

# CULTURE & ENTERTAINMENT

## 中倫 文化娱乐

法律文集

多维合规与趋势发展

文娱品牌·商标保护战略  
明星艺人·代言责任  
真人秀模式·知识产权保护

网络视频平台·合规治理  
网红主播与MCN机构·争议分析  
网络游戏 | 电竞赛事·知识产权

影视投资·合同条款效力  
影院收购·交易模式选择  
元宇宙经济·NFT技术联动



中伦研究院出品

preface

前言

chapter 01

文娱商业模式下的知识产权布局

011 / 小议真人秀等电视节目目的模式  
许可和知识产权保护

019 / 与动画片延期上映相关的出版物  
许可协议履行风险及争议解决

027 / 文化娱乐产业品牌的商标保护路径

039 / 从知识产权诉讼视角谈网络游戏  
产业知识产权合规管理

目录



文化娱乐产业热点合规问题

赛  
事  
竞  
技

0 4 9 / 奥运会赞助的流程和法律风险把控

0 6 1 / 电竞赛事衍生品市场  
知识产权法律实务初探

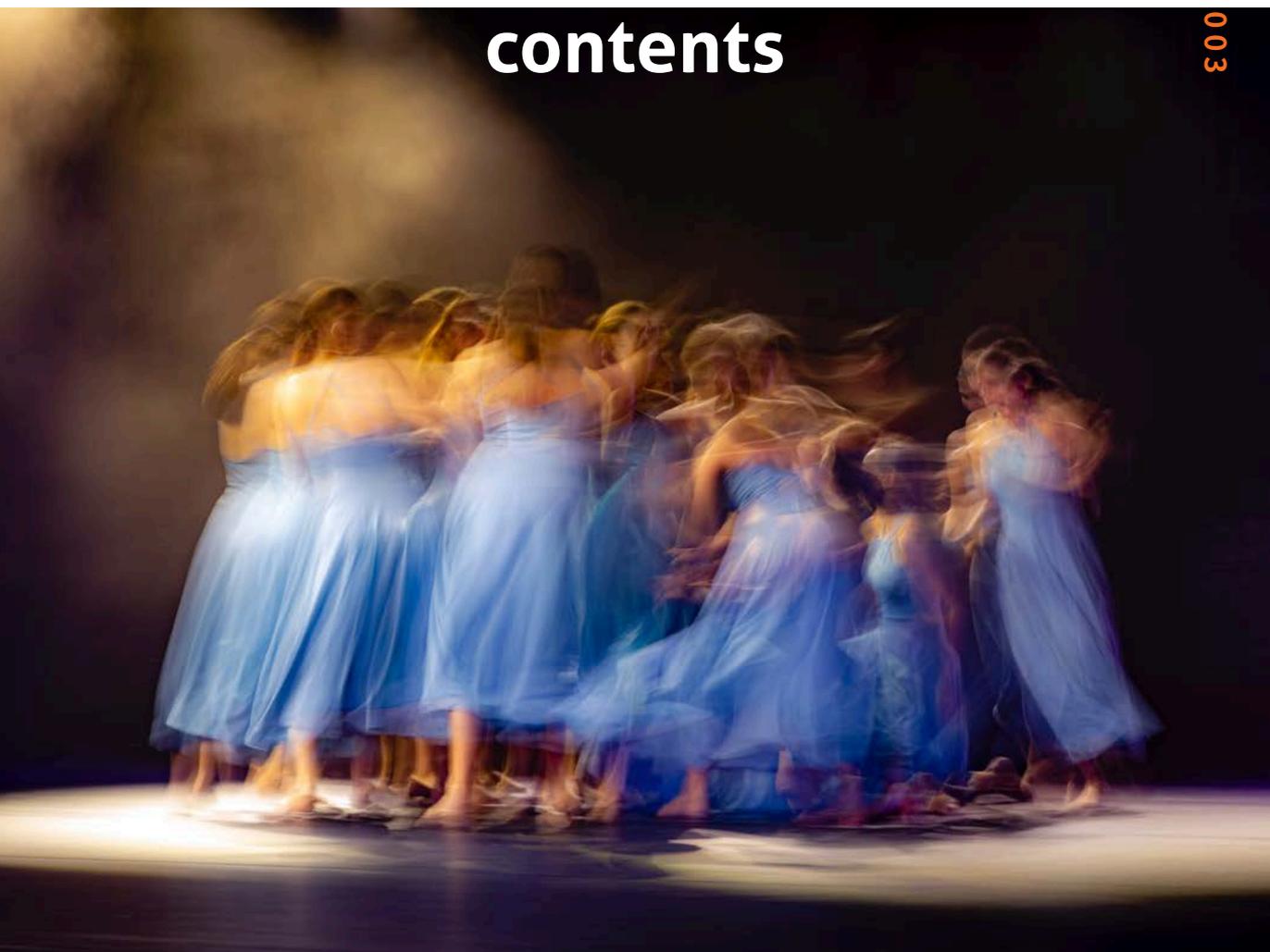
影  
视  
影  
院

0 7 2 / 影视投资合同中保底条款的效力

0 8 1 / 对影视作品采购中的一致行动的  
的反垄断法规制

0 9 3 / 影院收购常见法律问题及解决方案

contents



平台机构

1 0 3 /  
网红主播与MCN机构之间  
常见争议分析与风险防范

1 1 3 /  
网络视频平台的合规治理

艺人经济

1 2 9 /  
《广告法》下明星代言的责任

1 3 9 /  
艺人跳槽相关的不正当竞争  
司法实务问题研究

1 5 4 /  
正当权利的行使与敲诈勒索罪  
边界问题的思考

——以文化娱乐行业热点案件为切入点

1 6 2 /  
逃税行为的罪与非罪

1 7 1 /  
从明星互联网名誉维权看  
「饭圈」如何建立有序生态

目录



大数据下文娱产业新动态

184 / NFT技术对我国设立艺术品  
追续权制度的实践意义

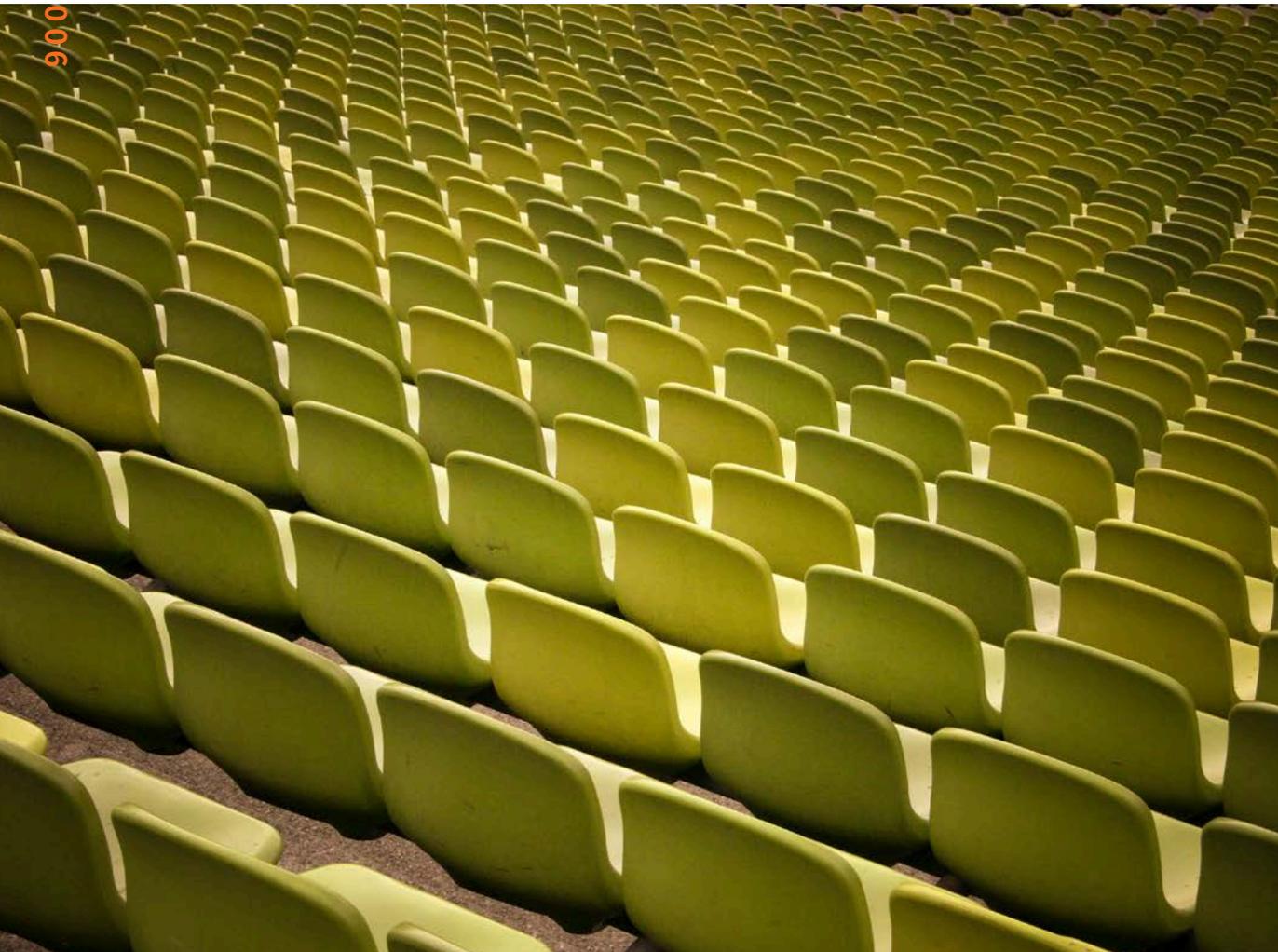
194 / 元宇宙经济系统的现实法律思考  
——与NFT的梦幻联动

202 / 《个人信息保护法》解读及对  
文娱行业的数据合规建议

contents



前言



随着社会进步与经济发展,人们的生活水平普遍得到提高,文化娱乐在我们生活中的重要性逐步提高。近年来,我国综合国力也得到大幅度提高,经济实力显著增强的同时,文化影响力与竞争力也持续提升,这对于文娱产业的整体发展而言大有裨益。

一方面,知识产权保护上升至国家战略高度,在知识产权立法、行政、司法等各领域都得到了有效回应。实施知识产权强国战略,实行严格的知识产权保护制度,完善知识产权相关法律法规,加快新领域新业态知识产权立法;加强知识产权司法保护和行政执法,健全仲裁、调解、公证和维权援助体系,健全知识产权侵权惩罚性赔偿制度。另一方面,国家政策和战略性新兴产业发展规划的影响直接推动中国自主原创文化品牌与内容的蓬勃发展,加速着中国文娱产业的创新进程。

《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》(以下简称“《纲要》”)为新时代文化产业的发展提供了最新规划布局。在“发展社会主义先进文化,提升国家文化软实力,健全现代文化产业体系”的背景下,我国文娱产业即将步入全新的发展阶段,要推进媒体深度融合,实施全媒体传播工程,做强新型主流媒体;实施文化产业数字化战略,加快发展新型文化企业、文化业态、文化消费模式,壮大数字创意、网络视听、数字出版、数字娱乐、线上演播等产业。新冠肺炎疫情虽然对文娱产业造成了严重冲击,但同时促使网络视频、网络游戏、网络直播、在线阅读等整个泛娱乐市场显著增长,我国文娱产业的品牌价值也逐渐攀升。同时,随着我国网络科技的迅速发展和网络强国建设步伐的加快,迎接数字时代,激活数据要素潜能,培育壮大人工智能、大数据、区块链、云计算、网络安全等新兴数字产业,“互联网+文化娱乐”业态广泛互联并深度融合,通过内容产品连接、受众关联和市场共振,有效降低了文娱行业的前期开发风险,能够深入挖掘产品的内涵价值并有效实现经济的规

模效应,同时扩大受众范围,明显提高产业回报率,而逐渐成为文娱行业的重点关注领域之一。

800 文化娱乐行业的相关主体通过自己的智力成果获取著作权、专利权、商标权等知识产权,优秀的智力成果能够给所有权人带来可观的经济收益,但在信息化公开的过程中知识产权侵权现象也频频发生,各类新兴、优质文娱品牌通过不同的内容表现形式满足消费者的多元化需求,文娱产业品牌的价值攀升的同时亟待保护,知识产权保护路径问题也纷至沓来。在文娱行业迅速发展的同时监管机构的监管力度也越来越大,有些主体因违法、违规、违约甚至面临民事、行政或者刑事责任,致使自身陷入巨大的法律风险之中,这也为文娱行业发展敲响警钟,在内容的生产过程中严格遵守监管部门的合规要求才能实现行业机构的长远发展。互联网经济的发展催生了新型行业发展模式,加剧竞争的同时可能面临着新的垄断威胁,特别是越来越受到关注的反垄断、反不正当竞争合规问题始终不容忽视,而部门监管和合规问题一直是企业自身需要面对的挑战。而网络文娱产业的蓬勃兴起所带来的社交媒体的普及和传播渠道的拓宽,网络平台成为重要的侵权载体,而涉及艺人的互联网名誉权侵权案件愈发频繁,侵权主体认定、侵权行为是否构成等问题既是当事人在庭审中的争议焦点,也是法官在此类案件审理过程中需要解决的重点问题。除此之外,艺人与经纪公司的解约新闻也频频见诸于各类媒体,当双方产生纠纷时,合同性质如何判断、合同在何种情况下解除、违约赔偿范围如何认定等,往往成为法律实务中的重点和难点问题。2021年9月中央宣传部印发《关于开展文娱领域综合治理工作的通知》,要求提高准入门槛,规范艺人经纪,需加强对艺人及其经纪机构的部门监督,采取综合措施治理影视行业偷逃税乱象,以促进文娱行业长期健康规范发展。

2021年,元宇宙 (Metaverse) 作为对互联网未来发展的愿景被提出,有望为社会带来娱乐模式、社交模式、个人价值再发掘等领域的变革,在某种程度上,NFT是连接现实与元宇宙最为重要的桥梁与载体,元宇宙与NFT的联动开辟了市场,而虚拟世界与现实世界联动的同时,也应受限于现实世界的法律规定以保证虚拟财产交易市场的健康稳定发展,需要引起关注与重视。伴随着《个人信息保护法》的正式实施,文娱从业者面临全新的法律秩序与市场环境的同时,也亟需依据最新法律法规的要求对自身进行自查自纠重塑内部合规体系与管理制度的。

有鉴于此,《中伦文娱文集》(以下简称“《文集》”)结合中伦律师一线的丰富实务经验,对当前文化娱乐行业领域所涉热点和难点法律问题进行了全方位、深层次的分析与解读,以期为读者带来最具权威性、前瞻性的观点与实操建议。文集总体分为三部分,涉及文娱商业模式下的知识产权布局、文化娱乐产业热点合规问题以及大数据下文娱产业新动态;其中,特别针对体育赛事、影视影院、平台机构、艺人经济等细分板块对文化娱乐产业热点合规问题进行剖析与建议。

中国文娱产业的内容正向着新、精、强发展,整个行业的提质增效和转型升级必然离不开各企业主体的优势巩固与跨界创新,故希冀《文集》能够为企业在文娱行业领域的合规治理与争议解决提供新的思路,以期助力企业客户共同挖掘文化娱乐产业发展的巨大潜力,构建安全可靠的基础网络服务体系,为我国文化产业的高质量发展贡献一份力量!

# CHAPTER

01

文娱商业模式下的知识产权布局

010

# 小议真人秀等电视节目的 模式许可和知识产权保护

作者:赵昱东



## PART 001

## 国内引进真人秀节目的发展历程和现状

---

近二十年,真人秀在我国电视市场的迅速成长,很大程度上得益于对国外成熟真人秀模式的借鉴与引进。曾在2010年红极一时的“中国达人秀”(China's Got Talent)便是引进了英国Fremantle Media的Got Talent系列节目的模式和版权;于2012年火遍大江南北的“中国好声音”(The Voice of China),前四季模式引自荷兰的The Voice of Holland;2013年首播的“爸爸去哪儿”引自韩国MBC电视台推出的“爸爸!我们去哪儿”。

然而,在我国的真人秀节目依靠引进而迅速扩张的红火图景下,过于依赖境外节目模式却带来了原创节目比例较小、精品不多、影响不大、动力不足等问题,因此国家新闻出版广电总局(以下简称“广电总局”)于2016年发布了《关于大力推动广播电视节目自主创新工作的通知》,要求大力推动广播电视节目自主创新,不断研发生产拥有自主知识产权、体现中华文化特色的优质节目。

近五年来,随着广电总局鼓励原创政策的出台,真人秀的引进数量相较于2010年至2015年来看已大幅减少,引进热潮似乎已经褪去,但通过引进国外成熟模式,在国内进行本土化制作从而广受好评的“案例”依旧数不胜数。例如,在2016年至2017年间爆火的“蒙面唱将猜猜猜”引自韩国MBC电视台综艺节目“蒙面歌王”。不可否认,在我国真人秀节目的发展历程中,引进国外节目模式在节省成本资源、规避市场风险、学习成功经验等方面的固有优势,使得众多广电机构都会选择通过授权引进的方式,获得境外成功电视节目的模式许可,进而展开本土化的节目制作。

## PART 002

## 节目模式在《著作权法》语境下的法律性质

---

在《著作权法》语境下,本文首先需要澄清的是:不应将“电视节目模式”与“电视节目”相混淆。真人秀等电视节目,在很大程度上相当于一种舞台表演,是通过录制现场表演而形成的录音录像制品或视听作品。节目中的舞台美术设计,表演的音乐、舞蹈、曲艺等作品,以及舞台表演的

录音录像等,都可以明确享有著作权或邻接权的保护。而本文所讨论的电视节目模式,则是组织、编排该舞台表演的创意、程序、规则等策划和设计。人们无法直接将节目模式转化成一档电视节目,而是需要以模式中的创意或者构思为出发点,再通过导演、编剧、制作人等共同创作及具体编排才能完成最终的电视节目。概言之,电视节目模式是节目的创意或策划思路,并非具体的文学艺术作品。

毫无疑问,电视节目的创意或策划思路,由于设计引人入胜,经过市场验证符合观众需求并受到欢迎,减少了试错成本,具有显著的商业价值。但是,从《著作权法》的角度来讲,创意和思路都属于思想范畴,思想作为人的精神活动及其产物,边界是难以框定的。同时,现代人权理念主张思想自由不受羁绊,使得思想更不能被专有和独占。基于该等理念,我国《著作权法》确立了只保护思想之表达,而不保护思想的原则。

在实践当中,思想和思想之表达并非泾渭分明,如叙事性文学或影视作品的情节即被认为属于思想之表达,在其具备独创性的条件下是可以获得《著作权法》保护的。而如今的真人秀模式早已超出了简单步骤设计的初始阶段,其预设的人物设定、人物关系(如组队、竞争、配对等)、场景、环节、风格等,和故事情节不无相似之处,也同样起到了跌宕起伏、吸引观众的效果。但迄今为止,对于包括真人秀在内的电视综艺节目模式——如“中国好声音”中“盲选、反选、对战”等音乐选秀的程序和规则,我国司法机关的主流观点是对其受著作权保护仍持否定态度。北京市高级人民法院在《关于审理涉及综艺节目著作权纠纷案件若干问题的解答》中明确指出:“综艺节目模式是综艺节目创意、流程、规则、技术规定、主持风格等多种元素的综合体。综艺节目模式属于思想的,不受《著作权法》的保护。”

尽管如此,电视节目也并非处于完全不受知识产权法保护的境地。电视节目中所包含的独创性台词等文字脚本、舞美设计、音乐作品等,可以受到著作权保护;节目名称、口号等则可以申请商标专用权保护;如果存在一个有关该电视节目模式设计的具体策划书,只要其文字表达具有独创性,也可以被作为文字作品而享有著作权保护,如果该策划的方案中包含有未公开的保密信息,还可以作为商业秘密来加以保护;但是,如果

前述策划方案已经公开(比如,已经成为公开播出的电视节目的模式),著作权法能禁止的也仅仅是对该策划书的非法出版和传播,而按照该策划书中所描述的方案来具体实施某个演艺活动,并不会侵犯其著作权。因此,市场上也逐渐出现了一些并非引进国外节目模式,而是通过对其进行研究之后自行开发的“克隆节目”,这些克隆节目如果只模仿创意,而并非直接抄袭他人服装、道具、台词、舞美设计、音乐等可以受著作权法保护的节目元素,便不构成对原节目知识产权的侵犯。

类似的,在美国,版权法明确规定的版权保护客体并不包括节目模式,但记载节目模式内容的载体可以受到版权法的保护,其背后的立法精神便是版权法仅保护思想之表达而不保护思想。相对应的,在实践中法院常以“思想类似而非思想表达方式类似”为由驳回原告直接主张其节目模式权益的诉讼请求。

在英国,保护思想表达而不保护思想的原创性同样是法官作出裁决的依据。根据其于1989年实施的《版权、设计和专利法》,能够受到版权保护的文学、戏剧、音乐和艺术作品,必须以永久存在的固定形态予以表达。质言之,对于电视节目模式的权利人来说,节目模式需以文学或戏剧作品的形式呈现且具备原创性、可被固定及记录,才能受到版权法的保护。

### PART 003

## 从某真人秀节目所涉纠纷看电视节目的知识产权保护

---

2012年,I传媒从T传媒处获得了某真人秀节目“The XX of .....”的独家发行权,并将制作权授予A公司。第一至第四季真人秀节目“中国XX”由A公司于2012年至2015年期间制作播出。

2016年1月,B公司取代A公司,与T传媒签署了节目模式许可协议,以分期支付6000万美元许可费获得自2016年1月28日起至2020年1月28日五年期限内,在中国区域(含港澳台地区)独家开发、制作、宣传和播出The XX of China节目,并行使与The XX of China节目相关知识产权的独占使用许可的独家授权。而A公司虽然没有再获得原版权方的授权,制

作的脚步却没有停下。2016年6月20日，A公司召开该真人秀节目“2016中国XX”发布会，宣布“XX”回归。同时，B公司向北京知识产权法院提出诉前保全申请，请求法院责令被申请人A公司及其合作方立即停止侵权行为。B公司的诉前保全申请得到法院支持，A公司却将节目改名为“中国新XX”，继续制作。此后，B公司与A公司互相提起诉讼，就该真人秀节目名称及相关商标归属、不正当竞争等问题对簿公堂，但未待法院作出判决便达成和解协议，全面撤销了各相关法律程序。

“中国XX”所涉纠纷，从知识产权保护的角度来看，虽然B公司与T传媒签订了节目模式许可协议，但既然节目模式本身并不受法律保护，那么B公司又是如何提出其诉前保全主张，并最终得到法院支持的呢？

从法律角度来看，B公司避开了节目模式的保护问题，而从商标侵权和不正当竞争的角度切入，使得法院相信存在商标侵权和不正当竞争的可能性，从而支持了B公司的诉前保全请求。

首先在侵害注册商标专用权的可能性上，B公司主张T传媒与A公司签订的第一季至第四季节目模式许可协议约定了“中国XX”的制成节目和节目模式的构成要素，其知识产权都应当归属于T传媒。在T传媒与B公司签订的第五至八季节目模式许可协议中，T传媒授予B公司行使与该节目相关知识产权的独占使用许可，故根据T传媒的授权，B公司取得了T传媒拥有的两项注册商标的独占许可使用权。而A公司的确在其节目制作、宣传等过程中使用了前述注册商标，法院据此认定A公司存在使用前述注册商标及其构成侵权的可能性。

在构成不正当竞争行为的可能性上，B公司主张A公司擅自使用“中国XX”这一知名服务名称制作同名同类型节目，构成不正当竞争。法院认定“中国XX”节目及其诸多设计元素在中国境内具有较高知名度，因此该节目名称是为“电视文娱节目及其制作服务类的知名服务特有名称”的可能性较大，而许可协议又明确约定相关权益属于授权方T传媒，故A公司在节目制作、宣传等过程中使用“中国XX”中英文节目名称的行为存在构成不正当竞争行为的可能性。

但在侵害未注册驰名商标权益的可能性上，由于B公司主张构成未注册驰名商标的两项节目标识中含有“中国”和英文“China”的字样，其是

否符合商标法有关注册商标的规定仍需在后续诉讼中进一步审理判断，故法院在此项主张上未作裁决。除此之外，法院亦对该诉前保全申请是否具有紧迫性、不责令被申请人停止相关行为对申请人造成的损害是否大于责令被申请人停止相关行为对被申请人造成的损害，以及责令被申请人停止相关行为是否会损害社会公共利益等问题作出了认定并支持了B公司的主张，基于B公司已提供相应担保，最终裁定A公司应立即停止在该类真人秀的制作、宣传等过程中使用“中国XX”中英文节目名称及注册商标的行为。<sup>1</sup>

1.北京知识产权法院  
民事裁定书，(2016)  
京73行保1号

#### PART 004

### 电视节目模式许可的商业意义

如前文所述，电视节目模式不受我国著作权法保护，A公司在法院作出前述裁定后变换节目名称，继续以该节目模式推出“中国新XX”，在中国法视野下并不构成对B公司取得的模式许可权益的侵犯。正如2016年A公司对外发布声明称要“保留自主研发、原创制作‘中国XX’节目的权利”，这一声明蕴含的意思即为：即使T传媒不再把The XX of.....节目模式授权给A公司制作，该公司依旧可以继续制作与原“中国XX”类似的新节目。

由此不免产生疑问，在我国著作权法不保护节目模式的背景下，直接复制国外的节目模式并不涉及著作权纠纷，而即使“多此一举”地取得外方的模式许可，在有第三方抄袭、模仿，制作相类似的节目时，也无法以著作权侵权来主张自己取得的模式许可权益，那为何还要多付一笔许可费来事先取得外方授权呢？

首先，在引进海外成熟节目模式时通过签订模式许可协议取得授权，不仅可以降低法律风险尤其是侵权风险，还可以在当下反对抄袭的舆论环境中获得观众群体的支持。同时，可以得到外方的节目制作宝典(Bible, 利用节目模式制作电视节目的手册)、专业的技术指导及成熟经验。而为获得许可及该等宝典的对价即许可费，相比于节目成功推出后的收益来说，仅是很小的一笔成本。因此，即使是在鼓励原创的政策背景下，依旧有许多广电机构通过模式许可引进海外节目，以较低成本取得较大的节目收益。

## PART 005

**模式许可和商标、著作权相结合的综合知识产权保护策略**

在我国知识产权法的相关语境下,如何保护从外方取得的模式许可权益,或者说模式许可的法律风险问题,其核心并不在于如何主张节目模式的版权,而在于如何通过对节目脚本、节目名称、节目logo及其他相关商标权属的明确,以保护在取得外方Bible的指导下所制作出的特定电视节目的完整性,即不再将眼光聚焦到最初的节目模式、节目创意上,而是将节目看作一个集合,通过模式许可协议中的明确约定,以及在节目制作过程中自发的权利主张,尽可能地实现特定电视节目这一集合下的所有元素都有明确的权利主体,通过对有价值的节目元素的保护,达到保护节目完整性的目的。因此,在最理想的状态下,即使第三方在未取得模式许可的情况下模仿、抄袭了该等节目模式制作了类似节目,也难以在电视节目市场上与已经抢占先机的该类型第一档节目相竞争——在道德上,版权意识觉醒的观众群体可能并不买账;在法律上,其节目元素有著作权侵权或该节目有违反《反不正当竞争法》之嫌。相应地,取得授权而制作节目的一方便同时在道德和法律上占据优势地位。

就具体策略而言,首先是在模式许可协议中对知识产权的归属进行明确约定,从而加以保护。前述“某真人秀节目”案例中,T传媒先后与A公司、B公司签署的模式许可协议均包含被授权方依许可协议及Bible制作的所有节目的一切相关知识产权完全属于授权方,被授权方取得独占许可使用权及以其名义对第三人的侵权行为采取相应法律行动的权利等相关条款,该等约定为知识产权归属问题及可能因此产生的争议或纠纷提供了基础判断依据。

还应注意,被授权方在取得国外节目模式许可后,除了在“本土化”制作中把许可方的模式和其他知识产权译制并体现在本土中文节目中,也可能在“本土化”的节目制作过程中产生“新元素”。在该等“新元素”的产权归属问题上,模式许可协议亦应事先作出明确约定。由于该等“本土化”操作高度凝结了被授权方的智力劳动,模式许可协议中通常都会专款约

定被授权方在对节目模式做任何重大变更时应取得授权方的事先批准，但添加、更改和修改后所产生的“新元素”是被授权方的独有专属财产。

第二，授权方在依据模式许可协议向被授权方提供节目制作宝典时，各指导、沟通、交流记录及文件均应标明严格保密，明确双方对节目策划信息的保密义务，确保与节目模式、制作思路或核心创意等有关的商业信息处于未公开状态，在节目尚未播出即有实质性相似的“克隆”节目抢占市场的危机状况下，权利方可以侵犯商业秘密为由主张侵权人构成不正当竞争。

第三，基于许可协议约定，相关知识产权申请权利人在节目制作过程中，应对节目相关知识产权及时进行注册、登记备案等，以保护其法定权利，包括但不限于及时申请注册商标，就具有高度独创性的需要保护的文字脚本、舞台服装及其设计草图、舞台效果图、舞蹈作品、音乐作品及相关许可使用合同等作版权登记，对节目名称尤其是本土化的中文节目名称在广电部门进行备案等。

综上，电视节目模式许可的商业意义值得肯定，但由于我国著作权法不保护节目模式，取得该种模式许可后所制成的电视节目，依然面临着被“克隆”后却无法直接主张节目模式权益的问题。那么对于相关知识产权的权利方来说，便应采取模式许可和商标、著作权相结合的综合性知识产权保护策略，使得包括节目脚本、节目名称、节目logo及其他相关商标在内的节目元素均权属明确，以尽可能使得在取得外方Bible的指导下所制作出的特定电视节目的知识产权得到保护。



赵昱东  
合伙人  
资本市场部  
上海办公室  
+86 21 6061 3006  
stevezhao@zhonglun.com

# 与动画片延期上映相关的 出版物许可协议履行风险 及争议解决

作者:于园园



目前我国动画市场发展迅速,动画片市场也方兴未艾,越来越多动画片出版物许可出现,与动画片出版许可协议相关的纠纷也纷至沓来。本文针对动画片延期上映以及由此引发的出版物许可协议的履行风险及争议解决问题进行初步探讨。

PART 001

## 动画片出版物许可协议的主要内容及法律定性

---

动画片出版物许可协议的主要内容包括授权标的、授权范围、许可费用三项内容。

授权标的是指授权被许可方使用的动画片相关形象,具体表现形式是卡通形象素材库,包括角色卡通形象、非角色卡通形象、制作标准(如大小比例、尺寸、色调等)和使用规范(比如禁止卡通形象有抽烟动作等等)。通过出版物发行,卡通形象可以被打造成为可再生的资源,不断复制出该形象的新作品。

授权范围,既包括出版物的商品表现形式,例如约定包括精装书、平装书、游戏书,但不包括电子出版物;也包括授权的地域范围、时间范围等。同时,也可以约定被许可人所取得权利是独家授权还是非独家授权。

许可费用在实务中通常采取保底许可费、非保底许可费两种方式。保底许可使用费是指不论被许可方实际收益多少,被许可方都应当向许可方支付的固定许可费用。非保底许可使用费是指根据被许可方收益情况计算相应比例的许可费用。例如,非保底许可使用费的计算方式一般为:图书或音像制品定价×出版作品实际销售量×约定版税率。

概括来说,动画片出版物许可协议是,动画片的著作权人或经授权享有动画片商业开发相关知识产权权益的主体作为许可人与被许可人(主要是出版发行单位)之间签署的,关于许可就动画片相关形象和内容进行出版物出版发行的相关协议。

## PART 002

## 动画片上映与出版物许可协议履行的关系

---

动画片的上映时间、播放频次、范围在很大程度上影响着该动画卡通形象与IP的市场热度。一般情况下，新上映的动画片能够在其受众群体范围内起到很好的宣传作用，而一部质量上乘的“爆款”动画片更是能为该动画片的IP创造现象级的话题效应，从而极大地带动该IP其他周边产品的热度。但是这种热度并不持久，往往随着动画片的完结或者新动画片的上映期结束而逐渐降低。因此很多著名的IP会定时推出新的动画片剧集，从而唤醒IP曾经的市场记忆，维持IP的市场热度。换句话说，动画片就是IP的“广告”。因此，动画片上映将会很大程度影响出版物的销量。

此外，动画片出版物的创作也需要更多的素材。动画片出版物发行的素材源于前述卡通形象素材库，素材的丰富程度很大程度上影响着出版物创作的质量和难度。新的动画片剧集上映所带来的不只是IP的热度，往往还有新的卡通形象（如新的卡通场景、新的卡通情节、新的卡通角色）等素材，也会因此影响出版物的内容、质量以及销量。

综上所述，动画片上映会直接影响动画片出版物的创作及销售，进而影响到出版物许可协议的履行。

## PART 003

## 动画片延期上映所带来的出版物许可协议履行风险

---

如前所述，动画片何时上映会影响到出版物许可协议的履行。而动画片上映时间往往存在很大不确定性。主要原因是：一是制作周期问题。一部动画片制作通常包含前期创作、中期制作、后期合成一系列流程。非电影、剧集动画片制作周期通常在一年以上；一部精心制作、质量上乘的动画片的制作周期则会更长。二是审查发行播放问题。我国实行动画片发行许可制度，须经审查通过方可发行。同时，主管部门、电视台都会对动画片进行相应审查。电视台排期、敏感时期、意外事件等因素都会导致动画片何时上映存在很大不确定性。三是参与主体众多问题。动画片著作权人、IP授权方、动画片制作方、动画片发行方、动画片播出平台方、监管

部门各方在动画片制作发行上映过程中同时参与或过程参与,各方主体既相互配合又存在一定程度上相互影响,这也都导致与动画片上映相关的信息不能完全公开透明、动画片上映时间存在很大不确定性。

由于动画片上映时间存在较大不确定性,这就导致在签署出版物许可协议时,各方当事人对于动画片上映时间都是一个预期时间。进而,由于出版物许可协议的许可方可能并非动画片的制作发行方,更无法对动画片上映时间做出明确的承诺。在这种情况下,在出现动画片上映时间超出预期的情况后,就会出现出版物许可协议的履行风险。

如果出版物许可协议双方约定的许可费是非保底许可费,则对于被许可方来说,风险尚且可控;但是如果出版物许可协议双方约定的是保底许可费,则对于被许可方来说,风险往往较大。尤其是,如果保底许可费的费用过高,则很有可能出现被许可方不仅无法盈利、反而出现亏损的情况。

同时,即便许可费风险是相对可控的,由于出版物出版发行动作往往都要配合动画片上映前的各种宣传、推广动作,如果动画片上映时间存在诸多变数,也会增加出版物许可协议的履行风险。

如前所述,从某种意义上讲,动画片就是IP的“广告”。这也就要求动画片,尤其是剧集类动画片需要保持一定的更新频率。如果新的剧集类动画片迟迟未能上映,这类动画片的热度也会逐步下降,长此以往,会给出出版物被许可方的出版发行销售工作造成障碍,进而带来损失。

#### PART 004

### 动画片延期上映所引发的出版物许可协议的风险防范

动画片上映时间晚于预期后,出版物许可协议的许可方、被许可方通常会首先进入谈判协商阶段。双方往往会围绕许可期限、许可费用、违约责任展开商业谈判,并由此进行相应的风险防范。

关于许可期限,将许可期限顺延至动画片上映,是通常采取的方式。但采取这种方式的前提是,动画片上映时间虽晚于预期,但上映时间仍在可控范围内,因此采取顺延许可期限的变通方式。反之,如果动画片上

映时间大大晚于预期,那么即便是将许可期限顺延,也无法解决风险。

关于许可费用,一方面可以采取降低许可费用收费标准的方式,另一方面可以采取将许可费用与动画片上映时间挂钩的方式。采取第一种方式,虽然简便易行,但往往谈判难度较大,尤其是如果约定了保底许可费的方式,许可方往往也很难同意降低事先已约定的保底许可费。采取第二种方式,则要么将支付保底许可费的时间节点与动画片上映时间挂钩,要么在动画片上映前,采取非保底许可费、在动画片上映后再支付保底许可费。第二种方式,相对简便易行,也容易达成谈判。

关于违约责任,客观说,如果已经采取了顺延许可期限、降低许可费用的条件后,再就动画片延期上映问题与许可方违约责任挂钩,则会存在很大难度。尤其是,如前所述,动画片上映时间的确定受限于很多因素存在很大不确定性,而许可方又不是动画片的参与发行制作方,则更无法控制动画片上映时间,进而无法对动画片上映时间做出承诺,更不可能设定动画片延期上映的违约责任。尽管如此,双方仍可基于各自的商业判断、谈判地位就动画片延期上映问题商定违约责任条款。必要时,可设定协议解除条款,将动画片上映时间与出版物许可协议解除挂钩。

#### PART 005

### 如动画片延期上映,是否导致出版物许可协议解除?

站在被许可方角度,如果动画片上映时间远远超出预期时间,被许可方可能会主张,动画片的延期上映导致自己不能实现当初订立协议所意图获得的商业利益,认为这属于合同目的落空,并以此为由要求解除合同。被许可方为了主张有权解除合同,可能还会提出,当初之所以签署出版物许可协议是基于动画片如期上映,如动画片无法如期上映,则不会签署出版物许可协议。

这种情况下,就需要对出版物许可协议的签约目的、动画片上映对协议履行的影响、双方主要权利义务等因素综合判断。

关于出版物许可协议的签约目的,一般情况下,被许可方基于对动画片形象、市场预期的综合商业判断,愿意将动画片形象进行再次创作用

于出版物出版发行创作,从而取得预期商业利益。如前所述,动画片上映类似于IP广告,如果能够有动画片上映,则将有助于出版物的销售工作;反之,出版物销售工作也有助于动画片上映推广,两者之间是相辅相成的。也就是说,出版物许可协议签署之初,通常是基于新的动画片上映的市场预期而签约,但将新的动画片上映作为签约的唯一目的则不尽然。因为,出版物许可协议的签约考虑因素往往是复杂、众多的,需要考虑该动画片的品牌形象、IP授权方的宣传力度、市场占有率等诸多因素,不能一概而论。

尤其是对于剧集类动画片而言,如果在签署出版物许可协议之前,已经有一定数量剧集类动画片上映,双方签约的预期是未来可能有新的动画片剧集上映,那么在这种情况下,新的动画片剧集是否上映就不是签约目的,而是促进或有助协议履行的条件。因为在既有动画片剧集的情况下,动画片形象已经存在,出版物许可协议履行条件具备。如果协议履行期内有新的动画片剧集上映,则属于增加了一个“广告”则将有助于协议履行;反之,即便协议履行期内没有实现新的动画片剧集上映,那么会影响协议履行的各方收益预期,但不会因此导致协议目的无法实现。

同时,还需要考虑关于动画片上映,各方是否已经在协议中作出一定商业考虑和安排。如前所述,如果双方在谈判协商阶段,已经商定将动画片上映与许可期限、许可费支付挂钩,那么在这种情况下,如果被许可方再次主张由于动画片延期上映导致有权解除协议,则存在很大难度。

除此之外,许可方在签约时是否对动画片上映时间做出明确承诺,也会成为一个考虑因素。一般情况下,如果许可方仅为IP授权方,但并非动画片制作发行方,则许可方对于动画片上映时间的判断也是来自于动画片制作发行方,其获取的信息也并非准确信息。进而许可方传递给被许可方的动画片上映时间信息往往也是间接信息,肯定或多或少存在信息误差。因此,这一因素也需要纳入考虑范围。被许可方如果一味认为,只要许可方曾经对动画片上映时间做出表态,就表示许可方对动画片上映时间做出了明确承诺,其依据并不充分。被许可方据此主张由于许可方当初对动画片上映时间做出过承诺,进而主张解约,也是很难得到支持的。

因此,如动画片延期上映,我们并不能得出必然导致出版物许可协议

解除的结论,需要综合考虑签约目的、动画片上映时间对协议履行的影响、许可方是否做出过承诺等因素综合判断。按照我们过往经验,如果一刀切地认为动画片延期上映,就必然导致出版物许可协议解除甚至据此采取法律行动,则还是存在较大法律风险。

#### PART 006

## 动画片延期上映引发的出版物许可协议履行风险的法律防范建议

### 1.对许可方而言

第一、监控动画片制作发行的整个过程,以争取实现动画片如期上映。如果许可方同时是动画片的制作发行方,则对于动画片的上映时间还是有一定控制能力。但是如果许可方并非动画片制作发行方,则很有可能会出现信息不对称的情况。在这种情况下,就需要许可方尽最大可能掌握动画片制作发行的进度,以做到心中有数。

第二、避免对动画片上映时间做出明确的承诺。笔者以为,新的动画片上映是吸引被许可方签署出版物许可协议的重要因素。许可方也往往会在签约之前对动画片上映时间给出明确的时间表。在这种情况下,一旦出现动画片上映时间超出预期的情况,就会使许可方陷入被动局面,甚至引发违约风险。

第三、将动画片上映进度如实披露给被许可方。许可方将获取的动画片上映进度及时、全面披露给被许可方,既是许可方免责的重要因素,也可便于双方基于新的商业变化进行新的商业谈判,并寻找可行的替代方案。

第四、及时调整商业条件,将动画片上映情况与许可期限、许可费用挂钩,但避免直接与违约责任尤其是解约权挂钩。

### 2.对被许可方而言

第一、在签约前就对动画片上映时间进行充分的调查,以做到心中有数。如前所述,动画片上映时间本身存在诸多不确定性,仅凭许可方的单

方陈述或是对外宣传,是无法准确判断出动画片上映时间的。

第二、要求许可方或是动画片制作发行主体对动画片上映时间给出明确的时间表,如果能将其列入出版物许可协议中并做出明确约定最好。由相关方给出书面的、具体的上映时间安排,并作为签约的重要前提写入合同,对于被许可方未来主张权益都是有很大帮助的。

第三、如动画片上映时间超过预期时间,则及时对既往商业条件进行调整,包括顺延许可期限、降低许可费用,并将许可期限、许可费用与动画片上映时间挂钩。

第四、注意收集由于动画片延期上映给被许可方造成损失的证据材料。如果被许可方能够提供由于动画片延期上映给其造成损失,例如为每次动画片上映进行的市场推广活动安排、费用支出等证据,则对于被许可方主张自身权益、最大化降低风险都是有帮助意义的。

第五、尽可能要求增加或保留动画片延期上映的合同解除权约定。对于约定保底许可费的情况,如动画片上映时间明显超出当初预期,被许可方需要承担更大的商业风险。因此,还是建议尽量争取保留延期后超过一段时间仍无法上映的合同解除权约定。



# 文化娱乐产业品牌的 商标保护路径

作者:杨卫华 王飞 谷阳博

近年来,随着我国网络基础设施的逐步完善和网络强国建设步伐加快,文化娱乐产业逐渐成为数字经济发展的重要支柱。包括电影、综艺、音乐、体育、直播、文学等在内的文化娱乐产业广泛互联并深度融合,各类新兴、优质文娱品牌通过不同的内容表现形式,满足了消费者的多元化需求。随着各大文化娱乐企业的品牌价值持续提升,并通过周边衍生持续变现,文化娱乐产业迎来了前所未有的高速发展期。相应地,各类文化娱乐企业的品牌保护需求也愈发紧迫。本文将围绕文化娱乐产业的品牌保护需求,从商标保护的角度出发,结合产业内值得借鉴的先进做法,为各位读者提供一些思路,希望有所帮助。

#### PART 001

### 品牌与商标的关系

---

品牌是商业概念,没有准确定义,通常被认为是企业向消费者发出的某种信号,包括了企业希望表达的产品个性、企业文化等内容,引导消费者对产品产生认知、认同、信任和忠诚,从而达到促成、促进销售的目的。

商标是法律概念,具有明确的法律定义,根据我国《商标法》第八条规定,任何能够将一个市场主体与另一个市场主体的商品区别开的标志,包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等,以及上述要素的组合,均可以作为商标申请注册。

商标权主要用于保护品牌,商标是品牌的表现形式之一,是品牌的典型载体,人们常会把“品牌”和“商标”相互替代使用,但两者具有本质不同。品牌的表现形式包括了商标,但又远远大于商标。除了商标之外,品牌还涉及企业名称及简称(字号)、产品设计、包装设计、域名、网站内容、广告语、广告片、广告歌曲、代言明星形象、商业人物形象等一切能够与企业及产品形成对应关系的商业标志、记号和符号。

对于品牌的法律保护,主要是通过保护企业对品牌表现形式的专有权利来实现的,即,注册商标专用权。但除了商标权之外,品牌的法律保护

涉及《专利法》项下的外观设计等专利权；《著作权法》项下的网站内容、广告语、广告片、广告歌曲、建筑物等作品版权；《民法典》保护的人格元素、代言明星与企业之间的代言关系等；《反不正当竞争法》通过禁止擅用他人有一定影响的企业名称/简称/字号等、商品名称/包装/装潢等、域名/网站名称/网页等、禁止其他混淆行为、禁止虚假宣传、禁止商业诋毁、侵犯商业秘密等行为保护的公平竞争权益。

对于文化娱乐产业来说，尽管内容和技术极其重要，但品牌同样具有获得关注和妥善管理的价值。特别是相对于内容和技术，品牌的商业性更强，传承意义更大（专利权、版权均有有效期限限制：专利权最长20年，版权最长50年，但商标权可以无限续展）。本文的侧重点，也将主要聚焦在文化娱乐产业品牌的商标保护路径。不过，需要注意的是，品牌权益涉及的客体很多，除了商标之外，与品牌相关的其他客体同样应当被纳入管理者视野、纳入品牌规划的范畴。

## PART 002

# 文化娱乐产业品牌的商标保护借鉴案例

本部分选取了文化娱乐产业涉及电影、综艺、音乐、体育、直播、文学等领域的知名企业，就其在中国境内商标权利布局进行学习、分析和研究，以期为文化娱乐企业品牌保护提供有益参考。

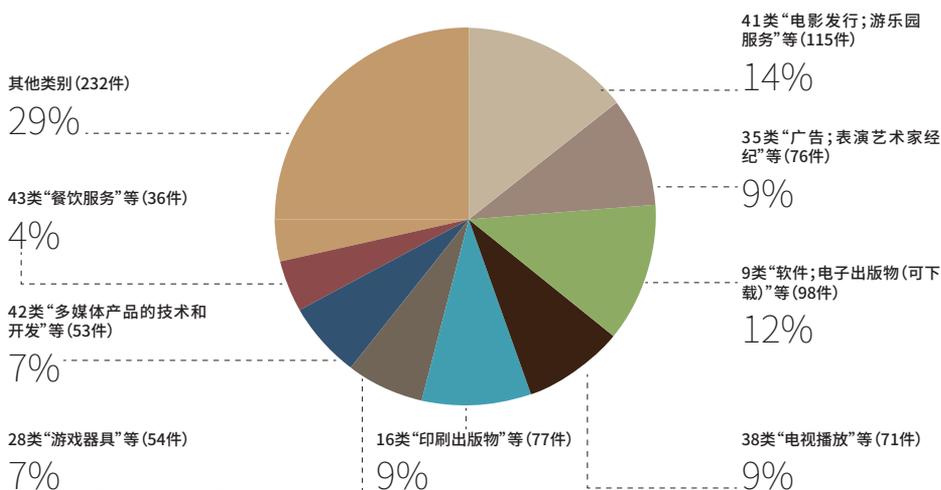
## (1) 电影

电影产业，是指以电影制作为核心，包括电影制作、发行和放映以及电影音像产品，电影衍生品，电影院和放映场所的建设等相关产业经济形态的统称。中国电影产业的收入来源主要包括电影票房收入、出售电视电影频道播放权收入，广告收入、衍生品开发收入、网络版权收入等几个方面。因此，电影产品面临的商标保护需求应不仅仅包括企业名称、简称，还应将视角延伸至享有知识产权的电影作品名称及电影人物名称、形象等。

1.本文中商标数据统计均基于中国国家知识产权局商标局官方网站2021年10月19日检索形成。

本部分选取了电影产业享有较高知名度的华谊兄弟作为借鉴案例参考。根据中国知识产权局商标局官方数据库数据显示<sup>1</sup>，华谊兄弟名下现有商标约812个，商标不仅涵盖中英文名称及简称“华谊兄弟”、“HUAYI BROTHERS”等，还涉及影院“华谊兄弟影院”等；知名电影作品名称“天下无贼”、“八佰”、“非诚勿扰”等；电影音乐“战国音乐”等；主题乐园“华谊兄弟电影乐园 HB WORLD”等。而且，名下商标覆盖的类别除核心业务电影发行、电影制作外，还涉及电影产品可能会衍生的“游乐园服务”、“广告服务”、“表演艺术家经纪”、“软件”、“电视播放”、“印刷出版物”、“游戏器具”、“多媒体产品开发”、“餐饮服务”等。

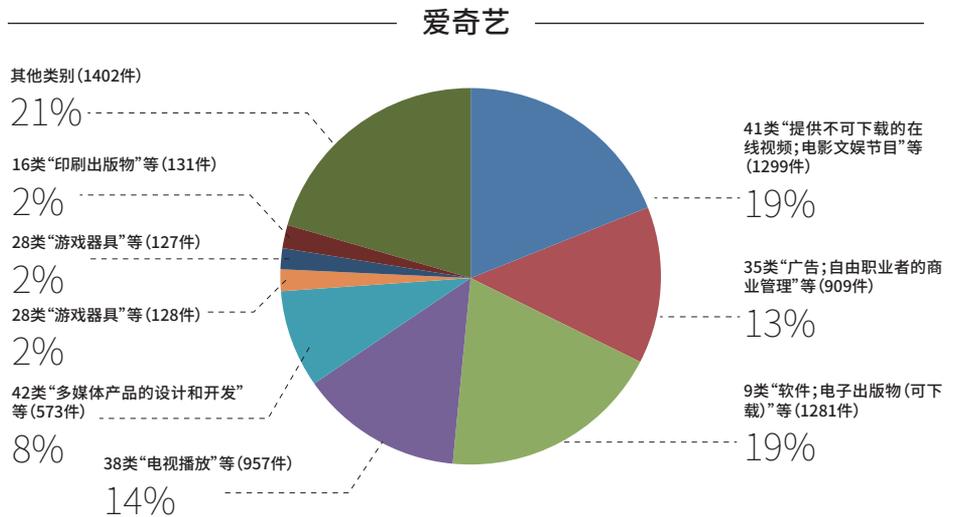
华谊兄弟



## (2) 综艺

综艺产业，是指以综艺节目制作为核心，包括综艺节目的录制、播放以及综艺衍生产品开发等相关产业经济形态的统称。综艺节目是综艺产业的典型产物，其利用多种形式特色制作出能够满足观众审美需求的内容，然后通过电视、网络广为传播。如今，传统电视综艺、新兴的网络综艺、直播综艺等形式多样，构成了多维度、深层次、全景式综艺市场。因此，综艺产业企业面临的商标保护需求应不仅仅包括企业名称、简称，还应将视角延伸至享有知识产权的综艺节目名称及综艺节目衍生的偶像组合、虚拟人物的名称、形象等。

本部分选取了综艺产业享有较高知名度的爱奇艺作为借鉴案例参考。根据中国商标局官方数据库数据显示,爱奇艺名下现有商标约6807个,商标名称不仅涵盖中英文名称及简称“爱奇艺”、“iQIYI”等,还涉及综艺名称“青春有你”、“潮流合伙人”等;知名网剧名称“隐秘的角落”等;综艺节目偶像组合“NINE PERCENT”等;综艺虚拟IP人物“寄生熊猫”等。而且,爱奇艺名下商标覆盖的类别除核心业务提供不可下载的在线视频、电视文娱节目外,还涉及综艺产品可能会衍生的“广告服务”、“自由职业者的商业管理”、“软件”、“电视播放”、“多媒体产品开发”、“服装”、“游戏器具”、“印刷出版物”等。

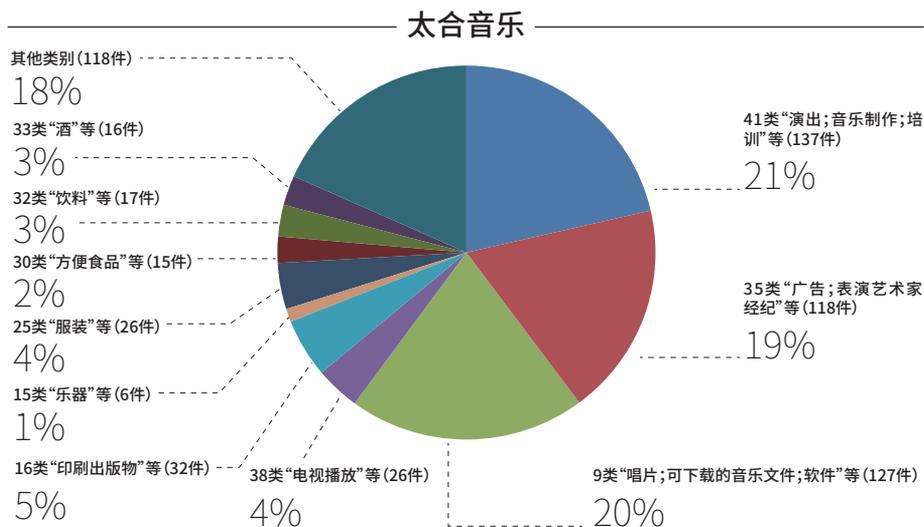


### (3) 音乐

音乐产业,是指以售卖音乐相关的产品以获取回报的行业,中国音乐产业细分的行业市场及收入来源包括音乐唱片、音乐演出、数字音乐、乐器、音乐教育培训、专业音响、KTV、影视/游戏/动漫音乐等几个方面。因此,音乐产业企业面临的商标保护需求应不仅仅包括音乐制作发行企业名称、简称,还应将视角延伸至享有知识产权的歌手名称、乐队名称、音乐作品名称、音乐节名称、乐器音响设备、衍生品等。

除音乐制作公司、音乐厂牌品牌名称如“滚石”、“红花会”等以外,音乐产业企业也应考虑将乐队、歌手名称如“苏打绿”、“邓紫棋”等;音乐作品名称“难忘今宵”等;音乐节名称“麦田音乐节”等;音乐教育培训机构名称“麦田未来音乐学校”等注册为商标。以“麦田音乐节”主办方太合音

乐为例,名下商标覆盖的类别除核心业务演出、音乐制作外,还涉及音乐演出服务可能会衍生的“培训”、“广告服务”、“表演艺术家经纪”、“唱片”、“软件”、“电视播放”、“印刷出版物”、“乐器”、“服装”、“食品”、“饮料”、“酒”等。

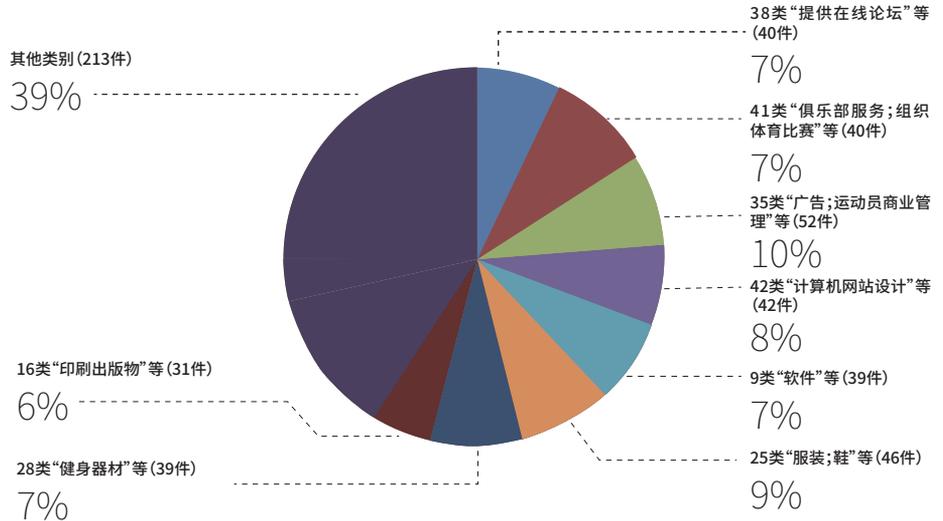


#### (4) 体育

体育产业,是指与体育运动相关的一切生产经营活动,通常包括体育服务产品和体育物质产品的生产、经营两大部分。其中,体育服务产品包括各类体育赛事的直播/转播、体育场馆的提供、体育教育培训、体育健身休闲等,体育物质产品包括运动鞋服、运动设备、纪念品、体育彩票等。因此,体育产业企业面临的商标保护需求应不仅仅包括企业名称、简称,还应将视角延伸至享有知识产权的体育节目名称、体育场馆名称、体育赛事名称、体育社区名称、运动鞋服名称、体育教育品牌名称、纪念衍生品等。

除体育企业品牌名称如“腾讯体育”、“虎扑体育”等以外,体育产业企业也应考虑将体育场馆名称如“水立方”、“五棵松”等;显著性较高的体育场馆立体图形如“鸟巢”等;原创体育赛事名称“路人王”、“日落东单”等;体育社区独创IP名称“虎扑卧谈会”、“JRS”等;运动鞋服产品名称“AIRMAX”等注册为商标。以虎扑体育为例,商标覆盖的类别除核心业务俱乐部服务、论坛外,还涉及体育服务可能会衍生的“广告+运动员商业管理”、“网站设计”、“软件”、“服装+鞋帽”、“健身器材”、“印刷出版物”等。

虎扑体育

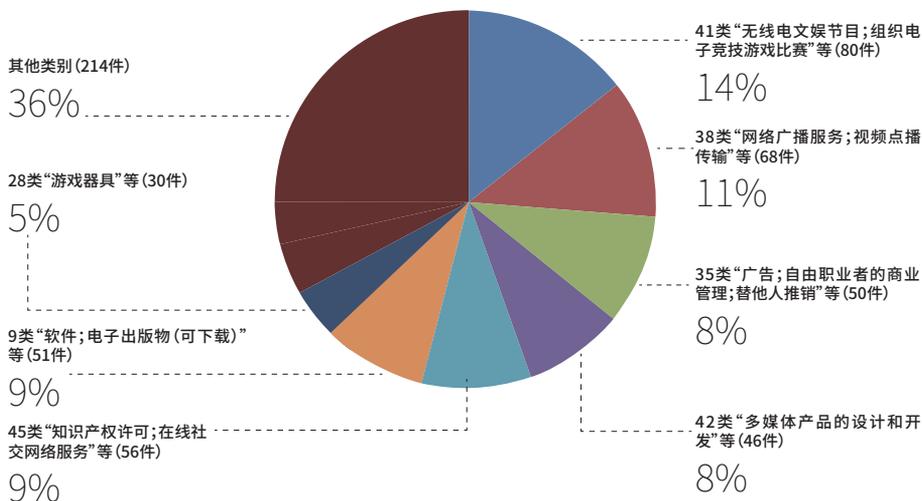


### (5) 直播

直播产业,是指在直播现场架设独立的信号采集设备导入导播端,再通过网络上传至服务器,发布至网址供观众观看的新兴娱乐行业。在直播产业兴起的早期,直播产业的主要服务内容包括游戏直播、演艺直播等,近年来随着电商的兴起,开始出现直播带货这一新型直播娱乐形式。因此,直播产业企业面临的商标保护需求应不仅仅包括企业名称、简称,还应将视角延伸至享有知识产权的主播名称、直播节目名称、直播相关衍生品品牌等。

除直播企业品牌名称如“斗鱼”、“虎牙”等以外,直播行业企业也应考虑将直播平台签约主播名称如“张大仙”、“解放大官人”、“李佳琦”等;直播平台节目如“直播饭局”、“虎牙精舞门”等;直播平台互动道具名称如“鱼翅”等注册为商标。以斗鱼为例,名下商标覆盖的类别除核心业务无线电文娱节目服务外,还涉及直播服务可能会衍生的“组织电子竞技游戏比赛”、“网络广播”、“广告服务”、“自由职业者的商业管理”、“替他人推销”、“多媒体产品开发”、“知识产权许可”、“软件”、“游戏器具”等。

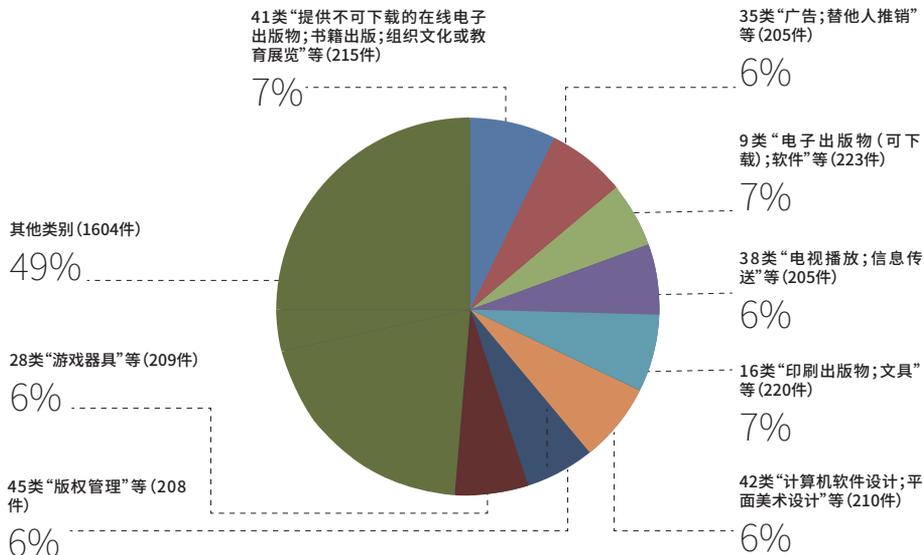
## 斗鱼

**(6) 文字出版**

文字出版产业,是指文字作品出版到发行以及分销等整个产业链内所有参与者行动的行业,可分为传统出版产业和现代出版产业两大部分。前者以图书、期刊出版为主,后者的出版形式多样,电子出版物是其重要组成部分,如磁带、磁盘、光盘、在线出版物等,出版行业往往不可避免地会与文字作者、文字作品本身密切相关。因此,文字出版产业企业面临的商标保护需求应不仅仅包括出版企业名称、简称,还应将视角延伸至享有知识产权的作品名称、作者、笔名等,以防被他人恶意抢注的风险。

除文字出版企业品牌名称如“阅文集团”、“新世相”等以外,文字出版产业企业也可考虑将拥有版权的文学作品名称如“赘婿”等;优质网络话题如“4小时后逃离北上广”等;签约作家名称/笔名如“唐家三少”等注册为商标。以阅文集团为例,名下商标覆盖的类别除核心业务在线电子书籍和杂志的出版、书籍外,还涉及文字出版服务可能会衍生的“组织文化或教育展览”、“教育”、“广告服务”、“软件”、“信息传送”、“文具”、“办公用品”、“计算机软件设计”、“版权管理”、“游戏器具”等。

阅文集团



综上所述, 文化娱乐企业的商标布局工作除应关注其本身品牌名称, 还应关注品牌本身孵化的各类新IP。并且, 除行业本身涉及的核心商品服务类别之外, 还应一并关注与该细分行业息息相关的其他衍生商品服务类别, 以尽早杜绝商标被抢注、涉嫌商标侵权纠纷(包括“碰瓷维权”)、制止仿冒无法主张权利、商标权利不稳定无法评定品牌价值等问题。

PART 003

商标保护品牌的路径建议

基于上文针对文化娱乐产业细分领域商标布局保护方案的调研分析, 本部分结合了商标实务经验及相关案例, 将文化娱乐企业在发展过程中可能会面临的共性品牌保护难题逐一解析, 以期为文化娱乐企业提供可参考的品牌保护思路。

(1) 制定商标规划为品牌保驾护航

商标规划, 是企业知识产权规划的一部分, 功能在于运用法律制度帮助实现企业的品牌规划, 实现品牌价值的保值增值, 争取在竞争中建立和

保持品牌优势。商标规划要解决的是法律领域的问题,对外,依法及时获得商标注册,充分适度做好商标维权,保护好商标权不受侵犯;对内,依法管理好商标权(包括商标权维护和通过许可等方式盈利),保证企业涉及商标工作的合法合规,不侵犯他人的商标权及其他权利。

当前已有多家优质品牌企业制定了独立可执行的《商标法律保护工作规划》《商标管理办法》《品牌授权管理办法》《知识产权制度》等规范文件,并定期更新。在前述规范文件的指引下,企业能够更好地规范自身品牌/商标的内部管理、外部授权等实操问题,进而更系统性、全局性地进行商标管理和监督,保障自身的商标工作更加合法合规,规避侵权风险。同时也能作为维权指引,促使打击侵权的行动变得更加合理有效。

## (2) 尽早注册是第一准则

036 文化娱乐企业创作完成的IP作品具有传播速度快、地域分布广、受众范围大等特点,很多作品往往在创作完成初期便获得了极高的曝光度并积累了大量人气。因此,文化娱乐企业与传统制造企业相比,在商标布局上更应尽早发现、识别、注册商标,将权利布局第一时间做在前面。

据报道,酷狗音乐是中国知名数字音乐服务提供商,但公司在2004年成立初期,未在其核心服务“提供在线音乐”上申请注册“酷狗”商标。2009年,第三方在音乐核心服务类别注册“Ku Gou酷狗”商标。酷狗公司最终花费7年时间才通过未注册驰名商标解决商标权属纠纷。

## (3) 制作合同应对商标权属约定清晰

文化娱乐企业委托第三方公司制作、开发各类IP作品的情况非常常见,在与第三方公司签订合作协议时,应就相关作品的知识产权(特别是商标、著作权)权属问题进行清晰约定,以尽量避免纠纷,或是在出现纠纷时及时解决问题。

据观察,一线文化娱乐企业均高度关注各类合作合同中的知识产权条款,通常来说会约定投资方将获得电影、综艺节目、影视剧等品牌在全球范围内永久且完整的知识产权、所有权,如果不能完整获得,在共有、许可、特许经营、衍生品开发改编等复杂合作模式中,将会约定更加复杂、烧脑的知识产权条款以确定权属。

#### (4) 跨类别布局全面保护品牌

文化娱乐企业围绕自身的品牌、作品,通常会相应开发相关的衍生产品,以获得更多的经济利益。但相应地,商标布局就应更加关注与品牌、作品及产品关联度较高的商品服务类别。品牌、作品推出前就做好权利布局,尽可能地覆盖衍生产品可能会涉及的商品服务类别,提前把商标权利掌握在自己手中,为今后的发展开辟道路,实现品牌的全面保护。

据报道,B节目是某卫视制作的一档生活服务类节目,但该卫视未能在与B节目内容高度关联的“交友服务;婚姻介绍”等衍生服务上申请注册商标。其他主体在该类别注册B节目名称“××××”商标后,起诉该卫视构成商标侵权,纠纷直到再审程序才终结。

#### (5) 提前扫清障碍保证上线无忧

一些文化娱乐企业存在与他人合作,借鉴他人先在品牌、模式的情况,在此应注意提前获得必要、充分、清晰的授权,授权使用的周期、地域、使用方式、是否允许再授权、授权条件、授权费计算、分手后安排等合同条款都非常重要。过往案例显示,若品牌在授权期间获得较高知名度、声誉及价值,则容易发生争议,在授权方和被授权方之间各执一词,相持不下。

《中国XX》是某卫视推出的励志专业音乐评论节目,该节目的原创企业为荷兰某公司。在荷兰公司的授权下,第1-4季《中国XX》由A公司于2012年至2015年期间制作并在某卫视播出。但此后B公司获得荷兰公司第5-8季“the XX of...”模式的授权,主张该卫视使用“中国XX”相关名称行为构成商标侵权和不正当竞争,提出高达5.1亿元的巨额索赔,导致纠纷发生。

#### (6) 积极维权夺回权利

如果文化娱乐企业未能提前布局商标权利,且商标被抢注,则需要积极维权,尝试通过对于品牌、作品享有的在先权利(例如字号权、姓名权、著作权、商品化权等)的主张,尽力维护品牌权益。

据报道,《哈利·波特》系列电影是由美国华纳兄弟公司制作的电影作品,华纳兄弟公司通过主张享有“哈利波特”系列作品的商品化权益,针对他人在“医用营养食物;人用药”等商品上注册的“哈利波特”商标提出无效宣告,获得支持。

## (7) 打造驰名商标

038 文化娱乐作品在广为传播、深入人心的同时,可以为文娱企业快速地积累相当的品牌价值。由于文化娱乐作品面向广大观众/消费者、天生2C的特质,文化娱乐品牌一旦走红,容易被仿冒、抢注在各类消费品类别上,从而对文化娱乐品牌本身造成淡化,也对于基于文化娱乐品牌再开发衍生品造成阻碍,而跨类别异议、无效宣告、打击侵权则具有一定难度。不过,值得注意的是,同样由于文化娱乐品牌具有广泛观众/消费者基础、通常知名度极高的特点,在跨类维权案件中有机会同时主张认定驰名商标,不仅有利于个案胜诉,也为后续扩大保护赢得先机。

搜狐公司作为中国第一代互联网企业,自创立至今已经积累了极高的知名度。搜狐公司基于“搜狐”品牌的高知名度、影响力,针对在食品、纺织品、服装、皮具、饮料、白酒、电动车、眼镜行等多个类别上抢注的商标通过异议、无效宣告、诉讼等进行尝试,多次获得“搜狐”商标驰名跨类保护。

## 总结

艾瑞咨询发布的《2020年后疫情时代中国线上泛娱乐市场展望》表明,疫情已经促使网络视频、网络游戏、网络直播、在线阅读等整个泛娱乐市场显著增长,中国文化产业品牌的价值已逐渐攀升至极为耀眼的高度,期望藉此文章将文化娱乐企业品牌的商标保护路径进行初步整理,为大家提供有益思考。



杨卫华  
合伙人  
知识产权部  
北京办公室  
+86 10 5957 2257  
yangweihua@zhonglun.com

# 从知识产权诉讼视角谈 网络游戏产业知识产权合规管理

作者:王红燕 王宇飞 徐琳



我国的网络游戏产业经历20多年的发展,已经成为一个千亿级的成熟市场,在行业迅速发展的同时,知识产权侵权现象也频频发生。行业内大量的侵权者以抄袭他人游戏为业,严重阻碍了行业的健康发展。笔者代理了游戏领域的数个知名企业的知识产权案件,本文将从实务出发,以网络游戏产业的知识产权诉讼案件为视角,分析网络游戏产业的法律保护及民事责任等问题,并对网络游戏公司的知识产权合规管理提出建议。

## PART 001

## 网络游戏产业知识产权诉讼案件类型

---

从纠纷的类型来看,根据不同案由,涉游戏类侵害知识产权民事案件可分为著作权案件、商标权案件、不正当竞争案件三种主要类型。其中,侵害著作权案件占全部涉游戏类知识产权案件的85%左右。相比之下,侵害商标权及不正当竞争案件数量较少。随着游戏产业的发展,预计在未来相当长的时期内涉游戏侵犯知识产权案件的数量仍将呈持续增长态势。

侵害著作权案件中,较为常见的情形包括以下五种:

**(1) 破解、复制源代码侵权:**即侵害游戏作品的计算机软件著作权。此类案件发生的原因多是游戏公司对相关软件代码等数据管理不规范,导致员工离职前复制源代码用于离职后的工作,进而在短时间内制作出相似的侵权游戏产品。在(2013)二中民初字第09903号《巨龙之怒》游戏侵害《王者之剑》著作权案件中,法院认定被告游戏的源代码与原告游戏的源代码存在实质性相似,且被告员工曾就职原告公司,接触过相关代码,最终判决原告胜诉。此类案件判赔金额相对较高,但近年来案件数量较少,主要原因是游戏侵权的手段已经较少通过直接复制源代码的模式,而升级为重写源代码、删减素材等手段。

**(2) 网站擅自发布游戏侵权:**即游戏网站未经许可,擅自发布小游戏等游戏软件,侵害作品信息网络传播权。此类案件中,网站发布的游戏往往数量较多,诉讼中会形成批量案件,而网站经营者往往以平台服务商身份提起抗辩。在处理此类案件时,需查明游戏上传者,以便确定游戏网站是否为直接侵权人,并审核其是否已经尽到合理的注意义务。

(3) **游戏中元素侵权**:即未经相关权利人许可,在游戏中使用了他人享有著作权的卡通人物形象、画面或其他元素,此类案件为侵害著作权案件中的主要类型。另外,实务中还经常发生个人起诉游戏侵害肖像权的案件,例如明星肖像被用作游戏角色等情况,如(2016)京0108民初5764号、6799号邓超、陈赫被某游戏侵犯肖像权案。

(4) **游戏侵害作品改编权**:即游戏基于其他小说、影视作品等人物形象、情节加以改编,侵害原作品作者的改编权案件。此类案件中原告通常还增加起诉不正当竞争案由,如(2014)海民(知)初字第26654号侵犯著作权及不正当竞争纠纷中,被告因改编金庸小说制作游戏产品,侵害著作权人多部作品的改编权,考虑到相关作品的知名度与影响力,此类案件判决赔偿的金额往往较高。

(5) **游戏公司间互诉侵权**:此类案件主要涉及游戏公司间的作品抄袭纠纷,如IP+换皮引发的纠纷。此类案件数量较少,但通常诉讼标的金额较高,且会引起较高的社会关注度,与之相伴的还经常涉及游戏公司间的商业诋毁诉讼。

## PART 002

# 网络游戏的法律保护分析

## 1. 受法律保护的权利类型

网络游戏的连续画面通常被认定为类电影作品,而计算机程序部分则被认为是计算机软件类作品。新颁布的《著作权法》中将电影作品改为视听作品,从而将构成视听作品的游戏纳入了保护范围。同时经营网络游戏作为一种商业活动,也受到《反不正当竞争法》中相关规定的规制。下面就我国法律对网络游戏的总体保护方式加以分析。

(1) **思想的原创性表达才可得到保护**:根据《著作权法》的基本原则,仅为思想范畴的元素如游戏规则和玩法,不能受到《著作权法》的保护。在(2014)沪一中民五(知)初字第23号中,上海市一中院认为游戏中卡牌与套牌的组合系思想,遂驳回了原告的诉讼请求。

(2) **游戏程序作为计算机软件保护**:目前,我国司法实践中未将游戏单独设定为一类作品,一般认为权利人对软件程序主张游戏作品著作权主

时,系主张该游戏的计算机软件作品著作权,主要载体是软件源代码和其他代码文件。而包含于游戏资源库中的各种音频、视频、图片、文字、美术作品等可分别落入相关类别的作品的范畴中,分门别类地获得保护。

(3)《反不正当竞争法》的保护:《著作权法》框架内的权利保护制度在网络游戏产业快速发展的今天,存在一定的局限性,一些应当受法律保护的权益无法适用《著作权法》,例如游戏人物的“人设”、人物关系、游戏中某事件的构成等,若不达到独创性要求则无法适用《著作权法》加以保护,在司法实践中对以上内容的“抄袭”,通常权利人会额外主张适用《反不正当竞争法》保护。

## 2. 网络游戏中可单独受《著作权法》保护的元素

在确定游戏作品及其元素受到《著作权法》保护的范围内,首先应当严格依据“思想表达二分法”,明确构成具有独创性的作品的范围,其中必须排除“思想”所决定的“表达有限”的情况。而一般而言,游戏玩法和游戏规则不受《著作权法》保护,但与游戏规则相关的表达受到保护。其次,对游戏所涉及的具体元素能否给予《著作权法》的保护,应进行个案考量,逐一鉴别,依据《著作权法》中关于计算机软件、美术作品、音乐作品、文字作品、视听作品等的规定分类进行保护。

(1) **美术作品**:网络游戏中通常包含大量美工作品,如游戏界面、游戏场景、道具装备、角色造型、角色技能、地图设计等,具体保护方法需根据著作权的相关原则,具体依据相关元素的独创性及实质性相似等标准判定。

(2) **音乐作品**:背景音乐、插曲等,实务中涉网络游戏侵犯著作权案件中,主张音乐作品侵权的案例较少,具体保护方法通常与电影作品中音乐作品的保护方法类似,予以单独保护。

(3) **文字作品**:除源代码、目标代码等构成计算机软件作品而落入著作权法保护范围的元素外,游戏中篇幅较长的背景介绍、角色介绍、任务、故事情节描述等也可能构成文字作品。但对于单个词语构成的角色、物品、技能的名称,由于文字过短、难以体现独创性,一般不认定为作品。值得强调的是,对游戏规则的说明书,由于其内容系对游戏内容的高度

概括、对游戏情节和角色的集中表现,不应简单认为属于游戏规则,而应认为属于与游戏规则有关的表达,如其独创性足以达到作品的高度,应认定为文字作品。与游戏的规则属思想范畴不同,游戏规则的说明书作为表达,受到《著作权法》的保护。

**(4) 电影或视听作品:**游戏画面具有和电影、类电影作品相似的表现形式,游戏中事先拍摄或制作好的影视或动漫场景,及根据用户的操作发生变化的连续画面,可以构成电影或类电影作品。对于游戏整体画面的著作权归属,虽然不同的玩家进行不同的操作会产生不同的游戏画面,但这些画面都是游戏开发商预设的内容,先于玩家的操作而存在。玩家的作用只是在预设的规则、情节和结局可能性之间提供动因、连接,其参与过程中虽有自身创造性的发挥,但并不对相关画面产生著作权,游戏画面、场景的著作权仍应归属于游戏开发商。

**(5) 游戏直播:**随着游戏直播行业的蓬勃发展,游戏直播画面能否受到《著作权法》保护、以何种权利形式进行保护的问题引发争论。目前的网络游戏直播节目中,既有游戏主播自行录制的网络游戏直播节目,也有大型电子竞技比赛直播节目。实践中,许多游戏直播并未经过游戏著作权人的授权,也未支付许可使用费,由此引发侵权诉讼。目前的司法实践普遍认为,应将游戏直播作为《著作权法》第十条十七项中兜底的“其他权利”进行保护。一般认为,游戏直播涉及对作品的公开传播,未经许可进行游戏直播,除非属于合理使用,否则构成对相关权利人的侵权。

### PART 003

## 游戏侵权案件中的民事责任分析

依据《民法典》侵权责任编的相关规定,知识产权类案件中侵权责任的承担方式主要包括停止侵权、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等,在实务中争议较大的问题是停止侵权及损害赔偿。

## 1. 停止侵权问题

“停止侵权”是游戏类侵犯知识产权纠纷中原告的首要诉求,一般而言,对停止侵权的诉讼请求,被告不需停止侵权的抗辩可能得到支持的情形主要包括侵权行为不能成立、侵权行为已经停止、基于公共利益的考量、基于当事人之间利益重大失衡的考量而不判决停止侵权行为。在实务中,停止侵权是停止游戏的全面运营,还是仅限于停止使用侵权元素并进行修改是经常发生争议的问题。若游戏侵权仅是部分元素侵权,可以进行侵权与不侵权部分的分割而不影响整个游戏的运营,这时判决被告停止使用侵权元素就可以达到原告的诉讼目的,而不必采用全面停止游戏运营的激烈方式。

## 2. 损害赔偿问题

与其他知识产权案件相似,在游戏侵权类案件中,损害赔偿因具体侵权损失难以认定,法院多适用法定赔偿计算损害赔偿金额,《著作权法》第54条中,将法定赔偿的下限设定为五百元,而上限自50万元提高至500万元,进一步加强了我国对知识产权的保护力度。

由于权利人的实际损失或侵权人的违法所得在举证上均存在一定难度,法院判决的游戏侵权案件大多是在以上法定赔偿数额上限以下进行的酌定赔偿,判赔的数额远远低于权利人的预期和游戏的实际损失。由于游戏渠道经常不配合,游戏刷单而导致数据不真实的情况普遍存在,原告提供的游戏分发渠道的宣传内容难以被法院采信,法院只能根据原被告的举证情况酌定判赔数额。近年来,法院在游戏侵权案件中越来越多地酌定判决了较高的赔偿金额。但即便如此,法院的判赔数额通常也远低于双方和解的赔偿数额,对于动辄上千万的游戏产业流水而言,达不到惩治侵权的目的。

### PART 004

## 对游戏公司知识产权合规管理的建议

提升对所开发游戏中各项知识产权的自我保护能力,是网游公司防止利益受损的最有效方式。事先采取有效预防措施堵塞漏洞,才能有效避免侵权,或在被侵权后及时获得救济。

## 1. 游戏开发前的法律风险评估

很多游戏开发商在决定进行游戏开发前,往往只注重游戏的市场前景分析,而忽视了游戏开发的法律风险,甚至将抄袭模仿当作发财致富的捷径,为企业带来侵害他人知识产权的巨大风险。随着游戏行业的日益规范,司法救济水平的不断提高,山寨侵权的道路将越来越难走通。树立知识产权风险意识,进行充分的侵权法律风险评估,寻找适合自己的游戏开发策略,是游戏开发商在开发游戏、组建团队前首先要解决的问题。

## 2. 商业秘密保护措施

如与核心开发人员签订竞业禁止协议,对开发中项目进行软、硬件管理,隔离核心研发人员办公区域等。游戏公司核心员工离职泄密、带走游戏源代码或游戏核心素材的情况在实务中时有发生。游戏公司应设立风控制度,限制可接触游戏代码的人员,以及在游戏源代码中埋伏特殊、错误或无效的代码或标记,以便举证。另外,应当对离职核心员工的去向进行必要监测,以便在游戏公测期而非上市期能够尽快发现、遏制侵权行为,从而避免核心员工加盟其他竞争游戏公司而造成对本公司游戏产品、游戏分发渠道的重大冲击、破坏。

## 3. 预防授权风险

在委托创作、作品授权使用、音乐及美术作品的单独授权、作品转授权、购买改编权、作品独家许可等环节中,若合同条款约定不明或存在其他权利瑕疵等情形,均较易引发纠纷。就游戏产业而言,游戏开发商如需改编作品或在先游戏时,必须审核其是否由相关小说、影视作品改编而来,授权合同相对方享有的权利范围究竟为何。如后者属于演绎作品,则游戏开发商不仅要取得该改编作品的授权,也要取得原权利人的授权,否则很可能因侵权而被诉至法院,蒙受巨大经济损失。

#### 4. 妥善保管源代码、授权合同并进行必要的权属登记

针对同一游戏的不同版本,公司应及时对这些版本及游戏中代表性的人物形象、地图、道具等美术作品及软件源代码进行版权登记,并根据需要对游戏名称、代表人物等进行商标权登记,建立起立体的知识产权防护网。对游戏涉及的设计文稿、各个版本及相关授权合同、委托开发合同等资料妥善保存,以便在发生纠纷时可以迅速提供有力的权属证据。另外,对形成于域外的授权文件、发行合同,应进行必要的公证、认证和文书转递工作。

#### 5. 根据情况选择民事诉讼、刑事立案或行政投诉等维权方式

发生游戏产品侵权案件后,权利人的救济手段不只有民事诉讼一种,还有行政投诉、刑事立案、渠道通知下架、要求第三方机构调解等多种选择。据了解,很多游戏侵权案件进入诉讼后,权利人通过和解获得的赔偿远高于法院判决的数额。一般双方以“赔偿”加“限期修改”的模式进行和解,即侵权方认可存在侵权行为,并以一定赔偿金获取权利人谅解,同时对游戏中侵权的内容在限期内进行修改,修改后的内容以权利人确认为准。从权利人角度来看,选择和解可以更快地让对方停止侵权,并且有机会获得远高于法院判赔的和解赔偿金额;同时兼顾了玩家的公众利益,避免诉讼判决停止游戏运营可能导致的玩家大量要求退款情况。



王红燕  
合伙人  
知识产权部  
杭州办公室  
+86 571 5662 3968  
gracewang@zhonglun.com

# CHAPTER

02

文化娱乐产业热点合规问题

047



# COMPETITION

## 赛事竞技



# 奥运会赞助的流程 和法律风险把控

作者: 赵昱东



## PART 001

## 2020东京奥运会和2022北京冬奥会赞助概况

因疫情影响,2020东京奥运会成为了首届推迟举办的奥运会。在无数体育迷对东京奥运会持续期盼了一整年后,东京奥运会终于在2021年7月23日正式拉开帷幕。东京奥运会的各大赞助商们,也终于迎来了产品营销和品牌价值提升的关键时机。

2020东京奥运会的赞助商包括了奥林匹克全球合作伙伴和日本本土赞助商。根据东京2020赞助计划(Tokyo 2020 Sponsorship Programme),日本本土赞助商包含了三个赞助级别,最高层级是金牌合作伙伴(Gold Partners),第二层级为官方合作伙伴(Official Partners),第三层级为官方供应商(Official Supporters)。<sup>1</sup>赞助商可行使的权利范围由赞助级别决定。

随着2022年的临近,很多企业早已瞄准了赞助2022年北京冬奥会的营销商机。北京2022年冬奥会和残奥会市场开发计划启动发布会在2017年2月27日就已举行<sup>2</sup>。北京2022年冬奥会和残奥会奥组委于2017年3月正式启动官方赞助计划<sup>3</sup>,2018年7月启动了官方赞助商征集工作<sup>4</sup>,2019年5月首次赞助企业大会召开<sup>5</sup>。赞助企业被分为官方合作伙伴、官方赞助商、官方独家供应商和官方供应商四个层级。<sup>6</sup>截至2021年7月12日,冬奥会和残奥会奥组委已公布四十五家企业正式成为赞助企业。<sup>7</sup>

## PART 002

## 赞助企业所享有的权益和应承担的义务

北京冬奥组委将给予各层级的赞助企业不同的权益回报,主要包括市场营销权、接待权、产品和服务提供权、优先谈判权(相对于其他层级赞助企业和非赞助企业)等。同一层级的赞助企业享有的权益也可能因其行业特点、企业类型及其与北京冬奥组委的谈判结果而略有差异。赞助商最为关注的、也是商业价值最大的就是市场营销权,主要是指在企业内部、企业产品包装和赞助企业网站及特定外部媒介上为产品的销售、促销、广告

1. 参见《Sponsorship Programme: Purpose of the Sponsorship Programme》Tokyo 2020, <https://olympics.com/tokyo-2020/en/organising-committee/-marketing/sponsorship>。

2. 参见《北京2022市场开发计划27日下午启动》,北京冬奥组委官网, <https://www.beijing2022.cn/a/20170227/042013.htm>。

3. 参见《北京2022年冬奥会和冬残奥会赞助计划启动》,北京冬奥组委官网, <https://www.beijing2022.cn/a/20170531/030293.htm>。

4. 参见《北京2022年冬奥会和冬残奥会组织委员会关于征集北京2022年冬奥会和冬残奥会官方赞助商的公告》,北京冬奥组委官网, <https://www.beijing2022.cn/a/20180809/017245.htm>。

5. 参见《北京冬奥会首次赞助企业大会召开》,北京冬奥组委官网, <https://www.beijing2022.cn/a/20190508/007465.htm>。

6. 参见《4层级赞助商计划火力全开北京冬奥会市场开发迈入新阶段》,北京冬奥组委官网, <https://www.beijing2022.cn/a/20190729/004724.htm>。

7. 参见《北京2022年冬奥会和冬残奥会赞助企业许可授权信息》,北京冬奥组委官网, <https://www.beijing2022.cn/sv1/woeg.html?cmid=EYS2021081805913400>。

8.参见《关于北京2022年冬奥会和冬残奥会税收政策的通知》(财税[2017] 60号)、《关于冬奥会和冬残奥会企业赞助有关增值税政策的通知》(财税[2019] 6号)。

之目的有条件使用北京奥组委、中国奥委会、中国体育代表团的徽记和授权称谓的相关权利。值得注意的是,市场营销权并非仅可在奥运会召开期间使用,而是可在整个营销期内使用。北京冬奥会赞助营销期为2017年至2024年,期间将召开平昌2018年冬奥会、东京2020年奥运会、北京2022年冬奥会、2024年奥运会等多项重大国际赛事,蕴含着巨大的市场营销价值。

根据其赞助层级,赞助企业还将获得奥运会出版物或指定媒介的广告权或广告谈判优先权、赛事门票和额外门票购买优先权、赛事指定酒店住宿房间和额外房间租用的优先权、赛事场馆入场证和停车证、火炬接力参加权等各类权利。赞助企业如果是奥运会独家供应商或者供应商,还将获得向奥运会赛事和运动员(独家)提供其产品的权利。

此外,企业参与奥运会赞助的,还有可能享受相关税收优惠。其中,境内企业的相关政策整理如下<sup>8</sup> :

序号	税种	内容
1	企业所得税	对企业、社会组织和团体赞助、捐赠北京2022年冬奥会、冬残奥会、测试赛的资金、物资、服务支出,在计算企业应纳税所得额时予以全额扣除。
2	增值税	企业根据赞助协议向北京冬奥组委免费提供的与北京2022年冬奥会、冬残奥会、测试赛有关的服务,免征增值税。免税清单由北京冬奥组委报财政部、税务总局确定。 免征北京2022年冬奥会、冬残奥会、测试赛参与者向北京冬奥组委无偿提供服务 and 无偿转让无形资产的增值税。 适用免征增值税政策的服务,仅限于赞助企业及下属机构与北京冬奥组委签订的赞助协议及补充赞助协议中列明的服务。 赞助企业及下属机构应对上述服务单独核算,未单独核算的,不得适用免税政策。

序号	税种	内容
2	增值税	上述免征增值税政策自2017年7月12日起施行。对于已经缴纳的部分,允许纳税人从以后应缴增值税税款中抵减。
3	印花税	对财产所有人将财产(物品)捐赠给北京冬奥组委所书立的产权转移书据免征应缴纳的印花税。

关于奥运会赞助企业的义务,首先赞助企业要以现金或现金等价物的形式给奥运会提供支持,其中赞助企业和供应商的主要赞助内容即以现金等价物形式体现的产品或服务。赞助企业使用相关授权徽记和授权称谓的方式应符合标志使用手册的规定,并经过奥组委事先批准。具体要求如下:

(一)赞助企业对奥组委徽记、奥委会商用徽记的使用应当遵守《奥林匹克标志保护条例》和(或)其它适用的法律、法规,并做出适当的知识产权提示;

(二)赞助企业不得在赞助企业的其它产品或服务的销售、宣传、广告或促销活动中使用赞助标志,也不得以有可能引起社会公众认知混淆的方式使用赞助标志,以至于使社会公众误以为赞助企业除产品以外的其它产品或服务也被授权使用赞助标志;

(三)赞助企业在使用赞助标志时应按照标志使用手册进行完整、准确的复制,不得对其颜色、设计或外观进行任何加工或修饰;

(四)赞助企业可以在其促销活动中使用运动员的姓名或肖像,但要尊重该运动员的个人权利并应征得其本人同意。如有必要,还应取得相关国家奥委会、国际单项体育联合会或国家单项体育联合会的事先书面批准;

(五)赞助企业发布的包含有赞助标志的广告、宣传或其它资料中,不应包含有违法违规或对奥运会、奥委会等奥运组织的良好声誉和形象产生不良影响的内容;

(六)赞助企业在产品的包装上,或在产品的销售、广告和促销方面,原则上不得将赞助标志与非奥林匹克标志一起使用、也不得将第三方或第

三方产品的商号、徽记或其它标志与赞助标志一起使用；

(七)除非另有约定,赞助企业不得允许任何代表附在带有赞助标志的产品包装上,或出现在带有赞助标志的广告宣传材料上,也不得参加任何将赞助标志与第三方的产品或服务联系起来的促销活动；

(八)赞助企业不得在其包含有赞助标志的广告中列出竞争对手,或竞争对手的产品或服务,并进行比较。

### PART 003

## 奥运会赞助流程

赞助奥运赛事能为企业带来巨大的商业价值,除增加销量,宣传品牌,提高市场占有率、影响力和竞争力外,通过赞助与政府建立良好的合作关系以享受税收优惠政策,而提升经销商和代理商的积极性、忠诚度等间接因素也促使企业更加青睐奥运赛事的赞助。除商业价值的权衡外,企业还应注意在投标、谈判与签约各个环节中的合规管理与风险控制,并积极与奥组委进行沟通,以保障奥运会赞助的顺利进行。

奥组委征集赞助商的方式包括公开征集、定向征集、个案征集,其中大多数赞助商是通过投标方式公开征集的。根据中国奥委会官方网站的公告及我们以往的项目经验,以北京2022年冬奥会为例,冬奥会赞助流程主要包括投标、奥组委甄选意向企业以及签订赞助协议三个部分。另外,甄选考量因素以及具体要求将在下文进行介绍:

### (一) 投标

投标主体既可以是单一企业,也可以是多个意向企业组成的联合体。联合体投标具有优势互补、资源共享、风险分散等优势,在参与投标前,各意向企业签订联合体协议,约定联合体的工作机制和各方的权利义务关系,并共同授权一方/一人作为联合体代表,参与投标事宜;中标后各联合体成员均需签署赞助协议,并成立新的法人作为赞助企业,具体实施赞助协议。

意向企业可以关注中国奥委会官方网站发布的征集公告,了解征集对象、征集类别、赞助层级、征集条件(包括是否接受联合体应征)、征集程

序、联系方式等信息。符合征集条件的意向企业,应首先与北京冬奥组委指定联系人电话沟通,并于规定的截止日期前,将意向函邮寄至北京冬奥组委。

## (二) 奥组委甄选意向企业

根据中国奥委会官网公布的赞助企业甄选原则,奥组委甄选意向赞助企业主要考量以下几方面:

### 奥组委甄选考量因素

- |   |                           |
|---|---------------------------|
| 1 | 企业资质、自身实力与发展潜力            |
| 2 | 企业的品牌影响力及其与奥林匹克运动的契合度     |
| 3 | 赞助报价,即企业能提供的资金和产品/服务的支持保障 |
| 4 | 企业对奥林匹克运动理念的理解以及营销和推广能力   |

### 奥组委甄选具体要求

- |   |  |
|---|--|
| 1 | 企业应有良好的资金实力和发展前景,具有进行长期合作的潜力   |
| 2 | 企业应具有良好的社会形象和企业信誉,与奥林匹克运动的契合度较高,企业的品牌和形象能够支持并提升奥林匹克运动和中国奥委会的品牌形象                       |
| 3 | 能够并愿意根据中国奥委会的需求提供产品、服务及现金支持  |
| 4 | 合作伙伴和赞助商需要拥有对奥林匹克运动理念的理解,并愿意在市场营销和广告推广方面投入足够的资金和努力,充分利用奥林匹克平台进行市场营销,宣传中国奥林匹克运动和中国体育代表团 |

## (三) 签订赞助协议

北京冬奥组委将提供《赞助协议》的格式文本,意向企业如对《赞助协议》有修改意见,可以在《赞助协议偏差表》中列明有异议的条款内容及拟修改或增加的条款内容,以此与奥组委进行谈判。达成一致后,北京冬奥组委将与意向企业签署《赞助协议》,该协议经国际奥委会批准后生效。

9. 参见《奥运延期决策违法?专家:具有伦理正当性规则有待完善》, 人民网。

如意向企业为联合体,在签订《赞助协议》之时,《赞助协议》的最终履行主体(即新法人)尚未正式成立,因此,由联合体作为新法人代表与奥组委签订《赞助协议》。《赞助协议》会规定新法人的成立时间,自新法人成立之日起,即取代联合体成为《赞助协议》的一方,承接联合体在《赞助协议》项下的所有权利、义务和责任。

#### PART 004

### 案例分析:东京奥运会推迟涉及的法律问题

因新冠疫情在全球的广泛影响,整个体育界几乎陷入瘫痪,全球多项大型体育赛事暂停举行。在东京举行的第32届夏季奥林匹克运动会也因其影响推迟了一年,各大赞助企业因奥运会延期所涉及的法律问题广受各大企业关注。

在东京奥运会所引发的有关法律问题中,下文主要讨论东京奥运会延期的合法性、延期对奥组委造成的影响、赞助商因延期受到的风险以及赞助商因延期需要注重的法律问题。

#### (一) 延期的合法性

##### 1. 规则与主权

奥运会的相关规则由《奥林匹克宪章》(以下简称“宪章”)制定,宪章是国际奥委会制定的关于奥林匹克运动的最高文件。宪章对奥林匹克运动的组织、宗旨、原则、成员资格、机构及其各自的职权范围和奥林匹克各种活动的基本程序等作了明确规定。但需要注意的是,国际奥委会制度、奥运规则、奥林匹克宪章不属于法律范畴。如果规则和国内法发生冲突,作为主权国家,可对奥林匹克的规则提出异议。如1956年的墨尔本奥运会,澳大利亚法律对参加奥运会的马匹要求是必须在其国内经过6个月的检疫,这一法律规定导致参赛马匹无法满足相关要求,因而最后马术比赛被迫改为在瑞典的斯德哥尔摩举行。可见,如一国不认同奥林匹克规则,有向国际奥委会主张改变规则的权利。<sup>9</sup>

##### 2. 尊重宪章精神

奥林匹克宪章中明确规定,奥运会的比赛周期是四年,奥运会需要于

当届奥运会周期的第一年召开,冬季奥运会需要于当届奥运会周期的第三年召开。但是宪章同时也注明了,奥林匹克主义是增强体质、意志和心智,并使之全面均衡发展的一种生活哲学,在疫情之下强行举办奥运会,是对全球健康的一种挑战与威胁,不符合对人类健康的关怀,亦不符合奥林匹克精神和价值追求。

2020年以来,针对如何在疫情下举办奥运会,国际奥委会确立了两项最高宗旨,都与运动员利益切身相关:一是保护每个人的身体健康、全力支持疫情防控工作;二是确保运动员的利益和奥林匹克运动的利益不受损害。这也体现了国际奥林匹克运动的宗旨,即体育运动为人类的和谐发展服务。从这一点上看,奥运会被推迟是正确的,即使违背了部分宪章的规则。而且从本次的矛盾与冲突中看,宪章本身的机制也是不够完善的,通过这次突发事件,相信更能促进各方建立起一个更为系统的机制。

奥林匹克主义在《奥林匹克宪章》中被阐释为:相互理解、友谊长久、团结一致和公平竞争。而在全球疫情肆虐的大环境下,地球命运共同体最需要团结面对的是肆无忌惮的疫情。经济利益不能高于人的生命和健康权,在新的时期,面临新的挑战,国际奥委会执委会作出延期的决定是符合实质正义的,因而虽然在形式上打破了规则,但并不能算是违法。

## (二) 延期的影响

### 1. 延期对奥组委的影响

奥运会组委会首席执行官武藤敏郎将东京奥运会延期所造成的损失描述为“massive”,即巨大的。据日本的媒体报道,2020年7月,东京2020年奥运会的国内赞助收入已超过30亿美元,比2016年在巴西里约热内卢举行的奥运会多出三倍,如果比赛推迟导致赞助收入减少,那么主办方可能需要亲自来填补预算的缺口。

### 2. 延期对赞助商的风险

虽然奥运会赛程只持续一个月,但围绕奥运会和品牌展开的一系列营销和活动可能提前一年便已经开展了。推迟消息公布时,由于奥运会的大部分赞助合同将于2020年12月到期,赞助商们要选择延长合同期限或解除合同。如果赞助商选择延长合同,可能面临着主办方对其进一步出资的

10. 参见《东京奥运会推迟或取消的法律真问题》，人民网。

诉求以及大量营销活动沦为无用功的尴尬处境，这对疫情下企业的财务状况也是一个不小的考验。

在此次突发事件及其以后类似事件中，赞助商需要有以下几点认识：

首先，无论奥运会延期还是取消举办，由此引发的合同违约问题不会全部演变成成为纠纷或争议，更不会完全进入仲裁、诉讼程序。<sup>10</sup>由于本次奥运会延期是新冠直接导致的，因此国际奥委会和政府针对其所做的行为并不违背合同。赞助商们因延期造成的损失可能很难通过索赔的方式解决。

其次，发起索赔这一行为，所带来的对日后产品营销以及品牌的影响，可能会大于延期所带来的影响。

### (三) 赞助商需要注意的法律问题

奥运会延期，赞助商需要注意的法律问题包括如下两点：

第一，收集所有的相关合同和分包合同。赞助商可能不仅需要根据主要的服务合同提出索赔，还需要参考其他的相关合同和分包合同。例如，考虑到广告商已签约举办与奥运会有关的活动，聘请了人才、餐饮，并获得了房地产权利，取消合同的后果将影响这些附属的商业交易。



第二,根据其他各方的行为,确定自身享有哪些权利。在赞助合同到期时,赞助商需要明确自己是否可以中止附属的合同。这样的中止行为是否会自身面临分包商违约的诉讼风险;而不可抗力事件的发生,其本身不能确定是否足以成为不履行合同的借口。而不履行合同是否可以被原谅,将取决于对条款本身以及对适用法律的分析。

#### PART 005

### 奥运会赞助如何规避风险

---

奥运会赞助商可能会面临的不同风险包括:合同风险、赛事取消风险、竞争风险以及营销效果不达预期的风险。

#### (一) 合同风险

在奥运赛事赞助的活动中,合同风险通常是奥组委违反约定或履行不当造成的风险,使赞助商没有得到应得的利益或回报。合同存在风险的可能是奥组委职能缺失而导致合同不能履行,双方面临解除合同的风险。双方中任何一方的违约行为而阻碍赞助活动无法圆满完成,也有可能损害到对方的利益。合同是保证赞助行为合法且顺利履行的基石,赞助商签署合同前需要对合同进行严格审查,签署合同后需要严格履行合同条款。

要降低合同风险,企业需要做到以下两点。首先,对于排他性的赞助权益,企业应当事先与北京冬奥组委充分沟通协商,并制定尽可能明确详细的产品及服务目录,划清排他性权益的范围,降低日后发生纠纷的风险;第二,明确双方的权利义务关系,比如冬奥组委不得与同行业中存在竞争关系的其他企业就同种产品或服务签订相关协议,以及当其他企业通过隐性市场行为进行营销,使受众误认为其与冬奥会存在着直接或间接的联系时,冬奥组委应当提供必要的协助,配合赞助企业调查和维权,保护赞助企业的利益。

#### (二) 赛事取消风险

由于诸如疫情等不可抗力的原因,某些奥运会赛事可能会被取消。赞助企业可以通过以下两种方式规避赛事取消风险:

11. 参见《英媒：东京奥运赞助商聘请咨询公司，评估潜在的品牌利益受损程度》，腾讯网。

首先，企业可以购买赛事取消险。取消保险是国际性赛事的常见险种，通常会包含取消风险的完整保障。疫情将在世界各地持续相当一段时间，因此在举办赛事时，通过购买赛事取消险可以减少企业因赛事取消而产生的损失。

其次，企业在面临赛事取消危机时应当及时与相关咨询公司进行沟通。疫情和延期为品牌带来的影响是不可控的，此时企业可以咨询中介，获取相关方面的建议。比如在2020东京奥运会中，据英国《金融时报》报道，部分企业赞助商在奥运会举办前便已聘请咨询公司，咨询公司就是否推进奥运主题营销计划或限制与可能损害公司品牌形象的情况为赞助商们提供参考建议。<sup>11</sup>

### （三）竞争风险

第一，奥运会中的竞争风险通常是因赞助企业的不正当竞争而导致。如果赛事主办方管理不善，导致赞助秩序混乱，可能会严重损害赞助商利益。例如，三元企业是2010年赛季世界斯诺克中国公开赛的冠名赞助商，但此次赛事的亚军得主丁某胸前同时出现了三元乳业和其他乳业的LOGO标准，赞助商三元企业认为自身权益受到严重侵犯，该不正当竞争的行为严重违反了体育赛事赞助的行业排他性原则。此外，更有一些专营投机的商家，通过隐蔽营销，不向赛事主办方支付赞助费用，却寻找与赞助活动的联系，以混淆赞助商目标受众的视听并借此营利，导致赞助商利益受损。

第二，赞助协议通常约定，如果本届奥运会被取消或相关奥委会被取消本届奥运会的主办权，赞助协议将提前终止。赞助协议因奥运会被取消，任何协议一方均无需继续履行其在本协议项下的义务，也无需为此向另一方承担任何责任。赞助协议还可能约定，赞助企业所享有的权利和机会的价值与其支付对价的时间安排是对应和吻合的。因此，赞助企业无权要求奥组委退还其已经交付或已被奥组委消费的任何现金或现金等价物。而对于赞助企业在奥运会期间才实际行使的、且在本协议被终止时尚未行使的权利和机会（包括但不限于与奥运会有关的门票、住宿、交通、证件等），在本协议被提前终止时，奥组委有权收回。

赞助商不正当赞助利益的获取,扰乱了整个赞助体系的次序和利益,赞助商可以通过合同、侵权、不正当竞争等理由采取法律手段进行维权。奥运会赞助协议中一般也会有反对隐性市场的条款,赞助企业和奥委会应该密切配合,共同打击利用隐性市场侵害赞助企业权益的行为。

#### (四) 营销效果不达预期

赞助商的宣传品牌价值、营销产品的效果可能无法达到预期。如果赞助商希望提供的赞助物有所值,需要建立、筹划与体育赛事赞助活动相配套的市场营销策略。首先,赞助商在选择进行体育赛事赞助前,要对体育赛事赞助市场的内外环境进行考虑,以制定出正确的赞助策略。其次,企业应该把体育赛事赞助列入企业发展战略中,赞助商可以利用广告、促销和公关等其他沟通手段进行辅助营销宣传。同时,赞助商需要利用好优势项目、产品和体育明星效应,根据赞助目的和赞助项目来谨慎选择体育赛事赞助形式和体育明星,制定企业的赞助计划,达到规避赞助风险的目的。



赵昱东  
合伙人  
资本市场部  
上海办公室  
+86 21 6061 3006  
stevezhao@zhonglun.com

# 电竞赛事衍生品市场 知识产权法律实务初探

作者:舒海 李梦圆



2020年东京奥运会在疫情影响下历经一波三折，终于在2021年的夏季顺利举行，中国健儿再次取得了令国人骄傲的好成绩。国内的观众虽然无法亲临比赛现场，但是在屏幕前为健儿们加油的热情不减，不论是奥运健儿的英姿还是精彩纷呈的赛事，都在网络上掀起一波波的讨论潮。而每次重大赛事落幕之际，也往往是国人运动热情更为高涨的一个新阶段。

本届奥运会尚未结束，国务院就印发了《全民健身计划（2021—2025年）》的通知，《全民健身计划》专门提到，要“**支持各地利用自身资源优势培育全民健身赛事活动品牌**”。事实上，这并非国家第一次提出将健身赛事活动品牌化的构想。早在2018年，国务院办公厅就发布了《关于加快发展体育竞赛表演产业的指导意见》，多处提到要**积极推进体育竞赛表演产业的品牌化、打造100个具有自主知识产权的体育竞赛表演品牌、促进体育赛事和体育表演衍生品创意和设计开发**。

而赛事的品牌打造也带出了本文拟讨论的主题——“赛事衍生品”。

## PART 001

## 赛事衍生品的行业现状和前景

---

所谓“赛事衍生品”，也即人们常说的“IP周边”，在本文的讨论框架下主要指将赛事品牌进行衍生化开发，以商业目的应用到赛事之外的周边市场，它几乎可以涵盖各个行业，也可以包含实体和虚拟的多种可行形式，当然，在商业实际中，周边市场的辐射范围是以消费品和娱乐场所为主，如，服装、体育用品、食品饮料、主题展览。一个商业上成功的赛事衍生品市场，往往要依托于一个强大的赛事品牌；而赛事形成品牌化效应后，在受众中积累的强大影响力和号召力，也会持续赋能赛事衍生品市场的发展。

除传统体育赛事外，电子游戏竞技（简称“电竞”）赛事在大众体育领域的价值认同也在不断加深，已经成为一股不可忽视的力量。2019年电子竞技运动正式被国家承认，2019年4月1日，国家统计局发布了《体育产业统计分类（2019）》，在这份报告内容中，正式将电子竞技归为职业体育竞赛项目。

经过最近几年的快速发展,我国的电竞产业已经初步实现成熟化运营并形成了一个较为完整的产业链。主要包括:上游游戏开发和运营、中游赛事运营和电竞俱乐部、下游直播平台。目前,中国电竞产业上游收入,即游戏收入仍旧在电竞产业总收入中占比超过80%。下游环节营收更多来源于直播平台,总体占比在10%左右,而中游最为薄弱,包括俱乐部收入、赛事收入、和电竞衍生品收入等,中游的收入在整个电竞产业总收入占比中仅占个位数。电竞衍生品,是以电竞游戏、赛事或战队等主体为原型,所开发设计出的一系列可供售卖的产品或服务。挖掘电竞衍生品的价值,既可以丰富电竞IP本身的内容,又可以赋予其更持久的生命力,从而实现品牌价值最大化。电竞产业化发展中很重要的一个环节,便是发掘和扩大中游的商业价值。

英雄联盟LPL是目前国内影响力最大同时也是商业化程度最高的电竞赛事。英雄联盟赛事方面表示“2020年LPL赛区职业赛事直播观看人次超过218亿,赛事内容观看量超过1000亿。”据腾讯电竞发布的《2018中国电竞运动行业发展报告》的数据显示,超过两成的电竞用户愿意为电竞赛事周边抽奖付费,因此,衍生品市场大有可为。

2020年新冠疫情的出现使得中国电竞按下了暂停键,比如,2020年1月26日,英雄联盟赛事官方宣布“2020LPL春季赛自2月5日起比赛将延期进行。随着国内疫情逐渐走缓,赛事逐渐被“线上模式”所替代,这也给中国电竞业带来重大打击。2020年2月,北京、上海和苏州、西安、重庆、杭州等地政府相继出台扶持政策,北京公布《关于应对新冠肺炎疫情影响促进文化企业健康发展的若干措施》,针对电子竞技产业,北京市委宣传部提出打造“电竞北京2020系列活动”,将协助电竞企业在危机中寻找新机遇,举办首届国际电竞创新大会,电竞之光展览交易会等活动;上海则是出台《全力支持服务本市文化企业疫情防控平稳健康发展的若干政策措施》,鼓励举办线上电竞赛事,有一定规模、影响力的线上赛事将参照线下电竞赛事的标准给予支持,对符合条件的受疫情影响严重的电竞企业,在文创资金扶持中,给予优先资助。苏州印发了《关于促进苏州市电竞产业健康发展的实施意见》,正式提出努力将苏州建设成为国际电竞名城,不断扩大“苏州电竞”品牌影响力。

可以想见,未来随着传统体育赛事和电竞赛事品牌化的脚步继续迈进,赛事衍生品市场将迸发出越来越强的活力。本文初步探讨电竞赛事衍生品市场的知识产权实务,以期抛砖引玉。

## PART 002

# 电竞赛事衍生品市场的知识产权布局及关注

赛事衍生品的知识产权核心为商标权和著作权。相较作品可依创作完成自动获得著作权保护的属性, **商标在中国《商标法》的框架下经常需要依照申请取得注册后才可获得更强的保护,因此,商标布局是赛事衍生品知识产权布局的重点。**根据商标布局应分别厘清商标标识和商品(和/或服务)两方面需求的研究思路,下文将结合赛事衍生品市场业务特点对这两个维度分别进行拆解,并得出布局建议、以及执行层面的初步建议。

## 1. 赛事衍生品涉及的商标权属主体和标识对象

赛事主办方开发赛事衍生品市场的权利基础和核心前提是其对赛事享有的相关知识产权权益。广义上来讲,赛事知识产权是指以赛事主办方为主(也可能包含其他权利主体)对与该赛事有关的标志、作品、专利、商业秘密和其他智力成果享有的商标权、专利权、著作权等多项专有权利。赛事知识产权的客体可以涵盖组委会的徽记、赛事的名称、简称、标志、口号、标语、吉祥物、会歌、赛事转播、赛事现场图片和视频等与赛事有关、及从赛事产生的各类对象。

对于电竞赛事,除上述常见对象外,赛事所指向的游戏本身的知识产权(如游戏名称、场景、角色名称和形象、故事线形成的知识产权)与电竞赛事的衍生市场有所关联。不过,实践中可能存在的情况是,赛事主办方并非游戏版权人、而是基于从游戏版权人获得经营赛事活动的许可,或者游戏版权人在商业上将游戏衍生品和赛事衍生品分开运作。在前述情况下,游戏本身的知识产权可能仅限于在合理且必要的情况下用于赛事衍生品市场业务。

电竞赛事的参赛队伍或参赛俱乐部(分别及统称为“俱乐部”)作为赛事的重要参与者,也会成为主办方发起的赛事衍生品市场中的有机组成

部分,比如,具有收藏价值的俱乐部选手卡、赛事主题的俱乐部纪念队服等。与赛事知识产权类似,俱乐部知识产权一般由拥有并运营俱乐部的主体享有,其涵盖的客体主要为俱乐部的名称、简称、标志。此外,俱乐部通常会与其签约选手、教练订立协议,以获得其个人肖像、姓名权等人身权益的独家授权。

电竞赛事衍生品市场的培育往往来自于相关公众对赛事的认可和热爱,因此,赛事和俱乐部的名称、标志、吉祥物、赛事现场的经典图片等,因便于在公众心目中与赛事关联在一起,也是赛事衍生品市场上最炙手可热、商业价值最大的运用对象。

## 2. 电竞赛事衍生品市场的常见业务类型

据笔者的经验和市场现状,电竞赛事衍生品业务类型主要有以下几种。

**产品授权**,主要指将赛事知识产权用于设计、生产、销售实物商品以及数字虚拟产品。我们常见的电竞赛事衍生品,主要包括手办、玩偶、服饰、海报等文化创意类产品,这是大多数粉丝比较乐于接受的电竞衍生品。若再具体划分,产品授权又可能体现为下述两种不同形态:

(1) 赛事知识产权被直接融入到产品本身,比如将赛事吉祥物形象制作毛绒玩具,或在与其他品牌的联名合作中将赛事的名称或其它显著设计元素体现到联名合作方的产品本身;

(2) 赛事知识产权将主要用于宣传合作方品牌的产品,类似“广告代言”。在这种形态下,合作方的产品本身将不做任何变化,产品的商标也仍然以合作方品牌为主,但是,赛事知识产权将体现于产品的广告、营销活动及宣传文案上,以实现赛事品牌对合作方产品销售的助力。

从商标的商品和/或服务类别来把握,前述这两种形态所开发的产品所属的类别即为该业务类型的商标布局重点。相较而言,赛事知识产权的相关客体在场景(1)下发挥着比较强的识别商品来源的作用,具有更高的可能性被认定为是相关衍生品的商标;而在场景(2)下,赛事主办方更像是为合作方提供了广告位,类似于赛事现场给赞助商的曝光机会,相关公众仍然会以合作方在产品上标识的商标识别该产品,赛事标识并未发

挥强商标属性——不过,这也不可一概而论,而应结合具体的使用情形和消费者的合理商业认知在独立的个案下做出判断。

**空间授权**,指的是创意性地将赛事知识产权结合或融入空间,形成具有特色和用户吸引力的空间场景,从而实现空间增值,最典型的是利用赛事知识产权对餐饮、住宿、公园、景区、游乐场、展览馆、实景娱乐、快闪店等活动空间进行装饰装修,并在该等活动空间内设置与赛事知识产权相关的展示、游戏项目。该业务类型所对应的商标类别显然是以主题空间的服务类别为主,如,餐饮服务、组织展览等。

**内容制作授权**,指的是基于赛事知识产权创作、改编、策划和制作文学作品或影视作品、动漫、长视频、短视频、综艺节目、音乐等音娱产品。对于电竞赛事,需再次关注和辨别内容制作所基于和利用的是赛事知识产权还是游戏知识产权。

### 3. 商标布局建议

将赛事衍生品的商标标识和业务类型所对应的商品和/或服务两个不同维度做叠加后,不难勾勒出赛事衍生品商标布局的方向。笔者建议,赛事主办方应尽可能早地全面梳理出赛事衍生品开发和经营中需要使用的商标标识,并在相关商品和/或服务类别上逐一申请注册。而鉴于商标的地域性,赛事主办方在优先致力于衍生品主要市场所在国的商标布局工作的前提下,也应考虑及时布局其他目标国的注册工作。

在实务操作中,商标布局工作涉及的标识和类别均较多,很可能遇到几个甚至多个申请在先的相同或近似商标,导致成功注册的时间线被拉长,而不能一蹴而就。与一些新业务开展前依据商标检索结果选取可行的商标注册和使用不同,赛事衍生品的核心商标标识,如赛事名称、赛事标志,是主办方在决定开拓赛事衍生品市场之时就确定的,若放弃或更改就会割裂衍生品业务与赛事本身的关联程度。这些现实困难,也对赛事主办方在商标布局工作方面的前瞻性和持续性提出了更高的要求。赛事主办方应始终全局关注在各个类别和标识上的注册和维护进展,及时采取可行措施。

## 4. 知识产权总体布局

受现实中的商业需求所驱动,一些赛事衍生品业务在等待相关商标完全注册成功之前可能就需要落地。这也给赛事主办方带来持续的挑战,需要其关注执行层面的知识产权合规设计,做好风险预判和取舍,并协调好各个不同主体之间的关系。笔者将一些尤其值得关注的事项列举如下:

• **做好除商标布局外的其他类型知识产权布局**,尤其是在著作权领域,通过完善的委托和合作创作合同、与员工的劳动合同、以及作品披露规范,确保赛事主办方对赛事作品著作权的完整归属。实际上,这部分工作是在赛事策划和组织层面就应该完成的。

• **对业务落地形式进行合理规划,规避风险**。以前文所介绍的为例,赛事相关标识在融入产品本身使用和作为广告代言工具使用时的商标属性强弱是不同的。若赛事主办方能做好业务拓展部门以及商业合作伙伴的合规培训,确保相关人员及时了解市场开拓和运营中的红线和风险点,并自新衍生品业务策划雏形阶段就尽早交予法务及律师团队评估并持续与之沟通,也将实质有助于控制风险。

• **确保与其他合作主体之间的授权链条完整**。赛事主办方除应自行就赛事商标标识获得商标注册外,还应关注赛事衍生品业务还包含其他主体的商业标识及作品,如俱乐部、品牌合作方、被许可方。这些主体的知识产权权属和布局情况也应当纳入赛事主办方策划衍生品市场的考虑范围,赛事主办方首先应确保已经从相关主体处取得了充分的许可,确保赛事衍生品业务的授权链条完整;其次,也可对这些主体的应尽到的知识产权布局和合规义务提出要求,通过合作协议的安排规避自身风险。而在赛事主办方并非游戏版权方而是其被许可方的情况下,赛事主办方也应结合经营需求,就合理情况下对游戏知识产权的使用从游戏版权方处取得充分的许可。

赛事知识产权保护的完善与否,直接决定着赛事衍生品市场模式是否能够可持续健康的发展。总体而言,赛事衍生品市场在国内尚处于探索阶段,还未足够成熟,尤其是作为新兴产业的电竞赛事,可行的衍生品市场业务类型并不局限于上文列出的几种,而每个具体的义务类型下的知识产权合规状况都有单独评估的必要。这也需要赛事主办方保持与法务

及律师团队的沟通,只有对具体业务的知识产权需求进行事先研判后,才能在业务落地过程中规避相关风险。

## PART 003

## 电竞赛事衍生品业务的落地

---

### 1. 衍生品业务的落地模式

电竞赛事主办方作为赛事知识产权的权利人,显然可以自行开展各项衍生品业务,但这需要赛事主办方从一开始就面临开发新业务的高昂成本、人员需求和行业经验。因此,在现实条件下,寻求合作方开展品牌联名合作、或者授权第三方自担成本开发新衍生品,是更具有可行性的选择。但即便是与第三方合作,赛事主办方仍然需要安排运营和监督团队,也常常会需要经纪代理公司寻找及撮合商业机会。由此,一些专业的赛事衍生品运营公司应运而生,可以运用其丰富的行业经验协助赛事主办方落地各类衍生品业务机会。总体来说,赛事主办方与品牌运营公司的合作主要有许可模式和经纪代理模式两种。

在经纪代理模式下,电竞赛事主办方主要授权运营公司为其寻找及撮合与第三方的商业合作机会,视具体情形,运营公司可能还会承担与第三方对接衍生品业务运营和监修的工作。在这种模式下,赛事主办方一般有较大权利自行决定是否与第三方开展合作、以及以什么样的商业条件开展合作,并将与第三方合作方直接订立联名合作协议或衍生品开发协议,自然地,赛事主办方也会自行收取相关协议下的费用,而运营公司将基于其工作成果抽取佣金和服务费。

在许可模式下,电竞赛事主办方会先行与运营公司订立许可协议,将品牌知识产权在特定的时间和地域范围内向运营公司授予许可。运营公司或者可自行开展衍生品开发业务,或者可在其获得的许可范围内向第三方授予开发衍生品或联名合作的分许可。在后者经营代理情况下,赛事主办方并不会与第三方订立许可协议,而是由运营公司直接订约并从第三方收取许可费,再基于赛事主办方与运营公司的许可协议向赛事主办方支付许可费。在许可模式下,鉴于各项衍生品业务往往均需要授予

合作方在相关品类上的独占性,为避免不同合作方之间产生冲突,赛事主办方在同一时期一般只会寻找一家运营公司,由该公司对衍生品市场进行统一筹划。因此,赛事主办方向运营公司授予许可也会是一个慎重的决定,需要对许可协议条款进行妥善的设置。此外,赛事主办方应尤其关注的是与运营公司合作终止后的后果处理,在终止之时,运营公司和第三方订立的分许可可能还处于有效存续状态,赛事主办方是希望立即接管所有未履行完成的分许可,还是允许运营公司将分许可继续履行完成(但是不可再寻找新的分许可业务机会),笔者都建议在许可协议中约定清楚。

## 2. 不同主体之间的商业利益冲突及解决

一场大型电竞赛事本身就已经涉及赛事主办方与若干不同主体之间的合作和商业权益授予,比如,赛事主办方向流媒体分发平台授予转播权益、赛事主办方与俱乐部之间的参赛合作关系、赛事主办方向赞助商授予赞助权益、以及不同俱乐部向各自赞助商授予赞助权益。

赛事衍生品市场诞生于多项商业权益交叉的背景下,又加之衍生品市场本身业务类型的多样特性,以及衍生品市场除赛事主办方和俱乐部经营方外,又会引入品牌合作方、衍生品运营公司等新的主体,很容易导致不同类型的权利和权益界限划分不清,从而带来不同主体之间的商业利益冲突。

比如,就参加赛事本身而言,每家俱乐部均会与赛事主办方订立参赛协议,在该协议下,赛事主办方往往有较强的话语权,可以对俱乐部寻求赞助商的行业禁忌、以及俱乐部赞助商与赛事主办方的赞助商产生行业冲突时的解决进行较为完善的约束。而赛事衍生品市场的开发则可能与之有所不同。赛事主办方出于牵头策划与不同俱乐部联动的赛事衍生品业务的需要,也会从俱乐部获得俱乐部知识产权的许可,以与赛事知识产权联合运营。然而,在实践中,俱乐部可能有自行开发衍生品的商业诉求,也可能对赛事主办方是否能运作起成熟的衍生品市场处于持续观望状态,因此,对于将其知识产权概括地独占许可给赛事主办方,交由赛事主办方全盘代理衍生品市场业务上会较为慎重。赛事主办方往往只能基

于非独占的协议从俱乐部获得俱乐部知识产权的许可,再依据衍生品市场开发的个案需求与俱乐部达成合作。

在这种现实条件下,电竞赛事主办方可分别从下述两方面着手:

- **与俱乐部建立事先披露机制**,了解俱乐部自行开发衍生品市场的进展,以及各时期各品类上的独占性限制。

- 若赛事主办方与运营公司订立了独占许可,**则应对运营公司拟授予的分许可保留充分的知情权和审批权限**,并对运营公司运用俱乐部知识产权的权限进行更为严格的制约。

在笔者参与传统体育赛事开发和运营、以及电竞赛事衍生品市场运作的经历中,若在业务初期对可能的冲突进行预判,并充分借助行业经验,是有望建立行之有效的冲突解决机制的。以此为前提,国内的电竞赛事衍生品市场也必然会日渐成熟和繁荣。



舒海  
合伙人  
知识产权部  
上海办公室  
+86 21 6061 3650  
michaelshu@zhonglun.com



李梦圆  
非权益合伙人  
知识产权部  
上海办公室  
+86 21 6061 3492  
graceli@zhonglun.com

# MOVIE THEATER

## 影视影院

# 影视投资合同中 保底条款的效力

作者:于园园 李凌飞



PART 001

## 影视投资类合同的基本情况介绍

### 1. 什么是影视投资类合同

从名称上看,影视投资类合同往往命名为联合摄制、联合投资、联合发行又或者包含以上全部或部分。首先,联合摄制是指双方或者多方共同承担电影的制作工作,但是作为一类投资合同,协议相对方往往会约定将电影制作、拍摄的全部或主要工作交付给专业的一方,而其他方投资者则对制作过程享有监督和知情的权利。联合投资则是此类合同的关键,投资方对电影项目进行投资,获得该电影项目的收益分红权。该合同的另一方通常为制作方,一方为获取资金制作影片,另一方为分取影片利润,双方各取所需,具有很强的商业融资属性。而联合发行(也称联合出品)则是关于影片相关知识产权的约定,一般约定联合发行各方按照投资比例共同享有影视作品的版权以及其他知识产权等相关权益。

### 2. 影视投资合同的主要条款

与前文相对应,影视投资合同有投资分红、影片制作、宣发以及权利归属等主要条款:

电影投资条款,该条款一般包括以下内容:电影制作总预算、各方投资额以及投资方式、实际制作成本超出预算的解决方案等内容。投资方也一般选择分期支付投资款项,而且投资的节点一般与电影制作进度相挂钩,如:协议签署生效、剧本确定、广电总局立项、拍摄周期过半、取得《电影片公映许可证》等。

收益分配条款,包括电影收入结算的方式,结算的时点,以及对于电影净收入的分配方式和比例等。制片方为了吸引投资者,往往会在投资合同中订立各种形式的保底条款,但是对于这种保底条款的效力理论和实务中一直存有争议。而下文也将围绕保底条款的效力展开。

电影制作条款,如前所述,投资者一般希望获得的对价为收益分红权,而且一般并不具备相关的专业性,为了确保电影制作的质量与效率,各方一般会选择将全部交由一方进行。电影的制作工作主要包括:成立电影摄制组并进行电影的摄制,聘请导演、演员以及工作人员,采购或租赁材料、

设施以及其他拍摄所需的要素、电影的后期制作等等。而且制作方在该条款下通常负有在截止日期之前完成全部拍摄工作的保证义务。其他投资方虽不直接负责电影的制作工作,但是享有监督和协助制作方完成制作的权利,并且就制作情况,预算支出情况享有知情权。

电影宣传、发行条款,该条款主要适用于一方具有发行电影的资格,并且具备一定的市场影响力,约定由该方负责电影的宣传及发行工作。并且该方先行垫付宣发费用,其垫付的费用从电影收入中回收。

权利归属条款,如果一个影视投资合同只是约定投资方享有收益分红权,而没有对影视作品的相关知识产权进行约定的话,该投资者并不享有制作完成的影视作品的著作权。如果投资协议中约定为联合发行,则投资人对制作完成的电影享有相关的知识产权权益。

### 3. 影视投资类合同双方的权利义务

对于制作方而言,其主要权利为:有权主控作品的制作,有权独立完成电影摄制工作,但需要在投资方的监督下完成。在其制作过程中,有权使用投资者汇至专用账户的投资款项,有权请求投资者按期支付投资款。一般按照约定其也享有制作完成的电影的相关知识产权权益。对于电影发行之后所获得的收益也有权按照约定进行分配。

其主要义务为:缴付己方在协议中所约定的投资额、对所拍摄的剧本以及电影的权利瑕疵担保责任、按照约定如期完成电影制作的义务等。

对于投资方而言,其主要权利为:按照约定享有制作完成的电影的相关知识产权权益;在电影制作过程中,就制作方的制作进度,经费使用情况享有监督权和知情权;就电影制作完成、发行之后所产生的收益享有收益分红权。如果其负责电影的宣传、发行工作,其还有权收取相应的发行代理费。

其主要义务为:向制作方为电影设立的专用账户支付投资款。如果其承担电影的宣传、发行工作,则其还有义务负责电影在一定范围内的宣发工作,并先行垫付宣发费用。

## PART 002

## 影视投资合同中保底条款的效力

### 1. 内嵌保底条款的投资合同的性质

#### ① 保底条款的分类

虽然保底条款的目的和效果具有一致性，都是为了使投资者的本金一定程度免于投资风险的侵蚀，但是根据保底条款实现目的手段的不同，可以对投资合同保底条款进行分类，主要分为：固定回报型、最低回报型、不受损失型、填补损失型。而影视投资类合同虽然具有其特殊性，但其本质仍然是一种投资合同，因此在实际的影视投资类合同中这些类型的保底条款都不难发现。因此在明晰保底条款会对影视投资类合同的法律性质的认定发生什么影响之前，笔者认为需要先对不同类型的保底条款简要介绍。

所谓固定回报型保底是指，投资者和制片方等保底主体在合同中约定，无论合同约定的投资期限届满时该影视项目的实际经营情况是盈利还是亏损，制片方都有义务全额返还投资人的本金，并在本金的基础上还附有约定的利息的给付义务。这种形式的保底效果十分明确，委托人在签订合同之时就已经可以预见到合同期满之后的结果。

所谓最低回报型保底是指，投资者和制片方等保底主体在合同中约定，合同期满时，保证投资者的财产不受损失并承诺一定的收益率，如果影视项目的实际收益高于该收益率，则超过部分再按照约定双方另行分配。虽然此种保底与固定回报类的保底十分相似，但是两者有本质上的不同：由于最低收益率的约定，使得投资者最终的收益会根据其所投资的影视项目的实际收益而有所区别，其目的一定程度上仍然是获取投资收益，具有相对的不确定性。常见的电影的保底发行便是一类典型的最低回报条款：发行人预先将保底票房的收益进行分账，票房高出保底票房的话则按照更有利于发行人的比例进行分账。

所谓不受损失型保底是指，投资人和制片方等保底主体在合同中约定，合同期满时，制片方保证投资人的本金不受损失，如果存在投资收益，则按照双方约定进行分配。此类保底条款在影视投资类合同中最为常见，也是典型意义上的保底条款。此种条款只能保证委托人本金的安

全,不能保证委托人获取稳定的收益。

所谓填补损失型保底是指,投资者和制片方等保底主体在合同中约定,合同期满后,如果投资者的本金由于亏损而无法收回,则保底方与投资者按照一定比例共同承担投资者的亏损。此类保底条款的保底效果更弱,在实际操作中也并不常见。

## ② 保底条款对合同性质的影响

内嵌保底条款的影视投资合同法律性质的认定也存在一定分歧,主要存在以下几种观点:该投资合同本质上是民间借贷合同;该投资合同本质上是联营合同;该影视投资合同不因保底条款而发生本质上的转变,仍然认定为投资合同。

民间借贷合同是指是借款人向非金融机构的贷款人借款,到期返还借款并支付利息的合同。其与投资合同的本质区别在于投资合同中受托人不负有向投资人还本付息的义务,在受托人无过错的情况下,投资风险由投资人自行承担。但是对于固定收益条款来说,不仅投资人风险完全由制片方承担,影视项目的风险与实际收益情况也与投资人无关,使得该影视投资合同与民间借贷合同无本质区别,影视项目俨然已经变成了投资者基于本金收息的手段。因此实务中法院对于固定收益类型的保底条款一般会将其视为借贷合同,将合同双方之间的法律关系认定为借贷关系。在认定为借贷合同之后,签署约定的固定收益也被视为贷款利率,受到我国法律对于民间借贷利率上限的限制。



联营合同是企业与企业、事业单位之间,为确定相关的联合经营关系,达到一定的经济目的而订立的,为明确相互之间权利义务关系的协议。根据原《民法通则》的规定,联营可以分为法人型联营、合伙型联营、协作型联营。而一旦被认定为联营合同,则根据最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》(以下简称“《解答》”)的规定,联营合同中的保底条款是无效的。但是笔者认为在现阶段不太可能将影视投资合同认定为联营合同,这是由于:

首先,从联营制度的产生历史来看,它是我国改革开放初期向产品经济体制冲锋的先锋,在当时的历史经济环境下,对于打破地区封锁和条块分割,冲破根深蒂固的传统经济体制和促进商品经济体制的形成,产生了巨大促进作用。但是随着市场经济制度的确立和改革的不断深化,联营制度的缺陷越发地暴露出来。比如联营制度将三种不同的经营形式强行捏合到一个制度中,并试图用统一的规范进行规制。就协作型联合来说,其本质上就是联营各方基于合同所产生的购销、加工承揽、连锁加盟经营等经常性经济业务和经济联系,其本质上就是一种合同关系,将其单独适用联营制度的规范会导致法律适用的混乱。

其次,由于联营存在上述制度缺陷,随着我国法律体系的不断完善,废除联营制度的呼声一直都存在。而刚出台的《民法典》也删除了《民法通则》中关于联营的规定,并且上述最高人民法院的《解答》也已经被废止,自此联营制度在规范层面已经退出历史舞台,而上述联营合同与经营模式也应当根据其不同类型而分别适用《公司法》《合伙企业法》《合同法》,以此来实现正确的法律适用。

综上,在《民法典》时代,影视投资类合同不会再被认定为联营合同,固定收益类型的保底条款会使该影视投资合同在性质上被认定为借贷合同,而回报率也因此被认定为利率而受到民间借贷相关规范的规制。影视投资合同中内嵌除此之外的其它类型的保底条款不会使合同的性质发生变动,其法律性质仍然是一种投资合同。

## 2.关于内嵌保底条款投资合同的现行法律规定

投资合同根据主体的不同,一般可以分为金融机构类投资合同和民

间投资合同。在金融投资合同中受托人为金融机构,主要包括:证券公司、信托公司、基金公司等。在民间投资合同中,受托人是非金融机构的投资咨询公司等法人、非法人组织、自然人等。而影视投资类合同中投资人的相对方主要为制片方,制片方通常不属于证券、信托、基金公司等金融机构。因此影视投资合同属于民间投资合同。

我国现行法律对内嵌保底条款的投资合同的效力采取了根据主体不同而分别判断的标准。首先,对金融结构类投资合同来说,《证券法》第一百三十五条、《全国法院民商事审判工作会议纪要》第九十二条、《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》第二条均明文禁止,约定有任何形式的保底条款的投资合同都应当被认定为无效。

其次,对于民间投资合同却没有法律对此作出明确规定。因此有观点认为应当将此类民间投资合同类比适用上述针对金融机构类投资合同的规定,也应当认定为无效。

但笔者并不赞同上述观点,第一,从文义表述上来看,上述规定明文限定了适用范围为金融机构类的投资合同。对此进行反对解释的结论就是:非金融机构的民间投资合同不适用上述规范。第二,从立法目的的角度来看,法律禁止金融机构与投资人签订保底条款的目的在于防范系统性金融风险。如果民间投资合同并不具备金融机构的背景,在其遭遇投资风险的情况下,即使该风险通过保底条款转移给受托人,也不会引发系统性金融风险。因此禁止民间投资合同约定保底并无必要性。第三,从私法的属性上来看,尊重意思自治是私法的灵魂与原则。如果该投资合同是各方主体意思自治的结果,在不违反法律、行政法规效力性强制规定的前提下,应当肯定其效力。

综上,影视投资合同作为民间投资合同,在不存在其他无效情形的前提下,通常应当肯定其约定的保底条款的效力。

### 3. 保底条款效力在司法认定中存在的风险

综上,内嵌保底条款的影视投资合同并不会被认定为联营合同而无效,除固定收益类保底之外的保底条款也不会被直接认定为借款合同,而且影视投资合同约定保底也不违反相关金融监管法规。虽然影视投资

类合同中的保底条款不会被直接认定为无效,但是司法实践中,认定该保底条款的效力及保底金额支持幅度时还可能会考虑到其他因素,如结合当时交易背景,这种约定是否具有商业合理性;双方权利义务是否对等;是否违背诚实信用原则等。

### ①风险1:是否公平合理

如果根据合同的内容,投资者所投入的资金只占很少一部分,但是合同所约定的保底收益却非常高,或者制片方也投入很大比例的资金但是收益却要分配给投资方;或者项目最终盈利很少甚至亏损,但是某一投资者过高的保底收益使得制片方甚至其他投资者无法收回成本等,这些情况可能会被认为合同所约定的内容制片方或其他投资者明显不公平。此外,投资者的市场地位也会影响对于保底的商业合理性的判断,进而影响对合同是否公平的判断:如果投资者具有很大的市场影响力,其也会给影视项目带来投资款之外的价值与潜在收益,与此相对保底承诺也就更加具有合理性。这些因素可能会成为考量保底条款效力及其金额支持幅度的考虑因素。

### ②风险2:投资者是否实际参与项目

另外,前文也提到,此类影视投资合同中,投资者不仅仅负责投资款项的支付,还享有实际参与到影片项目的重大事项的决策中,享有监督、知情、决策等一系列权利也负有共同开发和促进项目进展的义务。这一点也是投资者并非贷款者,影视投资合同并非借款合同的一个重要原因。因此如果某一影视投资合同中约定投资者只负责投入影片开发款项,而实际上完全不参与到影片制作中,即使同时约定保底条款不是固定收益条款,也很有可能成为考量保底条款效力及其金额支持幅度的因素。

### ③风险3:投资者违约

如果投资者存在违约情况,只投入了所约定的部分投资款,或者投入款项存在迟延等情形,此时该保底条款是否有效呢?笔者认为,此种情况下除非当事人另有约定,保底条款也应当是有效的,只不过保底效果仅发生在已投入的部分款项,而对于未投入的款项的保底与收益效果并不发生。同时,已投入金额的占比以及未投入金额可能造成的影响,均可能成为考量保底条款效力及金额支持幅度的因素。

## 总结

综上所述,影片投资合同虽然本质上是一类投资合同,但其具有一定的特殊性,对于该类投资合同中约定的保底条款,其效力不能一概而论,应当根据约定的实际情况进行具体分析。

如果约定的是固定收益保底条款的话,这种条款具有十分明显的借贷属性,会改变合同的性质,起到“名为投资,实为借贷”的法律效果。而其他类型的保底条款通常不会直接发生这种法律效果,但具体到个案认定来说,合同双方的权利义务是否对等、投资者是否实际参与到影片项目的开发等活动中来、是否存在违约情形等因素,都可能会纳入考量保底条款效力及其金额支持幅度的因素。



于园园  
非权益合伙人  
争议解决部  
北京办公室  
+86 10 5957 2242  
yuyuanyuan@zhonglun.com

# 对影视作品采购中的一致行动 的反垄断法规制

作者:吴鹏 赵刚 张依澜



## PART 001

## 关于影视作品采购中的一致行动的热门事件

---

自2019年至今,影视行业遭遇“影视寒冬”。大量中小型影视公司在影视寒冬中注销,实力较强的影视公司,包括上市的影视公司也亏损严重。新冠疫情的发生又加剧了影视行业的惨淡状况。同时,抖音等新兴短视频平台的崛起也冲击着爱奇艺、腾讯、优酷三家巨头网络视频平台的发展。在此背景下,院线公司与网络视频平台在采购电视剧、电影作品的过程中,屡屡进行沟通,形成联合,引发了公众的关注和热议,其中包括对影视作品采购方该种联合的反垄断合规性的质疑。如果诸多院线公司或网络视频平台一致不采购特定影视作品,或对特定影视作品的价格达成一致、给制片方开出很低的价格,是否违反《反垄断法》?在何种情形下违反《反垄断法》?

## PART 002

## 影视作品采购中的一致行动可能被认定为达成并实施横向垄断协议的行为

---

影视作品采购中,采购方作为横向竞争者,其关于价格、销量、市场划分等的一致行动可能构成达成并实施横向垄断协议的行为。

### 1. 国内相关现有法律法规

《反垄断法》禁止具有竞争关系的经营者达成固定或变更商品价格、限制商品的生产数量或者销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场、限制购买新技术/新设备或者限制开发新技术/新产品、联合抵制交易等排除、限制竞争的协议、决定或其他协同行为。

影视作品采购方如果就价格、市场、联合抵制交易等上述事项达成了明确的书面协议,那么当然可能被认定达成了横向垄断协议。但实践中,采购方通常不会达成明确的书面协议,但可能会进行沟通,并基于该沟通进行一致行动,这也可能构成横向垄断协议。

根据中国现行的反垄断法规,横向垄断协议可以是书面、口头的协议

或决定,也可以是“其他协同行为”,即经营者之间虽未明确订立协议或者决定,但实质上存在协调一致的行为。认定“其他协同行为”,应当考虑经营者的市场行为是否具有一致性、经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流、经营者能否对行为的一致性作出合理解释、相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况。

地方性合规指引中,也提及了竞争者间信息交换构成横向垄断协议的风险。此类指引虽然没有明确的法律约束力,但一定程度上反映了执法机关的态度。2019年12月26日上海市市场监督管理局在其发布的《上海市经营者反垄断合规指引》中,提及了竞争者交换敏感信息构成横向垄断协议的风险。其中,敏感信息是指“涉及经营者及其竞争对手的可能导致竞争者之间协调彼此生产经营行为的信息”,包括价格、招投标方案或策略等。《上海市经营者反垄断合规指引》及《江西省市场监督管理局护航市场主体全面恢复生产经营竞争秩序反垄断合规八项指引》均指出,企业应当独立地实施定价、销售、采购及作出相关市场行为决策,避免与具有竞争关系的市场经营主体达成有关敏感信息的垄断协议。

在国际上,对基于信息交换的一致行动,如欧盟和美国也存在类似的观点,认为竞争者之间基于策略性信息交换的一致行动存在构成横向垄断协议的可能性。

例如,欧盟《横向合作协议指南》中称,一个企业向其竞争对手披露策略性信息而后者接受的情形有可能构成协同行为。若一个企业从竞争者手中接受了策略性信息,其就会被假定为接受了该信息并相应的调整了其市场行为,除非该企业明确声明其不愿意接受这些策略性信息。

因此,影视作品采购方之间关于价格、市场、联合抵制交易等内容的书面或口头的协议或决定可能被认定为横向垄断协议;若影视作品采购方之间进行过关于特定信息、尤其是价格等敏感信息的意思联络或信息交流,在此后的市场行为具有一致性且无法作出合理解释的情况下,也可能因构成上述“其他协同行为”而被认定从事了横向垄断协议行为。换言之,若与竞争有关的重要信息在影视作品采购方间进行了有效的传递,默示接受重要信息的采购方实际实施了协调一致的行为,就可能被认定为影视作品采购方之间达成了横向垄断协议。

## 2. 国内相关执法实践

在目前的司法实践中,我国司法机关和执法机关尚未处理过影视采购中的一致行动涉嫌违反《反垄断法》的案例,但通过分析司法机关和执法机关对通常的竞争者之间达成一致行动是否可能构成横向垄断协议的态度,以及对横向垄断协议的构成要件的态度,可以合理推测司法机关和执法机关对影视行业采购中的一致行动在何种情形下构成横向垄断协议的认定标准。

《反垄断法》颁布实施至今,目前尚不存在关于竞争者一致行动是否构成横向垄断协议的生效司法裁决,但执法机关处理过若干关于竞争者一致行动构成横向垄断协议的案件。

例如,前反垄断执法机关国家发展和改革委员会(“国家发改委”)2016年查处的艾司唑仑药品垄断协议案中,国家发改委查实,全国获得艾司唑仑原料药生产批文的企业只有4家,实际在产的只有某药业、山东信谊、常州四药3家,它们同时也是艾司唑仑片的生产厂家,属于在艾司唑仑原料药市场、艾司唑仑片剂市场具有竞争关系的经营者,3家企业通过会议、会面、电话、短信、邮件等方式,就调价信息等进行了交流,在艾司唑仑原料药市场达成并实施了联合抵制交易的垄断协议,在艾司唑仑片剂市场达成并实施了固定或变更商品价格的垄断协议:一是每家企业生产的艾司唑仑原料药仅供本公司生产片剂使用,不再外销;二是对艾司唑仑片剂集体涨价形成默契。最终,国家发改委依法责令当事人立即停止实施垄断协议,并处罚款共计2603823元。

再如,在国家市场监督管理总局2018年查处的冰醋酸原料药横向垄断协议案中,国家市场监督管理总局调查发现,2017年10月至2018年2月,成都华邑药用辅料制造有限责任公司、四川金山制药有限公司、广东台山新宁制药有限责任公司三家涉案企业在生产销售冰醋酸原料药过程中,多次交流市场行情,交换产量销量信息,讨论共同涨价事宜,最终达成了共同提高冰醋酸原料药销售价格的垄断协议,最终依法对三家涉案企业作出行政处罚,没收违法所得及罚款共计1283.38万元。

从以上案件可以看出,执法机关的态度目前较为明确,即使不存在书面协议,竞争者之间基于价格等敏感信息交换进行一致行动,可能构成

横向垄断协议。

因此,对于影视作品采购方之间基于价格敏感信息交换进行一致行动,例如院线公司或网络视频平台基于价格的沟通对特定影视作品联合开出低价,可能构成横向垄断协议的行为。

需要注意的是,存在竞争者之间基于敏感信息交换的一致行动也不必然构成横向垄断协议。可能需要进一步分析相关行为的排除、限制竞争效果。对认定横向垄断协议是否必须以相关行为具有排除、限制竞争效果为前提条件,学术界存在不同的理解和看法。一些学者认为,对横向垄断协议,应采取类似“本身违法原则”的态度,无需分析相关行为的排除、限制竞争效果,一旦认定竞争者间存在固定价格、划分市场等横向协议,即可认定构成横向垄断协议。也有学者认为,无论是横向垄断协议或纵向垄断协议,均应采取类似“合理原则”的态度,即使认定竞争者间存在固定价格、划分市场等横向协议,仍需分析相关行为的排除、限制竞争效果,只有具有排除、限制竞争效果的横向协议才构成横向垄断协议。目前,各法院的司法判定标准较为统一,通常会将反竞争效果视为横向垄断协议的构成要件,类似欧美国家的“合理原则”。即司法实践中,法院观点是,在认定竞争者之间存在固定商品价格、限制商品数量、分割市场、限制新技术、联合抵制交易等内容的协议后,仍然需要综合考虑对竞争秩序、经济效率的影响、对消费者和社会公共利益的影响,才能得出是否构成横向垄断协议的结论。

关于执法机关对横向垄断协议的态度和认定标准,由于行政执法案例中公布的处罚决定通常较为简略,且不同地区执法机关的态度不完全一致,目前无法从案例中总结出统一的执法机关认定横向垄断协议的构成要件。但大部分横向垄断协议案件中,执法机关没有详细分析相关行为的反竞争效果,因此业内人士通常认为,执法机关对横向垄断协议的态度较为严苛,排除、限制竞争效果并不是认定构成横向垄断协议的要件,一经认定竞争者间达成了《反垄断法》规制的特定类型的横向协议,无需分析协议的排除、限制竞争效果,即可认定构成横向垄断协议,从而进行处罚。这类似于欧美国家的“本身违法原则”。

如果根据部分执法机关的观点,不将“具有排除、限制竞争效果”视为

横向垄断协议的构成要件,则影视作品采购方之间关于价格、市场、联合抵制交易等的横向协议就会直接被认定为横向垄断协议。如果根据法院观点,“具有排除、限制竞争效果”是横向垄断协议的构成要件,则需要对影视作品采购方之间关于价格、市场、联合抵制交易等的横向协议的反竞争效果进行分析。

例如,在一个热门事件中,主流院线公司达成一致,联合声称未来将采取一致行动抵制与某制片方的交易,可能构成联合抵制交易的横向垄断协议行为。关于该一致行动对市场竞争的排除、限制影响,可以通过分析院线公司的市场力量、一致行动的动机和后果等来评估。达成一致的院线公司包括诸多市场份额很大的公司,他们的一致行动对市场的影响较大。院线公司声称其一致行动的动机是该制片方对其某部春节档电影进行网络首播,违反了行业惯例、破坏了窗口期等基本规则,但需要深入探究其真实动机。首先,该电影并不是第一部网络首播的电影,即不是“违反行业惯例”的第一例。该电影只是第一部在线首播的春节档电影。其次,该电影没有破坏窗口期规则。根据中国电影制片人协会和中国电影发行放映协会2019年发布的《关于电影进入点播影院、点播院线发行窗口期的公约》,“窗口期为影片在电影院线首轮上映档期的2倍”。公约也明确,“若一部影片不上电影院线,档期视为0月,点播影院、院线的窗口期为 $0 \times 2 = 0$ 月,就可以直接进入点播影院、院线。”该电影未在影院上映,所以直接在线首播不违反行业协会公约。更何况,行业内违反窗口期规则的行为不罕见。第三,理论上,院线公司可以主张该制片方违约,要求赔偿违约造成的损失,或要求赔偿信赖利益损失,但未看到院线公司提起相关诉讼。院线公司的一致行为,可能是以对抗抖音和西瓜视频等新兴视频平台为动机和目的。制片方跳过传统的宣发和影院,直接在网络上触达观众,付出比原来更少,环节更简单直接,影院不能参与其中进行分成,电影行业中的院线公司必然会不满。在全球电影行业,也发生过类似现象,各国电影业对视频平台Netflix进行过各种形式的联合抵制。此外,该制片方旗下有很多票房成绩优秀的导演,院线在之后一概拒绝该制片方的作品的可能性也不大,因为不符合其利益。因此,院线公司此次抵制该电影的网络首播,甚至召集各方紧急发布联合声明等,目的可

能不在于阻挡该电影网络上线,而在于联合起来,希望可以警示全行业制片方,避免类似的网络首播情形再度出现,尽管可能结果并不能完全如其所愿。由此可见,院线公司的行为很可能具有排除、限制竞争目的。但视频平台的崛起和网络首播的优越性似乎意味着跳过院线直接进行网络首播的趋势很难被院线公司的行为影响。综合各种因素考量,院线公司的行为是否会在现实案例中被认定具有排除、限制竞争影响,从而构成横向垄断协议目前较难准确判断,可能取决于案件中的证据情况等。

### PART 003

## 影视作品采购中一致行动可能被认定为 滥用市场支配地位

---

在影视作品采购中进行一致行动,除可能构成横向垄断协议行为外,在特定情形下也有可能构成滥用市场支配地位行为。

### 1. 国内相关现有法律法规

《反垄断法》禁止具有市场支配地位的经营者从事以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品;没有正当理由,以低于成本的价格销售商品;没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易;没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易;没有正当理由搭售商品,或者在交易时附加其他不合理的交易条件;没有正当理由,对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇等滥用市场支配地位的行为等。

相较于横向垄断协议,滥用市场支配地位的认定通常更为复杂,因为界定相关市场和分析相关经营者的市场地位都是非常复杂的问题。就认定市场支配地位而言,需要考虑:经营者在相关市场的市场份额,以及相关市场的竞争状况;经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力;经营者的财力和技术条件;其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度;其他经营者进入相关市场的难易程度等。但是,一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一,两个经营者在相关市场的市场份额合计达

到三分之二,或三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三(且每个经营者的市场份额不低于十分之一),均可推定经营者具有市场支配地位,此时需要相关经营者举证说明其不具有市场支配地位。

具体到影视采购方在影视采购中的一致行动,采购方如果在合理界定的相关市场具有单独或共同市场支配地位,则其单独或联合一致行动,压低影视作品的采购价格,或抵制与特定制片方的交易的行为,可能构成以不公平的低价购买商品,或没有正当理由拒绝与交易相对人进行交易。

## 2. 司法和执法实践

目前我国司法和执法实践中尚未出现影视作品采购相关的滥用市场支配地位的案例,也不存在认定两个或两个以上经营者具有共同市场支配地位的案例。但关于滥用市场支配地位的构成要件,执法机关和司法机关的态度较为统一,即认定滥用市场支配地位需要四个步骤:界定相关市场、认定支配地位、分析是否存在滥用行为和正当理由(如适用)、分析行为的反竞争效果。

例如,主流院线公司达成一致,联合声称未来将采取一致行动抵制未来与某制片方交易,符合拒绝交易的滥用市场支配地位行为的条件。如果院线公司在合理界定的相关市场具有单独或共同的支配地位,院线公司未能提交充分的证明其行为具有正当性的证据,且综合分析行为动机、可能后果等因素(参见上文相关部分论述)后认其行为具有排除、限制竞争影响,这可能被认定为拒绝交易的滥用市场支配地位行为。

### PART 004

## 影视寒冬下影视作品采购方对其一致行动的可能抗辩

### 1. 申请适用垄断协议的豁免

根据国内反垄断法相关法规,反垄断执法机构对涉嫌达成或者实施垄断协议的行为进行调查后,反垄断执法机构作出决定前,经营者可以依据《反垄断法》第十五条相关规定,向反垄断执法机构申请豁免。国家

发改委曾在2016年就《关于垄断协议豁免一般性条件和程序的指南》(征求意见稿)公开征求意见。这一征求意见稿虽没有法律效力,但可以作为经营者申请豁免时的重要参考。

在民事诉讼中,经营者也同样可以通过举证其符合《反垄断法》第十五条规定的豁免情形,而免于《反垄断法》下的处罚。

经营者申请适用垄断协议的豁免,需要自行承担举证责任,证明以下事项:

**(1) 证明所达成的协议属于下列情形之一:**

- ① 为改进技术、研究开发新产品的;
- ② 为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的;
- ③ 为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争力的;
- ④ 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的;
- ⑤ 因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的;
- ⑥ 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的;
- ⑦ 和国务院规定的其他情形。

为认定以上情形,通常考虑的因素包括:协议实现该情形的具体形式和效果;协议与实现该情形之间的因果关系;协议是否是实现该情形的必要条件;其他可以证明协议属于相关情形的因素。

**(2) 对于以上①至⑤项,需证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争。**

为认定协议所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,通常考虑的因素包括:所涉及的相关市场界定;协议各方及主要竞争者的市场份额及相关市场竞争状况;协议各方控制销售市场或者原材料采购市场的能力;协议各方的财力和技术条件;其他经营者对协议各方在交易上的依赖程度;其他经营者进入相关市场的难易程度;市场上可能存在的潜在竞争者;其他可以证明协议是否会严重排除和限制竞争的因素。

**(3) 对于以上①至⑤项,需证明所达成的协议能够使消费者分享由此产生的利益。**

为认定所达成的协议能够使消费者分享由此产生的利益,通常考虑

消费者是否因协议的达成、实施,而在商品价格、质量、种类等方面获得利益。如果相关利益在一定时期后才能传递给消费者,需要对相关利益进行折现后再予以考虑。

影视寒冬下,影视采购方对其可能构成横向垄断协议的一致行动,可能可以援引《反垄断法》第十五条第一款第五项(“因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩”)申请豁免。

类似于中国《反垄断法》中垄断协议豁免情形之“因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩”,欧盟反垄断法中存在危机卡特尔的概念。危机卡特尔(crisis cartel)是欧盟反垄断法中存在的一种横向垄断协议,也称产业重建协议,是指在行业、国家或世界危机情形下,为解决特定行业的问题,主要是低价、产能过剩等,竞争者之间达成的横向协议。具体表现为限制产量、降低产能、固定价格(防止一些经营者离开市场)、限制进口或出口的协议等。一些政府也直接或间接的支持危机卡特尔的达成,包括直接的鼓励、修改竞争法,以及帮助相关经营者在竞争法执法机构调查时以促进社会福利和降低失业率为由进行抗辩等。

具体而言,对于网络视频平台联合对影视作品制片方压价的行为,网络视频平台公司若以经济不景气申请豁免,可以提交证据证明:(1)公司当前的行为主要是“因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩”而被动采取的防御性行为,并提交实例和财务报表等详细解释和说明行业不景气,如当前本公司和整个行业业绩亏损严重,生产明显过剩等;(2)公司相关行为不会严重限制相关市场的竞争,公司没有排除、限制竞争的动机,也没有排除、限制竞争的能力;(3)公司相关行为能够使消费者分享由此产生的利益。比如,公司积极的落实国家广播电视总局要求让消费者体验到更好的影视作品,如果影视采购成本过高,最终成本会转嫁给消费者,等于降低消费者的福利水平等;(4)公司相关行为符合国内外行业惯例等。但是否同意豁免,执法机关和司法机关有较大的自由裁量权。

## 2. 主张被指控的滥用市场支配地位的行为具有合理理由

对于除“以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品”以外的滥用行为,例如,将支配地位占有者的拒绝交易行为认定为构成滥用市场支配地位的前提是相关行为“没有正当理由”。

但在反垄断法司法解释《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》中,被告以其行为具有正当性为由进行抗辩的,应当承担举证责任。

例如,影视作品采购方如果因联合抵制与特定影视作品制作方交易而被主张构成滥用单独或共同市场支配地位从事拒绝交易的行为,影视作品采购方可以提交证据证明:①因不可抗力等客观原因无法进行交易;②该影视作品制作方有不良信用记录或者出现经营状况恶化等情况,影响交易安全;③与该影视作品制作方进行交易将使经营者利益发生不当减损等。

### PART 005

## 对影视作品采购方的建议

首先,影视作品采购方在与其行业内的竞争者进行沟通和联系时,尤其是市场份额较大的影视作品采购方之间进行沟通联系时,应保持谨慎态度,不仅应避免达成固定或变更商品价格、限制商品的生产数量或者销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场、限制购买新技术/新设备或者限制开发新技术/新产品、联合抵制交易的书面协议,也应避免就价格等敏感信息进行交换,并严格注意避免基于信息交换的一致行动,包括联合压低采购价格、联合抵制与特定制作方交易等。

如果影视作品采购方某种一致行动被主张构成横向垄断协议,其可以从未从事相关行为以及相关行为不具有排除、限制竞争效果两方面进行抗辩,即使被认定构成横向垄断协议,也可以积极准备证据申请适用垄断协议的豁免。

如果影视作品采购方某种一致行动被主张构成滥用市场支配地位行为,其可以从未从事相关行为、其在合理界定的相关市场不具有支配地

位、相关行为具有正当理由(如适用)、相关行为不具有排除限制竞争效果四个方面进行抗辩。

如必要,可聘请专业律师进行反垄断合规审查和培训,以及在行政执法调查或诉讼等争议解决程序中协助公司准备应对策略并代表公司进行抗辩。

## 结语

影视寒冬下,影视行业从业者可能寻求各种方式维持经营、减少亏损,甚至与竞争者在采购中进行“联盟”。但合规问题,特别是越来越受到关注的反垄断合规问题始终不容忽视。影视行业从业者应在保护自身利益的过程中注意避免对市场竞争秩序的遵守,否则可能会被竞争法执法机关追究行政责任,或被相关行为的受害者追究民事责任。



吴鹏  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2002  
wupeng@zhonglun.com



赵刚  
合伙人  
知识产权部  
北京办公室  
+86 10 5087 2893  
zhaogang@zhonglun.com

# 影院收购常见法律问题 及解决方案

作者:于园园 李凌飞



在电影行业,一些规模较小或者经营不善的影院由于资金、市场、管理、债务等问题难以继续经营,而一些规模较大的影院基于自己的战略考量,需要不断拓宽自己的市场占有率,从而形成规模效益,因此收购这些经营困难的影院成为其重要选择。但是收购方会在收购过程中面临收购模式的选择、收购法律风险的评估等问题,对此收购方应当如何应对?笔者将在本文中对收购模式及收购中应注意事项进行介绍,并对实践中影院收购经常会面临的法律风险以及如何应对此类法律风险给出解决方案,以供参考、交流。

#### PART 001

### 影院收购项目交易模式的选择

---

影院收购项目交易模式有资产收购、股权收购两种方式。在实践中,一般会通过对目标影院公司的运营模式、资产现状、未来发展前景等进行综合考量,最终选择具体的交易模式。笔者将对以下两种交易模式及需要注意的主要问题进行简要说明,并对影院收购过程中交易模式的选择进行简要分析。

#### (一) 资产收购

资产收购是指一家企业购买另一家企业实质经营性资产的交易。资产收购模式的优势在于不需要承担目标企业债务方面的风险与损失,仅需要对资产的质量、权属是否有瑕疵等作详尽的调研,关注与资产相关的债权债务就足矣。下面笔者将对资产收购过程中应当注意的事项进行简单介绍:

在对影院进行资产收购的过程中,应当重点关注以下几个注意事项:  
①注意确保签约对方是否具有签约主体资格,对目标公司的设立、变更等情况以及相关的证照进行调查;②注意目标公司是否存在担保,如果存在担保则需要与担保权人就此问题沟通并达成解决协议;③注意目标公司是否与第三方签订营业方面的合同,比如关于放映设备的融资租赁合同、院线合同等;④关注影院场地是否竣工、是否符合规划、所有权是

否存在纠纷等；⑤影院是否存在对外出租问题等，当然根据个案实际情况还会增加其他方面的注意事项或者对上述事项进行调整。

## （二）股权收购

股权收购是指一家企业购买另一个企业的股权，以实现对被收购企业实施控制的交易。股权收购后，收购公司成为目标公司股东，虽然可以分享被收购方未来成长带来的收益，但也需要承担因收购带来的风险，比如负债风险、经营风险、财务风险等。

在对影院进行股权收购的过程中，除了要注意与上述资产收购同样的注意事项之外，由于其自身的特殊性，还应注意以下几个方面：①关于原目标影院公司的商号是否继续许可使用问题，需要收购方与许可方进行谈判商定方案；②与资产收购不同的是股权收购还需要考虑原职工问题，比如原目标影院公司的职工的去留问题、员工保险问题等；③股权收购还需注意收购方一旦成为目标公司股东，就需要对目标公司的债权债务关系承担责任，所以收购方需要对该类问题作出统筹安排；④收购方完成收购成为目标公司股东，此时目标影院公司的证照面临修改的问题，这也是要重点关注的收购事项。

如前所述，资产收购和股权收购各有优劣，在实践中应当结合收购方和目标影院的具体情况进行选择。举例来讲，在目标公司存在大量负债且债务处理起来难度较大时，选择资产收购模式对收购方来讲会更为有利。其原因在于如果采用股权收购模式，收购方成为股东，原目标影院公司的负债风险和债务成本将影响股权收益，因此股权收购前必须作详尽的尽职调查，重点关注目标影院负债、因债务引发的未决诉讼、表外负债等，防止产生难以预料的债务风险。而资产收购则不需要承担债务方面的风险与损失，仅需要对资产的质量、权属是否有瑕疵等作详尽的调研，关注与资产相关的债权债务就足矣。而如果目标影院公司的经营状况良好，未来的发展预期也很好，则通过股权收购将获得该目标公司未来长期的经营收益。所以在实践中应当结合具体情形选择效益最大化的收购模式。

## PART 002

## 不同模式下影院收购项目 常见具体法律问题及相应解决方案

### (一) 两种模式下共同的法律问题及相应解决方案

#### 1. 经营场地

##### (1) 目标影院所在物业的土地用途与房屋规划用途不一致

根据《民法典》第350条规定“建设用地使用权人应当合理利用土地，不得改变土地用途；需要改变土地用途的，应当依法经有关行政主管部门批准”、《土地管理法》第25条第1款规定“经批准的土地利用总体规划的修改，须经原批准机关批准；未经批准，不得改变土地利用总体规划确定的土地用途”以及《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条规定“未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的，市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正，并根据情节可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚”，当影院所在物业的土地用途与房屋规划用途不一致时，可能会受到行政机关责令改正、警告、罚款甚至无偿收回土地使用权的处罚，进而对影院经营造成影响。故在影院收购过程中，对此类事项应尤为注意。

针对此问题，结合实操，笔者认为较好的解决方案是要求原目标影院公司根据《土地管理法》、《城市房地产管理法》和《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》等法律规定，申请改变出让土地用途，与国土资源管理部门签订变更协议或重新签订出让合同，相应调整土地出让金，并将其作为本次交易的先决条件之一；或者在交易文件中明确约定若因土地用途不一致使收购方遭受处罚或损失，则原影院公司的高级管理人员、实际控制人、股东、关联方等应当就此作出赔偿。

##### (2) 影院物业存在抵押

根据《民法典》第406条规定“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响”以及第410条规定“债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。”如果抵押权人在抵押条件成就时



行使抵押权,则可能会发生影院物业被拍卖、变卖、折价的风险,直接影响到影院的运营,对影院带来巨大损失。

针对此问题,笔者建议收购方在签约前的谈判过程中,要求目标影院公司通过归还欠款等方式妥善解决其与第三方之间的债权债务关系,并将其作为收购交易的先决条件;或者,如果经过风险评估后,目标影院公司与第三方之间的合同关系并不会在未来给收购方带来不利影响,收购方可以考虑继承目标影院公司的债权债务关系,但可以与目标公司协商降低收购价格,以降低自己可能的亏损。

### (3) 影院运营公司未就场地的装修取得施工许可证

根据《建筑工程施工许可管理办法》第12条规定对于未取得施工许可证的,由有管辖权的发证机关责令停止施工,限期改正,对建设单位处工程合同价款1%以上2%以下罚款;对施工单位处3万元以下罚款。因此,如果影院运营公司未取得施工许可证即开始装修,该公司可能会因此而受到行政机关的处罚。

(4) 影院运营公司未提供最新的消防设计审核意见书、消防验收意见书

根据《建设工程消防设计审查验收管理暂行规定》第14条规定,“总建筑面积大于五百平方米的歌舞厅、录像厅、放映厅……”等建筑工程是特殊建筑工程,如果目标影院公司建筑总面积达到该要求,则属于特殊建筑工程,需要根据该法第15条规定“对特殊建设工程实行消防设计审查制度。特殊建设工程的建设单位应当向消防设计审查验收主管部门申请消防设计审查,消防设计审查验收主管部门依法对审查的结果负责。特殊建设工程未经消防设计审查或者审查不合格的,建设单位、施工单位不得施工”申请消防设计意见审核,以及根据该法第26条的规定“对特殊建设工程实行消防验收制度。特殊建设工程竣工验收后,建设单位应当向消防设计审查验收主管部门申请消防验收;未经消防验收或者消防验收不合格的,禁止投入使用”申请消防验收。

如果目标影院公司没有上述文件,根据《中华人民共和国消防法》第58条的规定可能由住房和城乡建设主管部门、消防救援机构按照各自职权责令停止施工、停止使用或者停产停业,并处三万元以上三十万元以下罚款的处罚。

针对(3)(4)问题,笔者建议收购方可以在实施收购之前请工程部门评估风险,并要求目标影院公司采取补救措施取得相关的资质证明文件;如果目标影院公司不能取得,可以在谈判过程中要求降低收购价格,并在交易文件中写明如果因上述缺少资质等相关证明文件原因导致收购方受到行政处罚,则目标影院公司或其实际控制人、关联方应当就此作出赔偿。

## 2.院线合作

在收购交易时,目标影院公司与院线公司之间签订的院线合同很有可能还在有效期内,如果此时要求单方解除合同,需要有法定的正当理由(例如《民法典》第563条规定的情形),否则根据《民法典》第566条的规定合同因违约解除的,应当承担违约责任。并且根据国家广电总局电影事业管理局于2002年发布的《关于成立电影院线报批程序的通知》第5条规定“院线内的成员不得无故解约,解约要按本通知第2条的规定报备”,

如果想要单方解除院线合同,还需要考虑电影行政主管部门备案这个因素。针对此种情况,建议收购方无论采取何种交易方式,须适时与签约的院线公司就潜在交易进行沟通,取得解除院线合同的确认文件,以防止影响交易进程。

### 3.影院运营

#### (1) 目标影院公司签订的关于放映设备的租赁合同尚未到期

根据《民法典》第566条的规定,如果非因法定解除事由解除合同需要承担违约责任,由于目标影院公司与第三方签署的有关放映设备的合作协议尚未到期,收购方需评估是否继受该合作协议的义务,继受合作协议可能会影响到收购方对影院的运营规划和经营管理,而不继受该合作协议则目标影院公司需承担单方解除协议的违约责任。针对此种情形,建议收购方尽早考虑影院的运营规划和经营管理,要求目标影院公司解除与第三方的合作协议,并妥善处置相关事宜;如该等合作事宜影响影院的运营和管理或解除合同有困难,也可考虑继受这些短期的合作协议,期满再决定是否续签。

#### (2) 目标影院公司未提供相关经营性合同的履行情况

目标影院公司在收购中没有提供装修工程、数字放映设备购销合同、消防施工合同及其他采购合同、团购合同等经营性合同的支付凭证,因此不排除目标影院公司存在未严格履行经营性合同的情况,根据《民法典》第577条的规定当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任,该类经营性合同的相对方可以以此主张违约责任,目标影院公司的财产就可能存在查封、冻结的风险,因而收购方应当进一步要求目标影院公司提供其履行主要经营性合同的完整凭证。

### 4.会员卡问题

影院经常会以出卖、发放会员卡的形式吸纳顾客,并且会员卡通常会被区分为不同等级。会员卡具有合同性质,即在商家和消费者之间成立了合同关系,商家具有履行的义务,以满足持卡消费者的会员权利,并且不同等级的会员卡实质上体现的是双方之间不同的权利义务关系。实践中,会员卡经常会缺乏明确的合同条款约定,如果影院公司办卡承诺及

实际履行不一致极易产生纠纷。还有些会员卡类似于储蓄性质,相当于该目标公司对外负债,收购公司在收购影院时需要承担该部分债务。收购方可以要求影院公司在办理会员卡时提供详细书面说明,明确双方权利义务,妥善处理好转让以及会员隐私保护等问题,并在交易协议文件中约定如采用资产转让,资产转让前所办理会员卡引起的纠纷造成的损失由目标影院公司赔偿。

## (二) 股权收购模式下的特殊法律问题及相应解决方案

由于股权收购后,收购方成为目标影院公司股东,公司未来的发展战略、前景、收益等均影响收购方未来的利益,且该影响为长久的、持续的。与资产收购不同,股权收购不仅要求对资产收购行为涉及的相关风险作出详尽的评估、预测与分析,而且应当对被收购方诸如财务风险、市场风险、技术风险、战略调整风险等引起的经营风险进行调研,因此股权收购在前期的尽职调查过程中更应当全面、深入、详尽。

### 1. 重大债务

目标影院公司的重大债务情形可能包含目标影院公司对外高额借款未还、对外欠付机械设备款等情形,如果在收购前,目标影院公司没有偿还上述债务,收购后,收购方成为影院公司股东,需要对公司的债务承担有限责任,收购方在此次收购中实质上还承担了另外的债务。针对此种情形,收购方可以要求目标影院公司在收购前偿清债务;如果在收购前难以偿还,双方可以在交易过程中协商降低收购价格。

### 2. 劳动用工

目标影院公司在劳动用工方面可能存在的问题有,未与公司员工签订劳动合同,没有为公司员工办理社会保险登记,也没有为员工缴纳社会保险费等,前述情形违反了《劳动法》第16条、第72条相关规定。根据《劳动合同法实施条例》第6条、第7条的规定,用人单位需要与劳动者补签劳动合同,并根据实际用工时间长短决定给予劳动者双倍工资。当用人单位没有未劳动者缴纳社会保险时,根据《劳动法》第100条的规定,用人单位无故不缴纳社会保险费的,由劳动行政部门责令其限期缴纳;逾期不缴的,可以加收滞纳金。针对此问题,建议收购方在收购前要求目标

影院公司与公司员工签订劳动合同,为员工缴纳社会保险费,并在交易文件中约定交易完成前影院违规用工所可能遭受的处罚由原影院公司及其关联方实际承担。

### 3.经营证照

在经营证照方面,影院收购中常见的法律问题有目标影院公司没有单独办理卫生许可证、卖品部缺少经营范围相关资质证书、营业执照上登记的经营范围缺少项目的情形。如果没有办理前述证照或者证照登记事项存在缺失,根据《食品安全法》《公共场所卫生管理条例》《公司登记管理条例》等规定,影院会受到相应的行政处罚。故建议收购方督促目标影院公司尽快办理卫生许可、食品流通等相关证照,将部分未登记的经营事项申请增项变更登记,将前述要求作为交易交割的先决条件之一,并在交易文件中约定若因影院卫生许可问题使收购方遭受处罚或损失的,则目标影院公司及其关联方应当就此作出赔偿。

## 总结

综上所述,资产收购、股权收购两种收购模式如何选择,需要收购方从战略发展、收购后效、企业资产现状、经营现状、未来发展前景、收购的动因等多角度思考,评估不同收购模式带来的风险,最终作出最适合的选择。而在收购过程中,收购方会遇到多种不同的法律问题,比如被收购影院在经营场地、院线合作、影院运营、会员卡等方面存在法律风险,此时需要收购方将其作为重点问题进行调研并与被收购影院以及第三方协商解决,根据相关法律规定和合同约定找到最优解决方案,以最大程度降低自己的收购风险,实现收购利益。



于园园  
非权益合伙人  
争议解决部  
北京办公室  
+86 10 5957 2242  
yuyuanyuan@zhonglun.com

# PLATFORM AGENCY

## 平台机构

102



# 网红主播与MCN机构之间 常见争议分析与风险防范

作者:段海燕 卢子颖 王程凯

近年来,互联网技术的发展催生了网红经济以及电商直播等新型的商业模式。在这新兴经济蓬勃发展的过程中,俗称为“公会”的MCN (Multi-channel Network) 机构(即:网红经纪公司)是不可或缺的推力。随着行业发展的不断深化,部分MCN机构的职能也已发生扩展,从原本“仅仅作为对接内容生产者和推广平台的中介”,升级为“能够利用自身资源为网红提供生产支持等专业化服务的孵化器”。随着身份的转变,MCN机构对于旗下网红主播的孵化所投入的成本也大大增加,因网红违约导致双方合作无法继续进行,会给MCN机构造成损失。在此背景之下,围绕“网红跳槽”而产生的争议日益增多。为尽可能避免相关争议的产生,本文梳理了网红经济较为领先的北京、湖南、浙江、江苏等地有关网红主播与MCN机构之间的争议,分析了现行司法裁判尺度,并提出相关建议,以期在相关立法滞后的现状下尽可能明晰双方权利义务的边界。

1.通过威科先行法律信息库对包含“网红”、“经纪”等关键词的裁判文书进行检索,结果显示2017年至2020年全国范围内相关裁判文书的数量总额。

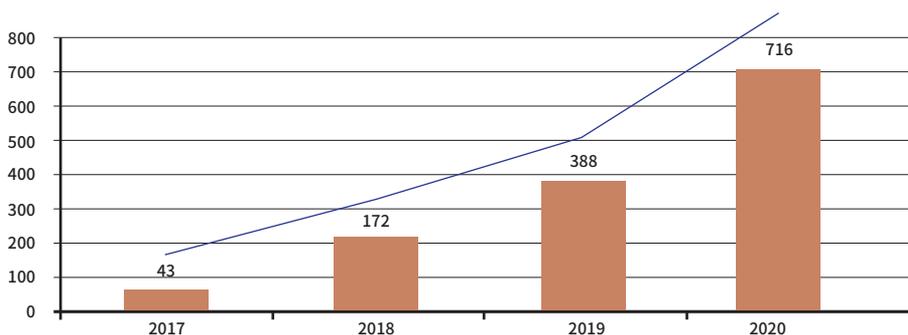
## PART 001

## 网红主播与MCN机构之间的争议现状

### 1、争议数量

依据可查询司法裁判文书的公开资源<sup>1</sup>,自2018年起,全国范围内发生的相关争议数量开始连年成倍增长。案件争议数量增长的趋势与我国2017年至2020年直播电商市场规模的变化趋势基本一致。2017年,相关争议数量仅为43件;2018年,相关争议数量为172件,涨幅高达300%;2019年,相关争议数量上升至388件,较上一年增长了125%;2020年,相关争议数量为716件,较上一年增长了84.54%。

案件数量

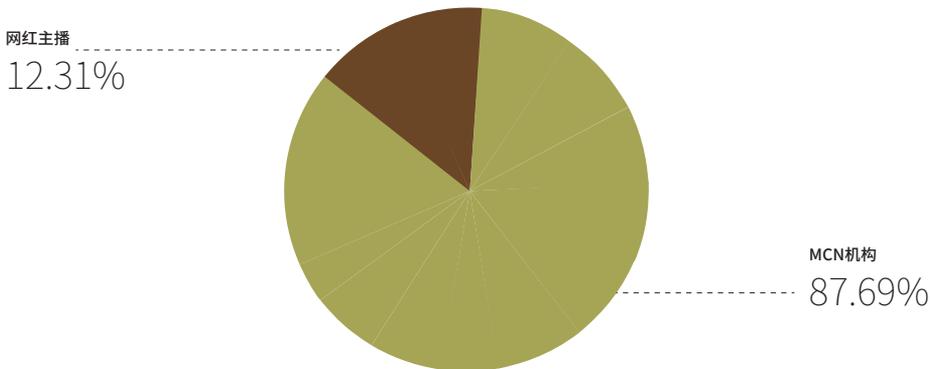


2.通过威科先行法律信息库以“网红”、“经纪”为关键词对北京市、湖南省、浙江省、江苏省等四个地区的相关裁判文书进行检索。经筛选，共获取样本案例195个，本文的数据分析均基于前述样本案例进行。  
3.同脚注2

## 2、权利主张主体

以北京、湖南、浙江、江苏等四个省市为例<sup>2</sup>，MCN作为原告提起诉讼程序的案件数量为171个，占比87.69%。在MCN机构作为原告的所有案件中，其中99.4%的原告诉求均包括要求网红支付违约金。另外，在3.6%的案件中，MCN机构还请求确认直播账号或其他社交平台账号归属于MCN机构。网红作为原告起诉的案件数量为24个，占比12.31%。网红的诉求主要为要求确认双方存在劳动关系，并支付相应的薪酬福利待遇（包括：工资、未休年假补偿、加班费等）。从数据上可以看出，网红主播这一方违约引起了较多争议，MCN机构一方主要为被动维权。这与传统劳动关系中的“因劳动合同履行、解除产生纠纷，劳动者被动维权”的局面明显不同。

原告分布

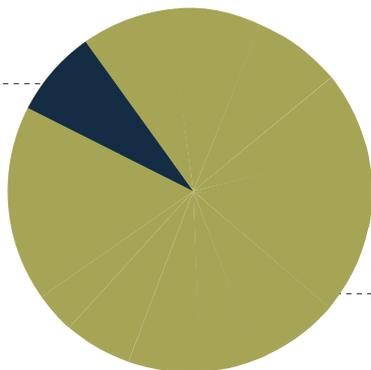


## 3、争议案由

在北京、湖南、江浙等地，主张权利的一方当事人自认为属于“合同纠纷”并以该案由起诉的案件数量为184个，占全部争议数量的94.36%；当事人自认为属于“劳动争议”并以此为案由起诉的案件数量为11个，占比5.64%。值得关注的是，即使原告以“合同纠纷”起诉，在近30%的案件的审理中，法院对“网红及MCN机构之间是否属于劳动关系”这一问题进行了实质审查。<sup>3</sup>由此可见，网红主播与MCN机构之间的争议处理无法回避劳动关系处理的因素。

劳动争议

5.64%



合同纠纷

94.36%

4.通过威科先行法律信息库以“网红”、“经纪”为关键词对北京市、湖南省、浙江省、江苏省等四个地区的相关裁判文书进行检索。经筛选，共获取样本案例195个，本文的数据分析均基于前述样本案例进行。

## PART 002

## 主要争议焦点的司法裁判分析

## 1、法律关系的定性

实践中，绝大部分网红主播与MCN机构之间签署的是“合作协议”、“演艺经纪合同”或“独家经纪合同”。由此可见，网红主播与MCN机构之间主要的合作模式外观上属于平等民商事主体之间的合同关系。然而，司法裁判对于MCN机构和网红主播之间法律关系的定性，基于MCN机构与网红主播的合同约定内容不同，存在一定分歧。

当存在下述约定和情况时，网红主播与MCN机构属于平等民商事主体之间的合同关系，不属于劳动关系。以北京、湖南、浙江、江苏等四地的判决为例，持此观点的判决占比约为96.92%，属于当前的主流观点。<sup>4</sup>该观点的主要理由为：

(1) 从收入来源看，网红主播的收入主要来源于通过第三方网络平台吸引粉丝获得的“打赏”或者“分红”等，并非直接来自于MCN机构，网红的收入来源不具备劳动关系下“工资”的特征（即：工资来源于用人单位）。

(2) 从人身隶属关系看，网红主播有权自由确定直播内容以及形式、直播时长、直播场所等，MCN机构大多不予干预或限制。因此，网红主播对MCN机构的人身隶属性明显弱于劳动关系中员工对用人单位的人身隶属性；

(3) 从MCN机构的业务范围看,MCN机构仅从事经纪中介服务,即:仅为网红主播提供培训、宣传、演艺活动的机会,MCN机构本身并无相应的直播业务。因此,网红的工作内容并非MCN机构业务的组成部分。

而在另外几种情况下,法院也可能倾向于认定网红主播与MCN机构之间构成劳动关系,而非平等民事主体之间的合同关系。该观点的主要理由如下:

(1) MCN机构对网红主播进行人事管理(包括考勤、奖惩等)。例如,明确约定每天直播时长,并且网红主播的收入直接与其直播时长挂钩;再如,网红主播因故未能参与直播,需要向MCN机构请假,并且收入会相应扣减。由此可见,MCN机构与网红之间存在管理与被管理的关系。

(2) MCN机构为网红主播提供工作场所及设备,甚至要求网红主播必须在MCN机构限定的场所内进行直播活动。由此可见,网红主播的劳动力依附于MCN机构提供的生产资料,具有人身隶属性。

(3) 直播活动的收益直接归属于MCN机构。通过直播平台获得的收入直接归属于MCN机构,再由MCN机构向网红主播分配。由此可见,网红主播的个人收入或报酬来源于MCN机构。

基于上述定性上的分歧,我们认为,在处理网红主播与MCN机构之间的争议时,应当结合劳动关系认定的要素、网红主播与MCN机构间签订的具体协议内容进行分析,并做好两种不同定性下的应诉准备。

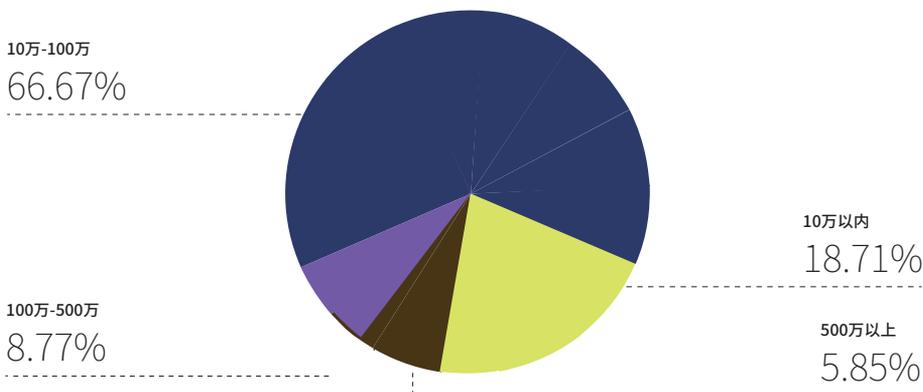


5.通过威科先行法律信息库以“网红”、“经纪”为关键词对北京市、湖南省、浙江省、江苏省等四个地区的相关裁判文书进行检索。经筛选,共获取样本案例195个,本文的数据分析均基于前述样本案例进行。

## 2、违约金的标准

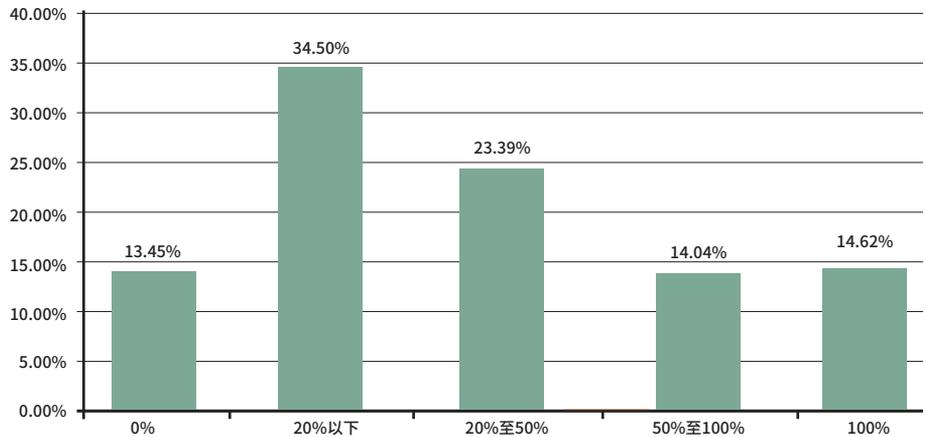
在目前检索到北京、湖南、浙江、江苏等地的相关案例中,MCN机构要求网红主播承担的违约金额从数万元至上千万不等。其中,请求金额在10万以内的案件数量为32个,占比约为18.71%;请求金额为10万至100万的案件数量为114个,占比为66.67%;请求金额为100万至500万以内的案件为15个,占比约为8.77%;请求金额为500万以上的案件数量为10个,占比约为5.85%。

违约金金额



从判决结果看,MCN机构的违约金诉求被全额支持的案件数量为25个,占比14.62%;诉求被全部驳回的案件共23件,占比13.45%。此外,部分支持的案件为123个,占比71.93%。其中,支持的金额为请求金额的50%以上的案件共计24个,占比为14.04%;支持金额为请求金额的20%至50%的案件共计40个,占比为23.39%;支持金额为请求金额的20%及以下的案件为59个,占比34.50%。<sup>5</sup>由此可见,多数情况下,法院支持的违约金金额不超过MCN机构主张金额的50%。影响法院认定违约金金额的主要因素包括:网红主播的履约时间、网红主播的影响力、网红主播在MCN机构服务期间的获利、网红主播收入的稳定性及经济承受力等。

案件数量



### 3、直播账号的归属

根据目前检索到的北京、湖南、浙江、江苏等地的195个案件中，涉及直播账号归属的争议数量仅为7件，占全部案件的3.6%。虽然相关争议目前并不多见，但是由于拥有上百万、千万粉丝的直播账号是最重要的生产工具，因此，关于该账号归属的争议将会成为网红主播与MCN机构的常见争议。

对于直播账户归属问题，MCN机构一般会与网红主播约定账号归属于MCN机构，但是，在司法实践中仍有不同裁判观点。多数裁判观点认为，相关直播账号应当归属于网红主播个人。主要理由为：相关账号是通过网红主播或其亲属的身份证开具、经过网红主播实名制认证，具有较强的人身属性。少数裁判观点认为，相关账号属于MCN机构所有。理由为双方关于账号归属的约定属于双方真实意思表示，对双方具有约束力。**由此可见，针对直播账户归属的认定，多数法院突破了民商事关系下“意思自治”的原则，放大了账号本身的人身属性。**

此外，个别案件中，网红主播主动提出要求MCN机构为其“转会”。对此，有裁判观点认为，考虑到一旦支持网红主播关于“转会”的诉求，将会增加网红主播违反竞业限制约定的可能。因此，对于仍处于竞业限制期内的网红主播，即使认定网红主播拥有账号的所有权，也不支持其提出的要求将直播账号转会的诉求。

## PART 003

## 风险防范措施建议

---

### 1、明确约定法律关系

MCN机构与网红主播建立合作关系之初可以基于各自的目的及需求进行充分协商,并通过签订书面协议的方式对双方的权利义务进行约定。根据目前的实践,MCN机构与网红主播所签署的合同均为兼具居间、代理、行纪等特征的经纪合同。但是,随着MCN机构发展模式的变化,尤其是MCN机构主动孵化网红主播这一模式下,网红主播与MCN机构之间的“单纯提供中介服务”的合同关系有所淡化。在此趋势下,MCN机构与网红主播更需要明确自身的需求及目的,从而确定双方拟建立的法律关系(平等民事主体之间的合作关系或劳动关系)。

如果双方签署合作协议,则应尽可能量化双方的权利及义务,对收益分配方式、知识产权的权属进行清晰的约定,并明确双方的违约责任。如果双方签署劳动合同,则应当满足《劳动合同法》第十七条关于劳动合同必备条款的规定。

### 2、谨慎选择合作方式

MCN机构与网红主播签署书面协议后,在双方实际合作过程中应当注意采取符合法律关系的合作方式。如果MCN机构与网红主播之间建立的是经纪服务合同,则MCN机构在合同履行过程中应尽可能降低对网红主播的管理强度,弱化双方之间人身上的从属性。换言之,MCN机构应当避免采取对网红主播进行考核、考勤、奖惩等等明显具有用人单位管理特征的措施。同时,MCN机构与网红主播之间的收入分配也应当尽可能不与主播的工作时长、出勤天数等直接关联,而与直播活动的成果或收益(如观看人数、销售额)等挂钩。如果双方建立的是劳动关系,则MCN机构应当依法制定配套的劳动人事管理制度,并依据相关制度对网红主播进行管理;同时,MCN机构也应当履行作为用人单位的其他法定或约定义务。

### 3、清晰筹划账号权属

根据目前的司法实践尺度, 尽管MCN机构与网红主播之间对直播账号权属存在约定, **但主流观点认为基于直播账号有较强的人身属性这一特征, 不能单纯依照合同约定将账号认定为MCN机构所有。**基于此, 根据双方的合作模式不同, 可以考虑在合作之初采取降低账号与网红直播之间人身上的关联性的措施, 如通过他人(即: 非网红本人) 的身份证件注册相关账号等。但是, 需要注意的是, 各个网络平台对于账号的管理与归属都有相应规则, 账号归属问题除了双方约定之外往往还要受到平台规则的约束。目前大多数平台均账号实名制且使用人必须为初始注册人, 甚至明确不得转让。因此, 降低账号的人身属性的措施是否能够实现有待商榷。此外, MCN机构主张账号归属权的背后实际的目的是防止网红主播离开MCN机构后直接带走流量并从事与MCN机构竞争的行为, 为了达到这一实际目的, MCN机构与网红主播应当对竞业限制义务及其违约责任进行清晰的约定。

### 4、合理确定违约金

由于网红主播参与直播活动等义务具有人身性质的给付义务, 并不能强制要求其履行, 因此, 在出现违约情形时, 需要根据双方约定的违约条款进行追责。由当前的司法实践可见, 双方约定的违约金需要具有合理性, 具体考虑因素包括: MCN机构投入的成本、合同剩余履行期限内的预期可得利益损失、网红主播本身的偿付能力等。另外, 如双方建立的是普通的民商事合同关系, 则将来通过诉讼程序维权时, 根据《诉讼费用交纳办法》的规定, 相应的诉讼费用将依据原告诉求金额按一定的比例计算。因此, MCN机构主张违约金时, 也应当充分考虑当前司法实践在同类案件中支持违约金的大致幅度, 从而合理提出诉求以降低维权成本。

### 5、全面考虑诉讼策略

虽然目前司法实践中主流观点认为MCN机构与网红主播之间属于平等主体之间的合作关系, 但是, 在有个别情况下, 仍无法排除司法机关通过审查MCN机构与网红主播之间的合作或管理方式, 进而认定双方属于

劳动关系的可能。一旦被认定为劳动关系,相关争议将适用劳动关系特殊的法律程序以及时效。根据《劳动争议调解仲裁法》的规定,劳动争议需经过劳动仲裁的程序,且适用一年的特别时效。在原告直接起诉至法院的情况下,如双方的法律关系被认定为劳动关系,则相关诉求存在被法院以“未经仲裁前置程序”而直接驳回的可能。考虑到前述法律关系认定的不确定性,一方在维权过程中应当全面、充分考虑劳动仲裁以及民事诉讼等两种不同的维权路径,并做好相应的应诉准备。



段海燕  
合伙人  
合规与政府监管部  
北京办公室  
+86 10 5957 2043  
duanhaiyan@zhonglun.com

# 网络视频平台的合规治理

作者:郭建华 张馨



我国网络视频行业的发展迅速,根据中国网络视听节目服务协会发布的《2021中国网络视听发展研究报告》,截至2020年12月,我国网络视听用户规模已达9.44亿,网民使用率高达95.4%,网络视听产业规模在2020年达6009.1亿元,较2019年增长32.3%,已然成为网络娱乐产业的重要支柱。从最开始的以用户上传内容的UGC模式为主的网络视频时代开始,随着互联网的发展、综合流量变现的需求和付费习惯的形成,网络视频平台开始向电影、电视剧、综艺节目和动画等长视频内容的运营转变,通过自制、购买版权等方式不断增加长视频内容的储备和类别,形成会员订阅+广告收入的商业模式;随着移动智能终端的普及和创新技术的发展,视频传播的速度和时效性大大增强,同时音视频内容制作的门槛大大降低,以抖音、快手等为代表的移动短视频平台迅速崛起,与此同时,算法的进步也使得垂类视频网站和直播得到了快速的发展。

到目前为止,我国网络视频行业已经形成了“长视频”、“短视频+直播”、“UGC+PGC/OGC”<sup>1</sup>的综合发展模式,网络视频平台提供的网络视听产品和服务也呈现出多元化、复合化、精细化的特点<sup>2</sup>。作为被强监管的行业之一,网络视频平台的合规治理也成为实践中的重点,本文将从网络视听行业的监管体系、网络视频平台的业务资质两个方面展开论述。

1.UGC(User generated content)即用户生成内容,伴随提倡个性化的Web2.0而形成,用户将自己原创的内容通过互联网向其他用户分享和展示;PGC(Professional generated content)指专业生产内容,相比于UGC,PGC在内容质量上更有保证,从内容生产、内容推广、到品牌的形成、粉丝的汇聚,最终内容品牌被粉丝反哺并进行自推广的整套生态闭环。与PUG相似的还有OGC(Occupationally generated content),职业生产内容,即内容生产主体为从事相关专业领域工作的专业人士,并领取相应报酬。

2.参见汤捷、雷泽颖:《网络视听行业:现状、发展与精细化管理》,《中国青年报》2021年5月上。

## PART 001

# 网络视听行业的监管体系

## (一) 网络视听行业的基本监管规范

网络视听节目服务,是指制作、编辑、集成并通过互联网向社会公众提供音视频节目,以及为他人提供上载传播视听节目服务的活动。

1、1999年10月1日,原国家广播电影电视总局(以下简称“原广电总局”)发布了《关于加强通过信息网络向公众传播广播电影电视节目管理的通告》(现已失效),首次就我国境内单位和个人利用信息网络传播广播电影电视节目行为进行规范,明确了从事信息网络传播视听节目实行许可制度。

2、2003年、2004年原广电总局先后通过第15号令、第39号令公布两

版《互联网等信息网络传播视听节目管理办法》(现均已废止)明确了“视听节目”“信息网络传播视听节目”等概念,以及申请《信息网络传播视听节目许可证》的条件和程序。

3、2007年原广电总局、信息产业部共同发布《互联网视听节目服务管理规定》并于2015年进行了修订,形成目前针对网络视听节目进行管理的综合性单行法律规范。

4、2019年11月29日,国家互联网信息办公室、文化和旅游部、国家广播电视总局联合印发《网络音视频信息服务管理规定》,从市场准入、新技术安全、内容合规等角度再度明确了对网络音视频信息服务提供者的合规要求。

在此基础上,中国网络视听节目服务协会发布了《网络视听节目内容审核通则》,明确网络视听节目实行“先审后播”的制度,并详细列举了内容审核的标准。除此之外,针对不同网络视听节目类型的内容合规,中国网络视听节目服务协会先后发布了《网络短视频内容审核标准细则》《网络短视频平台管理规范》《网络综艺节目内容审核标准细则》等,形成了一套规范网络音视频节目管理的行业规范。

## (二) 网络视听节目实施分类监管

随着网络音视频内容多元化、垂类视频内容的精细化,对网络视听服务的管理也形成了分类监管的格局并正在不断细化。

### 1、新闻类视听节目

根据《互联网新闻信息服务管理规定》,互联网新闻信息服务包括互联网新闻信息采集发布服务、互联网新闻信息转载服务、互联网新闻信息传播平台服务。2017年6月1日生效的新《互联网新闻信息服务管理规定》相比于2005年的旧规定,删除了“时政类新闻信息”的限定描述,更加注重新闻信息本身的社会公共属性和社会影响,其根本目的在于要求参与互联网新闻传播的各方承担相应的社会责任。根据这一规定,通过互联网站、应用程序、论坛、博客、微博、公众账号、即时通信工具、网络直播等形式向社会公众提供互联网新闻信息服务,都需取得《互联网新闻信息服务许可》。

(1) 互联网新闻信息服务属于外资准入禁止的范畴,《互联网新闻信息服务管理规定》第七条规定,任何组织不得设立中外合资经营、中外合作经营和外资经营的互联网新闻信息服务单位。已经设立的互联网新闻信息服务单位与外商投资企业进行涉及互联网新闻信息服务业务相关合作的,应当根据《国家安全法》等进行安全评估。对于传播平台服务,采用VIE架构等是否需要进行安全评估,还有待进一步考察。《互联网新闻信息服务管理规定》同时规定:“符合条件的互联网新闻信息服务提供者实行特殊管理股制度。”例如,趣头条在上市之前向人民网旗下基金、澎湃新闻发行优先股就是尝试通过这种特殊安排符合监管的要求。

(2) 相比于转载服务和传播平台服务,互联网新闻信息采编发布服务具有严格的市场准入限制,其申请主体只能是新闻单位及其控股单位或新闻宣传部门主管的单位。所谓的“新闻单位”,只能是依法设立的报刊社、广播电台、电视台、通讯社和新闻电影制片厂,非公有资本不得介入互联网新闻信息采编发布业务。

(3) 由于《互联网新闻信息服务管理规定》对“互联网新闻信息服务”的定义,我们理解,自媒体等PGC/OGC内容生产者也被纳入监管范围,这符合规定的目的。因此对于综合性网络视频平台而言,除了履行自身资质证照要求并在许可范围内提供互联网新闻信息服务,遵守互联网新闻信息转载可溯源的要求,还需要对在其平台上开设公众账号、服务账号、媒体账号等提供有关新闻信息报道、转载、评论的主体履行相应的资质审查义务,对账号主体的身份信息、是否具有互联网新闻信息服务资质、服务范围进行审核,并与普通用户账号相区分,实行分类备案。<sup>3</sup>

## 2、娱乐类视听节目

根据原广电总局《关于加强互联网传播影视剧管理的通知》,通过互联网传播的影视剧,必须符合广播电影电视管理的有关规定,依法取得《电影片公映许可证》、《电视剧发行许可证》或《电视动画片发行许可证》等,同时还需要获得著作权人对网络播映的授权。

2012年,原广电总局与网信办联合发布《关于进一步加强网络剧、微电影等网络视听节目管理的通知》,明确强调网络剧、微电影实行“谁办网谁负责”和“先审后播”的管理原则,网络视听节目服务提供者应当组

3. 普通公众个人通过个人微博账号、微信公众号等发布、转载信息不属于互联网新闻信息服务许可的审查范围,但仍需遵守《网络安全法》《互联网信息服务管理办法》等其他有关法律、法规的规定。

织审核员对节目内容进行审核,并在节目片头标注审核单位编制的审核序列号。审核通过的网络剧、微电影等网络视听节目信息应当报网络视听节目服务提供者所在地省级广电部门备案。

2014年,原广电总局在《关于进一步完善网络剧、微电影等网络视听节目管理的补充通知》中进一步明确,网络用户个人制作并上传的网络剧、微电影等网络视听节目,由转发该节目的互联网视听节目服务单位履行生产制作机构的责任。互联网视听节目服务单位只能转发已核实真实身份信息并符合内容管理规定的个人上传的网络剧、微电影等网络视听节目。

**因此,对于聚集众多UGC内容的网络视频平台而言,需严格履行网络实名制的要求,并建立相应的机制对制作、上传的网络视听节目内容进行审核。**

### 3、网络直播

根据网信办等部门联合发布的《关于加强网络直播规范管理工作的指导意见》,网络直播活动根据其开展直播活动涉及的内容实行准入管理,即开展经营性网络表演活动直播的平台需取得《网络文化经营许可证》;开展网络视听节目服务直播的平台需取得《信息网络传播视听节目许可证》;开展互联网新闻信息直播的平台则应当持有《互联网新闻信息服务许可证》。

同时,对于开展网络直播的视频平台,应当严格履行包括内容审核、主播实名制管理、用户行为规范引导、直播打赏管理、未成年人保护等在内的平台责任。

## PART 002

# 网络视频平台的业务资质

## (一)《信息网络传播视听节目许可证》

根据《互联网视听节目服务管理规定》,在我国境内从事互联网视听节目服务应当依法取得《信息网络传播视听节目许可证》(以下简称“AVSP”)或履行备案手续。按照《互联网视听节目服务业务分类目录(试

行)》，AVSP实行分类授予、分类监管原则，取得AVSP的主体必须在许可的业务范围开展互联网视听节目服务，不得变更或超出范围提供服务。

2015年8月28日修订的《互联网视听节目服务管理规定》延续了2007年的规定，申请AVSP的主体仍然只能是**国有独资或国有控股单位**，因此其他民营企业、外商投资企业或个人无法通过申请取得AVSP。目前，国家广电总局已不再受理新增AVSP的申请。根据国家广电总局公布的数据，截至2021年2月，全国取得AVSP企业共有571家。<sup>4</sup>

2016年原广电总局发布第196号令《关于加强微博、微信等网络社交平台传播视听节目管理的通知》，进一步明确利用微博、微信等各类社交应用开展互联网视听服务的网络平台，应当取得AVSP以及其他法律法规规定的相关资质，并严格在许可证载明的业务范围内开展业务。在这类网络平台上，通过微博账号、微信公众号等各类社交应用开展互联网视听节目服务的机构，已取得《信息网络传播视听节目许可证》的，应当按照许可证的各项要求开展业务活动；未取得《信息网络传播视听节目许可证》的机构和个人利用微博账号、微信公众号等开展互联网视听节目服务，应由该网络平台作为该项服务的开办主体承担相应的资质合规义务，并履行视听节目内容审查义务和实名制管理责任。平台上允许开展的节目范围不得超出平台自身许可证载明的业务范围。

对于无法通过申请取得AVSP的企业而言，除了通过股权收购间接取得AVSP以外，还可以作为PGC/OGC内容生产者通过持证平台提供网络音视频服务，或与持证机构进行合作，但应当注意的是，对于特定内容的网络音视频节目(如时政新闻类节目)仍必须取得相应的行政许可。

4.数据来源: [http://www.nrta.gov.cn/art/2021/5/1/art\\_3569\\_56268.html](http://www.nrta.gov.cn/art/2021/5/1/art_3569_56268.html), 国家广播电视总局(最后访问日期: 2021.9.22)

## (二) ICP许可或备案

根据《电信条例》，国家对电信业务经营按照具体电信业务分类实施许可。按照《电信业务分类指引(2015年版)》对增资电信业务的分类，B25类信息服务业务，是指通过信息采集、开发、处理和信息平台的建设，通过公用通信网或互联网向用户提供信息服务的业务。具体包括：①信息发布平台和递送服务(如新闻网站、信息推送、应用商店等)；②信息搜索查询服务(如搜索引擎)；③信息社区服务(如社交网站、微博、虚拟社

5.爱奇艺2020年第四季度财报,爱奇艺会员服务收入为38亿元人民币,全年会员服务营业收入达165亿元人民币,相比2019年增长14%;第四季度广告收入则为19亿元人民币,全年广告收入为68亿元人民币。会员服务收费已经取代广告收入成为平台的首要收入来源。数据来源:汤捷、雷泽颖:《网络视听行业:现状、发展与精细化管理》,《青年记者》2021年5月上。

区、聊天室等);④信息即时交互服务(如即时通信、交互式语音服务、基于互联网的端到端双向实时话音业务等);⑤信息保护和处理服务(如终端设备信息内容保护、垃圾信息拦截等)。

通过互联网向社会公众提供包括网络视音频制作、上传、下载、分享、观看等服务,属于信息发布平台和递送服务的内容,因此需要取得B25类增值电信业务许可或备案,即ICP许可或备案。

根据《互联网信息服务管理办法》第3条、第4条的规定,互联网信息服务又区分为经营性互联网信息服务和非经营性互联网信息服务。从事经营性互联网信息服务实行许可制度,而非经营性互联网信息服务则实行备案制度。

根据当下网络视听行业的现状,网络视频平台以免费+会员订阅的复合商业模式发展,以用户订阅会员+广告收入作为主要营利模式。<sup>5</sup>根据《网络音视频信息服务管理规定》《互联网新闻信息服务管理规定》等相关法规,开展经营性(包括直接面向用户收费以及通过电子商务、广告、赞助等方式间接获取利益)网络音视频信息服务的,属于经营性信息服务,应依法取得《增值电信业务经营许可证》(ICP)。

### (三)《网络文化经营许可证》

根据《互联网文化管理暂行规定(2017年修订)》,开展经营性(包括直接向上网用户收费或者以电子商务、广告、赞助等方式获取利益的)互联网文化活动,须取得省、自治区、直辖市政府文化部门批准的《网络文化经营许可证》。

互联网文化活动指提供互联网文化产品及其服务的活动,具体来说主要包括:①专门为互联网而生产的网络音乐娱乐、网络游戏、网络演出剧(节)目、网络表演、网络艺术品、网络动漫等互联网文化产品的制作、复制、进口、发行、播放等活动;②将音乐娱乐、游戏、演出剧(节)目、表演、艺术品、动漫等文化产品以一定的技术手段制作、复制到互联网上传播,或者通过互联网、移动通信网等信息网络发送到计算机、固定电话机、移动电话机、电视机、游戏机等用户端以及网吧等互联网上网服务营业场所,供用户浏览、欣赏、使用或者下载的在线传播行为。这一

定义几乎可以囊括目前网络视频平台提供者的主要商业模式和产品，因此《网络文化经营许可》构成网络音视频平台提供者的重要资质合规义务之一。

根据文旅部办公厅《关于调整〈网络文化经营许可证〉审批范围进一步规范审批工作的通知》，网络表演是指网络表演者个人现场进行的文艺表演活动通过互联网、移动通信网、移动互联网等实时传播或以音视频形式上载传播而形成的互联网文化产品。因此，电商直播、教育类网课直播、金融类、美食类、体育类等直播活动不属于网络表演，无需办理《网络文化经营许可证》。

对于专门制作的网络音乐娱乐、网络游戏、网络演出剧(节)目、网络表演、网络艺术品、网络动漫等文化产品或者将原创音乐、游戏、演出剧(节)目、表演、艺术品、动漫等文化产品复制到互联网上传播的行为，还同时构成《网络出版服务管理规定》第二条第三款的“网络出版物”<sup>6</sup>，需要取得《网络出版服务许可》。

6. 根据该条款的规定，网络出版物的范围包括：“(一)文字、艺术、科学等领域内具有知识性、思想性的文字、图片、地图、游戏、动漫、音视频读物等原创数字化作品；(二)与已出版的图书、报纸、期刊、音像制品、电子出版物等内容相一致的数字化作品；(三)将上述作品通过选择、编排、汇集等方式形成的网络文献数据库等数字化作品；(四)国家新闻出版广电总局认定的其他类型的数字化作品。”



## PART 003

## 关于UGC内容治理合规之重点

UGC内容是伴随着互联网兴趣社区而出现的创作活动,通过对版权作品的利用进行再创作,生成各种形式的新内容。大多数的UGC内容都存在侵犯已有作品著作权人专有权利的可能,在当下垂类视频内容深度细化、网络视频平台服务功能多元的背景下,借助算法UGC内容创作有利于快速聚集同类兴趣的用户,为平台带来流量价值,而数字技术发展带来的创作门槛大大降低,促使了UGC内容的涌现。对于网络视频平台而言,因UGC内容侵犯已有作品著作权人专有权利而构成共同侵权的风险也大大增加,对UGC内容的治理成为平台合规的重中之重。

### (一) 网络视听行业常见的UGC内容及侵权分析

#### 1、字幕组

(1) 定义。即通过技术提取在国外率先发行的影视作品/动画作品/漫画等的字幕并进行翻译,在网络上单独传播翻译过的字幕文件或者传播包含翻译字幕的视频/漫画文件的行为。字幕组在我国内地曾经十分流行,如曾经的人人字幕组,许多国外影视作品在国内的传播和流行都曾被字幕组翻译和推广。

(2) 权利基础。对字幕的翻译涉及翻译权,根据《著作权法》第十条第一款第15项属于著作权人享有的经济性权利之一,受到著作权法的保护。即使著作权法保护翻译者对翻译作品享有的著作权,其行使权利也不得影响或损害原作品的著作权。

(3) 侵权分析。如果通过技术手段将翻译后的字幕同原作品相结合并在网络视频平台上上传、提供观看等,则同时构成对原作品复制权、信息网络传播权的侵害;《著作权法》中关于“合理使用制度”、“著作权法保护例外”的相关规定也无法正当化此类行为。现下,不少网络视频平台已经通过购买版权取得部分国外影视作品的信息网络传播权及翻译权,打包传播翻译字幕及原作品的行为还可能侵犯其他平台的权利。

## 2、同人作品 (fanfiction)

(1) 定义。即某一特定作品的粉丝利用原作的角色形象、人物关系、背景、情节等元素进行再创作而产生的作品。典型例子如江南利用金庸作品创作的《此间少年》，宝树未经刘慈欣授权续写的《三体》续集。

(2) 理论基础。由于同人作品本身就是建立在对原有作品角色、性格、人物关系、故事情节等元素的利用基础上进行的再创作作品，因此在同人作品中非常重要的一点在于区分作品的思想和表达，因为《著作权法》只保护作品的表达而不保护思想。“将一部文学作品中的内容比作一个金字塔，金字塔的底端是由最为具体的表达构成，而金字塔的顶端是最为概括抽象的思想。”<sup>7</sup>在文字作品中，人物关系、情节事件、情节发展串联、人物与情节的交互关系、矛盾冲突等交织在一起达到足够具体的程度便可能构成作品表达。<sup>8</sup>因此在判断同人作品是否侵权关键在于在多大程度上“借用”了原著的故事情节、情节串联发展的逻辑和任务的交互关系等。而在动画作品、漫画中，由于角色形象已经足够具体，同人作品直接借用或重现角色形象就已经构成对原作著作权的侵犯。<sup>9</sup>

(3) 具体侵权分析。随着短视频的发展和视频制作技术门槛的降低，以UGC为生态特色的网络视频平台上一大类内容即用户通过剪辑技术自制的同人视频或为已有同人作品配上音乐等制成的短视频。对于自制同人视频，剧本、台词作为作品整体的一部分，属于文字作品，是否构成侵权，有赖于同人作品与原作品在故事情节发展、串联、交互、逻辑关系上是否构成实质性相似的判断。并且这类同人作品可能涉及侵犯著作权人享有的改编权，即在保留原作品基本表达的情形下创作出新作品的权利。对于演绎型同人作品而言，改编往往是其主要创作方式之一，在未获得原作品著作权人许可的情形下进行改编就可能侵犯原著作权人的改编权。而对于续写型、前传型同人作品，其创作本身建立在对原有作品角色特征、人物关系、故事情节等元素的利用基础上，但并不是对原作品本身的改动，而是在原作品之外进行的创作，因此通常不会构成对原作品改编权的侵犯。如果这类作品并不涉及对原作的歪曲、丑化，则通常也不构成侵犯原作品著作权人的保护作品完整权。而将相应的同人作品上传到网络并传播，则可能侵犯著作权人的信息网络传播权。<sup>10</sup>

7. 见北京第三中级人民法院(2014)三中民初字第07916号判决书(即琼瑶诉于正侵害著作权纠纷案)。

8. 见湖北省武汉市中级人民法院(2018)鄂01民初5015号民事判决书。

9. 参见刘颖、何天翔：《著作权法修订中的“用户创造内容问题”——以中国内地与香港的比较为视角》，《法学评论》2019年01期。

10. 本文仅列举一般性的情况，对同人作品类型的区分以及不同类型同人作品侵权审查重点的讨论参见陆佳佳：《同人作品的知识产权冲突问题探讨》。

11. 这类作品还可能涉及真人同人作品、原创同人作品的权利冲突与保护问题。

12. 参见北京互联网法院(2019)京0491民初663号民事判决书。

13. 参见广东省广州市南沙区人民法院(2016)粤0115民初4345号民事判决书。

14. 参见罗祥:《影视解说视频合理使用的困境与出路——由首例“图解电影”案引发的思考》,《科技与法律》,2021年第4期 总第4期。

15. 游戏直播由于不同游戏的类型、主播的操作对独创性的影响等难以一概而论,本文不予讨论。

### 3、视频剪辑、拼接 (mash-up)

(1) 定义。即通过剪辑手段将其它已有作品的片段进行组合、杂糅形成新视频的行为。

#### (2) 类型细分及侵权分析。

① 粉丝视频,这类视频的创作往往以某个/些明星或原创动漫人物形象为主,通过收集、剪切、拼接来自不同作品的片段、配以新的背景音乐或旁白来制作新的视频。<sup>11</sup>这类UGC内容是兴趣社区的典型体现,往往能够聚集和吸引多大多数粉丝,但可能同时涉及对多个作品、不同类型的著作权的侵犯,在大量使用享有著作权的已有作品的情形下,构成侵权应无疑义。

② 戏仿视频,这类视频是以评论、批评或解说为目的而剪接音视频片段形成的新视频。这类UGC内容是短视频发展的产物之一。因戏仿类视频为了达到自身所追求的幽默、戏谑批判效果或解说效果,往往会大量使用原作品的核心部分并按需求进行剪辑,且数量往往很大,按照现有《著作权法》合理使用制度,难以构成《著作权法》第二十四条“为介绍、评论”而“适当引用”。在司法实践中,对戏仿视频的“合理使用”的判断存在分歧,例如在首例“图解电影”案中一审法院认为“涉案图片集目的并非介绍或评论,而是迎合用户短时间内获悉剧情、主义画面内容的需求,故不属于合理使用”<sup>12</sup>将是否符合“介绍、评论或者说明的合理需要”作为判断是否构成合理使用的标准。而在“李某某与广州某网络科技有限公司著作权侵权纠纷案”一审中,法官则指出“判断是否构成合理使用,一般应当考虑使用作品的目的和性质、受著作权保护的作品的性质、所使用部分的性质及其在整个作品中的比例、使用行为是否影响了作品正常使用、使用行为是否不合理地损害著作权人的合法权益等。”<sup>13</sup>如果使用产生了新的指向意义和功能,且不会不合理损害著作权人的合法权益,则属于转换性使用,不构成侵权,这似乎为一些正向的解说类UGC内容提供有利的依据,但理论界及司法实践对于是否认可“转换性使用”仍存在争议<sup>14</sup>,这也加大了网络视频平台版权合规管理的难度。

#### 4、涉版权作品的直播或反应视频 (reaction)

通常情况下,在直播中翻唱受著作权保护的作品、转播或播放作品片段,都需要先取得权利人的许可,否则即构成侵权。<sup>15</sup>

## (二) 网络视频平台针对UGC内容的合规重点

### 1、“避风港规则”的适用及其在司法实践中的修订

虽然“避风港规则”为作为网络空间提供者的网络视频平台提供了“盾牌”，成为各大聚合网络视频平台遭遇知识产权侵权纠纷时常用的抗辩理由，即如果被告知侵权，履行删除侵权内容、屏蔽侵权链接义务即可免于承担侵权责任，否则才被视为共同侵权并就扩大的损失承担侵权损害赔偿赔偿责任。但随着技术的发展，网络视听行业的竞争、整合，网络视频平台往往已经不再是网络空间服务提供者的单一角色，这一规则也在实践中不断受到修正。例如，在《老九门》案件中，法院就认为被告字节跳动对侵权行为处于明知或应知状态，因为其并未通过正常审核途径予以删除，故构成共同侵权。

《信息网络传播权保护条例》第二十二条也细化了网络视频平台免责的条件，即：①明确标示其网络服务提供者的身份及相关信息；②未改变用户所提供的作品、表演、录音录像制品；③不知道也没有合理的理由应当知道用户提供的作品、表演、录音录像制品侵权；④未从用户提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益；⑤收到权利通知后，及时删除。

对于判断平台是否应知或明知，侵权视频的密度、是否为同一用户反复上传、平台是否建立了有效的检测和过滤机制等都会影响对平台是否“善意”的评价。部分平台还会在用户入驻时要求作者将作品除署名权外的各种权益（包括但不限于复制权、改编权、信息网络传播权、表演权、制作衍生品等权益）转让给平台，同时平台也将这些权益开放给平台上的其他用户，从而达成资源共享，这也会影响平台是否获益的判断。

### 2、对网络视频平台在进行UGC内容合规治理时的具体建议

基于以上，网络视频平台在进行UGC内容合规治理时，应当重点注意以下内容：

#### (1) 建立必要的版权审查和过滤机制

网络视频平台要充分利用智能AI技术对上传视频进行比对，及时删除秒盗视频和完全复制的视频，同时建立人工复核制度，在平台内部将UGC内容审核要提高到相对重要的上位制度的高度。

### (2) 建立有效的侵权投诉机制

网络视频平台要建立具体包括侵权账号处罚、限流、降低权重等机制,履行“通知-删除”规则,对同一账号的反复侵权行为或多重投诉建立应对措施,减小侵权作品的传播范围,降低构成共同侵权承担侵权责任或惩罚性赔偿的可能性。

### (3) 建立公共素材库

对于聚合众多UGC内容的网络视频平台,非常有必要建立公共素材库,为用户制作视频内容提供公有领域内的作品及素材选择,以合理降低合规成本及平台运营成本。

### (4) 尽最大努力取得权利人的授权

取得权利人的授权这是最直接有效的措施,也是首要的合规方式,可以通过与权利人签订授权许可形成平台自有素材库,或在用户上传原创作品时取得除作品除署名权外的其他各种权益授权或转让。

### (5) 建立原创声明制度

在用户上传制作的音视频节目时,网络视频平台应当要求用户提供原创声明,要在原创声明中明确约定如涉诉时声明原创的用户承担最终责任,因侵权造成平台损失时需对平台承担赔偿责任,并对原创作品提供限制下载、水印等特别服务。

## PART 004

## 关于未成年人保护的内容的监管重点

值得注意的是,关于未成年人保护的内容是目前网络视听行业的重点合规内容。2020年10月17日,十三届全国人大常委会第二十二次会议表决通过的新修订的《未成年人保护法》新增了对未成年人的网络保护相关内容,特别是明确了网络游戏、网络直播、网络音视频等网络服务针对未成年人使用其服务时,要设置相应的时间管理、权限管理、消费管理等功能,并且设置相应的内容保护。

### （一）《关于加强网络直播规范管理工作指导意见》中涉及未成年人内容的保护

2021年2月份,网信办等部门联合发布《关于加强网络直播规范管理工作指导意见》,该意见中明确规定网络直播平台禁止为未满十六周岁的未成年人提供网络主播账号的注册服务,为已满十六周岁未满十八周岁的未成年人提供网络主播账号注册应当取得监护人的同意;应当向未成年人用户提供“青少年模式”,防范未成年人沉迷网络直播,屏蔽不利于未成年人健康成长的网络直播内容,不得向未成年人提供充值打赏服务;建立未成年人专属客服团队,优先受理、及时处置涉未成年人的相关投诉和纠纷,对未成年人冒用成年人账号打赏的,核查属实后须按规定办理退款等专章内容。

### （二）《网络综艺节目审核细则》中涉及未成年人内容的保护

2020年2月,按照国家广播电视总局工作部署,在总局网络视听节目管理司指导下,中国网络视听节目服务协会联合央视网、芒果TV、腾讯视频、优酷、爱奇艺、搜狐、哔哩哔哩、西瓜视频、快手、秒拍等视听节目网站制订了《网络综艺节目内容审核标准细则》。该细则中也设置了相应的未成年人保护规则,如少儿亲子类节目不得出现少儿着装暴露或模仿某些成年人装扮,不利于其身心健康成长的情况;不得集中展现或宣扬炫富、享乐主义等不利于未成年人身心健康的价值观;未成年人节目不得宣扬童星效应或者包装、炒作明星子女等,以保护未成年人身心健康。

### （三）《未成年人节目管理规定》的专项综合性规定

2019年3月,国家广播电视总局颁布《未成年人节目管理规定》,该规定作为网络视听领域内未成年人保护的综合性管理规范,明确了未成年人节目的制作要求和价值取向,邀请未成年人参与节目制作,应当事先经其法定监护人同意,在节目制作、播出过程中不得泄露未成年人个人隐私信息,同时对于未成年人节目不得含有渲染暴力、血腥、恐怖,教唆犯罪或者传授犯罪方法,除健康、科学的性教育之外的涉性话题、画面,肯定、赞许未成年人早恋,诋毁、歪曲或者以不当方式表现中华优秀传统文化、革命文化、社会主义先进文化等多项禁止性的内容规定。

#### (四)《网络短视频平台管理规范》及细则要求建立未成年人保护机制

2019年1月,中国网络视听节目服务协会正式发布了《网络短视频平台管理规范》(以下简称“《规范》”),《规范》明确规定,网络短视频平台应当建立未成年人保护机制,设立未成年人家长监护系统,有效防止未成年人沉迷短视频。

在《网络短视频平台管理规范》正式发布的同一天,中国网络视听节目服务协会还发布了《网络短视频内容审核标准细则》(以下简称“《细则》”)。《细则》明确要求,禁止有表现未成年人早恋以及抽烟酗酒、打架斗殴、滥用毒品等不良行为;禁止对未成年人造成不良影响的过分夸张怪异的人物造型等内容。上述规定适用于在网络播放的短视频节目,包含标题、名称、评论、弹幕、表情包、语言、表演、字幕、背景等。对于网络短视频平台运营者而言,需要重点关注未成年人保护合规,履行未成年人的保护责任,建立用户账号分级分类管理制度,根据网络视听节目的内容、类型建立相应的分级制度,建立相应的机制防止未成年人沉迷等。

#### 结语

网络视听行业作为国家的强监管领域,法律法规、行业规范不断完善,从资质许可、内容创作、播放、使用、经营等多维度进行了规范,相应的违法究责机制、责任框架等已经明确;作为网络视频平台的运营方或即将进入网络视听行业的运营者,均需对行业准入资质、监管要求、行业规范要有充分的前置性的了解和预判,在合法合规的前提下进入行业并确保运营合规。



郭建华  
非权益合伙人  
知识产权部  
南京办公室  
+86 25 6951 1898  
guojianhua@zhonglun.com

# ARTIST ECONOMY

---

## 艺人经济

128



# 《广告法》下明星代言的责任

作者:舒海 董珏



品牌公司与明星代言人从来都是互相依赖的关系,品牌公司依靠明星代言人的影响力提升知名度与销量,而明星代言人则利用品牌公司提升关注度及商业价值,但这把双刃剑在实现共赢的同时,也可能带来负面效果。2021年5月某女星因其代言的奶茶品牌茶芝兰涉嫌诈骗而致歉的余音未落,2021年9月某男主持代言的奶茶品牌快乐方程式又被加盟商发帖质疑涉嫌违法,该主持在其个人微博发布声明后至今无下文。

作为规制广告及代言行为基本法律,《广告法》下对于明星代言,究竟有怎样的规制?广告主和代言人该如何应对,从而最大限度避免《广告法》带来的法律风险?

#### PART 001

## 什么是“广告代言人”?

《广告法》第二条第五款规定,广告代言人指的是“广告主以外的,在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或其他组织”。

### 1、何为“以自己的名义或者形象”?

根据原国家工商总局广告监督管理司编著的《广告法》释义,“以自己的名义或者形象”不仅包括在广告中标明代言人身份信息的情况,还包括即使没有标明身份信息,但对于社会公众而言,从广告陈述或画面展示中能够辨别出广告主之外的个人身份信息<sup>1</sup>时,也属于“以自己的名义或者形象”的范畴。如果广告中没有标明身份,对于相关受众而言也难以辨别其真实身份的,则属于广告中演员的表演,不属于广告代言<sup>2</sup>。

### 2、何为对产品或服务进行“推荐”、“证明”?

“推荐”是指把好的人或者事物向他人或组织介绍,希望被任用或接受的行为,“证明”是指用可靠的材料来表明或断定人或事物的真实性<sup>3</sup>。《广告法》第二条第五款中的“推荐”、“证明”不仅包括代言人直接向广告受众表达自己对商品的推荐、证明,也包括虽然没有明示表达,但代言人利用自身影响力默示表达自己的推荐意图,特别是某些名人利用其自身

1. 国家工商总局广告监督管理司编著:《中华人民共和国广告法释义》第12、13页。

2. 中国广告协会:《广告代言人的法律界定与行为准则》, [http://www.china-caa.org/cnaa/news\\_view/140](http://www.china-caa.org/cnaa/news_view/140), 2021年9月16日访问。

3. 国家工商总局广告监督管理司编著:《中华人民共和国广告法释义》第13页。

4. 国家工商总局广告监督管理司编著:《中华人民共和国广告法释义》第13页。

名望对商品功能品质起到隐性担保的作用的情形<sup>4</sup>。

上述标准与美国联邦贸易委员会FTC《关于在广告中使用代言和证明的指引》(Guides Concerning Use of Endorsements and Testimonials in Advertising, 下文简称“《指引》”)对于“代言”(Endorsement)的定义并不相同。FTC在《指引》里面,把“代言”定义为从代言人的角度,而不是从赞助广告的角度,来表述的任何消费者有可能相信的广告信息,包括观点(opinion)、信任(beliefs)、研究发现(findings)或经历(experience)等。并不直接要求代言人(Endorser)对产品或者服务作出明确的“推荐”或者“证明”。

此外,虽然在《广告法》下,法人和其它组织(如科研单位、学术机构、技术推广机构、行业协会)也可以作为“广告代言人”的身份出现,但是,相信绝大多数“广告代言人”将还是由名人(包括歌星、影视明星、体育明星等)来扮演。

#### PART 002

### 《广告法》下对于广告代言人的限制

---

首先,十周岁以下未成年人不得做广告代言人;其次,广告代言人必须使用过推荐的商品或接受过服务,这个是大前提。同时,对于特定的行业,比如医疗、药品、医疗器械、保健食品,不得使用广告代言人作推荐、证明。

我们注意到,《广告法》并未要求广告代言人是其代言的产品或者服务的bona fide user,并未要求在广告发布期间,广告代言人仍然必须是该产品或者服务的用户。

#### PART 003

### 《广告法》下明星代言虚假广告的民事责任

---

《广告法》第五十六条规定,关系消费者生命健康的商品或服务的虚假广告,造成消费者损害的,广告代言人应当与广告主承担连带责任;该条同时规定,上述商品或服务以外的虚假广告造成消费者损害的,广告

代言人明知或者应知广告虚假仍作推荐、证明的,应当与广告主、广告经营者、广告发布者承担连带责任。

也就是说,与生命健康相关的商品或服务,代言人承担无过错的连带损害赔偿责任;而其他产品和服务,代言人只有在有主观过错(明知或应知虚假)的情况下,才和广告主、广告经营者、广告发布者一起承担连带损害赔偿责任。

关于代言人主观过错(明知或应知虚假)的衡量标准,我们从赵某与潘某某财产损害赔偿纠纷一案<sup>5</sup>中可以看出,法院认为,在衡量代言人的过错时,应以一般普通人的注意义务作为审慎审查义务的衡量标准,而不应苛以更高的审查义务,即在代言人事前已对公司营业执照、税务手续进行查看,并提交代言合同、授权书及商标注册申请受理通知书等证据的前提下,难以认定代言人存在明知或应知是虚假广告的情形。

5. (2020)沪02民终3552号赵波与潘晓婷财产损害赔偿纠纷一案判决书相关认定:“在衡量潘晓婷的过错时,应当以一般普通人的注意义务作为审慎审查义务的衡量标准,而不应当以事后刑事案件的结果来倒推审查的义务。正如大量作为受害人的集资参与人一样,如果潘晓婷做到了普通人的审查义务,对广告主的情况予以了审查,不应对其苛以更高的审查义务。从现有证据来看,难以认定潘晓婷存在明知或者应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布者或者推荐、证明的情况。”

## PART 004

## 《广告法》下明星不当代言的行政责任

除了第三点提到的民事责任,明星在进行不当代言时还可能承担相应行政责任。

### 1、没收违法所得及罚款

《广告法》在第六十一条规定,在医疗、药品、医疗器械、保健食品广告中作推荐、证明的,或为其未使用过的商品或者未接受过的服务作推荐、证明的,或明知或者应知广告虚假仍在广告中对商品、服务作推荐、证明的,由市场监督管理部门没收违法所得,并处违法所得一倍以上二倍以下的罚款。也就是说,代言明星在上述情况下不仅代言费被没收,还要倒贴一倍至二倍的代言费。

作为为数不多的明星代言人适用上述《广告法》第六十一条受到行政处罚的案例,在北京市海淀区市场监督管理局公布的“李某发布违法广告案”中,该李姓男星在其个人微博发布了某品牌女性内衣广告,内容含有“一个让女性轻松躺赢职场的装备”、“我说没有我带不了的货,你就说信不信吧”等内容,附带当事人推介该商品的视频。北京市海淀区市场监

督管理局认定该广告构成了发布违背社会良好风尚的违法广告的行为，同时构成了广告代言人为其未使用过的商品作推荐、证明的行为，并根据《广告法》第六十一条作出没收违法所得225573.77元并处二倍罚款651147.54元的行政处罚。

## 2、因代言虚假广告受到行政处罚后的三年“禁言期”

上述没收违法所得及罚款的处罚还不是最致命的，《广告法》对于明星代言最大的杀手锏是，第三十八条第三款规定的代言虚假广告受处罚后的三年“禁言期”，即对在代言虚假广告受到行政处罚未满三年的不得代言。也就是说，明星代言如果稍有不慎，很有可能导致未来三年不能为任何品牌做广告代言，损失将极为惨重。

除此之外，如果因为代言虚假广告受到行政处罚，该明星在未来三年虽然不能再为任何品牌做新的代言，但是已经发布的广告是否要下架？尚未发布的广告大概率不能播出。对于该明星代言的其它品牌公司来说，如果在与明星的代言合同中，约定了明星代言人受到行政处罚是触发品牌公司合同解约权的条件之一，则此时该品牌公司可根据代言合同的约定立即解除与该明星代言人合同并要求相应赔偿，而对于涉及虚假广告的广告主与明星代言人的代言合同如何处理，这是另外一个话题。

### PART 005

## 广告代言人与品牌代言人(品牌大使)

我们注意到，《广告法》里对于“广告代言人”的定义，和企业市场营销活动中使用明星做“品牌代言人”（或者说“品牌大使”）的做法并不完全相同，也就是说，“广告代言人”和“品牌代言人”（“品牌大使”），严格说来并不是一个概念。首先，《广告法》里的“广告代言人”除了自然人，也可以是法人和其它组织；其次，根据《广告法》，只有这些明星以自己的名义或者形象对产品或者服务做“推荐、证明”时，才是《广告法》意义上的“广告代言人”。但是，明星什么样的言行才算得上是“推荐和证明”？法律并未明确，这也会必然导致执法上的不确定性。

很多情况下，品牌公司仅仅邀请明星出席一个活动，以吸引媒体和公

众的关注,或者明星虽然在拍摄的广告中出现了,但是并不直接对该品牌做任何形式的“推荐”或者“证明”。根据《广告法》第二条第五款中对于明星代言人的定义,很难直接对该种行为做出明确界定,实务中各地主管部门也存在不同的实践态度,例如《浙江省工商行政管理局关于广告监管执法有关问题的指导意见》就规定“知名人物的形象在广告中出现且能够被消费者识别,一般应认定为广告代言人”<sup>6</sup>,即此种情况下,只要明星在广告中出现并能够被消费者识别,则会认定为广告代言人。

## PART 006

## 广告代言人与带货主播

除了传统商业广告外,通过网络直播带货已经成为商家营销宣传的主要阵地。在直播中,主播往往通过在直播中进行商品展示、现场试用、描述使用体验及赞美产品的方式对产品进行推荐进而引导消费者通过商家链接进行购买。那么,主播在直播中对商品或服务进行推荐、证明的,该主播是否会被认定为广告代言人?

关于网络直播活动的监管,国家市场监督管理总局于2020年11月5日发布了《关于加强网络直播营销活动监管的指导意见》,该意见中明确,如果直播内容构成商业广告的,应按照《广告法》的规定履行广告发布者、广告经营者及广告代言人的责任和义务。由此我们可以看出,该意见中并未将所有的网络直播归类为商业广告,但对于何种直播内容属于商业广告却没有给出明确界定。在此情况下,我们认为市场监督管理部门将可能会参照《广告法》第二条第一款<sup>7</sup>及《互联网广告管理暂行办法》第三条<sup>8</sup>中对于广告的定义进行衡量判断。根据上述法律法规,“通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务”的行为属于广告,而“通过网站、网页、互联网应用程序等互联网媒介,以文字、图片、音频、视频或者其他形式,直接或者间接地推销商品或者服务的商业广告”属于互联网广告。因此,我们认为,如果主播在直播中,除了对商品本身信息的客观介绍(包括根据法律法规在销售商品时应当披露的信息)外,还存在通过描述使用感受进而对商品或服务进行推销的,则存在被认定为是商业广告的风险。实践中,确实也已存在直播带货被市场监督管理部门认定为

6.《浙江省工商行政管理局关于广告监管执法有关问题的指导意见》第一条第(三)款:“普通人在广告中显示身份且利用其形象为商品、服务作了推荐、证明的,一般应认定为广告代言人;仅在广告中扮演特定角色,不表达独立推荐证明意图的,一般不认定为广告代言人。知名人物的形象在广告中出现且能够被消费者识别,一般应认定为广告代言人。”

7.《广告法》第二条:“在中华人民共和国境内,商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动,适用本法。”

8.《互联网广告管理暂行办法》第三条:“本办法所称互联网广告,是指通过网站、网页、互联网应用程序等互联网媒介,以文字、图片、音频、视频或者其他形式,直接或者间接地推销商品或者服务的商业广告。”

前款所称互联网广告包括:(一)推销商品或者服务的含有链接的文字、图片或者视频等形式的广告;

(二)推销商品或者服务的电子邮件广告;(三)推销商品或者服务的付费搜索广告;(四)推销商品或者服务的商业性展示中的广告,法律、法规和规章规定经营者应当向消费者提供的信息的展示依照其规定;(五)其他通过互联网媒介推销商品或者服务的商业广告。”

9.沪监管徐处字(2018)第042018002365号,国家市场监督管理总局公布的2019年第一批典型虚假违法广告案件。

10.沪工商检处字(2018)第320201810009号。

构成商业广告的案例<sup>9</sup>。在带货直播被认定为商业广告的前提下,主播应当按照《广告法》的规定履行广告代言人的责任和义务。

#### PART 007

### 广告代言人和广告演员

我们还注意到,《广告法》不允许十周岁以下的未成年人做广告代言人,同时,对于特定的行业,比如医疗、药品、医疗器械、保健食品,也不得使用广告代言人。

作为违反上述规定的行政处罚实例,上海市市场监督管理局对某公司作出责令停止发布及罚款10万元的行政处罚,在该案中,涉案公司邀请某艺人参与其品牌网络直播活动,并使用该艺人及其子(其子是具有一定知名度的小明星,当时未满十周岁)的形象进行广告宣传,上海市市场监督管理局对该广告主使用未满十周岁未成年人作为代言人的行为作出上述行政处罚<sup>10</sup>。

但这并不意味着,十周岁以下的童星会从广告中销声匿迹,也不意味着明星们不会出现在这些特定行业的广告里。他们只需避免直接“推荐”或者“证明”就够了,因为《广告法》并不禁止个人以广告演员的方式出现在广告里。比如,广告公司完全可以发挥创意,使明星或者十周岁以下的童星以广告演员的形象出现在广告里,同样也可以达到让受众记住品牌的效果。对于品牌公司而言,这些明星和童星是公司的品牌代言人,但是,却不是《广告法》意义上的“广告代言人”。

#### PART 008

### 明星代言需要注意的问题

在《广告法》及相关法律法规的规制下,明星代言活动将受到严格监管。因此,如何能保证在风险可控的范围内开展代言活动,对品牌公司和明星代言人来说都是需要解决的实务难题。以下我们将分别从品牌公司及明星代言人的角度分析问题及提出建议,供各方在实务中参考。

#### 1、品牌公司在选择明星代言人时应注意的问题及建议

### (1) 对明星代言人进行背景调查

对于品牌公司而言,使用明星代言前需要查明该明星是否因为虚假代言受过行政处罚、是否在三年的禁言期内、是否存在正在进行中的可能影响品牌形象的诉讼案件、明星是否会为某些特定的行业(比如医疗、药品、医疗器械、保健食品等)提供品牌代言服务,如果查明有困难,应该取得明星的书面保证。

### (2) 在代言合同中细化触发合同解除权的情形及约定分期付款条款

由于各品牌公司与明星的谈判地位有所不同,不同代言合同中触发合同解除权情形的范围也不尽相同。如品牌公司处于较为强势的一方,则可规定较为严苛的触发合同解除权的条款。在起草触发合同解除权的条款时,品牌公司可考虑加入的触发情形包括但不限于,艺人做出了任何危害国家主权、领土完整及其他政治敏感事件或言论时;艺人受到行政处罚、刑事处罚时;艺人陷入舆论危机或其他事件,而品牌公司有合理理由认为该等情况将对品牌公司声誉等造成不利影响时;艺人实施了违反社会道德、公序良俗等行为时等。上述情形一旦被触发,品牌公司有权立即解除合同,并要求明星代言人全额返还代言费、支付违约金及进行损害赔偿。此外,品牌公司可考虑扩大上述触发情形的适用范围,即在明星代言人的关联方、经纪公司等出现上述情形时,品牌公司也有权解除代言合同并要求赔偿。

此外,品牌方要注意在代言合同中约定分期付款条款,如根据代言期内代言人需完成的主要工作内容(如广告拍摄、线上直播推广等)的实际完成时间并考虑整个代言期的长短灵活安排分期支付时间节点,切忌一次支付全额支付代言费。

### (3) 约定合同中止履行及解除过渡期条款

如品牌公司在谈判地位上处于较为弱势的一方,明星代言人可能不会同意上述较为严苛的触发合同解除权条款。此时,品牌公司可同时考虑在代言合同中加入中止履行及解除过渡期条款,即在明星代言人陷于舆论危机或其他事件,但该等事件对品牌公司的影响尚未明朗时,品牌公司可行使不安抗辩权,要求中止履行合同(如停止支付代言费、停止发布广告等)并设定解除过渡期,如该等事件在过渡期届满后仍未明朗,则

11.《民法典》第五百六十三条：“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。”

品牌公司有权解除代言合同、要求代言人返还代言费并进行损害赔偿。此外，品牌公司应善用《民法典》第五百六十三条<sup>11</sup>规定的“当事人的违约行为致使不能实现合同目的”时的法定合同解除权，在明星代言人发生或可能发生违约事件时，注意收集证据、关注官方媒体、行业协会的观点及其他品牌公司的解约动态以证明代言合同目的难以实现，进而保证及时做出最有利于品牌公司的决策。

#### (4) 尽早准备替代预案

如解除代言合同不可避免，品牌公司应及时采取发布与代言人的解约声明、下架或删除所有相关广告等措施与明星代言人进行切割，并按照已准备的相应预案替代被禁止发布的广告。

## 2、明星在选择品牌公司时应注意的问题及建议

### (1) 对品牌公司进行背景调查

明星及其经纪公司应事先了解品牌公司及代言产品的基本情况，并要求公司出示相关资质声明文件，包括但不限于营业执照、商标权属状况、产品合格证明等，同时可通过各种途径了解品牌公司之前受过的行政处罚及涉诉情况。对于有关生命健康的行业，包括但不限于食品、药品、保健食品、医疗服务、美容、化妆品等，其代言活动如果不能避免，也应该尤其谨慎。

### (2) 亲自试用产品或服务

明星代言人可要求品牌公司在代言期前的一定期间内提供产品或服务供其使用或体验，并要求品牌公司为其出具试用证明文件。

### (3) 细化代言合同中的各项权利义务及触发合同解除权的情形

明星应在代言合同中对各方的权利义务作出详细约定，包括但不限于广告的具体使用方式（报纸广告、杂志广告、电视广告、广播广告、网络广告、POP、直邮广告、车体广告、墙体广告、灯箱广告等）；广告脚本、微博文案以及拍摄样片应经明星和经纪公司的审核后方可发布；品牌公司在代言合同约定目的之外使用明星肖像权等行为时的违约责任；在代言合同解除或终止后，品牌公司应立即停止使用并及时销毁所有宣传物料等。

在合同解除条款方面，明星及经纪公司应考虑加入在品牌公司做出

了危害国家统一等政治敏感行为或言论、陷入舆论危机、发生质量不合格或其他违法违规行为时的触发合同解除权条款,同时应考虑将合同解除条款的适用范围扩大至品牌公司的关联公司及高管的范围,即在品牌公司的关联公司及高管等作出任何触发合同解除权的行为时,明星及经纪公司也有权要求解除代言合同并要求赔偿,以此来更加全面的保护明星及经纪公司的利益。

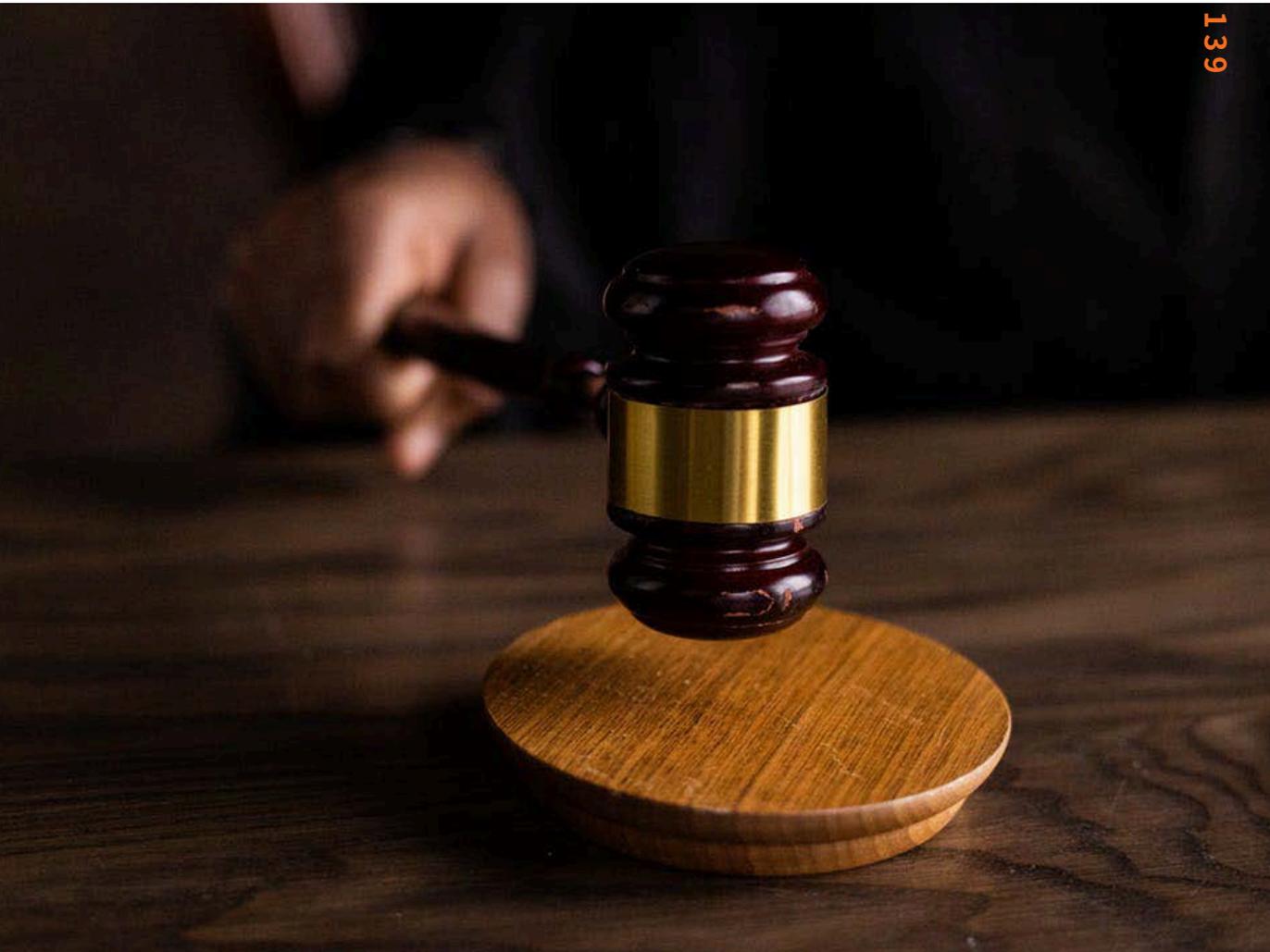
最后,明星或者其经纪公司应该要求广告主(品牌公司)承诺广告制作和发布行为的合法性,并且约定相对较高的违约赔偿责任。一旦涉及消费者诉讼,明星和经纪公司应聘请专业的公关公司,和律师一起积极应对。



舒海  
合伙人  
知识产权部  
上海办公室  
+86 21 6061 3650  
michaelshu@zhonglun.com

# 艺人跳槽相关的不正当竞争 司法实务问题研究

作者:赵刚 王叶子



娱乐行业中,如果艺人想要在较短的时间内迅速积累人气和知名度,除了需要自身实力突出外,也少不了经纪公司的策划、包装。但是,随着艺人知名度的提升,其所属经纪公司很有可能无法满足艺人谋求更多资源、要求团队全面服务的需求,此时艺人往往会选择解约并转投新公司,因此相关解约、艺人跳槽所产生的纠纷在娱乐行业内频发。在此种艺人跳槽情况下,倾斜更多资源、投入大量金钱及时间成本才将艺人“捧红”的前经纪公司,除依据双方经纪合同向跳槽艺人主张高额违约金外,也在尝试通过《反不正当竞争法》之规定向艺人或新经纪公司主张权利。

由于艺人跳槽行为并不属于《反不正当竞争法》所明确列举的不正当竞争行为,故经纪公司不得不援引《反不正当竞争法》第二条原则性条款进行诉讼。本文拟以艺人跳槽所引发的不正当竞争纠纷作为研究对象,探究《反不正当竞争法》第二条原则性条款在此类案件中的适用边界,以及此种行为可能同时引发的艺名承继问题,并针对相关问题提出建议。

## PART 001

## 艺人跳槽行为引发不正当竞争纠纷的常见情形

根据目前的国内司法实践,艺人跳槽引发的不正当竞争纠纷主要可以分为两大类,一类是明星艺人转换经纪公司引发的纠纷,另一类是平台主播(主要是知名网红主播)转换直播平台引起的纠纷。

### 1、明星艺人转换经纪公司引起的不正当竞争纠纷

司法实践中明星艺人转换经纪公司情况下,经纪公司一般多以合同纠纷为由要求艺人赔偿违约金,而以艺人跳槽为由主动针对艺人或其新公司提起不正当竞争诉讼案例相对较少,目前可以通过公开渠道检索到的案例均认定不构成不正当竞争:

1	案件名称	案号	法院认定
	某公司与北京博慕国际文化传媒有	(2020)京0105民初7388号	1.某公司、博慕公司、威富公司就涉案事项存在竞争关系。 2.若某公司认为黄婷婷存在违

1	案件名称	案号	法院认定
	限公司等不正当竞争纠纷案 (不构成)		<p>约行为,可通过合同纠纷进行处理,在无证据证明威富公司、博慕公司存在明显恶意情况下,某公司主张其存在不正当竞争行为,不予支持。</p> <p>3.判断是否违反《反不正当竞争法》第二条的关键在于被诉行为是否违反了商业道德,商业道德不应按照日常生活或者一般社会关系的道德标准解读,而是一种商业行为的伦理标准,以其能否增进经济效率和社会福利作为根本的衡量标准。</p> <p>4.本案中,经纪合约出现合约争议时,...,艺人有权自由选择商业合作对象,但同时亦应自担与经纪公司违约风险。</p>

2	案件名称	案号	法院认定
	信念互动(北京)文化发展有限公司与北京热手文化发展有限公司等不正当竞争纠纷 (不构成)	(2020)京73民终1501号	<p>1.热手公司与吉星月等未签订任何合同,热手公司在其微博中使用“旗下组合”“来自热手文化”,...,显然并不属实,且客观上容易造成相关公众误解,认为热手公司系吉星月等的经纪公司,其三人是该公司签约艺人,...,损害了相关公众信赖利益,扰乱了市场竞争秩序,构成虚假宣传行为。</p>

2	案件名称	案号	法院认定
			<p>2.经营者在市场竞争中为获得经济利益,必然要进行成本投入,不能因为经营者在竞争中有巨大的付出,就当然认定所获得的竞争优势是一种合法权益,如此将会在法定权利之外,人为创设一种“竞争优势权”,而竞争优势在自由竞争中本来即处于此消彼长的状态,竞争的目的也在于争夺市场资源和竞争优势,竞争优势从来都不是反不正当竞争法保护的客体,竞争优势的减损或丧失并不必然推导出竞争行为的不正当性。</p> <p>3.艺人并非系单纯的经营资源,其随着市场环境的变化以及自身发展状况,对与哪些经营者进行合作、开展何种形式的合作均具有自主选择权,其作出的选择难谓对市场竞争秩序造成损害,加之信念互动公司与吉星月等人签有经纪合同,若违约,信念互动公司完全可以通过合同之诉得到法律救济。</p>

3	案件名称	案号	法院认定
	山东七月网络科技有限公司与北	(2019)京73民终1928号	本案中,七月网公司与姜玉铭、王立国均签订《艺人签约合同》并约定违约责任,七月网公司亦

3	案件名称	案号	法院认定
	京龙曦国际 文化传媒有 限公司不正 当竞争纠纷 案 (不构成)		已就姜玉铭的行为提起合同纠纷诉讼并调解解决。七月网公司认为其未得充分救济,但无论协议如何约定、调解方案如何确定,均系当事人的自由,并应由相关特别法律进行调整,当事人自行承担法律责任。七月网公司以合同不足以保护为由,进而选择要求进行反不正当竞争保护缺乏法律依据。

4	案件名称	案号	法院认定
	北京荣信达 影视艺术有 限公司与某 公司、北京 光线传媒股 份有限公司 等不正当竞 争纠纷 (不构成)	(2015)朝民(知) 初字第04629号	<p>1.首先,依据现有证据无法认定诉争行为属于当然具有不正当性的行为。本案中,荣信达公司与杨洋之间的合同关系仅具有约束合同双方的效力,在双方对合同关系存续发生争议且事实上停止履行的情况下,某公司作为合同以外的第三人,基于自身的判断,选择与杨洋进行演艺方面的合作,在无其他证据显示某公司存在明显恶意情况下,无法据此认定其违反诚实信用原则和公认的商业道德,亦无法据此认定诉争行为当然具有不正当性。</p> <p>2.其次,诉争行为并未对荣信达公司的合法权益造成损害。荣信达公司的合法权益来自于其与</p>

4	案件名称	案号	法院认定
			<p>杨洋之间的合同关系。仲裁机关确认双方合同解除,意味着在诉争行为发生时,荣信达公司并不享有基于其与杨洋之间的合同关系而产生的合法权益。</p> <p>3.第三,在不能确定诉争行为具有不正当性以及诉争行为对荣信达公司的合法权益造成损害的情况下,对诉争行为不予制止亦不会造成对公平竞争秩序的破坏。</p>

## 2、互联网平台主播转换平台引起的不正当竞争纠纷

直播行业近年来异常火爆,包括游戏直播、直播带货等多种行业模式,截至目前,通过公开渠道检索到涉及主播转换直播平台引起不正当竞争纠纷并不鲜见,但仅一例法院认定构成不正当竞争:

1	案件名称	案号	法院认定
	杭州开迅科技有限公司与某公司、李勇不正当竞争纠纷案(不构成)	(2020)浙民终515号	<p>1.本院认为,(主播)李勇为追求自身利益最大化而违约,并不等同于其行为存在反不正当竞争法意义上的不正当性。</p> <p>2.虽然开迅公司会因李勇的违约跳槽而遭受一定用户群体的流失和流量的损失,但该公司可以规范和优化相应的合同设计,完善内部管理体系,通过与经纪公司约定高额违约金等方式,避免主播跳槽的违约收益高于成</p>

1	案件名称	案号	法院认定
			<p>本,实现对此类行为的有效规制。</p> <p>3.在当事人能够通过合同方式得到有效救济的情况下,反不正当竞争法的适用更应秉持谦抑原则,不应随意干预当事人行为自由。</p> <p>4.伊恬中心实际上已经通过合同方式弥补了李勇跳槽所可能遭受的经济损失,足以平衡各方利益,故在本案中针对李勇的违约跳槽行为,反不正当竞争法没有再行介入的空间和必要。</p> <p>5.李勇离开开迅公司触手平台后仍继续使用原昵称头像,人身指向上并无偏差,不存在导致相关公众混淆误认情况,因此不属于《反不正当竞争法》第六条第二项所规制的“擅自使用他人有一定影响的艺名”的混淆行为。</p> <p>6.因某公司与开迅公司之间并无合同关系,故某公司实施涉案被诉行为是否构成不正当竞争,应视其是否有违诚信原则和商业道德,是否扰乱了正常的市场竞争秩序,是否不当损害了其他经营者和消费者的合法权益,综合作出评判。</p>

2	案件名称	案号	法院认定
	武汉斗鱼鱼乐网络科技有限公司与某公司、肖某不正当竞争纠纷案(不构成)	(2019)鄂01民初6438号	<p>1.出于真实的市场经营需要及加强自身竞争优势的目的,并仅以更高薪酬、更优待遇等常规的市场竞争手段吸引并影响知名主播的个人选择,则不宜被认定为不正当竞争行为。</p> <p>2.作为具备完全民事行为能力的成年人,肖某(主播)对自己从事直播活动的平台加以选择,必然系其个人意愿的结果。</p> <p>3.即便肖某因“跳槽”至某直播平台而违反涉案协议并应当承担相应的民事责任,上述责任仍属违约责任,该违约责任应由肖某个人承担。</p>

3	案件名称	案号	法院认定
	武汉鱼趣网络科技有限公司与上海炫魔网络科技有限公司、上海脉淼信息科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷案(构成)	(2017)鄂01民终4950号	<p>1.本院认为,适用反不正当竞争法第二条应当同时具备以下条件:一是法律对该种竞争行为未作特别规定;二是其他经营者合法权益确因该竞争行为受到了实际损害;三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性。</p> <p>3.鱼趣公司所主张应受保护的利益并非绝对权,其受到损害并不必然意味着可以得到反不正</p>

1. 某公司与北京博慕国际文化传媒有限公司等不正当竞争纠纷案, 详见(2020)京0105民初7388号民事判决书。

3	案件名称	案号	法院认定
			<p>当竞争法救济, 还需考虑竞争对手行为是否违反本行业特有的诚实信用原则和公认的商业道德。法院结合网络直播行业的竞争特点, 认定炫魔公司、脉淼公司的行为违反该行业公认的商业道德, 构成不正当竞争。</p> <p>4. 从网络直播行业的竞争特点看, 合同法律规范并不足以制止该类行为, 反不正当竞争法介入并对行为做出评判具有必要性。</p>

PART 002

## 反不正当竞争法视角下艺人跳槽相关不正当竞争问题的分析及思考

### 1、关于跳槽行为本身所引发的不正当竞争问题

判断艺人跳槽是否构成我国《反不正当竞争法》所规制的不正当竞争行为, 实质上系判断《反不正当竞争法》第二条原则性条款在此类案件中的适用边界问题。从目前的司法实践案例中可以初步看出法院对于《反不正当竞争法》介入此类纠纷的态度, 以及法院适用原则性条款时的特别考量因素。

#### (1) 关于是否需要《反不正当竞争法》介入的问题

艺人与原经纪公司一般都会签订经纪合同, 且一般也会明确约定专属管理及违约金条款。基于此特点, 司法实践中大多数法院认为在经纪公司可以通过与艺人之间的合同之诉得到法律救济的情况下, 《反不正当竞争法》缺乏介入的必要性, 艺人选择自由不应强行干预。且在某公司不正当纠纷案<sup>1</sup>中, 法院进一步认为, 以合同纠纷形式处理此类案件, 从微观上可以避免艺人在人生黄金时期因与经纪公司之间的合同纠纷丧失

2. 杭州开迅科技有限公司与某公司、李勇不正当竞争纠纷案, 详见(2020)浙民终515号民事判决书。

良好工作机会,从宏观上也有利于增进竞争自由和市场效率。

但是,对于是否需要《反不正当竞争法》介入这一问题,浙江高院在某不正当竞争纠纷案<sup>2</sup>中从不同法律关系应区别认定的角度进行分析。浙江高院认为,此类案件实际同时涉及到主播与直播平台之间的法律关系以及直播平台之间的法律关系,故是否适用《反不正当竞争法》应当区分不同的法律关系分别分析。首先,对于主播与直播平台之间,各方对于违约应承担的责任具有可预见性,对于已经建立起合同关系的经营者而言,合同的约定以及相关合同法律规定已经对双方的权利提供了特别保护,故违约发生时,一般应直接适用合同的约定及相关的合同法律规定,这属于经营者自由竞争的范畴。其次,对于直播平台之间而言,两平台并不存在合同法律关系,显然不能通过合同法进行调整,而反不正当竞争法调整的正是经营者之间的市场竞争行为,故对于被诉侵权行为,平台有权依据《反不正当竞争法》主张合法权益,法院也需依法予以评述。

对此,我们认为:首先,上述第二种基于平台与艺人、平台与平台之间不同的法律关系分别进行分析的方式,更容易回答平台提出的仅通过合同无法得到充分法律救济的问题,有利于独立判断竞争平台的“挖角”行为到底是否属于不正当竞争,而不是直接以“艺人具有自主选择权”作为统一裁判理由。其次,对于此类案件,争议核心往往并不在于前平台与跳槽艺人,矛盾主要聚焦于具有竞争关系的平台之间,尤其是后者存在“刻意定向挖角”的情况下。由于竞争平台并非合同方,在“巨大利益诱惑下”,通常也并不介意将负担艺人的违约金作为竞争成本,此情况下,分开讨论的方式无疑更有利于理清矛盾根源、解决争议。

## (2)《反不正当竞争法》第二条的适用条件

法院在艺人跳槽案件中适用第二条原则性条款的基本条件与其他类型案件相比并无特别的不同,即需要满足:1)法律对该种竞争行为未作特别规定;2)其他经营者合法权益确因该竞争行为受到了实际损害;3)该种竞争行为确属违反诚实信用原则和公认商业道德三个条件。其中,第三个条件往往是艺人跳槽所引发的不正当竞争案件的判定焦点。

## (3)行业背景下的正当商业道德判断

关于正当商业道德的判断,根据目前的司法实践标准,法院普遍认为

3. 杭州开迅科技有限公司与广州虎牙信息科技有限公司、李勇不正当竞争纠纷案，详见(2020)浙民终515号民事判决书。

4. 武汉鱼趣网络科技有限公司与上海炫魔网络科技有限公司、上海脉淼信息科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷，详见(2017)鄂01民终4950号民事判决书。

商业道德不应按照日常生活或者一般社会关系的道德标准解读，而是要按照特定商业领域中市场交易参与者，即经济人的伦理标准来加以评判，因此既不同于个人品德，也不同于一般社会公德，所体现的是一种商业伦理。

正当商业道德的判断核心为“行业公认”，即需要判断明星艺人跳槽其他经纪公司是否违反娱乐行业公认商业道德、主播跳槽至别的直播平台是否违反直播行业的公认商业道德。对于前者，现有案例中均未对娱乐行业商业道德进行探讨；对于后者，网络直播行业属于近些年的新兴市场领域，其中的各种商业规则整体上还处于探索当中，对于诸多竞争行为是否违反商业道德在市场共同体中似乎也并没有形成普遍共识。但是，司法实践中相关法院对未形成统一行业共识与商业规则情况下如何判断被诉行为是否有违商业道德的问题，提供了具体方法。具体包括以下两种方式：

**第一，通过经营者具体行为方式、目的、后果来判断是否违反商业道德。**在某某不正当竞争纠纷案<sup>3</sup>中，浙江高院认为，商业道德是指特定商业领域中市场交易参与者普遍认知和接受的行为标准，在涉案网络直播行业属新兴行业、商业道德在相关市场暂未形成共识的情况下，应当结合市场经营者的行为方式、行为目的、行为后果等案件具体情形来分析判定。该案中，首先，从竞争平台某公司的行为方式来看，某公司不存在恶意诱导的行为。其次，从某公司的行为目的看，某公司基于自身商业利益，选择与可以为其带来商业机会和竞争优势的跳槽主播合作，提升平台实力，符合通常的商业伦理。最后，从某公司的行为后果看，即使客观上原平台用户及流量会受到影响，但触手平台的损失系其依据合同可期待获得的利益，而并非依据法律可直接享有的权利或合法权益，可以通过与主播签署合同弥补损失。综上，法院认定某公司及李勇未违反商业道德，不构成不正当竞争。

**第二，通过综合考虑行业效率、竞争对手损害程度、竞争秩序及行业发展影响、消费者福利四个方面判断是否违反商业道德。**在“全民TV游戏直播”案<sup>4</sup>中，武汉中院提供了另一种判断商业道德的思路。该案中，法院认为《反不正当竞争法》不是追求一般社会意义上的公平，而是效率基础

5.北京荣信达影视艺术有限公司与某公司等不正当竞争纠纷,详见(2015)朝民(知)初字第04629号民事判决书。

上的公平,因此,商业伦理标准必须以市场效率为基础和目标。若竞争行为虽然损害了其他竞争者利益,但符合商业实际,促进了商业模式创新,提升了行业效率,增进了消费者福利,则应摒弃完全诉诸于主观的道德判断,认可竞争的正当性;反之,若竞争行为既损害了其他竞争者利益,又无法促进市场效率,反而扰乱了公平竞争市场秩序,有损行业发展,则应归于可责性的不正当竞争行列。基于此种认识,武汉中院通过综合考虑以下因素判断是否有违商业道德,即考虑被诉行为1)对行业效率的影响;2)对竞争对手的损害程度;3)对竞争秩序及行业发展的影响;4)对消费者福利的影响。法院认为,在行业效率影响方面,平台的更换对于受众而言大同小异,未促进行业效率提升;在竞争对手损害程度方面,主播资源是企业竞争资源更是竞争成果,炫魔公司、脉淼公司擅自使用主播的行为取代了鱼趣公司本应拥有的竞争优势,造成了实质性损害,正当性存疑;在竞争秩序及行业发展的影响方面,直接使用他人培养并独家签约知名主播资源的行为,若得到认可,将改变产业生态和竞争秩序,当行业竞争秩序受到影响,最终平台、主播同样会受到损害;在消费者福利方面,主播平台的更换并不会增加消费者的选择,如若资源投入者的利益不能得到有效保护,放任无序竞争,将导致投入减少和行业发展减缓,消费者利益最终将受到损害。综上,法院认为炫魔公司、脉淼公司的行为违反行业公认商业道德,构成不正当竞争。

#### (4) 判断是否有违商业道德的其他考虑因素

从“荣信达”不正当竞争纠纷案<sup>5</sup>中可以看出,是否具有主观恶意、是否不当攫取他人可合理预期获得的商业机会也是商业道德判断的重要因素。法院认为,关于主观恶意,某公司基于自身商业判断选择与艺人合作,无证据显示某公司存在明显恶意,无法认定其违反商业道德;关于不当攫取他人可合理预期商业机会,由于荣信达公司的合法权益来自于其与艺人之间的合同关系,而诉争行为发生时合同已经解除,故荣信达公司不享有基于合同关系而产生的预期权益,某公司也就不存在攫取他人合理预期商业机会的可能,未违反商业道德。

因此,纵观目前相关领域的司法实践案例可以看出,艺人跳槽是否构成我国《反不正当竞争法》所规制的不正当竞争行为即判断《反不正当竞

6. 胡杨琳与北京太格印象传媒技术有限公司、桂莹莹不正当竞争纠纷, 详见(2016)京73民终8号民事判决书。

争法》第二条原则性条款在此类案件中的适用边界问题, 司法实践中对于第二条原则性条款的适用目前是一种“趋紧”的态度。加之艺人跳槽所引发的纠纷案件中, 行业正当商业道德的尺度或者说边界问题似乎并未达成一定程度的共识, 目前仍处于法院在司法实践中通过个案认定的“摸索”阶段, 因此, 整体而言, 法院在认定艺人跳槽是否构成我国《反不正当竞争法》所规制的不正当竞争行为方面秉持的还是“非常谨慎”的态度, 以避免误伤当事人“择业自由”的核心民事权利。

## 2、关于艺人艺名可否承继的问题

作为艺人跳槽行为所导致的“后果之一”, 如果艺名权利类比商标权归属于经纪公司, 那么艺人跳槽后艺名是否可以承继就成为一个非常现实的问题, 近期也已经成为相关领域不正当竞争诉讼的另一个多焦点。虽然个案中事实情况较为复杂, 但艺人对艺名的贡献和公众的识别利益似乎是更值得关注的价值, 在法律逻辑层面:

首先, 经纪合同终止后, 除非有相反约定, 艺人应当仍有权依据艺名主张权利。艺名直接指向特定的艺人, 兼具人身与财产双重属性。根据我国《民法典》第一千零一十二条规定, 自然人享有姓名权, 并有权依法决定、使用、变更或许可他人使用自己的姓名。《民法典》第一千零一十七条明确规定, 具有一定知名度, 被他人使用足以造成公众混淆的艺名、姓名等, 参照适用姓名权的有关规定。由此可见, 艺名参照姓名权获得保护, 艺名保护也属人格权保护范畴。鉴此, 艺名的权利主体在没有相反约定情况下应为自然人而非经纪公司。在“真假胡杨林”案<sup>6</sup>中, 法院认为, 虽然胡杨琳曾是太格印象公司的签约歌手, 但其艺名“胡杨林”取得的知名度以及其与艺名间的对应关系, 并不因解约而受影响, 太格印象公司应对该艺名予以尊重和合理避让。然而, 其不仅未做避让, 反而让其新签约的歌手桂莹莹使用与胡杨琳艺名极为相近的“胡扬琳”为艺名并宣传, 构成不正当竞争。由此可见, 艺人解约后, 依旧可以依据艺名主张权利, 经纪公司擅自给新艺人使用近似艺名, 可能存在构成不正当竞争的法律风险。

其次, 经纪公司创造并投入资源提升艺名知名度一般情况下并不会影响艺名的归属。如上所述, 艺名参照姓名权受到保护, 归属于人格权,

这就从本质上决定了其只能为艺人所有,而无法为经纪公司所有。在“云菲菲”案<sup>7</sup>中,被告上加一线公司辩称云菲菲为公司为钮春华所取,公司先后投资以云菲菲为艺名录制大量歌曲并投资宣传,故钮春华不能带走因职务行为而产生的成果,法院认为此观点于法无据,不予支持。此外,法院还认定上加一线公司安排其签约歌手卞苡然使用艺名云菲菲从事演艺及宣传活动的行为,构成不正当竞争。

最后,关于提前通过经纪合同安排艺名归属是否可以完全解决承继纠纷的问题,我们认为基于价值考量不同,可能具有不同结论。观点一认为,通过《民法典》相关规定可知,姓名权不同于名称权,自然人有权决定、使用、变更或许可他人使用自己姓名,但其中并不包含转让的权利。再结合姓名权强人身依附性的特点,即使相关经纪合同中约定艺名属于经纪公司,经纪公司也较难通过合同约定获得该人格权利。而另一种观点则认为,艺名与纯粹的姓名权存在一定区别,其财产权属性更加强烈,艺人与经纪公司之间的合同安排本质上是一种商业安排,对于商业安排不违反强制性法律法规的情况下,应充分尊重当事人之间的意思自治,该种情况下司法应当“慎重主动出手调整”。我们认为,上述两种观点体现了两种不同的价值考量,目前尚无对错之分,未来有关问题仍旧有待在司法实践中进一步考察和解决。

7.北京上加一线音乐文化传播有限公司与钮春华、北京鸟人艺术推广有限责任公司不正当竞争纠纷,详见(2014)三中民终字第07228号民事判决书。

### PART 003

## 我们的一些建议

随着国内娱乐行业的不断发展,艺人跳槽行为自有其存在的合理性,未来可见引发的纠纷也不可能完全消失,但考虑到司法实践中对有关问题的关注和不确定性,我们提供一些建议供行业参考:

### 1、在经纪合同中对于解约赔偿应进行灵活设计与详细约定

通过上述分析,在艺人跳槽不正当竞争纠纷中,许多法院会以平台通过合同诉讼足以进行权利救济为由,不再适用《反不正当竞争法》对艺人跳槽行为进行评价。鉴此,在当前认定艺人跳槽构成不正当竞争具有一定难度情况下,通过规范和优化相应经纪合同设计,完善内部管理体系,

通过约定高额违约金、经纪公司保留艺名权利或有权进行商标注册等方式,提高其他经纪公司(或平台)“定向恶意挖角”行为的成本,一定程度可实现对此类行为有效规制。

## 2、对其他经纪公司(或平台)“定向恶意挖角”行为提起不正当竞争诉讼应关注正当商业道德的判断

目前国内司法实践中针对艺人跳槽行为提起不正当竞争诉讼的案例要远少于经纪合同诉讼。而在不正当竞争诉讼中,认定构成不正当竞争的较少。虽然如此,但只有通过不正当竞争诉讼才能在一定程度上规制非合同相对方的竞争平台“定向恶意挖角”行为。而是否构成不正当竞争,核心在于正当商业道德判断。对此,建议参照上述法院采用的经营者行为方式、目的、结果综合考虑法或行业效率、对手损害程度、竞争秩序、消费者福利综合考虑方式,组织证据,向法院说明被诉行为对正当商业道德的违反。

## 3、艺人跳槽后,艺人及经纪公司均需谨慎使用艺名

我们认为,艺人跳槽后需谨慎使用此前经纪公司安排的艺名,艺人既要关注此前经纪合同是否对此有所约定,避免违约风险;也要提前了解前经纪公司是否将相关艺名注册为商标或进行了著作权登记,避免艺名使用行为构成对其他权利的伤害。另一方面,经纪公司若想收回艺名安排其他艺人使用,也应尽量提前在经纪协议中做出安排,而不要试图在没有明确约定的情况下,采用“抢注”商标等方式,因为有关行为在司法实践中较难被认定为“在先权利”。



赵刚  
合伙人  
知识产权部  
北京办公室  
+86 10 5087 2893  
zhaogang@zhonglun.com

# 正当权利的行使与敲诈勒索罪 边界问题的思考 ——以文化娱乐行业 热点案件为切入点

作者:王梦奇 高祺



近期,几起娱乐圈明星与女友之间的涉及敲诈勒索行为的案件引发社会热议,截止撰稿日(2020年10月),部分案件仍在侦查阶段,这也让刑法学界再次思考:互联网时代中,合理行使权利与敲诈勒索罪的边界问题。本文试图通过分析敲诈勒索罪的犯罪构成,再次尝试厘清正当权利的行使与敲诈勒索罪的区别。

#### PART 001

### 敲诈勒索犯罪构成五要素

《中华人民共和国刑法》(“《刑法》”)第二百七十四条所规定的敲诈勒索罪,是指以非法占有为目的,对被害人使用恐吓、威胁或要挟的方法,使被害人基于恐惧心理被迫交付财物,数额较大或者多次敲诈勒索的行为。根据犯罪数额以及情节的严重程度(如次数)最高可以处十年以上有期徒刑,并处罚金。具体来说,敲诈勒索罪的行为结构表现为:以非法占有为目的对他人实行威胁或者要挟→对方产生恐惧心理→对方基于恐惧心理处分财产→行为人或第三者取得财产→被害人遭受财产损失数额较大或者多次。

1. 敲诈行为是指以向被害人实施恐吓、威胁或者要挟的方法,要求其处分财产的行为。“恐吓、威胁”是指以当场或者将来某个时间实现杀害、伤害等暴力方法,迫使对方处分财产的行为。“要挟”是指以当场或者将来某个时间以揭发隐私、告发犯罪行为、毁坏声誉等非暴力方法,迫使对方处分财产的行为。例如,女方若以贬低明星声誉、或者毁掉其事业发展为要挟,索要巨额款项的,可能涉及敲诈勒索罪。如若捏造事实为假,行为同时具有诈骗和恐吓的性质,导致对方在产生恐惧心理的同时陷入认识错误,可能涉及到敲诈勒索罪与诈骗罪的想象竞合问题。

2. 产生恐惧心理并因此处分财产。实施恐吓行为使对方陷入恐惧并由此处分财产的,成立敲诈勒索罪既遂。恐吓行为没有使对方产生恐惧,对方出于同情或者为抓捕罪犯而在警方安排下交付财物的,不构成敲诈勒索罪。

3. 处分财产数额较大或者多次处分。处分行为强调财产转移的最终事实,根据《中华人民共和国刑法修正案(八)》,敲诈数额较大与多次敲诈都是本罪的入罪情节。其中,根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办

理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，“多次敲诈”指的是2年内敲诈3次以上。敲诈勒索公私财物价值二千元至五千元以上、三万元至十万元以上、三十万元至五十万元以上的，应当分别认定为刑法第二百七十四条规定的“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”。其中，如果行为人主观上试图敲诈数额特别巨大的财物，但是客观上敲诈了数额较大或者巨大的财物，刑法学界一般认定构成本罪基本犯罪构成的既遂与加重犯罪构成的未遂从一重罪论处。

## PART 002

### 本罪与抢劫罪、诈骗罪之间的关系

---

敲诈勒索罪是一种重要的侵犯财产罪，其犯罪对象是公私财物，实践中其易于抢劫罪与诈骗罪相混淆：

#### (一) 本罪与抢劫罪的关系

敲诈勒索罪与抢劫罪同为严重侵犯财产的犯罪，且均为取得型犯罪，行为结构相似，但行为方式有别，如何区别两罪名是司法实务中的疑点和难点，本文简要分析如下：

1. 在被害人被迫处分财产的意志限制程度层面来说，抢劫对被害人的侵犯紧迫程度更大。通俗来讲，敲诈勒索是“有的选最好给”，抢劫是“没得选只好给”。

2. 威胁内容。敲诈勒索罪可以以暴力或者非暴力内容相威胁；抢劫罪只能以暴力侵害相威胁。

3. 威胁时间与方式。敲诈勒索罪可以当场威胁，也可以通过第三者威胁；抢劫罪只能是当场威胁，不可能通过第三者威胁。

4. 威胁后果。敲诈勒索罪可以是当场取得财物也可以事后取得财物，财物可为不动产；抢劫罪是当场取得财物，且不可为不动产。

#### (二) 本罪与诈骗罪的关系

敲诈勒索罪与诈骗罪之间是两个互不重合的罪名，在某种特定情况下可以构成想象竞合。例如，甲将某官员与女性的照片PS在一起给官员

1. 罗翔:《法益理论的检讨性反思——以敲诈勒索罪中的权利行使为切入》,载《中国刑事法杂志》,2018年第2期。

寄去,称如不支付高额价款便向纪委告发,官员知道自己并无不良男女关系,但是怕产生其他不良后果便向甲打款,此时甲构成诈骗罪未遂和敲诈勒索罪既遂,想象竞合择一重罪。具体来说,两者的区分主要在于识别犯罪行为是具有诈骗性质还是恐吓性质,被害人是产生了恐惧心理还是陷入了认识错误,被害人处分财产主要是基于恐惧还是认识错误来综合判断。

### PART 003

## 正当权利行使的判断标准

正当权利行使可以作为超法规的违法阻却事由,在违法性判断层面予以否定评价,进而否定行为成立敲诈勒索罪。其中判断标准主要参考三个要素:(1)权利基础的有无;(2)行使权利方式的正当性;(3)非法占有目的的有无。具体来说:

### (一) 权利基础

就权利基础来说,应当从广义层面去定义,不仅包括法定权利,还应当包括道德权利等社会生活所许可的权利。<sup>1</sup>因为在法治社会背景下,只要法律没有禁止的,私权利的行使是被保护的;只要法律没有授权的,公权力的行使都是被禁止的。因此,就权利基础来说,小到拾到他人身份证,大到维护消费者权益或者维护人身财产权利都应当被法律认定为索赔人具有正当权利基础。而不具有正当权利基础,则可以被认定具有“非法占有目的”。例如,甲偷乙摩托车后放置于甲家,乙又通过敲诈勒索甲的手段将自己摩托车索回。虽然乙的行为已经超过了正当防卫的时间限制了,但是乙的行为亦不应认定为敲诈勒索,因为甲对摩托车平稳的非法占有事实权能比不过乙对于摩托车的所有权,并且乙并没有非法占有目的。

然而,司法实践中出现的情形更为复杂,尤其是涉及到被害人仅仅具有道德权利而无法定权利时,被害人的行为认定则较为困难,其中尤其典型的是涉及到超越法律规定的索赔范围如何认定问题。以天价索赔案为例,在早些年的司法实践中索赔人主张巨额赔偿的行为大多被判定为敲

诈勒索。例如某奶粉案、某消费者在啤酒中喝出玻璃碴、购买某品牌笔记本电脑的消费者就质量问题进行索赔等案例中,即使这些索赔人存在正当权利基础,但是皆因为主张了明显超出法律规定的索赔额度(例如《食品安全法》10倍赔偿)而被司法机关认定为刑法中的敲诈勒索既遂或者本罪的未遂。但是,这种索要高额赔偿款的行为虽然明显超出所谓的法律额度或者法律标准的相当性,但是并未违背社会的通常观念,是在道德标准的范围内。且一方索要高额赔偿款,另一方也可拒绝接受并可以以双方协商的方式就金额再次探讨。因此,以法益受损作为入罪的基础而言,未造成被索赔方事实上的财产损失;而以社会伦理作为出罪的依据,这种维权行为被社会生活所允许,即使超过法律最高限度亦不应当被认定为犯罪,属于民事过度维权行为。

## (二) 行权方式

158 索赔者的维权方式也应当具有合法正当性。不允许用不合法或者超出正当行为限度的手段去维护正当权利基础,如果手段行为符合其他犯罪构成,也应以相应的犯罪论处。比如,以非法拘禁的手段行使权利,无论是否有正当的权利基础,这些不正当的手段都可能单独构成非法拘禁罪。

## (三) 非法占有目的

侵犯财产类犯罪可以分为破坏型的财产犯罪(如故意毁坏财物罪)和占有型的财产犯罪。其中占有型的财产犯罪可以分为强制占有(如抢劫罪、敲诈勒索罪)、平和占有(如盗窃罪、诈骗罪)以及挪用占有(如挪用资金罪)。区别于毁坏型犯罪,占有型犯罪具有非法占有他人财产(并非非法所有)的目的,不具有毁坏财物使用价值的目的。敲诈勒索罪中的非法占有目的,就是指意图使用威胁、要挟的手段对他人财物行使非法的事实上占有。具体来说,除上文提到的正当权利基础可以排除非法占有目的外,索赔人的索赔动机亦可以作为判断索赔人是否具有非法占有目的的重要要素。通过结合当事人的聊天记录,是否签订赔偿协议等客观证据,司法机关可以辨析索赔人“威胁向司法机关控告或者向媒体披露”是以损坏人名誉为真正目的,还是以索要赔偿为真正目的,进而进一步判断是否具有非法占有目的。

## PART 004

## 从文化娱乐行业热点案件中看敲诈勒索罪的认定

近来,文化娱乐行业热点案件中女方向男方索要高额“分手费”、“青春损失费”、“精神损失费”是否构成敲诈勒索引发法学界热议。以两起案件为例:

第一起案件中,某男明星和某女明星存在不正当男女关系,男女双方本就结束该关系的事情上达成一致意见并签署协议约定:男方补偿女方1100万元“分手费”,女方保证删除能够体现不正当关系的一切资料。然而,在男方支付完毕的半年后,女方仍然在网络上披露了二者的关系,并以爆照相要挟男方继续支付女方4000万元。男方表示同意,双方就此4000万元达成了分四年期支付的协议。男方在按期支付了第一期“分手费”300万元后,女方再次要求改变支付期限为一次性付清尾款3700万元。最终男方报案,检方依法提起公诉,法院最终判决认定前1100万元以及300万元系男方表示同意并且不造成男方紧迫性,该1400万元属于双方意思自治的部分。然而,女方后期以留存的亲密隐私信息为要挟,强制要求男方非自愿、一次性支付3700万元,这笔钱从“双方自愿给付”转变为“紧迫地单方恐吓性索要”,女方最终被认定属于敲诈勒索3700万元未遂,判三缓三。

后一起明星涉嫌强奸案目前仍然在侦查中,就现有媒体报道来看,本案与上述案件具有实质性区别,女方被认定构成敲诈勒索行为可能性较小。原因在于:第一,不存在三角恐吓行为。三角恐吓为被胁迫者(财产处分者)与被害人不是同一人的情形,被胁迫者必须具有处分被害人财产的权能或地位。本案中,犯罪嫌疑人的母亲报警称遭到女方敲诈勒索300万元并已经实际支付50万元,但警方最终查明系第三方诈骗行为。第二,女方向具有正当权利基础。男方涉嫌以挑选女主角为由,采用灌酒等方式违背其意志进行性行为。即使后续两人以男女朋友身份交往,也并不能够用事后被害人的同意来否认第一次性行为的违法性。如男方被认定为强奸,则女方向具有索赔的正当权利。并且,抛开第三方“两头骗”的因素,男方及其母亲同意支付300万元“分手费”并转账50万都是自愿的行为。第三,女方

行使权利的方式为向公众披露和向司法机关告发,其方式合法正当。因此,本案女方的行为与上述案件不应做同等处理。

因此,综合上述两个案例而言,一方面,“分手费”与“青春损失费”是没有法律依据的赔偿请求,即便双方签署了相关协议亦不受法律的保护。“分手费”是否构成正当权利基础,要看其是否构成民法上已经实际履行的自然债务。自然债务是法律债务之对称,自然债务是指债务现实存在,但不能通过法律程序来实现债权的债务。如第一起案件中已经支付的1400万元是受法律保护的,男方不能以“分手费”不受法律保护为由进行索要。因此1400万属于上文提到的法定权利,构成正当权利基础。而就3700万元而言,笔者认为并不属于社会生活所许可的道德权利。因为这种将感情生活以经济价值化的行为并非是社会价值观所倡导与鼓励的内容,对公众道德观念具有负面影响。另一方面,单就以向媒体曝光的方式或者向司法机关揭发为手段是一种合法的正当权利的行使方式。

## 法律的修改趋势对未来敲诈勒索罪司法认定的影响

---

职业性催讨高利贷或者不受法律保护的债务(如赌债)被《中华人民共和国刑法修正案(十一)》单独规定为催收非法债务罪。根据第三十四条,在《刑法》第二百九十三条后增加一条,作为第二百九十三条之一:“有下列情形之一的,催收高利放贷等产生的非法债务,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金:(一)使用暴力、胁迫方法的;(二)限制他人人身自由或者侵入他人住宅的;(三)恐吓、跟踪、骚扰他人的。”尽管在设立本罪之前,针对此行为,当时的《刑法》已有相应规制,即发放高利贷有可能构成非法经营罪,则帮助催收行为可能以非法经营罪的共犯论处;针对不受法律保护的其他债务进行催收根据行为方式以抢劫罪或者敲诈勒索罪论处。但是,立法者考虑到职业性的去催讨毕竟存在一个事由(即使不受法律保护),还是应当区别于一般的敲诈勒索、抢劫、非法经营等行为,有区别的进行处罚,事实上导致新罪名的处罚更轻。这种立法行为便是将权利基础的有无作为一种考量要素后进行的修改。

2.杨猛:《消费者权益滥用行为的刑法法定性逻辑》,载《法律方法》,2021年第1期。

因此,权利基础的有无都会影响罪名与处罚,则在判断敲诈勒索罪的构成中,是否存在正当权利基础的审查则更为必要了。

## 结语

从刑法的谦抑性标准而言,应当慎重区分民事不法与刑事违法的边界。此外,从社会效果而言,在文化娱乐领域适当地保护正当权利的行使也有利于监督公众人物对自身道德标准要求的提高。在考虑正当权利行使与敲诈勒索行为的边界时,笔者认为可主要审查如下变量:第一,在考虑到刑法的谦抑性且存在正当权利基础的情况下,对于单纯的高价索赔或过度维权的行为,排除非法占有目的,一般认定构成民事不法。<sup>2</sup>第二,如果存在以网络曝光或正常诉讼的合法方式维权的可能性下,索赔人仍以加害他人人身权益、财产权益、信誉或名誉等相要挟,而且所要求的赔偿数额明显超过法律与社会道德所支持的合理范围的,由于其行权方式不具有相当性,索赔范围明显超出了法律规定的一般赔偿范围进而转化为具有非法占有之目的,那么就有敲诈勒索罪或其他相关犯罪的适用空间。



王梦奇  
合伙人  
争议解决部  
北京办公室  
+86 10 5957 2037  
wangmengqi@zhonglun.com

# 逃税行为的罪与非罪

作者:王梦奇 何志伟



PART 001

## 立法演变:从偷税罪到逃税罪

个罪的诞生、修订与《中华人民共和国刑法》(后简称“刑法”)的诞生、修订紧密相关,刑法文本先后有1979年《刑法》、1997年《刑法》及其修正案,至今已经颁布《刑法修正案(十一)》。而偷税行为自1979年《刑法》入罪后,经历多次修订,直至2009年《刑法修正案(七)》规定为逃税罪。具体条文变化情况如下:

	1979年《刑法》	1997年《刑法》	现行《刑法》
<b>条文</b>	<p>第一百二十一条 【逃税罪、抗税罪】 违反税收法规,偷税、抗税,情节严重的,除按照税收法规补税并且可以罚款外,对直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役。</p>	<p>第二百零一条 【偷税罪】纳税人采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证,在帐簿上多列支出或者不列、少列收入,经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报的手段,不缴或者少缴应纳税款,偷税数额占应纳税额的百分之十以上不满百分之三十并且偷税数额在一万元以上不满十万元的,或者因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的,处三年以下有期徒刑</p>	<p>第二百零一条 【逃税罪】纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。 扣缴义务人采取前款所列手段,不缴或者少缴已扣、已收税款,数额较大的,依照前款的规定处罚。 对多次实施前两款</p>

条文

或者拘役,并处偷税数额一倍以上五倍以下罚金;偷税数额占应纳税额的百分之三十以上并且偷税数额在十万元以上的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处偷税数额一倍以上五倍以下罚金。

扣缴义务人采取前款所列手段,不缴或者少缴已扣、已收税款,数额占应缴税额的百分之十以上并且数额在一万元以上的,依照前款的规定处罚。

对多次犯有前两款行为,未经处理的,按照累计数额计算。

行为,未经处理的,按照累计数额计算。

有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。

1.1992年全国人大常委会《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》第一条规定:“纳税人采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证,在帐簿上多列支出或者不列、少列收入,或者进行虚假的纳税申报的手段,不缴或者少缴应纳税款的,是偷税。偷税数额占应纳税额的百分之十以上并且偷税数额在一万元以上的,或者因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处偷税数额五倍以下的罚金;偷税数额占应纳税额的百分之三十以上并且偷税数额在十万元以上的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处偷税数额五倍以下的罚金。扣缴义务人采取前款所列手段,不缴或者少缴已扣、已收税款,数额占应缴税额的百分之十以上并且数额在一万元以上的,依照前款规定处罚。对多次犯有前两款规定的违法行为未经处罚的,按照累计数额计算。”

1979年《刑法》第121条将偷税和抗税规定在一起,处罚直接责任人员,没有“情节严重”的具体认定标准,内容较为粗疏,不能满足当时惩治严重偷税、抗税犯罪的需要。为此,1992年全国人大常委会通过单行刑法《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》(已失效),对1979年《刑法》作了补充和完善<sup>1</sup>,明确了偷税、抗税行为的方式、责任人范围、罪量认定标准以及刑罚幅度。1997年《刑法》以《关于惩治偷税、抗税犯罪的补充规定》

2. 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第416页。

3. 张明楷：《刑法学（下）》，法律出版社2016年版，第811页。

为蓝本进行了诸多的修订，最终形成1997年《刑法》第201条、202条的文本。将偷税行为和抗税行为分开单独入罪，对偷税行为方式更加细化，数量标准与刑罚对应更加具体，增加罚金规定和行政机关处置前置程序的要求，较好的解决了偷税行为的行刑衔接问题，增强了司法实践的可操作性。

随着社会的变迁和偷逃税款犯罪的多样化形态，2009年全国人大常委会通过《刑法修正案（七）》，对《刑法》第201条作了较大的修订与补充，主要表现为：取消具体数额的规定，以“数额较大”、“数额巨大”取而代之，从而简化罪状规定表述；增加规定“初犯附条件免责事由”，有效的维护税收征管秩序，保证国家税收收入。<sup>2</sup>上述修改更加清晰的区分了立法与司法的关系，本罪的罪名也正式由“偷税罪”变更为“逃税罪”，一直沿用至今。

## PART 002

### 司法认定：逃税罪的构成要件释义

#### （一）逃税罪的构成要件解读

根据现行《刑法》的规定，逃税罪是指纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额10%以上，或者缴纳税款后，以假报出口或其他欺骗手段，骗取所缴纳的税款的行为，以及扣缴义务人采取欺骗、隐瞒等手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额较大的行为。<sup>3</sup>由此，可以从行为主体、行为方式、罪量标准、罪责因素四方面解读逃税罪，具体内容展开如下：

**第一，行为主体。**本罪属于身份犯，只有具备法定身份的人方可构成本罪，也即纳税人和扣缴义务人才是本罪的适格主体。关于纳税人和扣缴义务人的认定，2015年修订的《税收征收管理法》第4条已作了明确规定，纳税人是指负有纳税义务的个人和单位，扣缴义务人是指负有代扣代缴、代收代缴税款义务的个人和单位。

**第二，行为方式。**本罪包括三种行为方式：通过欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报。比如伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，在帐簿上多列支出或者不列、少列收入。具有申报的纳税人或扣缴义务人不申报

纳税,关于不申报是否要求满足税务机关要求申报而拒不申报的条件,尚存争议,现有案件中多有税务机关下达申报指令的情况存在<sup>4</sup>。缴纳税款后,以假报出口或者其他欺骗手段骗取所缴纳的税款。

**第三, 罪量标准。**《刑法》明确规定了以逃税数额作为定罪和加重处罚的标准,一是数额较大且占应纳税额百分之十以上;二是数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的;最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》明确了数额较大的起点为五万元。需要明确的是,纳税人逃税同时满足数额和占比的要求,而扣缴义务人逃税只有数额的要求,没有占比的规定。

**第四, 罪责要素。**本罪的罪责要素考虑两方面内容,一方面是主观故意,过失不构成逃税罪,比如漏税行为;另一方面为主观逃税目的,不缴或者少缴应纳税款或已扣、已交税款,以及不符合退税条件而制造虚假事由骗取退税款。

4. 参见山东省济宁市任城区人民法院(2020)鲁0811刑初400号刑事判决书。

5. 参见:《最高人民法院关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条第二款

## (二) 逃税罪的司法认定

通常,按照上述四个要件的分析就可以认定逃税罪,但在司法实践中,还存在一些疑难问题,有待进一步讨论,详述如下:

**第一, 逃税数额及占比的计算。**本罪的罪量标准中需要确定逃税数额及其占比,就涉及的法定期间应纳税总额的问题,依次才能计算占比大小。逃税数额占应纳税额的百分比,是指一个纳税年度中的各税种逃税总额与该纳税年度应纳税总额的比例。不按纳税年度确定纳税期的其他纳税人,逃税数额占应纳税额的百分比,按照行为人最后一次逃税行为发生之日前一年中各税种逃税总额与该年纳税总额的比例确定。纳税义务存续期间不足一个纳税年度的,逃税数额占应纳税额的百分比,按照各税种逃税总额与实际发生纳税义务期间应当缴纳税款总额的比例确定。<sup>5</sup>

**第二, 逃税与合理避税。**避税,是现实中选择注册离岸公司最直接的原因。由于企业,特别是私营企业,最终的目标就是尽可能多的获取利润。而获取利润的方式最直接的办法就是减少开支。税收作为一个企业较大的支出项,向来都为企业所重视,而国家颁布的企业扶持政策,基本都围绕着降低税赋而进行。而在降低缴税额的方法上有逃税和避税两种

6.张书琴:《立法为何提高逃税初犯刑责门槛》,载《检察日报》,2019年8月5日第3版。

7.刘荣:《刑罚阻却条款不能沦为护身符》,载《检察日报》,2019年8月5日第3版。

方式。逃税是严重的违法行为,而避税是在遵守税法的前提下,利用不同地区的政策差异,在合理合法的框架构成降低税赋压力,从法律角度上看,避税并不是违法行为,因此也被称为合理避税。避税的前提是承认纳税人身份,通过了解不同地区的税法规定,选择较低标准的国家和地区纳税,是遵守和执行税法的合法行为。由此可见,虽然逃税和避税目的都是为降低税赋压力而产生,但两者却有截然不同的性质。在全球共同追缴税款的环境下,逃税是十分危险,且后患无穷的违法行为。只有承认税法、尽到纳税义务的合理避税,才是合理且安全的降低税赋的经济行为。

第三,累计计算数额的问题。有多次逃税行为未经处理,按照累计数额计算,是否有时间的限制不无疑问,也涉及到刑事追诉时效的问题。最高人民法院《关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》明确规定“未经处理,是指纳税人或扣缴义务人在五年内多次实施偷税行为”。但自“偷税罪”变更为“逃税罪”之后并没有明确累计计算数额是否有时间跨度的限制,有待司法解释予以明确。

### PART 003

## “初犯免责”:逃税罪的处罚阻却事由

根据《刑法》第201条的规定:“有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”由此可以看出,通常所谓的“初犯免责”制度,是以构成犯罪为前提而对处罚结果的豁免,并非是违法性的阻却。应当说,该条款是我国刑法400多个罪名中唯一一个对于符合犯罪构成要件的行为可以以接受行政处罚为由不予追究刑事责任的条款。<sup>6</sup>逃税罪刑罚阻却条款的正常逻辑不是“护身符”而是“将功折罪”。<sup>7</sup>要准确理解并使用该规范,需要把握以下三方面内容:

第一,“初犯免责”的前提。本款规定的适用前提是“有第一款行为”,也即纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,逃避缴纳税款数额达到法定标准的行为,也是符合逃税罪的构成要件行为。由此就衍生出:非逃税的妨害税收征管犯罪不适用本款规定,比如骗取出

8. 参见广东省中山市中级人民法院(2016)粤20刑再6号刑事判决书。

口退税、虚开增值税专用发票、非法出售或购买增值税专用发票等,并无相关的豁免制度;逃税行为符合法定的入罪条件,纳税人采用虚假、欺骗手段进行虚假纳税申报或者不申报逃避税款数额较大;初犯免责制度的适用主体为纳税人,行为方式为虚假申报或不申报;扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段不缴或者少缴已扣、已收税款的行为根据《刑法》第201条第一款关于逃税罪的规定定罪处罚,但却不能适用第四款中的逃税免于刑事追责的制度。如果是非逃税犯罪、逃税数额不达标、逃税手段不符合等情况,均没有适用“初犯免责”的空间。

168 第二,“初犯免责”的实质。符合逃税罪的构成要件但却免于追究刑事责任的条件是需要进行实质审查和认定的内容,也是本款适用的关键。逃税犯罪直接危害国家税收收入,间接危害国家税收制度,是典型的行政犯,也即逃税案件都应当先经过税务机关处理,先行后刑是其逻辑理路。关于行刑衔接的问题,在逃税案件中规定的是比较清楚的,经税务机关依法下达追缴通知后,行为人补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,才免于刑事追责。也就是说,按照税务机关的要求不折不扣的全面接受税务机关处理,就不应追究刑事责任。在行政处理中,行为人通过缴纳应纳税款,一方面弥补国家税收,另一方面维护税收征管制度,逃税罪所保护的法益即得到维护,无需再动用刑事司法资源维护税收收入和税收征管制度。需要考察的是,必须实际缴纳还是承诺缴纳或者提供缴纳税款担保也可以免于追究刑事责任,司法解释的落地尚未到位,但在司法实践中,如果当事人提供了充分的纳税担保并且被税务机关认可和接受的,则法院仍可能适用《刑法》第201条第四款之规定不予追究当事人刑事责任;即便当事人提供的纳税担保不符合规定或未被税务机关所接受,实践中法院也倾向于在量刑时加以考虑并可能予以从轻处罚。<sup>8</sup>

第三,“初犯免责”的例外。并非所有的逃税案件经过行政处理后即免于追究刑事责任,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。“初犯免责”对于“初犯”是有时间和内容要求的,否则不再免于刑事追责。五年内再犯即不符合初犯的要求,再犯不要求一定符合逃税罪,只要是五年内因逃税受到刑事处罚再次逃税,或者已经两次受到行政处罚第三次逃税,就不能适用“初犯免责”的规定,而要依法追究其刑事责任。

## PART 004

**余论:影视明星以阴阳合同逃税的案例解读**

“阴阳合同”是指合同当事人就同一事项订立两份以上的内容不相同的合同,一份对内,一份对外,其中对外的一份并不是双方真实意思表示,而是以逃避国家税收等为目的;对内的一份则是双方真实意思表示,可以是书面或口头。“阴阳合同”是一种违规行为,在给当事人带来“利益”的同时,也预示着风险。近些年来,影视明星频频被爆“阴阳合同”、“天价片酬”、“逃避税款”……,涉及的法律问题无不引发热烈讨论,本文选择两例具有典型性、代表性的案例作为分析的样本,分别是“知名演员刘某偷税案”和“知名演员范某逃税案”。

刘某偷税案是当时引爆舆论的重大案件,涉嫌偷逃税款数额最大,关注度最高,影响最广泛。根据税务部门调查显示:刘某及其所办的北京某文化艺术有限责任公司和北京某实业发展有限公司自1996年以来采取不列、少列收入,多列支出,虚假申报,通知申报而拒不申报等手段,偷逃税款1458.3万元。而刘某在案发后,积极认罪悔罪并筹款补缴税款,最终未被公诉机关起诉,此前于2002年6月20日至2003年8月16日,共计被羁押422天。

2018年范某逃税案件,查实逃税金额2.48亿元,并非像刘某偷税案一样直接以刑事案件立案,而是处以行政处罚,在补缴税款、罚款、滞纳金后免于刑事处罚,税务机关认为“依据《中华人民共和国刑法》第二百零一条的规定,由于范某属于首次被税务机关按偷税予以行政处罚且此前未因逃避缴纳税款受过刑事处罚,上述定性为偷税的税款、滞纳金、罚款在税务机关下达追缴通知后在规定期限内缴纳的,依法不予追究刑事责任。超过规定期限不缴纳税款和滞纳金、不接受行政处罚的,税务机关将依法移送公安机关处理。”该事件也曾一时轰动舆论,引发广泛讨论。两起事实相似,引发的法律反应却大为不同,这就涉及到本文前述的逃税罪中“初犯免责”条款的适用,这是立法变迁直接带来的执法和司法的差异,聚焦大众眼球的是行刑结果的表面差异,值得法律人思考的是法律制度背后国家利益和人民利益的保护以及法治秩序的维护,由立法变迁

所反映出的法治文明和法治进步。

## 结语

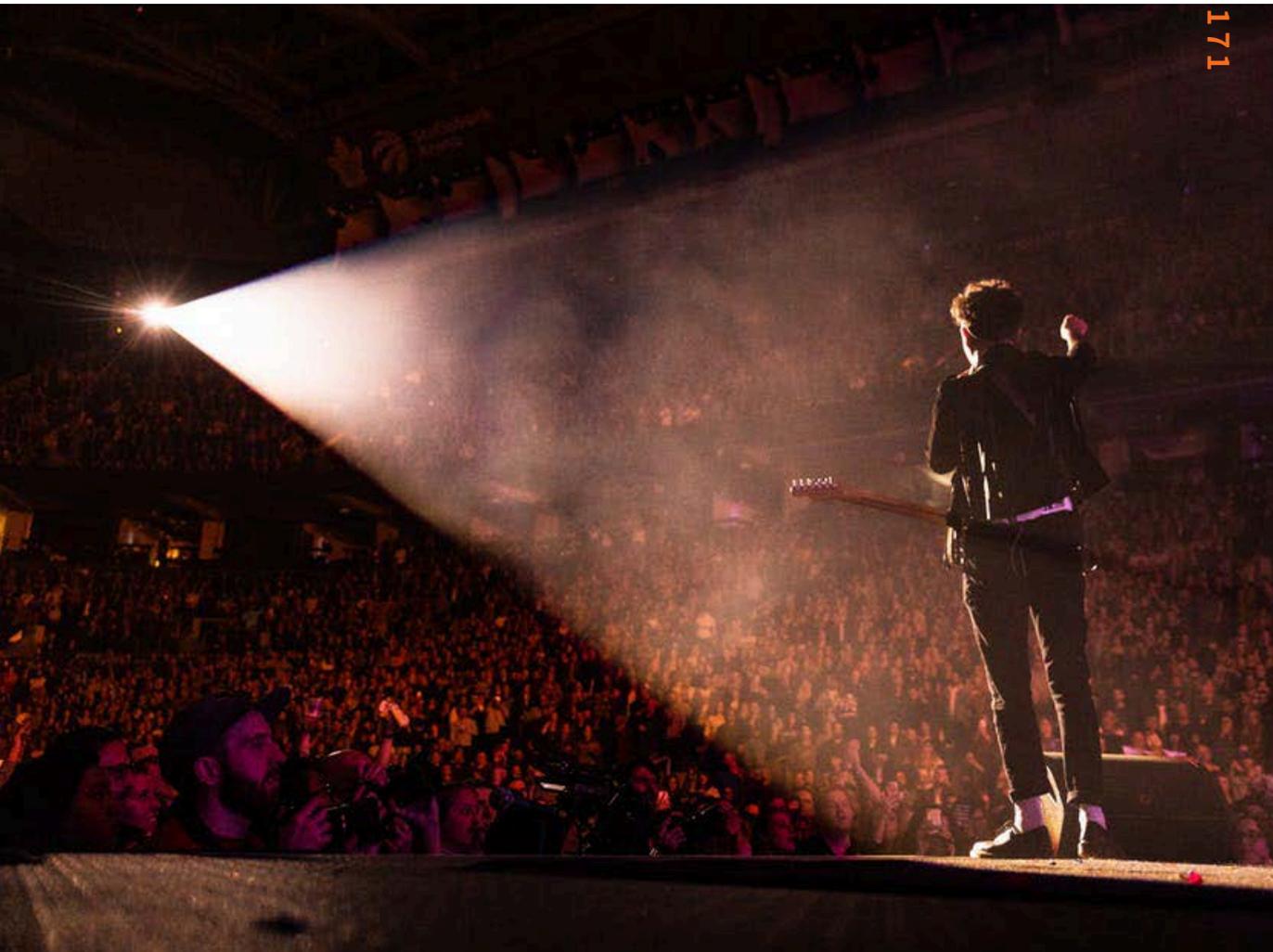
税收乃国之根本，民生之保障，古往今来，概莫能外。依法纳税是每个公民应尽的义务，逃税行为能趁一时之快，终难逃脱恢恢法网，必将受到法律的制裁。执法机关依法维护税务征管秩序并保障国家税收收入，以合理配资资源，促进社会公平公正。同时，严厉打击逃税行为，依法追缴逃避税款。司法机关牢牢掌握逃税罪的构成要件因素，适时顺应法律的修订变化，准确适用法律评价逃税行为，构成犯罪的依法予以制裁，不符合法定犯罪要件、满足“初犯免责”的果断免于刑事处罚，行刑衔接有序，以保证罪刑法定和罪刑均衡，使逃税罪的行为规制机能和权益保护机能充分彰显。



王梦奇  
合伙人  
争议解决部  
北京办公室  
+86 10 5957 2037  
wangmengqi@zhonglun.com

# 从明星互联网名誉维权看“饭圈” 如何建立有序生态

作者:赵刚 王叶子



互联网技术的发展和社交媒体的普及,带动了网络文化娱乐产业的蓬勃兴起,也使得公众媒介传播渠道不断拓宽。随着文化娱乐产业的发展,关于明星偶像的新闻越来越多地占领热搜榜单。不同于十几年前买专辑、看演唱会的“散粉”追星模式,如今明星与粉丝的距离通过互联网被直接拉近,粉丝只需登录社交平台即可了解明星们每天的新闻动态,偶像的成长之路似乎变成了部分粉丝自我实现的过程,“饭圈<sup>1</sup>”文化也逐渐产生、发展。与此同时,粉丝为其支持的明星与其他明星及粉丝群体“互撕<sup>2</sup>”、“拉踩<sup>3</sup>”、“恶意营销<sup>4</sup>”等情况也愈发频繁。近期,大量明星为维护其个人名誉起诉网络用户侵害名誉权。因此类互联网名誉权侵权案件涉及明星,故如何通过法律途径有效实现明星个人权利、粉丝心理感受、社会舆论评价、正确价值观引导的综合平衡并不容易。本文从明星互联网名誉权维权案件的一般认定标准及实践难点出发,就常见维权方案进行初步分析介绍。

1.饭圈,即粉丝圈的简称,指喜欢某个明星或者组合的粉丝群体。

2.互撕,网络流行用语,指不给对方任何面子,互相揭短,将所有的负面事件全部公诸于众。

3.拉踩,网络流行用语,指通过贬低其他人或与他人进行恶意对比,来吹捧、抬高自己喜欢的人物。

4.恶意营销,指通过诋毁竞争对手的方式进行不正当的竞争。

## PART 001

## 明星互联网名誉权侵权案件认定标准及特点

### (一) 认定标准

名誉权属于人格权的一种,自《民法典》人格权独立成编后,对于名誉权的保护也有了更为集中、具体的规定。根据《民法典》第一百一十条之规定,自然人、法人、非法人组织均享有名誉权。第一千零二十四条规定,“民事主体享有名誉权。任何组织或者个人不得以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉权。名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。”据此,作为自然人的明星,其名誉权依法受到法律保护,任何组织和个人采取侮辱、诽谤等行为导致其品德、声望、才能等社会评价降低的,构成名誉权侵权,应当承担相应民事责任。

根据笔者梳理目前涉及明星的互联网名誉权侵权案件可以发现,法院在判断涉案言论是否损害原告名誉权时,一般会从被侵权人名誉受到损害的事实、行为人实施了违法行为、违法行为与损害后果之间具有因果关系、行为人主观上具有过错四个方面进行侵权评述与认定,这与一般侵权责任的构成要件基本一致。例如在明星范某某针对网络用户“秦某”名

5. 详见(2018)京01民终2700号民事判决书

6. 详见(2020)京0491民初15878号民事判决书

7. 详见(2020)京0491民初14232号民事判决书

8. (2020)京0491民初6573号民事判决书

誉权维权案件<sup>5</sup>、杨某针对网络用户“Victor\*\*\*”名誉权维权案<sup>6</sup>等案件中，法院均是按照一般侵权案件的认定标准对此类互联网名誉权侵权案件予以认定。

## (二) 明星互联网名誉权侵权案件的特点

### 特点一：网络服务提供者“被动”加入维权诉讼

根据《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“《最高人民法院关于审理利用网络侵害人身权益民事纠纷案件的解释》”)第二条规定，作为权利人的原告既可以选择直接起诉侵权网络用户，也可以选择起诉网络服务提供者；被单独起诉的网络用户可以申请追加网络服务提供者即涉案侵权言论发布平台为共同被告或第三人；被单独起诉的平台也可申请追加能够确定的侵权网络用户为共同被告或第三人。

实践中，由于原告较难掌握互联网用户的真实身份信息，尤其针对各大明星发布侮辱诽谤、恶意攻击言论的几乎都是匿名网络用户，所以此类案件中，原告几乎都会选择将平台运营主体加入名誉权维权诉讼之中，目的即在于要求其披露侵权网络用户的真实注册、使用信息，以明确侵权人身份。例如，在涉及明星杨某的名誉权维权案件<sup>7</sup>中，针对匿名用户“锤某”发布侮辱性言论的侵权行为，原告便选择以平台运营方为被告提起网络侵权之诉、要求其披露该匿名用户注册信息，以明确侵权行为人具体身份。该案中，原告也最终成功通过平台运营方出具的调查回函获取了该匿名用户的姓名、手机号码、身份证号码等信息，并通过对侵权人发起名誉权侵权诉讼成功维权。

### 特点二：“侮辱”与“诽谤”行为的区分认定

一般来说，“侮辱”和“诽谤”行为都会导致被侵权人社会评价的降低，但两种行为的表现方式有所不同，大多数法院在认定时都会涉及到**判断涉案言论到底属于“侮辱”还是“诽谤”**。

侮辱，一般是指用语言或行为损害、丑化、贬低他人人格，例如直接使用不当词语辱骂某明星或通过P图方式对其进行丑化，均属“侮辱”类行为。在涉及明星李某的名誉权维权案件<sup>8</sup>中，法院详细论述了涉案文章是

否构成以侮辱方式侵害名誉权,并认定涉案文章中诸如“太恶心人”、“勾搭”、“骗走”、“谄媚”等言词明显构成语言上的侮辱,相关言论势必会对该明星造成影响、导致不特定人的误解、降低其社会评价,构成侵权。

诽谤,一般是指捏造并散布某些虚假的事实来破坏他人名誉,对于涉案侵权言论的事实表述,如果侵权网络用户不能提供证据证明其真实性,引得公众产生与事实不符的联想和猜测,则属于“诽谤”的范畴。关于此前网络中被火热讨论的被告网络用户能否就吴姓男明星过往胜诉名誉权侵权纠纷案提起再审,实际就是对过往“诽谤”行为成立与否的争论。在涉及明星迪某的名誉权维权案件<sup>9</sup>中,法院同样详细论述了涉案博文是否构成以诽谤即捏造事实方式侵害名誉权,认定网络用户“吃某”使用“买水军”、“营销”、“删帖”等词句对原告进行评价,没有任何事实和法律依据,给该明星造成了负面影响,构成侵权。

## 明星互联网名誉权侵权案件维权难点

### (一) 互联网用户信息获取较难

明星启动名誉权维权通常并非意在要求互联网平台担责,往往是希望通过法律的手段追究某些散布谣言、发布恶意评论的“网民”的责任。若想要通过诉讼方式追究相关侵权网络用户法律责任,最重要的就是明确其真实身份。实践中,并非所有平台都采用实名认证,采取实名认证的平台也并不会要求所有用户在注册时必须提供身份证信息。在此情况下,获取侵权网络用户真实、有效的身份信息,成为案件启动与顺利推进的关键。

#### 1、实名认证用户信息的获取

在诉讼中,要求平台披露、从平台处获取的实名认证用户信息能较为明确甚至唯一地指向实际侵权人。因此,通过平台的筛选和平台内具体侵权用户的选择,原告能较为准确地选择能够获取到真实身份信息的用户作为被告,以提高案件可诉性,方便成功追责。

根据《最高人民法院关于审理利用网络侵害人身权益民事纠纷案件的解释》第三条规定,在原告起诉网络服务提供者侵害人身权益的案件中,法院可以根据原告请求及案件具体情况,责令网络服务提供者向法院提供能

10. 详见(2020)京0491民初13148号、(2020)京0491民初643号、(2018)京01民终2700号民事判决书

11. 详见(2020)京0491民初16630号民事判决书

12. 详见(2017)京0108民初19907号民事判决书

够确定涉嫌侵权的网络用户的名称、联系方式、网络地址等信息。但在平台的选择上,明星们大多倾向于选择在具有实名认证功能的网络平台中挑选预备起诉的侵权网络用户。但要求实名认证的社交平台,可能会按照用户分类提出不同的实名认证要求,对于普通用户,完成手机号码验证即属实名认证,而对于“+V”或会员权益用户,则需要进一步完成身份证信息的核验。在此情况下,即便要求平台披露用户真实信息,针对普通用户,平台也仅能披露其手机号码或IP地址,而这些信息无法直接对应到具体侵权主体,原告还需要进一步提供证据证明手机号码的持有人或IP地址的归属者。因此,在用户的选择上,明星们更倾向于选择上述“+V”或会员权益用户,以便能够获取指向唯一侵权主体的居民身份证号码。在涉及明星姚某、冯某某、范某某等明星的名誉权维权案件<sup>10</sup>中,原告均选择了“+V”侵权用户作为起诉主体成功追责。

## 2、非实名认证用户信息的获取

虽然实名认证用户的真实身份信息相比较容易获取,但对于侵权恶意十分明显、所发表言论极具贬损诋毁之意、甚至屡次侵权的非实名网络用户来说,只有追究其法律责任,才会对普通用户形成威慑,促使其在发表涉及明星的评论时更为审慎,才能最大程度上阻止谣言与恶评的扩大传播,挽回负面评价。

即便非实名认证用户的身份信息获取难度极大,但明星在其互联网名誉权维权案件中有效获取非实名认证用户信息并成功追责的案例也屡见不鲜。例如,在涉及女明星杨某的名誉权维权案件<sup>11</sup>中,原告先从社交平台向法院的调查回函中获得了侵权用户注册手机号码,又凭借手机号码,通过无锡移动向法院的调查回函获取了手机号码持有人的真实姓名及身份证信息,最终成功获取了非实名用户身份信息。在涉及男演员杨某的名誉权维权案件<sup>12</sup>中,原告同样先通过平台调查回函获得了侵权用户注册手机号码,但后续其通过快递公司工作人员确认信息、校内网信息、微博个性域名、百度贴吧域名、拨打电话沟通等各种信息的综合及相互印证,成功确定了侵权人真实身份。由此可见,实施侵害名誉权行为的普通用户并不会因为“非实名认证”就能成功逃避法律责任承担。

## (二) 影射词语指向对象较难明确

在 multicase 明星互联网名誉权侵权案件中,侵权人有时常为其他明星的粉丝或专门的娱乐圈营销号,这些用户在发布恶意言论实施侮辱、诽谤行为时,大多使用十分隐晦的影射性词语,例如通过首字母缩写、谣言故事梗、影片人物名、起外号等方式“暗指”相关明星,部分词语甚至仅属“饭圈”行话,属于粉丝间的交流用语。对于这些从字面上看可能不具有负面含义,但实际用于指代某明星时又极具贬低侮辱效果的词语,如何向法院解释说明这些用词指代的就是某位明星是这类案件的另一难点。对于涉案侵权言论中指代性词语的具体指向、指示的强烈程度,须通过原告大量举证并结合具体文章、评论、配图予以综合说明。

## (三) “转发”行为构成侵权的标准较高

普通大众通过转发方式在公共社交平台上分享自身事实、社会热点、娱乐新闻等,已经成为大部分网民生活中不可或缺的一部分。在大量互联网名誉权侵权案例中,针对转发侵权内容的行为,虽然转发量、评论量、阅读量等传播数据可以作为侵权认定考量因素,但法院同时也会考虑言论传播范围及影响力,给予转发人或网络服务提供者以适当免责空间。

根据《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第七条规定,“人民法院认定网络用户或者网络服务提供者转载网络信息行为的过错及其程度,应当综合以下因素:(一)转载主体所承担的与其性质、影响范围相适应的注意义务;(二)所转载信息侵害他人人身权益的明显程度;(三)对所转载信息是否作出实质性修改,是否添加或者修改文章标题,导致其与内容严重不符以及误导公众的可能性。”由此可见,认定某一用户的转发行为构成侵权的标准较高,需综合考虑该用户媒体影响力、转载内容的人身权益侵害程度、是否对转载内容进行了“实质性”修改等因素。实际上,涉及明星的恶评、虚假事实的传播,大多是由众多粉丝数量少、影响力小的“水军”或“马甲号”累积传播实现,如何向这些主体追究责任、提高其侵权成本,也是此类案件的难点之一。



#### (四) 情理选择的困境

根据北京互联网法院发布的《“粉丝文化”与青少年网络言论失范问题研究报告》，自2019年1月1日至2019年11月30日，北京互联网法院受理网络侵权责任纠纷案件3836件，其中网络侵害名誉权纠纷1075件，占比28.02%。经法院调研发现，以青少年为涉嫌侵权主体（即案件被告）的网络侵害名誉权行为集中出现在从事演艺工作的公众人物名誉权侵权案件中，同时体现出近年兴起的粉丝文化的突出特点，此类案件共计125件，占全部网络侵害名誉权纠纷的11.63%。这些纠纷中，作为被告的青少年大部分为在校大学生，少部分自述无业或自述不方便透露职业；年龄在30岁及以下的占比70%，其中年龄最小的为19岁。

从当前明星互联网名誉权侵权纠纷案件的分析报告及具体案例可以发现，侵权人正逐步低龄化，很多甚至还是在校大学生。对于发起维权的明星而言，其合法权利理应得到保护，但考虑到侵权人年龄尚小、侵权判决可能对其之后人生产生不利影响时，如何能够在取得维权效果的同时兼顾社会责任、引领青少年树立正确价值观、实现情与理的兼顾，为明星维权提出了新的要求。面对此种困境与难点，越来越多的明星选择以调解方式解决涉及青少年的名誉侵权案件，有的还会选择以免除经济损害赔偿、捐赠损害赔偿至慈善基金会、要求侵权人以做公益方式替代经济赔偿支付等方式，努力在维权同时兼顾社会责任、塑造积极正面社会形象。

截至2021年8月2日,中央网信办在全国范围内开展的“清朗‘饭圈’乱象整治”专项行动已累计清理负面有害信息15万余条,处置违规账号4000余个。近期,明星针对网络用户主动发起的名誉维权案件越来越多,在打击“饭圈”粉丝谩骂、拉踩、造谣等行为的同时,也通过法律手段协助了“饭圈”良好生态的建立。之前我们介绍了近期被广泛讨论的明星互联网名誉权侵权案件的认定标准、特点及实践难点。接下去,笔者将着重介绍此类案件常见处理模式,并对每种方案背后的法律原因、商业考量以及相关注意要点进行简要介绍。

### PART 003

## 常见处理方案的选择

---

### (一)“律师声明+披露诉讼+侵权诉讼”的综合维权方案

在更多涉及明星的互联网名誉权维权案件中,“律师声明+披露案件+侵权诉讼”的三步走综合维权方案因效率较高、打击范围较广而被普遍采用。

第一步,在互联网平台上公开发布律师声明。在完成侵权证据固定后,明星们往往会选择公开发布律师声明,相较于发函对象特定的律师函,律师声明一般针对不特定的公众。笔者认为,公开发布律师声明,明星及其代理律师的主要目的有以下四点,即1)公布并列明已取证的所有侵权网络用户昵称及账号,通过正式声明的威慑作用,促使取证侵权用户主动停止侵权并联系工作室或律师赔礼道歉,提前、高效地解决维权打击目的;2)震慑其他可能涉及侵权的网络用户,促使其主动删除侵权内容;3)要求互联网平台积极履行监管职责,尽快采取删除、屏蔽、断链等措施,方便后续要求平台方就怠于履行职责而导致的损害扩大化部分承担侵权责任;4)公开澄清关于明星的不实陈述,满足粉丝“反黑”要求。此外,笔者需要特别提示的是,虽然律师声明的准备不同于律师函,未强制要求律师必须审核委托人提供的材料、听取委托人关于侵权事实的陈述,也不强求律师对法律问题进行详细的法律分析与评论,但考虑到律师声明在互联网平台中公开发布的广泛传播性,涉及捏造事实的诽谤行为难以核实真

13. 黑粉,网络流行语,粉丝类型,他们不是传统意义上的粉丝,而是基于利益对特定明星实施抹黑作业的群体。其中,有一类职业黑粉,只是按照雇主的要求为偶像吸引粉丝,同时还收集传播对家明星的黑料。

伪,因此对委托律师而言,律师声明的撰写还是应当尽可能建立在委托人严格承诺、侵权事实基础调查、进行充分法律分析的基础之上,谨防自身法律风险,避免因律师声明的不规范或事实不明而陷入舆论争议之中。

**第二步,以互联网平台为被告,提起“披露诉讼”。**这里笔者所言披露诉讼,是指原告,通常来说为明星一方,以网络服务提供者作为被告,向法院提起侵害人身权益的诉讼案件。如上篇所述,由于侵权网络用户的真实身份信息无法直接获得,所以明星们无法直接将其作为明确被告予以起诉。为解决此种困境,明星们往往会率先针对互联网平台(即网络服务提供者)以利用信息网络侵害人身权益为由提起侵权之诉,目的在于要求平台披露侵权用户的注册、使用信息。此类披露诉讼受理后,在对案件事实情况进行初步审核的基础上,法院一般会向被告平台提出披露要求,在获得平台调查回函后,原告多半可能选择主动撤诉并尽快推进后续指向侵权用户的名誉权侵权诉讼。

**第三步,获取侵权人身份信息后,针对侵权用户提起名誉权侵权诉讼。**通过披露案件明确侵权网络用户真实持有及使用人后,明星们会针对该主体直接提起名誉权侵权诉讼,在该阶段,法院会审理认定涉案内容是否构成名誉权侵权。在此,笔者需要特别提示的是,根据我国《民事诉讼法》第六十八条规定,对涉及个人隐私的证据应当保密。基于法定保密义务要求,在诉讼过程中依法获取的公民个人信息只能用于案件本身,包括律师在内的所有知悉侵权网络用户个人身份信息的人员均不能擅自泄露。

## (二)当前维权方案的弊端与建议

明星启动名誉权侵权诉讼,除了成功追究侵权网络用户法律责任目的外,另一重要目的即通过法律手段回应粉丝们对于明星积极维权、尽快见证“黑粉<sup>13</sup>”受到法律制裁的心理预期。

然而,即使绝大部分互联网平台掌握着侵权网络用户的注册及使用信息,但明星或其工作室、代理律师等通过与平台直接联系沟通的方式要求披露用户信息,平台基于对其用户个人信息的保护,轻易不会向社

14. 详见(2020)京  
0491民初18530号民  
事判决书。

会主体直接提供。更重要的是,作为网络服务提供者的互联网平台每天都面临众多侵权通知、投诉需要处理,再要求平台对大量互联网信息披露请求进行快速、详细的审核未免过分苛求,更与其管理能力不相匹配。因此,为实现获取侵权用户身份信息之目的,实践中往往需要完成上述“披露诉讼+侵权诉讼”两个诉讼程序,先通过对平台单独提起侵权之诉、要求平台披露侵权用户注册信息,再根据获取的信息另案起诉侵权人。在此情况下,维权持续时间被大大拖延,部分维权可能会持续两年甚至更久,维权时间普遍较长,是当前维权方案不可避免的弊端。

180 由于在单纯的“披露诉讼”中,原告首要目的即获取侵权用户注册信息,所以原告会将要求平台提供侵权用户信息作为其主要诉讼请求。法院一般会根据案件实际情况,与被告平台联系、要求其提供相关信息并出具调查回函。根据笔者处理类似案件的经验,虽然部分原告会要求法院对披露案件进行判决,例如知名配音演员姜某发起的侵害名誉权信息披露案件<sup>14</sup>。但更多会在平台向法院出具回函、获得侵权用户信息后选择主动申请撤诉,以期尽快结束披露诉讼,及时启动针对侵权人的另案诉讼。根据笔者梳理目前涉及明星的单纯披露案件可以发现,大部分均以原告主动撤诉结案。在此处理方式下,大量披露案件进入实体审理后,平台会主动或根据法院的要求提供相关用户信息,但多数情况下原告仍旧需要完整经历诉前调解、正式立案、管辖异议等流程,维权时间还是会被极大延后。针对这一困境,笔者建议,原告一方可以考虑在提起“披露诉讼”的同时,尝试以提供“保证书+财产担保”的方式向法院直接申请对平台的调查令,从而节省后续环节的程序性时间,进一步缩短此类案件处理时长。这样的处理方式不仅可以缓解法院案件审理压力,也有助于推动权利人开展正当维权。

### (三) 诉讼请求的选择

根据《民法典》第一百七十九条之规定,民事责任的承担方式主要有:(一)停止侵害;(二)排除妨碍;(三)消除危险;(四)返还财产;(五)恢复原状;(六)修理、重作、更换;(七)继续履行;(八)赔偿损失;(九)支付违约金;(十)消除影响、恢复名誉;(十一)赔礼道歉。《民法典》第一千一百八十

15. 详见(2020)陕01民终10173号民事裁定书。

三条规定,侵害自然人人身权益造成严重精神损害的,被侵权人有权请求精神损害赔偿。

在互联网名誉权侵权案件中,诉讼请求主要包括以下四项,即1)停止侵权,即要求侵权用户删除所有侵权内容,多数情况下在案件开庭前被诉侵权用户就会删除其侵权内容;2)赔偿经济损失及合理支出,合理支出主要包括律师费及取证费用;3)赔偿精神损害抚慰金,明星作为公众人物讨论度高,针对明星实施的侮辱诽谤行为经互联网传播,影响恶劣,一般会被认定对原告造成了严重精神损害,精神损害抚慰金一般也会受到支持;4)赔礼道歉,涉及明星的名誉侵权案件,原告所要求的赔礼道歉方式多为亲笔手写并公布于互联网平台的方式,以回应粉丝对明星积极维权、对“黑粉”真诚道歉的心理期待。

#### (四) 其他方案选择下的思考

针对非实名用户身份信息的获取,也有明星选择在披露案件获取互联网用户注册手机号码之后,专门以另行起诉方式要求通信公司提供机主身份信息。在涉及明星蒋某某的名誉权维权案件<sup>15</sup>中,法院虽然明确认定手机号码注册信息属于一般性的个人信息,人民法院在审理案件中依据法律规定有权调查,但也认定原告与西安电信公司之间没有形成以披露用户信息为内容的民事法律关系,双方之间不存在民事纠纷,故裁定驳回了原告起诉。

由此可见,就非实名用户身份信息的获取,通过对通信公司单独起诉的方式获取手机号码机主信息将面临较大可能被驳回起诉的风险,而选择在平台披露诉讼中一并要求法院向通信公司调取相关手机号码机主信息的方式则较为稳妥。

## 结语

当前,“饭圈”粉丝文化正处灰色地带,相关非理性追星行为不仅会对公共秩序造成不良影响,也会损害明星作为普通人的名誉权及其他人格权益。众多明星发起的系列互联网名誉权侵权纠纷案件,对于粉丝、明星、其他互联网用户而言均有重要启示意义。正如北京互联网法院在(2019)京0491民初16384号民事判决书中所述,“通过互联网理性的表达思想,

受法律保护;恶意诋毁他人,制造网络暴力,必将受到法律的严惩。网络也不是精神虚无之所。在崇拜明星、追逐偶像的过程中,应当保持友善、健康的心态,决不能为了给自己喜爱的明星争取影响力,诋毁、造谣其他明星及粉丝群,而应当从明星成功的背后,欣赏其卓越的成就,学习其奋斗的精神,寻找其人格的闪光点,在价值观方面正确影响、激励自己,给予明星正确的支持,建造蓬勃、有序的‘饭圈’生态。作为明星,亦应当严守职业道德,倡导诚实劳动、公平竞争,同时肩负榜样的责任,不遗余力的引导粉丝群体理性表达关注,创造更多的精神文化产品去影响、塑造社会公众的精神世界和价值观念。”



赵刚  
合伙人  
知识产权部  
北京办公室  
+86 10 5087 2893  
zhaogang@zhonglun.com

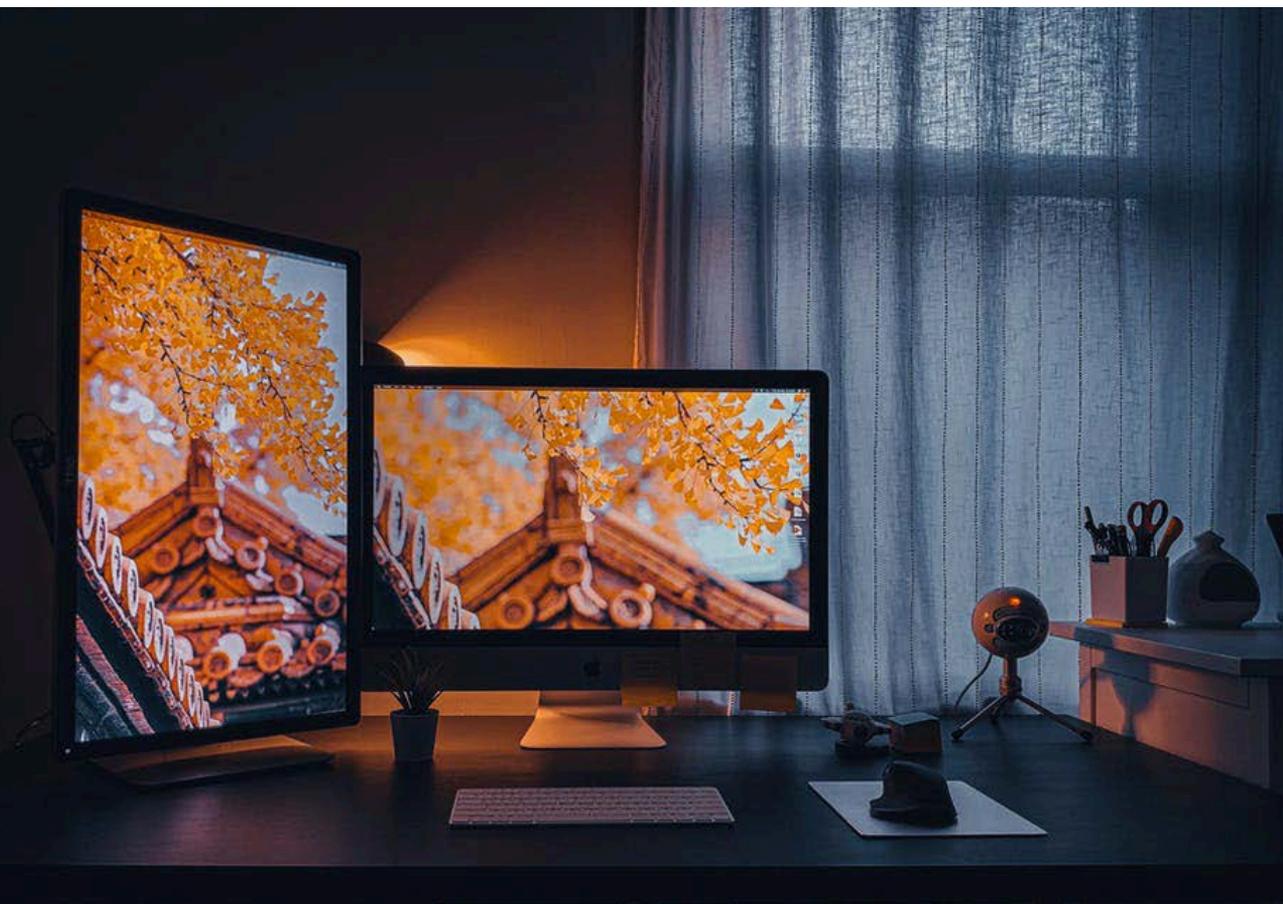
# CHAPTER

## 03

### 大数据下文娱产业新动态

# NFT技术对我国设立艺术品 追续权制度的实践意义

作者:王红燕 孙梦玥



1. 哈希值(Hash): 是将任意长度的输入字符串转换为密码并进行固定输出的过程。可以形象地理解为是一段数据(某个文件,或者是字符串)的DNA或者唯一识别标志。

“现实中根本没有艺术这种东西,只有艺术家而已。”

——E·H·贡布里希

艺术的发展是在艺术家不断解决由社会和艺术传统自身所提出的问题过程中形成的,艺术品的风格、制作方法、固定形式、流转方式,无一不被打上当下时代的烙印。现在,大数据、信息化、万物互联、去中心化、智慧运维等关键词的频繁出现,表明这种趋势已经逐渐掌握这个时代的话语权,这个时代的艺术品也已经迈入了一个全新的维度。当大部分人对艺术品的定位还保有“以实物形式陈列在博物馆的橱窗里”“在拍卖行以天价向有限范围的买家交易”的固有印象时,数字化艺术品的未来实已到来。

在艺术品数字化兴起的浪潮中,最受人关注也是引起最广泛讨论的无疑是NFT艺术,这是一项区块链技术在艺术品领域的运用。它可以将艺术的所有权以区块链的方式记录下来,并且一旦确权成功便不可修改。之后涉及的转售都可以通过哈希值<sup>1</sup>追溯到原来的创作者,且每一次交易,原先的创作者都有权享受一定比例的收益。NFT概念的兴起让人们看到了优化艺术品的管理的可能性,也将艺术品数字化的课题带入更多人的视野中。

结合2020年11月,文化和旅游部制定的《关于推动数字文化产业高质量发展的意见》、中央全面深化改革委员会第三次会议审议通过的《关于加强文物保护利用改革的若干意见》、以及两会代表提出的“通过数字化艺术品对传统文物进行保护”的议题,可知未来对艺术品的制作、保护、管理、鉴赏、流转、交易,都绕不开艺术品数字化的问题。

事实上,NFT技术能够实现的“追溯到最初创作者”以及“保障原创作者能够享受一定比例的收益”的功能与曾经出现在我国《著作权法》修订草案中的一项制度有较高的契合度,即追续权制度。

追续权的起源要追溯到法国画家让·弗朗索瓦·米勒。米勒的《拾穗者》是美术史上的经典作品。米勒在创作初期并不知名,生活贫困。他去世后,其艺术成就反而获得了肯定,作品价格在拍卖行屡创新高。但他的遗孀却没有享受到半点荣光,依然在巴黎街头以卖花生米为生。米勒的故事在他离世后130年终于使法国开始有了针对艺术品转售再征税的做

法。艺术家及其后人在其作品每次转售的所得中都能获取小份额的税收,这也成为艺术品追续权的原型。



《拾穗者》,让·弗朗索瓦·米勒,1857年,布面油画,83.5cm×111cm,巴黎奥塞美术馆

“追续权”一词来源于法语“droit de suite”,英文表述为“resale right”或者“resale royalty”,意指物权所有人对其不动产作为流转标的物时的求偿权,即中文的“追续权”。基本含义是指,享有著作权的艺术作品原件被售出以后,如果受让人又转售给他人并获得了高于购买时所支付的金额,则作品的原作者有权就该作品增值金额部分提取一定比例。

追续权属于一项较为特殊的权利,是由人身权引申出的财产权,或者说求偿权,让艺术品和创作者及其法定继承人永久绑定,后者可以稳定、持久地从后续每一次的交易中获取经济利益,体现了对艺术创作者的尊重和利益的平衡。

NFT技术之所以在当下炙手可热,是因为各行各业都能从这项技术中找到优化管理和财产保护的突破口,艺术品拍卖和收藏行业亦不例外。在传统数字艺术品市场上,一宗交易大多数发生在画廊里。作品在画廊里展出,买家付款,创作者将作品拷贝到U盘或者光盘上,交付给买家。这种模式短板明显——一方面,作品曝光的机会少;其次,买家拿到后,可以复制

2.《村上隆临时决定推迟NFT作品拍卖 | “只要我不尴尬,尴尬的就是你们”》  
[https://mp.weixin.qq.com/s?src=11&time\\_stamp=1624623305&ver=3152&signature=Z8hhaBQj2W8Yuzm1zllix3HUO\\*AAVRm1jh9HTD5UwFoWMhxx0ZITwY3bOpEajxU0VuDyxBxU-SWFrVVoXE0GWYHscPorgVdLE2AGvaR-HT4qGLVziMgNxfPSvL0u4K&new=1](https://mp.weixin.qq.com/s?src=11&time_stamp=1624623305&ver=3152&signature=Z8hhaBQj2W8Yuzm1zllix3HUO*AAVRm1jh9HTD5UwFoWMhxx0ZITwY3bOpEajxU0VuDyxBxU-SWFrVVoXE0GWYHscPorgVdLE2AGvaR-HT4qGLVziMgNxfPSvL0u4K&new=1)

3. 华东政法大学知识产权学院副院长 黄武双教授

4. 郑成思,《知识产权法》,1997, p.156

5. 中国拍卖行业协会的谢晓冬

一份继续放到二级市场上交易,一副作品可以卖给多个买家。对于创作者来说,当数字化的作品交付到买家手中之后,创作者与作品之间的联系减弱;而对于收藏者来说,艺术作品的唯一性也在一次次的复制传播中被消解,收藏价值降低。

加密NFT艺术的出现,恰好改变了这一局面,当数字艺术品变身为加密艺术品时,用技术锁定了权益,也让作品的创作智慧和价值流通合二为一。NFT的智能合约——即部分NFT交易平台支持设置关于交易版税的比例,使创作者在自己创造的NFT作品的每一次交易中都赚取一定份额的佣金(一般是出售价的2.5%到10%)<sup>2</sup>,从而保证售出作品的每一次二手交易,创作者都能够从成交额中获得一定比例的佣金。

虽然许多学者基于追续权属于一种介于财产权和人身权之间的特殊的权利产生争论,部分学者认为追续权不属于《著作权法》内在逻辑体系当中的权利,从法理学角度反驳了追续权应当入法的观点。<sup>3</sup>但也有学者认为,追续权既具有不能与原始创作者剥离的人身权属性,又能够给权利人带来经济利益,可以在人身权和财产权之外单列一条作出规定。<sup>4</sup>事实上,从《著作权法》的三次修订草案来看,目前国内的立法者也仍对追续权的定性存在争议。但是本文不从法理学角度讨论追续权入法的原理,而是从实践的角度论证NFT技术的诞生对于解决目前尚存的追续权如何在中国艺术品市场投入运行问题的实践意义。

PART 001

艺术品交易的秘密性与信息流通性之间的矛盾

曾有学者提出,贸然设立追续权的一个弊端是,草案中的追续权条款将转售方式限制在拍卖市场内,这会给拍卖行施加新的成本,导致拍卖行倾向于将公开交易转向私人交易,继而导致整个拍卖市场遭到冲击,不利于整个艺术品市场所需要的数据的公开、透明、集中,也不利于整合目前国内分散的艺术品市场。<sup>5</sup>

事实上,私人交易近年来确实变得越发流行。相较于拍卖行的公开化和高风险,许多艺术品收藏商都倾向于具有灵活性和秘密性的私人交易市场。拍卖行一般情况下依然会按照卖家的要求将其中某一部分信息进

行保密,如卖家的姓名、住址等等,通常情况下买家信息也适用保密条款。<sup>6</sup>

然而,追续权制度的顺畅实施和有效运行必须依赖于艺术作品本身信息的准确性,在为交易双方做好信息保密的同时,还要保证信息的即时性和透明度。因此很多反对设立追续权制度的声音认为,这种天然存在的矛盾性,势必对追续权的实施和管理提出极高的要求,目前无论是艺术品登记还是著作权集体管理组织暂时都无法很好地应对。因此最迫切的问题并不是追续权是否应当入法,而是入法之后有无配套的措施保障该制度安全有序地运行。

鉴于我国目前的博物馆藏品数字化的工作已经发展到了较为成熟的阶段,围绕藏品的影像、图片、视频、研究资料等生成各种数字信息,对生成的数字作品的知识产权权属研究也臻于成熟。比如世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization, “WIPO”)发布的《博物馆知识产权管理指南》(Guide on Managing Intellectual Property for Museums),该指南旨在帮助博物馆或类似人类文化遗产管理机构,通过知识产权,加强和改善对文物藏品的利用<sup>7</sup>;故宫博物院所制定的《影像资料管理办法》,也对博物院与摄影师之间的权利界定有明确规定。

因此,基于已经相对成熟的艺术品数字化技术,艺术品交易商可以对现存的实物艺术品进行数字化,标注清晰的权属和交易价格信息进行线上售卖。而依托NFT技术,艺术家和艺术品交易商可以对作品后续的流转与溢价进行自动的监控和分配;可以在第一次销售的时候设置规则,便于从之后的转售中赚取超出原始销售的分成。目前在域外市场,NFT技术可以实现溯源存证,所有艺术品交易、流转的时间和去向都能留有记录。而NFT产权的归属即视为艺术品原件的归属,作品的原始创作者无需对每一次作品的流转进行关注,即可自动获取溢价分成,而原始的著作权人信息也不会随着作品的多次流转而模糊灭失。

再者,由于作品的买卖和归属权流转从始至终在线上完成,作品实物的交付仅视为附属条件,交易双方的信息和交易价格通过区块链技术能够同时做到即时、准确,同时又被高度保密,从某种意义上,NFT技术为追续权的实现提供更方便的通道。

6.张洁,《追续权的运用如何克服艺术品交易市场“秘密性”》,法制与社会,2020年10月刊

7.侯珂,国家博物馆文物藏品数字影像版权化初探,中国国家博物馆馆刊,p.130

8. Geng Z., S. 'The latest major reform and review of French copyright law.' (2008), Comparative law research, 2nd issue.

9. See Alexander James Weatherall, 'Harmonising the Droit de Suite: a Legal and Economic Analysis of the EC Directive and an Overview of the Recent Literature', German Working Papers in Law and Economics, Volume 2003.

10.\*数据来源:《追续权制度研究》,中南财经政法大学,贺鸣,第129页。

PART 002

在大量交易产生的情况下合理、准确分配利益

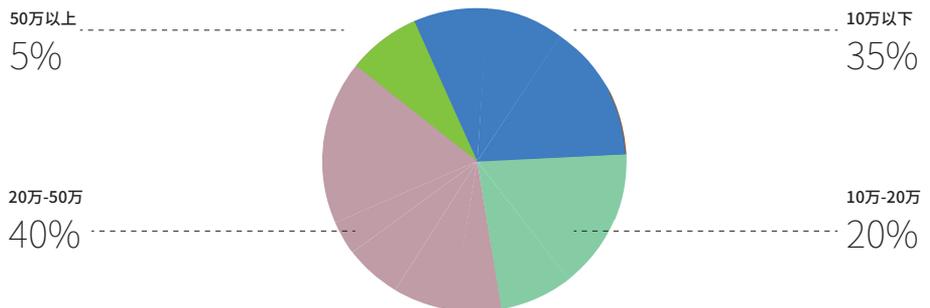
(1) 原作者的转售抽成比例

追续权制度设立的另一个难点就是利益的合理分配,对于追续权提成额度的计算方式,欧美各国有不同的思路。比如法国采用固定比例抽成方法计算艺术品转售利金,该计算方法结合了欧盟转售权指令与法国国内艺术品市场的现实情况,体现了追续权权利主体与义务主体之间的公平。<sup>8</sup>其具体特征是根据转售交易价格的提高,利润的百分比下降。<sup>9</sup>

提成比例	交易价格
4%	<50,000 €
3%	50,000.01 €~200,000 €
1%	200,000.01 €~350,000 €
0.5%	350,000.01 €~500,000 €
0.25%	>500,000 €

但是显然,法国的抽成比例计算方式与中国艺术品市场的现实情况有所出入。根据一项2019年的艺术家市场调研,在抽取的样本中,35%的中国独立艺术家的年收入尚不足10万元人民币,年收入20万以下的艺术家占比过半;也就是说,大部分独立艺术家的单幅作品的销售额远远达不到5万欧元的标准。因此对于中国的艺术市场来说,在设计追续权抽成比例时,应该基于大部分艺术家的单幅作品售价进行进一步细化区分。

艺术家年收入情况



\*图表:国内艺术家年收入情况<sup>10</sup>

11.\*数据来源:《追续权制度研究》,中南财经政法大学,贾鸣,第129页。

但是另一方面,中国的艺术品交易市场在近几年也经历了高速发展、膨胀的阶段,更多独立艺术家的作品能够被看到,更多的收藏家、画廊、艺术评论家和拍卖行入局。与法国相对而言发展成熟并且稳定的艺术品交易市场相比,中国艺术家的作品的价格充满了不确定性和可变性。

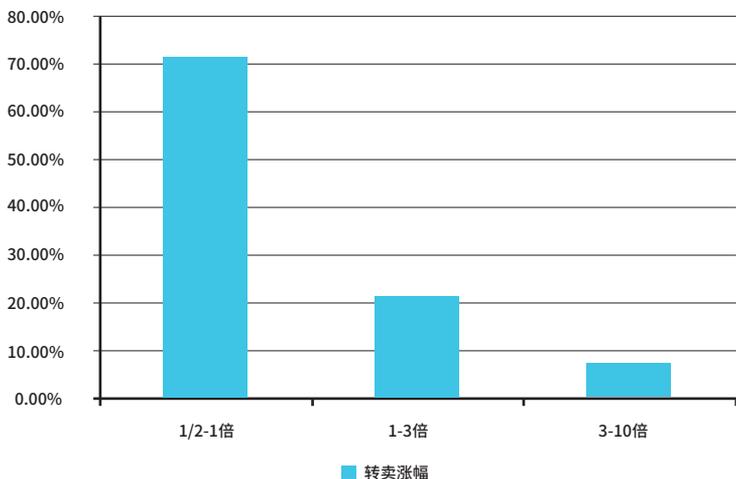
要在瞬息万变的市场中随时监控价格信息并制定出科学合理的政策,NFT技术能够为决策者提供需要的数据。艺术品经数字化后在网络上交易,成交的价格经过买卖双方许可能够被作为大数据调取,迅速计算出一个时期内艺术品成交价格的均值并监控趋势。市场瞬息万变,大数据能够帮助管理者制定更科学的转售提成比例。

## (2) 商业运作人员的报酬

前文述及,我国的博物馆藏品数字化的工作已经发展到了较为成熟的阶段,但是画廊和拍卖行的数字化工作并不仅限于此。博物馆对藏品进行数字化的目的更多地集中于更好地保护、展示以及方便开展学术研究。而艺术品交易市场对藏品进行数字化的目的则是吸引买家,帮助商品卖到更好的价格。

因此其中对艺术品的进行拍摄、美化,以及作出高质量艺术评论吸引买家的商业运作人员的工作,对于艺术品价格的影响非常大。或者说许多艺术品的价值提升很大程度上可归功于此类商业运作人员。

转卖涨幅



\*图表:国内艺术品转卖价格涨幅的调查统计<sup>11</sup>

12. 侯珂, 国家博物馆文物藏品数字影像版权化初探, 中国国家博物馆馆刊, p.130

13. ArtBasel and UBS Global Art Market Report [https://www.artbasel.com/about/initiatives/the-art-market?lang=zh\\_CN](https://www.artbasel.com/about/initiatives/the-art-market?lang=zh_CN)

14. [https://www.artbasel.com/about/initiatives/the-art-market?lang=zh\\_CN](https://www.artbasel.com/about/initiatives/the-art-market?lang=zh_CN)

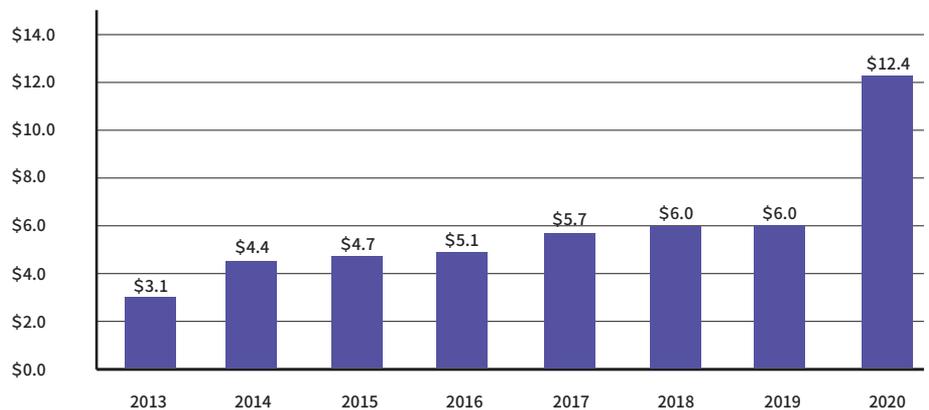
从抽取的样本中可以看出, 目前中国部分独立艺术家的作品相比其首次销售, 价格多少都是有所提升的, 大部分涨幅集中于0.5-1倍(70%)。这可能得益于他们个人名气的提升, 也可能得益于他们所处的画廊、工作室的商业运作。因此, 如果艺术品进入市场后价格获得提升, 这类商业运作人员付出的劳动也有机会获得一定比例的回报, 这种激励效应能够更好地鼓励艺术从业者去了解市场, 精准把握收藏者的痛点, 积极把艺术品销售推广给更多的潜在买家, 刺激中国的艺术品销售市场进一步发展。而NFT技术的赋能, 同样可以通过预设提成比例直接通过电脑程序为这些参与转售的工作人员分配其应得的利益, 这是目前学界提出的集体管理机构无法做到的。

PART 003

## 艺术品的市场扩容

英国著名的艺术博物馆维多利亚和阿尔伯特博物馆(V&A)在藏品数字影像的保护与利用方面积累了先进的经验, 该博物馆每年版权授权收入达人民币几百万元。<sup>12</sup>这个例子很好地展示了打开市场以及积极授权二次开发能够为艺术家和机构带来的利益。故宫文创和大英博物馆的淘宝旗舰店也是采用了类似的思路。

据《巴塞爾藝術展與瑞銀集團全球藝術市場報告》(簡稱“《報告》”)統計, 全球線上藝術品和古董的銷售額突破歷史記錄, 達124億美金, 是2019年的2倍。<sup>13</sup>



\*2013年-2020年全球線上藝術品和古董銷售額統計表<sup>14</sup>

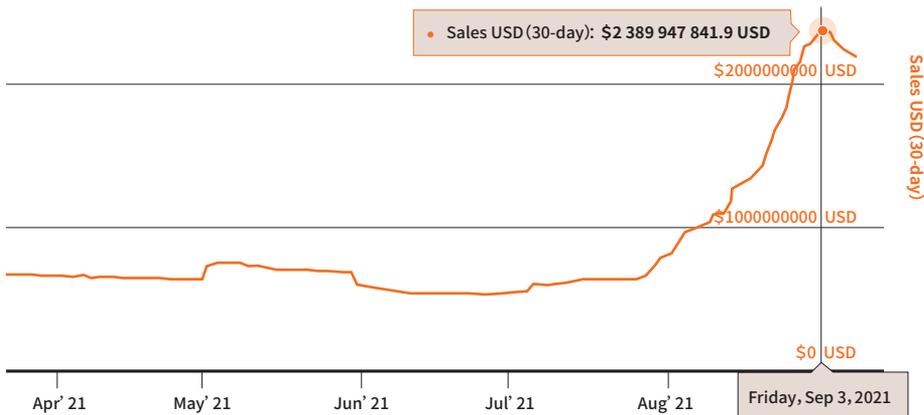
15. ArtBasel and UBS Global Art Market Report [https://www.artbasel.com/about/initiatives/the-art-market?lang=zh\\_CN](https://www.artbasel.com/about/initiatives/the-art-market?lang=zh_CN)  
16. <https://nonfungible.com/market/history>

从《报告》的相关数据来看,非常明显的趋势是,2020年网上艺术市场的发展和参与度比以往任何时候都要高。这其中虽然包含2019年新冠疫情期间的不得不迁移至线上的交易数据,但是报告仍然预测,2020年的这种变革趋势将在未来保持下去。这是因为在拍卖行业,大多数公司都对在线拍卖的效率以及能够节约的成本表示欢迎,传统拍卖的人员和场地的成本逐渐使这些机构不堪重负,尤其是处于市场底层的中小型机构。《报告》的受访者都得出了一致的结论:94%的被调查拍卖行预计网上销售将在未来五年内增长,其中40%预计会有显著增长。在营业额超过1000万美元的公司中,60%的公司预计未来会有更多的在线销售额。

然而,《报告》也提出,随着更多的销售转移到网上,也存在重大挑战。网上直播销售也往往是一个较慢的过程,因为越来越多的竞拍者倾向于争夺每一件拍品,而且没有现场观众在场的刺激,考虑到网上销售的缓慢性质,要想产生与现场拍卖一样的兴奋感比较困难。<sup>15</sup>

但不可小觑的是NFT交易未来对网上交易的赋能效果,NFT交易的自由度以及二次创作的可能性能够从不同的渠道刺激消费者的购买热情,极高的自由度和市场开放程度开发出多种玩法也让艺术品在二次交易中有更大的价值提升空间。

192



\*2021年4月-2021年9月全球NFT交易额统计<sup>16</sup>

2021年是NFT作品销量爆发的年度,根据相关NFT销售额统计网站的数据,仅在2021年第二季度,NFT作品的月均销售额从213,262,228美元(2021年4月)暴涨至2,292,661,037美元(2021年8月),整整翻了

17. 数据来源:  
<https://nonfungible.com/market/history>

18. 数据来源:  
<https://nonfungible.com/market/history>

十倍。相比起去年同期的4,691,047美元(2020年8月)更是翻了将近500倍。<sup>17</sup>

另外, NFT作品的二次销售价格涨幅也相当可观。2021年5月-6月,作品的首次销售价格总额为23,289,766美元,二次销售价格为34,293,375美元,作品二次销售的价格上涨幅度达47%。<sup>18</sup>

对于这样一项被各个行业看好的技术,如果能够赋能传统艺术品交易市场,尤其是邀请中小型画廊和拍卖行入局,会有更多的作品曝光机会,随之而来的市场机遇是难以估量的。而NFT市场精确的数据统计结果也印证了此前的结论,即精准、即时的数据可以保障追续权制度顺畅运行。

## 结语

总之,我国设立追续权制度在实践领域的难点大致可以被归纳为:原始权属如何精准定位、销售数据如何即时拉取、抽成额度的科学设计、各方利益的合理分配,以及对传统艺术品市场的冲击等。而目前来看, NFT技术的引进可以解决其中的大部分问题。当然,现阶段仍然难以预测和解决对于NFT作品权利的保护和规制问题,这些也留待今后的进一步研究加以解决。



王红燕  
合伙人  
知识产权部  
杭州办公室  
+86 571 5662 3968  
[gracewang@zhonglun.com](mailto:gracewang@zhonglun.com)

# 元宇宙经济系统的现实法律思考 ——与NFT的梦幻联动

作者：樊晓娟 印磊 竺雨辰 权亮羽



1. <https://www.my-token-cap.com/news/276798.html>

2. <https://thesupertimes.com/news/roblox-ceo-dave-baszucki-believes-users-will-create-the-metaverse/>

2021年,元宇宙(Metaverse)元年开启。3月10日,号称元宇宙第一股的沙盒类游戏平台 Roblox 在纽约交易所上市,上市首日市值突破400亿美元,其招股说明书直陈公司业务所涉元宇宙概念。Axie Infinity (AXS、SLP)在7月15日的单日收入达820万美元,超过手游《王者荣耀》<sup>1</sup>平均单日收入。Sandbox (SAND)、Decentraland (MANA)、My Neighbor Alice (ALICE)也都受到了市场大力追捧。腾讯、Facebook、NVIDIA等大厂也纷纷开始在元宇宙概念上发力。

市值、收入等属于传统财务指标。虚拟财产、虚拟货币在元宇宙平台中更是惊人活跃,它们构建的元宇宙经济系统的繁荣不亚于现实世界的经济系统。元宇宙经济系统并不是脱离现实独立存在的,其必须与现实衔接,并且受制于现实世界的法律规则。

## PART 001

# 元宇宙

## (一) 元宇宙

“元宇宙”的概念源于1992年出版的科幻小说《雪崩》。《雪崩》构建了一个虚拟世界,在这个虚拟世界中,人们各自有一个现实世界的分身,可以按照自己设计的身份相互交往和生活;就像小说的主角,在现实生活中是一个披萨速递员,在虚拟世界中却是黑客和使用双刀战斗的高手。2018年的电影《头号玩家》则用影像的形式更为形象生动的描绘了虚拟世界“绿洲”。

但仅以虚拟世界来简单概括“元宇宙”又不够全面。“元宇宙”应当是一个与现实世界互相联系,而又平行于现实世界的虚拟世界。目前大部分为人熟知的元宇宙平台多为游戏平台,例如Roblox, Sandbox等,这是因为游戏产业是元宇宙概念最易被接受和应用的领域;但元宇宙的概念更为宽泛,其还应当包括虚拟世界的社交功能和经济系统。

根据Roblox的CEO的观点<sup>2</sup>,“元宇宙”至少包括以下要素:(1)虚拟社区中拥有和经营虚拟身份;(2)社交功能;(3)沉浸式体验;(4)低延迟,在互联网和信息技术发展成熟之后,元宇宙中的一切都是同步发生的;(5)

内容、玩法、道具的多元化；(6) 用户能够较容易的进入元宇宙的世界；(7) 经济系统, 用户能够在其中进行生产和消费活动；(8) 包含虚拟文明。

3. <https://new.qq.com/omn/20210716/20210716A0BP9000.html>

## PART 002

# 元宇宙经济系统

不少人认为,《头号玩家》中的“绿洲”是元宇宙的终极形态。虽然现有的元宇宙平台受限于技术,并未达到复刻“绿洲”的程度;但是,日益发展的技术,尤其是区块链技术赋予了“元宇宙”生机,使其不仅存在于科幻小说和电影里,也正在愈发接近“绿洲”。

“低延迟”、“随地”等要素由于网络速度的原因,还暂时无法实现;除了少数平台,例如经过17年沉淀的Roblox,积累了超过3000万的日活用户(Daily Active User, “DAU”),并以用户创造内容的玩法作为其主要模式,因此内容呈现出多元化;大部分标榜“元宇宙”概念的平台,尚在起步阶段,内容的多元化和精致程度都有待时间证明。相比之下,元宇宙的经济系统是元宇宙最先成熟起来的要素。

## (一) 元宇宙的经济活动

作为现实世界的平行世界,元宇宙几乎具备了现实世界的大部分经济活动,包括生产、交换、分配、甚至抵押融资等金融性质的活动。用户在元宇宙中生产虚拟内容,而这些虚拟内容具有一定经济价值,属于用户的虚拟财产。而用户可以在元宇宙中互相交换特定虚拟财产,或者将虚拟财产兑换成虚拟货币,甚至也可以通过元宇宙虚拟货币的升值获取利润。

以元宇宙游戏Roblox为例,Roblox拥有自己的游戏货币。用户可以通过在Roblox平台开发游戏,销售游戏内道具等获得游戏货币,游戏货币在整个Roblox平台,不同的小游戏宇宙中流动,同时游戏货币与美元可以互换,为货币系统注入了更多的活力。<sup>3</sup>而在Axie Infinity中,用于繁殖下一代小怪兽的药水瓶(Smooth Love Potion, “SLP”)也是一种游戏货币。

4.《NFT来势汹汹, 如何与元宇宙产生梦幻联动?》, 发表于链新, 作者冯铭。

5. [http://www.ccpit.org/Contents/Channel\\_3899/2021/0721/1355439/content\\_1355439.htm](http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3899/2021/0721/1355439/content_1355439.htm)

6. <https://baike.baidu.com/item/%E8%99%9A%E6%8B%9F%E8%B4%A2%E4%BA%A7/3602187>

## (二) 与NFT的梦幻联动

中国当代艺术行业独立策展人顾振清认为,“NFT可以借由网络游戏接口进入虚拟社交的元宇宙世界。其实,所有的NFT都有可能进入元宇宙中,与元宇宙产生梦幻联动。”可以说,NFT所链接的其实就是一个通向线上虚拟社会“元宇宙”的转换接口,而NFT通证就是一路通关的驾照和通行证。对于虚拟世界大同社会愿景中的元宇宙而言,NFT是入口。<sup>4</sup>

The Sandbox中的虚拟土地和Axie Infinity中小怪兽都属于NFT。这些NFT增加了游戏趣味性,提高用户粘性;同时,这些NFT也可以在相应的市场上开展交易。

NFT作为非同质化通证,其不可替代的特性,意味着可以用来代表独一无二的东西,是将现实与虚拟世界连接起来的关键性节点。<sup>5</sup>因此,NFT天然地适用于元宇宙,除了常见的游戏装备、游戏道具等,还可以代表元宇宙中用户的虚拟身份、用户的虚拟财产等等。

### PART 003

## 法律思考

元宇宙的经济活动中,包括NFT在内的虚拟财产不断进行流通与交易。元宇宙与NFT作为最前沿的概念,国内外暂时还没有相关法律法规出台。但是国家对于虚拟财产的保护和监管,早已开始。笔者将从虚拟财产保护的角度出发,观察元宇宙与NFT等虚拟财产联动所催生的法律问题。

### (一) 虚拟财产的法律性质

虚拟财产包括游戏装备、游戏道具、网络游戏货币等,是一种狭义的数字化的、非物质化的财产,并且在一定条件下可以转化成现实中的财产。<sup>6</sup>94公告(即中国人民银行等7部委于2017年9月4日联合发布的《关于防范代币发行融资风险的公告》)发布后,比特币(BTC)、以太坊(ETH)等虚拟货币均被定义为虚拟商品,所以虚拟货币也属于广义的虚拟财产范畴。

虚拟财产的获得往往是经过所有人的劳动(如游戏中花费时间练级、“挖矿”)、交易(如以法币交换游戏道具)所获得的,具备财产的基本特

征,应受到法律的保护,而《民法典》第一百二十七条也做出明文规定,“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”可以认为,数据和网络虚拟财产属于民事财产权利的保护客体范围。

实务中,不少法院已经按照《最高人民法院、国家发展和改革委员会关于为新时代加快完善社会主义市场经济体制提供司法服务和保障的意见》(“《意见》”)作出裁判<sup>7</sup>。实际上,此前已经有相关法院判决反映了该《意见》的主要思想,即对取得他人游戏账户控制权后,转移或抛售账户中的虚拟财产,并将交易所的占为己有的行为判处盗窃罪,并对被告人处以相应刑罚<sup>8</sup>。

可见虚拟财产的财产性质已然得到承认,我国不仅在法律规定上,在实务中也切实保护虚拟财产所有人的利益。

## (二) 虚拟财产的交易

虚拟财产的交易根据财产的性质,受到不同的规制。对于虚拟财产中虚拟货币的交易,国家目前仍实行严格的管控政策,而对于NFT、游戏道具等偏商品类的虚拟财产的交易,国家暂时没有出台相关法律法规予以规制。

NFT、游戏道具的法律性质更偏向于商品,所以多通过拍卖行或二手买卖平台的途径进行交易。其中NFT虽然也具有一定虚拟货币的性质,但其主要监管风险仍在于其炒作导致的市场秩序混乱。故NFT和游戏道具作为商品交易时,需要选择具有拍卖资质的拍卖行,及正规二手交易平台,并避免炒作扰乱市场秩序。

而虚拟货币在我国目前的法律体制下,属于“虚拟商品”的一种,我国对于其作为虚拟财产的法律地位没有否认,其属于可以通过金钱作为对价进行转让、交易并产生收益的财产。但要注意,在交易过程中仍然要防止进行炒作和投机,并杜绝代币融资,违法进行金融活动。

## (三) 反洗钱

虚拟财产由于具有非面对面的匿名性、复杂性、交易快捷性、使用广泛性等特点,具有较高的洗钱风险。据上海市检察院透露,2020年洗钱案

7.该意见要求司法系统加强对数字货币、网络虚拟财产、数据等新型权益的保护,充分发挥司法裁判对产权保护的价值引领作用。

8.<https://law.wkinfo.com.cn/-case-analysis/detail/MkExMDAw-MTQ1MTk%3D?searchId=75a396b442814c6899441e1b2a4a271e&index=1&q=%E6%B8%B8%E6%88%8F%E8%A3%85%E5%A4%87&module=>

9. [https://legal.gmw.cn/2021-05/14/content\\_34843058.htm](https://legal.gmw.cn/2021-05/14/content_34843058.htm)

10. <http://www.fatf-gafi.org/publications/financin-gofproliferation/documents/pr oliferation-financi ng-risk-assessment-mitigation.html>

件的上游犯罪主要集中于非法集资,而与此相关的洗钱行为进一步加大了侦查和司法机关追赃挽损的难度。<sup>9</sup>

金融行动特别工作组(Financial Action Task Force on Money Laundering,“FATF”)于1989年建立,旨在打击洗钱、恐怖融资、大规模杀伤性武器扩散融资(扩散融资)等危害国际金融体系的活动。FATF制定了《反洗钱及反恐融资国际标准——FATF建议》(“《建议》”)<sup>10</sup>,该建议于2021年6月进行了更新。其中Recommendation15针对新兴科技领域反洗钱措施作出的一系列规定,其中最主要一点是:各国应要求虚拟资产服务提供商在其本国取得审批或登记注册,以便各国当局采取必要措施进行监管、监测。需要说明的是,该等发牌的监管机关必须是相应法域所对应的权威监管机关,而非自律管理组织。

世界各国为防止通过虚拟货币进行洗钱,陆陆续续建立起一系列反洗钱制度。如美国财政部下属金融犯罪执法局(Financial Crimes Enforcement Network,“FinCEN”),在2013年3月18日发布了针对虚拟货币进行监管的说明;新加坡金融监管局(The Monetary Authority of Singapore,“MAS”)则根据FATF建议,加快对金融业与非金融业反洗钱的监管,针对不同对象和交易类型,制定不同的关于防止洗钱和打击资助恐怖主义的措施。尤其于2021年6月,连续对银行发布了《626号通知》,对持牌财务顾问发布了《FAA-N06号通知》,对支付系统运营商、财务公司、信用卡持牌人等发布了《PSN10号通知》,对持牌信托公司发布《TCA-N03号通知》等等,一系列通知的发放均旨在加大反洗钱力度;瑞士金融市场监督管理局(FINMA)于2017年9月发布了《ICO监管指南》(FINMA Guidance 04/2017 Regulatory treatment of initial coin offerings),从反洗钱等各个方面对首次代币发行(Initial Coin Offering,“ICO”)的监管作出了较为细致的规定。

我国已经有一套反洗钱的法律法规,并在不断进行完善,如《中华人民共和国反洗钱法》、《中华人民共和国刑法》以及8月1日刚生效的《金融机构反洗钱和反恐怖融资监督管理办法》等。而作为虚拟财产服务供应商,也应当遵守上述法律法规的要求,做到客户身份识别(Know Your Customer,“KYC”),建立大额可疑交易报告制度,保存交易记录等,从而

建立较为完善的反洗钱制度。

合理的监管会促进交易的繁荣,一个规整健康的交易体系会吸引更多的玩家加入到元宇宙世界中,享受虚拟世界带来的快乐,促进元宇宙经济系统的发展。反洗钱制度的建立对高速发展的虚拟财产交易市场而言,加上了一道安全带。

11.《国家税务总局关于个人通过网络买卖虚拟货币取得收入征收个人所得税问题的批复》,现行有效。

#### (四) 税务问题

虚拟财产交易如产生现实层面的交易和收入,从根本上来说仍具有可税性,但相关税款该如何征收,仍然是值得研究的课题。

早在2008年,国家税务总局就规定<sup>11</sup>:网络游戏虚拟币加价后向他人出售取得的收入,属于个人所得税应税所得,应按照“财产转让所得”项目计算缴纳个人所得税。但该政策实际执行起来,仍具有很大的难度。首先,税收主体难以确定,且财产原值也没有相应标准可以确认,更不用说交易的多样性和运营商、交易平台方可能消极配合的问题。如果要推行对网络游戏虚拟币、游戏道具交易的税收政策,笔者建议,第一步要完善相关法律,做到有法可依;同时,要规范运营商、交易平台的商业行为,保证交易记录有迹可循;也要积极推进税收监管的科技化、电子化,以便加强监管力度。

而如BTC一类虚拟货币的税收法律,目前在我国仍处于空白阶段。但其他国家已有对虚拟货币征收税款的先例,如美国国家税务局(Internal Revenue Service,“IRS”)为了应对逐渐火热的虚拟货币交易市场,发布了*Notice 2014-21*和*2014-16 I.R.B. 938*号文件,作为个人企业使用虚拟货币交易的税务处理的指南。随后发布了《有关虚拟货币交易的常见问题解答》(Frequently Asked Questions on Virtual Currency Transactions),就虚拟货币交易中产生主要的税务问题作出回应,并根据实际情况不断作出更新。日本也在2017年通过了税法修正案,将虚拟货币交易带来的收入,归类为“杂项所得”,由投资者申报所得利润。

其他国家对于虚拟货币的税收法则,或将成为我国对于虚拟货币税收监管措施的指路灯,相信在不久的将来,我国将根据我国国情,制定出完整的虚拟财产税收监管制度,虚拟财产的税收实践之路将更加的顺畅。

## 结语

元宇宙与NFT的联动开辟了市场,带来一片繁荣景象,而虚拟世界与现实世界联动的同时,也应受限于现实世界的法律规定,从而保证虚拟财产交易市场的健康稳定发展。当然,作为全新的领域,元宇宙与虚拟财产的碰撞将会产生更多的火花,也期待立法的完善与进步,能够弥补这部分的空白。



樊晓娟  
合伙人  
私募基金与资管部  
上海办公室  
+86 21 6061 3669  
fanxiaojuan@zhonglun.com

# 《个人信息保护法》解读及 对文娱行业的数据合规建议

作者:陈际红 吴佳蔚 焦雅婷 杨润 陈煜焱



1. 见《宪法》第三十八  
条、四十条规定。

2021年8月20日,全国人大常委会通过《个人信息保护法》,该部法律将于2021年11月1日正式实施。伴随着《个人信息保护法》的生效,中国将迎来个人信息保护及企业数据合规的新纪元,甚至可能引发行业产品设计理念与操作规范的巨变。

全球疫情推动了文娱行业数字化转型的步伐,产生了一系列以数字技术和互联网为依托形成的新型文化产品,包括网络文学、网络游戏、网络直播、网络音乐、短视频等。而对于传统形式的文娱产业和产品,数字化转型也如火如荼地展开,诸如文博业、图书出版、广播电视电影、演艺等传统业态,借助大数据、5G等信息基础设施和数字化技术快速实现转型升级。

在这样大环境下,文娱行业从业者需要系统地理解《个人信息保护法》,并对数字化的文娱业务进行数据保护合规建设。

PART 001

确定适用范围和核心概念, 设定个人信息处理的六大原则

《个人信息保护法》以宪法作为立法依据,系宪法中关于“国家尊重和保障人权,公民的人格尊严不受侵犯,公民的通信自由和通信秘密受法律保护”<sup>1</sup>之规范意旨的具体落实。同时,《个人信息保护法》在个人信息处理定义中新增“删除”环节,进一步从立法层面完善对个人信息的生命周期保护。

1. 适用范围

适用范围	条文解读	合规指引
属地原则	《个人信息保护法》第三条第一款设定了法律适用范围的基本原则——属地原则。无论数据处理者是否为境外主体,无论个人信息主体是否为外国人,只要数据处理活动发生在境内,即适用本法。	-任何主体在中国境内从事个人信息处理活动均应遵循《个人信息保护法》的要求。

适用范围	条文解读	合规指引
指向原则	<p>除以属地原则为基础外,第三条第二款明确借鉴欧盟《通用数据保护条例》(“GDPR”)第3条第2款<sup>2</sup>关于地域范围适用的规定,赋予《个人信息保护法》必要的域外适用效力,规定以向境内自然人提供产品或服务为目的,或分析、评估境内自然人的行为亦适用该法,使得该法具有了“长臂管辖”的效果。针对第二款的情形,《个人信息保护法》第五十三条还进一步参考GDPR第27条<sup>3</sup>的规定,要求境外的个人信息处理者在境内设立专门机构或指定代表,并向履行个人信息保护职责的部门报送相关信息。</p>	<p>-在中国境外处理个人信息,如果涉及向境内自然人提供产品或服务,或分析、评估境内自然人的行为,亦应遵循与境内处理个人信息相同的合规要求。</p> <p>-上述适用本法的境外企业应在境内设立专门机构或指定代表,并向履行个人信息保护职责的部门报送相关信息。</p>

2. See Article 3 of GDPR: 2. This Regulation applies to the processing of personal data of data subjects who are in the Union by a controller or processor not established in the Union, where the processing activities are related to: (a) the offering of goods or services, irrespective of whether a payment of the data subject is required, to such data subjects in the Union; or (b) the monitoring of their behaviour as far as their behaviour takes place within the Union.

3. See Article 27 of GDPR: The controllers or processors not established in the Union shall designate in writing a representative in the Union.

## 2. 核心概念

核心概念	条文解读	合规指引
个人信息	<p>《个人信息保护法》第四条规定,个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息,不包括匿名化处理后的信息。关于个人信息的定义,历经《网络安全法》《个人信息安全规范》和《民法典》的多次修正,最终确立了“识别+关联”的判断路径。总体而言,《个人信息保护法》对个人信息的定义</p>	<p>- 企业可使用“识别+关联”标准以认定所处理数据是否构成个人信息:</p> <p>(1) 识别标准:从信息到个人,即由信息本身的特殊性即可识别出特定自然人。例如身份证号。</p>

适用范围	条文解读	合规指引
个人信息	将采取“宽进严出”的态度，凡符合识别标准或关联标准，均可能构成个人信息。同时，还明确了匿名化之后的数据不再属于个人信息。	(2) 关联标准：从个人到信息，即已知特定自然人，由该特定自然人在其活动中产生的信息。例如已知特定自然人的位置信息、通话记录等。
个人信息的处理	相比《中华人民共和国个人信息保护法(草案二次审议稿)》(以下简称“《二审稿》”),《个人信息保护法》对于个人信息处理的范围新增了“删除”,体现立法者对于个人信息全生命周期保护的进一步强化,也有利于将个人信息处理者删除、销毁个人信息的活动纳入本法关于个人信息处理活动的规制范围。	-企业应在个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等全生命周期落实合规义务。

### 3. 处理个人信息的六大基本原则

适用范围	条文解读	合规指引
合法、正当、必要、诚信原则(第五条)	《个人信息保护法》第五条规定,处理个人信息应当遵循合法、正当、必要和诚信原则,不得通过误导、欺诈、胁迫等方式处理个人信息。作为第一项基本原则,《个人信息保护法》坚	相关原则对应的合规措施非常广泛,此处举例如下: -不应以欺诈、诱骗、误导的方式收集个人信息; -不应隐瞒产品或服务所具有的收集个人信息的功能;

适用范围	条文解读	合规指引
<p>合法、正当、必要、诚信原则 (第五条)</p>	<p>持了《网络安全法》和《民法典》关于合法性要求的一贯立场,禁止采取“误导、欺诈、胁迫”等方式处理个人信息也是《个人信息保护法》对于个人信息处理者的基础和前提性要求。</p> <p>同时,《个人信息保护法》将《二审稿》第六条的“必要性”要求前移至第五条,与合法性要求并列作为处理个人信息的最基本原则,结合近期网信办出台的《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》,体现出立法者已将必要性判断作为个人信息处理活动合规性审查的核心。</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-不应从非法渠道获取个人信息;</li> <li>-收集的个人信息类型应与实现产品或服务的业务功能有直接关联;具体范围可结合《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》予以认定;</li> <li>-自动采集个人信息的频率应是实现产品或服务的业务功能所必需的最低频率;</li> <li>-间接获取个人信息的数量应是实现产品或服务的业务功能所必需的最少数量。</li> </ul>
<p>目的明确和直接相关原则 (第六条)</p>	<p>《个人信息保护法》第六条规定,处理个人信息应当具有明确、合理的目的,并应当与处理目的直接相关,采取对个人权益影响最小的方式。收集个人信息,应当限于实现处理目的的最小范围,不得过度收集个人信息。GDPR对</p>	<p>企业提供产品或服务涉及的各项业务功能(个人信息处理活动)应有明确、合理使用场景,并告知用户各功能对应的目的。</p>

4. 见《个人信息安全规范》第5.2条规定,对个人信息控制者的要求包括:a) 收集的个人信息类型应与实现产品或服务的业务功能有直接关联;直接关联是指没有上述个人信息的参与,产品或服务的功能无法实现。

适用范围	条文解读	合规指引
<p>目的明确和直接相关原则 (第六条)</p>	<p>于该原则的表述为“目的限制”原则,即“(b) 基于具体、明确、合法的目的收集个人数据,且随后不得以与该目的相违背的方式进行处理”;并单独在(c)项中规定了“最小必要原则”,表述为“(c) 数据应是充足的、相关的并且限于数据处理目的最小必要范围”。同时,《个人信息安全规范》亦分别用两条来概括为b) 目的明确原则和d) 最小必要原则。</p> <p>值得注意,《个人信息保护法》在《二审稿》的基础上将“必要性”的要求前移至第五条,而替代采用“与处理目的直接相关”的表述,《个人信息安全规范》<sup>4</sup>中将“直接关联”解释为“没有此等个人信息的参与,产品或服务的功能无法实现”;但未来对于“直接相关”的判断标准和尺度仍需进一步观察。</p>	

适用范围	条文解读	合规指引
公开透明原则(第七条)	<p>《个人信息保护法》第七条规定,处理个人信息应当遵循公开、透明原则,公开个人信息处理规则,明示处理的目的、方式和范围。该项原则对个人信息处理者课以公开、明示义务,同时也是对于个人信息主体知情权的保障,从而确保个人信息主体的同意是其在完全知情的基础上作出的意愿表示。</p> <p>实践中,此等明示义务通常以《个人信息保护规则》(或称《隐私政策》)、弹窗单独告知等形式实现,根据《个人信息保护法》第十七、三十条,所应明示的内容至少包括:1)个人信息处理者的名称或者姓名和联系方式;2)个人信息的处理目的、处理方式,处理的个人信息种类、保存期限;3)个人行使权利的方式和程序。同时,如处理敏感个人信息,信息处理者还应当向个人告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响。</p>	<p>-企业应制定个人信息保护政策;所告知的信息应真实、准确、完整,包括但不限于产品运营者基本情况、个人信息收集、使用目的、范围及场景、个人信息处理方式及规则、对外共享及披露情形、个人信息主体权利保障机制、投诉处理渠道等;</p> <p>-个人信息保护政策应公开发布且易于访问,例如,在网站主页、移动互联网应用程序安装页、以交互界面或设计等显著位置设置链接;</p> <p>-个人信息保护政策应逐一送达个人信息主体;例如用户注册或首次运行产品时需主动提示用户阅读并勾选同意后方可继续使用。</p>

适用范围	条文解读	合规指引
<p>其他原则： 准确性原则 (第八条) 问责性原则 (第九条) 数据安全原则 (第九条)</p>	<p>除上述原则,《个人信息保护法》第八条至第九条还规定了处理个人信息应当保证个人信息的质量,避免因个人信息不准确、不完整对个人权益造成不利影响(准确性原则),同时个人信息处理者应当对其个人信息处理活动负责(可问责性原则),并采取必要措施保障所处理的个人信息的安全(数据安全原则)。</p> <p>基于可问责性项原则和数据安全原则,《个人信息保护法》第五章进一步课以个人信息处理者应遵循的法定义务,例如指定个人信息保护负责人(第五十二条),制定内部管理制度和操作规程、实行分类管理、采取安全技术措施、确定个人信息处理的操作权限并定期进行安全教育和培训、制定并组织实施个人信息安全事件应急预案(第五十一条)。</p>	<p>-企业应综合考虑所收集个人信息的目的,开展必要的个人信息完整性和准确性审核。例如,通过公安机关提供的实名认证接口完成对个人所提供的个人信息是否满足《网络安全法》中实名制要求的必要审核;</p> <p>-企业应当结合自身的风险程度,尽早任命个人信息保护负责人,成立相关部门,建立内部合规管理制度和相关措施(具体见第五部分)。</p>

PART 002

## 个人信息处理的基本规则和合规应对策略

5.见《民法典》第一千零三十五条:处理个人信息的,应当遵循合法、正当、必要原则,不得过度处理,并符合下列条件:(一)征得该自然人或者其监护人同意,但是法律、行政法规另有规定的除外;...

### 1.个人信息处理活动的七项法律基础

《个人信息保护法》在第十三条列举了七项处理个人信息的法律基础,除同意外还包括(1)订立、履行合同或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需;(2)履行法定职责或法定义务;(3)应对突发公共卫生事件或紧急情况所必需;(4)为公共利益实施新闻报道、舆论监督;(5)合理范围内处理公开个人信息;及(6)法律、行政法规规定的其他情形。

《个人信息保护法》首次突破了《网络安全法》以“告知-同意”为核心的单一法律基础,对《民法典》第一千零三十五条<sup>5</sup>所规定的“法律、行政法规另有规定”进行了细化和扩展。相比《二审稿》,《个人信息保护法》在“履行合同所必需”的法律基础下提出了人力资源管理的情形,为企业收集、处理员工的个人信息提供了更加明确的合规路径。同时,在《二审稿》创造性提出的“处理已公开的个人信息”这一法律基础之上,《个人信息保护法》进一步对个人信息被公开的渠道进行了细化解释,包括个人自行公开的个人信息及其他已经合法公开的个人信息。

#### 企业合规建议

对文娱企业而言,了解和梳理个人信息处理活动的目的、范围和方式,论证其对应的法律基础将成为合规工作的基本和前提,特别是对于同意和其他合法基础的区分。一旦某处理活动适用其他合法基础,例如属于履行合同之必须,那么该等处理活动无需取得同意,除需满足合法性、必要性等基本原则及其他要求外,在隐私政策中进行披露和公示即可。虽然《个人信息保护法》还未像欧盟《通用数据保护条例》(“GDPR”)中第13条,要求数据控制者在收集数据主体个人数据时说明处理的法律基础,但是,基于正当且合理的法律基础处理个人信息,有助于企业更好地把握个人信息处理的边界,以及应对个人对个人信息处理活动提出异议的后果,进而制定对应的数据合规策略,保证个人信息的全生命周期合规。

## 2. 获取同意的合法、有效标准

《个人信息保护法》第十四条、第十五条对基于个人同意处理个人信息的情形下,获得个人同意的有效标准及撤回同意进行规定。同意应由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出,且可以被便捷地撤回。需要重点注意的是,《个人信息保护法》在第十四条中提到“单独同意”和“书面同意”的概念,且在后文中,为部分场景下的个人信息处理活动设定了单独同意的要求,如向其他个人信息处理者提供个人信息、公开个人信息、处理敏感个人信息、向境外提供个人信息的情形。《个人信息保护法》第十六条还规定,个人信息处理者不得以个人不同意或者撤回同意为由,拒绝提供产品或者服务。

### 企业合规建议

在实务中,“单独同意”要求一旦生效,将对产品界面设置、个人信息处理活动的合法前提产生较大影响,而对于“单独同意”的标准和格式要求仍有待进一步细致规定。按照立法目的,“单独同意”首先应当确保收集的“可感知性”,个人充分知情,而不应与其他个人信息处理规则一并告知;其次,“单独同意”应当排除“捆绑授权”;最后,“单独同意”应当排除“强迫或变相强迫同意”的情况,如人脸信息不属于提供产品或者服务所必需的,个人在拒绝后对产品或服务的使用不应被影响或限制。

## 3. 个人信息处理活动的透明化

《个人信息保护法》在第十七条中列举了个人信息处理者在处理个人信息前,应当向个人告知的事项。相较于《二审稿》,《个人信息保护法》就个人信息处理者的告知义务中增加了“真实、准确、完整”三大原则。另外,《个人信息保护法》在后文中也对个人信息处理者在特定情形下应披露的内容作出规定,情形包括因合并、分立等原因需要转移个人信息、向他人提供个人信息、处理敏感个人信息、及向中华人民共和国境外提供个人信息。

### 企业合规建议

鉴于《个人信息保护法》此次强调的“完整性”对个人信息处理规则的文本提出了更高的要求,结合之前监管机构的实践及相关国家

标准、指南来看,企业需避免使用“等、例如”等方式进行不完整列举。我们建议企业在根据业务实践制定出一份隐私政策或相关文本后,严格对照《个人信息保护法》对个人信息处理者告知义务的内容要求进行查缺补漏,确保满足法律法规的透明化要求。

#### 4. 最小限度保存个人信息

《个人信息保护法》第十九条规定了个人信息的保存期限,除法律、行政法规另有规定的情形外,均应当为实现处理目的的所必要的最短时间。

在实际业务中,企业需要在个人信息处理活动的开端,即界定个人信息处理的目的,并依据目的厘清是否存在个人信息存储的法律要求及对应的时间段,如不存在,则应在目的实现时履行删除或者匿名化处理义务。

#### 5. 共同处理、委托处理及向他人提供个人信息

《个人信息保护法》第二十条、第二十一条分别就共同处理及委托处理个人信息情形进行规定。在共同处理的场景下,双方共同决定个人信息的处理目的和处理方式,应约定各自的权利和义务,如侵害个人信息权益造成损害的,双方应承担连带责任。在委托处理的场景下,双方应约定委托处理的目的、期限、处理方式、个人信息的种类、保护措施、双方的权利和义务等,以及个人信息处理者对受托人的个人信息处理活动进行监督。其中,受托人除需遵守与个人信息处理者的约定,不得超出约定的处理目的、处理方式等外,还需遵守《个人信息保护法》第五十九条从法律层面赋予的安全保障义务及协助义务。另外,《个人信息保护法》在第二十二条及二十三条中还规定了因合并、分立、解散、被宣告破产等原因需要转移个人信息,以及向其他个人信息处理者提供个人信息时的告知义务及其他相关规定。

#### 企业合规建议

企业在与第三方合作时,应基于合作的目的和方式约定与合作伙伴之间的关系和责任承担。在角色判断的过程中,双方的地位、个

人信息处理活动的边界与其应承担的权利与义务相对应,双方应妥善协商并签订协议,在事前进行安全影响评估(《个人信息保护法》第五十五条),结合合作关系涉及的个人信息处理活动的风险程度酌情采取审计、持续监控等措施,以避免后续纠纷。

## 6. 自动化决策的规则

《个人信息保护法》第二十四条规定,个人信息处理者如使用自动化决策,应保证决策透明和结果公平、公正,不得对个人在价格等交易条件上实行不合理的差别待遇,如市场上反映强烈的“大数据杀熟”问题。如通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销,应当同时提供不针对其个人特征的选项,或者向个人提供便捷的拒绝的方式。如个人信息处理者基于自动化决策作出对个人权益有重大影响的决定,个人有权要求其进行说明,并有权拒绝其仅仅通过自动化决策的方式作出决定。

### 企业合规建议

在目前用户画像、算法推荐等新技术、新应用蓬勃发展的大背景下,《个人信息保护法》对自动化决策进行的针对性规范,是对社会热点的关切和呼应。企业在实务操作中,应首先依据《个人信息保护法》第五十五条的规定在事前进行风险评估,其次应明确业务拟通过自动化决策将要实现的目的,如自动化决策是为向个人进行信息推送、商业营销等,应基于同意的法律基础进行个人信息处理,并提供拒绝的方式。

## 7. 公开个人信息使用的合理边界

《个人信息保护法》在第二十五条中赋予了个人信息处理者公开个人信息时单独同意的义务。依据《个人信息保护法》第十三条,在个人自行公开或者其他已经合法公开相关个人信息之后,对于此等已公开个人信息在合理范围内的处理即具有法律基础。但是,如《个人信息保护法》第二十七条所述,尽管可以在合理的范围内进行,但个人明确拒绝的除外,且如处理对个人权益造成重大影响,应另行取得个人同意。

### 企业合规建议

在实践中,对处理公开个人信息之合理范围的判断可能成为实务中的重难点。结合之前的司法实践来看,个人信息主体的明确拒绝和要求删除等行为可能是判断合理边界的重要依据。我们理解,企业应从个人权益的影响角度做出评估,避免造成直接侵入性的隐私损害。

## 8. 公共场所图像、身份识别信息采集

根据《个人信息保护法》第二十六条,在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备所收集的信息,除取得个人单独同意外,只能用于维护公共安全的目的,并设置显著的提示标识。这一规定也与近期中央网信办、工信部、公安部、市场监管总局推进的摄像头偷窥等黑产工作相对应。**我们建议企业排查工作地点、园区或其他场所的采集设备,并依据法律规定及时整改。**

## 9. 敏感个人信息的保护和处理规则

《个人信息保护法》第二十八条对敏感个人信息进行定义,该类信息一旦泄露或者非法使用,即容易导致自然人的人格尊严受到侵害或人身、财产安全受到危害。《个人信息保护法》第二十九条提出了处理敏感个人信息应获得个人的单独同意的要求。另外,《个人信息保护法》此次作出的重大变化之一是明确将不满十四周岁未成年的个人信息划入敏感个人信息范畴。根据第三十一条,对于不满十四周岁未成年人的个人信息处理活动,个人信息处理者应取得其父母或其他监护人的同意,并制定专门的个人信息处理规则。

### 企业合规建议

由于敏感个人信息如泄露或非法使用将造成严重后果,在涉及处理部分敏感个人信息如生物识别信息、医疗健康信息、金融账户信息等领域,均设有特别法律法规进行针对性规定。在2021年7月27日,最高法颁布的《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》中,即从侵权责任、违约责任和消费者公益诉讼角度对人脸信息处理涉及的责任

及要求进行说明。企业在了解涉及处理的个人信息类型的基础上，应区分其中的敏感个人信息类型，制定企业内部的分类分级标准，并采取更高水平的技术措施予以保护。针对未满十四周岁的未成年人信息，企业应在产品/服务端设计青少年模式，通过家长身份验证等方式确保个人信息处理合规，并制定专门的个人信息处理规则予以公示。

PART 003

### 多元化跨境传输的合法路径，确保实现同等保护水平

自《网络安全法》实施以来，个人信息跨境传输一直备受关注但没有明确的具体要求，《个人信息保护法》系统地设计了符合中国国情的个人信息跨境传输方案，提出了多元化的合法传输路径。

通用要求	主体性质	特殊要求
1.采取必要措施，保障境外接收方处理个人信息的活动达到《个人信息保护法》规定的个人信息保护标准（第三十八条） 2.告知个人并取得个人的单独同意（第三十九条） 3.事先进行个人信息保护影响评估（第五十五条）	关键信息基础设施运营者（CIIO）	1.将在中国境内收集和产生的个人信息存储在境内 2.确需向境外提供的，应当通过国家网信部门组织的安全评估
	处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者	
	其他个人信息处理者	满足以下条件之一： 1.按照国际网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证 2.按照国家网信部门定制的标准合同与境外接收方订立合同，约定双方的权利和义务 3.其他

6.需要注意的是,参考《信息安全技术 数据出境安全评估指南》(征求意见稿)中的定义,允许境外机构、组织、个人访问查看存储在中国境内的个人信息的,同样构成个人信息跨境传输。

## 1. 跨境传输的通用要求

无论企业构成何种主体,只要涉及将个人信息跨境传输<sup>6</sup>,即需要满足以下要求:

法规要求	相关解读
采取必要措施,保障境外接收方处理个人信息的活动达到《个人信息保护法》规定的个人信息保护标准(第三十八条)	该要求为《个人信息保护法》中新增的内容,强调了企业所需采取的各项措施、需满足的各项要求所要达成的效果。结合实践经验,企业可采取签订合同、审计评估、技术监测等措施来实现。
1.告知个人关于个人信息跨境传输的相关情况(包括接收方的名称/姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息类型、向接收方行使权利的程序和方式等)并取得个人的单独同意(第三十九条)	对于此“单独同意”具体如何实现,如我们在前文中所述,仍需进一步的指引。企业在进行评估时可参考《信息安全技术 个人信息安全影响评估指南》中的方法论及流程,对是否满足个人信息处理基本原则、对个人权益的影响及安全风险以及安全保护措施有效性等进行评估,并将评估报告及处理情况至少保存三年。
2.事先进行个人信息保护影响评估(第五十五条)	

## 2. 跨境传输的路径设计

对于个人信息处理者而言,在进行个人信息跨境传输时,除满足上述通用要求以外,还需要根据自身的性质适用相应的个人信息跨境传输要求。

(1) 关键信息基础设施运营者(Critical Information Infrastruc-

7. 见《关基条例》第二条规定,本条例所称关键信息基础设施,是指公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务、国防科技工业等重要行业和领域的,以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露,可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的重要网络设施、信息系统等。

8. 见《关基条例》第十条规定,工作部门根据认定规则负责组织认定本行业、本领域的关键信息基础设施,及时将认定结果通知运营者,并通报国务院公安部门。

9. 见《网络安全法》第三十七条规定,关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要,确需向境外提供的,应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估;法律、行政法规另有规定的,依照其规定。

10. 见《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》第六条规定,个人信息出境安全评估重点评估以下内容:(一)是否符合国家有关法律法规和政策规定。(二)合同条款是否能够充分保障个人信息主体合法权益。(三)合同能否得到有效执行。(四)网络运营者或接收者是否有损害个人信息主体合法权益的历史、是否发生过重大网络安全事件。(五)网络运营者获得个人信息是否合法、正当。(六)其他应当评估的内容。

## ture Operator, “CIIO”)或处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者

在《个人信息保护法》发布前夕,《关键信息基础设施安全保护条例》(以下简称为“《关基条例》”)正式通过并将于2021年9月1日起施行。根据《关基条例》,重要行业、领域<sup>7</sup>的主管部门和监督管理部门负责认定该行业、领域的关键信息基础设施<sup>8</sup>。对于CIIO进行个人信息跨境传输的要求,《个人信息保护法》与《网络安全法》<sup>9</sup>一脉相承,均提出了数据本地化的要求。

### 企业合规建议

对于企业而言,即使不构成CIIO,若所处理的个人信息达到了国家网信部门所规定的数量,仍然需要遵循与CIIO一致的个人信息跨境传输要求。具体要求包括:

第一步,先进行数据本地化:企业应当将在中国境内收集和产生的个人信息存储在境内。

第二步,通过国家网信部门组织的安全评估:数据本地化并不意味着禁止将个人信息传输至中国境外,如果确实需要向境外提供的,则需要在通过国家网信部门组织的安全评估后再进行传输。参考网信办于2019年发布的《个人信息出境安全评估办法(征求意见稿)》,安全评估的重点在于评估个人信息跨境传输是否符合法律法规及政策规定,传输方与接收方所签署的合同是否能够保障个人信息主体合法权益等均得到有效执行,传输方与接收方是否发生过个人信息泄露等不良事件<sup>10</sup>。对于安全评估的具体流程、要求等有待进一步明确。

### (2) 其他个人信息处理者

如果企业不构成CIIO且所处理的个人信息未达到国家网信部门所规定的数量,满足以下条件之一即可:

- 按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证。对于如何进行认证、哪些专业机构有权进行认证则有待后续法律法规明确;

- 按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同。尽管目前暂未发布该标准合同条款,参考GDPR下的SCCs(Standard Contractual Clauses)、东盟(ASEAN)发布的MCCs(Model Contractual Clauses)

es)等跨境传输条款,其中至少应当包括对传输范围、方式、频率等事实的明确以及不同数据处理关系下双方的权利义务的约定等内容。

- 法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。

### 对涉及个人信息跨境传输的企业的合规建议

基于上述分析,企业首先需判断自身性质,并在此基础上设计符合自身情况的跨境传输路径。需要注意的是,除上述通用要求及特殊要求以外,企业还需关注所在的行业领域是否有其他特别的要求。以汽车行业为例,根据将于2021年10月1日起实施的《汽车数据安全若干规定(试行)》,汽车数据处理者应该在中国境内依法存储重要数据(包括涉及个人信息主体超过10万人的个人信息),确需向境外提供的,应当通过国家网信部门组织的数据出境安全评估并满足其他相关要求。

#### PART 004

## 个人信息有关主权和国家安全的特殊保护机制

个人信息跨境传输可能涉及国家安全、网络安全、数据主权等多方面的问题,《个人信息保护法》中对涉及其他国家/地区的个人信息保护特殊情形作出了规定。具体来说,主要包括以下三种情形:

第一种,外国司法机构或执法机构要求提供个人信息的情形。经主管机关批准的前提下方可提供存储在中国境内的个人信息,个人信息处理者不得擅自提供。

第二种,境外组织、个人从事不合法的个人信息处理活动的情形。若境外组织、个人从事的个人信息处理活动侵害中国公民权益或危害中国国家安全、社会公共利益,国家网信部门可以将此类组织、个人列入限制或者禁止个人信息提供清单。

第三种,其他国家/地区在个人信息保护方面对中国采取歧视性的禁止、限制等措施。在此情形下,我国可以根据实际情况对该国家或地区对等采取措施。

11. 见《中华人民共和国民法典》第一千零三十七条规定,自然人可以依法向信息处理者查阅或者复制其个人信息;发现信息有错误的,有权提出异议并请求及时采取更正等必要措施。自然人发现信息处理者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定处理其个人信息的,有权请求信息处理者及时删除。

12. 见《个人信息安全规范》第8条的规定。

13. CCPA没有明确规定拒绝权、限制处理权,主要在1798.120规定,消费者有权在任何时间指示出售消费者个人信息给第三方的企业不得出售该消费者的个人信息。

14. 尽管《个人信息保护法》未将“要求不得出售其个人信息”列为一项个人信息主体的法定权利,但《个人信息保护法》第十条在《二审稿》基础上新增规定“任何组织、个人不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息”。

对于企业而言,要持续关注全球数据保护整体趋势,涉及个人信息跨境传输时紧密关注接收方所在国家/地区的法律环境及动态,在选用境外合作伙伴时对其个人信息保护技术能力、合规能力、声誉等进行充分的调查及评估,及时调整业务策略,避免影响业务活动正常平稳运行。

PART 005

赋予个人信息主体十大权利

1. 赋予个人信息主体十大法定权利,首次引入可携带权

《个人信息保护法》第四章全面规定了个人在个人信息处理活动中的十大法定权利。《个人信息保护法》与《民法典》第一千零三十七条<sup>11</sup>及《个人信息安全规范》第八条<sup>12</sup>的有关规定相衔接,同时与GDPR以及《加利福尼亚州消费者隐私法》(“CCPA”)的相关规定类似,明确了在个人信息处理活动中个人的各项权利。

《个人信息保护法》规定的法定权利与GDPR以及《加利福尼亚州消费者隐私法》(“CCPA”)的对比如下:

《个人信息保护法》	GDPR	CCPA
知情权(第四十四条)	知情权	知情权
决定权(第四十四条)	/	/
限制权(第四十四条)	限制处理权	/ <sup>13</sup>
拒绝权(第四十四条)	拒绝权	/
查阅权(第四十五条)	访问权	访问权
复制权(第四十五条)	访问权	访问权
可携带权(第四十五条)	可携带权	可携带权
更正权(第四十六条)	更正权	/
删除权(第四十七条)	被遗忘权	删除权
自动化决策相关权利(第二十四条)	自动化决策相关权利	/
/ <sup>14</sup>	/	要求不得出售其个人信息(Not to sale)

《个人信息保护法》第四十五条第三款首次引入了GDPR和CCPA项下的可携带权,即“个人请求将个人信息转移至其指定的个人信息处理者,符合国家网信部门规定条件的,个人信息处理者应当提供转移的途径”,该规定或将有利于打破目前国内数据领域的垄断乃至“数据孤岛”的局面,解决数据资源的封闭性问题。

15.见《个人信息安全规范》第8条规定,个人信息主体的权利。

## 2. 建立申请受理和处理机制

作为企业而言,响应个人信息主体行使上述权利将构成其在《个人信息保护法》项下的法定义务,具体而言,《个人信息保护法》第五十条要求个人信息处理者应当建立便捷的个人信息主体行使权利的申请受理和处理机制,结合《个人信息安全规范》<sup>15</sup>及相关合规实践,企业至少应在如下几个层面参照执行:

向个人信息主体主动提供查询个人信息,以及获取个人信息副本的渠道

·包括但不限于个人信息的类型、来源、目的、已获得该个人信息的第三方身份或类型

向个人信息主体提供更正或补充信息的渠道

·包括由个人信息主体自行操作以完成更正、补充,或向其提供相关负责人的联系方式,由企业负责人协助其完成更正、补充

向个人信息主体提供删除信息的渠道

·当符合法定情形时,可供个人信息主体自行操作以完成删除,或向其提供相关负责人的联系方式,由企业负责人协助其完成删除

向个人信息主体提供撤回授权同意的渠道

·例如提供由用户选择是否打开获取相关权限的选项、拒绝接受基于其个人信息推送商业广告的选项等

向个人信息主体提供注销账户的渠道

·包括由个人信息主体自行操作以完成注销,或向其提供相关负责人的联系方式,由企业负责人协助其在15个工作日内完成注销

关注监管机构就决定权、限制和拒绝权以及可携带权的具体指引

·及时内化为行政响应机制

如果拟拒绝个人信息主体行使上述权利

·企业应说明理由,且此等说明通过书面形式以留存相应证据;同时应向个人信息主体提供投诉的途径,建立投诉管理机制和投诉跟踪流程,并在合理时间内对投诉进行响应

## 3. 死者的个人信息处理权利

《个人信息保护法》第四十九条规定,自然人死亡的,其近亲属为了自身的合法、正当利益,可以对死者的相关个人信息行使本章规定的查阅、复制、更正、删除等权利;死者生前另有安排的除外。相比《二审稿》,《个人信息保护法》对于死者近亲属行权增加了“为了自身的合法、正当利益”以及“死者生前另有安排的除外”的限制。

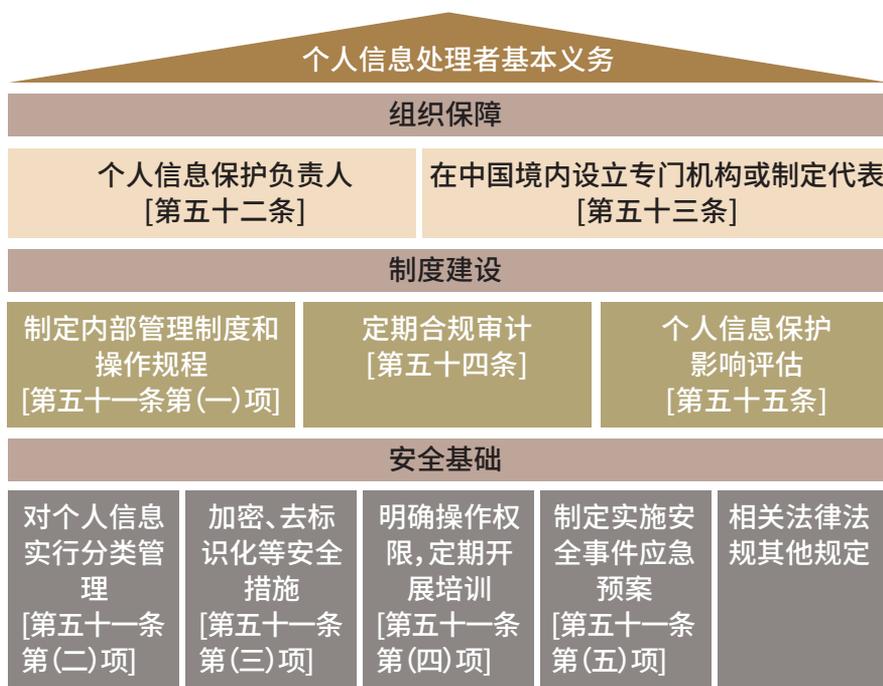
此项变化一方面体现立法者对于死者生前意愿的充分尊重,另一方

面进一步限缩了近亲属行权的情形。未来企业在响应此等死者近亲属的请求时,将有权要求近亲属说明其行权目的,同时可对死者生前是否已对其个人信息的死后处理作出安排予以审查,如果有证据证明不符合上述法定情形,则可以拒绝响应行权请求。

PART 006

## 个人信息处理者的系统性义务

### 1. 履行个人信息保护合规基本义务



《个人信息保护法》第五十一条至五十七条明确了个人信息处理者应履行的基本义务。企业应当构建起以组织为保障、以制度为贯穿、以安全为基石的个人信息保护体系,具体包括:

#### (1) 设立专人负责

- 指定个人信息保护负责人;如果企业处理个人信息达到国家网信部门规定数量,则应指定个人信息保护负责人,并在《隐私政策》或其他界面公开个人信息保护负责人的联系方式,并将个人信息保护负责人的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门。

- 对于适用《个人信息保护法》的境外个人信息处理者，则应当在中国境内设立专门机构或指定代表，并将该机构的名称或代表的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门。

### (2) 建立管理制度和流程

企业应当结合开展个人信息处理活动的具体情况，制定内部管理制度和操作规程，重点关注存在较高风险的处理场景。主要包括：

- 制定内部管理制度和操作规程，将个人信息保护要求嵌入业务流程，确保个人信息处理活动流程清晰、要求明确；

- 定期对个人信息处理活动开展合规审计，持续提升合规性。审计的重点在于对个人信息处理活动是否符合法律法规的要求，既包括对组织措施的审计，也包括安全审计；

- 开展个人信息保护影响评估。应开展评估的场景包括处理敏感个人信息，利用个人信息进行自动化决策，委托处理个人信息、向其他个人信息处理者提供个人信息、公开个人信息，向境外提供个人信息等。评估内容主要包括：1) 个人信息的处理目的、处理方式等是否合法、正当、必要；2) 对个人权益的影响及安全风险；3) 所采取的安全保护措施是否合法、有效并与风险程度相适应等。同时，评估报告及相关处理情况应至少保存三年。

### (3) 搭建安全防范机制

企业应当根据《个人信息保护法》、《网络安全法》及《数据安全法》等法律法规的要求，结合个人信息处理活动的具体情况，采取相应措施充分保障个人信息安全，主要包括：

- 按照《网络安全法》《数据安全法》等强制性要求，履行基本网络安全、数据安全义务，包括但不限于建立等级保护制度、落实数据分类分级管理、建立全流程数据安全管理制度等；

- 对个人信息实行分类管理；例如，结合不同的业务场景和数据本身的性质，企业应当针对个人信息进行分类并采取相对应的管理措施；

- 采取相应的加密、去标识化等安全技术措施；根据所处理个人信息的敏感程度、重要性等，采取不同级别的加密措施；通过界面展示个人信息时应采取去标识化处理等措施以降低泄露风险<sup>16</sup>；

- 合理确定个人信息处理的操作权限；明确内部涉及个人信息处理不

17. 见《个人信息安全规范》第11.6条人员管理与培训的规定。

18. 见《个人信息安全规范》第10.1条个人信息安全事件应急处置和报告。

同岗位的安全职责,建立发生安全事件的处罚机制;与从事个人信息处理岗位上的相关人员签署保密协议,对大量接触个人敏感信息的人员进行背景审查,以了解其犯罪记录、诚信状况等<sup>17</sup>;

- 制定并组织实施个人信息安全事件应急预案;定期对从业人员进行安全教育和培训,使其掌握岗位职责和应急处置策略和规程;安全事件发生后根据应急预案采取措施:1)记录事件内容;2)评估事件可能造成的影响并采取必要措施控制事态、消除隐患;3)按照《国家网络安全事件应急预案》等规定及时上报等<sup>18</sup>。

## 2. 压实重要互联网平台的个人信息保护义务

对于提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者,《个人信息保护法》第五十八条在《二审稿》的基础上新增了互联网平台应当制定平台规则,并明确平台内产品或者服务提供者处理个人信息的规范和保护个人信息的义务。其原因在于,互联网平台场景下可能涉及多方义务主体,因此对于个人信息的收集也可能包括平台内经营者、第三方SDK提供者等,同时鉴于实践中用户通常感知其个人信息的收集、使用主体为平台方,提供个人信息也可能系基于对头部互联网平台本身的信任,因此该条为平台进一步课以对其平台内产品或服务提供者进行管理之义务。

### 对头部互联网平台企业的合规建议

头部互联网平台涉及大量个人信息处理活动,应履行如下合规义务:

1. 按照国家规定建立健全个人信息保护合规制度体系,成立由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督。此等独立机构可类比上市公司的独立董事、外部董事等“和公司无关的人”,与平台企业不得存在隶属关系,也不对平台负责;

2. 遵循公开、公平、公正的原则,制定平台规则,规范平台内产品或服务提供者的个人信息活动及义务,包括但不限于要求产品或服务提供者应制定独立的个人信息保护规则、具备数据安全能力等,并在与平台内产品或服务提供者的入驻协议中将此等平台规则纳入其需履行的合同义务,以及在严重违法违规处理个人信息时停止提供平台服务的后果等;

3. 在平台《隐私政策》等规则中明确告知用户相关产品或服务提供者处理个人信息的情形;并告知用户相关处理活动将适用相应产品或服务提供者项下的个人信息保护规则;
4. 定期发布个人信息保护社会责任报告,接受社会监督。

19. 见《个人信息安全规范》第9.1条关于委托处理规定。

### 3. 明确委托处理者的协助义务

《个人信息保护法》第五十九条规定了委托处理者的安全义务,在《二审稿》基础上调整了义务依据和内容,其应履行的义务包括不限于《二审稿》第五章之规定,同时新增了委托处理者有义务协助个人信息处理者依法履行相关义务。结合《个人信息安全规范》<sup>19</sup>及良好实践,此等协助义务主要包括:

- 协助个人信息处理者开展个人信息保护影响评估,例如提供自身网络与数据安全能力证明材料、相关合规制度文本等;
- 协助个人信息控制者响应个人信息主体行权;
- 配合个人信息控制者对自身的审计;
- 协助履行与个人信息处理者签订的数据处理协议中约定的其他义务。

## 结语

随着《个人信息保护法》的通过及正式实施,文娱企业在面临全新的法律秩序与市场环境的同时,亟需重塑内部合规体系与管理制度,依据法律法规的要求对自身合规水平进行自查自纠,结合自身数据处理活动的风险,尽早采取应对措施。



陈际红  
合伙人  
知识产权部  
北京办公室  
+86 10 5957 2003  
chenjihong@zhonglun.com

## 总编辑

---

邱建  
杨卫华  
龚乐凡  
张炯

## 主编

---

都伟  
罗赟  
黄碧君

## 编委(按姓氏笔画排序)

---

于园园  
王红燕  
王梦奇  
陈际红  
李梦圆  
吴鹏  
赵刚  
赵昱东  
段海燕  
郭建华  
舒海  
樊晓娟





中伦研究院出品



中倫律師事務所  
ZHONG LUN LAW FIRM