

NEWSLETTER 中伦e简报 深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

A股上市公司控制权收购 01 /
——收购方式篇

PE对赌安排新变化 02 /
——案例分析标的公司为股东对赌提供担保之法律效力

长租公寓“爆仓”后 03 /
大房东“收房”的相关法律问题分析

背靠背条款的效力认定 04 /
及法律分析

网络游戏著作权保护路径的 05 /
主要类型及其演化趋势

A股上市公司控制权收购 — 收购方式篇

作者：邱建 刘鑫



自2018年伊始，受宏观政策和国内外经济环境变化的影响，A股二级市场呈跳水之势，部分上市公司现金流趋紧，大股东股票质押率增高，甚至出现公司经营困难等现象。在此形势下，相关数据显示，2018年前三季度A股上市公司控制权转让交易总数已超去年全年的水平。其中，国有企业收购民营上市公司并取得控制权的案例明显增多（笔者特别整理了2018年以来国有企业收购的相关案例，详见文末附表）。在本文及本公众号的后续文章中，笔者拟结合近期的实务经验，对收购A股上市公司控制权的方式、程序、主要风险及解决方案等进行分析和探讨。

第一部分 常规收购方式

常规而言，收购A股上市公司的控制权可以选择以下一种或多种收购方式：

1. 协议收购

协议收购是指收购人与上市公司股东在法律法规允许的范围内，对收购涉及的核心条款协商一致后，通过签署并履行相关协议取得上市公司相应股份暨控制权的收购方式。相比于要约收购等强制收购方式而言，协议收购可以更充分地发挥转让双方的意思自治，在收购价格、比例、交割条件等方面具有较强的灵活性，既可以用于取得控制权，也可以用于巩固控制权。其主要实施要点如下：

(1) 收购价格

根据《上海证券交易所上市公司股份协议转让业务办理指引》、《深圳证券交易所上市公司股份协议转让业务办理指引》（合称为“协议转让指引”），协议转让价格的下限为签署协议前一交易日市价的九折，不设上限。受制于收购人相比于出售方的商业谈判地位，通过直接协议收购取得上市公司控制权可能需要支付一定的控制权溢价，但收购所需支付的整体成本相对可以预期。此外，如出售方为国有股东，则协议转让的价格还需符合《上市公司国有股权监督管理办法》（“36号令”）规定的定价下限。

(2) 收购比例

收购人在通过协议收购取得上市公司控制

权时，所收购的标的公司股份比例应考虑至少以下几个因素：

（A）根据协议转让指引，协议转让中单个受让方的受让比例不低于公司股份总数的5%（转让双方存在实际控制关系、均受同一控制人所控制等情况除外）；

（B）为明确对被收购的上市公司的控制权，收购人在收购完成后所持有的被收购上市公司之投票权（既包括因持有的标的公司股份所拥有之投票权，亦包括因受托等原因而享有之投票权）应比第二大股东所享有的投票权高出一定比例（实践中，通常认为这一比例应在10%或更高方可认定第一大股东拥有控制权）；以及

（C）根据《上市公司收购管理办法》，收购人拟通过协议方式收购一个上市公司的股份超过30%的，超过30%的部分，会触发强制要约收购义务（除非符合法定豁免强制要约的条件）。由此，收购方通常会根据上市公司股权集中度选择合适的收购比例，尽量避免产生要约收购义务。

2. 二级市场交易

不同于非上市公司，上市公司股份具有公开流通的特点，收购人可通过证券交易系统购买一定数量的股份。二级市场交易包括竞价交易、大宗交易，均属于“标准化交易”，具有操作方便、流程简单的特点。受制于二级市场流通股数量、价格、权益变动程序的限制，以及为避免内幕交易的目的，二级市场交易通常作为配合其他收购方式或者巩固控制权的手

段，并不作为收购控制权的主要方式。其实施的主要要点如下：

(1) 操作程序

二级市场交易系标准化交易，无需进行谈判、履行交割前置义务等复杂程序，交易便捷。

根据《上市公司收购管理办法》，收购人每收购上市公司股份达到5%的，需要在该事实发生之日起3日内编制权益变动报告书，向中国证监会、证券交易所提交书面报告，通知该上市公司，并予公告；且在上述期限内，不得再行买卖该上市公司的股票。这种方式也被称为二级市场“举牌收购”。

收购人按照上述规定履行信息披露义务的同时也公开了自己的举牌收购意图，若上市公司的原有实际控制人和/或管理层对这一收购行为不予认可，可能会采取各种措施来抵御这一“敌意收购”，使得收购人很难完成收购。近年来，万科、爱建集团、ST生化、海立股份等典型收购案例中，抵御敌意收购措施也是越发多样化，既有股东增持、寻求“白衣骑士”等常规措施，又有富有中国特色的停牌、诉讼、举报等措施。

(2) 流通股数量

二级市场流通股数量有限，仅通过收购二级市场流通股未必能够取得上市公司控制权。

(3) 收购价格

交易双方按市价进行交易（大宗交易可在当日涨跌幅限制内确定价格），收购人无需支付控制权溢价。但是，由于二级市场可供收购的股票数量相对有限，二级市场价格可能会因

收购行为产生明显波动，收购总成本通常不可预计。

(4)内幕交易风险

如收购方在与出售方协商转让控股权的过程中同时在二级市场增持股票，可能涉嫌利用内幕信息买卖上市公司股票，从而构成内幕交易，导致整个收购交易的失败甚至被处罚的风险。

3.要约收购

要约收购是指收购人向全体股东发出要约，收购全体股东的全部或者部分股份。根据收购数量不同可分为全面要约和部分要约，根据发起的原因可分为自愿要约和强制要约。要约收购主要适用于没有确定合作方的收购或者敌意收购，也可以配合其他收购方式来巩固控制权。其主要实施要点如下：

(1)收购价格和数量

《上市公司收购管理办法》的相关规定中，设定了要约收购价格的下限，即不得低于要约收购提示性公告日前6个月内收购人取得该种股票所支付的最高价格。除上述法定限制外，收购人还需判断公众股东对收购价格的预期，如要约收购价格不能满足公众的预期，可能会导致接受要约的股东较少，不能达到收购目的；如以较高的价格发出要约，则需要付出更多的资金成本，但整体的收购所需支付的最高成本能够预期。

(2)资金占用

收购人拟采用现金支付收购价款的，一般需要将不少于收购价款总额的20%作为履约保证金存入证券登记结算机构指定的银行或者提供收购价款总额100%的保函。收购人为完成要约收购，常常需要提前筹措资金缴纳保证金或者寻求银行开具保函，并需要承担要约收购期间该等资金的资金占用成本。

4.间接收购

区别于直接收购上市公司股票和获得上市



公司投票权，间接收购是指收购人通过控制上市公司上层若干直接和/或间接股东的方式、间接实现控制上市公司的目的。收购人可以通过收购股权、增资、协议控制或通过其他安排控制上市公司的上层股东。因间接收购交易发生在非上市公司层面，收购实现方式较为灵活，相比于直接收购，间接收购有如下特点：

(1)收购价格

无需严格按照市价定价，可以根据拟收购上市公司的情况协商确定价格，如海淀区国资委间接收购金一文化（002721）控制权的案例中，收购价格就被确定为1元。但间接收购如涉及国有企业收购非国有企业资产，需要履行相关的国有资产评估核准/备案程序；涉及国有股东所持上市公司股份间接转让的，需要按照36号令规定的定价原则定价。

(2)上市公司股权结构

是否能够采用间接收购的方式取得上市公司控制权，与拟收购上市公司的现有股权结构有很大关系，极端情况下，如上市公司由自然人大股东直接持股，则无法通过间接收购的方式完成收购。另一方面，间接收购方案设计中，也需要考虑上市公司大股东上层股权结

构，从而综合判断具体的收购方式（如增资、转股）以及收购层级（收购直接持有上市公司股份的股东还是收购其他上层股东）。

(3)收购标的

间接收购的情况下，收购标的为上市公司直接和/或间接股东的股权、合伙份额和/或其他相关权益。此时，收购人除需对上市公司进行尽职调查外，还需要对上市公司股东进行尽职调查。如收购标的本身也从事实际业务，则整体收购方案中还需要考虑标的实体的处理（是否需要进行业务剥离，是否有相应溢价或折价等），如标的实体本身具有瑕疵，则可能对整体收购产生不利影响。同时，根据项目的需要，可能需要考虑间接收购时的层级。例如，国有企业目前对三级、四级以下的企业对外投资通常会有一定的限制。当然，在具体项目中，也可以考虑对上市公司股东进行重组（包括但不限于合并、分立等），以满足收购的需求。

(4)强制全面要约

根据《上市公司收购管理办法》，收购人拟通过间接收购方式取得上市公司表决权

超过30%的，会触发强制的全面要约收购义务（除非符合法定豁免强制要约的条件）。而近年来的全面要约收购案例中，多数是因为间接收购触发。触发强制全面要约理论上有可能导致上市公司公众股份比例不满足上市条件，从而产生被收购上市公司退市的风险，不过A股历史上因全面要约收购被强制退市的仅有8起，其中最近一起为2013年神华集团私有化收购金马集团。

5.定向增发（包括现金定增和发行股份购买资产）

定向增发，即非公开发行，是指上市公司向符合条件的特定投资者非公开发行股份的行为。根据特定投资者取得上市公司股份支付方式的不同，定向增发可以分为现金定增和发行股份购买资产两种类型。定向增发可以为上市公司补充现金流或引入优质资产，增强上市公司的风险抵御能力，更有利于上市公司的成长。通过定向增发方式收购上市公司具有如下特点：

(1)收购价格

根据2017年修订的《上市公司非公开发行股票实施细则》，上市公司非公开发行股票的现金定增需要按照发行日首日定价，即“市价发行”原则。根据《上市公司重大资产重组管理办法》（“《重组管理办法》”），发行股份购买资产的发行价格参考董事会决议公告日前20个交易日、60个交易日或者120个交易日的公司股票交易均价进行定价，不得低于上述参考市价的90%，即“锁价交易”原则。

(2)审批程序

根据相关规定，涉及新股发行需要证监会批准，实践中审核周期几个月到一年以上不等。

(3)适用限制

无论是非公开发行股票还是发行股份购买资产，对上市公司和/或标的资产都有法



律、财务方面的规范要求。对于非公开发行股票募集资金的，还涉及上市公司是否有合理的募投项目、前次募集资金是否使用完毕等多方面的问题。而对于发行股份购买资产导致控制权变更的，若满足一定的财务指标或其他相关条件时，可能触发《重组管理办法》规定的“重组上市”情形，对上市公司的合规性以及标的资产的质量都有着更高的要求。

6.行政划转

行政划转是国资体系内部进行股权调配的一种行政手段，分为同一控制下的划转和非同一控制下的划转。其中，非同一控制下的划转案例相对少见。近年来，非同一控制下划转的典型案列为2015年国资委全资子公司中国电子科技集团有限公司（原名“中国电子科技集团公司”）通过行政划转的方式收购凤凰光学（600071），凤凰光学实际控制人由江西省国资委变更为中国电子科技集

团公司；2018年尚无采用非同一控制下的划转完成收购的案例。不同于前述各项市场化收购方式，行政划转作为一项行政化的资源调配方式，具有如下特点。

(1)收购价格

根据《上市公司收购管理办法》及相关监管问答，行政划转均为无偿，收购方无需支付对价。

(2)适用限制

根据36号令的规定，政府部门、机构、事业单位、国有独资或全资企业之间可以依法无偿划转所持上市公司股份，如收购方、交易对方本身不符合上述资格条件，则无法采用划转的方式完成上市公司收购，这也造成了此种收购方式很少被应用于上市公司收购。

为了更直观的展现上述常见收购方式的异同，我们从证券监管、收购价格、成本预期、收购比例、价款支付等几个方面进行了简单比较，具体如下：

收购方式	证券监管	收购价格	成本预期	收购比例	价款支付时点
协议收购	交易所确认	不低于签署协议前一交易日市价的九折	相对可控	不低于5%	可以协商（一次性/分期支付）
二级市场	较少，可能会受到交易所关注	市价（大宗交易可在当日涨跌幅限制内确定价格）	不可控	无限制，且受制于流通股数量、相应的披露程序和要求	即时支付
要约收购	交易所确认	不低于要约收购提示性公告日前6个月内收购人取得该种股票所支付的最高价格	相对可控	不低于5%	即时支付（提前支付保证金）
间接收购	较少，可能会受到交易所关注	协商定价，不设上下限	相对可控	无限制	可以协商（一次性/分期支付）
定向增发、发行股份购买资产	证监会批准	现金定增：按照发行日首日定价； 发行股份购买资产：不低于董事会决议公告日前20、60或120个交易日的公司股票交易均价的90%	现金定增：相对不可控； 发行股份购买资产：相对可控	无限制	可以协商，一般为一次性支付
行政划转	较少，可能会受到交易所关注	无偿	无	无限制	无需支付

第二部分 特殊收购方式

鉴于一般的收购方式可能在收购成本、收购所需时间、程序、限售期等方面不能完全满足收购各方的商业诉求，除一般收购方式外，收购人可能会采取一些特殊的收购方式。

1.一致行动/表决权委托

相比于通过交易取得上市公司控制权，我们发现近年来部分收购人采取了更为快捷的方式。例如，2017年11月18日，上市公司ST金宇（000803）发布公告，股东南充市国有资产投资经营有限责任公司（持有上市公司12.14%股份）与北控清洁能源集团有限公司（间接持有上市公司17.7%股份）签署一致行动协议，双方合计持有上市公司29.86%股份，超过上市公司第一大股东持股比例，共同成为上市公司新的控制人。今年类似的案例还有天音控股(000829)收购案。

受制于限售期、股份质押等因素，上市公司收购交易中，可能会出现股份虽暂时无法交割，但是控制权需要即刻发生转移的商业诉求。此时，委托投票权作为一种过渡性的收购手段被较多的运用到分步式交易中，即先通过可交割股份的投票权和委托投票权取得上市公司控制权，后续再通过其他收购方式进行增持来巩固控制权。2018年的控制权交易中存在较多的此类安排，如红宇新材（300345）收购案、天沃科技（002564）收购案等。

2.金融衍生品交易

如上文所述，协议转让和大宗交易是直接收购上市公司股份最常用的方式，而两种交易方式均有交易价格不低于市价90%的限制。同时，由于二级市场价格具有波动性，在受限于限售期等因素的分步交易中，收购方可能会有收购成本不可控的风险。为了控制此类风险，收购双方可以借助金融衍生品对冲风险的特

性，设计相关的交易架构，以达到未来锁定交易成本的目的。

私募可交换债是指上市公司股东以股票为质押物向特定对象发行的债券，债券持有人享受债券固定收益的同时享有未来按照一定的价格转换为上市公司股份的权利。私募可交换债作为一种内嵌看涨期权的金融衍生品，被誉为“减持利器”，由于私募产品在票面利率、换股价格、换股期限等方面均可灵活设计，所以在上市公司收购、上市公司股权激励等交易中均有较多的运用。例如，2018年郑州航空港投资集团有限公司收购大富科技（300134）的案例中，以“承接可交换债并转股+协议转让”方式取得上市公司29.99%股份，成为上市公司新的控制人。

除私募可交换债外，场外期权、收益互换等其他金融衍生品也可以用于锁定远期交易成本。例如，2017年掌趣科技大股东在与腾讯的交易中，采取了通过收益互换锁定远期交易价格的交易方式。

3.其他

除上述交易方式外，上市公司还可以通过换股吸收合并、债务重组或者司法机关强制执行等方式完成控制权收购。由于该等收购方式适用情形较为有限，市场上采用相关收购方式完成收购的案例较少，受限于本文篇幅，在此不一一赘述。



邱建
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2092
qiu Jian@zhonglun.com

附表：2018年以来国资买壳案例汇总

序号	上市公司	收购方	收购方实控人	收购标的	收购方式	国资审批程序	作价依据
1	金力泰（300225）	宁夏华锦资产管理有限公司	中国国防金融研究会	控股股东持有的上市公司15%股份；委托4.54%股份	协议收购15%股份+委托4.54%股份	未披露	未披露
2	宜安科技（300328）	株洲市国有资产投资控股集团有限公司	株洲市国资委	转让控股股东持有的上市公司9.78%股份；委托7.33%股份	协议收购9.78%股份+委托7.33%股份投票权	协议自株洲市国资委审批通过上报湖南省国有资产监督管理委员会批准之日起生效	定价基准为协议签署日前一交易日（2018年4月17日）二级市场收盘价，转让价格下限为前述收盘价的90% 2018年9月26日达成补充协议根据市场行情的变化调低股权转让价格
3	红宇新材（300345）（已终止）	华融国信控股（深圳）有限公司	舆情战略研究中心（事业法人）	控股股东持有的上市公司5.486%股份；委托14.52%股份	协议收购5.486%股份+委托14.52%股份投票权	无需	未披露
4	金一文化（002721）	北京海淀科技金融资本控股集团股份有限公司	北京市海淀区国资委	转让方持有的碧空龙翔（上市公司控股股东）69.12%、4.20%的股权	间接收购	北京市海淀区国资委已同意并报市国资委审批已同意	交易价款合计为1元，承接转让方部分债务
5	天沃科技（002564）	上海电气集团股份有限公司	上海市国有资产监督管理委员会	协议收购上市公司5.81%股份；委托14.87%股份	协议收购5.81%股份+委托14.87%股份投票权	上海市国资委已批复同意	本协议经双方共同签署之日前1交易日的股票收盘价格
6	新筑股份（002480）	四川发展（控股）有限责任公司	四川省政府国有资产监督管理委员会	上市公司16%股份	协议收购	四川省国资委已批复同意	参考公司股票最近一个交易日的收盘价

序号	上市公司	收购方	收购方实控人	收购标的	收购方式	国资审批程序	作价依据
7	* S T 天 业 (600807)	济南高新城市建设发展有限公司	济南高新技术产业开发区管理委员会国有资产监督管理委员会办公室	上市公司的控股股东山东天业房地产开发集团有限公司10.2%股权；自2018年6月6日至2018年9月6日增持，增持不低于上市公司4%股份，不高于上市公司4.99%股份	间接收购+二级市场交易增持4.9383%股份	相关具体协议尚需国有资产管理部门的批准	转让价格参考第三方审计、评估意见并对股权价值慎重商业考量（鉴于审计及评估基准日天业集团净资产为负，双方同意本次股权转让价格为人民币0元；增持价格不设价格区间）
8	* S T 尤 夫 (002427)	航天科工投资基金管理（北京）有限公司拟发起设立的基金	国务院国有资产监督管理委员会	上市公司的间接控股股东苏州正悦投资管理有限公司的股权	间接收购	意向协议签署后,尽快启动尽调及内部决策程序	未披露
9	东 方 网 络 (002175)（已终止）	昆山阳澄湖文商旅集团有限责任公司	昆山市政府国有资产监督管理委员会	不低于上市公司5%股份	协议收购	昆山市政府国有资产监督管理委员会履行内部审批程序	未披露
10	山 东 华 鹏 (603021)	建投投资有限责任公司	国务院	合 计 不 超 过 3.7064%	协议收购	本次交易可能涉及国资监管机构审批和相关国资部门评估备案等工作，公司在督促各方积极确认和推进上述事宜	未披露
11	腾 信 股 份 (300392)	青岛浩基资产管理有限公司	崂山区财政局	不超过上市公司总股本的30%	协议收购15%；未来通过协议收购、委托表决权等方式分步取得实际控制权	协议转让已完成；控制权变更事项尚需取得相关国有资产监督管理部门的审批	协商确定
12	国 旅 联 合 (600358)	江西省旅游集团有限责任公司	江西省国资委	上市公司14.57%股权	协议收购	江西省国资委原则批复	2018年6月8日前20个交易日收盘价均价的120%

序号	上市公司	收购方	收购方实控人	收购标的	收购方式	国资审批程序	作价依据
13	联 建 光 电 (300269)	广东南方新视界传媒科技有限公司	广东省人民政府	上市公司12.55%+不超过8%股权	协议收购12.55% 其他合法方式转让 不超过8%	包括但不限于其股东大会、上级国有主管部门等其他相关部门的审批	未披露
14	大 富 科 技 (300134)	郑州航空港兴港投资集团有限公司或其指定的主体	郑州航空港经济综合实验区管理委员会	上市公司29.99%股份	债务重组（收购可交换债）+协议转让	需要由国有资产监督管理机构审核	未披露
15	当 代 东 方 (000673)	山东高速投资控股有限公司	山东省国资委	不超过29.99%股份	未确定	应以取得山东高速集团有限公司董事会、山东省国资委等有权机关的批准为前提	以山东高速集团有限公司董事会、山东省国资委等批准机关认可的评估结果为准
16	神 州 高 铁 (000008)	中国国投高新产业投资有限公司	国务院国资委	上 市 公 司 13.00%-20.00%股份	要约收购	国务院国资委已批准	不低于提示性公告日前 30 个交易日股票的每日加权平均价格的算术平均值
17	紫 鑫 药 业 (002118)	某国有资本平台	未披露	未披露	未披露	未披露	未披露
18	天 音 控 股 (000829)	深圳市投资控股有限公司	深圳市人民政府国有资产监督管理委员会	/	一致行动	/	/
19	康 盛 股 份 (002418)	某国有企业	未披露	未披露	未披露	未披露	未披露
20	利 德 曼 (300289)	广州凯得科技发展有限公司	广州经济技术开发区管理委员会	不 超 过（ 含 ） 29.90%的股份	协议收购	需国有资产监管部门审批	未披露
21	三 聚 环 保 (300072)	北京市海淀区国有资产投资经营有限公司	北京市海淀区人民政府国有资产监督管理委员会	上市公司控股股东海淀科技的2%股权	间接收购+无偿划转	北京市海淀区人民政府审议同意	/

序号	上市公司	收购方	收购方 实控人	收购标的	收购方式	国资审批程序	作价依据
22	金 龙 机 电 (300032) (已终止)	未披露	某地方国资委	未披露	未披露	需国有资产主管部门 审批	未披露
23	山 东 章 鼓 (002598)	亚都科技集团有限公 司	启迪控股股份有限 公司	上市公司 29.81% 股份	协议收购	尚需国有资产公司上 级主管部门审批通过	以本协议签订日前 30个交易日的每日加 权平均价格的算术平 均值,与本协议签订 前一日收盘价的 90%孰高者为准
24	金 贵 银 业 (002716)	上海稷业(集团) 有限公司	国务院	协议收购上市公司 16.70%股份	协议收购	需国有资产主管部门 审批	未披露
25	怡 亚 通 (002183)	深圳市投资控股有 限公司	深圳市国资委	上市公司5%股份	协议收购	未披露	未披露

PE对赌安排新变化

—案例分析标的公司为股东对赌提供担保之法律效力

作者：李艳丽 李碧桥



第一部分 前言

私募基金在开展投资的过程中，为保障自己的投资利益，常会与标的企业或其股东在投资协议中设置对赌条款。对赌条款，又称为估值调整机制，是投资者与原股东（为便于表述，本文中称向投资者承担对赌义务的股东称为“原股东”）间针对标的公司未来经营情况所设置的权益调整机制。

投资者与原股东之间约定的对赌条件，常见的有业绩对赌和上市对赌两类。业绩对赌，即双方共同设置在投资后一段时期内标的公司需实现的业绩指标，若未能实现该等指标的，原股东或其指定方有义务向投资者进行补偿；而上市对赌，一般指双方约定标的公司需在某一时间点前实现合格上市，若无法实现的，投资者有权要求相应义务方以一定溢价回购其持有标的公司的全部股权。

按照对赌义务承担主体的不同，又可分为投资者与原股东之间的对赌，以及投资者与标的公司之间的对赌。在实践操作中，亦存在标的公司对原股东与投资者之间的对赌进行担保或承担连带责任的安排。本文将从最高人民法院（“最高院”）公布的相关判例等司法实践出发，具体分析标的公司为股东间对赌协议提供担保的法律效力。

第二部分 最高院关于对赌及其担保效力的裁判情况

1. 海富投资与甘肃世恒等方增资纠纷案（2012年）

1. 《公司法》第二十条规定，“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。”

案情梳理				
投资者	标的公司	原股东	投资方式	对赌内容
苏州工业园区海富投资有限公司（“海富投资”）	甘肃世恒有色资源再利用有限公司（“甘肃世恒”）	香港迪亚有限公司（“迪亚公司”）	增资	1. 若标的公司的实际净利润无法达到要求指标的，标的公司需向海富投资履行补偿义务，标的公司不履行的，海富投资有权要求迪亚公司进行补偿。（即投资者可要求原股东或标的公司承担业绩对赌义务） 2. 若标的公司在规定期限内无法完成上市的，海富投资有权要求迪亚公司履行回购义务。（即原股东承担的上市对赌义务）
最高院观点				

1. 投资者与标的公司之间的业绩对赌约定将使得投资者可获得固定的收益，且该收益脱离了公司的经营业绩，损害了公司利益和债权人利益，故投资者与标的公司间业绩对赌的约定无效。
2. 投资者与原股东迪亚公司间业绩对赌的约定不损害公司 and 公司债权人的利益，不违反法律法规的禁止性规定，属于各方间真实意思表示，具有法律效力。

借鉴意义

此案被称为“中国PE对赌第一案”，最高院在该案判决中确认了投资者与原股东间业绩对赌约定的有效性，但否定了标的公司直接对投资者进行业绩对赌的效力，认为投资者与标的公司之间的业绩对赌约定会损害公司和债权人利益，违背了《公司法》第二十条‘关于公司股东不得滥用股东权利损害公司和债权人利益的法

理精神，而投资者与原股东间的业绩对赌约定未损害公司及公司债权人的利益，亦不违反法律法规的禁止性规定。

该案例在PE后续投资中起到非常重要的引导作用，使得私募基金在进行投资时，直接以原股东和投资者进行对赌，舍弃标的公司与投资者的对赌安排，在有些投资项目中，会由标的公司对原股东和投资者的对赌提供担保。

2. 联通资本与新方向科技纠纷案（2017年）

案情梳理				
投资者	标的公司	原股东	投资方式	对赌内容
通联资本管理 有限公司 （“联通资本”）	四川久远新方向 智能科技有限公司（“久远公司”）	成都新方向科 技发展有限公司（“新方向科技”）	增资	若标的公司无法在约定时间内实现上市目标、放弃上市安排等约定情形出现的，联通资本有权要求标的公司或新方向科技履行股权回购义务；若投资者要求新方向科技进行回购的，标的公司承诺对其股东新方向科技的回购义务承担连带责任。（即投资者可要求原股东或标的公司承担上市对赌义务，若要求原股东承担的，标的公司对此承担连带责任）
最高院观点				

1. 投资者与标的公司原股东达成的上市对赌约定和回购条款属于真实意思表示，亦不存在违反公司法规定的情形，不涉及公司资产的减少，不构成抽逃公司资本，不影响公司债权人的利益，因此投资者与股东达成的上市对赌约定和股权回购条款有效。
2. 标的公司在投资协议中约定对原股东的回购义务承担连带责任，但该等安排未经股东会审议，亦未获得股东会追认。《公司法》第十六条第二款明确规定，“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议”，而投资者未能尽到要求目标公司提交股东会决议的合理注意义务，因此认定标的公司法定代表人代表公司在投资协议上的签署行为对投资者不发生法律效力，投资者对协议中约定的担保条款无效自身存在过错。
3. 投资者签订投资协议时，标的公司章程中未能规定公司对外担保、以及对股东、实际控制人提供担保的议事规则，导致公司法定代表人使用公章的权限不明，未经股东会决议授权，其法定代表人越权承认对投资者回购义务承担连带责任，因此亦应对该担保条款的无效承担相应过错责任。
4. 最终判决标的公司对原股东不能履行的回购款及利息部分承担二分之一的赔偿责任。

借鉴意义

首先，本案中最高院确认了投资者与标的公司原股东间关于上市对赌和回购条款的有效性；其次，最高院并未认定标的公司对原股东回购义务进行担保或承担连带责任的安排直接违反了《公司法》的禁止性规定，该案中标的公司担保条款的无效是因为标的公司未对前述担保责任履行相应的议事程序。

即便如此，最高院仍判决标的公司因其章程中未能对关于向股东、实际控制人提供担保的议事程序进行明确约定，需要因其法定代表人越权签署担保条款而对投资者无法取得回购价款及利息而遭受的损失承担过错责任。笔者认为，本案从侧面反映了在标的公司已履行相关决策程序且投资者尽到合理注意义务的前提下，最高院认可标的公司对原股东的回购义务承担连带责任的法律效力。

3. 强静延与曹务波股权转让纠纷案（2018年）

案情梳理				
投资者	标的公司	原股东	投资方式	对赌内容
强静延	山东瀚霖生物技术有限公司（“瀚霖公司”）	曹务波（亦为实际控制人）	增资	若标的公司无法在约定期间内实现合格IPO的，投资人强静延有权要求曹务波现金回购其所持全部股权，且标的公司对此提供连带保证。（即原股东承担上市对赌义务，标的公司对此承担连带保证责任）
最高法院观点				

1. 合同无效的判定严格遵循法定主义，本案二审判决否定担保条款效力的裁判理由（即“担保条款使股东获益脱离公司经营业绩，悖离公司法法理精神，使强静延规避了交易风险，严重损害瀚霖公司其他股东和债权人的合法权益”）不符合合同法关于合同无效的各类法定情形，该项认定已违反合同法基本规则，构成适用法律错误。
2. 标的公司已通过股东会决议，同意投资者参与增资以及相关的回购条件、价格和标的公司对回购提供担保等事项，投资者强静延对担保事项经过股东会决议已尽到审慎注意和形式审查义务，因此投资协议中标的公司的担保义务对标的公司已发生法律效力。
3. 案件涉及的担保条款虽由曹务波代标的公司签订，但投资者的投资款全部投入标的公司账户，且用于公司经营发展使用，符合公司全体股东的利益，标的公司提供担保的行为有利于其自身经营发展需要，未损害公司中小股东权益。
4. 最高法院最终判决标的公司对原股东承担的回购义务以及逾期付款违约金债务承担连带清偿责任。

借鉴意义

本案为最高法院于2018年9月发布的案例，应能反映最高法院对标的公司就原股东回购义务提供担保的最新态度。在本案中，最高法院从正面肯定了标的公司对其股东间对赌安排承担连带担保责任的法律效力，但同时也延续了“联通资本与新方向科技纠纷案”中对投资者需尽到合理注意、对标的公司担保责任相应内部决策程序履行审慎义务的要求。

此外，最高法院在该案的再审判决中，对二审法院使用的“担保条款使投资者获益脱离公司经营业绩，悖离公司法法理精神，使投资者规避了投资风险”的裁判理由进行了否定，其强调合同无效的判定应严格遵循法定主义，二审判决的认定已违反合同法基本规则，构成适用法律错误。

笔者认为，最高法院强调的法定主义可理解为，判定合同无效，应当依据《合同法》第四十条关于格式条款²、五十二条所述无效情形³或五十三条关于免责条款⁴等法定情形作出判断，而不应仅依据法理进行推论。而反观本文的第一个案例，最高法院的审判思路为：投资者与标的公司之间的业绩对赌约定将损害公司和债权人利益，违背了《公司法》第二十条中关于公司股东不得滥用股东权利损害公司和债权人利益的法理要求，因而导致投资者与标的公司的业绩对赌约定无效，该思路与第三个案例中判定合同无效应侧重于“法定无效情形”的思路大相径庭。按照最高法院的最新意见，若判定标的公司与投资者直接签订业绩对赌协议无效，亦需证明其存在《合同法》关于合同无效的各类法定情形。

2. 《合同法》第四十条规定，“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”

3. 《合同法》第五十二条规定，“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。”

4. 《合同法》第五十三条规定，“合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身伤害的；（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。”

第三部分\

私募基金作为投资者的关注事项

结合以上三个案例以及最高院关于标的公司为股东回购义务提供连带保证的裁判意见，从投资者角度出发，私募基金与拟投企业及原股东约定和实施对赌及其担保安排时，建议重点关注下列事项：

1. “法定主义”是判断约定是否无效的标准

结合最高院在最新案例中的审判思路，原股东或标的公司与投资者之间的对赌及其担保约定的效力判定，应以是否存在《合同法》关于合同无效的各类法定情形为依据，诸如“对赌义务或担保条款使投资者获益脱离公司经营业绩或使投资者规避投资风险”的理由不可直接作为认定相关约定无效的依据。。

虽然在最新案例中，最高院仅对标的公司为原股东上市对赌回购义务的担保效力进行了确认，但由此推之，笔者认为，若不存在法定无效的情形，标的公司为原股东业绩对赌提供担保或承担连带责任的约定亦应具有法律效力。

2. 标的公司可作为对赌安排的担保方

理论上标的公司或其股东均可作为承担回购义务的主体，但自“中国PE对赌第一案”后，投资者基本均以标的公司原股东作为回购方。综合本文三个案例来看，即使投资者与标的公司、原股东均约定了业绩对赌或上市对赌安排，最终投资者仍倾向于选择向原股东主张对赌义务。除第一个案例因诉讼请求中未有提及外，其他案例中最高院均直接确认了原股东作为回购主体与投资者之间关于上市对赌的效力。第二个和第三个案例明确肯定了标的公司作为对赌安排担保方的效力，从投资者的角度

考虑，为更为全面的保障自身的权益，建议可以在后续投资文件中将标的公司作为对赌安排的担保方。

3. 审查标的公司内部决策程序的履行情况及签约代表是否获得充分授权

根据《公司法》第十六条的规定，“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。”

结合案例中最高院的审判意见，投资者对回购及担保安排是否已由标的公司履行股东会决议等内部程序、标的公司章程中关于对外担保事项的约定、以及投资协议签署的授权代表是否已获得公司股东会的充分授权应履行合理注意义务。若标的公司未履行该等程序、未形成有效决议或签约代表未获得充分授权，则其与投资者之间的约定可能因违反法定程序、损害公司其他股东利益或因签约代表的越权代表行为而影响效力。如果投资者已尽到合理注意和审慎义务，但由于标的公司过错致使该等约定无效的（如章程中未能就对外担保的议事程

序进行说明），投资者亦可要求标的公司对此承担相应的过错责任。

4. 关注回购方及担保方的履约能力

鉴于投资者多会要求回购方以现金形式履行回购义务，因此，为确保在出现回购事件时能够顺利取得相应价款，建议投资者在回购及担保安排的洽谈阶段以及投后阶段对回购方及担保义务承担方的资金情况进行持续关注，以免因相关方无实际履约能力而对投资者造成损失。

第四部分\

结语

综上所述，基于最高院对“强静延与曹务波股权转让纠纷案”的判决情况，私募基金在签订投资协议时，可考虑增加由标的公司对其原股东和投资者的对赌安排承担担保的约定，但需关注标的公司关于为股东提供担保相应内部决策程序要求和其签约代表取得授权的范围，履行合理注意义务，以免对回购方或担保方主张权利时造成不必要的障碍。☒



李艳丽
合伙人
资本市场部
北京办公室
+86 10 5957 2059
liyanli@zhonglun.com

长租公寓“爆仓”后 大房东“收房”的相关法律问题分析

作者：高俊



8月20日，杭州鼎家长租公寓宣布破产，给其曾服务的业主和4000多户租客留下了一地鸡毛。鼎家、自如、蛋壳等“长租公寓+租金贷”模式成为继P2P平台跑路后又一个全民讨论的热门金融话题。

据了解，首家“爆仓”的鼎家使用的模式为：业主（大房东）将房子租给鼎家（承租人），鼎家（转租人/二房东）再将房子转租给租客（次承租人）。鼎家让租客去网贷平台贷款，一次性付清1年的租金，分期还款。贷款由鼎家拿去后，鼎家却不一次性结算给大房东，利用截留的租金去租更多的房子。自如、蛋壳等其他长租公寓也大抵如是。资金加持下，“长租公寓+租金贷”的模式一路狂奔（据悉，今年以来，自如、优客逸家、蛋壳公寓、蘑菇租房四大平台分别融资40亿元、10亿元、12亿元、2亿元），稍有不慎，或如鼎家一般，在资金链断裂后“爆仓”收场。

鼎家“爆仓”后，大家较为关注的一个问题是：租客怎么办，大房东怎么办？媒体报道称，目前鼎家4000多租客进退维谷，要想续租，必须重交房租，与此同时，还必须继续按期归还网贷，相当于交两份房租。不交，将面临被扫地出门的尴尬境地。大房东也遇到租客既不重新交租又不搬离的收房难题。可谓个个损失惨重，简直欲哭无泪。

有鉴于此，本文希望能够回答以下几个问题：一、二房东（鼎家）无力支付大房东（业主）租金导致《原房屋租赁合同》被解除后，《房屋转租合同》是否也随之解除；二、《房屋转租合同》被解除后，次承租人（租客）是否可以以“房租已交”为由拒不腾房，即大房东是否有权收房；三、关于次承租人被迫“二次交租”是否公平的问题；四、在向法院申请行为保全（要求腾房）有实操困难的情况下，大房东可能采取哪些合法途径收房？

第一部分

二房东（鼎家）无力支付大房东（业主）租金导致《原房屋租赁合同》被解除后，《房屋转租合同》是否也随之解除

有观点认为，《原房屋租赁合同》和《房屋转租合同》系两个有关联但相互独立的法律关系，当事人不同，次承租人和大房东没有直接的权利义务关系，是故，《原房屋租赁合同》无效后，《房屋转租合同》应当继续有效。

笔者认为，上述观点没有任何法律依据。根据《城市房屋租赁管理办法》第21条的规定，转租期间，原租赁合同变更、解除或者终止，转租合同也随之相应的变更、解除或者终止。虽然该管理办法因为《商品房屋租赁管理办法》于2011年2月1日开始实施而被废止，但在该日期之后的法院判决中，仍有不少法院认定原房屋租赁合同解除后，转租合同相应地随之解除。谭海玲、谭海燕返还原物纠纷案（广东茂名中院，【2017】粤09民终1509号）中，法院认为，转租合同是建立在原租赁合同基础之上，当原租赁合同终止时，该转租合同随之终止。蔡志东与颜鸿良物权保护纠纷上诉案（福建厦门中院，【2013】厦民终字第449号）中，法院亦认为，因原租赁合同已解除，则二房东与次承租人之间的转租关系亦随之解除。部分法院认定，原租赁合同被解除后，次承租人占有使用诉争房屋的合法

依据已不存在，属无权占有。相关案例有：赵春霞、孟琳琳与北京优优宝贝教育咨询有限公司物权保护纠纷上诉案（北京一中院，【2013】一中民终字第12965号）和周锡良与北京市龙鼎华源房地产开发有限责任公司返还原物纠纷案（北京一中院，【2016】京01民终2344号）。法院在判决中虽未明确言明转租合同随之解除，但应属题中之意，否则，若不随之解除，次承租人仍然有权占有房屋。

简言之，即便《城市房屋租赁管理办法》第21条关于“原租赁合同解除，转租合同随之解除”的明文规定没有被新法《商品房屋租赁管理办法》继承，但是，司法审判实践已经普遍认定，转租合同是建立在原租赁合同基础之上，原租赁合同解除后，二房东在法律上已经失去了继续转租的权利，进而转租合同随之解除。

第二部分

《房屋转租合同》被解除后，次承租人（租客）是否可以以“房租已交”为由拒不腾房，即大房东是否有权收房

根据《合同法》第97条关于合同解除的法律后果的规定，“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。”简言之，合同解除的法律效果之一为恢复原状。

二房东系基于《原房屋租赁合同》取得对租赁物的使用权，因此，在合同关系解除后，大房东作为出租人可以基于债权请求权，有权要求二房东向其返还租赁物。

然而，大房东与次承租人之间没有直接的合同法律关系，根据合同相对性原则，不能依

据《房屋转租合同》向次承租人主张租金。但是，在《房屋转租合同》已经解除的情况下，次承租人继续占有房屋，属于侵权行为。大房东作为产权人，基于对租赁物的所有权，可以向侵权人（次承租人）行使物权请求权。首先，可以根据《物权法》第34条的规定行使返还原物请求权，要求次承租人向自己履行返还原物的义务。其次，根据《物权法》第37条的规定行使损害赔偿请求权，要求次承租人向自己支付《房屋转租合同》解除后继续占有租赁物期间的使用费（不是租金，因为合同已经解除）。为了减少当事人的讼累，降低诉讼成本，审判实践中一般认定占有使用费的数额与房屋租金相当。

相关司法案例也持相同的观点，即大房东有权向次承租人收房。比如上述北京一中院12965号案和2344号案中，法院认定，次承租人系无权占有，大房东有权收房，即要求次承租人腾房。网上关于“如果房东赶走房客，房客可以去公安机关或者法院起诉房东侵犯房客的使用权，要求房东支付因搬家产生的费用”的观点，显然是对法律的误读，与司法审判实践不符。

第三部分 关于次承租人被迫“二次交租”是否公平的问题

根据上述分析，次承租人已经向二房东交过一次房租，现依法应腾房或再次向大房东交纳房屋使用费。从表面上看，次承租人陷入“花了钱，却被强制收房”或“二次交租”的处境，似乎很不公平。但笔者认为，法律上仍然给了次承租人相应的救济途径，即有权追究二房东的违约责任，要求二房东将无法继续履行期间的房租返还。如若法律规定《原房屋租赁合同》解除而《房屋转租合同》却继续有

效，此时，大房东不是《房屋转租合同》的当事人无法向实际使用房屋的次承租人主张权利，这对无任何过错的大房东也是不公平的。

权衡各方主体权益后，法律和司法审判实践选择了优先保护产权人大房东的利益，认定《房屋转租合同》随《原房屋租赁合同》解除而同时解除，给予大房东收房的权利，给予次承租人向二房东主张违约责任的权利。

第四部分 在向法院申请行为保全（要求腾房）有实操困难的情况下，大房东可能采取哪些合法途径收房？

根据上述分析，两合同解除后，大房东有权根据《物权法》第34条的规定行使返还原物请求权，要求次承租人腾房。如若口头或书面要求腾房无果后，大房东可以选择向法院起诉，但审判实践中，法院除支持知识产权方面的行为保全外，鲜有支持其他民事纠纷的行为保全请求。

公力救济无效后，大房东或将诉诸私力救济，包括：

(1)按照租赁合同约定单方处置次承租人物品

笔者查看了某长租公寓租赁合同，就腾房问题，该合同约定为“（六）发生本条第（五）款情形，解除合同次日，甲方有权通过强制手段将房屋及设施收回，并要求乙方清空自有物品，如乙方留存任何物品，均视为乙方抛弃，甲方有权进行处置。”

如果租赁合同中有以上约定，法院将支持大房东单方处置次承租人物品。张美娟、广州市广亮物业管理有限公司房屋租赁合同纠纷案（广州中院，【2017】粤01民终23279

号）、张培与蔺卫国房屋租赁合同纠纷案（南京中院，【2015】宁民终字第1318号）。另外，孙守业、康喜莲、广州十全十美国际装饰材料交易市场有限公司财产损害赔偿纠纷案（广州中院，【2012】穗中法民五终字第1369号）中，法院认为，即使合同明确约定了出租人可对承租人物品进行处理，但出租人在处理前还须履行妥善保管、通知义务。

(2)将次承租人物品留置

对留置权的行使，必须具备以下三个条件：须债权人依合同的约定占有债务人的动产、须债权的发生与该动产有牵连关系（债权人对动产的留置权与债务的产生是基于同一法律关系发生的）、债务须已届清偿期。

笔者认为，就大房东收房问题，不适用留置，理由是，在房屋租赁合同中，出租人将房屋交付给承租人使用，由承租人占有使用租赁房屋，出租人对于承租人在房屋中的物品并无占有之权利，房屋中的物品也与租赁法律关系无关，不满足留置行使的第一个和第二个条件。

(3)将次承租人物品进行提存

实际操作中，租赁合同双方会有在租赁合同中约定将承租人遗留在房屋不取走的物品交第三方提存，提存费用由承租人承担的情况。如果租赁合同中有这一约定，法院将支持大房东将次承租人物品进行提存。相关案例有：合肥大千商业运营管理有限公司黄山分公司、合肥大千商业运营管理有限公司房屋租赁合同纠纷案（黄山中院，【2017】皖10民终370号）、张美娟、广州市广亮物业管理有限公司房屋租赁合同纠纷案（广州中院，【2017】粤01民终23279号）。

此外，笔者经检索发现，司法部办公厅2017年12月关于发布第1批公证指导性案例

(1—3号)的通知中, 公证指导案例3号详细说明了“房屋租赁合同公证及单方收回出租房屋的保全证据公证”的方式, 即公证机构可以根据申请, 为出租人和承租人办理租赁合同公证, 明确载明承租人不履行或者不完全履行合同约定义务时, 出租人有权单方收回出租房屋, 帮助守约方依法及时收回出租房屋, 防止损失扩大, 维护守约方的合法权益。

关键在于, 启动单方收回房屋的保全证据公证程序, 首先需要进行租赁合同公证。鉴于该方式具有较强的执行力, 笔者将其办理流程总结如下, 供大家参考。

据笔者了解, 上海某公证处就房屋租赁合同公证, 将按标的额分段收取费用(100万以下收取0.3%; 100万至400万收取0.2%; 400万以上收取0.03%), 就后期单方收回出租房屋的保全证据公证的费用, 将视具体工作量而定。

(4)根据《合同法》第119条规定的减

损规则单方处置次承租人物品

《合同法》第119条的规定, “当事人一方违约后, 对方应当采取适当措施防止损失扩大; 没有采取措施致使损失扩大的, 不得就扩大损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用, 由违约方承担。”

据此, 在两合同解除后, 如果次承租人不知所踪, 但所有物品却未搬离(比如P2P平台跑路或被刑拘), 大房东若不采取行动, 将因为次承租人的遗留物而持续遭受不能寻找新承租人从而获得租金的损失。为避免该损失的进一步扩大, 大房东可以将次承租人遗留于房屋内不搬走的物品转移至他处存放, 由此产生的必要费用可要求次承租人承担。相关案例有: 黄亚理与李冬梅房屋租赁合同纠纷案(东莞第一人民法院, 【2014】东一法东民一初字第1762号)。

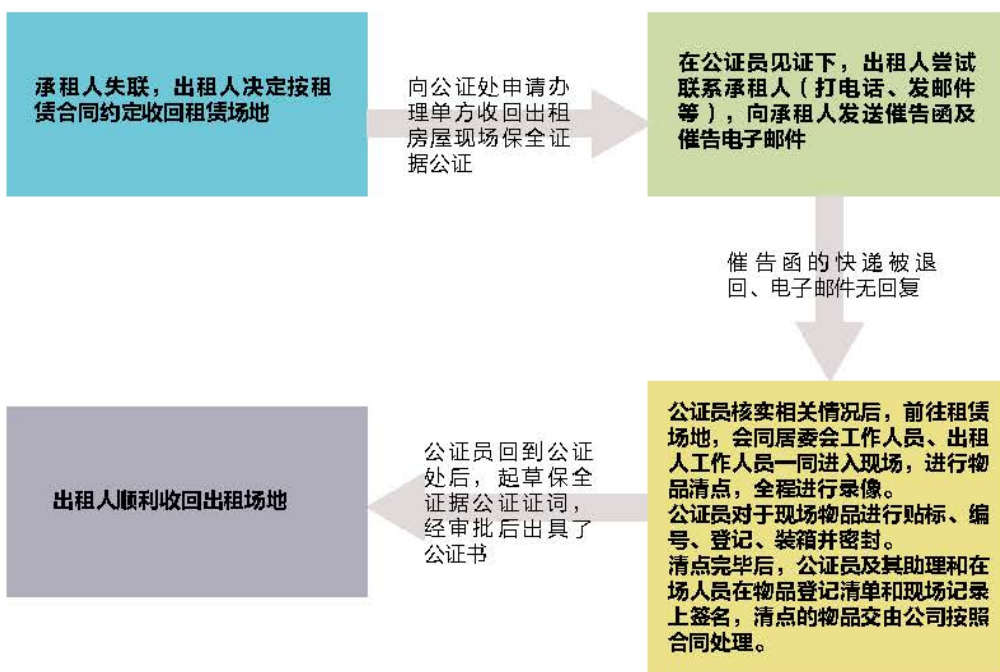
(5)根据《民法总则》第121条规定的无因管理规则单方处置次承租人物品

《民法总则》第121条规定, “没有法定的或者约定的义务, 为避免他人利益受损失而进行管理的人, 有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。”构成无因管理, 有以下三个要件: 一是管理他人事务; 二是为避免他人利益受损失; 三是没有法定的或者约定的义务。

据此, 在两合同解除后, 如果次承租人不知所踪, 但所有物品却未搬离, 大房东为免次承租人之利益受损, 将次承租人遗留于房屋内不搬走的物品转移至他处存放, 构成无因管理, 由此产生的管理费用可要求次承租人承担。相关案例有: 东莞市翔云电讯器材有限公司与杨聪智房屋租赁合同纠纷案(东莞第三人民法院, 【2017】粤1973民初12360号)。

第四部分 结语

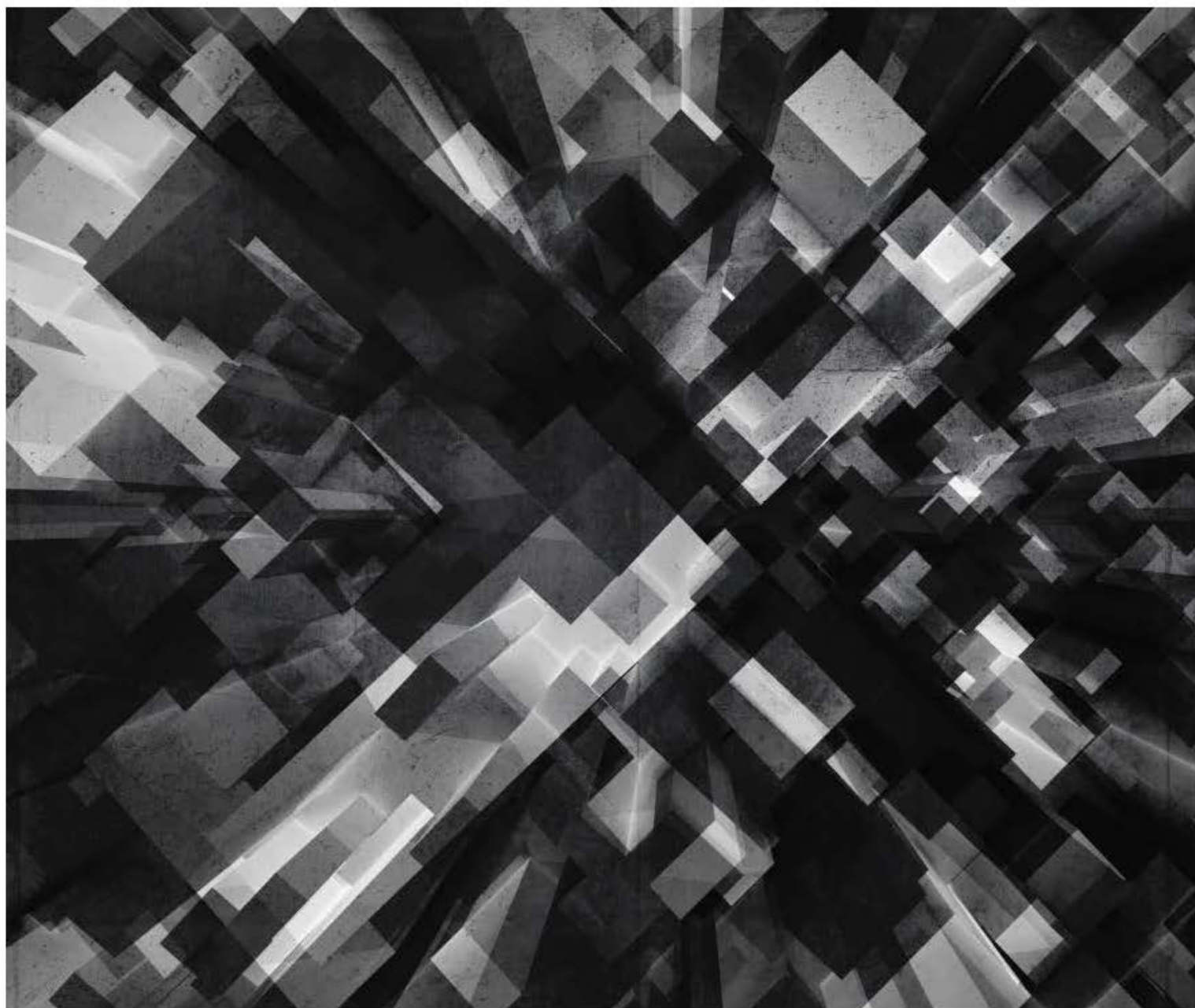
最后, 笔者需要强调一点, 房东在收房时, 无论是依约单方处置、依约提存, 还是根据《合同法》第119条减损规则或《民法总则》第121条无因管理规定单方面处置次承租人物品, 均针对物品本身, 而非租客本人。实践中, 房东往往采取断水、断电、停止供暖或其他更为激进的方法逼退租客, 或将超出私力救济的合理范围, 引发再生诉讼。总之, 私力救济也应当以合法的方式进行, 大房东有权收房, 但须合法为之。☒



高俊
合伙人
争议解决部
上海办公室
+86 21 6061 3575
gaojun@zhonglun.com

背靠背条款的效力认定 及法律分析

作者：李馨、何溪滢



第一部分 背靠背条款的概念及性质

建设工程分包合同中，总包单位和分包单位经常约定背靠背条款，即约定“总包单位在收到建设单位支付工程款后才有义务向分包单位付款”的条款。目前主流观点认为，该条款属于附条件条款，即将总包单位获得建设单位支付作为前提条件。

关于背靠背条款的具体表述，实践中略有不同，FIDIC编制的《土木工程施工分包合同条件》（1994年版）第16.3条的表述较为规范¹；实务中常见的表述方式主要包括按建设单位付款期限与按建设单位付款比例支付工程款两种，例如²：

（1）【按建设单位付款期限】待建设单位向总承包人支付相应工程款后的10日内，总承包人再向分包人支付，当建设单位迟延付款或拒付工程款时，总承包人根据此条款对分包人拒付工程款。

（2）【按建设单位付款比例】总承包人按建设单位付款进度，同比例支付分包人工程款；建设单位未支付工程款，分包人无权请求付款。

第二部分 背靠背条款相关裁判观点总结

背靠背条款是总包单位为了规避建设单位不支付工程款的风险而为自己设置的“防火墙”，但一旦总分包单位真正产生工程款纠纷，将争议提交法院或仲裁机构时，总包单位能否据此对抗分包单位的付款请求？下文将总结司法实践中对于背靠背条款的裁判观点。

（一）司法裁判数据概览

本文搜集到的司法判例情况如下表所示：

裁判结果	裁判理由	案号	判例数量
支持 分包单位	付款期限约定不明，视为未约定	（2008）浙民一终字第192号、 （2014）宿中民终字第0098号	2
	以违反合同相对性或公平原则为由，直接否定背靠背条款的效力	（2016）最高法民申1123号、 （2014）青民一终字第42号、 （2014）一中民终字第01260号	3
	总包单位不能证明建设单位未支付工程款、且自身已积极主张债权	（2014）苏民终字第0258号、 （2014）三民终字第199号、 （2013）浙甬民二终字第769号、 （2013）黄中法民一初字第00135号、 （2014）东民初字第07571号、 （2016）赣0192民初492号	6
支持 总包单位	建设单位已支付的工程款远高于总包单位应向分包单位支付的工程款，总包单位不能证明建设单位支付款项对应的工程项目	（2015）川民终字第18号、 （2010）闽民终字第344号	2
	总包单位已积极主张债权但建设单位未支付	（2015）丹民一终字第00442号、 （2017）浙民申2147号	2
	建设单位已支付部分工程款，但总包单位可以证明其并非分包单位承揽部分	（2014）济民五终字第182号	1

1.该条的具体表述为：“……在下列情况下，承包商应有权扣发或缓发根据上述规定本应支付的全部或部分金额：……（d）总承包商已按照主合同将分包人报表中所列的款项包括在总承包商的报表中，且工程师已为此开具了证书，但业主尚未向总承包商支付上述全部金额，而这并非总承包商的行为或违约引起的；或（e）分包人与总承包商之间和（或）总承包商与业主之间，就涉及计量或工程量问题或上述分包人的报表中包含的任何其他事宜已发生了争执。根据上述（c）、（d）或（e）段规定的任何款项仅限于：分包人报表中未被证明的款项；雇主尚未支付的款项；或某一争端涉及的款项（视情况而定）。如果承包商扣发或缓发任何款项，他应在合理可行的情况下尽快通知但不迟于上述款项应支付的日期，将扣发或缓发的理由通知分包人。如果承包商

尚未将到期应支付给分包人的款额支付给分包人，或如果根据本款（d）段扣发或缓发其付款，则承包商在收到分包人索取利息的通知时（该通知应在上述付款即将到期之日的7天内发出），应按雇主根据主合同的规定向承包商支付的利率将此笔到期未付款项的利息支付给分包人。始终规定，如果承包商在上述款额到期应付之日前的7天内未收到索取利息的通知，承包商应按上述利率，从收到索取利息通知之日起将该款额的利息支付给分包人。尽管有上一段的規定，承包商还应将他从雇主处实际得到的、由应支付给分包人的款额所产生的利息支付给分包人。”

2.建伟（北京）律师事务所：《“背靠背条款”的风险提示与防范——以总承包人为视角》，载《混凝土世界》，2017年第9期。

(二) 司法裁判观点总结

1. 该条款视其表述可能被理解为附期限条款，有不能抗辩分包单位付款请求的风险。

若分包合同中仅约定“双方结算以总包单位与建设单位的结算依据和条款为准”，未明确表述出“建设单位不付款则总包单位无需支付”的意思，则可能被法院理解为附期限条款。此种情况下，若期限约定不明确，或与总承包合同约定的付款进度不同的，法院可能认定其付款期限的约定不明，视为未约定付款期限，分包单位可以在竣工验收后的合理期限内主张工程款，如浙江省高级人民法院在（2008）浙民一终字第192号民事判决书中的论述³。

本文认为，背靠背条款的实质是附条件条款，附期限条款在严格意义上说并不属于背靠背条款。期限和条件的区别在于将来的事实是否确定⁴，附期限系于确定事实，附条件则反之。背靠背条款以获得业主付款作为支付条件，本身就隐含着无法获得业主付款就无需支付的含义。“业主付款”对业主来说属于行为，对总包方来说则属于事件，但该事件发生与否取决于业主的意志，因此属不确定的事实。理论界和实务界亦均有相关论述，认为他方履行的行为绝非确定发生之事实⁵。

若合同中确实仅约定“双方结算以总包单位与建设单位的结算依据和条款为准”，未明确表述出“建设单位不付款则总包单位无需支付”的意思，可能被理解为附期限条款，总包单位存在无法以此抗辩分包单位付款请求的风险。

2. 少数法院以违反合同相对性或公平原则为由，直接否定背靠背条款的效力；本文认为该种裁判观点值得商榷。

实践中存在少数判例直接否定背靠背条款的效力，否定的理由在于其违反合同相对性或公平原则。本文倾向于认为背靠背条款属有效，针对上述两个理由分述如下：

其一，有法院认为总包合同和分包合同是

两个不同的法律关系，建设单位并非分包合同当事人，不应受背靠背条款约束，因此建设单位付款不应成为总包单位支付的前提条件，如最高人民法院在（2016）最高法民申1123号民事裁定书中的论述⁶。

本文认为，该种观点是将合同权利义务与附条件相混淆了。建设单位付款作为背靠背条款所附的条件，并非给建设单位设置的义务，在条款中作为事实而非行为出现。举个极端的例子，假设双方签订合同约定“假设明天下雨，则我给你一百元”，明天下雨作为事实与之后的合同义务完全无关，但当事人作出了该种意思表示，则应当属于有效约定。

其二，有法院认为建设单位如何付款、何时付款、付款比例如何属于总包合同中意思自治的权利处置因素，不受分包单位控制，在背靠背条款项下却能直接影响分包单位利益，因而有违公平原则，如青海省高级人民法院在（2014）青民一终字第42号民事判决书的论述⁷。

本文认为，首先，现代民法上倾向于采取主观等值原则，即当事人主观上愿以此给付换取对待给付，即为已足，客观上是否相当，在所不问，法院不能扮演“监护”的角色，以自己的价值判断，变更合同的内容⁸。分包单位在签订合同时并非完全没有谈判能力，其作出此种意思表示，客观上虽有不公平之处，但主观上仍有公平之意蕴在。其次，公平虽系合同法的基本原则，但即使确属不公平，也无法产生无效的法律后果，最多只会因显失公平而导致条款可变更、可撤销。以此理由将背靠背条款认定为无效，从法律文本及法理基础的角度解释均有不合理之处。

综上所述，本文认为将背靠背条款直接认定为无效条款的裁判观点值得商榷，部分地方院的指导性意见也支持本文观点⁹。

3. 总包单位不能证明建设单位未支付工程款、且自身已积极主张债权的，不得对抗分包单位的付款请求。

3.（2008）浙民一终字第192号民事判决书中，浙江省高级人民法院认为：“曙光公司所承建的案涉桩基工程已竣工验收并交付使用，双方当事人应就工程造价进行结算并支付工程款。虽然分包合同对工程款支付时间没有作出明确规定，但依据合同法之相关规定，合同双方对付款时间没有明确约定或者约定不明的，施工方有权在工程竣工验收后，在合理期限内要求支付工程款，因此，原判认定曙光公司要求对工程款进行结算并支付工程款符合法律规定正确，华丰公司提出‘案涉工程造价支付条件尚未成就’的上诉主张，有违公平之原则，本院不予采纳。”

此外，江苏省宿迁市中级人民法院（2014）宿中民终字第0098号民事判决书中亦有类似论述。

4. 王利明、杨立新、王轶、程啸：《民法学（第四版）》，法律出版社，2014年4月第4版，第107页。

5. 参见韩世远：《合同条款附条件绝非合同附期限》，载《中州学刊》，2017年7月；杨涛、张小康：《附条件还是附期限的民事法律行为》，载《检察日报》，2002年2月22日。

6.（2016）最高法民申1123号民事判决书中，最高人民法院认为：“海沃公司与金德龙之间的建设工程承包合同和金德龙与金涛涛之间的转包合同是两个不同的法律关系，根据合同相对性原理，不能当然以承包合同项下的工程造价作为认定转包合同工程造价的依据，且二审判决也未加重海沃公司的债务负担。”

7.（2014）青民一终字第42号民事判决书中，青海省高级人民法院认为：“合同虽作了这样的约定，但豪都华庭公司在合同上未签字盖章，此约定对豪都华庭公司不产生效力，即对豪都华庭公司没有约束力。因此，豪都华庭公司是否付款不应成为重庆一建公司给付青海和宇公司工程款的前提条件，豪都华庭公司与重庆一建公司之间是否结算不能成为重庆一建公司向青海和宇公司拒付工程款的理由。”

此外，北京市第一中级人民法院（2014）一中民终字第01260号民事判决书亦有类似观点。

8. 王泽鉴：《债法原理》（第1册），中国政法大学出版社2001年版。

9.《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第22条规定，分包合同中约定待总包人与发包人进行结算且发包人支付工程款后，总包人再向分包人支付工程款的，该约定有效。因总包人拖延结算或怠于行使其到期债权致使分包人不能及时取得工程款，分包人要求总包人支付欠付工程款的，应予支持。总包人对于其与发包人之间的结算情况以及发包人支付工程款的事实负有举证责任。

《安徽省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见（二）》第十一条非法转包、违法分包建设工程，实际施工人与承包人约定以发包人与承包人的结算结果作为结算依据，承包人与发包人尚未结算，实际施工人向承包人主张工程价款的，分别下列情形处理：（一）承包人与发包人未结算尚在合理期限内的，驳回实际施工人的诉讼请求。（二）承包人已经开始与发包人结算、申请仲裁或者诉至人民法院的，中止审理。（三）承包人怠于向发包人主张工程价款，实际施工人主张参照发包人与承包人签订的建设工程施工合同确定工程价款的，应予支持。

在认定背靠背条款有效的情况下，因其属于附条件的条款，若总包单位怠于行使到期债权，则属于《合同法》第四十五条第二款规定的“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就”的情形，分包单位有权要求总包单位支付工程款。也就是说，总包单位需要对其与建设单位之间的结算情况以及建设单位支付工程款的事实承担举证责任，同时证明其自身已经通过诉讼或仲裁的方式积极向建设单位主张了到期债权，否则不得对抗分包单位的付款请求，如江苏省高级人民法院在（2014）苏民终字第0258号民事判决书中的论述¹⁰。

司法实践中，考虑到《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第十三条的规定¹¹，总包单位若不以诉讼或仲裁方式向业主主张债权，则存在不

得以背靠背条款抗辩分包方的风险。我们认为，这样的责任分配方式既符合法律文本及理论，也令双方的风险和利益达到了相对平衡的状态。

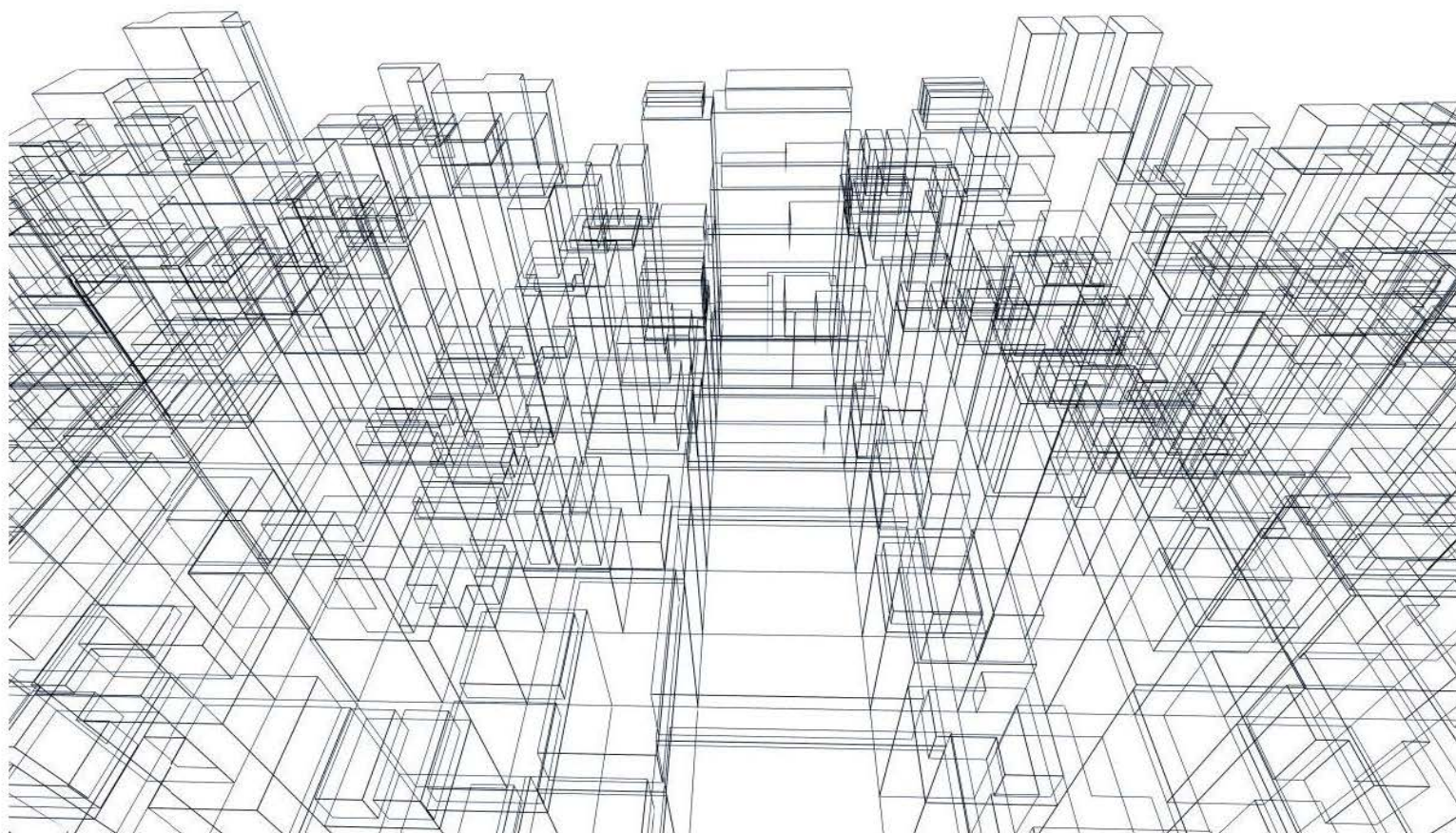
4.建设单位已支付的工程款远高于总包单位应向分包单位支付的工程款的，若总包单位不能证明建设单位支付款项对应的工程项目，则不得对抗分包单位的付款请求。

在未作相反约定、总包单位不能证明建设单位支付款项对应工程项目的前提下，法院通常认为，只要建设单位支付部分工程款，总包单位就应当向分包单位支付款项。也就是说，背靠背条款中，不应将“建设单位向总包单位付款”扩大解释为“建设单位向总包单位支付全部工程款”，在总包单位无法证明建设单位支付工程款对应的分包项目前提下，只要建设单位向总包单位支付部分工程款，总包单位向

10. 江苏省高级人民法院在（2014）苏民终字第0258号民事判决书中认定：“并无证据证明九鼎公司按约及时积极向汉能光伏公司追索‘汉能工程’的工程款欠款，其也没有提供证据证明汉能光伏公司有暂不能支付汉能工程的工程款欠款的合理理由。九鼎公司未积极地促成汉能工程款全部到账，其现又以该协议内容主张远东土石方公司支付工程款的条件尚不具备，有违诚信，本院不予支持。”

此外，河南省三门峡市中级人民法院（2014）三民终字第199号民事判决书、浙江省宁波市中级人民法院（2013）浙甬民二终字第769号民事判决书、安徽省黄山市中级人民法院（2013）黄中法民一初字第00135号民事判决书、北京市东城区人民法院（2014）东民初字第07571号民事判决书、南昌经济技术开发区人民法院（2016）赣0192民初492号民事判决书中亦有类似论述。

11. 合同法第73条规定的“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”，是指债务人不履行其对债权人的到期债务，又不以诉讼方式或者仲裁方式向其债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权，致使债权人的到期债权未能实现。



分包单位付款的条件即获满足，如四川省高级人民法院在（2015）川民终字第18号民事判决书中的论述、福建省高级人民法院在（2010）闽民终字第344号民事判决书中的论述¹²。

5. 总包单位已积极主张债权但建设单位未支付、或支付部分工程款但可以证明并非分包单位承揽工程的，可以对抗分包单位的付款请求。

综合上述裁判观点可知，依据背靠背条款认定付款条件未成就的条件非常严苛，需要总包单位积极主张债权但建设单位未支付，如浙江省高级人民法院在（2017）浙民申2147号民事裁定书中的论述、辽宁省丹东市中级人民法院在（2015）丹民一终字第00442号民事判决书中的论述¹³；或建设单位已支付部分工程款，但总包单位可以证明其并非分包单位承揽部分，如山东省济南市中级人民法院在（2014）济民五终字第182号民事判决书中的论证¹⁴。

第三部分 结论及建议

为确保背靠背条款产生相应法律后果，我们建议总包单位在合同签订阶段：

1. 明确“建设单位不付款则总包单位无需支付”的意思表示；
2. 明确背靠背条款并非对建设单位设置义务或约束；且属于双方当事人的真实意思表示，不存在不公平的情形。

为确保背靠背条款产生相应法律后果，我们建议总包单位在合同履行阶段：

1. 将建设单位支付的工程款特定化，固定至每个分包工程中，——对应于分包单位工程款；
2. 及时请求业主支付工程款，并留存请求支付的完整证据；必要时采取诉讼手段。✎

12. （2015）川民终字第18号民事判决书中，四川省高级人民法院认为：“‘光大公司应在竣工验收合格后业主转款五个工作日支付至95%（扣除上交管理费及税金20%），余款在二年回款结束无质量问题全额支付，如业主转款到光大公司账户五个工作日不支付，每逾期一天，按照水电安装工程总价0.3%支付逾期付款违约金’，该约定中的‘业主转款到光大公司账户’并非指业主将案涉工程的全部工程款转到光大公司账户，光大公司向楠杨公司的付款条件也不是业主向光大公司支付完毕全部工程款。只要工程竣工验收合格后业主向光大公司转款，光大公司就应向楠杨公司支付工程款。”

在（2010）闽民终字第344号案中，福建省高级人民法院认为：“本案中，被上诉人并未证明业主支付的工程款相对应的工程项目，而其已收到的业主支付的工程款远远超过其应支付给东和公司的工程款，故，从公平合理的角度出发，应认定被上诉人已经收到了东和公司施工相应的工程款，在东和公司可收取的工程款的数额确定的情况下，依据《分包合同书》的约定，被上诉人尚未支付给东和公司的1,635,568.48元工程款的付款条件已经成就，被上诉人应支付该工程款。”

13. （2017）浙民申2147号民事裁定书中，浙江省高级人民法院认为：“本案主要争议焦点为天元公司与鹿山公司的工程款结算支付条件是否成就。根据上述《工程分包施工合同》及补充协议的相关约定，天元公司向鹿山公司支付工程款的前提是天元公司收到大卫公司的工程款及鹿山公司开具的工程款发票。现大卫公司在原审诉讼中认可收到了天元公司提交的结算材料，但认为竣工结算材料不全，需要进一步补充。鉴于天元公司与大卫公司尚未完成竣工结算，鹿山公司也无证据证明天元公司存在阻止合同约定付款条件成就的情形，故原审对鹿山公司关于天元公司支付工程款尾款条件已成就的主张未予支持，并无不当。”

（2015）丹民一终字第00442号民事判决书中，辽宁省

丹东市中级人民法院认定：“上诉人中治地勘公司与被上诉人中治沈勘公司分包合同中约定待总包人与发包人进行结算且发包人支付工程款后，总包人再向分包人支付工程款，该条款内容不违反法律强制性规定，是双方当事人对建筑市场资金风险判断的共识，根据建筑市场众所周知的行业规则和施工习惯所作的约定，该条款体现了当事人的意思自治，符合民法中自愿平等的原则，应为有效条款。且上诉人中治地勘公司并未急于行使到期债权，而是积极通过诉讼程序主张权利，故双方约定的付款条款并非不可能发生的无效民事行为。”

14. （2014）济民五终字第182号民事判决书中，山东省济南市中级人民法院认为：“若山东路桥公司在未收到建设单位支付款前需要向分包单位预先支付分包工程的工程款，山东路桥公司是很难有这样的支付能力的。因此约定山东路桥公司收到建设单位支付分包工程的款项后再支付给重庆智翔公司，有利于合同的顺利履行，也相当于双方分担了风险。……山东路桥公司是按照工程进度和各分包单位完成的工程量逐期申请建设单位支付工程款，监理单位审核后签发支付凭证，建设单位按照支付凭证向山东路桥公司拨付工程款，山东路桥公司再按照支付凭证向相关分包单位支付工程款。……山东路桥公司也已经申请建设单位支付相应的款项，但建设单位是否支付对应款项，决定着山东路桥公司的付款条件是否成就，决定着重庆智翔公司的付款诉讼请求应否得到支持。”

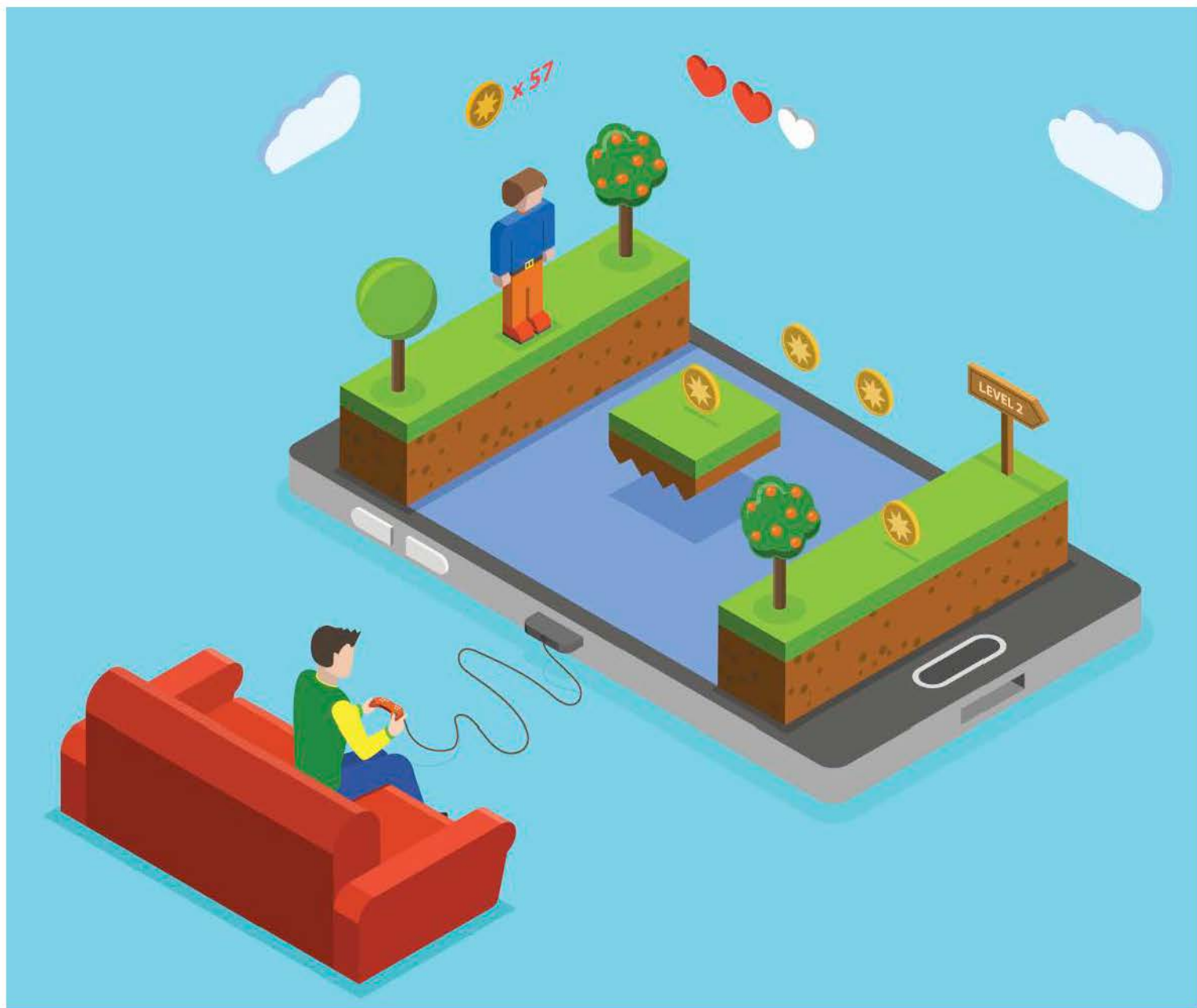
本案能获得法院支持，有其独特性：一是总承包人将业主支付的工程款特定化，——对应于分包人工程款。二是总承包人请求业主支付工程款的程序严格、符合约定且保存完备。三是诉讼前，总承包人已向业主申请支付款项并举证证明。上述分析参见宋坚达：《法院对建设工程领域“背靠背”条款处理的常见类型——基于近两年的20个典型案例的分析》，首届杭州律师论坛获奖论文三等奖。



李馨
合伙人
房地产和基础设施部
北京办公室
+86 10 5957 2155
lixinlaw@zhonglun.com

网络游戏著作权保护路径的主要类型及其演化趋势

作者：马远超



根据中国互联网络信息中心（CNNIC）发布的第41次《中国互联网络发展状况统计报告》，截至2017年12月，我国网络游戏用户规模达到4.42亿，增长率为5.9%；2017年1-11月，网游业务收入1341亿元，同比增长22.1%。^[1]面对如此庞大的市场蛋糕，网络游戏商之间的竞争日趋白热化，非良性竞争导致的侵权诉讼案件也层出不穷。据统计，在网络游戏知识产权侵权纠纷案件中，著作权侵权纠纷案件占比近一半，其次为商标侵权、不正当竞争纠纷案件。^[2]

根据我国现行《著作权法》规定，网络游戏尚未成为一种著作权法保护的独立客体，但可以从分解出美术作品、文字作品、音乐作品、类电影作品、计算机软件作品等。从作品的受侵害权利类型角度分类，可划分为侵害署名权、修改权、发表权、保护作品完整权、复制权、发行权、信息网络传播权、改编权等类型。一件网络游戏著作权侵权纠纷案件，往往涉及多种作品类型、多种著作权权利，在侵权认定方面具有很强的法律技术性。笔者尝试将网络游戏著作权保护路径划分为“分解型”“复合型”“抽骨型”分别予以介绍，并揭示其演化趋势。

第一部分 类型一：分解型

所谓“分解型”，是指权利人首先分解出网络游戏中包含的各类受《著作权法》保护的具体作品，例如美术作品、文字作品、音乐作品，然后与被控侵权网络游戏中的对应内容进行比较，主张各类作品著作权权利均遭受侵害。这是一种最为常见的网络游戏著作权侵权纠纷类型。

分解工作包括两方面：（一）分解作品内容。权利人分别分解出自身网络游戏中可能遭受侵权的作品内容，以及被控侵权网络游戏中对应的内容。这是一项必不可少、非常关键的基础性工作。（二）分解著作权权利。权利人首先需要分解出自己享有的著作权权利，包括人身性权利与财产性权利。权利人享有的著作权权利既可能是自己原始获得的，也可能是通过转让、许可等方式继受获得的。如果是后者，权利人就需要明确自身在什么权能范围、

地域范围、使用范围、时间范围内享有著作权权利，然后通过比对权利人作品内容与涉嫌侵权内容，分解出各作品被侵害的具体著作权权利。

在北京乐动卓越科技有限公司诉北京昆仑乐享网络技术有限公司关于《我叫MT》与《超级MT》之间的网络游戏侵权纠纷案[(2014)京知民初字第1号]中，原告同时主张了文字作品与美术作品权利：文字作品包括《我叫MT》动漫名称以及五个人物名称，美术作品包括五个人物形象及游戏APP头像。该案中，法院均未认定被告对权利人文字作品、美术作品构成著作权侵权，其理由是：权利人主张的名称文字缺乏独创性，不属于文字作品；被告使用的人物形象与APP头像与权利人主张的美术作品不构成实质性相似。

不过，并不是每一个案件中，权利人都可以分解出多种作品，也可能仅有一种作品类型。在暴雪娱乐有限公司、上海网之易网络科技有限公司诉北京分播时代网络科技有限公司

公司、广州市动景计算机科技有限公司、成都七游科技有限公司关于《魔兽世界：德拉诺之王》与《全民魔兽》之间的网络游戏侵权纠纷案[(2016)粤民终1719号]中，原告仅主张了美术作品，即《魔兽世界：德拉诺之王》游戏中的18个英雄形象、7个怪兽形象、20个装备图案以及5个副本地图都构成美术作品。法院经审理认为，被告侵害了上述美术作品的署名权、复制权和信息网络传播权。

第二部分 类型二：复合型

所谓“复合型”，是指权利人并不将网络游戏内容分解成文字作品、音乐作品、美术作品予以分类主张，而是主张由文字、音乐、图案、游戏规则等要素组成的网络游戏画面整体构成类电影作品。

上海知识产权法院于2017年作出二审判决的《奇迹MU》与《奇迹神话》网络游戏著作权侵权纠纷案[(2016)沪73民终190号]，是全国首例认定网络游戏整体画面构成类电影作品侵权的案件。该案中，一审法院（上海市浦东新区人民法院）认为，游戏画面由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，通过电脑进行传播，具有和电影作品相似的表现形式。涉案游戏的整体画面是否构成类电影作品，取决于其表现形式是否与电影作品相似，故涉案游戏的整体画面可以作为类电影作品获得《著作权法》的保护。二审法院

1.[1] 第41次《中国互联网络发展状况统计报告》，载中国互联网络信息中心
http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwzxbg/hlwjbg/201803/t20180305_70249.htm

[2] 诺诚律师团队：《2016游戏行业民事诉讼大数据：诉讼已成游戏公司市场竞争策略》，载微信公众号“网游圈里的那些事”

院不仅认可一审法院关于作品类型的认定，在阐述两者构成实质性相似的理由时，进一步阐明：“经比对，两款游戏前400级三大角色剑士、魔法师、弓箭手的所有技能均与权利游戏中的部分技能相同或基本相同，而等级设置、角色名称及技能、地图场景、武器装备、怪物及NPC等方面均基本相同，足以认定两款游戏整体画面实质性相似。”

通过上述案例不难发现，复合型保护路径看似干脆利落，但在对比实质性相似过程中的复杂程度远甚于分解型。首先，分解型保护路径比对的是静态型作品，例如文字作品、美术作品，而复合型保护路径是将其作为连续性画面，属于动态性画面对比。其次，分解型是单一作品的逐一对比，即文字作品与文字作品对比、美术作品与美术作品对比，而复合型是将文字、声音、图案、游戏规则等各种元素组合进行综合对比，且包含了法官的两次主观判断——第一次是在单一元素实质性相似过程中的主观判断，第二次是各元素作为整体进行综合对比实质性相似过程中的主观判断。第三，分解型对比的对象仅包括视觉、听觉可直接感知的作品，例如文字、图案、声音，不包括游戏玩法规则；复合型对比的对象不仅包括文字作品、美术作品、音乐作品等视觉、听觉可直接感知的作品，而且包括游戏玩法规则等玩家主观抽象感知类元素。

关于复合型保护路径，部分法官仍对网络游戏画面是否属于类电影作品存有顾虑。例如，由孙磊法官、曹丽萍法官合著的《网络游戏知识产权司法保护》一书中设有专门章节讨论了以下5项疑问：（一）不同类型的网络游戏画面是否都适合认定为类电影作品？（二）网络游戏不断升级改版的表现形式是否会对作品的稳定表达产生影响？（三）无法查明网络游戏全部画面内容的情况下，是否可以推定整体画面构成类电影作品？（四）如果将网络游戏整体画面作为类

电影作品，如何与网络游戏作为计算机软件“双重保护”进行协调？（五）如何认定网络游戏整体画面著作权人归属？^[3]

第三部分 类型三：抽骨型

所谓“抽骨型”，是指权利人不再主张文字作品、美术作品、音乐作品等具有听觉、视觉具体表达的作品，而是归纳出游戏的具体的、细化的游戏玩法规则，主张被控侵权游戏的玩法规则与其构成实质性相似，从而构成对权利人网络游戏的改编权的侵害。

在以往案例中，权利人在一件案件中同时主张被告构成对美术作品、文字作品、玩法规则的著作权侵权并不鲜见。对此，法院以往通常认为美术作品等属于《著作权法》保护客体，而游戏的玩法规则属于思想范畴，不属于《著作权法》保护客体。在暴雪娱乐有限公司、上海网之易网络科技发展有限公司与上海游易网络科技有限公司关于《炉石传说》与《卧龙传说：三国名将传》网络游戏侵害著作权纠纷案^[3]（2014）沪一中民五（知）初字第23号中，权利人关于“炉石标识”及14个界面、卡牌牌面设计作为美术作品予以保护的主张，关于卡牌上的文字说明整体作为文字作品予以保护的主张，关于视频和动画特效（不同于受玩家操作影响的游戏画面）作为类电影作品予以保护的主张，均得到了法院的支持。但是，权利人关于保护卡牌和套牌的组合的主张，法院认为其实质是游戏的规则和玩法，鉴于《著作权法》仅保护思想的表达，而不延及思想本身，因此法院未予著作权保护。

北京市高级人民法院蒋强法官认为，“石头-剪刀-布”之类的游戏规则因过于简单和抽象，表达空间有限，确实没有独创性。但是，对于精心设计的复杂游戏规则，如果

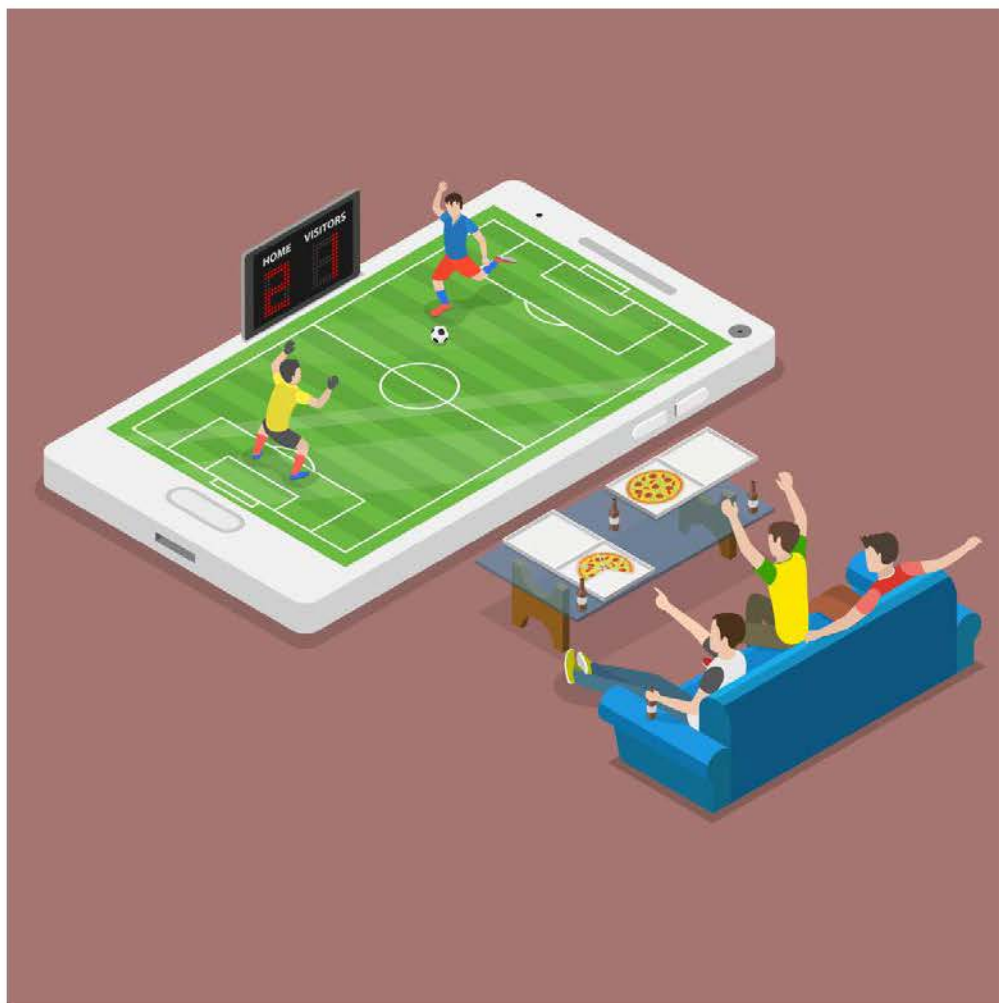
具体化、细化到了一定程度，完全超出了创作巧合的空间，就有可能产生独创性，从而成为《著作权法》保护的作品。如果将游戏规则一概认定为思想，不以《著作权法》保护而以《反不正当竞争法》保护，也可能对《著作权法》和《反不正当竞争法》的关系形成新的挑战。^[4]

在苏州市中级人民法院审理的关于《花千骨》与《太极熊猫》网络游戏侵权纠纷案^[4]（2015）苏中知民初字第00201号，本案处于二审阶段，判决书尚未生效中，法院认为，一方面，《太极熊猫》游戏整体画面构成类电影作品，但是，《花千骨》游戏的IP来自于《花千骨》同名电视剧，其游戏整体运行动态画面设计均与《太极熊猫》不同，该部分内容和要素系基于同名小说及电视剧作品《花千骨》而创作，故玩家从外观上可一定程度识别与原作品的区别；另一方面，《太极熊猫》游戏整体画面中游戏玩法规则的特定制呈现方式构成《著作权法》保护的客体。《花千骨》游戏在游戏玩法规则的特定呈现方式及其选择、安排、组合上整体利用了《太极熊猫》的基本表达，并在此基础上进行美术、音乐、动画、文字等一定内容的再创作，侵害了著作权人享有的改编权。

上述蒋强法官的观点与上述一审判决的思路不尽相同。蒋强法官认为，游戏玩法规则一旦具体化、细化到了一定程度，可以成为《著作权法》保护的作品（没有说明作品类型）。以此作为逻辑起点，如果他人侵害游戏玩法规则的著作权，是对游戏玩法规则这一作品的人身性、财产性权利的侵害，而不是对游戏本身（尽管游戏本身属于哪一类

[3] 孙磊、曹丽萍：《网络游戏知识产权司法保护》，中国法制出版社2017年出版，第350-354页

[4] 蒋强：《游戏改编：“独创性”的司法认定》，载《中国知识产权》2016年9月（总第115期）



作品，尚无定论）著作权的侵害。上述一审判决则认为，具体、细化的游戏玩法规则可以作为《著作权法》保护的客体，属于受《著作权法》保护的、具有独创性的表达（其同样没有说明游戏玩法规则属于哪一类作品）；被告侵害的是权利人就《太极熊猫》游戏享有的改编权，即类电影作品的改编权，而不是游戏玩法规则作为作品享有的著作权权利。

王迁教授认为，仅仅根据原作品的思想创作出新产品并非受改编权控制的行为，只有在保留原作品基本表达的情况下通过改变原作品创作出新产品，才是《著作权法》意义上的改编行为。^[5]因此，具体、细化的游戏

玩法规则是否有可能成为受《著作权法》保护的表达，还是终究属于不受著作权保护的思想范畴，便成为了争论的焦点与问题的关键。

琼瑶诉于正等关于《梅花烙》与《宫锁连城》之间的著作权侵权纠纷案[（2015）高民（知）终字第1039号]中，北京市高级人民法院将文学作品的人物设置、情节结构、内在逻辑关系视为受《著作权法》保护的表达，与上述一审判决的思路存在异曲同工之处。该法院认为，文学作品的表达，不仅表现为文字性的表达，也包括文字所表述的故事内容；但人物设置及其相互的关系，以及由具体事件的发生、发展和先后顺序等构成

的情节，只有具体到一定程度，即文学作品的情节选择、结构安排、情节推进设计反映出作者独特的选择、判断、取舍，才能成为《著作权法》保护的表达。确定文学作品保护的表达是不断抽象过滤的过程……文学作品中，情节的前后衔接、逻辑顺序将全部情节紧密贯穿为完整的个性化表达，这种足够具体的人物设置、情节结构、内在逻辑关系的有机结合体可以成为《著作权法》保护的表达。如果被诉侵权作品中包含足够具体的表达，且这种紧密贯穿的情节设置在被诉侵权作品中达到一定数量、比例，就可以认定为构成实质性相似；或者被诉侵权作品中包含的紧密贯穿的情节设置已经占到了权利作品中足够的比例，即使其在被诉侵权作品中所占比例不大，也足以使受众感知到来源于特定作品时，可以认定为构成实质性相似。该法院最终认为，被告构成对权利人剧本《梅花烙》的改编权的侵害。本案中，法院对比的也不是《梅花烙》与《宫锁连城》之间具体的文字层面的表达，而是文字表达背后所体现的具体人物设置、情节结构、内在逻辑关系层面的表达。

第四部分 网络游戏著作权保护路径的 演化趋势

如前所述，“分解型”保护路径，仅保护视觉、听觉可直接感知的美术作品、文字作品、音乐作品，并不涉及保护游戏玩法规则；“复合型”保护路径，在认定游戏整体画面构成类电影作品时，不仅考虑游戏中包含的美术作品、文字作品、音乐作品的实质性相似性，同时考虑游戏中玩法规则的实质

[5] 王迁：《知识产权法教程》（第五版），中国人民大学出版社2016年出版，第155页

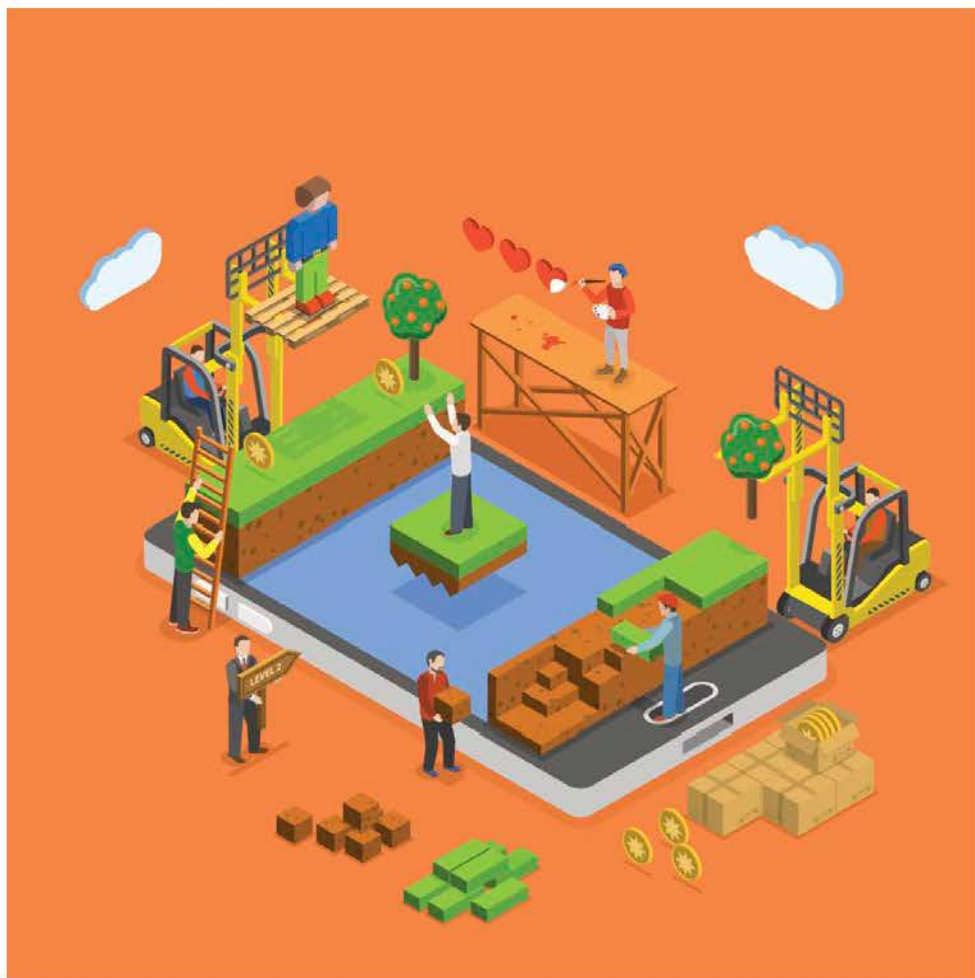
性相似；“抽骨型”保护路径，不再考虑游戏中包含的美术作品、文字作品、音乐作品的实质性相似性，仅考虑游戏中玩法规则是否构成实质性相似，从而判断是否构成对权利人游戏改编权的侵害。

随着网络游戏竞争的白热化，网络游戏开发者之间的“借鉴”不再仅仅止于视觉、听觉直接感知的内容范畴，而可能同时“借鉴”其他游戏的游戏玩法规则。因此，权利人已不满足于“分解型”保护路径，而是不断通过“复合型”、“抽骨型”保护路径试探司法保护的底线，这是可预见的演化趋势。对于这种游戏玩法规则的深层次“借鉴”行为，究竟应通过《著作权法》予以规制，还是应通过《反不正当竞争法》予以规制，亦或属于合理借鉴范畴、不应予以司法干涉？目前，关于这一问题，业界还存在很大争论。

笔者认为，《著作权法》所保护的智力成果，仅限于有形的表达方式，即通过人的视觉、听觉进行直接感知的符号信息。人通过直接感知这些符号信息，在大脑中形成了审美体验（即二次感知或者间接感知）。直接感知的符号信息，属于受《著作权法》保护的表达；二次感知获得的审美体验，属于“透过表达看思想”，即体验作者通过表达展现的思想，不属于《著作权法》保护的客体。著作权保护制度的宗旨在于鼓励人类对人类可直接感知表达方式的多样化、差异化创作，而不问创作者是否基于相同的思想。创作者的思想必然具有抽象、相对具体、十分具体等多个层面，但都需要相对方通过直接感知后，在大脑中进行二次感知才能进行体验。无论思想如何复杂、如何具体，终究还是思想。越是复杂、具体的思想，其表达方式越丰富、越多样，反之亦然。此时，不同作者越可能创作出丰富多彩的不同表达方式，从而极大丰富人们的文化精神生活，因而创作不同表达方式的自由越不应受到限

制，该思想或者创意受著作权保护的程度应当越低。如果赋予该思想或者创意首创者合法垄断已知的（首创者的表达方式）、潜在的不同表达方式（后来者的表达方式），将无益于文化精神生活的繁荣。在网络游戏中，玩家首先通过对文字、图案、音乐等具

体表达信息的直接感知，然后经过大脑判断、取舍等逻辑演绎，即经过二次感知之后，才能识别出网络游戏蕴含的游戏规则玩法。因而，游戏规则玩法不属于有形的表达，理应属于思想范畴。☒



马远超
合伙人
知识产权部
上海办公室
+86 21 6061 3188
myc@zhonglun.com



中伦研究院出品

特别声明：以上所刊登的文章仅代表作者本人观点，不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权，不得转载或使用该等文章中的任何内容，含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨，欢迎与本所联系。