

七方法研



2021年第6期
共12期



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM

七方律师事务所

学无止境 · 方有未来

目录

民商纵横

- 01 个人信息出境的管理与规制 -----/孙志勇
- 07 典型国家和地区的 个人信息跨境提供 制度差异比较-----/管杰
- 14 个人信息处理合法性基础之基于法定许可的实务研究
——兼论《个人信息保护法》第十三条之实践应用-----/郑华
- 25 利用个人信息进行自动化决策的规则与规制
——《个人信息保护法》第24条实务解读 -----/王晓鹏
- 39 存在违章建筑的合法建筑部分的质量司法鉴定应当如何处理 -----/席绪军
- 47 建设工程施工合同无效后，承包人是否仍享有优先受偿权？ -----/朱好婕

家长里短

- 53 夫妻知情权与个人隐私权的冲突界定 -----/胡晓萍
- 57 上海新规发布前后，承租车位是否有优先购买权？ -----/邵弘高娃

罪与罚

- 61 侵犯公民个人信息罪中行踪轨迹信息的判断-----/傅建平、赵珞宏
- 67 “自洗钱”入刑适用之浅见 -----/赵珞宏
- 70 “洗米华”案之管辖研究-----/吴心成
- 75 《刑法》与《个人信息保护法》的衔接 -----/吴心成

目录

公司治理

- 80 破产别除权的权利基础和实现方式-----/郑华、李书静
- 88 股东垫资是否等同于股东出资？ -----/李剑、王年俊

财税金融

- 94 股票索赔前置程序取消后，对于证券虚假陈述案件的影响-----/七方民商法团队
- 100 《个人信息保护法》中的“单独同意”与金融活动 -----/李伟锋
- 104 《个人信息保护法》对保险业务询问环节的影响 -----/周松涛
- 109 因“未如实告知”被拒赔应该怎么办？ -----/管杰

聚焦劳动法

- 115 《个人信息保护法》背景下员工个人信息处理规则及企业应对 -----/李华平
- 121 入职4个月后离职，能否享受年终奖？ -----/谢亦团

知产知否

- 127 共享苹果ID侵权责任之研究 -----/孙志勇
- 132 专利敲诈勒索第一案，给了我们哪些提示？ -----/谢茂林

新锐风采

- 136 肖像信息应受《个人信息保护法》的规制 -----/李林芳



个人信息出境的管理与规制

作者：孙志勇

在经济全球化的背景下，特别是随着互联网经济的快速发展，个人信息的跨境流动不可避免，且日趋频繁，实践中个人信息的出境现象比比皆是。比如，国外企业在国内设立的子公司，基于国外母公司全球信息统一管理的要求，向境外母公司提供员工个人信息，或者提供在业务开展过程中收集的客户信息；还比如，在从事出国旅游、留学咨询、跨境电商等跨境服务过程中，不可避免地需要将在境内经营过程中收集的个人信息提供给境外主体，等等。

这种个人信息的跨境流动，在一定程度上有利于资源合理利用，有利于促进经

济发展，但是，如果保护不当，则可能会导致权利主体个人信息权益受损，甚至可能会影响国家安全和公共利益。因此，我国《个人信息保护法》对个人信息出境制定了严格的规则，就是要通过规则的设定，使个人信息跨境在信息的自由流通和安全之间找到平衡点。

为了细化和落实《个人信息保护法》等法律的要求，国家网信办于10月29日公布了《数据出境安全评估办法(征求意见稿)》，目前该意见稿还在征求意见过程中。本文就从《个人信息保护法》和《办法(征求意见稿)》出发，梳理我国个人信息出境的主要管理规则。





一、什么是个人信息出境？

个人信息出境，顾名思义，就是指个人信息处理者向境外提供在我国境内运营中收集的个人信息。那什么是“向境外提供”呢？目前尚没有明确和细化的规定。

但2017年8月，在《网络安全法》施行之后，全国信息安全标准化技术委员会曾发布了《信息安全技术—数据出境安全评估指南》（征求意见稿），其中对“数据出境”作了明确定义，该定义在当前情况下可作为理解“向境外提供”的参考。

根据《评估指南》，“数据出境”是指，“网络运营者通过网络等方式，将其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，通过直接提供或开展业务、提供服务、产品等方式提供给境外的机构、组织或个人的一次性活动或连续性活动”。与此同时，除了直接提供之外，

其还明确了以下三种情形也构成个人信息的出境：其一，向本国境内，但不属于本国司法管辖或未在境内注册的主体提供个人信息；其二，个人信息数据未转移存储至本国以外的地方，但被境外的机构、组织、个人访问查看的（公开信息、网页访问除外）；其三，网络运营者集团内部数据由境内转移至境外，涉及其在境内运营中收集和产生的个人信息的。

另外，《评估指南》也明确了以下两种情况，不应当认定为个人信息出境，一种是，并非在我国境内收集和产生的个人信息经由本国出境，未经任何变动或加工处理的；另一种是，并非在我国境内收集和产生的个人信息在境内存储、加工处理后再出境的。

二、个人信息出境的一般条件

我国《个人信息保护法》对个人信息出境采取的是审慎态度，其在第38条规定出境条件时，有一个前提就是该个人信息出境系“因业务等需要”，且“确需”出境的。也就是说，只有在业务所必需时，才能向境外提供个人信息，这与《个人信

息保护法》第5条所规定的处理个人信息必须遵循必要原则是一致的。

在符合该前提的情况下，《个人信息保护法》第38条还规定了四项条件，需要具备这其中的一项，才能使个人信息合法出境。这四项条件分别是：



(1) 通过国家网信部门组织的**安全评估**;

(2) 按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息**保护认证**;

(3) 按照国家网信部门制定的**标准合同**与境外接收方订立合同,约定双方的权利和义务;

(4) 法律、行政法规或者国家网信部门规定的**其他条件**。

与之前相比,《个人信息保护法》所规定的个人信息出境条件有所放宽,在国家网信办 2019 年 6 月发布的《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》第二条中,还明确规定:“网络运营者向境外提供在中华人民共和国境内运营中收集的个人信息,应当按照本办法进行安全评估”,表明监管机关曾经有意把安全评估作为个人信息出境的唯一条件。

显然,《个人信息保护法》的规定,非常明确地表明,并非所有的个人信息出境都需要通过国家网信部门的安全评估,而是从实际出发,根据企业发展状况等作出了不同的制度安排,这是符合客观实际的。毕竟大型企业、中型企业、小型企业等,其处理个人信息的种类、数量、技术能力、

防范风险能力等均不相同,个人信息出境后可能产生的危害后果也不相同。因此,对于一些大型企业等的个人信息出境,法律有明确规定必须经过网信部门的安全评估,而对于一些小型企业等,法律没有特别规定的则可以通过签订标准合同等方式来作为个人信息出境的条件。



那么,哪些情形下的个人信息出境必须经过安全评估或者主管部门审核呢?根据《个人信息保护法》的规定,主要有以下四种情形:

第一、关键信息基础设施运营者向境外提供个人信息



关键信息基础设施运营者，主要是指运营公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务、国防科技工业等重要行业和领域，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的重要网络设施和信息系统的运营者。正是基于其重要性，我国《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》都对此作了明确规定，明确要求其收集和产生的个人信息应当在我国境内存储，确需向境外提供的，应当经过安全评估。

作为一般企业而言，对自身是否属于“关键信息基础设施运营者”的身份无需过分担心，自去年起，国家网信部门会同有关主管部门在各行业和领域开展了“关键信息基础设施运营者”的认定工作，未被认定的则无需担心会违反该条规定。

第二、处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者向境外提供个人信息

网信部门规定数量，根据《数据出境安全评估办法(征求意见稿)》，其标准包括：(1) 处理个人信息达到 100 万人的个人信息处理者，或者 (2) 累计向境外提供

超过 10 万人以上个人信息或者 1 万人以上敏感个人信息。

值得注意的是，其一，该规定的计量单位是人数，而不是个人信息条数；其二，该规定的计量标准是累计数，而不是单次提供数。当然，该累计数量是指多长时间内的累计数量，是企业自成立之后向境外提供的个人信息都累计计算，还是在一个评估周期，即 2 年内向境外提供的个人信息累计计算，目前暂无明确规定，仍有待行政机关进一步明确。

第三、国家机关处理的个人信息

国家机关收集的个人信息，在数量规模和内容质量上都优于一般个人信息处理者，并可能涉及国家利益和社会公共利益，所以《个人信息保护法》在第 36 条规定，“国家机关处理的个人信息应当在中华人民共和国境内存储；确需向境外提供的，应当进行安全评估”。

第四、向外国司法或者执法机构提供存储于我国境内的个人信息

在全球化环境下，部分外国司法或者执法机构滥用长臂管辖，以执法或监管为名，要求相关企业提供信息、数据等，为制约此类行为，《个人信息保护法》在第 41

条规定，“非经中华人民共和国主管机关批准，个人信息处理者不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国

境内的个人信息”，为企业依法应对提供了依据。



三、个人信息出境的其他要求

除了严格遵守一般条件之外，个人信息的合法出境至少还应当符合以下要求：

履行充分告知义务

为了保障信息主体的知情权，同时方便信息主体行使权利，《个人信息保护法》第 39 条明确规定“应当向个人告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使本法规定权利的方式和程序等事项”。

获取单独同意

根据《个人信息保护法》的规定，个人信息处理者向境外提供个人信息时，需

要取得个人的单独同意。也就是说，对于此类对信息主体权益有重大影响的事项，需要权利主体的明示同意，之前通过用户协议或者隐私政策统一告知并取得用户同意的做法已经不符合合规性要求。

值得讨论的问题是，“单独同意”是否适用于所有向境外提供个人信息的情形？有观点认为，根据《个人信息保护法》第 39 条的规定，个人信息处理者向境外提供个人信息的合法性基础有且仅有基于个人单独同意这一条；也有观点认为，单独同意的适用条件，仅在个人信息处理者依据《个人信息保护法》第 13 条中的“知情同意”作为合法性基础的情形下



适用，如以其他情形，比如“实施人力资源管理所必需”的情况下，个人信息出境并不需要取得“单独同意”。从法律条文，特别是《个人信息保护法》第13条第二款规定的理解来看，笔者赞同第二种观点，以其他情形作为处理个人信息的合法性基础时，如果需要向境外提供，此时要考量的并不是取得个人的单独同意，而是是否存在向境外提供的必要，也就是是否“必需”。

事前自评估

与特殊情况下的个人信息出境需经过网信部门的安全评估不同，所有的向境

外提供个人信息，根据《个人信息保护法》第55条的规定，“个人信息处理者应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录”。

也就是说，完成个人信息保护影响评估是个人信息出境前的必经程序，而且根据规定，评估报告和处理情况记录应当至少保存三年。具体评估事项，《数据出境安全评估办法(征求意见稿)》第五条规定了应评估的六个方面内容，该评估报告同时也是申报网信部门安全评估应提交的必要材料之一。



个人信息出境，关系权利主体的权益保护，更关系国家安全、公共利益和数据主权。对任何企业而言，了解和掌握个人信息出境规则，对企业的业务模式、合规经营等都具有深远影响。



孙志勇

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方知识产权法律服务部 律师

上海律协知识产权业务研究委员会 委员

业务领域：知识产权、反不正当竞争、民

商事争议解决

联系方式：18918887908



典型国家和地区的 个人信息跨境提供 制度差异比较

作者：管杰



中华人民共和国个人信息保护法于2021年8月20日正式发布，其中第三章个人信息跨境提供的规则中，通过第38条到第43条总共六个条文，对个人信息的跨境提供进行了明确规定。作为其中最核心的法条，第38条规定，个人信息处理者因业务等需要，确需向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当具备下列条件之一：（一）依照本法第四十条的规定通过国家网信部门组织的安全评估；（二）按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人

信息保护认证；（三）按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同，约定双方的权利和义务；（四）法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对向中华人民共和国境外提供个人信息的条件等有规定的，可以按照其规定执行。个人信息处理者应当采取必要措施，保障境外接收方处理个人信息的活动达到本法规定的个人信息保护标准。

可见，我国现行的本人同意+安全评估+网信部认定的个人信息跨境提供模式，



一方面对于国家安全的维护起到重要的把关作用，但是在一定程度上失去了对某些行业尤其是效率优先的行业跨境传输优质数据的可能。放眼全球，不妨来看一下国际上各国家和地区的个人信息的跨境提供制度。

国际上个人信息跨境提供制度并没有

一套通行的标准。不同国家因自己的国情、需求、价值取向所驱动，采取的制度各不相同。有的制度倾向于维护人权，保护个人隐私；有的制度倾向于保证个人信息自由流通，发挥个人信息的数据经济价值；有的制度倾向于保障国家安全、维护社会稳定。

欧盟地区：以人权保护为核心

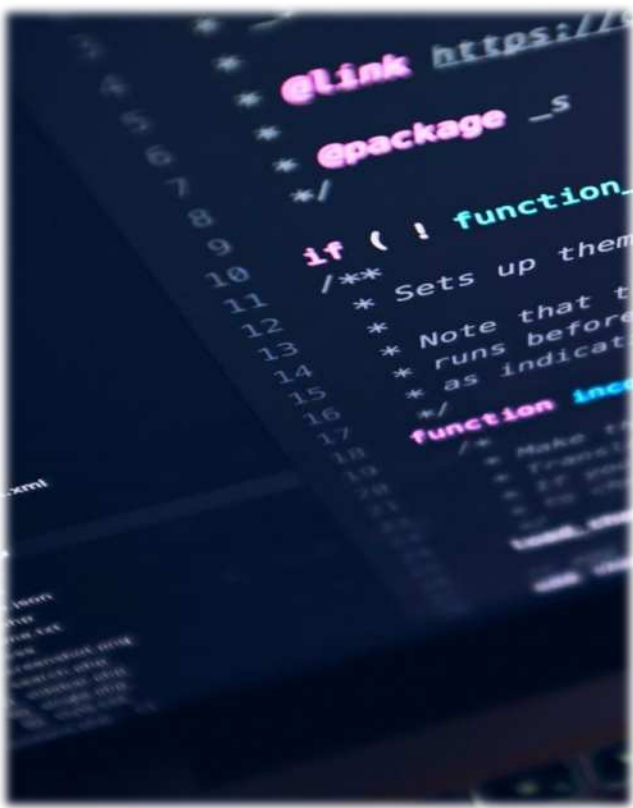
欧盟被认为是国际上在个人信息跨境提供制度上最有影响力的地区，以其严格的立法模式规制闻名于世。欧洲理事会在1953年就将“对隐私及家庭生活尊重的权利”作为《欧洲人权公约》中规定的人权之一。随着数据发展的不断加深，为进一步保护个人在数据传输中的个人信息权益，并同时促进个人信息的自由流通，欧盟于1995年制定的95指令中首次提出了“充分性认定”的要求，进行个人信息的跨境提供时，必须保证个人信息的接收国对个人信息的保护能力达到欧盟所认可的充分保护的水平。该要求为欧盟公民在域外的个人信息权益提供了相对充分的保障。但互联网时代的来临让个人信息的

安全问题层出不穷，欧盟因此提高了对个人信息权益保护法律要求，比95指令更加严格的《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, 以下简称“GDPR”)取而代之，建立了欧盟地区乃至全球范围个人信息保护力度的标杆。

对于不满足“充分性认定”的国家，想要在GDPR的规定下进行个人信息跨境提供，只有在采取适当保障措施，具体包括使用标准合同条款，明确个人信息提供方和接收方的责任义务以及遵守GDPR原则的承诺；使用约束性公司规则，在特定企业或集团的进行个人信息传输，使用符合GDPR原则的约束性公司规则，从而使集团内部进行个人信息跨境提供时不受



地理上处于不满足“充分性认定”的国家的传输限制；经批准的行为准则或认证机制，GDPR 会批准有关于跨境数据传输的行为准则和认证机制，满足行为准则或取得认证的情况下可以视为采取“适当保障措施”。



除了“充分性认定”以外，GDPR 还有其他的独特亮点。比如，GDPR 适用范围的“长臂管辖”，GDPR 第三条规定，无论个人信息处理行为是否发生在欧盟境内，只要是在欧盟境内设立实体的个人信息控制者和处理者所进行的任何个人信息处理活动，都受到 GDPR 管辖。此外，即使

设立于欧盟境外的个人信息控制者或处理者所进行的个人信息处理行为，在为欧盟境内的数据主体提供货物或服务和对数据主体在欧盟境内的行为进行监控的两种情况下，亦受到 GDPR 管辖。除此之外，设立独立的监管机构对投诉处理和违法行为采取措施，有效的救济赔偿措施及严格的惩罚力度（最高可达全球年度收入的 4% 或者 2000 万欧元）都是 GDPR 的非常典型的特点。

GDPR 规则虽然有很多创新性的特点，但对于欧洲以外大多数没有浓厚的人权概念作为底蕴的国家来说很难完全移植于本国的个人信息传输制度，加之 GDPR 规则在个人信息传输方面的严格限制影响了个人信息的流动和共享，导致很多企业的网站和服务屏蔽了欧盟地区。2018 年美国国家经济研究局发布 GDPR 对科技创业投资短期影响的报告表明，从 2017 年 7 月至 2018 年 9 月，GDPR 导致很多担心法律风险的企业宣布停止欧洲服务，造成中小企业陷入融资困境，降低欧洲市场活跃度，交易数量和私募资金数量分别减少了 17%

和 40%，在短期内削弱了欧盟数字经济竞争力。可见，欧盟 GDPR 制度在最大程度

促进个人信息流通，发挥数字经济价值方面确有其短板。

美国：经济利益最大化

作为 20 世纪以来世界最大的经济体，美国一直以来都拥有最强大的数据收集和分析的能力，坐拥谷歌、亚马逊、苹果等互联网产业龙头企业为其市场数据的流通提供了坚实的保障。与欧盟的人权保护原则不同，美国以经济利益为导向，尽可能最大程度地发挥和鼓励数据跨境自由流动，实现数据跨境流动的经济利益最大化。

不同于欧盟对个人信息跨境提供的专门统一立法，美国以行业自律为主要原则，除了在特殊领域和重要行业，例如军用和出口管理领域，医疗、教育等行业限制跨境数据流动外，主要是通过个人信息的保护行业标准，规制运营商对个人信息的跨境提供。主要标准有在线隐私指引及两家大型隐私认证企业 TRUSTe 和 BBBOnline 制定的两个隐私保护计划。在线隐私指引起到示范性的文本作用，由隐私认证企业 TRUSTe 和 BBBOnline 根据在线隐私指引

制定隐私保护计划，具体约束申请通过隐私认证的运营商，并对通过隐私认证的运营商颁发隐私标识，进行不定期考察。

与欧盟的原则上满足充分性认定或“适当保障措施”后方可跨境提供个人信息的模式不同，美国采取“事后问责型”监管模式。在运营商违反行业隐私保护计划后，由隐私认证企业对运营商作出处罚。

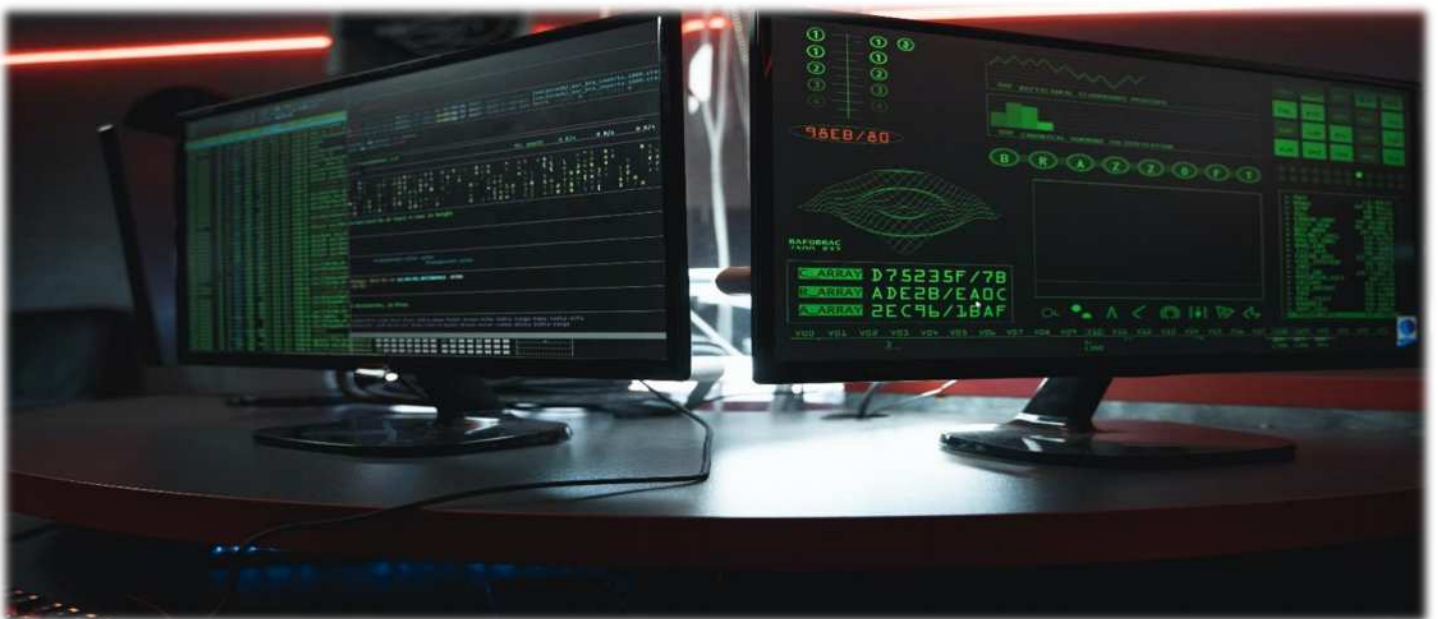
美国在个人信息传输方面的另一大特点是积极主导和大力推动有关个人信息跨境提供的双多边协议的缔结。影响力最深的莫过于与 2000 年和 2016 年分别与欧盟签订的《安全港协定》和《隐私盾协议》。

《安全港协定》是美国商务部与欧盟委员会达成的为保障美国运营商能到达欧盟充分性保护的标准，又能兼顾美国自律机制的协定。根据《安全港协定》，美国境内的运营商只要制定符合“国际安全港隐私原则”的隐私保护政策并向商务部书面报告，就可以加入公共目录中，可以接收和

处理来自于欧盟的个人信息。但由于 2015 年“棱镜门”事件的发生，欧洲法院对《安全港协定》作出了无效裁定，宣布了《安全港协定》退出历史舞台。但美国仍没有放弃与欧盟间自由进行个人信息跨境提供的尝试。2016 美欧达成了《隐私盾协议》，该协议弥补了《安全港协定》在保护国家安全层面的不足，在《安全港》的原有模式上，强化了个人信息保护的要求、对欧盟公民的权利和救济，增加了设计国家安全和执法层面的数据访问限制，施行美国政府和欧洲数据保护当局的联合审查机制等合作。但好景不长 2020 年 7 月 16 日，欧盟法院基于奥地利律师、隐私活动家 Max Schrems 诉 Facebook 系列案件，宣布

《隐私盾协议》无效。美国经历了与欧盟之间个人信息跨境提供领域的得而复失，失而复得，又得而复失的多次周折，可见美国为迎合欧盟充分性认定，以求发挥个人信息经济价值最大化所下定了的巨大决心和努力，相信欧美双方后续仍会尝试建立起全新的双边协议。

不仅在欧盟，为扩大在亚太地区的数
据跨境提供方面影响力，美国不遗余力地推广自身的制度和模式。2004 年的“亚太经合组织隐私框架”、2013 年跨境隐私保护规则、2015 年太平洋战略经济伙伴关系协议的成立，均是由美国在其中牵头，宣扬确保数据的自由流通，发挥其经济价值的理念。



俄罗斯：国家安全至上

俄罗斯的信息化产业进程中起步较晚，发展水平明显落后于西方发达国家及中国等新兴发展中国家，但是对于网络信息安全领域的安全及保护立法工作，俄罗斯政府历来非常重视，甚至可以说立法进程走在了经济发展的前面。

俄罗斯采用统一立法的模式，个人信息保护方面主要由《关于信息、信息技术和信息保护法》、《俄罗斯联邦个人信息法》、《俄罗斯联邦安全局法》等几部法律所规制。2013 年发生的斯诺登“棱镜门”事件让俄罗斯越发重视国家安全的重要性，促使其数次修改法律，对于个人信息存储和处理选择严格本地化方式。在《关

于信息、信息技术和信息保护法》规定：

“在互联网上传播信息的组织者应在俄罗斯联邦境内存储关于接受、传输、传递和/或处理互联网用户的语音信息、书面文本、图像、声音或其他关于这些互联网用户的电子信息，存储期限为在此类活动结束后 6 个月，并在联邦法律规定的情

况下开展调查活动或确保俄罗斯联邦安全的获得授权国家机构提供上述信息。”俄罗斯主要通过俄罗斯联邦电信、信息技术和大众通信监管局对个人信息进行监管和执法。执行惩治措施包括罚款、屏蔽违规服务、及将违法者加入“黑名单”等。



综上所述，欧盟地区的个人信息跨境提供的特点以统一的立法规制为主，以人权保护为核心理念，通过 GDPR 中创设的权利（如被遗忘权、可携带权等）和原则（如长臂管辖和充分性认定标准）不断扩大全球影响力的同时也成为各国在个人信息跨境提供保护力度上可以参考的一个标杆，但在数据自由的流动和共享方面，GDPR 偏重于对人权保护的严格标准可能会造成一定的阻碍，形成贸易壁垒。

而美国作为一个判例法国家，一直以来都不崇尚制定统一立法的思维模式，而是推行宽松自由的行业政策和标准。领先于世界上任何其他国家的互联网技术水平及经济水平，即使支持美国行业自律制度的基石，也是驱动美国不断通过数据交流，发展经济、

技术水平的动因。但并非所有国家都拥有美国的技术水平和经济实力，一味开放个人信息的流动性而缺乏有力度的保护，很可能对本国的社会环境和国际交流造成非常大的负面影响。

俄罗斯在个人信息跨境提供方面，即在积极地制定法律保护数据安全，又在消极地推行数据本地化存储限制个人信息的自由流动。通过国家政府宏观上对个人信息的集中把控，逐步加强本国企业在个人信息处理上的各种义务。在保护国家安全至上的价值取向中，牺牲了一部分本国企业与国外合作的优势和机遇。

但无论是欧盟、美国或是俄罗斯，全球各国都在摸索如何在保护个人信息跨境提供的安全性和开放性做到平衡，最大程度的将本国制度的影响力为世界所认同，取得与其他国家、地区之间个人信息自由传输的红利。

参考资料：

许可，《欧盟〈一般数据保护条例〉的周年回顾与反思》，载《电子知识产权》2019年第6期。
黄宁、李杨，《“三难选择”下跨境数据流动规制的演进与成因》，载《清华大学学报》2017年第5期。

张继红、姚约茜，《“一带一路”沿线国家数据保护与网络安全法律指南》，知识产权出版社2020年12月。



管 杰

上海七方律师事务所 律师

七方公司与财税法律服务部 律师

徐汇区汇调人民调解委员会 兼职调解员

业务领域：民商事合同纠纷、动拆迁补偿
纠纷、公司股权纠纷

联系方式：13816934907



个人信息处理合法性基础之基于法定许可的实务研究

——兼论《个人信息保护法》第十三条之实践应用

作者：郑华



摘要：个人信息保护法是以保护个人信息权益、规范个人信息处理活动、促进个人信息合理利用为目的的法律。对于个人信息的处理其本质是对个人信息权益的一种侵入和影响，必须有合法的根据和理由。除了基于个人同意外，基于法定许可的处理情形在立法和司法实践中均存在不少争议，这也是本文研究的重点。笔者拟从实践出发，对法定许可情形的具体适用标准进行研究和探讨，当议其与《民法典》、《个人信息保护法》相关条文适用的关系，以期对未来司法实践中法定许可情形的进一步细化和完善提出些许有益建议。

一、告知同意规则的例外暨法定许可的情形和适用标准

《个保法》第十三条第一款第二项至七项规定了六类无须取得个人同意即可处理个人信息的情形：“（二）为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需；（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）依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息；（七）法律、行政法规规定的其他情形。”

（一）为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需

该情形是指当个人作为合同的一方当事人，为与另一方订立或履行合同，处理者只有处理该个人的某些个人信息才

能保证合同的缔结或合同目的实现时，可以不经个人同意，而处理这些必需的个人信息。

这里需要提醒注意的有两点：一是这种必需应符合比例原则，同时确为实现合同目的必不可少。根据不同的合同订立或履行情况，具体判断哪些个人信息为必需

二是这里的合同不仅包括平等民事主体之间的设立、变更、终止民事关系的协议，对于某些兼具行政性与协议性的行政协议，如土地、房屋征收征用补偿协议，保障住房租赁买卖协议等，从平等民事主体角度，也存在需要处理某些个人信息的必需性，我们认为也可以适用本条规定。



的处理信息。如：客户小Q通过网店购买了一件商品，A公司为了向小Q交货，就必需收集小Q的收货地址、姓名和必要的联系方式。如果通过在线支付，那么还需要处理小Q的账户信息，但是如果采用货到付款的方式，则不需要处理账户信息。

（二）依法制定的劳动规章制度、依法签订的集体合同实施人力资源管理必需

该项规定在个保法草案一审和二审稿中都没有列举，而是由很多企业、专家提出，因现实中有关企业、单位在人力资



源管理过程中不可避免的要处理员工的个人信息，从招聘处理简历，到员工入职后办理社保、支付工资、用工管理、考勤休假、绩效考评，再到向第三人披露员工信息或集团内部跨境提供个人信息等，如果均需一一征得员工同意，那人力资源管理将无法进行，所以在二审稿和最终公布的个保法中予以增加的内容。

但是不难发现，对于此项规定，适用时应格外注意其限制条件：首先，并不是所有出于人力资源管理为目的所需处理的个人信息都可以不经个人同意，这里除了“必需”的约束外，更重要的是如何认定“必需”的法定前提和依据。该前提和依据便是依法制定的劳动规章制度或依法签订的集体合同。其次，根据《劳动法》第4条和《劳动合同法》第4条之规定，用人单位制定的直接涉及劳动者切身利益的规章制度必需经过民主程序，即应当经职工代表大会或者全体职工讨论，与工会或者职工代表平等协商确定。最后，对于依法签订的集体合同，是工会或职工代表代表全体职工与企业方签订的，集体合

同的生效要件就是必须通过职工代表大会或全体职工的表决通过。这就意味着，不论规章制度还是集体合同必须经过民主程序、通过合法的集体授权，用人单位才能以此为依据处理个人信息。当然同样适用比例原则，对于必需的界定也不宜宽泛，还应限定在对个人影响最小的范围内。

（三）为履行法定职责、法定义务所必需

对于该款规定的适用，职责和义务的“法定”是适用的前提，而“必需”是处理的限度。

享有法定职责的主体是国家公权力机关或法律法规授权的具有公共事务管理职能的组织，其依据法律法规的规定享有职权以及必须履行的义务，该职责必须有法律法规的授权，不得任意的扩张，否则就是超越权限的违法行为。这里“法”应当广义理解，不但包括法律、行政法规、地方性法规还包括部门规章和地方政府规章等规范性法律文件。如：《刑事诉讼法》第132条规定，“为了确定被害人、犯罪嫌



疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态，可以对人身进行检查，可以提起指纹信息，采集血液、尿液等生物样本。”也就是说，在该种情况下，公安机关或检察机关可以强制收集个人的生物识别信息，无须取得个人同意。

法定义务的主体一般为普通民事主体即自然人、法人和非法人组织。我国各项法律法规中规定了诸多的法定义务，为履行这些法定义务所必需处理个人信息的，否则无法履行法定义务的，无须取得个人同意。比如：《社会保险法》、《工伤保险条例》规定用人单位要为劳动者缴纳社会保险、工伤保险，故用人单位在履行法定义务过程中必需要收集劳动者的相关

个人信息。再如：《网络安全保护法》规定网络运营者履行安全保护义务过程中，出于防范而采取必要技术措施处理个人信息的，可以认为属于履行法定义务所必需。

（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

在重大疫情防控中，大数据、云计算等数字技术被广泛运用于疫情监测分析、病毒溯源、患者追踪、人员流动、社区管理等联防联控的各个方面，也发挥了非常重要的作用，所以，为了更好的应对突发公共卫生事件，个保法明确了“为应对突发公共卫生事件必需时，可以不取得个人同意处理个人信息”。但是与此同时，我们



也要意识到，在此过程中个人信息被非法收集、使用、泄漏、贩卖的风险大大增加，在尽量限缩处理范围和公布信息的具体内容时，还应进一步建立突发事件与疫情防控中的个人信息保护制度，明确规定突发事件与疫情防控中收集和使用个人信息的保护方式、个人信息的保护限度等。

“紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需”，相较民法典1036条第3款“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”规定，进行了延伸，一方面，不再限于对“该自然人合法权益”，而是延展到对信息主体自然人以外的，其他自然人合法权益的保障；另一方面，对合法权益进行了明确即生命健康和财产安全，而且必须是在“紧急情况下且必需”，如若非紧急情况仍需告知个人并征得其同意后处理。

（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

该条款在适用中应注意的是：一是严格限定为公共利益。如果是出于娱乐性或

针对个人的不道德或违法行为的监督不能适用本条款规定，即未经同意处理他人信息的，构成侵权。同时，对于公共利益不应随意做扩大解释，防止以为公共利益为由随意侵害个人信息权益。

二是限定在新闻报道和舆论监督行为。其中新闻报道主体一般为依法设立的新闻单位如电视台、出版单位、新闻网站等，但是舆论监督的主体则更加广泛，尤其在自媒体如此发达的今天，广义上理解来自自媒体的监督也应纳入舆论监督的范畴。

三是须在合理的范围内处理。这也是比例原则的体现，不论是收集、加工、使用、提供或公开个人信息，其方式、手段、影响都应服务于合理使用个人信息而实现公共利益的最合理范围内，不能超出该目的的范围。

（六）依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息

这里的公开必须是向不特定的主体进行的公开，即不特定的主体都可以通过

合法的渠道获取该信息，如仅仅是在社交媒体的一定范围内公开不应视为已经自行公开的情形，如在微信朋友圈发布的个人信息，即使数百或数千人获取了该信息，其本质还是向特定人公开，不应适用本条

款之规定。

当然，即便是对已经公开的信息的处理，也应当遵循正当、必要、限制等原则，依照规定在合理的范围内，否则便会因使用不当，构成对权利人的侵害行为。

二、法定许可情形与民法典、个保法相关条文的体系化解读

个保法第十三条的规定的法定许可情形，不能仅就其条文本身进行解读，还应将其放在整个个保法第二章个人信息处理规则和民法典关于个人信息保护的规定中一并理解和适用。

（一）基于民法典个人信息保护的扩大和细化

《民法典》第一千零三十五条规定了个人信息处理的原则和条件。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，在征得该自然人或者其监护人同意可以处理个人信息，但是法律、行政法规另有规定的除外。

而民法典中，规定的三种除外情形分别为：

1. 第九百九十九条规定的，为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为的，可

以合理使用民事主体的姓名、名称、肖像、个人信息等；使用不合理侵害民事主体人格权的，应当依法承担民事责任；

2. 第一千零三十六条规定的，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；

3. 第一千零三十六条规定的，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。

而个保法十三条规定的六类情形，实





际上是对民法典这三种例外情形的细化和完善，其还充分参考了欧盟《一般数据保护条例》第6条规定的五类无须同意即可处理的情形。

（二）个人明确拒绝情况下的处理

规则

个保法十三条法定许可的六类情形，是告知同意原则的例外，即不用征得权利人同意，便可处理必需的个人信息，但是，我们需进一步讨论的是，当权利人明确拒绝处理该个人信息时，在前文所述的六种情形下，其处理规则是否一致，拒绝是否当然无效有待进一步探讨。

首先，民法典第一千零三十六条和个保法第二十七条明确规定，当个人明确拒绝处理“个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息”时，个人信息处理者不得进行处理。这里的明确拒绝可以排除该法定许可情形的适用。

其次，对于其他五类法定许可情形在个人明确拒绝的情况下，该如何处理，民法典和个保法均未作出明确规定。从条文的体系化解读中，应当可以推出在没有明

确拒绝除外的规定下，个人的明确拒绝是不能对其他五类法定许可情形适用造成影响的，即使权利人明确拒绝，个人信息处理者仍然可以基于法律规定合法的处理该类信息。

最后，司法实践中可通过对“必需”和“合理范围内”的严格把握，对第十三条二至五款情形下权利人明确拒绝的情况重点关注。法定许可与个人信息权益保护之间的处理规则，说到底不同法益之间的衡量，笔者认为，当权利人明确表示拒绝处理某些个人信息时，还是应对法定许可情形下，该信息是否必需或仅限定在合理范围内处理加以分析，因为法定许可情形多为涉及公共利益、公共安全、法定职责和法定义务或为实现合同目的所必需，在此情况下，如果已经证明必要性，则即使权利人明确拒绝，也不对法定许可规定的适用产生任何影响。

（三）处理敏感个人信息理解适用

个保法第二章第二节规定了敏感个人信息的处理规则，其中第二十九条规定，“处理敏感个人信息应当取得个人的单

独同意；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。”

该条文的理解适用与第十三条法定许可处理个人信息的适用是否具体关联性，该如何理解两个条文之间的关系。实践中，对于第十三条法定许可情形下处理敏感个人信息是否需要取得个人的单独同意，笔者认为需要回归立法本意，并对条文进行体系化解读。尽管各国立法实践，对该问题存在不小争议，如敏感个人信息

究竟是原则上允许还是例外允许？但是从我国《个保法》法律条文和体系判断，第十三条与第二节敏感个人信息的处理规则并非一般规定与特殊规定的关系，即不存在第二节的优先适用。也就是说，在第十三条二至七项规定的情形下，处理个人信息无需经过个人同意，这里所说的个人信息并未做区分，应包含敏感个人信息在内的各种信息，换言之即使是敏感个人信息处理也无需征得个人的同意。

三、法定许可情形适用标准的细化和完善

随着个保法的正式实施，相信很多具体问题在司法实践中会进一步明确，正如目前个保法第十三条中六类法定许可处理的情形，在具体适用过程中，仍有待立法和司法机关的进一步解释和完善，在适用标准尤其与其他法律条文、部门法的交叉适用上，需进一步细化。

（一）关于“订立个人作为一方当事人的合同所必需”的限制

为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，作为无须取得个人同意的规定，这里将订立和履行合同作了概括性规

定，即没有区分订立和履行的不同情形。对比欧盟《一般数据保护条例》第6条第1款（b）项规定“处理是数据主体作为合同主体履行合同之必要，或者处理是因数据主体在签订合同前的请求而采取的必要措施。”是否将订立个人作为一方当事人的合同所必需纳入法定许可的情形存在一定争议。

争议的焦点在于，订立包括了很多不确定阶段，如仅仅因为兴趣而询问价格，了解商品与服务信息，还未进入实质磋商阶段等，将这些情形一概纳入不适用告知

同意规则的情形是不合适的，因为合同成立前，处理者既不负有法定也不负有约定的履行合同的义务。即使是前合同义务，其规定也是模糊、不明确的。但在个保法立法中，考虑到订立的场景确实非常多，为订立个人作为一方当事人的合同所必需的情形也客观存在，故此第十三条做出了如此规定。

但是笔者认为，该款规定在未来司法实践中，需要对订立情形加以限制和区分，否则容易泛化，不利于个人信息权益的保护。如订立进入实际磋商阶段，为订立之

必需处理的个人信息，不予处理将导致合同无法订立、目的无法实现的或者是在数据主体签订合同前的请求而采取的必要措施。

（二）履行“法定职责”与“法定义务”所必需标准的差异化

实践中不同组织或个人履行法定职责或法定义务的情况复杂多样，目的各不相同，强制性程度上也存在差别，具体适用时，其必需标准的判断需加以甄别。

在涉及国家利益、维护国家秩序和公共利益的情况下，国家机关强制处理个人信息的强度就非常高，很多国家甚至将其排除在个人信息保护法的适用范围之外。如，欧盟《一般数据保护条例》第2条第2款(d)项规定“有权机关以预防、调查、侦查或起诉刑事犯罪、或执行刑事处罚为目的，包括保障并预防公共安全受到威胁”而金融的数据处理活动，不适用本条例。

但是法定义务的强制性和必要性明显要低很多，如社保经办机构调查获取社会保险工作所需的数据，要求有关单位或个人及时、如实提供；金融机构在提供金





融服务时，要求客户出示真实有效的身份证件或其他身份证明文件等。故个保法 35 条规定，国家机关为履行法定职责处理个人信息，应当依照本法规定履行告知义务；有本法第十八条第一款规定的情形，或者告知将妨碍国家机关履行法定职责的除外。

（三）防止“紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需”的泛化和滥用

笔者认为在紧急避险情况下必需处理个人信息时，还是要对现实需要保护的不同法益进行权衡，该款规定中的生命健康权当然优先于个人信息权益的保障，但是将个人或他人的财产安全一概优先保护是否合理需要探讨。如果仅仅是一般财产权益，而以损害权利人较为重要的个人信息为前提，是否会导致该条款的泛化与滥用。故笔者建议，这里的财产安全可以限定在重大财产安全，同时在对“必需”

标准的把握上，充分对法益进行分析，以平衡不同法益之间的冲突，实现合理保护的目。

（四）法定许可情形中敏感个人信息处理规则有待明确和完善

目前立法实践，原则上允许处理敏感信息的做法弱化了对敏感信息的保护力度，虽然《个保法》对处理敏感信息采取了特殊的处理规则，即提出了更多的法律上的要求，如处理敏感个人信息的要求处理者必须具有特定的目的和充分的必要性，必须取得个人的单独同意等。

所谓单独同意只是突出了个人对敏感信息处理的同意的针对性。而且，该单独同意也只是针对需要取得同意的个人信息处理行为，并不适用于第十三条第一款第二至七项所列举的法定许可情形，正如前文所述，在不适用告知同意的个人信息处理的情形中，敏感的个人信息与非敏感的个人信息的实际上没有任何区别。

笔者建议，我国个人信息保护法在司法实践中，应当进一步明确，对于敏感的个人信



科学研究、重大的公共利益、自然人自身的权益时，可以不经同意，处理个人敏感信息，但是就处理的方式方法和保护措施要严格限定，而对于此外的法定许可情形，原则上不允许不经同意处理敏感个人信息，除非证明其必要性前提下，还要履行相应的告知同意义务。这样才能真正实现对个人信息权益的更充分的保护。

参考文献：

程啸《个人信息保护法理解与适用》，中国法制出版社，2021.9

程啸《论我国个人信息保护法中的个人信息处理规则》，载《清华法学》，2021年第3期

时诚《数字经济时代个人信息处理的法律基础》，载《重庆理工大学学报（社会科学）》，2021年第9期

时诚《重大疫情防控中个人信息的法律保护》，载《中国矿业大学学报（社会科学版）》2020年3月

高富平《个人信息使用的合法性基础——数据上利益分析视角》载《比较法研究》，2019年2月



郑 华

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方劳动法、公司与破产清算法律服务部 律师

上海市破产管理人协会 预备会员机构代表

劳动人事争议委员会 兼职仲裁员

闵行区人民法院 特邀调解员

闵行区职工维权律师志愿团 律师

业务领域：劳动法、公司业务、家族法律服务

联系方式：13482439658

利用个人信息进行自动化决策的规则与规制

——《个人信息保护法》第 24 条实务解读

作者：王晓鹏

【摘要】随着互联网技术的兴起，基于个人信息收集、处理，大数据算法分析，人工智能辅助的自动化决策活动，成为各商家和服务提供者进行个性化定价及服务内容推送的常用工具，然而技术的滥用可能会导致“大数据杀熟”、“信息茧房”等侵害个人合法权益的情形。《个人信息保护法》第 24 条针对自动化决策制订了专门的规则，并就规则的适用进行了制度安排，本文将结合实务就自动化决策的相关概念、实务当中可能出现的风险、《个人信息保护法》第 24 条的适用进行分析解读。

【关键词】《个人信息保护法》；自动化决策；侵权责任

2021 年 8 月 20 日，十三届全国人大常委会第三十次会议审议通过了《中华人民共和国个人信息保护法》（以下称《个保法》），随着 11 月 1 日《个保法》正式实施，我国有了一部专门保护个人信息的高位阶单行法律。《个保法》吸收借鉴世界范围内个人信息保护的优秀立法成果，结合我国的社会实践和特殊国情，其立法内容和规则制定顺应了信息社会个人信息保护的新需要，也解决了个人信息保护领域中的重大关切问题。

在人工智能快速发展、大数据分析技术突飞猛进的当下，利用个人信息进行大数据分析，进而依据算法得出的结论进行个性化商业投送，获取差异化的商业效果，已经成为互联网经济时代下商家采取的重要创新技术之一。该种技术创新的大面积普及也存在侵犯个人信息，甚至是“大数据杀熟”损害个人合法权益的巨大风险。为了规制自动化决策的规范化运作，《个保法》第 24 条进行了专项规定。

一、何为“大数据杀熟”

（一）概念

目前学界对于“大数据杀熟”主要有以下一些观点：

一是“价格歧视说”，即“大数据杀熟”是指商家利用算法对不同消费者的消费习惯进行分析后，估算出消费者的最高支付区间，从而屏蔽区间以下的价格信息，对客户进行差异化定价推送的行为。

二是“算法滥用说”，即个性化商业推送本不存在原罪，但是当商家滥用大数据分析的算法、恶意使用算法推算的结果意图获取不正当利益的时候，就构成了不当的“大数据杀熟行为”。

三是“侵权行为说”，即有的学者认为，“大数据杀熟”本质上是一种商家利用老客户的信赖和信息不对称的客观状况宰客的行为，是一种侵犯消费者知情权与公平交易权的侵权行为。

综合上述三种认识，多数学者倾向于将“大数据杀熟”这一行为定义为：经营者利用大数据技术对消费者收入水平、支

付能力、价格承受度、消费习惯等个人信息进行收集、处理，利用算法对相同的商品或服务进行不符合价格规律与正常商业的定价的差异化定价行为，从而损害消费者知情权与决策权的一种行为。

（二）“大数据杀熟”的成因

“大数据杀熟”之所以越来越普遍，主要有以下三点诱因所致：

一是商业利益驱使的内在动因。广泛撒网、千人一面的传统商业宣传模式获客效率低下，而利用不同消费者提供的个人信息对客户进行个人画像，从而搭建“信息茧房”，营建信息推送舒适区，对不同客户进行精准推送，可以增强客户黏性，快速获取商业利益回报。

二是技术进步与发展的外部条件。人工智能技术和大数据分析的技术门槛逐步降低，行业从业者掌握的技术水平，算法标准逐步公开化和易于获得，平台运营商掌握着信息收集、处理、算法定义与修改的权利，可以轻易的利用技术优势获取



相关信息，而普通消费者由于自身技术知识的限制，往往处于“技术黑障”中，难以发现商家采取了不公平的营销行为，不知不觉中掏空了钱包。

三是法律监管不易的现实困境。在《个保法》颁布实施之前，我国并无一步专门的法律有效规制“大数据杀熟”这一行为，虽然《电子商务法》第18条提到了电子商务经营者提供个性化搜索结果时，应当保障消费者的知情权和平等获取信息权，但是该条规定关注的主要是搜索结果的无差别性，缺乏对于数据收集、自动化决策过程的规制，且根据《电商法》第77条，即使存在违反规定提供个性化搜索

结果的行为，最高也仅处以50万元的罚款，对于动辄手持百亿的互联网平台，违法成本可谓微不足道。

正是基于上述的现实问题，导致互联网平台，特别是电商服务平台热衷于收集、处理用户个人信息，通过算法分析进行差异化推送，获取高额商业利益，也就是“大数据杀熟”越来越普遍的原因所在，为了回应这一新兴社会现象，也为了确保个人信息的商业利用有序、高效利用，使得差异化信息推送有法可依，《个保法》特别在第24条对于如何合法的利用大数据进行“自动化决策”进行了专门的规定。



二、《个保法》自动化决策规则的解读

《个保法》涉及自动化决策的条文主要有第 24 条和第 73 条第（二）项。

其中，第 24 条规定：“个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。

通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销，应当同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人提供便捷的拒绝方式。

通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定，个人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。”

第 73 条第（二）项将“自动化决策”定义为：“通过计算机程序自动分析、评估个人的行为习惯、兴趣爱好或者经济、健康、信用状况等，并进行决策的活动。”

（一）自动化决策的常用模式及现行法规

1. 自动化决策的模式

根据上述法律规定可以看出，实践中常用的自动化决策模式为：收集个人信息——通过算法对信息进行评估、分析——自动生成个人特点——针对个人喜好有针对性的推送商业信息——获取商业回报。

自动化决策在现实中实际上处处可见，比如在网络购物平台，消费者浏览了一些品类的商品后，退回主页后往往会发现主页当中会新增很多同品类的类似商品推荐；新闻类 App 中，读者浏览了某些类型的新闻后，以后再次进入 App，会收到高频的类似新闻推送；更为极端的是，个人在手机通话或者聊天软件中谈论过某项产品或者是服务后，当打开某些 App 时，赫然发现主页推送的竟然就是刚刚谈论过的产品或服务。

自动化决策有其积极的一面，通过算法的加持和数据的分析，对用户进行画像，刻画用户的兴趣爱好、购物习惯、消费记录、经济实力、行动轨迹等等，基于上述画像，机器算法会自动给出用户支付意愿的具体区间和对特定商品或服务的接受敏感度，从而实现在同一时间向不同的用户展示不同的交易价格或交易条件，真正做到“一人一价，各得所需”，提升商业行为的效率和利润，也会给消费者带来产品体验上的提升。但是如果没有规制的滥用该项技术手段，可能带来的危害也不容小觑，比如长时间的个性化推送，一方面会让接受者沉浸在“我看到的都是我想看到的”这样的“信息茧房”中，屏蔽其获取其他信息的机会，侵害其平等获取信息的自主权；另一方面，如果技术被有心人恶意使用，还可能造成前文所述的“大数据杀熟”，个人在无意识的状态下被动的接受了不公正的价格（往往是偏高的价格），导致价格歧视，损害其公平参与市场交易的机会和权利。



2. 自动化决策的监管法规

在《个保法》出台之前，为了提升自动化决策的效率，促进市场公平竞争，尽可能的消除自动化决策可能造成的不利影响，我国在其他法律法规，地方政策中对于自动化决策、算法使用等行为也有相应的规定。

除了前文所述的《电子商务法》第18条以外，还有《消费者权益保护法》、《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》以及上海市刚刚出台的《上

海市网络交易平台网络营销活动算法应用指引（试行）》等。

《电子商务法》着眼于保护消费者的知情权；《消保法》构建的是消费者权益保护的基本原则和框架；《反垄断指南》则对数字平台滥用算法优势组建价格联盟，形成市场支配地位获取垄断的行为予以关注和调整。而《个保法》第 24 条正是对于上述现行规则的扩展与完善，该条将自动化决策的规制领域从电商法的电子商务领域扩展至自动化决策领域；将规制的对象从经营者的行为拓展至个人信息保护；从法律原则、权利、义务这样三个维度明确了开展“自动化决策”业务的合规要求。

（二）《个保法》第 24 条之实务分析

除了基本的法律原则外，《个保法》第 24 条对于“自动化决策”的规则构建主要从权利、义务两方面展开，即着眼于信息处理者应履行的主要义务以及个人可行使的主要权利两个维度。

1. 根据第 24 条第 1 款的规定，一般可以认为，个人信息处理者在自动化决策

过程中要需履行以下义务：

（1）充分告知义务

纵观整个《个保法》，“告知+同意”的个人信息处理规则，贯穿始终，即个人信息处理人应该就处理个人信息的活动向个人充分告知，个人在充分知情的前提下，自愿、明确作出同意处理本人信息的意思表示后，信息处理者才能实施个人信息处理活动。

参照欧盟《统一数据保护规则》（GDPR）第 12 条第 1 款之定义，信息处理人的“告知”所采用的方式应该简洁易懂，特别是对于未成年人来说，不应造成理解和阅读上的障碍。

具体到“自动化决策”活动中，这种告知又有其特殊之处，除了告知信息处理者本人的基本信息、信息处理的目的、方式、种类、个人信息的保存期限、信息所有人享有的权利和行使权利的程序等常规事项外，还应该注意对于自动化决策采用的算法予以必要的说明告知。

“自动化决策”核心在于背后所依托的算法，算法是链接处理结果和计算机系统的桥梁，是计算机可以运行的程序，虽然有学者以鼓励技术进步为由，主张“算法中立”、“技术无罪”，但是具体到个人信息保护领域，该主张不免片面。因为算法具有极强的技术基因，它来源于技术人员的设计，和运行人员的控制，本身无法做到绝对的中立和客观。特别是在大数据时代背景下，算法的透明化和黑箱化趋势并行不悖地同步发展，黑箱是人为塑造的结果，代表着算法的不透明性和难以预测性。因此当个人无从所知被用于自动化决策的算法基本的运行规则，或者使用原则的情况下，难免会产生个人信息被侵犯的顾虑。

当然，需要指出的是，考虑到计算算法的专业性不易为普通大众了解，也考虑到算法背后的商业秘密和知识产权，此处的算法披露应该是一种适度的告知，并非要求就具体的细节予以披

露。比如进入“美团”App的“隐私管理”板块，在“推荐管理”项目下，可以看到美团就个性化内容推荐和个性化广告推荐两项自动化决策行为依据的算法，进行了说明告知。

（2）为个人提供不针对个人特征或者便捷的拒绝选项

该项义务是指个人信息处理者在通过“自动化决策”进行数据收集、信息推送过程中，应当同时就涉及的个人信息提供多样的选项，以保证个人可以选择备选的不针对个人特征的选项，或者直接为个



人提供便捷的拒绝选项，不提供个人特征信息。实践中笔者也注意到，相较于提供备选项，更多的 App 运营商更倾向于选择直接提供拒绝选项。比如“高德导航”App，在足迹设置选项中，就“开启足迹”、“记录导航重点、自动打卡”等收集个人特征的活动，给出了明确的关闭按钮，用户可以直接选择关闭，拒绝向 App 提供相应的信息。

需要特别注意的是，由于此处的拒绝选项针对的是自动化决策的信息收集活动，直接影响到个人信息（大多是敏感信息）的处理，所以其拒绝选项的设置应当是合理的，一方面，拒绝按钮的设置应易于发现，明确可见，且大小、形状、配色等外观构成要素应于其他选项一致，不得具有不利的引导性，导致用户可能无法发现或者受到心理诱导不愿意选择关闭；另一方面，运营商也不得因用户拒绝了相应的针对个人特征的收集，就强迫用户不得使用 App 的其他正常功能，2021 年 5 月 1 日国家网信办等四部委制定的《常见类

型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》中第 4 条也有明确提及：“App 不得因为用户不同意提供非必要个人信息，而拒绝用户使用期基本功能服务。”

2. 个人在自动化决策过程中的权利

（1）请求说明权

根据《个保法》第 24 条第 3 款，个人在自动化决策过程中行使说明请求权的前提是信息处理人通过自动化决策作出了对个人权益有“重大影响”的决定。实践中如何认定“重大影响”还需要进一步释明，笔者认为：如果自动化决策作出的决定影响到了个人的人身和财产权益，就应该视为“重大影响”。

比如：某金融机构通过自动化决策得出的结论认为个人不具备充足的还款能力、个人信用记录不良，影响到了个人的信贷、求职；又比如某搜索引擎通过自动化决策得出结论，用户体重超重，强制性搜索主页推送各种减肥广告和产品等，当出现了这种直接和个人人身、财产权益相关的自动化决策结果和信息推送的时



候，个人应当可以行使请求说明权，即要求信息处理者说明自动化决策的依据、算法及合理性，且信息处理者必须予以说明解释，不能拒绝，如果说明解释不充分或不合理，将可能构成行为违法，并进而承担侵权责任。

当然，由于《个保法》刚刚颁布实施，司法实践中，对于个人的影响究竟达到何种程度才能被认定为“重大”还是有赖于个案中通过法官的裁量和说理或者是后续的司法解释予以进一步的明确和参照。

（2）拒绝权

《个保法》第 24 条第 3 款提到的“拒绝权”有别于本条第 2 款规定的“提供便捷的拒绝方式”。

笔者认为，第 2 款的规定关注的是用户在使用相应的 App 之前，信息处理人应当预先设置必要的拒绝选项，保证个人有权提前做出不提供个人信息的选择。

而第 3 款提到的拒绝权则是关注于在个人同意信息处理人进行自动化决策之后的一种“补救”行为，即个人虽然已经

事先同意了自动化决策行为，但是如果后续发现信息处理者作出的决定是仅仅通过自动化决策行为作出的，屏蔽了其他信息，阻碍了个人获取公平交易信息的权利，不管该决定是否对个人造成了重大的影响，也不管事先是否同意，都可以明确拒绝信息处理者作出后续的决定。

笔者认为，实践中，个人行使拒绝权关注的应该不仅仅是要求信息处理人后续不再进行自动化决策，因为这种要求可以直接通过关闭相应的授权选项来实现，个人关注的重点应该是：如果个人能够证明信息处理人作出的结论仅仅是基于自动化决策，那么就有权要求信息处理人删除之前已经作出的结论，即 24 条第 3 款提及的“拒绝”实际上是删除权延伸，也应是立法之本意。作出该种认定的依据在于：第一，自动化决策背后的核心是计算机算法，算法往往是冰冷和机械的，在自动化决策过程中，如果完全依赖算法的自行判断，很可能造成单一信息推送的“信息茧房”或是可以屏蔽某些价格区间的

“价格歧视”，最终侵害个人的公平交易和完全获取外部信息的权利；另一方面，仅仅通过自动化算法进行自动化决策，信息处理人通常以“技术中立”、“算法无罪”等理由回避其应尽的审核义务，为不当信息推送寻找避风港。因此，《个保法》特别规定，信息处理人在进行个性化推送的时

候，必须进行必要的审核，并保证其他非自动化决策的信息能够平等的提供给个人，确保个人可以自主的作出最优选择，事后明确拒绝后，一方面不得继续提供，另一方面也要对之前已作出的自动化决策结果全面删除。

三、自动化决策活动中的侵权损害赔偿责任

（一）归责原则

根据《个保法》第 69 条，可以明确，个人信息保护领域的侵权责任适用的是过错推定则，即个人信息处理者不能证明自己没有过错的，就应当承担损害赔偿责任。

笔者认为，在自动化决策过程中，信息处理者如能举证如下事项：事先已经按照法律规定进事先充分告知处理事项、处理方法、处理目的等内容并取得个人同意；事中已尽到合理注意义务，在自动化决策过程中有合理的矫正、提供了其他非决策信息供个人选择，并提供了便捷的拒绝方式；事后能够就个人的要求进行评估，并及时说明个人要求提供的信息，在法定条

件下及时终止自动化决策服务，那么即使自动化决策活动客观上给个人带来了“损害”，也不具有过错，不具备法定的“可归责性”。

（二）责任构成要件

关于个人侵权主张，笔者认为，实务中，虽然证明过错的举证责任在信息处理人一方，但是既然是一般侵权损害赔偿责任



任，仍然应该严格依据“违法行为——损害后果+因果联系+过错”这一侵权责任标准构成要件来进行个案评判，以确定是否应承担侵权损害赔偿赔偿责任。

1. 违法行为

结合《个保法》确定的“告知+同意”的一般处理规则，以及 24 条之具体规定，笔者认为信息处理人在自动化决策过程中的下列行为可能会被未来的司法实践认定为违法：

(1) 自动化决策之前未能充分透明的告知个人相关信息。

信息处理人应告知的事项在《个保法》第 17 条有明确列举，除《个保法》第 18 条规定的无需告知的例外情形外，如果在提供自动化决策之前，信息处理者存在：所告知的事项有遗漏、隐瞒了真实信息、未能及时补正错误信息、采用了不易理解的告知方式、其他无法保证个人能够充分理解告知事项等行为的，很有可能被认定为未能合规履行告知义务。又由于充分透明的告知是所有个人信息处理活动的前提要件和基础，因此，一旦被认定为告知内容或流程有瑕疵，将直接被认定为行为

违法。

(2) 未明确取得个人的同意

除《个保法》第 13 条第 (2) 至 (7) 项规定的例外性情形外，信息处理人在进行自动化决策活动之前，必须要取得个人的同意，特别是涉及处理“敏感个人信息”的时候，还要特别取得个人的单独同意。

笔者认为：此处的“同意”应该是明确可查且自愿的，不能是一种笼统的告知，或者是带有强迫性质的“要挟”，比如如果用户不点击同意就不能使用 App，或者是在其他授权权限告知中夹带自动化决策活动的告知，诱导个人就打包事项一并同意等。

(3) 自动化决策结果没有遵循公平公正原则，存在价格欺诈、价格歧视

《个保法》颁布实施之前，该种违法行为颇为常见，就是前文所述的“大数据杀熟”的典型表现，如果个人有证据证明信息处理人恶意使用自动化决策提升价格区间或者向个人屏蔽其他信息，即构成违法

(4) 信息处理人在自动化决策中未提供不针对个人的选项或者未提供便捷

的拒绝方式

该种违法行为的表现，前文已详述，此处不再赘述。

(5) 对个人的说明要求未做及时回应，在个人明确告知拒绝进行自动化决策服务后，继续实施相关行为。

本行为的表现前文也已详述，不再赘述。

(6) 个人信息处于非正常状态时，个人信息处理人未及时采取补救措施。

《个保法》第 57 条规定，个人信息处理过程中如果发生个人信息泄露、篡改、丢失等情况的，个人信息处理者应当立即采取补救措施，并通知监管部门和个人，并对通知的事项进行了详细列明。

以个人信息泄露为例，在自动化决策过程中，如果出现了个人信息泄露事件，不管是否造成了损害后果，信息处理人的告知和补救义务都不可免除，即使没有造成损害后果，未尽上述义务的，仍然构成行为违法。

2. 损害后果

损害后果是侵权损害赔偿法律关系的必备要件，如果仅有违法行为没有损害后果，侵权损害赔偿则无从产生。

笔者认为，自动化决策过程中侵权行为导致的损害后果，一方面包含实际的物质损失，比如因价格歧视导致额外支付的价款；因个人信息泄露导致财产受到损失等；另一方面也应该包含精神损害赔偿，



因为《个保法》第69条第2款并未限定损害赔偿的范围仅限于物质损失。实践中，比如某人是体重超重人员，信息处理人仅仅依据该项个人特征进行自动化决策，在某App使用过程中强行推送减肥信息，影响个人私生活安宁；又比如，个人在拒绝了后续的自动化决策服务后，信息处理人将之前的自动化决策结果恶意泄露给第三方，导致个人的人格尊严受到贬损等情形，在这些情况下，如果产生的后果构成严重的程度，可以视为造成了精神损害后果，个人有权利主张精神损害赔偿。

当然，在侵权损害赔偿案件的实务中，物质损害后果往往容易界定，但是精神损害赔偿的判断标准仍然是一个实务难题。以名誉权纠纷案件为例，行为人的违法行为需要达到造成受害人社会评价的降低的严重程度，才有可能承担侵权责任，但

是这种社会评价的降低，究竟是在何种范围降低，降低到何种程度，给受害人带来的精神痛苦和生活不便要达到一种什么样的程度，实务中各裁判机关也是尺度不一，具体到自动化决策行为侵权如何承担精神损害赔偿责任，也有待于《个保法》实施后，司法机关予以进一步明确认定。

3. 因果联系

根据杨立新教授的观点，侵权责任中的因果联系，应适用相当因果关系规则，即：大前提，通常情况下，个人信息处理者实施某种自动化决策行为可能造成某种损害；小前提，个人信息处理者在利用个人信息进行自动化决策过程中实施了特定的违法行为，该违法行为造成了法定的损害后果；结论：违法行为与损害后果之间存在因果联系，行为人应当担责。



四、小结



自动化决策活动是伴随的互联经济、大数据分析、人工智能普及而出现的新兴事物，其以个人信息的收集、处理为基础，背后依托的是专业的算法支持，技术本原本是中立和不带感情色彩的，但是技术背后的设计者和使用者却决定了一项新技术的应用，是造福社会，提升效率；还是盲目逐利，无所顾忌。



《个保法》第 24 条关注到了“自动化决策”这一新兴的技术，从原则、权利、义务三个维度，结合“告知+同意”的个人信息处理标准流程制定了自动化决策应遵循的规则，并对违反规则应承担的责任进行了专门规制，可谓是我国个人信息保护领域的一项创新。笔者也希冀《个保法》在后续的法律适用中，各方主体能够以第 24 条的规则为依据，处理好商业效率与个人保护之间的平衡关系，让技术真正成为商家和我们每个人手中提升生活品质的利器。

参考文献：

- 邹开亮、刘佳明. 大数据“杀熟”的法律规制困境与出路：仅从《消费者权益保护法》的角度考量[J]. 价格理论与实践, 2018, 4 (8): 47-50.
- 廖建凯. “大数据杀熟”法律规制的困境与出路：从消费者的权利保护到经营者算法权力治理[J]. 西南政法大学学报, 2020, 22 (1): 70-82.
- 朱建海. “大数据杀熟”法律规制的困境及其破解路径[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2021, 33(1): 64-72.
- 金幼方、王凯莉、张汀菡. 《个人信息保护法》视角下“大数据杀熟”的法律规制[J]. 浙江理工大学学报, 2021, 46: 62-70.
- 杨立新、赵鑫. 利用个人信息自动化决策的知情同意规则及保障——以个性化广告为视角解读《个人信息保护法》第 24 条规定[J]. 法律适用, 2021, 10: 59-74.
- 杨立新、赵鑫. 利用个人信息自动化决策的知情同意规则及保障——以个性化广告为视角解读《个人信息保护法》第 24 条规定[J]. 法律适用, 2021, 10: 59-74.
- 杨立新. 《侵权责任法》[M]. 北京：法律出版社, 2021 年版, 第 71 页.



王晓鹏

上海七方律师事务所 管理合伙人

七方企业合规法律服务部 主任

上海市创优中小企业人才服务中心 讲师

业务领域：侵权损害赔偿纠纷、合同纠纷、

不良资产处置

联系方式：17621356262

存在违章建筑的合法建筑部分的质量司法鉴定应当如何处理

作者：席绪军

本文主要讨论存在违章建筑的合法建筑，即在原有的合法建筑中，后期违章擅自加建的，根据法律规定应当恢复原状，拆除其后期违章加建部分，排除后期违章加建行为的不利影响后，才能启动司法鉴定。

笔者近期代理的一个工程质量纠纷案件中的施工方，案涉项目验收合格交付使用近5年后，建设方提起该质量纠纷诉讼。

案涉项目交付后不久，由于建设方拖延支付工程款，被施工方起诉至法院，建设方被判决败诉，建设方遂提起质量纠纷诉讼。案涉项目存在局部三层、五层和六层，建设方在五层的上方加建一层，与局部六层连在一起，同时在一层中又加建一层，将案涉项目事实上变成七层建筑。

庭审中，施工方提出应当排除违章建

筑对合法建筑的不利影响之后，才能启动对合法建筑的施工质量司法鉴定程序，但是法庭依然强行启动司法鉴定程序。而鉴定机构对于法庭转交的鉴定材料没有与现场情况进行核对，将与现场情况严重不符的竣工图作为鉴定材料，为此施工方到城建档案馆查询案涉项目的档案资料，从查询到的资料可以看出，建设方将很多的设计变更资料予以隐瞒，未作为工程变更资料提交档案馆，也没有作为竣工验收资料提交鉴定机构。鉴定机构在答复施工方异议时，称鉴定的质量问题与违章加建及资料不符等问题不相关，因此不影响其鉴定结论。法庭则询问双方是否要求重新鉴定或者补充鉴定，在双方均不要求重新鉴定和补充鉴定的情况下，法庭依然以程序为由启动补充鉴定。对于上述问题，本文将进行专业分析。

一、应当排除违章建筑及其施工行为对原合法建筑质量的不利影响

建设方未提供违章建筑的设计文件和施工组织设计文件，也未提供过程验收和过程管理的材料，在这样的情况下，鉴定机构是如何判断不影响其对原合法建筑的质量鉴定？违章建筑的荷载对原有建筑结构的影响，违章建筑施工行为对原合法建筑质量的破坏，由于违章建筑在设计、施工、监理、政府监督等诸多环节均处于失控状态，野蛮施工也会对原合法建筑质量造成严重的破坏，甚至在建设方提起质量纠纷诉讼时恶意破坏也并非不可能。案涉项目在建设方的控制下，建设方

应当承担违章建筑及其施工行为对原合法建筑是否存在不利影响的举证责任，如建设方不能排除存在不利影响的可能性，则法庭应当驳回质量鉴定申请，已经启动的应当终止，已经出具鉴定报告的，应当不予采信，由建设方承担举证不能的责任。

案涉项目中的违章建筑与原有的合法建筑存在结构上的连接，违章建筑必然会导致原合法建筑的质量受损。如果违章建筑与原有的合法建筑没有结构上的连接，则违章建筑的施工行为对原合法建筑的不利影响仍无法排除。

二、在未排除违章建筑及其施工行为不利影响的情况下，重新鉴定是否解决问题

（一）重新鉴定程序应当由谁来发起？

重新鉴定程序应当由当事人来主动发起，而不是由法院来征询当事人意见或者法官依职权主动发起，《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称“民诉法”）第一百三十九条：“当事人要求重新进行调查、鉴定或者勘验的，是否准许，由人民法院决定。”在已经有了明确鉴定意见的

情况下，人民法院应当做出是否采信该鉴定意见的决定，对于鉴定意见中存在的问题，应当由鉴定人员作出解释和说明，如当事人要求重新鉴定，则法院应当根据当事人提出的意见是否有事实依据，或者是否有合理性，来判断是否准许。是否要求重新鉴定，完全是当事人自己的选择，法

院只是决定是否准许，而不是强行主动发起重新鉴定程序。

司法解释第三十二条：“当事人对工程造价、质量、修复费用等专门性问题有争议，人民法院认为需要鉴定的，应当向负有举证责任的当事人释明。当事人经释明未申请鉴定，虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，应当承担举证不能的法律后果。”根据该条，法院应当向负有举证责任的当事人释明法院认为需要鉴定专门性问题，是否申请鉴定由当事人自己决定。但没有规定在鉴定意见已经出来的情况下，法院主动征询或者释明双方是否申请重新鉴定或者补充鉴定，法院需要判断的是鉴定意见是否可以用于案件审理，如果鉴定意见仍不能支持当事人的诉请，则应当依法以举证不能为由驳回当事人的相关诉请，是否申请重新鉴定或者补充鉴定，无需再次释明，法院的再次释明违背了中立第三方的裁判者公平公正审理原则，因为在鉴定意见已经出来的情况下，鉴定意见能否达到当事人

的举证目的，当事人会有自己的判断和解读，无需法官费心。而此时法官的释明或者征询实际是不当干预了当事人的举证活动，事实上是变相代替某一方当事人进行举证，丧失了中立裁判者的公平公正地位。

民诉法第七十六条第二款：“当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”虽然民诉法规定法院可以在当事人未申请鉴定的情况下依职权发起



鉴定，但司法解释第三十二条明确在处理



工程纠纷案件时法院应当依法向负有举证责任的当事人释明即可，当事人不发起鉴定程序，则承担举证不能的法律后果，无需法院依职权发起鉴定程序。那么在非

工程类纠纷案件中，法院依职权发起的鉴定，针对是否需要重新鉴定，当然也是由法院来判断并决定发起重新鉴定程序。

（二）是否应当准许当事人要求重新鉴定的申请？

《司法鉴定程序通则》第三十一条：“有下列情形之一的，司法鉴定机构可以接受办案机关委托进行重新鉴定：（一）原司法鉴定人不具有从事委托鉴定事项执业资格的；（二）原司法鉴定机构超出登记的业务范围组织鉴定的；（三）原司法鉴定人应当回避没有回避的；（四）办案机关认为需要重新鉴定的（五）法律规定的其他情形。”第四十八条：“本通则所称办案机关，是指办理诉讼案件的侦查机关、审查起诉机关和审判机关。”

在这里法院（审判机关）认为需要重新鉴定的，笔者理解在民事诉讼中应当是指当事人申请重新鉴定时，而法院认为需要重新鉴定而予以准许的判断，并非是指法院可以依职权主动发起重新鉴定程序。申请鉴定本身就是一方当事人的举证行

为，根据民诉法的规定，法官向一方当事人或者双方当事人释明，案件事实需要通过司法鉴定来查明事实，如果当事人拒绝申请鉴定或者申请而拒绝缴费，或者拒不提供相关材料应承担举证不能的不利后果。

无论是民事诉讼法还是刑事诉讼法都没有规定法院应当对当事人是否申请重新鉴定予以释明，也仅是在《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）》第十条规定：“庭前会议中，主持人可以就下列事项向控辩双方了解情况，听取意见：（六）是否申请重新鉴定或者勘验；”，但是该条也只是听取意见，并非是向当事人释明举证责任意义上的是否申请鉴定或者重新鉴定。刑诉法第一百九十七条：“法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有

权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以申请法庭通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见提出意见。法庭对于上述申请，应当作出是否同意的决定。”也就是说，是否申请重新鉴定还是由当事人自己决定，当事人不申请的，法院不应当释明或者主动发起重新鉴定。

法院是否准许当事人提出的重新鉴定申请，应当从两方面来判断，一是程序判断，鉴定人是否有执业资格，鉴定机构是否超范围鉴定，鉴定人是否未依法回避

等，二是实体判断，当事人对鉴定意见提出有事实依据的异议，鉴定人对此无法做出有说服力的解释，法官初步判断鉴定意见存在明显的争议。如果存在以上两方面的问题，当事人提出重新鉴定申请的，法院应当准许重新鉴定。

鉴定意见能否被法院采信而用于案件审理，不是当事人申请重新鉴定程序，或者法官主动发起重新鉴定程序的正当理由。作为法官来说，试图依职权发起重新鉴定或者补充鉴定，只有一种可能性，就是法官内心对案件的处理结果已经有了决定，而现有的鉴定意见或者另一方当





事人对鉴定意见提出的异议，使得法官无法适用这个鉴定意见来支持自己的预判结果。

（三）鉴定机构能否排除违章建筑及其施工行为对原合法建筑施工质量的不利影响？

重新鉴定不能当然的排除违章建筑对原合法建筑的不利影响，即便法院准许了当事人自己主动申请的重新鉴定，新的鉴定机构面临的是同样的困境，如何分析和认定违章建筑对原合法建筑的不利影响？违章建筑及其施工行为一旦对原合法建筑造成破坏，则针对原施工单位的施工质量进行鉴定的鉴定检材就被破坏了，违章建筑的行为人要证明不存在这样的破坏，几乎是不可能完成的任务。这里就需要判断违章建筑及施工行为的性质。违章建筑的建设行为本身就是对原来合法

建筑的一种破坏行为，这个不能单单从建筑技术上来判断，而违章建筑的施工行为更是任性到无人监督的地步。

司法解释第十四条：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，人民法院不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”

《建设工程质量管理条例》（以下简称“质量条例”）第四十条：“在正常使用条件下，建设工程的最低保修期限为：（一）



基础设施工程、房屋建筑的地基基础工程和主体结构工程，为设计文件规定的该工程的合理使用年限；（二）屋面防水工程、有防水要求的卫生间、房间和外墙面的防渗漏，为5年；（三）供热与供冷系统，为2个采暖期、供冷期；（四）电气管线、给排水管道、设备安装和装修工程，为2年。其他项目的保修期限由发包方与承包方约定。建设工程的保修期，自竣工验收合格之日起计算。”《房屋建筑工程质量保修办法》（以下简称“保修办法”）第七条有同样的规定，第十七条则规定：“下列情况不属于本办法规定的保修范围：（一）因使用不当或者第三方造成的质量缺陷；”

对于未经竣工验收擅自使用的发包人，不支持其除地基基础工程和主体结构质量之外的民事责任主张，而对于经过竣工验收合格的，则在正常使用条件下施工单位按照合同约定或者法定的最低保修期限内承担保修义务。同时保修办法规定因使用不当或者第三方造成的质量缺陷，不属于保修范围。

建设单位在合法建筑上加建违章建筑是否属于正常使用行为，相信稍微具备基本生活常识的人都会做出回答，这当然不是正常使用行为。何为正常使用行为，显然是要符合建设单位当初建设项目的合法目的，设计单位会根据建设单位的使用功能需求，按照设计规范要求来设计施工图纸，没有哪个设计单位会把后期不可控的违章加建的使用功能需求考虑进去。且违章建筑也是国家依法打击的违法行为，不具有国家法律保护的法益，违章建筑对原来合法建筑的破坏，使得建设单位对原合法建筑的使用行为，不可能属于质量条例和保修办法中的提及的正常使用条件的情形。

建设单位在合法建筑上加建违章建筑，无论是自行完成或者委托第三方完成，其施工行为本身对原合法建筑破坏造成的质量缺陷，建设单位根本无法举证加以排除，鉴于合法建筑和违章建筑都在建设单位的控制下，对于这一问题的举证责任，应当由建设单位承担，如其不能举证则应当承担不利后果。



综上所述，对于建设单位在合法建筑上加建违章建筑的，应当参照司法解释、质量条例及保修办法的规定，依法驳回其关于非地基基础工程和主体结构质量之外的质量诉请。



席绪军

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方建设工程与房地产法律服务部 主任

上海律协建设工程与基础设施业务研究委员会 委员

上海市工商联房地产商会法律分会 委员

中国商务部国际经济合作局评标专家

注册一级建造师

注册监理工程师

注册投资咨询工程师

业务领域：建设工程、房地产、经济纠纷

联系方式：13641720676



建设工程施工合同无效后，承包人是否仍享有优先受偿权？

作者：朱好婕

实践中，基于主体不适格、意思表示不真实或不合法，建设工程施工合同无效的情况并不少见，那么此时承包人能否继续主张工程价款优先受偿权呢？让我们先来看看下文具体案例。

2009年10月16日甲建设开发有限公司与乙置业有限公司签订了《建设工程施工合同》（以下简称“施工合同”），约定甲公司承包乙公司发包的青岛A项目工程，并约定了暂定工程价款及计价基础。

施工合同签订后，新兴公司对A工程进行了施工，部分工程完工。2013年5-8月份，新兴公司陆续退场。

2014年4月22日甲公司与乙公司另行签订《结算协议》，在该协议中双方共同确认并同意，在A项目工程中，由承包人

施工完成的实际已施工程的施工合同最终结算总价款为100000000元，该结算价已扣除截止到结算协议签订日前的全部质量修补费用。

同日，甲公司与乙公司签订《支付协议》，双方确认根据结算协议，A项目工程总价款为100000000元，乙公司已付价款为60000000元，尚需向甲公司支付工程价款40000000元。双方在支付协议中还约定了支付方式，剩余未付款项在之后九个月分次支付。

此后，乙公司支付甲公司 25000000 元，剩余 15000000 元工程款未按照支付协议约定继续支付。甲公司诉至法院，要求乙公司支付剩余 15000000 元工程款及相应的逾期利息（以下简称“剩余款项”），并请求法院确认新兴公司享有建设工程价款优先受偿权。对此乙公司抗辩

称双方之间的施工合同因无效，甲公司因此不享有工程价款优先受偿权。

经法院审理，甲公司与乙公司签订的施工合同确因违法法律强制性规定无效。那么，甲公司是否能对剩余款项主张优先受偿？

相关法律规定

《民法典》

第七百九十三条 建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：

（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人可以请求承包人承担修复费用；

（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。

第八百零七条 发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以催告发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》

第三十八条 建设工程质量合格，承包人请求其承建工程的价款就工程折价或者拍卖的价款优先受偿的，人民法院应予支持。

法律分析

工程价款优先受偿权的行使是否受到施工合同效力的影响这一问题在理论

及实践中存在截然对立的观点。

一种观点认为，建设工程施工合同无效后，承包人不再享有优先受偿权。该观点主张建设工程施工合同无效，其中关于工程价款的约定自然也无效。虽然根据《民法典》第七百九十三条的规定，建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人，但此时承包人获得的报酬性质已发生改变，并非因合同约定的工程价款，而是依法可获得的损失赔偿，而工程价款优先受偿权是一项法定优先权。从权利性质上说，工程价款优先受偿权作为担保物权的一种，从属于约定的建设工程款债权，现主债权因合同无效而自始不发生，工程价款优先受偿权也不存在。

该观点在(2015)民申字第 2311 号案件判决中也有体现，最高院在该案中认为建设工程施工合同有效是承包人可主张工程价款优先受偿权的前提。根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第三条规定，优先受偿的工程价款包括承包人为建设工程应当支付

的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承包人因发包人违约所造成的损失。合同被确认无效的，当事人承担的是返还财产和根据过错程度赔偿损失的责任，即具有普通债权属性，故无效合同中的承包人不应享有建设工程价款优先受偿权。

在本案例中，乙公司就提出类似的观点，抗辩称建设工程施工合同无效，其承担的是返还财产和根据过错程度赔偿损失责任，并非合同约定之债，具有普通债权属性，承包人甲公司不应享有建设工程价款优先受偿权。

另一种观点则持相反意见，认为依据《民法典》第七百九十三条的规定，承包人可以参照合同约定价款主张工程款，则其自然也可享有工程价款优先受偿权。

司法实践中目前更倾向于第二种观点。上述甲公司与乙公司工程款纠纷案例源自(2018)最高法民终 556 号案件，该案一、二审法院均支持了甲公司工程价款优先受偿权的主张。二审法院认为依据《合同法》第二百八十六条（现《民法典》第八

百零七条)规定:“发包人未按照约定支付价款的,承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的,除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外,承包人可以与发包人协议将该工程折价,也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”建设工程价款优先受偿权是法律赋予承包人的法定优先权,目的是保障承包人对自己的劳动成果获得报酬。即便建设工程施工合同无效,乙公司承担折价补偿责任,根据《建设工程施工合同司法解释》第二条(现《民法典》第七百九十三条)规定,建设工程施工合同无效,可以参照施工合同计算工程价款。即折价补偿责任参照工程价款计算,计算基础仍然是承包人付出的人力、材料和管理成本等,属于建设工程价款优先受偿权的保护范围。二审法院认为赋予甲公司工程价款优先受偿权,符合《合同法》第二百八十六条规定的立法目的。

我们先对上述案例中施工合同无效

的法律后果做简单分析:

乙公司抗辩称建设工程施工合同无效,其承担的是返还财产和根据过错程度赔偿损失责任,具有普通债权属性,因此承包人甲公司不应享有建设工程价款优先受偿权。

根据《民法典》第一百五十七条的规定,民事法律行为无效的法律后果分为返



还财产、折价补偿和赔偿损失。建设工程

施工合同的特殊性在于承包人在履行合同的过程中已逐步将劳动、材料等都物化在建设工程中。考虑到建设工程对发包人来说具有较大价值但对承包人而言价值非常小，且建筑物的转让是与建设用地使用权的转让一并发生的，不能分开处分，因此不适用返还财产的方式。

从《民法典》第七百九十三条规定可以看出，承包人获得价款是折价补偿并非赔偿损失。乙公司的抗辩理由提到的合同无效及过错原因对于工程折价并无直接关系，因此，将过错程度作为建设工程折价补偿标准不合理。

赔偿损失一般适用于如因一方原因导致工程质量缺陷等损失，由过错方承担

赔偿责任。

总结前文观点，本文认为实践中认可施工合同无效的承包人享有工程价款优先受偿权的原因包括：

一是建筑市场是典型的“买方市场”，承包人相对弱势。考虑到承包人投入的人力、材料和管理成本已经物化到建设工程，从公平原则而言，无论合同是否有效，工程质量合格的前提下，发包人签订合同的目的均已实现，因此要求发包人承担同样的对价，不违反公平原则。

更为重要的是能保障建筑工人及时获得劳动报酬。关于工程价款优先受偿权的规定是《民法典》第八百零七条，前面也提到设立工程价款优先受偿权制度的立法目的是保障承包人约定债权的实现，



但究其根本是为了以此来保障劳动者的合法权益。从《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第三十八条规定也可以进一步看出,工程质量合格的,承包人可以主张工程价款优先受偿权,该权利不与施工合同的效力直接相关。

因此只要工程质量合格,且能够确认工程款数额的情况下,保障承包人的优先受偿权更符合立法目的。

从最高院近期的一些案例,如(2021)最高法民终375号、(2021)最高法民终754号等,均可以看出实务中施工合同的效力并非承包人是否享有工程价款优先受偿权的行使条件,更为关键的是工程质量是否合格。至于工程质量与工程价款优先受偿权行使之间的关系,由于篇幅原因,不在此展开叙述,将在此后文章中具体探讨该问题。



最后,提醒建设工程各参与方,虽然实践中未将合同无效及过错原因作为建设工程价款及优先受偿权的认定因素,发包人及承包人仍应遵守相关法律法规,自觉维护建筑施工市场的竞争秩序,保障建设工程的质量。法律不会纵容“黑白合同”、违法分包、转包等行业乱象长期存在,随着建筑行业逐渐严格治理,诚信规范才是各方竞争的最大优势。



朱好婕

上海七方律师事务所 律师

七方建设工程与房地产法律服务部 律师

业务领域: 建设工程房地产、商事仲裁、
企业合规

联系方式: 13816142289

夫妻知情权与个人隐私权的冲突界定

作者：胡晓萍

笔者最近连续接待几起咨询，都是夫妻间擅自查看对方手机而引发矛盾的例子，不禁让笔者想起了几年前的电影《来电狂响》中的场景，网上甚至还有“教你怎样正确查看配偶手机”的所谓“攻略”，但这样的行为是否侵犯个人隐私权？夫妻知情权与个人隐私权的界限又如何认定？我们先来看一则案例：



案例介绍

西安的王女士在2013年与张某结婚，婚后不久，张某被单位外派至江苏工作。刚开始张某每次出差10天左右，回西安待3、4天；后来张某回西安次数越来越少，每次停留时间也越来越短，每次回家张某单独住一间房，王女士与儿子住另一间房。王女士发现张某在家经常接电话时偷偷摸摸，就怀疑丈夫出轨，并开始寻找证据。

一次，张某回来休假时，王女士趁其睡着时拿走张某的手机，猜出其手机密码后，看见张某手机内有多张与其他女性的合影，还有住宿记录、手机录像等，“一看就是两人在外地同居，并一起去旅行”。

为了进一步寻找证据，王女士在张某的卧室床头柜放置录音笔，录到张某和其他女性裸聊的语音。

2019年4月，王女士向西安市未央区人民法院起诉，请求与张某离婚，孩子归她抚养，位于城北的一处房产归她所有，分割夫妻共有的其他财产等。

庭审中，王女士向法院提交了张某的手机截屏、手机中的录像，以及张某在成都、内蒙古等地旅游的朋友圈截屏和录音音频作为证据，坚决要求离婚；但张某不同意离婚，并辩称，外出工作是为了维护家庭生活，并已申请调回西安，而王女士说他婚内出轨纯属猜忌。



审理结果

法院经审理认为，王女士与张某虽系夫妻，但在被告床头放置录音笔获取的录音证据，均侵犯了被告的隐私权，其合法性法院不予认可，证据确认无效。2019年6月10日，未央区人民法院驳回了王女士要求离婚的诉讼请求。

律师说法

该案件反映夫妻知情权与个人隐私权之间界限模糊，导致两者冲突不断加剧。因此夫妻双方互相掌握对方手机密码符合一般夫妻生活常态。

根据《民法典》第1032条规定：“自然人享有隐私权。任何组织或个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息”。

笔者认为，婚姻关系作为特殊的民事法律关系，在配偶知情权与个人隐私权的界定中，应注意以下三点：

1. 个人隐私权利不等同夫妻间隐私权利

《宪法》《民法典》等多部法律对个人隐私权利予以保护，但对于夫妻之间隐私保护的界线尚没有法律予以明确规定。

据此，夫或妻作为独立的自然人个体，当然享有个人隐私权，其手机中信息属于个人的私密信息，只要行为人非法侵扰收集，或未经许可向第三人披露的事实存在，即构成侵犯隐私权。

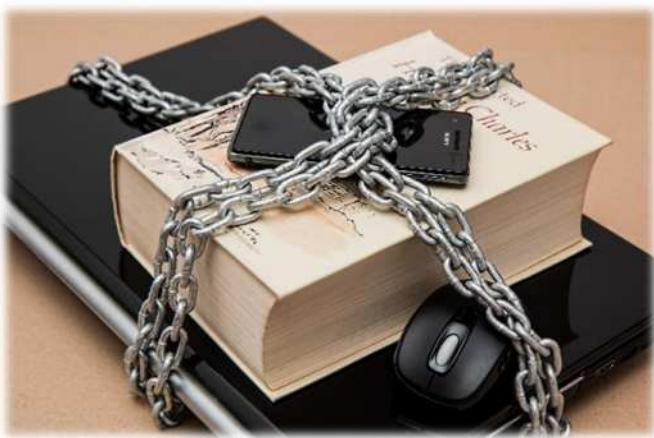
“夫妻”是婚姻关系形成后的称谓，夫妻双方的隐私权利来源于个人，但又区别于个人。《民法典》第1043条第二款明确规定夫妻之间具有“忠实义务”，因此，

但现实生活中，因双方存在夫妻关系，在一般公民身上属于个人隐私的个人信息内容，在夫妻之间彼此都享有知情权，在婚姻中涉及夫妻之间感情、生活等方面，夫妻双方均应享有知情权，其个人隐私的权利应当予以限制。因此，夫妻间隐私权

利的范围不应与法律所保护的个人隐私所等同。

2. 无限扩大夫妻一方隐私权保护，将损害无过错方的合法权益

侵犯隐私权作为一种侵权行为，在认定时需要具备基本的法律构成要件，即包括侵



犯隐私权行为、受害人受到损害、行为与损害后果的因果关系、加害人的主观过错等。具体到王女士的案件中，原告在自己家中放置录音笔及通过猜测密码获得被告与第三人聊天记录等信息的行为，从行为目的来看是为了收集被告出轨的相关证据，保护自己合法权益，不具有目的非法性；从行为方式来看，原告在自己家中进行上述行为，不存在非法侵扰或公开对方隐私的情形，亦不具有内容非法性；从结果上看来，并未给被告造成损害后果。

故，原告的行为不具备侵犯隐私权的基本法律构成要件，若无限扩大对被告个人隐私权的保护，将损害原告作为婚姻中无过错一方的合法权益，使《民法典》第 1091 条规定的无过错方损害赔偿请求权形同虚设。

3. 个人隐私保护不能突破公平正义的底线

个人隐私的保护是有边界的，隐私的保护不能突破公平正义的底线。法律保护的权利应当是合法的，夫妻一方隐私权的保护若与夫妻法定权利义务相冲突，无过错方为了依法维权必然要极力调查取证，其调查取证是基于对方的违法事实所展开的，这时，隐私权不应成为违法行为的“遮羞布”，法律应当积极保护无过错方的合法权益。由此法律的权威性与公平性才能在现实当中得到彰显。

夫妻一方在行使权利时只要在法定范围内就应得到支持；违法的隐私权与合法的夫妻权利的行使没有可比性，夫妻权利的保护应当放在首位；隐私权的保护基于法律的明确规定，其边界性应当依法严格把

控，且应当体现公平性与正当性，受害人 践当中毫无折扣地落地，
合法权利的依法积极保护应当在司法实



综上，配偶知情权与个人隐私权的冲突，实质上是由不同的法律价值取向所导致，
处理时应秉持这样一个原则：当夫妻的一方隐私权是对一方没有任何影响的私密信息
时，应优先保护隐私权；而当夫妻一方隐私权违反夫妻忠实义务、违反社会公德或对另
一方的身心健康造成损害时，则应优先保护知情权。同时，配偶一方若行使知情权，也
应在合理知情范围内谨慎行使权利，并予以保密，不得随意扩散、泄露或宣传。



胡晓萍

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方婚姻家庭与财富传承法律服务部 主任

上海市律协婚姻家庭业务研究委员会 委员

上海市女律师联谊会 副秘书长

普陀区人民法院特邀调解员

普陀区首届优秀女律师

业务领域：家事法、私人财富管理

联系方式：18616910916



上海新规发布前后，承租车位是否有优先购买权？

作者：邵弘高娃

随着经济发展，人们对停车的需求与日俱增，而小区停车难问题一直存在，引发了房地产开发商、物业、业主之间的诸多矛盾。今天我们就来讨论一下，小区业主对于租用的车位，是否可以适用优先购买权呢？

案情简介

潘某是 X 小区的业主，于 2002 年起长期通过租赁的方式使用地下车库第 52 号车位。2014 年 10 月，地下车库产权人（同时也是 X 小区的开发商）H 公司通知小区业主对购买车位意向进行登记。11 月初，H 公司向小区业主寄送车位购买征询函和车位销售方案。征询函中表示将把地下车库车位出售，在车位租赁合同期满后不再对外租赁车位，为保证业主租赁车位的优先购买权，请业主在 2014 年 12 月 14 日前到 Y 物业办理认购手续，过期未办理视为放弃优先购买权。通知发出后，部分业主反对车位出售方案，拒绝改租为售。潘某也在其租赁车位停放一辆面包车，并在车窗上张贴：“各位街坊邻居业主们，我

这租赁 12 年的车位会坚定地使用下去，千万不要与我相争。此车位我会等待开发商拿出合法的产权销售许可，合理的销售价格或者是合情的出租模式，我会依法维护我的优先承租权和优先购买权”。

2015 年 1 月起，X 小区的物业变更为 B 物业，于是潘某向 B 物业支付 2015 年、2016 年全年的停车费。2015 年 7 月 27 日，H 公司向 B 物业致函，表明对车位已经改租为售，要求 B 物业立即终止与业主建立的固定车位租赁关系，并表示将于 2015 年 8 月 10 日起行使对小区地下车库的管理权。B 物业回应要求 H 公司处理好善后工作，安置好租赁车位的业主。H 公司随后在小区内张贴告知书，称 B 物业未经其同

意出租车位的行为对其不具有约束力。2015年9月9日，H公司与任某签订出售合同，将潘某租赁的车位出售给任某，并于2016年6月将系争车位登记到任某名

下。随后任某家庭开始使用系争车位。至此，潘某认为其权利受到损害，诉至法院，要求判令H公司与任某签订的买卖合同无效，要求行使优先购买权。

观点聚焦：租赁车位是否可以类比适用房屋租赁中承租人的优先购买权？

根据法律规定，出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。但车位是否能够类比适用此规定，存在着两种不同的观点。

一种观点认为，优先购买权只适用于房屋承租人，法律没有明确规定车位可适用，不宜类推和做扩大解释，且双方在租赁合同中也没有对车位的优先购买权进行约定。在本案一审中，法院的观点也是

“本案争议标的为地下车库停车位，并非通常意义上的房屋，法律对车位租赁的优先购买权并无明确规定”。最终一审、二审判决驳回潘某的诉请，是因为H公司在决定出售车位后，在小区内进行公示并承诺租赁车位的业主有优先购买权，同时给予

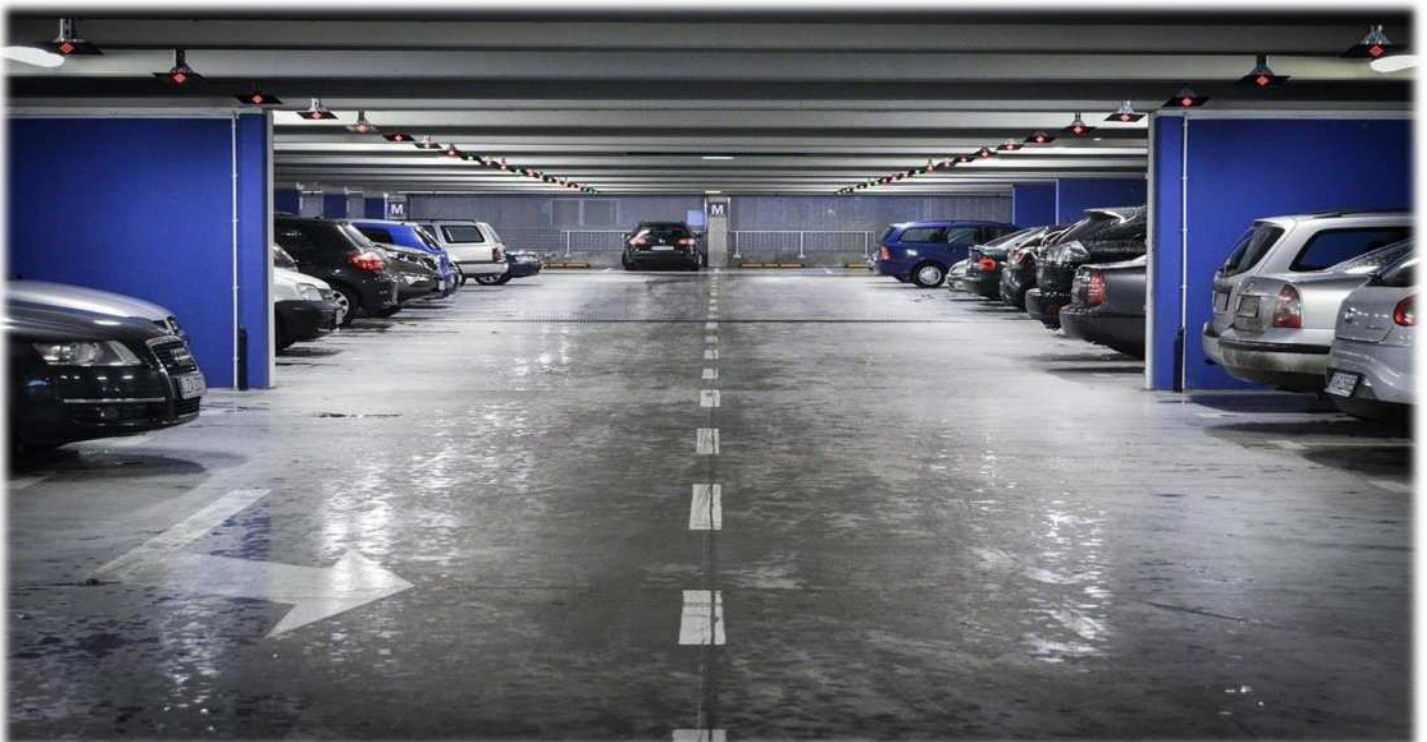
了潘某足够的时间行使权利，而潘某虽声称从未收到通知，但其作为小区业主，又实际使用车位，还在系争车位上停放面包车并张贴告示，其对于车位正在出售的情况应当知晓，却在数月时间内并未表达购买意愿，是对自身权利的放弃。另一方面，小区物业变更后，H公司未授权其出租车位，并发函明确了只售不租的立场。故潘某不得以其与B物业建立的租赁关系对抗H公司。

另一种观点则认为，车位的性质、交易方式与房屋类似，同属于不动产范围，参照适用优先购买权相关规定具有法理基础，能够达到维护社会经济稳定的目的，符合优先购买权的立法目的。在严某某与Z公司等侵权责任纠纷案（(2019)沪01

民终 4654 号) 中, 上海市第一中级人民法院认为, “因法律规定具有相应滞后性, 故对地下产权车位是否可以参照适用房屋承租人优先购买权的规定应根据地下产权车位的性质、房屋承租人优先购买权的立法目的等予以综合考量, 而并非仅以法律有无明确规定为判断标准。对此, 从地下产权车位的性质而言, 其与房屋同属于不动产范围, 且实践中地下产权车位的交易方式亦与房屋交易方式类似, 故地下产权车位参照适用房屋承租人优先购买权的相关规定具有相应法理基础。从房屋承租人优先购买权的立法本意而言, 系为避

免物权转让中出租人任意处分房屋给承租人带来侵害及出于稳定社会经济目的。众所周知, 随着社会经济的不断发展, 人民生活水平的提高, 私家车持有量激增与有限的车位数量之间的矛盾日益突出, 车位的使用已经逐步成为影响人们日常生活质量的因素之一, 故就地下产权车位参照适用房屋承租人优先购买权的相关规定亦符合该规定的立法本意。” 并据此撤销了一审判决, 改判支持业主享有优先购买权。

2021 年 10 月 1 日, 由上海市房屋管理局印发的《上海市住宅物业管理区域机



《机动车停放管理规定》(以下简称“机动车管理规定”)正式生效,其中第五条明确规定,“停车位要转让的,受让对象应当是本物业管理区域的业主,不得转让给物业管理区域外的单位、个人。租用停车位的业主享有该车位的优先购买权。”至此,车位的优先购买权不再是一个法理上参照适用的概念,而是被地方法规所确认的权利。该规定不仅确认了优先购买权,还对固定车位、只售不租、租客的车位租赁权利等

民众特别关心的问题进行了规定。

我们可以看到,第一个案例的二审判决时间是2017年,第二个案例的二审判决时间是2019年,到2021年的机动车管理规定,车位的优先购买权存在与否经历了几次变化。需要注意的是,机动车管理规定的有效期是2021年10月1日至2026年6月30日。在此之后关于车位的法规还会如何修改、制定,相信会继续朝着社会发展前进的方向不断完善。



邵弘高娃

上海七方律师事务所 律师

七方公共法律服务部 律师

业务领域: 不动产征收、社会公共服务、

企业法律顾问

联系方式: 13127986251



侵犯公民个人信息罪中行踪轨迹信息的判断

作者：傅建平、赵珞宏

《个人信息保护法》将行踪轨迹信息归为敏感个人信息，并在第二章专节规定了“敏感个人信息的处理规则”，对该类信息的处理提出了更高的要求。最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称

《解释》）也针对不同类型的个人信息分别设置了不同的入罪标准，鉴于行踪轨迹信息能够实时反映一个人的行踪与动态，密切关系到个人隐私和人身、财产安全，一旦被非法获取、出售或提供后极易引发抢劫、绑架等严重暴力犯罪，具有更大的社会危害性，故将其列

为入罪门槛最低的信息类型。可见，对公民个人信息类别的判断直接影响到定罪量刑标准的选择，因此，司法实务中对行踪轨迹信息的界定须更严谨。

一、行踪轨迹信息的内涵与外延

现实空间里的行踪轨迹主要是指体现公民个人位置、行动踪迹的信息，除位置服务外，航班、火车、打车等出行票证的购买也是踪迹信息的主要来源，上述行踪信息纳入刑法评价无可厚非，但能否将网络空间里“行踪轨迹”纳入个人信息保护的范畴存在一定争议：一种观点认为这些信息无法确定具体的信息归属主体，其终端是浏览器，没有定向识别使用该浏览器的网络用户身份。而且，如果将这些信息纳入公民个人信息的范畴，将使得精准广告业务被完全禁止，不符合产业发展趋势。另一种观点认为，浏览器背后是特定用户，且多数浏览器终端是特定用户长期使用，这些信息实际上具有识别用户身份的特征，而且精准广告投放的目标也是针对

浏览器背后的用户，所以这些信息应当被纳入公民个人信息的范畴。

笔者认为“行踪轨迹”既可用于现实空间又可用于网络空间，因为不论是现实还是网络中的行踪信息都因自信息本身蕴含的价值以及与信息主体人身、财产安全相关的密切性而具备被保护的正当性与必要性。

首先，现代社会，数据已成为一种重要生产资料和宝贵资产。个人网络行为信息，因其能够转化为潜在消费行为的数据资源，更加具有稀缺性和经济价值，也成为各类网站和手机应用追逐的对象。其次，网络行踪信息收集与利用的态势愈演愈烈。现实中常有电商平台要求领取优惠券时提交手机号码，有商家在线办理会员时要求填写姓名、身份证号，种种操作使人们在使用网络过程中被计算机硬件或软件记录下来的行为过程数据越来越多，此外，定位技术的发展使踪迹信息得以被记录和生产，伴随而来的定位信息、位置共享信息、打



车信息成为移动的位置信息源，被持续地记录、收集，被他人合法或非法地了解。再次，网络行踪信息可识别化的凸显能够实现对特定自然人的精准定位。与上网账号、用户名、密码、固定 IP 地址等信息不同，网络行踪信息是人们在网交互过程中产生的不具有独立身份识别特征的个人信息，随着信息的电子化、可存储越来越便捷，个人信息的利用尤其是二次挖掘价值日渐凸显，在身份和行为识别方面，网络行为轨迹信息实现了从不可识别到可识别的转变，成为个人数字画像、开展精准推送的重要依托，传统身份要素的价值愈加依附于其衍生出的网络行为轨迹信息，甚至与身份要素完全脱离的反映相应特征的行为标签信息，都可实现相应商业利益。综上可见，网络行为轨迹信息已经具备受法律保护的实质要件。

除了 IP 地址、设备 ID 和 Cookie 等信息之外，技术的进步和观念的更迭还在不断拓宽着网络轨迹信息的外延，很

难对其进行精确完整的界定。目前对其只能进行开放性罗列，包括用户浏览器搜索关键词，用户操作记录，如网站登录记录、软件使用记录、点击记录等，通过互联网观看、收听、阅读视听内容的记录，支付软件的交易记录，网购足迹，用户改善计划等等，上述信息或单独或结合其他信息最终都能识别出特定自然人，但是否凡是能够定位到特定自然人的网络行踪信息就将其定义为入刑法保护的个人信息？大数据时代，我们对行踪轨迹信息提供完善保护同时也要意识到促进数据有效流通的重要性，否则互联网经济的效率就将受到损害。

二、行踪轨迹信息的判定标准

从实践来看，行踪轨迹信息系直接涉及人身安全的公民个人信息，敏感程度最高。鉴于行踪轨迹信息的入罪标准已极低，实践中应严格把握其范围，只宜理解为可以单独、直接定位特定自然人实时坐标的信息。

（一）应实时、精确反映自然人位置的条件

传统的购票信息并不能完全达到对特定自然人精准定位的要求，因为购票信息只能代表信息主体有出行计划和需求，事实上还存在一些意外情况导致行为人的行踪轨迹难以和购票信息保持同步，比如信息主体临时更改行程或交通工具晚点、误点等。刑法的严苛性要求被保护的行踪信息必须能够精确反映特定自然人当下的具体坐标，表现形式为信息获取者可直接侵犯到特定自然人的人身权利。在羊汉统诈骗罪一案中，二审法院认为该案被告人羊某非法获取的航班信息虽记载了被害人姓名、手机号、航班日期、出发地、到达地等较具体的出行信息要素，但仅凭上述信息内容尚无法直接定位特定自然人的具体实时地理坐标，难以对特定公民的人身安全造成现实威胁，故该航班信息虽属于涉及公民个人轨迹的其他信息，但不应认定为司法解释规定的最为严格的行踪

轨迹信息。

（二）不需与其他信息相结合

信息获取者可以单独运用该行踪轨迹信息侵犯到特定人，不能将那些需与其他信息结合才能定位特定自然人位置或身份的信息评价为行踪轨迹信息。根据《解释》中的表述，公民个人信息系能单独或与其他信息结合识别特定自然人身份或反映活动情况的信息，故，理论上认定行踪轨迹时，存在单独认定和与其他信息结合认定的两种途径，但对于应从严把握的行踪轨迹信息只宜采用单独认定的途径。如在朱荣伟、张顺侵犯公民个人信息罪一案中，法院认为行踪轨迹信息系直接涉及人身安全的公民个人信息，只宜理解为可以直接定位特定自然人具体坐标的信息，涉案的民航订票、民航离港、铁路售票、出入境、车辆卡口、滴滴打车等信息虽涉及公民个人的轨迹，但上述单个信息反映的内容需结合其他信息及查询者的目的使用，故不宜将上述信息作为单个行踪轨

轨迹信息计算。

将网络行为轨迹信息纳入法律评价框架并不意味无边界地扩张个人信息保护范围，而应平衡数据保护与数据自由之间的张力，既要考虑识别个体所需的成本、时间及技术发展，又要考量用户为获得网络服务而提供个人信息的主动意愿，结合网络行为轨迹信息存在形态、样本数量、与其他信息的结合程度进行倾向性归类而非做概念性认定的层级分类，采用不同程度的保护标准。

三、结语

互联网技术应用的深化使个人信息的数量呈爆发式增长，形态也呈多样化发展，由此也给《个人信息保护法》及个人信息犯罪司法解释的适用带来了更多的挑战。

综合考虑到保护数据流通的必要性及刑法发动的最后性，笔者认为，认定行踪轨迹信息时，需要强调满足信息实时性与精确性，即信息明确指向特定自然人，并且排除结合其他信息认定行踪轨迹的情况。如此把握行踪轨迹信息的范围，既符合刑法谦抑性原则，也不超出国民对刑法的期待可能性，以此兼顾信息技术与个人权利的平衡，保障个人信息保护规则更好地运行。



傅建平 律师

七方律师事务所 主任

上海市法学会刑法学研究会理事
上海律协刑事诉讼与刑事辩护业务研究委员会副主任
上海市普陀区十五届政协委员
华东政法大学文伯书院校外导师
华东政法大学法律硕士专业学位论文答辩委员会委员
华东政法大学刑事律师实务研究院研究员
上海社科院法学所硕士生实务导师
最高人民检察院民事行政案件咨询专家

执业领域：刑事辩护、企业刑事合规、刑民交

法律实务

联系方式：15201718516

fjp@7-dimension.com



赵珞宏 实习律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部实习律师
华东政法大学法律硕士
执业领域：刑事辩护、刑事合规、刑民交叉
联系方式：18089390623

zlh@7-dimension.com

“自洗钱”入刑适用之浅见

作者：赵珞宏

2019年4月金融行动特别工作组（Financial Action Task Force，以下简称：FATF）对我国反洗钱工作予以评估，认为中国并未将自洗钱行为入罪，不符合FATF的要求，对中国的反洗钱刑事立法提出了批评。《刑法修正案（十一）》对此作出回应，将自洗钱入罪。本文通过解构修正后的洗钱罪构成要件，释明惩治“自洗钱”行为的必要性，进一步探讨该罪修改后的适用问题。

一、《刑法修正案（十一）》对洗钱罪的修改

《刑法修正案（十一）》在总结我国金融犯罪司法实践经验的基础上，结合国际反洗钱组织的多次评估结果，对《刑法》第一百九十一条“洗钱罪”的犯罪构成、量刑等做出了修订。

具体体现为，在量刑方面，主要是删除了罚金数额的限制；在犯罪构成方面，通过删除第一百九十一条关于客观行为方式中三个“协助”和“明知”等术语，将“自洗钱”行为单独入罪，为有关部门

有效预防、惩治洗钱违法犯罪以及境外追逃追赃提供了充分的法律保障。

“协助”一词的删除实际将上游犯罪的行为人纳入了洗钱罪的主体范围。换言之，实施洗钱罪中七种上游犯罪获取“黑钱”的行为人，如果自行将犯罪所得及其收益进行“合法化”的“漂白”，除成立上游犯罪外，还可能构成洗钱罪。

“明知”一词的删除意在体现“自洗钱”行为的主观明知不需要证明，即行为人只要针对自己的七类上游犯罪所得及其产生的收益实施了将财产转换为现金、转移资金等掩饰、隐瞒的行为，即可认定行为人实施了“自洗钱”行为，应当以洗钱罪定罪量刑。需要注意的是，与“自洗钱”对应的“他洗钱”行为仍需证明主观明知，即在他人协助实施洗钱行为的情况下，协助者主观上仍然应当以明知犯罪对象是七种上游犯罪所得及其收益为前提，具体来说应当结合被告人的认知能力，接触他人犯罪所得及其收益的情况，犯罪所得及其收益的种类、数额，犯罪所得及其收益的转换、转移方式以及被告人的供述等主、客观因素进行认定。

二、“自洗钱”行为入罪的必要性

所谓“自洗钱”行为，是指行为人在实施上游犯罪之后，对违法犯罪所得及其

收益进行“清洗”以使之合法化的行为。刑法之前未将自洗钱行为纳入规制的原因之一，在于认为自洗钱行为已被上游犯罪吸收，不存在独立性，按照吸收犯理论（事后不可罚）不实行数罪并罚，按照“从一重处罚”的原则处理。根据“事后不可罚”理论，自洗钱行为依附于上游犯罪行为存在，在上游犯罪已侵害的法益中并未创设新的法益侵害，即后行为的违法状态已经被包括评价于前行为中，故而对后行为无需再重复评价，也就谈不上独立成罪。

然而，随着经济发展，自洗钱行为已具备相当的社会危害性且与上游犯罪相互独立而存在。一旦事后行为产生了新的法益侵害，则不能将其作为前罪的事后延伸而不单独处罚。事实上，自洗钱是为将赃款“合法化”而实施的切断赃款来源、改变赃款性质的“化学”变动，不再属于上游犯罪状态的物理延伸。“洗白”后的赃款难以追踪去向，大笔资金甚至流向境外，严重影响犯罪调查与追赃工作，进一步侵害了国家司法秩序和金融秩序，由此造成的危害已超出上游犯罪造成的危害状态范围，可见，该行为已无法被上游犯罪涵盖评价，其具备独立的法益侵害性。

将洗钱罪的主体范围扩大到包括上游犯罪行为本人，符合严厉打击洗钱犯

罪、维护现代金融秩序的客观需要，对保护国家金融秩序和个人财产安全具有重要的意义。

三、准确认定“自洗钱”行为的实质

如前所述，自洗钱行为之所以单独入刑，是因为该行为具有新的犯罪构成事实，侵害了新的法益，不再属于上游犯罪的自然延伸。行为人在实施上游犯罪之后，又进一步积极地实施掩饰、隐瞒等“漂白”的二次行为，致使违法所得及收益的性质和来源发生了“化学反应”，切断了与上游犯罪的联系。因此，实务中对该行为的认定应以其是否与上游犯罪已切断联系为判断标准，同时符合“主客观相一致”，即主观方面要有“漂白”目的，客观方面有“漂洗”的掩饰、隐瞒类行为。

需要注意，自洗钱行为的手段模式应局限于掩饰和隐瞒，而不应包括占有、使用、窝藏、转移等物理反应的行为，否则就是重复评价或者违反了期待可能性。例如在非法集资犯罪中，行为人将非法集资所得资金用于日常生活，或者将钱交给其近亲属日常生活使用，并没有演示和隐瞒的行为，这种情况下不宜认定为“自洗钱”行为。

四、洗钱罪与刑法第三百一十二条、第三百四十九条的区别与适用

我国刑法中对违法、犯罪所得予以规制的罪名主要有：第 191 条洗钱罪、第 312 条掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪以及第 349 条窝藏、转移、隐瞒毒赃罪。

笔者认为，第 312 条是针对普通洗钱行为及赃物犯罪的一般规定，而 191 条和第 349 条是对应的特殊规定。洗钱罪与第 312 条的主要区别在于犯罪所得及其收益是否来自特定的上游犯罪，而与第 349 条的主要区别在于犯罪的行为模式，即是否改变了资金、财物的性质。洗钱行为是具有掩饰、隐瞒赃款来源和性质的处理手段，而后者实行行为仅有窝藏、转移等物理手段，并无改变赃款性质和来源的意图和行为。

此外，涉及到本罪与其他行为数罪并罚的问题，笔者认为，应根据自洗行为和他洗行为对洗钱罪的行为内容分类讨论。七类上游犯罪的本犯在实施上游犯罪后，通过构造交易、投资等方式将非法所得合法化处理的，可以认定为“自洗钱”，应当以上游犯罪和洗钱罪数罪并罚。如果本犯采用窝藏、转移的物理方法的，因为属于“不可罚的事后行为”，和涉及“期待可能性”的问题，数罪并罚并不合理，因此只成立上游犯罪。即对于上游犯罪人处

置自己的犯罪所得及收益的情形，是依据行为方式来确定是否数罪并罚。

对于上游犯罪之外的其他人，在不与上游犯罪人构成共同犯罪情况下，其对赃款来源的主观认知决定适用不同的罪名。在“他洗钱”的情形下，由于行为人并未亲自参与或实施法定的七类上游犯罪，对自己为他人洗钱的对象来源和性质并不必然成立主观认识。如果有证据证明行为人明知是七类犯罪的犯罪所得及收益，则构成洗钱罪，如果无法证明其明知，则应当构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪，“明知”的认定可以采用推定的证明方法。

五、结语

新近施行的《刑法修正案（十一）》是第三次对洗钱罪进行多方面的修订，加强了对洗钱行为的打击。此次立法修订打破了我国长期施行的“他洗钱”的单一模式，由此演化出自洗钱”与“他洗钱”的两种形态，二者在行为模式和犯罪主体上存在差异，一定程度上会带来自洗钱与上游犯罪的竞合适用问题，在有些容易引起争议的问题上可能还需司法解释进一步加以明确，洗钱罪仍需在司法实践中进一步探索。

“洗米华”案之管辖研究

作者：吴心成

引言：2021年11月26日，温州市公安局发布案情通报称，以犯罪嫌疑人周焯华为首的跨境赌博犯罪集团涉嫌在中国境内实施开设赌场犯罪行为，情节严重。近期，温州市人民检察院依法对犯罪嫌疑人周焯华批准逮捕。通报同时督促周焯华尽快投案自首，争取宽大处理。

据《澳门日报》报道，11月27日晚间，澳门司警局通报媒体称，侦破了一宗以“周姓”商人为首的涉及犯罪集团、不法经营赌博及清洗黑钱的案件。

11月28日下午，澳门司法警察局举行特别发布会，证实已拘捕一犯罪集团的47岁周姓男子及其余10人，稍后会将有关人士移送澳门检察院侦办，有关人士已承认架设海外赌博平台等行为。

在网络上，网友们更习惯称呼周焯华为“洗米华”。因其身份特殊，且与

内地电影制作单位合作紧密，联合出品过《红海行动》《扫毒》《杀破狼》等电影，其被批准逮捕的消息引发热议。

众所周知，根据《中华人民共和国宪法》及《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》，我国澳门特区采取“一国两制”的政策，其拥有独立的司法系统，换言之，在我国澳门特区犯罪的，依法受到我国澳门特区的管辖。而“洗米华”是中国澳门特区的居民，为何由温州警方立案侦查？“洗米华”会不会被带回内地受审？要回答这些问题，需要依据我国的《刑法》以及我国内地和澳门特区区际刑事司法协助的规定。

一、我国《刑法》的管辖原则

所谓刑事管辖，是指一个国家根据主权原则所享有的、对在其主权范围内所发生的一切犯罪进行起诉、审判和处罚的权力。我国《刑法》规定了四种管辖权，即属地、属人、保护和普遍管辖。根据我国《刑法》第6条第1款属

¹ 《新京报》：《赌王“洗米华”的博彩江湖和资本布局》，<http://mp.weixin.qq.com/s/NxnCirXLNu9J5rrFlfrbFA>

地管辖的规定，凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。第3款同时规定，犯罪行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。

根据温州市公安局的《案情通报》，周焯华不仅在澳门、菲律宾等境外承包赌厅、开设网络赌博平台，还发展境内人员为股东级代理和赌博代理。在中国境内成立资产管理公司，为赌客用资产换取赌博筹码提供服务、帮助追讨赌债、协助客户进行跨境资金兑付。

根据澳门特区法律，符合条件开设赌场并不违反当地法律，但周焯华的商业版图并非完全根植于境外，还将“业务”伸向了内地，则违反了我国《刑法》。根据最高法、最高检、公安部《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》第1条，有以下四种行为的，属于开设赌场罪，包括：1、建

立赌博网站并接受投注的；2、建立赌博网站并提供给他人组织赌博的；3、为赌博网站担任代理并接受投注的；4、参与赌博网站利润分成的。因此，周焯华建立赌博网站，发展境内人员作为代理，接受投注的行为符合开设赌场罪的构成要件，属于在我国境内开设赌场。

另外，周焯华在中国境内成立资产管理公司，为赌客用资产换取赌博筹码提供服务等行为，是其开设赌场的部分实行行为，属于在我国领域内犯罪，我国《刑法》自然有管辖权。

二、开设赌场罪的特殊规定

《案情通报》披露了周焯华另一涉嫌犯罪的行为，即“通过高额授信、推广赌博业务、提供车辆接送服务和技术支持等方式、手段，组织中国公民赴其承包的境外赌厅赌博、参与跨境网络赌博活动。”该行为被规制在我国《刑法》第303条第3款，组织参与国²（境）外赌博罪，组织中华人民共和国

² 平安温州于2021年11月26日发布的《案情通报》。

公民参与国（境）外赌博，数额巨大或者有其他严重情节的，依照前款（开设³赌场罪）的规定处罚。该规定是立法者为严密法网，避免行为人利用不同国家、地区的法律规定差异，组织我国公民前往其开设在境外的赌场赌博，从而变相地在国内开设赌场。

因此，周焯华组织我国公民赴其承包的境外赌厅赌博，符合该条法律规定，其犯罪行为在中国，可以适用我国《刑法》。

那为何是由温州警方立案侦查呢？根据《公安机关办理刑事案件程序规定》第 17 条规定，针对或者主要利用计算机网络实施的犯罪，用于实施犯罪行为的网络服务使用的服务器所在地，网络服务提供者所在地，被侵害的网络信息系统及其管理者所在地，以及犯罪过程中犯罪嫌疑人、被害人使用的网络信息系统所在地，被害人被侵害时所在地和被害人财产遭受损失地公安机关可以

管辖。根据目前温州市公安局披露的信息，虽不能肯定其依据的是具体哪一种情形，但本案必然与温州市存在关联。

三、“洗米华”会移交内地受审吗？

根据澳门司法警察局的消息，周焯华已被澳门警方拘捕。同时，周焯华也被温州市人民检察院批准逮捕，并要求其自首。由此产生的问题就是，周焯华究竟会在哪里受审，接受何种法律处罚？

这个问题的答案比较复杂。需要强调的是，如果将周焯华带回内地受审，其也不能称之为“引渡”。所谓引渡，是指一国把在该国境内而被他国指控为犯罪或已被他国判刑的人，根据有关国家的请求移交给请求国审判或处罚，是一项国际司法协助的重要制度。因此，“引渡制度”是适用于“国与国”之间，而我国澳门特区和内地，均属于中



华人民共和国，属于一个国家之内的“区际”。因此，不适用引渡制度。

目前来说，我国《宪法》与《澳门基本法》（附件三）并未明文规定内地与澳门开展刑事司法协助的具体内容。澳门特区《刑事司法互助法》也明确将澳门与内地的刑事司法互助排除该法的适用。内地与澳门特区区际司法协助停留在协商模式，即按照《澳门基本法》第93条“澳门特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和互相提供协助”的规定。因而，目前内澳刑事司法协助实际上处于无法可依的状态。⁴

“无法可依”的现状，加之受到本地居民不移交原则、死刑犯不移交原则、双重犯罪原则、“政治犯不移交”原则的多种限制，内澳两地移交犯罪嫌疑人可谓困难重重。

本案中，周焯华是我国澳门特区的居民，且在澳门特区同样涉嫌犯罪，遭

到拘捕，是否会移交内地受审充满了不确定性。但敏感案件的办理通常具有较大的特殊性，亦不排除内地与我国澳门特区借本案的契机，形成新的刑事司法互助模式，将周焯华移交内地受审的可能性。

最后，周焯华暂时不到案是否会对处理其他同案犯产生影响？从刑事司法实践来看，通常不会存在影响。主要是因为在一个案件中，定罪量刑的证据有很多，部分嫌疑人未到案，缺少的仅仅是同案犯的供述，如果在案的其他证据足以指控犯罪的，不会影响案件的审理。《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的解释》第2条最后一款规定，如果有开设赌场的犯罪嫌疑人尚未到案，但是不影响对已到案共同犯罪嫌疑人、被告人的犯罪事实认定的，可以依法对已到案者定罪处罚。事实上，温州市人民检察院也已对张宁宁等人涉嫌开设赌场罪依法提起公诉。

³ 宋锡祥、王富世：《内地与澳门区际刑事司法协助问题新探》，载《法学研究》2019年10月。

结语

在温州警方及媒体爆料“洗米华”被批准逮捕后不久，最高人民检察院召开以“依法履行检察职能，从严惩治开设赌场犯罪”为主题的新闻发布会，发布五起检察机关依法惩治开设赌场犯罪典型案例。这五起典型案例均涉及组织境外赌博、开设网络赌场，借此一方面警示不法分子，另一方面也在告诫公民，不要赌博，赌博没有赢家。



吴心成 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

上海市徐汇区消费者权益保护委员会值班律师

七方法苑《刑案平谈》专栏作者

华东政法大学法律硕士

执业领域：刑事辩护、刑事合规、刑民交叉

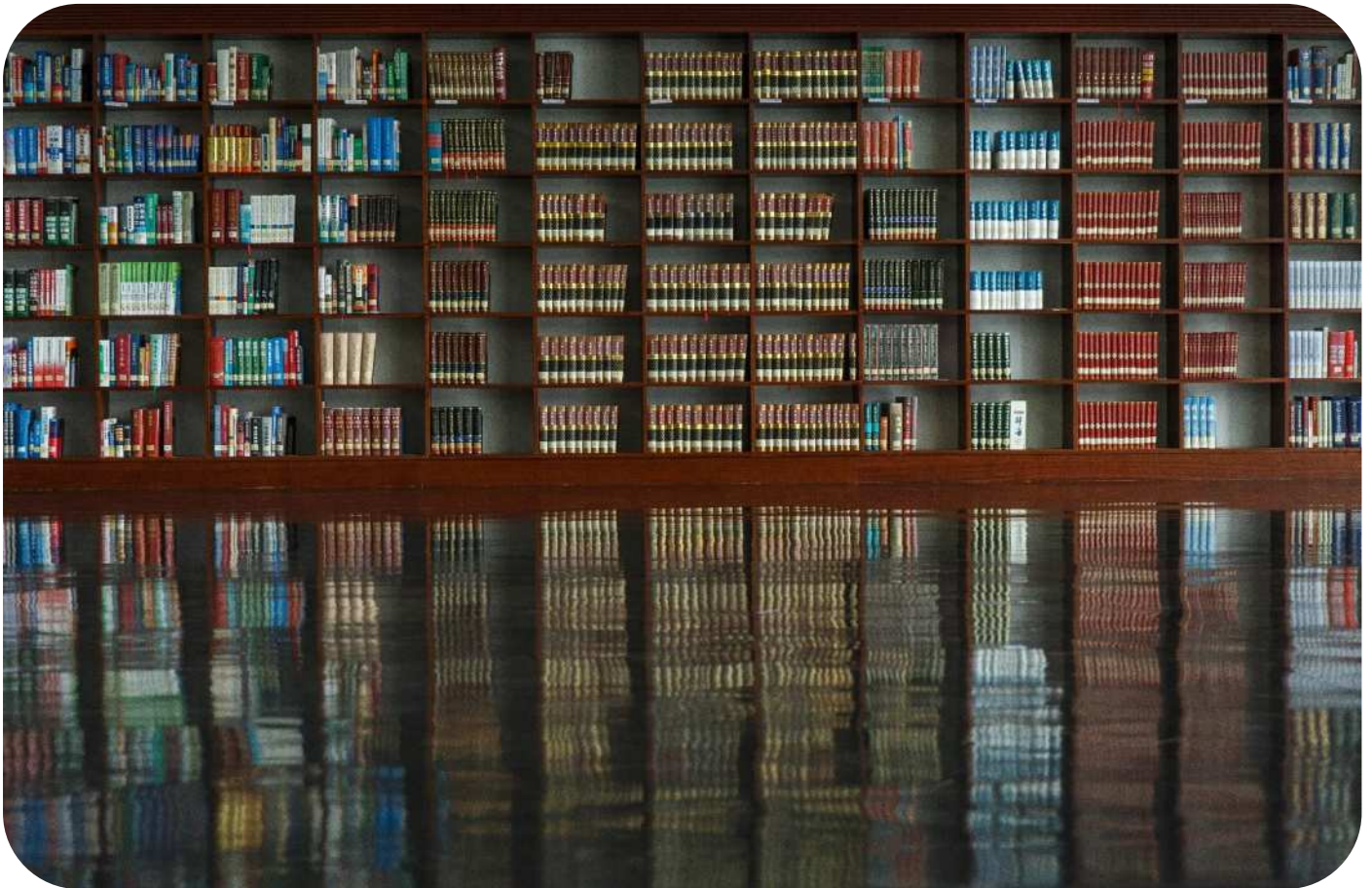
联系方式：19512259950

wxc@7-dimension.com



《刑法》与《个人信息保护法》的衔接

作者：吴心成



引言：《中华人民共和国个人信息保护法》（以下称“个人信息保护法”）于2021年8月20日颁布并于2021年11月1日正式实施。现行的《刑法》第二百五十三条之一侵犯公民个人信息罪的设立则远早于该法，成为“先刑后民”的法定犯。2017年最高法、最高检出台《关于办理侵犯公民个人信息案件适用法律若干问题的解释》（“侵犯个人信息解释”），具体定义了公民个人信息的定义，并根据不同信息的重要程度，对公民个人信息进行了分类，明确了具体行为方式。由于《个人信息保护法》也界定了公民个人信息的范围、分类以及侵权类型，因此，二者之间的衔接问题就值得讨论。换言之，《刑法》在处罚侵犯公民个人信息行为时应当如何协调与《个人信息保护法》的关系。

一、个人信息定义的衔接问题

公民个人信息定义的规定散见于我国各种法律法规之中，最早见于 2013 年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法惩处侵害公民个人信息犯罪活动的通知》，公民个人信息，包括公民的姓名、年龄、有效证件号码、婚姻状况、工作单位、学历、履历、家庭住址、电话号码等能够识别公民个人身份或者涉及公民个人隐私的信息、数据资料。

2016 年的《网络安全法》第 76 条第 5 项规定，个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息，包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。

2017 年的《侵犯个人信息解释》第 1 条规定，《刑法》第 253 条之一规定的公民个人信息，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。

2021 年的《民法典》第 1034 条规定，个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定

自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

最后，2021 年的《个人信息保护法》第 4 条规定，个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。

通过上述对比可以发现，同样是公民个人信息的定义，在不同的法律、司法解释中的规定并不完全一致。以《个人信息保护法》与《侵犯个人信息解释》为例，前者采用了纯概念的立法模式，并明确强调不包括匿名化处理。所谓匿名化是指个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程。而后者采用了概念加列举的模式。二者的共同点在于，均将可识别性（包含间接识别）作为个人信息的关键认定要素，为确保这一特征，《个人信息保护法》还采取了反面排除法的立法模式，规定不包括匿名化后的信息。区别在于后者增加了“反映特定自然人活动情况”这一特殊情形。

显然，二者之间在文字表述上存在差异，《个人信息保护法》纯概念式的立法模将今后可能产生的新类型的个人信息

都纳入其中。后者则采取了“等”的兜底性的规定，也具有一定的超前性，利于保持刑事法律的稳定性。因此，二者的文字表述虽有区别，但没有实质性的差异。换言之，《个人信息保护法》的实施几乎不会改变侵犯公民个人信息罪对个人信息认定的范围。

进一步说，其他民事法律对个人信息范围的规定，也不会影响到侵犯公民个人信息罪的处罚范围。例如在《民法典》和《网络安全法》中，均将“生物识别信息”规定为个人信息，在《侵犯个人信息解释》中并未规定，但不影响司法实践将其定罪处罚。这种处理方式并不违反罪刑法定原

则。首先，侵犯公民个人信息罪是典型的法定犯，“违反国家有关规定”是其构成要素之一，《民法典》《网络安全法》《个人信息保护法》均是其可以参照的国家有关规定。其次，司法解释采取了概念加列举的立法模式，“生物识别信息”符合刑法的同类解释原理，属于具有识别性的信息。最后，在个人信息的认定上也要防止出现另一个极端情况，即只关注个人信息是否属于前置法的规定，而不关注《刑法》的谦抑性，应当肯定，《刑法》对个人信息的保护范围至少不应大于前置法的保护范围。

二、敏感个人信息与刑事司法解释的衔接问题

《个人信息保护法》特别规定了敏感个人信息，并为其设立了一套更为严格的处理标准。在《侵犯个人信息解释》中，也存在对个人信息的再分类的情况，根据信息的重要程度或者因泄漏而将对公民个人的人身、财产产生的负面影响程度不同，将其作出区分，规定不同的入罪或加重处罚标准。

然而二者之间对敏感个人信息的规定也存在差异，由此产生了衔接的问题。

《个人信息保护法》对个人信息采取两分法，将个人信息分为一般个人信息和敏感个人信息，而《侵犯个人信息解释》则采

取三分法，将公民个人信息分为特别敏感信息、相对敏感信息和其他一般信息。

为正确适用法律，2018年最高人民检察院发布了《检察机关办理侵犯公民个人信息案件指引》（以下称“信息指引”），其中对不同敏感程度的公民信息认定问题作出了规定，即特别敏感信息的四类信息：行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息有且只有四类，不允许扩大范围。对于未明文规定的相对敏感信息，在认定时应当把握其必须具有与住宿信息、通信记录等信息相当重要程度的特征。应当说，《信息指引》对实务中不同个人信息的分

类上起到了一定程度的定分止争的作用，然而并未彻底解决三分法带来的问题——《侵犯个人信息解释》中特别敏感信息和相对敏感信息之间的界限仍易混淆。例如，甲的家庭住址。如果从静态的角度看，其显然属于相对敏感信息中的住宿信息，而从动态的角度看，其又属于特别敏感信息中的行踪轨迹信息。而二者之间的入罪门槛又有十倍之差距，如无法厘清二者之间的区别，势必影响定罪处刑的准确性和司法的公信力。

笔者认为，藉由《个人信息保护法》生效，可以参考二分法的做法，重新设定入罪和加重处罚条件，既解决了司法适用中范围混淆的问题，也能与前置法保持一致，实现法秩序的统一。而在修订之前，对于前述家庭住址等存争议的信息的认定，笔者认为，应当采取有利于被告人的角度，在特别敏感信息与相对敏感信息混淆不清时，采取就低原则。这也是《信息指引》所传达的精神的体现。

除此之外，《个人信息保护法》还将不满 14 周岁未成年人的个人信息作为敏感个人信息加以特别保护，需要探讨的是不满 14 周岁未成年人个人信息是否属于刑法中的敏感或特别敏感信息。笔者认为，就目前的《侵犯个人信息解释》的立法表述来看，不宜将不满 14 周岁未成年人的

个人信息作为敏感个人信息认定。原因是在司法解释中，其分类的依据并非信息的所有者，而是信息本身，因罪刑法定的限制，不满 14 周岁未成年人的个人信息无法从刑法解释上归入到敏感个人信息。这种矛盾和冲突也再次说明了《侵犯个人信息解释》应当在敏感个人信息方面做出调整，以维护法秩序的统一。

再者，处理不满 14 周岁未成年人个人信息的是否需要根据《个人信息保护法》第 31 条之规定，取得未成年人的父母或者其他监护人同意。不满 14 周岁未成年人本人同意的，能否成为出罪事由。对该问题的讨论，需要回到刑法中被害人承诺的效力问题，即不满 14 周岁未成年人对其个人信息是否具有处分的意思和能力。

本罪属于侵犯公民人身、财产权利章节中的犯罪，尽管在特殊情况下，其保护的法益具有公共性质，但通常认为，本罪所保护的法益仍属于个人法益。刑法理论中，公民对个人法益可以作出一定程度的放弃，亦即被害人承诺。

首先，被害人承诺的主体要有承诺能力。对于正常的成年人而言，应当肯定其对于自身个人信息的处理能力，而未成年人的承诺问题需要单独考虑。《刑法》中，不同犯罪的同意年龄存在不同规定，在强奸罪中，法律将性同意年龄规定为 14 周

岁，特殊情况下上升为 16 周岁；在组织出卖人体器官罪中，将对自身器官的处理能力年龄规定为 18 周岁，摘取不满 18 周岁的人的器官的，以故意伤害罪、故意杀人罪定罪处罚。那么，《刑法》是否需要依据《个人信息保护法》将对自身个人信息的处理能力年龄限制为 14 周岁？笔者认为是可以的。除了法秩序统一的要求，所

三、《个人信息保护法》是否可以设定新的客观行为

根据《刑法》及《侵犯个人信息解释》的规定，被刑法所规制的行为有且只有以下三种情况：1、向他人出售或者提供公民个人信息；2、将在履行职责或者提供服务过程中获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的；3、窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的。《个人信息保护法》从个人信息生命全周期为处理个人信息的行为制定了规范，其规范范围远远超过刑事法律规范，例如，根据第 6 条之规定，处理个人信息应当具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式。收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。

如果信息处理者采取了未被刑法及其规范的行为，但却被《个人信息保护法》明令禁止的行为（例如违反了不得过度收集个人信息的条款），达到情节严重的标

谓承诺能力是指能够明确认识到其承诺的内容、承诺行为的性质、后果、意义等。

从社会常理判断，很难认为不满 14 周岁的未成年人对其个人信息有一个理性、全面的认识。此外，尽管该类信息不属于敏感信息，但加大对未成年人尤其是不满 14 周岁的未成年人的保护是我国刑事政策的要求。

准，能否构成侵犯公民个人信息罪？笔者认为这种情况不应当构成侵犯公民个人信息罪。根据罪刑法定的规定，规定犯罪和刑罚的只能是《刑法》。本罪尽管以违反国家有关规定作为前置条件，但该要素并非是对客观行为的规定，而是规范性的要素。本罪的客观行为采取的是叙明罪状的立法模式，不必参考前置法。

《刑法》与民事法律保护的侧重点亦不相同，《刑法》只会选取最为严重的行为将其纳入到规制范围中，体现法律责任的阶梯性，以免架空前置法，这也是《刑法》谦抑性的体现。

但《个人信息保护法》可以增加新的出罪事由。入罪必须受到罪刑法定的限制，而出罪不必。例如行为人有《个人信息保护法》第 13 条第二项至第七项规定情形的，应当将其作为出罪的事由。



破产别除权的权利基础和实现方式

作者：郑华、李书静



破产，是很多企业不愿提及的词语。但在新冠疫情的持续影响下，国内国际经济形势不容乐观，许多企业存在运营危机，甚至走向破产的局面。在此背景下，如何最大程度实现企业债权人的利益，成为在破产程序中所关注的要点。本文将重点探讨在破产案件中广泛应用的别除权权利基础和实现方式。



一、“破产别除权”的内涵

破产别除权，指破产程序开始之前，就债务人的特定财产设定了担保物权或者存在有其他特别优先权的，于债务人宣告破产后，权利人享有就该特定财产不依照破产清算程序而优先获得清偿和满足的权利。可以概括为债权人在破产程序中优先受偿的权利。关于称



谓“别除权”则是大陆法上的概念，英美法所使用的是“担保债权”一语。我国企业破产法中没有使用“别除权”的概念名称，而是仿照英美法称之为“有财产担保的债权”。其中在《企业破产法》第109条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特

定财产享有优先受偿的权利。”但我国破产法理论却深受大陆法的影响，普遍认同并使用了“别除权”的说法。在最高院发布的《民事案由规定》“与破产有关的纠纷”中就明确规定了“别除权纠纷”这一案由。

二、“破产别除权”的权利基础

破产别除权并非是破产法所创设的权利，而是对相关实体法上权利的延伸。例如民法典物权编规定的担保物权就包括抵押权、质权和留置权就是破产程序中别除权产生的权利基础，也是最常见的类型。当然，理论通说认为，破产别除权的权利基础不仅限于以上三种担保物权，也包括其他法定的特别优先权。

（一）破产别除权之担保物权基础

担保物权作为破产别除权的权利基础，在破产程序中最为常见、适用最广泛。债权人依据“物权优于债权的”原则在债权债务关

系中所享有的优先受偿权，在债务人破产时被继续承认从而转化为了破产别除权。我国法律主要规定了三种担保物权。

1. 抵押权

抵押权是指债权人对债务人或第三人提供的不移转占有作为履行债务的担保财产，在债务人不履行债务时，可就其拍卖、变卖所得价款优先受偿的权利。在破产程序中，对破产企业的财产享有抵押权的债权人称为别除权人，对特定的抵押财产优先于普通债权人受偿。目前在我国抵押权的法律依据主要有：

《中华人民共和国民法典》第



394 条：“为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。”

《中华人民共和国海商法》第 11 条：“船舶抵押权，是指抵押权人对于抵押人提供的作为债务履行担保的船舶，在抵押人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得的价款中优先受偿的权利。”

《中华人民共和国民用航空法》第 16 条：“设定民用航空器抵押权，由抵押权人和抵押人共同向国务院民用航空主管部门办理抵押权登记；未经登记的，不得对抗第三人。”

2. 质权

质权是对债务人或第三人提供的移转占有的作为履行债务担保的财产，在债务人到期不履行债

务时，就该财产拍卖所得价款具有优先受偿的权利。质权可以分为动产质权和权利质权。

《中华人民共和国民法典》第 425 条：“为担保债务的履行，债务人或第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的财产为质押财产。”

3. 留置权

留置权是指债权人已经合法占有了债务人的动产，在债务人不能履行债务时，债权人就该留置财产拍卖、变卖所得价款优先受偿的权利。留置权作为法定的担保物权，当然也可以成为别除权的基础权利。

《中华人民共和国民法典》第 447 条：“债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。前款规定的债权人为留置

权人，占有的动产为留置财产。”

另外，海商法也规定了承运人的留置权。

《中华人民共和国海商法》第87条：“应当向承运人支付的运费、共同海损分摊、滞期费和承运人为货物垫付的必要费用以及应当向承运人支付的其他费用没有付清，又没有提供适当担保的，承运人可以在合理的限度内留置其货物。”

破产别除权除了建立在以上三种担保物权基础上外，还有其他几种法定的优先权。

（二）破产别除权之法定优先权基础

法定优先权是指特定的债权人依据法律的直接规定，对债务人的全部财产或特定财产拍卖、变卖所得价款优先于其他债权人受偿的权利。我国法律主要规定了以下几种优先权：



1. 消费型购房者的优先权

2020年6月20日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》首次明确提出了消费型购房者优先权概念。其中第2条规定：“消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。”其立法本意在于对居住权的保障。根据该规定，消费型购房者的优先权优于建设工程优先权，而建设工程优先权又优于抵押权。故消费型购房者的优先权作为破产别除权的权利基础，具有超级优先权的属性。

对于如何认定“消费型购房者”的问题，在2015年5月5日最高人民法院发布的《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第29条有明确规定，其中内容为：“金钱债权执行中，买受人对登记在被执行人名下的商品房提出异议，符合下列情形且其权



利能够排除执行的，人民法院应予支持：（一）在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同；（二）所购商品房系用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；（三）已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。

2. 建筑工程承包人的优先受偿权

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第1条：“人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中，应当按照合同法第286条的规定，认定建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。”《合同法》第286条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该

工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”

3. 国有土地出让金优先权

国有土地出让金优先权是指划拨国有土地使用权拍卖时，所得价款应当先缴纳土地出让金，再用于抵押权人受偿。《中华人民共和国城市房地产管理法》第51条：设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的，依法拍卖该房地产后，应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人方可优先受偿。

4. 船舶优先权

船舶优先权是指特定海事债权人依法享有的、当债务人不履行或不能履行债务时，以船舶为标的的对担保物优先受偿的权利。《中华人民共和国海商法》第21条：“船舶优先权，是指海事请求人依照本法第22条的规定，向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海



事请求，对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。”

5、民用航空器优先权

我国民用航空法规定了民用航空器优先权。《民用航空法》第18条规定：“民用航空器优先权，是指债权人依照本法第十九条规定，向民用航空器所有人、承租人提出赔偿请求，对产生该赔偿请求

的民用航空器具有优先受偿的权利。”

《民用航空法》第19条规定：

“下列各项债权具有民用航空器优先权：（一）援救该民用航空器的报酬；（二）保管维护民用航空器的必需费用。前款规定的各项债权，后发生的先受偿。”

三、破产别除权的实现方式

（一）破产别除权的实现

根据《破产法》第110条规定：“享有本法109条规定权利的债权人行使优先受偿权利未能完全受偿的，其未受偿的债权作为普通债权；放弃优先受偿权的，其债权作为普通债权。”即破产别除权不能全部实现的，未受偿的债权可作为普通债权来分配破产财产，同时，该优先受偿权作为一种权利，债权人也可以放弃，放弃的，将该债权作为普通债权共同分配破产财产。

破产别除权的优先受偿权是针对特定担保财产行使的，不受破

产清算与和解程序限制，可优于其他债权人单独、及时受偿，即可继续个别执行。对于担保权人权利的行使与限制，在《全国法院破产审判工作会议纪要》第25条规定“在破产清算和破产和解程序中，对债务人特定财产享有担保权的债权人可以随时向管理人主张就该特定财产变价处置行使优先受偿权，管理人应及时变价处置，不得以须经债权人会议决议等为由拒绝。但因单独处置担保财产会降低其他破产财产的价值而应整体处置的除外。”因此，别除权人可随时向



破产管理人申请优先处置其享有别除权的特定物优先受偿。破产管理人不予同意或不予回复的，别除权人可径行向人民法院提起别除权纠纷诉讼，主张行使别除权，先行处置特定物，对所得价款优先受偿。

（二）破产别除权的暂缓实现

根据《企业破产法》第 75 条的规定，在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使，这是因为进入破产重整程序，如果不加区别的均实现别除权人的优先权，拍卖、变卖担保财产，则可能使企业重整程序无法进行下去，导致企业最终走向清算注销。但破产

法并没有一律规定的暂停担保权的行使，其例外情形是“担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的”。实行有条件的恢复权利行使，对于维护债权人利益具有必要性，也是合理的。根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》的精神，重整申请受理后管理人或者自行管理的债务人应当及时确定设定有担保物权的债务人财产是否为重整所必需。如果认为担保物不是重整所必需，管理人或者自行管理的债务人应当及时对担保物进行拍卖或者变卖或者变卖担保物所得价款在支付拍卖、变卖费用后优先清偿担保物权人的债权。





结语

破产别除权作为破产程序中一项重要的权利，其权利人应当准确明晰别除权的法律内涵，熟悉几种常见的别除权，定位在破产程序中的法律地位，正确充分的行使权利，从而最大化的实现自身的合法权益。另外，也应当分别理解别除权在破产清算、重整、和解程序的权利行使方式和异同，在维护自身利益的同时，也要兼顾各方利益。



作者：郑华 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方劳动法律服务部 律师

上海市闵行区劳动人事争议委员会兼职仲裁员

上海市闵行区职工维权律师志愿团律师

上海市闵行区马桥镇、新虹街道总工会法律顾问

上海市徐汇区枫林街道普法宣传团讲师

业务方向：劳动法、公司业务、家族法律服务

联系方式：13482439658



作者：李书静 实习律师

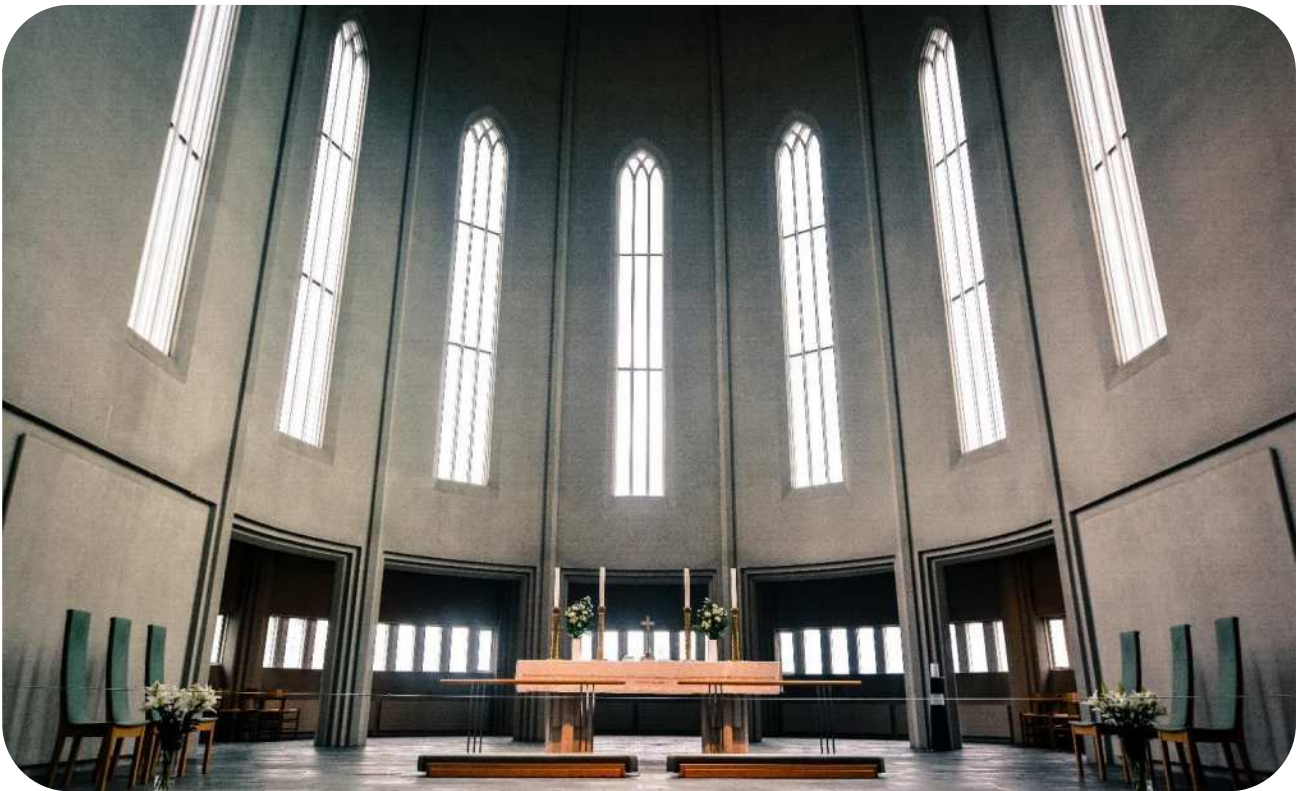
上海七方律师事务所 实习律师

七方劳动法律服务部 实习律师

业务方向：劳动法、公司业务、

家族法律服务

联系方式：15262875288



股东垫资是否等同于股东出资？

作者：李剑、王年俊

按照 2014 年 3 月 1 日起施行的《公司法》及相关条例规定，“注册资本”的登记管理已经从“实缴登记制”调整为“认缴登记制”（法律法规另有规定的除外），验资环节不复存在，股东的认缴出资额、出资期限，完全由股东自行约定并载明在章程中。

实践中，在股东没有履行足额出资义务且公司运营出现困难的情形下，股东垫付资金性质，应认定为是出资还是借款？债权人、公司和股东各有不同说法，我们看看法院怎么说



案例一

2019年7月2日,上海市虹口区人民法院作出(2019)沪0109破21号《民事裁定书》,裁定受理对绿壳公司的破产清算申请,并于2019年7月4日作出(2019)沪0109破21号《决定书》,指定了破产管理人。

2014年10月9日,绿壳公司成立,注册资本为100万元,由股东高某、陈某各认缴出资50万元,管理人发现在公司提供的2018年6月30日资产负债表中,显示公司实收资本为0,股东未实际出资。

2019年9月17日,管理人别向陈某、高某追缴注册资本未果而

诉至法院。股东陈某称,绿壳公司注册后的房租、员工工资、社保金等都是由陈某转账给法定代表人,再由法定代表人进行发放或缴纳。陈某并不清楚股东的出资需要经过验资手续,其从绿壳公司注册至今,陆续为公司经营垫付了1,100余万元,早已完成了50万元的出资义务,且认为绿壳公司尚欠股东其他应付款项,应于出资义务相互抵消。

法院认定两被告没有履行出资义务,判令两被告在判决生效之日起十日内向绿壳公司缴纳注册资本金各50万元。

案例二

2020年4月20日,股东金某与王某设立上海某商贸有限公司从事生鲜超市经营,王某担任法定代表人,公司注册资本采取认缴制。公司设立前后,金某通过其丈夫张某陆续为公司和王某垫付了押金90,000元、房租保证金100000元,房屋租金235000元等

资金。

公司开始正常经营之后,金某向王某和公司主张返还代付的款项均遭拒绝后,金某以借贷关系为由诉至法院。公司和王某认为,金某和公司之间没有达成借贷合意,其所支付的款项系经营超市的投资款,不是替公司垫付款项。

法院认为，金某垫付的房租等资金，符合借贷关系特征，故法院支持借贷关系成立。



律师分析

一、债权人要求股东履行出资义务，股东主张垫资系已履行出资义务的，法院不予支持

1. 债权人主张股东未足额出资的，是否出资的举证责任在于股东。

根据《中华人民共和国公司法》第 28 条规定：“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。”根据《中华人民共和国企业破产法》第 35 条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理

人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。”根据《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》第 21 条规定：“当事人之间对是否已履行出资义务发生争议，原告提供对股东履行出资义务产生合理怀疑证据的，被告股东应当就其已履行出资义务承担举证责任。”

案例一中，法院已受理绿壳公司的破产申请，管理人有权要求绿壳公司的股东陈某、高某按照章程的约定履行足额的出资义务，虽陈某辩称其通过个人对外转账或通过向孟某某转账用以支付公司房租、装修以及员工工资等的钱款总额已远超过了两被告应缴纳的注册资本金总额，但绿壳公司并无陈

某缴纳出资的记录，可认定两股东未履行出资义务。

2. 股东出资需要遵循《公司法》和《公司章程》的法定程序

股东缴纳出资有明确的法律规定及严格的财务流程，需体现在诸如股东会决议、公司章程、出资证明书、验资报告等材料文书上，而民间借贷法律关系的成立却未必要签订书面合同，是不要式民事法律行为。案例一中，首先，根据绿壳公司的章程规定陈某、高某的出资方式为货币，根据法律规定二人应将其货币出资存入公司在银行开设的账户中，但在绿壳公司纸质账册业已遗失的情况下，根据绿壳公司《资产负债表》及工商登记记载中实收资本均为0的情况，可认为两被告均未履行出资义务。其次，陈某陆续向孟某某转账或对外支付1,100余万元用于公司经营，

对绿壳公司应当形成债权关系。因其与绿壳公司并未形成股东会决议、修订公司章程、出资证明书等材料，也并未进行工商变更登记，充实公司注册资本。

3. 股东可通过债转股方式，变更垫资性质

根据《公司注册资本登记管理规定》第7条规定：“债权人可以将其依法享有的对在中国境内设立的公司债权，转为公司股权；债权转为公司股权的，公司应当增加注册资本。”

同时，根据《中华人民共和国公司法》第37条规定：“公司增加注册资本应当经过股东会决议并依法向公司登记机关办理变更登记。”

因此，股东的垫付款作为对公司的债权，可以通过增加注册资本的方式转为公司股权，但必须经严格的表决程序，形成股东会决议并完成工商变更登记手续。案例一中，陈某没有按照债转股程序进行增资，也没有工商备案，故陈某与公司的债权关系的性质未变。





4. 股东无权以债权抵消出资义务

根据《中华人民共和国企业破产法规定》第 40 条规定：“债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销。但是，有下列情形之一的，不得抵销：（一）债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的；（二）债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人负担债务的；但是，债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外；（三）债务

人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人取得债权的；但是，债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。”案例一中，作为公司债权人的陈某提出公司对其有应付款，主张抵消，因管理人异议，而未被法院支持。如果公司面临无法清偿到期债务、并存在诸多债务纠纷的情况下，允许公司股东以其债权抵消出资，无疑等于赋予股东债权具有优先于其他债权优先受偿的地位，会损害公司其他债权人的利益。

二、股东之间因出资产生纠纷，一方主张垫资系借贷关系， 另一方主张系出资的，法院一般认定为借贷关系

案例二中，对于金某主张其垫付的房租等费用，该费用系公司经营超市产生的场地租赁费，本应由公司承担。虽然金某系公司的股东之一，但股东与公司财产相互独立，股东对公司仅负有在章程规定的期限内缴纳出资款的义务，不负有直接清偿公司债务的义务，故金

某并不负有承担公司房租的法定义务。现章程记载的出资期限未届满，金某也未作出通过为公司支付房租履行出资义务并表示，在公司无其它依据要求金某承担该房租的情况下，此款应认定为金某应公司要求垫付的款项，属双方之间的借款，公司负有清偿义务。



小结

当公司缺乏经营所需现金流时，股东应当通过缴纳公司注册资本的方式，而不是通过垫资方式。垫资不等于出资，当公司出现外部债务风险时，垫资股东面临被债权人起诉的风险。

严格要求股东按比例出资，确有必要垫资的，应要求各股东和公司办理“借款”手续，避免未来不必要的诉争。

完善公司内部治理制度，通过验资报告、出资证明书、股东会决议等文书来确定“投资”或“借贷”的关系。



李剑 律师

上海七方律师事务所 管理合伙人

上海律协公司与商事业务研究委员会 委员

业务方向：公司商事诉讼与争端解决

联系方式：13817279229



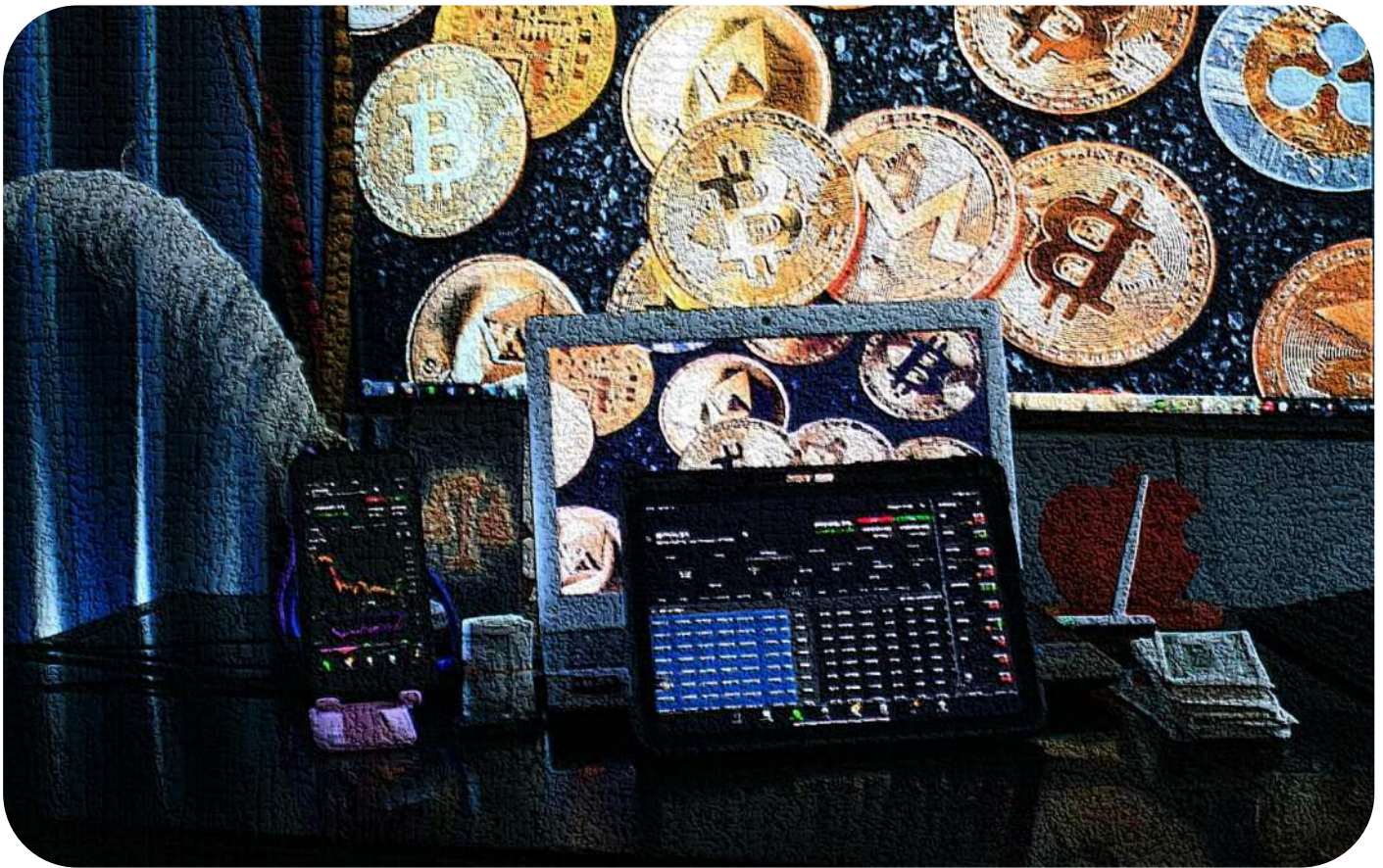
王年俊 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师

七方公司与投融资法律服务部 实习律师

业务方向：公司商事诉讼与争端解决

联系方式：19821802660



股票索赔前置程序取消后，对于证券虚假陈述案件的影响

作者：七方民商法团队

股民索赔案件中，最为常见的是证券虚假陈述责任纠纷。对此，司法解释规定了行政处罚、刑事制裁先行的起诉前置程序。近年来，前置程序出现松动之势。今年7月6日两办联合印发的《关于依法从严打击证券违法活动的意见》更进一步明确要取消前置程序。可以预见，前置程序的取消将在不久的将来成为现实，并将给股民索赔诉讼带来深远的影响。

一、前置程序的具体内容

最高人民法院 2002 年 1 月 15 日发布的《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》（以下简称《通知》）第二条载明：“人民法院受理的虚假陈述民事赔偿案件，其虚假陈述行为，须经中国证券监督管理委员会及其派出机构调查并作出生效处罚决定。当事人依据查处结果作为提起民事诉讼事实依据的，人民法院方予依法受理。”该通知首次明确投资者起诉索赔以证监会的生效行政处罚决定为前提。

最高院 2003 年公布并实施的《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（以下简称《若干规定》）对《通知》中的相关内容进行了扩张规定，正式确定了证券虚假陈述责任纠纷起诉前置程序的具体内容。

《若干规定》第六条第一款：“投资人以自己受到虚假陈述侵害为由，依据有关机关的行政处罚决定或者人民法院的刑事裁判文书，对

虚假陈述行为人提起的民事赔偿诉讼，符合民事诉讼法第一百零八条规定的，人民法院应当受理。”

根据《若干规定》，投资人以自己受到虚假陈述侵害为由提起民事赔偿诉讼，虚假陈述行为人应当已经被有关机关行政处罚，或被人民法院生效裁判文书判决承担刑事责任。这一“先行（刑）后民”的规定，即证券虚假陈述责任纠纷起诉前置程序的基本内容。

在司法实践中，只要不满足上述规定，即使监管部门已经立案调查并采取非处罚性监管措施，或者证券交易所对相关行为人已经进行了纪律处分，投资者也无权提起索赔诉讼。





二、前置程序呈松动之势

近年来，随着资本市场改革的深化，上述前置程序呈松动之势。

早在 2015 年 12 月 24 日，最高人民法院就在《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》中提出，“根据立案登记司法解释规定，因虚假陈述、内幕交易和市场操纵行为引发的民事赔偿案件，立案受理时不再以监管部门的行政处罚和生效的刑事判决认定为前置条件。”根据这一文件，最高人民法院似已完全取消了起诉前置程序。

2020 年 7 月 15 日最高人民法院发布的《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》提出：“债券持有人、债券投资者以自己受到欺诈发行、虚假陈述侵害为由，对欺诈发行、虚假陈述行为人提起的民事赔偿诉讼，符合民事诉讼法第一百一十九条规定的，人民法院应当予以受理。欺诈发行、虚假陈述行为人以债券持有人、债券投资者主张的欺诈发行、虚假陈述行为未经有关机关行政处罚或者生效刑事裁

判文书认定为由请求不予受理或者驳回起诉的，人民法院不予支持。”从这一文件来看，在债券索赔案件中已经完全取消了起诉前置程序。但这一文件并非司法解释，且仅针对债券索赔，不能当然适用于股票索赔案件中。

2020 年 7 月 30 日最高人民法院出台的《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》第 5 条规定，适用普通代表人诉讼程序进行审理时，原告可以提交“有关行政处罚决定、刑事裁判文书、被告自认材料、证券交易所和国务院批准的其他全国性证券交易场所等给予的纪律处分或者采取的自律管理措施等证明证券侵权事实的初步证据。”根据这一规定，原告起诉时，即使没有相关行政处罚决定或刑事裁判文书，也可根据被告自认材料、纪律处分、自律管理措施来提起诉讼。但这一规定仅适用于代表人诉讼，并不当然适用于单一之诉。

三、实践中仍未取消前置

如前所述，前置程序虽呈松动之势，但《若干规定》仍为现行有效的司法解释，在司法实践中仍是法院决定是否受理案件的依据。与之相对，《关于当前商事审判工作中的若干具体问题》和《全国法院审理债券纠纷案件座谈会纪要》不是司法解释，《关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》仅针对代

表人诉讼，并不能完全否定《若干规定》中设定的前置程序。

司法实践中，法院对普通股票索赔案件，仍坚持《若干规定》中的前置程序。此类案例比比皆是，在此仅举一例。2020年7月30日，最高院在（2020）最高法民申3556号民事裁定书中明确指出：

“本案系朱天闻以英力特集团虚假陈述行为导致其权益受损为由提起的民事赔偿之诉。朱天闻的起诉是否符合法定受理条件，应当按照证券虚假陈述责任纠纷的有关法律规定进行审查。《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第六条第一款规定‘投资人以自己受到虚假陈述侵害为由，依据有关机关的行政处罚决定或者人民法院的刑事裁判文书，对虚假陈述行为人提起的民事赔偿诉讼，符合民事诉讼法第一百零八条（民事诉讼法修改后为第一百一十九条）规定的，人民法院应当受理’，即当事人以自己受到虚假陈述侵害为由提起民事赔偿诉讼时，应当提交有关机关的行政处罚决定或人民法院的刑事裁判文书，证明证券虚假陈述事实的存在，此为人民法院受理的前提条件。朱天闻在起诉时提交的深圳证券交易所《关于对英力特集团给予通报批评处分的决定》及宁夏证监局《关于对英力特集团采取出具警示函措施的决定》，均不属于行政处罚决定，故其对英力特集团的起诉不符合《证券市场虚假陈述民事赔偿若干规定》第六条规定的法定受理条件。因此，一、二审法院裁定不予受理于法有据，并无不当。”



四、前置程序取消后索赔面临挑战

今年 7 月 6 日两办联合印发《关于依法从严打击证券违法活动的意见》。该意见第七条明确指出“修改因虚假陈述引发民事赔偿有关司法解释，取消民事赔偿诉讼前置程序。”根据该意见，虚假陈述索赔案件诉讼前置程序的取消将是板上钉钉的事。

笔者认为，前置程序的取消，将对投资者索赔产生巨大影响。这种影响至少体现在以下几个方面：

（一）起诉条件放宽。前置程序的存在，在一定程度上限制了投资者的诉权。取消之后，投资者只要符合《民事诉讼法》的起诉条件即可起诉。起诉条件的放宽，是否将导致证券索赔案件数量的激增，尚有待观察。

（二）举证难度加大。《若干规定》设置前置程序的初衷之一，即在于降低投资者索赔的举证难度。最高人民法院在《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 85 条中明确，“在案件审理过程中，对

于一方提出的监管部门作出处罚决定的行为不具有重大性的抗辩，人民法院不予支持”。也就是说，经过前置程序处理的证券虚假陈述行为当然具有“重大性”，投资者无需另行举证证明。在前置程序取消后，投资者必须自行证明虚假陈述违法行为以及重大性的存在。对于普通投资者来说，举证的难度相当大。投资者如何举证，举证责任如何分配？这都是需要研究的问题。

（三）诉讼时效起算点将发生变化。《若干规定》第五条明确，诉讼时效从行政处罚决定书作出之日或刑事裁判文书生效之日起算。前置程序取消之后，若新的司法解释没有另行规定，就只能依据《民法典》第一百八十八条的规定来确定：“诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算”。笔者认为，似可将虚假陈述揭露日认定为“权利人知道或者应当知道权利受到损害之日”。



结语

总之，证券虚假陈述责任纠纷
起诉前置程序的取消，一方面保障
了投资者的诉权，另一方面也带来
了举证责任如何分配、诉讼时效如

何起算等新的问题。我们期待着修
订后的司法解释对此作出明确而
合理的设计。



李伟锋 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方民商事与法律服务部 主任
上海律协民事业务研究委员会 委员
业务方向：合同法、保险法
联系方式：18917905291



陈江松 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师
七方民商事与保险法律服务部
实习律师
业务方向：民商法、金融法
联系方式：13045642139



《个人信息保护法》中的“单独同意”与金融活动

作者：李伟峰

《个人信息保护法》（下称《个保法》）的实施，对金融活动中的个人信息保护提出了更高的要求，对金融机构的经营影响重大。在该法中，多次涉及到“单独同意”一词。在个人信息保护中，哪些应该得到“单独同意”，怎么样才算是“单独同意”，其相关法律后果如何，本文做一些剖析。

一、哪些情况应该获得个人的“单独同意”

根据《个保法》的规定，以下情况应该获得个人的单独同意。

（1）涉及向第三方提供个人信息的。《个保法》第 23 条：个人信息处理者向其他个人信息处理者提供其处理的个人信息的，应当向个人告知接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类，并取得个人的单独同意。接收方应当在上述处

理目的、处理方式和个人信息种类等范围内处理个人信息。接收方变更原先的处理目的、处理方式的，应当依照本法规定重新取得个人同意。

（2）涉及公开个人信息的。

《个保法》第 25 条：个人信息处理者不得公开其处理的个人信息，取得个人单独同意的除外。

（3）涉及在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备，用于维护公共安全之外的其他目的条款。《个保法》第 26 条：在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备，应当为维护公共安全所必需，遵守国家有关规定，并设置显著的提示标识。所收集的个人图像、身份识别信息只能用于维护公共安全的目的，不得用于其他目的；取得个人单独同意的除外。

（4）涉及敏感个人信息处理的。《个保法》第 29 条：处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意；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。

《个保法》第 28 条的规定，敏感个人信息为“一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息”，包括“生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹”等信息等。

（5）涉及处理不满十四周岁未成年人个人信息的。《个保法》31 条规定：个人信息处理者处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当取得未成年人的父母或者其他监护人的同意。

（6）涉及个人信息出境的。

《个保法》第 39 条：个人信息处理者向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当向个人告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使本法规定权利的方式和程序等事项，并取得个人的单独同意。

二、如何实现“单独同意”

单独同意原则，是为了对个人重要或敏感信息提供充分足够的保障。在金融活动中，涉及的个人信息往往为个人重要或敏感信息，如个人账户信息、鉴别信息、金融交易信息、个人身份信息、财产信息、借贷信息。因此，金融活动中的单独同意原则的实现，显得更为重要。



单独同意，其核心一是单独，二是同意。

首先，要保障个人有足够的知情权，对其所要提供的个人信息的内容要清晰。因此，信息采集单位，应当以准确、清楚、全面的表达方式，以普通受众能够理解的方式进

行告知，其语言不应晦涩难懂。如果有专业用语，还应该进行相应的解释及列举，从而使个人能够足够清楚明白自己所要提供的信息到底都包括了哪些内容。

同时，对所收集的个人信息将用于哪些范围，也应当同时告知个人，获得个人的同意。在实际处理过程中，不得超过个人授权的范围。

其次，在形式上，该同意的方式应当单独进行。比如《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》中规定，基于个人同意处理人脸信息的，应当征得自然人或者其监护人的单独同意”，且“信息处理者不得以与其他授权捆绑等方式要求自然人同意处理其人脸信息，否则人民法院应当认定上述行为构成侵权行为”，这里对“单独同意”就提出了要求，不得将对人脸信息的授权

与其他授权内容“进行捆绑”以获得个人同意。因此，在实务中，需要对相关信息，以单独的同意书、授权书等形式，获取个人的同意。

三、“单独同意”的撤回

《个保法》第十五条规定，“基于个人同意处理个人信息的，个人有权撤回其同意。个人信息处理者应当提供便捷的撤回同意的方式。个人撤回同意，不影响撤回前基于个人同意已进行的个人信息处理活动的效力。”

按照上述规定，即便个人同意处理个人信息，其仍然有权撤回。“单独同意”过的个人信息自然仍在此列。信息处理者不应以其已经“单独同意”，而予以区别对待。

但在实际金融活动中，个人金融信息一旦采集，往往会被进入复制、利用等环节，实际不可能还原到原始的未采集的状态。且这些信息很可能在一定范围内被扩散。因此，《个保法》规定了，该撤回同意，不影响撤回前基于个人同意已进行的个人信息处理活动的效力。信息处理者需要做的应是，停止对已采集的个人信息的利用，并将之删除。

“单独同意”是个人信息采集的一项重要规则。在具体的金融活动场景中，如何适用，可能会存在不同的难度。金融机构对此应予以高度关注，采取措施保障单独同意规则的正确适用，避免由此产生纠纷。



《个人信息保护法》对保险业务询问环节的影响

作者：周松涛

《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个保法》）于 2021 年 8 月 20 日经全国人大常委会通过，已于 11 月 1 日起施行。《个保法》的出台关系到每个人，也关系到各行各业。这是一部非常重要的法律，值得每个人好好学习，也值得我们律师好好研究。本文就保险业中关于保险公司询问投保人的环节谈一谈《个保法》带来的影响。

在订立保险合同时，保险公司需要向投保人询问相关情况，用以判别和决定是否同意承保或者提高保险费率，因此投保人有如实告知的义务，否则保险人有权拒绝承

担给付保险金的责任或者减轻责任。主要依据来源于《保险法》第十六条的规定：“订立保险合同，保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的，投保人应



当如实告知。投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除合同……投保人故意不履行如实告知义务的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，并不退还保险费。投保人因重大过失未履行如实告知义务，对保险事故的发生有严重影响的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但应当退还保险费。”

保险公司除有询问的权利外，还有承担提示、说明的义务，该义务主要针对保险人的免责条款。

《保险法》第十七条第二款规定：“对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。”《保险法司法

解释二》第十一条规定：“保险合同订立时，保险人在投保单或者保险单等其他保险凭证上，对保险合同中免除保险人责任的条款，以足以引起投保人注意的文字、字体、符号或者其他明显标志作出提示的，人民法院应当认定其履行了保险法第十七条第二款规定的提示义务。保险人对保险合同中有关免除保险人责任条款的概念、内容及其法律后果以书面或者口头形式向投保人作出常人能够理解的解释说明的，人民法院应当认定保险人履行了保险法第十七条第二款规定的明确说明义务。”第十三条规定：“保险人对其履行了明确说明义务负举证责任。投保人对保险人履行了符合本解释第十一条第二款要求的明确说明义务在相关文书上签字、盖章或者以其他形式予以确认的，应当认定保险人履行了该项义务。但另有证据证明保险人未履行明确说明义务的除外。”根据前述规定，保险人所承担的并非一般性的提示、说明义务，而是有具体要求和形式的加重、强化的

提示、说明义务。原因在于投保人处于弱势地位，对于比较复杂且包含一定专业术语的保险条款往往不易准确理解，为保障投保人信息对称，明明白白投保，法律和司法解释加重了保险公司的提示、说明责任。应当说这样规定是非常合理的，从另一个角度来看，对于保险公司也是利大于弊。一方面，有利

于保险公司对于保险经纪人的管理，避免个别人员忽悠客户，损害保险公司信誉，带来纠纷隐患；另一方面，保险公司按规定操作并做好证据保留，能有效降低因条款理解产生的纠纷数量。所以，这样的规定对投保人利益的保护和保险公司的规范操作、提升内部管理都起到了积极的作用。



《保险法》第十六条规定的是投保人的如实告知义务，第十七条规定的是保险公司的提示、说明义务，看似不相关，其实有重要的关联性。当保险公司认为投保人有不履行如实告知义务时，将拒赔或降低保险金，这就关系到保险合同中免除责任的条款，就会涉及保险公

司是否履行了提示、说明义务。因此，保险公司在就保险标的或被保险人的有关情况提出询问时必须符合《保险法》第十七条第二款的规定以及《保险法司法解释二》第十一条、第十三条的规定，也就是必须以足以引起投保人注意的文字、字体、符号或者其他明显标志



作出提示，并以书面或者口头形式向投保人作出常人能够理解的解释说明。

目前银保监会正在大力推动的“双录”，即销售可回溯管理，就是为了监督和证明保险公司人员按照上述要求履行了提示、说明义务。“双录”所使用的技术都是通过线上录音、录像、手机端移动信息采集设备或工作场所内固定信息采集设备完成的。这些流程就涉及《个保法》规制的内容。因此，保险公司的提示、说明工作除了符合《保险法》及司法解释的规定之外，还要符合《个保法》的要求，具体至少应当符合下述条款的规定。

第十四条：“基于个人同意处理个人信息的，该同意应当由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出。”这就意味着“双录”过程本身就要由投保人在充分知情的前提下自愿、明确表示同意。同意的过程可以采用口头征询意见加书

面签字确认的方式，在征得投保人同意后再进行“双录”。

第十五条：“基于个人同意处理个人信息的，个人有权撤回其同意。个人信息处理者应当提供便捷的撤回同意的方式。”这就要求保险公司如遇投保人撤回同意是不能拒绝和阻止的，并且还要提供便捷的撤回同意的方式。但问题在于，投保人撤回同意后，保险公司对于已获取的个人信息如何处置，是不能保留还仅是不能处理？笔者认为，不能处理是必然的，否则撤回同意就没有意义。但保险公司仍能保留个人信息，尤其是在保险期内。一方面，是由于保险业务开展所必须，这符合《个保法》第十六条的规定；另一方面，保留信息限于保险公司备查和留作证据使用，不得再用于其他目的、作其他处理。

第十七条：“个人信息处理者在处理个人信息前，应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知下列事项：（一）



个人信息处理者的名称或者姓名和联系方式；（二）个人信息的处理目的、处理方式，处理的个人信息种类、保存期限；（三）个人行使本法规定权利的方式和程序；（四）法律、行政法规规定应当告知的其他事项。前款规定事项发生变更的，应当将变更部分告知个人。个人信息处理者通过制定个人

信息处理规则的方式告知第一款规定事项的，处理规则应当公开，并且便于查阅和保存。”保险公司必须以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知前述事项，还要公开个人信息处理规则，并建立起一套相应的处理机制。

通过以上分析可以看出，《个保法》的出台对保险公司履行提示、说明义务又提出了新的要求，一定程度上加重了保险公司的责任。保险公司应当遵照《个保法》，在“双录”环节按照新规定作出必要调整，在“双录”之前应当通过适当的方式由投保人在充分知情的前提下就保险公司处理其个人信息作出明确的同意，以确保保险公司采集、处理个人信息的合法性，避免提示、说明义务存在重大瑕疵而导致投保人未尽如实告知义务情况下保险公司免责条款不生效。



周松涛 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人

七方公司与财税法律服务部 主任

上海律协税务业务研究委员会 委员

法务会计师

业务方向：公司股权、公司治理、并购重组、
商业谈判、商业诉讼、税务

联系方式：18621368850



因“未如实告知”被拒赔应该怎么办？

作者：管杰

签订保险合同时，投保人根据保险法规定，向保险公司承担如实告知义务。如实告知义务是指在订立保险合同之时，被保险人或者投保人必须要将保险标的中的重要事项如实告知保险人，并确保保险人能够全面、准确地掌握这些重要事项，只有这样才能够让保险人正确的认识并评估危险状况，继而决定是否承保或者在何种条件下承保。未如实告知的，按照保险法第十六条的规定，保险人有权解除保险合同并不支付保险金，对于故意不如实告知的投保人，保险公司甚至连保费都可以不予退还。那在遇到保险公司以“未如实告知”拒赔时，申请理赔的一方应当如何找出保险公司在“未如实告知”的拒赔理由中的“马脚”呢？本文通过两则案例来说一说最常见的应对“未如实告知”拒赔理由的思路。

案例一

2018年2月7日,王某以自己为被保险人向某保险公司购买了承保恶性肿瘤的重大疾病保险,并依次在投保提示书、投保确认书等文件的“投保人”、“签名”等栏内签名,并在客户告知书上作为投保人抄录了“本人已认真阅读并理解上述提示内容”。2018年3月12日,保险公司的电话回访人员对王某进行了电话回访。同年6月16日,王某因甲状腺问题入住医院,入院诊断为双侧甲状腺占位,当月18日,王某行右侧甲状腺癌标准根治术+右侧喉返神经探查术+左侧甲状腺部分切除术。同年6月26日王某出院,出院诊断为右侧甲状腺癌、左侧结节性甲状腺肿。2019年7月18日,王某提交理赔资料

提出理赔申请。同年8月9日保险公司作出不予给付通知书,以王某不如实告知为由,不予给付重大疾病保险金、整单解除保险合同并不退还保险费。王某遂诉至法院,请求保险公司给付重疾保险金。

保险公司在庭审中提出的抗辩理由是:经保险公司调查,王某于2017年5月22日检查出来罹患的系甲状腺右叶实性结节,而王某未在投保单中的“客户告知信息”问题中载有“是否患有甲状腺结节、甲状腺功能亢进或减低、脑垂体及肾上腺疾病”的内容中勾选“是”,因此属于保险法第十六条中投保人故意或因重大过失未履行如实告知义务的情形,保险公司有权解除合同并不予赔偿。

判决结果

一审法院判决被告保险公司于判决生效之日起十日内给付王某终身重大疾病保险金100000元。二审法院驳回保险公司上诉请求,维持原判。



律师解析

面对保险公司的抗辩理由，投保人王某该应对的呢？根据保险法第十六条第一款，订立保险合同，保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的，投保人应当如实告知。保险法司法解释（二）第六条规定，投保人的告知义务限于保险人询问的范围和内容。当事人对询问范围及内容有争议的，保险人负举证责任。保险人以投保人违反了对投保单询问表中所列概括性条款的如实告知义务为由请求解除合同的，人民法院不予支持。但该概括性条款有具体内容的除外。可见，保险公司是不是就应人被如实告知的具体事项询问投保人，成为未如实告知拒赔的合法性关键。在本案中，最核心的争议焦点在于保险公司是否就投保单中的“客户告知信息”问题中载有“甲状腺结节、甲状腺功能亢进或减低、脑垂体及肾上腺疾病”的内容向投保人询问过。虽然

投保人在投保提示书、投保确认书等文件中签过字，但仅凭此些并不能证明保险公司就“甲状腺结节”的事宜向投保人询问过。

对于保险公司所举出的各项证据，其实均不能证明其已对王某询问过是否患有“甲状腺结节”等病史。首先，投保单中的“客户告知信息”问题中载有“甲状腺结节”等的内容，但在勾选栏均为机打，王某也称根本未见过“客户告知信息”，勾选均非自己所为，而是业务员待其勾选。保险公司在庭审过程中无法提供签订合同前，业务员询问王某的录音等证据，也无法安排业务员出庭作证。因此，投保单中的“客户告知信息”并不能证明到保险公司已经询问投保人。

其次，投保确认书签字页中虽有王某签字，但投保确认书“提示”栏方格内应当由本人手写的文字“本人已阅读保险条款、产品说明书和投保提示书，了解本产品的特



点和保单利益的不确定性”系打印形成，非王某本人抄写，且王某签字时间为2018年2月7日，而事实上案涉保险条款、保险单等文件系王某于2018年3月7日签收，所以投保确认书也不能证明保险公司已就案涉保险条款、责任免除条款等对王某履行了明确说明义务。

再者，王某在客户告知书上抄录的“本人已认真阅读并理解上述提示内容”也仅能证明保险公司已提醒王某作为投保人有如实告知义务、投保单上填写内容必须属实、对于销售人员询问的有关被保险人的问题应当如实回答，但不能证明天安保险公司已就投保单上的“客户告知信息”的内容逐项进行了询问，客户告知书、投保提示

书、保险单送达确认书均达不到所抗辩的其已就王平是否患甲状腺结节进行了询问、而王某没有如实告知故意隐瞒之证明目的。

最后，对于保险公司的回访录音，仅是程式化、概括性、模糊性提问，也不能证明在承保前就“客户告知信息”的内容进行了逐项详细询问，不能证明已就案涉保险条款中的免除或减轻其保险义务的条款内容向王平作了提示和说明。

综上所述，对于保险公司主张投保人“未如实告知”拒赔的，应要求其提供对“未如实告知”事项的具体内容向投保人进行询问的证据，而业务员的代签、机打勾选、概括笼统的询问、提示抄录文字的缺漏不完整都是可以互相印证证明保险公司未充分询问的突破口。

案情二

2009年6月16日，张某以自己作为被保险人投保了保险公司的重大疾病保险，受益人为女儿辛某。保险合同中约定：“被保险人于本合同生效之日起一年后因疾

病身故或身体全残，本公司按基本保险金额与累计红利保险金额二者之和的二倍给付身故或身体全残保险金，本合同终止。”2011年7月，被保险人张某突发疾病入住



医院治疗，终因医治无效于8月25日不幸去世。辛某遂于2011年9月28日向保险公司申请理赔。保险公司受理后于2011年11月11日以被保险人未履行如实告知义务为由，向原告发出《拒赔通知书》，并且不退还保险费。

保险公司在庭审中提出的抗辩理由是：张某投保时在我公司投保书书面询问“是否投保过其它人

寿保险”中，回答为“否”，而实际情况是张某分别于2009年5月6日、2009年5月14日、2009年6月1日与华泰人寿保险股份有限公司、泰康人寿保险股份有限公司、新华人寿保险股份有限公司签订的保单。因此，张某属于故意不履行如实告知义务，足以影响我公司决定是否同意承保。

判决结果

一审法院判决被告保险公司于本判决生效后十日内向辛某支付保险赔偿金182891.52元，并支

付逾期利息。二审法院驳回保险公司上诉，维持原判。

律师解析

本案中，投保人确实未对保险公司询问的事项进行如实告知，为何仍判保险公司败诉呢？根据保险法第十六条第二款规定，投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除合同。可见，应如实告知事项的前提除了上文提到的限于保险人询问

事项之外，还应当符合“足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的”。本案中，张某虽然在投保书书面询问“是否投保过其它人寿保险”中，回答为“否”，但保险公司却不能证明“是否投保过其他人寿保险”这个事项足以影响保险人是否同意承保或者提高保险费率的有关事实。



更重要的一点，本案的保险合同签订于2009年6月16日，张某发生保险事故是在2011年8月25日，辛某申请理赔的时间是2011年9月25日。而保险公司做出拒赔和解除合同的决定是在2011年11月16日。根据保险法第十六条第三款规定，前款规定的合同解除权，自保险人知道有解除事由之日起，超过三十日不行使而消灭。自合同成

立之日起超过二年的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。因此，该案的保险合同成立已经超过二年，保险公司已经丧失了通过“未如实告知”来解除保险合同从而拒绝赔偿保险金的权利，保险公司于2011年11月16日通过《拒赔通知书》发出的解除合同的决定是无效的。

本文两则案例，非常典型地反映出保险法第十六条有关投保人如实告知义务的前提条件，以及保险公司利用保险法第十六条解除保险合同拒绝赔偿保险金的行使及限制。总体来看，保险公司在适用保险法第十六条时，需要从充分询问、提示告知、除斥期间内行使解除权等各个方面留存证据、依法行使权利，虽然繁琐，但随着保险公司越来越专业化，证据不足等情况在今后的司法实践中会越来越少见。因此作为投保人，在签订保险合同之前，务必认真阅读所有条款，以免出险时因自己的疏忽大意导致巨额保险金失之交臂。



管杰 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与财税法律服务部 律师助理

徐汇区汇调人民调解委员会 兼职调解员

业务方向：民商事合同纠纷、动拆迁补偿纠纷、公司股权纠纷

联系方式：13816934907

《个人信息保护法》背景下员工个人信息处理规则及企业应对

作者：李华平



2021年8月20日,全国人大常委会通过《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》),该法于2021年11月1日起施行。

《个人信息保护法》确立了“告知—同意”为核心的个人信息处理一系列规则,要求处理个人信息应当在事先充分告知的前提下取得个人同意。同时,考量到经济社会生活的复杂性和个人信息处理的不同情况,对部分情形作了但书规定,以处理个人信息不需要取得个人同意为例外。本文就企业处理员工个人信息以及敏感个人信息需遵循的规则,以及企业在人力资源管理中需要采取的相应措施进行相应解读与分析。



一、企业处理员工个人信息需遵循的规则

《个人信息保护法》第十三条第一款第二项规定，即“为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”情形，不需取得个人同意，属于例外情形之一。企业实施人力资源管理不可避免地会使用到员工的个人信息，不需要取得个人同意是有前提的，即必须同时满足以下三个条件：

1. 依据合法。企业处理员工个人信息必须是以依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同为依据。为了平衡企业人力资源管理的用工自主权与保护员工个人信息和隐私权，《个人信息保护法》强调了实施人力资源管理的依据必须合法，即依照劳动规章制度或集体合同来实施管理权和依法处理员工个人信息。

《劳动合同法》第四条规定，用人单位应当依法建立和完善劳

动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。由此可见，依法制定的企业劳动规章制度中规定了企业的用工管理权，在管理过程中必然涉及到对员工个人信息的处理，如果都需要事先征得员工同意为前提，那管理的效率和效果都难以实现。

《劳动合同法》第五十一条规定，企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。由于集体合同也是职工一方与企业平等协商确定的，对企业和全体员工均有约束力。企业依照签订的集体合同进行相应的人力资源管理，尽管会涉及到处理员工个人信息情形，因订立过程的民主性替代了事先征得每一位员工的同意为前提。

2. 目的正当。企业处理员工个人信息的目的，仅是实施人力资源管理所需，不得将员工的个人信息挪作他用，使用目的必须正当。

《劳动合同法》第八条规定，用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解

劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。可见，用人单位要了解劳动者与劳动合同相关的基本情况，必然要会涉及到劳动者的个人信息甚至个人隐私内容，企业在处理这些与劳动合同直接相关的员工个人信息时，员工作为与企业建立劳动关系的劳动者一方，应当如实说明，不得隐瞒或拒绝。《个人信息保护法》和《劳动合同法》在用人单位和劳动者订立劳动合同时对于员工个人信息的处理规定保持了一致性。

3. 范围受限。企业在对员工进行人力资源管理时，并不是可以随意处理员工的个人信息，而是应当遵循“必要”和“最小化利用”原则，只有在人力资源管理过程中必需的前提下才可以无需征得本人同意。如果能够不使用到员工部分个人信息或者个人隐私也可以有效的对员工进行人力资源管理时，该部分员工个人信息企业就不能滥用。即使是在人力资源管理中

必需使用到员工个人信息，在处理过程中也不能过度使用。

因此，《个人信息保护法》赋予了企业按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需时，可以不需取得员工的同意，但在处理员工个人信息时必须遵循“合法、正当、必要”的基本规则，既要保护员工

的个人信息和隐私权利，用能够规范行使人力资源管理权。



二、企业处理员工敏感个人信息需要遵循的规则

《个人信息保护法》第二十九条规定，处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意；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。

企业处理员工敏感个人信息是否应当取得其本人的单独同意呢？目前尚存在一定的争论。有观点认为，《个人信息保护法》第十三条是处理个人信息的一般规则，企业实施人力资源管理所必需时，不需取得员工的同意。但是，员工敏感个人信息较一般信息而言影响更大，法律规定了更高的授权要

求和处理标准，该授权要求和处理标准同样适用于企业人力资源管理，因此处理员工敏感个人信息应当取得员工本人的单独同意。

笔者并不同意上述观点。首先，有必要厘清《个人信息保护法》第十三条和第二十九条之间的关系。《个人信息保护法》第十三条和第二十九条二者之间并不是一般规定和特别规定的关系，不存在“特别规定优于一般规定”的情形。《个人信息保护法》第二章“个人信息处理规则”中一共有三节：第一节为“一般规定”，第二节为

“敏感个人信息的处理规则”，第三节为“国家机关处理个人信息的特别规定”。可见，第三节相对于第一节确实是“特别规定”，而第二节是针对“敏感个人信息的处理规则”，并不是特别规定。

其次，《个人信息保护法》第十三条第二款规定，“依照本法其他有关规定，处理个人信息应当取得个人同意，但是有前款第二项至第七项规定情形的，不需取得个人同意。”可见，“依照本法其他有关规定”显然包含了《个人信息保护法》第二十九条。《个人信息保护法》第十三条第一款第二项至第七项就是处理个人信息不需要取得个人同意的例外情形，不管该个

人信息是否属于一般个人信息还是敏感个人信息。

因此，《个人信息保护法》第二十九条并不是优先适用条款，如确实因为实施人力资源管理过程中如必需使用到员工敏感个人信息的，也不必征得员工本人的同意。当然，员工敏感个人信息确实对其本人而言影响重大，一旦泄露或者非法使用，荣誉导致员工的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害，企业只有在实施人力资源管理所必需的特定目的和充分必要下才可以处理，在处理时尽量做到事先告知员工，让员工充分知晓，企业也要采取严格的保护措施，尽到更为审慎的注意义务。

三、企业对处理员工个人信息的应对

《个人信息保护法》的出台，对用人单位提出了更高的要求，用人单位必须进行相应的改变来适用。用人单位的用工自主权、知情权与劳动者个人信息与隐私保护权之间的冲突一直会存在，企业要

掌握好人力资源管理的边界、知情权行使的范围却非易事，而员工个人信息的保护则会贯穿于劳动用工管理过程的始终。因此，企业应确保遵循“合法、正当、必要”的员工个人信息处理基本原则。



劳动关系项下的员工个人信息保护应充分考虑企业的用工管理自主权，但这种用工管理权的来源合法性来自劳动规章制度。因此，企业必须进一步完善劳动规则制度，把用人单位收集、使用、传输、储存、删除员工个人信息等程序进一步明确到规章制度规定中，同时依照民主程序制定并公示告知劳动者。

企业和员工方依法订立的集体合同也是企业处理员工个人信息的依据之一。因此，在集体合同协商过程中，企业要充分考虑到人力资源管理过程中可能会涉及到哪些员工信息，可以通过集体合同约定约定的方式取代企业与员工之间“一对一”的告知与同意。

鉴于员工敏感个人信息是否需要取得员工单独同意存在不同观点，为谨慎起见，建议单位尽可能书面告知员工并取得员工同意，或就可能使用到的敏感个人信息在规章制度或集体合同予以重点提醒，并明确严格的保密措施。



李华平 律师

上海七方律师事务所 首席合伙人
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 副主任
全国律协劳动与社会保障法专业委员会 委员
上海市总工会法律顾问团成员
华东政法大学文伯书院校外导师
上海社科院法学所硕士生实务导师
浙江农林大学法律硕士实务导师
《劳动报》劳权周刊专家点评律师

业务方向：劳动法、企业法律顾问、
法律培训

联系方式：13917749521



入职 4 个月后离职，能否享受年终奖？

作者：谢亦团

岁末将近，企业都会面临奖金发放的问题。今天就和大家聊一聊年终奖的相关规定，对于那些任职未满 1 年就离职的员工，是否也能享受到年终奖呢？本文将通过广东省高院的一则再审案例【(2020)粤民再 136 号】为你揭晓答案，该案历经劳动仲裁、一审、二审、再审，可谓百转千回，最终尘埃落定，结果也许会出乎你的意料。

案情介绍

韩某民于2017年3月10日入职深圳某科技管理有限公司（以下简称公司），合同期限自2017年3月10日起至2018年3月31日，试用期2个月。

公司向韩某民发送的《任职邀请函》载明：聘用职位：资深房屋设计师4+；薪酬结构：固定工资+绩效奖金+工作补助组成；固定工资月薪16000元；年终绩效奖金（通过试用期并达到职位要求，自入职日生效，发放基数为96000元，结合年终考核结果及考勤情况发放）；补助类包括午餐补助252元/月、交通补助600元/月以及通讯补助200元/月。

2017年7月5日，韩某民以个人原因提出离职，与公司解除劳动合同。离职后，

韩某民要求公司按在职时间比例发放年终奖金30988.5元。

公司认为，韩某民已离职且在岗时间不足4个月，不符合年终考核人员标准，年终绩效奖金的发放，不仅要考虑员工的出勤时间，还要考虑考核结果，韩某民提前离职没有考核资格，公司无须向韩某民支付年终绩效奖金。

2018年3月2日，韩某民申请劳动仲裁要求公司支付2017年3月10日至2017年7月5日期间年终奖30988.5元。

2018年5月18日，深圳市劳动人事争议仲裁委员会作出裁决：驳回韩某民的仲裁请求。

韩某民不服，提起诉讼。

一审判决：不支持韩某民的诉讼请求。

一审法院认为，关于韩某民要求公司支付2017年3月10日至2017年7月5日期间年终奖30988.5元的诉求。

首先，年终奖金属于用人单位对员工进行奖励的一种形式，并非用人单位的强制性义务，因此，用人单位可自行制定绩

效奖金考核方案并根据考核结果决定是否符合发放条件以及发放的金额。

具体到本案，根据《任职邀请函》，公司结合年终考核结果及考勤情况发放年终绩效奖金。根据《员工手册》、《员工手册》阅读签字确认回执、2014年-2017

年《年中考核通知》及 2014 年-2017 年《年终考核通知》，韩某民并不符合公司的年中及年终绩效考核的条件，公司因而未对韩某民进行绩效考核。

其次，我国《民事诉讼法》第六十四条第一款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”韩某民未向法院提交公司人资部门许诺于 2017 年年底向

其发放 2017 年 3 月 10 日至 2017 年 7 月 5 日期间奖金的证据，其应承担举证不能的法律后果。

综上，韩某民的诉讼请求，缺乏法律依据及事实依据，法院不予支持。

韩某民不服一审判决，上诉请求二审法院撤销一审判决，支持其诉讼请求。

二审判决：公司应按照韩某民实际工作时间折算计发年终奖。

二审法院认为，公司与韩某民存在劳动关系。公司与韩某民在任职邀请函中载明：聘用职位：资深房屋设计师 4+；薪酬结构：主要由固定工资+绩效奖金+工作补助组成；年终绩效奖金（通过试用期并达到职位要求，自入职日生效，发放基数为 96000 元，结合年终考核结果及考勤情况发放）。

在公司 2017 年 6 月 28 日上半年度绩效考核启动通知内容有：2017 年上半年考核期间：2017 年 1 月 1 日-6 月 30 日；绩效考核人员范围：参与半年度考核的 2-4 级人员；绩效考核期间累计出勤 3 个月（含）以上的在职 2-4 级员工。

从上述内容可知，本案韩某民为 2-4 级人员，累计出勤 3 个月（含）以上，符合上半年绩效考核范围。

对于公司应否支付韩某民年终考核工资的问题，根据《深圳市员工工资支付条例》第十四条第二款规定：“劳动关系解除或者终止时，员工月度奖、季度奖、年终奖等支付周期未届满的工资，按照员工实际工作时间折算计发”。因双方在任职邀请函中已明确年终绩效奖金发放基数为 96000 元，而韩某民在公司任职的时间为 2017 年 3 月 10 日至 7 月 5 日。根据国家法定劳动者月平均工作时间为 21.75 天计算，韩某民该期间的工作时间为 82(21.75

天×4个月-5天)天,按照9.6万元的基数计算,公司应向韩某民发放绩效考核奖21866.7(96000元÷360天×82天)元。

二审法院判决:撤销一审判决,公司应于判决生效之日起十日内向韩某民支

付2017年3月10日至7月5日期间年终奖21866.7元。

韩某民不服,认为二审判决年终奖计算错误,向广东高院申请再审。



再审判决: 二审认定公司应支付年终奖正确,但计算方法不对,本院予以纠正。

关于经审查认为,本案争议的焦点为:公司应否向韩某民支付年终奖以及年终奖的数额。

关于公司应否向韩某民支付年终奖的问题。

根据一、二审法院查明的事实,韩某民的工作岗位和出勤时间符合公司上半年绩效考核范围,故二审法院依据《深圳市员工工资支付条例》第十四条第二款的规定,认定公司应向韩某民支付年终奖正

确，本院予以确认。

关于公司向韩某民支付年终奖的数额问题。

根据查明的事实，韩某民在公司的任职时间为2017年3月10日至7月5日，其年终绩效奖金发放基数为96000元，故公司应向韩某民发放绩效考核奖31035.62元（ $96000 \text{ 元} \div 365 \text{ 天} \times 118 \text{ 天}$ ），二审法院计算方法有误，本院予以纠正。韩某民

提起劳动仲裁和一审起诉时的请求数额均为30988.5元，系其对个人权利的处分，本院予以准许。

综上，二审判决认定事实部分不清，适用法律错误，本院予以纠正。韩某民的再审理由成立，本院予以支持。

最终，高院判决公司向韩某民支付2017年3月10日至7月5日期间年终奖30988.5元。

律师评析

上述案例中，员工韩某民入职在岗未满4个月，二审、再审法院均支持了其要求公司发放年终奖的诉求。那么，工作未满一年的员工，其要求发放年终奖的诉求是否都应该得到支持呢？

首先，在公司工作未满一年的新员工不一定有年终奖。年终奖是福利中的一种，不是国家法律法规的强制性规定。是否发放年终奖由劳动合同和单位的规章制度决定，即使有年终奖，也是按照入职月份占比来进行发放。

其次，若劳动合同或规章制度的约定或规定未将入职未满一年的劳动者排除在外，则用人单位应按约定或规定依据工

作时间发放。在司法实践中，劳动人事争议仲裁委员会或法院一般会按劳动者的在岗时间，支持一定比例的年终奖。

在上述案例中，公司向韩某民签发的《任职邀请函》中约定年终绩效奖金发放条件为：通过试用期并达到职位要求，自入职日生效，结合年终考核结果及考勤情况发放。韩某民的工作岗位和出勤时间符合公司上半年绩效考核范围，故依据《深圳市员工工资支付条例》的规定，公司应向韩某民支付年终奖。韩某民上班118天，则按 $118 \div 365 \text{ 天} \times \text{年终奖考核基数}$ ，得出的结果即为年终奖金额。

对于年终奖，国家法律法规并没有强制性规定必须发放，是否发放、何时发放属于用人单位的经营自主权；若劳动合同或规章制度明确约定或规定发放，则应当发放，否则，若同岗位的其他劳动者在相

同条件下均已发放，则用人单位不应区别对待；若劳动合同或规章制度明确约定或规定年前发放，则应当年前发放，实践中，有些劳动密集型企业为了让劳动者年后继续上班，常在年后发放年终奖。

特别提示

若劳动合同或规章制度的约定或规定应当发放且未将入职未满一年的劳动者排除在外，则用人单位应按约定或规定发放年终奖。在司法实践中，劳动人事争议仲裁委员会或法院一般会按劳动者的在岗时间，支持一定比例的年终奖。



谢亦团 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方劳动法律服务部 主任

上海律协劳动与社会保障业务研究委员会 委员

上海市徐汇区公共法律服务中心值班律师

上海市普陀区人民法院特邀调解员

上海市闵行区职工维权志愿团成员

业务方向：劳动法、合同法

联系方式：13585507739

共享苹果 ID 侵权责任之研究

作者：孙志勇

自从共享单车经营模式推出以来，“共享经济”风靡一时，各种以资源共享为名义的经营模式层出不穷。其中，有公司为用户提供“共享会员”服务，即为用户提供已经购买了某视频网站VIP会员的账号，让用户以极低的价格就能享受网站的VIP服务，今年4月，北京知识产权法

院再次认定此种经营模式不符合诚实信用原则和商业道德，构成不正当竞争。

那么，类似行为构成侵害著作权吗？笔者以曾经办理的一起代理原告起诉某微信公众号共享苹果ID提供游戏下载服务的案件为例，作简要分析。

【案情简介】

XD公司经权利人合法授权，取得了某音乐类游戏包括复制权、发行权、信息网络传播权等在内的著作权以及相应的维权权利。该游戏在App Store可付费下载，售价人民币18元。

XD公司发现，周某运营的微信公众号“SL游戏”，以共享苹果ID的形式，向用户免费提供付费游戏的下载，其中包括XD公司享有合法权利的涉案游戏，具体形式是该微信公众号向用户提供苹



果 ID，该 ID 中已经购买了涉案游戏，用户以获得的该 ID 登陆 App Store 后可直接下载安装涉案游戏，安装完毕后再退出该 ID，从而达到无需付费即可游玩的目的。同时，被告在运营的微信公众

号“SL 游戏”中发布有大量广告，以免费提供游戏为名吸引用户点击广告。

XD 公司以被告侵害其作品著作权，且行为违反《计算机软件保护条例》相关规定为由，于 2020 年 5 月向法院起诉。

【判决结果】

在上海知识产权法院经审理后认为：

其一，本案中，被告仅向用户提供有关涉案游戏在苹果 App Store 下载的账号和密码，并未在“SL 游戏”的微信公众号中直接提供涉案游戏作品，故该行为不符合侵害原告信息网络传播权的构成要件。

其二，被告在其微信公众号上向用户大量提供包括涉案游戏在内的苹果 App

Store 账号和密码，使得用户可以通过相应的账号和密码下载并运行涉案游戏，且在案证据显示其通过运营该公众号获取了一定的广告收入，故被诉行为属于为商业目的未经著作权人许可，许可他人行使软件著作权，该行为构成侵权。

据此，法院判决被告赔偿原告经济损失及合理费用 7 万元。

【律师评析】

在针对本案被诉行为，从不正当竞争的角度来看，被告以营利为目的，将已经支付了购买游戏费用的苹果 ID 供他人使用，导致大量用户无需支付费用即可下载并运行游戏，不仅使 App Store 平台的经营风险上升，而且使权利人的利益受损，

其实质是未经原告同意就以完全不对等的对价获取了原告的竞争资源和竞争优势，而且被告在主观上存在明显的恶意，其行为不具有正当性，属于不正当竞争行为。

另外，从合同的角度来看，所有注册苹果 ID 的用户，在注册时所签署的《使用者协议》中都明确约定“APPLE ID 不可以与他人共享”，而且协议还明确“由于你未能确保账户信息安全与保密，得以让他人使用你的 APPLE ID、账户密码，则你可能需要为 APPLE 已经本网站的任何其他用户或者访客由此而遭受的损失承担责任。”所以，共享苹果 ID 是违反与苹果公司之间的合同约定的，而被告对此明知，由此也能说明被告的行为具有不正当性和可责性。

那从侵害著作权的角度来看，被告的行为是否侵害原告的著作权呢？

一、被诉行为是否侵犯原告的复制权？

本案发生于现行《著作权法》施行之前，应当适用 2010 年《著作权法》。

根据 2010 年《著作权法》第十条第一款第（五）项的规定，“复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利”。本案中，将涉案游戏从 App Store

下载到本地计算机中，导致游戏被永久性地保存在本地计算机硬盘中，完全符合复制行为的构成要件。

然而，根据“受控行为界定专有权利”的基本原理，上述复制行为是由用户而非被告实施的，被告在本案中实施的行为是向用户提供已经购买了涉案游戏的苹果 ID，并没有实施将游戏“制作一份或者多份”的行为。

已经购买了涉案游戏的苹果 ID，实质上是一种债权凭证，用户在支付费用之后，便获得下载涉案游戏软件并正常运行的权利，软件权利人与该苹果 ID 用户之间建立了相应的合同关系。从模式上来看，苹果 ID 的存在，就意味着使用人可以凭借该账号向权利人请求债权给付，也就是说，使用人在使用苹果 ID 付费下载过涉案游戏后，由于已经支付费用，若其更换设备等原因，ID 持有人仍可使用该账号在另一手机上再次免费下载涉案游戏。

因此，被告提供已经购买了涉案游戏苹果 ID 的行为，可以帮助用户获得涉案游戏，但其行为并不是游戏的复制行为，

故被诉行为并不属于侵犯原告复制权的行为。

二、被诉行为是否侵犯原告的信息网络传播权？

根据 2010 年《著作权法》第十条第一款第（十二）项的规定，“信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利”。而根据相关司法解释的规定，这里的“提供作品”，是指将作品置于信息网络中。

本案中，将涉案游戏置于网络中的是原告，而不是被告，被告所实施的是向用户提供有关涉案游戏在苹果 App Store 下载的账号和密码，被告并未在“SL 游戏”的微信公众号中直接提供涉案游戏作品，因此被诉行为也不符合侵害原告信息网络传播权的构成要件。

值得说明的是，现行《著作权法》修改了信息网络传播权定义的表述，删去了“以有线或者无线方式向公众提供作品”中的“作品”二字，这是否意味着在现行《著作权法》下，被诉行为会构成侵犯原

告的信息网络传播权呢？

有观点认为，将“提供作品”改为“提供”，意味着立法者更加注重行为的目的或者后果，而不是形式，在网络时代，强调“提供作品”不再具有太多的意义。依照该观点，提供苹果 ID，虽然不能等同于提供作品的含义，但从目的来看，其行为与直接提供涉案游戏的目的相同，都是希望用户无需权利人许可也无需付费即可运行涉案游戏；从后果来看，也与直接提供涉案游戏的后果没有本质区别，都导致了用户未经许可下载并使用涉案游戏，损害了权利人的利益，因此，涉案行为在本质上是一种向公众提供作品的行为，应当认定该行为属于“提供行为”，如未经许可实施，将构成对信息网络传播权的直接侵权。

然而，对于此处修改，是否意味着信息网络传播权的定义产生了重大的调整 and 变化？答案可能是否定的。毕竟在此次修法过程中，有关修正案草案的说明、修改情况的汇报、审议结果的报告和修改意见的报告对此处修改的含义均只字未提，

如果存在重大变化，报告机构不可能不作任何说明。而且，据专家了解，此处修改纯粹是为了文字表述上更加精简所作的技术性调整。因此，即使根据现行《著作权法》，被诉行为也不属于侵犯原告信息网络传播权的行为。

三、被诉行为是否构成未经软件著作权人许可，许可他人行使软件著作权的侵权行为？

根据《计算机软件保护条例》第二十四条的规定，未经软件著作权人许可，转让或者许可他人行使著作权人的软件著作权的，构成侵权并应当承担相应的民事责任。

如前所述，本案中的苹果 ID，实质上是一种债权凭证，被告将其提供给其他用户，让其他用户以“账号分享——下载游戏——运行游玩”的方式获得了涉案游

戏，在此过程中，用户购买后下载第一份游戏属于正常使用范围，但被告将苹果 ID 提供给他人使用，导致不特定公众无限次下载，且权利人误以为所有下载游戏的用户均系已付费的用户，显然并不是正常的商业模式也超过了权利人的合理期待，这不是权利人许可的下载行为。

而且，该条规定的“行使著作权人的软件著作权”，并不仅仅指复制权、信息网络传播权等专有权利，而是指与著作权有关的利益，其中就包括著作权人因他人运行计算机软件而获得的收益。

因此，在本案中，被告以提供苹果 ID 的方式，许可用户下载（复制）、运行涉案游戏的行为，属于未经软件著作权人许可、许可他人行使软件著作权的行为，构成侵权。



专利敲诈勒索第一案，给了我们哪些提示？

作者：谢茂林

2021 年 10 月 27 日，全国专利敲诈勒索第一案终于尘埃落定，上海市第一中级人民法院对该案作出终审裁定：驳回抗诉、上诉，维持原判。至此，李兴文、李兴武

犯敲诈勒索罪成立；李兴文被判处有期徒刑四年六个月，罚金五万元；李兴武被判处有期徒刑二年，罚金二万元。

【法院裁判理由】

本案中，公诉机关指控被告人利用专利侵权诉讼为要挟，敲诈勒索四家公司 216.3 多万元，实际获利 116.3 万元。这四家公司分别是掌阅科技、杭州鸿雁公司、杭州古北公司、厦门盈趣公司。一、二审法院经审理后一致认定，其中涉及掌阅科技的部分事实构成犯罪，其余事实不构成犯罪。法院的裁判理由简述如下，详见该案一审刑事判决书和二审刑事裁定书。

实际控制的步岛公司。后李兴文以步岛公司名义，向北京知识产权法院起诉掌阅科技侵害上述专利，并授意高枫以步岛公司法定代表人身份向证监会实名举报，造成掌阅科技延迟挂牌上市。其间，李兴文伙同被告人李兴武与掌阅科技谈判，掌阅科技被迫签订纠纷解决协议，约定以和解费名义向步岛公司支付 80 万元，实际支付了 10 万元。

一、李兴文、李兴武虚构专利独占许可，进而迫使掌阅科技和解，获得一定金额钱款的行为构成敲诈勒索犯罪

该节事实构成犯罪，主要理由简列如下：

2017 年 7 月至 8 月，被告人李兴文以倒签合同时间的方式，伪造知识产权独占许可合同，合同内容为科斗公司将其拥有的专利“通过图像采集启动设备间数据传输的方式及其系统”（专利号 ZL201010523269.X）独占许可给李兴文实

第一，李兴文等人与掌阅科技之间不存在专利侵权关系。

第二，李兴文等人的行为具有非法性、胁迫性。

第三，双方签订的纠纷解决协议不存在对价关系。

最后，李兴文等人虚构专利独占许可并索赔的行为超出民法调整范围，应予刑事规制。

二、李兴文依据合法授予专利起诉、举报，以和解方式取得一定钱款的行为不构成犯罪

公诉机关指控的其余事实中，李兴文以其持有的多项专利遭受侵犯为由，多次对掌阅科技、厦门盈趣公司、杭州古北公司、杭州鸿雁公司等提起侵权诉讼、举报，最终与对方和解，获得一定金额的钱款，其行为不构成犯罪，法院的理由如下：

第一，李兴文系依据合法授予专利提起专利侵权诉讼。

第二，专利复审决定不能否定专利权有效期内全部民事行为的效力。虽然李兴文所持多项专利事后被宣告无效，但难以对请求权基础予以完全否定。

第三，双方所签和解协议具有一定的交易性质。现有证据难以完全否定李兴文所持全部专利的价值，李兴文以专利许可与对方进行价值交换，存在一定的对价关系。

第四，刑法具有补充性，能够以民法等其他手段实现权利保护目的时，应限制刑罚适用。

第五，司法裁判应坚持保护知识产权和防止权利滥用并重的价值导向。

【专利权人的维权提示】

本案的裁判结果提示专利权人：

1. 依法维权应积极。本案的价值导向旨在防止滥用权利的恶意行为，而非否定、弱化专利权的保护，法院也在裁判文书中强调了要坚持保护知识产权和防止权利滥用并重。专利权人应当正确理解本案，万不可因噎废食。在我国逐步加强知识产权保护力度的大背景下，专利权人的依法维权行为有了强有力的法律工具和制度

保障。只要具备合法的权利基础，在权利被侵犯时就要敢于、善于利用发函警告、举报、诉讼、谈判等手段维护自己的合法权益。只要实事求是、手段合法，没必要过度顾虑目的动机的纯善与否、时点选择的敏感与否等主观因素，毕竟法律只能规制行为，而不能及于思想。

2. 滥用权利不可取。2021年10月29日最高法院发布的《关于加强新时代知识

产权审判工作，为知识产权强国建设提供有力司法服务和保障的意见》明确提出：“加大对于知识产权虚假诉讼、恶意诉讼等行为的规制力度，完善防止滥用知识产权制度，规制“专利陷阱”“专利海盗”等阻碍创新的不法行为，依法支持知识产权侵权诉讼中被告以原告滥用权利为由请求赔偿合理开支，推进知识产权诉讼诚信体系建设。”如果专利权人出于谋取不当利益，大量申请“垃圾专利”，恶意提起知识产权诉讼，进行“碰瓷式”维权，这类行为极有可能被认定为滥用权利的不法行为，将面临大小不等的法律风险。“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠

纷”属于法定民事案由，本案的裁判文书中也一再提示被害人可以通过民事诉讼进行反制和索赔。滥用权利的具体手段如果逾越了一定界限，还将面临刑事处罚风险。

3. 造假行为须切忌。诚实信用原则公认为帝王条款，不造假应是法律的红线和底线，任何捏造事实、伪造证据的行为都将有可能自食其果，将自己置于巨大的法律风险之中。本案被告人遭受刑事处罚的关键点就是倒签合同、虚构事实的造假行为，最终落得锒铛入狱的下场，聪明反被聪明误。

【被控专利侵权时的反制措施】

从被控专利侵权一方来说，本案给我们的提示是，在遭遇到恶劣的“专利海盗”、“专流流氓”等行径时，我们可以参考本案优先考虑刑事手段反制的可能性。当然，这种涉嫌触犯刑事法律规定的极端维权行为毕竟不太常见，大多数情况下要考虑的是以下几种常见反制措施：

1. 请求专利无效宣告

我国专利法规定，自国家知识产权局公告授予专利权之日起，任何单位或者个人都可以向专利复审委员会提出无效宣告请求。接到专利侵权警告或者被控专利侵权后，如果认为该专利存在法律规定的无效情形的，可以提出专利无效宣告的请求，从根本上否认其权利基础。

2. 确认不侵犯专利权诉讼

确认不侵犯专利权诉讼是指被指控侵权的一方认为，专利权利人或其利害关系人的警告或威胁使其正当权利受损，而权利人或利害关系人又未在合理的期限内解决双方争端，于是提出以确认其行为未侵犯涉案专利权为主要诉请的诉讼。

确认不侵犯专利权诉讼有三个前提条件：

一是权利人发出专利侵权警告。专利权利人以警告函、律师函、公开信等方式向他人发出了明显的侵权警告。

二是被警告人发起了书面催告。



三是权利人在合理期限内不撤回警告也不提起诉讼。

3. 提起“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”之诉

《民事诉讼案由规定》已将“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”作为法定案由。如果专利权人为了谋求不当利益，滥用诉讼权利，在没有明确的事实基础和法律依据的情况下，恶意提起专利侵权诉讼，致使他人遭受较大损失的，相对方可以提起“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”之诉，追究其侵权法律责任。

谢茂林 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方知识产权法律服务部 主任

上海律协文化传媒业务研究委员会 委员

专业领域：刑事辩护、不动产征收（房屋动拆迁）、

知识产权、企业法律顾问

联系方式：13916303656

肖像信息应受《个人信息保护法》的规制

作者：李林芳

《个人信息保护法》出台后，人们关注的重点往往集中在自然人的姓名、手机号、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等个人信息，当然这些都属于《个人信息保护法》明确列明的个人信息。但肖像信息是否属于个人信息，学界还有争议，有的认为肖像保护的是人格利益中的肖像权，应当适用《民法典》人格权编肖像权章予以保护。而现在已经进入大数据时代，肖像如果仅仅停留在人格权范畴中，那么将不符合《个人信息保护法》的立法原意。

如果收集到的个人信息一旦被泄露或者非法使用，就容易导致自然人的人格尊严受到侵害，甚至是生命健康、财产安全受到危害，具有较大的危险性。那么，肖像信息是否属于个人信息？肖像信息是否受《个人信息保护法》的保护？肖像权人是否享有任意撤回权？是否应到承担撤回的法律后果？若《民法典》中法定撤销权与《个人信息保护法》中任意撤回权发生冲突时，应当如何适用？笔者就此作探讨，以求教于专家、同行。

一、肖像信息属于个人信息，应受《个人信息保护法》的保护

肖像是附着于一定外部载体的个人外部形象，是通过摄影、雕塑等方式对“人脸信息”的处理，且肖像属于“生物识别信息”，因此，笔者认为，只要肖像满足可识别自然人有关信息要件，那么肖像信息就属于个人信息，对肖像信息的处理就应当受《个人信息保护法》

的保护。在论证笔者的观点之前，我们先来讨论一个案例。

【案例】1992年2月，北京电影学院青年电影制片厂(以下简称“青影厂”)与香港银都机构有限公司合作拍摄故事影片《秋菊打官司》，该片摄制组在陕西省宝鸡市以偷拍的方法拍摄体现当地风土人情的场景时，将正在街头贩

卖棉花糖的贾桂花摄入镜头，并在制成的影片中使用。画面共占胶片 104 格，放映时间为 4 秒。

贾桂花认为青影厂使用其肖像并未征得同意，且影片公开放映后，贾桂花遭受到了他人对其相貌的讽刺挖苦，给其工作、生活带来许多麻烦，因此起诉到北京市海淀区人民法院。要求青影厂剪除影片中贾桂花的肖像镜头、公开致歉、赔偿精神损失及经济损失。

法院认为故事影片创作的纪实手法具有其他艺术表现方式所不同的特点，采取偷拍暗摄以实现客观纪实效果的需要，也是常用的手法。只要内容健康，符合社会公共准则，不侵害他人合法权益，就不为法律所禁止。因此，青影厂的行为不构成对贾桂花肖像权的侵害，不应为此而承担民事责任。最终法院判决驳回贾桂花的诉讼请求。

上述一案是北京市海淀区人民法院于 1994 年作出的判决，当时的信息技术没有发达到今天这个程度，人们对泄漏或违法使用个人信息的危害性并不敏感。通

常认为肖像仅仅是个影像而已，仅与自然人的的人格利益有关，而与自然人的生命健康、财产安全等等关系不大。因此，一审法院认为即使青影厂未经贾桂花同意，但贾桂花在公众场所从事个体经营，就身处社会公共环境之中，身份明确，形象公开。而青影厂出于影片创作需要，拍摄街头实景时摄入其肖像，并无过错，虽有 4 秒钟形象定格，但摄制者主观上没有恶意，客观上也没有渲染贾桂花任何不完善之处。最终认定青影厂不构成对贾桂花肖像权的侵害。

但当科技发达到与个人有关信息都数字化的阶段，包括指纹、虹膜、人脸



等都能用数字技术把它数据化，就产生了指纹密码、虹膜密码、人脸密码等等生物信息密码。人们的肖像也已经成为

数字化生物信息，它就与自然人的生命健康、财产安全等紧紧地联系在一起。因此，肖像的性质就有了质的变化，也因此，如果肖像信息不能作为个人信息加以保护的话，就可能导致大量肖像信息被泄露甚至违法使用的后果。因为，通过刷脸，我们可以进入某个特定对象的住宅小区，甚至进入某个特定对象的家门；通过刷脸，我们可以在 ATM 机取

走某个特定对象的钱；甚至通过刷脸，我还可以使用某个特定对象的面部特征进行消费。

依据《个人信息保护法》第 4 条规定，记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息就称之为个人信息。笔者认为，肖像信息具有可识别性，应当属于个人信息的范畴，亦应受到《个人信息保护法》的保护。

二、《民法典》中关于肖像权的法定撤销权及其法律后果

根据《民法典》第 1022 条第 2 款规定，当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人有正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失。其规范意旨是，在肖像的商业利用中应当加强对肖像权人的人格尊严保护，允许肖像权人基于正当理由反悔对他人的肖像使用许可。但正当理由应当与肖像权人的人格利益相关，即继续履行肖像许可合同将会影响其人格尊严、自由等精神利益，在此

基础上，要求停止使用该肖像是合理且必要的。

但合同解除后损害赔偿范围如何确定，在实践中有较大争议。有观点认为，和肖像权人无关的正当理由即不具有可归责性，且该损害赔偿在性质上是履行利益赔偿，否则既对相对人不公，也不足以填补相对人的损失。而《民法典》第 998 条便提供了个案利益衡量的规范基础，在认定行为是否承担民事责任应当考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素，以确定侵权责任是否成立

以及责任后果。因此，在实践中就可能发生如贾桂花诉青影厂肖像权侵权一案的法律后果，即未经肖像权人同意也不

符合肖像合理使用法定情形的肖像利用行为被认定为法律所允许，从而可能被认定不构成侵权行为的法律后果。

三、《个人信息保护法》中关于个人信息的任意撤回权及其法律后果

依据《个人信息保护法》第 15 条第 1 款规定，信息主体拥有的是任意撤回权，即可不问理由、随时撤回同意。言外之意，大数据时代，信息主体无法在作出同意时预见未来所有的情形，所以赋予其任意撤回的权利。从法律效果上来说，此处的撤回同意不具有溯及力，之前对个人信息的处理若无其他无效事由并不因撤回而无效。撤回同意的，根据《个人信息保护法》第 47 条，信息处理者应当主动删除其所存储的个人信息。

由此可以推断出，肖像权人可以不问理由、随时撤回同意，且在撤回同意后有权请求信息处理者停止处理并删除其肖像信息。但肖像权人行使任意撤回权必将导致肖像使用许可合同的合同目的不能实现，达到了事实上行使反悔权的效果，而最终撤回同意后肖像权人是否构成违约、应否承担违约责任等问题，《个人信息保护法》并未作出相应的规定。

四、肖像权与肖像信息保护规则的冲突及处理建议

《民法典》肖像权保护与《个人信息保护法》肖像信息保护规则所保护的法益不同，前者保护的是肖像上的人格利益，后者旨在防止个人信息滥用导致信息主体遭受精神和财产损失，不以该个人信息

上存在人格利益为前提。因此，二者在法律适用上不当然适用新法优先于旧法或特别法优先于一般法的原则，应针对具体冲突事项结合立法目的及基本法律原则进行个别分析，以决定何者优先适用。



综上，笔者认为，大数据时代背景下需引入严格的个人信息保护规则，以防止个人信息被过度收集和滥用，从而避免进一步的加害行为。把肖像信息纳入《个人信息保护法》范畴内，更有利于保护个人信息权益，规范个人信息处理活动，促进个人信息合理利用。当《民法典》与《个人信息保护法》发生规范适用冲突时，应当结合个案，衡量冲突利益，在认定行为是否承担民事责任应当考虑行为人和受害人的职业、影响范围、过错程度，以及行为的目的、方式、后果等因素，以确定侵权责任是否成立以及责任后果。

李林芳 律师

上海七方律师事务所 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

上海市家庭教育研究会会员

上海市眉山商会理事

业务方向：刑事辩护、公司法、合同法

联系电话：13052067259





医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：陈江松、赵发航、吕新雅、朱好婕、王睿

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：www.7-dimension.com

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼C、D座