

星瀚法律研究

LEGAL STUDY

2023年第二季度

本期推荐

“X分钟看完电影”是精炼还是侵权？视频平台为何也难辞其咎？

“6.18”来袭，竞品冲突与超期授权，哪些丑话要说在前头？

公司有权查我的聊天记录吗？从案例看用人单位收集工作手机、电脑中数据的合法性

独立董事“不独立”？上市公司独立董事制度改革相关规则解读

不当获取商业秘密但尚未对外泄露，难道就无法确定损害数额了吗？虚拟“许可使用费”或可一试！

文娱体育专栏

打造爆款，等来的是流量还是传票？细数公众号内容侵权风险点

浅析韩国官方电竞标准合同对我国电竞行业的经验启示

目录 CONTENTS

「热点评析」

都想“避风”，谁做“港”？网络侵权纠纷中平台的责任承担	P01
新疆广汇男篮退出 CBA 联盟事件的反思——以周琦合同为视角	P04
“X 分钟看完电影”是精炼还是侵权？视频平台为何也难辞其咎？	P09
“6.18”来袭，竞品冲突与超期授权，哪些丑话要说在前头？	P12
公司有权查我的聊天记录吗？从案例看用人单位收集工作手机、电脑中数据的合法性	P15
“今日头条”“今日油条”傻傻分不清楚？普通商标的侵权边界究竟在哪里？	P18
驰名商标不是特权商标，哪些行为构成对驰名商标的侵害？	P23

「政策解读」

独立董事“不独立”？上市公司独立董事制度改革相关规则解读	P26
浅析融资租赁公司收取服务费、手续费的最新监管规定与审判口径	P36

「争议解决」

你需要了解的股权回购：权利性质和行权期限	P39
为什么控制权纠纷总在“抢夺证照章”？公司证照返还纠纷争议焦点有哪些？	P45
中标后另行签订合同，哪些情形属于背离招投标文件实质性内容？	P50
建设工程存在黑白合同，工程款如何结算？	P54

「文娱体育」

打造爆款，等来的是流量还是传票？细数公众号内容侵权风险点	P59
浅析韩国官方电竞标准合同对我国电竞行业的经验启示	P64

「星瀚知产」

“平行进口”抗辩有用的话，还要商标授权干嘛？	P68
失控的人，失控的智力成果——新型多元化用工关系下的企业知识产权内控制度设计	P74
不当获取商业秘密但尚未对外泄露，难道就无法确定损害数额了吗？虚拟“许可使用费”或可一试！	P80

「星瀚人文」

再次出发，与星同行——记星瀚 2023 年团建	P85
星瀚运动社，英姿习射箭	P92
沉浸体验，热爱冒险的星瀚桌游剧本杀社	P92
保持热情，学会简化，人生的本质就是探索和优化——卫新律师在华政律师学院毕业典礼上的寄语	P99

热点评析

都想“避风”，谁做“港”？网络侵权纠纷中平台的责任承担

陈欣皓、虞杨、屈思敏

在之前的文章中，我们梳理了“胖虎案”审理法院如何认定案涉行为不适用发行权与权利利用尽原则，而应当适用信息网络传播行为，并借助生活实例解释了两项权利的区别，以及权利利用尽原则的原理。在本期节目中，我们将对侵权行为认定后的下一个问题——平台的责任承担问题展开讨论。

网络服务提供者的一般注意义务

在谈论网络话题时，我们常使用“平台”一词。而法律上，我们称这类主体为“网络服务提供者”。根据最高人民法院《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）和《信息网络传播权保护条例》（以下简称《条例》），**网络服务提供者**系指提供自动接入、自动传输、信息存储空间、搜索、链接、文件分享技术等网络服务的主体。

可以认为，网络服务提供者是除网络用户之外的最大网络空间主体。在“电子屏幕”时代，我们几乎每天都要与网络服务提供者“打交道”：日常所浏览、使用的视频网站、社交媒体网站、搜索引擎网站等都属于网络服务提供者。由于网络环境与服务的特殊性，网络服务提供者通常无法从网络知识产权纠纷中“全身而退”，或多或少会有所牵连。但网络服务提供者承担的责任范围也是有限的，因为通常网络服务提供者也仅是担任一个中立的、提供服务的中间人角色，对于潜在或已发生的侵权行为并无过错。为了避免无限加重网络服务提供者的义务与责任，相关法律规定了网络服务提供者的“一般注意义务”，某种程度上也可视作“一般审查义务”。

例如，《条例》第22条规定，若提供信息存储空间的网络服务提供者满足以下条件，则无需就用户提供的侵权作品承担赔偿责任：①明示信息存储空间是为用户提供，并公开网络服务提供者的基本信息与联系方式；②不改变用户提供的作品；③**不知或不应知用户提供的作品侵权**；④不从提供的作品中直接获得经济利益；⑤**在接到权利人的侵权通知后，根据条例规定采取删除、屏蔽、断开链接或其他必要措施**。其中，网络服务提供者应特别关注第③项和第⑤项，前者关联“红旗原则”，后者关联“避风港原则”。

避风港原则，又称“**通知—删除**”原则，其含义为：网络服务提供者在接到权利人发出的侵权投诉后，基于“一般可能性”标准对权利人提供的证明材料进行初步判断，认为所涉作品确有可能构成侵权的，应当及时采取删除、屏蔽、断开链接或其他必要措施避免（潜在）侵权作品的传播。由于平台面对海量的用户提供内容不可能做到一一审核，该规则的设立就像一个“避风港”，为平台提供一次“纠错”机会。若平台没有及时纠错，则不能因此免责。

但“避风港”并非时时都有，**红旗原则**就是例外情况：对于用户上传的作品，若其中的侵权事实就像红色旗帜一样显眼，则视作平台对上传作品侵权“应知”，此时无需通知，平台应依据条例规定主动采取相应措施（如删除、断开连接等）避免侵权作品的传播；否则不能以未接到通知为由免责。

可见，相关法规并未要求网络服务提供者对用户提供的内容进行严格的知识产权侵权风险审查。除了明显侵权内容外，网络服务提供者拥有一块“免死金牌”，一般情况下只要依照条例规定采取“通知—删除”措施，即可免于承担赔偿责任。

NFT 数字作品平台应尽到较高的注意义务

在本案中，被告抗辩称，作为网络服务提供者，其仅需要承担一般的注意义务（通知删除义务）即可，事实上也已经履行了该义务。但两审法院没有完全采纳被告的抗辩，而是认为被告提供的是一种新型的网络服务；被告应当对其网络用户侵害信息网络传播权的行为负有相对于一般网络服务提供者较高的注意义务。

网络服务提供者应尽到何种程度的注意义务，与网络服务提供者的业务模式与营利模式密切相关。

第一，从判决书披露的事实来看，被告运营的 B 平台在 NFT 数字作品的铸造和交易环节都要收取固定的燃料费，在交易环节还收取佣金。根据《规定》第 11 条，网络服务提供者从用户提供的作品中直接获得经济利益的，该网络服务提供者对用户侵害信息网络传播权的行为负有较高的注意义务。本案中，虽然被告未针对铸造环节收取燃料费，但 B 平台以老用户推荐新用户的方式替代收取燃料费，在后续交易过程中仍收取燃料费，且被告还会从每次交易中分取售价 10% 作为佣金，这无疑使得被告在整个 NFT 数字作品发行与流转过程中直接获取较高的经济收益。可见，**B 平台并非纯粹提供网络服务，而是能够从中获取分成，显然属于《规定》第 11 条的情形，被告应承担较高的注意义务。**

第二，基于 NFT 数字作品所依赖的技术特性，NFT 数字作品的铸造实际上是在区块链上生成了一串难以篡改、透明公开、高度安全的“元数据”。某种程度上我们可以认为，该元数据将永久保留在区块链中。这意味着一旦元数据中储存着侵权信息或错误信息，该信息也将永久储存在区块链中。这会对整个区块链的公证体系与效能产生一定程度的破坏，进而影响交易安全与交易秩序。**正是由于 NFT 数字作品交易具有上述不可逆后果，相应的网络服务提供者更应做好“守门人”的角色，承担高于一般网络服务提供者的注意义务。**

NFT 数字作品平台应当如何避免侵权风险

B 平台没有尽到相应的注意义务，对被诉侵权行为的发生具有主观上的过错，关键在于 B 平台的知识产权权属审查机制出了问题。对于一般的网络服务提供者，相关法规仅要求其为用户所提供的内容的知识产权权属进行事后审查，如避风港原则和红旗原则就属于这一类，即用户上传作品后，基于权利人的侵权通知或明显的侵权内容，平台及时进行审核并处理。

而在本案中，二审法院提出，**对于提供 NFT 数字作品铸造和交易服务的平台，由于其具有较高的注意义务，审查的时间点应当提前至铸造之前。**具体表现为：平台应当要求用户在上传作品的同时，提供相应的权属证据，证明其为提供作品的合法权利人，继而平台对上述证明材料进行初步审查。法院认为，不论是“智能识图+人工审核”相结合的审查形式，还是因图片水印不明显导致人工审查有疏漏，都不能替代平台要求铸造人提供权属证明这一步。

在此，我们建议：**NFT 铸造与交易平台应当建立完善的知识产权权属审查机制，不仅要有事后审核措施，还要建立事前审查程序。**

以权利人为分类标准，可能被铸造为 NFT 的作品大致有两类：一类作品的铸造人即著作权人本人，另一类作品的铸造人为获得著作权人授权的权利人。对于前者，平台可以要求铸造人上传作品登记证书。如果并非首次公开，还可以要求提供首次发表作品的相关链接以及发布人的实名认证信息。对于后者，平台可以要求其提供完整的授权链证明材料。完成上述审查后，平台再辅之以各类云计算、识图软件等进行二次检验。**总之，不论是针对什么作品，平台都应当在作品进入铸造程序之前仔细审查铸造人的权属证据链是否完整、作品的知识产权权属是否存在瑕疵。**

进一步地，如果技术允许，**平台甚至可以在 NFT 数字作品信息页面适当公开上述权属证明信息。**这不仅能够进一步佐证 NFT 数字作品的价值，也向消费者展现了平台自身的规范性，长此以往能够实现“良币驱逐劣币”的市场净化效果。

但值得注意的是，上述举措由于涉及网络用户的个人信息，**平台应当同步更新用户协议、上传规则等平台规范，设置用户同意环节，谨慎收集与使用用户个人信息**，依照个人信息保护相关法律法规要求，在合法合规的前提下提供优质的网络服务。

至此，有关“胖虎打疫苗案”中法律问题的讨论暂告一段落，也随时欢迎大家在视频评论区或本文留言区继续分享您的观点与看法！

（本文首发于 2023 年 4 月 6 日）

新疆广汇男篮退出 CBA 联盟事件的反思——以周琦合同为视角

丁绍宽、朱珂廷

2月28日，新疆广汇男篮（以下简称新疆男篮）深夜发文，对篮协处罚不服，宣布退出 CBA 本赛季剩余比赛。3月1日晚，新疆男篮本该在主场对战北京首钢男篮，这原本是新疆男篮时隔三年首次回归主场奥体中心，万众期待，然而最终这场比赛未能如期上演，由此引发篮球评论圈与球迷们的阵阵唏嘘。3月15日，CBA 公司召开临时股东会并表决，同意新疆男篮复赛，事情峰回路转。同日，周琦微博发文，否认网传其与新疆男篮关系积极发展的消息，言辞决绝，表明其继续不合作态度。3月16日，CBA 联赛发布官方公告，就新疆男篮复赛与相关积分规则作出说明。但对于球迷最关心的周琦去向问题并未回应，周琦未来的发展依旧扑朔迷离。在前面的文章中，我所律师已经对相关纠纷的过程进行了分析，本文将以后周琦的合同为视角，聚焦于周琦的诉求是否合理、我国 CBA 联盟该如何进一步完善球员合同管理制度等问题。

一、NBA 火箭队买断周琦合同，究竟买断了什么

根据周琦微博回应，2017年7月，NBA 休斯敦火箭队支付新疆男篮 65 万美元买断费。同月，周琦与火箭队签约。据笔者统计，作为二轮秀，在 NBA 为海外球员买断其与本俱乐部的诸多案例中，休斯敦火箭队为周琦支付的买断费是最高的。由此引发思考，买断究竟是何含义？火箭队支付的高价买断费究竟会产生什么法律后果？

熟知体育运动的读者对买断一词并不陌生。在竞技体育中，买断是球队与球员协商解决问题的重要手段。买断本质是以支付违约金或补偿金为代价，球员与球队解除合同关系。买断的过程是球队与球员通过协商，达成买断协议，球队按照买断协议的约定支付买断金，买断合同。一旦买断，球员则获得自由，球员与球队往往能够各取所需，实现双赢。周琦与新疆男篮纠纷较为特殊的是，为周琦支付买断费的是 NBA 休斯敦火箭队，是由第三方主体支出费用，买断球员与原球队合同，以此让选秀大会中选中的与原球队有合约在身的球员，能够摆脱原合同的束缚，获得自由，顺利加入球队。在本质上，球员自己买断和第三方买断，二者并无区别，买断就是合同的协商解除，至于买断费由谁出不重要。在周琦与新疆男篮合同解除后，除非双方另行达成某种特别约定，否则双方合同项下所有的权利义务均已经消灭。若基于以上分析，在 2018 年末周琦回国后，与新疆男篮第一次合同纠纷似乎不应存在任何争议。

然而，2019年5月，CBA 公司召开俱乐部负责人会议，公布了《2019-20 赛季 CBA 联赛注册、报名管理规定》（以下简称《管理规定》）。该管理规定回答了 CBA 球员外赴其他联赛在回归时的归属权限定问题。《管理规定》中“（五）参加境外联赛的原 CBA 球员注册权”部分，依据球员前往海外联赛的类别，制定了两种处理办法。其中，针对前往 NBA 等海外联赛回归的球员的处理方法，总结归纳后，其核心意思是，若一名球员在 CBA 合同没有履行完毕的情况下选择去海外效力时，如果他在海外效力的时间没有超过 CBA 原俱乐部合同的剩余年限时间，那么当他回到 CBA 时需要和原俱乐部重新签约，履行完剩余的年限合同，这种情况下该球员是不能加盟其他 CBA 俱乐部的。周琦的情况与该情形吻合。周琦当初与新疆男篮签署的是“4+2”合同，合同总年限为 6 年，其中前 4 年是完全保障合同，后 2 年

为球队选项，球队有优先续约权。该合同沿用的是 CBA 联赛新秀球员“X+Y”的合同模式，按照《注册管理暂行办法（2014 年）》规定，从青年队升入成年队的球员，与母队签约规则遵循 4+2 模式¹，即先签约 4 年，合同到期后，母队享有 2 年的优先续约权。依据后续《2019-20 赛季管理规定》对标准合同的规定，又可以解读为周琦在 4 年 A 类新秀合同到期后，新疆队拥有优先签约权，与周琦签署 2 年的 B 类年轻球员合同。²周琦在火箭队效力的时间并没有超过合同剩余的年限。因此周琦依然需要在新疆队履行完剩余的合同年限。在周琦与篮协第一次纠纷中，篮协正是以此为依据，仲裁裁决虽然周琦离开 CBA 时与新疆队没有雇佣关系，但俱乐部与球员签署的旧版合同中的部分权益依然适用，新疆队依然保留“+2”权益，即拥有对周琦的 2 年优先续约权。周琦若回归 CBA，只能代表新疆队参赛，履行合同中的“+2”年限。在仲裁后，该条款被熟称为“周琦条款”。

当再次回顾本次纠纷，篮协出台的《管理规定》估计属于无奈之举。一方面，能有机会前往 NBA 参赛的均是各个俱乐部的当家球星，对球队战绩起到举足轻重的作用，为提高国内球员竞争力，篮协尽力协调让俱乐部放到更高级别的联赛锤炼，从而提高国家队水平；另一方面也要考虑万一被挑中的球员适应不了像 NBA 这样竞争激烈的高水平联赛，再回到国内后，球员要回归母队，以便充分保障国内 CBA 俱乐部的利益。因此，所谓的买断合同就变味了，按照《管理规定》，买断合同最终结果似乎变成了协商后暂时中止原合同的履行，待中止事由消灭后仍要继续履行原合同，这与买断的本质极不相符。所以，在此背景下，2019 年 8 月 13 日，周琦不得已与新疆队续约两年。但周琦心中始终不服，2021 年，在“+2”合同履行完毕后，周琦宣布不会与新疆男篮续约。

二、独家续约权引发的鱼死网破

（一）独家续约权的由来

《2019-20 赛季管理规定》附件三中，首次将《国内球员聘用合同》分为五类，其中 D 类为顶薪合同。涉及顶薪合同部分规定：“4.俱乐部使用顶薪合同续约的，俱乐部享有优先权。如球员拒绝续约，俱乐部仍保留签约权利直至俱乐部放弃此权利。”该规定便是俱乐部独家续约权的由来。该规定在后续赛季也一直保留使用。

依据该规定，合同到期后，若新疆男篮以顶薪续约周琦，则周琦只能与新疆男篮签约，除非新疆男篮放弃该权利。而 D 类合同的顶薪又是多少呢？《2020-21 赛季管理规定》中，CBA 第一次引入了工资帽制度，单个国内球员顶薪为 800 万元，在后一年的《2021-22 赛季管理规定》中，又由于诸多原因，将顶薪降至 600 万元。近些年 CBA 各家球队的经营一直风雨飘摇，基本上都是赔本赚吆喝，作为市场化的体育联盟，几乎每个俱乐部球队都不赚钱，这是影响 CBA 联盟进一步职业化与发展壮大的最大问题。在此背景下，新疆男篮若能以 600 万元续约最优秀的本土球员，又怎么可能主动放弃独家续约权呢？2021 年 6 月 21 日，周琦就与新疆男篮合同问题向 CBA 联盟申请调解，四天后，新疆男篮行使独家续约权，向周琦开出年薪 600 万元的 D 类顶薪合同，周琦拒绝续约，由此引发了周琦与新疆男篮的第二次合同纠纷。经篮协再次仲裁后，裁决新疆男篮有权独家续约周琦。周琦不服，宁愿远赴澳洲打球，也不愿继续为新疆队效力，双方彻底撕破了脸。

¹ 2015 年《管理规定》改为“5+2”模式，在之前还存在“5+3”模式。

² 依据 20 赛季 CBA 官网球员注册名单，周琦注册为 B 类合同。

（二）独家续约权是否合理？

独家续约权的出台是出于两方面的考量。首先是缓解各大俱乐部亏损状态，为俱乐部节流，避免俱乐部因为争抢明星球员而陷入恶性竞争；其次也是为了鼓励各个俱乐部加大青训球员的投入，确保各大球队通过自己的青训体系培养的明星球员能够继续为母队效力。

然而独家续约权也存在弊端。最明显的是，D类合同的顶薪数额是联盟单方决定的，既缺乏市场化议薪的过程，又未经过与球员们广泛协商，价格偏低，与球星的真实市场价值严重不符。相较于NBA球星动辄5年2亿美元以上的顶薪合同，CBA联盟每年最高顶薪仅600万人民币，与真正市场化的联盟相比差别巨大，并且对球星与超级巨星一视同仁，无差别对待，实在是不能体现球星尤其是超级球星的实际身价。规章制度的缺陷，导致虽然《2022-23管理规定》第五条明确规定俱乐部、球员不得收取支付任何形式的“签字费”³，但球星为了在合同外获得额外收入，违规签署阴阳合同或者收取签字费等情况不断出现。本次纠纷中，新疆男篮痛批周琦团队索要高价签字费，媒体也爆出签字费问题并非周琦个案，有其他球员在与新球队签约时，也会索要签字费作为签约筹码。上述新闻虽真假难辨，但也反映出限薪令下球员薪资不足以反映其真实身价，甚至不足以支撑其背后运营团队开销的窘境。这种情形，对联盟健康发展与球员声誉均造成了非常不好的影响。

独家续约权还存在以下问题，比如，若母队不主动放弃独家续约，球员就不能与除母队以外的其他球队签约，导致球员的流动性下降。明星球员均希望前往大城市，获取更多商业机会，赚取商业收入，扩大自身商业影响力。独家续约权限制了球员前往大城市发展的机会。从竞技角度来看，若球队不能在当家球星有限的巅峰期内积极运作球队，球员又不能通过交易倒逼球队补强，往往会浪费球员夺冠窗口期，影响球员职业生涯荣誉。

（三）独家续约权的法律风险

独家续约权除了上述不合理之处，还具有反竞争的法律风险。我国《反垄断法》第十七条规定：“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（一）固定或者变更商品价格；”毋庸置疑，我国的篮球事业尚未完全完成市场化的进程，依然带有很强的行政色彩。当篮协从事一般性的管理性事务的时候，其是管理者，存在着组织本行业的经营者，达成垄断协议的可能。而CBA联盟章程等是球队协商的产物，并无球员参与。俱乐部对顶薪球员的独家续约权是否构成反竞争，需要从竞争效果与豁免两个角度分析。

从竞争效果分析，独家续约权显然限制了球员的流动。若球队不放弃独家续约权，球员没有转会与自由签约的权利。若将顶薪限制在600万元人民币，球队之间也没有竞价的空间，球员在所有球队的身价都是固定的，球员与球队间签约的意向也会严重下降。自工资帽实施以来，球队工资帽基准值均为3600万元，但是球员顶薪却从800万元下降至600万元，占工资帽基准值比例进一步下降，联盟对此并无说明，球员既得利益无故受损。“限薪令”强制设定球员薪资上限，具有明显限制竞争、固定价格的特征。而固定价格一直被视为最为严重的垄断协议形式。从晚近各国司法实践来看，固定价格行为并非绝对认定为非法。⁴我

³ 在CBA，签字费本身就属于灰色收入，对其究竟如何定性？签字费与培养费、转会费等有何关联？与D类顶薪、工资帽制度如何协调等问题有待进一步深入研究。

⁴ 如欧足联的财政公平法案便经受住了反垄断审查。

国尚未建立职业体育反垄断审查机制，有学者从职业体育竞争均衡性理论出发，认为体育竞技中的限薪令等制度，满足《反垄断法》第二十条“提高产品质量、降低成本、增进效率”的豁免条件⁵。在 CBA 联赛中该观点是否得以适用笔者持保留态度。首先，独家续约权保护的是单支球队的利益，但无力促成联盟整体竞争平衡。对于联盟中下游球队，本可以通过竞价招募顶级球星，来改变球队现状。但若母队不放弃独家续约权，其他球队便失去了通过资金运作签下球星，围绕其建队，提升竞争力，剑指总冠军的希望。而手握独家续约权的母队无需担心核心球员离队，可以更聚焦于球队补强，甚至利用球星号召力吸引更多优质球员加盟，在联盟选秀制度尚未健全的情况下，最终只能是强者恒强，弱者恒弱，于联盟整体格局与运作效率无益。其次，独家续约权与限薪令也可以帮助球队低成本摆烂，不利于提高比赛质量和俱乐部管理水平。若球队队内存在顶级球星，但球队战绩不佳且俱乐部无心补强，球队就可以继续低成本续约球星，通过球星自带的流量赚取商业利益。球队运作大有学问，是管理层与球员双向参与的过程，考验的是球队管理层和球员经纪人的智慧。⁶球星通过申请交易等方式要求球队补强是正常诉求，若球队管理层无视核心球员诉求，无所作为，放任球队恶性摆烂，既无法提升比赛质量，辜负了观众也就是消费者的期望，也耽误了球员的黄金期，不利于球员发展。

综上，独家续约权、限薪令等制度，对球员利益造成很大损害，降低了球员的流动性，不利于 CBA 联盟的商业化发展。若将相关纠纷诉诸法律，也存在反竞争的风险。

三、NBA 联盟的经验与启示

我国 CBA 联盟的诸多改革措施均是从 NBA 联盟学习而来，但是在本土化落地过程中，却遇到了障碍。是真的水土不服还是我们没有学到精髓？

（一）NBA 受限制自由球员匹配续约权制度

NBA 中也有类似保护球队优先续约球员的制度，即受限制自由球员制度。NBA 首轮秀球员进入联盟后，会与球队签订一份“2+2”合同，前两年为完全保障合同，第三年与第四年均为球队选项。在新秀球员执行完四年合同后，便成为一名受限制自由球员，其他球队可以对该球员提出报价，若母队匹配该报价，则这名球员依然要与母队签约；若母队不匹配该报价，这名球员成为完全自由球员，可以和其他球队签约。该制度是为了保护球队对自己培养的球员的续约权。但很显然，该制度与 CBA 联盟的独家续约权有许多不同。

NBA 的匹配续约权的对象是执行完四年新秀合同的首轮秀球员，既包括普通球员也包括核心球员。而 CBA 的独家续约权仅针对签署 D 类合同的顶薪球员(往往是球队的核心球员)。在 NBA 中，匹配续约并非固定合同价格，存在其他球队出价竞价，母队匹配的过程。若有其他球队开出高价，球员母队不匹配的，则该球员可以转会。但在 CBA 独家续约权下，顶薪合同球员并不具备竞价过程，若母队不放弃独家续约权，球员没有转会的可能，大大限制了球员的合理流动。在匹配续约权中，理论上母队在享有伯德权⁷情况下，可以在工资帽

⁵ 参见：吴斯华：《职业球员流动制度反垄断规制研究》，厦门大学硕士论文，2018 年。

⁶ NBA 休赛季媒体会对每一笔交易进行评级，每个赛季结束会评选当年度最佳经理，如 2020 年太阳队总经理，2021 年灰熊队总经理，均为球队运作作出巨大贡献。

⁷ 指在球队效力满三年的球员合同到期后，或新秀球员执行完四年新秀合同后，母队可以不受工资帽限制与该球员签约，且后续每个赛季薪资上涨幅度可达到 7.5%。

基础上为新秀开出顶薪合同，球员的价值和市场价格是相符的。但在独家续约权中，球员的价值是无法通过市场报价的方式完成增长的，其薪酬并非球员真实价值的直接体现。

综上，**NBA 的匹配续约权并没有剥夺球员请求交易的机会，符合商业逻辑，尊重市场规律，且存在市场竞价机制。**CBA 的独家续约权则相反，球星转会权利完全掌握在球队手中，球员没有进入自由市场的机会，其薪酬也不能体现真实市场价值。

（二）NBA 中的球员顶薪制度设计

NBA 联盟顶薪制设计较为完善。首先是具体顶薪金额，NBA 顶薪金额是以工资帽为基数计算的，占比在 25%至 35%之间。⁸该工资帽计算方式包含所有篮球相关收入，包括球队门票收入、赞助费、广告费、转播费等。球队收入按比例以薪资形式支付给球员，球员收入与球队收入成正相关。NBA 联盟对顶薪球员签署合同的年限与年薪增长也有相关规定。一般顶薪球员签署合同年限为四年，每年薪资增长为 4.5%。若球队享有伯德权，最高可以与球员签署 5 年合同，每年薪资增长为 7.5%。根据 2023 年即将出台的新劳资协定，球员的顶薪涨幅有望进一步提高。理论上球员在一支球队效力时间越长，其收入也就越高。同时也鼓励球员以先签后换的方式寻求交易，既可以使效力母队年限延续计算，通过伯德权帽上续约，提高球员身价⁹，又可以在交易后为母队留下一定资产，帮助母队重建。¹⁰

综上，**NBA 的顶薪并非固定价格，而是通过精巧的合同设计和市场竞价制度间的有机结合，保障了球员的自由流动，从而争取球队与球员双赢的结果。**

（三）以上经验给我国的启示

从长远角度考量，CBA 联盟的独家签约权会导致联盟内球员流动性下降，从而影响联盟的商业化进程。更会加剧联盟影响力、商业价值的下跌，不利于解决球队长期亏损的问题。

CBA 联盟的独家续约权、顶薪令有反竞争的嫌疑，会被指责违反《反垄断法》。因此，CBA 联盟需要建立联盟、球队、球员之间的利益再分配机制。在球员限薪情况下，球员为球队与联盟创造价值，联盟也需要考量如何弥补球员的工资损失。可以建立球员工会制度，对于跟球员切身利益密切相关的事项，让球员代表能够参与到相关制度的制定过程中，保障球员、球队、篮协之间的沟通顺畅。

结语

新疆男篮与周琦事件背后反映出我国 CBA 联盟对球员保护制度的缺失。现行的工资帽制度、独家续约权制度有损球员利益，有反竞争的风险。为促进联盟的良性发展，有必要尽快解决独家续约权与球员合理流动的矛盾，考量建立更为完善的球员与球队的二次利益分配机制，将球员因工资帽等遭受的损失通过其他方法得以补偿。良好的联盟运营离不开完善的制度支撑，真心期待制度完善的 CBA 联盟明天会更好¹¹。

（本文首发于 2023 年 4 月 24 日）

⁸ 顶薪占工资帽比例与球员在联盟效力年限有关，效力 0-6 年占比 25%，效力 7-9 年占比 30%，效力 10 年以上的占比 35%，

⁹ 对比先签后换，球员选择自由签约时，薪资不能超过工资帽软帽的限制，且效力球队的年限需要重新计算，不再享有伯德权。

¹⁰ 如 2010 年詹姆斯加入热火，2019 年杜兰特加入篮网，戴维斯加入湖人，都通过先签后换方式，既可以提高自身薪资，又为母队积累了年轻球员与选秀权，帮助母队快速重建。

¹¹ 在文章截稿之日，中国篮协又开出史上最重罚单，对上海队、江苏队消极比赛进行了严厉处罚。CBA 要真正实现职业化，依然有很长的路要走。

“x 分钟看完电影”是精炼还是侵权？视频平台为何也难辞其咎？

陈欣皓、虞杨、屈思敏

在“注意力经济”时代，万物皆可短视频，即使是长达 2 小时的电影，也能被剪辑成短视频，让人们能在短则五六分钟、长则十几分钟的时间里快速看完一部电影，并且完全不会错过其中的精彩情节。然而，就像快餐总是存在健康隐患，“x 分钟带你解读电影”类型的短视频亦存在侵权风险，不论是上传者还是短视频平台都难辞其咎。今年年初，上海徐汇法院审结了一起电影解说类短视频信息网络传播权侵权纠纷案。本文，我们将带大家一起来解读这起案件的判决书。

基本案情介绍

本案原告是案涉电影作品的合法权利人，经过合法授权，原告获得了案涉电影在中国境内的发行权与点播权。被告 K 平台是国内著名短视频平台。原告在 K 平台上搜索出大量包含案涉电影作品的短视频（以下简称“被诉视频”），内容均为案涉电影作品的片段剪辑，再配上语音概括情节、解析剧情。被诉视频的部分上传用户拥有百万粉丝，部分被诉视频的播放量达百万次、千万次。原告曾向 K 平台发送律师函要求平台对上述短视频采取措施，K 平台没有及时处理。

原告主张，K 平台侵害原告对案涉电影作品享有的信息网络传播权。K 平台不能提供上传者身份信息，应承担直接侵权责任；即使不构成直接侵权，平台未及时采取预防侵权合理措施也应当构成帮助侵权。被告 K 平台则抗辩称，被诉视频均属于对案涉电影作品的合理引用，不构成侵权；K 平台已经尽到了法律规定的注意、管理义务，因此不构成间接侵权。

最终，审理法院认为：

1. 被诉视频构成对原告享有的案涉电影作品信息网络传播权的侵权。

2. K 平台未能提供部分用户信息导致原告无法向实际侵权人主张权利，由此造成的损失应当由 K 平台承担。对于提供了用户信息的被诉视频，综合考虑多方面因素后法院认为，K 平台负有较高的注意义务，但 K 平台未能尽到较高的注意义务，对部分被诉视频的侵权事实构成应知，存在过错，应承担帮助侵权责任。

从案件事实和裁判结果来看，本案并非一起复杂疑难案件。本案的审理法院对于电影解说类短视频是否构成合理使用，以及短视频平台是否构成侵权的论述和裁判，具有一定的参考价值，值得我们进一步解读。下文将就以上两个争议焦点依次展开。

剧情梗概型短视频明显超出合理引用的必要限度

针对原告的主张，被告抗辩称，被诉视频是上传用户作个人研究和欣赏用途，且被诉视频时长较短，未完整使用案涉电影作品，属于适当引用，因此不构成侵权。被告抗辩的主要法律依据为我国《著作权法》第 24 条第（一）、（二）项：

在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名或者名称、作品名称，并且不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益：

（一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；

(二)为介绍、评论某一作品或者说明某一问题,在作品中适当引用他人已发表的作品;
实践中,这两种合理使用行为也是短视频侵权纠纷中的上传用户大多采用的抗辩理由。上传用户认为其制作这类短视频,仅仅是出于自己的兴趣爱好,为了个人娱乐与欣赏;且一部电影时长1~2小时,而短视频可能不到10分钟,对电影片段的使用是少量的,无法完全替代电影作品本身。这些理由听起来似乎有些道理,但从本案法院的裁判中我们可以看到,这样的抗辩实则软弱无力。

对法条的认识不能局限于文字表面,而应当透过文字理解法条背后的逻辑。**第24条规定的合理使用行为,实际上是通过牺牲著作权人的有限利益来满足社会公众对私有的智力成果的使用需求,以追求“利益平衡”的理想状态。**因而在解释合理使用行为的构成条件时不能脱离和偏离上述实质目的。

对于第一种使用行为,条文十分简洁,仅规定了使用行为的动机,即为了个人学习与研究。对动机的考察不应当仅局限于行为人的内心自认,而应当考察行为人的外在行为。若不考察外在行为,对动机进行限制是无意义的,因为只有外在行为能够对他人产生实质影响。具体到本案,根据K平台的上传规则,上传用户可以设置短视频的可见范围为“个人”或“公开”。若如K平台所称被诉视频仅为个人欣赏学习,那么其外在行为表现应当是设置为本地上传,但被诉视频的可见范围都是“公开”,外在行为与内心动机不一致,这显然不属于个人研究与欣赏用途。

对于第二种使用行为,关键在于对“适当引用”的解释。“适当”不等于“适量”,即不能仅仅考察“引用量”的多少,还应当综合作品类型、行为性质、引用的必要性等多方面因素。本案中,虽然与案涉电影时长相比,被诉视频中剪入的电影片段时长很短,但案涉电影属于喜剧类型的剧情片,制片团队精心编排的喜剧情节与笑点是这类电影中最吸引人、最有卖点的部分,而被诉视频以剧情梗概的方式解说案涉电影,将电影最吸引人的部分展现出来,可能导致实质替代案涉电影作品,影响作品的正常使用,已然超过合理使用的限度,因此亦不构成适当引用。

短视频平台的过错认定与注意义务

随着Web3.0的快速发展,平台在法律上的注意义务与责任承担问题受到越来越多的关注。我们在“胖虎打疫苗案”中,也与大家讨论了NFT数字作品平台的注意义务与责任承担问题(点击阅读:《都想“避风”,谁做“港”?网络侵权纠纷中平台的责任承担》)。对于短视频平台而言,其同样要遵守最高人民法院《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《规定》)和《信息网络传播权保护条例》对平台义务的规定。

《规定》第8条规定,应当从网络服务提供者的过错认定其是否承担帮助侵权责任。若网络服务提供者对用户侵害信息网络传播权行为是明知或应知的,则网络服务提供者存在过错。可见,在用户行为侵害信息网络传播权的前提下,如何认定平台明知或应知是责任认定的关键。《规定》第10~14条特别列举了几种视为平台明知或应知的情形。结合本案具体情形:

1. 对于播放量较大的上传视频,平台负有较高的注意义务,若上传视频侵权而平台未及时采取预防侵权措施,视为平台应知,存在过错。本案中,其中一位上传用户的粉丝量达到200余万人,其上传的被诉视频播放量分别达到千万与百万,可见传播力和影响力极大。

K 平台对于粉丝数量极高的用户、播放量极高的视频应当尽到更高的注意义务。

2. 平台提供付费推广服务的，视为平台从上传视频中直接获得经济利益，平台应负有较高的注意义务，若上传视频侵权而平台未及时采取措施，则平台存在过错。本案中，调取的数据显示，内容相同的被诉视频，粉丝量相当的用户之间播放量相差悬殊，且同一用户内容有关联的被诉视频之间播放量也相差悬殊。对此，原告认为是因为这些视频使用了 K 平台的付费推广服务，并提供这些用户使用付费推广服务的后台记录作为证据。K 平台虽然反驳称被诉视频未使用付费推广服务，但却未能提供直接证据，而根据相关服务协议，K 平台是有能力提供证据的。K 平台无法对上述现象做出合理解释，应承担不利后果，存在过错。

判断 K 平台是否存在过错、是否尽到了应尽的注意义务，要回到具体的案件事实中综合多方面因素做出认定。一方面，法院承认了平台面对海量的用户上传视频不可能做到全部审查，这一要求也缺乏法律依据；“关键词屏蔽”无法有效防止侵权行为，不能仅凭这一点为由认定平台没有尽到注意义务。另一方面，对于上传视频侵权与否平台是否负有更高的注意义务，不能仅考察案涉作品是否知名、是否热门，而还要结合播放量和粉丝量综合判断。平台提供付费推广服务不能仅停留在协议层面，而应当实实在在付诸于行动，尽到较高的注意与管理义务。

短视频平台应当合法收集与管理用户真实身份信息

在本案审理过程中，除了信息网络传播权侵权相关的责任认定外，争议焦点中还涉及用户的个人信息收集与使用。其逻辑在于，被诉视频侵权，直接的侵权人其实是用户而非平台，平台仅仅是网络服务提供者，可能承担帮助侵权责任或不承担侵权责任。

由于平台的特殊性，法律规定平台仍需要证明被诉视频为用户提供而非平台提供，平台仅提供网络服务。证明方式为平台能够提供被诉视频上传者的真实身份信息。根据《网络安全法》的规定，网络服务平台在与用户签订服务协议时应当要求用户提供真实身份信息，也即：在我们新注册一个平台的账号时，平台有权向我们采集真实身份信息。这一规定的目的之一在于，当侵权行为发生时，权利人能够通过平台确定实际侵权人，从而能够向实际侵权人主张权利。本案中，K 平台未能提供部分被诉视频上传用户的真实身份信息，导致原告无法向实际侵权人主张权利，因此法院认定 K 平台要承担相应的责任。

随着国家对个人信息的保护越来越重视，平台作为网络服务提供者，除了在预防侵权方面要依法及时采取措施维护权利人合法权益，也要做到合法、合规地管理用户个人信息。

关于个人信息的收集与管理、信息出境（尤其是个人信息出境），我国在立法上有哪些规定？平台如何做到合法合规地收集与使用个人信息？对于这些问题，后续我们将会在其他案件的判决书解读中为大家进一步分析与解读，请大家持续关注哦！

（本文首发于 2023 年 5 月 10 日）

“6.18”来袭，竞品冲突与超期授权，哪些丑话要说在前头？

赵晓波

“6.18”年中大促即将来袭，各品牌方都在陆续与经纪公司/达播积极磋商电商直播合作事宜。在品牌方与达人/经纪公司的直播合作中，除了需要考虑坑位费、佣金分成等硬件商业条件以及上一期我们已说过的保价承诺之外，特殊情况下，可能还会涉及到竞品排他、限期授权等其他商业安排。比如，处于强势地位的品牌方，针对某些特殊节庆活动，可能要求达人承诺在同一场直播内不得为竞争对手产品/品牌提供直播或推广服务；相反，当达人处于头部位置时，则可能要求品牌方承诺仅有权在合作期限内使用含有达人人身权利的宣发物料，超过合作期限的，品牌方负有物料删除及回收等义务。

那么如何界定竞品范围、如何明确肖像等人身权利的授权期限，如何避免无效约定，在合同谈判过程之中，如果对这类条款的背景以及应用理解不清晰，极可能引发后续争议。本文旨在与大家分享一下电商直播类合同中竞品排他/限期授权条款常见约定情况，以供参考。

竞品冲突——同台秀肌肉，狭路相逢谁能胜？

以曾经的热播电视剧《安家》为例，品牌方在与剧方洽谈时，并未约定任何竞品排他，故剧中出现了多个名场面。作业帮、学而思网校两个竞品由同一个明星胡可以同样的方式（明星播报）出现在贴片广告中，贝壳找房和安居客、58同城也同时在这部剧中进行了植入。再以体坛为例，运动员的个人代言和团队集体代言有时也会出现竞品冲突，例如宁泽涛当年代言伊利，游泳队代言的是蒙牛，这就直接产生了竞品冲突。而该等情况下，品牌方的权益较难得到保障。

（1）竞品排他条款的三种类型及触发场景

竞品排他条款一般是指禁止达播在与品牌方达成电商直播合作后，再进行与其他经营品类相同或近似的品牌签署同类型协议的品牌战略性保护条款。实践中，常见的竞品排他条款从达人与品牌方绑定的紧密程度里看，可以分为限时排他、品类排他、同业排他。

➤ 限时排他

即在一定时限内对于品牌方进行时限保护，该保护会使得品牌方在一定时限内处于独占权益的地位，在实践中出常见于特定大场次/某短周期的直播活动中，达播只能在线销售品牌方产品，不得销售竞品品牌产品，同时也不得在小黄车或其他渠道挂竞品链接。

➤ 品类排他

即仅对于同品类产品进行了排除，一般适用于品牌方对于自己主打产品的强势保护。此类排他条款的目的在于根本性的杜绝在一定范围和时间内对自身的主线产品造成经营冲击，仅限于同品类产品。例如，在与达播签署年框合作协议时，要求达播承诺长期不得为与自身存在直接竞争的某几款产品的直播销售活动。

➤ 同业排他

同业排他较之品类排他的范围更加广泛。此要求实质导致的是达播与品牌方达成独家排他合作，比如伊利、蒙牛二选一合作，安踏、李宁二选一合作等，设置该等条款同时还需要考虑反垄断和不正当竞争相关之法律风险。

（2）竞品排他条款的失败约定

我们以往在代言合同、推广合同中最常见的竞品排他约定一般会包含如下两个方面：第一，艺人不得为其代言产品存在直接竞争关系的产品代言/推广；第二，艺人不得为与品牌方存在直接竞争关系的企业提供代言/推广。该等约定，极有可能陷入无效的陷阱。

以深圳市仙 X 化妆品有限公司诉上海久 X 广告传播有限公司、艺人鞠婧祎广告代言违约一案（（2019）沪 0109 民初 16309 号）为例，该案中约定鞠婧祎不得为与其代言产品存在直接竞争关系的产品代言；不得为与仙 X 公司存在直接竞争关系的企业的促销活动提供服务或许可该企业使用鞠婧祎的名称、肖像或推荐语。代言合同履行期间内，鞠婧祎先后在微博发布了兰芝、兰蔻、悦木之源、羽西、圣罗兰、花西子等品牌产品的推广语。仙 X 公司认为，这些产品与自身经营的“果本护肤品”具有竞争关系，久尚公司已构成违约，应退还全部费用，并支付违约金。法院经审理后认为：本案中，鞠婧祎及久 X 公司是否违约的关键在于判断兰芝、兰蔻等品牌产品是否与“果本护肤品”具有竞争关系。经考察产品之间的近似替代性（需求替代及供给替代），从产品的主观及客观功能、产品价格等方面评估，法院认定“果本护肤品”与兰芝、兰蔻等品牌产品的关系：前者与后者之间不存在“近似替代性”，不构成竞争关系。该裁判结果的出现，实质上宣告了仙 X 公司竞品排他条款的“无效”。类似的“无效约定”在其他案件中也有认定，如（2020）沪 0117 民初 898 号白酒品牌江小白与茅台案等。

（3）竞品排他条款的组合拳操作

为了保障品牌方权益，避免“无效”骚操作，我们大致可以从以下三方面进行初步准备：**第一，就竞品排他条款内容进行专门约定；第二，将竞品品牌及产品清单作为附件添加；第三，处于强势地位的品牌方，除了在竞品排他条款的具体类型上可以作出选择外，为了适应瞬息万变的商业社会的发展（诸多新生品牌无法在签约时被竞品表一揽子概括进去），还可以考虑一票否决权之相关约定，例如可以约定“如各方对是否构成竞品有争议的，以品牌方意见为准，品牌方拥有一票否决权”等。**

超期授权纠纷——合作到期后，品牌方意想不到的“致命伤”

除了从代言及推广合同中逐渐衍生到电商直播带货场景下的竞品排他条款外，另一个逐渐在电商直播领域出现争议的问题是达播肖像等物料在优惠券及商品主图的角标、直播后的剪辑视频等使用场景下的超期授权问题。超期授权是在合同期限以及约定的回收期终止、没有续约的情况下，品牌方继续使用达播的肖像和姓名进行商业宣传的行为。超期授权产生的原因，一是合同签订时可能会出现的不严谨的条款歧义；二是品牌方或其关联第三方在合约期限及回收期到期后，仍继续使用达播的肖像和姓名、甚至将直播视频剪辑后进行商业宣传、业绩回顾。

（1）肖像授权的法定处理方式——达播可任意解除肖像授权

在直播合同里并未对品牌方使用达播肖像的授权期限作出明确约定的情况下，民法典作了兜底规定。《民法典》第 1021 条规定：“当事人对肖像许可使用合同中关于肖像使用条款

的理解有争议的，应当作出有利于肖像权人的解释。”《民法典》第 1022 条进一步规定了肖像权人对肖像权许可使用合同的合理解除权，即“**当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的，任何一方当事人可以随时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。”这一规定运用到直播电商中的肖像授权，通常会被理解出两层含义：第一，如直播合同未约定授权期限，则经达播通知可以任意取消肖像授权，但达播应承担违约责任。第二，合同到期后，品牌方应逐步回收包含达播肖像的宣推物料，否则将构成侵权，这也是肖像权保护的应有之义。

（2）肖像超期授权使用的常见情形

实践中，因品牌方超过授权期限使用达播肖像引发人格权纠纷的常见情形主要有：

第一，合作到期且约定的下架期届满后，继续生产使用包含艺人肖像的产品或物料。如果品牌方在合约下架期届满后，一如以往地使用达播的肖像和姓名的，品牌方构成超期使用艺人的肖像和姓名，典型案例有周迅与福建雅客食品有限公司等人格权纠纷（(2016)京 0115 民初 13157 号）

第二，合同约定肖像授权期限为永久，但艺人或达播单方书面发函要求停止继续使用本人肖像，品牌方以有合同约定为由未对物料作任何处置。在民法典人格权篇的指引下，我们倾向于认为达播有权经通知后禁止品牌方继续使用本人肖像，故在合同中约定该种违约单方取消授权情况下的违约责任则至关重要。

还有一种广义的“超期授权”情况，指的是合作到期，但合同未约定肖像授权期限及到期后的处理，品牌方未对合作期间内已宣发出去的物料进行任何处理。该等情况下一般引发纠纷的概率较低。

（3）品牌方应对超期授权使用的预防性策略

首先，**对合同期内的肖像授权事宜进行明确约定**，包括授权使用场景、下游的转授权使用、回收期/下架期的处理等，同时强调对方违约取消授权的法律 responsibility。

其次，**为自身争取到一些缓冲条款**，如合同到期后品牌方在不拍摄新宣传物料的前提下，有权继续使用艺人此前为其拍摄的物料；或者合同到期之后，鉴于之前的紧密合作，品牌方在续约洽谈阶段仍可合理使用等。

此外，还需要注意的是，某些品牌的经销商、合作方，即其关联的第三方也存在着超期使用的可能，品牌方作好下游管控也至关重要。

综上，对于品牌方而言，电商直播业务的开展过程中，需要与数十位、甚至上百位达播合作，各达播所属经纪公司的合规化程度参差不齐，品牌形象管控难度很大。在非诉段的直播合规体系建立，对于品牌形象维护及直播合同的顺利履行都至关重要，有助于化被动为主动，应对或有的舆情风险。

（本文首发于 2023 年 5 月 15 日）

公司有权查我的聊天记录吗？ 从案例看用人单位收集工作手机、电脑中数据的合法性

虞杨

2023年4月，有一则新闻引起大众的关注：

湖北一家公司在例会上以“找内奸”为由，提出要查看员工手机，员工林女士因拒绝配合被认为是“内奸”，因此被强行辞退，并且没有获得赔偿。据悉，林女士已经申请劳动仲裁。

该则新闻一经发布，就在网上引起激烈讨论。广大的打工人们表示强烈愤慨的同时，又惴惴不安：公司是否有权监控、查看发给员工的工作手机、工作电脑？平时吐槽上司的聊天记录不会被曝光吧？

用人单位为工作需要为员工配备的工作手机、工作电脑等，属于用人单位的资产。那么用人单位是否可以未经员工同意自行或强行获取工作设备中的数据呢？本文将结合几个法院判例进行分析。

一、工作设备产生的数据属于谁？

随着现在电子化办公和移动互联网越来越普及，绝大多数员工在公司配备的工作手机、工作电脑上都会安装通讯工具、社交软件，既用来处理工作事务，也免不了用作接打私人电话、微信聊天等个人用途。工作和生活的边界越来越模糊。那么在工作设备上产生和存储的聊天记录、通话录音、个人账号等数据，是否也跟随设备的所有权归用人单位所有？笔者认为并不尽然。

《民法典》在第四编第六章“隐私权和个人信息保护”中，对自然人的隐私和个人信息进行了定义和相关规定：

第一千零三十二条：自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、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。

第一千零三十四条：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。

用人单位的确享有工作设备的所有权，但是劳动者利用该工作手机或工作电脑，在工作、生活、人际交往中形成的通话、聊天记录、私人交易记录、快递信息等数据、信息，属于个人隐私，享有未经本人许可，不被他人非法侵扰、知悉、收集、利用和公开的权利；存储的账号密码、身份证照片、住址信息、银行账户信息等为个人信息，除非法律或行政法规另有规定，未经本人同意不得处理。

二、用人单位可否擅自调取、收集工作设备上的隐私数据或个人信息？

从管理的角度，用人单位对劳动者履行工作职责进行管理监督，可以理解，但应当在合法合理的限度内行使权利。除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织和个人不得实

施窃听他人私密活动、处理他人私密信息等行为。

2022年2月23日，北京市第二中级人民法院在(2022)京02民终1072号判决书中，明确用人单位不应在未经劳动者充分知情、同意的情况下收集隐私数据。该案中，用人单位擅自将员工的工作电脑中已经删除的数据进行恢复，并采集相关内容作为证据，试图证明员工存在违纪行为。但该等恢复数据、采集数据的行为，构成对劳动者个人信息的不当使用，亦违背了个人信息保护的核心要旨。法院认为用人单位使用不当手段收集的证据不具有合法性，否认该组证据的效力。

同样，2021年5月31日上海市第一中级人民法院在(2020)沪01民终3040号判决中提到，用人单位擅自恢复工作手机上的电话录音，未取得劳动者的明确同意，法院对该证据的合法性不予认可。

但在2021年2月3日广东省中山市中级人民法院作出的(2020)粤20民终6958号判决中，却作出了对用人单位有利的裁判结果。该案中，用人单位通过在员工的工作电脑中安装了监控软件，调取了员工的微信聊天记录，证明员工存在侵害商业秘密的行为。**法院认为，“公司在工作时间对员工工作电脑进行监控，并未达到严重侵害员工个人权益的程度。”**看似这个案例的裁判思路与前两个案例不同，但笔者注意到判决书中提到公司为员工配置了专门的QQ账号和微信账号，员工离职时均需将相关账号密码交回公司或注销。**该微信仅为工作事务沟通所用，公司调取工作微信的记录，基于用工管理需要，具有一定合法性。**

以下列表汇总上述判决观点：

案号、审理法院、判决日期	观点
(2022)京02民终1072号 北京二中院 2022年2月23日	未经劳动者充分知情、同意的前提下，用人单位从工作电脑中擅自恢复员工已删除数据并采集作为内部处分依据及证据的行为，构成对劳动者个人信息的不当使用。
(2020)沪01民终3040号 上海一中院 2021年5月31日	用人单位对劳动者进行管理监督，应在合法合理的限度内行使权利。未告知并取得明确同意的情况下，用人单位对工作手机通话录音，法院对该证据的合法性不予认可。
(2020)粤20民终6958号 广东中山中院 2021年2月3日	用人单位为劳动者专门配置工作微信、QQ，仅为工作沟通使用。用人单位在工作时间对工作设备监控并调取聊天记录，未严重侵害员工个人权益。

三、企业如何合法对劳动者履行工作职责进行管理监督？

上述案例中，笔者注意到法院对个人隐私和个人信息未作明显区分。《民法典》第四编第六章将“隐私权”与“个人信息”并列作为标题，二者在定义上是有区别和重叠的。

个人信息是用于识别自然人身份的各种信息；而隐私则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。二者在概念和内涵上存在交叉重叠的部分，既存在联系，又有区别。隐私权作为一种法律上的权利要受到绝对的保护，而个人信息只是

一项人格权益，并不是一项独立的权利。由此，**隐私权的保护程度高于个人信息的保护程度，在它们二者重合时，应优先适用隐私权保护规则，实现更高层次的保护。**（王利明，2021年2月）

以上北京二中院和上海一中院的案例中，用人单位收集的是个人微信聊天记录、个人通话录音等数据，其中既包括个人信息，又有该数据中包含的不愿为他人知晓的私密信息。对于用人单位而言，该数据中包含的私密信息对于庭上举证更重要、更有价值。因此，法院需要以隐私权保护的标准考量用人单位行为的合法性。

《民法典》列举了五类侵害隐私权的具体行为，以及一条兜底条款。用人单位通过恢复数据、监控录音录像等方式收集员工个人微信聊天记录、通话录音，应当属于法条列举的第五类“处理他人的私密信息”的范畴。那么用人单位在处理隐私或个人信息的方式是否合法就至关重要了。

用人单位合规监督的手段有哪些？

参考中山中院的判例，如果**用人单位为员工专门配置了工作手机号、微信、QQ等通讯工具，用于处理工作事务的沟通，客观上可以与员工私人的通讯工具区分开。**那么在工作通讯手段中的记录在很大程度上就脱离了个人隐私的范畴，用人单位以用工管理的名义规范处理相关数据，具有一定合法性。**为增加合法性基础，用人单位在劳动合同中最好再明确约定和告知，如工作微信仅可用于处理工作相关事务等。**

如果劳动者使用的是个人的通讯软件，则相关聊天记录、朋友圈截图、电话录音、录像等可能就属于隐私或个人信息的范围。对于属于隐私部分的数据，包括隐私与个人信息重叠部分，《民法典》第一千零三十三条规定，除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织或者个人不得实施侵害隐私权的行为。获得员工明确同意是用人单位监控行为的合法性前提。如果仅属于个人信息，如前所述，隐私权的保护程度高于个人信息的保护程度，根据《个人信息保护法》规定，**取得个人同意，或为订立、履行合同所必需，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，用人单位方能对个人信息进行处理。同时用人单位应当遵循合法、正当、必要和诚信原则，最小化收集数据以实现管理目的。**

四、结语

用人单位通过技术手段收集劳动者微信聊天等通讯记录，多发于劳动合同纠纷、侵害商业秘密、不正当竞争等案由的案件中。在实现管理目的的同时需要兼顾保护劳动者个人信息和隐私权的权益，用人单位应通过合法性、正当性、合理性三方面对信息处理行为予以审查，在劳动合同、规整制度、保密协议等法律文件层面做到事前防范，充分告知并取得劳动者明确同意，避免陷入合法性缺失的尴尬境地。

（本文首发于2023年6月6日）

“今日头条”“今日油条”傻傻分不清楚？普通商标的侵权边界究竟在哪里？

陈欣皓、虞杨、屈思敏

广州知识产权法院 2022 年度十大典型案例之一——“今日头条”诉“今日油条”侵害商标权及不正当竞争纠纷案，引起社会广泛关注。这不仅是因为当事人之一是国内知名的头部 APP 公司，还因为一审的判决结果出乎许多“吃瓜群众”的意料。为一探究竟，我们将用 3 期节目的时间，带大家一起解读这起案件的判决书，并聊聊如何发现与应对商标使用中的法律风险。

本案目前已进入二审阶段，仍在审理过程中。节目中有关案件的讨论与分析均是基于一审的判决结果。在此期间我们也将持续关注二审的进展。

基本案情介绍

本案的被告之一河南今日油条餐饮管理有限公司是案涉早餐店“今日油条”的实际经营者。原告抖音公司起诉被告在其商品、店铺装潢以及广告宣传中使用“今日油条”标识（以下简称“被诉行为”），侵犯了抖音公司作为商标权人对“今日头条”注册商标享有的商标专用权，并构成不正当竞争。

在看判决书之前，我们先来看看这两个争议标识的外观。



（图源：搜狐号@经营管理）

请设想一下：假如某天早晨你走在路上，看到了“今日油条”这个大大的招牌，你是否会联想到“今日头条”呢？如果有联想，你会不会怀疑这家早餐店与“今日头条”之间有商业上的联系，例如同属一个企业旗下，或者是“今日头条”的联名餐饮品牌？进一步地，你会不会因为两个标识的相似而走进这家早餐店消费呢？

将这些十分生活化的疑问转换为法律语言，其实就是一审法院在审理中整理出的本案的争议焦点：**1.被诉行为是否构成普通商标侵权；2.被诉行为是否构成对驰名商标的侵权；3.被诉行为是否构成不正当竞争。**

这里我们先公布一审法院的判决结果：被诉行为**不构成**普通商标侵权；被诉行为**不构成**对驰名商标的侵权；被告亦**不构成**不正当竞争。一审法院是如何作出上述判决的呢？本文首先关注第一个争议焦点：普通商标侵权的认定。

来源识别功能与混淆理论

看到薯条盒上金黄字母 m，我们立刻知道这是麦当劳的薯条而不是肯德基的薯条；看到瓶身上的“Coca Cola”，我们也能马上识别出这瓶可乐出自可口可乐公司而不是百事公司。这是因为金黄字母 m 与麦当劳之间、Coca Cola 与可口可乐公司之间形成了特定的、唯一的

联系，消费者不需要食用，仅仅凭看就能够知晓——“来源识别”，这是商标的核心功能。

之所以要识别商品的来源，是因为同一种类型的商品（服务）可能出自不同主体，而不同主体之间在工艺、技术等方面存在差异，最终生产出的商品或提供服务的品质也会有所差异。商标，能够帮助消费者筛选出符合其消费水平及质量需求的商品（服务）。

然而，别有用心之人也会利用商标的“来源识别”功能，将自己生产的劣质商品伪装成品牌商品，欺骗消费者，混淆消费者对商品来源的认知。对于消费者而言，其蒙受欺骗，花高价买到了劣质产品，侵害了其经济利益甚至人身权益；对于品牌商而言，长久以来塑造的优质品牌形象因冒牌商品而遭到破坏，市场也被不正当抢占。正是由于混淆商标行为会给消费市场及各个主体带来不公平的待遇与无法预估的损失，法律需要“出手”，将上述行为规定为商标侵权行为，以维护消费者与商家的合法权益，规范市场秩序。换句话说，**商标侵权认定的核心在于混淆行为真实存在，若某一标识不足以使得消费者混淆商品的来源，也就不会产生这一系列的损失了。**

普通商标侵权的构成要件

混淆行为构成商标侵权的法律依据，规定在我国现行《商标法》第 57 条第 1、2 项：未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；未经商标注册人许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的。

其中，第一项与本案情况不符，无需讨论。本案是否符合第二项，则需要进一步分析。一审法院从 5 个维度来考量被诉侵权标识是否构成对案涉注册商标的混淆，进而构成普通商标侵权：**①被诉侵权标识是否属于商标性使用；②被诉侵权标识使用的商品与涉案注册商标核定使用商品的类别的关联程度；③被诉侵权标识与涉案注册商标构成要素的近似程度；④案涉注册商标的显著性及相关公众关注度；以及⑤是否存在混淆的主观过错，以及是否实际产生混淆后果。**

案涉注册商标（“今日头条”）			被诉侵权标识（“今日油条”）		
第13563638号	第9类		/	/	
第23130298号	第38类				
第11752793号	第9类	今日头条	第46355447号 (无效)	第35类	今日油条
第23130299号	第38类	今日头条			

1. 商标性使用

商标性使用，是对注册商标进行保护的前提基础。正是因为商标能够识别商品来源，才需要通过法律保护特定商业标识与特定商品或服务之间的联系。

《商标法》第 48 条规定了商标使用的含义，指将商标用于商品、商品包装或者容器以

及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源。

商标性使用需要同时具备下述 3 个条件：①商标在商业活动中使用；②具有指引相关公众知晓商品来源的真实使用意图；以及③在真实使用意图统摄下实际使用商标。

本案中，被告在销售食品过程中，以及在宣传“今日油条”加盟项目过程中使用了被诉侵权标识，具有引导相关公众知晓食品是由“今日油条”制作的真实意图，并且也实际使用了被诉侵权标识，具有“来源识别”效果，属于商标法规定的商标性使用行为。



（图源：搜狐号@经营管理）

与商标性使用相对的，即非商标性使用。在“普拉达有限公司与陕西东方源投资发展有限公司、华商报社侵害商标权及不正当竞争纠纷案”¹中，东方源公司为推介其房地产项目和推销店铺，在《华商报》上刊登广告，广告中的手提包上显示了“PRADAMILANO”文字和图案商标。法院认为，东方源公司使用 PRADA 商标的行为并不是为了表明自己是 PRADA 商品的提供者，也没有起到识别该房地产项目和推销店铺来源于 PRADA 公司的作用。因此东方源公司的行为不属于商标性使用行为。

2.商品类别关联程度

从日常生活经验出发，当我们看到两个有关联的商品拥有相似商标时，更有可能认为两种商品之间存在关联关系。例如，一个卖披萨的商家使用与麦当劳商标相近似的标识，可能会让消费者认为这是麦当劳推出的新品类，因为在一般消费者看来，披萨和薯条、炸鸡、汉堡等都属于西式快餐。




（图源：搜狐号@经营管理）

¹ （2013）西民四初字第 00227 号民事判决书。

根据最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释（2020 修正）》（以下称“《解释》”）第 12 条，《商标注册用商品和服务国际分类表》《类似商品和服务区分表》可以作为判断商品或者服务的参考。本案中，案涉 4 个注册商标核定使用的商品分别属于《类似商品和服务区分表》的第 9 类和第 38 类，而被诉侵权标识则使用在餐饮、食品等商品（服务）上，属于第 43 类和第 30 类。再者，从一般公众的认知判断，“今日头条”所在的新闻资讯、互联网信息场景与“今日油条”所在的餐饮服务场景具有较大差异，属于既不相同也不类似的商品（服务），因此两类商品（服务）之间的关联程度较低。

3. 标构成要素的相似程度

案涉注册商标（“今日头条”）			被诉侵权标识（“今日油条”）		
第13563638号	第9类		/	/	
第23130298号	第38类				
第11752793号	第9类	今日头条	第46355447号 (无效)	第35类	今日油条
第23130299号	第38类	今日头条			

根据《解释》第 9 条第 2 款，“商标近似”是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。

本案中，一审法院分别对“今日头条”与“今日油条”、“头条”与“油条”两组标识，从文字、读音、颜色、图形构成、背景图案、含义、使用习惯等多个方面进行整体与隔离状态对比。由于篇幅限制，具体比对细节不在本文复述。最后，一审法院认为案涉注册商标与被诉侵权标识在构成要素方面既不相同也不相似。

4. 商标的显著性与关注度

商标的显著性，能够使商标与其他商标、与通用标识区分开来，从而进一步加强特定商标与特定商品或服务之间的联系。商标的显著性越强，来源识别的功能越强，消费者越有可能对商标与商品或服务间的联系越敏感，获得法律保护的空间也就越大。反之，若商标显著性不强，例如使用通用名称等作为商标，其来源识别的功能就会变弱，如果对其施以保护就会挤占他人对该通用名称的使用空间，不当损害了他人的利益。在“邓某某与大渡口区黄陈包子铺侵害商标权纠纷案”²中，法院认为，虽然被告没有将注册商标“金丝”作为包子铺的商标使用，但是在商品名称中使用“金丝”，且同样都是卖包子，这“必然会导致商标的显著性退化，最终将会使商标权人丧失该商标”。

² （2018）渝民终 281 号民事判决书。

本案中，案涉注册商标中的“今日”、“头条”、“今日头条”的词汇并非新造词汇，而是在新闻行业中的常用词汇，因此固有的显著性较弱。即使抖音公司通过经营使得上述词汇与抖音公司的联系更紧密了，但仍不能因此对其施以过度保护。同理，被诉侵权标识中的“油条”、“今日”、“今日油条”词汇也并非新造词，显著性较弱。

5. 混淆的主观过错与混淆后果

本案中，一审法院将行为人的混淆故意，以及实际的混淆后果作为判断是否构成混淆行为的参考因素。一审法院认为，被诉侵权标识与案涉注册商标在构成要素上不同也不近似、显著性均较弱、使用商标的商品（服务）类别也完全不相同，难以认定被告具有混淆的主观意图。关于实际混淆后果，举证责任在注册商标权利人一方，但本案中原告并未举证证明被告行为造成了混淆的实际发生。

综上，从上述5个维度进行考量：①被告使用“今日油条”和“油条”标识的行为构成商标性使用；②被诉侵权标识使用于餐饮、食品类，而案涉注册商标使用于新闻资讯、互联网信息类，使用商品类别完全不同；③被诉侵权标识与案涉注册商标的构成要素近似程度较低，公众以一般注意力足以区分；④案涉注册商标的显著性较低；⑤难以认为被告具有混淆的主观过错，且原告无法证明混淆后果已实际产生。因此，被告今日油条公司使用“今日油条”、“油条”标识的行为不构成对案涉注册商标的普通商标侵权。

下一篇文章将继续就本案的第二个争议焦点——驰名商标的侵权认定展开讨论，请大家多多关注！也欢迎大家评论区与我们分享你的看法！

（本文首发于2023年6月7日）

驰名商标不是特权商标，哪些行为构成对驰名商标的侵害？

陈欣皓、虞杨、屈思敏

案情简要回顾

一家油条店使用了“今日油条”作为店铺名和标识，并且在对外宣传时使用了“今日油条”的标识以及与“今日头条”APP 配色类似的红白配色，“今日头条”所属公司于是对其提起了诉讼，要求该油条店停止侵权、赔偿损失 200 万。



在上一期中，我们主要针对本案的第一个争议焦点——油条店使用今日油条作为标识和门店招牌是否构成对于“今日头条”等案涉注册商标的普通商标侵权——进行讨论。普通商标侵权的判断原则是“混淆理论”，法院经过审理认为，油条店使用“今日油条”的行为，不会对消费者形成其与“今日头条”造成混淆的结果，因此认定不构成普通商标侵权。

本期，我们将讨论案件的第二个争议焦点：**油条店使用今日油条，是否会构成对于“今日头条”作为驰名商标的侵权。**

驰名商标的“跨类保护”

所谓驰名商标，系指在中国境内被相关公众所熟知的商标。我国《商标法》第十三条第 3 款规定：

就不相同或者不相类似的商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。

从保护模式的角度，普通商标与驰名商标的区别在于：前者被注册后，在其注册的类别中受到保护，即“同类保护”；后者在中国被注册后，可以受到“跨类保护”，即将保护范围扩大到非同类别商品上，**这意味着他人在不相同或者不类似商品中的使用与驰名商标相同或类似的标识也有可能构成商标侵权。**

这个保护制度的背后逻辑在于，**商标法保护的并非商标标识本身，而是蕴含于商标中的商誉。**驰名商标通过长期使用、宣传，凭借商标权人提供优质的商品或者服务，在消费者中建立起了良好的商誉，从而转化为市场竞争优势，蕴含着巨大的商业价值。在这样的背景下，如果有人侵害驰名商标，这无异于“空手套白狼”，侵权人不正当地利用了商标权人付出巨大成本才获得的商誉与市场份额，给商标权人及社会公众造成可能更大的损害后果，因此需要为驰名商标提供更强有力的保护。

同时，立法者也意识到，对驰名商标的跨类保护，本质上是将利益的天秤向商标权人一方倾斜。对私有权利的扩大保护，必然会造成对公共利益的过度挤压。商标权作为一种合理的垄断，应当是平衡社会公共利益之下的有限垄断，而不是无限扩张的，驰名商标不是“特权商标”。本案中，法院在审理中亦指出，跨类保护原则上只能跨越到具有相当程度关联的领域，并以被诉侵权标识误导公众为限，而不能扩大到“全类保护”。

驰名商标保护的“淡化理论”

本案中，法院认为应基于“淡化理论”对驰名商标给予保护。所谓淡化，指弱化、丑化或不正当利用驰名商标长久以来积攒的商誉。《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第九条列举了商标淡化的表现形式，包括：**减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标的市场声誉，以及不正当利用驰名商标的市场声誉**。本案中，法院正是基于上述法律依据对早餐店使用“今日油条”标识的行为是否构成驰名商标侵权展开分析。

案涉注册商标（“今日头条”）			被诉侵权标识（“今日油条”）		
第13563638号	第9类		/	/	
第23130298号	第38类				
第11752793号	第9类	今日头条	第46355447号 (无效)	第35类	今日油条
第23130299号	第38类	今日头条			

1.是否构成弱化

弱化，即减弱了驰名商标的显著性。弱化的判断，主要考虑到驰名商标本身的显著性、被诉标识与驰名商标的关联程度以及适用的市场的关联程度三方面要素。

对于驰名商标本身的显著性，在争议焦点一中已进行了说明，“今日头条”商标构成中使用的都是行业内常用词汇，也是老百姓生活中的常用词，因此其本身的显著性较弱。作为对照，同样属于字节公司的另一个商标“抖音”，其显著性就比“今日头条”的显著性高很多，因为抖音并非一个日常惯用或通用词汇，在这家公司以及相关应用出现之前甚至可能不存在。

对于被诉标识与驰名商标的联系程度，应当以相关公众看到被诉标识时，能够产生联想，并认为与驰名商标具备相当程度的联系为限，不能仅以产生简单联想下判断。本案中，法院认为“今日油条”标识被使用在实体餐饮行业，其受众多为实体店周围的居民，相较于“今日头条”的受众来说，属于“小众人群”。这些小众人群只需通过一般的注意程度，就可以将二者区分开来，因此联系程度较弱。

对于行业市场的关联程度，由于计算机软件行业和实体餐饮行业属于完全不同的市场，相关公众也不容易产生两者存在关联的联想。因此油条店使用“今日油条”标识，不会削弱

“今日头条”等案涉注册商标与计算机软件、新闻资讯等商品或服务之间的联系，从而弱化驰名商标。

2.是否构成丑化

之所以会造成对驰名商标的丑化，通常是因为侵权人提供了假冒伪劣商品，而由于消费者混淆了商品来源，误以为劣质商品是驰名商标权利人提供的，进而错误地将对劣质商品的负面评价加诸于驰名商标之上。

在法庭上，对于是否构成丑化的认定，关键在证据。**驰名商标权利人主张被诉标识构成对驰名商标丑化的，应当提供充分证据证明使用被诉标识的商品（服务）存在质量问题，并导致消费者对驰名商标的评价降低。**本案中，由于原告没有证据证明油条店提供的食品质量恶劣、餐饮服务品质不佳，亦没有证据证明案涉注册商标因被诉标识的使用而遭受社会负面评价，进而损害原告的利益。因此“今日油条”等被诉标识的使用不构成对案涉或注册商标的丑化。

3.是否不正当利用驰名商标的声誉

在上一期中我们提到，商标性使用，是对注册商标进行保护的前提基础。**如果某一标识的使用属于陈述性使用、指示性使用或非商业使用，则不应当限制他人的善意的合理使用行为。**

本案中，客观上，被诉标识“今日油条”使用在油条等小吃上，其构成要素“今日”及“油条”均属于陈述性描述，说明了食品的种类以及新鲜程度，没有超出合理使用的必要限度。主观上，目前原告在餐饮市场上不具有现实利益，原被告双方在餐饮食品领域也不存在竞争关系。即使被告存在借鉴创意的成分，也难以就此认定被告存在有损害商标权人利益或者利用驰名商标已有的商誉或与其建立联系的主观目的。

假设原告在食品或餐饮行业注册了诸如“今日薯条”、“今日辣条”等商标，且在市场上具有一定的知名度。此时使用“今日油条”等标识的行为由于与注册商标所使用的市场的关联程度较高，被诉标识构成不正当利用驰名商标市场声誉的嫌疑也就随之提高了。

综上，法院认为即使案涉注册商标可以被认定为驰名商标，被告使用被诉标识的行为也**不能认定为构成对驰名商标的侵害**。法院最终没有支持原告有关油条店使用“今日油条”等被诉标识构成对驰名商标侵权的诉讼请求。

（本文首发于 2023 年 6 月 21 日）

政策解读

独立董事“不独立”？上市公司独立董事制度改革相关规则解读

李真

国务院办公厅于2023年4月14日发布了《国务院办公厅关于上市公司独立董事制度改革的意见》（以下简称《改革意见》），对上市公司独立董事制度相关方面的改革进行了规定。同日，中国证券监督管理委员会（以下简称“证监会”）发布了作为《改革意见》配套规则的《上市公司独立董事管理办法（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》），就上市公司独立董事制度的具体细化规则向社会征求意见。

独立董事制度作为上市公司规范化治理的重要一环，《改革意见》及《征求意见稿》在独立董事的选任、职责履行、监督管理等方面做出了更新规定，本文进行分析及解读如下，供贵司参考。

一、《改革意见》及《征求意见稿》主要规定内容

上市公司独立董事制度已有较长的发展历程，2001年证监会发布《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》，明确规定上市公司需建立独立董事制度，并对独立董事的职能、选任等方面做出了规定。2022年证监会发布了《上市公司独立董事规则》（与《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》统称“旧规”），系证监会对于既往独立董事相关规则的集合式梳理，从独立性要求、任职条件、提名、选举和更换程序、独立董事职权、履职保障等多方面全面完善了上市公司独立董事制度。

本次《改革意见》为上市公司独立董事制度更新进行了提纲挈领式的规定，为改革指明了重点方向。《征求意见稿》（《改革意见》及《征求意见稿》以下统称“新规”）则在《改革意见》基础上进行了细化，对方向性意见进行了具体的规定，落实到了实际措施。新规主要内容如下：

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
明确 职 责 定 位	独立董事作为上市公司董事会成员，对上市公司及全体股东负有 忠实义务、勤勉义务 ，在董事会中发挥 参与决策、监督制衡、专业咨询 作用，推动更好实现董事会定战略、作决策、防风险的功能。	第三条 独立董事对上市公司及全体股东负有 忠实与勤勉义务 ，并应当按照……规定，认真履行职责，在董事会中发挥 参与决策、监督制衡、专业咨询 作用，维护公司整体利益，尤其要关注中小股东的合法权益不受损害。	独立董事的职能定位及具体职责长期以来存在一定模糊的空间，而清晰的职责范围是切实履职的前提。 新规在既往实践的基础上对独立董事的职责进行了总结并提炼了要点，独立董事应当履行参与决策、监督制衡、专业咨询的作用，其中监督作用是独立董事职责的核心体现。
	更加充分发挥独立董事的 监督作用 ，根据独立董事独立性、专业性特点，明确独立董事应当	第十七条 独立董事应当按照法律、行政法规、中国证监会和公司章程的规定，认真履行以下职责：	

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
	特别关注 <u>公司与其控股股东、实际控制人、董事、高级管理人员之间的潜在重大利益冲突事项</u> ，重点对 <u>关联交易、财务会计报告、董事及高级管理人员任免、薪酬等关键领域</u> 进行监督，促使董事会决策符合公司整体利益，尤其是保护中小股东合法权益。	…… (二)对 <u>关联交易、财务会计报告、董事及高级管理人员任免、薪酬等上市公司与其控股股东、实际控制人、董事、高级管理人员之间的潜在重大利益冲突事项进行监督</u> ，促使董事会决策符合公司整体利益，尤其是保护中小股东合法权益。	独立董事的监督重点在于与上市公司及其控股股东、实控人、董监高的潜在重大利益冲突，主要体现在关联交易、任免及薪酬等方面，这些方面是利益输送损害股东利益相对多发的领域，独立董事的监督作用将促使上市公司规范化运营，维护中小股东利益。
优化履职方式： 搭建有效履行平台	鼓励上市公司优化董事会组成结构， <u>上市公司董事会中独立董事应当占三分之一以上</u> ，……。	第五条 <u>上市公司独立董事占董事会成员的比例不得低于三分之一</u> ，且至少包括一名会计专业人士。	新规对包括董事会席位、董事会下设的各专门委员会机构及人员构成方面提出了细化要求，保证了独立董事履职职责的前提。
	上市公司董事会应当设立 <u>审计委员会，成员全部由非执行董事组成，其中独立董事占多数</u> 。	上市公司董事会应当设立 <u>审计委员会</u> 。审计委员会成员应当为 <u>不在公司担任高级管理人员的董事，其中独立董事应当占多数</u> ，并由会计专业的独立董事担任召集人。	
	在上市公司董事会中逐步推行建立 <u>独立董事占多数的提名委员会、薪酬与考核委员会</u> ，负责审核董事及高级管理人员的任免、薪酬等事项并向董事会提出建议。	上市公司根据需要设立提名、薪酬与考核、战略等相关专门委员会。 <u>提名委员会、薪酬与考核委员会中独立董事应当占多数并担任召集人</u> 。	
	审计委员会承担 <u>审核公司财务信息及其披露、监督及评估内外部审计工作和公司内部控制等职责</u> 。财务会计报告及其披露等 <u>重大事项应当由审计委员会事前认可</u>	第二十五条 上市公司董事会审计委员会负责 <u>审核公司财务信息及其披露、监督及评估内外部审计工作和内部控制</u> ，下列事项应当经 <u>审计委员会全体成员过半数同意后，提交董事会审</u>	上市公司财务造假是证券市场的顽疾，本次改革明确了审计委员会人员构成及事前监督的职责。人员上，充分强调外部人员任职，独立董事占

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
优化履职方式： 前移监督关口	后，再提交董事会审议。	<p>议：</p> <p>（一）披露财务会计报告及定期报告中的财务信息、内部控制报告；</p> <p>（二）聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所；</p> <p>（三）聘任或者解聘公司财务负责人；</p> <p>（四）因会计准则变更以外的原因作出会计政策、会计估计变更或重大会计差错更正；</p> <p>（五）法律、行政法规、中国证监会及公司章程规定的其他事项。</p> <p>……</p>	<p>据多数席位，在人员构成层面保证审计委员会独立履行职责。</p> <p>职责上，审计委员会以较强的专业性对公司财务信息及内控履行监督职责，对于上市公司财务影响重大的信息，审计委员会则需履行事前审查职责，若其发表否定性意见，意味着该议案在提交董事会前即被否决，而审计委员会通过后该等事项同样需提交董事会（及根据章程等规定进一步提交股东大会）审议，即以事前审议+多级审议的程序性规定保障重大财务事项的合规性。</p>
	建立全部由独立董事参加的专门会议机制， 关联交易等潜在重大利益冲突事项 在提交董事会审议前， 应当由独立董事专门会议进行事前认可 。	<p>第二十八条 上市公司应当定期或不定期召开全部由独立董事参加的会议（以下简称独立董事专门会议）。</p> <p>本办法第十八条、第十九条第一款第一项至第三项所列事项，应当经独立董事专门会议审议。……</p> <p>上述事前认可事项主要包括关联交易、承诺变更及豁免、提请召开临时股东大会及董事会、公开向股东征集股东权利等。</p>	<p>专门会议是本次改革的创新之举，专门会议仅由独立董事参加，从制度上保证了独立董事发表的意见独立、不受干扰。</p> <p>专门会议对于可能发生利益输送的重大方面事前认可，履行事前监督程序。</p>
	独立董事应当具备履行职责所必需的专业知识、工作经验和良好的个人品德， 符合独立性	<p>第六条详细规定了违反独立性要求的亲属、持股、任职、重大业务往来等任职禁止的具体情形。</p>	<p>独立董事的独立性首先体现在任职资格上，新规对于任职资格及监督程序提出了更高的要</p>

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
强化 任 职 管 理	要求 ，与上市公司及其主要股东、实际控制人存在亲属、持股、任职、重大业务往来等利害关系（以下简称利害关系）的人员不得担任独立董事。		求。 独立董事是否符合任职资格很大程度上依赖其个人承诺，聘任之前的系统报送大多流于形式，在实务中也出现了不符合任职资格但仍成功上任的独立董事。
	建立独立董事 资格认定制度 ，明确独立董事资格的申请、审查、公开等要求，审慎判断上市公司拟聘任的独立董事是否符合要求， 证券监督管理机构要加强对资格认定工作的组织和监督 。国有资产监督管理机构要加强对国有控股上市公司独立董事选聘管理的监督。	第十一条 …… 提名委员会 应当对被提名人任职资格进行审查，独立董事候选人经提名委员会全体成员过半数同意后，方可提交董事会。…… 证券交易所依照规定对独立董事候选人的有关材料进行审查 ，审慎判断独立董事候选人是否符合任职资格并有权提出异议。……	新规此次改革明确证监会及交易所对独立董事的任职资格进行审查，从规定的表述上，交易所承担的是实质性审查工作而非形式审查，对于拟任职的独立董事而言，可能意味着承担更加严格的证明责任。
	拓展优秀独立董事来源，适应市场化发展需要， 探索建立独立董事信息库 ，鼓励具有丰富的行业经验、企业管理经验和财务会计、金融、法律等业务专长，在所从事的领域内有较高声誉的人士担任独立董事。	第十六条 中国上市公司协会开展上市公司独立董事信息库建设和管理工作 。上市公司可以从独立董事信息库选聘独立董事。	独立董事信息库的设立是本次改革创新之处。实践中，独立董事“不独立”一定原因在于独立董事多是公司控股股东或大股东提名，熟人任职之下履职时难免掣肘。独立董事信息库可以一定程度上缓解这种局面，也为想要实际发挥监督作用的实干型独立董事提供了更多机会。
	优化提名机制，支持上市公司 董事会、监事会、符合条件的股东 提名独立董事，鼓励投资者保护机构等主体依法通过	第九条 上市公司 董事会、监事会、单独或者合计持有上市公司已发行股份百分之一以上的股东 可以提出独立董事候选人，并经股东	明确独立董事提名人要求，且差额选举实行累计投票制度，利好中小股东提名及选举独立董事。

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
改善 选 任 制 度	公开征集股东权利的方式提名独立董事。	大会选举决定。	
	上市公司股东大会选举独立董事 推行累积投票制 ，鼓励通过差额选举方式实施累积投票制，推动中小投资者积极行使股东权利。	第十二条 上市公司股东大会 选举两名以上独立董事的，应当实行累积投票制。 鼓励上市公司实行差额选举，具体实施细则由公司章程规定。……	
	建立提名回避机制，上市公司提名人不得提名 与其存在利害关系的人员或者其他可能影响独立履职情形的关系密切人员 作为独立董事候选人。	第九条 ……提名人 不得提名与其存在利害关系的人员或者其他可能影响独立履职情形的关系密切人员 作为独立董事候选人。	明确提名人与独立董事候选人存在特定关系的回避制度，保证独立董事提名环节的独立性。规定定义了两种需要回避的情形，其一为存在利害关系，《征求意见稿》中并未对其进行明确的定义，根据《改革意见》中对于“利害关系”的界定，主要对应《征求意见稿》第六条规定的影响独立性的亲属、持股等关系。另一回避情形为“影响独立履职情形的关系密切人员”，新规却并未对此情况进行进一步说明，从规定看应为与“利害关系”程序并列、可能导致丧失独立性的兜底情形，但具体的适用标准尚需实践检验。
建立独立董事 独立性定期测试机制 ，通过独立董事自查、上市公司评估、信息公开披露等方式，确保独立董事持续独立履职，不受上市公	第六条 ……独立董事应当 每年对独立性情况进行自查 ，并将自查情况提交董事会。上市公司 董事会应当每年对在任独立董事独立性情况进行评估并出具专项	独立董事任职的持续监督，从事后监管程序方面保证独立性。	

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
	司及其主要股东、实际控制人影响。	意见，与年度报告同时披露。	
加强履职保障	健全上市公司独立董事履职保障机制，上市公司应当从 组织、人员、资源、信息、经费 等方面为独立董事履职提供必要条件，确保独立董事依法充分履职。	第三十四条至第三十八条详细规定了上市公司及相关人员应当为独立董事履行职责提供必要的工作条件、人员支持、经费支持，为其履行职责提供资料及信息等具体方面。	从组织、人员、资源、信息、经费等基本履职条件上为独立董事履职提供必要保障，同时履职障碍报告制度强化了对上市公司的外部监督，一定程度上能够缓解独立董事作为公司外部人员信息不对称导致的履职障碍。
	落实上市公司及相关主体的独立董事履职保障责任，丰富证券监督管理机构监管手段， 强化对上市公司及相关主体不配合、阻挠独立董事履职的监督管理。 畅通独立董事与证券监督管理机构、证券交易所的沟通渠道，健全独立董事履职受限救济机制。	第三十七条 …… 独立董事依法行使职权遭遇阻碍时， 可以向公司董事会说明情况，要求公司董事会、高级管理人员等相关人员予以配合，并将受到阻碍的具体情形和解决状况记入工作记录。仍不能消除阻碍的，可以向中国证监会或者证券交易所报告。 独立董事履职事项涉及应披露信息的，上市公司应当及时办理披露事宜，上市公司不予披露的，独立董事可以直接申请披露，或者向中国证监会、证券交易所报告。 中国证监会和证券交易所应当畅通独立董事沟通渠道。	
	鼓励上市公司为独立董事 投保董事责任保险 ，支持保险公司开展符合上市公司需求的相关责任保险业务，降低独立董事正常履职的风险。	第三十九条 上市公司可以 建立独立董事责任保险制度 ，降低独立董事正常履行职责可能引致的风险。	
	压紧压实独立董事履职	第二十九条 独立董事 每年	日常履职方面，新规主

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
严格履职情况监督管理	<p>责任，进一步规范独立董事日常履职行为，明确最低工作时间，提出制作工作记录、定期述职等要求，确定独立董事合理兼职的上市公司家数，强化独立董事履职投入。</p>	<p>在上市公司的现场工作时间应不少于十五日。</p> <p>第三十条 ……独立董事应当制作工作记录，详细记录履行职责的情况。</p> <p>第三十二条 独立董事应当向上市公司股东大会提交年度述职报告，对其履行职责的情况进行说明。……</p> <p>第八条 独立董事原则上最多在三家境内上市公司担任独立董事……。</p>	<p>要从工作时间、工作形式等方面对独立董事任职提出了更高的要求。同时，新规将独立董事兼职家数从原来的五家下调至三家，强制要求独立董事将有限的精力集中，一定程度可以避免“蜻蜓点水式”任职。</p>
	<p>证券监督管理机构、证券交易所通过现场检查、非现场监管、自律管理等方式，加大对独立董事履职的监管力度，督促独立董事勤勉尽责。发挥自律组织作用，持续优化自我管理和服</p> <p>务，加强独立董事职业规范和履职支撑。</p>	<p>第四十一条 中国证监会依法对上市公司独立董事及相关主体在证券市场的活动进行监督管理。</p> <p>证券交易所、中国上市公司协会依照法律、行政法规和本办法制定相关自律规则，依法对上市公司独立董事进行自律管理。</p> <p>……</p>	<p>事后监督方面，新规将独立董事的履职情况纳入上市公司持续督导的组成部分，引入交易所、上市公司协会的自律监管，多形式、多层次、多举措加大了对独立董事履职的监管力度。</p>
健全责任约束机制	<p>按照责权利匹配的原则，兼顾独立董事的董事地位和外部身份特点，明确独立董事与非独立董事承担共同而有区别的法律责任，……</p> <p>体现过罚相当、精准追责。结合独立董事的主观过错、在决策过程中所起的作用、了解信息的途径、为核验信息采取的措施等情况综合判断，合理认定独立董事承担民事赔偿责任的形式、比例和金额，实现法</p>	<p>第四十四条详细规定了独立董事行政责任的具体判断标准，包括在决策过程中所起的作用、信息途径、知情后的态度及措施等。</p> <p>第四十五条规定了可认定独立董事不存在主观过错的判断标准，包括审议过程、上市公司故意隐瞒及阻碍履行职责等方面。</p>	<p>因独立董事独立性使然，其更多起到外部监督作用，并不实际参与企业管理，履行职责很大程度上依赖公司向其披露的资料。因独立董事履行职责的受限性，需要为其设置不同于内部董事的责任认定方式。</p> <p>本次新规在行政责任认定层面确立了专属独立董事的判断标准及豁免标准，在豁免标准上大体与《最高人民法院</p>

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
	律效果和社会效果的有机统一。		关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第十六条确立的民事责任豁免标准相当，使得行政责任与民事责任认定标准实现了一定程度的接轨。

二、本次改革亮点

本次改革对既往的独立董事规则做出了较大的调整和创新，相较旧规而言，本次改革的亮点集中体现在：

1. 选聘全流程保证独立董事独立性

独立董事“不独立”是既往制度运行过程中的关键问题，“人情董事”导致了“花瓶董事”的现象。本次《改革意见》及《征求意见稿》中即对独立董事提名、选举、持续管理等选聘的全流程保障了独立董事任职的独立性。

任职资格方面，建立独立董事资格认定制度，强调独立董事不得与上市公司及其主要股东、实际控制人存在利害关系。**在提名选聘方面**，要求提名委员会对独立董事的任职资格进行审查，推行累积投票制选举独立董事，推动中小股东积极行权。探索建立独立董事信息库，拓宽独立董事候选人遴选渠道。**在持续管理方面**，建立独立性的定期测试和披露机制，保证其能够持续独立履职。

2. 强化独立董事履职保障

受制于其本身的独立地位，独立董事并不直接参与上市公司管理，对上市公司经营信息的获取一定程度上依赖经营管理层提供的信息。针对独立董事履职难的问题，《改革意见》及《征求意见稿》中提出了一系列创新举措。

在组织结构方面，搭建独立董事有效履职平台，完善独立董事占多数的董事会审计、提名、薪酬等专门委员会组织，建立全部由独立董事参加的专门会议机制。在具体监督措施方面，前移监督关口，财务会计报告及其披露等重大事项在董事会审议前应当由审计委员会事前认可，关联交易等潜在重大利益冲突事项应当由独立董事专门会议事前认可，强化关键领域监督力度。**在资源方面**，强调上市公司在组织、人事、信息披露、费用等方面给予独立董事履职保障，强化对相关主体不配合、阻挠独立董事履职的监督管理。

3. 建立履职监督机制，压实独立董事责任

针对“蜻蜓点水”式履职的情况，本次改革对独立董事日常履职、事后监督、责任承担等多个方面进行了创新规定。**在日常履行方面**，规定独立董事最低履职天数、履职记录、兼职家数由旧规的五家下调至三家等，从制度层面保障独立董事履职时间和精力。监督方面，

证监会对独立董事任职资格、日常履职具有监督的职能，同时明确交易所及上市公司协会承担自律监管工作，加大对独立董事任职的监督力度。**责任承担方面**，明确独立董事承担与非独立董事共同但有区别的责任，明确独立董事承担行政责任及免除责任的具体判断标准，为证券监督管理机构采取行政监管措施提供裁量依据。

三、对上市公司的建议

（一）做好制度衔接及更新工作

本次新规发布是对既往独立董事制度大刀阔斧的改革，对于上市公司而言，需要及时熟悉新规，做好公司董事会秘书等信息披露义务人及独立董事的培训工作。

本次《改革意见》发布后，证监会同步发布《征求意见稿》，上海证券交易所同步发布修订后的主板及科创板上市规则及自律监管指引，深圳证券交易所同步修订后的中小板及创业板上市规则及自律监管指引文件，北京证券交易所同步发布《北京证券交易所股票上市规则（征求意见稿）》《北京证券交易所上市公司持续监管指引第1号—独立董事（征求意见稿）》。前述文件均作为《改革意见》的配套规则予以发布，对独立董事制度做出了相应调整。前述规则目前均尚处于征求意见阶段，但因作为提纲式意见的《改革意见》已经发布并实施，上市公司应当保持对新规的敏感性，区分不同上市板块及时完成对公司现有公司章程、三会议事规则、独立董事管理等内控制度的更新及信息披露工作，做好制度衔接。

（二）完善组织机构

上市公司应及时根据新规对现有组织机构及其人员构成进行相应调整，主要在于：

1. 董事会成员中独立董事人数至少应当占三分之一，其中应当有会计专业人士；
2. 董事会下设的审计、提名、薪酬与考核委员会中独立董事应当占多数并担任召集人；
3. 设立全部由独立董事组成的专门会议，并在公司内控制度中增加对于专门会议的召集、表决等程序的规定。

（三）为独立董事履职提供必要保障

1. 提供必要的工作条件、人员、经费、资料支持，可指定董事会秘书或主要信息披露义务人专门负责与独立董事的对接沟通工作，为独立董事履职及时提供必要的资料；
2. 建立独立董事履职工作档案管理制度，详细记录独立董事出席、表决等履职情况，对于工作记录中的重要内容，公司可提示独立董事签字确认。工作档案应当妥善管理备查，并应当至少保存十年；
3. 及时发出会议通知并提供会议材料，保证独立董事知情权，并及时履行信息披露义务；
4. 对公司董事及高管人员进行必要培训，强调其对于独立董事履行职责的配合义务，不得拒绝、阻碍或者隐瞒，不得干预其独立行使职权。

（四）加强对独立董事的监督工作

独立董事的外部监管力度加强，也对公司内部运作的合规提出了更高的要求，上市公司应自觉加强对独立董事的内部监督管理工作，主要在于：

1. **加强独立董事任职资格管理。**对于不符合独立性标准、不具备专业能力、兼职家数超出规定要求的候选人，应当及时予以撤换。公司应当对独立董事任职资格进行事先调查，并可要求候选人提供证明材料、填写调查表、出具承诺函等进行核查；
2. **注意选任程序合规性。**提名阶段，需关注提名人是否具有应当回避的情形，并进行自查；选举阶段，对于差额选举的，应当实行累积投票制；
3. **督促独立董事切实履行职责。**对于重大事项及潜在重大利益冲突事项，上市公司可督促独立董事及时出具事前认可意见及做出专门会议决议；督促独立董事按时出席会议、进行现场工作、参加培训等；对于公司经营中的其他事项，公司亦可事先征询独立董事意见。

（本文首发于 2023 年 4 月 25 日）

浅析融资租赁公司收取服务费、手续费的最新监管规定与审判口径

阮霁倩、章浩杰

今年3月份，上海高院、上海金融法院相继就融资租赁公司规范收取手续费、服务费的问题发布了书面意见。此前融资租赁公司无论是为了增加融资租赁合同项下的收益、亦或是为了解决一些诸如贴息等费用的入账问题，均会采用收取咨询服务费的方式处理。但这部分服务费、手续费是否合规、如何收取、是否会被认定为“砍头息”，是否会被用来抵扣未付租金等一直是融资租赁案件审理过程中的核心争议焦点。而近期网传的《纪要（征求意见稿）》同样涉及服务费问题。我们将结合最新的监管规定、最新公开的司法判例以及《纪要（征求意见稿）》的内容，解读融资租赁公司收取服务费、手续费的最新实务口径，为融资租赁公司合理化收取费用提供处理思路和建议。

一、 现有司法层面上并未禁止融资租赁公司收取服务费

2023年3月份上海高院和上海金融法院先后发文，虽然都提到了服务费，但两个文件规范的内容存在巨大差别。上海高院在《关于司法服务保障经济社会高质量发展的若干意见》中规范的是以服务费名义变相收取高额利息的行为，也就是综合计算利息后超出年化24%的任何服务费均得不到支持，“5. 缓解中小微企业融资难题……规范商业银行、融资租赁公司、保理公司、典当公司、小额贷款公司等金融机构和市场主体的经营行为。严格审查以服务费、咨询费等各类费用为名变相收取高额利息的行为，对超出法律法规允许范围的利息部分，依法不予保护”。

而上海金融法院在《上海金融法院审判工作情况通报（2022）》中则更注重服务费收取是否提供了实质服务，“2022年上海金融法院审结的融资租赁合同纠纷中涉及服务费、咨询费的案件共31件，在诉讼中，双方就服务费抵扣租金争议较大。融资租赁公司在放款时直接扣除服务费屡见不鲜，但相比较融资金额，其占比和绝对金额均不高。相关纠纷集中在融资租赁公司是否实际提供服务、提供的服务内容是否与收取的服务费相匹配以及服务费抵扣本金后利息如何重新计算等问题。为规范融资租赁市场经营秩序，降低直接融资成本，融资租赁行业需进一步规范服务费收取标准，进而为融资人提供优质的融物融资服务”。

由此可见，无论是上海高院还是上海金融法院均未对融资租赁公司收取服务费进行禁止。事实上根据原银保监会发布的《融资租赁公司监督管理暂行办法》的规定，融资租赁公司亦可以经营“（三）与融资租赁和租赁业务相关的租赁物购买、残值处理与维修、租赁交易咨询、接受租赁保证金”。

二、 监管层面上对于金租公司和商租对私业务的服务费收取合规要求更高

一方面，中银协此前针对金租公司发布过《关于规范金融租赁公司服务收费的倡议书》，在《倡议书》中提到“经济咨询服务收费遵循质价相符的原则，如未能向承租人提供实质性服务、带来实质性收益或提升实质性效率，原则上不向承租人收取费用。不将本应由金融租赁公司承担的职责、提供融资租赁服务中的应有内容转化为有偿服务，不将经营成本以费用形式转嫁承租人，不将本应自行承担的服务费用转嫁给承租人。”虽然受限于协会本身规范的范围，该文件仅系中银协发布的一个倡议文件，不具有任何强制性，但这个倡议却与网传

《纪要（征求意见稿）》的观点不谋而和。

另一方面，在部分地方金融监管部门对属地涉个人融资租赁业务的相关规范指引中也要求，对于对私业务直接内扣服务费又未在合同中明示利率，不得将服务费计入融资总成本中计算年化综合融资成本，“在计算客户融资总金额时，相关合同约定的融资金额中包含、但在实际放款时已扣除的保证金、首付款及管理费、服务费、手续费等服务性收费，应当从融资金额中扣除”。

三、 现有公开判例中，各地法院对于服务费的审查口径存在较大差异，大部分公开判例支持融资租赁公司收取服务费用，但仍有部分判例对服务费进行了调减

我们以“融资租赁合同纠纷”、“服务费/咨询费/手续费/管理费”为条件检索近几年法院审结的公开判决，我们注意到因法院级别与承租人类型不同，审判口径差异较大，但大部分公开判例仍支持融资租赁公司收取服务费用。以上海金融法院为例，2022 年公示上网的相关案例共 45 个，涉及服务费收取的案例均最终认可了相关费用的收取。主要理由是：服务协议合法有效且经承租人确认、转账账户与出租人指定收款账户不一致且出租人否认收到相关款项或综合计算服务费后利率未超过合理范围等。

对于支持服务费用的案例，我们选取了一些法院观点，作为参考：

1、综合计算服务费后利率仍在合理范围内，未支持承租人扣减的主张。在(2022)沪 74 民终 196 号一案中，法院认为虽然融资租赁公司未证明实际提供过服务，但由于**服务费实际发生于融资租赁过程中，故相关费用支出视为承租人的融资成本，综合计算后的利率未超过合理范围，故未支持承租人要求以服务费抵扣租金的主张。**

2、承租人书面认可服务费收取，法院未支持其扣减未付租金的主张。在（2022）浙 0203 民初 9194 号一案中，法院认为**承租人出具了《确认书》、《同意书》，明确认可了出租人的相关行为，故不应从剩余租金中扣除服务费用。**

当然随着法院对服务费合理性的关注度逐年增加，法院的判例中也开始出现了一些不支持服务费用的案例，我们也选取了一些法院观点，作为参考：

1、手续费属于变相利息，应予以扣减。在（2022）沪 0109 民初 7232 号一案中，法院认为出租人收取的手续费属于变相利息，增加被告融资成本，故应予以在租金中扣减。

2、未能证明提供实质性服务，也未能证明服务“质价相符”。在（2022）沪 0101 民初 26102 号一案中，法院也同样认为出租人未能举证证明代收服务费冲抵租赁物转让价款的合理性，因此酌情将服务费在未付租金中予以抵扣。

3、约定的服务内容属于出租人应尽工作，不应单独计费，综合计算后年利率已超过 24%，故扣减服务费。在(2020)沪民申 1157 号再审裁定书中，上海高院认为《融资租赁咨询服务协议》约定的服务内容属于合同签订和履行中的应尽工作，不应单独计收服务费用。

四、 从征求意见稿看将来服务费收取的合规方向

虽然实务中对于服务费的收取目前仍争议较大，但从现有监管口径和审判口径出发，事实上对公业务中目前认可服务费收取的比例仍更高，即使法院认为服务内容系出租人本应承担的缔约成本，但仍可能将其视为“承租人的融资成本”综合计算利率，仅对超过 24% 的部分进行扣减。但在对私汽车融资租赁业务等涉及个人客户的案件中，法院否定服务费的比例

则相对较高,且即便承租人未出庭答辩也存在法院主动审查服务费收取的合理性或出租人主动以已收取的服务费抵扣租金的情况。

从近期网传的《纪要（征求意见稿）》来看,其同样认可融资租赁公司可以收取部分名目下的服务费,纪要列举主要集中在“推荐选定租赁物、结汇、进出口报关等与租赁物买卖合同有关的服务”。从审理思路上看,最高院倾向于认为本应由承租人负担的营业成本,由于融资租赁合同的签订转嫁给融资租赁公司,这部分服务费收取合情、合理、合法。但融资租赁公司为开展融资租赁业务本身就需要承担的包括“策划融资方案、业务咨询、行业竞争分析、流程优化改进、财务规划咨询、管理咨询、起草合同文本、筹集融资资金等服务”均不得转嫁承租人。如果最终征求意见稿落地将基本否定回租模式下收取服务费的可能。但由于目前《纪要（征求意见稿）》尚未定稿发文,在这种情况下,鉴于提供咨询服务的举证责任主要在出租人一方,我们仍建议出租人尽可能留存一些服务成果。若服务费金额较高,可以另行要求承租人签署单方确认书或采取第三方支付的方式。

（本文首发于 2023 年 4 月 26 日）

争议解决

你需要了解的股权回购：权利性质和行权期限

崔岩双、李煦

在 PE/VC 投资中，股权回购条款是投资人的安全垫，同时也是创始人的达摩克利斯之剑。股权回购条款通常约定在满足一定条件时，投资人有权要求目标公司或目标公司其他股东（通常为创始股东）以约定价格回购投资人所持股权，为投资人设置退出机制，并非《公司法》规定的异议股东回购请求权。

本文所探讨的对象，是基于股权回购条款产生的、以其他股东为回购义务人的股权回购权。因为对于目标公司回购股权，现阶段行权存在公司法上的限制。如《九民纪要》要求法院“审查是否符合公司法关于‘股东不得抽逃出资’及股份回购的强制性规定，判决是否支持其诉讼请求”；最高院最高（2020）最高法民再 350 号亦判决：“尽管 2012 年 3 月 30 日的《协议书》是双方当事人的真实意思表示，但协议中关于财神岛公司回购股份的约定不属于公司法第七十四条和财神岛公司章程所列举的情形，不符合公司法关于资本维持的基本原则，广华投资企业请求财神岛公司收购其股权的条件并不具备。”

一般而言，股权回购条款通常会明确投资人行使回购权的情形。但司法实践中，交易双方约定的股权回购条款各不相同，个案中对于股权回购权的性质及行权期限的认定也存在差异。因此，对投资人来说，这种认定上的差异将导致其行权风险；对其他股东而言，投资人行权期限的不确定也将导致公司的股权结构和资金状况长期处于一个不稳定的状态，不利于公司的经营发展。因此，确定股权回购权的性质及行权期限，是一个亟需解决的热点问题。

对于股权回购的行权期限，实践中的约定条款各不相同。就权利性质来看，有的回购条款设计上具有明显的形成权性质、有的条款却具有请求权性质；就行权期限来看，有的条款约定回购义务人的义务履行期限、有的条款约定投资人的权利行使期限、有的条款对这二者都没有做出明确的约定。本文拟以回购条款约定的回购条件触发时间点为分界线，探讨回购条件触发前、回购条件触发时、投资人行权后各方的法律关系，并据以分析股权回购权的性质以及行权期限。

一、实践中回购条款的设计

（一）权利性质的设计

1、约定具有形成权性质

（2021）京民终 418 号案件中，当事人约定：“如港 X 旅房车公司不能按照本协议约定实现并表的，港 X 旅房车公司有权选择继续合作或退出；如港 X 旅房车公司选择退出并要求郝某回购的，郝某应按照本次增资款 1.5 倍的价格回购港 X 旅房车公司持有的叁 X 捌公司的全部股权。”从该条款表述来看，投资人具有“继续合作”或“退出”的选择权，其一经选择，则双方的权利义务关系即固定下来。法院判决也做出了形成权的认定，且认定投资人的“退出（要求回购的权利）”因其选择继续合作而消灭。

2、约定具有请求权性质

（2020）京民终 549 号案件中，案涉《补充协议一》约定：“如果玖 X 公司 2015 年 12 月 31 日前未实现公开发行上市或被整体并购，则投资方可要求原股东回购投资方持有的公司股权。”可“要求”原股东回购，是具有请求权特征的典型条款设计，一审和二审法院也

都认为案涉股权回购权为请求权，并适用诉讼时效的规定。

（二）行权期限的设计

1、约定回购义务人的义务履行期限

（2021）最高法民申 7328 号案件中，双方《投资协议》第 6.4 条约定：“若目标公司在 2018 年 4 月 30 日之前，未能完成与其他收购方的并购重组或收购方对目标股权的收购价格低于 12%/年的溢价率，则东 X 怀新合伙企业有权要求紫 X 公司在 2018 年 5 月 30 日之前按照 12%/年的溢价对东 X 怀新合伙企业所持目标股权进行回购。”

2、约定投资人的权利行使期限

（2018）津民终 441 号案件中，双方补充协议“赎回权利（回购）或退出”约定：“出现如下事项，任意增资方有权单独或共同要求融资方股东通过适当的安排赎回其持有的部分或全部股权：1.公司融资后的三个会计年度（含 2013 年）内，任何一个会计年度审计后实现的净利润未能达到 5000 万元，在每一年度审计报告完成后两个月内增资方有权行使赎回权。若两个月内增资方未行使赎回权，则增资方当年度享有的赎回权自动终止。2.融资方在增资方增资完成后 36 个月内未能实现首次公开发行股票并上市（IPO）。在上述期限届满之日起的两个月内增资方有权行使赎回权。若在上述期限届满之日起的两个月内增资方未行使赎回权，则增资方根据本协议享有的赎回权自动终止。”

3、对权利行使和义务履行都未做出约定

实践中，还有的股权回购条款仅仅约定了回购条件，但是对权利行使和义务的履行期限都没有明确约定。如在（2020）沪民申 1297 号中，双方《股权转让投资协议》第 4.2 条仅约定“如标的公司一年半内上市无进展或没有任何并购和投资盈利，经双方协商，甲方按投资金额加上上一年的贷款利息进行回购股权，乙方即退出。”

二、回购权的性质认定及行权期限的确定

无论回购条款如何设计，投资人与创始股东或公司签署投资协议并实缴出资后，即成为公司股东，并在工商登记在册，有的投资人也会事实上参与公司的治理经营。

因此，在回购条件触发前，投资人和其他股东一样，与公司的关系受公司法调整；同时，其与其他股东存在合同关系，受投资协议的约束。

实践中，回购条件触发前的争议较少，大多数的争议发生在在回购条件触发时及投资人行权后，而回购权的权利性质及行权期限成为多数争议中的核心问题。

（一）回购条件触发时

实践中，当事人的回购条款设计各不相同，导致法院对股权回购权的性质及行权期限认定存在差异。如从上述（2021）京民终 418 号、（2020）京民终 549 号法院不同的判决结果来看，股权回购权的性质似乎需结合当事人订立的条款内容综合考虑。然而，笔者认为，回购条件触发时，投资人享有“继续经营”还是“退出公司”的选择权，而这种选择权的权利性质是确定的，为形成权。

1、权利性质：“继续”还是“退出”的选择权其性质为形成权

从权利行使效果来看，如投资人主张继续，不行使回购权，则其将继续作为股东参与公司的经营管理；如投资人主张退出，回购权成功行使，则必将导致投资人与回购义务人以及公司的关系发生转变：**第一，投资人将与回购义务人订立新的合同，即股权转让合同，回购义务人需以约定的价款受让投资人的股权；第二，投资人通过将其股权转让给回购义务人，退出标的公司，不再享有股东地位和股东权利。**

对于新的股权回购合同的订立，如依请求权路径分析，则投资人系在决定行使回购权时，向回购义务人发出一个要约，合同的成立则有赖于回购义务人对该要约做出承诺。在合同订立的一般情况下，受邀人可以意思自治，对是否做出承诺做出选择；然而，鉴于当事人之间的回购条款约定对回购义务人的强制约束力，回购义务人负有基于合同的“强制缔约义务”，并没有其他选择权。

通过上述分析，我们可以看出：**投资人能够按照自己的意愿、以单方的意思表示产生变动原法律关系的效果，事实上可以根据其单方意思表示使得双方订立一个新的股权回购合同，而回购义务人没有选择权。这恰恰是形成权的特征。**因此，无论当事人的条款内容如何表述，就性质而言，在行权条件成就时当事人这种“继续还是退出”的选择权为形成权。

然而，法院对于权利性质的裁判倾向是尽量避免使用“形成权”的概念，而是将论述的重点放在当事人是否仍有权行使这种选择权。如在（2018）津民终 441 号案件中，天津高院认为投资人已经按照协议约定的期限、方式向义务人行使了回购权，故支持了其回购权的行使；而在（2021）京民终 418 号案件中，北京高院认为在行权条件成就后，以实际行动表明其选择继续合作，因此不能再行使回购权。

2、选择权的行权期间：除斥期间

由于形成权为支配权，长期不行使将导致双方的权利义务处于不稳定的状态，因此应当适用除斥期间的规定，裁判难点在于除斥期间长度的确定。

（1）除斥期间的起算点

根据《民法典》第一百九十九条的规定：“法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间，除法律另有规定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算。”应以投资人知道或应当知道回购事由发生时作为除斥期间的起算点。

（2）除斥期间何时届满？

对于除斥期间何时届满，尚缺乏统一的标准。**原则上，当事人可以约定除斥期间。**当事人在约定时，应明确行权期间何时届满、超越行权期限行权的法律后果等。如约定明确，法院一般也会支持当事人的意思自治。如在（2018）津民终 441 号案件中，法院认为：“海达公司于 2017 年 8 月 4 日收到海王星公司 2016 年度的审计报告，并分别于 2017 年 9 月 27 日通过 EMS、2017 年 9 月 29 日通过电子邮件向王翎羽、陈星、胡秀芳、故里合伙寄送了《股份赎回通知函》，符合各方在补充协议四中约定的两个月权利行使期限。”

而在当事人没有约定除斥期间的情况下，笔者认为：

第一，现阶段可以考虑参考适用有关法律对于除斥期间的规定：

法律名称	法条规定	期间长度
《公司法》	第七十四条 有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权： （一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的； （二）公司合并、分立、转让主要财产的； （三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。 自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的， 股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。	90 日
《民法典》	第一百九十九条 【除斥期间】法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间，除法律另有规定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算，不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。存续期间届满，撤销权、解除权等权利消灭。	未明确
《民法典》	第五百四十一条 【债权人撤销权除斥期间】 撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。 自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。	债权人撤销权除斥期间为 1 年
《民法典》	第五百六十四条 【解除权行使期限】法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。 法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限， 自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。	无约定的情形下，解除权行使期限为 1 年

第二，期间的确定应根据个案情况综合考虑。如在(2020)沪民申 1297 号案件中，法院认为：“合理期间的确定应依据诚实信用、公平原则，综合考量公司经营管理的特性、股权价值的变动，合同的目的等因素。从权利的性质及行使的后果出发，股权回购权的行使期间应短于合同解除权的行使期间。”

（二）投资人行权后

如投资人选择继续作为公司股东参与经营，则双方权利义务关系没有改变；但是，**投资人基于该条件产生的形成权因行权而归于消灭**，如无新的回购事由出现，则投资人不得再主张回购股权。如在（2021）京民终 418 号案例中，法院认为：“港 X 旅房车公司在 2019 年 3 月本已向郝某主张了股权回购。但是，**2020 年 4 月 9 日叁 X 捌公司 2020 年第四次股东会作出的决议显示，港 X 旅房车公司又选择了继续合作而不是退出叁 X 捌公司。港 X 旅房车**

公司对叁 X 捌公司 2020 年第四次股东会决议作出的确认，改变了其 2019 年 3 月作出的股权回购的意思表示。据此，港 X 旅房车公司要求郝刚回购其持有的叁 X 捌公司股权的诉讼请求，不应得到支持。”

而若投资人选择退出公司，则双方的权利义务关系发生转变。本部分也主要讨论投资人选择退出公司后的权利性质和行权期间。

1、权利性质：请求回购义务人履行新合同权利义务的请求权

投资人选择退出公司后，将与回购义务人缔结股权转让合同，股权转让的价款即为投资人和回购义务人在股权回购条款中约定的价款。

基于此，投资人选择“退出”之后，产生了一项新的权利：基于股权转让合同而产生的价款给付请求权。

2、行权期间：诉讼时效

同回购条件触发时的选择权不同，投资人对于法律关系的变更不再存在支配力，只能请求回购义务人履行，性质上属于请求权，应当适用诉讼时效的规定。诉讼时效长度法律有明确规定，因此，裁判难点仅在于诉讼时效起算点的确定。

《民法典》第一百八十八条第二款规定：“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。法律另有规定的，依照其规定。”

《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第四条规定：“未约定履行期限的合同，依照民法典第五百一十条、第五百一十一条的规定，可以确定履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算；不能确定履行期限的，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算，但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的，诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算。”

结合上述规定，笔者认为，诉讼时效的起算点应当分情况讨论。

（1）当事人对义务履行期有明确的约定

如果当事人约定了义务履行期，诉讼时效应以约定的履行期限届满之日为起算点。

如在（2017）晋民申 2538 号案件中，山西高院就认为：“被申请人应于 2010 年 1 月 17 日前回购再审申请人的股权，在被申请人未履行回购义务的情况下，依据《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百三十五条、第一百三十七条的规定，原审法院认定再审申请人诉请被申请人回购股权的诉讼时效于 2012 年 1 月 16 日届满，……并无不当。”

（2）当事人对义务履行期没有约定

如果当事人对义务履行期没有约定，诉讼时效应从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。

如在（2020）京民终 549 号案例中，北京高院认为：“深圳创 X 公司及深圳红 X 公司回购请求权的诉讼时效，应当从回购义务人履行股权回购义务的期限届满之日起开始计算，但《补充协议二》中仅约定了股权回购请求权的行使条件，未就回购义务的履行期限作出约定，且亦无法通过合同法相关规定进一步明确履行期限，故若玖美公司未能于 2015 年 12 月 31 日前上市，深圳创 X 公司及深圳红 X 公司在上述日期后可随时要求回购义务人进行回购，根据在案 2017 年 11 月 27 日张东旭律师向玖 X 公司及高某丽发送的《律师函》，可以确认深圳创 X 公司与深圳红 X 公司要求高某丽、玖 X 公司见函十日内履行回购义务，欧阳华永

律师针对上述《律师函》的复函亦表明玖 X 公司与高某丽对此做出了回应，并未明确表示不履行回购义务，因而本案诉讼时效期间应从二被上诉人给予的宽限期届满即高某丽、玖 X 公司收到前述《律师函》满十日之次日开始计算。”

结语

笔者认为，股权回购权在不同的阶段呈现出不同的特征。在回购条件成就时，投资人享有退出还是继续的选择权，此权利为形成权，适用除斥期间的规定；如投资人选择退出公司，则产生新的权利义务关系，基于该关系、投资人请求回购义务人回购的权利为请求权，适用诉讼时效的规定。对股权回购权性质的认识不清，导致司法实践中许多法院在裁判时自相矛盾，一方面认为投资人需在合理期限行权，否则权利消灭，赋予股权回购权典型的形成权特征；一方面又将股权回购权认定为请求权，适用诉讼时效的规定。应厘清回购条件触发时及投资人行权后的权利性质并统一有关裁判标准，才能更好地促进股权融资市场发展。

（本文首发于 2023 年 4 月 10 日）

为什么控制权纠纷总在“抢夺证照章”？公司证照返还纠纷争议焦点有哪些？

李凤翔、刘均习

一、公司证照返还纠纷：股东控制权纠纷

2020年当当网股权争议时，李国庆抢章事件沸沸扬扬。直至今日当我们谈论起公司控制权纠纷时，仍不免想到这个例子。事实上，该事件并非孤例，证照章抢夺往往与公司控制权纠纷伴随而生，在近年来更有愈演愈烈之势。本文将结合这一现象，具体分析控制权纠纷与证照章抢夺之间的关联，以及民事诉讼中“证照返还之诉”的诉讼要点。

（一）为何公司控制权纠纷总会涉及证照章抢夺？

在公司法层面，法定代表人制度带来的所有权和经营权分离，使得公司更加具有独立性，但同时，由于我国独特的印章制度，两权分离也使得证照章成了公司直接控制权的象征。

基于此，公司的印章及证照在实践中被认为代表了公司的意志，对外形成了可以信任的“外观”，对印章及证照的掌控从某种程度上讲确实意味着掌握了公司的直接控制权，持有人或间接控制人可以说因此获取了对外交易上的形式便利。同时，这种“形式便利”不仅在对外交易上产生影响，在公司控制权争夺的过程中也发挥着实质作用，例如，即使具有控股股东身份，在未持有证照章的情况下办理公司工商变更登记也将面临现实客观的障碍。又比如，未控制银行U盾很可能就无法对外付款，甚至难以发放人员工资、进行收益分配……

综上，当我们发现证照章的作用与意义后，便不难理解为何控制权争议中总会发生“抢章”事件了。那么，“抢章”抢的是什么？是不是就是公章呢？被抢章后，可以通过诉讼主张对方的责任吗？该类诉讼的争议焦点又是什么？这些是我们接下来要回答的问题。

（二）公司证照包括哪些？

尽管在《民事案件案由规定》中，所规定的证照章返还之诉的案由名为“公司证照返还纠纷”，但在控制权纠纷中，证照返还之诉涉及的范围远远广于狭义的“公司证照”，概括而言可分为公司印章、公司证照及其他对于公司拥有特殊意义的动产三类，具体包括：

1.公司印章

在公司证照返还纠纷中，公章总是首当其冲。但除公章外，财务专用章、发票专用章、法定代表人名章、公司合同章都属于我们此处所谈的“公司印章”。甚至个别公司还会制作项目专用章、部门专用章等，也包括在这一范围之内。

2.公司证照

公司证照首先指公司营业执照，此外还包括特许经营或批准文书（针对特许经营行业、中外合资企业、中外合作企业等特殊企业）、银行开户许可证等。

3.其他对于公司拥有特殊意义的动产

除前文所述的证照、印章外，还有些“特殊”物品，对公司经营、控制权掌握往往也具有关键意义，其同样可以成为“公司证照返还之诉”的标的。比如银行U盾、财务账册、会计凭证、土地使用证、公司的档案、机密文件等等。

二、公司证照返还纠纷：五大争议焦点

当一方在控制权争议中进行了“抢章”行为后，另一方在制定应对策略时常会想到公司证照返还之诉，为此，我们总结了该类诉讼的五大常见争议焦点：

（一）哪个法院有管辖权？

实务中对公司证照返还纠纷的管辖有两种观点：

第一种观点认为，公司证照返还纠纷系损害公司利益纠纷，属于最高人民法院在《民事案件案由规定》中规定的“与公司有关的纠纷”，因此应该适用《民事诉讼法》第二十六条规定，由公司住所地人民法院管辖。

第二种观点认为，公司证照返还纠纷实际上是侵权纠纷，因此应该适用于《民事诉讼法》第二十八条规定，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

实际裁判中，法院更倾向于认可第二种观点。以上海市为例，就目前检索到的裁判案例看，上海市一中院、二中院以及高院基本都认可第二种观点，即案件为侵权纠纷，应由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。事实上，该类案件的侵权行为地也往往是公司所在地。

（二）适格原告：谁有权代表公司提起诉讼？

《公司法》第三条规定，公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。证照章等都属于法人财产，因此虽然抢夺证照章大多发生在公司控制权之争过程中，但提起公司证照返还之诉的适格原告原则上仍是公司，而不是参与争夺的其中某一方股东或者管理层人员。由此引发的问题是，提起证照纠纷之诉的公司往往已处于无章状态，在以公司名义起诉立案时存在困难。此时，谁可以代表公司提起证照章返还之诉呢？

1. 法定代表人

法定代表人作为最基础的公司意志代表机关，是法人当然的诉讼意志代表，因此在公司证照章缺失的情况下，法定代表人可以代表公司签署起诉状并履行相应的诉讼行为。

此外，由于证照纠纷也常发生在股东和持有证照章的法定代表人之间，如果股东通过股东会决议直接任命了新的法定代表人，即使因公章缺失而暂无法办理工商登记变更手续，但只要股东会决议合法有效，法院一般也都认可新任法定代表人可以代表公司提起诉讼。

2. 股东

股东是否可以直接提起股东代表诉讼呢？

抢夺证照章侵犯公司的合法权益，满足《公司法》第一百四十九条和第一百五十一条的规定，因此股东在特殊情形下可以以自己的名义向人民法院提起诉讼。但需注意的是，提起股东代表诉讼需要满足一定的前置程序，即需要以书面形式向监事/董事提出起诉申请，监事/董事明确拒绝或收到请求 30 日内未提起诉讼。股东代表诉讼的前置程序是法定强制性义务，只有存在情况紧急不立即诉讼，公司将会受到不可弥补的损害时，才可免除前置程序。但实务中，大多数股东都无法提供充分证据证明存在免除前置程序的例外情形，其直接起诉面临极高被驳回起诉的风险。

同理，根据前述规定，公司监事（监事会）也存在代表公司提起该类诉讼的空间。

3. 证照章保管者

虽然没有法律明确规定，但如果不涉及所有权，而只是保管争议，也有法院在裁判时支持公司证照管理制度中规定的证照章保管者有权请求返还证照章。例如合肥市中级人民法院

审理的(2017)皖 01 民终 5878 号一案中，法院认为，公司印章属于公司所有，本案是因公司证照返还引起的纠纷，其实质是股东之间对公司内部治理权的控制和主张，与公司印章的所有权无关，而是公司内部基于印章交给谁保管引起的纠纷。根据《公司章程、财务章及营业执照等证件管理办法》规定，将财务章交由王某某保管，故一审原告对此具有诉的利益，是本案的适格原告。

4. 清算组

根据《公司法》第一百八十四条，清算组在清算期间可以行使公司职权，可以代表公司参加民事诉讼活动。在公司进入清算程序后，清算组应当接手并保管公司证照，如果此时侵权人拒不交还，清算组也可以代表公司提起证照返还之诉。

(三) 被告是否为无权占有人？

对于公司中谁有权保管证照章，我国法律并没有明确规定，现实中应当以公司章程等公司相关规定为准。实践中，保管公司证照章的人员也不尽相同。因此，在公司证照返还纠纷中，也需以持有人非法侵占证照章为前提。

1. 谁为有权占有？

在证明非法侵占之前，我们首先对证照章的有权占有人进行分类，以便于各位读者有更清晰的理解：

第一，在法律和公司章程都没有相关规定的情况下，法定代表人代表法人行使职权，对外是公司意志的当然代表，故法定代表人保管公章属于其权限范围，符合公司意志。

第二，公司可以通过公司章程、股东会决议等方式对公司证照章的管理作出明确规定，而依据这些方式获得公司授权的人也就依法享有占有证照章的权利。

以上两种是常见的证照章有权占有人。除以上两种外，也有一些裁判案例将“特殊的”占有方认定为证照章有权占有人。例如：

(1) 有法院认为，在公司股权争议并未作出最终认定的情况下，控制公司经营管理的实际出资人有权占有该公司的相关证照(例如山东省青岛市中级人民法院审理的(2019)鲁 02 民终 8272 号案件)。

(2) 有法院认为，如果公司将证照交给当事人作为债务的担保，那么在债权清偿之前，债权人有权占有该证照(例如贵州省高级人民法院审理的(2016)黔民终 472 号案件)。

2. 谁为无权占有，或有权占有何时变为无权占有？

毋庸置疑，任何未经有权占有人允许而持有公司证照的行为都为无权占有，但公司证照返还纠纷的核心还是公司控制权之争，绝大多数纠纷甚至发生在有权占有人之间。前文中“特殊的”有权占有方毕竟是特殊的个案情况，我们更需要关注的是前两种常见的有权占有何时变为无权占有。

对于公司章程约定或股东会决议的被授权者而言，如果公司修改了章程或者作出了新的有效决议，其获得的授权自然变为无效，其有权占有也就变成了无权占有。

那么，法定代表人在什么情况下为无权占有呢？

首先，如果公司已经通过公司章程、股东会决议等方式对公司证照章管理作出明确规定，那么法定代表人相对于明确获得了授权的被授权者而言，就是无权占有人。

其次，与适格原告中的情况类似，如果股东通过有效的股东会决议任命了新的法定代表人，法院一般也都认为相对于新任法定代表人而言，原法定代表人为无权占有人。

综上，原有权占有人变为无权占有人往往是因为公司通过了新的决议，而在此情形下，决议是否合法有效也会成为案件争议焦点。

针对该问题，如果事实较为清楚、简单，且双方仅在证照返还之诉中提出，法院一般会通过判断决议作出的程序是否合法、合规，从而对于案涉决议的效力作出初步认定。（例如浙江省宁波市中级人民法院审理的(2021)浙 02 民终 4176 号案件）

但如果案涉决议较为复杂或章程规定应当另案诉讼或仲裁，或者当事人一方已经就决议效力提起了其他诉讼，在另一案件的最终裁决未作出时，法院一般认为该决议效力待定，因此决议内容尚不能被直接认定为有效。（例如江苏省无锡市中级人民法院审理的(2021)苏 02 民初 333 号案件）

（四）举证：被告是否事实占有？

公司证照返还纠纷的案件中，被告是否事实上占有公司证照也是一个关键争议点。一般而言，原告可以通过提供保管证照章的记录（照片、聊天记录等）作为证据加以证明，法院也会根据被告的职务或者公司的制度文件判断证照章保管人。比如，如果没有相反的证据，法院一般认可实际负责公司运营的法定代表人应当持有公司证照。此外，原告还可以通过提供证照使用情况陈述或者诉讼、工商登记记录等证明被告的事实占有。

（五）返还范围

就证照返还之诉的返还范围，前文已对公司证照范围详细介绍，故不再重复。仅提出一个较为特殊的问题——如果已经补办了新的证照章，是否还可以要求侵占方返还被侵占的公司已失效的原证照？

深圳中院审理的(2018)粤 03 民终 18672 号案件中，深圳中院认为“从保护交易安全、保障市场有序管理的角度，即使公司已领取了新的证照及印章，仍然不改变原文件作为证照的属性，公司仍是原营业执照、公章、财务专用章、发票专用章的合法所有人，仍有权要求徐某返还。”因此，就法院的裁判倾向而言，考虑到公司证照的公示作用和商业属性，即使已经补办了证照，也仍然可以要求侵占方返还被侵占的已失效的公司原证照。

三、公司证照返还纠纷：还能做些什么？

（一）持有证照方能做些什么？

控制权争议中，持有证照一定不是持有方的最终目的，其实质仍是要通过控制证照换取控制权争议中的优势地位，甚至实际获取公司控制权。因此，持有证照的一方应首先检视自己的持有是否具有相应的合法化依据，维持自己已抢占的“先机”。如果没有，是否可通过公司决议、相关制度甚至更换公司相关人员的方式将持有合法化？进而再去考虑所持有的证照、资料在其控制权争议中可发挥的作用。当然，除此之外，持有方也要做好证照章的保管工作。

（二）失去证照方能做些什么？

对失去证照方而言，除提起诉讼外，报警也是常见应对方式。但由于证照纠纷的商业属性，警方一般很难实质介入。除诉讼、报警外，**失去证照方还可以考虑挂失补办、企业内部告知、对外发布公告等方式，尽量减少证照章失控对己方及公司的实质影响。**需特别指出的是，**诉讼并非必然是失去证照方的最佳选择**，具体的应对方式必须结合案件的实际情况加以制定，并不存在通用可复制的应对模板。

综上，证照章抢夺往往是控制权争议中的一环。控制权争议作为复杂的商事争议，获取证照章并不意味着就获得了最终的“胜利”，但证照章对该类争议的意义也是不言而喻的。对当事人而言，更需要对案件有综合的筹谋及全面的考量，不因一时之得失而使案件进程偏离既定轨道。

（本文首发于 2023 年 4 月 18 日）

中标后另行签订合同，哪些情形属于背离招投标文件实质性内容？

沈奇、叶天

在建设工程招投标过程中，投标人中标后需与招标人另行签订书面合同。为确保招投标的公平公正以及维护投标人的合法权益，现行法律对中标后签订的书面合同内容有着较为严格的限制，即该合同内容不得背离招标文件和投标人的中标文件中的实质性内容。关于实质性内容的界限如何认定，目前法律并无明确规定。故实务中由此引发的纠纷数量较多，双方往往争执不下，法院也缺乏清晰的认定标准。

一、法定的实质性内容范围

所谓“法定的实质性内容范围”，指的是现行法律中关于实质性内容的条款所确定的范围。目前涉及实质性内容的条款主要有《招标投标法实施条例》第五十七条第一款、《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）》第二条第一款、《民法典》第四百八十八条，具体内容如下：

法条名称	法条内容
《招标投标法实施条例》 第五十七条第一款	招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。
《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）》 第二条第一款	招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。
《民法典》 第四百八十八条	承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

以上法条关于合同实质性内容均有规定，虽然《招标投标法实施条例》第五十七条第一款与《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）》第二条第一款表述不同，但内涵基本是一致的，就建设工程施工合同而言，均限定于工程范围（标的）、建设工期（履行期限）、工程质量（质量）、工程价款（价款）等合同内容。就《民法典》第四百八十八条而言，其确定的内容则更为广泛，将履行地点和方式、违约责任和解决争议方法也纳入合同实质性内容范畴。笔者认为《招标投标法实施条例》第五十七条第一款与《建工司法解释（一）》第二条第一款并未将建设工程施工合同实质性内容完全限制，仅是将一些核心条款进行了列举，在《民法典》作为上位法且更为细化的情形下，应当将履行

地点和方式、违约责任和解决争议方法作为建设工程施工合同的实质性内容。况且这些条款也直接影响到投标人的投标判断及意愿,从招投标公平公正角度考虑,也应当将其予以纳入。

虽然依据上述法条,已能够对相当数量的建设工程施工合同条款是否属于实质性内容作出初步判断,但仍不足以完全解决实务中的争议。原因在于并非只要合同条款对上述实质性内容进行变更,就一定属于背离招标文件的实质性内容情形。实务中合同条款变更招标文件内容情形繁多复杂,既有对上述法条规定的实质性内容进行变更,也有对其他的内容进行变更,不同情形下法院认定的结果也不一致。法院在作出具体认定时,并未机械地依据上述法律规定,而是针对案情,从不同角度综合考虑,下文将对最高人民法院判决的相关案例展开分析。

二、实务中背离实质性内容的合同条款认定

1、承包人放弃因发包人导致的工期延误索赔权利、增加自身违约解除合同情形,系对招标文件中有关违约责任约定的细化与完善,应当有效

在(2021)最高法民申 5098 号案件中,最高人民法院认为:“建设工程施工合同应以招标投标文件为依据,但合同当事人可以根据具体情况,通过平等协商的方式,在合同中对招标投标文件予以具体细化。中建二局通过施工合同约定放弃了因发包人原因造成工期顺延情况下承包人就相关费用及损失向发包人提出补偿或索赔的权利,同意增加因承包人违约解除合同的情形,属于其对自身民事权利的处分。上述违约条款不属于可能限制或排除其他竞标人参与竞争的实质性条款,是双方就招标文件中有关违约责任约定的细化与完善,不违反法律、行政法规的强制性规定,中建二局以此为由主张案涉施工合同无效,于法无据,不应支持。”

在本案中,最高人民法院认为合同条款未背离实质性内容的理由在于该违约责任条款相较于招标投标文件内容,仅加重了承包人的义务,不会限制或排除其他投标人参与竞争,故属于双方对招标投标文件中有关违约责任约定的细化与完善。这是因为中标人的投标方案相较于其他投标人通常更为优惠,其中标后自愿在该基础上继续让利,通常不会影响到招投标的公平竞争。由此可见,合同条款变更内容是否影响到其他投标人公平参与竞争是背离实质性内容的一个重要判断标准。

2、工程款支付方式作为工程价款的重要内容,若变更导致承包人义务明显加重,应当认定合同无效

在(2017)最高法民终 437 号案件中,其认为:“诉争 2013 年 11 月 26 日签订的《施工协议》系针对案涉同一工程项目另行签订的协议,没有经过备案,该协议约定的竣工时间早于协议签订时间,并不真实,且付款方式改为“主体结构十五层以下暂不付款”,亦即主体结构十五层以下由承包人垫资施工,改变了备案合同关于发包人支付预付款和进度款的约定,明显加重了承包人的义务,对苏中集团的利益影响较大。因此,一审判决认定该《施工协议》属于与备案合同实质性内容矛盾的黑合同,违反《中华人民共和国招标投标法》第四十六条第一款的强制性规定而应认定为无效,并无不当。”

在(2019)最高法民终 1093 号案件中,其亦认为:“《总包补充协议》与中标的《建设工程施工合同》相比,工程款支付方式由预付款加进度付款改为承包人全垫资施工。而款项支

付方式系工程价款的重要内容，因此，应认定《总包补充协议》构成对中标合同的实质性变更，根据《中华人民共和国招标投标法》第四十六条的规定，该协议无效，对双方当事人不具有法律约束力。”

上述合同条款变更实质系工程价款的变更，属于《招标投标法实施条例》第五十七条第一款及《建工司法解释（一）》第二条第一款规定的实质性变更内容，关系到合同双方基本的权利义务。除了要考虑其他投标人的公平竞争外，承包人基于招投标文件的合法利益也应当予以保护。与上文中的(2021)最高法民申 5098 号案件相比，虽然同样是加重承包人的义务，但其程度有所不同，一个仅是承包人放弃了某情形下追究违约责任的权利，另一个则涉及到双方之间基本的权利义务，其认定结果也截然不同。

3、固定单价承包模式下，双方根据协商确定的工程量调整合同总价，并未背离招投标文件的实质性内容。

在（2018）最高法民终 153 号案件中，最高人民法院认为：“虽然案涉投标价、中标价、合同价并不完全相同，但一方面，投标价格 12669.7 万元、中标价格为 11900 万元以及合同约定价格 11776.24 万元三个价格之间并无特别巨大的悬殊，另一方面，由于合同总价是根据固定单价计算得出，有关工程量需要双方磋商确认，故经双方协商确定最后价格并无不妥。因此，本案固定单价、固定总价的表述以及价格的调整并不属于《招标投标法》第四十六条第一款规定的招标人和中标人再行订立背离合同实质性内容的其他协议的情形。”

在固定单价承包模式下，投标人一般根据招标人确定的暂定工程量进行单价报价，完工后按照实际工程量进行结算，投标人之间的竞争主要体现在单价金额的高低。在投标及签订合同过程中，合同总价仅是暂定价，只要固定单价不变更，基于双方暂定的工程量调整合同总价，并未影响到其他投标人的公平竞争，系双方协商细化的结果。

4、固定价格合同中，将配套工程加入施工范围不违反《招标投标法》第四十六条和《招标投标法实施条例》第五十七条的规定

在（2017）最高法民再 249 号案件中，最高人民法院认为：“地质大队和琼山建筑公司按照招投标文件签订了《建设工程施工合同》并在住建部门办理了备案，该合同约定工程价款为 15816541.39 元，无论工程是否有变更，或工程量是否有增加或减少，工程价款均不得变更。小区道路、园林绿化等属于案涉职工住宅楼的配套工程，虽然在招投标文件中未体现，《建设工程施工合同》将这些配套工程列入施工范围并不违反《招标投标法》第四十六条和《招标投标法实施条例》第五十七条的规定。”

本案中招投标时虽然对小区道路、园林绿化等配套工程有所遗漏，但后续承包人同意将其纳入《建设工程施工合同》约定的施工范围。**该施工内容的变更未影响到合同总价的金额，不会限制排除其他投标人的竞争。**基于该合同采用固定价格模式，承包人对该模式的风险应当有所预见，后其仍同意将配套工程纳入施工范围，也未额外加重承包人的施工义务。

5、发包人为后续施工提供资金保障，不构成实质性内容变更

在最高人民法院(2020)最高法民终 457 号案件中，最高人民法院认为：“2015 年 3 月 16 日《补充协议》是为解决拖欠工程进度款问题而达成的协议，且协议第 2 条明确载明鸿远务

川分公司支付工程进度款 5000 万元而非“工程预付款 5000 万元”，上述约定支付款项虽然超出了当期应付工程进度款金额，但实为鸿远务川分公司为后续施工提供资金保障所作的承诺，并不构成对中标合同中工程范围、工期、工程质量及工程价款等实质性内容的变更。”

从合同目的实现角度，发包人拖欠支付工程进度款违约在先，为了确保后续施工正常进行，向承包人作出了提供资金保障的承诺，该变更实质在于为了合同顺利履行。

三、结语

建设工程施工合同条款是否背离招投标文件的实质性内容，目前并无一个明确的判断标准。正如《国际商事合同通则》在注释中提出“对于什么能构成实质性变更，无法抽象确定，必须视个案的具体情况而定”，故除依据《招标投标法实施条例》第五十七条第一款、《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）》第二条第一款、《民法典》第四百八十八条规定外，实务中还应结合案件具体情形，从招投标公平竞争、保护合同主体权利及合同履行等角度来进行认定。

（本文首发于 2023 年 5 月 30 日）

建设工程存在黑白合同，工程款如何结算？

沈奇、陈子翔

实践中存在黑白合同，所以存在黑白合同的结算问题

《招标投标法》第四十六条 招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

为规范招标投标的秩序、维护其他投标人的利益，《招标投标法》禁止在中标合同之外另行签订背离中标合同的内容。由此引申出白合同之外另行签订的合同是否有效的问题。由于工程结算是建设工程施工合同的关键性问题，本文聚焦于结算探讨存在黑白合同时，进行工程结算的依据。

一、《招标投标法》对黑合同中结算条款的影响及其适用范围

《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）》（以下简称“《解释一》”）第二条 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。

《解释一》第二十三条 发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持，但发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立建设工程施工合同的除外。

（一）工程价款属于实质性内容，原则上变更无效，不能作为结算依据

《招标投标法》第四十六条属于效力性强制性规定，结合《民法典》第一百五十三条共同构成了认定背离合同实质性内容的无效规范。但是由于“合同实质性内容”并不明确，实际上黑合同中除了实质性内容，还包含大量的非实质性内容。因此，**黑合同并非全部无效，而仅是其中的实质性内容无效**。正是由于实质性内容的不明确，司法回避了黑合同的效力问题，只是明确将中标合同作为结算的依据。**一般情况下，作为结算依据的工程价款属于实质性内容**，无正当理由背离中标合同的工程价款是无效的，不能作为结算依据。

（二）允许变更的但书的适用范围

《解释一》第二十三条的但书明确客观情况发生了招投标时难以预见的变化属于正常的变更。

从文义和体系解释的角度，第二条是一般性规定，第二十三条是对于非强标工程的特殊规定，但书明确规定在第二十三条中，没有体现在第二条内。但书只适用于非强标工程，而不适用于强标工程。

但是从立法目的解释的角度，现解释一第二十三条脱胎于《2018年解释二》第九条。非强标工程单列一条是为了解决和统一实践中关于非强标工程中各种处理方案，明确非强标工程的结算依据是中标合同。但是依据《解释一理解与适用》记载的立法背景，征求意见稿没有但书规定，出台后对于该条争议极大，不少意见认为应当以实际履行的合同作为结算依据。

为了平衡中标人与其他投标人的利益，在维护其他中标人利益保留以中标合同为结算依据的前提下，增加了但书规定，而该但书规定有利于中标人在特殊情况下变更合同内容。但书规定实非立法有意给予的非强标工程中中标人的特权，亦无排除强标工程中中标人变更合同的权利。

结合情势变更原则的法理基础看，在客观情况下发生了不可预见的变化，双方可以协商变更合同。但书背后的法律逻辑是自然的，而非解释一建构的。解释一并不属于建构性规则，而只是一般性的宣誓性规定。立法理由亦认为情势变更是但书的逻辑基础，“本条规定的客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化实质上属于上述情势变更的范畴”。

因此，《解释一》第二十三条但书背后的法理逻辑，同样适用于强标工程和非强标工程。

符合但书的条件，黑合同不构成对白合同的实质性变更，仍然有效可以作为结算依据，在此不再展开，可点击阅读《中标后另行签订合同，哪些情形属于背离招标文件实质性内容？》。

（三）非强标工程中签订黑白合同时的结算依据

签订黑白合同一般是为了规避法定的强制招投标。在一般情况下，双方在中标合同之外另行对工程价款这一实质性内容另行约定的，该约定不能作为结算的依据。

在非强制招投标的情形中，也存在发包人招投标签订中标合同，又另行签订黑合同的情况。《2018年解释二》的出台首次明确和统一了该问题，以中标合同为结算依据，而非以实际履行的合同为结算依据。其背后的逻辑在于：

第一，《招标投标法》立法目的在于规范招标投标活动，而并未区分是否强制招投标，非强标工程属于招投标活动就应当受其规范。

第二，并未侵犯契约自由，非强标工程招标人可以选择招标签订合同，也可以选择不招标签订合同。在解释出台明确将中标合同作为结算依据后，若招标人不希望以中标合同作为结算依据，可以不进行招投标。

第三，维护其他投标人的利益。禁止另行签订背离中标合同实质性内容的规范，是为了维护招投标的秩序和其他投标人的利益。

综上，《2018年解释二》统一了非强标工程签订黑白合同时的结算依据，明确以中标合同为结算依据，而非以实际履行合同作为结算依据，《解释一》继承了该观点。

二、白合同作为结算依据时，以白合同有效为前提

依据司法解释解除非强标工程的特殊情况外，均以中标合同这一白合同为结算依据。其隐含的逻辑前提是黑合同中的工程价款这一实质性内容因背离中标合同而违反法律效力性强制性规定无效，因此黑合同不能作为结算依据。但是，作为结算依据的合同必须是有效合同，如果白合同存在其他特殊情形违反了其他效力性强制性规定而归于无效，显然无法作为结算依据。因此，在依据《招标投标法》确定黑合同中工程价款条款无效的同时，必须审查白合同的效力。

在（2017）黔民初158号案例中，法院认为：上述司法解释的规定是为了维护建筑市场公平竞争秩序，防止当事人通过签订“黑白合同”作为不正当竞争的手段，损害国家、社会公

共利益和个人利益。但在理解适用上述司法解释时，应特别注意中标合同有效是认定“黑合同”无效的前提。

三、黑白合同均无效时，工程款的结算依据

《2018年解释》第十一条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

《解释一》第二十四条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。

实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。

（一）以实际履行的合同为依据

1、主体

第一，本条的当事人一般指建设工程的发包人和承包人，同样适用于承包人违法分包转包给第三人的情形。但是，当事人一词将其局限于合同的相对性，不含发包人和第三人的情况。

第二，同一个工程项目的各份合同前后主体相同，承包人中途退场，由第三人另行承包签订合同不属于阴阳合同的范畴。

第三，请求按照实际履行的合同结算的主体是无效合同的双方当事人，不仅承包人有权主张，发包人也有权主张。《2004年解释一》仅规定了承包人的权利，实践中出现了承包人认为其有选择权，既可以主张按照实际履行的合同结算，也可以主张司法鉴定。《解释一》将其明确为一方当事人意味着，发包人也有权主张按照实际履行的合同结算，此种情形下的阴阳合同必须按照实际履行的合同结算。

2、主张权利的基础——结算与折价补偿

《2018年解释》的表述为“结算建设工程价款”，而《解释一》的表述为“折价补偿”。其转变的依据在于立法对于请求权的厘清和民法典的立法转变。

在黑合同和白合同均无效的情况下，无效合同的结算依据应当遵守《民法典》总则部分第一百五十七条无效法律行为后果的处理，工程施工属于不能返还的情形，“不能返还的，应当折价补偿”。折价补偿是施工合同无效后结算的总则。《民法典》第七百九十三条明确了折价补偿的依据为合同关于工程价款的约定。《解释一》第二十四条明确了在存在多份无效合同的情况下，以哪一份合同为依据。

从《民法典》第一百五十七条到第七百九十三条，到《解释一》第二十四条共同组成了黑白合同无效情况下结算的法律依据。以实际履行的合同为依据确定折价补偿款，其法理基础在于合同无效后的不当得利返还请求权，而非合同有效前提下的合同履行请求权。

3、折价补偿的范围

黑白合同均无效的情况下，以实际履行的合同为依据仅限于其中工程价款的部分。这意味着只能就工程价款方面参照实际履行的合同，合同中关于工期损失、逾期付款等违约责任的约定，不能作为参照。合同约定无效又无法定主张权利的依据则无权主张相关的权利，因此要避免黑白合同均无效的情形，以免期待的权利落空。

4、合格的理解

第一，在黑白合同均无效的情况下，主张工程款本身是主张不当得利返还。其要件要求对方没有法律依据而取得不当利益。“取得利益”的要件在《解释一》中表现为“工程合格”。

第二，立法将该要件明确为“合格”而非“竣工验收”。因为考虑到实践中存在承包人中途退场、烂尾楼等情况，工程质量合格是客观的，而竣工验收本身是人为控制的程序性要求。

综上，黑白合同无效时，应当以实际履行的合同中关于工程款价款的约定作为确定工程款的依据。这是立法明确作出的选择，此外在适用过程中还要注意主体要件、明确请求权基础、注意参照的范围和得利要件的理解。

（二）实际履行合同难以确定的情形

虽然在签订黑白合同的情况下，双方存在多份合同，但是根据双方履行过程中留下的蛛丝马迹确定的实际履行的合同往往最能反映双方的真意，因此立法选择了将实际履行的合同中关于工程款的约定作为确定工程款的依据。但是也存在无法确定实际履行的合同的情况，或者不同的合同中的条款均有履行的情况。

1、确定实际履行的合同的方法

第一，通过施工范围确定。工程中经常存在后期设计变更和规划调整的情况，可以通过实际施工的范围比照各合同中的施工范围，确定实际履行的合同。

第二，通过工期确定。如果黑白合同的工期不同，那么工程进度调整的同时，签证的情况也会变化，可以按照签证的日期确定实际履行的合同。

第三，通过质量标准确定。如果存在不同的质量标准、施工标准，可以依据标准确定实际履行的合同，但是黑白合同中存在不同质量标准的情况较少。

第四，通过价款支付方式、期限、数额确定。黑白合同中往往价格是不一样的，那么依据价格每一阶段支付的工程款数额也不一样，可以依据已实际支付的数额和时间倒推实际履行的合同。

工程情况复杂，确定实际履行的合同方法不能穷尽，应当穷尽合同履行中的各种蛛丝马迹。

2、参照最后签订的合同

对于不同合同中的条款均有履行的情况，实际上即为不能确定实际履行的合同，应当适用参照最后签订的合同，这是立法对于不同处理方案作出的最后选择。

在无法确定实际履行的合同时，存在各种处理方案。《解释一》征求意见稿曾另有三种方案，但最终未予采纳，予以简要介绍。

第一，A 合同履行了一部分，B 合同履行了一部分，认为两部分共同构成了一个新的合同 C，应按照 C 合同履行。因建设工程施工合同为要式合同，该意见未被采纳。

第二，结合缔约过错、已完工质量、利益平衡的因素分配两份或以上合同间的差价确定折价补偿款。该方案法院的自由裁量权过大。

第三，在同意第二种意见的基础上，若折价补偿款与约定工程价款差距较大，鉴定用市场信息价格兜底。市场价计算往往比较高，会出现规避其他方案直接适用市场价情况。

在最高院明确司法倾向的前提下，出现无法确定实际履行的合同的情况，适用最后签订的合同即可，不再有争议。

综上所述，在强标工程和非强标工程中签订黑合同，作为结算依据的条款若背离中标合同的实质性内容均因《招标投标法》第四十六条而无效，不能作为结算依据。若白合同中的结算依据不存在其他影响效力的事由，在有效的前提下，应当作为结算依据。若黑白合同中的结算条款均无效，在工程质量合格的前提下，应当参照实际履行的合同结算，无法确定的按照最后签订的合同结算。

（本文首发于 2023 年 6 月 26 日）

文娱体育

打造爆款，等来的是流量还是传票？细数公众号内容侵权风险点

胡至浩、刘巧习

“葛优躺”曾是 2016 年的网络热词，是当时许多新媒体文章中的常见配图。但随着葛优老师开展了其肖像权维权行动，“葛优躺”逐渐成为了各公众号或图文创作者不敢碰的“伤疤”。近期，昆明航空因 7 年前的文章配图而向葛优发布致歉声明，“葛优躺”也再度冲上热搜。据查询，截至 2023 年 3 月 22 日，以葛优为关键词检索到的相关裁判文书共 600 份，涉及 544 起案件，赔偿金额高达 759.4392 万元。

“葛优躺”事件侧面反映出平台审查力度的加大以及公众维权意识的增强，而这也让公众号的运营和创作愈发需要关注合规问题。为此，我们总结了在公众号内容创作中，创作者未获授权而使用第三方素材的不同情形以及各不同情形对应的侵权风险，欢迎“对号入座”。

一、拿来主义不可取

1. 搜索引擎上找到的内容直接拿来用行不行？

不行。

大部分创作者往往在百度等搜索引擎中找到了合适的内容后就直接复制、粘贴到文章内使用。但是，即便这些内容能够在公共平台上直接搜索到，却并不意味着已经进入公共领域，更不意味着创作者可以直接将其作为自己创作的素材。**创作者仍然需要尊重其中的合法权利，对内容的可使用范围进行查明，若需授权方可使用的，在使用之前应当获得权利人的授权。**

以图片内容为例，在搜索引擎的结果页面中一般并不会标记图片的权属来源、可以使用的范围，属于权属不确定状态，如果直接使用这部分图片，被认定为侵权的可能性极高。同时，**即使是在一些专业的图片网站内，可能也只标明了基础版权信息，在使用时还需要格外注意该图片是否可以商用、是否有限定使用范围等。**在授权范围内正确使用素材，才可以避免侵权风险的发生。

2. 表情包、影视剧截图直接拿来用行不行？

不行。

最常见的表情包，往往是由美术形象/摄影照片+文字组成的。其中，可能包含的权利元素有美术形象的美术作品、摄影照片的摄影作品、文字的文字作品、艺术字体的美术作品等。如下图：



虽然我们可以在与朋友聊天时自由使用表情包，但当将表情包放在公众号文章中使用时，

因为面向的是不特定公众，使用行为的性质就发生了变化。公众可以在其选定的时间和地点获得该表情包，可能构成对于作品著作权中信息网络传播权的侵害。

此外，还有一类特殊的表情包——影视剧截图。影视剧截图是影视作品动态画面中截取出一帧静态画面，从本质上来说是影视作品的组成部分，因此影视作品的著作权人有权对此主张权利。

那么，如果已经获得了影视公司的许可，应该就可以放心使用影视剧截图了吧？

答案依旧是不行。

一般而言，被拿来作为表情包的影视剧截图都会包含人物形象等元素，是双重权利的复合体，既包含了著作权内容，也包含了演员自身的肖像权内容：当图像（包括影视剧截图、海报、照片等）中自然人的形象（不限于正脸、侧面或是背影）具有可识别性时，该自然人就对其享有肖像权利。因此即使获得了影视公司的许可，在使用之前仍然需要获得肖像权人的许可，不能以照片属于剧照而否定表演者享有的肖像权。¹

当一幅图片包含了多项权利内容时，对该幅图片的使用需要取得多重许可。这应该引起内容创作者们的重视，以免自己在不经意间侵犯了第三方的合法权益。

3. 聊天记录、社交媒体截图直接拿来用行不行？

不行。

聊天记录、社交媒体截图包含的元素更多——这意味着可能涉及的权利内容更多、权利归属也更为复杂，更容易侵权。

在很多公众号文章中，创作者会使用聊天记录、社交媒体（如微信朋友圈、微博、小红书等）的截图作为配图，这些图片与表情包、影视剧截图相同，都需要注意避免前述著作权/肖像权侵权。同时，聊天记录、社交媒体截图是以图片为载体的多种元素的集合，可能侵害到他人权利的情形更多。如下图：



¹ 冯小刚与中移在线服务有限公司肖像权纠纷一案民事判决书，案号：(2022)京 0491 民初 13504 号

可以看到，在这张示范的社交媒体截图中，同时涉及了多项元素，包括博主 ID、头像中的美术形象、发布图片中的摄像照片与艺术字，还有发布的文字。其中涉及的权利内容有名称、美术作品、摄影作品、肖像、文字作品等等。**虽然博文是该博主发布的，但上述这些权利内容的权属人很可能分别属于不同人，如摄像照片的拍摄者、美术形象的绘制者等，而需要取得各权利人的许可。**

除此之外，由于元素的丰富，此类截图中还可能涉及各类人格权利。

例如在聊天记录截图中，由于聊天的私密性，公开的聊天记录可能侵犯他人的隐私权利。

又例如在社交媒体截图中，可能涉及对其他主体的吐槽、评价，如果措辞用语倾向性明显，不符合合理评价的一般标准，具有明显的主观故意，同时降低了相关个人/公司的社会评价，对个人生活或者公司商誉产生了负面影响，这种行为也可能构成名誉权的侵权。²

既然直接使用网络素材有如此高的风险，那么将网络素材标明出处或者通过修改、调整等方式进行“转化使用”，是否就可以有效避免侵权风险呢？在下文中，我们将结合不同的“转化使用”方式，为各位读者分析不同情形下的侵权风险，以供各位读者参考。

二、转化使用亦当心

1. 转载时标明了出处行不行？

不行。

没有获得作者的授权擅自转载他人已发表的文字、图片内容，即使标明了出处，仍然构成侵权。

转载时标明出处仅是避免了对作者署名权的侵害。但转载行为使公众可以在其选定的时间和地点获得该篇文章，仍然会构成对于信息网络传播权的侵害。相反，如果获得了转载授权，却在转载时未标明出处，相当于将他人的作品作为自己的作品来传播，构成对于作者署名权的侵害。

2. 转载时作出了免责声明行不行？

不行。

我们经常可以在公众号文章末尾看到“文章转载分享，不做商业用途，如有侵权，请联系删除”“图片来源于网络”此类免责声明，其行为逻辑为：创作者在明知存在侵权风险的情况下，试图通过免责声明来先转载、后付费，从而免于承担侵权责任。

先转载、后付费是纸媒时代的惯例。然而，对互联网创作者而言，国家版权局在 2015 年发布的《关于规范网络转载版权秩序的通知》就已明确规定，互联网媒体转载他人已发表作品不适用报刊转载法定许可³，必须经过著作权人许可并支付报酬，并应当指明作者姓名、作品名称及作品来源⁴。因此，**即使作出了免责声明的转载，也构成侵权责任，除非经过著**

² 易宏志与上海廉泉企业管理咨询有限公司名誉权纠纷民事二审民事判决书，案号：(2021)沪 01 民终 2300 号。

³ 《国家版权局办公厅关于规范网络转载版权秩序的通知》第二条第二款：“报刊单位与互联网媒体、互联网媒体之间相互转载已经发表的作品，不适用前款规定，应当经过著作权人许可并支付报酬。”

⁴ 《国家版权局办公厅关于规范网络转载版权秩序的通知》第一条第一款：“互联网媒体转载他人作品，应

作权人许可（并支付报酬）。

3. 自己重新制作、修改加工后再发布行不行？

视修改加工的情况。

当创作者准备就热点问题创作公众号文章时，经常会发现许多类似主题的文章可供参考借鉴，但在参考借鉴中需要注意方式和尺度。

这个问题的关键在于内容表达是否近似。

如果只是因受到了他人文章的启发，以自己的巧思创作了一篇全新的内容，这种行为一般不会构成侵权。但是，如果仅是在他人内容的基础上调整文字语句顺序、替换部分词语，关键性表达部分高度一致，这种行为实际上就是俗称的“洗稿”，本质上属于未经著作权人同意，使用他人作品的侵权行为。⁵

同样的，当重新制作、修改加工的对象是图片时，如果与他人图片相似度过高，也仍然可能被认为是以重新拍摄制作方式实质性地再现他人作品，构成侵权。因为对于摄影作品而言，其受保护的对象就是作者的独创性表达，即作者对拍摄要素及其造型、人物姿势与表情、场景布置等拍摄对象的安排以及包括距离、方位与角度在内的拍摄构图，光影与明暗等拍摄方式的选择。⁶

4. 转换内容形式（文字、音频、视频等）使用行不行？

不行。

以前段时间特别火的读诗推送为例，创作者会在公众号文章中插入一段诗歌朗读的音频（或者视频等其他形式），在未获诗歌版权人许可的情况下，如此使用万万不可行。

的确，这样的使用方式从一定程度上降低了被维权的可能性（因为音频或视频的检索难度比文字高很多）；但是，**只要是未经著作权人许可使用，无论如何改变该作品的表现形式，都无法改变侵权的性质。**

同时需要提示的是，如果使用的音频或视频也并非由自己录制的，而是直接使用他人制作的录音录像制品，也会构成对于录音录像制作者以及表演者的权利的危害。这仍然是多重权利、多重许可原则的体现。

5. 设置链接、二维码放入他人内容行不行？

不行。

除了直接在文章中放入图文、音视频内容外，一些公众号文章可能会插入链接（或者二维码等），通过链接即可跳转到第三方网站，获取他人内容。

有人可能认为网站是由第三方运营，即使存在侵权也不应该由其承担侵权责任。但从司法实践来看，即使该网站由第三方运营，但文章发布者（设置链接者）在应当知道被链接网

当遵守著作权法律法规的相关规定，必须经过著作权人许可并支付报酬，并应当指明作者姓名、作品名称及作品来源。法律、法规另有规定的除外。”

⁵ 郑忠华与北京字节跳动科技有限公司、彭燕侵害著作权纠纷一案民事判决书，案号：(2020)京 0491 民初 9373 号。

⁶ 广州开古互联网科技有限公司、广州陶陶居有限公司等不正当竞争纠纷二审民事判决书，案号：(2021)粤 73 民终 1579 号。

站提供涉案作品存在较大侵权可能性的情况下，未对授权情况进行核实即向用户提供了被链接网站，对用户进行主动地推荐，并采取发布免费搜索观看的模式吸引用户点击，在主观上存在侵权的故意；在客观上帮助了侵权内容的传播，具有一定的过错，应当承担相应的侵权责任⁷。

拿来主义不可取，转化使用亦当心。通过前文的梳理不难发现，对公众号内容创作者而言，其在创作过程中需要注意的侵权风险是多方面、多角度的。这需要创作者建立起基本的侵权防范意识。毕竟，如果侵犯了他人合法权益，面临的不仅是内容的下架、平台的处罚，还需要支付金钱赔偿，并可能遭遇舆论风险及用户的抵制。

因此，在创作过程中，创作者应当严守法律的底线，尽量做到内容合规。**在秉持着多重权利、多重许可的原则下，审慎对待他人内容，注意各项内容的权利归属和来源，也可以通过合法许可、授权联动等多种方式，与其他权利人共同创作新的巧思、碰撞出不一样的火花。**

（本文首发于 2023 年 4 月 12 日）

⁷ 北京律政信息技术有限公司、湖北合码信息科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷民事一审民事判决书，案号：(2022)鄂 11 民初 99 号。

浅析韩国官方电竞标准合同对我国电竞行业的经验启示

崔贤姬

2023 年是中国电竞行业具有里程碑意义的时间点，因为电竞成为了杭州亚运会的正式项目，电竞入亚为整个行业带来新的市场风口。但与此同时，电竞圈近几年频繁发生“选手公开讨薪”“选手擅自离队”“俱乐部要求巨额赔偿”等事件，中国电竞行业在壮大过程中仍需不断完善保障选手基本权利的法律环境，以此让选手能够更加集中精力投入到自我提升的良性发展氛围。

谈到保障选手基本权利的机制，除赛事方的赛事规则及参赛协议、政府部门的监管规定外，俱乐部与选手签署的合同是至关重要的。而韩国作为职业电竞起步较早的国家，在经历一系列事件后于 2020 年出台了官方电竞选手标准合同，这意味着韩国电竞在规范化道路上又迈进了一大步。

本文将介绍韩国官方电竞选手标准合同的概况，并试提出其给中国电竞带来的启示。

一、韩国官方电竞选手标准合同概要

电竞选手标准合同使用指南是由韩国的文化体育观光部和公平交易委员会共同制定后，再由韩国文化产业振兴院于 2020 年 10 月发行的，主要包括：

1. 标准合同的使用指南概要
2. 电竞职业选手标准合同使用指南
3. 电竞青训选手标准合同使用指南
4. 青少年电竞选手及青训选手标准附属协议使用指南
5. 各类标准合同模板

该册子中主要篇幅集中在标准合同的使用指南，使用指南针对每个条款的设定宗旨、条款内容的可调整范围、选手或者俱乐部分别需要考虑的要点都有详细的说明，旨在防止选手或者俱乐部恶意或者错误使用标准合同。

二、出台背景——Kanavi 事件

很多人可能会好奇韩国政府为何颁布电竞选手标准合同，甚至如此详细地提示签署各方需注意的要点。实际上，标准合同及使用指南的出台是有背景事件的，那就是轰动韩国电竞圈子的 Kanavi 事件，Kanavi 是英雄联盟的打野选手，之前是在韩国 GRF 俱乐部，现在 JDG 俱乐部效力。我们简单回顾一下事件的发展过程。

2019 年 10 月 16 日，韩国电竞俱乐部 GRF 的前教练 CvMAX 公开揭露表示：

GRF 租赁 Kanavi 选手到 JDG，时长 1.5 年，转会费 6 亿韩元，年薪 2 亿韩元。之后 JDG 对 Kanavi 很满意，经过 5 个月，JDG 通知 Kanavi，想要让 Kanavi 正式转会过来，签约 3-5 年，Kanavi 向 CvMAX 求助，CvMAX 让 Kanavi 不要回复微信，否则就违反俱乐部规定。第二天，GRF 代表赵圭南就找到 Kanavi 并威胁说他的行为就是私联其他战队，所以赵圭南可以让 Kanavi 永远都打不了职业联赛，以此威胁 Kanavi 必须和 JDG 签约，Kanavi 认为 5 年太长，但赵圭南持续进行威胁直至签约，赵圭南拿到了 10 亿韩元的转会费。

该事件轰动了整个韩国电竞圈子，甚至引起韩国法律圈，乃至政府部门的注意。期间 Kanavi 与 GRF 俱乐部的合同也被浮出水面，被网友称之为“奴隶协议”，就是这份协议里涉及了很多俱乐部对选手的不公正条款，最终推动韩国政府制定标准合同，同时，韩国电竞协会也成立了公正委员会，所有电竞相关人员随时可以向公正委员会就行业内不公正行为进行投诉处理。

三、“Kanavi 合同”的争议条款及标准合同对比

Kanavi 合同中涉及的争议条款重点有四个内容，主要是俱乐部认为选手存在过错而随时解除合同并追究选手违约责任的条款以及合同解除后知产归属的问题。

Kanavi 合同	标准合同
<p>① 选手因病住院超过 30 天以上或患重大疾病时，俱乐部有权随时解除合同，且选手 1 年内不得与新的俱乐部签约。</p> <p>② 俱乐部认为选手表现不佳时，可随时解除合同。</p> <p>③ 俱乐部无法与选手取得联系的，可随时解除合同，选手应当赔偿 5000 万韩元并返还已支付的报酬。</p> <p>④ 合同终止后，选手如需使用俱乐部的相关知识产权时，应当支付所有前期成本。</p>	<p>① 如任何一方违反合同约定，守约方有权要求违约方 30 日内纠正其违约行为，逾期仍不改正的，有权解除合同并要求对方承担赔偿责任。但违约行为已无法纠正的，可立即解除合同。</p> <p>② 选手因开展比赛活动而患病、负伤或因非选手个人原因导致无法持续选手活动的，属不可抗力情形，可终止合同。但俱乐部可以向选手支付剩余合同期相应的全额或部分报酬。</p> <p>③ 合同终止后，俱乐部应返还选手姓名、艺名、肖像等与个人标识相关的知识产权，如俱乐部为该等知识产权的创作投入较大成本的，经与选手协商后可继续使用知识产权。</p>

“Kanavi 合同”中可以看出，俱乐部的解除权利非常之大，可以说俱乐部有权随时单方面无理由解除合同，在此情况下，选手还可能**需要赔偿巨额违约金**。同时，选手如需继续使用俱乐部的相关知识产权时，还应当支付所有的前期成本。这里面视为不合理的因素是选手个人标识相关的知识产权，**选手离开俱乐部后不得使用个人标识的要求本身可能严重影响了选手个人的基本权利**，比如选手的艺名或者个人 IP 形象、商标等，而且也不利于选手到其他俱乐部继续发展。

而标准合同里对双方的解除权做了对等性的调整，也就是给予双方 30 日的宽限期。而且**如果选手因开展比赛等活动而患病负伤或者非个人原因导致无法持续选手活动的，均视为不可抗力情形，合同终止后，选手无需承担高昂的违约金，俱乐部可以支付剩余合同期间的相应报酬**。当然，剩余的报酬并非强制性必须要支付的，但使用指南明确提到，支付相应的报酬有助于提升俱乐部的对外形象。有这一句提示，相信大部分的俱乐部还是会支付相

应的剩余报酬,这就保障了选手因客观情况退役后过渡期间的生活支出,非常人性化。另外,关于与选手个人标识相关的知识产权,合同终止后俱乐部原则上是应当要返还给选手的,但俱乐部对该等知产贡献较大的,可经与选手协商后继续使用,这正好解决了选手的痛点,也保障了原俱乐部的使用权,相对合理。

四、标准合同中的其他亮点条款

除了争议条款以外,标准合同中还有一些亮点条款:

➤ 禁止性条款

第一项不得服用药物、第二项不得进行假赛赌博等,不仅选手需要自觉禁止,俱乐部也不得要求选手进行这些行为。第三第四项就比较特殊,就是上述事件是因为俱乐部前教练公开揭露而引发的,而且GRF的赵代表仍在持续控诉前教练Cvmax和Kanavi损坏其名誉权,所以标准合同就强调了不得进行损害名誉权的行为,而且该事件还涉及了私联其他战队的情节,也特此强调了选手不得私自接触其他战队的条款。

➤ 未成年保护

为保障未成年人的权利,标准合同里面还是强调了俱乐部与未成年选手签署合同时,必须征得法定代理人的同意,否则视为合同无效的条款。该条款也与上述事件有关,因Kanavi当时与JDG第一次签署合同时,满18周岁,但未满19周岁,按照韩国的法律规定,未满19周岁的均视为未成年,所以韩国舆论认为JDG的合同无效,这里面还涉及要适用中国法还是韩国法的准据法问题,但实际上JDG合同效力按照中国法律是没有问题的。

同时,标准合同要求俱乐部要保障未成年选手的基本权利,例如未成年人的自由选择权、学习权、人格权、健康权、睡眠权、休息权以及每日练习等活动的时间上限等。其中15岁以下的青少年选手每周练习时限以35小时为限,15岁以上者则以每周40小时为限。未成年选手的父母或法定代理人也可以向俱乐部任意要求提供包括合同、奖金结算等信息。

➤ 争议解决

俱乐部与选手发生纠纷,且无法协商一致的:

①可通过电竞公正委员会解决;

②无法自行协商,或通过电竞公正委员会亦无法解决的,可选择提起仲裁或向法院提起诉讼。

上述事件后,韩国电竞协会成立了公正委员会,主要是为了迅速解决纠纷,也可以视为电竞协会搭建了一个社会监督机构,关于电竞的任何纠纷或者不公正事件都可以向公正委员会进行投诉解决,该委员会是由体育部门的工作人员、行业内专家、法律工作者等组成,人员构成上相对多样,尽力维护其公正性。

➤ 权利等转让(租借或转会)

俱乐部在权利等转让情形发生前,须征得选手的同意。以往的俱乐部可以擅自决定选手的租借或转会,但上述事件发生后,舆论认为租借或转会,尤其跨国转会会对选手带来重大影响,应当征得选手的同意。

➤ 青训选手参赛限制

青训选手在未签署正式选手合同之前，只能参赛一次，俱乐部应当支付选手活动相对应的报酬。该条款主要是遏制俱乐部实施名为“青训选手”，实为“正式选手”的方式实现利益最大化的不正当行为。

五、对我国电竞行业的启示

通过韩国官方电竞标准合同的出台背景、出台过程及标准合同内容也可以看出，电竞行业的发展是离不开社会各界的共同努力，包括俱乐部、游戏项目方、直播平台、选手、主播等电竞行业人员及电竞爱好者发现问题，政府相关部门及电竞行业协会等机构及时介入并做全方位协调工作，再加上法律工作者也积极参与行业规则及法律文书的制定等。

回看国内电竞，近几年中国电竞发展呈欣欣向荣之势，上海、北京、成都、海南、杭州等的地方政策相继推出、各地电竞协会亦有所作为，制度及规范建设有条不紊，但仍需各届共同努力建设更加细分化及统一化的规则。

（本文首发于 2023 年 6 月 14 日）

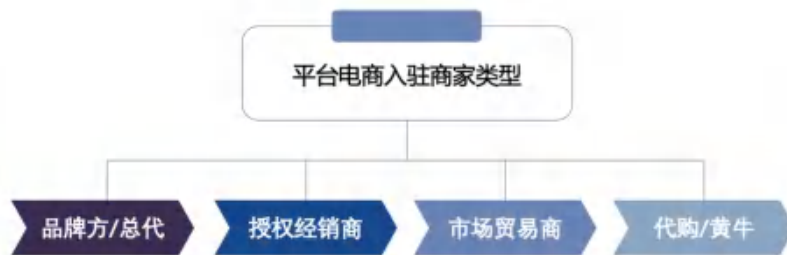
星瀚知产

热爱法律的技术派

“平行进口”抗辩有用的话，还要商标授权干嘛？

田潇雨、王洁敏

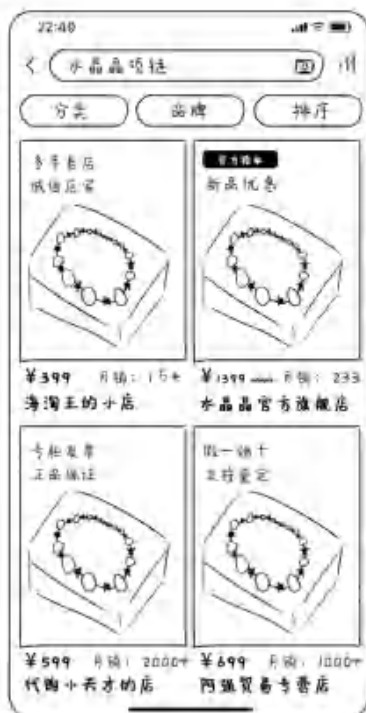
随着各大电商平台内入驻商家多样性地提升，消费者被赋予了更多选择的空间。从前只能趁出国游千里迢迢“人肉”带回的境外商品，现在不仅动动手指就能送货上门，消费者还能在众多货源中选择最物美价廉的一款。然而，在电子商务全新的生态圈内，**跨境商品**的出现使得不同类型商家所经历的悲欢也并不相通。一般来说，电商平台内的入驻商家主要包括以下几种类型：



结合不同平台规则，以上四种类型的商家若希望在电商平台销售商品，则需要满足如下入驻条件：



不难发现，**以获得商标授权与否为标准**，品牌方、授权经销商与市场贸易商、代购被自然划分成了两个“派系”。对依法享有商标专用权的商家来说，**其所销售商品的定价除商品本身的价值外，还附加了商标的价值**。而商标价值的积累往往伴随着品牌宣传、营销活动、售后服务等方面的资金投入。相反，对于仅获得商品所有权的另一类商家，**主要通过购买和销售商品盈利**，无需在商标经营方面花费任何心思。与此同时，不同国家和地区的科技水平、生产成本、关税政策等差异，造成了商品价格的差异。而市场经济中，理性市场主体追求利润最大化，这一差异为市场贸易商、代购商们提供了获取更大利润的空间。由此，平行进口商品得以进入国内市场，这样一段故事就此展开：

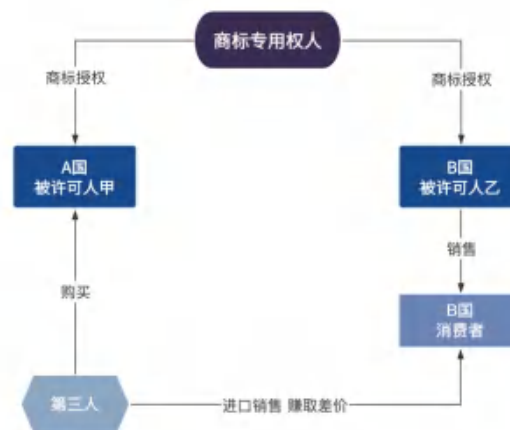


实际上，品牌方或授权经销商面对的竞争环境往往比小故事更加复杂。除了需要不断打击隐藏在各销售渠道中的假货，还需要探索一条路径能够有效控制构成商标侵权或不正当竞争的平行进口商品。

什么是商标法中的平行进口？

尽管平行进口商品早已大量涌入国内市场，但我国目前对于平行进口的法律概念并没有

明确的界定。根据国际商标协会（INTA）¹及相关判例中的解释，商标法中的平行进口是指在国际贸易中，当某一商标获得两个以上的国家或地区保护时，未经商标注册专用权人或被许可方的同意，第三人通过海关将境外生产或销售的合法贴附商标的商品进口到本国境内并进行销售的行为。（图示如下）这里的第三人通常包括海外代购、海外电商或国内电商。



结合前述定义，当面对权利方的“盘问”，第三人若主张平行进口抗辩，则需要满足以下要件，否则可能构成商标侵权或走私：

1、 **第三人销售的跨境商品是具有合法来源的正品。**这一要件是跨境商品构成平行进口商品，从而避免落入商标民事侵权或刑事犯罪的基础。

2、 **第三人销售的跨境商品与境内商品为同源商品。**这里的“同源”主要是指跨境商品所贴附的商标与境内商品的商标为同一权利人所有。因此，第三人在境外购买的商品必须是由该商标权人生产或授权生产的商品。值得一提的是，若国外品牌方未通过领土延伸在国内注册商标的，国内授权经销商或总代理商可在代理关系确认后，尽快以代理公司为主体在境内申请注册商标，以对抗平行进口抗辩。

3、 **第三人进口的跨境商品未获得商标权利人授权。**根据平行进口的定义，平行进口商品是为在出口国销售而包装生产的，而非在进口国销售，故第三人在进口国的进口及销售行为均未经授权。但由于商标权利用尽规则的存在，这种未经授权的二次销售并不被法律所禁止。

4、 **跨境商品以合法方式进口而非走私入境。**这一要件要求第三人根据国内相关法律规定依法完成报关手续。

实践中，平行进口商品的销售商需要提供采购合同、发票、运输单据、进口通关手续、出入境检验检疫材料等全套商业文件，形成完整证据链以证明其满足前述要件。然而，平行进口能无条件作为商标侵权的有效抗辩吗？**答案是否定的。**

平行进口商品的商标侵权认定规则

商标的基本功能在于指示商品来源、保证商品品质以及传递品牌形象。基于对注册商标

¹ <https://www.inta.org/fact-sheets/parallel-imports-gray-market-goods/>

的信赖，商标的识别功能可以节约消费者的搜索成本。商标权人将某商标贴附于商品并将其投入市场后，该商品与商标、商品装潢等多种要素发生紧密联系，并于商标权人的商誉形成了专属的对应关系。

尽管我国现行法律、法规并未对侵权认定规则予以明确，但是结合商标法的基本原则及现有裁判规则，**平行进口商品侵权与否应当以该商品是否损害商标基本功能、是否与境内商品存在实质性差异为核心要素**。具体来看：

1、擅自翻译英文标识构成商标侵权

在百威诉厦门古龙进出口公司商标侵权纠纷一案²中，被告古龙公司虽能够证明入境货物为平行进口商品，但其在报关单及检验检疫申报材料中使用了“卡罗娜”作为产品名称和标识。针对被告上述行为，浙江高院认为，首先，**被告在报关及检验检疫的文件上使用的“卡罗娜”标识具有识别商品来源的作用，属于商标性使用**。其次，该使用行为虽不会造成消费者混淆，但原告多年来坚持使用“科罗娜”、“卡罗娜·爱科拉”作为“CoronitaExtra 加图形”的中文音译商标，且相应商标经长期宣传推广已经在中国市场有一定的知名度，**被告擅自翻译英文标识的行为影响了原告的商标使用策略，妨碍了原告对商标权的支配权，故构成侵权**。

2、擅自在商品上加贴中文商标/磨损产品识别码构成商标侵权

与前述百威案类似，联合多梅克公司等诉长沙百加得酒行商标侵权纠纷一案³中，被告在法律并无强制要求经营者翻译商品外文商标的情况下，擅自在瓶身上加贴商标权人的中文“百龄坛”商标，**影响了原告的经营策略，损害了权利人在商标不使用方面的权益**。

除此之外，被告故意磨去产品识别码，主观上有隐藏商品来源，将其与国内生产、销售的同类酒产品相混淆的恶意。法院认为，**该行为一方面损害了消费者通过商标识别商品来源的权利，另一方面妨碍了权利人对产品质量的控制与追踪管理，故构成商标侵权**。

3、进口、销售不符合我国强制质量标准的商品构成商标侵权

因不同地域消费者的差异化需求，同一商标权人或其授权制造、销售的产品可能也会根据消费者需求及强制性标准对商品本身或包装作出调整。而在吉励贝食品公司诉安徽洋品行电子商务公司等商标侵权纠纷一案⁴中，被告进口的糖果虽为经权利人许可生产、销售的正品商品，但该糖果中含有食品添加剂双乙酸钠。根据我国《食品安全法》等相关规定，**涉案糖果属于超范围使用食品添加剂的食品**。而该商品使用了与原告相同的商标，**因消费者无法准确识别商品来源，故其基于该糖果对品牌产生的否定性评价将直接指向商标权人，从而破坏了权利商标商品质量保证功能和商誉，对原告的注册商标专用权造成实质性损害**。

4、擅自改变商品包装、分装商品构成商标侵权

而在不二家食品公司诉钱某等商标侵权纠纷一案⁵中，被告未经许可，擅自将原告的商

² (2020)浙民终 326 号

³ (2016)湘 01 民初 1463 号

⁴ (2018)京 0101 民初 13472 号

⁵ (2015)杭余知初字第 416 号

品分装到不同包装盒，且该包装盒与原告的有明显差异。虽商品为正品，不会产生消费者混淆的直接后果，但是**商品包装除了发挥保护与盛载商品的基本功能外，还发挥着美化商品、宣传商品、提升商品价值等重要功能**。被告擅自分装的行为不仅不能起到前述作用，反而会降低相关公众对权利商标的“好感度”，从而损害涉案商标的商誉。

5、超出“合理使用”限度使用注册商标构成侵权

在菲拉格慕公司诉寇莎国际品牌管理公司一案⁶中，深圳市中院认为，**就商标合理使用的问题，应以使用行为是否必要，使用人是否善意且使用方式是否合理以及是否会造成相关公众的混淆和误认**。尽管被告销售的商品系通过国外买手公司从菲拉格慕公司在意大利展厅处采购取得的正品，且其经销模式为买手制百货商场，可以适当、合理的方式告知消费者其所销售的商品品牌。但是，被告在店面招牌、宣传册、广场宣传海报中对原告注册商标的使用方式足以导致相关公众误认为两者之间有**授权、赞助等关系**，同时考虑到原告公司商标的知名度，被告的使用行为已经超出必要限度，构成商标侵权。

需要强调的是，如权利方在第 35 类企业经营、企业管理等服务类别中注册了商标，如平行进口商在其开设的店铺店招中单独使用权利方注册商标的，可能被认定为服务商标侵权。

尽管在法律规定暂时空缺的情况下司法判例提供了较为明确的指引，但在对平行进口商品是否构成商标侵权进行认定的过程中，司法机关还是会以商标基本原则为核心，结合具体案情个案讨论。

此外，《天津市高级人民法院关于涉平行进口商标侵权纠纷案件的审判指引（试行）》（2020.12.21 发布）指出“进口商品与国内商标权利人销售的商品存在“实质性差异”，主要指进口商品在投放市场后，其商品信息、包装装潢、商标标识等原有状态被改变，使消费者无法获知进口商品的真实来源，足以影响消费者购买商品的意愿或者对商标权益造成其他损害的，依法认定构成商标侵权。”而原告对存在“实质性差异”负有举证责任。

平行进口商品不正当竞争的认定规则

正如前文所述，平行进口行为源于商标权人分割市场，实施差异价格策略，平行进口商利用跨境差价降低销售成本的行为符合市场规律，是自由竞争的必然结果，不具有反不正当竞争法上的可责性。

然而，若平行进口商违背诚实基本原则和商业道德的行为，以损害其他经营者的合法权益或扰乱社会经济秩序的，将会被认定为不正当竞争。

在前述菲拉格慕一案中，被告与原告均销售“SALVATOREFERRAGAMO”的商品，属于同业竞争关系。而被告在未获得任何商标授权、经销权或与原告存在合作经营的情况下，在其官网、宣传册中宣称其与全球超过 300 家奢侈品牌合作，其中包括原告。**前述宣传内容易使相关消费者误解为原告与被告之间建立了品牌入驻关系**，涉案店铺是原告在涉案商场内开设的专卖店，宣传内容与事实严重不符，属于虚假宣传，其不正当地利用了菲拉格慕品牌的声誉以提升其自身经营档次和影响力，从而取得了不正当的竞争优势。

⁶（2018）粤 03 民终 11861 号

同样，在维多利亚秘密商标侵权一案⁷中，被告仅是经销从原告维多利亚公司的母公司处购进的库存产品，在并无证据证明其为该品牌的特许或委托代理商，亦无证据证明对该商标享有使用的权利的情况下，对外宣传其系 VICTORIA'S SECRET 中国总行销公司及中国区品牌运营商，并开展对外招商特许加盟宣传。前述行为同样被法院认定为虚假宣传的不正当竞争行为。

结语

不同市场主体对平行进口商品的态度亦有不同，消费者觉得妙，品牌方觉得卷，进口商觉得赚，这也是平行进口商品在司法实践中存在争议的主要原因。既要保护权利方的独占权又要保证消费者的选择权，既要促进市场良性竞争又要规制不正当竞争。然而，平行进口商在赚取利润的同时需要尊重品牌方的合法权利及市场规则，“平行进口”抗辩不能成为永远的保护伞。

（本文首发于 2023 年 4 月 17 日）

⁷ (2014)沪高民三(知)终字第 104 号

失控的人，失控的智力成果

——新型多元化用工关系下的企业知识产权内控制度设计

周文洁

笔者曾在《伸出一双有形的手，抓住一张无形的网——企业知识产权合规审查流程和审查规则》一文中探讨在商业合作中，对外来的知识产权如何甄别风险。本文审视的对象是企业的自有知识产权，先以劳动法的角度对新型用工关系进行梳理，再提出新型多元化用工关系下，如何颠覆传统劳动人事制度的设计思路，建立对应的知识产权内控制度，以达到在任何用工关系中企业都能高度控制劳动者创造的知识产权的目的。

一、新型用工关系引发的企业知识产权内控制度的变革

今年3月31日，四川科xx公司在北交所IPO获得审核通过。公司主营业务是人防工程防护设备、防化设备及其配套设备等专用设备的研发、生产和销售。根据申报文件，公司成立技术中心，下设研发部、技术质量部，目前技术人员27人，无全职研发人员。¹

以技术为核心的企业，在没有全职研发人员情况下，仍然可以过会上市，可见目前的劳动力市场已经和以往有很大的不同。能够上市过会的企业甚至都无法全职雇佣研发人员开发公司核心知识产权，更不用说普通的中小型企业，一人身担数职，甚至不雇佣全职员工，降低用人成本已经成为常态。鉴于此，摆脱传统的高绑定、高投入的劳动关系，灵活用工和低成本用工方式几乎成为当前所有企业用人的战略方法。

传统的劳动关系中，企业对劳动人事合规制度的构建的思路都是基于劳动合同关系，对员工进行严格的管理。知识产权是产生于“人”的权利，企业自有的知识产权都来自于员工。但是随着新型多元化用工制度的普及，传统劳动关系的构建和管理方式似乎逐渐边缘化，随之而来的是员工对企业的人身依附性在逐渐降低。企业试图以低成本的方式招募劳动者，对于员工来说，即使签署了一份劳动合同，但是工资不够养活自己的情况下，自然会觉得再谋一份或多份副业才能支撑基本生活，在这种情况下，传统劳动人事制度几乎快要失灵，或者说适用场景在缩小，甚至以后签订劳动合同的“劳动关系”会成为一种少数的、偶然性的雇佣方式。而传统处于劳动关系边缘的“劳务关系”，或者多种形式的“灵活用工”，会成为今后雇佣关系的主流。随之而来的，劳动法实务不能再局限于“劳动关系”的争议解决，而是应该去应对新型雇佣关系中的常见问题。相应的，知识产权法律服务也应当聚焦：当传统劳动关系适用情形越来越有限的情况下，以新型多元化用工关系为主导的雇佣关系中，企业应当如何设计劳动人事制度以及知识产权内控制度，以便在低用人成本带来的低人身依附性的用工关系中，仍然将劳动者的“智力成果”高度集中在企业名下。

二、更迭的用工方式对知识产权归属的影响

（一）传统的劳动人事制度和知识产权归属的关系

笔者在日常的实践中发现，传统的基于劳动合同产生的劳动关系，似乎已慢慢无法适应目前新的经济环境和企业经营方式。按照经济学和用工制度的底层逻辑来看，用人单位雇佣

¹ 《全职研发人员为0，IPO过会！》，IPO合规智库微信公众号，2023年4月2日

员工，是为了获取对员工付出的工资成本之外的剩余价值。但是为了让员工愿意长期付出剩余价值，用人单位必须提供额外的“福利”：合理的涨薪和升职规划、足够的休假、缴纳社会福利等，目的都是为了将劳动提供者“绑定”在为单位持续付出剩余价值的岗位上。但在目前的雇佣市场上，出现了“双休违法”，“合法缴纳五险一金是福利”的招聘条件，不但与劳动法对立，更与传统劳动关系的底层逻辑产生冲突：当用人单位无法给予员工持续提供剩余价值的信心和条件的时候，劳动关系就该松绑了。它背后的道理很简单，当用人单位没有实力（包括自身经济实力和长远稳定存续的实力）时，自然不再具备以劳动关系束缚劳动者的资格，劳动者也有选择多线职业的权利。因此，无论劳动者是有本职工作外的兼职，还是无本职工作下从事多线工作岗位，都将作为以后用工市场的主流，劳动法实务进行企业劳动人事制度合规和完善时，都应当充分考虑兼职、劳务派遣、外包等新型灵活用工方式。而作为知识产权律师，着眼点就是，低人身依附性的员工创造的智力成果，如何最大程度地受公司的完全掌控，并尽可能排除灵活就业的员工创造的知识产权背后潜在权利归属争议和财产损失。

（二）新型多元化劳动人事制度和知识产权归属的关系

随着《劳务派遣暂行规定》的实施，企业对灵活用工日益青睐。灵活用工针对的岗位具备替代性、临时性、辅助性，具体分两大类岗位：通用类和专业类。通用类含办公室类和生产及服务类。办公室类：财务、人事、行政、前台、助理、秘书、采购、客服等岗位。生产及服务类：工厂线上岗位、交通物流岗位、终端销售岗位外包、休闲娱乐服务岗位等。专业类岗位含医药研发、IT 研发工程师、工程项目等岗位。²笔者根据用工性质的不同，对雇佣方式和工种作如下分类：

特点和分类	工种	企业用工思路	对劳动者的雇佣方式
高替代性、辅助性	人事、行政、前台、秘书、助理	对劳动者经验、技术要求较低，企业培养人力的成本低，职业壁垒较低。用人单位倾向于以控制成本为目的雇佣员工，年轻劳动者占优势，但岗位流动性强，企业会不断更新低成本的年轻劳动者为保证成本最低的目的。	劳动合同（小公司）、派遣合同、外包合同（中型或大型公司）
	工厂线上类岗位		
	交通物流类岗位		
	休闲娱乐服务类岗位		
	销售终端岗位		
	客服		
临时性	市场	偶发性需求，专业性较强，有职业壁垒，企业自主培养人才成本较高。企业倾向于出现需求时采购或者定期采购服务。	外包合作合同、承揽合同（委托创作/委托发明合同）、合作合同
	财务（执行人员）		
	法律事务服务		
	研发		
	IT类		
	工程项目及项目管理	例外：以研发结果作为公司核心资产的企业有可能会与研发人员签署劳动合同。	

笔者认为，对于大公司来说，只要保证和决策层、高级管理层等个别员工签署劳动合同进行直接管理即可，剩余公司的其他员工都可以以非劳动关系（特别是派遣、外包等）吸纳劳动者提供低技术、辅助型的服务，足以维持正常运营。而对于小公司来说，在不具有引入派遣、外包团队提供非核心岗位服务，而不得以劳动关系雇佣劳动者时，自然会对这些劳动者提出更高的履职要求，所以就会出现“1个人干3个人的活，拿1个人的工资”的现象。

² 《灵活用工，让企业用工灵活多变切合实际》，金脉企服微信公众号，2023年4月20日

由此可见，在如今尽可能压低用人成本的环境下，无论在大公司还是小公司中，传统劳动关系下的岗位和就业机会都将越来越少，以劳动关系雇佣劳动者将逐渐成为雇佣关系中的非主流现象。

从知识产权内控和合规角度来说，传统劳动人事制度中的“一切知识产权归属于企业”、“排除相同行业的兼职”等简单粗暴的一刀切规定，已经无法达成将知识产权完全置于企业控制之下的目的。即使劳动合同中有类似规定，只要员工觉得工资不够的时候，仍然会寻找以个人名义以承揽、合作等形式为其他企业提供智力成果。传统的规定方式在新型用工关系下逐渐变成一纸空文。在建立新的知识产权内控制度之前，首先企业应当摒弃传统的“偷懒”思维，并以知识产权合规制度的细化来弥补传统劳动人事制度中的不足。

三、新型多元化用工方式中的企业知识产权内控制度的实践方法

（一）企业自有知识产权类别的区分

传统劳动关系下，企业对劳动者的智力成果的控制，往往会采用非常简单的“工作期间产生的知识产权归属于企业”这样的笼统条款。甚至无论全职、兼职、派遣、外包，都统一使用这样的条款。但绝大多数劳动者，在寻找多线工作的时候，必然只会寻找能用到自己特有的技能的相同性质的岗位。比如：设计师会在多家设计机构兼职、程序员在多家公司进行程序开发和软件设计。劳动者运用自己的技能，在不同用人单位的相似的岗位上，创造出相似，甚至相同的作品和产品，很难定性最终的成品到底归属于哪家企业。在此情况下，应当将不同雇佣环境下由员工产生的知识产权进行分类保护。

1、普遍保护的对象——商业秘密

排除高级管理层、决策层的员工在工作中产生的知识产权，其他员工在工作中产生的知识产权应当只作为商业秘密被保护，对商业秘密有效保护要求企业在内部管理和合规流程上做到：

1) **确定商业秘密的范围：**以明示的方式在日常邮件或者往来工作文书中向员工明确其创造的商业秘密具体内容，如：员工向上一级负责人交付设计工作成果、文字工作成果、技术成果时，由上级/高级主管确认工作成果以后需要明确告知员工其成果内容并明示将其作为商业秘密归属于公司；

2) **日常的保密措施：**不允许自带复制数据的工具转移工作成果、重要文件设置密码、保存于指定空间或保险箱的文件资料；

3) **日常的商业秘密培训：**日常重申商业秘密保护范围和保密的必要性，或告知因泄露商业秘密被处罚的案例；

4) **保密制度的完善和监督实施：**劳动合同、公司规章制度和其他相关内控制度中必须规定一致的、明晰的保密制度，并定期检查保密制度的实施结果。

2、特别保护的对象——三大可确权的知识产权（著作权、专利权、商标权）

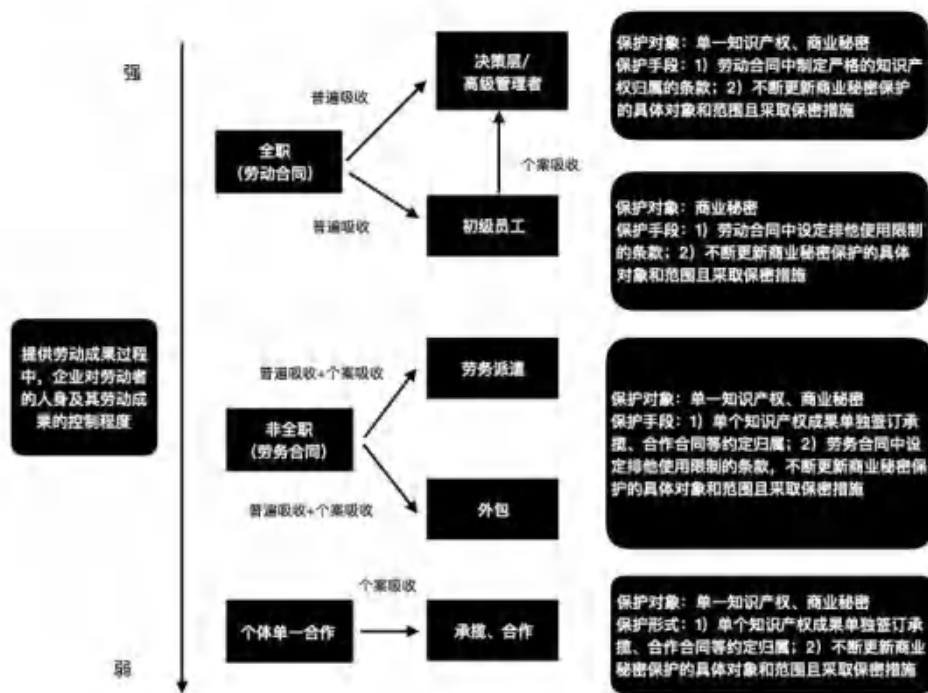
笔者不建议将高级员工/决策层以下的员工创造的劳动成果作为具体的著作权、商标权、专利权的创作者给予认定，而只将这些成果视为形成三大可确权的知识产权的初步素材或组成部分。背后的逻辑是，员工创造的智力成果在未经公司确认之前，只能作为不可对外公开的、且只能专属于企业的商业秘密被保护，只有最终当这些素材在获取高级员工/决策层认

可，并满足取得著作权、专利、商标的权利之后，才正式由企业作为权利人对这些知识产权付诸实施，并承担责任。

因此，在约定中层或以下的员工的知识产权归属时，应当在劳动合同中约定以商业秘密的方式进行保护，并采取必要的保密措施。而在员工的工作成果最终被高层管理人员以及决策层确认并申请确权保护时，只能以高层管理人员以及决策层员工的名义申请知识产权，以便将知识产权最终确立在公司可以直接控制的员工名下。

（二）不同用工关系中的劳动者创造的智力成果的保护方式

结合前述论证，笔者归纳了不同用工关系中的知识产权归属方式如下：



1、劳动合同下的劳动者

鉴于可确权的三大知识产权应当最终归属于企业，在劳动合同和公司规章制度的制定中，可以给高级管理层/决策层员工制定较高的保密义务和限制使用条款。企业经营中，高层的稳定性一般比中低层较强，企业往往会赋予高层员工更多的职能范围，这些员工更需要以企业的利益为优先。因此从劳动法的角度看，高层员工也具有较高的人身依附性，适合设定严格的保密条款和知识产权归属约定条款。而对于创造了相关素材的其他劳动者，给予相应的报酬，并将其创造的素材作为商业秘密保护即可。

因此在签订劳动合同时，对于高级管理人员/决策层人员，应当约定将其在工作中创造的“知识产权以及商业秘密归属于企业”，申请专利和著作权登记时，可以将这些员工列作为作者、发明者、设计者。而对于中层以下员工，只是将其工作范围内的创造的“商业秘密归属于企业”，并定期更新其创造的商业秘密的对象和范围，且针对这些成果采取必要的保密措施，即可实现保密的目的，以防止智力成果外流的后果。

这种制度设定方法采纳的是“普遍吸收”和“个案吸收”两种方式，即：劳动合同赋予高层/决策层获取知识产权创造者的身份，先由公司通过劳动合同“普遍吸收”所有员工创造的智力成果。实际运营中，中层以下的员工创造的个别素材被上层确认并申请确认为著作权、商标权、专利权可以视为“个别吸收”。与此同时，中层的以下员工创造的其他素材，也都作为商业秘密为企业“普遍吸收”。

举例：

初级研发人员设计的技术方案，提交给研发总监，经研发总监确认决定申请专利的，由研发总监作为发明人，初级研发人员可以作为第二发明人甚至不给予发明人的身份，而只给予相应的报酬。这样设计的理由是，研发总监的岗位一般会保持相对稳定，公司对研发总监的人身控制性较强，因此也相应的对其名下的专利权有绝对的控制权。而对于初级研发人员，岗位稳定性较低，人身依附性较弱，更不排除研发人员会有其他兼职或者外包为其他公司从事研发工作的可能性，不利于公司知识产权权利的稳定性，公司对其掌控性很低。低掌控性直接带来的劣势就是，核心知识产权的价值因归属不确定而不稳定，在公司募集资本的估值过程中，价值往往较低。

2、劳务合同下的劳动者

对于派遣、外包等非劳动关系下的劳动者创造的智力成果，企业的可控性更低。因为这种雇佣环境下的劳动者并不是和企业直接签约，劳动者对企业的人身依附性更低。特别是在外包的情形下，也因为劳动者可能为多家企业提供劳动成果，其创造的性质相同或者内容相似的成果，几乎无法区分具体归属。往往争议发生频繁，且现行法缺乏有效的确定权利归属的依据。

在劳动人事制度合规时，首先企业应当明确，劳务合同中一条笼统“知识产权归属于企业”的规定对企业后期获取知识产权、并排除争议，效果非常有限。如果说在上一种模式中，对初级员工，以商业秘密的普遍吸收，已经可以起到足够的控制效果，那么对于并非属于本单位的员工，鉴于管理更加松散，保密措施有一定的障碍，上文中提到的商业秘密普遍吸收法已经不再完全有效。企业对于此类员工创造的个别知识产权应当以“普遍吸收+个案吸收”的方式来保护，即：**公司针对员工创造的所有素材，先作为商业秘密被普遍吸收，再针对个别价值重大的智力成果，单独签订委托创作/研发协议、合作研发协议等，约定权利归属和利益分配，并限制排他使用的范围和条件。**这种方式相比笼统的约定更能证明权利来源的明晰和企业对权利的实际掌控力。也就是，在劳务合同的基础上叠加其他合同，以公司的名义有针对性的个案吸收智力成果，并通过约定排除潜在的权属不明晰的情形。

如果员工创造的知识产权可以直接作为三大可确权的知识产权，也可以直接签署单个的承揽、合作合同，直接以个案吸收的方式约定权利归属和利益分配。

3、临时劳动者

相比上一种用工方式，企业对临时劳动者的控制力最弱，因此单一的合同约定归属，并使用严格的限制条款即可满足对知识产权的绝对控制力。相比上一种情形，此处可以简化到只需要一份单一的合同，通过个案协商，即可提前排除绝大多数争议。企业对因此而产生的

知识产权有绝对的控制力，但此时的合同已经完全脱离劳动关系和劳务关系，不存在任何人身依附性。

特别注意：“兼职”并不属于劳动合同关系，可以作为第 2 种情形中的外包人员进行管理（定期发放兼职工资），也可以作为第 3 种情形中的“临时劳动者”进行管理（按服务内容单次发放报酬）。即使定期发放工资的兼职人员，如果企业对其没有足够的控制力，不能认定其具有劳动关系，其创造的知识产权不能认为由企业绝对控制，因此兼职人员创造的智力成果因其身份的不确定性最有可能引发权属争议，其创造的智力成果不能成为企业可以高度、直接控制的资产。这一点在募集资本，特别在估值过程中，最容易被投资人忽略，从而对企业和项目估值过高。

总结

结合上文对多元用工关系下的多层级知识产权内控制度设计思路，笔者归纳出实现强控制目的的知识产权内控制度要点如下：

	作品	发明/设计	商标	商业秘密
权利人	企业			企业
	<ul style="list-style-type: none"> - (普遍吸收) 通过劳动合同约定归属于企业，制定严格的使用和保密条款，<u>约定对象仅为决策层或者高级管理人员，或</u> - (个案吸收) 通过承揽合同或合作合同约定归属，<u>约定对象为不具有劳动关系的任何劳动者</u> 			<ul style="list-style-type: none"> - (普遍吸收) 通过劳动合同或劳务合同约定归属，且 (个案吸收) 在用工过程中，高层管理者/决策层不断向员工更新商业秘密保护具体对象和范围，并采取必要的保密措施，<u>约定对象为具有劳动和劳务关系的劳动者，或</u> - (个案吸收) 通过承揽合同、合作合同约定归属，<u>约定对象为临时劳动者</u>
传统劳动人事制度中常见的实践盲区对知识产权内控制度的影响	1、传统规定“知识产权归属于企业”不适用于绝大多数新型用工方式下员工创造的知识产权，企业无法因此而获取权利，争议发生概率很高； 2、劳动合同中“禁止兼职”的约定无法实际约束员工，特别是员工以承揽、合作的方式为其他企业创造的知识产权，争议发生概率很高； 3、企业对“兼职”员工发放工资，并不代表企业对兼职员工有绝对控制权，员工创造的知识产权也不一定归属于企业。			
解决对策	摆脱单一的劳动合同/劳务合同和单一条款的保护思维。在普遍吸收的基础上，以个案吸收的方法，与员工同时签署其他合同明确知识产权类别、归属约定、保护条件、使用限制等。			

（本文首发于 2022 年 5 月 29 日）

不当获取商业秘密但尚未对外泄露，难道就无法确定损害数额了吗？

虚拟“许可使用费”或可一试！

黄璞虑、徐琰

引言

硬核公司是一家技术密集型企业，高薪聘请了员工艾学习参与研发大数据技术。由于该技术一旦研发成功，能为公司带来一定的竞争优势，因此硬核公司决定以商业秘密保护该技术，并与艾某签订了保密协议。然而一年后，艾某提出了离职，并在离职前将其研发过程中接触的全部文件私发给了自己的网盘。公司通过监测软件发现了艾某的发送行为，但艾某称，其仅发送给了自己的网盘，目的只是为了个人学习使用。目前，硬核公司也没有证据证明艾某实际使用了该商业秘密或泄露给任何第三方。

那么，在没有使用和对外泄露的情况下，如何确定艾学习侵犯商业秘密给公司造成的损失呢？进一步看，如果解决不了定损的问题，会不会影响刑事层面能否构成“情节严重”，从而是否构成犯罪的問題？民事层面，又是否会造成损害赔偿的诉请难以得到支持呢？

上述行为人以不正当手段获取商业秘密，但尚未对外披露、使用的行为，在司法实践中被称为“**持有型**”侵害商业秘密行为。一般而言，侵害知识产权案件中以“原告的实际损失、被告的侵权所得、参照许可使用费”的方式确定损害数额。前述案中，前两类计算方式难以证明，只能依托“许可使用费”。然而，由于商业秘密的特殊性，对外许可商业秘密一定程度上又会导致贬损商业秘密的非公知性、影响保密措施的有效性，从而降低商业秘密的价值本身，因此商业秘密实际许可使用情形相对较少，使得参照实际发生的许可使用费确定损害赔偿数额的方式在商业秘密侵权案件中亦难以发挥作用。

由此导致的问题是：行为人虽然不法取得了商业秘密，但没有对外披露、使用、允许他人使用，甚至自己也尚未使用，所以仅从表面上看很难认定存在实际损害，在刑事案件中似乎也难以达到“情节严重”的标准，在民事案件中也容易被误解为没有可“填平”的损害。此种被告尚未获得收益、原告亦难以举证其损失，且没有实际订立的商业秘密许可使用合同来提供可参照的实际许可使用费，在侵犯商业秘密的刑事案件中如何确定损害数额，并进一步影响是否定罪及是否量刑，以及在民事案件中确定损害以便影响赔偿数额，都成为了司法实践中的难题。

一、虚拟“许可使用费”的司法尝试

值得注意的是，“持有型”侵害商业秘密行为更为隐蔽。有时候行为人已经向他人发送了商业秘密，只是难以取得外发的证据；也有的时候，行为人取得商业秘密后伺机待发，如果一段时间后仍没有东窗事发，再按照计划向他人对外发送商业秘密，所以侵害行为被发现时，还没有实施使用、披露的行为。但他们一旦实际使用、披露了权利人的商业秘密，将对权利人造成严重且难以弥补的损害，因此，不能因为尚未造成实际的侵权损害或不当收益，就放任此类行为的存在，不对其进行相应的打击、惩戒。

2020年《最高院、最高检关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》第五条也持类似观点。其规定，前述“以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的”的持有型侵害商业秘密行为，权利人的损失数额可以

根据该项商业秘密的“合理许可使用费”确定。那么，如何“合理”地认定“许可使用费”呢？是否该商业秘密必须实际对外许可使用过，才能参照确定“合理许可使用费”呢？

其实不然。在我国司法实践中，存在评估机构以假定权利人对外许可第三人使用商业秘密能虚拟地获得多少“许可使用费”为判断依据，评估出虚拟许可使用费用以定损的各类案例。该方法使得没有实际对外许可的情况下，成功适用虚拟的“合理许可使用费”确定损害结果，判定行为人行为构成侵犯商业秘密犯罪：

在绍兴市中级人民法院审理的“俞某等侵犯商业秘密罪”一案¹中，法院认为，行为人虽尚未对外规模销售，但其行为造成的损失客观存在，尽管评估得出许可使用费损失价值是一种假设，但该假设由原始凭证以及相关财务资料为依据，仍具有一定的参照性。因此，法院采纳了评估机构评估确定的许可使用费，并且定损结果符合法律规定的“情节严重”损害数额，最终认定被告的行为构成侵害商业秘密罪。类似地，在宁波市中级人民法院审理的“音王电声”案²中，行为人不正当获取商业秘密后，也尚未对外披露。法院认为，此类侵权行为对权利人的损失在于许可侵权人使用商业秘密的机会几乎丧失，因此采纳评估机构的结论，在该技术没有实际对外许可的情况下，依据评估出的数额，虚拟了一个合理的许可使用费，并以此作为定罪的依据之一。

二、 如何确定可参考的虚拟“许可使用费”？

评估机构一般采用最常见的三类资产评估方法确定虚拟许可使用费，即**成本法**、**收益法**、**市场法**。其中，并非所有的评估方法都适用于本文所述的“持有型”侵害商业秘密案型，且各类评估方法的考量重点各有侧重，且均与一般有形财产的估值方法不同。

1.成本法——不适用于尚未使用、披露商业秘密的“持有型”行为

成本法是指，在现实条件下重新建造一个评估对象所需的全部成本，即，商业秘密的全部研发成本，并扣除商业秘密的技术折旧成本。

在“音 X 电声”案中，评估机构同时采用了成本法和收益法两种方法评估涉案商业秘密。其中，若以研发商业秘密投入的全部成本计算，该商业秘密的虚拟许可价值为 1143.5 万元，而以收益法计算，该商业秘密的虚拟许可价值为 182 万元。法院明确指出，由于商业秘密尚未实际使用，侵权行为未造成商业秘密被公众所知悉，因此，商业秘密的商业价值没有全部丧失，不宜以商业秘密的研发成本评估许可使用价值。

综上，**成本法适用于商业秘密完全暴露的情形**，而在“持有型”侵害商业秘密行为中，由于商业秘密并未泄露、使用，因此不宜采用成本法确定可参考的虚拟“许可使用费”。

2. 收益法——需考量技术对收益的贡献率，及密点对技术的贡献率

收益法是指，根据知识产权的贡献原则，通过销售收入分成率将因知识产权而产生的收入从产品的全部收入中“分离”出来，并将知识产权未来收益折现，从而得到知识产权评估价值的方法，公式如下图所示：

¹ 参见（2015）浙绍刑终字第 874、875 号刑事判决书。

² 参见（2021）浙 02 刑初 35 号刑事判决书。

$$P=K \times M \times \sum_{i=1}^n R_i / (1+r)^i$$

其中：

P为知识产权评估价值；R_i为评估基准日后第i年预期销售收入；

K为商业秘密占比商业价值的贡献率；M为涉案密点占比商业秘密的贡献率；

n为收益其期；l为折现期；r为折现率。

收益法是知识产权价值评估中最主要的方法，但并非权利人的全部收益均可作为商业秘密的许可价值。具体而言，在“音王电声”案中，鉴定机构对涉案技术进行收益法评估后，进一步对被评估的技术之于整体技术的贡献度进行了评估，考量了商业秘密剩余经济寿命期、折现率、技术分成率、技术贡献度和未来收益期内的收益额等等因素；在“俞科等侵犯商业秘密罪”一案中，评估机构也首先计算了行为人违法获取的维生素E生产工艺线路之于权利人享有的维生素E整体生产商业秘密的权重占比，从而确定了商业秘密合理的商业价值。

总的来说，使用收益法计算商业秘密的虚拟许可费价值，**需要有较为充分的证据和数据，从而准确考量商业秘密技术贡献率、所涉泄密范围在商业秘密中的贡献率以及商业秘密的经济寿命、收益额、折现率等因素，通过前述数据虚拟出涉案商业秘密的未来收益，得到更科学合理的商业秘密许可使用费估算结果。**

3. 市场法——主要应考量技术效果、技术成本是否近似

市场法是指，将评估对象与市场上已有的类似产品或技术进行对比以确定评估对象价值。

在浙江某公司侵害商业秘密案中³，浙江韦宁资产评估有限公司认为，航天拓X公司所采用的技术与权利人公司所用技术在**产能、产品及综合成本**上均接近，因此参照了该公司已登记的专利及专利技术许可合同，认定了涉案商业秘密的合理许可使用费。

诚然，在市场上寻找到与涉案商业秘密高度近似的技术方案、权利类型且经备案的合同，绝非易事。因此，在适用市场法时，主要应考虑技术效果、技术成本是否近似，劣后考虑技术方法。举例而言，商业秘密和专利虽然不是一种权利类型，但如果二者能实现高度近似的技术效果，则专利的许可使用费就可以用于推定商业秘密的许可使用费；又如，计算机软件著作权的授权许可费，虽然类型上属于著作权许可，但也是一种技术类许可，因此也可作为参考许可费标准之一。

除前述方法外，由于市场法是一种参照市场近似产品或技术的较为粗糙的方法，因此还应当将市场活动中涉及的各类参考因素纳入考量：例如，当侵权人与权利人是竞争对手关系时，由于商业秘密权利人一般不会许可给竞争对手使用，因此需一定程度提高许可使用费的参考数额；又如，在持有型商业秘密侵害案中，从法理上普通许可使用费相对独占许可使用费更符合定损的参考标准，如果同类技术在市场上只有独占许可使用费，考虑到普通许可使用费往往低于独占许可费，则评估时可在市场独占许可使用费的基础上，酌减数额予以定损。

³ 案件来源：<https://mp.weixin.qq.com/s/o1IHuJ7zBe1ArUhdVXQ2FA>

三、 刑事案件如何更合理地适用虚拟“许可使用费”？

诚然，通过评估机构评估得出的商业秘密许可费是存疑的，根据“有利于被告人”原则，存疑部分应当作有利于被告人的解释。但该解释方法并非排除适用“虚拟许可费”，而意味着在用评估得出的虚拟许可使用费进行定罪后，在量刑时应当比照同等数额的真实发生的许可使用费进行量刑酌减，从轻量刑。

此外，适用虚拟许可使用费进行量刑时，还需要考量行为人的主观状态、客观方面。从动机上看，如果行为人本身是为了不正当获取商业秘密而进入权利人公司，则该行为人主观恶性严重，应在量刑时予以考量从重。除持有行为外，有的行为人还会为了使用商业秘密实施积极的准备行为，例如购买了原材料、生产设备、组织业内人士准备组建新公司等，这些客观方面也会与行为人的主观状态互相印证，在虚拟“许可使用费”的评估范围内酌情加重。

四、 如何在民事案件中参照适用虚拟“许可使用费”？

民事案件中，当无法证明原告的实际损失、被告侵权获益或对外实际发生的许可使用费时，还可以适用法定赔偿确定赔偿数额，其证明难度和说理要求更为简单，因此，在“持有型”商业秘密民事侵权案件中，通常不会舍近求远地适用虚拟许可使用费确定赔偿数额，而采用效率更高、简单便捷的法定赔偿认定赔偿数额。

根据司法实践来看，即使是在刑事案件中法院已认可的虚拟许可使用费，在民事案件中也不一定会被直接采纳。音王电声公司在刑事判决后，另行向宁波市中级人民法院提起了关联民事诉讼⁴。然而，虽然在刑事案件中法院采纳了评估机构的鉴定报告，确认涉案商业秘密虚拟许可费价值为182万元，但民事审判中，法院认为，民事损害赔偿应以“补偿为主、惩罚为辅”为裁判准则，由于侵权行为并未造成涉案技术的商业价值实际上丧失，因此不应以此为基数主张民事案件中的实际损失。

前述案件仅意味着虚拟许可费目前并非当然地会被民事案件审理法官所支持，但并不意味着民事“持有型”侵害商业秘密案件就无法获得损害赔偿。在最高院审理的“大连倍通诉崔恒吉”侵害技术秘密民事案件中⁵，行为人崔某在离职前，将其工作中所接触的公司机密通过邮件外发给自己的私人邮箱，法院认为，该行为客观上可能会给权利人造成损害，虽然这些损害难以通过证据证明，但并不意味着损害不存在，法院最终以法定赔偿的方式判决侵权人承担了赔偿责任。

正如最高院所述，行为人不正当取得商业秘密的行为，本质上仍会使权利人的商业秘密陷入丧失控制的风险，权利人为维护该商业秘密，需要花费更多的时间、金钱、精力，且完全丧失了许可行为人使用商业秘密的可能性，这些损失已然实际发生，法院不能仅仅因为无法证明损害数额而不予置评。从举证要求来看，刑事案件要求达到“排除合理怀疑”，而民事案件只要求“高度可能性”，既然刑事案件都可以以虚拟许可费评估损害后果，则民事案件中允许将鉴定机构对虚拟许可费的评估结果作为参考依据，从而确定对权利人造成的损害范围，酌情确定判赔数额，亦符合法理。作为权利人方，可尝试尽可能地提交殷实的证据，证明评估结论的合理性，即使不能使法院以许可使用费为由确定基数，也可以一定程度上作

⁴ 参见(2021)浙02民初1093号民事判决书。

⁵ 参见(2021)最高法知民终1687号民事判决书。

为法定赔偿的考量因素之一，影响判赔数额的认定。

五、 结论

首先，持有型商业秘密犯罪中，如果商业秘密是侵害人以不正当手段获取的，那么可以以“虚拟许可使用费”作为刑事案件的定损依据。

虚拟许可使用费可以资产评估的方式确定，其中，“成本法”不适用于持有型侵犯商业秘密行为模式，“收益法”和“市场法”只要满足条件，并有相应的数据支撑，就都能够使用。实践中也可以把后两种方法结合起来确定损害数额。

至于定罪量刑如何罚当其罪，由于最终评估得出的数据是虚拟的，基于“有利于被告人原则”，在确定具体量刑时可考虑酌减从轻。此外，量刑的轻重还要考虑被告人的主观意图，客观上是否实施了准备行为等多种因素，这样才能罚当其罪。

最后，在“持有型”商业秘密民事侵权案件中，因法定赔偿计算方式更为简易，法院目前尚不倾向于用虚拟许可费作为计算依据，即使是刑事案件中法院已认可的评估结果，民事案件也有可能不被采纳。但持有型侵害商业秘密行为实质上也会对行为人造成损害，且从法理上来看，民事案件中参照适用虚拟许可使用费定损并无不当，因此，将虚拟许可使用费作为考量因素，酌情确定民事案件的侵权损害赔偿数额，未来或亦有可能成为一种商业秘密民事案件的定损定赔方式。

（本文首发于 2023 年 5 月 29 日）

星瀚人文

热爱法律的技术派

再次出发，与星同行——记星瀚 2023 年团建



去年猝不及防的上海封控，让星瀚的旅游、团建不得不被迫按下暂停键，今年，我们再次踏上征途。3月31日，上海星瀚律师事务所全所同事前往武汉，和武汉分所同事共同开启了2023年度为期三天两晚的团建活动。

工作年会，虽迟但到

武汉团建的第一个环节是姗姗来迟的2022年度工作会议。会议上，高级合伙人汪银平律师为大家介绍星瀚2022年度业务数据情况；星瀚运营管理负责人宋佳带大家回顾过去一年的运营工作，并作新一年度工作展望、制度宣导；主任卫新律师作主任致辞。



颁奖环节穿插其中，2022年度的各大奖项一一揭晓，再次恭喜所有获奖的优秀星瀚人！



晴朗运动会，天晴心也晴

晴朗运动会是星瀚团建的保留节目之一。考虑到同事们前往武汉当天已经经历了早起的考验，就不在体力上为难大家，本次运动会我们主打脑力运动，分为三轮：狂飙、排排站接龙、缘来是你——你能猜到是什么游戏吗？

狂飙，我们飙的是演技，又名，你来比划我来猜。有些题目，一起来看看同事们的“演技”如何吧！



排排站接龙，该游戏要求同事们站成一排，前一位说名词，后一位以“我X过”的形式进行接龙，以此类推。一开始大家都以“苹果”“香蕉”等词语小心试探，熟悉规则后，平常很好相处的同事挖起坑来绝不手软，“美女”“爱情”“手铐”……过程中金句频出，爆笑不断。



因为这次团建不仅有刚加入的新同事参加，还有之前一直是“网友”的武汉同事加入——**缘来是你**，是一个可以快速认识同事的游戏，也是整场游戏的高潮。规则很简单就是音乐

暂停后要快速、准确地说出对方组员的名字——只是规则一经宣布，台下便立即炸开了锅，同事们纷纷开始“补课”熟悉自己的对手。在游戏中也使出了戴帽子、戴口罩、换衣服等手段，把自己“伪装”起来。



本次晴朗运动会我们以星座分组，经过三轮“厮杀”，最终双子、天秤、射手成为本年度的最强星座。



一样的路，看不一样的风景

来到武汉，怎能不登**黄鹤楼**。尽管天气炎热，但不少同事还是攀到了最高点，领略曾经在课本中学到的“晴川历历汉阳树，芳草萋萋鹦鹉洲”。除了让书本照进现实，品尝网红雪糕、寄明信片也成为了打卡项~



到了下午，我们又来到了东湖开启**星瀚露营 2.0**。和上次的碳火铁架烧烤相比，这次设备有所升级，但依然感谢星瀚的烧烤达人们，为同事们的饱腹作出巨大的贡献。烧烤完，有的同事在草坪上玩起了飞盘，大汗淋漓；有的同事坐在天幕下，打牌、桌游、聊天；还有的同事来到皮划艇基地，同心协力，泛舟湖上，好不惬意……





第二天，同事们又兵分两路：一组前往户部巷体验**过早**文化，热干面、牛肉面、豆皮、藕粉……一路逛吃，一边觉得吃不下了，一边又想再尝两口；另一组同事则来到**湖北省博物馆**，感受历史文化的沉淀，欣赏编钟表演的震撼。



与星同行

从今年开始，星瀚会给入职 5 周年、10 周年的同事颁发纪念奖杯、纪念金币。因为这是第一次“与星同行”的活动，一下子颁出了 27 人。很多五年以上，十年未滿的同事也只能按五周年发放纪念品。“成长”“突破”“朋友”“感恩”……一个个关键词串联起了星瀚人与星瀚的记忆，回忆起来，都仿佛就在昨天。当然，我们也更期待未来的故事……



星瀚相信，所谓优质人生，就是做喜欢的事，和喜欢的人在一起。前路无常，愿我们一路同行。

（本文首发于 2023 年 4 月 7 日）

星瀚运动社，英姿习射箭

自 2021 年星瀚启动了精彩纷呈的社团活动以来，星瀚先后创立了不少社团，既拉近了同事间的距离，又丰富了同事们工作之余的生活。这其中，运动社既是“元老”，也是“常青树”。

一起运动的快乐

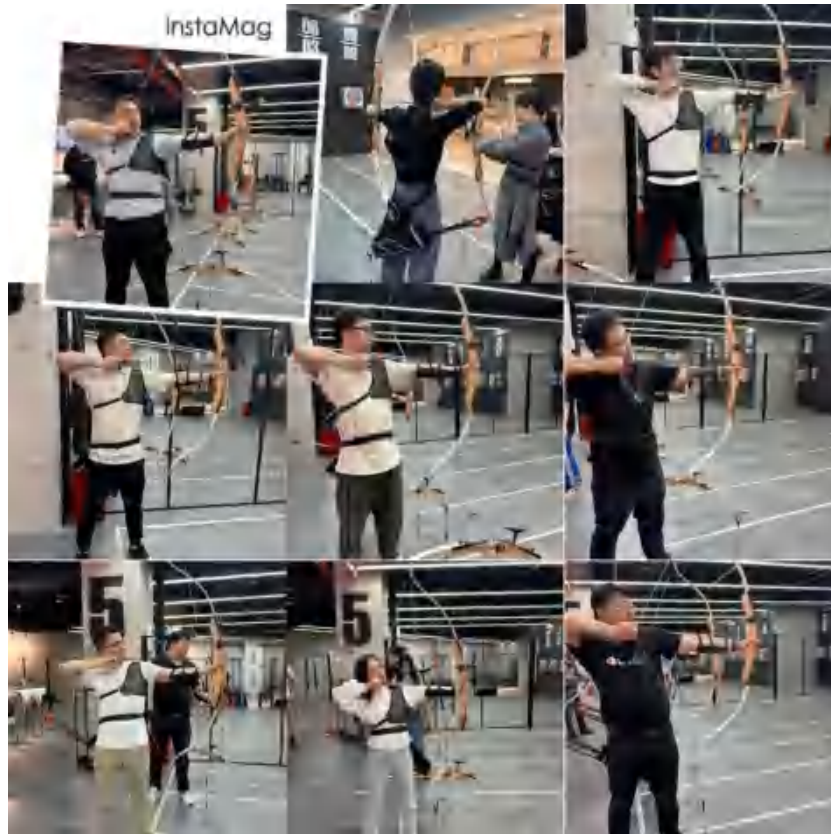
每年同事们加入运动社的原因五花八门：有的同事是本身就热爱运动，也有的同事是有运动的习惯，希望可以在社团中有不同的体验，还有的则想通过加入运动社倒逼自己在工作之余动一动，强身健体、延缓衰老——没错，无论是上述哪个原因，星瀚运动社都可以满足你！

星瀚运动社一直以来有一个“周四之约”：每周四晚 8-10 点打上一场羽毛球——这个保留节目可谓是星瀚社团界的一段佳话~大家聚在一起打球、挥洒汗水，休息时也会在场边聊案子、分享观点，特别轻松、快乐。



但是，这一次，星瀚运动社玩了些不一样的。

ps.星瀚社团的每一次活动，都不仅限于社员才能参加。公司金融部的法务秘书哈哈本次就通过刷脸获得了入场券：“那天晚上我正对着工作发愁，耳朵不经意捕捉到了附近同事说运动社今晚要去射箭的消息，手上的工作立刻就不香了（不是）。”



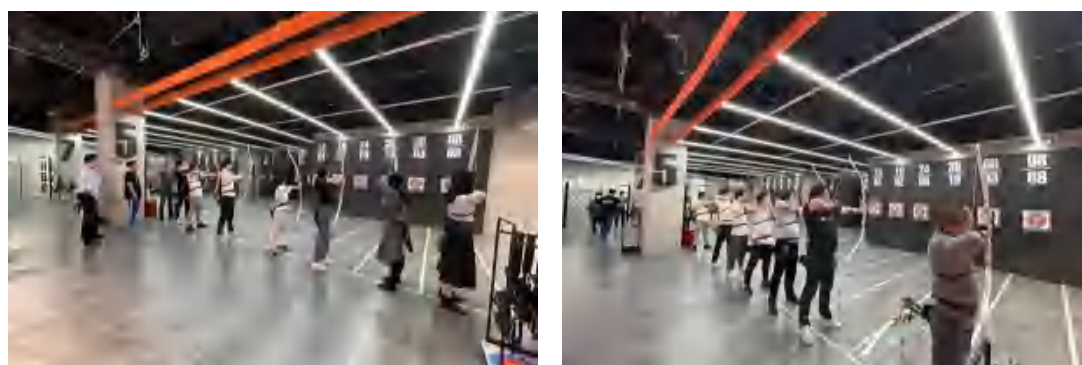
射箭初体验

作为社长，我们的 HR 唐嵘说，运动社不仅要让大家有时间一起运动，还会不定期开发一些新鲜项目，最好能让不爱运动的人爱上运动，让大家都体会到运动的乐趣、找到最喜欢的运动项目。这次射箭活动是有社员发现长宁来福士新开了家射箭馆，大部分人都还没得及去打卡，距离又比较近，所以就在群里发起了接龙。“大家报名非常积极，这场射箭活动很快就定了下来。”



谈起射箭，小编之前和某位于姓同事也为了工作去体验过一次，不能说射得百发百中，只能说乱七八糟——一个不敢拉弓，一个开弓没有上靶箭。最后为了不浪费，我们直接把剩余的箭让给了旁边的小哥，大大增强了路人的体验感。所以当社长大人向我们发出要约的时候，我俩直接“婉拒了哈”。不过同样是第一次，运动社本次的射箭之旅就是另一番景象。

到达射箭馆，社员们带上护具、听教练传授一些基本的姿势和注意事项，便开始各自练习。蔡成思律师和元昊律师两人上手后还展开了一次pk，蔡律师表示：“体验非常棒！成功让我爱上了射箭。就是后续一直没跟元昊律师约上，有机会周末约。”李真律师也说：“这是一次很新奇的体验，射箭是我之前没有尝试过的运动，打开了新世界的大门。场地就在楼下，比较方便，且环境、教练都很不错。”（小编os:可见好老师的重要性）



骨骼清奇的射箭小天才

第一次射箭的人带着一些新奇和忐忑，之前玩过的人则驾轻就熟了不少，周晓鸣老师便是其中之一。周老师和磨合了一会儿便化身免费教练，纠正同事们的姿势，热心指导大家射箭。公安出身的周老师射技精湛，并不让人意外，本次活动最大“黑马”当属哈哈。一场活动下来，向来安安静静的哈哈荣获“丛林女战士”的头衔。虽然哈哈声称自己是个非常不爱运动的人，但却对划船射箭这类莫名向往（可能真的是游牧民族的基因，有机会应该再试试骑马射箭）。“之前玩过一次射箭意犹未尽，这次也一如既往的有趣。我是主打一个量多取胜，虽然永远不知道下一箭会射中哪里，但总会有10环的机会，在大家休息的时候还见缝插针多玩了一轮。”哈哈说，“以后遇到需要填特长的表格时我再也不用迷茫了，可以坚定地写下射箭 hhhh！”



社长唐嵘表示后续还会组织一些之前不太会接触的项目,例如拳击、攀岩、棒球等等……社员们有特别想去打卡尝试的运动都可以和她沟通,当然,也欢迎所有感兴趣的同事们积极参与!

射箭这项运动如同于赓琦律师说的,是项很酷的运动,不知道有没有引起你的兴趣~那,这个周末,你有什么运动计划呢?

(本文首发于 2023 年 5 月 19 日)

沉浸体验，热爱冒险的星瀚桌游剧本杀社

在星瀚，我们不仅有研究桌游、剧本杀行业法规的律师，也有桌游剧本杀社。儿童节刚刚过去，我们成年人也有自己的游戏——上周六，桌游剧本杀社举办了今年第一次沉浸式密室逃脱活动。今天的人文，我们一起来感受其中的推理、社交与热爱~

沉浸体验烧脑解密

相聚在桌游剧本杀社，大部分同事自然是出于对这项活动的喜爱，朱珂廷在加入社团之前，和朋友玩过几次密室，每次都获得“肉坦”的称号，他是重度狼人杀选手，中度剧本杀选手。当然也不乏有听老社员们安利社团经费充足活动多多慕名而来的。

提到狼人杀，这无疑是星瀚人最爱的桌游。何蕊律师说她在上学的时候偶然跟朋友玩了一次狼人杀，就热爱上了这项游戏。“每次拿到狼人的时候，冲锋陷阵；每次拿到神的时候，横行霸道；每次拿到民的时候，双眼无神。”（知道的朋友们下次可以通过何律师的状态来判断）

入社当然是为了好好玩，但也有的律师是为了“体验生活”，记得有一位律师的入社理由是：我有个客户因为老公沉迷剧本杀要离婚，所以我来看看是什么东西。



在此之前，桌游剧本杀社组织过一次大型换装类沉浸式“校园大逃杀”。这一次活动无疑是令大家印象最深的一次。此次活动涵盖解密、微恐、枪战……法务秘书朱朱说：“当时感觉身边小伙伴们都好厉害啊，全程智商在线哈哈~但是最后变成了自相残杀……所以大家要好好提防身边自己人叛变呢！”何蕊律师在那次“大逃杀”中和边晨律师默契配合，存活到了最后。“其实主要还是靠边晨，场面一度混乱到我已分不清敌友。”

密室众生相

除了和同事们一起体验惊险刺激，在玩剧本杀、通关密室时也可以看到不少同事在工作之余展现的性格特点：

胆小如鼠型：一般属于此类人群的同事都会在报名前主动开展调研检索，避雷一切恐怖向主题，以免进入未知领域后失控。但还有一小部分的同事“明知山有虎偏向虎山行”，其中的代表当属社长 Vicky，本着尽管害怕，但愿意舍命陪君子的宗旨，Vicky 也已经挑战极限两次（不过她本人也表示不会再有第三次）。大声唱歌是她缓解恐惧的方法，Vicky 表示《我和我的祖国》BGM 和恐怖版密室逃脱适配度极高，大家可以一试。

人菜瘾大型：大部分同事属于这一类型，能接受一点点恐怖，但还是对这样的紧张刺激充满好奇和向往。大家会在游戏开始前相约抱团，并叮嘱彼此“千万不要放开我的手”“。

艺高人胆大型：提到这一类人群，大家的第一反应一定是去年恢复线下剧本杀后章浩杰在恐怖本里勇闯单人支线任务，坐在 NPC 旁边唱歌的英勇事迹。但是我们的^小章也曾有被 NPC 狠虐的经历。“我初中时玩过一个密室，倒数第二关里一位身高 190，体重 200+，卧推也是 200+的壮汉堵门，我和另外一位同学需要在狭小的房间内和他周旋，勾引他进门然后溜走，当然最后失败了，他一手一个像拎小鸡仔一样把我们抓住了。希望未来遇到的 NPC，体型能够友好一点。”

当然很多女同事的实力也不容小觑，游戏后还可以冷静复盘“我觉得这个还好”“这个没有上次的恐怖”……法务秘书朱朱就是其中之一，她说自己曾经玩过一次微恐的密室逃脱，解密过程很有趣，总会有些反转剧情出乎意料！小伙伴们^的反应也很有意思~



社员们的小期待

每一次活动结束后，社员们总是意犹未尽，店家发来监控视频后，又能让大家瞬间回到活动当天，针对各个关卡再讨论上好一阵子。所以小编也征集了一些社员们对后续社团的“发展规划（匿名版）”：

强烈期待有涉及古代换装的那种活动呀!! 如果有古代换装+密室就更好了!! (感觉经费在燃烧了)

我期待社团能举办我最为擅长的狼人杀或者阿瓦隆活动, 给大家免费当上帝顺带提供复盘业务。既能够斗智斗勇, 时间快、成本也低~

无论什么类型的桌游、剧本杀或密室, 我都很期待!

正如朱珂廷所说, 热爱一切冒险刺激的事情是射手座的特征之一——正巧, 星瀚也是射手座。希望你也一样充满热情与活力~

(本文首发于 2023 年 6 月 2 日)

保持热情，学会简化，人生的本质就是探索和优化 ——卫新律师在华政律师学院毕业典礼上的寄语

编者按：6月21日，华东政法大学律师学院举行毕业典礼。这批2019年入学、2023年毕业的本科学子们曾在大二的时候聆听过卫新律师讲授的《合同法实务》课程（32课时、2学分）。值此同学们毕业之际，卫新律师作为华政兼职教授、同学们曾经的任课老师，回到母校，向同学们分享毕业寄语。星瀚微法苑在此刊发寄语全文，与读者分享、共勉。



亲爱的学弟、学妹，各位领导、各位老师、各位家长：
大家好！

芳草地、红砖墙，又到了一年毕业季。

我很怀念和各位同学相处的时光，2020年的秋季学期，每周四早晨8点30分起，我都要和同学们一起上四节合同法实务课。我很怀念课堂上大家的提问和回答，笑声和掌声，我记得，你们模拟合同的甲方与乙方，进行激烈的辩论。我记得，中午吃饭时，你们对法律职业充满了好奇与憧憬。四年过去了，你们学成毕业。当时光的车轮缓缓驶过初夏的校园，44岁的我望见你们，满眼是自己20岁时的模样。

有人说，这是史上最难、最卷的一届毕业生。我想说，各位同学，别听他们的。想象人生是一个大型多人在线游戏。游戏有一些明确的规则，比如学习成绩好可能会得到表扬，工作好可能会得到回报，违法违规会受到惩罚……但是“**游戏**”并没有关于“**胜负**”的答案，**没人知道做到哪些点算赢。**

在人生游戏的过程中，有人会给你一些“攻略”：比如，听父母的话，努力学习考一个好的大学；在大学要努力学习，考研、考公、出国，争取找一个好工作；毕业后听老板、老婆和丈母娘的话，努力工作，最关键的任务是在上海买一套房，如果钱多就再买一套房……然后你发现，还房贷的这个任务能干三十年，还完房贷差不多可以退休了。你最终会发现，

如果是这个结局，这个游戏没啥意思。所以，**最难、最卷的毕业季**，这样的定义是给平庸人生的。凯文凯利说：“你的人生目标就是找到你的人生目标，你的目的就是找到你的目的。”



克服内卷的方法，是变成你自己。注意是“变成”你自己，而不是“做”自己。你当前的自己可能是很平庸的，必须好好开发才行。人生的本质就是探索和优化。

探索自己想要成为什么人，是你为自己做的最重要的事情。从数学上看，人越是年轻的时候就越应该多探索。“你的二十多岁是做一些不寻常、奇怪、大胆、冒险、无法解释、疯狂、无利可图、看起来一点也不像‘成功’的事情的最佳时期。在你的余生，这些经历将成为你的灵感源泉。”

在此，我想提二点建议：

➤ 保持热情

年轻人可能什么也没有，但你们最大的财富是激情。真正的创新很少需要大量的金钱，如果创造力可以买到，那么有钱人就会买下它们。然而，**创造力需要的是热情、坚持和信念，这些品质，是你们最可能拥有的。**

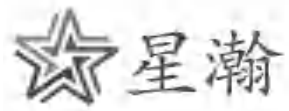
➤ 学会简化

你的时间和空间是有限的，**扔掉那些不再给你带来快乐的东西，为那些能给你带来快乐的东西腾出空间。**任何财物、名声、职务，都需要维护和保养。你所拥有的，**最终都将拥有你。所以，要精心选择。**


在我们毕业的时候，让我们一起思考幼儿园老师提出的那个问题：在什么样的花园里挖呀挖呀挖，种什么样的种子，开什么样的花？

衷心地祝愿同学们，任时光匆匆流逝，你们总能望见自己 20 岁的样子。

（本文首发于 2023 年 6 月 30 日）



热爱法律的技术派

 上海总部：021-5109 6488
武汉分所：027-8771 8809

 BD@ricc.com.cn



星瀚客服



星瀚微法苑