

上海金融法院 金融市场案例测试机制

反答辩意见书

上海金融法院：

贵院正在审理的申请人机构 A 与被申请人银行间市场清算所股份有限公司（下称“上海清算所”）关于中央对手清算业务违约处置测试案例（案号（2022）沪 74 测试 1 号），机构 A 依据《上海金融法院关于金融市场案例测试机制的规定》（试行）第十二条之规定，针对上海清算所提出的答辩意见，特此提出反答辩意见，供贵院在审理过程中予以参考，并授权贵院在互联网平台公布本意见。

代理律师：王正，上海虹桥正瀚律师事务所律师。

代理律师：钱前，上海虹桥正瀚（临港新片区）律师事务所。

根据上海清算所提交的《被申请人答辩意见书》，其答辩意见主要集中在以下两方面：第一，《违约处置文件》¹对机构 A 具有约束力；第二，上海清算所违约处置行为具有合理性。对于上海清算所的具体答辩理由，机构 A 均不予认可，理由详述如下：

¹ 《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务规则》（下称《清算业务规则》）、《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务违约处置指引》（下称《违约处置指引》）、《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务指南》（下称《清算业务指南》）、《银行间市场清算所股份有限公司违约处置专家组工作章程》（下称《专家组工作章程》），统称为《违约处置文件》

1. **《违约处置文件》对机构 A 无约束力**

上海清算所答辩状主张《违约处置文件》对机构 A 有约束力的理由归纳

- 1.1 《清算业务规则》已获得中国人民银行批准，其他《违约处置文件》系对《清算业务规则》的细化，无需中国人民银行另行批准。且《违约处置文件》关于外汇交易部分已获得外汇管理局批准。因此，《违约处置文件》合法有效。（详见《被申请人答辩意见书》第 2.1.2 段）
- 1.2 《中央对手方清算协议》（下称《清算协议》）第二条第（二）款第 2 项约定：“若本协议或本协议补充协议（若有）与甲方相关规则不一致，则应以甲方发布并不时修改的甲方相关规则为准”因此，《违约处置文件》自动成为《清算协议》的组成部分，对机构 A 产生约束力。（详见《被申请人答辩意见书》第 2.2.1 段）
- 1.3 《违约处置文件》的约定内容公平合理，机构 A 具备风险判断能力，参加过违约处置演练，知悉《违约处置文件》及违约处置流程。因此，《违约处置文件》不应构成格式条款而无效。（详见《被申请人答辩意见书》第 2.2.2 段）
- 1.4 将中央对手方各项规则纳入中央对手方与清算会员的协议，是国际各大清算机构的公认原则。（详见《被申请人答辩意见书》第 2.2.4 段）
- 1.5 机构 A 认为上述观点均不成立，《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》不能依此认定为《清算协议》组成部分，对机构 A 无拘束力。

《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》不当然构成

《清算协议》组成部分

- 1.6 《清算协议》第二条第（二）款第 2 项约定上海清算所有权将发布或修改的规则纳入《清算协议》范围，机构 A 确认该条款的约束力，但并不能因为存在该约定就当然认定《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》构成《清算协议》一部分，只有形式和内容都具有合法性以及合理性的规则，才可以纳入《清算协议》范围。
- 1.7 比如北京市第四中级人民法院 2020 年 12 月 9 日出具的吴某某诉北京爱奇艺科技有限公司网络服务合同纠纷案《民事判决书》（案号：（2020）京 04 民终 359 号，系 2020 年商事十大案例，*详见附件一*），法院认为网络服务格式合同中，判断网络服务提供者依据单方变更权进行合同变更是否合理时，可以从三方面将合同公平原则具体化，包括：一是合同变更的内容是否发生实质变更的法律效果，即若实质性变更属于合同更新，并非合同内容变更；二是合同变更的形式是否符合格式条款效力控制，即需要审查变更后的合同条款是否尽到提示说明义务，且变更后的内容并无效力问题；三是合同变更后是否赋予格式合同相对方解除合同的权利，这是合同自由的体现。
- 1.8 结合本案，机构 A 认为上述《清算协议》第二条第（二）款第 2 项的适用，应符合：1）上海清算所发布规则的内容相较于已经过审批的规则或已有规则不应产生实质性变更或新设的法律效果，否则应获得监管机构审批才具有合法性；2）鉴于相关规则均为格式条款，上海清算所应当履行提示和说明义务并且应公平设置权利义务。

《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》对已经过审批的规则或已有规则进行重大实质性变更或新设，上海清算所应当

报中国人民银行同意后实施，未经报批的应属无效

- 1.9 法律规定上海清算所的重要制度应报中国人民银行同意后实施，否则即应无效且不成为合同内容。
- 1.9.1 根据中国人民银行印发的《银行间市场清算所股份有限公司业务监督管理规则》第四条规定：“下列事项，上海清算所应当报中国人民银行批准：……（三）内部控制制度、风险管理制度、业务规则以及应急预案的制定和重大修改。……”。中国人民银行在[银市场(2020)1号]批复文件中同意上海清算所发布《清算业务规则》，同时规定：“制定制度或进行重大制度修改，开展新业务或变更现有业务模式等，应当报中国人民银行同意后实施”。现，上海清算所就违约处置适用的《违约处置指引》《清算业务指南》以及答辩状提及的《专家组工作章程》，其内容是对《清算业务规则》下制度的重大修改甚至是创制，应当由中国人民银行另行批准后才可生效，否则不可作为上海清算所与机构 A 之间的合同内容。
- 1.9.2 另一方面，根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 30 条第二款规定：“人民法院在审理合同纠纷案件时，要依据《民法总则》第 153 条第 1 款和合同法司法解释（二）第 14 条的规定慎重判断“强制性规定”的性质，特别是在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由。下列强制性规定，应当认定为“效力性强制性规定”：强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；……”我们理解前述中国人民银行的規定已经涉及金融安全和市场秩序，属于强制性规定范畴，违背该等规定所制定的《违约处置指引》《清算业务指南》及《专家组工作章程》

亦应属无效。

1.10 根据境外操作惯例，清算所修改规则的权限被严格限制。

1.10.1 香港《证券及期货条例》(Securities and Futures Ordinance)第41(1)规定：“除第(7)款另有规定外，认可结算所的规章(不论是否根据第40条订立)或对该等规章的修订须获证监会书面批准，否则不具效力”。该条第(7)款规定：“证监会可藉宪报公告宣布认可结算所的某类别的规章(违责处理规则除外)无须根据第(1)款获批准，而任何属于该类别的该结算所规章(包括对该等规章的修订)即使没有根据第(1)款获批准，仍属有效”。即，在香港特区，与违约相关的规则必须经审批。

Securities and Futures Ordinance

41 Approval of rules or amendments to rules of recognized clearing house
(1) Subject to subsection (7), no rule (whether or not made under section 40) of a recognized clearing house or any amendment thereto shall have effect unless it has the approval in writing of the Commission.

.....(7) The Commission may, by notice published in the Gazette, declare any class of rules of a recognized clearing house (except any default rules of the clearing house) to be a class of rules which are not required to be approved under subsection.

1.10.2 《新加坡证券及期货法案》第23条(2)规定：“核准清算所不得对其业务规则作出任何修订，除非其符合有权机关所制定的要求”。同时，《新加坡交易所衍生品清算规则》第1.05.1条的规定：“除非清算所符合有权机关、《新加坡证券及期货法案》或任何适用法律规定

的要求，否则不得对本规则进行任何修订，即清算所的不得自行修改规则”。即，在新加坡地区，清算所享有的规则修改权限是被严格限制的。

Securities and Future Act 2001

66. Business Rules of approved clearing houses

(2) An approved clearing house must not make any amendment to its business rules unless it complies with such requirements as the Authority may prescribe

SGX-DC Clearing Rules

1.05.1 The Clearing House is prohibited from making any amendments to this Rules unless it complies with such requirements as prescribed by the Authority, under the SFA or under any applicable laws.

1.10.3 其他境外操作惯例也有同类规定（**详见附件二**），均体现出对清算所修改规则权限的谨慎，以及监管介入的必要性。

1.11 《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》系对《清算业务规则》内容的重大修改或新设。相应内容包括：

1.11.1 实质性变更了永久性违约的认定标准，使运营性违约后未缴纳保证金的情形可被认定为永久性违约。《清算业务规则》²第四十七条规定：“清算会员出现包括但不限于下述情形时，上海清算所有权认定该清算会员违约：（一）未按照规定履行保证金交纳或结算义务；（二）经营状况、财务状况持续恶化，不能清偿到期债务或明显缺乏清偿

² 2020年2月13日发布：

https://www.shclearing.com.cn/cpyyw/ywgz/detail_38.html?productDocClient/detail/4028528170f9202d01710a96b2955b4c

能力……”第四十八条规定：“若清算会员出现除第四十七条第(一)款中所列情形以外的违约事件，发生运营性违约但违约清算会员未在违约处置关键时点（各业务均设有违约处置的关键时点）前履行承诺，则上海清算所可将该违约事件认定为永久性违约。”根据《清算业务规则》，会员在构成运营性违约后未缴纳保证金的，不属于上海清算所可以认定永久性违约的情形。但《违约处置指引》第五条第三款规定：“清算会员在该运营性违约的次一工作日未及时消除运营性违约情形，或再次发生运营性违约的，上海清算所将对该清算会员进行永久性违约认定……”删除了《清算业务规则》第四十八条中排除未缴纳保证金情形的相关表述，即：会员在运营性违约后再次未缴纳保证金，上海清算所就可以认定其构成永久性违约。这实质性地变更了《清算业务规则》对永久性违约的认定标准，上海清算所直接在《违约处置指引》中调整，未进行相应审批流程。

1.11.2 限缩了机构 A 构成运营性违约后的补正期限，使上海清算所享有更早认定清算会员永久性违约的权利。《违约处置指引》《清算业务指南》缩短了机构 A 构成运营性违约后的补正期限，使上海清算所可以更早认定永久性违约。《清算业务规则》第四十八条规定：“发生运营性违约但违约清算会员未在违约处置关键时点（各业务均设有违约处置的关键时点）前履行承诺，则上海清算所可将该违约事件认定为永久性违约。”《清算业务规则》并未明确规定构成运营性违约后的补正期限。但《违约处置指引》第五条³及《清算业务指南》

³ 《违约处置指引》（此处指 2022 年 9 月 1 日第二版，与 2020 年 2 月 26 日第一版一致）第五条：违约认定流程清算会员在规时点前保证金、清算基金、结算资产包括但不限于资、券和实物资产或违约金未足额到账的，为运营性违约。清算会员未能及时消除该运营性违约情形的需提供书面承诺（见附件 1 承诺该运营性违约的次一工作日能在违约处置关键时点之前完成相关履约义务，否则，上海清算所有对该清算会员进行永久性违约认定。各业务违约处置关键时点为《银行间市场集中清算

第 3.3.2.3 条⁴将该补正期限限制为“运营性违约的次一工作日”，即：运营性违约的次一工作日未及时消除运营性违约情形，或再次发生运营性违约的，清算会员再无补正机会，上海清算所可直接对该清算会员进行永久性违约认定。该关键时点系实质性调整，影响到违约机构对违约行为的修正机会，以及上海清算所采取违约处置措施的时间，但上海清算所直接在《违约处置指引》及《清算业务指南》中调整，未进行相应审批流程。

1.11.3 规定违约处置中的平仓拍卖流程必须由专家组参与决策，且设置了专家组的决策目标及免责条款。《清算业务规则》在第五十二条“强行平仓”条款仅列举了平仓拍卖中头寸分割、风险对冲等五项流程，未规定各项流程的具体含义，也未规定平仓拍卖必须有专家组参与实施。但《违约处置指引》第四十五条⁵“平仓拍卖流程”条款突破性地规定头寸分割及风险对冲必须由专家组参与决策，并为专家组决策规定了相应决策目标。以风险对冲流程为例，《违约处置指引》第四十五条调整规定：“违约处置专家组应以减少对冲损失为目标，

业务指南》规定的违约资金种类对应的正常结算时点。清算会员在该运营性违约的次一工作日未及时消除运营性违约情形或再次发生运营性违约的上海清算所将对清算会员进行永久性违约认定。特殊情况下清算会员可以提出宽限申请附件），**宽限期最长为 1 个工作日**，经上海清算所审核通过后可以暂缓执行永久性违约处置。清算会员发生除运营性违约以外的符合永久性违约认定标准的其他情形的，上海清算所对该清算会员进行永久性违约认定。永久性违约认定不限于出现符合永久性违约认定标准情形的特定业务，上海清算所有权认定清算会员在多个集中清算业务中同时违约。清算会员被认定为永久性违约的，上海清算所将向清算会员发送永久性违约通知。

⁴ 《清算业务指南》（此处系指 2022 年 7 月 25 日第八版的更新版，与清算协议签署时的第七版，在该条表述基本一直）

3.3.2.3 永久性违约若清算会员在运营性违约的次一工作日未及时补足违约资金、保证金及违约金的或再次发生运营性违约，上海清算所有权判定会员永久性违约。清算会员发生除运营性违约以外的符合 3.3.1 中所列情形的，上海清算所应在合理期限内对清算会员是否永久性违约作出判定。当清算会员被认定为永久性违约时，上述运营性违约处置中所涉及措施外，上海清算所还可采取以下一项或多项措施：（一）……（十）及时向市场披露违约清算会员的违约及处置情况。

⁵ 此处指 2022 年 9 月 1 日《违约处置指引》第二版。

提供对冲交易的方案。”同时，专家组决策还新设了免责条款，即第二十二条约定的“依据违约处置专家组提供并经上海清算所同意后的对冲交易方案实施所达成的对冲交易价格合理有效，上海清算所不保证该成交价格的即时最优。”上述内容是对原违约清算制度的重大设定，上海清算所直接在《违约处置指引》中调整，未进行相应审批流程。⁶

1.11.4 **规定专家组职能、决策流程及专家组组成方式等内容，创设全新的违约处置专家组制度。**《违约处置指引》《专家组工作章程》规定了违约处置专家组的职能、决策流程及组成方式。这些规定均未见于《清算业务规则》，属于规则创制。上海清算所也未就此进行相应审批流程。

1.11.5 **其他新设或实质性调整。**除前述内容之外，机构 A 对比《清算协议》《清算业务规则》《清算业务指南》《违约处置指引》发现，《清算业务指南》《违约处置指引》在运营行违约处置措施、永久性违约处置措施、机构会员其他义务方面均有实质、创设性调整(详见附件三)。但上海清算所并未就此进行相应审批流程。即便《清算业务指南》《违约处置指引》在双方签署协议时已经存续(签署后也有调整)，但相关内容均系实质性创设性规则，未经审批仍属无效，并不构成《清算协议》组成部分，对机构 A 无约束力。

1.12 **国家外汇管理局不能代替中国人民银行审批《违约处置文件》。**上海清算所主张《违约处置文件》经过国家外汇管理局同意披露，但国

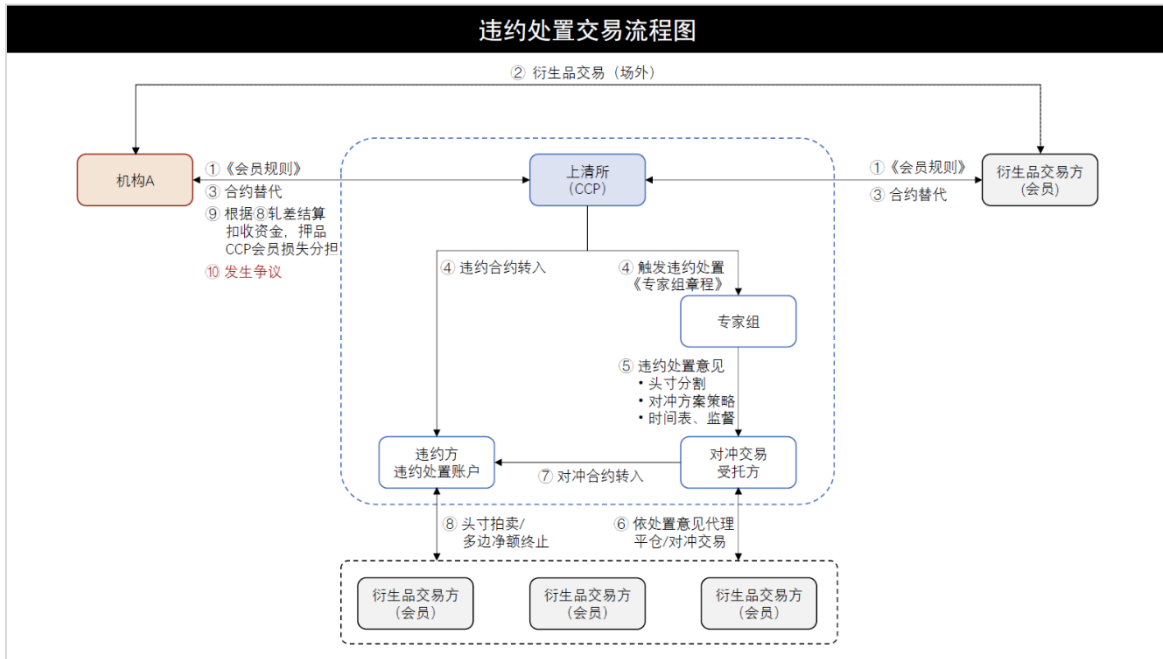
⁶ 该部分调整也同时是《违约处置指引》第二版对第一版的调整。

家外汇管理局[汇综复(2020)1号]批复载明“同意……新增银行间外汇市场渠道”“同意……扩大至询价和竞价两种外汇集中清算业务”，这仅是对外汇交易渠道及业务的批准，仅是国家外汇管理局履行其自身关于外汇管理方面的批复职能，该批复不能证明、更不能替代《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》应取得1.9段中所述的人民银行批准方可生效的事实。

- 1.13 综上所述，上海清算所从事的清算业务涉及金融安全及市场秩序，关乎社会公共利益，但其违反中国人民银行《银行间市场清算所股份有限公司业务监督管理规则》规定，在《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》内容均是对原违约处置规则重大修改或新设情况下，未报中国人民银行审批，该等内容不能自然成为其与机构A的合同内容，同时该等内容也违反金融市场公序良俗，应属无效，对机构A无法律约束力。

上海清算所未尽到提示说明义务、条款设置有违公平，《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》不构成《清算协议》内容或无效

1.14 为便于各方理解本案所涉违约处置交易，机构 A 根据上海清算所规则整理制作了《违约处置交易流程图》（放大版详见附件四）：



1.15 签订《清算协议》时，上海清算所未对《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》中违约处置条款进行合理的提示与说明，根据《民法典》第四百九十六条，不构成《清算协议》内容。

1.15.1 《民法典》第四百九十六条第二款规定：“提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。”《违约处置指引》《清算业务指南》规定了对机构 A 进行违约处置的具体程序和方法，构成与机构 A 有重大利害关系的条款。更何况，从机构 A 整理的交易流程图看，违约处置交易流程极为复杂，亦涉及多项重要细化制度。但上海清算所在签署《清算协议》时未解释《违约处置指引》《清算业务指南》相应文件，后续更新仅在官网发布更新版本，未标示或指明其中有关违约处置的重大利害关系条款，未通过

合理方式进行解释或说明，《专家组工作章程》未进行披露。因此，《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》所涉违约处置条款不成为《清算协议》的内容，对机构 A 无约束力。

1.15.2 需要进一步说明的是，虽然机构 A 作为金融机构充分掌握金融专业知识和业务能力，但上海清算所的交易地位既是机构 A 的对手方，还是规则的交易制定者和实施者，相较于机构 A 处于交易优势地位，尤其是案涉违约处置规则并非通用交易规则，其所包括的保证金计算、违约认定、处置流程、结算规则等内容均具有独特性，核心信息亦由上海清算所单方面掌握，机构 A 并无法基于自身专业知识完全理解和掌握相关规则及其内在运行逻辑，由此也更需要上海清算所依法履行法定解释说明义务，甚至还应履行定期披露信息等义务。该等解释说明和披露义务无论是在机构 A 作为会员加入时，还是规则修订时，均应充分履行，否则即可能发生系争格式条款不成为合同内容的法律风险。

1.15.3 最后，上海清算所邀请机构 A 参与违约处置演练，并不是履行相应说明解释义务的合理方式，说明解释义务应明确且直接，而演练是由上海清算所主导、指挥，非强制性参与，演练中上海清算所也未对规则进行说明和解释，也未给予机构 A 表达询问意见的机会。同时，在逻辑上相矛盾的是，如果上海清算所以邀请过机构 A 参与了违约处置演练作为其履行说明告知义务的理由，则未被上海清算所邀请的会员单位将属于未经说明告知的机构，亦会影响上海清算所与其他会员单位的合同条款效力。

1.16 《违约处置指引》《清算业务指南》相关条款不合理地免除上海清算

所责任、加重机构 A 责任、限制和排除机构 A 主要权利，根据《民法典》第四百九十七条的规定，相应条款无效。

- 1.16.1 根据《民法典》四百九十七条规定：“有下列情形之一的，该格式条款无效：……（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（三）提供格式条款一方排除对方主要权利”。《清算业务指南》第 3.3.2.3 条和 3.3.4 条，及《违约处置指引》第 5、8、9、45 条均存在上述情形，应属无效。
- 1.16.2 上海清算所单方决定了实质性违约认定标准，机构 A 不享有对永久性违约认定的参与、反驳、申诉权，仅负担保密、配合义务。根据《清算业务指南》第 3.3.2.3 条及《违约处置指引》第 5 条、第 8 条⁷约定，清算会员若在运营违约发生后一个工作日内未能消除违约情形或再次发生运营线违约的，则上海清算所有权对该清算会员进行永久性违约认定，认定做出即生效。同时，根据《违约处置指引》第 9 条⁸，清算会员只负有保密、配合义务，无反驳、申诉或参与违约认定的权利。即，违约认定流程完全由上海清算所确定，机构 A 作为当事人无参与机会。但是，不同于上清所的操作，在境外其他场外衍生品中央对手方清算机构中并未采取该等“一刀切”操作，如：香港交易所下属子公司香港场外结算有限公司，在其《场外汇

⁷ 《违约处置指引》第八条（违约认定生效）永久性违约认定结果自上海清算所作出违约认定并发出通知之时起立即生效。

⁸ 《违约处置指引》第九条 一旦 发生违约事件（包括运营性违约 和 永久性违约），上海清算所将立即展开针对性调查。查形式 可采取以下 一种或几种，包括 但不限于市场公开信息 跟踪、对违约清算会员开展现场调查、召开上海清算所风险管理委员会等。上海清算所向违约清算会员调查违约情况时，相关人员应根据上海清算所的要求，及时、完整地提供相关材料。违约清算会员对违约处置相关保密信息负有保密义务。清算会员有义务配合上海清算所进行违约处置，并对其提供材料的准确性、真实性、完整性承担法律责任。

率及外汇衍生品清算规则》第 1067 条⁹规定，在香港场外结算有限公司要求时，违约清算会员应指定一名代表参与违约处置小组，即给予违约清算会员参与违约处置的可能性。而且，《违约处置指引》《专家组工作章程》中具体规定了清算会员违约时，上海清算所可以采取的处理措施，但就上海清算所自身在相应业务下发生违约的，却未有对等的违约处置条款，如此设置违约规则也有违公平、对等原则。

1.16.3 机构 A 不享有对风险对冲决策的知情、参与权，但机构 A 需要承担对冲交易的风险及损失。根据《违约处置指引》第九章，平仓拍卖全程均由上海清算所或其委托的违约处置专家组进行决策或操作，机构 A 无权参与。同时，《违约处置指引》第 45 条（平仓拍卖流程）及《清算业务指南》第 3.3.4 条¹⁰规定，根据专家组决策达成的交易合理有效，即使价格并非最优价，机构 A 也无权提出质疑，只能被动承担违约处置的全部损失。上述规定使机构 A 不享有作为待平仓头寸持有者的知情权和参与权，但机构 A 却应无条件承担违约处置的全部损失。

1.16.4 上海清算所免除了其在违约处置中应以“获取最佳市场价格为目标”的义务。2020 年 2 月 26 日，上海清算所发布《违约处置指引》（第

⁹ 《OTC Clear Rates and FX Derivatives Clearing Rules》第 1607 条：“Upon request by OTC Clear, a Defaulting Clearing Member shall provide a representative to participate in the Default Management Group.”

¹⁰ 《清算业务指南》3.3.4 违约损失的弥补（一）融入资金或债券的费用以及由于风险对冲、平仓拍卖、头寸分摊、多边净额终止和冻结资产处置产生的损失等各项费用与成本，加总为违约损失。

（二）上海清算所根据《集中清算业务规则》等相关规定，使用相关风险准备资源弥补违约损失。

（三）违约处置流程结束后，上海清算所应向违约清算会员追偿或/和索赔，所得用于偿还此前融入的资金及相关费用后，按风险准备资源使用顺序相反的顺序进行偿还。

一版), 2022年9月1日, 上海清算所发布《违约处置指引》(第二版)。比对两个版本可知, 上海清算所删除了第二十二條(违约处置专家组职能)中“违约处置专家组应当以获取最佳市场价格为目标”的相关规定, 并新增了专家组决策达成的对冲交易当然合理有效规定(第四十四條 平仓拍卖流程)。具体对比如下:

第一版(2020年2月发布)	第二版(2022年8月发布)
<p>第二十二條 违约处置专家组的主要职能是提供违约处置意见并协助上海清算所进行违约处置。具体包括: ……</p> <p>(二) 以获取最佳市场价格与减少对冲损失为目标, 拟定违约清算会员未平仓合约的对冲交易方案, 拟定对冲交易的要素、策略;</p> <p>(四) 经风险管理委员会批准后协助实施上述(一)(二)(三)方案;</p>	<p>第二十二條 违约处置专家组的主要职能是提供违约处置意见并协助上海清算所进行违约处置。具体包括: ……</p> <p>(二) 以减少对冲损失为目标, 拟定违约清算会员未平仓合约的对冲交易方案, 拟定对冲交易的要素、策略;</p> <p>(四) 经上海清算所审核通过的以上款项为合理方案, 违约处置专家组应协助实施相关方案;</p>
<p>第四十四條第一款第三項 风险对冲: ……违约处置专家组应以获取最佳市场价格与减少对冲损失为目标, 提供对冲交易的方案。</p> <p>……上海清算所有权对待拍卖头寸组合执行多次对冲或不进行对冲。对冲交易达成后, 上海清算所将委托中国外汇交易中心以应急录入方式录入反向交易, 将受托交易转移至上海清算所。</p>	<p>第四十五條第一款第三項 风险对冲: ……违约处置专家组应以减少对冲损失为目标, 提供对冲交易的方案。</p> <p>……依据违约处置专家组提供并经上海清算所同意后的对冲交易方案实施所达成的对冲交易价格合理有效, 上海清算所不保证该成交价格的即时最优。上海清算所有权对待拍卖头寸组合执行多次对冲或不进行对冲。对冲交易达成后, 上海清算所将委托中国外汇交易中心以应</p>

	急录入方式录入反向交易，将受托交易转移至上海清算所。
--	----------------------------

1.17 综上所述，《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》均系格式条款，内容所涉“违约处置”是影响机构A重大权利义务的事项，但上海清算所未就相应文件进行充分的说明告知义务。同时，相关文件具体内容同时限制了机构A的权利，加重了机构A的义务，机构A作为交易参与主体，在发生违约事件后，丧失参与永久性违约认定以及对冲交易方案设计的全部过程，仅有服从任何处置结果的义务。因此，《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》所涉违约处置条款因违反《民法典》四百九十六、四百九十七规定而不构成《清算协议》内容或无效。

2. 上海清算所违约处置行为不合理

上海清算所主张的归纳

- 2.1 上海清算所主张虽然对冲阶段的成交价格与事后查询所得的最优价格存在偏差，但该成交价格已经是综合各因素后的最优方案，具备合理性，具体理由如下：
- 2.2 基于风险管理需求并参考国际惯例，上海清算所以对违约处置享有决策权。（详见《被申请人答辩意见书》第3.1段）
- 2.3 《违约处置指引》第二十七条及《专家组工作章程》第二条均规定，专家组履行职责应当最大程度保护上海清算所风险资源，并以维护金融市场和中央对手方稳定为优先。本案专家组的遴选、交易方案的形成与执行，均遵循该原则，不应根据事后的复盘结果判断方案

的合理性。且《违约处置指引》第四十五条第（三）款规定，上海清算所不保证对冲方案成交价格的即时最优。（详见《被申请人答辩意见书》第 3.2.1 段）

- 2.4 专家组在充分论证后作出的方案合理，具体体现在：第一，把头寸拆成两笔较大金额交易，成交价格确定性较高，对市场冲击较小；第二，询价三次符合交易习惯，多次询价容易导致价格不利变动，且从实际获取回价的情况来看，市场流动性和交易对手方回价意愿较弱；第三，根据带量行情信息数据，两个市场最优价格的可成交量均仅为 500 万美元，远小于待平仓头寸，不同的成交量对应的成交价格差异体现了流动性溢价，是合理的市场价差。（详见《被申请人答辩意见书》第 3.2.2 段）
- 2.5 机构 A 认可上海清算所应具备违约处置的职能，但不认可其具体违约处置措施的制定和行使。

头寸分割不合理，导致对冲交易中的即期交易未能按照当日带量行情图的最优价格成交

- 2.6 实际价格与最优价的偏离值过高。上海清算所将案涉名义本金头寸拆分为 5.8 亿美元及 5 亿美元两笔大额交易，导致实际成交价格偏离同时段市场最优报价 60pips 和 66pips。实际价格与最优成交价的偏离值过高，足以证明上海清算所未就头寸分割进行充分合理的决策，存在过错。
- 2.7 根据询价回价情况可知头寸分割不合理。上海清算所以 5.8 亿美元及 5 亿美元分别向三家交易对手方进行询价，最终仅分别获得了 1 个和 2 个回价。这说明进行大额交易时，市场流动性和交易对手方

回价意愿均较差，若上海清算所将案涉头寸拆分为更小的金额，则可获得更好的流动性及回价意愿。

- 2.8 **美元/人民币外汇即期市场交易量大、流动性较好，完全可以获得更好的成交价。**根据中国货币网公布的 2022 年 9 月人民币外汇即期月报¹¹（详见附件五），本案违约处置当月，USD/CNY 的成交金额为人民币 57,894.71 亿元，折合约 8,229 亿美元，平均每日成交金额为 274 亿美元。本案名义本金仅 10.8 亿美元，远小于当日市场实际成交额度。因此，本案交易对市场冲击有限，不会造成成交价格明显偏离市场最优价，上海清算所以易对市场产生冲击、流动性差、可成交量低为由主张头寸分割合理的依据不足。

询价次数不合理，上海清算所进行即期交易时仅进行三次询价，不符合行业惯例操作，未能获得充分的市场报价

- 2.9 **三次询价并不符合行业惯例操作。**中国银行间市场交易商协会发布的《中国银行间市场金融衍生品交易主协议》（简称《NAFMII 主协议》）第二十五条规定：“终止净额计算方（或其代理人）须尽可能地寻求至少四名参考做市商于基准日提供其报价，并且在合理可行的范围内，要求各参考做市商于基准日提供其报价，并且在合理可行的范围内，要求各参考做市商均在同一日期和时间（不考虑时区）提供其报价”。可见，在中国市场金融衍生品交易下，类似交易的询价次数规定为四次或多次，而非三次。因此，上海清算所关于询价三次符合交易习惯的主张并不成立。

对冲交易中掉期交易与待平仓头寸的远端清算日期及头寸金额匹

¹¹ <https://www.chinamoney.com.cn/chinese/mtmoncjl/?tab=8>

配不合理，未能充分匹配，降低风险敞口

2.10 对冲交易中的掉期交易与待平仓头寸的具体信息如下，具体请见交易图：

序号	掉期交易的远端清算日	待平仓头寸的远端清算日
1	22年10月24日（买入1亿美元）	22年10月28日（卖出1亿美元）
2	22年11月23日（买入4亿美元）	22年11月18日（卖出4亿美元）
3	22年12月23日（买入4.5亿美元）	22年12月23日（卖出4.5亿美元）
4	23年6月26日（卖出1.5亿美元）	23年6月22日（买入1.5亿美元）
5	23年9月25日（买入2.6亿美元）	23年8月24日（卖出2.8亿美元）

上述交易中，除3号两笔交易的远端清算日及头寸能够完全匹配外，其余交易的远端清算日均有较大偏离。其中，5号两笔交易的远端清算日偏离近一个月，头寸金额相差0.2亿美元。

2.11 机构A认为，上海清算所进行对冲交易，应当充分降低待平仓头寸的风险敞口。本案所涉原始交易部分即非标准期限交易，在即期交易完成后，上海清算所应有足够时间匹配到期日以及待平仓头寸一致的对冲交易产品，但上海清算所在本案项下达成的对冲交易未能完全与待平仓头寸相匹配，该方案使得机构A不得不面临头寸差以及时间差带来的损失。

交易方案从作出到实施的间隔时间长，导致方案实施时的市场行情发生变化，交易方案已丧失时效性，并非最佳方案

2.12 考虑到外汇交易市场每时波动极为复杂，在正常的交易之中，当交易员形成交易策略后，将立即予以实施，以保证交易策略的即时有

效性。但是，在本案违约处置过程之中，专家组在 2022 年 9 月 21 日 11:00 拿到待处置头寸相关信息，已用时两个小时至 13:00 形成头寸分割和风险对冲方案，却直至当日 14:00 后才取得上海清算所审批通过并交由对冲交易员实施，间隔 1 个小时用于上海清算所内部对交易策略进行审批，专家组所形成的交易策略已丧失时效性，与操作时的市场情况不符。

2.13 《专家组工作章程》第 24 条规定：“违约处置专家组将头寸分割和风险对冲方案提交上海清算所，上海清算所审核通过后执行，审核内容包括风险对冲后待拍卖头寸组合的风险敞口是否在上海清算所可容忍的范围内等……”即上海清算所审查仅为有限的形式审查，而非对专家组的交易策略予以实质性审查，该等审查花费 1 个小时显然不合理。

2.14 更何况，根据《专家组工作章程》第 8 条规定：“违约处置专家组由上海清算所审核确定，其成员包括：（一）上海清算所风险管理委员会主席或其授权人担任违约处置专家组组长……”即上海清算所委派人员自专家组成立起便参与其中，全程作为专家组成员参与交易策略的形成，对交易策略进行表决，了解和熟悉当前交易策略，再设置上海清算所审批交易策略环节并无必要合理性。

3. 损失的构成

3.1 上海清算所制定的《违约处置指引》《清算业务指南》《专家组工作章程》涉及规则的新设和修改，未经中国人民银行审批不当然成为合同组成部分，亦因违背强制性规定而应属无效规则。且前述文件内容均系格式条款，上海清算所未履行重要条款的合理提示说明义

务，条款设置违背公平原则，依法不构成协议内容或无效。上海清算所根据上述规则实施的违约处置行为不合法，且具体违约处置行为在头寸分割、询价次数、时间间隔方面也不合理。因此，机构 A 就上海清算所违约处置行为，包括对冲交易以及拍卖交易，均不予认可。

- 3.2 相应的，机构 A 不应承担上海清算所发送《人民币外汇交易中央对手清算业务违约处置结果通知》中所述机构 A 在对冲交易阶段损失 34,274,614.10 元人民币，拍卖阶段亏损 9,252,108.29 元人民币，上海清算所应承担相应损害赔偿。就损失的具体构成和计算方式，上海清算所应进一步解释和说明，机构 A 保留对该等损失构成和计算方式提供进一步意见的权利。

此致

上海金融法院

申请人：机构 A

代理人：上海虹桥正瀚律师事务所 王正
上海虹桥正瀚（临港新片区）律师事务所 钱前



日期：2022 年 11 月 28 日

附件一

(2020)京04民终359号

案例评析及判决主文

吴某某诉北京爱奇艺科技有限公司网络服务合同纠纷案

审理法院：北京市第四中级人民法院

案由：网络服务合同纠纷

裁判日期：2020年12月09日

北京市第四中级人民法院

民事判决书

编写人

北京市第四中级人民法院 杨宗腾 张勤缘

问题提示

民法典视域下网络服务格式合同变更的审查标准

案件索引

2020-06-02 | 北京互联网法院 | 一审 | (2020)京0491民初3106号 |

2020-12-09 | 北京市第四中级人民法院 | 二审 | (2020)京04民终359号 |

裁判要旨

1. 网络服务格式合同系网络服务平台经营者与消费者订立的合同，既是意思自治的产物，又与消费者权益保护息息相关。网络服务格式合同的效力控制应当采用“订入控制”和“内容控制”的二阶判断方法，依据民法典第496条和第497条的规定进行审查，其他法律有特别规定的，应当结合特别规定进一步判断。

2. 网络服务提供者变更格式合同时应当兼顾合同自由原则和合同公平原则。格式合同中的单方变更权条款属于合意变更，在符合格式合同效力控制的情况下才能认定为有效。人民法院在判断网络服务提供者依据单方变更权进行合同变更是否合理时可以从三方面将合同公平原

则具体化：一是合同变更的形式是否符合格式条款效力控制，二是合同变更的内容是否发生实质变更的法律效果，三是合同变更后是否赋予格式合同相对方解除合同的权利。

关键词

民事 格式合同 效力控制 单方变更权 公平原则

基本案情

原告（被上诉人）吴某某诉称：原告系爱奇艺公司的黄金VIP会员。在VIP会员服务合同中有如下条款：导言第二款：“双方同意前述免责、限制责任条款不属于《合同法》第40条规定的‘免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利’的条款，即您和爱奇艺均认可前述条款的合法性及有效性，您不会以爱奇艺未尽到合理提示义务为由而声称协议中条款非法或无效。”（以下简称涉诉导言条款）第3.1条：“爱奇艺有权基于自身运营策略变更全部或部分会员权益、适用的用户设备终端。”（以下简称单方变更权条款）第10.2条：“双方同意，解决争议时，应以您同意的最新《爱奇艺VIP会员服务协议》为准”。（以下简称同意变更条款）第3.3条中“您理解并同意部分视频出于版权方等原因，视频的片头仍会有其他形式的广告呈现，上述呈现不视为爱奇艺侵权或违约。”（以下简称广告条款）第3.5条第（3）项：“超前点播剧集，根据爱奇艺实际运营需要，就爱奇艺平台上部分定期更新的视频内容，爱奇艺将提供剧集超前点播的服务模式，会员在进行额外付费后，可提前观看该部分视频内容的更多剧集，具体的点播规则以爱奇艺平台实际说明或提供为准。”（以下简称超前点播条款）吴某某认为被告在自制热播剧《庆余年》播出时，剧前仍然需要观看“会员专属广告”；同时“热剧抢先看”的权益也被调整为需要额外付费才能观看最新剧集。因此诉至一审法院，请求：1. 确认涉案《爱奇艺VIP会员服务协议》（以下简称VIP会员协议，下述均为VIP会员协议条款）导言第二款约定无效；2. 请求确认第3.1条约定无效；3. 请求确认第3.3条约定无效；4. 请求确认第3.5条第（3）项约定未生效；5. 请求确认第10.2条约定无效；6. 请求判令被告在播放观影内容时自动跳过包括前贴片广告在内的所有广告内容；7. 请求判令被告取消超前点播功能，向吴某某提前供应包括《庆余年》在内的所有卫视热播电视剧、爱奇艺自制剧；8. 请求判令爱奇艺公司赔偿吴某某公证费损失1500元。

被告（上诉人）北京爱奇艺科技有限公司（以下简称爱奇艺公司）辩称：第一，吴某某诉

讼请求第一项、第二项、第三项、第五项不成立，所涉及条款均有效；第二，吴某某诉讼请求第四项、第七项不成立，“付费超前点播”条款已对吴某某生效，“付费超前点播”服务并未违反“热剧抢先看”权益；第三，吴某某诉讼请求第六项不成立，协议已经明确约定“广告特权”内容，我公司设置符合视频网站的行业惯例以及双方之间的交易习惯；第四，吴某某诉讼请求第八项不成立，该项诉讼请求并无事实依据、合同依据及法律依据。

裁判结果

北京互联网法院于2020年6月2日作出（2020）京0491民初3106号民事判决：一、确认《爱奇艺VIP会员服务协议》导言第二款内容无效；二、确认第3.5条第（3）项对吴某某不发生效力；三、于本判决生效之日起十日内，爱奇艺公司向吴某某连续15日提供爱奇艺平台吴某某原享有的“黄金VIP会员”权益，使其享有爱奇艺平台卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧已经更新的剧集的观看权利；四、于本判决生效之日起十日内，爱奇艺公司赔偿吴某某公证费损失1500元；五、驳回原告吴某某的其他诉讼请求。

爱奇艺公司不服原审判决，提起上诉。北京市第四中级人民法院于2020年12月9日作出（2020）京04民终359号民事判决：驳回上诉，维持原判。

法院认为

法院生效判决认为，本案的争议焦点为：一、涉诉导言条款是否无效；二、爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款是否违约；三、一审法院确定的违约责任是否恰当。

关于争议焦点一，“涉案VIP会员协议”系爱奇艺公司预先拟定并面向VIP会员重复使用的条款，是消费者与经营者之间缔结的格式合同，因此涉诉导言条款不仅适用合同法的规定，也适用消费者权益保护法的规定。消费者权益保护法对格式条款有特别规定的，应该适用该特别规定，消费者权益保护法对格式条款无效情形作了特别规定，即格式条款中存在“排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定”，应当认定为无效。涉诉导言条款拟制格式合同提供方已尽到提示义务，并约定排除适用合同法第四十条法定无效的规定，其意图在于通过格式条款的形式排除对法律强制性条款的适用，这一安排设计限制甚至排除消费者权利的意图明显，属于对消费者不公平、不合理的规定，应当认定为无效。一审法院未完整适用法律，二审法院对一审法院的法律适用予以补充后确认

一审法院对此的认定。

关于争议焦点二，爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款是否违约。第一方面，对“热剧抢先看”的“权益内容”的理解，二审法院认为，对格式条款的理解发生争议的应按照合同法第四十一条的规定解释，一审法院将“热剧抢先看”的权益内容解释为“所有VIP会员比非VIP会员，享有在先观看所有的已经更新的卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧的会员权益。具体到本案中，这是爱奇艺公司向含吴某某在内的VIP会员提供优先权利的承诺，即不得赋予其他人优先于含吴某某在内的VIP会员而提前看剧的权利”符合法律规定。第二方面，爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款的性质及效力，二审法院认为，第一，基于互联网服务业态的多变性，网络服务合同中拟定单方变更条款本身无可非议。但采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务。爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款系对格式合同的变更，实质上变相将黄金VIP会员再次进行分级，这一变化实质上是减损了黄金VIP会员的既有权利，“付费超前点播”条款限制了吴某某的权利，因此“付费超前点播”条款不应纳入单方变更条款的调整范围内。第二，该条款如果能够通过双方协商一致变更的，亦可以产生合同变更的效力。爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款是否产生协商变更的效力应当考察吴某某是否作出了同意的意思表示。增加“付费超前点播”条款后，吴某某登录并使用能否认定为其对“付费超前点播”条款的同意，需要结合整个合同来考察。涉案VIP会员协议约定不同意变更可以行使解除权，但实际并未提供解除权行使的有效途径，二审法院认为此种约定属于合同变更的内容约定不明确的情形，应推定为未变更。因此吴某某继续使用黄金VIP会员服务的行为不能推定其已经同意了爱奇艺公司对“付费超前点播”条款的变更。爱奇艺公司未经同意改变合同的内容亦构成对原合同义务的违反，爱奇艺公司应当承担违约责任。

关于争议焦点三，爱奇艺公司构成违约，应当承担继续履行、赔偿损失的违约责任。一审法院判令爱奇艺公司在法院酌情确定延长的会员期限内承担继续履行原合同的义务系综合考量吴某某受到的实际影响、本案的具体情况等因素作出的，符合法律规定，二审法院予以确认。综上，生效判决认为，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，因此判决驳回上诉，维持原判。

案例评析

本案入选2020年全国法院十大商事案例。近年来，我国互联网平台经济迅速发展，新业

态、新模式层出不穷。本案中涉及的“超前点播”模式是互联网企业探索创新经营模式的一次尝试，在刚推出时曾引发社会广泛关注。本案表面上系因网络服务提供者与消费者因格式合同的变更引发的纠纷，实质上折射出互联网经济快速发展的情况下合同自由与合同公平的冲突，是社会问题与法律问题糅合的集中反映，需要人民法院树立裁判规则既促进互联网行业有序发展又使得消费者合法权益得到有效保护。本案审理时民法典已经颁布但尚未实施，本案生效判决虽依据合同法但采用目的解释等方法得出了与民法典规定一致的结论。在民法典正式施行后，网络服务格式合同的效力认定及格式合同变更等问题依然是司法实践中的难点。笔者以本案为基础，在民法典视域下对网络服务格式合同的效力及合同变更的效力进行解构，建立符合互联网经济下的格式合同法律适用规则和合法性审查规则，为数字经济发展和技术创新明晰规则，引导新技术新业态新模式在法治轨道上健康有序发展。

一、网络服务格式合同效力规制路径：一种规范论的视角

网络服务格式合同是伴随着互联网行业的发展产生的，互联网行业的开放性和动态性传导到网络服务格式合同中，使得网络服务格式合同也呈现出开放性和动态性。有学者就曾指出，“在保险业、银行业以及互联网行业等行业领域，格式条款的单方更新时常发生”[1]。与传统行业的格式合同相比，网络服务格式合同提供者在格式合同中一般会提前预先保留将来单方变动合同、无需再次单独与用户达成合意的条款，这种“单方变更权”条款的效力如何认定，依据“单方变更权”对格式合同的内容进行变更的效力如何认定，就需要深入考察民法典关于格式合同的规范意旨并建立符合互联网特性的网络服务格式合同效力认定规则。

（一）民法典对格式条款的三阶控制

从法律角度分析，格式条款的消极作用非常明显，其与契约自由原则在一定程度上背离，对契约正义造成了冲击，故对其弊端应予规制和防范[2]。对于格式条款的规制，我国民法理论上一般认为由订入规则、内容控制规则和解释规则组成[3]。民法典对格式条款规制进行了体系化的规定，也采取了订入控制规则（第四百九十六条第二款）、内容控制规则（第四百九十七条）、解释控制规则（第四百九十八条），同时为了准确界定格式条款的内涵，引入了概念控制规则（第四百九十六条第一款）。相比合同法及司法解释，民法典对于格式条款的立法结构和规范内容均有显著进步。笔者认为，按照三阶控制理论，格式条款的判断要经历三阶：第一个阶段，判断合同条款是否属于格式条款，即从概念控制认定格式条款；第二个阶段，判断

格式条款是否订入合同,即通过订入控制履行与对方有重大利害关系的条款的提示说明以达到实质合意的效果;第三个阶段,通过内容控制判断格式条款是否有效,在这一环节既包含适用法律行为一般效力审查路径也包括了适用格式条款效力特别规定的审查路径。在运用三阶控制审查格式条款效力时,第一个阶段概念控制和第二个阶段订入控制属于事实判断,只有第三个阶段内容控制涉及到价值判断,三阶控制规制构成了具有三道闸门的倒金字塔形的审查结构,对格式条款的效力控制层层把关。

(二) 网络服务格式合同中格式条款的效力控制

从概念控制的意旨来看,格式条款应同时具备三个特征:一是事先拟好;二是反复使用;三是未经协商。网络服务格式合同是格式条款在互联网领域的具体实践,相比其他格式条款而言,网络服务格式合同呈现出更为明显的格式条款的特征。因此,就概念控制阶段而言,网络服务合同中的条款均可以判断为格式条款,因此笔者认为,网络服务合同可以明确称之为格式合同。也就是说,对于网络服务格式合同而言,其效力控制可以直接跳过概念控制这一阶段,直接进入订入控制和内容控制的审查范围。就司法适用的具体进路而言,可以展现出以下的模型:就本案而言,原告在诉讼请求中对被告提供的网络服务格式合同中的五处格式条款提出异议,依照上述效力控制导图来看,需要具体看上述格式条款是否符合订入控制,是否符合效力控制。订入控制主要审查格式条款提供者是否履行了提示与说明义务。相对于其他格式条款而言,网络服务格式合同的缔约过程是颠覆性的,全程信息化、无纸化,一般由用户点击确认并同意就可以实现,如何认定网络格式条款提供者在此过程中履行了提示与说明义务,司法实践中认定较为混乱,有的法院就认定“网络消费者应有充分的理性和意志力,从而认定其自愿点击同意的行为即视为对相关条款达成了合意”[4]。

本案一审法院在判断争议格式条款的效力时并未按照上述二阶控制进行判断,尤其是在认定涉诉导言条款效力时认定“爱奇艺公司在涉案VIP会员协议中为履行提示义务而标注下划线的文字,比不标注下划线的文字多出一倍,无法认定其已经尽到合理的提示义务”,而在其他争议格式条款的效力时并未以此为理由认定爱奇艺公司未尽到提示义务而是直接进入效力控制阶段认定其他格式条款有效,如此就产生了一个逻辑上无法解释的悖论:既然整个网络服务格式合同未履行提示说明义务,那就无需进行效力控制的判断,就谈不上格式条款有效性的认定。

笔者认为，网络服务格式合同的信息外观和内容均有特质性，与传统的格式条款有较大差别，人民法院在认定网络服务格式合同提供者是否履行了提示说明义务存在争议的，不妨在订入控制阶段漏过对格式条款的规制，从内容控制阶段进行干涉，毕竟内容控制是价值判断的过程，结合解释规则对格式条款效力进行控制也符合格式条款效力认定的三阶控制的初衷。按照上述思路进行演绎，上述争议条款除超前点播条款外，涉诉导言条款、单方变更条款、同意变更条款、广告条款均可以进入内容控制阶段判断，在内容控制阶段，可以按照以下步骤确定格式条款的效力：第一，考察是否符合民法典关于法律行为效力无效的条件，上述条款均不存在上述情形；第二，考察其是否符合格式条款效力特别规定，既包括民法典关于“不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利，排除对方主要权利”的规定，也包括消费者权益保护法关于“排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定”。具体而言，涉诉导言条款以格式条款本身宣称格式条款的合理性，以拟制的形式排除了格式条款相对方的权利，既不符合民法典的规定，也属于消费者权益保护法中的对消费者不公平、不合理的规定，该条款在内容控制阶段判断应当被判定为无效。至于单方变更条款、同意变更条款、广告条款，从性质上来看并非合同的核心给付条款，属于合同附随条款，内容并未明显违反法律的特别规定，在内容控制阶段应当判断为有效。

二审法院在审理本案时即秉持了上述观点，一审法院和二审法院虽思路不尽一致，对上述格式条款效力的判断是一致的。在民法典正式实施后，人民法院对格式条款效力控制应该进行体系性的干预，以体系化的思维体现契约正义对契约自由的限制的裁判理念。

二、公平原则的具化：依单方变更权条款进行变更的合理性审查路径

（一）单方变更权条款在网络服务格式合同中的作用

单方变更条款广泛存在于与互联网行业相关的合同中，这与互联网交易的持续性与互联网技术的创新性是密不可分的。本案的超前点播模式可以看作是因互联网技术发展而进行的创新模式。本案原告主张超前点播条款对原告不生效，被告主张该条款系网络服务提供者依据网络服务格式合同中的单方变更权条款作出的合同变更。这其中涉及到两个问题，一是单方变更权条款的效力；二是依据单方变更权条款进行变更的合同条款的效力。

就单方变更权条款的效力而言，前述通过格式条款的效力控制判断已经得出肯定的评价。

而且从合同变更的角度来看，单方变更条款亦有理论基础。从民法典第五百三十四条“当事人协商一致，可以变更合同”的规定来看，民法典对当事人协商一致的时间并未进行限制，通常的协商一致应当理解为事后协商一致，但是在合同订立时即协商变更合同的也是合同自由的体现，在不触发民法典关于法律行为无效规定的情形下，应当承认其有效。在学理上，“合意变更”包括依据合同订立时约定变更权的变更和事后协议变更[5]。因此网络服务格式合同中存在的单方变更权条款是有效的合同条款，而且从法律性质上应当认定为合意变更。

单方变更权条款既有法律依据又有存在的现实基础，则依据单方变更权条款进行变更的合同条款的效力如何认定，本案审理时有有效的合同法及司法解释并未规定，民法典中对此部分也未进行明确的规定。本案二审过程中，二审合议庭在合议和召开法官会议讨论时就此形成三种观点：第一种观点认为，网络服务提供者单方变更合同会损害不特定用户的合法权益，损害社会公共利益，因此变更后的合同应当无效；第二种观点认为，网络行业有其特殊性，合意变更是合同当事人意思自治的体现，因此为实现互联网产业发展的必要应当认定为变更后的条款有效；第三种观点认为，依据单方变更权条款可以进行合同变更，但并不意味着没有限制，人民法院应当对变更后的条款内容进行合理性审查，这既体现出司法对格式合同在缔约合意度低的情况下对合同公平与正义的维护，又体现出在法律没有明确规定的情况下，变更后的条款是否生效依然要符合合同解释的规则。第一种观点在学者中占有较高比例，有学者明确指出，“保留合同变更权的约定虽属于合同条款，但应当属无效条款，可以将其认定为部分无效，来保护原告之利益”[6]。持第二种观点的法官列举了《最高人民法院公报》2002年第6期刊发的“来云鹏诉北京四通利方信息技术有限公司服务合同纠纷案”[7]。一审法院判决采用了第三种观点。二审法院经过专业法官会议和合议庭多次研究讨论，最终在兼顾互联网产业的未来发展与用户权益的保护基础上采纳了第三种观点，并在公平原则具体化的基础上作出了生效判决。

（二）公平原则的具体化路径

公平原则是民法典规定的基本法律原则，公平原则的抽象性使得人民法院在适用公平性原则进行裁判时显得格外慎重。法律原则的适用应当具体化，合同法的公平原则也应当依照合同解释规则进行具体化展开。

笔者认为，依据单方变更权条款进行合同变更后的合同条款是否对合同当事人有效，应当着重从以下三方面进行考虑：

一是合同变更的形式是否符合格式条款效力控制。基于互联网行业的特性，网络服务格式合同变更后的合同条款依然应当被定义为格式条款，其效力要以格式条款效力控制进行审查。首先，需要明确变更后的合同条款是否符合订入控制规则。如前所述，订入控制规则的核心就在于如何认定格式条款提供方履行了提示与说明义务，对此笔者认为，格式条款虽在一定程度上降低了合同缔结时的合意度，但是格式条款的缔结依然需要遵循要约承诺一致的模式，因此部分格式合同的内容变更时，提示说明义务的信息内容和显著性的要求显然要更高，其力度和广度应该不低于网络服务格式合同缔结时的力度和广度。本案中被告对VIP会员协议进行变更推出超前点播条款后通过软件升级的形式告知了用户增加了超前点播模式，被告主张用户继续使用会员服务的行为应视为其已经同意超前点播条款对合同的变更，这种告知模式无法达到能够使得超前点播条款符合订入控制，因此另一方当事人主张该条款不成为合同的内容是符合民法典规定的。其次，假若变更后的合同条款能够通过订入控制规则的审查，则需要在内容控制规则下对变更后的合同内容进行审查，这涉及到变更后的合同条款有效抑或无效的问题，前述对该问题的阐述在此依然适用，在此部分就不再展开讨论。

二是合同变更的内容是否发生实质变更的法律效果。合同变更要与成立新合同进行区分。合同的变更应使变更后的合同关系与原合同关系保持同一性[8]，这是合同变更的应有之义。民法典第四百八十八条[9]和第四百八十九条[10]关于承诺对要约的实质性变更和非实质性变更对于合同变更是否是实质变更具有一定的参考意义。若变更后的合同条款涉及合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等，就要考虑是否涉及实质性变更，实质性变更属于合同的更新，不能依单方变更权条款进行合同的更新。

三是合同变更后是否赋予格式合同相对方解除合同的权利。合同变更后相对方解除合同是合同自由的体现，“意思自治”“用脚投票”也可以充分保护格式条款另一方的利益。我国法律对于网络服务提供者与消费者之间就格式合同变更的退出机制没有规定，但是《电子商务法》第三十四条[11]赋予电子商务平台经营者格式合同的单方变更权和平台内经营者的解除合同退出机制。笔者认为，网络服务格式合同变更的合同内容是否属于不利益变更可以参考本条规定考察该变更是否赋予消费者解除合同并退出合同的权利。从理论上讲，对单方修改合同条款问题应以诚信和公平交易为原则，为消费者提供没有成本的积极的退出机制[12]。本案中网络服务格式合同中虽明确约定不同意变更可以行使解除权，但实际并未提供解除权行使的有效途

径，二审法院以此种约定属于合同变更的内容约定不明确并推定其合同未变更。笔者认为，二审法院的这一认定采用整体解释和目的解释的方法将合同公平原则具体化，对该种类型的网络服务格式合同的效力认定提供了一种符合法律解释路径的审查思路，是恰当的也是值得提倡的。

三、结语：司法裁判对契约正义的维护

契约自由与契约正义是契约的一体两面。契约的意思自治固然需要维护，但正如学者阐述的，无限制的契约自由引发经济强者相对于弱者的不平等缔约地位，决定了“自由意志”不过是压迫与剥削弱势缔约主体的“合法性”掩护[13]。从2002年的来云鹏诉北京四通利方信息技术有限公司服务合同纠纷案到2020年的爱奇艺超前点播被判违约案，人民法院一直就在尝试面对不断迭代创新的商业模式尤其是技术不断发展变化的互联网领域积极发挥司法裁判的引领作用，充分发挥司法能动性稳妥处理互联网行业的有序发展与消费者权益保护之间的平衡关系。

民法典颁布后，法律规定和法律体系更加科学，人民法院就应当在实施民法典的过程中通过司法裁判既保护多数相对人的合法权益又对互联网行业涌现的新问题及时回应，规范商业模式创新，保护用户合法权益。

相关法条

《中华人民共和国民法典》第四百九十六条 格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

《中华人民共和国民法典》第四百九十七条 有下列情形之一的，该格式条款无效：（一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（三）提供格式条款一方排除对方主要权利。

《中华人民共和国民法典》第五百四十三条 当事人协商一致，可以变更合同。

《中华人民共和国民法典》第五百四十四条 当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

参考文献

[1] 周江洪：《关于〈民法典合同编〉（草案）（二次审议稿）的若干修改建议》，载《法治研究》，2019 年第 2 期，第 15 页。

[2] 沈德咏等主编：《最高人民法院关于合同法司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社 2009 年版，第 85 页。

[3] 苏号朋：《格式合同条款研究》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 10-11 页。

[4] 参见湖北省汉江中级人民法院（2016）鄂 96 民辖终 24 号民事裁定书，北京市第三中级人民法院（2017）京 03 民特 286 号民事裁定书，四川省成都市中级人民法院（2018）川 01 民辖终 89 号民事裁定书。

[5] 王利明：《合同法研究（第二卷）修订版》，中国人民大学出版 2011 年版，第 204-205 页。

[6] 李祖明：《电子商务法教程》，对外经济贸易大学出版社 2009 年版，第 111 页。

[7] 该案案情与本案较为类似，主要案情为：新浪网依据服务合同中的单方变更条款将免费邮箱由 50 兆流量调整为 5 兆，来云鹏认为该变更损害其利益，将新浪网诉至法院，二审法院认为新浪网有权依据服务条款对免费邮箱的容量这一约定进行变更，变更后的条款是合法有效的，不构成违约。

[8] 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2018 年版，第 587 页。

[9] 民法典第四百八十八条：承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

[10] 民法典第四百八十九条：承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

[11] 《中华人民共和国电子商务法》第三十四条：电子商务平台经营者修改服务协议和交易规则，应当在其首页显著位置公开征求意见，采取合理措施确保有关各方能够及时充分表达意见。修改内容应当至少在实施前七日予以公示。

平台内经营者不接受修改内容，要求退出平台的，电子商务平台经营者不得阻止，并按照修改前的服务协议和交易规则承担相关责任。

[12] 孙良国：《单方修改合同条款的公平控制》，载《法学》，2013 年第 1 期，第 20 页。

[13] 钱玉林：“内田贵与吉尔莫的对话—解读《契约的再生》”，《北大法律评论》2002 年第 5 卷，第 254 页。

审判人员

一审法院合议庭成员 张雯 朱阁 李文超

二审法院合议庭成员 程琥 石东弘 张勤缘

北京爱奇艺科技有限公司与吴声威网络服务合同纠纷二审民事判决书

审理法院：北京市第四中级人民法院

案号：（2020）京04民终359号

案由：网络服务合同纠纷

裁判日期：2020年12月09日

北京市第四中级人民法院 民事判决书

（2020）京04民终359号

上诉人（原审被告）：北京爱奇艺科技有限公司，住所地北京市海淀区海淀北一街2号11层1101。

法定代表人：耿晓华，执行董事。

委托诉讼代理人：杨卫华，北京市中伦律师事务所律师。

委托诉讼代理人：金恬昕，北京市中伦律师事务所律师。

被上诉人（原审原告）：吴声威，男，1991年8月26日出生，汉族，上海正策律师事务所律师，住江西省吉安市吉安县。

委托诉讼代理人：万月苹，北京友恒律师事务所律师。

委托诉讼代理人：林健，上海正策律师事务所律师。

上诉人北京爱奇艺科技有限公司（以下简称爱奇艺公司）因与被上诉人吴声威网络服务合同纠纷一案，不服北京互联网法院（2020）京0491民初3106号民事判决，向本院提起上诉。本院于2020年7月14日立案后，依法组成合议庭，因涉及商业秘密，不公开开庭进行了审理。上诉人爱奇艺公司的委托诉讼代理人杨卫华、金恬昕，被上诉人吴声威及其委托诉讼代理人万月苹、林健到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

爱奇艺公司上诉请求：1. 撤销一审判决第一、二、三、四判项；2. 依法改判驳回被上诉人吴声威的全部诉讼请求；3. 判令被上诉人吴声威承担本案一、二审诉讼费用；4. 纠正一审判决

本院认为中关于标注下划线不能认定已经尽到合理提示义务的内容；5. 纠正一审判决本院认为中爱奇艺不能依据“关于额外付费的特别说明”条款设置“付费超前点播”剧集的部分；6. 纠正一审判决本院认为中关于网络服务平台约定的单方变更条款适用前提的部分；7. 纠正一审判决本院认为中“继续使用服务视为同意变更”约定违反合同公平原则的部分；8. 纠正一审判决本院认为中用户已经登录的行为不能认为是同意用户协议及其变更的内容，用户同意仍需以明示同意为前提的部分；9. 纠正一审判决本院认为中弹窗技术能力和实践能力应当运用到订立合同、变更合同、解除合同等各环节去的部分。事实和理由：第一部分，上诉人认为一审判决判项一涉及的“导言”相关条款（“双方同意前述免责、限制责任条款不属于《中华人民共和国合同法》（以下简称合同法）第四十条规定的‘免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的条款’，即您和爱奇艺均认可前述条款的合法性及有效性，您不会以爱奇艺未尽到合理提示义务为由而声称协议中条款非法或无效。”）（以下简称涉诉导言条款）内容无效，事实认定、法律适用均存在错误。一、一审判决适用合同法第三十九条第一款规定得出涉诉导言条款无效的结论，法律适用错误。合同法第三十九条规定了格式合同提供方提示说明的义务，但根据合同法及其司法解释，在格式合同提供方违反合同法第三十九条规定，同时该具体条款具有合同法第四十条规定情形之一的，才会导致该具体条款无效。涉诉导言条款并没有要求合同相对方承诺放弃以任何理由主张相关条款非法或者无效的权利，只是表达了缔约双方对合同条款的法律认识。且在上诉人已经对VIP会员服务协议以及该导言相关条款中的“前述免责、限制责任条款”（下称“划线条款”）均以下划线等方式进行了充分提示的前提下，一审判决仅因划线条款内容较多就否定上诉人已尽到提示义务，于法无据。在上诉人已经尽到合理提示义务的情况下，该导言条款用以表明上诉人已经尽到了合理提示义务这样的法律认识，当然不属于免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利。二、涉诉导言条款并未排除适用合同法第四十条的规定，不存在应当被认定为无效的情形。一审判决未对涉诉导言条款中的“前述免责、限制责任条款”进行审查，逕行得出涉诉导言条款排除适用合同法第四十条的结论，属于未审先判。首先，涉诉导言条款仅仅是体现合同双方对条款的法律认识，并未排除适用合同法第四十条的规定。相反，该条款旨在提示用户相关划线条款的重要性，督促用户认真阅读全部划线条款、慎重签约，恰恰是上诉人审慎履行其提示说明义务的体现。其次，涉诉导言条款中以下划线方式提示会员重点阅读的“前述免责、限制责任条款”共计六千余字。一审法院应当首先审查这些划线条款是否存在免除己方责任、加重对方责任、排除对方主要权利的情形，才能认

定“同时，双方同意前述免责、限制责任条款不属于合同法第四十条规定的‘免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利’的条款”的约定是否实际上排除了合同法第四十条的适用。如果划线条款并未免除己方责任、加重对方责任、排除对方主要权利，则上述涉诉导言条款并不会排除合同法第四十条的适用。一审法院在未对划线条款进行审查的情况下，逕行否定涉诉导言条款的效力，对划线条款构成未审先判。综上，涉诉导言条款并不存在应当被认定无效的情形，一审判决事实认定和法律适用存在错误，应予撤销。第二部分，关于一审判决判项二涉及的“超前点播”条款对吴声威不发生效力，上诉人认为事实认定、法律适用均存在错误，应予撤销。一、关于吴声威作为VIP会员期间享有的“热剧抢先看”权益，一审判决在该部分的事实认定错误。（一）一审判决将“热剧抢先看”权益内容仅仅限定为吴声威提供的公证书中VIP特权展示页面中53字的权益说明，忽略了事实全貌，并认定错误。首先，上诉人与吴声威从未一致认同“热剧抢先看”权益以吴声威公证书“VIP特权展示页面”中的“热剧抢先看”内容为准（一审判决第9页）。事实上，如一审判决第12页记载（第12页第四行开始），上诉人明确“主张‘热剧抢先看’的会员权益不能仅依靠‘权益内容来确定，还需要结合实际提供服务时的相关文字说明和标识来理解和确认’”。就该前提性重大事实的认定错误，急需在二审中查明和修正。其次，关于“热剧抢先看”权益内容的认定，一审判决也发生了错误。吴声威与爱奇艺公司对“热剧抢先看”权益内容的理解，确有争议，根据合同法第一百二十五条规定，当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。关于合同词句、合同条款、合同目的、交易习惯，吴声威2019年6月19日在爱奇艺平台开通“黄金VIP会员”时，爱奇艺平台提供的《爱奇艺VIP会员服务协议》是更新于2018年11月23日的版本（以下简称VIP会员服务协议）。VIP会员服务协议第2.1条明确约定“VIP会员在享受爱奇艺任何单项服务时，都应当受本协议以及《爱奇艺PPS用户网络服务使用协议》、各单项服务的服务条款，包括以上相关子协议、各类公告、页面说明或规范流程等内容的约束”。VIP会员服务协议第5.1条约定“爱奇艺VIP会员权益，即爱奇艺为VIP会员提供的专门服务，包括但不限于影视内容提前看、跳广告、VIP高清视觉体验、杜比全景声、赠送影片等……具体内容以爱奇艺平台‘VIP特权’页面的说明或实际提供为准”。在VIP会员服务协议的1.2条，也明文规定“爱奇艺VIP会员中心已有和未来不时发布的与VIP会员服务相关的协议、各类公告、页面说明和规范流程、问题解答等内容均构成本协议的一部分，与本协议具有同等法律效力”，吴声威在一审阶段并未对

以上条款提出异议，一审判决也明确查明了上述第 1.2 条约定（第 21 页最下面一行开始）。因此，对于“热剧抢先看”权益内容，必须结合协议约定、VIP 特权页面的权益说明、实际提供服务时的相关文字说明和标识、双方交易习惯、互联网行业交易习惯等因素，综合理解和确定。遗憾的是，在一审判决中，在明确引用合同法第一百二十五条（第 28 页第二段），并且已经查明 VIP 会员协议上述约定（第 21 页最下面一行开始）的情况下，关于“热剧抢先看”权益内容的认定，完全无视前述法律规定和合同约定，完全无视上诉人主张（第 12 页第 4 行开始），将“热剧抢先看”权益限定为仅仅只有 53 个字——“卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧您可享受提前观看，不用再等待蜗牛般的更新速度，其他人还在等待更新时，您已看完大结局！”

（以下简称“53 字说明”），并且进而做出了唯一的、错误的文义解读。（二）一审法院对 53 字说明的文义解释错误，不符合通常理解，并且无视了上诉人一方的解释，迳行作出了唯一解释，对上诉人显然不公。53 字说明为“卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧您可享受提前观看，不用再等待蜗牛般的更新速度，其他人还在等待更新时，您已看完大结局！”。该内容不能解读出一审判决所认定的含义，即“所有 VIP 会员比非 VIP 会员，享有在先观看所有已经更新的卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧的会员权益……不得赋予其他人优先于含吴声威在内的 VIP 会员而提前看剧的权利”（一审判决第 29 页最下面一段开始）。根据合同法第四十一条第一句，上述文义解释错误，并不符合通常理解。53 字说明中的“其他人”并非“所有人”。

“其他人”指的是非 VIP 会员，此处给予 VIP 会员的权益是相比于非 VIP 会员可以提前看剧。一审判决将其解释为不得赋予“其他人”优先于吴声威而提前看剧的权利，事实上是要求不得赋予“所有人”（非 VIP 会员+其他 VIP 会员）优先于吴声威而提前看剧的权利。这种将“其他人”扩大到“所有人”的理解，不符合语言习惯，不符合通常理解，其结果将是所有的 VIP 会员之间均不得有差异，实际上否定了上诉人根据用户需要进行会员分级的权利。根据合同法第四十一条第二句，一审法院完全无视了上诉人作为格式合同一方至少有权作出自己的解释（一审判决第 28 页第 5 行开始），也忽视了拥护超前点播服务的其他用户的解释，径行作出了唯一解释，对上诉人显然不公。二、一审法院对“超前点播”服务与“热剧抢先看”权益之间关系认定错误，“超前点播”不是“热剧抢先看”已经包含的权益内容，上诉人推出“超前点播”服务并未违反之前“热剧抢先看”的约定，并未减损吴声威任何权益。（一）一审法院对“超前点播”服务与“热剧抢先看”权益之间的关系认定错误，“超前点播”服务不是“热剧抢先看”已经包含的权益内容。如前所述，对“热剧抢先看”权益内容，应当结合上诉人与吴

声威之间的协议约定、上述 53 字说明、上诉人实际提供服务时的相关文字说明和标识、双方交易习惯、网络服务合同的特有属性等进行综合解释。即使只考察 53 字说明，也并未表明 VIP 会员均可享受全平台最优先的观看进度。53 字说明的意思是 VIP 会员相比非 VIP 会员有提前观看的权利，没有排除部分 VIP 会员通过额外付费可以获得更快观看的特权。在服务过程中，上诉人对 VIP 会员的宣传内容也未表明黄金 VIP 会员均可享受全平台最优先的观看进度。上诉人从未宣称 VIP 会员之间不会有任何观看进度上的差异，从未宣称所有 VIP 会员均可享受全平台最优先的观看进度。一审法院对爱奇艺平台的会员体系的认定，与事实不符。吴声威 2012 年就已经成为爱奇艺用户，2016 年就曾购买爱奇艺黄金 VIP 会员，长期使用 VIP 会员服务，了解爱奇艺会员权益体系，知晓并非所有 VIP 会员都享有全平台最优的权益，且具体会员权益是在不断丰富、变化的，包括在此之前已经推出的“付费影片”“用券影片”等额外付费服务。“超前点播”服务属于“额外付费”的情形之一，同样是这种丰富和变化的延续，爱奇艺公司可以据此设置“付费超前点播”剧集，而 VIP 会员原有的“热剧抢先看”权益没有任何变化。一审法院认定“超前点播”服务的推出是对“热剧抢先看”会员权益完整性的切割、实质减损了会员权益，与事实不符。（二）上诉人于 2019 年 12 月 11 日推出付费“超前点播”服务，并未违反上诉人与吴声威之间关于“热剧抢先看”的约定，并未减损吴声威任何权益。根据上诉人在一审中的主张和举证，《庆余年》不属于“爱奇艺优质自制剧”的范畴，不是“热剧抢先看”权益所对应的影视剧，因此上诉人是否给予吴声威相比非会员提前看六集的权益、是否对该影视剧推出“超前点播”，都不违反上诉人与吴声威之间关于“热剧抢先看”的约定。即便《庆余年》属于“热剧抢先看”所对应的影视剧，吴声威也确实享受了相比非会员提前看六集的权益，并且，该等权益在“超前点播”服务推出前后没有任何变化，而只是为部分会员增加了付费观看更多的权益。但是，非常重要的一点是，在本案中，判断上诉人推出“超前点播”服务是否违约的关键，不在于其他会员的权益是否因此增加，而在于吴声威的原有权益是否因此减损。三、在 2019 年 12 月 11 日推出付费“超前点播”服务之前，上诉人已经在 2019 年 12 月 8 日更新了《爱奇艺 VIP 会员服务协议》（以下简称涉案 VIP 会员协议），无论是基于单方变更，或者协商一致变更，该协议对于上诉人和吴声威具有约束力。上诉人推出“超前点播”服务符合该协议的约定，更不可能违反上诉人与吴声威之间关于“热剧抢先看”的约定。2019 年 12 月 8 日，上诉人更新了《爱奇艺 VIP 会员服务协议》，增加了“付费超前点播”条款，并进行了公示，随后于 2019 年 12 月 11 日推出了超前点播服务。一审判决认定，上述增加的“付

费超前点播”条款，既不成立单方变更合同，又不成立协商一致变更合同，该条款对吴声威不发生效力。在此基础上，上诉人在卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧范围内，推出“付费超级点播”服务违反了其与吴声威之间“热剧抢先看”的约定，是对其“热剧抢先看”会员权益完整性的纵向切割，实质性缩减了会员权益，构成违约。对此，上诉人认为一审判决事实认定错误，法律适用错误。（一）根据涉案VIP会员协议第3.1条约定，上诉人享有单方变更权，因此涉案VIP会员协议新增的超前点播条款对吴声威发生效力。涉案VIP会员协议第3.1条约定“爱奇艺有权基于自身运营策略变更全部或者部分会员权益、适用的用户设备终端”。一审判决认定该单方变更条款形式上并无不妥，本身没有免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利，因此属于有效条款。上诉人同意一审判决的该点认定。但是，一审判决关于网络服务平台单方变更条款适用前提的认定（一审判决第32页第2段）不具有法律依据，与合同自由原则相悖，与互联网行业实践相悖，必须予以纠正。一审判决没有公平地适用合同公平原则，认定涉案VIP会员协议增加超前点播条款不发生单方变更合同的效力，事实认定错误，法律适用错误。1. 一审法院对于合同公平原则（合同法第五条）的适用并不公平，而且严重忽视了合同自由原则（合同法第四条），一审判决对单方变更条款适用前提的认定，实质上否定了格式条款提供方的单方变更权。合同自由原则是合同法的重要基本原则，合同法允许当事人通过协商，在不违法的情况下自愿决定和调整相互权利义务关系。2019年11月最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》明确提出，人民法院在审理合同纠纷案件时，要坚持鼓励交易原则，充分尊重当事人的意思自治，依法审慎认定合同效力，根据诚实信用原则，合理解释合同条款、确定履行内容，合理确定当事人的权利义务关系，审慎适用合同解除制度。在互联网环境下，关于网络服务合同中的自由和公平原则之间的平衡，尤其需要充分考虑互联网服务的特殊性。互联网服务存在多样性、多变性、持续性，互联网服务提供者在提供长期服务的过程中，为了适应不断变化的网络环境和服务条件，适时调整服务和规则是合理需求。并且，互联网服务对象数量巨大，且不受地域限制，如对于单一用户需求均加以考察再行变更，不具有现实可操作性。因此，格式条款及单方变更权，在互联网行业特别具有必要性和合理性，只要该等变更不违反合同法的规定，即应当对用户发生效力。一审法院关于网络服务平台单方变更条款适用前提的认定，实质上相当于仅允许对于会员作出单方赠与，完全否定了格式条款提供方的单方变更权，否定了格式合同、格式条款的存在意义。该认定如果生效，将对于整个互联网行业的服务提供者与其用户之间的权利义务关系带来巨大的不确定性，甚至引发巨量的同类诉

讼，从而严重阻碍互联网企业正常经营，使得创新发展寸步难行。2. 超前点播条款并未损害吴声威原有权益，且上诉人已经就超前点播条款的增加进行了充分的提示说明，应当认定发生单方变更的效力。首先，超前点播条款本身不属于免除上诉人责任、加重会员责任、排除会员主要权利的条款。如一审判决第7页第二段第12行，在推出超前点播服务之后，“VIP会员实际播出仍旧是抢先看6集”，没有任何变化。其次，上诉人已经就超前点播条款的增加进行了充分的提示说明。在增加超前点播条款前，上诉人已经通过官方微博等宣传渠道告知用户其即将推出超前点播。在增加超前点播条款时，在《爱奇艺服务协议》中进行了版本更新，并以弹窗提示用户。而且，涉案VIP会员协议也为会员提供了对任何疑惑或其他相关事宜的多种反馈渠道，能够在用户提出要求时予以说明。综上，超前点播条款并未减损吴声威任何权益，该条款的增加应当发生单方合同变更的效力，对于上诉人和吴声威均具有约束力。（二）基于涉案VIP会员协议第6.2条，吴声威在2019年12月8日涉案VIP会员协议变更后继续使用VIP会员服务行为，应视为已经同意涉案VIP会员协议的变更，因此超前点播条款对吴声威发生效力。涉案VIP会员协议第6.2条约定“如协议发生变更，但您不同意变更的内容的，您有权停止使用VIP会员服务。如您在变更后的协议生效后仍继续使用VIP会员服务的，则视为您已经同意变更的全部内容”。一审判决认定该条款缺乏实质公正，用户的同意必须以积极、明确、可以被共同认知的具体行为或者具体表达来做出，上诉人增加超前点播条款不满足双方协商一致变更合同的要件，不对吴声威发生效力。对此，上诉人认为一审法院事实认定错误，法律适用错误。1. 一审判决关于增加超前点播条款是否成立单方变更以及是否成立协商一致变更，前后矛盾，逻辑不能自洽。一审判决第33页，认定涉案VIP会员协议第10.2条“双方同意，解决争议时，应以您同意的最新《爱奇艺VIP会员服务协议》为准”系有效条款，上诉人对该结论认同，但不认同一审法院对该条款含义的解释（最新会员服务协议需经会员同意才能在双方之间具有约束力）。一审判决一方面认可上诉人可以设立单方变更权，一方面又将第10.2条解释为协议更新需要用户同意才发生效力，已经自相矛盾，逻辑混乱。2. 一审判决超出吴声威诉讼请求范围，评述了涉案VIP会员协议第6.2条的效力，仍然是逻辑不能自洽，不能令人信服。一审判决第34页，认定涉案VIP会员协议第6.2条前半段“如协议发生变更，但您不同意变更的内容的，您有权选择停止使用VIP会员服务”内容并无不妥，但是结合其他条款，第6.2条后半段内容“如您在变更后的协议生效后仍继续使用VIP会员服务的，则视为您已经同意变更的全部内容”违反合同法的公平原则。上诉人认为，首先，本案不涉及判断第6.2条的

效力问题，只涉及第 6.2 条的适用；其次，第 6.2 条是否违反公平原则，只能基于第 6.2 条本身，判断在第 6.2 条中设置的成立协商一致变更的条件是否违反法律的强制性规定，或免除上诉人责任、加重用户责任、排除用户主要权利，而不能够结合协议中的其他条款进行判断。进而，不能基于否定第 6.2 条，否定双方就增加超前点播条款达成了协商一致变更。还有，一审判决认定对相关条款的同意必须以积极、明确、可以被共同认知的具体行为或者具体表达来作出，并且明确评述弹窗提示等技术和实践应当运用到互联网服务协议订立合同、变更合同、解除合同等各环节中去（一审判决第 34-35 页），不仅没有任何法律依据，而且完全忽视了互联网行业运行的客观规律，事实上给全体互联网企业一律课以了无法达成的责任，将造成互联网企业与用户之间权利义务关系严重失衡，必须予以纠正。

3. 基于涉案 VIP 会员协议第 6.2 条的约定，涉案 VIP 会员协议中增加超前点播条款后吴声威继续使用了 VIP 会员服务，因此已经成立协商一致变更，该条款对吴声威生效。上诉人认为，涉案 VIP 会员协议第 6.2 条约定属于缔约双方合同自由的范围，不违反法律规定，并未免除上诉人责任、加重用户责任、排除用户主要权利，属于双方之间的有效约定。根据该约定，吴声威在涉案 VIP 会员协议中增加超前点播条款后，仍然使用 VIP 会员服务，应当视为是对涉案 VIP 会员协议变更的同意。综上，在涉案 VIP 会员协议中增加超前点播条款后，吴声威以其使用行为表示同意，由此和上诉人之间成立协商一致变更合同，该条款对吴声威具有约束力。综合本部分，无论涉案 VIP 会员协议是否增加超前点播条款，上诉人推出“超前点播”服务并不违反与吴声威之间关于“热剧抢先看”的约定；并且从单方变更角度，或从协商一致变更角度，超前点播条款均对吴声威具有约束力，根据该条款推出“超前点播”服务更不违反上诉人与吴声威之间关于“热剧抢先看”的约定。

第三部分，关于一审判决判项三、四涉及的责任承担方式，上诉人未违反其与吴声威之间的任何约定，不应当承担违约责任（含判项三和判项四），并且一审判决判项三要求上诉人向吴声威连续 15 日提供爱奇艺平台吴声威原享有的“黄金 VIP 会员”权益，使其享有爱奇艺平台卫视热播剧、爱奇艺优质自制剧已经更新的剧集的观看权利，既无合同依据，也无法律依据，上诉人事实上也无法执行。爱奇艺平台是一个一对众的视频平台，拥有数以亿计的用户，从技术上无法实现针对吴声威一人定制会员权益，使其一人拥有免费观看所有已经更新剧集的权益。因此，一审判决判项三脱离互联网商业实践太远，实际上无法履行。综上所述，一审判决存在事实认定错误和法律适用错误，因此，上诉人请求贵院依法撤销一审判决，予以改判，驳回被上诉人的全部诉讼请求。

吴声威辩称，认可一审判决，请求二审法院驳回上诉，维持原判。事实与理由：1. 爱奇艺公司对于一审判决的解读属于断章取义，截取对于他们有利的观点，形成了一个他们所认为的事实。但实际上一审法院以及吴声威在一审庭审过程当中所展示的事实远不止如此。吴声威是在2019年6月19日开通了黄金VIP会员，开通会员之后，是想享有两项非常主要的特权，一项是热剧抢先看的特权，另一项是广告特权。热剧抢先看的特权，主要体现为提前看剧的权利。广告特权主要体现为会员无需观看广告的权利。但是爱奇艺公司在上诉状以及刚刚庭审过程当中所描述的事实仅仅针对的是《庆余年》一部剧所围绕的事实，实际上吴声威在一年的会员期间都应当享有热剧抢先看的特权以及广告特权，但是目前已有的会员权益均被爱奇艺公司通过纵向割的方式严重的侵犯了。超前点播以及热剧抢先看从性质上来说，都属于提前观看剧集的权利，这项权利实际上是属于同一项会员权益。在爱奇艺公司推出超前点播以及2019年12月8日配套修改会员服务协议、增加超前点播条款之前，针对提前观看剧集的会员特权，吴声威是享有观看最新剧集的权利。2. 爱奇艺公司在上诉状及庭审中所阐述的互联网行业的创新，吴声威认为本案所涉及到的超前点播并非一个创新，是互联网行业很早就在尝试的一种服务模式。3. 针对爱奇艺公司变更上诉请求申请书中的上诉请求第四项至第九项，吴声威认为一审法院并没有针对爱奇艺公司所提出的上诉请求第四项至第九项进行判决，这部分应当是上诉请求的事实与理由，不属于上诉的请求范围之内的。综上，请求二审法院驳回爱奇艺公司的上诉请求，维持原判。

吴声威向一审法院起诉请求：1. 请求确认涉案《爱奇艺VIP会员服务协议》（更新时间为2019年12月18日，以下简称为涉案VIP会员协议）导言第二款约定无效：“双方同意前述免责、限制责任条款不属于合同法第四十条规定的‘免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利’的条款，即您和爱奇艺均认可前述条款的合法性及有效性，您不会以爱奇艺未尽到合理提示义务为由而声称协议中条款非法或无效”。2. 请求确认涉案VIP会员协议第3.1条约定无效：“爱奇艺有权基于自身运营策略变更全部或部分会员权益、适用的用户设备终端”。3. 请求确认涉案VIP会员协议第3.3条约定无效：“且您理解并同意部分视频出于版权方等原因，视频的片头仍会有其他形式的广告呈现，上述呈现不视为爱奇艺侵权或违约”。4. 请求确认涉案VIP会员协议第3.5条第（3）项约定未生效：“超前点播剧集，根据爱奇艺实际运营需要，就爱奇艺平台上部分定期更新的视频内容，爱奇艺将提供剧集超前点播的服务模式，会员在进行额外付费后，可提前观看该部分视频内容的更多剧集，具体的点播规则以爱奇艺平

台实际说明或提供为准”。5. 请求确认涉案 VIP 会员协议第 10.2 条约定无效：“双方同意，解决争议时，应以您同意的最新《爱奇艺 VIP 会员服务协议》为准”。6. 请求判令爱奇艺公司所运营的爱奇艺平台在播放观影内容时自动跳过包括前贴片广告在内的所有广告内容。7. 请求判令爱奇艺公司所运营的爱奇艺平台取消超前点播功能，向吴声威提前供应包括《庆余年》在内的所有卫视热播电视剧、爱奇艺自制剧。8. 请求判令爱奇艺公司赔偿吴声威公证费损失 1500 元。

一审法院认定事实：双方争议的协议条款事实主要有：

一、“付费超前点播”条款的相关事实

（一）爱奇艺平台会员模式及电视剧《庆余年》的播放情况

爱奇艺公司是爱奇艺平台的运营者，该平台主营视频业务，终端范围包括电脑客户端、手机客户端、平板客户端、上述终端相应的网页端及电视客户端等。根据爱奇艺公司自述，截至 2019 年第四季度末，爱奇艺各平台的总计订阅会员规模为 1.07 亿。

爱奇艺平台的订阅会员分为 3 个类别，即 VIP 会员、FUN 会员和体育会员。FUN 会员和体育会员是专门领域会员，VIP 会员是全领域会员。VIP 会员包括 3 种，即黄金 VIP 会员、钻石 VIP 会员和学生 VIP 会员。黄金 VIP 会员的会员权益主要包括内容特权（比如热剧抢先看）、观影特权（比如广告特权）、身份特权和生活特权 4 类 40 余项特权。钻石 VIP 会员和学生 VIP 会员的会员权益是以黄金 VIP 会员权益为基础，钻石 VIP 会员比黄金 VIP 会员多一项身份特权即“电视大屏权益”，学生 VIP 会员需要满足年龄条件并有同时登录设备限制。本案中双方诉争的会员权益均是围绕黄金 VIP 会员权益进行的。

2019 年 11 月 26 日起，涉案电视剧《庆余年》在爱奇艺平台和腾讯视频平台上同步首播，该电视剧共 46 集。2019 年 11 月 26 日至 2019 年 12 月 10 日期间，该电视剧的播出规则为“每周一至周三 20 点更新 2 集，VIP 会员抢先看 6 集”。自 2019 年 12 月 11 日起，该电视剧的播出规则更新为“每周一至周三晚 20 点更新 2 集，VIP 会员抢先看 6 集；在此基础上，VIP 会员可通过付费获得超前点播权益，提前解锁大结局。”经查，电视剧《庆余年》实际播出情况与上述两阶段公示的播出规则一致，即第一阶段，2019 年 11 月 26 日至 2019 年 12 月 10 日期间，非会员更新至第 13 集，VIP 会员更新至第 19 集；第二阶段，自 2019 年 12 月 11 日起，

非会员实际播出仍旧是每周一至周三 20 点更新 2 集，到 1 月 20 日更新至大结局，VIP 会员实际播出仍旧是抢先看 6 集，到 1 月 13 日更新至大结局，而购买了超前点播服务的 VIP 会员的实际观影模式为：在 VIP 会员观影模式基础上，每更新日超前看 6 集，到 1 月 1 日更新至大结局，比未购买超前点播服务的 VIP 会员提前 12 天看完全剧。

吴声威提交的（2019）沪徐证字第 6815 号公证书展示了上述第二阶段期间的播出情况：2019 年 12 月 19 日，在爱奇艺平台上搜索“庆余年”可以找到电视剧《庆余年》，该电视剧海报右上角标注有“VIP”标识，海报右下角显示已经更新至第 33 集，海报旁边有播出规则、导演、主演、剧集简介及剧集列表等内容，其中播出规则为“每周一至周三 20 点更新 2 集，VIP 会员抢先看 6 集”，在剧集列表中，第 22 集至第 27 集（共 6 集）有“VIP”标识，第 28 集至第 33 集（共 6 集）有“超前点播”标识。点击剧集列表中的第 28 集，进入相应页面，该页面显示有“尊敬的用户：会员可 3 元解锁本集超前点播特权，提前追剧”字样，该字样正下方设置可点击跳转的“3 元购买本集”的标签，该标签正下方显示有“VIP 会员尊享权益：免费片库、广告特权、尊贵身份、免费点播”字样。（见图一）

（图一）

（二）吴声威黄金 VIP 会员权利中“热剧抢先看”约定内容

2019 年 6 月 19 日，吴声威在爱奇艺平台上激活开通了“黄金 VIP 会员 365 天”，会员期间自 2019 年 6 月 19 日至 2020 年 6 月 18 日止。吴声威激活开通会员时，爱奇艺平台上提供的是在 2018 年 11 月 23 日更新的《爱奇艺 VIP 会员服务协议》（以下简称 VIP 会员协议）。该 VIP 会员协议及此后历次更新的 VIP 会员协议（更新至 2019 年 12 月 18 日）中均没有关于“热剧抢先看”的约定。庭审中，双方均认可吴声威确实享有 VIP 会员“热剧抢先看”权益，并一致认同“热剧抢先看”权益以吴声威提供的公证书“VIP 特权展示页面”中的“热剧抢先看”内容为准。

吴声威提交的（2019）沪徐证字第 6815 号公证书，显示于 2019 年 12 月 19 日，打开爱奇艺平台首页（域名为 iqiyi.com），进行登录操作，页面上弹窗中显示有“登录即代表您同意用户协议和隐私政策”字样。登录吴声威账户，点击“人像图标”，显示下拉页面中有“黄金 VIP 会员”“体育会员”等不同标签，点击“黄金 VIP 会员”，显示说明框中有“查看更多 VIP 特

权，精彩尽在掌握！”标签，点击该标签后进入“会员权益”页面，可以看到“热剧抢先看”标签，点击“热剧抢先看”标签，进入详情页面，该页面包括“服务会员”“权益内容”和“权益展示”三项内容。其中，“服务会员”包括钻石VIP会员、黄金VIP会员和学生VIP会员；“权益内容”载明：“卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧您可享受提前观看，不用再等待蜗牛般的更新速度，其他人还在等待更新时，你已看完大结局！”“权益展示”显示六幅电视剧海报，其左上角均标注“VIP”，右上角有不标注、有标注“自制”及标注“独播”等字样。（见图二、图三）

（图二）

（图三）

双方虽同意吴声威所享有的“热剧抢先看”是以上述公证书载明的“权益内容”为准，但双方对上述“权益内容”的理解存在争议。吴声威认为，“权益内容”中载明的“卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧您可享受提前观看，不用再等待蜗牛般的更新速度，其他人还在等待更新时，你已看完大结局！”的字面意思就是明确了其作为黄金VIP会员可以免费享有观看爱奇艺提供的卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧的最新剧集的会员权利。爱奇艺公司不同意吴声威的上述观点，主张从字面理解，“权益内容”中的相关文字应该理解“提前看”，而不是吴声威所理解的“看最新剧集”。同时，主张“热剧抢先看”的会员权益不能仅依靠“权益内容”来确定，还需要结合实际提供服务时的相关文字说明和标识来理解和确认。为此，爱奇艺公司以涉案电视剧《庆余年》海报上的文字说明和剧集列表中的VIP标识进行佐证，提出涉案电视剧《庆余年》在播出期间的“热剧抢先看”权益是“VIP会员抢先看6集”。庭审中，爱奇艺公司对上述主张进行了变更。

此外，爱奇艺公司针对上述主张还一并提交了其他多部影视剧的页面截图，用以证明爱奇艺平台影视剧在播出期间均有页面说明和剧集列表标识，并坚持认为该做法已经成为爱奇艺平台和用户之间的交易习惯，该交易习惯符合互联网视频平台的服务特性，对合同双方均有约束力。吴声威则坚持认为以权益内容载明为准，不认可爱奇艺公司的主张。

庭审中，爱奇艺公司另外提出，根据爱奇艺平台“VIP特权展示页面”中的“热剧抢先看”载明的“权益内容”，“热剧抢先看”仅针对“卫视热播电视剧”和“爱奇艺优质自制剧”两

类情形。提出涉案电视剧《庆余年》不是由爱奇艺公司制作的，不属于“爱奇艺优质自制剧”，同时认为涉案电视剧《庆余年》在爱奇艺平台上播出前未在电视台卫视频道播出过，亦不属于“卫视热播电视剧”。因此，涉案电视剧《庆余年》不属于“权益内容”中约定的两类情形，吴声威不应该享有对涉案电视剧《庆余年》“热剧抢先看”的权益。实际中，吴声威能够得到VIP会员“提前看的剧集”的权益，是爱奇艺平台通过涉案电视剧《庆余年》页面说明和剧集列表标识，约定并赋予的权益，再次印证页面说明和剧集列表标识是对双方权利义务的重要约定。吴声威不同意上述爱奇艺公司主张。经询问，爱奇艺公司主张所谓“爱奇艺优质自制剧”是以影视剧片尾署名信息（指爱奇艺公司或爱奇艺公司的关联公司为出品单位之一）或者明确的合同约定来进行判断的，否认涉案电视剧《庆余年》属于“爱奇艺优质自制剧”。经当庭勘验，在腾讯视频平台播放的涉案电视剧《庆余年》片尾署名的出品单位中列明有爱奇艺公司。庭审中，爱奇艺公司认为“卫视热播电视剧”是指电视剧先在电视台卫视频道播出，此后视频网站跟播，而涉案电视剧《庆余年》是在爱奇艺平台首播，显然不属于此种情形。

（三）爱奇艺公司在吴声威VIP会员权利期间设置“付费超前点播”条款的情况

吴声威激活开通“黄金VIP会员365天”，其会员权利期间自2019年6月19日至2020年6月18日止。当时爱奇艺平台上提供的VIP会员协议系2018年11月23日的协议。

2019年12月8日，爱奇艺公司更新了VIP会员协议，增加了“付费超前点播”条款（即下文中的加粗字体部分），全文为：“关于额外付费的特别说明：当您成功开通VIP会员服务后，您可以观看到爱奇艺平台VIP专享的视频内容，但您理解并同意，除VIP专享内容外仍有少量视频出于版权方等原因需要您额外付费后方可观看，目前主要有如下几种：（1）付费影片，该类影片在您额外付费后方可观看，不支持使用电影点播券；（2）用券影片且您无电影点播券的，爱奇艺平台上有部分影片需要用券观看，您可使用电影点播券进行观看而无需额外付费（爱奇艺每月会根据您的会员等级赠送附带有效期的电影点播券），但当您电影点播券无剩余张数时，该影片需要您额外付费；（3）超前点播剧集，根据爱奇艺实际运营需要，就爱奇艺平台上部分定期更新的视频内容，爱奇艺将提供剧集超前点播的服务模式，会员在进行额外付费后，可提前观看该部分视频内容的更多剧集，具体的点播规则以爱奇艺平台实际说明或提供为准；（4）其他需要额外付费后方可享受的服务内容，如知识课程等。前述需要额外付费的服务内容，爱奇艺会以显著标注向您作出提示。且这些服务内容在您付费成功后有一定期限的使用有

效期（具体以购买页面说明为准），建议您及时使用，在有效期满后，无论您是否使用完毕所购的服务内容，爱奇艺不因此向您退还您已支付的费用且不予进行任何形式的补偿/赔偿。”吴声威主张上述“付费超前点播”条款未发生法律效力。

2019年12月11日，涉案电视剧《庆余年》超前点播模式开始在爱奇艺平台推出。

2019年12月18日，爱奇艺公司再次更新VIP会员协议，上述与超前点播模式相关的条款未发生变更，协议条目为3.5条（3）。吴声威以2019年12月18日的版本协议作为本案诉争的协议依据和权益基础，爱奇艺公司对此不持异议。

爱奇艺公司提出：1. 在2019年12月8日更新之前，VIP会员协议已约定有“关于额外付费的特别说明”，其中除了典型的“付费影片”“用券影片”之外，约定有“其他需要额外付费后方可享受的服务内容，爱奇艺会以显著标注向您作出提示”。“付费超前点播”服务符合上述约定，且与额外付费观影等服务在业务模式上无本质区别。2. 在设置“付费超前点播”服务时，其已充分进行了提示。具体的提示方式包括在《爱奇艺服务协议》（以下简称用户协议）中进行了版本更新提示，并且提示本次更新内容涉及会员权益。上文中提到用户在爱奇艺平台进行登录操作时，页面弹窗中显示有“登录即代表您同意用户协议和隐私政策”字样，该弹窗中“用户协议”即此处的《爱奇艺服务协议》（以下简称用户协议）。另外，该协议中设有跳转链接，可以链接至VIP会员协议。为此，爱奇艺公司特提供了（2020）京东方内民证字第01931号公证书，该公证书显示：2019年12月30日，在用户协议正文开始部分存在版本更新提示，内容为“爱奇艺集团于前述时间更新了《爱奇艺服务协议》的相关内容。本次更新的内容主要包括：增加了VIP会员服务（包括自动续费服务）的相关内容、更为具体地阐述了爱奇艺集团的联系渠道以及其他文案描述性内容调整等。请您在使用/继续使用爱奇艺集团的产品与/或服务前仔细阅读和充分理解全文，并在同意全部内容后使用/继续使用。”

经查，在吴声威开通黄金VIP会员时，当时的VIP会员协议中并不包含有“关于额外付费的特别说明”条款，该条款首次出现在VIP会员协议（2019年7月）中；用户协议中没有出现与“热剧抢先看”或“付费超前点播”相关的条款内容或文字表达。

爱奇艺公司确认，在“付费超前点播”服务推出之前，爱奇艺平台在播放相关影视剧集时，有海报右上角标注“付费”的为付费电影，标注“用券”的为用券电影的情形，且未同时标注

有“VIP”标识。

另查，吴声威称其并未购买超前点播剧集，爱奇艺公司对此予以认可。

二、“广告特权”与“会员专属推荐”的相关条款事实

（一）“涉案VIP会员协议”中的约定内容

“涉案VIP会员协议”3.3条：“关于爱奇艺会员广告特权的特别说明：您在使用VIP会员服务的过程中，仍将（可能）接触到以各种方式投放的商业性广告或其他类型的商业信息，爱奇艺提供的广告特权仅指可自动为您跳过视频播放前的贴片广告，且您理解并同意部分视频出于版权方等原因，视频的片头仍会有其他形式的广告呈现，上述呈现不视为爱奇艺侵权或违约。除贴片广告外，爱奇艺仍可能以其他方式投放广告或商业信息，如开机广告、创意中插广告、跑马灯广告、片尾广告、植入广告、弹窗广告、暂停广告等，对此您理解并予以接受，同时爱奇艺承诺会尽量降低对您的视频观看体验的影响”（其中加粗字体部分为吴声威主张无效的部分）。

“涉案VIP会员协议”3.4条：“关于会员定向推荐内容的特别说明：爱奇艺会向VIP会员用户推荐影视内容、会员福利等，目的是让会员用户了解爱奇艺更多的精彩内容及更好的享有会员权益及服务，该推荐非第三方商业广告，且推荐内容可手动关闭（关闭方法：点击右上角关闭按钮）”。

（二）VIP特权展示页面中的约定内容

（2019）沪徐证字第6815号公证书显示：在VIP特权展示页面，点击“广告特权”标签，该标签由文字“广告特权”“VIP尊享广告特权”及图标“”组成，进入相关页面，该页面包括服务会员、权益内容和权益展示三项内容。其中，服务会员项下包括所有会员；权益内容项下载明：“VIP会员专享广告特权，观看影视内容时，为您节省前贴片广告时间；同时VIP会员可手动跳过精品影视、福利权益等会员专属推荐内容，省时省心不用等待！注：体育视频内容暂不支持此特权服务；部分片源因版权方限制，仍可能会向您呈现不同种类的广告服务，但对您的观影体验影响较小，还请您谅解；会员专属推荐内容关闭方法：点击右上角关闭按钮即可”；权益展示项下，上下列有2幅图片示例，第1幅图片显示有“第一集；会员就是任性，

90秒广告为您跳过”字样，第2幅图片显示有“VIP电影推荐”字样及关闭按钮。（见图四、图五）

（图四）

（图五）

（三）爱奇艺平台影视剧集内容播放涉及“会员专属推荐”的情况

VIP会员在爱奇艺平台上观看影视剧集，在影视剧集内容播放前，出现的自动跳过的广告，符合前述会员权益中第1幅图片示例；出现的会员专属推荐（内容为VIP会员热剧及会员专享权益），符合前述会员权益中第2幅图片示例，可以手动关闭。

关于“广告特权”的会员权益内容，吴声威主张以前述会员特权中关于“广告特权”的权益内容和“涉案VIP会员协议”中3.3条“自动为您跳过视频播放前的贴片广告”表述为准。吴声威认为，广告特权的图标“”是无广告的意思，该特权的权益内容应当解释为“自动跳过所有广告”。爱奇艺公司不同意吴声威对于权益内容的解释，主张该权益内容应当以前述会员特权中关于“广告特权”的权益内容和“涉案VIP会员协议”中3.3条全部内容为准。

三、与本案相关的其他VIP会员协议条款

“涉案VIP会员协议”相关约定如下：

（一）其他吴声威主张无效的条款

1. 关于导言第二款：“爱奇艺已经以下划线或其他合理方式提示您重点阅读协议中与您的权益（可能）存在重大关系的条款（包括相关免除或限制责任条款等）。同时，双方同意前述免责、限制责任条款不属于合同法第40条规定的‘免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的条款’，即您和爱奇艺均认可前述条款的合法性及有效性，您不会以爱奇艺未尽到合理提示义务为由而声称协议中条款非法或无效。”（其中加粗字体部分为吴声威主张无效的部分）

2. 关于协议3.1条：“爱奇艺VIP会员权益，即爱奇艺为VIP会员提供的专门服务，包括影视内容提前看、广告特权、VIP高清视觉体验、杜比全景声、赠送影片等，具体以爱奇艺平

台上 VIP 特权页面的说明或爱奇艺实际提供为准，本协议项下的会员权益名称与页面的说明不一致的，不影响会员所实际享受的会员权益的内容。您理解并同意，鉴于 VIP 会员类型的多样性，不同类型的会员享有不同的会员权益；同一类型的 VIP 会员服务分为不同等级，不同等级之间的会员权益存在差异；不同类型的 VIP 会员服务适用的用户设备终端亦可能有所差异；因会员开通方式的不同亦可能导致会员权益不同，具体以爱奇艺的页面说明或爱奇艺实际提供为准。爱奇艺有权基于自身运营策略变更全部或部分会员权益、适用的用户设备终端。就前述权益调整，爱奇艺将在相应服务页面或以其他合理方式进行通知，您也可通过爱奇艺官方渠道查询最新的会员权益内容。”（其中加粗字体部分为吴声威主张无效的部分）

3. 关于协议 10.2 条：“如就本协议的签订、履行等发生任何争议的，双方应尽量友好协商解决；协商不成时，任何一方均可向北京市海淀区人民法院提起诉讼。双方同意，解决争议时，应以您同意的最新《爱奇艺 VIP 会员服务协议》为准。”（其中加粗字体部分为吴声威主张无效的部分）

（二）其他与本案相关条款

1. 关于协议 1.2 条：“本协议为《爱奇艺服务协议》《爱奇艺隐私政策》的补充协议，是其不可分割的一部分；本协议如与前述协议发生冲突的，以本协议为准。爱奇艺 VIP 会员中心已有和未来不时发布的与 VIP 会员服务相关的协议、各类公告、页面说明和规范流程、问题解答等内容均构成本协议的一部分，与本协议具有同等法律效力。爱奇艺与 VIP 会员均都应当受本协议以及《爱奇艺服务协议》《爱奇艺隐私政策》的约束。”

2. 关于协议 2.3 条：“您知悉并同意，VIP 会员服务系网络商品和虚拟商品，采取先收费后服务的方式，会员费用是您所购买的会员服务所对应的网络商品价格，而非预付款或者存款、定金、储蓄卡等性质，VIP 会员服务一经开通后不可转让或退款（如因 VIP 会员服务存在重大瑕疵导致您完全无法使用等除外）。您可以通过登录爱奇艺 VIP 会员中心免费查询您的账号信息详情，包括已开通的 VIP 会员服务内容、服务期限、消费记录等。”

3. 关于协议 4.4 条：“您在购买 VIP 会员服务（包括自动续费服务）之前应仔细核对账号信息、购买的服务内容、价格、服务期限等信息。VIP 会员服务费用在您支付完成后，不可转让，且不予退还（如因 VIP 服务存在重大瑕疵导致您完全无法使用等除外）。”

4. 协议 6.2 条, “如协议发生变更, 但您不同意变更的内容的, 您有权选择停止使用 VIP 会员服务。如您在变更后的协议生效后仍继续使用 VIP 会员服务的, 则视为您已经同意变更的全部内容。”

经查, 根据 WORD 软件字数统计, “涉案 VIP 会员协议” 总字数约为 9640 字, 其中下划线部分字数约为 6440 字。爱奇艺公司主张下划线部分是重点提示内容, 吴声威对此不予认可。

2020 年 1 月 20 日, 爱奇艺公司再次更新 VIP 会员协议, 相较于 2019 年 12 月 18 日版本的 VIP 会员协议, 此次更新的文本更改了上一版本中导言第二款, 并删除了 10.2 条中吴声威主张无效的部分。

吴声威提出如果 VIP 会员不同意 VIP 会员协议, 那么爱奇艺公司是不会退钱的。对此, 爱奇艺公司解释称, 爱奇艺平台的会员取得有多种渠道, 比如在其他合作伙伴处消费积分进行兑换, 因此, VIP 会员退费时, 不能以“一刀切”的方式解决, 只能通过联系客服根据具体情况解决。

另查, 吴声威为上述 (2019) 沪徐证字第 6815 号公证书支出公证费 1500 元。

一审法院认为: 互联网技术的大发展日益改变着人们的生产生活方式。依靠互联网技术, 人们对于工作、生活的差异化需求得到逐步满足, 个性化表达得以实现。互联网产业立足于人的需求, 服务于人的需求, 得益和发展于人的需求。作为文化产品提供者和服务者的视频平台, 为满足社会公众多元的文化需求, 贴合用户, 催生差异化、配适性的个性化服务, 探索新的商业模式, 本无不妥, 但是应当遵循商业规则、尊重用户感受, 不得违反法律的规定, 不得损害用户依照法律或者约定享有的权利。

本案中, 爱奇艺公司对享有“热剧抢先看”VIP 会员权益的协议, 增加了“付费超前点播”条款的行为, 引发了争议。吴声威作为爱奇艺公司主打的会员模式中的黄金 VIP 会员, 在观看爱奇艺公司推出的相关影视剧集时, 认为其已有的“热剧抢先看”VIP 会员权益已经包含“看最新剧集”的内容, 爱奇艺公司推出的“付费超前点播”模式, 使其需要额外付费才能“看最新剧集”, 损害了其会员权益, 爱奇艺公司则认为“付费超前点播”是一种创新的商业模式, 属于新的会员权益, 并不造成对吴声威已有会员权益的损害。

根据双方的诉辩意见及一审法院查明的事实，本案的争议焦点为：一、“涉案VIP会员协议”导言第二款相关内容的效力；二、爱奇艺公司提供“付费超前点播”服务是否构成对其约定义务的违反；三、爱奇艺公司提供的影视剧片头存在“会员专属推荐”是否构成违约行为；四、爱奇艺公司是否承担责任、如何承担责任。下面分别论述如下：

一、“涉案VIP会员协议”导言第二款相关内容的效力

（一）“涉案VIP会员协议”是否构成格式条款

合同法第三十九条第二款规定，格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。根据上述法律规定，格式条款的法律特征有两点：一是该条款在订约以前就已经预先制订出来，而不是经双方当事人反复协商制订而成，二是该条款属于在订立合同时不能协商的内容。本案中，“涉案VIP会员协议”是爱奇艺公司基于“一对众”的网络服务平台的特有产业模式，预先拟定并面向众多VIP会员重复使用的条款；VIP会员对于VIP会员协议只能“接受或走开”，不能与爱奇艺公司进行协商。综合以上特征，一审法院认定“涉案VIP会员协议”属于格式条款。

需要说明的是，爱奇艺公司于2020年1月20日更新了“涉案VIP会员协议”。吴声威主张的导言第二款相关内容已发生了变化，考虑到“涉案VIP会员协议”已经施行一段时间的客观事实，且审理中双方当事人对上述原条款存在争议，故相关条款是否有效对于该施行期间仍旧有判断的必要性，一审法院仍需对导言第二款的效力进行认定。

（二）导言第二款相关内容的效力认定

“涉案VIP会员协议”导言第二款约定：“爱奇艺已经以下划线或其他合理方式提示您重点阅读协议中与您的权益（可能）存在重大关系的条款（包括相关免除或限制责任条款等）。同时，双方同意前述免责、限制责任条款不属于合同法第40条规定的‘免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利’的条款，即您和爱奇艺均认可前述条款的合法性及有效性，您不会以爱奇艺未尽到合理提示义务为由而声称协议中条款非法或无效。”（其中加粗字体部分为吴声威主张无效的部分）

对于“双方同意前述免责、限制责任条款不属于合同法第40条规定的免除其责任、加重

对方责任、排除对方主要权利的条款”部分，合同法第四十条规定：“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”该内容属于法律的强制性规定，不允许合同当事人排除适用。导言第二款部分内容属于对合同法第四十条的排除适用，故“涉案 VIP 会员协议”导言第二款中前述内容无效。

对于“即您和爱奇艺均认可前述条款的合法性及有效性，您不会以爱奇艺未尽到合理提示义务为由而声称协议中条款非法或无效。”部分，合同法第三十九条第一款规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”据此，一审法院认为，格式条款的提示义务是格式条款提供方必须应尽的法定责任，需要采取合理的方式提请合同相对方注意。本案中，爱奇艺公司以格式条款提供方的地位，要求合同相对方承诺放弃以爱奇艺公司未尽到合理提示义务为由而主张格式条款非法或无效，从而达到免除或者降低其法定义务的目的，属于用格式条款的形式来拟制其已尽到法定义务的情形，实质是通过格式条款，排除合同相对方的法定权利，规避了应尽的法定义务。爱奇艺公司在“涉案 VIP 会员协议”中，为履行提示义务而标注下划线的文字，比不标注下划线的文字多出一倍，无法认定其已经尽到合理的提示义务。综上，前述内容应属无效。

二、爱奇艺公司提供“付费超前点播”服务是否构成对其约定义务的违反吴声威主张爱奇艺公司在其会员期间以“付费超前点播”的方式另行对其收费，构成违约。

在对上述焦点进行判断时，必须对爱奇艺公司在 2019 年 12 月 8 日的 VIP 会员协议中增加“付费超前点播”条款的行为，进行法律属性的前提性判断，即增加“付费超前点播”条款是否属于对合同的变更。

合同的变更是指在保持原有合同关系的基础上使合同内容发生变化，其实质是原合同权利义务的调整或改变。如果变化的相关内容，没有改变原合同双方的权利义务，则该内容不属于对原合同的变更，应属于新的权利义务关系的缔结，即形成一个新合同或交易。

本案中，VIP 会员协议中增加的“付费超前点播”条款，对既有的 VIP 会员的“热剧抢先看”条款，属于合同的变更，还是属于新合同的缔结，成为需要厘清的问题。

（一）VIP 会员“热剧抢先看”权益内容中合同双方的权利义务关系

审理中，经双方认可的吴声威享有的黄金 VIP 会员“热剧抢先看”的“权益内容”为：“卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧您可享受提前观看，不用再等待蜗牛般的更新速度，其他人还在等待更新时，你已看完大结局！”吴声威将上述约定解释为：其作为黄金 VIP 会员，可以免费观看爱奇艺平台提供的卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧的最新剧集。而爱奇艺公司否认这样的主张，坚持认为上述文字表述，不是承诺向黄金 VIP 会员提供“最新”剧集，吴声威只是享有“提前看”相关影视剧的会员权利。

双方当事人因合同条款的理解发生争议的情形，在合同法第一百二十五条中加以了规定，即应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。同时，合同法第四十一条规定，对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。

本案中，吴声威所享有的“热剧抢先看”权益内容属于格式条款。结合本案争议情况，应当适用合同法第一百二十五条和第四十一条进行合同解释的相关条款内容为：“卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧您可享受提前观看，不用再等待蜗牛般的更新速度，其他人还在等待更新时，你已看完大结局！”对此，一审法院将从以下层面加以研判：

第一，从“权益内容”使用的词句看，需要从对“卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧”的合理判断和“您可享受提前观看，不用再等待蜗牛般的更新速度，其他人还在等待更新时，你已看完大结局”的通常性文义理解进行判断。

1. 涉案电视剧《庆余年》是否属于“卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧”范畴。审理中，爱奇艺公司提出，吴声威享有的 VIP 会员权益中的“热剧抢先看”仅针对“卫视热播电视剧”和“爱奇艺优质自制剧”两类情形。提出涉案电视剧《庆余年》不是由爱奇艺公司制作的，不属于“爱奇艺优质自制剧”，并主张“爱奇艺优质自制剧”是以影视剧片尾署名信息（指爱奇艺公司或爱奇艺公司的关联公司为出品单位之一）或者明确的合同约定来进行判断的。经查，在腾讯视频平台播放的电视剧《庆余年》片尾署名的出品单位中列明有爱奇艺公司。所以，涉案电视剧《庆余年》属于“爱奇艺自制剧”。

所谓“优质”，爱奇艺公司在制定格式条款时完全可以通过清晰的文字予以界定。在爱奇

艺公司并未事先明确“优质”的含义,而“优质”本身又属于无法明确量化的主观词语的情形下,从有利于合同相对方的角度进行理解,吴声威享有的VIP会员权益中“热剧抢先看”所指向上的“爱奇艺优质自制剧”应包含所有的爱奇艺自制剧。结合本案情形,一审法院认定涉案电视剧《庆余年》属于吴声威享有的VIP会员权益中“热剧抢先看”所指向上的“爱奇艺优质自制剧”范畴内。同理,对爱奇艺公司未事先明确约定“卫视热播电视剧”含义的做法,一审法院亦不认同。

2. 对“您可享受提前观看,不用再等待蜗牛般的更新速度,其他人还在等待更新时,你已看完大结局”的文义理解。根据“热剧抢先看”中内容,遵循格式条款中的通常理解,上述语句的含义应当被理解为,所有VIP会员比非VIP会员,享有在先观看所有的已经更新的卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧的会员权益。具体到本案中,这是爱奇艺公司向含吴声威在内的VIP会员提供优先权利的承诺,即不得赋予其他人优先于含吴声威在内的VIP会员而提前看剧的权利。

第二,从爱奇艺平台整体的会员体系来看,黄金VIP会员被承诺的“热剧抢先看”权益,没有被FUN会员、体育会员,钻石VIP会员和学生VIP会员等其他会员所超越。

综上,“热剧抢先看”权益,是指观看爱奇艺平台提供的卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧最新剧集的权利。“热剧抢先看”包含在黄金VIP会员权益中,吴声威享有该会员权益,无需额外付费。

对于爱奇艺公司提出的“付费超前点播”服务符合双方合同中“关于额外付费的特别说明”条款的约定,且与额外付费观影等服务在业务模式上无本质区别的辩论意见。对此,一审法院认为,一是,根据本案查明的事实,在吴声威开通黄金VIP会员时,当时的VIP会员协议中并不包含有“关于额外付费的特别说明”条款。该条款首次出现在VIP会员协议(2019年7月)中,具体情形为除专享内容外,仍有少量视频,主要有付费影片和用券影片,出于版权方等原因,需要VIP会员额外付费后方可观看。该条款中包含有“其他需要额外付费后方可享受的服务内容,爱奇艺会以显著标注向您作出提示”内容。二是,即使从该条款的约定来看,“关于额外付费的特别说明”条款所涉及到的观影范围与VIP会员“热剧抢先看”的观影范围(即卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧)可以区分。且从爱奇艺平台提供的相关影视剧页面资料看,付费影片和用券影片会在展示海报上分别标注“付费”和“用券”标识,而“热剧

抢先看”“权益展示”海报上则标有“VIP”标识，故实际观影时亦可以清晰区分。庭审中，爱奇艺公司也认可上述标识不会同时标注。涉案电视剧《庆余年》作为“爱奇艺优质自制剧”，播出时海报已经明确标注有“VIP”标识，因此该剧在VIP会员“热剧抢先看”的观影范围之内。三是，在卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧范围内，爱奇艺公司设置的“付费超前点播”已经包含在吴声威既有的VIP会员“热剧抢先看”的权益之中。而“热剧抢先看”的权益已经在双方合同范围内，不能再“额外付费”。因此，爱奇艺公司不能依据上述条款在卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧范围内设置“付费超前点播”剧集，对其主张不予支持。

（二）单方变更条款的效力问题

VIP会员协议中增加“付费超前点播”条款必然会改变原合同双方的权利义务关系，因此，在上述范围内，增加“付费超前点播”条款的性质属于合同的变更，需要满足合同变更的条件。

1. “涉案VIP会员协议”第3.1条的效力问题

“涉案VIP会员协议”第3.1条约定：“爱奇艺有权基于自身运营策略变更全部或部分会员权益、适用的用户设备终端。”吴声威认为该协议的单方变更约定，明显违反公平原则应属无效。爱奇艺公司认为单方变更的条款契合网络服务平台的特点，不损害双方权益。

一审法院认为，网络技术的发展，打破了地理隔绝，联结了不同群体的需求，支撑起面向不特定个体的服务模式。作为在互联网时代产生的、满足社会公众多元观影需求的服务型网络平台，基于用户需求、技术发展、商业运营等因素，适时调整服务内容、更新服务模式，有其行业必要性和现实合理性。且合同当事人通过合同条款，为自己保留单方面变更合同的权利，属于当事人合同自由的组成部分。有鉴于此，网络服务平台基于其服务模式的特点，以格式条款的方式，约定单方变更条款，形式上并无不妥。需要强调的是，根据合同法第三十九条的规定“提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务”，网络服务平台约定单方变更的条款，应当以不损害用户权益为前提。

本案中，爱奇艺公司对该条款中约定其可以“基于自身运营策略变更全部或部分会员权益、适用的用户设备终端”的内容，该条款本身没有免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利，因此，对吴声威主张该条款无效的诉讼请求，一审法院不予支持。但因该条款缺乏对不损害合同相对方利益的约束性内容的约定，在具体适用该单方变更条款时，基于公平原则，爱奇

艺公司负有不损害合同相对方利益的当然法律义务。综上，一审法院认为，爱奇艺公司可以设立单方变更权，但是该项合同权利的解释受到合同法公平原则的制约。

2. 单方增加“付费超前点播”条款的行为的效力问题

根据本案查明的事实，爱奇艺平台单方变更合同条款，在涉案电视剧《庆余年》的播放过程中，推出“付费超前点播”服务，使黄金VIP会员享受到的观影体验远远低于预期，显著地降低了黄金VIP会员观看影视剧的娱乐性和满足感，实质性损害了黄金VIP会员的主要权益。因此，本案中，爱奇艺公司单方增加“付费超前点播”条款的行为不发生变更合同的效力。

（三）双方协商一致变更的问题

合同法第七十七条规定，当事人协商一致，可以变更合同。本案中，“涉案VIP会员协议”第10.2条相关内容约定，“双方同意，解决争议时，应以您同意的最新《爱奇艺VIP会员服务协议》为准”。根据上述条款，最新会员服务协议需经会员同意才能在双方之间具有合同约束力，该约定符合上述合同法第七十七条的规定，应属有效。

“涉案VIP会员协议”及用户登录爱奇艺平台的过程中均出现了“同意”的相关内容，因此，对于双方协商一致变更合同的条件是否达成的问题有必要进一步判断。

“涉案VIP会员协议”第6.2条约定：“如协议发生变更，但您不同意变更的内容的，您有权选择停止使用VIP会员服务。如您在变更后的协议生效后仍继续使用VIP会员服务的，则视为您已经同意变更的全部内容。”在一审法院上文已经论述爱奇艺公司单方增加“付费超前点播”条款的行为不发生变更合同效力的前提下，一审法院必须继续讨论在吴声威与爱奇艺公司之间，是否成立双方协商一致变更合同的关系，即如果吴声威继续使用爱奇艺平台，是否可以视为其已经同意变更的内容。

从字面看，“涉案VIP会员协议”第6.2条约定“如协议发生变更，但您不同意变更的内容的，您有权选择停止使用VIP会员服务。”的内容并无不妥。但是，结合“涉案VIP会员协议”第2.3条和第4.4条的规定内容，“服务费用在您支付完成后，不可转让，且不予退还（如因VIP服务存在重大瑕疵导致您完全无法使用等除外）”，可以得出爱奇艺公司在“涉案VIP会员协议”中没有提供给VIP会员便捷解除合同，退还VIP会员费的有效渠道，导致即便

会员不同意变更的内容，其解除 VIP 会员协议的权利形同虚设，构成对 VIP 会员权利的实质损害。

在合同解除权受到限制的情况下，“涉案 VIP 会员协议” 6.2 条紧接着单方面约定“如您在变更后的协议生效后仍继续使用 VIP 会员服务的，则视为您已经同意变更的全部内容。”当然违反合同法的公平原则。因为在于己不利、被动适用的合同条款中，合同相对方“真实意思表示”的“同意”，必须是积极的、明确的、可以被共同认知的具体行为或者具体表达。所谓会员“继续使用爱奇艺平台，视为其已经同意变更的内容”，因缺乏实质公正，不能视为双方协商一致的变更。

同理，当用户进行爱奇艺平台的登录操作时，用户已经登录的行为，亦不能认为是同意用户协议链接下的 VIP 会员协议及其变更的内容。用户的同意仍需以明示同意为前提。

审理中，在爱奇艺平台用户登录的过程中，页面中有弹窗、弹窗中有文字提示，这种明示且便捷的方式，证明爱奇艺公司有技术能力和实践能力，可以为观影用户提供便捷的服务。上述便捷的技术能力和实践能力，完全可以同时运用到 VIP 会员在订立合同、变更合同、解除合同等各环节中去，爱奇艺公司可以且应当全面地、有效地运用相关技术，提高服务质量，避免纠纷的产生。

综上所述，本案中，爱奇艺平台的相关行为，既不成立单方变更合同，又不成立协商一致变更合同，爱奇艺公司 2019 年 12 月 8 日增加的“付费超前点播”条款对吴声威不发生法律效力。在此基础上，爱奇艺公司在卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧范围内，推出“付费超前点播”服务违反了其与吴声威之间“热剧抢先看”的约定，是对其“热剧抢先看”会员权益完整性的切割，实质性缩减了会员权益。爱奇艺公司构成违约，应当承担违约责任。

三、爱奇艺公司提供的影视剧片头存在“会员专属推荐”是否构成违约行为

“涉案 VIP 会员协议”第 3.3 条中“您理解并同意部分视频出于版权方等原因，视频的片头仍会有其他形式的广告呈现，上述呈现不视为爱奇艺侵权或违约。”部分，是关于广告特权的具体约定，该约定既未违反法律、行政法规中的强制性规定，又未违背公序良俗，属于当事人享有的合同自由的范畴，应属有效。

吴声威主张“会员专属推荐”虽然名为“推荐”，但是实属“会员专属广告”，且该“会员专属推荐”需要手动关闭，故爱奇艺公司违反了免广告、自动跳过片头广告的“广告特权”约定。

对此，一审法院认为，“涉案VIP会员协议”中明确约定了“广告特权”和“会员专属推荐”的具体内容（第3.3条、第3.4条）；在VIP会员权益介绍页面中，爱奇艺公司通过文字描述和图片示例的方式明确说明了“广告特权”的具体权益内容。爱奇艺平台影视剧片头存在的“会员专属推荐”符合上述约定，爱奇艺公司并未违约。至于“会员专属推荐”的性质，与爱奇艺公司是否违约不存在关联性。在VIP会员权益介绍页面中，“”图标，与“免广告”这样的词语并不存在一一对应性，应当注意到，图标的使用是为了简洁叙事，与图标同时出现的文字及进入相关页面后具体的文字表述，共同构成了相关的约定，在清楚的书面文句与含糊不清的图标之间，书面文句优先。综上，吴声威的上述关于爱奇艺公司违约的主张不能成立，对其相应继续履行的诉讼请求亦不予支持。

四、爱奇艺公司是否承担责任、如何承担责任

合同法第一百零七条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。合同法第一百一十三条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。本案中，爱奇艺公司推出“付费超前点播”服务违反了其与吴声威之间“热剧抢先看”的约定，爱奇艺公司构成违约，应当承担继续履行、赔偿损失的违约责任。

关于吴声威请求判令“爱奇艺”取消超前点播功能，向其提前供应包括“庆余年”在内的所有卫视热播电视剧、爱奇艺自制剧一节。一审法院认为，“付费超前点播”是爱奇艺公司商业模式的探索，该模式本身不违反法律规定，故对于吴声威要求取消“超前点播”的请求，没有法律依据，一审法院不予支持。针对吴声威提出的“向其提前供应包括‘庆余年’在内的所有卫视热播电视剧、爱奇艺自制剧”的请求，其明确为“享有爱奇艺平台卫视热播电视剧、爱奇艺自制剧已经更新的剧集的观看权利”，系要求爱奇艺公司承担继续履行的法律责任。庭审中，吴声威明确要求延长一段时间会员权益。一审法院认为，吴声威原会员期限在审理期间已

经临近届满，在原合同期限内继续履行不足以实现吴声威的合同权益，一审法院根据吴声威受到的实际影响酌情确定延长会员权益的时间，判令爱奇艺公司在该延长期限内承担继续履行原合同的义务。吴声威支出的公证费属于因爱奇艺公司违约行为造成的损失，于法有据，一审法院予以全额支持。综上所述，第一，“涉案VIP会员协议”属于格式条款。“涉案VIP会员协议”导言第二款部分，该内容无效。“涉案VIP会员协议”第3.1条部分，爱奇艺公司可以设立单方变更权，但是该项合同权利的解释受到合同法公平原则的制约，即爱奇艺公司在享有单方变更权的同时，也有不损害合同相对方利益的当然法律义务。应当明确，爱奇艺公司在依据该条款行使单方变更权时，如果损害了合同相对方的权益，其单方变更行为不发生法律效力。“涉案VIP会员协议”第3.3条部分和“涉案VIP会员协议”第10.2条部分，既未违反法律、行政法规中的强制性规定，又未违背公序良俗，属于当事人享有的合同自由的范畴，应属有效。第二，爱奇艺公司在卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧范围内，推出“付费超前点播”服务违反了其与吴声威之间“热剧抢先看”的约定，爱奇艺公司构成违约，应当承担继续履行、赔偿损失的违约责任。第三，爱奇艺平台在影视剧中播放的“专属推荐内容”符合合同约定，爱奇艺公司并未违约。需要特别指出的是，爱奇艺公司在继续推出新的服务模式时，其平台效益的最大化实现，应当建立在遵循法律规定的基础之上。依照《中华人民共和国合同法》第八条、第三十九条、第四十条、第四十一条、第七十七条、第一百零七条、第一百一十三条、第一百二十五条规定，一审法院判决如下：一、确认《爱奇艺VIP会员服务协议》（更新时间为2019年12月18日）导言第二款中“双方同意前述免责、限制责任条款不属于合同法第40条规定的‘免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利’的条款，即您和爱奇艺均认可前述条款的合法性及有效性，您不会以爱奇艺未尽到合理提示义务为由而声称协议中条款非法或无效。”内容无效；二、确认《爱奇艺VIP会员服务协议》（更新时间为2019年12月18日）第3.5条中“超前点播剧集，根据爱奇艺实际运营需要，就爱奇艺平台上部分定期更新的视频内容，爱奇艺将提供剧集超前点播的服务模式，会员在进行额外付费后，可提前观看该部分视频内容的更多剧集，具体的点播规则以爱奇艺平台实际说明或提供为准。”对吴声威不发生效力；三、于本判决生效之日起十日内，北京爱奇艺科技有限公司向吴声威连续15日提供爱奇艺平台吴声威原享有的“黄金VIP会员”权益，使其享有爱奇艺平台卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧已经更新的剧集的观看权利；四、于本判决生效之日起十日内，北京爱奇艺科技有限公司赔偿吴声威公证费损失1500元；五、驳回吴声威的其他诉讼请求。

本院二审期间，当事人围绕上诉请求依法提交了证据。本院组织当事人进行了证据交换和质证。

为证明爱奇艺公司针对《庆余年》推出超前点播未减损吴声威作为爱奇艺黄金VIP会员对该剧享有的权益，且在《庆余年》开播前、《庆余年》推出超前点播前，爱奇艺公司就黄金VIP会员在各个阶段对《庆余年》享有的抢先看的具体权益内容已经进行了明确、充分的提示说明的事实，爱奇艺公司提供以下证据：1. “爱奇艺”微博截图。拟证明爱奇艺公司针对《庆余年》推出超前点播前后分别发布的排播规则（其中第2页显示“《庆余年》2019年11月26日开播，首周周二、周三20点更新，VIP抢先看3集”，第4页显示“2019年12月2日，如君所愿，余年加更，每周一至周三20点各更新2集，VIP抢先看6集，继续锁定爱奇艺”，第5页显示“2019年12月9日，余年又加更，看点抢先知，2019年12月11日，VIP专项付费超前点播，更新日再多看6集！”）；2. 爱奇艺公司在针对《庆余年》推出超前点播前在各渠道发布的宣传物料；3. “爱奇艺”微博在《庆余年》推出超前点播前后对黄金VIP会员权益的说明（其中第26页显示“2019年12月5日，一笑喜团圆，逢时庆余年，每周一至周三晚8点更新2集，会员抢先看6集”）；4. “爱奇艺APP”微博在《庆余年》推出超前点播前后对黄金VIP会员权益的说明；5. “爱奇艺电视剧”微博在《庆余年》推出超前点播前后对黄金VIP会员权益的说明；6. “爱奇艺娱乐”“奇异果TV”“庆余年官微”微博在《庆余年》推出超前点播前后对黄金VIP会员权益的说明；7. “爱奇艺VIP”“爱奇艺电视剧”微信公众号在《庆余年》推出超前点播前后对黄金VIP会员权益的说明；8. “爱奇艺种草君”“爱奇艺电视剧”“奇异果TV”微信公众号在《庆余年》推出超前点播前后对黄金VIP会员权益的说明；9. 关于爱奇艺知识课堂、付费电影、用券电影的网络讨论、报道等；10. 爱奇艺知识课堂、付费电影的实际提供页面；11. 爱奇艺用券电影的实际提供页面。对证据1，吴声威认可真实性，不认可证明目的，吴声威认为爱奇艺公司混淆了合同约定和合同履行，排播规则实际上是合同的履行，爱奇艺公司针对《庆余年》发布的排播规则是履行会员协议约定的内容，排播规则恰恰说明爱奇艺公司违背双方最初对于热剧抢先看、会员提前观看剧集的约定。对证据2-8，吴声威不认可真实性、关联性、合法性，吴声威认为在一审庭审过程中，已经有充分的证据表明了会员有效期内，爱奇艺公司没有尽到对于会员权益的提示义务，也没有尽到在变更会员协议、变更会员特权时的提示义务，爱奇艺公司引用了其他渠道对于会员权益的说明，而没有提供证据证明其在爱奇艺PC客户端或者手机客户端对相关权益进行说明的证据，也足以说明爱

奇艺公司没有尽到提示义务。对证据 9-11，吴声威认可 PC 客户端以及手机客户端所展示的证据内容的真实性，但是对其他渠道的报道的真实性不认可，对上述证据的合法性和关联性不认可。吴声威认为，该证据中出现的“知识课堂”属于一个新的权益内容，但本案所涉及到的提前观看剧集的权利实际上是会员权益，爱奇艺公司可以对知识课堂另外收费是因为双方在开通会员时没有针对该项权益的约定，但是爱奇艺公司不得对提前观看剧集另行收费是因为双方在开通会员时，也就是 2019 年 6 月 19 日已经就提前观看剧集有明确的约定，付费电影以及用券电影也是一样的逻辑。本院对上述证据的真实性予以确认，对证据 1 证明的排播规则予以认可，对其他证明目的不予认可，对证据 2-11 的证明目的均不予认可；本院认为，上述证据显示的各渠道的《庆余年》排播安排能够相互印证且同一审认定的排播规则基本一致，故本院认可证据 1 证明的《庆余年》的排播事实。关于上述证据能够说明吴声威的会员权益未减损的证明目的，本院认为应当以双方缔结合同时提供服务一方对外承诺的服务内容是否兑现来判断，而非以超前点播前后更新剧集多寡来确定会员权益是否减损；同理，黄金 VIP 会员权限也应以双方缔结合同时约定的权益内容为准，“知识课堂”等付费内容亦并非本案争诉的黄金 VIP 会员权益的内容，与待证事实无关。上述证据虽能够说明爱奇艺公司在《庆余年》播出前后通过爱奇艺平台之外的渠道进行了宣传，但是无法证明其就超前点播服务的事项对吴声威进行了提示说明。故本院对爱奇艺公司主张的已尽充分提示义务、吴声威的会员权益并未减损的证明目的不予认可。

为证实爱奇艺公司推出超前点播后，会员相对于非会员享有的权益未受到减损的事实，爱奇艺公司提供证据 12，全国 12315 互联网平台第 11101080020200XXX 号投诉反馈结果。吴声威不认可真实性、关联性、合法性，吴声威认为该证据内容的真实性无法确认，本案涉及的是爱奇艺公司是否违反了员权益的约定并构成违约，该证据的内容与本案没有关联。本院对该证据形式上的真实性予以确认，但是该证据中的投诉反馈结果系微博截图，其内容真实性无法考证，对其证明目的不予认可，且该证据与本案待证事实无关，本院对该组证据不予采信。

为证实《爱奇艺 VIP 会员服务协议》中的涉案条款单方变更或协议变更符合网络服务特性和行业惯例，具有合理性和必要性的事实，爱奇艺公司提供证据 13-15，北京市方圆公证处于 2020 年 7 月 22 日出具的（2020）京方圆内经证字第 08606、08607、08608 号公证书，三份公证书中列举了数十个热门 APP 的会员服务协议或者热门网站服务协议条款。吴声威认可该组

证据的真实性，不认可关联性、合法性及证明目的。吴声威认为，爱奇艺公司提供的各大互联网平台的协议多数属于用户协议，并非会员协议，用户协议与会员协议有天然差别，用户协议是无需付费的，也没有固定期限，会员协议是双务合同，涉及到双方履行，本案涉及会员协议并非用户协议，爱奇艺公司所称行业惯例本身就存在问题，该证据中的会员协议存在与涉诉条款类似的条款也不意味着该条款是合法、有效的，爱奇艺公司是营利行业，需要按照吴声威开通会员时的约定提供服务，变更会员服务应以不得损害会员权利为前提，退一步来说，证据中涉及的会员协议有损害会员权益的，其会员也可以进行维权，本案也是因为爱奇艺公司在提供会员服务的过程中没有做到保护会员权益引发的诉讼。本院对该组证据的真实性予以确认，但该组证据无法证明爱奇艺公司主张的事实，具体理由在本院认为部分予以阐述，对该组证据本院不予采信。

为证实《庆余年》不属于“爱奇艺优质自制剧”，爱奇艺公司提供证据 16，其与案外人签订的《影视节目授权合同》。吴声威不认可其真实性、关联性、合法性。吴声威认为，首先，合同日期是空白的，合同是否生效无法核实；其次，爱奇艺公司提供的是不连续的合同，无法判断其真实性；再次，该合同是影视节目的授权，其解决的是爱奇艺公司是否就该剧进行信息网络传播的问题，但不能解决该剧是否属于爱奇艺自制剧，因此该证据与本案不具有关联性。本院对该组证据的真实性予以确认，本院认为，该组证据只能证明爱奇艺公司获得了案外人对《庆余年》的不可转授权的非独家信息网络传播权，但无法证明爱奇艺公司未参与该剧的制作，亦无法推翻一审代理人关于爱奇艺自制剧的陈述以及一审法院当庭勘验确认的事实，本院对该组证据的证明目的不予采信。

对当事人二审争议的事实，本院根据二审新证据补充查明事实如下：2019 年 11 月 26 日至 2019 年 12 月 1 日期间，涉案电视剧《庆余年》的播出规则为“首周周二、周三 20 点更新，VIP 会员抢先看 3 集”。2019 年 12 月 2 日至 2019 年 12 月 10 日期间，该剧的播出规则为“每周一至周三 20 点各更新 2 集，VIP 会员抢先看 6 集”。本院查明的其他事实与一审法院查明的事实一致。

本院认为，结合双方当事人的诉辩意见，本案在二审期间的争议焦点为：一、涉诉导言条款是否无效；二、爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款是否违约；三、一审法院确定的违约责任是否恰当。本院将分别予以论述。

一、涉诉导言条款是否无效

“涉案VIP会员协议”在吴声威和爱奇艺公司之间已经成立，涉诉导言条款系“涉案VIP会员协议”的组成部分，涉诉导言条款是否无效属于合同成立后的效力评价层面的问题，需要结合法律规定进行审查。具体而言，则是审查吴声威主张涉诉导言条款（双方同意前述免责、限制责任条款不属于合同法第40条规定的“免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利”的条款，即您和爱奇艺均认可前述条款的合法性及有效性，您不会以爱奇艺未尽到合理提示义务为由而声称协议中条款非法或无效。）无效是否符合法律的规定。

本院认为，涉诉导言条款符合合同法第三十九条第二款的规定，为格式条款。合同法第四十条规定：“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称消费者权益保护法）第二十六条第二款规定，“经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。”第三款规定，“格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。”“涉案VIP会员协议”系爱奇艺公司预先拟定并面向VIP会员重复使用的条款，是消费者与经营者之间缔结的合同，因此涉诉导言条款不仅适用合同法的规定，也适用消费者权益保护法的规定。消费者权益保护法对格式条款有特别规定的，应该适用该特别规定，消费者权益保护法基于有利于保护消费者的考虑，对格式条款无效情形作了特别规定，即格式条款中存在“排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定”，应当认定为无效。不公平、不合理的格式条款主要指经营者违背诚实信用原则单方制定的对消费者明显不利的条款，具体到本案，涉诉导言条款拟制格式合同提供方已尽到提示义务，并约定排除适用合同法第四十条法定无效的规定，其意图在于通过格式条款的形式排除对法律强制性条款的适用，这一安排设计限制甚至排除消费者权利的意图明显，属于对消费者不公平、不合理的规定，应当认定为无效。一审法院以涉诉导言条款违反合同法第四十条的规定而认定无效，属于未完整适用法律，本院对一审法院的法律适用予以补充，但是一审法院对涉诉导言条款的效力认定并无不当，本院予以确认。

爱奇艺公司主张一审法院关于涉诉导言条款的事实认定和法律适用均有错误，本院在此予

以回应。首先，涉诉导言条款本身系格式条款，当事人主张该格式条款无效的，人民法院应当依照法律规定审查其效力，从整个“涉案VIP会员协议”来看，涉诉导言条款的确系指引性条款，但是指引性条款并不意味着不是格式条款，也并不意味其中指向的条款的效力有效则该条款就有效；其次，涉诉导言条款的效力属于合同效力评价的问题，应当就该条款的内容进行审查，从涉诉导言条款的表述来看，该条款中对缔结合同双方的权利义务约定是清晰的，要求消费者放弃其权利或者排除其权利的意图也是明确的，涉诉导言条款对双方当事人权利义务产生影响，因此在缔结合同的一方当事人主张该条款无效时，人民法院有必要对效力进行审查；再次，仅从探讨合同法关于格式条款效力的有关规定的法律适用来看，合同法第三十九条和第四十条均是关于格式条款有关的规定，但是合同法第四十条系针对所有格式条款，也就是说任何格式条款，如果符合该条规定，无论格式条款提供方是否履行提示说明的义务，均属于无效条款，爱奇艺公司主张格式条款在违反合同法第三十九条规定的同时违反合同法第四十条规定的情形下才会导致无效的系对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十条的规定理解有误，该规定系对提供格式条款一方违反合理提示说明义务时的法律后果的解释，而并不是合同法第四十条必须得与第三十九条共同适用才产生无效的法律后果。综上，爱奇艺公司对一审法院关于涉诉导言条款无效认定错误的上诉主张，于法无据，本院不予支持。

二、爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款是否违约

关于爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款是否违反了其与吴声威之间的合同约定，应当从两个层面进行认定，一是黄金VIP会员享有的“热剧抢先看”的权益内容的解释问题；二是爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款的性质及效力问题。

（一）“热剧抢先看”的权益内容的解释问题

关于“热剧抢先看”的权益内容，吴声威主张其享有的黄金VIP会员“热剧抢先看”的“权益内容”为：“卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧您可享受提前观看，不用再等待蜗牛般的更新速度，其他人还在等待更新时，你已看完大结局！”。一审法院查明双方一致认同“热剧抢先看”权益以吴声威提供的公证书“VIP特权展示页面”中的“热剧抢先看”内容为准，爱奇艺公司否认一审法院对该事实的查明，主张“热剧抢先看”的“权益内容”为：不仅限于VIP特权展示页面的53字的权益说明，还应结合协议约定、实际提供服务时的相关文字说明

和标识、双方交易习惯、互联网行业交易习惯等因素综合理解和确定。本院认为，爱奇艺公司也认可“VIP 特权展示页面”的 53 字的权益说明系黄金 VIP 会员权益内容的组成部分，双方争议实质在于实际提供服务时的具体剧集页面中的文字说明是否为合同内容。首先，结合具体案情来看，53 字的权益说明是双方订立合同时关于会员权益最基本的原则性约定，实际提供服务时的具体剧集页面中的文字说明作为会员权益的解释，应以不违反“热剧抢先看”原则性规定为前提；其次，实际提供服务时的具体剧集页面中的文字说明是动态变动的，其对用户是否具有约束力也应根据实际情况而定，本案的实际情况是用户在缔结合同时并不存在超前点播的服务项目以及相关页面说明，用户基于特权展示页面的基本会员权益而作出了缔约的意思表示，而后更新的实际提供服务时的具体剧集页面中的文字说明与 53 字的权益说明的权益不一致时，更新的实际提供服务时的具体剧集页面中的文字说明对之前缔结合同的用户是否发生效力，应当考察其是否符合合同变更的相关规定。

关于对“热剧抢先看”的“权益内容”的理解，即“卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧您可享受提前观看，不用再等待蜗牛般的更新速度，其他人还在等待更新时，你已看完大结局！”吴声威认为应当解释为：其作为黄金 VIP 会员，可以免费观看爱奇艺平台提供的卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧的最新剧集。二审中，经当庭询问，爱奇艺公司认为应当解释为：对于卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧，VIP 会员相比非 VIP 会员有提前观看的权利，没有排除部分 VIP 会员通过额外付费可以获得更快的观看的权利。本院认为，关于“热剧抢先看”的权益内容的理解应按照合同法第四十一条的规定解释，当事人若对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释；对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。一审法院适用合同法第一百二十五条和第四十一条的相关规定，将“热剧抢先看”的权益内容解释为“所有 VIP 会员比非 VIP 会员，享有在先观看所有的已经更新的卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧的会员权益。具体到本案中，这是爱奇艺公司向含吴声威在内的 VIP 会员提供优先权利的承诺，即不得赋予其他人优先于含吴声威在内的 VIP 会员而提前看剧的权利”符合法律规定。结合一审法院查明的事实来看，“关于额外付费的特别说明”是双方缔结合同之后才更新的条款，当时黄金 VIP 会员的权益并没有被其他 VIP 会员所超越。一审法院依据双方缔约时的状态，对“热剧抢先看”的权益内容进行解释符合实际情况，本院予以确认。爱奇艺公司作为提供格式条款一方固然有权利对格式条款进行解释，但是爱奇艺公司的解释实质上是通过分级的方式将既有的黄金 VIP 会员权益进行分割，这种解释超出了会员缔约时的

合同预期。故本院认为爱奇艺公司的解释不符合合同法第四十一条和第一百二十五条之规定，本院不予采纳。

关于涉案电视剧《庆余年》是否属于“卫视热播电视剧、爱奇艺优质自制剧”范畴，二审中爱奇艺公司提交的证据只能证明爱奇艺公司获得了案外人对《庆余年》的不可转授权的非独家信息网络传播权，该证据无法推翻爱奇艺公司参与该剧的制作，亦无法推翻一审代理人关于爱奇艺自制剧的陈述以及一审法院当庭勘验确认的事实。结合一审法院查明的事实，即该剧剧集列表的VIP标识和海报宣传，以及从有利于消费者的角度出发，一审法院认定涉案电视剧《庆余年》属于“热剧抢先看”的权益内容亦有根据，本院予以确认。

综上，一审法院关于“热剧抢先看”的权益内容解释及《庆余年》属于“热剧抢先看”的权益的认定具有事实与法律依据，本院予以确认。爱奇艺公司对“热剧抢先看”的权益内容解释于法无据，本院不予支持。

（二）爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款的法律性质及效力

结合一审法院查明的事实，2019年6月，在吴声威开通黄金VIP会员时，当时的VIP会员协议中并不包含有“关于额外付费的特别说明”条款；2019年7月，修订后的VIP会员协议中出现了“关于额外付费的特别说明”；2019年12月8日的VIP会员协议中对“关于额外付费的特别说明”条款进行了修订，增加“（3）超前点播剧集，根据爱奇艺实际运营需要，就爱奇艺平台上部分定期更新的视频内容，爱奇艺将提供剧集超前点播的服务模式，会员在进行额外付费后，可提前观看该部分视频内容的更多剧集，具体的点播规则以爱奇艺平台实际说明或提供为准”（即“付费超前点播”条款）。

二审中爱奇艺公司关于“付费超前点播”条款应当对吴声威发生效力的理由有两个，本院在此逐一进行评价。第一，爱奇艺公司主张一审法院在认定“涉案VIP会员协议”中关于单方变更条款有效的情况下，其享有单方变更权，“付费超前点播”条款系爱奇艺公司行使单方变更权。本院认为，合同公平原则与合同自由原则系合同法的基本原则，消费领域里的网络服务合同作为较为典型的格式合同，应当妥善处理好合同公平原则与合同自由原则的关系；基于互联网服务业态的多变性，为了适应不断变化的网络环境，满足多样化的需求，在网络服务合同中拟定单方变更条款本身无可非议，一审法院并未否认“涉案VIP会员协议”第3.1条的效

力，这本身也是合同自由原则在网络服务合同中的体现。但是采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，这也意味着单方变更条款亦需要遵循公平原则合理确定权利义务，公平原则的适用应当考察具体的合同变更对当事人权利义务的影响是否公平。具体到本案，爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款系对格式合同的变更，“付费超前点播”条款赋予了黄金VIP会员付费超前观看剧集的权利，这一变化实质上变相将黄金VIP会员再次进行分级，吴声威所享有的“不用再等待蜗牛般的更新速度，其他人还在等待更新时，你已看完大结局”的权益变为了“通过额外付费可以获得更快观看剧集的权益”。这一变化实质上是减损了黄金VIP会员的既有权利，因此“付费超前点播”条款限制了吴声威的权利，对于吴声威而言是不公平、不合理的规定，因此“付费超前点播”条款不应纳入单方变更条款的调整范围内。

本院注意到，爱奇艺公司认为一审法院关于单方变更条款适用前提的认定是完全否定格式条款提供方的单方变更权。本院认为，一审法院以不得损害相对方利益作为单方变更权行使的前提，是对缔约后形成的缺乏合意性的格式条款进行必要的规制，其目的是在尊重互联网产业发展的前提下，对用户权益进行更加周延的保护，互联网服务提供者作为格式合同的提供方可以制定符合法律规定的单方变更条款，但是单方变更权的行使应以基于提升用户体验、适应技术革新等实现互联网服务提供者与用户之间共赢为目的，而非限制或者减损用户的实质权益。

第二，爱奇艺公司主张吴声威继续使用黄金VIP会员服务的行为应视为其已经同意“付费超前点播”条款是对合同的变更。本院认为，增加“付费超前点播”条款不产生单方变更合同的效力后，该条款如果能够通过双方协商一致变更的，亦可以产生合同变更的效力。合同法第七十七条第一款规定，“当事人协商一致，可以变更合同”，第七十八条规定“当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更”。在本案中，爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款是否产生协商变更的效力应当考察吴声威是否作出了同意的意思表示。如前所述，涉案VIP会员协议系格式合同，其范围涵盖了合同的缔结、变更、履行及合同的解释方法和争议的处理机制等各个环节，增加“付费超前点播”条款后，吴声威登录并使用黄金VIP服务能否认定为其对“付费超前点播”条款的同意，也需要结合整个合同来考察。根据已经查明的事实，涉案VIP会员协议第6.2条约定“如协议发生变更，但您不同意变更的内容的，您有权选择停止使用VIP会员服务。如您在变更后的协议生效后仍继续使用VIP会员服务的，则视为您已经同意

变更的全部内容。”结合涉案VIP会员协议第2.3条和第4.4条的规定内容，“服务费用在您支付完成后，不可转让，且不予退还（如因VIP服务存在重大瑕疵导致您完全无法使用等除外）。”从上述条款中可以看出爱奇艺公司在黄金VIP会员不同意“付费超前点播”服务时并没有提供退还VIP会员费等解除合同的救济途径，也就是说上述条款约定不同意变更可以行使解除权，但实际并未提供解除权行使的有效途径，故本院认为此种约定属于合同变更的内容约定不明确的情形，应推定为未变更。因此吴声威在并未购买“付费超前点播”的情景下继续使用黄金VIP会员服务的行为只能推定为其同意按照增加“付费超前点播”条款前的协议履行合同，并不能推定其已经同意了爱奇艺公司对“付费超前点播”条款的变更。同时爱奇艺公司未经对方当事人同意改变合同的内容亦构成对原合同义务的违反，爱奇艺公司应当承担违约责任。

关于一审法院对VIP会员协议6.2的论述，主要阐述的是该条为什么不能对吴声威产生变更合同条款的效力，并未在判项中明确该条款的效力，不存在爱奇艺公司认为的超出诉讼请求裁判的问题。需要着重指出的是，网络服务合同格式条款中与消费者有重大利害关系的内容，要求格式合同提供方尽到显著提示义务，简单地登录即同意变更并不是一个有效的提示，一审判决倡导的明示同意的变更方式，意在引导格式合同提供方通过从基于不充分通知和被迫同意的方式转变为基于充分通知和真实合意的方式来实现对网络环境下用户权益的保护与互联网产业发展的平衡。

对于一审判决说理部分关于“上述便捷的技术能力和实践能力，完全可以同时运用到VIP会员在订立合同、变更合同、解除合同等各环节中去”等诸如此类的阐述，本院认为，这是对互联网行业目前的问题和情况提出的建议，是人民法院参与网络社会治理的体现，意在稳定社会预期，而且一审法院在说理部分并未超出当事人的诉讼请求范围进行论述，因此爱奇艺公司对一审法院说理部分提出的上诉请求，本院不予支持。

综上，一审法院认定爱奇艺公司增加“付费超前点播”条款既不成立单方变更合同，又不成立协商一致变更合同，爱奇艺公司2019年12月8日增加的“付费超前点播”条款对吴声威不发生法律效力并无不当，本院予以确认。爱奇艺公司的主张于法无据，本院不予支持。

本院还注意到，爱奇艺公司在一审和二审过程中强调爱奇艺公司的“涉案VIP会员协议”符合网络服务特性和行业惯例并列举数十个热门APP的会员或用户服务协议或者热门网站服

务协议条款予以佐证。对此，学理上的通说认为，惯例或习惯都是一种行为模式，是为了达到一定的利益诉求。惯例通常是既有利于自己的利益，同时又与其他利益相关者的正当利益不相冲突，在此前提下，惯例是一种经济上节约、法律上又合法的行为模式，只有符合既便捷又合法的惯例，才具有法律效力。因此，本院认为“涉案VIP会员协议”是否符合网络服务特性并形成行业惯例并不是以已经存在、用得多作为判断标准，而应以符合法律规定、维护各利益相关方合法权益、具有行业一致性、符合行业发展方向为判断标准。

三、一审法院确定的违约责任是否恰当

依据合同法第一百零七条和第一百一十三条规定，爱奇艺公司构成违约，应当承担继续履行、赔偿损失的违约责任。关于继续履行一节，一审法院判令爱奇艺公司在法院酌情确定延长的会员期限内承担继续履行原合同的义务系综合考量吴声威受到的实际影响、吴声威在一审的诉讼请求、本案的具体情况等因素作出的，符合法律规定，本院予以确认。爱奇艺公司主张技术上无法实现针对吴声威定制会员权益，该判项与互联网商业实践太远，无法实际履行的上诉理由没有事实与法律依据，本院不予支持。关于赔偿损失一节，吴声威支出的公证费属于因爱奇艺公司违约行为造成的损失，于法有据，本院亦予以确认。

综上所述，北京爱奇艺科技有限公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费50元，由北京爱奇艺科技有限公司负担（已交纳）。

本判决为终审判决。

审判长 程 琥

审判员 石东弘

审判员 张勤缘

二〇二〇年十二月九日

法官助理 杨宗腾

书记员 盛 阳

附件二

境外 CCP 监管规则介绍

概述

一、 亚太及美国司法管辖区内有关 CCP 的监管部门及法律规定

CCP (Central Counterparties) 系金融市场基础制度的一部分。在金融衍生品交易中, CCP 作为结算的基石, 构成市场运作的核心与命脉, 关系到整个金融市场运行的健康、安全与高效。尤其是 2008 金融危机之后, 全球各个金融市场均意识到场外金融衍生品的风险及 CCP 对于该等风险的防控作用, CCP 被视为降低市场风险及增加市场效率的“利器”。当前, 越来越多主流金融市场为增加透明度与市场稳定性, 要求场外金融衍生品必须在认定的 CCP 中进行结算。

需要注意的是, CCP 类似于“功能标签”, 即该清算机构具备中央对手清算制度。从法律层面来看, 亚太及美国司法管辖区之中, 一般会采用独立的法律概念, 如: “recognized clearing house” “approved clearing houses” 以描述该类由有权部门认定的场外金融衍生品中央对手方清算机构。

(一) 美国 (CFTC)

《商品交易法》Section 2 (h) (1) (A) “清算标准” 规定: “掉期交易在被清算时, 除非该主体将这种掉期交易提交给根据本章注册的衍生品清算机构或根据本章免于注册的衍生品清算机构, 否则该主体参与其中是违法的。” 因此, 在美国 Swap 交易必须在根据《商品交易法》注册的衍生品清算机构完成清算。

Commodity Exchange Act Section 2 (h) Clearing Requirement (1) In General (A) Standard for clearing:

It shall be unlawful for any person to engage in a swap unless that person submits such swap for clearing to a derivatives clearing organization that is registered under this chapter or a derivatives clearing organization that is exempt from registration under this chapter if the swap is required to be cleared.

并且,《商品交易法》中第 7a-1 节针对“*derivatives clearing organization*”注册申请、资质要求等作出专门规定, 衍生品机构需向 CFTC 注册。

《多德-弗兰克华尔街改革和消费者保护法》第 803 节 (8) 规定: “(8) 监管机构 (A) 一般情况下, ‘监管机构’是指根据联邦银行、证券和商品

期货法律对指定的金融市场公用事业公司具有主要管辖权的联邦机构，具体如下：(i) 对于作为在证券和交易委员会注册的结算机构的指定金融市场公用事业公司，监管机构为证券和交易委员会；(ii) 对于作为注册于商品期货交易委员会的衍生品清算机构的指定金融市场公用事业公司，监管机构为商品期货交易委员会……”

Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act

Section 803 (8) SUPERVISORY AGENCY.

(A) IN GENERAL. The term ‘Supervisory Agency’ means the Federal agency that has primary jurisdiction over a designated financial market utility under Federal banking, securities, or commodity futures laws, as follows:

(i) The Securities and Exchange Commission, with respect to a designated financial market utility that is a clearing agency registered with the Securities and Exchange Commission.

(ii) The Commodity Futures Trading Commission, with respect to a designated financial market utility that is a derivatives clearing organization registered with the Commodity Futures Trading Commission……

即根据注册的有权机构不同，注册于商品期货交易委员会（CFTC）的衍生品清算机构，则由 CFTC 负责监管。

（二） 香港特区（SFC）

根据香港特区证券及期货监察委员会（SFC）官网“场外衍生品监管制度”显示：“为了解决 2008 年全球金融危机凸显的场外衍生品市场的结构性缺陷，立法会于 2014 年 3 月 26 日颁布了《2014 年证券及期货（修订）条例》（修订条例）。修订条例为香港场外衍生品市场提供了监管框架。修订条例现正分阶段实施：第一阶段于 2015 年 7 月 10 日生效，涉及强制报告某些利率互换（IRS）和不可交割远期交易以及相关记录保存义务以及新制度的总体框架；第二阶段涉及（i）以港元或 G4 货币之一（即美元、欧元、英镑或日元）对标准化 IRS 的某些交易进行强制清算，以及相关的记录保存义务，同时指定中央交易对手进行强制清算；以及（ii）扩大强制报告，以涵盖所有五个关键资产类别（即利率、外汇、股票、信贷和商品）下的场外衍生品。这分别于 2016 年 9 月 1 日和 2017

年 7 月 1 日实施……”可见，SFC 负责香港特区场外衍生品及 CCP 的监管。

OTC derivatives regulatory regime

To address the structural deficiencies in the over-the-counter (OTC) derivatives market highlighted by the 2008 global financial crisis, the Legislative Council enacted the Securities and Futures (Amendment) Ordinance 2014 (Amendment Ordinance) on 26 March 2014. The Amendment Ordinance provides a regulatory framework for the OTC derivatives market in Hong Kong.

The Amendment Ordinance is being implemented in stages:

The first stage came into effect on 10 July 2015, involving mandatory reporting of transactions in certain interest rate swaps (IRS) and non-deliverable forwards and related record keeping obligations together with the general framework of the new regime;

The second stage involves (i) mandatory clearing of certain transactions of standardised IRS in HKD or one of the G4 currencies (i.e. USD, EUR, GBP or JPY) and related record keeping obligations, together with designation of central counterparties for the purposes of mandatory clearing; and (ii) expanding mandatory reporting so that OTC derivatives under all five key asset classes (namely interest rates, foreign exchange, equities, credit and commodities) are covered. This was implemented on 1 September 2016 and 1 July 2017 respectively……

(三) 新加坡 (MAS)

《证券和期货法》第 129C (1) 规定：“作为指定衍生品合约一方的特定主体必须在有关部门根据第 129G 节制定的法规规定的时间内，通过由受批准清算机构或受认可清算机构运营的清算设施，根据受批准清算机构或受认可清算机构（视情况而定）的业务规则完成清算。”及新加坡金融监管局 (MAS) 媒体公告“MAS 要求场外衍生品必须中央清算以减少系统性风险” (<https://www.mas.gov.sg/news/media-releases/2018/mas-requires-otc-derivatives-to-be-centrally-cleared-to-mitigate-systemic-risk>)，可见，在新加坡场外衍生品必须在受批准清算机构或受认可清算机构完成清算。

Securities and Futures Act 2001

129C.—(1) Every specified person who is a party to a specified derivatives contract must, within such time as the Authority may prescribe by regulations made under section 129G, cause the specified derivatives contract to undergo clearing, by a clearing facility operated by an approved clearing house or a recognised clearing house, in accordance with the business rules of the approved clearing house or recognised clearing house, as the case may be.

此外，《证券和期货法》第 2 条针对“有权部门”规定为：“根据《金融监管法》设立的新加坡金融监管局”

Securities and Futures Act 2001

2.—(1) In this Act, unless the context otherwise requires —

“Authority” means the Monetary Authority of Singapore established under the Monetary Authority of Singapore Act 1970

二、 亚太及美国司法管辖区内有关 OTC 清算规则的审批规则

(一) 美国

根据 CFTC 制定的《商品期货交易组织规章》，在 CFTC 登记的衍生品清算机构可分为“衍生品清算机构”(derivatives clearing organizations, DCO)和“具有系统重要性的衍生品清算组织”(systemically important derivatives clearing organizations, SIDCO)。

1. DOC

根据规则内容的不同，DCO 制定的新规或对已有规则的修订有以下 4 种生效方式：

- a) 自愿提交给 CFTC 审批的，审批后生效¹；
- b) 未经审批的，DCO 需要提交自证 (Self-Certification)，证明规则内容符合法律规定，CFTC 审阅 (Review) 阶段后，规则才能实施²，若 CFTC 在审阅阶段提出反对意见，则无法实施；

¹ <https://www.ecfr.gov/current/title-17/chapter-I/part-40/section-40.5>

² <https://www.ecfr.gov/current/title-17/chapter-I/part-40/section-40.6>

- c) 对规则的非实质性修改³，只需通知 CFTC 即可实施⁴；
- d) 行政程序、行政惯例等事项的修改，无须通知 CFTC，即可实施⁵。

2. SIDCO

基本与 DCO 相同，但对于规则的“重大变更”（CFTC 明确了违约处置属于重大变更），必须至少提前 60 天通知 CFTC，自证修改的合法性，经过 CFTC 审阅（Review）通过后才能实施。

《CFTC 规则》

§40.10 具有系统重要性的衍生品清算机构提交规则的特别认证程序。

(a) 提前通知。被金融稳定监督委员会指定为具有系统重要性的衍生品清算机构的注册衍生品清算组织，应在对其规则、程序或业务的任何拟议变化可能对具有系统重要性的衍生品清算组织提出的风险的性质或水平产生重大影响之前，至少提前 60 天向委员会发出通知。根据本节提交的通知应符合第 40.6 (a) (1) 条的备案要求和第 40.6 (a) (2) 条的网站发布要求……

(b) 重要性。当用于确定对具有系统重要性的衍生品清算机构的规则、程序或业务的变更时，“对所呈现的风险的性质或水平产生重大影响”一语是指存在合理可能性的事项，该变更可能影响基本清算和结算功能的履行或具有系统重要性的衍生品清算组织所呈现的风险的总体性质或水平。这些变化可能包括但不限于对财务资源、参与者和产品资格、风险管理（包括与保证金和压力测试有关的事项）、日常或日内结算程序、**违约程序**、系统保障措施（业务连续性和灾难恢复）和治理有重大影响的变化。如果具有系统重要性的衍生品清算组织确定某项拟议的变更并不重要，因此没有根据本第 40.10 条提交预先通知，但委员会确定该变更是重要的，委员会可以要求该具有系统重要性的衍生品清算组织撤回拟议的变更，并根据本条提供通知。

³ 非实质性的修订。纠正印刷错误、重新编号、定期对注册实体的识别信息进行例行更新，以及对产品条款和条件的其他此类对经济特性没有影响的修改。。

⁴ <https://www.cftc.gov/IndustryOversight/RuleAmendments/index.htm>

⁵ <https://www.cftc.gov/IndustryOversight/RuleAmendments/index.htm>

CFTC Regulations

§ 40.10 Special certification procedures for submission of rules by systemically important derivatives clearing organizations.

(a) Advance notice. A registered derivatives clearing organization that has been designated by the Financial Stability Oversight Council as a systemically important derivatives clearing organization shall provide notice to the Commission not less than 60 days in advance of any proposed change to its rules, procedures, or operations that could materially affect the nature or level of risks presented by the systemically important derivatives clearing organization. A notice submitted under this section shall be subject to the filing requirements of § 40.6(a)(1) and the Web site publication requirements of § 40.6(a)(2)……

(b) Materiality. The term “materially affect the nature or level of risks presented,” when used to qualify determinations on a change to rules, procedures, or operations of a systemically important derivatives clearing organization, means matters as to which there is a reasonable possibility that the change could affect the performance of essential clearing and settlement functions or the overall nature or level of risk presented by the systemically important derivatives clearing organization. Such changes may include, but are not limited to, changes that materially affect financial resources, participant and product eligibility, risk management (including matters relating to margin and stress testing), daily or intraday settlement procedures, default procedures, system safeguards (business continuity and disaster recovery), and governance. If a systemically important derivatives clearing organization determines that a proposed change is not material and therefore does not file an advance notice under this § 40.10, but the Commission determines that the change is material, the Commission may require the systemically important derivatives clearing organization to withdraw the proposed change and provide notice pursuant to this section.

(二) 香港特别行政区

《证券及期货条例》第 41 (1) 规定：“除第 (7) 款另有规定外，认可结算所的规章（不论是否根据第 40 条订立）或对该等规章的修订须获证监会书面批准，否则不具效力”。该条第 (7) 款规定：“证监会可藉宪报公告宣布认可结算所的某类别的规章（违责处理规则除外）无须根据第 (1) 款获批准，而任何属于该类别的该结算所规章（包括对该等规章的修订）即使没有根据第 (1) 款获批准，仍属有效”。即，在香港特区，与违约相关的规则必须经审批。

Securities and Futures Ordinance

41 Approval of rules or amendments to rules of recognized clearing house

(1) Subject to subsection (7), no rule (whether or not made under section 40) of a recognized clearing house or any amendment thereto shall have effect unless it has the approval in writing of the Commission.

.....

(7) The Commission may, by notice published in the Gazette, declare any class of rules of a recognized clearing house (except any default rules of the clearing house) to be a class of rules which are not required to be approved under subsection.

同时，香港交易所下属子公司香港场外结算有限公司，在其《场外汇率及外汇衍生品清算规则》第 201 条“修改”针对规则修改作出规定：“在遵守《证券及期货条例》和香港场外结算有限公司章程的前提下……”，即《场外汇率及外汇衍生品清算规则》亦明确其修改必须先行符合《证券及期货条例》。

OTC Clear Rates and FX Derivatives Clearing Rules

201 Amendment

Subject to the SFO and the Articles of Association of OTC Clear:

(三) 新加坡

《新加坡证券及期货法案》第 23 条 (2) 规定：“核准清算所不得对其业务规则作出任何修订，除非其符合有权机关所制定的要求”。即，在新加坡地区，符合场外衍生品中央对手清算的核准清算所享有的规则修改权

限是被严格限制的。

Securities and Future Act 2001

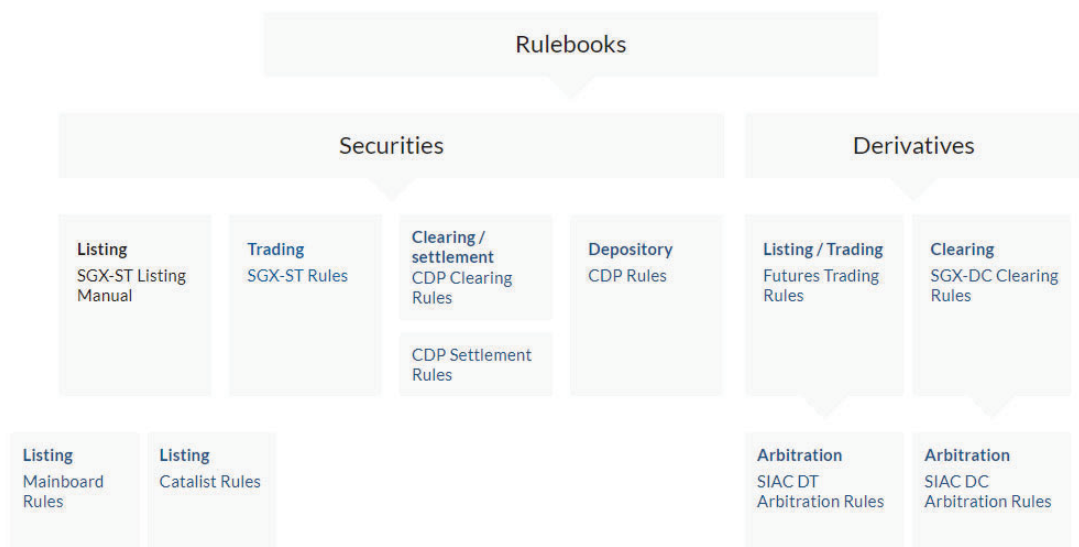
66. Business Rules of approved clearing houses

(2) An approved clearing house must not make any amendment to its business rules unless it complies with such requirements as the Authority may prescribe

同时,《新加坡交易所衍生品清算规则》(注:对应场外金融衍生品清算)第 1.05.1 条的规定:“除非清算所符合有权机关、《新加坡证券及期货法案》或任何适用法律规定的要求,否则不得对本规则进行任何修订,即清算所的不得自行修改规则”。

SGX-DC Clearing Rules

1.05.1 The Clearing House is prohibited from making any amendments to this Rules unless it complies with such requirements as prescribed by the Authority, under the SFA or under any applicable laws.



(新加坡交易所关于 Rulebooks 分类图)

附件三

上海清算所《违约处置文件》 对比表

上海清算所《违约处置文件》对比汇总表

文件名称	《清算业务规则》	《清算业务指南》（第八版）	《违约处置指引》（第二版）
违约认定	会员未按照规定履行保证金交纳或结算义务，上清所有权认定违约；	运营性违约的次一工作日未及时补足保证金的，构成永久性违约。	会员未及时消除运营性违约，应出具 书面承诺 ，承诺该运营性违约的 次一工作日 能在违约处置关键时点之前完成相关履约义务，否则将构成永久性违约；
违约分类	违约 分类 为运营性违约和永久性违约；永久性违约是指发生除“未按照规定履行保证金交纳或结算义务”以外的违约事件，发生运营性违约但违约清算会员未在 违约处置关键时点 （各业务均设有违约处置的关键时点）前履行承诺。	保证金 追加时点 为次一日15:00 (第3.3.1、3.3.2.3、6.4.1条)	各业务 违约处置关键时点 为《银行间市场集中清算业务指南》规定的违约资金种类对应的正常结算时点。
运营性违约处置措施	列举5种措施 (第49条)	列举5种措施 (第3.3.2.1条)	列举6种措施， 新增1种 (第6条)
永久性违约处置措施	列举 可选择适用 的9种措施，包括召集 违约处置专家组 协助违约处置。 (第50条)	列举10种措施， 新增1种 (第3.3.2.3条)	列举14种措施， 新增5种 (第7条)
其他义务	/	/	新增清算会员的 配合义务、保密义务 (第9条)
具体违约处置流程	仅列举平仓拍卖流程，未进行具体定义、说明。 (第52条)	/	首次规定头寸分割、风险对冲、头寸拍卖的详细流程；首次明确这些流程中 需要由专家组参与操作 ，并为专家组工作设置相应 工作原则、免责条款 (第42、43、45条)
违约处置专家组的详细规定	/	规定专家组 人员构成方式 ；规定专家组决策 需由上海清算所风险管理委员会审批通过 (第3.3.4条)	明确列举专家组的 具体职能、决策原则 (第22、23、24、25、27条)

上海清算所《违约处置文件》对比详表

文件名称	《清算业务规则》	《清算业务指南》（第八版）	《违约处置指引》（第二版）
违约认定	<p>第47条 违约判定 清算会员出现包括但不限于下述情形时，上海清算所有权认定该清算会员违约：</p> <p>(一) 未按照规定履行保证金交纳或结算义务；</p> <p>(二) 经营状况、财务状况持续恶化，不能清偿到期债务或明显缺乏清偿能力；</p> <p>(三) 解散（出于联合、合并或重组目的而发生的解散除外）；</p> <p>(四) 监管部门启动针对其的停业整顿、破产、清算、托管、接管、机构重组、行政重组、撤销等行政或司法程序；自身或其债权人启动针对其的接管、重整、破产、清算等行政或司法程序；</p> <p>(五) 通过停业、清算或申请破产的决议；</p> <p>(六) 就自身或自身的全部或大部分资产寻求任命临时清算人、托管人、受托人、接管人或其他类似人员，或被任命了任何前述人员；</p> <p>(七) 其债权人作为担保权人采取行动取得了其全部或大部分资产，或使其全部或实质部分资产被查封、扣押、冻结或强制执行；</p> <p>(八) 被其他清算机构、交易所判定违约或被暂停、终止会员资质，并可能导致其无法履行对上海清算所的清算义务；</p> <p>(九) 可能导致其无法履行对上海清算所相关义务的其他情况。</p>	<p>第3.3.1条违约判定清算会员出现包括但不限于下述情形时，上海清算所有权认定该清算会员违约</p> <p>(一) 未按照规定履行保证金交纳或结算义务；</p> <p>(二) 经营状况、财务状况持续恶化，不能清偿到期债务或明显缺乏清偿能力；</p> <p>(三) 解散（出于联合、合并或重组目的而发生的解散除外）</p> <p>(四) 监管部门启动针对其的停业整顿、破产、清算、托管、接管、机构重组、行政重组、撤销等行政或司法程序；自身或其债权人启动针对其的接管、重整、破产、清算等行政或司法程序；</p> <p>(五) 通过停业、清算或申请破产的决议</p> <p>(六) 就自身或自身的全部或大部分资产寻求任命临时清算人、托管人、受托人、接管人或其他类似人员，或被任命了任何前述人员；</p> <p>(七) 其债权人作为担保权人采取行动取得了其全部或大部分资产，或使其全部或实质部分资产被查封、扣押、冻结或强制执行；</p> <p>(八) 被其它清算机构、交易所判定违约或被暂停、终止会员资质，并可能导致其无法履行对上海清算所的清算义务；</p> <p>(九) 可能导致其无法履行对上海清算所相关义务的其他情况。</p>	<p>第5条（违约认定流程）清算会员在规定时间点前保证金、清算基金、结算资产（包括但不限于资金、债券和实物资产）或违约金未足额到账的，为运营性违约。</p> <p>清算会员未能及时消除该运营性违约情形的，需提供书面承诺（见附件1），承诺该运营性违约的次一工作日能在违约处置关键时点之前完成相关履约义务，否则，上海清算所有权对该清算会员进行永久性违约认定。各业务违约处置关键时点为《银行间市场集中清算业务指南》规定的违约资金种类对应的正常结算时点。</p> <p>清算会员在该运营性违约的次一工作日未及及时消除运营性违约情形，或再次发生运营性违约的，上海清算所将对清算会员进行永久性违约认定。特殊情况下清算会员可以提出宽限申请（附件2），宽限期最长为1个工作日，经上海清算所审核通过后可以暂缓执行永久性违约处置。清算会员发生除运营性违约以外的符合永久性违约认定标准的其他情形的，上海清算所将对清算会员进行永久性违约认定。</p> <p>永久性违约认定不限于出现符合永久性违约认定标准情形的特定业务，上海清算所有权认定清算会员在多个集中清算业务中同时违约。清算会员被认定为永久性违约的，上海清算所将向清算会员发送永久性违约通知（附件3）。</p>
违约分类	<p>第48条 违约分类 清算会员违约事件分为运营性违约和永久性违约。</p> <p>(一) 运营性违约：若清算会员因操作失误、系统故障、短期流动性不足等而导致暂时无法履约的为运营性违约。</p> <p>(二) 永久性违约：若清算会员出现除第四十七条第（一）款中所列情形以外的违约事件，发生运营性违约但违约清算会员未在违约处置关键时点（各业务均设有违约处置的关键时点）前履行承诺，则上海清算所可将该违约事件认定为永久性违约。</p>	<p>3.3.2.3 永久性违约若清算会员在运营性违约的次一工作日未及及时补足违约资金、保证金及违约金的或再次发生运营性违约，上海清算所有权判定会员永久性违约.....</p> <p>6.4.1.....人民币日终保证金（包括超限保证金和盯市损益结算）追加截止时点为次一工作日15:00。最低保证金追加截止时点根据上海清算所通知单据为准。未能在规定时间内成功交纳保证金的清算参与者，构成保证金违约，按保证金违约程序处理.....</p>	<p>第8条（违约认定生效）永久性违约认定结果自上海清算所作出违约认定并发出通知之时起立即生效。</p>
运营性违约处置措施	<p>第49条 运营性违约处理 若清算会员出现运营性违约，上海清算所将采取以下一项或多项措施：</p> <p>(一) 限制或暂停违约清算会员参与的业务；</p> <p>(二) 冻结违约清算会员的应收资产；</p> <p>(三) 冻结违约清算会员保证金账户和清算基金账户；</p> <p>(四) 启动银行授信和借贷机制，融入资金或证券等完成对未违约清算会员的清算结算义务；</p> <p>(五) 按照违约金额计算和征收违约金。</p> <p>违约清算会员在违约处置关键时点前，补足违约资金、保证金及违约金的，上海清算所将取消上述措施，并记录该违约清算会员运营性违约一次。</p>	<p>3.3.2.1 运营性违约 若清算会员因操作失误、系统故障、短期流动性不足等而导致暂时无法履约的为运营性违约。</p> <p>当清算会员发生运营性违约时，上海清算所有权采取以下措施：</p> <p>(一) 限制或暂停违约清算会员参与的业务</p> <p>(二) 冻结违约清算会员的应收资产；</p> <p>(三) 冻结 违约清算会员保证金账户和清算基金账户；</p> <p>(四) 启动银行授信和借贷机制，融入资金或证券等完成对未违约清算会员的清算结算义务</p> <p>(五) 按照违约金额计算和征收违约金。</p> <p>违约清算会员在违约处置关键时点前，补足违约资金、保证金及违约金的，上海清算所将取消上述措施，并记录该违约清算会员运营性违约一次。</p>	<p>第6条（运营性违约处置措施）清算会员在某项集中清算业务（以下简称违约业务）发生运营性违约的，上海清算所将采取以下一项或多项措施，直至该运营性违约情形消除：</p> <p>(一) 限制或暂停违约清算会员该违约业务，措施包括但不限于以下一种或多种：调整该清算会员违约业务清算限额、容忍度，暂停将该清算会员在违约业务中的后续交易纳入中央对手清算，暂停接受或拒绝该清算会员在违约业务中提交的各项清算服务申请（包括但不限于非现金抵押品质押/解质押、合约压缩、提前终止等）等；</p> <p>(二) 冻结违约清算会员该项违约业务的应收资产（包括资金、债券和实物资产等），资金冻结期间该部分资金不计息；</p> <p>(三) 冻结违约清算会员该项违约业务的保证金账户和清算基金账户；</p> <p>(四) 根据实际违约情况，通过银行授信机制或债券借贷机制融入资金或债券以完成违约处置期间对未违约清算会员的清算结算义务；</p> <p>(五) 涉及实物交割的，根据实物交割失败情况，启动现金差额补偿机制、违约交割分配机制等相应处理流程；</p> <p>(六) 资金违约，且未能及时消除该资金违约情形的，上海清算所按照违约清算会员违约金额经相同币种的未支付应收资金抵扣后的差额为违约金计算基数从违约日起逐日计收违约金，不足一日的，按一日计算；资产违约，且未能及时消除该资产违约情形的，上海清算所按照违约债券面额或者违约实物资产名义本金为违约金计算基数从违约日起逐日计收违约金，不足一日的，按一日计算。</p>
永久性违约处置措施	<p>第50条永久性违约处理 清算会员被判定为永久性违约后，除第四十九条相关措施外，上海清算所还可根据各集中清算业务具体情况，采取以下一项或多项措施：</p> <p>(一) 终止该违约清算会员参与业务的资质。</p> <p>(二) 启动非现金类抵押品（若有）的快速处置流程。上海清算所有权将非现金类抵押品部分或全部变现，用于弥补违约处置损失。</p> <p>(三) 召集违约处置专家组，协助上海清算所进行违约处置。</p> <p>(四) 如违约清算会员为综合清算会员，上海清算所对其未违约且在移仓前满足应付资金要求（包括保证金和结算资金）的被代理非清算会员进行移仓。</p> <p>(五) 通过强行平仓等措施快速处理违约清算会员的未平仓头寸，并执行资产和头寸的转移。</p> <p>(六) 使用风险准备资源弥补对违约清算会员头寸强行平仓造成的损失。</p> <p>(七) 关闭违约清算会员在上海清算所的相关账户，终止其清算会员资质。</p> <p>(八) 向监管机构报告违约清算会员的违约及处置情况。</p> <p>(九) 及时向市场披露违约清算会员的违约及处置情况。</p>	<p>3.3.2.3 永久性违约若清算会员在运营性违约的次一工作日未及及时补足违约资金、保证金及违约金的或再次发生运营性违约，上海清算所有权判定会员永久性违约。清算会员发生除运营性违约以外的符合3.3.1中所列情形的，上海清算所应在合理期限内对清算会员是否永久性违约作出判定。当清算会员被认定为永久性违约时，上述运营性违约处置中所涉及措施外，上海清算所还可采取以下一项或多项措施：</p> <p>(一) 终止该违约清算会员参与业务的资质；</p> <p>(二) 启动非现金类抵押品（若有）的快速处置流程。上海清算所有权将非现金类抵押品部分或全部变现，用于弥补违约处置损失</p> <p>(三) 按最处置违约清算会员应收资产（包括资金、债券和实物资产）和保证金，以完成违约处置期间相关支付义务或偿还银行授信及借贷的债务；</p> <p>(四) 根据实际违约情形，召集违约处置专家组，协助上海清算所进行违约处置；</p> <p>(五) 如违约清算会员为综合清算会员，上海清算所对其未违约且在移仓前满足应付资金要求（包括保证金和结算资金）的被代理非清算会员进行移仓；</p> <p>(六) 通过强行平仓等措施快速处理违约清算会员的未平仓头寸，并执行资产和头寸的转移</p> <p>(七) 使用风险准备资源弥补 对违约清算会员头寸强行平仓造成的损失；</p> <p>(八) 关闭违约清算会员在上海清算所的相关账户终止其清算会员资质；</p> <p>(九) 向监管机构报告违约清算会员的违约及处置情况；</p> <p>(十) 及时向市场披露违约清算会员的违约及处置情况。</p>	<p>第7条（永久性违约处置措施）清算会员被认定为永久性违约的，除上述运营性违约处置中所涉及措施外，上海清算所还可采取以下一项或多项措施：</p> <p>(一) 终止该违约清算会员参与相应集中清算业务的资质。</p> <p>(二) 将该违约清算会员相应集中清算业务的头寸、抵押品转移至上海清算所违约处置专用账户。</p> <p>(三) 启动非现金类抵押品（若有）的快速处置流程（附件4）。上海清算所有权将非现金类抵押品部分或全部变现，用于弥补违约处置损失。此处所指非现金类抵押品包括清算会员自营业务以及未成功移仓代理业务对应提交的非现金类抵押品。</p> <p>(四) 按最处置违约清算会员应收资产（包括资金、债券和实物资产）和保证金，以完成违约处置期间相关支付义务或偿还银行授信及借贷的债务。</p> <p>(五) 涉及实物交割的，根据实物交割失败情况，启动现金差额补偿机制、违约交割分配机制等相应处置流程。</p> <p>(六) 根据实际违约情形，召集违约处置专家组，协助上海清算所进行违约处置。</p> <p>(七) 如违约清算会员为综合清算会员，上海清算所根据第三章移仓相关规定，对其未违约且符合条件的被代理非清算会员进行移仓。</p> <p>(八) 对违约清算会员头寸（包括自营业务头寸和未移仓代理业务头寸）执行强行平仓，强行平仓操作流程参照各业务相关章节。</p> <p>(九) 根据强行平仓情况，上海清算所依据各业务违约处置操作指引中强制结算相关规定执行强制结算。</p> <p>(十) 依据强行平仓处置结果执行现金和非现金抵押品、头寸的转移。</p> <p>(十一) 依据损失分摊流程（见附件5），依次使用风险准备资源弥补对违约清算会员头寸强行平仓或强制结算（若有）造成的损失。</p> <p>(十二) 关闭违约清算会员在上海清算所的相关账户，终止其清算会员资质。</p> <p>(十三) 向监管机构报告违约清算会员的违约及处置情况。</p> <p>(十四) 及时向市场披露违约清算会员的违约及处置情况。涉及风险准备金使用的，向相关会员披露风险准备金使用情况。</p>

其他义务	/	/	<p>第9条（违约处置配合）一旦发生违约事件（包括运营性违约和永久性违约），上海清算所将立即展开针对性调查。调查形式可采取以下一种或几种，包括但不限于市场公开信息跟踪、对违约清算会员开展现场调查、召开上海清算所风险管理委员会等。上海清算所向违约清算会员调查违约情况时，相关人员应根据上海清算所的要求，及时、完整地提供相关材料。违约清算会员对违约处置相关保密信息负有保密义务。清算会员有义务配合上海清算所进行违约处置，并对其提供材料的准确性、真实性、完整性承担法律责任。</p>
具体违约处置流程	<p>第52条 强行平仓 强行平仓分为平仓拍卖和合约多边净额终止两种方式。优先采用平仓拍卖方式，若平仓拍卖失败，可采用合约多边净额终止。上海清算所按照以下流程执行平仓拍卖：头寸分割、风险对冲、风险资源分摊（拍卖激励池）、头寸拍卖。</p> <p>第53条 违约移仓 综合清算会员违约，履约非清算会员可指定新综合清算会员，由上海清算所执行移仓。</p>	/	<p>第42条（强行平仓方式）强行平仓分为平仓拍卖和合约多边净额终止两种方式。优先采用平仓拍卖方式，若平仓拍卖失败，可采用合约多边净额终止。</p> <p>第43条（平仓拍卖）上海清算所将邀请未违约清算会员参与待平仓头寸的拍卖，并以拍卖成交价对待平仓头寸转移到竞标成功的清算会员头寸账户。</p> <p>第45条（平仓拍卖流程）上海清算所按照以下流程执行平仓拍卖：头寸分割、结售汇交易、风险对冲、拍卖激励池、头寸拍卖。</p> <p>（一）头寸分割：上海清算所将根据违约清算会员待平仓头寸的交易类型和风险敞口等因素决定是否进行头寸分割以及头寸分割方式。违约处置专家组应以便于完成风险对冲和减少平仓拍卖风险为目标，提供方案。</p> <p>（二）柜台结售汇交易：清算会员违约后，上海清算所可针对逾期的现金头寸及临近结算的头寸执行柜台结售汇交易，通过处置违约清算会员应收资产弥补支付缺口以完成违约处置期对未违约清算会员的清算义务。</p> <p>（三）风险对冲：上海清算所将针对待平仓头寸在银行间市场达成对冲交易，将违约清算会员的待拍卖头寸组合的风险敞口降低到可容忍的范围内，具体可容忍范围由上海清算所根据实际情况确定。违约处置专家组应以减少对冲损失为目标，提供对冲交易的方案。</p> <p>风险对冲过程中的交易由上海清算所委托清算会员在银行间外汇市场与市场参与机构达成。依据违约处置专家组提供并经上海清算所同意后的对冲交易方案实施所达成的对冲交易价格合理有效，上海清算所不保证该成交价格的即时最优。上海清算所有权对待拍卖头寸组合执行多次对冲或不进行对冲。对冲交易达成后，上海清算所将委托中国外汇交易中心以应急录入方式录入反向交易，将受托交易转移至上海清算所。</p> <p>（四）拍卖激励池：启动拍卖前，为预估拍卖每个头寸组，合在拍卖时所能承受的损失，上海清算所为每个待拍卖头寸组合分摊相应的风险资源（拍卖激励池）……</p>
违约处置专家组的详细规定	/	<p>3.3.6违约处置专家组</p> <p>（一）为妥善处置清算会员违约事件，减轻违约事件给市场带来的影响，提高违约处置流程的执行效率，上海清算所根据各集中清算业务具体需要成立违约处置专家组。</p> <p>（二）违约处置专家组的主要职能是提供违约处置意见并协助上海清算所进行违约处置。是否采纳上述违约处置意见，由风险管理委员会决定。</p> <p>（三）违约处置专家组的成员包括：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.上海清算所风险管理委员会主席或其授权人担任违约处置专家组组长； 2.违约处置专家组合作机构； 3.上海清算所风险管理委员会委员； 4.风险管理委员会认为适合的人员。 <p>违约处置相关未尽事宜详见《银行间市场清算所股份有限公司集中清算业务违约处置指引》。</p>	<p>第22条（违约处置专家组职能）违约处置专家组的主要职能是提供违约处置意见并协助上海清算所进行违约处置。具体包括：</p> <ol style="list-style-type: none"> （一）以便于完成风险对冲和减少平仓拍卖损失为目标，拟定违约清算会员头寸分割方案； （二）以减少对冲损失为目标，拟定违约清算会员未平仓合约的对冲交易方案，拟定对冲交易的要素、策略； （三）按需制定平仓拍卖的时间表和执行方案，监督平仓拍卖流程的公平公正； （四）经上海清算所审核通过的以上款项为合理方案，违约处置专家组应协助实施相关方案； （五）参加上海清算所组织的违约处置专家组会议，评估最新违约处置流程的合理性，并参与违约处置模拟演练； （六）需要违约处置专家组处置的其他事项。 <p>第23条（违约处置专家组的组成）</p> <p>第24条（违约处置专家组合作机构）</p> <p>第25条（违约处置专家组工作章程）</p> <p>第27条（利益冲突）违约处置专家组成员应严格遵守《银行间市场清算所股份有限公司违约处置专家组工作章程》的规定，上海清算所做出违约处置相关决策以及违约处置专家组履行专家组织责任最大程度保护上海清算所风险资源，并以维护金融市场和中央对手方稳定为优先。</p>

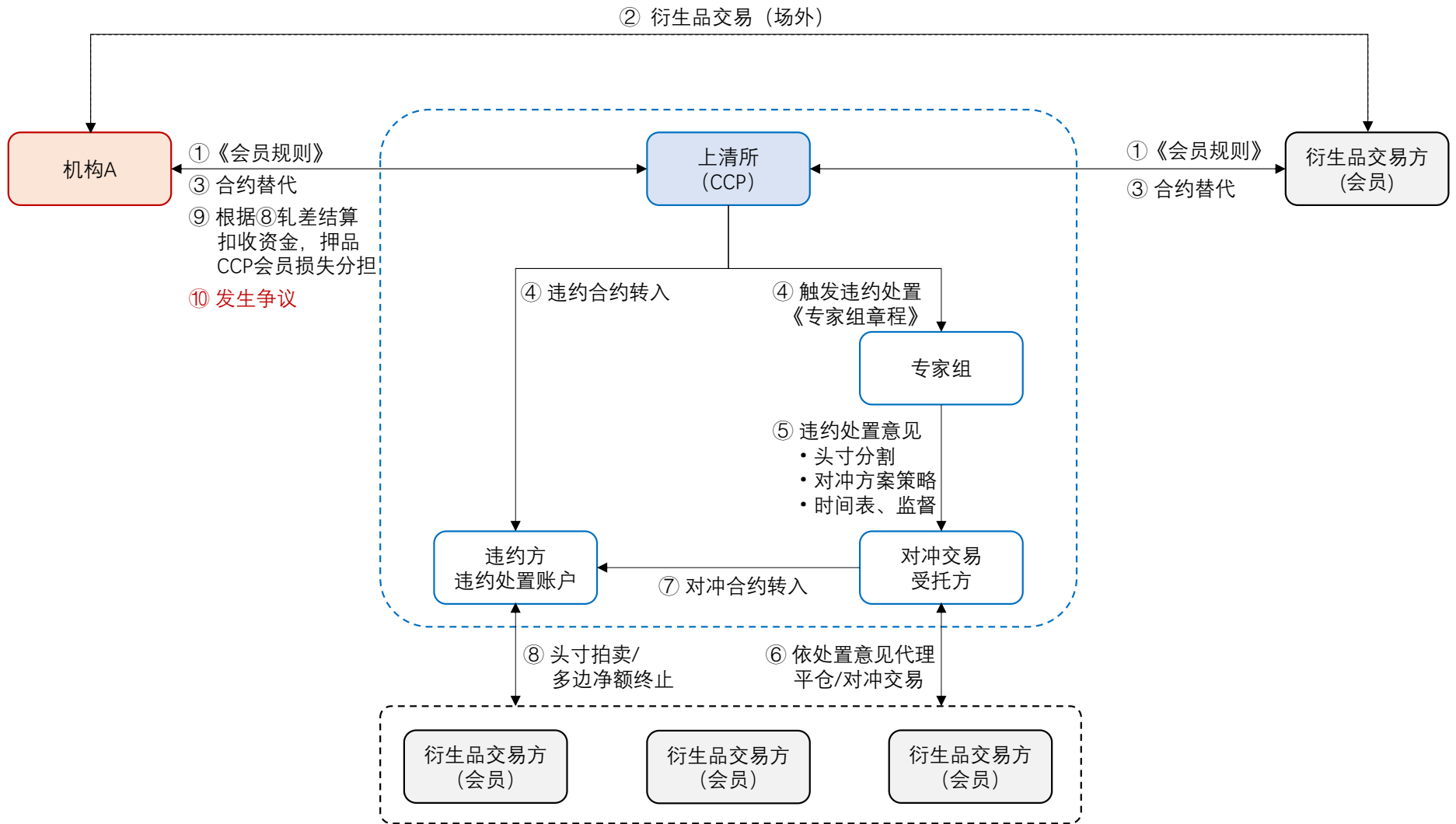
《违约处置指引》修订内容对比

《违约处置指引》（第一版）	《违约处置指引》（第二版）	修改内容概述
<p>第七条（永久性违约处置措施）清算会员被认定为永久性违约的，除上述运营性违约处置中所涉及措施外，上海清算所还可采取以下一项或多项措施：</p> <p>（一）终止该违约清算会员参与相应集中清算业务的资质。</p> <p>（二）启动非现金类抵押品（若有）的快速处置流程（附件4）。上海清算所有权将非现金类抵押品部分或全部变现，用于弥补违约处置损失。此处所指非现金类抵押品包括清算会员自营业务以及未成功移仓代理业务对应提交的非现金类抵押品。</p> <p>（三）按需处置违约清算会员应收资产（包括资金、债券和实物资产）和保证金，以完成违约处置期间相关支付义务或偿还银行授信及借贷的债券。</p> <p>（四）涉及实物交割的，根据实物交割违约情况，启动违约交割分配机制等相应处置流程。</p> <p>（五）根据实际违约情形，召集违约处置专家组，协助上海清算所进行违约处置。</p> <p>（六）如违约清算会员为综合清算会员，上海清算所根据第三章移仓相关规定，对其未违约且符合条件的被代理非清算会员进行移仓。</p> <p>（七）对违约清算会员头寸（包括自营业务头寸和未移仓代理业务头寸）执行强行平仓，强行平仓操作流程参照各业务相关章节。</p> <p>（八）根据强行平仓情况，上海清算所依据各业务违约处置操作指引中强制结算相关规定执行强制结算。</p> <p>（九）依据强行平仓处置结果执行现金和非现金抵押品、头寸的转移。</p> <p>（十）依据损失分摊流程（见附件5），依次使用风险准备资源弥补对违约清算会员头寸强行平仓或强制结算（若有）造成的损失。</p> <p>（十一）关闭违约清算会员在上海清算所的相关账户，终止其清算会员资质。</p> <p>（十二）向监管机构报告违约清算会员的违约及处置情况。</p> <p>（十三）及时向市场披露违约清算会员的违约及处置情况，涉及风险准备金使用的，向相关会员披露风险准备金使用情况。</p>	<p>第七条（永久性违约处置措施）清算会员被认定为永久性违约的，除上述运营性违约处置中所涉及措施外，上海清算所还可采取以下一项或多项措施：</p> <p>（一）终止该违约清算会员参与相应集中清算业务的资质。</p> <p>（二）将该违约清算会员相应集中清算业务的头寸、抵押品转移至上海清算所违约处置专用账户。</p> <p>（三）启动非现金类抵押品（若有）的快速处置流程（附件4）。上海清算所有权将非现金类抵押品部分或全部变现，用于弥补违约处置损失。此处所指非现金类抵押品包括清算会员自营业务以及未成功移仓代理业务对应提交的非现金类抵押品。</p> <p>（四）按需处置违约清算会员应收资产（包括资金、债券和实物资产）和保证金，以完成违约处置期间相关支付义务或偿还银行授信及借贷的债券。</p> <p>（五）涉及实物交割的，根据实物交割失败情况，启动现金差额补偿机制、违约交割分配机制等相应处置流程。</p> <p>（六）根据实际违约情形，召集违约处置专家组，协助上海清算所进行违约处置。</p> <p>（七）如违约清算会员为综合清算会员，上海清算所根据第三章移仓相关规定，对其未违约且符合条件的被代理非清算会员进行移仓。</p> <p>（八）对违约清算会员头寸（包括自营业务头寸和未移仓代理业务头寸）执行强行平仓，强行平仓操作流程参照各业务相关章节。</p> <p>（九）根据强行平仓情况，上海清算所依据各业务违约处置操作指引中强制结算相关规定执行强制结算。</p> <p>（十）依据强行平仓处置结果执行现金和非现金抵押品、头寸的转移。</p> <p>（十一）依据损失分摊流程（见附件5），依次使用风险准备资源弥补对违约清算会员头寸强行平仓或强制结算（若有）造成的损失。</p> <p>（十二）关闭违约清算会员在上海清算所的相关账户，终止其清算会员资质。</p> <p>（十三）向监管机构报告违约清算会员的违约及处置情况。</p> <p>（十四）及时向市场披露违约清算会员的违约及处置情况，涉及风险准备金使用的，向相关会员披露风险准备金使用情况。</p>	<p>新增：一项永久性违约处置措施</p>
<p>第九条（违约处置配合）一旦发生违约事件（包括运营性违约和永久性违约），上海清算所将立即展开针对性调查。调查形式可采取以下一种或几种，包括但不限于市场公开信息跟踪、对违约清算会员开展现场调查、召开上海清算所风险管理委员会等。上海清算所向违约清算会员调查违约情况时，相关人员应根据上海清算所的要求，及时、完整地提供相关材料。清算会员有义务配合上海清算所进行违约处置，并对其提供材料的准确性、真实性、完整性承担法律责任。</p>	<p>第九条（违约处置配合）一旦发生违约事件（包括运营性违约和永久性违约），上海清算所将立即展开针对性调查。调查形式可采取以下一种或几种，包括但不限于市场公开信息跟踪、对违约清算会员开展现场调查、召开上海清算所风险管理委员会等。上海清算所向违约清算会员调查违约情况时，相关人员应根据上海清算所的要求，及时、完整地提供相关材料。违约清算会员对违约处置相关保密信息负有保密义务。清算会员有义务配合上海清算所进行违约处置，并对其提供材料的准确性、真实性、完整性承担法律责任。</p>	<p>新增：违约清算会员的保密义务</p>
<p>第二十二条（违约处置专家组职能）违约处置专家组的主要职能是提供违约处置意见并协助上海清算所进行违约处置。具体包括：</p> <p>（一）以便于完成风险对冲和减少平仓拍卖损失为目标，拟定违约清算会员头寸分割方案；</p> <p>（二）以获取最佳市场价格与减少对冲损失为目标，拟定违约清算会员未平仓合约的对冲交易方案，拟定对冲交易的要素、策略；</p> <p>（三）制定平仓拍卖的时间表和执行方案，监督平仓拍卖流程的公平公正；</p> <p>（四）经风险管理委员会批准后协助实施上述（一）（二）（三）方案；</p> <p>（五）参加上海清算所组织的违约处置专家组会议，评估最新违约处置流程的合理性，并参与违约处置模拟演练；</p> <p>（六）需要违约处置专家组处置的其他事项。</p>	<p>第二十二条（违约处置专家组职能）违约处置专家组的主要职能是提供违约处置意见并协助上海清算所进行违约处置。具体包括：</p> <p>（一）以便于完成风险对冲和减少平仓拍卖损失为目标，拟定违约清算会员头寸分割方案；</p> <p>（二）以减少对冲损失为目标，拟定违约清算会员未平仓合约的对冲交易方案，拟定对冲交易的要素、策略；</p> <p>（三）按需制定平仓拍卖的时间表和执行方案，监督平仓拍卖流程的公平公正；</p> <p>（四）经上海清算所审核通过的以上款项为合理方案，违约处置专家组应协助实施相关方案；</p> <p>（五）参加上海清算所组织的违约处置专家组会议，评估最新违约处置流程的合理性，并参与违约处置模拟演练；</p> <p>（六）需要违约处置专家组处置的其他事项。</p>	<p>1、删除：违约处置专家组拟定对冲交易方案时应“获取最佳商业价格”；</p> <p>2、新增：决策经上海清算所审批的方案当然合理</p>
<p>第四十四条（平仓拍卖流程）上海清算所按照以下流程执行平仓拍卖：头寸分割、结售汇交易、风险对冲、拍卖激励池、头寸拍卖。</p> <p>（三）风险对冲：上海清算所将针对待平仓头寸在银行间市场达成对冲交易，将违约清算会员的待拍卖头寸组合的风险敞口降低到可容忍的范围内，具体可容忍范围由上海清算所根据实际情况确定。违约处置专家组应以获取最佳市场价格与减少对冲损失为目标，提供对冲交易的方案。</p> <p>风险对冲过程中的交易由上海清算所委托清算会员在银行间外汇市场与市场参与机构达成。上海清算所有权对待拍卖头寸组合执行多次对冲或不进行对冲。对冲交易达成后，上海清算所将委托中国外汇交易中心以应急录入方式录入反向交易，将受托交易转移至上海清算所。</p>	<p>第四十五条（平仓拍卖流程）上海清算所按照以下流程执行平仓拍卖：头寸分割、结售汇交易、风险对冲、拍卖激励池、头寸拍卖。</p> <p>（三）风险对冲：上海清算所将针对待平仓头寸在银行间市场达成对冲交易，将违约清算会员的待拍卖头寸组合的风险敞口降低到可容忍的范围内，具体可容忍范围由上海清算所根据实际情况确定。违约处置专家组应以减少对冲损失为目标，提供对冲交易的方案。</p> <p>风险对冲过程中的交易由上海清算所委托清算会员在银行间外汇市场与市场参与机构达成。依据违约处置专家组提供并经上海清算所同意后的对冲交易方案实施所达成的对冲交易价格合理有效，上海清算所不保证该成交价格的即时最优。上海清算所有权对待拍卖头寸组合执行多次对冲或不进行对冲。对冲交易达成后，上海清算所将委托中国外汇交易中心以应急录入方式录入反向交易，将受托交易转移至上海清算所。</p>	<p>1、删除：违约处置专家组拟定对冲交易方案时应“获取最佳商业价格”；</p> <p>2、新增：决策经上海清算所审批的方案当然合理有效，上海清算所不保证成交价格即时最优</p>

附件四

违约处置交易流程图

违约处置交易流程图



附件五

中国货币网 2022 年 9 月

人民币外汇即期月报

人民币外汇即期月报 2022-09

币种	成交金额(亿元)	加权价	成交笔数
USD/CNY	57894.71	7.0351	251974
EUR/CNY	1462.15	6.9594	8770
100JPY/CNY	349.78	4.9018	4948
HKD/CNY	222.78	0.89796	2432
GBP/CNY	30.62	7.9325	410
AUD/CNY	28.89	4.6861	296
NZD/CNY	14.37	4.1599	66
SGD/CNY	13.68	4.9790	62
CHF/CNY	16.87	7.1981	188
CAD/CNY	37.07	5.2699	382
CNY/MYR	0.43	0.64756	20
CNY/RUB	7.45	8.5384	44
CNY/ZAR	0.03	2.5037	2
CNY/KRW	3.11	198.63	131
CNY/AED	0.50	0.52689	5
CNY/SAR	4.94	0.54030	1
CNY/HUF	---	---	---
CNY/PLN	0.13	0.68574	2
CNY/DKK	1.34	1.0670	8
CNY/SEK	0.34	1.5564	12
CNY/NOK	0.50	1.4353	4
CNY/TRY	0.02	2.60723	2
CNY/MXN	---	---	---
CNY/THB	1.57	5.2816	52

数据来源：中国货币网

www.chinamoney.com.cn