



2023年第十五期 秘书处：010-68029709

中国肉类协会

牛人俱乐部分会法律周刊

卷语：

亲爱的牛人分会朋友们：本期法律资讯供大家参考！

一、行业聚焦

自2002年6月27日起施行并于2021年1月1日废止的《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》规定，消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。自2015年5月5日起施行的《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（法释〔2015〕10号）第二十九首次规定了商品房消费者物权期待权可以排除强制执行。《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（法释〔2020〕21号，下称《执行异议和复议规定》）承继了该商品房消费者物权期待权可以排除强制执行的规定。



自2023年4月20日起施行的《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》（法释〔2023〕1号，下称《商品房消费者权利问题批复》）对商品房消费者物权期待权可以排除强制执行的规定进行了重大调整。该调整将对商品房消费者权利、建设工程价款优先受偿权、抵押权和其他债权产生重要而深远的影响。

二、推荐阅读

一、信息类聚合网络平台知识产权侵权风险与控制分析

【摘要】在网络技术迅猛发展和信息传输效率大幅提升的时代背景下，整合全网资讯、影视作品、音乐作品、图片等内容的信息类聚合网络平台，已成为公众便捷获取各类资源的重要渠道，信息类聚合网络平台也凭借海量信息、资源免费、操作便捷等优势快速发展，并实现了吸引流量、广告投放、增加会员订阅等商业目的。但对于聚合平台本身而言，其依靠网络技术对分散的网络资源进行抓取聚合于一个平台，由此可能涉及大量与作品资源及平台技术相关的法律风险。对此，信息类聚合网络平台需要对侵权行为的发生进行提前的布控和预防，并选择可行的风险控制方式以实现平台长远发展。



二、对赌协议中目标公司实控人、大股东回购义务的实务认定

【摘要】近年来，公司为了顺利引进投资人入驻，往往会选择股权增资的方式并与投资人签订投资协议。投资人为规避自身风险，往往会要求目标公司与之签订回购协议约定回购条款，包括要求目标公司实控人、大股东在目标公司与投资人的回购条款基础上，进一步约定目标公司实控人、大股东的回购义务。加之《九民纪要》为了遵从《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）的资本维持原则，多倾向于认定目标公司不承担回购义务但目标公司实控人、大股东的回购义务应当履行，这使得目标公司实控人、大股东处于极为不利的位置。本文结合实务案例论证目标公司实控人、大股东的回购义务的应对。

了解更多

原文：

一、信息类聚合网络平台知识产权侵权风险与控制分析

一、信息类聚合网络平台商业模式分析

信息类聚合网络平台是指依托搜索、链接、转码等网络技术，对互联网上的海量资源进行定位、分析、选择，将分散的网络资源整合于一个平台，并对聚合的网络资源进行必要整理、分类，以特定形式呈现在平台页面上，用户可以根据自身需求进行搜索与条件筛选。为了达到前述信息聚合效果，网络平台一般采取以下两种方式：一是将所聚合的网络内容全部复制储存到自己的服务



器中；二是通过深度链接等技术，将内容地址以文字、图片、视频等完整呈现在平台页面上，并可以对多个不同平台来源的内容进行选择与重组，这一方式下，用户对内容的搜索与读取也都在平台页面中进行，不会跳转到原内容提供者页面。

当采取第一种方式时，信息类聚合网络平台实施了复制行为，其可能涉嫌侵犯著作权人的复制权、信息网络传播权，这在司法实践中的争议并不大。但对于第二种方式，其并未实施复制行为，该类行为的定性还存在较大争议，其中最受争议的核心要素在于采用深度链接技术，如提供网络小说资源的内容聚合平台，借助搜索、链接、数据挖掘等网络技术，聚合网络上其他平台所发布的网络小说，并借助推荐、分类、排版等服务获取网络流量，进而得到广告等收益。这种附属性很强的内容聚合运营模式在提升读者网络阅读体验的同时，对被链网站起到了实质性替代作用，很容易与被链网站之间存在利益冲突。

二、信息类聚合网络平台侵权责任分析

（一）信息类聚合网络平台主体地位

著作权法对网络内容服务提供者与网络搜索、链接等服务提供者作出了不同界定，由此产生直接侵权或间接侵权责任认定问题，但对于信息类聚合网络平台而言，其在著作权法项下的主体地位仍有较大争议。

“网络服务提供者”包括网络技术服务提供者和网络内容服务提供者，区分网络技术服务提供者和网络内容服务提供者的最主要标准为是否对信息内容



进行管理与控制。网络技术服务提供者主要是指提供接入、缓存、信息存储空间、搜索以及链接等服务类型的主体，不直接向网络用户提供信息或对信息进行组织、筛选和审查。网络内容服务提供者是主动向网络用户提供各种信息的主体，其对信息具有控制权，可以对信息进行组织、筛选和审查。上述两类网络服务提供者对信息的管理和控制能力不同，其注意义务、免责事由、法律责任亦不同。首先，网络内容服务提供者发布、传播信息时，负有不得侵害他人合法权益的注意义务，而网络技术服务提供者不直接侵权，是被他人利用实施侵权行为，只有在接到权利人通知或明知网络用户侵权时，才负有采取必要措施避免损失发生、扩大的注意义务，且网络技术服务提供者只在特定条件下，才与网络用户承担连带责任；其次，网络技术服务提供者受“避风港原则”的保护，适用“通知-移除规则”免责，网络内容服务提供者不能依据上述规则免责。

就信息类聚合网络平台而言，若信息并非由平台提供而是由网络用户通过该平台发布、传播，且平台仅提供暂时缓存、信息搜索工具等基础性技术服务，平台角色应认定为网络技术服务提供者；若该平台通过转码、深层链接等技术获取信息，并将筛选后的信息按照自己设计的界面、编排方式呈现给用户的，平台角色则应认定为网络内容服务提供者。因此，信息类聚合网络平台既可能是网络技术服务提供者，也可能是网络内容服务提供者，在特定情形下也可能兼具前述两种身份。

（二）信息类聚合网络平台侵权风险分析

信息类聚合网络平台的商业模式本质在于以大数据服务为基础，通过爬虫等技术自动化采集、整合数据并完成信息内容的再次分发，这实际是一种对网



络信息进行转载的二次传播行为。虽然我国司法实践一直以技术中立为原则，并不否定技术本身的合法性，但平台公司在未经作品权利人许可的情况下，擅自采用深层链接等技术手段获取相关资源并进行公开传播，仍可能涉及诸多法律风险。

在某司法案例库中，将裁判文书发布时间限定为2019年1月1日至今，以“聚合平台”为关键词进行检索，筛选出案件数量为242件，以“深度链接”为关键词进行检索，筛选出案件数量为288件。经简要梳理分析，法院裁判依据主要为著作权法和不正当竞争法，对于采用服务器存储方式运作的聚合平台，法院普遍认定构成侵犯著作权，对于采用深度链接方式运作的聚合平台则裁判结果、说理论证存在不一致，主要存在三种裁判结果，一是直接认定聚合行为不侵权，二是认为聚合平台方举证不足，不能证明其行为仅仅是提供链接，被推定实施了存储行为进而认定构成侵权；三是认为提供链接虽然不直接侵权，但因其未尽注意义务，构成共同侵权。

1、侵犯著作权风险

根据《著作权法》规定，信息网络传播行为的特征可以概括为“作品提供”和“使公众可获取”。信息网络传播权作为著作权法中一项具有排他性的财产性权利，信息网络传播权的排他效力主要依靠权利人对作品提供行为以及受众范围的控制予以实现。

信息类聚合网络平台利用转码技术转存其他平台发布的受著作权法保护的作品内容，在信息类聚合网络平台未删除保存在服务器中的原网页内容的情况下，后续再有用户访问时，便不再需要从原网页获取内容，而是由该信息类聚合网络平台直接将自己保存的内容发送给用户，这种对作品的再现与利用行为



存在侵权可能性。如在“北京中青文文化传媒有限公司诉北京百度网讯科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案”中，法院认为WAP搜索服务中对网页的临时储存不具有独立的经济价值，不构成著作权法上的复制或者向公众提供作品，但如果WAP搜索服务商并非临时存储网页，而是在其服务器中长久保存了相关网页，则仍可能构成提供作品的直接侵权。

同时，信息类聚合网络平台如擅自对其他网站中的作品设置深度链接，相当于在被链网站之外提供新的作品获取渠道，以此截取传播收益，从而干扰被链网站对作品提供和受众范围的控制，满足信息网络传播行为的“作品提供”和“使公众可获取”两个要素，存在侵权可能性。如在“北京搜狐互联网信息服务有限公司与北京字节跳动科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案”中，字节公司抓取引擎通过自动抓取，以链接形式展示新民网网站内容，“今日头条”APP对作品实施“加框”+“聚合”+“编辑”+“主动推送”等行为组合，已经构成对他人作品的人为干预，不再是纯粹提供搜索链接的“渠道”服务。字节公司和新民网公司未经搜狐公司许可，通过由字节公司提供技术接口，新民网公司提供文章内容的方式分工合作共同提供了涉案文章，其行为构成共同侵权。

除此之外，源内容权利存在瑕疵也会导致信息类聚合网络平台可能构成间接侵权。信息类聚合网络平台从多个不同网络平台甚至全网平台搜集内容，部分内容是已经权利人许可，被放置在网络公共领域，但也有部分是未经授权许可的盗版作品，而信息类聚合网络平台往往未对源内容权利状态进行审查或仅做简单审查，一定程度上帮助扩大了侵权作品的传播范围，可能构成间接侵权。

2、涉及不正当竞争风险



《反不正当竞争法》已明文规定数种类型化不正当竞争行为，虽然信息类聚合网络平台的行为难以归入类型化不正当竞争行为之列，但若信息类聚合网络平台被认为与被链平台之间存在竞争利益、属于竞争关系，且信息类聚合网络平台的深度链接行为损害了被链平台的竞争利益，即符合“竞争利益-竞争关系-竞争损失”这一不正当竞争判断底层逻辑，则其仍可能因违反《反不正当竞争法》原则性规定而涉及不正当竞争风险。

在“深圳聚网视科技有限公司与北京爱奇艺科技有限公司其他不正当竞争纠纷案”中，法院认为聚网视公司未能提供证据证明“VST全聚合”软件采用的密钥源于公开渠道，而爱奇艺公司提供的证据能够证明其对提供的视频采取了加密措施，聚网视公司采用破解爱奇艺公司的验证算法绕开了爱奇艺公司的片前广告，实现无需观看片前广告直接获得视频播放的目的，且聚网视公司无需支付版权费用、带宽成本，侵害了爱奇艺公司的合法经营活动。此外，聚网视公司的行为使不愿意观看片前广告又不愿意支付爱奇艺会员费的网络用户转而使用“VST全聚合”软件，进而造成爱奇艺公司广告收入和用户的相应减少，据此法院认为爱奇艺公司和聚网视公司之间确实存在竞争关系，并且聚网视公司采用技术手段绕开片前广告，直接播放来源于爱奇艺公司的视频的行为构成了不正当竞争。

3、涉及刑事风险

《刑法修正案（十一）》正式将“未经著作权人许可，通过信息网络传播作品”的行为规定为侵犯著作权罪的实行行为，并将“故意避开或破坏技术措施”行为纳入该罪规制范畴。同时，若利用技术措施伪装或者绕开目标企业的反爬虫设置进行数据爬取的，可能会直接触及刑法第二百八十五条、第二百八十六条规定的涉嫌非法侵入计算机信息系统罪、非法获取计算机信息系统数据罪、破坏计算机信息系统罪。



在“北京易查无限信息技术有限公司、于某侵犯著作权罪案”中，“易查网”在提供小说阅读服务过程中，不仅进行了网页的格式转换，还在其服务器中存储了经过格式转换的网页内容，使后来的用户可以直接从其服务器中获得，上述行为已明显超出转码技术的必要过程，所谓“临时复制”的内容已具备独立的经济价值。因此，法院认定易查公司的小说服务模式构成对作品内容的直接提供，易查公司未经许可，通过“易查网”传播玄霆公司享有信息网络传播权的588部涉案小说，情节严重，构成侵犯著作权罪。

三、信息类聚合网络平台风险规避方式分析

（一）合法授权来源

信息类聚合网络平台规避侵权风险，首先需从源头解决问题，拓展版权合作，即获得聚合内容权利人的合法授权。为此，信息类聚合网络平台应加大版权投入，深化与各类平台的资源整合，通过获得著作权人直接授权、集体管理组织统一授权、版权置换等不同形式的版权合作，获取不同渠道的内容信息，进而合法地扩充内容池。同时，在与第三方开展版权合作时，信息类聚合网络平台应细化作品项目，对授权链接的作品内容明确列明，尽量避免采用笼统模糊的战略合作协议作为某个作品的授权依据。当暂时无法获知作品权利人或难以联系到权利人获得授权时，可以委托有关著作权协会或者知识产权保护组织收转稿费；或者如愿意承担风险，可在平台页面内声明“文章来源于网络，如有侵权，请联系删除”、注明稿费领取方式等内容，并在权利人联系平台后立即删除侵权文章或及时获得授权，但即使立即删除也并不能免除平台的赔偿责任。对于未发表的他人作品，平台不宜私自发表，尤其是技术说明书类技术性



文字作品和商业计划书等商业文字作品，私自发表有可能涉嫌侵犯商业秘密，其所造成的损害可能远远大于一般性的著作权侵权。

（二）提高注意审查义务

对于并非仅提供搜索和链接服务，而是专门提供文字作品网络阅读服务或视频服务的专业网络平台，其身份定位意味着该类平台应承担较高的预防侵权注意义务，若此类聚合平台缺乏采取相应预防措施的能力和具体行动，则在司法实践中存在被合理推断明知或应知被链行为侵害了相关作品的信息网络传播权的可能性。为此，为避免抓取、转码和推荐的网站内容来源于专门的盗版平台，信息类聚合网络平台应关注政府部门或行业协会等公布的盗版平台信息，如关注国家版权局公布的文学作品侵权盗版网络服务商“黑名单”，同时平台应调整自身搜索和推荐算法，设置黑名单筛选机制，对重复侵权的盗版网站采取屏蔽搜索显示等主动过滤措施，避免继续“换源”到盗版平台或盗版作品，并设置便捷的投诉渠道和惩罚机制，引入技术手段或联合版权保护机构，及时接收并妥善处理侵权通知，从而有效减少平台风险，如今日头条建立了“站内抄袭一键删除、全网监测与删文、未维权先赔付、站外投诉秒处理”的原创保护体系，并委托第三方维权机构针对全网抄袭文章提供删文服务。

对于需要注册平台VIP会员才可获得的内容，平台一般会采取一定的技术保护措施，信息类聚合网络平台对该类内容的转载具有更高的注意审查义务。对于各大网站的知名作品或权威网站的作品，鉴于其知名度、影响力等原因，信息类聚合网络平台应当提前了解并熟悉相关平台对于转载作品的限制性规定和



约束条件。对此，信息类聚合网络平台需要留意权利人在作品上线前预先发布的预警函，以及有关行政机关发布的知识产权保护名单。

（三）保留技术实施痕迹

信息类聚合网络平台应显示链接内容的完整来源域名地址及页面跳转过程，同时，为避免诉讼过程中因举证不能而导致承担不利后果，信息类聚合网络平台在抓取、设置链接时，应当保留软件的相关后台数据和工作日志，显示视频链接抓取的时间和明确的URL地址。在断开链接时，也应当再次对链接地址、设置时间、断开时间进行存证。对于数据的存证形式，可在数据形成后有针对性地对平台操作界面和数据内容进行时间戳认证或电子存证，在涉诉后作为电子数据证据材料提交时，可强化其证据形式和证明效力。

四、信息类聚合网络平台版权管理与运营

信息类聚合网络平台想要打造以“版权运营”为核心的运营模式，就需要以用户需求为导向集成优质内容资源，并建立版权权属清晰、授权规范、维权有保障的管理体系，逐步打通全产业链，促进版权价值最大化。

（一）以优质内容资源构建核心竞争力



优质内容版权是吸引消费者注意力的核心，亦是信息类聚合网络平台提供信息增值产品与服务的基础，因此该类平台发展关键在于能够高效组合、集成用户需求的优质内容，特别是通过算法等技术提高内容集成效率，精准满足目标用户需求。

信息类聚合网络平台应积极与版权所有者通过建立版权授权和版权交易机制，增强平台内容资源的市场竞争力。如占据了国内网络文学市场头部资源的企业是阅文集团，其旗下吸纳了起点中文网、创世中文网、云起书院、红袖添香、潇湘书院、起点女生网等9个网络文学网站，在保障海量内容资源的同时，也实现了用户群体的精准定位。同时，信息类聚合网络平台也可通过与其他平台合作，共享版权资源，为自身版权资源提供持续供给，如阿里文学在利用自身商业生态圈的流量优势的基础上，与书旗小说、淘宝阅读、UC小说、优酷书城、PP书城等网站和客户端达成版权合作关系，实现内容资源的库的快速扩容。

（二）以原创保护机制激发创作动力

信息类聚合网络平台仅靠抓取内容无法满足长远发展的利益需求，平台应通过设置原创鼓励机制、原创登记机制和原创保护机制激发平台用户创作热情。保护原创首先应从鼓励原创着手，平台可通过完善收益分成机制、优化原创优质内容推荐算法、明确奖惩规则和平台维权方式等来增加创作者与平台的黏性及创作动力。同时，平台还可借助“大数据”、“区块链”、“时间戳”等技术建立自身版权体系和原创登记制度，并可尝试与公证机构联动以增加登记的法律效力，如平台利用区块链去中心化的技术特征为原创作品嵌入永久有效、无法篡改的密码或者生成哈希值码，这个密码或哈希值码会同时储存在区块链



的所有电脑上，即具有“发布即存证”的功能，这不仅使登记过程便捷高效，且有利于版权确权、权利溯源、证据固定。此外，平台还应加大在原创保护功能方面的投入，根据平台内容、用户特点创建版权保护应用系统和网络侵权追踪平台，如阅文集团自主研发以文学作品数字指纹技术为核心的版权检测和追踪系统，能够自发识别侵权作品、记录盗版信息并在线存证，在平台日常版权管理和维权过程中发挥着重要作用。

（三）以全版权运营激发版权潜在价值

全版权运营模式是指将文化创意产品通过版权交易在多个领域充分开发，从而实现一个资源多重利用目的的产业运营管理模式。[14]此种模式以内容资源为基础，打破传统产业之间的界限，通过完善产业链条、建立品牌矩阵、拓展运营渠道，从而最大限度地发掘版权商业价值。

信息类聚合网络平台传统变现方式为付费订阅、广告投放，全版权运营模式则关注内容产业与上下游产业的联动，进一步拓展了平台变现模式，较为常见的便是内容产业IP化。如阅文集团将网络文学业务与IP业务紧密结合，深耕IP全版权运营业务、强化IP授权业务能力，率先实现了内容产业从“文学IP库储备”——“IP孵化”——“IP价值转化”全产业链布局，实现纸质书出版、电子版权分销、影视、游戏、动漫改编、衍生品开发等多种业态的联动。全版权运营模式不仅需要平台内部围绕内容产业建设提高系统化能力，推行内部精细化、系统化运营，连接内容孵化、运营及开发等环节，制定精细化的运营策略与长期规划。同时，还需要加强外部跨行业联动合作，推动内容产业链延展，如阅文集团在IP业务发展过程中，与腾讯影业、新丽传媒联合出品《赘婿》，



其中阅文影视负责提供文学内容输出渠道即提供IP版权，腾讯影业负责评估IP开发立项，进行主投主控，并利用自营平台完成后期宣发、播放，新丽传媒负责组建专业影视团队改编、拍摄作品，实现了文学内容版权销售、联合投资和自主研发的良性互动。

（四）以全链条管理模式健全版权保护机制

信息类聚合网络平台应加强内部版权管理规范，建立符合平台特性的长效监管机制，从合同管理、信息管理等方面着手强化自有版权的有效管理与保护。在合同管理方面，平台无论是将作品进行展示传播或分发交易，每一次使用都要规范授权程序，认真审核合同许可内容、类型、期限等条款，并就传播、修改、收益分成、衍生开发等一系列合作事项进行约定，利用信息化手段建设电子合同管理系统，形成规范合理的授权模式。与此同时，为保证版权有序开发并降低侵权风险，平台还可建立包含版权登记、版权评估、版权监测与维权、版权交易开发等方面的信息管理体系，定期盘点、监测平台版权全生命周期运营情况。

了解更多

原文：

二、浅析海关知识产权保护措施损害责任的法律问题



一、前言

《中华人民共和国知识产权海关保护条例》第28条第2款规定：“知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物后，海关不能认定被扣留的侵权嫌疑货物侵犯知识产权权利人的知识产权，或者人民法院判定不侵犯知识产权权利人的知识产权的，知识产权权利人应当依法承担赔偿责任。”该条规定虽然明确和肯定权利人不当申请海关采取扣留强制措施必然产生赔偿责任，但是司法实务中对该条款的法律适用还存在诸多争议问题有待论证解决。

二、海关知识产权保护措施损害责任的法律问题

（一）申请不当的认定：主观恶意的溯源

知识产权权利人发现侵权嫌疑货物后，依法有权向海关申请采取扣留侵权嫌疑货物的强制措施避免自身经济损失。通常权利人发现侵权嫌疑货物的途径包括自主发现以及海关依职权发现进出口货物存在侵犯备案知识产权嫌疑后书面通知权利人，本文分别讨论这两种情形下权利人申请不当的法律认定。

权利人自主发现侵权嫌疑货物并请求海关采取扣留措施时，依法应向海关提供书面申请以及相关证明文件，并提供足以证明侵权事实明显存在的证据，与此同时另须提供不超过货物等值的担保用于赔偿可能因申请不当给收货人、发货人（以下称“侵权嫌疑人”）造成的损失，以及支付货物由海关扣留后的仓储、保管和处置等费用（同申请财产/证据保全同理）。海关随之将前述权利人提交的申请书和证据向侵权嫌疑人送达，当侵权嫌疑人收到文书后认为货物不存在侵权时，可以通过向海关提供与货物等值的担保金的方式请求放行货物。



如上流程，就会存在一个现实问题：在权利人自主发现侵权嫌疑货物的前提下，因侵权嫌疑人提供担保金致海关同意放行货物，此时海关客观上丧失对嫌疑货物是否侵权的调查权。侵权嫌疑人若认为权利人存在申请不当而主张赔偿责任，则不得不诉诸法院请求认定嫌疑货物侵权与否，通常侵权嫌疑人会先行或与申请海关知识产权保护措施损害责任诉讼一并提出确定不侵权之诉。如此，就涉及到侵权嫌疑人认为不侵“权”与权利人认为侵“权”中的“权”是否指的是同一项知识产权。诸如在(2018)浙民终104号民事案件中，侵权嫌疑人在一审诉请中提出嫌疑货物不侵犯权利人A专利权，权利人抗辩嫌疑货物在另案审结的案件中被其他法院最终认定侵犯权利人B专利权，一审法院经审理确认嫌疑货物未落入权利人A专利权的保护范围继而支持侵权嫌疑人确定不侵权之诉，或随之判定权利人存在申请不当应承担赔偿责任。然二审法院认为即使经法院审理以及权利人当庭确认嫌疑货物确未落入A专利权保护范围，但只要嫌疑货物经过生效法律文书认定存在侵犯权利人其他专利权的行为，即可判定嫌疑货物存在侵权而不论是否指的是权利人和侵权嫌疑人认为的同一项知识产权，进而二审改判定权利人申请海关扣留措施时主观无恶意不存在申请不当，未支持侵权嫌疑人相应的赔偿责任。

另一种情形则是海关依职权发现进出口货物存在侵犯备案知识产权嫌疑后书面通知权利人，权利人判断其中是否存在侵权再行决定是否请求海关采取扣留措施。诸如在(2020)沪73民终168号民事案件中，权利人认为嫌疑货物存在侵权继而请求海关采取扣留措施后，侵权嫌疑人提供相关证据证明嫌疑货物上的商标与权利人的商标分属不同类别且用于不同的商品或服务，故不存在侵害权利人及其母公司商标权的行为（本案中权利人商标权系其母公司授权许可使用），并随之发函及现场与母公司沟通不侵权事宜，但权利人依旧认为侵权嫌疑人因证据不足而判断其存在侵权继而申请海关采取扣留措施。本案一、二审



法院均不否认在海关依职权发现嫌疑货物通知权利人的当下，此时权利人因对公权力机关的职责信赖主观上必然不存在恶意，但当侵权嫌疑人提供证据并与权利人母公司沟通不侵权事宜后，此时权利人即可初步判断嫌疑货物是否存在侵权以及侵权概率，在权利人明知嫌疑货物可能不侵权的情况下仍旧向海关请求采取扣留措施，一、二审法院对此均肯定权利人主观恶意存在申请不当，且主观恶意产生或灭失的时间节点是侵权嫌疑人提交证据足以使权利人通过调查初步判断嫌疑货物可能不存在侵权。

综上，笔者认为无论何种途径下权利人发现嫌疑货物，法院认定权利人请求海关采取知识产权保护措施时是否存在申请不当情形，其审判宗旨首当其冲都是追溯权利人主观上是否存在恶意以及主观恶意产生和灭失的时间节点判断。

（二）赔偿范围的界定：直接因果关系判定

权利人因申请海关知识产权保护措施不当产生的赔偿责任除上述《知识产权海关保护条例》规定外，可追溯我国民法体系中的其他相关规定，即《民法典》第179条第1款“承担民事责任的方式主要有：（八）赔偿损失”及《民事诉讼法》第108条“申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失”，但对于赔偿损失的范围并无明文规定，这就导致侵权嫌疑人在法律适用过程中存在法条理解偏差，在诉请中将其认为所遭受的一切损失一并向权利人主张赔偿。

笔者认为司法实践中法院在审理此类案件时，一般会从两个方面去界定损失赔偿范围：即损失的性质和损失产生的时间，且无论是损失的性质还是损失产生的时间，法院判定的标准均是侵权行为与侵权结果之间存在直接因果关系。



在(2021)浙02民终1792号民事案件中可反映法院对损失性质的界定标准，法院认定侵权嫌疑人主张的原始费用及查验费用、仓储费、货物运输费、滞箱费以及因包装破损发生的包装材料费、人工费、更换机壳、重新测试的人工费均系权利人申请不当行为产生的直接经济损失而支持该部分诉请；主张的货款利息、与海关知识产权保护无关的律师费、单方提货取样公证费因并非权利人申请不当行为产生的直接经济损失而未予采信支持。在前述(2020)沪73民终168号民事案件中可反映法院对损失产生时间的界定标准，即侵权嫌疑人在权利人主观恶意产生前发生的损失因不存在直接因果关系而不予认定支持。

（三）确认不侵权与损害赔偿合并审理的正当性论证

在第一部分阐述的(2020)沪73民终168号民事案件中，其案由系“确认不侵害专利权纠纷及因申请海关知识产权保护措施损害责任纠纷”，这样的合并案由如上所述一般发生在由海关依职权发现发现进出口货物存在侵犯备案知识产权嫌疑后书面通知权利人的情形中。虽然司法实践中已然存在合并审理的案例，但笔者认为确认不侵权之诉与损害赔偿之诉合并审理的正当性问题仍有待商榷。

一审法院认为该案可以合并审理的理由为“根据《最高人民法院关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》第十三条规定，申请人不起诉或者申请错误造成被申请人损失，被申请人可以向有管辖权的人民法院起诉请求申请人赔偿，也可以在专利权人或者利害关系人提起的专利权侵权诉讼中提出损害赔偿的请求，人民法院可以一并处理。该院虽非专利权人提起的专利权侵权诉讼，但根据相关司法解释，确认不侵害专利权纠纷本质上属于侵权类纠纷，故在本案中波速尔公司（即侵权嫌疑人）同时提出的损害赔偿请求即因申请海关知识产权保护措施损害责任纠纷，该院予以一并审理。”



笔者对该部分法院说理产生如下困惑和质疑：1、经笔者公开搜索，不存在司法解释专门规定“确认不侵害专利权纠纷本质上属于侵权类纠纷”，此说法根源可追溯至《人民法院报》2014年4月17日第06版“确认不侵权之诉可独立成诉——安徽高院判决鑫曜公司等确认专利不侵权案”一文中，文中记载“安徽省合肥市中级人民法院认为：确认不侵权之诉，是当事人请求人民法院对一定的权利或某种法律关系是否存在，给予裁决的一类诉讼类型，从而结束鑫曜公司与权利人之间法律关系的不稳定状态。确认不侵犯专利权诉讼属于民事侵权类诉讼……安徽高院经审理认为：确认不侵犯专利权之诉，本质上属于民事侵权类诉讼，依法应由原告向人民法院提交涉案产品的样品，并由人民法院对该样品是否落入涉案专利保护范围进行比对。”也就是说，“确认不侵害专利权纠纷本质上属于侵权类纠纷”并非来源法律法规的明文规定，一定程度上属于法官审理个案时的类推适用，一审法院因此认为该案符合最高院《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》第13条情形予以一并审理，系缺乏法律依据。2、从《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知（2020）》内容看：“160. 专利权权属、侵权纠纷与169. 确认不侵害知识产权纠纷”系分开规定，两者案由之间不存在隶属关系，如此规定则与前述“确认不侵害专利权纠纷本质上属于侵权类纠纷”存在矛盾。退一步说，即使在该通知第五部分“适用修改后的〈案由规定〉应当注意的问题”中第3条规定“存在多个法律关系时个案案由的确定。同一诉讼中涉及两个以上的法律关系的，应当根据当事人诉争的法律关系的性质确定个案案由；均为诉争的法律关系的，则按诉争的两个以上法律关系并列确定相应的案由”，此处对于“法律关系的性质”存在“以确认之诉、给付之诉、形成之诉类型区分”或者“同一类型的诉但涉及不同性质法律关系”理解上的歧义。该案中“确认不侵害专利权纠纷及因申请海关知识产权保护措施损害责任纠纷”的案由显然是确认之诉与给付之诉的叠加，能否并列案由合并审理见仁见智。



针对上述合并审理问题，笔者更倾向于确认不侵害知识产权纠纷与因申请海关知识产权保护措施损害责任纠纷分别诉讼。理由如下：1、根据《最高人民法院关于第一审知识产权民事、行政案件管辖的若干规定》，不同知识产权权属、侵权纠纷相关的民事、行政案件，其一审管辖法院根据知识产权的性质可以是中级人民法院或者是最高院确定的基层人民法院，而因申请海关知识产权保护措施损害责任纠纷案件作为普通民事案件，其一审管辖法院一般为被告所在地或侵权行为地所在基层法院。在两者案由对应的一审管辖法院不一致的情况下，法院采取合并审理存在适用管辖错误风险。2、确认不侵害知识产权纠纷系确认之诉，因申请海关知识产权保护措施损害责任纠纷系给付之诉，后者能被法院审理支持的前提是前者经生效法律文书的确认。如两者合并审理则存在“一荣俱荣、一损俱损”的效果，分开诉讼审理不仅符合“给付之诉成立的前提是确认之诉生效”这一法律内在逻辑，而且因申请海关知识产权保护措施损害责任纠纷案件的审理进程依托于确认不侵害知识产权纠纷案件的审理结果，当两案在不同管辖法院受理时可避免“判决结果冲突”，助力提高当事人维权效率。3、如上所述，《人民法院报》2014年4月17日第06版“确认不侵权之诉可独立成诉——安徽高院判决鑫曜公司等确认专利不侵权案”一文已从理论和司法实务两个层面验证确认不侵害知识产权纠纷可单独诉讼，故合并审理明显不是必然选择。

三、结语

近年，伴随跨境电商的遍布蔓延及如火如荼的地域布局，海关知识产权保护力度亦相应接受市场考验。反观海关知识产权保护措施损害责任的研究虽然不是我国知识产权保护法律体系中的热门话题和高度关注点，但基于相关法



律规定简单笼统致使司法实务中法律适用尚存诸多争议的现状，加紧修法程序、完善立法不足系立法者当务之急。

了解更多

原文：

三、对赌协议中目标公司实控人、大股东回购义务的实务认定

典型案例：2016年初，甲公司欲对经营互联网业务的乙公司进行股权投资，其与乙公司及其大股东丙公司、实控人丁某签订了《增资协议》。约定自签约之日其两年内，乙方应当在上海证券交易所A股上市，若届时不能完成上市，则甲方有权请求乙公司承担回购义务，并可以要求丙公司、丁某承担连带责任。随后，甲公司缴纳增资款并办理工商变更登记成为乙公司的新股东。2018年，乙公司虽然未能上市，但互联网业务行情不错，所以甲公司并未主张回购义务。2020年后，因新冠疫情爆发，大环境逐渐恶化，乙公司的业绩持续下滑。终于，甲公司于2021年末向乙丙丁发函，主张回购义务。

争议焦点一：回购权是形成权还是请求权？

实务中，大部分的裁判者倾向于将回购权认定为一种请求权，并由此适用诉讼时效制度，即当回购条件成就且未超过3年的诉讼时效期间，投资人向相关主体发函即视为行使了回购权。然当回购权“霸道”到一定程度之时，一些裁判者会倾向于将其认定为形成权，并参照合同解除的有关制度适用除斥期间。以上海高院(2020)沪民申1297号判例为例，上海高院认定的合理期间应当诚实



信用、公平原则并考量公司的经营管理特性。并认定该案的回购权与撤销权、解除权同属形成权，行使期限届满，权利消灭，不适用诉讼时效的规定。

可见，对于回购权是请求权的“固有成见”，上海高院发出了不一样的声音。当回购权具有“一方说了算”的霸道属性，具有明显的形成权性质，可以试着主张仅有一年期限的除斥期间制度。这为目标公司实控人、大股东打开了一线“生机”，平衡了过于霸道的回购权。

律师建议：目标公司实控人、大股东应当结合各项证据举证证明，回购条件的触发条件已经达到投资人“想退就退”具有形成权的性质，以及投资人并未及时行权导致失权的证据。

争议焦点二：目标公司实控人、大股东的回购义务的从属性问题。

对于回购条款的法律效果，《九民纪要》根据对赌相对方是目标公司还是目标公司实控人、大股东进行了区分，通常目标公司承担回购义务被认定违反资本维持原则，而目标公司实控人、大股东则不会。故目标公司的大股东及实控人其将失去有限责任的屏障而被投资人“痛击”。

虽然两种回购义务在性质上是分开认定，但是否二者之间就是完全割裂的关系呢？答案是未必的，两种不同性质的回购义务往往具有从属关系。

以最高院（2020）最高法民申2957号为例，最高院认定投资人诉求的该义务属于担保合同义务，而担保合同义务具有从属性，即履行担保合同义务的前提条件是主合同义务履行条件成就（目标公司已经履行回购义务）。而目标公



司的减资程序尚未完成，股份回购的主合同义务尚未成就，因此驳回投资人的再审申请。

律师建议：虽然《九民纪要》对于两种回购权以不同的性质所对待，但实务中往往约定两种不同的回购义务约定在同一份《投资协议》中且目标公司实控人、大股东的回购义务从属于目标公司的回购义务。而当目标公司的回购义务并未触发之时致使投资人欲直接向目标公司实控人、大股东行权之时，回购义务的从属性问题不失为另一有力辩点。

争议焦点三：目标公司的实控人同时担任法定代表人情形下，对投资人审慎义务的要求。

如前所述，目标公司实控人、大股东的回购义务往往从属于目标公司的回购义务。而这种造成这种从属性的原因，多因目标公司实控人、大股东对投资人对目标公司的投资提供了担保。而当目标公司的实控人同时也是公司法定代表人的情形，则其他担保人可以援引法定代表人越权代表、投资人未尽审慎义务等制度来实现担保责任的减免，相关规定在《公司法》第十六条、最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释（以下简称《担保制度解释》）第七条、还有《担保制度解释》第十七条中。以最高人民法院（2022）最高法民申828号判例为例，最高院在“案涉《董事会决议》对《保证合同》效力的影响”部分进一步强调：“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。”

对于投资协议而言，投资人的主要义务是如期如数向目标公司支付增资款并派驻相关人员入驻，其在确认目标公司及其大股东、实控人分别签字盖章后便认为“高枕



无忧”。而担保因为责任及其重大，为了维护公司的人和性，法律及相关司法解释进一步要求投资人审查相关的授权、决议等文件。而投资人为了将更多的主体拖入回购，往往故意不履行必要的审查义务。如投资人构成恶意相对方，则可以争取减免担保人责任的空间。

律师建议：目标公司的大股东及其他担保人可以利用《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四条的规定，证明投资人并非善意相对人。比如投资人是否审查了公司出具的决议；是否审查公司的章程；以及是否审查目标公司的法人股东对其法定代表人的特别授权等问题来进行投资人审慎义务的审查，进而适用《担保制度解释》第七条、第十七条的规定达到担保责任减免的目的。

争议焦点四：关于目标公司实控人、大股东债务加入情形的认定。

债务加入与保证在外观上具有高度的相似性，但在责任的承担上截然不同。重点是债务加入不适用保证期间的规定、无追偿权，且和原债务具有效力上的并列性。若投资人主张目标公司实控人、大股东对目标公司而言构成债务加入，则对其极为不利。我们结合实务案例发现最有利也最容易被忽视的是债务加入与保证在产生时间的不同。《民法典》第五百五十二条的规定不难得出债务加入的案例模型通常为新债务人向债权人声明在旧债务人的基础上成为另一债务人，而保证人则是为了担保主债权的履行与债务人一并与债权人签订协议。

所以投资人、目标公司及其大股东、实控人在同一时间点对同一投资协议盖章、签字，在义务产生的时间节点上不符合债务加入的特性。若目标公司实控人、大股东另行出具《承诺函》、《保证函》等文书则可能会被认定为债务加入。



律师建议：目标公司实控人、大股东，应对各项文书的签字盖章的时间节点，如若在一个时间点签署，则向法院释明是担保。倘若目标公司实控人、大股东另行向投资人出具过《承诺函》等文件并产生了歧义，也可以进一步援引《担保制度解释》第三十六条的解释争取保证责任的认定。

结语

新冠疫情前，很多高风险行业因为发展态势良好，投资人往往出于“稳赚不赔”的商业动机而选择继续持有股权。然随着新冠疫情的爆发，很多行业处于严重亏损之时，投资人往往选择回购，致使该类纠纷激增。希望本文可以从不同的角度保护目标公司实控人、大股东的利益，助力企业平稳渡过难关。

三、建言献策

中国肉类协会牛人俱乐部分会法律资讯每周更新，如需了解更多贸易、法律、金融、经济等相关资讯，请提出宝贵意见发送至牛人俱乐部分会秘书处。

中国肉类协会牛人俱乐部分会

联系人：叶 晴 136-8332-8326

何蕴琼 181-0102-6981

2023年5月5日