

NEWSLETTER

中 伦 律 师 事 务 所
深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

《个人信息保护法(草案)》十一大亮点面面观 001 /

企业合规视角下的商业秘密保护 017 /

期权争议请求权的选择 032 /

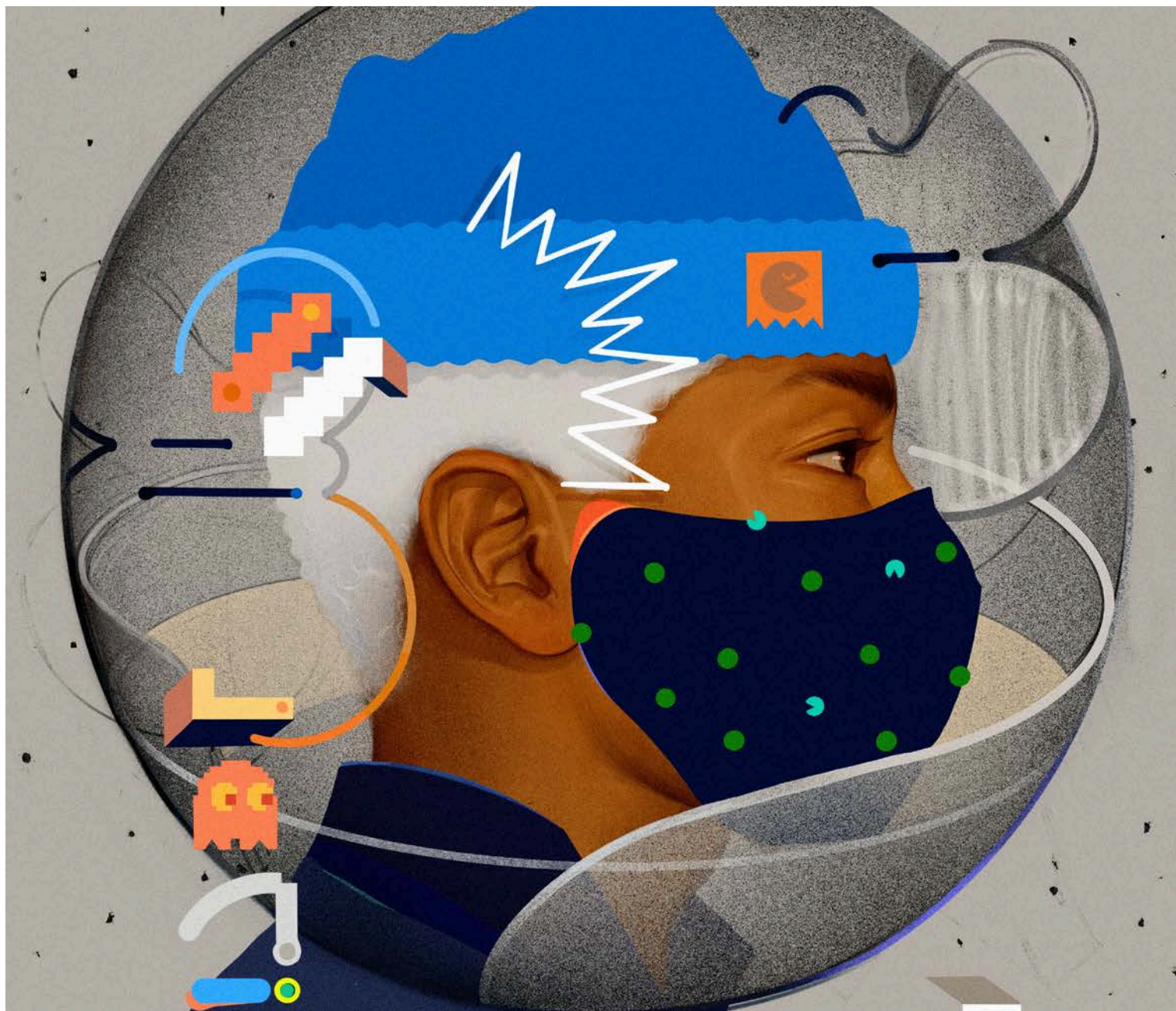
汽车行业如何应对反垄断合规问题?
——相关指南亮点解读 040 /

奠基药品专利链接!
——解读新修正专利法相关条款 046 /



《个人信息保护法(草案)》 十一大亮点面面观

作者：陈际红、蔡鹏、吴佳蔚、焦雅婷



2020年10月21日,全国人民代表大会常委会审议后的《个人信息保护法(草案)》(“草案”)正式对外发布征求意见,昭示着中国的个人信息保护法制进程即将进入新篇章。未来《草案》正式颁布实施后,将与《网络安全法》和《数据安全法》(审议中)构成我国网络空间安全和数据保护的三驾马车。《草案》全文八章七十条,汲取了包括欧盟《通用数据保护条例》(“GDPR”)等域外先进的立法经验,采取符合我国现阶段实际情况的立法路径,一方面切实响应了实践中个人信息保护领域存在的突出问题,凸显了对个体权益的重大关切,另一方面对于新技术、新应用带来的不确定性秉持谦抑态度,体现了法律的包容性和前瞻性。

《草案》发布后,还会有数次的征求意见和修改,但就《草案》来看,是一部较高质量的立法草案,总结起来有十一大亮点。

亮点一 \

借鉴国外立法经验,设定域外适用效力

《草案》第三条规定法律的适用范围,以属地原则为基础,设定了特定情况下的域外适用效力,使得该法具有了“长臂管辖”的效果。除了在境内处理自然人个人信息的活动适用本法外,在境外处理境内自然人个人信息的活动,有下列情形之一的,也适用本法:(一) 以向境内自然人提供产品或者服务为目的;(二) 为分析、评估境内自然人的行为;(三) 法律、行政法规规定的其他情形。

该款关于境外处理境内自然人信息的法律适用,借鉴了GDPR第3条第2款¹关于地域范围适用的规定,分别对应产品、服务提供和监控

(Monitor)的要求。《草案》对“为分析、评估境内自然人的行为”作出了清晰的本地化描述,界定了境外组织、个人对于境内自然人信息的处理是否适用本法的判断标准,确立了个人信息保护制度中长臂管辖的基本要求。针对第二款的情形,《草案》第五十二条还进一步参考了GDPR第27条²的规定,即要求境外的个人信息处理者在境内设立专门机构或指定代表,并向履行个人信息保护职责的部门报送相关信息。

此外,《草案》第六十八条第一款借鉴了GDPR第2条第2款³的规定,从反面限缩了法律的适用范围,具体规定为:“自然人因个人或者

1. See Article 3 of GDPR: 2. This Regulation applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to: (a) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or (b) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union.

2. See Article 27 of GDPR: The controllers or processors not established in the Union shall designate in writing a representative in the Union.

3. See Article 2 of GDPR: 2. This Regulation does not apply to the processing of personal data: ... (c) by a natural person in the course of a purely personal or household activity ...

家庭事务而处理个人信息的,不适用本法”。《草案》第六十八条第二款规定的“各级人民政府及其有关部门组织实施的统计、档案管理活动”的情形,则借鉴了GDPR第5条⁴和第89条⁵的规定,个人信息处理活动是基于统计、档案管理的目的,如法律有特别规定,应优先适用,属于特别法优先适用的情形。

作为全球化和数字化的伴随产物,跨境的数字活动呈现快速增长趋势,其产生的影响效果往往跨越地域,和国家安全、公共利益和个人权益密切相关。基于此,在有关网络空间和数字活动的立法中,比如《网络安全法》《数据安全法》(征求意见稿)和《出口管制法》⁶,设定域外适用效力会成为惯例。

亮点二 \n\n确立个人信息处理的七大原则

《草案》规定了个人信息处理的七大基本原则:合法性原则(第五条)、目的明确原则(第六条)、最小必要原则(第六条)、公开透明原则(第七条)、准确性原则(第八条)、可问责性原则(第九条)、数据安全原则(第九条)。这七大原则与既往的相关法律法规一脉相承,又有新的突破,对比如下表:

4. See Article 5 of GDPR: further processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes shall, in accordance with Article 89(1), not be considered to be incompatible with the initial purposes.
5. See Article 89 of GDPR: Processing for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes, shall be subject to appropriate safeguards, in accordance with this Regulation, for the rights and freedoms of the data subject.
6. 《中华人民共和国出口管制法》已由中华人民共和国第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议于2020年10月17日通过,自2020年12月1日起施行。

《草案》	《网络安全法》	《民法典》	GDPR	《个人信息安全规范》
合法性	合法、正当、必要		合法、合理、透明	/
目的明确			目的限制	目的明确
最小必要			数据最小化 存储限制	最小必要
公开透明	公开收集、使用规则, 明示收集、使用信息的目的、方式和范围		合法、合理、透明	公开透明
准确性	/	/	准确性	/
可问责性	/	/	可问责性	权责一致
数据安全	保证安全	保证安全	数据完整性和保密性	确保安全
/	/	/	/	选择同意
/	/	/	/	主体参与

在参考《个人信息安全规范》的基础上,《草案》有选择性地参考了GDPR第5条第1款⁷的内容,增加了数据准确性原则的规定。

亮点三 \

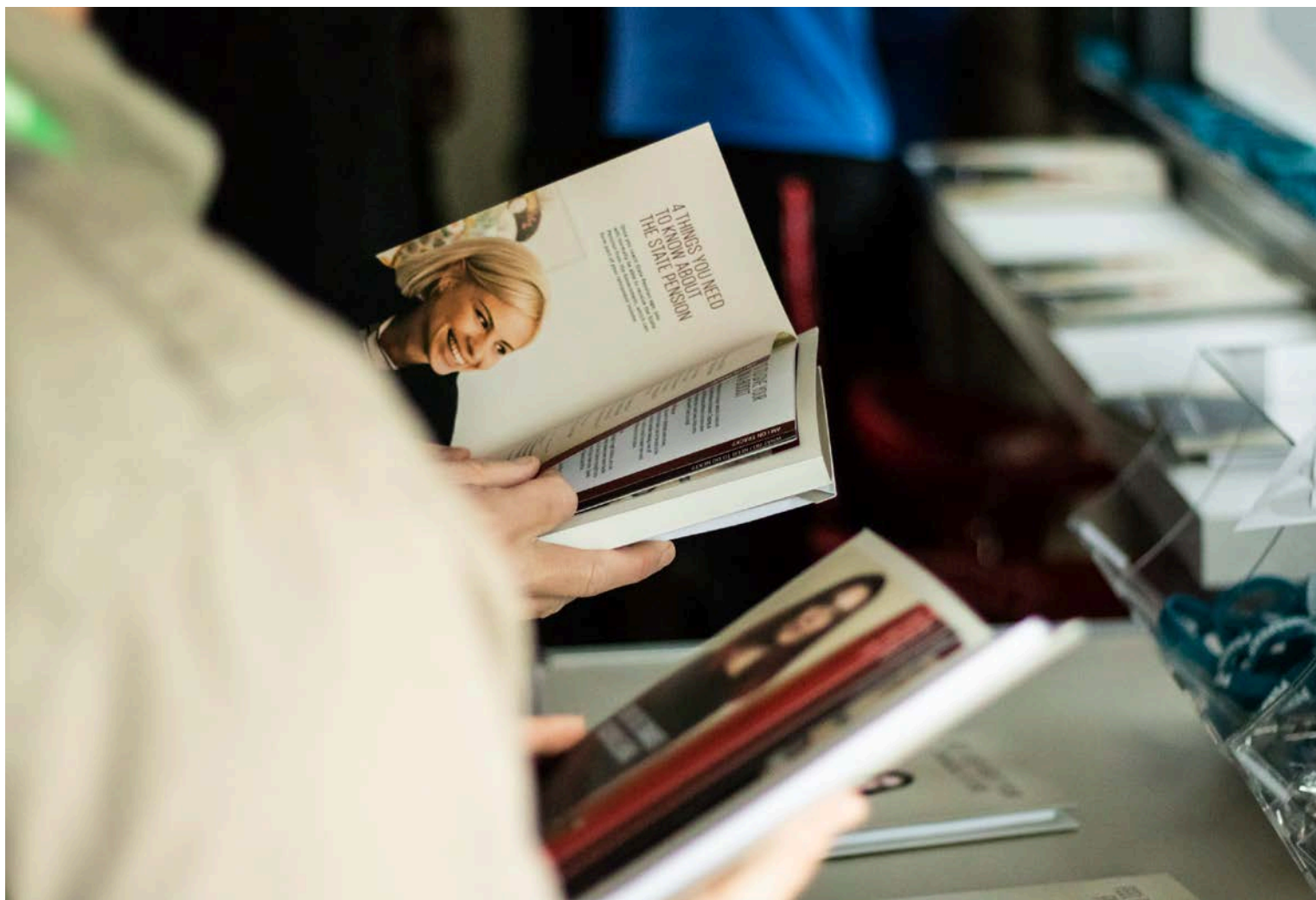
同意不再唯一,多重设置处理个人信息的合法基础

GDPR就处理个人数据设定了六项合法基

础,而《网络安全法》仅将同意视为处理个人信息的唯一合法基础,这一苛刻的规定也是业界所诟病之处。《草案》延续《民法典》的规定,突破了《网络安全法》的限制,更深入地借鉴了GDPR关于合法基础的规定。

7. See Article 5 of GDPR: Personal data shall be: ... (d) accurate and, where necessary, kept up to date; every reasonable step must be taken to ensure that personal data that are inaccurate, having regard to the purposes for which they are processed, are erased or rectified without delay ('accuracy'); ...

《草案》	《民法典》	GDPR
第十三条 符合下列情形之一的,个人信息处理者方可处理个人信息: (一)取得个人的同意; (二)为订立或者履行个人作为一方当事人的合同所必需; (三)为履行法定职责或者法定义务所必需; (四)为应对突发公共卫生事件,或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需; (五)为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为在合理的范围内处理个人信息; (六)法律、行政法规规定的其他情形。	第一千零三十五条 处理个人信息的,应当遵循合法、正当、必要原则,不得过度处理,并符合下列条件: (一)征得该自然人或者其监护人同意,但是法律、行政法规另有规定的除外; 第一千零三十六条 处理个人信息,有下列情形之一的,行为人不承担民事责任: (一)在该自然人或者其监护人同意的范围内合理实施的行为; (二)合理处理该自然人自行公开的或者其他已经合法公开的信息,但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外; (三)为维护公共利益或者该自然人合法权益,合理实施的其他行为。	第6条 处理的合法性 1. 只有满足至少如下一项条件时,处理才是合法的: (a) 数据主体已经同意基于一项或多项目的而对其个人数据进行处理; (b) 对于完成某项数据主体所参与的契约是必要的,或者在签订契约前基于数据主体的请求而进行的处理; (c) 是控制者履行其法定义务所必需的; (d) 对保护数据主体或另一自然人的核心利益所必要; (e) 是数据控制者为了公共利益或基于官方权威而履行某项任务而进行的; (f) 对于控制者或第三方所追求的正当利益是必要的,这不包括需要通过个人数据保护以实现数据主体的优先性利益或基本权利与自由,特别是儿童的优先性利益或基本权利与自由。 第1段(f)点不适用公共机构在履行其任务时的处理。



通过上述对比可以看出,在《民法典》的基础上,《草案》将订立或履行合同所必需、保护自然人的重大利益以及公共利益纳入个人信息处理的合法基础的范围,结合疫情防控的现状,突出了突发公共卫生事件的规定。综合考虑国情和国外实践的难度,《草案》未加入正当利益这一合法基础。对于已公开的个人信息利用,《草案》第二十八条在《民法典》合理处理规定的基础上另行作出规定,并未纳入合法基础中作为同意的例外存在。

亮点四 \

首次提出单独同意和书面同意的要求

在个人信息的保护实践和行政监管中,获得有效同意的标准,一直是颇具争议的问题。《草案》对于获取有效同意的标准,提出了具体要求:

-应当由个人在充分知情的前提下,自愿、明确作出意思表示(第十四条);

-明知或应知处理未满十四周岁未成年人个人信息的,应取得其监护人的同意(第十五条);

-个人有权撤回其同意(第十六条);除非是提供产品或服务所必需,否则不得以个人不同意或者撤回同意为由,拒绝提供产品或服务(第十七条)。

《草案》专门规定了此前未曾明确规定过的单独同意、书面同意的形式要求,需要满足该等特殊要求的情形如下:

同意要求	
单独同意	-个人信息处理者向第三方提供其处理的个人信息(第二十四条) -个人信息处理者公开其处理的个人信息(第二十六条) -在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备所收集的個人图像、个人身份特征信息的公开或者向他人提供(第二十七条) -基于个人同意处理敏感个人信息(第三十条) -个人信息处理者向中华人民共和国境外提供个人信息(第三十九条)
书面同意	法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得书面同意的,从其规定(第三十条)

之前,《个人信息安全规范》等规范文件中仅仅出现了明示同意的要求。单独同意以及书面同意实质上为个人信息处理者设置了更明确的“明示”要件,将对未来的合规实践产生深远的影响。

同意的相关要求与合法性原则有关,而个人信息处理规则与公开透明原则有关。在实践中,二者在提供产品或服务所必须的情形下可能会适用同一套授权文本,但实质上是两部分要求。对于公开明示个人信息处理规则的要求,相较于其他法案,《草案》明确地规定了存在保密等法定要求无需告知的情形以及紧急情况消除后予以告知的情形(第十九条),再次体现了合法性原则和公开透明原则两部分合规要求的区别。

亮点五 \ 明确共同处理和委托处理个人信息的责任承担

与GDPR区分控制者⁸和处理者⁹所不同的是,《草案》遵循《民法典》的设定,仅规定了个人信息处理者。个人信息处理者是指自主决定处理目的、处理方式等个人信息处理事项的组织、个人(第六十九条),对个人信息处理活动中的角色

8. See Article 4 of GDPR: ... (7) 'controller' means the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data; where the purposes and means of such processing are determined by Union or Member State law, the controller or the specific criteria for its nomination may be provided for by Union or Member State law; ...
9. See Article 4 of GDPR: ... (8) 'processor' means a natural or legal person, public authority, agency or other body which processes personal data on behalf of the controller; ...

均按照行为特征进行描述。

针对在个人信息处理活动中各方的责任承担,其与GDPR的对比如下。

方式设定了数据处理各方的义务边界。

此外,《草案》参考《网络安全法》第四十二条¹²和《民法典》第一千零三十八条¹³的规定,对

情形	《草案》	GDPR
共同决定处理目的和方式	两个或者两个以上的处理者共同决定处理目的和方式的,应当约定各自的权利和义务。该约定不影响个人向其中任一个个人信息处理者要求行使权利。如侵害个人信息权益的,双方依法承担连带责任。(第二十一条)	两个或更多控制者联合确定处理的目的与方法即为共同控制者。应以一种透明的方式确定相应责任,反映双方的角色和相互关系,并确保数据主体可以知晓。数据主体可以向任一方主张权利。(第26条)
委托处理个人信息	应与受托方约定委托处理的目的、处理方式、个人信息的种类、保护措施以及双方的权利和义务等,并对受托方进行监督。受托方应当按照约定处理个人信息,不得超出约定的处理目的、处理方式等处理个人信息,并应当在合同履行完毕或者委托关系解除后,返还个人信息或者予以删除。未经个人信息处理者同意,受托方不得转委托他人处理个人信息。(第二十二条)	1、应选用采取适当技术与组织措施的、处理方式符合要求且保障数据主体权利的处理者; 2、引入新的处理者应获取控制者的事先授权,增加、替换其他处理者应告知控制者,且控制者有权反对; 3、处理者的行为应受合同或法律约束,合同应约定处理目的、期限、性质、个人数据类型、数据主体类别和权利义务,包括:a)只能基于控制者书面指示跨境传输;b)确保被授权处理者履行保密义务;c)采取合理的组织和措施;d)遵守引入新的处理者的要求;e)采取技术和组织措施协助控制者;f)协助控制者遵守相关义务;g)服务结束时返还个人数据,并删除复制版本;h)允许即促进审计。(第28条)

通过以上对比我们可以得知,《草案》对共同决定处理目的和方式以及委托处理个人信息的规定,与GDPR所规定的共同控制者和处理者的义务基本一致。《草案》实质上延续了《个人信息安全规范》中对于共同个人信息控制者¹⁰和委托处理¹¹的规定。但是,区别于《个人信息安全规范》的细致性规定,《草案》以一种更为洗练、简明的

于向第三方提供个人信息的行为,要求个人信息处理者应当告知并取得单独同意,接收方应当遵守目的限制原则,并且不得采用技术等手

10.见《个人信息安全规范》第9.6条规定,当个人信息控制者与第三方为共同个人信息控制者时,个人信息控制者应通过合同等形式与第三方共同确定应满足的个人信息安全要求,以及在个人信息安全方面自身和第三方应分别承担的责任和义务,并向个人信息主体明确告知。
11.见《个人信息安全规范》第9.1条对个人信息控制者委托第三方处理个人信息的规定。
12.见《网络安全法》第四十二条规定,网络运营者未经被收集者同意,不得向他人提供个人信息。
13.见《中华人民共和国民法典》第一千零三十八条规定,未经自然人同意,不得向他人非法提供其个人信息,但是经过加工无法识别特定个人且不能复原的除外。

段重新识别已采取匿名化处理的个人身份(第二十四条)。《草案》还借鉴了《个人信息安全规范》第9.3条¹⁴关于因合并、分立等原因变更个人信息处理者的规定(第二十三条)。

亮点六 \

回应新技术的发展, 规制公开数据利用和自动化决策行为

对于利用个人信息进行自动化决策的情形, 考虑到新技术发展的趋势, 《草案》第二十五条借鉴GDPR第22条¹⁵的规定, 要求数据处理者保证决策的透明度和处理结果的公平合理。《草案》赋予了个人在认为自动化决策有重大影响的情况下, 要求个人信息处理者予以说明并拒绝其仅通过自动化决策方式作出决定的权利。通过自动化决策方式进行商业营销、信息推送的情形在《电子商务法》第十八条¹⁶、《个人信息安全规范》第7.5条¹⁷中被规定为定向推送和个性化展示, 其在《APP违法违规收集使用个人信息行为认定方法》第三点¹⁸中也有规定。《草案》第二十五条对上述规定进行了继承, 要求个人信息处理者应当同时提供不针对其个人特征的选项。

对于个人信息公开问题, 《草案》第二十六条规定, 个人信息处理者除非取得单独同意或

者法律法规另行规定, 不得公开其处理的个人信息。对于已公开的个人信息处理, 《草案》第二十八条在《民法典》第一千零三十六条¹⁹的基础上更进一步, 首次在法律层面规定了对于公开个人信息利用的基本规则, 规定在处理时应符合个人信息被公开时的用途, 如超出合理范围应依法向个人告知并取得其同意; 当被公开的用途不明确时, 应合理、谨慎地处理; 如利用已公开的个人信息从事对个人有重大影响的活动, 应当依法向个人告知并取得其同意。

已公开信息的收集和利用是大数据时代的重要数据来源, 但合法利用边界一直不甚清晰, 近年引起广泛争议的爬虫技术即为一例。《草案》第二十八条能否对此给出明确的指引, 设定的条件是否过于苛刻而不利于大数据应用的发展, 值得商榷。

14. 见《个人信息安全规范》第9.3条规定, 当个人信息控制者发生收购、兼并、重组、破产等变更时, 对个人信息控制者的要求包括: a) 向个人信息主体告知有关情况; b) 变更后的个人信息控制者应继续履行原个人信息控制者的责任和义务, 如变更个人信息使用目的时, 应重新取得个人信息主体的明示同意; c) 如破产且无承接方的, 对数据做删除处理。

15. See Article 22 of GDPR: The data subject shall have the right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her.

16. 见《电子商务法》第十八条规定, 电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的, 应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项, 尊重和公平保护消费者合法权益。

17. 见《个人信息安全规范》第7.5条规定, 个人信息控制者在向个人信息主体提供电子商务服务的过程中, 根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或服务搜索结果的个性化展示的, 应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项。

18. 见《APP违法违规收集使用个人信息行为认定方法》第三点规定, 利用用户信息和算法定向推送新闻、广告等, 未提供终止定向推送的选项构成未经同意收集使用个人信息的情形。

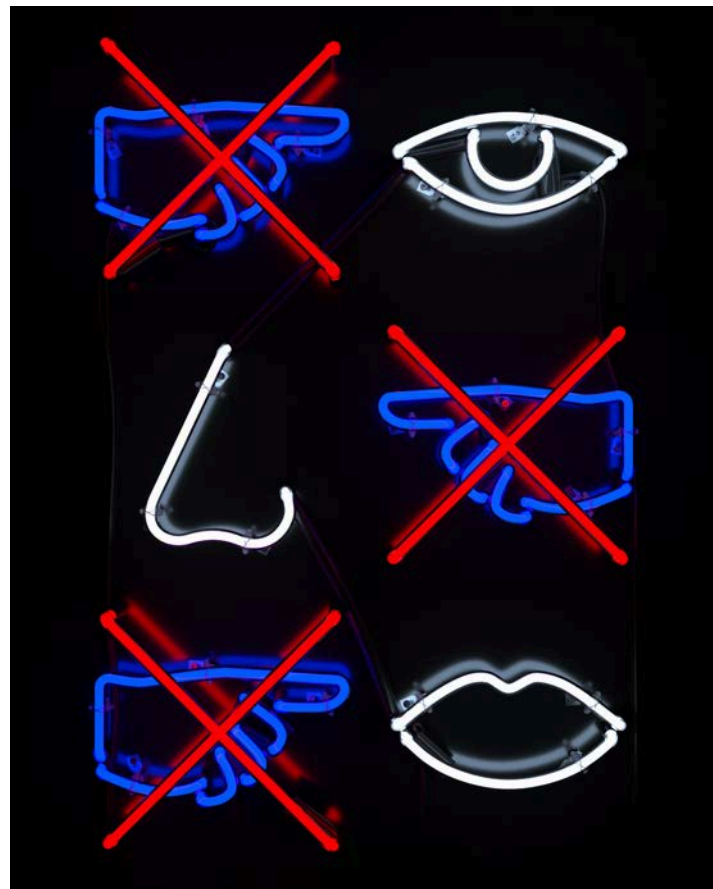
19. 见《中华人民共和国民法典》第一千零三十六条规定, 处理个人信息, 有下列情形之一的, 行为人不承担民事责任: ... (二) 合理处理该自然人自行公开或者其他已经合法公开的信息, 但是该自然人明确拒绝或者处理该信息侵害其重大利益的除外; ...

亮点七 \ 规制国家机关的处理行为

结合近期国际社会对于限制各国公权力机构对于个人信息处理的呼声²⁰，借鉴GDPR第2条第3款²¹等相关条款对于相关机构、实体适用的立法经验，《草案》特设专节对于国家机关处理个人信息进行规制。这一特别规定也回应了疫情期间民众对于政府的个人信息处理行为的疑虑。

《草案》第三十三条规定国家机关处理个人信息的行为应适用本法；国家机关应严格遵守法定权限、程序，并且不得超出法定职责所必需的范围和限度（第三十四条）；除非法律、法规规定应当保密或者将妨碍法定职责的履行，否则国家机关履职时如涉及处理个人信息，应按本法规定向个人告知并取得其同意（第三十五条）；除非法律、法规另有规定或者已取得同意，国家机关不得公开或者向他人提供个人信息（第三十六条）。

《草案》第三十七条规定了国家机关本地化存储个人信息的义务，以及如确需向境外提供个人信息，应进行风险评估的义务。



亮点八 \ 中国版个人信息跨境流动规则浮出水面

自《网络安全法》第三十七条²²对于关键信息基础设施运营者的数据本地化义务和跨境传输义务进行规定之后，个人信息跨境提供的具

20.2020年7月16日，欧盟法院（CJEU）就备受关注的Schrems II案作出判决，认定美欧数据跨境转移机制“隐私盾协议”（Privacy Shield）无效：<https://www.cpomagazine.com/data-privacy/eu-us-privacy-shield-invalidated-with-immediate-effect/>

21. See Article 2 of GDPR: 3. For the processing of personal data by the Union institutions, bodies, offices and agencies, Regulation (EC) No 45/2001 applies. Regulation (EC) No 45/2001 and other Union legal acts applicable to such processing of personal data shall be adapted to the principles and rules of this Regulation in accordance with Article 98.

22. 见《网络安全法》第三十七条规定，关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

体制度落地一直是立法机构和企业合规实践关注的焦点问题。《草案》从法律层面明确了个人信息跨境提供的基本规则,《草案》生效后将对个人信息跨境提供制度的落地起到极大的促进作用。

首先,就个人信息本地化存储义务,《草案》第四十条规定关键信息基础设施运营者和处理个人信息达到国家网信部门规定数量²³的个人信息处理者,应当将在境内收集和产生的个人信息存储在境内。确需向境外提供的,应当通过国家网信部门组织的安全评估;法律、行政法规和国家网信部门规定可以不进行安全评估的,从其规定。该等设置一方面延续了《网络安全法》第三十七条项下保护国家安全和公共利益的基本要求,另一方面也赋予了行政机构和其他法律、法规针对敏感性不高的个人信息允许便利跨境提供的裁量空间。

其次,就个人信息跨境提供的条件,《草案》第三十八条规定有四种合法场景:国家网信部门组织的安全评估、经专业机构进行个人信息保护认证、与境外接收方订立合同及法律,以及行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。较之之前的《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》(“《安全评估办法》”),《草案》丰富了个人信息跨境提供的合法场景,便利企业的合规遵循。《草案》第三十九条提出了告知加单独

同意的要求,取代了《安全评估办法》中的同意和针对个人敏感信息²⁴的明示同意。

《草案》第四十一条针对因国际司法协助或行政执法协助的跨境个人信息提供,提出了申请批准的法定要求。《草案》第四十二条和第四十三条分别针对境外组织、个人的违法、危害国家安全、公共利益的行为,以及其他国家、地区的歧视性禁止、限制行为提出了明确的惩罚和反制措施。

亮点九 \

赋予个人信息主体九大权利

《草案》首次全面规定了个人在个人信息处理活动中的九大法定权利。《草案》与《民法典》第一千零三十七条²⁵及《个人信息安全规范》第8条²⁶的有关规定相衔接,明确了在个人信息处理活动中个人的各项权利,包括知情权、决定权、限制和拒绝权(第四十四条)、查阅、复制权(第四十五条)、更正权(第四十六条)、删除权(第四十七条)、有权要求个人信息处理者说明个人信息处理规则(第四十八条),并要求个人信息处

23. 2017年《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》规定为50万人,100G的数据;2016年《关键信息基础设施识别指南》规定为100万人。

24. 见《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》第十六条规定,合同应当明确接收者不得将接收到的个人信息传输给第三方,除非满足以下条件:...(三)涉及到个人敏感信息时,已征得个人信息主体同意...

25. 见《中华人民共和国民法典》第一千零三十七条规定,自然人可以依法向信息处理者查阅或者复制其个人信息;发现信息有错误的,有权提出异议并请求及时采取更正等必要措施。自然人发现信息处理者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定处理其个人信息的,有权请求信息处理者及时删除。

26. 见《个人信息安全规范》第8条的规定。

理者建立个人行使权利的申请受理和处理机制（第四十九条）。

上述《草案》规定的法定权利与GDPR以及《加利福尼亚州消费者隐私法》（“CCPA”）的对比如下：

得注意的是，《草案》还规定了个人信息在法律、法规规定保存期限未届满或无法删除时，个人信息处理者应对其停止处理；自动化决策相关的权利与GDPR基本一致。各国在个人信息保护法定权利设置方面的差异值得跨国公司深度关注。

《草案》	GDPR	CCPA
知情权 ²⁷	知情权	知情权
决定权、限制和拒绝权	限制处理权、拒绝权	/ ²⁸
查阅、复制权	访问权、提供信息副本的权利	访问权、提供信息副本的权利
更正权	更正权	/
删除权	被遗忘权	删除权
/	可携带权	可携带权
自动化决策相关权利 ²⁹	自动化决策相关权利	/
/	/	要求不得出售其个人信息 (Not to sale)

《草案》中赋予个人在个人信息处理活动中的权利与GDPR³⁰和CCPA有一定的相似性。具体而言，知情权要求应在收到请求时对个人信息处理规则进行解释说明；决定权的权能与GDPR中的限制处理权及拒绝权相类似，但GDPR对数据主体权利行使的情形进行了更加细致的说明；查阅、复制权与GDPR和CCPA中的访问权基本对应；更正权、删除权与GDPR大体相同，但值

27.《草案》在第四十四条规定个人对其个人信息的处理享有知情权。另外，《草案》第四十八条还规定，个人有权要求个人信息处理者对其个人信息处理规则进行解释说明。
28.CCPA没有明确规定拒绝权、限制处理权，主要在1798.120规定，消费者有权在任何时间指示出售消费者个人信息给第三方的企业不得出售该消费者的个人信息。
29.《草案》在第二十五条对个人的自动化决策相关权利进行了规定，个人认为自动化决策对其权益造成重大影响的，有权要求个人信息处理者予以说明，并有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定。
30.需注意的是，GDPR中所赋予数据主体的权利多基于合法性基础实现，与《草案》有所区别。

亮点十\

明确个人信息处理者应承担的法定义务

参考GDPR关于控制者义务的规定,《草案》第五章明确了个人信息处理者的合规管理和保障个人信息安全等义务,要求其按照规定制定内部管理制度和操作规程,采取相应的安全技术措施(第五十条),并指定负责人对其个人信

息处理活动进行监督(第五十一条),定期对其个人信息活动进行合规审计(第五十三条),对处理敏感个人信息、向境外提供个人信息等高风险处理活动,事前进行风险评估(第五十四条),履行个人信息泄露通知和补救义务等(第五十五条)。

其与GDPR、《个人信息安全规范》的对比具体如下。

义务	《草案》	GDPR	《个人信息安全规范》	分析意见
根据风险采取内部管理措施	1、制定内部管理制度和操作规程; 2、分级分类管理个人信息; 3、采取加密、去标识化等安全技术措施; 4、确定操作权限,并定期对从业人员进行安全教育和培训; 5、制定并组织实施个人信息安全事件应急预案。(第五十条)	1、应采取适当的技术和组织措施,确保并能够证明数据处理活动是根据本法规进行的,其中应包括数据保护政策;(第24条) 2、应当执行合适的技术和组织的措施来保证合理应对风险的安全水平。(第32条)	1、应与个人信息处理人员签署保密协议,对大量接触个人敏感信息的人员进行背景审查; 2、应建立安全事件处罚机制; 3、应建立个人信息保护的内部制度和政策,并定期开展安全培训和考核;(第11.6条) 4、应建立适当的数据安全能力,防止个人信息的泄漏、损毁、丢失、篡改。(第11.5条)	《草案》对管理制度和操作规程进行规定,内容包括分类分级制度、应急预案、安全技术水平及安全意识培训,旨在要求个人信息处理者建立健全内部制度框架,提高风险应对水平,是《个人信息安全规范》内容的综述性表达,也与GDPR中的内容相对应。
组织架构	1、如处理个人信息达到国家网信部门规定数量,应当制定个人信息保护负责人,并对负责人的联系方式等予以公开,报送至相关部	1、未在欧盟设立的控制者或处理者应以书面形式在欧盟委任一名代表;(第27条) 2、在处理是公共机构进行的,或控制者、处	1、应明确其法定代表人或主要负责人对个人信息安全负全面领导责任; 2、应任命个人信息保护负责人和个人信息	《草案》减轻了《个人信息安全规范》规定的个人信息处理者的义务,将范围限缩至“处理个人信息达到国家网信部门规定数

义务	《草案》	GDPR	《个人信息安全规范》	分析意见
	门;(第五十一条) 2、境外处理者设置境内专门机构或指定代表。(第五十二条)	理者的核心活动涉及大规模地对个人数据主体进行常规、系统的监控或者涉及大量特殊类别个人数据的,应指派数据保护官。(第37-39条)	保护工作机构。(第11.1条)	量”的高风险类别。另外,《草案》与GDPR类似,对境外个人信息处理者加强管控,要求在境内设立专门机构或指定代表。
审计	应定期对其个人信息处理活动、采取的保护措施等是否符合法律、行政法规的规定进行审计。履行个人信息保护职责的部门有权要求个人信息处理者委托专业机构进行审计。(第五十三条)	处理者应提供给控制者所有必要的信息,以证明符合在本条中规定的义务。(第28条)	1、应对个人信息保护政策、规程和安全措施的有效性进行审计; 2、建立自动化审计系统,防止非授权访问、篡改或删除审计记录; 3、应及时处理过程中发现的违规使用、滥用等情况。(第11.7条)	相较于《个人信息安全规范》,《草案》仅对审计作出原则性规定,旨在要求个人信息处理者不仅在日常生产生活中尽到相应的信息安全和保护义务,还应确保并证明自身已符合法律、法规规定。
DPIA(事前风险评估)	1、应当对下列个人信息处理活动在事前进行风险评估,并对处理情况进行记录: (一)处理敏感个人信息;(二)利用个人信息进行自动化决策;(三)委托处理个人信息、向第三方提供个人信息、公开个人信息;(四)向境外提供个人信息;(五)其他对个人有重大影响的个人信息处理活动。 2、风险评估报告和处理记录应当至少保存三年。(第五十四条)	1、考虑到可能对自然人的基本权利和自由带来高度风险,在数据处理之前,应当对就所设想的处理操作方式的影响进行评估。 2、以下情形尤其适用: (a)评估是基于自动化处理过程(包括分析);(b)大范围的数据处理或者关于刑事定罪和罪行相关的个人数据;(c)一个大规模的公共可访问区域的系统性监测;(第35条) 3、若评估结果表明处	1、应建立个人信息安全影响评估制度,评估并处置个人信息处理活动存在的安全风险; 2、在产品或服务发布前,业务功能发生重大变化时,法律法规有新的要求时,业务模式、信息系统、运行环境发生重大变更时,发生重大个人信息安全事件时应进行个人信息安全影响评估; 3、形成并妥善留存评估报告,并采取保护措施。(第11.4条)	相比《个人信息安全规范》,《草案》增加规定了需要进行风险评估的个人信息处理活动的类别,直接为个人信息处理者的行动指明了方向。在这一点上,比GDPR所提供的适用DPIA的评估标准更具落地化价值。《草案》要求个人信息处理者对风险评估的处理情况进行记录,且予以明确的时间限制,要求至少留存三年。这一点应引起个人信息处理者的特别注意。

义务	《草案》	GDPR	《个人信息安全规范》	分析意见
		理可能会带来高风险，应在处理之前向监督机构咨询。(第36条)		
个人信息安全事件	发现个人信息泄露的应当立即采取补救措施,并通知相关的部门和个人。通知应当包括:(一)个人信息泄露的原因;(二)泄露的个人信息种类和可能造成的危害;(三)已采取的补救措施;(四)个人可以采取的减轻危害的措施;(五)个人信息处理者的联系方式。(第五十五条)	1、应毫不延误地至少在获知之时起72小时以内,通知监管机构,除非泄露不会导致自然人权利和自由的风险。如果通知迟于72小时,需附述迟延原因。(第33条) 2、当数据泄露可能对自然人权利和自由形成很高的风险时,应当毫不延误地与数据主体进行交流。(第34条)	1、制定安全事件应急预案; 2、应定期组织内部相关人员进行应急响应培训和应急演练; 3、根据应急响应预案处置安全事件,并及时更新。(第10.1条) 4、应及时将事件相关情况告知受影响的个人信息主体。(第10.2条)	针对个人信息泄露情形,相比于GDPR,《草案》未对发生泄露后的最迟通知时间作出明确要求,仅要求立即,且规定了个人信息处理者如采取措施能够有效避免损害的,可以不通知个人。同时,《草案》又进一步说明相关部门认为泄露可能造成损害的,可以要求个人信息处理者通知个人。
记录	/	应依其职责保存处理活动的记录。(第30条)	建立、维护和更新所收集、使用的信息处理活动记录。(第11.3条)	《个人信息安全规范》中对标GDPR的记录、个人信息安全工程的内容,依然仅作为良好实践存在,并未作为法定要求纳入《草案》规制范围。
个人信息安全工程	/	1、应在确定处理方式和目的时以及在处理时,实施适当的技术和组织措施。 2、实施适当的技术和组织措施确保在默认情况下只处理对特定目的有必要的个人数据。(第25条,请注意,GDPR项下无“个人信息安全工程”的直接规定,类似概念为“设计和默认的数据保护”(Data Protection by Design & by Default, DPbDD))	宜在需求、设计、开发、测试、发布等系统工程阶段考虑个人信息保护要求,保证在系统建设时对个人信息保护措施同步规划、同步建设和同步使用。(第11.2条)	

亮点十一\

促进合规、阻却违法：高额行政处罚款和公益诉讼

《草案》在罚则中，一方面承续了《网络安全法》第六十四条³¹处以一百万元以下罚款以及对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款的基本规定，另一方面规定了情节严重时高达五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款（第六十二条）。组织、个人的相关违法行为还会被记入信用档案并予以公示（第六十三条）。严厉的惩罚措施借鉴了GDPR³²的监管思路，体现了监管机构整肃个人信息滥用风气，打造良好的个人信息保护生态的决心。

此外，《草案》还规定了“公益”诉讼制度，个人信息处理者违反本法规定处理个人信息，侵害众多个人的权益的，人民检察院、履行个人信息保护职责的部门和国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起诉讼（第六十六条）。

结语

《草案》是国家针对个人信息保护的专门性立法，继承了《民法典》所设立的基本原则且有所突破，与《网络安全法》《数据安全法（草案）》等专门法律各有侧重，相互支持，同时也对此领域的规章制度、国家标准等形成上位指导。在吸取了GDPR等域外先进经验以及《个人信息安全规范》等推荐性国家标准先行规定的基础上，《草案》体现出如下特点：

（一）明确适用范围和立法目的：从个人信息、处理等核心概念到适用地域范围的界定，紧扣保护个人信息权益，规范个人信息处理活动，保障个人信息依法有序自由流动，促进个人信息合理利用的立法目的；

（二）以风险为导向，健全个人信息处理规则：确立了个人信息保护的细化原则，贯穿个人信息处理的全生命周期，明确除同意之外的多个合法基础，针对向第三方提供个人信息、公开、处理敏感个人信息等风险较高的场景提出取得单独同意等更严格的法定要求；

31. 见《网络安全法》第六十四条规定，网络运营者、网络产品或者服务的提供者违反本法第二十三条第三款、第四十一条至第四十三条规定，侵害个人信息依法得到保护的权利的，由有关主管部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得的，处一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款；情节严重的，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。

32. See Article 83 of GDPR: ...Infringements of the following provisions shall be subject to administrative fines up to 20 000 000 EUR, or in the case of an undertaking, up to 4 % of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher ...

(三)完善个人信息跨境提供规则:在考虑到与《网络安全法》进行衔接的同时,明确个人信息本地化和跨境提供的义务,较之以往的征求意见稿规定,降低对于低风险个人信息跨境提供的要求,对于违法的境外主体以及国家和地区,提出明确的惩罚和反制措施;

(四)顺应数字经济的发展趋势,关注新业态的发展,并对自动化决策等的新问题作出适应性调整,创造性地深化公开数据的利用规则,响应疫情期间大数据监控等新情况对于保护自然人权益的新要求;

(五)切实保护自然人在个人信息处理活动中的权益,加深个人信息处理者的义务:与相关法律规定有机衔接的基础上,《草案》明确在个人信息处理活动中自然人的各项权利,并要求个人信息处理者建立个人行权和处理机制;要求个人信息处理者承担合规管理和数据安全义务,不仅体现在组织架构的设置上,而且对不同场景下的内部制度和流程合规提出具体要求。

《草案》的颁布和实施,宣告我国个人信息保护立法“民法典-个人信息保护法-各项规范标准”三维体系的建立,不仅填补了立法空白,而且对于企业数据合规工作开展建立了牢固的法律基础。☞



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



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

企业合规视角下的 商业秘密保护

作者：高俊、周杨洁



随着全球疫情的影响以及贸易保护主义、单边主义的加剧,世界经济、全球产业链、供应链受到了不小的冲击,国内外商业环境正在发生深刻而剧烈的变化。对我国整体的经济发展以及国内市场主体的发展而言,优化国内营商环境的紧迫性和重要性更加凸显。正如世界银行7月27日发布的《2020年营商环境报告》中所体现的,过去的两年中,全世界见证了中国营商环境的逐步优化。其中,中国对商业秘密的尊重和保护、对良好的竞争秩序和创新环境的维护与提升,无疑是衡量营商环境的重要指标。我国正在通过逐步完善立法、规范行政执法、加强司法保护等手段来着力提升。尽管如此,近年来中国企业在全球范围内,仍频频受到关于侵犯知识产权、窃取商业秘密的指控,甚至有部分企业因此被“扼住了咽喉”,其中折射出的合规问题不容小觑。同时,外商投资企业对于商业秘密受到侵犯,也有诸多抱怨。甚至上升到了国家层面,例如,中美贸易冲突中,商业秘密保护就是一个焦点问题。

在上述背景下,国家层面有关商业秘密保护的法律法规、司法解释等不断完善,对企业商业秘密保护领域的工作提供了较为明确的指引,企业自身也需要将商业秘密保护纳入其自身合规体系,其主要目的有两个:一方面是加大对自身商业秘密的保护力度,另一方面,也是为了提前构筑防御工事,以便应对外界以侵犯商业秘密为由发起的指控。

第一部分\ 商业秘密及其相关概念解析

一、中国法下的“商业秘密”

1.“商业秘密”的定义

我国目前没有针对商业秘密的专门法律,关于商业秘密的规定散见于多部法律法规中。其中有关“商业秘密”定义的表述大同小异,可

概括为:商业秘密指具有“三性”的信息。所谓“三性”也即:“秘密性”(不为公众所知悉)、“价值性”(能为权利人带来商业价值)、“保密性”(经权利人采取保密措施)。

为方便读者参考,笔者按颁布时间顺序摘录了多部法律法规中关于“商业秘密”定义的条文如下:

序号	名称及文号	颁布主体	效力	有关“商业秘密”定义的条文
1)	《国家经贸委办公厅关于加强国有企业商业秘密保护工作的通知》 国经贸法(1997)419号	国家经济贸易委员会(已变更)	现行有效	商业秘密是指不为公众所知悉,能为权利人带来经济利益,具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。
2)	《国家工商行政管理局关于商业秘密构成要件问题的答复》工商公字[1998]第109号	国家工商行政管理局(已变更)	现行有效	不能从公开渠道直接获取的,能为权利人带来经济利益,具有实用性,并经权利人采取保密措施的信息,即为《反不正当竞争法》所保护的商业秘密。
3)	《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》(1998修正)	国家工商行政管理总局(已变更)	现行有效	第二条 本规定所称商业秘密,是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。
4)	关于印发《中央企业商业秘密保护暂行规定》的通知 国资发(2010)41号	国务院国有资产监督管理委员会	现行有效	第二条 本规定所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、能为中央企业带来经济利益、具有实用性并经中央企业采取保密措施的经营信息和技术信息。
5)	《中华人民共和国刑法》(2017修正)	全国人民代表大会	现行有效	第二百一十九条 第三款 本条所称商业秘密,是指不为公众所知悉,能为权利人带来经济利益,具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。
6)	《中华人民共和国反不正当竞争法》(2019修正)	全国人民代表大会常务委员会	现行有效	第九条 第四款 本法所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。
7)	市场监管总局关于《商业秘密保护规定(征求意见稿)》公开征求意见的公告 2020.09.04	国家市场监督管理总局	征求意见	第五条 本规定所称商业秘密,是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。

合规建议:

我们建议企业将商业秘密保护纳入日常合规工作中,合规人员可通过研读法律法规及司法解释中关于“商业秘密”的界定,结合本企业

的产品、配方、工艺、销售渠道和客户网络及其他业务特点,有针对性地设计本企业商业秘密保护的合规管理架构、制定适当的管理办法和流程。不得不说,商业秘密合规具有度身定做的

特点,不像一般的合规政策和制度,有些雷同。

为方便读者参考,笔者按颁布时间顺序摘录了多部法律法规中关于“商业秘密”定义的条文如下:

2.“商业秘密”的价值

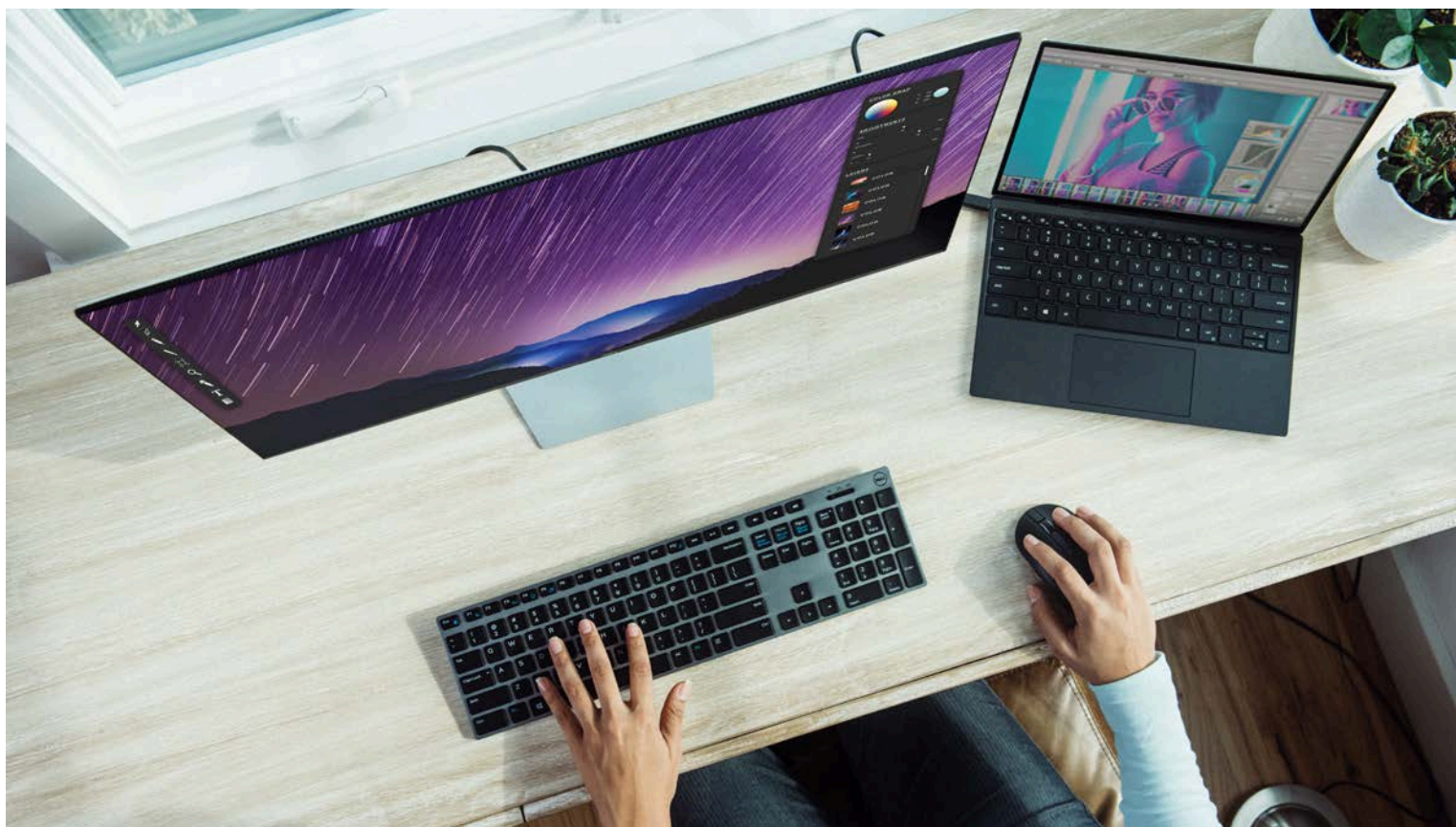
综观上述条文,“商业秘密”定义的基调基本不变,但由于上述法律法规的时间跨度较大,足以体现出“商业秘密”的“三性”中的“价值性”在立法层面的变化,也即,对其“价值性”的关注要点和评价标准从“经济利益”转变为了“商业价值”,后者的范围显然更广,扩大了商业权利人可主张权利的范围,使我国对商业秘密的立法保护程度大幅提升。

“商业价值”一词在法律法规中的含义也逐渐清晰。例如,市场监管总局关于《商业秘密保护规定(征求意见稿)》第七条规定,“本规定所称具有商业价值,是指该信息因其秘密性而具有现实的或者潜在的商业价值,能为权利人带来商业利益或竞争优势。符合下列情形之一的,可以认定为该信息能为权利人带来商业利益或竞争优势,但有相反的证据能证明该信息不具有商业价值的除外:(一)该信息给权利人带来经济收益的;(二)该信息对其生产经营产生重大影响的;(三)权利人为了获得该信息,付出了相应的价款、研发成本或者经营成本以及其他

物质投入的;(四)涉嫌侵权人以不正当手段获取或者试图获取权利人的商业秘密的;(五)其他能证明该信息能为权利人带来商业利益或竞争优势的情形。”此外,2020年9月10日,最高人民法院发布的《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“《商业秘密司法解释》”)对“商业价值”范围的界定进一步扩大,根据其中第七条,“权利人请求保护的信息因不为公众所知悉而具有现实的或者潜在的商业价值的,人民法院经审查可以认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的具有商业价值。生产经营活动中形成的阶段性成果符合前款规定的,人民法院经审查可以认定该成果具有商业价值。”其中第十九条第二款还从商业秘密侵权赔偿数额计算的角度,更深入地阐释了“商业价值”大小的衡量依据,也即,“人民法院认定前款所称的商业价值,应当考虑研究开发成本、实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素。”

合规建议:

我们建议企业将本企业的具有“商业价值”的信息纳入本企业的商业秘密保护范围,采取严格的保密措施加以保护,并妥善记录该等商业秘密的研发支出及相关财务凭证、研发人员名单、研发工作中形成的资料、相关人员对研发



成果及其价值的评价等等，以便为可能的被侵权或被控侵权引发的纠纷留存好相应的证据。

3. “商业秘密”的范围

如前所述，根据《反不正当竞争法》规定，商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。何为“技术信息”？何为“经营信息”？最高院在《商业秘密司法解释》中给出了清晰的答案：“技术信息”指的是“与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数

据、计算机程序及其有关文档等信息”；“经营信息”指的是与“经营活动有关的创意、管理、销售、财务、计划、样本、招投标材料、客户信息、数据等信息”。

至于前述“经营信息”中所包含的“客户信息”究竟指什么，实践中一直有较多的争议。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》（以下简称“《反不正当竞争法解释》”）第十三条曾对“客户名单”的概念作出解释，多地高级人民法院也在其有关知识产权或不正当竞争案件的审理指南中对“客户名单”的界定标准作出过指引，最高院近期出

台的《商业秘密司法解释》第一条和第二条亦对“客户信息”作出了相关解释,可以概括为以下几点:

第一,客户名单/客户信息是广义的,涵盖与客户有关的诸多细节,而非仅仅罗列客户的名称;

第二,客户名单/客户信息是否构成商业秘

密,取决于是否满足“三性”;

第三,除了前述“三性”意外,客户名单/客户信息还要具有一定的稳定性,也即其中包含的客户群是在一定的时间段内相对固定的。

笔者梳理了有关“客户名单”或“客户信息”定义和范围的相关条文,供读者参考:

序号	名称	“客户名单”或“客户信息”的定义和范围
1)	最高人民法院《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》	第一条 第三款 前款所称的客户信息,包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等信息。
2)	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》	第十三条 商业秘密中的客户名单,一般是指客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息,包括汇集众多客户的客户名册,以及保持长期稳定交易关系的特定客户。
3)	北京市高级人民法院《关于审理知识产权纠纷案件若干问题的解答》	第14条:如何确定客户名单构成商业秘密的标准? 客户名单构成商业秘密,应符合商业秘密构成的一般要件,应特别注意审查客户名单是否是特有的或者是否具有特殊性;客户名单是否由权利人通过劳动、金钱等投入获得的。
4)	江苏省高级人民法院《侵犯商业秘密纠纷案件审理指南(2010年)》	第2.3.2条:原告主张其经营信息构成客户名单的,应当明确其中哪些内容(譬如交易习惯、客户的独特需求、客户要货的时间规律、成交的价格底线等)构成商业秘密,而不能笼统地称“XX 客户”构成客户名单。
5)	河南省高级人民法院《商业秘密纠纷案件审理的若干指导意见(试行)》	(二)构成商业秘密的客户名单的认定问题 客户名单是经营信息的表现形式之一,能否成为商业秘密,必须审查是否具备商业秘密的法律特征。 判定客户名单是否构成商业秘密,应从以下几个方面考虑: 1.客户名单具有特定性。受法律保护的客户名单应是具体明确的、区别于可以从公开渠道获得的普通客户的名单。 2.单独的客户名称的列举不构成商业秘密。客户名单的内容应包括客户名称、客户联系方法、客户需求类型和需求习惯、客户的经营规律、客户对商品价格的

序号	名称	“客户名单”或“客户信息”的定义和范围
		承受能力等综合性客户信息。 3.客户名单具有稳定性。受法律保护的客户名单中的客户群应是权利人经过一定的努力和付出,包括人、财、物和时间的投入,在一定时间段内相对固定的、有独特交易习惯内容的客户。 4.客户名单具有秘密性。受法律保护的客户名单应是权利人采取了合理的保护措施予以保护的客户信息,他人无法通过公开途径或不经一定的努力和付出而获得。 5.审查客户名单是否构成商业秘密,还应注意考虑权利人开发客户名单所耗费的人力、财力以及他人正当获取客户名单的难易程度。

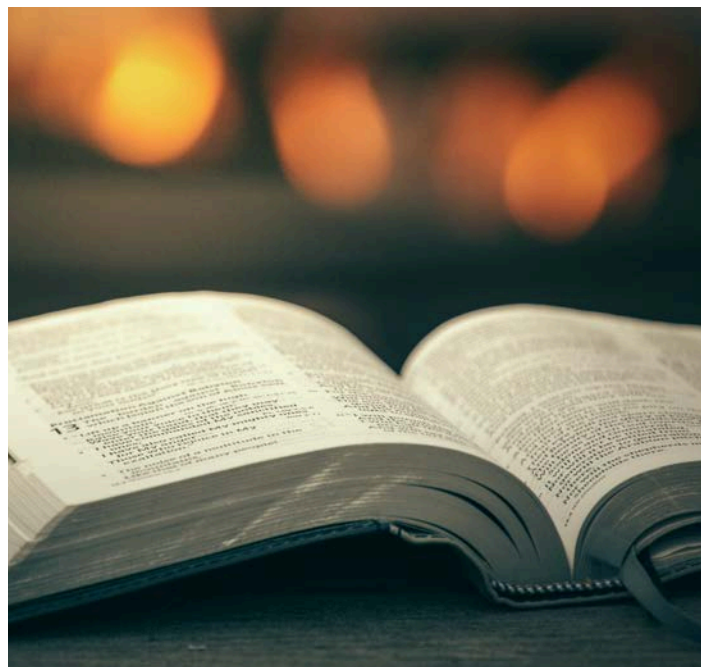
合规建议:

我们建议企业在建立商业秘密保护合规体系的基础上,针对全体员工或关键岗位员工开展有关商业秘密保护的合规培训,提高员工对商业秘密的识别和判断力,以及对可能构成商业秘密的信息的收集、整理、更新、管理、保护的能力;此外,建议企业将商业秘密保护的合规要求与劳动用工方面的合规要求相结合,提高内部人员商业秘密保护能力的同时,也要注意防范由内部人员引发的与商业秘密有关的危机或损失。

二、“商业秘密”和“保密商务信息”的关系

我国法律法规尚未对“保密商务信息”作出系统性的界定,甚至没有对其含义作出过清晰的表述,仅在《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》中以脚注的形式对“保

密商务信息”的范围作出了列举式的简单描述,详见下文。综观我国多个层级的法律法规,对于“保密商务信息”与“商业秘密”的逻辑关系、二者的范围大小等尚未形成统一的共识,存在模糊不清甚至互相矛盾之处,可见法律层面对于“保密商务信息”的保护还有很大的提升空间。



笔者以“保密商务信息”和“商业秘密”之间的逻辑关系为视角，梳理了提及两者的部分法律法规，供读者参考：

1.“保密商务信息”的范围包含“商业秘密”？

序号	名称	有关两者关系的条文
1)	《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》(2020年1月15日)	未对“商业秘密”作出清晰的定义。 “保密商务信息”的定义： 保密商务信息是涉及或与如下情况相关的信息：任何自然人或法人的商业秘密、流程、经营、作品风格或设备，或生产、商业交易，或物流、客户信息、库存，或收入、利润、损失或费用的金额或来源，或其他具备商业价值的信息，且披露上述信息可能对持有该信息的自然人或法人的竞争地位造成极大损害。

2.“商业秘密”的范围包含“保密商务信息”？

序号	名称	有关两者关系的条文
1)	《最高人民法院关于全面加强知识产权司法保护的若干意见》(法发[2020]11号)	5.加强商业秘密保护。……加强保密商务信息等商业秘密保护，保障企业公平竞争、人才合理流动，促进科技创新。

3.“商业秘密”和“保密商务信息”是并列关系？

序号	名称	有关两者关系的条文
1)	《中华人民共和国行政许可法》(2019修订)	第五条 ……未经申请人同意，行政机关及其工作人员、参与专家评审等的人员不得披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息，法律另有规定或者涉及国家安全、重大社会公共利益的除外…… 第七十二条 行政机关及其工作人员违反本法的规定，有下列情形之一的，由其上级行政机关或者监察机关责令改正；情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分：……(五)违法披露申请人提交的商业秘密、未披露信息或者保密商务信息的；……

序号	名称	有关两者关系的条文
2)	《中共中央办公厅、国务院办公厅关于强化知识产权保护的意见》(2019年11月24日)	二、强化制度约束,确立知识产权严保护政策导向 (一)加大侵权假冒行为惩戒力度。……探索加强对商业秘密、保密商务信息及其源代码等的有效保护。
3)	《外商投资企业投诉工作办法》商务部令 2020年第3号 (2020年10月1日生效)	第二十三条 投诉工作机构应当建立健全内部管理制度,依法采取有效措施保护投诉处理过程中知悉的投诉人的商业秘密、保密商务信息和个人隐私。 第二十九条 投诉工作机构及其工作人员在处理外商投资企业投诉过程中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的,或者泄露、非法向他人提供投诉处理过程中知悉的商业秘密、保密商务信息和个人隐私的,依据《中华人民共和国外商投资法》第三十九条的规定处理。
4)	司法部《关于强化行政许可过程中商业秘密和保密商务信息保护的指导意见(征求意见稿)》公开征求意见的通知	一、准确界定保密范围 1.依法确定商业秘密。行政许可申请人在向行政机关申请办理行政许可事项时,对按照反不正当竞争法等法律法规界定的商业秘密要予以明示,对需要保密的商务信息也要予以标明。

除上述列举的条文以外,诸多其他法律法规或部委规章亦将“商业秘密”和“保密商务信息”二者置于并列的地位,以下仅列举该等法律法规或部委规章的名称:

《药品生产监督管理办法(2020)》

《药品注册管理办法(2020)》

《食品生产许可管理办法(2020)》

市场监管总局关于《市场监督管理行政许可程序暂行规定(征求意见稿)》公开征求意见的通知

综观上述条文,“保密商务信息”的定义、范围、判断标准等并不清晰,仍有待通过立法或修法进行补充完善。但可以基本确定的是,“保密商务信息”也和“商业秘密”一样应具备“三性”。根据司法部关于《关于强化行政许可过程中商业秘密和保密商务信息保护的指导意见(征求

意见稿)》的规定,“对可以通过公开渠道获知、不具有商业价值、未采取有效保密措施的商业信息,不得作为商业秘密和保密商务信息。”也即,一项信息必须同时具备秘密性、价值性、保密性,方可构成“保密商务信息”。

合规建议:

尽管上述涉及“保密商务信息”的条文仍有不尽完美之处,但毫无疑问的是,“保密商务信息”和“商业秘密”都属于市场主体依法享有的重要利益,事关其核心竞争力,因此建议企业在现阶段尽量按照保护商业秘密的标准来保护企业的保密商务信息。

第二部分\ 企业商业秘密保护合规实操要点

随着国家层面有关商业秘密保护的法律法规、司法解释等不断完善,国内企业迎来了建立或者强化商业秘密保护合规体系的好时机,尤其是最高人民法院近期发布的《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“《商业秘密司法解释》”)具有很强的实操性,对企业商业秘密保护领域的工作提供了较为明确的指引。此外,早在2010年,国务院国有资产监督管理委员会已经发布过《中央企业商业秘密保护暂行规定》(以下简称“《央企商业秘密保护规定》”),指导央企商业秘密保护合规工作,该规定以及部分央企在商业秘密保护合规工作领域做法对其它企业也有很强的借鉴意义。当然,外商投资企业也可以借势切实保护自身的商业秘密,通过各种手段保护自身利益。

因此,笔者将结合实操经验以及对法律法规和司法解释的理解,梳理企业商业秘密保护合规工作中的一些实操要点,供读者参考。

一、商业秘密保护合规管理制度应包含哪些内容?

企业的商业秘密保护合规管理制度中一般应包括本企业商业秘密保护总原则,总负责人,商业秘密保护机构及其职责,商业秘密识别与确定的方法和流程,商业秘密的密级划分与调整,各级别商业秘密的保密措施,商业秘密相关支持资料的管理办法,商业秘密接触者登记管理办法,本企业接触和保管第三方的商业秘密时的注意事项,向第三方提供商业秘密的注意事项,商业秘密泄密事件的应急处理预案,与商业秘密保护有关的举报、调查、抽查、惩处、奖励办法,商业秘密相关的培训及考核办法,等等。

事实上,《央企商业秘密保护规定》中,已有对于中央企业的商业秘密保护合规管理制度的具体指引,各类企业均可参考借鉴中央企业在商业秘密保护合规管理工作中的做法,并结合企业自身商业秘密的种类和数量以及所处行业的特点等进行有针对性的优化。

例如,在商业秘密保护的机构与职责方面,《央企商业秘密保护规定》要求央企在商业秘密保护工作中实行法定代表人负责制,建立专门

的保密办公室作为本企业保密委员会日常办事机构,保密办公室应当配备专职保密工作人员,央企内部科技、法律、知识产权等业务部门按照职责分工,负责职责范围内商业秘密管理工作。笔者认为有条件的企业可以参考上述央企标准,对于在机构设置方面无法投入如此大量资源的企业,则可以适当简化。例如,不设保密办公室、不配备专职保密工作人员,而是从科技、法律、知识产权等部门中抽调人员组成商业秘密保护领导小组,组织开展本企业商业秘密保护的各项工作。

二、企业针对商业秘密可采取的保密措施

商业秘密的三大特性即价值性、秘密性、保密性。价值性指该信息能给权利人带来商业价值;秘密性一般指该信息不为其所属领域相关人员普遍知悉和容易获得;保密性则指的是权利人针对该信息采取了严密的保密措施,在正常情况下足以防止商业秘密泄露。可见,保密性是商业秘密三大特性中的基石,如不采取适当的保密措施,极易使相关信息丧失秘密性,从而损害其价值性。

企业针对其商业秘密可以采取的保密措施不一而足,最高院《商业秘密司法解释》第六条也为企业提供了保密措施方面的实操指引,具体包括:

(一) 签订保密协议或者在合同中约定保密义务;

(二) 通过章程、培训、规章制度、书面告知等方式,对能够接触、获取商业秘密的员工、前员工、供应商、客户、来访者等提出保密要求;

(三) 对涉密的厂房、车间等生产经营场所限制来访者或者进行区分管理;

(四) 以标记、分类、隔离、加密、封存、限制能够接触或者获取的人员范围等方式,对商业秘密及其载体进行区分和管理;

(五) 对能够接触、获取商业秘密的计算机设备、电子设备、网络设备、存储设备、软件等,采取禁止或者限制使用、访问、存储、复制等措施;

(六) 要求离职员工登记、返还、清除、销毁其接触或者获取的商业秘密及其载体,继续承担保密义务。

商业秘密的不同类型及其商业价值的高低是决定企业采取何种保密措施的主要因素。在商业秘密侵权案件中,法院也会重点考察商业秘密权利人是否采取了与其特定商业秘密的商业价值相适应的合理保护措施。因此,我们建议企业对商业秘密进行分级管理,根据不同的密级采取适当的保密措施,确保保密措施与商业秘密的商业价值相适应。



三、保密协议的重要性及需要签署保密协议的常见场景

上文第二部分已提到,“签订保密协议或者在合同中约定保密义务”是最高院《商业秘密司法解释》中列举的一项重要的保密措施。在企业的商业秘密保护日常工作中,签署保密协议可能是最普遍、最常用、成本最低的做法。即便不签署单独的保密协议,在劳动雇佣、买卖、技术许可、合作开发等活动中,企业也基本都会在相应的合同中加入保密条款。

在商业秘密侵权案件中,有保密协议或保

密条款的情形和没有保密协议或保密条款的情形极有可能得到截然相反的判决结果,笔者接下来要分享的这个案例就很好地诠释了这一点:在《姚某等与王某等侵害商业秘密纠纷二审民事判决书》¹中,北京知识产权法院认为“一方面,对于三公司与高尔夫球场签订的合作协议中未约定保密条款的情形……此种情况下,鉴于三公司未能对与高尔夫球场的合作信息采取与其商业价值相适应的合理保护措施,防止信息泄漏,故本院对三公司主张其与相关球场之间的合作信息属于商业秘密不予支持。另一方面,对于三原告与高尔夫球场签订的合作协议中约定双方对协议内容均负担保密义务之保密条款的情形,应当认为三公司已经对其与相关高尔夫球场的合作信息采取了与其商业价值相适应的合理保护措施,故对三公司主张该部分经营信息属于其商业秘密予以支持。”在该案中,同一权利人与不同的高尔夫球场之间签署了一份合作协议,部分协议有保密条款,部分协议没有保密条款,法院对这两类协议是否构成商业秘密做出了完全相反的认定。保密协议的重要性由此可见一斑。

既然保密协议如此重要,那么企业在哪些场景下要签署保密协议或在相关协议中加入保

1. (2018)京73民终686号

密条款?这同样可以参考央企的做法。《央企商业秘密保护规定》第19、21、22条中提供一些实用指引,具体而言,与员工的劳动合同中应包括保密条款或者另行签署保密协议;涉及商业秘密的咨询、谈判、技术评审、成果鉴定、合作开发、技术转让、合资入股、外部审计、尽职调查、清产核资等活动中应当与相关方签订保密协议;境内外发行证券、上市及上市公司信息披露过程中,应与相关机构、人员约定保密义务,等等。

四、与涉密主体签署的保密协议要包含哪些内容?

一般而言,保密协议中至少需要包含保密内容、责任主体、保密期限、保密义务、违约²责任、争议解决等条款。此处不对各条款的基本内容作赘述,仅引用《央企商业秘密保护规定》第10条有关“企业商业秘密的保护范围”来对保密协议中的“保密内容”稍作解释,也即,保密协议中的保密内容可能包括但不限于以下内容:“战略规划、管理方法、商业模式、改制上市、并购重组、产权交易、财务信息、投融资决策、产购销策略、资源储备、客户信息、招投标事项等经营信息;设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法、技术诀窍等技术信息。”建议企业结合自身业务特点以及商业秘密的内容和形态,合理设计保密协议中的保密内容条款,尽量以详尽、细致的

方式进行约定,避免因保密内容指向不明而影响协议的整体效果。

在各类保密协议中,企业与员工之间的保密约定是最为常见的一种,其表现形式可能是《公司员工保密协议书》、《客户信息保密协议》、《技术保密协议书》,或者仅仅是劳动合同中的保密条款。与员工的保密约定看似寻常,但是在条款设计上有不少需要注意的事项。例如,与员工签订的保密协议中不宜直接约定违约金条款,这是因为《劳动合同法》仅允许用人单位和员工约定违反服务期协议或竞业限制协议这两种情形下的违约金,而未允许用人单位在员工违反保密协议的情形下主张违约金;然而,用人单位不得与员工约定违反保密义务的违约金,并不意味着不得约定违约责任。用人单位与员工的保密协议中可约定员工违反保密义务的赔偿内容以及计算赔偿数额的方式。此外,在保密协议中可以约定保密义务的起止时间,值得指出的是企业商业秘密的保护义务不因劳动合同的解除、终止而免除。最高院《商业秘密司法解释》第六条也指出,要求离职员工继续承担保密义务属于商业秘密权利人可采取的保密措施之一。

为整体提升企业内部各部门的各类保密协议的规范程度和员工重视程度,我们建议企业

2. (2011)民申字第122号

的商业秘密保护合规工作人员仔细斟酌,针对企业的业务类型、商务场景、不同岗位员工接触的商业秘密类型和接触机会等因素,制定并及时更新本企业的各类保密协议范本,供各部门在相应场景下使用。此外,可以将保密协议的签署与否作为考核标准之一,以提升员工整体的保密意识。例如,可以将“是否促使供应商签署了符合规定的保密协议”作为对采购经理的考核标准之一,以利企业商业秘密保护制度的落地施行。

五、怎样防范员工/前员工侵犯商业秘密?

上文第四部分已经提到,可要求员工签署保密协议,保密义务不因劳动合同终止或解除而终止、解除或免除,这样一来可以在一定程度上防范员工/前员工侵犯本企业商业秘密所带来的风险。除此之外,竞业限制也是防范员工/前员工侵犯企业的商业秘密的常见方式。

竞业限制可以分为法定的竞业限制和约定的竞业限制,法定的竞业限制指的是根据《公司法》等法律法规,企业的特定人员负有的不与企业直接或间接竞争的义务,在此不作赘述。约定的竞业限制一般是指用人单位与员工签署《竞业限制协议》,从而约束掌握了企业商业秘密的员工在离职后不得与本企业竞争,否则需要支付违约金。当然,该等协议在一定程度上限制了

员工择业或创业的自由,为此用人单位也需要付出一定的代价,也即,支付竞业限制补偿金。值得注意的是,《竞业限制协议》并非万能的工具,其适用范围有限,用人单位仅得与高级管理人员、高级技术人员、其他负有保密义务的人员签订《竞业限制协议》,此外,如仅仅作出竞业限制约定,但未明确用人单位的保密意愿和保密信息的范围的,在司法实践中可能被认为该等单纯的竞业限制约定尚不足以构成适当的保密措施。在《黄某与上海某实业有限公司一案一审民事裁定书》中,最高人民法院认为:“我国立法允许约定竞业限制,目的在于保护用人单位的商业秘密和其他可受保护的利益。但是,竞业限制协议与保密协议在性质上是不同的。前者是限制特定的人从事竞争业务,后者则是要求保守商业秘密。用人单位依法可以与负有保密义务的劳动者约定竞业限制,竞业限制约定因此成为保护商业秘密的一种手段,即通过限制负有保密义务的劳动者从事竞争业务而在一定程度上防止劳动者泄露、使用其商业秘密。但是,相关信息作为商业秘密受到保护,必须具备《反不正当竞争法》规定的要件,包括采取了保密措施,而并不是单纯约定竞业限制就可以实现的。对于单纯的竞业限制约定,即便其主要目的就是为了保护商业秘密,但由于该约定没有明确用人单位保密的主观愿望和作为商业秘密保护

的信息的范围，因而不能构成《反不正当竞争法》第十条规定的保密措施。”

除保密协议与竞业限制协议外，建议企业在员工离职时采取恰当的商业秘密保护措施，并将该等措施纳入到各业务部门以及人事部门的标准工作流程。最高院《商业秘密司法解释》第六条给出了相关的指引，据此，我们建议企业在员工离职时要求其“登记、返还、清除、销毁其接触或获取的商业秘密及其载体”，要求其“继续承担保密义务”。

六、向政府部门申请行政许可过程中如何保护商业秘密？

实践中，企业常常出于项目报批、申请政府补贴或税收优惠等原因需要向相关政府部门提交涉及本企业商业秘密的资料，包括但不限于新项目的拟投资金额、选址、商业企划等。在行政许可过程中，企业如何保护商业秘密？针对这一问题，司法部于2020年8月14日发布了《关于强化行政许可过程中商业秘密和保密商务信息保护的指导意见（征求意见稿）》，该征求意见稿对于申请行政许可的企业而言也有重要的指导意义。

具体而言，建议企业将下述注意事项纳入企业商业秘密保护合规管理制度及流程中，要求具体经办行政许可申请的所有员工遵照执

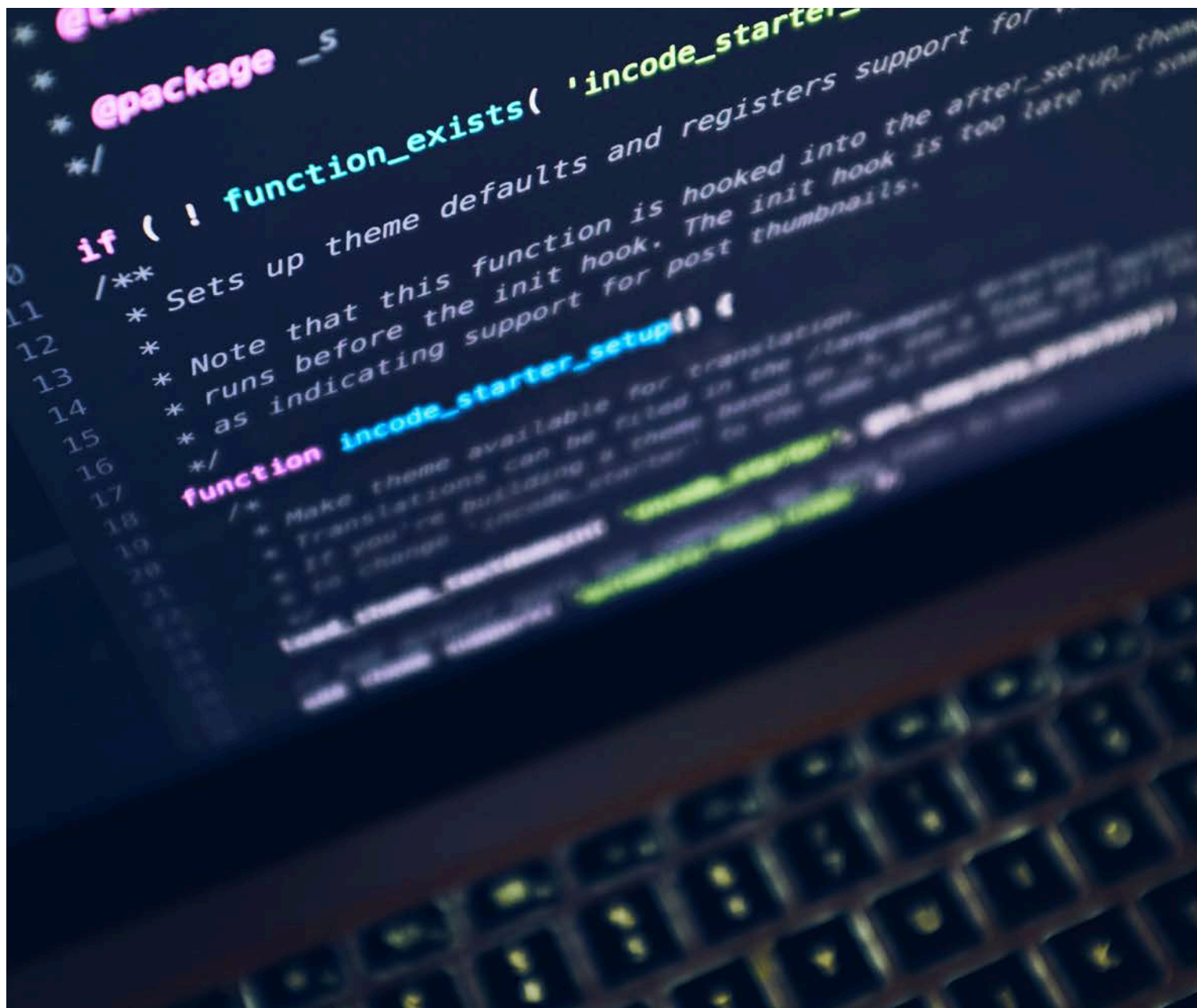
行：“行政许可申请人在向行政机关申请办理行政许可事项时，对按照反不正当竞争法等法律法规界定的商业秘密要予以明示，对需要保密的商务信息也要予以标明”，此外，“申请人向行政许可机关提交申请材料时，要明确标出保密要点，不能笼统地把所有材料都作为商业秘密和保密商务信息。对提交的纸质材料，要在文件首页和保密要点处作出明确标注；对提交的电子文档，要在文档首页和保密要点处作出明确标注。”



高俊
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3575
gaojun@zhonglun.com

期权争议请求权的选择

作者：张根旺、李旭



近年来,随着股权激励的兴起与完善,越来越多的企业通过设立股权激励制度的方式对核心人员实施激励,以期实现吸引、挽留优秀人才的目的。在诸多类型的股权激励制度中,期权是许多企业选择采用的激励制度。随着期权制度的不断推广,期权争议呈逐年上升趋势。然而,根据笔者的办案经验以及对案例的研究,在期权争议的案件中,员工的胜诉率极低,法院通常以驳回诉讼请求的方式做出判决,使得员工在维权过程中面临较大的困境与挑战。根据笔者对案件的分析,员工未能选择正确的请求权是导致员工败诉的重要原因之一。本文中,笔者将结合理论与实务,对期权争议的请求权选择问题加以分析,供读者参考。为避免歧义,本文中所述的期权系指员工股权激励中的股权期权和股票期权,本文为行文方便,简称为期权。

第一部分\ 期权的定义及法律性质

我国法律尚未对期权的定义做出统一规定。根据司法实务,期权是指企业授予被激励对象在未来一定期限内,以预先确定的价格和条件购买本企业一定数量股权或股票的权利。根据期权的定义,期权具有以下法律性质:

1.期权是一种契约权利

所谓契约权利是指双方当事人在意思表示一致的基础上产生的权利。实践中,企业向员工授予期权的数量、行权价格、行权期限、行权条件等要素均以双方合意为准。

2.期权是一种期待权

在企业向员工授予期权时,员工能否获得股

权或股票具有不确定性,在此阶段,员工享有的系一种期待权,即未来满足行权条件时有权以约定价格获得一定份额的股权或股票的权利。只有当行权条件满足时,员工的期待权转化为请求权,此时员工有权请求公司按照协议约定交付股权或股票。

3.期权是一种选择权

当满足行权条件时,员工并不必然获得协议约定份额的股权或股票,员工有权选择是否对协议约定的目标股权或股票进行行权。

第二部分\ 期权争议请求权选择的常见错误

正确理解期权的内涵及法律性质对于劳动者维护其合法权益有着十分重要的意义,否则,

劳动者在维权过程中将面临巨大阻碍。司法实践中, 期权争议请求权选择的常见错误包括:

1. 将期权与股权加以混淆

某些案件中, 员工请求确认其拥有公司的股权, 经司法机关查明后发现员工享有的系期权, 而非股权, 故判决驳回员工的诉讼请求。

2. 将企业授予的期权直接视为企业授予一定金额的奖励

例如, 在张某与北京花千树信息科技有限公司(“花千树公司”)、北京花千树信息科技有限公司广州分公司(“花千树广州分公司”)劳动争议案件¹中, 张某向法院提起诉讼, 要求花千树广州分公司支付期权奖金728,000元, 并要求花千树公司对花千树广州分公司的法律责任承担连带责任。法院认为, 关于本案张某所主张的“股票奖金”的定性问题: 第一、根据双方在本案中提供的股票期权协议及相关附件, 张某确实获得了一定数量的股票期权。但该期权并非等同于张某已经获得相应数量的公司股权, 而是需要通过在约定期限内的“行权”行为才能最终获得公司股权。获得公司股权后, 期权授予时的股票价格与其可以在一定条件下交易该股票时的价格之差, 才为张某可以获得的期权利益; 第二、本案中, 并无证据证实张某对其获得的期权在约定期限内行权, 故

此张某尚未获得公司股权。而张某在本案中主张其已经被告知取消期权, 也即, 事实上张某已经无法取得公司股权, 当然, 也就无法取得股票期权利益; 第三、张某无法取得的上述股票期权利益, 是否就是张某在本案中主张的期权奖金? 对此, 本院不予确认。张某在本案中所诉的“期权奖金”并不能完全等同于上述的股票期权利益, 而应为因无法获得股票期权利益对其所致的损失, 故本案双方的纠纷实质是因员工无法获得职位待遇所致的财产损失纠纷。关于张某有关期权奖金的诉讼请求是否应予支持, 法院认为, 第一, 两份股票期权协议系由第三方公司与其签订, 根据合同相对性原则, 张某不应向本案的花千树公司或花千树广州分公司主张权利; 第二, 本案中, 张某也未对其主张的“期权奖金”, 也即因未能获得期权利益所致的损失是否存在, 以及数额为多少进行充分有效的举证证实。因此, 对张某提出期权奖金的诉讼请求不予支持。

3. 将劳动合同签订主体视为期权争议的被告

根据合同相对性原则, 在期权争议中, 员工应当以期权协议签订的主体作为被告。然而, 在部分期权案件中, 员工以劳动合同签订的主体作为被告, 而劳动合同签订主体与期权协议签订主体非同一主体, 法院因此判决驳回员工的诉讼请求。

1. (2016) 粤01民终18528号



第三部分\ 期权争议请求权的分类

选择正确的请求权对于期权争议案件的成败有着至关重要的意义。笔者认为,一方面,请求权的选择应当以法律规定作为依据。劳动者享有的期权源于双方协议约定,如企业未遵守期权协议的约定致使劳动者权利受到损害,则企业的行为属于违反合同约定,根据《中华人民共和国合

同法》第一百零七条和《中华人民共和国民法典》第五百七十七条的规定,劳动者有权要求企业承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任;另一方面,期权的操作进程根据行权条件是否成就分为两个阶段:行权条件未成就(或不明确)阶段和行权条件已成就阶段,劳动者应当结合期权的操作进程对自身享有的权益做出正确判断,进而选择恰当的请求权。根据实务经验及对案例的研究,笔者将期权争议中

常见的请求权归为以下三类。

1. 请求确认享有一定份额的期权

对于行权条件未成就(或不明确)的期权,劳动者享有的权利系期待权,即未来可能获取一定份额的股权或股票的权利。实践中,如劳动者持有的期权在此阶段遭受侵害,劳动者维权的难度通常较大,理由在于,由于劳动者尚未满足获取股权或股票的条件,因此,其所遭受的损失也难以衡量。实践中,如劳动者因此提起赔偿损失之诉,被判决败诉的案例比比皆是。这是否意味着如期权在“行权条件成就”之前被侵害,劳动者无法采取任何措施维护合法权益?根据笔者的经验,劳动者可视情况提起确权之诉,请求确认其按照合同约定享有一定份额的期权。在此情形下,正确的诉讼请求应当表述为“请求确认原告享有被告公司的期权XX股”“请求确认被告公司期权合同所列XX期权归原告所有”等。

例如,在缪某与某网络技术有限公司、杭州某互联网金融服务有限公司、某控股有限公司合同纠纷案件²中,缪某提起确权之诉,请求判令某网络技术有限公司、杭州某互联网金融有限公司、某控股有限公司将员工期权合同(编号221及221-1)所列期权归属缪某,并可实现在公司期权系统进行查询。浙江省杭州市中级人民法院在综合审查《股票期权证书》及其他期权文

件后认为缪某有权依据合同约定享有期权,判决确认编号221《股票期权证书》项下45600股、编号221-1《股票期权证书》项下12500股某控股有限公司股票期权“归属”于缪某,某控股有限公司于本判决生效之日起三十日内实现缪某的上述股票期权于聚核期权平台(网址为<http://www.mycoreinfo.com/Wacai>)可查询。再如,在张某与杭州微群信息科技有限公司合同纠纷案件³中,法院判决认为,原、被告之间的顾问合同关系明确,系双方当事人真实意思表示,且不违反法律规定,本院予以确认。双方均应按约履行各自的义务。合同明确约定原告享有1万股/月公司发展股票期权,原告在被告处工作两个半月,应依法享有20000股股票期权,原告的诉请部分予以支持。判决确认原告张某享有被告杭州微群信息科技有限公司20000股股票期权。

近年来,虽然不少判决对于此类确权之诉持肯定态度,但由于该等判决在短时间内无法被履行,且劳动者后续行权需要满足一系列明确的条件,因此,即使劳动者在确权之诉中取得了胜诉,其在期权争议中实质获益的难度依然较大。

2. (2018)浙01民终6941号
3. (2015)杭滨商初字第969号

2. 请求给付一定份额的股权或股票

对于行权条件已成就的期权,劳动者有权提起给付之诉,请求判令合同相对方按照合同约定给付股权或股票。在此阶段,由于期权进入可行权阶段,员工享有的期待权转化为请求权,诉讼请求通常表述为“要求公司给付股权或股票(按照行权价行权)”“要求公司按照期权协议约定安排原告行权”等内容。根据笔者的办案经验及对案例的研究,此类案件中,员工诉讼请求能否被支持的关键在于期权协议中约定的行权条件是否已全部满足。经审查,如行权条件已全部满足,司法机关通常会支持员工要求行权的诉讼请求;但若行权条件未全部满足,则司法机关将不予支持员工的诉讼请求。例如在任某与北京新东方教育科技(集团)有限公司(“新东方公司”)劳动合同纠纷案⁴中,法院正是以行权条件不成立为由驳回了任某提起的要求新东方公司交付员工激励股票的诉讼请求。

3. 请求赔偿损失

在期权争议中,另一类常见的诉讼请求是请求违约方赔偿违反协议约定造成的损失。根据民事诉讼法“谁主张,谁举证”的原则,如员工提起赔偿损失之诉,员工应当对其主张的损失金额进行举证。由于期权的取得来源于双方意思自治,因此,关于赔偿损失的计算,建议同样

以协议约定作为基准,这将大大提升员工在赔偿损失之诉中的胜诉率。此外,对于进入可行权阶段的期权,员工可根据具体情况提交企业财务性报告、可行权日股票的价格、可行权日到诉讼期间股票的平均价格等证据证明股权或股票的价值。

第四部分\ 继续履行合同与承担其他违约责任之间的转换

对于员工提起的要求企业给付股权或股票的诉讼,实质系要求违约方继续履行原合同的约定,又因给付股权或股票涉及非金钱债务的履行,司法实践中,司法机关还将对该等请求是否具有可履行性进行审查。对此,我国法律也做出了明确规定。根据《中华人民共和国合同法》第一百一十条的规定,“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的,对方可以要求履行,但有下列情形之一的除外:(一)法律上或者事实上不能履行;(二)债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高;(三)债权人在合理期限内未要求履行。”新颁布的《中华人民共和国民法典》第五百八十条第一款

4. (2015)浙甬民一终字第961号

对于非金钱债务的履行沿用了《中华人民共和国合同法》第一百一十条规定。除此之外,《中华人民共和国民法典》第五百八十条第二款还规定“有前款规定的除外情形之一,致使不能实现合同目的的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系,但是不影响违约责任的承担。”根据前述法律规定,在期权争议中,对于员工方提起的要求行权的诉讼请求,司法机关还将对期权协议是否具有可履行性进行审查,如查明期权协议无法继续履行的,员工要求行权的诉讼请求可能无法获得支持,此时,员工可以在司法机关的释明下变更诉讼请求,要求违约方以承担其他违约责任的方式替代继续履行原合同。

司法实践中,上海市徐汇区人民法院审理的“石某与上海书言投资管理有限公司(“书言公司”)、彭某其他与公司有关的纠纷案件⁵”对此问题做出了很好的诠释。在该案件中,石某依据《核心团队股权激励协议》(“《股权激励协议》”)的约定要求确认书言公司2.6%的股权归石某所有,并要求判令书言公司、彭某协助办理股东变更的工商登记手续,将上述股权变更登记至石某名下。书言公司、彭某提起反诉,要求确认《股权激励协议》于2017年3月21日起终止。法院认为,本案的争议焦点首先在于石某、书言公司、彭某签订的《股权激励协议》是否还能继



续履行。根据《股权激励协议》,石某所持期权要转化为注册股权,需至少满足三个条件:1、石某通过书言公司年度考核;2、行权经书言公司股东会决议通过;3、行权前石某职务最低为教研组长。本案中石某行权未通过书言公司股东会决议,致石某所获期权无法按比例变更为注册股权,同时石某在职期间被上海市创业专修学院免去教研组长职务,使其未行权期权全部中止;加之上海市创业专修学院已向石某提出解除《劳动合同》,书言公司亦在法庭上明确表示不同意继续履行《股权激励协议》,本院综合考虑上述各项因素后认为,本案《股权激励协议》

5. (2017)沪0104民初10378号

已丧失了继续履行的客观基础。鉴于一方当事人也已明确表达了不愿继续履行的主观意愿，故《股权激励协议》从事实上已无法继续履行。因此，本院先行判决《股权激励协议》解除。协议解除后，因协议解除导致的相应法律责任及后果，双方均可在本案中继续主张。后在法院的释明下，石某变更诉讼请求，要求书言公司、彭某赔偿因其违约行为造成的损失156万元。法院根据《股权激励协议》的约定及书言公司的违约情况，最终判决书言公司向石某赔偿损失人民币70万元。

第五部分\ 结语

作为吸引人才、留住人才的激励性制度，期权制度已被越来越多的现代企业所采用。然而，在期权争议中，不少员工方却因请求权选择错误导致案件败诉，使得其权益未能得到有效保护。笔者建议，劳动者首先应当正确理解期权的内涵及法律性质，并在签署期权协议时与企业就行权价格、行权期限、行权条件、违约责任等条款达成明确约定。在权利受到侵害时，劳动者应当根据期权的操作进程对自己享有的权益做出正确的判断，从而选择恰当的请求权以维护自身合法权益。



张根旺
合伙人
公司一部
上海办公室
+86 21 6061 3191
andersonzhang@zhonglun.com

汽车行业如何应对反垄断合规问题？ ——相关指南亮点解读

作者：余昕刚、蒋蕙匡、袁思雨



第一部分\ 出台背景

近期,国务院反垄断委员会《关于汽车业的反垄断指南》(“《汽车指南》”)以书籍汇编形式对外发布。同时发布的还有《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》(相关阅读:垄断协议案件如何适用宽大制度?——相关反垄断指南亮点解读)《垄断案件经营者承诺指南》(相关阅读:反垄断调查是否可以“因诺而终”?——相关反垄断指南亮点解读)和《关于知识产权领域的反垄断指南》(“《知识产权指南》”)。本文以问答形式解读《汽车指南》的相关亮点。

如指南正文所述,考虑到“汽车业是国民经济的重要支柱产业,在促进经济增长、技术创新、就业与社会发展等方面发挥着重要作用”,《汽车指南》拟通过科学有效的反垄断监管促进汽车业的公平竞争和健康发展。事实上,汽车行业的确是国内外反垄断执法关注的重点行业。据不完全统计,目前中国执法机关针对汽车行业的垄断行为作出公开处罚决定的案件约20起,主要涉及垄断协议,涉案总金额已超过25亿元,且提交经营者集中审查的汽车行业的并购行为已超过350件。

2015年6月起,国家发改委牵头起草《汽车指南》,并于2016年3月发布《关于汽车业的反垄

断指南(征求意见稿》(“征求意见稿”),2019年1月4日正式出台的《汽车指南》从相关市场界定、垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中、滥用行政权力排除、限制竞争等方面,为汽车行业的经营者提供了全方位的反垄断合规指导。

第二部分\ 亮点解析

Q1:《汽车指南》是否只适用于汽车厂商?

首先,《汽车指南》的性质属于“指南”,究其法律性质不属于法律法规,但可为反垄断执法机关内部在具体个案办理时提供指引。此次对外发布,业内经营者得以直接了解执法机关的办案思路,故企业合规运营具有较强的参考指导意义。

其次,《汽车指南》的适用范围不限于汽车厂商。根据《汽车指南》第2条的概念澄清,并纵观整体结构,其为汽车厂商(制造商)、经销商、维修商、配件提供商等内业各类经营中以及相关行政机关均提供了反垄断合规指引。

此外,尽管主要围绕汽车行业全产业链的反垄断合规问题,但实践观点认为,《汽车指南》对其他行业的经营者在类似实践问题的反垄断合规方面也有参考价值。例如,其他交通工具或制造业的经营者可参考《汽车指南》中对于相关

市场界定(包括售后市场的界定)等方面的内容;其他消费产品、医药健康等行业具有类似经销体系的经营者也可参考《汽车指南》中对于经销管理等方面的内容。当然,由于各个行业的具体情况千差万别,能否以及如何比照《汽车指南》适用还需个案分析。

Q2:汽车行业是否需按供应环节、所售车型、销售地区分别界定市场?

根据《汽车指南》,汽车产业链的不同环节需分别界定相关商品市场,且每一环节可能进一步细分:汽车经销可能需区分为批发和零售环节,并可能需从其他方面进一步细分;汽车售后市场可以分为售后配件经销市场和售后维修保养市场,也可能进一步细分。此外,乘用车和商用车也通常作为市场细分的基础因素。

除相关商品市场外,比起征求意见稿,正式发布的《汽车指南》对相关地域市场界定也提出了指引。具体而言,汽车制造或批发市场可界定为国别市场,而零售市场则可界定为省级或地区性市场。

当然,上述市场界定指引也并非全面覆盖或一成不变,实践中仍需依据相关经营者的具体业务进行判断。例如,新车与二手车在相关商品市场方面是否需要区分界定、线上汽车零售平台的地域范围是否仍为省级或地区性市场,

都需要结合具体案情进行分析。

Q3:是否需要考虑品牌内竞争和品牌间竞争的不同情况?

根据《汽车指南》,汽车售后市场可能存在品牌内市场。在征求意见稿中,相关市场界定一节明确指出界定汽车售后市场时,汽车品牌是需考虑的一个重要因素。在正式发布的《汽车指南》中,该条文被删除,但在滥用市场支配地位的情形下仍提及相关品牌汽车售后市场的概念,并倾向于据此分析可能的反竞争问题。这一点与《汽车指南》中对汽车售后市场纵向限制的表述也相互衔接。例如,《汽车指南》提出,汽车厂商不得通过质保条款(强制要求不在质保范围内的配件使用原厂配件)进行不合理的纵向限制,通常认为该等纵向限制有利于汽车厂商取得或加强其品牌汽车售后市场的支配地位。

此外,即使不是售后市场,在考察相关行为对市场竞争的影响时,《汽车指南》也从品牌内竞争和品牌间竞争两个维度考察,并考虑累积效应。

Q4:垄断行为能否适用“安全港”规则进行豁免?

《汽车指南》保留了征求意见稿中已提出的“安全港”规则。欧盟反垄断机制中,已有成熟的

《纵向协议集体豁免条例》规定该等“安全港”规则,关于在中国执法实践中是否也应引入这一规则的讨论也存在已久。在《禁止垄断协议暂行规定》(征求意见稿)中,相关规则也曾提及,但最终正式稿中未予采纳(相关阅读:桴鼓相应 | 垄断协议和滥用市场支配地位新规亮点),本次汇编收录的《汽车指南》和《知识产权指南》是“安全港”规则第一次在官方正式反垄断指导性文件中出现。

根据《汽车指南》,就纵向垄断协议的竞争评估而言,在相关市场占有30%以下市场份额的经营者有可能被推定为不具有显著市场力量。然而,该等“安全港”规则的推定豁免仅能够推定符合《反垄断法》第15条的豁免情形,除经营者的市场份额外,仍需结合具体行为限制竞争的程度以及是否能够使消费者获利具体判断。就此,《汽车指南》列举了一些可以推定适用豁免的行为(包括,限制主动销售的地域、客户、限制批发商直接向最终用户进行销售、限制经销商向汽车厂商销售配件),可结合市场份额“安全港”进行推定豁免。

此外,《汽车指南》也提及某些可个案豁免的价格行为,如,新能源汽车的短期转售价格限制、仅承担中间商角色的经销商销售中的转售价格限制、汽车供应商电商销售中的转售价格限制等。



Q5: 存在“中间商”的转售价格限制行为能否取得豁免?

如上文所述,《汽车指南》中列举了一些可以推定适用豁免的价格和非价格行为,价格行为中包括“仅承担中间商角色的经销商销售中的转售价格限制”。由于这一个案豁免情形,怎样的“经销商”可以被认定为“中间商”则对汽车行业经营者的经销体系具有重要意义。

目前,《汽车指南》并未明确“中间商”包括哪些经营者,但对其在交易中的作用进行了解释,即“仅协助完成交车、收款、开票等交易环节”,而汽车供应商和特定第三人直接进行协商

并达成交易。也就是说，汽车供应商并未将汽车先销售给“中间商”，再由“中间商”销售给第三人，实质上不存在转售关系。在实践认定中可能仍需具体情况具体分析，从合同关系及实际证据等方面进行考量。

Q6: 是否可以设置建议价、指导价或者限定最高价？

《反垄断法》第14条禁止经营者固定向第三人转售商品的价格，或限定向第三人转售商品的最低价格。就此，《汽车指南》澄清，建议价、指导价或最高价如果从效果上等同于固定价格或限定最低价，则也会被认定为构成纵向垄断协议，例如，“通过实施价格监测对不遵守建议价的经销商取消返利、拒绝供货或提前解除授权协议等”。

这一点在《汽车指南》出台前也已被执法实践所验证。例如，2016年上海物价局对某车企的处罚决定¹中显示，涉案车企为其经销商规定了建议价，未直接固定价格，但该等建议价配合价格监测实施，并对不符合建议价的经销商施以处罚，该行为被认定为限定最低转售价格的纵向垄断协议。

Q7: 是否可以限制经销商的销售范围？

汽车厂商对经销商销售范围的限制可分为

地域限制和客户限制。《汽车指南》指出，该等限制可能削弱品牌内竞争、分割市场、形成价格歧视，但地域限制也可能产生显著效率。在不具有显著市场力量的情况下（参考“安全港”规则，通常指市场份额不足30%），约定经销商仅在其营业场所进行经销活动或者为某一经销商保留独占地域或专有客户本身并非必然构成纵向垄断协议，通常需区分主动销售和被动销售加以判断。限制“主动销售”通常仍属合规范围，但限制“被动销售”则大大提高了构成纵向垄断协议的风险。此外，《汽车指南》还考虑了电商的特点，电商向不特定受众发出营销信息，仍然符合被动销售的概念。

根据《汽车指南》，限制经销商之间交叉供货通常被视为可能构成纵向垄断协议的情形。此处的经销商概念并未明确，但结合上文“约定经销商仅在其营业场所进行经销活动，但不限制该经销商的被动销售，也不限制授权经销商之间交叉供货”可以推定豁免，我们理解，此处的“经销商”指代已与某汽车厂商建立经销商关系的经营者可能性较高。如果将此处经销商的范围扩大解释为从事汽车经销业务的所有经营者，则意味着也包含不同品牌经销商之间的交叉供货行为，范围可能过大，反垄断执法实践

1. 参见<http://www.shdrc.gov.cn/fzgggz/jggj/jghzcfjds/25286.htm>。

中具体如何处理仍有待观察,但汽车厂商应引起重视,进一步审视其经销业务的安排。

Q8:提供汽车售后服务需要注意哪些问题?

如上文第3个问题所述,汽车售后服务市场可能需要界定品牌内市场。考虑到汽车销售领域的经营者众多、市场分散,其在新车销售市场上被认定具有市场支配地位的可能性不高。然而,就售后市场而言,由于各汽车品牌的零部件的兼容性有限,汽车厂商在其自身品牌汽车的售后市场,尤其是售后配件供应领域,具有市场支配地位的可能性大大提高。因此,汽车厂商(同时作为汽车配件供应商)在提供售后服务时需要尤其注意可能的滥用问题。

具体而言,《汽车指南》禁止在其品牌售后市场具有支配地位的汽车制造商从事下列行为:

1) 禁止为其提供初装零部件的配件供应商在相关初装零部件上加贴自有商标、标识和零件代码;

2) 限制售后配件的供应与流通,具体包括:
·限制经销商和维修商外采售后配件(包括通过对经销商规定不合理的配件销售数量目标、库存品种和数量间接限制)

·限制配件供应商、经销商和维修商外销售后配件。

Q9:指南对汽车行业其他方面的监管有什么影响?

《汽车指南》还对行政机关在汽车行业滥用行政权力排除、限制竞争的行为作出了较为具体的规定,尤其是二手车销售的相关行为。该等行为具体包括:1) 限制汽车销售/自由流通;2) 设定具有排除、限制竞争效果的开业条件或资质要求;3) 限定或者变相限定单位或者个人购买、租用、使用其指定的经营者提供的汽车交易系统、设施和经营场所;4) 二手车限迁行为;5) 限制或变相限制二手车交易地点;6) 限制二手车交易必须由二手车交易市场开具发票;7) 限制或变相限制外地生产的汽车(如新能源汽车)进入本地市场,限制或变相限制消费者购买外地及某一类汽车(如新能源汽车)。这些规则对于汽车行业的经营者、尤其是消费者将带来更大的福利。 ☞



余昕刚
合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2078
scottyu@zhonglun.com



蒋惠匡
合伙人
公司二部
北京办公室
+86 10 5957 2131
jianghuikuang@zhonglun.com

奠基药品专利链接！ ——解读新修正专利法相关条款

作者：闫春辉、马东晓



2020年10月17日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改<中华人民共和国专利法>的决定》(“修改专利法的决定”),该决定将于2021年6月1日起施行。本次修正的《专利法》(“新修正专利法”),可谓千呼万唤始出炉,其中备受瞩目的几大亮点之一莫过于关于药品专利链接的新规定。

实际上,2017年《关于深化审评审批制度改革鼓励药品医疗器械创新的意见》、2019年《关于强化知识产权保护的意见》均已明确提及探索建立药品专利链接制度。2020年1月15日中美经贸协议第1.11条、第1.12条等内容涉及药品专利链接。《关于审理药品专利链接纠纷案件适用法律若干问题的规定》被纳入最高人民法院2020年司法解释立项计划。2020年7月3日公开的《中华人民共和国专利法修正案(草案二次审议稿)》(“二次审议稿”)将第六十九条改为第七十五条,并增加了三款涉及药品专利纠纷提前解决机制的内容,同时在第四十二条规定了专利期限补偿制度。2020年9月11日,国家药监局、国家知识产权局组织起草的《药品专利纠纷早期解决机制实施办法(试行)(征求意见稿)》(“实施办法征求意见稿”)中已可一窥我国药品专利纠纷早期解决机制的雏形。

药品专利链接制度在我国落地虽然成为定局,但该制度并非几条规定的简单堆砌,而是涉及大量制度衔接和多个部门协同。本次专利法的修改过程亦折射出药品专利链接制度的综合性和复杂性。本文拟结合新修正专利法及相关文件,解读新修正专利法中涉及药品专利链接的相关条款。

第一部分\ 纠纷提前解决的依据已经确立

美国的药品专利链接制度有效运作的一个重要法律依据是“拟制侵权制度”,即将为专利期届满前获得商业制造、使用或销售专利药品批准目的而提交ANDA的行为认定为专利侵权行为。如果没有上述拟制侵权制度,仿制药申请人无需提起“专利挑战”,同时专利权人提起专利侵权诉

讼也缺乏法律基础。同样为了设立法律依据,国外其他实施药品专利链接的国家和地区,有些借助于药品法,如韩国、中国台湾地区;有些则借助于专利法,如加拿大。¹

在我国原有法律框架下,“提交仿制药注册申请行为”并不构成专利侵权,最高人民法院曾在恩必普与利民制药厂侵害专利权纠纷再审案²

1.程永顺,吴丽娟.在《专利法》中引入“拟制侵权”条款,是构建药品专利链接制度的法律保障,详见:https://mp.weixin.qq.com/s/4_0kmRIP5YEAHxk5bTRxAg,最后访问日期:2020年4月9日。

2.参见:(2019)最高法民申2178号民事裁定书。

中明确指出,申请注册仿制药行为在本质上系请求行政机关给予行政许可的行为,并不属于《专利法》第十一条第一款中规定的“实施专利”的行为,故不构成侵害专利权的行为。而根据《专利法》第六十九条第(五)项的规定,在向药品审评中心申请注册涉案仿制药过程中,即使实施了制造、使用、进口涉案专利药品等行为,只要其仅是为了提供主管行政机关需要的信息而实施上述行为,该行为也不应被视为侵害涉案专利权的行为。可见,我国目前并不存在“美国模式”下的“拟制侵权制度”。

根据中美经贸协议第三节第1.11条第一段和第二段的约定,我国应规定足够的时间和机会,让专利权人、被许可人或上市许可持有人有权在被指控侵权的产品获得上市许可前提起司法程序或行政程序以解决专利侵权纠纷。为符合上述约定,我国理论与实务界人士曾提出了大量建议,包括在《专利法》第十一条中增加侵权行为类型、明确“Bolar例外”的边界、通过司法解释扩大“制造”或“许诺销售”行为内涵、明确法院可以就仿制药落入专利权保护范围作出裁判等。

新修正专利法第七十六条规定:

药品上市审评审批过程中,药品上市许可申请人与有关专利权人或者利害关系人,因申请注册的药品相关的专利权产生纠纷的,相关当事人可以向人民法院起诉,请求就申请注册的药品相

关技术方案是否落入他人药品专利权保护范围作出判决。国务院药品监督管理部门在规定的期限内,可以根据人民法院生效裁判作出是否暂停批准相关药品上市的决定。

药品上市许可申请人与有关专利权人或者利害关系人也可以就申请注册的药品相关的专利权纠纷,向国务院专利行政部门请求行政裁决。

国务院药品监督管理部门会同国务院专利行政部门制定药品上市许可审批与药品上市许可申请阶段专利权纠纷解决的具体衔接办法,报国务院同意后实施。

由此可见,我国通过修正专利法的方式确立了药品专利纠纷提前解决的法律依据。值得注意的是:

1. 与二次审议稿相比,上述内容不再作为第七十五条(关于不视为侵犯专利权的规定)的第二款、第三款和第四款出现,而是作为独立的第七十六条。由于申请药品上市许可和“不视为侵犯专利权”的相关情形存在明显区别,“是否落入专利权保护范围”也不同于“侵犯专利权”,作为为药品上市许可申请人和药品专利权人或利害关系人之间专利纠纷的提前解决机制建立必要法律依据的条款,独立成条具有合理性。

2. 二次审议稿采取的做法是专利权人或者利害关系人可以在特定期限内向人民法院提起

诉讼或者向国务院专利行政部门申请行政裁决,而药品上市许可申请人可以在专利权人或者利害关系人逾期未提起诉讼或者请求行政裁决时,请求人民法院或者国务院专利行政部门确认申请上市药品的相关技术方案不落入相关专利权保护范围。而新修正专利法则对药品上市许可申请人与有关专利权人或者利害关系人可以采取的行为进行了一并规定。

3. 根据二次审议稿,专利权人或者利害关系人认为申请上市药品的相关技术方案落入中国上市药品专利信息登记平台登载的相关专利权保护范围的,可以向人民法院提起诉讼或者向国务院专利行政部门申请行政裁决。根据新修正专利法的内容,首先,从体系解释角度,专利权人或者利害关系人可以请求国务院专利行政部门就申请注册的药品相关技术方案是否落入他人药品专利权保护范围作出裁决。其次,可能的问题包括:如果专利权人或者利害关系人向人民法院起诉或请求行政裁决,而新药上市许可申请人提起专利权无效宣告请求,相关司法程序和行政程序是否中止;“是否落入他人药品专利权保护范围”并不同于“是否侵犯他人药品专利权”,目前的条款内容是否能够充分满足中美经贸协议关于提前解决纠纷的要求、是否影响专利权人或者利害关系人在仿制药上市后起诉维权亦有待明确。

4. 根据二次审议稿的规定,药监部门可以根据人民法院生效裁判或者国务院专利行政部门行政裁决,对技术审评通过的化学药品上市许可申请,作出是否批准药品上市的决定。但是,由于当事人对国务院专利行政部门行政裁决不服的,还可以提起行政诉讼,如果基于行政裁决即作出是否批准药品上市的决定,后续若出现“反转”,对当事人并非公平。目前,新修正专利法仅规定了药监部门可以依据人民法院生效裁判作出是否暂停批准相关药品上市的决定,而并未规定国务院专利行政部门作出行政裁决后,药监部门如何处理。同时,新修正专利法改变了二次审议稿仅针对“化学药品”作出规定的做法。对技术审评通过的不同类型药品的注册申请,药品上市许可审批和针对药品是否落入相关专利权保护范围的裁判如何衔接,有待进一步确定。目前,实施办法征求意见稿针对化学药品和生物类似药与中药同名同方药进行了分类处理,对生物类似药与中药同名同方药并未设置等待期、分类审批等机制。

第二部分\ “相关的专利权”范围有待明确

明确可被用于提起药品专利链接纠纷案件的专利权范围非常重要,至少,如果该范围不确



定,药品上市许可申请人无法作出有效的专利声明。同时,原研药企作为专利权人,通常会围绕核心化合物有计划地申请一系列专利以寻求“专利常青”(即在原始专利的基础上策略性地提交专利申请,利用专利法及相关法规延长其市场垄断权³)。如果在仿制药上市申请获批之前允许专利权人发起救济措施,而不对专利权人可主张的专利权范围加以明确和限制,将可能不当阻碍仿制药上市。有数据显示,美国在1998-2001年期间,因第IV段声明而提起的专利诉讼中,有75%的案件最终是由仿制药企胜诉,但专利权人延迟仿制

药上市的目的显然已经实现⁴,虽然这一数据时间较早,但仍在一定程度上反映了既存问题。

美国解决这一问题的主要机制是建立和完善“橘皮书”,2003年MMA法案对在“橘皮书”上登记的专利质量进行了要求,制造方法、外包装专利、代谢物、中间体等不能列入橘皮书,甚至允许仿制药企在专利侵权诉讼中反诉该专利不应该被列入“橘皮书”⁵。同时,仿制药企声明和/

3. Inderjit B, et al. Evergreening—A Controversial Issue in Pharma Milieu[J]. Journal of Intellectual Property Rights, 2009, 14(2): 298-299.

4. 陈敬, 史录文. 美国药品专利链接制度研究[J]. 中国新药杂志, 2012, 21(22): 2591-2594+2599.

5. 王骏飞. 药品专利链接制度研究[D]. 南京: 南京大学, 2016: 15.

或挑战的专利,也限于仿制药企提出申请前已登载于橘皮书上的专利⁶。与此类似,韩国的药品专利链接制度中包括公示药品相关专利信息的“绿色清单制度”,韩国食品药品安全部(MFDS)需要对专利的相关性进行实质审查后才会将其登记在绿色清单中,而且可以依申请或依职权删除或修改相关专利信息⁷。加拿大的“专利登记制度”同样对药品登记专利的要求相当严格,且药品审核行政机关有权审查、修改或删除专利登记。

2017年12月28日国家食品药品监督管理总局公告发布并不断更新的《中国上市药品目录集》在一定程度上实现了药品专利信息公开。在二次审议稿、实施办法征求意见稿中均提出了“中国上市药品专利信息登记平台”这一概念。值得注意的是,与二次审议稿相比,新修正专利法将“中国上市药品专利信息登记平台登载的相关专利权”改为“申请注册的药品相关的专利权”,从而使得药品专利纠纷提前解决涉及的专利权范围在专利法层面的规定更为原则性。

在专利范围层面,现有制度对写入《中国上市药品目录集》中专利的要求、修改和删除机制尚无明确、详细规定。值得肯定的是,实施办法征求意见稿第五条、第十二条分别规定了提交药品上市许可申请时,化学药品、生物制品和中药注册申请人,可在中国上市药品专利信息登

记平台登记的专利,并规定申请人可登记、补充、变更信息。笔者认为,下一步需要考虑是否应建立对拟登记的专利信息的审查机制(而非仅要求申请人或者药品上市许可持有人对其提交的相关专利信息的真实性、准确性和完整性负责)、是否建立必要的调整机制。这一过程涉及对专利信息一致性、专利权保护范围等进行必要的审查和监管,需要药监部门与国家知识产权局的密切配合。

第三部分\

“异议期”和“等待期”仍存争议

在美国药品专利链接制度下,如果药品上市许可申请人在提交仿制药简化申请(“**ANDA**”)时提出了第IV段声明,即“相关专利无效或提交ANDA的药品不侵犯相关专利权”(“**专利挑战**”),则专利权人可在收到ANDA申请人关于专利挑战的通知后45天的诉讼期内提起专利侵权之诉。据笔者调查,加拿大和韩国亦规定了45天的诉讼期。在我国,由于专利权人或者利害关系人并非仅有提起民事诉讼一条路可走(还可以请求国务院专利行政部门处理),故采用“异议期”的提法。

6. 陈敬,史录文.美国药品专利链接制度研究[J].中国新药杂志,2012,21(22):2591-2594+2599.
7. 邱福恩.韩国药品专利链接制度介绍及对我国制度的启示[J].电子知识产权,2019.3:22-28.

之前的二次审议稿规定“专利权人或者利害关系人可以自药监部门公示药品上市许可申请之日起三十日内向人民法院提起诉讼或者向国务院专利行政部门申请行政裁决”，“异议期”长度明显短于美国等国家。而实施办法征求意见稿则规定了45日的“异议期”。最终，新修正专利法删除了二次审议稿中的“三十日内”期限，亦未规定“异议期”长度。笔者认为，“异议期”目前不适合在专利法层面予以规定，和美国将“收到ANDA申请人关于专利挑战的通知”作为诉讼期的起算点不同，实施办法征求意见稿将“公示药品上市许可申请之日”作为异议期的起算点，从专利权人或者利害关系人及时知情和决策周期的角度，45天的长度仍有待商榷。

在美国，如果专利权人在45日的诉讼期内提出专利侵权诉讼，ANDA将自动进入最长为30个月的“遏制期”。韩国则规定了最长9个月的“停摆期”，但需经食品药品安全部的审查⁸。加拿大通过建立的专利链接制度规定了24个月的自动“遏制期”。可见，国外在遏制期的启动要求和长度上规定不一。

之前的二次审议稿并未明确规定专利权人或者利害关系人向人民法院提起诉讼或者向国务院专利行政部门申请行政裁决后“等待期”的启动方式，仅规定如果受理后9个月内作出生效裁判或者行政裁决，药监部门可据此作出是否

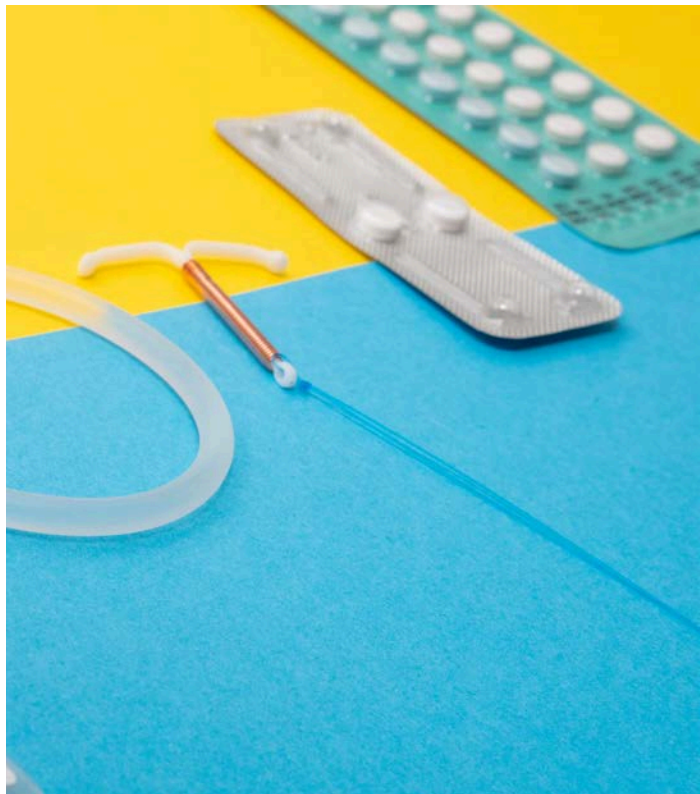
批准药品上市的决定。实施办法征求意见稿在第八条规定了9个月的“等待期”。最终，新修正专利法未规定“等待期”的长度，仅规定药监部门在规定的期限内，可以根据人民法院生效裁判作出是否暂停批准相关药品上市的决定。

理论和实务界往往会将等待期的长度与纠纷解决的周期挂钩，如果明显短于纠纷解决周期，也有违在药品上市前解决纠纷的初衷。实践中，一旦药品上市许可申请人与专利权人陷入纠纷，即便等待期满药品上市许可申请人能够获得上市批准，其大概率仍不会贸然上市销售药品。目前，我国正在努力避免“二元分立体制”带来的审理周期长、专利权人“两头获利”现象。笔者认为，我国在确定等待期时除了关注我国专利纠纷的解决周期情况，还应当重视药监部门的审批周期和管理便利、发挥等待期平衡专利权人和药品上市许可申请人利益的作用等，例如将等待期作为药品上市许可申请人评估判断侵权可能性并权衡上市销售利弊的时间节点。

第四部分\ 专利期限补偿制度需配套完善

新修正专利法第四十二条第二款和第三款规定：

8. 邱福恩. 韩国药品专利链接制度介绍及对我国制度的启示[J]. 电子知识产权, 2019.3:22-28.



自发明专利申请日起满四年,且自实质审查请求之日起满三年后授予发明专利权的,国务院专利行政部门应专利权人的请求,就发明专利在授权过程中的不合理延迟给予专利权期限补偿,但由申请人引起的不合理延迟除外。为补偿新药上市审评审批占用的时间,对在中国获得上市许可的新药相关发明专利,国务院专利行政部门应专利权人的请求给予专利权期限补偿。补偿期限不超过五年,新药批准上市后总有效专利权期限不超过十四年。首先,在2020年1月15日中美经贸协议签署后,二次审议稿第42条第二款增加规定了“自发明专利申请日起

满四年,且自实质审查请求之日起满三年后授予发明专利权的,专利权人可以就发明专利在授权过程中的不合理延迟请求补偿专利有效期,但由申请人引起的不合理延迟除外”。新修正专利法第四十二条第二款与此相比,在未改变期限补偿的启动方式的基础上,进一步明确了专利权人向谁请求的问题。

其次,与第二款不同,新修正专利法第三款规定的期限补偿,目的在于补偿新药上市审评审批占用的时间。关于药品专利期限补偿,早在2019年1月4日公布的《中华人民共和国专利法修正案(草案)》征求意见稿第四十三条第二款即有体现,在中美经贸协议中亦有相关约定。后二次审议稿第42条第三款规定,“为补偿新药上市审评审批占用时间,对在中国获得上市许可的新药发明专利,国务院专利行政部门可以应专利权人的请求给予期限补偿。补偿期限不超过五年,新药上市后总有效专利权期限不超过十四年”。与此相比,新修正专利法进一步明确规定该等期限补偿应专利权人的请求而启动,并将十四年总有效专利权期限的起算节点完善规定为“新药批准上市”而非“新药上市”。

笔者认为,目前尚不能认为我国已经建立了完善的药品专利期限补偿机制。一方面,专利期限补偿的具体审查部门、审查流程、审查标准尚有待明确;另一方面,专利期限补偿可能带来

的药品费用增加、仿制药进入市场时间推迟等后果不可忽视。同时,基于药品与其他商品相比具有特殊性而打破统一的专利长度,虽然有利于在整体上实现药品专利在激励创新与维护公共利益之间的平衡,但将带来不同药品专利之间平衡的新问题。鉴于此,我国有必要对药品专利期限补偿的条件、对象、程序、时间、异议、延长期的权利限制等进行选择和细化规定。此外,也不能简单地将延长专利期限作为给专利权人回报的“万能良方”,笔者认为,将药品专利期限延长制度与其他方法配合可能更有利于实现最优解,例如可通过健全全民医保体系和推进国家药品价格谈判机制抵消药品专利期限延长产生的负面影响⁹。

第五部分\ 结语

由上文可见,本次专利法的修改过程和最终条款充分体现了我国立法者希望稳妥推进建设药品专利链接制度的思路,对药品专利权人、药品上市许可申请人和公共利益平衡的重视,以及对国外药品专利链接制度的借鉴。同时,新修正专利法仅为药品专利纠纷早期解决机制设立了必要的法律依据。值得肯定的是,实施办法征求意见稿已对我国药品专利链接的具体实操

进行了诸多有益的探索,但其中内容必然还会在理论和实务界进一步讨论。笔者相信,随着各界对药品专利链接认识的不断深入,相关制度在实践中的不断补充和细化,我国的药品专利链接制度未来可期。笔者同时建议,现阶段不论原研药企还是仿制药企,都应当结合自身技术研发和商业计划,从管理层面、技术层面、法律层面提前进行有针对性的准备,以便在药品专利链接制度最终落地后能够更好的维护自身权利、推动研发注册、规避法律风险并提高自身市场竞争力。¹⁰

9.何华.药品专利期限补偿制度研究——以药品消费者特性为视角[J],法学评论,2019.4:184-196.



马东晓
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2099
madongxiao@zhonglun.com



中伦研究院出品



特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。