

国枫周刊

GRANDWAY WEEKLY



GRANDWAY

2023年第34期

总第744期

2023/09/22



北京国枫律师事务所(北京-上海-深圳-成都-西安-杭州-香港)

Grandway Law Offices (Beijing-Shanghai-Shenzhen-Chengdu-Xi'an-Hangzhou-Hong Kong)

地址:北京市东城区建国门内大街26号新闻大厦7层

Address: 7/F, Beijing News Plaza, NO.26

Jianguomenneidajie,

Dongcheng District, Beijing, China, 100005

邮编:100005

Tel:86-10-6609-0088/8800-4488

电话:010-66090088/88004488

Fax:86-10-6609-0016

传真:010-66090016

Website:www.grandwaylaw.com

网址:www.grandwaylaw.com

(本周刊仅供本所内部交流及本所客户参阅之用)

目录 CONTENTS

CONTENTS	1
国枫动态 GRANDWAY NEWS	2
国枫荣誉 国枫成都党支部荣获成都高新区律师行业2023年度“先进党组织”称号	2
Grandway Chengdu Party Branch Is Awarded the Title of 2023 Advanced Party Organization in Chengdu Hi-tech Industrial Development Zone Lawyer Industry	2
国枫荣誉 国枫连续九年载誉ALB“中国并购排名”榜单	4
Grandway Has Been Listed in the ALB China M&A Rankings for Nine Consecutive Years	4
国枫荣誉 国枫上海办公室获评2019-2022年度“上海市优秀律师事务所”及“上海市十佳律师事务所”	5
Grandway Shanghai Office Is Awarded Excellent Law Firm in Shanghai and Top Ten Law Firm in Shanghai for 2019-2022	5
国枫动态 国枫合伙人受邀出席2023 ESG全球领导者大会	7
Grandway Partners Were Invited to Attend the 2023 ESG Global Leaders Conference	7
法制动态 INDUSTRY NEWS	9
最高人民法院关于印发最高人民法院第四十八批指导性案例的通知	9
Notice by the Supreme People's Procuratorate of Issuing the Forty-Eighth Group of Guiding Cases Published by the Supreme People's Procuratorate	9
关于进一步加强网络侵权信息举报工作的指导意见	31
Opinions to Strengthen Reporting of Online Infringement Information	31
专题研究 RESEARCH ON CURRENT ISSUES	37
屋顶分布式光伏电站项目《租赁及合同能源服务协议》中的风险防范——从业主方视角	37
Risk Prevention of EMC Contracts for Distributed Rooftop PV Projects — from the Perspective of the Owner	37
律所人文 GRANDWAY COMMUNITY	45
我从苦难和粘涩的深潭中出世	45

国枫荣誉 | 国枫成都党支部荣获成都高新区律师行业2023年度“先进党组织”称号

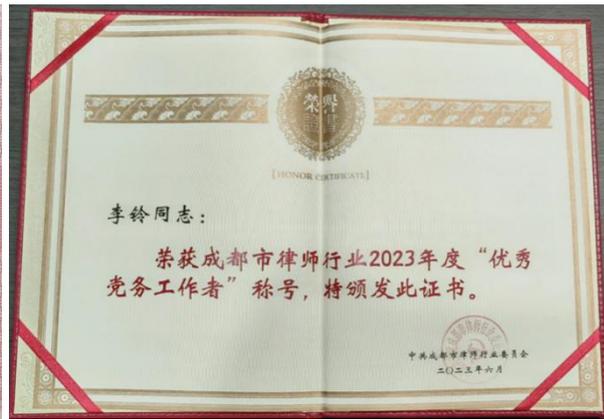
Grandway Chengdu Party Branch Is Awarded the Title of 2023 Advanced Party Organization in Chengdu Hi-tech Industrial Development Zone Lawyer Industry

近日，中共成都高新区律师行业委员会组织的主题党日活动暨表扬大会在高新区OCG国际中心顺利召开，会上对成都高新区律师行业先进基层党组织和优秀个人予以通报表彰。北京国枫（成都）律师事务所党支部荣获成都高新区律师行业2023年度“先进党组织”称号，本支部组织委员吴金凤同志被评为2023年度“优秀共产党员”。

北京国枫（成都）律师事务所，创立于2011年，是北京国枫律师事务所在成都设立的分所，主要经营证券与资本市场、兼并、收购与重组、银行与非银行金融业务、投融资、基础设施、工程与地产、争议解决等专业领域法律服务。北京国枫（成都）律师事务所具有高度的专业特色，尤其在资本市场领域（兼并、收购与重组）独树一帜；同时在银行与非银行金融业务、投融资、知识产权、争议解决等专业领域亦居于业内领先地位。



支部组织委员吴金凤同志被评为2023年度“优秀共产党员”。



此外，2023年6月，为庆祝建党102周年，成都市律师行业党委对全市先进党组织、优秀共产党员、优秀党务工作者进行了表彰。北京国枫（成都）律师事务所党支部书记李铃同志荣获成都市律师行业2023年度“优秀党务工作者”称号。

北京国枫（成都）律师事务所党支部自成立以来，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，扎实开展党史学习教育及党建活动，在疫情期间及成都大运会期间，积极加入党员律师志愿活动，充分发挥党员律师先锋模范作用。本次北京国枫（成都）律师事务所党支部及党员荣获此等表彰，意义十分重大，既是上级党组织对本所党支部基层工作的认可，更是对全所党员同志的莫大鼓励！这必将激励全所同志在以后的工作中，更加紧密团结、努力奋进，不忘初心使命，彰显律师本色，点亮律动微光。



(来源：国枫公众号)

国枫荣誉 | 国枫连续九年载誉ALB“中国并购排名”榜单

Grandway Has Been Listed in the ALB China M&A Rankings for Nine Consecutive Years

2023年9月20日，国际权威法律媒体《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business，以下简称“ALB”）公布了“2023年度中国并购排名（M&A Rankings 2023）”榜单，北京国枫律师事务所凭借在并购领域卓越的执业能力、丰富的经验积累以及良好的行业口碑载誉该榜单，这也是国枫连续第九年榜上有名。

国枫并购团队一直以来活跃于国内外结构复杂、规模显著的并购项目中，代表国内外跨国企业完成一系列高端、复杂的交易。并购业务作为国枫的核心业务之一，国枫律师在公司的设立、境内外投资、并购及重组、公司日常运营中涉及的各类法律问题及公司解散清算等方面有着丰富的业务经验。国枫律师凭借丰富的执业经验和“一站式”服务准则，深受中外客户信赖和好评，并持续获得国际媒体和评级机构的广泛认可，长期位居《钱伯斯》、ALB、《商法》、LEGALBAND等权威法律媒体和评级机构榜单的前列。

ASIAN LEGAL BUSINESS

ALB是汤森路透旗下的高端法律杂志，作为全球最具影响力的法律媒体之一，ALB旨在为客户和读者提供前沿的法律商业资讯和法律专业评级。本次调研涵盖从2022年5月至2023年5月的并购项目，调研团队根据各律所提交的报名表格、并购数据、采访、编辑部的资源和市场测评来评选出亚洲并购领域的顶尖律所。

此次国枫载誉榜单，彰显了国枫律师在并购领域的专业实力及高度的客户、同行认可度。未来，国枫律师将继续秉承“珍视信任，不负所托”的执业理念，以极致的专业回馈客户与社会各界的信赖，精益求精地为客户提供全方位、多层次的法律解决方案。

(来源：国枫公众号)

国枫荣誉 | 国枫上海办公室获评2019-2022年度“上海市优秀律师事务所”及“上海市十佳律师事务所”

Grandway Shanghai Office Is Awarded Excellent Law Firm in Shanghai and Top Ten Law Firm in Shanghai for 2019-2022

2023年9月17日，上海市第十二届律师代表大会第一次会议在沪成功召开。会上，上海市律师协会对近年来表现优异的律所进行评选和表彰。北京国枫（上海）律师事务所（以下简称“国枫上海办公室”）凭借多年来卓越的专业实力与优秀的行业口碑，被评为2019-2022年度“上海市优秀律师事务所”，并授予“上海市十佳律师事务所”称号。

国枫上海办公室创立于2006年，目前拥有合伙人26名，律师和专业人员近200名。作为国枫适度多元化战略的先行者和实践者，国枫上海办公室致力于在多领域发展、专业化分工、一体化管理的基础上实现深度业务协同，以确保向客户提供高品质、高附加值的“一站式”法律服务。

今后，国枫将继续秉持锐意进取的精神，不负韶华，不忘初心，持续学习贯彻新时代中国特色社会主义思想，充分发挥专业优势、职业优势和实践优势，为推动律师事业健康发展做出积极贡献。



荣誉证书

北京国枫（上海）律师事务所

被评为2019-2022年度“上海市优秀律师事务所”，
并授予“上海市十佳律师事务所”称号。

特颁此证。

上海市律师协会
2023年9月

(来源：国枫公众号)

国枫动态 | 国枫合伙人受邀出席2023 ESG全球领导者大会

Grandway Partners Were Invited to Attend the 2023 ESG Global Leaders Conference

2023年9月13日，第三届ESG全球领导者大会在上海市黄浦区绿地外滩中心拉开帷幕，大会主题为“可持续的经济增长、社会发展和环境保护”。本次大会由新浪财经、中信出版集团主办，老凤祥联合主办，上海市经济和信息化委员会、上海市黄浦区人民政府特别支持。北京国枫（上海）律师事务所主任朱黎庭律师及合伙人施恣旻律师受邀参加本次大会，共同关注ESG可持续发展路径，参与全球ESG实践的交流和互动。

此次大会邀请了多位诺贝尔奖得主以及来自全球各地的ESG及可持续发展的政府与国际组织领袖代表、学者、企业家、银行家、投资人和专业人士作为嘉宾，围绕ESG及可持续发展议题发表主题演讲、交流对话。



当前，可持续发展已经是全球和全人类的共同命题。在我国“双碳”战略引领下，

我国ESG市场呈现加速发展趋势，与中国政府大力倡导追求高质量现代化发展，推进绿色低碳和共同富裕的国家战略密切相关。从可持续金融所涵盖的影响力投资、普惠金融等概念，到深化新能源领域“放管服”改革，再到落实乡村振兴，完善上市公司信息披露和央企合规，ESG在中国政策话语体系中已实现主流化。通过本次大会召开，有望引入一批国际国内头部企业、金融机构的优质资源，带动相关产业的直接投资和绿色发展。

作为一家综合性的律师事务所，国枫经过29年的稳健发展，在资本市场、企业合规等法律服务领域有着优秀的口碑和强大的专业实力。国枫在ESG和可持续发展领域也已较早地予以关注和投入，特别是针对ESG领域的不同场景不断设计和提供相应的法律服务，我们在上市公司信息披露、供应链合规搭建、影响力投资交易辅助、绿色金融创新、公司治理和企业社会责任等方面均与客户及合作伙伴保持良好的合作与互动。国枫服务团队一方面覆盖各类服务场景全流程，另一方面服务于企业主体内外部多方位治理体系。作为ESG生态建设中的一员，国枫将助力各类主体创造自己的ESG最佳实践，协助客户和合作伙伴实现风险管控和价值创造在可持续发展主题下和谐共存。

(来源：国枫公众号)

最高人民法院关于印发最高人民法院第四十八批指导性案例的通知

Notice by the Supreme People's Procuratorate of Issuing the Forty-Eighth Group of Guiding Cases Published by the Supreme People's Procuratorate

发布时间：2023-09-15 来源：最高人民法院微信公众号

各省、自治区、直辖市人民检察院，解放军军事检察院，新疆生产建设兵团人民检察院：

经2023年6月25日最高人民法院第十四届检察委员会第七次会议决定，现将广州蒙娜丽莎建材有限公司、广州蒙娜丽莎洁具有限公司与国家知识产权局商标争议行政纠纷诉讼监督案等四件案例（检例第191—194号）作为第四十八批指导性案例（知识产权检察综合保护主题）发布，供参照适用。

最高人民法院

2023年7月27日

广州蒙娜丽莎建材有限公司、广州蒙娜丽莎洁具有限公司与国家知识产权局商标争议行政纠纷诉讼监督案
(检例第191号)

【关键词】

知识产权保护 商标争议行政纠纷 类似商品 近似商标 延续性注册 类案检索 抗诉

【要旨】

对于类似商品和近似商标的认定，应以商标用于区别商品或者服务来源的核心功能为据，着重审查判断是否易使相关公众混淆、误认。商标注册人对其注册的不同商

标享有各自独立的商标专用权，其先后注册的商标之间不当然具有延续关系，司法实务中应严格把握商标延续性注册的适用条件。检察机关办理知识产权案件，一般应当进行类案检索。

【基本案情】

申请人（一审第三人，二审上诉人，再审申请人）：广州蒙娜丽莎建材有限公司（以下简称建材公司），住所地广东省广州市。

申请人（一审第三人，二审上诉人，再审申请人）：广州蒙娜丽莎洁具有限公司（以下简称洁具公司），住所地广东省广州市。

其他当事人（一审原告，二审被上诉人，再审被申请人）：蒙娜丽莎集团股份有限公司（以下简称蒙娜丽莎公司），住所地广东省佛山市。

其他当事人（一审被告，二审上诉人）：国家知识产权局，住所地北京市。

本案争议商标为第4356344号“M MONALISA及图”商标，系广东蒙娜丽莎新型材料集团有限公司（以下简称新型材料公司，本案二审期间，更名为蒙娜丽莎公司）于2004年11月10日申请注册，2008年9月14日核准注册，核定使用在第11类“灯、烹调器具、高压锅（电加压炊具）、盥洗室（抽水马桶）、坐便器”等商品上。

本案引证商标为第1558842号“蒙娜丽莎Mona Lisa”商标，系广州现代康体设备有限公司1999年12月28日申请注册，2001年4月21日核准注册，核定使用在第11类“蒸气浴设备、桑拿浴设备、浴室装置”等商品上。2012年4月18日转让至建材公司和洁具公司名下。

第1476867号“M MONALISA蒙娜丽莎及图”商标，系南海市樵东陶瓷有限公司1999年7月12日申请注册，2000年11月21日核准注册，核定使用在第19类“非金

属地板砖、瓷砖、建筑用非金属墙砖、建筑用嵌砖”等商品上，于2011年6月28日变更注册人为新型材料公司。

2012年3月30日，建材公司、洁具公司针对争议商标向原国家工商行政管理总局商标评审委员会提起争议申请，以争议商标与引证商标、第3541267号“monalisa及图”商标构成类似商品上的近似商标为由，请求撤销争议商标。2013年11月25日，商标评审委员会作出商评字[2013]第116692号《关于第4356344号“MONALISA及图”商标争议裁定书》（以下简称被诉裁定）认为：争议商标核定使用的“烹调器具、高压锅（电加压炊具）、盥洗室（抽水马桶）、坐便器”商品与引证商标核定使用的商品构成类似商品，争议商标与引证商标构成使用在类似商品上的近似商标，违反了2001年修正的《中华人民共和国商标法》（以下简称商标法）第二十八条的规定，裁定争议商标在“烹调器具、高压锅（电加压炊具）、盥洗室（抽水马桶）、坐便器”商品上予以撤销，在其余商品上予以维持。

新型材料公司不服，提起行政诉讼。诉讼中，新型材料公司明确表示要求“盥洗室（抽水马桶）、坐便器”两商品予以维持注册，其他不予核准的商品不再要求维持注册。

北京市第一中级人民法院一审认为：第1476867号商标系新型材料公司的基础商标，该商标与争议商标在图形、英文呼叫方面完全相同。第1476867号商标核定使用的“瓷砖”商品与争议商标核定使用的“盥洗室（抽水马桶）、坐便器”商品应属于类似商品。第1476867号商标在“瓷砖”商品上曾被认定为驰名商标，其商业信誉可以在争议商标上延续。争议商标与引证商标在整体视觉效果上区别明显，不构成近似商标。判决撤销被诉裁定，由商标评审委员会重新作出裁定。

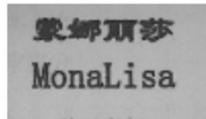
商标评审委员会及建材公司、洁具公司不服，上诉至北京市高级人民法院。二审期间，新型材料公司名称变更为蒙娜丽莎公司。2016年6月8日，北京市高级人民法院作出二审判决认定，争议商标核定使用的“盥洗室（抽水马桶）、坐便器”商品，与引证商标核定使用的“蒸气浴设备、桑拿浴设备、浴室装置”等商品不构成类似商品；争议商标与引证商标的标志在构成要素和整体外观上存在较大差异，不构成

近似商标；第1476867号商标在“瓷砖”商品上的商誉可以延续至争议商标，相关公众可以在相关商品上将争议商标与引证商标区别开来，不会对商品的来源产生混淆误认。判决驳回上诉，维持原判。建材公司、洁具公司申请再审，再审申请被驳回。

案涉商标如下：



争议商标
(第4356344号)



引证商标
(第1558842号)



基础商标
(第1476867号)

【检察机关履职过程】

受理及审查情况。建材公司、洁具公司不服二审判决，向北京市人民检察院申请监督，该院经审查后提请最高人民检察院抗诉。鉴于本案讼争双方存在数起纠纷，法律关系交织，证据情况复杂，检察机关重点从以下两个方面进行审查：一是梳理双方纠纷。检察机关调阅原审法院卷宗材料，多次听取当事人意见，对相关民事和行政判决予以系统梳理分析，全面了解双方商标的历史沿革和争议背景，对类似商品、近似商标的认定以及本案处理结果对其他案件的影响进行重点分析，初步确定二审判决在类似商品和近似商标的认定上均存在应予监督的情形。二是进行类案检索。通过中国裁判文书网对涉及双方当事人的案件进行类案检索，以与本案涉及同一当事人、同一类似群组的商品、同一法条和商标中含有“蒙娜丽莎”“monalisa”“蒙娜丽莎画像”设计要素为标准，最终筛选出12件与本案高度类似的案件。经对比分析，发现其他案件在类似商品和近似商标的认定上与本案存在明显差异，本案与其他案件存在类案异判情形。

监督意见。2021年11月11日，最高人民检察院向最高人民法院提出抗诉，认为本案二审判决认定事实和适用法律均存在错误。主要理由是：争议商标核定使用的“

盥洗室（抽水马桶）、坐便器”商品与引证商标核定使用的“浴室装置”商品构成类似商品。争议商标与引证商标在文字构成、呼叫、构成要素等方面相近，构成近似商标。二审判决有关蒙娜丽莎公司第1476867号“M MONALISA蒙娜丽莎及图”商标延伸注册的论述不能成立。且除本案二审判决外，在其他涉及蒙娜丽莎公司申请注册在第1109类似群组的“盥洗室（抽水马桶）、坐便器”等商品上以“蒙娜丽莎”“monalisa”等为设计要素商标的案件中，法院均认定相关商标与本案引证商标构成使用在类似商品上的近似商标，对蒙娜丽莎公司有关第1476867号商标延伸注册的主张不予支持。

处理结果。最高人民法院指令北京市高级人民法院再审。2022年6月14日，北京市高级人民法院作出判决，认为争议商标与引证商标构成使用在类似商品上的近似商标。蒙娜丽莎公司所提交的证据尚不足以证明，本案争议商标申请注册时其第1476867号商标已经具有较高知名度。且第1476867号商标注册在第19类商品上，与争议商标和引证商标核定使用的第11类商品分属于不同的商品类别，不同商品上的商誉不能当然地延续到其他类别的商品上。蒙娜丽莎公司所提交的证据亦不足以证明，基于其第1476867号商标在“瓷砖”商品上的知名度，客观上足以使争议商标在“盥洗室（抽水马桶）、坐便器”商品上与引证商标相区分。因此，争议商标注册在“盥洗室（抽水马桶）、坐便器”商品上违反了商标法第二十八条的规定。北京市高级人民法院再审改判撤销本案二审判决和一审判决，驳回蒙娜丽莎公司的诉讼请求。

【指导意义】

（一）对于类似商品和近似商标的认定，应以商标用于区分商品或者服务来源的核心功能为据，着重审查判断是否易使相关公众混淆、误认。认定商品类似，应以相关公众的一般认识，结合商品的功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等因素综合审查判断。认定时可以参考《商标注册用商品和服务国际分类》和《类似商品和服务区分表》。如果相关商品在区分表中处在同一类似群组，原则上应认定为类似商品。如认为此种情形不构成类似商品，应有充分理由，不应随意突破区分表的划分。认定商标是否近似，应以相关公众的一般注意力为标准，既要审查商标标

志构成要素及其整体的近似程度，也要审查请求保护注册商标的显著性和知名度，同时考量商品的类似程度、已经客观形成的市场格局等因素，综合判断是否容易导致相关公众混淆。

（二）商标注册人对其注册的不同商标享有各自独立的商标专用权，其先后注册的商标之间不当然具有延续关系，司法实务中应严格把握商标延续性注册的适用条件。商标延续性注册是商标权人将经过使用获得一定知名度的商标向新的商品或服务领域拓展，司法实务中常用作商标在先申请原则的抗辩事由。实践中一般应同时满足以下条件：一是商标注册人的基础商标在引证商标申请日前经使用具备一定知名度；二是申请延续注册商标与基础商标构成相同或近似商标；三是申请延续注册商标与基础商标核定使用的商品或服务构成相同或类似；四是相关公众认为使用两商标的商品或服务均来自该商标注册人或存在特定联系，不易与引证商标发生混淆、误认。鉴于延续注册的商标标志客观上同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似，应严格把握商标延续性注册适用条件，综合考虑商标标志的近似程度、商品的类似程度、在先商标的使用情况和知名度、申请人的主观意图等因素，以申请延续注册的商标不易与引证商标发生混淆、误认为原则，全面审查判断延续性注册抗辩是否成立。

（三）检察机关办理知识产权案件，一般应当开展类案检索。类案检索，是对与待决案件的基本事实、争议焦点、法律适用方面具有相似性的生效法律文书进行检索，并参照或参考检索到的类案文书办理案件。知识产权案件往往多个程序交织，且知识产权客体具有非物质性和开放性特点，客观上更易遭受多方侵害，知识产权领域批量维权案件较其他领域更为常见，类案检索的必要性更为突出。检察机关办理知识产权案件，一般应开展类案检索。司法实务中，既要检索最高人民法院、最高人民检察院发布的指导性案例等相关类案，用以参照或参考办案；又要检索涉及同一当事人以及涉及同一知识产权权利客体的关联案件，审查是否存在影响案件审查的在先生效判决、是否存在类案异判情形以及是否存在应中止审查的情形等，在全面掌握案件事实的基础上精准履职，统一司法裁判标准和尺度，确保法律统一正确实施。

【相关规定】

《中华人民共和国商标法》（2001年修正）第二十八条、第四十一条

《中华人民共和国行政诉讼法》（2017年修正）第九十一条、第九十三条第一款

《人民检察院行政诉讼监督规则》（2021年施行）第九十四条

办案检察院：最高人民检察院北京市人民检察院

承办检察官：宋建立 刘丽

案例撰写人：宋建立 刘玉强

周某某与项某某、李某某著作权权属、侵权纠纷等系列虚假诉讼监督案

(检例第192号)

【关键词】

知识产权保护 著作权纠纷 著作权登记 虚假诉讼 数字检察 综合履职

【要旨】

冒充作者身份，以他人创作的作品骗取著作权登记，并以此为主要证据提起诉讼谋取不正当利益，损害他人合法权益，妨害司法秩序的，构成虚假诉讼。检察机关应积极推进数字检察，以大数据赋能创新法律监督模式，破解虚假诉讼监督瓶颈。对于知识产权领域虚假诉讼案件，检察机关应依职权启动监督程序，通过监督民事生效裁判、移送刑事案件线索、提出社会治理意见建议等方式促进综合治理。

【基本案情】

民事诉讼原告周某某。

民事诉讼被告项某某、李某某。

本系列案件共涉及虚假诉讼64件，其他案件当事人情况略。

2007年10月，周福仁、陈员兰成立杭州美速版权代理有限公司（以下简称美速公司），主要经营版权登记和版权维权业务，并先后招募杨保全、王江梅等人为工作人员。其中，周福仁负责公司的日常管理和起诉维权，陈员兰负责公司部分财务和维权取证，杨保全负责宣传和跟客户对接著作权登记，王江梅负责编写花型创作说明、描稿和维权取证。自2008年起，美速公司非法诱导绍兴柯桥中国轻纺城市场的部分经营户将他人创作的纺织花型图案交由该公司进行著作权登记，并委托该公司维权。周福仁在明知其客户无实际著作权的情况下，仍指使王江梅等人编造花型创作思路、说明，并将创作日期提前一年，帮助代理著作权登记。在发现市场其他经营户使用该部分花型后，美速公司假借维权之名，以侵犯其客户著作权为由，通过发律师函、提起诉讼等方式要求赔偿，诈骗金额累计人民币340余万元。其中涉及虚假诉讼64件，周某某与项某某、李某某著作权权属、侵权纠纷案即为其中一例。

2012年10月，周某某通过美速公司从浙江省版权局取得美术作品《婀娜多姿》的著作权登记。2014年7月，周某某以项某某、李某某为被告向浙江省绍兴市柯桥区人民法院（以下简称柯桥区法院）提起诉讼，主张《婀娜多姿》花型系其自己独立创作，诉请判令项某某、李某某立即停止侵权，并赔偿经济损失人民币2万元。

2014年12月15日，柯桥区法院作出（2014）绍柯知初字第162号民事判决，查明：周某某于2012年12月10日取得浙江省版权局颁发的美术作品《婀娜多姿》的著作权登记证，登记号为浙作登字11-2013-F-14787。后周某某发现柯桥区柯桥街道中国轻纺城“现代布艺”门市部销售似《婀娜多姿》花型的窗帘布，遂委托王江梅与公证人员一起，以普通消费者的身份从“现代布艺”门市部购买了该花型的窗帘布。该“现代布艺”门市部当时系项某某经营，项某某销售的该花型窗帘布是从李某某处购买。该院认为，《婀娜多姿》花型系蕴含自然人想象完成的作品，周某某系该美术作品的著作权人，“现代布艺”门市部未经周某某许可销售该花型窗帘布，构成侵权，应承担相应民事责任。因该门市部是个体工商户，其责任由其个体经营者项某某承担。但项某某披露涉案窗帘布系从李某某处购买，具有合法来源。故判决项某某、李某某停止销售印有《婀娜多姿》花型的窗帘布，李某某赔偿周某某经济损失人民币1.4万元。

【检察机关履职过程】

线索发现。2020年初，浙江省绍兴市柯桥区人民检察院（以下简称柯桥区检察院）在履职中发现，柯桥区纺织品市场存在职业化的纺织花样著作权维权现象，怀疑涉及恶意诉讼，遂启动对相关诉讼情况的调查。检察机关主要开展以下工作：一是走访该区窗帘布协会、绣花布协会、印染协会等行业协会，了解花型著作权恶意维权问题。二是通过绍兴市人民检察院“民事裁判文书智慧监督系统”对柯桥区法院审理的“著作权权属、侵权纠纷”类案件进行检索分析，共检索出案件2916件。三是审查案件原告对涉案花型是否享有著作权。柯桥区检察院调取了2916件案件涉及的纺织品花型，并通过纺织品花型“AI智审系统”，对涉案纺织品花型进行数据检索比对，发现涉案的部分花型早已在市场流通，是否系原告独立创作存疑，相关案件可能属于虚假诉讼。四是梳理筛选出由同一律师事务所代理的民事诉讼案件601件。并根据案件处理结果，剔除撤诉结案、驳回诉讼请求案件等481件，进一步将审查重点聚焦在以判决和调解结案的120件案件。五是通过大数据碰撞进一步聚焦线索。经查询部分被告向原告支付侵权赔偿款的银行账号发现，原告收取的侵权赔偿款全部流向了周福仁的银行账号。对该账号进行数据分析，又挖掘出周福仁资金密集关联人员陈员兰、王江梅和杨保全。通过企业工商信息查询系统，确认周福仁系美速公司的实际控制人。

受理及线索移交。2021年1月12日，柯桥区检察院依职权启动对包括本案在内的系列著作权权属、侵权纠纷案件的民事监督程序，并于2021年5月13日将周福仁等人涉嫌犯罪的线索移交绍兴市公安局柯桥分局（以下简称柯桥分局），柯桥分局于当日对周福仁等人以敲诈勒索罪立案侦查。

审查情况。结合相关刑事案件的侦查，检察机关重点围绕周某某著作权的权利基础进行审查。查明，周某某系从市场现有的花型中找出自己需要的花型元素，交由制版公司予以组合、修改，并向其支付相应报酬（人民币300元左右），在既未与制版公司签订委托创作合同，也未约定著作权归属的情况下，以该花型系其自己独立创作为由，委托美速公司从浙江省版权局取得11-2013-F-14787号美术作品《婀

娜多姿》的著作权登记。且本案所涉《婀娜多姿》花型系根据已有花型拼凑得来，不符合著作权法关于作品“独创性”的要求，不应认定为著作权法上的作品。周某某冒充作者身份提起本案诉讼，应认定为虚假诉讼。

监督意见。2022年9月26日，绍兴市人民检察院就本案向绍兴市中级人民法院提出抗诉，认为周某某对涉案花型《婀娜多姿》不享有著作权，其冒充作者身份提起诉讼，系捏造事实提起诉讼，妨害司法秩序，损害他人合法权益，构成虚假诉讼。同时，绍兴市人民检察院就另外11件类似情形的虚假诉讼提出抗诉，浙江省人民检察院也就2件案件向浙江省高级人民法院提出抗诉。此前，柯桥区检察院已于2022年4月28日对涉及虚假诉讼的50件案件向柯桥区法院发出再审检察建议书，建议法院再审。

监督结果。绍兴市中级人民法院作出民事裁定书，指令柯桥区法院对本案再审。2022年11月28日，柯桥区法院作出（2022）浙0603民再67号民事判决，采纳检察机关抗诉意见，认定构成虚假诉讼，判决撤销原审判决，驳回周某某诉讼请求。其余63件案件再审均认定构成虚假诉讼，改判驳回原审原告的诉讼请求。

办案期间，检察机关对著作权登记环节存在的问题进行梳理分析，积极与版权管理职能部门签署《关于加强版权保护工作合作备忘录》，建立协同保护长效机制，并将案件办理中发现应予撤销的著作权登记线索移送版权管理职能部门撤销。

刑事案件办理情况。2021年8月至11月间，柯桥区检察院对周福仁、陈员兰、杨保全、王江梅等人以诈骗罪批准逮捕。2022年4月21日，杨保全、王江梅被取保候审。2022年5月5日，柯桥区检察院以诈骗罪对被告人周福仁、陈员兰、杨保全、王江梅向柯桥区法院提起公诉。

庭审中，被告人周福仁及部分辩护人提出如下辩护意见：周福仁等人不明知客户无实际著作权，其没有对作品的独创性和权利归属进行实质审查的专业能力和法律义务；在合作作品、委托作品、职务作品等情形中，部分申请人作为作品的委托人、受让人和合作人，可以申请著作权登记；虚构完成时间及代写创作说明仅意味着申

请文件存在瑕疵，利用瑕疵的著作权登记证书进行诉讼，均不能被认定虚构事实、隐瞒真相的诈骗行为。公诉人答辩：涉案花型系申请人通过低价购买或者委托第三方修改、与第三方合作等方式获得，而出售人及第三方则是以简单修改已有公开花型的方式获得，并不具备著作权法上要求的独创性。申请版权登记必须依法提交材料，如果是合作、委托、买卖等，则须附相关合同及作品权属证明材料。周福仁长期从事版权登记代理业务，熟悉当地市场花型创作情况，明知申请人不具备版权登记申请权利情况下，仍指使同案人员编写花型创作思路和说明，伪造创作时间，代签著作权保证书，后申请登记著作权。在获得版权证书后，取得版权登记人的“维权”业务，通过发送律师函、起诉等方式“维权”要求被害人支付赔偿，符合虚构事实、隐瞒真相，骗取他人财产的诈骗罪构成要件。

2022年7月28日，柯桥区法院作出一审判决，以诈骗罪判处被告人周福仁有期徒刑十一年六个月，并处罚金人民币二十万元；判处被告人陈员兰有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币八万元；判处被告人杨保全有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币二万元；判处被告人王江梅有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币一万元。并判处没收电脑、手机等作案工具，被告人共同退赔被害人损失。周福仁、陈员兰、杨保全、王江梅提出上诉。2022年9月13日，绍兴市中级人民法院裁定驳回上诉，维持原判。

【指导意义】

（一）冒充作者身份，以他人创作的作品骗取著作权登记，并以此为主要证据提起诉讼谋取不正当利益，损害他人合法权益、妨害司法秩序的，构成虚假诉讼。著作权登记证书作为著作权权属的初步证明，是著作权权属、侵权纠纷中最常见的证据之一。但是著作权登记时，对相关作品是否系申请人创作、是否具有独创性不做实质审查，客观上难以防范恶意登记著作权行为。故意提交虚假申请材料以他人作品或者公有领域的作品骗取著作权登记，再利用骗取的著作权登记证书提起诉讼谋取不正当利益，是知识产权领域一类比较典型的虚假诉讼。检察机关办理著作权权属、侵权纠纷民事诉讼监督案件，除审查著作权登记证书外，还应重点审查创作底稿、

原件等证据材料，并调查核实作品是否为他人创作、在登记证书载明的创作完成日前是否已存在等事实，综合判断著作权权属。

（二）检察机关应积极推进数字检察，以大数据赋能创新法律监督模式，破解虚假诉讼监督瓶颈。知识产权案件专业性强，虚假诉讼线索发现、甄别、认定较其他案件难度更大。司法实践中，检察机关应切实强化数字理念、思维，以大数据赋能法律监督，着力破解虚假诉讼案件办理瓶颈。一方面要做好数据资源的集纳、管理。既要注重各类检察业务数据的汇聚管理，又要通过跨部门大数据协同办案机制等拓宽数据来源渠道，加强对行政执法、司法办案等相关数据的共享。另一方面，要及时总结知识产权领域虚假诉讼办案经验，把握案件特点和规律，构建知识产权案件法律监督模型。具体办案中，对于有虚假诉讼嫌疑的案件或线索，应注重选取诉讼请求，知识产权权属证明，抗辩事由，当事人、代理人信息等要素进行碰撞、比对、分析，精准识别虚假诉讼。

（三）对于知识产权领域虚假诉讼案件，检察机关应依职权启动监督程序，通过监督民事生效裁判、移送刑事案件线索、提出社会治理意见建议等方式促进综合治理。虚假诉讼当事人伪造证据，捏造知识产权侵权关系或者不正当竞争关系，提起民事诉讼以谋取非法利益，损害他人合法权益、妨害司法秩序，应予以依法打击。司法实践中，检察机关发现虚假诉讼案件线索的，应当依职权启动监督程序，综合案件事实认定、法律适用以及案件办理效果等因素，统筹运用抗诉、检察建议等方式进行监督。同时，针对案件办理中发现的刑事犯罪线索，及时移送公安机关；对于案件反映的社会管理漏洞，及时提出社会治理意见建议，强化综合司法保护。

【相关规定】

《中华人民共和国刑法》（1997年修订）第二百六十六条、第三百零七条之一

《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修正）第二百一十五条第二款

《中华人民共和国著作权法》（2010年修正）第十一条

办案检察院：浙江省人民检察院浙江省

绍兴市人民检察院

浙江省绍兴市柯桥区人民检察院

承办检察官：郭雯 曾于生 顾淑婷 谢兴峰 胡成英

案例撰写人：曾于生

梁永平、王正航等十五人侵犯著作权案

(检例第193号)

【关键词】

知识产权保护 侵犯著作权罪 信息网络传播 “避风港规则”适用 实质性相似 分层分类处理

【要旨】

办理网络侵犯著作权刑事案件，应当准确理解把握“避风港规则”适用条件，通过审查网络服务提供者是否明知侵权，认定其无罪辩解是否成立。涉案侵权视听作品数量较大的，可通过鉴定机构抽样鉴定的方式，结合权利人鉴别意见，综合认定作品是否构成实质性相似。对于涉案人员众多的网络知识产权案件，应根据涉案人员在案件中的地位、作用、参与程度以及主观恶性等因素，按照宽严相济刑事政策分层分类处理。

【基本案情】

被告人梁永平，男，武汉快译星科技有限公司实际控制人。

被告人王正航等其他14名被告人基本情况略。

自2018年起，梁永平先后成立武汉链世界科技有限公司、武汉快译星科技有限公司，指使王正航聘用万萌军等人开发、运营“人人影视字幕组”网站及安卓、苹果、TV等客户端；梁永平又聘用谢明洪等人组织翻译人员，从境外网站下载未经授权

的影视作品，翻译、制作、上传至相关服务器，通过所经营的“人人影视字幕组”网站及相关客户端为用户提供在线观看和下载服务。经鉴定及审计，“人人影视字幕组”网站及相关客户端内共有未授权影视作品32824部，会员数量共计683万余个。为牟取非法利益，梁永平安排谢文翔负责网站和客户端广告招商业务；安排丛军凯负责在网站上销售拷贝有未经授权影视作品的移动硬盘。自2018年1月至2021年1月，非法经营数额总计人民币1200余万元，其中收取会员费人民币270余万元，赚取广告费人民币880余万元，销售硬盘获利人民币100余万元。

【检察机关履职过程】

审查逮捕及引导取证。2020年9月8日，上海市公安机关对“人人影视字幕组”侵犯著作权案立案侦查。鉴于本案有重大社会影响，上海市公安局对主犯梁永平立案侦查，其他同案犯罪嫌疑人由虹口区公安分局（以下简称虹口分局）立案侦查。2021年1月29日，上海市虹口区人民检察院（以下简称虹口区检察院）对王正航等12名犯罪嫌疑人批准逮捕。同年2月1日，上海市人民检察院第三分院（以下简称上海三分院）对犯罪嫌疑人梁永平批准逮捕。

公安机关根据检察机关的建议，在执行逮捕后重点开展了以下侦查取证工作：一是研判涉案单位的组织架构、涉案人员的行为性质、分工内容，对团伙重要成员抓捕到案；对于参与程度较低的翻译、校对等非核心人员，以证人身份取证。二是对涉案影视作品与权利人作品是否实质性相似取证。鉴于犯罪嫌疑人主要以完整复制作品方式作案，采用鉴定机构抽样鉴定的方式，结合权利人鉴别意见，综合认定涉案影视作品与权利人作品是否构成实质性相似。由中国版权保护中心版权鉴定委员会在所有影片中随机抽取50部进行实质性相似鉴定。同时，综合考虑涉案作品的权属来源、内容类别、网站板块分布，对涉案作品进行分层抽样，抽取电影、电视剧、纪录片等多个种类影片800部，由相关权利人通过逐一阅看并截图比对的方式进行鉴别。鉴定和鉴别结果均为构成实质性相似。将结果依法告知梁永平等在案犯罪嫌疑人，各犯罪嫌疑人均认可上述取证方式和结果。三是查明本案非法经营数额、侵权作品数量及涉案网站会员数量。公安机关对“人人影视字幕组”服务器上查获的合计52683部影片，去除重复的影片、公益影片及超过50年著作权有效期限的影片，

统计得出侵权影片数量为32824部。另对网站收取的会员费、广告费和售卖拷贝有未授权影视作品的硬盘收入以及会员数量进行审计，得出非法经营数额合计人民币1200万余元，会员数量683万余个。

审查起诉。根据上海市知识产权案件管辖规定，2021年7月5日，上海市公安局将梁永平移送上海三分院审查起诉，虹口分局将另外14名犯罪嫌疑人移送虹口区检察院审查起诉。检察机关重点开展以下工作：

一是准确认定犯罪情节和社会危害性。经审查确认非法经营数额、会员数量，认定该案属于“有其他特别严重情节”的情形。

二是及时变更强制措施。审查起诉阶段在犯罪事实基本审定后，虹口区检察院综合考量各犯罪嫌疑人在共同犯罪中的地位和作用、退出违法所得情节、认罪认罚具结情况，对王正航等14名犯罪情节较轻的犯罪嫌疑人变更强制措施为取保候审。

2021年8月20日，上海三分院以侵犯著作权罪对被告人梁永平向上海市第三中级人民法院提起公诉，虹口区检察院以侵犯著作权罪对被告人王正航等14人向上海市杨浦区人民法院（知识产权案件集中管辖法院）提起公诉。

指控与证明犯罪。2021年11月22日，上海市第三中级人民法院、上海市杨浦区人民法院分别对两案开庭审理。庭审中，梁永平的辩护人提出：1. 涉案网站的大量作品为用户上传，被告人已尽到“通知—删除”义务，因此适用“避风港规则”，不应认定为侵权；2. 网站接受用户“捐赠”的方式不应认定为非法经营数额。公诉人答辩：第一，涉案网站侵权作品除部分系用户上传外，另有大量侵权作品系同案犯谢明洪等人上传，梁永平明知网站内存在大量侵权作品，仍指使同案犯上传，并放任用户继续上传侵权作品，未采取有效措施遏止侵权作品传播，其“避风港规则”抗辩不成立。第二，被告人梁永平在涉案网站上公布有支付宝“捐赠”二维码，会员“捐赠”以后，能获得包括在线观看、免除部分或全部广告、不同点播次数等会员权益，这是影视类网站平台常见的盈利模式，其本质是以“捐赠”的名义收取会员费，有偿提供视听服务。

处理结果。2021年11月22日，上海市第三中级人民法院以侵犯著作权罪判处被告人梁永平有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币一百五十万元；上海市杨浦区人民法院以侵犯著作权罪判处被告人王正航等14名从犯一年六个月至三年不等的有期徒刑，适用缓刑，并处罚金人民币四万元至三十五万元不等。一审判决后，15名被告人均未上诉。

【指导意义】

（一）准确把握“避风港规则”适用条件，通过审查侵权作品来源、网络服务提供者是否明知侵权等因素，认定其无罪辩解是否成立。“避风港规则”通常是指权利人发现网络用户利用网络服务侵害其合法权益、向网络服务提供者发出通知后，网络服务提供者及时采取必要措施的，不承担侵权责任。司法实践中，部分网络服务提供者依据该规则主张不具有侵犯著作权的主观故意，进而提出不构成犯罪的辩解。对此，检察机关应准确把握“避风港规则”适用条件，重点从以下两个方面审查判断其无罪辩解是否成立：一是审查侵权作品来源。网络服务提供者组织上传侵权作品的，属于直接实施侵犯信息网络传播权的行为，不适用“避风港规则”。二是在网络用户上传侵权作品情形下，审查网络服务提供者是否明知侵权。如有证据证实网络服务提供者主观上明知作品侵权仍放任网络用户上传，或者未采取必要措施的，应认定具有主观故意，其无罪辩解不成立。

（二）涉案侵权视听作品数量较大的，可通过鉴定机构抽样鉴定的方式，结合权利人鉴别意见，综合认定作品是否构成实质性相似。基于视听作品创作特性，侵权人大量改编难度较大，且为迎合用户需求，一般采取完整复制作品的手段。检察机关办理涉及作品数量众多的侵犯视听作品著作权案件，可由鉴定机构抽取一定比例的作品开展实质性相似鉴定。同时，组织权利人鉴别。具体操作中，可按照一定标准，如影视作品特点、种类、来源、作案手法等，将涉案作品整体划分为多个互不重复的类别，再分别在每一类别中随机抽样。在此基础上，将抽样方法、鉴定和鉴别方法以及认定意见告知在案犯罪嫌疑人，听取意见。经审查，鉴别意见符合法定要求的，可作为证据使用。

（三）对于涉案人员众多的网络侵犯知识产权犯罪，应根据宽严相济刑事政策对涉案人员分层分类处理。近年来，通过信息网络侵犯知识产权案件呈现出组织化、链条化特征，分工精细、人员结构复杂。检察机关办理涉案人员众多的网络侵犯著作权案件，应严格落实宽严相济刑事政策，依据涉案人员在共同犯罪中的地位、作用、参与程度、主观恶性等因素，区分对象分层分类予以处理。对于具有提起犯意、主导利益分配、组织管理平台等行为的，或者在共同犯罪中起主要作用的主犯，重点打击，从严追究；对于在共同犯罪中参与程度较低、受雇实施犯罪的其他涉案人员可认定为从犯，酌情从宽处理；对于临时招募人员，共犯意思联络较弱、情节轻微、危害不大的，综合考量处理效果，可不予追究刑事责任。

【相关规定】

《中华人民共和国刑法》（1997年修订）第二百一十七条

《中华人民共和国民法典》（2021年施行）第一千一百九十五条、第一千一百九十七条

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2004年施行）第五条第二款第一项、第十一条

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》（2007年施行）第一条

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》（2020年施行）第二条、第十条

《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的解释》（2011年实施）第三条

办案检察院：上海市人民检察院第三分院

上海市虹口区人民检察院

承办检察官：谢飞 丁琢之 李丹

案例撰写人：陆川 谢飞 李邦硕

上海某公司、许林、陶伟侵犯著作权案
(检例第194号)

【关键词】

知识产权保护 侵犯著作权罪 计算机软件 二进制代码 复制发行 避免“二次侵害”

【要旨】

通过反向工程获取芯片中二进制代码后，未经许可以复制二进制代码方式制售权利人芯片的，应认定为复制发行计算机软件行为，违法所得数额较大或有其他严重情节的，以侵犯著作权罪追究刑事责任。对于以复制二进制代码方式制售权利人芯片的，应以二进制代码作为比对客体，综合全案证据认定计算机软件是否构成实质性相似。办案中应完善涉商业秘密证据的取证、鉴定、审查、质证方法，避免知识产权遭受“二次侵害”。

【基本案情】

被告单位上海某公司，住所地上海市徐汇区。

被告人许林，男，上海某公司总经理。

被告人陶伟，男，上海某公司销售部经理。

南京某公司享有C型芯片内置固件程序软件V3.0计算机软件著作权。该计算机软件应用于南京某公司生产并对外销售的C型芯片中。C型芯片广泛应用于导航仪、扫码枪、3D打印机、教育机器人、POS机等领域。

上海某公司于2003年成立。2016年，陶伟作为上海某公司销售人员，在市场调研和推广中发现南京某公司的C型芯片销量大、市场占有率高，遂从市场获取正版C型芯片用于复制。许林作为上海某公司总经理，负责公司生产经营等全部事务，在

明知上海某公司未获得南京某公司授权许可的情况下，委托其他公司对C型芯片进行破解，提取GDS文件（graphic data system，即图形数据系统，是用于集成电路芯片的工业标准数据文件，其中记录了芯片各图层、图层内的平面几何形状、文本标签等信息），再组织生产掩模工具、晶圆并封装，以上海某公司G型芯片对外销售，牟取不法利益。

2016年9月至2019年12月，上海某公司销售G型芯片共计830余万片，非法经营数额人民币730余万元，上述收益均归单位所有。其中，陶伟对外销售侵权芯片780余万片，非法经营数额人民币680余万元。

【检察机关履职过程】

审查逮捕及引导取证。2020年1月19日，江苏省南京市公安局雨花台分局（以下简称雨花台分局）以犯罪嫌疑人许林、陶伟涉嫌销售假冒注册商标的商品罪提请南京市雨花台区人民检察院（以下简称雨花台区检察院）批准逮捕。雨花台区检察院经审查认为，虽然涉案芯片拆解内层上有类似南京某公司的商标，但该标识并非用于标明商品来源，上海某公司没有假冒注册商标的故意，不构成销售假冒注册商标的商品罪，但C型芯片中的固化二进制代码属于计算机软件一种表现形式，该案可能涉嫌侵犯计算机软件著作权犯罪。对许林、陶伟依法作出不批准逮捕决定，同时建议公安机关对二人涉嫌侵犯著作权罪从以下方面补充侦查取证：调取犯罪嫌疑人的聊天记录等电子证据、上海某公司内部会议记录、审批报告、测试报告、对外加工委托合同等书证，查明其是否具有仿制他人芯片的主观明知和客观行为；委托鉴定机构对侵权芯片与正版芯片的内在结构、运行环境、配套软件等技术性内容进行比对鉴定。2020年1月23日，雨花台分局对许林、陶伟取保候审。

审查起诉。2020年12月4日，雨花台分局以许林、陶伟涉嫌侵犯著作权罪移送审查起诉。检察机关重点开展以下工作：一是准确认定罪名。经审查认为，上海某公司未经授权，复制南京某公司享有著作权的二进制代码制造芯片并对外销售，属于对计算机软件的复制发行，复制品数量、非法经营数额均达到情节特别严重，构成侵犯著作权罪。二是审查实质性相似鉴定意见。检察机关在对侦查阶段委托鉴定材料

审查时，发现检材来源不明。经与公安机关、鉴定人员充分沟通，由公安机关侦查人员主持，从5个地点查扣的17万片侵权芯片中随机抽取10片送检。经鉴定比对，侵权芯片与南京某公司的正版芯片表层布图90%以上相似；生产侵权芯片所使用的GDS文件ROM层二进制代码与南京某公司源代码经编译转换生成的二进制代码相同，相似度100%，与南京某公司芯片的GDS文件ROM层二进制代码相同，相似度100%，从而认定上海某公司量产的830余万片芯片均系侵权产品。三是追加上海某公司为被告单位。鉴于该案以上海某公司名义实施，违法所得归公司所有，检察机关依法追加其为被告单位。四是做好涉案商业秘密保护工作。南京某公司将涉案计算机软件源代码作为商业秘密予以保护，为防止源代码外泄，兼顾权利人的保密诉求，检察机关建议侦查人员在南京某公司内勘验、提取、封存相关电子证据。在后续诉讼程序中，鉴定人员、辩护人及其他诉讼参与者签订保密协议后，在公司专门用于封存证据的保密区域，开展鉴定比对和证据审查、质证工作。

指控与证明犯罪。2021年4月26日，雨花台区检察院以侵犯著作权罪对上海某公司、许林、陶伟向江苏省南京市雨花台区人民法院（以下简称雨花台区法院）提起公诉。

庭审过程中，被告人陶伟翻供，辩称自己不知道上海某公司直接复制了其购买的芯片二进制代码。同时，辩护人提出：首先，许林、陶伟在仿制芯片过程中，仅明知可能侵犯集成电路布图设计权，对侵犯内置固件著作权并不明知；其次，芯片固件程序仅占芯片价值的小部分，以芯片销售价格认定犯罪金额依据不足；最后，鉴定意见无法得出830万片芯片都是侵权产品的结论。公诉人答辩认为：首先，上海某公司对陶伟购买的C型芯片反向破解后，批量生产G型芯片，再由陶伟本人以明显低价对外推销，并宣称该产品可完全替代C型芯片；许林、陶伟具有芯片专业知识背景，从事芯片行业多年，作案期间许林曾告诉陶伟“不能打南京某公司的标，必须白板出货，防止侵权……一次不要出太多，防止被南京某公司发现”，所以主观不明知侵犯著作权的辩解不成立。其次，芯片的核心价值在于实现产品功能的软件程序，即软件著作权价值为其主要价值构成，应以芯片整体销售价格作为非法经营数额的认定依据，且该案侵权复制品的数量和非法经营数额均达到情节特别严重。最后，对于量产程度高的芯片，在科学抽样基础上进行多重比对均100%相似，鉴定方法科学、程序透明、比对充分，被告单位也不能提供原创代码，据此可以认定

销售的芯片均为侵权产品。

处理结果。2021年7月14日，雨花台区法院以侵犯著作权罪判处被告单位上海某公司罚金人民币四百万元；判处被告人许林有期徒刑四年，并处罚金人民币三十六万元；判处被告人陶伟有期徒刑三年二个月，并处罚金人民币十万元。被告单位及被告人均不服一审判决，提出上诉。2021年10月28日，南京市中级人民法院裁定驳回上诉，维持原判。

【指导意义】

（一）注重把握不同罪名认定标准，准确定性涉计算机软件类刑事案件。侵犯计算机软件的知识产权犯罪行为，可能触犯侵犯商标权犯罪、侵犯著作权犯罪和侵犯商业秘密犯罪。检察机关办理此类案件，需要结合案件事实和证据，依据不同罪名的构成要件准确性，精准打击犯罪行为。司法实践中，对于通过反向工程获取芯片中二进制代码后，未经许可复制二进制代码方式制售权利人芯片的，应认定为复制发行计算机软件行为，违法所得数额较大或有其他严重情节的，以侵犯著作权罪追究刑事责任。行为人制售的芯片上附着有与他人注册商标相同的标识，但该标识封闭于产品内部，未用于区分商品来源，不构成侵犯商标权犯罪。对于行为人从公开渠道购买芯片并从中提取二进制代码的，应注重审查其反向工程的辩解是否成立，综合认定是否构成侵犯商业秘密罪。

（二）对于以复制二进制代码方式制售权利人芯片的，应以二进制代码作为比对客体，综合全案证据认定计算机软件是否构成实质性相似。计算机软件实质性相似的认定，是办理侵犯著作权刑事案件的难点，司法实践中多通过源代码比对的形式审查认定。在行为人通过复制芯片中的固化二进制代码复制发行计算机软件情形下，无法通过计算机软件源代码比对的方式开展实质性相似鉴定。因同一计算机程序的源程序和目标程序为同一作品，可通过对芯片中二进制代码进行比对的方式，解决计算机软件实质性相似认定问题。对于查获侵权产品数量较大、采用抽样鉴定方式的，应确保样品具有代表性、随机性，规范样品提取、保存、送检流程。

（三）完善涉商业秘密证据的取证、鉴定、审查、质证方法，避免知识产权遭受“二次侵害”。商业秘密是高新技术型企业创新发展的核心竞争力，具有重大商业价值。检察机关在办理涉计算机软件类案件时，如接触到软件源代码等企业核心技术信息，相关信息可能属于商业秘密的，应充分考虑权利人保护知识产权和经营成果的现实需求，会同相关部门，兼顾办案要求与企业实际诉求，根据取证对象特性及时调整固证和审查思路，创新涉软件源代码的电子数据取证、审查、封存、质证方法，避免权利人遭受“二次侵害”，并确保收集固定的案件证据具备合法性、真实性和关联性。检察机关可依据当事人、辩护人、诉讼代理人或者案外人书面申请，或根据办案需要，采取组织诉讼参与人签署保密承诺书等必要保密措施。

【相关规定】

《中华人民共和国刑法》（1997年修订）第二百一十七条、第二百二十条

《中华人民共和国著作权法》（2010年修正）第三条、第十条第一款

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2004年施行）第五条第二款、第十二条

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》（2007年施行）第四条

《计算机软件保护条例》（2013年修订）第三条第一款

办案检察院：江苏省南京市人民检察院

江苏省南京市雨花台区人民检察院

承办检察官：张凌燕 黄勇

案例撰写人：张凌燕

关于进一步加强网络侵权信息举报工作的指导意见

Opinions to Strengthen Reporting of Online Infringement Information

发布时间：2023-09-15 来源：中央网络安全和信息化委员会办公室

各省、自治区、直辖市党委网信办，新疆生产建设兵团党委网信办：

网络侵权信息举报工作是网信部门践行网上群众路线的重要举措，是保护网民网络合法权益的重要手段，对促进形成积极健康、向上向善的网络文化具有重要意义。为加强网络侵权信息举报工作，推动建立良好网络生态，切实维护好广大网民网络合法权益，现提出如下意见。

一、总体要求

(一) 指导思想

以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻落实党的二十大和二十届一中、二中全会精神，坚持以人民为中心的发展思想，坚持围绕中心、服务大局，以提升广大网民在网络空间的获得感、幸福感、安全感为目标，以维护好广大网民网络合法权益为出发点和落脚点，以压紧压实网站平台主体责任为着力点，夯实工作基础、创新完善举措、健全制度规范、完善体制机制，突出做好涉公民个人、企业法人网络侵权信息举报工作，持续营造清朗网络空间，助力经济社会健康有序发展。

(二) 主要原则

坚持系统观念。加强整体设计、注重统筹协调，推动线上线下受理处置全覆盖，主体责任和监督责任同步落实，横向协同和纵向联动一体构建，全方位、全链条推进工作。

坚持问题导向。针对网民网络维权难点堵点问题，立足职能、靶向施策、精准发力，创新工作思路、改进方法手段，着力提升网民举报投诉的有效性和处置率。

坚持依法依规。科学设置受理处置标准，严格受理处置流程，加强内部管理，注重风险防范，确保举报受理处置法律适用准确、程序完备合规，不断提高工作制度化、规范化水平。

坚持注重实效。增强针对性、突出实效性，聚焦重点领域、紧盯关键环节，综合施策、

标本兼治，做深做细各项工作，确保各项重点任务落地落实。

二、夯实工作基础

(三) 优化举报服务。建立多元化举报平台，实现线上线下全覆盖，满足广大网民多层次多样化举报需求。强化举报平台服务功能，提供集“举报投诉”“举报指南”“典型案例”“法律法规”等多功能于一体的举报服务产品。加强举报渠道建设，依法依规制定举报指引，明确举报要件，方便网民有效准确举报。建立投诉维权矩阵，为网民引入法律咨询、司法救济、公益诉讼、网络调解等渠道，拓展社会力量积极参与网民权益维护保障工作。

(四) 健全处置机制。建立全链条闭环举报处置机制，积极受理处理本部门职责范围内的举报，视情会商研判、移送转交职责范围外的举报；加强跟踪督办，确保“事事有着落、件件有回音”。丰富举报处置手段，建立分级分类处置措施。加大惩戒力度，严惩恶意侵权、重复侵权、群体侵权。强化震慑遏制效果，严厉处置并及时公布群众反映强烈、社会舆论关注度高的典型案例。

(五) 完善制度规范。健全受理处置规范，明确受理对象、受理范围、受理方式、处置举措。完善流程规范，细化集体研议、层级把关、审处分离等工作程序。建立举报人信息保护制度，严禁泄露、篡改、毁损、出售或者非法向他人提供举报人个人信息及举报材料。完善信息登记、工作台账、档案管理等制度，改进工作作风，提升服务质量。

(六) 统一研判标准。充分发挥标准化建设在网络侵权信息举报工作中的基础性和引领性作用，研究制定依法有据、科学适用的网络侵权信息举报受理审核、研判处置标准。鼓励行业组织、网站平台积极参与标准制定。推动标准化实施应用，突出网站平台主体应用地位，努力实现从“有好标准”到“用好标准”的实践转化，逐步实现同一举报事项、同一受理条件、同一举证要求、同一办理结果。

(七) 强化技术支撑。加强技术系统建设，提升举报受理处置便捷化、智能化水平；拓展动态监测、统计分析、趋势研判、效果评估等功能，充分发挥数据基础资源作用，提高预测预防预警能力。加快推进网信部门网络举报技术管理系统有效衔接、互联互通，统筹推

进技术融合、数据融合、业务融合，提升跨层级、跨地区网络侵权信息举报协同处置能力，为建立“一体受理、一体处置”的全国“一盘棋”工作格局提供支撑。

三、切实保护公民个人网络合法权益

(八) 明确涉个人举报处置重点。重点受理处置未取得个人同意或违反国家有关规定，泄露公民家庭住址、身份证件、联系方式、医疗健康、行踪轨迹、金融账户等个人信息的举报线索。重点处置窃取、兜售个人信息的违法网站、账号。重点处置利用他人姓名、肖像、职务等显著标识特征，假冒仿冒他人发布信息、表达立场观点以及开展其他网络活动的违法账号。重点处置丑化污损他人肖像、错误关联或不当使用他人肖像，侮辱谩骂、诋毁诽谤、造谣抹黑侵犯他人名誉的违法和不良信息及相关账号。

(九) 建立网络暴力信息举报快速处置通道。建立线上网络暴力信息举报专区，为网民提供便捷化举报渠道，快速受理处置针对个人集中发布的不友善、不文明言论，特别是“人肉搜索”、恶意攻击、造谣诽谤等网络暴力信息。从严处置首发、首转、多发、煽动传播网络暴力信息的账号。坚持线上处置和线下查处相结合，强化与执法司法部门的协同治理，提升网络暴力信息溯源能力，依法追究网络暴力实施者法律责任，提高网络暴力违法成本，从源头上遏制网络暴力乱象。

(十) 加强特殊群体网络合法权益保护。优先保护未成年人网络合法权益，及时处置以文字、图片、音视频等形式，侮辱、诽谤、威胁未成年人或者恶意损害未成年人形象的违法和不良信息。及时处置泄露未成年人姓名、住所、照片以及其他可能识别出未成年人真实身份的违法和不良信息。依法严厉打击涉未成年人网络欺凌行为。依法保护妇女、残疾人、老年人等其他特殊群体网络合法权益，坚决处置性别歧视、年龄歧视、地域歧视等制造社会矛盾、煽动群体对立的违法和不良信息。

(十一) 把握举报受理处置重点领域。重点处置“自媒体”制作、复制、发布的虚假不实信息，建立网络账号（账号主体）黑名单机制，从严处理举报集中的违法违规账号及其主体。重点处置网络信息搜索服务提供者以链接、摘要、快照、联想词、相关搜索等形式推荐的侵权信息。重点处置网络话题、信息评论、网络直播、短视频、网络群组等栏目环节出

现的互撕谩骂、拉踩引战等侵权信息。

四、切实维护企业网络合法权益

(十二) 把握涉企举报处置重点。重点处置以吸睛引流、增粉养号、恶性竞争、不当盈利为目的，通过捏造事实、主观臆断、歪曲解读、恶意关联、蓄意炒作、翻炒旧闻等方式，侵害企业及企业家名誉、降低公众对企业产品或者服务社会评价，影响企业正常生产经营活动、干扰市场经济秩序的虚假不实信息。依法处置集纳企业负面信息进行敲诈勒索、假冒仿冒企业名称或显著标识开展网络活动的违法网站和账号。严厉打击操控舆论、恶意造谣诽谤企业名誉的网络水军。

(十三) 明确重点保障企业类型。依法保护企业及企业家网络合法权益，优化企业网上营商环境，支持各类所有制企业优化改革、发展壮大。重点保护“拟上市”企业网络合法权益，为企业顺利上市融资保驾护航；重点保护上市企业网络合法权益，稳定企业市值，提振投资者信心；重点保护高新技术企业、“专精特新”企业网络合法权益，助力企业创新发展、做大做强。

(十四) 开设线上涉企举报专区。建立“两微两端”线上涉企举报专区，明确受理范围、举报要件、举证要求，积极受理属地企业网络侵权信息举报。针对属地网络侵权信息，按照“专人负责、优先办理、全程跟踪、限时办结”的工作原则，简化工作流程、依法快速处置。针对非属地网络侵权信息，按照相关规定和相关程序及时报送中央网信办。

(十五) 健全举报查证机制。拓宽工作思路，创新举证方法，丰富举证形式，降低企业举报难度，提升企业举报可行性。梳理总结侮辱谩骂污染网络生态、断章取义误导舆论、无备案仿冒假冒违法网站等显性网络侵权类别，明确无需司法、行政等国家机构举证的具体情形。探索第三方专业机构、行业标准、法律意见书、审计报告、公共服务平台查询结果、源发媒体信息等在网络侵权举证中的效用。建立与涉企职能管理部门的联动协同机制，对重要问题、重大线索进行分析研判、统筹调度，形成工作合力，为快速查证、及时处置创造有利条件。

(十六) 强化举报政策指导。主动靠前服务，积极为企业想办法、解难题。加强调查研究，摸排属地企业遭遇网络侵权情况，做到情况明、底数清。宣讲举报政策，加强培训指导，做好“送政策到企业”工作。建立与属地重点企业的沟通对接渠道，定期了解企业维权诉求，对维权诉求合理的，进行“一对一”定向辅导，解析举报方法，搭建举报渠道，强化服务保障；对维权诉求不合理的，积极做好解释说明工作。

(十七) 严格规范企业举报行为。切实提升审核研判能力，准确把握舆论监督内涵和网络侵权标准，正确看待网上舆论监督对提升企业治理能力、完善企业生产运营机制的重要作用。按照“依法依规、有效引导、规范渠道”的原则，依法妥善处理涉劳资、合同、股权、产权、债务、消费等权益纠纷举报。合理设置举报条件，规范企业举报行为，防范举报权利滥用、扰乱举报工作秩序。

五、压紧压实网站平台主体责任

(十八) 严格督导检查。坚持全面检查和重点检查相结合，全面检查属地网站平台网络侵权信息举报工作情况，重点检查网站平台未按照有关法律法规及时处理反馈的显性网络侵权信息举报。建立问题台账，狠抓整改落实，对落实主体责任不力、网络侵权问题多发频发的网站平台，加强惩戒处罚。

(十九) 设立投诉窗口。探索建立线上网民投诉受理窗口，及时办理网民关于属地网站平台处置网络侵权信息举报不及时、维护网民合法权益工作不到位的投诉。规范投诉处理程序，完善投诉处理措施，公布投诉处理办法。建立投诉办理情况查询系统，提高投诉处理质量和效率。健全网站平台网络侵权信息举报工作评价体系，引入群众评价参数指标，开展群众满意度测评。

(二十) 推动信息公开。指导属地重点网站平台建立常态化网络侵权信息举报受理处置情况通报机制。运用全媒体方式，显著位置发布，深度解析受理流程、研判标准、办理时限等社区规则，引导网民精准有效举报。公布网络侵权信息举报处置数量、处置措施、典型案例，接受公众监督。公开热点侵权事件举报处置情况，回应网民关切。

(二十一) 提升处置效果。指导网站平台完善分级分类网络侵权信息举报处置举措。建立快速通道机制，第一时间受理、第一时间处置显性网络侵权以及事实清楚、举证充分的举报。建立“限时加私”机制，对时效性强、举证时间久，可能给举报人造成较大负面影响的侵权信息，先行采取“加私”措施，及时阻断相关信息分享传播，为举报人完成举证提供时间窗口。建立“争议标签”机制，对涉及事项尚未得到充分证实的侵权信息，采取设置“内容存疑标签”或“链接当事人回应声明”等措施，引导网民客观评判，防止侵权信息误导舆论。

六、组织实施

(二十二) 加强组织领导。提高政治站位，充分认识做好网络侵权信息举报工作的重要意义，将网络侵权信息举报工作作为管网治网重点任务，紧抓不放、常抓不懈。要精心谋划部署，制定工作方案，明确目标任务，细化工作举措。要认真组织实施，压紧压实各方责任，扎实有序推进，确保取得实效。

(二十三) 注重示范引领。坚持全面部署和试点带动相结合，围绕重点任务、关键举措开展试点示范工作，鼓励思路创新、举措创新、机制创新，及时总结推广优秀做法、典型经验，积极培育形成一批符合时代特征、贴近群众需求的网络侵权信息举报工作品牌。

(二十四) 强化队伍建设。配齐配强工作力量，加强思想淬炼，增强宗旨意识，涵养为民服务精神。加强实践锻炼和业务培训，提高法律素养和媒介素养，提升为民服务本领和能力，着力打造一支业务精、能力强、守纪律、明底线的高素质专业化工作队伍。

(二十五) 加强宣传推广。加强线上宣传，持续开展主题宣传、成效宣传、典型宣传，通过音画图文等多种手段，立体呈现网络侵权信息举报工作。加强线下推广，组织网络侵权信息举报工作宣传进基层、进社区、进学校、进企业，不断扩大网络侵权信息举报工作的公众知晓度、社会参与度。

中央网络安全和信息化委员会办公室

2023年8月31日

屋顶分布式光伏电站项目《租赁及合同能源服务协议》中的风险防范——从业主方视角

Risk Prevention of EMC Contracts for Distributed Rooftop PV Projects — from the Perspective of the Owner

作者：张婉璐

屋顶分布式光伏电站项目中，通常由屋顶业主方与电站项目的投资方签署兼具合同能源管理与租赁双重属性的《租赁及合同能源服务协议》，对于屋顶的租赁期限、租金、项目开发建设等进行约定。本文以业主方在协议的制定与履行过程中的风险防范为视角进行初步探讨。

进入“十四五”后，在碳达峰、碳中和目标的促动下，新能源全速发展并推动光伏电站项目的投资达到白热化。

根据国家能源局数据，2023年上半年，全国光伏新增并网7842万千瓦，同比增长154%，其中集中式光伏发电3746万千瓦，同比增长234%，分布式光伏发电4096万千瓦，同比增长108%。截至2023年6月底，全国光伏发电装机容量达到4.7亿千瓦，其中集中式光伏2.72亿千瓦，分布式光伏1.98亿千瓦。上半年，全国光伏发电量2663亿千瓦时，同比增长30%。全国光伏发电利用率98.2%，同比提升0.4个百分点。

光伏发电主要分为分布式光伏发电、集中式光伏发电。分布式光伏发电是在用户所在场地或附近建设运行，以用户侧自发自用为主、多余电量上网且在配电网系统平衡调节为特征的光伏发电设施。分布式光伏发电实行“自发自用、余电上网、就近消纳、电网调节”的运营模式，电网企业采用先进技术优化电网运行管理，为分布式光伏发电运行提供系统支撑，保障电力用户安全用电，鼓励项目投资经营主体与同一供电区内的电力用户在电网企业配合下以多种方式实现分布式光伏发电就近消纳。集中式光伏电站方案主要利用荒漠、戈壁、沙漠、滩涂、山地等场地建设大型共网光伏电站，发电模式为全额上网，接入形式为35KV以上高压经专用线路直接并入公共电网。

屋顶分布式光伏发电系统，是附加安装在建筑物屋顶的并网分布式光伏发电系统。在屋顶分布式光伏电站项目中，通常由屋顶业主方（“业主方”）与电站项目的投资方（“投资方”）签署兼具合同能源管理与租赁双重属性的《租赁及合同能源服务协议》（“EMC协议”），EMC协议对于屋顶的租赁期限、租金、项目开发建设、用电模式、电价等进行约定。

本文以屋顶分布式光伏电站项目《租赁及合同能源服务协议》为基础，并结合实务经验，以业主方在该协议的制定与履行过程中的风险防范为视角进行初步探讨。

一、投资方资信情况调查

EMC 协议期限通常较长，投资方的资信情况对于 EMC 协议能否顺利履行则至关重要。光伏电站项目的业主方往往作为“被尽调对象”，但从业主方风险控制的角度而言，业主方也有必要对投资方的资信情况开展调查。基于这一目的，对投资方资信调查的内容一般包括：（1）投资方的基本情况，包括是否具备合法的主体资格、法律地位等；（2）投资方的注册资本、实缴出资及资产状况；（3）投资方的生产和技术力量等情况，特别是在光伏电站项目领域的经验；（4）在本次合作的光伏电站项目中的融资方式、资金链稳定性；（5）投资方的商业信誉情况，包括是否存在正在进行中的诉讼、仲裁、执行案件、是否被列入失信被执行人名单等。

此外，由于国家层面的规范性文件以及个别地方性规定对于光伏电站项目投资主体的变更存在限制，如《国家能源局关于规范光伏电站投资开发秩序的通知》（国能新能〔2014〕477号）规定“已办理备案手续的项目的投资主体在项目投产之前，未经备案机关同意，不得擅自将项目转让给其他投资主体。项目实施中，投资主体发生重大变化以及建设地点、建设内容等发生改变，应向项目备案机关提出申请，重新办理备案手续。”，又如《关于完善光伏发电规模管理和实施竞争方式配置项目的指导意见》（发改能源〔2016〕1163号）规定“（二）光伏电站项目纳入年度建设规模后，其投资主体及股权比例、建设规模和建设场址等主要内容不得擅自变更。”等。在 EMC 协议签署后，业主方还应对投资方的股东、实际控制人变动情况保持关注，如因投资方违法违规变更投资主体的，对于整个光伏电站项目的落地以及业主方权益均会产生重大不利，在 EMC 协议中还应充分考虑该种情形下的投资方违约责任。

二、业主方自持证照、屋顶情况核查

屋顶分布式光伏电站项目所依托的建筑特别是屋顶情况是投资方的重点关注内容，在与投资方开展光伏电站项目前，业主方也应自身持有的相关证照、审批文件等进行自查，包括土地使用权证及房屋所有权证（或土地使用权和房屋所有权登记齐全的不动产权证）、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建筑工程施工许可证、消防验收合格证等相关资料。在技术层面，还应当注意确认屋顶的面积、材质、承受力、荷载等建设标准。在 EMC 协议的谈判过程中，投资方往往会要求业主方对于屋顶及其所在建筑的权属证明、开发建设、环保环评相关证照、审批文件的合法合规性作出承诺并承担相应责任，业主方可以提出以屋顶及其所在建筑的客观现状，以及提供根据法律法规应当由业主方保存、调取或查阅的相关资料为投资方认可作为合作前提，规避因投资方后期办理光伏电站项目行政审批手续遇到障碍并以此为由追究业主方责任的相关风险。

如 EMC 协议签署前，业主方已就屋顶及其所在建筑设置抵押或存在司法查封等情况，应当在协议中予以披露并明确发生处置情形时的双方责任。根据《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第十四条规定，租赁房屋在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动，承租人请求房屋受让人继续履行原租赁合同的，人民法院应予支持。但租赁房屋具有下列情形或者当事人另有约定的除外：（一）房屋在出租前已设立抵押权，因抵押权人实现抵押权发生所有权变动的；（二）房屋在出租前已被人民法院依法查封的。根据上述规定，业主方于租赁关系设定之前已就屋顶及其所在建筑设置抵押或被司法查封的，如因此而发生权属变动，则新的所有权人可以不受 EMC 协议的约束。投资方基于项目可长期、稳定的考虑，通常也会在 EMC 协议中要求落实业主方对于“所有权变动不得影响投资方租赁权利”的承诺以及相应的责任。从业主方角度而言，如能够取得抵押权人关于同意租赁以及行权后将维持租赁关系不变的承诺文件可较为有效地解决投资方的顾虑，但业主方的义务与责任应当以“就权属变动情形及时通知投资方”“尽合理努力协调抵押权人继续履行合同”“在已充分披露屋顶及其所在建筑权利限制以及尽前述义务的前提下不承担赔偿责任”为限。

三、合同期限

由于 EMC 协议包括屋顶租赁与能源服务两部分内容，因此，合同期限的设置须同时考虑租赁期限与能源服务期限这两个方面。基于住房和城乡建设部发布的《建筑节能与可再生能源利用通用规范》第 5.2.9 条“太阳能光伏发电系统中的光伏组件设计使用寿命应高于 25 年”的强制性工程建设规范，以及《民法典》第七百零五条“租赁期限不得超过二十年。超过二十年的，超过部分无效”的规定，业主方与投资方通常在 EMC 协议中将租赁期设置为二十年，并且约定到期后自动延续五年或更长期限，以使得能源服务期限与租赁期限保持一致，且有利于项目运营的稳定性与投资方投资收益最大化。

从维护业主方权利的角度而言，业主方可以设置一定的前置条件作为续约的前提，比如投资方充分履行 EMC 协议项下的义务与责任、不存在未有效纠正的违约行为、按照一定比例的涨幅调整租金或者在续租期内给予业主方或其他物业使用人更为优惠的用电方案、投资方与业主方于租赁期限届满前一定期限内签署书面续租协议等。

四、合作模式

根据国家发展和改革委员会《国家发展改革委关于完善陆上风电光伏发电上网标杆电价政策的通知》（发改价格〔2015〕3044 号），利用建筑物屋顶及附属场所建设的分布式光伏发电项目，在项目备案时可以选择“自发自用、余电上网”或“全额上网”中的一种模式；已按“自发自用、余电上网”模式执行的项目，在用电负荷显著减少（含消失）或供用电关系无法履行的情况下，允许变更为“全额上网”模式。“全额上网”项目的发电量由电网企业按照当地光伏电站上网标杆电价收购。选择“全额上网”模式，项目单位要向当地能源主管部门申请变更备案，并不得再变更回“自发自用、余电上网”模式。

基于屋顶分布式光伏电站项目的两种并网模式，业主方与投资方之间的合作模式也不相同。对于“全额上网”模式的屋顶分布式光伏电站项目，由于电站发电量全部由电网企业按照当地光伏电站上网标杆电价全部收购，因此不存在额外发电量输送给业主方或其他物业使用人使用。在该模式下，业主方与投资方之间仅为屋顶租赁关系，并签署屋顶租赁协议，由投资方按照约定向业主方支付租金等租赁费用。对于“自发自用、余电上网”模式，电站发电量主要供给用户使用，所产生的多余电量将接入电网系统消纳。在该模式下，业主方与投资方

之间的合作模式通常包含：（1）投资方给予业主方或其他物业使用人电价优惠以冲抵租金，即投资方无须另外支付租金；（2）投资方给予业主方或其他物业使用人电价优惠，并同时支付较低金额的租金。

在部分 EMC 协议中，投资方会要求业主方优先消纳屋顶分布式光伏电站的发电电量以稳固其项目投资收益，业主方应当注意承担该等优先消纳义务须以满足电价、供电质量、供电安全等方面的同等条件为前提，即在屋顶分布式光伏电站的发电电力充足且与公共供电具备上述同等条件时，业主方应优先使用前者。此外，由于业主方可消纳的电量与投资方收益直接相关，有些投资方也会要求业主方在项目前期或持续维持其实际可消纳电量在一定水平之上，对此业主方应当充分考虑到其自身以及其他物业使用人的生产效益情况，如效益不佳则可能违反上述承诺事项，触发违约或赔偿。因此，业主方除谨慎承诺电量消纳最低值外，也可考虑在上述极端情形发生时允许并配合投资方变更为“全额上网”模式或将电量供应予其他方，以此作为逃生方式以平衡双方利益。

五、屋顶的交付标准与修缮责任

在不同项目背景下，业主方与投资方的商务谈判地位不尽相同，也不乏体现在双方关于屋顶交付标准的约定当中。比如，某些 EMC 协议约定业主方应交付符合投资方要求的屋顶，并对屋顶承载力等作出承诺；又如，某些 EMC 协议中约定业主方按照屋顶现状交付予投资方，投资方自负成本于指定期限内完成屋顶的破损修复、漏水修补、翻新、加固等；大多数 EMC 协议则采取对于双方责任更为折中的处理方式，比如业主方或投资方承担一定金额内的翻新、维修成本或一定数量内的缺陷点修补成本。这一点通常根据双方的商务沟通情况确定。

由于 EMC 协议的合作期限较长，合作期间较大可能会发生屋顶的大修，而业主方作为屋顶的所有权人，由业主方主要承担屋顶因达到使用寿命或正常损耗情况下导致渗水漏水等情况的维修、更换成本，目前较为常见。从业主方成本节约角度出发，业主方也可要求投资方承担一定次数内的屋顶大修成本。投资方通常还会要求业主方对于投资方于大修期间所遭受的停产停业损失进行赔偿，对此，一方面，业主方可要求约定一定的大修期间，如在该期间内完成大修工作的，则业主方不承担赔偿责任，另一方面，关于投资方损失应参考较长且稳定期间内的平均收益情况认定，避免赔偿标准丧失公允性，或也可以采取确定金额的赔偿标准。

六、光伏电站资产及配套设施

就所有权而言，业主方与投资方通常会在 EMC 协议中约定投资方所采购、建设、安装的光伏电站资产及配套设施的所有权归属于投资方所有，这一点并无过多争议。而对于业主方更为重要的是，在合作期限届满后光伏电站资产及配套设施的处置责任。

除非 EMC 协议中明确约定，合作期限届满后光伏电站资产及配套设施归属于业主方所有且投资方按照届时现状交还，通常情况下应当由投资方负责拆卸后移除，恢复原状后交还业主方。须要注意的一种情形是，如因光伏电站资产及配套设施已经于屋顶形成添附并且拆除可能对屋顶造成破坏的，业主方应当争取保留如下权利：（1）要求投资方负责拆除并自负费用修复屋顶；或（2）要求投资方按照现状交还屋顶，并且不得向业主方就光伏电站资产及配套设施残值主张任何补偿。

七、光伏电站项目行政审批手续办理

根据国家能源局《光伏电站开发建设管理办法》第十二条、第十三条，我国光伏电站项目实行备案管理，各省（区、市）可制定本省（区、市）光伏电站项目备案管理办法。根据《企业投资项目核准和备案管理条例》第三条，除国务院另有规定的，实行备案管理的项目按照属地原则备案，备案机关及其权限由省、自治区、直辖市和计划单列市人民政府规定。以及《企业投资项目核准和备案管理条例》第十三条，实行备案管理的项目，企业应当在开工建设前通过在线平台将下列信息告知备案机关：（一）企业基本情况；（二）项目名称、建设地点、建设规模、建设内容；（三）项目总投资额；（四）项目符合产业政策的声明。根据国家能源局《分布式光伏发电项目管理暂行办法》第十一条，项目备案工作应根据分布式光伏发电项目特点尽可能简化程序，免除发电业务许可、规划选址、土地预审、水土保持、环境影响评价、节能评估及社会风险评估等支持性文件。可见，在项目备案环节所须办理的事项及所须的材料较为基础、便利。

根据国家能源局《光伏电站开发建设管理办法》第十七条，完成项目备案后，项目单位提交接入系统设计报告评审申请后，应由电网企业按照电网公平开放的有关要求在规定时间内出

具书面回复意见。以及第二十二條，項目主体工程及配套電力送出工程完工后，电网企业应配合开展光伏电站涉网设备和電力送出工程的并网调试、竣工验收，并与項目单位签订并网调度协议和购售电合同。

在 EMC 协议中通常约定由投资方负责光伏电站項目的设计、建设、电网接入、运营维护及设备的安全防护等工作，并负责項目建设所須的一切行政审批手续的办理（包括但不限于完成項目备案手续、項目建设审批手续、并网验收手续等）。基于此，还須提示业主方注意的是，由于相关手续的办理主要由投资方把控并且涉及的环节较多，业主方应注意在 EMC 协议中就投资方完成上述各項步骤的期限以及责任，比如在光伏电站項目投入运营与起租日相互挂钩的情形下，如投资方不能按时投产不应影响正常计租；又如，如投资方逾期办妥任一手续累计达到一定期限，业主方有权解除 EMC 协议并有权索取赔偿。

八、光伏电站項目补贴、碳排放指标

为加大工业建筑屋顶光伏开发利用的力度，大部分地区积极鼓励业主方在既有厂房自行建设或引入投资方建设的屋顶光伏发电項目，并给出了不同程度的补贴，目前比较常见的有按照項目实际发电量给予每千瓦时一定金额的补贴、按照項目实际投资额的一定比例给予补贴等。各地文件中对于补贴对象的要求也不尽相同，一般为項目业主方或投资方。此外，2021 年生态环境部发布的《碳排放权交易管理办法（试行）》明确了国家核证自愿减排量（Chinese Certified Emission Reduction, “CCER”）对于全国碳市场建设的重要意义，屋顶分布式光伏电站項目作为新能源電力，其减少温室气体的排放而形成的减排量可以参与全国碳排放权交易并抵消碳排放配额的清缴。因此，开展屋顶光伏发电項目可能产生补贴收益与碳减排权益，业主方与投资方应当在 EMC 协议中就該等收益的归属予以明确，同时应约定双方配合申请的义务。

在部分 EMC 协议中，投资方会要求享有由此产生的全部额补贴收益与碳减排权益，这通常可以根据双方的商务沟通情况确定。从加强业主方权益角度而言，业主方可提议按照一定比例分享补贴收益与碳减排权益（或换算为碳减排收益）。



张婉璐 北京国枫(上海)律师事务所 授薪合伙人

业务专长

公司收购与兼并业务、房地产业务

(来源: 国枫公众号)

我从苦难和粘涩的深潭中出世

作者/曼德尔施塔姆 [俄]

自己在半年前写的诗如同令人怀念的旋律
从那时到现在，每天都发生着各种各样的事
我的确置身于此活着
但诗却仿佛把发生过的事抛向了虚空

琥珀色调味汁的浓液粘在绿色的玻璃窗上
在研磨得漂亮的玻璃窗对面，人和车无声地通过
粉红色厚厚的火腿夹在薄薄的白色面包中间

让涂得五颜六色的圆盘旋转时，它仿若白色
争执不下的现实保持平衡时接近于空白
我经历过若干次这样的瞬间
于是边喝咖啡或啤酒
独自

像爱德华·利尔的打油诗里出现的帕尔玛妇人
离群索居变得很静、很静、很静

对我来说诗不过是由于危险的平衡而成立
或不过是极为个人化的快乐瞬间而已
有记录它的必要吗？

然而，我却在酒店的咖啡馆奋笔疾书
在昆德拉著作的封皮背面
虽讨厌写作
心还是被尚未抒写的诗的真实所征服

(来源：网络)

