



2023年第十三期 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

近年来，服务业加速数字化转型和发展。随着中国服务业走向纵深发展，商家愈发重视数字化经营，也给作为“数字化中间人”的服务商群体带来新机遇。

中国服务贸易协会常务副秘书长田国锋认为，推动我国服务业数字化的高效优质发展需要重视平台企业和服务商的作用。一方面，需鼓励平台发挥价值，推动服务业数字技术的普惠；另一方面，服务商也应提升产品和服务能力，为商家降本增效。

数据显示，目前共有超1.1万数字化服务商活跃在支付宝平台，包括支付服务商、技术服务商、代运营服务商、内容服务商等几大类型，利用支付宝平台技术和产品，帮商家提供小程序开发、运营和营销等数字化经营服务。过去一



年，支付宝平台活跃服务商的规模同比增长103%，开放技术接口和插件1809个，经平台撮合，部分服务商的年收入至少提升了两成。

为了更好助力服务商生态的活跃和生意的增长，在日前举行的2023支付宝生态伙伴开年盛典上，支付宝平台宣布升级生态服务商助力体系：将通过技术支持、产品开放、培训体系、流量开放、现金和政策助力、市场推广资源等6大支持，帮服务商实现快速冷启动、精准获客和提高商业变现能力。据悉，整个助力计划现金部分加上流量扶持等政策，整体预计超过100亿元。另外，平台与服务商全年计划共建1000个有规模化商业潜力的数字化解决方案，提升服务商市场竞争力。

信息来源：中国商务新闻网

二、推荐阅读

一、网络直播纠纷系列案解读（一）

【摘要】近年来，在互联网企业不断开发、更新迭代软件产品的驱动下，以及经历了疫情时代，足不出户亦能实现购物、健身、娱乐、知天下事成为了国内人的常态，网络直播逐渐成为各行各业发展的新机遇、新业态。经过几年的颇具自发性的“野蛮生长”以及市场的检验与洗礼，逐渐衍生出“直播+”跨行业融合的新趋势，并成为被广泛使用的基础内容形态。



然而，与此同时，网红主播、MCN经纪公司、网络平台、网民以及其他权益相关方等多方主体之间的多类型纠纷也如雨后春笋般伴随激增。如何能够在涉网络直播中，合法且有效维护自己的合法权益，成为了许多人关心的、亟待解答的问题。

二、我国股东代表诉讼制度的完善路径

【摘要】随着社会不断发展，我国公司法于2005年将股东代表诉讼制度规定于第151条，之后在接连公布的司法解释一第4条，司法解释四第23、24、25条中都对股东代表诉讼制度做出了更具体的规定。然而，司法实践中股东代表诉讼的原告资格、前置程序、被告范围存在着诸多模糊和不足之处，新公司法修订草案中也未对此做出实质性修改和完善。笔者在对比研究英国和日本等国家立法的基础上，结合司法实践中的问题进行研究，以期在本文中对我国股东代表诉讼制度的完善提出相关建议。

了解更多

原文：

一、网络直播纠纷系列案解读（一）

一、现实背景



近年来，在互联网企业不断开发、更新迭代软件产品的驱动下，以及经历了疫情时代，足不出户亦能实现购物、健身、娱乐、知天下事成为了国内人的常态，网络直播逐渐成为各行各业发展的新机遇、新业态。经过几年的颇具自发性的“野蛮生长”以及市场的检验与洗礼，逐渐衍生出“直播+”跨行业融合的新趋势，并成为被广泛使用的基础内容形态。

然而，与此同时，网红主播、MCN经纪公司、网络平台、网民以及其他权益相关方等多方主体之间的多类型纠纷也如雨后春笋般伴随激增。如何能够在涉网络直播中，合法且有效维护自己的合法权益，成为了许多人关心的、亟待解答的问题。

本文以最高人民法院第34批指导案例之一[1]——上海某直播平台A公司（以下简称“平台A公司”）与网红主播岑某（化名）及其经纪B公司之间的合同纠纷为例，解读主播与平台之间常见的利益纠纷——主播能否因平台拖欠合作费用而享有单方解除权？平台因主播停播的违约行为索赔五千万违约金是否合理？

二、案情介绍

（一）案情概要

2018年2月28日，直播平台A公司与B经纪公司及其艺人岑某三方签订《平台直播主播独家合作协议》（以下简称“《合作协议》”），约定岑某作为A公司的独家签约主播，合作期限为1年（即2018年3月1日至2019年2月28日）。



合同约定岑某作为平台的游戏主播，主播内容为主机游戏的第一视角游戏直播和游戏解说，并约定在B公司与岑某按约履行本协议义务的前提下，平台A公司应如约支付包含每月直播基础收入、虚拟道具收益及可能产生的其他合作收入在内的合作费用。

合同还约定了竞业限制和禁止条款，即主播不得未经平台A公司的书面同意，在平台A公司以外的任何第三方互联网平台上进行直播分享。

但好景不长，双方因平台A公司逾期支付合作费、主播自行停止直播并“跳槽”到第三方平台直播一事发生争议，最终对簿公堂。

（二）原告诉求

平台A公司作为原告，将B公司和主播岑某作为共同被告诉至法院，请求法院判决继续履行《合作协议》，被告B公司和主播岑某立即停止在原告运营的平台以外的其他直播平台进行直播、主播活动，并支付违约金300万。原告A公司并在庭审中陈述其诉讼请求的构成：依据合同主张5000万元违约金、原告累计支付的合作费用1,111,661.31元、原告为被告岑某投入的不低于200万元的培训费和300万元的推广资源费、维权所支付的担保费、律师费、诉讼费以及虚拟道具收益分成的预期利益损失、商业合作收益损失、本可通过视频授权、转让、贴片广告等方式取得知识产权及相关收益的损失、本应通过被告的宣传获得知名度提升的损失等。



但两被告以原告逾期不支付合作费、未依约向岑某投入推广、不存在投入成本为由不同意诉讼请求，认为其行为不存在违约行为，并主张其享有单方解除权。

（三）被告反诉

B公司以原告逾期不支付合作费为由，向原告提起反诉，请求法院判令确认《合作协议》于2018年6月28日解除，请求判令原告向被告B公司支付2018年4月至2018年6月之间的合作费用224,923.32元、及律师费20,000元。

原告对B公司反诉辩称，不同意反诉请求——认为其不存在违约情形，B公司无单方解除权；抗辩2018年4月因直播人气不达标，故基础收入为0元、确认2018年5月因岑某违约离开原告运营的直播平台，根据《合作协议》约定，原告不应向被告B公司支付上述费用。

三、法院裁判及理由

（一）是否构成违约

看起来公说公有理、婆说婆有理。那么到底是谁在违约呢？

根据我国《民法典》第577条规定，“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。”本案中,《合作协议》约定,两被告未经原告同意,擅自终止本协议或在直播竞品平台上进行相同或类似合作的,构成根本违约。

法院查明,被告岑某确实存在未经原告同意在原告之外的第三方平台进行直播的行为,且以行为明确表示不再继续履行《合作协议》,同时被告B公司也于官方微信公众号上发布被告岑某在第三方平台直播间信息。法院认定,两被告上述行为已违反《合作协议》约定,且有悖于诚实信用原则,导致原告的目的无法实现,应认定为根本违约,故原告向两被告主张违约责任,存在事实与法律依据。

（二）违约方是否享有合同解除权

那么,主播岑某及其经纪B公司作为违约方,其以A公司逾期付款行为为由主张解除合同能得到法院支持吗?

根据我国《民法典》第562条、563条规定,合同解除权分为意定解除和法定解除权。意定解除充分尊重了合同各方意思自治。一方面,合同方可以通过成立新合同的方式,约定将原合同的债权债务归于消灭来达到解除原合同的目的(合意解除)。另一方面,合同方也可以在合同中约定未来合同解除的事由并在该事由出现时一方当事人即享有单方面解除合同权利(约定解除权)。而法定解除权则是合同当事人可以通过行使法律规定赋予的合同解除权尽早地从事实上无意义的合同关系中解脱出来。



本案中，两被告主张解除合同必须符合上述约定解除或法定解除的情形和条件。

2018年6月1日，B公司曾向平台A公司发出催款单，载明“鉴于贵司与我司签署的《合作协议》中的相关约定，在我司按约完成每月最低直播要求的前提下，贵司有义务按月支付我司每月直播基础收入和虚拟道具收益。现贵司无正当理由懈怠履行上述义务已逾2月，已对我司正常工作的开展及直播行为造成影响。基于双方之间良好的合作关系以及诚实信用的商业准则，望贵司遵守《合作协议》的相关约定，及时积极地履行付款义务，防止扩大影响。同时，我司将保留进一步采取法律手段的权利。”同月月底，被告岑某以及第三方直播平台微博内容“官宣”分别表明岑某将至该第三方直播平台进行直播。

截止至2018年6月4日，原告因被告李岑直播事宜累计支付2017年2月至2018年3月的合作费用金额为1,111,661元（其中2018年3月的合作费用金额为49,776.58元）。

综上，法院认为，原告逾期付款的期间以及截至2018年6月时欠付费用的期间均相对较短，且两被告并未提供充足有效证据证明在合作过程中对原告逾期付款的行为曾提出异议，直到被告岑某离开A直播平台的当月，被告B公司才向原告催讨合作费用，再加上两被告在本案中称原告无其他违约情形的陈述，故两被告认为原告系根本违约的理由不能成立。



另外,《合作协议》约定,违约行为在10日内仍未得到合理救济的情况下,守约方有权书面通知另一方书面解除协议。但本案中,前文所表述的由两被告向原告发出的《催款单》中,该《催款单》内容上并无明确表达解除《合作协议》的意思表示。而两被告所称“官宣”即是提出解除《合作协议》,不符合合同约定的解除方式,且所谓“官宣”行为系被告岑某作出,而非被告B公司所作,故两被告并未按照《合作协议》约定行使解除。

另外,本案两被告作为根本违约方,其也不存在符合我国民法典第580条所规定的违约方有权解除合同的情形,即对于非金钱债务 一是法律上或者事实上不能履行、二是债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高、三是债权人在合理期限内未请求履行。

(三) 违约金金额应该是多少?

根据我国《民法典》第585条规定,约定的违约金过分高于造成的损失的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。原《合同法解释(二)》第29条第1款规定了违约金司法酌减的综合审判思路,即决定是否酌减、酌减多少应当以实际损失为基础,兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素,根据公平原则和诚实信用原则予以衡量。2021年4月6日最高人民法院发布的《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》则进一步修正为,认定违约金是否过高的参照标准是“应当以民法典第584条规定的损失为基础,兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度等综合因素,根据公平原则和诚信原则予以衡量”。



因此，我国法院在认定违约金是否过高的审判思路逻辑通常为：首先，判断违约金主张是否符合我国《民法典》第584条规定的损失赔偿相当于因违约造成的损失，包括履行后可以获得的利益；但不得超过违约一方订立合同时预见或应当预见到的因违约可能造成的损失，并以30%作为辅助性的参考比例。再者，在履行情况中考察债务人违约的客观程度，在当事人的过错程度中考察债务人的主观恶意程度与债权人是否存在过错。

本案中，法院遵循上述规则和原则，结合网络直播行业这一新兴产业具有的特点，对主张300万违约金是否合理作出了考量。

首先，法院界定了本案的损失范围。法院认为主播违约跳槽导致平台的损失，应理解为事实上存在的损失，而不应局限于实际已发生的可量化的具体金额。理由在于：第一，鉴于网络主播是决定网络直播平台企业流量大小的核心资源，而流量又是企业估值的重要指标，主播违约“跳槽”至与原告存在竞争关系的第三方直播平台，必将使得原告平台流量减少，并直接导致以流量为主要价值评价指标的平台竞争力与市场占有率的贬损，使原告在市场上的整体估值评价降低。第二，网络主播在合同履行期限内所占有、使用的平台带宽资源及人力成本，于合同履行期间对平台产生收益，并通过人气积聚的过程也将在剩余合同期间继续释放效益，甚至鉴于网络平台企业的盈利模式，可能产生爆发式的增长。因此，主播“跳槽”使其此前所占有使用的高额成本在剩余合同期间内无法转化为原告可享受的流量红利，不再为平台产生效益，当然亦造成了原告损失。第三，因不同类型的直播内容下往往有固定的粉丝群体和相应的



消费潜力，使广告主能更精准地投放广告、更高效地触达目标粉丝。主播“跳槽”不仅导致了预期礼物道具分成收益当然的减损，也致使上述广告收入发生减损。因此，被告岑某“跳槽”导致的损失，不能仅限于实际发生的具体损失，还要考虑到平台整体估值的降低，预期利益损失，特定对象广告收益减损等因素。

其次，法院关于原告举证具体损失金额方面，适当降低了网络直播平台运营主体的证明标准。理由在于，基于网络直播行业特点，主播“跳槽”所致损失难以量化，如前所述平台基于流量而获取收益等。其中，就主播个体道具收益分成的预期利益或尚可按已得收入情况作趋势分析并得出统计学意义上的计算金额。但对于广告收益而言，平台拥有众多主播，且存在流动性、播出时长、直播内容、流量粘性强度等诸多非统计指标的变量，显然难以计算主播个体所产生或可能产生的具体收益。况且，也正因为难以量化的问题，为减少举证困难、提高交易效率，原、被告才选择在合同中对违约金约定了明确的数额。加之，被告B公司作为专业的经纪公司，较主播个人而言，对于网络直播行业、主播个人价值、直播平台的市场及定位等都具有更专业的判断能力，因此订立系争合同时，对违约金的数额及相应的风险承担能力的判断，理应系出于其理性的商业考量。这一点，从原、被告合同中约定的主播为原告开展业务的核心资源，对于原告经营意义重大，且原告为此承担了巨额的运营成本费用的相关表述，以及合同载明原告投入成本及所能获得收益的相关方面也可得出相应结论。因此，在平台举证损失时，不能一味简单苛求平台举证具体损失金额，而应考虑到网络直播平台的特点以及被告签订合同时对原告成本及收益的预见性。



再者，法院站在主播个人生存与发展、网络直播行业发展、市场竞争以及本案判决结果可能会带来的社会影响等方面作出了综合性的宏观考量，认为违约金应适当予以调整。理由在于，网络直播平台为了提升流量，频繁挖角、层层加码地非理性竞争，使得主播的市场价值泡沫化，具体则体现在直播费用及违约金数额上。事实上，一方面，网络直播平台在催生市场泡沫的过程中，不断地推高了人力成本方面的投入，各网络直播平台通过“烧钱”的模式来比拼实力，造成了不良竞争格局，不利于网络直播平台的可持续发展。另一方面，虽然约定高额的违约金在一定程度上，或可能对这种无序、非理性的竞争起到短暂的约束作用，但相应地也可能妨碍了网络直播行业内主播的合理流动。同时，“跳槽”主播个人抑或其背后的“挖角”平台，均可能因高额违约金而背负巨大的经济压力，甚至影响到直播平台的生存与发展。有鉴于本案合同发生于前述直播行业激烈竞争的大环境中，被告岑某自2017年2月在原告平台直播至2018年3月的收入约111万余元，即便加上被告反诉主张2018年4月至2018年6月的20万余元，累计也仅131万余元左右，而对剩余未完成直播义务的大半年，若按合同约定则应向原告赔偿违约金5,500万余元，不难作出约定的违约金数额亦存在一定泡沫的判断。当然，本案中，原告仅主张违约金300万元，但比对被告实际收入，特别是固定基础收入25,000元每月的情况，该违约金的泡沫空间仍在。

综上，法院结合被告岑某的收益情况、合同剩余履行期间、双方违约及各自过错大小、原告本案中能够量化的损失、原告已对约定违约金作出的减让、原告平台的现状等予以考虑，综合直播行业特点、平台投入、经纪公司的参与及主播个体的差异，根据公平与诚实信用原则，以及利益平衡，对于本案违约



金，本院酌情确定为260万元。并在反诉案件中，经查明事实后判决A公司给付B公司186,640.10元的合作费用。

根据公开报道的另一案件，长沙市天心区人民法院审理了一起案件，某经纪公司向旗下网红索赔违约金540万元的案件，最终依照公平原则及诚信原则等，法院酌情将违约金调整为10万元。

四、结语

同样是违约，但因为根据合同约定以及双方各自履约情况的事实，产生了程度不一的法律效果，使合同各方承担了严重程度不尽相同的法律责任，不禁令人唏嘘。在本案中，如果主播及其经纪B公司在平台A公司逾期付款的违约情况下，及早根据合同约定行使自己的救济权利、与合同相对方协商沟通，理智、审慎考虑是否应当作出停播、“跳槽”到第三方平台直播等违约行为，或许就不会造成还应当承担260万违约金责任的不堪局面。

近三年来，娱乐直播行业开始进入了一个新的阶段：成熟期——有别于过往几年的“野蛮生长”模式，逐渐形成了趋于稳定的增长速率和较为稳定的竞争格局。与此同时，法律和行业管理规范的形势更加明朗。出台的政策和法律法规等也日臻完善，呈现出更高的时效性和针对性。因此，在未来，作为每一个都可能通过签约平台、“公会”甚至是MCN经纪公司的个体，更应该吸取前车之鉴——在签订合同时，审慎、严谨审查合同中关于双方权利义务、违约责



任等涉及切身重大利益的条款；在合同履行过程中，遵守诚信原则恪守自己的义务，并在对方违约时及时采取救济措施；在涉及变更合同事项时，合同各方应当进行充分地沟通与协商，及时保障自己的相关权益。必要时可以咨询法律人士，得到有针对性的专业解答和帮助。

了解更多

原文：

二、我国股东代表诉讼制度的完善路径

一、中国股东代表诉讼制度现状

在我国，随着公司法相关制度不断完善，股东诉讼根据股东的诉讼目的和诉讼请求，分为直接诉讼和间接诉讼。直接诉讼的诉讼请求是股东直接利益，例如对分红、知情权等直接侵害股东自身利益的行为提起诉讼。而股东提起股东代表诉讼则是因为公司高管的行为直接损害了公司的利益，从而间接的损害了股东的权益。

随着公司各方面制度的不断完善，我国公司法根据民主政治中资本多数决的原则设计了大多数制度，但是对于中小股东，对于少数人的保护制度几乎是空白的。从填补我国法律空白缺位的角度来看，有必要对中小股东权益保护进行关注。从实施来看，资本多数决一方面能够保护大多数人的权益，但若行使不当，使得公司被大多数资本操纵，中小股东利益就将陷入僵局，中小股东也无力与大多数资本以及公司的管理控制人抗衡。



公司作为具有独立人格享有独立法人财产权的民事主体，以全部财产对外承担责任，虽然公司的财产来源于股东的股权投资，但股东一旦投资，那么投资后的财产所有权就归属于公司享有，由公司自身机关形成的公司意思机关代管，对其进行支配管理，受益也是首先归属于公司。公司作为这样一个独立承担责任的主体且存在意思机关代理，很难保证意思机关的行为是完全且是为了公司的最大利益的，一旦意思机关和检查机关出了问题，公司自身很难通过自身行为为其利益做任何补救措施，很容易成为一个任人宰割的空壳，此时，直接损害的是公司自己的利益，间接损害的就是股东的利益。因此，法律赋予中小股东在董事会、监事会损害公司利益时，基于各方对该损害的不作为，代表公司捍卫公司利益的权力，从该角度来看，是对公司独立人格的例外突破。

二 各国股东代表诉讼制度现状

（一）英国

由于英国的法官不能干预董事会关于生产经营的相关决策，所以英国作为最早提出股东派生诉讼的国家，提出了著名的“福斯规则”，赋予中小股东以诉权。该规则认为中小股东可以在以下几种例外的情形下获得诉权：首先是欺诈，当高层行为涉及违反国家法律的情形从而侵害公司利益时，股东可以提起派生诉讼。其次，通过设计使得公司内部被大股东所控制，从而对部分少数股东，进行压榨和欺诈的情况下中小股东可以提起派生诉讼。再次，章程是一个公司的宪法，英国公司法认为，公司章程对于一个公司而言极其重要，当公司的章程因为高层的决定而被违反时，中小股东获得诉权。最后，



和我国不同的是，侵犯个人利益而非公司利益时，被侵害的中小股东有权提起派生诉讼。因此，英国最高法院认为：派生诉讼是中小股东因为公司利益受损，从公司获得诉权，进而作为公司的代表人代表公司捍卫公司利益的诉讼制度。

（二）日本

在日本，派生诉讼制度主要从美国引入，随着公司法的实施，日本开始对中小股东的利益展开关注。日本的派生诉讼制度虽然是从美国引入的，但同美国派生诉讼制度的主观要件不同的是，美国追求的是公正，日本追求的是禁止滥诉，基本目的是在相对的保护公司利益的基础上追究公司董监高的责任，重新实现因公司大股东控股而被架空的中小股东的权利，股东提起派生诉讼时法院可以要求其提供担保。

三 我国股东代表诉讼制度存在的问题

（一）中小股东起诉门槛过高

我国现行《公司法》对股东代表诉讼的原告资格进行了规定和限制，有限公司由于其自身的封闭和人合性，公司法未对派生诉讼的股东资格进行限制。但股份有限公司，对股东的持股数量和时间进行了较为严格的限制，在公司持股百分之一以上并且是连续持股180天的股东具有提起派生诉讼的股东资格。



相比之下，美国为了避免滥诉提出了“同时持股原则”，即要求公司高管给公司造成损害的时间点，公司股东持有公司股份且从那个时间点延续到诉讼持续持有公司股份。但在某些情况下，例如，因为继承等原因取得可不按照此项规定。同时，日本规定了股东提起派生诉讼的最低持股时间，和中国相近，时间是6个月，最为严格的是台湾地区，要求持股1年以上时间。

（二）诉讼前置程序设置不健全

在我国，股东提起派生诉讼需要经过前置程序，即公司股东在发现内部人的行为给公司造成损害时，首先要请求公司行使诉权，即穷尽内部救济无果的情况下，公司股东才能以个人名义对已经被架空的中小股东利益保护进行救济。我国目前采用的交叉请求原则，即如果是董事和高管的行为危害公司利益给公司造成损失，那么股东可以请求监事会作为原告提起诉讼。当公司监事会的行为损害了公司利益时，公司股东可以请求董事会作为原告提起诉讼。但公司内部利益关联密切，结构复杂，董事会和监事会很可能沆瀣一气，架空中小股东的权利。因此，在股东向公司提出请求内部救济时，即采用上述交叉请求的方法。如果公司采纳了股东的意见，同意其作为原告提起诉讼，那么诉讼的性质就是公司直接诉讼；如果公司拒绝，此时法律赋予中小股东为了公司利益代表公司提起诉讼的权利，诉讼的性质即为股东代表诉讼，此时的原告是提起派生诉讼的股东，而公司的地位被列为第三人。值得注意的是，在派生诉讼进行过程中，公司申请代替股东参加诉讼应征得应诉股东的同意，如果股东同意，那么股东之前的诉讼由公司承继依然有效，如果股东不同意，公司因为相同理由另行起诉，法院可以不予受理。另外，由于派生诉讼是股东代表公司为了公司利益而为之的诉讼，故对于全体股东便有一个预决效力的存在，对于没有提起派生诉讼的其他股东，法院的判决也是



有效的。

（三）胜诉利益处理不合理

我国派生诉讼的胜诉利益是归属于公司的，如果股东胜诉，一般是由公司承担因派生诉讼所产生的一切费用，如股东败诉，需要股东承担诉讼产生的相关费用。在原告胜诉的场合下，被告需要对公司的损害进行赔偿，若是金钱损失，被告需要对金钱予以补足；若是被告违反了公司章程或基本义务，被告需对公司利益进行赔偿。被告因为侵害公司行为获得的利益即便是大于公司的损失，也是按照不当得利的返还标准，返还得到全部的利益，而不仅仅是赔偿损失。我国包括日本等亚洲国家，对败诉的原告都未设置惩罚性措施。

在美国原告一旦败诉则需要对被告进行赔偿，承担滥诉责任。美国法律在以下情况下认可股东提派生诉讼的行为，并将胜诉利益分享给股东：其一，股东主观目的要件系善意，为了公司的利益而诉；其二，被告确实滥用了公司的财产；其三，公司的经营状态受到了严重的损害。英国法律认为只要股东本着诚信善良为了公司利益及公司发展的目的提起诉讼，即使该股东败诉未得到法院支持，也可以获得相应的补偿，以此来激励中小股东积极与强制群体对抗维护自己的利益。英美等欧洲国家的派生诉讼的制度更加成熟，起诉的限制少，通过放宽入口，扎紧出口的方式，对败诉原告股东进行惩罚，防止股东滥诉的行为。

因此，我国派生诉讼制度现在还处于一个不成熟的阶段，我国对派生诉



讼的管理和限制条件也较多，为使激励和惩罚达到平衡，我国没有设置对原告败诉的惩罚措施。

四 我国股东代表诉讼制度的完善及建议

（一）放宽股东起诉资格

我国股东代表诉讼制度对股东起诉的资格做了较为严格的限制，虽然能一定程度上防止股东滥诉，但不能保障规模较大公司的小股东的合法权益。从我国国情出发，中小股东还是处于一个较为弱势的地位，滥诉现象并不多见，法律应该给予中小股东适当的倾斜保护。为避免股东滥诉，可以参照学习美国的做法，规定“同时持股原则”，即要求中小股东在公司高管侵害公司行为发生时，和提起诉讼时同时持股。也可以借鉴德国的做法，给中小股东规定一个在持股时间和数量上的可以自行选择的权利，要么持股达1%，对于规模较大的公司，达到一定数量即可提起派生诉讼。

（二）调整程序性条款

当公司股东为维护公司利益向公司寻求内部救济时，公司接受股东提议，向法院提起诉讼的情形并不多见。很多时候公司内部关联密切，利益与共，董事会、监事会更是沆瀣一气，为了自己的利益做出违背公司利益的决定，如此一来就使得前置程序形同虚设。



建议调整程序性条款，使其有的放矢真正的发挥穷尽内部救济的作用，该前置程序一旦设置不当，不仅不利于权利保护，还会拖延时间，应对前置程序进行细化。例如，规定前置程序的豁免，通过完全性列举，列举出股东可以不通过前置程序即直接代表公司向法院提起诉讼的情形。对前置程序严格控制的做法并不适合我国公司发展的需要，我国现在不需要对前置程序设置较高的门槛和限制。相反，应该放松对前置程序的监管和限制，鼓励股东在走投无路的时候拿起法律武器，维护公司利益和自身权益。

（三）胜诉利益处置调整

中小股东为了公司治理和发展，与公司内部高管形成势单力薄的对抗，费心费力到最后利益还是要归属于公司，应分配极小一部分胜诉利益给提起诉讼的中小股东作为奖励。可以通过对败诉原告股东进行惩罚，防止股东滥诉的行为。同时，通过将极小一部分胜诉利益给提起诉讼的中小股东作为激励，维持激励制度和股东滥诉之间的平衡。还可以仿照英美国家，对股东可以分配胜诉利益的情形进行完全列举，也可以参照英美等国家的胜诉利益的1%的标准对股东进行分配。

（四）激励制度和股东滥诉之间的平衡

我国股东提起派生诉讼，败诉率较高，败诉时股东个人要承担败诉的风险甚至是诉讼费用，即使是胜诉，派生诉讼的胜诉利益也是归属于公司的。在很多国家，都存在诉讼担保制度，世界上各国关于派生诉讼提供担保的规定，各有各的一套做法，对担保的数额规定大不相同，可以通过制定诉讼



担保制度来防止滥诉。

建议立法者考虑一方面确认法院可以要求原告提供担保的权利，防止原告中小股东滥用权利，恶意诉讼。另一方面，也考虑到中小股东势单力薄的地位，要求被告能够证明原告存在恶意为前提，才能要求中小股提供担保，进行经济限制。对于中小股东来说，提起派生诉讼的风险远远大于通过派生诉讼所获得的利益，相对于矫正股东滥诉问题，应该设定激励措施，激励中小股东通过自己的努力维护公司的利益，进而维护自己的权利，使得鼓励股东提出派生诉讼的激励制度和避免股东滥诉之间达到相互平衡，彼此制衡的良好协调发展的装填。

了解更多

原文：

三、“数字中国”时代，企业数据资源的保护及合规治理

1. 《数据二十条》出台前的数据产权争议及司法保护路径

1.1 数据产权界定的争议

从数据生成来源角度划分，数据可分为公共数据、企业数据、个人信息数据。根据《数据二十条》，公共数据是指各级党政机关、企事业单位依法履职或提供公共服务过程中产生的数据；企业数据是指各类市场主体在生产经营活动中采集加工的不涉及个人信息和公共利益的数据；个人信息数据，



是指承载个人信息的数据。其中，个人信息数据兼具人格权益和财产权益双重属性，数据的人格权益应归属于数据主体虽已在《民法典》《个人信息保护法》等相关法律中明确，但在《数据二十条》出台以前，对于个人信息数据财产权益即数据产权（所有权、收益权、使用权等）的归属与分配尚处于空白状态。

因此，社会各界围绕着个人信息数据的产权归属的认定问题亦是争论不休，主要观点可分为归属于数据主体、归属于数据处理者及数据主体享有所有权与数据处理者享有用益权三种，具体如下：

1.2 企业在数据资源保护中主要选择的司法保护路径

当前在实践中，对于企业在数据处理活动中形成的数据资源的保护，主要通过通过对数据资源主张商业秘密保护、知识产权保护及不正当竞争保护等传统司法保护路径来予以落实：

1.2.1 商业秘密保护

若数据资源符合秘密性、保密性、商业价值等商业秘密构成要件的，企业可以对其主张商业秘密保护。例如，杭州某公司诉汪某侵犯商业秘密案中，法院即认定杭州某公司旗下直播平台的实时打赏数据须在后台登录相应权限账号方能查看，并采取签订保密协议等一系列措施进行保护，且具有还原打



赏场景、归纳中奖规律的现实价值，还具备预测用户行为、审视经营策略的深层潜在价值，构成商业秘密；汪某违反保密义务违规获取后台实时数据以择机刷奖获利的行为，干扰了打赏环节正常的运行机制，损害平台经营秩序和竞争优势，构成侵犯原告商业秘密。

1.2.2 知识产权保护

若数据经过选择或编排形成具有独创性的数据库时，企业可对其主张知识产权保护。例如，在佛山鼎容软件科技有限公司、济南白兔信息有限公司（“白兔公司”）著作权权属、侵权纠纷案中，法院认为白兔公司对国家商标局《商标公告》所公告的信息进行拆分、提取、分类和整理，并对商标标志中所含的文字、数字等进行进一步提取和整理，同时还对商标信息后续的变更情况进行汇总，加入自定义的字段信息等，其对商标数据的编排和整理体现出独创性，白兔公司的涉案数据库构成汇编作品，可受著作权法保护，白兔公司对涉案数据库享有著作权。

但应注意，数据本身并不构成作品，简单集合的数据通常不具备独创性，因而无法对其主张知识产权保护。

1.2.3 反不正当竞争保护（竞争性权益的保障）

企业在发现第三方通过爬虫、“撞库”等不正当手段盗用企业数据资源或第三方未经授权或超过授权范围不当获取或使用企业数据资源或第三方非法利用企业研发的数据产品，并对企业相关产品或服务的正常运营造成妨碍、



破坏或产生实质性替代时，即可选择反不正当竞争保护路径来维护其合法权益。其法律依据主要如下：

《反不正当竞争法》第二条第一款“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。”

《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项的兜底条款，即：经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施“其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。”

此外，市场监管总局于2022年11月发布的《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》虽尚为征求意见，但其确立的“实质性替代”原则（包括“违反约定或者合理、正当的数据抓取协议，获取和使用他人商业数据，并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务”或“披露、转让或者使用以不正当手段获取的其他经营者的商业数据，并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务”等），在数据相关的不正当竞争诉讼司法实践中已被广泛运用。例如，上海汉涛信息咨询有限公司（大众点评网）诉爱帮聚信（北京）科技有限公司（爱帮网）不正当竞争纠纷案、淘宝（中国）软件有限公司与安徽美景信息科技有限公司不正当竞争纠纷案等，法院均肯定了原告方对涉案数据产品享有的竞争性财产权益，而被告方未付出劳动、成本利用技术手段获取涉案数据并据此获得商业利益的行为已对涉案数据产品构成实质性替代，恶意破坏了原告方的商业模式，构成不正当竞争行为。腾讯计算机公司、腾讯科技公司诉浙江搜道网络技术有



限公司、杭州聚客通科技有限公司不正当竞争纠纷案，法院亦肯定了原告方对涉案数据产品的享有的竞争性财产权益，并认定被告擅自收集、存储或使用微信平台中作为经营性用户微信好友的其他微信用户的个人数据，将导致微信用户对微信产品丧失应有的安全感及基本信任，减损微信产品对于用户关注度及用户数据流量的吸引力，实质性损害了两原告对于微信数据资源享有的竞争权益，已构成不正当竞争行为。

虽然在司法实践中，法院认可企业对于其投入大量的智力劳动成果，通过深度开发与系统整合所研发运营的数据产品享有竞争性财产权益，对于依附用户信息存在的单一原始数据，法院认为企业作为数据控制主体只能依其与用户的许可享有有限使用权，但尚未形成对于个人信息数据财产权益归属与分配的统一规则。数据权属的界定与分配问题依然是企业实现对数据资源的高效合规利用和流通的最大困境。

2. 《数据二十条》关于数据产权“三权分置”制度的设计

为解决数据产权困境，更好的保障数据处理者对其合法获得的数据资源的相关财产权益，国家发改委在2022年3月发布的《关于对“数据基础制度观点”征集意见的公告》中提出“探索建立现代数据产权制度，推动数据持有权、使用权等相关权利有序分离与流通”。在2022年12月正式发布的《数据二十条》中则进一步明确了“淡化所有权、强调使用权”的原则，聚焦数据使用权流通，以数据处理者为主要保护主体，建立数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等分置的产权运行机制（即数据产权“三权分置”制度）。深圳市发展和改革委员会在2023年2月发布的《深圳市数据产



权登记管理暂行办法（征求意见稿）》亦在贯彻落实《数据二十条》有关数据产权“三权分置”制度的政策规定的基础上，领先明确了数据资源持有权、数据加工使用权及数据产权经营权的定义。

2.0.1 数据资源持有权

数据资源持有权是指数据处理者在相关数据主体的授权同意下，对数据资源管理、使用、收益和依法处分的权利。

实践中，数据资源及其对应的持有权益通常包括：

（1）数据处理者自身生产的企业数据：该等数据不涉及个人信息和公共利益，此时数据处理者对其所持有的企业数据享有绝对的自主管控权利，可以自主决定数据资源的持有期限、数据资源持有权的转让等。

（2）数据处理者在生产经营中按照数据主体授权依法依规获取的数据（含公共数据及个人信息数据）：此时数据处理者仅在数据主体授权的范围和期限内依法享有对该等数据资源的自主管控权利，且数据处理者对该等数据资源的持有权益一般不易认定为具备排他性。例如深圳市腾讯计算机系统有限公司（“腾讯公司”）诉杭州祺韵网络技术有限公司（“祺韵公司”）著作权侵权、不正当竞争纠纷案中，法院即认定对游戏用户的原始数据收集不是腾讯公司专属的权利，祺韵公司在获得用户授权、不破坏腾讯公司的技术保护措施、且未妨害腾讯公司收集和使用数据的情况下，收集平台上游戏用户的原始数据的行为，不具有可责性，不构成对腾讯公司的不正当竞争。



2.0.2 数据加工使用权

数据加工使用权是指数据采集、加工等数据处理者依照法律规定或合同约定获取的以各种方式、技术手段使用、分析、加工数据的权利。

企业对于数据的加工使用，首先应保障数据获取具备合法性基础（如基于相关数据主体的授权同意）；其次，应保障对于数据的加工使用应依法依约进行，不得侵害公共利益、数据安全或数据主体的合法权益，例如对于承载个人信息的数据需按照个人授权范围依法依规使用，不得利用“大数据杀熟”，不得利用数据、算法等优势和技术手段排除、限制竞争等。

2.0.3 数据产品经营权

数据产品经营权是指数据处理者许可他人使用经其加工、分析等形成数据或数据衍生产品（“数据产品”）并获得收益的权利。

《数据二十条》明确了“谁投入、谁贡献、谁收益”原则，对企业在依法开展的数据生产、流通、使用等活动中，投入劳动和其他要素贡献并获得合理回报的权益予以肯定。企业对其依法通过实质性加工或创新型劳动形成的数据或数据衍生产品享有财产权益，可以依法自主使用，进行处分并获取收益。但是该等数据产品经营权的保障依然以不得侵害公共利益、他人合法权益及不存在其他法定禁止情形为前提。



3. 《数据二十条》出台后，企业数据资源的保护及合规治理体系的完善

数据产权“三权分置”制度框架构筑了商事企业数据资源确权以及交易流通的价值评估的明确法定基础。除传统司法保护路径外，企业也应通过建立健全相关基础制度和数据合规治理体系充分做好事前防范。具体而言可参照《数据二十条》的规定构建数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等分置的产权运行机制，包括建立健全数据分类分级管理、数据权利登记、数据评价及价值评估、流转交易等内控合规制度及管理措施，并夯实其他法定的企业数据合规治理责任：

3.1 建立健全数据分类分级管理制度

《数据二十条》提出要结合数据流通范围、影响程度、潜在风险，区分使用场景和用途用量，推动建立公共数据、企业数据、个人数据的分类分级确权授权制度。这也与《网络安全法》《数据安全法》等法律法规的要求保持一致。企业通过对数据进行分类分级，可以有效厘清企业所持有的各类数据资源，按照数据类别及级别采取相应保护措施及确权授权机制，例如，对于涉及公共安全、个人信息、商业秘密等的敏感性数据应进行重点加强保护。

企业在建立健全数据分类分级管理制度时，还应注意遵从其业务所属行业的特殊监管要求。例如，证券期货行业机构应遵从JR/T0158-2018《证券期货业数据分类分级指引》，工业企业应遵从《工业数据分类分级指南（试



行)》，基础电信企业应遵从YD/T3813-2020《基础电信企业数据分类分级方法》、YD/T3867-2021《基础电信企业重要数据识别指南》、YD/T4244-2023《电信网和互联网数据分类分级技术要求与测试方法》等。

3.2 办理数据权属登记

参考知识产权登记惯例，企业通过向数据权益登记部门申请并完成数据权属登记，是一种非常有效且具备公信力的数据产权归属确认方式。企业可以通过办理数据权属登记来明晰数据资源持有权的归属情况、数据产品经营权的归属情况及数据加工使用权等权利许可的情况，作为其数据合规利用及流转交易的重要支撑，并可在数据财产权益纠纷中作为企业享有相关数据权益的有效证明，降低其应诉成本。

目前，我国部分省市地区已开展了数据知识产权登记及数据资源/数据产品登记相关服务的探索工作：

在数据知识产权登记方面，国家知识产权局将北京市、上海市、江苏省、浙江省、福建省、山东省、广东省、深圳市等8个地方作为数据知识产权工作的试点地方，各个试点地方已分别从数据知识产权制度构建、登记实践、权益保护、交易使用等方面积极开展实践探索。

在数据产品/数据资产登记方面，深圳市、山东省、北京市等地区亦已开展了相关实践探索：深圳市在2023年2月发布了《深圳市数据产权登记管



理暂行办法（征求意见稿）》，从登记主体、登记机构、登记行为等多个方面对数据产权登记行为予以规范；山东省在2022年7月发布了数据登记团体标准《数据产品登记信息描述规范》《数据产品登记业务流程规范》，积极推进数据产品登记工作；北京市于2022年7月设立了全国首个数据资产登记中心——北京国际大数据交易所数据资产登记中心，致力于打通数据资产登记平台和数据资产交易平台，建立数据资产登记相关政策和制度体系，为数据资产的登记提供规则依据和流程规范等。

遗憾的是，当前在全国范围内尚未形成统一的数据资产登记操作规则。但据国家发展改革委透露，未来将探索建设全国一体化数据要素登记存证平台。鉴此，在全国一体化数据要素登记存证平台建成前，企业可根据自身业务需求选择适宜的数据权益登记部门根据其具体操作要求及时为其符合确认产权归属条件的数据资源办理登记。

3.3 开展数据评价与价值评估

《数据二十条》明确了“谁投入、谁贡献、谁受益”原则，并提出推动数据要素收益向数据价值和使用价值的创造者合理倾斜，确保在开发挖掘数据价值各环节的投入有相应回报。近日，中共中央、国务院印发的《数字中国建设整体布局规划》中也强调要“开展数据资产[2]计价研究，建立数据要素按价值贡献参与分配机制。”因此，为保障企业在数据采集、加工、流通、应用等不同环节中获得合理的利益分配，企业可参照《数据资产评估指导意见（征求意见稿）》、《信息技术 大数据 数据资产价值评估（征求意见稿）》、《资产评估专家指引第9号——数据资产评估》等相关规定和指



引开展数据评价和价值估算：

(1) 分析数据资产的基本属性和基本特征：

了解数据资产的基本属性、基本特征等是明确评估对象，评价、估算数据资产价值的前提。数据资产评估可通过委托人或相关当事人提供及自主收集等方式获取数据资产资料，分析和明确数据资产的基本属性和基本特征：

数据资产的资本属性：根据《信息技术 大数据 数据资产价值评估（征求意见稿）》，数据资产的基本属性包括通用属性（包括数据来源、数据类型、数据结构、时段、更新周期、元数据和存储形式等）、业务属性（包括业务描述、业务模型、业务规则和关联关系等）及管理属性（包括数据分类分级、安全信息、数据溯源、职责权限和应用场景等）。

数据资产的基本特征：根据《信息技术 大数据 数据资产价值评估（征求意见稿）》，数据资产通常具有非实体性、依托性、多样性、可加工性、价值易变性等基本特征。与传统资产不同，数字资产非但不会因为使用频率的增加而磨损、消耗，反而会因为使用频率的增加而增加其价值。但同时，数据应用的不确定性及技术进步或同类数据库的发展等多种因素的影响也导致数据价值极易发生变化。



（2）数据评价

企业在提供评估保障和确保评估安全的前提下，基于对数据资产基本属性和基本特征的分析，对数据资产进行数据评价，获得可供价值评估使用的质量要素、成本要素和应用要素等参数。其中，质量要素是指数据资产在特定业务环境下符合和满足数据应用的程序，包括准确性、一致性、完整性、规范性、时效性和可访问性等；成本要素是指按照重置该项数据资产所发生的成本，主要包括前期费用、直接成本、间接成本、机会成本和相关税费等；应用要素主要包括使用范围、应用场景、商业模式、供求关系、数据关联性和应用风险等。

（3）数据价值评估

企业可基于对数据资产基本属性和基本特征的分析及质量要素、成本要素和应用要素等参数，选择适用的评估方法，对数据资产的价值进行评估。评估方法包括收益法、成本法或市场法。具体如下：

（4）形成结论

对同一数据资产采用多种评估方法时，应当对所获得的各种测算结果进行分析，形成评估结论。企业应将评估结果及时更新至数据资产目录，确保评估过程被记录、可追溯。



3.4 建立健全数据流转交易管理制度

企业应审慎对待数据（尤其是个人信息数据等原有数据）的流转交易行为。若企业拟向第三方提供的数据涉及个人信息和/或重要数据的，应事先按照相关法律规定开展数据安全风险评估，尤其需要关注对敏感类的数据流转交易的把控，例如：

（1）对于可能危害国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定的数据，企业制度应严格禁止流转交易。

（2）个人生物识别信息原则上不应予以流转。

（3）共享、转让个人信息和/或重要数据的，应采取加密、脱敏等措施保障数据安全。

另外，企业在开展数据流转交易活动中，应根据数据流转交易合作的具体目的、内容、各方权责划分等因素审慎判断并选择数据流转交易的具体合作模式（包括委托处理、共同处理以及与对外提供数据等），进行交易和合作方管理，包括：



(1) 向第三方提供个人信息的，应通过合法的形式和适当的渠道向个人信息主体告知数据接收方的名称或姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类，并合法取得个人信息主体的同意；

(2) 应以合同等形式与合作方明确约定拟流转交易的数据的权属（包括数据资源持有权、数据产品经营权的归属及数据加工使用权的许可等）、范围、方式、时限、目的、各方的数据安全保护责任和义务、投入产出收益的分配等。

(3) 企业在开展数据流转交易活动中，若发现第三方违反法律法规要求或违反各方约定处理数据的，企业应立即要求第三方停止相关行为，且采取或要求第三方采取有效补救措施（如更改口令、回收权限、断开网络连接等）控制或消除数据面临的安全风险；必要时，企业应终止与第三方的数据流转交易合作，并要求第三方及时返还或删除相关数据。

(4) 若企业作为数据接收方开展数据流转交易时，应注意要求数据提供方通过数据权属登记证明、数据流通交易声明和承诺等确保数据来源合法；同时，企业应依法在各方约定的授权使用目的和范围内开展数据处理活动。

3.5 其他

企业在日常数据合规治理工作中，还应依法建立健全数据安全与数据合规管理组织架构，落实数据安全与数据合规管理工作；坚持“宽进严管”原



则，牢固树立企业的责任意识和自律意识；定期开展培训，提升员工数据合规管理与安全保障意识；并宜建立实施数据安全管理制度，通过认证进一步提升企业数据安全水平。此外，反垄断法、反不正当竞争法等相关法律的规定也应引发企业的关注，避免触碰垄断、不正当竞争等市场红线。

4. 小结

国家数据局的成立及《数据二十条》等相关政策的发布，在国家层面为加快数据流动，充分释放数据要素的价值，推动数字经济快速发展提供了组织及基础制度保障。“数据二十条”从力图解决数据所有权和使用权的冲突出发，确保数据资源的合法权益的基础，将“三权分置”的基础框架进行了底层搭建。具体场景中的权属判定、相关方的权责界限、权益保障可行途径等制度的落地执行细节，从政策立法和维权司法程序的指导上仍待填补空缺。

在国家数据要素保障和数据价值挖掘的整体政策驱动下，企业在锚定数字赛道的业务加速运营的同时，更应该做好自身的数字资产的梳理和保障，做好重点工作方向的把控，建议企业应从办理数据权属登记、开展数据评价与价值评估、加强数据分类分级管理及数据流转交易管理等各方面增强对企业数据资源的保护及合规治理，并以此促进企业数据的高效合规流转和使用，保障企业数据资源价值的充分发挥。

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4月7日