



**合规不起诉制度，
开启我国企业合规建设新阶段** 001 /

**国企混改进行时
——“科改”相关法律问题初探** 010 /

**个人信息保护与市场竞争的交集
——从强制收集非必要用户信息行为的反垄断法风险说起** 020 /

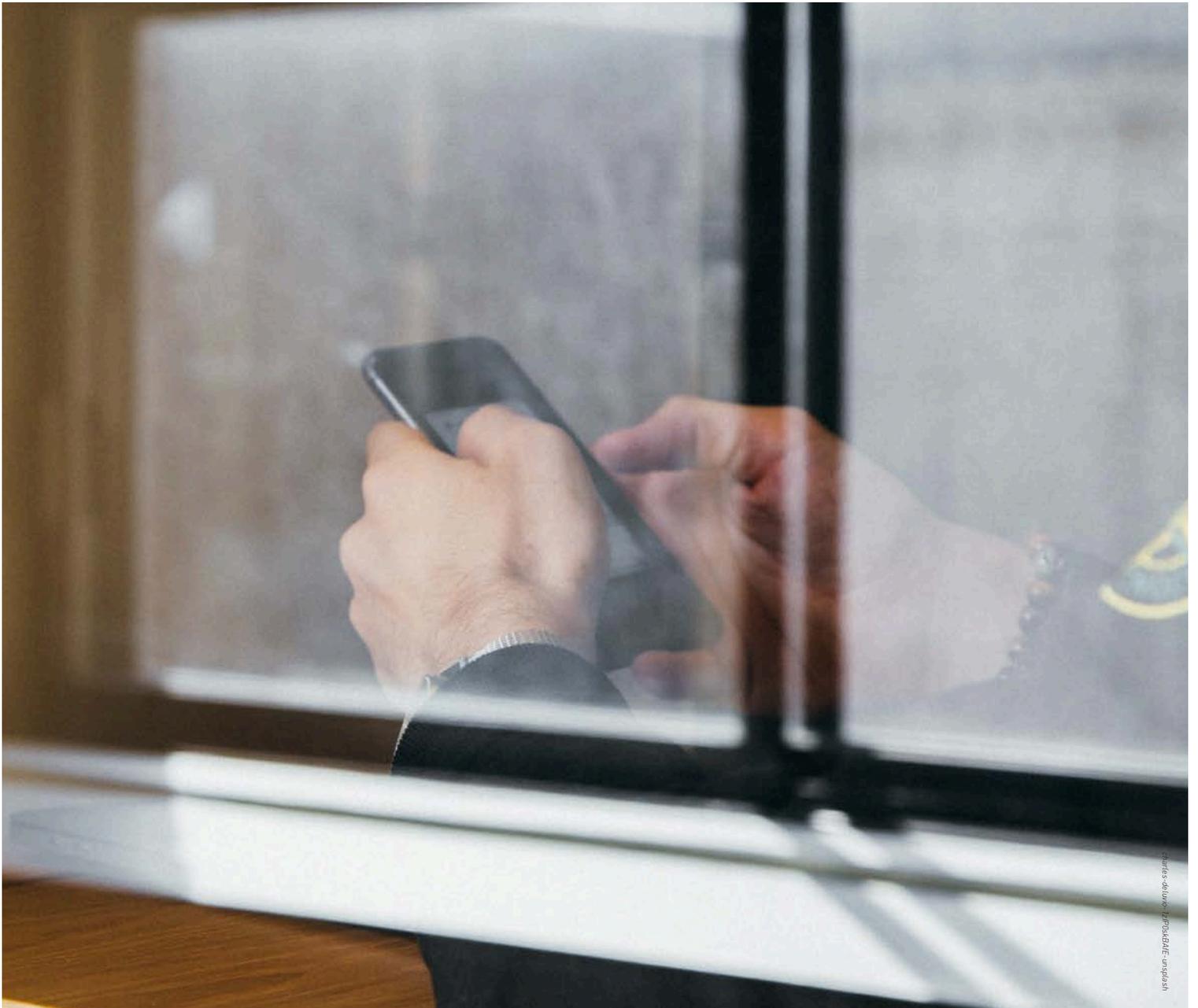
破解知识产权侵权案件“赔偿难”的思考 027 /

**他人商标能否“合理使用”？
——浅析商标的指示性使用** 034 /



合规不起诉制度， 开启我国企业合规建设新阶段

作者：刘相文、汤敏志、李雨芳



2021年4月,最高检下发《关于开展企业合规改革试点工作的方案》(“《方案》”),正式启动第二期企业合规改革试点工作¹。此前,自2020年3月起,最高检在上海、江苏、山东、广东等地已经开展了第一期试点工作。在今年召开的十三届全国人大四次会议上,张军检察长专门向全国人大报告了这项工作。

所谓“企业合规改革试点工作”,《方案》给出了定义,即“检察机关对于办理的涉企刑事案件,在依法做出不批准逮捕、不起诉决定或者根据认罪认罚从宽制度提出轻缓量刑建议等的同时,针对企业涉嫌具体犯罪,结合办案实际,督促涉案企业作出合规承诺并积极整改落实,促进企业合规守法经营,减少和预防企业犯罪,实现司法办案政治效果、法律效果、社会效果的有机统一”。

这就是具有中国特色的“企业合规不起诉制度”,事实上包括了“合规不批捕”“合规不起诉”“合规从宽量刑建议”“合规从宽处罚建议(行政处罚建议)”等多重含义。检察机关积极发挥职能作用,在定罪和量刑两个环节都把企业合规作为重要情节,变惩罚为矫治,这必将对我国推进企业合规制度建设发挥杠杆作用。检察院版“合规不起诉制度”开创先河,也将带动其他司法机关、监察机关加入推进企业合规建设的社会浪潮,共同发挥社会综合治理职能。企业合规建设的价值再次得到强力彰显。

如果说进入21世纪以来我国企业“走出去”遇到的法律壁垒和中美全方位贸易争端背景下企业层面的斗法,催生了我国企业“合规”意识的萌芽;市场监管总局(国家标准委)、国资委、发改委等部委自2017年以来相继出台的企业合规管理指引性文件,标志着“合规建设”从企业行为上升为政府指导行为;那么,近两年“企业合规不起诉制度”在检察院等司法机关层面的积极探索,则引领着企业合规建设朝着新阶段迈进。在新阶段,合规建设将不再是被动实施,而是内生需要;不再是可有可无的弹性需求,而是必须为之的刚性需求。

1. 最高人民法院:《最高检下发工作方案 依法有序推进企业合规改革试点纵深发展 第二期改革试点范围扩大至北京、浙江等十个地区》, <https://www.spp.gov.cn/xwfbh/ws-fbt/202104/t20210408_515148.shtml?ZhCzs3cBrx6S=1618479382950#1>, 最后访问日期 2021年4月16日。

第一部分\ “合规不起诉制度”的试点地区和 典型案例

事实上，“合规不起诉”还称不上一项真正的“制度”，作为一项实践探索也是“近而有之”。但最高检近来对此高规格的重视，无疑将是“合规不起诉”在制度层面落地的重要推动力。为方便行文起见，本文以“合规不起诉制度”称之。

检察院“企业合规不起诉制度”第一期试点在上海、江苏、山东、广东等地6家基层检察院开展²。

2021年4月刚刚确定的第二期试点则涉及北京、辽宁、上海、江苏、浙江、福建、山东、湖北、湖南、广东等十个省（直辖市），具体试点单位由上述省级检察院自行确定，每个省（直辖市）确定1至2个基层院作为试点。相比第一期试点，第二期试点范围大幅扩大。

作为一项改革试点工作，具体实施细则和操作办法由各试点单位在最高检的指导下先行先试。笔者调研发现，大多数试点地区都是以内部文件形式发布具体办法³。

除从组织和制度层面落实“企业合规不起诉制度”以外，部分试点地区也已经试水在具体涉刑案件办理中适用该制度，最高检公布的典型案例如：

江苏省张家港市检察院办理的某化机公司及其负责人污染环境案，检察机关督促涉案企业开展合规建设，并委托环保、税务、应急管理等部门人员考察评估合格后，召开公开听证会，邀请辖区政府、公安机关、人民监督员、工商联和律师共同参加，一致同意作出相对不起诉决定。

深圳市南山区检察院办理的某科技公司工作人员涉嫌对非国家工作人员行贿案，检察机关在作出相对不起诉决定的同时，督促该公司通过合规建设，建立了反商业贿赂制度，并重启了上市申报程序。

第二部分\ “合规不起诉制度”的适用

合规不起诉并非中国的本土经验，而是欧风美雨的产物。美国联邦量刑委员会于1987年制定的《联邦量刑指南》中规定：如果企业建立了有效的合规体系或者合规系统，就可以在出现刑事犯罪时，被减轻刑事处罚。美国司法部后续在该指南的基础上制定了《联邦检察官手册》，对检察官适用合规不起诉或者合规暂缓起诉的具体要求首次作出了详细规定，为该制度

2.这6家试点单位是：1.上海浦东区检察院；2.上海金山区检察院；3.江苏张家港市检察院；4.山东临沂市郯城检察院；5.广东深圳市南山区检察院；6.广东深圳宝安区检察院。

3.经公开检索，辽宁省检察院、辽宁省市监局等十机关联合制定的《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》，以及深圳市宝安区司法局出台的《关于企业刑事合规独立监控人选任及管理规定（试行）》较具典型意义。前者对“企业合规不起诉制度”的实施规定了较为全面的落地措施，并对不同类型犯罪的合规考察主体和内容进行了明确规定，具有重要参考意义；后者则就“独立监控人”这一具体的第三方监管机制落地举措以制度形式进行了细化规定。

的域外推广奠定了实践基础。英国2013年颁布的《犯罪与法院法》也借鉴了刑事合规暂缓起诉制度,基本上是美国暂缓起诉制度的翻版。此后,加拿大、澳大利亚、新加坡等国也宣告确立了暂缓起诉制度。⁴

在我国,直到2015年,才出现“合规不起诉第一案”,即浙江省岱山县检察院办理的某公司伪造增值税专用发票、虚构抵押物案。该案中,涉案企业以合规整改和出具《自查及整改承诺书》,换得检察院的不起诉决定。当前,最高检先后两批次合规改革试点,则标志着“合规不起诉”进入体系化、制度化发展阶段。

作为一项重要的新生司法措施,最高检察机关的积极推动也得到了学界、实务界的广泛响应,《法学杂志》还在2021年第1期专门设立了“企业合规不起诉专题”,邀请学者进行讨论。结合司法探索和学界观点,笔者从具体适用的角度就该制度解读如下:

(一) 合规不起诉制度的适用对象

首先,企业合规不起诉制度的适用对象既包括企业犯罪案件,也应包括企业经营者等个人犯罪案件。

目前的实践探索中,大多数试点单位都规定,合规不起诉制度的适用对象除了涉罪企业外,也包括企业经营者、管理者和关键核心人员

等。如试点地区之一的辽宁省检察院等十机关制定的《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》(“《合规考察制度意见》”)规定:涉罪企业合规考察制度既适用于单位犯罪案件,也适用于企业经营者、管理者、关键技术人员等重要生产经营人员与企业生产经营相关的个人犯罪案件。

最高检下发《方案》时指出,开展合规不起诉等改革试点工作,是保护民营企业合法权益,依法对涉案企业负责人不捕、不诉、不判实刑的“后半篇文章”。笔者理解,企业合规不起诉制度的适用对象不应只是单位犯罪案件,对企业管理者、经营者、直接责任人员实施的与企业生产经营相关的个人犯罪案件也应同样适用。

其次,改革期间,企业合规不起诉制度一般适用于可能判处3年以下徒刑的轻微案件,但不排除作为部分重刑案件量刑的考量因素。

以上述《合规考察制度意见》为例,该意见第六条第一款规定,合规考察制度的案件适用于企业责任人员可能被判处三年以下有期徒刑、拘役、管制或单处罚金的案件⁵。

但与此同时,该制度第六条第三款则同时针对可能判处三年以上十年以下有期徒刑的案件规定了适用条件⁶。

4.卫跃宁:《由“国家在场”到“社会在场”:合规不起诉实践中的法益结构研究》,载《法学杂志》2021年第1期,第44页。

5.《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第六条第一款:“对涉罪企业适用合规考察制度的案件应当同时符合下列条件:(一)涉罪企业、人员系初犯、偶犯;(二)犯罪事实清楚,证据确实、充分;(三)直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法可能判处三年以下有期徒刑、拘役、管制或单处罚金;(四)涉罪企业及直接负责的主管人员和其他直接责任人员对主要犯罪事实无异议,且自愿认罪认罚”。

6.《关于建立涉罪企业合规考察制度的意见》第六条第三款:“直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法应当被判处三年以上十年以下有期徒刑的,具有自首情节或者在共同犯罪中系从犯,或者直接负责的主管人员、其他直接责任人员具有立功表现的,可以适用合规考察制度”。

目前有学者对3年以上相对重刑案件适用合规不起诉制度问题进行了探讨。陈瑞华教授的观点为,对于有条件实施各类专项合规管理体系的大中型企业而言,“即便涉嫌较重的犯罪,检察机关仍然可以将其纳入附条件不起诉的适用对象,开展合规考察和合规监管,并作出相对不起诉的决定”⁷。即便是特别严重的犯罪,如果不宜适用“合规不起诉”,也可以进行其他合规激励,比如“提出宽大的量刑建议,建议法院降低罚金额度”⁸。

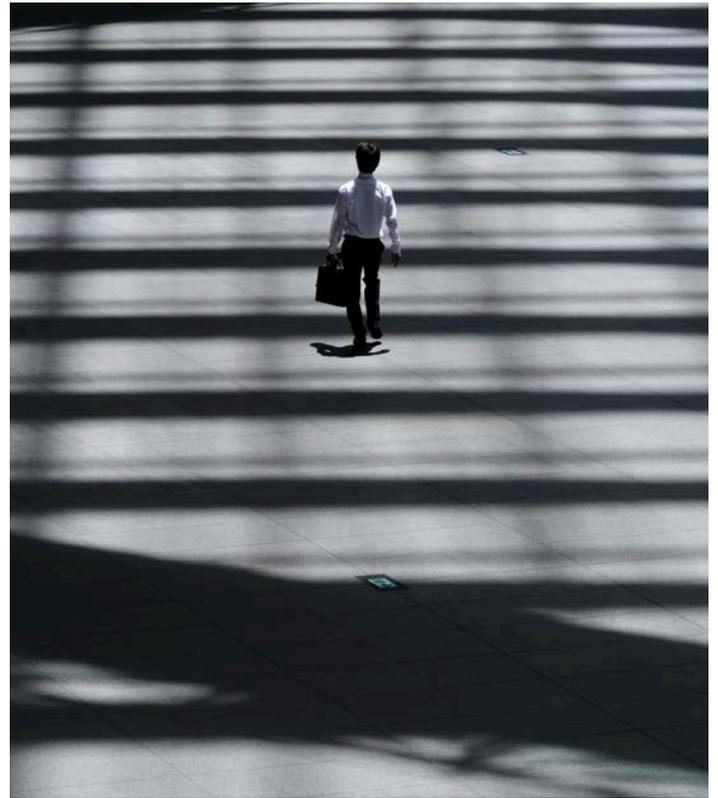
笔者理解,合规不起诉制度不仅适用于轻罪案件,也可适用于重罪案件,只是适用的内容不一样,轻罪案件可以“不批捕”“不起诉”,重罪案件则可以提出“宽大量刑建议”或“从宽行政处罚建议”。

再次,适用合规不起诉制度的涉罪案件类型。

目前,部分试点单位列举了适用该制度的犯罪案件类型,这种列举是一种不完全列举。具体类型包括:商业贿赂、扰乱市场秩序犯罪;生产、销售伪劣产品罪;税收犯罪;地方金融组织犯罪;银行保险企业犯罪;污染环境罪;破坏自然资源罪;走私犯罪。

(二) 合规不起诉制度的启动主体和启动时间

首先,最高检《方案》明确合规不起诉的启



动主体只能是检察机关,但其他主体特别是公安机关也可以提出适用建议。

按照目前的《方案》,合规不起诉制度的启动主体是检察机关。不过,从该制度的实施目的以及社会综合治理角度而言,督促涉案企业加强合规管理,提高社会治理现代化水平,这不是检察院一家的责任。其他相关的公权力机关,比如法院、司法行政机关、公安机关、监察机关,甚至有关权力机关、监督机关,代表委员个人,也可以依法在具体案件中就“合规不起诉制度”的适用提出建议。

特别是除检察院以外的侦查机关,考虑到

7.陈瑞华:《企业合规不起诉制度研究》,载《中国刑事法杂志》2021年第1期,第86页。

8.陈瑞华:《企业合规不起诉制度研究》,载《中国刑事法杂志》2021年第1期,第85-86页。

目前大多数企业涉嫌犯罪的案件都由公安机关负责立案侦查,检察机关在介入的时候涉案企业或个人可能已经受到了强制侦查措施的侵害,“办理一个案件,搞垮一个企业”的后果已经形成。所以,在侦查阶段尽早启动该制度的适用程序十分必要。

陈瑞华教授就此也提出了制度设计建议:一是公安机关在对涉嫌犯罪的企业做出立案决定后,发现案件符合适用合规不起诉制度条件的,可以将案件及时移交检察机关审查确认;二是公安机关也可以将企业合规机制纳入侦查工作的轨道。

其次,部分试点地区规定检察机关应当自案件移送审查起诉之日起30日内启动合规考察程序,但对于有意愿适用该制度的企业而言,应尽早提出申请。

对于制度启动的时间,最高检《方案》只明确应当与认罪认罚从宽制度、检察建议和依法适用不起诉结合起来,并没有规定具体的时间。辽宁省检等十机关《合规考察制度意见》则将启动时间限于移送审查起诉之日起30日内。

笔者理解,正如上文所言,除检察机关在审查起诉阶段之外,公安、监察等机关在案件审查起诉之前,特别是侦查阶段,同样可以依法提出适用建议。所以作为有意愿适用该制度的企业,在有关机关开始调查的初期,就应尽早进行评

估并提出适用申请,争取宽大处理。

(三) 企业合规建设的考察与落实

“合规不起诉制度”是一种附条件的不捕、不诉或从宽处理制度,是不起诉制度与企业合规的结合,其前提是企业愿意开展合规建设并接受考察监督。所以,在检察机关同意适用该制度之后,如何开展企业合规建设,搭建符合监管机构要求的合规体系,是该制度实施的重点。

1. 合规考察期

目前,有试点单位将涉罪企业的合规考察期定为3个月至5个月,也有定为6个月至1年甚至更长。基于“改革合法性”考虑,合规考察期的期限设置主要考虑我国刑事诉讼法对审查起诉期限的规定,力求在法定期限内寻求尽可能长的考察期限,以便为有效的合规监管创造时间保障。

2. 合规监管

有效的合规监管模式是合规不起诉制度实施的关键,某种程度上决定着该项改革行动的成败。从现有案例来看,合规监管都不是检察机关一家所为,借助外部监管力量是大势所趋,而律师等专业人士的参与也必不可少。

在最高检公布的张家港市检察院办理的某污染环境案件中,辖区政府、公安机关、人民监督员、工商联和律师共同参与了监管后期的评

估听证。在辽宁省检等十机关《合规考察制度意见》中也规定,对于拟作不起诉决定的合规考察案件,检察机关应当邀请行政监管机关、参与合规考察的的律师、会计师、税务师等专业人员参加,全面审查涉罪企业的合规建设情况。在深圳市宝安区司法局《关于企业刑事合规独立监控人选任及管理规定(试行)》中,则明确规定,“企业刑事合规独立监控人,是指受犯罪嫌疑企业委托,对企业刑事合规情况进行调查、规划、监督的律师事务所”。

就目前而言,企业合规监管主要有三种模式:

一是检察机关主导模式。即由检察机关主导聘请专业机构作为外部监管人。深圳市南山区检察院采取了这一模式。

二是独立监控人模式(专业监管模式)。即由涉案企业按照检察机关要求聘请律师事务所、会计师事务所、税务师事务所等外部专业机构担任独立监控人。深圳市宝安区检察院采取了这一模式。

三是行政部门监管模式。即由检察机关委托政府行政主管部门或者企业所在街道、乡镇政府担任考察机关。浙江省宁波市人民检察院采取了这一模式。

3. 合规协议与承诺

对于符合适用条件的企业,检察机关一般

会与涉案企业签订合规监管协议书,有的地方还要求出具合规承诺。合规监管协议书的内容一般包括:企业承担配合调查、赔偿被害人或缴纳罚款的义务;企业制定合规计划;企业合规计划的监管模式;合规计划的定期报告;协议考察期限;考察结果的应用;违约法律后果等。此类协议究竟如何定性,目前还没有定论。

4. 合规建设计划

一份有效的、能获得检察机关认可的合规建设计划,是企业获得不起诉等宽大处理的首要前提。辽宁省检等十机关《合规考察制度意见》对合规计划的要求是,“合规计划应针对企业涉嫌的罪名,对于引发犯罪的企业内部治理结构、规章制度、人员培训等问题和漏洞进行全面梳理,通过制定完备的合规管理规范、构建有效的合规组织体系、健全合规风险防范及违规应对机制等方式,在制度上有效防止犯罪再次发生”。

5. 合规报告

合规报告包括合规计划执行过程中定期报送的《合规执行情况报告》,以及合规考察期届满时出具的《合规评估意见报告》。前者由企业专业人士协助下定期向监管部门或独立监管人提供,接受过程监督;后者是考察结束后,监管机构对企业合规建设情况和合规协议执行情况的全面考核评估,其评估意见将作为检察机

关作出是否不起诉决定的重要依据。

6. 审查处理决定

考察期届满,监管机构出具评估意见后,检察机关将进行审查并作出最终处理决定。涉罪企业按要求完成合规建设,在考察期内没有发生违反监管协议要求的情形,一般应当对涉案企业及直接负责的主管人员或其他直接责任人员作出不起诉决定;对确需提起公诉的,也可以建议从轻、减轻处罚;对尚需进行行政处罚的,也可以建议宽大处理。

按照合规不起诉制度公开性的要求,检察机关作出最终处理决定时,一般应公开进行,并邀请行政机关、专业机构或者其他监督主体参与审查过程。

第三部分 对企业的建议

(一) 认真组织研究,充分争取改革红利

以企业合规建设换得不起诉或其他宽大处理,这是争取当前刑事或司法改革红利的有利契机。涉罪企业应尽快组织研究当地检察机关合规不起诉制度的具体实施办法,并尽力争取获得适用机会。即便在当前两批试点地区之外的企业,也应认真组织研究,因为该项机制大有全面铺开之势。且即使在改革试点之前,早在

2015年就有了“第一案”,说明无论纳入试点与否,都有适用空间。

(二) 尽早提出申请,无需等到审查起诉阶段

就目前的司法实践来看,合规不起诉制度的启动权独属于检察院,但这并不意味着涉罪企业在该制度的启动过程中没有提出意见的权利,因而想要适用该制度的企业应当积极沟通,尽早提出申请。特别是为了防止在侦查阶段,相关强制性财产处置措施给企业经营带来不利影响,更应积极提前争取并配合签署认罪认罚具结书等文书。

(三) 依法通过不同途径反映诉求,最大程度争取合法权益

涉罪企业经评估后,认为可以适用合规不起诉制度的,首先应按照案件所处阶段向办理机关申请,可以在审查起诉阶段向检察院申请,也可以在侦查阶段向检察院、公安机关等侦查机关申请。当然,也可以按照法定途径,向有关行政机构、工商联或者当地人大、政协机构及其代表委员、特约监督员等反映诉求,希望纳入该制度适用考察的范围。

(四) 专业人士的全程介入, 特别是合规计划的制定与实施

作为一项尚处于改革探索阶段的司法举措, 律师等专业人士的解读与协助无疑十分必要。律师等专业人士的介入环节至少应包括: 对企业涉罪的分析评估、适用合规不起诉制度的申请、合规协议与承诺的起草与审核、合规计划的制定和实施、合规监管的参与、合规报告的撰写或把关、与检察院等有关机关的对接沟通、刑事诉讼程序的参与, 等等。

其中, 如何制定一份有效的合规计划, 确保按照监管要求予以实施, 并最终获得检察院等监管部门或监控人的认可, 是重中之重。企业应当选择真正具有企业合规建设实践经验、具有民行刑一体化处理能力的专业团队开展合规建设。

(五) 无论是否涉罪, 企业都应尽早布局合规建设

合规的价值, 在于树立以合规为导向的企业价值观。在当前的国际国内环境和监管背景下, 中国企业应当未雨绸缪, 尽早开展合规体系建设。中国的企业管理者应该意识到, 合规已经成为企业内生和刚性需求, 合规是建立未来商业朋友圈的必备名片, 越早布局合规建设, 就越有机会赢得未来竞争。

尽管对于试点工作反馈情况如何、制度层面的合规不起诉如何建立, 目前还不得而知, 但通过良好的合规制度阻却企业责任的司法案例已经实实在在地发生⁹。

特别是在我国合规不起诉制度正值起步的当下, 率先开展合规建设的企业将具有先发优势, 更容易被作为示范案例, 进而有利于引导有关机关确立与本企业自身情况相符的合规标准。而且在合规要求和监管政策必将密集出台的背景下, 尽早建立合规管理体系, 实际上也有利于企业应对更大的合规浪潮所带来的冲击。¹⁰

9. 在甘肃省兰州市城关区人民法院审理的非法出售公民个人信息罪一案【一审: (2016)甘0102刑初605号, 终审: (2017)甘01刑终89号】中, 法院认为基于雀巢公司所建立的合规制度及已采取的合规措施, 公司员工的行为并非单位意志的体现, 故该案不属于单位犯罪案件, 雀巢公司不构成单位犯罪。



刘相文
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2050
liuxiangwen@zhonglun.com

国企混改进行时 ——“科改”相关法律问题初探

作者：闵敏、胡印璋



深化国有企业改革,提高国有经济竞争力,历来是我国经济体制改革的重点。2013年十八届三中全会通过《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,明确提出积极发展混合所有制经济。此后,国务院国资委积极部署推进中央企业的混改工作,各省市国企混改工作也逐步推进。为破解国有企业改革重点难点问题,国务院国有企业改革领导小组又先后主导开展了“双百行动”¹及“区域性综改试验”²国企改革专项工程。2019年12月,国务院国有企业改革领导小组印发了《百户科技型企业深化市场化改革提升自主创新能力专项行动方案》(国改办发〔2019〕2号,下称“2号文”),开展针对国有科技型企业的改革专项工程,即“科改示范行动”或“科改”。2020年2月26日,国务院国有企业改革领导小组印发《关于做好“科改示范行动”入选企业改革方案备案等有关事项的通知》(国改办发〔2020〕1号,下称“1号文”),共有208户国有科技型企业入选。

但是,当前我国的混改(包括科改)工作仍处于摸索阶段,国家尚未出台针对混改的专门法律法规,配套政策与操作指引又缺乏统一性、及时性和全面性,加之国有企业本身往往也存在“不能改、不想改、不会改”的情形,这些情况导致一些混改项目的推进遇到困难。

笔者曾经或正在参与多个混改、科改项目。科改作为最新的国企改革试点工程,处于国企混改的最前沿,政策性强,涉及事项众多,法律关系复杂。本文特结合项目经验,向读者分享科改过程中涉及的主要法律问题及解决方案。

第一部分\ 从混改到科改

国企混改,即国有企业混合所有制改革,指通过产权转让、增资扩股、新设企业、收购股权或出资入股等方式,引进战略投资者,从而在国有企业中实现多种资本形式的融合,以放大国有资本功能,提高国有资本配置和运行效率。科

改实质上是混改的“升级”,旨在率先推动创新需求最迫切的一批国有科技型企业的改革,重点在完善公司治理、市场化选人用人、强化激励约束等方面进行探索创新,力求突破。

相较于一般的混改,科改在以下方面实现

1. 国企改革“双百行动”是根据2018年3月国资委发布的《关于开展“国企改革双百行动”企业遴选工作的通知》,国务院国有企业改革领导小组办公室决定选取百家中央企业子企业和百家地方国有骨干企业,在2018-2020年期间实施“国企改革双百行动”,深入推进改革。
2. 2019年7月,国务院国企改革领导小组研究决定,将上海、深圳作为首批综改试验区,同时,选择沈阳开展国资国企重点领域和关键环节改革专项工作。

了突破及创新：

1、此前大部分国企混改中主要关注和描述定性方面的目标，本次科改则明确改革方案中的定量目标必不可少，科改企业在改革方案中需设定明确的经营业绩增长目标。

2、经理层成员任期制和契约化管理以及市场化用工是科改的“必选动作”，以期彻底打破传统国企的干部终身制。

3、强化激励措施。措施包括科改企业职工持股不受试点限制，科技人员可以持有子企业股权，企业工资总额可以实行单列管理，不列入集团公司工资总额预算基数，不与集团公司经济效益指标挂钩等。

第二部分\ 科改的主要流程

股权层面上，本轮科改的最主要形式仍是国有资本与非国有资本的合作，具体表现为科改企业通过股权转让、增资扩股的形式引入战略投资人。流程上而言，除启动程序不同外，科改与一般混改大致相同，主要程序如下：

(一) 科改备案

科改企业应向国有企业改革领导小组报送改革实施方案及工作台账，完成备案，从而正式

开始科改程序。改革实施方案通常由企业自行编制，为改革方案中的核心文件，通常包括科改企业基本情况、改革必要性、改革目标、改革基本原则和思路、改革主要内容、职工安置、员工持股、战略规划、目标效果等内容。改革工作台账系由企业自行制定的时间进度表，需明确改革时间节点、工作内容、内部分工等。需要注意的是，本次“科改示范行动”备案不同于过去走形式的“改革方案备案程序”，而是实质性把关程序，不符合要求则不予备案。

(二) 制定改革工作方案

改革工作方案系在改革实施方案基础上进一步细化，通常由中介机构参与制定，包含企业股权结构设置，转变运营机制的主要举措，引进非公有资本的条件要求、方式、定价办法，以及员工激励计划、债权债务处置方案、职工安置方案、时间安排、历史遗留问题解决方案等内容。需注意，员工持股方案及员工安置方案均需经职工代表大会通过，或者以其他形式充分听取职工的意见和建议。

(三) 内部决议

科改企业应按照章程和内部管理制度召开董事会、股东（大）会，形成合法有效的科改内部决议。按照《关于进一步推进国有企业贯彻落实

“三重一大”决策制度的意见》(中办发〔2010〕17号)的规定,企业所有制改革属于“三重一大”事项,召开董事会、股东(大)会前需由党委进行讨论。

(四) 履行审批程序

科改中的股权转让或增资方案应报国资监管机构审批。中央企业所属子企业报中央企业集团公司批准,地方国有企业报同级国资委批准。其中,因产权转让致使国家不再拥有所出资企业控股权的,须由国资监管机构报本级人民政府批准。

(五) 开展审计评估

由企业聘请具备资质的审计、评估机构开展清产核资及审计评估工作。需注意,混改原则上需进行清产核资,仅少量民营资本参与混改并经监管部门批准同意的,可简化程序不进行清产核资。评估结果需向国资监管部门备案,并以备案的评估结果确定投资人转让/增资价格及股权比例。

审计评估过程中若涉及财务核销,需严格按照《关于印发国有企业资产损失认定工作规则的通知》(国资评价〔2003〕72号)、《企业资产损失财务处理暂行办法》(财企〔2003〕233号)的规定准备相关依据文件。若因年代久远,无法找到

核销依据的,依据笔者经验,可向国资部门申请,按照一事一议的特批方式处理。

(六) 引进非公有资本投资者

引入合适投资人通常为国企混改(包括科改)成败的关键一环,企业引入投资人的原因通常包括经验借鉴、取长补短、扩展主业、协同进步、业务转型、创新优化。

(七) 启动国企增资/转让招拍挂程序

股权转让或增资均需以进场公开交易方式完成,交易流程因交易所不同略有差异,大体流程包括信息预披露(除国有控制权变更外,非必要步骤)、审核受理、发布增资信息、登记意向、选定投资方、签署转让/增资协议、支付交易款以及出具支付凭证。

(八) 推进运营机制改革

引进非公有资本投资者入股并吸纳职工参股后,企业需要完善现代企业法人治理结构,设立公司股东(大)会、党委会、董事会、监事会、经理层。对于已经建立董事会的科技型企业,要把董事会配齐建强,努力实现非执行董事占多数,提高董事会科学决策的能力和水平。有关国有企业集团公司要对科技型企业加大授权放权力度,落实科技型企业董事会的各项法定权利,充分发

挥董事会在经营管理中的作用。

第三部分\ 科改中涉及的员工持股问题

长期以来,国有企业存在着“东家”“管家”不一致的机制问题,不仅影响国企员工的工作积极性,而且容易滋生腐败。为吸引、留住和激励员工,国企混改过程中开始试点员工持股。如何科学合理地搭建、实施员工持股是科改企业需重点

关注的问题。目前,我国非上市的国有企业可依据两条路径开展员工持股,其一是按照《关于国有控股混合所有制企业开展员工持股试点的意见》(国资发改革〔2016〕133号,以下简称“133号文”)的规定开展员工持股,其二是依据《国有科技型企业股权和分红激励暂行办法》(财资〔2016〕4号,以下简称“4号文”)及其配套规定实施员工持股。两条路径在试点要求、适用企业、持股比例限制以及锁定期要求等方面存有差异,大致如下:

事项	133号文	4号文
试点要求	需取得试点资格	无试点资格要求
适用企业	<ol style="list-style-type: none"> 1、优先支持但又限于人才资本和技术要素贡献占比较高的转制科研院所、高新技术企业、科技服务型企业。 2、中央企业二级(含)以上企业以及各省、自治区、直辖市及计划单列市和新疆生产建设兵团所属一级企业原则上暂不开展。 	<p>主要适用于国有科技型企业,指中国境内具有公司法人资格的国有及国有控股未上市科技企业(含全国中小企业股份转让系统挂牌的国有企业、国有控股上市公司所出资的各级未上市科技子企业),具体包括:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1、国家认定的高新技术企业; 2、转制院所企业及所投资的科技企业; 3、高等院校和科研院所投资的科技企业; 4、纳入科技部“全国科技型中小企业信息库”的企业; 5、国家和省级认定的科技服务机构。
持股比例限制	<ol style="list-style-type: none"> 1、员工持股总量原则上不高于公司总股本的30%。 2、单一员工持股比例原则上不高于公司总股本的1%。 3、企业可采取适当方式预留部分股权,用于新引进人才。 4、应保证国有股东控股地位,且其持股比例不得低于于公司总股本的34%。 	<ol style="list-style-type: none"> 1、按照企业规模,大型企业的股权激励总额不超过企业总股本的5%;中型企业的股权激励总额不超过企业总股本的10%;小、微型企业的股权激励总额不超过企业总股本的30%。 2、单个激励对象获得的激励股权不得超过企业总股本的3%。 3、企业不能因实施股权激励而改变国有控股地位。

事项	133号文	4号文
锁定期要求	1、设定不少于36个月的锁定期。 2、上市后再锁定不少于36个月。 3、锁定期满后,董事和高管每年转让不超过持股总数的25%。	激励对象自取得股权之日起,5年内不得转让、捐赠。

科改的一大亮点在于,其对133号文、4号文中的员工持股规定进行了一定的突破。笔者结合项目经验,重点介绍其中的突破之处。

(一) 科改企业可按照133号文、4号文择一开展员工持股,不受试点限制。

2号文第二条第(三)款规定:“支持鼓励科技型企业按照风险共担、利益共享原则,建立健全中长期激励机制,用足用好《国有科技型企业股权和分红激励暂行办法》(财资〔2016〕4号)、《关于进一步做好中央企业控股上市公司股权激励工作有关事项的通知》和国资委支持中央企业加快关键技术攻关若干激励政策等,大力推行股权激励、分红激励、员工持股、超额利润分享、虚拟股权、骨干员工跟投等中长期激励方式,不受相关试点的限制。”上述2号文的规定在理解上存在一定分歧。

首先,科改企业是否只能依据4号文实施员工持股?对此,笔者认为,2号文第二条第(三)款并非强制性条款,科改企业若符合133号文的要

求,则同样可以依据133号文实施员工持股,从而享有30%员工持股比例等宽松政策。其次,上述规定已明确科改企业依据4号文进行员工持股不受试点限制,但是科改企业依据133号文实施员工持股是否仍需要申请试点资格?我们在某项目实施过程中,经对该问题进行论证并咨询国资部门的意见,得出的结论是,纳入科改范围的企业一般视作自动获得试点资格,按照133号文搭建员工持股无需再申请试点。

相较而言,“双百企业”免试点的规定就比较明确。《关于支持鼓励“双百企业”进一步加大改革创新力度有关事项的通知》(“双百九条”)明确规定:“‘双百企业’可以综合运用国有控股上市公司股权激励、国有科技型企业股权和分红激励、国有控股混合所有制企业员工持股等中长期激励政策,不受试点名额限制。”

(二) 科改企业员工持股一定程度上可以突破“上持下”限制

2020年1号文明确规定:“科技型企业的科



技人员,确因特殊情况需要持有子企业股权的,可以报经集团批准后实施,并报同级国有资产监管机构时候备案。”需注意,此前133号文和4号文均禁止股权激励中实施“上持下”。另,“双百九条”规定:“科研、设计和高新技术类‘双百企业’的科技人员确因特殊情况需要持有子企业股权的,可以报经集团公司或地方国资委批准后实施。”因此,目前“双百企业”及“科改”企业均已一定程度上突破“上持下”的限制,但上述两类企业之外的国有企业在员工持股中实施“上持下”仍有法律障碍。

(三)单一员工持股比例限制的突破

133号文规定单一员工持股比例不超过公司总股本1%,4号文规定单一员工持股比例上限为3%。如果混改企业注册资本比较小,则按照133号文进行员工持股可能较难达到激励目的。不过,在部分地区,地方政策允许符合条件的企业适当突破员工持股比例限制。如北京市《市属国有企业混合所有制改革操作指引》第十条规定:“推动股权出售、股权奖励、股权期权、岗位分红和项目收益分红等人才激励措施实施,适时拓宽员工持股实施范围及比例。”又如上海市《开展区域性国资国企综合改革试验的

实施方案》中提及“在科技型、创新型企业适度放宽单一员工持股比例限制”。但是否能适用当地特殊政策,尚需提前与国资部门沟通,一事一议。另外,某些改革企业为将来引进人才预留部分股权时,由现有员工对预留股权进行代持,从而突破了单一员工持股比例限制。例如,四川川旅航空旅游服务有限公司作为四川省员工持股试点企业之一,其员工持股平台成都创卓企业管理合伙企业(有限合伙)的执行事务合伙人间接持有了川旅航服20.74%的股份。

第四部分\ 科改中需关注的其他法律问题

(一) 经理层任期制和契约化管理

推行经理层任期制和契约化管理是科改的“必选动作”。任期制和契约化管理可以参考《“双百企业”推行经理层成员任期制和契约化管理操作指引》开展。总体而言,系在现有劳动合同基础上,董事会与经理层成员再签订岗位聘任协议和经营业绩责任书(年度和任期)。聘任协议主要内容包括任期期限、岗位职责、权利义务、业绩目标、薪酬待遇、退出规定、责任追究等,经营业绩责任书主要约定考核内容及指标、考核实施与奖惩等。不过,科改并未强制要求实施职业经理人制度。

(二) 划拨土地的处置

国企混改中的划拨土地处置具有一定的难度。《关于国有大中型企业主辅分离辅业改制分流安置富余人员的实施办法》(国经贸企改〔2002〕859号)、《国务院办公厅关于在全国范围内开展厂办大集体改革工作的指导意见》(国办发〔2011〕18号)以及《关于印发〈中央企业混合所有制改革操作指引〉的通知》(国资产权〔2019〕653号)均规定,在不改变土地用途的前提下,经所在地县级以上人民政府批准,改革企业可继续以划拨方式使用原土地。但实践中,国企混改特别是引入民营资本的案例中,较少存在保留划拨土地的情形。通常做法是将划拨土地转为出让土地,由改制企业补缴土地出让金,或者采取国家出资入股的方式。采取国家出资入股方式需获得土地部门批准,由评估机构对划拨土地进行评估,并按照当地地价水平和土地出让金水平确定国家出资额(土地证上的使用权类型为“国家出资入股”)。企业以这种方式继续保有土地使用权后,将来即可比照出让土地对土地使用权进行转让、抵押。

不过,根据《关于深化混合所有制改革试点若干政策的意见》第三条,“国家入股”的用地方式是特定历史时期的遗留问题,意见并要求“有关部门要研究加强国有土地资产处置管理工作,解决国有土地授权经营、作价出资(入股)等

历史遗留问题”。混改中能否继续采用这种划拨土地使用权的处置方式,存在较大的不确定性。

(三) 员工安置

职工安置问题是当前国有企业改革过程中的一个重点和难点,职工安置方案的制订直接关系到企业改革的成功与否。国有企业特别是历史悠久的老国有企业内的劳动关系极为复杂,存在待岗、下岗、停薪留职、病休等各种情形,并经常伴有不合法的用工模式。只有理清这

些关系,根据不同的具体情况制订妥善的安置措施,才能顺利完成国企改革。

科改通常也会涉及复杂的员工安置问题。企业完成科改后变为混合所有制企业,新股东一般会要求对企业现有劳动用工进行规范,尤其是要清理冗余人员。如何妥善处理职工安置事项,是决定科改成败的关键。笔者结合项目经验,区分不同类型员工,简要介绍可采取的安置方法及关键问题的处理。

员工类型	安置方法	关键问题
在职员工(距法定退休年龄5年以上)	协商一致的,原则上可解除劳动合同;协商不一致的,可单方解除劳动合同。	<ol style="list-style-type: none"> 1、《劳动合同法》第42条规定了几类不得解除劳动合同的员工。 2、单方解除劳动合同的,应当事先将理由通知工会。 3、无论以何种方式解除劳动合同,均应支付经济补偿。 4、补偿标准:按照工作年限,每年支付1个月工资;工作时间不满一年的按一年的标准发给经济补偿金。 5、工资=解除劳动关系前12个月员工的平均月工资=前12个月工资总额/12。 6、工资为税前应得工资,包括加班费。 7、年限的计算。2008年1月1日以前的年限根据《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》计算,根据解除劳动关系的事由不同,年限不同。协商一致解除劳动合同或劳动者不能胜任工作的,支付年限不超过12个月,其余情形均不设支付年限。2008年1月1日以后的年限执行12年封顶。
内部退养(职工距退休年龄不到5年)	<ol style="list-style-type: none"> 1、原则上继续履行与职工的内部退养协议。 2、员工提出或者单位自主决定解除劳动关系,支付经济补偿。 	<ol style="list-style-type: none"> 1、在本单位连续工作满十五年,且距法定退休年龄不足五年的,用人单位不得解除劳动合同。 2、生活费标准:企业按照所在地城市居民最低生活保障标准发放生活费并代缴社会保险费(养老、失业、医疗)直至退休。
待岗、停薪留职	通知员工限期返回单位,协商处理劳动关系。协商一致的,安排岗位;协商不一致的,可由原公司与其解除劳动关系,支付经济补偿金。	<ol style="list-style-type: none"> 1、知晓员工住址的,邮寄限期返岗通知;无法联系员工的,登(市级及以上)报刊公告通知。 2、若在通知发出后逾期不归的,可按自动离职处理,解除劳动关系,可不支付经济补偿金。

员工类型	安置方法	关键问题
病休人员	<p>1、医疗期内不得解除劳动合同,并继续享有医疗期待遇。</p> <p>2、医疗期满后仍不能从事原工作也不能从事由单位另行安排的工作的,由劳动鉴定委员会参照工伤与职业病致残程度鉴定标准进行劳动能力鉴定。</p>	<p>1、医疗期按照《企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》计算,医疗期计算应从病休第一天开始,累计计算,病休期间,公休、假日和法定节日包括在内。</p> <p>2、劳动能力鉴定为一至四级的,应当退出劳动岗位,解除劳动合同关系,办理因病或非因工负伤退休、退职手续,享受相应的退休、退职待遇;被鉴定为五至十级的,用人单位可以解除劳动合同,并按规定支付经济补偿金和医疗补助费。</p>
工伤人员	<p>根据伤残等级确定安置方法。</p>	<p>1、一至四级伤残的不得解除劳动合同关系,保留劳动关系至其法定退休年龄为止,退出工作岗位,享受工伤保险待遇,由工伤保险基金根据相关规定承担相应费用;</p> <p>2、五至十级伤残的,从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金,标准为:五级伤残为18个月的本人工资,六级伤残为16个月的本人工资,七级伤残为13个月的本人工资,八级伤残为11个月的本人工资,九级伤残为9个月的本人工资,十级伤残为7个月的本人工资。</p>

第五部分 结语

自2020年4月“科改示范行动”启动以来,部分科改入选企业正紧锣密鼓地开展改革,其余企业亦在积极准备之中。同时,国家也适时出台了若干操作指引,如《“双百企业”和“科改示范企业”超额利润分享机制操作指引》《“双百企业”推行经理层成员任期制和契约化管理操作指引》(科改参照适用)和《“双百企业”推行职业经理人制度操作指引》(科改参照适用),为科改提供指导。为确保科改圆满完成,科改企业一方

面要领会改革意图、积极探索创新、善用优惠政策,另一方面也要在法律的框架内推进各项工作、解决各种难题。为此,经验丰富的中介机构不可或缺。☒



闵敏
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2086
minmin@zhonglun.com

个人信息保护与市场竞争的交集 ——从强制收集非必要用户信息行为的反垄断法风险说起

作者：薛熠、俞炜



2021年4月26日,工信部于其官网发布《移动互联网应用程序个人信息保护管理暂行规定(征求意见稿)》¹,向社会公开征求意见。该征求意见稿由工信部会同公安部、市监总局起草,再次强调了知情同意原则的同时还引入了信息收集最小必要原则的适用。值得关注的是,于5月1日正式施行的《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》²对上述两原则的适用的问题上保持了相同的趋向。近年来,违反知情同意及最小必要原则强制收集非必要用户信息的问题一直是个人用户及相关主管机构关注的重大问题,如何在用户信息保护及商业效率之间找到适当的平衡,已经成为当下诸多平台经营者的重大考验。而需要提示相关企业的是,除行业监管的角度之外,在设计、评估、实施企业隐私政策以实现该等适当平衡的过程中,潜在反垄断合规问题亦不可不察。

第一部分\ 理论分析——反垄断法视角下的强制收集非必要用户信息行为

强制收集非必要用户信息的行为如何引生竞争关切?国务院反垄断委员会于今年2月7日发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》(“**平台反垄断指南**”)已给出警示。根据该指南第十六条,具有市场支配地位的平台经济领域经营者“强制收集非必要用户信息”,可能构成滥用市场支配地位,实施无正当理由附加不合理交易条件的垄断行为。

就此,需要提示相关经营者注意的是,反垄断法视角下,平台经营者与平台用户之间存在着交易关系,并不因平台经营者所提供服务是否“免费”而有所区别。正如日本公平交易委员

会在其于2019年12月17日发布的《关于数字平台经营者在其与消费者涉及个人信息提供等的交易中滥用优势地位的指南》³中所明确指出,当消费者需要提供个人信息以作为数字平台经营者所提供服务的对价时,其显然构成了数字平台经营者的相对交易人。事实上,个人信息在当今数字时代下的经济价值毋庸置疑,当收集个人信息作为对价构成平台经营者与平台用户之间交易的一部分时,其显然构成一项重要的“交易条件”。

其次,强制收集非必要用户信息的行为构成反垄断法视角下的“不合理”交易条件,其不合理性集中体现于对前述知情同意及最小必要原则的违反:

1. 参见http://www.gov.cn/xinwen/2021-04/26/content_5602780.htm。
2. 参见http://www.cac.gov.cn/2021-03/22/c_1617990997054277.htm。
3. 参见日本公平交易委员会官网https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/191217DPconsumerGL.pdf。

-知情同意原则是指经营者在从事包括收集行为在内的个人信息处理活动时,应当以清晰易懂的语言告知用户个人信息处理规则,由用户在充分知情的前提下,作出自愿、明确的意思表示。“强制收集”则是对该等原则显而易见的背离,在实践中可能表现为直接的隐私政策强制要求,也可能表现为利用晦涩或取巧表述等方式迫使或引诱用户接受个人信息收集行为以作为使用平台服务的条件,因其“强制”性而“不合理”;

-最小必要原则或称必要性原则、最少够用原则等,是指经营者在从事包括收集行为在内的个人信息处理活动时,应当受限于最小、必要的控制,不得从事超出用户同意范围或者与服务场景无关的个人信息处理活动。实践中,平台经营者收集非与提供服务相关的非必要信息因其“非必要”而“不合理”。

当然,在执法实践中,认定平台经营者实施的特定的强制收集非必要用户信息行为构成垄断行为并需要承担相应责任并非易事。反垄断执法机构需要在前述行为定性的框架性分析之外,考量具体的滥用行为及其所涉相关市场界定、市场支配地位认定、是否具有正当理由以及是否排除、限制竞争等诸多复杂问题。而需要提示平台经营者注意的是,互联网反垄断浪潮激荡全球,德国、日本等活跃的反垄断司法辖区已

经就适用反垄断法规制强制收集非必要个人信息行为进行了探索⁴,值得平台经营者紧密关注。

第二部分\ 案例简评——全球首起针对个人信息处理行为的反垄断调查案件

德国反垄断执法机构(Bundeskartellamt)于2016年2月3日开始对Facebook涉嫌违反GDPR的规定收集、整合用户信息及数据行为进行调查,并于2019年2月6日作出决定⁵,认定Facebook未经其用户同意而收集其用户在集团旗下其他平台(WhatsApp、Oculus、Masquerade、Instagram)的用户信息及设备关联数据,以及通过技术手段收集其用户访问第三方网站及手机App的相关数据,并将该等用户信息及数据与Facebook直接取得的用户信息进行整合的行为不仅违反GDPR,同时也违反德国《反限制竞争法》,构成滥用市场支配地位行为,要求Facebook在4个月之内提出整改方案并在12个月之内完成整改。

Facebook随即就该等调查决定向杜塞尔多夫高等法院提起上诉,开启了这一调查案件诉讼对抗之路:

4.参见<http://japan.people.com.cn/n1/2019/0307/c35421-30963008.html>。
5.参见https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemittelungen/2019/07_02_2019_Facebook.html?nn=3591568。

-杜塞尔多夫高等法院对德国反垄断执法机构的调查决定存在不同意见,于2019年8月26同意了Facebook的申请,就本案先行作出了暂停执行前述限时整改决定的暂缓令裁定⁶;

-随即,德国反垄断执法机构就该等暂缓令裁定上诉至德国联邦法院,德国联邦法院在审理后于2020年6月23日作出裁定,确认了德国反垄断执法机构的调查决定,支持限时整改决定的执行⁷;

-此后,杜塞尔多夫高等法院继续开展本案审理工作,于2021年3月24日召开了听证会,并决定将就案件法律问题请求欧洲法院作出裁决⁸。根据2021年4月23日的最新消息,该等裁决请求已正式形成并向欧洲法院递交⁹,该等案件的进一步推进将受限于欧洲法院就该、初步裁决,仅此过程即可能耗时数年。

根据杜塞尔多夫高等法院所披露的有限信息看,虽然杜塞尔多夫高等法院与德国反垄断执法机构就该案所涉相关市场及市场支配地位的认定并不存在实质分歧,但其就Facebook涉案行为是否构成滥用行为及其是否排除、限制竞争存在不同看法:

-德国反垄断执法机构认为考虑到Facebook的市场支配地位,用户难以实现转向,而Facebook要求用户一揽子同意其全部隐私政策条款后方可使用其服务并不能构成GDPR规定下

用户的“自主同意”,此外其自第三方获取用户信息数据也有违GDPR规定下的目的受限(Purpose Limitation)和数据最小化(Data Minimization)原则,构成对用户的剥削性行为(Exploitive practice),而该等行为亦使其获得了取得数据的额外渠道,在其与竞争对手的竞争中获得不当优势,提高了市场进入门槛;

-杜塞尔多夫高等法院则认为用户对Facebook社交网络的依赖并不当然导致该等用户接受、同意Facebook隐私政策条款被认定为无效;此外,德国反垄断执法机构也并未实际证明Facebook涉案行为事实上剥削用户、排挤竞争者因而构成滥用行为。

无论是从前述案件整体发展形势看或是从案件实质争议情况看,该等调查案件将演化为反垄断执法机构与互联网巨头之间的又一例旷日持久的对抗。反垄断法究竟将如何适用于平台经营者违反知情同意及最小必要原则而收集使用用户信息的行为值得平台经营者持续跟进关注。

6. 参见https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/archiv/-Pressemitteilungen_aus_2019/20190826_PM_Facebook/index.php。
7. 参见<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html>。
8. 参见https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/archiv/-Pressemitteilungen_aus_2021/20210324_PM_Facebook2/index.php。
9. 参见https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/-Presse_aktuell/20210423_PM_Facebook-Beschluss/index.php。

第三部分\

合规建议——平台经营者需要注意的典型强制收集非必要用户信息行为

受限于如前所述的诸多理论与实践问题,我国反垄断执法机构将如何规制该等个人信息收集行为有待观察,而截至目前,我国亦尚缺乏相关的反垄断执法先例可供参考。然而,结合我国

当前就个人信息保护问题而出台或拟将出台的相关法律法规、政策文件及App违法收集使用个人信息问题治理实践,平台经营者应当注意避免以下违反知情同意及最小必要原则的个人信息收集行为,不仅是出于符合个人信息保护的切实要求,亦对避免潜在的反垄断法风险具有重要意义。

为符合知情同意原则而避免涉嫌强制收集用户信息,平台经营者应当注意避免以下情形:

典型情形	表现形式
未公开收集使用规则	<ul style="list-style-type: none"> -没有隐私政策,或者隐私政策中没有收集使用个人信息规则; -在用户首次使用服务时未通过弹窗等明显方式提示用户阅读隐私政策等收集使用规则; -隐私政策等收集使用规则难以访问,如进入App主界面后,需多于4次点击等操作才能访问到; -隐私政策等收集使用规则难以阅读,如文字过小过密、颜色过淡、模糊不清,或未提供简体中文版等
未明示收集使用个人信息的目的、方式和范围	<ul style="list-style-type: none"> -未逐一列出平台(包括委托的第三方或嵌入的第三方代码、插件)收集使用个人信息的目的、方式、范围等; -收集使用个人信息的目的、方式、范围发生变化时,未以适当方式通知用户,适当方式包括更新隐私政策等收集使用规则并提醒用户阅读等; -在申请打开可收集个人信息的权限,或申请收集用户身份证号、银行账号、行踪轨迹等个人敏感信息时,未同步告知用户其目的,或者目的不明确、难以理解; -有关收集使用规则的内容晦涩难懂、冗长繁琐,用户难以理解,如使用大量专业术语等
未经用户同意收集使用个人信息	<ul style="list-style-type: none"> -征得用户同意前就开始收集个人信息或打开可收集个人信息的权限; -用户明确表示不同意后,仍收集个人信息或打开可收集个人信息的权限,或频繁征求用户同意、干扰用户正常使用; -实际收集的个人信息或打开的可收集个人信息权限超出用户授权范围; -以默认选择同意隐私政策等非明示方式征求用户同意; -未经用户同意更改其设置的可收集个人信息权限状态,如平台App更新时自动将用户设置的权限恢复到默认状态; -利用用户个人信息和算法定向推送信息,未提供非定向推送信息的选项; -以欺诈、诱骗等不正当方式误导用户同意收集个人信息或打开可收集个人信息的权限,如故意欺瞒、掩饰收集使用个人信息的真实目的; -未向用户提供撤回同意收集个人信息的途径、方式; -违反其所声明的收集使用规则,收集使用个人信息

而违反最小必要原则的个人信息收集行为的典型情形及案例则包括：

典型情形	实例说明 ¹⁰
收集的个人信息类型或打开的可收集个人信息权限与现有业务功能无关	广州某计算机系统有限公司运营的读书App收集的用户收货地址与所提供的业务功能无关
-因用户不同意收集非必要个人信息或打开非必要权限, 拒绝提供业务功能 -新增业务功能申请收集的个人信息超出用户原有同意范围, 若用户不同意, 则拒绝提供原有业务功能, 新增业务功能取代原有业务功能的除外	陕西某信息科技集团有限公司运营的二手车App因用户不同意打开非必要的存储、电话、位置等权限, 拒绝提供所有业务功能
收集个人信息的频度等超出业务功能实际需要	北京某科技有限公司运营的在线教育App收集IMEI号等个人信息的频率超出业务功能实际需要
仅以改善服务质量、提升用户体验、定向推送信息、研发新产品等为由, 强制要求用户同意收集个人信息	北京某科技有限公司运营的地图App中用户如需使用“意见反馈”模块, 必须打开可收集个人信息的相机权限
要求用户一次性同意打开多个可收集个人信息的权限, 用户不同意则无法使用	北京某科技有限公司运营的App“LBE安全大师(免ROOT) V6.1.2563”将targetSDKversion值设置小于23, 要求用户一次性同意开启多个可收集个人信息的权限, 用户不同意则无法安装使用

而针对何为与服务场景和内容无关的非必要信息这一需要个案具体看待的问题, 平台经营者则可以参考遵照前述于近日正式施行的《常见类型移动互联网应用程序必要个人信息范围规定》中的指引进行分析。

第四部分 展望未来——个人信息保护与市场竞争的广泛交集

正如焦海涛教授在其近期发布的论文《个人信息的反垄断法保护：从附属保护到独立保护》中所指出, 将个人信息保护纳入反垄断法的调整范围, 既有必要, 也有可能。在反垄断法下,

10. 来源于App专项治理工作组公布的关于App存在个人信息收集使用问题的通告。

个人信息保护与市场竞争问题的交集不仅体现在前述滥用形式的垄断行为规制,同时也涉及反垄断法其他两大支柱,即垄断协议和经营者集中——数字时代背景下,个人信息已不仅是影响价格的一个因素,很多时候就是“价格”本身,已经成为市场竞争要素之一。因此,平台经营者在考虑反垄断合规时需要考量个人信息保护的问题,而在设计、评估、实施企业隐私政策时,亦应当注意反垄断合规的问题,在必要时应当寻求同时具有数据合规及竞争法专业能力的外部律师的建议。☞



薛熠
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2057
xueyi@zhonglun.com

破解知識產權侵權案件 “賠償難”的思考

作者：舒海、李夢圓



在知识产权侵权案件中, 赔偿低一直是权利人反映较为突出的问题。这一问题是由多方面因素造成的, 主要包括: 侵权所造成的损失难以计算, 裁判者对知识产权的市场价值难以把握, 还有此前法律的规定操作性不强等。比如在商标侵权以及仿冒商业标识纠纷中, 权利人经常会遇到多个被告参与侵权行为的情况, 涉及到被诉侵权产品的生产者、销售者、以及委托他人生产被诉侵权产品的委托方。在不同的案情下, 这些主体侵权责任的认定不同, 责任大小也不同。而且, 这些主体在诉讼中往往会隐匿或拒绝提供诸如产量、销量、销售收入、侵权持续时间等经营信息, 从而给权利人主张赔偿责任带来困扰。

根据我们多年处理相关案件的经验, 在具体案件中, 对被告是否构成侵权的定性, 通常难度大大小于对赔偿责任的量化。对权利人的真正挑战在于如何取得尽可能高的赔偿数额, 以及如何让所有参与侵权行为的被告在最大范围内承担法律责任, 避免某一主体逃避责任、或只承担很小的责任。

在本文中, 我们将结合团队近年来办理类似案件的心得, 分享我们的思考。

第一部分\ 建立合理的赔偿金额计算模型

《商标法》¹及《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》²对如何确定侵犯注册商标专用权的损害赔偿额有较为详尽的规定, 确立了当事人应当按照权利人的实际损失、侵权人的获利、许可使用费、法定赔偿的顺序, 提出具体的赔偿计算方法。在诉讼中, 为取得良好的案件效果, 对不同方式进行有效运用和精细化的计算非常重要。若能构筑清晰、合理的赔偿金额计算模型, 即便法院最终在

个案中认为应酌定赔偿额, 我们在阐释模型时请法院关注到了侵权手段、次数, 侵权行为的持续时间、地域范围、规模、后果, 侵权人在诉讼中的行为等因素等重要因素, 也显然有利于取得理想的赔偿数额。

1.《商标法》第六十三条: 侵犯商标专用权的赔偿数额, 按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定; 实际损失难以确定的, 可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定; 权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的, 参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权, 情节严重的, 可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

2.《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十三条: 人民法院依据商标法第六十三条第一款的规定确定侵权人的赔偿责任时, 可以根据权利人选择的计算方法计算赔偿数额。第十四条: 商标法第六十三条第一款规定的侵权所获得的利益, 可以根据侵权商品销售量与该商品单位利润乘积计算; 该商品单位利润无法查明的, 按照注册商标商品的单位利润计算。

第十五条: 商标法第六十三条第一款规定的因被侵权所受到的损失, 可以根据权利人因侵权所造成商品销售减少量或者侵权商品销售量与该注册商标商品的单位利润乘积计算。

第十六条: 权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标使用许可费均难以确定的, 人民法院可以根据当事人的请求或者依职权适用商标法第六十三条第三款的规定确定赔偿数额。

人民法院在适用商标法第六十三条第三款规定确定赔偿数额时, 应当考虑侵权行为的性质、期间、后果, 侵权人的主观过错程度, 商标的声誉及制止侵权行为的合理开支等因素综合确定。当事人按照本条第一款的规定就赔偿数额达成协议的, 应当准许。

1. 关于侵权规模

电商平台成交量、以及侵权人自认的销量。

随着电商的发展，侵权人以电商平台为销售侵权产品的主要渠道这一趋势非常明显。电商平台记载的成交量是显示侵权产品销量的最为直接证据。此外，侵权人在销售和推广侵权产品之时，为了给产品造势，会主动宣传其销售业绩，比如，在其电商店铺的销售页面刊登“近一年累计销量五十万件”的宣传语。这些都可以通过公证保全、以及请求法院调取电商平台后台的销量数据，有效地将侵权证据及侵权规模固定下来。

当然，在涉诉后，侵权人，尤其是销售者往往又辩称“自我宣传的销量有意偏高”或“电商平台的成交量是因刷单而来”，以此否认侵权产品的实际销量。对此，最高人民法院第16批指导案例的第87号³表明了裁判态度：“假冒注册商标犯罪的非法经营数额、违法所得数额，应当综合被告人供述、证人证言、被害人陈述、网络销售电子数据等等诸多证据认定。被告人辩称称网络销售记录存在刷信誉的不真实交易，但无证据证实的，对其辩解不予采纳”。这对商标民事侵权案件中认定被告的赔偿责任也有很重要的指引作用。

不论是有意夸大销量还是通过刷单制造销量，都是虚假宣传且扰乱市场秩序的行为，这种行为本身就涉嫌虚假宣传和不正当竞争，更不

应成为被告逃避责任的借口。并且，如果被告只是提出口头抗辩，而不能（或不愿）解释其刷单的具体情况以及销售侵权产品的真实销量，这种抗辩显然无法说服法官。

侵权持续时间。在对侵权行为进行搜证和证据保全时，在侵权人的销售场所完成侵权产品的公证购买是权利人最为常规的一种举证方式。在这一过程中，实际上隐藏着许多值得挖掘的线索。比如，在代理某知名法国品牌提起的商标侵权和包装仿冒的不正当竞争案件中，我们通过被告在天猫旗舰店销售被诉侵权产品的销售页面，整理出下述信息：(1)被诉侵权产品评论页面显示的最早点评日期；(2)被诉侵权产品详情页面显示的上市时间；(3)被诉侵权产品名称及详情页面使用的如“2019年春夏款”等表述；(4)根据公证购买的产品实物上显示的限期使用日期，结合同类产品的保质期，倒推出该侵权产品的生产日期，以此来论证被告侵权最晚可能开始的时间。在案件中，这些事实均得到了法院的关注，并被作为确定赔偿金额的重要考虑因素。

2. 关于赔偿额的计算方式

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十四条、第十五

3. 参见：(2015)宿中知刑初字第0004号

条、第十六条分别就确定不同方式的赔偿金额给出了具体的计算方式和考虑因素。其中，第十五条规定的“侵权商品销售量”与“注册商标商品的单位利润”乘积，在司法实践中似乎未得到广泛采用，但其实际上可以起到较好的效果，尤其当侵权产品与权利人产品为完全同类产品、且权利人产品的利润显著高于以廉价生产线生产的侵权产品时。

例如，在代理某法国品牌方对仿冒者提起的商标侵权和不正当竞争诉讼中，我们即根据第十五条规定选择被侵权所受损失为损害赔偿的依据，计算方式为“被诉侵权产品销售量与权利人商品的单位利润乘积”。其中，被诉侵权产品的销售数量可从被告为生产被诉侵权产品而订立的采购合同、被告门店数量、被告所从事侵权行为的持续时间综合推断；而权利人商品的单位利润，我们作为代理人也可轻易通过权利人所述集团的上市公司财务报表、权利人在华全资子公司的审计报告、以及权利人提供的其它财务数据进行推算。

虽然苏州知识产权法庭最终对赔偿额予以酌定，但在确定赔偿额时，充分考虑了我们提出的赔偿额计算依据，在认可侵权时间长达20多个月、认可权利人商品单位利润大致范围的基础上，最终全额支持了我们请求的赔偿金额，这也是当时《商标法》下法定赔偿的上限。

第二部分\ 共同侵权责任

实践中，面对有多个侵权主体参与侵权行为的情形，若能证明不同主体构成共同侵权并应承担共同赔偿责任，可以更好地维护权利人的利益。

1. 侵权产品许可人的责任

在代表某潮牌客户对仿冒其鞋品特有装潢的侵权人提起的不正当竞争之诉中，我们发现，被诉侵权产品虽然实质抄袭了客户鞋品的装潢设计，但产品上贴附的商标标识并不侵犯客户权益，并且已经由一家ES公司注册。产品的外包装盒上也同样以显著方式呈现未侵权标识，并标识了ES公司的名称、附加“品牌监制”的称谓。从被诉侵权产品本身来看，该产品的生产者即为ES公司。被诉侵权产品由一家SX公司经营的天猫旗舰店销售。因此，我们同时以ES公司和SX公司为共同被告提起诉讼。由于初期并不掌握更多的关于被诉侵权产品经营情况的证据，表面看起来，ES公司应当作为被诉侵权产品的生产者承担责任，SX公司仅应承担销售者的责任。

在案件进行过程中，ES公司提交了其与SX公司的合作协议，协议约定ES公司将其持有的未侵权标识许可给SX公司在电商平台渠道独家

使用, SX公司可自行从事鞋品的设计和生 产。因此, ES公司抗辩其根本未参与涉案侵权行为, 被 诉侵权产品及包装都是在SX公司一手操作下设计、生产并销售的, ES公司不构成侵权或共同侵权, 更不应承担任何 责任。

对此, 我们结合对案情的梳理, 认为应当认定ES公司和SX公司构成共同侵权。主要理由为:

其一, ES公司和SX公司属于以分工合作的方式共同从事了侵权行为。ES公司明确授权并同意SX公司有权使用其标识从事生产、经营活动, 提供在被诉侵权产品上使用的未侵权标识、提供商标图样和鞋盒设计, 并担任“品牌监制”; 而SX公司实际从事了被诉侵权产品的设计、生产和销售, 二者就被诉侵权产品存在共同侵权故意, 以分工合作的方式共同实施了侵权行为, 导致了同一的侵权结果。

其二, 《商标法》第四十三条⁴规定, 商标许可的许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。即便假设ES公司并不知情SX公司生产和销售被诉侵权产品, 也只能说明其作为商标许可人怠于行使监督职责, 坐视和放任侵权行为的发生。ES公司对SX公司经营活 动的授权和认可, 足以认定其应承担共同侵权责任, 或至少与SX公司共同承担赔偿 责任。否则就会导致ES公司既可以通过商标许可费收取侵权产品的不法收益、又能以不知情为借口轻松逃避法律

责任, 这显然与立法原则和法律规定不相符。

法院经审理全面听取了我们的意见, 认为ES公司作为未侵权标识的所有者和品牌经营者, 通过委托加工、线上线下销售等方式, 从事了生产、销售被诉侵权产品的行为, 与SX公司构成共同侵权。

ES公司本以为将商标许可给他人使用, 一方面坐享商标许可费, 同时也不必为他人的侵权行为买单, 却没想到这份合作协议(实质上是商标许可协议)让我们成功认定了共同侵权的存在。

最高人民法院在《关于产品侵权案件的受害人能否以产品的商标所有人为被告提起民事诉讼的批复》中指出, “任何将自己的姓名、名称、商标或者可资识别的其他标识体现在产品上, 表示其为产品制造者的企业或个人, 均属于《中华人民共和国民法典》和《中华人民共和国产品质量法》规定的生产者”。也即, 商标许可人都将被视作制造者而承担严格产品责任。虽然这一批复意见仅明确了商标许可人的产品责任, 但是在司法实践中也不乏有法院认为, 在没有反证出现的情况下, 商标许可人也应当就被许可人的产品与被许可人共同承担赔偿 责任。这相当于在被许可人制造的产品侵权且使用了

4.《商标法》第四十三条: 商标注册人可以通过签订商标使用许可合同, 许可他人使用其注册商标。许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。



被许可商标时，默认许可人与被许可人之间成立共同侵权，其理由在于许可人与被许可人之间至少存在共同过失，商标权利人应当预见产品可能产生的知识产权侵权行为，并对此应当承担相关的法律责任。

2. 公司股东的共同侵权责任

对于以侵权和仿冒为目的而成立的有限公司，即便该公司所从事的侵权行为极可能是由该控股股东操控和策划，但受限于“公司人格独立与股东有限责任”的《公司法》规则，在知识产权侵权案件中也较难认定股东应就公司的侵权行为承担连带责任。这就可能会导致，虽然权利人在案件中成功认定有限公司的行为构成侵权

且应承担侵权责任，但个人控股股东早已转移了资产只留下空壳公司，无力向权利人支付赔偿，权利人往往陷入“赔偿难”的困境。

在代理某驰名商标权人对某有限公司提起的商标侵权诉讼中，我们成功论证了个人控股股东与该有限公司构成共同侵权。在接手案件初期，从表面来看，我们并没有发现有利于认定股东个人责任的线索：被诉侵权产品的包装上标注的品牌方是被告公司，生产商的委托加工合同也是与被告公司订立，被诉侵权产品的经销和零售也都是由被告公司主导，并没有被告公司的股东直接参与侵权的相关事实。

但是，随着案件的推进，越来越多的细节浮出水面。首先，接受被告公司委托生产被诉侵权

产品的生产商为了证明其在接受委托之时已经尽了合理的注意义务,拿出了被告公司出具的商标权属证明,而这份所谓的权属证明实际上是被告公司的控股股东以其个人名义向商标局申请被诉侵权标识后取得的商标受理通知书,并且被告公司的股东以个人名义向被告公司签署“授权书”,授权被告公司以该标识全权开展国内的经营活动,而生产商在被诉侵权产品上贴附的侵权标识也正是该股东申请并授权被告公司使用的商标。我们按照商标号进行查询,发现这些商标不仅由被告公司的股东个人申请,而且申请日甚至早于被告公司的成立日。其次,在被诉侵权产品的包装上,除标识被告公司名称外,还标有“来自英国”字样,以及一家英国公司的名称,该英国公司的字号刚好是我们代理的权利人中文字号的汉语拼音。我们顺藤摸瓜,查询到发现该英国公司竟然确实存在,并且从英国官方公示的登记信息也可看到该公司的股东和董事均为被告公司的这各个人控股股东。

结合这些发现,该个人控股股东在成立被告公司之前,先行申请与权利人的已注册驰名商标近似的商标,随后成立被告公司从事侵权行为,足以证明其仿冒他人驰名商标牟取不法利益的主观故意,并且与被告公司存在意思联络,从而构成共同侵权。因此,我们认为个人控股股东与被告公司构成共同侵权的法律要件已

经齐备。

最终,上海知识产权法院采纳了我们的意见,认定被告公司的股东与被告公司构成共同侵权,并应承担连带责任,上海市高级人民法院在二审判决中也支持了我们的代理意见。

第三部分 结语

面对“赔偿难”的挑战, **权利人不能怠于举证证明权利人遭受的损失或被告的侵权获利,而直接诉请适用法定赔偿,仅仅寄希望于法官酌定的赔偿额。**我们认为,权利人的代理律师不能消极等待,更不能一味抱怨,应该有所作为,在有限的证据中寻找“蛛丝马迹”,尽量证明权利人的损失或者侵权人的获利,让尽可能高的赔偿金额得到法庭的支持,并在可行时主张公司控股股东或实际控制人和公司构成共同侵权,以最大化权利人的利益。☞



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



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

他人商标能否“合理使用”？ ——浅析商标的指示性使用

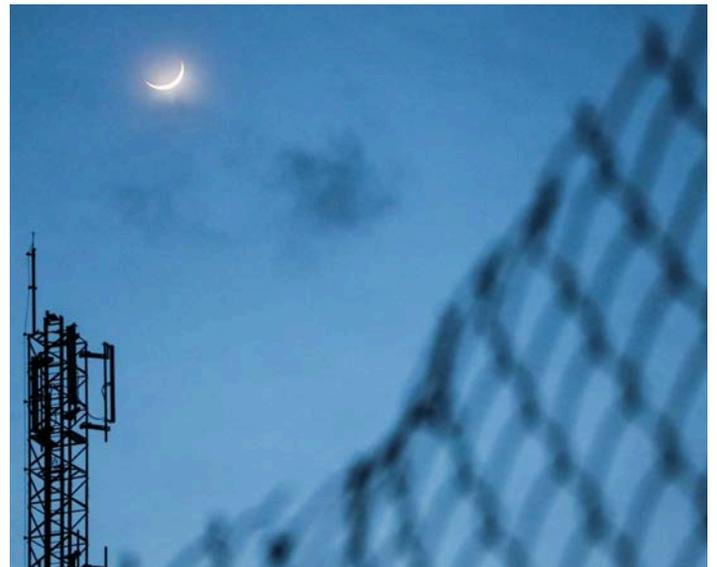
作者：赵刚、杨建恒



商标作为一种商业标记,具有识别商品和服务来源的功能。通常而言,有权使用注册商标的主体为商标的注册人及被许可人。在现实中,为表明自己是商标权人商品的销售商、或表示自己产品的零部件来源于商标权人、或说明自己提供的零配件与商标权人的商品兼容、或表示自己提供商标权人商品的维修服务、或表示自己与商标权人存在特定合作关系等情形,常常会遇到需要使用到他人商标的场景。这种为表明自己所提供商品或服务的内容涉及到某商标权人的客观事实而使用该商标权人商标的行为,被称作商标的指示性使用。通常而言,指示性使用如果在合理范围内,不会造成相关公众的混淆,一般会被视为对商标的正当使用,而不构成商标侵权。但如果指示性使用超过了必要限度,或者违反了当事人约定,就会有较大的法律风险。

第一部分\ 指示性使用的法律依据

我国现行《商标法》规定,商标正当使用的事由主要包括:使用直接表示商品特点的注册商标(以下简称“描述性使用”)、使用含通用名称的注册商标、使用含有地名的注册商标、使用三维注册商标的功能性形状、对注册商标的在先使用等,上述规定并未直接涉及商标的指示性使用。¹但指示性使用作为一种商标侵权的抗辩事由,在司法实践中仍大量存在。在最高人民法院的司法政策文件及部分省市的高级人民法院的审判指导文件中,指示性使用一般被视为商标正当使用的一种形式,有关规定举例如下:



1. 鉴于商标的“描述性使用”与“指示性使用”易造成混淆,在此区分如下。本文中的“描述性使用”,有时也称为“叙述性使用”是指我国《商标法》第五十九条第一款规定的,“注册商标……直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的……注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。”此规定是对“直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点”的注册商标所具有的禁用权的限缩。其依据是《商标法》第十一条,“仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点”的标志不得作为商标注册,除非该标志经过使用取得显著特征,即获得了超过该标志本身特点的“第二含义”,才能获准注册。对其注册商标权的保护也仅限于该标志的第二含义,其他人如果仍在第一含义范围内使用商标,则属于“描述性使用”,不构成商标侵权。而“指示性使用”是指使用他人注册商标指代该商标权人的行为,如某电脑上使用“Intel”标志说明该电脑使用了Intel英特尔处理器,而“Intel”本身并不是“仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点”的标志。在一些司法案例中,部分法院对“描述性使用”“指示性使用”未作明确区分,或者使用的含义与本文有所不同,本文在引述相关案例时会予以注明。

序号	文件名称	具体规定
1	《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》 法发〔2011〕18号	22、妥善认定商标侵权抗辩，维护正当经营者的合法权益。商标侵权行为应以在商业标识意义上使用相同或者近似商标为条件，被诉侵权人为描述或者说明其产品或者服务的特点而善意合理地使用相同或者近似标识的，可以依法认定为正当使用。
2	《江苏省高级人民法院侵害商标权民事纠纷案件审理指南》 2021年4月15日修订	6.1 正当使用抗辩 ² 6.1.1 描述商品或服务特点的叙述性使用(略) 6.1.2 指示商品或服务特点、来源等的指示性使用 在产品修理、零配件制造、产品销售、产品组装等商业领域中，经营者为了向消费者描述其制造、销售的商品或提供的服务内容、来源等，应当允许其合理使用商标权人的商标。但经营者必须遵守指示性合理使用的规则，在使用时应当基于诚信善意，不能以描述的需要为由随意扩大使用商标权人的商标，使用商标的具体形式、程度应保持在合理范畴之内，不会对商标权人的合法权益造成损害。 6.1.3 作为地名使用(略) 6.1.4 地理标志使用(略)
3	《四川省高级人民法院侵害商标权案件审理指南》 川高法〔2018〕229号	8.5 商标权人无权禁止他人正当使用商标。 ³ 判断被诉侵权行为是否属于商标的正当使用，一般考虑如下因素： (1) 使用意图。审查被告是出于描述、说明商品的目的善意使用相关标识，还是出于攀附他人商誉等不当目的恶意使用原告商标； (2) 使用方式。审查被告使用相关标识的方式是否合理，是否符合一般商业惯例。将原告注册商标置于显著位置，以加大加粗等方式突出使用，不标注或不妥善标注被告商标、企业名称等信息等使用方式不宜认定为合理使用方式； (3) 使用效果。被告使用相关标识，容易导致相关公众混淆的，不宜认定为商标的正当使用。
4	《北京市高级人民法院关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》 京高法发〔2006〕68号 2. 该指南将“指示性使用”作为商标“正当使用抗辩”的一种情形举例，其他正当使用抗辩情形还包括“描述商品或服务品质的叙述性使用”、“作为地名使用”、“地理标志使用”。 3. 该指南并未直接使用“指示性使用”的表述。四川高院赵文法官在解读文章中认为，8.5条正当使用商标的范畴并不仅限于《商标法》第五十九条第一款、第二款所列举的他人正当使用商标中含有的本商品通用名称、图形、型号等对商标的描述性使用情况，同时也包括善意使用他人商标，以客观说明自己商品用途、服务范围以及其他特性的商标指示性使用方式。参见赵文文：对四川高院《侵害商标权案件审理指南》的解读， https://mp.weixin.qq.com/s/eMctkb15yrf7jEKeL6JUjw	26、正当使用商标标识行为的构成要件有哪些？ 构成正当使用商标标识的行为应当具备以下要件： (1) 使用出于善意； (2) 不是作为自己商品的商标使用； (3) 使用只是为了说明或者描述自己的商品。 27、哪些行为属于正当使用商标标识的行为？ 满足本解答第26条规定要件的下列行为，属于正当使用商标标识的行为： (1) 使用注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号的； (2) 使用注册商标中直接表示商品的性质、用途、质量、主要原料、种类及其他特征的标志的； (3) 在销售商品时，为说明来源、指示用途等在必要范围内使用他人注册商标标识的； (4) 规范使用与他人注册商标相同或者近似的自己的企业名称及其字号的； (5) 使用与他人注册商标相同或者近似的自己所在地的地名的； (6) 其他属于正当使用商标标识的行为。

第二部分\ 指示性使用的典型场景及案例

综合最高法院和各地法院的文件，指示性使用是指为说明来源、指示用途、说明自身产品或者服务的特点等目的而使用他人注册商标标识的行为。指示性使用并非当然构成正当使用，正当的指示性使用还需满足使用出于善意、在合理范围内使用、不易导致相关公众混淆等条件。本文将结合相关案例，分析指示性使用的典型场景及注意事项。

(一) 商品销售场景

该类场景的典型情形为经销商购进商标权人的正品商品，并通过网络、线下等渠道进行销售。为展示该商品信息、指明商品的品牌，经销商可以在合理限度内，使用该商品的商标。但如果经销商使用商标超过合理限度，或者在没有授权关系的情况下，宣传、暗示与品牌方有授权、加盟等合作关系，则可能构成商标侵权或虚假宣传等不正当竞争，承担相应的法律责任。部分典型案例如下：

序号	案件名称	案情	法院认定
1	X邦涂料(中国)有限公司与上海Z贸易有限公司、浙江T网络有限公司等侵害商标权纠纷 ⁴	Z公司在T公司运营的T网上开设名为汇通油漆商城的店铺,经销有多乐士、X邦、华润等品牌油漆,并在店铺页面中为各品牌油漆进行促销宣传,其中在为X邦漆进行促销宣传时,使用了归属于X邦公司的“X邦”注册商标。X邦公司据此认为Z公司上述行为足以使消费者误认为Z公司与X邦公司存在关联,误认为Z公司系X邦公司授权许可的销售网点,侵害其商标权。	不侵权 1、涉案网站上亦同时存在其他品牌油漆的宣传图片。网站的首页的主体位置均系各品牌油漆商品的图片、名称、价格、销售量等信息。结合图片使用方式以及网页布局,相关公众通常会认为该商标传达的是在售商品的广告,即指示其所销售商品的品牌信息,而不是传达经营者的商号、商标或经营风格。 2、商标直接指向的是商标注册人的商品,并非指向Z公司,即X邦商标与X邦商品的对应性并没有受到影响,相关公众也不会认为在售X邦产品来源于被上诉人Z公司。不存在消费者对于商品来源认知的混淆,也不涉及商标显著性或知名度的降低,不构成商标侵权。
2	“Vxx”商标侵权及不正当竞争纠纷 ⁵	原告为“Vxxx”和某知名服装品牌商标的商标权人。被告在其经营的美罗城店铺招牌、店内墙面、货柜、收银台、员工胸牌、VIP卡、时装展览等处突出使用了“Vxxx”标识,还通过中国女装网、微X、微信等方式对外宣传,在品牌标志处、微信账号名中突出使用“Vxxx”或某知名服装品牌标	构成商标侵权及不正当竞争 1、被告销售的商品无证据表明属于假冒商品,故侵害商品商标权的指控不成立。 2、被告在店铺大门招牌、货柜等处使用“Vxx”标识,超出了指示所销售商品所必需使用的范围,且使用上述标识时并未附加其它标识以区分服务来源,相反还积极对外虚

序号	案件名称	案情	法院认定
		<p>识, 宣称其店铺为Vxx或某知名服装品牌的直营店、专卖店、旗舰店, 宣称被告为Vxxx或某知名服装品牌运营总公司、中国区品牌运营商、中国的总行销公司等, 并开展了全国招商加盟宣传等。原告认为被告构成商标侵权和不正当竞争。</p>	<p>假宣传, 使得该使用行为具备了标识服务来源的功能, 足以使相关公众对服务来源产生误认, 构成对“Vxx”服务商标的侵害。 3、被告在网络宣传过程中对“Vxx”和该知名服装品牌商标标识的使用, 构成对原告中英文服务商标的侵害。 4、被告对外宣称其系该知名服装品牌的中国总行销公司, 中国区品牌运营商等行为与事实不符, 构成虚假宣传的不正当竞争。</p>
3	<p>X邦涂料(中国)有限公司与Y漆业有限责任公司侵害商标权纠纷⁶</p> <p>6. (2015)皖民三终字第74号, 该案为2015年度安徽省知识产权保护十大典型案例</p>	<p>X邦公司是“X邦”系列商标的权利人。2009年10月1日, X邦公司作为甲方、Y漆业作为乙方签订了《X邦特约经销店经营协议》, 协议到期后, 双方未再续签协议。2014年6月, X邦公司发现Y漆业店铺中“X邦”商标及“特约经销商, 门店编号017230”字样仍然存在, 遂向法院提起诉讼, 请求判令Y漆业停止商标侵权行为, 并赔偿损失。</p>	<p>构成商标侵权 Y漆业作为X邦公司曾经的加盟经销商, 在加盟经销协议到期后, 未取得X邦公司继续授权许可的情况下, 仍然沿用X邦公司特约经销商的名义对外经营, 并在其经营的油漆专卖店门头匾额上突出使用X邦公司注册的系列商标和专卖授权号, 其主观意图并非善意地指示商品, 而是通过对X邦公司商标的使用使相关公众误认为其仍然是X邦公司的加盟经销商, 销售的商品或服务的来源与X邦公司存在某种特殊关系。故Y漆业的行为构成商标侵权。</p>
4	<p>F有限公司与上海L国际贸易有限公司侵害商标权纠纷、不正当竞争纠纷再审⁷</p> <p>7. (2019)沪民再5号</p>	<p>“FXXDX”商标权利人F公司认为L公司在店招、商品、指示牌等处突出且单独使用“FXXDX”标识, 对其商标专用权构成侵害, XX奥莱知晓L公司侵权却未制止, 构成帮助侵权; 另外, 被告在商业宣传、公众号等使用“FXXDX”商标及“F”字号, 涉及虚假宣传, 易使消费者误认为涉案商铺为F公司的直营店或授权专卖店, 同时也构成擅自使用企业名称的不正当竞争, 诉请法院判决被告停止侵权, 赔偿损失。</p>	<p>构成商标侵权及不正当竞争 构成商标合理使用应当符合使用行为善意和合理、限于必要范围、不会导致相关公众对商品/服务来源的混淆和误认三个条件。 1、关于使用目的是否系善意, 仅凭L公司在涉案店铺的店招上使用“FXXDX”标识这一事实难以认定在主观上存在混淆服务来源的意图。 2、关于使用行为是否必要和合理。L公司的该种使用行为容易导致消费者对涉案店铺与F公司之间的关联关系产生混淆, 直接损害到商标的来源识别功能。对于奥特莱斯商场内合理使用品牌商标的必要范围应予以限缩, 涉案行为构成商标侵权。 3、涉案店铺并非F公司开设的品牌直营店, 也非授权加盟店, 其在店招上使用“FXXDX”标识具有较高的混淆误认可能性, 引人误认其店铺与F公司具有关联关系, 构成擅自使用他人企业名称的不正当竞争行为。</p>

(二) 维修售后场景

在修理、售后等行业中,经营者为了向消费者描述其可以修理的产品品牌、型号,可以使用相关商标代指该产品,但该种使用应限定的合

理范围内。如使消费者对商品来源或者上述经营者与商标权人的授权关系产生混淆、误解,仍可能构成商标侵权或不正当竞争。部分典型案例如下:

序号	案件名称	案情	法院认定
5	A股份公司与北京ZH汽车服务有限公司商标侵权纠纷 ⁸ 8. (2016)京73民终335号	A公司是“奥X”系列商标权利人。A公司发现ZH公司未经A公司许可而在其店面内外、宣传材料、名片等显著位置突出使用A公司享有商标专用权的商标, A公司认为上述行为侵犯了A公司对的注册商标专用权,应承担相应的侵权责任。	构成商标侵权 从事汽车维修的企业为表明经营范围,在店面内外悬挂所修理汽车的商标具有合理性,构成合理使用的前提一方面是善意的、适当的,即不得超出必要的范围;另一方面对他人的商标应当系描述性地,非商标性地使用。ZH公司并非A公司授权许可的维修店,在其经营的店面多处大量使用A公司注册商标大多并无必要。并且被告在如茶几、水杯、宣传册及名片等物品上还突出使用了A公司的注册商标,这种使用方式并非描述性使用 ⁹ 上述使用方式难谓合理使用。ZH公司构成商标侵权。 <small>9.此处的“描述性使用”与本文中的“指示性使用”为同一概念。</small>
6	J有限公司与辽宁M汽车销售服务有限公司侵害商标权、不正当竞争纠纷 ¹⁰ 10. (2020)辽01民初123号	J公司是“X虎”、“X豹”系列商标权利人。J公司发现M公司,在其线下经营场所、官方网站、微信公众号等渠道提供了包括但不限于X虎新车销售、维修保养、零配件供应、二手车置换业务等服务,并使用“X虎”、“X豹”等商标,并宣传其为“X虎旗舰店”。J公司认为上述行为构成商标侵权及虚假宣传的不正当竞争行为。	构成商标侵权及不正当竞争 M公司未经授权,在相同服务上,突出或单独使用了与原告注册商标相同的标识,上述标识的使用超过了为销售商品进行必要指示、说明的合理范围,起到了识别服务来源的作用,构成商标性使用,侵害了原告商标权。被告使用了“X虎(6S)专卖店”“辽宁MX虎旗舰店”等宣传用语。“专卖店”与“旗舰店”往往与品牌商自身或授权的经营实体相关联,即被告该种宣传用语,易造成相关公众误解,构成对原告的不正当竞争。

(三) 零件组装场景

在使用他人原料或零部件进行产品的生产、生产、销售活动中,经营者为了向消费者指示零件或原来的来源,可以使用原料或零件厂商的注册商标,但该种使用应具有必要性,且不

能超过合理限度。如使得消费者对商品来源或者上述经营者与商标权人的授权关系产生混淆、误解,仍可能构成商标侵权或不正当竞争。部分典型案例如下:

序号	案件名称	案情	法院认定
7	D有限公司与杭州JX除湿制冷技术有限公司侵害商标权、不正当竞争纠纷 ¹¹ <small>11. (2020)苏知终5号</small>	D公司是D商标权人, D公司认为, JX公司在销售的商品铭牌上突出标注“DJX”标识, 标注JX公司的企业名称、电话、传真、网址等信息, 在多个网站中, 宣传其生产“JXD”品牌的低湿空调机组, 并展示“JXD标准型转轮除湿机”等产品图片, 侵害D公司商标权; JX公司宣传其是D公司代理商, 构成虚假宣传。JX公司辩称, 其向D公司购买除湿机核心轮组后再组装成最终的除湿机予以销售, 故在产品及网站中标注“D”等标识, 是为了指示其采购的是瑞典D轮组的事实, 属于正当使用。	构成商标侵权及不正当竞争 在零配件销售或者是将他人生产的零配件组装为产品的商业活动中, 经营者为了向消费者描述其制造、销售的商品内容或者零配件的来源, 可以正当使用配件商的注册商标, 但经营者在使用时应当基于诚信善意, 其使用商标的具体形式、程度必须遵守指示性合理使用的规则, 不能以其描述的需要为由随意扩大使用商标权人的商标。本案中JX公司的使用方式, 容易导致消费者对该商品制造者的身份产生混淆误认, 误认为JX公司与D公司之间存在某种特定商业关系, 该行为不当借助了涉案商标的商誉, 在一定程度上可能会割裂涉案商标与D公司本身的对应关系, 妨碍了涉案商标功能的完整发挥, 对D公司商标权益造成损害, 超出商标指示性使用的合理范畴, 构成商标侵权。此外, 被告关于其为D公司代理商的宣传与事实不符, 构成不正当竞争。
8	贵阳L风味食品有限责任公司与贵州Y食品有限公司侵害商标权、不正当竞争纠纷 ¹² <small>12. (2015)京知民初字第1944号</small>	L公司是“老干妈”商标权人。L公司发现, Y公司制造、销售的牛肉棒产品印有“老干妈味”字样。使用方式为产品正前方上半部分使用了Y公司自己的注册商标“牛头牌及图”字样, “老干妈味”字样则位于中部, 字体偏小。包装背部写明了涉案产品的制造商是被告贵州Y食品有限公司。L公司认为Y公司上述行为侵害其商标权, 并构成不正当竞争。	构成商标侵权, 不构成不正当竞争 是否构成指示性使用需要衡量其使用他人商标的必要性, 即是否为说明或传达真实信息所必需。判断“必要性”需要满足两个条件, 其一, 若不使用商标标识便难以描述商品或服务的性质或范围; 其二, 不得大量使用商标权人的商标标识。涉案产品配料中添加了老干妈牌豆豉, 但标注“老干妈味”字样并非描述涉案产品之必须, Y公司可以直接采取标注“麻辣味”、“豆豉味”等字样来说明涉案牛肉棒的口味, 而非替代性地直接借用涉案驰名商标。被诉侵权行为易引起消费者将涉案产品与L公司之间搭建不恰当的联系, 将涉案“老干妈”商标所享有的优良商誉投射到涉案产品之上, 故不属于合理使用的范畴。

(四) 产品适配场景

在手机、电脑、打印机等电子产品、办公用品,有时需要使用与该产品型号适配的配件或耗材产品,这些配件或耗材的生产、销售商,为了表明自己产品与目标商品的兼容或适配性,

可以合理地使用目标商品的商标。但该种使用一般需注明“适用于”等描述词,并以合理正当为限,如果超过了合理范围,造成相关公众对商品来源混淆,或有攀附他人声誉的行为,可能构成商标侵权或不正当竞争。部分典型案例如下:

序号	案件名称	案情	法院认定
9	<p>OXXX广东移动通信有限公司与杭州欧xx贸易有限公司侵害商标权纠纷、不正当竞争纠纷¹³</p> <p>13.(2019)浙01民终9115号</p>	<p>OXXX公司是OXXX商标权利人。欧xx公司在其开设的T网店铺“欧xx数码专营店”销售耳机,其商品宝贝名称显示为“影XX适用OXXX有线耳机入耳式R15R11s plus A5A1R9-sA3A59s原装正品vivo苹果通用女生重低音手机耳塞男”,商品详情中的产品名称显示为“HALFSun/影巨人适用OPP”、型号显示为“适用OXXX耳机入耳式R15R11s”。涉案耳机产品不仅仅适用于OXXX手机,亦适用于其他品牌手机、电脑等电子设备。OXXX公司认为欧xx公司未经许可使用其商标并攀附其商誉,构成商标侵权及不正当竞争。</p>	<p>不构成商标侵权及不正当竞争</p> <p>欧xx公司对OXXX字样的使用直接表示了商品的特点,即涉案耳机的特点是可以适用OXXX产品,从宝贝名称的全称来看,涉案耳机的特点也包括可适用vivo等其他品牌的产品。且OXXX公司未提供有效证据证明欧xx公司对OXXX字样的使用是恶意的,从其标明其品牌“影XX”“适用OXXX”等字样来看,未让人产生涉案产品系OXXX原装产品的误认,因此并不属于非正当的、不诚实的使用。此外,涉案耳机对“适用OXXX”文字的使用,并未造成消费者误认涉案产品来源于OXXX公司或者将OXXX产品误认为来源于欧xx公司,即未从根本上损害OXXX商标的指示功能。因此不属于商标性使用,不构成商标侵权。被告亦不具有攀附OXXX公司商誉的主观故意,不构成不正当竞争。</p>
10	<p>X米科技有限责任公司与浙江T网络有限公司、深圳市XJ科技有限公司侵害商标权纠纷、不正当竞争纠纷¹⁴</p> <p>14.(2019)浙0110民初15086号</p>	<p>X米公司是“X米”商标权利人。X米公司认为,XJ公司在T公司的T网络商城上开设某旗舰店,生产销售的“超薄充电宝苹果迷你便携大容量自带线X米20000M专用带10000毫安移动电源女小巧可上飞机X手机iPhone快充无线”产品在其宣传的产品名称中标有X米文字,并且其自有品牌也未进行标注,侵犯了X米公司的商标权;X米公司还主张,XJ公司抢占了的X米公司市场份额,分流了X米公司的移动电源在互联网上的流量,构成不正当竞争。</p>	<p>构成商标侵权,不构成不正当竞争</p> <p>被控侵权商品标题为“超薄充电宝苹果迷你便携大容量自带线X米20000M专用带10000毫安移动电源女小巧可上飞机X手机iphone快充无线”,“X米”一词在该商品标题中并未表达系描述链接项下移动电源适用于X米手机的含义;即使链接项下的移动电源可以适用于X米手机,可以适用于X米手机并不代表仅能适用于X米手机,XJ公司并未举证证明该移动电源与X米手机的唯一匹配性,且XJ公司在商品标题中直接使用“X米”标识也已经超过合理使用范畴。故认定XJ公司构成商标侵权,关于不正当竞争的主张已通过商标法进行救济,故不再支持。</p>

序号	案件名称	案情	法院认定
11	<p>×普会社与东莞市××耗材厂、深圳市××科技有限公司侵害商标权纠纷¹⁵</p> <p>15. (2010)深中法民三初字第209号</p>	<p>×普会社是Exxxx商标权人, 商标核准使用在打印机、墨水等商品上。×普会社认为××科技公司在网站宣传产品图片的显著位置使用了“Exxxx”商标, 并且在其宣传手册和实际销售产品的显著位置也都使用了原告的注册商标, ××耗材厂大量生产带有原告注册商标的侵权产品, 均侵犯了原告“Exxxx”注册商标的专用权。</p>	<p>构成商标侵权</p> <p>本案被告××耗材厂、××科技公司生产、销售的淡品红LM墨水上直接标注了“Exxxx”字样; 其他多款墨水上虽然在“Exxxx”前标注了“可用于”或“适用于”, 但“可用于”或“适用于”字样明显比“Exxxx”字样小, 与“Exxxx”在字体、字形、颜色、视觉等方面反差较大, 两者存在显著区别。考虑原告“Exxxx”商标国际和国内知名度高、被告部分被控侵权产品标示了原告另一注册商标以及“日本××××技术支持”等信息、被告在在网站中将××厂不实宣传为中日合资企业、被告在庭审中认可被控侵权产品主要向境外销售、产品兼容功能指示性说明方法具有其它更妥当选择等因素, 认定被告对被控侵权产品功能用途指示说明不规范, 容易使相关公众尤其是缺乏中文语言常识的境外消费者对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系, 构成了对原告“Exxxx”商标专用权的侵权。</p>

(五) 新业态场景

随着新媒体、小程序、云服务、移动支付的新业态的不断发展, 内容提供商、服务提供商、平台方等各类主体也会面临使用他人标识的场景, 如指示产品销售平台、支付方式, 指示

文章或软件发布平台、技术提供方、合作推广方等。此类指示性使用依然要遵循合理、必要的原则, 防范商标侵权或不正当竞争法律风险。部分典型案例如下:

序号	案件名称	案情	法院认定
12	<p>XX宝(中国)网络技术有限公司等与广东DXX文化传播有限公司侵害商标权、不正当竞争纠纷¹⁶</p> <p>16. (2019)浙民终1180号</p>	<p>原告XX宝公司是“XX宝”等商标的权利人。原告发现, DXX公司在宣传推广其所提供的小程序开发服务过程中, 在其网站、微信、“互动吧”账户中, 在策划、宣传并参与举办“XX宝应用公测全国巡回研讨会”活动的过程中, 在所提供的交易文书中多处使用“XX宝”等标识。DXX公司在</p>	<p>构成商标侵权及不正当竞争</p> <p>对他人商标进行指示性使用应当限于必要、合理的范围内, 在主观上应当具有善意, 在客观上不会导致相关公众混淆误认。本案中, DXX公司在宣传经营过程中, 并不是以叙述性方式使用被诉标识, 客观告知相关公众其系在XX宝平台上开发小程序, 而是大量、突出使用被诉标识, 以不规范的“XX宝应用”等表述替代“XX宝小程序”, 显然超过了必要、合理的使用界限; 其故意不使用可与XX宝公司产生区分度</p>

序号	案件名称	案情	法院认定
		<p>使用上述标识过程中, 没有标明其企业字号或自有注册商标, 而是单独, 或与“移动营销服务中心”字样一并使用上述标识。原告认为DXX公司上述行为构成商标侵权及侵犯XX宝公司企业名称和虚假宣传的不正当竞争行为。</p>	<p>的DXX公司的商业标识, 却以“移动营销服务中心”为名, 进一步模糊其与上述两公司之间的非关联性, 在客观上已经导致相关公众对软件设计服务的来源产生混淆, 或者误认为其与上述两公司之间存在特殊关系。</p>
13	<p>北京W网络技术有限公司与杭州T教育科技有限公司、宁波Y网络科技有限公司侵害商标权、不正当竞争纠纷¹⁷</p> <p>17. (2019)京73民终2590号案</p>	<p>因认为T公司和Y公司未经许可在其共同经营的“微×课堂”网站和“微×课堂”微信公众号中使用其享有商标权的“微×”系列商标, 侵犯其注册商标专用权并构成不正当竞争, 微×平台的经营者W公司将二被告告诉至法院。T公司辩称其基于与W公司的签署的《T微课堂》合作协议, 与W公司合作经营“微×课堂”网站, 其中使用相关标识都获得了W公司的授权。</p> <p>《T微课堂》合作协议书约定, 如T公司在产品的开发、制作中, 使用了创科公司或W公司提供的或T公司自己取得的W公司的商标、素材、内容、资源等, 上述商标、素材、内容、资源的所有权及知识产权仍归属于创科公司或W公司。协议于2013年7月24日订立, 有效期1年。</p>	<p>构成商标侵权及不正当竞争</p> <p>《T微课堂》合作协议书未体现W公司授权T公司使用相关标识的内容, 加之双方均认可《T微课堂》合作协议书未实际履行, T公司提交的合作协议书签订前双方往来邮件中亦未体现W公司授权其使用涉案商标的内容; T公司对“微×课堂”网站申请ICP备案的时间最早为2013年1月16日, 而该时间《T微课堂》合作协议书尚未订立; 在该协议订立之前双方协商的往来邮件中亦无法体现双方对该网站的合意或安排。</p> <p>T公司未经许可使用原告商标, 构成商标侵权, 虚构了其与W公司之间的合作关系, 擅自使用他人的企业名称, 构成不正当竞争。</p>

第三部分\ 指示性使用的法律风险及防范

综合审判指导性文件及司法案例,我们认为企业在对他人商标进行指示性使用时,应当关注商标侵权、不正当竞争及合同违约的法律风险,避免因超过合理范围使用而承担法律责任。

(一) 限定合理范围, 防范商标侵权

法院在判定指示性使用的正当性时,一般从使用意图、使用方式以及使用效果三个角度进行认定。

1、使用意图应当善意

正当的指示性使用是应当出于描述、说明商品的目的善意使用相关标识,而不是攀附他人商誉等不当目的恶意使用权利人商标。商标使用者使用商标的意图可以通过其使用商标的具体方式、是否有其他可能导致混淆的行为、其与商标权人的是否有合作关系等客观情况反应。

2、使用方式应当合理

指示性使用在使用方式上应当合理,符合一般商业惯例,如对于产品适配、零件组装场景,应使用“适配于XX”“兼容于XX”“使用XX(原料或零件)”等表述,并标明自身的商标及企业名称。将权利人注册商标置于显著位置,以加大加粗等方式突出使用,不标注或不妥善标注自

身商标、企业名称等信息等行为可能不会被认定为合理使用。

部分法院在合理性之外,还提出了“必要性”的要求,如北京知识产权法院在“老干妈”案中指出,是否构成正当的指示性使用,需要衡量其使用他人商标的必要性,即是否为说明或传达真实信息所必需,不使用便难以描述商品或服务的性质或范围;并认为被控侵权人在可以选择其他标注方式的情况下,直接使用权利人的驰名商标进行标注超出了合理使用范畴。相比于合理性,“必要性”在审查指示性使用的正当性方面要求更严,该案件可能是考虑到对驰名商标进行强保护的需要。

3、使用效果应不易造成相关公众混淆

如使用相关标识,容易导致相关公众混淆的,则难以认定为是对商标的正当使用。此处的混淆不仅包括实际的混淆后果,还包括较高的混淆可能性;不仅包括商业来源或出处的混淆,还包括对商业关系的混淆,如有关隶属、附属、合作关系的混淆等。

(二) 诚信客观宣传, 避免不正当竞争

指示性使用的目的是描述商品或服务的来源、性质,而不应是攀附他人商誉。企业在进行商标指示性使用的过程中,应当实事求是,不应虚构或夸大合作关系,避免使用引人误解的宣

传用语。如在没有授权关系的情况下,宣传自己是“旗舰店”、“专卖店”、“品牌运营商”;或将普通的产品购销、技术服务关系,描述为“独家供应商”、“特约合作伙伴”的行为,可能会被认定为是虚假宣传、引人误解的混淆行为,或因违反诚实信用原则而构成不正当竞争。

(三) 遵守合同约定, 严守商业秘密

企业使用合作方的商标,应当严格遵守双方的合同的约定。在已经与商标权人签署了商业协议的情形下,商标使用者应当按照协议的要求、目的、期限等使用商标,特别是在授权到期后,应当及时去除相关标识,避免承担违约责任。如企业与商标权人仅进行了前期洽谈未实际达成合作,或已签署合同未实际履行,建议避免使用他人商标,以免造成误解。

此外,在一些特殊领域,如法律服务、咨询公关、招投标、投融资等,基于保密等特殊需求,应当更加谨慎地使用合作方商标,避免因不当使用泄露商业秘密或带来其他不良影响。

商标的指示性可以发挥说明商品或服务来源、指示用途、说明自身产品或者服务的特点等作用,是经营活动的客观需要。企业在对他人商标进行指示性使用时,应当遵守诚信善意原则,注意使用方式的合理性,避免造成混淆,防范相

关法律风险。当然,如发现他人对自己的商标、字号等进行不正当、不合理地使用时,也应积极拿起法律武器,维护自身合法权益。☞



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



中伦研究院出品



pevels-eumice-lui-928211

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。