



弼兴每月速递 | 11 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 4
 - 最高人民法院发布《关于修改〈最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定〉的决定》 4
 - 上海市知识产权局 上海市医疗保障局关于印发《关于加强本市医药采购领域知识产权保护的实施意见》的通知 8
 - 企业商业秘密保护“葵花宝典”来了！浦东发布全市首部企业商业秘密保护指南 14
- 典型案例摘要 18
 - 整形整“丢”了我的肖像权？ | 杨杨说法 18
 - 上知有声 | 离职 1 年后使用原单位的技术资料完成的技术成果权利归属于原单位（技术创新成果权属案件专刊第 8 期） 22
 - 上知有声 | 释法明理 联案同调（调解指引专刊第 8 期） 24
- 实务研究 27
 - 第 257 期 | GUI 外观设计专利侵权判定中开发并提供软件行为的认定 ... 27
 - 第 126 期 | 执行异议之诉中涉不动产买受人物权期待权的实践检视与规则完善 38





《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 119 期 | 建设工程施工合同类案办案要件指南之发包人作为原告的诉请审查 48



新规速递

最高人民法院发布《关于修改〈最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定〉的决定》



中华人民共和国最高人民法院

The Supreme People's Court of The People's Republic of China

最高人民法院发布《关于修改〈最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定〉的决定》

公告

《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定〉的决定》已于 2023 年 10 月 16 日由最高人民法院审判委员会第 1901 次会议通过，现予公布，自 2023 年 11 月 1 日起施行。

最高人民法院

2023 年 10 月 21 日

法释（2023）10 号

最高人民法院

关于修改《最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定》的决定

（2023 年 10 月 16 日最高人民法院审判委员会第 1901 次会议通过，自 2023 年 11 月 1 日起施行）

最高人民法院审判委员会第 1901 次会议决定，对《最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定》作如下修改：

- 一、将第二条修改为：“知识产权法庭审理下列上诉案件：
 - （一）专利、植物新品种、集成电路布图设计授权确权行政上诉案件；
 - （二）发明专利、植物新品种、集成电路布图设计权属、侵权民事和行政上诉

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

邮箱：law@beshininglaw.com

网址：www.beshininglaw.com



案件；

（三）重大、复杂的实用新型专利、技术秘密、计算机软件权属、侵权民事和行政上诉案件；

（四）垄断民事和行政上诉案件。

知识产权法庭审理下列其他案件：

（一）前款规定类型的全国范围内重大、复杂的第一审民事和行政案件；

（二）对前款规定的第一审民事和行政案件已经发生法律效力判决、裁定、调解书依法申请再审、抗诉、再审等适用审判监督程序的案件；

（三）前款规定的第一审民事和行政案件管辖权争议，行为保全裁定申请复议，罚款、拘留决定申请复议，报请延长审限等案件；

（四）最高人民法院认为应当由知识产权法庭审理的其他案件。”

二、将第三条修改为：“审理本规定第二条所称案件的下级人民法院应当按照规定及时向知识产权法庭移送纸质、电子卷宗。”

三、增加一条，作为第四条：“知识产权法庭可以要求当事人披露涉案知识产权相关权属、侵权、授权确权等关联案件情况。当事人拒不如实披露的，可以作为认定其是否遵循诚实信用原则和构成滥用权利等的考量因素。”

四、将第八条改为第七条：“知识产权法庭审理的案件的立案信息、合议庭组成人员、审判流程、裁判文书等依法公开。”

五、将第十一条改为第十条，将其中的“本规定第二条第一、二、三项所称第一审案件”改为“本规定第二条第一款规定类型的第一审民事和行政案件”。

六、删除第四条、第五条、第十二条、第十三条、第十四条。

七、其他条文序号作相应调整。

本决定自 2023 年 11 月 1 日起施行。

根据本决定，《最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定》作相应修改后重新公布。





最高人民法院

关于知识产权法庭若干问题的规定

(2018年12月3日最高人民法院审判委员会第1756次会议通过;根据2023年10月16日最高人民法院审判委员会第1901次会议通过的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于知识产权法庭若干问题的规定〉的决定》修正,该修正自2023年11月1日起施行)

为进一步统一知识产权案件裁判标准,依法平等保护各类市场主体合法权益,加大知识产权司法保护力度,优化科技创新法治环境,加快实施创新驱动发展战略,根据《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国行政诉讼法》《全国人民代表大会常务委员会关于专利等知识产权案件诉讼程序若干问题的决定》等法律规定,结合审判工作实际,就最高人民法院知识产权法庭相关问题规定如下。

第一条 最高人民法院设立知识产权法庭,主要审理专利等专业技术性较强的知识产权上诉案件。

知识产权法庭是最高人民法院派出的常设审判机构,设在北京市。

知识产权法庭作出的判决、裁定、调解书和决定,是最高人民法院的判决、裁定、调解书和决定。

第二条 知识产权法庭审理下列上诉案件:

(一) 专利、植物新品种、集成电路布图设计授权确权行政上诉案件;

(二) 发明专利、植物新品种、集成电路布图设计权属、侵权民事和行政上诉案件;

(三) 重大、复杂的实用新型专利、技术秘密、计算机软件权属、侵权民事和行政上诉案件;

(四) 垄断民事和行政上诉案件。

知识产权法庭审理下列其他案件:

(一) 前款规定类型的全国范围内重大、复杂的第一审民事和行政案件;

(二) 对前款规定的第一审民事和行政案件已经发生法律效力判决、裁定、调解书依法申请再审、抗诉、再审等适用审判监督程序的案件;

(三) 前款规定的第一审民事和行政案件管辖权争议,行为保全裁定申请复议,罚款、拘留决定申请复议,报请延长审限等案件;



（四）最高人民法院认为应当由知识产权法庭审理的其他案件。

第三条 审理本规定第二条所称案件的下级人民法院应当按照规定及时向知识产权法庭移送纸质、电子卷宗。

第四条 知识产权法庭可以要求当事人披露涉案知识产权相关权属、侵权、授权确权等关联案件情况。当事人拒不如实披露的，可以作为认定其是否遵循诚实信用原则和构成滥用权利等的考量因素。

第五条 知识产权法庭可以根据案件情况到实地或者原审人民法院所在地巡回审理案件。

第六条 知识产权法庭采取保全等措施，依照执行程序相关规定办理。

第七条 知识产权法庭审理的案件的立案信息、合议庭组成人员、审判流程、裁判文书等依法公开。

第八条 知识产权法庭法官会议由庭长、副庭长和若干资深法官组成，讨论重大、疑难、复杂案件等。

第九条 知识产权法庭应当加强对有关案件审判工作的调研，及时总结裁判标准和审理规则，指导下级人民法院审判工作。

第十条 对知识产权法院、中级人民法院已经发生法律效力本规定第二款第一款规定类型的第一审民事和行政案件判决、裁定、调解书，省级人民检察院向高级人民法院提出抗诉的，高级人民法院应当告知其由最高人民检察院依法向最高人民法院提出，并由知识产权法庭审理。

第十一条 本规定自 2019 年 1 月 1 日起施行。最高人民法院此前发布的司法解释与本规定不一致的，以本规定为准。

来源：中华人民共和国最高人民法院官网

链接：<https://www.court.gov.cn/fabu/xiangqing/416012.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
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com





上海市知识产权局 上海市医疗保障局关于印发《关于加强本市医药采购领域知识产权保护的实施意见》的通知



上海市知识产权局 上海市医疗保障局关于印发《关于加强本市医药采购领域知识产权保护的实施意见》的通知

沪知局规（2023）5号

各相关单位：

为严格落实《国家知识产权局 国家医疗保障局关于加强医药集中采购领域知识产权保护的意見》，加强本市医药采购领域知识产权保护工作，特制定《关于加强本市医药采购领域知识产权保护的实施意见》，现予以印发，请遵照执行。

特此通知。

上海市知识产权局
上海市医疗保障局
2023年9月21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
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com



关于加强本市医药采购领域知识产权保护的实施意见

为深入贯彻党中央、国务院关于全面加强知识产权保护的决策部署，落实国务院关于进一步完善医药产品集中采购的知识产权保护机制，构建协调统一的信息共享机制，从源头防范侵权行为发生的要求，严格执行《国家知识产权局 国家医疗保障局关于加强医药集中采购领域知识产权保护的意見》，加强本市医药采购领域知识产权保护工作，支持上海生物医药先导产业创新发展，优化营商环境，结合本市知识产权系统和医疗保障系统在知识产权保护和医药采购工作中的合作基础，制定本实施意见。

一、建立协调机制

（一）建立会商机制。上海市知识产权局和上海市医疗保障局建立医药领域知识产权保护协调会商机制，在日常工作中积极拓宽交流沟通的方式和渠道，逐步建立常态化、多样化的沟通机制，共同研究落实相关工作。

（二）明确联络机构。由上海市知识产权局和上海市医疗保障局归口负责，相关业务处室分别作为上海市知识产权局和上海市医疗保障局之间的日常联络机构。双方确定联络人，负责日常沟通联络。

（三）加强信息共享。上海市知识产权局和上海市医疗保障局对于本市集中带量采购和挂网采购中涉及知识产权纠纷的有关药品和医用耗材，互相通报相关产品申报信息和知识产权信息，切实维护社会公众和权利人合法权益。

（四）提升专业支撑。上海市知识产权局指导成立上海市医药知识产权保护专业委员会（以下简称“专业委员会”），由知识产权部门业务骨干和高校、科研院所等相关法律和技术专家组成。依托专业委员会，开展医药领域专利侵权判定咨询工作，定期组织召开知识产权系统和医保系统研讨会，对医药领域知识产权保护重点、热点问题提出相关对策和意见建议。



二、加强业务协作

(五) 建立企业自主承诺制度。上海市医疗保障局指导上海市医药集中采购事务管理所(以下简称“药事所”)建立完善企业自主承诺制度,加强防范侵权行为。企业参加本市集中带量采购或申报药品和医用耗材在上海市医药采购服务与监管信息系统(以下简称“阳光平台”)挂网时,须自主承诺以下内容:

1. 相关产品不存在违反《中华人民共和国专利法》等相关法律法规的情形;
2. 相关产品未被人民法院生效判决、知识产权管理部门行政裁决认定落入他人专利权保护范围;
3. 相关药品提交上市许可申请时,未作出“中国上市药品专利信息登记平台收录有被仿制药相关专利,仿制药申请人承诺在相应专利权有效期届满之前所申请的仿制药暂不上市”的三类专利声明,或者虽作出三类专利声明,但相应专利权期限届满终止;
4. 产生中选结果或挂网采购交易后产生相关专利侵权纠纷的,由申报企业承担相应责任。

申报企业应当对相关承诺的真实性、准确性负责。提交不实承诺等弄虚作假的,依法承担相应责任。

(六) 完善专利侵权异议程序。专利权人或者利害关系人对于正在申报阳光平台挂网的相关药品,可以在公示期内提出药物活性成分化合物发明专利、医药用途发明专利侵权异议。提出异议的,应当提供专利证明文件、相关药品涉嫌落入专利权保护范围的证据、侵权比对分析等证明材料。如有知识产权管理部门认定相关药品侵犯专利权的行政裁决、人民法院认定侵权的生效判决或者申报企业在中国上市药品专利信息登记平台作出的三类声明的,也应当一并提供。药事所收到异议后,通知申报企业在三日内提交答辩意见,异议提出人应当在该期限内补齐上述证明材料。

收到专利侵权异议后,药事所可以商请上海市知识产权局共同研讨处理侵权异议,并在挂网时向相关方进行风险提示。上海市知识产权局认为专利侵权



异议材料无法证明相关药品涉嫌落入专利权保护范围的，药事所及时取消风险提示。上海市知识产权局认为侵权异议材料符合要求的，在专业委员会参考意见的基础上，向药事所出具专利侵权判定意见，药事所及时反馈申报企业和异议提出人。若判定意见认为存在专利侵权风险的，药事所建议申报企业主动撤网，并告知异议提出人可以提出专利侵权纠纷行政裁决或提起民事诉讼；若判定意见认为不存在专利侵权风险的，药事所及时取消风险提示。

对于上述类型以外的其他专利侵权异议，告知相关当事人可以提出专利侵权纠纷行政裁决或提起民事诉讼。

（七）加强程序衔接和信息沟通。对于涉及专利权临近一个月届满的仿制药，申报企业在本市集中带量采购或挂网采购申报准备中可以主动向药事所提交相关材料。在相应专利权期限届满之前，药事所不予启动该药品参加集中带量采购或挂网采购。上海市知识产权局和上海市医疗保障局要加强信息沟通，互相通报相关产品涉及知识产权法律状态等信息，探索专利权期限和本市集中带量采购或挂网采购申报周期的程序衔接。

（八）做好纠纷化解引导工作。在本市药品和医用耗材集中带量采购或挂网采购过程中，如出现专利侵权纠纷，药事所可以告知相关当事人向知识产权管理部门请求行政裁决、向人民法院起诉或向上海市知识产权民事纠纷专业调解委员会等知识产权纠纷调解组织提出调解。

上海市知识产权局接到相关案件行政裁决请求后，要依法依规高效处理。对于案件事实简单、双方争议较小的案件，在受理后三个月内办结。

（九）配合执行判决和裁决结果。上海市知识产权局在相关涉药品和医用耗材专利侵权案件办结后，应当将案件办理结果及时抄送上海市医疗保障局。

上海市医疗保障局指导药事所根据知识产权管理部门认定侵权的行政裁决或人民法院认定侵权的生效判决，协助配合执行裁决、判决结果。

申报企业在专利侵权纠纷行政裁决或民事诉讼案件中，达成调解或和解协议同意撤回挂网的，或在案件审理过程中自愿先行撤回挂网的，可以向药事所



申请撤回阳光平台挂网的涉案产品。申报企业申请撤网的，应当向药事所提交知识产权管理部门或人民法院涉案产品案件相关法律文书。

(十) 加强专利确权与医药采购的衔接。相关产品因涉及专利侵权被撤网、取消中选资格后，相应专利权被宣告无效或宣告无效后进入后续司法程序，相关产品申报企业向药事所提出涉案产品恢复挂网、恢复中选资格申请的，药事所可以商请上海市知识产权局就上述决定、判决结果与涉案产品的相关性提供参考意见。

(十一) 建立长三角保护协作机制。上海市知识产权局积极推动上海、江苏、浙江、安徽“三省一市”加强医药采购领域知识产权保护协作机制建设，加强涉知识产权案件信息共享、执法协作、监管互动和经验共鉴，促进长三角地区医药领域协同发展。

(十二) 分析研判重点产品。对拟参加本市集中带量采购和挂网采购的规模较大、关注度高的药品和医用耗材中涉及知识产权风险的产品进行重点关注。上海市医疗保障局会同上海市知识产权局提前进行信息沟通，分析相关产品的采购需求和知识产权基础信息，对采购中相关知识产权风险作出分析研判，以供采购过程中参考，预防出现重大知识产权侵权和舆论风险影响。

三、加强工作保障

(十三) 开展联合调研。对于知识产权行政保护和医药采购中发现的知识产权保护问题，上海市知识产权局和上海市医疗保障局可以共同指导专业委员会开展调研，对医药领域知识产权保护相关普遍性、趋势性问题加强研究，推动医药领域知识产权保护工作，共同促进医药领域创新发展。

(十四) 开展业务培训。上海市知识产权局和上海市医疗保障局根据工作安排，探索建立同堂培训机制，通过共同组织开展系统内部培训交流活动、举办面向本市医药企业、医疗机构的业务培训等活动等形式，共同提升医药领域知识产权综合保护水平。

(十五) 加强宣传引导。上海市知识产权局和上海市医疗保障局共同加强保护知识产权、促进医药领域宣传工作，创新宣传方式，找准宣传亮点，扩大





宣传途径，采用召开新闻发布会、发布白皮书和典型案例等方式，宣传医药领域创新、知识产权保护效果，营造尊重创新、保护知识产权的良好社会氛围。

本实施意见自 2023 年 10 月 21 日起施行，有效期至 2028 年 10 月 20 日。

PDF 下载：

[沪知局规（2023）5 号.pdf](#)

来源：上海市知识产权局官网

链接：https://sipa.sh.gov.cn/zwgk_zxxxgk/20231010/12fb8cacbd5e427cb0f8ca1e6acc4295.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
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com



企业商业秘密保护“葵花宝典”来了！浦东发布全市首部企业商业秘密保护指南

企业商业秘密保护“葵花宝典”来了！浦东发布全市首部企业商业秘密保护指南

我国已进入高质量发展的重要阶段，大力发展创新型企业，突破一批关键核心技术，实现科技自立自强，让创新成为引领发展的第一动力，是当前的重要任务。商业秘密作为企业的重要知识产权，是企业的核心竞争力。保护商业秘密就是保护企业的知识产权，保护企业的创新能力，有助于推动经济的高质量发展。

2022年7月，浦东新区成功入选“全国商业秘密保护创新试点”地区，正式开启为期三年的创新试点工作，全力构建“政府引导、企业主导、多方联动、行刑衔接”的商业秘密保护工作格局，为企业创新构筑坚实的屏障，努力以商业秘密保护“小切口”，营造公平竞争“大环境”，打造商业秘密保护的“浦东样本”。



△图片来源：浦东市场监管微信公众号

10月11日下午，《浦东新区企业商业秘密保护指南》发布会在浦东软件园举行，现场有160余家企业代表参加。浦东市场监管局管捍东副局长主持发布

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，市市场监管局反不正当竞争处史书禄处长出席发布会并致辞。

市市场监管局和浦东市场监管局联合组建编写组，邀请法官、检察官、律师、鉴定专家等专业人士撰稿，从企业自我防护、民事保护、行政保护、刑事保护、商业秘密鉴定、海外维权等多个维度，帮助企业构建商业秘密立体保护模式。《指南》不是对现有法律规定的堆砌或者重新排列组合，而是在以下几方面作了全新尝试：

一是重点聚焦企业自我保护部分。对大型企业、中型企业、小型企业实施不同的保护策略，针对企业人员、场所、信息网络建设、文件数据管理等方面分别建立标准和规范。

二是提供明确的维权指引。商业秘密被侵犯后有民事保护、行政保护、刑事保护多种途径，哪一款最适合？《指南》给予企业明确的指引，如何维权不再是艰难的抉择。

三是提供了国际商业秘密保护的法律指导。企业成长壮大后“走出去”参与国际竞争，海外遇到商业秘密纠纷如何应对？《指南》能帮助企业事先了解不同国家商业秘密保护的法律环境，做好应对策略和风险防控。

同时，《指南》的所有部分都附有真实案例，以案释疑解惑，更为直观易懂。

《指南》一经发布，就受到与会企业代表的欢迎，纷纷表示这是一部“接地气”的指南，可以帮助企业解决实际问题，如何保护商业秘密不再是“雾里看花”。

此前，在今年7月，浦东新区还发布了《企业竞业限制协议实务指南》，包含竞业限制协议操作指引、相关问题解答、典型案例分析、竞业限制管理办法和协议范本等，能帮助企业有效运用竞业限制这一手段保护商业秘密。

商业秘密保护创新试点工作开展一年多来，浦东新区还作了很多探索：**一是**浦东新区市场监管、公安、检察、法院四部门联合出台《关于建立浦东新区商业秘密保护联动协作机制的实施意见》，为惩治侵犯商业秘密违法犯罪行为建立行政、刑事、民事紧密衔接的工作机制。**二是**与专业信息安全服务机构合作，为有需求的企业提供免费信息网络安全测试，对存在防护漏洞、易于受到外部攻击的企业提供修复指导；**三是**发挥浦东优质法律服务资源集聚的优势，



吸纳知名律所为浦东企业提供商业秘密保护法律和实务培训，并对有需求的企业进行“一对一”辅导，指导企业完善商业秘密保护管理体系；**四是**推进商业秘密保护示范点培育建设，将做强做优商业秘密保护的企业创建为示范点并授牌，既是对企业重视内部建设的肯定，也鼓励其发挥标杆引领作用，带动更多企业重视商业秘密保护。目前浦东新区已创建区级示范企业 32 个，其中 4 个企业被评为市级示范企业。

《指南》发布会上，新创建的 7 家浦东新区商业秘密保护示范企业获得授牌。

迪哲（上海）医药有限公司运营部总监卢晓：作为药品研发企业，非常重视企业创新成果的保护。区市场监管局主动了解企业现状和需求，给予企业商业秘密保护内部建设的具体指导。能够获评商业秘密保护示范企业，既是鼓励也是鞭策，将继续投入创新性药物研发，取得更多创新成果，加强企业商业秘密保护，增强核心竞争力。

发布会后，主办方还为参会企业准备了企业商业秘密内部制度建设、信息安全管理体系建设和侵犯商业秘密刑事案件侦办实务三场培训。



△图片来源：浦东市场监管微信公众号

浦东市场监管局副局长管捍东：集成电路、生物医药、人工智能是浦东新区的三大硬核产业，浦东新区创新企业集聚，张江科学城是国家级综合科学中心，商业秘密保护是创新型企业的共同内在需求，这项工作大有可为。浦东新区将顺

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



应企业需求，帮助、引导更多的企业走上重视、尊重、保护商业秘密的良性发展之路，鼓励创新、保护创新，促进高质量发展。



扫码下载《浦东新区企业
商业秘密保护指南》



扫码下载《企业竞业限制
协议实务指南》

来源：浦东市场监管微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/hVaNdFsPr8WW3dWDXRaZg>

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



典型案例摘要

整形整“丢”了我的肖像权？ | 杨杨说法

整形整“丢”了我的肖像权？

爱美之心，人皆有之
刘女士前往 M 医院进行医美手术
双方签订肖像权使用协议
约定刘女士作为真人案例为 M 医院提供永久肖像使用权
但使用照片时应遮挡眼部
后刘女士在某社交媒体平台发现
M 医院账号发布的照片未遮挡眼部
刘女士能否起诉侵权？
(文中当事人均为化名)

近期，上海市杨浦区人民法院（以下简称杨浦区人民法院）审结了这样一起案件。

案情回放

2022 年 9 月，刘女士为提升个人形象，前往 M 医院做了面部医美手术并签订《肖像权使用协议》，约定刘女士作为 M 医院整形美容的真人案例，为医院提供永久肖像使用权，同意医院使用刘女士遮挡眼部的术前术后对比照片，对外展示手术效果，并配合社交媒体平台发布。

两个月后，刘女士发现 M 医院在社交媒体平台上发布多幅其本人眼部未经遮挡的宣传照片，经沟通处理未果，无奈之下诉至杨浦区人民法院。
刘女士认为：



M 医院的行为违反协议约定，严重侵犯其肖像权，要求医院书面赔礼道歉并赔偿相应损失。

庭审中，M 医院辩称：

《肖像权使用协议》中遮挡眼部的要求系表述错误，社交媒体平台上发布的照片经过刘女士授权，且是从专业的角度将照片进行对比，再进行技术层面的分析，并不构成侵权。

法院裁判

杨浦区人民法院经审理认为

本案争议焦点在于 M 医院行为是否构成对刘女士肖像权的侵害。除非法律另有规定外，任何组织或者个人未经肖像权人同意，不得制作、使用、公开肖像权人的肖像。

本案中，M 医院认为《肖像权使用协议》中遮挡眼部的要求系表述错误，但对此并未举证证明，故该要求应当对 M 医院产生拘束力。虽然刘女士同意向 M 医院提供永久肖像使用权，并用于对外手术效果展示，但是根据双方的协议约定，刘女士明确要求遮挡眼部。然而，M 医院在社交媒体平台上发布的照片并未将刘女士眼部进行遮挡，其行为**构成肖像权侵权**。故刘女士的诉讼请求，人民法院予以支持。目前案件已生效。

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，直接关系到自然人的人格尊严与社会评价。法律规定自然人享有肖像权，有权依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像。

一 肖像许可使用合同的权利边界

肖像权使用规则存在立法变化，从《中华人民共和国民法通则》规定“不得以营利为目的使用其肖像”，到《中华人民共和国民法典》合理使用规则的创设，将使用他人肖像权行为分为合理使用和非合理使用。针对未落入合理使用范围肖像，应当征得肖像权人同意，由此产生肖像许可使用合同。

(1) **使用人在授权范围内行使权利**。缔约双方应当就授权范围作出明确约定，肖像使用人应当按照约定使用，未按约定使用将承担违约或侵权责任。本案



中，刘女士授权范围限于“遮挡眼部的肖像”，M 医院自行扩大到“未作遮挡的肖像”，授权范围为合同重要条款，直接影响到合同目的，M 医院自行变更授权范围显属不当。

(2) **肖像权人依约依法行使解除权。** 缔约双方可就解除条件自行协商。针对不定期许可使用合同，双方当事人均享有任意解除权，但应当在合理期限之前通知对方。针对定期许可使用合同，肖像权人有正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失。

(3) **设定有利于肖像权人解释规则。** 缔约双方就授权范围、使用期限等关于肖像使用条款的理解有争议的，可以补充协商，仍未能协商一致的，应当作出有利于肖像权人的解释。实践中，肖像使用人多处于强势地位，肖像许可使用合同也多为肖像使用人事前制作的格式合同，通过“有利于肖像权人解释规则”可以有效平衡当事人权利义务关系。

二 倡导缔约双方恪守诚信

随着社会的发展和科技的进步，肖像权保护范围从“面部性要求”扩张到“可识别性的外部形象”，增强了肖像权保护力度。

因此，缔约双方协商肖像权许可使用合同应当重点关注以下内容，确保合同的全面性、准确性、有效性：



△图片来源：上海杨浦法院微信公众号



任何一方当事人均不得自行变更合同约定内容、任意使用他人肖像，而是应当遵循诚信原则，秉持诚实、恪守承诺，方能切实保护肖像权人的合法权益。

法条链接

《中华人民共和国民法典》

第一千零一十八条 自然人享有肖像权，有权依法制作、使用、公开或者许可他人使用自己的肖像。

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。

第一千零一十九条 任何组织或者个人不得以丑化、污损，或者利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。未经肖像权人同意，不得制作、使用、公开肖像权人的肖像，但是法律另有规定的除外。

未经肖像权人同意，肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。

第一千零二十一条 当事人对肖像许可使用合同中关于肖像使用条款的理解有争议的，应当作出有利于肖像权人的解释。

第一千零二十二条 当事人对肖像许可使用期限没有约定或者约定不明确的，任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

当事人对肖像许可使用期限有明确约定，肖像权人有正当理由的，可以解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于肖像权人的事由外，应当赔偿损失。

作者：张静露 民事审判庭法官助理

来源：上海杨浦法院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/Jqtk0EMmAlIvqIHpcIF1cA>



上知有声 | 离职 1 年后使用原单位的技术资料完成的技术成果权利归属于原单位（技术创新成果权属案件专刊第 8 期）

离职 1 年后使用原单位的技术资料完成的技术成果权利归属于原单位

——原告 W 公司与被告 N 公司、虞某、王某、秦某、梁某、陈某专利申请权权属纠纷案

基本案情

王某、秦某均曾系 W 公司员工，其中，王某曾作为 W 公司前沿技术部门研发技术人员从事研发工作，能够进入 W 公司实验室，接触到技术文档；秦某与 W 公司签订的劳动合同约定的岗位为注册部临床总监，曾任技术评审，并能阅读到相关技术文档。

王某、秦某分别于 2015 年 3 月、2 月离职，后分别任 N 公司监事和法定代表人。涉案发明专利申请名称为“电解抛光装置”，申请日为 2016 年 4 月 27 日，申请人为 N 公司，发明人为虞某、梁某、王某、陈某、秦某。涉案实用新型专利的名称、申请日、申请人、发明人及内容均与涉案发明专利一致。

裁判结果

上海知识产权法院经审理认为

首先，在专利申请日前，涉案专利技术方案在 W 公司已有技术文档，或已明确记载或被隐含公开，或仅是在 W 公司技术方案的基础上无需付出任何创造性劳动即可获得，与 W 公司技术方案无本质区别。其次，王某、秦某在 W 公司工作期间接触了 W 公司的相关技术方案。因此，判决涉案实用新型专利和发明专利申请权均归 W 公司所有。二审维持原判。

典型意义

本案中，涉案专利系在王某、秦某从原告处离职 1 年之后才申请，通常情况下，离职 1 年以后完成的发明创造不应认定为职务发明，但上述认定的前提是系争发明创造确系该员工离职 1 年后作出的，且与其在原单位承担的本职工作或者





原单位分配的任务无关。本案特殊之处在于，系争发明创造并非王某、秦某创造完成，而系在王某、秦某离职之前在原告处已经存在的技术方案。因此，本案不涉及职务发明创造的认定，涉案专利权利归属的认定也不受王某、秦某已离职超过 1 年的影响。

来源：上海知产法院微信公众号

链接：https://mp.weixin.qq.com/s/LsxBlEhMZ20cwSRs0JEYA_w

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



上知有声 | 释法明理 联案同调(调解指引专刊第 8 期)

【案情简介】

- **调解号：**（2022）沪 73 民委调 832 号
- **案由：**侵害实用新型专利权纠纷
- **委托法院：**上海知识产权法院
- **调解组织：**上海市知识产权民事纠纷专业调解委员会
- **原告：**深圳市 A 生活用品有限公司（以下简称“A 公司”）
- **被告：**义乌市 B 网络科技有限公司（以下“B 公司”）

原告 A 公司系名称为“沐浴刷”的实用新型专利的专利权人，于 2020 年 9 月 25 日获得授权，目前专利处于有效状态。原告发现被告 B 公司通过某电商平台大量销售被诉侵权产品，给原告造成经济损失，故向上海知识产权法院提起诉讼，要求被告立即停止侵权行为，并赔偿原告 2 万元。

【争议焦点】

被告有关合法来源抗辩是否成立，原告 2 万元的赔偿主张是否合理。

【调解过程】

调解员阅看了该案的证据材料后，分别与原、被告双方进行了联系，了解情况。在沟通过程中，被告 B 公司表示，其在电商平台经营了两家店铺，除诉前调解案件涉及的 B1 家居生活专营店，另有涉案店铺 B2 日用百货店已被原告以侵犯实用新型专利权起诉至法院。调解员考虑到两个案子一起调解的高效性、便捷性，经向原告 A 公司说明后，双方均愿意接受一并调解。

被告 B 公司的法定代表人向调解员表示，自己收到侵权通知的第一时间，已将被诉侵权商品下架，但其不知道所销售的商品涉嫌侵犯他人专利权，同时主张合法来源抗辩，不承担赔偿责任，并提供了几张与供应商之间的聊天记录截图。



在与 B 公司的沟通过程中，调解员发现 B 公司对“合法来源”的理解仅停留在表面，对此调解员对 B 公司释法说理，尽可能以通俗的话语让被告能够理解主张“合法来源”需要提供哪些材料，才有可能得到法院的支持。根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》第二十五条规定，合法来源的成立应当满足两个条件：**其一**，客观上，被诉侵权产品具有合法来源；**其二**，主观上，销售者无主观过错，也即不知道且不应知道其所售产品系制造者未经专利权人许可而制作售出。

调解员向 B 公司解释道，**其主张的合法来源抗辩要想得到原告认同，最好还得提供供应商的信息、进货数量与价格、对应的出货量与销售价格，否则如无相应材料支撑，合法来源抗辩很难成立**。换言之，如果销售者能够证明其遵从合法、正常的市场交易规则，取得所售产品的来源清晰、渠道合法、价格合理，则销售者已经尽到作为诚信经营者应负的合理注意义务，可推定其主观上无过错。调解员将相关法律规定向被告释明，虽然被告在收到侵权信息的通知后已停止销售被诉侵权商品，但其仅提供了几张聊天记录截图，无法有效证明被诉商品有合法来源。

基于此，被告的态度有所缓和，其表示愿意承担给原告造成的经济损失以及合理费用，但称两店铺的销量不高，并未给原告造成严重的损失，所以只愿意赔偿 1 万元。

随后，调解员与原告委托诉讼代理人沟通，其表示因涉及到两家店铺，已做出让步，根据公证书载明的被诉侵权产品销量来看，提出以 2 万元进行和解。关于权利人因侵权所受到的损失大小，原告未提供任何证据材料加以证明，即使法院判赔，也会从涉案专利权的类别及**价值、侵权行为的性质、情节、侵权产品的销售情况**等因素综合考量赔偿数额。

目前已知被告经营的两家店铺销售量为 2,432 件，单价为 9.7 元/件，销售额为 23,590.40 元。除此之外，被告还应当赔偿原告为制止侵权行为所支出的合理费用，但原告仅提供了一张金额 2,000 元的公证费发票，原告在其他多起诉讼中使用的是同一张发票，法院会综合考虑律师工作量、律师费收费标准等因素，酌情确定合理开支的金额。调解员让原告代理人可以参考上海知识产权法院针对同类案件的生效判决，并考虑被告的偿付能力等提出和解金额。**最终，双方以 1 万元达成和解。**



【调解心得】

本案的案情并不复杂，是**侵犯实用新型专利权案件中较为常见的类型之一**，本质上仍是双方利益的权衡，所以非常需要调解员抓住双方的核心诉求，以此为基础深入调解，达成双方和解。

原告 A 公司在上海知识产权法院起诉的对象不只有家公司，而这些被告的法律知识通常较为匮乏，在所谓朋友推荐、自己听说的情况下本无意但实施了侵权行为。所以，调解员在与这些被告的沟通过程中，承担了释法的角色，同时融合情、理，使得被告对调解员产生信任，便于开展下一步工作。最重要的一点就是，调解不能指望一蹴而就，在各类知识产权侵权案件中，调解员会遇到不同性格的原、被告，或配合或拒绝，这都需要调解员充分的耐心和坚强的韧性来化解，并坚持下去。

作者：杨红 上海市知识产权民事纠纷专业调解委员会、上海浦东新区东方调解中心调解员

来源：上海知产法院微信公众号

链接：https://mp.weixin.qq.com/s/Wkj4cAKyfLLFY-IPyGd7_Q



实务研究

第 257 期 | GUI 外观设计专利侵权判定中开发并提供软件行为的认定

GUI 外观设计专利侵权判定中开发并提供软件行为的认定

——北京金山安全软件有限公司诉上海萌家网络科技有限公司侵害外观设计专利权纠纷案

裁判要旨

外观设计保护的是富有美感并适用于工业产品的新设计，该设计由表示在外观设计授权文件中的视图来确定。图形用户界面外观设计专利视图显示的移动通信终端通常为现有设计，在进行比对时，应主要考察图形用户界面部分对整体视觉效果产生的影响。

对于已经被授权的图形用户界面外观设计专利的实施，要结合图形用户界面的自身特点进行判断。采用与制造实质相同的方式，将图形用户界面设计应用于产品上，即可认定为实施了图形用户界面外观设计专利。

实施图形用户界面设计，虽然涉及多个行为主体的行为，但硬件生产商、操作系统开发商以及用户等的行为仅系为图形用户界面实施提供环境或条件。而开发并提供经运行即可呈现图形用户界面的软件供用户下载，使得用户仅需在设备上运行即可呈现受法律保护图形用户界面设计的行为，是造成侵犯专利权损害后果发生法律上的原因，实施该行为的主体应当承担相应侵权责任。

基本案情

原告北京金山安全软件有限公司（以下简称金山公司）诉称：其自主开发了边打字边赚钱的输入法软件，该款软件中文版上线名称为“趣输入”，用户下载量高达 5,654 万左右。该输入法图形用户界面的设计亮点为：其动态界面的动态变化过程能够对用户产生强烈的心理暗示，兼具设计美感与设计创意。



原告就该款输入法软件独创的输入法的图形用户界面申请并获得了专利号为 ZL2018304**、名称为“用于移动通信终端的图形用户界面”的外观设计专利。被告开发并提供用户下载名称为“趣键盘”软件产品的 iPhone 手机及安卓系统手机下载版本，上述输入法软件的用户图形界面与原告专利的外观设计涉及相同种类的产品，属于相同或相近似的外观设计。被告的行为侵害了原告专利权，应承担相应侵权责任。请求法院判令：1. 被告立即停止侵害原告专利号为 ZL2018304**外观设计专利权的行为，即停止销售及许诺销售被诉侵权软件的行为；2. 被告赔偿原告经济损失及合理开支 100 万元。

被告上海萌家网络科技有限公司（以下简称萌家公司）辩称：1. 原告提交的证据真实性、合法性和关联性存在重大瑕疵。2. 被诉侵权软件用户图形界面与涉案专利存在明显区别，未落入涉案专利权的保护范围。3. 被告早已不再提供被诉 4 个版本的侵权软件，被告的“趣键盘”产品 ISO 版本及安卓版本早已更新，目前网络上已很难搜索到原告诉请的上述版本，即使有第三方提供被诉侵权的老版本，该提供行为也与被告无任何关联。4. 原告诉请的赔偿数额没有依据。

法院经审理查明：原告系名称为“用于移动通信终端的图形用户界面”、专利号为 ZL2018304**的外观设计专利的专利权人。该专利申请日为 2018 年 8 月 16 日，授权公告日为 2019 年 3 月 15 日。该专利包括 10 个相似设计，其中设计 10 为一包含了动态界面视图的手机正面。该专利简要说明记载：本外观设计产品的设计要点在于屏幕中的图形用户界面；移动通信终端为现有设计。

2019 年 5 月 5 日，国家知识产权局就涉案专利出具外观设计专利权评价报告，初步结论为全部外观设计未发现存在不符合授予专利权条件的缺陷。2020 年 5 月 28 日，国家知识产权局作出第 44580 号无效宣告请求审查决定书，宣告涉案专利设计 1-7 专利权无效，维持设计 8-10 专利权有效。

2019 年 5 月 7 日，原告的委托代理人对下载被诉侵权软件并进行操作演示等过程进行保全证据公证，通过 iPhone 手机和安卓操作系统的手机，在相关应用市场均能下载名为“趣键盘”的输入法软件。在各大安卓系统应用市场中的软件用户协议中载明开发和运营为被告。被告称述，iPhone 版“趣键盘”软件的最终权利及运营亦属于被告。



经对比，被诉侵权软件的手机中显示的图形用户界面与涉案专利设计 10 的界面呈现出以下相同之处：二者的初始界面均为被一条靠近中间位置从左至右设置的狭长进度条分为上下两块区域，进度条上部为空白区域，下部为显示键盘的输入区域。二者的进度条均可从左至右逐渐行进到最右侧末端，最右侧末端的金币图案均逐渐产生点亮效果。当最右侧末端三个金币图案均被点亮后，界面转变成在中部出现一个弹出框，该弹出框上有文字。二者的区别之处主要在于：1. 进度条与金币之间的联动变化过程不完全相同。圆形金币内的具体符号标记不同。键盘区的具体符号标记不尽相同。2. 弹出框的弹出动态过程以及弹出框的外观不同。弹出框在整个界面的占比相较于涉案专利设计 10 更大。

裁判结果

上海知识产权法院于 2021 年 12 月 30 日作出（2019）沪 73 民初 398 号民事判决书，判决：1. 被告萌家公司于判决生效之日起立即停止对原告金山公司享有的名称为“用于移动通信终端的图形用户界面”的外观设计专利权（专利号为 ZL2018304**）的侵害；2. 被告萌家公司于判决生效之日起十日内赔偿原告金山公司经济损失 200,000 元；3. 被告萌家公司于判决生效之日起十日内赔偿原告金山公司为制止侵权行为所支付的合理开支 50,000 元；4. 驳回原告金山公司的其余诉讼请求。

一审判决后，被告萌家公司向上海市高级人民法院提起上诉，上海市高级人民法院于 2023 年 5 月 18 日作出（2022）沪民终 281 号民事判决书，判决：驳回上诉，维持原判。

裁判理由

法院生效判决认为：涉案专利的保护范围为专利视图显示的用于移动通信终端的图形用户界面。本案被诉侵权图形用户界面的外观设计通过程序语言固化于软件中，该软件安装于被上诉人提供的手机中。经比对，该手机与被上诉人外观设计专利名称与视图中“移动通信终端”为相同种类产品。本案涉案专利简要说明载明：“本外观设计产品的设计要点在于屏幕中的图形用户界面；移动通信终端为现有设计”。故对于涉案专利而言，专利视图显示的移动通信



终端通常为现有设计。在进行比对时，应主要考察图形用户界面部分对整体视觉效果产生的影响。涉案专利表示在图片中的设计为图形用户界面的静态图和动态图，经对比，被诉侵权图形用户界面与涉案专利设计 10 属于近似的外观设计，被诉侵权图形用户界面落入涉案专利设计 10 的保护范围。

根据《专利法》第十一条第二款之规定，外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。图形用户界面系随着计算机技术的发展应用而生，一般经软件运行而呈现。产生图形用户界面的软件安装在电子产品中，借助电子产品的操作系统运行后，即可呈现图形用户界面。包含图形用户界面的产品从硬件到底层的操作系统再到应用软件等一般由不同的主体提供，呈现出“软硬分离、软软分离”的特点。采用与制造实质相同的方式，将图形用户界面设计应用于产品上，即可认定为实施了图形用户界面外观设计专利。

本案中，当软件被用户下载并安装在手机中，经用户在操作系统中操作软件运行后即可在手机中呈现与涉案专利外观设计相近似的被诉侵权图形用户界面，因此被诉侵权图形用户界面系基于硬件生产商、操作系统开发商、用户、软件开发和提供者共同参与才得以在手机上呈现。但在这一过程中，硬件生产商、操作系统开发商仅是为运行软件提供环境，并未提供用户图形界面，其行为与专利权人权利受到损害之间并没有法律上的因果关系。而被告开发并提供软件供用户免费下载，必然会导致被诉侵权界面在手机上呈现，使得涉案专利被实施，该行为与侵犯专利权损害后果的发生具有法律上的因果关系，故其应当承担相应侵权责任。因此，被告开发并提供经运行即能呈现图形用户界面的软件的行为属于侵害专利权的行为，被原告请求被告停止销售、许诺销售该软件的行为并承担相应民事责任于法有据，予以支持。

案例注解

图形用户界面（Graphical user interface, GUI）一般指在电子产品显示装置上以图形方式显示的计算机系统命令界面，用户通过界面上的图像与电子产品进行指令与反馈结果的交互。GUI 的出现使得专业且晦涩的计算机编程语



言转化为一般用户能够理解且操作的图形界面，使用者能够更加直观地理解各类程序的操作逻辑并便捷地进行使用，为各类电子产品的普及发挥了重要作用。2014年3月12日，国家知识产权局颁布《国家知识产权局关于修改〈专利审查指南〉的决定》（第68号令），其中修改的内容围绕“GUI”的外观设计申请审查展开，自此GUI可以通过申请外观设计专利获得保护。然而，司法实践中，对于GUI外观设计专利的侵权比对规则及侵权责任承担主体认定却并没有达成共识，专利权人的维权面临困境。

一、GUI外观设计专利的侵权比对规则

（一）授权外观设计专利保护范围的确定

《专利法》第2条第4款规定，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。因此，外观设计专利的保护对象保护的是富有美感并适用于工业产品的新设计。《专利法》第64条第2款的规定，外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该产品的外观设计为准，简要说明可以用于解释图片或者照片所表示的该产品的外观设计。据此，外观设计专利的保护范围应当依据该外观设计的图片或照片确定，并参考该外观设计的简要说明内容。本案中，涉案专利视图为带有图形用户界面动态变化过程的手机，涉案专利授权文本的简要说明中明确记载“本外观设计产品的设计要点在于屏幕中的图形用户界面；移动通信终端为现有设计”。因此涉案专利的保护范围为专利视图显示的用于移动通信终端的图形用户界面。

需注意的是，根据《专利审查指南》第1部分第3章第4.4.1节的相关规定，包括图形用户界面的产品外观设计名称，应表明图形用户界面的主要用途和其所应用的产品，因而实践中外观设计专利名称中大多载明了其主要应用的产品。然而，专利名称并不是外观设计专利保护范围的依据，不会对于外观设计专利保护范围构成实质性影响，因而并不能根据专利名称来不当限制或扩张外观设计专利的保护范围。

（二）GUI外观设计侵权比对方法



根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第 8 条的规定，认定被诉侵权设计是否落入授权外观设计的专利权保护范围，主要在于被诉侵权设计应用的产品与专利产品是否属于相同或者相近种类产品，以及被诉侵权设计本身是否与授权外观设计构成相同或者近似。根据上述司法解释第 11 条的规定，认定外观设计是否相同或者近似时，遵循的是“整体观察、综合判断”的原则。其中特别需要注意的是，对于 GUI 外观设计专利而言，专利视图显示的载体，例如本案中的移动通信终端，通常来说为现有设计，对整体视觉效果一般不产生实质性影响，故在进行侵权比对时主要对图形用户界面进行比对。

针对 GUI 外观设计专利中包含动态变化图案时的侵权比对，依据“整体观察、综合判断”的原则，应考虑基础界面的整体样式及其整体或细节的全部动态变化过程，并且结合具体图形用户界面的特点，考虑各个界面、各界面的动态变化过程对整体视觉效果的不同影响程度。其中，对于动态的图形部分的对比，一般而言需在被诉侵权产品与动态外观设计的各视图均构成相同或近似的情况下才宜认定为动态过程的相同或近似。在相似性判定的具体标准上，应当根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第 10 条的规定，基于一般消费者的知识水平和认知能力进行比对。所谓的“一般消费者”，是指对授权外观设计的相关设计状况具有常识性了解，并且对不同外观设计之间在形状、图案、色彩上的差别具有分辨力的人，但其通常不会注意到形状、图案、色彩的微小变化。本案中，授权外观设计与被诉侵权设计在基础界面及动态变化、界面间动态变化中的区别，从一般消费者的角度观察，很难对整体效果产生显著影响，因而不足以成为推翻侵权认定的理由。

二、开发并提供包含侵权 GUI 软件行为的侵权认定

囿于现行法律的规定及理论界和实务界的分歧，开发并提供包含侵权 GUI 软件行为的侵权认定面临现实困境。从比较法看，进一步强化对 GUI 外观设计的法律保护并规制开发提供包含侵权 GUI 软件等行为已经成为各国立法和司法实践的趋势。基于保障权利人依法行使专利权、激励保障市场主体创新发展的



现实需求，对法律采合目的性解释，可从专利实施行为的本质入手，分析该类行为与损害后果的因果关系，进而对侵权行为作出认定。

（一）开发并提供包含侵权 GUI 软件行为侵权认定面临的困境

根据我国专利法的规定，外观设计是对产品外观做出的新设计，其载体必须是产品。此外，根据《专利法》第 11 条第 2 款的规定，外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。然而，随着产业的发展，现阶段包含图形用户界面的产品从硬件到底层的操作系统再到应用软件等一般由不同的主体提供，呈现出“软硬分离、软软分离”的特点，仅当用户通过在硬件设备中打开软件并进行相应操作时，GUI 界面才真正完成与产品的结合。也正因为如此，在现行法律框架之下，应该如何评价单纯的开发提供包含侵权 GUI 的软件的行为，成为了困扰理论界及实务界的问题。

有观点认为该行为已经构成了外观设计专利权所控制的“制造”行为，有观点则认为该行为属于侵犯专利权的教唆或帮助行为。然而，若要认定该行为属于“制造”行为，则面临着提供软件时尚处“软硬分离”状态，GUI 未与产品结合的现实问题；若要认定该行为属于“教唆或帮助”行为，则面临着实施了“软硬结合”行为的用户不符合《专利法》第 11 条第 2 款规定的“为生产经营目的”而不能被认定为专利侵权，教唆或帮助行为亦难以认定为侵权行为的困境。在“奇虎公司等诉江民公司侵害外观设计专利权纠纷案”判决中，被告开发并免费发布了包含侵犯原告外观设计专利权的 GUI 的电脑软件，法院认为“本案中，被诉侵权行为是被告向用户提供被诉侵权软件的行为，因被诉侵权软件并不属于外观设计产品的范畴，相应地，其与涉案专利的电脑产品不可能构成相同或相近种类的产品。据此，即便被诉侵权软件的用户界面与涉案专利的用户界面相同或相近似，被诉侵权软件亦未落入涉案专利的保护范围”。由此可见，针对目前产业中普遍存在的开发提供包含侵权 GUI 软件的行为，外观设计专利权人事实上面临着虽有合法授权却难以维权的困境。

（二）GUI 外观设计侵权认定的比较法考察

从全球范围看，各国对 GUI 外观设计保护的态度和规则不尽相同，然而对 GUI 给与较为充分的法律保护已经成为主流趋势。世界知识产权组织面向其全



体成员国、政府间组织和非政府组织的调查问卷显示，作答的司法辖区中有 95%对 GUI 和图标提供保护。

一些创新能力较强的发达国家和地区立法及司法也对 GUI 外观设计予以较为充分的保护。例如，在欧盟的《外观设计保护条例》（Council Regulation (EC) No 6/2002）中，外观设计与产品没有明显的界限，欧盟 GUI 的外观设计保护，产品并非外观设计依附载体，也不是其获得授权的前提条件。从近期欧盟法院(CJEU)的判决及欧盟知识产权局(EUIPO)的实践来看，其选择了“抽象”保护，认为产品是否仅作为数字图像而不作为物理形状存在是无关紧要的，从而扩大了欧盟层面外观设计的保护范围。这意味着无论是 2D 或 3D 形式，数字设计本身都可以被视为产品和受保护的主体。德国 GUI 的外观设计权保护是独立于电子设备的，外观设计保护的主体不是 GUI 和设备的组合，而是 GUI 本身。亦即，任何满足外观设计保护要求的产品的二维外观都是可保护的，德国法律没有要求外观设计必须应用于特定产品。美国判例法和专利审查实践都要求符合美国专利法 35 U.S.C. 171 规定的外观设计必须是应用于(applied to)或呈现于(embodied in)产品上的外观设计。然而，1996 年 3 月 20 日，美国专利商标局在《专利审查指南》中专设了“计算机生成图表外观设计申请审查指南”，弱化了计算机生成图表对于电脑或产品固定性要求。日本 2019 年 5 月 17 日颁布的《外观设计法》（意匠法）修正案中对于 GUI 外观设计的规定进行了具有重大意义的修改，修改后的法案为未预装的 GUI 图像（例如，通过互联网提供的图像）以及投影到非显示设备（例如，道路或墙壁）上的图像提供保护。根据日本现行《外观设计法》第 2 条第 2 款的规定，通过电信线路制作、使用、提供或承诺提供（包括以提供为目的进行展示，下同）外观设计图像的行为属于外观设计的实施行为，同时该法第 38 条规定，制作用于制造外观设计的计算机程序等，提供或通过电子通信线路提供的行为视为侵犯外观设计权或专有许可。

（三）认定开发并提供包含侵权 GUI 软件行为专利侵权的裁判思路

如上所述，在我国现行的专利法框架下，外观设计专利的实施行为仅包括“为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品”。但 GUI 系随着计算机技术的发展应用而生，一般经软件运行而呈现。包含 GUI 的产品从硬件到底层的操作系统再到应用软件等一般由不同的主体提供。故对于



已经被授权的 GUI 外观设计专利的实施，要结合 GUI 的自身特点进行判断。一般而言，采用与制造实质相同的方式，将 GUI 设计应用于产品上，即可认定为实施了 GUI 外观设计专利。

本案中，当软件被用户下载并安装在手机中，经用户在操作系统中操作软件运行后才会在手机中呈现被诉侵权 GUI，因此被诉侵权 GUI 系基于硬件生产商、操作系统开发商、用户、软件开发和提供者共同参与才得以在手机上呈现。被诉侵权 GUI 在移动终端上呈现确实导致了损害后果的发生，然而该结果的发生是由不同主体的不同行为共同导致的，因而需要就每个主体的行为分别进行因果关系判定。

司法实践中，因果关系判定多遵循的理论为直接因果关系及相当因果关系理论。前者多适用于“一因一果”的能够直接判定损害与行为之间必然联系的简单情形，而在更多的情况下，需要运用相当因果关系理论加以判定。根据相当因果关系说，一个行为若要成为损害发生的充分原因，其必须符合两个条件，其一是该行为的存在对于诉争损害的发生概率产生了影响，其二是该行为并非在某些极端特殊的情形下才成为引发损害的条件。相当因果关系理论认为，某一事实仅于现实情形发生某种结果，尚不能认为有因果关系，必须在一般情形，依社会的一般观察，亦认为能发生同一结果的时候，才能认为有因果关系。

就本案中所涉各行为主体分而述之。硬件生产商生产出带有电子显示屏幕的设备，该行为确实在客观上为侵权 GUI 的呈现提供了硬件条件，然而依据社会的一般观察，正常情况下该设备是为用户提供合法的正常通讯、娱乐等服务的，并非专用于侵权行为的实施，仅在极端的情况下可能被用于实施侵权行为，然而对于硬件生产商而言该种情况事实上在其预见范围之外，因而硬件生产商生产销售硬件的行为与本案损害后果的发生并没有法律上的因果关系。同样，手机操作系统的开发商开发出的操作系统，在正常情况下是为用户提供硬件设备及各类软件提供操作运行平台，相应的软件开发者仅需根据操作系统的相应技术要求开发出适配软件即可在操作系统中运行，该等操作系统并非专用于侵权行为，仅在特殊情况下会为侵权软件的运行提供平台，然而在开放架构下操作系统开发商难以预见和控制哪些软件在其系统中运行，因而其与本案损害后果的发生亦无法律上的因果关系。因此，硬件生产商、操作系统开发商



仅是为运行软件提供环境，并未实施用户图形界面的提供行为，其提供运行环境本身亦与侵权后果的发生无因果关系。就用户而言，虽然其在设备上下载、安装、运行涉案软件的行为客观上导致了侵权 GUI 与产品的结合，然而，一方面用户的行为并不符合《专利法》第 11 条第 2 款中“为生产经营目的”的主观要求，不能被认定为对专利权的侵害，另一方面更为重要的是用户若要使用软件开发和提供者提供的软件，就必然会进行下载、安装、运行的操作，该行为本质上是上诉人提供软件行为的必然结果。

本案被告所实施的开发并提供带有侵权 GUI 软件供用户下载的行为，不仅导致原告授权专利被侵害的概率明显增加，而且在正常情况下，当软件处于应用市场供下载时，只要有用户实施了下载安装运行的行为，就必然会导致侵权结果的发生。该行为事实上与专利法所规定的“制造”行为实质相同，属于通过程序语言将侵权 GUI 固化在其开发并提供的软件中，只要该软件在任意终端设备运行，就必然将图形用户界面设计应用于产品上，从而导致侵权后果，故该行为与损害结果的发生具有法律上的因果关系，实施该行为的人应当承担专利侵权的相应民事责任。

结语

对于权利人来讲，GUI 外观设计开放授权的意义并不在于获得一张专利权证书，而在于真正能够行使和维护其专利权。本案判决明确了开发并提供包含侵权 GUI 软件的行为构成外观设计专利侵权，对 GUI 外观设计专利给与实质性保护，为我国目前 GUI 外观设计保护困境提供了解决思路。在未来，仍需进一步研究并推动相关法律及司法裁判规则的完善，为 GUI 外观设计专利提供更加充分的保护，为我国工业设计产业的发展提供更加明确的指引。

* 篇幅有限，脚注未予显示，敬请谅解。

【相关法条】

《中华人民共和国专利法》第十一条第二款、第六十四条第二款、第七十一条第一款、第二款、第三款；



《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》
第八条、第十条、第十一条。

【案件索引】

一审案号：上海知识产权法院（2019）沪 73 民初 398 号民事判决书

一审合议庭组成人员：上海知识产权法院 陈惠珍、易嘉、陆金华

二审案号：上海市高级人民法院（2022）沪民终 281 号民事判决书

二审合议庭组成员：上海市高级人民法院 刘军华、张莹、马剑峰

编写人：

上海市高级人民法院 刘军华、马剑峰、张莹

上海市浦东新区人民法院 庄雨晴



长按
二维码
关注

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：https://mp.weixin.qq.com/s/cjBv8JmE_cLb50JNed5iaA

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



第 126 期 | 执行异议之诉中涉不动产买受人物权期待权的实践检视与规则完善

执行异议之诉中涉不动产买受人物权期待权的实践检视与规则完善

一、物权期待权在执行异议之诉中的适用困境

近年来，执行异议之诉尤其是案外人执行异议之诉呈爆发式增长，而执行标的涉及不动产的案外人执行异议之诉占比最大。司法实践中，针对案外人执行异议之诉的审判思路在于认定案外人所享有的民事权益及其对抗性效力。就涉不动产的执行异议之诉而言，审理核心及难点在于不动产交易中已交付但未办理转移登记的买受人权利即买受人的物权期待权，与申请执行人利益之间的对抗。

不动产买受人的物权期待权，作为一项源于德国学说和判例的权利，是指对于签订不动产买卖合同的买受人，在已履行合同全部或大部分义务的情况下，虽尚未取得不动产所有权，但赋予其类似于不动产所有权人的地位，其性质上虽是债权，但因买受人系在取得所有权之过程，该权利应是接近于物权。在我国，该概念虽立法中未明文规定，但其权利属性确系客观存在，目前主要体现在执行领域司法解释中，对该等权利的保护亦具逐步扩大和细化的趋势。其中，较常适用的司法解释为《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称《异议复议规定》），第 28 条规定一般不动产买受人物权期待权保护的适用条件，第 29 条规定消费者买受人物权期待权保护的适用条件，第 30 条规定预告登记情形下不动产买受人物权期待权的适用情形。^①

然而司法实践复杂迥异，就不动产买卖而言，可能出现以房抵债、未取得登记的房屋被抵押等情形产生后续执行问题，目前司法解释尚未达到使裁判尺度统一的理想效果，同案不同判的现象亦不鲜见。此外，我国现行民法典第 352 条“建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但是有相反证据证明的除外”的但书条款，契合了目前我国



不动产登记现状与不动产实际权属的现实需要，对如何解决不动产买受人执行异议之诉的法律适用，亦值得深思。

二、涉不动产买受人物权期待权执行异议之诉生效判决分析

为考察涉不动产买受人物权期待权的执行异议之诉的审判情况，在中国裁判文书网以关键词不动产、物权期待权、执行异议、未办理登记作检索，提取自 2019 年 12 月 1 日至 2023 年 3 月 31 日生效的判决文书，^③得到有效样本 617 份。以样本为基础，就该类案件在诉讼类型、法律适用进行类型化分析。

（一）诉讼类型

涉不动产买受人物权期待权执行异议之诉主要包括案外人执行异议之诉与申请执行人执行异议之诉两类，具体详见表 1。

| 诉讼类型 | 当事人 | | 申请执行标的 | 诉讼请求 |
|----------------|------------------|-------------------------------------|------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|
| | 原告 | 被告 | | |
| 1. 案外人执行异议之诉 | 未经登记的不动产买受人 | 登记的不动产权利人的债权人 | 房产或车位等不动产；此类案件点比较高。 | 两类： 1、确认涉案不动产归其所有并排除执行； 2、排除对涉案不动产的执行、查封。 |
| | 未经登记的不动产买受人的次买受人 | 登记的不动产权利人的债权人 | 房产或车位等不动产。此类案件占比亦较高。 | |
| | 未经登记的不动产买受人的次买受人 | 未经登记的不动产买受人的债权人 | 房产或车位等不动产。此类案件不动产一般在开发商名下，因某些原因无法办理初始登记至买受人名下。 | |
| | 未经登记的不动产买受人的债权人 | 未经登记的不动产买受人的债权人；第三人：申请参加该执行异议之诉的买受人 | 房产或车位等不动产。该类案件较为特殊，一般仅存在一房二卖的情况下。 | |
| 2. 申请执行人执行异议之诉 | 登记的不动产权利人的债权人 | 未经登记的不动产买受人 | 房产或车位等不动产。 | 诉讼请求一般为判决撤销强制执行裁定，对涉案不动产继续采取查封措施，亦或是申请法院恢复（准许）对涉案房屋执行。 |

（表 1）

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号



1、案外人执行异议之诉

审理案外人执行异议之诉时，均会进行实质审查，亦会审理确权诉请。在排除执行时，对于不动产所有权的确认存在不同的判决结果：有的认为因系争房屋未办理初始登记，也未办理变更登记至实际权利人名下，不支持确权诉请；有的认为买受人已交付全部购房款，其已开始承担合同标的物的毁损灭失风险，享有房屋所有权，支持确权诉请。

2、申请执行人执行异议之诉

审理申请执行人执行异议之诉时，审查的仍是未经登记的不动产买受人或次买受人对系争不动产是否享有排除强制执行的民事权益。此时，未经登记的不动产买受人或次买受人仍应就其对执行标的享有足以排除强制执行的民事实体权利举证。

（二）法律适用的类型化分析

1、关于是否明确为物权期待权

有的明确《异议复议规定》第 28 条是基于一般不动产买受人的物权期待权审查的情形，第 29 条是基于消费者买受人物权期待权审查的情形。有的则虽适用《异议复议规定》第 28 条进行判断，但未表述为物权期待权。

2、关于消费者买受人的认定

根据《异议复议规定》，一般不动产买受人明显比消费者买受人阻却执行的要件严苛很多，《全国法院民商事审判工作会议纪要》基于生存利益优先原则，亦作出更有利于消费者买受人的规定。但实践中对于消费者买受人的认定标准并非完全统一。

在 617 件判决书样本中，涉及消费者买受人的判决有 241 件，占比约 39%。其中，认可消费者买受人身份的仅有 46 件，其余案件除明确不认可消费者买受人身份外，还存在大量当事人在答辩或诉请中主张自己是消费者买受人。从裁判对消费者买受人身份认定标准的态度来看，一般都较为严格，主要审核合同签订对象、签订形式、款项支付对象以及系争房屋是否为商品房等。如，买受人与开发商签订正式网签合同，按约定支付开发商全部或大部分房款且配偶、未成年子女名下无其他住房方可认定为消费者买受人。不认可消费者买受人身份的原因主要集中在：第一，买受人不能举证系争房产系唯一住房；

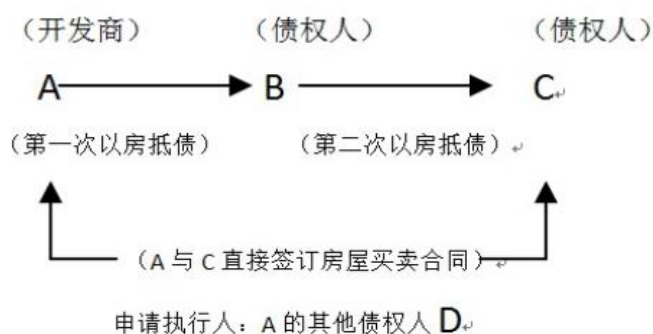


第二，认为车位和商业用房不是商品房；第三，诉讼时而非购房时名下无其他住房。但也存在较为宽容的判决：第一，购房款项支付对象没有严格限制。如，个人挂靠公司的开发商以公司名义与买受人签订网签合同，款项支付至个人女儿名下的情况也被认定为消费者买受人。第二，签订正式网签合同并非必须。如，双方就系争房屋签订了协议书，协议书载明了双方当事人名称、房屋房号、面积、总价等条款，具备商品房买卖合同主要内容，并已按约支付购房款，该协议认定为商品房买卖合同，进而认定买受人为消费者买受人。第三，通过实质审查商业用房用途，被用于自住亦可。如，虽系争房屋为酒店式公寓并曾对外出租获取收益，但认为系争房屋是否具有居住功能，与房屋系商业用房还是住宅的属性并无直接对应关系。酒店式公寓仍可用于居住，且不排除自住。在无证据证明当事人尚有其他可供居住房屋、且该房屋已被实际自住时，该房屋具有了居住保障功能，应优先保护其居住生存权益。

3、关于以房抵债情形下能否排除执行

搜索以房抵债或者顶账，剔除重复样本，得到有效样本 116 件。其中，裁判认可以房抵债并排除强制执行的有 37 件，不认可以房抵债且不排除强制执行的有 79 件，不认可的主要原因集中在：第一，证据链不清晰，无法证明已支付房款；第二，只是普通金钱债权人地位，与买卖合同有区别；第三，虽提及以房抵债，但不符合其他排除执行条件。从以房抵债的类型上区分，具体又可分为以下三种。

(1) 类型一（见图 1）



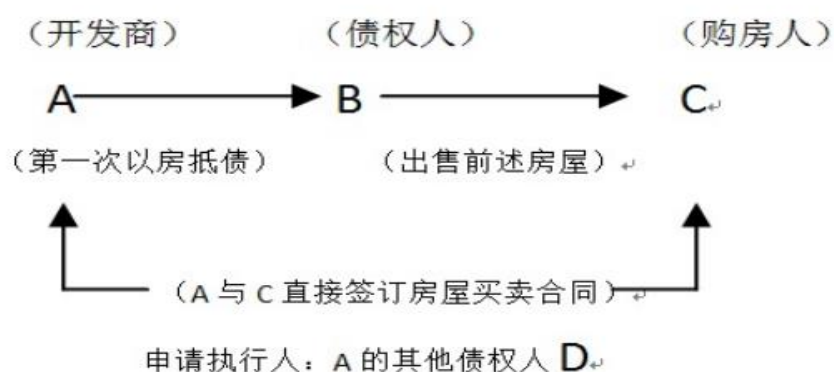
(图 1)

△图片来源：中国上海司法智库微信公众号



此类两手以房抵债案件，裁判主要从能否认定支付全款角度出发审查。有的认为，仅凭借款不能证明该款项已转化为购房款，不能认定 C 已经支付全部价款，但二审认为通过其他证据能相互印证，可认定三方通过协商，终止各自的借款合同关系，将借款本金及利息转化为已付购房款并经对账清算，故认定 C 通过抵账的方式支付了房屋全部购房款。有的认为，仅借款事宜不能证明 C 通过债权取得系争房屋的处分权，不足以证明该款项转化为购房款，无充分证据证明 C 因与 B 之间的借款关系而与 A 形成以房抵债的事实，故不能认定 C 已经支付了全部价款，从而无法排除执行。

(2) 类型二 (见图 2)

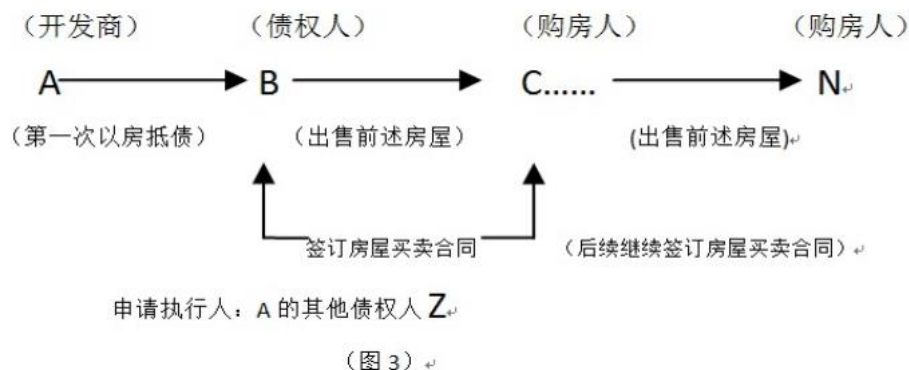


△图片来源：中国上海司法智库微信公众号

此类第一手以房抵债，第二手房屋买卖案件，裁判主要从证据角度进行审查。有的认为，相应证据能够证明 B 与 A 通过协商并经对账清算，约定系争房屋抵顶 B 债权，后再由实际购房人 C 与 A 建立商品房买卖合同关系，故应认定 C 作为房屋买受人，已向 A 支付了房屋全部购房款。有的认为，在以房抵债的情况下，C 仅提供了 A 开具的购房收据一张，未提供相应证据证明 B 与 A 之间的借款债权债务情况，不能证明 B 与 A 之间存在以房抵债关系，亦无法证明 C 已经支付了全部购房款，故无法排除执行。



(3) 类型三 (见图 3)



△图片来源: 中国上海司法智库微信公众号

此类第一手以房抵债, 第二手至第 n 手均房屋买卖案件, 在以房抵债后涉及好几手买卖交易的情况下, 有的认为, 需要从每一手交易进行分析, 每一手交易均需清晰合法, 审查每一个环节支付对价的情况来判断是否构成以房抵债支付完毕房款。有的认为, 除了从每一手付款情况能否达到证据盖然性的标准来判断支付房款是否支付完毕外, A 与 B 之间的以房抵债实为消灭双方之间的债权债务关系, 这与购买不动产而订立购房合同存在差异, 再到 B 与 C 之间的买卖关系, 即使 C 又再与 A 签订了商品房买卖合同, 不能延续性认为 C 享有物权期待权。但也有认为, A 与 B 以房抵债成立后, 该房屋在查封后又卖给 C, 亦认可 C 的物权期待权, 可以排除强制执行。

需要注意的是, 以房抵债的认定只是认定买受人是否足以排除强制执行的条件之一, 是否排除还需结合其他要件综合判断。但也有裁判直接否定以房抵债的买受人享有物权期待权, 认为以房抵债协议首先以消灭金钱债务为目的, 而房屋交付仅系以房抵债的实际履行方式, 买受人对开发商仅享有债权请求权, 基于以房抵债而拟受让不动产的受让人, 在完成登记之前以房抵债协议并不足以形成优先于一般债权的利益, 不能产生针对交易不动产的物权期待权, 不享有足以排除强制执行的民事权益。



4、关于不动产买受人物权期待权与其他权利的优先性

(1) 不动产买受人物权期待权与抵押权（见表 2）

法院判断不动产买受人物权期待权与抵押权在执行异议之诉中的优先效力(30 件)。

| 分类。 | 数量。 | 理由。 |
|--------------------------|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 不动产买受人物权期待权优先于抵押权——排除执行。 | 20 件。 | a. 6 件法院适用了异议复议规定第 29 条,即消费者买受人的物权期待权优先于抵押权。 b. 14 件法院适用异议复议规定第 27 条或第 28 条,认定更应优先保护买受人。(部分案件讨论了抵押权登记在后的情况)。 |
| 抵押权优先于不动产买受人——不可排除执行。 | 10 件。 | a. 4 件法院适用异议复议规定第 28 条,认定买受人本身不符合该条规定,而直接认定抵押权优先,或直接说理认为抵押权优先。 b. 6 件法院认为系争房屋非自住\非唯一住房\系车位,认为非消费者买受人,在不考虑抵押权登记先后的情况下,认定抵押权优先。 |

(表 2)

△图片来源:中国上海司法智库微信公众号

(2) 不动产买受人物权期待权与工程价款优先受偿权（见表 3）

| |
|----------------------------------------------------------|
| 物权期待权 VS 工程价款优先受偿权 (10 件): 法院主要认定是否是商品房消费者。 |
| a. 2 件法院认定属于消费者买受人,因此优先于工程价款优先受偿权,可以排除执行。 |
| b. 6 件法院认定不是消费者买受人,因此不能排除执行。 |
| c. 2 件法院不评判是否是消费者买受人,而是认为买受人合法占有系争房屋多年,其民事权益相较于工程价款更应保护。 |

(表 3)

△图片来源:中国上海司法智库微信公众号



三、涉不动产物权期待权执行异议之诉的本质

(一) 事实状态与外观权利的分离

我国不动产登记制度经历了产权确认、停滞不前、分散登记、规范化登记、统一登记等五个阶段。^④长期以来，受债权形式主义理论的影响，登记被行政化和唯一化，但不动产登记簿记载的真实性、准确性并不尽如人意，存在登记的外观状态与登记的事实状态分离的情况。加之，不动产登记事项又往往受到各种政策影响，当事人的合同权利在涉及交易金额较大、周期较长的不动产交易中，可能因登记条件、登记程序的改变等陷入纠纷，对于真实权利人与交易第三人的利益衡量如何达到最佳协调状态，正是物权期待权所要解决的本质问题。

(二) 权利保护的出发点不同

民法典采登记外观主义，而《异议复议规定》第 28、29 条侧重对不动产买受人的保护，其纯粹是从公平原则出发，根据目前房地开发现状及不完善的登记制度等现实情况而设计出的规范。前者的法律位阶高于后者，但因现行法律对物权期待权未作明文规定，《异议复议规定》为不动产买受人物权期待权提供了适用依据，易造成规范适用上的冲突。当不动产遭受第三人侵害时，对于是否可由不动产买受人以物权期待权主动诉请寻求救济抑并未明确，因此只有在公权力机关实施强制执行行为时，买受人才能提出排除强制执行，而不能主动避免类似行为的发生。^⑤一般不动产买受人物权期待权与具有优先受偿权的担保物权如抵押权之间如何适用法律规则，鉴于无论诉讼法或实体法均未对此作规定，学界对此分歧也较大，导致司法裁判也有所相同。

四、不动产买受人物权期待权的裁判规则及其完善

(一) 认定消费者买受人的标准

1、主体。商品房的消费者买受人应是自然人消费者，一般不应包括法人和非法人组织，例外情形下包括为安置动迁居民而批量购买商品房的法人或者非法人组织。

2、居住的核心标准在于“生活所需”。考虑到我国现行生育政策以及购房需求，可能出现待置换房屋和需购买房屋同时存在的情况，因此被执行的房产



未必是其名下唯一居住用房。消费者应举证生活所需情况，法院在审查时应结合不动产人均面积和总面积、经济水平、购买原因等综合考虑系争不动产是否属于居住用房。对于商住两用或商业经营性用房，如系家庭唯一居住使用的房屋，或将唯一住房与生产经营结合使用的，仍应认定为其购房目的为居住，而不能机械排除其属于居住用房。⑥自然人名下如还持有商业用房、其他住房、超过普通生活标准的住房，应当认定可以执行。⑦配偶和子女名下的住房应纳入考虑居住用房的因素，否则买受人物权期待权易被不断扩大适用，将会挤压抵押权的适用空间，侵害申请执行人的利益，亦会冲击现有的物权法定原则。

（二）识别买卖型以房抵债

1、识别的核心在于真实的购房意思表示

以物抵债是指当事人达成以他种给付替代原定给付的协议。以房抵债通常表现形式为房屋买卖合同，即合同双方原先缔结了诸如民间借贷法律关系的合同，抵债人因此负担以给付金钱为内容的债务，后双方又达成了房屋买卖合同，约定以给付金钱之债替代原先的给付房屋之债。一般情况下，以房抵债的受让人原则上并不能排除强制执行，只有在合同双方具有真实的购房目的时，合同双方才与一般买受人无异。根据《异议复议规定》第 28 条、29 条之规定，当以房抵债满足相关构成要件时，其作为买受人享有足以排除强制执行的物权期待权。具体而言，首先应按照合同解释方法确定当事人的意思，经合同解释方法仍具有多重含义时，应适用保护债权人利益的解释规则。如以房抵债的表现形式包括房屋买卖合同分别与诸如抵销、更新、变更结合，则为买卖型以房抵债；如以房抵债的表现形式为后让与担保、间接给付、代物清偿等，则合同双方并未有真实的购房意思表示，并不能作为一般买受人看待。

2、识别的参考因素

以房抵债作为一种当事人协商一致的债的偿还方式，在审理此类纠纷时，应综合各项因素来审查双方以房抵债是否本质上属于房屋买卖合同、双方之间是否存在恶意串通等情况。具体的考量因素包括：第一，以房抵债合同的条款内容；第二，以房抵债合同的签订时间是否早于采取强制执行措施；第三，双方之间债权债务往来的凭证；第四，是否存在真实有效的基础债权债务关系；第五，案外人实际占有房屋的具体情况；第六，是否存在倒签合同的情况；第



七，以房抵债是否具有合理性；第八，房屋价值是否严重超过债权数额；第九，案外人是否补足房屋差价；⑨第十，房屋价款支付情况等。

（三）完善不动产登记制度

1、完善我国的预告登记制度——引入“同意登记”原则

在程序方面，借鉴德国法上的“双重赋权”原则，⑪允许当事人一方或双方均可申请登记，赋予买受人经预告登记后享有物权属性的期待权，以真正发挥物权期待权的价值。经预告登记的权利虽尚处于债权状态，但已具备了对抗所有权人和第三人的物权效力，未经预告登记权利人同意，处分该不动产的，不生物权效力。预告登记权利人的请求权，在性质上属于能够阻止人民法院处分该不动产的实体权利。预告登记需与登记备案和网签相区别，后者系房地产管理部门对商品房买卖合同的一种行政管理措施，并不具有为将来实现物权的排他性效力。

2、建立中间登记制度

为使公示能够如实反映权利或权利状态，公示尤其是不动产公示制度应采取登记的公开、登记的连续等原则，是为公示效力的保证。⑭中间登记，是使买受人转让其购买的需要登记的不动产时，应先将该不动产登记至自己名下后，才能过户登记至受让人名下。⑮如不进行中间登记即再次交易，则架空了登记作为不动产物权变动的原则，变相将意思表示作为了物权变动规则，有悖于交易安全，也不利于不动产真实权利信息的流动。



作者：顾逸 法律硕士（法学） 上海市虹口区人民法院民事审判庭法官助理

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：https://mp.weixin.qq.com/s/Q8V6_AtS6DgzJviBkiXfRw

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



《上海法院类案办案要件指南》系列丛书导读第 119 期 | 建设工程施工合同类案办案要件指南之发包人作为原告的诉请审查

建设工程施工合同类案办案要件指南之发包人作为原告的诉请审查

对原告诉请的审查称为“一贯性审查”，审查的重点是原告的诉讼请求是否具体明确以及诉状所述的事实理由是否能够支持其诉请。当原告为发包人时，其诉请的主要类型和审查要点如下：

一、基于有效合同诉请的审查

建设工程所具有的显著公共性使得建设工程施工合同涉及公共利益和第三人利益保护问题，法律、行政法规通过对当事人意思自治进行适

1. 确认合同解除诉请的审查

【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并合法有效的事实。
- (2) 合同解除的事由：合意解除，行使法定或约定解除权。
- (3) 对于合意解除或者行使解除权的方式，合同解除的时间一般为解除通知送达之日、解除通知载明的期限届满之日或者诉状副本送达之日。

【注意事项】

(1) 关于约定解除，需要审查双方对于合同解除的约定是否符合法律规定，是否系双方真实意思表示，发包人行使合同解除是否发生双方约定合同解除之事由。关于法定解除，需要审查是否已经发生合同法定解除的情形。

(2) 行使约定解除权或者法定解除权，一般需以通知的方式作出，重点要关注解除通知是否已经有效送达合同相对方。当就合同解除发生争议，仍可能需通过起诉或者仲裁的方式，由法院或仲裁机构确认合同解除。

(3) 在原告诉请确认解除行为效力（有效或无效）的诉请审查中，首先需要考虑解除通知载明的解除权发生原因，系行使法定解除权还是约定解除权，



其次确认解除通知是否已经合法送达，之后考虑原告对于解除行为有效还是不发生法律效力的明确意见。

【诉请示例】

请求法院确认原告与被告于 X 年 X 月 X 日签订的建设工程施工合同于 X 年 X 月 X 日（解除通知送达合同相对方之日或起诉状副本送达被告之日或双方合意解除之日）解除。

(1) 合意解除或者行使解除权解除的诉请表述：请求确认原告与被告于 X 年 X 月 X 日签订的建设工程施工合同于 X 年 X 月 X 日解除。

(2) 法律规定必须通过起诉或者仲裁方式请求解除合同的诉请表述：请求判令原告与被告于 X 年 X 月 X 日签订的建设工程施工合同于法院判决生效之日解除。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第五百六十二条、第五百六十三条、第五百六十四条、第五百六十五条、五百六十六条

2. 对工程进行维修诉请的审查

【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效的事实。
- (2) 建设工程存在质量不符合约定或其他缺陷的事实。
- (3) 发包人和承包人签订保修合同或者建设工程施工合同中约定由保修条款或存在相关法律法规要求承包人保修责任的情形。
- (4) 建设工程未超过保修期限，承包人负有保修责任。

【诉请示例】

请求被告对原告 X 建设工程中的 X 质量缺陷进行维修。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第八百零一条、第八百零二条

《中华人民共和国建筑法》第五十八条、第五十九条、第六十条、第六十二条



《建设工程质量管理条例》第三十二条

3. 对工程质量赔偿诉请的审查

【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效的事实。
- (2) 建设工程施工合同对于工程质量的约定。
- (3) 建设工程存在质量缺陷的事实。
- (4) 质量缺陷所致损失的类型及范围。
- (5) 质量缺陷所致损失的金额和依据。

【注意事项】

(1) 分包人、勘察、设计人及施工人对建设工程质量缺陷存在责任的，应当承担连带责任。

(2) 工程质量赔偿的方式一般包括：减少工程款、支付合理修复费用、扣除质量保证金、约定的工程质量赔偿金。

(3) 一般而言，在承包人作为原告向发包人主张工程价款的诉讼中，如发包人因因承包人原因造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝返工或改建为由主张减少支付工程价款的，采抗辩形式即可主张权利，而如果发包人因建设工程质量缺陷造成自身人身损害或财产损失而向承包人提出赔偿请求的，则应当提出反诉或另案主张，如发包人采取抗辩形式主张上述权利的，宜进行释明。

【诉请示例】

(1) 请求被告支付原告工程质量赔偿金 X 元及利息（以 X 元为基数，自 X 日起至实际给付之日止，按 X 利率计算）。

(2) 请求被告支付原告合理修复费用 X 元。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第八百条、第八百零一条、第八百零二条

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释

（一）》第十二条、第十五条



4. 返还超付工程款诉请的审查

【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效的事实。
- (2) 合同关于工程款付款的约定。
- (3) 应付工程进度款的金额和依据。
- (4) 实际已经支付工程款的具体金额。

【注意事项】

工程款支付方式包括但不限于银行汇款、转账支票、现金支票、承兑汇票、现金支付、代付材料款、垫付分包款、有授权的项目经理收款等。

【诉请示例】

请求被告返还原告超付工程款 X 元及相应利息（以 X 元为基数，自 X 日起至实际给付之日止，按 X 利率计算）。

5. 逾期竣工违约金诉请的审查

【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效的事实。
- (2) 合同中对于工程竣工时间、逾期违约责任的约定。
- (3) 逾期竣工的事实，包括合同约定工期、实际工期、顺延工期情况。
- (4) 逾期竣工违约金计算方式和具体标准。
- (5) 被告逾期竣工有无免责事由。

【诉请示例】

请求被告支付原告逾期竣工违约金 X 元（计算方式：按照 X 标准自 X 年 X 月 X 日起计算至 X 年 X 月 X 日止）。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第五百七十七条



【典型案例】

李胜忠与肇庆市顺宝骏景房地产发展有限公司建设工程施工合同纠纷再审案（裁判法院：最高人民法院；案号：（2019）最高法民再 231 号）

裁判要旨：因承包人原因导致工程逾期竣工的，发包人根据商品房预售协议向买房人支付的逾期交房违约金为发包人的损失，承包人应当按照合同约定承担逾期交房违约责任。

6. 交付竣工验收资料诉请的审查

【审查要点】

- （1）建设工程施工合同成立并生效的事实。
- （2）关于交付竣工验收资料的合同约定。
- （3）已经交付的竣工验收资料。
- （4）需交付的竣工验收资料范围。

【注意事项】

交付竣工验收资料系建设工程合同中的附随义务。向发包人提交竣工验收资料是承包人的法定义务。承包人作为建设工程的实际施工者，应当依照诚信原则，配合发包人提交相应的施工资料和手续以便完成竣工验收备案。除非合同明确约定。发包人不得以承包人未按期交付竣工验收资料为由拒绝支付工程款。若存在因未按期交付竣工验收资料而引发逾期交付违约金诉请的，可参照逾期竣工违约金诉请的审查要点进行审查。

【诉请示例】

请求被告将竣工验收资料于本判决生效 X 日内交付原告。

【规范指引】

- 《中华人民共和国民法典》第五百零九条
- 《建设工程质量管理条例》第十六条

7. 移交工程诉请的审查

【审查要点】

- （1）建设工程施工合同成立并生效的事实。



- (2) 合同关于移交工程时间及方式的约定。
- (3) 是否已达合同约定移交工程的条件。

【诉请示例】

请求被告向原告移交 X 建设工程项目。

8. 返还代扣代缴的税费诉请的审查

【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效的事实。
- (2) 合同关于税费支付及代扣代缴的相关约定。
- (3) 原告已经代为支付税费的事实。

【注意事项】

除合同特别约定外，建设工程的造价包括建筑、安装、设备及税费等建设所需的全部费用。如发包人对其中的税费进行了代扣代缴，在足额支付工程款的情况下可以主张返还，如发包人不能证明真实缴纳，则其主张不应支持。

【诉请示例】

请求被告返还原告已经代缴税费 X 元。

9. 开具发票诉请的审查

【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效的事实。
- (2) 合同关于开具发票的约定。
- (3) 需要开具发票的金额和类型。

【诉请示例】

请求被告于 X 年 X 月 X 日前向原告开具已付款项 X 元的发票。

10. 对没收工程质量保证金诉请的审查

【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效的事实。
- (2) 合同关于工程质量保证金的约定。



- (3) 建设工程存在质量缺陷的事实。
- (4) 原告已通知被告维修，被告未维修的事实。
- (5) 工程质量缺陷系承包人原因所致的事实。
- (6) 建设工程未过保修期且在竣工验收或提交竣工验收报告两年内。

【注意事项】

建设工程确实存在因承包人原因造成的缺陷，而承包人不维修又不承担鉴定费用的，发包人有权从工程质量保证金中扣除，即亦可诉请没收工程质量保证金。

【规范指引】

《建设工程质量保证金管理办法》第二条

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第十七条

【诉请示例】

请求判令对被告预留的工程质量保证金 X 元不予返还。

11. 对不规范施工违约金诉请的审查

【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效的事实。
- (2) 合同关于施工规范的约定。
- (3) 合同关于违约责任的约定。
- (4) 被告存在未按合同规范施工的事实
- (5) 因被告的违约行为导致的损失。

【诉请示例】

请求被告向原告支付违约金 X 元（计算方式：按照 X 标准自 X 年 X 月 X 日起计算至 X 年 X 月 X 日止）。



12. 其他因承包人施工不当造成损失诉请的审查

【审查要点】

- (1) 建设工程施工合同成立并生效的事实。
- (2) 合同关于损失赔偿的约定。
- (3) 承包人施工不当造成损失的事实。
- (4) 承包人不当行为与损失的事实之间存在因果关系。
- (5) 承包人损失的具体金额。

【诉请示例】

请求被告向原告支付损失 X 元。

度干预的方式来调整合同效力以达到保障建设工程质量安全的目的。审理建设工程施工合同纠纷既要遵循合同类纠纷审理的一般思路,也要考虑到建设工程的公共属性,优先适用法律尤其是行政法规对合同效力、履行、结算等所作特殊规定。

二、基于无效合同诉请的审查

1. 请求确认合同无效诉请的审查

【审查要点】

- (1) 合同订立的事实。
- (2) 导致合同无效的事由,包含:违反建筑市场主体准入、未依法招标、中标无效及转包、违法分包等情形。

【注意事项】

确认合同无效不适用诉讼时效

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第一百四十六条、第五百零八条、第七百九十一条

《中华人民共和国建筑法》第八十三条

《建设工程质量管理条例》第七十八条



《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第一条、第二条、第三条、第四条

【诉请示例】

请求确认原告与被告于 X 年 X 月 X 日签订的建设工程施工合同无效。

2. 对工程维修责任诉请的审查

【审查要点】

- (1) 合同订立的事实。
- (2) 导致合同无效的事由。
- (3) 建设工程交付或实际使用的事实。
- (4) 建设工程存在质量缺陷的事实。
- (5) 建设工程的保修期限。
- (6) 被告负有保修义务的事实依据。

【注意事项】

建设工程施工合同无效，但工程经竣工验收合格并交付发包人使用的，承包人应当承担相应的工程保修义务和责任。当建设工程出现质量缺陷时，发包人可诉请承包人承担质量缺陷维修义务。但是，当由于承包人无相应资质而导致合同无效时，不能由承包人自行维修。发包人可以参考合同约定扣留一定比例的工程款作为质量保证金。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第八百零二条

【诉请示例】

请求被告对原告 X 建设工程中的 X 项目的质量缺陷进行维修。

3. 对工程质量赔偿诉请的审查

【审查要点】

- (1) 合同订立的事实。
- (2) 导致合同无效的事由。
- (3) 建设工程交付或实际使用的事实。



- (4) 建设工程存在质量缺陷的事实。
- (5) 被告对工程质量缺陷存在过错。
- (6) 合同中有关质量赔偿的约定。
- (7) 分包人、勘察、设计人及实际施工人对建设工程质量缺陷存在责任的，应当承担连带责任。

【注意事项】

建设工程合同无效的情况下，处理工程质量的赔偿诉请时，可以从如下方面考虑：1. 准确把握合同无效引发的损害赔偿责任的性质和构成要件，包括有损害事实或者有损失的发生、当事人具有过错、过错和损失之间具有因果关系。2. 损失大小可参照合同约定的方式确定。3. 准确把握当事人请求赔偿的损失范围。

【规范指引】

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第六条

【诉请示例】

- (1) 请求被告支付原告工程质量赔偿金及利息 X 元（以 X 元为基数，自 X 日起至实际给付之日止，按 X 利率计算）。
- (2) 请求被告支付原告合理修复费用 X 元。

4. 返还超付工程折价补偿款诉请的审查

【审查要点】

- (1) 合同订立的事实。
- (2) 导致合同无效的事由。
- (3) 合同关于工程款付款的约定。
- (4) 应付工程折价补偿款结算款的金额和依据。
- (5) 实际已经支付工程折价补偿款的具体金额。



【注意事项】

工程折价补偿款的形式包括但不限于银行汇款、转账支票、现金支票、承兑汇票、现金支付、代付材料款、垫付分包款、有授权的项目经理收款等。

【诉请示例】

请求被告返还原告超付工程折价补偿款 X 元。

5. 逾期竣工损失诉请的审查**【审查要点】**

- (1) 合同订立的事实。
- (2) 导致合同无效的事由。
- (3) 合同中对于工程竣工期间、逾期违约责任的约定。
- (4) 逾期竣工的事实。
- (5) 逾期竣工违约金计算方式和标准。

【注意事项】

建设工程施工合同无效，当事人不应再主张违约责任，但仍然有权请求相对人承担赔偿责任。在当事人未提交有效证据证明参照合同违约金标准计算逾期竣工损失明显不当的情况下，法院可参照该标准认定承包人逾期竣工造成的损失。

【规范指引】

《中华人民共和国民法典》第五百七十七条

【诉请示例】

请求被告赔偿原告逾期竣工损失 X 元。

【典型案例】

杭州建工集团有限责任公司与阜阳巨川房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷二审案（裁判法院：最高人民法院；案号：（2019）最高法民终 523 号）

裁判要旨：虽然案涉建设工程施工合同无效，但当事人仍然有权请求相对人承担赔偿责任。本院根据查明的事实认定案涉建设工程施工合同无效，从减



少当事人诉累、有效解决纠纷的角度，对于因工期延误造成的损失一并处理。由于违约金具有填补损失的功能，本案确实存在逾期竣工的事实，当事人已提交充分有效的证据证明逾期竣工造成的损失大小，故支持逾期竣工违约金并无不当。

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/tgk54bdyina6bh1jd2-kEQ>

◆ **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。

