

Jun He Law Review

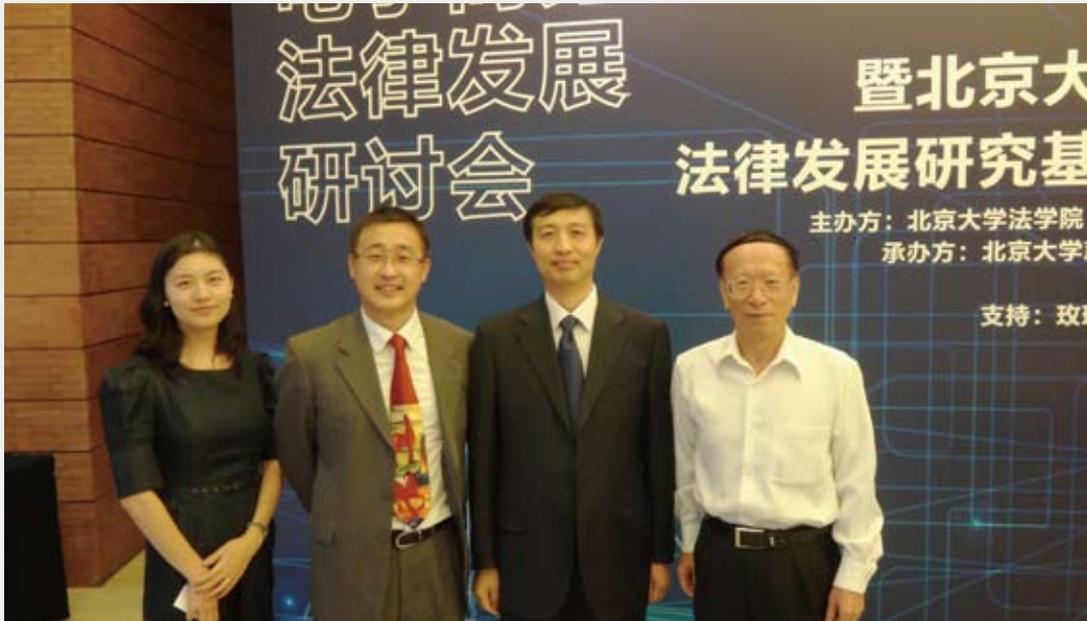
# 君合

法律评论

2013 (第三期) WWW.JUNHE.COM  
总第二十八期

- 浅谈劳动合同法修正案对劳务派遣用工的影响
- 中国（上海）自由贸易试验区对投资环境的影响初探
- 香港国际仲裁中心仲裁规则修改简评
- “矩形”与“U形”之误与诉

## 由君合律师事务所传媒娱乐业务合作组参与推动的 北京大学电子商务法律发展研讨会暨北京大学电子 商务法律研究基地挂牌仪式于2013年9月11日成功举办



君合律师事务所董潇、令狐铭律师，北京大学法学院院长张守文教授及前国家工商总局条法司王学政司长在挂牌仪式上合影



前政协副主席、著名法学家罗豪才教授在挂牌仪式上致辞

2013年第3期  
CONTENTS  
目录  
主办：君合律师事务所

编委会

主 编：肖 微  
编 辑 部：李晓阳 黄 湘 刘世坚  
          令狐铭 何 侃 张红斌  
          刘 洋 郑跃杰 李靖怡  
          崔 冰 余 剑 伊向明  
          王一婷 肖 一 马 锐  
          孙丕伟 刘 燕 叶 礼  
          左玉茹 万 晶 张莘阳  
分所通讯员：祖 颜 万 晶  
封面设计：赵米乐  
封面题字：王之龙

卷首语

律师专论

- |    |                         |             |
|----|-------------------------|-------------|
| 3  | 国内碳减排交易种类及模式分析          | 孙丕伟         |
| 8  | 浅谈劳动合同法修正案对劳务派遣用工的影响    | 卢 珍 姜圆圆     |
| 12 | 中国（上海）自由贸易试验区对投资环境的影响初探 | 蔡 婧 何 侃     |
| 16 | 香港国际仲裁中心仲裁规则修改简评        | 陈鲁明 崔文辉 刘佳迪 |

建设工程专栏

- |    |                      |             |
|----|----------------------|-------------|
| 21 | FIDIC文本下工程进度延误时业主的救济 | 黄 山         |
| 24 | FIDIC合同管理案例分析及启示     | 熊 仑         |
| 27 | 建设工程施工合同履行中的风险及防范    | 陈鲁明 崔文辉 刘 一 |

传媒娱乐法专栏

- |    |                   |         |
|----|-------------------|---------|
| 32 | 微博作品的侵权问题         | 袁真富 胡琛罡 |
| 38 | 新闻推送服务的著作权问题研究    | 左玉茹 令狐铭 |
| 43 | 互联网电视与IPTV的政策法律研究 | 黄荣楠 苏旭静 |

案例评析

- |    |               |         |
|----|---------------|---------|
| 56 | “矩形”与“U形”之误与诉 | 覃 宇 郑跃杰 |
|----|---------------|---------|

声明

《君合》法律评论所刊登的文章仅代表作者本人观点，不能将其视之为君合律师事务所及其律师出具的正式法律意见或结论。如您有任何法律问题或法律委托事务，请与本所联系。

# 卷首语

回想在法院实习的时候，有过几次旁听要案开庭的经历。还记得每有大案开庭前，全院会有通知，要求法官着便装参加旁听，而庭审后会有新闻报道：××案件公开开庭审理，首都各界群众数百人参加了旁听。

前几年，有一起普通的行政诉讼案件，有媒体联系旁听，得到的答复是没有位置了。刚听到这一答复完全不相信，没谁会对这案子感兴趣啊。开庭时傻了眼，居然真的是座无虚席，连被告方的负责人都没找着座。后来才知道旁听的人都是某街道组织来的，名义是一次法制教育活动。

今年似乎成了刑法年，大案一起接一起，大戏一幕接一幕。某省的一起大案本想旁听，联系后得到的答复还是没座了，看到电视新闻播放开庭片段时，不由感慨，旁听席上那些穿着制式衬衣，戴胸牌的，能不能敬业点，换上便装啊。

薄案开庭的文字转播，对于业内人士来说，也称得上是石破天惊。从专业角度来看，庭审记录前后基本连贯，程序完整，没有明显的脱节、断片的情况，从书记员角度来说，也算是具有很高的专业水准。由此可知某外媒声称有重大删节显属谣言，再说了，你个外媒咋知道的？难道你去旁听了？

话又说回来，如果真正开放旁听，还有谣言的空间吗？既然庭审记录可以公布，占座式的公开审理是否也该成为历史了？

# 国内碳减排交易种类及模式分析

孙丕伟

随着工业化导致温室气体排放对全球气候造成的影响不断加剧，世界各国均已认识到温室气体排放控制的重要性。在2009年12月于丹麦首都哥本哈根举办的《联合国气候变化框架公约》缔约方大会上，国务院前总理温家宝提出，到2020年，中国国内的单位GDP二氧化碳排放要比2005年的水平下降40%—45%。2011年12月1日，国务院发布《“十二五”控制温室气体排放工作方案》（国发[2011]41号），明确了在“十二五”期间需大幅度降低单位国内生产总值二氧化碳排放，到2015年全国单位国内生产总值二氧化碳排放要比2010年下降17%。这些事实表明中国政府正以积极的态度应对气候变暖，并将用实际行动控制温室气体的排放。

本文将对国内目前碳交易的制度及实践加以简单梳理，并结合律师法律服务经验提出一些目前存在的问题。

## 一、国内碳减排交易类型

碳减排交易市场可分为强制交易市场和自愿交易市场。如果一个国家或地区政府法律明确规定温室气体排放总量，并据此确定纳入减排规划中各企业的具体排放量，为了避免超额排放带来的经济处罚，排放配额不足的企业就需要向拥有多余配额的企业购买排放权，这种为了达到法律强制减排要求而产生的市场就称为强制交

易市场。而基于社会责任、品牌建设等考虑，一些企业自愿通过内部协议，进行排放配额交易，在这种基础上建立的碳减排交易市场就是自愿交易市场。这两种交易类型在我国均已存在。

### （一）自愿减排交易

#### 1、自愿减排交易的相关规定

国家发改委于2012年6月13日发布了《温室气体自愿减排交易管理暂行办法》（下称“《自愿减排办法》”）。该办法主要内容如下：

（1）可以交易的温室气体种类。《自愿减排办法》第二条规定可进行交易的气体种类为二氧化碳（CO<sub>2</sub>）、甲烷（CH<sub>4</sub>）、氧化亚氮（N<sub>2</sub>O）、氢氟碳化物（HFCs）、全氟化碳（PFCs）和六氟化硫（SF<sub>6</sub>）等六种温室气体，这与《京都议定书》的规定相一致。

（2）主管部门。《自愿减排办法》第四条规定国家发改委为温室气体自愿减排交易的国家主管部门。国家发改委不仅对温室气体项目、项目产生的减排量及具体的减排量交易进行管理，还对从业机构（项目的审定、核证等中介机构、可进行交易的场所）进行管理，并统一设置国家登记簿，对项目信息、减排量交易信息等进行登记。

(3) 项目管理。根据《自愿减排办法》第二章，自愿减排项目需申请国家发改委备案，备案时应具备以下条件：（1）采用经国家发改委备案的方法学；（2）经国家发改委备案的审定机构进行审定，并出具项目审定报告。如满足该条件，发改委有关部门在依据专家评估意见对项目进行审查后，将对项目予以备案。

(4) 减排量管理。自愿减排项目产生的减排量应在发改委备案。备案时应具备以下条件：（1）减排量已经在发改委备案的核证机构核证；（2）核证机构已出具减排量核证报告。如满足该条件，发改委将依据专家评估意见对减排量备案申请进行审查后，对产生的减排量予以备案。

(5) 减排量交易管理。自愿减排量交易应在发改委备案的交易机构内进行，具体交易规则由交易机构自行制定。交易机构的交易系统将与发改委的国家登记簿链接，记录交易情况。

## 2、自愿减排交易的实践

自愿减排交易在《自愿减排办法》发布之前就已经存在，在该办法出台之前，国内的自愿减排交易没有明确的依据，买方一般是出于塑造良好企业形象的需求，购买一些经国际通行减排标准（例如VCS标准）认可的减排量，实现碳中和的目标，且这些交易也没有固定的交易场所，有些是在各地的环境权益交易所业务平台上进行，有些则是买卖双方直接达成交易。

《自愿减排办法》通过对项目、减排量、交易场所及从业机构（人员）的管理，确定了国家发改委对自愿减排交易的管理权。同时，该规定提出了“国家登记簿”、“核证自愿减排量（CCER）”的概念，为未来大规模开展自愿减排交易设定了依据。在该办法出台后，国家发改委又陆续发布了《自愿减排交易项目申请文件》、《温室气体自愿减排项目审定和核证指南》、《关于公布温室气体自愿减排交易机构备案的公告》、《关于温室气体自愿减排方法学（第一排）备案的函》、《关于公布温室气体自愿减排交易第一批审定与核证机构的公告》等文件，陆续落实该办法中的相关规定。

目前《自愿减排办法》的实施仍处于前期摸索阶

段，对于自愿减排交易的认识还不够深刻。事实上，自愿减排交易不仅仅局限于《自愿减排办法》中规定的减排项目，企业或个人通过多种方式参与节能减排的有关交易（例如碳足迹排查及碳中和、能效管理、合同能源管理、低碳规划制定及实施、碳排放方法学的研究等），都应算是广义的自愿减排交易，这些交易可能暂时还无法通过《自愿减排办法》进行规范，仍需国家发改委在必要的情况下制定相应的规章进行规范。

## （二）强制控排交易

### 1、强制控排交易的相关规定

2011年10月29日国家发改委办公厅发出《关于开展碳排放权交易试点工作的通知》（发改办气候[2011]2601号，下称“《试点通知》”），该通知明确北京市、天津市、上海市、重庆市、湖北省、广东省及深圳市开展碳排放权交易试点工作，要求试点地区“要着手研究制定碳排放权交易试点管理办法，明确试点的基本规则，测算并确定本地区温室气体排放总量控制目标，研究制定温室气体排放指标分配方案，建立本地区碳排放权交易监管体系和登记注册系统，培育和建设交易平台，做好碳排放权交易试点支撑体系建设”。

《试点通知》中要求的碳排放权交易试点不同于前述自愿减排项目交易。自愿减排交易的基础是交易各方的自愿，交易各方并不承担强制减排的义务；而通知中要求的交易却建立在强制减排义务的基础上。根据该通知，试点地区应对其一定时间内的（一般以年为单位）温室气体排放总量进行评估，并根据国家要求设定减排目标，给地区内的减排义务人（排放温室气体的单位）分配温室气体排放指标，要求减排义务人的排放不得超出分配的指标额度，如果超出，则减排义务人应购买其他减排义务人持有的排放指标盈余，通过这种机制实现试点区域内的减排总量控制，也同时实现了资金和技术向低碳领域的流动。

### 2、强制控排交易试点的开展实践

在《试点通知》发布之后，各试点地区相继出台了

具体规定对本区域内的碳排放交易进行规范。这些规定如《上海市人民政府关于本市开展碳排放交易试点工作的实施意见》（2012年7月3日）、《广东省碳排放权交易试点工作实施方案》（2012年9月7日）、《深圳经济特区碳排放管理若干规定》（2012年10月30日）、《天津市人民政府办公厅关于印发天津市碳排放权交易试点工作实施方案的通知》（2013年2月5日）、《湖北省碳排放权交易试点工作实施方案》（2013年2月28日）等。除了具体规定外，2013年6月16日，深圳碳交易平台正式挂牌并于6月18日正式上线交易，深圳成为全国首个正式启动碳排放交易试点的城市。

根据《深圳排放权交易所现货交易规则（暂行）》，在交易产品方面，深圳排放权交易所既允许碳排放配额进行交易，也允许核证减排量交易。碳排放配额是指深圳碳排放权交易主管部门分配给控排单位的碳排放权类型，核证减排量是指国家发改委根据《自愿减排办法》签发并经深圳碳排放权交易主管部门认可的减排项目产生的减排量。

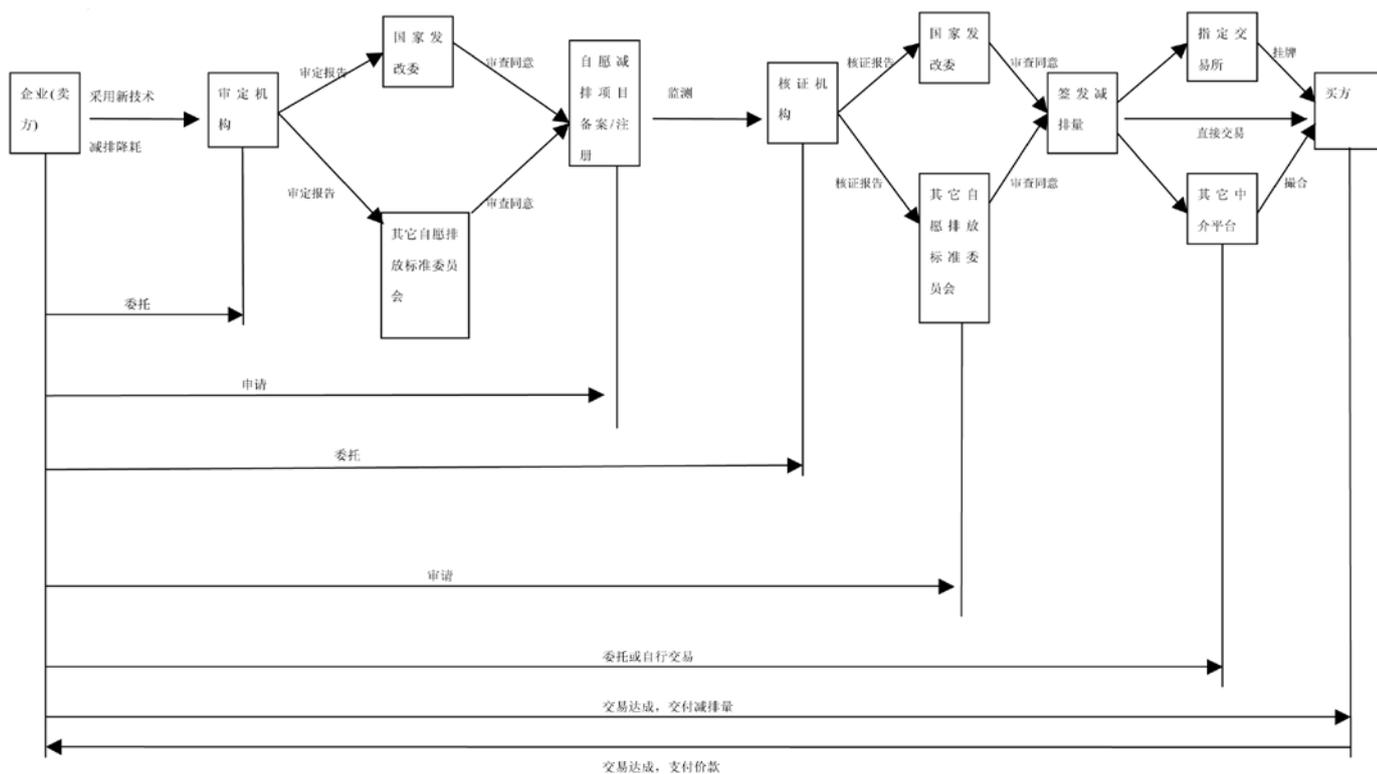
根据公开资料，在交易主体方面，深圳排放权交易所既允许承担强制减排义务的控排单位，也允许未纳入强制减排名单的单位或个人以市场投资者的身份参与减排量的交易，以此鼓励富有环保责任感的公民和社会团体通过购买碳排放配额或核证减排量实现自身碳减排。

根据深圳排放权交易所官方网站显示的数据信息，目前减排量的交易价格在四十到五十元/吨之间，较今年6月的启动期有所上涨。

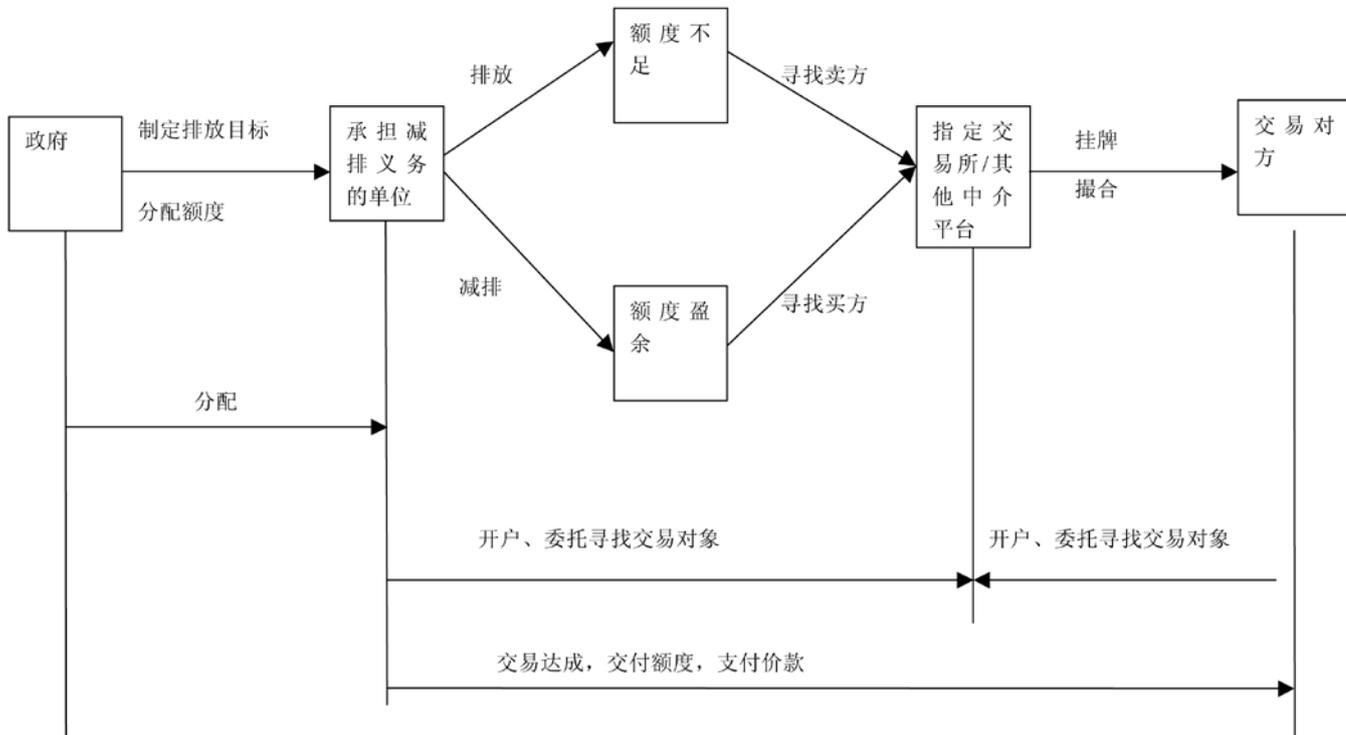
## 二、国内碳排放权交易模式

无论是自愿减排还是强制控排，其规模都将伴随着国家节能减排政策的落实而不断扩大，碳交易的方式、参加主体也将不断的增加。就目前已经实际发生的交易模式及各主体的参与方式，可参见下表：

### （一）自愿减排交易



(二) 强制控排交易



三、国内碳减排交易法律服务中的存在的问题

在为国内碳减排交易各类主体提供法律服务的过程中，我们发现了一些国内碳减排交易中存在的问题，包括：

1、交易规则不完善。

在自愿减排交易领域，我国相关法律法规出台时间较晚。《自愿减排办法》颁布之前，对于减排量的交易，买卖双方一般仅适用合同法，在项目管理、减排量管理方面，一般遵从国际通行的自愿减排标准；在项目开发过程中，术语描述往往沿用清洁发展机制（CDM）体系的术语，因此，会造成概念上的混淆。

已经出台的《自愿减排办法》，重点规定了减排项目的申请、减排量的签发、从业交易机构及技术机构的认定，但对于减排交易本身并没有详细规定，对于与

交易量相关的国家登记簿的设立、变更也没有做详细的规定，对于交易市场的管理（一级市场、二级市场区分等）也未提及，因此，目前该办法在实践中对自愿减排交易的规范作用还十分有限。

除自愿减排交易之外，强制减排交易目前并未有全国性的法律规定出台，各试点地区仅有深圳市以人大立法的方式出台了《深圳经济特区碳排放管理若干规定》，但规定仅有十条原则性的规定，并没有详细提及交易制度；其他试点地区多以市政府出台试点方案的模式对强制减排交易进行规定，且缺乏违规排放的具体罚则。因此，在强制减排交易方面，相关立法依然缺失。

2、减排交易融资困难。

碳排放权交易的概念一经推出，除即将要承担减排义务的控排单位外，还有很多机构对此表现出浓厚的兴趣，这其中不乏投资融资机构。根据清洁发展机制项

目开发的经验，碳交易会吸引很多基金、投行参与其中（特别是参与二级市场的交易）。目前我国已有一些政府财政出资的基金对减排行业给予资金支持，一些银行对减排项目也有特定的融资优惠。

但在目前的法律法规框架下，碳融资还无法可依，导致了减排交易中的融资存在一定的困难。如能在立法层面解决碳排放权的属性（如认定其属于可质押的一种财产性权利），则可以吸引更多的资金投入。在确定其法律属性后，除现货交易外，基于碳交易的远期产品、期货产品、掉期产品及期权产品也可能成为新的投资渠道。

此外，在碳交易市场建设方面，指定交易所是否允许外资、民间资本参股或控股，交易参与者是否可以是境外实体等，均需要立法给予明确。

### 3、缺乏对中介机构的规范。

国内碳排放权交易的发展，必然会带动相关从业机构的发展。至少从目前的交易模式来看，需要审定机构、核证机构、指定交易场所等中介机构。这些机构的资质、市场准入标准等均需要有明确的法律加以规范。

综上，尽管目前国内碳排放交易发展势头良好，但该市场远未成熟，需要各方的努力加以完善。但我们坚信，随着立法的不断完善，碳排放交易也会不断发展，对我国经济发展造成深远的影响，并将极大改变我国经济发展模式，有利于保护环境，造福子孙后代。



孙丕伟律师2006年毕业于中国政法大学法学院，获得法学硕士学位。孙丕伟律师2007年5月加入君合律师事务所，主要从事外资并购、节能减排、一般公司业务、融资等方面业务，参与为多家跨国公司、机构和国内著名公司提供法律服务，参与项目尽职调查、谈判、法律文件的起草审阅等工作。主要业务领域为基础设施项目建设，特别在清洁发展机制开发及节能减排领域具有突出的业绩。

# 浅谈劳动合同法修正案对劳务派遣用工的影响

卢珍 姜圆圆

《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》（以下简称“《修正案》”）于2012年12月28日由全国人民代表大会常务委员会通过并颁布，修正后的《劳动合同法》自2013年7月1日起施行。《修正案》对《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称“《劳动合同法》”）中与劳务派遣有关的规定做出了调整。在《修正案》颁布后，人力资源和社会保障部陆续出台相关配套细则，即《劳务派遣行政许可实施办法》（2013年6月20日颁布，2013年7月1日起施行）及《劳务派遣若干规定（征求意见稿）》（2013年8月7日公布并向社会公开征求意见，以下简称“《规定》”），对《修正案》做出了进一步的澄清与解释。

## 一、《修正案》主要内容

《修正案》的条文共四条，均为对劳务派遣用工规定的调整，主要可以概括为以下几个方面：

### 1、明确了劳务派遣适用岗位

《修正案》明确了劳务派遣用工形式相对于劳动合同用工形式的补充性地位。《修正案》第三条明确规定，劳务派遣用工只能在临时性、辅助性或替代性的工作岗位上实施。《修正案》同时明确了“三性”岗位的定义。临时性岗位，是指存续时间不得超过6个月的岗

位。辅助性岗位，是指为使用劳务派遣用工的企业（以下简称“用工单位”）主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位。替代性岗位，是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。

值得注意的是，《修正案》中关于临时性和替代性岗位的定义较为清晰，而对于辅助性岗位的定义不够清晰，在实践中很可能造成对辅助性岗位的认定困难。此外，最近颁布的《规定》对于辅助性岗位的认定提出了与《劳动合同法》第四条的民主程序相一致的要求，即用工单位应当根据所处行业和业务特点，提出拟使用劳务派遣用工的辅助性岗位列表，经与工会或职工代表大会共同协商确定，并在用工单位内公示，接受监督。

### 2、限定了劳务派遣用工比例

《修正案》首次规定用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，劳务派遣用工人数不得超过其用工总量的一定比例。《修正案》并未直接规定该具体比例，而是由国务院劳动行政部门另行做出规定。

人社部在《规定》中对此做出明确规定。劳务派遣用工比例限制仅针对在辅助性岗位上使用的劳务派遣员工，且该比例设定为10%。该比例将根据用工单位辅助性岗位劳务派遣用工人数占用工单位的用工总量来确定。用工单位的用工总量指劳动合同用工人数与辅助性

岗位劳务派遣用工人数之和。

### 3、强调了同工同酬的原则

《修正案》再次强调了用工单位应当按照同工同酬原则，对劳务派遣员工与本单位同类岗位上的直接聘用员工实行相同的劳动报酬分配办法。且用工单位的该项义务不适用下文将提及的过渡期规定。

### 4、加大了违法行为的法律责任

《修正案》加大了用工单位违反劳务派遣规定的法律责任。《修正案》规定，凡用工单位违反有关劳务派遣的规定，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人五千元以上一万元以下的标准处以罚款。

在此基础上，《规定》进一步加大了用工单位违规行为法律责任。用工单位违反“三性”岗位或比例规定使用劳务派遣员工的，除劳务派遣员工书面表示不愿与用工单位建立劳动关系外，劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，将被处以罚款；在被处以罚款后一个月内仍不改正的，在非“三性”岗位或者超比例使用的劳务派遣员工将被视为直接聘用员工。用工单位与劳务派遣员工之间的劳动关系自处罚之日起满一个月的次日起建立。

### 5、提供了调整过渡期

《修正案》为用工单位适用新法提供了过渡期。根据该过渡期规定，对于2012年12月28日《修正案》颁布之前已依法订立的劳动合同及劳务派遣协议，用工单位可以继续履行至期限届满。但是，对劳务派遣员工适用同工同酬原则不适用于该过渡期规定。

值得注意的是，《规定》对上述过渡期规定进行了一定调整，将过渡期适用对象放宽至2013年7月1日《修正案》施行前订立的劳动合同和劳务派遣协议。同时《规定》明确提出，在过渡期内用工单位不得以不符合“三性”岗位或比例规定，或劳务派遣单位未依法取得行政许可为由退回劳务派遣员工。此外，用工单位在修正案施行前除临时性、替代性岗位之外已使用的劳务派遣员工超过规定比例的，在未达标前不得在辅助性岗位使用新劳务派遣员工。

### 6、提高了对劳务派遣机构的资质要求

《修正案》提高了劳务派遣机构经营劳务派遣业务的准入门槛。经营劳务派遣业务应当具备的条件包括注册资本不得少于人民币二百万元、有与开展业务相适应的固定经营场所和设施等。同时，《修正案》提出了经营劳务派遣业务应当获得行政许可的要求。《劳务派遣行政许可实施办法》对此做出了具体规定。

## 二、《修正案》对使用劳务派遣用工的影响

《修正案》对于用工单位的劳务派遣用工进行了规范。用工单位应当按照《修正案》的规定对其劳务派遣用工进行调整，具体可以参考如下步骤：首先，用工单位对自身劳务派遣员工的使用情况进行自查工作，整理相关文件，总结相关数据。再次，用工单位根据《修正案》的规定，对其劳务派遣员工使用情况进行分析。最后，用工单位针对存在的合规性问题，制定并执行劳务派遣用工调整方案。

结合本文第一部分所述的《修正案》主要内容，用工单位在《修正案》实施后可能面临的主要合规性问题及其调整方式为：

1、超范围使用劳务派遣员工，即在非“三性”岗位上使用劳务派遣员工。由于临时性岗位和替代性岗位较易于认定，该问题主要集中表现为是否在非辅助性岗位、即主营业务岗位上使用劳务派遣员工的问题。

根据《修正案》和《规定》，辅助性岗位没有法定判断标准，用工单位应当根据所处行业和业务特点，拟定其辅助性岗位列表，并与工会或职工代表大会共同协商确定。因此，用工单位有权在合理范围内，根据自身情况自主认定辅助性岗位。

对于经用工单位判断属于在非“三性”岗位上使用劳务派遣员工情形的，用工单位应当对该等劳务派遣员工进行适当调整。可行的调整方式包括将劳务派遣员工转为正式直聘员工；将劳务派遣员工调整至符合“三性”要求的岗位；与劳务派遣员工、劳务派遣机构三方

协商解除派遣用工关系、劳动关系等。

对于适用过渡期规定的超范围使用的劳务派遣员工，用工单位可以根据其具体条件决定是否适用该规定，暂缓调整该等劳务派遣员工直至相关合同期满。

2、超比例使用劳务派遣员工，即用工单位辅助性岗位劳务派遣用工人数占用工单位劳动合同用工人数与辅助性岗位劳务派遣用工人数之和的比例超出10%。

对此，用工单位应当依照法定要求统计出该比例。对于超出比例使用的劳务派遣员工，首先应当判断其中是否存在超范围使用劳务派遣员工的情况，如存在，应当对于超范围使用劳务派遣员工的情形先予调整。对于在调整超范围问题后，仍然存在的超比例使用劳务派遣员工情形，用人单位应选择适当调整方案如将劳务派遣员工转为正式直聘员工；与劳务派遣员工、劳务派遣机构三方协商解除派遣用工关系、劳动关系，等等。

对于适用过渡期规定的超比例使用的劳务派遣员工，用工单位同样可以决定是否适用该规定暂缓调整该等劳务派遣员工直至相关合同期满。

### 3、未能对劳务派遣员工适用同工同酬的问题。

用工单位在核查中应当注意，同工同酬原则要求用工单位应当对劳务派遣员工与同类岗位上的直接聘用人员适用相同的工资构成和工资体系，而并非发放等额的工资。同时，该原则针对员工的工资性收入，而并不针对员工的福利待遇。因此，用工单位需要对其员工收入的法律性质进行认定。

对于经用工单位判断属于对劳务派遣员工未适用同工同酬原则的情形，用工单位应当调整对该等劳务派遣员工适用的薪资福利政策，如对劳务派遣员工执行与直接聘用员工一致的奖金计划等。

应当注意的是，《修正案》并非是对劳务派遣员工适用同工同酬原则的首次规定。2008年1月1日起施行的原《劳动合同法》已对此做出过明确要求。因此，用工单位自2008年1月1日起即承担对劳务派遣员工适用同工同酬原则的义务。因此，用工单位应当立即对其同工同酬的违规行为作出调整，而无法适用过渡期规定。

除上述问题外，根据我们的业务经验和对《规定》的初步理解，用工单位在对其劳务派遣用工进行自查和调整过程中，还应当注意下述问题：

1、用工单位应当避免以《修正案》的实施为由，将劳务派遣员工单方退回劳务派遣机构。单方退回劳务派遣工的作法，既缺乏《劳动合同法》下的单方退回的合法依据，又与《修正案》的规范劳务派遣用工行为、保障劳动者权益的立法宗旨相违背，因此存在极高的被认定为违法解除的法律风险。《规定》更明确指出，适用2013年7月1日修正案施行前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议的劳务派遣员工，用工单位不得以不符合“三性”岗位或比例规定，或劳务派遣单位未依法取得行政许可为由将其退回。

2、用工单位应当对其服务外包使用情况进行审查。在实践中，越来越多的企业普遍使用由各类供应商提供的服务外包服务。甚至有企业将服务外包视为劳务派遣的替代形式。然而值得注意的是，许多企业存在自己直接管理供应商提供的服务外包人员的情形。《规定》明确提出，若企业对从事业务的承包单位劳动者的劳动过程直接进行管理的，仍属于劳务派遣用工。因此，企业直接管理服务外包人员，可能构成“假外包、真派遣”，存在被认定为劳务派遣用工的法律风险。

3、外国企业常驻代表机构等代表机构使用劳务派遣员工的部分豁免。根据《规定》，外国驻华外交代表机构、联合国系统组织代表机构、外国新闻代表机构、外国企业常驻代表机构和外国金融机构常驻代表机构等组织使用劳务派遣员工不受“三性”岗位及辅助性岗位人数比例限制。然而，该等代表机构仍应适用《规定》对于劳务派遣人员的解除和退回情形（与“三性”岗位及比例相关除外）、劳动合同订立要求等规定。

4、用工单位应当注意审查劳务派遣机构的资质情况。《修正案》提高了对经营劳务派遣业务的准入要求。用工单位应当在选择劳务派遣机构过程中，注意审核其合法经营资质。避免因劳务派遣员工造成损失，而与劳务派遣机构承担连带赔偿责任的法律风险。

5、用工单位应当注重规范其劳务派遣用工的日常管理。在完成对劳务派遣用工的调整工作后，用工单位应当注重按照《修正案》和正式颁布及实施后的《规定》，规范其劳务派遣用工的日常管理。日常管理主要包括控制劳务派遣员工比例、审查劳务派遣员工劳动合同订立情况、审查跨地区劳务派遣员工社会保险缴纳情况、依照法定情形退回劳务派遣员工等措施。

《修正案》及一系列劳务派遣规定的出台，弥补了我国一直以来劳务派遣用工规定的不足。尽管该等规定基于其立法背景和技术原因仍存在局限性，但是对于现有劳务派遣用工情况乃至劳动力市场的规范，已经跨出了重要的一大步。



卢珍律师2009年毕业于上海财经大学，获法学学士学位及经济学学士学位；2010年毕业于美国威廉玛丽学院法学院，获法学硕士学位。2011年加入君合律师事务所。

卢珍律师曾参与为多家跨国公司和大型国企提供劳动法日常法律咨询；起草并修改劳动合同、员工手册等雇佣文件；参与企业重组过程中涉及的多起员工转移、员工安置、规模性裁员等项目。同时，卢珍律师参与了多起跨国公司劳动争议仲裁诉讼程序。



姜圆圆律师2010年毕业于中国政法大学，获得法学学士学位。2011年获取美国伊利诺伊大学香槟分校法学研究生学位。

姜圆圆律师2011年加入君合，目前在北京办公室工作。主要业务领域为公司并购、外商直接投资以及劳动法律事务的咨询。

工作语言为中文和英文。

# 中国（上海）自由贸易试验区对投资环境的影响初探<sup>1</sup>

蔡婧 何侃

## 一、上海自贸区的概况

### 1、上海自贸区的地域范围及设立时间表

2013年2月，上海市政府就试点建立自由贸易园区向国务院提交申请。2013年7月3日，国务院原则通过中国（上海）自由贸易试验区（以下简称“上海自贸区”）方案的表述。2013年8月22日，商务部宣布，国务院近日正式批准设立上海自贸区。2013年8月30日，全国人民代表大会常务委员会通过《关于授权国务院在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整有关法律规定的行政审批的决定》（下称“人大常委会授权决定”）。2013年9月18日，国务院公布了《国务院关于印发中国（上海）自由贸易试验区总体方案的通知》（含《中国（上海）自由贸易试验区服务业扩大开放措施》作为其附件）（下称“上海自贸区总体方案”）。2013年9月29日，上海市政府公布《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施（负面清单）（2013年）》（下称“负面清单”）。

上海自贸区的地域范围涵盖了上海市外高桥保税区、外高桥保税物流园区、洋山保税港区和上海浦东机

场综合保税区4个海关特殊监管区域，总面积约为28.78平方公里。

### 2、上海自由贸易区的核心理念及国内国际发展趋势

1973年国际海关理事会签订的《京都公约》将自由贸易区定义为：“指一国的部分领土，在这部分领土内运入的任何货物就进口关税及其他各税而言，被认为在关境以外，并免于实施惯常的海关监管制度。”该定义项下的自由贸易区可理解为根据本国（地区）法律法规在本国（地区）境内设立的“一国之内”的自由贸易园区。上海自贸区应属于此种意义上中国的首个自由贸易区。

广义上，自由贸易区还包括自由贸易协定模式，即：两个或两个以上的国家或地区，通过签订自由贸易协定，在WTO最惠国待遇基础上进一步开放市场，相互取消绝大部分货物的关税和非关税壁垒，在服务业领域改善市场准入条件，开放投资，促进商品、服务和资本、技术、人员等生产要素的自由流动，从而形成涵盖所有成员全部关税领土的“大区”。公开信息显示，中国正与五大洲的29个国家和地区建设16个自贸区，且目前中国已与其他国家和地区签署了10个左右的自由贸易

<sup>1</sup> 由于上海自贸区的相关细则暂未出台，本文中提及的上海自贸区可能推出的政策主要基于相关新闻报道及公开信息，但该等政策的最终内容应以出台后的相关细则中的规定为准。

协定，例如：中国-东盟贸易协定、亚太贸易协定等<sup>2</sup>。

即将挂牌的上海自贸区与以往的保税区、出口加工区等海关特殊监管区域相比，在功能和开放程度上将有着质的飞跃。根据上海自贸区总体方案，上海自贸区的总体目标是：经过两至三年的改革试验，加快转变政府职能，积极推进服务业扩大开放和外商投资管理制度改革，大力发展总部经济和新型贸易业态，加快探索资本项目可兑换和金融服务全面开放，探索建立货物状态分类监管模式，努力形成促进投资和创新的政策支持体系，着力培育国际化和法治化的营商环境，力争建设成为具有国际水准的投资贸易便利、货币兑换自由、监管高效便捷、法制环境规范的自由贸易试验区，为我国扩大开放和深化改革探索新思路和新途径，更好地为全国服务。下文将着重探索上海自贸区对投资环境的影响。

## 二、上海自贸区对投资环境的影响

### 1、外资内投自由化

上海自贸区对外商投资自由化的促进着重体现在两个方面。

其一，通过试行“准入前国民待遇”及相配套的“负面清单”管理模式，进一步从实质上开放外商投资的行业领域。

外商投资“准入前国民待遇”可理解为外商投资在发生和建立前即享受“国民待遇”，即在该阶段给予外国投资者及投资的待遇不低于在相似情形下给予本国投资者及投资的待遇。而传统的“国民待遇”通常仅适用于投资建立之后的阶段。因此“准入前国民待遇”在上海自贸区内的实施将有利于外资涉足于《外商投资产业指导目录》（2011年修订）及其他相关法律法规中禁止/限制外资准入但在上海自贸区内特别放开的相关行业。

根据上海自贸区总体方案，这些特别放开的行业将以服务业为主，涉及金融服务、航运服务、商贸服务、专业服务、文化服务和社会服务等六大领域。

值得注意的是，当前所谓的“准入前国民待遇”并非在所有行业的准入方面遵循内外资一致的原则，仍然存在例外，而该等例外将以“负面清单”<sup>3</sup>中的规定为准。此外，除负面清单中列明的行业以外，还禁止/限制外商投资（1）国家以及中国缔结或者参加的国际条约规定禁止/限制的产业；（2）危害国家和社会安全的项目；以及（3）损害社会公共利益的经营项目。

总体而言，在外商投资行业领域方面，准入前国民待遇和负面清单的有机结合体现了一种“法无禁止即可为”的独特模式，从而将促使外商在投资领域的选择上获得更大的自由度。

其二，根据人大常委会授权决定以及上海自贸区总体方案，对于负面清单所列范围以外的行业领域，将从外商投资项目核准<sup>4</sup>以及合同章程审批制简化为由上海市负责备案管理，从程序上进一步体现内外资一致的原则，加强外商投资的自由度。

具体而言，根据人大常委会授权决定，将在以下几个方面在上海自贸区内暂停实施《中华人民共和国外资企业法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》和《中华人民共和国中外合作经营企业法》规定的有关行政审批，简化为备案管理：（1）外资企业的设立、分立、合并或者其他重要事项变更及经营期限审批；（2）中外合资经营企业设立、延长合营期限、解散审批；以及（3）中外合作经营企业设立、协议/合同/章程重大变更审批、转让合作企业合同权利/义务审批、委托他人经营管理审批、延长合作期限审批。

上述审批改备案的调整措施将试行三年，人大常委会届时会根据实践结果进一步决定完善或恢复施行相关法律。该等行政手续的调整对于外商而言，可降低原

2 详情可见中国自由贸易区服务网：<http://fta.mofcom.gov.cn/>

3 负面清单按照《国民经济行业分类及代码》（2011年版）分类编制，包括18个行业门类。S公共管理、社会保障和社会组织、T国际组织2个行业门类不适用负面清单。根据外商投资法律法规和自贸试验区发展需要，负面清单将适时进行调整。

4 国务院规定对国内投资项目保留核准的除外。

批制带来的时间成本和不确定性，对外商具有很大的吸引力，同时也更大程度实现了内外资一致的“准入前国民待遇”原则。

## 2、境外投资便利化

根据上海自贸区总体方案，上海自贸区将支持区内各类投资主体开展多种形式的境外投资。

程序方面，当前我国境内企业的境外投资通常需经商务部（或其地方分支机构）、国家发改委（或其地方分支机构）以及地方外汇管理局的相关核准和审查手续，就某些特殊行业而言，还需经过国务院或行业主管部门的审查。而上海自贸区总体方案明确，将改革境外投资管理方式，对境外投资开办企业实行以备案制为主的管理方式，对境外投资一般项目实行备案制，由上海市负责备案管理，并在技术上形成多部门共享的信息监测平台。

税务方面，上海自贸区方案明确了，注册在区内的企业或个人股东，因非货币性资产对外投资等资产重组行为而产生的资产评估增值部分，可在不超过5年期限内，分期缴纳所得税。

此外，上海自贸区总体方案还特别提出，鼓励在区内设立专业从事境外股权投资的项目公司，支持有条件的投资者设立境外投资股权投资母基金。

以上各项政策将在一定程度上提高区内企业境外投资的效率并降低相关的税收成本。

## 3、金融自由化对投资自由化的促进（FDI角度）

上海自贸区的创新举措也体现在金融领域的系列改革方案上，金融自由化将为外商直接投资创造更为宽松的资本环境。首先，“人民币资本项目可兑换先行先

试”如果得以在上海自贸区实施，将进一步减少外资进出的外汇管制，促进资本的自由流动，很大程度上消除外商投资企业因外汇管制而对投资收益的获取、股权转让、撤回投资等方面的隐忧。此外，金融市场利率市场化、外资银行的准入、鼓励融资租赁、离岸金融业务等相关金融创新政策如若最终在上海自贸区实施，也将在投资资金的融资、管理、风险控制等方面为外商创造一个更具多样性和灵活性的环境，吸引跨国公司来华设立区域性或全球性资金管理中心。

## 三、评述

### 1、政策动因

建设上海自贸区的政策动因可从两方面来看。（1）国家层面上，建设上海自贸区可以此为切入点尝试通过贸易、投资和金融等领域的制度改革逐步实现经济结构调整和转型升级<sup>5</sup>，同时促进我国进一步融入经济全球化的趋势。（2）地方层面上，建设上海自贸区将有助于上海实现国际经济、金融、贸易<sup>6</sup>和航运中心的功能定位，对于上海经济的发展也无疑会是一剂强心剂。

### 2、上海自贸区的制度红利——虹吸效应和辐射效应

上海自贸区特有的制度红利很可能会迅速吸引来自境内外的各方投资，在较短的时间内集聚资本、人员、货物、技术等要素。这将有利于实现上海自贸区作为投资、贸易和金融自由化“试验田”的初衷：一方面，能够收集足够的样本供国家和地方政府进一步研究、制定上海自贸区制度日后进一步发展和调整的方向；另一方面，也能将日后较为完善的模式进一步引入其他筹备中的自由贸易区、周边地区乃至在全国范围内推广实施，

5 有关经济结构调整和转型升级，可参阅《国务院办公厅关于金融支持经济结构调整和转型升级的指导意见（国办发〔2013〕67号）》。

6 上海市第十三届人民代表大会常务委员会第三十七次会议于2012年11月21日通过《上海市推进国际贸易中心建设条例》，自2013年1月1日起施行。该条例提出了“探索建立符合国际惯例的自由贸易园区”的概念。

或具抛砖引玉的辐射效应。

### 3、上海自贸区面临的挑战——革新阻力和双轨制风险

上海自贸区作为国内自由贸易园区模式的首次尝试，也面临着诸多挑战。一方面，相关的制度改革牵扯到诸多政府部门的利益和既定的运作模式，因此上海自贸区总体方案在最终出台前经过了一番细致的酝酿。另一方面，上海自贸区独具一格的政策红利将形成与区外模式双轨制的格局，资本的逐利性引发了对此种格局能否长期平稳运行的担忧。当然，制度革新的风险总是不可避免的，而上海自贸区的建设体现了政府探索新模式的勇气和决心。我们也将继续密切关注上海自贸区在实践中落实相关创新方案的进程。



#### 业务领域

蔡婧主要专注于公司法、外商投资、并购等业务领域。

#### 工作经历

蔡婧于2011年1月加入君合。

蔡婧在与各类外商投资企业的设立、变更、运营和清算相关的事宜方面拥有提供法律咨询意见的经验。蔡婧还曾参与过涉及房地产、汽车、能源、制造、生物科技、电子商务等不同领域的并购项目以及香港上市项目。

#### 教育背景

法学学士，复旦大学，2009

美国法硕士，美国圣路易斯华盛顿大学，2010

#### 执业资格

纽约州注册律师

中国实习律师证

#### 工作语言

普通话、英语



#### 执业领域

何侃律师专注于收购兼并、外商在华直接投资、一般公司业务和合规事务。

#### 执业经验

何侃律师于2003年在君合开始执业。何律师就诸多行业的合资、独资设立外商投资企业、收购和日常经营事项为跨国公司提供法律服务。何律师在众多重大交易中担任主要负责律师，协助客户完成从早期规划到最终交割的整个流程，其中不少项目涉及复杂的政府审批、国有产权转让和跨境交易结构。何律师还作为中国律师为财富500强公司就一般公司事务和合规事务提供咨询意见。2012年，何律师作为交流律师被派往美国从事并购业务最为知名的Wachtell, Lipton, Rosen & Katz律师事务所工作。

#### 代表性项目

一家丹麦公司收购一家中国领先的货运代理公司项目  
一个位于上海的超过两万平方米的物流房地产的出售及售后回租项目

一家日本大型商社收购数家国有物流公司项目

一家日本大型商社收购上海一家主要汽车分销商的项目

一家日本大型商社投资一家领先的中国互联网服务企业的项目

一家国际知名的服装品牌回收原通过特许经营模式运作的在华业务项目

一个五星级酒店及大型综合物业的收购项目

一家中国领先的、在纳斯达克上市零售企业的私有化项目

一家意大利公司收购一家中国前五名的热水器生产商项目，该项目是2003年并购条例首次颁布后广东省的第一例资产收购案例

一家美国纺织品行业领先的企业在江苏省的绿地投资项目，以及一家知名的德国汽车零部件制造企业在上海的绿地投资项目

#### 教育背景

上海财经大学法学硕士（2003）

上海财经大学法学学士（2000）

#### 专业组织

何侃律师是全国律师协会的会员。

#### 工作语言

何侃律师的工作语言为普通话和英文，并可说上海话。

# 香港国际仲裁中心仲裁规则修改 简评

陈鲁明 崔文辉 刘佳迪

2013年6月12日，香港国际仲裁中心正式发布了2013版《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》（以下简称“新《规则》”）。新《规则》将于2013年11月1日起生效，届时将取代此前已经使用五年的仲裁规则（以下简称“旧《规则》”）。根据香港国际仲裁中心的介绍，新《规则》延续了仲裁中心颇具特色的“轻度管理”模式，力求在当事人意思自治的框架内提供高效的机构协助。与旧《规则》相比，新《规则》为当事人参与仲裁提供了更多的便利，对当事人更有吸引力，同时，这一修改也体现了当前国际上主要仲裁机构仲裁规则的发展趋势，值得关注。

## 一、新《规则》主要修改的内容

### 1、强化了追加当事人的机制

旧《规则》仅规定仲裁庭有权在一方当事人提出请求，且第三方和请求一方均书面同意的情况下，追加一名或多名第三方为仲裁当事人。但是，当事人之外的第三方无法主动提出追加其自身为仲裁当事人的申请。

而新《规则》规定，希望将第三方追加为仲裁当事人的一方当事人，以及希望作为当事人加入仲裁的第三方，均可以提交追加当事人的申请。根据新《规则》第

27条规定，仲裁庭在收到当事人或第三方的申请后，如认为仲裁协议表面上同时约束该第三方，仲裁庭有权允许在仲裁程序中追加该第三方为仲裁当事人。此外，新《规则》第27.8条还规定，若当事人或第三方在仲裁庭组成之前提出申请，香港国际仲裁中心本身也有权初步决定追加当事人。新《规则》第27.11条还规定，若在确认仲裁庭之前追加当事人，则所有当事人应被视为已放弃提名仲裁员的权利，且香港国际仲裁中心可撤销对任何已获提名或确认的仲裁员的指定。在此情况下，仲裁庭应由香港国际仲裁中心指定。

### 2、增加将仲裁案件合并的机制

新《规则》第28条规定，仲裁庭有权基于当事人的申请，在下列条件满足时，决定将正在进行的两个或多个仲裁合并：1) 当事各方均同意合并；2) 各仲裁中的所有请求均依据同一仲裁协议提出；3) 尽管各仲裁请求分别依据一个以上的仲裁协议提出，但这些仲裁中存在相同的法律或事实问题，请求救济的权利均涉及或源于同一交易或同一系列交易，且香港国际仲裁中心认定各仲裁协议彼此兼容。

同时，根据新《规则》第28.6条的规定，如发生仲裁合并，被合并之仲裁的所有当事人应视为已放弃提名

仲裁员的权利，且香港国际仲裁中心可撤销对任何已获提名或确认的仲裁员的指定，在此情况下，香港国际仲裁中心应为合并后的仲裁案件指定仲裁庭。

新《规则》第28条还规定，源于或涉及多于一份的合同的请求可在单个仲裁中提出，但前提是各仲裁协议应分别约束仲裁所有当事人、各仲裁协议涉及共同的法律或事实问题，请求救济的权利均涉及或源于同一交易或同一系列的交易，且请求所依据的仲裁协议彼此兼容。我们理解，这可以视为当事人在启动仲裁程序时就将两个以上的仲裁案件“合并”。

### 3、完善临时措施制度

旧《规则》仅规定仲裁庭有权基于当事人的请求，指令必要或适当的临时措施，但未就仲裁庭组成前，当事人能否申请香港国际仲裁中心采取临时措施作出规定。而随着当事人对仲裁期望的日益增长，越来越多的当事人希望仲裁机构能够在仲裁庭组成前能作出有效的临时措施。为回应当事人的上述需求，新《规则》规定，当事人在仲裁庭组成前也有权向香港国际仲裁中心申请采取相关临时措施，但该等临时措施需通过“紧急仲裁员程序”执行。

根据新《规则》第23.1条规定，仲裁庭组成前，当事人可以按照新《规则》之附录4的规定申请“紧急临时或保全性救济”，简称为“紧急救济”。根据新《规则》之附录4“紧急仲裁员程序”第1条、第5条及第11条的规定，当事人可于提交仲裁申请的同时或之后，在仲裁庭组成前，向香港国际仲裁中心提交指定紧急仲裁员的申请。若香港国际仲裁中心决定接受申请，应在收到申请与预付款后两日内指定紧急仲裁员。紧急仲裁员可以其认为适当的方式进行紧急救济，且必须确保当事人就申请有合理的机会陈述意见。紧急仲裁员必须在香港国际仲裁中心向其移交案件之日起15日内就当事人提出

的申请作出决定、指令或裁决（下称“紧急决定”）。上述期限可以根据当事人的约定，或基于香港国际仲裁中心的决定延长。

新《规则》修订后，香港立法会也于2013年7月19日对《仲裁条例》进行了修改，就紧急决定的强制执行力做出规定。根据修订后的香港《仲裁条例》第22B条的规定，紧急仲裁员根据有关仲裁规则批给的任何紧急救助，不论是在香港或香港以外地方批给的，均具有强制执行力。该规定为仲裁临时措施制度的完善与执行提供了强有力的保障。

### 4、调整简易程序的适用方式和适用范围

根据旧《规则》，只要争议金额小于250,000美元，仲裁庭就自动适用简易程序审理案件，除非当事人另有约定，或仲裁中心秘书处根据案件情况做出了不同决定。

新《规则》首先将适用简易程序案件的争议金额的上限提高到了25,000,000港币（折合约300多万美元），扩大了简易程序的适用范围。

新《规则》同时还将简易程序的适用方式修改为申请适用，即仲裁庭只能在当事人提出书面申请之后才能决定适用简易程序。而当事人只能在争议金额小于25,000,000港币，或双方均同意适用简易程序，或出现特别紧急的情况时，才有权提出适用简易程序的书面申请。

### 5、调整仲裁费用上限

根据旧《规则》，仲裁庭向当事人收取的仲裁费用应根据当事人的选择，按照争议金额或者按小时费率收取。

新《规则》仍沿用这一收费方式，但同时规定，如当事人选择按照小时费率计算仲裁费用，仲裁员的费率不得超过新《规则》设定的上限，除非当事人另有约定。根据香港国际仲裁中心官方网站公布的信息，自

2013年11月1日起，仲裁员费率上限为每小时6,500港币，仲裁庭秘书费率上限为每小时2,500元港币。

## 6、改进仲裁员任职条件

新《规则》采用了仲裁员标准任职条件。根据新《规则》第11.4条规定，仲裁人选在被确认前应签署一份声明，确认其有处理争议的时间，及其公正性与独立性，且应披露任何可能导致对其公正性和独立性产生合理怀疑的情况。这一规定在一定程度上能够加强仲裁员的公正与独立，更有利于案件的公平解决。

## 二、新《规则》对当事人的影响

总体来说，新《规则》的变化进一步体现了香港国际仲裁中心在保障当事人意思自治与仲裁效率相互平衡方面的努力。该变化为当事人参与在香港进行的仲裁案件提供了便利，也有利于当事人节省仲裁成本。

### 1、新《规则》有关追加当事人以及仲裁案件合并的最新规定使当事人有机会通过一个仲裁案件一并解决相关合同引发的争议

近年来，国内很多与外商投资有关的纠纷呈现出多主体、多合同、多仲裁协议的特点。例如，有相当一部分股权转让纠纷案件、投资纠纷案件等都涉及多方当事人和多方合同，如果分别在不同的仲裁案件中处理，不仅会拖延当事人解决争议的进程，也不便于仲裁庭查明案件事实。而且，不同的仲裁庭对相同或相近的案件会作出不尽相同的裁决。而根据新《规则》的规定，当事人可以在提起仲裁前将数个相关仲裁协议引发的争议作为一个仲裁提起，也可以在仲裁庭成立前或成立后申请

增加仲裁当事人，或由第三人自己申请作为仲裁当事人加入仲裁，还可以在仲裁过程中请求将数个仲裁案件合并为一个案件。对许多当事人而言，这一变化为涉及多方当事人的复杂合同纠纷提供了纠纷解决的便利，由此也能提高仲裁效率、节省当事人的仲裁成本。

### 2、新《规则》对临时措施的完善使当事人有机会在仲裁庭组成前维护自身权益

与仲裁庭组成前的临时措施相类似，2013年起实施的《中华人民共和国民事诉讼法》也允许利害关系人在提起仲裁前向法院申请行为保全、证据保全等临时措施，但规定利害关系人只能向有管辖权的人民法院提出申请，即在中国有权决定是否采取仲裁前临时措施的权力专属于人民法院。

但需要说明的是，中国内地相关法律以及中国内地与香港之间的双边安排等规定未就内地法院是否可以执行香港仲裁机构作出的临时措施作出规定，故香港国际仲裁中心紧急仲裁员根据新《规则》作出的临时措施有可能无法在中国内地法院得到承认与执行。但相关临时措施在香港当地的执行应该不存在法律上的障碍。故如果被采取临时措施的当事人一方或其财产位于香港，另一方当事人可根据这一新制度有效地保护自身权益。

### 3、新《规则》将简易程序的适用范围扩大，使得部分案件能够更为迅捷地得到解决

新《规则》将适用简易程序案件的争议金额的上限提高到了25,000,000港币（折合约300多万美元），扩大了简易程序的适用范围。而根据新《规则》的规定，如无例外情况，适用简易程序审理的案件应在6个月内审结，这将使更多的案件能够更为迅捷地得到解决。

#### 4、新《规则》的一些新的变化有利于当事人节省仲裁费用

首先，仲裁的合并使当事人有机会将多个纠纷合并在一个仲裁案件中解决，香港国际仲裁中心也将按照一个仲裁案件收取仲裁费用，由此能够为当事人节省大量仲裁成本。其次，简易程序的扩大适用在一定程度上能够起到节约仲裁成本的效果。根据新《规则》，简易程序应由独任仲裁员审理，且一般情况下应当在6个月内审结，这对于简易程序中选择按照小时费率缴纳仲裁费的当事人而言，显然会节省仲裁成本。再者，新《规则》为仲裁员和仲裁秘书的小时费率设定了上限，避免天价费率出现，也使当事人能够预见到仲裁成本的上限。对仲裁当事人而言，这些变化使当事人有机会视案件的实际情况选择适合自身的收费方式，以节省仲裁成本，提高纠纷的解决效率。

### 三、新《规则》体现了国际主要仲裁机构仲裁规则的发展趋势

早在香港国际仲裁中心仲裁规则修订之前，许多国际性仲裁机构在2010年至2013年期间就修改了其仲裁规则，如新加坡国际仲裁中心分别于2010年和2013年先后修订了其仲裁规则（下称“SIAC仲裁规则”），国际商会仲裁院于2012年修订了其仲裁规则（下称“ICC仲裁规则”），中国国际经济贸易委员会也于2012年修订了其仲裁规则（下称“CIETAC仲裁规则”）。新《规则》的一些新的变化紧跟国际上主要仲裁机构仲裁规则的发展趋势，具体表现为以下几个方面。

#### 1、追加当事人制度

除CIETAC仲裁规则外，SIAC仲裁规则、ICC仲裁规

则和新《规则》均在最新一次修订中引入了追加当事人的制度，为涉及多方主体的纠纷提供更为高效的争议解决途径。不过这些仲裁规则对于追加当事人制度的具体规定有所不同，例如ICC仲裁规则规定，除非各方当事人（包括被追加为新增当事人的第三方）均同意，否则不能在仲裁庭成立后追加新增当事人，而SIAC仲裁规则和新《规则》均没有相同或类似规定。

#### 2、合并仲裁制度

除SIAC仲裁规则外，ICC仲裁规则、CIETAC仲裁规则和新《规则》均确立合并仲裁制度。根据这些仲裁规则，对于涉及多项合同的仲裁，可适用合并仲裁制度，将数个案件合并为一个仲裁案件。不过，这些仲裁规则也为合并仲裁制度的适用规定了严格的条件，如各仲裁规则均规定合并仲裁的程序必须经过当事人的申请才能启动，无论仲裁中心还是仲裁庭均无权主动合并仲裁。

#### 3、紧急仲裁员程序

由于中国内地的仲裁前临时措施应由法院作出，因此，CIETAC仲裁规则并未引入紧急仲裁员程序。但SIAC仲裁规则、ICC仲裁规则以及新《规则》均确立了紧急仲裁员程序，允许仲裁当事人在仲裁庭组成之前，申请由紧急仲裁员对紧急性救济（包括证据保全、财产保全及行为保全）作出裁决。

#### 4、简易程序的适用

除ICC仲裁规则外，SIAC仲裁规则、CIETAC仲裁规则以及新《规则》均对简易程序作出规定，其中，2010年修订的SIAC仲裁规则首次将简易程序纳入其中。根据这

些仲裁规则，如仲裁案件的标的低于一定金额，或各仲裁当事人均同意适用简易程序，仲裁庭均有权决定适用简易程序审理案件。SIAC仲裁规则和新《规则》还规定仲裁庭有权在紧急情况下可适用简易程序审理仲裁案件。

新《规则》体现了国际仲裁规则的几个最新趋势，表明国际仲裁规则更倾向于为仲裁案件当事人提供更为高效的仲裁纠纷解决机制，旨在通过控制仲裁成本、简化仲裁程序、允许仲裁前的临时措施等措施，在保障当事人意思自治的前提下，减少仲裁成本，提高仲裁效率，实现当事人快速解决纠纷的目的。



陈鲁明律师1983年毕业于复旦大学，获文学学士学位；1986年又获文学硕士学位。1995年毕业于美国哈佛法学院，获法学博士学位。陈律师具有中国执业律师和美国纽约州执业律师的资格。

陈律师2011年加入君合律师事务所，现在君合上海分所执业。加入君合前，陈律师是美国众达律师事务所的合伙人。在此之前，陈律师曾在美国德普律师事务所和美迈斯律师事务所执业。

在赴美国学习和工作前，陈律师1986年至1992年在北京中国国际经济贸易仲裁委员会工作，担任副秘书长。在此期间，陈律师担任仲裁员，处理了多起对外贸易及外商投资纠纷，还代表中国政府和机构参与国际组织的谈判。

陈律师在处理复杂的国际争议方面具有丰富的经验，擅长涉外仲裁、诉讼、调解和谈判。他擅长处理工程建筑争议，由外贸合同、长期采购合同、复杂的商业合同、股权及资产收购合同和合资合同引起的争议，以及涉及保险和破产的争议。陈律师现担任中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员。

陈律师在外商直接投资、项目融资、公司收购与兼并、能源及基础设施等方面具有长期和广泛的经验。陈律师广泛参与了外商在中国的各类投资项目，其中包括：代理多家跨国公司在不同行业进行直接投资；代理多家跨国公司在不同行业进行公司收购与兼并；代理外国能源公司在不同行业进行电力、天然气管道、污水处理及其它基础设施项目的开发及投资；代理外国风险基金在中国进行投资。陈律师还代表中国的公司到境外投资。

#### 四、结语

近年来，随着与中国有关的跨国交易及跨国投资活动的增长，与中国有关的跨国纠纷越来越多，选择香港作为仲裁地的中国内地当事人也日益增长。新《规则》的顺应国际仲裁规则立法的最新趋势并予以本土化，兼顾仲裁效率原则与当事人意思自治原则，使仲裁程序更为灵活，也更能为中国内地的当事人接受。但新《规则》的一些变化能否在中国内地得到有效执行，尤其是相关临时措施能否得到中国内地法院的执行，仍需拭目以待。



崔文辉律师简历

崔文辉律师是君合律师事务所的律师，现在君合上海分所执业。

崔律师在处理复杂的涉外争议方面具有较为丰富的经验，曾经多次主办或参与办理中华人民共和国最高人民法院审理的诉讼案件，并多次主办中国国际经济贸易仲裁委员会审理的重大、复杂仲裁案件。崔律师擅长处理股权转让以及公司法律纠纷、房地产及建设工程、破产清算等案件。在加入君合之前，崔律师曾在一家大型房地产集团公司主管法务工作。

崔律师毕业于上海大学，获得法学学士学位。崔律师具有中国执业律师资格。



刘佳迪律师于2008年毕业于华东政法大学，获取法学学士学位（国际经济法方向），并于2011年获取复旦大学法学硕士学位（国际经济法方向）。她曾于上海WTO事务咨询中心、北京金杜律师事务所上海分所以及君合律师事务所上海分所实习。2011年7月，刘佳迪律师正式加入君合律师事务所上海分所。刘佳迪律师的主要业务领域为民商事诉讼和仲裁。

# FIDIC文本下工程进度延误时业主的救济

黄 山

菲迪克（“FIDIC”），即国际咨询工程师联合会，是国际工程咨询业的权威性行业组织。由FIDIC的专业委员会编制的诸多文件，包括一系列的工程合同条件、协议范本及工作指南等，为很多国家及各类国际组织所认可及采用，在中国的应用也很广泛。本文拟结合实际案例，就FIDIC文本项下工程进度延误时业主方的救济事项予以探讨，并提供相关建议。

## 一、案例概述

美国一化工公司在华投资一家独资公司（“业主”），建设运营一家催化剂工厂（“工厂”），经招标，选择了由一家中国设计院和一家工程建设公司组成的联合体（“承包商”）作为承包商。业主选择国际咨询工程师联合会（FIDIC）出版的《生产设备和设计—施工合同条件》（1999年第1版）的通用条件作为工厂建设合同的通用条件。双方于2011年1月25日签订了合同（“合同”）。

合同为一总价合同，专用条件下在通用条件第4.1款第一段后增加如下文字：承包商应当基于总价及确定日期实施工程，完成工程每一细节且满足所有合同下的要求。承包商的责任包括合同规定的或者尽管合同未明确

规定但可以从合同中推断出的为将工程作为没有任何缺陷的整体完成每一细节且满足所有合同下的要求所需要的所有供应和服务。承包商保证其完成的工程应适用于并达到业主在合同中所述的目的。

在合同文件组成方面，专用条件对通用条件第1.5款做了如下修改：（1）（h）款修改为“承包商建议书”；同时，（2）在本款后增加如下文字：如果承包商建议书在任何方面减少了在组成合同的其他文件所规定的在数量、质量、进度计划方面所要求的承包商履行标准，则为避免任何疑虑，在该方面，应当以上述组成合同的其他文件中的规定为准。

合同约定竣工日期为2012年7月31日。至2011年12月，由于各种原因，进度已明显落后于届时的进度计划，导致进度迟延的主要原因有：（1）承包商持续不能提供履行合同所需的设计人员；以及（2）承包商所采购的电平开关数量远不能满足工厂建设需要。就电平开关事宜，业主要求承包商承担费用补足，承包商拒绝采购，声称其购买数量已经满足投标文件中所包括的电平开关数量，如业主要求进一步的数量，属于变更。业主认为合同价格为一总价合同，在设计没有发生变更的情形下，承包商投标文件中所包括的电平开关数量不满足工厂建设需要，承包商有义务自担费用采购，而不能主

张变更。

工程师依据通用条件8.6款要求承包商根据第8.3款（进度计划）规定提交修订的进度计划，并多次要求承包商增加设计人员，采购短缺的电平开关。承包商虽然提交了修订后的进度计划，但一直不能投入足够的技术人员。同时，虽然业主多次要求，承包商依然拒绝采购工程建设所需电平开关。工程进度因此进一步被拖延。

为了避免进度进一步拖延，业主希望自行采购工程所需电平开关，所发生费用由承包商承担。但在审阅了合同条款后，未能发现明确的合同依据。双方几经协商，承包商口头同意由业主先行采购，发生费用由双方以后协商处理。合同竣工清算时，在业主放弃追偿高达4000万的误期损害赔偿额的同时，承包商同意业主从应付合同价款中扣除业主采购电平开关的全部款项。

## 二、合同条款分析

合同下，由于承包商原因工程进度拖延时，业主救济的规定归纳如下：

### 1、指示承包商提交修订的进度计划和落实计划的报告

黄皮书通用条件第8.6款规定业主可指示承包商提交一份修订的进度计划，以及说明承包商为加快进度在竣工时间内竣工，建议采用的修订方法的补充报告。除非工程师另有通知，承包商应采取这些修订方法，可能需要增加工时和（或）承包商人员和（或）货物的数量，承包商应自行承担风险和费用。合同专用条件未对通用条件8.6款进行修订。

如果承包商不执行业主指示，提交修订后的进度计划；或虽然提交，但却未实施修订办法，修订后的进度计划依然不能得到落实，竣工时间进一步被（或将被）延误。此等情形下，业主可以采取何等措施呢？

### 2、终止合同

黄皮书通用条件第15.1款（通知改正）规定：如果承包商未能根据合同履行任何义务，工程师可通知承包商，要求其在规定的合理时间内，纠正并补救上述违约。15.2款（由业主终止）规定：如果承包商未能遵守业主根据第15.1款（通知改正）的规定发出的通知的要求，业主应有权终止合同。因此种情形终止的，业主可提前14天向承包商发出通知，终止合同，并要求其离开现场。合同专用条件对上述条款未做修订。

据此，工程师可以依据第15.1款的规定，通知承包商，要求其在规定的合理时间内，提供履行合同所需技术人员并采购工程建设所需的电平开关。如果承包商未遵守工程师的该等通知，业主有权依据第15.2款（a）项提前14天向承包商发出通知，终止合同。

如果合同终止，业主需要重新招标，工程的竣工日期会因此完全无法得到保证，业主不希望终止整个合同。

### 3、主张误期损害赔偿费

黄皮书通用条件第8.7款规定：如果承包商未能遵守第8.2款（竣工时间）的要求，承包商应当根据第2.5款（业主的索赔）的要求，向业主支付误期损害赔偿费。除在工程竣工前根据第15.2款（由业主终止）的规定终止的情况外，这些损害赔偿费应是承包商为此类违约应付的唯一损害赔偿费。同时，第8.7款也规定这些误期损害赔偿费不应解除承包商完成工程的义务，或合同规定的其可能承担的其他责任、义务或职责。合同专用条件未对通用条件8.7款上述内容进行修订。

如果业主选择不终止合同，则只能主张误期损害赔偿费。但对于业主而言，工厂按期竣工，投入运营才是其目标所在。

### 4、合同下业主无权自行或委托第三方实施受影响工作

在不终止整个合同的前提下，业主希望能自购或委托其他第三方采购工程所需的电平开关，但合同下却没

有明确的条款赋予业主此等救济安排<sup>1</sup>。

那么业主是否有权依据《合同法》的有关规定自购或委托第三方实施受影响工程呢？有关法规没有明确赋予业主此等权利<sup>2</sup>。业主可主张依据合同法第119条采取此类行动，但后果存在不确定性。

### 三、业主救济措施的完善

对业主在合同履行过程中遭遇到的上述困境，可在专用条件下对通用条件的8.6款作出修订，增加如下文字，作为新的一段：如承包商未采取这些修订办法，提供足够的人力、设施、或供货迟延或不足，为解决人力不足，业主有权责令承包商将受影响的工程交付其他第三方，该等第三方将作为承包商的分包商；对承包商未能提供的施工设施、供货，业主可在承包商承担费用基础上提供。对于因本条款规定的业主安排分包商和提供任何施工设施或货物的延迟而产生的延期，承包商无权要求任何延展或其它补偿。

上述对受影响工程的分包安排，可同时满足中国法下对招标投标法律的遵守问题。如果业主将受影响工作终止，且依据有关法律规定，受影响工作的实施需履行招标投标程序，则为了遵守此程序，整个项目的进度有可能受到影响。而通过分包安排，则可在不增加业主成本的前提下，合法有效地解决此问题。



黄山律师1992年毕业于北京第二外国语学院，获经济学学士学位；2000年毕业于北京大学法律系，获法学硕士学位。

黄山律师2000年起从事律师业务，2007年加入君合律师事务所。加入君合前，黄山律师任职于君屹律师事务所。

黄山律师在外商直接投资或收购能源与基础设施项目以及国内外工业项目建设有丰富经验。

黄山律师能够熟练使用英文进行工作。

1 黄皮书7.6款是唯一一款赋予业主雇用第三方对承包商违约予以救济的条款，但该条款所针对的情形是工程不合格或紧急情形下承包商不执行业主的指示。此外，15.2款下所规定的业主自行或安排其他实体实施工程的安排针对的是合同终止的情形。

2 《合同法》第一百一十九条规定：当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

# FIDIC合同管理案例分析及启示

熊 仑<sup>1</sup>

## 案例描述

某高速公路工程中，图纸上给出的某一条管涵没有注明尺寸，工程师于下水道建造工程接近完工时，才发现这个错误，并将图上的错误改正后，指示承包商按照改正后图纸上的尺寸铺设管涵。这时承包商必须去采购附加的下水管道，结果使一队专门铺设管涵的人员被迫停工一个月，等候管道运来，这期间又无其他工作可做。

试分析：承包商可提出索赔吗？理由是什么？

## 一、FIDIC条款下关于承包商对审核图纸的要求：

### 红皮书规定：

1.1.1.6 “图纸”系指包含在合同中的工程图纸，以及由雇主（或其代表）按照合同发出的补充和修改的图纸。

1.8条：规范要求和图纸应由雇主保存和照管，除非合同中另有规定，应给承包商一式两份合同文本和后续图纸，承包商可以自费复制或要求提供更多份数。……如果一方发现为实施工程准备的文件中有技术性错误或缺陷，应迅速将该错误或缺陷通知另一方。

### 黄皮书规定：

1.1.6.1 “承包商文件”系指第5.2款（承包商文件）中所述的，由承包商根据合同提交的所有计算书、计算机程序和其他软件、图纸、手册、模型和其他技术性文件（如果有）。

1.8 每份承包商文件都应由承包商保存和照管，除非并直到被雇主接收为止。除非合同另有规定，承包商应向工程师提供承包商文件一式六份。……如果一方发现为实施工程准备的文件中有技术性错误或缺陷，应迅速将该错误或缺陷通知另一方。

5.1 承包商应进行工程设计并对其负责。应由符合雇主要求中的规定标准（如果有）的工程师或其他专业人员等合格的设计人员进行设计。……承包商应保证其自身、设计人员和设计分包商具备设计所必需的经验和能力。

### 案例分析：

1、红皮书是用于雇主设计的建筑和工程，规定了雇主应对图纸的制作和核查承担主要责任，据此，图纸上给出的某一条管涵没有注明尺寸，这一错误主要在雇

1 作者单位：中国山东对外经济技术合作集团有限公司。

主，但是作为一个有经验的承包商，不但在报价过程中没有发现这一疏漏，而且是在临近下水道建造工程将近完工时才发现，属于明显疏忽，也应负有一定责任。

一般情况下，在使用红皮书时，不建议承包商有义务审核图纸，但是此案例中的承包商如此疏忽也是不应该，一方面，在投标过程中，需要对水管的具体规格予以了解并报价，同时在施工过程中，也需要了解水管的具体尺寸，以便安排施工。在上述两个步骤下，承包商均未发现错误，那么有两种可能：

一是承包商故意隐瞒，以便在工程大部分施工完毕后，可以借此要求工期延误并索赔；二是承包商经验不足，资质和能力均欠缺。

2、黄皮书是用于承包商设计的电器和机械设备以及建筑和工程，由承包商负责设计并施工。在投标阶段，雇主只提供大概的设计，承包商有义务审核这些设计图纸资料，发现其中的疏漏、错误等，并进行深化设计，同时，作为一名有经验的承包商有义务告知雇主图纸中存在的缺陷并请求予以修正。

在开工前，根据黄皮书8.3款的规定：承包商应在收到根据第8.1款【工程的开工】规定发生的通知后28天内，向工程师提交一份详细的进度计划……每份进度计划应包括：（a）承包商计划实施工程的工作顺序，包括设计、承包商文件、采购、制作、检验、运到现场、施工、安装、试验、投产准备和试运行的各个阶段的预期时间安排。根据这一要求，承包商应再次对设计图纸进行核实，以便发现其中的缺陷予以订正。

在上述两个阶段中，承包商仍然没有发现图纸中没有水管的尺寸，从而导致在涵洞施工接近完成时发现这一疏漏，应承担全部责任。

另外，FIDIC条款中的第三章对工程师的界定中，没有就审核图纸一事提出意见，但是规定：工程师的职员应包括具有适当资质和能承担这些任务的其他专业人员。作为合同实施的人员，根据其专业知识，工程师应该能发现图纸中没有标注管涵尺寸的缺陷，但是却也粗心大意，没有能及时发现。

## 二、FIDIC条款对索赔的规定：

红、黄皮书均对索赔提出了时间要求，索赔“通知应尽快在承包商察觉或应已察觉该事件或情况后28天内发出”。

### 案例分析：

在红皮书规定的条件下，由于停工待产是由于图纸的缺陷所造成，雇主承担了主要责任，应该承担工程延误的损失，因此承包商可以向雇主提出索赔，向雇主提出承担由此而造成的涵管费用、人工费用等，同时要求雇主工程延期竣工。

根据FIDIC条款规定，承包商要在工程师指出图纸中水管尺寸的缺失后，立即发出索赔通知，不要等到一个月施工完毕后提出，从而保证索赔的时效性。

但是从另外一个角度看，图纸没有注明尺寸不等于没有，承包商应在图纸会审时提出，以避免因施工图纸错漏短缺产生的误工、翻工。工程师审理时粗心，承包商图纸会审时也粗心，都没有及时发现图纸尺寸标注遗漏，是不负责任的表现，也应承担部分责任。

故此，可能较为合理的费用分摊为：工程师发现因设计问题后及时纠正错误所增加的费用应按实际发生补给承包商，工期予以延长，但是承包商的利润不包含在内。

在黄皮书规定的条件下，责任区分非常明显，承包商不但不能提出索赔，还应承担由于施工图纸遗漏所产生的涵管费用、人工费用等，以及由此产生的工程延期赔偿。

## 三、启示

### 1、关于对合同本身的理解：

合同本身是对某一项工程实施过程中，双方义务和责任的约定，FIDIC组织越来越倾向于合同的双方应从对立面走向相互合作，并应共同致力于圆满完成工程，

因此，无论是雇主还是承包商都应该从善意的角度去理解合同，这是合同双方顺利执行工程实施的一个重要因素。1999年公布的《合同法》中第六条明确规定：当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。

从案例的介绍来看，我们无从得知承包商没有检查出图纸中水管尺寸的遗漏是蓄意的还是无意的，但是无论如何，造成了工期的延误，也产生了额外费用，而且这些费用本来是可以避免的。对开发商来讲，延误了工程进度，对整个高速公路的整体竣工可能会产生一定的影响。对承包商来讲，一个很小的失误造成了工期拖延一个月，产生的费用也不一定能全部索偿，同时也失去了尽快完成施工，去争取其他工程的机会，增加了机会成本。因此，对合同、图纸等资料的审核要仔细严谨认真，尽量将可以避免的错误在施工前剔除，将有利于工程项目的顺利展开。

## 2、关于雇主：

1) 进行招投标工作是一件严肃认真仔细的事情，如果雇主本身对于工程技术不是特别了解，应尽可能的聘请有经验和负责任的专家，编制并完善施工设计资料，剔除疏忽错误，保证工程项目的顺利实施。

2) 做好资格预审工作，剔除经验不足的承包商。

## 3、关于承包商：

仔细审核文件资料，及时提出异议，虽然在红皮书条件下，文件的出错责任在于发包商，但是承包商因此耽误了时间，耗费精力去整理资料索赔，也不利于保证项目的顺利实施。

## 4、关于工程师：

工程师在项目的实施过程中具有重要作用，一方面代表雇主对工程项目进行管理，同时也有义务协调雇主和承包商之间的关系，应对施工过程中所涉及到的合同、图纸等资料进行详细地审核，同时积极向雇主和承包商提出建议。

对于雇主来讲，一方面在选聘工程师时，要做到周密考察，挑选有能力、有经验、具有资质的专业人员担任，同时，在项目的实施过程中，也要予以监督，并根

据FIDIC条款的规定，及时撤换不合格的工程师，保证项目的顺利实施。

# 建设工程施工合同履行中的法律风险及其防范

陈鲁明 崔文辉 刘 一

我们在法律评论《建设工程施工合同签订中的法律风险及其防范》中分析了如何签订一份好的建设工程施工合同。但有了一份好的合同并不意味着业主就可以高枕无忧，合同履行过程中的履约策略和方法也相当重要。在履约过程中，施工单位为了获取更多的利润，或者为了弥补“低价中标”的损失，往往以各种理由提出经济补偿或要求工期顺延。而业主如果不了解施工单位为索赔而惯用的手法，就很容易被牵着鼻子走，从而造成工程款大大超出合同价款，甚至大幅超过总预算等结果。

本文中我们将结合君合律师代理或参与建设工程合同纠纷案件的经验，就业主在施工合同的履行过程中应当注意的法律风险进行简要分析，并提供相关风险防范的建议供相关人员参考。

## 1、专人负责合同管理和资料收集工作

首先需要正确地认识到，合同管理不单单是合同保管，而是一项全过程管理工作。合同文件保管只是合同管理的组成部分之一，合同管理还包括开工之前对项目部进行招投标文件及合同交底，以及在施工过程中组织定期学习施工现场各项制度，特别是涉及到核实工程量、审核付款、工期顺延、变更指示、签证等事项，使现场人员了解合同约定的权限和流程。此外，合同管理

人员还需对履约情况进行跟踪评价，一旦发现施工合同有漏洞或错误，要及时通过签订补充协议或其他适当的方式予以纠正。如果发生合同提前终止的情况，则要及时签订合同解除或终止协议并办理相应的手续（例如办理合同备案变更等）。

另外，整个施工过程中产生的工程资料非常庞杂，例如：往来函件及对方的签收凭证、会议纪要、各类通知、各项指令、图纸及技术交底资料、材料验收单、质量验收表，以及政府部门介入处理某事项的记录等等。这些资料通常以传统的纸质文件形式出现，但有时也体现于电子邮件甚至录音、手机短信、聊天记录等媒介中。而在发生工程质量问题、工程形象进度远远落后于进度计划等情况下，还有可能通过拍照或摄像等方式记录。

一旦发生争议，业主和施工单位的责任分担很大程度上将依赖于证据。而上述工程资料则是证据的主要来源。因此，业主和施工单位平时一定要注重工程资料的收集、保存、整理和完善，发现缺少的要及时补全。在这一点上，通常施工单位做得较好，业主则往往存在工程资料缺失的问题。需要注意的是，在施工过程中补全资料相对容易，而一旦有了争议进入司法程序之后再要求对方配合补充资料几乎就不可能了。因此，我们建议业主安排有经验的人员，专门负责合同管理和资料收集工作。

## 2、对外签字和对外用印需谨慎

业主须明确约定项目部成员的权限，明确某些行为必须由业主盖章才能生效；在此基础上，业主还应制定严格的对外用印和签字制度。在合同履行过程中，由业主代表签字和业主盖章的文件很大程度上将来会被用于结算计价或索赔，因此相关人员对外签字或盖章要特别谨慎。此外，业主公章和业主项目部印章的使用权限应有所区分。

常见的需业主签章的情形，如施工单位在正式施工前向业主提交的施工组织计划、施工方案。还有如施工过程中提交的变更申请，经业主审核确认后作为施工依据，业主在审核时应特别注意，此类文件体现了施工单位对人工、机械和设备的安排，一旦业主盖章或签字确认将来可能被施工单位用作索赔的依据之一。较为常见的还有业主签发的书面指令、确认单、工程联系单、通知书甚至签收资料等，都可能对工期、价款甚至工程质量认定产生影响。还有一些暂估价项目，由于招标时价格无法确定，一般要在施工过程中根据具体情况确定，因此，业主在盖章或签字确认时应当特别谨慎。

实践中，大量案件由于项目部成员越权签字或签章而引发。例如，施工单位或分包单位对外签订合同时，如果遇到对方对其不够信任的情况，往往要求业主在合同上一并签字或提供担保，某些业主代表就签了字，而一旦发生纠纷，对方很有可能会要求业主一并承担责任。

## 3、实施专业化管理与制度化管理

施工合同履行过程是业主和施工单位合作的过程，实际上也是业主和施工单位争取各自利益而不断斗争的过程。业主希望在此过程中严格控制预算和工期，而以低价中标的施工单位则往往希望通过各种方式提高工程款。在此背景下，业主对于工程的管控能力就显得尤为重要。业主应派驻有丰富经验的人员管理现场，或者聘请专业的项目管理或咨询公司提供专业服务。

实践中，由于管理混乱而导致业主吃亏的案件并不少

见。很多业主往往在项目签订合同后就认为万事大吉，导致合同履行与签订严重脱节，合同中约定的诸如工程预付款、进度款、材料设备款、签证款、结算款、保修款等申报和审批、支付等条款全部成了一纸空文。然而，一笔款项定性不同，很可能就会影响到工程款的结算和利息的计算。媒体曾经报道过这样一起案例，农民工以讨薪为由围堵业主办公室，业主无奈将现金支付给施工单位的项目经理，没想到项目经理卷款逃跑，此后施工单位起诉业主要求支付该笔工程款。业主认为已经将钱付给了施工单位项目经理，就等同于付给了施工单位；而施工单位则拿出了合同，按合同约定工程款只能以银行汇款的方式汇入施工单位指定账户，而不能以现金方式支付，因此施工单位要求业主按约付款。结果，法院采纳了施工单位的观点，认为业主不能证明已按照约定方式付款，所以判令其向施工单位支付该笔款项。至于业主向项目经理支付了现金，则业主可另案起诉追讨。从这一案例可以看出，业主在工程管理中首先要做到按约办事，特别是工程款支付，应当建立管理制度严禁早付、多付、任意付，以及不按约定方式付款等。

施工过程中还应制定和执行一系列现场管理制度。例如，涉及到索赔、签证等问题，对于可用于索赔或办理签证的事由、内容、程序都有一套制度，只有在事由正当、内容和形式符合约定，并且程序也符合约定的前提下，经监理和业主共同签字盖章方为有效。如不符合任何一项条件的，则没有法律效力。再如，实践中施工单位有时会要求业主直接向材料商付款，但在工程款结算时又向业主主张该部分材料款。如果业主不能证明已经代付，往往陷入被动局面，特别是有些材料商不愿为业主提供证明或无法联系则更为麻烦。因此，若业主为施工单位代付款、代付工资、水电费等费用，应办理财务转付手续，例如要求施工单位填写领款单并在银行票据用途栏注明代为支付某施工单位货款，或要求施工单位出具委托业主付款的申请，或者通过支票背书的方式办理财务转付手续。

此外，业主管理人员应具备一定的项目经验和判断力。例如，业主没等到工程全部竣工验收就开始使用，

而我国法律明确规定，未经竣工验收合格不得使用。如果业主在工程未验收或者验收未通过的情况下，仍然擅自使用或强行使用，视为业主对工程质量认可，不得再要求施工单位承担使用部分的质量责任。再如，某工程项目中，业主代表不了解北方的气候特征，不清楚北方的冬季严寒天气可能对工程造成的影响，在前期准备工作没有如期做好的情况下，没有听取施工单位的建议对施工计划作出合理调整。一直到冬季来临才指令开始混凝土施工，结果水泥面冻结导致工程不得不停工，且需等温度回升后再行返工，由此造成工期大幅延误，工程款也大大增加。但由于该损失因业主原因而引起，业主较难向施工单位主张，且还可能被施工单位要求赔偿停工、窝工等损失。

#### 4、主动、及时发函提出主张

工程施工中的情况经常复杂多变，光靠一份施工合同往往无法应对各种突发情况，而这些突发情况极有可能引起合同的变更或补充，从而对最终的工程款或工期产生实质性影响。因此，业主对于履约过程中发现的问题，应及时跟进和解决。

较为常见的问题是施工单位没有按照约定履行义务。例如，施工单位没有做好开工前的准备工作、没有按照业主确认的图纸进行施工、没有使用业主要求的材料设备或材料设备不合格、隐蔽工程验收不合格、未经允许擅自停工等等情形，发生诸如此类的情形时，业主应主动发函，或者通过监理单位发函，催促施工单位予以纠正。在施工过程中，双方往往会口头商议诸多事项，例如突发事故、相邻关系纠纷等等，双方应及时将口头达成一致的事项落实到纸面上，由双方盖章确认，如果施工单位不肯盖章或者迟迟不盖章，业主需主动发函固定相关事实。

还有，施工单位将工程非法转包或者违法分包的情况也较为常见。有的工程被层层转包，经过层层盘剥，最终实际用在项目上的资金太少，导致实际施工人以次充好、偷工减料，造成工程质量缺陷或隐患，直接损害了业主的

利益。例如君合曾有律师参与处理的上海莲花河畔整幢楼倾覆事故、杭州地铁塌陷事故等，就存在不同程度的挂靠和违法分包的情况。业主对此不能坐视不管，但这种行为往往隐藏在暗处，业主不容易发现。根据我们的经验，业主可重点核实以下情况：（1）施工单位项目部的技术人员和管理人员办理资质备案时填写的工作单位是否是施工单位；（2）主要工程技术人员是否与施工单位签署劳动合同并缴纳社会保险；（3）工程分包合同、设备采购合同是否由施工单位对外签订和付款等等。另外，业主对于施工单位签署的文件应当只认公章不认人（即必须由施工单位加盖公章），尽量防止因存在非法转包或违法分包而给业主造成不必要的损失。

此外，业主发函应确保有效送达，保留送达的相关凭证，以防止对方在发生争议时否认收到相关函件。业主对于重要的函件（如涉及到工期、质量、价款、变更、解除合同等重要事项）均应一式三份，一份当场交给对方有权签收的人员，并要求其在业主留底的一份上签字确认，同时抄送监理一份。如果施工单位拒不签收，则业主可通过EMS邮政快递方式寄送，在“内件品名”栏目中写清楚邮寄资料包含的文件名称或摘要，保留邮寄凭证和邮寄文件的复印件，并及时上网查询送达情况并截屏保存。这些将来都有可能作为送达相关文件的证据。对于特别重要的文件，业主还可以考虑采用公证送达的方式寄送。

#### 5、高度重视施工单位的发函并及时回复

施工过程中的往来函件十分常见，却往往容易被忽略。但事实上每一份发函可能都隐藏一定的意图和相应的法律后果，一旦发生纠纷，这些往来函件往往就成为有力的证据。例如，施工单位在解除合同之前往往就会多次发函，看似只是指出业主存在的问题（如未按约提供施工条件），但实际上是在为解除合同或者停工做铺垫；再如，施工单位可能在函中阐述一个双方口头达成的意向（如对设计作出微小的变更），或者提出某个问题应归责于业主（如未按约定支付工程款），目的可能

就在于固定事实、形成证据，如果业主当时没有及时回复或反驳，将来产生争议时往往很难解释清楚。因此，业主应高度重视施工单位的每一份发函。我们建议业主授权专人负责签收函件，在收到施工单位的发函后先不急于签收，看了内容之后可先要求施工单位予以调整，待其重新提交时再签收。如果施工单位不愿修改、执意提交，那么签收人员可注明函件已收到但不认可其内容，并立即转交给业主代表，针对其提出的不符合事实的情况和不合理的要求及时回函予以反驳。

有些情况下，施工单位确实基于正当事由而发函。例如，施工单位发现设计文件存在差错，向业主发函提出并要求工期相应顺延。在这种情况下，我们建议业主可以发函指示，要求施工单位先进行其他环节的施工作业，合理调整施工计划，不得擅自停工或延误工期，否则应赔偿因此给业主造成的损失。如果对关键路线造成影响的，工期经业主审核确认后顺延，但不再进行其他任何补偿或赔偿。也就是说，即便在施工单位有正当理由发函的情况下，业主也应避免随意作出工期顺延、工程款调整、补偿损失等承诺。相反，业主回函时应主动就工期、价款、质量等问题作出指示，及时封堵施工单位可能提出的索赔。

此外，业主还应特别重视回函的时效问题。建设部推荐的施工合同示范文本通用条款中就有多个条款，规定业主如果在收到施工单位发函后一定期限内（该期限因发函事由如延期申请、中间验收、变更价款、确认工程量、索赔等不同内容而有所区别）没有回复则视为认可。例如，在进行竣工验收时，如果业主没有在合同规定期限内（99版施工合同示范文本规定的期限为28天；2011年施工合同示范文本征求意见稿规定的期限为90天，但最终发布稿可能还有变化）验收，可能会导致工程质量视为验收通过。我国相关司法解释还规定，业主如果拖延验收，会以施工单位提交的竣工验收申请的日期为竣工日期。再如，示范合同通用条款和司法解释都规定，如果业主在收到施工单位的竣工结算文件后的约定期限内（99版施工合同示范文本规定的期限为28天；2011年施工合同示范文本征求意见稿规定的期限为业主收到监理人核查结算结果后28天，但

最终发布稿可能还有变化）不予答复，则视为认可了竣工结算文件。针对示范合同通用条款中上述关于期限及其后果的约定，业主应在合同专用条款中予以删除或调整，尽管如此，为避免不必要的争议，业主仍然需对施工单位的发函及时反馈意见。

## 6、妥善处理合同解除后的工作界面划定和清场交接等工作

合同履行过程中，由于一方或双方的原因可能会解除合同。合同解除后，业主往往需要引进新的施工单位继续施工，因此业主可能会和前后两个甚至多个施工单位发生承发包关系，一旦工程发生工期延误或质量问题，几个施工单位之间往往相互推诿，从而导致业主索赔困难。因此，不管出于什么原因解除合同，业主都需做好解除后的工作界面划定和清场交接工作，以便分清不同施工单位的责任。

但在实践中我们发现，在很多情况下业主与施工单位并非和平分手，所以在办理解除后续手续时施工单位往往不予配合。我们曾在《建设工程施工合同签订中的法律风险及其防范》中提到过沈阳五里河体育场的案例，在该案中，业主因对施工单位擅自停工不满而提出终止合同，更换新的施工单位，但原来的施工单位不同意终止合同并认为停工的责任在于业主一方，因此不肯退场，也不允许新的施工单位进场施工。业主在情急之下采用暴力抢占的方式，召集一百多人闯入工地企图赶走施工单位，结果发展成群体斗殴事件，业主相关负责人被刑事拘留，造成了恶劣的社会影响。这种暴力处理方式最终导致业主被动收场，工程施工也因此几乎停滞。

因此，业主应当尽量避免中途更换施工单位，如果确有必要更换，我们也建议双方通过和平、冷静的方式处理后续事宜。如果施工单位坚持滞留现场，业主可以向相关政府部门、行业协会、司法机构等单位寻求帮助，应杜绝以暴力方式解决问题。根据我们的经验，即便施工单位不配合交接，业主也可以借助第三方的力量，固定现场状况，例如：业主可进行现场摄影、摄

像，记录已完工工程的客观状况，必要时，这一过程中还可以邀请公证人员到现场进行公证；与施工单位、监理、项目管理公司等多方共同核实确认已完工工程量，验收已完工工程质量，这一过程中必要时可委托有资质的专业鉴定机构一同参与；就施工现场材料设备等财物进行交接，由双方清点并签署交接单。通常来说，双方可能就诸多事项无法完全达成一致，但业主可在监理、项目管理公司、造价咨询公司、工程鉴定机构、公证机构的参与和见证下记录客观事实，施工单位若有相反意见则应当提供相反的证据。同样地，下一家进场的施工单位施工之前，业主也应与其履行一套类似的手续，并明确确认施工现场的客观状况。

综上，由于国内建筑行业竞争愈加激烈，施工单位普遍采用“中标靠低价，盈利靠索赔”的策略。在此大背景下，业主一方面要把好签约关，签订一份尽可能严谨、完善的合同，另一方面还要做好履约管理工作，有效应对施工单位的各种索赔策略，才能最大化地保护自身的合法权益。



刘一律师现在君合上海分所执业。

刘一律师自从从业以来，致力于处理建筑房地产领域的法律事务，擅长解决复杂的建设工程争议纠纷，参与和代理过国内外多起建设工程施工合同纠纷诉讼仲裁案件并积累了较为丰富的经验；刘一律师还擅长提供房地产项目开发全过程法律服务，为众多在华投资项目提供了与土地取得、招标投标、施工建造、运营管理、项目收购兼并等环节相关的非争议解决类法律服务。

刘一律师的服务语言为中文和英文。

# 微博作品传播的侵权风险及其解决途径<sup>1</sup>

袁真富<sup>2</sup> 胡琛罡<sup>3</sup>

**摘要：**同一平台内的微博作品传播方式主要是转载和转发两种情形，对其可能存在的版权侵权问题需要区别对待。转载微博作品一般应当取得原博主明确的授权许可，但对于转发可能引发的侵权问题，应直接适用合理使用或默示许可规则在司法上给出确认不侵权的结论。尤其是基于微博传播机制的功能设计，应当推定博主对微博作品的转发存在默示许可的意思或行为。

**关键词：**微博作品 转载 转发 侵权 默示许可

微博以其内容的即时性、传播的迅捷性和分享的交互性构筑起了强大的自媒体优势，并盛行网络。在微博的平台上，用户或随手记录生活点滴感悟，或撰文直抒胸臆一展才情，或彼此交流沟通情感，或相互分享趣闻轶事。据2012年7月中国互联网络信息中心（CNNIC）发布的《第30次中国互联网络发展状况统计报告》数据显示，截止到2012年6月底，我国微博用户数达到2.74亿，在中国网民中微博的渗透率已经过半，达到50.9%。

近年来，因微博发生的版权争议时有发生。但微博能否构成版权法意义上的作品，其实是一个不太需要讨论的问题。一些短至十数字的广告语都曾经受到司法保

护，更何况140字的微博空间，足以让用户创作出诗歌、小小说、小品文等各类文学作品。此外，微博内容早已拓展到美术作品、摄影作品和视频作品等独创性较易认定的作品形式。因此，只要微博内容满足了独创性要求，即可认定为作品，并进而受到版权保护（不构成作品的微博内容，以及侵犯他人版权的非原创微博作品，不在本文讨论范围）。但是，如何协调处理微博作品的版权保护与网络分享的关系，却颇值得考量，否则以版权保护之严格，足以妨碍微博的广泛传播与有效利用。

## 一、同一平台内的微博作品传播方式

信息分享是互联网进入Web2.0“交互”时代的重要标志之一。用户对网络信息的利用一改原来的单向获取模式，而是多向地、辐射状地传递。微博是这种信息共享模式的典型代表，它将无数个简单的分享过程集成，每个用户都成为传播链中的一个节点。伴随着传播速度的增加、传播范围的扩大，用户的身份也变得更为复杂。微博用户不但是作品的传播者，也可能是创作者、发布者，甚至是作品的改编者或演绎者。因此，微博作

1 本文首发于《电子知识产权》2013年第4期。

2 上海大学知识产权学院副院长、副教授。

3 上海大学法学院知识产权专业硕士研究生。

品一经发表就随时面临着被分享、被传播的可能性。

微博作品的传播途径可以分为微博平台内与微博平台外的传播。前者是指当微博用户（称为“原博主”）原创发布了一条微博作品（简称“博主作品”）之后，其他微博用户在同一微博平台内对其进行的传播利用，其中最为常见的传播方式主要有转载与转发两种。后者是指微博作品逸出其所发布的微博平台之外传播，或者被其他微博平台所转载（由于跨平台的微博转发尚不能实现，因此，不存在类似新浪微博与腾讯微博之间的跨平台微博“转发”），或者被论坛、博客、社区等其他网络平台所转载，甚至被报纸、杂志、广播、电视等媒体所传播或利用。对于微博平台外的传播，通常并无什么特殊性，在无合理使用等法定限制的情形下，可依传播利用的具体性质和实际情况，直接认定构成侵犯原博主作品享有的复制权、信息网络传播权、广播权等经济权利，或侵害署名权、修改权和保护作品完整权等精神权利。鉴于此种情形并非本文主旨所关心的内容，因此在下面，仅对微博平台内的传播方式作详细分析。

### （一）转载博主内容

即其他微博用户（转载用户）在同一微博平台内将博主作品进行复制、粘贴之后，在自己的微博主页上再次发布，该转载所生成微博作品的传播独立于原博主的微博作品，不受原博主微博作品之修改、删除等操作的影响。

### （二）转发博主作品

微博网站一般都提供转发功能，微博用户直接点击“转发”或类似功能按钮，即可完成对博主作品的转发，转发可以同时加入评论以后转发，也可以不带评论的纯粹转发。但转发也分为两种情形，而且其转发的法律性质也有所差异。

#### 1、直接转发博主作品

即其他微博用户（转发用户）在同一微博平台内

直接对原博主的微博作品进行转发，该转发过程及显示内容中，没有任何第三人的转发操作。此时，在转发用户的微博主页上，博主作品通常被加框显示（称为“被转发内容”），并与转发用户的操作痕迹（如“转发微博”字样）及其转发过程中的评论内容（称为“转发用户内容”）有着明显的区隔。

#### 2、自第三人转发博主作品

即其他微博用户（转发用户）在博主作品经过第三人（可能是多人）转发后，从第三人处再次在同一微博平台内转发该博主作品，而非直接从原博主微博上转发该博主作品。第三人在转发时可能带有评论，当新的转发用户对第三人的转发及其评论再次进行转发操作时，不仅会对原博主作品继续以加框的方式完整显示，而且会在转发用户区域内保留第三人转发时的评论内容，当然，在转发用户区域也会可以继续增加新的转发用户的评论内容，并以“//@"等标志对各个转发者的评论或转发痕迹进行间隔，此时的操作系转发原博主作品，兼跟贴第三人评论的集合。

## 二、微博作品转载的侵权风险及其解决途径

### （一）微博作品转载的侵权风险分析

微博作品转载过程中的复制、粘贴行为，依现行著作权法显然会侵犯到微博作品的复制权，转载过程中的网络发布行为，亦构成对微博作品信息网络传播权的侵犯。如果在转载中抹去原创微博作品之博主的姓名（包括微博用户昵称等假名），则可能侵犯署名权；如果转载并非原封不动的转载，而是有所改变，甚至歪曲，则有侵犯修改权及保护作品完整权的可能性。

一些学者提出应当对互联网上海量作品的许可适用法定许可规则，或者强化著作权集体管理机制，从而免去使用人难以寻找作品版权人的困扰。但是，作为同一微博平台内微博作品的两种主要传播方式之一，转载所面临的侵权风险，似乎最好在现有的法律框架内去解决，而不宜对其网开一面，甚至修改立法为其专设避风

港。也即，转载微博作品一般应当取得原博主明确的授权许可，否则就构成侵权。

## （二）微博作品转载须取得许可的原因

### 1、转载的受益者主要是转发用户

转发用户在转载过程中，对原博主内容存在复制、粘贴等操作，并通过自己的微博主页独立传播，其产生影响力的受益者主要是进行转载的微博用户，而非原博主。尤其是未标明或用@标明原博主账号的转载，原博主基本上无法从中受益。

### 2、转载取得原博主的许可十分容易

在微博作品的转载中，以无法一一取得作品权利人许可的借口并不存在，因为转发用户可以有多种途径取得原博主的转载许可，比如，发私信给原博主，跟发评论或者直接@原博主留言，甚至通过原博主在微博资料上留下的电子邮件或电话取得许可。总之，需要转载的微博作品的权利人，十分容易寻找。在此情形下，仍然舍弃许可而擅自转载（或者为其设立类似“法定许可”的特例），显然不符合版权保护的基本规则。

### 3、许多转载可能存在商业性质

随着微博商业化的发展，越来越多宣传营销的元素逐渐融入微博，通过转载而非转发的方式去传播原博主的微博内容，显然是弃原博主于不顾，另辟地盘，或者想独立增加自身微博的影响力，并吸引更多人关注自己微博，便利微博的营销活动；或者在转载他人的微博作品中嵌入了自己的广告内容，直接借机营销。这些商业性质的转载，恐怕难以适用合理使用等规则，只能以取得许可为前提。

## 三、微博作品转发的侵权风险及其解决途径

### （一）微博作品转发的侵权风险分析

#### 1、直接转发博主作品的侵权风险

在此种转发情形下，在转发用户微博主页上被加框显示的原博主作品，其实是一个加框的内容深度链接，

虽然原博主作品以加框的形式全部或完整地显示在转发用户的微博页面上，但加框中的博主作品的存续状态完全依赖于原博主微博主页上该微博作品的存续状态，也即如果原博主或者微博网站管理者删除了被转发的该博主作品，则在转发用户的微博主页上会显示“原微博已经删除”或类似的用语，并且在加框的转发区域不再显示原博主作品。而且，转发用户无法修改、增加或减少被加框转发的原博主作品。

此种情形下的转发行为，是否侵犯原博主作品的版权，尤其是复制权与信息网络传播权呢？首先，此种转发虽然在转发用户微博主页上完整地加框显示了原博主作品，但该加框显示的原博主作品，仍然是原博主所发布且存储在微博平台服务提供者的服务器中的作品，转发用户并未复制且生成新的复制件以存储在同一微博平台服务提供者的服务器中，因此，转发用户不存在侵犯复制权的问题。

但是，转发用户以加框方式深度链接了原博主的内容，而且此种加框完整显示博主作品的深度链接几乎替代了原博主微博主页上的博主作品发布，用户无须访问原博主主页即可完整浏览相关作品内容，从表面上看似乎转发用户代替了原博主在自己的微博页面向公众提供了原博主微博作品，因此似乎存在构成侵犯信息网络传播权的争议空间。

#### 2、自第三人转发博主作品的侵权风险

此种情形下，对原博主作品以加框的方式完整显示仍然属于如前所述的内容深度链接，其法律性质和侵权风险也如前所述，兹不重复。值得讨论的是，由于转发用户区域保留了第三人的评论内容，如果第三人的该评论内容具有独创性，为受版权保护的作品，则此种转发使得法律关系立即变成复杂起来。

一方面，在转发用户区域保留的第三人评论内容，并不依赖于第三人微博主页上该评论内容的存续状态。只要第三人的评论内容连同原博主作品被转发了，即使该评论内容被删除，也不妨碍该评论内容在转发用户微博主页上的“转发用户区域”继续存在。此时，转发用户对于第三人的评论内容，实际上存在着复制与信息网

络传播行为，表面上也有可能构成侵犯第三人评论内容所享有的复制权与信息网络传播权。

另一方面，在新的转发过程中，第三人的评论内容可能因字数限制或者其他原因，被再次转发的用户修改或增删。或者被微博网站系统自动删减，因为转发用户的转发痕迹或评论内容，与第三人的评论内容加起来，仍然要受140字的字数限制。此种情形下，表面上有可能因增删或修改而侵犯第三人评论内容所享有的修改权、保护作品完整权。如果在转发过程中，只保留第三人的评论内容，而删除或更改了第三人的微博名称，还可能侵犯其署名权。

### 3、原则上应当确认微博转发不侵权

由于转发及评论是微博交流互动的核心功能设计，如果转发也有触犯版权的风险，有可能造成“全民违法”的窘境，并让现有的微博商业模式难以存在合法性。鉴于转发一般不会损害原博主或评论人的利益（理由在后面详述），因此对于转发而言，如果在理论上存在侵犯版权财产权利（复制权、信息网络传播权）的争议空间，那么解决它的方案不是通过许可等商业安排或意思自治，而应直接在司法上给出确认不侵权的结论。至于如何确认转发不侵权，在法律资源上有合理使用与默示许可规则可资利用，容后详述。

当然，对于涉及人身权的侵权部分，原则上仍应认定为构成侵权。比如，在转发过程中只保留第三人的评论内容，而故意删除或更改了第三人的微博名称，从而可能侵犯第三人署名权的；或者第三人的评论内容被再次转发的用户主动修改，或者在没有字数限制的情况下主动删除部分内容并导致内容被曲解，从而可能侵犯修改权、保护作品完整权的，则仍应认定侵权为宜。

## （二）微博作品转发的默示许可

虽然可以援引《著作权法》第22条第1款第1、2项等规定，<sup>4</sup>或者直接基于对合理使用立法精神的适用，来确认转发原博主作品以及转发第三人评论时不构成侵犯复制权和信息网络传播权。但合理使用规则有其局限性，如果转发不是因为欣赏或评论，甚至连带有商业目的，能否适用合理使用规则，会有所争议。为了合理解决转发原博主作品尤其是转发第三人评论所带来的侵权问题，笔者认为可以引入默示许可规则。

### 1、默示许可的适用条件

北京市第一中级人民法院2011年在方正公司诉宝洁公司的著作权侵权一案的终审判决中指出，NICE公司有权使用“正版”倩体字库产品中的具体单字进行广告设计，并将其设计成果许可客户（宝洁公司）进行后续的复制、发行，而宝洁公司对“飘柔”两个单字的复制和使用行为均系对该设计成果进行后续复制、发行的行为。在权利人无明确、合理且有效限制的情况下，前述行为均属于购买者合理期待的使用行为，应视为经过权利人的默示许可。<sup>5</sup>这大约是我国法院首次在版权领域司法确认默示许可。此案所阐述的默示许可规则，可以借鉴适用于微博作品（包括其评论）转发的侵权争议处理。作为一种特殊的授权形式，默示许可能够兼具商业和非商业使用，具有其他权利限制或授权方式无可比拟的优势。

版权的默示许可 (Implied License)，是指虽然使用者并未获得版权人的明确授权，但是通过版权人的行为足以推定该授权成立的许可方式。默示许可对于知识产权而言并非新生事物，在专利法领域时有出现。早期英国合同法中依据默示许可理论建立起了专利穷竭制度。<sup>6</sup>20世纪90年代，默示许可被引入美国版权法领域。起初，美国法院对默示许可适用条件的认识不尽一致。在Effects Assocs., Inc. v. Cohen<sup>7</sup>一案中，法院认为，默示

4 《著作权法》第22条第1款第1、2项规定：“在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利：（一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；（二）为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；……”

5 参见北京市第一中级人民法院（2011）一中民终字第5969号民事判决书。

6 郭威：“默示许可在版权法中的演进与趋势”，载《东方法学》，2012年第3期，第79页。

7 Effects Assocs., Inc. v. Cohen, 908 F.2d 555 (9th Cir. 1990).

许可的作品须是应使用人的要求而创作，并且完成了交付，作者有让使用人复制发行的意愿；而另一些法院则认为，要考虑主张默示许可的双方的合作关系是无关联性的短暂交易还是长期合作，是否采用了书面合同，以及创作和交付行为是否体现了授权的意图。<sup>8</sup>直到Field v. Google<sup>9</sup>案确立了默示许可原则的两个标准：知晓使用、鼓励使用。在特定的情境之下，当使用人可以从版权人的行为中推断出其同意使用的意图时，或者当版权人的行为让使用人有合理的许可使用期待时，可以认为版权人存在默示许可的意思或行为。

## 2. 微博作品转发适用默示许可的理由

微博之所以风靡一时，主要在于其将传统博客和即时通讯的特长融合起来，实现了信息共享和互动传播，这是微博模式最为重要的特征。微博转发功能的设计，是彰显微博信息共享和互动传播功能的重要标志。因此，版权保护必须照顾到微博共享与传播的特性。

一方面，原博主的全部信息，包括其微博账号、微博内容等，在转发中的加框显示区域会原封不动的保留，而且其他微博用户还可以在转发用户的页面上直接点击原博主的账号进行访问与互动。因此，原博主的微博内容在转发过程，不仅没有任何利益损害，反而可以借助大量转发而影响日盛，坐收名利。

另一方面，转发用户不需复制、粘贴，轻触一个“转发”按钮即可完成信息分享与传播，并能借助原博主内容的影响力而促进自身微博的影响力。而且，转发用户在转发过程中也可以进行评论，其评论连同原博主内容还可以被再次转发，甚至转发的评论内容本身可以带来新的讨论，甚至制造一个独立的话题中心。因此，转发用户也从中（尤其从包含有其评论的再转发过程中）受益匪浅。

事实上，默示许可规则并不意味着微博作品（及评论）进入公共领域，而是权利人遵循微博传播的惯例，

授予不特定的微博用户参与其微博作品的传播。这种商业模式无形中形成一个契约，构成微博平台的“商业习惯”，并以此鼓励微博作品按照微博平台设计的转发和评论模式，进行信息共享与传播。

博主将其享有版权的作品或者第三人将对原博主作品的评论，自愿发布到微博平台上，应当预见并能够预见符合微博平台运营模式的作品使用方式，可以被视为其对微博平台的转发传播机制有着充分的了解和认识，并且认可微博作品及其评论的转发传播。

## 3. 微博作品默示许可的限制

默示许可和明示许可之间的最大区别在于责任承担者的不同。在默示许可规则下，防止侵权的责任在于版权所有人。<sup>10</sup>为了平衡版权人的责任与权利，默示许可需要对微博作品的使用加以限制。

### (1) 主体行为的限制

根据默示许可的适用条件，应当能够从用户的行为中推定其知晓并鼓励使用的意图。权利主体应当有明确的外在行为表示，即应当以权利人的特定作为做出推断。就微博而言，权利人应当在其微博平台上发布了作品，并且对于全部微博用户公开了该作品。

### (2) 作品内容的限制

博主首次发布到微博上并受版权默示许可规则保护的作品，应当是其自己创造、自己组织的内容，即UGC（User Generated Content）。除此以外，博主未经同意在微博上发布他人作品的，不适用前述默示许可规则。

### (3) 权利人禁止转发的限制

版权作为一种民事权利，在不妨害公共利益的情况下，可以由权利人自由支配。用户若利用微博服务商提供的技术措施阻止微博作品转发分享的，应视为明示禁止分享，其他用户不得通过破解技术屏障实施转发分享。但是，博主注册微博就意味着其认可并愿意遵循了微博的分享模式，包括转发。因此，如果博主仅仅在微

8 M.Nimmer & D.Nimmer, Nimmer on Copyright 10.03[A], at 10-36(1989).

9 “Consent to use copyrighted work giving rise to implied license need not be manifested verbally, and may be inferred based on silence when copyright holder knows of the use and encourages it.” Field v. Google, Inc., 412 F.Supp.2d 1106 (D.Nev.2006).

10 吕炳斌：《网络时代版权制度的变革与创新》，中国民主法制出版社2012年第1版，第125页。

博中明示禁止转发（而在技术上没有限制），但仍有用户转发的，是否能够构成侵权，值得讨论。笔者倾向于认为，考虑到转发不同于转载，它是对原博主微博内容的加框深度链接，转发之后的结果仍然是将原博主的内容向网络公开，而且转发是微博的核心功能，因此，这种禁止转发的单方规定应属无效，他人的转发行为仍然以不构成侵权为宜。

#### （4）传播范围的限制

虽然互联网面向所有网络用户开放，但微博平台实行的却是相对封闭环境。用户必须经过注册开通账户，方能加入到微博平台中去。作为这类封闭微博平台的成员，应当认为用户接受了这种相对封闭的运营模式，认可自己提供的作品在此封闭范围内传播，而不延伸到整个开放网络。简而言之，如果用户将微博中的作品分享到开放网络中，或分享到其他微博平台等封闭网络，则不能依照默示许可规则取得豁免。同样地，图书出版商、传统媒体也不能擅自复制微博作品，而必须获得权利人的许可。

#### （5）必须保护作者的人身权

尽管基于默示许可允许转发微博作品，但是作者的人身权利仍应当得到保护，这主要体现作者（原博主）对微博作品的署名权、修改权和保护作品完整权。无论微博如何转发，这些人身权利都应当得到保护，这也是微博默示许可的重要前提。不过，因转发过程中的字数限制，第三人评论的全部或部分内容被微博平台自动删除的，不受修改权或保护作品完整权的保护。

（本文系国家社科基金青年项目“知识产权默示许可的制度比较与司法实践研究”（12CFX085）的部分成果）

# 新闻推送服务的著作权问题研究

左玉茹 令狐铭

互联网进入WEB 2.0时代后，信息不再被有限的内容提供商垄断，尤其是自媒体模式下，任何一个网络用户都可能成为信息的发布者和传播者。同时，移动互联网和智能手持终端的蓬勃发展进一步释放了网络用户的信息需求，一切碎片时段都被整合到了网络信息消费的版图中。以上趋势带来信息的急剧膨胀，解决了曾经信息闭塞、沟通不畅的问题，但也随之产生了新问题：每一个网络用户只要打开访问终端连上网络就会被庞大的信息量轰炸，信息的全面浏览对任何单个用户都是不可能的。因此，“信息推送服务”作为一种全新的商业模式应运而生并得以迅速发展。所谓“信息推送”，即在网络上通过定期传送用户需要的信息来减少信息过载的技术。“信息推送服务”的核心是将合适的信息发送给合适的人。“新闻推送服务”属于“信息推送服务”的其中一类，以新闻为推送内容，与最为基础的信息推送服务不同的是，所推送新闻一般是经人工集成、汇编、改编和创作而形成的。也正因为如此，新闻推送服务较之于基础的信息推送服务，存在更多的著作权争议。

## 一、“新闻推送”行为的属性

目前学界与实务界均未给定“推送”的具体含义，现存的信息推送服务形态多种多样。总结而言，主要包

括电子邮件推送和客户端推送等。

电子邮件推送是当前推送服务中最为传统也是应用最为普遍的模式。推送者一般按照特定标准集成并编辑新闻内容，制作形成篇幅不等的电子文档，将电子文档以电子邮件附件的形式发送给用户。也有推送者仅将相关新闻链接作为邮件正文发送给用户，由用户通过链接访问推送内容，该链接可能指向推送者自己运营的网站，也可能链接到其他新闻网站。

客户端推送以用户下载并安装推送者的特定程序为前提条件，推送者通过客户端与发送端建立起的信息通道及客户端的展示界面向用户发送特定内容。较之于电子邮件推送，客户端形式更为多样，总结而言，部分新闻推送服务提供者独立开发客户端软件专门用于新闻推送，比如网易新闻；部分新闻推送服务提供者则运用微信（对微信运营商的责任，本文暂不讨论）等即时通信软件，仅在客户端以独立账号的形式进行推送；还有的是其他应用程序的开发方同时利用该应用程序所建立的信息通道和展示界面进行新闻推送，例如搜狗拼音。

归纳上述新闻推送的技术要点可知，新闻推送是通过互联网（包括移动互联网）向客户提供特定新闻内容，供客户进行主动或被动阅读。虽然存在着技术属性上的差异，但是从法律属性来看，以上不同类型的新闻推送均构建了某种形式的传播媒体，同时也属于著作权

法下的信息网络传播行为。

## 二、新闻推送服务提供者的身份属性

以现有的新闻推送服务模式看，新闻推送服务中所推送的新闻一般是该服务提供者集成、汇编、改编他人的新闻并附加部分创作而形成。我们知道，著作权法下存在三类与作品相关的主体，权利人、传播者和使用者。在服务提供者推送的新闻不是其原创作品的情况下，服务提供者首先是原新闻作品的使用者。而新闻推送行为属于信息网络传播行为，服务提供者同时又是作品的传播者。此外，服务提供者在制作推送内容过程中，又因创作或改编他人新闻作品形成新作品，对于该新作品而言，服务提供者又是新作品的权利人。

由于新闻推送服务提供者具备权利人、传播者和使用者的混同身份，其一方面要确保推送行为不侵犯他人权利，另一方面也关注自身权利的保护。

## 三、新闻推送过程中的著作权争议

根据上文分析，新闻推送过程中，无论是电子邮件推送还是客户端推送，改编和网络传播都是服务提供者对他人作品的两种最普遍利用方式，而改编权和网络传播权无疑是原新闻作品著作权人的两项排他性权利。原则上，新闻推送服务提供者在对新闻作品改编和网络传播之前，需要获得权利人或其代理人（含集体管理组织）的授权。但原则之上不乏例外，尤其对新闻这类与公共利益密切相关的作品，著作权法在此类作品权利人的权利行使上规定了若干限制，而这类限制是新闻推送服务提供者厘清权利边界的关键所在。

### 1、合理使用

#### (1) 作为使用者的合理使用

与新闻有关的合理使用规定在《著作权法》第22条第2款第（三）项、第（四）项和第（五）项，包括：

“（三）为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；

（四）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；（五）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；……”上述三条合理使用规定均对使用者的身份作出了限制，即，必须是报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体，受制于著作权法立法时的技术发展程度，由于“等媒体”这一语法安排可否被解释为包含新型传播媒体，以及包含哪些新型传播媒体并未有成文的立法或司法解释予以明确，网络媒体等新型传播媒体可能并不在新闻的合理使用主体之内，特别是新闻推送这种形式下形成的某种程度上的新型媒体架构在合理使用条款适用的解释上可能难以被纳入媒体的范围。其次，值得注意的是合理使用的原作品主题和被合理使用时主题是有限的，即，“关于政治、经济、宗教问题的时事性文章”可以被合理使用以及可以“为报道时事新闻”而合理使用。以上不确定因素影响到新闻推送服务提供者在使用者身份属性下的行为合法性外延。

#### (2) 作为传播者的合理使用

《信息网络传播权保护条例》在合理使用问题上为网络媒体争取到一些空间，如《条例》第六条规定，通过网络提供他人作品，属于下列情形的，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬：“（1）为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在向公众提供的作品中适当引用已经发表的作品；（2）为报道时事新闻，在向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；……（7）向公众提供在信息网络上已经发表的关于政治、经济问题的时事性文章；（8）向公众提供在公众集会上发表的讲话；……”因此，新闻推送服务提供者在传播者身份属性下在上述情形范围内对他人作品的利用，属于合理使用范畴。需要注意的是，《著作权法》和《信息网络传播权保护条例》所规定的合理使用的作品的发表形式和主题范围是有所差别的：报纸、期刊、

广播电台、电视台等媒体已经发表的但未在信息网络上发表的关于政治、经济问题的时事性文章并不属于信息网络传播的合理使用的范围；信息网络上已经发表的关于宗教主题的时事性文章也并不属于信息网络传播的合理使用的范围。此外，在“为报道时事新闻，在向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已经发表的作品”的这一合理使用情形中，是否任何新闻推送服务提供者都可以成为利用信息网络对时事新闻进行报道的主体也是一个值得探讨的话题，例如具有互联网新闻信息服务许可的主体和不具有该等许可的主体，是否都可以主张这一项合理使用，仍有待进一步的立法和司法实践予以澄清。

### (3) 时事性文章

有关“时事性文章”的界定，是适用《著作权法》和《信息网络传播权保护条例》的合理使用条款时都不可避免的问题。根据《中华人民共和国著作权法实施条例》第五条第（一）项规定：“时事新闻是指通过报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体报道的单纯事实消息。”但是，现行法律仅就“时事新闻”做出了界定，而并未进一步界定“时事性文章”。以下两个司法判决是比较有代表性的对“时事性文章”的司法实践解读。

安徽省高级人民法院在“北京三面向公司诉安徽省合肥邦略公司侵犯著作权案（[2007]皖民三终字第0029号）”时认为：

《现代汉语词典》（商务印书馆第5版）对“时事”的解释是“最近期间的国内外大事”，可见，“时事”具备两个显著特征，即时效性和重大性。首先，从内容上来说，“时事性文章”也应具备上述两特征，缺一不可。阅《国产手机乱象》一文，作者从国产手机厂家面临的严峻形势起笔，主要评论了他们各自寻求出路营销策略。关于严峻形势的内容约为文章篇幅的四分之一左右，而营销策略部分则占到四分之三左右。其次，从表达方式上来说，“时事性文章”主要体现为在进行时事报道的同时夹叙夹议地对“时事”进行描述、评论，其语言较为严谨、理性、客观。观《国产手机乱象》一

文，作者文笔飘逸，使用了大量的修辞手法，融入了许多主观色彩。第三，从立法动因上来说，我国著作权法、《信息网络传播权保护条例》中关于政治、经济、宗教问题的“时事性文章”的相关规定，属于著作权合理使用制度范畴，体现了平衡精神，实质上将各种冲突因素置于相互协调的和谐状态之中，包括著作权人权利义务的平衡，创作者、传播者、使用者三者之间关系的平衡，公共利益与个人利益的平衡。

因此，对“时事性文章”的解释既不能失之于宽，也不能失之于严。原审判决将“时事性文章”界定为“当前受到公众关注的涉及政治、经济或宗教问题的文章”显然失之于宽，其过于关注时效性，而忽略了重大性，不利于对著作权人的保护。北京三面向公司将“时事性文章”理解为“党政机关为某一特定事件而发表的文章，类似于官方文件”显然失之于严，其过于关注主体特定性和重大性，而忽略了时效性，不利于公众信息权的保障。可见，上述两种解释均不足取。由于“国产手机乱象”并不能归结为“国内外大事”，缺乏重大性特征，《国产手机乱象》一文虽可以认定为关于经济问题的文章，但不能当然地认定为经济问题的“时事性文章”。

湖北省高级人民法院在审理经济观察报社与武汉中财信息产业有限公司著作权纠纷上诉案（(2010)鄂民三终字第73号），认为：

“时事”具备两个显著特征，即时效性和重大性。“单纯”应当是指事件的“单一”，并非指文字的简短或简单，针对《人民币汇改》一文，该文是介绍“关于财政部全球经济与汇率政策报告及中美战略经济对话的听证会”的相关内容，其内容或者是直接引用参会者的发言，或者是转述参会者的发言，是一篇针对人民币汇率问题单纯事件的新闻报道，具有时效性、重大性的特征，应当属于时事新闻。经济观察报社既没有举证证明程明霞参加了上述听证会，也没有证据证明程明霞系通过翻译相关国外媒体报道而创作该文，应承担举证不能的法律后果。“时事性文章”是指当前受到公众关注的涉及政治、经济或宗教问题的文章，当然也应当具有时

效性和重大性。《国资法》一文是介绍在参加昆明召开的“国有资产立法问题研讨会”上参会者发表和形成的意见与分歧，是一种宣传性文章，从文章内容来看，仅体现了作者一定的归纳和总结，没有作者个人任何观点在其中，更谈不上作者的分析。而该文也是对当前涉及国家立法政策问题的一种宣传报道，同样具有时效性、重大性，属于时事性文章。

从上述两个案例的法院分析来看，时事性文章的标准可能包括时效性、重大性、单纯性三个层面。时效性注重“当前”，重大性注重“影响力”，而单纯性注重“表达方式”。时效性和重大性的标准相对较为客观，在单纯性的把握上，如在事实描述之外，作者在文章中还进行了大量的主观分析，抑或在事实描述上，体现了作者极为独特的写作手法和特性，此类文章可能会被法院认定为非时事性文章，从而不能适用合理使用条款对其免费转载。

尽管有以上案例，笔者对于重大性和单纯性这两个标准仍存有一定的疑问：

对于重大性，《现代汉语词典》（商务印书馆第5版）的解释是否即可作为时事不含小事的依据值得商榷，反而是合理使用条款中限定政治、经济、宗教主题一定程度上体现了立法关注重大性特征的取向；此外判断重大与非重大是否是平衡创作者和使用者、传播者利益的合理标准，是否符合立法取向也是值得商榷的。笔者倾向于认为作为平衡不同社会主体利益的标准，公众性、值得传播的属性可能在未来的立法和司法实践中更应当予以关注。

对于单纯性，由于时事新闻和时事性文章显然还是两个不同的法律概念，时事新闻所强调的单纯性特征是否在时事性文章的解释时应当被沿用或者恰恰应当被弱化考虑是笔者的主要疑问。

综上所述，新闻推送过程中，对他人作品的利用存在一定的合理使用空间，但该空间范围较之于报纸、期刊的传统媒体，范围相对狭窄，其面临的法律风险也相对较高。

## 2、法定许可

《著作权法》第32条第2款规定，“作品刊登后，除著作权人声明不得转载、摘编的外，其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登，但应当按照规定向著作权人支付报酬。”报纸、期刊等传统媒体可以适用该法定许可，直接转载其他报纸、期刊已经发表的作品。

2004年修正的《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》曾为网络媒体能否适用上述法定许可开了一道口子，其第三条规定，“已在报刊上刊登或者网络上传播的作品，除著作权人声明或者报刊、期刊社、网络服务提供者受著作权人委托声明不得转载、摘编的以外，在网络进行转载、摘编并按有关规定支付报酬、注明出处的，不构成侵权。但转载、摘编作品超过有关报刊转载作品范围的，应当认定为侵权。”但是，这一司法解释很快引发传统媒体的不满和恐慌，认为法院对网络转载法定许可的肯定无疑对网络服务提供者过分“袒护”，传统媒体的生存空间将受到威胁。正是在传统媒体的压力下，上述司法解释在2006年被再一次修订，删除了第三条，为网络媒体所打开的法定许可口子就此关闭。网络转载法定许可因此被打上了封印，至今未能开启。

对于新闻推送服务提供者而言，因缺乏网络转载的法定许可，新闻转载行为将受到极大程度地制约，除前文所述的合理使用的情形外，对其他作品的使用、汇编、改编抑或信息网络传播均需得到权利人或其代理人的授权，否则将面临侵权诉讼的风险。

## 四、《著作权法》第三次修改草案中与新闻推送相关的新动态

2011年开始，国家版权局启动《著作权法》修改工作，并已于2012年3月和2012年7月进行两次公开意见征集，在最新公布的修改草案中，对于合理使用条款进行了较大程度的改动，其中与新闻有关的三个合理使用条款均

将适用主体扩大至网络媒体，具体修改为：“……（三）为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台、信息网络等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；（四）报纸、期刊、广播电台、电视台、信息网络等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台、信息网络等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不得使用的除外；（五）报纸、期刊、广播电台、电视台、信息网络等媒体刊登或者播放公众集会上发表的讲话，但作者声明不得使用的除外；……”对于新闻推送服务提供者而言，上述改动使得可供合理使用的作品不再局限于已在网络中发表的作品，将大大增加其适用合理使用的空间。

但在法定许可上，却并未像合理使用一样，对网络媒体开放，报刊的法定许可仍然局限于传统报纸、期刊，而排斥网络媒体。

目前，《著作权法》修改仍未尘埃落定，最终修改结果仍需拭目以待。

## 五、结语

新闻推送服务是信息爆炸时代的必然产物，它的存在无疑可以帮助在信息海洋中已经迷失的网络用户。法律规定往往受制于立法时的技术水平而无法适应新技术和商业模式的推陈出新，一味迁就落后于技术发展和商业模式更新的制度，将不可避免地阻碍社会的进步。新闻推送服务在现行著作权法的框架下，可谓绑手绑脚，其转载行为受到严格的限制，稍有不慎，就将面临巨大的法律风险，长久而言，对于新闻传播和文化遗产都将无益。在该问题上如何平衡，还需要立法者的高瞻远瞩。



左玉茹律师

2007年毕业于北京大学，获生物科学学士学位；2010年毕业于北京大学，获知识产权法学硕士学位。

2010年到2013年，就职于工业和信息化部电子知识产权中心，从事知识产权相关的项目研究工作和《电子知识产权》杂志编辑工作。

2013年至今，就职于君合律师事务所争议解决组。

主要研究领域为知识产权，曾从事多个部级项目的研究工作，发表多篇知识产权类学术文章。具有专利代理人资格。



令狐铭律师于2001年毕业于北京大学法学院，获得法学学士学位，同年获得中国经济研究中心经济学双学士学位。令狐铭律师于2011年毕业于北京大学和比利时Vlerick商学院的BiMBA项目，获得MBA学位。

令狐铭律师于2001年加入君合律师事务所，现为公司并购组以及基础设施组顾问，传媒娱乐业务合作组组长。其业务专长主要集中在外商投资和并购，人民币基金募集和投资，能源、三网和文化产业等。

令狐铭律师曾在多个大型外商投资项目中作为主管律师，积累了丰富的项目结构设计、文本起草和谈判经验。从2003年中比基金筹备组项目开始，令狐铭律师参与了多支人民币基金的募集设立及日常投资管理、投资项目法律服务。令狐铭律师提供法律服务的项目中涵盖互联网、基础电信、数字电视等三网相关的多个领域。

令狐铭律师现为中华全国律师协会会员。

令狐铭律师的工作语言为英文和中文。

# 互联网电视与IPTV的政策法律研究

黄荣楠 苏旭静

## 传媒娱乐业务合作组简介

君合是中国最早锐意开发传媒、娱乐领域法律业务的律师事务所之一。通过诸多传媒、娱乐领域的知名项目的经验积累，君合已形成了全面、专业的法律服务力量，并始终保持着行业中的领先地位。君合传媒娱乐业务合作组定位于广义的传媒娱乐领域，包括文化产业（影视制作业、出版业、发行业、印刷复制业、广告业、演艺业、游戏主题公园业、文化会展业、动漫业、文创艺术品业）、体育产业（体育赛事、体育经纪等）、电信传媒产业（三网运营、电子商务），通过整合君合在传媒娱乐领域的智力、知识和社会资源提供全方位的法律服务。

## 一、概述：

### （一）互联网电视定义、运营

#### 1、定义

从目前国内广义的定义上理解，互联网电视是指一种利用宽带有线网、集互联网、多媒体、通讯等多种技术于一体，基于智能操作系统，基于公共互联网向家用电视机传送包含视频、声音、文本、图形和数据等，提

供交互性和可靠性的多媒体业务。用户只需插上网线，即可在电视上实现在线观看网络上的电视、电视剧及娱乐节目，实现在线学习、游戏等，并可像电脑一样实现对信息的传输、接收等功能。从本质上说，互联网电视是一种面向电视机终端的互联网视频业务。

而根据国内的实际情况，互联网电视应当是指以公共互联网为传输介质，以电视为输出终端，并由经国家广电行政部门批准的集成播控平台向全国范围内的用户提供视音频等多媒体内容及其他相关增值业务的服务。

根据广电总局多个文件的规定，其则将互联网电视界定为：

- （1）以电视机为接受终端；
- （2）利用专业的内容分发和播出控制平台进行内容和管理信息的分发和管理；
- （3）以公众互联网资源作为传输介质；
- （4）能够为电视观众提供VOD点播及丰富的互动应用等功能。

现行互联网电视主要有以下特点：

- （1）点播为主，直播为辅（目前直播暂不提供）；
- （2）公众互联网承载，无需入网申请；
- （3）播放前有缓冲，体验稍弱；
- （4）覆盖绝大多数公网网络能力环境，同时保证标清质量；

(5) 销售渠道成熟，覆盖消费电子与家电卖场，用户发展速度快。

## 2、运营模式

目前，在国内开展互联网电视业务主要有两种模式：

(1) 互联网电视一体机。这也就是通常所说的互联网电视机，这种电视机包含原始电视机模块和互联网集成模块。前者与传统电视机作用相同，在不启用互联网电视功能时可用于收看有线电视直播节目。而后者用以实现互联网连接与访问功能，用户可以通过集成网络功能的电视机和互联网，对内容服务提供商所提供的节目内容进行访问。该类型的访问，在国外可以进行网络浏览，但在国内因广电总局的监管，目前只能对集成平台进行访问，网络浏览受到较大限制。

采用前述模式开展互联网电视业务通常是电视机生产厂商，目前国内主要有TCL、长虹、海尔、创维、海信等生产互联网电视一体机。

(2) 互联网电视机顶盒+传统电视机。该模式使用户无需购买互联网电视机的前提下，利用家庭中已有传统的电视机，以较小的代价购买互联网电视机顶盒即可实现互联网电视功能。

目前国内正规的互联网电视机顶盒主要有小米盒子、乐视盒子等为代表，也存在着非正规渠道流入国内的Apple TV盒子等。同时，因为互联网电视机顶盒较低的售价及技术门槛，在国内也涌现了各类山寨机等黑盒子。

## (二) IPTV定义、运营

### 1、定义

IPTV是一种利用宽带有线电视网，集互联网、多媒体、通信等多种技术于一体，向家庭用户提供包括数字电视在内的多种交互式服务的崭新技术。从目前看，国内IPTV可定义为通过专用IP网络，提供包括电视节目以及基于电视节目的其他增值服务（如直播电视、时移视

频、点播视频）在内的内容丰富的视听类宽带IP多媒体信息业务。<sup>1</sup>IPTV区别于传统电视的最大特点就是它极具拓展空间的交互功能，用户可以通过三种终端使用IPTV业务：计算机；IPTV机顶盒+电视机；手机（需手机本身和运营商提供相应功能及服务）。

相较于普通的电视节目，IPTV的主要特点在于它的交互性和实时性，其主要特点表现在：

(1) 使用专用IP网络；

(2) 用户可自由选择IP网络上提供的视频节目；

(3) 可提供IP电话、电子邮件、在线信息咨询、娱乐、教育及商务等实质性互动功能；

(4) 需经运营商受理安装入网，并承担月租费用。

IPTV 现有业务主要分两部分：一是视频类业务，主要提供传统的电视节目播放业务，并在此基础上增加了点播、回看和时移的功能；另外一类是应用业务，提供信息查询、高速上网、互动游戏、卡拉 OK 等信息和娱乐类服务，这两种业务类型有着不同的版权保护模式。

### 2、运营模式

中国的 IPTV 业务开展主要由广电和电信两方共同运营，其中电信主要负责网络提供、以及相关设施的提供和建设；而广电则负责内容控制。目前国内 IPTV 业务有以下发展模式：一种以哈尔滨为代表，由哈尔滨网通负责网络运营，与拥有 IPTV 运营牌照的上海文广集团百视通公司合作，它们共同开拓市场、收入分成；另一种模式是杭州的IPTV业务，从内容集成、应用集成、网络传送均由华数传媒一家公司运营，华数传媒是杭州网通和杭州数字电视有限公司合作成立的数字化运作企业，本质上也是电信和广电的联合。

目前实现IPTV业务主要通过“机顶盒+电视机”模式。电视面通过机顶盒接入IPTV播放界面。该界面接入IPTV集成播控平台，通过该平台实现对内容和用户的管理，并接入内容服务平台。播控平台分为中央集成播控平台和地方集成播控分平台两级，内容服务平台也相应

1 万晓榆、张洪、欧阳春、张溢华编著：《IPTV技术与运营》，科学出版社2010年9月版，第1页。

的分为全国性和省级内容服务平台，而互联网电视和手机电视的播控平台则是一级架构。

### （三）两者融合的趋势分析

互联网电视、IPTV等概念，它的本质都是互动，虽然存在着诸多不同，但也只是技术演进所表现的不同阶段而已。因其本质是互动的两者也存在着技术融合的可能性。

电信运营商与互联网电视集成商的合作可能将成为互联网电视下一步的发展方向，如CNTV在2012年就在山东、河北等地与当地的有线电视网络展开合作，将CNTV的互联网电视数年通过当地IPTV机顶盒传送，作为IPTV的一个点播包存在。从而实现了互联网电视与IPTV的融合。而对于互联网电视而言，直播与点播之间的自由切换对于维护用户体验、维系用户关系也显得至关重要，因此互联网电视寻求与IPTV的合作有自身需求。但如互联网电视和IPTV的融合进一步加深，必将使视频网站面临的版权侵权风险增加。视频网站需审视已获得授权作品的授权范围能否能将作品扩展应用至IPTV，而更为基础的是视频网站应首先关注能否参与到互联网电视机屏幕的争夺中。

两者除在内容服务方面的融合之外，机顶盒在技术上有着融合的趋势，如中国联通与中央人民广播电台、华为、爱奇艺达成合作，拟采用“IPTV+OTT”的双模架构开展互联网电视业务。

## 二、互联网电视和IPTV政策法规对比

### （一）互联网电视政策法规

2010年广电总局发布《互联网电视内容服务管理规范》、《互联网电视集成业务管理规范》两文，明确提出只有持有“互联网电视集成业务”牌照和“互联网电视内容服务”牌照的机构才能进行互联网电视相关业务的开展。

广电总局要求提供互联网电视内容服务的机构与持有集成业务牌照的机构进行绑定，“内容服务商提供节目资源，而集成服务提供商则建立平台，负责向互联网电视输出节目。”项规定，使得互联网电视必须连接经过广电总局所批准的平台商。由此奠定了互联网电视发展的基本框架。

广电总局对于互联网电视终端设备也提出明确的监管要求，在广电总局〔2011〕181号文发布的《持有互联网电视牌照机构运营管理要求》的通知要求，集成机构选定拟合作的终端产品的类型、厂家、型号后，需向广电总局提交客户端号码申请，广电总局将按照统一分配、批量授权、一机一号等现行的互联网电视客户端编号规则，针对合格型号的终端产品授权发放相应的号段，允许在号段范围内生产终端产品。经授权的集成机构，负责按照唯一原则确定每一台互联网电视客户端的编号。因此获得编号的互联网电视机顶盒成为市场上的正规军，而未获得编号的盒子面临着政策风险。

### （二）IPTV政策

广电总局2010年7月12日第344号文发布《关于三网融合试点地区IPTV集成控制平台建设有关问题的通知》，该规定中明确IPTV集成播控平台的节目源由各IPTV内容服务平台提供。IPTV集成播控平台播出的节目信号经由电信企业架构的虚拟专网，传播到由IPTV集成播控平台管近控的用户机顶盒。该通知同时明确，IPTV集成播控平台实行两级构架，IPTV集成播控总平台牌照由中央电视台申请，分平台牌照由地方电视台申请。总平台与分平台采用统一的软件管理系统。IPTV内容服务平台对应于IPTV集成播控平台，分为全国性IPTV内容平台和地区性IPTV内容平台，分别接入与之对应的播控平台。

2012年7月，广电总局下发43号文《关于IPTV集成播控平台建设有关问题的通知》，规定IPTV集成播控总平台牌照由中央电视台持有，分平台牌照由省级电视台申请。全国性IPTV内容服务平台牌照由中央级广播电视播出机构和拥有全国性节目资源的省级广播电视播出机

构申请，省级IPTV内容服务平台牌照由拥有本省节目资源的广播电视播出机构申请。

目前经国务院办公厅发文批复的IPTV试点城市共有54个。

### （三）两者在政策法规上的主要异同分析

#### 1、政策规定的异同

IPTV和互联网电视因均涉及通过信息网络向用户传播视听节目，因此内容服务商都需按2004年7月6日国家广播电影电视总局令（第39号）发布《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》取得《信息网络传播视听节目许可证》，且需取得“以电视机为接收终端的视听节目集成运营服务”的《信息网络传播视听节目许可证》。目前两者的业务均只能在“三网融合”试点的54个城市内开展，超范围运营均存在政策风险。

广电总局对IPTV和互联网电视采取了较为类似的监管模式，即均分集成运营和内容服务两类监管内容。但IPTV协议本身是省域概念，因此其实行二级播控。在集成运营中，IPTV分成总播控平台和分播控平台两台管理，两类平台使用统一的软件，总平台仅中央电视台一家，各分播控平台由地方电视台申办且仅能在本地提供服务；而在互联网电视中，集成业务平台为一级监管，各集成平台的业务地域范围并不受限制，目前全国共发放7张集成业务牌照。在内容服务中，IPTV内容服务平台对应于集成播控平台，也分为全国性和地区性内容平台，地区性内容平台不得跨区提供内容；而互联网电视的内容服务牌照并不存在两级监管，且其所获牌照可以全国范围内开展业务，目前共有9家单位获得互联网电视内容服务牌照。

在内容接入管理模式上，IPTV和互联网电视监管模式较为相近。两者均严格强调内容的可管可控，以保护权利人的著作权。在IPTV中，电信运营商需从IPTV播控平台引入内容，而播控平台仅可引入总平台内容以及所

在地区的平台内容。在互联网电视中，每台互联网电视终端必须植入一个具有集成牌照商的平台，且集成平台只能唯一对接一个内容服务商。

#### 2、法律规定之异同

从政策规定上看，广电总局对于IPTV和互联网电视有着较为清晰的监管目标，以承载网络的不同严格划分IPTV和互联网电视的界限。IPTV以IP专网或城域为承载网络，而互联网电视以公众互联网为承载网络。虽然两者所用网络不同，但均为法律所界定的信息网络，因此内容服务商如以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品，均需获得权利人信息网络传播权之授权。

从目前法律规定看，并没有直接就IPTV和互联网电视作为与之对应的细化规定，因此规制两者的行为仍以著作权法、信息网络传播权保护条例等相关法律司法解释为准。但依据两者在传播过程中的不同行为，可能侵害了权利人在著作权项下的不同权利，如信息网络传播权、广播权等。

### 三、侵权案例分析

#### （一）互联网电视主要纠纷案件的类型及判决结果

##### 1、未获得信息网络传播权之授权

在原告中影寰亚音像制品有限公司诉被告上海众源网络有限公司（以下简称“众源公司”）、TCL集团股份有限公司（以下简称“TCL集团”）、深圳市TCL高新技术开发有限公司（以下简称“深圳TCL公司”）、惠州TCL电器销售有限公司（以下简称“惠州TCL公司”）侵害作品信息网络传播权纠纷一案中<sup>2</sup>，被告众源公司、深圳TCL公司未获原告授权，以合作方式通过被告TCL集团生产经营的TCLmitv互联网电视平台向社会公众传播涉案电影。法院认为，根据深圳TCL公司与众源公司签订的《合作协议》，众源公司授权其视频音频内

2 参见(2011)徐民三(知)初字第67号民事判决书。

容在深圳TCL公司各平台上运营，向用户提供终端播放的在线视频点播及直播服务，且众源公司在本案中承认涉案电影确系其提供。故认定众源公司、TCL集团和深圳TCL公司共同通过信息网络向公众提供了涉案电影，使公众可以通过涉案电视机观看涉案电影，该行为未经许可，侵害了原告对涉案电影享有的信息网络传播权。但由于涉案电视机上不存在涉案电影，电视机本身不是侵权产品，故被告惠州TCL公司销售电视机的行为并未侵害原告的权利，不构成侵权。鉴于在另案中就同一侵权电影众源公司已向原告赔偿了经济损失13,000元，法院最终判决被告上海众源网络有限公司、TCL集团股份有限公司和深圳市TCL高新技术开发有限公司共同赔偿原告合理费用共计人民币5,000元。

类似案例还有乐视网信息技术（北京）股份有限公司诉精伦电子股份有限公司等侵犯著作财产权纠纷案。<sup>3</sup>

## 2、未获得以电视为终端的信息网络传播权之授权

在水木动画股份有限公司诉北京华夏安业科技有限公司、索尼（中国）有限公司侵害作品信息网络传播权案中，被告华夏公司在未取得原告授权的情况下，将涉案动画片置于向公众开放的网络服务器中，通过索尼公司制造的互联网电视一体机向相关公众提供涉案动画片的在线播放服务，侵犯了原告水木公司的信息网络传播权；索尼公司系涉案电视机的生产者，无法审查电视机登录互联网之后所链接的内容是否侵权，且不能对视频提供商提供的内容进行改变，故索尼公司生产电视机的行为主观上无过错，不构成侵权。法院因此判令被告华夏公司立即停止涉案侵权行为并赔偿原告水木公司经济损失及维权费用共计2.5万余元。

此案中，华夏公司曾获得IPTV牌照，其辩称对涉案动画片已取得合法授权因此不构成侵权。2010年，原告水木公司将涉案动画片授权给磐海鸿星公司，但该公司因为不具备IPTV资质故与华夏公司签订了合作协议，华夏公司据此认为取得了涉案动画片的信息网络传播权，

不构成侵权。但法院经审查认为根据水木动画向磐海鸿星公司出具的授权书，其授权仅限磐海鸿星公司的网络电视频道使用，并未授权其以电视为接收终端的信息网络传播权，因此磐海鸿星公司无权转授华夏公司在其内容服务平台上使用。

## 3、超范围使用作品侵权

在原告乐视网信息技术（北京）股份有限公司（以下简称“乐视网信息公司”）与被告北京京东世纪信息技术有限公司（以下简称“京东公司”）、万利达集团有限公司（以下简称“万利达公司”）侵犯作品信息网络传播权纠纷一案中<sup>4</sup>，万利达公司生产的万利达MBD-906DVD播放机（高清版）（以下简称“涉案播放机”）支持网络在线点播功能，涉案播放机链接互联网后可以在相关栏目内观看涉案影视作品。法院认为，万利达公司是提供具有定向链接服务功能的设备商，并未直接提供涉案影视作品，因此要求其承担提供内容的直接侵权责任没有任何依据。百视通公司虽然依据与乐视网信息公司的《节目授权播出协议》获得了涉案电影2010年9月11日至2011年9月13日期间通过其自己运营的IPTV平台进行播放的权利，但是该协议同时对授权范围进行了限定，即并不包括数字电视、互联网机顶盒和互联网电视机。而从百视通公司与万利达公司签署的《合作协议》可以看出双方属于互联网电视机顶盒的合作方式，这种合作方式进行涉案电影的播放明显超出了乐视网信息公司就涉案电影针对百视通公司的授权范围。因此，百视通公司的涉案行为构成了对乐视网信息公司信息网络传播权的侵犯，应当依法承担停止侵权并赔偿损失及合理支出的责任。法院最终判决被告百视通网络电视技术发展有限责任公司赔偿原告经济损失一万元并赔偿合理支出三千三百元。

本案中，百视通虽然获得了涉案电影的基于IPTV的传播权，但该授权明确禁止百视通将作品用于互联网机顶盒和互联网电视机业务，因此百视通使用作品的行为

<sup>3</sup> 参见(2011)朝民初字第17348号民事判决书。

<sup>4</sup> 参见(2012)朝民初字第20177号民事判决书。

已超越了权利人的授权属侵权行为。

#### 4、与机顶盒商合作提供搜索链接服务的侵权风险

在有着“全国互联网电视侵权第一案”之称的北京优朋普乐科技有限公司诉TCL集团股份有限公司、上海众源网络有限公司、深圳市迅雷网络技术有限公司、国美电器侵害作品信息网络传播权一案中，原告享有涉案作品的独家信息网络传播权，TCL公司在其产品“MiTV互联网电视机”中增加了互联网搜索功能的模块，用户在接入互联网后即可通过搜索下载观看由“迅雷”软件提供的影视作品，或在线观看由“PPStream”软件提供的影视作品。法院认为TCL集团股份有限公司、上海众源网络有限公司、深圳市迅雷网络技术有限公司对相关搜索结果进行了编辑、整理，有合理理由知道所链接的作品为侵权作品，但仍帮助被链接者实施了侵犯北京优朋普乐科技有限公司享有的信息网络传播权的行为，其主观上具有过错，故应就此承担共同侵权责任。法院最终判决TCL集团股份有限公司、上海众源网络有限公司、深圳市迅雷网络技术有限公司共同赔偿8.75万元，而国美电器不承担责任。

在广电总局181号文中规定，互联网电视集成平台不能与设立在公共互联网上的网站进行相互链接，不能将公共互联网上的内容直接提供给用户。如视频网站在机顶盒中内嵌搜索引擎提供搜索链接服务，首先，已违反了政策规定存在被叫停风险；其次，如被链接对象为盗版作品则将面临侵权风险；再次，即便被链接对象合法，权利人仍可能以视频违反政策强制性规定提供非法链接服务为由要求承担侵权责任。

## （二）IPTV主要纠纷案件的类型及判决结果

### 1、通过互联网传输节目信号不侵犯广播组织权

在嘉兴华数电视通信有限公司（以下简称“嘉兴华数公司”）诉中国电信股份有限公司嘉兴分公司（以下简称“嘉兴电信公司”）侵害广播组织权纠纷一案中，

嘉兴华数公司与黑龙江电视台签订了频道资源合作协议，是黑龙江卫视频道在嘉兴市区域电视信号接收以及传输的唯一合法机构，享有独占性的广播组织权。嘉兴电信未经华数许可，通过IPTV业务为客户提供了接收黑龙江卫视频道的服务。原审法院认为，嘉兴电信公司通过互联网转播了黑龙江电视台的广播节目，但根据现行法律的规定，尚不能将嘉兴电信公司通过网络转播黑龙江电视台节目信号的行为视为《著作权法》第四十五条规定的“转播”行为，判决驳回嘉兴华数电视通信有限公司的诉讼请求。<sup>5</sup>

二审法院认为，本案争议法律问题的实质在于广播组织权项下的转播权的保护范围是否能够扩展至网络领域。首先，在立法没有明确赋予广播组织在互联网领域控制传播权利的法律现状下，如果将广播组织权扩大至互联网领域，可能会缩减著作权人的网络传播权的范围，改变著作权人与邻接权人的权利分配。其次，从国际公约的立法情况来看，均未将转播权的保护范围扩展至网络领域。再次，在互联网领域，虽然广播组织权的权利人不能对“转播”予以控制，但著作权人或著作权的被许可人、录音录像制作者或录音录像制作者权的被许可人，仍可以信息网络传播权受到侵害为由获得司法救济。因而，在法律没有明确规定的情况下，不应将转播权的保护范围扩展至网络领域。嘉兴华数公司作为广播组织权的享有者，而非黑龙江卫视节目的著作权人，不享有对该节目网络转播的控制权。嘉兴电信公司通过IPTV宽带业务将黑龙江卫视节目传送给用户观看的行为，并未侵犯嘉兴华数公司享有的广播组织权。<sup>6</sup>

在本案中，法院将IPTV的内容版权归属于网络传播权，区别于有线电视网络公司的广播组织权，广播组织不能控制互联网领域的传播，因此一般情况下两者不存在相互侵权问题，这个判决被认为具有促进IPTV的后续发展的作用。

### 2、通过无线方式整体传输包括侵权电视剧在内的电

<sup>5</sup> 参见（2011）嘉南知初字第24号民事判决书。

<sup>6</sup> 参见（2012）浙嘉知终字第7号民事判决书。

### 视频道侵犯广播权

在原告北京金视映画文化传播有限公司（以下简称“金视映画公司”）与被告上海广播电视台、上海文广互动电视有限公司（以下简称“文广互动公司”）、北京市天龙有线电视设备器材厂（以下简称“天龙有线器材厂”）侵犯著作权纠纷一案中，上海广播电视台开办、文广互动公司运营的数字付费频道“都市剧场”未经许可通过IPTV机顶盒向用户播出了电视剧《春桃的战争》，天龙有线器材厂为用户提供数字电视机顶盒并接通节目信号。涉案电视剧曾授权给百视通公司及关联企业包括文广互动公司在中国境内（除香港、台湾、澳门以外地区）数字播出平台中的非独家使用权。授权性质为信息网络传播权之非独家使用，无转授权权利，播放形式仅包括VOD点播播放或剪辑片段播放形式。

法院认为，尽管百视通公司从东阳履实合润公司获得了涉案电视剧的授权，可以通过文广互动公司的数字电视平台传播涉案电视剧，但百视通公司获得的权利仅仅是非独家的信息网络传播权，即以有线或者无线方式传播涉案作品，使用户可以自行选择时间和地点获得作品的权利。而本案情况是文广互动公司通过无线的方式，将涉案电视剧的数字信号传送至歌华有线公司在北京的接收设备中，再通过有线电视传送至用户家中，且用户只能在文广互动公司指定的时间逐集观看涉案电视剧，而不能自行选择时间观看。故文广互动公司的行为实际上是以无线的方式公开广播涉案电视剧，而不是以信息网络传播的方式传播涉案电视剧。因文广互动公司获得的涉案电视剧的权利并不涵盖其传播涉案电视剧的方式，故文广互动公司侵犯了金视映画公司对涉案电视剧享有的广播权，应当承担赔偿经济损失的法律责任。法院同时认为，上海广播电视台只是“都市剧场”的开办者，其并不实际从事该频道的经营，也不决定该频道内播放的节目内容；天龙有线器材厂只是从事了有线电视铺设业务，并不经营“都市剧场”，其无法控制节目信号内容，客观上也不可能对节目信号内容进行审查。因此法院最终判决：上海文广互动电视有限公司赔偿北京金视映画文化传播有限公司经济损失五十二万元、合

理费用三万元。

本案中，法院关注了涉案电视剧的传输方式及其播放形式。涉案电视剧并非通过点播方式向用户提供，而是上海的电视信号经无线整体传输到北京后再由相关设备接收信号并转化信号，通过机顶盒实现向用户输出指定节目及时间的频道。据此该传播行为符合著作权中关于广播权的定性，并不符合信息网络传播权之规定，故文广互动公司虽然获得了涉案电视剧的信息网络传播权，却因传播行为的非交互性而侵害了权利人的广播权。

### 3、未经授权在IPTV使用作品的侵权风险

2011年8月，CNTV在广州中院和南京中院分别对广东电信和江苏电信提起了诉讼：部分地方电信运营商IPTV业务平台未经授权，擅自提供大量央视节目视频内容。广东、江苏电信辩称其IPTV节目内容是从拥有牌照的上海文广百视通公司处购买。前述两案因CNTV和百视通在2012年共同建立了IPTV集成播控平台而和平结案，双方将把各自拥有的频道和节目资源投入到总平台并且成立合资公司。由此，IPTV业务运营商可以通过直接与合资公司合作，获得中央电视台、上海文广新闻传媒集团以及其他版权拥有者的内容资源，从而避免从不同提供商获得内容资源而面临的侵权风险。

类似案例还有浦东法院最近受理的两起原告央视国际网络有限公司诉被告中国电信股份有限公司上海分公司、百视通网络电视技术发展有限责任公司侵害信息网络传播权的案件。原告诉称，《百家讲坛》和《焦点访谈》系中央电视台自行制作的节目，中央电视台对此享有著作权。原告经中央电视台授权，获得了在全世界范围内独占享有和行使通过信息网络向公众传播、广播、提供中央电视台的包括上述节目在内的全部电视节目的权利，有权以自己的名义采取各种法律措施。上海电信在未经许可及未付报酬的情况下，以盈利为目的，在其提供的“中国电信IPTV”业务中，通过互联网向公众提供上述电视节目，侵害了原告对涉案作品的信息网络传播权；在IPTV网络电视的主界面出现了“BesTV”和“百视通”字样，故两被告系共同侵权，应承担连带

侵权责任。该起案件还在审理中。<sup>7</sup>

### （三）案件审理的主要异同分析

IPTV和互联网电视的侵权案件中，其主要的侵权行为较为类似，多数案件的侵权原因均在于内容服务提供者未获得权利人在相关领域内的授权，包括内容服务商未获得任何授权既向用户提供作品、内容服务商超范围使用作品或未授权特定接收终端的授权。但除这些基于类似的网络侵权原因之外，两者的侵权类型也存在一定区别。

#### 1、授权类型的区别

IPTV内容服务商取得授权目的较为明确，即是通过IPTV方式向用户提供作品，因此其授权模式通常明确包括以IPTV方式向用户提供作品。而对于互联网企业参与到互联网电视而言，通常是基于互联网企业已有授权再参与到互联网电视业务中。而互联网企业所获得的视频授权除独家权利外，多数情况下已被权利人将权利限定在以PC为接收终端的信息网络传播权而排除以电视为接收终端或IPTV方式传播作品的权利。因此导致互联网企业参与互联网电视业务中相较IPTV内容服务商面临更多越权使用作品的风险。

#### 2、侵犯权利类型不同

在互联网电视中，内容服务商一般仅提供视频内容的点播，因此可能侵害的著作权专有权利为信息网络传播权。而对IPTV内容服务商而言，其申办主体通常为各电视台，其在提供视频点播外还可以将其开办的电视频道对外播放，此时如使用未经授权的作品就可能涉及侵害权利人所享有的广播权。但此情况可能在著作权法修改之后被统一归入信息网络传播权。

#### 3、行业政策风险

在IPTV中，用户入网需进行申请并由电信运营商上门安装方可使用IPTV服务，因而设备供应相对可供。故一般而言IPTV机顶盒不会另外加装监管措施所不允许的

公众互联网接入功能。而对于互联网电视而言，用户使用并不需要申请，其仅需购买一台互联网电视机顶盒就可自行实现接入互联网电视的目的。在目前的互联网电视机顶盒中，除了正规经广电总局批复生产的盒子外，充斥着大量黑盒子，如互联网企业与未经批复的盒子生产商、或电视机生产商开展合作，提供公众互联网接入功能则面临着较大的侵权风险。

## 四、对策及建议：

### （一）互联网电视参与商

#### 1、互联网企业

互联网企业通过与内容服务牌照商合作，接入嵌套集成牌照商平台的机顶盒，这是目前视频网站开展互联网电视业务的唯一合法途径。但对于互联网企业而言无论以何种方式参与到互联网电视业务中来，都需注重著作权保护，这也是互联网企业在互联网电视业务中的生存之道。

(1) 互联网企业应加强对作品授权之管理，针对互联网电视的特性应当获得以电视为接收终端的信息网络传播权之授权。在购买版权时，要特别注意版权的适用领域，以避免由于授权不清而造成的纠纷，在前述嘉兴华数诉嘉兴电信公司侵害广播组织权纠纷一案中，正是因为没有在合同中明确使用范围等细节，使得嘉兴华数在诉讼中处于不利的地位。

(2) 对于已投入互联网电视业务的作品，应着重审核这些作品是否已获得以电视为接收终端的信息网络传播权，以免陷于侵权诉讼之中。

(3) 互联网企业应注意互联网电视的政策导向下的法律风险，如不得在“三网融合”试点城市之外跨区域投放机顶盒。

(4) 互联网企业应避免与未接入集成业务平台的机顶盒生产商展开内容合作，以非法手段解除集成业务平

7 上海法院网：<http://www.hshfy.sh.cn/shfy/gweb/xxnr.jsp?pa=aaWQ9MjU3MTg1JnhoPTEPdcssz>

台监管或不接入集成业务平台提供互联网电视业务均违反目前的监管政策，通过此类机顶盒提供内容服务存在着侵权风险。

(5) 互联网电视集成平台不能与设立在公共互联网上的网站进行相互链接，不能将公共互联网上的内容直接提供给用户。如视频网站在机顶盒中内嵌搜索引擎提供搜索链接服务，首先已违反了政策规定存在被叫停风险；其次，如被链接对象为盗版作品则将面临侵权风险；再次，即便被链接对象合法，权利人仍可能以视频违反政策强制性规定提供非法链接服务为由要求承担侵权责任。

## 2、电视机生产商

通过前述水木公司诉索尼公司等侵权案、中影寰亚音像制品有限公司诉TCL集团等侵权案可知，如电视机生产商仅提供设备而未提供内容服务则并不承担直接的侵权责任。前述案件均发生广电总局要求集成业务商必然接入内容服务商的内容平台之前，当时如TCL等国有电视机生产商均建有自有内容服务平台，因此如其平台中的作品未获授权则构成侵权。但在目前政策要求下，电视机生产商必须接入集成业务平台以及已获得牌照的内容服务平台，在此情况下电视生产商直接侵权的可能性较小，但仍应注意是否有可能与内容服务商成立共同的侵权责任。

(1) 电视机生产商应注意在生产销售环节的注重事项。电视机生产商所生产的互联网电视机应当集成业务平台，向用户提供接入互联网电视的功能。但电视机生产商应在生产销售环节注重仅宣传功能，而不涉及具体的内容服务，因电视机生产商并不直接提供内容也无法明确集成业务平台所接入的内容服务是否侵权，故互联网电视机有可能提供侵权作品的播放，因此电视机生产商应强调电视机的实质性非侵权用途，而避免在宣传阶段引入过多内容介绍吸引用户。

(2) 电视机生产商对作品传播的过错认定。电视机生产商通常与集成业务平台商合作，在电视机内置集成平台。但电视机生产商应当注意在协议中应注重避免对集成业务平台的内容负有审查义务。

## 3、互联网电视机顶盒生产商

对于盒子生产商而言参与到互联网电视业务中，应当按广电总局的监管要求与集成业务平台进行合作，并获得经广电总局批复核准生产的产品编号，这样盒子生产商才能最大限度的规避侵权风险。但对于避开监管政策，自行建立内容平台、破解集成业务平台扩展其接入内容或直接提供公共互联网接入功能的盒子，则面临着监管叫停的要求，也无法避免权利人的维权诉讼。

## 4、电信企业

通过前述CNTV诉江苏电信及广东电信一案可知，虽然广东电信的IPTV节目内容是从拥有牌照的上海文广百视通公司处购买，但百视通公司的授权行为应当征得版权人的同意并且及时按照约定支付相关费用。对于之后类似的节目内容提供商和运营商而言，签订授权文件时应当追溯到原始权利人并附上每一级授权单位的证书，保持授权链的统一，一方面要尽到基本的审查义务，另一方面也为维护自身权益做好准备。

另外，除了传统的音视频业务，IPTV的重要业务增长点就在于其能够提供信息搜索、游戏、卡拉OK等增值业务。2012年，上海电信与彩虹音乐频道及“数字电视音乐版权保护联盟”就数字电视音乐版权保护签署了合作协议，国内首家正版数字电视音乐点播平台—彩虹音乐频道在上海IPTV平台开播，这一方面是中国大陆数字电视音乐版权保护的开始，另一方面IPTV也将获得更多高质量的节目内容从而吸引更多的用户群体。

IPTV的其他增值业务，可以同样借鉴类似的方式，与搜索、新闻、房产、餐饮、股票等更多领域的内容提供商签订合作协议，由业务运营商通过使用次数、使用时间等灵活的收费方式向用户收费，并向相关业务的版权管理机构支付费用。

## (二) 著作权法修改对互联网电视、IPTV的影响

我国现行的著作权法已在修订之中，先后两次通过网络公开征求社会各界意见，两次通过书面形式征求有关立法、司法、行政部门和相关社团的意见。经过一年

多的反复研究和分析认证，形成了《中华人民共和国著作权法》（修订草案送审稿）。在送审稿中，与网络传播行为相关的专有权利项进行了较大的变动。

针对在以往判例中出现过将网络定时播放行为分别定性为侵害信息网络传播权、侵害广播权或侵害其他著作权项的不同判决的情形，此次修订对定时播放、网络直播及转播等非交互式行为以及交互式行为进行了重新安排。基于传播方式的不同，送审稿将非交互式传播如定时播放、网络直播、转播等行为归入播放权，信息网络传播权仍旧适用于交互式传播如点播行为。若新著作

权法据此修改，则对互联网电视和IPTV所需授权类型作了较为清晰的划分。如对于互联网企业而言，开展点播业务需取得针对不同接收终端的或基于互联网、移动通信网络的信息网络传播权，开展网络直播、转播等业务则需获得播放权之授权。对于IPTV内容服务提供商而言也是如此。因此，各企业需时刻关注著作权法之修改，并根据立法的趋势有针对性地调整已取得或即将取得的著作权授权，使之尽可能的符合著作权法修改之权利规定，如增加交互式或非交互式权利界定标准，以避免在新法实施之后出现权利界定不明导致的侵权风险。

附表一：互联网电视行业政策

序号	日期及文件名	内容及解读
1.	2004年7月6日，国家广播电影电视总局令（第39号）发布《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》，于2004年10月11日实施	该办法是互联网电视所遵循的基本监管规定，集成业务、内容服务牌照均以此办法为基础颁发。
2.	2007年12月20日，国家广播电影电视总局、中华人民共和国信息产业部（第56号令）发布《互联网视听节目服务管理规定》，于2008年1月31日实施	<p>(1) 该规定明确互联网视听节目服务，是指制作、编辑、集成并通过互联网向公众提供视音频节目，以及为他人提供上载传播视听节目服务的活动。</p> <p>(2) 从事互联网视听节目服务，应当依照本规定取得广播电影电视主管部门颁发的《信息网络传播视听节目许可证》。</p> <p>(3) 申请从事互联网视听节目服务的，应当具备法人资格，为国有独资或国有控股单位。</p>
3.	2008年6月1日，广电总局、信息产业部发布《信息网络传播视听节目许可证》申报程序	<p>(1) 在《互联网视听节目服务管理规定》（以下简称《规定》）发布之前依照国家关于互联网管理相关法规设立的网站（不含外资），无违法违规行为的，及有轻微违规行为能及时整改，在申请之日前三个月内无再犯的，可以申办许可证并继续从业；</p> <p>(2) 该程序规定使得视频网站能得以延续其提供互联网视听节目服务的资质，从而具有资格参与互联网电视业务。</p>
4.	2009年8月11日，广电总局发布《关于加强以电视机为接收终端的互联网视听节目服务管理有关问题的通知》	<p>(1) 通过互联网连接电视机或机顶盒等电子产品，向电视机终端用户提供视听节目服务，应当按照《互联网视听节目服务管理规定》、《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》有关规定，取得“以电视机为接收终端的视听节目集成运营服务”的《信息网络传播视听节目许可证》；</p> <p>(2) 开展以电视机为接收终端的互联网视听节目集成运营服务，应当建立具有节目播控、节目导视、版权保护等功能的集成播控系统，健全节目内容管理制度、安全保障制度和应急处理机制，确保所传播视听节目内容可管、可控。</p>

5.	2010年4月28日，广电总局发布《互联网电视内容服务管理规范》和《互联网电视集成业务管理规范》两文	<p>(1) 广电总局通过两文的规定，对互联网电视实行“集成服务+内容服务”的管理模式，分别颁发两类牌照即集成业务牌照和内容服务牌照；</p> <p>(2) 强调集成业务牌照和内容服务只能建立唯一的对接，不能与未经广电总局批准的互联网电视集成平台相连接，也不能采取开放式链接；</p> <p>(3) 集成业务牌照机构设计、开发的互联网电视机客户端，只能植入电视机，即采用互联网电视一体机的形式，且只能接入一个集成平台。</p>
6.	2011年7月，《关于严禁通过互联网机顶盒向电视机终端提供视听节目服务的通知》	<p>(1) 该通知明确：目前国家广电总局没有批准任何一家单位可以通过互联网机顶盒（或DVD机等）向电视机终端提供视听节目服务。对擅自从事以电视机为接收终端的互联网视听节目服务业务的网站，广电总局要求应立即整改，自行关闭互联网电视平台，并停止一切宣传、销售活动。</p> <p>(2) 该通知的发布，将互联网电视的发展形态再度圈回到电视一体机的形态，并将机顶盒加电视的形式严格的划归到了总局的监管和业务范畴之中，对互联网电视牌照运营商和视频网站合作的互联网电视机顶盒模式的发展带来极大的影响。</p>
7.	2011年12月，广电总局（广办发网字〔2011〕181号）发布《持有互联网电视牌照机构运营管理要求》的通知 （广办发网字〔2011〕181号）	<p>(1) 广电总局通过此文改变了以往通过叫停规范互联网机顶盒的方式，转而引导该产业的发展，结束了互联网电视“无法可依”的灰色状态；</p> <p>(2) 该通知规定：互联网电视集成机构所选择合作的互联网电视终端产品，只能唯一连接互联网电视集成平台，终端产品不得有其它访问互联网的通道，不得与网络运营企业的相关管理系统、数据库进行连接；</p> <p>(3) 互联网电视集成平台不能与设立在公共互联网上的网站进行相互链接，不能将公共互联网上的内容直接提供给用户；</p> <p>(4) 互联网电视集成机构与互联网电视机顶盒生产企业合作生产的机顶盒产品，应在“三网融合”试点地区有计划地投放，不得擅自扩大机顶盒产品投放的地域范围。</p>
8.	2012年11月1日，上海广播电视台收到国家广电总局《关于同意上海广播电视台增加互联网电视客户端编号的批复》	广电总局向上海广播电视台增加发放335万个互联网电视机客户端编号，同时批准百视通200万个互联网电视机顶盒客户端编号。
9.	2012年11月2日，浙江省广播电影电视局收到《广电总局关于同意浙江电视台和杭州市广播电视台增加互联网电视客户端编号的批复》	广电总局同意向浙江电视台和杭州市广播电视台增加发放841.5万个互联网电视机客户端编号，以及89万个互联网电视机顶盒客户端编号。
10.	2012年3月19日，国家广播电影电视总局在2012年中国国际广播电视信息网络博览会（CCBN）开幕前夕下发通知，要求：展览会展出的互联网电视接收终端（含机顶盒）应为拥有国家广播电视总局批准颁发序列号，与合法集成平台对接的技术与产品	<p>1、广电总局要求参展商应严格遵守以下规定：</p> <p>(1) 展会现场不得展出不符合上述要求的互联网电视接收终端（含机顶盒）相关技术产品；</p> <p>(2) 展会现场不得为不符合上述要求的互联网电视接收终端（含机顶盒）相关技术产品提供文字、图片、视音频等信息宣传；</p> <p>2、从该通知看广电总局对公开式机顶盒、非对接牌照商的机顶盒持否定态度。</p>

附表二、互联网电视与IPTV的区别

分类	IPTV	互联网电视
业务定义	在专用IP网络上向家用电视机传送包含视频、声音、文本、图形和数据等，提供QoS/QoE、安全、交互性和可靠性的可管理的多媒体业务	基于智能操作系统，通过开放、业务融合的平台；基于公共互联网向家用电视机传送包含视频、声音、文本、图形和数据等，提供交互性和可靠性的多媒体业务
承载网络	(1) 独立的、与公共互联网隔离的电信专网 (2) 网络采用全程QOS保障	(1) 采用公共互联网 (2) 网络层无QOS保障，为保障质量也有运营商采用专线传输内容
终端	电视机+IPTV机顶盒	(1) 两种形式：电视机+机顶盒 (2) 互联网电视一体机
业务形态	视频点播、直播、轮播、增值服务	视频点播、轮播、增值服务、互联网应用，与PC屏、手机屏等互动
技术规范	各运营商制定自己技术规范，例如中国电信IPTV3.0规范、中国联通家宽规范	暂时还没有企业或行业标准，如中国联通正在制定互联网电视相关标准
政策法规	<p>1、最新文件：2012年7月发布的《广电总局关于IPTV集成播控平台建设有关问题的通知》43号文件：</p> <p>(1) 播控平台分两级：总平台牌照由央视持有，分平台牌照由省级电视台申请。</p> <p>(2) 内容服务牌照分两级：全国性牌照由中央级广播电视播出机构和拥有全国性节目资源的省级广播电视播出机构申请；省级内容服务牌照由拥有本省节目资源的广播电视播出机构申请。</p> <p>(3) 传输服务牌照：由中国电信集团公司、中国联通网络通信集团有限公司向广电总局申请。</p> <p>(4) 开展IPTV的内容服务企业、播控平台和传输企业都必须首先获得广电颁发的《信息网络传播视听节目许可证》。</p> <p>(5) IPTV传输企业可向播控平台提供节目和EPG条目，经播控平台审核后纳入内容源和EPG中。</p> <p>2、2010年国办三网融合（5号文）在每个试点地区，IPTV传输业务原则上由一家电信企业经营。IPTV试点城市第一批12个，第二批42个，非指定试点城市不能开展。</p> <p>3、IPTV政策相比互联网电视更为清晰明确，但IPTV协议本身是省域概念，需对接省广电二级播控，省广电掌握主动权，运营商开展IPTV业务有一定的政策门槛。</p>	<p>(1) 最新文件：2011年12月广电总局下发《持有互联网电视牌照机构运营管理要求》181号文件。</p> <p>(2) 播控平台：广电颁发7张集成业务牌照。各平台应具有独立用户管理、计费认证体系，不得与传输网络运营商合作进行用户管理、计费认证。</p> <p>(3) 内容服务：广电总局颁发9张内容服务牌照。播控平台接入广电批准的互联网电视内容服务机构设立的内容平台，不能接公共互联网内容。</p> <p>(4) 机顶盒终端：互联网电视机顶盒产品应在三网融合试点地区（54个试点城市）有计划投放，不得擅自扩大机顶盒产品投放的地域范围。</p> <p>(5) 重要的发展计划和方案、合作协议应事先报总局。不得将牌照载明的业务擅自转授权其他机构运营或与其他机构合作运营。</p> <p>(6) 互联网电视提供视频点播和图文信息服务，暂不开放广播电视直播类服务。</p> <p>(7) 互联网电视是全国性牌照，无需落地审批。运营商只要与牌照方达成合作即开展业务。但根据文件要求，在非三网融合试点省份开展业务存在政策风险。同时受地方广电机构保护，电信运营商与本地电视台合作存在障碍。</p>

证可证 管理	应取得《信息网络传播视听节目许可证》，目前有7张：上海文广、央视国际、南方传媒、中国国际广播电台、杭州华数、江苏电视台、北京华夏安业科技。	广电总局对互联网电视将采用“集成服务+内容服务”的管理模式，分别颁发两类牌照。目前集成牌照已发7张，内容牌照已发9张。
内容 管理	全国性IPTV播控平台仅2家：CNTV、上海文广（备用平台），电信运营商需从IPTV播控平台引入内容。	每台互联网电视终端必须植入一个具有集成牌照商的平台。且集成平台只能唯一对接一个内容服务商。



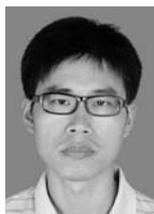
黄荣楠律师1997年毕业于复旦大学，获法学学士学位；2001年赴英国曼彻斯特大学学习，并于2002年获国际商法专业硕士学位。2009年9月至今在读华东政法大学国际法博士学位（国际商事争端解决方向）。

1997年至2010年间，黄荣楠律师在上海市傅玄杰律师事务所执业，担任合伙人、主任。具有丰富的执业经验和良好的沟通能力。黄荣楠律师于2010年6月加入君合律师事务所，现在君合上海分所执业。

黄荣楠律师长期担任多家大型传媒娱乐公司的法律顾问，对于传媒产业的法律事务具有较深入的了解和积累。曾为多部中外合资电影、知名动画电影、电视剧起草过投资、制作、发行合同，及衍生品授权、代理合同；具有丰富的大型商务活动和项目的谈判经验，曾参与了2010上海世博会、上海迪士尼等项目谈判并提供法律意见。

黄荣楠律师擅长诉讼及仲裁，对于涉外商务纠纷及娱乐传媒法律纠纷具有着充分的经验积累。曾代理过的案件包括涉外投资、知识产权、不正当竞争、合同、公司、房地产及建筑工程、劳动等领域。黄荣楠律师善于制定庭审策略，其辩论风格也获得法官及客户的肯定。

黄荣楠律师荣获2001年全国律师辩论赛冠军及最佳辩手称号，2008年上海市十佳青年律师称号，2009年上海市司法行政系统十佳青年称号。



苏旭静律师于2005年毕业于燕山大学获得法学学士学位，2009年毕业于苏州大学王健法学院获得法学硕士学位，并于2007年取得法律职业资格。在加入君合之前，苏律师曾就职于上海市杨浦区人民法院及上海市第二中级人民法院。

在法院工作期间，苏律师审理了大量著作权、商标权、专利、知识产权合同、不正当竞争、刑事等案件，积累了丰富的司法实践经验，并多次在全国法院系统学术论文比赛中获奖。

苏律师于2013年2月加入君合律师事务所上海分所，以其较丰富的诉讼实践经验为国内外客户提供以实践经验为基础的切实可行的争议解决方案。苏律师擅长协助客户明确诉讼或仲裁利益，并根据案件特点设计最佳解决方案，在争议解决业务，特别是知识产权、不正当竞争、金融、商事等侵权、争议的仲裁诉讼解决方面以及刑事方面积累了丰富的经验。

# “矩形”与“U形”之误与诉

覃宇 郑跃杰

在专利侵权纠纷案件中，专利权中的权利要求是原告主张被告的行为构成侵权的依据，只有在被控产品的技术特征落入专利权的保护范围时，其诉讼请求才可能成立。根据《专利法》及相关司法解释的规定<sup>1</sup>，发明专利权的保护范围应根据其权利要求确定，说明书、附图、专利审查档案可以用于解释权利要求，在说明书、附图、专利审查档案无法解释的情况下，还可以运用工具书、教科书等公知文献以及本领域普通技术人员的通常理解确定其含义。

如果在撰写发明专利的权利要求时，把“U形”写成了“矩形”，且在将近十年后的专利侵权诉讼中才发现，那么，这一字之差，是否改变专利权人的命运呢？还有什么补救的机会吗？

君合律师事务所最近代理的一个专利侵权案，就是这样一个一字之差的案子。

在上海市高级人民法院受理的北京西科盛世通酒店会展设备制造有限公司（以下简称“西科-盛世通公司”或“上诉人”）作为美国西科公司专利被许可人，诉广州市番禺区恒美酒店金属家具制造有限公司、上海闵行区星河湾酒店有限公司（以下统称“被上诉人”）侵害发明专利权纠纷一案二审中，君合律师事务所作为西科-盛世通公司的上诉代理人，在一审判决认定被控产品缺少涉案专利权利要求中的一项必要技术特征、被上诉人不构成侵权的情况下，确定了正确的二审策略，在二审过程中主张涉案专利的权利要求存在明显笔误，并严

1 《专利法》（2008年12月27日修正）第五十九条规定：“发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。”《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》第一条规定：“人民法院应当根据权利人主张的权利要求，依据专利法第五十九条第一款的规定确定专利权的保护范围。”第三条规定：“人民法院对于权利要求，可以运用说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案进行解释。说明书对权利要求用语有特别界定的，从其特别界定。以上述方法仍不能明确权利要求含义的，可以结合工具书、教科书等公知文献以及本领域普通技术人员的通常理解进行解释。”

密地组织、灵活运用PCT申请文件、专利说明书、附图及专利审批文档等证据，使二审法院最终正确地认定了涉案专利权利要求的真正含义，对美国西科公司专利权的保护范围做出了正确的界定，判决撤销一审判决，要求被上诉人停止侵权。君合律师事务所凭借深厚的专业功底，成功维护了客户的合法民事权益。

## 一、案件背景

美国西科公司(SICO Inc.)是全球领先的酒店和会展设备生产商，在亚洲、欧洲、日本等世界各地均设有公司，制造并销售各种可移动的折叠设备，如酒店、会议中心使用的可折叠台，并在世界范围内申请了大量专利。1995年，美国西科公司在中国申请了发明名称为“可移动的折叠台”、专利号为95196021.0的发明专利（以下简称“本专利”），同时，其就本专利进行了PCT国际申请。西科-盛世通为美国西科公司在华投资企业，在中国市场非常活跃，并由美国西科公司授权在华使用该等专利。

2011年4月，西科-盛世通公司发现广州市番禺区恒美酒店金属家具制造有限公司制造并销售、上海闵行星河湾酒店有限公司购买并使用的“可移动的折叠台”，同西科-盛世通被许可在华生产和销售的同类设备几乎完全一样，侵犯了其发明专利，于是作为专利被许可人向上海市第一中级人民法院提起了专利侵权之诉。

## 二、本专利相关权利要求及说明书的内容

本案中，西科-盛世通公司确认以权利要求3作为确定本专利权保护范围的依据。权利要求3的具体内容为：“一种具有一转动联动装置（30）的可移动的折叠台（20）包括：一台盖板（24）；一外腿（34），它安

装于台盖板，并从一其时该腿以一与该台盖板成一基本直角的夹角延伸的使用位置，转动到一其时该腿趋近台盖板低延伸的折叠位置；其特征在于，一具有诸垂直的端部（102）和一隆起的中心部（104）的第一主连杆（100）；一其第一端枢轴转动安装于该隆起的中心部而其第二端枢轴转动安装于该台盖板的基本上呈矩形的第二连杆（105）；一其第一端枢轴转动安装于垂直端部而其第二端部枢轴转动安装于该台盖板的第三连杆（106）；以及一分别枢轴转动连接于主连杆的垂直的端部和外腿的第四连杆（116）。”

就权利要求3中“基本上呈矩形的第二连杆（105）”的内容，本专利说明书有“一基本上呈U形的连杆从联动装置安装板的隆起的中心部安装到框架”、“该联动装置30还包括一大致为马蹄形的连杆108”等相关描述。

## 三、本案焦点问题

根据法院查明的事实，除了本专利权利要求3中“基本上呈矩形的第二连杆”这一技术特征以外，上诉人及被上诉人均认可被上诉人制造、销售、使用的被控产品具备了权利要求3中的其他全部的相应技术特征，同时，上诉人及被上诉人也认可被控产品中存在“基本上呈U形的第二连杆”。

因此，本案的焦点问题就在于，被控产品中的“基本上呈U形的第二连杆”等技术特征是否落入本专利权利要求3的保护范围。

## 四、一审的诉讼思路及判决

在一审中，就本案的焦点问题，西科-盛世通公司主张，在本专利说明书中“一基本上呈U形的连杆从联动装置安装板的隆起的中心部安装到框架”的描述，是对

“基本上呈矩形的第二连杆”这一权利要求的说明。权利要求3中关于第二连杆“基本上呈矩形”的表述并不是严格的几何概念，其含义包括“大致呈凹形”、“U形”、“马蹄形”等形状。因此，被控产品中的“基本上呈U形的第二连杆”等技术特征落入权利要求3的保护范围，被上诉人构成侵权。

上海市第一中级人民法院一审认为，本专利说明书及附图中没有对“基本上呈矩形的第二连杆”的含义作出进一步的说明，故“基本上呈矩形的第二连杆”的含义应当根据权利要求的记载，结合工具书、教科书等公开文献以及本领域普通技术人员的通常理解予以说明。而根据《辞海》等文献，“矩形”是平面上每个内角都是直角的四边形，对于该领域的普通技术人员而言，难以得出“基本上呈矩形”的含义能够包括“大致呈凹形”以及U形几何特征的结论。故本案一审判决认定西科公司有关相关领域技术人员将U形理解成矩形的意见缺乏充分的事实依据，对西科-盛世通公司的主张不予支持，判决驳回西科-盛世通公司的全部诉讼请求。

## 五、二审策略的确定及君合的作用

在一审被败诉判决后，西科-盛世通公司聘请了君合律师事务所参与本案的二审。君合律师事务所的覃宇律师为本案的牵头合伙人，马春生律师为主要参与律师。

君合律师在介入本案后，除了审查了本专利，还进一步查阅了本专利PCT申请文件、本专利申请公开说明书、本专利的审批文件等，发现在上述文件中，对本专利第二连杆的记载均为“基本上呈U形”（Substantially U-shaped second link），只是最后的授权文件奇怪地变成了“矩形”，因此，本专利权利要求3中“基本上呈矩形的第二连杆”这一内容有可能是笔误，其原义很可能就是“基本上呈U形的第二连杆”。同时，君合律师对

西科-盛世通公司生产的产品进行了现场勘验，同美国西科公司的专利发明人本人确认了矩形连接无法实现专利所述功能这一技术意见，并与当年代理美国西科公司申请中国专利的专利代理机构了解了当年专利申请的有关情况。最后，君合律师查阅了有关专利中笔误的人民法院判例，并对本案上诉合议庭的法官的学术背景做了研究，了解了主审法官的判案特点。

基于上述大量的调查研究，君合律师向美国西科公司和西科-盛世通公司提出大胆的建议，将上诉思路确定为主张涉案专利的权利要求3中“基本上呈矩形的第二连杆”的表述系笔误，其原义为“基本上呈U形的第二连杆”，因此，被控产品的技术特征落入本专利的保护范围，被上诉人构成侵权。

针对君合律师的建议，开始并未得到西科-盛世通公司其他律师支持，其担心这一主张过于“书生气”，笔误是专利权人自己造成的，特别是已经存在了将近十年，一审时也没有提出过。但君合律师认为上述主张具有充分的事实及法律依据，通过组织相关证据，并进行充分的说理，考虑二审法官的学术特点，很可能能够说服二审法官，采纳我们的意见；同时，如果在二审中坚持一审中已被一审法官驳回的主张，将很难得到有利的判决结果。因此，在与西科-盛世通公司讨论确定二审庭审思路的过程中，君合律师力排众议，坚持上述主张。最终，经与美国西科公司和西科-盛世通公司的充分沟通，客户同意在二审中按君合律师的意见主张权利。

## 六、西科公司在二审中的主要意见及证据

在二审中，针对本案的焦点问题，上诉人主张，本专利权利要求3中的“基本上呈矩形的第二连杆”系明显笔误，其唯一正确的解释应为“基本上呈U形的第二连杆”。在正确解释本专利权利要求3的保护范围的基础

上，被控产品落入本专利保护范围，被上诉人构成侵权。

君合律师向二审法院提交了本专利的PCT申请文件、申请公开说明书、本专利在国家知识产权局的审批文件、本专利授权文本、本专利发明人关于本专利的声明、本专利产品的图片等六类证据，并主要从三个角度论证了本专利权利要求3中的“基本上呈矩形的第二连杆”系笔误，其正确的解释应为“基本上呈U形的第二连杆”。

1、通过本专利原始申请文件及专利审批文档，本领域技术人员可以毫无疑义地确定，权利要求3中的第二连杆应“基本上呈U形”。

在本专利的PCT申请文件以及申请公开说明书的权利要求中，均明确将第二连杆记载为“基本上呈U形”（Substantially U-shaped second link），同时，在其说明书中，对第二连杆的功能和作用进行了详细说明。同时，从本专利审批文档可知，在提出专利申请之后，对于本专利授权文本中的权利要求3，申请人没有进行任何修改。

2、通过本专利说明书，本领域技术人员可以毫无疑义地确定，权利要求3中的第二连杆应“基本上呈U形”。

本专利说明书中关于第二连杆的相关描述主要包括“一基本上呈U形的连杆从联动装置安装板的隆起的中心部安装到框架”、“该联动装置30还包括一大致为马蹄形的连杆108”等。通过这些内容对权利要求3进行解释，可以很容易地确定权利要求3中的第二连杆应“基本上呈U形”。

3、本专利权利要求3中的第二连杆只有“基本上呈U形”时才能实现其功能和作用。

本专利发明所要解决的技术问题之一为防止当台子在折叠位置时意外地被打开，而如果第二连杆“基本上呈矩形”，则其不但根本不能正常工作，也不能实现说明书中记载的第二连杆的功能和作用，只有“基本上呈U形”的第二连杆，才能解决相应的技术问题。

## 七、二审的认定及判决

上海市高级人民法院基本采纳了上诉人的意见，其认为：

1、根据专利说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案等证据更正权利要求中的明显错误，是根据这些证据解释权利要求的应有之义。所属领域普通技术人员根据上述证据更正后的权利要求所确定的保护范围，才是权利要求的应有保护范围。

2、根据本专利说明书的对于第二连杆的记载，所属领域的普通技术人员不能得到或者概括出相应的第二连杆为“基本上呈矩形”，而只有得出相应的第二连杆为“基本上呈U形”。

3、本专利的PCT英文及相应中文申请公开文件的记载以及专利授权过程中审查员的审查意见和申请人的回复意见可以进一步印证上述事实。

4、权利要求的解释应当符合说明书对发明目的的描述，对权利要求的解释应当使其能够解决相应的技术问题，而权利要求3中第二连杆“基本上呈U形”才能解决相应的技术问题。

5、因此，本案中所属技术领域普通技术人员能够明确无误地确认权利要求3中“基本上呈矩形的第二连杆”是撰写错误，也能明显无疑地知道该处“基本上呈矩形的第二连杆”应为“基本上呈U形的第二连杆”。

基于上述判断，上海市高级人民法院判决撤销一审判决，确认被上诉人侵犯上诉人专利，并判决被上诉人停止侵害美国西科公司的发明专利。

## 八、本案的法律启示

1、虽然对于已经公告授权的专利权利要求书中出现笔误的情况，我国现有的法律规定不允许就专利本身对

笔误部分进行修改，但专利权人可以在专利侵权诉讼或专利无效程序中，依据专利说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案等证据，通过法院或复审委对该权利要求进行正确的解释，并通过对权利要求的解释，对专利权利保护范围进行正确界定。

2、在此类案件中，专利权人应当灵活运用专利说明书及其附图、专利审批文档等内在证据，充分地说明出现笔误的权利要求的真正含义，并解释其所要解决的技术问题，以使法院或专利复审委能对该权利要求做出正确的解释。



覃宇律师1990年、1993年分别获北京大学国际法专业法学学士、民法专业法学硕士，并于1995年获哈佛法学院法学硕士。他具有中国和美国纽约州的律师执业资格。覃律师入选《钱伯斯亚洲指南》(Chambers Asia Pacific)“能源和资源”领域以及“项目和基础设施”领域中国优秀律师、入选《法律名人录》(Who's Who Legal)(特许连锁领域)，并在2012年被北京市律师协会评选为“北京十佳留学归国律师”之一。

覃律师主要从事工程建设，能源、化工和其他大型基础设施开发和项目融资，外商投资，特许连锁，行政法和涉外争议解决方面的法律业务。他参与了大量国内和境外二十多个国家的工程、融资、投资项目和争议解决，具有丰富的涉外法律服务经验。

覃律师还积极参与政府法律顾问和社会活动，目前是北京市交通委员会的常年法律顾问、行政复议委员会非常任委员，并曾担任北京市东城区人民政府特聘法律顾问和行政复议委员会非常任委员、清华大学法学院法律硕士联合导师。



郑跃杰律师于2004年获取中国政法大学法学学士学位，并于2008年获取中国政法大学法学硕士学位(民商法专业)。在校期间，他成绩优异，并获得多项奖学金。

郑跃杰律师于2006年通过国家司法考试，获取中国法律职业资格。加入君合之前，他曾于最高人民法院进行为期一年的实习，处理了大量的再审案件。

郑跃杰律师于2008年加入君合律师事务所。加入君合后，其参与了大量内资公司、跨国公司诉讼及仲裁案件，并参与多起内资及外资企业的破产、清算工作。

郑跃杰律师的工作语言为中文和英文。



君合律师事务所与LEXISNEXIS于2013年10月17日合办“公司法相关主题研讨会”



JUNHE

## 君合律师事务所

### 君合北京总部

地址：北京市建国门北大街8号华润大厦20层  
邮编：100005  
电话：( 86-10 ) 85191300  
传真：( 86-10 ) 85191350  
电子信箱：junhebj@junhe.com

### 君合上海分所

地址：上海市南京西路1515号嘉里中心32层  
邮编：200040  
电话：( 86-21 ) 52985488  
传真：( 86-21 ) 52985492  
电子信箱：junhesh@junhe.com

### 君合海口分所

地址：海口市滨海大道南洋大厦1107室  
邮编：570105  
电话：( 86-898 ) 68512544  
传真：( 86-898 ) 68513514  
电子信箱：junhehn@junhe.com

### 君合深圳分所

地址：深圳市深南东路5047号深圳发展银行大厦20楼C室  
邮编：518001  
电话：( 86-755 ) 25870765  
传真：( 86-755 ) 25870780  
电子信箱：junhesz@junhe.com

### 君合香港分所

地址：香港中环康乐广场1号怡和大厦20楼2008室  
电话：( 852 ) 21670000  
传真：( 852 ) 21670050  
电子信箱：junhehk@junhe.com

### 君合广州分所

地址：广州市天河区珠江东路13号高德置地广场E座13楼1301室  
邮编：510623  
电话：( 86-20 ) 28059088  
传真：( 86-20 ) 28059099  
电子信箱：junhegz@junhe.com

### 君合纽约分所

地址：美国纽约市第五大道630号洛克菲勒大厦45号2320室  
邮编：10111  
电话：( 1-212 ) 7038702  
传真：( 1-212 ) 7038720  
电子信箱：junheny@junhe.com

### 君合大连分所

地址：大连市中山区人民路15号国际金融大厦16层F室  
邮编：116001  
电话：( 86-411 ) 82507578  
传真：( 86-411 ) 82507579  
电子信箱：junhedl@junhe.com

### 君合硅谷分所

地址：美国加州帕拉阿图湾岸路2275号101室  
邮编：94303  
电话：( 1-888 ) 8868168  
传真：( 1-888 ) 8082168  
电子信箱：junhesv@junhe.com