

星瀚法律研究

LEGAL STUDY

2023年第三季度

本期推荐

“融资租赁+信用证”是模式创新还是风险加剧？

全球首部生成式人工智能法规落地，新产业如何应对新要求？

从麒麟芯看半导体行业的知识产权布局

行使合同解除权竟构成抽逃出资？——看待股权投资协议不能局限于合同法思维

直播领域反舞弊专栏

直播带货暗流涌动，品牌方员工常见舞弊行为有哪些？

收取贿赂、虚假流量……浅析MCN机构员工常见舞弊行为

平台方在直播业务中地位强势，如何识别舞弊行为？

直播电商领域的企业如何构建反舞弊制度

目录 CONTENTS

「热点评析」

- 上海人社局更新“社平工资”和“最低工资”，一键收藏这些受影响的数据 P01
- “融资租赁+信用证”是模式创新还是风险加剧？ P05
- 一场蓄谋已久的调价计划：UNITY 下载收费方案是否违反相关法律法规？ P08
- 从麒麟芯看半导体行业的知识产权布局 P13

「话题聚焦」

- 论“AI 孙燕姿”的诞生——生成式人工智能中的知识产权 P18
- 全球首部生成式人工智能法规落地，新产业如何应对新要求？ P28
- AI 写真挑战的不仅是传统摄影业，还有用户的信息安全 P33
- 新规发布后，“AI 虚拟主播”的合规要点 P37
- 生成式人工智能产品的知识产权合规实务 P41
- AIGC 监管正当时——如何正确牵手虚拟主播？ P48
- AIGC 发展进行时，未成年人权益如何保护？ P54

「争议解决」

- 资本公积转增股本：个税该缴还是不该缴？ P63
- 合同变更或无效时，下浮率如何适用？ P67
- 行使合同解除权竟构成抽逃出资？——看待股权投资协议不能局限于合同法思维 P71

「文娱体育」

- 自媒体账号归属何方？主播达人与MCN机构纠纷下账号归属的探讨 P75
- 在体育纠纷中，如何准确主张适用自甘风险规则？ P82

「直播领域反舞弊」

- 直播带货暗流涌动，品牌方员工常见舞弊行为有哪些？ P87
- 收取贿赂、虚假流量……浅析MCN机构员工常见舞弊行为 P91
- 平台方在直播业务中地位强势，如何识别舞弊行为？ P95
- 直播电商领域的企业如何构建反舞弊制度 P99

「星瀚人文」

- 看见不一样的伙伴，遇见不一样的自己 P103
- 黄鹤舞九天，星瀚与“80后主任年会” P107
- 阳光、沙滩……永远热烈，永不停歇 P113

热点评析

上海人社局更新“社平工资”和“最低工资”，一键收藏这些受影响的数据

杨轶菡、徐玉莹

上海市人力资源和社会保障局 2023 年 6 月 28 日发布通知，上海市 2022 年度全口径城镇单位就业人员平均工资（下称“社平工资”）为 12,183 元/月（增加 787 元/月）；6 月 30 日发布通知，上海市月最低工资标准调整至 2,690 元/月（增加 100 元/月），小时最低工资标准调整至 24 元/小时（增加 1 元/小时）；前述调整均自 2023 年 7 月 1 日起实施。

“社平工资”和“最低工资标准”是劳动人事实务中经常被提及的名词。根据相关法律法规规定，社平工资和最低工资标准的调整会在劳动关系解除、社保缴纳、病假工资、工伤待遇、劳动仲裁等多方面影响用人单位管理成本和劳动者基本权益。

本文以上海市为例，对受到社平工资及月最低工资标准调整影响的主要条目进行归纳汇总。

一、受社平工资影响的主要条目

1. 社平工资影响劳动关系解除中的经济补偿金和赔偿金的计算

(1) 法定经济补偿金封顶数额：

项目	金额	计算方式
封顶计算基数	36,549 元	12,183 元/月×3
封顶总额	438,588 元	12,183 元/月×3×12

说明：根据《劳动合同法》第四十七条，用人单位在解除或终止劳动合同依法应当支付经济补偿的情形下，补偿金计算基数为劳动者的月工资，当劳动者的月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度社平工资的三倍时，经济补偿金封顶计算基数为社平工资的三倍，支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

(2) 违法解除劳动合同赔偿金封顶数额：

项目	金额	计算方式
封顶总额	877,176 元	438,588 元×2

说明：《劳动合同法》第八十七条“当用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照上述第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。”

(3) 解除劳动关系一次性补偿收入免税金额上限：

项目	金额	计算方式
免税上限	438,588 元	12,183 元/月×12×3

说明：根据《关于个人所得税法修改后有关优惠政策衔接问题的通知》（财税〔2018〕164号）第五条，“个人与用人单位解除劳动关系取得一次性补偿收入（包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费），在当地上年职工平均工资三倍数额以内的部分，免征个人所得税”。

2. 社平工资影响劳动者病假工资的上限

劳动者的病假工资高于社平工资的，用人单位可按社平工资 12,183 元/月计发。

说明：根据《上海市劳动局关于加强企业职工疾病休假管理保障职工疾病休假期间生活的通知》（文件拟到期日 2026 年 8 月 15 日）第五条，“职工疾病或非因工负伤待遇高于本市上年度月平均工资的，可按本市上年度月平均工资计发。”

3. 社平工资影响劳动者工伤保险待遇中的具体支付条目

(1) 因工死亡丧葬补助费标准：

项目	金额	计算方式
丧葬补助金	73,098 元	12,183 元/月×6

说明：根据《上海市工伤保险实施办法》第四十三条，从业人员因工死亡，其近亲属可按从业人员因工死亡时六个月的上年度社平工资的标准领取丧葬补助金。

(2) 一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金：

致残五至十级，两项款项支付标准一致，如下：

伤残情况	金额	计算标准
五级伤残	219,294 元	12,183 元/月×18
六级伤残	182,745 元	12,183 元/月×15
七级伤残	146,196 元	12,183 元/月×12
八级伤残	109,647 元	12,183 元/月×9
九级伤残	73,098 元	12,183 元/月×6
十级伤残	36,549 元	12,183 元/月×3

说明：根据《上海市工伤保险实施办法》第四十条、第四十一条，劳动者遭受工伤后，提出与用人单位解除劳动关系或劳动合同期满终止的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。

注：经工伤人员本人提出与用人单位解除劳动关系，且解除劳动关系时距法定退休年龄不足五年的，不足年限每减少一年，一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金递减 20%，但属于《劳动合同法》第三十八条规定的情形除外。

(3) 生活护理费标准:

生活护理需求程度	金额	计算标准
生活完全不能自理	6,092 元/月	社平工资的 50%
生活大部分不能自理	4,874 元/月	社平工资的 40%
生活部分不能自理	3,655 元/月	社平工资的 30%

说明: 在用人单位已经缴纳工伤保险的情况下, 根据《上海市工伤保险实施办法》第三十八条, 工伤人员已经评定伤残等级并经鉴定委员会确认需要生活护理的, 按照三个不同等级对应的标准由工伤保险基金支付生活护理费。如未缴纳工伤保险, 则由用人单位按待遇标准支付。

4. 社平工资影响劳动者的社会保险及公积金的缴费基数

(1) 社保缴纳基数的上、下限:

上限: 36,549 元/月 (社平工资的 3 倍);

下限: 7,310 元/月 (社平工资的 60%)。

(2) 公积金缴存基数的上、下限:

上限: 36,549 元/月 (12,183 元/月×3);

下限: 2,690 元/月 (自 2023 年 7 月 1 日起实施的最低工资标准)

说明: 根据上海市住房公积金缴费相关规定, 本市职工和用人单位的住房公积金缴存基数上限以本市上年度全市职工月平均工资的 300% 为标准; 下限以本市上年度最低工资标准。

二、受最低工资标准影响的主要条目

注: “月最低工资标准” 不含劳动者个人依法缴纳的社会保险费和住房公积金, 也不包括劳动者延长工作时间的加班费、夏季高温津贴、中夜班津贴及有毒有害等特殊工作环境下的岗位津贴以及伙食补贴、上下班交通费补贴、住房补贴。

1. 最低工资标准影响工资支付的下限

(1) 试用期工资下限: 2,690 元/月。

说明: 根据《劳动合同法》第二十条: “劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十, 并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。”

(2) 依法扣除工资后的应支付工资下限: 2,690 元/月。

说明: 根据《工资支付暂行规定》第十六条, 因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的, 用人单位可按照劳动合同的约定从劳动者本人的工资中予以扣除, 但扣除后的剩余工资部分不得低于最低工资标准。

(3) 实行计件工资或提成工资等工资形式的工资下限: 2,690 元/月。

说明: 根据《最低工资规定》第十二条, “实行计件工资或提成工资等工资形式的用人单位, 在科学合理的劳动定额基础上, 其支付劳动者的工资不得低于相应的最低工资标准。”

(4) 企业停工停产超过一个工资支付周期的工资支付下限: 2,690 元/月。

说明: 根据《工资支付暂行规定》第十二条, 非因劳动者原因造成单位停工、停产超过

一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则应支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准。

2. 最低工资标准影响病假待遇及病假工资基数的下限

项目	金额下限	计算方式
最低病假待遇	2,152 元/月	2,690 元/月×80%
最低病假工资计算基数	2,690 元/月	月最低工资标准

说明 1：根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 59 条，职工患病或非因工负伤治疗期间的病假工资或疾病救济费（即，“病假待遇”）不能低于最低工资标准的 80%；根据《上海市劳动保障局关于病假工资计算的公告》第一条，职工疾病或非因工负伤休假待遇低于本企业月平均工资 40%的，应补足到本企业月平均工资的 40%，企业月平均工资的 40%低于当年本市企业职工最低工资标准的 80%，应补足到当年本市企业职工最低工资标准的 80%。

注：疾病休假工资或疾病救济费最低标准不包括应由职工缴交的养老、医疗、失业保险费和住房公积金。

说明 2：根据《上海市劳动保障局关于病假工资计算的公告》第二条，病假工资计算基数分别按“劳动合同有约定从约定”、“用人单位与职工代表通过工资集体协商”、“无任何约定时参考劳动者本人所在岗位正常出勤月工资的 70%”三种原则进行确定，但不论适用哪个原则，“最低病假工资基数”均不能低于最低工资标准。

注：病假工资=计算基数×计算系数×病假时间。

3. 最低工资标准是判断劳动仲裁是否适用“一裁终局”的前提条件之一。

项目	金额上限	计算方式
适用“一裁终局”	32,280 元	2,690 元/月×12

说明：根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四十七条、《人力资源社会保障部 最高人民法院关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见（一）》第十条，仲裁裁决涉及追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等，对单项裁决金额不超过当地月最低工资标准十二个月金额的，劳动人事争议仲裁委员会应当适用终局裁决。

综上，社平工资并不仅仅是反映社会发展程度和人民生活水平的经济学术语，最低工资标准也不仅仅是保护劳动者的基本生存权益保障，它们在劳动法的司法实践中起着不可或缺的作用。对于用人单位而言，应持续关注各类涉及劳动者工资、社保、福利待遇的最新政策，确保用工合规，降低用工风险。对于劳动者而言，则应依据法律法规及政策规定，合法维权。

（本文首发于 2023 年 7 月 6 日）

“融资租赁+信用证”是模式创新还是风险加剧？

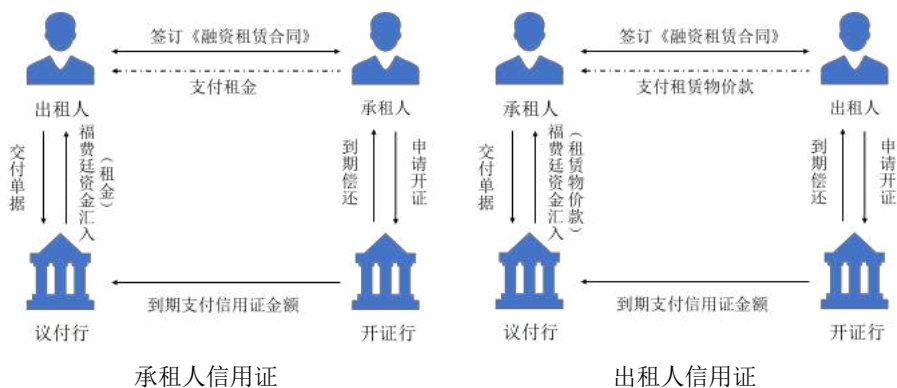
阮霭倩、章浩杰

信用证模式是一种常见于国际贸易领域的支付结算方式，但近期在融资租赁行业内出现了一种“融资租赁+信用证”的创新模式，也有人称之为“租赁证”模式，最近就有部分融资租赁公司向我们咨询“租赁证”这种业务模式的合规性和风险点。其实“租赁证”的模式并非这两年兴起，早在前些年就已经有一些融资租赁公司和银行合作开展过“融资租赁+信用证”的业务模式。那“租赁证”模式究竟如何操作，合规性上又会存在哪些需要值得关注的点，本文我们将以售后回租模式项下的信用证嵌入为例，浅析一下“租赁证”模式的合规风险。

一、“租赁证”模式介绍

“租赁证”模式实质是在融资租赁交易中引入信用证作为结算方式，常见的操作方式主要有两种：一种是以承租人名义申请的信用证（“承租人信用证”）。该模式下出租人与承租人会签订一份融资租赁合同，由出租人向承租人支付租赁物转让价款并形成租赁资产。后由承租人在支付租金前向开证行申请开立国内信用证，以出租人作为受益人，开证行开出信用证后交单至议付行，议付行向出租人按期支付资金，完成福费廷租金融资。另一种则是以出租人名义申请的信用证（“出租人信用证”），该模式下出租人与承租人同样会签订一份融资租赁合同，但是由出租人向开证行申请开立国内信用证，以承租人作为受益人，由议付行向承租人支付租赁物转让价款并形成租赁资产。除了上述两种操作模式外，目前更为常见的是“短期租赁证”模式。该模式下，出租人与承租人会签订一份短期融资租赁合同，通常期限为一年内。在出租人支付租赁物转让价款并形成租赁资产后，承租人立即以其个人名义向银行申请信用证，以出租人作为受益人，开证行开出信用证后交单至议付行，议付行一次性向出租人支付资金后，完成福费廷融资和资产出表。

“租赁证”模式下各方关系大致如下图所示：



二、“租赁证”模式的合规性分析

事实上，融资租赁业务与信用证模式相结合，本身并无法律禁止，甚至也得到了一些政策文件的支持。2016年修订的《国内信用证结算办法》将信用证服务适用的基础贸易从“商

品交易”扩展到了“货物和服务贸易”；2017年中国支付清算协会又发布了《关于明确国内信用证业务有关问题的通知》，明确银行可为真实交易背景下的融资租赁业务开具国内信用证，这两份文件在一定程度上为“租赁证”模式提供了政策支持，《通知》明确银行在可确保交易背景真实的情况下，可为融资租赁售后回租业务项下的承租人开立国内信用证，用于向出租人支付包括本金和利息在内的租金。由此可见，如果融资租赁公司和承租人将“租赁证”模式用于正常的支付结算，无论是承租人信用证还是出租人信用证，“租赁证”模式本身并没有不合规。

三、“租赁证”模式下融资租赁公司面临的法律风险

虽然“租赁证”模式本身并没有不合规，但融资租赁公司开展“短期租赁证”模式仍然会面临几种风险：

1、影响融资租赁合同效力的风险

在一些融资租赁公司开展的“短期租赁证”业务中，本质融资租赁公司担任的已经不仅仅是一个出租人角色，更多的往往是一个通道方角色。因此有人会把“短期租赁证”模式和很多融资租赁公司开展的无追保理业务做一个类比。虽然融资租赁公司在信用证和无追保理业务中都是担任通道方，但这两个业务仍存在本质区别。无追保理，往往是融资租赁公司自有资金支付，然后银行一次性保理买断，该业务合规性上并无太大问题。而“短期租赁证”模式往往是承租人自己申请信用证后短期快速回款给出租人，本质上属于以承租人自己名义融资然后自行全额还款，出租人除了“垫资”这个角色外并无其他功能，因而这个模式下融资租赁合同效力被否定的风险极大。在（2020）粤01民终18665号一案中，广东法院就持相同观点。承租人与出租人签订了《融资租赁合同》及《咨询服务合同》，由承租人作为申请人申请开立信用证并以出租人作为受益人，后出租人起诉承租人支付咨询服务费及违约金。法院审查后认为出租人与承租人之前的交易存在诸多不合理之处，首先，租赁物价款来源为信用证议付后的款项，且该款项由承租人实际偿还，出租人实际未支付对价即取得租赁物所有权。其次，出租人收取的租金仅有利息和咨询服务费，不包含本金部分，与常理不符，一审法院认定交易违背公序良俗，二审法院认定融资租赁及咨询服务活动构成通谋虚伪的表面行为，进而认定合同无效，未支持出租人的诉请。

2、交易背景被认定为不真实的风险

由于在“短期租赁证”模式下，融资租赁公司往往担任受益人的角色，并实际收到议付行支付的资金，根据《国内信用证结算办法》的规定，原则上若约定无追索权，议付行是不得向受益人追索。但若被认定存在信用证欺诈，可能面临议付行的追索。根据《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第八条规定“凡有下列情形之一的，应当认定存在信用证欺诈：……（三）受益人和开证申请人或者其他第三方串通提交假单据，而没有真实的基础交易”。因此虽然融资租赁公司担任的是通道方的角色，但若交易背景被认定为虚假，则可能面临被议付行追索款项的风险。

即使是正常的融资租赁交易且不存在恶意串通或欺诈的情形，租赁物适格性及融资租赁合同效力本身也存在较多不确定性，一旦融资租赁合同的效力存在被否定可能，若议付行未

获得偿付，受益人仍然存在被追索的风险，融资租赁公司可能需要返还所收到的信用证款项。

3、信用证审批未通过的风险

由于是通道业务，融资租赁公司往往审核上会较为宽松，但考虑到融资租赁公司需要先“垫资支付”，若承租人的信用证申请未获批，则融资租赁公司可能面临把“通道业务”做实的风险，在这种情况下，融资租赁公司若对租赁物适格性、承租人履约能力、担保资产的可偿债性都没有重点审查，可能面临垫资款难以追回的商业风险。

四、总结

虽然融资租赁结合信用证的模式在一定程度上有着政策认可，但实践过程中也存在信用证付款期限与一般融资租赁合同租期不匹配、融资租赁合同效力不确定、承租人自身资信难以申请开立信用证等问题。因此无论是融资租赁公司还是银行，在开展融资租赁信用证业务中都应当摒弃“通道业务”的思想，切实对项目开展谨慎审核，并关注相关交易风险，强化交易合规性，防止该模式异化为资金套利的渠道。

（本文首发于 2023 年 8 月 23 日）

一场蓄谋已久的调价计划：UNITY 下载收费方案是否违反相关法律法规？

吴晴霞

引言：

Unity 突发重磅新闻，Unity 强势死扛调价原则，Unity 迫于压力又决定重新进行商议。最近 Unity 的每一步举动可谓是都牵动了全球游戏开发人员的注意力。这种密集的毫无预兆的重磅决策，可谓是把 Unity China (优三缔科技（上海）有限公司) 在中国发行团结引擎的新闻给淹没了。

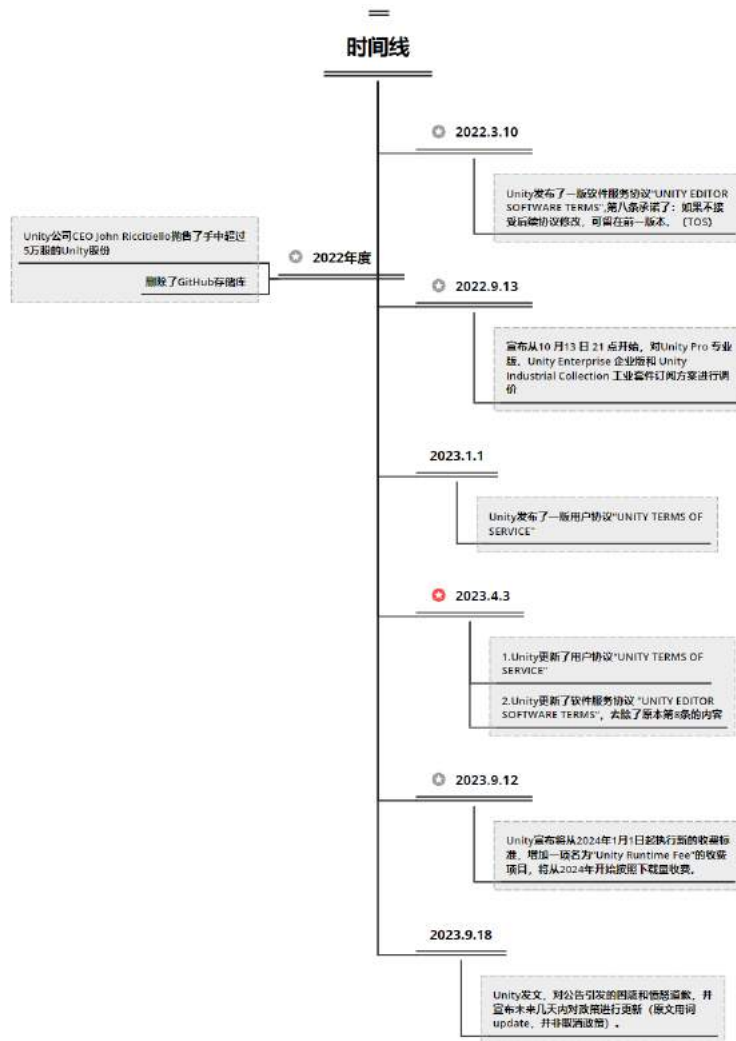
确实，Unity 母公司这一系列的操作，似乎很难让人们和他们在境内的“厂牌”想要宣扬的“团结”联系起来。

抛开商业博弈不谈，作为一名律师，我想要换一个角度看看 Unity 这一突发调价的操作，是否有违反相关法律法规的风险，开发者们是否还有自救的机会。（基于各国法律法规的差异性极大，例如澳大利亚对于消费者有格外严格的保护措施，因此我们站在一个综合的角度进行一个启发性的讨论）。

Unity 作为一家全球领先的知名企业，调价并非“拍着脑袋”随意做出的决策，早从去年 4 月开始，其法律团队似乎已经开始着手做了一系列的准备，修复了原有的一些 BUG。因此从法律上，各研发厂商怕是很难直接阻挡他们这一措施，可谓是给厂商在法律上做了一个“经典案例”。其他厂商想要涨价前，不妨先看看你们的终端协议，有没有像 Unity 那样面面俱到吧。

不过，即使 Unity 已经在协议上做了充足的准备，依然难掩一些潜藏的法律风险，后续是否会引发系列诉讼，让我们拭目以待吧。

下文我们将主要探讨合同违约、隐私保护、反垄断相关的问题，看看 Unity 的价格调整是否在法律的迷宫中找到了自己的位置，还是只是一场短暂的游戏变革。再看看若 Unity 不顾各游戏厂商的意见一意孤行的情况下，厂商们是否能找到救济方式。



一、是否存在合同违约

1.1 原始条款的冲突

我们可以在 Unity 的官网上找到一系列的法律文件,其中最重要的是《用户协议》(“UNITY TERMS OF SERVICE”),可以将他理解为主协议。而我们下文提到的另一份《软件服务协议》“UNITY EDITOR SOFTWARE TERMS”可以视为他的补充协议,两份协议都具有法律效力。

2022年3月10日,Unity发布了一版《软件服务协议》“UNITY EDITOR SOFTWARE TERMS”,第八条对于协议修改的约定如下:**如果更新条款对您的权利产生不利影响,您可以选择继续使用任何当年版本的 Unity 软件。**更新后的条款将不适用于您使用当年版本,除非并且直到您更新到下一个年度版本的 Unity 软件 (TOS)。

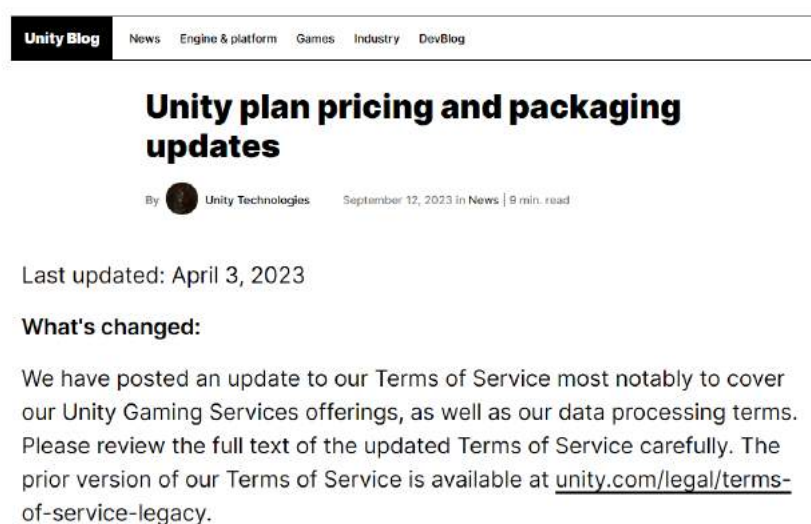
但根据于用户协议(UNITY TERMS OF SERVICE)的约定,**Unity 保留不时修改这些条款(包括,附加条款)的权利,而无需事先通知。**如果 Unity 修改这些条款,他将在网站上发布修改内容,或以其他方式向开发者提供修改通知。在 Unity 发出修改通知后,**若继续访问或使用“产品”,即表示同意受修改后条款的约束。**如果不能接受修改后的条款,唯一的追索权是**停止使用服务**。这里显然并没有给开发者试用旧条款停留在原始版本的权力。

1.2 最新的条款赋予 Unity 任意调价的权利，并覆盖了原始条款的问题

Unity 删除了原《软件服务协议》“UNITY EDITOR SOFTWARE TERMS”第八条的全部规定，并且在新的《用户协议》（“UNITY TERMS OF SERVICE”）中明确赋予了自己任意修改合同、修改产品价格、增加收费项目的权力：

- ①2.1 注册、购买、使用都表示用户同意并接受了相关协议，且受其约束
- ②9.1 条-Unity 有权任意修改增加、修改相关费用（包括以在网站上公式的方式）
- ③23 Unity 有权在任何时候以任何方式修改协议、修改报价方案。

基于此，Unity 在官网公告增加收费项目，修改原有订阅模式的行为确实完全符合他和开发者之间订立的协议，完全遵守了合同法的规定（他甚至提前几个月进行了公告，给大家预留了准备的时间；甚至还在新协议伊始列明了给出了旧协议的链接，从形式上来说非常的合规且人性化）。



Q: 我是否可以根据当时第八条的约定，要求停留在旧版本而不接受新的收费方案呢？

A: 答案是几乎不可能，但仍留有一线希望。

要回答这个问题，我们首先要注意到 Unity 各项协议皆约定适用美国加州的法律。这里要引入一个英美法系中关于 Promissory Estoppel 【承诺禁止反悔】的概念。

加州法律下承诺禁止反悔请求的要素¹是：

- (1) 在其条款上明确和明确的承诺;
- (2) 被允诺人的信赖;
- (3) 信赖必须是合理的和可预见的;
- (4) 主张禁止反悔的一方必须因其信赖而受到损害。

Unity 的行为看起来是符合上述 4 个要素的。但开发者们也不必高兴的太早。因为这一承诺禁止反悔原则是基于英美法系下的衡平法。简单理解就是当你没有任何的依据时，你拿出公平、正义的原则，要求法院认定合同里的条款无效，以此来支持你。但很显然这一认定

¹ US Ecology, Inc. v. State of California (2005) 129 Cal.App.4th 887, 901; Joffe v. City of Huntington Park (2011) 201 Cal.App.4th 492, 513; see also Aceves v. U.S. Bank N.A. (2011) 192 Cal.App.4th 218, 225.

困难重重，而 Unity 在最新协议里对于协议条款变更的条款显然更强而有力。但笔者还是很期待未来是否有愤怒的开发者以此来提起诉讼的。

二、Unity 是否有可能违反 CCPA/GDPR

A: 基于 Unity 暂时未公布他们测算下载量的原理，这个答案目前还无法确认。

根据 Unity 的官方问答，他们将会使用自由的数据模型来测算下载量（Proprietary Data Model），并非由接入的开发者将下载数据汇总给 Unity，而是由 Unity 在引擎中加入某种插件，由其后台的数据模型进行一个估算。并且 Unity 还承诺仅就首次下载收费，这就意味着 Unity 的插件还必须具有分辨是否首次在同一设备下载的能力。这就让人不得不对 Unity 是否会收集设备所拥有的唯一识别码产生好奇。

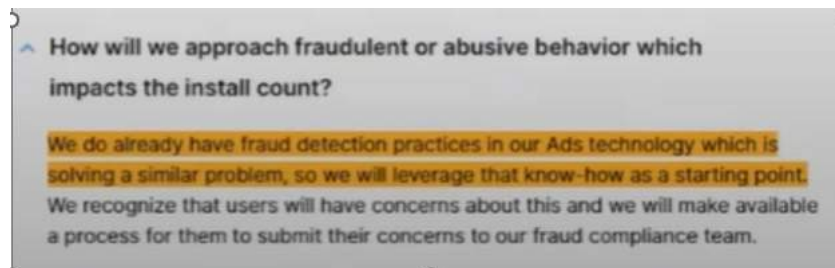
笔者翻了一下目前 Unity 在公开文件中的表述，发现他尚未披露数据模型的实现原理。在此情况下，若在未经终端游戏用户同意的情况下获得了设备唯一识别码，无论是 unity 直接收集，还是要求游戏厂商分享给它，都可能会有违反各国数据保护法的嫌疑（包括 GDPR、中国个保法等）。与此同时，游戏的运营厂商作为被终端用户所知晓的数据控制者，若没有或无法对这次收集或者分享行为进行合理化的目的解释和合法性基础阐释，那游戏厂商们也会面临法律风险，这也是部分开发商要求 Unity 公开他的数据模型的理由。

除了数据合规风险外，这种数据模型的另一大问题在于如何论证数据的准确性、防止恶意下载。

目前的数据模型依然是个“黑盒”，Unity 除了自身承诺外无法证明他们数据的可靠性。

而安装量准确与否，决定权在 Unity 手里，开发者无法核对，也无法阻止竞争对手恶意刷安装量（云手机\模拟器\群控等手段。）

基于此，若后续双方对于下载量产生分歧，开发者理应在新的协议中要求以自身后台数据、或是第三方审计结果为准。同时，这一点是否能在技术上实现，也有待专业技术人员解答。



（图为 Unity 官方的回复）

三、Unity 这一行为是否涉嫌不正当竞争

A: 较难证明。

这点从最近躺赢的 unity 竞品如虚幻引擎（UE5）、COCOS 等就能看出。目前各国对于互联网领域市场支配地位的认定一直比较谨慎。在海外经常被反垄断诉讼的大都是苹果、谷歌、微软这样企业（甚至都鲜有胜诉判决），Unity 作为一个开发工具，即使拥有非常高的市

占率，但是却很难说他们具有市场支配力。

笔者后记：

电子游戏和传统业务不同，并非那种一手交钱一手交货的单纯的 B2C 交易模式，而是大量存在着 free to play 的业务模式，以及部分类似于 X-Box 那种包月的模式。

但我们可以看到这次的调价却没有对各种类型的游戏进行区分，无差别的采取安装收费【CPI】的模式，作为陪伴着游戏开发者们多年的 Unity，仿佛以一种没有考虑到复杂的业务模式的高傲姿态进行调价时，无疑是雪上加霜。

以一个场景举例：开发者出于对 Unity 的信任，使用他们的引擎制作游戏已经长达几年的时间，已经进入到了最终上线前的准备阶段，面对这突如其来的变动，那些缺乏开发能力的中小开发者（大量存在于 Unity）社区中，似乎只能选择在新政执行后向 Unity 公司付款。那对于那些原本没有将引擎成本纳入开发成本的公司来说，无疑会对他们的商业模式造成巨大影响（例如大 DAU 的产品、依靠广告变现类的产品等），这种影响在买量成本越来越贵的今天，无疑就得更“令人奔溃”。这也就不难理解为何 Unity 此举为何会引发这波如此之大的舆情。

在 Unity 岌岌可危的财务状况下，Unity 这件事本身无可厚非，也是大势所趋。笔者大胆猜测一下，这场纠纷最终可能以 Unity 降低价格，更多维的考虑到开发者们不同业务模式进行多重模式的收费而告终。我相信如果 Unity 愿意多一些沟通，多一些体谅，开发者们也并非对于收费完全不可接受，他们不可接受的，可能是这种一刀切的收费策略、含糊不清的测算标准、毫无征兆的突然调整。Unity 这一波操作，无疑给后续想要调整收费模式的公司上了生动的一课。

同时，作为一名法律从业者，也再一次印证了在分析某一问题时，也不能只顾法律合规上的风险，舆情也是要充分考虑在内的，对于商业模式、产品、行业、政策的综合思维也显得尤为重要。

（本文首发于 2023 年 9 月 25 日）

从麒麟芯看半导体行业的知识产权布局

周文洁

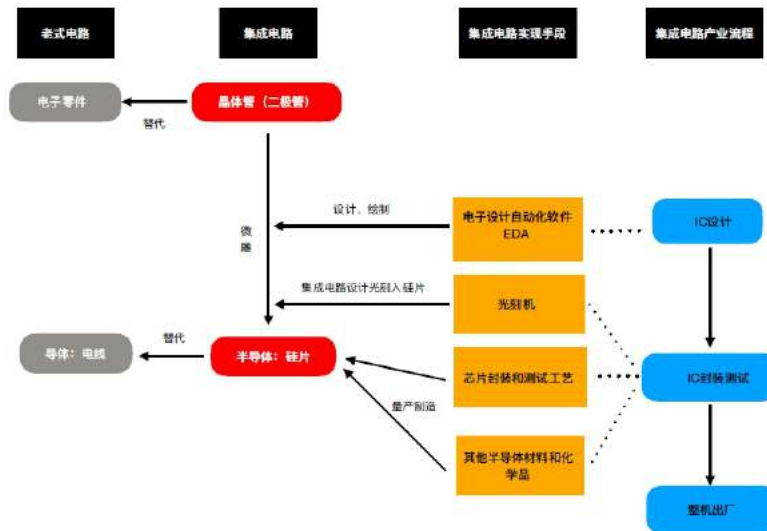
9月25日下午，华为再次推出了遥遥领先的新产品，这一系列操作，源于八月底最炸裂的开局，就是搭载纯国产的麒麟芯片的MATE 60横空出世，绕过美国的制裁，三年磨一剑，以自主研发和自主技术实现“芯片自由”。通过专利检索结果可以推测，华为自制裁以后很快开始布局芯片相关专利的布局和应用。本文以麒麟芯的技术突破为例，提供半导体行业知识产权保护的战略思路。

一、从集成电路的技术发展过程分析知识产权布局思路

老式的电路到集成电路，电子产品的进化秉承“从大到小”、“从繁到简”的原则。老式电子产品电路连接方式纷繁复杂，再加上体积巨大的电子元件，除了无法缩小体积以外，也无法实现复杂的功能。自从发现了“硅”这种半导体物质，传导介质被取代，电线变成了一块小小的铁片，铁片上镶嵌的晶体管替代了过去的电子零件。就如同中学语文课学过的《核舟记》，在小小的核桃上微雕了惟妙惟肖的人物、物件、场景。同样的，集成电路是晶体管“微雕”入硅片的产品。这一行业的技术发展趋势带来的影响是硅片越来越小，而单位面积上的晶体管数量却越来越多，实现的效能越来越多样化和复杂化。

英特尔（Intel）创始人之一戈登·摩尔曾提出：当价格不变时，集成电路上可容纳的晶体管数目，约每隔18-24个月便会增加一倍，性能也将提升一倍。摩尔定律也为半导体行业的发展提供了指引和方向，也为半导体行业的知识产权布局的几个方向提供了基本指引：硅片面积缩小、晶体管数量增加、晶体管效能提升，以及在实现前述目标过程中应用到的工艺方法和相关设备。

由于晶体管数量变多、硅片面积变小，人工电路版图已经有相当的难度了，因此自动版图软件（EDA）成为设计主力，也就是类似于如何设计并实现把人物、场景“微雕”到桃核上的过程和布局方式。这种设计方案形成模版，复刻到每一个硅片上，为了后续实现芯片量产。另外，由于“摩尔定律”的驱使，芯片封装和测试工艺也在逐步升级，除了使用光刻机用以“复刻”设计好的模版到每块硅片上以外，还需要特殊的半导体材质和化学品保证芯片上每个晶体的性能和彼此间的传导足以高效。



在半导体行业，产品线前端的“设计”是传统的知识产权布局最密集的领域，产品线中后端的“封装测试”侧重于个别突破性技术的研发和保护。下文将分别对两个阶段的知识产权布局提供初步的思路指引。

二、IC 设计阶段知识产权布局：集成电路布图+专利+商业秘密

半导体产业链中，设计模块专利许可占比最高（1.74%），领先第二位的设备模块超三倍，材料、设备的专利许可行为排在第二（0.51%、0.46%），封测、制造模块的专利许可行为占比最低。从半导体行业中国专利诉讼占比情况来看，设计模块专利诉讼占比最高（0.33%），远超其他模块，其他模块专利诉讼发生频率相对较低。¹

（一）集成电路布图设计权+商业秘密

在设计环节，对 EDA 软件的争夺是一场生死决战。对于设计成果形成的集成电路布图，传统知识产权领域采纳“集成电路布图设计专有权”予以保护，但仍然会对设计中挖掘的技术方案进行发明专利的加固保护，并对不适合申请专利的技术秘密进行保密保护。

1、集成电路布图设计专有权保护要点之一：接近著作权的保护规则

布图设计专有权保护的是集成电路中元件和线路的三维配置。在体现布图设计的功能层次上不含有元件和线路的三维配置的，不给予保护；在这个层次之下，独创性的体现逐步增强，对元件分配、布置，各元部件间的互联，信息流向关系，组合效果等可以给予保护。²

集成电路布图专有权是一项接近“著作权”保护制度的权利。电路设计者被赋予了类似美术作品的“作者”的权利。相应的，集成电路布图也当然的适用著作权之独创性保护原则。独创性是针对“表达”的独创，体现了作者对于作品表达所赋予的“劳动力、技能、判断”，集成电路中的表达即为：对元件分配、布置，各元部件间的互联，信息流向关系，组合效果。而

¹ 九林，刀光剑影的半导体专利之战，半导体产业纵横微信公众号

² （2019）最高法知民终 490 号案件判决书

这种电路设计的具体的走向和背后依托的技术原理即使相同，也不能阻碍设计者因“个别的”、“与众不同”的走向或电路安排而获取设计权。

2、集成电路布图设计专有权保护要点之二：区分著作权的保护规则

除了著作权法规则中的“独创性”以外，集成电路布图设计权额外凸显了“不是公认的常规设计”这一特殊要求。根据《集成电路布图设计保护条例》第四条的规定，受保护的布图设计应当具有独创性，即该布图设计是创作者自己的智力劳动成果，并且在其创作时该布图设计创作者和集成电路制造者中不是公认的常规设计³。“不是公认的常规设计”的标准接近专利法下的判断“外观设计”的可授权性的标准，即：必须排除完全相同的现有设计才能获得保护。

目前对于集成电路布图设计权登记的审查方式接近于著作权登记的形式审查。即使提出了“不是公认的常规设计”的确权标准，但这一审查标准相对于外观专利中是否存在现有技术的审查标准相比，限制更少且要求更低。

3、集成电路布图设计专有权保护要点之三：以商业秘密补强保护

不同于专利法对发明创造采取公开换保护的制度设计，条例对布图设计的保护并不以权利人公开布图设计为条件……本细则第十四条所述的电子版本的复制件或者图样，除侵权诉讼或者行政处理程序需要外，任何人不得查阅或者复制”；第十五条规定“布图设计在申请日之前没有投入商业利用的，该布图设计登记申请可以有保密信息，其比例最多不得超过该集成电路布图设计总面积的 50%。含有保密信息的图层的复制件或者图样页码编号及总页数应当与布图设计登记申请表中所填写的一致。布图设计登记申请有保密信息的，含有该保密信息的图层的复制件或者图样纸件应当置于在另一个保密文档袋中提交。除侵权诉讼或者行政处理程序需要外，任何人不得查阅或者复制该保密信息”……登记公告后，公众可以请求查阅的是纸件，对于已经投入商业利用的布图设计纸件中涉及的保密信息，除侵权诉讼或行政处理程序的需要，不得查阅或复制；对于电子版本，同样除侵权诉讼或行政处理程序需要外，任何人不得查阅或复制。从上述规定内容可以看出，无论在登记过程中还是登记公告后，对含有布图设计全部信息的电子版本和已投入商业利用的布图设计纸件中的保密信息均没有对公众无条件全部公开的要求。（出处：（2019）最高法知民终 490 号案件在判决书，同上）

一张登记证并不能当然换取对集成电路布图的全权保护，而只是侵权之诉中举证的第一步——权利基础存在的证明。也正因为不公开审查，登记不等于形成法律壁垒自动保护，权利人仍然只能对相关信息以商业秘密的形式进行补强保护。

（二）发明专利+商业秘密

根据“麒麟芯”发布的产品信息，新手机搭载的芯片已经达到了 7nm 的技术标准。外界对于实现 7nm 技术的猜测主要来源于两种可能性：

猜测一：通过 2 张芯片堆叠实现 7nm 的效能

³ 同上

已经有用户拆解机器以后发现纯国产双层麒麟芯，华为放弃了受制裁的“高通骁龙”芯片，外界猜测华为是通过堆叠两张 14nm 的芯片实现 7nm 的效能。这种猜测似乎也能通过华为名下的专利“芯片堆叠结构及其形成方法、芯片封装结构、电子设备（CN116504752A）”窥知一二，在本专利的申请文本中披露的信息包括：通常通过将每个芯片堆叠在彼此的顶部上并且通过堆叠键合工艺使它们互连或对它们进行布线，从而进一步满足芯片堆叠结构高集成度、小尺寸和优异性能的需求。

但是两张芯片并不意味着使用到堆叠技术，而且华为也对堆叠实现 7nm 技术标准予以否认，目前也仍然无法从拆解的过程中证实堆叠实现 7nm 的连接方式和可能的制作工艺。

猜测二：国产 7nm 芯片

经拆解，麒麟芯的晶体管密度已经接近台积电的第一代 7 纳米工艺水平。受制裁的台积电已经达到 7 nm 的量产水平，但外界推测同样的效能中芯国际等供应商的产品也基本能够实现。因此可以推测麒麟芯仍然是基于接近 7nm 的制作工艺，但通过其他设计、光刻、封装等手段实现接近台积电 7nm 水准的产品。但目前即使通过拆解手机，也无法发现到底是通过设计还是通过封装手段实现 7nm 的效果，华为也并没有对这个问题做出回应。而这部分无法通过反向工程轻易发现的领先技术无疑作为商业秘密保护更加有效。

三、IC 封装测试阶段知识产权布局：专利+商业秘密

基于上文中的猜测二，可以进一步推断“麒麟芯”和华为的研发重点并不是芯片“堆叠技术”而是自主研发更小的国产芯片，实现 7nm，甚至更小芯片的效能，并投入量产。本着这一技术主题，笔者初步检索了华为名下的相关专利，可以发现多件专利已经布局到位。

（一）从专利申请探索华为在芯片封测环节的研发方向

1、晶体管的制备方法和晶体管（CN116266536A）——生产更小的晶体管、更小的基板

本专利是提供一种晶体管的制备方法，主要“针对 High-K Metal Gate 工艺进行改进，具有简化的工艺步骤，可有效缩短生产周期，降低成本”。

从理论来说，这样可以降低整体的生产难度，提升不少良率，进而大幅降低成本，华为的初步预估是每片晶圆至少可以节省 20 美金。⁴

2、一种集成电路及其制作方法、场效应晶体管（CN116636017A）——实现更多样化、更复杂的晶体管效能

本专利提供了使不同类型的场效应晶体管集成到一个集成电路中的方法，并能让场效应晶体管发挥最优效能。比如，如果“集成电路中的场效应晶体管包括 GAAFET 和 FinFET，由于现有技术在制作时需要分别单独制作 FinFET 的沟道区的半导体层和 GAAFET 的沟道区的半导体层，从而导致集成电路的制作过程比较复杂，提高了生产成本。”本专利的方法将简化不同类型场效应晶体管的制作过程，降低生产成本。

华为的做法相当于，在一个集成电路中，根据需求来设计 FinFET 和 GAAFET 或 Forksheet FET，比如输入输出电路、模拟信号处理电路用 FinFET，逻辑电路用 GAAFET

⁴ 托尼，《我们翻到了几个华为的芯片专利，属实有点意思》，差评微信公众号

或 Forksheet FET，存储电路可以任意选择一种。这样一来，就可以最大程度地发挥不同晶体管结构的性能。⁵

3、反射镜、光刻装置及其控制方法（CN202110524685.X）——自主实现半导体行业最稀缺的技术手段

光刻技术是将设计好的晶体管“微雕”到基板上的过程。光刻机及其技术在半导体行业就像皇冠上的宝石，能够制造光刻机的企业极少，目前顶尖的光刻机制造商是荷兰的 ASML。该公司也曾表示，即使将光刻机图纸完全公开指出，其他厂商也无法制造出一台性能相同的光刻机，因此过往半导体行业对 ASML 极度依赖。而华为目前披露的专利中竟然也包含了绝大多数企业不敢涉及的光刻技术。

“随着半导体工艺向 7nm 及以下节点的推进，极紫外(extreme ultraviolet, EUV)光刻成为首选的光刻技术……本申请提供一种反射镜、光刻装置及其控制方法，能够解决相干光因形成固定的干涉图样而无法匀光的问题。一种光刻装置，该光刻装置通过不断改变相干光形成的干涉图样，使得照明视场在曝光时间内的累积光强均匀化，从而达到匀光的目的，进而也就解决了相关技术中因相干光形成固定的干涉图样而无法匀光的问题。”

虽然本专利并未涉及核心的光刻工艺和设备，真正的核心光刻技术和设备自然更适合以商业秘密保护。但华为在光刻技术上的专利布局看得出华为对于半导体行业想要“一览众山小”的野心和实力，因此外界猜测的麒麟芯是来自华为松山湖工厂的自产芯片的消息也并非空穴来风。

（二）匹配技术研发成果的知识产权战略布局

企业的研发方向和技术主题必然能从专利申请中找到线索，但申请的专利中披露的技术方案不一定是权利人的研发成果的真实体现。此外，实验室中研发的芯片包含的技术方案不一定能应用到量产。专利中的技术方案往往具备一定的前瞻性和片面性。在研发成果布局时往往不会在专利申请中披露核心技术。因此，半导体产业，围绕着核心的、无法反向工程而被轻易发现的设计工艺、制备工艺，往往采用商业秘密进行保护，而将容易复制、技术门槛低、容易被反向工程发现的技术方案应当通过专利筑起更高保护壁垒。

（本文首发于 2023 年 9 月 26 日）

⁵ 同上

话题聚焦

论“AI 孙燕姿”的诞生——生成式人工智能中的知识产权

周文洁

引言

“AI 孙燕姿”突然成为爆款仿佛打开了新娱乐的大门，孙燕姿味儿的唱腔可以客串到周杰伦的歌曲中，让听众体会一把口齿清晰的听觉享受，也可以串门到陶喆歌曲中走一波 R&B 风格，也不排除可以到各大广场舞神曲中串一把味。年初的时候，网友们已经着实被 ChatGPT 吓了一跳，感叹人工智能的发展已经到了可以立即取代人的地步。这一波“AI 孙燕姿”似乎又为人工智能挽回些许好感，好像它也能造福我们的世界，让娱乐变得更加简单和廉价。其实这两波人工智能带来的热潮都只是深度人工智能世界的开端，两者的底层技术具有高度相同之处，因此而产生的法律问题也有高度重叠性。

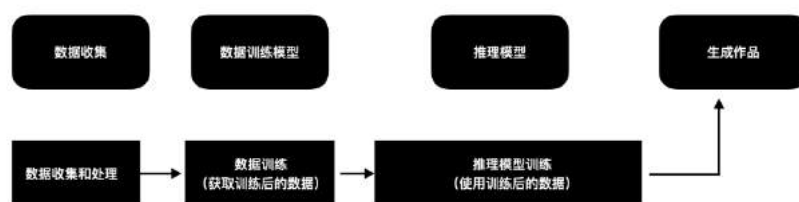
2023 年 5 月 20 日发布的《生成式人工智能服务管理办法（征求意见稿）》已经对包括 ChatGPT 和“AI 孙燕姿”在内的生成式人工智能产品研发者、利用生成式人工智能产品提供服务者的行为进行约束，立法已经覆盖生成作品的所有阶段，所有的技术使用主体都应当对创作素材的应用和生成产品的过程进行合规。本文着眼于探讨人工智能产品及其生成过程在知识产权上的潜在法律风险。

一、“AI 孙燕姿”的作品生成方式

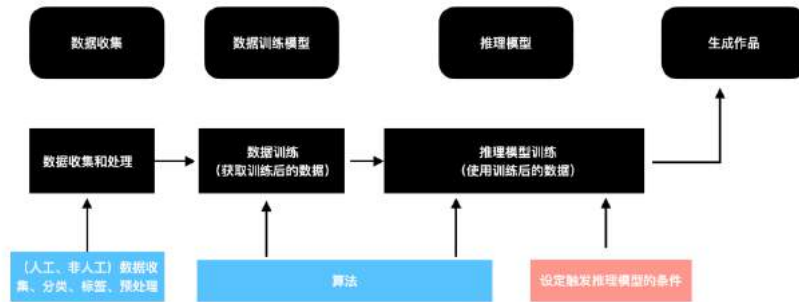
各大音乐平台上的爆款“AI 孙燕姿”音乐作品由孙燕姿的声线“合成”了其他歌手演唱的歌曲，带来“旧瓶装旧酒”的新体验。不少听众听的上头以后一直催更 up 主，甚至点歌指定歌手和歌曲。有不少技术大佬也提供了实现“AI 孙燕姿”演唱不同作品的制作方法，甚至提供数据和素材，供广大催更群众“自给自足”、“自娱自乐”。从技术背景上看，“AI 孙燕姿”新作品的实现需要用到：1) 孙燕姿的声线；2) 原歌曲的人声；3) 原歌曲的背景音乐，三种素材。而实现作品的方式，其实也非常简单，无非是：1) 制作孙燕姿的 AI 人声；2) 替换原唱的人声；3) 合成作品。

（一）ChatGPT 与“AI 孙燕姿”作品生成方式的相似性

“AI 孙燕姿”和 ChatGPT 生成作品过程的技术底层逻辑有相似之处，都是对现有数据的收集（收集孙燕姿的作品，并提取人声的干声、切割，作为训练素材备用），再进行数据训练（使用干声素材进行演唱训练），再进行推理模型训练（将其他歌手的歌曲中的人声部分提取出来以后，替换成前一步训练后的干声），最后生成“孙燕姿”味儿的任何作品。也就是通过以下三个模块实现生成作品：

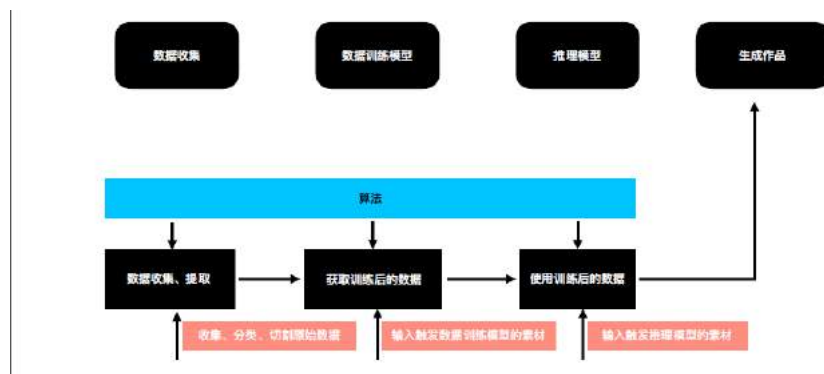


而 ChatGPT 生成作品对于客户端来说操作更加简单，因为训练过程都由 ChatGPT 产品的研发公司主导，完成了从最早的数据处理、收集到数据训练，再到推理模型训练的全部流程，因此用户只需要输入简单的关键词作为触发作品生成的条件即可获取作品（生成过程如下图所示）：



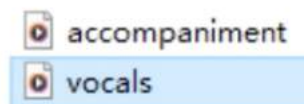
（二）“AI 孙燕姿”作品生成的技术路径（与 ChatGPT 的不同之处）

创作出“AI 孙燕姿”的作品使用到的创作软件包含两个步骤，第一步是“训练”模型，第二步是“推理”模型。第一个步骤必须满足收集原始数据这一前提条件（即：孙燕姿真人演唱中的声音素材），再使用收集的数据进行“炼丹”，训练出接近孙燕姿的声线模型。然后进入第二个步骤，使用第一个步骤中训练获得的可识别音色模型对另一作品中的原声声线进行替换。经合成后形成最后的生成作品。笔者在下文中将使用到的图片和说明都是来自于 b 站某技术大佬的科普视频，用以说明人工智能作品生成的过程¹。生成过程概览如下图所示：



1、数据收集

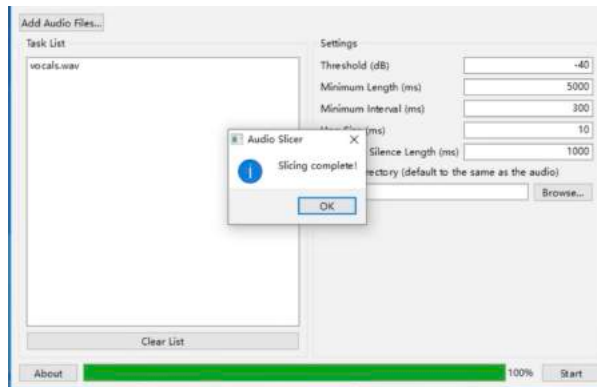
A. 收集孙燕姿演唱的歌曲中带伴奏的原声，分割伴奏和原声，提取人声（干声）



¹AI 干货老铁，AI 孙燕姿怎么做-制作教程，

https://www.bilibili.com/video/BV1hs4y137dQ/?spm_id_from=333.1007.top_right_bar_window_default_collection.content.click&vd_source=f448f76288dce334fa0284a769fbab54

B. 将干声进行切割，一般切割成不超过 10 秒的小块



C. “Vocals”文件将被分割成若干个小的干声文件（为后续干声训练模型使用）

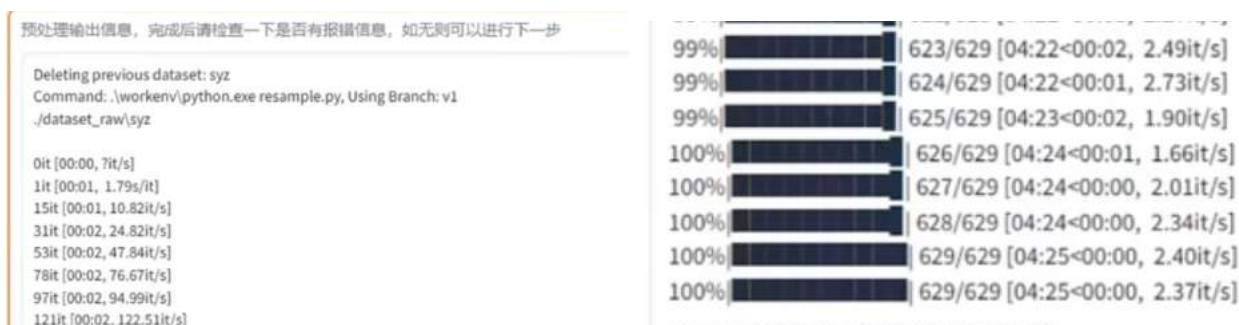
名称	大小
yanzi	
accompaniment	103,360 KB
vocals	103,360 KB
vocals_0	4,488 KB
vocals_1	7,279 KB
vocals_2	1,504 KB
vocals_3	1,053 KB
vocals_4	1,603 KB

2、数据训练模型

A. 准备数据集：使用一款具有训练创作功能的软件整合包，下载以后将上一步中切割好的音频素材的文件夹拖入整合包中的数据文件夹中。启动整合包后，下图中的数据集可以自动被识别出来。再选择“v1”作为训练输出分支。点击“数据预处理”。



B. 识别数据集：这一过程是将原始数据变成后续“训练模型”和“推理模型”可以识别的张量数据。待进度条加载到 100%，预处理完成。



C. 设置参数，写入配置文件：点击“写入文件”选定待训练模型（选定已经经过预处理、待训练的声音模型）



注意：

- 1) 训练过程中，设置每隔 200 步生成一次评估日志；
- 2) 训练过程中，设置每隔 800 步保存一个模型（如果没到 800 步，无法生成一个模型！）；
- 3) 训练过程中，按照硬盘容量设置保存的模型数量，一个模型占有 1G 的空间（自动保存满 10 个模型后，超出的模型将被删除，因此不会占用过多硬盘空间）；
- 4) 批量大小的数据，按照显卡配置进行设置，设置成小于显卡内存的数字（例如：12G 内存可以设置成 6，如果内存只有 4G 就别玩这个了！）。

3、模型推理（使用“数据训练模型”训练后获取的模型）

A. 选定训练后的模型（音色），加载模型。提前收集待替换的歌曲，并按照第 1 步的方法分离伴奏和干声，将干声拖入“单个音频上传”

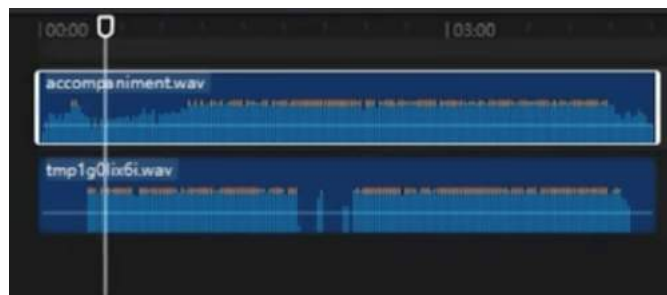


B. 音频转换：点击“音频转换”，将训练后的音色替换原歌手的干声音轨



4、生成作品

打开视频/音频编辑软件，分别将待替换歌曲的伴奏，以及上一步经过训练的音色模型进行合并，得到最终的生成作品（暂不考虑移调和修音等音乐技术处理）。

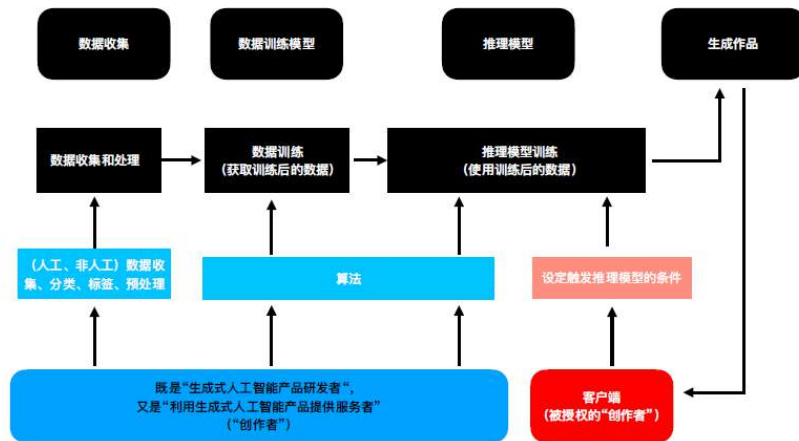


二、“AI 孙燕姿”生成作品的独创性

纵观整个作品生成过程，相比之前的 ChatGPT 几乎“全自动”式的生成作品方式，“AI 孙燕姿”的作品需要创作者更多的能动性。从直观上看，创作过程更加复杂了，而 ChatGPT 只需要简单输入几个关键词即可生成成长篇的文字作品。

（一）类比 ChatGPT 生成作品的独创性

笔者在之前的文章中已经对 ChatGPT 的生成环节进行分析，而 ChatGPT 生成作品的创作者也在对应创作环节给予独创性的“贡献”，如下图所示：

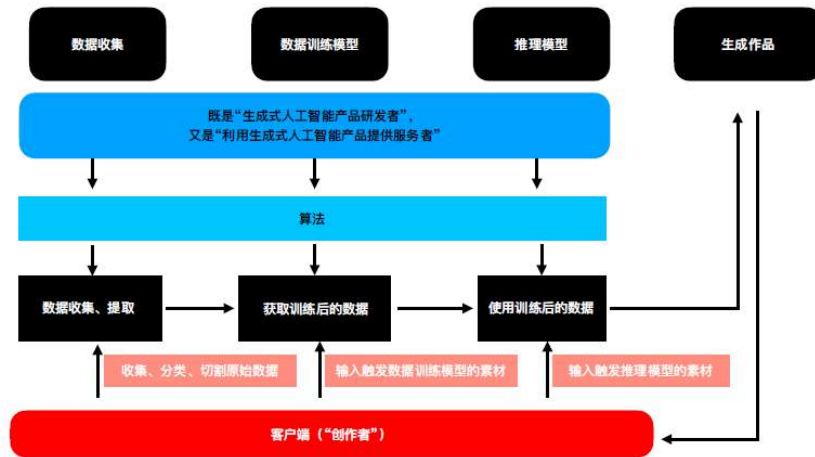


按照笔者在《人的智能 VS 人工智能，ChatGPT 生成作品的著作权如何归属》一文提出，对独创性的认定逻辑，应当采用英国法下的“劳动力、技能、判断”为标准，评价哪些主体对于最后的生成作品给予足够的“独创性”贡献，这些贡献除了让作品本身满足著作权法意义下“作品”之外，还使得“贡献者”得以获取“作者”的身份。回顾 ChatGPT 生成逻辑，也正因为客户端输入的内容对原创性要求较低，且贡献较少，不满足“最低限度”的贡献。所以笔者认为 ChatGPT 生成作品的著作权应当归属于 ChatGPT 产品的研发公司工作，作为法人作品保护，只不过实践中类似产品开发者往往会在使用条款中把产生的作品的著作权自动授权给用户。

（二）“AI 孙燕姿”生成作品的独创性（与 ChatGPT 的不同之处）

相比之下，从“AI 孙燕姿”生成作品的创作过程来看，创作者经过“判断”选择了某一个歌手的声线，并进行模型训练，全程监督训练步骤付出了一定的“劳动力”，并“判断”最适合的模型（“loss”值最低的模型）用于作品生成。上述创作者对作品的“贡献”已经足以满足“最低限度”的“独创性”。且，不同的模型训练者选取不同的素材，设定不同的参数，经历不同的时长进行训练，必然也会产生出和其他训练者相比具有“独创性”的个性化训练模型。

同时，创作过程中，“训练者”使用到多款软件的辅助：提取人声、切割原始数据的软件；同时具备训练模型和推理模型的创作软件；音频视频制作软件。特别是训练出孙燕姿音色模型的创作软件，确实对最后的作品给予一定的贡献，但最后作品中凝结的独创性，来自于创作者筛选和投喂给软件的素材，软件在这一过程中仅仅起到“工具”的作用。



从著作权法角度来看，生成作品应当被认为是“改编作品”，而生成作品中的素材即为原创作品。在厘清人工智能生成作品的过程和独创性的基础上，下文将继续探讨，“AI 孙燕姿”类的人工智能产品到底包含哪些知识产权，以及归属于哪些权利人。

三、“AI 孙燕姿”生成作品中的知识产权和归属

对于满足了“独创性”的作品，应当如何区分权利性质和权利人身份，仍然需要回顾创作路径，识别创作路径中的素材才能进行分析：

- 素材收集：“孙燕姿”演唱的作品中的干声；
- 数据训练模型：经过训练后的“AI 孙燕姿”的干声；
- 模型推理：其他歌手演唱的作品，并切割成干声和伴奏两个音轨，以“AI 孙燕姿”的干声替换其他歌手的干声；
- 生成作品：合并了“AI 孙燕姿”的干声和其他歌曲的伴奏两个音轨。

因此，需要分析生成作品中的两个音轨中分别包含哪些知识产权可保护的对象，即可成为权利定性和权利人归属认定的关键。

1、著作权

其他歌手演唱的作品中的歌词（文字作品，原曲的词作者是权利人）、旋律（音乐作品，原曲的曲作者是权利人）都是著作权法意义上的作品。

2、邻接权（表演者权）——原歌手（被替换的原歌手的干声音轨）的演唱”

很多听众会认为，即然被替换成训练后的干声，那就根本就找不到原唱的表演，何来表演者权？这里需要引入一个关于“音色”在音乐学和物理学上的常识。音色是由基音及其波段（泛音）构成的，每位歌手音色的特征，都像标签一样有识别度，可以与歌手本人直接对应起来。比如想到孙燕姿的音色，大多数的听众都会有一种相似的感受，正是基于孙燕姿发声时的基音和泛音的特别组成方式，才使得她的音色明显区别于其他歌手。但除了本身的发声方式带来的声音效果之外，要完成音乐表演，演唱者仍然需要对乐句进行细化处理：呼吸的气口、断句的方式、每个乐句强弱的音乐走向、颤音的长度和幅度，每首歌的细化处理方式是每个歌手独有的。也需要歌手根据个人对歌曲的理解，结合音乐和歌词的意义，进行个性

化理解和处理。而在前文中提到的替换，只是单纯的“音色”替换，演唱方式仍然保留了原唱者在演唱时的细化处理。比如，早期的歌手惯用的演唱方式是大幅度的颤音，并且早期的歌曲也较多长线条（长音）的旋律，一旦替换成“AI 孙燕姿”的干声，听觉效果上，虽然有接近孙燕姿的音色（基音+泛音），但却仍然保留了早期歌手那种标志性的大幅度颤音。而原唱歌手的乐句处理方式也一并被保留下来。读者也可以作如下验证：自己演唱一首歌曲以后，将训练后的孙燕姿音色模型替换成自己演唱的音轨，最后的人声中必然会同时感受到自己的演唱方式和孙燕姿音色。

由此可见，原歌手的表演（细化处理等演唱方式）仍然在人工智能生成作品中可以找到。“AI 孙燕姿”并不是孙燕姿在唱，而是人工智能让“AI 孙燕姿”和原歌手一起唱，因此原歌手仍然享有表演者权。

特别注意：原歌手的演唱能被直接识别出因而享有表演者权，但孙燕姿本人有没有表演者权？答案是否定的。“AI 孙燕姿”的干声是通过孙燕姿原声的干声进行训练而得到，根据前文的“训练模型”过程也可以看出，由算法主导进行声音训练时，存在一个训练结果参数“loss”值，数值越小越接近原声，但正常情况下，是不可能训练出“0”数值的模型。因此，“AI 孙燕姿”的干声在技术上和法律上都不可能等同于孙燕姿的干声，并不是孙燕姿本人在演唱，孙燕姿本人在生成作品中并不具有表演者身份。

3、反不正当竞争法下的混淆行为

（1）擅自使用有一定影响的姓名（《反不正当竞争法》第六条第（二）项）

大量视频、音频网站上的“AI 孙燕姿”作品的高流量，建立在原作者和原演唱者、孙燕姿本人的高知名度的基础上。由“AI 孙燕姿”演唱周杰伦的歌曲，更多给听众带来“双厨狂喜”的欣赏体验。歌曲演唱者和标题中“孙燕姿”三个字的知名度已经足够让听众点开音频、下载音频，直接创造流量和经济利益。同时，知名度毫不逊色的“周杰伦”，或者“方文山”也会让听众愿意为这种“新”的作品而买单。“AI 孙燕姿”作品在流通过程中同时负载着这些有相当影响力的人名，引人误解和混淆。

（2）孙燕姿的音色：其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为（《反不正当竞争法》第六条第（四）项、《民法典》第一千零一十七条）

孙燕姿本人的音色，极具辨识度。如果经过训练后的音色模型可以非常接近本人的声音，替换后的“翻唱作品”可以与其孙燕姿本人的演唱紧密连接起来，听众已经可以把“AI 孙燕姿”的作品当作孙燕姿“翻唱”其他作品的平替，低“loss”值的训练模型的听觉效果几乎可以以假乱真，引起混淆的后果。

4、人格权

上文《反不正当竞争法》下的混淆行为，是因为被混淆的对象本身具有知名度而应当受到保护。如果失去“知名”这一前提的条件，光训练出的音色本身能否成为《民法典》中的保护对象？即：孙燕姿本人能否主张出现在“AI 孙燕姿”中的音色模型侵犯自己的“声音”权利。

由于在“模型训练”中，几乎不可能存在“loss”为 0 的训练模型使用在作品中，所以训练出的音色并不代表本人真实的音色，无法成为《民法典》下人格权的保护对象。但是，未经本人许可，使用其原声进行音色模型训练的行为确实有侵犯人格权之嫌，这个问题需要以数据合规的路径加以规制，不属于知识产权合规范畴，本文不作展开。

结语

生成式人工智能产品的特点是，同时包含“人”的贡献、由人研发出的“人工智能”的贡献。因此结合了“人”和“人工智能”的产品并不是“无人”产品，而包含了多作者多作品的“多人”产品。多作品，往往带来多种权利的重叠，那么“在后”的作品必定要让位于“在先”作品。本文从技术角度解释人工智能作品在生成过程中，包含的多种权利，但本文只解决了权利性质和归属的问题，即：“原告”立场的思考，包括：权利人是谁？依什么权利基础提起诉讼？本文并没有对“被告”的抗辩立场展开，相关问题留给读者继续思考。

（本文首发于 2023 年 7 月 4 日）

全球首部生成式人工智能法规落地，新产业如何应对新要求？

吴晴霞

引言：

随着人工智能（Artificial Intelligence，简称 AI）技术的迅猛发展和广泛应用，生成式人工智能（Generated Content AI，简称 AIGC）作为人工智能技术的重要领域之一，已经成为社会和经济发展的关键驱动力，随着技术的加速发展，生成式人工智能不断催生新场景、新业态、新模式和新市场，赋能千行百业。与此同时，其暴露出的安全风险也引发了各国监管部门的广泛关注，意大利、德国、法国、西班牙等多个国家的数据保护监管机构对 ChatGPT 表达担忧或发起调查。

国家网信办联合国家有关部门对于相关内容，也密集的发布了一系列的规定，例如：

《网络信息内容生态治理规定》于 2020 年 3 月 1 日起施行；

《互联网信息服务算法推荐管理规定》于 2022 年 3 月施行；

《互联网信息服务深度合成管理规定》于 2023 年 1 月施行；

国务院在《国务院 2023 年度国家立法工作计划》中也预备提请全国人大常委会审议《人工智能法》草案。

2023 年 7 月 13 日，国家网信办联合国家有关部门公布了《生成式人工智能服务管理暂行办法》（以下简称《办法》）。《办法》是我国促进生成式人工智能健康发展和规范应用的专门立法，界定了生成式人工智能技术的基本概念，规定了生成式人工智能服务提供者的制度要求，为生成式人工智能的健康发展指明了方向。

1. 原则及亮点：鼓励创新、适度监管、释放积极信号

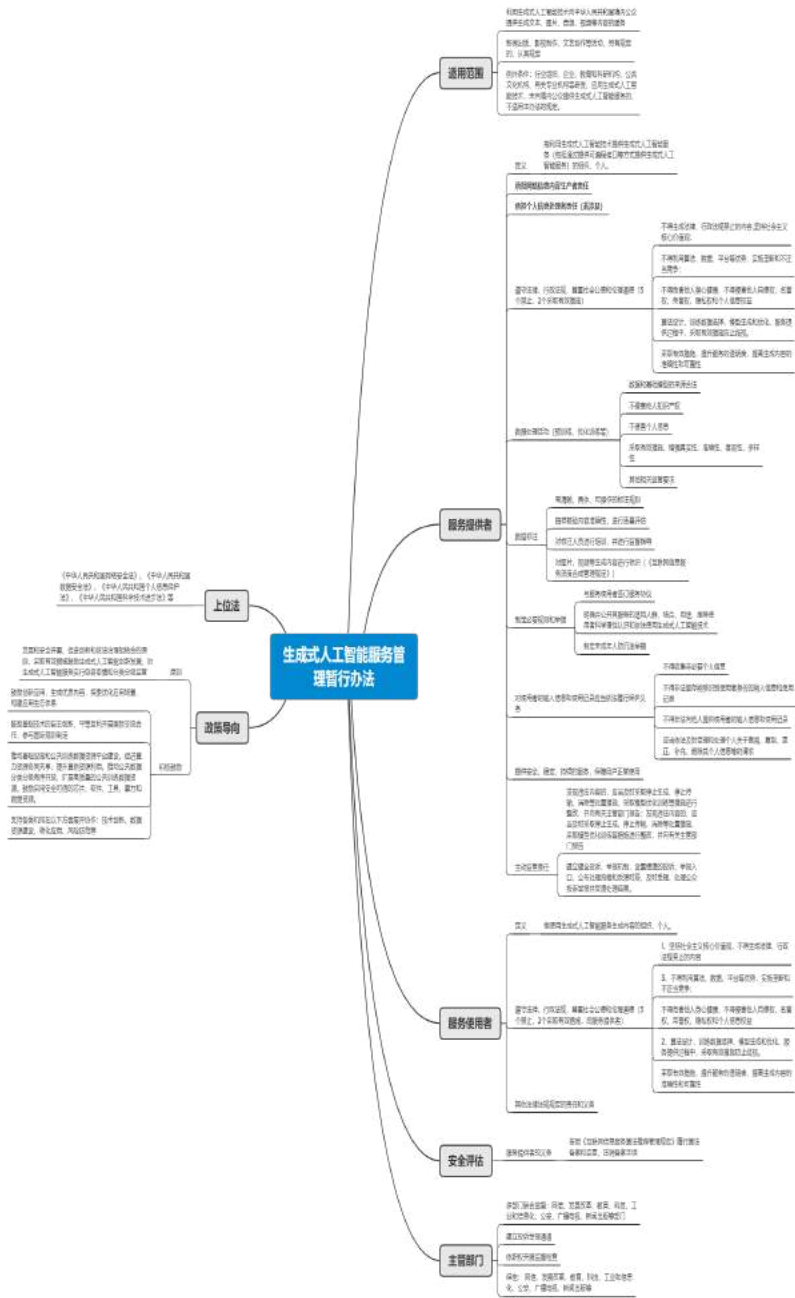
在笔者看来，本《办法》有许多的亮点。首先，在全文短短二十四条的规则内，多次使用了“鼓励”、“发展”、“促进”这种积极的词汇，在多条规定内都表达了鼓励创新（包含底层技术层到应用层，特别是自主创新）；鼓励协作共享；鼓励国际合作等内容，向市场展现了我国监管层面对于支持人工智能技术和应用发展决心。

除此之外，《办法》中还多次用到了“等”字，在多个条款中并未框定一个的范围，从政策上给技术发展和应用层发展留出了空间，也给未来执法带来了更多可解读的灵活性。

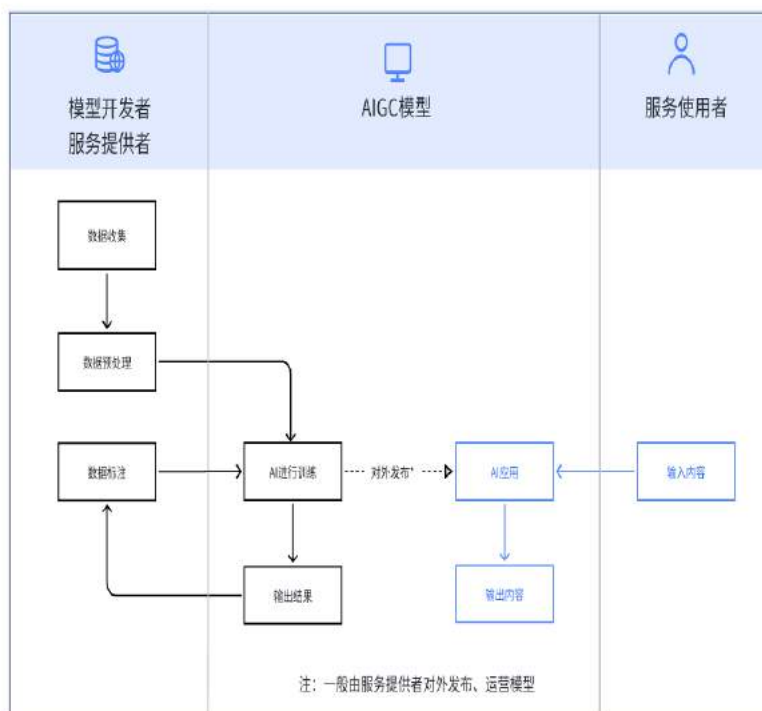
《办法》中还给出了分级分类管理的原则，倡导更为积极和精细化的管理原则。笔者分析，对于后续的立法动态来说，我国监管部门也可能采取类似于欧洲人工智能草案（尚未通过）管理模式，进行高低风险的分级，贴合产业和业务实质进行管理。

更为重要的是，对于人工智能所可能引发的安全风险、数据来源风险、产出内容风险等合规难点，《办法》也明确了权责，列明了服务提供者应当承担的主体责任，并提供了部分解决方案和思路。

笔者对《办法》归纳如下图，建议读者一键收藏这一“太长不看版法条汇总”。



为了更好的理解《办法》中所涉及到的主体之间的关系，下图简单的梳理了一下 AIGC 模型及应用的流程。



2. 适用范围

《办法》明确规定，利用生成式人工智能技术向中华人民共和国境内公众提供生成文本、图片、音频、视频等服务（以下称生成式人工智能服务），适用本办法。

因此，不论服务者公司经营地或是服务器是否位于中国境内，只要所生成的服务向中国境内的公众开放，就会落入《办法》的适用范围。例如 OpenAI 旗下的产品只要下中国境内的公众开放，一样会收到《办法》的监管。

除此之外，《办法》并为对于应用层是直接或是间接通过“封装”的形式提供服务（所以将 Chat gpt 接入自有产品向公众提供服务也不能规避风险哦），而是将判断标准落到了是否向公众提供服务这个维度。换言之，不论公司是以何种方式提供 AI 服务的，只要是以内部研发、内部自用为前提，并未向公众开放的，都暂不受《办法》的监管。

但值得注意的是，即使不受《办法》管辖，在内部适用是也要注意遵守其他法律法规的要求，遵守知识产权、网络安全、个人信息保护等相关规则。

3. 服务提供者的责任和义务

《办法》明确了服务提供者者的法律地位：网络信息内容生产者责任、个人信息处理者责任，并基于此强加一些义务，包括但不限于要求服务提供者开展必要举措保护知识产权、保护人格权、保护个人信息等第三方的合法权益，进行信息的内容向上向善管理，信息真实性、准确性管理，开展商业和市场秩序管理。

其中值得注意的是，本次《办法》对于服务提供者的责任和义务做了分级分类，分为了必须要遵守的禁止性要求和提供有效措施（并不对结果做要求）两个层面。

➤ 遵守的法律法规的禁止性要求

互联网不是法外之地，各监管机构对互联网，特别是互联网内容生产者，一直处于强监管、强关注的状态。这次在《办法》里列明的这些内容其实并非新的要求，而是融合了已经发布的法律法规进行再次的强调。

《办法》进一步表明了“技术中立”不能成为企业不对技术生成的内容承担责任的抗辩理由，要求进一步向“技术向上、技术向善”发展。而对于人工智能的“创造者”，也就是服务提供者来说，监管也认为其应该代表“机器”承担主体责任，应当受到所在地法律的管辖，遵守已有的法律法规。这一点，在这个节点几乎在全球都达到了共识，也在本管理办法中再次明确了这一点。

总结来说，对于内容有：

- 不得生成法律、行政法规禁止的内容,坚持社会主义核心价值观，不得生成煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度，危害国家安全和利益、损害国家形象，煽动分裂国家、破坏国家统一和社会稳定，宣扬恐怖主义、极端主义，宣扬民族仇恨、民族歧视，暴力、淫秽色情，以及虚假有害信息等；
- 不得利用算法、数据、平台等优势，实施垄断和不正当竞争；
- 不得危害他人身心健康，不得侵害他人肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权和个人信息权益；
- 不得收集非必要个人信息，不得非法留存能够识别使用者身份的输入信息和使用记录，不得非法向他人提供使用者的输入信息和使用记录。

➤ 提供有效措施的义务

主要明确了服务提供者需要额外采取的举措，这一点也是需要服务提供者需要特别注意的，企业应当尽快配合《办法》提出的要求，做好内部体系建设、治理和文件制定工作，具体规定如下：

- 规则上
 - 1) 制定防止歧视的措施；
 - 2) 提升服务透明度，制定提高内容准确性和可靠性的措施；
 - 3) 数据标注--制定并公示清晰的标注规则，人员培训和监督规则，定期的数据标注质量评估报告；
 - 4) 与注册的使用者签订服务协议；（这里特别提到了注册用户，实务上监管可能会提出未注册的游客不得使用服务的要求）
 - 5) 正确适用的引导性规则，明确并公开其服务的适用人群、场合、用途，指导使用者科学理性认识和依法使用生成式人工智能技术；
 - 6) 制定未成年防沉迷举措；
 - 7) 制定投诉、举报机制，并设立便捷入口。
- 技术上：
 - 1) 保证服务的安全、稳定、持续；
 - 2) 要有发现违法内容的能力，并能够采取措施进行整改；
 - 3) 要有优化内容质量，提高准确性和可靠性的能力。

➤ 前置性要求

与征求意见稿不同的是，《办法》并未一刀切的要求所有服务提供者都进行备案。但是根据第 17 条的规定，并结合《互联网信息服务算法推荐管理规定》《具有舆论属性或社会动员能力的互联网信息服务安全评估规定》《互联网信息服务深度合成管理规定》，**提供具有舆论属性或者社会动员能力的生成式人工智能服务的，应当开展安全评估，履行算法备案手续。**

4. 服务使用者的责任和义务

虽然管理办法中没有赘述，但根据《办法》第 4 条的规定，服务使用者也不能以使用

的是 AI 生成的内容、或是“不知情”为由来逃避法律法规的监管。

例如，服务使用者转载基于深度合成服务制作发布的新闻信息的，应当依法转载互联网新闻信息稿源单位发布的新闻信息。

结语

如何在技术创新与公共利益之间、在发展与安全之间取得平衡，是生成式人工智能等新技术、新应用向全人类提出的时代性挑战。《办法》作为全球范围内首部专门针对生成式人工智能的立法，迈出了第一步，各国立法也在紧锣密鼓的推进中。巧合的是，在《办法》颁布的同一天，就有消息称美国联邦贸易委员会（FTC）已对 OpenAI 公司展开全面调查，理由是该公司涉嫌违反消费者保护法，将个人名誉和数据置于危险之中。作为企业来说，在发展的同时，也应当同时关注全球立法、执法动态，做好合规的前瞻性布局，才能以更小的成本，更好地应对动态的监管环境。

（本文首发于 2023 年 7 月 17 日）

AI 写真挑战的不仅是传统摄影业，还有用户的信息安全

本文根据吴晴霞律师接受南方都市报采访整理而成

引言：

2023 年虽然还有 5 个月的时间，但要预测今年的年度关键词，人工智能必定榜上有名。就在大家一边担心着是否会被 ChatGPT 取代，一边享受着其为我们的工作生活带来巨大便利的同时，AIGC 又在企图改变我们的生活方式——9.9 的写真你拍了吗？

近期，一款名为妙鸭相机的小程序走红各大网络平台，无论是证件照还是风格迥异的写真照，只要你上传 20 张以上的照片，并支付 9.9 元就能获得能够媲美各大专业摄影机构的精修写真——听到这，是不是很心动？但是，现在的消费者已经不再无脑地“赶潮流”，妙鸭相机走火不到一周，让它真正出圈的不是算法精准、抑或是物超所值，而是其用户协议中关于授权许可的霸道表述，让不少想尝鲜的网友望而却步。本文，我们一起来看看这 9.9 买来的写真背后蕴涵了哪些风险。

一、简单粗暴的用户协议

4.1.4 授权许可： 为了使我方能够提供、确保和改进本服务（包括但不限于使用 AI 生成内容作为再训练数据等），并且仅根据适用的《隐私政策》，除了本条款授予我方的任何其他权利外，您特此授予我方在全世界（包括元宇宙等虚拟空间）范围内享有永久的、不可撤销的、可转让的、可转授权的、免费的和非独家的许可，使得我方可以任何形式、任何媒体或技术（无论现在已知或以后开发）使用您的内容。此处我方的“使用”是指使用、托管、存储、修改、交流、发布或任何我方认为合适的使用方式。在您通过本服务向我方平台提交您的上传内容之前，您将确保您有必要的权利来授予我方许可。

上图是妙鸭相机最初版本的用户协议，我们可以看到原文中的一些表述态度极其强硬，尤其是其中提到“为了使我方能够提供、确保和改进本服务(包括但不限于使用 AI 生成内容作为再训练数据等)，并且仅根据适用的《隐私政策》，除了本条款授予我方的任何其他权利外，您特此授予我方在全世界(包括元宇宙等虚拟空间) 范围内享有永久的、不可撤销的、可转让的、可转授权的、免费的和非独家的许可，使得我方可以任何形式、任何媒体或技术(无论现在已知或以后开发) 使用您的内容。”

有意思的是，这条引起争议的《用户协议》条款其实并不少见。原用户协议中，关于用户授权许可的内容，更类似于传统的应用软件中关于 UGC（user-generated content）内容的约定。如果我们平时多加留意的话，就会发现许多的 app 中都有类似的表述，例如 Midjourney

的用户协议、腾讯游戏许可及服务协议。

那么为什么妙鸭相机的条款会引起如此大的舆情呢？笔者猜测，妙鸭相机可能未能完全理解到其小程序 UGC 内容会包含人脸信息的高度涉敏性，而直接参考了其他类型 APP 的表述。

用户协议这种勾选同意的条款，其实属于《民法典》上所约定的格式条款，然而原用户协议 4.1.4 的强制许可条款，排除了用户的选择权，涉嫌利用其信息、市场地位等优势，迫使用户接受未实际磋商的合同条件而构成霸王条款。如果妙鸭相机公司进一步依据上面的格式条款商业化使用用户上传的照片，除了个人信息安全方面的问题，这个强制授权更大的问题在于是否会侵犯用户的肖像权、“肖像权的商品化权”等人格权和财产权的风险。

目前妙鸭相机团队已经修正了这一问题，删除了 4.1.4 条大范围的强制授权许可，而是根据其产品特性，将范围缩小到“有权以用户展示 AI 生成内容为目的进行使用”，并做出了“在此过程中，您所上传的照片将仅被用于本服务使用，我们提供图像服务，不会提取识别信息，不会用于识别用途，服务完成后，系统将自动删除上述信息，不予留存”的承诺。

二、错配的服务协议和倒置的责任人

用户想要使用妙鸭相机的功能，必须上传面部清晰的正面图片，也就是说妙鸭相机强制要求收集用户的人脸信息。根据《个人信息保护法》（以下简称“《个保法》”）第 28 条的约定，人脸信息这样的生物识别信息，属于**个人敏感信息**，在收集时必须取得权利人的**单独同意**，并且要告知用户个人敏感信息的使用场景、收集的必要性、对个人权益的影响等法定内容。



但让我们来看一下上图的上传界面（笔者于 2023 年 7 月 28 日 11:58 分用苹果收集的截图），并没有根据法律要求获得用户的单独授权同意。而且在调用手机的相册和相机权限时，也没有单独获得用户的授权同意，取而代之的却是上图中的《AIGC 服务协议》的弹窗。

然而，妙鸭相机设计的这份弹窗不仅没有履行相关的获权义务，相反却要求用户再次承诺其上传的图片已经获得了权利人的同意。《个保法》第五十五条、五十六条规定了个人信息处理者需要处理个人信息的，应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录，相关记录应该至少保存三年。评估内容应当包含以下几方面（1）个人信息的处理目的、处理方式等是否合法、正当、必要；（2）对个人权益的影响及安全风险；（3）所采取的保护措施是否合法、有效并与风险程度相适应。显然，妙鸭相机的做法是不符合《个保法》的规定的。

甚至，妙鸭相机放的兜底协议是《用户协议》，而未将真正约定了个人信息保护相关内容的《隐私政策》一并纳入。同时，笔者注意到《隐私政策》除了在第一次进入小程序时勾选同意时能找到外，几乎无法在界面中找到。错配的服务协议、倒置的责任人、难以访问的隐私政策，种种行为都为其后续运营、使用埋下了不小的风险隐患。

三、AIGC 生成作品的版权问题

单就这一案例涉及到的图片/视频生成内容来说，目前各国（包括中国）的主流观点都认

为：**著作权只保护自然人所创作的作品，纯机器所生成的图片是无法得到著作权保护的。**但对于有人类参与的 AI 创作，自然人的创造性贡献能在作品中得到体现，自然人是否就能成为该作品的作者，这个界限在哪里，有待对个案具体问题具体分析。

以妙鸭相机为例，其用户协议中明确了 AI 生成内容的所有权归用户所有，但妙鸭相机有权以用户展示 AI 生成内容为目的进行使用，看似将 AIGC 内容的版权约定归属于用户自己。但是，如果 AIGC 生成的内容侵犯了第三方的著作权（例如盗用了第三方的模板），第三方作为权利人依然可以向用户主张著作权侵权。

四、其他法律风险

近年来涌现了大量的“数字人”制作软件，通过用户上传个人照片后可以合成与自己相似度颇高的“数字人”，这一商业模式相信会成为未来发展的一大趋势。然而新产业的涌现，总是伴随着诸多隐患，除了上述所说的版权、肖像权等人格权侵权问题外，还有下列风险亟待解决：

1. 数据来源真实性风险。即平台要如何分辨用户上传的内容是他们有权上传的。如果用户非法使用了名人的照片产出内容后传播至公共平台上，软件服务商未尽到审核责任，要承担对应的侵权责任。如前文所述，妙鸭相机在用户协议中反复要求用户确认其上传的图片已经获得了权利人的同意，也从侧面反映出了依照平台现有的技术是很难做到对于用户上传的照片进行审核，也很难百分百确保平台所收集到的资料的合法性。

2. 数据泄露风险。这类平台往往会收集、处理数量巨大的信息，其中也会包含个人信息、个人敏感信息、重要信息等内容。如何从技术上、制度上保障信息的安全、确保信息不会泄露（包括内部员工以及外部黑客）是重点及难点。

3. 内容合法性。这里包含两个方面：第一，**虚假信息**：如果利用他人照片生成了数字人，可能会发生一些数字实时视频进行类似于电信诈骗的案件；第二，**不良信息**：用户生成法律法规所禁止的内容（涉黄赌毒等）。这些都是运营商和平台需要引起重视的问题。

结语

用户协议风波尚未完全平息，妙鸭相机又因不支持退款被上海消保委点名。对于新兴产业、企业而言，在发展、商用新技术时，除了技术亮点还有许多问题都不容忽视。

《生成式人工智能服务管理暂行办法》将于 8 月 15 日正式施行，对于上述部分问题已经给出了答案。在支持并鼓励新技术催生新场景创造新需求的同时，平台作为服务提供者的主体责任是无法逃避的。我们期待新技术发展带来的更便利、美好的未来，也期待企业自觉承担社会责任，结合强监管治理，以达到发展和安全并重、促进创新和依法治理相结合的目标。

（本文首发于 2023 年 7 月 31 日）

新规发布后，“AI 虚拟主播”的合规要点

陈欣皓

导言：《生成式人工智能服务管理暂行办法》（“**暂行办法**”）将在今年的 8 月 15 日正式施行，留给从业者的只有短短一个月的时间。上海星瀚律师事务所“web3.0 产品小组”将结合业内各个领域的实际需求，对于包括虚拟主播、AI 研发企业、游戏等行业相关的合规、投融资、争议解决中与暂行办法相关的实际问题进行分析，以期为从业者发展提供协助。

什么是虚拟主播？“谁”在控制虚拟主播？

“虚拟主播”，即以非真实人类形象出境，在各个平台进行直播活动的虚拟人物。虚拟主播并不是在有了 AIGC 之后才存在的产业，但在 Chat GPT3.5 及后续大量 AIGC 技术推出之后，虚拟主播具有了更大的发展前景；虚拟主播也是最早将 AIGC 应用到实际使用场景的行业之一。



上海广播电视台旗下虚拟新闻主播“申小雅”（超写实数字人版）

虚拟主播从驱动方式上，分为由真人驱动和由 AI 技术进行驱动两种。“真人驱动”，指的就是在最终平台上展示的虚拟主播，它的语言、表情、动作的来源，是靠真人佩戴相应的采集工具采集后，虚拟主播真实反映出该真人的全部语言、表情、动作的形式。该真人也被称为是虚拟主播的“中之人”，中之人形式是虚拟主播的最初形态。

与之相对的是“AI 驱动”，这也是本文重点讨论的对象的虚拟主播，AIGC 能赋予它的是什么呢？

AIGC 能为虚拟主播做什么？AI 虚拟主播的优势？

不同于传统的“中之人”，AI 驱动的虚拟主播，除了需要事先为虚拟主播生成固定的形象（包括面部五官、身材体态、衣着等），并提供一定的固定直播脚本以外，以下的几个环节均由 AIGC 技术自动进行：

文转音：将文字脚本转换为虚拟主播的直播语音；

文转口型：根据文字脚本及转换后的直播语音，生成虚拟主播配套、自然的说话口型；

文转表情：根据文字脚本，自动形成虚拟主播合适的表情；

文转肢体动作：根据文字脚本，配合主播表情，自动生成对应的肢体动作；

自动抓取用户问题，并生成回答：AIGC 技术会定时（如 1 小时抓取 1 次）从观众的留言中抓取用户问题，直接通过 AIGC 技术生成答复，并将答复通过上述文转音、文转口型、文转表情、文转肢体动作的技术，转化成虚拟主播在直播中的一系列行为。

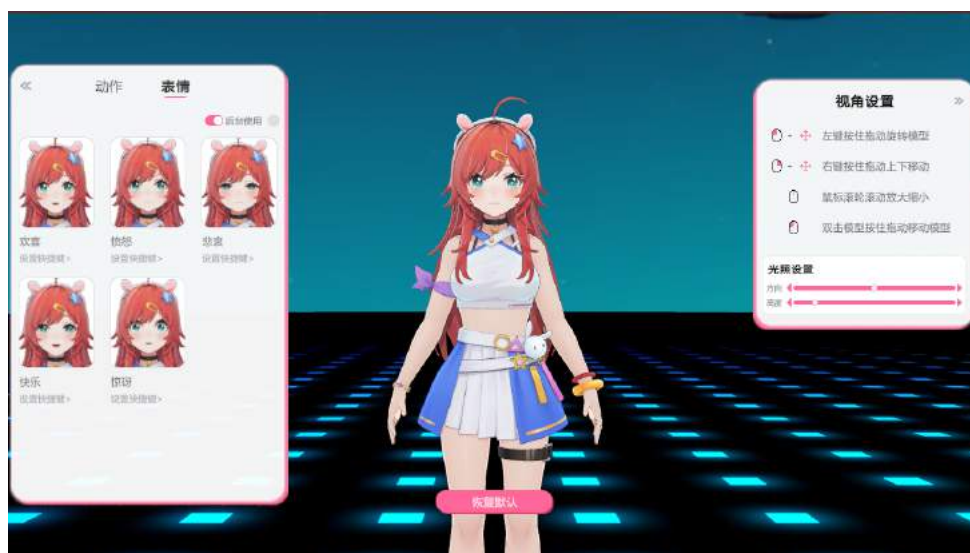
不难看出，除了基本的一些文字脚本需要事先进行拟定，其他虚拟主播的行为均可以通过 AIGC 技术进行自动生成，无需人工进行干预；相较于通过真人和中之人进行直播，无论是运营难度和运营成本，AI 驱动的虚拟主播均具有极大的优势；更何况，**AI 驱动的虚拟主播可以 24 小时全年无休的进行直播，这也是真人和中之人直播难以企及的。**

部分平台对于 AI 虚拟主播的管理现状

B 站：根据 B 站发布的《虚拟主播皮肤形象设计规则》（2021 年 4 月 28 日发布），其定义的虚拟主播，是指“中之人扮演的在网络直播平台上开展直播活动的虚拟人物”。**主播皮肤可设定一定的动态预设动作，即主播皮肤在无中之人操作状态下，预设的动作、表情等。**

而在《【3D 虚拟主播】分期直播内容规范》（2022 年 9 月 14 日发布）中，B 站对于 3D 虚拟主播的直播规定为：须是基于一定的动作捕捉技术或**能够模拟动作的 AI 动作演算技术**，能以 3D 虚拟形象为主体完成直播互动，不得是循环播放预制好的动作或 MMD 动画、或使用游戏画面里的角色为主体、或使用静态图或 GIF 动图等。

同时，B 站建立了虚拟主播、虚拟 up 主的专区，通过专区的方式建立了虚拟主播与真人主播的“硬隔离”。



用户可在“哔哩哔哩直播姬”内自定义虚拟主播形象

抖音：抖音平台在《抖音关于人工智能生成内容的平台规范暨行业倡议》中常见问题 5 的答复中，明确了平台对于 AI 驱动的虚拟主播的态度：使用虚拟人进行直播，或创建以虚拟人为人设的账号，必须对相应的虚拟人形象在平台注册。虚拟人背后的真人使用者，必须进行实名注册和认证。**使用已注册的虚拟人形象进行直播时，必须由真人驱动进行实时互动，**

不允许完全由人工智能驱动进行互动。

淘宝：淘宝直播平台基于阿里云技术提出了“智能直播间产品”，是一款应用于淘宝直播平台的虚拟数字人智能产品。产品由智能技术驱动，虚拟数字人在前台实现接近真人的自动化开播、商品介绍推荐、观众互动等功能。旨在实现 7*24 小时无人直播，虚拟主播的直播话术及内容，由大数据智能技术获取匹配并自动生成。

此外，淘宝商家也可自主选择第三方虚拟主播，但仅使用私域开播功能进行直播，如在公域开播，则可能被平台认定为录播进行违规处罚。



淘宝为商家提供不同类型的虚拟主播形象

从 B 站及抖音发布的规则可以看出，随着 AI 驱动虚拟主播的技术的完善，平台对于 AI 驱动虚拟主播的认可度也在逐步提升。但由于 AIGC 技术的固有局限性，部分平台对于完全由 AI 驱动的虚拟主播的实时互动仍存在一定的限制。而淘宝则依靠关联公司的自有 AIGC 技术，可在一定程度上保证 AIGC 输出的结果的合规性；但对于第三方虚拟主播则仍进行了严格限制。

暂行办法对于 AI 虚拟主播运营方的新要求

1、对使用 AIGC 技术生成的图片、视频等进行标识

B 站、抖音、快手等平台规则均要求用户及上传者对于人工智能生成内容进行显著标识；然而笔者浏览了各个平台的 AIGC 内容，却很难见到 AIGC 内容进行标注的现象。AI 驱动的虚拟主播虽然从表现形式上比较容易与真人进行区别，但无疑也是属于需要标注的内容，因此我们建议 AI 虚拟主播的运营方根据各个平台的要求，合规进行 AIGC 内容的标注；

2、了解、梳理 AIGC 使用的基础模型及训练数据的来源

正如前文分析的，AI 驱动的虚拟主播的大量行为均是通过不同的 AIGC 技术生成，每

一个环节的基础模型均不一致。建议 AI 虚拟主播的运营方在暂行办法正式施行前，向 AIGC 技术的提供者了解、梳理每一个环节所使用的 AIGC 技术的基础模型及训练数据来源，包括是否适用来源于境外的 AIGC 技术？于境内采集的数据是否会跨境传输？训练数据的来源是否涉及侵犯第三人的在先权属？训练数据是否包含个人信息？是否对于训练数据进行人工标注等。如发现 AIGC 提供者提供的服务存在侵权、违规情形的，及时采取预防措施。

3、与 AIGC 服务提供者签署合理的服务协议

根据暂行办法第九条，AIGC 服务提供者应当与使用者签订服务协议，明确双方权利义务。

根据实务经验，目前大量的 AIGC 服务提供者均是采用 SaaS、BaaS 的方式向使用者交付产品。作为 AIGC 服务的使用者，运营方需特别注意 SaaS、BaaS 的合同对于交付的 AIGC 系统的侵权责任划分、用户信息保护、训练数据的合规合法性等方面是否进行了合理约定。



中国国家博物馆虚拟数智人“艾雯雯”由腾讯、凡拓数创提供技术支持

图源：国家博物馆官方宣传视频

4、加强对于生成内容的自我监管

AI 驱动的虚拟主播虽然不像真人主播、中之人主播一样，反映出某一个真实存在的自然人的语言、动作，但运营方同样要为该虚拟主播的行为承担责任。各个平台也对于虚拟主播制定了“行为规范”。

同时，由于技术的固有缺陷，目前的 AIGC 生成内容还会存在“幻言”、文不对题等瑕疵，甚至可能出现生成内容违反规定的情形。我们建议为了避免纠纷以及可能产生的出发，AI 驱动的虚拟主播的运营方应当加强对于生成内容的留存与自我监管，在发现问题后及时对于基础模型进行调整与优化。

囿于篇幅，文本仅对 AI 驱动的虚拟主播合规进行了粗浅的探讨。对于采用“中之人”技术的虚拟主播运营过程中的法律问题，我们也将在今后的文章中进行详细分析，敬请持续关注。

（本文首发于 2023 年 8 月 1 日）

生成式人工智能产品的知识产权合规实务

周文洁

笔者在之前的两篇文章中分别对人工智能生成过程和生成作品进行权利归属的剖析。人工智能生成物大范围应用于商业环境中，对生成物进行合规以避免潜在的侵权责任成为新的合规实务热点，特别是近日生效的《生成式人工智能服务管理暂行办法》（以下简称“《办法》”）更加突出如何控制这些看似不可控的生成内容。《办法》调整对象包括知识产权、个人信息、算法等一系列要素，本文只探讨企业如何对人工智能生成物的生成过程和生成内容进行知识产权合规。

一、合规对象——生成过程中的原始数据

相关法条

第二条 利用生成式人工智能技术向中华人民共和国境内公众提供生成文本、图片、音频、视频等内容的服务（以下称生成式人工智能服务），适用本办法。

第四条 提供和使用生成式人工智能服务，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德和伦理道德，遵守以下规定：（三）尊重知识产权、商业道德，保守商业秘密，不得利用算法、数据、平台等优势，实施垄断和不正当竞争行为；

第七条 生成式人工智能服务提供者（以下称提供者）应当依法开展预训练、优化训练等训练数据处理活动，遵守以下规定：（二）涉及知识产权的，不得侵害他人依法享有的知识产权

第二十二条 本办法下列用语的含义是：（一）生成式人工智能技术，是指具有文本、图片、音频、视频等内容生成能力的模型及相关技术。

（一）两类人工智能产品在著作权法下的合规义务

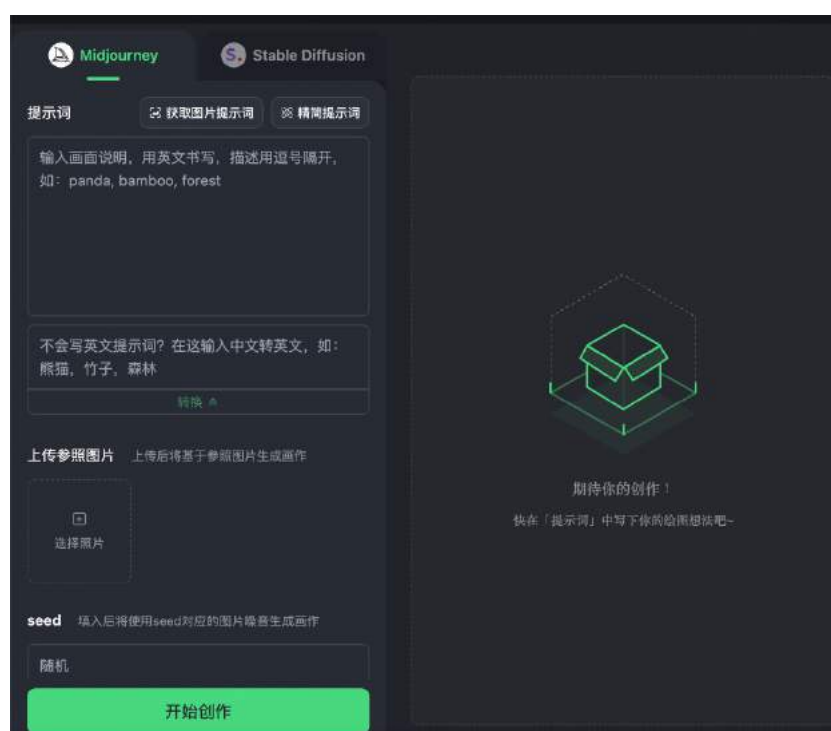
笔者在之前两篇文章中，分别从“独创性”比较了两类人工智能产品，即，凝结在最后生成物中的“劳动力、技能、判断”由谁赋予的，从而判断生成内容的著作权归属于谁。

ChatGPT 生成内容：生成过程包含了数据收集、数据训练模型、推理模型全流程，最后生成作品。鉴于 ChatGPT 产品开发者自行安排对数据进行收集、分类、标签、预处理，使得 ChatGPT 生成内容受到第一步“数据收集”中原始数据的影响。因此 ChatGPT 产品开发者对最后生成内容可控，开发者对最终作品贡献了超过“最低限度”的“劳动力、技能、判断”，可以成为最后作品的作者，并且有责任对前期数据中包含的作品进行合规。

“AI 孙燕姿”创作方式的生成内容：前期数据的收集、分类、切割，都由用户主导完成，用于训练和推理的软件只是被动的由用户端“投喂”素材，因而人工智能产品在此生成过程中只是“工具”，用户前期筛选并投喂的“数据”为最后的生成物贡献了绝对“独创性”，用户因此取得作者身份，显然用户作为“二创”的作者，应当合理避让在先著作权，保证数据和素材通过合法方式取得，并不能苛求人工智能产品的开发者对这些素材和数据承担过高的合规义务。

（二）两类人工智能产品在《办法》下的合规义务

这两种人工智能产品是目前市场上的主流，甚至一款产品中会包含这两种功能，因此即使同一产品的不同功能下，产品开发者对其生成内容的合规要求是不一样的。



以上图中的 Midjourney 图像创作工具为例，用户生成图片可以自行选择两种途径：第一，在关键词框自由输入关键词，产品自带的图库会根据用户的关键词实现最后的生成作品。在这一创作环境下，主要依靠产品自带的“数据”，也就是图库，结合关键词触发算法，形成作品。最后的作品中，用户输入的关键词赋予作品的独创性显然在“最低限度以下”，用户无法成为作者。因此人工智能产品开发者必须对其图库做数据收集、标签、筛选的工作，相应的，对图库中的作品进行知识产权合规也应该成为产品开发者的责任。相反，如果用户上传自己的图片，同时在关键词部分输入文字，也能通过算法形成作品，只是最后作品中作者自己提供的图库将成为生成内容的主要来源，生成作品成为上传的图片作品的“二创”作品，用户取得“二创”作者的身份，有义务保障其上传的“一创”作品来源的合法性。此时，著作权法的合规义务属于用户，而不能过度强加在产品开发者身上。

从两者的共性来看，产品的两个功能都满足《办法》第二条定义的“人工智能生成技术”，但究其区别，仅输入关键词的产品开发者控制着《办法》第七条的规定下的“预训练数据、优化训练数据”，直接控制生成内容而取得作者身份，所以作为“二创”作者，开发者负有该条款下“不含有侵犯知识产权的内容”的义务。也必须满足第四条下“尊重知识产权、不得利用算法、数据实施不公平竞争”的要求。相比之下，同时输入图片和关键词的产品，因为产品开发者自身不对训练数据的收集、筛选有决定权，不能视为最后生成作品的“二创”作者，因此不受到《办法》前述条款的直接约束，但开发者仍需受制于《办法》下的其他知识产权合规义务，后文将另做阐述。

二、合规主体——生成式人工智能服务的提供者和使用者

相关法条

第二十二条 本办法下列用语的含义是：

（二）生成式人工智能服务提供者，是指利用生成式人工智能技术提供生成式人工智能服务（包括通过提供可编程接口等方式提供生成式人工智能服务）的组织、个人。

（三）生成式人工智能服务使用者，是指使用生成式人工智能服务生成内容的组织、个人。

结合上文对两类人工智能产品的描述以及第二十二条的定义，可以看出两类产品中的“提供者”和“使用者”都是《办法》的规制对象。

第一种仅提供编程接口的人工智能产品提供者——同时输入自己的图库和关键词。因其仅“通过提供可编程接口等方式支持他人自行生成文本、图像、声音等”，不控制原始数据；**第二种同时提供编程接口和数据的人工智能产品提供者——**用户仅输入关键词的情况下，提供者不仅提供“可编程”接口，更是提供了“预训练数据、优化训练数据”，直接控制原始数据的筛选和使用。

对于这两类“提供者”的合规需求，结合上文第七条的描述，显然在“不含有侵犯知识产权的内容”这一合规要求上有明显区分。仅提供“可编程接口”的提供者不需要就原始数据进行知识产权合规，这一义务转移到了“使用者”的身上；而同时提供“可编程接口”和“数据”的“提供者”，需兼顾原始数据合规和生成内容合规，因为用户在此情形下无法被定义为“使用者”而自主承受合规义务，所以“提供者”对于数据中的“知识产权合法性”具有更高的合规要求。

三、合规规则——提供者和使用者对生成内容的合规要求

相关法条

第八条 在生成式人工智能技术研发过程中进行数据标注的，提供者应当制定符合本办法要求的清晰、具体、可操作的标注规则；开展数据标注质量评估，抽样核验标注内容的准确性；对标注人员进行必要培训，提升尊法守法意识，监督指导标注人员规范开展标注工作。

第十二条 提供者应当按照《互联网信息服务深度合成管理规定》对图片、视频等生成内容进行标识。

第十四条 提供者发现违法内容的，应当及时采取停止生成、停止传输、消除等处置措施，采取模型优化训练等措施进行整改，并向有关主管部门报告。

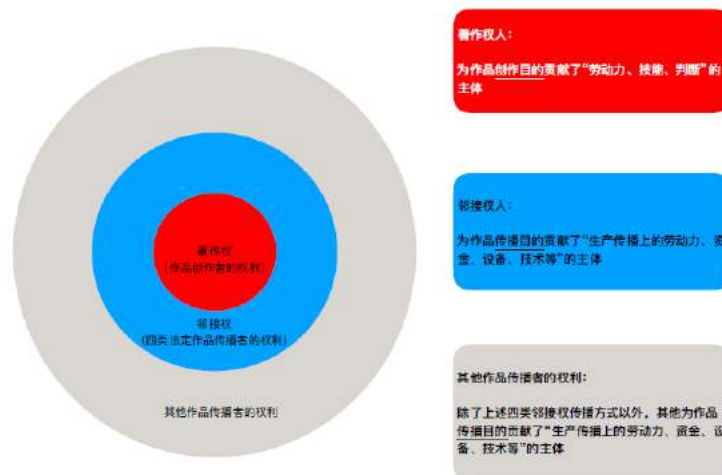
第十五条 对于运行中发现、用户举报的不符合本办法要求的生成内容，除采取内容过滤等措施外，应在3个月内通过模型优化训练等方式防止再次生成。

（一）提供者和使用者承担合规义务的学理论证

1、著作权法意义下的作者和传播者的身份区分

从著作权法的理论上讲，为创作目的赋予作品“独创性”的主体可以被定义为作者。如果并非出于“创作”目的，且贡献的“劳动力、技能、判断”未达到最低标准，显然无法达到“作者”的地位。著作权法上同时规定了四类传播者，虽然对作品的“独创性”没有足够的贡献，但仍然给予一定的付出，为了达到作品“传播”的目的，著作权法赋予这四类主体以“邻接权人”的身份。区分“著作权人”和“邻接权人”的身份，其实很容易发现，相比著作权来说，邻接权是“次一级”的权利，“次一级”的原因是：著作权人对作品贡献了“创作”目的的“劳动力、技能、判断”，但邻接权人仅为“传播”作品的目的贡献了“劳动力、资金、技术、设备等”。“邻接权”的英语表达为“neighboring rights”，可以直译为“邻人的权利”，权利界定上与著作权人这一“主人”的权利有关联但无重叠。著作权人是作品的主人，贡献了创作意义上的“独创性”。而邻接权人是主人的邻居，只为“传播目的”使用作品，且没有贡献足够的“独创性”，它是负载在作品和著作权边界之外的“周边权利”。

现行立法中，对于邻接权有明确的四类规定，分别是：表演者权、录制者权、广播者权、出版者权。显然，这四种传播方式因其传播手段的重要性，以及传播人在传播活动中付出的高价值（除独创性以外的价值）而已经被立法赋予独立的权利边界。但是传播手段并不能仅局限于这四类，越来越多的传播方式和传播人都能实现了作品传播和传播流量变现目的，这些作品传播人虽有类似于“邻接权人”的传播人身份，因为在著作权法中不能找到姓名，所以只能作为“邻接权”的“再次一级”主体。目前实务中最常见的“传播者”就是视频平台这一主体。



2、著作权法意义下的作者和传播者的合规要求区分

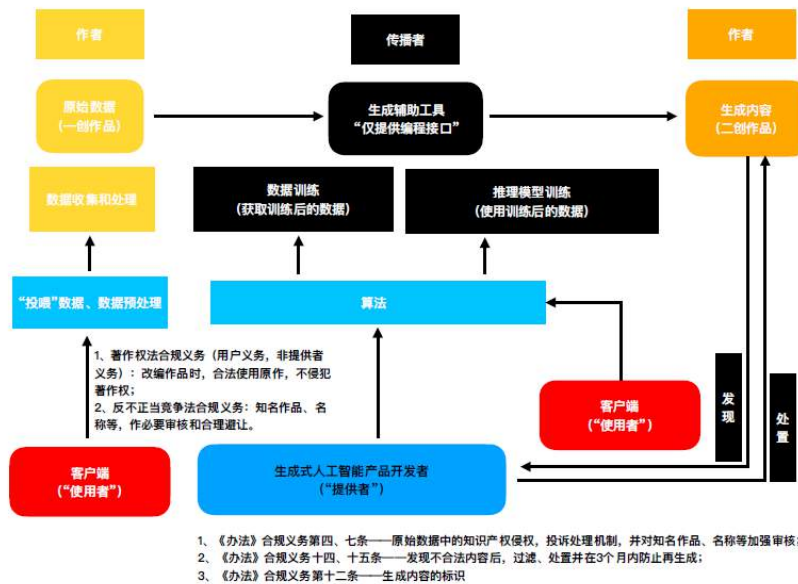
学理和实务上，都有专业人士对于视频平台是否应该承担知识产权审核责任进行研究和深入讨论，甚至在人工智能进展到如今的阶段，已经在技术上可以做到将视频中涉及到侵犯知识产权的内容进行识别和过滤，既然技术上可以实现传播者对创作者的创作内容进行合规和监督，是否意味着合规和监督的责任可以逐渐转移到传播者的身上？传播者是否应当承担超过传统的“避风港原则”、“红旗原则”中的被动审核义务而对作品的知识产权合法性执行更高的实质性审核？笔者认为这是一种理想化的立法理念，并且这一方式有悖于著作权法下区分“创作者”和“传播者”身份的基本立法逻辑，既然著作权立法已经将传播者置于“次一级”的“邻人”身份，说明“邻人”身份不应当承担和“主人”一样的合规义务，而在著作权法上没有明确立法定性的“邻接权”以外的其他“再次一级”传播者，更不应该承担和主人一样的知识产权合规的义务。因此，视频平台可以不对内容进行知识产权合规，而应当由视频制作、上传、发布者承担对其作品内容的审核责任。

3、人工智能产品提供者分别作为作者和传播者的合规要求区分

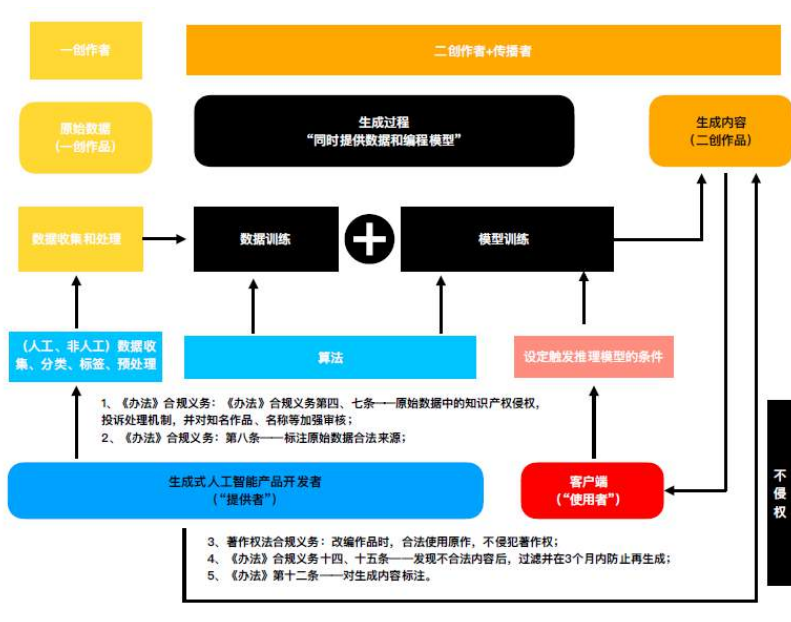
笔者对“创作者”和“传播者”的合规责任赘述到此的目的，是因为视频平台这一传播者的角色，与生成式人工智能产品提供者的“传播者”身份有重叠之处，因此生成内容的合规责任来源，既要兼顾著作权法下对于“传播者”的立法理念，也要考虑《办法》对提供者和使用者的特别规定。对于仅提供编程接口的提供者，不可能要求其对于用户的“投喂”素材有更高的审核标准，对于生成内容也只能被动的进行监督和处理，也不能要求提供者承担保证不侵权的责任，只需要遵循《办法》中的被动合规义务即可，因此知识产权合规的责任应该属于“投喂”素材的“使用者”。而对于既提供原始数据，又提供编程接口的提供者，自然因为兼具“创作者”和“传播者”的双重身份应该分别承担前期的“原始作品合规”（著作权法合规）以及后期的“生成作品合规”（《办法》合规）的义务。

(二) 两类生成式人工智能产品的合规标准

1、仅提供编程接口的提供者的合规要求——使用者 2 条+提供者 3 条



2、同时提供数据和编程模型的提供者的合规要求——提供者 5 条（数据处理阶段 2 条+生成阶段 3 条）



结语

人工智能产品的生成物目前主要以著作权法意义上的“作品”为主要表现形式，因此深究“作品”的知识产权合规原则，应当以著作权法的规则为基础，再辅以《办法》的特别规定，而且《办法》本身的立法理念也是与著作权法统一的。独创性决定作者身份，作者负有著作权法下的合规责任，《办法》在“创作者”的合规责任基础上再辅以“传播者”的责任。对于同

时提供数据和编程模型的提供者，可以有更高的知识产权合规要求，从数据源头保障不侵犯知识产权。但是对于仅提供编程接口的提供者，应当由“提供者”和“使用者”分担各自的合规义务，如果过度保护用户，将内容合规义务过多的强加在“传播者”的身上，无法实现“传播作品”的目的，因此，“创作者”和“传播者”各司其职，在合规义务和责任承担上不越界，才能最大程度保证作品在生成和流通环节实现其最大价值。

（本文首发于 2023 年 8 月 2 日）

AIGC 监管正当时——如何正确牵手虚拟主播？

赵晓波

引言

近几年随着人工智能技术的更新迭代，各行各业对于 AIGC 的应用需求都处于井喷状态。就电商行业而言，AIGC 技术的使用场景也日益多元化。例如，京东云旗下言犀人工智能应用平台面向商家推出智能客服机器人“京小智”，作为企业专属的客服机器人，满足用户大部分日常咨询接待内容；资生堂品牌近日在小红书官方账号官宣四位数字代言人，为红腰子精华和新品红腰子冻干粉进行宣传，虚拟数字人 AYAYI 还参与了资生堂直播，与另一名真人主播配合进行新品的直播带货。



（资生堂品牌虚拟数字人 AYAYI 与真人主播共同参与资生堂直播）

但与此同时，虚拟主播引发的各种法律问题也层出不穷。此前即有多个电商直播间被爆出使用明星 AI 换脸直播涉嫌侵权。本文将介绍虚拟主播在电商行业中的应用场景及其背后的法律问题，以期为行业合规发展提供些许建议。



（某女装品牌直播间的不同主播都有着一张神似杨幂的脸）

一、 虚拟主播在直播电商行业的应用场景

本文所讨论的虚拟主播是指通过数字语音合成、计算机图像处理、自然语言处理等人工智能技术，将语音表达、面部表情、具体动作通过深度学习模型的运算结果实时或离线驱动，在渲染后实现最终效果的智能驱动型虚拟主播（即 AI 主播）。

从目前实际应用来看，当下虚拟主播形象主要有两类，一类是基于真人研发而来，以现实社会上拥有一定知名度和影响力的人物如明星、体育运动员、专家学者、网红等为原型进行开发制作，相关公众可识别出原始自然人的虚拟主播；另一类为设计师通过想象设计出来的虚拟主播，无法与现实生活中的人物一一对应。在电商直播板块，目前虚拟直播主要被用来填补真人主播没有办法出镜的空白时间以及平台流量较差的时间段，可以有效的降低商家的人力及运维成本并有效利用闲时流量。

在百度发表的《百度 2023 数字人电商直播解决方案》中，百度就其可提供的虚拟主播服务进行了相对完整的描述，从主播形象生成到脚本撰写、音频设置、直播问答等，其可提供一站式的电商服务。如下图所示：



（图文来自于《百度 2023 数字人电商直播解决方案》）

同时，百度对其推出的虚拟数字人直播间制作流程也进行了介绍，主要由数字人形象选择、直播话术添加、产品添加、直播背景图设计等步骤组成。如下图所示：



（图文来自于《百度 2023 数字人电商直播解决方案》）

直播电商领域，已经有越来越多的品牌商家开始应用虚拟数字人主播替代真人主播进行带货，逐渐形成日趋完整的数字IP矩阵。但很多品牌商家在使用虚拟主播过程中也频频踩雷。

二、 虚拟主播直播的四个核心风险点

在虚拟主播/虚拟偶像火热之始，行业内普遍认为其一大优势是“可控性强、不塌房”，但实际上虚拟主播的内容合规问题可能更为复杂，本文仅列举常见的四大核心风险点。

（一）广告内容合规风险

聚集了大量虚拟主播账号的B站曾发布《虚拟主播专项治理公告》，对于虚拟主播低俗色情类和其他违反公序良俗类的恶意行为及言论进行专项治理，在B站自己的统计中，该次行动被封禁的账号有137个。

从虚假广告/内容违禁风险角度而言，在虚拟主播直播带货的情况下，客观上对广告内容合规审查的难度更大。原因在于：虚拟主播与直播观众互动时所产生的内容，除了提前输入的脚本外，还可能以生成式人工智能技术为基础的AI产物，该内容是来源于以数据库为基础的AI根据不同的模式所生成的，品牌方或运营主体难以全面审查数据库内容。实际操作中只能对直播观众可能提问到的高概率问题如优惠活动、发货时间等问题与数字人所荐证商品或服务相关的主要信息做事先的设定并予以审查。第二，基于虚拟主播直播带货时与直播间观众实时互动的特点，不存在对虚拟主播荐证内容进行审查的空档时间。因此，相较于真人主播而言，广告内容不可控性更高，虚拟主播背后的责任主体需在合同层面进一步明确约定。

（二）广告代言风险

在真人授权生成虚拟主播并直播带货的模式下，该真人可能构成对直播所售商品（含服务）的推荐、证明，属于广告代言人；不以真人为基础的虚拟主播不构成广告法上的广告代

言人。

根据《广告法》第2条的规定，广告代言行为是指广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的行为。《网络直播营销管理办法（试行）》明确规定，直播间运营者、直播营销人员使用其他人肖像作为虚拟形象从事网络直播营销活动的，应当征得肖像权人同意，不得利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。对自然人声音的保护，参照适用前述规定。《市场监管总局、中央网信办、文化和旅游部、广电总局、银保监会、证监会、国家电影局关于进一步规范明星广告代言活动的指导意见》规定，明星艺人等在商业广告中通过形象展示、语言、文字、动作等对商品或者服务进行推荐或者证明，应当依法认定为广告代言行为。

在真人生成的虚拟主播直播带货的过程中，虚拟主播对商品作推荐、证明时所显示的是名人的名义、形象。对消费者而言，仍是以明星艺人等公众人物的形象和名义进行直播带货，消费者基于明星艺人等公众人物的影响力和信任在直播间消费购买商品的，可以认定构成广告代言。但该虚拟主播在直播过程中输出的内容可能实质上并非明星艺人本人的真实意思标识，而是基于 AIGC 技术实时生成或由品牌方或运营方实现输入脚本的内容，此时在合同层面根据广告内容生成方式和来源明确约定最终的责任承担主体则显得至关重要。

(三) 知识产权侵权及不正当竞争风险

以上文已经提及到的百度发布的《数字人电商直播解决方案》为例，可以看到电商直播的主要要素基本上都是由受众在模板库中挑选产生的，直播脚本是基于大语言模型直接生成的、数字人主播形象及声音从主播形象公众库中自主选择生成、直播问答及商品素材来源于电商素材模板库。



(图文来自于百度发布的《数字人电商直播解决方案》)

该等情况下，使用该软件/平台的受众至少需考虑两个方面的问题：第一，平台方提供的 AIGC 技术的训练数据来源是哪里？相关授权链条是否完整？即相关素材库内容本身是否合规，从而避免用户与平台方成为共同侵权的责任主体。第二，自身输入到软件/平台内的数据是否会被再利用？利用规则是怎样的？以受众为品牌方为例，品牌方根据自身品牌调性输入给到数据库内的内容是否会被用作训练的基础素材并二次分享给到其他品牌方，是否进行脱敏分享？该等模式下是否会影响到品牌方自身的竞争优势？

(四) 人格权侵权风险

该等人格权侵权风险一般发生在以真人形象为基础生成虚拟主播的模式下，通常会涉及到的是真人相关的肖像权、名誉权、姓名权。“何某与上海自古红蓝人工智能科技有限公司网络侵权责任纠纷”一案为例【(2020)京0491民初9526号】即为典型代表案例。本案中，红蓝公司运营一款陪伴智能AI聊天软件，用户可发送文字、图片等进行用户与智能AI机器人的人机互动，同时该软件为用户提供包括但不限于角色调教功能或服务软件，用户可自行创设或添加“AI陪伴者”。红蓝公司未经公众人物何某授权，将用户上传、制作的以何某姓名、肖像为标识的虚拟形象推送“AI陪伴者”，并通过算法应用，将该角色开放给众多用户，允许用户“调教”该“AI陪伴者”。北京互联网法院认为，虽然具体图文由用户上传，但该公司的产品设计和对算法的应用实际上鼓励、组织了用户的上传行为，直接决定了软件核心功能的实现，该公司不再只是中立的技术服务提供者，应作为内容服务提供者承担侵权责任。该公司未经同意使用何某姓名、肖像，设定涉及何某人格自由和人格尊严的系统功能，构成对姓名权、肖像权、一般人格权的侵害。

三、 虚拟主播电商合规升级的两点小提示

在生成式人工智能被定义为行业未来时，监管及合规也必不可少。Web 3.0 研究小组前一篇文章《新规发布后，“AI虚拟主播”的合规要点》也已提及B站、抖音等平台方均发布了相关规则对虚拟人直播、AI辅助生成内容、流量是否支持AI内容等做出了约束。从合同层面而言，机构或平台与真人主播签约时会关注的重点法律问题如违约责任的设定方式、佣金、广告合规及知识产权约定等，在与虚拟主播的权利人签署时，依然存在；但另一方面与虚拟主播合作又有其特殊性。基于篇幅考虑，本文简要列举两点合同层面可考虑作出特别约定的内容：

1. 明确账号及数字资产归属及流转问题

在真人主播场景下，主播与机构的账号之争乃高频问题，账号究竟归属于公司、主播个人甚至归属平台并未达成共识，实践中因账号基本为本人出镜且使用本人艺名，本身具有较强的人身属性，故有不少认定账号归属于主播的判例。而在虚拟主播场景下，该虚拟形象本质上属于公司的数字资产或知识产权，这会导致账号的人身属性大幅度削弱，因而公司在账号归属问题上具有更强的话语权。因此结合使用场景，我们建议做一些特别约定，例如明确授权内容包括将真人形象用于数字人制作并将制作完成的数字人用于广告代言、约定形成的数据资产的归属及再利用规则等。

2. 授权链及授权范围的再核查

对品牌方而言，在选用虚拟主播就品牌方产品进行销售并向技术开发者提供自家品牌产品卖点、营销话术及策略等素材时，一方面建议明确该等数据是否会被AIGC用于在训练升级，相关数据是否会被再分享至第三方；另一方面也建议就主播形象、声音等人格权内容及虚拟主播直播内容的知识产权等进行进一步核查与确认。

对于MCN机构而言，如需顺应技术和电商的发展，需对知名艺人的形象进行虚拟主播开发并对外授权的，则建议相关的经纪协议需进行更新迭代，以避免超出原有的经纪范围。

对于艺人而言，需要特别关注的点在于：以本人形象开发虚拟主播进行直播带货的模式

下，艺人可能被认定为广告代言人；如相关广告被认定为虚假广告的，则艺人可能会被要求承担连带责任，因此我们建议艺人与合作方明确限定使用范围、设定负面清单并建立单次使用特别同意制度。

囿于篇幅，文本仅对 AI 驱动的虚拟主播应用场景、主要法律风险及合规升级要点进行了初步探讨。对于电商行业虚拟主播运营过程中的其他法律问题，我们也将在今后的文章中进行详细分析，敬请持续关注。

（本文首发于 2023 年 8 月 8 日）

AIGC 发展进行时，未成年人权益如何保护？

董弢

根据共青团中央联合腾讯对 13-18 岁的青少年的用网情况与网络安全的调查显示，在青少年的娱乐休闲方式中，游戏的热度已低于短视频和电影/电视节目，20%的青少年表示“几乎总是”在看短视频，“每天看几次”的比例也接近 10%。

近日，题为“视频平台曝未成年人表演乱象”的关键词登上了某社交平台的热搜。点击查看具体内容，有网友表示其在睡前用手机刷某短视频平台时，经常在过了午夜 12 点，系统就会推荐一些未成年人穿着模仿成人的衣着和装扮、跳着相对暧昧的舞蹈视频。不少网友为该视频点赞，甚至留言评论称希望女孩多拍点类似的内容视频。

另一方面，未成年人瞒着父母在游戏中高额充值已成为不少父母的心头愁事。以上海为例，在 12345 市民服务热线检索关于“游戏”的工单发现，仅 30 天内，求助、投诉工单超过 3000 个，粗略浏览，与未成年人游戏充值相关的工单约占一半。充值金额较少的数千元，多的数万元甚至十余万元。而在黑猫投诉平台上，仅 2023 年 3 月，与“未成年人游戏充值”相关的投诉高达 3111 单。

类似的情形还有……随着越来越多的未成年人，在更小的年龄便接触、甚至拥有属于自己的手机与平板电脑，如何保障未成年人权益、免受不法分子的“网络不法侵害”，已成为众多网友、网络安全监管机构、和各移动应用服务商共同关注的热点问题。

本文将从各移动应用服务商角度，简要分析在为用户提供服务的同时，如何有效地避免、并制止不法分子利用移动应用服务商提供的网络平台侵害未成年人权益，并就此提出合理建议。

一、网络平台侵害未成年人权益的行为类型

1、侵害未成年人个人信息

网络平台在收集、存储儿童网络账号、位置、联系方式，以及儿童面部识别特征、声音识别特征等个人敏感信息前，存在忽视应事先征得儿童监护人的同意的可能。

同时，也容易忽视需对儿童网络账号进行有针对性地区分管理，限制其他用户可与该儿童网络账号私信联系，获取前述敏感信息。

此外，向具有浏览儿童内容视频喜好的用户推送含有儿童个人信息的短视频前，亦应当再次征得儿童监护人的有效明示同意。

2、无法有效规避、或过滤隐含“性暗示”“软色情”的视频

因自我监管能力有限，部分短视频平台尚无法确保能通过自身的审核机制，有效规避、避免将隐含“性暗示”“软色情”的视频向其他用户推送。

目前，不少平台采取的是“机器算法+人工审核”的方式。机器算法的筛查，普遍采用的是关键词设置和图片解析，最终把控敏感内容的重任，还是要落在人工审核员的头上。

而根据某视频平台 2020 年财报显示，该平台内容审查人员有 2413 名，仅次于产品和技术。尽管如此，面对每日新上传的海量视频，仍然难以避免在处理海量信息时出现遗漏。

若不能实施有效的监管，将导致不法分子通过非法拍摄、售卖儿童色情视频或图片，将猥亵、侵害儿童的行为变现牟利，形成一条黑色产业链。诱使网络用户在某些付费会员制论坛、社交软件群组、在线直播软件、网络游戏社区等，进行线上、线下交易，危害极大。甚至利用包括线下陪玩、语音陪聊、游戏陪练、内衣广告以及涉嫌擦边的表情包等实施不法利益。严重的，将可能对未成年人实施犯罪行为，如拐卖、猥亵、强奸等。

3、因自我监管能力有限，未成年人过度消费，给家长、平台均造成不同程度的经济损失

未成年人过度消费主要体现在以下两方面：

1) 视频制作者、或网络主播，诱导未成年人利用父母的银行卡内存款、及各移动支付平台内的存款，持续打赏、赠送虚拟礼物道具。最终由视频制作者、或网络主播以提现的方式获得不法经济利益；

2) 未成年人利用父母的银行卡内存款、及各移动支付平台内的存款，不断充值并购买游戏道具。

二、国内外监管机构、司法机关就未成年人数据隐私合规事宜已分别采取行动

如今，AIGC（AI-Generated Content，生成式人工智能，以下简称 AIGC）引发了全球范围内多方监管机构的高度关注。

1、杭州市余杭区人民检察院与国内某知名短视频平台公益诉讼案

2020 年，杭州市余杭区人民检察院作为公益诉讼起诉人，就某短视频平台存在侵害众多不特定儿童个人信息的侵权行为，以该短视频平台运营机构为被告，向杭州市余杭区人民法院提起公益诉讼。该案经人民法院调解，双方一致达成调解协议。

被诉具体侵权行为	诉讼请求	调解内容
1.未以显著、清晰的方式告知并征得儿童监护人有效明示同意的情况下，允许注册儿童账户，并收集、存储儿童网络账号、位置、联系方式，以及儿童面部识别特征、声音识别特征等个人敏感信息； 2.在未再次征得儿童监护人有效明示同意	1.被告立即停止实施利用 App 侵害儿童个人信息的侵权行为； 2.被告在国家级媒体及 App 软件首页公开对侵害儿童个人信息的行为赔礼道歉、消除影响； 3.被告赔偿因侵权行为导致的社会公共利益损失人民币 150 万元，赔偿款专门用于儿童个人信息保护公益活动；	1.被告停止对儿童个人信息的侵权行为，按照《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国未成年人保护法》、《中华人民共和国网络安全法》、《儿童个人信息网络保护规定》等法律法规对儿童个人信息保护的要求，对 APP 网络平台进行整改。针对案涉问题，被告承诺，按双方确认的合规整改方案、时间推进表（具体内容以附件为准），落实、执行。 2.被告完成整改后，应对整改完成情况及效果进行评估，并向公益诉讼

<p>的情况下，运用后台算法，向具有浏览儿童内容视频喜好的用户直接推送含有儿童个人信息的短视频；</p> <p>3.未对儿童用户采取区分管理措施，默认用户点击“关注”后即可与儿童账户私信联系，并能获取其地理位置、面部特征等个人信息。</p>	<p>4.诉讼费用由被告负担。</p>	<p>起诉人、人民法院出具详细的整改完成情况报告书。</p> <p>3.被告应根据相关监管法规要求，将整改措施方案及整改完成情况报告书报送网信部门，自觉接受合规审查。若网信部门认为该 APP 网络平台未落实整改方案措施，或存在其他涉儿童网络保护的违规行为，被告应立即停止相关违规行为并按要求进行整改。不能如期有效整改的，被告应立即停止 APP 一切涉儿童经营业务的开展。</p> <p>4.被告就涉案侵权行为，在《法治日报》及 App 官方帐号首页显著位置公开赔礼道歉（赔礼道歉的内容需经公益诉讼起诉人确认、人民法院审核通过，App 内的致歉内容持续时间不少于 7 日）。</p> <p>5.被告承诺在今后的运营过程中严格遵守儿童个人信息保护的法律法规，并自觉接受网信等行政监管部门的监督检查。</p> <p>6.被告于调解协议生效后七个工作日内，赔偿因侵权行为造成的社会公共利益损失人民币 150 万元，款项交相关儿童公益保护组织，专门用于儿童个人信息安全保护等公益事项。</p> <p>7.本案诉讼费减半收取 3950 元，由被告负担。调解书已发生法律效力。</p>
---	---------------------	--

2、意大利数据保护监管机构对 OpenAI 实施禁令，并限期整改

意大利数据保护监管机构（GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI，以下简称 GPDP）于 2023 年 3 月 31 日成为全世界第一个采取国别监管的国家——GPDP 于 2023 年 3 月 31 日宣布全面禁用 ChatGPT，并禁止 OpenAI 处理意大利用户数据。

GPDP 认为，ChatGPT 因违反个人数据保护规定，因此决定限制 OpenAI 处理意大利用户信息，并对 OpenAI 非法收集用户数据开展调查，甚至作出全面禁用 ChatGPT 的决定。

后 OpenAI 致函 GPDP，阐述了其为遵守 GPDP 发布的命令而实施的系列措施，包括但不限于将隐私信息通知扩大到欧洲用户和非用户，修改和澄清了若干机制，提供了易操作、

无障碍的用户行权解决方案，使用户和非用户均能行使权利。基于这些改进，ChatGPT 恢复了在意大利境内的服务。

依据条款	违反的具体规定内容	认定的违规行为	合规整改命令	整改命令落实情况
GDPR Art.6 数据处理的合法性	只有符合以下情况之一的个人数据处理行为才是合法： ……； (f)数据控制者或第三方为追求合法利益目的而进行必要的数据处理，但当该利益与要求对个人数据进行保护的数据主体的基本权利和自由相冲突时，尤其是当该数据主体为儿童时，则不得进行数据处理……	大规模收集和存储个人数据用于训练算法缺乏适当的法律依据	收集个人数据用于训练算法的合法性基础变更 GPDP 责令 OpenAI 于 2023 年 4 月 30 日前将用户个人数据用于算法训练的合法性基础，从履行合同变更为用户同意，或合法利益，如果选择基于合法利益，必须给用户拒绝的权利和便于实施的途径。	再给用户的信息通知中澄清，它将继续处理某些个人数据，以便在合同基础上履行其服务，但它将在正当利益的法律基础上处理用户的个人数据用于训练算法，但不影响用户选择拒绝这种处理的权利，欧洲用户和非用户有权选择不为训练算法而处理他们的数据，途径是通过一个容易访问的在线申请表格，从而用于训练算法的数据中过滤掉他们的对话。
GDPR Art.8 信息社会服务中儿童的适用条件	1. 基于同意向儿童直接提供信息社会服务时，只有对年龄不小于 16 周岁的儿童的个人信息进行处理的行为才是合法的。对年龄不满 16 周岁的儿童，处理行为只有或至少在获取监护人同意或授权时才是合法的。成员国出于特定目的可以在法律上规定更加低的年龄界限，	尽管根据 OpenAI 发布的服务条款，ChatGPT 服务对象是 13 岁以上的用户，但其并未采取任何年龄判别机制来验证用户年龄。考虑到 13 岁以下的未成年人心智发展和自我意识尚未成熟，缺乏筛选机制可能会导致未成年人暴露在有害信息下。	未成年人保护 用户年龄验证方面，要求 OpenAI 于 2023 年 4 月 30 日前，对于意大利用户，在完成注册之前必须要求他们声称自己已成年；5 月 31 日前提提交建立年龄验证机制的规划，以识别和过滤 13 岁以下的用户，而年龄在 13 岁至 18	在意大利用户重新访问服务时，增加了一个按钮，在服务注册掩码中插入出生日期请求，让他们在重新访问服务前确认他们已年满 18 周岁，或他们已年满 13 岁并已获得父母或其他监护人的同意。

	<p>但是不得低于 13 周岁。</p> <p>2. 数据控制者应当考虑可利用的技术并作出合理的努力以核实监护人给予同意或授权的情况。</p> <p>.....</p>		<p>岁之间的用户需要父母同意才可访问 ChatGPT，该计划最迟从 2023 年 9 月 30 日实施。</p>	
<p>GDPR Art.12 信息 与通 信的 透明 以及 数据 主体 行使 权利 的形 式</p>	<p>1. 数据控制者应当采取适当的措施将第 13 条和第 14 条规定的信息和第 15 条至第 22 条以及第 34 条规定的有关数据处理的通信通过清晰易懂的语言、以一种简洁明了、透明以及易获得的形式提供给数据主体，尤其是专门针对儿童的信息。这些信息应当以书面或者其他的方式提供，包括使用电子方式。在数据主体的身份可被其他方式证实时，若数据主体提出要求，控制着也可以通过口头方式提供信息。</p> <p>2. 数据控制者应当根据第 15 条至第 22 条的规定帮助数据主体行使其权利。</p> <p>.....</p>	<p>ChatGPT 未就收集、处理用户个人数据进行告知。</p>	<p>信息公示的形式要求</p> <p>除在其网站上公开隐私政策、专门的信息通知外，2023 年 5 月 15 日前，ChatGPT 必须在意大利所有主流大众媒体(广播、电视、报纸和互联网等渠道)上开展非促销性质的宣传活动，其内容将与 GPDP 商定，目的是告知人们可能出于训练算法的目的而收集他们的个人数据。</p> <p>信息告知内容</p> <p>2023 年 4 月 30 日前，在其网站上向用户和非用户公示其享有的权利以及 GPDP 所有求的任何其他信息。</p>	<p>在意大利恢复服务时，设置”欢迎回来“页面，其中包含新的隐私政策和关于为训练算法处理个人数据的信息通知的链接。</p>

(资料节选自公众号“合规小叨客”，作者数保前线)

三、AIGC 研发及应用的隐私数据（针对未成年人）合规义务识别及其落实形式借鉴

新技术快速涌现和迭代，但法律的制定和实施天然具有滞后性，AIGC 研发和应用如何在相关立法、执法高度不确定、规则变动频繁且模糊的情况下，快速且准确地识别隐私合规义务，无论是杭州市余杭区人民检察院公益诉讼案，还是意大利监管要求和 OpenAI 所做出的系列合规努力，都给了我们良好的示例，可从中识别确定性、可遵从的合规义务。

年龄段	民事行为能力	监管级别	初步合理建议	法律依据
不满 8 周岁	无民事行为能力的未成年人	★★★★★	<ol style="list-style-type: none"> 1. 申请未成年人账号时，应征得监护人明确同意方可注册成功； 2. 严禁其他用户与该未成年人账号私信联系； 3. 严禁该未成年人账号在其发布的视频、个人信息页面显示地理位置、联系方式，以及儿童面部识别特征、声音识别特征等个人敏感信息； 4. 未经监护人同意，不得将该未成年人账号发布的作品进行推送； 5. 强制该未成年人网络账号与同一平台下监护人网络账号、或监护人个人手机号码绑定，对该未成年人网络账号的任何评论、转发评论等信息，应第一时间同步通知到监护人。 6. 对该未成年人账号，禁用打赏、送礼物、网络购物等功能。 	《中华人民共和国民法典》 第二十条 不满八周岁的未成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。
已满 8 周岁，不满 16 周岁	限制民事行为能力的未成年人	★★★★★☆	<ol style="list-style-type: none"> 1. 申请未成年人账号时，应征得监护人明确同意方可注册成功； 2. 限制其他用户与该未成年人账号私信联系（如同一网络账户，限定私信联系 3 次）； 3. 未征得监护人同意，严禁该未成年人账号在其发布的视频、个人信息页面显示地理位 	《中华人民共和国民法典》 第十九条 八周岁以上的未成年人为限制民事行为能力人，实施民事法律行为由其法定代理人代

			<p>置、联系方式，以及儿童面部识别特征、声音识别特征等个人敏感信息；</p> <p>4.经监护人同意后，方可推送该未成年人账号发布的作品，且这种推送应当进行限流措施；</p> <p>5.应当征询监护人的意愿，是否同意该未成年人网络账号与同一平台下监护人网络账号、或监护人个人手机号码绑定。以及是否同意第一时间收到关于该未成年人网络账号的任何评论、转发评论等信息。</p> <p>6.私信、评论应自动屏蔽过滤有关反国家、反社会、暴力犯罪、毒品、金钱、性等敏感字以及敏感词汇，亦包括含有前述敏感信息的图片。</p> <p>7.除非征得监护人的同意，对该未成年人账号，禁用打赏、送礼物、网络购物等功能。即使已征得同意，也应当协助监护人设定单笔限额、单日限额、单月限额等功能。</p>	<p>理或者经其法定代理人同意、追认；但是，可以独立实施纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力相适应的民事法律行为。</p>
<p>已 满 16 周 岁，不 满 18 周岁</p>	<p>以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人</p>	<p>★★★☆☆</p>	<p>1.申请未成年人账号时，应征得监护人明确同意方可注册成功；</p> <p>2.除非征得监护人明确同意，否则应限制其他用户与该未成年人账号私信联系（如同一网络账户，限定私信联系 3 次）；</p> <p>3.未征得监护人同意，严禁该未成年人账号在其发布的视频、个人信息页面显示地理位置、联系方式，以及儿童面部识别特征、声音识别特征等个</p>	<p>《中华人民共和国民法典》 第十八条 成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。 十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完</p>

		<p>人敏感信息；</p> <p>4.经监护人同意后，方可推送该未成年人账号发布的作品，且这种推送应当进行相对限流措施；</p> <p>5.应当征询监护人的意愿，是否同意该未成年人网络账号与同一平台下监护人网络账号、或监护人个人手机号码绑定。以及是否同意第一时间收到关于该未成年人网络账号的任何评论、转发评论等信息。</p> <p>6.私信、评论应自动屏蔽过滤有关反国家、反社会、暴力犯罪、毒品、金钱、性等敏感字以及敏感词汇，亦包括含有前述敏感信息的图片。</p> <p>7.除非征得监护人的同意，对该未成年人账号，禁用打赏、送礼物、网络购物等功能。即使已征得同意，也应当协助监护人设定单笔限额、单日限额、单月限额等功能。</p>	<p>全民事行为能力人。</p>
--	--	---	------------------

3、其它建议：

1) 对外发布的隐私政策、服务条款/用户协议、相关公告应明确声明只服务于成年人，不收集儿童数据，并在服务注册掩码中插入出生日期请求，让用户注册前确认他们已年满 18 岁，或他们已年满 8 周岁（或 16 周岁）并已获得父母或其他监护人的同意。

2) 在年龄判别和验证机制落实上，可在用户账号注册环节采取包括但不限于以下产品交互设计：

①通过用户注册手机号的电话确认进行验证，且验证前应告知验证过程将全程录音，并长期保留该通话录音；

②通过客户端第三方支付渠道验证，如信用卡等方式（通过监护人的自有支付工具）；

③通过客户端实名认证、人脸识别、音色识别等方式验证（验证时，应当确保监护人陪同验证，并在验证前应告知验证过程将全程录音录像，且长期保留验证视频）；

④**通过客户端智力测试验证**，如设置对于智力、知识等存在一定要求的题库要求用户回答，常用的有较为复杂的数学计算题等，**以此初步判断使用者的心智和年龄**，对未通过识别验证的账号采取限制措施。

3) 在采取以上年龄判别机制时，企业应当**评估各类验证方式的必要性以及有效性**，特别是采取实名认证、人脸识别、音色识别等敏感个人数据收集的验证方式。

写在最后

伴随着 AIGC 等新技术的快速涌现和迭代，法律制定与实施难免存在一定的滞后性，因此这更需要服务提供者、监护人、甚至全社会的共同协作与监督。所幸，我们看到了司法机关已担起了监督的职责。

此外，知名游戏大厂网易已对其旗下热门游戏产品接入 AI 及人脸识别技术，通过 AI 判定的疑似未成年人的用户身份，将由人脸识别验证系统进行二次验证，努力从源头保障未成年人用户上网安全。

国内著名短视频平台抖音也已发布平台规范，要求发布者对人工智能生成内容进行显著标识，以帮助用户区分虚拟与现实。针对利用“AI 换脸”“AI 绘图”等技术生成涉未成年人低俗色情图片视频，利用 AIGC 等制作发布涉未成年人有害信息等问题，抖音将通过模型识别、人工审核等方式拦截、下架，并梯度处罚相关账号。

AIGC 等新技术的发展，衍生出了新的未成年权益保护的问题。毫无疑问，这将促进服务提供者对其服务内容、用户规则及平台规范、安全算法的进一步迭新，也将促进法律法规的不断完善。

（本文首发于 2023 年 8 月 30 日）

争议解决

资本公积转增股本：个税该缴还是不该缴？

崔岩双、李煦

引言

对于资本公积转增股本是否要缴纳个税的问题，一直是税法领域众说纷纭的争议问题。因现行文件有关规定存在模糊之处，实践中对有关文件的理解和适用也存在较大的争议，本文试图从现行文件规定、税法原理和典型案例三个方面分析，以期对该问题剖析清晰。

1、从现行文件规定上看

对于资本公积转增股本是否需要缴纳个税，现行主要规定在以下的几个文件中：

编号	文件名称	规范内容
1	《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发〔1997〕198号）	近接一些地区和单位来文、来电请示，要求对股份制企业用资本公积金转增个人股本是否征收个人所得税的问题作出明确规定。经研究，现明确如下： 一、股份制企业用资本公积金转增股本不属于股息、红利性质的分配，对个人取得的转增股本数额，不作为个人所得，不征收个人所得税。 二、股份制企业用盈余公积金派发红股属于股息、红利性质的分配，对个人取得的红股数额，应作为个人所得征税。
2	《国家税务总局关于原城市信用社在转制为城市合作银行过程中个人股增值所得应纳个人所得税的批复》（国税函〔1998〕289号）	二、《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发〔1997〕198号）中所表述的“资本公积金”是指股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金。将此转增股本由个人取得的数额不作为应税所得征收个人所得税。而与此不相符合的其他资本公积金分配个人所得部分，应当依法征收个人所得税。
3	《国家税务总局关于进一步加强高收入者个人所得税征收管理的通知》（国税发〔2010〕54号）	（二）加强利息、股息、红利所得征收管理 1.加强股息、红利所得征收管理。重点加强股份有限公司分配股息、红利时的扣缴税款管理，对在境外上市公司分配股息红利，要严格执行现行有关征免个人所得税的规定。加强企业转增注册资本和股本管理，对以未分配利润、盈余公积和除股票溢价发行外的其他资本公积转增注册资本和股本的，要按照“利息、股息、红利所得”项目，依据现行政策规定计征个人所得税。
4	《关于将国家自主创新示范区有关税收试点政策推广到全国范围	三、关于企业转增股本个人所得税政策 1.自2016年1月1日起，全国范围内的中小高新技术企业以未分配利润、盈余公积、资本公积向个人股东转增股

	围实施的通知》（财税（2015）116号）	本时，个人股东一次缴纳个人所得税确有困难的，可根据实际情况自行制定分期缴税计划，在不超过5个公历年内（含）分期缴纳，并将有关资料报主管税务机关备案。
5	《国家税务总局关于股权激励和转增股本个人所得税征管问题的公告》（国家税务总局公告2015年第80号）	非上市及未在全国中小企业股份转让系统挂牌的中小高新技术企业 以未分配利润、盈余公积、资本公积向个人股东转增股本，并符合财税（2015）116号文件有关规定的，纳税人可分期缴纳个人所得税；非上市及未在全国中小企业股份转让系统挂牌的其他企业转增股本，应及时代扣代缴个人所得税。

根据国税发（1997）198号、国税函（1998）289号及国税发（2010）54号等文件的规定，股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金转增股本由个人取得的数额，不作为应纳税所得征收个人所得税，而与此不相符合的其他资本公积金分配个人所得部分转增股本的，应当依法征收个人所得税。同时，财税（2015）116号及国家税务总局公告2015年第80号文件间接确定在全国中小企业股份转让系统挂牌的企业（其属于非上市的股份有限公司）以股票发行溢价形成的资本公积转增股本的，可以适用国税发（1997）198号及国税函（1998）289号文件的政策。

然而，上述文件形成时间较早、语义上也有很多规定不清的地方，造成了一些理解和适用上的争议，尤其是对国税函（1998）289号中“股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金”存在不同理解。譬如，“股份制企业”是否包括未上市的股份有限公司？尚未股改的有限责任公司经过股改后是否属于国税函（1998）289号文中的股份制企业？再如，从原理上看，非股份有限公司的资本溢价转增股本行为是否与股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金转增股本是否原理相同？

上述理解当然都有解释的空间。然而，从相关规定上看，明确的确实只有股份制公司公开发行中（上市）形成的资本溢价转增股本不征收个人所得税。

二、从税法原理层面剖析

在剖析资本公积转增股本是否应征收个人所得税之前，我们需要先从会计记账视角分析一下所有者权益这一会计科目。

所有者权益，又称企业净资产、股东权益，由实收资本（股份有限公司为实收股本）、资本公积、其他综合收益、盈余公积和未分配利润五部分组成。其中，其他综合收益由特定资产的计价变动而形成，不得用于转增资本（或股本），因此仅考虑盈余公积、未分配利润和资本公积转增实收资本或股本的情况。

对于盈余公积和未分配利润转增实收资本或股本，需要征收个人所得税，在资本市场领域和税务实践操作都没有较大争议。这是因为，盈余公积和未分配利润都是投资者进入公司后，从公司“赚取”的收益，按利润转增股本，从而按股息征收个税是符合税法征税原理的。

而资本公积转增资本（股本），则存在争议。资本公积由资本溢价（股本溢价）和其他资本公积组成。在现在的会计准则下，其他资本公积主要由未实际实现的收益组成，某种意义上来说也是股东从公司“赚取”的利益，征收个税也有一定的道理。

问题是，资本溢价（股本溢价）本就是新加入的投资者投入的成本。对于原股东来说，其没有额外的成本投入，公司增资，股份增值，其获取了“收益”，对其征收个人所得税还有一辩的余地。但是，对于新加入的投资者而言，其没有获得任何收益，对其征收个税完全不符合税法原理。

而企业所得税对此问题的规定是符合税法原理的，《国家税务总局关于贯彻落实企业所得税法若干税收问题的通知》（国税函〔2010〕79号）中明确规定：“被投资企业将股权（票）溢价所形成的资本公积转为股本的，不作为投资方企业的股息、红利收入，投资方企业也不得增加该项长期投资的计税基础。”也正因如此，对资本溢价转增股本的个税处理才更具争议性。

三、从典型案例上解读

从公开信息中获取的案例可窥见此问题的实务处理方式。如江苏科 X 新材料股份有限公司在公开转让说明书提到了其增资过程。归纳如下：

第一，对于公司股改前的未分配利润和盈余公积如实代扣个税；

第二，对于股改后溢价增资形成的资本公积没有缴纳个人所得税；

第三，对于股改前溢价增资形成的资本公积，也未缴纳个税，因：

（1）相关法律法规并未明确针对有限公司阶段溢价增资形成的资本公积在股改后转增股本是否需要缴纳个人所得税作出明确规定。

（2）主管税务机关在税务处理时未要求就此部分缴纳个人所得税且出具了无违规证明。

针对其股改后溢价增资形成的资本公积，根据国税函〔1998〕第289号的规定，股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金，将此转增股本由个人取得的数额不作为应税所得征收个人所得税。如扩大解释，溢价发行可以理解为公开发行、也可以理解为非公开发行。从这个意义上理解，公司股改后溢价增资形成的资本公积不缴纳个税，亦可解释；但对股改前溢价增资形成的资本公积以“法律未规定需要缴纳”为理由不缴纳，确实有些贻笑大方，因除税法规定了无需缴纳个税的特定情况外，其他情形均需缴纳个税。

然而，该主管税务机关对公司出具了无违规证明，说明税务机关认可公司的操作和解释。这也体现实践中对有关规定理解的不一致，对于资本公积转增股本是否需缴纳个税尚未形成一个统一的标准。

结语

在2023年全国两会上，全国政协委员、香江集团董事长翟美卿提交了一份名为《关于优化投资领域个人投资者个人所得税政策的建议》的提案，该提案直指企业在“股改”过程中以高于注册资本的溢价形成的资本公积转增资（股）本，相对应的个人所得税处理问题，认为该问题的税收政策存在地区性执行差异，这削弱税收制度的公平性，也可能阻碍资本市场的健康发展。

该提案中的建议如下：

一、与现行企业所得税、以及股份制企业的处理原理相一致，无论是有限责任公司的资本溢价转增注册资本，还是股份制企业的资本溢价转增股本，均不视为股息、红利的分配，暂不征收个人所得税，亦不增加投资的计税基础。

二、如果仍需征税，则明确因个人本人实际出资而形成资本公积溢价部分，本质上为个人投资者的原始资本投入，不征收个人所得税；因企业转增他人溢价投入部分而获得额外份额的个人投资者，如果需征税，应考虑允许其在转增资本时点暂不征收个人所得税，纳税时点适当递延，以缓解投资者现金压力。

三、统一地方税务机关对该事项的征收操作，允许地方税务机关根据实际情况，准予分期或递延缴纳税款，减轻地方税务机关执法风险。

笔者认为，这一提案既道出了企业家的心声，也符合税法原理及税收征收的实际，对于该问题的定纷止争具有参考价值。

（本文首发于 2023 年 7 月 24 日）

合同变更或无效时，下浮率如何适用？

沈奇、陈子翔

一、引言

不同的工程款计价方式中都有适用下浮率的可能。下浮率本身是收取工程款的施工方事先约定给予对方的让利。下浮率=（原始价格-现在价格）/原始价格*100%。但是，在合同履行过程中，履行情况会发生各种变化。比如工程量发生变更，新发生的工程量是否在约定的下浮率适用范围之内？比如合同解除，施工至一半，此时应付工程款并不等于约定的合同价款，能否适用下浮率？比如合同无效，满足法定条件参照适用合同约定的工程价款约定，下浮率是否在此之列？下浮率并无相关法律规定，其本质上是双方关于工程款自行做出的约定。问题在于合同并未对各种特殊情况下是否下浮做出明确的意思表示。接下来将逐步讨论上述问题。

二、工程变更时下浮率的适用

工程因为设计、业主要求、地质等各种特殊情况在合同履行过程中都会发生变更。本质上是合同的变更，而建设工程合同本身是要式合同，其变更的部分也应当是要式的。因此，变更一般以签证等书面文件记载了工程变更的内容以及各方的意思表示来证明变更意思的成立及生效。但是，签证最多记载了工程变更的情况，不会就工程款的计价方式进行声明，或者就计价方式在变更情况下的特殊适用做出另行约定。此时，变更的工程量对应的工程款是否属于主合同约定的下浮率的适用范围就有争议。

1、下浮率条款的文义理解

主流的判例认为合同在约定时未明确表示下浮率适用于增减工程量的，主张下浮没有依据，对于变更部分工程量不适用下浮率。其审判思路是对于《建设工程解释（一）》第十九条的直接适用，对于计价方式有约定的，按照约定进行结算。而变更的情形并未约定，因此不能适用约定的下浮率。案例参考（2017）苏民终 812 号、（2012）沪一中民二（民）终字第 3236 号、（2018）内 04 民终 6142 号、（2021）新 22 民终 518 号。

2、对下浮率条款的扩大解释

因变更工程属于约定的案涉工程范围之内，故应当适用约定的下浮率，见（2022）粤 02 民终 1328 号。本案法官认为下浮率的约定及于整个案涉工程，只要变更的工程量在案涉工程范围之内就可以适用约定的下浮率。对此审判思路笔者持否定态度，下浮率属于计价方式的一部分，是合同签订时对于已知的工程量计算或估算工程款的计价约定，体现了承包方明确的让利的意思表示。这种放弃自身部分利益的意思表示，以明确知晓工程量或此时已知的大致工程量对价。对于不能预见的工程变更，如法官将下浮率适用于这一部分的意思表示，则意味着当事人对于未见的工程量达成了让利的合意，这显然不符合意思自治的基本原则。合同约定的工程范围并不代表着工程量和施工要求，在这个过程中，如发包方提高施工要求，增加工程量显然都属于约定的成本范围。但是这种变更已经超出了下浮率约定时让利对价的界限。

3、对于变更部分计价方式的单独约定

除了对于主合同中关于下浮率条款的理解，在处理这类纠纷时，还应当审查和注意变更时关于计价方式的约定或主合同中明确的关于变更部分价格的约定。存在这样两种特殊情况：第一，主合同中对于变更部分的计价明确约定据实结算或按照定额计算。在变更部分明确约定了对应的计价方式的情况下，就不应当适用主条款中的下浮率。第二，在形成签证等书面文件的过程中，另行签订了补充协议，对于变更部分的价款进行了约定，或者明确对是否下浮进行了约定。见（2021）粤 01 民终 7356 号。因工程漏项，在工程清单中无量无价，事后签证时双方补充约定了价格 45 元/m²（含下浮），并明确对下浮的情况做出了约定。

综上，下浮率适用于变更部分的工程必须有明确的意思表示，要么约定在合同关于计价的主条款中，要么关于变更部分的计价方式中明确约定。对于发包方来说，如希望下浮适用于变更部分工程，应当注意明确约定下浮条款。

三、合同无效时下浮率的适用

合同无效，下浮率的约定归于无效。但是《民法典》第 793 条特别规定，合同无效但工程合格的，可以参照关于工程价款的约定折价补偿。下浮率是否属于第 793 条“关于工程价款的约定”的涵摄范围呢？存在争议。在法律层面，是对于 793 条规定的法律解释问题；在最高法的司法解释层面，这一存在并未明确；部分地方高院出台的司法解释明确合同无效时可以参照适用下浮率的约定。

1、无效时参照适用下浮率条款

民法典 793 条脱胎于原建工解释一，虽有变更，但参照的对象“无效合同中关于工程价款的约定”没有改变。合同中具体哪些条款属于可以参照适用的条款，下浮率的约定是否在其语义范围之内？早有争议，亦有解答。《山东高院民一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》：可以将合同中关于工程价款、付款时间、工程款支付进度、下浮率、质保金等约定条款作为折价补偿的依据。其中就明确提到了下浮率。《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》：合同约定的工程价款、付款时间、工程款支付进度、下浮率、工程质量、工期等事项作为考量因素的，应予支持。山东高院的解答仍然有效，但江苏高院的解答已经失效。现今全国范围内明确对于 793 条中“关于工程价款的约定”具体指哪些条款作出规定的，只有山东高院。

认为建设工程施工合同无效时，下浮率条款可以作为折价补偿的依据，其适用路径为：首先适用 793 条，其次认为下浮率在 793 条“关于工程价款的约定”射程之内，结论依据无效合同中关于下浮率计算折价补偿款。

（2021）最高法民申 1940 号（案例 1）：最高法认为让利条款（下浮率）属于结算条款，鉴定机构按照《建设工程施工合同》约定的结算方式认定工程造价并无不当。该判决将 793 条所定义的条款抽象为结算条款，认为下浮率条款属于结算条款的子集，因此下浮率条款在 793 条的语义范围之内。

2、无效时不适用下浮率条款

(2020)最高法民终 849 号(案例 2): 最高法认为承包协议系无效合同, 其中关于工程总价下浮 5% 的约定亦归于无效。一审判决根据公平原则及案涉工程的实际情况, 对工程总价未予下浮, 处理亦无不当。

比较案例 1 和案例 2, 笔者认为并非最高院作出了两个矛盾的判决, 也不能机械地认为最高院内部关于该问题有两个矛盾的观点, 一个认为无效时下浮率应当适用, 一个认为不应当适用。第一, 案例 2 明确指出下浮率的约定是无效的。问: 在案例 1 中下浮率的约定是否有效? 答: 当然无效。建设工程施工合同全部无效时, 下浮率条款有什么理由单独有效? 而许多文章在讨论下浮率时, 都区分情形比较: A 情形下浮率有效可以参照适用, B 情形下浮率无效不能参照适用。是错误理解了民事法律行为的效力和 793 条。适用下浮率条款并非因为其有效, 不适用下浮率条款也不是因为其无效。793 条的适用是在合同无效的背景下讨论合同部分条款参照适用的问题, 其统一的前提就是下浮率条款无效。若下浮率条款有效, 则无 793 条适用的余地了。

在无效的情形下为什么要参照适用无效的合同条款, 这个问题较为复杂, 本文不予讨论。但是, 793 条的适用过程就是参照适用无效条款的作业。其问题在于下浮率条款是否属于“关于工程价款的约定”, 其次该约定是否应当在无效时被参照适用。

关于第一个问题下浮率条款是否属于“关于工程价款的约定”, 本文认为, 从基本的语义理解, 现有的行业习惯, 既往的司法判例。答案都是肯定的, 下浮率条款本质上跟商场打折促销一样。标的商品 100 元, 关于价款的约定就是 100 元。标的商品原价 100 元, 打 8 折, 关于价款的约定就是 80 元。下浮率只不过透明化的价格的计算过程, 而 80 元的价款约定是经过下浮率计算的结果。二者是不可分割的。在文义理解上, 不应当将下浮率从工程价款的约定中剥离出来, 至少笔者认为这是一种不恰当、不合理的限缩解释。

关于第二个问题该约定是否应当在无效时被参照适用。我们应当回到 793 条的文义, 即便第一个问题的答案是肯定的, 也不意味着下浮率条款必须被适用。793 条的文义表达是可以参照, 而不是应当参照。可以参照意味着, 法官享有自由裁量权, 根据案件本身的具体情形考虑, 是否参照适用。毕竟合同本身是无效的, 而 793 条的折价补偿请求权本身并非合同请求权并不以双方合意作为请求权的基础。其本身属于不当得利请求权, 在不当得利的框架下寻找一个计算折价补偿的标准, 法律给出了示范性的非强制性意见。在不当得利的框架下, 下浮率的存在与合意或合同无关, 只是一个未被法律作出有效无效等效力性评价的客观存在。

关于自由裁量权参考的因素, 是一个难以预测和判断的问题。当裁量的理由趋向于抽象的民法公平原则和不被揭示的案件具体情况(案例 2), 判决失去了参考的价值, 行为也失去了坐标。司法工作者不必深究于自由裁量的标准, 因为没有用。但是从立法的角度, 除了由于现实情况过于复杂无法预测亦无法例举, 因此无法规定为应当, 那么就只能规定为可以, 将问题在个案中交给法官解决。

再见一例, (2020)最高法民终 337 号。合同约定固定总价 A, 下浮 5%。一审鉴定价格 B, 下浮 5%。二审改判, 依据鉴定价格给付, 不适用下浮率条款。最高法认为: “该结算条款采用包干价格, 双方达成下浮合意的前提条件为“在此总价”, 即包干的价格基础上。本案通过司法鉴定确定工程价款, 改变了下浮合意的前提条件, 故对于福建九鼎关于工程总造价

不应下浮 5%的主张，本院予以支持。”笔者认为，这个改判就充分考虑了案件实际情况条件的变化，尽管下浮率是关于工程价款的约定，但是在本案中不应当适用。

3、无效时，调整下浮比率

如前所述，在 793 条的适用中，法官享有自由裁量权，下浮率作为一个客观标准，只是一个不具有强制性效力的参考坐标系。法官可以全部参照适用，可以完全不参照适用，自然也有权进行调整部分参照适用。

（2021）最高法民申 6087 号最高法院认为：本案中，当事人虽约定以政府职能部门核定造价为基础下浮 32%结算工程价款，但据顺洋公司与赣基公司、贺超群之间另案民事判决的记载，顺洋公司系以借款的方式向赣基公司、贺超群预付工程款并按月计收利息，且双方还约定赣基公司、贺超群需承担相应的税费，故经综合衡量各方当事人的权益以及导致案涉建设工程施工合同无效的过错程度等因素，二审判决在保留发包人总造价 7%合理利润的基础上，酌情确定发包人应按双方均认可的结算造价下浮 7%向赣基公司、贺超群支付案涉工程价款，系裁量权的合理行使，处理结果相对公平。

四、结语

下浮率在工程量变更的情形中，应当注意在工程总价方式中明确下浮率的适用范围是否涉及后续变更，或者在变更时明确约定变更部分工程量的计价方式。下浮率在合同无效的情形中，在文义上“关于工程价款的约定”包含下浮率，即下浮率在无效时可以作为折价补偿的依据，但是是否下浮法官根据案件的实际情况仍享有自由裁量权。

（本文首发于 2023 年 8 月 9 日）

行使合同解除权竟构成抽逃出资？ ——看待股权投资协议不能局限于合同法思维

于赓琦

连续创业者小红开了一家科技公司（“红科公司”）。公司发展势头甚好，有了上市规划。小红拟引进财务投资人小蓝，小蓝同意溢价增资成为小股东，不参与公司经营，出资额一笔付清。为了平衡这种信息不对称的地位，并给自己留一个“反悔”的机会，小蓝与红科公司、小红在投资协议中约定当合同签订后的初期出现某些根本违约情形时，小蓝有权单方解除投资协议并取回投资款。

本次交易的特殊性在于，投资协议中约定小蓝支付投资款的前提之一是红科公司办理完毕小蓝入股的工商变更——这本是小蓝为了维护自身权益而争取的优势条款，但实际操作中反而可能对投资协议的解除造成阻碍。

前述场景抽象自笔者代表某项目跟投方、审阅领投方起草的交易文件时遇到的真实情况，反映了股权投资中相对常见的一类问题，即交易文件解除时应多大程度考量《公司法》关于公司“资本维持原则”的规制。该项目中，相关交易文件条款原文为：

“协议解除后，本协议各方应本着公平、合理、诚实信用的原则返还从对方得到的本协议项下的对价、尽量恢复本协议签订时的状态（其中，公司应向投资者返还其已缴付的投资款并按该投资款每年 12% 的利率向投资者支付利息，自该等款项从投资者付至公司账户之日起算至该投资款全额返还至投资者账户之日截止）。”

鉴于“先完成工商登记再支付投资款”的交易方式，假设接受该条款，小蓝行使合同解除权将面临的主要问题可论述如下。

一、小蓝一旦支付投资款，存在无法单靠解除投资协议取回投资款项、否则构成抽逃出资的法律风险

小蓝是通过认购新增注册资本的方式将投资款直接付给红科公司的，一旦合同解除，其需要将款项从红科公司取回。此时，因小蓝已经是工商登记的股东，其取回行为在外观上存在“抽逃出资”嫌疑——虽然这种合同解除后的“恢复原状”基于投资协议明确约定而看似具备合法性，但未必具备足以对抗公司外部债权人的效力，故难以被法院认可。

相关案例如(2020)最高法民终 223 号海南天然橡胶产业集团股份有限公司、海南华阳投资集团有限公司新增资本认购纠纷、买卖合同纠纷中，最高院表明观点：“公司以资本为信用，公司资本一经增加，非依法定程序不可随意变更…不能以目标公司的履约瑕疵要求返还其已经工商变更登记的投资。”

广州市中级人民法院(2020)粤 01 民终 9899 号王蕊、杨艾瑛与公司有关的纠纷中，投资人以认购新股方式入股目标公司，并已办理完毕工商登记，后投资人以目标公司原股东存在转移公司资产等违约情形使合同目的无法实现为由，起诉要求解除增资协议并返还出资。法院以投资人“提出的诉讼主张等同于撤资”、“所支付的增资款在协议签订并经实际履行后已转化为目标公司的资本，依法不可随意撤回，即便拟退出目标公司，也应依照法定程序，通过股权转让、减资等方式处理”，未支持投资人诉请。

相对的，即便投资人已经以股东身份参与公司经营，只要没办理工商变更，仍有机会根据合同约定取回“出资款”。如(2019)最高法民申 1738 号韩梧丰、邬招远公司增资纠纷案件中，虽然投资人已将自己写入公司章程（该章程未在工商部门备案）并实际参与股东会及董事会会议，最高院仍认为“案涉增资款尚未在工商登记部门办理变更登记，该增资款对公司债权人尚未产生公示效力，公司债权人尚无需要保护的信赖利益，投资人依约定条件解除案涉《增资协议》并请求返还投资款，并不涉及因抽逃出资或不按法定程序减资损害公司债权人利益的问题”。

二、小蓝能否取回投资款，受其工商登记之“股东”身份的影响

从上述案例可知，小蓝之所以难以通过行使解除权而直接取回投资款，与合同约定的股东身份取得时点无关，而应是由其基于工商登记而具备对世效力的“对外”股东身份决定的。在办理工商登记之前，司法机关仍主要依据合同法思维评价小蓝行使解除权的行为，即只要小红或红科公司的违约行为达到了足以使得合同目的无法实现的程度，原则上应支持小蓝解除合同并取回投资款的要求。一旦完成了相关工商登记，对外部债权人的保护就上升到第一位，小蓝的投资款只能通过红科公司减资或小红回购等方式实现。

这种认定的理论依据可以参考 2019 年 11 月 8 日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（“《九民纪要》”）第 5 条，最高院在其中传达了“投资人与目标公司对赌的，未经目标公司减资程序，不得要求目标公司回购其股权”的司法观点。该条虽然仅针对投资人与目标公司“对赌”的情形，但对赌触发而要求目标公司向投资人支付回购价款，与投资人解除投资关系并收回投资款，其实质类似，故均将面临是否损害外部债权人利益、构成抽逃出资的“灵魂拷问”。

按照最高院的逻辑，小蓝经工商登记为股东后，外部债权人即享有相应信赖利益。此时如放任小蓝不经减资程序通知债权人而将投资款取回，就使得外部债权人丧失了知情权及基于《公司法》第一百七十七条要求公司提前清偿债务或者提供担保的权利，构成“未经法定程序将出资撤回”¹的抽逃出资行为。

对于小蓝实质上难以行使这种合同明确约定之权利的别扭情况，最高院也作出了解释：“人民法院在这个问题上只要表明我们的裁判思路即可。这样，投资方采取什么方式，他会有相应的办法，知道怎么做”²。

三、如果各方约定了仲裁管辖，可能出现变数，但仍存在很强的不确定性

小蓝之所以无法直接通过解除合同取回投资款，直接依据在于最高院通过《九民纪要》表达了这种行为可能构成抽逃出资的司法观点——该观点反映在为数较多的司法案例中。这种观点是基于最高院对公司法精神的理解，但其实并没有非常明确的法律条文支撑，且在本文所述的“合同解除”情形下，其论证逻辑并非无懈可击，这就给仲裁实务中带来了一些余地，如：

第一，实务操作中，公司做增资工商变更时既可以提交验资报告（登记实缴金额），也可以不提交验资报告（不登记实缴金额）。在未登记实缴金额且小蓝工商登记的出资期限未

¹ 见《最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）》第十二条。

² 见《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》第 120 页。

届满时，外部债权人对小蓝的实缴金额似难称具备明确的信赖利益，此时是否考虑将尊重意思自治的法益暂且置于保护外部债权人利益之上；

第二，即使认为外部债权人具有前述信赖利益，鉴于小蓝是溢价出资，溢价部分不会体现在工商登记信息上，故该信赖利益应仅限于注册资本对应部分，而不应延至溢价（计入资本公积）部分；

第三，即使认为前述信赖利益应延至资本公积，股东与公司的钱款往来也可以有多种形式（比如借款、往来款、支付违约金等），并不是股东从公司拿钱就是抽回投资款，应当根据个案交易实质而定。

对于第一种观点，逻辑上似乎有道理，但如其成立，则每次增资都不提交验资报告、不如实登记实缴情况的公司反而享有投资者有机会灵活取回投资款的优势地位，这似乎不符合基本的诚信原则。对于第二种观点，学术理论层面确有争议，但同时应注意，最高院曾作出明确回应：“有观点认为……我们认为，这一观点在现行法下是不能成立的……投资方作为目标公司的股东的情况下，无论基于什么原因，都不能从公司资本公积金中拿走金钱”³。对于第三种观点，笔者认为如个案中明确约定钱款性质不是投资款、且投资人能够较大程度的证明无抽逃出资嫌疑，或许可有转机，此时的处理难度应当主要集中在对后一问题的“实质重于形式”的论证。

四、无论是否约定仲裁管辖，小蓝均可通过更加科学的条款设置争取相对稳定的权利救济

前文已述，小蓝经工商登记后若想解除合同并取回投资款，比较行之有效的途径为红科公司做定向减资或小红回购其股权。对于后一种途径，因属于一种相对纯粹的民事行为，仅在合同中约定即可产生确定的法律效力且有机会强制执行。对于前一种途径，公司做定向减资通常需要所有股东在股东会决议中表决通过，法院基于此为“公司自治”领域不加干涉，但并不排斥小蓝在投资协议中约定小红和目标公司配合减资的义务并为其设置相应的违约责任。有鉴于此，文首的合同条款可以通过增加如下内容，使得即使小红利用大股东地位干扰小蓝通过减资取回投资款，小蓝也有机会转而通过要求小红回购的路径获得权利救济：

...为保证投资者全额取得该等投资款及利息，如届时投资者已成为公司工商登记的股东，则创始股东承诺届时将签署并促使公司各董事、其他股东等签署令投资者满意的关于公司减资的文件（包括但不限于董事会决议、股东会决议、减资公告、清算报告以及市场监督管理部门等政府部门不时要求提供的必要和合理的文件等，如公司以定向减资的方式回购投资方全部/部分股权的，前述股东会决议应该取得全体股东一致同意）。创始股东进一步承诺将促使前述减资事项所需要履行的登记和备案等手续尽快完成。如公司未在投资者要求的期限内完成前述手续，或通过前述减资后投资者所获金额不足前述投资款及利息总额的，差额应由创始股东通过货币方式补足，届时投资者如仍持有公司股权，则应在收到全部补足款项后将所持公司股权转让给创始股东。

³ 见《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》第119页。

五、回到最初的问题：小蓝能否解除合同？

本案中因为小蓝是一次性出资，既然难以取回出资，那么讨论能否解除合同已意义不大。但假如在另一个时空中，小蓝是分两笔出资，第一笔出资后红科公司配合办理工商变更，第二笔出资前红科公司或小红发生了根本违约情形，小蓝行使解除权，此时应如何认定？

笔者认为在这种情况下：第一，在条款对合同目的、解除事由等约定的很清楚的前提下，投资协议（的一部分）经小蓝的书面通知送达解除，解除后小蓝不需再支付第二笔投资款（其第二笔投资款对应的权利义务亦消灭），但无权直接取回第一笔投资款；第二，协议解除后，红科公司有义务通过减资等方式将小蓝第二笔投资款对应的新增注册资本“恢复原状”，但是基于尊重公司自治原则，小蓝难以通过诉讼或仲裁方式强制红科公司这样做；第三，前述事项完成之前，小蓝似仍应基于工商登记的认缴金额和出资期限对外部债权人承担相应的或有责任。

类似观点可见于上海市第一中级人民法院(2019)沪 01 民终 11265 号上海富电科技有限公司与西北工业集团有限公司等公司增资纠纷案件。

（本文首发于 2023 年 8 月 14 日）

文娱体育

自媒体账号归属何方？主播达人与MCN机构纠纷下账号归属的探讨

胡至浩、冀希洋

在流量时代，网络平台的自媒体账号作为主播达人与粉丝紧密联系的渠道，主播达人的自媒体账号坐拥的大量粉丝，意味着巨大的流量价值。

因此近些年来，不时在网上可以看到主播达人们与其MCN机构/经纪公司的“大战”。前有“李子柒”、“翔翔大作战”与经纪公司的“爱恨情仇”引发了轰轰烈烈的舆论讨论，后有抖音千万粉丝级别的吃播博主“大胃王浪味仙”一案历经二审终于在前段时间落下帷幕，该案中法院最终判定“大胃王浪味仙”的账号属于经纪公司，但“浪味仙”的艺名归属于达人。自媒体账号已经成为了主播达人与MCN机构/经纪公司纠纷时“兵家必争之地”。

那么自媒体账号有哪些特性？法院在判定账号归属的时候又会考虑哪些因素？下文将逐一展开分析。

一、揭开自媒体账号的面纱

自媒体账号具有其特殊性，笔者概括为三点：第一，法律性质上自媒体账号属于一种虚拟财产；第二，自媒体账号的用户账号受限于平台规则，只享有使用权，账号归属之争本质上是账号使用权之争；第三，账号带有强烈的人身属性，在外观上高度依赖主播达人。

1. 一种虚拟财产

根据我国《民法典》第一百二十七条规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”无争议的是，主播达人的自媒体账号在法律性质上是一种虚拟财产，应适用民法典的相关规定予以规制。实践中，大部分法院认为，账号权属之争的背后，实质上是账号所代表的市场经济价值的归属之争。在“浪味仙”一案¹中，法院认为，对于抖音、快手账号而言，注册行为本身并不当然产生市场经济价值，账号只有通过使用而吸引了一定的粉丝和一定的市场影响力，才具有市场价值。

2. 受限于平台规则的使用权

较为特殊的是，自媒体账号中数据的存储与传播必须依托于平台服务，用户和平台之间有高度的相互依赖关系，因此用户对该账号所享有的权利义务受相关注册协议和平台协议的约束，而几乎所有的平台服务提供商都会在协议中规定“用户仅享有使用权，所有权属于平台”。如有判决书²中提到：“用户因对账号的个性化使用、运营、投入，而对账号上由此所添附的财产性内容享有财产性权益，但账号与平台难以分割，脱离平台，账号对用户而言没有使用价值，因此，用户不能因其享有的财产性权益而成为账号的所有权人，但用户可根据用户协议约定享有账号使用权”。所以，自媒体账号归属之争，实际上是自媒体账号“使用权”之争，用户、MCN机构、平台服务提供商各自对账号享有一部分权利，也都受到一定的限制。

¹ 重庆市高级人民法院（2022）渝民终859号

² 浙江省安吉县人民法院（2021）浙0523民初4848号

3. 带有人格要素的外观

网络平台账号往往还具有很强的人身属性。一方面，在外观上：自媒体账号往往涉及大量达人的姓名、艺名、肖像，如“大胃王浪胃仙”、“李子柒”、“翔翔大作战”；另一方面，在内容上：自媒体账号内容的制作也高度依赖达人，账号产生的经济价值主要基于的是账号对外表现的达人本人的劳动、智力成果和个人魅力，而非背后运作的经纪公司。

自媒体账号的上述特点在各判决中均可一见，但随着司法实践的发展，笔者发现法院在判定自媒体账号归属时，往往基于上述特点而呈现出不同的价值倾向，从而使得账号归属的判定呈现出复杂、多变的状态。

二、司法实践中有关账号使用权归属的考量因素

在账号使用权纠纷中，法院会根据事实情况和原被告的主张来考虑多方面因素，例如合同约定、账号的人身性外观、初始注册人、实名信息绑定/认证人、账号与MCN的关联性强弱、账号的实际运营和管理、换绑操作的难度和可能性等。笔者对上述因素进行总结和分类，账号使用权归属的主要考量因素可以概括为三个“who”：

第一个“who”：合同约定账号属于谁；

第二个“who”：外观上看账号属于谁；

第三个“who”：接受平台服务的用户是谁。

（一）第一个“who”——达人和MCN机构约定账号属于谁

达人与MCN机构签署的协议可能涉及内容制作、流量推广、商业宣传、接洽广告、商务谈判等内容，通常机构提供的合同中都会约定自媒体账号的管理权限和使用权归属、运营负责主体以及账号的收益分成等。在司法实践中，由于未有对自媒体账号的财产权属针对性的法律明文规定，法院一般会尊重民事主体的意思自治，审查双方协议中是否有约定账号归属的条款，根据当事人之间的约定来认定账号归属。例如在王某与某公司网络服务合同纠纷一案³中，法院认为：王某作为《账号权属协议》一方当事人，应履行依据有效的合同所应承担的义务，对订立合同的后果应有预期，该协议明确约定涉案账号所有权归属某公司所有，属于某公司财产。

然而鉴于自媒体账号的复杂的法律关系，法院往往要平衡达人、MCN机构、平台、粉丝用户等多方，“合同约定”在该类案件中也仅是一个参考因素，法院还会主要考量下面两方面因素。

（二）第二个“who”——外观上看账号代表谁

由于自媒体账号兼具人身属性，从保护账号的经济价值、用户对账号达人的个人信赖与喜爱等角度出发，法院也会考量账号的外观因素，也即外观上看账号代表谁。

³ 北京互联网法院 (2022)京 0491 民初 23342 号

1. 达人外观

在账号归属约定不明的情况下，法院往往会考虑账号的人身属性。如在翔翔大作战一案⁴中，法院认为，网络直播经济具有自身的特点，相关账号的内容创作亦高度依赖于主播，账号所产生的经济价值与主播本人的创作、形象和用户喜爱密不可分……因此在双方协议对于账号权属并未明确约定的情况下，考虑到案涉网络账号已与主播个人信息相绑定，具有一定的人身属性，在合同解除或终止时，相关网络账号的使用权宜归属主播个人。

由于账号的强人身属性，甚至即使合同中约定了账号归属于公司，也不排除可能因其人身依附性过强或达人在缔约时处于弱势地位等理由而被判定归属于达人。例如在构美公司与李某合同纠纷案⁵中，法院认为淘宝直播账号系以李某名义申请开通，带有明显的人身属性。虽然合同约定所申请的账号所有权、使用权等归构美公司所有，但合同书大部分内容均是李某的义务，其明显处于缔约的弱势地位。因此，构美公司要求李某交付直播账号密码，不予支持。

2. 账号的 MCN/公司外观

同样是账号的外观因素，也可能存在账号的外观更多呈现为 MCN 机构/公司的情况。

如果账号的名称和内容中明显出现了公司注册的商标、字号、宣传信息，并且该账号由公司始终控制账号或主导账号的运营等。在这种情况下，如该账号未与个人绑定、双方约定了账号归属公司，法院可能会支持该约定。

例如在广州狮之谦服装有限公司与杨某合同纠纷一案⁶中，一审法院基于双方协议约定公司拥有案涉社交媒体账号的所有权和使用权，且公司系该账号中所涉品牌商标的所有权人，认定案涉账号所有权和使用权归公司所有。

自媒体账号的“人身属性”使得它比其他虚拟财产多了一些特殊性，社会公众对于账号外观存在一定的信赖，这是法院在裁判时不可回避的因素之一。

（三）第三个“who”——接受平台服务的用户是谁

接受平台服务的用户即账号的实际权利人，在接受平台约束的同时，理应对账号享有财产权益。近年来，法律层面上对互联网用户，尤其是账号的用户实名制的要求越来越高。2017年6月1日实施的《中华人民共和国网络安全法》、2022年8月1日实施的《互联网用户账号信息管理规定》、2021年8月30日实施的《网络表演经纪机构管理办法》等规定的出台和实施都不断强化互联网用户要“一人一号实名认证”，这也使得接受平台服务的用户是谁这一因素变得愈发重要。

一般来说，“人、证、号”应当是一致的；但在实践中，由于各平台规则的不同（比如有些平台只在用户要开通直播打赏或带货服务时才要求实名认证）以及账号实际注册/认证情况的不同（比如有些机构会使用自己员工的账号注册），可能出现“人、证、号”三者不一致的情形。在这种情形下，法院可能会考虑的因素包括：初始注册人、实名认证人、平台协议以及换绑的可操作性和难度等。

⁴ 北京市第三中级人民法院（2022）京03民终8800号

⁵ 江苏省宿迁市中级人民法院（2019）苏13民终4102号

⁶ 广东省广州市中级人民法院（2018）粤01民终10473号

1. 初始注册人

各平台一般规定平台拥有账号的所有权，账号的使用权归属于初始注册人，相关权益亦属于初始注册人所有，详见下列常见平台的用户协议中约定。

平台名称	平台协议	内容
微信	《软件许可及服务协议》	7.1.2 微信账号的所有权归腾讯公司所有，用户完成申请注册手续后，仅获得微信账号的使用权，且该使用权仅属于初始申请注册人。同时，初始申请注册人不得赠与、借用、租用、转让或售卖微信账号或者以其他方式许可非初始申请注册人使用微信账号。非初始申请注册人不得通过受赠、继承、承租、受让或者其他任何方式使用微信账号。
抖音	《“抖音”用户服务协议》	3.4 您在“抖音”中的注册账号仅限于您本人使用，未经公司书面同意，禁止以任何形式赠与、借用、出租、转让、售卖或以其他方式许可他人使用该账号。如果公司发现或者有合理理由认为使用者并非账号初始注册人，为保障账号安全，公司有权立即暂停或终止向该注册账号提供服务，并有权永久禁用该账号
快手	《快手软件许可及服务协议》	2.2 快手账号的所有权归北京快手科技有限公司所有，用户完成申请注册手续后，所注册快手账号仅限您本人使用。
小红书	《小红书用户服务协议》	2.3 由于您的账号关联您的个人信息及小红书平台商业信息，您的账号仅限您本人使用。未经小红书公司同意，您直接或间接授权第三方使用您账号或获取您账号项下信息的行为无效。如小红书公司判断您账号的使用可能违反法律法规、危及您的账号安全及/或小红书平台信息安全的，小红书公司可拒绝提供相应服务或终止本协议。小红书公司有权视情况封禁或注销、回收该账号，由此带来的包括但不限于内容、虚拟财产清空等损失由您本人及该账号使用者自行承担。

一般情况下，法院多会尊重“用户协议”对初始注册人权益的约定。

如在北京你我他创星文化传媒有限公司与许某合同纠纷一案⁷中，法院认为：许某的涉案快手涉案账号为其在与你我他公司合作前注册，该快手账号应归许某自身所有。又如在杭州快火文化传媒有限公司与王某合同纠纷一案⁸中，法院认为：涉案两个微信号确系原告工作人员注册，被告应当予以返还，而因涉案抖音账号注册人均为被告王某本人，原告要求其返还的依据不足。

⁷ 北京市朝阳区人民法院 (2021)京 0105 民初 13512 号

⁸ 浙江省杭州市钱塘区人民法院 (2022)浙 0114 民初 1681 号

2. 实名认证人

若初始注册人与实名认证人不一致，要如何判定账号的归属？在这种情况下，法院会综合考虑上述因素，并着重考察平台协议的内容与双方合约的情况。各个平台对于实名认证规则的规定有所不同，如下：

平台名称	协议名称	内容
抖音	《实名认证服务协议》	2.1 为对申请实名认证的账号进行审核和安全验证，你同意使用公司提供的实名认证服务，即公司通过身份证件信息验证、人脸信息对比核验你的身份， <u>以确保账号实际使用人和账号实名认证认为同一人</u>
微信	《微信视频号运营规范》	6.2 视频号可以进行认证，认证主体同意认证即视为同意遵守《微信视频号运营规范》和《视频号认证服务条款》， <u>认证后该视频号视为认证主体使用，相关权利义务由该认证主体承担</u> 。视频号的认证主体应对视频号的管理员和运营者进行管理，并对他们的行为承担责任。未进行认证的视频号，由创建时的微信账号主体承担该视频号的相关权利义务
小红书	《实名认证服务协议》	您提交的资料和信息是作出认证结果的重要依据，任何资料和信息的变化将可能影响认证结果，您应当在资料和信息变更时及时提出补充认证申请，否则，小红书公司有权拒绝或终止提供本服务
	《小红书用户服务协议》	6.4 服务变更、中断、终止 如发生下列任一种情形，小红书公司有权不经通知而中断或终止向您提供服务： 根据法律法规您应提交真实信息，而您提供的个人资料不真实、或与注册时信息不一致由未能提供合理证明。

例如在抖音账号的案件中，目前《抖音用户协议》和《实名认证服务协议》仅规定了账号的使用权归属于初始注册人，并未明确指出抖音账号的“实名认证人”为账号使用权人。因此对抖音账号而言，“初始注册人”的优先级大于“实名认证人”，在“初始注册人”与“实名认证人”不一致时，法院更有可能会认为账号使用权应归属于“初始注册人”。例如在青岛末那识文化传媒有限公司、李某物权确认纠纷一案⁹中，法院认为，抖音公司约定账号的使用权属于初始注册人，账号使用权人的“初始注册人信息、注册手机号、实名认证信息”等应当均为同一人……末那识公司使用其所持有的手机号码初始注册完成抖音账号信息，系通过事实行为取得抖音账户的使用权，其作为该抖音账号初始注册的手机号码的持有人应当享有该抖音账号的使用权。2020年7月案涉账号才以李某名义进行了实名认证，实名认

⁹ 山东省青岛市中级人民法院 (2023)鲁02民终3845号

证时间明显晚于抖音账号注册时间，李某亦无证据证明抖音公司已明确约定抖音账号的“实名认证人”即取得账号使用权，故不能仅以实名认证人认定账号使用权权属。

与抖音不同的是，微信视频号的规定却更多的倾向于认为“实名注册人”的优先级高于“初始注册人”。尽管微信平台在《软件许可及服务协议》中约定了账号的使用归属“初始注册人”，但在视频号的《微信视频号运营规范》却规定了“视频号的认证主体认证后该视频号视为认证主体使用，相关权利义务由该认证主体承担。”实际上暗含了在微信的视频号账号中“实名认证”的层级高于“初始注册人”的规则，那么若在微信视频号的账号权属纠纷中，法院可能会因此得出不同的结论。

3.解绑、换绑操作的难度和可能性

如账号权属因司法裁判变更，那必然会面临账号换绑的问题，因此有些法院也会考虑变更平台账号注册信息或实名认证信息在技术层面的可操作性，综合决定账号使用权归属。

如在广州神狼文化传播有限公司与陈某合同纠纷一案¹⁰中，法院认为：根据北京微播视界科技有限公司的回复意见，抖音账号的实名认证信息亦非不可更改。因此，陈某请求判决案涉抖音、快手账号归其所有，理据不足，本院不予支持。又如在义乌抖动文化传媒有限公司与周某合同纠纷一案¹¹中，法院认为：关于被告提出的“抖音账号一经实名认证后无法变更”的抗辩，经本院与北京市微播视界科技有限公司核实，抖音账号经过法院确权判决后，可以进行变更处理，故涉案抖音账号已由被告实名认证并不影响本案的处理。

国家互联网信息办公室于2021年2月22日开始实施的《互联网用户公众账号信息服务管理规定》的第十一条规定，“公众账号生产运营者向其他用户转让公众账号使用权的，应当向平台提出申请。平台应当依据前款规定对受让方用户进行认证核验，并公示主体变更信息。”据此，公众账号的使用权应当可以转让，但需要经过向平台申请和平台核验的步骤。目前各大平台是否可以操作账号解绑换绑仍未有明确定论，但是根据前述案例所示，抖音平台在规定了“实名认证暂不支持解绑、换绑操作”的前提下，仍存在通过司法裁判解绑换绑的可能性。

在实践中，一起纠纷往往并非仅存在单方面或者一边倒的因素，而是达人与MCN机构各占几方面因素的复杂情况。如在星果公司诉魏某合同纠纷一案¹²中，上诉人诉称，案涉抖音账号记录的内容均为上诉人出镜、出声的作品；与著作权本身类似，与上诉人身份、名誉等息息相关。但同时，账号的注册手机号和身份证信息绑定者出现分离，而在实际使用中，注册手机号只起到接收验证码作用，可以随时更换；绑定身份证信息者才是真正的责任者、应获收益者。然而法院认为，尽管涉案账号中视频内容均为达人演唱歌曲类，包含大量的达人肖像、声音等个人信息，但基于争议抖音账号系双方签订协议用星果公司员工手机号注册，在双方合作使用期间，魏某为星果公司出具了抖音账号归属权说明，法院认定该抖音账号权属应为星果公司所有。其本质是，法院认为达人与MCN的反复约定+初始注册人>账号人身外观+实名认证人。

¹⁰ 广东省广州市中级人民法院 (2021)粤01民终4018号

¹¹ 浙江省义乌市人民法院 (2020)浙0782民初8757号

¹² 辽宁省沈阳市中级人民法院 (2022)辽01民终1889号

综合来看，由于个案的特殊性、各法院的倾向性以及平台政策的变动，以上三方面因素（合同约定账号属于谁、外观上看账号属于谁、接受平台服务的用户是谁）在实践中可能会呈现不同的位阶顺序。这也导致，在司法实践中，法院对账号使用归属权的认定具有很强的灵活性和策略性，高度依赖于原被告律师的主张和证据组织。

三、实践操作建议

基于上文，可以发现：自媒体账号使用权归属的判定是一个复杂的过程。首先原被告律师根据其有利的事由进行主张，然后法院将这些主张的事实分成几类因素，最后法院在这些因素之间权衡用户、平台、达人、MCN 机构等多方的利益，综合各方面因素来判定账号使用权的归属。

因此，对于自媒体账号归属，我们提出以下几点实践操作建议：

1. 协议约定：实践中，达人和 MCN 机构应注意协议中的账号权属、运营管理权利、合同期限、违约责任的分配和承担等细节的约定，尤其是“未雨绸缪”约定好合同终止后账号的交接和归属。

2. 账号注册：达人和 MCN 机构在注册申请时，建议关注各入驻平台的相关协议，尽量将风险降到最小化，维护自身的权利。建议关注初始注册人和实名注册人的相关手续和信息，比如绑定的手机号、提交的实名注册人信息等。

3. 及时寻求律师的帮助：实践中主张哪些有利因素，都是原被告律师博弈的结果，而法院也会根据代理律师的主张，结合证据材料与案件事实来审查和判断。因此我们建议，在遇到类似问题前，先咨询专业律师，进行合理的规划；在遇到类似的问题时，第一时间寻求专业律师的帮助，保存证据并争取自己的合法权益最大化。

（本文首发于 2023 年 8 月 15 日）

在体育纠纷中，如何准确主张适用自甘风险规则？

徐元昊

杭州亚运会如火如荼开展，点燃了全民健身的热情。而在健身、运动的过程中，人们难免彼此碰撞、造成伤害，并可能最终走向诉讼维权。在此类案件中，是否适用自甘风险规则、免除侵权责任通常成为双方争议的焦点。2023年6月21日，最高人民法院首次发布了涉体育纠纷民事典型案例，其中案例二（下称“齐某泰拳案”）、案例四（下称“白鲨号案”）¹特别就《民法典》第1176条“自甘风险”条款的理解与适用展开论述。结合最高院于2022年5月、2023年8月发布的典型案例十（下称“宋某羽毛球案”）、案例十五（下称“张某篮球案”）²，笔者认为，最高院通过前述案例为法律工作者处理类似案件提供了相对明确的思路。

一、什么是“自甘风险”？

自甘风险系侵权法项下的法律规则，通常指受害人自愿承担可能性的损害而将自己置于危险环境或场合，造成损害的行为人不承担责任。

在《民法典》生效以前，我国在《侵权责任法草案》中尝试确立自甘风险规则。如杨立新教授主持起草的《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》第29条第3款对体育活动里面之侵权责任加以特殊规定：“参加或者观赏具有危险性的体育活动，视为自愿承担损害后果，适用本条第1款的规定，但行为人违反体育运动管理规则，故意或者重大过失造成损害的除外。”³然而，后续正式颁布施行的《侵权责任法》《民法通则》《民法总则》之中，并无成文的自甘风险条款，给后续司法实践适用该条款带来一定困难。

在这一时期的司法实践中，法院通常还是将自甘风险作为一项法律原则加以适用。如2003年“吴某诉刘某”案中（或称其为“石景山足球案”），原、被告利用午休时间与其他数名同学在学校操场上踢足球。原告作守门员，被告射门踢出的足球经过原告手挡之后，打在原告左眼，造成伤害。原告以刘某和所在学校为共同被告起诉，请求人身损害赔偿。北京石景山区法院认定，足球运动具有群体性、对抗性及人身危险性，出现人身伤害事件属于正常现象，应在意料之中，足球运动中出现的正当危险后果是被允许的，参与者有可能成为危险后果的实际承担者，而正当危险的制造者不应为此付出代价。刘某的行为不违反运动规则，不存在过失，不属侵权行为。⁴不过此时由于缺乏成文法条的指引，各地司法实践对于自甘风险原则的理解与适用存在较大差异。

2020年5月，《民法典》正式通过，其第1176条正式确立了自甘风险规则：

自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求其他参加者承担侵权责任；但是，其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。

¹（2019）粤民终635、636号

²（2021）沪01民终732号

³杨立新等，《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》，法律出版社

⁴赵毅，《体育侵权中受害人同意和自甘风险的二元适用——由“石景山足球伤害案”引发的思考》，武汉体育学院学报

活动组织者的责任适用本法第一千一百九十八条至第一千二百零一条的规定。

本条第二款指向了其他条款：《民法典》第 1198 条主要是经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者的安全保障义务，第 1199 条至第 1201 条主要是教育机构的教育管理责任。

然而在《民法典》生效后的司法实践，依然受过往裁判思路的影响，仍然存在一定的法律适用错误、裁判思路分歧。这也是最高院先后多次发布相关典型案例的原因所在。

二、典型案例对于体育领域相关纠纷的指导意义

1. 明确了认定致害人是否存在故意或重大过失的评判标准与参考因素

一般而言，在涉及自甘风险规则的体育领域案件中，对于致害行为、因果关系、损害后果的认定标准与一般侵权案件比较接近、也较少出现分歧。然而，认定体育领域相关纠纷致害人是否存在故意或重大过失的标准，则与一般案件不同，也容易产生分歧。因此，笔者认为前述典型案例最重要的指导意义，在于明确了在体育领域相关纠纷中处理、分析这一问题时的评判标准与参考因素。

(1) 体育领域相关纠纷通常不适用类似案件的一般标准

此类案件中，法院通常会结合相关竞赛规则、运动规则来评价致害人的具体行为，适当放宽行为人的注意义务标准，必要时还会听取裁判员等体育专家的意见。如青岛中院认为，“如日常活动中发生此种冲撞，通常可考虑行为人构成重大过失，但基于竞技体育中注意义务标准的不同”。⁵上海一中院在“张某篮球案”中也明确，“篮球比赛是具有高度对抗性和风险性的体育竞赛活动……人的体力、智力存在上限，参赛者不可能做到每一个决定、每一个动作都合理规范……因此，应当将此种情况下参赛者的注意义务限定在较一般注意义务更为宽松的范围内……不能用平时的一般合理人标准去评判赛场上的每位参赛者”。

这一裁判思路在海事等特殊纠纷中也得到了确认。广东高院在“白鲨号案”中曾强调，“本案为体育竞技过程中产生的碰撞事故，不同于一般的船舶碰撞侵权行为纠纷，不宜以违反避碰规则即构成过错和侵权进行认定，而应充分关注体育竞技中的正当风险和竞技活动的特殊性”。

(2) 未违反运动规则、不属于犯规的致害行为——“宋某羽毛球案”

此类行为通常属于相关运动的正常技术动作或对抗动作，符合运动的竞技环境和固有惯例，由此带来的风险可以认为属于该类运动的固有风险。如“宋某羽毛球案”，涉诉致害行为是：被告周某接到原告宋某的回球后迅速杀球进攻，宋某在发球线位置直立举拍防守未果、被羽毛球击中右眼。案涉致害行为属于羽毛球运动的正常技术动作，该行为带来的击中、击伤运动员的风险也属于羽毛球运动中难以避免、较为常见的风险。因此，法院认定“周某杀球进攻的行为系该类运动的正常技术动作，不存在明显违反比赛规则的情形，故不应认定其存在重大过失。”

⁵ (2021)鲁02民终5046号

实践中，大量案件也采取了同样的裁判思路。如王某、宁某等健康权纠纷一案，该案涉及致害行为是：原告王某、被告宁某在参加足球运动时，为了争夺球权而奔跑争夺、发生碰撞，宁某倒地受伤。青岛中院结合足球运动的规律认为，“按照足球比赛紧张激烈的竞技环境和固有惯例，身体的碰撞在所难免，王某在赛中将身体优势转化为竞技优势符合足球运动的竞技环境和固有惯例”，最终认定王某的行为属于一般过失，不承担赔偿责任。⁶类似案例还可参考（2021）京03民终19480号、（2021）沪0107民初8668号等案。

（3）违反运动规则、属于犯规的致害行为——“白鲨号案”“张某篮球案”

侵害人存在犯规、恶意犯规等违反运动规则的行为，是否足以认定侵害人存在故意或重大过失？司法实践中存在较大分歧。

部分法院认为，违反运动规则、属于犯规或者恶意犯规的致害行为，造成的风险已经超出受害人可以合理预见的体育运动固有风险，应当推定致害人存在故意或重大过失。如成都中院在类似案件中强调，“自甘风险规则的适用应以恶意犯规为限，即加害人恶意犯规时，由于其具有违反体育精神的恶意，违背体育运动的基本价值追求，主观上存在过错，不能适用自甘风险规则，加害人应对其造成的伤害承担相应侵权责任”。⁷上海闵行法院在类似案件中也有相似的说理倾向。⁸

而最高院则明确支持了“白鲨号案”与“张某篮球案”中的裁判思路，即“不能简单地将体育竞技运动中参赛者犯规时的主观心理状态与一般侵权行为构成要件中作为主观要件的故意或者重大过失划等号”。换言之，致害行为即使构成体育运动犯规、恶意犯规，也仅是认定致害人存在故意或重大过失的考量因素之一，法院还应结合其他因素综合认定。

“白鲨号案”与“张某篮球案”涉及的致害行为均属于各自运动中典型的犯规、恶意犯规行为：“白鲨号案”涉及的致害行为属于违反《国际帆联帆船竞赛规则2013-2016》的普通犯规行为。“张某篮球案”涉及的致害行为则属于国际篮联规则体系下的“违反体育运动精神的犯规”（即违体犯规），通常可以简单理解为恶意犯规。

对于此类犯规、恶意犯规行为，广东高院、上海一中院均不约而同的强调，应结合相关因素综合认定致害人是否存在故意或重大过失，致害人是否违反竞赛规则是其中一个重要的要素。广东高院认为，“应结合比赛的固有风险、比赛的激烈程度、犯规者的技术水平、犯规者对规则的熟悉程度、犯规动作的意图等因素对致害方的主观意图进行综合分析判断。”上海一中院则将篮球运动中的技术犯规、违体犯规情形也纳入了这一裁判思路进行审理，综合考量了其他参赛者的具体行为、体育活动的种类特性、体育活动的举办规格、体育活动的开展目的等因素，最终认定被告韦某行为虽构成违体犯规，但仅构成一般过失，不应当承担侵权责任。⁹

结合两案判决原文，笔者认为未来在处理相关案件时，针对致害人故意或重大过失认定问题，需要着重就以下内容展开论述：（1）致害人的行为及其犯规动作意图；（2）案涉体

⁶（2021）鲁02民终5046号

⁷（2021）川01民终23435号

⁸（2021）沪0112民初6703号

⁹韩朝炜，《4个步骤准确适用“自甘风险”规则》，上海高院微信公众号

育活动的项目种类、活动类型，以及活动的激烈程度、举办规格、专业水平等具体情况，是否能以平时的一般合理人标准去评判致害人；若为专业/职业体育活动，参与者的注意义务相对较高，若为群众/学校体育活动，相关注意义务则会相对降低；（3）致害人的技术水平，以及对于规则的熟悉程度、对风险的防范准备等，即其对于损害后果是否有认知能力与防范能力；（4）体育活动开展目的与社会影响，相关运动是否有助于全民健身战略、青少年和学校体育发展，是否需要司法机关在合理范围内予以适当保护等。

2. 明确区分自甘风险规则与活动组织者的安全保障义务、教育管理责任

实践中部分法院对自甘风险规则适用范围认识错误，进而适用自甘风险规则、免除了活动组织者的安全保障义务、教育管理责任。如高某与东北电力大学生命权、身体权、健康权纠纷案中，吉林市船营区人民法院便适用自甘风险规则免除了东北电力大学责任。¹⁰针对这一问题，最高院通过“齐某泰拳案”重申了《民法典》第1176条第2款的规定，即相关文体活动的组织者应当按照《民法典》第1198条至第1201条规定，承担安全保障义务人责任、教育机构责任，无权援引自甘风险规则进行抗辩。

3. 明确自甘风险规则的法律后果

在《民法典》生效以前，由于缺乏明文规定，各地司法机关对于自甘风险规则的法律性质与法律后果认识不一。因此，实践中存在法院明确适用自甘风险规则后，依然判决致害人赔偿受害人部分损失，或者兜底适用公平原则判决致害人部分承担受害人的损失。¹¹这一裁判思路一直影响到《民法典》生效以后的部分案例。如李某、南某等健康权纠纷案中，鄄城县法院在明确适用自甘风险规则后，依然认为根据公平原则，被告对原告的损失可进行适当赔偿。¹²

针对这一问题，最高院通过“白鲨号案”“宋某羽毛球案”“张某篮球案”系列典型案例，重申了自甘风险规则的法律后果，即免除具有一定风险的文体活动中参加者一般过失的侵权责任。同时，最高院在公布“张某篮球案”时特别强调了其典型意义，即“贯彻社会主义核心价值观的理念要求，在裁判中打破了‘有损必有赔’的思维模式，避免脱离具体事实情况和法律原意的‘和稀泥’做法，回应了人民群众对公平正义的期待”。

4. 明确自甘风险规则项下的“损害”类型

根据典型案例，可以认为自甘风险规则项下的“损害”类型包括人身、财产损害。其中，“白鲨号案”涉及的是船舶碰撞造成的财产损失，主要为游艇修复费用。而“宋某羽毛球案”与“张某篮球案”则涉及人身损害，主要包括医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。

¹⁰ （2021）吉0204民初362号

¹¹ 刘茂梁、刘清宇，《论〈民法典〉中自甘风险的适用范围与认定标准基于92份判决的实证考察》，盐城师范学院学报

¹² （2021）鲁1726民初3001号

虽然典型案例就自甘风险规则适用的主要观点分歧进行了明确，但实践中仍有一些问题有待在司法实践中予以解决、明确，比如教练员、裁判员是否属于文体活动的“参加者”？参加者作出“自愿参加”的意思表示时是否需要具备民事行为能力？此外，“具有一定风险的文体活动”的理解与范围也有待明确，如游泳等非身体直接对抗的体育项目，掰手腕等传统体育项目，信鸽、赛马等人类间接参与的体育项目，以及热气球、机器人格斗等新型的文体活动，相关场景是否能够适用《民法典》第 1176 条规定也有待进一步明确。

（本文首发于 2023 年 9 月 28 日）

直播领域 反舞弊

直播带货暗流涌动，品牌方员工常见舞弊行为有哪些？

毛佳颖

序言

“直播+电商”，是将直播与电商相融合产生的新型销售模式，由 MCN 机构及主播在渠道平台以直播形式向消费者推广品牌方的商品，并达成营销目的。自 2016 年，由淘宝、京东、蘑菇街等传统电商平台开始探索直播带货新模式起，经历了由平台方携手 MCN 机构共同推动电商行业发展的成长期，抖音、快手、小红书等内容平台相继推出直播功能的快速发展期等，直播电商的覆盖面及渗透率持续提升，到 2020 年，直播电商的成交金额已突破万亿元。

在短短数年内，各大渠道平台及品牌方相继布局直播业务，提供带货服务的 MCN 机构及各类直播服务供应商如雨后春笋般涌现，明星、网络红人乃至企业主也纷纷加入直播带货行列。然而，在直播行业欣欣向荣、直播带货产业链迅速发展壮大的背后，直播带货行业在制度建设上仍处于有待完善的阶段，巨额的利润驱使下，大量的舞弊行为滋生于企业管理制度的空隙之间。

基于此，星瀚微法苑特推出「直播领域反舞弊」系列。本系列文章的前三篇将分别基于品牌方、MCN 机构及直播平台三个环节，立足于典型案例，从实务角度出发探讨常见的员工舞弊行为以及刑事规制的可行性；第四篇将从宏观层面介绍直播电商领域品牌方、MCN 机构和平台方共通的反舞弊制度建设机制，以及各方在制度设计和优化中的关键点。**本篇将首先介绍作为直播产业链前端的品牌方员工常见的舞弊行为模式。**

一、品牌方员工常见舞弊行为模式

品牌方处于直播业务产业链的上游，其基本业务模式为：品牌方企业内部作出以直播带货形式促销或展开推广的决定后，由品牌方内部负责电商运营的市场部门通过供应商招标或直接联络相关负责人等形式，接洽相关的 MCN 机构，向 MCN 机构提出直播需求，并提供需要直播推广的产品样本，由 MCN 机构进行选品和安全检测后为品牌方直播带货，以实现促进销售或向消费者推广产品的目的。

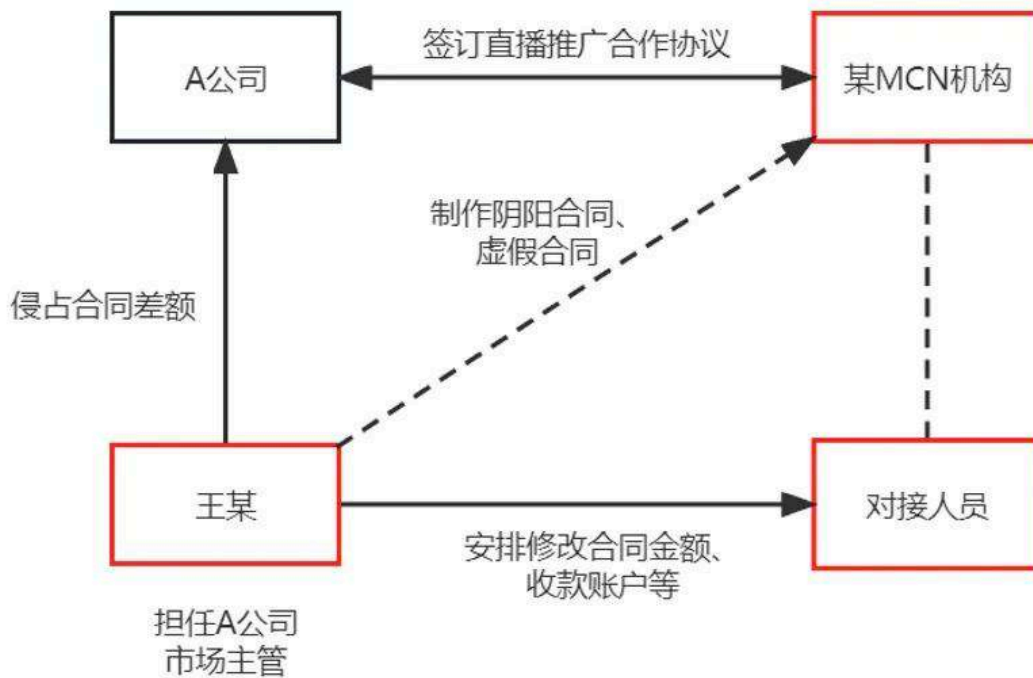
此外，部分品牌方会将其电商平台业务外包给专业电商代运营公司，由代运营公司再行联络对接 MCN 机构，对品牌方的产品进行直播推广。

1、侵占类舞弊行为

1) 与 MCN 机构恶意串通，侵占公司财产

在实务中，品牌方内部员工舞弊高发于有权对接外部供应商的市场部门，**其基本行为模式为与 MCN 机构恶意串通，通过虚增合同交易价格、虚设直播服务项目或关联交易等行为，侵占公司财产。**

例如，在(2021)沪 0107 刑初 1470 号案例中，行为人利用其负责公司市场推广的职务便利，在联系 MCN 机构签订直播推广协议的过程中，与 MCN 机构方人员恶意串通，虚增合同交易价格，隐瞒实际价格，并从公司实际支付的合同金额和 MCN 机构约定价格的差额中抽取回扣：



基本案情：被告人王某于上海 A 有限公司担任市场主管期间，利用其负责市场推广的职务便利，在联系经纪公司签订直播推广合作协议的过程中，安排人员采用修改合同标的额和收款账户等方式，制作阴阳合同和虚假合同，侵吞 A 公司支付的差额款共计人民币 32.26 万元。

法院认为，被告人王某系公司工作人员，利用职务上的便利，将本单位钱款非法占为己有，数额较大，其行为已构成职务侵占罪。

评析：品牌方在电商平台上推广产品并接洽直播机构带货的工作一般由其市场部门负责，而不同品牌方赋予相关员工的权限不同，对于规模较大、制度较完善的品牌方，负责洽谈的员工就其所商议的报价，需要经过层层审批，且在签订直播推广合作协议前，往往具有完善的合同评估和审核流程，不会出现直播服务协议与市场价格偏差过大的情形；而对于中小型品牌方或初创型企业，有时会存在制度不完备、法务部门人员不足、员工权限过大等问题，例如本案中员工王某作为市场主管，在与 MCN 机构对接的过程中，不仅有权直接同供应商进行洽谈和签订合同，甚至可以直接安排人员修改合同金额、收款账户等，反映出 A 公司合同审核制度尚存在优化空间。

2) 伪造 MCN 机构合同及印章，侵占公司财产

在部分合同审核制度及财务制度不甚完备的小型、初创型企业，甚至存在员工利用负责公司运营的职务便利，伪造知名 MCN 机构的直播合作合同与公章，将直播合同款项占为己有的情况。相关员工往往会伪造其与知名 MCN 机构的商业洽谈记录、报价单、合同等，并以其联络到知名主播为公司产品带货为名，侵占公司备用金，或催促公司将直播合同款项转入其伪造的合同中所指定的账户（如该舞弊员工的关联公司账户），侵占公司财产。

典型案例：（2020）浙 0108 刑初 61 号

基本案情：被告人王某某在杭州 A 某公司任职期间，利用负责公司运营的职务便利，通过伪造相关公司印章，虚构与知名 MCN 机构杭州 B 某电子商务有限公司、杭州 C 某科技有限公司的直播合作合同，并将 A 某公司给付的直播合同款项 39 万元据为己有，法院经审理查明认定其构成职务侵占罪。

2、受贿类舞弊行为

利用负责直播业务招标的职务便利，收受参与投标的直播机构贿赂。

在直播电商领域，品牌方相关员工作为采购端，具有向 MCN 机构招标、决定直播业务采购、监督直播过程、验收直播销售成果等权限；因此，部分品牌方市场部门员工可能利用其负责公司直播业务招标活动的职务便利，向参与投标的第三方代运营公司或 MCN 机构索取或收受好处费，或私下约定返点、回扣等，并为其在招投标活动中提供不正当竞争优势。

二、品牌方外包代运营公司员工舞弊行为模式

除了品牌方直接联系对接 MCN 机构外，部分品牌也会选择将其电商业务外包给第三方代运营公司，由代运营公司为其经营线上电商板块，包括提供线上营销推广、店铺运营及维护、消费者售前及售后服务等。实践中，此类代运营机构的员工可能会滥用其代理人身份，利用其负责与品牌方与 MCN 机构沟通、对接的职务便利，伪造直播需求、虚设直播费用，与外部广告商勾结虚构合同，从而侵占公司支付的直播费用。

典型案例：（2020）沪 0101 刑初 887 号

基本案情：Y 公司为代运营公司，为多家国内国际品牌运营淘宝、天猫等电商平台的旗舰店。被告人裘某某于 2019 年 12 月入职上海 Y 科技发展集团有限公司担任电子商务运营总监，负责 W 商贸有限公司天猫官方旗舰店的运营工作。

2020 年 1 月 17 日，被告人裘某某利用上述职务之便，通过伪造 W 公司品牌对接人陈某某的电子邮件，向公司申报虚假直播费，由公司转账支付给 R 广告(上海)有限公司人民币 37 万元。R 广告公司将资金经实际控制人黄某某的个人银行账户流转，于同日、1 月 20 日向裘某某浦发银行账户转账合计 329,300 元。

2020 年 3 月 12 日，被告人裘某某利用上述职务之便，再次伪造陈某某的电子邮件及相关直播协议，向公司申报虚假直播费，由公司转账支付给 R 广告公司人民币 96,922 元。同日，R 广告公司将资金经黄某某的个人银行账户流转，向裘某某浦发银行账户转账 87,230 元。

法院认为，被告人裘某某身为公司工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物占为己有，数额较大，已构成职务侵占罪。

评析：在本案中，Y 公司为品牌方 W 公司的电商平台代运营机构，裘某某作为 Y 公司的电子商务运营总监，具有较大的职务权限：对上游，其掌握与品牌方负责人陈某某对接的权限，具备虚构沟通邮件、伪造直播协议的舞弊空间；对下游，裘某某有权联络、选定 MCN 机构供应商，在接洽过程中，其可能与供应商恶意串通，签订虚假合同或拟定阴阳合同，再利用供应商的实控人或员工进行资金流转套现，从而实现侵占公司财产的目的。

三、刑事规制

1、职务侵占罪

行为人若以非法占有为目的，利用其职务便利，实施上述虚构交易价格、隐瞒实际价格，将公司财物占为己有的行为，且数额较大，则根据《刑法》第二百七十一条第一款的规定，行为人涉嫌构成职务侵占罪。

根据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(以下简称“《立案追诉标准(二)》”)的规定，公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额在三万元以上的，应予立案追诉。

若行为人被认定为职务侵占罪，且MCN机构员工存在与其勾结并共同从中获利的行为，则MCN机构员工虽然不是该单位的工作人员，仍可能构成“与公司、企业或者其他单位的人员勾结，利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利，共同将该单位财物非法占为己有”，以职务侵占罪的共同犯罪追究刑事责任。

2、非国家工作人员受贿罪

行为人若利用其职务上的便利，实施上述索取他人财物或非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为，且数额较大，则根据《刑法》第一百六十三条的规定，行为人涉嫌构成非国家工作人员受贿罪。机构方人员作为行贿方，则可能涉嫌构成对非国家工作人员行贿罪。

根据《立案追诉标准(二)》的规定，公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，或者在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有，**数额在三万元以上的**，应予立案追诉。

以上为直播电商领域中，作为直播产业链前端的品牌方员工涉嫌舞弊的常见行为模式介绍。本系列文章的下一篇将为大家介绍直播产业中，作为内容输出和资源整合端的MCN机构员工涉嫌舞弊的常见行为模式，敬请关注。

(本文首发于2023年8月28日)

收取贿赂、虚假流量……浅析 MCN 机构员工常见舞弊行为

毛佳颖

一、背景介绍

直播电商是将直播与电商相融合产生的新销售渠道，由品牌方或网红主播在渠道平台以直播形式向消费者推广商品，并达成营销目的。其基本业务流程为：由品牌方直接向主播或通过 MCN 机构提出需求并提供货源，MCN 机构在与上游品牌方沟通需求并通过选品确认货源后，将货源分发给其孵化或已签约的主播，由主播在内容平台或电商平台对需求端的消费者进行内容输出，促成消费者对带货商品的消费。品牌方需要向主播支付基础的营销推广费（即“坑位费”），并根据在直播间带货的订单销售额，按双方约定的比例进行佣金抽成。

其中，MCN 机构处于产业链的中游，除了为企业匹配合适的主播并策划直播服务外，视其业务方向和业务规模，还可能承担受众群体开发、内容创作、创作者协作，并协助主播进行内容分发、传播和资源整合等工作。

一般而言，MCN 机构在直播电商领域的主要职能包括：

其一，作为直播经纪人，负责运营、维护直播间，处理直播推广的主要事务；并通过合同、培训、内部规章等手段，对主播的直播行为进行规范和管控。

其二，作为人才孵化器，扶植新兴团队或个人进入直播带货行业，挖掘有一定受众技术和直播潜力的主播，或培养并选拔出新人主播，提升其市场竞争力。

其三，作为内容策划者，为品牌方提供主播推荐、广告投流等整合营销方案。此外，部分 MCN 机构还提供包括广告策划、联名产品设计、综艺引流等营销策略在内的全方位产品推广服务。

同明星与经纪公司的关系类似，不同规模的 MCN 机构和不同粉丝体量主播之间也存在着相对商业地位的差异和博弈。由于直播行业的马太效应与规模效应，大量的粉丝群体及消费者集中于少量头部主播；而与此同时，各大电商平台都在扶植、发展一批具备平台特色的直播间。

因此，MCN 机构在培养和孵化主播的路线上，也分化出了不同的路径：一部分 MCN 机构手握此类明星、头部主播的经纪合同，其工作也以头部主播为重心，围绕其打造一系列的运营及 IP 建设，借助头部主播的强大影响力，吸引品牌方与其展开业务合作；另一部分则签约大量小主播或有潜力的新人主播，为其提供数据引导、市场分析、个人形象塑造等一系列量身打造业务，并为品牌方提供营销方案设计、主播推荐等，确保品牌方能够找到合适的平台和主播为其带货，从中收取佣金、广告费用等利润。

二、MCN 机构员工常见舞弊行为模式

1、受贿类舞弊行为：利用职务便利，收取品牌方员工贿赂，为他人谋取利益

行为模式：行为人作为 MCN 机构的招商人员，负责特定品类产品的招商计划制定、品牌方运营管理、品牌方入驻谈判和新商户拓展等工作。品牌方为获取更好的合作机会，如推荐优秀的主播、提高商品的曝光率等，向行为人支付好处费，或许诺抽成、返点，行为人在收受品牌方等的贿赂后，为其谋取不法利益。

由于头部主播具有直播流量大、成交额高、且能够以自身信誉为产品背书等特点，其招商竞争较为激烈，一些品牌方通过正常渠道无法进入头部主播直播间，通常会采取行贿 MCN 机构内部有可能影响选品的员工的手段。

例如，据媒体报道，某知名直播带货主播的招商团队员工在公司任职期间，利用其负责滋补品类招商的职务便利，收受合作方巨大利益，中饱私囊，给公司造成巨大经济损失与名誉损害；公安机关以其涉嫌非国家工作人员受贿罪正式立案侦查，并对其进行刑事拘留。

此类受贿舞弊行为在以新媒体广告投放和电商平台直播领域屡见不鲜，受贿者在进行商务谈判时，往往利用了双方谈判地位的不平等，利用其对直播合作的达成与否、直播推广的选品和排期等具有较大的决定权限来向交易相对方索取贿赂，而品牌方出于对头部主播巨大流量效益的追求，选择向其行贿，以获取不正当竞争优势。

2、职务侵占类舞弊行为：利用负责公司采购等职务便利，侵占公司财产

行为模式：行为人利用其担任 MCN 机构采购部门主管的职务便利，通过**虚构采购项目、内外勾结虚构合同价格并侵占差价、侵占公司的采购备用金及报销金等形式**，侵占公司财产。

例如，在杭州市一起刑事案件中，某知名 MCN 机构员工利用其负责公司设备采购、发放及出入库管理的职务便利，通过窃取公司库存设备、开具价格虚高发票、侵占合同差价及退款、冒用公司名义签订采购合同等行为，侵占公司财产 15 万余元，被判处有期徒刑 9 个月。¹

3、诈骗类舞弊行为：使用欺诈手段，骗取合作品牌方的财物

(1) 为实现合同指标而虚假刷量，骗取品牌方直播费用

行为模式：类似于广告投放合作，MCN 机构与品牌方的直播合作协议，往往会基于直播的点击量、观看人数及实际销售额等数据进行结算，若直播推广未实现双方约定的效益，则品牌方可能根据合同，拒绝支付尾款，或要求主播和 MCN 机构退还预付款等。部分 MCN 机构员工为实现合同指标，通过**外部刷单公司进行刷单、刷流量等行为，制造虚假流量骗取品牌方支付的直播推广费用**。

实践中，此类通过虚假刷量完成合同指标实施诈骗的案件频发，并且在互联网上形成了大量的灰黑产业链。据报道，某电商平台有大量包括“直播观看”“直播服务”等关键词的商品，根据某网店客服介绍，花 50 元可以在某直播平台买 100 个在线观看人数，花 20 元可以在某直播间买 1 万个观看人数。

而部分黑灰产商开发的机器刷单软件，不仅可以为直播间提供自动发言、刷观看人数、刷购买量、刷冲榜热度等服务，还能够实现自动注册、自动养号，并模拟真人观众的操作，规避平台封禁。

例如，在某电商平台大促期间，品牌方与某 MCN 公司合作进行直播带货，直播间数据极好，产生了大量的销售额；然而，当合同约定期限结束、品牌方支付尾款后，该些订单确

¹ 参见：（2020）浙 0108 刑初 330 号

出现了大量退货的情况，退货比例甚至达到 90%以上，经后续调查发现直播间的流量均是刷单带来的虚假数据。

上述直播代运营方为完成合同指标而虚假刷单、刷流量的行为，可能涉嫌构成《刑法》第二百二十四条规定的合同诈骗罪。

典型案例：(2019)京刑终 20 号

基本案情：2016 年 7 月，被害单位 A 某科技有限公司（以下简称 A 某公司）与被告单位深圳 B 某网络科技有限公司（以下简称 B 某公司）签订《信息服务合同》，约定由 B 某公司为 A 某公司推广三款软件，并以用户下载量或用户激活量为基础进行结算。在履行上述合同的过程中，B 某公司商务部主管被告人廖某 1 及该公司媒介部员工被告人廖某 2 伙同重庆 C 某科技有限公司（以下简称 C 某公司）商务部员工被告人杨某，利用 C 某公司手机群控软件模拟真实用户对相关软件的下载、安装、打开、使用等行为，虚增软件用户数量，骗取被害公司自 2016 年 11 月至 2017 年 2 月的推广费用共计人民币 1247 万余元。

法院认为，被告人廖某 1、廖某 2、杨某均明知被害单位推广相关软件需要真实用户，仍通过手机群控软件虚拟用户冒充真实用户，骗取被害单位款项，主观上均具有非法占有被害单位财物的犯罪故意。被告单位 B 某公司在与被害单位签订合同后，没有按照合同约定履行推广义务，反而通过 C 某公司制造虚增假量的方式骗取被害单位推广费用，**由于虚增的假量根本无法实现合同目的，客观上致使被害单位直接遭受经济损失。**被告单位及被告人在履行合同的过程中，虚构事实、隐瞒真相，骗取被害单位公司财物，其行为均已构成合同诈骗罪。

(2) 冒充特殊身份或夸大自身能力，承诺“保量带货”“明星主播带货”等，骗取品牌方财物

行为模式：部分 MCN 机构或直播行业从业人员，利用明星主播的影响力，冒称有能力联系到明星主播进行带货；或是利用“保量带货”等名义，吸引品牌方与其签订合同，并骗取高额的保证金。

例如，杭州市滨江区的吉某通过成立某直播运营公司，对外谎称拥有大量签约主播，并向品牌方承诺“保量带货”，称投产比可以达到 5 倍，如交 5 万元保证金，三个月内达到 25 万元销量，以高额回报率骗取品牌方与其签订直播合同。经查，吉某所称的签约主播均为虚构，对外呈现的直播数据也均为虚假数据，其实际用于投入直播的运营成本极低，无法实现承诺的带货效果，签约的 200 余名品牌方中，无一客户实现合同约定的销售额。

杭州市滨江区人民法院一审判决吉某因犯合同诈骗罪、虚开发票罪、虚开增值税专用发票罪，数罪并罚，被判处有期徒刑十五年，并处罚金 185000 元。

典型案例：(2022)渝 0238 刑初 57 号

基本案情：2020 年 8 月至同年 11 月 5 日，被告人王某担任某知名抖音直播带货团队主播 W 某的助理，负责日常视频策划、商务对接、直播带货策划等工作。王某认识欲请 W 某直播带货的被害人张某 2、周某、杜某后，私下分别联系三被害人，谎称自己可以找主播、明星直播为三人带货，夸大自身能力，获取被害人信任后，**虚构事实，以找主播、明星直播**

带货、打造网红 IP、刷白名单等为由，并以签订合同、口头约定等手段骗取三被害人的钱财共计 97.5 万元。

评析：该类舞弊行为常见于 MCN 机构内部人员，利用其能够接触到主播并具有特定工作权限的便利，私下联系品牌方员工，并谎称其有权联系明星主播等进行带货，通过夸大自身能力、虚构事实的手段，骗取品牌方的财产。此外，外部人士亦有可能实施此等诈骗行为，通过虚构合同、印章、营业资质等，冒充 MCN 机构员工与品牌方进行合作接洽，以虚假身份与品牌方签订直播业务合作合同，或骗取高额“介绍费”等。因此，品牌方在与直播机构进行商务对接时，可以**严格审查合同对接方的身份是否真实，资质是否有效、完整**，以防止利益被侵害的风险。

(3) 冒充知名主播，骗取 MCN 机构签约金

除品牌方外，MCN 机构也有可能成为诈骗行为的受害者，部分不法分子可能伪造简历、虚构顶流主播身份，或冒用知名主播名义，骗取 MCN 机构以较高的待遇与其签约。例如，在杭州滨江区一起合同诈骗案中，犯罪嫌疑人方某在应聘某 MCN 机构时，在本人并无直播经验的情况下，自称曾是某知名平台顶流主播，并伪造个人用于先前平台的银行账户流水，欺骗 MCN 机构与其签订艺人独家经纪合同，并以购买所需设备为由骗取 MCN 机构的签约金共十万余元。

以上为直播电商领域中作为直播产业链中游的 MCN 机构员工常见舞弊行为模式的介绍。可以看出，无论是 MCN 机构本身，还是与其合作的品牌方，都有可能因这些舞弊行为而面临财产损害的风险，值得引起企业的重视。

本系列的下一篇文章将为大家介绍直播产业中，作为直播平台方员工的常见舞弊行为及法律规制。

（本文首发于 2023 年 9 月 4 日）

平台方在直播业务中地位强势，如何识别舞弊行为？

毛佳颖

一、背景介绍

在直播电商领域中，直播平台扮演着举足轻重的角色。一方面，它们承担着整合功能，具有包括为品牌方与主播提供内容平台和流量池，管理入驻品牌方并提供良好的电商销售和直播环境等职责；另一方面，它们又具有展示功能，直接面向消费者，通过数据分析为直播间赋予排名、推荐权重，并以此为基础向用户推广相关直播和商品。品牌方和 MCN 机构需要依托平台的流量和技术服务进行直播并吸引消费者，平台方则从中收取广告费和佣金。

直播带货的主要平台媒介分为内容平台和电商平台：

内容平台如抖音、快手、小红书等，此类平台的主要业务并非网络购物，而是通过短视频、图文社区等形式，将用户群体扩展到一定规模后，才开始经营直播电商业务；其优势在于能够通过用户的兴趣关键字进行精准投放，满足消费者兴趣发现、购物体验升级以及性价比购物的需求。

电商平台如淘宝、京东、拼多多等，其优势在于客观、专业的信息，丰富的商品品类，以及完善的物流和售后体系。用户通常带着明确目的和需求进入直播间，由平台方负责按需为直播间进行推流，进行需求和商品的匹配；相对而言，电商平台的用户更加注重商品的价格、质保及售后等因素。

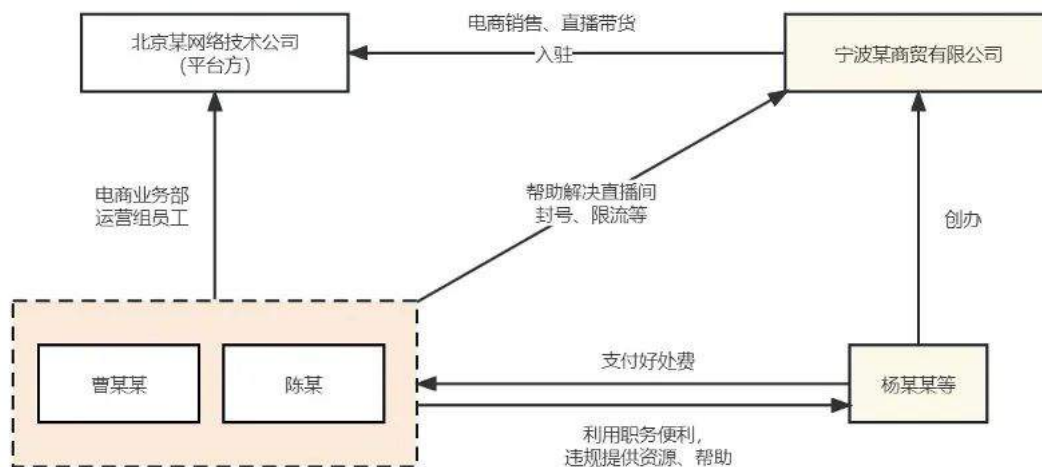
由于平台方在直播电商业务流程中的相对强势地位，如直播部门相关负责人可能掌握对直播间权重、流量、等级排名等的设置权限，以及对直播内容的审核权以及直播间的封禁、解封权等，也为部分不法分子提供了寻租的空间，以下将对直播电商领域中平台方常见的员工舞弊行为模式及典型案例进行阐述。

二、平台方员工常见舞弊行为模式

1、职务类

1) 利用负责电商平台品牌方入驻和管理工作的便利，收取品牌方的好处费，为其谋取不正当利益

典型案例：(2021)京 0108 刑初 1666 号



基本案情：2019年6月，被告人曹某某入职北京某网络技术有限公司电商业务部服务商运营组，隶属北京某科技有限公司，负责某小店品牌方的入驻和管理工作。2018年5月，被告人陈某入职某网络技术有限公司电商业务部服务商运营组任组长，隶属某科技公司，负责某小店品牌方的入驻和管理工作。

2019年11月至2022年10月期间，二人多次向被告人杨某某收取好处费，并为其牟取不正当利益，或通过杨某某向其他品牌方索取好处费，并为上述人员在某平台的商业运营活动违规提供帮助（如帮助解决直播间账号封号、限流等问题，并为其提供带货达人资源、协助其加入精选联盟等）。

法院认为，被告人曹某某、陈某身为非国有公司工作人员，利用职务便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大，其行为均已构成非国家工作人员受贿罪；被告人杨某某为谋取不正当利益，给予非国有公司工作人员财物，数额较大，其行为已构成对非国家工作人员行贿罪。

评析：由于平台方在直播产业链中处于较强势的地位，品牌方和主播都依赖于其庞大的用户流量和推荐机制，以提升销售额和销售转化率，平台的排行榜、广告位和推荐权重存在激烈的竞争，而平台的带货达人、精选联盟等可分配的空间有限，且评级制度相对不透明，也由此滋生了寻租空间；由于相关电商业务负责人往往具有较大的职务权限，不仅能够修改账户权重、排行，为直播间增加流量，还能够违规为直播间卖家修改或删除差评、解除封号等，故品牌方或主播为谋取竞争优势，可能向平台方相关员工支付“入门费”或“好处费”等，以换取不正当的利益。

2) 利用担任直播商务主管，与合作单位洽谈业务、管理平台主播排位变更等职务便利，收受合作方贿赂

典型案例：(2018)京 0108 刑初 1174 号

基本案情：被告人胡某某于 2016 年 6 月至 2017 年 9 月，在担任某信息技术（北京）有限公司运营经理、某个人直播商务主管期间，利用与合作单位洽谈业务、管理平台主播排位变更等职务便利，收受北京某文化传播有限公司、上海某文化传媒有限公司共计人民币 367,002.22 元。证人证言证实，被告人作为负责签约合作机构的运营人员，会在**引入机构的时候收取“入门费”，在合作机构进入某平台后，从某平台每月分给机构的利润分成中固定抽取一定比例的好处费；此外，还通过为主播“打点关系”为公司提供更多的直播资源，并要求支付好处费或抽成。**

法院认为，被告人胡某某身为公司工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大，其行为已构成非国家工作人员受贿罪。

3) 利用担任平台直播运营总监的职务便利，向平台主播索要好处费

典型案例：(2019)粤 0106 刑初 1964 号

基本案情：2015 年至 2016 年期间，被告人周某某利用担任广州某某计算机科技有限公司直播运营总监，全面管理直播平台工作的职务便利，伙同某某公司员工被告人杨某、何某以封停充值链接、取消代理资格为要挟，或是以直接打压公会经营的方式，向下属充值代理或公会负责人、平台主播等多人索要好处费。

法院认为，三被告人作为某某直播平台运营人员，利用职务上的便利，共同或单独索取他人财物，数额巨大，其行为均已经构成非国家工作人员受贿罪。

2、诈骗类

除了广为人知的各大主流直播平台外，市场上还存在着大量非正规的小型直播平台，表面上经营正常直播业务，实际上系以直播为名实施诈骗。

例如，部分打着“直播平台”旗号的犯罪团伙，在互联网上违规搭建直播平台，通过交友软件有目标性的拉人并引流到其运营的直播间，获取被害人信任后，通过设置任务引导被害人参与主播 PK、后台控制 PK 结果等方式，诱使被害人在平台充值打赏主播，骗取被害人财物。

直播电商的消费者和从业者应当谨慎甄别此类以直播平台名义实施诈骗行为的不法分子，选取正规的直播平台进行消费，避免遭受财产损失。

三、刑事规制

1、非国家工作人员受贿罪

行为人若利用其负责平台直播业务并有相关管理权限的职务便利，实施上述索取他人财物或非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为，且数额较大，则根据《中华人民共和国刑法》第一百六十三条的规定，行为人涉嫌构成非国家工作人员受贿罪。

根据《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》的规定，公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，或者在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有，**数额在三万元以上的**，应予立案追诉。

2、诈骗罪

《中华人民共和国刑法》第二百六十六条：“诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。”

以上为直播电商领域中，平台方员工常见舞弊行为模式的介绍。可以看出，在平台方员工舞弊的情形中，以职务类舞弊行为较为常见，此类行为一般高发于品牌方与拥有商家入驻、直播排期等管理权限的平台方员工之间。

至此，本系列文章已经对品牌方、MCN 机构、直播平台三类在直播产业链中扮演不同角色的企业员工常见舞弊行为进行了分析；在本系列的最后一篇文章中，将针对上述舞弊行为所反映出的制度问题，就企业反舞弊制度设计与优化提出相应的建议，敬请关注。

（本文首发于 2023 年 9 月 11 日）

直播电商领域的企业如何构建反舞弊制度

毛佳颖

序言

“直播+电商”，也即直播带货这一新型电商销售模式，自 2016 年至今也已逐步从萌芽尝试阶段走向百花齐放的成熟阶段。各大商家、平台以及广大的消费者，通过电商平台利用互联网科技，搭建的商家和消费者的桥梁，享受了极大的便利。然而，行业运营模式虽经数年打磨已逐渐成熟，但行业制度的成熟与规范并非瓜熟蒂落，通过对实务中舞弊现象的分析可以看出，目前直播电商行业仍然存在不少的制度缺口，存在较大的舞弊空间。

根据新闻报道及相关裁判文书的调研发现，无论是上游的品牌方、还是中游的平台方和 MCN 机构，都存在各式各样的舞弊现象，或侵占公司财产、或收受贿赂，极大影响了公司的声誉，也给公司造成了巨大的经济损失。因此，如若能够有效地设计和优化制度，一方面能够在源头上减少舞弊情况的出现，另一方面能够在舞弊发生后的处理中更加游刃有余。本文将从宏观层面，介绍直播电商领域品牌方、MCN 机构和平台方共通的反舞弊制度建设机制，并兼顾各方在制度设计和优化的关键点，以初步呈现出直播电商领域反舞弊制度建设的“点”与“面”。

一、员工人事管理反舞弊机制构建

通常而言，舞弊行为人多为公司内部员工，所谓家贼难防，如若公司内部员工与外部人员进行勾结，利用其职务便利以及对公司内部制度的熟悉，进行损害公司利益的舞弊行为，其隐蔽性和调查难度将攀升。因此，有效的员工人事管理反舞弊制度的设计与优化，则为重中之重。

员工手册及规章制度

完善和优化员工手册内容，并补充反舞弊相关的协议。由于直播电商领域电子设备使用的频率较高，很多业务洽谈、数据分析、项目实施都依托于手机、电脑、移动硬盘等设备的使用，因此应进一步规范这些电子设备的使用规范，如统一提供并要求员工在工作时使用公司提供的工作手机、工作电脑等，提前约定电子设备的权属和使用权限等反舞弊相关内容。如若后续发生舞弊问题，则可以据此展开具体的反舞弊调查工作。

反舞弊专项制度与政策

除基础的员工手册和部门规范等制度外，公司可以与员工签订反舞弊相关的专项协议，如反商业贿赂协议、保密协议、竞业限制协议等，预先与员工约法三章，告知其若实施舞弊行为，则可能需要承受的不利后果，以及针对其舞弊行为，公司享有的相关调查的权限。同时，该类协议的约定，也为后续公司通过司法路径解决问题，提供相应的依据。

针对性警示教育与培训

有效的反舞弊警示教育与培训，能够及时劝阻潜在的舞弊人员，放弃其舞弊的念头及计划，悬崖勒马，从而减少舞弊现象的发生。通过在直播电商领域中不同岗位工作权限及内容的设定，有针对性的、不同频次的定期开展反舞弊警示教育与培训，起到防范于未然的作用。

例如，就品牌方和 MCN 机构方，商务拓展人员（Business Development）是舞弊的高发岗位。因此，相较于其他岗位的人员，针对商务拓展人员的反舞弊警示教育与培训需更加全面与频繁。

二、交易对手管理反舞弊机制构建

在众多直播电商领域的舞弊案件中，无论是品牌方、还是 MCN 机构和平台方，舞弊人员通常会通过引入其实际控制的关联公司作为所在公司的交易对手，并虚设该关联公司为中间交易环节，而后通过低价与所在公司洽谈业务后高价转包给终端实际交易对手，或低价与终端实际交易对手洽谈业务后高价销售往其所在公司，以从中赚取差价，侵占公司财产。因此，对交易对手的选定和管理，是反舞弊机制设计的一大要点。

反舞弊/反商业贿赂协议

明确与交易对手签订反舞弊或反商业贿赂协议，具体内容可以依据同交易对手的合作情况，进行相关约定。例如，明确约定如若违反舞弊/反商业贿赂协议，则立即与之终止合作，并要求违约方承担协议约定的违约责任，如支付违约金等，并可以约定在后续的业务合作中将不再考虑该公司等的惩戒制度。

一方面，该反商业贿赂协议可以向交易对手表明公司的立场，减少交易对手员工以向公司行贿为由的舞弊行为，而对公司造成的不利影响。另一方面，该反商业贿赂协议，也可用作后续惩治舞弊行为的协议依据之一。

反舞弊信息披露制度

除签订反舞弊或反商业贿赂协议外，还可以进一步约定关联关系、利益冲突等反舞弊信息的披露条款与重大陈述不实的违约责任，即要求交易对手进一步披露其是否与公司内部员工存在一定的关联关系，与公司是否存在何种程度的利益冲突等，并要求其对其所做的承诺承担相应的责任。

该披露制度便于公司掌握员工与交易对手之间的关联关系，用以判断是否可能存在舞弊现象的可能，同时也能够在发生舞弊时，用作追究该交易对手责任的基础之一。

关联关系调查制度

在对外要求交易对手进行反舞弊信息披露的基础上，对内可以进一步对重点的交易对手展开关联关系调查，以有效识别未披露或异常关联交易。通常而言，关联关系是舞弊行为进行的纽带，快速锁定员工与交易对手及其项目主要负责人之间的关联关系，可以在一定程度上排查公司潜在舞弊“危险信号”，以确保公司能够准确掌握交易对手的真实情况。

结合对实务案例的梳理，较为常见的关联关系人，受限于社交圈的关联度和信任度，主要可分为四个类型：**亲属类关联关系人、同学类关联关系人、同事类关联关系人、以及同乡类关联关系人**。针对不同的关联关系人，公司则需要通过不同的调查方式进行确认和锁定。

三、业务流程管理反舞弊机制构建

业务洽谈的背景调查

业务合作的起始点为保证达到公平、公正、公开的结果，通常会采取招投标或类似招投标的方式进行。例如，在直播电商领域，品牌方对 MCN 机构的选取过程，或是头部的 MCN 机构对品牌方提供的待售产品的选品过程，均为类似招投标模式的评选活动，即通过评审员对参与者提交的服务方案或产品样品进行评审后，决定最终合作选取的对象。

但可能存在部分评审员直接与参与者存在关联关系，或者收受舞弊人员的贿赂而为部分参与投标者谋取不正当的利益，因此，针对参与投标者的背景调查则较为必要。

具体而言，**公司可以通过对参与投标者自身的资质、提供的服务方案条件、行业的口碑及经验等进行调查**，以判断评审结果是否合理。例如，在同等条件下，大部分参与的 MCN 机构，都提供各种不同方式的 5%返点的情况下，最终选择了一家无返点，甚至账期付款条件极为苛刻的 MCN 机构进行合作，那么除非有更合适的理由，否则该家 MCN 机构极有可能存在异常的情况。

异常业务数据的分析

除合作前期对交易对手业务背景的调查外，在后续业务合作过程中，对业务数据也应及时进行分析，以判断是否存在异常情况。例如，在以流量为付款条件的直播服务过程中，直播的流量数据极高，但实际成交的数量却极少，则极有可能存在 MCN 机构工作人员虚假刷流量的情况。无论是 MCN 机构内部自查防止员工舞弊影响品牌声誉，还是品牌方防止直播费用被骗取，亦或是平台方对平台运营环境的维护，都需要在日常业务的进行中，制定异常业务数据的分析制度，以发现舞弊现象并及时进行处理与挽损。

四、财务流程管理反舞弊机制构建

财务是舞弊人员实施侵占公司财产的必经之路。如若为侵占公司财产类的舞弊行为，多数情况下需要在财务流程上进行一定程度的造假和掩饰，以骗取公司的钱款。根据调研显示，部分员工因负责直播运营的职务便利，通过伪造报销支出等方式，虚报直播实际支出费用，并通过报销程序将钱款套出。甚至有员工直接通过虚报合同的金额，而要求公司对超出合同约定的金额向交易对手付款，以获取相应的回扣。

因此，一方面**公司需要将财务和业务的系统进行对接和互通**，避免因无法同步互通而给舞弊人员仅通过信息差即可套取钱款的舞弊空间；另一方面，**公司可以强化业务过程中财务支付和报销流程的审核，重点审核合同和财务凭证的真实性、有效性、合规性，要求对异常的报销事项作出必要说明并提供相应的凭证**，以增加舞弊人员的舞弊成本。

若经内部审核，发现存在侵占公司财产数额较大的情形，可及时根据相关制度对舞弊人员采用内部处理措施，进行民事追偿救济或采取刑事手段追究其刑事责任。

五、举报线索管理反舞弊机制构建

举报往往是舞弊现象发现的一个重要线索，因此构建畅通的对内、对外的举报通道，可以有效地增加发现舞弊线索的可能性。例如，开通专门的举报热线、举报邮箱等渠道，对内部员工、外部交易对手及其他第三方（如部分外部人员存在冒充公司员工进行诈骗的行为，其他第三方公司往往会误以为是被冒充公司所欺骗，而向被冒充公司进行举报或投诉被冒充公司）进行提供和公开，以接受可能的举报线索、发现潜在的舞弊行为，或预防因舞弊现象的扩大而造成更严重的不利后果。

结语

通过直播电商领域反舞弊制度的设计与优化，即员工人事管理制度、交易对手管理制度，以及业务与财务流程的管理制度的构建，能够增加舞弊人员的舞弊成本，一定程度上预防和减少舞弊现象的发生。结合举报线索管理制度的构建，能够进一步提高公司监察部门、合规部门对该类舞弊现象发现的敏感度。同时，基于前述的制度构建，在业务合作与开展的过程中处处留痕，为后续的可能涉及的仲裁申请、民事救济，甚至是刑事控告，预先做好充足的证据材料准备，以更好地应对与处理这些舞弊问题。

（本文首发于 2023 年 9 月 19 日）

星瀚人文

热爱法律的技术派

看见不一样的伙伴，遇见不一样的自己

2023 年度的星瀚全体合伙人团建在 6 月的最后一天进行；这一次，大家齐聚周庄古镇，用两天一夜的时间共话律所文化和发展战略。

看见

此次团建从介绍新加入的合伙人开始，并在介绍之后开启了“能量卡”抽取环节。



在这个环节中，**有突破**：有的合伙人抽到了当众高歌一曲的卡片，于是克服了内心的阻碍，首次当众演唱，让大家发现了这位合伙人是当之无愧的“中国好声音”。不仅嗓音条件好、音调准、而且感情也非常充沛，合伙人自己表达说，先不论唱得到底好不好，但这样的自我突破令自己很欢喜。有位男合伙人抽到了即兴表演一段舞蹈的卡片，立刻引发同班同学的集体回忆，大家纷纷鼓励这位男合伙人说：你可以的，我们以前在学校的时候跳过集体舞的。尽管集体舞的回忆没有重燃，但是男合伙人以一段自信、从容、大气的台步代替，大家纷纷称赞太有风采了！

“能量卡”的环节中也有**有趣味**：比如汪银平律师抽到的卡片内容是组织一次老鹰抓小鸡，尽管空间受限，但他还是和黄璞虑律师、左由章律师两位知识产权法律领域的专家一起，将老鹰抓小鸡演出了喜剧感。又比如张博超律师要上演一段漫画情节，他邀请了卫新律师和他一起搭戏，二人一位饰演宫城良田、一位饰演樱木花道，张博超律师自导自演，要求卫新律师一定要做到深情回眸的同时，眼角留下一滴泪花。卫律师虽然颇感意外和震惊，但依然沉浸式配合了张博超的演出，现场其他合伙人也笑出了眼泪、而且不止一滴。



“能量卡”环节的全场最佳要颁给阮霭倩律师。阮律师上台后，并不像其他合伙人一样，先读自己的能量卡内容，而是先说我问大家三个问题：“大家觉得星瀚的品牌影响力能进一步扩大吗？”大家异口同声地回答：“能！”阮律师又问：“大家觉得星瀚今年的创收能够继续提升吗？”大家又一次齐声回答：“能！”阮律师再问：“大家觉得自己的专业化程度可以再创新高、持续突破吗？”现场再次响起响亮的“能！”阮律师说：“我的任务完成了。我的能量卡任务是，让现场的全体成员发出一个共同的声音。”



“能量卡”任务的达成和大家聚餐时的交流、雨中的夜游周庄都帮助合伙人们进一步加深感情。虞杨律师说：“平日里大家都是非常熟悉的，但聊得更多是团队、案子，这样的形式让我们有机会展现自己的不同面、也看见了其他合伙人的另一面。”

共创

合伙人团建的第二天，不少合伙人相约一起跑步、散步、游泳、早餐，随后一同开启了全天的共创共建活动。

大家都知道，星瀚文化始于初创阶段，并且在 2014 年通过一次全所共同参与的交流将其最终凝聚成标志性的表达，包括：

星瀚使命：高效、负责的伙伴

星瀚愿景：员工幸福、部门健全的精品律师事务所

星瀚价值观：热爱法律的技术派

自星瀚成立至今已近 13 年，星瀚文化的文字定稿至今也有 9 年了，所以此次合伙人正式交流的伊始，大家共同探讨的内容就是：《你期望的律师事务所与律师职业》。筹委会邀请大家从个人背景和角度出发，谈谈理想中的律所是怎样的？（希望在怎样的律所工作）比如：这家律所的规模、目标客群、业务领域、行业地位、分配机制、治理模式、人员结构、文化氛围、价值观等；也请合伙人说说：你期望律所能给客户带来的价值，在客户眼中的品牌形象、和客户的关系等。合伙人们要在自身的期望、对律所的期待和律所实际的发展现状中找出差距与问题，寻求共识、共愿共创。



问题的探讨先从小组交流开始，再到小组代表上台发言，大家都非常真诚、坦然。也是在这样的背景下，合伙人们的交流不断深入，从产品到拓展、从成本结构到分配模式，都提出了很多真知灼见，汇聚出了一股炽热、积极、合作的力量。

期待

两天一夜的团建时光总是过得很快，在畅所欲言的同时也留下了很多有待后续探讨、解决的问题。

对于新加入星瀚的合伙人们而言，他们在这次团建中认识、了解了更多的星瀚合伙人，记住了大家的专业标签和业务特色，有的甚至在现场就启动了案件合作；对于今年新晋升的合伙人们来说，他们通过这次团建感受到了律所共建的氛围，对于凝聚、协作、管理有了更为生动直观的感受；在星瀚工龄更长的合伙人们看来，星瀚的文化、特色、优势在不断进化与传承，星瀚尊重合伙人、赋能合伙人、努力搭建所内案源交流平台、支持法律服务产品研发与拓展等核心竞争力正在不断深化，成为吸引更多志同道合的伙伴一起加入的关键因素。

星瀚的合伙人晋升、发展、建设工作还将不断加强、优化。期待更多的星瀚人能够看见不一样的伙伴，遇见不一样的自己。

合影留念环节后，星瀚 COO 宋佳将照片发到合伙人群里，立刻有合伙人私信她说：卫律师的姿势好像招财猫~她点开一看，果然；发朋友圈之后也得到了很多好友的赞同。其实，“招财猫”姿势是欢乐中的“意外”，但我们确实在招募，**期待优秀的伙伴加入我们，让我们一起相信光、看见光，和喜欢的一切在一起，做热爱法律的技术派！**



（本文首发于 2023 年 7 月 14 日）

黄鹤舞九天，星瀚与“80后主任年会”

星瀚与“80后主任年会”的缘分始于2017年，当时第三届80后主任年会即将在杭州举行，卫新律师、汪银平律师的老同学们邀请他俩去看看，打动他们的原因是：可以认识不少朋友，也有新鲜的观点。“这个活动没有领导、没有专家、没有权威，只有在法律实务路上的年轻人，说的都是干货”，当然还包括：“订了G20峰会新建的酒店江景房，无限美好，可以来放松一下。”

此后，二位律师都表示不虚此行，卫律师当年说：“所谓80后的标签，不过是时代的烙印，复杂的人性岂是简单的脸谱化可以勾勒的。我们思考的、行动的、争论的，未必别人不在做。但是，我们的时代，正大步走来，于我个人而言，保持一贯的好奇心，也许正是在标签里找到的方向。”

就这样，自2017年之后，星瀚接待了很多80后年会上结识的朋友，也拜访了很多80后主任所在的律所；2023年，第七届80后主任年会在武汉举行，星瀚武汉分所成为此届年会的筹备单位之一。今天的星瀚人文，就让我们了解一下，星瀚和本届80后主任年会的故事。



黄鹤舞九天，江城来相见

本届80后律所主任年会最初定于2021年举行，但因为疫情反复，主办方不得不将会议一再推后、直到今年。星瀚武汉分所主任沈大力律师介绍说：早在2021年初，中礼和律所主任邓君律师就邀请星瀚武汉分所作为7届80后律所主任年会的联合筹办方，共同参与筹备工作。在沈律师看来，他作为中南财经政法大学武汉校友会法律分会副会长兼秘书长，认识很多中南校友所在的律所主任，可以联系更多的律师朋友参会；此外，星瀚总部也多次参加此前的80后年会，由沈律师牵头星瀚武汉分所支持办会自是不可推卸的责任。

沈律师分享说：“尽管此次年会被迫推迟，但是各项筹备工作始终在有条不紊地推进，各家筹办单位都在认真准备，并且在过程中进行了一些开拓工作。”



沈律师对两个筹备过程中的系列活动印象深刻。一个活动是**走访过往六届年会的筹办组代表**，征询对今年年会的各项意见与建议，期间，沈律师也随武汉筹备团队一同前往杭州交流。经过与前辈们的多次深入交谈后，本届年会上特地安排“**岁月留声**”环节，前六届 80 后律所主任年会筹办组代表陈绍娟、杨杰林、胡瑞江、侯松涛、杨昕月、张宏等六位主任分别讲述那些年他们所许过的愿和踩过的坑，在现场勾起了大家的很多回忆，产生了极大的情感共鸣和内心思考。



另一个让沈律师记忆犹新的事情是本届筹备组策划的“**荆楚智话**”品牌系列活动，走进黄石、宜昌、十堰等地举办青年律师发展论坛，沈律师作为筹备组代表参加了各地的交流活动，结识了很多优秀的青年律师，也从中挖掘了不少优秀人才成为本届年会的分享嘉宾，沈大力律师本人也自然成为年会“**楚天新韵**”板块的主持人。此外，星瀚武汉分所的王恺杰、王烨、周佳言等几位律师都作为志愿者支持了本次年会的会议记录工作。

有缘来相会，金句不停更

本届 80 后主任年会由 8 月 11 日的欢迎晚宴、夜聊拉开序幕，主活动在 8 月 12 日举行，8 月 13 日则是以律所走访的形式进行分会场的环节，可谓张弛有度、精彩纷呈。

星瀚首席运营官宋佳应邀担任 80 后主任年会的夜聊主咖之一，分享的话题是：《如何打造具有竞争力的千万级创新型法律服务产品》。宋老师在总结金句时说：

“分享话题里有几个关键词：竞争力、千万级、创新型。什么样的法律服务产品有竞争力？我们的金句是：**有竞争力的法律服务产品一定要以客户视角出发，解决客户的痛点问题。**这就需要我们了解行业、了解商业、了解客户……千万级的法律服务产品怎么来，本质上是通过科学管理规划而来，对外扩大客户规模和收入，对内提升供给侧的产能。我们的金句是：**律师业务要有法商思维，法商思维不仅仅是理解外部的商业环境，也要理解律师业务本身的经营之道……**说到创新，不得不提的金句是：**创新的重点不在于‘新’、而在于‘创’，我们要思考传统行业与新领域的结合，传统领域与新行业的交叉，要思考如何对传统的法律服务范围、服务模式进行有价值的改造。”**



在宋老师的心里，分享话题中，最为重要的关键词还不是前面说的竞争力、千万级、创新型，而是在于“打造”，她说：“一个好的产品创意怎么来，产品的研发工作应当如何开展，产品怎么推向市场、怎么获客，怎么持续迭代、提高产品的壁垒，这一整套体系才是关键……**要让强运营成为驱动律所发展的核心竞争力……**我们夜聊的时候都在说，法律服务产品从开发到爆发式收获，可能会有漫长的周期，短则半年、一年，长则 18 个月、24 个月，**此处有金句：法律服务产品的打造离不开强运营团队，强运营团队的出现离不开极具战略眼光、投资魄力和牺牲精神的律所创始人、管理者。**祝愿更多的人做难而正确的事情，成为时间的朋友。”

这次的金句分享延续了宋老师一贯的特长——时间掌控能力，对于主办方的限时 6 分钟，卡得分秒不差。宋老师说：“夜聊是一个可以和与会嘉宾们深度沟通交流、相互学习促进的环节，我们从晚上 8 点一直聊到 10 点半，和小部分嘉宾们甚至持续互动到凌晨 1 点，

思维的碰撞、观点的相互、过程中的真诚与坦率都是非常珍贵的记忆。也要特别感谢湖北好律师事务所陈亮主任，他作为夜聊组织方为大家提供了大量的支持与赋能，以及，和另外两位夜聊主咖——郑玮、刘怡认识很久了，但要论及聊得深入、合作得愉快，还得是 80 后主任年会，这里的文化、氛围、气质是不可取代的。”



观点来碰撞，楚天有新韵

星瀚创始人、主任卫新律师作为 80 后主任年会的老朋友，应邀参加圆桌交流环节，与安徽大森所的张伟主任、湖北锦标所的闫疆南主任一起，共话《律所是否选用职业经理人？》这一常谈常新的热门主题。



“大部分决策问题其实是信息问题，大部分逻辑问题其实是语言问题。”卫律师在分享的开始就先声夺人，抓住了听众们的注意力。在卫律师看来，如果将职业经理人泛指成律师事务所当中的非业务人员，即行政团队、运营团队等，那自然是必要的，问题的答案在行业内

早有共识；但能否让不做业务的运营管理者成为律师事务所的核心决策人员，如何让这样的一位 CEO/COO 在律所当中发挥价值和作用，是因律所的基因不同、土壤不同、战略不同会产生差异的，也是律所主任们需要深度思考的问题。

行业内的普遍共识是，律师事务所的管理模式已经愈加多元，对于运营的需求从基础的行政服务转向希望有专业的运营者提供品牌打造、产品策划、渠道拓展、客户转化等更为市场化、多元化的诉求，对此，卫律师分享说：“**产品化、强运营**”是星瀚的创业基因，他本人在进入律师行业之前，有在房企担任高管的经验，后来看到律师行业的时候就发现，彼时的行业里缺乏横向分工，即律师在专业领域没有标签和识别，同样也缺乏纵向分工，即律所的职能部门建设几乎没有，所以星瀚自 2010 年创立的时候就明确了，星瀚要设立专门的职能岗位来赋能律师的专业化发展，而这样一支职能队伍的名称也从“行政部”升级为“支持体系”以及后来的“运营体系”，从中走出了律所的高级权益合伙人，深度参与律所的战略决策和发展。卫律师的经验和故事给现场听众带来不少启发。



共登一艘船，未来可期待

80 后主任年会的主论坛活动落幕后，主办方周到地安排了“知音号”之旅和“小龙虾”品鉴，过程中，下一届 80 后主任年会的主办城市经票选诞生，将在西安举办。

这届年会还于主论坛次日，安排了三场分论坛，包括：武珞律师事务所承办的《青年律师培养与品牌建设》、得伟君尚（湖北自贸区武汉片区）律师事务所承办的《律所管理与发展》以及楚尚律师事务所承办的《刑事业务创新与发展》专题。

卫新律师和沈大力律师共同参加了《青年律师培养与品牌建设》分论坛，会前，武珞律师事务所高级顾问、法学博士李少波老师和主任姚飞律师接待了卫新律师一行。李少波老师表示，80后律所主任年会能够一届届持续召开，说明了80后律所主任是有着共同的价值观、共同愿景的一群人，欢迎来自全国各地有着同样底层思维逻辑的人持续展开交流。



尾声

为期三天的“第七届80后主任年会”的背后是长达三年的等待与筹备，卫新律师在走下“知音号”的时候不无感慨地写道：

“人生的旅途中，你总是或主动，或被动，登上一条船，再下船，有时能到达彼岸，有时只能回到出发的原点。沿途的风景并不重要，旅友和船客才决定此行的质量。高山流水遇知音，感谢曾和我在一条船上的伙伴，期待握一张旧船票，登上下一条有故事的船。”



“80后主任年会”走过八年，大家突然发现，80后们已经从“讨厌老家伙”、到了“理解老家伙”“成为老家伙”，但星辰大海依旧是不变的征途，愿我们共同成为拥有实践精神的理想主义者，以此共勉。

（本文首发于2023年8月25日）

阳光、沙滩.....永远热烈，永不停歇



今年，星瀚一年一度的境外旅游传统终于续上了！

有这么一个地方，它既是泰国最大的海岛，又是泰国最小的府——这一次，我们一起踏上“安达曼海上的一颗明珠”普吉岛。

萨瓦迪卡~

来到泰国，怎能不去海边？别急，我们第一站先在内陆感受一下普吉岛的风土人情。

奈涵海滩隐藏在普吉岛最南端的绿色山丘和几个小岛之间，相对来说是一个比较小众的景点。**神仙半岛上高挑成排的棕榈树，沿着绵延的海岸线，吹着微风，再凌乱的心情也会在这一刻恢复平静。**虽然没能赶上日落时分，有些可惜，但依然美图倍出~



普吉镇的老街也是让不少同事流连忘返的地方。这里有不少电视剧、电影的取景地，看到这些熟悉的场景，泰剧迷的DNA是不是动了；这里有很多不起眼的小店，售卖各式有意思的本土小物件；这里还有平价米其林美食、网红冰淇淋、质感咖啡店，爱吃的小伙伴绝对不能放过这个打卡机会。有人说，普吉镇是上帝打翻的调色盘，彩色的老房子、镇上第一家旅店、鲜花墙……这一次我们放下工作，学习泰国人“zai yan yan”（慢悠悠）的生活节奏，漫步在这个多巴胺小镇，尽情享受浪漫的泰式风情~



当然还有夜市文化，这个城市的热闹与欢乐在这一刻达到了顶峰……



一起乘风破浪

在大部队会合的第二天，我们便一起乘坐快艇向大小皮皮岛进发，一路上海风吹拂，海天一色的美景尽收眼底。远观燕子洞、猴子沙滩、在帝王岛的白色沙滩上，点一杯冰沙、放松身心……我们此行可不仅仅是“玩水”那么简单，还有一些惊险刺激在等待我们——浮潜。



在翡翠泻湖周围环绕着高耸的石灰岩悬崖，一些水性佳且大胆的同事选择在船头跃入海中，还有几位男律师向大家展示了 201B，溅起的水花波及到了还在船尾挣扎的同事们。



在出发前，我们就听领队和导游说不会游泳的浮潜更好玩，小编亲测是真的，因为你会拥有仿佛自己学会游泳的成就感和蜜汁自信，还能和同伴建立起过命的“学友”交情。一起徜徉在果冻海，近距离和珊瑚、海胆、鱼群接触的奇妙体验值得一试。



酸酸辣辣甜甜

因为在出海时已经喝了很多海水，许多同事表示已经足够半年份的盐分摄入，那美食上我们就来体验不一样的口感吧！椰子、芒果、榴莲、山竹，在普吉，实现水果自由不是梦；前往拉威海鲜市场，新鲜的石斑鱼、足有半臂长的皮皮虾、个头超大的海螺、再加上地道的咖喱蟹，海蟹大餐自由也轻松 get~当然还有冬阴功汤、咖喱鸡、菠萝炒饭、椰子冰沙.....这些泰餐常客一个都不能少！



卫律师曾想凭一己之力、一身反骨挑战导游的“喝酒不能吃榴莲”言论，被身边的同事们纷纷阻止，还是要提醒大家美食虽好，点到为止哦~



旅程中总有惊喜



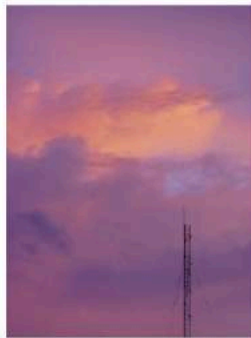
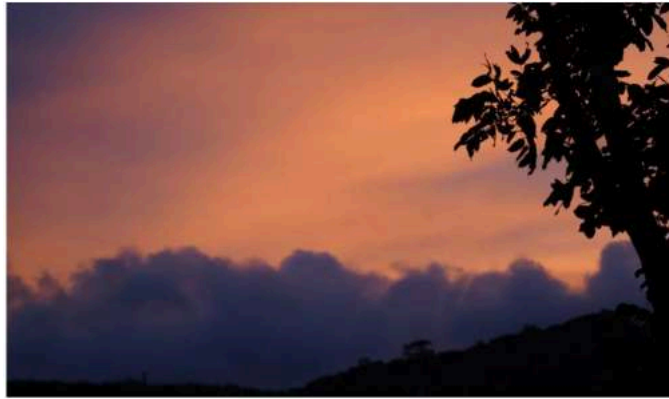
（我们特别为生日最近的两位 9 月寿星准备了惊喜~生日快乐用泰语怎么说？）



（在大部队会合的第一晚，碰巧旁边几桌是来自深圳的律师同仁，我们以歌会友~）



（大部分同事们还躺在酒店，卫律师和左律师已经从卡伦跑到了芭东.....）



(免税店外的晚霞依然很美~)



(最美不是下雨天，是曾与你一起躲过雨的屋檐)





卫律师在回程的朋友圈中说道，我们偶尔休息，仿佛是在理想世界追求任性的自由，以便之后在现实的世界里艰难的选择时，心里能有一些慰藉。

普吉岛的夏天永不落幕，就像星瀚人的热爱永远在路上，愿你我永远自由又灿烂！




本文配图来自每一位星瀚人的朋友圈，特别鸣谢田潇雨律师在旅行中的辛苦拍摄~

(本文首发于 2023 年 9 月 15 日)

热爱法律的技术派

上海总部：021-5109 6488

 上海虹桥：021-5227 0637

武汉分所：027-8771 8809

 BD@ricc.com.cn



星瀚客服



星瀚微法苑