弼兴每月速递 1月刊



微信公众号: 弼兴 法律及知识产权

上海弼兴律师事务所总部位于上海,同时具有专利和商标代理资格,以提供以知识产权为核心的全方位的法律服务为特色,业务领域主要包括:知识产权、公司治理、外商与境外投资、企业并购以及劳动法务等方面。我们的专家团队深刻理解企业的需求,谙熟国内外的法律实务体系、监管环境以及商业惯例,并且能够熟练运用多国语言与客户交流。我们已经与上百个国家和地区的律所和知识产权代理公司建立了业务合作关系,能够在全球范围内充分利用各地的法律资源解决当地的法律问题,为客户提供及时、切实且有创意的法律服务。

我们密切关注最新立法与政策动态,致力于研究实务动向,并且注重分享, 我们推出此刊物以帮助客户了解法律走向,及时准确的作出预判。如果您有具体的法律服务需求,欢迎与我们联系,我们将以优质高效的法律服务、切实严谨的工作态度以及奋发协作的团队精神,弼助您的事业兴旺成功!



目录

•	新规速递	. 3
	国家知识产权局办公室关于印发《知识产权行政保护案件请示办理工作系法》的通知	-
	国家知识产权局办公室关于印发《知识产权保护规范化市场创建示范管理办法》的通知	
	《关于第 35 类服务商标申请注册与使用的指引》发布	14
	《关于商标申请注册与使用如何避免与在先权利冲突的指引》发布	21
•	典型案例摘要	31
	上海高院发布 2022 年第三批参考性案例	31
	最高人民法院发布第34批指导性案例,上海法院2例入选	49
	【漫知视界】第 24 期: 仿冒"清风"牌"原木纯品"(金装)纸巾包装 潢构成不正当竞争	
•	实务研究	64
	第 232 期 侵害商标权纠纷合理使用抗辩的审查与认定	64
	第 233 期 涉疫情防控民商事合同案件法律适用问题研究	76
	2022 年第 11 期 电子存证背景下区块链技术在司法审判中的应用研究	
		95

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





→ 新规速递

国家知识产权局办公室关于印发《知识产权行政保护案件请示办理工作办法》的通知



国家知识产权局办公室关于印发《知识产权行政保护案件 请示办理工作办法》的通知

国知办发保字〔2022〕61号

各省、自治区、直辖市和新疆生产建设兵团知识产权局:

为进一步规范知识产权行政保护案件请示办理工作,提高知识产权行政保护 案件办理质量,制定《知识产权行政保护案件请示办理工作办法》。现印发给你 们,请认真抓好贯彻执行。

特此通知。

国家知识产权局办公室 2022年12月6日

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





知识产权行政保护案件请示办理工作办法

第一条 为全面贯彻党的二十大精神,加强知识产权法治保障,做好知识产权行政保护业务指导,规范专利、商标、地理标志、集成电路布图设计等知识产权行政保护案件请示办理工作,根据相关法律法规和规定制定本办法。

第二条 各级知识产权管理部门办理知识产权行政保护案件请示工作,适用本办法。

第三条 下级知识产权管理部门在办理具体案件时,对涉及法律适用、办案程序、案件定性等方面确属疑难复杂和业务指导职能范围内的问题,经本级研究难以作出决定的,应当向上级知识产权管理部门请示。

第四条 案件请示办理意见是对现行法律、法规、规章具体适用的细化解释, 应当与法律基本原则、精神保持一致。

第五条 对于案件请示问题,下级知识产权管理部门应当先行查阅国家知识产权局、各省(自治区、直辖市)和新疆生产建设兵团知识产权局发布的指南、标准、批复意见,国家知识产权局发布的知识产权行政执法指导案例等,仍难以作出决定的,再行请示。

第六条 案件请示应当遵循逐级请示原则。对重大紧急的突发案件,下级知识产权管理部门需要越级请示的,应当说明理由。

第七条 案件请示应当以书面形式提出。请示文书包括以下内容:

- (一) 案件基本情况;
- (二) 需要请示的具体问题;
- (三)争议焦点及倾向性意见;
- (四)上级知识产权管理部门要求提供的其他材料。

有案卷材料的,可制作并附送案卷复制件。

第八条 对正在办理的案件提出请示的,应当在案件调查终结前报送。

第九条 各省(自治区、直辖市)和新疆生产建设兵团知识产权局报送案件请示的,应当通过综合办公系统向国家知识产权局报送。

第十条 上级知识产权管理部门收到案件请示材料后应即进行审查,对于符合请示条件的,根据案件情况指派相关业务部门办理;认为不符合请示条件的,

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





应当退回并说明理由;认为请示材料不符合要求的,应当要求报送部门补送或者 重新报送。

- **第十一条** 对于案件请示问题,上级知识产权管理部门曾作出过规定、明确过意见或者针对有关部门作过答复的,应当告知报送部门按照有关规定、意见和答复办理。
- **第十二条** 承办部门应当指定专人办理案件请示。承办人应当认真审查请示 内容和案卷材料,全面了解情况,深入研究问题,提出处理意见,经部门负责人 审查后报分管领导审批。承办部门认为必要时,可以集体讨论决定。
- 第十三条 案件请示内容涉及本单位其他部门业务的,承办部门应当商请有关部门共同研究,或者征求有关部门意见。必要时可以征求立法、司法等单位意见或者组织专家咨询。
- **第十四条** 上级知识产权管理部门对案件请示应当及时办理并答复。对因意见不统一、需要进一步调查研究等原因不能在结案期限届满之前答复的,应当及时通知下级知识产权管理部门。
- **第十五条** 根据案件请示情况,上级知识产权管理部门可以采取书面、电话等方式答复。如有必要,上级知识产权管理部门可以将书面答复抄送其他相关部门。以电话答复方式答复的,应当做好记录。
- 第十六条 案件请示办理意见应当坚持以公开为常态、不公开为例外。对于案件已经办结并且不涉密的办理意见,上级知识产权管理部门可以调整公开属性。
- 第十七条 国家知识产权局办理的案件请示,对于在全国范围内具有普遍指导意义、可以反复适用的,以局发文答复并抄送其他省(自治区、直辖市)和新疆生产建设兵团知识产权局,各级知识产权管理部门办理类似案件或者处理类似问题,应当参照适用。
- 第十八条 各省(自治区、直辖市)和新疆生产建设兵团知识产权局对案件请示形成书面办理意见的,应当一并报送国家知识产权局备案。
- **第十九条** 对上级知识产权管理部门的办理意见,下级知识产权管理部门应当结合实际贯彻执行,并应当在案件办结一个月内将案件办理结果报送上级知识产权管理部门。因特殊原因不能执行的,应当书面报告并说明理由。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





第二十条 各级知识产权管理部门、办案机关和各相关人员在案件请示办理工作中应当严格遵守保密工作规定。

第二十一条 故意隐瞒、歪曲事实或者因重大过失错报漏报重要事实或者情节,导致上级知识产权管理部门作出错误办理意见,并因此产生损害后果的,下级知识产权管理部门有关人员应当承担相应纪律责任和法律责任。上级知识产权管理部门对相关办理意见及时予以更正。

第二十二条 各级知识产权管理部门办理案件请示工作应当坚持高质量发展的理念,突出质量导向,提高行政效率和公信力,提升知识产权工作法治化水平。

第二十三条 国家知识产权局通过政府门户网站及时更新相关办理意见,便于各级知识产权管理部门和社会公众查阅。

第二十四条 各级知识产权管理部门办理人民法院、检察机关、公安机关等单位就知识产权相关案件来函的,可以参照本办法。

第二十五条 本办法由国家知识产权局负责解释。

第二十六条 本办法自发布之日起施行。

来源: 国家知识产权局官网

链接: https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/12/20/art_75_180891.html

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





国家知识产权局办公室关于印发《知识产权保护规范化市场创建示范管理办法》的通知



国家知识产权局办公室关于印发《知识产权保护规范化市场 创建示范管理办法》的通知

国知办发保字(2022)64号

各省、自治区、直辖市和新疆生产建设兵团知识产权局:

现将《知识产权保护规范化市场创建示范管理办法》印发给你们,请结合实际认真贯彻落实。

国家知识产权局办公室 2022年12月13日

知识产权保护规范化市场创建示范管理办法

第一章 总则

第一条 为了贯彻落实中共中央、国务院印发的《知识产权强国建设纲要 (2021—2035年)》和国务院印发的《"十四五"国家知识产权保护和运用规划》 决策部署,落实中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《创建示范活动管理办法 (试行)》工作要求,做好纳入第三批全国创建示范活动保留项目的管理工作,

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





加强商品交易市场知识产权保护和管理,促进线上线下市场融合发展,营造公平竞争的市场环境,制定本管理办法。

第二条 本办法所称知识产权保护规范化市场是指已批准纳入知识产权保护规范化市场创建名单的商品交易市场,通过重点培育建设,经国家知识产权局认定,在推动提升市场相关方知识产权保护意识和管理能力,促进商品交易市场建立知识产权保护长效机制等方面具有示范标杆作用的国家级知识产权保护规范化市场。

第三条 知识产权保护规范化市场创建示范工作以促进知识产权有效保护和规范管理为目标,每年培育认定一批线上线下知识产权保护规范化市场,示范带动更多市场主体加强知识产权保护管理工作,提高消费者满意度,打造市场化、法治化、国际化营商环境。

第四条 知识产权保护规范化市场创建重点开展以下工作任务: 指导市场经营管理主体建立知识产权保护工作机制,完善知识产权保护工作体系,提高知识产权保护管理能力,强化知识产权保护意识,提升知识产权保护满意度。

第五条 国家知识产权局负责统筹指导知识产权保护规范化市场的培育指导、 认定和复查工作。各省(区、市)知识产权局负责本地区市场的推荐、日常管理、 具体指导和认定初评工作。

第六条 知识产权保护规范化市场创建示范工作按照自愿申报、择优推荐的原则开展,包括培育申报、评价认定、资格复查、动态管理等程序。

第七条 各类符合条件的线上线下商品交易市场均可申报参与培育工作;已参与知识产权保护规范化市场培育工作的市场培育期满后可申请认定;已认定及2022 年之前通过续延审查的国家级知识产权保护规范化市场均需参与复查工作。

第八条 国家知识产权局对知识产权保护规范化市场创建对象给予政策支持、 工作指导、培训引导等措施。

第二章 实施程序 第一节 申报培育程序

第九条 知识产权保护规范化市场培育申报条件主要包括以下方面:

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





- (一)申报主体应当具有独立法人资格,其经营管理的线下商品交易市场应 具有固定经营交易场所。线上商品交易市场应为符合《电子商务法》规定的电子 商务平台;
- (二)在市场所在区域或所在行业具有较大规模及影响力(包括市场规模、 年度成交额、经营者数量等);
 - (三)具有知识产权保护基本管理制度,市场相关方知识产权保护意识较强;
- (四)申报主体能够为知识产权保护提供人员、经费、信息等方面资源和支持。
- **第十条** 各省(区、市)知识产权局根据国家知识产权局发布的通知,负责知识产权保护规范化市场培育申报推荐工作,指导符合条件的申报主体自愿申报,并填写培育申报材料。

第十一条 培育申报材料包括:

- (一)知识产权保护规范化市场培育申报表;
- (二)知识产权保护相关管理制度证明材料;
- (三)知识产权保护管理成果证明材料;
- (四) 其他必要的说明材料。
- 第十二条 申报材料由线下商品交易市场所在区域、线上商品交易市场注册 地所在区域省(区、市)知识产权局进行审核,在符合申报要求基础上,同等条 件下优先推荐保护基础好、保护需求强、保护能力好、保护意识强,在制度规范、 管理机制、宣传保障等方面工作成效突出的商品交易市场,并按规定将申报材料 报送国家知识产权局。对于既有线下实体、又有线上平台的商品交易市场,应由 线下市场所在区域省级知识产权局负责。
- 第十三条 国家知识产权局对各省(区、市)申报材料进行审核,并组织专家评审,根据申报材料及评审意见,综合考虑市场影响力、经销商品或主营产业的知识产权类型、侵权行为的易发性以及各地实际工作基础,兼顾东中西部发展平衡,遴选确定培育市场名单,批准符合条件的市场开展培育工作。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





第十四条 培育期原则上为1年。各省(区、市)知识产权局应当加强具体指导和日常管理。批准培育后,省级知识产权局指导各市场制定工作计划并报送国家知识产权局,按照工作计划在培育期间内达到认定考评指标要求。

第二节 认定程序

第十五条 申请认定知识产权保护规范化市场的条件:

- (一)市场经营管理主体知识产权保护目标和方针明确,已制定知识产权保护管理规章制度;
- (二)已建立或明确知识产权管理机构,配备熟悉知识产权业务的专兼职工作人员:
- (三)已建立并有效实施经营管理过程中的知识产权保护制度,包括但不限于商品信息管理制度、商品日常检查管理制度、诚信管理制度、侵权处理制度、先行赔付制度等;
- (四)与知识产权行政机关或司法机关建立协查协作机制,能够及时配合相关部门开展知识产权管理、执法工作。
 - (五)已建立知识产权保护水平评价和改进制度。

第十六条 申请认定材料包括:

- (一)知识产权保护规范化市场认定申请表;
- (二)管理机构及人员资质证明;
- (三)知识产权保护培育成果证明材料;
- (四) 其他必要的说明材料。
- 第十七条 培育期满后,各省(区、市)知识产权局组织各培育市场填写认定申请材料,开展初评工作。初评采用书面考核与实地考核相结合的方式进行,评审合格后各省(区、市)知识产权局制作初评报告并填写认定推荐表,将市场申请材料、初评报告、认定推荐表一并报送国家知识产权局。
- **第十八条** 国家知识产权局原则上每年开展一次认定工作。国家知识产权局组织专家成立评审工作组,综合申报材料及第三方满意度评估结果,必要时进行实地抽查考核,对培育市场进行评审。

第十九条 认定评审得分标准包括:

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





- (一)国家知识产权局组织专家依照《知识产权保护规范化市场认定标准》对各省(区、市)知识产权局推荐的市场进行评审,得到测评分数1;
- (二)国家知识产权局对培育市场开展知识产权保护满意度评估,得到测评分数 2;
 - (三) 测评总分=测评分数 1×70%+测评分数 2×30%;
 - (四)测评总分在80分及以上的为合格。
- 第二十条 经评审达标的商品交易市场,形成拟认定名单目录,在国家知识产权局政府门户网站上进行公示,公示期为 10 个工作日。社会公示后无异议的,授予"知识产权保护规范化市场"称号并颁发牌匾。有效期为自国家知识产权局授予称号之日起 3 年。
- **第二十一条** 测评总分在 60 (含 60 分)—80 分 (不含 80 分)的市场,经过工作改进,次年仍可以申请认定。测评总分在 60 分以下的市场,两年内不得再次申报。

第三节 复查程序

第二十二条 在"知识产权保护规范化市场"称号有效期满 60 日前,根据国家知识产权局发布的通知,各省(区、市)知识产权局组织相关市场申请复查。

第二十三条 复查申请材料包括:

- (一) 知识产权保护规范化市场复查申请表:
- (二)保护管理机构及人员资质证明;
- (三) 认定后三年内知识产权保护工作成果;
- (四) 其他必要的说明材料。
- 第二十四条 各省(区、市)知识产权局组织各市场经营管理主体填写复查申请材料,开展初评工作。初评采用书面考核与实地考核相结合的方式进行,评审合格后各省(区、市)知识产权局制作初评报告并填写复查推荐表,将市场申请材料、初评报告、复查推荐表一并报送国家知识产权局。
- 第二十五条 国家知识产权局原则上每年开展一次复查工作。国家知识产权局组织专家成立评审工作组,综合申报材料及第三方满意度评估结果,必要时进行实地抽查考核,对参与复查工作的市场进行评审。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





第二十六条 复查评审得分标准包括:

- (一)国家知识产权局组织专家依照《知识产权保护规范化市场认定标准》对各省(区、市)知识产权局推荐的市场进行评审,得到测评分数1;
- (二)国家知识产权局组织对知识产权保护规范化市场开展知识产权保护满意度评估,得到测评分数 2;
 - (三)测评总分=测评分数 1×70%+测评分数 2×30%;
 - (四)测评总分在80分及以上的为合格。
- 第二十七条 经评审达标的知识产权保护规范化市场,形成拟通过复查名单目录,在国家知识产权局政府门户网站上进行公示,公示期为 10 个工作日。公示后无异议的,保留"知识产权保护规范化市场"称号,有效期续延 3 年。
- 第二十八条 复查测评总分在 60(含 60 分)—80 分(不含 80 分)的市场,经过整改,验收合格的市场保留称号。连续两年复查测评总分均未达到 80 分及以上的,或称号有效期到期未申请复查的,撤销称号。复查测评总分在 60 分以下的市场,撤销称号,两年内不得再次申请认定。

第三章 组织实施和管理

第二十九条 各省(区、市)知识产权局应明确知识产权保护规范化市场创建示范工作的有关责任处室,指定具体负责人员,加强对本地区已认定的知识产权保护规范化市场的日常管理和业务指导,每年对相关市场进行考核,考核情况报国家知识产权局知识产权保护司备案。知识产权保护规范化市场所在区域的知识产权局,应加强对本地区相关市场的巡查和管理,对相关市场发生知识产权严重侵权违法案件等重大情况应及时报告。

第三十条 评审认定过程中,出现下列情形之一的,取消知识产权保护规范 化市场参评资格;涉嫌犯罪的,将有关线索移交司法机关处理:

- (一)以不当手段影响考核认定结果公平性,或在申报材料中弄虚作假的;
- (二)发生群体侵权、重复侵权等扰乱市场秩序的故意侵权的行为,造成恶劣影响的;
 - (三) 出现其他违反法律法规规定的情形。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





第三十一条 已获得"知识产权保护规范化市场"称号的市场,出现下列情形之一的,由所在区域省(区、市)知识产权局责令限期整改,并报国家知识产权局备案;涉嫌犯罪的,将有关线索移交司法机关处理;

- (一) 未持续开展知识产权保护相关管理工作的;
- (二)对侵犯知识产权的纠纷未及时采取有效措施,造成负面影响的;
- (三)发生群体侵权、重复侵权等扰乱市场秩序的故意侵权的行为,造成恶劣影响的;
 - (四) 出现其它违反知识产权相关法律法规规定的情形。

第三十二条 经省(区、市)知识产权局审核,被责令限期整改的市场在整改期内没有完成整改,或整改没达到要求的,报国家知识产权局核准,撤销其称号,并进行公告。

第三十三条 加强宣传示范。国家知识产权局组织对获得"知识产权保护规范化市场"称号的市场进行宣传。各省(区、市)知识产权局要总结提炼示范市场的经验做法,鼓励通过授牌仪式、座谈培训、经验交流、实地观摩等多种形式,加大创建示范工作的宣传力度,扩大示范引领效果。

第四章 附则

第三十四条 本办法由国家知识产权局负责解释。

第三十五条 本办法自颁布之日起施行。《知识产权保护规范化市场认定管理办法》(国知办函协字〔2016〕250 号)同时废止。

来源: 国家知识产权局官网

链接: https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/12/23/art_545_180976.html

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





《关于第 35 类服务商标申请注册与使用的指引》发布



《关于第35类服务商标申请注册与使用的指引》发布

为深入贯彻落实《"十四五"国家知识产权保护和运用规划》关于"加强知识产权源头保护,强化知识产权申请注册质量监管"的部署,帮助相关市场主体正确理解《类似商品和服务区分表》第 35 类服务项目的内涵和外延,了解相关服务分类项目本意,合理提出商标注册申请,国家知识产权局组织编写了《关于第 35 类服务商标申请注册与使用的指引》,供相关市场主体参考使用。

关于第35类服务商标申请注册与使用的指引

按照商标法及其实施条例相关规定,申请注册商标时,申请人应当按照基于尼斯分类制定的《类似商品和服务区分表》(下称区分表)公布的商品和服务,填报其所申请注册商标的类别和名称。为使相关市场主体正确理解第 35 类服务项目的内涵和外延,了解相关分类项目本意,合理提出商标注册申请,制定本指引。

一、第 35 类服务项目特点

区分表第35类服务主要包括涉及商业或者工业企业的业务管理、运营、组织和行政管理的服务,以及广告、市场营销和促销服务。值得注意的是,按分类要求,商品销售不视为服务。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





第 35 类服务的主要目的在于,对他人相关商业经营或者管理、对他人工商企业的业务活动或者商业职能的管理进行帮助,以及通过各种传播方式为他人提供向公众进行广告宣传的服务。本类服务最重要的特点在于相关服务是为他人提供的,而非为权利人自身业务需求从事的有关行为。

二、正确理解第 35 类服务项目

通常来说,一般类型的商品生产企业,仅以制造或者销售自己的商品为经营范围的,不从事为其他市场主体或者个人提供广告服务、商业管理辅助等服务的, 无需在第 35 类相关服务上申请注册商标。

1. 广告相关服务

是指为他人的产品或者服务行为进行广告、制作广告或者提供广告策划等服务,例如"广告、张贴广告、广告宣传、广告片制作、户外广告、电影广告、广告咨询、广告编辑、制作和传播"等。不包括为自己的产品或者服务行为直接进行广告宣传,或者请他人为自己的产品或者服务进行广告、广告策划、编辑、制作及传播等。在对自己的产品或者服务进行推广的过程中,当事人可以自己实际经营的商品或者服务商标进行广告宣传等。从事广告相关服务的典型主体主要包括为他人提供广告策划、设计、制作、发布、传播等服务的主体。

2. 商业管理辅助相关服务

是指为帮助他人对其商业企业的经营管理等提供帮助的行为,例如"商业管理辅助、商业管理咨询、工商管理辅助、商业研究、饭店商业管理、组织商业活动、商业评估服务、商业数据分析、市场调查研究、消费者研究"等。不包括为开展经营活动或者加强自身企业管理而为自身从事的日常企业管理、商业分析、研究、调查等。从事商业管理辅助相关服务的典型主体主要包括为他人提供商业咨询、研究、管理等服务的主体。

3. 特许经营相关服务

是指为他人的特许经营行为提供的商业管理等服务,不包括特许人进行的特许经营行为本身。"特许经营"与"特许经营的商业管理"概念不同。特许经营,是指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业,以合同形式将其所拥有的经营资源许可其他经营者使用,被许可人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营,并向特许人支付特许经营费用的经营活动。特许经营的商业

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





管理,是指为上述他人的特许经营提供咨询、调查等辅助性服务,旨在为他人的经营活动提供商业性管理等帮助。具体包括"特许经营的商业管理辅助、特许经营的商业管理咨询、特许经营商业事务管理、特许经营的商业管理"四项。从事特许经营相关服务的典型主体主要包括为他人的特许经营行为提供商业咨询、调查、管理等服务的主体。

4. 进出口代理服务

是指相关商业主体通过提供专业代理服务为他人的商品办理进出口贸易等事项。不包括以买卖方式交易自身商品的情形,也不包括自行办理自己产品的进出口业务等。从事进出口代理服务的典型主体主要包括代他人办理进出口相关业务的主体。

5. 为他人推销服务

是指为帮助他人提升其商品或者服务在市场上的销量或者需求,提供具体建议、策划、咨询等服务。不包括通过零售或者批发等方式直接向消费者出售自己的商品或者服务,也不包括销售他人的商品或者服务以赚取差价的情形,即单纯的商品销售行为不属于为他人推销服务范畴。商品或者服务的经销商或者提供者通常属于该类服务的被服务对象。从事为他人推销服务的典型主体主要包括在线下或者线上为推销他人商品或者服务而提供相应具体服务的主体。经营活动仅是销售他人品牌产品以赚取一定的差价时,其从事的经营活动实际上属于零售,不属于为他人推销服务。但若在经营活动中除销售商品外,还存在提供如广告宣传、商品展示、推销等服务时,相关主体可在对应具体服务上申请注册商标。

6. 为商品和服务的买卖双方提供在线市场服务

是指相关商业主体为买卖双方提供一个线上平台,聚集在该平台上的卖家所提供的商品及服务形成了一个集合性的市场,买家可通过登录平台选购所需商品或者服务。不包括开设线上店铺从事销售活动等。从事为商品和服务的买卖双方提供在线市场服务的典型主体主要包括为买卖双方提供线上交易平台的电子商务平台等。

7. 人事相关服务

是指为他人提供人事管理、人员招收、招聘等服务,例如"人员招聘、人力 资源管理、人事管理、人员招收、员工职务调整、职业安置"等。不包括经营活

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





动中企业内部从事的人事管理、职工岗位调整及为自己的企业招聘人员等行为。从事人事相关服务的典型主体主要包括为他人提供人员招聘、管理等服务的主体。

8. 办公事务相关服务

是指为他人提供文档复印、档案管理、速记等办公事务服务,例如"复印服务、速记、计算机文档管理、文秘、商业文档管理、订阅报纸"等。不包括为企业自身开展工作进行的内部档案管理、打印复印等行为。从事办公事务相关服务的典型主体主要包括为他人提供复印、速记、文秘等服务的主体等。

9. 财会相关服务

是指为他人提供财会相关服务,例如"会计、编辑账目报表、商业审计、税务筹划、财务审计"等。不包括企业自身直接开展或者聘请他人帮助自己开展的税务筹划及商业审计等。从事财会相关服务的典型主体主要包括为他人提供财务审计等服务的主体。

10. 寻找赞助服务

是指为他人寻找赞助服务,不包括为自己的相关商业活动寻找赞助,也不包括为他人提供赞助等行为。从事寻找赞助服务的典型主体主要包括帮助他人寻找赞助服务的相关主体。

11. 药品、医疗用品零售或批发服务

是指将药品、药用制剂、卫生制剂、医疗用品、兽药、兽医用制剂等需要获得国家批准和资质证书才可零售或批发的商品集中和归类(运输除外),以便顾客看到和购买。该服务是指为上述特殊商品进入流通领域提供的综合便利服务行为,不包括药品、药用制剂等具体商品。从事药品、医疗用品零售或批发服务的典型主体主要包括提供医疗用品零售服务等主体。

三、正确使用第 35 类服务商标

为了有效发挥商标标示商品或者服务来源的基本功能,商标注册人应当对注 册商标进行实际使用。注册商标的专用权以核准注册的商标和核定使用的商品或 者服务为限,商标注册人应规范使用已注册商标。

(一)已注册商标的规范使用

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





第 35 类服务的主要目的及特点在于为他人提供相关服务,因此第 35 类商标权利人在使用其注册商标时,应正确理解相关服务项目内涵和外延,在核定使用的服务范围内进行规范使用。

在店铺门头上的商标使用是为了销售自己所生产的商品的,不属于对"为他人推销"服务的使用。当其他市场主体以核定在其他商品或者服务的商标作为权利基础对上述行为主张侵权时,被控侵权人即便是获得了"为他人推销"服务的注册商标,该行为仍然可能构成对他人注册商标的侵权或不正当竞争。

【例】采蝶轩案

在采蝶轩案中,原被告分别在广东和安徽经营名为"采蝶轩"的蛋糕店十余年之久。2012年,中山采蝶轩以被告安徽采蝶轩在经营的面包、蛋糕等食品外包装上及店铺门头使用"采蝶轩"系列商标侵害其享有的"采蝶轩"系列注册商标专用权等为由诉至法院。

安徽采蝶轩主张其在店铺门头上的使用"采蝶轩"的行为系对其在 35 类 "替他人推销"等服务上注册"采蝶轩"商标的使用行为。最高人民法院认为第 35 类服务的主要目的应在于"对商业企业的经营或管理进行帮助"或者"对工商企业的业务活动或者商业职能的管理进行帮助",不应包括:主要职能是销售商品的企业,即商业企业的活动。第 3503 组的"替他人推销"项目,顾名思义是指替他人的企业经营或管理提供帮助。本案中,安徽采蝶轩在店铺门头上使用涉案商标依然属于在"面包、蛋糕店"等服务上的直接使用,不属于为企业经营和管理提供帮助的服务。安徽采蝶轩并不为他人提供某种服务,而是自身经营该店铺、销售自身生产的产品。据此,最高人民法院认为安徽采蝶轩的上述使用不属于在第 35 类"推销(为他人)"服务上的使用。

(二) 商标使用证据的真实留存

为规制"囤而不用"的商标注册行为、清理闲置商标,释放有限资源、遏制恶意注册,维护公平竞争秩序,我国设立连续三年不使用撤销制度,即在商标核准注册满三年后,任何主体或个人都可以因商标连续三年没有投入实际使用而提起撤销申请。

相较于商品,经营者提供的服务具有无形性,这使得提供服务商标使用证据的难度往往更高,因此,商标权利人在规范使用商标时也应注重对注册商标使用

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





证据的收集。依据我国法律法规及相关规定',商标权利人在收集、提供商标使用证据时,可重点考虑以下方面:

- 1. 服务合同中明确约定服务内容。服务合同应体现服务商标标识、商标号、 具体服务项目、服务内容。
- 2. 合同应有对应的发票、付款凭证、验收单等,即合同与发票、付款凭证、验收单在体现的服务商标、商品、服务金额、服务内容、时间等内容上能够一一对应。
- 3. 注意留存通过广播、电视、报纸、杂志等各种媒体,以及通过电子媒体、 网络等途径对服务商标进行宣传的证据。
- 4. 服务场所应统一标注商标,如门头、招牌、内部墙壁、服务介绍手册、工作人员服饰、菜单、价目表、办公文具以及其他与指定服务相关的用品等,应标明服务商标;委托设计公司就上述载体进行设计、制作的合同及发票,应体现服务商标。
- 5. 同一类别有多件商标,且商标显著部分不同时,应有意识地区分使用,并留存好各商标的使用证据。
 - 6. 商标与企业字号相同时,作为商标使用时可以在商标右上角标注以作区分。
- 7. 因不可抗力、政府政策性限制、破产清算等无法投入使用时, 收集、整理 好相关抗辩证据。

(三) 权利的恰当维护和合理行使

权利的维护和行使均应遵循诚实信用原则和权利不得滥用原则,商标权利人应避免权利滥用或过度维权,相关当事人也应避免超过限度的使用行为。

1. 市场经营主体在提供服务的过程中,其服务均有可能具有一定的"商业性"及"管理性"等特点或属性。第 35 类服务商标权利人不能因其他市场主体在经营活动中提供的服务存在上述属性就认为该等行为与第 35 类服务属于同一种或

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399



¹ 《北京市高级人民法院关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》第三条、《商标审查审理指南》第十七章 5.4、《商标侵权判断标准》第五条等。



类似服务,从而认为侵害其第 35 类服务的注册商标专用权,禁止其他市场主体 正当提供服务。

【例】滴滴案

原告广州市睿驰计算机科技有限公司主营软件与互联网业务,因准备从事与汽车相关的业务,在第 38 类上注册了"嘀嘀"和"滴滴"商标、在第 35 类上注册了"嘀嘀"商标,并投资成立全资子公司广州市嘀嘀信息有限公司(下称嘀嘀公司),申请了 ddyddy 系列域名。被告基于软件信息平台向社会公众提供"滴滴(嘀嘀)打车"服务,并在提供服务的软件程序乘客端和司机端界面等处显著标注"滴滴(嘀嘀)"字样。原告认为被告的服务属于第 35 类中的替他人推销、商业管理、组织咨询、组织商业或广告展览、商业信息、计算机档案中进行数据检索(替他人)及第 38 类中的相关服务等,上述服务与原告注册商标核定使用的服务范围相同或近似,侵害了原告第 35 类和第 38 类的注册商标专用权。

法院经审理认为,第 35 类服务的目的在于对商业企业的经营或管理提供帮助,对工商企业的业务活动或商业职能的管理提供帮助,服务对象通常为商业企业,服务内容通常包括商业管理、营销方面的咨询、信息提供等。原告列举被告提供服务过程中的相关商业行为,或为被告针对行业特点采用的经营手段,或为被告对自身经营采取的正常管理方式,与第 35 类商标针对的由服务企业对商业企业提供经营管理的帮助并非同类。而任何公司进行经营活动,均可能包含"商业性""管理性"的行为,以是否具有上述性质确定商标覆盖范围的性质,不符合该类商标分类的本意。因此,被告在服务方式、对象和内容上均与原告注册商标核定使用的项目区别明显,不构成相同或类似服务。

2. 相关市场主体在经营活动中使用商标时,也应注意使用方式和界限,避免超出必要限度。例如,相关当事人在正当使用商品商标时,应注意使用方式和界限,避免相关具体使用行为造成对他人服务商标专用权的侵害。再如,商标被许可人应当严格在被许可的商品或者服务范围内进行使用,避免超出被许可范围的相关使用行为造成对他人商标专用权的侵害。

来源: 国家知识产权局微信公众号

链接: https://mp.weixin.gg.com/s/ueKw-DwLhuICvhF4n0zFmA

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





《关于商标申请注册与使用如何避免与在先权利冲突的指引》发布



《关于商标申请注册与使用如何避免与在先权利冲突的指引》发布

为深入贯彻落实《"十四五"国家知识产权保护和运用规划》关于"加强知识产权源头保护,强化知识产权申请注册质量监管"的部署,引导市场主体在申请注册与使用商标时遵循诚实信用原则,避免损害他人在先权利,国家知识产权局组织编写了《关于商标申请注册与使用如何避免与在先权利冲突的指引》,供相关市场主体参考使用。

关于商标申请注册与使用如何避免与在先权利冲突的指引

为引导市场主体在申请注册与使用商标时遵循诚实信用原则,避免损害他人 在先权利,造成相关公众混淆和误认,制定本指引。

一、适用范围

《商标法》第三十二条规定申请商标注册不得损害他人现有的在先权利,此处"在先权利"是指在商标申请注册日之前已经享有并合法存续的权利或者权益,包括字号权、著作权、外观设计专利权、姓名权、肖像权、地理标志、有一定影响的商品或者服务名称、包装、装潢以及应予保护的其他合法在先权益。对于在先商标权的保护,已通过《商标法》其他条款予以体现,因此本指引中"在先权利"不包括在先商标权。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





二、关注重点

一是市场主体在申请注册与使用商标时,应当遵循诚实信用原则,遵守商业道德,树立按需申请、真实使用、合理保护的正确意识,避免"囤商标""傍名牌""搭便车""蹭热点"等不当注册及使用行为。

二是市场主体在申请注册与使用商标时,应当主动避让与他人在先权利相同或近似的标志,避免对他人在先权利造成损害。市场主体在申请注册或者使用商标之前,应当尽到充分的注意义务,可通过互联网、国家企业信用信息公示系统、国家知识产权局专利检索及分析系统等方式对他人享有的在先权利进行充分检索查询,以确认相关标志不与他人享有的在先权利相冲突。市场主体也可以委托依法设立的商标代理机构进行检索查询。

三是市场主体拟将与他人享有在先权利冲突的标志作为商标进行申请注册 或者使用的,应当获得在先权利人的许,并在权利人授权许可范围内规范使用, 未经许可,不得擅自使用。

四是市场主体应当规范使用注册商标,不得通过改变显著特征、拆分、组合等方式使用注册商标,以免与他人在先权利相冲突。

三、商标与在先权利冲突的常见情形

(一) 与字号权相冲突的情形

企业名称与自然人姓名相对,属于民法典赋予相关主体的人身权之一,其一般由行政区划名称、字号、行业或者经营特点及组织形式组成,其中的字号部分是用以区别不同企业的主要内容。实践中在商标法领域对于企业名称的保护主要体现在对字号权的保护。已与企业建立稳定对应关系的企业名称的简称,亦受保护。事业单位及其他组织的名称、个人合伙及个体工商户字号等可以参照字号权予以保护。当事人应当避免在与在先字号权人实际经营的商品或者服务相同或者类似的商品或者服务上,将与他人在商标申请注册日之前已登记或者使用并在相关公众中已具有一定知名度的字号相同或者基本相同的标志,作为商标进行申请注册或者使用。同时,也应避免容易导致相关公众对商品或者服务的提供者产生混淆或者误认的商标申请注册和使用行为。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





实践中,判断相关商标申请注册是否损害了他人在先字号权,一般还会结合在先字号的独创性、知名度、系争商标与字号权人实际经营的商品或者服务相同或者类似情况等因素进行综合考量。

【例】"西贝莜面村"注册商标无效宣告案

北京西贝莜面村餐饮有限责任公司(下称西贝公司)对自然人席某注册的 "西贝莜面村"商标(下称系争商标)提出宣告注册商标无效申请。

西贝公司成立时间早于系争商标申请日,经过广泛使用宣传,"西贝莜面村"字号在餐饮等服务领域及相关公众中已具有一定社会知名度,为相关消费者所知晓。"西贝莜面村"字号并非现代汉语固有的常见词语,具有特定的指向性和一定的独创性。系争商标与"西贝莜面村"字号完全相同,且系争商标指定使用的"大饼"等商品,与西贝公司提供的"餐饮"等服务具有较为密切的关联关系,系争商标的注册与使用易导致相关消费者产生混淆,误认为系争商标指定使用的商品源自于西贝公司,或者与之存在某种特定联系,致使西贝公司的利益可能受到损害。

因此,系争商标的申请注册损害了西贝公司的在先字号权,构成《商标法》 第三十二条"损害他人现有的在先权利"所指情形,系争商标已被宣告无效。

(二) 与著作权相冲突的情形

著作权是法律赋予作者对其创作的文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。 著作权法所称作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果,常见的作品包括文字作品、音乐作品、美术作品、摄影作品、图 形作品等。

未经著作权人许可,当事人应当避免将与他人已在先享有,并在保护期限内的著作权的作品相同或者实质性相似的标志作为商标进行申请注册或者使用。

实践中,在判断是否享有在先著作权时,一般会依据公开发表相关作品的证据材料、在先创作完成相关作品的证据材料及登记证书等证据进行认定,并可辅以生效裁判文书等证据进行佐证。

【例】"橙米 CNMI"商标异议案

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





小米科技有限责任公司(下称小米公司)对泉州某电子商务有限公司(下称泉州公司)申请的"增米"商标(下称被异议商标)提出商标异议申请。小

因此,被异议商标的申请注册损害了小米公司的在先著作权,构成《商标法》第三十二条"损害他人现有的在先权利"所指情形,被异议商标已被不予注册。

(三) 与外观设计专利权相冲突的情形

外观设计是指对产品的整体或者局部的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

未经外观设计专利权人许可,当事人应当避免将他人已在先享有且在保护期限内的外观设计专利权中的外观设计作为商标进行申请注册或者用,容易导致相关公众产生混淆,致使在先专利权人的利益可能受到损害。

实践中,在判断是否存在混淆可能性时,既可以将相关商标与在先外观设计进行整体比对,也可分别将其中的主要部分与要部进行比对。

【例】某图形商标无效宣告案

自然人孙某对自然人胡某注册的""商标(下称系争商标)提出宣告注册商标无效申请。

孙某系图样为 (名称为"电机(六叶)")的外观设计专利权人,该外观设计专利申请日早于系争商标申请日,且处于保护期限内。系争商标与外观设计专利高度相近,已构成实质性相似,容易导致相关公众产生混淆。因此,

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





系争商标的申请注册损害了孙某的外观设计专利权,构成《商标法》第三十二条"损害他人现有的在先权利"所指情形,系争商标已被宣告无效。

(四)与姓名权相冲突的情形

依据《民法典》规定,自然人享有姓名权,有权依法决定、使用、变更或者 许可他人使用自己的姓名。依法应予保护的姓名不仅包括户籍登记的姓名,还包 括笔名、艺名、译名、绰号、别名、网名等。

未经姓名权人许可,当事人应当避免将有一定知名度,已与他人建立了稳定 对应关系的姓名作为商标进行申请注册或者使用,以免造成消费者混淆误认,致 使他人姓名权受到损害。当事人不得在明知的情况下,基于损害他人利益的目的 将他人姓名申请注册为商标。

实践中,在判断在先姓名权的保护范围时,一般会结合姓名的知名程度、知名领域及相关商标指定或者实际使用范围等因素进行综合考量。此外,以姓名(如英烈姓名、过世名人姓名、与名人姓名相同的本人姓名、宗教等领域的名人姓名等)作为商标进行申请注册或者使用,存在误导公众、妨害公序良俗或者有其他不良影响的,属于违反《商标法》第十条第一款第(七)项、第(八)项规定的情形。

【例】"松鼠张三疯"商标异议案

自然人章燎源对福建某投资有限公司(下称福建公司)申请的"松鼠张三 疯"商标(下称被异议商标)提出商标异议申请。

章燎源于 2012 年创立了三只松鼠股份有限公司(下称三只松鼠公司),该公司以"三只松鼠"作为核心品牌。章燎源作为该公司创始人及法定代表人,以"松鼠老爹_章三疯"作为网名在新浪博客上发表多篇文章,经广泛的宣传使用,网名"松鼠老爹_章三疯"已与章燎源本人产生稳定的对应关系且在相关行业内具有一定知名度。被异议商标与"松鼠老爹_章三疯"网名在文字组合方式、呼叫和含义等方面近似,且被异议商标指定使用的"加工过的坚果"等与三只松鼠公司主要销售的"坚果"等商品密切相关,易使相关消费者误认为"松鼠张三疯"商标与章燎源之间存在某种关系,从而可能致使章燎源的利益受到损害。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





因此,被异议商标的申请注册损害了章燎源的姓名权,构成《商标法》第三十二条"损害他人现有的在先权利"所指情形,被异议商标已被不予注册。

(五)与肖像权相冲突的情形

依据《民法典》规定,自然人享有肖像权。肖像是通过影像、雕塑、绘画等方式在一定载体上所反映的特定自然人可以被识别的外部形象。未经肖像权人许可,当事人不得将他人肖像照片申请注册为商标,也应当避免将能够明确指向他人的肖像画、雕塑等作为商标进行申请注册或者使用,以免致使他人肖像权可能受到损害。

实践中,在判断相关商标申请注册是否损害了他人肖像权时,一般还会结合申请注册与使用行为是否会使相关公众对商品来源产生混淆或者误认进行综合考量。

此外,将他人的肖像(如过世名人肖像、宗教等领域的名人肖像等)作为商标进行申请注册或者使用,存在误导公众、妨害公序良俗或者有其他不良影响的,属于违反《商标法》第十条第一款第(七)项、第(八)项规定的情形。

【例】"守护米红土地及图"商标异议案

自然人石耀武对山西某小米有限公司(下称山西公司)申请的"""商标提出商标异议申请。被异议商标图形部分与石耀武(山西沁州黄小米(集团)有限公司董事长)肖像神态特征差异细微,被异议商标注册或者使用在指定商品上易使相关公众误以为被异议商标所标志的商品来自于石耀武或者与之存在某种特定联系,进而致使石耀武利益可能受到损害。

因此,被异议商标的申请注册损害了石耀武的肖像权,构成《商标法》第 三十二条"损害他人现有的在先权利"所指情形,被异议商标已被不予注册。

(六)与地理标志相冲突的情形

地理标志,是指标示某商品来源于某地区,该商品的特定质量、信誉或者其他特征,主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。当事人应当避免将与在先地理标志相同或者近似的标志作为商标进行申请注册或者使用,以免容

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





易误导公众,致使在先地理标志相关合法权益受到损害。实践中,判断相关商标申请注册是否与他人在先地理标志相冲突,一般会结合地理标志客观存在情况及其知名度、显著性、相关公众的认知以及是否具有不当攀附的主观恶意等情况进行综合考量。

此外,商标与地理标志相同或者近似,容易误导公众的,一般情况下会优先受到《商标法》第十条第一款第(七)项或者第十六条第一款的规制。

(七)与有一定影响的商品或者服务名称、包装、装潢相冲突的情形

有一定影响的商品或者服务名称、包装、装潢,是指并非仅由商品或者服务的功能性形状构成、非通用的,并具有显著的区别性特征的标志。同时,上述标志应当已具有一定知名度,并能够使相关公众对标志所标示的商品或者服务的来源进行区分。有一定影响的商品名称是指商品独有的与通用名称有显著区别的商品名称。有一定影响的商品包装是指为识别商品以及方便携带、储运而使用在商品上的辅助物和容器。有一定影响的商品装潢是指为识别与美化商品而在商品或者包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合。

当事人应当避免将与他人已经有一定影响的商品或者服务名称、包装、装潢作为商标进行申请注册或者使用,以免造成相关公众混淆或者误认,使他人相关权益受到损害。实践中,判断相关商标申请注册是否损害了他人在先有一定影响的商品或者服务名称、包装、装潢权益时,一般会结合相关商标及权益的近似程度、所标示的商品或者服务的关联程度等因素进行综合考量。

【例】"邹记 Zouji Tuocha"商标无效宣告案

云南某茶(集团)股份有限公司(下称云南公司)对自然人邹某注册的"邹记 Zouji Tuocha"商标(下称系争商标)提出宣告注册商标无效申请。

经广泛宣传,"云南沱茶"产品获得了诸多荣誉且销量较大,已构成知名商品,该产品的包装、装潢整体上具有鲜明的风格和显著特征,与云南公司的知名商品已形成对应关系,为知名商品特有的包装、装潢。系争商标中"Tuocha"部分与云南公司知名商品特有的包装、装潢中经过较为独特的艺术处理的"Tuocha"部分基本相同,系争商标在与云南公司知名商品同一种或类似的"茶"商品上的使用,易使相关公众认为其商品与云南公司的商品之间具有特定关系,从而产生混淆和误认。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





因此,系争商标的申请注册损害了云南公司知名商品特有的包装、装潢权益,构成《商标法》第三十二条"损害他人现有的在先权利"所指情形,系争商标已被宣告无效。

(八) 与其他应予保护的合法权益相冲突的情形

除上述列举的合法权利或者权益以外,商标的申请注册与使用还应当避免与 其他应予保护的合法权益相冲突,具体包括作品名称权益、作品中的角色名称权 益等。当事人应当避免恶意将他人在先明确享有且合法存续,并具有较高知名度 的相关权益作为商标进行申请注册或者使用,以致使他人相关权益受到损害。

实践中,判断相关商标申请注册是否损害了他人应予保护的合法权益,一般 会结合商标与相关权益的近似程度、在先标志的知名领域以及所标示的商品或者 服务的关联程度等因素进行综合考量。

【例 1】"黑猫警长"商标无效宣告案

上海美术电影制片厂有限公司(下称上海美术电影厂)对深圳市某科技有限公司注册的"黑猫警长"商标提出宣告注册商标无效申请。

上海美术电影厂享有《黑猫警长》美术作品著作权,《黑猫警长》动画片自 1984 年播出起,多次在动漫节、动画片评选中获奖。"黑猫警长"作为美术动画片名称、作品角色名称已经成为具有明确指向性、对应性的名称,"黑猫警长"作品名称、角色名称已与《黑猫警长》美术动画作品及上海美术电影厂建立了固定的对应关系。系争商标与上海美术电影厂具有高知名度的《黑猫警长》动画片作品名称、角色名称完全相同,系争商标的注册或者使用易使相关公众误认为其与上海美术电影厂具有关联关系或者已经获得了上海美术电影厂的授权,从而挤占了上海美术电影厂基于该作品名称、角色名称而享有的商业价值和交易机会。

因此,系争商标的申请注册损害了上海美术电影厂作品名称的权益,构成《商标法》第三十二条"损害他人现有的在先权利"所指情形,系争商标已被宣告无效。

【例 2】"王者荣耀"商标无效宣告案

腾讯科技(深圳)有限公司(下称腾讯公司)对自然人孙

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





某注册的"王者荣耀"商标提出宣告注册商标无效申请。

"王者荣耀"是腾讯公司开发的一款网络游戏的名称,在系争商标申请日前已经在中国大陆地区进行了广泛宣传,为相关公众所知悉,具有较高知名度。系争商标与腾讯公司网络游戏名称均为"王者荣耀",两者在文字构成、呼叫等方面相同,孙某对此未作出合理解释。系争商标的注册或者使用,易使相关公众认为商品来源于腾讯公司或者与腾讯公司有密切关联性,从而利用腾讯公司"王者荣耀"网络游戏的知名度获取更多交易机会和商业利益。

因此,系争商标的申请注册损害了腾讯公司游戏名称的权益,构成《商标法》第三十二条"损害他人现有的在先权利"所指情形,系争商标已被宣告无效。

【例 3】"洛天依 LUOTIANYI"商标异议案

上海禾念信息科技有限公司(下称禾念公司)对喀左某食品有限公司(下称某食品公司)申请的"洛天依 LUOTIANYI"商标(下称被异议商标)提出商标异议申请。

"洛天依"为禾念公司制作的全世界第一款 VOCALOID 中文声库和虚拟形象, "洛天依"声库于 2012 年 7 月 12 日在第八届中国国际动漫游戏博览会上正式推出,于 2016 年 2 月登上湖南卫视小年夜春晚,获得了较高知名度,与其角色形象建立了直接明确的对应关系。该角色名称"洛天依"并非汉语中常用词组搭配,具有较强独创性和显著性。被异议商标"洛天依LUOTIANYI"与禾念公司的角色名称相同,易使相关公众认为被异议商标指定使用的商品来源于禾念公司或者与其具有特定联系,进而产生混淆误认。某食品公司申请注册"洛天依LUOTIANYI"商标的行为不当利用了禾念公司创立角色的知名度及影响力。

因此,被异议商标的申请注册损害了禾念公司角色名称的权益,构成《商标法》第三十二条"损害他人现有的在先权利"所指情形,被异议商标已被不予注册。

四、商标与在先权利冲突的法律后果

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





一是未经许可擅自将他人享有在先权利的标志作为商标申请注册的,在先权利人可以依法对相关商标提出商标异议或者宣告注册商标无效申请。

二是未经许可擅自将他人享有在先权利的标志作为商标进行申请注册,特别是构成恶意抢注的,相关注册申请可能会被直接驳回或者被依职权宣告无效,如第 58130606 号"杨倩"、第 58108579 号"陈梦"、第 58265645 号"全红婵"、第 41126916 号"雪墩墩"、第 38770198 号"谷爱凌"等商标。同时,构成恶意商标注册的,根据《国家知识产权局知识产权信用管理规定》相关规定,相关市场主体将面临信用惩戒。

三是未经许可擅自将他人享有在先权利的标志作为商标进行使用,涉嫌侵害他人在先权利的,或者未规范使用注册商标造成与他人在先权利相冲突的,在先权利人可以向人民法院提起民事诉讼,依法制止相关标志的使用,并要求侵权人赔偿损失。

来源: 国家知识产权局微信公众号

链接: https://mp.weixin.qq.com/s/9WYx7kB4qayD1U9d63oXTg

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





▲ 典型案例摘要

上海高院发布 2022 年第三批参考性案例



经上海市高级人民法院审判委员会 2022 年第 15 次会议讨论决定,现将"招商银行股份有限公司诉光大资本投资有限公司其他合同纠纷案"等 4 件案例,作为上海市高级人民法院 2022 年第三批(总第二十一批)参考性案例予以发布,主要为涉资产管理业务等金融类相关案例,供全市法院在审判类似案件时参考。

▶ 参考性案例 146 号

招商银行股份有限公司诉光大资本投资有限公司其他合同纠纷案

(上海市高级人民法院审判委员会 2022 年 12 月 16 日讨论通过)

关键词

金融 / 资管业务 / 差额补足 / 保证

裁判要点

差额补足协议的性质应根据协议主体、权利义务约定等综合进行认定。差额补足义务的主体不是所涉投资资金的管理人或者销售机构的,不属于法律法规所规制的刚性兑付情形。投资人之间自愿利用结构化安排以及差额补足的方式就投资风险及投资收益进行分配的,该行为原则上合法有效。差额补足义务与被补足的债务本身不具有同一性、从属性等保证责任构成要件的,可认定构成独立合同关系,差额补足的条件及范围依据合同约定确定。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





相关法条

《中华人民共和国民法典》第 509 条、第 577 条、584 条(本案适用《中华人民共和国合同法》第 8 条、第 60 条、第 107 条、第 113 条)

基本案情

2016 年 2 月,招商财富资产管理有限公司(以下简称招商财富公司)与被告光大资本投资有限公司(以下简称光大资本公司)、光大浸辉投资管理(上海)有限公司(以下简称光大浸辉公司)等共同发起设立上海浸鑫投资咨询合伙企业(有限合伙)(以下简称上海浸鑫资金),同时签订《上海浸鑫投资咨询合伙企业(有限合伙)有限合伙协议》(以下简称《合伙协议》),其中招商财富公司认缴优先级有限合伙份额 28 亿元,光大资本公司认缴劣后级有限合伙份额 6,000万元。《合伙协议》第 4.2.2 条约定,合伙企业的可分配资金,按如下顺序对合伙人进行分配:(1)向优先级有限合伙人分配等额于下述金额的收益:返还优先级有限合伙实缴出资,并支付预期收益(指 8.2%/年的年化收益率)……

2016年4月,被告光大资本公司向原告招商银行股份有限公司(以下简称 招商银行)出具《差额补足函》,内容为"致:招商银行股份有限公司,鉴于…… 4. 招商银行通过招商财富公司设立的专项资产管理计划, 认购基金的优先级有限 合伙份额人民币 28 亿元; ……本着友好合作的原则, 我司特此同意: 1. 在基金 成立满 36 个月之内, 我司同意将由暴风集团股份有限公司(以下简称暴风集团 公司)或我司指定的其他第三方以不少于【人民币 28 亿元*(1+8.2%*资管计划 存续天数/365)】的目标价格受让基金持有的 JINXIN HK LIMITED (浸辉(香港) 投资管理有限公司)100%的股权。如果最终该等股权转让价格少于目标价格时, 我司同意将对目标价格与股权实际转让价格之间的差额无条件承担全额补足义 务。届时,资管计划终止日,如果 MPS (MP&SILVA HOLDING S.A) 股权没有完全 处置,我司同意承担全额差额补足义务; ……。5. 无论因任何原因(包括但不限 于我司就出具和履行本补足函未履行相关内外部审批手续或者违反内外部可能 适用的法律法规规定等),导致我司未按照本补足函履行差额补足义务的或者我 司违反本补足函项下的任何约定, 我司将无条件对贵行承担赔偿责任, 赔偿责任 为我司根据本补足函第1条的约定应支付的差额补足款,且我司不得以前述任何 理由对贵行进行抗辩。"光大证券股份有限公司(以下简称光大证券公司)系光

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





大资本公司唯一股东,其向光大资本公司出具《关于光大跨境并购基金的回复》,该回复函载明"我司已知悉并认可光大资本公司对招商银行的补足安排"。

2016年5月,招商财富公司与光大浸辉公司签订《招财尊享5号专项资产管理计划优先级有限合伙份额转让合同》,约定在转让事件发生时招商财富公司将其持有的上海浸鑫基金优先级有限合伙份额转让给光大浸辉公司。冯某作为出质人将其持有的暴风集团公司17,580,083股限售股票向招商财富公司设定质押。另,光大浸辉公司与暴风集团公司及冯某签订了《关于收购MP&SILVA HOLDINGS.A股权的回购协议》(以下简称《回购协议》)。

2016年12月20日,上海浸鑫基金向招商财富公司分配收益144,050,410.96元;2017年12月20日和12月22日分别向招商财富公司分配收益153,000,000元和76,600,000元。

2019年4月25日,因收购 MP&SILVA HOLDING S.A 遇阻,光大浸辉公司通知全体合伙人上海浸鑫基金已于2019年2月24日投资期届满进入资产处置和清算阶段。

原告招商银行诉称:因上海浸鑫基金成立已届满36个月,但并未达成股权转让交易,差额补足条件已经触发,遂诉请光大资本公司向其履行差额补足义务3,489,429,041元及相应利息。

被告光大资本公司辩称:一、关于《差额补足函》的法律性质和效力。(一)《差额补足函》的权利人并非招商银行,而是上海浸鑫资金。(二)《差额补足函》是《合伙协议》)《回购协议》的从合同,内容符合担保特征。在主合同权利义务尚未处分之前,原告不能依据从合同单独诉讼。(三)《差额补足函》既无公司法定代表人签字,亦未经过董事会决议和股东(大)会等公司机关的决议,存在严重瑕疵。光大证券公司不知晓亦不同意光大资本公司对外担保。招商银行作为专业的上市银行,应属明知,却从不主张完善《差额补足函》,显非善意。招商银行指示项某等人伪造光大资本公司相关文件,存在明显恶意。故《差额补足函》不产生法律效力。二、即便差额补足义务存在,差额补足的义务范围也应扣减。(一)上海浸鑫基金向招商财富公司分配的3.7亿余元应先抵扣招商银行的投资本金,不能作为收益进行扣除。(二)招商银行怠于行使基金份额回购债

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





权项下的股票质押,对于因质押股票价值贬损、处置价值降低的损失应由招商银行自行承担。

裁判结果

上海金融法院于 2020 年 7 月 30 日作出(2019)沪 74 民初 601 号民事判决: 一、光大资本公司向招商银行支付 3,115,778,630.04 元; 二、光大资本公司向 招商银行支付以 3,115,778,630.04 元为基数,自 2019 年 5 月 6 日起至实际清偿 之日止的利息损失。

一审宣判后,光大资本公司不服依法提起上诉。上海市高级人民法院于 2021 年 6 月 4 日作出(2020)沪民终 567 号民事判决,驳回上诉,维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为,本案中,双方当事人争议在于系争《差额补足函》的法律性质、效力、补足义务范围如何认定的问题。

一、关于《差额补足函》的法律性质

首先,《差额补足函》的致函对象是招商银行,光大证券公司在向光大资本公司出具的《关于光大跨境并购基金的回复》中亦明确载明"我司已知悉并认可光大资本公司对招商银行的补足安排"。故《差额补足函》的权利主体是招商银行,光大资本公司出具《差额补足函》的目的确系为招商银行投资资金的退出提供增信服务。根据相关规定,信托合同之外的当事人提供第三方差额补足、代为履行到期回购义务、流动性支持等类似承诺文件作为增信措施,其内容符合法律关于保证的规定的,人民法院应当认定当事人之间成立保证合同关系。其内容不符合法律关于保证的规定的,依据承诺文件的具体内容确定相应的权利义务关系,并根据案件事实情况确定相应的民事责任。据此,对于差额补足等增信措施是何种性质,不能一概而论。如果确定符合保证规定的,理应按照保证担保处理。如果属于其他法律性质的,则应当按照差额补足的实际性质认定法律关系确定法律责任。此外,一般保证行为最本质的法律特征系其从属性,即保证法律关系的成立必须以主债务的存在为前提,且保证人与主债务人系针对同一笔债务向同一债权人作出履约承诺。

本案中《回购协议》系由光大浸辉公司与暴风集团公司等签订,招商银行并非《回购协议》项下的债权人。光大资本公司在《差额补足函》中承诺的差额补

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱: law@beshininglaw.com 网址: www.beshininglaw.com





足义务与暴风集团公司在《回购协议》中承诺的回购债务并不具有同一性。因此, 差额补足义务具有独立性,与具有从属性的保证责任明显不同。系争《差额补足函》中并无明确的连带责任保证担保表意,也没有担保对象,法院将其认定为独立合同并无不当。

二、关于《差额补足函》的效力

光大资本公司并非所涉投资资金的管理人或者销售机构,其承诺差额补足义 务不属于《私募股权投资基金监督管理暂行办法》所规制的刚性兑付行为。招商 银行与光大资本公司分别认购基金的优先级、劣后级合伙份额, 光大资本公司系 基于自身利益需求,自愿利用上述结构化安排以及《差额补足函》的形式,与招 商银行就双方的投资风险及投资收益进行分配,不构成无效情形。《差额补足函》 系招商银行和光大资本公司的真实意思表示,且不违反法律、法规的强制性规定, 应为合法有效。光大资本公司主张招商银行投资行为违法, 故基于投资行为取得 的《差额补足函》无效,并无相应的事实和法律依据。光大资本公司另主张《差 额补足函》系招商银行与光大资本公司员工项某恶意串通所得,损害了光大资本 公司的利益,其本身违法而无效,对此主张,光大资本公司并无充足的证据予以 佐证,不予采信。光大资本公司还主张光大证券公司不知晓且不同意光大资本公 司对外担保、《差额补足函》属于越权担保、应当认定无效。对此、正如前述所 言,《差额补足函》并非担保,故并不存在越权担保事宜,而根据光大证券公司 向光大资本公司出具的《关于光大跨境并购基金的回复》的内容,光大资本公司 关于光大证券公司不知晓且不同意《差额补足函》的主张,亦与事实不符,不予 采信。

三、关于《差额补足函》中补足义务范围的认定

首先,根据《合伙协议》第 4. 4. 2 条约定,合伙企业的可分配资金,按如下顺序对合伙人进行分配: (1)向优先级有限合伙人分配等额于下述金额的收益: 返还优先级有限合伙实缴出资,并支付预期收益(指 8. 2%/年的年化收益率)……。据此,上海浸鑫基金于 2016 年 12 月 20 日、2017 年 12 月 20 日和 12 月 22 日分别向招商财富公司分配收益 144,050,410.96 元、153,000,000 元和 76,600,000元。光大资本公司认为上海浸鑫基金所分配的是投资本金,依据不足,不予采信。鉴于招商银行与招商财富公司对于系争债权的最终利益归属具有一致性,且光大

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





资本公司支付的义务范围包括了系争 28 亿元投资本金及相应的资金收益,法院将招商财富公司依据《合伙协议》取得的分配收益予以扣除并无不当。其次,股票质押属于招商财富公司主张光大浸辉公司履行基金份额回购路径下的担保措施,与招商银行主张光大资本公司履行差额补足义务属不同的求偿路径。质押股票处置的损失并不影响招商银行依据《差额补足函》要求光大资本公司行使相应的差额补足义务。

(生效裁判审判人员: 竺常贇、高琼、范雯霞)

▶ 参考性案例 147 号

邓某诉联储证券有限责任公司等委托理财合同纠纷案

(上海市高级人民法院审判委员会 2022 年 12 月 16 日讨论通过)

关键词

金融 / 资管计划 / 清算 / 过错赔偿

裁判要点

资管计划到期后投资者损失的确定一般应以清算为前提,但管理人长期未履行清算义务且无证据证明尚存在可清算资产的,可合理认定投资者损失已客观产生。管理人因过错承担赔偿责任后,若资管计划清算完成后仍有可分配资金的,管理人按赔付比例扣除相应款项后将剩余资金依约向投资者分配。

相关法条

《中华人民共和国证券投资基金法》第9条

基本案情

2016年12月,被告联储证券有限责任公司(以下简称联储证券)设立资产管理计划,投资标的是昆仑信托有限责任公司(以下简称昆仑信托)作为受托人设立的信托计划,该信托计划以信托资金受让东方金钰股份有限公司(以下简称东方金钰)持有的子公司深圳市东方金钰珠宝有限公司100%股权的股权收益权。同时东方金钰与昆仑信托签订《回购合同》,约定东方金钰向昆仑信托转让并回购前述股权收益权,并约定该特定股权收益权不会发生抵押、质押、查封、扣押、

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





冻结等任何形式的权利限制,并由保证人为东方金钰支付回购价款提供连带保证责任。2017年1月4日,联储证券作为委托人与昆仑信托作为受托人签订《信托合同》。后原告邓某以合格投资者身份与联储证券签订《资管合同》,认购涉案资管计划,并支付认购款人民币(以下币种同)100万元,获得两期收益共计68,754.93元。

2017年4月至2018年5月期间,东方金钰将其持有的深圳市东方金钰珠宝有限公司15%的股权进行质押融资;其持有的深圳东方金钰24%的股权被司法冻结;其2017年累计新增借款占2016年末净资产的97.02%;其持续为案外人提供担保;且东方金钰涉及众多诉讼及司法查封,同时《回购合同》项下保证人担保能力下降。2018年6月20日,东方金钰未能按约支付第三期行权费,导致信托计划、资管计划于2018年7月20日提前终止。后联储证券对东方金钰及保证人提起诉讼,但胜诉后未执行到位。

深圳证监局对联储证券及其相关工作人员出具过三份《行政监管措施决定书》,认为联储证券对涉案资管产品存在尽职调查不充分,资管业务内部控制不到位等问题。

邓某诉称:资管计划提前终止后,联储证券未予清算,未支付投资本金和收益,已造成原告损失,该损失系联储证券在销售时未履行适当性义务、在管理过程中未履行诚实信用和谨慎勤勉的管理职责所导致,故要求联储证券赔偿其投资款 100 万元以及相应的投资收益、律师费 3 万元、差旅费 2,390 元。

联储证券辩称:邓某的诉讼请求缺乏事实依据。投资款项根据约定已经转化投资份额,现正在变现过程中,邓某没有产生《资管合同》约定的损失。联储证券对邓某进行风险测评并充分提示投资风险,已经履行了适当性义务。邓某没有证据证明联储证券存在违约行为及违约行为和损失之间存在因果关系。

裁判结果

上海市浦东新区人民法院于 2020 年 12 月 18 日作出 (2020) 沪 0115 民初 12879 号民事判决,判决:一、联储证券赔偿邓某本金损失 30 万元;二、驳回邓某的其余诉讼请求。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





一审宣判后,邓某、联储证券均向上海金融法院提起上诉。上海金融法院于 2021年11月30日作出(2021)沪74民终422号民事判决,驳回上诉,维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为:本案的争议焦点在于资管案件中投资者损失如何认定、 管理人是否违反信义义务、适当性义务以及如何认定管理人的赔偿责任。

一、关于投资者损失能否确定的问题。资管计划到期后投资者损失的确定一般应以清算为前提,邓某起诉时,涉案资管计划并未清算,由此引发邓某在资管计划项下的损失确定是否应以清算为前提的争议。对此,若一概以未经清算为由认定损失无法确定,一方面会助长管理人怠于清算的不当行为,另一方面也不利于投资者合法权益保护。因此,资管计划未经清算的,应当结合资管计划的具体情况、管理人的过错程度等因素综合认定投资者损失是否客观发生。虽然涉案资管计划未经清算,但邓某在资管计划提前终止后长时间未获清偿的事实客观存在。联储证券对东方金钰及保证人提起诉讼后,相关执行款项并未到位,执行程序反映出资管计划可实际取得财产的分配时间及金额均不确定,且管理人无证据证明资管计划尚存在可清算资产,故本案中可合理认定邓某在资管计划项下的损失已客观产生。

二、对于管理人是否尽到谨慎勤勉管理义务的问题。资管机构在管理阶段应当切实履行包括忠实义务和勤勉义务在内的信义义务。信义义务中的勤勉义务要求管理人应当为投资者最大利益处理受托事务,恪尽职守,履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。联储证券在资管计划管理阶段未能谨慎履行勤勉义务主要表现在:第一,联储证券作为管理人的职责不仅包括披露信息、提示风险,还包括进行风险控制在内的独立运作职能,《资管合同》中管理人不保证最低收益的约定,并未排除《资管合同》中约定的因管理人违反管理职责所应承担的相应赔偿责任,联储证券不能仅以其完成了信息披露、分配收益、代为行使权利等义务而主张已妥善完成了《资管合同》项下的全部管理人义务。第二,联储证券明知或应知融资人东方金钰及其保证人在信托计划项下多次违约,却未及时披露并控制相关风险,亦未采取积极有效的应对措施,进而导致其在维护《资管合同》项下投资者的合法利益方面存在一定的违约行为。第三,深圳证监局出具的监管意

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





见亦能印证联储证券在涉案资管计划中存在资管业务内部控制不到位、尽职调查 不充分的问题。综上考量,联储证券作为管理人,未能严格遵守法定义务并履行 合同义务,在管理资管计划过程中存在一定过错。

三、对于管理人是否违反适当性义务的问题。适当性义务要求资管计划销售者履行了解客户、了解产品、将适当的产品销售给适合的投资者的义务,以此确保投资者能够在充分了解资管计划及相关风险的基础上作出自主投资决定,并承受由此产生的收益和风险。在推介、销售高风险等级金融产品和提供高风险等级金融服务领域,适当性义务的履行是"卖者尽责"的主要内容,也是"买者自负"的前提和基础。邓某虽然主张联储证券在销售过程中违反了适当性义务,但是投资理财是主动型民事行为,邓某作为具有完全民事行为的投资者,应当充分了解自身所投资产品的交易内容和交易风险,理应对投资理财风险有所预见,不能片面追求收益而漠视投资风险。邓某亲自签署了涉案《资管合同》,并在资管计划说明书、风险揭示书、风险调查问卷等文件处署名确认。联储证券在《资管合同》中加黑特别提示了涉案资管计划的中高风险及面临的各种风险,本金损失的可能及投资者自担风险与损失,也在官网对相关文件和风险进行了披露与公示,且通过风险揭示书详细向原告提示了投资风险,不存在投资者与资管产品风险错配的问题。因此,可以认定联储证券在销售阶段已妥善履行了法定的适当性义务。

四、关于赔偿范围认定的问题。资管案件中投资者的损失原因多元复杂,往往包括市场风险等客观原因,管理人的赔偿范围应根据其信义义务及适当性义务违反程度对损失结果原因力的大小按比例承担赔偿责任。本案中,邓某损失的直接原因系东方金钰的违约行为,但联储证券的违规违约行为对邓某的损失亦存在影响,应根据其过错承担相应的赔偿责任。虽然联储证券在资管计划管理阶段存在一定过错,但其在深圳市东方金钰珠宝有限公司 24%的股权被司法冻结后,以致函、现场考察、洽谈等不同方式督促东方金钰履约,在东方金钰承诺不能兑现后即指令昆仑信托按照《回购合同》的约定要求东方金钰提前回购,并在限期还款日后向法院提起诉讼,合理履行了相应的管理职责。综上,联储证券应对邓某的损失承担与其过错相应的赔偿责任,鉴于《资管合同》对于联储证券如何承担违约赔偿责任并未约定具体的损失赔偿计算方式,而违约损害赔偿的目的在于填补受害人所遭受的损害,故损害赔偿的计算应依据损害的性质加以认定,结合联储证券的过错程度,法院综合酌定联储证券对邓某的赔偿范围为投资本金的 30%。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





同时为避免投资者获得双重清偿的可能,法院明确了资管计划清算完成后仍有可分配资金的,管理人可按赔付比例扣除相应款项后再将剩余资金依约向投资者进行分配。即如本判决生效后,对于资管计划清算后收回的款项,其中收回款项 30%的部分应当在联储证券的赔偿金额中予以扣除。在资管计划未经清算的赔偿纠纷中采用管理人先赔付后清算再结算的方式处理,既能让过错的管理人承担相应的赔偿责任,又能引导管理人继续有效履行清算职责,同时合理衡平各方当事人的利益。

(生效裁判审判人员: 贾沁鸥、孙倩、吴剑峰)

▶ 参考性案例 148 号

光大期货有限公司诉鲍某期货强行平仓纠纷案

(上海市高级人民法院审判委员会 2022 年 12 月 16 日讨论通过)

关键词

金融 / 期货 / 强行平仓 / 穿仓损失

裁判要点

客户账户公司风险率大于 100%而交易所风险率未达 100%时,期货公司仅通知客户追加保证金而未采取强行平仓措施,并无不当。期货公司强行平仓权的行使应当以保证金为零为最低界限。客户账户交易所风险率达 100%后,期货公司履行通知义务并给予客户自行处置的合理时间后已采取强行平仓措施,但由于市场行情变化导致平仓无法实现,由此产生的穿仓损失应由客户承担。

相关法条

《最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》第36条《期货交易管理条例》第35条

基本案情

2018年6月21日,原告光大期货有限公司(以下简称光大期货)与被告鲍某签订《自然人期货经纪合同》,其中第四十二条约定,风险率的计算方式为:风险率=客户持仓保证金÷客户权益×100%;第四十四条约定,在交易收市后,

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





经结算风险率大于 100%时,光大期货将向鲍某发出追加保证金通知和强行平仓通知,鲍某应在通知所要求的时间内追加足额保证金,否则光大期货有权在不通知鲍某的情况下,对鲍某期货账户的部分或全部未平仓合约强行平仓,直至其期货账户的可用资金≥0,鲍某应承担由此产生的结果。

鲍某持有 ni 1910 合约 171 手, 2019 年 8 月 29 日日终结算时鲍某账户公司 风险率 104.69%, 交易所风险率 83.75%。当晚鲍某入金人民币(以下币种同)30 万元,入金后及2019年8月30日日盘开盘时,鲍某账户公司风险率均仍大于 100%, 交易所风险率未达 100%。2019 年 8 月 30 日 14:41 鲍某账户交易所风险率 100.21%, 光大期货通知鲍某追加保证金, 14:56 左右光大期货与鲍某就追加保 证金进行电话沟通, 鲍某要求观察夜盘行情再做操作, 该日日终结算时鲍某账户 公司风险率 134.08%, 交易所风险率 111.73%, 客户权益 1972736.45 元。该日日 盘结束后光大期货又多次向鲍某发出追加保证金否则光大期货有权强行平仓的 通知。2019年8月30日21:00:20, 光大期货对鲍某账户所持 ni1910合约121 手采取强行平仓措施,由于该合约于该日夜盘及2019年9月2日日盘一直处于 涨停状态,未能成交。2019年9月2日日终结算时鲍某账户公司风险率753.78%, 交易所风险率 394.84%, 客户权益 650906.45 元。后光大期货与鲍某电话沟通, 鲍某同意当日夜盘集合竞价时将 ni 1910 合约 171 手全部挂单。2019 年 9 月 2 日 20:55:00, 光大期货对鲍某账户全部持仓 171 手 ni1910 合约挂单强行平仓, 最 终以 148850 元成交。2019 年 9 月 3 日的交易结算单显示,鲍某账户内可用资金 -1439790.85元,平仓盈亏-2089620元,客户权益-1439790.85元。

审理中,双方确认,双方签订的《期货经纪合约》中约定的风险率是指公司风险率。

原告光大期货诉请: 1. 判令被告鲍某偿还原告损失 1,439,790.85 元,并支付该等款项的利息(以 1,439,790.85 元为基数,自 2019 年 9 月 4 日起至实际清偿之日,按同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算); 2. 判令被告承担本案诉讼费用。

被告鲍某辩称:被告账户于2019年8月29日日终结算时风险率即高于100%,被告于当晚补充30万元保证金,经测算于2019年8月30日日盘开盘时被告账户风险率仍高于100%,原告此时就应当通知被告进行仓位处理,并在被告没有

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





自行处理的情况下履行强行平仓义务,而原告并未及时进行平仓。因此,请求法院根据双方过错比例对本案穿仓损失进行分担。

裁判结果

上海金融法院于 2020 年 8 月 27 日作出 (2020) 沪 74 民初 598 号判决: 鲍 某应偿还光大期货 1,439,790.85 元,并支付以 1,439,790.85 元为基数,自 2019 年 9 月 4 日起至实际清偿之日止,按同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率计算的利息。一审判决后,当事人均未上诉,判决已发生法律效力。

裁判理由

法院生效裁判认为,本案中,双方当事人对于强行平仓的条件已经成就不存分歧,争议在于:一是客户账户公司风险率大于100%而交易所风险率尚未及100%时,期货公司是否必须执行强行平仓;二是本案诉争损失并非客户权益资金而是穿仓损失,此损失应由何方承担。对此,需要结合期货交易保证金制度的功能、强行平仓的性质、双方在期货交易中的地位以及穿仓损失产生的原因等综合分析。

一、期货交易保证金与两个风险率

期货交易中客户必须按照其所买卖期货合约价值的一定比例缴纳保证金,用于结算和担保合约履行。交易所针对不同期货品种会制定交易所保证金标准。若客户账户内的保证金不足而又未追加保证金,期货公司则需要替客户向期货交易所垫付需追加的保证金。为避免垫付事实的发生,各期货公司在交易所保证金的基础上,往往会结合市场风险、品种波动幅度、交易所停板及熔断幅度等制定额外的保证金额度。与上述两个保证金标准相对应,期货交易中客户资金账户的风险也就存在交易所风险率与公司风险率两个指标。由于公司保证金高于交易所保证金标准,客户账户公司风险率大于 100%时尚不会导致期货公司为客户垫支,只有账户风险率继续上升达到交易所风险率 100%时垫支才会发生。

二、期货公司强行平仓权的赋予与保证金不足的判定

期货公司与客户之间系期货行纪法律关系,期货公司的责任是严格根据客户的指令进行交易操作,并无处分客户财产的权利。法律之所以赋予期货公司强行平仓的权利,是在期货公司需为客户垫支交易时,赋予期货公司通过强行平仓保障自身资金安全的权利。由于强行平仓制度是由他人实施的最严厉的风险控制措施,因此期货公司强行平仓权的行使必须满足一定的条件。具体包括: (1) 客

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





户保证金不足; (2) 期货公司已履行通知义务; (3) 期货公司给予客户追加保证金的时间合理; (4) 期货公司强行平仓的金额应当与客户需要追加保证金额数额相当; (5) 期货公司应当本着最大限度减少强平给客户造成损失的原则,根据风险水平由高到低的顺序平仓。

由于期货交易中存在两个保证金标准,作为强行平仓前提的客户保证金不足是指何标准。本案中鲍某即主张,2019年8月30日日盘开盘时其账户公司风险率仍高于100%,此时光大期货就应当执行强行平仓。光大期货则主张,一般只有客户账户风险度上升至交易所风险率大于100%时,经通知并给客户预留合理时间后才会执行强行平仓。光大期货强行平仓权的行使是否妥当?

首先,从性质上看,强行平仓系期货公司避免自身资金损失所享有的权利。由于公司保证金高于交易所保证金,在客户账户仅公司风险率大于 100%时,亦尚不会发生透支交易。其次,期货公司并非期货交易的民事主体,期货交易是否及如何进行均是由客户决定的,客户对自己账户及所持合约的风险具有积极管理及注意义务。且期货公司所享有的强行平仓的权利,并不排除客户为保护自身财产安全与利益采取平仓措施的权利。再者,本案双方间签订的期货经纪合同也仅约定客户账户公司风险率大于 100%时原告有权而非必须执行强行平仓。因此,在客户账户公司风险率大于 100%而交易所风险率尚未达 100%时,光大期货不行使强行平仓权并不违反法律规定及双方间合同的约定。

三、强行平仓产生穿仓损失的承担

虽然从法律属性上看强行平仓是期货公司的权利,但该权利的行使并非没有边界。《最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》第三十三条第二款规定,客户的交易保证金不足,期货公司履行了通知义务而客户未及时追加保证金,客户要求保留持仓并经书面协商一致的,对保留持仓期间造成的损失,由客户承担;穿仓造成的损失,由期货公司承担。参照该条规定,期货公司强行平仓权的行使应当以保证金为零为最低界限。如果客户保证金不足,期货公司履行了通知追加保证金的义务而客户未及时追加保证金或减仓,期货公司亦不执行强行平仓,即构成违规允许客户透支交易、变相向客户融资。由此造成穿仓的,损失应当由期货公司与客户分别承担。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





而本案并不属于上述情形。根据查明的事实,2019年8月30日14:41之前鲍某账户交易所风险率始终低于100%,14:41由于所持合约行情剧烈波动鲍某账户交易所风险率大于100%,光大期货通过短信、电话等方式通知鲍某追加保证金或减仓,并给予鲍某时间自行采取处置措施,后于当日夜盘挂单强行平仓。从当日14:41分至该日日盘结束前鲍某所持合约的行情看并无急剧变化,从光大期货给予鲍某的履行期限看尚属合理,而且由于期货交易实行日终结算,盘中交易价格并非该日日终结算价格,该日日终结算时鲍某账户客户权益为1972736.45元。因此,光大期货于当日夜盘挂单强行平仓,并无不当。光大期货已经采取强行平仓措施,但由于市场行情急剧变化导致鲍某所持合约流动性枯竭,2019年8月30日夜盘以及2019年9月2日出现涨停,致使平仓无法及时实现,直至2019年9月2日夜盘完成平仓时鲍某账户出现穿仓。在本案情形下,光大期货并不存在变相违反强制性规定向客户提供融资、客观上允许客户透支交易的过错。依据过错与责任相一致的原则,也不应要求光大期货承担因期货市场行情变化所造成的穿仓损失。

(生效裁判审判人员: 崔婕、周欣、于翠英)

▶ 参考性案例 149 号

田某等诉中原信托有限公司金融借款合同纠纷案

(上海市高级人民法院审判委员会 2022 年 12 月 16 日讨论通过)

关键词

金融 / 金融借款 / 实际利率 / 明确说明

裁判要点

贷款机构负有明确披露贷款实际利率的义务,若以格式条款约定利率,还应 采取合理方式提请借款人注意,并按照借款人的要求予以说明。若因贷款机关未 明确披露导致借款人没有注意或理解借款合同的实际利率,则应视为双方未就 "按照该实际利率计算利息"达成合意,贷款机构无权据此计收利息。此时,合 同利率应当按照一般理性人标准,依据合同解释原则,结合相关条款、行为的性

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





质和目的、习惯以及诚信原则予以确定。贷款机构发放贷款前已经收取的还款应 当从实际本金中扣除。

相关法条

《中华人民共和国民法典》第 142 条第 1 款、第 466 条第 1 款、第 496 条、第 670 条

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第2条、第9条

基本案情

2017年9月22日,原告田某、原告周某和被告中原信托有限公司(以下简称中原信托)签订《贷款合同》,约定贷款本金人民币(以下币种同)600万元,期限8年,贷款利率具体以《还款计划表》为准,平均年利率11.88%,还款方式为分次还款。合同附件《还款计划表》(见表一)载明,还款期数为96期,每期还款均包含本息,每年12期还款金额一致,每12个月递减一次还款金额。

1	#		\
(X	_)

期数	偿还本息(元)	剰余本金(元)
1	141,000.00	5,971,158.06
2	141,000.00	5,941,776.98
13	138,000.00	5, 579, 834. 02
14	138,000.00	5,543,012.26
96	80,556.00	0.00

△图片来源:上海高院微信微信公众号

2017年9月26日,田某、周某先向中原信托汇款141,000元作为第一期还款,中原信托于2017年9月27日向田某、周某转账支付600万元。田某、周某按《还款计划表》逐月还款至2018年11月27日,后申请提前还款获准,遂于2018年12月17日向中原信托支付5,515,522.81元(其中本金5,505,522.81

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





元、违约金 10,000 元),结清全部贷款。之后,田某、周某认为中原信托未披露实际利率,告知其平均年利率为 11.88%,但实际执行利率却高达 20%多,且实际放款前已经收取了第一期还款,该款项应从贷款本金中扣除。据此,请求判令中原信托返还多收取的利息并赔偿相应损失。

中原信托辩称,合同约定贷款利率以《还款计划表》为准,该表系以借款本金 600 万元×平均年利率 11.88%×借款期限 8 年算得应还总利息,加上本金后分摊至每月作成。借款人签字确认按《还款计划表》还款即视为认可。另外,由于在贷款实际发放前确实收取了第一期还款 141,000 元,故愿意补偿田某、周某 200,000 元。

案件审理中,中原信托为说明《贷款合同》每期还款金额如何确定,提交了另一版本《还款计划表》(见表二),除载明每期应还款金额、剩余本金外,还载明每期应还款中的利息金额、本金金额、当年利率(第一年利率为 21. 8%,此后逐年为 19. 6%、17. 2%、14. 43%、10. 01%、6. 67%、3. 92%、1. 32%),此外在表格尾部还载明贷款本金 600 万元,利息合计 5, 702, 400 元,本息合计 11, 762, 400元,总利率为 95. 04%,年利率平均值为 11. 88%。经核算,前述各年利率系以当年应付息总和除以初始贷款本金额 600 万元算得,而 11. 88%系前述各年利率的算术平均值。

(表二)

序号	应还款日	本金	利息	利率	合计	剩余本金
1	2017/9/27	28841.94	112158.06	0.1 00	141000	5971158. 06
				21.8%		
13	2018/9/27	36165. 97	101834. 03	10.00	138000	5579834. 02
				19.6%		
				1 000		
96	2025/8/27	79539. 56	1016. 44	1. 32%	80556	0
	总计	6,000,000	5,702,400	11.88%	11,762,400	

△图片来源: 上海高院微信微信公众号

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





裁判结果

上海市普陀区人民法院于 2020 年 7 月 3 日作出 (2019) 沪 0107 民初 13944 号民事判决,判决驳回田某、周某的全部诉讼请求;准予中原信托补偿田某、周某 200,000 元。

一审宣判后,田某、周某不服提出上诉。上海金融法院于 2021 年 1 月 4 日作出 (2020) 沪 74 民终 1034 号民事判决,撤销原审判决,改判中原信托向田某、周某返还多收取的利息 844,578.54 元,并赔偿自提前还款日次日起至实际归还之日止按照中国人民银行公布的同期人民币存款利率计算的利息。

裁判理由

法院生效裁判认为:本案的争议焦点是系争贷款利率应如何确定。贷款人应明确披露实际利率。首先,根据借款合同的法律定义,支付利息是借款人的主要义务,因此利率是借款合同的核心要素,关系到借款人的根本利益。在将竞争机制引入贷款业务,贷款利率市场化的大背景下,贷款人应当为其提供的贷款产品"明码标价"。其次,只有实际利率才如实反映用资成本。在本金逐渐减少的情况下,始终以初始本金为基数计算的表面利率必然低于实际利率,并不能反映借款人的实际用资成本。再次,明确披露实际利率是确保借款合同平等缔约,保护金融消费者权益的必然要求。实际利率是普通金融消费者所理解的利率,但普通民众难以具备计算实际利率的能力。基于民法公平、诚信原则,要求贷款人披露实际利率是确保双方当事人基于信息对称,自愿作出符合内心真实意思表示的需要。

《中华人民共和国民法典》第四百九十六条规定,格式条款提供者应当采取合理方式提示对方注意与其有重大利害关系的条款,并明确未履行该义务致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的,对方可以主张该条款不成为合同的内容。因此,贷款人在与借款人,尤其是金融消费者订立借款合同时,应当采用通俗易懂的方式明确告知实际利率,或者明确告知能够反映实际利率的利息计算方式。如果贷款人以格式条款方式约定利率,还应当采取合理方式提请借款人注意该条款,并按照借款人的要求,对该条款予以说明。若因贷款人未予披露或详细说明,导致借款人没有注意或者理解借款合同的实际利率,那么应当认

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





为双方就该实际利率超过表面利率的部分未达成合意,贷款人无权主张按照该利率计算利息。

本案中,《还款计划表》仅载明每期还款本息额和剩余本金额,既未载明实际利率,也未载明利息总额或其计算方式。一般人若不具备会计或金融专业知识,难以通过短时阅看而自行发现实际利率与合同首部载明利率存在差别,亦难以自行验算该实际利率。因此《还款计划表》不足以揭示借款合同的实际利率。

借款合同首部载明平均年利率 11.88%,同时载明还款方式为分次还款。上述条款应当作为确定利息计算方式的主要依据,按照一般理性人的标准进行解释,以实际借款本金为基数计算利息是利息概念的应有之意,也是民众从储蓄存款等常见金融业务中养成的对利息的通常理解。在分次还本付息的情形下,以剩余本金为基数计算利息属于常理通识。借款人主张以 11.88%为利率,以剩余本金为基数计算利息,符合一般理性人的通常理解,也符合交易习惯和诚信原则,应予支持。实际放款前已经收取的还款应当从贷款本金中扣除。以此计算,中原信托多收取的利息合计 844,578.54 元应予返还,同时还应向借款人赔偿相应利息损失。

(生效裁判审判人员: 沈竹莺、张文婷、童蕾)

来源:上海高院微信公众号

链接: https://mp.weixin.qq.com/s/fkSrMCvcCffLnfeEPEECWg

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





最高人民法院发布第34批指导性案例,上海法院2例入选



近日,最高人民法院发布第 34 批共 3 件指导性案例,主要为民事、行政类相关案例,供各级人民法院审判类似案件时参照。其中,上海法院入选两例,分别为指导性案例 189 号、190 号。

指导性案例 189 号《上海熊猫互娱文化有限公司诉李岑、昆山播爱游信息技术有限公司合同纠纷案》,明确了网络主播违反合同约定应当承担的违约责任以及人民法院调整违约金应考量的因素。网络主播主张合同约定的违约金额明显畸高请求人民法院予以调整的,在实际损失难以确定的情形下,人民法院可以主播从平台中已经获取的实际收益为参考标准,结合网络直播行业的特点,充分考虑平台的前期投入、平台流量、主播商业价值等因素进行合理判定。该案例明确了主播行业违约金调整的具体规则,有利于平等保护直播平台与主播个体的合法权益,促进网络直播行业健康有序发展。

指导性案例 190 号《王山诉万得信息技术股份有限公司竞业限制纠纷案》,明确了人民法院审查劳动者自营或入职单位与原用人单位之间是否形成竞争关系时,不应拘泥于企业登记的营业范围,还应结合企业之间实际经营内容、服务对象或者产品受众、对应的市场是否重合等方面进行综合审查。本案例通过对竞业限制纠纷审查的内容进行规制,防止竞业限制范围的不当扩张而限制人才的合理流动,符合竞业限制制度的立法本意,对于类似案件的审理具有较强的指导意义。

法〔2022〕240号

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





最高人民法院 关于发布第 34 批指导性案例的通知

各省、自治区、直辖市高级人民法院,解放军军事法院,新疆维吾尔自治区高级 人民法院生产建设兵团分院:

经最高人民法院审判委员会讨论决定,现将上海熊猫互娱文化有限公司诉李 岑、昆山播爱游信息技术有限公司合同纠纷案等三个案例(指导案例 189-191 号), 作为第 34 批指导性案例发布,供审判类似案件时参照。

> 最高人民法院 2022年12月8日

▶ 指导案例 189 号

上海熊猫互娱文化有限公司诉李岑、昆山播爱游信息技术有限公司合同纠纷案

(最高人民法院审判委员会讨论通过 2022年12月8日发布)

关键词

民事 / 合同纠纷 / 违约金调整 / 网络主播

裁判要点

网络主播违反约定的排他性合作条款,未经直播平台同意在其他平台从事类似业务的,应当依法承担违约责任。网络主播主张合同约定的违约金明显过高请求予以减少的,在实际损失难以确定的情形下,人民法院可以根据网络直播行业特点,以网络主播从平台中获取的实际收益为参考基础,结合平台前期投入、平台流量、主播个体商业价值等因素合理酌定。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





相关法条

《中华人民共和国民法典》第 585 条 (本案适用的是自 1999 年 10 月 1 日起 实施的《中华人民共和国合同法》第 114 条)

裁判要点

被告李岑原为原告上海熊猫互娱文化有限公司(以下简称熊猫公司)创办的熊猫直播平台游戏主播,被告昆山播爱游信息技术有限公司(以下简称播爱游公司)为李岑的经纪公司。2018年2月28日,熊猫公司、播爱游公司及李岑签订《主播独家合作协议》(以下简称《合作协议》),约定李岑在熊猫直播平台独家进行"绝地求生游戏"的第一视角游戏直播和游戏解说。该协议违约条款中约定,协议有效期内,播爱游公司或李岑未经熊猫公司同意,擅自终止本协议或在直播竞品平台上进行相同或类似合作,或将已在熊猫直播上发布的直播视频授权给任何第三方使用的,构成根本性违约,播爱游公司应向熊猫直播平台支付如下赔偿金:(1)本协议及本协议签订前李岑因与熊猫直播平台开展直播合作熊猫公司累计支付的合作费用;(2)5000万元人民币;(3)熊猫公司为李岑投入的培训费和推广资源费。主播李岑对此向熊猫公司承担连带责任。合同约定的合作期限为一年,从2018年3月1日至2019年2月28日。

2018年6月1日,播爱游公司向熊猫公司发出主播催款单,催讨欠付李岑的两个月合作费用。截至2018年6月4日,熊猫公司为李岑直播累计支付2017年2月至2018年3月的合作费用1111661元。

2018年6月27日,李岑发布微博称其将带领所在直播团队至斗鱼直播平台进行直播,并公布了直播时间及房间号。2018年6月29日,李岑在斗鱼直播平台进行首播。播爱游公司也于官方微信公众号上发布李岑在斗鱼直播平台的直播间链接。根据"腾讯游戏"微博新闻公开报道: "BIU 雷哥(李岑)是全国主机游戏直播节目的开创者,也是全国著名网游直播明星主播,此外也是一位优酷游戏频道的原创达人,在优酷视频拥有超过20万的粉丝和5000万的点击······"

2018 年 8 月 24 日,熊猫公司向人民法院提起诉讼,请求判令两被告继续履行独家合作协议、立即停止在其他平台的直播活动并支付相应违约金。一审审理中,熊猫公司调整诉讼请求为判令两被告支付原告违约金 300 万元。播爱游公司不同意熊猫公司请求,并提出反诉请求: 1. 判令确认熊猫公司、播爱游公司、李

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





岑三方于 2018 年 2 月 28 日签订的《合作协议》于 2018 年 6 月 28 日解除; 2. 判令熊猫公司向播爱游公司支付 2018 年 4 月至 2018 年 6 月之间的合作费用 224923. 32 元; 3. 判令熊猫公司向播爱游公司支付律师费 20000 元。

裁判结果

上海市静安区人民法院于 2019 年 9 月 16 日作出 (2018) 沪 0106 民初 31513 号民事判决: 一、播爱游公司于判决生效之日起十日内支付熊猫公司违约 金 2600000 元; 二、李岑对播爱游公司上述付款义务承担连带清偿责任; 三、熊猫公司于判决生效之日起十日内支付播爱游公司 2018 年 4 月至 2018 年 6 月的 合作费用 186640. 10 元; 四、驳回播爱游公司其他反诉请求。李岑不服一审判决,提起上诉。上海市第二中级人民法院于 2020 年 11 月 12 日作出 (2020) 沪 02 民终 562 号民事判决: 驳回上诉,维持原判。

裁判理由

法院生效裁判认为:

第一,根据本案查明的事实,熊猫公司与播爱游公司、李岑签订《合作协议》,自愿建立合同法律关系,而非李岑主张的劳动合同关系。《合作协议》系三方真实意思表示,不违反法律法规的强制性规定,应认定为有效,各方理应依约恪守。从《合作协议》的违约责任条款来看,该协议对合作三方的权利义务都进行了详细约定,主播未经熊猫公司同意在竞争平台直播构成违约,应当承担赔偿责任。

第二,熊猫公司虽然存在履行瑕疵但并不足以构成根本违约,播爱游公司、李岑并不能以此为由主张解除《合作协议》。且即便从解除的方式来看,合同解除的意思表示也应当按照法定或约定的方式明确无误地向合同相对方发出,李岑在微博平台上向不特定对象发布的所谓"官宣"或直接至其他平台直播的行为,均不能认定为向熊猫公司发出明确的合同解除的意思表示。因此,李岑、播爱游公司在二审中提出因熊猫公司违约而已经行使合同解除权的主张不能成立。

第三,当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的,应当以实际损失为基础,兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素,根据公平原则和诚实信用原则予以衡量。对于公平、诚信原则的适用尺度,与因违约所受损失的准确界定,应当充分考虑网络直播这一新兴行业的特点。网络直播平台是以互联网为必要媒介、以主播为核心资源的企业,在平台运营中通常需要

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





在带宽、主播上投入较多的前期成本,而主播违反合同在第三方平台进行直播的 行为给直播平台造成损失的具体金额实际难以量化,如对网络直播平台苛求过重 的举证责任,则有违公平原则。故本案违约金的调整应当考虑网络直播平台的特 点以及签订合同时对熊猫公司成本及收益的预见性。本案中,考虑主播李岑在游 戏直播行业中享有很高的人气和知名度的实际情况,结合其收益情况、合同剩余 履行期间、双方违约及各自过错大小、熊猫公司能够量化的损失、熊猫公司已对 约定违约金作出的减让、熊猫公司平台的现状等情形,根据公平与诚实信用原则 以及直播平台与主播个人的利益平衡,酌情将违约金调整为 260 万元。

(生效裁判审判人员:何云、张明良、邵美琳)

▶ 指导案例 190 号

王山诉万得信息技术股份有限公司竞业限制纠纷案

(最高人民法院审判委员会讨论通过 2022 年 12 月 8 日发布)

关键词

民事 / 竞业限制 / 审查标准 / 营业范围

裁判要点

人民法院在审理竞业限制纠纷案件时,审查劳动者自营或者新入职单位与原用人单位是否形成竞争关系,不应仅从依法登记的经营范围是否重合进行认定,还应当结合实际经营内容、服务对象或者产品受众、对应市场等方面是否重合进行综合判断。劳动者提供证据证明自营或者新入职单位与原用人单位的实际经营内容、服务对象或者产品受众、对应市场等不相同,主张不存在竞争关系的,人民法院应予支持。

相关法条

《中华人民共和国劳动合同法》第23条、第24条

裁判要点

王山于 2018 年 7 月 2 日进入万得信息技术股份有限公司(以下简称万得公司)工作,双方签订了期限为 2018 年 7 月 2 日至 2021 年 8 月 31 日的劳动合同,

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





约定王山就职智能数据分析工作岗位,月基本工资 4500 元、岗位津贴 15500 元,合计 20000 元。

2019年7月23日,王山、万得公司又签订《竞业限制协议》,对竞业行为、 竞业限制期限、竞业限制补偿金等内容进行了约定。2020年7月27日,王山填 写《辞职申请表》,以个人原因为由解除与万得公司的劳动合同。

2020 年 8 月 5 日,万得公司向王山发出《关于竞业限制的提醒函》,载明"……您(即王山)从离职之日 2020 年 7 月 27 日起须承担竞业限制义务,不得到竞业企业范围内工作或任职。从本月起我们将向您支付竞业限制补偿金,请您在收到竞业限制补偿金的 10 日内,提供新单位签订的劳动合同及社保记录,若为无业状态的请由所在街道办事处等国家机关出具您的从业情况证明。若您违反竞业限制义务或其他义务,请于 10 日内予以改正,继续违反竞业协议约定的,则公司有权再次要求您按《竞业限制协议》约定承担违约金,违约金标准为 20 万元以上,并应将公司在离职后支付的竞业限制补偿金全部返还……"。

2020年10月12日,万得公司向王山发出《法务函》,再次要求王山履行 竞业限制义务。

另查明,万得公司的经营范围包括: 计算机软硬件的开发、销售,计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务。

王山于 2020 年 8 月 6 日加入上海哔哩哔哩科技有限公司(以下简称哔哩哔哩公司),按照营业执照记载,该公司经营范围包括:信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。

王山、万得公司一致确认: 王山竞业限制期限为 2020 年 7 月 28 日至 2022 年 7 月 27 日; 万得公司已支付王山 2020 年 7 月 28 日至 2020 年 9 月 27 日竞业限制补偿金 6796. 92 元。

2020年11月13日,万得公司向上海市浦东新区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁,要求王山:1.按双方签订的《竞业限制协议》履行竞业限制义务;2. 返还2020年8月、9月支付的竞业限制补偿金6796元;3.支付竞业限制违约金200万元。2021年2月25日,仲裁委员会作出裁决:王山按双方签订的《竞业限制协议》继续履行竞业限制义务,王山返还万得公司2020年8月、9月支付

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





的竞业限制补偿金 6796 元,王山支付万得公司竞业限制违约金 200 万元。王山不服仲裁裁决,诉至法院。

裁判结果

上海市浦东新区人民法院于 2021 年 6 月 29 日作出 (2021) 沪 0115 民初 35993 号民事判决: 一、王山与万得公司继续履行竞业限制义务; 二、王山于本 判决生效之日起十日内返还万得公司 2020 年 7 月 28 日至 2020 年 9 月 27 日竞业限制补偿金 6796 元; 三、王山于本判决生效之日起十日内支付万得公司违反竞业限制违约金 240000 元。王山不服一审判决,提起上诉。上海市第一中级人民法院于 2022 年 1 月 26 日作出 (2021) 沪 01 民终 12282 号民事判决: 一、维持上海市浦东新区人民法院 (2021) 沪 0115 民初 35993 号民事判决第一项; 二、撤销上海市浦东新区人民法院 (2021) 沪 0115 民初 35993 号民事判决第二项、第三项; 三、上诉人王山无需向被上诉人万得公司返还 2020 年 7 月 28 日至 2020 年 9 月 27 日竞业限制补偿金 6796 元; 四、上诉人王山无需向被上诉人万得公司支付违反竞业限制违约金 200 万元。

裁判理由

法院生效裁判认为:关于王山是否违反了竞业限制协议的问题。所谓竞业限制是指对原用人单位负有保密义务的劳动者,于离职后在约定的期限内,不得生产、自营或为他人生产、经营与原用人单位有竞争关系的同类产品及业务,不得在与原用人单位具有竞争关系的用人单位任职。竞业限制制度的设置系为了防止劳动者利用其所掌握的原用人单位的商业秘密为自己或为他人谋利,从而抢占了原用人单位的市场份额,给原用人单位造成损失。所以考量劳动者是否违反竞业限制协议,最为核心的是应评判原用人单位与劳动者自营或者入职的单位之间是否形成竞争关系。

需要说明的是,正是因为竞业限制制度在保护用人单位权益的同时对劳动者的就业权利有一定的限制,所以在审查劳动者是否违反了竞业限制义务时,应当全面客观地审查劳动者自营或入职公司与原用人单位之间是否形成竞争关系。一方面考虑到实践中往往存在企业登记经营事项和实际经营事项不相一致的情形,另一方面考虑到经营范围登记类别是工商部门划分的大类,所以这种竞争关系的审查,不应拘泥于营业执照登记的营业范围,否则对劳动者抑或对用人单位都可

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





能造成不公平。故在具体案件中,还可以从两家企业实际经营的内容是否重合、 服务对象或者所生产产品的受众是否重合、所对应的市场是否重合等多角度进行 审查,以还原事实之真相,从而能兼顾用人单位和劳动者的利益,以达到最终的 平衡。

本案中,万得公司的经营范围为计算机软硬件的开发、销售、计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务。而哔哩哔哩公司的经营范围包括从事信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。对比两家公司的经营范围,确实存在一定的重合。但互联网企业往往在注册登记时,经营范围都包含了软硬件开发、技术咨询、技术转让、技术服务。若仅以此为据,显然会对互联网就业人员尤其是软件工程师再就业造成极大障碍,对社会人力资源造成极大的浪费,也有悖于竞业限制制度的立法本意。故在判断是否构成竞争关系时,还应当结合公司实际经营内容及受众等因素加以综合评判。

本案中,王山举证证明万得公司在其 Wind 金融手机终端上宣称 Wind 金融终 端是数十万金融专业人士的选择、最佳的中国金融业生产工具和平台。而万得公 司的官网亦介绍,"万得公司(下称 Wind)是中国大陆领先的金融数据、信息和 软件服务企业,在国内金融信息服务行业处于领先地位,是众多证券公司、基金 管理公司、保险公司、银行、投资公司、媒体等机构不可或缺的重要合作伙伴, 在国际市场中,Wind 同样受到了众多中国证监会批准的合格境外机构投资者的 青睐。此外,知名的金融学术研究机构和权威的监管机构同样是 Wind 的客户; 权威的中英文媒体、研究报告、学术论文也经常引用 Wind 提供的数据....." 由此可见,万得公司目前的经营模式主要是提供金融信息服务,其主要的受众为 相关的金融机构或者金融学术研究机构。而反观哔哩哔哩公司, 众所周知其主营 业务是文化社区和视频平台,即提供网络空间供用户上传视频、进行交流。其受 众更广,尤其年轻人对其青睐有加。两者对比,不论是经营模式、对应市场还是 受众,都存在显著差别。即使普通百姓,也能轻易判断两者之差异。虽然哔哩哔 哩公司还涉猎游戏、音乐、影视等领域,但尚无证据显示其与万得公司经营的金 融信息服务存在重合之处。在此前提下,万得公司仅以双方所登记的经营范围存 在重合即主张两家企业形成竞争关系,尚未完成其举证义务。且万得公司在竞业 限制协议中所附录的重点限制企业均为金融信息行业,足以表明万得公司自己也

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





认为其主要的竞争对手应为金融信息服务企业。故一审法院仅以万得公司与哔哩哔哩公司的经营范围存在重合,即认定王山入职哔哩哔哩公司违反了竞业限制协议的约定,继而判决王山返还竞业限制补偿金并支付违反竞业限制违约金,有欠妥当。

关于王山是否应当继续履行竞业限制协议的问题。王山与万得公司签订的竞业限制协议不存在违反法律法规强制性规定的内容,故该协议合法有效,对双方均有约束力。因协议中约定双方竞业限制期限为2020年7月28日至2022年7月27日,目前尚在竞业限制期限内。故一审法院判决双方继续履行竞业限制协议,并无不当。王山主张无需继续履行竞业限制协议,没有法律依据。需要强调的是,根据双方的竞业限制协议,王山应当按时向万得公司报备工作情况,以供万得公司判断其是否违反了竞业限制协议。本案即是因为王山不履行报备义务导致万得公司产生合理怀疑,进而产生了纠纷。王山在今后履行竞业限制协议时,应恪守约定义务,诚信履行协议。

(生效裁判审判人员: 王茜、周寅、郑东和)

来源:上海高院微信公众号

链接: https://mp.weixin.qq.com/s/n3Dj46Wj0FMsScSjZduAxQ

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





【漫知视界】第 24 期: 仿冒"清风"牌"原木纯品" (金装)纸巾包装装潢构成不正当竞争

案情简介

上诉人: 雅芝公司

上诉人: 宝洁公司

被上诉人: 金红叶公司

金红叶公司成立于 1996 年,长期生产、销售卷筒卫生纸、餐巾纸、面巾纸等纸制品。其在本案中主张的"清风"牌"原木纯品"(金装)纸巾经长期推广、使用,已具有较高的市场占有率和品牌价值,属于"具有一定影响的商品"。该商品采用的包装、装潢具有显著特征,起到了识别商品来源的作用,属于有一定影响的商品包装、装潢。雅芝公司在其经营的拼多多店铺展示并销售宝洁公司生产的纸巾商品。该商品包装与金红叶公司权利商品的包装、装潢相近似,引起相关公众误认,构成不正当竞争。一审法院判令雅芝公司、宝洁公司停止侵害金红叶公司有一定影响的包装、装潢;连带赔偿金红叶公司经济损失 1,360,000 元及合理费用 7,456.90 元。

雅芝公司、宝洁公司不服,提起上诉。上海知识产权法院二审驳回上诉,维 持原判。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





让我们先来看看权利商品和侵权商品的包装、装潢——

金红叶公司主张构成有一定影响的商品包装、装潢包含以下要素:





整体金黄色

"原木纯品"方形图案"源于纯净。归于健康"八字形成方形标识

侵权商品外包装:

树木年轮图案

整体全黄色



"纯木臻品"方形图案"天然纯净。崇尚自然"八字形成方形标识

上述包装、装潢通体颜色及构图近似,主要部分要素组合近似。

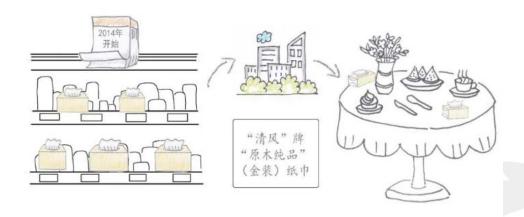
△图片来源:上海知产法院微信公众号

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399







结合"清风"牌"原木纯品"(金装)纸巾的较高知名度和显著性,







易使相关公众误认为被诉侵权商品是金红叶公司商品或者与金红叶公司存在特定联系。



•

•

漫说裁判要点

△图片来源:上海知产法院微信公众号

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱: law@beshininglaw.com 网址: www.beshininglaw.com





本案中,金红叶公司提供一份其申请的纸手帕包装袋的外观设计专利,该专利产品特征与其主张保护的包装、装潢的要素基本一致。

外观设计 专利证书



金红叶公司称该外观设计体现 ○○○ 了经长期使用后传承下来的包 装、装潢。

雅芝公司、宝洁公司则认为,上述专利与金红叶公司已进入公有 领域的专利实质相同,金红叶公司多次重复申请实质相同的外观设计 专利,限制了同行业对涉案包装、装潢的使用,造成行业垄断。



本案涉及外观设计专利与有一定影响的商品包装、装潢的关系问题。 法院经审理认为,本案系擅自使用有一定影响的商品包装、装潢纠纷。



△图片来源:上海知产法院微信公众号

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





有一定影响的商品包装、装潢 与外观设计专利权 系不同的权益



未请求保护外观设 计专利权

本案中,原告是否同时获得外观设计专利权授权并不影响将"清风"牌"原木纯品"(金装)纸巾作为有一定影响的商品装潢进行保护。



金红叶公司是否同时获得外观设计专利权不妨碍其请求保护 "有一定影响的商品包装、装潢",亦不会减损金红叶公司涉案 包装、装潢的影响力,故对雅芝公司、宝洁公司的辩解意见不予 采纳。



外观设计专利权与有一定影响的商品包装、 装潢虽属于不同的权益,但都属于受法律保 护的知识产权。经营者在生产、经营活动中, 应当遵守诚信与商业道德,对他人在先形成的

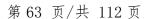
各类知识产权均应予以避让,给予充分尊重,以维护公平的市场 秩序,营造良好的营商环境。

△图片来源:上海知产法院微信公众号

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399







【案例索引】

一审:上海市徐汇区人民法院(2021)沪0104民初9792号民事判决书

二审:上海知识产权法院(2022)沪73民终183号民事判决书

作者:秦天宁

来源:上海知产法院微信公众号

链接: https://mp.weixin.qq.com/s/MgxaSoScrLixMSh0Z3-r_g

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





→ 实务研究

第 232 期 | 侵害商标权纠纷合理使用抗辩的审查与认定

侵害商标权纠纷合理使用抗辩的审查与认定

程倩 上海市杨浦区人民法院知识产权庭法官助理 张思文 华东政法大学知识产权学院 20 级硕士研究生

一、研究背景

商标是品牌在法律上的体现,凝聚了企业的形象和信誉,是企业参与国内、国外市场竞争的重要武器。一方面,企业应加强对商标注册、使用和权利的保护意识,因他人侵犯商标权而遭受损失的企业应及时拿起法律武器,维护企业的合法商标权益。司法机关也应当重视知识产权工作,加强商标专用权保护,护航中国品牌发展,为经济创新发展培育新动能。另一方面,利益平衡原则是知识产权领域内的重要原则之一,商标权合理使用对于实现商标法竞争性利益平衡具有重要意义。商业竞争当中,直接竞争者有时无可避免会需要提及竞争者的商标,其中最具典型性的使用方式之一为我国《商标法》第五十九条第一款规定的"描述性使用",即仅为表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的使用。针对此类情形,司法机关应在减少混淆可能性与允许公平利用之间实现精巧的平衡,既要保护商标权人的合法权益,又要合理限制其注册商标权利,防止其不当侵占公共领域。

在发生商标侵权案件时,被告可以引用商标法或实施条例的相关规定进行合理使用的抗辩。但是在不同的个案中被告使用涉案标识的方式多种多样,纷繁复杂,是否成立合理使用要具体问题具体分析。更重要的是《商标法》已有的法律规定较为原则和概括,存在较大的模糊地带,被告以合理使用为由进行抗辩的审

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





查和认定标准在审判实践中有很大不确定性,因此有必要对其展开相关法理分析与实证研究。

本文旨在通过分析上海地区相关司法裁判,尝试总结在侵害商标权纠纷当中 合理使用抗辩的审查和认定标准和考量因素,并为统一裁判尺度、疑难案件审理 提供可能的实证材料与理论进路。

二、商标合理使用审查与认定的现状分析

本研究使用的裁判文书来源于"中国裁判文书网",利用"Openlaw"裁判 文书数据库(openlaw.cn)进行收集,采用如下方式进行检索: (1)将案件类 型限定为"民事"; (2) 将文书类型限定为"判决书"; (3) 将关键词限定为 "合理使用",并将关键词搜索范围限定为"法院意见"; (4)将裁判日期限 定于2017年1月1日之后。经检索, 共获得27份判决书。经筛查, 得到25份 有效样本,剔除的2份无关样本为经再审后改判或维持原判的一审判决书。有效 的 25 份样本都是原告以被告侵害商标权益为由提起诉讼,其诉讼请求一般包括: 要求被告承担停止侵害、赔偿损失的法律责任, 如造成相关公众对原被告间的关 联关系产生误认,通常还会要求被告消除影响。法院在审理此类案件时,一般需 要回答以下几个问题:第一,被告对原告相关标识的使用是否构成商标法意义上 的使用;第二,被告的使用行为是否会造成相关公众混淆;第三,如果判断被告 合理使用抗辩不成立, 应如何确定损害赔偿责任, 及不同主体间的责任分配。相 应地,本文将从三方面呈现实证研究结果:首先是裁判现状,包括审判时间、审 判地点、抗辩具体理由等因素与合理使用抗辩认定间的关系; 其次是裁判逻辑, 即是否支持合理使用的法律依据与理论支撑;最后是法院在认定合理使用之后的 不同处理方式及其依据。

(一) 商标合理使用认定的现状

1. 审判时间、地点与合理使用认定

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





表 1、2 呈现了审判时间、地点与合理使用认定之间的关系。

表 1 2016-2020 年合理使用抗辩支持情况

审判年份	支持	不支持	总计	支持百分比
2016年	0	4	4	0.00%
2017年	2	4	6	33.33%
2018年	2	4	6	33.33%
2019 年	1	5	6	16.67%
2020年	0	3	3	0.00%
总计	5	20	25	20.00%

表 2 上海各地区合理使用抗辩支持情况

审判地区	支持	不支持	总计	支持百分比
黄浦区人民法院	0	2	2	0.00%
徐汇区人民法院	0	1	1	0.00%
浦东新区人民法院	2	8	10	25.00%
普陀区人民法院	1	2	3	33.33%
徐汇区人民法院	0	2	2	0.00%
杨浦区人民法院	0	1	1	0.00%
闵行区人民法院	1	1	2	50.00%
上海知识产权法院	1	2	3	33.33%
上海高级人民法院	0	1	1	0.00%
总计	5	20	25	20.00%

△图片来源:中国上海司法智库微信公众号

由表 1 可知,在 25 份有效样本中,判决支持被告合理使用抗辩的有 5 份,判决不支持的有 20 份,平均支持百分比为 20.00%。自 2016 年至 2020 年,各个年度判决支持被告合理使用抗辩的百分比都不相同,支持率与时间因素相关度极低。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





由表 2 可知, 25 份有效样本涵盖了上海市九家人民法院, 三审级都有涉及, 可见合理使用抗辩在实践中主张广泛, 审查及认定标准亟需厘清。各法院中, 案件数量最多的是浦东新区人民法院(10 件), 占比 40.00%。各法院判决支持被告合理使用抗辩的百分比不尽相同, 支持率与地区因素相关度极低。

综合表 1、2 数据可知,总体来看被告的合理使用抗辩较难获得判决支持, 样本支持率仅有 20.00%。同时,法院是否支持被告的合理使用抗辩取决于案件 具体情况,与时间、地域因素无关。

2. 抗辩具体理由与合理使用认定的关系

表 3 呈现了抗辩具体理由与合理使用认定的关系。

抗辩具体理由	支持	不支持	总计	该理由占总数百分比	
合同关系	0	1	1	4.00%	
无理由,仅随意抗辩	0	2	2	8.00%	
使用企业名称	0	7	7	28.00%	
使用已注册商标	1	4	5	20.00%	
指示性使用	3	2	5	20.00%	
描述性使用	1	3	4	16.00%	
仅称合理使用	0	1	1	4.00%	
总计	5	20	25	20.00%	

表 3 抗辩具体理由与合理使用认定情况

△图片来源:中国上海司法智库微信公众号

由表 3 可知,尽管被告多抗辩称己方行为属于合理使用,实际上 25 份有效 样本中,被告的合理使用抗辩意见可根据法院意见具体可分为 7 种类型,其中被 告辩称其为使用自己的企业名称或已注册商标的情况占比较高,分别为 28.00% 与 20.00%。被告辩称其行为为指示性使用的情形同样达到了 20.00%。被告抗辩 意见其实与合理使用无关,如为典型侵权行为(未经商标注册人的许可,在同种 商品上使用与其注册商标近似商标,或者在类似商品上使用与其注册商标相同或

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





者近似商标的)或合同关系,即仅在抗辩中提及合理使用,并无相关证据的情形 共占比 12.00%。

表 3 反映出,尽管我国商标法及实施条例中对于商标合理使用的规定仅有描述性使用与指示性使用,但落实到司法实践当中,如此概括和稀少的行为界定不足以涵盖被告抗辩时的所有情况。实际情况较为复杂时,法院在判决时也并不会将被告的行为归类到某种特定的情形下,而是统一以"合理使用"称之,在样本中存在一例,说明我国商标合理使用相关规定仍需细化。

(二) 合理使用的审查与认定逻辑

1. 支持合理使用的裁判逻辑

本文首先分析法院支持合理使用的裁判逻辑,因为此类判决相对较少,有相对清晰的法律条文可以援引,法院的论证思路更为清晰。支持合理使用的司法裁判可分为两种情况,第一种为原告商标固有显著性较低,实际上已成为相关领域内的专业术语、行业通用名词,即描述性使用。第二种为被告在提供原告商标所指的商品或服务过程中不可避免地使用了原告的商标,即指示性使用。

第一种支持裁判的认定基础为《商标法》第五十九条第一款:注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号,或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点,或者含有的地名,注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。具体路径是:首先判断涉案两标识是否相同或近似,其次判断被告的行为是否构成商标性使用,此时如果被告的行为构成《商标法》第五十九条第一款所规定的正当使用,则不属于《商标法》第四十八条所规定的商标性使用,因其使用方式无法用于识别商品来源,仅仅是将涉案标识作为描述商品或服务特征的通用术语,因此判定被告的行为不侵害原告的注册商标专用权。

该类裁判思路的关键在于如何确定涉案标识为通用名称。对于这一问题,法院一般会从以下两点展开分析: (1)涉案标识是否为通用名称。法院一般从相关公众的视角出发,检索相关行业核心期刊、报纸、新闻等,判断该标识是否具有一定程度的广泛性和规范性,是否足以认定为通用名称; (2)标识的显著性。涉案标识显著性较低的情况下,原告是否能够提供证据证明其已通过宣传在该标识与其形成一一对应关系。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





第二种是将商标合理使用与商标权权利用尽相结合的裁判思路,即在第一种裁判路径的基础上,还适用了权利用尽原则,对于经商标权人许可或以其他方式合法投放市场的商品,他人在购买之后无须经过商标权人许可,就可将该带有商标的商品再次售出或以其他方式提供给公众,包括在为此目的进行的广告宣传中使用商标。因此在此种情形下,被告销售来自原告的商品或提供来自原告的服务,在宣传中使用原告商标,在不引起相关公众误解的前提下,被告的行为不侵犯原告的注册商标专用权。

2. 不支持合理使用的裁判逻辑

不支持合理使用的裁判逻辑相对而言较为复杂,原因在于被告在主张合理使用抗辩时的具体缘由较为多样(见表 3),法院在进行裁判时也需要进行更深一步的探索和思考,在不同利益之间进行权衡。下面主要对此类裁判逻辑做简要归纳和举例。

第一类实际上与本文所指合理使用无关,具体包括典型侵权情形与合同关系。此两类情形下,被告所主张的合理使用与《商标法》中的相关规定并不一致。前者情形下,被告通常在相同或类似的商品上使用了与原告注册商标相同或近似的商业标识,且涉案标识起到了识别商品或服务来源的功能,属于商标性使用。例如(2019)沪0104 民初16665 号判决书中,被告称自己为涉案商标的合法授权经销商,在经销期间可以合理使用涉案商标,实际上该授权书与该案缺乏关联性,未被法院采信。后者情形如(2019)沪0115 民初45685 号判决书,原、被告签订《OEM委托加工协议》,被告为牟利超出约定数量生产相关产品,后辩称该行为基于合同约定,此抗辩未被法院采纳。

第二类为权利冲突型。此类争议实质是原告在某个地域内取得一定知名度的 注册商标与被告享有权利的被控注册商标或企业字号之间的权利冲突问题。如何 判断被告是否在合理范围内使用其企业名称或注册商标,相互冲突的权利如何权 衡其轻重。已有的司法裁判当中法院形成了一定的裁判逻辑,现归纳论述如下:

如被告享有已注册商标权,则首先应根据《最高人民法院关于审理注册商标、 企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第一条第二款的规定, 判断该纠纷是否属于人民法院管辖范围。若该纠纷的确属于人民法院管辖,司法 机关需判定: (1)被控标识与原告的注册商标是否构成相同或近似; (2)突出

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





使用被控标识的商品或服务与原告注册商标所核定使用的商品或服务是否相同或类似; (3)被告的使用行为是否会造成相关公众的混淆与误认。

如被告享有经登记的企业名称,则在上述三点的基础上还需考虑: (4)该字号是否被作为商业标识突出使用,突出使用的具体情况如何(包括突出使用的场合、与哪些文字一同使用等); (5)突出使用企业字号的行为是否会对商标的识别功能产生损害。

最后,权利人进行商标注册及企业名称登记时的正当性可作为辅助判断因素之一。如(2018)沪0107 民初8814号判决书中,法庭询问原告如何构思"贝儿多爸爸的泡芙工房"这一商标及灵感来源,原告回答妻子怀孕,待法庭进一步问及"做爸爸与bread有何联系",原告无法解释。形成商标的过程的解释,可以帮助判断当事人是否善意,而恶意的商标注册人之诉讼难有正当性可言。

第三类为《商标法》所规定的合理使用,具体包括指示性使用和描述性使用。

就指示性使用而言,通常情况下被告的使用行为目的在于指示其所提供的商品或服务即来自于原告,并未破坏原告与注册商标的一一对应关系,保证了原告注册商标的识别来源功能。如(2019)沪0115 民初13505 号判决书中,法院指出:"被告在产品宣传中称兼容"雷莫""LEMO"是对其产品特性的描述,意在说明其连接器产品可以兼容"雷莫""LEMO"品牌的连接器产品,以相关公众通常的理解,不会将上述使用认知为系对涉案商标的使用,从而发生商品来源的混淆。"就描述性使用而言,通常情况下涉案商标的显著性较低,其与权利人形成的对应关系(或称第二含义)不足以越过第一含义,因而权利人必须容忍他人对其商标的正当使用。但当被告对涉案商标的使用造成相关公众的混淆或对二者关联关系产生误认时,则超出了合理的指示或描述范围,不构成合理使用。具体的考量因素为:(1)被告的行为是否构成商标使用行为;(2)其行为主观上是否出于善意;(3)其使用行为限于必要范围;(4)行为是否会造成相关公众的混淆和误认。

此外,(2019)沪民再 5 号判决书中,上海市高级人民法院指出: "客观上可能导致消费者产生混淆的商标使用行为并非一概不构成商标合理使用,为指示说明商品或服务用途、来源等真实信息而使用他人商标的行为即使可能导致混淆,也应当以使用目的是否善意,方式是否合理、是否符合诚信的商业惯例作为合理

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





使用的判断标准。"本案中,法院提出了两条合理使用认定的考量标准。首先,在使用人出于善意、方式合理、符合诚实信用的商业惯例的前提下,即使客观上导致消费者产生混淆,也不能因此认定其行为不构成合理使用。其次,在认定何种使用方式为合理时,法院认为应当根据个案情况,在使用方式的必要性和混淆可能性之间进行价值衡量和取舍。

(三) 合理使用抗辩审查后的处理方式

1. 支持合理使用抗辩后的处理

各法院在认定支持被告合理使用抗辩的基础上判决驳回原告的各项诉讼请求,并由原告负担案件受理费、财产保全费等。

2. 不支持合理使用抗辩后的处理

认定是否支持合理使用时的标准较为明确,有成文的法律规定可遵循,但在司法机关认定被告应当承担的赔偿责任时,通常会考虑停止侵权、消除影响、赔偿损失等民事责任承担方式,部分权利冲突型还会判令被告变更企业名称等,总结分类见表 4。

具体民事责任承担方		原告要	求	原告未要求 备注			
式	支持	不支持	支持率3	冰口小女小	н/_		
停止侵权	20	0	100.00%	0	/		
消除影响	8	1	88.89%	11	/		
赔偿损失	19	1	85.00%	0	均为法 定赔偿		
变更企业名称	3	1	75.00%	16	/		
注销或转移域名	2	0	100.00%	18	/		

表 4 民事责任承担情况

△图片来源:中国上海司法智库微信公众号

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





通常情况下,原告所提出的停止侵权、消除影响、赔偿损失基本都会等到法院的支持,涉及企业名称或域名时,为防止此后再次造成混淆,法院通常也会要求支持原告要求被告变更企业名称、注销或转移域名的诉讼请求。

对于赔偿损失的责任承担方式,法院通常综合考虑涉案标识的知名度,被告的主观过错,行为的性质、期间、后果,以及原告主张的为本案所支出的合理费用等各项因素,酌情确定被告所应承担的赔偿数额。19份支持原告赔偿损失诉讼请求的判决中,采取法定赔偿方式判赔的比例为100%。

通过上述数据分析,本文从不同视角揭示了司法机关对于被告合理使用抗辩的裁判逻辑。最后,我们对该类案件中相关争议焦点及法院的审查认定因素做一次完整的梳理: (1)被控标识与原告的注册商标是否构成相同或近似; (2)突出使用被控标识的商品或服务与原告注册商标所核定使用的商品或服务是否相同或类似; (3)被告的行为是否构成商标使用行为; (4)其行为主观上是否出于善意; (5)其使用行为限于必要范围; (6)行为是否会造成相关公众的混淆和误认。

如被告享有经登记的企业名称,则司法机关在审查第五、六点时需要将以下两点纳入考虑: (1) 该字号是否被作为商业标识突出使用,突出使用的具体情况如何(包括突出使用的场合、与哪些文字一同使用等); (2) 突出使用企业字号的行为是否会对商标的识别功能产生损害。

三、侵害商标权纠纷案件合理使用抗辩的司法审查路径

法院在审查侵害商标权纠纷案件中的合理使用抗辩实际上是平衡注册商标专用权与社会公共利益之间的冲突。对商标的叙述性使用的实质在于,构成该商标的词汇本来是一种叙述性词汇,例如"美国标准",一般人并不会认为它是一个商标,只是经过长期使用,该商标取得一种事实上的区别作用,或者说取得一种不同于其本来含义的"第二含义",最终才能被允许注册。不过,由于他人仍可能在该词汇的本义上使用,例如的确按照美国标准生产的产品,想要绝对禁止他人使用"美国标准"这四个字是不现实的,也是不公平的。因为除了臆造词可以说是商标所有人独创的以外,普通的词汇尤其是描述性词汇是一种共有财产,既不能在这些词汇可以起到区别作用的时候拒绝给予保护,也不能因为保护就不

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





准他人在商品上描述商品的功能、用途、质量、数量等特点。允许指示性使用主要是顾及一般公众了解与产品有关的真实信息的角度对商标权作出的限制。美国霍尔姆斯法官也曾指出"商标权只是在于阻止他人将他的商标当成权利人的商品出售,如果商标使用时指示为了告知振兴而并不是要欺骗公众,我们看不出为何要加以禁止。商标不是禁忌"。

《商标法》第五十七条除了兜底条款外,规定了六种属于侵犯注册商标专用权的行为,在实务中,以前两种行为被诉居多,审查的路径概括起来如下图:



△图片来源:中国上海司法智库微信公众号

对合理使用抗辩的审查需要根据个案具体情况进行综合判断,以下两方面是审查的重点:

(一)被诉侵权行为性质

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





这里需要对被诉侵权行为属于描述性使用、指示性使用还是商标性使用进行 认定。《商标法》第四十八条规定,商标的使用是指将商标用于商品、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,用于识别商品来源的行为。如果被告的使用仅是在为了说明其所提供的商 品或服务的名称、产地等必要范围内使用或者仅是指示商品或服务的真实信息, 则属于描述性/指示性使用,不构成商标侵权。

《商标法》第五十九条第一款规定,注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号,或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点,或者含有的地名,注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。在具体案件审理中,构成合理使用要符合下列条件: 1、使用行为是善意和合理的,并未将他人商标标识作为自己商品或服务的标识使用; 2、使用行为是必要的,仅是在说明或者描述自己经营的商品或服务等必要范围内使用; 3、使用行为不会使相关公众产生任何混淆和误认。概括来说,就是考察被诉侵权行为的目的和使用方式,是否符合工商业的诚实惯例,具体可以从以下两点来判断: 一是使用目的,被告提供的商品或服务是否与其使用的标识一致; 二是使用方式,被告有无将该标识作为识别自己商品或服务来源的方式使用,有无超过必要范围。

(二) 是否容易引起相关公众混淆和误认

是否容易引起相关公众混淆和误认也是判断商标合理使用是否成立的关键,如果被告没有将涉案标识较其他文字更为突出、独立、醒目的使用,且明确标注了商品或服务的来源信息,不会引起相关公众混淆和误认,则一般可以认定被告的使用行为是善意和合理的,属于描述性/指示性使用,不构成商标侵权。

判断是否容易引起混淆和误认要综合考虑商标标识的近似程度、请求保护商标的显著性和知名程度等因素,具体可以从以下几方面进行判断:

一是进行商标比对。包括将被告使用的标识与原告商标进行比对以及对双方商品或服务类别进行比对。《商标法》第五十七条第一、二项的规定,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;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,均属侵犯注册商标专用权的行为。根据《最高人

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





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》的相关规定,商标相同,是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较,二者在视觉上基本无差别。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。简言之,相同类别相同商标构成商标侵权,相同类别近似商标或者类似类别相同或近似商标,容易引起混淆的构成商标侵权,没有引起混淆的不构成商标侵权。可见,如果被告使用的标识与原告的商标相同、使用的商品或服务类别亦相同则对合理使用抗辩审查应更为严格。

二是商标显著性和知名度审查。商标的显著性是商标侵权判断中确定商标专用权权利范围以及确认是否构成侵权的重要因素之一。知名度高显著性强的商标,被混淆、借用的可能性就大,反之可能性就小。进行这些判断,具体应考虑一下因素:商标的内在特征,包括商标是否包含指定商品或服务的叙述成分;商标的市场份额;商标使用的强度、广度及长短;原告宣传该商标的投入等。上面这些因素其实也是衡量商标是否具有第二含义时的标准。在被告主张描述性使用抗辩的商标侵权案件中,原告商标一般既存在诸如地理名称、历史人文等内容的第一含义,亦存在承载商标商誉的第二含义,显著性较低,属于商标的弱保护,若原告在经营中商标取得较高知名度,则引起公众混淆的可能性就越大。

综上所述,商标合理使用抗辩的认定在司法实践中有较为统一的裁判标准和 考量因素,但必须指出的是,《商标法》的相关规定较为概括,而实务中有关合 理使用的新问题层出不穷,司法机关需要充分运用自由裁量权,在遇到疑难问题 时不仅要权衡当事人双方权益,更要在注册商标专用权和社会公共利益之间进行 权衡。

作者:程倩、张思文

来源:中国上海司法智库微信公众号

链接: https://mp.weixin.qq.com/s/a--2P67GzAPta0o39SbJ0g

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





第 233 期 | 涉疫情防控民商事合同案件法律适用问题 研究

涉疫情防控民商事合同案件法律适用问题研究

曹 洁 上海市徐汇区人民法院院长

王 莉 上海市徐汇区人民法院审判监督庭副庭长(主持工作)

王建芬 上海市徐汇区人民法院立案庭法官助理

纪 昀 上海市徐汇区人民法院商事审判庭法官助理

于文敏 上海市徐汇区人民法院知识产权审判庭法官助理

引言

新冠肺炎疫情爆发以来,全国各地分别采取了不同程度的防控措施,比如交通管制、限制人员聚集、暂停线下教学、设定中高风险区域和分批次、分区域封控等,对于确诊病例、疑似病例以及相对应的密切接触者采取集中隔离等方式,这些防控措施在防止疫情蔓延中起到了重要作用,但是新冠肺炎疫情及相关的疫情防控措施对各地经济和生活也带来了不同程度的影响。两年多来各地法院审理的涉疫情合同纠纷案件也大量增长。在中国裁判文书网以"疫情""案由:合同纠纷"粗略检索 2020 年以来的民事判决书数量,结果显示为 313172 篇(最后检索日期: 2022 年 10 月 14 日),可见疫情对民商事领域产生的影响。故涉疫情防控民商事合同案件法律适用问题的研究具有重要的实践意义。

一、司法困惑: 涉疫情防控民商事合同案件法律适用的难点

上海市高级人民法院《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答》中,提出处理涉及新冠肺炎疫情的合同纠纷案件要注重把握四个方面原则:一是坚持利益衡平原则,妥善化解矛盾纠纷;二是坚持合同严守原则,鼓励合同按约正常履行;三是坚持公平公正原则,审慎处理合同解除问题;四是坚持实事求是原则,依法适用不可抗力或情势变更等原则。然而,因个案受疫情影响的程度不

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





一、当事人的违约严重程度也存在差别,上述这些因素都导致了法院在审理此类案件中,在法律适用上存在困难。

(一) 涉疫情防控政策在个案中的定性存在争议

新冠疫情作为一种突发公共卫生事件,医学界尚无绝对有效的方法阻止病毒传播,各地政府采取了严格防控措施,如对道路交通实施管制、限制人员出行、延期企业复工等。新冠肺炎疫情可能会对合同的履行构成障碍,但是该种障碍对不同类型合同影响程度是不一样的。在个案中,法官对于涉疫情防控政策能否构成不可抗力也存在观点差异。例如,在一起买卖合同纠纷案中,当事人以疫情防控政策构成不可抗力为由主张解除合同,一审法院认为,国家发布的《第5号公告》构成不可抗力,据此判决解除双方的出口买卖合同。而二审法院则认为,《第5号公告》明确国家对医疗物资出口质量监管措施将视疫情发展情况动态调整,但是未取得中国境内注册的案涉产品因《第5号公告》而被限制出口仅是暂时性的,而且后续国家发布《第12号公告》调整的出口管控措施明确,案涉产品至2020年4月26日起可以出口。故认为,国家出台《第5号公告》,临时调整防疫物资出口政策不构成不可抗力事由,一审法院认为属于不可抗力有误,故予以纠正。

同时,随着疫情防控措施渐趋常态化,部分防控措施对于缔约当事人来说未必属于"不可预见",或者当事人在缔约过程中也会将疫情因素考虑在内,故对于疫情以及疫情防控是否均属于不可抗力,应当因案而异,不可"一刀切"予以认定。正如有的学者指出,新冠肺炎疫情是否属于不可抗力,还需要根据具体情况判定。因为随着疫情发展及民众防疫知识和信息的丰富,部分情形的可预见性和可避免性标准会发生变化。

(二)疫情能否作为免责事由在个案中认定不一

在两年多来法院审理的合同纠纷案中,被告往往以受疫情影响为由主张减轻或者免除其应当承担的责任。有些案件中该抗辩得到支持,有些案件中该抗辩却未得到支持。即便在同一类纠纷中,仍然需要考察疫情与被告违约之间的因果关系。例如,上海高院在《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答四》

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





中指出:对于信用卡、个人住房贷款及其他金融借款、融资租赁、保理、典当、小额贷款等以金钱给付为内容的合同,一般不宜以疫情属不可抗力为由减轻或免除偿还欠款的责任。……但借款人如果因参加医疗救助防控工作、感染新冠肺炎住院治疗、封控隔离等客观情况致其无法按时归还欠款,构成不可抗力的,可按《中华人民共和国民法典》第一百八十条、第五百九十条的规定处理,并应在相关情况解除后的合理期限内及时履行还款义务。

(三) 合同的变更或解除问题分歧较大

由于疫情或者疫情防控措施,合同不能正常履行或者继续履行合同对于一方当事人明显不公平,合同一方当事人请求变更或者解除合同,而根据法律规定,双方有约定的,按约定处理;无约定的,根据公平原则,充分考量当事人所处的客观环境、主观过错、疫情的发展阶段、疫情与履约不能或履约困难之间的因果关系以及疫情影响的程度等因素,这就给法院审判提供了一个较大的自由裁量权。

二、实践考察: 涉疫情防控民商事典型合同案件法律适用的现状

两年多来,各地法院涉疫情的民事案件裁判相继发布,这些实务案例对于研究涉疫情民事案件的法律适用问题具有重要的价值。本文选取了司法实践中比较常见的涉疫情典型案件进行分析,希冀通过案例分析为涉疫情民商事合同案件的法律适用提供审理思路。

(一) 涉疫情租赁合同纠纷案件

由于不动产租赁合同受疫情影响较为明显,合同履行障碍情况突出,故以不动产租赁合同作为分析对象。不动产租赁合同根据租赁合同的使用目的,可以分为"经营性租赁合同"和"居住性租赁合同",同时还有基于展览、会议和庙会等特殊目的的临时场地租赁合同;根据出租方是否具有国有属性,可以分为"国有房屋租赁"和"非国有房屋租赁";根据合同持续时间长短,可以分为"短租合同"和"长租合同"。实践中,疫情对居住性房屋的租赁合同影响较小,即使遇到"封控""交通管制"等管控措施,通常也不会影响居住目的的实现。故原则上居住性租赁合同没有因为疫情适用情势变更的余地。对于经营性租赁合同,

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





由于受疫情影响,可能会造成客流减少,经营无法继续进行,营业收入大幅下降等情况,需要综合疫情原因力大小,合同租赁期限,免租条款等综合研判以准确适用法律。

1. 合同解除

租赁合同的目的是承租人以支付租金为代价获取租赁物的占有、使用和收益。如当事人在合同中约定了房屋租赁的用途,因疫情导致承租人无法按照约定用途经营的,实践中一般认为,可以合同目的无法实现解除合同,如在合同中约定承租房屋的托管、辅导用途,法院认为承租人因疫情防控无法开展线下少儿托管教育活动,导致无法继续经营,其主张解除合同应予支持。

有的法院认为,只要未导致承租人一直不能占有、使用租赁房屋的,就不属于合同目的不能实现,虽然新冠疫情属于不可抗力,但是也要根据其对合同的影响作出不同处理,如承租人受疫情防控措施影响出现停课情况,法院认为对此仅是营业收益遭受一定减损,未导致其实际无法占有使用涉案房屋,故不属于合同目的不能实现的情形。

2. 合同继续履行

并不是所有发生在疫情期间的房屋租赁合同当事人均可主张减免租金或解除合同,需要考虑合同租赁期限,疫情防控是否导致合同无法履行以及免租条款等约定。如北京析米公司等与百盛公司房屋租赁合同纠纷案,法院认为,涉案租赁合同履行期间,北京发生新冠肺炎疫情,疫情及防控措施虽对合同履行造成一定影响,但析米公司提交的证据不足以证明合同达到无法履行的程度,故析米公司以不可抗力为由要求解除合同,缺乏依据。

3. 调整租金

综合最高人民法院及各地高院的指导意见,一般支持商业用房承租人减租金的主张,但是大多需举证证明经营性收入减少,一般不支持居住房屋承租人减租金的主张,除非承租人确实因疫情无法实际占有、使用租赁房屋。

根据检索的司法实践案例,法院通常会根据公平原则酌情减免约 40%-50%, 法院认为,疫情客观限制了租赁房屋的正常使用,打破了原有合同权利义务的平 衡,在疫情发生不可归责于任何一方当事人的情况下,应当以双方共担风险为宜。 例如,一起将承租房屋用于经营美容中心的二审案件中,法院认为,双方签订房

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





屋租赁合同各自受益,本应是一种和谐双赢状态,因疫情使得双方均造成一定损失,一审法院考虑到疫情防控对房屋租赁造成的影响,根据公平原则酌减租金(约减50%)并无不妥。

4. 减免部分迟延履行违约金

- (1) 完全免除承租人违约金。例如(2021)京03民终3946号,"关于反诉请求,德普罗尔公司承租办公用房用于教育培训,确因疫情营业收入明显受损,根据司法解释的规定,欧菲斯公司主张逾期付款违约金依据不足,一审法院不予支持。"
- (2)以减免后应支付的租金为基数计算违约金。例如(2022)京 01 民终 1813 号,"经查,川香世家公司承租强佑房地产公司房屋用于经营,一审法院考虑川香世家公司经营情况受到疫情影响及防控措施的影响认定应予减免 2 个月租金的处理结果正确,在此情况下,该 2 个月的租金不应再作为计算违约金的基数,……一审法院计算的川香世家公司支付违约金的数额有误,本院依法予以调整。"
- (3) 按约足额支付违约金(但减免相应租金)。例如(2020)京 01 民终 8680号, "因长丰基业公司迟延支付租金已经构成违约,应当承担相应的违约责任,本院已就租金进行了部分减免,故对其主张违约金酌减的请求不予支持。"

(二) 涉疫情买卖合同纠纷案件

针对涉疫情买卖合同纠纷案,实践中主要分为两类:一类为疫情期间外订立,履行期与疫情期间存在重合的合同;另一类为疫情期间订立的合同,以买卖涉疫情物资,如口罩、口罩机、熔喷布等为主。两类合同因订立时间、标的物、合同目的等的不同,在实践中处理的规则存在区别。

1. 疫情期间外订立,履行期与疫情期间重合的买卖合同

(1) **合同解除**。如因疫情或者疫情防控影响,导致合同目的不能实现的,可以适用因不可抗力致使合同目的不达的规定,享有相应的法定解除权。例如,在一起樱桃树木买卖合同纠纷案中,法院认为,政府对该区实施封控管理,导致原告无法运输购买的樱桃树,待解封已过栽植樱桃树的季节,故因新冠疫情导致原告合同目的不能实现,其可解除买卖合同。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





但是根据合同性质,合同能够继续履行且可以实现相应的合同目的的,当事 人不得以不可抗力为由主张享有法定解除权。如在一起商品房买卖合同纠纷案中, 法院认为双方签订买卖合同的目的是购买房屋,现涉案房屋已经竣工验收达到交 付条件,合同目的可以实现,故不能适用法定解除权。

- (2) **合同变更**。疫情封控导致期间无法履行合同,法院对于可以继续履行的合同根据实际情况调整合同内容,如顺延履行期限、调整合同价款、变更履行地点或履行方式等。如在履行期间发生疫情,应当将该期间顺延至疫情结束后。
- (3)减轻部分责任。实践中,法院考虑到疫情对合同履行的影响,一般会 采取调减违约金或者降低逾期付款利息等方式平衡双方当事人之间的利益。认为 疫情对工程施工进度、办理房屋所有权证造成一定的实际影响,故酌定调整违约 金数额;或考虑疫情对合同履行的影响以及双方当事人利益平衡等因素,酌情没 收部分定金,并将剩余定金予以抵扣货款;或根据公平原则和诚实信用原则予以 衡量,酌情在合理范围内确定赔偿款。
- (4) 免除责任。疫情可以作为免责事由,同时当事人尽到通知义务的,可以免除当事人的违约责任。例如,在一起材料买卖合同纠纷案中,法院认为,买受人所在地区疫情较为严重不能及时复工复产,该情形是突发的,是双方在签订合同时不能预见、不能避免也不能克服的客观情况,同时买受人在发生疫情后及时通知出卖人终止履行供货,并给出卖人适当的交接时间以便其重新组织供货以减轻可能给出卖人造成的损失,已尽到发生不可抗力后的义务,所以买受人不应承担违约责任。

但是,如当事人在疫情之前就已经构成履行迟延的,不得再援引疫情作为不可抗力而主张免责。例如,在一起房屋买卖合同纠纷案中,法院认为,被告逾期交房的时间早于疫情发生的时间,再行享受减免政策有违诚信和公平。

(5) 金钱给付义务一般不受疫情影响。针对付款义务等,疫情不当然认定 为不可抗力,或者新冠疫情虽然不能预见、避免,但是可以通过其他途径予以克 服并履行合同的,当事人主张免除违约责任不予支持。因为疫情直接影响的主要 是与人流相关的生产行为,对于支付义务的影响相对有限。

但是,如疫情对当事人履行金钱给付义务造成一定影响的,如财务人员因疫情管控无法到岗、大额在线支付不便等,法院可酌情减免一定责任。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





2. 疫情期间订立的买卖合同

- (1) 迟延履行导致合同目的不达,应解除合同。在疫情期间订立的合同,特别是涉疫情物资的买卖合同,其对涉疫情物资需求的紧迫性高于一般的货物买卖合同,当出卖人履行迟延,将使买受人错过履行合同的最佳时机,导致签订合同的目的无法实现,可以作为合同解除的理由。如在一起口罩机《购销合同》案中,法院二审认为"由于案涉合同是在新冠肺炎疫情突发,口罩短缺急需生产供应的背景下所订立,当事人订立合同的目的是尽快收到设备并投入生产,以实现特殊时期对口罩生产和销售的需求",疫情得到控制以后,相关产品价格直线下降,出卖人迟延履行已经使买受人合同目的不能实现,故一审法院认定合同解除并无不当。又如一起案涉货物系用于制作防护口罩用的熔喷布的案件中,法院认为交货的时效性对于买受人至关重要,也是影响合同目的实现的重要因素,因出卖人迟延交货,致使买受人错失商机进而无法实现合同目的,合同应予解除。
- (2) 迟延履行除因政府行政管控或统一调配外,一般构成违约。在疫情期间订立的合同,当事人对于市场风险以及合同的履行情况应有预期,不得仅仅以疫情作为迟延履行的抗辩事由。如苏州市中级人民法院认为,案涉合同于疫情期间订立,各方当事人对市场风险应有预期判断,故构成违约。该案二审法院予以维持。又如河南省高级人民法院认为,出卖人作为商业主体,"理应对疫情的形势及自身是否能够按时交货有合理预期"。上海市松江区人民法院认为:"本合同签订时疫情已有两月多,双方在缔约时对疫情因素也应有所考虑;从原材料交易本身来看,该种市场交易带有一定程度的投机特点,价格波动更多属于市场自有的商业风险,而不能轻易纳入情势变更范畴"。正如广西高院出台的指导意见中明确,疫情发生后订立的合同,当事人应对疫情以及合同履行面临的环境能够预见,产生的损失属于商业风险。

但是如出卖人由于政府管控无法继续履行合同,并提供相应证明的,可视为 不可抗力,免除违约责任。

综上案例,针对疫情期间订立的买卖合同,当事人在签订合同时对于疫情应 当可以预见,或者在签订合同时,应当将疫情因素考虑在内,一般不能认定为不 可抗力或者情势变更。同时,疫情期间订立的买卖合同,大多涉及防疫物资,具

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

邮箱: law@beshininglaw.com 网址: www.beshininglaw.com





有很强的时效性,如一方当事人迟延供货将导致合同目的不达,可解除合同,迟延一方一般不可主张免责,应承担相应的违约责任。

(三) 涉疫情其他合同纠纷案件

针对涉疫情其他合同纠纷案,本文就实践中的主要纠纷类型即服务合同纠纷、借款合同纠纷及其他合同纠纷进行研判,就每类合同的特征及疫情影响程度,结合司法实践中的处理规则进行分析。

1. 涉疫情服务合同纠纷

服务合同中受疫情影响较大的,主要包括教育培训类服务合同,如因受疫情影响无法线下培训;运动健身类服务合同,如因疫情管控健身房无法正常营业;旅游类服务合同,如因受目的地疫情政策导致出行取消等等。实践中法院对涉疫情服务合同类纠纷的处理规则包括:

(1) 判决合同解除。例如,在一起提供赴美带薪实习项目的服务合同纠纷案中,法院认为因疫情影响,双方签订的《中外服暑期赴美带薪实习项目申请协议》无法正常履行,且服务中心已制作相应的退款预案,故应当全额退还已支付的服务费和项目费。又如在健身服务合同中会员诉请要求解除合同并退还会员费,法院认为因疫情封控健身场馆长期无法开放,而健身运动具有持续性和连续性,从而使得健身目的无法实现,可以解除合同。但是在本案中,法院并未认定疫情构成不可抗力,因为涉案的健身场馆并非在政府通知的暂停营业的范围之内。

当然,如疫情构成不可抗力致使合同目的不达的,依法应享有法定解除权。例如,在一起出国培训服务合同纠纷案中,原被告签订了《赴日技能实习服务合同》,但因全球新冠肺炎疫情影响,2021年2月7日至2022年3月4日,日本国全境不允许外国人入境,导致原告无法如期赴日。在此情况下,原告要求解除合同,符合《中华人民共和国民法典》第五百六十三条关于"因不可抗力致使不能实现合同目的的,当事人可以解除合同"之规定。

(2) 根据公平原则酌情确定服务费数额。当被告抗辩因疫情影响,要求减免剩余服务费时,法院一般会综合考虑疫情、相关部门的防疫政策、停业时间、咨询服务费标准、欠付期间以及咨询服务履行等情况,根据公平原则酌定服务费数额。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





2. 涉疫情借款合同纠纷

在金融借款等借款合同纠纷中,借款人往往以受疫情影响无法按时还款为由 抗辩,实践中法院是否认可借款人的该项辩称意见并不能一概而论,主要有以下 两种做法:

- (1)被告关于系受新冠疫情不可抗力因素的抗辩理由成立。例如,在一起金额借款合同纠纷案中,二审法院认为,借款人抗辩因受新冠疫情不可抗力影响,经营陷入停滞致使无法按期偿还借款,同时其向银行提出了书面说明,并向延安市金融工作办公室提交书面报告寻求整体化解方案。故一审法院结合 2020 年以来新冠疫情持续存在的实际,延运集团涉及客货运输、住宿餐饮等服务行业受疫情影响客观存在,认定延运集团关于系受新冠疫情不可抗力因素的抗辩理由能够成立。二审法院也认为,一审法院适用不可抗力的规定,不予支持银行要求借款提前到期的主张,适用法律并无错误。又例如被告逾期还款的情形发生在疫情期间且违约情节轻微,法院认为,周雷逾期还款发生在新冠肺炎疫情期间,其违约行为有不可抗力因素的影响。而且,浦发银行开封分行于 2021 年 3 月 16 日提起本案诉讼主张权利后,周雷已经于 2021 年 3 月 20 日偿还了逾期未还的本金、利息及罚息,在此情况下,二审判决考虑本案事实,认为浦发银行开封分行提前收回贷款的基础事实已经不存在,驳回其诉讼请求,处理并无不当。
- (2)被告关于系受新冠疫情不可抗力因素的抗辩理由不成立。例如,借款人称因受疫情影响主张减免利息、复利和罚息,法院认为,平临高速上诉称其受新冠疫情影响,应减免利息、复利和罚息。因平临高速没有提交有效证据证明其主张,平临高速该项上诉理由不能成立,本院不予支持。又如,借款人在疫情之前就已经逾期还款,法院也是不支持其关于疫情构成不可抗力的辩称意见的。

3. 涉疫情其他合同纠纷

疫情对于其他合同纠纷的影响程度,虽然不如对诸如租赁合同纠纷的影响程度大,但也影响了双方合同的正常履行。本文以"疫情"及"其他合同纠纷"为检索,实践中有以下几种做法:

(1) **认定疫情构成情势变更。**例如,在一起广告合同纠纷案中,合同一方称其以 100 万元购买的旅游广告包,因 2020 年以来受新冠肺炎疫情影响,旅游包业务开展困难,应当适当予以扣减。法院认为,根据《中华人民共和国民法典》

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





第五百三十三条"合同成立后,合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法 预见的、不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于当事人一方明显不公平 的,受不利影响的当事人可以与对方重新协商;在合理期限内协商不成的,当事 人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同"之规定,公交创越公司可 以通过诉讼的方式解决双方之间的这一纠纷。

(2)认定疫情构成不可抗力。例如,在一起案件中因疫情电影院无法营业,故无法播放合同约定的广告内容。法院认为,因疫情因素影响,涉案影院均无法正常营业,致使该阶段合同无法履行,因此本案合同在疫情阶段依法应当适用不可抗力制度。本案中,疫情阶段合同无法履行系因不可抗力所致,双方均可免责,且希界维福田公司也同意减免该阶段的广告费用,该行为充分体谅了合同相对方损失,符合诚信原则,故分众广告无需支付该阶段的广告费用。

三、规则建构: 涉疫情防控民商事合同案件法律适用的规则建构

涉疫情防控民商事合同类型千千万万,如果要构建面面俱到的适用规则实难做到,也没有必要。本文从司法实践的案例出发,归纳其中可普适的规则,以为审判实践提供一些思路。

(一)适用原则

- 1. **意思自治原则——协商约定优先。**合同本身是当事人自由判断和自愿选择的结果。在合同领域,意思自治得到最淋漓尽致的体现,所以在遇到涉疫情民商事合同案件时,仍然应当尊重当事人的协商意见,这也是纠纷化解的应然之义。
- (1) 事先约定。随着疫情防控的常态化,当事人在订立合同时多有考虑疫情因素,或作为约定免责事由,或作为不可抗力条款("如果当事人于合同中约定的不可抗力在外延上超出了法律规定的不可抗力的,实质上也相应地改变了内涵,则超出部分并非称作不可抗力条件,而应称不可抗力条款",参见崔建远《不可抗力条款及其解释》,载《环球法律评论》2019 年第 1 期,第 48-57 页。)等,并作了较为合理的安排。对于在合同中约定有疫情条款的,事后如果发生当事人约定的情形,一般应当按照合同约定进行处理。但是,如果由此发生争议诉

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





至法院,法院仍需要审查相关条款的合法性、合理性。如免责条款符合无效格式条款的情形,或者《民法典》关于免责无效的情形等,应当排除该约定适用。

- (2) 事后协商。疫情如影响合同履行的,在当事人双方对此均无过错的情形下,应当鼓励当事人协商变更合同。在司法实践中,多数案件由于当事人之间本身缔约基础仍然存在,双方愿意互让互谅或共担风险,同时在法院的协调下,能达成调解。这从大多数法院发布的典型案件均调解结案也能看出。但是,已经协商变更合同后,当事人应当依约履行,若仍然不履行或者瑕疵履行的,不履行的一方又以疫情为不可抗力要求解除合同的,法院一般不得再支持当事人解除合同的诉请。如当事人再次协商解除合同,但就解除后的违约责任承担发生争议的,法院一般应以双方协商变更后的合同为依据,结合过错程度、疫情影响等因素进行裁量。
- 2. 公平原则——平衡双方利益。公平原则,在合同领域称为合同正义原则,以双务合同作为主要的适用对象。司法实践中,法院援引公平原则(《民法典》第六条)酌情确定当事人之间的权利义务,特别是酌减违约责任较多,毕竟疫情对于双方当事人来说都具有不可归责性。一方面,部分合同纠纷发生在《民法典》实施之前,根据时间效力的相关规定,应当适用当时的《合同法》等法律,但是《合同法》并未规定情势变更,只是在相应的司法解释中予以了明确。且当时对于情势变更的规定是排除不可抗力的,即"非不可抗力"引起的才能落入情势变更的规则中,所以司法实践适用公平原则调整当事人之间的利益比较常见。另一方面,虽然现行法律规定了情势变更规则(当然,情势变更本身也是公平原则的体现),同时法律适用上也要求禁止向一般条款逃避,但是实践中对于情势变更的适用相对谨慎,要件严格,在疫情影响合同履行但是未达到显失公平的程度时,仍然有公平原则援引的余地。
- 3. 诚信原则——诚信行为。诚信原则是民法领域的帝王原则,是道德要求的 法律化。在处理涉疫情纠纷时也应遵守。主要体现为,一是及时通知义务。如因 疫情导致义务人无法履行的,应及时通知债权人,以使债权人可以采取相应的措 施减少损失。若义务人在能够通知的情况下未及时通知,造成权利人损失扩大, 或者一再表示可以履行合同的,如沟通调货、延长履行等使权利人相信仍能履行, 但实质已经缺乏履行能力,嗣后再以不可抗力主张免责的,有违诚信。二是违约 在先不可主张不可抗力。对此,《民法典》明文规定的为当事人迟延履行后,不

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





得再主张不可抗力免责。本文认为,该条款同样适用于其他违约情形,如瑕疵履行、预期违约等,一方面违约在前意味着疫情与违约之间缺乏因果关系,另一方面如让违约当事人享有不可抗力带来的减免责利益也违反了不可抗力适用的初衷。三是情势变更中的再交涉义务。情势变更规则中明确规定了受有不利益的一方可与对方重新协商,理论界对于该协商的性质,主流观点认为是"再交涉义务",即"从情势变更的法律效果的视角看,应当据此规定把再磋商理解为一种义务。合同另一方也应依照诚信原则进行协商。"任何一方违背诚信原则拒绝磋商或突然中断磋商,并给对方造成损失的,可依据《民法典》第五百条(缔约过失责任)的规定判定损害赔偿责任。"此外,当事人协商变更后,应依约履行,再以不可抗力要求解除的一般不予支持,前已述及。

(二) 具体适用规则

1. 疫情或疫情防控导致合同完全不能履行

疫情或疫情防控措施会对合同履行产生不同程度的影响,其中对合同履行产生最严重的影响则是导致合同完全不能履行,合同目的无法实现。《民法典》第六百三十条规定,因不可抗力导致不能实现合同目的的,当事人可以解除合同。《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(一)》(以下简称《新冠肺炎疫情指导意见一》)中指出,疫情或者疫情防控措施导致合同完全不能履行的,可以适用不可抗力相关规定,依法免除或减轻部分责任。由此可以总结出在合同完全不能履行、合同目的落空的情况下,可以依法适用不可抗力解除规则或不可抗力免责规则。

(1) 不可抗力免责规则

不可抗力免责规则适用的前提是疫情或者疫情防控措施导致合同完全不能履行。《新冠肺炎疫情指导意见一》中的不可抗力免责规则的主要内容其实与《民法典》第五百九十条是一致的。实践中,涉疫情等突发公共卫生事件案件适用不可抗力免责规则要把握以下几点:

一是不可抗力免除责任范围。不可抗力免责规则的适用范围仅限于违约责任 或者是迟延履行的损害赔偿责任。比如,买卖合同一方当事人交付定金后发生疫 情,导致合同不能履行,可以免除卖方双倍返还定金的违约责任,但是不能免除

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





卖方返还原定金的义务。对于违约金,《担保法司法解释》第一百二十二条明确规定,因不可抗力致使主合同不能履行的,不适用定金罚则。虽然《民法典》没有就该问题作明确规定,但是从解释论角度应维持同一立场。

二是不可抗力影响程度。适用不可抗力免责规则的法律后果并不当然是全部免除违约责任。应视不可抗力的影响程度进行不同处理,不可抗力导致合同完全不能履行的才可以解除合同,并免除债务人的违约责任。此处的不能履行的表述对象为合同,但实践中合同大多数为双务合同,不可抗力导致一方履行困难是常态。所以此处应理解为一方债务完全不能履行。例如,疫情导致商铺由于防控措施被迫停业所引发的租赁合同纠纷案中,承租方不能主张由于不可抗力而完全免除租金。这是因为,首先疫情并不直接导致承租方给付租金的义务完全不能履行。其次在实践中,出租方通常也不会主张承租方承担由于迟延履行导致的违约金,往往只是要求承租方按照合同约定支付租金。如前文所述,不可抗力的免除责任范围限于违约责任或迟延履行的损害赔偿责任,并不能对原给付责任予以免除。所以在上述租赁合同纠纷案中,因不可抗力导致不能履行的是出租房保持出租房屋处于可供租赁状态的义务,对其不能履行的违约责任,可以依据不可抗力予以免责。而承租人则可根据租赁房屋性质请求适当减免租金。

三是不能履行的通知义务。遭受不可抗力而无法继续履行合同的当事人需承担即时通知的义务,如因迟延履行即时通知义务给对方当事人造成损失的,应就损失扩大部分承担责任。根据《新冠肺炎疫情指导意见一》规定,因疫情或者疫情防控措施不能履行合同义务,当事人主张其尽到及时通知义务的,应当承担相应举证责任。

(2) 不可抗力解除规则

《民法典》第五百六十三条第一款第一项规定的不可抗力解除规则是一种法定解除。当事人订立合同的目的是期待借由合同实现其利益,如果出现不可抗力导致合同目的无法实现,继续维持合同已无意义,因此法律赋予当事人解除权,允许其解除合同。对于涉疫情等突发公共卫生事件案件适用不可抗力解除规则要把握以下几点:

一是不可抗力与合同目的不能实现的因果关系。并不是所有疫情或疫情防控措施都会导致合同目的不能实现,判断疫情是否构成合同目的不能实现的"不可

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





抗力",还应当根据疫情发生时间、发展期间、地域范围、严重程度、当地政府 具体防控措施等对合同履行的实际影响,考虑不同行业、不同纠纷受人员流动限 制的影响程度,综合判断疫情或疫情防控措施作为不可抗力与合同目的不能实现 的因果关系,在个案中进行综合判定。比如在广东省佛山市中级人民法院作出的 一个生效判决中,认定虽案涉合同签订后我国发生新型冠状病毒感染肺炎疫情, 但案涉标的物聚氯乙烯并不属于不易保存或保质期短的货物,且结合原告同意将 收货期限延迟、被告自认已于 2020 年 2 月 10 日复工及全国疫情防控措施放 宽等情况,并不必然影响被告继续履行合同,收取诉争《工矿产品购销合同》项 下货物,即诉争合同无法履行与被告所称的不可抗力之间不存在直接因果关系, 被告因不可抗力事由于 2020 年 2 月 13 日向原告发出合同解除通知,原告拒 绝解除,并无不当。因此,法院认为被告本案所提免责抗辩,并不符合"因不可 抗力致使不能实现合同目的"之情形,不能构成合同解除事由,理据不足,不予 采纳,被告应依约履行义务。

二是合同目的不能实现的判断标准。合同目的不能实现的判断分为两步,一是判断"合同目的"是什么,二是判断是否已不能实现。关于"合同目的"的判断,引用湖北省高院一则案例中的表述,即"当事人在订立合同时所追求的基本目标和利益"。比如常见的房屋租赁合同,通常会写明房屋租赁的用途,可能会用于经营餐厅,经营商场等,那么对于承租人而言合同目的就是租赁房屋用于经营某个业态盈利。对于"不能实现"的判断,一般包括三类情况。首先是合同永久不能履行,比如标的物灭失;其次,对于一些时效性的交付义务,比如一些商家因为疫情导致季节性的促销会取消,或者一些临时展会的场地租赁合同等因疫情导致无法继续履行;最后,如果某个合同工交付的标的物是有特定用途的,而该用途最终无法达成的,可能会被认定为合同目的无法实现。

三是合同履行过程中已造成的损失承担。对于不可抗力造成的损失,因并不是由双方过错造成,裁判中通常根据公平责任的相关规定,综合各项因素后确定双方承担的损失。也有特别法就因不可抗力造成合同解除后的责任承担进行具体规定,例如《旅游法》第六十七条规定,因不可抗力合同解除的,组团社应当在扣除已向地接社或者履行辅助人支付且不可退还的费用后,将余款退还旅游者。

2. 疫情或疫情防控致使合同履行障碍

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





前述已经分析了因疫情导致完全不能履行情况下的处理规则,该部分主要讨 论因疫情导致其他的履行障碍应如何适用法律的问题。

(1) 迟延履行

涉疫情纠纷中,迟延履行的合同数量占比较大,因为疫情防控措施主要是限制人员、车辆、物流等的暂时性流动,导致的最典型的合同履行障碍形态便是合同未按期履行,如买卖合同的供货迟延、建设工程施工合同的迟延竣工、房屋买卖合同合同的迟延交付等。在此讨论的"迟延履行"是从客观角度所作的合同的一种状态,而非包含债务人的可归责性,也即采取理论上的广义理解(狭义的理解认为,迟延履行要求债务人具有可规则事由;广义的理解认为,只要债务的履行具有可能,但是在履行期届至未履行的,即为迟延,不考虑债务人的可归责性。详见韩世远:《履行迟延的理论问题》,载《清华大学学报》(哲学社会科学版)2002年第4期第17卷,第48页)。则在发生迟延履行的情况下主要讨论两个问题,即合同是否可以继续履行、债务人对迟延履行是否具有可归责性。

一是合同是否可以继续履行。判断的标准是迟延履行是否导致合同目的落空,如果继续履行对于债权人毫无价值或价值显著降低,则一般认为可作为合同解除的事由,这种情况下按期履行对于债权人具有重要价值,并且双方在订立合同时也是考虑在内的。如在前述的防疫物资买卖合同中,履行期限具有紧迫性且出卖人在缔结合同时应当知晓的,出卖人迟延供货会使买受人错过履行合同的最佳时机,导致继续履行对于买受人来说毫无价值,故此种情况下可以要求解除合同;又如在房屋买卖合同中,买受人的目的是取得房屋的所有权,一般认为迟延履行并不会导致买受人的合同目的不能实现。如果继续履行不会导致合同目的落空,则此种情况下,一般债务人应当继续履行,但是如继续履行会导致其明显不公平,则有适用情势变更的余地,就情势变更将在后文详述。

二是债务人对迟延履行是否具有可归责性。无论合同最终是解除还是继续履行,均会涉及到债务人对迟延履行是否具有过错的讨论,也即债务人是否具有免责事由。合同领域的免责事由最主要的就是不可抗力,所以考量债务人是否具有可归责性,其实质就是厘清不可抗力与履行迟延之间的因果关系,确定是否可以以不可抗力主张减免责。

本文认为,该类案件中主要考量以下因素:

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





①当事人的缔约能力。不可抗力的要件之一是"不可预见",故对于预见能力不同主体因为专业知识的掌握、同类交易的反复性等的不同而有不同,理论上对于"不可预见"认为应当以客观标准为主,也就是以当时一个通情达理之人能否预见为标准。本文认为,应当作一定的区分,对于商事主体之间订立的合同以及自然人之间订立的合同,对于预见的能力是不一致的。如果说要采取客观标准,也应该以与缔约当事人处于同种地位的人所能预见的为准。更何况,在疫情防控日趋常态化的背景下,对于当事人的预见能力应当从严把握。

②缔约时间。如当事人在疫情之前订立的合同,则对于疫情的发生或由此采取的防控措施一般是不能预见的。如果是在疫情期间订立的合同,司法实践认为,当事人一般将疫情的因素考虑在内后,预先作了相应安排,故一般不得以不可抗力主张。

③债务类型。司法实践中,最为常见的区分主要是非金钱给付义务以及金钱给付义务,认为由于现在网络支付比较发达,金钱给付一般不会受到疫情封控的影响,除非当事人能举证证明,如财务人员封控无法做账、在线转账限额等特殊情况,否则不得主张不可抗力。而对于非金钱履行义务,如标的物被征用、物流封控、人员隔离等,更易受疫情的影响。同时,对于双务合同,还应考量当事人是否具有同时履行抗辩权、不安抗辩权等正当事由,如存在正当的抗辩权,则当然排除迟延履行责任。

②疫情措施的影响力。应当区分对义务的履行是具有直接影响力或是间接影响力,以及其影响力的程度。如涉疫情物资统一调配对于涉疫情物资的买卖合同履行、交通管制对于物流运输的履行等是直接影响,因疫情导致货源紧张或货物涨价、经营收入减少降低付款能力等为间接影响,故应当在个案中具体考量合同义务与疫情防控之间的影响力。

⑤迟延履行发生的时间。迟延履行后发生不可抗力的不免责,是对履行迟延的加重责任,但是在学理上认为如果债务人能举证证明即使不发生迟延履行,仍然会发生损害的,则当事人可以因此免责,从而否认迟延履行与损害之间的因果关系,即"假想因果关系"。

当然,债务人如援引不可抗力免责,在程序上须尽到及时通知义务,并承担举证责任,否则将承担不利后果,前文已述。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





故在合同迟延履行的状态下,如果继续履行已经没有价值,应依照《民法典》 第五百六十二条规定予以解除,如果继续履行仍然有价值的,债务人一般应当依 照《民法典》第五百七十七条继续履行。如因疫情导致履行迟延,债务人根据上 述考量因素判断后不具有可归责性的,可以适用《民法典》第五百九十条予以减 免责,但是要符合前述的程序规则,并且迟延需在后发生。

(2) 继续履行显失公平

该种显失公平通常体现为等价关系的破坏,而且要达到"明显"的程度,如果只是轻微的不公平,则司法一般不介入意思自治的领域。何谓明显不公平,德国判例中以一方当事人履行合同将遭受"经济废墟"或"生存毁灭"作为结果来认定明显不公平,说明对于该等不公平的认定是非常狭小且严谨的。理论界一般认为要达到"履行艰难"的程度,同时要区分一时性合同和继续性合同作不同理解。针对一时性合同,应以整个合同权利义务进行判断,而针对继续性合同,应当将无法履行的部分作为一个"小债务",然后再就该个"小债务"是否明显不公平进行判断。如房屋租赁合同,因疫情导致无法占有使用房屋数个月,则判断显失公平应以该数个月未使用与支付租金之间进行比较。

在履行显失公平的情况下,未必均可适用情势变更规则。履行显失公平是情势变更规则的实质条件,但是还应当符合其他要件。一是合同已经成立,尚未履行完毕;二是合同能够继续履行;三是情势变更的发生不可归责于当事人;四是该情势变更是当事人缔约时无法预见的。司法实践对情势变更的构成要件大多有提及,本文亦不再赘述。这里仅仅就当事人履行迟延后如发生情势变更,是否还有适用的余地作简要分析。本文认为,针对一时性合同,履行迟延后应当不再适用情势变更,这与迟延后发生不可抗力不能免责的法律效果相似。因为如当事人能够按期履行,则在发生的情势前合同既已履行完毕,便没有情势变更的适用余地。但是,如果是继续性合同,如逾期支付租金的情形,如之后发生情势变更,仍然有适用的余地。当然无论结果是变更还是调整,当事人对于前期逾期的部分仍然应当承担相应的迟延履行责任。

《民法典》第五百三十三条针对情势变更作了具体规定,符合上述要件的,受有不利益的一方可与对方进行再交涉,双方应本着诚信原则进行磋商,但是并非一定要求具有磋商的结果。如在合理期限内协商不成的,可诉请法院变更或者

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





解除合同。法院在审理时应当追求合同的稳定性,通过延长履行期限、降低合同价款、变更履行方式等能平衡双方利益的,则不得解除合同。

故继续履行显失公平,如能符合情势变更规则的,当事人可依据《民法典》第五百三十三条进行救济,但是如果当事人继续履行显失公平,但又无法归入情势变更调整,如当事人的损失具有需要救济的必要性的,本文认为,法院也可援引公平原则酌情予以调整,但是这种调整是例外的例外,必须具有十分必要性,且理由充分,否则将有过多介入意思自治之嫌。

(3) 不完全履行

合同一方虽然履行了债务,但是履行不符合约定或者只是部分履行,这便涉及到当事人是否需要承担违约责任,即可否适用不可抗力减免责规则。本文在前述迟延履行部分已经阐述了债务人是否具有可归责性的考量因素,在该部分也有适用的余地。故,如债务人不完全履行"情有可原",是由于疫情或者防控措施导致的,则可以根据影响的程度减轻或者免除相应的违约责任,反之则应当承担责任。

3. 疫情或疫情防控不影响合同履行

如今疫情发展已持续两年多,很多合同当事人会将疫情作为迟延履行的抗辩理由。但疫情不会全然导致某些合同义务无法履行,实践中需要考量合同义务的 实现方式、疫情原因力大小进行综合判断。

- (1) 金钱给付义务通常不受疫情影响。疫情或疫情防控措施最直接的影响是会由于政府发布封控措施而导致人员无法进行物理上的流动,或者导致部分经营场所无法正常营业。由于上述直接影响进而可能会导致买卖合同的迟延交付、建设施工合同的迟延履行等等。但有些合同义务并不会因为疫情而导致无法履行或迟延履行,比如双务合同中的款项支付一方需在疫情期间履行支付义务,支付义务人不得以疫情发生为由拒绝支付,原因是金钱债的履行可通过电子支付、银行转账等非接触式方式履行,疫情通常不是履行不能的抗辩理由。
- (2) **酌情适用公平原则**。正如前述,公平原则是处理涉疫情纠纷中的一个重要原则,从最高人民法院出台的涉疫情系列指导意见以及《上海高级人民法院关于充分发挥审判职能作用为依法防控疫情提供司法服务和保障的指导意见》等相关政策文件也可以看出。例如在房屋租赁合同纠纷案中,即使疫情并不影响缴

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





纳租金一方继续履行合同,但考虑到疫情或者疫情防控措施导致承租人没有营业 收入或者营业收入明显减少,继续按照原租赁合同支付租金对其不公平,承租人 请求减免租金、延长租期或者延期支付租金的,人民法院可以引导当事人参照有 关租金减免的政策进行调解;调解不成的,应当结合案件的实际情况,根据公平 原则变更合同。

结语

本文对两年多来全国法院涉疫情合同案件的大量判例进行研判,总结梳理司法实践中的裁判规则,并从疫情对合同履行的影响程度的轻重为标准,分类讨论如何适用法律,以期对涉疫情防控民商事合同案件法律适用的规则进行建构,旨在形成体系化、协调融贯的涉疫情防控民商事合同案件的裁判规则。

作者: 曹洁、王莉、王建芬、纪昀、于文敏

来源:中国上海司法智库微信公众号

链接: https://mp.weixin.qq.com/s/gL1U0Z4hobG5b81B257nsQ

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





2022 年第 11 期 | 电子存证背景下区块链技术在司法审判中的应用研究

电子存证背景下区块链技术在司法审判中的应用研究

上海市高级人民法院 曹红星 徐沛

一、电子证据及其在司法实践中的适用电子证据的定义及特点

(一) 电子证据的定义

2012 年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》以及 2014 年修订的《中华人民共和国行政诉讼法》均增加了一种新的法定证据——电子数据。在实践中,我们经常会将这一类证据称为"电子证据"。电子证据作为一种依赖于现代电子技术而存在的新形式的证据,目前世界范围内对其并没有一个统一的概念,我国学术界对此也颇有争论。广义上,我们可将其定义为借助信息技术或信息设备生成、发送、接受、存储的用来证明案件事实情况的一切数据及其派生物。2020 年 5 月 1 日正式施行的《最高人民法院关于修改〈关于民事诉讼证据的若干规定〉的决定》就对电子证据进行了相关规定。电子数据包括下列信息、电子文件:(一)网页、博客、微博客等网络平台发布的信息;(二)手机短信、电子邮件、即时通信、通讯群组等网络应用服务的通信信息;(三)用户注册信息、身份认证信息、电子交易记录、通信记录、登录日志等信息;(四)文档、图片、音频、视频、数字证书、计算机程序等电子文件;(五)其他以数字化形式存储、处理、传输的能够证明案件事实的信息。

(二) 电子证据的特点

由电子证据的定义,我们可以看出电子证据在诸多要素上都有别于 传统证据,并具有如下几个特点:

1. 无形性与技术依赖性

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





与传统证据必须借助于一定的自然或人工材料表现出来不同的是,电子证据 实质上是二进制编码的集合,因此电子证据具有无形性。而正是因为电子证据的 无形性,电子证据必须依赖于特定的电子技术设备才能生成、修改、传输、存储 并呈现。其传输模式为用户一计算机一网络一计算机一用户。电子证据一旦失去 这些技术支持,将无法存储和传播,即具有技术依赖性。

2. 稳定性与易受破坏性并存

因为电子数据在储存中,只要二进制代码运行程序无误,依照正常的发展基本不会产生错误的情形,而且在稳定的外部环境中电子数据不会发变化,因而电子数据的内容稳定性强。即便是电子数据不幸破坏,凡有修改,必有痕迹,通过技术手段进行认定、恢复也具有一定可行性。不可否认,电子数据在实务中进行认证时,最受诟病的就是其易被篡改、伪造。因为电子数据储存在电子载体之中,虽然不像传统证据中物证、书证等极易遭受自然或人为的毁坏,无法恢复,但是如果在高温、强磁、潮湿等自然条件原因以及人为因素的影响下,仍会使电子数据发生变化。且电子数据赖以存在的载体并不是坚不可摧的,当载体本身出现变化时会对储存的电子数据产生很大影响。在鉴别电子数据是否被篡改,需要专业的人员运用技术知识加以检查、鉴定,然而受制于技术能力和水平有限,分辨真假的难度是相当大的。

3. 高度流转性

传统证据的载体通常都是物理空间中的物质,因此传统证据在传递过程中会受到物理空间的限制。而电子证据的本质是二进制代码的集合,其在传播过程中不受空间限制,数据电文信息能够在计算机等设备的帮助下瞬间传递到世界的任何一个覆盖互联网的地方。

(三) 电子证据应用的基本规则

电子证据虽有别于传统证据,但其适用的最终目的与其他传统证据一样,均是为了证明案件事实情况,因此在其应用过程中,我们应遵循以下基本规则。

1. 电子证据的合法性

对电子数据的合法性审查主要包括以下几个方面:"(1)主体合法;(2)形式合法;(3)收集程序或提取方法合法。"证据收集的主体、手段和程序上的非法,可

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





能会形成非法证据,鉴于电子数据取证难度较大,往往需要具备专业知识的人的 辅助调查取证,此外取证主体在取证过程中要妥善处理公权力和私权力间的关系, 确保取证程序合法性。

2. 电子证据的关联性

电子证据的关联性是指只有能对案件事实的证明产生一定实质性影响的电子证据材料才能为法庭所采纳并用以证明待证事实。证据是由信息与载体两部分共同构成的。评断传统证据的关联性时,我们通常只需要考察信息的关联性。而与传统证据不同的是,电子证据并非实实在在的物,而是以某种信号量的方式存储在虚拟空间中的信息。存储电子证据的虚拟空间是人不能至的,而且这些虚拟空间也无法直接简单地与案件事实存在的物理空间形成一一对应的关系。因此,评断电子证据的关联性时应当同时考察信息的关联性和载体的关联性。

3. 电子证据的客观性

证据的客观性是指证据的真实性,要求证据必须客观的,不 能是主观的,它要求我们审查电子数据证据的生成、储存、收集的过程,这是对证据的完整性审查。首先,我们要保证证据的来源和内容是真实的,并关注数据的生成环节,审查其传送和接受环节是否独立可靠,由于电子数据本身具有易于篡改且不易察觉的特性,因此我们还要审查取证是否具有完整性。

(四) 电子证据在司法实务中的适用情况及问题

随着互联网的高速发展和社会事务信息化水平的全面提升,电子数据作为证据应用已经愈加普遍,在法庭上出现的频率也越来越高,然而电子数据的证据效力仍存在问题,电子数据能否作为证据已经成为控辩双方的争议之一。虽然我国三大诉讼法都将电子数据统一作为一项独立的证据种类,但在司法实践中,电子证据的真实性及证明力仍存在着巨大争议,进一步导致了电子证据的采信度降低。我国电子证据的司法适用存在以下困境:第一,电子证据采信度非常低,不超过总数的10%。第二,电子证据对国家公信力的高度依赖。第三,司法机关通常将电子证据转化为物证、书证或言词证据加以采用,电子证据形同虚设。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





那么,导致电子证据司法适用困境的症结在于何处?首先,司法机关对电子证据的真实性持过于保守态度,导致电子证据在生成、收集、保存和传送过程中被逐渐舍弃,能到最后质证阶段的电子证据少之又少。电子证据与传统证据种类的差异导致了对其进行真实性认定存在许多困难。传统证据以收集原件为原则,复印件为例外。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第22条规定,调查人员调查收集计算机数据或者录音、录像等视听资料的,应当要求被调查人提供有关资料的原始载体。提供原始载体确有困难的,可以提供复制件。提供复制件的,调查人员应当在调查笔录中说明其来源和制作经过。此外,行政诉讼法的相关司法解释也有类似规定。在司法实践中,电子证据通常难以提供原始数据,只能通过拍照、打印、截屏等方式向法庭出示,但如果控辩双方对电子证据存在疑问,而承担举证责任的一方又无法提供原始数据,法院则一般不会轻易采信该电子证据。

(五) 区块链技术运用于司法存证的必然性与可行性

对于司法存证目前存在的困境来说,区块链技术最大的优势在于赋予电子证据以"指纹",且可以保证写入区块链的数据不被更改,这主要通过哈希值和去中心化实现。而这两个特性则是其存证技术中的最大价值所在。

所谓区块链存证, 是将能够反映案件事实的电子数据进行非对称加密形成哈希值后储存于区块链上。由于每个字母, 每个中文,甚至每个标点的改变都会对哈希值产生不同影响, 因而只要两个哈希值不相同,则意味着其原始输入的数据也不相同。因此,从本质上来说,区块链只是存储哈希值的数据库的统称。最后存储到区块上的哈希值可以保障数据公开同时不被更改,即使被更改也可以通过简单的数字和字母组合的比对而发现差异。如果当事人向法院提交的电子数据通过相同算法计算出的哈希值与大数据存证平台所存储的该段哈希值一致,可以证明存证时的证据和向法院提交的证据是一致的; 反之如果哈希值与大数据存证平台所存储的该段哈希值不一致,则证明数据是经过修改的。这样可以技术方式弥补长期以来电子数据易修改性的不足。哈希值赋予电子数据以易识别的"指纹"哈希值或散列值,是指通过哈希函数运算, 将数据压缩成短的字母和数字组成的字符串。区块链存证的第一步是将原始的电子数据转换成哈希值: 电

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





子数据是通过二进制表达的,因而可以设计一种算法,将无论多复杂、多冗长的 二进制数字都通过该算法计算得出一个长度固定的结果,所计算出的长度固定的 结果即为哈希值。

去中心化技术保障存证的真实性,虽然通过哈希值可以将原始电子数据固定下来,但如果该段哈希值所在的数据库存储于终端服务器,则仍然存在篡改数据的可能:进入该终端服务器并修改数据,则可以把原来的哈希值替换,这也是电子数据确实存在易修改性的原因。因此,区块链存证技术除了哈希值固定证据外,还运用了去中心化技术,避免数据在终端被修改。

总之,区块链的信息防篡可信、业务流程与管理规则智能合约化的技术与发展理念,是契合我们司法发展规律和工作特点的,区块链的分布式账本、数据可溯源和不可变性、信息透明和信息对称,加上其自有的时间戳功能,可以有效防止证据收集阶段篡改证据或隐匿证据的现象,从而从证据源上确保事实认定的可靠性,进而有效防范 "同案不同判""冤假错案"乃至徇私枉法现象,这也是建议打造基于区块链的智慧司法体系的重要原因。需要说明的是,数据上链存证并不等同于该电子数据证据就符合证据的 "三性"要求,如何确保上链数据的真实性就是亟待解决的问题。

二、上海法院区块链技术应用调研

(一)全流程网上办案存证应用

全流程网上办案的核心是电子卷宗随案生成。上海法院作为最高人民法院推行以电子档案为主、纸质档案为辅的"单套制"试点单位之一,将区块链技术引入电子卷宗随案生成和档案管理工作中,实现从电子卷宗到电子档案的全生命周期安全管理,确保案件在立案、分案、审判、结案、归档、执行、上诉申请再审等各环节流转过程中,以及在电子卷宗或电子档案在形成、传输、保存、利用、销毁过程中的安全可信、安全存储、真实防伪、不被篡改。

上海法院业务系统通过和区块链存证平台对接,将与案件相关电子卷宗及相关业务数据上链固存,确保在案件立案、分案、审执、结案、归档以及上诉申请再审等各环节流转过程中电子数据在形成、传输、保存、利用全过程中的安全可信、真实防伪、不被篡改。电子卷宗的任何变化内容和传递、借阅等操作行为将

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱: law@beshininglaw.com 网址: www.beshininglaw.com





会在区块链中留下痕迹,从而构建出电子卷宗的完整演变轨迹。比如法官在某个时间通过审判业务系统对电子卷宗中的特定材料进行内容补充。这为日后审计和 追溯提供了有利的技术支撑。

(二)智慧执行之终本核查和移动执行存证应用

1. 终本核查存证应用

人民法院在执行阶段对终结本次执行程序的适用,在法院的执行案件办理过程中面临着"内外"双重挑战。对外来说,缺少客观、可信赖的核查及公开机制,从而给予案件当事人乃至社会公众真实、客观、可信的执行结果;对内来说,缺少有效、可监督的管理手段,在核查流程中存在大量数据补录问题,缺乏真实性核证的办法,不利于终本核查的长效发展机制。

2019年7月,上海高级人民法院建设了终本案件智能核查系统,将区块链与人工智能、大数据相结合,构建了一个涵盖全流程的、自动巡查的终本管理系统。通过对终本的有效管理,增强了法院的工作透明度,在规范执法、客观执法、可信执法等方面建立了可长效发展的机制。

区块链技术贯穿终本案件智能管理系统全局。在案件办理阶段,通过移动执行系统提供基于终本合规的外勤办案信息规范采集指引,使用区块链技术将终本必备办案材料上链固化存证;在终本约谈阶段,提供终本必备流程、终本达成条件可信区块链证明,做到每个条件达成有上链材料支持、可证明、可信赖;在终本报结阶段,终本自动核查,按照终本合规校验规则,对结构化数据和上链固化材料、卷宗数据进行双重自动化校验;在终本案件公示阶段,公示终本结案案件,不仅公示结案信息,还公示终本达成流程和个案终本条件达成的证明材料,且均可在区块链上验证真伪。

2. 移动执行存证应用

移动执行平台会产生大量实体文件,为了解决好这些数据实际管理中的问题, 考虑到区块链技术可追溯、不可篡改等特性在法院内部不同部门、不同办案环节 能够固化电子卷宗、还原办案过程、防抵赖的优势,我们在原有移动执行平台的 基础上,研发"执行区块链管理平台",解决法院、当事人之间的实体文件流转 和管理的痛点问题。同时,通过 "执行区块链管理平台"的赋能,构建了对电

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





子证据进行固化的移动执行平台,对执行案件办理过程电子数据全部上链,确保 电子数据的真实可信、提高执行案件的司法公信力。

执行区块链管理平台基于独立自主产权的国产化原生区块链技术搭建。区块链系统采用最先进的互联网运行级别的架构设计,具有最高级别抗攻击、安全性、稳定性,同时引入司法行业专家、国家标准制定专家、区块链行业顶尖专家共同参与,依据法院自身特点进行了定制优化,并融入国际化标准和规范设计理念。旨在能够固存具有司法效力的电子证据,确保验证电子证据真实性的一切必要信息,全程区块链固化保存。

上链固化保存的文件的元数据会保存在链的核心账本中,而文件本体会多副本随机加密保存在不同节点服务器的链式存储中。执行区块链系统通过多节点共识和确认,防止核心账本中数据和文件不被任意篡改;文件本体在上链固化过程中会在整个节点网络中形成多个冗余副本,从而实现文件的高可用;由于文件是分片存储,所以无法通过物理访问节点服务器存储的方式获取完整的数据文件;由于文件是加密保存,因此即使数据文件暴力获取了一部分,也很难获得其中原文,从而保证数据的安全性。

业务组成部分通过区块链的智能合约实现对上链的外勤取证信息、执行线索的业务数据进行管理,其中包括版本管理、上链操作合规性验控等,确保上链数据的版本清晰准确、操作人员和系统合法等。同时提供一系列安全调用接口,实现如数据可信性校验;各种法院上链数据的关联性追溯,从而了解数据的真实演变过程,和数据间的业务关联关系;同时由于所有链上操作行为全程留痕,因而可以通多平台的操作行为审计接口了解到任何时间数据被哪个系统和哪个人进行了上传、查阅等操作行为。

核心技术部分通过移动执行平台数据中心分布维护平台服务器环境,同时以 区块链为核心,结合可信时间服务、数据加密、签名验签等多种先进的技术强化 平台对数据的安全、可靠、防篡改的能力,最终实现数据一致存储、无法篡改以 及无法抵赖的目的。

移动执行平台上链功能包括:外勤取证、财产查扣、评估拍卖、终本约谈、强制措施、指挥连线、执行会商和执行线索。上链内容为外勤取证、财产查扣、

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





评估拍卖、强制措施时拍摄的图片、录制的音视频文件;指挥连线、执行会商时产生的视频文件;当事人提供的执行线索中相关的图片、音视频文件。

利用区块链技术将数据和文件固化在平台中,通过多节点共识和确认,防止数据和文件被任意篡改。由于所有外勤取证和执行线索均经过平台的区块链加以固存,有效杜绝了被篡改、丢失的可能性,极大提升了数据安全,实现了电子证据的安全可信。

(三)智能合约立案中的区块链技术应用

上海高院院率先应用区块链智能合约技术实现达到立案条件的诉前调解状态案件自动立案的应用。从案件进入法院立案登记开始,立案登记、启动调解等各节点的时间自动上链存证,立案期限一旦届满,智能合约将自动触发立案操作,从而有效提升了立案效率,减轻立案法官工作量,也有效杜绝个别案件"久调不立"等问题,更有效地保障当事人的诉权。

自 2020 年 8 月上线以来,上海法院通过诉调转立案智能合约已立案案件 5 万余件,有效提升了立案效率,节约立案法官人力成本,也有效杜绝个别案件"久调不立"等问题,更有效地保障当事人的诉权。

三、电子证据背景下区块链技术应用存在的问题

(一) 问题的由来

虽然区块链存证技术对于保证电子数据真实性有显著贡献,但就当前司法实践的适用来看,适用率却并不理想。这其中既有技术与司法衔接的问题,也有实务中对电子证据使用方式的路径依赖。

首先,目前的区块链存证仍难以摆脱对公证的依赖。以杭州互联网法院的区块链存证平台的运行情况为例,该区块链存证平台包括新华社、中国科学院国家授时中心、蚂蚁区块链、杭振集团、上海市计算机行业协会司法鉴定中心、互联网公证处;运作平台包括长三角地区法院和公安部第一研究所。当事人可以通过区块链平台实现确权存证和侵权取证,诉讼通过在线审理和网上诉讼平台提交电子数据原文,数据平台辅助法官验证电子证据真实性。在操作中,当事人只是通

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





过这些平台提交证据,但仍然需要通过公证方能产生预期的"存证效果",这实际上并未能真正发挥区块链存证技术的作用,而是仅用其名,但实质上仍然与目前公证的方式差别不大,而非真正意义上的区块链存证。

其次,目前的区块链存证技术并未真正实现去中心化。虽然区块链技术以去中心化为优势,但在区块链存证方面,其去中心化的优势目前仍不明显。区块链进一步可以划分为公有链、联盟链和私有链。能够做到彻底去中心化的是公有链,以比特币为代表。如果区块链存证能够完全在公有链上开放,这是最优的状态;但目前区块链存证的平台仍没有真正意义上的公有链。联盟链只是对特定的组织团体开放,即仅限联盟成员参与,共识过程受到预选节点控制,而且节点只有通过授权后才能加入或退出;私有链是区块链仅限于个人或公司机构内部使用。

虽然区块链可以通过技术将存储后的证据不被修改,但区块链存证却并不能 保证证据真实性。电子证据的真实性有三个不同的层面:电子证据载体的真实性、 电子数据的真实性和电子证据内容的真实性。然而,即使是区块链存证技术也不 能够保证电子数据在以上三个层次的真实性,主要受以下两方面要素影响。其一, 区块链存证技术无法保证链下生成电子数据的真实性。由于所有写入区块链的证 据都有一个被写入的过程,因此,区块链上的存证只能表明该电子数据被写入区 块链时是怎么样的;但是该数据在写入区块链之前是否曾经被修改,这是无法在 区块链存证中发现的。换句话说,如果这些电子数据被写进区块链证据时就已经 被改过,那即使被存入区块链中,也不能证明该证据的真实性。因为区块链证据 能做到的只能是这些电子数据成为区块链证据时不被篡改,但它成为区块链证据 之前还是完全有可能被篡改。其二,区块链存证的取证技术难以保证区块链上的 证据系诉争的电子数据。例如对链上生成的数据进行"多版本预留",多次在链 上生成不同版本的电子合同,区块链无法识别本身所保留的证据是否为诉争证据。 又如,对链下生成电子数据的信息抓取不周延。现阶段区块链存证技术中有一项 重要内容是对网页、视频资料等信息进行抓取。因此,这种情况下,区块链存证 所能够保存的电子数据信息非常有限。

(二) 电子证据适用的壁垒

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





一是审查认定标准不一。民诉法解释仅对电子证据的定义作出了规定,但目前暂未对电子证据的审查认定作出专门规定,例如举证质证、认证过程,以及审查相关电子证据是否随原始存储介质移送、提取复制的规范和程序、对电子数据有疑问的能否进行鉴定或者检验等。导致在具体的司法实践中,往往出现对电子证据的认定标准宽严不一的情况。

二是证据内容真实性审查困难。电子证据并不能单独存在,需要依附于手机、计算机、应用软件、服务器等网络系统,电子数据在存储、传输与复制的过程中可能会被删改、破坏,天生具有不稳定与易篡改的属性,给法院的审查工作带来一定困难。对于电子证据真实性审查,法院无法直接主动地进行查验 IP 地址、扣留服务器等取证行为,也没有电子证据鉴定方面的审判资源,实践中形成了电子证据书证化的审判习惯,甚至依赖于公证机关,但公证并不符合电子证据特有的规律。如消费者提供的手机截屏、网页打印件完全可以通过查看手机或上网予以核实;如网络交易平台经营者有可能在公证之前就已经篡改了信息。上述情况容易导致法院难以审查电子证据的真实性。

三是电子证据的采信率偏低。电子证据采信原则的缺失降低了电子证据的采信率。电子证据的生成往往与网络平台存在着直接关联,网络平台所产生的数据并不具备法律效益,必须要在司法机关的认证之后才能具备相应的法律效益,但由于技术缺陷、平台职能落实不到位等因素,电子证据存在被篡改等风险。为防止电子证据受到污染,其采信原则实际上与传统的自由心证采信原则相违背,这就导致电子证据的可信度在司法实践中被削弱,采信率也就随之下降。

四是电子证据的采集与取证对技术要求相对较高。电子证据是电子技术的产物,然而,电子信息技术的快速发展也带动了电子证据的迅速发展,不断扩充电子证据的类型。电子证据的取得需要司法工作者具备一定的专业技术能力,这就导致电子证据的采集与取证对专业技术的要求较高,与不断更新迭代的电子信息技术之间产生了冲突。

(三) 区块链技术的建设应用不完善

运用区块链建设全国统一的全流程、一体化的智慧法院体系人民法院信息化建设的模式是最高人民法院在总体部署和顶层设计的同时加强重点攻关,各地法

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





院则积极探索和开发应用富有地方特色的各种系统平台,可谓"百花齐放"。这种建设模式的优点是可以调动各地法院的积极性和群策群力进行建设,在过去的人民法院信息化建设中是合适的选择,实际上也取得了预期的效果,但此模式的缺点主要如下:各地法院的重复建设将导致人力、财力、物力的巨大浪费;受制于建设条件等因素,建设质量参差不齐;系统平台繁多,且往往不能兼容,协同性和共享性较差;,优秀的建设成果不便在全国法院系统全面推广。

四、提升电子证据背景下区块链技术应用实效的方法路径

(一) 构建区块链电子证据存证标准

针对电子数据的多样性和复杂性,应结合其司法实践中的特点具体制定区块链证据存证平台的软硬件统一标准。该标准应包括:区块链技术应用到存证领域的具体技术规范、从用户认证到取证再到存证及验证的全过程技术要求、平台服务器硬件技术要求、安全性强制要求等。基于行业软硬件统一标准,区块链电子数据存证平台相关证据合法性将得到技术层面的保障。在具体操作过程中,应当由目前业务范围较广泛的头部区块链电子数据存证平台发起成立专门的行业会,通过该协会将与区块链证据保全相关的上下游联结起来,根据各环节在实践中的具体情况,制定更具科学性、针对性、可操作性的相关标准。该行业协会还可以向司法机关提出改进意见,推进全国通用的司法区块链搭建。此外,通过行业协会将相关电子数据存证的技术专家集合起来,有利于相关技术的更新升级,也对寻找专家出庭作证提供了便利。

尽管当前全国许多省(市)都搭建起了本行政区域内电子数据平台,其中均包含区块链电子数据存证的应用,但各个平台的建设标准并不尽相同,因此准许接入的第三方存证平台也有区别,在数据互通方面存在不便的情况。2019年8月12日,最高人民法院指导召开"司法区块链平台建设应用研讨会",最高法院信息中心坚持"一平台、两网络、高权威、全业务"的司法区块链建设思路,推进法院全业务过程中高公信力信息,高可靠性数据,高风险性操作等核心数据上链存证工作,牵头制定《司法区块链技术要求》《司法区块链管理规范》,用以指导规范全国法院数据上链工作。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





2021年,信通院、上海高院、蚂蚁集团、上海金桥等单位组织编写了数字版 权存证标准,按照"四篇章+一系列业务场景"结构来发展存证标准,规范了存 证平台基础性要求,包括平台的主体资质、技术可靠性、清洁性、用户注册与身份核验要求;数字版权存证内容要求,包括作品确权与侵权两种情形下的具体操作电子数据;取证及操作要求,包括用户上传、网页截屏、录屏视频、现场录音录像拍照等操作的环境与内容的要求;出证示证与核验要求。

(二)强化区块链等平台的本地化建设

2019 年起,最高人民法院正式启动司法区块链统一平台的搭建,2019 年 5 月 22 日,上海、浙江、江苏、安徽四地法院成立长三角司法链。首批签约法院包括上海一中院、杭州互联网法院、苏州中院和合肥中院。长三角司法链建立后,在全国首次实现审判执行全程上链,起诉、调解、立案、送达、举证质证、庭审、判决、执行、档案管理等影响审判质量效率、影响司法公信力的关键环节全都被盖上区块链的"戳印"。这些"戳印"包含了可信时间、可信身份、可信流程、可行环境等关键信息,并向区块链的全体节点实时进行广播,全程留痕、安全可控、不可篡改。在方便群众诉讼、服务法官办案、提升审判质效、促进司法公开等方面具有重要作用。在司法链的基础设施建设方面:截至 2021 年 7 月,司法链已与 335 个法院的 367 个系统进行了对接,其中通过互联网上链的系统 45 个,通过法院专网上链的系统 322 个,上链数据覆盖 3200+个法院,占全国法院总数的 90%以上,累计上链数据超过 28 亿条。将致力于智能合约 IDE 系统研发和落地,为全国提供标准化智能合约研发工具,促进司法链的实践应用。

上海高院近年来持续探索区块链在审判执行业务的应用场景的落地项目,在蚂蚁公司、金桥公司的技术支持下,在终本案件智能核查、电子卷宗单套制改革、庭审记录改革、诉调转立案、电子送达等业务场景积极探索区块链和智能合约的应用场景和项目试点,为"区块链+审判"的应用试点奠定了试点应用基础。在司法链的审判执行应用方面:智能合约对接诉前调解的应用创新在试点法院落地,实现了诉前调解协议的链上存证与自动履行。在司法链的建章立制方面:截至2021年7月,完成了《司法区块链跨链管理规范》等三个标准的起草,目前正在结合专家评审意见进行完善。下半年,结合《人民法院在线诉讼规则》的相关规

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





定,制定并发布《司法区块链存证技术标准》等配套行业标准,为区块链证据的司法审查提供技术规范支持。

2021年上海高院在蚂蚁区块链科技(上海)有限公司、上海金桥信息股份公司支持下,成功申报国家区块链创新应用试点,旨在将司法区块链技术运用于诉讼服务,为当事人、律师提供在线诉讼证据的存证验证服务,提升诉讼服务的科技水平,同时为法官提供相对规范的电子证据验证环境,辅助法官对电子证据进行三性审查,提升证据认定效率,减轻人民群众诉累;依托司法区块链可信操作技术,总结法院审执流程中的规则化业务通过智能合约固化,以电子卷宗单套制为突破口,进行审执流程的自动化再造,排除人工干扰,加强过程监管,提升审执流程效率;着力构建面向经济社会的司法智能合约平台,打造司法区块链生态,引导数字金融、电子商务等领域的交易全过程的规范化、标准化,提升法院诉源治理水平,推进司法领域的数字化经济转型。

(三)加强区块链应用需求调研,细化应用场景分类

近年来,上海高院积极贯彻落实最高院关于加强区块链、人工智能在司法领域应用要求,积极探索区块链在法院审判执行业务的应用场景,开展区块链技术与审判执行业务的融合研究开发与试点,为上海法院提供审判执行业务数据、关键重要操作的上链存证和数据验证能力,确保数据安全可信,实现共识节点和数据上链的可视化监管。

1. 面向在线诉讼服务的异构数据存证验证技术

(1) 研究面向多源异构的电子证据存证验证技术

随着互联网经济的发展和人民法院在线诉讼规则的不断规范,诉讼实践中电子证据的应用大幅增加,且具有多源异构、批量化的新特点。面对如何满足当事人多源异构和批量存证验证需求,规范当事人的存证取证行为,确保电子证据的真实性、合法性、关联性问题,研究面向多源异构的电子证据存证验证技术,围绕服务应用层、区块链网络层、存储层,使用高可用、易水平扩展的分布式集群技术和标准化应用网关,提升应用服务的吞吐能力,保障请求得到快速响应;优化区块链网络节点的负载均衡机制,调整符合电子证据存证验证要求的节点共识和查询机制,降低链上数据访问成本;研究基于业务场景优化的底层存储数据分

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





层机制,识别数据热点,优化数据读取、数据缓存机制,提升热点数据、关联数据访问的效率,为当事人、律师提供在线诉讼证据的存证验证服务。

(2) 研究面向物理隔离环境下的电子证据跨链交互验证技术

目前人民法院的案件审理主要在法院专网内进行,当事人在互联网存证的电子证据无法完成内网验证,将影响电子证据存证服务的便捷性。面对电子证据区块链存证的跨链交互验证的问题,研究从区块链跨链协议栈技术,通过协议栈设计解决支撑异构链的差异性和跨链模式多样化问题;研究区块链跨链身份体系;研究跨链数据安全技术,建立跨网络的点对点组网形态下的数据安全授权机制,按需出域端到端安全跨链,引入链下隐私计算适配隐私需求;研究高可用的的跨链组网和跨链验证技术,通过多层次多模式设计支持各种服务接口协议,支持自定义跨链编程,支持智能合约对接跨链操作,支持司法链的跨链证据核验,更好的支撑电子证据在审判阶段的区块链可信验证。

(3) 研究面向跨系统融合的电子送达智能合约技术

电子送达是人民法院解决送达难的有效途径。电子送达始终贯彻人民法院立案、审判、执行的全过程,存在跨部门、跨系统的特点。面对如何确保案件从立案到结案全过程电子送达的及时性、规范性、送达的有效性以及送达对象如何辨别电子送达接收的电子文书的真伪的问题,研究跨系统融合的电子送达智能合约技术,根据审判执行业务流程分类,从送达期限、送达内容、送达对象、送达流程、送达结果等维度维度,构建面向各类型案件的电子送达规则库,利用区块链智能合约技术调度审判执行业务系统、微法庭、电子送达平台、邮政投递系统等多方系统按照送达规则合约共同配合完成电子送达。对电子送达全流程操作行为元数据及送达文书 Hash 进行上链存证,方便送达对象对接收到的电子文书进行区块链验证。

2. 构建面向多级法院的区块链智能合约应用平台

在区块链领域,最高人民法院已建设"人民法院司法区块链统一平台",完成超过1.94亿条数据上链存证固证,利用区块链技术分布式存储、防篡改的特点,有效保障证据的真实性,极大减轻法官认定证据的难度。在平台向下覆盖衍

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





生的过程中,面临着多级法院的网络复杂、存储瓶颈、管理困难的挑战,研究面向多级法院的区块链智能合约应用平台,通过区块链智能合约应用平台的技术创新,实现平台的数据跨链流转,存储分层、集中管理。进一步提升平台的可扩展性、适用性及标准性。

(1) 研究面向多层级网络的数据可溯源共享流转技术

随着各级法院业务系统的发展和快速增长,在不同业务系统之间存在越来越多的数据共享、汇聚和流转需求,但是数据流转存在开发成本高,不同厂商之间对接难度高,敏感业务数据存在保密要求和规范要求,数据流转中还涉及到跨网络层级的传输,占用带宽高、延迟高等问题。法院亟需建立一种可以随时溯源、流转数据加密、易于构建和对接的面向多层级网络的数据可溯源共享流转技术。一方面结合网络传输层和应用层两侧加密的技术,实现数据传输、流转等过程的全链路安全。另一方面基于智能合约构建数据流转策略,目标数据加密后通过区块链网络共识到目标节点,实现节点与节点之间基于区块链账本进行数据交换的需求,确保整个过程记录在区块链账本,保障了数据流动过程的可溯可信。

(2) 研究面向多层级法院的智能合约业务可视化监测技术

各级法院在数据汇聚、流转、合约业务交互过程中,智能合约内部交互逻辑、执行流程不易感知,法院智能合约平台亟需建立一种智能合约业务可视化的检测和管理技术,辅助法院管理者及时掌握合约运行状态、业务情况分析、核心指标监控、异常环节预警等。一方面使用分布式、大数据分析技术,对各级法院区块链节点的系统运行情况、数据动向、合约调用情况进行统计和分析,并通过区块链方式汇聚形成可视化报表、看板。另一方面结合链上账本实时分析技术、世界状态机制,实时感知和检测每一个数据流向和合约业务调用,依据事先设置好的检测条限进行跟踪和预警,通过可视化展示数据流向、合约调用的路径。

(3) 研究面向多级法院的去中心化应用及终端技术

传统法院应用系统存在中心化程度高,运行环境易受干扰、运行结果可信度 难保证,各级法院应用形态不统一,运行过程难以追溯等问题,法院亟需建立一 种支持可视化配置、发布的面向多级法院的去中心化应用及终端技术。一方面支 持智能合约开发、测试和上架的可视化快速构建,开发者只需通过平台配置区块 链账号、合约数据模型、设置数据流转规则即可完成合约的开发与上架,降低合

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





约开发成本。另一方面支持智能合约去中心化应用的开发和部署。开发者通过平台提供的去中心化进行的开发;平台提供发布功能,通过内置的分发合约,分发至各订阅终端,实现终端订阅即可用的目标;平台通过虚拟容器技术,实现订阅终端的隔离运行,终端多应用之间互不影响,实现不同区块链节点执行环境的一致性、公平性。

3. 面向电子卷宗全流程可信的操作技术

电子卷宗归档"单套制"面临"以电子档案为主、纸质档案为辅"的案件归档新要求,需要法院转变传统的电子卷宗管理和归档模式,形成以单套管理为核心兼顾纸质原件的混合管理模型。研究面向电子卷宗全流程的可信监管技术,利用区块链、智能合约,实现对电子卷宗从产生到归档全程的安全存储、操作可信、过程可信、质量可信,为电子卷宗单套制提供可信技术支撑。

(1) 研究覆盖电子卷宗形成全过程的存证验证技术

电子卷宗的形成过程,存在当事人提交材料、法官办案形成文书、庭审音视频等多个生成来源,为了解决电子卷宗在立案、分案、审判、执行、结案、归档等各环节流转过程中的真实防伪问题,研究覆盖电子卷宗形成全过程的存证验证技术,实现卷宗文件 Hash 和电子卷宗的形成、传输、保存、利用等操作元数据的区块链可信存证和验证,实现电子卷宗形成全过程的可视化和操作轨迹的可视化,实现电子卷宗实体文件的区块链的去中心化安全存储、真实防伪。

(2) 研究针对电子卷宗实体自动核验的智能合约技术

电子卷宗归档单套制的推行,必须确保电子卷宗在归档前的合规性、完整性、一致性,杜绝瑕疵电子卷宗归档导致电子档案的质量不高。面临日益增长的案件数量,传统依靠人工核验的方式效率低、效果不佳。为了解决上述问题,研究针对电子卷宗实体自动核验的智能合约技术,构建电子卷宗归档核查规则库,研发卷宗归档自动核查智能合约,对每个案件归档前自动执行合约,自动核查电子卷宗的合规性、完整性、一致性,确保电子卷宗归档质量。

(3) 研究终本案件自动恢复的智能合约技术

执行终本案件的定期复查和恢复执行是维护终本结案案件申请人权益的重要制度保障。随着终本案件的逐年累计,传统依靠人工复查的方式已逐渐无法应对终本案件复查工作量陡增、申请人权益无法有效保障的局面。为了解决上述问

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)





题,研究终本案件自动恢复的智能合约技术,构建定期复查规则、有效财产过滤规则、恢复立案条件规则,通过智能合约对财产定期查询、恢复立案进行流程再造,实现终本案件自动定期发起复查、自动发现可恢复执行案件、自动完成恢复执行立案,确保终本案件定期复查和恢复执行工作的高效落实,保障执行申请人的合法权益。

4. 面向跨域协同的社会治理智能合约技术

人民法院审判执行工作是国家经济社会健康有序发展的重要保障,是社会治理水平的重要体现。在当前国家积极倡导完善非诉讼纠纷解决机制,加强矛盾纠纷源头治理,完善预防性法律制度的背景下。人民法院有必要加强研究面向经济社会的智能合约技术,加强多元调解、司法确认、赋强公证转立案等跨组织司法环节的过程可信,打通组织壁垒,实现业务的高效自动流转,将法院威慑力前置。

(1) 研究在线契约全过程履行可信的多元纠纷化解技术

随着互联网经济的发展壮大,科技金融、电子商务等领域业务爆炸式发展,其纠纷成诉率也居高不下,成为法院诉源治理工作的重点领域。为了解决以上问题,研究在线契约全过程履行可信的多元纠纷化解技术,按照法院要素式审判数据标准,通过司法链为从事互联网特点经济活动的企业单位、社会公众提供经济活动从签约到履行的全流程经济活动数据的实时上链和存证服务,面向多元化解机构提供纠纷形成过程可视化追踪技术,为纠纷的多元化解提供可信的履约过程追溯能力,加强司法前端威慑力,提升多元化解的成功率,降低纠纷成诉率。

(2) 研究跨组织可信的调解协议转司法确认智能合约技术

法院诉源治理工作要坚持发展非诉讼纠纷解决机制,加强矛盾纠纷源头预防、前端化解、完善预防性法律制度,从源头上减少诉讼增量。当前人民调解组织和专业化调解机构在法院诉讼前端形成的调解协议,未经人民法院司法确认,仍缺乏强制执行力。为此,拟试点研究跨组织可信的调解协议转司法确认智能合约技术,搭建基于区块链的前端调解平台,将前端调解的参与人身份验证信息、调解全过程操作行为、调解产生的音视频文件、调解文字信息、调解协议进行上链存证,确保调解过程的可信赖、可追溯。构建调解协议转司法确认的智能合约,实现对调解协议的自动验证、自动推送人民法院完成司法确认,将法院强制执行威慑力前置,提升矛盾纠纷多元化解的效果。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399





(3) 研究高可信的公证转执行立案智能合约技术

当前赋强公证债权文书申请执行立案时,人民法院对公证过程合规性审查往往缺乏客观依据,对立案材料的完整性主要依靠人工审查,效率低下。随着互联网在线公证业务的试点和快速发展,公证转执行立案案件将大量增加。为此,有必要研究高可信的公证转执行立案智能合约,利用区块链技术对在线公证全过程上链存证,包括公证当事人、公证机构、公证人员的身份验证、在线公证过程操作元数据、在线公证产生的音视频、电子文件等,实现在线公证过程的高可信。构建公证转执行立案审查规则库,研发公证转执行立案自动审查智能合约,通过合约自动完成公证转执行立案信息和材料的真实性、完整性、标准化审查,自动完成执行立案信息和立案材料的导入,提升立案效率,减轻立案法官审查和录入工作量。



作者:曹红星 徐沛

来源:中国上海司法智库微信公众号

链接: https://mp.weixin.qq.com/s/w9h3nKX64M7BWRE4V20GNA

◆ 特别声明:

此刊物以分享为本,仅供学习研究参阅,不视为弼兴律师事务所正式法律 意见或建议。所有内容摘自政府、法院的官微、官网等,仅供参考使用。如有 任何问题,欢迎随时与我们联系。

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399

