



健康医疗企业IPO数据合规重点问题与应对
——兼评《健康医疗数据安全指南》适用 001 /

私募基金中保底协议的类型
及效力认定 020 /

数据交易场景：
数据流转跟踪的法律思考 031 /

技术成为竞争力核心，
科技型企业商业秘密保护应何去何从？ 036 /

刍议集成电路版图设计
专有权的法律保护 043 /

健康医疗企业IPO数据合规 重点问题与应对

——兼评《健康医疗数据安全指南》适用

作者：陈际红、蔡鹏、韩璐、薛泽涵、王雨婷



“新冠疫情”的持续影响,一方面催生、加速健康医疗企业的数字化、智能化转型,另一方面,提升各界对健康医疗企业的关注,健康医疗行业也成为资本竞逐、技术突破的热点领域。近些年来,健康医疗企业逐步成为国内主板、创业板、科创板等板块“上市大军”的主力。在此过程中,随着《网络安全法》及其配套法规的体系完善,《个人信息保护法》《数据安全法》等数据保护领域顶层立法设计草案的发布,相关执法机构数据合规监管行动频密化发展,国内数据合规立法、执法要求趋严,健康医疗数据合规及数据安全,正成为相关评审机构在企业上市评估及问询过程中的重点关注话题。如何积极应对数据合规审查,成为待上市健康医疗企业的一大挑战。

与此同时,伴随互联网医疗的快速发展及国家对应立法机制的完善,各地关于互联网医院准入、互联网医疗管理、执业规范等要求正在不断建立及完善,例如,北京市卫健委、北京市中医管理局于2021年2月24日印发的《关于北京市互联网医院许可管理有关工作的通知》。如何应对趋严的互联网医疗准入及管理要求,也成为互联网健康医疗企业日常运营的重要合规事项。

在此背景下,《GB/T 39725-2020 信息安全技术 健康医疗数据安全指南》(以下简称“《健康医疗数据安全指南》”)发布并将于2021年7月1日生效,为待上市健康医疗企业提供健康医疗数据全生命周期管理的合规指引。鉴于此,本文将健康医疗企业IPO数据合规审查为重点,全景展示健康医疗行业数据合规立法规制体系及健康医疗企业IPO审查现状,兼评《健康医疗数据安全指南》的合规适用,解读已有的数据合规问询评审案例,对健康医疗企业上市数据合规工作提出建议,并展望未来健康医疗行业数据合规建设发展方向。

第一部分\ 健康医疗企业IPO数据合规审查 重点及应对建议

为更好服务健康医疗企业,尤其是待上市企业的数据合规落地工作,本部分将具体介绍健康医疗企业IPO数据合规审查相关重点及应对建议。相关建议以《网络安全法》及其配套法规为代表的现行有效的数据合规体系的明确要

求为基础,结合医疗专业领域数据合规特殊要求而提出。需特别注意的是,鉴于2020年部分问询案例出现以《数据安全法(草案)》等未生效法律法规作为评审依据的情形¹,相关建议将充分考虑《个人信息保护法》《数据安全法》等尚未正式生效但对数据合规工作产生显著影响的草案版本的合规要求。此外,近期发布并将于2021年7月1日生效的《健康医疗数据安全指南》,为健

1.可参考《关于北京中数智汇科技股份有限公司首次公开发行股票并在科创板上市的补充法律意见书》。

康医疗数据全生命周期管理提供详细的合规指引,其将作为本篇建议的主要标准来源。

一、健康医疗企业上市数据合规审查重点

基于我们对公开材料的梳理,数十家企业在上市审核过程中受到数据合规相关问题的询

问。其中,健康医疗领域目前有一家科创板上市公司、四家创业板上市公司(含仍处于上市审核阶段的公司),在问询阶段被直接要求回复与数据合规相关的问题。具体公司及相关情况如下表所示:

序号	上市板块	公司名称	涉及数据合规问题的问询阶段	目前上市进程
1	科创板	广州安必平医药科技股份有限公司(“安必平”)	第一轮审核问询及发行注册环节反馈意见落实函的回复	2020年7月22日注册,股票代码:688393
2	创业板	湖南达嘉维康医药产业股份有限公司(“达嘉维康”)	第二轮审核问询	上会通过
3	创业板	某眼科医院	第一轮审核问询	第二轮问询
4	创业板	华夏眼科医院集团股份有限公司(“华夏眼科”)	第一轮审核问询	第二轮问询
5	创业板	成都普瑞眼科医院股份有限公司(“普瑞眼科”)	第一轮审核问询	第一轮问询

基于上述公司的招股说明书、审查反馈意见、问询函、发审委会议审核公告等文件,同时结合笔者团队在之前《科技企业上市之数据合规》一文中梳理的“企业上市须应对的数据合规重点问题”的分类方式,我们针对上述公司涉及的数据合规问题进行梳理,以期全面展现拟上市健康医疗企业将面临的数据合规问询。



类别	被问询企业	问题
数据源合规	安必平	发行人子公司获取相关数据信息的方式是否合法合规 ² 。
	某眼科医院	是否存在向其他医疗机构违法购买客户个人隐私资料的情形。
	华夏眼科	是否存在向其他医疗机构违法购买客户个人隐私资料或商业贿赂情形 ³ 。
	普瑞眼科	是否存在向其他医疗机构违法购买客户个人隐私资料的情形 ⁴ 。
数据安全	安必平	在病例上传以及阅片、判读的过程中, 发行人如何保证患者的隐私安全 ⁵ 。
	某眼科医院	发行人关于保障医疗安全的制度及措施是否完善, 患者数据管理, 相关内部控制的有效性。
	普瑞眼科	补充披露发行人关于保障医疗安全的制度及措施是否完善, 患者数据管理是否合理、有效, 相关内部控制的有效性 ⁶ 。
	达嘉维康	补充披露发行人关于保障患者信息的管理措施, 相关内部控制的有效性 ⁷ 。
数据立法和监管	安必平	在病例上传以及阅片、判读的过程中, 发行人是否存在侵犯患者隐私的行为, 是否存在纠纷或潜在纠纷 ⁸ 。

整体而言,“数据源合规”及“数据安全”系上市评审机构所重点关注的数据合规问题。“数据源合规”包括数据源获取渠道及其合规性评价,这要求待上市企业前期对公司底层所有数据资产进行完整梳理,实现数据字段的溯源盘点,保证既有数据及新增数据获取的合法合规性。“数据安全”主要关注数据合规制度管理建设及技术保障措施落实情况,这要求待上市企业搭建完善的数据合规管理制度体系,并搭配必要的技术保障措施。

二、健康医疗企业上市数据合规开展建议

健康医疗数据全生命周期管理,覆盖数据收集、存储、使用、内部管理、对外提供等环节。下文将根据上市数据合规审查重点问题分类方式,糅合数据全生命周期管理要求,为待上市企业提供直观应对建议。

(一) 数据源合规

1. 基本要求梳理

2.《关于广州安必平医药科技股份有限公司首次公开发行股票并在科创板上市申请文件发行注册环节反馈意见落实函的回复》
3.《关于华夏眼科医院集团股份有限公司首次公开发行股票并在创业板上市的补充法律意见书(一)》
4.《关于成都普瑞眼科医院股份有限公司申请首次公开发行股票并在创业板上市的补充法律意见书之一》
5.《关于广州安必平医药科技股份有限公司首次公开发行股票并在科创板上市的补充法律意见书(一)》
6.《关于成都普瑞眼科医院股份有限公司申请首次公开发行股票并在创业板上市的补充法律意见书之一》
7.《关于湖南达嘉维康医药产业股份有限公司首次公开发行人民币普通股并在创业板上市之补充法律意见书(二)》
8.《关于广州安必平医药科技股份有限公司首次公开发行股票并在科创板上市的补充法律意见书(一)》

健康医疗数据,尤其是可直接或结合其他信息识别具体自然人或者反映其身心健康状态的个人健康医疗数据,基本落入“个人敏感信息”范畴,其在收集阶段需严格落实“必要信息告知+获取信息主体明示授权同意”的要求。此外,大量的健康医疗数据,可能与国家安全、社会公共利益等相关,存在被认定为“重要数据”

的可能性,同样需评估其收集及后续处理的合规性。

2. 具体场景分析

在健康医疗企业实际业务场景中,数据源渠道呈现多样化特征。数据源合法合规性保障需结合各具体场景进行分析及落实。

序号	场景	常见合规风险	合规应对建议
1	直接从C端获取用户数据	-无隐私政策或隐私政策未单独设置 -隐私政策内容不合规(如未实现收集目的与数据类型的一一匹配) -未获取用户明示同意	-单独设置隐私政策。 -隐私政策内容合规审查+完备性审查 -向用户清晰展示隐私政策,获取用户主动点击同意、签字等明示同意表示。
2	通过第三方合作获取数据	-数据来源合法合规性无法保障 -未明确双方数据安全及保护责任	-通过补充协议/承诺函等方式,要求合作方对数据来源合法合规性作出承诺,并厘清双方在数据安全及保护方面的责任。
3	通过公开渠道获取数据	-如使用数据爬取等自动访问技术获取数据的,存在不正当竞争、侵犯商业秘密甚至刑事责任的风险 -如通过人工下载等方式获取公开数据的,存在无法保障数据来源合法合规性等风险	-使用数据爬取等自动访问技术的,应评估数据爬取对象性质、频率、数据量、采取技术措施是否违法等,综合评估行为合规性及采取对应措施。 -使用人工下载方式的,尽量选择公开官方平台。
4	通过数据采购方式获取数据	-数据来源合法合规性无法保障 -对提供方数据管理能力缺乏审核	-由数据提供方通过补充协议或承诺函方式,对数据来源合法合规性作出承诺。 -制定数据采购管理制度,增加对提供方数据管理等能力及资质的审核要求。

(二) 数据权属

1. 基本要求梳理

针对现有部分案例涉及数据权属的问询情形,我们理解,评审机构主要关注点在于,数据权属问题存在瑕疵,可能会影响后续数据处理

一系列行为的合法性、有效性,包括衍生数据成果的归属等。

目前国内法律法规尚未对数据的“所有权”(包括个人信息的所有权)问题作出明确规定。相对而言,《GB/T 35273-2020 信息安全技术 个人信息安全规范》(以下简称“《个人信息安全规范》”)所使用的“个人信息控制者”定义,以及《健康医疗数据安全指南》所使用的“健康医疗数据控制者”概念,均引入了数据“控制权”的理念,此与欧盟GDPR等域外立法所采用的处理方式基本一致。从数据“控制权”角度考虑,明确数据控制者角色及对应职责,控制者享有数据“控制权”并对应承担对用户权益保护及数据安全的责任,是解答关于数据权属问题的一种主要思路。

另一方面,鉴于数据可能隐含数据处理主体的商业秘密、商标、版权等信息,数据权属可能覆盖相关知识产权。目前国内相关知识产权法规明确,在不违反相关法律法规的前提下,尊重各相关方对特定知识成果的权属约定。

2. 具体场景分析

具体到健康医疗行业,关于数据权属的讨论,主要存在于涉及多方数据共享(可能包括进一步研发)的场景,覆盖原始数据权属,以及基于原始数据而衍生形成的研发数据、算法、模

型、核心技术的权属约定。对于这两类情形,建议同时考虑上述提及的“数据控制权”及“知识产权”归属。

针对原始数据权属,需评估与原始数据提供方/接收方之间的关系,一般由有能力决定数据处理目的及方式的一方作为数据控制者,其在法律法规规定及用户授权同意的基础上享有数据处理的权利。如企业希望获取数据控制权,需评估自身业务模式是否符合上述要求,以及自身是否具备承担保护用户合法权益及数据安全的能力。此外,关于原始数据的知识产权约定,建议双方在最初的合作协议中,在不违反现行法律法规的基础上进行约定。

针对衍生成果(研发数据、算法、模型、核心技术等)权属,需在上述针对原始数据权属评估的基础上,由双方针对衍生成果在数据控制权、知识产权层面的权益归属进行明确约定。

(三) 数据对外提供

1. 基本要求梳理

数据对外提供包括数据委托处理、数据共享、数据转让等不同情形,也包括数据跨境传输这类特殊场景。数据委托处理场景下,数据合规及安全责任主要由控制者承担,受托方需严格按照与控制者的协议约定,在控制者的指示下处理数据;数据共享场景下,双方互为数据控制

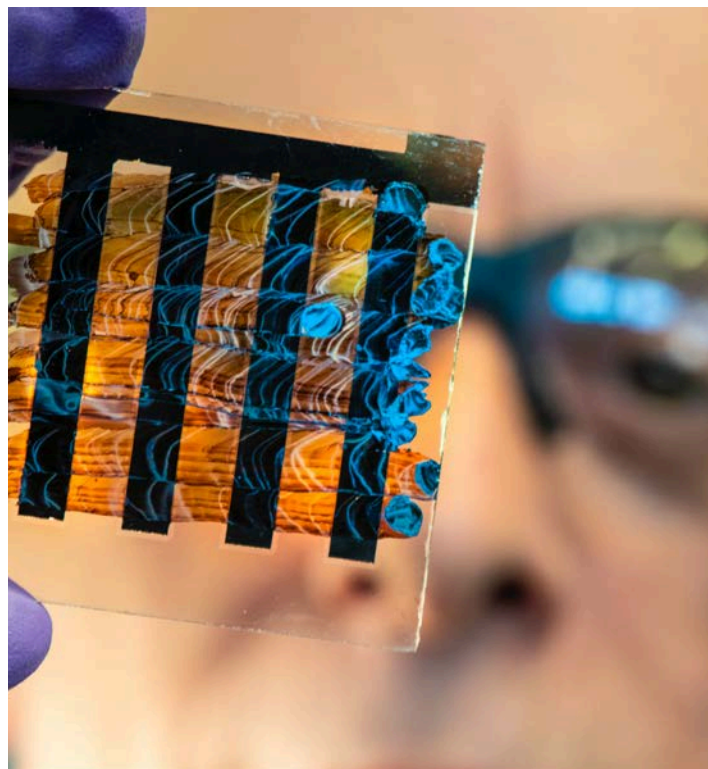
者并共同对数据主体承担责任,双方需在合作协议中厘清彼此的数据合规权利义务。

健康医疗数据跨境传输,按照《网络安全法》及《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》规定,涉及个人信息及重要数据的,需在完成安全评估并报相关机构备案后,方可跨境传输。依照《健康医疗数据安全指南》要求,因学术研讨等目的,需要向境外提供非涉密非重要数据的信息的,经主体授权同意及机构数据安全委员会审批同意,健康医疗数据控制者可向境外目的地提供个人健康医疗数据,累积数据量宜控制在250条以内,否则需提请相关部门审批。

2. 具体场景分析

对于健康医疗企业而言,日常运营中涉及数据对外提供的情形主要包括两类:一是与合作方基于商业合作、科研合作目的共享获得或产生的健康医疗数据;二是与外部合作专家、机构、技术服务提供方等合作,委托后者提供数据标注、存储、处理、分析等专项服务。

参考《健康医疗数据安全指南》对于数据对外提供场景的分类及规定,在第一类场景下,合作方与健康医疗企业往往构成“控制者——控制者”或者“控制者(合作方)——处理者(健康医疗企业)”的关系。在第二类场景下,健康医疗企业与合作方往往构成“控制者(健康医疗企业)——



处理者(合作方)”或者“处理者(健康医疗企业)——子处理者(合作方)”的关系。无论是何种场景,建议健康医疗企业应在数据传输前,充分审查合作方的数据安全能力,并与合作方通过补充协议方式,要求合作方作为数据接收方应在约定目的范围内使用数据、应承担保密义务、信息安全保障义务等。

(四) 数据安全

鉴于健康医疗数据的敏感性及其重要性,健康医疗企业应格外重视数据安全管理工作。综合相关法律法规要求,我们将关于健康医疗数据安全管理的核心要求总结如下:

序号	类别	措施
1	数据存储	-健康医疗数据应存储在境内服务器;核心业务系统应部署在境内,不得托管、租赁在境外的服务器。 -数据应加密存储;涉及面部数据、指纹、声纹等生物特征识别数据的,原则上不存储原始数据,仅保留信息摘要。 -遵守关于不同类别健康医疗数据(例如病历数据、处方数据等)存储期限的法定要求,基于数据存储最小必要原则,确定数据存储期限。 -对于超过数据存储期限的数据,及时采取数据删除、匿名化处理等措施。
2	数据传输	-数据加密传输。 -数据在特定渠道(内部VPN等)中传输。
3	数据脱敏处理	-在获取数据及共享数据前,采取必要的脱敏处理措施,保障数据传输安全。
4	数据访问权限管控	-根据职责范围及管理需要,设置内部人员数据访问及操作权限控制,避免数据泄露。 -针对外部人员(例如合作方),严格控制数据查看范围,尽量避免向外部开放数据拷贝等权限。
5	数据管理机构	-设置网络安全负责人。 -根据企业数据管理战略安排,设置健康医疗数据管理委员会、健康医疗数据管理工作办公室等负责健康医疗数据决策、管理、执行部门,明确相应职责。
6	数据管理制度	-设置健康医疗数据分类分级管理制度。 -制定健康医疗数据内部管理制度体系,覆盖IT信息安全、数据全生命周期管理等核心管理要求。
7	信息安全事件应急响应机制	-设置应对信息安全事件应急响应制度体系文件,包括响应流程、演练/培训方案等。 -组织进行应急响应培训/演练等。

(五) 系统与技術

医疗机构作为网络运营者,应认真落实《网络安全法》关于网络安全等级保护的要求,对健康医疗业务开展涉及的核心业务系统,开展等级测评及备案,获取公安机关备案证明,并定期开展信息系统测评审计。

根据《卫生行业信息安全等级保护工作的指导意见》规定,如下重要卫生信息系统安全保护等级原则上不低于第三级:传染性疾病报告系统、卫生监督信息报告系统、突发公共卫生事

件应急指挥信息系统等跨省全国联网运行的信息系统;国家、省、地市三级卫生信息平台,新农合、卫生监督、妇幼保健等国家级数据中心;三级甲等医院的核心业务信息系统等。

除等级备案证明外,对于健康医疗行业应具备的资质要求,例如互联网药品交易、医疗器械销售、互联网信息服务等,应结合法律法规及政策最新要求,及时申领必要证件,或完成相关证件续展更新。

(六) 数据立法和监管

健康医疗企业应重视对公司涉及数据合规相关的案例、投诉、处罚等的管理,包括建立及时响应机制、及时优化调整机制及记录机制。具体而言,健康医疗企业(尤其是拟上市企业)应对公司已收到的涉及数据合规的用户投诉、纠纷、行政通告或处罚、司法案例等,以及公司已发生过的数据泄露、非法提供等安全事件,进行完整盘点,并复盘对应采取的弥补、优化等管理措施,做好问询应对的前期准备。

此外,鉴于我国目前网络安全及数据合规领域立法不断发展,执法活动呈现频密化趋势,建议健康医疗企业及时关注国内立法、执法最新趋势,尤其是国家顶层立法及行业主管部门制定的专项法规要求,与时俱进调整内部数据合规管理机制,降低被动合规带来的消极影响。

第二部分\ 立法体系解读及趋势展望

我们通过上文内容为健康医疗企业提供数据合规审查全景纵览,以及合规应对建议支持。可以看到,目前我国数据合规管理体系较为庞杂,并出现“九龙治水”的立法管理及监督执法的情形。“工欲善其事,必先利其器”,健康医疗企业在进行上市前的数据合规工作之前,应整

体了解健康医疗行业应当遵守的数据合规要求,完备的法规梳理将有助于实际合规工作的开展。本部分将重点介绍国内健康医疗行业数据合规现行立法规制体系,对相关数据类型合规要求做重点解读,此外,结合健康医疗行业发展及监管态势,针对未来健康医疗行业发展及数据合规监管重点领域趋势进行展望,以期健康医疗企业数据合规工作提供实际支持。

健康医疗行业数据合规要求,以《网络安全法》《个人信息保护法(草案)》等通用数据保护要求为基础,结合健康医疗行业特殊领域的合规管理要求。“通用+特殊”立法要求共同构筑健康医疗行业数据合规立法规制体系。

一、通用数据合规立法体系

健康医疗企业作为自身业务系统的网络运营者,以及健康医疗数据控制者,需遵守以《网络安全法》及其配套法规(例如《个人信息安全规范》)为核心的现行有效的网络安全及数据合规立法体系,这套体系经过四年左右的发展已日渐完善。同时,《个人信息保护法》《数据安全法》等通用数据保护领域的顶层设计,在未来生效后,自然将适用于健康医疗企业日常数据合规管理工作。此外,围绕健康医疗业务开发管理,例如《电子商务法》等“互联网+”电商管理要求,以及《消费者权益保护法》《广告法》等涉及

消费者保护、营销推广等规定,同样需要健康医疗企业予以遵守。

二、健康医疗专业领域数据合规立法体系

目前国内健康医疗专业领域数据合规立法体系相对庞杂,法律法规层级及规制重点多样,健康医疗企业在进行网络安全及数据合规建设时,通常容易陷入“需要遵守什么法”的困境。以下我们将协助健康医疗企业对目前立法体系进行梳理及解读,整体而言,现有体系可分为“**行业发展政策及网络安全建设+宏观数据类别管理+微观数据类别管理**”三个层次。

(一) 健康医疗(含互联网医疗)行业发展政策及网络安全建设法规体系

健康医疗行业始终是国家立法重点关注的领域,在“互联网+”时代,针对互联网医疗及网络安全的立法建设步伐也在不断加快。目前,国家健康医疗行业的主管部门主要包括国家卫生健康委员会、国家中医药管理局、国家医疗保障局。除指明健康医疗企业日常管理工作原则的行业顶层立法设计、覆盖线上线下医疗机构管理的监管细则外,近年来健康医疗行业发展政策及网络安全建设立法体系突出呈现如下特征:

-政策更强调大数据技术的运用及创新建设:以国务院《关于印发促进大数据发展行动纲

要的通知》《“健康中国2030”规划纲要》为例,其明确提出加快推进健康医疗行业信息化、数字化、智能化建设,在保障健康医疗数据安全的同时推进数据开发利用,并将互联网医疗运用延伸至医保、智能硬件、跨平台共享机制等新兴场景。

-法规更注重健康医疗企业的信息化建设:信息化建设是保障网络安全及数据保护的必要基础。一方面,国家健康医疗主管部门制定明确的等保工作意见,指导健康医疗企业承担等保义务;另一方面,在疫情等因素的影响下,进一步要求健康医疗企业加强远程医疗网络能力建设。

-趋势更关注互联网医疗的规范化管理:《互联网诊疗管理办法(试行)》《互联网医院管理办法(试行)》《远程医疗服务管理规范(试行)》共同构成目前互联网医疗(尤其是互联网医院)管理体系的基础。在此基础上,结合近些年市场发展状态,立法趋势更加关注互联网医疗自身的合规管理,以及与电子商务、广告营销、商保医保等不同渗透场景的规范化管理。

伴随国家层面针对互联网医疗立法管理要求的不断强化,地方层面也逐步制定相应落地监管要求。在宁夏银川⁹、上海¹⁰等地率先制定本地互联网医疗监管政策后,北京同样出台本地监管细则。北京市卫健委、北京市中医管理局于2021

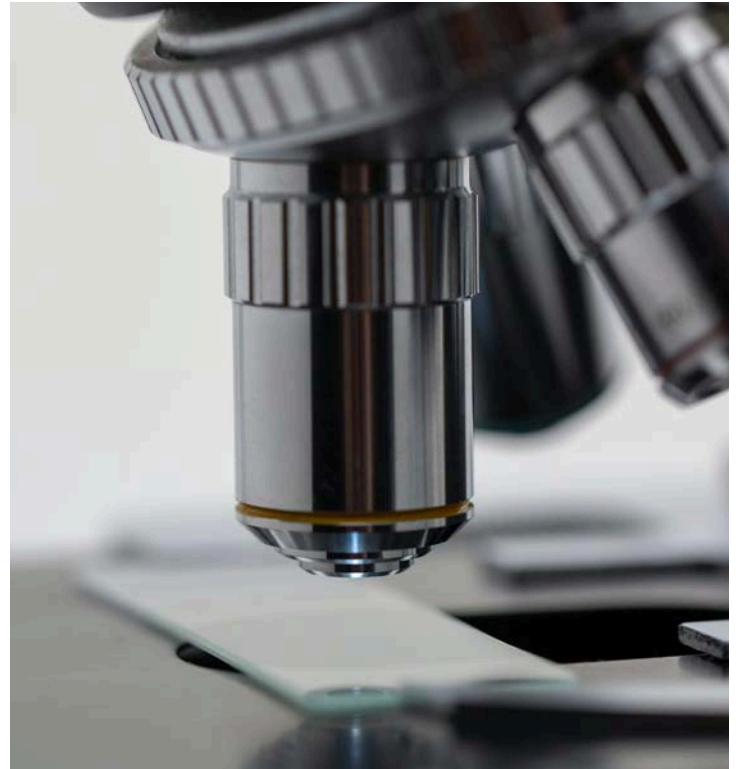
9.参考《银川市人民政府关于印发互联网医院管理办法的通知》(2017年1月12日生效)、《银川市互联网医院管理办法实施细则(试行)》(2017年3月10日生效)、《银川市互联网医院数据安全保密管理制度》(2017年4月21日生效)等。

10.参考《上海市互联网医院管理办法》(2019年9月1日生效)等。

年2月24日印发《关于北京市互联网医院许可管理有关工作的通知》，一方面明确作为实体医疗机构第二名称的互联网医院、依托实体医疗机构独立设置的互联网医院等不同情形的互联网医院准入要求，以及对应的变更登记、校验及注销要求；另一方面强调了针对互联网医疗的规范准入管理、严格依法执业、鼓励服务创新、加强监督管理的基本理念及要求，为相应开发、合作及监管行动提供政策指引。因此，各地互联网健康医疗企业，除关注国家层面的相关要求外，应同步关注本地针对互联网医疗管理的细化要求及监管态势，未雨绸缪做好应对准备。

（二）宏观数据类别管理法规体系

目前国内医疗相关法规，在宏观层面为“健康医疗数据”（尤其是与自然人相关的健康医疗数据）设定诸多定义，其中最主要的包括“个人健康医疗数据”“健康医疗大数据”“人口健康信息”及“科学数据”四类。整体而言，“科学数据”指向性较强，相对独立，另外三类数据具有较高的相似性及共通性。健康医疗企业如涉及一定规模的健康医疗数据（含与自然人相关的健康医疗数据）的收集处理行为，需重点关注“人口健康医疗数据”、“健康医疗大数据”及“人口健康信息”这三类宏观数据类别所对应的合规要求。



1. 个人健康医疗数据

“个人健康医疗数据”定义源自《健康医疗数据安全指南》，其定义与目前使用的“个人信息”定义逻辑保持一致，强调数据具备的识别特定自然人或者反映自然人身心健康的“识别性”。健康医疗数据范围相当广泛，包含个人属性数据、健康状况数据、医疗应用数据、医疗支付数据、卫生资源数据和公共卫生信息等类别，基本覆盖健康医疗企业日常处理的所有数据类型。可以说，健康医疗企业日常处理的数据基本构成健康医疗数据，企业需充分重视《健康医疗数据安全指南》的合规指引。

根据《健康医疗数据安全指南》的合规建议，需关注如下合规要点：

个人健康医疗数据合规要点

1	数据收集	健康医疗数据控制者在使用或披露相应个人健康医疗数据时, 宜告知主体并获得主体的授权; 所有告知宜使用通俗易懂的语言, 并且包含有关要披露或使用的数据内容、数据的接收方、数据用途以及使用方式、数据使用期限、数据主体权利以及控制者采取的保护措施等具体信息。
2	例外情形	健康医疗数据控制者在没有获得主体的授权时, 在以下情况可以使用或披露相应个人健康医疗数据: 向个人健康医疗信息主体提供其本人健康医疗数据; 治疗、支付或保健护理时; 涉及公共利益或法律法规要求时; 受限制数据集用于科学研究、医学/健康教育、公共卫生目的时。
3	市场营销	健康医疗数据控制者宜获得主体授权才能使用或披露个人健康医疗数据进行市场营销活动, 但控制者与主体之间进行面对面的营销沟通除外。用于市场营销活动的授权宜以合理方式提示主体, 并让其充分知悉, 明确、自主作出同意。该授权宜是独立的, 不宜作为主体获得任何公共服务、医疗服务的前置条件或者捆绑于其他的服务条款之中。
4	系统本地化要求	健康医疗数据应存储在境内服务器, 健康医疗数据控制者不托管、租赁在境外的服务器。
5	跨境传输	因学术研讨等目的, 需要向境外提供非涉密非重要数据的信息的, 经主体授权同意及机构数据安全委员会审批同意, 健康医疗数据控制者可向境外目的地提供个人健康医疗数据, 累积数据量宜控制在250条以内, 否则需提请相关部门审批。
6	组织管理机构	健康医疗数据控制者应建立完善的组织保障体系, 组织架构中至少包括健康医疗数据安全委员会和健康医疗数据安全工作办公室。

2. 健康医疗大数据

“健康医疗大数据”定义源自2018年国务院办公厅发布的《国家健康医疗大数据标准、安全和服务管理办法(试行)》, 强调数据产生的环境, 即在人们疾病防治、健康管理等过程中产生的与健康医疗相关的数据即构成“健康医疗大数据”。考虑到定义存在的宽泛性, 健康医疗企业在开展日常诊断服务及患者管理过程中产生的健康医疗数据, 基本落入“健康医疗大数据”范畴。相较

于“个人健康医疗数据”, “健康医疗大数据”更侧重于国家战略、群众生命及个人信息等涉及数据安全性管理方面的要求。

目前针对“健康医疗大数据”的相关合规要求包括:

健康医疗大数据合规要点

1	信息本地化要求	健康医疗大数据应当存储在境内安全可信的服务器上, 因业务需要确需向境外提供的, 应当按照相关法律法规及有关要求进行安全评估审核。
2	数据分类分级与容灾备份要求	责任单位应当采取数据分类、重要数据备份、加密认证等措施保障健康医疗大数据安全。
3	等保义务要求	健康医疗大数据中心、相关信息系统等均应开展定级、备案、测评等工作。
4	电子实名认证及数据访问控制机制要求	责任单位应当建立严格的电子实名认证和数据访问控制, 规范数据接入、使用和销毁过程的痕迹管理, 确保健康医疗大数据访问行为可管、可控及服务管理全程留痕, 可查询、可追溯。

3. 人口健康信息

“人口健康信息”定义源自2014年国家卫计委发布的《人口健康信息管理办法(试行)》, 同样强调数据产生的环境, 即各类医疗卫生计生服务机构在服务和管理过程中产生的人口基本信息、

医疗卫生服务信息等数据。从定义角度看, “人口健康信息”更适用于传统线下医疗卫生服务机构, 但因互联网医院及远程医疗服务的发展, “人口健康信息”也逐步覆盖线上情景。

目前针对“人口健康信息”的合规要求包括:

人口健康信息合规要点

1	信息及系统本地化要求	不得将人口健康信息在境外的服务器中存储, 不得托管、租赁在境外的服务器。
2	数据分类分级要求	人口健康信息实行分级存储。应当具备符合国家有关规定要求的数据存储、容灾备份和管理条件, 建立可靠的人口健康信息容灾备份工作机制, 定期进行备份和恢复检测。
3	对外提供限制	依法应当向社会公开的信息应当及时主动公开; 涉及保密信息和个人隐私信息, 不得对外提供。

4. 科学数据

“科学数据”定义主要源自2018年国务院办公厅发布的《科学数据管理办法》, 强调通过研究及试验开发而产生的数据, 以及通过检测等方式取得并用于科学研究活动的原始数据及其衍生

数据。在健康医疗行业, “科学数据”主要体现为临床实验等医疗科研活动相关的原始数据及衍生成果, 适用场景较为明确。目前相关法规对于“科学数据”管理主要侧重于安全保密方面。

(三) 微观数据类别管理法规体系

具体到健康医疗行业微观数据类别,目前国内法规明确规制的健康医疗数据类型,包括病历数据、处方数据、医疗器械数据、个人遗传资源、药品数据等,不同类别数据具有不同的合规管理要求。健康医疗企业可对自身已有数据资产进行识别及类别切分,对应匹配各类数据的合规要求。

1. 病历数据(含电子病历)

病历数据作为医生诊疗或健康咨询活动的数据载体,系健康医疗数据中十分常见的数据类型,国家较早通过《医疗机构病历管理规定》等法规进行管理。随着健康医疗行业信息化建设发展,围绕电子病历的管理要求也在不断细化。整体而言,涉及病历数据(含电子病历)的合规特殊要求包括:

病历数据(含电子病历)合规要点

病历数据(含电子病历)合规要点		
1	数据存储期限	门(急)诊(电子)病历由医疗机构保管的,保存时间自患者最后一次就诊之日起不少于15年;住院(电子)病历保存时间自患者最后一次住院出院之日起不少于30年。
2	数据标记	创建电子病历时,赋予患者唯一识别号码,确保患者的各种电子病历相关记录准确地与患者唯一标识号码相对应,使用标识号码和身份证明编号均能对病历进行检索。
3	权限分级管理	对电子病历设置保密等级的功能,对操作人员的权限实行分级管理。授权用户访问电子病历时,自动隐藏保密等级高于用户权限的电子病历资料。
4	数据对外提供	其他医疗机构及医务人员因科研、教学需要查阅、借阅病历的,应当向患者就诊医疗机构提出申请,经同意并办理相应手续后方可查阅、借阅。公安、司法、人社、保险以及负责医疗事故技术鉴定的部门,因办理案件、依法实施专业技术鉴定、医疗保险审核或仲裁、商业保险审核等需要的,可在提供相关证明材料后获取相关数据。
5	用户行权	医疗机构需保障用户享有复制、查阅病历数据的权利。

2. 处方数据

目前国家互联网医疗相关规定对于医疗机构开具处方行为作了明确的限制要求。同时,针对处方数据本身,也提出了部分特殊要求,具体包括:

处方开具行为合规要点

1	需以患者病历数据为基础	互联网医疗机构医师在掌握患者病历资料后,可以为部分常见病、慢性病患者在线开具处方。
2	禁止/限制性行为	医疗机构开展互联网诊疗活动的,不得开具麻醉药品、精神药品等特殊管理药品的处方。为低龄儿童(6岁以下)开具互联网儿童用药处方时,应当确认患儿有监护人和相关专业医师陪伴。

处方数据合规要点

3	数据存储期限	普通处方、急诊处方、儿科处方保存期限为1年,医疗用毒性药品、第二类精神药品处方保存期限为2年,麻醉药品和第一类精神药品处方保存期限为3年。
4	数据超期存储处理措施	处方保存期满后,经医疗机构主要负责人批准、登记备案,方可销毁。

3. 医疗器械销售数据

目前越来越多健康医疗企业及网络交易服务第三方平台涉足医疗器械销售,国家对应主管

机构对此保持高度关注并提出若干特殊合规要求,具体包括:

医疗器械销售数据合规要点

1	销售资质	医疗器械网络交易服务第三方平台提供者应当依法取得《互联网药品信息服务资格证书》。
2	数据存储期限	从事医疗器械网络销售的企业、医疗器械网络交易服务第三方平台提供者,应当记录医疗器械销售信息,记录应当保存至医疗器械有效期后2年;无有效期的,保存时间不得少于5年;植入类医疗器械的销售信息应当永久保存。
3	平台资质审核	医疗器械网络交易服务第三方平台提供者应当对申请入驻平台的企业提供的医疗器械生产经营许可证件或者备案凭证、医疗器械注册证或者备案凭证、企业营业执照等材料进行核实,建立档案并及时更新。此外,发现入驻网络交易服务第三方平台的企业存在超范围经营、发布虚假信息、夸大宣传等违法违规行为、无法取得联系或者存在其他严重安全隐患的,应当立即对其停止网络交易服务,并保存有关记录,向所在地省级食品药品监督管理部门报告。
4	广告要求	医疗器械广告应当经医疗器械生产企业或者进口医疗器械代理人所在地省、自治区、直辖市人民政府食品药品监督管理部门审查批准,并取得医疗器械广告批准文件。医疗器械广告涉及医疗器械名称、适用范围、作用机理或者结构及组成等内容的,不得超出注册证书或者备案凭证、注册或者备案的产品说明书范围。广告应当显著标明“禁忌内容或者注意事项详见说明书”。

4. 个人遗传资源

个人遗传资源属于较为特殊的一类健康医疗数据, 主要指含有人体基因组、基因等遗传物质的器官、组织、细胞等遗传材料。一直以来国家

对个人遗传资源的采集、保藏、利用、对外提供等行为进行严格管控, 在此基础上, 《生物安全法》的出台进一步明确了国家在个人遗传资源从严管理的原则及态度。其相关合规管理要求概括如下:

个人遗传资源合规要点

1	数据采集及保藏	人类遗传资源采集、保藏单位, 在开展相关行为前, 需获取国务院科学技术行政部门批准。采集时需事先告知提供者采集目的、采集用途、对健康可能产生的影响、个人隐私保护措施及其享有的自愿参与和随时无条件退出的权利, 并征得其书面同意。保藏应制定应急预案及做好日常保藏记录。
2	数据利用及对外提供	外方单位需要利用我国人类遗传资源开展科研活动的, 只能通过与我国相关机构合作的方式进行, 由合作双方向国务院科学技术行政部门提出申请并获其批准。将人类遗传资源信息向外方单位提供或者开放使用的, 应当向国务院科学技术行政部门备案并提交信息备份。

5. 药品数据

药品销售一直以来是行业主管机构的监管重点, 互联网医疗的发展丰富了药品销售的渠道, 也提升了药品数据(包括药品销售数据)的管

理难度。对于药品信息服务平台而言, 其需依法获取互联网药品信息服务相关资质并在公开渠道显著标识, 并加强相关数据的记录及管理。围绕药品数据合规管理, 目前主要合规要求包括:

药品数据合规要点

1	记录要求	对于纸质记录的, 应明确记录收集时间、归档方式、存放地点、保存期限与管理人员, 并采取适当的保存、备份、销毁措施。对于电子记录的, 应匹配相应稳定可靠的信息安全平台, 保证记录真实性、准确性和一致性, 并实现操作权限及用户登录管理。
2	数据存储期限	供货企业资质证明文件、购销记录、电子订单、在线药学服务等记录留存应当完整, 并保存5年以上。

三、发展趋势提示

2016年10月,党中央、国务院发布《“健康中国2030”规划纲要》,提出“需要从国家战略层面统筹解决关系健康的重大和长远问题”,自此,“健康中国”被上升为国家战略。自2016年以来,国家先后出台一系列推动健康医疗信息化、“互联网+健康医疗”行业发展、智慧医院建设的利好政策,健康医疗行业逐渐步入发展的快车道。突如其来的疫情以及国家持续深化促进健康医疗行业发展的利好政策将带领健康医疗行业进入高速发展的黄金期。

结合2020年下半年中共中央、国家卫生健康委员会(以下简称“卫健委”)、国家医疗保障局(以下简称“医保局”)、工业和信息化部(以下简称“工信部”)等部委发布的行业发展政策,我们预计下述健康医疗业务场景将成为未来行业发展的重点。相应的,对应业务场景项下的数据合规要求也将成为企业融资、上市阶段,投资人与发审委审查的重点关注方向。

(一) 互联网医疗与在线健康咨询

2020年,尤其是在疫情的冲击和推动下,大量复诊患者由线下转为线上,互联网医疗、在线健康咨询、远程医疗等领域得到了进一步的探索和发展。政策方面,医保局、卫健委发布《关于推进新冠肺炎疫情防控期间开展“互联网+”医

保服务的指导意见》,提出对线上线下医疗服务实行统一管理,对符合规定的“互联网+”医疗服务、在线处方药费等实现在线结算¹¹。技术方面,工信部、卫健委发布《关于进一步加强远程医疗网络能力建设的通知》,强调医疗机构加强远程医疗网络能力建设。

提供互联网医疗、远程医疗服务的机构应注意加强其自身网络安全能力建设,按照网信部门规定以及行业规定¹²落实等级保护要求。同时服务机构应注意落实“首诊禁止”的合规要求,针对医务人员资质进行审核,划清互联网诊疗与在线健康咨询服务的边界。

(二) “互联网+”医疗服务对接商保、医保支付

对于互联网医疗服务机构而言,对接医保支付可以极大地促进线上患者的支付意愿,进一步扩大用户群体。医保局于2020年10月24日发布《关于积极推进“互联网+”医疗服务医保支付工作的指导意见》,要求申请签署医疗服务医保补充协议的互联网医疗服务机构妥善留存参保人的电子病历、电子处方、购药记录等信息,实现诊疗全程可追溯¹³。基于此,互联网医疗机构必须加强其自身的数据管理能力,采取必要

11.《关于推进新冠肺炎疫情防控期间开展“互联网+”医保服务的指导意见》:三、完善经办服务。统筹地区医保经办机构与提供“互联网+”医疗服务的定点医疗机构签订补充协议时,应明确纳入医保支付的“互联网+”医疗服务范围、条件、收费和结算标准、支付方式、总额指标管理以及医疗行为监管、处方审核标准等,原则上对线上线下医疗服务实行统一管理。医保经办机构要与定点医药机构密切配合、做好对接,对符合规定的“互联网+”医疗服务、在线处方药费等实现在线医保结算。
12.例如《卫生行业信息安全等级保护工作的指导意见》、《互联网医院管理办法(试行)》等。
13.《国家医疗保障局关于积极推进“互联网+”医疗服务医保支付工作的指导意见》:(二)申请“互联网+”医疗服务医保补充协议的医疗机构应具备以下基本条件... 四是能够完整保留参保人诊疗过程中的电子病历、电子处方、购药记录等信息,实现诊疗、处方、配药等全程可追溯。

的组织措施与技术措施保障数据的安全性、准确性、保密性,不应让数据管理措施的缺失成为其对接医保支付的障碍。

针对商业保险而言,《“健康中国2030”规划纲要》提出积极发展商业健康保险,促进商业保险公司与医疗、体检、护理等机构合作,发展健康管理组织等新型组织形式¹⁴。互联网医疗机构对接商保支付时,可能涉及向商业保险机构及其他商业合作伙伴提供患者个人信息,此类个人信息多为敏感的健康医疗数据。互联网医疗机构向商业保险机构提供患者数据前,须采取必要措施,审查并确保后者能够提供充分的数据安全与隐私保护水平。

(三) 医疗健康智能可穿戴设备

《“健康中国2030”规划纲要》提出国家将探索推进可穿戴设备、智能健康电子产品和健康医疗移动应用服务等发展。2020年11月12日,四川省经济和信息化厅发布《关于支持医疗健康装备产业高质量发展的若干政策措施(征求意见稿)》,助力省内医疗健康装备产业的发展。2020年12月04日,卫健委、医保局发布《关于深入推进“互联网+医疗健康”“五个一”服务行动的通知》,鼓励各地运用智能物联终端设备,开展慢性病患者和高危人群的特征指标数据的监测跟踪和管理。随着疫情防控的常态化以及人

们对于健康管理需求的增加,未来医疗健康智能可穿戴设备可能成为健康医疗行业企业一个持续的业务增长点。

企业在提供可穿戴设备硬件与软件服务时,将涉及直接从终端用户采集其个人敏感信息。考虑到可穿戴设备的便携性以及其监测的数据的敏感性,企业应尤其注意数据采集阶段与存储阶段的安全,可考虑采取必要的认证手段,确保用户合法控制与使用智能设备,并建立远程控制措施,允许用户在设备被窃或丢失时可以远程删除设备中的数据¹⁵。此外,面对海量的用户敏感信息,企业应关注用户个人信息商业化使用的合规性,任何个人信息分析、加工与共享行为均不得超出用户授权同意或法律法规允许的范围。

(四) 健康医疗信息化、健康医疗大数据与人工智能

根据2020年10月29日发布的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》,我国未来将发展战略性新兴产业,推动互联网、大数据、人工智能等同各产业深度融合。就大数据在健康医疗行业的应用,以及健康医疗信息化与健康医

14.《“健康中国2030”规划纲要》:第三节 积极发展商业健康保险……促进商业保险公司与医疗、体检、护理等机构合作,发展健康管理组织等新型组织形式。到2030年,现代商业健康保险服务业进一步发展,商业健康保险赔付支出占卫生总费用比重显著提高。
15.《健康医疗数据安全指南》11.5.2.2, 11.5.2.4

疗数据共享的规划,《关于深入推进“互联网+医疗健康”“五个一”服务行动的通知》指出,医疗机构应充分运用互联网、大数据等信息技术拓展服务空间和内容;在患者知情同意的前提下,推动医疗机构间健康医疗信息共享;在保障数据安全和个人隐私的基础上,推进电子健康档案在线查询和规范使用。而数据安全与数据合规方面,工信部与卫健委在《关于进一步加强远程医疗网络能力建设的通知》中指出,应完善医疗云计算和医疗大数据服务能力评估体系,保障医疗云计算资源、医疗大数据资产全生命周期内合规、可信。

目光转向资本市场,健康医疗信息化企业与健康医疗大数据解决方案企业在港股市场受到资本的追捧,京东健康、医渡科技先后在港股上市。随着健康医疗信息化进程的不断深入,以及健康医疗大数据的宏观利好政策,未来健康医疗大数据企业在资本市场的表现将更加活跃。

在健康医疗大数据的全生命周期中,企业应尤其注意数据来源的合规性,若涉及从合作伙伴间接收集个人信息,应确认数据提供方是否有权收集并共享相关个人信息,或是否已进行了充分的脱敏处理。企业利用患者个人信息进行人工智能算法训练时,同样应注意是否已获得充分的患者知情同意或已进行充分的脱敏处理。企业与合作伙伴进行数据共享时,应通过

数据处理协议约定双方各自针对网络安全与数据保护应履行的义务,涉及联合开发的,应通过协议约定实验数据与研发成果的权益归属。

第三部分\

结语

疫情影响及时代发展环境下,健康医疗企业将在信息化建设道路上持续发展,健康医疗企业上市热潮势必也将持续一段时间。大数据技术的应用,既便利了企业数据开发及商业模式优化,也为企业数据合规带来挑战。在《个人信息保护法》《数据安全法》等通用领域数据合规立法、健康医疗专业领域数据合规专项立法、数据合规执法行动等相继出台、出现的当下,健康医疗企业,尤其是具有上市考虑的健康医疗企业,应当未雨绸缪,主动、积极、及时做好数据合规应对。☞



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

私募基金中保底协议的类型 及效力认定

作者：孙彬彬、李晓燕



2020年12月30日,中国证监会发布《关于加强私募投资基金监管的若干规定》,细化重申私募基金过程中不得向投资者承诺保本保收益的禁止性行为要求,明确要求私募基金不得从事借贷、担保、明股实债投资,强调引导私募基金回归“利益共享、风险共担”的投资本质。该规定的发布再次引发对私募基金中保底协议效力的讨论,本文结合私募基金相关法律规定及司法实践,对私募基金中常见的保底协议类型及各类型在司法实践中的效力认定进行梳理和分析。

第一部分\ 私募基金中常见的保底协议类型

私募基金是以非公开的方式向特定投资者募集资金用于股权或证券或其他资产投资的风险投资方式,具有专业人士管理、投资人共同承担投资风险、共同享受投资收益的特点。市场有风险,投资需谨慎,私募基金同样也不例外。然而,在实务中,部分私募基金存在各种保底性质的增信措施。该类保底性质的增信措施表现形式多样,为方便表述,本文统称为保底协议。

由于商事交易活动的灵活性和多样性,私募基金募集中存在各种类型的保底协议。司法实践中常见的保底协议有:

1. 保本保收益承诺

保本保收益承诺,顾名思义,是指私募基金管理人或外部第三方在委托理财合同或基金合同中向投资人直接作出保证其本金不受损失或

保证其获取最低或固定收益的承诺。

2. 份额回购/转让

份额回购/转让,是指投资者(即份额被回购方/出让方)与回购方/受让方签订的,在触发一定的回购/转让条件的情况下,由回购方/受让方按照投资本金加收益的价格回购/受让被回购方/出让方所持有的基金份额或合伙份额或相关受益权的协议。份额回购/转让协议一般是在基金合同或投资合同之外单独签署或存在的协议,回购方/受让方可以是私募基金管理人(契约型私募基金中)、合伙人(有限合伙型私募基金中的普通合伙人或其他有限合伙人或劣后级份额持有人)以及外部第三方,触发回购/转让的条件一般为投资人无法收取足额投资本金或收益等。份额回购/转让协议约定了将来发生亏损时相关方按照原投资本金和承诺收益履行回购或受让义务,变相通过“对赌形式”实现对投资人投资权益的保障。

3. 差额补足

差额补足, 指为了保证债权人和债务人之间的债权债务关系, 约定当债务人未按照约定履行义务或者款项不足以支付时, 由债务人或者第三人对差额部分按照约定承担补足义务。在投资领域, 一般是指投资载体的差额补足权利人在未达到投资目标时或为实现债权时, 针对预期目标与实际获得投资回报之间的差额部分或应享有的债权与实际实现债权的差额部分, 要求差额补足义务人按照约定补足差额的交易安排。差额补足义务人可以是私募基金管理人、其他投资人以及外部第三方。与保本保收益不同, 差额补足协议不保证本金和收益, 但通过设定一定的差额补足义务, 实现投资者本金和收益的保障。

4. 保证

保证, 指保证人和债权人达成的, 当债务人不履行债务时, 由保证人承担代为履行或连带责任的协议。因私募基金为投资关系, 而非借贷关系, 基金管理人与投资者之间系委托投资关系, 而非债权债务关系, 因此, 以单一保证作为保底协议较为少见, 且往往会因缺少主债权债务关系而被认定无效。私募基金投资关系中, 保证通常表现为具有明显担保含义的差额补足协议, 或者作为份额回购/转让协议或差额补足协议的从合同, 担保相关回购义务或差额补足义务的履行和

支付。

第二部分\ 关于私募基金保底协议效力的相关规定

关于私募基金中保底协议的监管措施和规定具有如下特点:

1、总体原则为禁止基金募集过程中向投资者直接或间接提供任何形式的保底承诺, 禁止以各种保本等表述使投资者对基金风险产生误判。

2、关于保底承诺的监管范围从公募基金扩展至私募基金, 且在私募基金领域的监管力度在不断加强。最新发布的《关于加强私募投资基金监管的若干规定》彻底明确了私募投资基金募集“十不准”要求, 且明确要求私募基金不得从事借贷、担保、明股实债投资, 重申投资活动“利益共享、风险共担”的投资本质。

3、现有规定明确禁止提供保底承诺的主体为基金管理人、基金募集机构、销售机构及其从业人员, 但并未明确禁止其他投资人或基金委托/投资关系之外的外部第三方向投资者提供保底协议。

4、对私募基金行业保底协议的监管缺少法律级别的上位法规定, 现行规定多数为行政或行业的管理型监管措施, 且效力级别多为部门规

章,效力等级较低。

相关具体规定如下:

名称	发布时间	发布部门	内容
《证券投资基金法》	2003/10/28发布 2015/4/24修订	全国人大常委会	第二十条,公开募集基金的基金管理人及其董事、监事、高级管理人员和其他从业人员不得向基金份额持有人违规承诺收益或者承担损失。 第一百五十三条,公开或者非公开募集资金,以进行证券投资活动为目的设立的公司或者合伙企业,资产由基金管理人或者普通合伙人管理的,其证券投资活动适用本法。
《合伙企业法》	1997/2/23发布 2006/8/27修订	全国人大常委会	第三十三条,合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。
《私募投资基金监督管理暂行办法》	2014/8/21发布	中国证监会	第十五条,私募基金管理人、私募基金销售机构不得向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益。
《私募投资基金募集行为管理办法》	2016/4/15发布	中基协	第二十四条,募集机构及其从业人员推介私募基金时,禁止以任何方式承诺投资者资金不受损失,或者以任何方式承诺投资者最低收益,包括宣传“预期收益”、“预计收益”、“预测投资业绩”等相关内容;禁止违规使用“安全”、“保证”、“承诺”、“保险”、“避险”、“无风险”等可能误导投资人进行风险判断的措辞。
《证券期货经营机构私募资产管理业务运作管理暂行规定》	2016/7/14发布	中国证监会	第三条,证券期货经营机构及相关销售机构不得违规销售资产管理计划,不得存在不适当宣传、误导欺诈投资者以及以任何方式向投资者承诺本金不受损失或者承诺最低收益等行为,包括但不限于以下情形:(一)资产管理合同及销售材料中存在包含保本保收益内涵的表述,如零风险、收益有保障、本金无忧等;(二)资产管理计划名称中含有“保本”字样;(三)与投资者私下签订回购协议或承诺函等文件,直接或间接承诺保本保收益;(四)向投资者口头或者通过短信、微信等各种方式承诺保本保收益;…… 第四条,证券期货经营机构设立结构化资产管理计划,不得违背利益共享、风险共担、风险与收益相匹配的原则,不得存在以下情形:(一)直接或者间接对优先级份额认购者提供保本保收益安排,包括但不限于在结构化资产管理计划合同中约定计提优先级份额收益、提前终止罚息、劣后级或第三方机构差额补足优先级收益、计提风险保证金补足优先级收益等。

名称	发布时间	发布部门	内容
《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》	2018/4/27发布	中国人民银行、保监会、证监会、外管局	<p>第二条, 金融机构开展资产管理业务时不得承诺保本保收益。</p> <p>第十三条, 金融机构不得为资产管理产品投资的非标准化债权类资产或者股权类资产提供任何直接或间接、显性或隐性的担保、回购等代为承担风险的承诺。</p> <p>第十九条, 经金融管理部门认定, 存在以下行为的视为刚性兑付: (1) 资产管理产品的发行人或管理人违反真实公允确定净值原则, 对产品进行保本保收益, (2) 采取滚动发行等方式, 使得资产管理产品的本金、收益、风险在不同投资者之间发生转移, 实现产品保本保收益, (3) 资产管理产品不能如期兑付或者兑付困难时, 发行或者管理该产品的金融机构自行筹集资金偿付或者委托其他机构代为偿付。经认定存在刚兑行为的, 将进行惩处。</p>
《关于加强私募投资基金监管的若干规定》	2020/12/30发布	中国证监会	<p>第六条, 私募基金管理人、私募基金销售机构及其从业人员在私募基金募集过程中不得直接或者间接口头、书面或者通过短信、即时通讯工具等方式向投资者承诺保本保收益, 包括投资本金不受损失、固定比例损失或者承诺最低收益等情形, 也不得使用安全、保本、收益有保障等可能导致投资者不能准确认识私募基金风险的表述, 或者向投资者宣传预期收益率、目标收益率、基准收益率等类似表述。</p> <p>第八条, 私募基金管理人不得直接或者间接将私募基金财产用于借(存)贷、担保、明股实债等非私募基金投资活动。</p>

第三部分\

关于私募基金保底协议效力的司法实践

保底协议多数是各方合意的结果, 但其保底的性质和意图却在一定程度上违背了私募基金的风险投资本质。因此关于保底协议效力及性质认定一直是司法实践中的争议点和难点。虽然监管层面上, 大体可以认定保底协议原则上不合规, 会招致行政处罚和行业处罚, 但若产生争议

诉诸法院, 却不一定会被认定无效。保底协议的效力将因不同的类型与提供主体而产生不同的认定结果。

1、保本保收益承诺

在过往司法实践中, 对于外部第三方提供的保本保收益承诺, 法院通常予以支持, 而对于基金管理人等委托投资关系中的受托人所提供的保本保收益承诺, 则存在不同的认定结果和理由: (1) 认定无效, 无效的理由通常为保底收益

违反了风险自担和委托代理法律制度的内涵；(2) 认定有效, 有效的理由通常为保底收益的约定是各方真实意思表示, 且不违反法律、行政法规的强制性规定(证监会的相关监管规定并非法律、行政法规的强制性法律规定); (3) 也有法院穿透本质认定保底收益的约定是以委托投资为表现形式的借贷, 按照民间借贷处理。

此外, 关于保本保收益承诺的效力, 地方高院和最高院也有相关的解释和审判指导意见。江苏省高级人民法院曾于2004年发布《关于审理委托理财合同纠纷案件若干问题的通知》, 明确要根据合同法、证券法及相关法律法规的规定, 正确认定合同效力: 对于被认定成立以委托理财为表现形式的借贷关系的合同效力, 应根据人民法院审理借款合同纠纷的一贯原则认定; 对于被认定有保底条款的委托合同的效力, 除受托方为证券公司外, 一般应认定为有效, 委托人请求受托人按照约定返还本金及约定回报的, 人民法院应予支持, 但是由于市场风险导致受托人难以履行合同, 受托人请求减少支付超出正常孳息部分的回报的, 人民法院酌情予以调整; 根据《证券法》第一百四十二条、第一百四十三条固定, 证券公司办理经纪业务, 不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺, 因此对于证券公司与客户签订有保底条款的委托合同的, 应认定合同无效。北京市高级人民法

院于2007年发布的《北京市高级人民法院关于审理金融类委托理财合同纠纷案件若干问题的指导意见(试行)》中, 亦明确金融类委托理财合同中的保底条款, 原则上不予保护。对于履行此类合同发生的损失, 法院应当根据当事人各方的过错程度以及公平原则, 确定各方当事人应当承担的责任。而最高人民法院2019年发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“《九民会议纪要》”)第92条也进一步明确信托合同、商业银行等金融机构作为资产管理产品的受托人与受益人订立的含有保证本息固定回报、保证本金不受损失等保底或者刚兑条款的合同, 人民法院应当认定该条款无效。

虽然当前实践中对于私募基金管理人等提供的保本保收益承诺效力的审判标准不一, 但结合相关法院的审判指导意见尤其是最高院发布的九民会议纪要, 仍然可以确定, **对于私募基金管理人等委托投资关系中的受托人所提供的保本保收益承诺, 法院倾向于认定无效。**且九民会议纪要第30条中明确强制性规定设计金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的应当认定为“效力性强制性规定”, 该条规定进一步为法院以违反强制性法律规定认定保底收益约定无效提供了审判依据和合理理由。

保本保收益承诺效力认定的相关司法判例梳理如下:

提供主体	效力认定	认定理由	案例
基金管理人等受托人提供	无效	保底收益的约定违反了《公司法》关于风险共担的规定,属于无效条款。	济南市中级人民法院(2014)济商初字第140号
		委托理财关系中,保底条款免除了委托人应承担的部分投资风险,使民事权利义务失衡,不符合“民法”上委托代理的法律制度构成,也违背公平原则,应属无效。	上海市第一中级人民法院(2016)沪01民终10509号、 上海市浦东新区法院(2016)沪0115民初58930号
	有效	1、保底条款出自真实意思表示,且符合投资人和管理人双方的最大利益,应为有效; 2、中国证监会关于不得在销售资产管理计划时向投资者违规承诺保本保收益的规定,应当是出于金融管理方面的考虑,系行政管理与行业自律的要求,并非法律、行政法规的强制性规定,因此,即便管理人对于部分投资者作出了保本保收益的承诺,也仅仅是违反了金融管理的要求,并不能据此认定当事人之间的保底协议无效。	深圳市中级人民法院(2017)粤03民终7851号、 青岛市中级人民法院(2020)鲁02民终7770号
	实为民间借贷	相关协议内容约定投资人仅到期收取固定收益,不承担经营风险,故协议虽名为投资,实为民间借贷法律关系,相关主体应按照约定的借款本息进行支付。	北京市海淀区人民法院(2015)海民(商)初字第41954号、 重庆市第二中级人民法院(2018)渝02民终2247号、 江西省南昌市中级人民法院(2018)赣01民终1827号
外部第三方提供	有效	第三方向投资人出具的保本保收益承诺系第三方的真实意思表示,且内容不违反法律、行政法规的强制性规定,应为有效。	杭州市下城区人民法院(2019)浙0103民初4133号、 杭州市中级人民法院(2020)浙01民终2954号

2、份额回购/转让

与保本保收益承诺不同,份额回购/转让协议是通过未来一定时期或一定条件下的回购/转让交易安排实现对投资人投资权益的保障,具有保底的隐蔽性和回购/转让交易的合理性。对于基金管理人或普通合伙人作为份额回购方或受让方的份额回购/转让协议,尽管存在被法院穿

透认定为保本保收益承诺,以违反资本市场规则而被认定无效,但更多的司法判例基于回购/转让交易的合理性、各方意思表示的真实性和对公共利益的无害性认可了其有效性。对于基金管理人/普通合伙人之外的其他投资人或有限合伙人及外部第三方作为份额回购方或受让方的份额回购/转让协议,法院也通常尊重各方真实意思

表示, 认定协议有效。

值得说明的是, 虽然《九民会议纪要》第92条规定了资产管理产品的受托人与受益人达成保底或刚兑条款, 不论形式为何, 均应无效。但同时第89条也明确规定了, 信托业务项下资产或者资产收益权转让及回购协议, 无论转让方所转让的标的物是否真实存在、是否实际交付或者过

户, 只要合同不存在法定无效事由, 人民法院依法予以支持。该条款虽未明确针对私募基金业务, 但也在一定程度上表明了最高院对于资管产品中资产或资产收益权及回购协议效力的认可。

份额回购/转让协议效力认定的相关司法判例梳理如下:

提供主体	效力认定	认定理由	案例
基金管理人/普通合伙人提供	无效	回购协议本质系保证委托人本金不亏损并取得固定收益的保底协议, 该协议导致双方权利义务严重失衡, 违反资本市场规则, 应属无效。	北京市海淀区人民法院(2020)京0108民初5521号
	有效	1、份额/股权回购协议一般约定的是在触发一定条件后对投资人的股权进行回购的内容, 该类协议系对将来发生事实的交易约定和安排, 未违反法律、行政法规的强制性规定, 应属合法有效。 2、履行回购义务主体为合伙企业的普通合伙人, 为普通合伙人以自有财产垫付投资方投资, 而非目标合伙企业, 无碍于公共利益。 3、商事活动中的正义体现为过程正义, 而非结果正义, 在案件审判中, 应更多关注案涉协议签订过程中当事人的主观争议, 而非投融资方商业博弈的结果。所谓保底条款, 本质上是当事人之间基于意思自治原则约定管理人对一方或部分投资人的投资利益采取保底措施, 不仅是市场交易中的常见现象, 也存在相应的法理依据。对于法律明文禁止的, 应为有效。	北京市第三中级人民法院(2018)京03民终11826号、 武汉市中级人民法院(2018)鄂01民终6237号、 江西省高级人民法院(2019)赣民初60号、 深圳市罗湖区人民法院(2019)粤0303民初2187号
其他投资人/有限合伙人提供	有效	构成刚性兑付的前提是资产管理产品的发行人或管理人对投资者投资本金及收益的承诺及兑现, 但投资者之间并不构成刚性兑付的主体。	北京市第一中级人民法院(2019)京01民终10584号
		劣后级有限合伙人对优先级有限合伙人就其对合伙企业投资保障所达成的协议, 并非属于合伙企业利润分配约定, 被告以合伙份额回购约定违反私募基金利益共享、风险共担的基本原则为由主张约定无效, 缺乏依据。《承诺函》中关于合伙份额回购的约定, 合法有效, 具有约束力。	浙江省高级人民法院(2020)浙民终548号

提供主体	效力认定	认定理由	案例
外部第三方提供	有效	《回购承诺函》签订主体并非涉案基金的基金管理人或基金销售机构,与投资者之间不存在委托关系。基金份额可依法转让,相关份额回购/转让不违反相关法律、行政法规的强制性规定,合法有效。回购条件成就,相关方应依约履行。	杭州市中级人民法院(2020)浙01民终1958号、 上海金融法院(2018)沪74民初1003号

3、差额补足

《九民会议纪要》第90条对结构性资管产品中劣后级受益人提供的差额补足义务作出了规定,“信托文件及相关合同将受益人区分为优先级受益人和劣后级受益人等不同类别,约定优先级受益人以其财产认购信托计划份额,在信托到期后,劣后级受益人负有对优先级受益人从信托财产获得利益与其投资本金及约定受益之间的差额承担补足义务,优先级受益人请求劣后级受益人按照约定承担责任的,人民法院依法予以支持”;第91条对差额补足协议的相关性质作出了规定:“信托合同之外的当事人提供第三方差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持等类似承诺文件作为增信措施,其内容符合法律关于

保证的规定的,人民法院应当认定当事人之间成立保证合同关系。其内容不符合法律关于保证的规定的,依据承诺文件的具体内容确定相应的权利义务关系,并根据案件真实情况确定相应的民事责任”。可见,在私募基金投资领域,判断差补协议的有效性应根据差补协议的实质内容,重点判断差额补足义务人是否为私募基金管理人、代销机构或利益关联方。对于私募基金管理人、代销机构及其利益关联方提供的差额补足协议,司法实践中一般以违反资本市场规则认定为无效;对于其他投资人及外部第三方提供的差额补足协议,一般认定为有效。

差额补足协议效力认定的相关司法判例梳理如下:

提供主体	效力认定	认定理由	案例
基金管理人提供	无效	委托代理关系中受托人的行为后果应由委托人承担, 保底条款约定由受托人对代理行为自行承担民事责任, 实质将投资风险完全分配给受托人, 既违反了委托代理制度的法律规定, 也使投资风险分配不平衡, 从而对资本市场的正常运作造成妨碍, 故保底条款效力不能得到法律上的承认。	上海金融法院(2018)沪74民初1003号
其他投资人/利益相关方提供	有效	在没有证据证明其与投资人签订的差额补足协议系履行公司代表行为的情况下, 基金管理人的法定代表人与投资人之间签订的差额补足协议系其个人自愿签订行为, 应为有效。	济南市中级人民法院(2019)鲁01民终1775号、 宁波市北仑区人民法院(2019)浙0206民初1983号
		投资人之间对于投资风险及投资收益的判断分配, 属于当事人意思自治范畴, 其他投资人及利益相关方对部分投资者的本金安全即最低收益承诺不损害公司及公司债权人利益, 没有增加证券市场的风险, 不违反法律、行政法规的强制性规定	杭州市中级人民法院(2018)浙01民初4803号
	无效	保底承诺的作出方虽非基金管理人, 但却是基金管理人的法定代表人和间接股东, 系利益共同体, 案涉差补补足协议实为双方规避监管而作出的约定, 内容违反资本市场规则, 不利于金融市场的风险防范, 有损社会公共利益, 应为无效合同。	广州市中级人民法院(2019)粤01民终16045号
外部第三方提供	有效	1、第三方单方以书面形式出具差额补足协议, 系第三方本人的自愿行为, 协议有效; 2、《私募投资基金监督管理暂行办法》的性质为部分规章, 并非法律、行政法规, 且第十五条为管理性规定而非效力性强制性规定, 也并未限定第三人提供差额补足, 故案涉差额补足承诺函具有法律效力。	最高人民法院(2018)最高法民终667号、 杭州市中级人民法院(2020)浙01民终1958号、 上海市第一中级人民法院(2018)沪01民终14299号、 上海市浦东新区人民法院(2015)浦民一(民)初字第43690号

4、保证

保证通常为投资关系或债权债务关系之外的第三方提供的保证担保, 因此, 私募基金中作为保底协议的保证, 一般是私募基金管理人及其利益相关方之外的外部第三方提供的保证担保。

对于保证的效力认定, 适用现行《民法典》《公司法》《合伙企业法》等中关于保证担保的相关规定。需说明的是, 对于保证人为法人主体的, 法院在认定保证的效力时, 公司内部关于担保事项的决策程序也是重要的审查因素, 如存在越权担保

情形, 保证仍将可能被认定为无效。

外部第三方提供的保证效力认定的司法判例梳理如下:

提供主体	效力认定	认定理由	案例
外部第三方提供	有效	《承诺函》中载明的如基金管理人未足额兑付投资人本金及利息, 则由外部第三方来共同承担投资人的本金损失, 该内容构成保证担保的意思表示。该表示系当事人意思表示, 且不违反法律行政法规的强制性法律规定, 应为有效, 保证人应当依据协议承担相应的保证义务, 向投资人支付基金投资损失	济南市中级人民法院(2020)鲁01民终4310号、 武汉市中级人民法院(2020)鄂01民终10593号、 上海市浦东新区人民法院(2019)沪0115民初68672号

第四部分 小结

经过对上述不同类型保底协议效力认定的梳理、归纳与总结, 我们可以看出:

1、相较于其他保底类型, 保本保收益承诺更容易被认定为无效。虽然目前裁判尺度不一, 但随着金融监管的加强和有关法律规定的出台, 司法认定私募基金中保本保收益承诺无效, 将趋于一致。

2、基金管理人、基金销售机构及其利益相关方等资管产品的受托人具有资本的受托/管理义务, 其向投资者提供的各种类型的保底协议, 更容易被法院以违背资本市场规则和损害金融公共秩序等被认定无效。

因此, 鉴于不同类型保底协议效力风险点

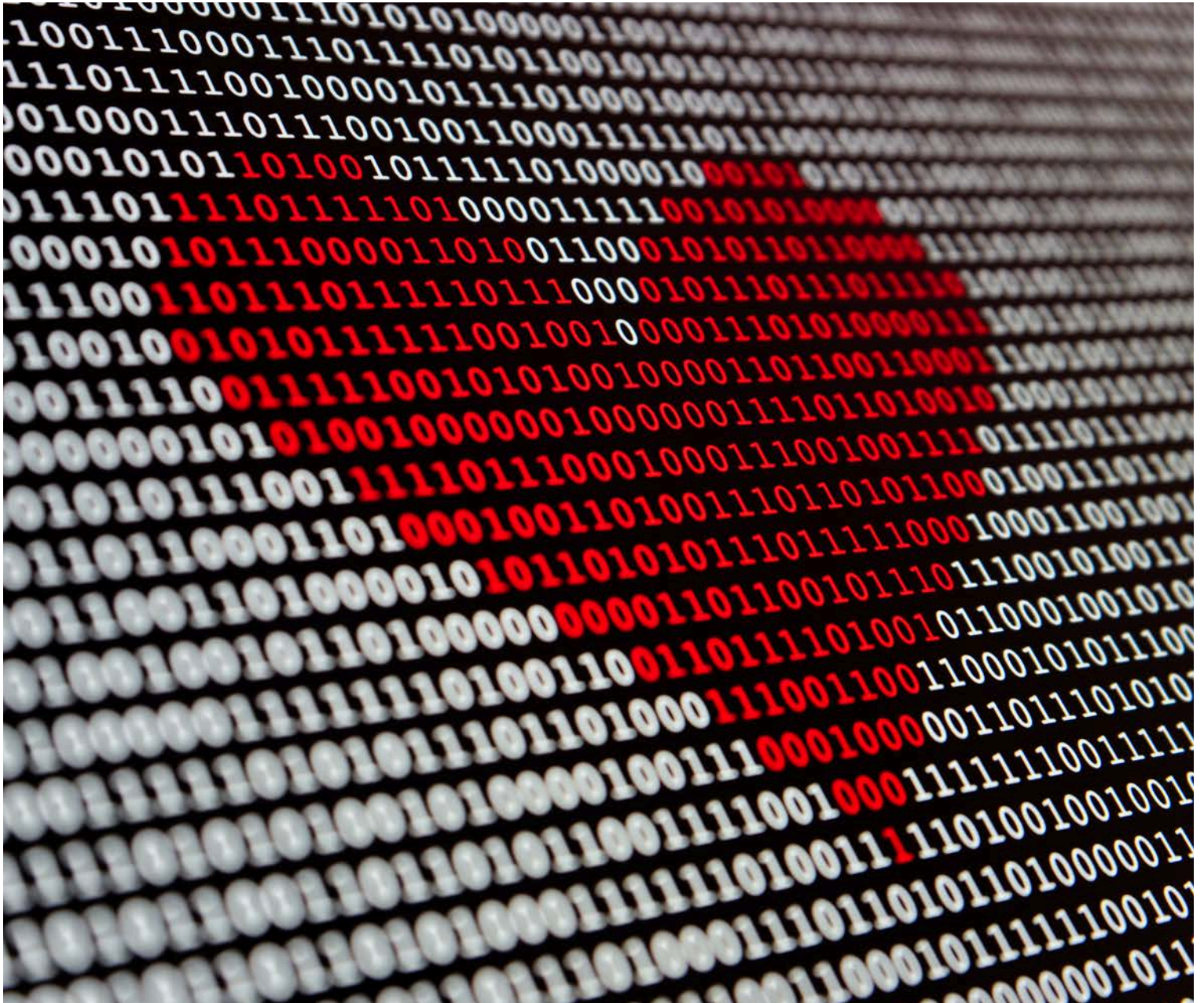
各有不同, 建议各方在签订相关文件时, 充分考虑各类型协议的风险点, 审慎明确权利、义务关系, 确保文件合规有效, 实现投资双赢。



孙彬彬
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3021
sunbinbin@zhonglun.com

数据交易场景： 数据流转跟踪的法律思考

作者：樊晓娟、印磊、洪嘉宾、竺雨辰



2020年4月9日，中共中央、国务院发布的《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》指出要加快培育数据要素市场；随后，工信部及各地方纷纷出台政策鼓励数据交易和数据交易场所建设。数据交易市场方兴未艾，截止2020年12月，全国已建成和列入建设计划的数据交易场所达22家¹。

尽管如此，数据交易的活跃程度并未紧跟数据交易场所的建设速度。究其原因，很大程度是因为法律制度上的空白，例如，数据权属的确认、可交易数据范围的划分、数据的定价规则、数据需方取得数据后违约利用的处理等。这些法律空白使得市场主体对于法律风险难以把控，从而参与数据交易的意愿较低。我们在与数据企业的沟通中，就被问及在数据交易中，如果需方购得标的的数据后超出合同原定范围使用标的的数据，甚至违约向第三方提供数据，供方如何处理。本文就试图结合这个现实中常见的问题，从法律角度探讨数据交易场景下数据流转跟踪的应用。²

第一部分\ 数据流转跟踪的技术支持

根据《民法典》的规定³，如果需方违反合同规定的范围使用标的的数据或向第三方提供标的的数据，对方可以追究其违约责任。但是，在此之前，尤其是在涉及诉讼、仲裁的情况下，供方需要能够举证证明需方存在违约的事实，可能包括供方已经向需方实际提供的标的的数据范围、需方对标的的数据的实际用途、违约使用的标的的数据范围、违约向第三方提供标的的数据情形下的标的的数据去向等标的的数据的流转轨迹。

数据不同于实物，实物的占有转移是可视的；数据又不同于专利权等权利，法律对专利权等权利的转移设定了一定的登记制度。数据流转

轨迹需要通过一定的技术手段对数据流转的过程实施跟踪方能实现，而无法单纯的依赖常识和法律。这些技术可简要概括为数据流转跟踪技术。举例而言，某知名电商平台的高管在接受央视一档节目的采访⁴中介绍到，该公司在向上游合作伙伴共享商品库存、销量等供应链信息数据时，为避免合作伙伴可能泄露信息，在技术保障上，对共享的每一条数据都加了数字追踪码，从而知晓共享的数据是否流转到其他场景。这就是数据流转跟踪技术的一种应用。

除了以上的举例介绍外，在中国国家知识产权局的公告中，已经有多项数据流转跟踪技

1. 数据来源：中国信通院《大数据白皮书（2020）》。
2. 本文的讨论针对数据本身的流转和跟踪相关的法律问题，不包含关于cookie的讨论。
3. 《民法典》第五百七十七条：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”
4. <https://tv.cctv.com/2021/02/20/VIDE9iYcf2waAQJicUYmlgEx-210220.shtml?spm=C22284.P87019257382.EMqe9pBD7J5t.2>

术取得或正在申请专利,例如数据流转的监控方法、装置、电子设备及存储介质(申请号202011074899.3)、一种基于标签的混合云信息保护和数据流转跟踪方法(申请号201910610057.6)等。

数据流转跟踪的应用对于保护标的数据安全,确保标的的数据在适当范围内流转,保护相关主体的合法权益都具有积极意义。

第二部分\ 数据流转跟踪的法律思考

目前,除《数据安全法(草案)》以及少量推荐性国家标准外,针对数据流转跟踪的立法尚处于空白。以下结合法律草案、国家标准及现行中国法律,归纳了几点关于数据流转跟踪的法律思考。

(一) 跟踪的授权

中国国家标准《信息安全技术 数据交易服务安全要求》(GB/T 37932-2019)(以下简称“37932号标准”)第7.3条e项规定了数据交易服务机构应确保交易实施环节中,“对于在线数据交付模式,数据交易服务机构应在供需双方的数据传输链路上部署数据监控工具,具有完备的数据保护机制和数据泄露监测能力。”根据该

项国家标准,数据交易服务机构需要部署数据监控工具。但是,一方面,37932号标准仅是推荐性国家标准,不属于国家法律或行政法规,不具有强制力;另一方面,该标准主要针对数据交易服务机构提出要求,而非针对数据交易的供需双方。

缺乏必要授权的数据流转跟踪存在导致侵权的法律风险。因此,在今后的立法中,需要考虑在必要范围内,给予供方一定的授权,允许供方或指定技术服务提供方(“跟踪实施主体”)利用数据流转跟踪技术,跟踪标的的数据在交付后的流转轨迹。当然,除了法律规定外,交易合同中就数据流转跟踪应用的授权范围予以约定则更有利于保护交易各方。

(二) 跟踪的范围

《网络安全法》第二十七条规定任何个人和组织都不得从事窃取网络数据等危害网络安全的活动⁵。在数据流转的跟踪过程中,跟踪实施主体需要确保跟踪技术不会导致窃取约定范围外的网络数据。

在此情况下,即使相关交易文件中,约定了数据跟踪的充分授权,但是在跟踪的实际操作中机器如果自动抓取到的其他网络数据,是否

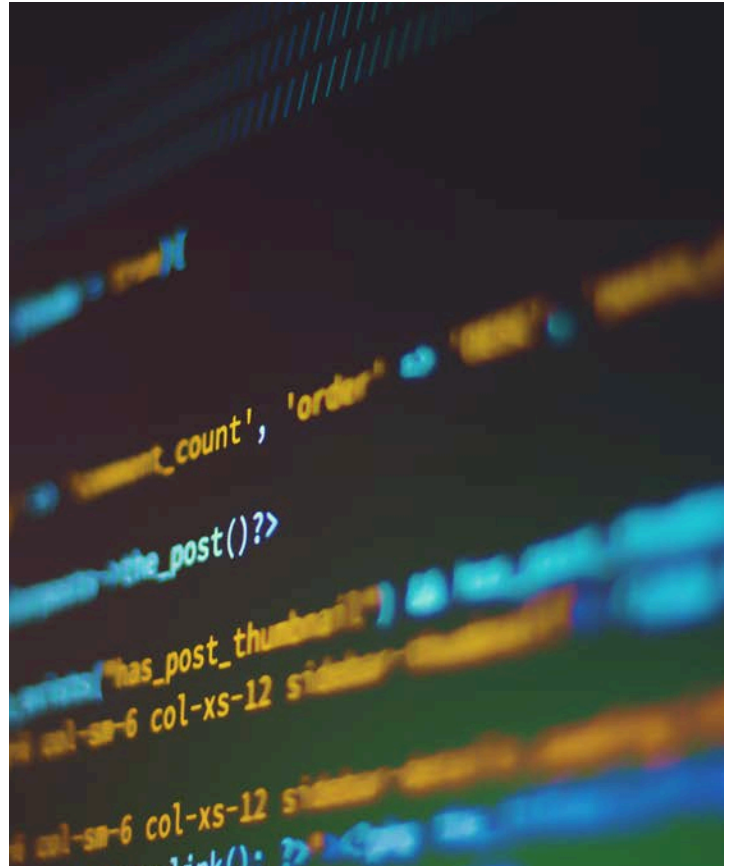
5.《网络安全法》第二十七条:“任何个人和组织不得从事非法侵入他人网络、干扰他人网络正常功能、窃取网络数据等危害网络安全的活动;不得提供专门用于从事侵入网络、干扰网络正常功能及防护措施、窃取网络数据等危害网络安全活动的程序、工具……”

属于超出授权范围,又是否会落入窃取网络数据的范畴呢?因此,在今后的立法中,需要结合数据的分级分类保护制度,考虑在通过风险评估的基础上为数据流转跟踪提供合理范围的豁免。而从市场主体的角度来说,在现行法律框架下,为降低超范围跟踪所引发的法律风险,约定标的的数据仅在特定私域的流转和限制标的的数据的复制或许是一个解决方案。基于法律授权以及合同约定,跟踪实施主体只要跟踪到标的的数据流出特定私域或标的的数据超权限复制,即可确认标的的数据被超范围使用,从而减少抓取其他网络数据的需要。

(三) 跟踪所得数据的权属和利用

在跟踪技术的应用过程中自然会形成新的数据。由于现行法律法规对数据权利归属尚无现成的完善规定。对于数据利用,《数据安全法(草案)》等法律法规对于数据安全保护多为原则性规定。

因此,在现行法律框架下,除了遵循一般的数据安全和个人信息保护原则性规定外,市场主体在合同中限定跟踪所得数据的权属和利用权限,预防跟踪所得数据的不当利用,从而对供需双方造成不必要的损失。



(四) 涉及第三方的法律责任

由于数据流转的无形、无感等特点,数据流转的实际轨迹很难预估。例如,由于需方违约将标的的数据转发给第三方,或者黑客从需方处窃取标的的数据分发给第三方等情形都是在预估之外的。因此,在数据流转的跟踪过程,难免会涉及到第三方。假设排除跟踪实施主体存在主观恶意,仅因某些客观原因,数据流转跟踪中抓取了第三方的数据,甚至损害了第三方的权益,相应的法律责任如何确定和承担将是个较为复杂的法律问题,需要区分不同情况予以分析。

从立法的角度而言,或可考虑给予数据跟踪产生的法律责任附条件的豁免;从商业角度说,保险公司或可考虑开发特定的责任险产品,承保某些偶发的技术原因导致的第三方损失,也可考虑通过立法赋予保险公司特定情况下的追偿权。当然,无论是立法的设计还是保险产品的可行性,都还有一段探索之路。

第三部分\ 展望

展望未来,以下两个方面或将有助于推动数据流转跟踪的机制完善。

(一) 技术标准

数据流转跟踪的实施基础是稳定而可靠的技术。因此,数据流转跟踪亟待相应的技术标准出台,包括基本技术规范、接口开放、操作流程等,也包括与区块链、人工智能等不同技术之间的交叉应用。技术标准的统一将使得数据流转跟踪的安全性、可靠性有所保证。

(二) 完善立法

光有技术是不够的,数据流转跟踪,也需要得到法律支持,数据交易中供需双方及可能涉及的第三方才能得到有效的法律保护。除前文

已经提及的数据跟踪的授权、范围、涉及第三方的法律责任等问题,立法需要考虑的问题还很多,例如数据跟踪的流程、技术提供方的责任、跟踪实施主体的资质等等。

第四部分\ 结语

数据交易市场已经迎来蓬勃发展的契机,技术和法律都有待完善。即使在大数据领域,数据流转跟踪技术尚属于新兴技术,但假以时日,该技术成熟而广泛的应用将对保护和促进数据交易,活跃数据交易市场提供动力。当然,本文只是一些畅想和思考,希望可以为数据交易市场的发展带来一些启发;特定项目中,数据流转跟踪的真正实施还有待根据具体情况具体分析。



樊晓娟
合伙人
私募基金与资管部
上海办公室
+86 21 6061 3669
fanxiaojuan@zhonglun.com

技术成为竞争力核心， 科技型企业商业秘密保护 应何去何从？

作者：顾萍、贾媛媛、伍波、崔晓霞



2021年2月26日, 最高人民法院知识产权法庭宣判了我国法院史上判赔金额最高的侵害商业秘密案件(以下称“香兰素”案), 赔偿金额为1.59亿元。该案是典型的因核心技术人员工离职而引起的侵害商业秘密的案件, 最高院判定傅某(为权利人嘉兴中华化工公司前员工)、王龙科技公司(傅某就职的新公司)及其法定代表人王某等共同实施了侵害商业秘密的行为, 并承担连带责任。本案对科技型企业具有重要的借鉴意义。对于科技型企业来说, 核心技术是其重要的竞争力, 也是企业赖以生存、保持竞争优势的关键。然而, 随着技术人才的流动和技术合作的开展, 企业的商业秘密不可避免地披露给其员工或合作对象, 也因此存在被非法披露或使用的风险。在实践中, 尽管我国司法机关已经采取各种举措来解决商业秘密权利人维权难的问题, 但是权利人败诉的案件仍占65%¹, 明显大于胜诉的案件数量。胜诉率低的主要原因在于科技企业内部没有完善的商业秘密管理体系, 对企业自身的研发资料和技术文档的管理不规范, 与员工或技术合作方之间关于技术秘密的约定不清楚和技术材料交接的管理不规范。本文将结合笔者在实际处理案件过程中的实务经验, 针对科技型企业如何建立完善的商业秘密管理体系, 如何在员工离职或入职时以及与他人进行技术合作时有效地保护商业秘密, 提出以下建议, 谨供参考。

第一部分 建立企业商业秘密管理体系

最高院《商业秘密司法解释》(法释〔2020〕7号)第六条²为企业提供了保密措施方面的实操指引, 我们建议企业可以该司法解释为参考, 建立适合企业自身的管理体系。具体而言, 企业可

以采取以下方式:

(一) 制定商业秘密保护制度, 确定商业秘密的范围和层级, 并且指定商业秘密保密责任人

1. 根据自身的实际情况, 建立、完善企业内部保密管理制度, 根据商业秘密的类型来选择保护途径, 例如作为商业秘密保护或申请专利保护。

2. 明确企业商业秘密的范围, 对不同程度的商业秘密进行分级, 例如, 分为绝密级、机密级、一般性、其他等。分级后, 企业可以明确哪些员

1. <https://mp.weixin.qq.com/s/WINW2OX00mJLG-AQoBAXGw>

2. 《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》第六条: 具有下列情形之一, 在正常情况下足以防止商业秘密泄露的, 人民法院应当认定权利人采取了相应保密措施: (一) 签订保密协议或者在合同中约定保密义务的; (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的; (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的; (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的; (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、复制等措施的; (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, 继续承担保密义务的; (七) 采取其他合理保密措施的。

工可以接触哪一级商业秘密，将商业秘密保护工作落实到实处。

3.成立商业秘密保护部门，落实岗位职责，做到责权明确，可以施行业务主管负责制，也就是说，谁需要用到商业秘密，谁就需要负责保密。

(二) 针对员工进行商业秘密保护培训

企业往往更重视对员工职业能力的培养，因为这会为企业提供更直接的利润来源，但却忽略了商业秘密保护工作不完善可能会为企业带来的负面影响。企业需要重视商业秘密的培训，将其作为每位员工必知的工作内容，要让员工明确商业秘密的概念、侵犯商业秘密的法律后果，在思想上力争让员工杜绝其侵犯商业秘密的念头。企业员工专门的保密教育及其培训记录是被司法实践认可是一种有效的保密措施。

(三) 与员工签署内容明确的保密协议、竞业限制协议

这也可用以证明企业为保护自身商业秘密采取了一定的保密措施。具体建议将在下一部分中详细论述。

第二部分 涉及员工的商业秘密保护

本文所引用的“香兰素”案，是典型的因核心技术员工离职而引起的侵害商业秘密的案件。在我们处理的案件中，虽然大多数的企业都与员工签署有保密协议，或在劳动合同中设置了保密条款，但大多均为格式条款，通常规定得不及时、不具体、没有针对性，为在后期维权过程中留下较大隐患。企业应在员工入职或离职时注意以下方面的内容：

(一) 与员工签订保密协议以及竞业限制协议，约定员工相关义务的同时可辅助证明企业对商业秘密保护采取了一定的保密措施³

1.保密协议和竞业限制协议并非择一的关系，二者各有侧重而不能互相替代，前者主要约定员工的保密义务，后者主要约定或限制员工的再就业权利，该观点也已被(2017)最高法民申2964号判决认定。因此，我们建议企业与员工同时签订两个协议，从不同角度保护商业秘密。

我们建议企业在员工入职时就签订保密协议与竞业限制协议，以防员工申请离职后出于种种原因不愿意或拖延协议的签订，比如“香兰素”

3.《劳动合同法》第二十三、二十四条，《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》第六条

案件，权利人前员工傅某就在离职时拒绝签订保密协议。

2. 虽然目前从法律规定到司法实践均认为不宜对保密措施提出过高的要求，但我们**建议企业仍然需要针对企业所属行业的特点、商业秘密载体等具体内容与员工签订具有针对性的、范围具体的保密协议**。例如，在(2015)穗云法知民初字第558号民事判决书中，法院认为原告仅以签订保密协议以及劳动合同中的保密条款的方式对相关人员进行约束，不足以认定其采取了与商业价值对应的具体保密措施。

3. 建议企业根据自身发展变化及时与员工更新签署保密协议与竞业限制协议。

在笔者处理的案件中，权利人是一家跨国企业A，员工甲在入职时就与A签订了保密协议与竞业限制协议。员工甲入职三年后，A被另外一家企业B全资收购，但企业B未及时与企业A的原员工签订新的保密协议以及竞业限制协议，导致企业B在追究员工甲离职后侵犯原企业A商业秘密的过程中有诸多不便。

因此，我们建议**当企业自身发生重大变化，如公司名称变更、投融资、并购等，导致员工的劳动关系发生变动，或者当员工的工作内容、职称发生变化时，及时与员工重新签署相关协议，以防出现上述案例的情形造成后续维权的不便。**

(二) 离职员工档案的交接管理

在离职员工引发的技术秘密侵权案件中，通常权利人发现侵权行为时，相关员工已离职多年。而企业并未完善地保存多年前员工的相关资料，这时再搜集相关员工在原单位接触、获悉商业秘密的资料时，就增加了很大难度。鉴于此，在员工离职时，企业要注意：

1. 保留员工在职期间与企业商业秘密有关的接触记录，如工作记录、电脑、邮件等

最高人民法院作出的(2015)民申字第550号判决认为，商业秘密侵权判定原则即“**接触+相似或实质性相似-合法来源**”，因此证明**离职员工在职期间“接触”商业秘密至关重要**。所以我们建议在员工离职时，保留员工与商业秘密有关的文档或设备，如电脑硬盘，签字的会议纪要、对机密信息的文件访问记录、离职交接材料清单等。

如笔者曾经遇到的一个案件中，法院就以被告离职交接清单中载明的内容，认定被告能够接触到原公司的商业秘密，结合其他证据证明其将商业秘密提供给新用人单位，其行为侵犯了权利人的商业秘密，应当承担相应的侵权责任。

2. 要求离职员工登记、返还、清除、销毁其接触或获取的商业秘密及载体

企业在员工离职时，除一般的离职清单外，还应要求员工登记、返还、清除、销毁其接触或者获取的商业秘密及其载体，包括各种原复印件及

备份件,并签署销毁承诺,以防止员工将商业秘密备份件给第三方。如“香兰素”案中,前员工傅某将存有商业秘密材料的U盘给到了被控侵权人。

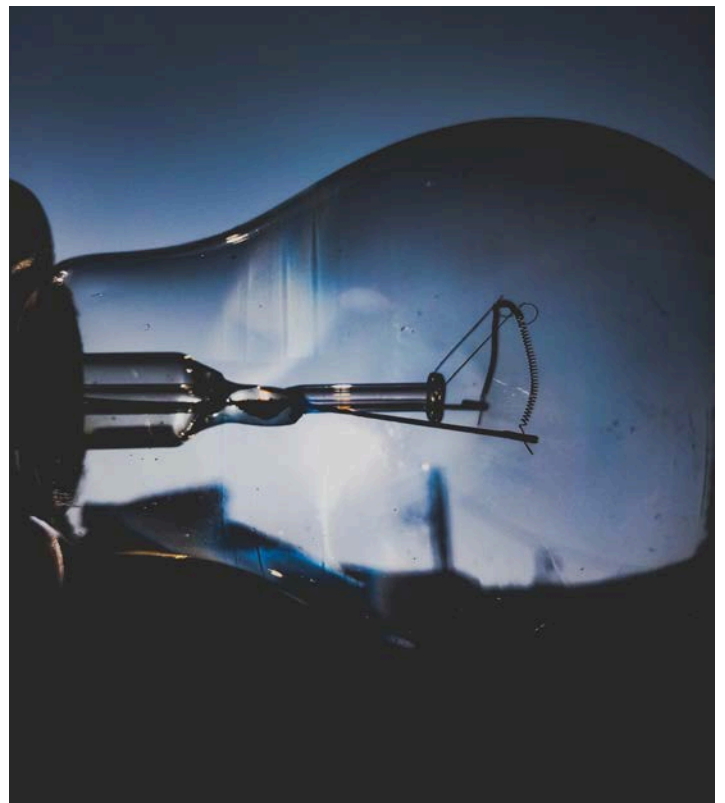
第三部分\ 企业之间合作过程中商业秘密保护

商业秘密纠纷虽然多发于员工、前员工离职,但是,也有不少是源于企业之间的合作,包括合作开发或委托开发等。这种纠纷属于典型的“违约型”侵犯商业秘密纠纷,合作方往往是通过合法的方式知悉了企业的商业秘密,但是,后期由于商业利益的驱动,非法披露、使用或允许他人使用企业商业秘密。对于企业之间合作过程中如何保护企业自身的商业秘密,我们建议:

第一,通过合同的方式明确知识产权归属。一般而言,双方合作之前的知识产权权属不会有太大争议,而对于在合作过程中形成的商业秘密却很容易产生纠纷。在笔者处理的案件中,权利人委托被诉企业生产设备,被诉企业后续利用权利人的商业秘密与他人交易并获利,甚至在诉讼中主张该商业秘密归自己。权利人提供了其与被诉企业合作过程中签署的合作协议作为证据,其中对合作过程中产生的知识产权的归属明确约定属于权利人,最终,法院依据合作协议判

定该商业秘密归属于权利人。

第二,在合作过程中,对相关图纸、数据、技术资料等原始材料及其交接记录进行妥善保存。在笔者代理的上述商业秘密案件中,虽然权利人对技术研发本身也投入了极大的人力物力,且在商业上取得了显著的成功,但是,权利人在初期未重视对相关技术研发资料的保存,导致研发资料和记录并不完善,在维权过程中增加了难度。虽然我们后期在诉讼中,提供了其他证明材料并进行了合理解释,权利人最终赢得了案件。但是,这也提醒我们,企业在研发过程中,一定要做到相关原始资料的保管工作。



第四部分\ 侵犯商业秘密的法律后果

依据2019年修订的《反不正当竞争法》第二十七条之规定,经营者侵犯商业秘密的,应当承担民事责任、行政责任和刑事责任。

一、民事责任

《民法典》第一百七十九条规定了承担民事责任的方式,通常在商业秘密侵权案件中的民事责任包括停止侵害和赔偿损失等。

1. 停止侵害

停止侵害(禁令)、或行为保全等请求或措施是权利人或者被诉侵权人在商业秘密侵权案件中的核心关注点。停止侵害往往意味着权利人可以排除被诉侵权人对于涉案商业秘密的使用而重新拿回市场份额,而被诉侵权企业有可能会因为无法再继续使用商业秘密而永久退出市场。

2. 赔偿损失

据统计,自2013年至2017年判赔额最高为2014年的1100多万,最低为2016年的1000元。⁴随着国家对于发定赔偿数额的提升,商业秘密保护的力度也在不断加大,判赔金额呈上升趋势。最高人民法院在(2019)最高法知民终562号一案中作出首例惩罚性赔偿判决,判决中法院根据被诉侵权人的侵权恶意顶格五倍判赔3000万。

“香兰素”案更是作出了1.59亿的史上最高额赔偿。值得一提的是,最高院在二审判决中提及,该涉案侵权行为本可适用惩罚性赔偿,但因涉及新旧法律适用衔接的问题,本判决并未适用惩罚性赔偿,但向权利人释明可另行寻求救济。

二、行政责任

《反不正当竞争法》第二十一条规定了侵犯商业秘密需要承担的行政责任:可由监督检查部门责令停止违法行为,没收违法所得,处十万元以上一百万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上五百万元以下的罚款。

三、刑事责任

最高人民检察院、公安部发布的《关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》的通知(2020),将侵犯商业秘密罪的入刑标准由原来的五十万元降低到三十万元;《刑法(2020)修正》第二百一十九条将侵犯商业秘密罪的法定最高刑提高到了十年。显然,立法体系不仅从民事上加大了对权利人的保护,而且在刑事责任上也进一步降低了入罪门槛、提高了刑期以期达到更强的刑法震慑目的。

“香兰素”案二审法院在认定高额赔偿的同

4.北京市高级人民法院知识产权庭课题组,《反不正当竞争法》修改后商业秘密司法审判调研报告

时, 也表明将移送相关线索给公安机关处理。相信在民事已有生效判决的情况下, 刑事责任也将很快明确。

“香兰素”案1.59亿的高额判决, 以及近期出台的相关法律法规, 无不传达着国家鼓励创新、保护商业秘密、打击侵权行为的目標。虽然目前形势一片大好, 但企业在商业秘密保护的前期管理或者维权诉讼中, 仍有很多问题亟需解决。我们建议企业要注重完善知产管理制度, 在商业秘密侵权案件中尽早委托律师介入, 搭上当前知识产权保护快车, 更好的在前期准备阶段搜集到对己方有利的证据, 更好的维护自己作为权利人或者被诉侵权人的合法权益。 ☞



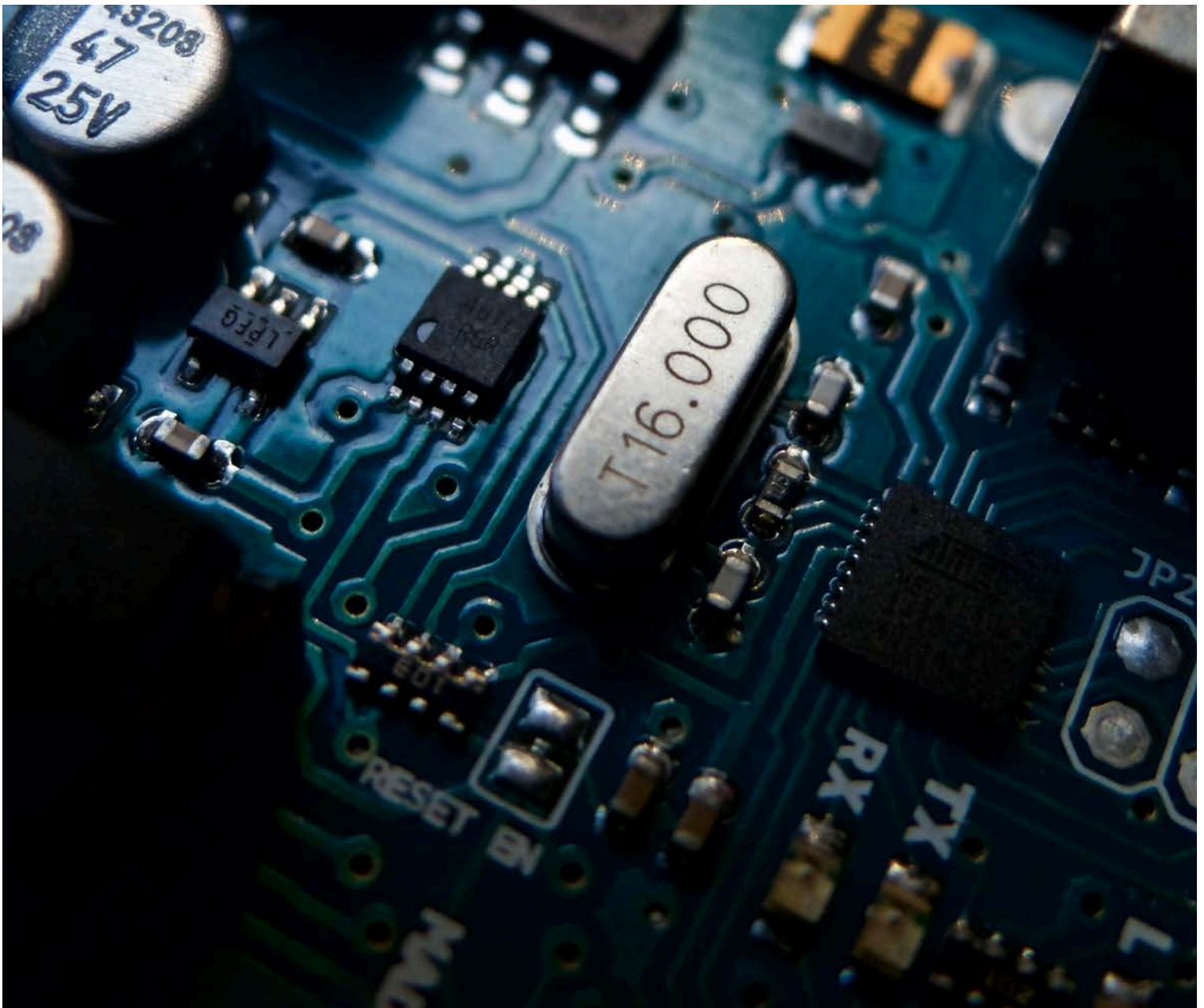
顾萍
合伙人
知识产权部
纽约办公室
+86 10 5957 2089
guping@zhonglun.com



贾媛媛
非权益合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2342
jiayuan yuan@zhonglun.com

刍议集成电路布图设计 专有权的法律保护

作者：王广巍、冯颖宁



集成电路的保护是知识产权保护的重要组成部分,但集成电路布图设计的侵权案件却相对鲜见。2021年2月26日,最高人民法院知识产权法庭通报了2020年技术类知识产权典型案例,其中纳入了其受理的首起集成电路布图设计侵权的二审案件。¹鉴此,笔者特结合既往案例,梳理相关法规,以一窥我国集成电路布图设计的法律保护制度之概貌。

2001年4月2日,国务院发布《集成电路布图设计保护条例》(下称“《条例》”)。同年,国家知识产权局(下称“国知局”)相继发布《集成电路布图设计保护条例实施细则》(下称“《细则》”)、《集成电路布图设计行政执法办法》。经多年实践,国知局又于2019年4月发布《集成电路布图设计审查与执法指南(试行)》(下称“《指南》”),对集成电路布图设计的行政审查与执行做出指引。

第一部分\ 集成电路布图设计专有权的保护条件

根据《条例》第八条、第十八条,集成电路布图设计经国知局登记后方可受到保护,而国知局仅对登记申请做形式审查。因此,集成电路布图设计专有权的保护条件可理解为如下两个层次:其一为形式要件,即通过形式审查后登记产生专有权的条件;其二为实质要件,即登记产生的专有权具有实质效力的条件。²

(一) 形式条件:经形式审查后进行登记

1. 积极条件:提交符合法定要求的材料

根据《条例》第十六条,申请集成电路布图设计的,申请人应当提交申请表、复制件或者图样;如果该布图设计已投入商业利用的,还应当提交

含有该布图设计的集成电路样品。

在《条例》基础上,《细则》第二章对申请材料提出了进一步要求。其中,《细则》要求提交的纸件至少应放大到用该布图设计生产的集成电路的20倍以上;申请人也可在提交复制件或图样纸件的同时,提交包含布图设计全部信息的电子版本;另外,复制件或图样还可以附具简单的文字说明,对布图设计的结构、技术、功能和其他事项加以说明。

2. 消极条件:登记申请未超出法定时限

根据《条例》第十七条,布图设计应当自其在这个世界上任何地方首次商业利用之日起2年内提出登记申请,否则国知局将不再予以登记,申请人只能通过专利等其他途径寻求保护。³如果申请的布图设计通过国知局形式审查的,布图设计

1. 最高人民法院(2019)最高法知民终490号案。
2. 法律规定上,集成电路布图设计专有权的取得仅以登记为要件,而本节实质要件系对特定的集成电路布图设计在侵权诉讼中能够最终得到保护的条件的归纳。二者的区别在最高人民法院(2019)最高法知民终490号二审判决中也有论述。
3. 《条例》第十七条。

设计专有权自申请日起生效,且保护期为10年,起算日为登记申请之日或在世界任何地方首次投入商业利用之日。

(二) 实质条件:充分公开且具备独创性

1. 布图设计应当充分公开

充分公开虽然不是明文要求,但从制度目的、侵权判断的角度可以推知,充分公开系布图设计专有权的实质条件。

一方面,与专利法相类似,布图设计专有权的制度逻辑也是以技术公开作为专有权保护的代价,以有期限的保护换取社会公众对先进技术的接触。因此,如果申请人不充分公开其布图设计即可获得专有权保护,将有违制度逻辑。

另一方面,布图设计的侵权判断需要比对被控侵权产品的布图设计与申请登记的布图设计。若申请登记的布图设计没有充分公开,那么侵权判断将失去比对基础,权利人也不可能得到任何保护。例如,有法院就认为,“原告提交的布图设计图样只有两层金属层图样……无法确定包含有源元件在内的各种元件与互连线路的具体内容”,因而不予支持原告告诉请。⁴

当然,需要注意的是,充分公开仅意味着公开的程度应明确具体,而不要求公开的范围为全部公开,《细则》第十五条即允许在申请日前没有投入商业利用的布图设计在申请时包含部

分保密信息。

另如前述,《细则》要求申请人提交的纸件至少应放大到用该布图设计生产的集成电路的20倍以上,这显然是为充分公开而做出的规定。不过,考虑到集成电路的布图设计日益复杂精细,申请者提交的纸件不能仅以规定的20倍为限,而应尽量充分公开其申请保护的所有独创性部分。

2. 布图设计应当具备独创性

(1) “独”:是创作者的智力劳动成果

“独创性”的“独”,要求布图设计应当是由创作者自己的研发成果,而非对他人成果的复制或者抄袭。与《著作权法》相似,《条例》并不排斥独立创作的但雷同的布图设计。对于自己独立创作的布图设计,即便与他人的布图设计碰巧相同,创作者也可自由使用。⁵

(2) “创”:不是公认的常规设计

“独创性”的“创”,要求创作时,布图设计在布图设计创作者和集成电路制造者中不是“公认的常规设计”。根据《指南》,判断是否为“公认的常规设计”的“布图设计创作者和集成电路制造者”,应当知晓现有常规设计规则和制造工艺,知晓在受保护的布图设计创作时所有的公

4. 参见南京中院(2013)宁知民初字第42号一审民事判决书,这一观点也在二审和再审程序中为江苏高院和最高院所维持。

5. 参见《条例》第二十三条第三项。

认的常规设计⁶, 类似于专利法中的“本领域技术人员”。

第二部分\ 集成电路布图设计专有权的保护范围

一个集成电路中往往包括成千上万个电路元件和互连线路, 不可能其中的所有三维配置都受保护。因此, 在侵权比对前, 首先应当界定专有权的保护范围, 即权利人对于布图设计的哪些三维配置享有专有权, 以及专有权的权利边界止于何处的问题。

(一) 确定保护范围的既有司法规则

《指南》公布前, 并没有明文规定应如何确定专有权保护范围, 所以司法实践中, 法院曾有过不同观点, 其间的差异和变化颇可见得集成电路布图设计法律保护制度的特点。

1. 以登记时提交的复制件、图样或样品来确定保护范围

深圳中院在一起案件一审中认为, “布图设计专有权的保护范围应当以布图设计授权文件所确定的三维配置为准。权利人提交的布图设计的复制件或者图样, 或者提交的集成电路样品均用于确定这种三维配置。”⁷最终, 该院调

取了涉案集成电路申请时提交的样品, 以此作为侵权比对对象。可见, 该观点认为, 布图设计的复制件、图样或者样品, 均可单独用以确定专有权的保护范围。

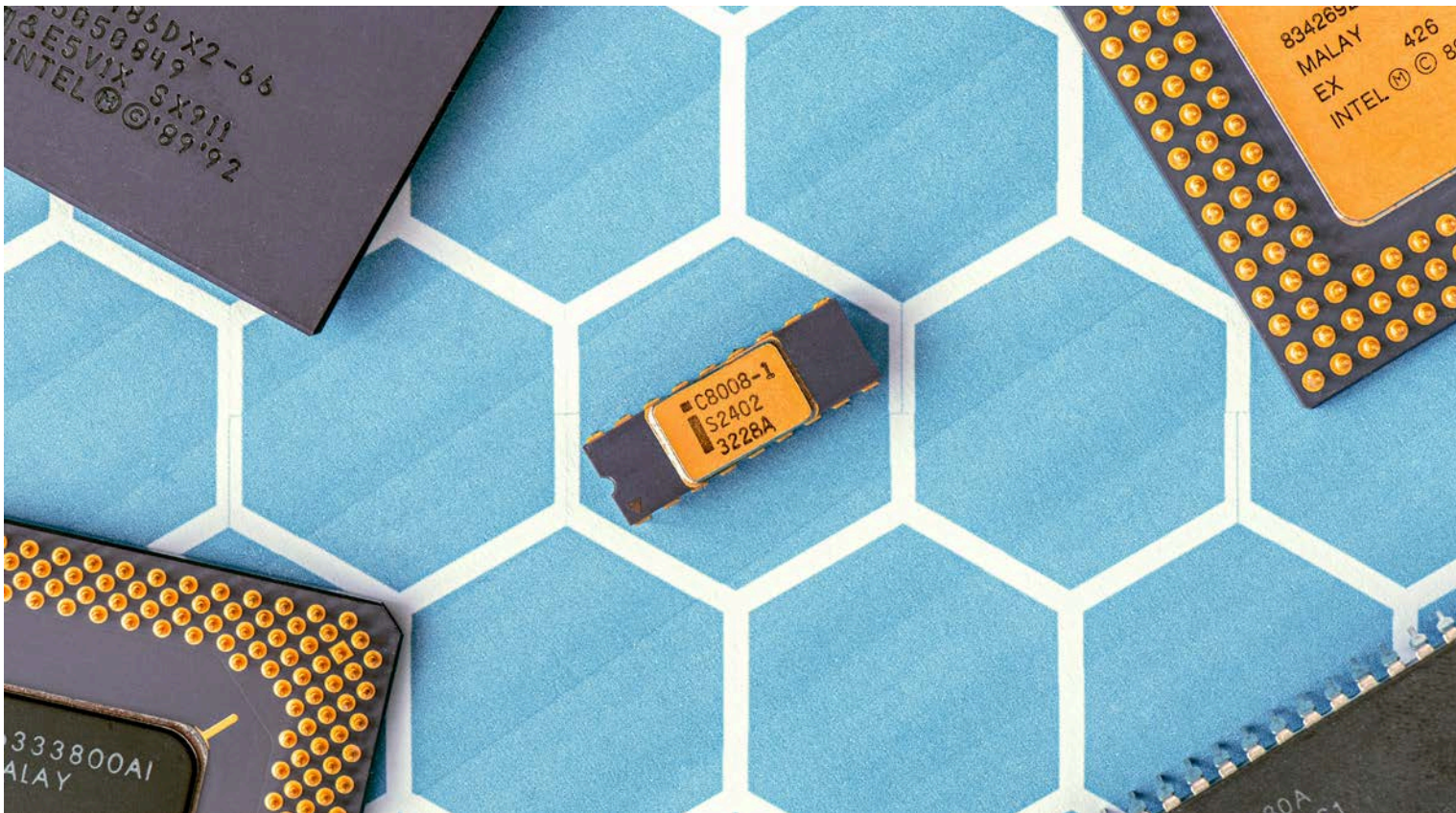
2. 以登记时提交的复制件、图样来确定保护范围

南京中院有案例认为: “布图设计的内容应当以提交在国家知识产权局申请文件中并经公告公示的布图设计复制件或者图样确定, 布图设计专有权的保护范围也应当以此确定。在复制件或者图样的电子版本、集成电路样品中包含了与复制件或者图样所确定的布图设计时, 其一致的布图设计部分也可以用来确定保护范围。”⁸这一意见也得到江苏高院及最高法院的支持。

此外, 深圳中院也认为, “当发生申请人备案的电子版、芯片样品载体所反映的布图设计与备案的复制件或图样载体所反映的布图设计不同或不完全相同, 应以备案的复制件或图样载体所反映的布图设计作为权利保护范围的依据。”⁹

该观点认为, 备案的布图设计复制件、图样是确定保护范围的根本依据, 而复制件或图样

6.《指南》第65页
7.广东高院(2014)粤高法民三终字第1231号二审民事判决书。
8.江苏高院(2013)苏知民终字第0181号二审民事判决书。
9.深圳中院(2012)深中法知民初字第398号一审民事判决书。



的电子版本, 以及样品等, 只有在其包含的布图设计与复制件、图样中的一致时, 才能辅助确定保护范围。

3. 以芯片生产过程中的掩模版来确定保护范围

在产业实践中, 集成电路的制造是以布图设计的图样为依据, 制备相应的光刻掩模版, 再依据光刻掩模版的图样按顺序对基片进行一系列技术处理, 制造出符合图样定义的电子元件、连线, 并形成电路的。因此, 掩模版作为集成电路设计与制造环节的中间产品, 在某些案例中被作为确定布图设计保护范围的依据。

例如, 南京中院在另一起案件一审中认为, “光刻掩模版通过一定技术手段实现了布图设计图样图形的转移, 用于制造管芯, 其固定了管芯及封装后的集成电路的布图设计。”¹⁰因此, 该院调取了用于生产涉案管芯的光刻掩模版作为侵权比对对象。

无独有偶, 三年后同样是南京中院的另一案件中, 在认可以布图设计复制件或图样确定保护范围的情况下, 该院指出“布图设计可以由图样确定并体现, 也可以由相应的光刻掩模版体现。”¹¹因此, 该观点实质上是在认同以布图设

10. 南京中院(2009)宁民三初字第435号一审民事判决书。
11. 南京中院(2013)宁知民初字第42号一审民事判决书。

计的复制件、图样确定保护范围的前提下,以光刻掩模版作为图样的载体,进而进行侵权比对。

综上,第一种观点与第二种观点明显龃龉,而最高法院态度鲜明地支持了第二种观点。理由主要为:(1)复制件或图样是所有布图设计登记时必须提交的材料,但只有申请时已投入商业利用的布图设计才需提交样品;(2)样品虽然是布图设计的载体,但公众无法直接通过样品获悉布图设计的具体内容,若以样品确定保护范围,同样有违“以公开换保护”的机制。¹²

对于第三种观点,笔者以为,虽然芯片制造过程中,光刻掩模版需重现交付制造的布图设计的图样,但提交登记的复制件、图样与实际制造过程中的图样未必完全一致,这一事实仍需证明或查实:如果不一致,那么第三种观点无疑有失偏颇。例如,权利人的布图设计若未充分公开,而法院径直以光刻掩模版作为比对基础,有为当事人扩大保护范围之嫌;如果是一致的,那么第三种观点实质上即是为便于开展鉴定等调查而对第二种观点进行改良的结果。

(二)《指南》中确定保护范围的规则

在法院观点逐渐统一的过程中,国知局也通过《指南》对保护范围的确定做出指引。根据《指南》第63-64页:(1)布图设计专有权的保护范围应以在申请文件中提交的、且经公告公示

的布图设计的复制件或图样确定;(2)如果复制件或图样尚不足以完整、清晰地反映布图设计的内容,那么可以对样品进行反向剖析,在确认与复制件或图样一致的情况下,辅助确认保护范围,这与前述第二种司法观点是一致的;¹³(3)权利人提交申请时,如果对布图设计的独创性进行过具体说明,则相应的说明应视为权利人在具体案件中主张的保护范围。

(三) 集成电路布图设计专有权的权利内容

知识产权的本质是禁止权,即禁止他人对某些客体进行某些行为的权利。在《条例》公布前,虽然我国没有集成电路布图设计专有权,但企业均能自由进行集成电路的设计、制造、进口、销售;在《条例》公布后,集成电路布图设计专有权的权利人始得禁止其他企业对特定客体进行特定行为,而特定客体及特定行为,即是集成电路布图设计专有权的权利内容,具体有复制权和商业利用权。

1. 复制权

根据《条例》第三十条第一款,“复制受保护的布图设计的全部或者其中任何具有独创性的部分的”,属于侵权行为。结合《条例》第二条第四

12. 参见最高法院(2015)民申字第785号再审民事裁定书。
13. 这一观点在最高人民法院(2019)最高法知民终490号案中再次得到确认。

款，“复制，是指重复制作布图设计或者含有该布图设计的集成电路的行为”。因此，复制权控制的行为是“重复制作”，客体是“布图设计”或“含有该布图设计的集成电路”。

2. 商业利用权

根据《条例》第三十条第二款，“为商业目的进口、销售或以其他方式提供受保护的布图设计、含有该布图设计的集成电路或者含有该集成电路的物品的”，也属于侵权行为。

可见，商业利用权控制的行为是“为商业目的”而“进口、销售或以其他方式提供”。所以，如果是为个人目的或为评价、分析、研究、教学等非商业目的的行为，不构成商业利用权侵权。商业利用权控制的客体是“布图设计”、“含有该布图设计的集成电路”或“含有该集成电路的物品”。相较于复制权，商业利用权的权利范围显然更大。如果某电器使用了含有受保护的布图设计的集成电路，无论受保护的布图设计对电器整体而言的比例高低或重要性几何，该电器也在商业利用权的禁止之列。

14. 国家知识产权局集成电路布图设计行政执法委员会集侵字[2017]001号行政处理决定书。

第三部分 集成电路布图设计专有权的侵权救济

对于侵权救济而言，权利人可能主要关注侵权救济的途径及侵权判断的比对。

(一) 侵权救济的途径：司法和行政并举

根据《条例》第三十一条，布图设计的侵权纠纷可以选择向法院起诉和请求国知局处理的方式加以解决。但需注意的是，国知局仅有权处理布图设计的侵权纠纷，对于权属纠纷等，当事人仍只能向法院起诉。例如，在国知局处理的首起集成电路布图设计侵权纠纷中，被请求人即对涉案布图设计的权属提出质疑，但因为行政执法委员会无权处理权属争议，所以被请求人只能向法院另行起诉。¹⁴

(二) 侵权比对的对象：有独创性的部分

侵权比对的最小单位就是专有权保护的最小单位。根据《条例》第三十条第一款及《指南》第65页，即使是经过登记、已产生布图设计专有权的集成电路布图设计，其受保护的部分也仅限于其中具有独创性的部分，这即是专有权保护的最小范围。

“具有独创性的部分”指的并不是个别元件

或连接,而应当是相对独立的模块,即具备电子功能的相对独立性、物理边界的相对独立性。例如,触发器、计数器、放大器、振荡器等模块,因其具有完整的电路功能,可认定为独创性区域;但是像晶体管、电容等不能构成独立功能的电路,就不能构成独创性区域。¹⁵

在布图设计的侵权诉讼中,法院首要确定的往往是独创性。但具备独创性属于无法直接证明的消极事实。因此在司法实践中,如果权利人已申请获得了布图设计专有权,则法院将推定涉案布图设计具有独创性,无独创性的举证责任由被告承担。对此,具有代表性的司法观点认为,“积极事实的主张者若想否定消极事实主张者的主张,只需简单举出反证即可。如果被诉侵权人不能证明其主张,就要承担对其不利的法律后果。”¹⁶

(三) 侵权判断的规则:接触+实质性相似+无免责事由

与著作权法的侵权判断相类似的,布图设计专有权的侵权判断也遵循“接触+实质性相似+无免责事由”的思路。

1. 有接触可能性

接触可能性的认定,要求被告的布图设计晚于原告,否则如果被告的布图设计专有权成立在先,即便二者的布图设计完全相同,被告也

不可能构成侵权。¹⁷

在此前提下,接触可能性的认定还需要区分涉案的集成电路布图设计是否已经投入商业利用。如果涉案布图设计已投入商业利用,则在后的被告将被推定有接触权利人在先的布图设计的可能性;如果涉案布图设计未投入商业利用,则权利人应当举证,证明被告有可能接触到在先未投入商业利用的布图设计,例如,被告曾向国知局查阅过该布图设计的纸件等。

2. 实质性相似

因为集成电路布图设计的内容微缩且技术性强,法院在进行实质性相似的比对时,往往需要依靠反向工程等手段进行技术鉴定。司法实践中,该技术鉴定一般是为解决如下两个问题:(1)是否具有独创性;(2)是否构成实质性相似。如前所述,虽然布图设计独创性作为消极事实,应由被告举证加以反驳,但因为独创性是实质性相似鉴定的逻辑前提,而且比对前也需要筛选掉无独创性的内容,所以鉴定机构也多会先鉴定独创性之有无。而鉴定意见虽然是法院查明侵权事实的重要参考,但并非是唯一依据。法院会结合鉴定意见查明的技术情况,从法律角

15. 张军、苏会静:《集成电路布图设计独创性探讨》,《中国知识产权杂志》3月11日。

16. 江苏高院(2015)苏知民终字第00114号二审民事判决书。

17. 相似案情参见深圳中院(2009)深中法民三初字第184号一审民事判决书。

度做出侵权与否的判断。

3. 无免责事由

所谓免责事由,即行为人在各项侵权要件成立后,因为符合特定规定而无需承担全部或部分侵权责任的特殊情形。根据《条例》相关规定,集成电路布图设计专有权侵权常见的免责事由主要有如下几项。

(1) 合理使用抗辩

根据《条例》第二十三条,有三类情形构成合理使用,可简称为为个人目的的复制、反向工程再创作、独立创作。

如果为个人目的或单纯为评价、分析、研究、教学等目的而对受保护的布图设计进行商业利用,行为人将不构成侵权,因为该行为并不受商业利用权的规制。有所区别的是,复制权并未限定行为人的目的要件,为个人目的或单纯为评价、分析、研究、教学等目的的复制行为本应在权利人的控制范围内,行为人只能基于《条例》第二十三条第一项免除侵权责任。

根据《条例》第二十三条第二项,在前述评价、分析受保护的布图设计的基础上,创作出具有独创性的布图设计的构成合理使用。这一规定认可行为人在反向工程后再创作行为的合法性。对集成电路行业而言,反向工程至少有两个作用。一是推动技术发展:法律允许的反向工

程,是在分析和研究的基础上,创作出更先进的集成电路,反向工程后的简单抄袭不足以构成合理使用,行为人仍应承担侵权责任。二是促进市场竞争:通过反向工程,可以创作出功能性和兼容性相近的产品,推动良性的市场竞争。

而与著作权相类似,独立创作的布图设计即便与他人的相同,仍得以自由复制或商业利用。但行为人如在侵权诉讼中援引本项合理使用,其应当提供独立创作的相关证据,而不能仅进行简单抗辩。

(2) 善意侵权抗辩

根据《条例》第三十三条,在获得含有受保护的布图设计的集成电路或含有该集成电路的物品时,不知道也没有合理理由应当知道其中含有非法复制的布图设计,而将其投入商业利用的,不视为侵权。

从该抗辩的举证责任来看,应由原告证明被告的主观状态不属于善意,这是司法案例和《指南》的一致观点。¹⁸原因在于,“不知道且没有合理理由应当知道”的主观状态作为消极事实,同样难以自证;此外,原告对这一主观状态的反驳举证却具有现实可能性,例如布图设计的登记公告仅包括相关著录项目信息,并不公开布图设计的具体内容,原告可举示被告曾查阅过

18. 参见《指南》第67页、最高法院(2016)最高法民申1491号再审民事裁定书。

涉案布图设计,即可推翻其善意侵权的抗辩主张。当然,如果行为人知悉其产品中含有非法复制的布图设计的,其虽然仍可继续销售,但销售范围仅限于现有存货或此前的订货,而且还应向布图设计权利人支付合理的报酬。

(3) 权利用尽抗辩

类似于专利法中的权利用尽原则,根据《条例》第二十四条,受保护的布图设计、含有布图设计的集成电路及含有集成电路的物品在合法投放市场后,他人可以自由进行商业利用,而不承担侵权责任。 ❷



王广巍
合伙人
知识产权部
上海办公室
+86 21 6061 3662
willwang@zhonglun.com



pietro-de-grandis-TTKaEPq66k-unsplash

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。