利变化条款在事后的适用中其衡量标准一般都会引起争议，因此，在起草的过程中，需要将衡量标准明确。用词明确具体，避免使用容易引起分歧的词句，给人留下较大的主观评断空间，根据各方立场在起草的过程中减小或者扩大重大不利变化条款的包含范围。

在交易市场上，风云瞬变，一转眼间，局面就可能发生颠覆性的变化，重大不利变化条款的重要性不可忽视。伴随着新冠肺炎疫情的爆发，近日的河南暴雨灾情以及台风“烟花”的影响，市场交易风险剧增，重大不利变化条款的重要性日益彰显。在并购协议中，合理适用重大不利变化条款可以较好的保护交易双方，规避风险，如若发生严重影响交易的情况，重大不利变化条款将成为保护交易主体的利益并完好无损地退出交易的重要依据。

公司高级管理人员违反忠实、勤勉义务的主观认定

作者：周雪爽律师团队

前言

在公司治理的过程中，董事、监事、高级管理人员对公司的忠实勤勉义务一直以来都是关注的重点，在实务中，该类案件不在少数。从更深层次来讲，核心在于董事、监事、高级管理人员与公司之间的利益平衡。本文将通过实际案例来看公司的高级管理人员违反忠实勤勉义务的主观认定。

典型案例

基本案情

某人力资源公司主张吴某在担任总经理期间，通过虚假列支营业成本和费用支出、使用假发票报销、虚假做账报销以及违规借支大额款项等手段，挪用及侵占某人力资源公司财产。某人力资源公司主张的款项共39笔，并提交财务资料予以证明。其主张的款项分为以下几种：未经吴某审批且非吴某支取的款项支出、经过吴某审批且实际由吴某领取的款项、经过吴某审批而非吴某领取的费用、礼品等款项、财务报销中提交的发票为假发票的情况、吴某借款。据此，某人力资源公司请求法院判令吴某赔偿某人力资源公司因侵权行为造成的损失，并承担本案诉讼费。

裁判结果

生效判决认为：

一、关于是否符合高级管理人员损害公司利益相关构成要件一项：

1. 吴某属于某人力资源公司的高级管理人员，应当依法依约履行勤勉和忠实义务。在判断吴某是否违反忠实、勤勉义务，应当审视其在其职责范围内是否存在违反上述义务的行为，即其是否履行了职责。吴某作为公司总经理，并不必然是公司的财务管理人员且不必然是负责公司的财务审批。而且，某人力资源公司亦未提供充分证据证明吴某负责某人力资源公司的财务审批工作。

2. 违反忠实勤勉义务的判断在主观上应当要求高级管理人员存在重大过失。某人力资源公司在举证证明公司因财务问题在客观上存在损失外，还应当举证证明吴某在履职中存在重大过失或故意。在审查每一笔款项是否应由吴某承担赔偿责任时，应当考虑其主观过错，对于非其主观过错造成的损失，不应由吴某承担赔偿责任。

3. 公司的支出不一定全部是损失，公司的支出中除了正常经营成本、费用才是损失。对于某人力资源公司所主张的款项中，如果属于公司的正常经营成本、费用则应从公司损失中剔除。本案中，某人力资源公司所主张应由吴某赔偿的款项中，存在非公司原因产生且吴某无法作出合理解释的支出，法院认定某人力资源公司存在损失。

4. 只有在公司的损失系因高级管理人员违反忠实、勤勉义务而导致的情况下，才应由高级管理人员承担赔偿责任。本案中的因果关系体现在公司的费用等损失是否系吴某的行为造成的。本案中，对于某人力资源公司所称吴某作为总经理利用职务便利侵占公司资产的主张，应当由某人力资源公司承担举证责任。

二、关于某人力资源公司主张的各项金额是否应由吴某赔偿一项：

1. 对于未经吴某审批的款项支出，某人力资源公司未提交证据证明吴某对于此类款项存在主观上的重大过失或过错，因此，不应由吴某承担赔偿责任。对于虽未经吴某审批但由其自行领取的款项，应当由吴某举证证

明其领取款项的合理性，否则由其承担赔偿责任。

2. 对于经过吴某审批且实际由吴某领取的款项，此类款项中包括多笔礼品、香烟等消费品的支出，实际报销人、领款人应当举证证明该款项支出的合理事项、赠送对方、与公司经营有关，因此，对于吴某无证据证明相关款项的支出与公司经营有关或为公关费用时，即吴某无法证明其主观上无过错的情况下应当由吴某承担赔偿责任。

3. 经过吴某审批而非吴某领取的费用、礼品等款项，虽经过吴某审批，在某人力资源公司无法提交证据证明其系公司损失且吴某存在过错的情况下，不应由吴某承担赔偿责任。

4. 对于财务报销中提交的发票为假发票的情况，若由吴某审批通过，但报销申请非吴某提交的，在某人力资源公司未提交证据证明吴某对假发票知情的情况下，不应认定由吴某承担赔偿责任。

5. 吴某借款，虽未经吴某审批但系由吴某实际支取，应由吴某就该笔款项支出的合理性承担举证责任，在吴某未就其主张予以举证的情况下，由吴某赔偿。

小结

对于侵权诉由之归责原则，高管违反忠实、勤勉义务对公司造成损害的行为，并不属于我国《侵权责任法》规定的适用无过错责任原则的特殊侵权行为，

故以适用过错责任原则为宜。违反忠实、勤勉义务损害公司利益的认定，要求高级管理人员主观上存在故意或重大过失。只要高管在其内心对其行为尽到了适当、合理的注意义务，按照公司的日常运作模式发挥了管理作用，根据公司决策认真执行，并善意地相信公司其他人员的行为、意见以及提供的信息是真实可信的，其据此作出的行为符合公司利益的，即使存在一定过失，法院亦不宜对公司的内部行为过多干涉。只有结合案件的具体情况，根据主客观相结合的标准进行衡量，在显然属于重大过失、故意的情形下，才能直接认定高管行为构成违反忠实、勤勉义务。当然，高管的注意义务应当高于一般注意义务、一般员工的注意义务，就其管理职权应属于特别注意义务。对于公司生产经营影响重大、金额较大的事项，高管的注意义务应当更高。

网络安全与数据保护篇

人面应知何处去，桃花依旧笑春风 ——逐条解读“人脸识别”新司法解释

作者：吴月琴 季晓锋

导读

人脸识别是人工智能的重要应用，对国家与社会公共安全、经济发展均发挥着重大作用。但近来，存在人脸识别技术滥用的现象，如门店使用“无感式”技术进行人脸识别、物业将人脸识别作为进出小区的唯一验证方式、平台强行索取人脸信息、部分网站公开售卖人脸信息等现象，引发社会担忧。2021年4月9日号称我国“人脸识别第一案”纠纷二审宣判，该案判决也从现行个人信息保护法律框架下出发就如何维护自身权益，如何划清人脸识别技术的使用边界，作出了有益的探索。

《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》（简称《人脸识别民事案件规定》）将于2021年8月1日起实施。《人脸识别民事案件规定》将成为人脸信息主体的维权指南，也可作为企业数据信息合规的标杆。

本文梳理该规定的主要内容，并对具体规定逐条解析。

一、条文亮点

- 对涉及人脸识别的侵权行为进行了列举
- 根据侵权行为的模式分配举证责任
- 规定人格权侵害禁令
- 规定信息主体的删除权效力高于合同约定
- 与《民法典》充分衔接
 - ▶明确人脸信息为生物识别信息，属于人格权益
 - ▶侵权行为的考虑因素
 - ▶规定侵权免责事由及例外
 - ▶规定数人侵权情形下的责任
 - ▶规定赔偿数额认定方法
 - ▶规定格式条款的效力
 - ▶规定共同诉讼、公益诉讼的救济途径
 - ▶规定死者的人格利益保护

二、新规影响

■ 个人信息保护在行政监管与法院司法方面共同发力，行政性法律法规与民事法律法规互相衔接，互相贯通，违法行为的认定标准在不同部门法之间得以互相借鉴。对企业而言，合规工作有了更多可参考的依据和标准。

■ 相对于行政监管措施，民事案件牵一发动全身，《规定》中人格权侵害禁令若被激活，将使企业在民事案件之外承受更重的舆论压力、监管压力。

■ 涉及人脸识别的民事侵权行为模式类型化、明确化。请求权成立的构成要件作为自然人起诉的前提、法院判决的依据、企业应诉的关键以及企业合规的参考标准，应被重点关注。

三、《规定》条文逐条分析

第一条

规定适用范围	平等民事主体之间因使用人脸识别技术处理人脸信息所引起的民事纠纷 未使用人脸识别技术，但是处理基于人脸识别技术生成的人脸信息，属于《规定的适用范围》 涉及责任包括侵权责任与违约责任，权益类型包括个人信息权益、肖像权、隐私权、名誉权等人格权及财产权
定义人脸信息处理行为	收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等
明确人脸信息的性质	生物识别信息

第二条

侵权行为	1.在经营场所、公共场所违法违规使用人脸识别技术（《个保法》草案及陆续出台的相关法规） 2.未公开处理规则或未明示目的、方式、范围 3.未征得同意处理人脸信息 4.违反公示或者约定的目的、方式、范围 5.未采取技术措施确保信息安全，致使人脸信息泄露、篡改、丢失 6.违法、违规或违约向他人提供信息 7.违反公序良俗 8.其他违反合法、正当、必要原则的处理行为
------	--

第三条

认定侵权责任的考虑因素	行为人与受害人的职业、影响范围、过错程度、行为目的、方式、后果、是否为未成年人、告知同意情况以及信息处理的必要程度等
-------------	--

第四条

强迫自然人授权同意，不能作为免责抗辩（一揽子授权、捆绑授权、不授权不能使用）	将同意作为提供产品与服务的前提的	例外：处理人脸信息是提供产品与服务所必需
	以授权捆绑方式取得自然人同意	
	强迫或者变相强迫取得同意的其他情形	

第五条

免责情形	为应对突发卫生公共事件/紧急情况下保护生命财产安全所必需
	为维护公共安全，依照国家规定在公共场所使用人脸识别技术
	取得自然人同意
	其他符合法律、法规的情形

第六条

举证责任分配	第二条侵权行为的 1、4、6、7、8 项（在经营场所、公共场所违法违规使用人脸识别技术；违反公示或者约定的目的、方式、范围；违法、违规或违约向他人提供信息；违反公序良俗；其他违反合法、正当、必要原则的处理行为）	自然人需要证明存在侵权行为、损害结果、因果关系、过错。 信息处理者可证明其行为合法，以此 反驳
	第二条侵权行为的 2、3、5 项（未公开处理规则或未明示目的、方式、范围；未征得同意处理人脸信息；未采取技术措施确保信息安全致人脸信息泄露、篡改、丢失）	自然人需要初步证明存在侵权行为，证明损害结果、因果关系。 信息处理者需要就行为合法性 举证
	第五条规定的免责情形，紧急情况使用、维护公共安全、取得自然人同意等情形	信息处理者需要就免责事项举证

第七条

数人侵权情形下的责任	共同侵权的连带责任
	网络服务提供者的义务

第八条

赔偿数额的认定	受到的损失/获得的利益 → 双方协商确定 → 法院认定 损失包括取证、调查费用以及合理的律师费
---------	--

第九条

人格权侵害禁令	类似于行为保全、诉前禁令
---------	--------------

第十条

物业服务企业的责任	业主可以要求物业服务企业提供人脸识别以外的验证方式
	物业服务企业可以成为侵害人格权益的主体

第十一条

格式条款的效力	“要求自然人授予无期限限制、不可撤销、可任意转授权等权利”属于不合理地免除或减轻自身责任、加重对方责任、限制对方主要权利的条款
---------	---

第十一条

违约责任与删除权	人脸信息主体可以依约主张违约责任，其享有的要求删除信息的权利不受合同条款的约束
----------	---

第十三、十四、十五条

共同诉讼
民事公益诉讼
死者的人脸信息人格利益

第十六条

规定的生效日期	不溯及既往
---------	-------

从司法解释谈人脸识别信息保护

作者：高富平

在认定人脸信息处理行为合法或违法的规定基础上，《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》将法律后果接入民事救济体系，填补人格权益侵害难认定的空白，具有十分重要的理论和实践意义。

人脸识别信息保护的关键问题不是在于保护个人的意志，而在于消除人们对人脸信息关联分析等再利用的担忧。在法律禁止人脸信息再利用原则下，允许个人同意作为例外，更能有效保护个人，同时也能够促进人脸识别技术在社会中的应用。

《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2021〕15号，下称《规定》）将人脸信息明确为《民法典》规定的“生物识别信息”，细化了《民法典》关于个人信息保护规范在人脸识别中的应用，对于规范人脸识别应用具有重要作用。但是，如何有效保护个人权益仍然值得进一步探讨。

人脸信息保护填补民法规则空白

人脸信息涵盖一切可以与特定自然人联系起来的数字化面部轮廓。在法律上人脸信息落入民法的肖像范畴，只是传统肖像以有形载体（如纸）呈现，而在数字化环境下表现为一组数据。在过去，人们判断一个人是否是照片上的人（或者相反），是依赖肉眼辨识相似度来得出结论；随着数字技术特别是算法的进步，人们借助机器可以更加准确地判断一个人是否与保存在系统内部的“肖像”一致。这就是用于验证人身份的人脸识别。人脸识别技术不断进步发展，除了用于身份验证外，还可以用于人脸信息之间的关联分析、状态分析、注意力检测、人脸属性分析等功能，实现非接触的行为信息采集分析。显然，人脸识别技术是人脸信息的一种应用，但如果把这种应用定义为“收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等”，那么对于人脸信息的保护就涉及非常宽泛的权益保护问题。在宽泛的人脸信息处理定义下，必须从使用行为或目的入手来决定人脸信息保护方式。

在《民法典》框架下，人脸信息既受肖像权保护，也受个人信息保护，显然这两种保护分别保护不同的人格利益。肖像权保护的主要是肖像公开使用利益，因为肖像可以使公众识别其本人，因而可将某种行为或事实与其本人联系起来作联想或形象评价（积极或负面评价）。法律给予个人对于肖像公开使用的决定权，以防范他人擅自使用肖像（建立了非个人许可不得使用“人脸”的规则）。虽然人脸数字化为“生物识别信息”，但人仍然不丧失其基本的肖像利益，故人脸信息的使用、公开也触及肖像权保护。人脸与个人之间的直接关联性，以及人脸直接识别、表示本人的功能，决定了它成为识别个人的重要信息形态。尤其在人工智能技术发达的今天，人脸的识别个人功能被广泛应用。人脸识别行为纳入个人信息处理规范，以防范人脸信息的滥用或随意识别个人的风险，保护社会身份自主性或个人自治权益。

由于人脸信息落入“生物识别信息”范畴，因而被个保法视为敏感或特殊信息，需要强化个人对信息使用的控制，比如严格的事先同意或者事后监督权利。《规定》依据这样的思路，在个保法出台之前，将个保法草案中的一些规则（比如单独同意），按照民法规范的范式进行详细列举。在第2条明确了不法处理人脸信息的行为，在第4条列举出法院不认可的同意情形。这些规则填补了人脸信息处理规范缺失，有利于建立人脸信息合法使用的情形，扼制滥用同意或其他违法使用行为，从而有利于降低人脸信息滥用风险。在认定人脸信息处

理行为合法或违法的规定基础上,《规定》将法律后果接入民事救济体系,填补人格权益侵害难认定的空白,具有重要的理论和实践意义。

人脸识别合法适用的边界

人脸信息的个人信息保护区别于肖像权保护。肖像权保护的是个人在公众中的形象利益,因而赋予其决定权;而人脸信息作为个人信息保护区别于肖像权在于,此时的人脸信息保护不是保护其形象利益,而是发挥人脸的识别功能,这种识别功能本质上是社会主体识别个体的社会功能。

在笔者看来,为了辨识人们身份,国家建立了权威身份识别系统,通过肉眼人证比对核验人们的身份;而人脸识别技术应用之后,机器识别判断替代了肉眼判断,使人证比对更加快捷、准确和便利。如果人脸识别仅用于身份验证和识别的话,那么,人脸识别就是一项利国利民的技术。这项技术现在已经在出行、门禁、远程开户、支付验证等领域广泛应用,这种应用已经被人们接受和认可。但是,人们对人脸识别应用存在较大担忧,这些担忧不在于身份验证,而是在身份验证同时收集了人们的人脸信息。人脸信息的生物特征性、与人直接关联性、唯一性等特征,使得其一旦被人们随意再利用,就会损害人们社会身份的自主性或自治利益,甚至给人们带来隐私和安全风险。因此,超出身份验证目的或用途的人脸识别应用对个人有危害风险。在这样的情形下,如果我们不加区分两类使用,而将所有人脸识别纳入“单独同意+公共利益例外”范式,那么就会使许多必要、社会有益的应用让位于个人自主决策。

例如,《规定》第10条特别对物业人脸识别作出规范,认为物业服务企业必须充分尊重业主的意愿,给不同意业主或使用人以其他通道。这虽然尊重业主或使用人的选择权,但就身份核验而言似乎过分强调个人意愿。假如大多数业主均自愿选择人脸识别,以提升效率,降低成本,甚至改善小区安全,而对个别业主利益的保护可能侵害业主共同利益。关键问题是,是否实施人脸识别系统应当由业主大会做出有效决定,而不能由物业服务企业决定,个别业主应当服从团体决定。更为关键的问题是采用人脸识别系统是否直接地给个人带来危害,如果仅仅是核验身份这种功能性使用,而不允许对人脸信息存储和再利用,那么保护个别业主的反对权就没有必要,甚至缺失正当性。

因此,关键的问题不是在于保护个人的意志,而在于消除人们对人脸信息关联分析等再利用的担忧。在笔者看来,人脸信息应当原则上禁止再利用,而不是交由个人选择。在人脸识别不可避免情形下(比如,要进门就必须同意),让个人选择反而使人脸识别的经营单位获取各种再利用人脸的“授权”。

人民法院支持业主拒绝使用人脸识别根本上并不能解决个人权益保护问题,甚至并不是社会效用最大化的一种制度选择。在人脸识别对身份核验方面具有巨大优势的现实面前,无论再如何强化或严苛当事人的同意条件,都不如法律禁止人脸信息再利用更有助于保护个人。问题不在于让个人选择是否采纳人脸识别,而在于防范人脸信息再利用对个人造成的危害。这不是靠有效自治和个人维权能够解决的问题。也许,在法律禁止人脸信息再利用原则下,允许个人同意作为例外,更能有效保护个人,同时也能够促进人脸识别技术在社会中的应用。

App 提供方嵌入 SDK 的正确姿势

作者：吴月琴 何鑫

关于嵌入 SDK

自从去年 7 月 3.15 曝光以来，SDK 的使用合规始终是 App 提供方面对的一大难题。近年来网信办、工信部主导的 App 整治行动，SDK 也始终是关注的重点。大量 App 由于 SDK 使用不合规而被通报整改甚至下架处理，因此需要明确 App 提供方在嵌入 SDK 时应采取的合规动作，避免承担不必要的法律责任。

App 提供方的责任

讨论 App 提供方如何合规使用 SDK，首先应明确 App 提供方与 SDK 提供方之间的法律关系，从而明确双方的法律定位，进而明确 App 提供方应承担的法律义务。简单来说，双方的关系有如下四种：

- 1、App 提供方嵌入开源 SDK 或嵌入自己开发的 SDK 时，App 提供方作为单独的责任主体承担相应的个人信息保护义务；
- 2、App 提供方委托 SDK 提供方处理个人信息或 SDK 提供方根据 App 提供方的指示处理个人信息的，App 提供方作为个人信息处理者承担相应的个人信息保护义务，同时应要求 SDK 提供方应采取必要的保护措施以提供协助及配合；
- 3、双方单独向用户提供服务并自行决定如何处理个人信息的，双方均作为个人信息处理者承担相应的个人信息保护义务，同时 App 提供方还应做好第三方接入管理工作；
- 4、双方共同决定个人信息的处理时，双方作为个人信息的共同处理者，共同承担个人信息保护义务，双方应通过合同等方式明确各自承担的义务，若侵害用户权益的，双方应承担连带责任。

App 提供方的合规动作

App 提供方应在明确自身的法律定位的基础上，采取相应的合规动作，履行自己的个人信息保护义务。那么具体来说，App 提供方应采取以下七点合规动作以确保自己的 SDK 使用合法合规：

- 1、使用提供者基本信息明确，沟通渠道有效的 SDK，并对 SDK 来源、代码以及行为的安全性进行评估；
- 2、与 SDK 提供者签订合作协议，明确双方责任义务；
- 3、嵌入与提供服务直接相关的 SDK，若使用带有独立功能模块的 SDK，仅开启与服务直接相关的功能；
- 4、若使用具有热更新功能的 SDK，则应对热更新内容进行校验，并要求 SDK 提供方将热更新内容提前告知；
- 5、向用户充分披露 App 内嵌入 SDK 的情况，告知收集的个人信息类型、申请的权限、使用的目的与方式以及 SDK 提供者的隐私政策链接等；
- 6、对嵌入的 SDK 进行持续动态监测或进行定期安全评估；
- 7、停用 SDK 后应及时移除 SDK 代码及调用该 SDK 的代码，涉及向 SDK 提供方共享个人信息的，应敦促其及时删除或匿名化获得的个人信息。

不同“同意”的适用场景

作者：陈嘉龙

“告知同意”规则作为企业处理个人信息的第一规则，能否获得有效的同意是企业普遍关注的问题。在《网络安全法》、《民法典》以及《个人信息安全规范》中，同意的形式包括授权同意、明示同意。而在此基础上，行将生效的《个人信息保护法》增加单独同意形式，可以说，明确不同同意形式的使用场景，对于企业合法合规处理个人信息而言是一个基础但又十分重要的问题。那么，不同的同意类型应该适用哪些场景呢？

授权同意

授权同意针对不涉及敏感个人信息等的一般的个人信息处理。其要求较为宽松，个人可以通过积极（主动）的行为作出同意，同时也可以通过消极的行为作出同意（即默示同意）。

对于企业来说，默示同意的选择更为便利，在某些商业化场景下其可行性远超明示同意的要求，但同时，企业也应顶住默示同意的“诱惑”，避免在某些敏感个人信息的收集场景下使用，从而产生合规风险。

明示同意

A 明示同意通常针对较为敏感的个人信息处理，相比于授权同意而言，其仅允许个人以主动形式作出同意。通常来说，从合规风险控制的角度考虑，明示同意应相较于授权同意被更为广泛地应用，如可行，建议企业普遍采取明示同意的方式。明示同意主要有以下几个场景：

- (1) 处理敏感个人信息（包含不满十四周岁的未成年人个人信息的）；
- (2) 处理活动超出原有授权同意范围的；
- (3) 共享转让、公开披露个人敏感信息的。

单独同意

单独同意是指在处理特殊的个人信息或处理个人信息的特殊行为、场景时，个人信息处理者必须就其处理目的、行为等单独向个人告知并取得同意。其适用主要有以下几个场景：

- (1) 个人信息处理者将处理的个人信息向其他个人信息处理者进行提供；
- (2) 个人信息处理者欲公开其处理的个人信息的；
- (3) 处理敏感个人信息（包含不满十四周岁未成年人个人信息的）；
- (4) 个人信息处理者向境外提供个人信息的。

破产与清算篇

执行程序中申请股东出资加速到期是否可行？

作者：周雪爽律师团队

前言

随着公司认缴制的施行，在拿到法院的胜诉判决之后，债权人怀着胜利的喜悦，在执行阶段却被法院告知在穷尽执行手段的情况下债务人无财产可供执行，这时候的胜诉判决带着些许讽刺的色彩。债权人如何寻求救济，能否申请股东出资加速到期？

一、基本案情

某科技公司于2015年12月6日成立，注册资本100万元。其中李某认缴出资60万元，出资时间为2035年12月5日；冯某认缴出资40万元，出资时间为2035年12月5日。郭某与某科技公司服务合同纠纷一案，法院于2018年作出判决：某科技公司于判决生效之日起7日内返还郭某30万元及赔偿利息损失。后郭某向法院申请强制执行，法院立案执行后，经执行查询，被执行人某科技公司无财产可供执行。郭某以李某、冯某作为被执行人的股东未足额出资为由提出执行异议，申请追加李某、冯某为该案的被执行人。法院于2019年5月8日作出执行裁定书，驳回了郭某申请追加李某、冯某为被执行人的请求。某科技公司自2017年11月开始进行清算，目前已注销了税务登记。郭某起诉请求：变更原执行裁定，追加股东李某、冯某为被执行人。

二、裁判结果

生效判决认为，本案的争议焦点为：在注册资本认缴制下，债权人能否要求追加出资期限尚未届满的股东为被执行人。更进一步地讲，本案各方的争议实质上针对的是公司在非破产与解散情形下股东出资应否加速到期。对此，在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益，债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，不予支持，但是公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的情况除外。

由上，在有生效判决，经公司债权人申请执行的情况下，如果穷尽执行措施公司还无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的，其结果与《企业破产法》第二条规定的公司资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力完全相同，故，这种情况下比照《企业破产法》第三十五条的规定，股东未届期限的认缴出资，加速到期。本案中，根据现有证据，某科技公司已具备破产原因，但不申请破产，法院对某科技公司穷尽执行措施仍无财产可供执行，故郭某有权请求未届出资期限的股东李某、冯某在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任。关于李某、冯某主张的不应单独清偿案涉债权，在上述情况下，加速到期的财产归公司的债权人而非同破产那样归公司，此类情况并非破产程序，在保护本案债权人的同时，并不妨碍其他债权人申请公司破产，亦不妨碍公司自身申请破产；且债权人提起本案诉讼系为自身利益的诉讼，所获收益归债权人个

人而非归债务人，其并非代表全体债权人进行诉讼，故法院对此不予采信。法院判决：追加李某、冯某为该案件的被执行人。

三、法律法规

《企业破产法》第二条：

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或者明显缺乏清偿能力的，依照本法规定清理债务。

企业法人有前款规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照本法规定进行重整。

《破产法司法解释（一）》

第二条：下列情形同时存在的，人民法院应当认定债务人不能清偿到期债务：

- （一）债权债务关系依法成立；
- （二）债务履行期限已经届满；
- （三）债务人未完全清偿债务。

第三条：债务人的资产负债表，或者审计报告、资产评估报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债的，人民法院应当认定债务人资产不足以清偿全部债务，但有相反证据足以证明债务人资产能够偿付全部负债的除外。

第四条：债务人账面资产虽大于负债，但存在下列情形之一的，人民法院应当认定其明显缺乏清偿能力：

- （一）因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务；
- （二）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；
- （三）经人民法院强制执行，无法清偿债务；
- （四）长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务；
- （五）导致债务人丧失清偿能力的其他情形。

《公司法司法解释二》第二十二条规定：

“公司解散时，股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产。股东尚未缴纳的出资，包括到期应缴未缴的出资，以及依照公司法第二十六条和第八十条的规定分期缴纳尚未届满缴纳期限的出资。公司财产不足以清偿债务时，债权人主张未缴出资股东，以及公司设立时的其他股东或者发起人在未缴出资范围内对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十七条规定：

“作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持。”

《九民会议纪要》第六条：

“在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，下列情形除外：

- （1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；
- （2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

分析小结

在公司注册资本认缴制股东依法享有期限利益的背景下，在保护债权人利益与保护股东出资期限之间需要找到权衡。在破产清算、解散程序中，股东出资不受出资期限的限制，股东出资加速到期，股东在未出资范围内缴纳出资，与公司的资产一起，可供清偿公司的债务。那在非破产清算、解散程序即执行程序中，如何保护债权人利益？

从上述的典型案件可以看到，在司法实践中，法院对于非破产解散情况下债权人利益保护这个问题的观点以及解决路径。

根据《九民纪要》的精神，在存在生效判决，经公司债权人申请执行的情况下，如果穷尽执行措施公司还无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的，其结果与《企业破产法》第二条规定的公司资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力完全相同，故这种情况下比照《企业破产法》第三十五条的规定，股东未届期限的认缴出资加速到期。债权人可向执行法院提出执行异议，追加、变更股东为被执行人，申请股东在“尚未缴纳出资的范围内依法承担责任”，来实现债权。

虽然《九民纪要》已经有了这样加速到期之规定，但在实际操作中具体如何落地，根据笔者与执行法官沟通来看，还是各有各的说法，具体精神落地还是需要有一段路要走，笔者就此也会持续关注，并分享相应实务操作经验。

公司破产后，股东对公司的债权之受偿顺序

作者：周雪爽律师团队

一、前言

在破产案件中，公司进入破产程序之后，股东对公司的债权的受偿顺序是怎样的呢？与其他外部债权人相比，孰先孰后呢？本文将通过案例来解答：

二、案例

案情简介：

A 公司成立于 2007 年 5 月 30 日，注册资本为人民币 2,000 万，经营范围是铁矿石地下开采销售等，公司类型为有限责任公司（自然人投资或控股的法人独资），B 集团占股 100%。2017 年 1 月 13 日，本院依法受理了 A 公司的破产清算案，并指定某某破产清算服务有限公司为管理人。在破产案审理过程中，B 集团于 2017 年 5 月 8 日向 A 公司的管理人申报债权，债权总额为 20,804.35 万元。2017 年 6 月 22 日，在第一次债权人会议中确定 B 集团的债权总额为 202,622,117.44 元。根据 B 集团向 A 公司管理人提供的《关于申报债权的说明》、《B 集团与衡阳 A 公司记账凭证汇总表》显示，从 2007 年起至 2017 年止，B 集团向 A 公司转入的资金为矿山建设工程款、设备款、货款、借款等类别。

法院判决：

本院认为，在破产案件中，债权人对于管理人编制的债权表记载的债权有异议，可以请求管理人予以更正，而管理人不更正的可以向人民法院提起诉讼。本案中，A 公司的股东 B 集团在公司注册时已全部投资到位，在运营中 A 公司需要资金周转，B 集团作为公司的唯一股东转入各项资金，但并未转为 A 公司的公司资本，现 A 公司已进入破产程序，转入的款项应为该公司的破产债权，由于公司股东 B 集团参与了 A 公司的生产经营，对该公司的生产经营起了主导作用。现 A 公司进入破产清算，其股东 B 集团应负相关责任，参考《重庆市高级人民法院〈关于审理破产案件适用法律适用问题的解答〉》第 5 问、答内容，即：“公司注册资本明显不足以负担公司正常动作，公司动作依靠向股东或实际控制人负债筹集，股东或实际控制人因此对公司形成的债权，可以将公司股东或实际控制人对公司债权确定为劣后债权，安排在普通债权之后清偿”。

故此 B 集团的破产债权可有别于其他普通破产债权劣后清偿，故对要求将 B 集团 202,622,117.44 元的债权确认为劣后债权的主张，本院依法予以支持。B 集团称其债权数额已被依法确认不应列为劣后债权，本院认为其债权数额被确认并不影响将其债权列为劣后债权，故对其答辩意见本院依法不予采纳。根据《中华人民共和国企业破产法》第五十八条、《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十四条之规定，判决如下：

确认 B 集团在 A 公司破产清算中 202,622,117.44 元的债权为劣后债权，劣后于普通债权的顺位清偿。

二、相关依据

在公司进行清算、和解和重整等程序中，股东对公司的债权是否同其他外部债权人的债权同等受偿？

该问题涉及到著名的“深石原则”，该原则的内容系根据股东是否有不公平行为，而决定其债权是否应劣后于其他债权人或者优先股股东受偿。

在我国公司法并没有规定“深石原则”，但在我国公司法中规定了股东以认缴出资为限承担责任和公司人格否认制度，这两种制度在一定程度上与“深石原则”有着一定的关联。

（一）最高法典型案例阐述

根据 2015 年最高人民法院公布的四起典型案例之一：沙港公司诉开天公司执行分配方案异议案【参见（2010）松民二（商）初字第 275 号民事判决】。在该案件中的最高人民法院阐述部分直接引用了“深石案”：

“本案当事人对执行分配方案的主要争议在于，出资不实股东因向公司外部债权人承担出资不实的股东责任并被扣划款项后，能否以其对于公司的债权与外部债权人就上述款项进行分配。对此，我国法律尚未明确规定，而美国历史上深石案所确立的衡平居次原则对本案的处理具有一定的借鉴意义。在该类案件的审判实践中，若允许出资不实的问题股东就其对公司的债权与外部债权人处于同等受偿顺位，既会导致对公司外部债权人不公平的结果，也与公司法对于出资不实股东科以的法律责任相悖。故本案最终否定了出资不实股东进行同等顺位受偿的主张，社会效果较好，对同类案件的处理也有较好的借鉴意义。”

（二）2018 年全国法院破产审判工作会议纪要

最高人民法院在 2018 年全国法院破产审判工作会议纪要中提到人民法院审理关联企业破产案件时，要立足于破产关联企业之间的具体关系模式，采取不同方式予以处理。既要通过实质合并审理方式处理法人人格高度混同的关联关系，确保全体债权人公平清偿，也要避免不当采用实质合并审理方式损害相关利益主体的合法权益。协调审理不消灭关联企业成员之间的债权债务关系，不对关联企业成员的财产进行合并，各关联企业成员的债权人仍以该企业成员财产为限依法获得清偿。但关联企业成员之间不当利用关联关系形成的债权，应当劣后于其他普通债权顺序清偿，且该劣后债权人不得就其他关联企业成员提供的特定财产优先受偿。

（三）重庆最高法

重庆市高级人民法院在《关于审理破产案件适用法律适用问题的解答渝高法〔2017〕207 号》中规定了劣后债权的适用情形，明确了劣后债权人不得行使别除权和抵销权：

5. 问：何种情形下可以将公司股东或实际控制人对公司享有的债权确定为劣后债权，安排在普通债权之后受偿？

答：具有以下情形之一的，可以将公司股东或实际控制人对公司债权确定为劣后债权，安排在普通债权之后受偿：

（1）公司股东因未履行或未全面履行出资义务、抽逃出资而对公司负有债务，其债权在未履行或未全面履行出资义务、抽逃出资范围内的部分；

（2）公司注册资本明显不足以负担公司正常运作，公司运作依靠向股东或实际控制人负债筹集，股东或实际控制人因而对公司形成的债权；

（3）公司控股股东或实际控制人为了自身利益，与公司之间因不公平交易而产生的债权。公司股东或实际控制人在前述情形下形成的劣后债权，不得行使别除权、抵销权。”

四、结语

“从上述规定可以看到，公司股东或实际控制人对公司享有的债权，在公司破产时候应当如何进行主张，我国对此没有明确的法律规定，我国司法实践中主要还是考虑以“股东以认缴出资为限承担责任”或是“公司人格否认制度”，主要是在强调公平诚信原则为前提，保护公司和全体股东以及债权人的利益。

如何判断公司的经营管理是否出现严重困难，申请解散公司？

作者：周雪爽律师团队

公司解散分为公司自行解散、强制解散和司法解散三种途径，本文将讨论的是公司经营管理出现严重困难时，股东申请解散公司的司法解散这一种形式。在司法实践中，如何判断公司的经营管理是否出现严重困难？公司陷入僵局状态，股东是否可以申请公司解散以保护自身的合法权利？这些问题将从下述的典型案件展开讨论。

一、案例

案情简介：江苏省常熟市凯莱实业有限公司（以下简称凯莱公司）成立于2002年1月，林方清与戴小明系股东，各占50%的股份，戴小明任公司执行董事，为公司法定代表人；林方清任公司总经理、公司监事及两个分支机构负责人。戴小明与林方清先后签订《股东内部协议》《会议纪要》等，对公司内部管理作出约定，包括：戴小明负责公司的经营管理；林方清作为监事对公司财务进行监督；执行董事定时向监事通报情况，借助公司每月碰头会进行通报；聘任中间人参与财务通报等。2006年起，两人之间的矛盾逐渐显现。2006年3月，双方发生肢体冲突。同年5月开始，双方互相发出召开会议的通知，但均未能召开或未能形成有效决议。从2006年6月1日起至二审终审判决作出之日，凯莱公司未召开过股东会。凯莱公司经营正常，处于盈利状态。2006年11月28日，林方清诉至法院，请求判令解散凯莱公司。一审诉讼中，凯莱公司的管理部门常熟服装城管理委员会表示愿意组织林方清和戴小明进行调解。

法院判决：

一审法院认为：虽然凯莱公司两股东陷入僵局，但公司本身经营状况良好，不存在公司经营管理发生严重困难的情形。如果仅因股东之间的矛盾而导致公司从业人员失去工作，经营户无法继续经营，不符合立法本意。股东之间的僵局可以通过多种途径来破解，林方清可通过要求收购股份等方式依法进行救济。同时，常熟服装城管理委员会作为管理部门协调矛盾，也是救济途径之一。法院判决驳回林方清的诉讼请求。

二审法院认为：根据《公司法》第182条，凯莱公司已经符合司法解散的条件。一是凯莱公司的经营管理已发生严重困难，具体表现为：凯莱公司持续未召开股东会、无法形成有效股东会决议的时间已长达4年，股东会机制已经失灵；凯莱公司执行董事管理公司的行为已不再体现权力机构的意志；凯莱公司的监督机构无法正常行使监督职权；凯莱公司虽经营正常，但公司亏损并非认定“公司经营管理发生严重困难”的必要条件。综上，凯莱公司作为一个法律拟制的法人机构，其权力机构、执行机构、监督机构均无法正常运行，凯莱公司的经营管理已发生严重困难。二是凯莱公司继续存续会使股东林方清的利益受到重大损失。三是凯莱公司的僵局通过其他途径长期无法解决。四是林方清持有凯莱公司50%的股份，符合公司法关于提起公司解散诉讼的股东须持有公司10%以上股份的条件。据此，法院于2010年10月19日判决：撤销原审判决；解散凯莱公司。

再审法院认为：凯莱公司已符合《公司法》及《公司法司法解释（二）》规定的司法解散的条件。首先，凯莱公司的经营管理已发生严重困难。根据《公司法》第一百八十三条和《公司法司法解释（二）》第一条的规定，判断公司的经营管理是否出现严重困难，应当从公司的股东会、董事会或执行董事及监事会或监事的运行状况进行综合分析。“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。

本案中，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（二）连带共同保证在破产法下的互相追偿权行使问题通过”，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。综上，凯莱公司、戴小明关于二审判决认定事实不清以及二审判决对公司僵局的认定不符合《公司法》和《公司法司法解释（二）》的规定精神等申请理由，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。其次，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。《公司法司法解释（二）》第五条明确规定了“当事人不能协商一致使公司存续的，人民法院应当及时判决”。本案中，林方清在提起公司解散诉讼之前，已通过其他途径试图化解与戴小明之间的矛盾，常熟服装城管理委员会也曾组织双方当事人调解，但双方仍不能达成一致意见。两审法院也基于慎用司法手段强制解散公司的考虑，积极进行调解，但均未成功。故凯莱公司、戴小明关于二审判决解散公司不符合《公司法》规定的前置条件的申请理由，与事实和法律规定不符，本院亦不予支持。再次，林方清持有凯莱公司 50% 的股份，也符合《公司法》关于提起公司解散诉讼的股东须持有公司 10% 以上股份的条件。最后，驳回常熟市凯莱实业有限公司、戴小明的再审申请。

二、相关法律规定

中华人民共和国公司法(2018 修正)

第一百八十二条 公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（二）（2020 修正）

第一条 单独或者合计持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，以下列事由之一提起解散公司诉讼，并符合公司法第一百八十二条规定的，人民法院应予受理：

- （一）公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；
- （二）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；
- （三）公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；
- （四）经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。

三、小结

从上述案例中，公司法第一百八十二条规定“公司经营管理发生严重困难”系股东提起解散公司之诉的条件之一，而判断“公司经营管理是否发生严重困难”，应从公司组织机构的运行状态进行综合分析。公司虽处于盈利状态，但其股东会机制长期失灵，内部管理有严重障碍，已陷入僵局状态，可以认定为公司经营管理发生严重困难。对于符合公司法及相关司法解释规定的其他条件的，人民法院可以依法判决公司解散。所谓公司

僵局是指公司中股东、董事之间产生矛盾纠纷相持不下，股东会、董事会等机关无法正常召集，公司从而无法正常运转的状态。

除要求“公司经营管理发生严重困难”，法律规定解散公司另外要求：（1）继续存续会使股东利益受到重大损失；（2）通过其他途径不能解决的；（3）持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东。司法解散公司应审慎认定，避免继续损害股东权益的同时，准确理解法律规定以及司法解释的内容，参考指导案例中法院的做法，严格把握好认定关键，规范公司治理，保护公司以及股东全体的权益。

未穷尽救济方式，股东发生矛盾初期 即提起解散公司之诉的不予支持

作者：周雪爽律师团队

公司解散的原因有很多，同时法律赋予了公司股东向法院提起解散公司之诉的权利。但是这项权利不能任意行使，股东解散公司之诉的请求并非当然地被法院予以支持。公司解散之诉作为公司法赋予公司股东要求司法强制干预，解散公司的手段，必须同时满足公司经营管理发生严重困难、继续存续会使股东利益受到重大损失、通过其他途径不能解决这三个条件，之前就如何判断公司的经营管理是否出现严重困难这一条件专门发布了一篇文章(文章链接)，本文通过典型案例来看一下另一条件——“通过其他途径不能解决”。

法律规定

中华人民共和国公司法(2018修正)

第一百八十条：公司因下列原因解散：

- (一) 公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；
- (二) 股东会或者股东大会决议解散；
- (三) 因公司合并或者分立需要解散；
- (四) 依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；
- (五) 人民法院依照本法第一百八十二条的规定予以解散。

第一百八十二条：公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

典型案例

某咨询公司成立时的股东为某经贸公司，持股比例 100%。2018 年 4 月，某咨询公司的股东变更，股东某经贸公司持股比例 40%，股东某文化公司，持股比例 60%。2018 年 4 月 20 日，某文化公司委派的郭某当选为某咨询公司的董事，某经贸公司法定代表人郑某当选为某咨询公司董事长。2018 年 10 月 8 日，某咨询公司作出临时董事会决议，表决结果为：选举郭某为公司董事长；选举郭某为公司经理暨公司法定代表人。2018 年 10 月 10 日，郭某向郑某、金某发送电子邮件，主要内容为“根据贵方两位全程参与 10 月 8 日董事会决议，从该日起，郑某已被免去董事长职务，金某被免去经理和法定代表人职务。新任董事长和经理将全面接管公司经营，特通知两位立即停止任何对公司经营管理的干扰行为，并履行必要的配合协助义务，谢谢。”2018 年 10 月 25 日，某咨询公司召开临时股东会，某经贸公司的法定代表人郑某、某经贸公司代表、监事包某，某文化公司的代表、某文化公司的律师参加会议。该次临时股东会会议共计 6 项议案，一是《关于核查公司财务情况的议案》，二是《关于沟通公司股权处理事宜的议案》，三是《关于公司适时启动解散、清算程序的议案》，四是《关于核查公司与某经贸公司关联交易、往来的议案》，五是《关于督促某文化公司立即缴纳出资款的议案》，六是《关于妥善处理参股公司主张的议案》。根据表决票显示，某文化公司的代表朱某对上述议案均投票予以反对，某经贸公司的法定代表人对上述议案均投票表示赞成。2018 年 10 月 25 日，郭某向郑某等发送函件称某咨询公司董事会决定召集公司股东会会议，时间为 2018 年 11 月 9 日上午 10 点，地点为某文化公司三层会议室，并通知了议案。2018 年 11 月 9 日，某文化公司出席了某咨询公司的股东会，某经贸公司认为该次股东

会的召集程序违法，因此未出席该次会议。该次会议某咨询公司作出的股东会会议决议显示，2018年11月9日上午10点在某文化公司3楼会议室召开，公司股东某文化公司委托代表出席并表决，公司股东某经贸公司未出席。会议表决表决结果如下：以某文化公司同意，某经贸公司弃权的表决结果审议通过了《关于变更公司董事的议案一》，决定免去郑某的董事职务，改选全某为公司董事。2018年11月12日，郑某向郭某等人发送电子邮件，称某文化公司单方自导自演召开股东会，召集程序违法、主持程序违法，某经贸公司不予认可。某经贸公司向法院请求：判令解散某咨询公司。

裁判结果：

生效判决认为，本案二审的争议焦点为：某咨询公司是否存在公司法及相关司法解释规定的应予解散的情形。首先，《公司法司法解释二》第一条第三项就公司解散事宜作出的规定，体现的是股东僵局和董事僵局所造成的公司经营管理上的严重困难，即自治的公司治理结构完全失灵，公司处于事实上的瘫痪状态。而本案中，某文化公司2017年底2018年初通过受让某经贸公司股份成为某咨询公司股东，委派人员在2018年4月当选为某咨询公司的董事，双方自2018年10月矛盾激化后，某经贸公司即提起本案公司解散之诉，此时某文化公司正式委派董事管理公司仅仅半年，难谓公司经营管理出现严重困难，股东之间争议长期得不到解决；其次，公司法规定“通过其他途径不能解决”，是基于对公司永久存续性特征考虑的，即当公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失时，还是寄希望于公司能够通过公司自治等方式解决股东、董事之间的僵局，从而改变公司瘫痪状态，而不轻易赋予股东通过司法程序强制解散公司的权利。从公司自力救济之角度来看，公司僵局势必是一个从量变到质变的过程，而内部纠纷之救济，亦应当是一个多方面尝试的过程。现有证据表明，某经贸公司与某文化公司自2018年8月就公司理念发生冲突后，2018年10月发生某经贸公司所主张的其委派董事被违法召开的股东会予以免除事宜，但事后双方仅在2018年10月、11月尝试召开几次股东会、董事会，而某经贸公司2018年10月即提起公司解散之诉，也就是说，某经贸公司尚未穷尽自力救济之途径而直接采取公司司法解散方式处理争议，故法院不予支持。

小结

本案中，新加入股东与原股东在对公司的经营理念上发生分歧是合作开始的一个过程，董事之间冲突亦是该过程的体现，双方应当积极寻求公司内部的治理机制化解矛盾冲突。公司作为市场经营主体发挥着至关重要的作用，维护市场交易的稳定性更显得尤为重要，而公司的解散则意味着公司经营主体的终结，更应当慎重，除非万不得已，绝不能随意解散公司。“通过其他途径不能解决的”系司法解散的前置性条件。股东之间开始产生矛盾后，应先通过公司自治等方式解决。对于公司经营中出现的问题，亦应首先通过协商、民事诉讼或行政法规规定的方式予以解决。而且，股东会僵局的认定有持续时间的要求，股东会无法召开和有效的股东会决议不能作出的状态必须持续两年以上。新股东加入公司后，与原股东在经营理念上发生冲突难以避免，短时间或偶然的无法正常召开和不能做出有效决议的情形是难免的，这种短时间的或偶然性的运行困境应该属于公司的正常状态，不能因为公司股东会短时间内无法召开会议或者不能做出有效决议而认定其构成僵局。因此，未穷尽救济方式，在股东发生矛盾初期即提起解散公司之诉的，不应予以支持。

论后续破产重整申请权的法律规制

作者：朱小苏

破产重整与破产清算不同，是一种更积极的拯救程序，对挽救暂时陷入困境但仍具有再生希望的企业具有重要的作用。随着商品经济的不断发展，我国对破产拯救制度的重视程度逐步提升，2007年生效的《中华人民共和国企业破产法》修改了旧法下的“和解与整顿”制度，首次在体系上规定了破产清算、破产重整与破产和解三个相互独立却又可以彼此转换的程序，使得破产制度的内容更加丰富，也更符合现代破产法律制度从原先局限于调整债权人、债务人之间的债权债务关系，向扩大调整破产案件涉及的参与各方的利益关系发展的趋势。^①在总结三十年破产审判工作经验的基础上，最高人民法院于2016年进一步提出“把法院当做‘生病企业’的医院，多破产重整，少破产清算”^②的要求，继而在2019年底发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》中再次强调“及时发挥破产重整制度的积极拯救功能，通过平衡债权人、债务人、出资人、员工等利害关系人的利益，实现社会整体价值最大化”。可以预见，伴随我国破产制度的不断完善，破产重整这项在预防企业破产方面最为有力的手段将得到更广泛的运用。

与此相呼应的，虽然破产法对破产重整有着一定的“偏爱”，进行了许多较清算和和解更具明显“父爱主义”倾向^③的制度设计和立法尝试，但诚如 Wesley 在《资本主义的神话》（The Folklore of Capitalism）一书中将该制度表述为“议会选举、历史剧、斗争、研讨会、司法程序一系列交易的结合”^④，破产重整制度往往涉及不同利益方之间的博弈和平衡，司法实践中的情况错综复杂，导致有些较为简单宽泛的法律条文在指导实践过程中略显“捉襟见肘”了。这其中，首当其冲的就在于破产重整的申请问题上，由于该环节关乎重整程序是否可以启动，因此有必要加以厘清。

一、后续重整申请权的概念和存在的问题

我国现行《企业破产法》对破产重整申请权的规定，主要体现在其第7条和第70条。其中第7条规定，“债务人有本法第二条规定的情形，可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。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。”从申请时间的角度，该申请系在法院受理破产之前提出，《企业破产法》第70条称之为“直接申请对债务人进行重整”。与之相对应的，第70条规定“债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整”，这是将已经启动的破产清算向重整程序的转换。从重整申请的种类划分，前者在法院受理破产前提出的对债务人适用重整程序的最初申请，也被称为“初始重整申请”，而后者在法院裁定受理对债务人的破产清算程序后提出转为重整程序的申请，则被称为“后续重整申请”。^⑤初始重整申请可以鼓励困境企业或其债权人及时提出重整申请，加快程序进程，对于可重整性突显的企业或已通过预重整程序形成较为成熟的重整计划草案的企业尤为适用。但更多的案件在破产申请之初可能一方面面临着债权人的施压和执行，急需进入程序解锁“自动冻结”机制，而另一方面则尚未提炼债务人的可重整性，在此情况下，后续重整申请便成了已适用破产清算程序的债务人在被宣告破产前通过转入重整以求转机所可掷的“孤注”，在预防破产功能方面具有更普遍的现实意义。

鉴于后续重整申请具有重要的破产拯救效用，谁有权拿到这把企业拯救最后机会的“金钥匙”便显得极为关键。根据《企业破产法》第70条的规定，有权提出后续重整申请的当事人包括债务人和出资额占债务人注册资本1/10以上的出资人，其适用的条件是人民法院已经受理了债权人提出的对债务人的破产清算申请，但

尚未对债务人做出宣告破产的裁定。但随着破产重整需求的不断增大以及个案的千差万别，实务界逐渐发现该第70条的规定较为模糊，“未有明确性、禁止性的规定进行解释或补充说明，导致在司法实践中出现清算向重整程序转换时，对于法律条文的理解出现分歧”^⑥，具体而言，其既缺乏对债权人是否享有后续重整申请权的清晰规定，也未对债务人自行提出破产清算申请被受理后，是否还能提出转换为重整程序的问题加以明确。

二、债权人的后续重整申请权

从债权人的角度出发，其所享有的后续重整申请权可以细分为三种情形，第一种情形为债权人申请对债务人适用破产清算被受理后，其他债权人的后续重整申请权；第二种情形为债务人自行申请破产清算被受理后，债权人的后续重整申请权；第三种情形为债权人申请对债务人适用破产清算被受理后，其自身是否还有权申请将清算转换为重整程序。

（一）债权人申请破产清算被受理后，其他债权人的后续重整申请权

对于该种情形，虽然存在理论争议，^⑦但更为主流的观点仍对赋予债权人此项后续重整申请权怀着赞成态度。^⑧笔者同意该观点，《企业破产法》第70条第二款的立法原意是在第2条“初始重整申请权”的基础上，尽可能扩大重整制度的适用情形。诚如王欣新教授所言，在初始重整申请和后续重整申请两种情形下，“债务人应否进行重整的条件一般并没有发生实质性变化，部分债权人申请破产清算的事实也并未产生足以影响债务人进行重整的后果”^⑨，故从立法的精神来看，应该允许债权人享有后续重整申请权。况且，《企业破产法》最主要的作用是在债务人出现不能清偿到期债务时，通过破产的方式使债权人的债权得以公平清偿。而“债”这一概念属于民商事主体的“私权利”范畴，法律保护的对象也是债权人和债务人的合法私权利。^⑩因此，虽然在破产程序中，法院时常主导进程并拥有部分重大事项的决定权，且有时需要借助“府院联动”，寻求政府出面招商引资促成重整此外，但真正启动破产程序的主体只能是包括债权人、债务人以及出资人在内的个体。而在破产程序中各家债权人的利益诉求不同，对程序适用的理解也有分差，不宜因为某家债权人提出对债务人的破产清算，就直接剥夺其他债权人独立享有的重整申请权。何况，申请的提出并不必然会导致程序的转换，申请后究竟是否可以被受理，需要法院在受理前要进行充分地调查论证，但如果权利被剥夺，则意味着所有其他债权人均丧失了通过将清算转入重整从而提高自身债权清偿率的最后途径。我国的《企业破产法》虽然没有直接规定债权人的后续重整申请权，但最高人民法院颁布的《关于〈中华人民共和国企业破产法〉施行时尚未审结的企业破产案件适用法律若干问题的规定》亦提出“债权人申请破产清算的案件，债权人于债务人被宣告破产前提出重整申请，且符合企业破产法关于债权人直接向人民法院申请重整的规定，人民法院应予受理”。该规定虽然着眼于新旧法过渡期间的衔接问题，但一定程度说明最高院并未完全禁止债权人的后续重整申请权。而在实践中，越来越多的地方法院为了能够更好地保护债权人的利益，相继在其审理指南与工作规范中肯定了债权人的后续重整申请权。例如，上海高院先前的观点认为“在破产程序启动之后，债权人即丧失重整申请权，该权利只能由债务人或者符合条件的出资人享有”^⑪，但在2017年颁布的《上海市高级人民法院破产审判工作规范指引（试行）》中，上海高院的态度做出了改变，确认了经债权人会议决议通过的债权人后续重整申请权。^⑫类似的观点在江苏、深圳等地的法院也通过条文加以明确了。^⑬

（二）债务人申请破产清算被受理后，债权人的后续重整申请权

否定赋予债权人在债务人自行申请破产清算被受理后的后续重整申请权，主要原因在于认为债务人应对自身经营情况更为了解。若债务人申请的破产清算已被受理，说明其对企业的后续重整丧失了信心。在此情况下允许信息量更有限的债权人对债务人申请破产重整，显得有些一厢情愿，甚至可能遭到债务人的消极抵抗，从

而导致重整不能顺利进行。但笔者在过去的办案经验中发现，大型企业确实会在申请破产前引入第三方的专业机构进行先期的咨询和路径设计，对后续的程序有所预判，但很多中小困境企业并没有这样的意识或能力。由于中国对破产文化的普遍缺失，一些债务人企业甚至都不清楚破产重整的程序选择，更妄论提出重整申请。相比较，一些金融或产业债权人拥有较为丰富的破产重整经验，所谓“当局者迷，旁观者清”，在清算程序中通过债权人会议披露以及与管理人的沟通获得了对债务人更客观全面的了解后，这部分债权人可能更容易发现债务人的拯救价值，故应该允许其提出对债务人转换为重整程序的请求。实践中，地方法院已有债务人申请破产清算被受理后，债权人行使后续重整申请权并重整成功的案例。例如，河北省唐山市中级人民法院裁定受理的债务人企业唐山佳华煤化工有限公司（以下简称“佳华公司”）自行申请的破产清算案中，中信银行股份有限公司唐山分行、山西焦煤集团有限责任公司、山西焦煤集团国际贸易有限责任公司、山西西山煤电股份有限公司作为佳华公司的债权人向法院提出重整申请。其中，山西焦煤集团有限责任公司作为与债务人合作多年的上游供应商，对其非常了解，认为其设备、技术处于同行业领先地位，具备重整条件。河北省唐山市中级人民法院于2017年5月22日裁定对佳华公司进行重整。重整计划最终经债权人会议决议通过，保护了债权人的合法权益，实现各方利益共赢。^⑭

（三）同一债权人申请破产清算被受理后的后续重整申请权

与前两种情形不同，不赞成赋予同一债权人后续重整申请权的观点较多，主要原因在于，当债务人企业具备破产原因时，债权人可以在提起清算申请与重整申请之间自由选择，若债权人已经选择通过申请破产清算保障其权益，而后再提起重整申请，则有滥用权利之嫌，容易造成司法资源的浪费，故“在债权人提出破产申请时，基于其与债务人可以直接选择破产重整程序的相同原因，法律也不允许在其提出破产清算后又提出破产重整申请”^⑮。也有学者认为这种情况下需要提出破产清算申请与此后又提出破产重整申请的债权人为同一人，在司法实践中发生的可能性极低，故原则上可以不允许此类改变主张提出的后续重整申请。^⑯对此，笔者认为亦有可商榷之处，概因破产案件的信息通常在债权人与债务人之间极不对称，债权人作为外部人员在多数情况下对于债务人的财务因素很难全面把握，难以提出完整的企业重整意见，债权人真正有机会较深入地了解企业的具体财产和债务情况，通常都发生于管理人在第一次债权人会议上报告债务人各项信息之后。最高人民法院于2018年颁布的《全国破产审判工作会议纪要》第23条规定，“……人民法院受理破产清算受理后，第一次债权人会议上无人提出重整或者和解申请的，管理人应当在债权审核确认和必要的审计、资产评估后，及时向人民法院提出宣告破产的申请……”，也从侧面反映只有在经债权人会议披露后，债权人才对债务人是否有重整的必要性有更直观的认识，继而判断是否提出对债务人的重整申请。因此，即使提出破产清算申请与此后又提出破产重整申请的债权人为同一人，仅因其起初申请了债务人破产清算，就剥夺其后续在信息更充分情况下的重整申请权，似也于理不公，甚至在债权人总体缺乏对债务人提出破产申请的动因的当下，进一步打击债权人申请破产的积极性。

总体而言，从保障重整制度发挥其挽救企业的社会价值角度考虑，笔者倾向认为可对债权人享有的后续重整申请权采取更宽松的适用态度，就现有《企业破产法》第70条存在的文意表达不清，易生误读的情况，最高院有必要通过司法解释、审判会议纪要或指导意见的形式予以释明。

三、债务人的后续重整申请权

相较于债权人后续重整申请权的多样性，由于《企业破产法》第70条对于债权人申请对债务人进行破产清算并被受理后，债务人的后续重整申请权规定的非常明确，故需要探讨的仅是自行申请破产清算被受理后，

债务人的后续重整申请权。对此持否定态度的主要原因在于债务人对破产程序的适用具有选择权，该选择权的运用是建立在其对自身经营情况充分了解的基础上的。“如果是因债务人申请而进入破产程序，就说明债务人已经清楚地知道自己已无回复生机的可能，只能进行破产清算，否则，债务人无须申请破产清算，而应直接申请重整”¹⁷。在此情况下，再赋予债务人后续重整申请权就显得多此一举。

这样的观点在一定程度上具有合理性，但恰如前文分析债权人在债务人申请破产清算被受理后的重整申请权一样，很多中小债务人企业碍于认知的局限，在申请破产时并未深思熟虑。更有很多债务人企业在陷入困境时，往往需要面对各种债权人的催讨和法院启动的不同诉讼或执行程序，疲于应付的状态让其根本无法对自身的重整价值进行细致思考，只求尽快进入破产程序从而通过“自动冻结”机制获得暂时的喘息。因此，起初的破产清算申请可能并非债务人的最终决定，而仅仅是迫于形势所做出的权宜之计。一旦进入了破产程序，债务人企业有了更多时间对自身的价值进行提炼，对社会的资源进行协调，并在此基础上提出将清算转换为重整的请求。纵观域外的破产立法模式，对债务人提起破产重整均给予相当宽松的条件，如美国破产法下，债务人可以随时申请破产重整，也可以随时转换程序，没有前提条件限制¹⁸我国破产法若不赋予债务人后续重整申请权，作为对企业最熟悉的个体，债务人却丢失了拯救企业的“启动键”，似与《企业破产法》的立法宗旨相悖，也不符合当下各国在破产领域所普遍采用的再建主义立法原则。

实践中，债务人在起初自行申请破产清算并被受理的案件中寻求程序转换，提出重整申请，最终获得债权人会议批准并重整成功的案例为数不少，¹⁹其中衢州中院审理的浙江中宁硅业有限公司（以下简称“中宁硅业”）破产清算转重整案较为典型。该案中破产清算的申请由中宁硅业自行提出的，但在清算程序中，中宁硅业掌握的核心技术及生产线的竞争力和价值逐步被识别，债务人、管理人、当地政府及法院等多方一致认为推动破产清算转为重整才是拯救中宁硅业的最佳方案。最终，该案法官对现有法律进行了目的性解释，允许仍由债务人自己提出重整申请。经过两年的时间，该企业实现凤凰涅槃，获得了衢州市政府授予的2019年度企业“成长之星”奖。²⁰由此可见，在债务自行申请破产清算被受理后，赋予债务人后续重整申请权，具有丰富的现实意义。更有学者认为该做法符合中央十三部门《退出制度改革方案》中提出的“充分利用破产重整制度促进企业重组重生”的要求，应将其总结并制度化。²¹

四、对后续重整申请权的必要规制

通过上述可见，扩大调整债权人和债务人的后续重整申请权，对最大限度发挥破产拯救的功能，推动重整制度在我国的发展具有重要的意义。特别是在受新冠疫情影响的现阶段，这样的做法更能彰显《企业破产法》尽可能提供危困企业拯救机会的立法宗旨，对促进企业继续经营，维持社会经济平稳均多有益处。事实上，在2000年的《企业破产法》草案（当时称为《中华人民共和国企业破产与重整法（草案）》）中，曾规定“人民法院受理破产案件后，在宣告债务人破产以前，债务人、债权人或者持有债务人注册资本总额三分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整”²²，但最终未被纳入正式颁布的破产法。笔者揣测，未接受的理由可能是立法者认为这样的规定会显得最初的破产申请太过随意，故进行了一定的修改。确实，在鼓励维护债权人和债务人的后续重整申请权的同时，也应该认识到清算向重整的转换在一定程度上会增加程序的不可预见性，对于迫切希望通过破产程序实现债权清偿的债权人（特别是担保债权人）而言，程序的转换很可能会延长案件办理的时间，堆高办案成本，影响案件的效率。因此，在将后续重整申请权赋予债权人和债务人的程序架构下，仍有必要对该权利进行一定的规制，从而避免无条件适用重整制度的局面出现。

在该方面，最高院已经采取了一定的措施。例如，就后续重整申请的申请时间，实践中曾发生过深圳大世

界公司这样已被法院破产宣告后又申请转入重整并重整成功的案例，因此，在起草《全国法院破产审判工作会议纪要》过程中，曾有观点认为“无论是基于实践中已有成功案例，还是从鼓励拯救债务人的角度出发，都应当允许债务人被宣告破产后，在一定条件下能够再行转入破产重整或和解程序”。但正式颁布的纪要第24条明确规定“债务人被宣告破产后，不得再转入重整程序或和解程序”^③，从而对争鸣的观点进行了明确的回应，在强调后续重整申请只能在“人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前”提出的同时，“为利害关系人之间就是否同意重整的博弈，设定了更为严格的规则，要求更为认真、理性的对待”。^④

当然，类似这样的规制尚有许多填充的空间，限于篇幅，笔者试举以下两点，加以说明。

（一）后续重整申请权的申请主体

笔者支持在债务人和符合法定条件的出资人以外，将债权人享有后续重整申请权的问题通过司法解释等形式进行明确。但在一些债权人数众多的清算案件中，若某债权人提出转入重整的请求未获批准，理论上其他债权人仍可基于其独立的后续重整申请权，再次对债务人申请适用重整。循环往复，破产程序的时间会被不合理地拉长，不利于各方利益的保护。为此，有观点建议借鉴其他国家和地区的相关规定，例如，在我国台湾地区《公司法》下，只有单独或合计达到相当于公司已发行股份总额10%的债权人才能申请对公司的重整。日本的《公司更生法》、韩国的《统一破产法》在行使重整申请权的债权人所需满足的债权总额方面也有相似的规定，我国破产法可以相应吸纳，将行使后续重整申请的债权人限定于持有相当于债务人注册资本十分之一以上债权^⑤或占无财产担保债权总额十分之一以上债权^⑥的一家或数家。而在上海、江苏等地的司法审判中，虽没有对行使后续重整申请权的债权人的适格性提出要求，但规定其行权必须经过债权人会议决议的准许，通过债权人的意思自治，同样达到了限制个别债权人滥用重整申请权的效果。

值得注意的是，除债权人、债务人与符合法律规定的出资人外，实践中，还有其他的后续申请主体出现并获得准许，使得后续重整申请权人的范围有被逐渐扩大的趋势，应予以约束。例如，在重庆兴林船舶制造有限公司破产案中^⑦，管理人接管企业资料后发现，由于之前经历了执转破，在破产清算条件下普通债权人的清偿率极低，而债务人企业本身具备一定的重整可行性，遂由管理人作为申请主体，向法院申请将清算程序专为重整，最终重庆市涪陵区人民法院于2019年5月裁定正式进入重整程序。^⑧有观点对此表示赞许，认为“管理人的特性决定了其在接管债务人工作后，更易站在客观、公正的立场，从实现债务人和债权人利益相统一的角度出发，依托专业性分析对破产程序进行选择。基于此，赋予管理人申请债务人由破产清算程序转入破产重整程序的权利更有利于债务人和债权人的利益，符合法律宗旨”^⑨。但笔者认为，恰恰因为管理人以中立性作为第一属性要求，由其作为清算转重整的申请人有待商榷。管理人作为《企业破产法》引入的独立的法定机构，其职权在破产法第三章有明确的规定，法律亦要求管理人“依照本法规定执行职务”。可见，职责法定性是管理人中立性的表现之一，其处理破产事务所享有的权利必须基于法律的规定，并对法律负责。^⑩而《企业破产法》全文并没有对管理人的后续重整申请权做出任何规定，法院无权对此做出“创新性”的授权，否则，管理人制度的根基将受到动摇。更重要的是，破产重整案件涉及的利益主体众多，普通债权人、债务人、职工、取回权人、担保债权人，甚至政府部门，均有不同的利益诉求，关系错综复杂。各个主体的利益所处的状态往往此消彼长，彼此对立。正是“法律主体的多元化、利益之间的排斥性，决定了管理人必须具有中立性”。^⑪而一旦由管理人作为申请人提出后续重整申请，中立性必然被打破。譬如，债务人在转入重整并有可能提高清偿率的同时，很可能造成担保债权人别除权行使的受限；即使在所有债权人在清算程序下的清偿率均为零的情形下，不同债权人对结案时间可能还有不同要求（如国有企业要求快速终结以便核销坏账），转入重整也未必能符合所有人的预

期。当然，笔者不排除特定情况下，会出现“实现债务人和债权人利益相统一”的案例，但这样的个案数量极少，为偶发的情况而打破管理人中立性的原则属性，显然没有必要。若确实存在这样的个案，管理人也完全可以引导债务人或债权人提出申请，无须以自己名义行使重整申请权。

又比如，在衢州市衢江区人民法院受理的衢州市华玲面粉有限公司破产清算案中，在管理人的指导下，债权人委员会找到了愿意出资债务人恢复生产的投资人，遂由债权人委员会作为重整申请人，向法院申请转入重整程序，并取得了同意。^③笔者认为，债权人委员会固然多由债权人会议选任的债权人代表组成，但亦包括债务人的职工代表或者工会代表，故不能简单地与债权人划等号。况且，通常认为包括当事人的申请权在内的破产程序均应合于民事诉讼法的相关原理，^④在破产法没有规定的情况下，适用民事诉讼法的有关规定。我国的《民事诉讼法》以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》均规定作为民事诉讼主体的“其他组织”必须是依法设立，而破产案件下的债权人委员会，系法院在审理企业破产期间，债权人会议决定设立的组织，除非经依法登记注册，否则，在司法实践中，一般不应纳入民事诉讼主体的范围；^⑤相应的，由债权人委员会而非债权人提出重整申请，也存在主体适格性上的疑问，并不值得鼓励。

（二）后续重整申请未被认可后的可上诉性

另一个与后续重整申请权有关且需要规制的问题是，在申请权人提出重整程序转换申请后，如果法院认为重整符合法律规定，则根据《企业破产法》第71条应裁定债务人重整，并予以公告，但破产法没有对申请未被认可后的操作进行规定。申言之，如果法院经审查并未裁定重整，申请权人是否享有上诉的救济途径？在笔者于上海办理的两起破产清算案件中，债务人或出资人提出了转换为重整的请求，但均未获得法院的支持，遂向上级人民法院提起了上诉并被受理。经检索，这样的操作并非上海独有，在广东深圳等其他破产审判较为发达的地区，亦准许申请人在后续重整申请未被认可后的上诉。^⑥

经笔者检索并与有关法官沟通，目前该后续重整申请权的可上诉性的主要依据，可能来源于《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用》一书所附的《人民法院破产程序法律文书样式（试行）》的文书样式58号（不予受理债务人或出资人在人民法院受理破产申请后宣告债务人破产前提出的重整申请用）。在该样式下，首先明确了经审查后未被认可的后续重整申请，法院应做出“不予受理”的民事裁定书。其次，该样式还添加了“如不服本裁定，可在裁定书送达之日起十日内，向本院递交上诉状，并提交副本X份，上诉于XXX人民法院”^⑦，从而奠定了后续重整申请权可上诉性的基础。

令人费解的是，最高院出版的该书虽称此样式系根据《企业破产法》第70条第二款所制定，但破产法本身却对此保持缄默。比较明确的是，除衍生诉讼的上诉外，《企业破产法》通篇明文规定的上诉情形，集中于第十二条，其中第一款是关于不予受理申请裁定的上诉，第二款是关于驳回申请裁定的上诉。后者与重整程序转换的问题明显无关，故不做讨论。而从第一款的文字表述来看，即“人民法院裁定不予受理破产申请的，应当自裁定作出之日起五日内送达申请人并说明理由。申请人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉”，貌似并未明确区分此处“裁定不予受理”的破产申请，究竟是初始申请，还是包括后续重整申请权在内的程序转换申请；如果包括后者，则在法院不予受理后，申请人享有上诉的权利。但根据全国人大常委会法制工作委员会对该条的释义，该条的破产申请要求人们法院在收到后十五日内进行审查并作出是否受理裁定，^⑧似乎将申请限定在了初始申请。进一步地，最高人民法院颁布的《关于适用〈企业破产法〉若干问题的规定（一）》的第九条就“对法院依法受理破产申请的监督”进行了规定，提出在申请人提出破产申请后，若法院不及时作出裁定或根本不接收申请，申请人可以向上级法院提出破产申请，从而在制度上为解决“破

产受理难”的问题提供保障。但在对该条的理解和释义过程中，法院并未囊括《企业破产法》第70条的后续重整申请，^⑧从侧面也印证了破产法第十二条赋予申请人的上诉权，应仅指初始破产申请。据此，后续重整申请权可上诉性的法律依据，并不直接源自《企业破产法》。

排除《企业破产法》的直接规定后，还有一种可能是该上诉权根据《企业破产法》第四条，源自《民事诉讼法》的规定。在笔者办理的两起案件中，法院在裁定书最后援引的法条除破产法第70条外，还有《民事诉讼法》第154条。然而，该条是针对“不予受理”在内的事项适用裁定的规定，后续重整申请未被认可后，是否需法院作出“不予受理”裁定本身并无明确法律依据。即使确要作出裁定，作为一项在破产程序中的程序性权利，笔者认为就该裁定的上诉权也应保持谨慎。对申请人后续重整申请权的维护不应过度，其对债务人企业的重整意见在程序转换申请时，有机会得到充分阐述；法院认为必要时，也可召开听证会聆听债权人的意见，各方就清算是否转重整的问题在此期间应得到全面的沟通和论证。法院在此基础上作出裁定所依赖的事实不会在后续上诉时发生显著的变化，因此，没有必要再允许申请人上诉。上诉权的赋予，不但浪费司法资源，且在上诉审理期间，管理人是否需要解除双方均未履行完毕的合同、是否需要维持债务人企业的继续经营等，均有待上诉是否支持清算转换重整的裁定作出，将置债务人企业于程序不明的状态，不利于其他利害关系方权益的保护，更有违《全国法院民商事审判工作会议纪要》所倡导的“降低破产程序运行的时间和成本”。需要注意的是，最高法院在2020年4月颁布了《关于推进破产案件依法高效审理的意见》，在《全国法院破产审判工作会议纪要》的基础上，进一步要求“努力提高破产审判效率”，在保证公平的同时，兼顾效率本身就是《企业破产法》追求的法律效应，因此，该法本身对很多的裁定，例如，法院作出的受理破产申请的裁定，包括在后续重整申请下法院作出的重整裁定，均未安排救济的措施。仅以《民事诉讼法》下的裁定为由，即遵循一般民事诉讼程序，允许后续重整申请未被认可后的上诉，是一种不尊重破产程序特殊性的体现，亟待最高法院通过司法解释等形式加以纠正。

五、结语

债权人和债务人均是我国破产法下有权对债务人企业提出破产申请的适格主体，依法可以直接提请破产重整，但在债务人已被受理破产清算的情况下，《企业破产法》对后续破产重整申请权的规定还有模糊之处，有必要通过司法解释等形式加以细化，为债权人、债务人等申请人依据自己的选择，更宽松地行使后续破产重整申请权提供条件，这也符合现阶段司法实践中“以市场化为导向，做好危困企业或者市场主体救治工作”的现实需求。^⑨但维护后续重整申请权的同时，也需要对其进行必要的规制，仍应在《企业破产法》的现有架构下进行，尊重破产程序的特殊性，不应以过度牺牲破产审判效率为代价，假“创新探索”之名，无条件地追求扩大适用重整制度。两者之间的平衡与尺度，值得进一步的权衡和思考。

注释：

①王东敏：《新破产法疑难解读与实务操作》，法律出版社，2007年版，第7页。

②周斌：《最高法：处理“僵尸企业”多破产重整少破产清算》，载“中国法学网”，网址：<http://www.iolaw.org.cn/shownews.aspx?id=49122>，2020年12月10日最后访问。

③韩长印：《破产法学》（第二版），中国政法大学出版社，2016年1月第2版，第286页。

④转引自许德风：《破产法论——解释与功能比较的视角》，北京大学出版社，2015年版，第472页。

⑤李国光：《新企业破产法条文释义》，人民法院出版社，2008年版，第399-400页。

⑥刘栋 颜鸿艺：“论破产清算转破产重整之申请主体问题及完善建议——以安徽某公司破产案为例”，载《法制与社会》，2019年7月上，第46页。

⑦齐明：“论我国破产程序转换与债权人后续重整申请权”，载《东北师大学报》，2015年第5期，第30页，该作者明确认为，“现行破产法没有规定债权人的后续申请权，即意味着债权人不享有后续重整申请权”。

⑧王欣新：《维护债权人的后续重整申请权》，原载《人民法院报》，2011年11月23日，第7版。后纳入王欣新著：《破产法前沿问题思辨》（上册），法律出版社，2017年版，第255-258页。

注释:

⑨同上,第257页。

⑩华梦丹:“论债务人的后续破产重整申请权——基于某制药有限公司破产案引发的思考”,载《青年与社会》,2019年8月,第73页。

⑪沈志先主编:《法官智库丛书——破产案件审理实务》,法律出版社,2013年5月版,第263页。

⑫《上海市高级人民法院破产审判工作规范指引(试行)》【沪高法民二(2018)9号】第八章第3点“在人民法院受理破产清算申请后、宣告破产前,……经债权人会议决议通过,债权人可以提出清算重整的申请。”

⑬江苏省高级人民法院《破产案件审理指南(2017修订版)》第九章第2点“重整程序的启动条件。……二是基于债权人自治要求,经债权人会议决议通过,债权人可以申请清算转入重整程序。”深圳中级人民法院于2019年4月1日印发的《深圳中级人民法院审理企业重整案件的工作指引(试行)》第8条“债权人申请对债务人进行破产清算的,在破产申请受理后,宣告债务人破产前,债权人、债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人,可以申请对债务人进行重整。”

⑭“唐山佳华煤化工有限公司重整计划批准,依法重获新生”,载“搜狐网”,网址:https://www.sohu.com/a/250127413_726823,2020年12月10日最后访问。

⑮范建、王建文:《破产法》,法律出版社,2009年版,第209页。

⑯王欣新:《维护债权人的后续重整申请权》,原载《人民法院报》,2011年11月23日,第7版。后纳入王欣新著:《破产法前沿问题思辨》(上册),法律出版社,2017年版,第257页。

⑰吴高盛主编:《〈中华人民共和国企业破产法〉条文释义与适用》,人民法院出版社2006年版,第163页。

⑱齐明:“我国破产法中自愿破产原则的反思与重构”,载《东北师大学报》,2010年第4期,第29页。

⑲例如,(2019)沪03破145-2号上海市第三中级人民法院审理的中电电气(上海)太阳能科技有限公司破产案、(2016)京0114民破2号北京市昌平区人民法院作出审理的北京华都肉鸡公司破产案等。

⑳见《“中宁硅业”的重整之路》,载《浙江法制报》2018年6月14日00011版,网址:https://m.sohu.com/a/235841057_689962/?pvid=000115_3w_a;《破产重整两年后,中宁硅业因何变身“成长之星”》,载于“衢州新闻网—衢州晚报”,网址:<http://news.qz828.com/system/2020/04/03/011524500.shtml>,均于2020年12月10日最后访问。

㉑王卫国:《破产法精义(第二版)》,法律出版社,2020年4月第2版,第234页。

㉒朱少平、葛毅编著:《中华人民共和国破产法——立法进程资料汇编(2000)》,中信出版社2004年版,第207页。

㉓刘宁:“宣告破产后转重整的合法性分析”,载《政法论坛》,第37卷第5期,2019年9月,第172页。

㉔王欣新:“《全国法院破产审判工作会议纪要》要点解读”,载《法治研究》,2019年第5期,第127页。

㉕孙涛、赵锦辉:“破产重整申请权相关问题研究”,载《第十二届“中部崛起法治论坛”论文汇编》。

㉖刘欣欣:“债权人后续重整申请权的维护与限制”,载“搜狐网”,网址:https://www.sohu.com/a/327954607_100015913,2020年12月10日最后访问。

㉗参见(2018)渝0102破申3号之五号民事裁定书。

㉘吴柯慧、康敏:“破产审判助力优化营商环境浅析——以C市F区法院破产审判为样本”,原载“重庆法院网”,转载于“资产界”,网址:<http://www.zichanjie.com/article/927755.html>,2020年12月10日最后访问。

㉙贾丽丽、王巍:“破产清算转破产重整程序的申请主体浅析”,载“知乎”,网址:<https://zhuanlan.zhihu.com/p/109177269>,2020年12月10日最后访问。

㉚郭智慧编著:《新企业破产法操作指南与文书范本》,中国法制出版社,2006年版,第78页。

㉛罗培新主编:《破产法》,格致出版社,2009年版,第65页。

㉜浙江省律师协会:《破产疑难案件实务应对》,法律出版社,2017年版,第20页。

㉝袁岳:“析破产程序与民事诉讼的关系”,载《现代法学》1988年第02期,第55页。

㉞参见:贵州省高级人民法院执行裁定书(2018)黔执复65号,湖南省宜章县人民法院民事裁定书(2019)湘1022执异2号等,均未承认债权人委员会的民事程序主体资格,较为特殊的事在中华人民共和国最高人民法院民事裁定书(2019)最高法民终1914号中,法院认可了该案中银瑞林大酒店债权人委员会的诉讼主体资格,因该债委会提交了证明债委会主体适格的社会团体法人登记证书。

㉟参见:深圳市锦新明集团有限公司破产案,广东省深圳市中级人民法院(2018)粤03破49号之三民事裁定书、(2018)粤03破49号之四民事裁定书、广东省高级人民法院(2020)粤破终18号民事裁定书、(2020)粤破终19号民事裁定书

㊱奚晓明主编《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用》,人民法院出版社,2013年版,第724页。

㊲安建主编:《中华人民共和国企业破产法释义》,法律出版社,2006年版,第26-27页。


㊳奚晓明主编《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用》,人民法院出版社,2013年版,第105-108页。


㊴杜万华:“破产管理人的过去、现在和未来”,系宁夏第一届破产业务高峰论坛暨银川市破产管理人协会揭牌仪式上的演讲,载于“中国破产法论坛”,2020年12月9日



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