



2019年度特刊

星瀚律師事務所
RICC & CO.

星瀚法律研究

LEGAL STUDY



热点聚焦

李佳琦又翻车了，网红主播直播带货真的能为所欲为、畅所欲言吗？

“猴姑”商标或被无效，谐音梗商标搬石砸脚
2019年，大公司都发生了哪些反舞弊大事件

重点推荐

2018年度中国员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告（节选）

目录 CONTENTS

重点推荐

2018 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据研究报告（节选）	P01
2018 年度企业员工职务侵占犯罪大数据研究报告（节选）	P10
2018 年度上海地区高管损害公司利益民事纠纷大数据研究报告	P19

内控反舞弊

2019 年，大公司都发生了哪些反舞弊大事件？	P26
从“西湖计算机案”看计算机类反舞弊行为的特点	P29
单位职员虚构业务骗取财物应当如何定性	P33
侵犯商业秘密罪中，“重大损失”如何计算？	P37
企业反舞弊内部调查时，应当关注的证据固定问题	P42
三类典型舞弊犯罪的电子取证要点及案例分享	P45
隐藏在文件背后的蛛丝马迹	P48
中小企业电子邮箱数据安全和涉案调查	P51

公司金融

董事、高管违反忠实勤勉义务，公司可以如何处置？	P55
发现高管在外另设公司，夺取任职公司的商业机会怎么办？	P57
股东股权遭侵占，能否通过刑事手段救济？	P61
基金管理人？托管银行？销售方？私募基金“爆雷”，投资人该向谁要求担责	P65
“名股实债”合同的最新司法裁判口径	P69

执行过程发现公司无力偿债，债权人能否追索股东？	P72
一文看懂你的平台需要办理 ICP 证吗？	P76
冒用身份登记企业可被直接撤销，“代签”如何避免被恶意撤销？	P80
从“海富”案到“华工”案，谈对赌的效力边界	P84
从“极限第一人”坠亡案，看平台的责任承担新趋势	P88
旗下签约者红了就跑？经纪公司只能束手无策吗？	P91
如何高效搞定投融资协议	P94

涉外海商

《<2006 年海事劳工公约>2014 修正案》下船员遗弃权利救济思考	P98
国际铁路货物运输货损索赔相关法律问题浅析	P101
共同海损分摊之债的法律性质分析	P104
当执行异议之诉遭遇被执行人破产程序	P108
一起非主流化工品污染海事	P111
OEM 模式下，货物清关时因商标侵权被海关扣留后委托方或生产商如何救济	P114

热点聚焦

从法律角度看“豆瓣差评”事件	P117
李佳琦又翻车了？网红主播们直播带货真的能为所欲为、畅所欲言吗？	P120
邓紫棋真的不能叫“邓紫棋”了吗？浅谈艺人艺名保护问题	P124
健身房、教育机构等“发卡大户”如何应对上海市预付卡新规？	P127
“商标流氓”频现，UP 主们如何维权	P131
“猴姑”商标或被无效，“谐音梗”商标搬石砸脚？	P139
当当网夫妇反目，公司创始人真的难逃“夫妻劫”吗？	P144
区块链风潮再起，律师的这几项业务或将受到影响	P147

星瀚人文

55 场活动背后的欢喜与忧愁	P150
她们才是律所里的“顶级流量”	P153
奔跑，是一场节奏与自由的刻意练习	P158
青春，就是不计代价地燃烧自己	P161
登场之前，退场之后——内控和反舞弊行业峰会后记	P170
当中年危机遭遇一个人的旅行	P178
法律调研与法律检索的三步走	P186
值得收藏的青年律师成长图鉴	P193

重点推荐

2018 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据研究报告（节选）

汪银平、邵洋

近年来，中国大陆的舞弊类犯罪数量居高不下。根据 ACFE（注册舞弊审查师协会）2018 年度报告，上一年度企业舞弊案件发生在全球超过 125 个国家，给所涉企业造成超过 70 亿美元的损失。了解舞弊现象的现状、寻求如何有效地应对舞弊，进而从源头上预防舞弊发生，正在成为越来越多企业关心和期待的重要议题。

作为专业从事反舞弊法律服务的机构，上海星瀚律师事务所企业内控和反舞弊法律中心长期关注并研究舞弊犯罪及其司法审判情况。针对常见的职务侵占、挪用资金、商业贿赂、侵犯公民个人信息、利用计算机实施舞弊等重点舞弊刑事处罚罪名，选取了 2018 年度北京、上海、江苏、浙江、广东、天津、重庆七个重点省市的刑事判例进行详细数据分析，希望结合不同类型舞弊行为的现状、特征，为企业在反舞弊领域中寻求更为有效、更有针对性的应对之道。

一、判决书来源与统计指标说明

（一）判决书来源

选取的裁判文书是通过 Alpha 案例数据库整理而成的，其数据源为中国裁判文书网、北大法宝网以及法信网等权威网站。裁判文书的判决时间范围为 2018 年 1 月 1 日起至 2018 年 12 月 31 日止。判决文书搜集的时间为：2019 年 7 月 21 日。根据以上原则，共计获得 1641 份有效判决文书，被告人 1767 人次。

（二）统计指标说明

为了准确揭示舞弊犯罪人员以及相应犯罪的特征，分析现实因素对舞弊犯罪的影响，笔者从被害企业情况、犯罪人员情况、司法刑罚情况、舞弊行为模式四个方面，设定了不同的统计指标。

（一）被害企业情况的指标是：企业性质、企业规模、行业类型、上市情况等。

（二）犯罪人员情况的指标是：性别、年龄、学历、岗位、职位、入职年限、前科劣迹等。

（三）司法刑罚的指标是：刑事强制措施、退赔情况、被害单位谅解情况、自首、坦白、立功、从轻处罚、减轻处罚、从重处罚、主刑、缓刑、附加刑等。

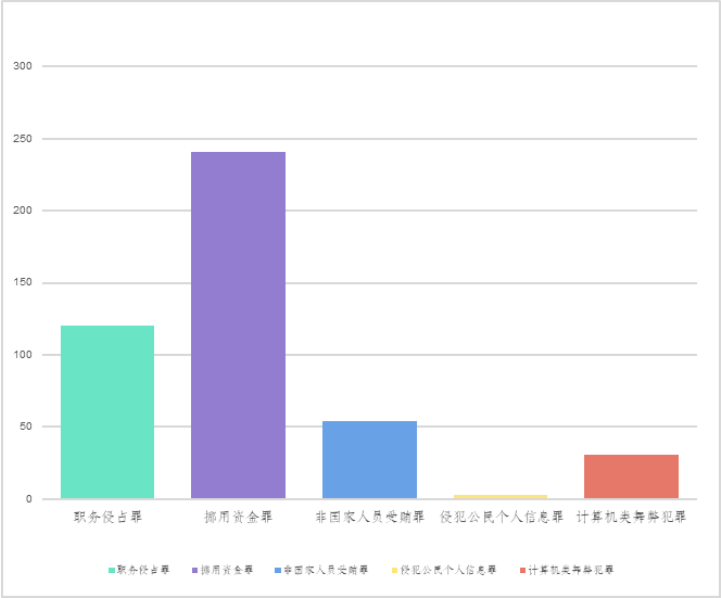
（四）舞弊行为模式的指标因舞弊罪名不同而变化，在后文各项舞弊罪名行为的特点分析中会具体阐述。

二、舞弊犯罪总体情况统计结果与分析

（一）各项舞弊行为发生情况

在共计 1641 份舞弊犯罪裁判文书中，职务侵占案件数量最多，为 1106 例，占案件总数的 67.4%。挪用资金案件 293 例，占总数的 17.85%。非国家工作人员受贿案件 162 例，占总数的 9.87%。侵犯公民个人信息 67 例，占总数的 4.08%，计算机类舞弊犯罪案件 13 例，占总数的 0.8%。统计到的非国家工作人员受贿案件和计算机类犯罪案件偏少，这与企

业被侵害的实际情况有一定差距，也说明了该两类案件隐蔽性较强、调查取证难度较大。

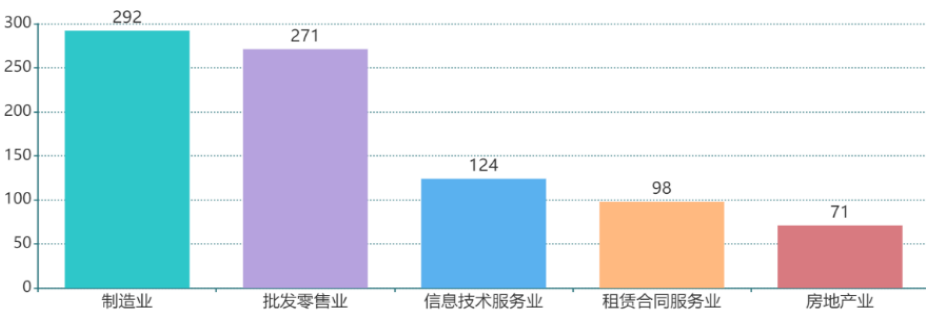


根据统计，职务侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪、侵犯公民个人信息罪、计算机类舞弊犯罪等案件涉及金额共 18.4 亿元。其中，职务侵占案件涉及金额 10.44 亿元；挪用资金案件涉及金额 7.07 亿元；非国家工作人员受贿案件涉及金额 0.87 亿元；侵犯公民个人信息案件涉及金额 112.07 万元；计算机类舞弊案件涉及金额 113.79 万元。

挪用资金罪是单案平均金额最高的罪名，金额为 241.3 万元，这与挪用资金行为人主观上具有归还意愿而非占有目的有关，所以挪用资金的笔数、持续时间都会导致涉案金额较高。侵犯公民个人信息罪平均涉案金额最低，为 2.73 万元。该金额系行为人获利金额，而非企业直接损失金额。但此类行为对企业商业声誉及其他方面所造成的潜在损失是无法估量的。

（二）被害企业的行业类型

在所有案件中，记载被害企业行业类型的有 1122 例。其中发生舞弊案件较多的前 5 个行业为制造业、批发零售业、信息技术服务业、租赁和服务业以及房地产业，合计占总数的 76.29%。发生舞弊案件最少的为教育业（4 例）和文体娱乐业（2 例）。



制造业和批发零售业的舞弊案件较多，分别占比 26.02%、24.15%，该两个行业也是典型的供产销行业，日常经营过程中涉及大量的采购与销售业务。在业务洽谈、合同签订、指定收付款、资金流转和循环等环节涉及大量经办人员，容易产生舞弊行为。

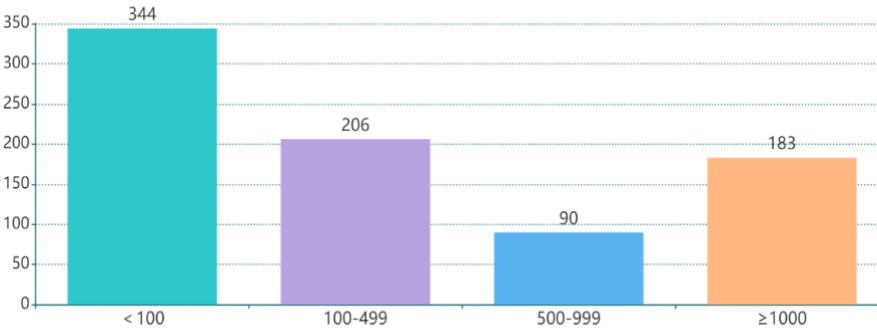
值得注意的是，信息技术服务业所代表的新兴行业及互联网公司的舞弊类案件正日益增

多，占比达 11.05%。一方面是计算机类以及侵犯公民个人信息类的舞弊行为与该行业的性质直接相关。另一方面，这也体现了近年来互联网行业对舞弊行为高调处置的成果。

（三）企业规模和舞弊犯罪情况

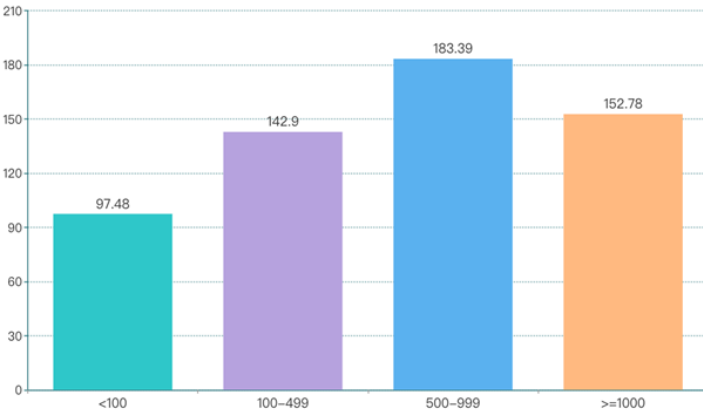
企业规模根据实际情况，划分为小于 100 人，100-499 人，500-999 人及 1000 人以上。企业规模仅以企业的人员规模作为划分标准。在获取的总共 1641 例案件中，能够查询到企业人数的有 823 例，其中 100 人以下企业案件数量有 344 例，100-499 人企业案件数量有 206 例，500-999 人企业案件数量有 90 例，1000 人以上企业案件数量有 183 例。

统计反映出，少于 100 人的小型企业发生员工舞弊案件的数量最多，为 344 例。100-499 人的中等规模企业，舞弊案件数量为 206 例。500-999 人的中等规模企业，舞弊案件数量为 90 例。超过 1000 人的大型企业，舞弊案件数量为 183 例。值得注意的是，1000 人以上大型企业的舞弊刑事案件数量超过了 500-999 人中型规模企业。上述特点与企业发展周期紧密联系。100 人以下的小规模企业往往都处于初创阶段，对业务及利润增长的需求非常迫切，难免忽视必要的内控措施。

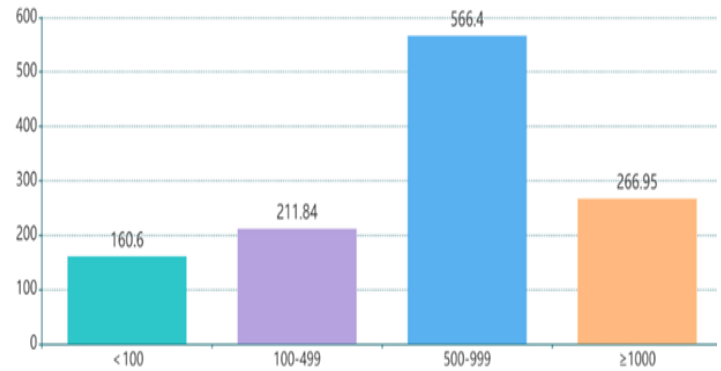


另外值得注意的是，500-999 人规模的企业在案发数量上最少，然而在职务侵占、挪用资金、非国家工作人员受贿等常见的舞弊罪名中，其平均涉案金额均为最高。具体如下：

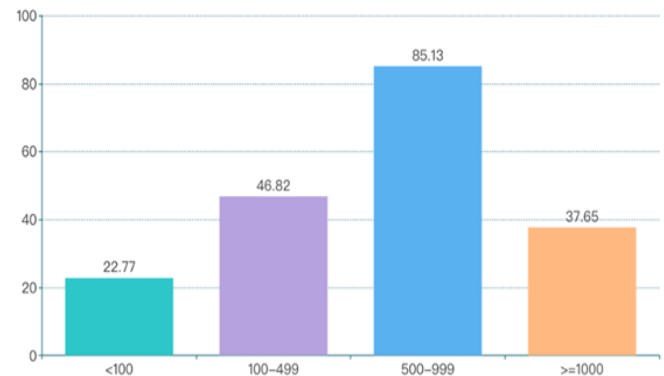
在职务侵占罪中，小于 100 人的小型企业平均被侵占金额 97.48 万元，100-499 人的中型企业平均被侵占金额为 142.90 万元，500-999 人的中型企业平均被侵占金额为 183.39 万元，1000 人以上的企业平均被侵占金额 152.78 万元。



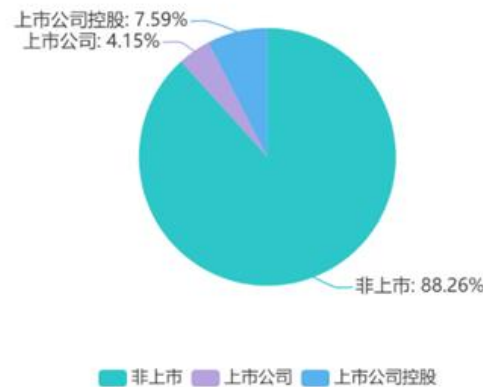
在挪用资金罪中，小于 100 人的小型企业平均被挪用金额 160.6 万元，100-499 人的中型企业平均被挪用金额为 211.84 万元，500-999 人的中型企业平均被挪用金额为 566.4 万元，1000 人以上的企业平均被挪用金额为 266.95 万元。



在非国家工作人员受贿罪中，企业规模小于 100 人的平均涉案金额最低，为 22.77 万元；大于 1000 人的次之，为 37.65 万元；企业规模在 100 到 499 人之间的平均涉案金额为 46.82 万元；企业规模在 500 到 999 人之间的平均涉案金额最高，为 85.13 万元。



(四) 舞弊案件中上市公司情况



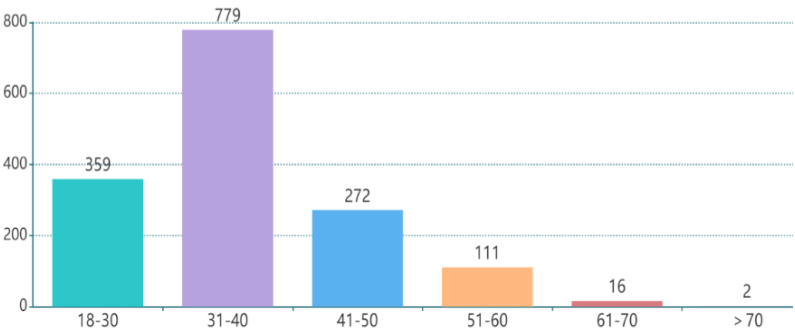
在所有案发企业中，上市公司发生舞弊案件 46 例，上市公司控股的企业发生舞弊犯罪案件 84 例。二者共 130 例，合计占比为 11.74%。舞弊案件共给上市公司造成 1.56 亿元损失，其中数额最大的案件涉及挪用资金 1700 万元人民币，发生在租赁和服务行业内。上市

公司舞弊案件的平均涉案金额为 126.58 万元，非上市公司平均涉案金额为 118.51 万元。

上市公司舞弊案件的罪名分布情况如下：职务侵占罪共 71 例，挪用资金罪共 29 例，非国家工作人员受贿罪共 20 例，侵犯公民个人信息罪共 3 例。在统计的案例中，计算机类舞弊犯罪并未发生在上市公司内。

（五）舞弊犯罪人员年龄情况

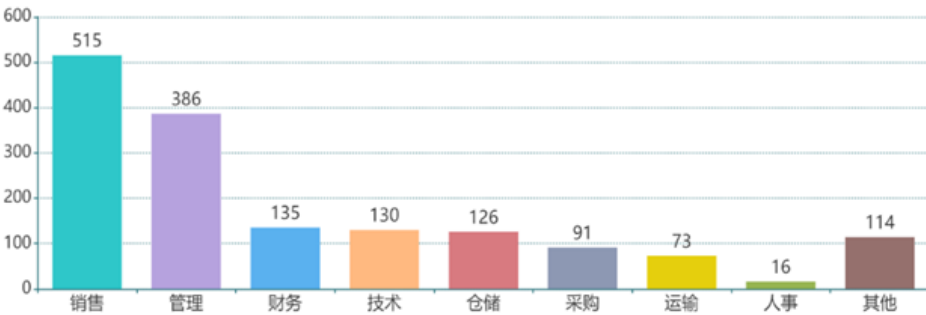
记载有年龄信息的舞弊犯罪人员共有 1539 人，其中小于 30 岁的有 359 人，31-40 岁的有 779 人，41-50 岁的有 272 人，51-60 岁的有 111 人，61-70 岁的有 16 人，70 岁以上的有 2 人。实施舞弊犯罪的人员仍以中青年为主，平均年龄为 35 岁。其中，31-40 岁的中青年人数最多，超过一半，占比达 50.62%。



一方面，31-40 岁年龄段的中青年通常工作年限超过 5 年，具有一定的工作经验和社会阅历，基本属于企业的骨干人员。在具体工作中亦会掌握一定权限，在执行、决策等方面拥有话语权。故该年龄段人群拥有广义的职务便利，具备实施舞弊行为的基础条件。另一方面，该年龄段的人群往往成立家庭不久，诸如贷款、家庭开支、子女抚养等方面的经济压力陡增，而职业发展与薪资水平一时难以匹配，从而诱发舞弊动机。

（六）舞弊人员岗位情况

包含岗位信息的数据共有 1586 例，其中销售岗位 515 人，管理岗位（公司的董事、总经理、副总经理以及后勤管理部门经理等）386 人，财务岗位 135 人，技术岗位 130 人，仓储岗位 126 人。案发最少的为人事岗位，仅 16 人。销售岗、管理（经理）岗、财务（出纳）岗，依然是舞弊案件最高发的岗位，总数占有所有岗位发案数的 65.32%。



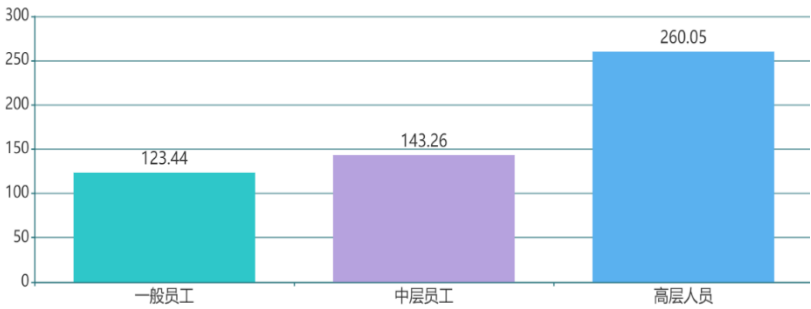
此外，与计算机类、侵犯公民个人信息类舞弊案件关联性更强的技术岗位排到了第四位。

这也揭示了内控活动中经常被忽视的信息系统运行维护环节,诸如企业未能建立信息系统安全保密和泄密追究责任制度、涉及个人信息的访问权限管理混乱、不相容职务账号的交叉操作等。

采购岗通常被认为是舞弊高发岗,但在实际的案件判决中却数量较少,说明采购岗的舞弊发现、成案难度大。其中,诸如采购岗涉及的轮岗制度、供应商准入制度的缺失;销售岗涉及的销售台账登记、合同审核的松懈;收付款过程中会计系统的跟踪控制不严以及未能执行不相容职务相分离等内控原则,都是上述岗位舞弊频发的深层次因素。

（七）舞弊人员职位情况

笔者将舞弊犯罪人员的职位分为一般员工、中层员工、高层人员。一般员工指不承担任何管理职责的人员;中层员工指承担部门、团队等层面部分管理职责的人员;高层人员指承担公司层面管理、决策职责的人员,主要为企业的董事(长)、总(副)经理、财务负责人等。

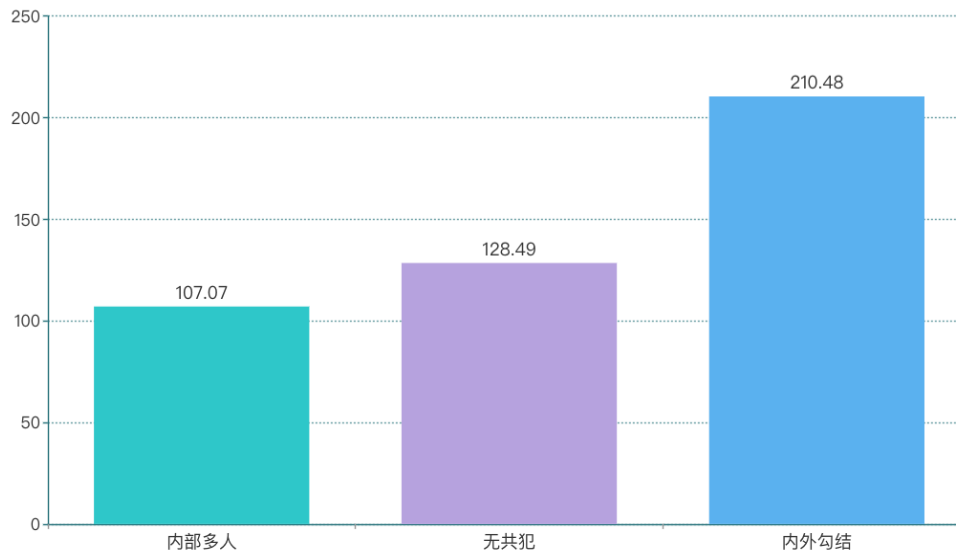


在有效统计的 1628 名被告员工中,有 920 人为一般员工,570 人为中层员工,138 人为高层人员。高层人员虽然只占到 8.48%,但高层人员的舞弊案件给企业造成的损失更为严重。高层人员单案平均金额为 260.05 万元,高于一般员工的 123.44 万元与中层员工的 143.26 万元。

（八）共同犯罪情况

笔者所统计的舞弊犯罪中,属于共同犯罪的共 693 例,占比 39.26%。在共同犯罪中,内部多人犯罪有 313 例,内外勾结犯罪有 380 例。结合具体罪名,在挪用资金、非国家工作人员受贿、职务侵占案件中,行为人独自作案的情况占比较高,分别为 89.54%、75.89%、52.55%。侵犯公民个人信息罪的内外勾结情况较为严重,占比 58.82%。一般即为外部人员为了推销产品等需要,向公司员工购买公民个人信息。而在计算机类舞弊犯罪中,并没有出现内外勾结的情况。

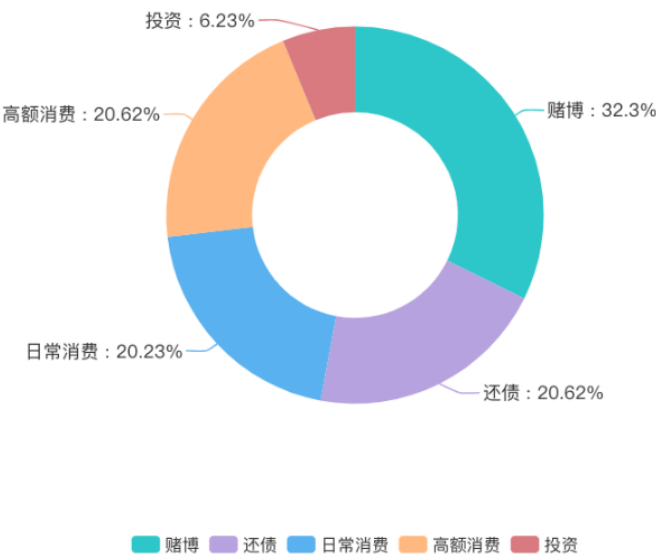
从舞弊犯罪给企业造成经济损失的角度来看，内外勾结的舞弊犯罪造成损失最为严重，单案平均金额为 210.48 万元。无共犯的舞弊犯罪单案平均金额为 128.49 万元。内部多人犯案损失相对较小，单案平均金额为 107.07 万元。



三、各项舞弊罪名具体统计结果与分析

（一）职位侵占的犯罪动机

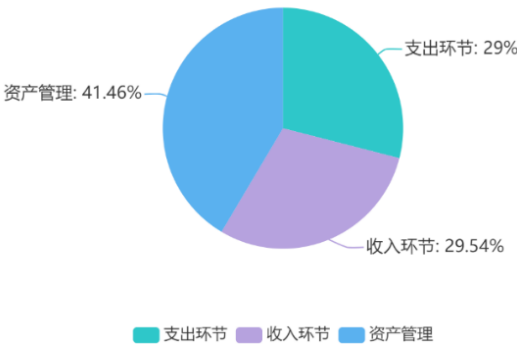
行为人的犯罪动机可分为赌博、高额消费、还债、日常消费与投资。其中，赌博有 83 例，占比 32.30%，高额消费有 53 例，占比 20.62%。还债有 53 例，占比 20.62%，日常消费有 52 例，占比 20.23%，投资有 16 例，占比 6.23%。



其中数量最多的属赌博，而高额消费、还债与日常消费的分布比例较为平均，均在 20% 左右。出于投资动机进行犯罪的占比最小。

（二）职务侵占的发生环节

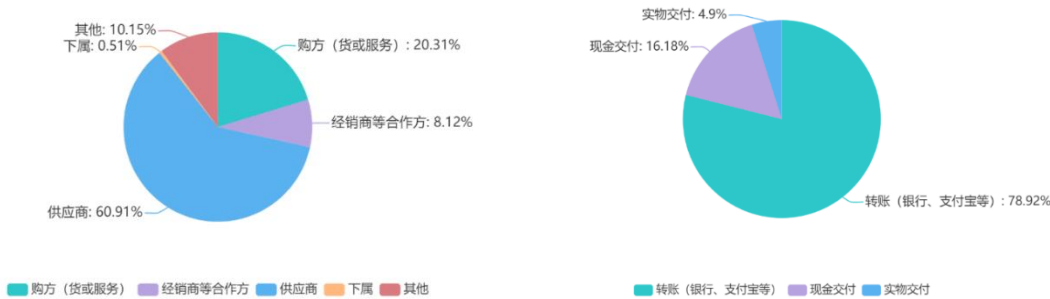
笔者将发生职务侵占的环节按照资金走向来源分为三个环节：收入环节、支出环节和资产管理环节。有效统计的数据共 1124 例。



发生在支出环节的职务侵占案有 320 例，占比 29%，其行为方式基本以虚构支出和利用管理漏洞为主，所侵占财产也基本以货币资金为主。发生在收入环节的职务侵占案有 327 例，占比 29.54%，其行为方式基本为隐瞒收入，所侵占财产也大多为应收账款。发生在资产管理环节的职务侵占案有 459 例，占比 41.46%，其行为方式以窃取、骗取、侵吞为主，所侵占的财产基本为库存商品和货币资金。

（三）非国家工作人员受贿的来源和方式

非国家工作人员受贿来源有供应商、购方、经销商、下属以及其他渠道。统计显示，非国家工作人员受贿的主要来源是供应商，占比 60.91%。



关于非国受贿的方式，通过转账行受贿的案件占比达 78.92%，渠道包含支付宝、微信、银行卡等。只有 16.18%的案件是通过现金行受贿且数额都不大。实物交付的占比最少，为 4.9%，通常是伴随转账或者现金交付同时出现的。实物交付中购物卡最为常见，其次是房屋、车辆以及电子产品等。

（四）侵犯公民个人信息情况

笔者获取 2018 年“侵犯公民个人信息罪”判例共 1003 例，其中与内部员工舞弊有关的仅有 67 例，不足 7%。在此 67 个案件中，平均涉及公民个人信息条数 19.83 万条，个案涉及条数最多为 516 万条，平均牟利金额为 2.73 万元，个案最高牟利金额为 30 万元。侵犯公民个人信息犯罪总体呈现低龄化趋势，所有犯罪人员均在 40 周岁以下。犯罪发生的行业领域也较为集中，主要发生在金融保险业、租赁和服务业、房地产业，三者占案件总数的 65.15%。

（五）计算机类舞弊犯罪情况

经筛选，计算机三类罪名中与内部员工舞弊有关的案件总共有 13 例，被告人共 20 人。

其中，非法获取计算机信息系统数据罪 6 例，非法控制计算机信息系统罪 1 例，破坏计算机信息系统罪 6 例。计算机类舞弊的方式多样化，如基金公司员工通过破解密码侵入公司电脑，盗取基金交易系统的代码数据；如游戏策划师向公司开发的游戏软件中添加操作指令，获取游戏道具；又如手动删除公司数据库或运用恶意代码在特定时间触发，造成公司数据库被破坏性删除的“黑客”操作。

四、结语

伴随着国家经济的飞速发展，舞弊案件在各类企业中均呈现出高发性与复杂性。本文从职务侵占、挪用资金、商业贿赂、侵犯公民个人信息、计算机犯罪等高发舞弊罪名出发，通过对裁判文书的调研获取了较为重要的统计成果，希望能够帮助企业更直观地了解舞弊现象的现状，寻求更为有效、更有针对性的应对方案。最终从源头上杜绝舞弊行为的发生，使得企业能够健康发展成长。

（本文首发于 2019 年 10 月 14 日）

2018 年度企业员工职务侵占犯罪大数据研究报告（节选）

宋佳、汪银平

职务侵占是常见的舞弊行为之一，员工通过隐瞒收入、虚构支出、直接侵占保管的财产等方式将公司的财物据为己有，这种方式也是最直接损害企业利益的舞弊行为，危害性极大。

如今，企业对防范和治理舞弊的需求愈发迫切。了解舞弊发生的现状、寻求如何有效地应对舞弊，进而从源头上预防舞弊发生，正在成为越来越多企业关心和期待的重要议题。

作为反舞弊业内经验较为丰富的法律服务机构，上海星瀚内控和反舞弊法律中心着手研究“职务侵占”这一颇为常见的舞弊行为，对于 2018 年国内重点省市的职务侵占犯罪判例进行分析，希望能为企业及反舞弊执业人员提供一些参考。

本文为《2018 年度企业员工职务侵占犯罪大数据研究报告（节选）》。

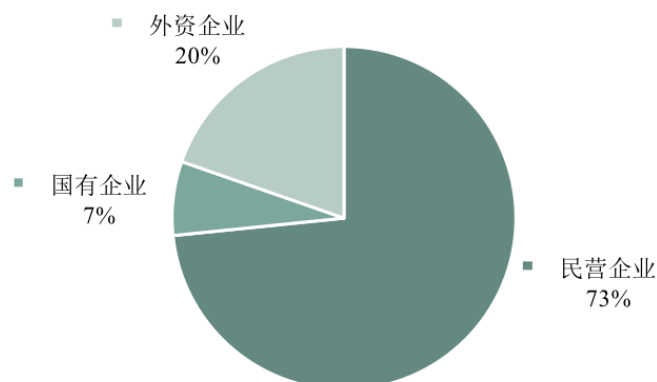
报告说明：

- 本次调研的罪名限于职务侵占罪。
- 本调研报告所基于的裁判文书是通过 Alpha 案例数据库整理而成的，其数据源为中国裁判文书网、北大法宝网以及法信网等权威网站。
- 本调研报告案例的地区范围限定在北京、上海、浙江、江苏、广东、天津和重庆七个省市，上述 7 个省市是中国企业较为集中的地区。
- 本次调研所包含的判决书，其判决时间范围为 2018 年 1 月 1 日起至 2018 年 12 月 31 日止。

根据以上原则，本次调研共计获得 870 份判决书，被告人 1185 位。判决书搜集的时间为：2019 年 2 月 26 日。

民营企业被侵害严重，占比高达 73%

根据企业性质，报告将被侵害企业划分为国有企业、民营企业与外资企业。获取的 870 例案件中，民营企业的有 474 例，占比 73%，国有企业有 45 例，占比 7%，外资企业有 127 例，占比 20%。



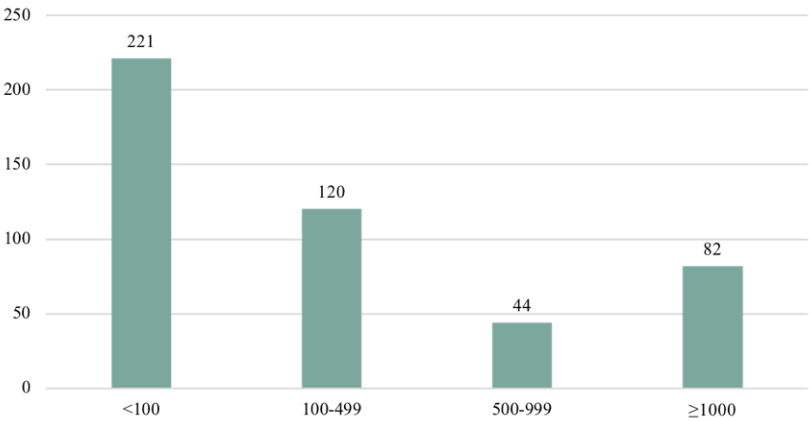
发生在民营企业的职务侵占案件较多，一是相对来说民营企业的基数比较大；二是民营企业的内控制度相对不完善或落实不到位、财务管理混乱、无独立监督部门，企业管理漏洞比较大；三是一旦发生员工侵占公司财产情况，民营企业通过司法机关报案救济的意愿最强，民营企业主的挽回损失、打击罚罪的意愿最强烈。

国有企业的案件比较少，一是国企管理制度相对较为健全，而且设有纪委监委等监督机构，有常态的廉政教育机制。二是国企中的国家工作人员一旦发生侵占企业财产情况，很多会构成贪污罪，不在本报告调查范围之内。

外资企业发生职务侵占案件的数量相对较低。除了外企多为跨国企业，相关管理机制较为健全外，据星瀚内控和反舞弊法律中心接触的案件情况，外企对员工侵占企业财产的情况，移交司法机关查处的意愿也相对较弱。

千人以上的企业擅长主动出击

在我们获取的 870 例案件中，能够查询到企业人数的有 467 家，其中 100 人以下企业案件数量有 221 例，100-499 人企业案件数量有 120 例，500-999 人企业案件数量有 44 例，1000 人以上企业案件数量有 82 例。

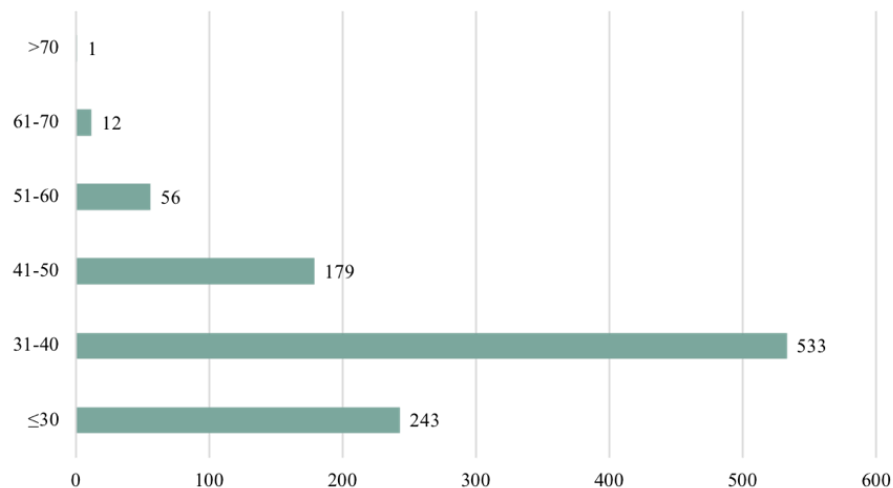


以上图表反映出，少于 100 人的小型企业发生员工职务侵占案件数量最多，到 1000 人以内的中等规模企业，数量逐步下降。但是 1000 人以上的大型企业，职务侵占案件数量又呈回升趋势。

通常，小型企业管理机制不健全，企业高管或员工权限大，是发生职务侵占等舞弊案件的重要原因。而大型企业的业务形态相对稳定，企业会更加注重内部治理工作，通过健全内审、监察等监督管理机构，有效查处内部舞弊案件。近年来，我们看到诸如阿里、京东、腾讯等大型企业都越来越主动地深挖、查处内部舞弊案件的情况。

犯罪人员平均年龄 36 岁，年龄最高 75 岁

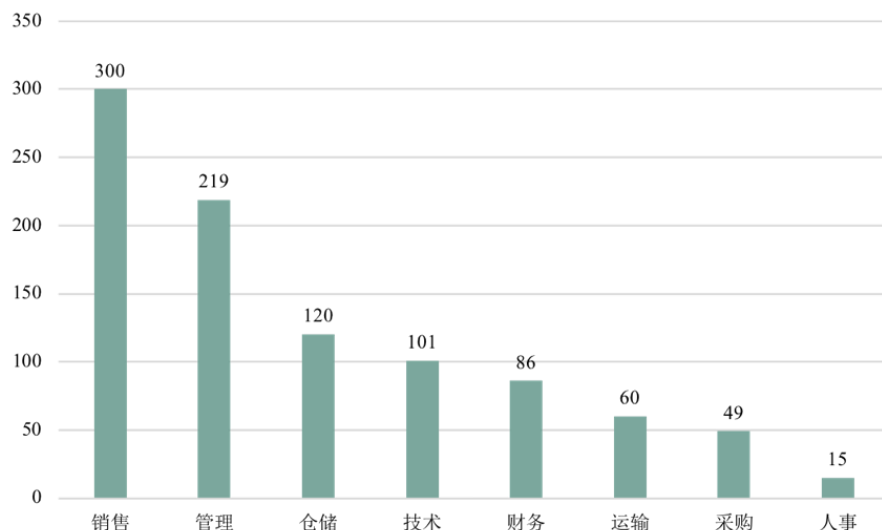
统计的案例中共有 1185 名职务侵占的犯罪人员，有年龄信息的数据是 1024 个。



实施职务侵占罪的行为人以中青年为主，平均年龄为 36 岁。其中，31-40 岁的中年人数最多，占比达 52.05%。一方面，中青年人工作年限超过 5 年，基本属于公司、企业的骨干人员，或掌握一定的实权，在实施犯罪时有一定基础条件。另一方面，31-40 岁这个年龄段的人群经济需求的压力最大，房贷、家庭生活开支、小孩教育抚养乃至同辈人之间的攀比等，都会促使这类人群更可能产生侵占公司财产的动机。

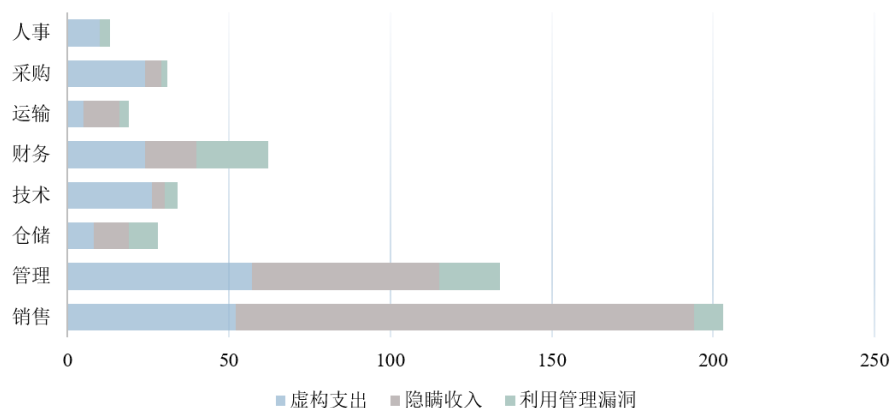
犯罪人员以销售岗、管理岗居多

统计的案例中，有岗位信息的数据共有 950 条，其中销售岗位人员共 300 位，管理岗位（公司的董事、总经理、副总经理以及部门经理等）219 位，仓储岗位 120 位，技术岗位 101 位，财务岗位 86 位，运输岗位 60 位，采购岗位 49 位，人事岗位 15 位。



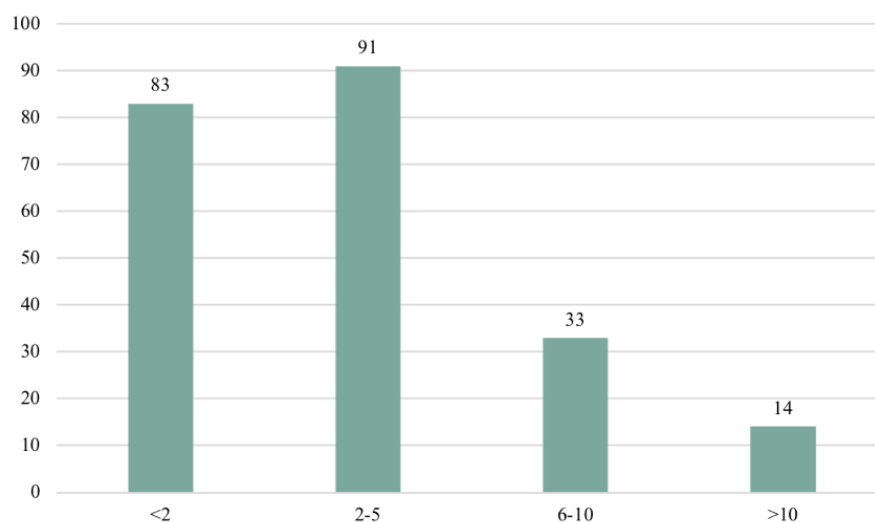
很多企业都没有遵循销售、收发货、付款等环节相互独立以及岗位分离的原则，这是销售岗位舞弊高发的原因。此外，技术岗位的职务侵占也有一定特征，其隐蔽性较强。

在犯罪人员岗位和侵占行为方式的比较中可以看出，销售岗位中，隐瞒收入为其进行职务侵占的主要手段；管理岗位中，虚构支出和隐瞒收入均是其主要侵占手段。财务岗位利用财务漏洞侵占的比例较高。



入职 5 年以内的人员是案件高发群体

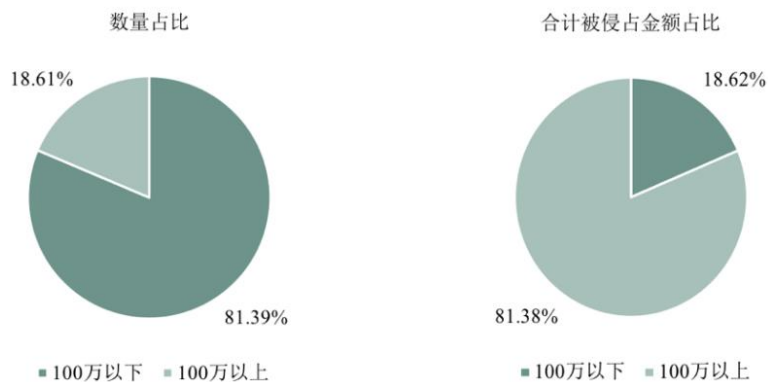
在统计的 870 份文书中，有行为人入职年限的共 221 条数据。其中，入职时间小于 2 年的有 83 人，入职 2-5 年有 91 人，入职 6-10 年有 33 人，入职 10 年以上的有 14 人。可见，入职 5 年以内的人员是案件高发群体。



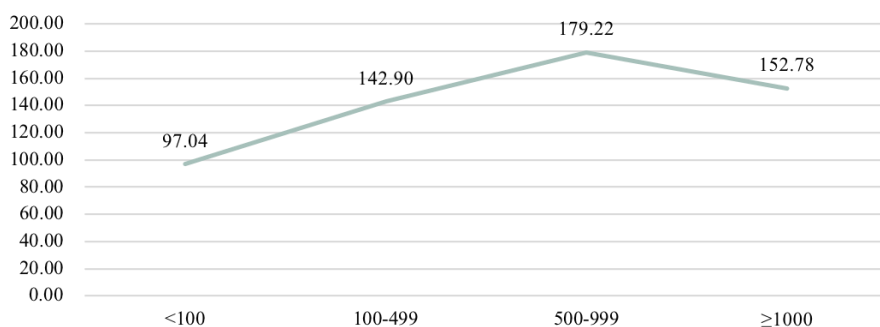
单案平均侵占金额超过 120 万元

在统计的 870 个案件中，企业被职务侵占的总额高达 10.44 亿元，单案平均侵占金额 120.73 万元。侵占金额超过 100 万的案件占总案件数量的 18.61%，合计被侵占金额达 8.5 亿元，占总金额的 81.38%。这相当于，约 80% 的案件侵占金额小于 100 万，但约 20% 的案件大于 100 万、且侵占金额占到了我们统计案件被侵占金额总和的 80%。

此外，500-1000 万侵占金额的案件有 12 例，1000 万以上金额的案件有 20 例，其中最高金额达到 7258.2 万元。



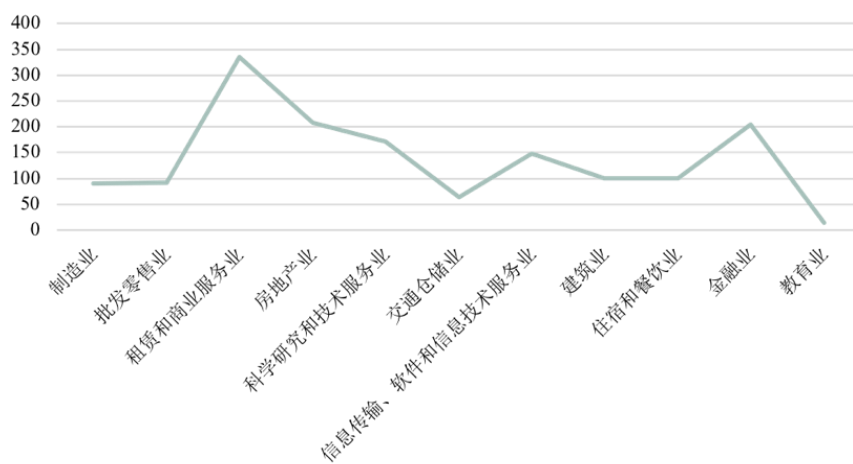
小于 100 人的小型企业平均被侵占金额 97.04 万元，100-499 人的中型企业平均被侵占金额为 142.90 万元，500-999 人的中型企业平均被侵占金额为 179.22 万元，1000 人以上的企业平均侵占金额 152.78 万元。



企业规模越大，平均案值也相对较大；但是规模超过 1000 人的企业，平均案值金额又有所降低，可见加强企业内控工作是有价值体现的。

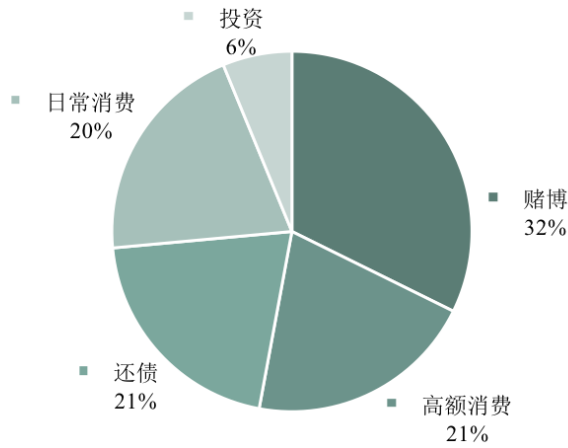
租赁和服务行业被侵占金额最高

从行业情况看，**租赁和商业服务业**（主要为融资租赁企业）、**房地产业**、**金融业的平均被侵占金额较高**，分别达 334.60 万元、207.87 万元、204.42 万元。



赌博、高消费是主要犯罪动机

行为人的犯罪动机可分为赌博、高额消费、还债、日常消费与投资。在统计的案件中，有犯罪动机的案件共 257 例。其中，赌博有 83 例，占比 32.30%，高额消费有 53 例，占比 20.62%。还债有 53 例，占比 20.62%，日常消费有 52 例，占比 20.23%，投资有 16 例，占比 6.23%。



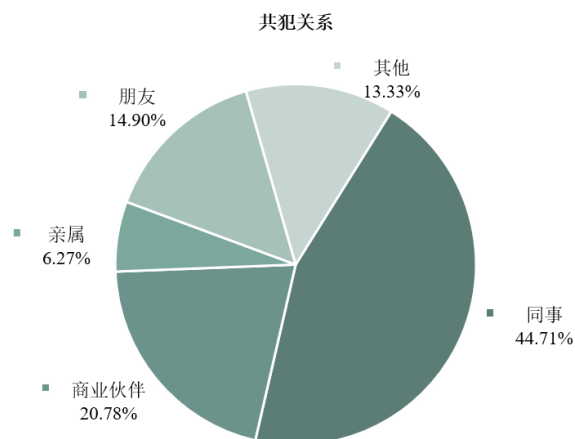
单独作案的比例远高于合伙作案的比例

调研统计的案例中可以区分是单人作案还是多人联合作案的案例合计 868 例，其中单人作案 613 例，多人联合作案 255 例。

多人联合作案又可分为内部多人作案与内外联合作案，分别有 114 例与 141 例，以内外联合作案稍多。合伙作案的平均侵占金额 137.85 万元，相对来说高于单独作案的平均侵占金额 113.74 万元。

	单人犯罪	多人犯罪	
		内部多人	内外联合
案件数量（件）	613	114	141
人数（个）	613	249	309
平均侵占金额（万元）	113.74	121.38	151.34

实施共同犯罪的行为人，其关系以同事（44.71%）和商业伙伴（20.78%）为主，朋友（14.90%）和亲属（6.27%）稍次。



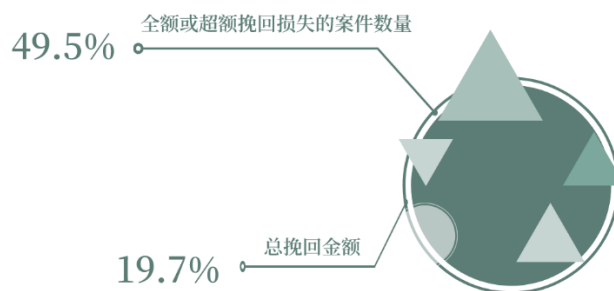
退赔金额仅占损失金额的 20%

查封冻结追赃仅占总金额 5%

在统计的 870 个案件中，有 529 个案例中存在退赔或追赃，即 60.8% 的案件的被害人通过退赔或追赃在判决前挽回了部分或全部的损失。

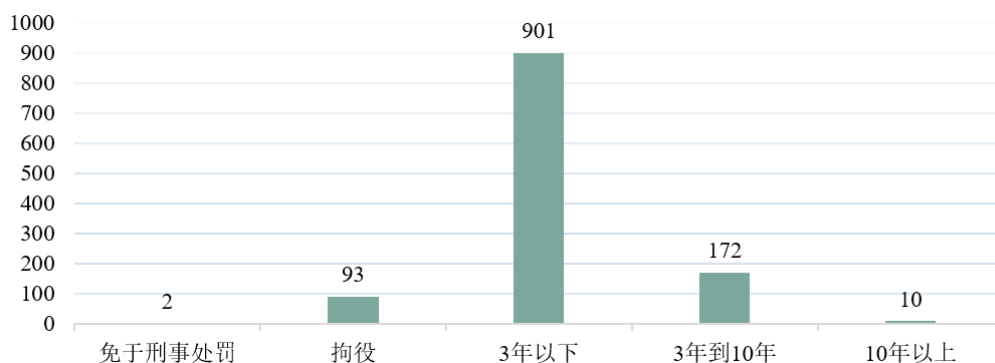


总共挽回金额为 20624.45 万元，是总侵占数额的 19.7%。在有退赔或追赃的案件中，全额或超额挽回损失的案件数量占 49.55%。



职务侵占刑事案件司法处置情况

法院判处刑罚的情况如下：免于刑事处罚的有 2 人，拘役的有 93 人，3 年以下有期徒刑的有 901 人，3-10 年有期徒刑的有 172 人，10 年以上有期徒刑的有 10 人。



职务侵占案件，法院适用免于刑事处罚的比例极低，在调研的所有案例中仅有 2 起。

根据我们的统计：

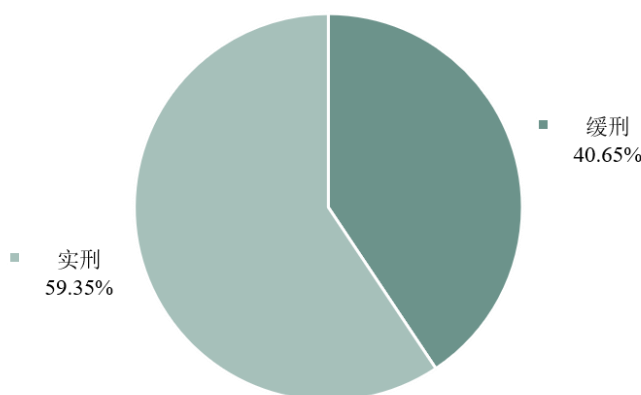
职务侵占金额小于 100 万（不含本数）的平均刑期：15 个月（1 年 3 个月）；

职务侵占金额在 100 万到 500 万之间的平均刑期：50 个月（4 年 2 个月）；

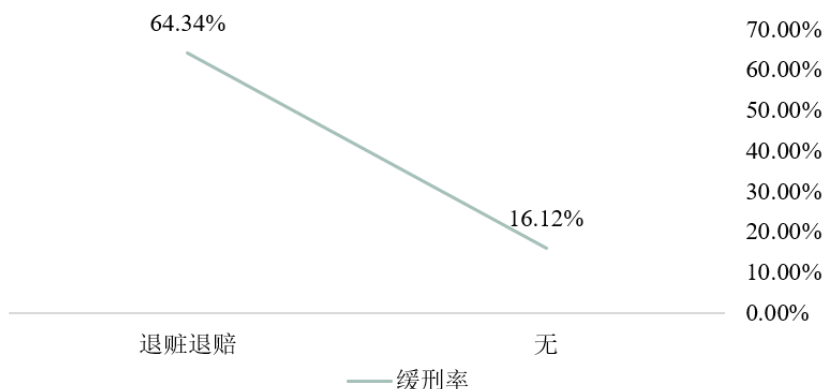
职务侵占金额大于 500 万（不含本数）的平均刑期：67 个月（5 年 7 个月）；

缓刑率一般，被害单位的谅解书很重要

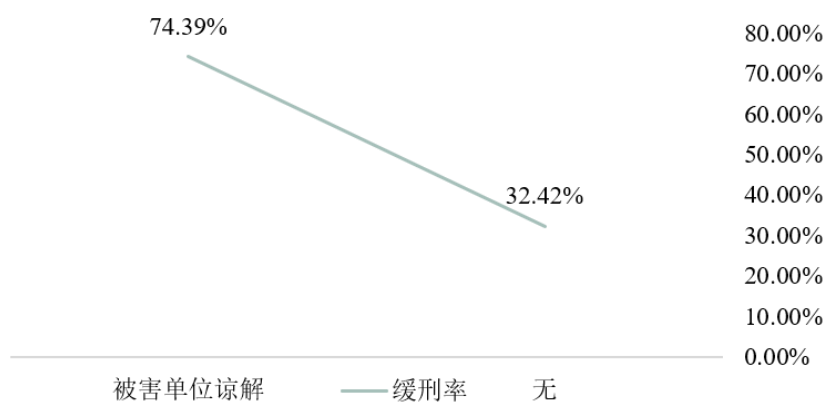
统计案例中，被法院适用缓刑的有 478 人，占比 40.65%，未被适用缓刑的有 698 人，占比 59.35%（根据《刑法》相应规定，对被判处拘役、3 年以下有期徒刑的被告人可以宣告缓刑）。



有退赃退赔的被告人，缓刑率为 64.34%，无退赃退赔的缓刑率为 16.12%。



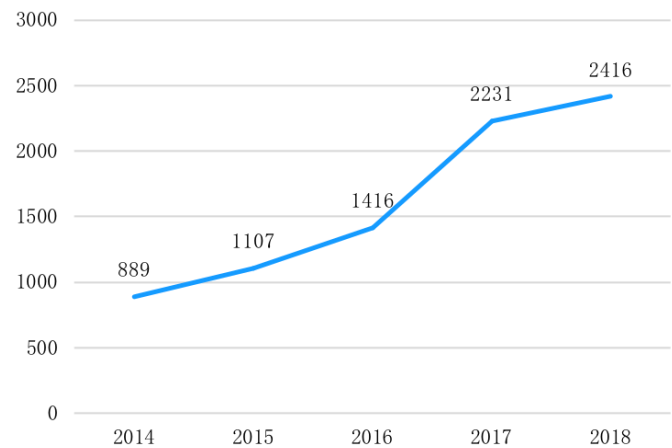
获得被害单位谅解的被告人，缓刑率为 74.39%，未获得被害单位谅解的被告人，缓刑率为 32.42%。



(本文首发于 2019 年 4 月 3 日)

2018 年度上海地区高管损害公司利益民事纠纷大数据研究报告

阮霭倩



据初步统计，2012 年，全国法院受理的损害公司利益纠纷案件仅为 596 件；**2018 年，该类案件已经增加至 2416 件。**

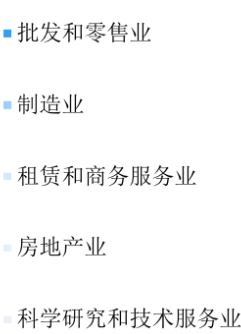
随着商业社会的扩张及现代企业制度的发展，企业组织结构也在演变，呈现出由传统的纵向管理向扁平化的横向组织结构发展的态势。在此背景下，公司内部的权力结构更加分散，当缺乏有效的监督、管控机制时，“钱权交易”“利益输送”等行为便成为企业内部愈发常见的问题。

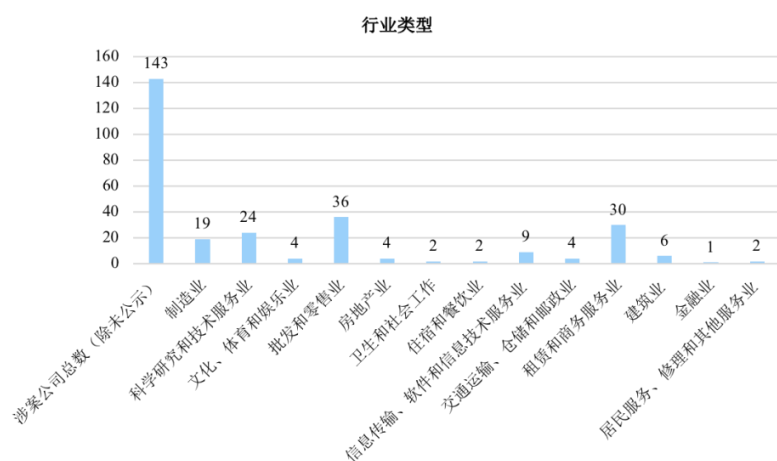
针对此现象，上海星瀚律师事务所制作《2018 年度上海地区高管损害公司利益民事纠纷大数据研究报告》，选取了 149 个案件作为样本，通过案例梳理，重点分析上海法院的处理思路和裁判口径，归纳矛盾的集中点和问题的频发区，以探求问题根源所在，并为企业预防高管腐败、建立有效的内部管控机制提供依据和建议。

批发和零售业、租赁和商务服务业问题频发

在对上海地区 2018 年度损害公司利益纠纷的案件进行统计及调研后，我们发现批发和零售业、租赁和商务服务业、科学研究和技术服务业、制造业等问题频发。该类案件相对较少的行业是住宿和餐饮业、卫生和社会工作以及金融业。

案涉公司行业分布



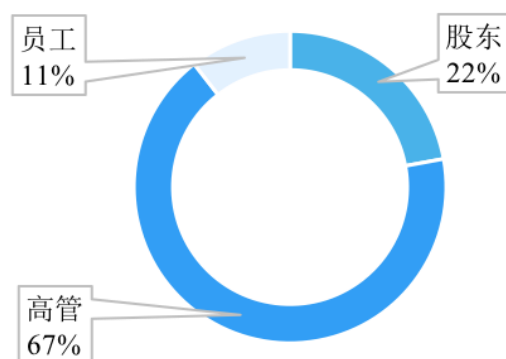


但是，案件数量少的行业并不意味着该类行业不易引发损害公司利益类案件。以金融业为例，实际存在大量损害公司利益的案件，但多数案件往往采取民刑结合的方式来完成。

被告多为高管、股东

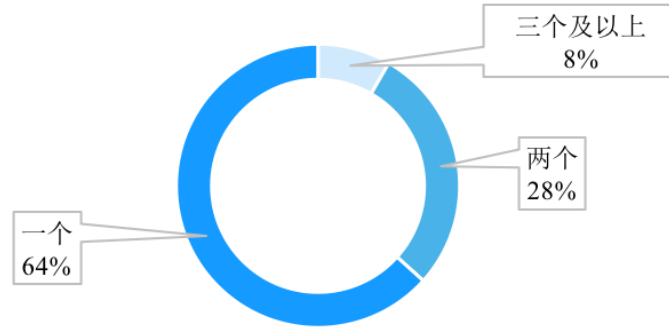
在损害公司利益类案件的职位分布方面，根据被调研案例中原告的诉请进行分析，超过 67% 的被告，公司认为其具有高管身份；另外 28% 的被告，是受损公司的股东，这个比例在股东纠纷类案件中可能会更高；剩余 11% 的被告仅是公司员工。

被告在公司中的身份情况



在我们分析的案例中，超过 36% 的案例，均有兼任情况，其中 8% 的案例还存在高管兼职 3 个以上的情形，这其中还包括身兼多个关联公司的高管身份。当企业内部出现职责划分不明，高管权利界限不清晰的情况时，更易出现此类纠纷。

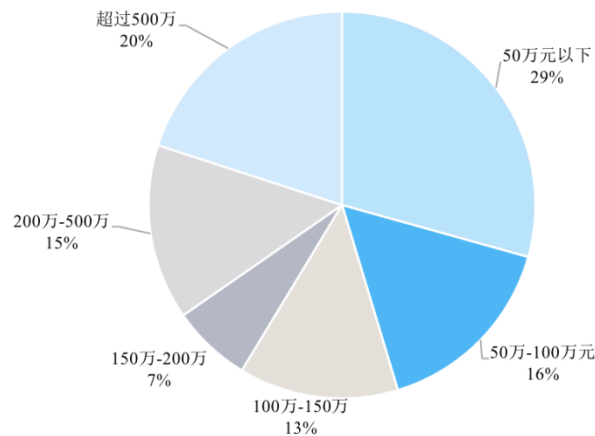
被告在公司中的兼职情况



公司受损金额超过普通的侵权纠纷案件

受损金额方面，超过 55% 的损害公司利益类案件公司受损金额范围都超过了 100 万元人民币，另有超过 20% 的案例案件标的超过了 500 万，受损金额相较于普通侵权案件而言都较高。

案件诉请标的额分布情况

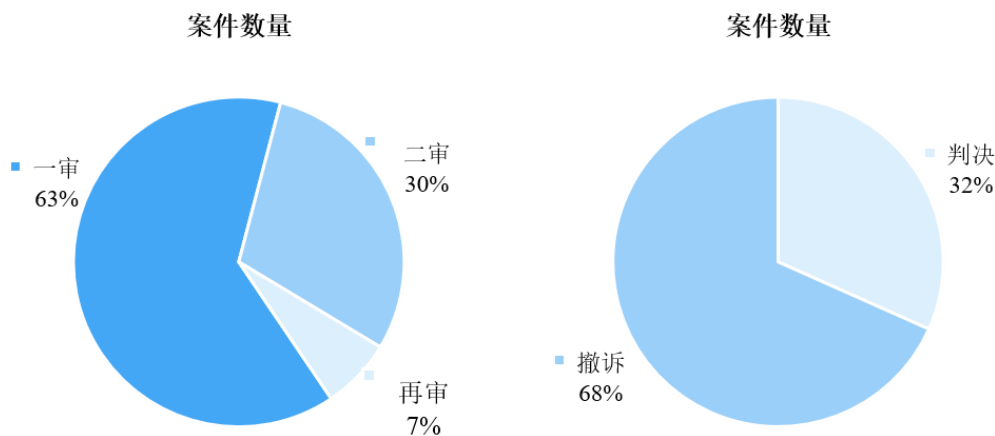


由于高管对公司的决策本身就享有一定的决定权，所以通常此类案件都比较隐蔽，案件事发时间都较晚。甚至有相当比例的案件都是在高管离职后，公司才发现公司利益遭到侵害。因此，公司在发现损害公司利益的情形时，往往已经遭受到了比较严重的损失。

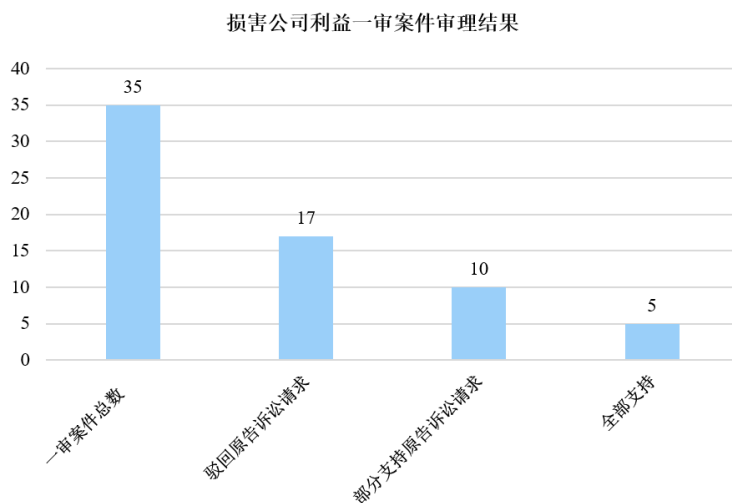
实践中，我们甚至有碰到过公司内部负责相关业务的整个团队配合高管一起侵占公司资金、对外输送公司利益的案例，标的合计超过数亿人民币。

二审案件数量多，改判率低

本次调研选取的 149 个有效案例中，二审及再审的案例占据了总案例数量的 40%。由此可见损害公司利益类案件通常争议较大，存在大量的案件当事人不服一审判决启动二审，甚至申请再审的情况。此外，在一审案件中，有将近 68% 的案件最终因当事人申请撤诉而结案，撤诉原因其实大多是公司方主张利益受损证据不足。



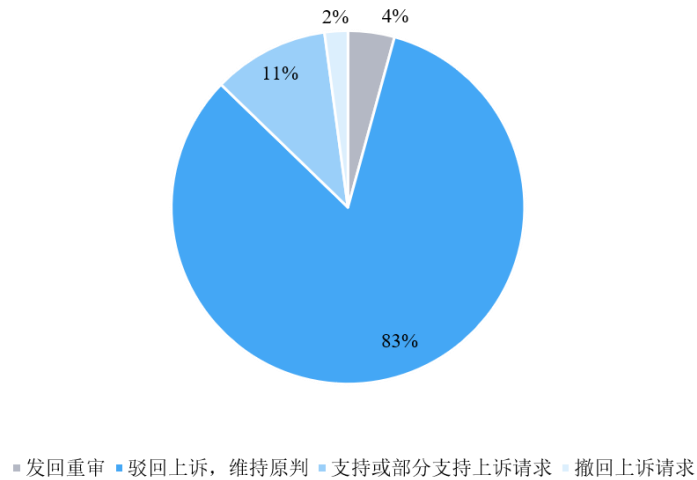
在案件审理结果上，除去 68%的撤诉案件，一审案件中，驳回原告全部诉讼请求的案件占到一审（有判决）案件总数的 53%，其余有 31%的案件，审理法院支持了原告的部分诉讼请求，而全部支持原告诉讼请求的案例，仅占案件的 16%。



上述数据呈现出两个特点：第一是企业提起诉讼后，通过双方谈判或法院居中调解，最终以双方达成合意、企业撤诉结案的概率相对较高。在该层面上，提起民事诉讼更像是为企业与损害公司利益的高管、员工提供正式谈判的契机。第二是当案件正式进入审理程序后，由于缺乏相应证据，决定先撤诉待进一步搜集证据并补充后再行诉讼。

在二审审理结果方面，除去一例二审期间撤回上诉的案例以外，二审判决“驳回上诉、维持原判”的案例占据了绝大多数。在比例上占全部二审案件的 83%，而二审判决“发回重审”的案例数量最少，仅占据全部二审案件的 4%。二审法院中一中院改判率略高于二中院。

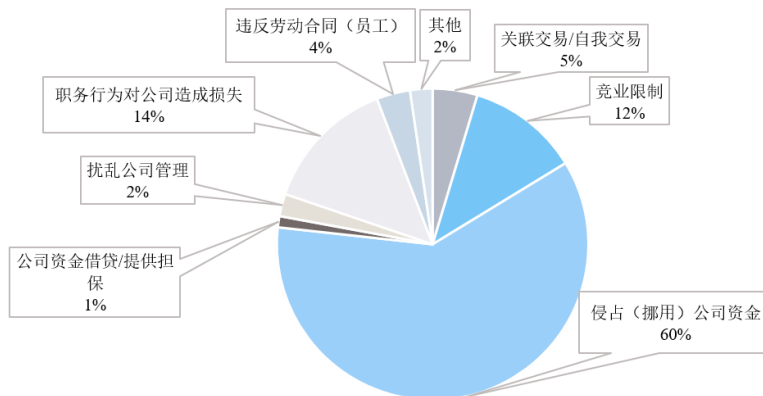
二审审理结果



侵占、挪用公司资金是最常见的表现形式

在统计的案件中，损害公司利益案件中最多的类型是员工/高管侵占、挪用公司资金类案件，占比达到 60%；其次是高管因其不当职务行为造成公司损失类案件，占比达到 14%。另外，高管违反竞业限制类案件及高管进行自我交易、关联交易损害公司利益类案件分别占比 12%及 5%。

侵犯公司利益的表现形式



高管损害公司利益民事诉讼中的三大难点

1、履行高管职能并不代表需要承担高管责任

很多案件中，公司认为履行高管职能，就可以要求其承担忠实勤勉义务，一旦公司遭受损失就可以向其主张，但事实并不是如此。

根据《公司法》的规定，“高级管理人员”是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。根据该条规定，公司章程可以明确规定除前述人员外，哪些员工属于公司的高级管理人员。但实践中，企业对内部高管身份的认定多呈现出如下问题：

公司章程照抄公司法，未针对其实际情况进行任何补充；

企业内部治理结构复杂，职务层级多且职务名称任意安排，员工虽在企业内部掌握有较大权力，但难以认定高管身份；

集团公司或大型公司内部存在职权交叉情况，职务委派缺乏明确有效的管理机制。

而对于公司内部区域负责人、分支机构负责人，如公司章程未明确其属于公司高管，又无充分证据证明其实际履行了《公司法》中规定的高管所对应具有的职责的，法院在审判实务中较难认定其高管身份。

2、难以认定被告是否违反忠实、勤勉义务

损害公司利益纠纷中，认定高管具有损害公司利益的行为需要利益受损企业证明高管违反了忠实勤勉义务。

我们在损害公司利益类案件中选取了三类典型的常见表现形式进行分析：

（1）挪用公司资金。挪用公司资金在损害公司利益纠纷的案例中是最突出的问题，表现上也最为直观。但实践中，该类案件的问题体现为证据问题。多数案例中，公司仅能提供转账凭证证明侵害方曾将资金由公司转出，但是仅凭此证据并不足以证明公司利益受损；

（2）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储，损害公司利益。该类型案例相对较少，原因在于，实践中很多公司账目混乱，公司资金存入董事、高管个人账户是常有之事，很少单独因为此点涉诉。但这种操作也为企业埋下隐患，极易导致董事、高管侵占公司资金行为的发生，且由于很多情况下董事、高管私立账户的行为有股东会授权，导致最后证据不清，企业很难追回财产。

（3）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。该种损害公司利益的行为在司法实践中也较为常见，通常情况下，法院以公司营业执照上载明的营业范围的相似度来认定董事、高管自营或为他人经营的公司是否与其任职公司经营同类业务。在“上海欧翠实业有限公司与赵冰川损害公司利益责任纠纷案”（案号：（2017）沪 0114 民初 7586 号）中，法院认为同类业务一般指与所任职的公司经营范围一致、经营活动一致、能够形成相互竞争关系的业务；而案件中两公司虽经营范围有所重合，但“除原告举证的工商登记的经营范围内，双方均认可的事实仅系两家公司均用网络技术经营电子商务”，法院认为：“无论是“网络技术”抑或“电子商务”涵盖均过于广泛”，难以证明两家公司实质上经营同类业务，最终驳回了原告的诉讼请求。

3、公司受损金额难以确认

损害公司利益纠纷中，受害公司主张的主要是赔偿损失。但是在查明董事、高管确实存在损害公司利益的行为后，损失数额的确认往往成为问题。

公司治理及应对高管损害公司利益事件的建议

1、制定完备的公司章程，让公司利益受损之时有据可依

公司章程可以直接将某些职位规定为高级管理人员，一旦这些人员出现侵害公司利益的行为，便不必在身份认定上花时间，甚至是因此输掉官司。

2、个性化定制劳动合同和公司规章制度

除了公司章程外，对于董事、高管来说，劳动合同、公司规章制度也是重要的约束文件。在劳动合同方面，公司应对已有的劳动合同进行梳理，对公司的岗位、各岗位职责与职权进行明确划分，并根据公司实际情况制作公司的劳动合同模板。对于董事、高级管理人员及关键岗位人员，可考虑与其签署保密协议及竞业限制协议。此外，由于竞业限制协议并非适用于公司内部的所有岗位，对一般工作人员，公司应注重对员工手册的运用以及部门日常规章的制定，其一可通过完善的内部制度实现公司内部治理的标准化与流程化，其二也是对公司员工、高管、董事的行为起到约束作用。

3、规范公司财务管理及合同管理制度，注重证据保存

公司的财务管理制度是维护公司财产独立的重要制度。绝大多数损害公司利益纠纷案件的始发原因都是由于公司财务管理制度不严格，导致公司董事、经理实际控制公司账户，可以随意支出款项。而且一旦案发，由于法院会对案件事实进行综合认定，在公司仅提供转账凭证，而未有其他证据综合证明董事、高管的转账行为直接损害了公司利益的情况下，法院难以判断董事、高管的行为是否实质损害公司利益的行为（如双方是否存在其他债权债务关系、公司是否因财务制度混乱而导致董事、高管常有直接由公司转账的行为、案涉董事或高管是否抗辩其转账款项实际是用于公司经营等），进而导致企业难以挽回所受损失。因此，公司应完善内部财务制度，对每一笔进出账进行详细的备注，并留存发票信息。

4、重视监事会人员的构成，使其充分发挥监督作用

监事会是公司内部的监督机构，本来应该成为防止董事、高管滥用职权损害公司利益最重要的手段，但由于实践中监事的选任和报酬主要受制于董事和董事会，导致监事难以对董事和高管进行有效监督。因此，应该增加监事会、监事的独立性，尽量避免监事与董事或者高管有亲属关系，或者是过于亲密的朋友关系。在公司内部治理过程中充分发挥监事对公司运营的监督作用，才能实现对董事、高管形成有效的监督制约。

小结：

近年来，在为各类企业客户提供法律服务的过程中，我们发现这样一个现象：来自企业内部的损害公司利益事件在最近几年不断增长且具体手段十分多样化，案件情况之复杂也往往出人意料。基于此种背景，我们期望通过对该类型民事诉讼案件情况的整理及调研，帮助企业了解该类民事案件的审理情况，并为企业应对此类纠纷提供有效建议。

（本文首发于 2019 年 4 月 1 日）

内控反舞弊

2019 年，大公司都发生了哪些反舞弊大事件？

星瀚运营

不知不觉 2019 已经走到了尾声，冷峻的经济态势，对很多大公司来说是“几家欢喜几家愁”的一年。也正如此，更多企业停下了扩张的脚步，开始沉淀下来“修内功”——优化架构、完善制度、控制成本、精简人员。这也使得许多企业内部原本啃食粮仓的“老鼠”逐渐浮出水面。查舞弊、反舞弊，成为了 2019 年诸多企业的主旋律。过去一年有哪些令人印象深刻的企业舞弊事件及反腐举措呢？

互联网反腐

1. 美团再出重拳反腐，三名员工涉嫌受贿被刑拘

2019 年 1 月，美团在年度战略沟通会上发布了“美团七条”廉洁自律宣言，宣言内容包括“不索贿、受贿、行贿，遵守礼品申报制度”等内容，现场一百多名高管宣誓。美团表示，2019 年将继续加大深度反腐、生态反腐的力度，坚持反腐理念，继续深化反腐体系，推动行业健康持续发展。时隔半年，美团原市场营销部总监赖某、高级经理梅某某、离职员工路某某因涉嫌非国家工作人员受贿罪，于 2019 年 7 月 16 日被北京朝阳警方刑事拘留。该案目前还在调查中，尚无进一步消息。

2. 360 知识产权部总监黄晶涉嫌受贿被捕

7 月 16 日晚间消息，奇虎 360 公司知识产权部资深总监黄晶收受多家代理商贿赂，涉嫌受贿被捕。360 官方表示，诚信正直是公司的底线，公司对“舞弊”零容忍。内部信中称，经道德委员会查实，黄晶接受多家代理商贿赂，涉嫌非国家工作人员受贿罪，黄晶已被检察机关批准逮捕。公开资料显示，黄晶是著名企业知识产权职业经理人，图形用户界面 GUI 保护的积极倡导者。自称知识产权的“传教士”，是曾经卖断货的畅销书《专利凶猛》作者之一。毕业于北京大学知识产权学院，先后就职北大方正、爱国者，精通知识产权管理体系。

3. 智联招聘员工倒卖公民个人信息，16 万份简历泄露

7 月 5 日，“智联招聘”员工参与倒卖个人信息案在北京市朝阳区人民法院二审开庭，该案涉及公民个人信息达 16 万余份，一份信息被卖 5 元左右。对此，智联招聘发布声明回应，关于此案，2018 年 6 月，最早由智联招聘在日常巡查中发现淘宝网络上有售卖简历的行为，并于第一时间报案，积极协助公安机关进行调查。2018 年 8 月，智联招聘上海分公司销售人员卢某和王某被公安机关带走。智联招聘称，据法院开庭情况，无业人员郑某勾结时任智联招聘销售的卢某和王某违反公司制度，骗取企业会员账号获取简历，在网络上非法销售牟利。

得益于行业的开放风气，互联网企业一向在反腐工作上起着先锋引领的作用。不管是 BAT 还是美团、京东、字节跳动等公司都肉眼可见地加大了反腐的力度。阿里设置了廉政合规部，京东设置了内控合规部，百度有职业道德委员举措连连。2020 年初，互联网公司们的

反腐公告又将相继出炉，让我们拭目以待。

房地产反腐

1.美的置业西南营销团队集体舞弊

10月9日，千亿房企美的置业发布公告，称审计风控中心接到举报并查实：原某区域公司副总经理代某，原某项目营销经理欧阳某某，串通下属置业顾问高某等5人利用销控操控房源，对外加价销售牟取非法利益超百万元；原某区域公司某城市公司总经理胡某某，任职涉案项目总经理期间，利用职务便利，要求营销经理为其操控房源，牟取非法利益，数额较大。代某、欧阳某某、胡某某以及3名置业顾问共6人被当地公安机关采取刑事强制措施，其中主要责任人代某、欧阳某某目前已被司法机关依法批准逮捕。

2.万达管理人员向商户、供方及员工索贿，移交司法

8月30日，万达集团发布内部公告称，万达集团召开了廉洁与遵章守纪教育大会，经集团审计中心查实，商管集团原总裁助理兼华南运营中心总经理王某、武汉区域原招商营运副总经理密某、黄冈万达广场原总经理付某、孝感万达广场原招商营运副总经理张某严重违反集团制度，向商户、供方及员工索贿，金额巨大，已涉嫌犯罪。目前，万达均与上述4人解除劳动关系，并移交司法。

据悉，万达集团这起腐败窝案发生在武汉，涉及金额总数近亿元，主要在华南运营中心总经理王某任职武汉期间发生，区域管理层联同地方单店，操纵投标、入股多家出租商户，调任之后仍然收受中标单位的贿赂。

复星三名员工倒卖房子空手赚上亿

9月，复星旅游文化集团公告称，旗下海南亚特兰蒂斯商旅发展有限公司副总裁及其两名下属将部分公寓与别墅加价出售给购房者，以此获利近2亿元，3人均被移送司法机关。复星表示“对任何腐败问题一直坚持零容忍态度，并要求每位员工必须具有遵纪守法的执业理念和诚实守信的职业道德操守。”

地产界的一场“反腐风暴”已涉及多家房企。近一年来，已经有中粮置地、雅居乐、朗诗、保利地产、万达、复星、美的置业等多家房企高管贪腐事件被公开。研究表明，营销环节、施工环节是房企内部人员贪腐的重灾区，值得引起企业的高度重视！

零售反腐

1.淮南百大商厦原财务总监收受贿赂勾结他人盗取2亿元

安徽省合肥百货大楼集团股份有限公司爆出一起企业员工受贿挪用巨额资金案——该集团旗下淮南百大商厦价值人民币2亿余元的储值卡被两名涉案人员内外勾结盗出，至案发时仍有8522万余元未追回。7月26日，法院对淮南百大商厦原财务总监彭某、合肥报业传媒有限公司原职员万某某挪用资金、非国家工作人员受贿(对非国家工作人员行贿)案作出一审判决。两名被告人分别被判处有期徒刑十年、九年零六个月。

案发后，合肥百大集团第一时间成立专项检查组，向社会公告了该案件进展具体情况，并

采取了一系列举措，①检查组对全公司进行了全面核对卡券账面数字和系统数字,对各年的发售和消费情况进行了彻查；②加强银行存款、应收账款以及印鉴章管理;③对卡券进行专项管理,并对异常使用卡券的情况进行监控；④聘请会计师事务所对公司总体内部控制进行完善和优化；⑤在财务管理方面,针对资金管理制度、银行票据管理制度、筹资管理制度、网上银行管理办法等相关制度文件进行修订完善,以提升公司财务内控管理运行的有效性。

2.ST 大洲内控乏力，被大股东关联企业占用资金 4.7 亿

4 月 14 日晚间，ST 大洲发布公告称，公司自查发现存在被第一大股东的关联企业恒阳牛业占用资金的情况，预计在一个月内不能解决问题。4 月 16 日，复牌的新大洲 A 已“戴帽”，成为 ST 大洲，复牌后公司股价接连三日一字跌停。经查阅其往年公告发现，2 年前，尚横冠通成为 ST 大洲第一大股东，随后，其关联企业恒阳牛业成为了 ST 大洲的第一大客户和第一大供应商。

对于此次资金占用的原因，ST 大洲董事会秘书任春雨表示，主要是因为上市公司开展业务产业链不完整，缺少牛肉生产加工厂，形成资产关联交易，导致在关联交易过程中形成了占用。同时，此次资金占用主要源于公司内控方面有缺陷，公司日常支付的监管不够，需要加强，另外公司在对待类似事情的应急机制方面需要改善提升。未来将继续自查自纠自改，对同类事项进行梳理整改。

3.联想集团半年曝 3 起商业贿赂

2019 年初，上海市浦东新区人民法院公布了一起受贿案，显示联想（上海）信息技术有限公司 MS（大中型企业服务）部门项目经理及销售经理刘某被判有期徒刑六个月。

3 月 22 日，海淀区人民法院公布了一起贿赂案，涉案人是曹某某，他的身份是联想移动通信科技（北京）有限公司手机事业部运营管理部项目经理。经查，曹某某利用其掌握研发物料拍卖信息的职务便利，多次将上述信息发送给行贿人孔健。最终，曹某某因收受孔健 41 万余元，被判入狱七个月。

海淀区人民法院在 4 月 8 日公布了另一起刑事判决，涉案人是涉案人高某为帮助北京一科技有限公司谋取交易机会，多次给予联想（北京）信息技术有限公司 DCG 测试和认证部门经理陈某钱款共计 75 万元。最终，高某因向联想公司工作人员行贿，且数额较大，被判犯对非国家工作人员行贿罪获刑六个月，缓刑一年。

零售行业本就是低毛利行业，企业所获得的每一分利润都来之不易。中国零售业正处在转型变革的关键时期，腐败的存在不仅侵蚀着企业的利润，更会严重阻碍着企业的前进步伐。中国零售业的“反腐之路”依然任重道远！

2020 即将来到，这些舞弊事件也将成为历史，但反腐的决心和举措只会进一步加强！我们在明年也会继续为大家推送热点事件、分享专业文章、为企业内控和反舞弊研究献绵薄之力，敬请期待哦！

（本文首发于 2019 年 12 月 17 日）

从“西湖计算机案”看计算机类反舞弊行为的特点

王洁敏

现今的社会生活是出门用“滴滴”，吃饭用“饿了么”、买菜用“叮咚”……政府也设立了“一网通办”，让原本必须亲自到现场办理的行政事务可以在屏幕前一键办理。

计算机已不仅仅是物理载体，联通互联网并具备数据处理能力的电子产品均可被认为具有计算机属性，利用计算机进行犯罪的新型案件也日渐增多。

近期在杭州审理的一起“西湖计算机案”就颇具典型意义，**该案经过侦查、审查起诉、审理三个程序，期间历经三个罪名，可见计算机类犯罪的复杂性。**

经历了三个不同罪名的案件

2018年7月至10月，被告人薛某某接受中介唐某某的委托，注册办理不符合要求的二级建造师执业资格证书。

薛某某在得到唐某某提供的申请注册人员的账号和密码之后，登录浙江省政务服务网，按网站设计的流程操作注册。在填写浙江省二级建造师初始注册申请表时，**通过网页浏览器自带的“审查元素”功能，修改注册申请表中不符合要求的毕业年限数据和专业内容，使其符合注册要求，随后在线提交这一网页表格并进入下一步审核环节，利用政务网网站没有设置二次校验功能的漏洞，顺利使13名不符合注册要求的人员通过审核注册，从而从中介处获取好处费合计52000元。**

该案例的基本案情清晰明了，简单说，就是被告人利用浏览器自带的功能修改了文件内容，并利用网站的漏洞，帮助他人注册成功，并从中获利的事实。

案发后，公安机关以**非法侵入计算机信息系统罪**立案，检察院以**破坏计算机信息系统罪**提起诉讼，之后，一审法院以**非法获取计算机信息系统数据罪**对当事人定罪量刑。

三个阶段、三个罪名，由此可见，本案当事人的行为是否构成犯罪；若构成，又构成何罪成为争议焦点。

本文将先对三个罪名的区别予以分析，随后结合舞弊行为的特点，谈谈该案带来的启发。

“非法侵入计算机信息系统罪”简述

刑法第二百八十五条第一款 【非法侵入计算机信息系统罪】 违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的，处三年以下有期徒刑或者拘役。
--

本案的侦查阶段，公安机关以**非法侵入计算机信息系统罪**立案。

非法侵入计算机信息本身系行为犯，行为人主观上具有非法侵入计算机系统的故意，而侵入的客体必须是涉及国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统，即**只要侵入手段非法、而侵入的计算机系统又是涉及国家利益的，需要由国家重点保护的不公开系统（即内网），即构成该罪名。**

从本案看，当事人是否构成此罪名先要区分其犯罪手法是否具有非法性；其次，需明确浙江省政务服务网是否被认定为涉及国家事务的计算机系统。因材料有限，仅凭案例提供的要素，很难推断当事人的行为具有非法侵入性。此外，虽然法律法规没有明确国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机系统的明确范围，但是，浙江省政务服务网作为一个向社会公众公开的、为社会公众服务的服务型网站，显然属于公开网站。因此，笔者认为当事人的行为不构成非法侵入计算机信息系统罪。

“破坏计算机信息系统罪”简述

第二百八十六条 【破坏计算机信息系统罪】违反国家规定，对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行，后果严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役；后果特别严重的，处五年以上有期徒刑。

违反国家规定，对计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加的操作，后果严重的，依照前款的规定处罚。

故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行，后果严重的，依照第一款的规定处罚。

单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。

本案中，检察院以破坏计算机信息系统罪提起诉讼。

破坏计算机信息系统的行为，是指行为人非法对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行，后果严重或特别严重的行为；又或是行为人非法对计算机信息系统中储存、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改、增加等操作，后果严重或特别严重的行为、再或是行为人故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，影响计算机系统正常运行，后果严重的行为。

两高《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第四条对该罪中“后果严重”、“后果特别严重”做了详细规定：

后果严重	后果特别严重
- 造成十台以上计算机信息系统的主要软件或者硬件不能正常运行的 - 对二十台以上计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据进行删除、修改、增加操作的 - 违法所得五千元以上或者造成经济损失一万元以上的	数量或者数额达到前款第（一）项至第（三）项规定标准五倍以上的
造成一百台以上计算机信息系统提供域名解析、身份认证、计费等服务或者为一万以上用户提供服务的计算机信息系统不能正常运行累计一小时以上的	- 造成五百台以上计算机信息系统提供域名解析、身份认证、计费等服务或者为五万以上用户提供服务的计算机信息系统不能正常运行累计一小时以上的 - 破坏国家机关或者金融、电信、交通、教育、医疗、能源等领域提供公共服务的计算机信息系统的功能、数据或者应用程序，致使生产、生活受到严重影响或者造成恶劣社会影响的
造成其他严重后果的	造成其他特别严重后果的

综上，本案的当事人利用浏览器自带的“审查元素”功能对注册内容进行修改，被修改的注册信息是否属于刑法第二百八十六条第二款规定的计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据成为定罪的关键，鉴于案例信息的匮乏，且该案目前还在二审阶段，故不作揣测。

笔者个人认为，若认定该注册内容系法律规定的数据库，且违法所得超过 25000 元，符合后果特别严重的标准，可以认定为破坏计算机信息系统罪。

“非法获取计算机信息系统数据罪”概述

刑法第二百八十五条第二款 【非法获取计算机信息系统数据罪】、【非法控制计算机信息系统罪】违反国家规定，侵入前款规定以外的计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

本案的一审法院以非法获取计算机信息系统数据罪对当事人定罪量刑。

非法获取计算机信息系统数据的行为，是指行为人以非法手段侵入除第二百八十五条第一款规定的计算机信息系统以外的系统或采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，情节严重或情节特别严重的行为。

两高《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第一条对该罪中“情节严重”、“情节特别严重”做了详细规定：

情节严重	情节特别严重
- 获取支付结算、证券交易、期货交易等网络金融服务的身份认证信息10组以上 - 获取第一项以外的身份认证信息500组以上 - 非法控制计算机信息系统20台以上的 - 违法所得5000元以上或者经济损失1万元以上的	数量或者数额达到前款第一项至第四项规定标准5倍以上的
其他情节严重的情形	其他情节特别严重的情形

本案中，从当事人利用注册人员提供的账号、密码登陆网站，后其利用网页浏览器的特定功能修改注册信息后再次上传的行为来看，注册人员信息系他人提供，无需当事人去主动获取，当事人主观上也没有获取计算机信息系统数据的故意，其目的仅是通过系统漏洞将修改后的信息上传，便于通过审核，为注册人员获得相关资质。综上，笔者个人认为当事人的行为不构成非法获取计算机信息系统数据罪。该案件的最终情况还有待二审法院的判决。

当计算机类犯罪遇上舞弊行为

在上海星瀚律师事务所企业内控与反舞弊法律中心推出的《2018 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》中，曾对计算机类的舞弊行为做过分析，根据报告的分析，该行为主要涉及三种罪名——非法获取计算机信息系统数据罪、非法控制计算机信息系统罪、

破坏计算机信息系统罪。

从报告所采样本中可以看到，2018 年度，北京、上海、江苏、浙江、广东、天津、重庆等七个较发达省市的计算机类犯罪案例共 266 例，经筛选，与内部员工舞弊有关的案件共有 13 例，被告人共 20 人。其中，非法获取计算机信息系统数据罪 6 例，非法控制计算机信息系统罪 1 例，破坏计算机信息系统罪 6 例。最高人民法院于 2019 年 11 月 19 日发布的网络犯罪大数据报告的结论亦与星瀚的大数据报告成果相似。

从星瀚的大数据报告到最高院发布的网络犯罪大数据报告、再到“西湖计算机案”，从这三者间我们不难发现，侦破计算机领域犯罪存在以下几个特点：

- 一，成案难度大；
- 二，作案手段隐蔽且多变；
- 三，对专业的跨领域要求高；
- 四，法律法规严重滞后、且既有规定亦较为模糊。

以上这些特点造成罪与非罪、此罪与彼罪的争议较大。“西湖计算机案”将这些特点展现得淋漓尽致，案件的最终结果将会如何，我们也拭目以待。

专业建议

笔者认为，从表面看，计算机类舞弊行为存在定案可能性低，取证难度大等困难，但既然网络行为已经是大部分人生活工作所必须的，那么证据在计算机内、网络上就不可能绝对的销声匿迹，必然会留下蛛丝马迹，能否发现这些痕迹，则由技术手段的齐缺、操作水平的高低来决定。

反舞弊调查的终极目标是获取证据，没有什么比行为人在计算机上留下的特有痕迹更能说明问题。若能做好对计算机类舞弊行为的重视，掌握电子取证要点，不仅可以为犯罪嫌疑人所涉及的职务侵占、侵犯商业秘密、非国家工作人员受贿等典型舞弊行为定罪提供强有力的证据支撑，也为可能存在的计算机类舞弊犯罪行为提出控告带来益处。

结合反舞弊工作的开展和本文介绍的案例，笔者认为企业管理者可以从以下几点做起：

1. 及时对涉案的任何电子设备（电脑、手机、移动硬盘等）进行固定、封存，以备司法诉讼阶段调取质证；
2. 对所采集的证据做好归类统计，重点是个人身份认证信息、可疑程序、文件等；
3. 若涉案系统或计算机被破坏的，应当及时对所造成的直接经济损失以及用户为恢复数据、功能而支出的费用做好统计；
4. 采取符合法律规定的电子取证程序，要让取得的证据具有合法有效的外衣；
5. 经常更新相关专业知识和行业趋势，了解行业走势。

电子取证的具体操作手法视个案、罪名、现实条件等因素会存有差异，星瀚企业内控和反舞弊法律中心曾有系列文章予以专题介绍，读者可发送邮件至 bd@ricc.com.cn 索取相关文章的合集。

（本文首发于 2019 年 12 月 9 日）

单位职员虚构业务骗取财物应当如何定性——基于第 484 号、1218 号刑事指导案例的分析

汪银平、陈颖

单位职员虚构或部分夸大公司所经营的业务，与他人签订合同，并将合同项下财物占为己有的，其行为应当如何定性？有人认为应当认定为职务侵占罪，也有人认为应以诈骗罪定罪处罚。何者为对，何者更优？本文拟通过两则刑事指导案例，分析说明该类犯罪行为。

基本案情

案例一（第 484 号指导案例）：虞秀强为金维公司的副总经理，2005 年 1 月，金维公司需购进 3 吨己内酰胺，虞秀强便以金维公司名义于同年 1 月先后 4 次从巨化锦纶厂购进 38 吨己内酰胺。后虞秀强将其中的 3 吨运至金维公司，收取 5 万元货款后占为己有；同时将其余 35 吨卖给衢州劲大化工、陈劲宏等处，在取得销售货款 70 万余元货款后，用该货款中的 30 万余元支付给宏大经营部等 3 家单位作为陈敏公司（与金维公司有合作关系）所欠的货款，并将其余的 40 万余元用于偿还个人债务及炒股（详见第 484 号刑事指导案例）。一审法院认为虞秀强对巨化锦纶厂交付的 70 万余元构成诈骗罪，对金维公司的 5 万元货款构成职务侵占罪。本案上诉后，二审法院作出改判，认为虞秀强以金维公司名义向巨化锦纶厂订购 38 吨己内酰胺且巨化锦纶厂予以交付的行为是正常的经营行为，虞秀强签订合同的行为系职权行为以及有权代理，虞秀强非法侵占的是公司财物，故构成职务侵占罪。

案例二（第 1218 号指导案例）：2013 年至 2015 年，被告人杨涛担任统建公司东方雅园项目售楼部销售经理期间，明知统建公司并未决定对外销售上述商铺，为骗取他人财物，对到项目部咨询的杨某等 9 人虚构了商铺即将对外销售的事实，谎称自己是副总经理，可以帮助被害人购买商铺，后采取开具虚假发票、一铺多卖等欺骗手段，与被害人签订合同，要求被害人将订购商铺的款项汇入其个人银行账户，进而将上述款项占为己有。后为了防止犯罪事实被发现，又采取私刻单位公章签订虚假租赁合同等手段，继续欺瞒被害人至案发（详见第 1218 号刑事指导案例）。一审法院与二审法院均认为杨某等 9 名被害人是基于杨涛的欺骗手段，陷入错误认识并处分了自己的钱款，并且遭受了财产损失，杨涛实际占有的是被害人汇入其个人银行账户的钱款，而非已经进入统建公司资金账户的财物，故杨涛构成诈骗罪。

上述两个案件中，单位员工均违背单位意志，采用夸大或虚构公司所从事业务的方式，骗取相对人的信任签订合同，且非法占有了相对人依照合同交付的财物。案例一中，终审法院认为行为人利用职务便利非法占有了“本单位财物”，故认定为职务侵占罪；案例二中，审理法院认为行为人采用欺骗方法，非法占有了“相对人的财物”，因此判决认定诈骗罪。上述两则案例中，行为人的手段高度相似，但最终定性却截然不同，其中的缘由值得分析。

判决析理

职务侵占罪和诈骗罪在侵犯客体和行为方式上均存在不同，传统观点认为职务侵占是指以非法占有为目的，利用职务上的便利，通过侵吞、窃取、骗取手段，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。而诈骗是指以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相的方法，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。在区分中，关键可考察以下因素：行为人非法占

有财物主要是利用职务便利还是利用诈骗手段？行为人非法占有的是本单位财物还是他人财物？

一、行为人是否利用职务便利

案例一中，虞秀强系金维公司专门负责原材料供应的副总经理，在原材料采购方面获得公司的概括授权，并有权直接将所订购货物转手卖给他人，收取货款后再回交给公司。法院认为虞秀强非法占有财物正是利用了其经手财物的便利。案例二中，杨涛作为统建公司的销售经理，在统建公司东方雅园项目部从事销售管理工作，负责销售登记和销售合同的签订与审查核对等工作，公司未授权销售涉案商铺，也未授权管理、经手客户认购款。法院认为杨涛非法占有财物的行为没有利用职务便利，仅仅是利用了职务身份获取了被害人的信任从而实施了诈骗，即杨涛利用的是职务形成的便利条件。

首先，“利用职务之便”是指利用主管、管理和经手财物的便利。主管是指行为人对财物的安排、使用具有决定权，但不具体管理、经手单位财物。管理是指行为人对单位财物直接负有保管、使用的职责。经手是指行为人因工作需要临时控制单位财物，行为人对单位财物具有临时的实际控制权。其次，“利用职务形成的便利条件”即“利用工作便利”，是指行为人在职责上无权管理或经手涉案财物，仅是因为工作中形成的便利条件（如熟悉环境、了解内情、可随意进出单位等）得以接触到处于他人管理之下的财物。因此，利用职务形成的便利条件与利用职务之便的区别在于行为人管理、经手财物是否为职责所在，即评判一个人是否利用了职务便利，实质性的依据是其是否承担并利用了一定工作职责。正如评价行为人是否为单位工作人员，应当注重实质合理性，是否签订用工合同仅为形式标准，判断一个人是否利用了职务便利，也应该注重实质性，不能仅看单位是否具有形式授权。

案例一中，虞秀强不仅在形式上而且在实质上承担了采购、销售货物并收取货款的工作职责，所以虞秀强非法占有财物利用了职务便利。而案例二中，笔者以为，如果杨涛是超越代理权限实施的职务代理行为，在该代理行为的法律后果由单位承担时（即表见代理成立时），杨涛取财并持有财物便有业务基础，其进一步非法占有所持有的财物就应当被认为利用了职务之便。

二、行为人非法占有的财物是否为本单位财物

案例一中，法院认为虞秀强超越代理权限采购原材料的行为为有权代理（应为表见代理）。案发前，虞秀强作为专门负责原材料采购的副总经理，就曾多次代表金维公司向巨化锦纶厂采购原材料，虞秀强的行为，造成了足以使巨化锦纶厂相信其有代理权的表象。在表见代理成立的情况下，双方签署的合同有效，巨化锦纶厂依法交付的 38 吨己内酰胺，所有权自交付起转移给金维公司所有。事实上，除表见代理外，案例一采用的是所有权说，虞秀强擅自处理该 38 吨己内酰胺侵犯的是本单位的财物所有权。故虞秀强取得并持有该 38 吨己内酰胺后再非法据为己有的，属于利用职务之便侵吞本单位财物。

案例二中，法院认为杨涛利用销售经理的身份，虚构事实、隐瞒真相以骗取被害人的财物并用于赌博及个人消费，与民事活动中的表见代理具有本质的区别。且即便杨涛构成表见代理，单位可能承担相应的民事责任，该民事责任的承担也是民事法律规范适用的结果，不能因为统建公司最终在民事法律关系中承担了相应责任，进而以最终后果为标尺认为杨涛的

侵占对象是单位财物。只有杨涛让被害人将资金汇入单位账户，资金归单位控制，行为人在利用职务之便占有单位账户里的资金，才属于职务侵占。

首先，法院认为杨涛骗取财物的目的不符合表见代理的理由有点牵强。表见代理的构成要件为：（1）行为人无代理权而以本人名义实施代理行为；（2）有使相对人相信行为人有代理权的事实；（3）相对人主观上无过错；（4）无权代理人与相对人所为的民事行为具备民事法律行为的有效要件。可见，无论杨涛的目的如何，均不会影响表见代理的构成。详言之，如果有足够的权利表象使相对人信赖杨涛（例如杨涛在统建公司上班，名片写的职位为销售代理，合同签约地点在统建公司，房屋买卖合同有公章等），那么在杨涛以统建公司的名义实施销售行为，相对人主观为善意且尽到合理的注意义务，双方签订合同的情况下，应当认为表见代理成立。

其次，在表见代理成立的情况下，相对人交付财物，所有权即发生转移，统建公司就应当履行其相应的合同义务。统建公司之所以需要承担此责任，是因为法律拟制。而法律拟制的后果不仅导致法律后果的变化，同时也将本不合法的过程合法化。杨涛本来无权进行销售商铺，也无权收受对销售商铺所得的钱款，但是因为法律拟制，杨涛实质承担了本不属于其所有的职责，杨涛取得并占有的钱款应视为由单位实际控制的钱款，其性质属于“本单位财物”。杨涛因履行职务而经手该钱款并进一步侵吞的，应当认为利用职务之便，侵吞本单位财物。

最后，法院认为因为财产不曾为单位所占有和控制，杨涛所侵犯的是由其本人所控制的财产，所以杨涛侵犯的并非本单位的财物所有权的理由更是经不起推敲。某公司私设小金库，以财务个人名义开户，银行卡由该财物保管，难道公司就对该财物失去控制权了吗？财务侵吞该财产难道就不能成立职务侵占罪了吗？答案显然是否定的。事实上，该法院采取的是占有说。目前占有说地位的占有说认为，财产犯罪的法益首先是财产所有权及其他本权，其次是需要通过法定程序改变现状（恢复应有状态）的占有；但在非法占有的情况下，相对于本权者恢复权利的行为而言，该占有不是财产犯的法益。也就是说，单位也成为财产犯罪的被害人并不仅仅是以实际占有、控制财物为前提，只要取得所有权及其他本权即可。因此，认为杨涛侵犯了本单位财物无理论上的障碍。综上，如果杨涛构成表见代理，相对人虽支付至其个人账户内的资金属于单位财物，杨涛进而侵占的属于利用职务之便侵吞单位财物，是职务侵占。而如果杨涛不构成表见代理，那么因受骗而产生损失的便是相对人，杨涛应构成诈骗罪。

判断要点

行文至此，笔者以为，职务侵占罪和诈骗罪区分的关键虽然在于侵犯客体与行为方式的认定上，但其最核心的内容在于如何评价民事法律关系在刑事认定中的作用。如果认为民事法律关系可以影响刑法对行为的评价，那么行为的最终定性不仅取决于刑事规范，也取决于民事规范；与之相反，如果认为民事法律关系不可以影响刑法对某行为的评价，那么行为的最终定性仅取决于刑事规范。

若根据民法上表见代理的理论，被害人可以向单位主张相关权利，故其不存在财产损失，并且被害人已经向单位转移所有权，行为人若是利用职务便利对此予以非法占有的，符合职务侵占罪的构成要件。但若认为虽然单位在民事法律关系中承担了相应责任，但民法作如此

规定是为了保护交易安全，便不能就此认为行为人侵占对象是单位财物，那么行为人应当构成诈骗罪。

第 1218 号刑事指导案例认为表见代理仅在民事法律关系中直接影响各方的民事权利义务关系，因表见代理的特殊规定而导致单位遭受最终损失的结果并不能成为区分诈骗罪与职务侵占罪的理由，而这种主张本身是值得商榷的。因为我国刑法规定及理论均承认了权利行使不可罚的思想，例如为索取债务非法扣押、拘禁他人，未使用暴力致人伤残、死亡的，构成非法拘禁罪，不构成绑架罪。如果仅看行为，那么上述情形就应当以绑架罪等罪名来处理。但正是因为考虑到了债权债务关系这些民事法律上的规定，所以为索取债务非法扣押、拘禁他人等行为就只是按照非法拘禁罪来处理。因此，如果认为构成民法上的表见代理，那么就应该如第 484 号刑事指导案例所示，肯定财物所有权的转移，并由此肯定具备职务侵占罪的行为条件。

一个案件事实，往往会触犯多个部门法，以不同的法律规范为指导对案件事实进行评价，就会得出不同的结论，因为每个部门法的任务、目的并不全然一致。从民事法律规范上看某一个案件事实，可能仅仅涉及不当得利，但如果从刑事法律上看则可能涉嫌犯罪。行为是否构成犯罪以及构成何罪，只能根据刑法规定的成立条件作出独立判断。但行为针对包括财产和人等在内的对象，应当从专业的民事法律规范中寻找依据。

（本文首发于 2019 年 3 月 4 日）

侵犯商业秘密罪中，“重大损失”如何计算？

张雪燕

我国刑法第二百一十九条第一款规定：有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

- （一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；
- （二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；
- （三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。

据此我们知道，侵犯商业秘密罪的客观要件是指：侵犯他人商业秘密，并给商业秘密的权利人造成“重大损失”的行为。

那么，“重大损失”的数额范围应如何认定呢？2010年最高人民检察院、公安部发布的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第七十三条规定，侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（1）给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上的；

- （2）因侵犯商业秘密违法所得数额在五十万元以上的；
- （3）致使商业秘密权利人破产的；
- （4）其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。[1]其中虽然明确了“重大损失”的数额范围，但是对于“重大损失”的内涵以及计算方法并没有具体的规定。

通过梳理中国裁判文书网中侵犯商业秘密中的判决书，我们发现，司法实践中“重大损失”的计算标准较为多样。目前，对商业秘密权利人损失数额的计算方法主要有成本说、价值说、损失说、获利说等几种主要方法。我们分析如下：

一、以侵权人因侵权所获得的利益计算“重大损失”

最高人民法院编《刑事审判参考》第9辑中，刊登了昌达公司侵犯商业秘密案，其中就侵犯商业秘密犯罪行为所造成的经济损失数额如何认定，该案裁判理由指出：在实践中，“重大损失”的数额主要是依据侵犯商业秘密行为给权利人造成的经济损失数额进行判定的。

经济损失数额一般为被害人的实际损失，如商业秘密的研制开发成本，侵犯商业秘密犯罪行为致使被害人遭受技术及信息转让方面的损失，商业秘密的利用周期、市场容量和供求状况，被害人竞争地位、能力的减弱或丧失，商业信誉的下降，市场份额的减少，出现亏损甚至破产等。在被害人实际损失难以计算时，可以参照行为人在侵权期间因侵犯商业秘密所获得的实际非法利润来予以认定。[2]

近年来，这一“重大损失”认定模式在实践中广泛应用。不过，现实案件纷繁复杂，有些案件中可以直接查证侵权人获取利益的具体数额，但是更多案件存在账目毁损、侵权人销售数量、收入无法确定等情况，针对每个案件的具体情况，在以侵权人所获得的利益计算“重大损失”时，又有以下几种计算方法。

1.以侵权人因侵权所获得的利益计算“重大损失”

在张某某等侵犯商业秘密案[3]中，被告人在四川航空工业某机器厂任职期间，共同出资设立D公司，且在D公司设立后，被告人通过非法方式携带某机器厂的商业秘密入职D公

司，D 公司利用该商业秘密生产、销售侵权产品。案发后，经法院委托鉴定机构鉴定，D 公司在侵权期间实现销售收入计 2572181.91 元，实现主营业务利润总计 804470.47 元。法院认为，根据最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第十七条规定：确定反不正当竞争法第十条规定的侵犯商业秘密行为的损害赔偿额，可以参照确定侵犯专利权的损害赔偿额的方法进行。《中华人民共和国专利法》第六十条：侵犯专利权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定。最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十条三款：侵权人因侵权所获得的利益可以根据该侵权产品在市场上销售的总数乘以每件侵权产品的合理利润所得之积计算。一般按照侵权人的经营利润计算，对于完全以侵犯为业的侵权人，可以按照销售利润计算。[4]综上，法院认为以 D 公司在侵权期间的利润来计算权利人损失数额比较合理，据此认定本案的经济损失数额为 804470.40 元。

在上海 B 科技有限公司、张某某等侵犯商业秘密案[5]中，被告人张某某在担任 B 公司法定代表人、董事长期间，以高薪高职为利诱条件，将原任上海 M 新材料实业有限公司工程师的被告人金某某招进 B 公司，并利用金某某掌握的 M 公司的商业秘密从事经营活动。经浦东新区公安局委托审计鉴定，被告人在侵权期间共生产 105346 公斤侵权产品，销售 78150 公斤，账面库存应 27196 公斤，实际查获 22096 公斤，单位毛利每公斤 8.04 元，权利人同期的单位毛利为每公斤 9.68 元。据此，法院认定被告人的实际非法获利额=实际销售的产品数量 78150 公斤×被告人的单位毛利率每公斤 8.04 元，获得利润共计 628326 元。

2.以侵权人因侵犯商业秘密所获得的报酬认定为“重大损失”

在姚某某侵犯商业秘密案[6]中，被告人姚某某在公司任职期间和离职后违反权利人有关保守商业秘密的要求，将其掌握的商业秘密出售给他人并从中获利 100 万，给权利人造成重大损失，法院以被告人从中实际获利 100 万元作为“重大损失”的认定标准。

3.以侵权人的销售收入减去权利人的成本认定“重大损失”

在胡某某等侵犯商业秘密案[7]中，被告人盗用权利人的商业秘密进行生产、销售侵权产品，由于被告人销售账册的毁损灭失，无法针对被告人所获得的利润进行科学的鉴定。此外，法院认为，由于被告人没有将权利人的商业秘密进行扩散、转让，权利人的商业秘密仍处于相对保密状态；同时权利人在被告人停止侵害后即恢复了市场地位，被告人的犯罪行为没有使权利人丧失技术秘密带给它的使用价值，因此，权利人的研发成本没有丧失，也不应以权利人的研发成本作为损失数额的计算标准。最终法院判决，以被告人的销售收入，减去根据权利人产品的成本指标核定的成本，最终获得被告人因犯罪所获取的利润来确定权利人销售收入的减少是相对合理的确定损失的方法。

4.以第三人的销售收入乘以同行业的平均利润计算“重大损失”

在裴某某侵犯商业秘密案[8]中，被告人非法携带权利人的商业秘密至 Z 公司任职，并将权利人的商业秘密应用到 Z 公司经营活动中，Z 公司与 C 公司、T 公司签订的侵犯权利人商业秘密的合同，合同总金额为 14856 万元。但是 Z 公司在这两个合同中获取了多少利润，从现有的财务账目中无法确定。按照中国重型机械工业协会关于该行业的平均利润为 12% 的专家评估意见，Z 公司从这两份合同中所获得的利润可以认定为 $14856 \text{ 万元} \times 12\% = 1782 \text{ 万元}$ ，以此作为权利人的损失数额。

5.以侵权产品的销售量乘以权利人被侵权前的平均利润计算“重大损失”

在周某某等侵犯商业秘密案[9]中，被告人违反与原任职单位的保密协定，伙同他人利用原单位专利技术及不为公众知悉的工艺技术信息，生产与原单位相同的产品，并将侵权产品低价销售给多家单位，从中获利 17 万余元。公诉机关提交的《审计报告》对被侵权单位造成的直接经济损失采取了两种计算方法：一是以侵权人侵权产品的销售吨数乘以权利人因被侵权而被迫降价前的平均销售利润；二是以权利人被侵权后销售量的减少吨数乘以权利人因被侵权而被迫降价前的平均销售利润。一审法院认为，从市场竞争的不确定因素考虑，权利人被侵权后销售量的减少并不一定完全是侵权人的侵权行为造成的结果；而侵权人侵权产品的销售数量不仅反映了侵权的客观事实，而且能反映权利人被侵权后造成的直接损失。因此，以第一种计算方法即“侵权人侵权产品的销售吨数乘以权利人因被侵权而被迫降价前的平均销售利润”计算出权利人的直接经济损失，更为公平、合理。二审法院做出裁定时认为，根据两种方法计算的直接经济损失均超过 100 万元，原判认定重大损失方式并无不当。

6.以侵权人获得的研发费用视作其侵权期间所获得的的利润来认定“重大损失”

在王某某等人侵犯商业秘密案[10]中，被告人违反保密协定，通过使用权利人的商业秘密研发出侵权产品的技术方案，并将该技术方案提供给第三人使用，从中获得研发费用 588.01 万元；而第三人根据侵权人提供的技术方案生产出侵权产品并进行销售。根据我国《反不正当竞争法》第二十条之规定，在侵权行为所造成的损失难以计算的情况下，赔偿额为侵权人在侵权期间所获得的利润。因此，以侵权人从第三人处获取的研发费用人民币 588.01 万元作为权利人遭受的损失数额，是符合法律精神的，同时也符合刑法所规定的重大损失的确定标准，可作为追究被告人刑事责任的依据。

二、以商业秘密的价值认定“重大损失”

实务中，权利人的收入减少额和被告人因侵权行为获得的利益往往难以计算，以商业秘密的价值来认定“重大损失”的模式在法院的判决书中亦较为普遍。该模式包括以下不同的形式：

1.以权利人的购买价格合理推算认定“重大损失”

在李某某侵犯商业秘密案[11]中，被告人违反公司保密协定的规定，将公司的商业秘密提供给第三人使用，并从中获取技术服务费 18 万元。法院在判决时，对于《司法会计鉴定书》中以技术许可使用费及侵权人获得的部分利益一并计算权利人的直接经济损失，没有采信。法院认为权利人被侵权所受到的损失或者第三人因使用被告人披露商业秘密所获得的利益难以确定，故权利人的经济损失参照该公司技术合作转让费人民币 1860000 元及为引进技术所支出的培训费用人民币 492234.67 元计算，合计人民币 2352234.67 元，以此认定权利人在被告人侵权期间所遭受的损失数额。

2.以商业秘密的许可使用费认定为“重大损失”

在唐某某等侵犯商业秘密案[12]中，被告人盗窃原任职公司商业秘密，并且违反原任职公司保守商业秘密的要求，使用其所掌握的商业秘密。法院在认定重大损失数额时，采用了商业秘密独家许可转让费。司法鉴定评估报告书认定：权利人的商业秘密被侵犯的公允价值在鉴定评估基准日 2004 年 6 月 30 日的价值为人民币 273 万元，即权利人商业秘密的独家许可转让费是 273 万元。法院认为不能简单地将商业秘密的自身价值等同于损失，商业秘密作为无形财产，在考虑权利人的损失数额时，应当结合案件的具体情况判断，商业

秘密的价值在于其保密性，商业秘密一旦被他人掌握对于权利人而言价值就会减少，如果被披露、公开就可能彻底丧失其价值，本案采纳以涉案的商业秘密独家许可转让费来定罪量刑是适当的。

三、其他认定“重大损失”的模式

1.以商业秘密的市场价格认定“重大损失”

在项某、孙某某侵犯商业秘密案[13]中，被告人违反与原任职公司有关保守商业秘密的约定与要求，披露权利人的商业秘密，使得第三人在没有支付等价的情况下使用该商业秘密，从中获得价值2万元的电脑两台。根据证据证明，权利人曾以9万美元（价值人民币74万余元）的价格出售该商业秘密。法院在判决时认为，权利人的损失数额和侵权人所获得的利润均难以查实，被告人非法披露权利人的商业秘密是为了加盟第三人公司，所获得的两台笔记本电脑并非是出售权利人商业秘密的报酬，以权利人已经售出商业秘密的销售价格认定被告人的侵权行为给商业秘密权利人所造成的损失，是一种合理、合法的解决方法。

2.以侵权人生产出来的侵权产品的总价值认定“重大损失”

在上海Y贸易有限公司等侵犯商业秘密案[14]中，被告人未经权利人同意，擅自通过测试获取商业秘密，并且利用该商业秘密生产出侵权产品。公安机关和公诉机关一共提供了三组证据：一是权利人投入的研制开发费用（共423.25万元）的审计报告；二是商业秘密的资产评估价值（2122万元）；三是被告人生产出来的侵权产品的总价值（528507元）。在一审、二审的判决书中，法院均未明确侵权行为给权利人造成的具体损失数额。在法官对案件的评析中，法院是根据被告人生产出的侵权产品的总价值52万余元来认定权利人的损失数额，且并未排除生产成本。

小结：“重大损失”的计算思路

由于我国现行的法律和司法解释都未明确“重大损失”的具体内涵及计算方法，对于侵犯商业秘密犯罪行为给商业秘密权利人造成损失数额的认定，衍生出多种计算方式。

在最高人民法院公布的指导性案例中，对于“重大损失”的计算方式提到一般应当遵循以下规则：首先是对于能够计算权利人的损失的，应当计算权利人的损失数额；其次在权利人的损失数额难以计算时，以侵权人在侵权期间因侵犯商业秘密所获得的实际利润计算权利人的损失数额。

“重大损失”的具体内涵之所以难以具体规定，在于商业秘密自身价值的难以认定；此外，侵权人在侵权期间获得的利润以及侵权期间被侵权人所遭受的损失，司法实践中亦常常难以认定。

法院在认定“重大损失”时，往往会明确引用民事审判领域中适用的损害赔偿认定标准，诸如《中华人民共和国反不正当竞争法》、《中华人民共和国专利法》、《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》、《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》等相关法律。

注释：

[1]除《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》之外，2004年最高人民法院、最高人民检察院公布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第七条规定，给商业秘密的权利人造成损失数额在五十万元以上的，属于“给商业秘密的权利人造成重大损失”。

[2]参见最高人民法院编：《刑事审判参考》第9辑，法律出版社2000年版，第22页。

[3]参见四川省雅安市雨城区人民法院（2007）雨城刑初字第109号刑事判决书。

[4]第二十条三款已被最高人民法院关于修改《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》的决定（2015年2月1日）修改。该决定第七条规定：第三款改为第二款，修改为：“专利法第六十五条规定的侵权人因侵权所获得的利益可以根据该侵权产品在市场上销售的总数乘以每件侵权产品的合理利润所得之积计算。侵权人因侵权所获得的利益一般按照侵权人的营业利润计算，对于完全以侵权为业的侵权人，可以按照销售利润计算。”

[5]参见上海市第一中级人民法院（2003）沪一中刑终字第343号刑事判决书。

[6]参见江苏省镇江市中级人民法院(2006)镇刑二终字第25号刑事判决书。

[7]参见四川省成都市高新技术产业开发区人民法院（2004）高新刑初字第106号刑事判决书。

[8]参见陕西省西安市中级人民法院（2006）陕刑二终字第50号刑事判决书。

[9]参见上海市高级人民法院（2004）沪高刑终字第50号刑事裁定书。

[10]参见广东省深圳市南山区人民法院(2004)深南法刑初字第439号刑事判决书。

[11]参见广西壮族自治区北海市中级人民法院(2007)北刑终字第101号刑事判决书。

[12]参见江苏省扬州市中级人民法院(2008)扬刑二终字第0010号刑事判决书。

[13]参见最高人民法院编写：《中国刑事审判参考指导案例》，法律出版社2009年版，第338—342页。

[14]参见何建华：《从该案看侵犯商业秘密刑事案重大经济损失的认定》。

（本文首发于2019年6月19日）

企业反舞弊内部调查时，应当关注的证据固定问题

汪银平

员工违背法律和企业规定损害企业利益的，一经查实，企业都要考虑对该员工的后续处理问题，比如：（1）内部处罚或解雇；（2）劳动仲裁 / 诉讼解除劳动关系；（3）提起民事索赔诉讼；（4）提起刑事控告，追究刑事责任。

无论何种处置，都要依据一定的事实和证据，因此，企业自行对舞弊员工开展调查的时候，要特别注重调查过程中的证据固定问题，尽可能依照法律规定的要求进行收集和固定。

笔者将结合案件中遇到的众多问题案例，就电脑、邮件、书面材料、谈话等有关证据的固定要求进行解读。

一、关于员工使用电脑的扣押和取证问题

问题案例一：

某公司接到举报称，负责门店房屋租赁和装修的主管李某利用职权侵占公司资产。公司在该员工上班之际当场扣押其电脑；但在扣押时，员工声称该电脑是其个人电脑，公司配发的电脑在家里。于是公司派人陪同其回家取电脑，到该员工的 A 住址后，李某又称未找到电脑，可能在他另一个 B 住址的家里，于是又花了几个小时返到 B 住址。但在取证时发现，电脑已经被清空并重装了系统，数据基本丢失。

问题案例二：

某企业的数名高管涉嫌重大职务侵占案，企业将有关高管的电脑移交第三方机构做镜像和电子取证，并对镜像数据进行了公证，相关工作完成后便将电脑交还给企业 IT，IT 人员收到电脑后按照一般的流程进行处理，将部分电脑格式化后配发给其他员工使用，部分电脑作报废处理。后因案件需要，公安机关要求提供原始电脑时，已经找不到有原始数据的电脑。

问题案例三：

某公司销售负责人通过在外私设公司，利用关联交易截留公司利润，侵占公司资产。公司趁其下班时扣押了其工作电脑，后在电脑里发现大量涉案证据和线索。后公安在审讯时，该犯罪嫌疑人矢口否认该电脑是他的，电脑与员工之间的关联性无法证实。

【扣留电脑和取证工作中应注意的事项】

1. 电脑扣押工作。在员工配合交接的情况下，应签好交接单，明确交接电脑型号、颜色、硬盘序列号、交接时间等要素，并对交接好的电脑进行封存。员工交接不配合时，公司应事先确认扣押电脑为公司配发电脑，由两人以上进行扣押封存，并全程同步录音录像。

2. 电子取证工作。公司在获得涉案电脑后，可以通过专业设备对硬盘数据作无损镜像，并校验 HASH 值（具体可见《HASH 简介和取证应用》），然后封存原始硬盘以备司法诉讼阶段调取质证。该过程应全程录音录像。电子取证须在获取的镜像数据上调查，坚决避免在原始硬盘上操作损坏原始数据的情况，影响其证明效力。

3. 原始电脑保管。对可能要做民事、刑事案件证据的电脑及数据，公司应妥善保管，避免丢失和被破坏。

4. 电子数据的呈现。很多人通过公证的方式对电子数据进行固定，但公证机构仅能对可以视觉呈现的文字、图片等通过浏览的方式进行固定。对其他如日志类信息、程序类信息、代码类信息等多样化的电子数据，公证机关往往是不能进行公证固定的。实践中，有电子数据司法鉴定资质的第三方机构是更合适的电子数据固定渠道，可以对电脑内的电子数据做全面的分析和固定。

二、关于电子邮件的证据固定问题

问题案例一：

公司在对涉嫌舞弊的离职员工进行调查，想要查看其邮件时发现，该员工的邮件帐户整个被 IT 部门删除，帐户内的电子邮件全部被清除毁损，人为造成证据灭失。

问题案例二：

公司收到举报称人事主管涉嫌舞弊，公司进行调查时发现其使用的是网易提供的免费邮箱，公司无备份权限，而员工又将邮件删除，导致公司无法查看邮件。

【电子邮件的几种固定取证方式】

1. 民事诉讼中，当事人可以采用截图、拍照或录音、录像等方式对电子邮件的内容进行固定，将相应图片的纸质打印件、音频/视频的储存载体（U 盘、光盘）提交给法院。并且，当事人也应当保存好电子邮件的原始载体以便在法庭上出示，原始载体包括储存有电子数据的手机、计算机或其他电子设备等。如果有必要，法院可要求电子邮箱账户持有人登入电子邮箱，展示电子邮箱的地址，点击所要出示的电子邮件，展示相应内容以进行一致性核对。如果当事人一方本身不持有涉案电子邮件，但有线索证明对方当事人持有时，也可按照举证规则申请由对方出示涉案电子邮件。或者，如果当事人一方仅持有涉案电子邮件的复印件而无法证明其来源时，若有其他证据相互印证，涉案电子邮件也有被法院采纳的可能。

2. 刑事诉讼中对电子邮件一般会要求进行司法鉴定，通过司法鉴定的方式从电脑、服务器调取电子邮件，并以鉴定意见的方式呈现邮件内容。司法实务中，对不便直接提取电子数据的，在做好相关笔录，证明电子数据的来源、存储和内容，给出合理的解释和说明的情况下，有可能使用打印件。

三、关于书面文档资料的证据固定问题

问题案例一：

公司在—个融资租赁项目中发现业务员舞弊，并且在业务员桌上的项目资料里发现了 2 份金额不同的设备采购合同，其中 1 份为伪造。后该案涉嫌合同诈骗被刑事立案，2 份合同也提交给公安机关作为证据使用。但在刑事调查期间，业务相对方企业声称该合同是公司业务员自己为了做业绩伪造的，公司业务员又称是相对方企业提供的，因为缺乏资料交接手续，无法断定假材料由谁提供。

问题案例二：

某金融公司对所有的融资项目都是通过系统无纸化审批，审批材料包括申请书、合同、资产证明、发票等都是扫描上传系统，公司对原始纸质的材料反而保管不善。后公司发现大量的虚假融资项目，但在准备证据时却发现很多原始证据不齐全。

【书面文档资料的保存和证据固定】

1. 书面文档材料交接应当建立交接签字机制，尤其是原始材料的交接、员工离职交接等，均应对重要材料进行登记并交接签字，确保文档资料的来源清楚。

2. 保管好原始材料。复印件、扫描件因其真实性存疑，在仲裁、民事或刑事诉讼中都是不具备证明效力的。因此，企业在日常管理中应当建立重要文档资料原件的收集、签收、保管、存档制度，确保原始件可调可查。

四、关于谈话录音 / 谈话笔录和悔罪书的证据固定问题

问题案例一：

某公司员工在公司对其谈话的时候签署了悔罪书，也表示愿意退赔，但在刑事案件中矢口否认。

问题案例二：

某公司总经理在被发现存在利用关联公司进行利益输送后，书面写下具体的还款计划和金额，但事后一直不归还。后来公司启动刑事报案，该总经理在审讯时声称是受到公司胁迫写下的。

【内部谈话的证据固定】

1. 一般来说，对舞弊员工的调查都应秘密进行，只有迫不得已或者公司放弃其他诉讼方案的情况下，才需要进行内部谈话。如果决定对涉事员工进行谈话的，应尽量放在调查程序的最后。因为进行访谈就意味着将调查事项部分或完全公开，当证据未完全固定时，将调查公开极有可能导致被调查人员铤而走险，销毁关键证据。

2. 谈话应当事先准备充分，谈的过程中尤其应对细节进行了解和确认，并尽可能和其他人的证词、其他书面材料、电子证据进行相互印证，提高谈话录音或笔录的证明力。同时，也可通过谈话进一步获取其他客观证据的线索，适时调取并固定。

3. 谈话录音、自书书等证据在其他证据相互印证的情况下，在民事诉讼中可能被采纳。但在刑事诉讼中，上述资料仅能供参考，公安机关一般都需要按照刑事诉讼法的规定重新进行讯问 / 询问。

证据之重要性无需多言，有些企业或因为没有联想到诸多行为与证据的关联性而忽视，有些企业又会因为操作不当导致适得其反；证据的固定是门学问，以上案例都是我们在办案过程中经常看到的现象，亟待引起企业的重视。

（本文首发于 2019 年 3 月 27 日）

三类典型舞弊犯罪的电子取证要点及案例分享

周晓鸣

电子取证是个广义的概念，只要是信息化、数字化的电子设备都可以进行电子取证，但不同的案件类别、不对的对象介质、不同的涉案行为，都要根据实际情况有针对性的开展取证工作，比较典型如：网络攻击入侵案件、利用互联网犯罪案件等等，都有自身取证的重点方向和方法。同样，舞弊类犯罪案件的电子取证也因其自身的犯罪特点而有别于其他的案件。

企业舞弊行为按刑法罪名区分，在现实中常见的主要有三大类：

（一）职务侵占和挪用资金类舞弊

（二）商业贿赂类舞弊

（三）侵犯商业秘密类舞弊

这三类舞弊行为从实质上讲都严重侵害了企业利益，使企业在有形资产或者隐形价值上都遭受损失，但从手法上来讲却各有不同，所体现的特征与其所处的行业、职务和涉案项目往往会形成一定的对应关系，进而开展电子数据取证，也必须相应的调整方向，运用不同手段。

在长期的反舞弊案件调查过程中，我们逐渐形成了一套对于舞弊案件开展快速、有效、针对性的电子取证方法，切实有效地提高了案件调查的效率和发现重要线索的概率。

一、职务侵占和挪用资金类舞弊

（一）人员行为分析

这两类舞弊行为属于资产侵犯型舞弊，涉案人员的一个明显特征是利用职务上的便利，目的是窃取、骗取、侵占本单位财物以或将单位财物占为己有。犯罪手法主要有：虚设中间环节，赚取差额费用；虚报业务，签订虚假合同；虚构或虚高应付合同款项或业务支出；利用商业活动中惯例的小额好处费这一明目，进行虚高或者虚构；夸大、虚构报销费用；利用单位系统内部漏洞，篡改数据，侵占挪用单位资金，制作假账进行掩饰。

（二）电子取证要点

- 1、电子邮件：记录业务往来情况；
- 2、PDF、word、excel 文档：记录合同、预算、流水等重要涉案线索；
- 3、图片：在对外业务交流，同案人交流中，可能留存相应的资金流水、统计表格等重要信息的截图。

（三）案例分享

在一起货运公司员工职务侵占案件中，涉案人员通过在正常业务流程中插入一个中间公司（虚设），按照每单 10-20%的比例抬高价格，获取非法利益。在电子取证过程中，调查人员重点分析了涉案员工电脑上的电子邮件和文档类文件，从中发现了主要的涉案线索和证据：

- 1、通过邮件客户端和 webmail 的历史记录，分析出涉案人员曾经使用虚设关联公司的域名邮箱，由此可以证实该员工与中间公司存在密切关联。
- 2、涉案人曾在电脑上留存部分合同、银行对账单等票据的 PDF 文档和图片，经电子数

据恢复，找到关键证据。

3、对合同、发票、流水、到账、运费等涉案关键字进行全盘遍历检索，发现部分被删除的文件碎片，结合外围排查，锁定涉案的时间、人员、金额、转账银行账号等重要线索。

二、商业贿赂类舞弊

（一）人员行为分析

商业贿赂多发生于商品采购、服务外包、项目招投标等经营活动中，涉案人员身居要职，具有审批、签字等高级权限，利用职务便利，通过给予相关公司业务优先权、商业机密等好处，换取对方贿赂。在不同行业中，表现形式还有所区别，如：采购中抬高合同支付金额，销售中给予折扣，招投标中提供竞标机密等。

收受、索取贿赂的常见手段有现金、银行、支付宝、微信转账等，当下还出现了利用有价证券、境外地产、境外保险等方式进行收受贿赂的新趋势。

（二）电子取证要点

1、电子邮件：重点查找涉案项目往来信息和附件文档。

2、文档：重点检索涉案项目、产品关键信息、涉案人近亲属关键字，尤其是关注修改过的同名文件副本，通过比对工具查看文本修改痕迹，结合文本修改者信息，发现修改价格等线索。

3、图片：重点检索查找银行流水或对账单等的截图，还要关注通过外围调查得到的重点关联人与涉案员工的个人相机拍摄的照片等图片，锁定人员关联性。

（三）案例分享

在一起跨国公司员工舞弊案的过程中，调查人员通过多种手段结合，还原了人员关系和基本案情，并在与涉案人员询问过程中，以这些关键信息突破对方心里防线，使案件成功告破：

1、利用新型行贿手段关键字全盘遍历筛查，由此发现含有关键信息的文件碎片，同步结合外围排查，发现行为人现实轨迹与电子数据完全吻合。

2、对所有图片进行技术性排除，随后人工检查，发现涉案人员、近亲属和行贿人员密切往来的照片，并通过照片上 GPS 记录信息倒推出某时间共同前往欧洲旅游的行为轨迹，在涉案人员询问过程中，发挥重要作用。

三、侵犯商业秘密类舞弊

（一）人员行为分析

针对电子数据的侵犯商业秘密行为，涉案人员通常会利用到即时通信、电子邮件、网盘、移动介质，甚至屏幕拍照等方式来窃取、传输涉案秘密信息，而事后为了掩盖作案痕迹，往往会卸载相关软件，并利用文件粉碎机等工具破坏原始数据，毁灭证据。

（二）电子取证要点

结合被窃取的电子数据，以传输渠道和时间轴为重点，还原行为轨迹：

1、电子邮件分析；

2、网盘、文件粉碎机等软件分析；

3、移动存储介质插拔记录；

4、涉案秘密信息关键字筛查。

（三）案例分享

在一起侵犯商业秘密案中，某公司技术员通过盗取其他员工账户的方式，侵入数据库窃取技术资料，并通过百度网盘转移至家里的个人电脑。

1、通过电子邮件排查向外发送涉密信息的线索，未果。

2、通过软件分析，发现曾经安装百度云盘但已被删除，通过数据恢复发现该软件留存在电脑中的痕迹信息和部分日志；

3、对涉案秘密文件的文件名和重点关键字进行二进制筛查，发现被删除后存留的文件碎片和时间，结合百度云盘的分析结果和 usb 口设备插拔记录，列出时间轴，还原涉案行为。

以上所列是对于一个案件概括性的调查方向，比如舞弊行为必然会关联到的资金、票据、合同、关联公司、关联人等。除此之外，还必须结合涉案人员个人工作、生活的其他痕迹，加以利用分析，才能抽丝剥茧，层层深入的揭开案件的真相。就笔者几年电子数据调查的不完全统计，尚未出现过一个完全同类型的案件，每个案件都有自身的具体情况，取证分析也必须结合具体的情况区别对待。

（本文首发于 2019 年 1 月 30 日）

隐藏在文件背后的蛛丝马迹

周晓鸣

摘要：在常规电子数据取证中，一般都较为重视文档、图片的检索、恢复，因为这些内容往往直接包含了犯罪的线索和证据。但在文件的背后，计算机还同时包含了大量的日志、元数据、缩略图等用户使用的电子痕迹，这些隐含的痕迹记录了用户行为轨迹，是案件调查取证的重要内容。

一、电子痕迹是什么？

刑事侦查学中的刑事科学技术包含三个基本原理：

- 物质交换和信息转移原理
- 同一认定原理
- 种类认定原理

其中的“物质交换和信息转移原理”认为，物质经过交换和转移，但物质成分和结构等特征一般不会发生变化，仍能客观真实的反映其原所在客体的本质。

这个原理在传统的刑事犯罪现场调查中应用最多的就是现场痕迹取证，而最为典型的的就是“指纹”。人的手上会分泌汗液，接触到物体后就会留下痕迹，也就是“指纹”，由于人类指纹的唯一性，通过指纹就能反向锁定相应的人，从而为确定案件侦破提供线索和证据。

电子设备在使用中也会留下痕迹，比如：日志、元数据、缩略图等。用户在使用电子设备时，并不会以此类信息作为直接访问对象，而是由操作系统自动按一定的数据格式进行记录，这些被系统同步记录下来的信息就是所谓的“电子痕迹”。

相较于传统的现场物证痕迹，电子痕迹同样是反映用户行为，锁定用户个体的重要线索和证据，它与用户活动息息相关，而且更加完整、全面和详细。对电子痕迹的取证，是电子数据取证中不可获取的一个重要内容。

二、电子痕迹的来源

电子数据主要是通过两种方式产生。

（一）使用者主动生成，比如：创建文档、收发邮件、拍摄图片、下载文件等，这些电子数据的产生遵循了用户的使用习惯，与其日常工作、生活相关。

（二）系统自动生成，比如：浏览器历史记录，文件系统日志等，这些数据是操作系统和应用系统按照规则和格式自动记录的信息，并且随着使用过程不断发生改变，用户在设备使用过程中往往不会察觉，一般也无法主动控制相关进程。

值得注意的是，在办案实践中，我们也多次发现涉案人员主动对系统自动产生的电子痕迹进行清理、删除和修改，希望借此毁灭证据、逃避调查，却不知系统仍有其他方式记录这类操作行为，所谓“触物必留痕”，通过对电子痕迹的调查，反而给描摹用户行为轨迹、还原案件真相提供了线索和证据。

三、容易被忽略的几类电子痕迹

用户使用电子设备的日常行为，在系统中会产生大量电子痕迹，进行电子数据调查不应忽视这些信息。较为常见的电子痕迹有：系统日志、应用程序日志、临时文件、元数据、快捷方式、缩略图、网络连接等。

（一）系统和应用程序日志

系统日志和程序日志是反映用户操作行为轨迹最直接有效的证据，可以说就是一个“行为记录表”。传统刑事犯罪现场的指纹、脚印、血迹都要人工提取、分析，其中还可能出现疏漏、错误，时间也需要进行倒推判断。而电子痕迹则是非常忠实的记录用户的行为，尤其是能够准确记录行为时间，用好日志信息，对于精确还原用户行为，有着至关重要的作用。

系统日志是一门完整的学问，要讲透的话，恐怕写一本书可不为过，这里仅作一个极其简要的介绍，不展开讨论。

在办案实践中有个利用日志信息结合外围排查的真实案例：某高新技术企业的技术人员，通过偷窥系统管理员的账号密码，违规访问公司核心知识产权信息库，下载大量技术文档，以百度网盘为中间媒介，转移到个人在家中的计算机，试图寻求卖家牟利。案件调查中，取证人员通过百度网盘的日志信息数据库文件，结合系统文件访问的日志信息和办公场所监控录像，完整地将其作案过程进行了还原。

浏览器日志也同样能够发挥巨大作用，在轰动一时的杭州保姆莫焕晶纵火案和复旦投毒案中，公安机关也是通过提取嫌疑人手机、电脑的浏览器历史记录，发现了印证作案动机重要证据，有力证明了犯罪嫌疑人蓄谋犯罪的主观故意，有效辩驳辩方提出的临时起意、冲动作案的辩护意见。

（二）元数据

系统在存储文件本身的同时，还会生成一些隐性的、与文件数据相关的数据，如文件系统中文件检索表、路径信息、地址信息等，这些信息就是元数据（Metadata），在英文名称中又叫做“数据的数据”，它隐含在文档、图片等文件中，用来描述这个文件的结构、资源和其他辅助信息。

比如，我们用手机拍摄一张照片，其本身显示出来的是我们拍摄的对象，而在图像属性中还包含了拍摄时间、拍摄设备、镜头型号、光圈、快门等辅助信息，这些辅助信息就是照片的元数据，而图片的元数据还有一个特别的名称——EXIF（Exchangeable image file 可交换图形文件）。如果在手机设置中开启了定位功能，元数据中还会记录拍摄点的 GPS 信息。

在调查一起建筑企业员工职务侵占案件的过程中，取证人员就是通过对涉案人员存留在电脑中的照片元数据分析，获取照片拍摄的时间、GPS 信息，确定涉案人员在案发时间前往位于某外省工地的证据，有力地反驳了涉案人员编造的谎言，突破其心理防线。

再比如，电子数据取证中经常用到 Office 文件的元数据，虽然元数据本身不包含用户主动输入的数据，但却记录了包括：标题、版本、创建者、修改者、创建时间、修改时间、访问时间、最近一次保存时间、最近一次打印时间等大量重要信息，在案件调查中为文件来源分析提供重要依据和扩大侦查的线索。

（三）临时文件

应用程序使用过程中，为了防止突发性宕机等非常规事件，会设定某种保护机制来对数据进行实时备份。

我们日常使用的很多软件都有“撤销”和“恢复”功能，尤其在 office、PS 等软件中更为常用，这种功能就是通过临时文件来完成的。当用户进行某项改动或操作时，应用软件将操作步骤和数据改动保存在一个自动生成的临时文件中，如果用户认为这种改动不符合预期，需要“撤销”，应用程序就会从临时文件中把之前保存过的原始内容提取出来，有效地保障了用户数据的安全性。

临时文件在系统中，根据作用不同存留相应的时间，有些随着软件关闭自动清理删除，比如 office 软件临时文件，而有些则可能会在系统临时文件夹中存留相当长时间，甚至需要手动或借助软件人工清理，比如浏览器的页面缓存。无论存留的时间长短，临时文件都会在磁盘上留下相应的电子痕迹，这也给电子数据调查提供了对象。

在一起企业员工受贿案件中，调查人员对其使用的笔记本电脑做了常规的数据分析，却没有找到有效的信息。而在进一步对系统进行数据恢复和全局检索的过程中，却发现系统临时文件夹中存留了手机备份的临时文件，经技术处理，还原了手机银行、即时通信等软件的重要数据，为案件有效突破提供了关键性证据和线索。

（四）快捷方式

在 windows 系统下，快捷方式文件的扩展名为.lnk，用于指向其他文件，便于用户快速调用原始文件。

快捷方式可以由用户主动创建和系统自动创建 2 种方式生成，这里主要讲的是系统自动创建方式。

在使用者打开文件时，系统会在“user\用户名\AppData\Roaming\Microsoft\Windows\Recent\”目录下自动创建一个链接文件，显示在用户界面中即为“最近使用项目”。

在部分案件中，涉案人员习惯于将用户文档存放于外置的移动硬盘和 U 盘，当无法获取此类存储介质时，办案很容易陷入瓶颈。这种情况下，有经验的调查人员通常会进一步检查系统快捷方式文件，通过调查快捷方式包含的原始文件名称、路径、磁盘和网络等信息，同时结合 USB 设备信息和插拔记录，从侧面锁定用户打开、修改文件的行为轨迹证据，为扩展侦查和收集证据提供线索。

上述列举的电子痕迹仅仅是相对较为典型的几种类型，在实际应用中，电子痕迹的内容远大于这个范围，本文仅以一点浅薄的介绍做个普及，希望能够抛砖引玉，为大家拓展调查思路提供一点帮助。

（本文首发于 2019 年 7 月 24 日）

中小企业电子邮箱数据安全和涉案调查

周晓鸣

和星瀚几个同龄的同事吃饭，席间听他们聊着华政求学的青葱岁月——8个人一间的宿舍，排着队在几百块钱租来的电脑上轮流打帝国时代，大冬天坚持“冲凉”的南方室友……——虽然一个个都腆着日渐丰满的肚腩，但回想起那年那月的时光，眼神中仍会不经意地闪动出少年的神采。

我不是华政人，但作为在同样年纪经历过同样时代的油腻中年大叔，不可抗拒地被这种忆旧的氛围带回到上世纪90年代稚嫩青涩的怀念中。清晰的记得，1996年大学入学时，六个室友凑了3000多块钱买了一台电脑，500多块钱的份子对我这种出身贫下中农、产业工人家庭的孩子来说，意味着近两个月的全额生活费，没好意思问家里要，硬是通过“青菜+大排+米饭=2块2”的基础伙食定制计划，用接近一个学期的时间补回了亏空。

从那时开始接触计算机和互联网，从386、486、586奔腾到如今i5、i7、ryzen 9，从56.6Kmodem到如今光纤千兆入户，同步见证了二十多年间计算机的发展、普及，见证了互联网渗透到社会经济运行的各行各业，和每个人衣食住行的生活百事息息相关。看孩子拿着手机玩第五人格，嘴里不停的和我说着“爸爸，你看呀，手机太慢了，卡死了……”，不禁感叹时光飞逝，年华老去，窗外呼呼作声的大风毫不掩饰地裹挟着来自北方的冷气，我搂着女儿的肩膀对她说：“天凉了，明天上学多穿件衣服……”

今天的主题是“电子邮件”，之所以加了这么一长段引子，是因为在我最初接触认识互联网的时候，第一个用到的就是“电子邮件”，印象特别深刻，以至于思绪散开，有感而发。

作为学生，当时我们用到电子邮件，可能只是订阅一些网站的最新消息，或者给远方未谋面的网友发一封节日的问候信，而这个最初的功能如今早就被微信替代。但从互联网兴起，电子邮件在社会生产、经济往来、商务办公领域的地位却至今无法撼动，尤其在大型企业、跨国公司的日常工作中，电子邮件仍是最核心最主要的通信工具，其数据安全对企业至关重要。

也正因为电子邮件的核心地位，其在企业内控和反舞弊调查中的作用不可或缺。通过多年反舞弊调查工作的实践，我们针对企业电子邮箱管理中存在的一些共性问题做了专题调研，在此与大家做个简要的分享。

一、不同规模企业电子邮箱使用现状

（一）大型跨国企业在业务中使用电子邮箱使用较为普遍，基本为自建服务器和邮件系统，或使用exchange等企业邮箱服务，客户端功能丰富，可应对大部分业务工作要求。有些企业基本将电子邮件作为唯一的往来通讯手段，所有内部业务和对外往来均以电子邮件为准。

（二）国内大型企业基本配备电子邮件系统，自建服务器或租用阿里、腾讯、网易等商用邮件系统，员工日常工作中会使用电子邮箱收发较为正式或重要的信息，而使用QQ、微信等即时通信工具作为日常通讯的比例较高。

（三）国内中小企业鉴于成本和管理问题，基本以腾讯企业邮箱（含免费版）和网易企

业邮箱（含免费版）为员工开设企业电子邮箱，而大部分中小企业员工仅以企业电子邮箱为工作的一个附属工具，在实际工作中主要以微信、QQ 等即时聊天工具为业务往来的主要方式。

二、反舞弊调查中电子邮箱现状

在反舞弊调查中，我们发现不同企业对于电子邮件的重视程度差别极大，而在案件调查过程中，电子邮箱系统不同管理方式和策略的结果也显而易见。

【实例 1】某日本大型跨国企业，自建立企业电子邮箱系统起，就在服务器端设定对员工往来邮件进行实时增量备份，十几年来来的所有邮件均得以保留，以便作为工作追溯的依据。在某年员工舞弊案发后，这些备份的邮件作为案件调查的重要线索和证据，极大的拓宽了调查的广度，为深度锁定犯罪行为起到了关键性作用。

【实例 2】某国内制药企业，使用腾讯企业邮箱作为员工电子邮件系统，管理员在后台的工作基本就是开设和删除员工邮箱、重置密码等简单操作，并未对邮件做任何形式备份。某年，一名员工被他人举报舞弊，公司随即开展调查，但此时并未对其使用的电脑和电子邮箱采取任何措施。在调查尚未公开之际，涉案员工闻风主动离职，先一步删除了企业邮箱中所有往来邮件，并将公司配发的工作电脑格式化删除信息，以致调查陷入僵局，结果可想而知。

凡事预则立，不预则废——上述两个实例充分证明了未雨绸缪的重要性，要想维护自身利益，就必须事前做好充足的准备，防患未然。星瀚律师事务所反舞弊中心今年改为内控和反舞弊中心，多了“内控”二字，就是看到了预防在企业反舞弊工作中的重要性和前瞻性，才将“内控”提到了甚至是高于案件调查的高度。

三、国内主流电子邮件系统管控初探

对内控我们不做展开，仍旧回到电子邮件的主题。

认识到电子邮件管理的重要性，接下来就要说说如何做好电子邮件管理。对于有自建服务器和邮件系统需要的，一般均为大型企业，且都有主流的系统集成供应商提供设备、软件和服务，备份、日志等基本功能均能满足需求，不作赘述。

以下针对很多中小企业常用的腾讯和网易两大邮件系统做了些粗浅的调研，与大家分享交流（不是广告）。

（一）腾讯企业邮箱

通过腾讯企业邮箱帮助中心查询了解到：付费版邮箱的“**邮件归档**”和“**邮件备份**”两种功能可以实现备份，免费版无法实现。

1、邮件备份

备份功能从设置生效后才备份，之前的邮件不会进行备份

可根据“关键字”和“成员邮箱账号”两种方式进行备份设置，备份规则总计上限 20 条；

备份邮箱邮件有排重规则，可以保证邮件不出现重复。比如：同一封邮件有多个收件人，并且这些收件人都是要备份到某个目标备份邮箱的，那么目标备份邮箱只会备份一封邮件，系统对相同邮件会进行排重，不会重复。

用于存放备份邮件的邮箱需要大小足够容纳，建议及时使用客户端工具将邮件收取到本

地，否则如果来信过多，邮箱满后，将无法接受备份邮件。

2、邮件归档功能

可以设置归档帐号,永久保存企业邮箱往来邮件

3、收费标准：750 元/5 账户/年，按人数递增。

专业版

适合多种规模的企业和专业团队使用

750元/5帐号/年

立即购买

免费试用30天

✓ 按需购买，不限人数上限

✓ 无限邮箱容量

✓ 超大容量企业网盘

✓ 32G个人中转站

✓ 赠送域名，一键解析

✓ 个性化定制企业形象

✓ 邮件备份，邮件归档

✓ 专家在线服务

（二）网易企业邮箱

通过网易企业邮箱帮助中心查询了解到：付费版邮箱“邮件备份”和“萨班斯归档”功能可以实现邮件备份功能。

1、邮件备份

可对重要邮箱的邮件信息进行自主备份，所有被备份邮箱的收发邮件均会同时发至主备份邮箱进行备份。

设置生效后的邮件才会备份，设置时间点之前的邮件不会进行备份。

如果来信过多，可能导致备份邮箱满。建议及时使用客户端工具将邮件收取到本地。

2、萨班斯归档

萨班斯归档的本质是按照美国政府出台的一部涉及会计职业监管、公司治理、证券市场监管等方面的重要法律《萨班斯法案》要求进行邮件归档的功能。

网易萨班斯归档功能可以对某些重要邮箱的往来邮件实时记录和存储，并且保证归档邮件长久保存、不被篡改，归档后的邮件直接满足《萨班斯法案》对邮件存档的审计要求，可以成为法律证据。

萨班斯归档服务需要企业进行购买，收费方式按照购买归档功能邮箱数量计。

企业还需提供已签署的《萨班斯归档服务购买协议》、《关于指定、变更萨班斯归档服务验证码接收手机号码的申请书》和一个复核的手机号码(一般为企业最高领导或法务人员)，每次进入归档系统，都须验证发往复核人手机的短信验证码。

3、收费标准：1500 元/5 用户/年，随人数递增。

产品主要参数及报价

邮箱容量	普通附件	云附件	个人网盘	企业网盘	移动办公平台
无限容量	100M	16G	5G	50G	马上办



我想购买 个用户

标准价：1500元/年；优惠价：1000元/年

（三）小结

对比腾讯和网易两大企业邮箱，异同点有：

- 1、均可对指定的目标邮箱地址进行邮件同步备份，备份内容从设置生效。
- 2、用于备份的邮箱空间需足够大，且日常管理中需及时导出到本地保存，以免邮箱容量达到上限无法接受新邮件。
- 3、从公开宣传资料看，腾讯邮箱对备份规则和目标邮箱均有所限制，而网易邮箱并未提及。
- 4、备份和归档等功能均为付费版所有，免费版不具备此类功能。
- 5、网易邮箱独具萨班斯归档功能，对有审计、司法证据要求的企业而言，不失为一种具备性价比的选择。

腾讯和网易两大企业邮箱都有免费版，对于人数较少、邮件应用不多的企业，的确是一个控制成本的好选择。

而中、大型企业，如业务工作和电子邮件较为紧密，可选择使用收费版企业邮箱，并对重点岗位或人员开设长期的备份归档机制，由公司内控部门做日常监控管理。

至于大型企业，由于人数的增加，商用收费版企业邮箱由于按用户数按年收费，性价比已然降低，笔者建议还是自建邮件服务的性价比更高，定制功能更贴近企业需求，日常管理也相对更具私密性和可控性。

（本文首发于 2019 年 12 月 19 日）

公司金融

董事、高管违反忠实勤勉义务，公司可以如何处置？

阮霭倩

近年来，各地法院受理的损害公司利益纠纷案件呈高发态势；除股东之间的纠纷外，由公司董事或高管引发的纠纷也不在少数。常见的情形有：董事、高管侵占或挪用公司资产，暗地里自立门户同业经营，多处任职进行自我交易、关联交易、利益输送等。公司碰到这些情况往往希望通过刑事手段来解决，但若现有材料无法达到刑事立案的标准，则会转民事途径，可支持率却不胜理想。

据初步统计，2018 年，上海法院受理的损害公司利益纠纷案件为 340 件，仅有 89 件支持了公司的全部或部分诉请，支持率不到 26%；其中约 70% 的案件都经过了二审，改判率仅在 10% 左右。由此可见，如何选择最适合的民事诉讼思路以获得法院支持，是公司需要关注的问题；为此，我们将撰写系列文章，为公司支招。

本文将先与读者探讨，**如果董事、高管涉嫌违反忠实勤勉义务，公司在应对时需要注意的事项。**

1. 忠实义务和勤勉义务是有区别的

虽然忠实义务和勤勉义务都是《公司法》规定的董事、高管义务，但**董事、高管如果违反了这两个义务，所需采取的诉讼策略完全不同**，由此也会导致该案的赔偿计算方式、举证责任大相径庭。

如果高管违反的是忠实义务，则相关的收入应当归属于公司，公司可以主张的是归入权，而非主张损失赔偿。只有在高管违反勤勉义务的情况下，公司才可以向高管直接主张损失赔偿。

因此公司在诉讼前，需要先理清高管到底违反的是什么义务，才能进一步进行诉前证据搜集和准备工作。

2. 哪些情形属于高管的忠实义务？

《公司法》第 148 条罗列了八种违反忠实义务的情形，主要包括：挪用公司资金、擅自以公司资产对外担保、关联交易利益输送、私下自我交易、私设公司同业竞争、收受公司交易佣金等。其中，**案发频率前三位的分别是：挪用公司资金，私设公司同业竞争，关联交易、自我交易。**

因此，如果公司发现自己的高管在外私设公司，夺取原本属于任职公司的商业机会或用私设公司与任职公司签署合同，输送利益的情况，公司应提起归入权诉讼。公司在诉讼中除了主张高管私设公司、损害商业机会外，还应当证明高管因此而获利的收入。

当然，利益受损的公司仔细想想常会发现，行使归入权只能得到高管获利的收入，比起公司受损的商业机会往往显得杯水车薪，这部分的差额又当如何主张呢？就此，我们会在后续系列文章中详述。

3. 哪些情形属于高管的勤勉义务？

相较于忠实义务的八种情形，高管的勤勉义务《公司法》规定得相对简单，**《公司法》第 149 条**：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”。

大多数情况下表现为高管没有勤勉尽责，或者能力明显不符合其任职职务。在这种情况下，如果高管给公司造成损失的，公司可以直接要求高管对损失进行赔偿。

此外，还有一种高管损害公司利益的情形，也可以主张损害赔偿，即高管利用关联交易损害公司利益，公司也可以直接要求高管对给公司造成的经济损失承担赔偿责任。

4. 关于高管身份的认定

损害公司利益类案件实质上属于侵权责任纠纷，**侵权案件中最关键的待证明要件主要有：主体、侵权行为、损害后果及因果关系。**

虽然每年有大量的损害公司利益案件发生，但大部分案件都因为公司无法证明待证要件中一个或多个，最终只能偃旗息鼓。这其中有很大一部分是因为高管身份认定出现了障碍。

很多公司都有诸多的高管，技术公司的 CTO，营销公司的 CMO，销售公司的大区经理...还有现在越来越多公司聘用的 COO、CIO 等。这些岗位往往在公司履行着高管的职能，扮演着举足轻重的地位，但是却很有可能被排除在《公司法》规范的高管范畴之外。

《公司法》第 216 条规定：**高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。**

虽然《公司法》有赋予公司放大高管范围的权利，但是 90% 以上的公司依然用的是照搬《公司法》条文或者工商制式的《公司章程》，这使得《公司法》这一规定形同虚设，也导致很多公司的高管虽然承担了高管职责，在公司享有了高管的权利，但却完美规避了公司法对其权利的限制和义务的制约。

那如果真的不能被认定为高管，公司是否就不能追究其责任了呢？首先，肯定会有比较大的障碍，但也不是毫无突破和操作的空間，毕竟高管也是公司聘任的员工，受到《劳动法》的规制。但此种情况下，员工要承担的法律責任、賠償責任和高管相比就有非常大的差距。另外，除《劳动法》外，损害公司利益案件也可以按照一般侵权来处理，但这类案件会增加不少公司的举证責任，目前司法实践中也对于此类案件颇有争议、较为慎重。就此，我们也会在后续文章中详细阐述。

5. 小结

损害公司利益类案件的高发性体现出很多企业在经营管理中还是存在漏洞与风险。

大部分企业对高管范围没有界定，对高管履职也缺乏监督和考核，很多企业甚至在高管离职几年后才发现公司利益受损.....这些必然导致公司在搜集材料、诉讼准备中处于被动。另外，很多上市公司、集团公司的高管身兼数职，这一复杂管理模式也会给案件造成很多现实障碍。

公司内控业务应当从这些损害公司利益的案件中吸取经验，把注意力更多的投入事前防范中，从公司内控机制搭建入手，制定一整套包括全面的公司章程、完善的财务制度、有针对性的高管任职规范和考核标准、切实有效的追偿机制等体系化规范和制度，才能更有效地遏制住董事、高管滋生不该有的“邪念”。

（本文首发于 2019 年 4 月 9 日）

发现高管在外另设公司，夺取任职公司的商业机会怎么办？

阮霁倩、徐沁芳

最近，常有公司客户找到我们，说他们发现公司高管任职期间偷偷在外私设公司，损害公司利益。这些高管或是通过私设公司来挖任职公司的客户，与任职公司同业竞争，夺取商业机会；或是瞒着任职公司，用私设公司和任职公司签订商业合同自我交易，把利益输送给自己。

上海二中院发布的《2010-2015 年关于审理涉董事、高管忠实义务案件白皮书》显示，竞业禁止类纠纷占全部损害公司利益类二审案件中的 21.3%，仅次于侵占公司财产类案件的 39.3%。而以不合理价格关联交易、自我交易纠纷占比也达到了 13.1%，可见这类案件的高发性。

公司碰到这种情况，应当如何收集证据起诉？又应如何追回受损的利益？本文将先为大家分析法院目前对竞业禁止类案件的实操口径。我们选取了一些典型的竞业禁止案例进行分析，希望为公司处理此类纠纷提供一些切实有效的思路 and 方向。

一、竞业禁止类案件的常见表现形式？

竞业禁止类案件根据洽谈主体分为两种表现形式：

1、直接以任职公司名义洽谈客户

此种案件对公司而言相对比较容易取证，因为公司高管常常会用公司邮箱联络客户，伪造一种代表任职公司与客户洽谈的假象。当客户与之达成交易意向后，高管便会以类似代收款等名义运用私设公司截留客户交易款项。此类案件通常会留下很多蛛丝马迹，通过一些电子取证手段，能够为公司取得很多关键证据（具体可参见《电子取证技术与律师调查工作的结合》）。

2、直接以私设公司名义洽谈客户

此种案件相对隐蔽，公司高管在获取任职公司的客户名单和交易价格后，会以私设公司名义低价撬走客户。若是公司高管做得更隐蔽些，私设的公司是用非直系亲属、朋友的名义设立的，那任职公司的举证难度会进一步增加。

二、竞业禁止类案件的处理思路

根据《公司法》第一百四十八条的规定，未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类业务的属于董事、高管违反忠实义务。

从法条解读来看，认定董事、高管违反法定的竞业禁止义务，主要需符合三个要件：1.是否利用了职务便利；2.商业机会是否本属于任职公司；3.经营的业务是否与任职公司属于同类业务。下面我们来看实务操作中，法院对于这三个要件的处理思路。

1、关于侵权方是否是公司高管，是否利用了职务便利

在竞业禁止类案件中，法院首先会对侵权方的主体身份进行认定。如果侵权方未被认定为高管，那整个案件的走向就会非常被动。

在赛依尔公司诉闫某损害公司利益责任纠纷一案中【案号：（2017）沪 01 民终 14968 号】，赛依尔公司主张公司的上海大区总监存在违反竞业禁止和忠实义务的情形，并补充表明公司的总监职位相当于高管。对此，法院认为，该职务并不属于《公司法》或公司章程列明的高管人员，因此相关人员对公司不负有法定的竞业禁止义务。

在很多案件中，侵权方虽然不是法定的公司高管，但实际履行了高管的职责，对此，法院的处理思路是怎么样的呢？

在 A 餐饮公司与张某的财产损害赔偿纠纷一案中【案号：（2009）闵民二】（商）重字第 2 号】，张某担任 A 餐饮公司区域经理职务，熟悉原告的经营管理体系，并接触大量核心客户。任职期间，张某私设了另外一家 B 餐饮公司。根据 A 餐饮公司的公司章程，部门经理均属于公司高管，但双方仍对张某的身份产生巨大争议。法院认为，公司高级管理人员为公司特定层次和特别聘任程序产生的负责公司事务的特定成员，并非泛指公司及公司所设部门的任何有此称谓的成员。张某劳动合同中写明是区域经理，而非部门经理，因此无需承担法定的竞业禁止义务。

即使高管身份认定，是否真的是“利用职务便利”，公司也需要举证证明。职务便利一般体现在对决策事项上具有一定的审批决定权，或能够对决策事项产生实质性影响。

上海 A 检测材料技术有限公司诉沈某损害公司利益责任纠纷一案中【案号：（2016）沪民 01 民终 5164 号】，A 公司主营检测业务，沈某为 A 公司的董事并担任公司的总经理，A 公司在沈某离职后发现在其任职期间，有八笔业务款项存在异常，就流向上看，系 A 公司从检测人处收取了检测费后向 B 检测公司转账了共计 142 万。A 公司认为沈某同意转账给 B 公司的行为是其利用职务便利进行的虚假交易，损害了公司利益。审理中，法院对沈某的行为是否构成“利用职务便利为他人谋取属于公司的商业机会”进行了认定，法院认为，相关行为系企业经营者的商业判断行为，无法证明沈某是“利用职务便利为他人谋取属于公司的商业机会”，公司如果认为相关转账为虚假交易，应当承担更多的举证责任。

【给公司的建议】

首先，竞业禁止义务主要分为两类，一类是法定的竞业禁止，这个主要是针对高管；另外一类是约定的竞业禁止，这个可以涵盖非高管人群。如果公司认为部分岗位需要竞业禁止，无论是否是高管都建议订立一个竞业禁止的协议，并明确约定竞业禁止期间若违反约定的处理方式。

其次，很多公司的公司章程中可能并未涵盖所有高管的职位，后续因为公司扩充，频繁变更公司章程也并不实际。若公司的确赋予了相关人员高管的权限，建议前期在公司章程中预留一个“伏笔”，实操中再通过任命书、审批制度等书面文件进一步固定其高管身份。

另外，很多公司内部职责不明，特别是一些集团公司中“多职高管”“多职董事”的交叉任职情况也较多，这会为今后举证侵权人“利用职务便利”产生一定的障碍。建议公司能够理顺高管的权责范围，明确高管在哪些事项上具有决策权。

2、关于认定该商业机会是否属于任职公司，经营的业务是否与任职公司属于同类业务

我国《公司法》仅规定未经公司股东会同意，公司高管不得谋取属于公司的商业机会，但并未对公司商业机会的认定标准作出明确规定。通常理解，商业机会一般是指同类

业务，其范围既包括与所任职的公司完全相同的经营业务，也可以是同种或类似的业务，并非要求完全一致。司法实践中，判断是否是“同类的业务”往往从公司工商登记的经营范围是否存在重合来看。此外，我们认为这里的竞业禁止一般应限于公司实际经营的业务，那些虽然从公司经营范围内容看存在交叉或重合，但没有开展的业务不应被列入竞业禁止范围内。

在张某与天恩桥公司、炬烽公司损害公司利益责任纠纷一案中【案号：（2013）沪二中民四（商）终字第1414号】，法院认为，炬烽公司注册登记的经营范围为“绝缘材料、五金加工”，与天恩桥公司登记的经营范围“生产加工绝缘材料、五金”属于同一类别，故认定其与天恩桥公司为同类经营。

但有些时候，商业机会的认定也并不仅仅因为经营范围相同就可以。

在周某诉司某损害公司利益纠纷一案中【案号：（2016）沪01民终4102号】，A公司为建筑设计公司，周某与司某为A公司的股东，司某还是A公司的董事长。司某任职期间，私下以其名下的工作室对外签订设计合同，周某认为司某损害公司利益。庭审中，司某提交了业主方出具的确认，证明系业主方主动要求与其工作室签约，相关设计并非A公司的商业机会。法院认为，就设计项目而言，所有业主的需求都相同，因此不能简单以业务范围相同而认定属于A公司的商业机会。

司法实践中，认定是否属于公司商业机会主要考虑以下几方面的因素：一是商业机会是否与公司经营范围相关；二是第三人是否有给予公司该商业机会的意愿；三是公司未明确拒绝或放弃该商业机会。

在A公司诉李某损害公司利益责任纠纷一案中【案号：（2015）沪一中民四（商）终字第2317号】，A公司认为公司总经理李某在A公司任职期间设立B公司，并将原属于A公司的商业机会给予B公司，构成对A公司的侵权。该案中，虽然A公司没有直接证据证明李某从B公司获得收入，但其证明了B公司与李某任职公司的客户发生过业务往来，并提供了具体的客户名称及合同金额，法院认定李某未证明A公司不可能与这些客户签订合同或明确放弃这些商业机会，因此这些客户公司与B公司签订的合同属于A公司的商业机会，应以B公司有关的合同总金额为基数计算李某的违法行为获得的收入。

【给公司的建议】

若是高管、董事直接以任职公司名义对外接洽客户，那任职公司主张属于其商业机会较为简单。但更多的时候，高管、董事是以外设公司或第三方公司的名义对外接洽客户，这种情况下要证明客户有给予任职公司商业机会的证明难度就会大大增加。

我们建议公司应对客户接洽、签约流程进行把控，包括要求上传工作报告或工作日志。另外，有条件的公司可建立自己的邮箱服务器，将相关邮件及时上传服务器备份，从而固定一部分项目接洽初期的资料。此外，公司也应建立自己的客户库，定时进行更新和维护。

三、遇到高管违反竞业禁止义务，公司如何行使归入权？

1、什么是归入权？

根据《公司法》规定，董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有，即董事、高管存在违反竞业禁止、忠实义务时，公司有权对董事、高管违法行为所得

收入行使归入权。

归入权是法律赋予公司的特别救济权，原因在于，董事、高管的竞业行为给公司造成的损失往往是潜在的，公司很难证明自己的实际损失，通过归入权的行使可以对违反竞业禁止义务的董事、高管进行惩戒，同事也补偿了公司可能的损失。

2、归入权的金额认定

董事、高管因违反竞业禁止义务所得收入大致包括两个部分，一个是竞业业务本身产生的经营收入，如公司销售收入的股东分红等，另一个则是董事、高管的工资报酬等收入。

（1）竞业业务产生的利益

如董事、高管设立或参与经营的公司经营竞业业务产生了利益，则该利益依法应归董事、高管任职公司所有。公司行使归入权时，需要对违反竞业禁止义务的当事人取得的收入承担举证责任，具体包括违法收入系开展同业竞争业务所得，以及取得违法收入具体金额的证明。

在图尔克公司与马某、德明福公司损害公司利益责任纠纷一案中【案号：（2014）津高民二终字第 0043 号】，图尔克公司未能提供证据证明马某在德明福公司存在工资收入。虽然财务报表显示德明福公司 2010 年度未分配利润为 67.72 元，但该收入是否为德明福公司开展同业竞争业务所得，图尔克公司亦不能提供证据予以证明，故法院未支持图尔克公司的诉请。

【给公司的建议】

我们建议原告公司搜集诸如董事、高管设立的公司对外签订的业务合同、公司财务报表、审计报告、股东分红情况（如有其他股东的分红情况亦可作为参照）等材料，通过业务合同、财务报表、审计报告等材料可以反映出该公司的主营业务，进而证明当事人违法收入来源于竞业业务，另一方面也可证明违法所得金额。但取得上述证据往往颇具难度，我们建议通过专业人员制定解决策略，避免证据灭失等事态恶化的情况发生。

同时，竞业业务产生的利益还需扣减一定的业务成本，但这里的举证责任在于被告。若其无法提交相关证据，法院可能根据公司利润率或结合行业利润率计算得出最终可行使归入权的金额。

（2）工资报酬

董事、高管从在外任职或设立的公司所取得的工资亦应纳入侵权赔偿数额。东方公司与李某、泰威公司损害公司利益责任纠纷一案中【案号：（2015）鲁商终字第 532 号】，基于李某在担任泰威公司执行董事期间，自 2013 年 8 月 31 日至 2015 年 5 月 31 日的工资薪金所得为 71300 元，法院最终判决该部分薪金属东方公司所有。

综上，公司发现董事或高管存在违反竞业禁止义务时，可寻找专业人士探讨适宜的对策，有策略地开展证据搜集工作，为公司及早挽回损失。同时，公司也应完善内部流程机制，在公司治理的过程中做好相应的预防工作，防患于未然。

（本文首发于 2019 年 4 月 20 日）

股东股权遭侵占，能否通过刑事手段救济？

冯笑

前言：

近些年，公司内部关于股权的争议日渐增多，其中不乏股东或其他相关人员侵占公司股权、侵占其他股东股权的现象，这一行为是否触犯刑法的规定、涉嫌何种罪名，在理论界和实务界均有不小的争议。笔者拟结合股权具备的财产权性质、相关法律规定以及司法实务中法院的判例，来分析非法侵占股权行为可能存在的刑事风险，以及被害股东对此可采取怎样的救济措施。

一、股权可以成为侵犯财产罪的犯罪对象

根据《公司法》第4条的规定，股权是有限责任公司、股份有限公司（本文不对公司性质差异进行探讨，因此在下文统称为“公司”）的股东基于出资而对公司享有的包括财产权和参与管理权的一种综合性权利，具体包括：资产收益权、参与决策权、选择监督管理权、股东身份权、知情权、股东诉权等……股权有财产权的性质，且财产权性质在股权中处于核心地位，是股东出资、行使参与、管理等权能的最终目的。

在我国刑法体系中，侵犯财产罪的对象为财物，根据通说，财物通常需具有三个特征：1、可管理性；2、可转移性；3、价值性。股权系股东出资后享有的权利，股东可以对自己的股权进行支配管理，依据《公司法》第71条、173条的规定，股东可以转让其全部或部分股权，这也符合上述财物的特征。

《刑法》第91条规定：“公民私人所有的财产，是指下列财产……依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产”。全国人大常委会法制工作委员会于2005年12月1日发布并实施的《关于公司人员利用职务上的便利采取欺骗等手段非法占有股东股权的行为如何定性处理的批复的意见》（法工委发函[2005]105号）也指出：“据刑法第九十二条的规定，股份属于财产。采用各种非法手段侵吞、占有他人依法享有的股份，构成犯罪的，适用刑法有关非法侵犯他人财产的犯罪规定。”因此，股权可成为侵犯财产罪的犯罪对象有着明确的依据。

在刑事实务中，行为人（本文的“行为人”一般包含股东、股权代持人、拥有一定职务便利的人员等）利用职务之便，将其所在公司对外持有的股权非法占为己有的行为，可能成立职务侵占罪。但如果行为人利用职务之便，将公司内部其他股东的股权非法占为己有的，是否构成刑事犯罪、涉嫌什么罪名，在实务中是存有争议的。下文将结合司法判例对此展开论述。

二、非法占有他人股权行为性质的认定争议

（一）构成职务侵占罪的观点

2005年6月24日，公安部经侦局发布《关于对非法占有他人股权是否构成职务侵占罪问题》的工作意见，《工作意见》载明：“近年来，许多地方公安机关就公司股东之间或者被委托人采用非法手段侵占股权，是否涉嫌职务侵占罪问题请示我局。对此问题，我局多次召

开座谈会并分别征求了高检、高法及人大法工委刑法室等有关部门的意见。近日，最高人民法院刑事审判第二庭书面答复我局：对于公司股东之间或者被委托人利用职务便利，非法占有公司股东股权的行为，如果能够认定行为人主观上具有非法占有他人财物的目的，则可对其利用职务便利，非法占有公司管理中的股东股权的行为以职务侵占罪论处。”

根据笔者的了解，在司法实务中，对于此类案件，很多法院的判决虽未直接援引上述工作意见，但其判决的基本观念还是与上述工作意见相符的：

在栗某某职务侵占案[1]中，公诉机关指控：栗某某任公司副经理，利用掌管公司公章等职务之便，未经公司股东郑某某、朱某某的同意，伪造了《股东会议纪要》、《股权转让协议》等文件，将股东郑某某、朱某某在公司的全部股份（合计 30%）变更到其妻、其岳父名下。法院一审、二审均认定其非法占有他人股份价值 122.2377 万元，数额巨大，构成职务侵占罪。

在曹某职务侵占案[2]中，公诉机关指控：曹某受他人委托实际管理、经营公司具体业务，后在其中一名股东豆某不知情的情况下，通过伪造《股东会决议》和《股东出资转让协议》，将豆某所持股份转让给他人，股权转让金被曹某占为己有。一审法院判决曹某构成诈骗罪，但二审法院改判认定其构成职务侵占罪。

在陈某职务侵占案[3]中，公诉机关指控：蔡某（法定代表人）、陈某（总经理）为公司的两位股东，分别出资 80 万元、20 万元，持股比例分别为 80%、20%，陈某利用其职务之便，伪造《股东会决议书》、《股权转让合同》、《公司章程修正案》等文书，进行工商变更登记，将法定代表人变更为自己妻子，并将蔡某 80%股权转让至其妻子名下。法院一审、二审均判决其构成职务侵占罪，职务侵占金额为 80 万元。

在李某职务侵占案[4]中，公诉机关指控：李某与其妻子利用担任公司法定代表人的职务之便，未经其他三名股东的同意，通过伪造《股权转让协议》、《关于同意股权转让的答复》等文件，将另外三人的股权转让至李某名下。法院一审、二审均判决其构成职务侵占罪。

以上类似判例还有很多，笔者在此不再一一赘述。法院认定构成职务侵占罪的裁判观点可概括为：股东股权可以转让，股权具有货币价值；股权表面上看是属于股东个人财产，侵占股权不会改变公司独立的法人财产权，但事实上股权的价值除了表决权、经营权等权利之外，更大的价值在与股权对应的属于公司管理支配下的财产。按照现代公司法理论和法律规定，股东将个人财产交给公司后，该与股东脱离，股东个人不再对该财产享有支配权，而公司作为具有虚拟人格的法人实体，对股权相对应的财产享有独立的支配权。因此，股权应当属于公司的财产，属于我国刑法上的“本单位财物”的范围，故股权可以作为职务侵占的犯罪对象。

（二）不构成职务侵占罪的观点

对于公安部经侦局《关于对非法占有他人股权是否构成职务侵占罪问题的工作意见》以及上述相关判例所持有的观点，很多学者与辩护人都持有否定态度。

张明楷教授认为：“行为人利用职务上的便利，将其他自然人股东持有的股份变更为自己持有的股份的，不成立职务侵占罪，只能视行为的具体表现认定为盗窃罪、诈骗罪或者侵占罪。因为自然人股东持有的股份不是单位财物，而是个人财物。公安部经侦局的上述工作意见明显不当。”[5]

周光权教授在《职务侵占罪客观要件争议问题研究》一文中也提出：“虽然按照公司法原理，股东个人将资产交给公司后，股东个人不再对该财产享有支配权，但是，股权说到底还是归属于特定股东即出资者个人的财产权益，其本质上不是抽象的公司财物。无论股东之间的股权如何进行转移，公司的出资总额、财产总量都不会减少，受到损害的只能是特定股东的出资者权益。”[6]

辩护人一般提出的辩护观点包括：1、股权纠纷案件系民事纠纷，不应交由刑法规制；2、行为入侵占他人股权可能是为了公司运营、财产抵押等合法用途而不得不为之的手段，归根结底还是各方无法达成相关合意、公司内部存在民事纠纷；3、股权属个人财产，不属于公司财产，公司本身没有任何损失，认定职务侵占罪属适用法律错误；4、公安部经侦局的《工作意见》并非法律，亦非司法解释，法律效力位阶低，不应当援引适用；5、指控职务侵占的数额不准确、事实不清等。

除了相关学者以及辩护人持有上述观点，一些法院的判例也支持这种观点：

在范某涉嫌职务侵占、伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章案[7]中，公诉机关指控：范某和其他股东合计四人出资成立公司，后范某在另外一名股东梁某不知情的情况下，通过伪造《股东会决议》、《股权转让协议》的方式，将梁某的股权转让给范某自己任经理的公司，随后将原公司采矿区、施工权转让后，获取的转让款未按比例交付梁某，范某该节行为涉嫌职务侵占罪。但法院认为公诉机关指控的对象系股东股权利益的价值，不是单位财物，不符合职务侵占罪的犯罪对象，不构成职务侵占罪。

在艾某涉嫌职务侵占案[8]中，公诉机关指控：艾某在未征得其他两名股东同意的情况下，以虚假的《股东会决议》、《股权转让协议》、股东签名等材料将公司法定代表人变更为自己，并将另外两人的股权变更登记在自己名下，艾某构成职务侵占罪。一审法院认为“没有证据证实因艾某擅自变更股东股权而导致公司财产减少，另外两名股东持有股权对应的公司财产亦未脱离公司的控制，也没有证据证实艾某擅自变更股权后采取任何手段转移、侵吞、骗取公司财物，获取个人利益”，因此判决不构成职务侵占罪。二审法院认为“股东出资的财产虽然属于公司所有，但股东依据出资取得的股权属于股东所有，公司对所有股东的出资拥有法人财产权，股权与法人财产权是股东和公司各自享有的法定权利”。因此判决维持原判，艾某不构成职务侵占罪。

三、被害股东救济权的行使要点

职务侵占罪是反舞弊案件中最典型的罪名，经过上文论述，非法占有他人股权的行为，虽然在很多情况下能被认定构成职务侵占罪，但它毕竟不同于常见的职务侵占罪行为模式。常见的职务侵占案例中，行为人系利用职务之便，通过各种隐蔽性手段将单位财物非法占为己有，如果没有内部知情人员的投诉举报、行为人的明显异常行为、对行为人的离职审计等因素，公司在正常情况下很难知悉可能存在的职务侵占行为，或者即便发现疑点也很难进行核实，甚至可能在行为人离职后还一头雾水。但对于侵犯股东股权的行为，被侵权的股东作为股权的合法所有者，其随时可以通过工商公示信息或者查工商档案了解自身的股权持有状况。如果行为人通过侵犯其他股东的股权进而侵犯公司财产的，公司层面也可以有初步的线索来进行调查。

笔者认为，公司股东如果遇到自身股权被侵犯的问题，可以从以下几点进行救济：

（一）民事诉讼

依据《公司法》以及《民法总则》、《侵权责任法》等相关规定，股东在股权受到侵害时，依法可以提起民事诉讼，提出损害赔偿、要求变更股权归自身所有等合法请求。

（二）刑事控告

民事诉讼和刑事控告是两种完全不同的手段，刑事控告对证据规格的要求更加严格。如果股东认为自身股权受到侵害的行为可能涉嫌刑事犯罪，试图通过刑事控告的手段挽回损失，笔者认为应当注意几个要点：

1、确定控告的罪名

虽然很多法院判决认定侵犯他人股权的行为构成职务侵占罪，但在实践中毕竟存在争议，有的地区也有判例认定不构成职务侵占罪，不排除成立其他罪名的可能性。

在控告之前要先确定以何种罪名进行控告，不同的罪名对应的管辖机关^[9]、需要的证据材料、办案难度也均不同，选择何种罪名应当结合实际情况、综合考虑相关因素。

2、结合具体罪名准备控告材料

不同罪名的构成要件不同，因此需要提交的控告材料不同。例如：职务侵占罪由经侦部门管辖，实务中，由于经侦部门案件数量多、很多经济犯罪办案难度大、周期长、警力有限等缘故，可能存在经侦受案、立案难度较大的情况，如果选择以职务侵占罪作为控告罪名，提前准备符合规格的起诉书以及符合司法机关办案要求的证据材料，可以大大提高受案、立案的概率。

此外，控告人如果确定以职务侵占罪进行刑事控告，还可以重点考量股权被侵权人侵占后，侵权人有无后续直接侵占、转移公司财产的行为，如果有相关证据显示公司财产受到了影响，可提高案件被认定为职务侵占罪的概率。

3、考虑是否从相关衍生的罪名进行控告

行为人侵犯他人股权的过程中，往往伴随虚构相关文书及签名的行为，例如：常见的可能涉及到伪造单位印章，如果被侵权的股东能够肯定行为人在行为过程中没有正常使用单位印章的可能性，行为人可能涉嫌虚刻单位印章，亦可结合个案情况考虑是否以伪造公司、企业印章罪进行报案。

[1]参见：（2007）农六法刑终字第 030 号裁判文书。

[2]参见：（2017）甘 01 刑终 5 号裁判文书。

[3]参见：（2014）汕中法刑二终字第 45 号裁判文书。

[4]参见：（2016）闽 06 刑终 255 号裁判文书

[5]参见张明楷：《刑法学》，法律出版社 2016 年第 5 版，第 1022 页。

[6]参见周光权：《职务侵占罪客观要件争议问题研究》，载《政治与法律》2018 年第 7 期第 55 页。

[7]参见：（2015）新密刑初字第 161 号裁判文书。

[8]参见：（2018）宁 02 刑终 54 号裁判文书。

[9]例如：盗窃罪、诈骗罪往往由犯罪地的刑事侦查部门管辖，而职务侵占罪往往由单位实际经营地的经济犯罪侦查部门管辖。

（本文首发于 2019 年 1 月 28 日）

基金管理人？托管银行？销售方？私募基金“爆雷”，

投资人该向谁要求担责

李凤翔

有媒体称，2019 年是私募“爆雷年”：

3 月，上海良卓资产管理有限公司旗下私募爆雷，并波及到数家上市公司。

4 月，金诚财富集团涉嫌非法集资，其旗下私募机构管理的私募产品总规模超过数百亿人民币。

7 月，诺亚财富旗下歌斐资产管理信贷基金陷入“踩雷”旋涡，引起公众注目。

截至 2019 年 7 月 22 日，已有 776 家私募机构被中基协列入失联公告名单。

一次次“踩雷”“爆雷”事件背后，最牵动的无疑是投资人的神经。投资人该如何选择最恰当的维权方式？又该找谁承担责任？本文将就此进行探讨。

一、私募基金出现兑付危机，刑事报案是唯一的维权途径吗？

当私募基金出现兑付危机时，相信有不少投资人第一反应都是向公安机关进行报案，认为自己“被骗了”。但刑事报案是投资人唯一的选择吗？

1. 出现延期兑付问题并不意味着私募基金管理人/实际控制人一定构成刑事犯罪。

私募基金出现兑付问题的原因有很多种，例如私募基金管理人在基金募集过程中有虚构项目、虚假宣传等问题，或者是在资金运作过程中违规操作、借新还旧，后期资金链断裂；还有一些与诺亚财富“踩雷”事件类似，私募基金所投资的底层资产出现问题，导致基金产品陷入危局。在不同情形中，基金管理人及相关负责人并不一定会构成刑事犯罪，投资人如希望有效维权，不应当在未做前期分析判断的情况下盲目地处理。

2. 未经分析处理，盲目进行刑事维权易导致私募基金管理人/实际控制人不能进行资金流转工作，不利于投资人投资款项的取回。

很多情况下，私募基金管理人及相关基金负责人在产品出现兑付问题时，同样期望可以通过多种途径进行资金流转工作、渡过资金链断裂的危机。因此，过早盲目选择刑事介入，有可能导致基金负责人的资金流转工作无法进行，并降低基金负责人解决产品危机的积极性。其次，刑事案件的侦查、处理工作要经过漫长的流程，盲目进行刑事处理，也难以在案件处理前期有效判断可获得退赔的款项。

二、应对“延期兑付”问题的正确步骤

1. 分析产品延期兑付的背景情况，搜集相关证据

如前文所述，当投资人投资的私募产品出现兑付危机时，我们并不建议投资人盲目选择维权方式，而应在对目前情况进行综合分析，甚至待前期基本处理后再做选择。

首先，投资人需分析自己投资的基金产品的目前状况，对基金的状况分析可从目前该私募基金的资金流向、是否有增信措施、基金延期兑付（或“爆雷”）的背景原因、管理人的基金运作情况及目前现状几个方面切入。并且投资人需注意，在对这些问题进行梳理、分析时，

应尽可能地保留其可获得的一切证据，以便后续维权工作的展开。

2.根据不同情况，在刑事途径及民事途径中进行恰当选择

经初步的资料分析整理后，投资人发现基金募集资金的实际投向与管理人披露内容并不相符、管理人可能存在挪用、侵占募集资金现象或者是管理人存在虚构投资项目、公开募集与销售基金产品等可能构成“集资诈骗罪”“非法吸收公众存款罪”等刑事犯罪情形的，在后期维权时应以刑事途径为主。

如果不存在前述情况，而是符合“期限错配”的情形，即管理人将募集资金投向定期存单、信托计划、中长期及长期债券等一些长期投资项目，但另一方面将长期投资项目“拆短”，约定相对投资期限较短的私募基金存续期限，导致投资人的投资期限与实际投资资产的期限不能匹配。又因此进一步产生“借新还旧”情形（即因产品存续期限短于投资期限、产品到期应兑付时投资标的实质尚未到期，管理人只能用新募集的资金进行之前已到期的私募产品的兑付），一旦后续资金的募集及投向出现问题，例如因政策原因导致管理人需暂停该类私募基金的募集的，便会迅速引发连锁效应，陷入“爆雷”危机。在这种“期限错配”“借新还旧”的情况下，因管理人并未进行募集资金的挪用、不具备侵占募集资金的意图、未以高额回报公开募集资金，较难认定管理人构成刑事犯罪。我们认为通过民事途径可以更好地帮助投资人进行维权处理工作。

3.与基金管理人进行沟通联系，寻求非诉解决途径

此外，在具体选择以刑事或民事诉讼方式进行维权前，我们还建议投资人与基金管理人、基金相关负责人进行前期的沟通、谈判，共同探讨是否可通过其他非诉途径解决问题。例如要求管理人对投资人持有的基金份额承担回购义务、要求基金管理人提供第三方受让投资人持有的投资份额、要求基金相关负责人或其他第三方对回购、投资份额转让提供担保或要求管理人出具明确的兑付计划等，如果投资人可以达成相关的回购协议、份额转让协议的，即使该协议未能履行，投资人也可以依据协议直接提起民事诉讼。对投资人而言，这种解决方式不仅可以多一重保障，也可以缩短投资人维权的时间成本，更大幅降低了投资人的后期维权难度。

三、以民事诉讼维权时的责任主体选择

当投资人无法与基金管理人通过沟通、谈判解决问题，或者已达成的回购协议、份额转让协议却未能履行，投资人需要选择以民事诉讼途径维护权益时，又将面临一个新的问题——应该向谁要求承担责任？怎样可以使自己的权益最大化地得到保障？下文我们将展开分析。

1.是否可追究基金管理人的责任？

私募基金中的义务主要依靠《基金合同》的约定，但实践中，《基金合同》对管理人的义务往往含糊其词、避重就轻。除《基金合同》约定义务外，管理人的法定义务主要为按照《基金合同》的约定，以诚实信用、勤勉尽职的原则管理、运用、保管基金财产，并在管理基金财产时尽到信息披露义务。对投资者而言，除要求私募基金管理人对投资人损失承担损害赔偿赔偿责任外，要求管理人尽到信息披露义务也至关重要，投资人可通过管理人的信息披露，

了解基金财产的实际资金流向，进而判断其中是否可能存在利益输送现象、选择最佳的维权路径。此外，管理人是否能够尽到信息披露义务，也是投资人要求管理人返还投资款项的一项重要依据。例如在上海市浦东新区人民法院做出的（2017）沪 0115 民初 65236 号判决中，由于管理人始终未能提供有效证据证明投资人的投资款项投向了相关基金合同约定的投资项目，法院便判令管理人退回投资人的全部投资款项并赔偿相应损失。

2. 托管银行是否需承担责任？

2018 年，“阜兴系”实控人失联，旗下“意隆财富”等四家私募基金爆雷，大批投资人集聚在托管行上海银行门口要求维权，上海银行却表示自己仅是托管人，投资人提出的托管银行应履行“召开持有人大会”“开展资产保全”等要求并非托管人的法定义务，上海银行作为托管人对此事件并不应承担责任。

的确，在此事件中，投资人提出要求的法律依据是《中华人民共和国证券投资基金法（2015 修正）》，但该法仅适用于公开或者非公开募集资金设立的证券投资基金，对于“阜兴系”爆雷事件涉及的“意隆财富”等四家私募股权类投资基金并不适用。《私募投资基金监督管理暂行办法》中并未规定商业银行作为基金财产的托管人负有“召开基金份额持有人大会”等职责。托管行也并不负有“保全基金财产”的义务。在现有法律体系下，托管人应承担的法律责任范围并不明确，主要仍需依照合同约定进行判断，如托管人并不存在明显违约行为的，需要证明托管人对投资人的遭受的损失存在侵权行为，即需要证明托管人具有加害行为、投资人受有损失、托管人主观具有过错、托管人行为与投资人遭受损失间具有因果关系。对投资人而言，这种证明责任的要求往往是难以达到的。

3. 销售方是否需承担责任？

相信不少投资人投资的私募基金产品都是通过代销机构购买而来，当产品出现兑付问题后，投资人是否可以要求代销机构承担赔偿责任呢？

根据《私募投资基金监督管理暂行办法》，私募基金应当向合格投资者募集，基金销售机构应当对投资者的风险识别能力和风险承担能力进行评估，由投资者书面承诺符合合格投资者条件；应当制作风险揭示书，由投资者签字确认等，如果基金销售、代销机构在销售私募基金产品时没有尽到相应义务，投资者可要求销售方在其过错范围内对投资人的损失承担赔偿责任。

在南京市玄武湖区人民法院（2016）苏 0102 民初 3076 号案件中，销售机构在推介私募基金产品时未能根据案涉私募基金的风险和投资人的实际状况履行适当的告知说明义务，未能确保投资人在充分了解投资标的及其风险的基础上自主决定。法院认定销售机构存在具有重大过错，并判决销售机构对投资人受有的损失承担损害赔偿责任。

因此，投资人在面临私募基金产品出现兑付问题时，也可核实自己在购买私募基金产品时，基金销售/代销机构是否履行了适当的风险提示及告知义务，进而判断基金销售/代销机构是否可以作为责任承担主体。

4. 是否有其他责任承担主体？

在广东省深圳市中级人民法院 2019 年 1 月判决的一个案例中（案号：（2018）粤 03 民

终 20917 号), 投资人通过平安银行的理财销售人员在平安银行的营业场所投资了一个私募基金产品, 该产品到期后出现本息无法兑付现象。投资人经查询才知晓该产品并非平安银行的理财产品。一审及二审法院审理后认为, 平安银行的理财销售人员在工作时间、平安银行营业场所内向投资人推销非平安银行的理财产品, 其行为可能误导消费者认为其购买的理财产品系平安银行发售或者和平安银行存在关联。平台银行的柜台工作人员也未对本行理财销售人员代客户填单购买别处理财的异常行为进一步确认核实, 工作存在疏漏。平安银行在员工管理和风险控制上存在过失。因此, 平安银行应当对投资人的损失承担部分责任。最终判决平安银行在投资人投资本金 30% 的数额内承担补充清偿责任。

在这一案件中, 平安银行并非基金销售方、与基金产品无实质关联, 但由于其在员工管理和风控上的疏漏, 最终需要对投资人的损失承担一定责任。

此外, 当投资人前期已经同基金管理人或其他第三方达成了基金份额的转让协议时, 除要求相关义务人承担基金份额的购买义务, 还可以核查是否可以要求第三方对义务人的购买义务承担担保责任, 如果存在担保人的, 也可以为投资人挽回损失增添一份保障。

四、结语

随着更多私募基金产品兑付期限届满, 我们相信未来会爆发更多的私募基金兑付危机, 在一次次危机面前, 需要投资人学会分辨、判断, 恰当地选择最佳的维权路径。根据笔者目前处理的多起私募基金暴雷类案件, 该类案件的处理思路有多种, 例如通过召开份额持有人大会、更换管理人进行维权, 或者通过与管理人的谈判形成退出方案等等, 总体上仍需针对基金的不同情况专业化地定制不同的维权方案, 才可以最大化地维护投资者的合法权益。

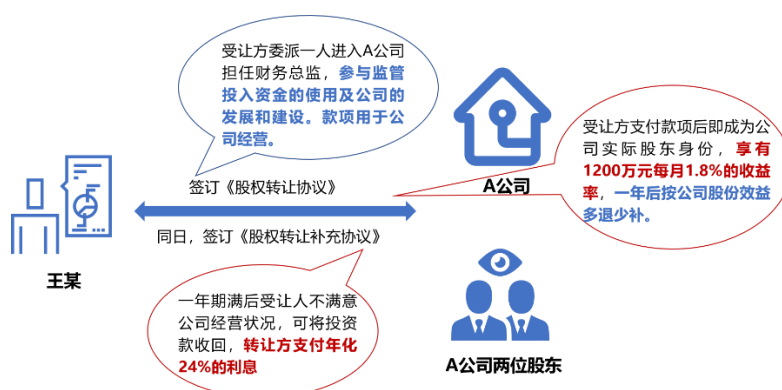
(本文首发于 2019 年 9 月 23 日)

“名股实债”合同的最新司法裁判口径

阮霁倩、吴海英

受整体金融环境的影响，近两年来金融投资纠纷频发，早年常见的“名股实债”条款设定也在不断接受着现有司法裁判口径的检核。“名股实债”条款的设定初衷是为了最大限度地赋予投资人追求更高投资收益的选择权，但由于实务中条款的表述多样，实际履行情况又各异，导致司法实践中对于“名股实债”的裁判口径大相径庭。

笔者最近处理的一个案件就非常典型，案件中几乎涵盖了股权和债权的全部核心要件。导致法院在审理案件中也陷入了定性的两难。



投资人王某与 A 公司及 A 公司的两位股东签订了一份《股权转让协议》。协议中约定：投资人投资 1200 万受让 A 公司两股东 30%的股份，完成投资后投资方可以委派一人进入 A 公司担任财务总监，参与监管投入资金的使用及公司的发展和建设。另外各方确认投资款项用于公司经营。

协议中还约定，受让方支付款项后即成为 A 公司的股东，享有投资款项的月息 1.8%的固定收益，一年后按照公司股份效益多退少补。

同日三方还签订了一份《股权转让补充协议》，补充协议约定，一年期满后受让方不满意公司经营状况，可以将投资款收回，转让方支付年化 24%的利息。

1 年期满后，由于 A 公司经营业绩恶化，资不抵债，投资人希望依据协议要求 A 公司的两名股东承担还款责任。值得说明的是，不同于常见的“股转债”协议、“股权转让”协议，这个案件中《股权转让协议》的转让方写的是三方：A 公司、A 公司的两个股东。

因此在这个案子的实体审理中，已经不是单纯的判断协议性质，还需要分析在这份协议中谁才是协议责任的承担主体。如果本案被认定为是股权转让协议，则协议责任的承担主体毫无疑问是 A 公司的两个股东。但如果本案被认定为是债权协议，则协议责任的承担主体既有可能是 A 公司，也有可能是 A 公司的两个股东。

一、股权还是债权？司法认定四要件

司法实践中，法院判定协议性质主要从以下四个方面着手：

(1) 是否参与了公司的实际经营？

投资人是否参与公司的实际经营主要通过投资人是否承担公司的经营风险、是否实际参与公司经营管理、对公司决策是否具有相应的表决权来判断。如果投资人不承担公司的经营风险，享有固定的投资回报，那协议中“债权”的属性更为突出；如果投资人需要承担公司的经营风险，如有“返还收益”、“多退少补”等约定，则协议中“股权”的属性会更为突出。

(2) 是否办理了工商变更登记手续？

在绝大多数的“名股实债”案件中，投资人都不会办理工商变更手续，登记成为公司的股东。但在一些资管类案件中，我们也会看到很多投资人虽然是债权投资，但也会登记成为公司的股东或者合伙企业的合伙人。这种情况下，会给司法的实务认定增加更多障碍。

(3) 约定的协议对价是否合理？

这主要看投资人与公司或者股东之间约定的协议对价是否与公司股权价值相当。如果双方最初的意思是债权投资，往往投资价格和公司股权价值不具有任何关联性。

(4) 约定的协议主体是否明确？

如果是股权转让协议，往往会有明确的转让主体，特别是在具有多名股东的情况下。但债权协议中，往往没有明确的转让主体，要么法定代表人代表公司签字，要么全体股东代表公司签字，因此将此类协议认定为股权转让协议，会使得案件在执行层面不具备操作性。

当然，很多案件中依然会存在“股权”、“债权”特征交织边界模糊的情况。仍然需要从协议签订时的背景出发，去探究协议订立时双方的真实意思表示。

二、笔者承办案件的法院最终认定理由

在笔者承办的这个案件中，法院最终认定协议为借款合同，主要依据以下几个理由：

(1) 《股权转让协议》虽约定了受让股权，但是未明确出让股权的主体（本案合同主体不明），因此不具备股权转让协议的可执行性；

(2) 《股权转让协议》约定原告支付的款项用于公司经营，实际款项大部分也支付到了公司，因此从款项用途来看与股权转让行为也不相符；

(3) 《股权转让协议》约定了固定资金回报，也符合“债权”的特性；

(4) 《股权转让协议》订立后一年，双方始终未办理工商登记手续，可见投资人的真实意图并非成为公司的股东。

三、协议责任主体的判断和认定

在确定协议的责任主体时，法院一般会结合以下三个方面综合判断：协议签订主体、款项收取主体、本金或收益返还主体。

目前在审理此类借款案件时，法官经常会适用《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，规定第二十三条对于借款协议的责任承担主体有进行相应明确：企业法定代表人或负责人以个人名义与出借人签订民间借贷合同，所借款项用于企业生产经营，出借人可以要求企业与企业共同承担责任。虽然前述规定限定的是法定代表人，但在股东签字这一类的案件，法院一般也可能参照最高院的规定来裁判。

四、九民纪要反映的最新裁判口径

在九民纪要的征求意见稿中，曾将出让方或者其指定的第三方在一定期间后以交易本金加上溢价款等固定价款回购的行为，认定为信托公司与出让方之间的金融借款合同纠纷。很多解读意见都认为这是最高院首次为“名股实债”协议进行正名。但值得注意的是在此次正式公布的九民纪要中又删除了相关的表述，也可看出司法实务领域中对于此类问题的争议依然较大。因此在具体的实践中，仍需要根据个案进行分析和探讨。

（本文首发于 2019 年 11 月 25 日）

执行过程发现公司无力偿债，债权人能否追索股东？

阮霭倩、苏宇吉

受经济大环境的影响，越来越多的商业诉讼中公司都会碰到这样一种情形：虽然拿到了胜诉判决，但债务人的公司已经资不抵债；或是随着案件进入执行阶段，发现被执行的公司早已不再实际经营，账目上亏损严重；亦或是重要资产可能已经被偷偷转移，甚至债务人公司的法定代表人、股东都发生了“大换血”，这些给债权人的执行推进都造成了很大的障碍。同时，公司股东、实际控制人在朋友圈晒着各种高消费的奢侈生活，或者另设公司“新瓶装旧酒”，依然做着原来的业务。对此，债权人能否对公司股东进行追索？

本文将从较为常见的几种公司股东逃避债务的手段出发，探讨债权人追索公司股东的可行性和操作方式。

一、《执行规定》中可直接申请追加股东为被执行人的情形梳理

很多债权人在碰到公司无力偿债时，虽然都很希望能执行股东的个人资产，但往往受限于股东的“有限”责任承担。

对于出资不实、出资未到位的股东，债权人在提起诉讼的时候，就可以一并起诉股东要求承担注册资本补足责任。但大部分时候，债权人起诉时并不会想到一并起诉股东，而在拿到胜诉判决后执行遇到障碍时，才会想到追索股东。实务中，债权人认为追索股东流程繁琐，可能需要另案再提起诉讼，还要另外支付诉讼费，继而放弃追索。根据最高院的《执行规定》，明确在一定条件下，可在执行案件中直接申请追加股东为被执行人。

《执行规定》中明确可以追加股东为被执行人的情况

被执行人类型	追加股东/投资人范围	执行范围
个人独资企业	个人独资企业投资人	/
合伙企业	普通合伙人	/
	未按期足额缴纳出资的有限合伙人（有限合伙企业）	在未足额缴纳出资的范围内承担责任
法人分支机构	法人	先执行法人直接管理的责任财产；不能清偿的，执行该法人其他分支机构的财产
其他组织	对该其他组织的债务承担责任的主体	/
企业法人	未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人	在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任
	抽逃出资的股东、出资人	在抽逃出资的范围内承担责任
	未依法履行出资义务即转让股权的原股东或依公司法规定对	在未依法出资的范围内承担责任

	该出资承担连带责任的发起人	
一人有限责任公司	不能证明公司财产独立于自己的财产的股东	对公司债务承担连带责任
公司	未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，变更、追加有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东	对公司债务承担连带清偿责任
法人或其他组织	被注销或出现被吊销营业执照、被撤销、被责令关闭、歇业等解散事由后，其股东、出资人或主管部门无偿接受其财产，致使该被执行人无遗留财产或遗留财产不足以清偿债务，变更、追加该股东、出资人或主管部门	在接受的财产范围内承担责任
	未经依法清算即办理注销登记，在登记机关办理注销登记时，第三人书面承诺对被执行人的债务承担清偿责任，变更、追加该第三人	在承诺范围内承担清偿责任

二、股东逃避债务的常见方式及债权人追索股东的可行性分析

现实中很多时候，公司股东为逃避责任，会利用延长注册资本缴纳期限、股权转让、公司减资等方式，阻碍债权人依据《执行规定》申请追加股东作为被执行人，且各个法院在认定能否追加时存在多种看法与口径，债权人也对能否追加存在较多困惑。下文我们将分析几种常见的逃避责任方式中，债权人追索股东的可行性：

1. 股东认缴出资期限尚未届满，能否追加为被执行人

自股东出资认缴制实施以来，公司股东在设立公司时往往将认缴期限设置得比较长。当公司作为被执行人时，很多股东的认缴期限均未到期。如果是按照《执行规定》的条款理解，只有未缴纳或未足额缴纳出资的股东可追加为被执行人。

在大多数的案件中，法院都是这么理解和认定的。一方面，基于公司注册资本制度的原则，法院认为股东仅在未履行或未全面履行出资义务时，即未按照公司章程所定的期限及数额缴纳认缴出资时才符合“未缴纳或未足额缴纳”的标准；另一方面，法院认为根据公司法以及破产法的相关规定，只有在公司破产、清算的情况下才会出现股东认缴出资加速到期。因此，在出资期限尚未届满的情况下均驳回了债权人追加公司股东被执行人的申请。

但在少数的案件中，法院在综合考量被执行人的偿债能力、出资期限的设置以及实际的实缴情况后，也存在支持追加的情况，认为公司章程中对于股东出资时间的约定是公司内部约定，不得以此约定对抗公司以外的债权人。因此认定公司股东应当在未履行或未全面履

行出资义务本息的范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充责任。这种支持追加的情况因突破了认缴制中对于出资期限的规定，法院在适用时相当谨慎，笔者通过分析比较支持追加的相关案例，总结法院在适用时主要考量以下两点：

（1）认缴出资期限是否畸高，使得债权人在较长的一定期限内都不可能实现债权；

（2）公司股东自公司成立以来是否已经根据公司的经营状况实现了部分实缴，使得公司具备一定的偿债能力。

在综合考量上述因素后，若法院认为确实股东存在恶意逃避债务可能性的，在出资期限未届满的情况下，仍有一定的机会将股东追加为被执行人。

2. 股东已经对外转让股权的，能否追加原股东为被执行人

在许多案件中，股东为逃避债务，选择在诉讼过程中或执行过程中以较低的对价进行股权转让，将债务转移至同样不具备执行能力的第三方，那债权人能否追加原股东作为被执行人呢？根据《执行规定》的相关条款，仅在股东**未依法履行出资义务即转让股权**的情况下，支持追加原股东为被执行人。根据大部分法院的观点，“未依法履行出资义务”指的是未按照公司章程所定的期限及数额缴纳认缴出资额，若出资期限尚未届满的，则认定为“未依法履行出资义务”的难度较大。

与前文中不同意将认缴期限尚未届满的股东列为被执行人的观点类似，大部分法院对于认缴期限加速到期仍保持较为谨慎的态度。一方面法院认为股东依法获得分期缴纳出资的期限利益受法律保护；另一方面认为股东认缴的金额、实缴期限等都可通过公示渠道查询，债权人对此应当知晓，对于交易过程中的风险也可以并且应当预见，在无证据显示股东存在欺诈或者其他恶意损害债权人利益的情形下，直接要求股东放弃期限利益对公司债务承担责任，并不符合股东出资认缴制度的设立初衷。

但也有少部分法院从保护债权人利益的角度出发，**认为股东的股权转让属于原股东与现股东的内部约定，该等责任的承担不因任何内部约定而变更或免除**。且大部分公司通过修改公司章程、延长出资期限等方式恶意逃避出资义务，致使公司缺乏偿还债务能力，法院在综合考量原股东的出资义务履行情况后，同意追加原股东作为被执行人。

因此，若债权人可举证证明公司存在恶意逃避出资义务，如延长出资期限、股权以非合理价格转让等情况的，在出资期限未届满即转让股权的情况下，法院仍会有一定程度的采信。

3. 公司在进行减资时未依法通知，能否追加股东为被执行人

另外一种较为常见的方式即股东在审判阶段或执行阶段通过减资的方式，减少自己需要承担的注册资本缴纳金额，从而减轻自身的出资压力。在工商层面，对于减资的程序仅要求“十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告”，若公司通过登报等公告的方式进行了通知，工商以形式审查的原则，也将视为有效通知，并受理减资的变更登记。但公告的方式对于债权人来说较难实际获得通知，若债权人错过了公告异议期，公司已经在工商层面完成了减资程序，债权人在法律层面可否追加股东为被执行人要求其承担相应的责任，这个问题法律司法解释并未作出明确规定。

部分法院认为在《执行规定》中没有关于减资程序存在瑕疵、减资程序违法的情况下，应当将减资的股东变更、追加为被执行人的条款，减资程序违法与否，需要另行通过诉讼进行实体审理方能确认，因此公司减资程序违法不属于《执行规定》中可以直接追加公司股东

的事由，据此驳回了债权人的申请。

但根据大多数的裁判观点，在该公司未依法有效通知债权人的情况下，都支持追加股东为被执行人，股东在减资范围内对公司未能清偿的债务承担补充赔偿责任。该观点旨在确保债权人有机会在公司责任财产减少之前作出相应的利益选择。

对于通知债权人的方式是否及时有效，一般法院认为，**对于经生效判决确定的债权人以及尚在诉讼或仲裁过程中的债权人是当然的通知对象，是确定的或潜在的债权人，需以合理、有效的方式告知已知债权人，如单独发函确认、电话通知等能够实际与债权人进行双向沟通的方式**，若仅在报纸上刊登公告，则大部分法院认为其未依法就减资事宜向债权人履行告知义务，减资程序存在瑕疵，致使债权人丧失要求公司清偿债务或者提供担保的权利，损害债权人合法利益，法院可以据此要求公司股东在减资范围内对其债务承担连带清偿责任。

三、总结

根据上述分析，我们可以发现在适用《执行规定》时，各个法院会综合考量各种因素，如公司股东注册资本的实缴情况，在股权转让、减资等过程中是否存在主观恶意，是否存在程序瑕疵等，个案差异性较大。

因此，在执行阶段，如发现公司确无可执行的财产，考虑申请变更、追加公司股东作为被执行人的，我们建议债权人积极关注公司动态，在发现股东有任何逃避债务可能的情况下，主动行使债权人的权利，搜集公司及公司股东存在的任何有逃避债务可能性的证据材料，并与执行法官保持密切沟通，以合理的理由在执行阶段申请追加股东作为被执行人。若执行阶段被法院驳回追加的，也可以依据驳回的裁定提起执行异议之诉。

（本文首发于 2019 年 9 月 12 日）

一文看懂你的平台需要办理 ICP 证吗？

徐沁芳

回答有关“增值电信业务经营许可证”（以下简称“许可证”）有关的问题可谓一名律师的“必修课”。客户的常见问题包括但不限于：公司在自营的电商平台上销售自营商品是否要办理 ICP 许可证；有外资背景的公司还能否申请许可证；ICP 和 EDI 两个许可证是否可以同时申请.....

事实上，不是所有的电商平台和内容平台都要办理许可证；电商平台和内容平台需要申请的许可证类别也大有不同。此外，有外资也一样可以申请许可证.....

笔者将在本文中结合实操口径，帮助读者判断，你的平台是否需要办理许可证。

1.办理 ICP 备案还是 ICP 许可？

根据《互联网信息服务管理办法》第三条的规定，互联网信息服务分为经营性和非经营性两类。经营性互联网信息服务，是指通过互联网向上网用户**有偿**提供信息或者网页制作等服务活动。非经营性互联网信息服务，是指通过互联网向上网用户**无偿**提供具有公开性、共享性信息的服务活动。第四条规定，国家对经营性互联网信息服务实行**许可制度**；对非经营性互联网信息服务实行**备案制度**。

换言之，“**无偿**”提供服务活动的平台**只需进行网站备案**。例如电商平台，如果仅有自营商品，不涉及商铺入驻的，属于经营主体销售渠道的延伸，则进行网站备案即可。

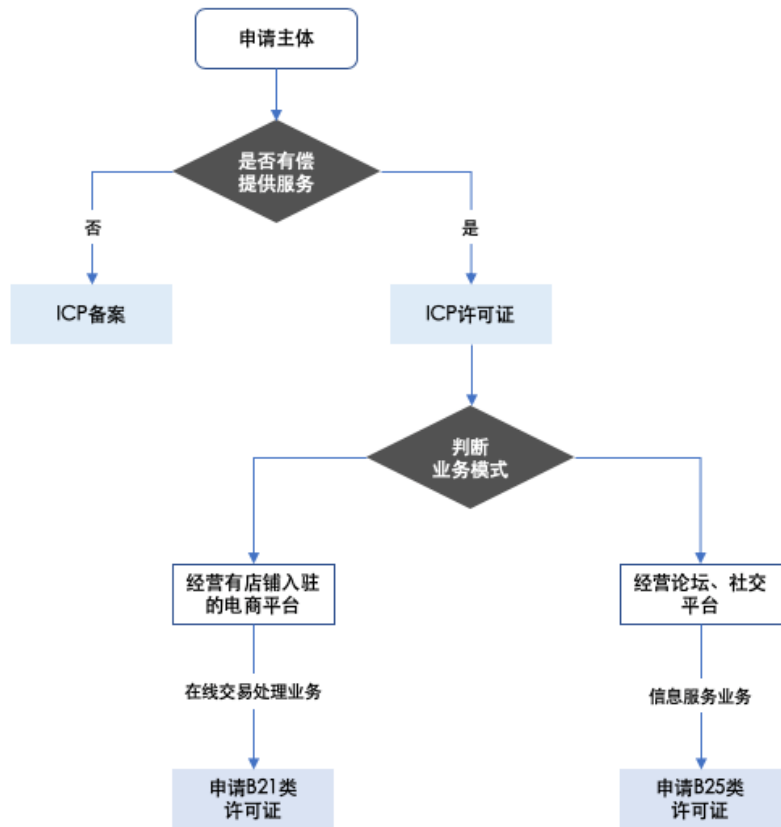
如果有商家入驻的平台因涉及向商家收取技术服务费、平台管理费等费用，则属于“经营”电信业务，需要办理相应许可证；如果是论坛、社交平台等涉及“有偿”服务的内容平台，则也需申请相应许可证。

平台提供有偿提供服务的形式主要有以下三种：

盈利模式	具体形式
一、电商模式	
前向用户收费	面向平台用户收费，如京东 PLUS 会员费
后向平台服务收费	平台向入驻商家收取平台使用费、技术服务费等
混合收费	既有前向用户收费，又有后向平台服务收费
二、信息服务模式	
前向用户收费	面向用户收费，如付费阅读
后向平台服务收费	对信息提供者收费，如广告费
混合收费	既有前向收费，又有后向收费

此外，也常有客户关心，若是通过微信小程序经营电商业务，是否要办理许可证？微信就此问题是有明确规定的。早些时候，微信要求经营性小程序应当办理许可证，但由于小程序本质上是嵌入微信中的，理论上由微信本身取得该许可证即可。笔者也就该问题与腾讯进行过沟通，腾讯虽未取消这一项许可证要求，但微信小程序官方网站已将相关要求更改为提交许可证或相关部门出具的《行政许可不予受理通知书》，二者选一。其他诸如在有赞商城或微店中开设店铺，也不需要办理许可证。

总结来说，是否需要办许可证、需要办哪类许可证通过下图一看便知：



2.申请 B21 类还是申请 B25 类？

因为文章篇幅的关系，本文就讨论比较常见的 B21 类和 B25 类。根据电信业务分类目录，经营在线数据处理与交易处理业务需要申请 B21 类许可证，经营信息服务业务则需要申请 B25 类许可证。举例来说，常见的在线数据处理业务就是经营有入驻商铺的电商平台，如京东、淘宝；常见的信息服务业务包括有偿提供文章阅读或视频课程等。具体来说，经营信息服务业务有以下几种形式：

服务内容	具体形式	典型案例
信息社区服务	论坛、社交平台	天涯、人人网
信息发布平台和递送服务	应用商店、门户网站	应用宝、新浪
信息搜索查询服务	搜索引擎、网页导航	百度、hao123
信息即时交互服务	即时通信、 互联网交互式语音	微信、QQ 语音
信息保护和加工处理服务	防病毒平台、 垃圾信息拦截平台	360 在线杀毒、 手机管家

不同类别的增值电信业务需要取得的许可证类别不同，不能超出许可范围经营。如果申请 B21 类许可证，则只能在该分类下经营在线数据处理与交易处理业务，不能跨类别从事

论坛、社交平台等信息服务业务。若需要从事其他类别的电信业务，则需要新申请相应类别的许可证；否则将面临轻则没收违法所得、处违法所得 3 倍以上 5 倍以下罚款，重则停业整顿，列入电信业务经营失信名单的处罚后果。

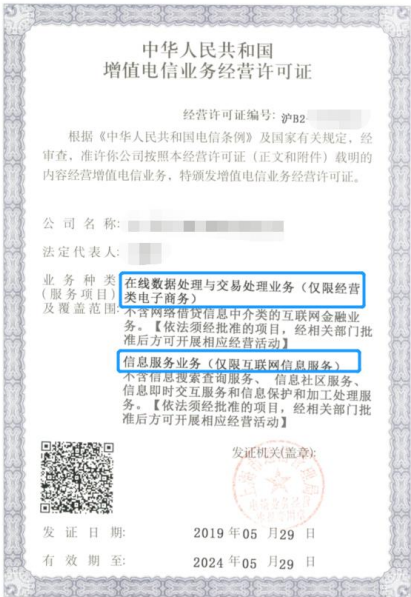
3.ICP 证和 EDI 证有什么区别？

曾有客户咨询说：“一个带有第三方店铺入驻的电商平台，是否能申请 ICP 证？听说还有一个 EDI 证，能同时申请吗？”

实际上，工信部《电信业务分类目录》将电信业务分为 A 类和 B 类，其中 A 类是指基础电信业务，B 类是指增值电信业务。像中国电信、中国联通、中国移动等开展基础电信业务办理的是 A 类许可证，而电商平台、论坛等平台则办理 B 类许可证。

一般的，电商平台申请 B21 类许可证，俗称“EDI 证”(Electronic Data Interchange)；经营性的论坛、社交平台申请 B25 类许可证，俗称“ICP 证”(Internet Content Provider)。如果公司同时经营以上两类增值电信业务，也可以同时申请。

尽管同时申请在实践操作中存在难度，但星瀚所具备成功经验。如果公司同时取得了这两类许可，那么取得的将是一张上面标明许可范围包括两类业务范围的许可证。



4.外资许可证难在哪？

首先，判定是否涉及外资应一直追溯到自然人、国有资本或境外法人，如果判定不涉及外资，应确保追溯到公司任何一级股东均无外资。

根据工信部 2015 年公布的《工业和信息化部关于放开在线数据处理与交易处理业务[经营类电子商务]外资股比限制的通告》，目前 B21 类电商平台的外资股比已放宽至 100%；其他经营 B21 类、B25 类业务的公司需满足《外商投资电信企业管理规定》的要求，外资比例不超过 50%。

含外资的许可证由工信部审批，申请流程相对内资许可证复杂很多，具体如下：



因涉及流程复杂，外资许可证耗时较长，整个流程下来至少需要 8 到 9 个月。但如果是注册在上海自贸区的企业，根据上海自贸区的规定，**自贸区内申请许可证的外商投资企业应向上海市通信管理局申请**。这样一来，相应的审批主体下放到上海市通信管理局进行，审批时限将缩短不少。

结语

如果能通过重重关卡拿到许可证当然令人兴奋，但拿到证还不能一劳永逸，公司要注意后续许可证的维护，依法规范经营、保护用户合法权益，做好用户信息保护，维护网络与信息安全。

同时还需按照监管部门的要求定期进行信息月报、年报，提交电信业务经营情况、网络与信息安全保障制度和措施执行情况等，否则可能被列入电信业务经营不良名单，该名单将定期向社会公示，影响公司的社会信用评价。

（本文首发于 2019 年 7 月 23 日）

冒用身份登记企业可被直接撤销，“代签”如何避免被恶意撤销？

沈捷

被冒用身份登记企业的新闻常常见诸报端，由于冒用行为的隐蔽性，许多被冒用身份的当事人直到收到法院传票、行政机关的处罚通知、发现自己被列为失信被执行人时才发现身份信息被盗用的事实。而在以往的维权过程中，由于市场监管部门对登记材料仅作形式审查，不作实质审查，被冒用人要维护自己权利，撤销相应登记，需要经过“向市场监管部门申请撤销”、“市场监管部门无实质审查权限无法办理撤销”、“至司法机关启动行政诉讼”、“取得胜诉判决办理工商变更”四步，才能真正实现撤销登记的结果，整个维权费时费力，动辄需要6个月甚至12个月的时间。

2019年4月23日，市场监督管理总局发布了关于《撤销冒用他人身份信息取得企业登记暂行办法（征求意见稿）》（以下简称“新政”），改变了以往市场监管部门只进行表面审查的局面，对于可能存在冒用身份取得企业登记的情形，市场监管部门应当进行实质审查，并根据审查结果作出撤销登记或者不予撤销的决定。

待新政正式落地之后，被冒用人可以直接要求市场监管部门进行实质审查，维护自己权益，而不必再经过冗长的司法程序，为被冒用人节省了大量时间成本。接下来，我们就新政相关内容，进行简要的分析和梳理：

一、冒名登记的构成条件

根据新政规定，是否构成“冒用他人身份信息取得公司登记”，核心是要考察三个方面的信息，主要包括：1）事先未同意或**事后未追认**；2）在登记注册申请材料中使用了被冒用人的身份证件或者伪造了被冒用人的签字或者以被冒用人名义通过互联网进行申请；3）取得公司登记、备案。

此外，冒用他人身份信息登记，并不局限于公司的设立登记，还包括变更登记、变更备案以及注销程序。从被登记的信息角度来说，被冒名登记为公司股东、法定代表人（负责人），被备案为董事、监事、高级管理人员、清算组成员，当事人均可以提出撤销申请。

二、受理申请的方式

受理撤销申请的机构，按照“谁登记、谁撤销”的原则确定，由县级以上市场监管部门负责。申请人应当由本人，携带身份证原件及复印件，填写《撤销被冒用身份登记（备案）申请表》并现场签署《撤销公司登记（备案）承诺书》，向具有行政管理权限的市场监管部门申请撤销。

此外，如果发现被冒名登记的情形想去申请撤销，除了提供新规规定的申请书、承诺函以外，笔者建议申请者提前准备诸如身份证件丢失报警回执、身份证件遗失公告、银行挂失身份证件记录、由专业机构出具的笔迹鉴定等有助于认定冒名登记基本事实的文件材料，便于市场监管部门开展实质调查。

三、处理方式及结果

市场监管部门受理相应申请后，需在 7 个工作日内通过国家企业信用信息公示系统进行公示，并进行调查，公示期 6 个月。常见的调查方式包括对公司住所（经营场所）进行现场检查、询问公司相关人员、登记代理人等，调查期满或者公示期满，市场监管部门应当作出结论。一般来说有两种处理结果：

1、撤销公司登记、备案决定，主要的适用的情形包括：

- （1）经登记机关调查认定冒名登记基本事实清楚的；
- （2）公司通过登记住所或经营场所无法联系，相关人员无法联系或不配合调查，且公示期内无利害关系人对撤销登记、备案提出异议，或对反映针对的公司主张权利的；
- （3）人民法院生效判决、裁定已认定冒名登记事实的；
- （4）人民法院协助执行通知书要求登记机关配合的；
- （5）其他依法依规应当撤销登记、备案的情形。

2、不予撤销，主要适用的情形包括：

- （1）有证据证明被冒用人在该次登记、备案时知情，或事后以明示或默示方式予以追认的；
- （2）冒名登记涉及公司股权争议，各方尚未达成一致意见的；
- （3）利害关系人在公示期内对撤销登记、备案提出异议，经调查基本属实的；
- （4）利害关系人主张反映所涉及的公司涉诉，人民法院尚未作出判决、裁定或生效判决、裁定尚未执行完毕的；
- （5）税务、公安、金融、人力资源社会保障等相关部门提出书面意见，不同意撤销登记、备案的；
- （6）公司已按照本办法第十六条规定主动纠正冒名登记行为的；
- （7）撤销公司登记、备案可能对公共利益造成重大损害的；
- （8）其他依法依规不应撤销登记、备案的情形。

四、撤销登记的法律責任

如果企业被撤销登记或者备案，新政重申将根据《严重违法失信企业名单管理暂行办法》的规定，**将所涉企业列入严重违法失信企业名单，这将面临包括被列为重点监督管理对象、不予通过“守合同重信用”企业公示活动申报资格审核、不予授予相关荣誉称号的惩罚，影响企业未来的经营活动。**

除了上述惩处措施以外，新政新增了对冒名登记的直接责任人的处罚，**登记机关会将冒名登记的直接责任人录入虚假登记责任人数据库，加强信用惩戒。**申请人冒名完成企业登记、备案，毫无疑问属于直接责任人，但是第三方代理机构，是否会因为未尽审核责任而被确定为直接责任人，尚未有明确结论意见。笔者建议第三方代理机构充分考量其中风险，在开展业务时主动核实申请人的身份信息，避免作为直接责任人被录入数据库，影响自身的经营。

五、如何避免企业发生纠纷，“代签”股东恶意撤销？

许多企业在设立之初，为了注册便捷性，会简化流程或者通过第三方代理机构来减少一些手续，对于登记、备案的文件的签署也比较随意。事实上非冒名，而文书“代签”的行为十分普遍。在之后的经营管理中，股东之间、股东与高管之间一旦出现纠纷，一方滥用撤销新政，来恶意逃避责任，该如何应对？

1、“事前同意”的证据收集

如果遇到恶意撤销的情形，企业应当第一时间整理、收集此前在办理登记、备案时的材料，尤其是能够体现签名系本人签署或者授权签署的文件，比如本人签名的文件快递面单、授权签名的聊天记录等等。

2、“事后追认”的证据收集

新政并非一刀切地规定在登记、备案时非本人签署或未取得授权签署均视为冒名。如果企业能够取得“代签”的事后追认，一样可以认定为有效。从企业角度来说，如果登记、备案的时间比较久远，无法及时获得相应证据的，收集“事后追认”的证据也是行之有效的办法，常见的情形包括当事人实际参与企业运营管理、当事人实际获得股息分红的材料等等。

而对于尚未遇到滥用冒名登记撤销权、恶意撤销、逃避责任的情形企业，笔者也建议企业提前做好风险控制，防患于未然。比如全面清查自身登记、备案过程中的登记记录、签名等信息，如发现可能存在“代签”的，可尽快采取补救措施，包括与公司股东、高管等签署确认书，明确追认在此前的登记、备案过程中提供的证明材料、签署的文件等，均为本人签署或经本人授权签署，不存在任何冒名情形。

另外对于第三方代理机构而言，一方面要清查此前办理的代理业务中是否存在代签情形，并主动联系客户，要求追认。另一方面，在未来的业务开展过程中，也应当尽量避免代客户签署任何文件，确实需要代签的，也应当提前取得授权文书，确认代签文书的效力。

就新政本身而言，笔者认为有两处值得商榷：

第一，当前的新政对于不予撤销情形的规定过于绝对，尤其是“冒名登记涉及公司股权争议，各方尚未达成一致意见的不予撤销”。一般当事人被冒名登记为公司的股东需要撤销时，除了向登记机关申请撤销登记，还会就因冒名登记给自身造成的损失向冒名者提起民事诉讼，由此发生股权争议是难以避免的。现在一刀切地规定涉及股权争议，未达成一致意见，就不予撤销登记，难以发挥行政机关的效率优势，减少当事人的讼累。因此，针对冒名涉及股权争议的情形，应当严格地进行界定，对于能够证明确实存在冒名情形的，行政机关应当充分利用效率优势，办理撤销登记，切实维护被冒名人的权利。

第二，新规对于实质审查的具体程序、证据都没有作具体明确的规定，被冒名人难以提前做好有针对性的准备，加快调查程序。笔者建议市场监督管理部门适当引入听证程序，迅速了解冒名事项的实际情况，大大缩短调查所需的时间。

第三，新规对于调查的期限并未作明确的规定，只规定了如果公示期满应当作出决定，但是公示期长达6个月，对于被冒名人来说，新政的效率优势被大大减弱了，因此理应对调查所需的时间作出合理的限制。

待新政真正落地之后，各地市场监管部门有了可以参照适用的撤销登记规则，被冒用人不再必需经过行政诉讼程序，就能实现自己权利的救济，极大节省人力、物力，相信冒用他人身份取得企业登记的行为将得到有效地遏制。企业，包括第三方代理机构，也应当对于企业登记、备案过程中存在的违规情形予以充分的重视，尽快完成必要的追认手续，将潜在的风险扼杀在萌芽之中。

（本文首发于 2019 年 6 月 18 日）

从“海富”案到“华工”案，谈对赌的效力边界

史梦吉、朱晔明

在近期热播的电视剧《在远方》中，姚远（刘烨饰）一手创立的远方快递初具规模，由于其引领物流行业的先锋意识，公司发展前景被富商刘云天（保剑锋饰）看好，遂决定投资入股，一向重义气重情义的姚远二话不说，直接将协议翻至尾页，豪爽地签上大名，却完全没有注意到协议中的“对赌条款”，待朋友指出，酒醉梦中惊坐起，为时已晚。

对赌协议究竟是什么？对于创业者来说，它赋予了投资人怎样的权益？法院认可对赌协议吗？

对赌概述

在投融资领域，基于投融资双方的信息不对称及激励机制考量，投资人通常会在投资条款中，要求创业公司或创业者在约定时间内实现一定的发展目标或业绩达到一定标准，如果没能达到约定，投资人可以行使其权利要求进行补偿或要求义务人回购其股权。投资人借助对赌条款一方面可保障己方利益，另一方面可激励创业者及公司创造更佳业绩目标。常见的对赌条款设置要点如下：

和谁赌？	被投公司 创始股东/实际控制人 以上两者承担连带责任
赌什么？	上市对赌 业绩对赌
怎么赌？	现金补偿 股权补偿 股权回购

一般情况下，现金补偿和股权补偿主要用于业绩对赌模式。现金补偿是指对赌条件成就时，公司应按照协议约定的公式计算出现金补偿款，并支付给投资人，如补偿款金额=（1-公司 T1 年度实际净利润/公司 T1 年度承诺净利润）×投资人投资金额。股权补偿方式类似，只是将现金折换成股权。两者的主要区别在于现金补偿使投资人变相提前拿到了现金收益，且该部分收益不受公司未来经营情况的影响；但股权补偿相当于加大了投资力度和投资风险，会与公司未来经营情况相挂钩。

而股权回购主要用于上市对赌，本质上是投资人的一种退出机制，即如果公司未能在约定期限内完成上市，公司或创业者将按一定的价格回购投资人届时持有的公司股权，该价格可能是投资人投资款加固定回报的价格、或是其届时持有公司股权对应的市场公允价值。

对赌是否有效？

1. 【海富案】

2012 年的“海富案”曾引起投融资业内的巨大反响，确定了“投资人与公司对赌无效，与股东对赌有效”的审判准则。案件基本情况如下：

项目参与方	投资方：海富公司 被投公司：众星（世恒）公司 股东：迪亚公司 法定代表人：陆波 投资方式：以 2000 万元增资
对赌内容	若众星公司 2008 年净利润低于 3000 万元人民币，则海富公司有权要求众星公司予以现金补偿，如果众星公司未能履行补偿义务，海富公司有权要求迪亚公司履行补偿义务。
诉讼请求	海富起诉要求众星公司、迪亚公司、陆波进行补偿。

在该案中，最高院认为，海富公司与众星（世恒）公司的对赌协议无效，理由是“该约定使得海富公司的投资可以取得相对固定的收益，该收益脱离了众星（世恒）公司的经营业绩，损害了公司利益和公司债权人利益”。但迪亚公司需承担补偿责任，理由是“迪亚公司对于海富公司的补偿承诺并不损害公司及公司债权人的利益，不违反法律法规的禁止性规定；在未达到约定目标的情况下，迪亚公司应当依照约应海富公司的请求对其进行补偿”。基于此，实务中将本案的裁判规则总结为“投资人和公司对赌无效，和原股东对赌有效”，且后续法院判决均以此为刚性指引。

2. 【华工案】

在 2019 年 4 月份，江苏高院作出的(2019)苏民再 62 号判决（华工案）承认了与公司对赌的效力，再一次引起了理论和实践界的巨大争议。案件基本情况如下：

项目参与方	投资方：华工公司 被投公司：扬锻公司 股东：潘云虎等 投资方式：以 8600 万元增资
对赌内容	若扬锻公司在 2014 年 12 月 31 日前未能在境内资本市场上市或主营业务、实际控制人、董事会成员发生重大变化，则华工公司有权要求扬锻公司以现金方式回购其所持全部股权，回购价格为投资本金加上年回报率 8%的固定收益-累计获得的分红；同时，如扬锻公司的违约行为导致华工公司发生损失的，潘云虎等股东承担连带责任。
诉讼请求	华工公司起诉，要求扬锻公司和原股东承担回购义务。

在该案中，江苏高院认为，投资人华工公司与扬锻公司的**对赌协议有效**，**扬锻公司应向华工公司支付股权回购款及利息**。理由在于，对赌协议系当事人对投资商业风险的合理安排，系各方真实意思表示。《公司法》亦不禁止公司回购本公司股份；且由于该公司的经营状况良好，对赌回购具备法律上及事实上的履行可行性。对赌协议约定的回购款项的支付不会导致公司资产的减损，亦不会损害公司其他债权人的清偿能力。基于此，本案的裁判结论是“公司对赌有效”。

3.“华工”案与“海富”案：颠覆还是延续

“海富”案和“华工”案的差异，从表面上看是两种不同形式的对赌的差异：“海富案”是现金补偿型对赌，没有涉及回购，不会引起公司注册资本的减少；而“华工案”是股权回购型对赌，可能会导致公司注册资本的减少。而且，“海富案”的被投资公司实际经营情况很差，无力支付补偿金额，如果按约实施补偿，则公司可能面临破产；而“华工案”的被投资公司实际经营状况良好，即便回购也不会对公司债权人的利益产生严重不利影响。

进一步从“海富”案和“华工”案的判决逻辑切入，我们可以发现，虽然两案的判决结果不同，但法院对于公司对赌协议效力的认定方式仍是一致，即在于对赌协议本身是否有效、对赌协议是否违反资本维持和债权人保护原则、以及对赌协议是否具备可履行性。

所谓资本维持原则是指公司应当维持与公司资本总额相当的资产，其目的在于通过对公司和股东行为的约束，防止公司资产价值低于公司注册资本，从而保护公司债权人的利益。对于对赌协议中的资本维持原则，一种观点认为，只要对赌协议可能违反资本维持原则，可能损害公司债权人利益的，都应当认定为无效，即“海富”案的认定依据；另一种观点认为，对赌协议应当基于个案分析对待，如果对赌协议的履行可以不损害债权人利益，那应当认可其效力，即“华工”案的认定依据。

总结来说，“华工”案的判决为保护公司债权人利益提供了一种切实可行的操作方案，即履行公司减资程序，“华工”案的部分判决思路亦在近期公布的《九民纪要》中得到了肯定。

《九民纪要》关于对赌协议的认定

2019年7月，全国法院民商事审判工作会议中亦讨论了“对赌协议的效力问题”，在向社会公开征求意见的会议纪要中，我们看到最高院对于涉及对赌协议效力案件的总体审判方向为“**既要坚持鼓励投资方对实体企业特别是科技创新企业投资原则，从而在一定程度上缓解企业融资难问题；又要贯彻资本维持原则和保护债权人合法权益原则，平衡投资方、公司股东、公司以及公司债权人之间的利益**”。大概而言，①对于投资人与公司股东或者实际控制人签订的对赌协议的效力，如依据《合同法》不存在其他影响合同效力的事由的，应认定有效；②对于对赌协议的履行，如符合强制性规定的，应予支持，比如不违反《公司法》关于股份回购和盈利分配的规定。

对赌协议的有效性问题的有效性问题，此处不再赘述。但从前述《九民纪要》的论述来看，对赌协议的可履行性又如何？比如股份回购的规定，纪要中指出，公司必须履行减少注册资本的义务，否则，对投资人有关公司收购其股权的请求就不应予以支持，但实务中，如果公司无法达成减资的有效决议，又该如何处理？法院直接作出减资的判决是否又过度介入公司自治？又比如盈利分配的规定，纪要中指出，只有公司在弥补亏损、提取公积金后仍有可分配利润的情

况下，投资人的请求才能得到支持，但投资人要求的现金补偿是否本质即是利润分配？且退一步，即使进行利润分配，投资人可以获得的利润是其股权对应的可分配利润，还是公司所有可分配利润？这些问题都有待纪要意见和司法实践的进一步明确。

小结

从“海富”案到“华工”案，再到《九民纪要》，虽不再一味的否定与公司赌无效，但对赌协议仍未形成妥适、一致的裁判规则。在理论和司法实践的不断探讨过程中，我们能够较为清晰的把握当前形势下对赌协议的规则：即投资协议中约定对赌协议是完全可行的，且不存在影响合同效力的事由即为有效；同时，对赌协议即使有效，还应当以履行法定减资手续、进行弥补亏损和提取公积金等强制性规定为前提。当然，对赌协议的设置不可机械适用，仍需结合每个交易的实际情况而定，从而更好地避免相关法律风险，保障自身合法利益。

（本文首发于 2019 年 10 月 21 日）

从“极限第一人”坠亡案，看平台的责任承担新趋势

陈欣皓

5月底，北京互联网法院作出一份判决，该判决金额不高，却将对各类网络服务提供者造成巨大影响；因其认定，“花椒直播”平台（北京密境和风科技有限公司旗下的视频直播平台）对于平台的使用者——“极限第一人”吴永宁负有安全保障义务，对于吴永宁的坠亡，“花椒直播”平台需承担过失的、次要且轻微的责任，法院判令“花椒直播”平台赔偿吴永宁家属人民币3万元整。

事件背景

吴永宁原本在横店等影视基地做群演谋生，由于“网红经济”兴起，吴永宁凭借着自己做群演时的“功夫”和胆量，开始在无安全保护措施的情况下，攀爬各类高楼大厦，并将攀爬的视频上传到包括“花椒直播”平台在内的各大视频网站，以期获得“打赏”、广告费等收益。“花椒直播”平台也注意到了这个与众不同的用户，并以2000元作为对价，请吴永宁拍摄一段推广“花椒直播”6.0版本的宣传片。该宣传片是否拍摄完成不得而知，然而在2017年11月8日，吴永宁于攀爬长沙某高楼时不慎坠亡。吴永宁的家属认为，“花椒视频”平台侵犯了吴永宁的人身权，应当承担相应责任，因此将其诉至北京互联网法院。

在以往的案件中，网络服务提供者若涉及侵权，多系侵犯财产性权益；即使涉及侵犯人身性权益，也仅仅涉及名誉权、署名权、保护作品完整权等。此次法院是怎么推导出“花椒直播”平台对吴永宁负有安全保障义务——“花椒直播平台”应当承担过失过错责任——侵权责任系次要的、轻微的这一系列的法律认定？

“花椒直播”平台应对网络用户承担安全保障义务

依据《侵权责任法》第36条第1款及37条，法院认为，网络空间本身就具有开放、互联、互通、共享的特点，网络空间实际上也存在公共空间或群众性活动，其中不仅存在着对智力财产、人格的侵害危险，也存在对人身及有形财产的侵害可能性。对以上危险进行防范，也是一种安全保障。**网络服务提供者作为网络空间的管理者、经营者、组织者，在一定情况下，对网络用户负有一定的安全保障义务。**

需要特别指出的是，网络空间下的安全保障义务的具体义务内容有别于传统实体空间下的安全保障义务内容。囿于网络空间的虚拟性，我们不能要求网络服务提供者采取实体空间下的安全保障措施。网络空间条件下，网络服务提供者所采取的措施首先应符合网络空间的自身特点，其次应是在网络服务提供者的能力范围内，因此**网络服务提供者的安全保障义务内容一般应仅包含审核、告知、删除、屏蔽、断开链接等措施。但是，这种审核义务应当是在明知可能存在危险性，并可能会产生风险的情况下而进行的“被动式”审查**，否则，就将会过度增加网络服务者的运营成本。

本案中，“花椒直播”平台作为信息存储空间的网络服务提供者，该平台的注册和使用是面向社会大众的，网民在该平台上进行的浏览、发布、评论等活动，具有互动性、公共性、群众性，因此该平台具有公共场所的社会属性，“花椒直播”平台的经营者可能成为负担安全

保障义务的民事主体。而由于“花椒直播”平台与上传视频用户共同分享打赏收益，平台具有营利性质，因此，经营者应当对用户承担相应的安全保障义务。

虽然“花椒直播”平台抗辩，吴永宁上传的视频内容不含法律法规禁止的内容，但法院认为，“花椒直播”平台在知道吴永宁从事相关危险冒险活动，并具有一定知名度的情况下，邀请吴永宁为其进行宣传活动，可推知，被告是明知吴永宁上传视频中可能含有危险内容，且吴永宁在拍摄这些视频过程中会导致生命危险，故其理应对这些视频内容进行审查，并在发现风险后对视频采取删除、屏蔽、断开链接等措施。

“花椒直播”平台应当承担侵权责任

“花椒直播”平台抗辩，吴永宁坠亡与其使用“花椒直播”平台之间，不存在因果关系，因此，平台不应对其坠亡承担侵权责任。

对于这个问题，法院认为，网络平台相较于传统媒体平台而言，传播速度更快、传播范围更广，也更有利于获取他人的关注，继而取得相应的经济利益。如果没有“花椒直播”平台等网络平台对其发表的内容进行放任、甚至是肯定性质的传播，吴永宁也不至于继续“铤而走险”拍摄危险的视频，发生意外。因此，“花椒直播”平台未尽到安全保障义务与吴永宁死亡之间存在因果关系，应当承担过失过错责任。

“花椒直播”平台应当承担的是次要的、轻微的责任

法院认为，虽然“花椒直播”平台未尽到安全保障义务与吴永宁坠亡具有一定的因果关系，但二者并非具有直接且决定性的因果关系。“花椒直播”平台作为网络服务提供者，提供网络信息存储服务的行为，并不会直接导致吴永宁的死亡，其只是一个诱导性因素，且吴永宁拍摄危险动作视频意外坠亡也并不是必然发生的事件。吴永宁作为一个完全民事行为能力人，主观上应当知晓所进行的行为具有高度危险性，也应当预见到将会产生相应的损害后果。而“花椒直播”平台作为网络服务提供者，无法在实体空间内对吴永宁采取安全保障措施。综上，吴永宁本人应对其死亡承担最主要的责任，“花椒直播”平台对吴永宁的死亡所承担的责任是次要且轻微的。

给网络平台的合规建议

结合本案的一审审判结果，我们建议网络平台从以下几个方面进行应对，降低可能产生的风险：

- ✓ 通过用户协议、上传作品确认、平台公告等各种形式，明确自身平台定位，进行风险提示，提示用户不得上传、传播带有危险性等内容的视频、链接等；
- ✓ 完善内部审查机制，对于违规视频提前进行筛查，并采取审核、告知、删除、屏蔽、断开链接等措施；
- ✓ 在对外开展合作时，严格对内容进行审查，对于存在风险的项目，慎重开展合作；
- ✓ 营利模式的调整与合规。

其实，无论是从本案的法院判决，还是近期闹得沸沸扬扬的网文学平台的“涉黄”整治，都可以看出监管当局对于网络平台的监管、审查力度在进一步加大，寄希望于通过“避风港”

原则即可以完全免除责任的可能性也是越来越小，各类网络平台都应当将“合规”作为未来一个阶段的工作重点。

上海星瀚律师事务所在网络平台合规上有着丰富的经验和深厚的理论积累，可以从股权结构设计、营利模式、员工管理、业务文本等方面，全面地为网络平台提供内控合规方案及具体实施指导，为网络平台的合规、健康发展保驾护航。

（本文首发于 2019 年 6 月 5 日）

旗下签约者红了就跑？经纪公司只能束手无策吗？

占菊钗

随着近几年在线知识付费课程的兴起[1]，一些知识付费课程的内容创作者及其经纪公司（“经纪公司”）亦应运而生，双方之间往往会签署独家经纪约。

双方的合作模式通常是：经纪公司根据市场预判确定内容产品创作方向→内容创作者进行内容产品的具体创作→经纪公司利用自身相关市场渠道资源、资金等对签约内容创作者及内容产品进行包装、宣传→爆款知识付费课程打造完成。

然而，遗憾的是，经纪公司在花费巨大资金、精力捧红内容产品及签约内容创作者后，该内容创作者也因人气、曝光度的增加不再满足于原经纪约，其便有可能单方要求提前解除经纪约。

由此，便出现了经纪公司最为困扰的问题，当签约的内容创作者们执意要解约时，经纪公司前期巨大的财力、物力、人力投入，就只能竹篮打水一场空吗？当出现经纪约解除纠纷时，双方的争议点主要集中在哪些方面？法院的裁判思路是什么？本文将具体分析并给出相关建议。

争议焦点之一：独家经纪约的合同性质

从艺人解约纠纷、主播解约纠纷[2]等相类似的司法案例来看，双方的交战点、争议点最常集中于合同性质，独家经济约纠纷也不例外。对创作者一方而言，只要能把独家经纪约定性为“委托合同”，那就一切好办了。因为根据《合同法》规定，“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。”，也即法律上所说的“任意解除权”。

那么，独家经纪约是委托合同吗？我们认为答案是否定的。

首先，从独家经纪约的性质看，其并非单纯的委托合同。独家经纪约的基础确实具备委托合同的一些法律特点，但同时也包含居间、商业运作、课程讲授安排、包装、推广、著作权归属、著作权财产权等约定内容。因此，与艺人、主播的经纪约类似，其具有居间、代理、行纪等综合属性，一般来说不能孤立地适用“单方解除”“任意解除”规则。

此外，从司法案例看，法院通常也不支持任意解除的主张。如在（2018）京 0105 民初 13983 号案例、（2017）粤 01 民终 12579 号案例中，法院均认为，相关的经纪合同具有居间、代理、行纪等综合属性，是综合性商事合同。

综上，从合同性质和相关司法案例看，我们认为一般来说经纪合同不属于委托合同，而应是综合性合同，由此，签约内容创作者不享有委托合同的任意解除权。

争议焦点之二：经纪公司违约到何种程度独家经纪约会解除？

独家经纪约中通常对合同双方的权利义务都有列举式规定，并载明“如某方违反某几条，另一方可要求解除合同”。此外，《合同法》94 条也规定了可以法定解除合同的情形，包括：

(1)	因不可抗力致使不能实现合同目的
(2)	在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务
(3)	当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行
(4)	当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的
(5)	法律规定的其他情形

因此，当创作者一方意图提前解除独家经纪约时，也会从违约情形方面寻找证据。但根据同类型案例，如签约艺人要求解除经纪约的案例[3]，法院在此方面的认定是比较慎重的。

签约艺人即便逐条列举经纪公司存在的违反合同义务的情形，如公司签约时经营范围不符合规定、未积极安排艺人工作、未积极为艺人提供机会、未及时告知代理艺人对外签署合同情况等……考虑到一般经纪公司或多或少总会为旗下艺人/主播投入资源、提供机会等，法院通常会认为，经纪公司虽存在一定的违约情况，但这些违约情形仅构成经纪公司一般违约，而非根本违约，且签约艺人/主播或多或少亦存在违约情形，另外，艺人也未证明遭受重大损失，故艺人依据合同约定主张解除合同，没有事实依据。

另一方面，虽然如前所述《合同法》94条也规定了可以法定解除合同的情形，但考虑到本文所讨论的主要是签约者一方因为爆红想单方提前解约（经纪公司往往无大过错）的特殊情况，故创作者亦较难通过主张行使法定解除权而解除独家经纪约。

争议焦点之三：独家经纪约是否会因具有人身属性而解除？

行文至此，似乎在经纪纠纷中，经纪公司占据有利地位，签约创作者们较难主张相关解除权。那是否意味着开篇部分经纪公司的担忧是多余的？答案同样是否定的。

根据最新的《全国法院民商事审判工作会议纪要（公开征求意见稿）》第48、49条，在如下情形中即便违约方亦享有解约权（不影响违约责任承担）：（1）在长期性合同中，当违约方不存在恶意违约的情形且继续履行合同将给违约方造成重大损害的；（2）合同因法律或者事实上的原因不能继续履行的。

以斗鱼与曹某合同纠纷案件[4]为例，法院认为，协议约定了曹某为斗鱼提供独家解说，曹某无合法理由提前解除协议，但考虑到曹悦已离开斗鱼并与新公司建立合作关系，涉案协议在客观上已无法履行，就斗鱼请求继续履行协议的诉讼请求，不予支持；但曹某应当承担支付违约金的违约责任。

由此，我们认为，法院确实会因为（1）经纪约具有一定的人身属性；（2）一方坚持解除经纪合约或一方已事实上和新公司签约时，从考虑继续履行的可能性的角度（继续履行对双方有无益处）而判决独家经纪约解除，但签约艺人/签约主播需承担违约责任。

建议和小结

根据前述分析，为预防经纪公司出现“人财两空”的风险，我们给出如下建议：

第一，在独家经纪约签署时，经纪公司需要注意利用此时的优势地位，做到提前预防相

关风险。如：

避免过多出现委托字眼，以防被认定为委托合同；

预先约定作品版权归属，防止前期投入产生的创作成果“竹篮打水”；

预先约定签约内容创作者提前解约的违约金或违约金计算标准；

明确内容创作者的相关义务，包括保密义务，对经纪公司、高管及公司其他签约内容创作者的负面评论禁止义务等。

第二，在独家经纪约履行过程中，一方面，经纪公司应注意保存公司履行经纪约义务的相关证据材料，避免自己一方出现根本违约的情况；另一方面，对于合同履行中所开发课程的相关作品进行固定，如进行文字作品版权登记，并在最终所有音频课程完结后进行录音制品的登记，以明确著作权的归属。

第三，在内容创作者出现违约情形时，应就经纪公司的损失和签约内容创作者的违约收益进行证据收集，做好证据保全，以便后期进行违约举证和主张公司损失，或在公司损失难以证明时，改为对违约方的违约收益进行主张。

最后，之所以会出现签约内容创作者宁愿违约也要解约的情形，从市场情况来看，实际上是头部内容创作者仅凭自身名气和市场占有率已具备了“撸起袖子自己干”的实力。换言之，经纪公司和签约内容创作者双方之间已发生地位转换：经纪公司优势地位不复存在；而内容创作者得益于经纪公司的运作和个人自身魅力等已逐渐形成个人品牌，俨然成为知识付费课程内容创作者界的香饽饽。

因此，我们认为，经纪公司若想留住这些“今非昔比”的内容创作者，需意识到经纪代理本质上是一种“服务”，需要思考的是在此种情形下能为这些头部内容创作者提供何种增值服务，以便于双方能够在激烈的市场竞争中通过长期合作占据头部市场并实现共同盈利。

[1]据中国报告网报道，知识付费 2017 年达到 49.1 亿元，预计到 2020 年市场规模将增长至 235.1 亿元。参见中国报告网：《2019 年中国知识付费行业市场规模及发展趋势分析》。

[2]如北京市朝阳区人民法院（2018）京 0105 民初 13983 号北京东洋天映影视文化有限公司与熊能合同纠纷；广州中院（2017）粤 01 民终 12579 号叶伊拉与广州天姬演艺经纪有限公司合同纠纷。

[3]如北京市朝阳区人民法院（2018）京 0105 民初 13983 号北京东洋天映影视文化有限公司与熊能合同纠纷。

[4]如武汉东湖新技术开发区人民法院（2016）鄂 0192 民初 1332 号斗鱼与曹某合同纠纷。

（本文首发于 2019 年 11 月 13 日）

如何高效搞定投融资协议

史梦吉

自 2018 年起，文创产业经历了监管加严、内容整顿、合规调整后持续陷入低迷，投融资项目数量有所放缓。但随着相关政策助力、技术更新、市场回归理性，机构普遍认为，文创行业或将重新回暖，文创产业仍是投资行业重点关注对象。本文聚焦文创企业在接受投资时，可能涉及的与自身特性相关的关注要点，结合实践中常见的条款表述提出律师建议，以供相关人士参考。

创始人的不竞争承诺

➤ 概述：

公司股东的竞业限制义务并无法定的要求，源于股东之间作出的约定。对于文创企业而言，其创始人可能同时存在另一层身份（比如导演、作家、大 V 或 KOL 等），并可能以该身份从事与公司业务相关的行为，因此，在投融资领域，投资人对于创始人的竞业限制尤为关注。

创始人的竞业限制，一般是依据股东之间约定，限制其在作为股东期间同时任职于与公司主营业务形成竞争关系的单位、从事与公司主营业务形成竞争关系的业务，以及在不再作为公司股东后的一定时期内从事与公司主营业务形成竞争关系的业务。投资人一般会要求在投资协议中增加创始人竞业限制相关的约定，也会要求将创始人与公司签订竞业相关协议作为交割条件之一。相应地，投资人通常也会将创始人违反竞业限制义务作为触发投资协议其他条款的条件，如回购条款，优先清算权条款等，从而确保投资人的利益不受损害。

➤ 常见条款表述如下：

创始人在此进一步向投资人承诺并保证，在其(1)直接或者间接地拥有任何公司股权或在公司任职期间内，以及(2)不再直接或者间接地拥有任何公司股权且不再在公司任职后的 24 个月内，未经投资人事先书面同意，创始人，除通过公司之外，不会以自身名义或代理身份，直接或者间接地：

- (1) 受雇于任何竞争者（包括但不限于作为竞争者的董事、高级管理人员、顾问等）；
- (2) 向任何竞争者进行任何形式的投资（包括但不限于成为该竞争者的股东、实际控制人等），或成立任何公司或其他商业组织；
- (3) 与任何竞争者进行与公司主营业务相关的、损害公司利益的任何业务往来（包括但不限于成为该竞争者的代理、供应商等）；

……

➤ 律师建议：

从创始人角度出发，我们建议可以从如下方面进行谈判：

(1) 严格限定竞业限制的范围：严格定义公司主营业务范围以及与公司形成竞争关系的定义，明确列明竞争对手清单，以免竞业限制范围过于宽泛；同时将创始人以其另一层身份

从事的业务定义为其个人行为，排除在外。

(2) 严格限定竞业限制的期限：结合创始人设立公司的期限及创始人本身任职情况设置合理的竞业限制期限；对于因投资人原因被迫离职的创始人，设置缩短竞业限制的期限或提前解除竞业限制协议的相关机制。

(3) 相对应地，也可以要求投资人在交易文件中作出不竞争承诺，比如投资人在持有公司股权期间不能投资公司竞争对手、投资人不能将其持有的公司股权转让给公司竞争对手，并以此作为谈判筹码，与投资人协商折中方案。

创始人的股份兑现

➤ 概述：

根据《公司法》之规定，国内有限责任公司并不存在股份兑现的问题，但在投融资领域，投资人有时为保证公司创始人的稳定性，往往会要求增加创始人股份兑现的条款，即创始人所持公司股权为受限股权，在其为公司服务满一定期限后方可全部获得。

➤ 常见条款表述：

创始人在本次交易完成后直接或间接实益持有的全部公司股权（“限制性股权”）均受限于为期 4 年的兑现期（“兑现期”）。兑现期自本次交易的交割日起算，每满一年，兑现限制性股权的 25%，前提是创始人与公司的劳动关系持续存续。公司和创始人在此同意，如果创始人违反其在交易文件中作出的声明、承诺、保证（包括但不限于创始人离职等约定事项，但因公司无正当理由终止的除外）时，公司届时其他股东有权按照各自之间的相对持股比例以法律允许的最低价格收购创始人届时全部未兑现的限制性股权。

➤ 律师建议：

从创始人角度出发，我们建议可以从如下方面进行谈判：

(1) 争取最短的兑现期：如在投资人投资时，创始人已在公司服务 1 年或更长时间，则可以要求在该次投资交易交割时即按服务年限兑现相应比例的股权。

(2) 明确未兑现股权的分配：鉴于创始人所持有的尚未兑现的股权是在投资人投资之前已存在的，则可以要求将其未兑现股权在其他创始人和核心员工之间进行分配，或将该部分股权放入期权池，用作员工激励。

(3) 特定事件下的加速兑现：创始人可以要求特定事件下其持有的尚未兑现的股权加速到期，比如公司被并购、公司达到某一年度经营目标、创始人被公司无正当理由解除劳动合同等。

清算优先权

➤ 概述：

清算优先权是指清算事件发生时，投资人有权在创始人/现有股东前按照事先约定的价格获得公司清算价值的全部或一部分。投资人通常会在投资协议中约定清算优先权条款，从而保证其在退出时的损失最小化。根据谈判情况，投资人一般有三种清算优先的分配模式：

不参与分配的清算优先权、完全参与分配的清算优先权、附上限参与分配的清算优先权，具体分配模式此处不再赘述。

在投融资领域，清算优先权的关键在于视同清算事件。视同清算事件的情形通常包括导致控制权变更的合并、收购，出售、租赁、转让、以排他性许可或其他方式处置公司全部或大部分资产的事件。特别是对于注重内容及 IP 的文创企业，将公司全部或大部分知识产权排他性许可或出售给第三方列为视为清算事件尤为重要。

➤ 常见条款表述：

“视同清算事件”指以下任何一种事件（无论是单笔交易，还是一系列相关交易）：(1) 公司因被第三方收购、兼并或以其他方式导致上述交易前拥有公司控制权的控股股东或实际控制人在该等交易完成后在存续主体或继承主体中失去其作为控股股东或实际控制人的地位；(2) 公司向第三方出售或以其他方式处置其全部或实质上全部资产或业务；或(3) 公司向第三方许可、转让、排他许可或以其他方式处置其全部或实质上全部知识产权。

.....

若发生视同清算事件，公司及公司股东在该等事件中获得的所有收入应按照前述条款的分配顺序和分配方案进行分配。

➤ 律师建议：

如前所述，视作清算事件中包括公司全部或大部分资产被实质性出售、公司控制权发生变更等，而该类事件的发生可能也会触发其他投资条款，比如与此相关的共同出售权、强制出售权等。因此，此类条款的沟通、谈判需以投资协议作为整体进行协调，我们建议创始人、公司在实际交易中特别关注投资协议中的前述相关条款，并据此与投资人进行谈判，以寻求折中方案。

优先投资权

➤ 概述：

通常情况下，对于文创企业而言，投资人看好创始人的个人资质与公司的发展前景才会进行投资，在创始人早期项目失败的情况下，投资人亦可能希望参与到创始人的下一个创业项目中。优先投资权一般是指如果公司发生清算事件且投资人未收回相应清算优先金额时，该投资人对于创始人在一定年限内从事的新项目享有优先于其他投资人投资的权利。

➤ 常见条款表述：

若公司解散清算或发生视同清算事件，且投资人未按照交易文件中约定收回投资人的清算优先金额，则自清算或视同清算事件发生之日起 5 年内创始人从事任何新项目的，投资人有权优先于第三方投资该新项目，投资人清算优先额和投资从清算或视同清算事件中实际收到的金额之间的差额，应被视为投资人对该等投资项目投资款的组成部分。

➤ 律师建议：

从创始人角度出发，我们建议可以从如下方面进行谈判：

(1) 严格限定优先投资权的行使条件：对于投资人行使优先投资权限定具体的条件，比如在清算事件发生后投资人所获得的清算优先金额少于投资款或预期回报的情况下方可行使；同时投资人仅应对创始人的新项目进行第一次融资时行使该等优先权。

(2) 严格限定优先投资权的行使期限：适当缩短投资人行使优先投资权的期限、限定优先投资权的权利起算时间，比如自清算事件发生之日起算；同时，一旦投资人已行使一次优先投资权，则该等优先投资款应自动失效。

小结

当然，在实务中，每个投融资交易的情况均不相同，也并非投资人的每一个优先权利条款都应该去争取，关键在于投融资双方在沟通、谈判过程中不同程度地进行必要的妥协、退让，在维护自身合法权益的基础上达成合理、正当的条款，从而达成交易、实现双赢。

（本文首发于 2019 年 11 月 6 日）

涉外·海商

《<2006 年海事劳工公约>2014 修正案》下船员遗弃权利救济思考

付文杰

近期,有国际海事组织(IMO)官员表示,自2017年船东不得不为船员遗弃投保以来,有记录的船员遗弃事件增加了两倍。尽管国际社会对船员遗弃事件给予了更多的关注,但这样的事件发生的数量并没有减少。【新闻连接:<http://xindemarinenews.com/world/11640.html>】

所谓船员遗弃保险主要是指《<2006 年海事劳工公约>2014 修正案》关于船员遭遗弃时遣返的财务保证制度。

一、《<2006 年海事劳工公约>2014 修正案》财务保证制度

2006 年,《2006 年海事劳工公约》(MLC2006)在第 94 届国际劳工大会上获通过,并于 2013 年 8 月 20 日正式生效,为所有在船工作的海员制定了最低工作与生活标准,旨在确保海员有权在海上享有适当的就业条件,该公约被称为海上劳动者的“权利法案”。《2006 年海事劳工公约》与《国际海上人命安全公约》(SOLAS 公约)、《船员培训、发证和值班标准国际公约》(STCW 公约)和《国际防止船舶造成污染公约》(MARPOL 公约)被合称国际海运业的“四大支柱”。2015 年 8 月 29 日,中国批准《2006 年海事劳工公约》,并于 2016 年 11 月 12 日正式生效。

2014 年 4 月 11 日,国际劳工组织通过了《<2006 年海事劳工公约>2014 修正案》(以下简称《2014 修正案》),对“规则 2.5-遣返”章节做出较大修改,着重对船员被遗弃后的救济做出详细规定,要求船舶必须建立遣返的财务担保体系。财务担保体系可以为社会保障计划或保险或国家基金,或其他类似的安排,其方式由成员国与船东和船员组织协商后确定。《2014 修正案》于 2017 年 1 月 18 日正式实施。

目前,我国国际航行船舶暂时采取商业保险或其他类似的担保形式,主要为中国船东互保协会或国际保赔协会集团成员出具的符合《2006 年海事劳工公约》要求的财务担保证书,我国合法商业保险公司、银行或其他金融机构出具的符合《2006 年海事劳工公约》要求的财务担保证书或证明文件。

根据《2014 修正案》A.2.5.2 财务担保要求各成员国应保证当船员被遗弃时,其能获得快速有效的财务担保体系的援助。根据该修正案,认定船员遗弃标准为:

- (1) 船东不负担遣返费用;
- (2) 未向船员提供必要的生活照顾和援助;
- (3) 船东单方面中断与船员的关系,包括至少 2 月未支付合同工资。

根据《2014 修正案》“A.2.5.2 财务担保”要求,在有适当证据证明上述遗弃事件发生的情况下,一经船员要求,财务担保系统就必须提供帮助以满足涵盖以下各项:

依据其就业协议、相关集体谈判协议或船旗国国内法律,船东应付船员的欠付工资和其他权益,限于四个月内的任何此类欠付工资和四个月内的任何此类欠付权益;

船员合理发生的所有费用,包括遣返费用;遣返费用须覆盖适宜和迅捷的旅行方式,通常是乘坐飞机,并包括提供从船员离船时至船员到家的食宿,必要的医护,个人物品的通行和运输以及因遗弃造成的任何其他合理费用或花费;

船员的基本需求,包括如下项目:充足的食物,必要时的衣物,住所,饮用水供给,在船上生存所必需的燃料,必要的医护,以及构成遗弃的作为或不作为所造成的任何其他合理费用或花费,直到船员到家。

近年来,航运业持续低迷,部分航运企业因经营不善破产,部分企业因战略转型,剥离航运业务,部分船员权益无法得到保证,甚至出现船员遗弃现象。尽管目前航运市场低迷,但船员生活保障一直是航运业的核心关注点之一。我国作为航运大国,同时也是船员输出大国,船员的权益必须得到保护,船员在海外被遗弃的问题更是不容忽视。

如上述内容介绍可知,《2014 修正案》关于“规则 2.5-遣返”章节做出较大修改,增加财务保证,其主要目的在于发生船员遗弃时,能够以快速度保障船员的基本权利,使其生活得到保障,属于事后救助行为。船员遗弃财务保证制度只是船东经营不善后维护船员利益和保障的最后一档防线,其并非事前防御措施。我们认为,尽管目前船员遗弃事件在一定时期内发生增长,其原因依然在航运业务的低迷,部分航运企业经营不善,扩张过快以及航运企业融资困难等诸多因素导致,与实施《2014 修正案》中的财务保证制度并无直接必然的联系。

相较于关注遗弃数量的增加,我们更应该关注《2014 修正案》财务保证制度的落实及其如何更好的保护船员权益,在船员遗弃事件发生后,财务保证制度是否发挥作用,财务担保机构是否充分履行其职能。

二、财务担保机制下的船员权益保护

(1) 财务担保机构的立即应急响应机制

根据《2014 修正案》规定,船上必须携带财务担保书或者其他证明文件,而且必须在船上船员能够达到的显著位置张贴副本,而且必须以英文或者附有英文翻译。财务担保书或者其他证明文件包含财务担保有效期、财务担保人的联系方式。

通常而言,一旦发生船员遗弃事件,船东都面临较为严重财务问题,船东一般不会告诉船员实际情况也不会立即通知财务担保机构,因此财务担保机构无法立即获知遗弃事件,往往会耽误应急救援机制。因此,船员在发现存在遗弃行为时,可以立即与财务担保机构联系,要求提供应急援助服务。

财务担保机构在接到船员遗弃报告后,应该按照《2014 修正案》要求为船员提供生活必需品及医疗药品,及时安排船员遣返,维护船员的合法权益。

目前,根据中国相关要求,航运公司在办理国际航行船舶的财务担保,提供财务担保证书或者证明文件,应按规定向公司所在的直属海事管理机构报备船舶财务担保证书或证明文件副本。因此,我国海事管理机关应该切实加强监督管理,加强对国际航行船舶的财务证书检查。同时,我国也应制定相应规范制度,应对财务机构拒绝或者迟延履行落实《2014 修正案》下的义务。

(2) 船员遣返的协调

根据《2014 修正案》,财务担保机构应该为遗弃船员提供遣返服务,支付遣返费用。但是,根据 STCW 公约,船舶必须保持最低安全配员,因此大部分港口机关并不会允许船员全部离船,使船舶缺少配员,增加安全隐患。

但《2014 修正案》中,仅规定了财务担保机构有支付遣返费用的义务,但是并没有规定

财务担保机构的配员义务。因此，即使部分财务担保机构愿意安排全部船员遣返，船员离船也无法立即实现，这必须与当地港口机关及代理以及船东相协调，这是船员遣返存在的一个较大难题。

（3）船员工资的追讨

根据《2014 修正案》一旦财务机构根据修正案向船员支付任何款项，财务担保机构根据通过代位或者转让方式获得该船员本应享有的权利。换言之，财务担保机构可以向相关责任人进行追偿。

根据《2014 修正案》规定，财务担保机构应向船员支付欠付薪资，但仅限于四个月。实际中，船员一旦遭到遗弃，其拖欠工资往往超过四个月，此时船员虽然已经离船，但是追讨薪资仍然是一个比较漫长的过程。

财务担保机构往往有着较为丰富的处理经验，以及强大团队处理后续追偿事宜，而船员往往缺少追偿的经验和能力。同时，各个国家及地区的法院对于船员工资支付的问题上，存在一定制度和程序差异，船员最终如何拿到剩余工资，也是一个比较棘手的问题。

任何一项法律制度都无法穷尽实务中的所有问题，就船员被遗弃案而言，我们在与有关专家和实务界人士交流中，例如武汉理工大学航海学院的陈刚副教授坦言，“问题在于《海事劳工公约》2014 年修正案虽然设立了财务担保制度，但是 ILO 船员被遗弃数据库和业界案例显示，财务担保机构在收到船长的应急援助的请求后，往往告知船长继续和船东协调，而不愿意提供必要的援助，使得被遗弃的船员困境无法得到纾解。因此，ILO 有必要反思这个财务担保制度的效果，关键在于这个财务担保制度中的应急援助如何进一步落实。此外，中国籍船舶上船员被遗弃的案件很少，但中国籍船员外派工作到方便旗船舶上时被遗弃的案件却不少，如何保护这些外派的中国籍船员的权利是个挑战”。

没有船员的贡献，世界上一半人会受冻，另一半人会挨饿。在目前航运市场低迷，航运企业经营困难的情况下，也许暂时无法从根本上快速抑制船员遗弃事件数量的增加，但是船员权益保护问题依然是我们必须时刻关注的问题。财务保证制度在一定程度上能够提供应急服务，保障船员的生存权益。但船员权益保护无法通过《2014 修正案》财务保证制度实现，且该制度的实施也存在一定的缺陷，仍需要各个国家和地区统筹完善相关制度。船员权益的保护需要各个国家地区和国际组织的共同努力，不仅需要财务保障制度，还需要船籍国完善国家社会保障体系，贯彻落实《2006 海事劳工公约》及其修正案，港口国也应该完善检查监督制度。

（本文首发于 2019 年 6 月 25 日）

国际铁路货物运输货损索赔相关法律问题浅析

孙熠

在中美关系剑拔弩张的今天，国际经济活动的架构和秩序重建似乎已是箭在弦上，不得不发，而对于中国来讲，“一带一路”战略的提出和落地无疑将成为决定未来能否突围而出的重要因素。目前，“陆上丝绸之路经济带”的构建已经如火如荼，宏观上终将成为政治经济文化三位一体的辐射带耀眼全球，其中国际铁路货物运输的作用和意义愈加不容忽视。从微观的角度来了解梳理国际铁路货运相关的法律问题，进而为相关主体提供准确完善的意见与服务无疑也是我们法律人当仁不让的责任。

自 2011 年以来，我国已有多个城市开通了中欧班列，无数的货物通过铁路被输送到世界各地，对应的货损（包括短少、灭失等情形，下同）索赔案件数量也是与日俱增，然而现阶段很少有生效的法院裁判可被查以为据，相关法律问题亦少被总结归纳，导致实践中很难像处理海上货损一样有一套相对成熟的体系。本文即尝试梳理此类案件中会涉及到的几个基本法律问题，以期能为相关人员在处理此类案件时提供一定的参考，更希望能够投砾引珠，使国际铁路货运中的货损索赔得到更广泛、更深入的关注。

在国际铁路货物运输领域，最重要的两个国际公约为《国际铁路货物联合运输协定》（SMGS，以下简称“《国际货协》”）和《国际铁路货物运输公约》（CIM，以下简称“《国际货约》”），其中《国际货协》的缔约国主要为亚洲和东欧国家，我国即为缔约国之一，而《国际货约》的缔约国主要分布于西欧、中欧和北非。囿于篇幅并考虑到受众主要为国内主体，本文仅在我国加入的《国际货协》体系下对有关问题进行分析。

一、合同主体

《国际货协》对“发货人”的定义为“货物托运人，即运单中注明的货物发送人”，而对缔约承运人的定义为“根据本协定通发货人缔结运输合同的承运人”，同时规定“运单为缔结运输合同的凭证”。结合《国际货协》的标准运单和实践操作，本文对如何识别相关主体的法律地位分析如下：

（一）发货人的识别

发货人处如直接记载为货物权利人，那么在发生相关货损时，货物权利人作为发货人可以直接向缔约承运人提出赔偿请求。但实践中由于多有货代或类似性质的运输企业进行相关环节的操作，运单发货人的名称处常会被记录为货代或有关的运输企业的名称，而在名称下又填入货物权利人的地址，这时如何认定发货人的身份就会存在争议。笔者认为，如果运单载明的主体确为货运代理身份，那么应认定货物权利人为运单发货人，进而赋予其直接向运单缔约承运人索赔的权利；如果运单载明的主体与货物权利人之间是运输合同关系，此时如货物权利人想直接向运单缔约承运人索赔，那么可以在得到运单记载“发货人”配合的情况下，仍主张代理关系，进而认定自己为运单下的“发货人”。

需要注意的是，当货物权利人没有被记载于运单上，且与货物权利人签订运输合同的运输主体也非运单载明的缔约承运人时，货物权利人与该运输主体之间的法律关系似乎不再受《国际货协》的调整，而应适用对应的国内法，因为此时货物权利人和运输主体均不符合《国

际货协》对发货人和承运人的定义。

（二）承运人的识别

与《海商法》的体系类似，除了缔约承运人外，《国际货协》还对“承运人”和“续接承运人”进行了定义，分别为“承运人——参加货物运送（包括在国际铁路-轮渡联运水运区段）的缔约承运人和所有接续承运人”和“接续承运人——指从缔约承运人或其他接续承运人处接运货物以继续运送并进而加入运输合同（由缔约承运人缔结）的承运人”。如上图所示，一般根据左下角的 26 空格处的盖章识别缔约承运人，同时通过 22 表格处的记载识别各接续承运人。

（三）索赔主体和索赔对象

当货损发生时，《国际货协》赋予了收货人相应索赔权，同时也对收发货人的索赔对象进行了明确规定，这点在实际理赔中需要特别注意。《国际货协》第 46 条第 2 项规定，“赔偿请求应附有相应依据并注明赔偿款额，由发货人向缔约承运人，收货人向交付货物的承运人提出。赔偿请求以纸质形式提出，当运送参加者之间有协议时，以电子形式提出”。

二、商务记录的重要性

商务记录为《国际货协》下货损索赔的核心证据，类似于国际海运对应的理货报告、出场设备交接单以及国内水运中的货运记录，但重要性尤甚。《国际货协》第 37 条第 2 项规定，“对于承运人负有责任的货物灭失、短少、毁损（腐坏）情况，应以商务记录作为证明”，实践中不乏因为该文件的缺失导致索赔失败。

对于一些无法通过外部检查发现的损失，《国际货协》虽然留出了一定的空间，但仍有很严格的限制，其规定“收货人应在查明货物灭失、短少、毁损（腐坏）后且不迟于货物交付后的 3 昼夜立即向交付货物的承运人提出该要求”，且“货物到达国的国内法律允许在货物交付收货人后编制商务记录”。

国内也曾有对《商务记录》作较宽松要求的判决（【2008】粤高法民四终字第 91 号），认为在有其他证据证明货损发生在承运人责任期间时可以不对其《商务记录》做必然要求，但笔者认为这种认定与《国际货协》的明确规定相左，缺乏法律依据，因此实践中仍需充分重视《商务记录》的重要性。

三、索赔前置条件和时效

《国际货协》明确规定“提出相应赔偿请求后，才可提起诉讼，且只可对受理赔偿请求的承运人提起诉讼”，即提赔是诉讼的前置条件，国内就有法院以原告未在诉讼前向被告提出索赔为由驳回诉请（【2013】杭铁民初字第 4 号）。

关于提出索赔请求和诉讼的期限，《国际货协》规定，“关于货物短少、毁损（腐坏），以及运到逾期的赔偿请求——自货物交付收货人之日起计算；关于货物灭失的赔偿请求——自货物运到期限期满后 30 天起计算”，时效分别为 2 个月和 9 个月。

在上述期间内，根据第 46 条“赔偿请求”的规定提出赔偿请求之时起，时效期间即行中止，而从承运人将关于全部或部分拒绝赔偿请求一事通知赔偿请求人之日起，或从《国际货协》第 46 条“赔偿请求”第 7 项规定的期间期满时起（如对赔偿请求未予答复），时效期间仍然继续。

四、归责原则

《国际货协》对货损的归责原则属于不完全的严格责任，尽管规定承运人对责任期间内货损承担赔偿责任，但同时设置了很多的免责事项，且对于绝大部分免责事由，只要承运人初步证明货损有可能是这些事由所致，则在索赔人没有相反证据的情况下，就认定货损中存在免责事项。由于这部分内容较为繁杂，在此不予展开，具体可参见《国际货协》第 39-41 条。

五、责任限额及管辖

与现行有效的铁运〔1991〕40 号《铁路货物运输规程》规定了极低的责任限额（不保价运输的，不按件数只按重量承运的货物，每吨最高赔偿 100 元，按件数和重量承运的货物，每吨最高赔偿 2000 元）不同，《国际货协》没有规定责任限额，除了保价运输外，其规定承运人按照货物价格进行赔偿，同时《国际货协》对一些具体情况下的货损计算作出了明确规定，具体可参见《国际货协》第 42-44 条。

至于管辖方面，《国际货协》明确起诉对象只能是受理赔偿请求的承运人，进而规定由被告所在地进行管辖。

在很长一段时间内，亚欧大陆的国际铁路货物运输并存着《国际货协》和《国际货约》两套法律体系，导致跨体系国家之间的铁路货物运输程序繁杂，效率较低。进入 21 世纪以来，相关国际组织开始大力推动两个体系的融合与合作，并于 2006 年联合发布了国际货约 / 国际货协运单，我国铁路局亦已经以附件形式将调整该运单的《国际货约 / 国际货协运单指导手册》纳入了《国际货协》。联合运单实际上并不干涉《国际货协》和《国际货约》在各自范围内的规则，在具体案件处理过程仍需按照相应的公约处理。

《国际货约》在很多问题的规定上与《国际货协》差异较大，但二者的结构基本相同，如在实践中涉及到《国际货约》的规定，可以对照《国际货协》进行研究，以避免混淆。

本文为笔者个人观点，不作为任何法律依据，如有不准确和错误的观点希望得到看官斧正，亦希望相关人士随时咨询交流。

（本文首发于 2019 年 7 月 16 人）

共同海损分摊之债的法律性质分析

柳晓林

“共同海损”是一项古老的法律制度。我国《海商法》第十章虽对共同海损进行了专章规定，但对共损分摊权利及义务主体、过失举证责任分配等皆无明确规定。在此前提下，界定共损分摊之债^[1]的法律性质尤为重要。本文拟从民法理论出发，结合相关案例，试就该问题在我国法律框架下的认定提出些想法。

一、法律性质分析的必要性

我国《海商法》第 193 条对共损行为的定义为，“共同海损是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用”。

第 199 条规定，“共同海损应当由受益方按照各自的分摊价值的比例分摊”。

第 202 条规定，“经利益关系人要求，各分摊方应当提供共同海损担保”。

从文义看，只要提出共损分摊的请求人可证明其为共损牺牲或费用的“利益关系人”，即有权要求“受益方”进行分摊。但“利益关系人”“受益人”的概念都十分模糊，文义涵盖的主体极其广泛。换句话说，我国《海商法》第十章实际没有完全明确共损分摊之债的构成要件和法效果，或者将其认定为“理算规范”更为恰当。因此，需要在我国现有法律框架下为解释上述两概念寻找方法，即明确该权利基于何种法律上的基础产生，是一种什么性质的权利。

就共损分摊之债的性质，现有衡平说、契约说、不当得利说、无因管理说、紧急避险说等多种理论，但部分存在较明显的不符：如船长有义务采取措施保证货物安全，与无因管理的构成要件不符；紧急避险制度的法益衡量标准与共损行为中“合理性”的认定标准不符等。

二、现有裁判观点总结

为分析实践现状，我们选取部分案例整理如下：

编号	案件名称	审理法院及案号	法院观点
1	敏航公司与中国人寿财产保险股份有限公司宁波市分公司、中基宁波集团股份有限公司共同海损纠纷	山东省高级人民法院 (2016)鲁民终1435号	一审法院认为：第十章中并未对主张共同海损的主体作出限制。在共同海损法律关系中，只要提出共损分摊的请求人证明其牺牲或费用列入共损费用，即有权要求受益方分摊，而不以双方存在合同关系为必要条件。利益关系人、受益方构成共损分摊权利义务的主体。 二审法院认为：法律并未将有权请求共损分摊的主体限定为运输合同的当事人，敏航公司不是海上货物运输合同的承运人，并不影响该公司的共损分摊请求权。
2	黄某、中国人民财产保险股份有限公司XX市港口支公司诉尤某、宁海县XX航运公司共同海损纠纷案	广州海事法院 (2010)广海法初字第106号	本案是因船舶碰撞事故引起船舶与所载货物的共同危险，为避免该危险而采取的措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用，由货方提出共损分摊的共同海损纠纷案件……原告在庭审中未提交证据证明被告XX航运公司（船舶管理人）实际占有并经营“X×95”轮，从经营中受益，即原告未能证明被告XX航运公司因本案共同海损措施而受益，故其要求被告XX航运公司承担连带责任的诉讼请求，证据不足，依法应予驳回。

3	舟山市海利远洋渔业有限公司、中国水产舟山海洋有限公司与永安财产保险股份有限公司宁波分公司等海上、通海水域保险合同纠纷	浙江省高院 (2016)浙民终323号	该院认为，永迪公司作为涉案货物的承运人，与海利公司等货主之间存在运输合同关系，海利公司等货主的货物因永迪公司的共同海损行为获救，才具有向永迪公司偿还共同海损分摊的义务，因而永迪公司向中水公司转让共同海损分摊之债属于转让合同权利，该权利依附于运输合同标的之上，所谓“索赔权”或“诉权”仅是该项债权的一项从权利，永迪公司转让该债权并不是永安保险公司、永安保险宁波公司所称的单纯债权转让；
4	邦派特航运有限公司与宝山钢铁股份有限公司共同海损纠纷案	上海海事法院 (2012)沪海法商初字第1491号	因原被告双方涉案争议主要围绕共损分摊展开，有必要明确共损分摊的法律适用。尽管共同海损系海商法所设置的特殊制度，但其不应外于海上货物运输合同的框架。原告作为该轮所有人应被认定为涉案运输的承运人，故原被告之间的权利义务应依据提单的规定确定。因涉案纠纷具有涉外因素，根据《海商法》269条，当事人可以协议选择合同适用的法律。诉讼中，原被告均选择适用中华人民共和国法律。因此，应确定以中华人民共和国法律作为调整涉案海上货物运输合同项下共损分摊纠纷的实体准据法。
5	中国人寿财产保险股份有限公司新乡市市中心支公司、太平船务共同海损纠纷案	天津海事法院 (2016)津民终85号	本院认为……本案为涉外民事案件。在一审审理期间以及二审上诉和答辩中，双方当事人均援引中华人民共和国法律，故依照《海商法》第二百六十九条“合同当事人可以选择合同适用的法律，法律另有规定的除外”一审判法院确认中华人民共和国法律作为处理本案争议的准据法，适用法律正确。
6	中国人民财产保险股份有限公司宁波分公司与中兴航运有限公司海上货物运输合同纠纷	武汉海事法院 (2011)武海法商字第00404号	本院认为：本案系海上货物运输合同纠纷，依据中国法律规定，永利木业与中兴公司之间以提单为证明的海上货物运输合同关系合法有效，双方应按合同约定和法律规定履行义务……本院认为，在已认定涉案货损构成共同海损的情况下，承运人可就共同海损向货方请求分摊。

从上列案例不难看出，不同法院对我国《海商法》中共损分摊相关规范的理解与适用存在较大差异。部分法院认为，因《海商法》第十章并未对共损分摊主体作出明确限制，故只要提出共损分摊的请求人可证明其牺牲或费用应列入共损费用，属于“利益相关人”，即有权要求受益方进行分摊，分摊请求方或相对方间是否存在基础法律关系在所不问（案例1、2^[2]）。甚至若受损货主可证明船舶管理人于船舶经营中受益，管理人亦可成为分摊的义务主体。部分法院则认为，共损分摊义务源自海上运输合同，或原被告之间的权利义务应按照提单确定，该类纠纷应属合同纠纷（案例3、4、5），甚至有将货物共损牺牲性的索赔纠纷直接定性为“海上货物运输合同纠纷”的（案例6）。

可见，“利益相关人”、“受益人”在实践操作中确实存在问题，探讨共损分摊之债的性质并非仅有理论意义。至少应考虑，《海商法》未明确共损分摊权利及义务主体是否当然意味着只要因共损受有损失或取得利益即应为共损分摊法律关系的当事人？共损分摊时，承运人有免责事由或有不可免责的过失的举证证明责任应如何分配？案件涉外时应如何适用《涉外民事关系法律适用法》以确定准据法？

三、合同之债下的共损分摊关系



目前，不少学者将共损分摊之债界定为《海商法》规定的“法定之债”。为更好的展开下文论述，我们先对概念进行界定。我国现行法下，“法定之债”并非法律明确规定的概念，而是学理上对债权的分类。依据《民法总则》第 118 条，“债权是因合同、侵权行为、无因管理、不当得利以及法律的其他规定，权利人请求特定义务人为或者不为一定行为的权利”，固然可将共损分摊之债解释为“法律的其他规定”，但我们认为，不论以“债产生的原因”或“能否约定排除或变更”为标准对“法定之债”下定义，在《海商法》相关规定不明确的前提下将共损分摊归类为“法定之债”，关键问题都无法得到解决。因此，还是需要为共损分摊之债寻找其他明确的债权框架，若现有债之类型都无法符合，应考虑以“公平原则”判断。

我们倾向于认为，共损分摊之债应被界定为合同之债。即我国《海商法》第十章中“利益相关人”“受益人”概念的解释都应该受到运输合同的限制，合同法应作为一般法约束共损分摊之债。

实践中，很多提单或者租船合同中都会包含共同海损条款，此时基于当事人间的明确约定，共损分摊应可归入合同约定之债。但问题是，若当事人间对此并无约定时，是否仍可如此定性？不少学者介绍过英美法系中“拟制合同”或“默示合同”的解释路径，即“货方将货物交给承运人后，在货方与船方之间即达成一种默示约定，如船货面临共同危险时，货方同意由船方将货物抛弃，最后由船方与货方按照各自获救财产之比例分担被抛弃货物的损失”。

[3]

我们认为，我国法中当事人意思表示的“推定”或“拟制”需法律规定明确，但上述理论在我国法下并非无迹可寻。当出现船货共同危险的情形，虽然合同中对承运人行为及由此产生的损失或费用的负担无约定，仍可按照民法中“合同漏洞填补”^[4]的规则完善。当然，如此解释的前提为共损由船方与货方按照各自获救财产之比例分担，此种分担方式可被认定为“惯例”。对此，结合共损的惯例性起源，我们认为不存在过多障碍。

由此，需继续讨论的问题是，合同漏洞填补可在有合同关系的承运人和货方之间解释共损分摊之债，但又如何解决遭受共损的货方向其他受益货方要求损失分摊的权利，且货方的这种权利已被各国共同海损法律所承认的问题。

我们认为，该问题在我国合同法下，亦存在解决路径。在上述前提下，所有分摊利益主体与航程组织者，即船舶所有人或光船承租人间皆存在可被解释出“共损分摊条款”的合同，无论是租船合同还是运输合同，该约定可被大致表述为：“当船货面临共同危险时，船方有权采取抛货行为，因此受益的货主及船方需共同向受损货主分摊损失”。由此，当事人实际

在合同中附加了向第三人（即牺牲和费用承担者）履行的条款。我国《合同法》第 64 条规定，“当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任”。虽目前该条款未明确赋予第三人直接的履行请求权，亦未明确否定。已有不少学者认为，该条款可容纳赋予第三人履行请求权的场合，可依据具体合同内容及交易习惯进行分析^[5]。

即在此解释路径下，受损货主实际依据运输合同中的共损分摊条款向船方主张分摊，另依据受益货主与船方间的运输合同取得直接向受益货主主张分摊的履行请求权。且该理论之下，并不存在违反合同相对性的问题。

综上，合同理论其实完全可以容纳共损分摊制度，但不少问题随之而来，其中较为明显的是合同相对性给共损理算带来的障碍。在合同之债视角下，共损分摊法律关系是由众多合同组成的集合体，若当事人在不同合同中对理算机构、理算规则、管辖法院、适用法律等作出不同约定，仅能两两分别理算将大幅增加共损分摊成本。但我们认为，上述情况在实际操作可以解决。

具体来说，在发生共损事故后，作为“航程组织者”的船方（船舶所有人或船舶光租人）经常在货物抵港前后即指定海损理算人或律师向货方搜集共损协议（“Average Bond”）和共损担保（“Average Guarantee”），并在以上函件中重新统一明确共损纠纷的管辖、适用法律等条件。若货方明示接受或提供该担保，自然可认为合同双方就该事项另行达成一致表意；若货方以船方违反先前约定为由拒绝提供担保，船方是否有权以货方不提供“适当担保”为由主张留置货物确实存在讨论空间。但实践中，货方往往出于成本及效率考虑，不愿在此耗费较长时间以换取“依照合同约定另行理算”的结果。故，通常以各方协商指定或联合理算的方式解决该问题。

目前，理论或实践中对共损分摊之债的性质均无统一结论，碍于篇幅所限，虽仍有很多问题但本文不再过多探讨，谨希望对进一步明确共损分摊之债的法律性质有所帮助。

[1]“共损分摊”系特定当事人间请求为特定给付的法律关系，属于债之范畴应无疑问，但究竟属于现有理论中的何种类型仍无定论。

[2]案例 2 中，法院认为被告 XX 航运公司作为涉案船舶经营人无需分摊共损的原因为“原告未证明被告 XX 航运公司从经营中收益”，可推知法院认定分摊义务主体的实际标准为客观受益情况。

[3]胡正良、韩立新著：《海事法》北京大学出版社，第三版，第 244 页；

[4]《合同法》第 61 条规定，“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或约定不明确的可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定”。

[5]韩世远：《试论向第三人履行的合同——对我国〈合同法〉第 64 条的解释》

（本文首发于 2019 年 1 月 3 日）

当执行异议之诉遭遇被执行人破产程序

刘昌禹

一、案例介绍

2016年4月，融资租赁公司A与海工企业B之间的船舶融资租赁合同纠纷成诉，经A申请，海事法院扣押了建中的船舶“X”轮，该船舶临时登记将B作为船舶经营人，A获得生效胜诉判决后案件进入执行阶段，法院将“X”轮作为B公司财产。

然而，“X”轮系B与国外船东C之间船舶买卖合同的标的船舶。根据该买卖合同，“X”轮船舶所有权已于2014年9月经转让给C，C已在新加坡办理相关船舶登记。

2018年5月，作为C的代理人，我们及时向法院提起执行异议，要求解除对“X”轮的扣押并终止对该船舶的强制执行措施，但法院裁定驳回我方的异议请求。迫于此，我们代表C对A、B提起了执行异议之诉。

2018年8月，因案外人D申请，B进入破产清算流程，并成立清算组。

因B进入破产清算程序，根据《破产法》第十九条的规定，人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止，A认为执行异议之诉已经失去诉的利益。

法院认为，C主张对“X”轮具有排他的所有权，对于涉案权益具有诉的利益，执行异议之诉是一个独立的民事诉讼，继续审理案件并最终判决“X”轮属于C所有，不得被强制执行。目前判决已生效。

二、执行异议之诉的概念和在民诉法制度体系内的地位

《民事诉讼法》第二百二十七条，“执行过程中，案外人对执行标的提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定中止对该标的的执行；理由不成立的，裁定驳回。案外人、当事人对裁定不服，认为原判决、裁定错误的，依照审判监督程序办理；与原判决、裁定无关的，可以自裁定送达之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”

该条款中提到的执行异议之诉，是《民事诉讼法》2012年修订时增加的内容，是保护案外人权益的法律制度之一。

案外人权利保护体系在诉讼发展的不同阶段体现为不同的具体制度。

案件审理过程中，案外人可以作为“有独三”或“无独三”参加到诉讼中，法院可以依职权判断是否存在当事人之间恶意串通损害案外人利益的行为，并根据情节采取措施。在已存在生效法律文书的情况下，案外人可以在特定条件下提起“第三人撤销之诉”，请求变更或撤销生效法律文书以维护自身权益。

案件进入执行阶段后，案外人可以提起执行异议。执行异议可以进一步细分为程序性执行救济和实体性执行救济。前者即对执行行为的异议，规定在《民事诉讼法》第二百五条；后者即对执行标的的异议，参前面提到的《民事诉讼法》第二百二十七条的规定。对于后者，案外人对执行标的提出异议的，经法院裁定后，对裁定不服的当事人可以通过下述两途径维护权益：

- 1、认为原判决、裁定确有错误，案外人/申请执行人应通过审判监督程序纾解困局；
- 2、认为与原判决、裁定无关，当事人可提起执行异议之诉。

在案件执行完毕后，案外人亦可尝试执行回转程序，通过法院责令取得财产人返还财产。

三、执行异议之诉的性质——“程序法上的形成之诉”

根据诉的基本理论，依据原告的诉讼请求可以将诉分为三类，即确认之诉、给付之诉和形成之诉。确认之诉为确认某种法律关系的状态；给付之诉要求向对方履行一定的义务；形成之诉为消灭或变更某种法律关系的状态。

执行异议之诉的性质，目前尚无定论。“给付之诉说”认为，案外人实质上是要求执行申请人对该财产不作为；“确认之诉说”认为，案外人是要求确认执行标的非被执行人财产；“形成之诉说”认为，案外人是请求排除法院的强制执行行为。

我们认为，对案外人执行异议之诉性质的界定仍需考虑制度目的。根据《民事诉讼法》司法解释第312条的规定，案外人执行异议之诉的目的有二，主要目的为排除对特定执行标的的执行，次要目的为确认对该执行标的享有权利。倘若案外人执行异议之诉仅为确权诉讼，尽管可以解决执行标的的归属问题，然而不能当然排除法院对该执行标的的执行。该制度设计的主要目的落空。

排除执行行为，是意图达到变更法院所实施的法律行为或撤销法院所实施的法律行为的法律后果。这种程序法上的形成效果，实际上排除了公法行为对私法行为实施“干预”所形成的效果，回复原有的私法关系或民事权利状态。〔1〕由此可见，案外人异议之诉所追求的效果是程序法上的形成效果，应为形成之诉，特别是“程序法上的形成之诉”。

四、被执行人破产对执行异议之诉的影响

首先要讨论破产程序与执行程序的关系。法院受理破产申请后，执行程序应当中止，而不是终结。破产程序可能走向四种不同的结局：破产重整、破产和解、宣告破产，以及全部到期债务得到清偿或得到足额担保。

参《破产法》第十九条，若破产程序以破产重整、破产和解的方式完成，那么根据《破产法》第九十四条和第一百零六条的规定，在重整计划、和解协议执行完毕时，债务人不承担清偿义务，执行程序理应终止；

若破产程序以宣告破产结束，依据《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第一百零五条规定，法院裁定宣告破产时，执行程序方予终结；

若以清偿的方式完成，则执行程序的终止自不待言，但若以获得足额担保的方式终止破产程序，执行程序并不当然随之终止。由此可见，尽管破产程序的原则是一般清偿囿于个别清偿，执行程序会受到破产程序的影响，但二者本质不宜混为一谈。

在破产程序过程中，执行程序处于“名存实亡”的状态，需根据破产程序的结果来决定执行程序的去留。此背景下，若案外人对财产权属存有异议，似应通过《破产法》中的制度予以纾解，如《破产法》第三十八条、第三十九条确立的破产取回权制度。

然而，从制度分野的角度来看，案外人执行异议之诉并未丧失其存在的合理性与必要性。如前所述，案外人执行异议之诉系“程序法上的形成之诉”，其目的在于终结对某特定执

行标的的执行行为。因执行程序在破产程序中仍未终止,案外人有权就该执行标的提出异议,从而使该标的在执行法律关系中处于确定的状态。另从必要性的角度来看,《破产法》中的制度并不能完全取代案外人执行异议之诉的功能与地位。破产取回权,是指财产的权利人可以不经破产程序,直接从管理人占有和管理的债务人财产中,取回原本不属于债务人财产的权利。其权的行使以破产管理人占有不属于破产债务人的财产为前提,然而并非的所有执行标的均由破产债务人占有。本文案例中,B并不实际占有“X”轮,“X”轮处于经A申请,被海事法院扣押的状态,此种情况下,要求C在破产程序中行使破产取回权没有可操作性。然而,通过执行异议之诉,C可以确认该执行标的的归属,并且排除公法行为对私法行为实施“干预”所形成的效果,充分体现了民事诉讼制度的周延性与效率性。

从另一个角度讲,执行异议之诉同样不能完全独立于破产程序。如前所述,案外人执行异议之诉仅为“程序法上的形成之诉”,其影响范围限于排除对特定标的的执行行为与确认案外人对标的的权利,在对标的的占有归属方面则需其他制度配合。如《破产法》司法解释二第二十七条第二款规定,“权利人依据人民法院或者仲裁机关的相关生效法律文书向管理人主张取回所涉争议财产,管理人以生效法律文书错误为由拒绝其行使取回权的,人民法院不予支持”。因此,若该执行标的由破产债务人占有,案外人仍需通过行使破产取回权维护自身权利,甚至可以选择不提执行异议,直接主张取回权,在存在实体纠纷的情况下,可以向破产法院提起诉讼,同样,破产债务人有机会行使相应的抗辩权,达到利益的平衡。

综上所述,执行异议之诉作为案外人权利保护制度在执行环节中的重要体现,在破产程序中亦有“用武之地”。恰如本案判决中所称,“案外人执行异议之诉系基于对涉案船舶所有权的独立主张而提起,已在以其所有权对抗申请执行人,并要求法院解除对涉案船舶的扣押。同为解除船舶扣押措施,此途径与《破产法》下解除扣押的依据截然不同,所带来的法律效果以及对各方当事人权益的影响也大为不同”。可见,案外人权利的保护亟待执行程序与破产程序中各项制度的紧密配合,而非相互推诿,抑或相互掣肘。

[1]唐力,案外人执行异议之诉的完善

(本文首发于2019年5月29日)

一起非主流化工品污染海事案件

于萍、韩葳萍

导语：海商海事纠纷一直是星瀚所专业强项，在宁波海事法院发布的《2018 年浙江海事审判典型案例八则》中，星瀚所有两例入选。本文即分享其中一例非主流化工品污染案，就案件的争议焦点进行详析。

一、案件概述

2015 年 4 月 8 日，A 轮从印度尼西亚开往中国，该轮该航次装载两种货物，分别为棕榈仁油 2450.915 公吨和棕榈仁油脂肪酸 10499.775 公吨。前者装载在 4P/S 货舱，后者装载在 1-3P/S、5-6P/S、SLOPP/S 货舱。

2015 年 4 月 18 日，A 轮抵达卸货港锚地；同年 4 月 20 日靠泊码头，经卸货前货物计量与取样，检测结果显示数量及品质完好。同年 4 月 21 日 0050 时船上卸货歧管出口与码头卸货软管管头完成连接，0110 时开始卸载 4P/S 舱棕榈仁油，后相继开始卸载其他舱脂肪酸。4 月 22 日，上述棕榈仁油及棕榈仁油脂肪酸全部卸载完毕。

卸货完成后，收货人发现岸罐内货物数量异常——接收棕榈仁油脂肪酸的岸罐内货物体积积少 791.676 立方米，而接收棕榈仁油的岸罐内货物多出 855.423 立方米。根据 CCIC 的检验，棕榈仁油脂肪酸较提单数短少 683.534 公吨；而棕榈仁油岸罐内货物较提单数多出 755.858 公吨，且货物酸值和酸度明显升高。

据事后了解，卸货过程中，船上共使用了 1、3、4 号卸货歧管。根据计划，4 号卸货歧管应通过软管连接岸上棕榈仁油专用管线，将 4P/S 舱棕榈仁油卸入 T5101C 棕榈仁油专用岸罐。1、3 号卸货歧管应通过软管及 U 型三通管连接岸上棕榈仁油脂肪酸专用管线，将其其他脂肪酸卸入 T5202B、T5206 岸罐。

收货人怀疑卸货过程中，船员操作失误，致使 683.534 吨棕榈仁油脂肪酸卸入到棕榈仁油专用管线并进入岸罐，与该罐内 2450.915 吨棕榈仁油混合，造成货损。

保险人在赔付收货人货物损失之后，向宁波海事法院提起诉讼，要求承运人承担货物损失 500 余万元。

上述案件经过一审、二审，已经审理终结，法院最终判决承运人承担赔偿责任。二审结束后，承运人一方不服一审和二审判决，向最高人民法院提起再审申请，最近最高人民法院已经裁定驳回再审申请。

二、争议焦点及分析

（一）争议焦点一：货物损失是否发生在承运人责任期间内

根据《最高人民法院关于南京石油运输有限公司与华泰财产保险股份有限公司石家庄分公司海上货物运输保险代位求偿一案有关适用法律问题的请示的复函》〔（2005）民四他字第 1-1 号〕，承运人对于散装液体货物运输的责任期间，应自装货港船舶输油管线与岸罐输油管线连接的法兰盘末端时起，至卸货港船舶输油管线与岸罐输油管线连接的法兰盘末端时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。

本案发生后，虽然货方和船方都在第一时间委派检验人到达现场进行检验，但是奈何卸货作业已经完成，许多直接证据已经无法收集。货方原本要求在船舶棕榈仁油卸货歧管末端的取样口（即最高院上述批复中所提及的法兰盘末端附近）取样以判断船舶卸货时是否发生混货。船员先是拒绝了这一要求，几个小时后又同意了这一要求，但是检验人打开取样口后却发现根本没有样品，承运人称是卸货完毕后压缩空气吹扫管线造成了取样口处无残留样品。无奈，在各方见证下，检验人从连接船舶棕榈仁油卸货歧管末端的卸货软管内取得了一些样品，分析后确定样品酸值和酸度极高。尽管如此，根据最高院的上述批复，软管已经超出了承运人的责任期间，此时能否认定货损发生在承运人责任期间内？此外，围绕着本案的卸货作业，船货双方在多项事实陈述上无法统一，比如卸货时间表、码头监管责任等，致使本案在诉讼初期陷入了一团乱麻的状态。

在进行了第一证据交换之后，法庭组织双方当事人及双方委托的证人和专家对事故现场进行走访，澄清了案件部分事实，最终在一审判决中，宁波海事法院判决认定货损发生在承运人责任期间内。

分析法院判决结果，其原因无外乎两个方面。从正面讲，软管内取样虽然超出了承运人的责任范围，但是软管直接连接船舶的卸货歧管，在船舶卸货歧管无法取样的情况下，从软管内取样具有较高的证明力。从反面讲，根据码头的管线设计图和现场走访结果，在岸上棕榈仁油脂肪酸和棕榈仁油的卸货管线及其所连接的岸罐是完全独立的，即排除了货物在岸上发生混合的可能性。综合正反两方面的证据，宁波海事法院认为“关于涉案货损的原因，原告提供的证据能形成完整的证据链，其主张的因船方卸货操作失误，使原本应从1号或3号卸货歧管卸往T5202B和T5206岸罐的脂肪酸实际通过4号卸货歧管，卸入棕榈仁油专用管线并进入T5101C岸罐，导致与该罐内棕榈仁油混合，造成货损，具有高度可能性”。二审法院肯定了上述认定结果。

众所周知，民事证据采用优势证据规则，又称“高度盖然性”规则。比如，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第七十三条有如下规定：

双方当事人对同一事实分别举出相反的证据，但都没有足够的依据否定对方证据的，人民法院应当结合案件情况，判断一方提供证据的证明力是否明显大于另一方提供证据的证明力，并对证明力较大的证据予以确认。

本案中法院正是采用了上述证据采信规则，判断承运人过错导致货损存在着高度可能性，或者说是“高度盖然性”，从而认定承运人应当承担责任。现实中很多时候，在民事诉讼中法院还在追求“绝对真实”。然而，在费尽千辛万苦仍然无法达到“绝对真实”的情况下，依据“高度盖然性”作出判决，才是民事诉讼区别于刑事诉讼证据在采信规则方面的最大特色。

（二）争议焦点二：货物损失的计算方式

本案涉及的两种货物，即棕榈仁油和棕榈仁油脂肪酸，因卸货过程中发生混合，导致两种货物均发生货损。而对于这两种货物的损失金额，法院最终采取两种计算方式。对于棕榈仁油，判决最终采用损失金额=CIF价格×贬值率的公式进行计算，而对于棕榈仁油脂肪酸，判决最终采用损失金额=CIF价格—残值的公式进行计算。两种货物采用不同损失计算方式的原因关键在于完好货物市场价格的查明。

因海运时间较长，货物价值易受市场波动影响，在计算货物损失金额时，应当排除市场

价格波动造成的行市损失，才符合合同违约赔偿之因果关系原则和合理预见原则。

《中华人民共和国海商法》第五十五条规定：“货物损坏的赔偿额，按照货物受损前后实际价值的差额或者货物的修复费用计算。货物的实际价值，按照货物装船时的价值加保险费加运费计算。”即货物损坏的赔偿额以货物的实际价值，即 CIF 价格为基础，或者计算其受损前后的差额，或者按照修复费用（不能超过 CIF 价格）计算。

1. 在目的港货物完好的市场价值能够明确的情况下

在涉案货物具有成熟的现货市场、双方当事人可以提供目的港完好货物市场价及价格波动或有同类同质货物参照的情况下，自然可以根据目的港完好货物市场价值计算出货物贬损率，并进一步计算出货物损失数额。例如，在最高人民法院（2013）民提字第 6 号、7 号案件中，涉案货物为苯酚，法院查明销售合同签订当日的市场价格，以此确定为货物完好的市场价值；进而，对货物贬损率进行计算：贬损率=（目的港完好货物的市场价值-受损货物的销售价值）÷目的港货物完好的市场价值×100%；最终，以损失金额=CIF 价格×贬损率计算货物的损失金额。本案中对于棕榈仁油的货损金额即采取此种方式进行计算。

2. 在目的港完好货物的市场价值不能查明的情况下

因国内脂肪酸的使用厂家较少，没有成熟的现货市场，本案原、被告均未能提供脂肪酸在目的港的完好货物市场价及价格波动情况，也没有同类同质货物作为参照，故法院未参照最高人民法院（2013）民提字第 6 号、7 号案件计算货物贬值率的方法，而是采用了“直接相减法”计算货损，即按涉案脂肪酸 CIF 进口价格与受损货物销售价格的差额计算赔偿额：本案脂肪酸损失金额=CIF 价格-残值。我们此前处理的二氯乙烷货损索赔案件，也遇到类似的问题。

综上，虽然最高人民法院为了排除市场波动因素对损失计算结果的影响，在一系列化工品变质案件中明确货物损失=CIF 价格×贬损率的损失计算方法。但是现实情况千变万化，若货物过于小众，实在无法得到目的港的完好货物市场价值，又无确凿证据证明受损货物具有较大价格波动，按照损失金额=CIF 价格-残值亦为相对公平合理。当然，具体采用哪种计算方法，应当具体问题具体分析，归根结底是证据的收集和提供问题。

（本文首发于 2019 年 6 月 12 日）

OEM 模式下，货物清关时因商标侵权被海关扣留后委托方或生产商如何救济

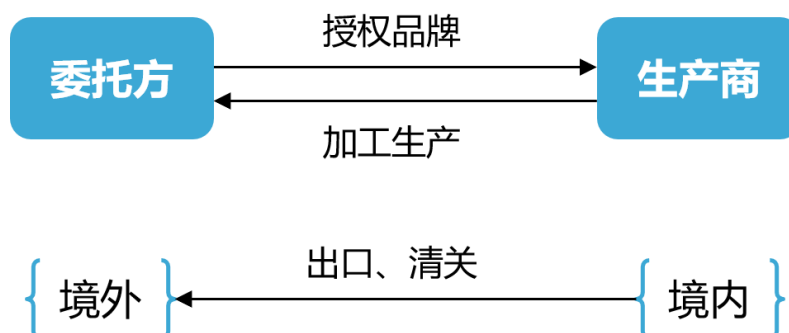
陈雷、王妍

前言：根据 2019 年 4 月海关总署发布的数据，2018 年度全国海关共采取知识产权保护措施 4.97 万次，同比增长 146.03%。从查获的侵权案件类型分析，海关共扣留涉嫌侵犯商标权的货物 2398.19 余万件，侵犯商标专用权货物占扣留侵权嫌疑货物总数的 96.70%。从上述数据可见，海关对涉嫌侵犯商标权的行为一直是严厉打击的。海关扣留涉嫌侵犯商标权货物的依据何在？扣货后又将作出何种处罚？侵权嫌疑方有哪些解决方案？笔者将在下文进行分析。

一、OEM 企业的经营模式

OEM 一词源自 OEM(Original Equipment Manufacturer)，英文原义是原始设备生产商，俗称“代工生产”，如富士康曾经一度被称为苹果的代加工厂。本文中 OEM 的生产经营模式特指由境外采购方（即“委托方”）提供品牌和授权，由国内的生产商负责生产，并加贴该品牌商标后将货物全部出口到境外的一种经营模式。（如图一）在该种模式下，一般而言，委托方授权生产商使用的商标在目标销售国享有商标权，但由于地域性是商标权的原则之一，在目标销售国享有商标权并不当然延及出口国。若境内的注册商标权利人已对该商标在海关处进行了备案，即便贴牌货物未在中国销售，也存在出口时被海关认定为属于侵权行为的可能性。这是境外委托方和境内生产商很容易忽视的情况，但一旦遇到，则会导致货物被海关扣留、船期延误、引发违约责任等情况发生。

图一：OEM 模式图



二、海关扣留涉嫌侵犯商标权货物的依据以及处罚

（一）海关扣留涉嫌侵犯商标权货物的法律依据

根据《知识产权海关保护条例》的相关规定，权利人在获得商标权之后，可以选择将其在海关的权利保护系统进行备案。知识产权海关保护备案自海关总署准予备案之日起生效，有效期为 10 年。

注册商标权在海关备案后会获得海关的相应保护，有效拦截他人涉嫌侵权的货物，并保

障合法货物的出口顺畅。所以一旦有货物涉嫌侵犯注册商标权利人的商标权，则可能会被海关扣留。

但同时需要注意，若知识产权海关保护备案有效期届满而不申请续展或者知识产权不再受法律、行政法规保护的，知识产权海关保护备案将随即失效。

（二）海关确定侵犯注册商标权利人商标权的依据以及相应处罚

在海关执法过程中，若海关查验关员看到带有商标的货物，并且该商标在海关做过知识产权保护备案时，海关查验员会对该批货物是否侵犯了其他权利人的商标专用权进行确认。其进行鉴别的关键要素是该货物所用商标的行为主体是否为商标权利人或具备相关授权。

若收发货人非备案的注册商标权利人或被授权方，根据《中华人民共和国海关行政处罚实施条例》，进出口侵犯中华人民共和国法律、行政法规保护的知识产权的货物的，海关有权没收侵权货物，并处货物价值 30% 以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

二、货物被海关扣留后,委托方或生产商的救济手段

（一）积极与海关进行沟通

当 OEM 货物遭遇海关查扣时，涉嫌侵权方应当予以充分重视。根据《知识产权海关保护条例》第十八条的规定，收货人或者发货人认为其货物未侵犯知识产权权利人的知识产权的，应当向海关提出书面说明并附送相关证据。

因此，委托方与生产商需积极配合，共同提供相关的书面说明以及证据。一般来说，附送的证据材料可以从以下几个方面考虑：

1. 委托方的相应的商标权利证明、授权手续、委托加工合同等；
2. 由委托方联系大使馆，对该情况进行书面的说明或者背书；
3. 已生效的证明委托方侵犯权利人商标权的判决书等。

对于此类案件，海关会审核出口方提供的证明材料，若案件复杂，还可能安排询问或者听证。海关调查结束后，会基于被扣货物是否符合 OEM 货物的特征和基本证据要求，作出是否认定构成侵权的决定书。如海关经调查不能认定被扣留的侵权嫌疑货物侵犯知识产权，且在指定的期限内备案的权利人不提起诉讼的，扣留的货物将予以放行。根据案件的复杂程度，从海关发出确权通知到做出是否侵权的认定书，需要 3 个月至 1 年不等的时间。

（二）如发现知识产权备案不实，委托方或生产方可向海关申请变更或撤销备案

根据《知识产权海关保护条例》第九条的规定，“海关发现知识产权权利人申请知识产权备案未如实提供有关情况或者文件的，海关总署可以撤销其备案。”以及第十一条的规定“知识产权备案情况发生改变的，知识产权权利人应当自发生改变之日起 30 个工作日内，向海关总署办理备案变更或者注销手续。”

可以得出，知识产权权利人未依照前款规定办理变更或者注销手续，给他人合法进出口或者海关依法履行监管职责造成严重影响的，海关总署可以根据有关利害关系人的申请撤销有关备案，也可以主动撤销有关备案。而海关变更或撤销备案的认定基本是以该商标的权利人是否对该商标实际享有权利作为依据的。若该商标存在《商标法》第四十五条中可以请求商标评审委员会宣告该商标无效的情形、第四十九条可撤销的情形、或权利人发生改变的情形时，则在发生扣货后，**委托方或生产方**可以向海关提交撤销或变更备案的申请。

（三）如遇“抢注商标”的权利人，委托方可考虑主动出击

若委托方在清关时被海关暂扣了相应的货物，且得知该货物已有其他主体取得了境内的商标权利时，也即商标被抢注了时，如何应对备案商标，是否可以对备案商标确认无效或撤销，则是委托人应当主要思考的问题。若想一揽子解决该问题，建议从以下方面进行考量：

首先，建议对已抢注商标的权利人是否实际使用该商标进行分析。根据《商标法》第 49 条的规定，“注册商标成为其核定使用的商品的通用名称或者没有正当理由连续三年不使用的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。”若从初步调查结果来看，抢注商标的权利人并未实际使用该商标，则建议进行撤销商标之诉。

其次，若注册商标的权利人实际使用该注册商标，建议委托方考虑是否可以通过直接购买或通过“白手套”的方式来进行谈判、购买该商标。但在实践中，若该商标被实际使用且在境内、境外进行出售的，则完全购买该商标的可能性较低，此时我们建议与商标所有人谈判是否可以就海关对货物放行进行单独的约定，由海关进行相应的授权以及许可。

若取得权利人的合法授权，建议委托方让权利人在知识产权海关备案系统将其添加到合法使用人名单，这样在清关时无需提供纸质授权书；若属于合法授权但权利人不愿将委托方添加到海关知识产权备案系统中，建议委托方联系权利人向海关书面提交证明文件预证明合法授权货物何时、何处口岸进行进出口，有利于加快进出口货物通关。

最后，对于属于恶意抢注的，委托方可以提出确认商标不侵权之诉，解决海关无法认定货物是否侵权的问题。一旦法院判决该商标不侵权，则备案权利人可能会面临因申请海关保护而承担担保金、仓储费等支出，并有可能要求其承担胜诉方的合理支出。通过确认不侵权之诉，也可以从根本上实现 OEM 货物的顺利通关。

三、总结

在 OEM 经营模式中，由于商标权有地域性，中国采取的是商标申请在先原则，如果想在中国获得商标权的保护，建议委托方及时进行商标的注册申请并将相关权利在海关进行备案，避免产生被动局面。即便遇到海关暂扣货物的情况，也不要慌张，积极与海关沟通并准备相关的证明材料，或通过知识产权授权、维权等方式，最大限度地减少自身的损失。

（本文首发于 2019 年 8 月 5 日）

热点聚焦

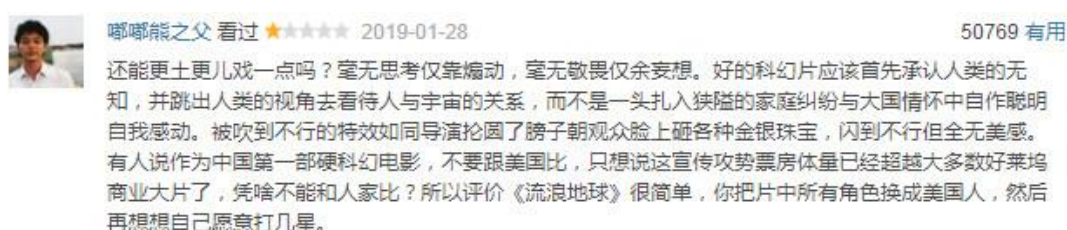
从法律角度看“豆瓣差评”事件

公司金融部

在号称史上最强的电影“春节档”中，除了各部影片本身的内容引起热议外，也有许多周边事件吸引了广泛关注，比如近期闹得沸沸扬扬的“豆瓣差评”事件。

“差评”背后既有商业上的博弈，其实也涉及不少法律问题，本文就带您从法律角度一探究竟。

一、用户需要对自己的影评负责吗？



上图是豆瓣上获赞数最多的针对《流浪地球》的一星评论。很多网民都对包括这条评论在内的低分评论愤愤不平。笔者看了这些评论，心里也有些不舒服，《流浪地球》虽肯定有不足之处，也不至于被贬得如此一文不值。

但是从理性和法律的角度而言，影评体现的是用户个人对影片的喜好和感受，即使某些影评与大众的主流观点相背离，也属于用户的个人行为，只要其中不包含造谣诽谤或是反动暴力的内容，用户不会仅因为对影片的差评而承担法律责任。

但如果用户的影评和打分背后是有组织者专门策划安排的（如网上流传的下面这张图片），那么这件事在法律上的评判就可能有截然不同的结果。



（亦有说网传图不实，此处仅作为举例使用）

二、恶意组织差评可能承担的法律风险

《反不正当竞争法》第十一条规定“经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，

损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。”

从上述法律规定看，恶意组织差评完全可能构成不正当竞争行为，需要承担民事赔偿责任，甚至面临行政机关的处罚。（《反不正当竞争法》第二十三条“经营者违反本法第十一条规定损害竞争对手商业信誉、商品声誉的，由监督检查部门责令停止违法行为、消除影响，处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。”）

不过，想通过法律手段要求“幕后黑手”承担法律责任还是有不小的难度：

首先，权利人要证明确实存在幕后的组织者。从不正当竞争的角度而言，构成不正当竞争的前提是行为主体是经营者（即从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织），单个的个人用户显然不能落入经营者的范围。而如果要证明“幕后黑手”的存在，就要提供个人用户与组织者之间存在关联的证据。

其次，权利人需要证明影评内容属于《反不正当竞争法》第十一条中的“虚假信息或者误导性信息”。

从虚假信息的角度而言，“虚假”有两个层面上含义，一是内容上的虚假，即影评内容与电影实际情况明显不符。从目前豆瓣上的差评来看，虽然不少评论言辞激烈，但包含明显虚假事实的评论并不多。

第二个层面上的虚假是指评论并非基于用户的真实意思，仅是为了恶意诋毁。在淘宝网上就曾有过类似的案例，某商家购买了同行的产品后，在该同行的店铺中留下了“质量很差”、“被坑了”等带有强烈贬义性质的评语，后经淘宝系统判定该评论属于同行恶意差评，而法院也认定该商家的行为属于编造、传播虚假信息，构成不正当竞争。（该案例详见（2017）粤0103民初6449号判决）。

从误导性信息的角度来说，恶意给影片打低分及作出负面评价，确实可能误导其他用户对电影的评价。另外需要注意的是，“误导性信息”是《反不正当竞争法》2017年修订中新增的内容，说明在实践中，利用误导性信息这种打擦边球的方式损害竞争对手的声誉具有一定的普遍性。

第三，权利人需要证明商誉受到了影响及受影响的程度。恶意差评确实会对电影造成负面影响，但是决定一部电影票房高低的因素众多，用户的差评究竟能造成多大影响，实际上并不容易确定。因此即使构成不正当竞争行为，权利人能获得的赔偿金额仍有很大的不确定性。

三、豆瓣需要对这次的事件负责吗？

随着“差评”事件的不断发酵，不少网民开始把矛头指向豆瓣，比如指责豆瓣的评分体系存在漏洞，即当用户修改自己的评价之后，之前的点赞数量会保留下来。

面对上述的指责，笔者觉得“豆瓣”真是属于无辜躺枪。无论评分功能是否完善，豆瓣作为平台的运营方，对用户的影评（无论是否有组织）显然不需要承担责任。

虽然如此，笔者还是建议“豆瓣”除了完善评分系统外，对于恶意差评也应该建立相应的“反恶意差评机制”。（12日，豆瓣回应将修改评分机制，从而使修改评分之后，修改前的“有用（点赞）”数据将被清零）

在“反恶意差评系统”方面，淘宝的做法就比较完备：淘宝通过大数据手段，可以从评价者的实施动机、账号特征、交易行为等多个角度进行排查分析，判断评价者是否属于正常的

消费者以及多个评价者之间是否存在非正常关联，以此确定评价是否属于恶意差评，如果确认属于恶意差评，淘宝会删除该条评论，以此保护其他经营者的权益。

结语

每一个人都有自由地表达自己观点的权利，但如果有人利用这种“自由”，恶意组织用户进行差评，这不仅正在突破法律的界限，也有可能掐灭中国电影刚刚升起的一点希望。

（本文首发于 2019 年 2 月 18 日）

李佳琦又翻车了？网红主播们直播带货

真的能为所欲为、畅所欲言吗？

赵晓波

近日，网红主播李佳琦在直播卖一款不粘锅的时候遭遇了“翻车”，虽然号称不粘锅，但直播的时候，鸡蛋直接粘在了锅底上，不粘锅现场变粘锅，场面一度十分尴尬。

随后两天，李佳琦直播翻车都稳居微博热搜榜，热搜下面不少网友发博吐槽这并非第一次“翻车”。随着“双十一”的步步逼近，网红主播们直播带货也到了冲刺的关键节点，推销的商品从美妆护肤到日用百货一应俱全。不同品牌、品类极其丰富的商品们也使得主播们无暇一一试用确认，便匆忙地在直播中推了出来，继而出现“翻车”窘况。

那么，主播直播中推销的商品存在瑕疵，消费者能找他赔么？主播需要在什么范围内承担责任？主播们又该核查商品的哪些信息以保障自己的合法权益呢？

一、主播直播带货是不是《广告法》上的“代言”行为？

在我们惯性思维里，往往会觉得只有在电视广告或产品包装上出现的写着“广告代言人”字样的影视明星才能算是广告代言人。然而根据我国《广告法》的规定，广告代言人是指广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。由此可见，是否明确标识广告代言人并不重要，关键是看实质上是否是以自己的名义或形象对产品作了推荐、证明。**网红主播利用积攒的粉丝和自身的形象，通过直播的形式推荐商品，并进行引流销售的行为，虽然与传统的广告存在表现形式上的区别，但仍属于《广告法》中所述的广告代言人。**

二、主播直播带货可能存在的法律风险

主播作为广告的代言人，自然而然的，需要考量商品的质量好坏、广告宣传与实际是否一致等问题，倘若主播没有亲自使用商品、不了解商品本身质量情况或做出了与商品实际不符的宣传表述，可能需要承担如下法律责任。

1、虚假宣传的法律责任

我国《广告法》规定，广告有下列情形之一的，为虚假广告：（一）商品或者服务不存在的；（二）商品的性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售状况、曾获荣誉等信息，或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息，以及与商品或者服务有关的允诺等信息与实际情况不符，对购买行为有实质性影响的；（三）使用虚构、伪造或者无法验证的科研成果、统计资料、调查结果、文摘、引用语等信息作证明材料的；（四）虚构使用商品或者接受服务的效果的；（五）以虚假或者引人误解的内容欺骗、误导消费者的其他情形。

在不考虑后续李佳琦及品牌方对翻车现场的解释属实与否的前提下，单就直播视频而言，李佳琦宣传的“不粘锅”性能与实际性能不符，就属于违反了前述条款中的第二款，该

直播视频很可能被认定为虚假广告。《广告法》第五十六条规定，虚假广告造成消费者损害的，广告代言人明知或者应知广告虚假仍作推荐、证明的，应当与广告主承担连带责任。也就是说，**对于宣传与实际不符的带货主播们，如果商品存在问题，造成消费者损害的，应当与广告主承担连带责任。**

广告主的法律责任通常会由两部分构成。一是民事赔偿，发布虚假广告，欺骗、误导消费者，使购买商品或者接受服务的消费者的合法权益受到损害的，广告主应依法承担民事责任，赔偿方式通常会包括退还货款、赔偿消费者的人身及财产损失，严重时可能还会涉及到精神损害赔偿；二是行政处罚，发布虚假广告的，市场监督管理部门会责令广告主停止发布广告、消除影响，还将面临高额罚款，此外依据情节严重程度，还可能被吊销营业执照、撤销广告审查批准文件、一年内不受理其广告审查申请。

2、本人未经使用即推荐的法律风险

李佳琦及其团队在直播翻车后也及时地对不粘锅变粘锅的原因进行了解释，其声称直播时使用的锅是小助理误拿的新锅，没有经过首次沸水烹煮，因而食物会粘锅。此前他们在试验时所使用的锅是经过沸水烹煮的，不会产生任何粘锅的效果。不论该等解释是否真实，至少从法律角度而言，李佳琦及其团队还是对广告法有所了解的，有意无意地规避本人未使用即推荐的法律风险。

根据现行《广告法》第六十二条的规定，如推荐的商品是主播自己没有使用过的，那么市场监督管理部门将会没收违法所得，并处违法所得一倍以上二倍以下的罚款。

三、主播们如何防范直播带货的法律风险

1、选品要慎重

为了维持长久的竞争力，主播选择推荐的产品品类时一定要慎之又慎，避免一招走错，满盘皆输。鉴于主播从本质上来讲属于广告代言人，应当遵守《广告法》关于广告代言人相关的限制，而我国《广告法》明确规定了**医疗、药品、医疗器械广告、保健食品广告**不得利用广告代言人作推荐、证明，主播们务必关注自己收到的广告合作商品是否属于上述品类。

那么，主播们常常推广的所谓的“药妆”、“医疗美容仪器”等是不是属于前述不得利用广告代言人作推荐、证明的医疗或医疗器械广告范围呢？实践中很难仅凭借商品名称进行判断，各地市场监督管理局对于此类产品的监管口径也存在一定差异。一般来说，运用具有创伤性或者侵入性的医学技术方法对人的容貌和人体各部位形态进行修复与再塑的产品会涉及到医疗或医疗器械，需要谨慎选择。相对而言，那些仅仅是对人体皮肤、毛发进行的护理、按摩等带有保养性的、非侵入性的美容护理则处于较为安全的品类范围内。

2、在推荐前务必先行试用，谨防翻车

当然，医疗、药品、医疗器械广告、保健食品广告并非目前直播市场上高频出现的商品，在直播中更为常见的商品往往是化妆品、母婴用品、衣物等。根据我国《广告法》的规定，主播们在直播过程中对商品、服务作推荐、证明时，应当依据事实，不得为其未使

用过的商品或者未接受过的服务作推荐、证明。因此，广大主播在直播推荐前，请务必先行亲测，既能防止翻车，又能避免违法。

3、查验商品权利证明文件

为避免自身所推荐的商品本身存在质量瑕疵、涉嫌虚假宣传、侵权等，主播有必要对该商品的权利证明文件进行适当的审查，大致列举如下：

序号	审查项目	证明文件
1	生产者或销售者主体身份	营业执照
2	经营资质	食品：食品生产许可证、食品经营许可证等；
		化妆品：化妆品生产许可证、特殊用途化妆品批准证明、非特殊用品化妆品备案等。
3	授权文件	商标注册证、品牌授权书
4	商品品质审查	对于广告内容所涉事项的证明文件， 例如原材料、成分、疗效等。

3、注重直播时的话术表达

鉴于直播本身亦属于广告，因此在直播时，主播们应当避免使用绝对化用语，以确保广告用语的合规性。我国《广告法》规定，广告中不得使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等绝对化用语。实践中，“唯一”、“最新技术”、“最先进”、“国家级产品”、“最好”、“独一无二”等词语均可能被认定为绝对化用语，从而招致市场监督管理部门的处罚。若主播需要描述商品本身的优良性，我们建议可在绝对化表述的基础上增加一定的限制性条件或提供事实依据，比如“我本人最喜欢的眉笔”、“2019 年度淘宝销量前十”等。

4、仔细审查与品牌方的合作合同

在目前直播市场上僧多粥少，资源被头部主播垄断的背景下，大部分的主播对于合同所关注的要点，往往就只有品牌方所愿意支付的合作金额和回款速度，这无可厚非。但对于在某一领域已取得相当多的粉丝基础，有一定的品牌资源的主播来说，仔细审查与品牌方的合作合同，确保自己的长久发展还是很有必要的。我们可以考虑在合同中增加品牌方的承诺保证义务，并设置相应的违约责任，确保不利事件发生时，自身留有一定余地，例如：

- （1）品牌方保证商品质量不存在任何瑕疵、缺陷；
- （2）品牌方保证提供给主播用于推荐的商品与实际销售的商品质量一致，符合法律法规的规定；
- （3）品牌方保证主播不会因推荐本商品而遭受任何投诉、举报、赔款、行政处罚、平台处罚、诉讼仲裁等.....

品牌方违反上述保证与承诺义务的，主播有权单方解除本合同，由此产生的不利后果均由品牌方自行承担。

在互联网经济迅速发展的时代，很多新型商业模式诞生，尽管由于法律的滞后性，可能尚未对某些行为有明确的规定，但从业者们务必未雨绸缪，重视合规，不应短时利益而踩违法边界线，方能获得长远发展。

（本文首发于 2019 年 11 月 7 日）

邓紫棋真的不能叫“邓紫棋”了吗？浅谈艺人艺名保护问题

公司金融部

近日，著名歌手邓紫棋与蜂鸟音乐的解约纠纷闹得沸沸扬扬，其中最吸引人关注的是，由于蜂鸟音乐已经将“邓紫棋”的名字注册为商标，所以有传闻称邓紫棋以后就无法再使用该艺名了。

那么这个传闻究竟是否有相应的法律依据，艺人的艺名又该如何保护？本文将逐一进行梳理。

一、艺名在法律上对应的各项权利

一个艺名看似简单几个字，但在法律上可能涉及到多个方面的权利，而每个权利的归属主体也可能截然不同，具体而言：

1. 著作权

对于艺名以及艺术作品（小说、电影等）的名称能否构成著作权法意义上的作品，目前在理论和司法实践上已经形成了比较一致的意见：**即单独的作品名称或者人物姓名等并不满足独创性要求，不能受到著作权法的保护。**

2. 商标权

此次关于邓紫棋后续无法再使用艺名的传闻的起因就是蜂鸟音乐将“邓紫棋”这个名字注册为了商标，注册情况如下图所示（图示类别的商标均已成功注册）：

8	15296863	9	2014年09月05日	邓紫棋	蜂鸟音乐有限公司
9	15296862	14	2014年09月05日	邓紫棋	蜂鸟音乐有限公司
10	15296861	16	2014年09月05日	邓紫棋	蜂鸟音乐有限公司
11	15296860	25	2014年09月05日	邓紫棋	蜂鸟音乐有限公司
12	15296859	35	2014年09月05日	邓紫棋	蜂鸟音乐有限公司
13	15296858	41	2014年09月05日	邓紫棋	蜂鸟音乐有限公司

商标权的权利人显然就是注册人，即蜂鸟音乐，但蜂鸟音乐能否凭借商标权限制邓紫棋使用该艺名，在法律上其实并不一定能获得支持，后文将进行介绍。

3. 姓名权

《民法总则》第一百一十条规定：自然人享有生命权、身体权、健康权、**姓名权**、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。

《反不正当竞争法》第六条规定“经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：（二）擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（**包括笔名、艺名、译名等**）...”

根据上述规定，姓名权是自然人的人格权，同时受到《民法总则》和《反不正当竞争法》的保护。

《反不正当竞争法》之所以保护自然人的姓名权，理由在于**自然人参与市场竞争时，姓名不仅是标记自然人的符号，同时也是区分商品或服务提供者的符号，姓名代表自然人的商**

业信誉。姓名权作为人格权，应当专属于自然人。姓名权的对象，既可以是自然人的本名，也可以是别名、笔名、艺名等^[1]。

有观点认为，姓名权的归属可能存在争议（即经纪公司可能享有一部分权利），理由是经纪公司往往对艺名有很大付出或者可能与艺人对姓名权的归属有特殊约定。笔者不能认同这种观点。姓名权是一种法定的人身性权利，虽然由于姓名或者艺名可能产生的经济价值，反不正当竞争法也可以给予相应保护，但这种保护还是基于姓名权而产生的，并不是一种单独的权利。因此姓名权只能归属于艺人，至于经纪公司的付出可以通过经纪合同的另行约定获得补偿。

4. 蜂鸟音乐能否禁止他人使用“邓紫棋”的艺名

如上文所述，对于“邓紫棋”这个艺名，蜂鸟音乐享有的权利主要是商标权。但是，蜂鸟音乐作为商标权人在大部分情况下并不能禁止他人使用该艺名。

这里的核心问题在于两点：

一，只有当他人将“邓紫棋”的商标做商标性使用的时候，蜂鸟音乐作为商标权人才能主张相应的侵权责任。例如，邓紫棋离开蜂鸟音乐后，在举办演唱会的过程中，将演唱会宣传为“邓紫棋 xx 世界巡回演唱会”，这样的使用仅是在说明演唱会由邓紫棋个人进行表演，并不构成商标性使用，无需承担商标侵权的法律责任。但是如果他人将“邓紫棋”的商标用于餐厅、服装等，这样的使用可能构成商标性使用，蜂鸟音乐可以向其主张侵权责任。

二，虽然蜂鸟音乐已经取得了“邓紫棋”相关商标的注册，但是根据《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第二十条规定“当事人主张诉争商标损害其姓名权，如果相关公众认为该商标标志指代了该自然人，容易认为标记有该商标的商品系经过该自然人许可或者与该自然人存在特定联系的，人民法院应当认定该商标损害了该自然人的姓名权。当事人以其笔名、艺名、译名等特定名称主张姓名权，该特定名称具有一定的知名度，与该自然人建立了稳定的对应关系，相关公众以其指代该自然人的，人民法院予以支持。”

也就是说，邓紫棋作为“邓紫棋”艺名的姓名权人可以根据上述规定请求商标评审委员会宣告该注册商标无效，亦即蜂鸟音乐是否真的享有相关商标权还存在不确定性。

5. 经纪公司如何保护艺名

对于经纪公司而言，在培养艺人的过程中，往往花费了很大的成本，包括对于艺人艺名的设计与宣传维护。如果艺人解约，经纪公司自然希望能够保留艺名的使用权。

一方面从法定权利的角度而言，如上文分析，经纪公司对于艺名享有的法定权利实际上非常有限，主要集中在商标权。但商标权的保护范围有一定限制，很多行为并不属于商标侵权。再进一步说，如果经纪公司确实希望通过商标保护艺名，应当在艺人实际使用艺名前注册商标，否则商标可能有被宣告无效的风险。

另一方面，从合同约定的角度而言，如果直接在合同中约定艺人解约后不能再使用艺名，这样的约定很可能无效。根据《民法通则》第九十九条规定“公民享有姓名权、有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”

根据上述规定，如果约定艺人不能使用某个艺名，实际上就是侵犯了艺人的姓名权，该

约定很可能因“违反法律、行政法规的强制性规定”而无效。

鉴于上述情况，经纪公司可以尝试与艺人约定“艺人在解约后，不能在演唱会、专辑名称中等使用艺名。”这样的约定比完全禁止艺人使用艺名的约定更可能获得法院的支持。

但是目前在司法判决中，尚未有相关判例支持这样的约定有效。若公司确实需要这样约定的，建议将争议解决方式约定为仲裁，可以提高获得支持的可能性。另一方面，经纪公司在和艺人签约前，就要做好艺名的管理工作，例如保留好设计和推广艺名的相关材料，以此证明公司对艺名的付出。

对于艺人而言，无论是发现前经纪公司还是其他第三方在使用自己的艺名，都可以通过法律途径维护自身权益，最直接有效的途径就是以不正当竞争为由起诉相关主体要求赔偿。

相关诉讼的关键点在于，艺人需要证明艺名与其本人之间已经建立了紧密的联系以及艺名的价值（或者是自身的损失），这同样也需要艺人在前期做好艺名的管理工作，保留好使用艺名及艺名具有知晓度的证据。

综上所述，艺名作为姓名权，兼具人身属性和财产属性，只能归属于艺人，即使经纪公司 将艺名注册为商标或在合同中进行特别约定，均很难完全限制艺人在解约后使用艺名（也就是说，邓紫棋未来使用该艺名障碍不大）。

而对于艺人而言，通过民法上的姓名权，可以依靠不正当竞争等手段保护自己的艺名不被他人使用。

[1] 参见：（2014）三民终字第 07228 号判决书

（本文首发于 2019 年 3 月 20 日）

健身房、教育机构等“发卡大户”如何应对上海市预付卡新规？

徐沁芳

2019 年 1 月 1 日起上海市正式实施《上海市单用途预付消费卡管理规定》（以下简称“《管理规定》”），随后，《上海市单用途预付消费卡管理实施办法》（以下简称“《实施办法》”）也于 5 月 1 日起正式施行。上海市的这两项规定将原本不属于预付卡监管范围的教育行业、体育行业也纳入进来，这样一来，教育机构和健身房等“发卡大户”将面临前所未有的强监管。

一、什么是单用途预付卡？

根据《管理规定》的定义，单用途卡是指经营者发行的，仅限于消费者在经营者及其所属集团、同一品牌特许经营体系内，兑付商品或者服务的预付凭证，包括以磁条卡、芯片卡、纸券等为载体的实体卡和以密码、串码、图形、生物特征信息等为载体的虚拟卡，但兑付特定商品或者服务除外。

《管理规定》对单用途卡的定义总体较为宽泛，比如什么行为属于“发行”？爱奇艺销售会员账号是否属于“发行”？什么是“兑付”？用户登录账号使用爱奇艺会员权限是否属于“兑付”商品或服务？什么是“特定商品或服务”？如何认定健身房团课服务和一对一私教服务的性质？“特定商品或服务”是指“同一经营者体系内的商品或服务”，还是必须严格要求是“同一经营者体系内的单一商品或服务”？如果是后者，那么“单一商品或服务”又该如何理解？

目前《管理规定》对预付卡的定义还不足以对上述问题给出明确的界定，很多情况下无法明确是否属于单用途卡。如果采取扩大解释，那么像爱奇艺会员、健身房一对多的健身课程、教育培训机构付费课程等都将纳入到单用途预付卡的监管范围中；如果采取缩小解释，是否就可以认定这些不属于预付卡的范畴？我们认为，仅从目前《管理规定》的定义来看，健身房、教育培训机构的付费课程大部分都已被纳入监管。未来的监管细则还需要对此进一步明确。

下文我们以对《管理规定》的定义进行扩大解释为思路对健身房、教育培训机构因此将面临的监管要求和采取的必要应对措施进行分析。

二、上海市新规有哪些变化

2015 年，商务部就发布并实施了《单用途商业预付卡管理办法》（以下简称“《管理办法》”），其中规定的预付卡备案且受监管的行业范围仅包括“零售业、住宿和餐饮业、居民服务业”。

在长宁区人民法院发布的《2015-2018 年涉单用途预付消费卡纠纷案件司法审判白皮书》中，该院受理的有关预付卡的纠纷主要发生在私教健身、美容美发和教育培训等服务行业，其中又以健身行业最为集中。但《管理办法》并未将私教健身行业、教育培训行业、文化旅游行业等卷款跑路现象多发的行业纳入监管调整范围，这也是此前预付卡监管的空白处。

此外，由于预付卡行业跑路现象频发，《管理办法》要求发卡企业进行预收资金余额管理以及资金存管，但违反该规定的处罚仅仅是限期改正，逾期不改正的处以 1-3 万元罚款，这样的处罚措施对于有跑路动机的经营者来说基本没有震慑力。

上海市今年出台的《管理规定》和《实施办法》（以下统称“上海市新规”）对上述问题的处理则有了非常明显的变化和突破，主要体现在以下方面：

1.行业不设限，拓宽监管覆盖面

根据《管理规定》对单用途预付卡的定义，**单用途预付卡不再限定行业**，因此预付卡发行相对集中的教育培训机构、健身房将受到较大的监管影响。

此外，《管理办法》规定单用途预付卡的监管主体是企业法人，而上海市新规则将监管主体明确为“经营者”，也就是说，预付卡行业的监管主体不仅包括此前《管理办法》规定的企业法人，还包括个体工商户。

2.建立协同监管服务平台，实现信息对接

为了加强对单用途预付卡经营活动的监督管理工作，上海市新规明确**建设统一的单用途卡协同监管服务平台**（以下简称“协同监管服务平台”），归集经营者单用途卡发行、兑付、预收资金等信息，并将该平台与事中事后综合监管平台、公共信用信息服务平台、相关投诉举报平台等信息系统实现互联互通。通过多个系统的打通，建立严重失信主体名单，将对经营者起到震慑和惩戒作用。

3.建立预收资金余额风险警示制度

经营者预收资金余额超过风险警示标准的，按上海市新规的要求，需要将预收资金余额进行**专用存款账户管理**，确保资金安全。

具体来说，预收资金余额管理划分为一般和特别两种风险警示标准：（1）一般风险警示标准为 20 万元。若超过该标准的，经营者应将全部预收资金余额的 40%存入银行专用存款账户；（2）特别风险警示标准为经营者上一年度主营业务收入的 20%（高于 20 万元），且最高不超过 5000 万元。若超过该标准的，应将全部预收资金余额存入银行专用存款账户。

同时，经营者可以采取**履约保证保险**等方式，来冲抵全部或者部分存管资金。这一举措能够进一步对企业收取的预付卡资金进行约束，从而从源头上降低持卡消费者的风险。

此外，上海市新规对于经营者预收资金余额超过风险警示标准，未采取专用存款账户管理/履约保证保险等风险防范措施的，由单用途卡行政执法部门责令限期改正；逾期不改的，处二万元以上二十万元以下罚款。和商务部《管理办法》相比，这里的处罚金额明显增加，惩戒力度加大了不少。

4.建立失信主体名单

《管理规定》还注重发挥信用管理在单用途信用卡监管中的作用。经营者出现下列行为之一，将被纳入严重失信主体名单，还将在公共信用信息服务平台公示对该严重失信行为负有责任的法定代表人、主要负责人和其他直接责任人的信息：

- （1）因停业、歇业或者经营场所迁移等原因未对单用途卡兑付、退卡等事项作出妥善安排，未提供有效联系方式且无法联络的；
- （2）一年内因违反本规定受到两次以上行政处罚的；
- （3）利用发行单用途卡非法吸收公众存款或者集资诈骗受到刑事追究的；
- （4）其他严重侵犯消费者财产权益的行为。

三、健身房、教育培训机构应该怎么应对？

1.向商务主管部门申请预付卡备案

如前文所述，上海市新规对单用途预付卡的监管不限行业，因此教育培训机构、健身房的预付卡发行和兑付行为也纳入了监管范围。相关发卡企业应在开展单用途卡业务之日起30日内向相应的商务主管部门申请备案。

2.遵守实名购卡、非现金购卡、发行限额等规定

根据商务部《管理办法》关于实名购卡的规定，个人或单位购买充值记名卡的，或一次性购买1万元（含）以上不记名卡的，应实名购卡。因此，在发行符合上述条件的预付卡时应注意保存用户信息，包括个人或单位身份信息、联系方式等，并且保存上述信息五年以上。

《管理办法》还规定**一定条件下不允许使用现金购卡**：单位一次性购买单用途卡金额达5000元（含）以上或个人一次性购卡金额达5万元（含）以上的，以及单位或个人采用非现场方式购卡的，应通过银行转账，不得使用现金。这主要是为了防范利用商业预付卡洗钱、套现、偷逃税款以及行贿受贿等行为。

《管理办法》对单用途卡的限额也作了明确规定，要求**单张记名卡限额不得超过5000元，单张不记名卡限额不得超过1000元**。单张单用途卡充值后资金余额不得超过前款规定的限额。因此目前健身房目前销售的大量超限额健身卡均不符合规定。

3.服务规范化

经营者应当根据《管理办法》的要求，规范自身服务：

(1) **购卡协议**：经营者应当公示或向购卡人提供单用途卡章程，购卡人提出要求的，还应该签订购卡协议；

(2) **有效期**：记名卡不设有效期，不记名卡有效期不少于3年。对超过有效期尚有资金余额的不记名卡，经营者应当提供激活、换卡等配套服务；

(3) **免费退卡服务**：若终止兑付未到期单用途卡的，应向持卡人提供免费退卡服务，并在终止兑付日前至少30日在备案机关指定的媒体上进行公示。

4.建立业务处理系统，向协同监管服务平台信息对接、报送

(1) 建立业务处理系统，进行信息对接

经营者应当建立具有单用途卡发行管理、预收资金清结算、交易记录保存、消费者信息查询等功能的业务处理系统，并**与协同监管服务平台信息对接**。之后经营者应通过该系统传送单用途卡发行数量、预收资金以及预收资金余额等信息。个体工商户与协同监管服务平台信息对接的具体办法目前尚未公布，后续将由上海市人民政府制定。

(2) 公示信息对接标识

经营者将业务处理系统与协同监管服务平台信息对接后，应当在五个工作日内通过协同监管服务平台**获取信息对接标识，并在经营场所显著位置或者网站首页公示**。

(4) 定期信息报送

经营者应当在每季度第一个月的二十五日前，在协同监管服务平台上**填报上一季度预**

收资金支出情况等信息。

根据上海市新规的规定，未建立业务处理系统与协同监管服务平台进行信息对接或未报送有关信息的，单用途卡行政执法部门将责令限期改正；逾期不改的，处二千元以上二万元以下罚款；情节严重的，处二万元以上五万元以下罚款。

5.开立银行专用存款账户

根据上海市新规，经营者发行单用途预付卡预收资金余额超过前文所述的风险警示标准的，应当选择银行业金融机构开设专用存款账户**进行专用存款账户管理，或者也可以购买履约保证保险来冲抵存管资金**。专用存款账户信息或购买的履约保证保险信息均应当在五个工作日内向协同监管服务平台报送，否则将面临上文所述的罚款处罚。

四、结语

基于目前体育健身行业整体存在的预收资金余额巨大、兑付周期长、流动资金紧张等问题的现状，后续上海市体育局将根据行业实际情况制定体育健身行业的存量预收资金余额的防范措施。但可以预见是，未来体育健身行业、教育行业的预付卡发行行为整体将从严监管，相关行业经营者应尽早开始向合规化方向布局筹划。

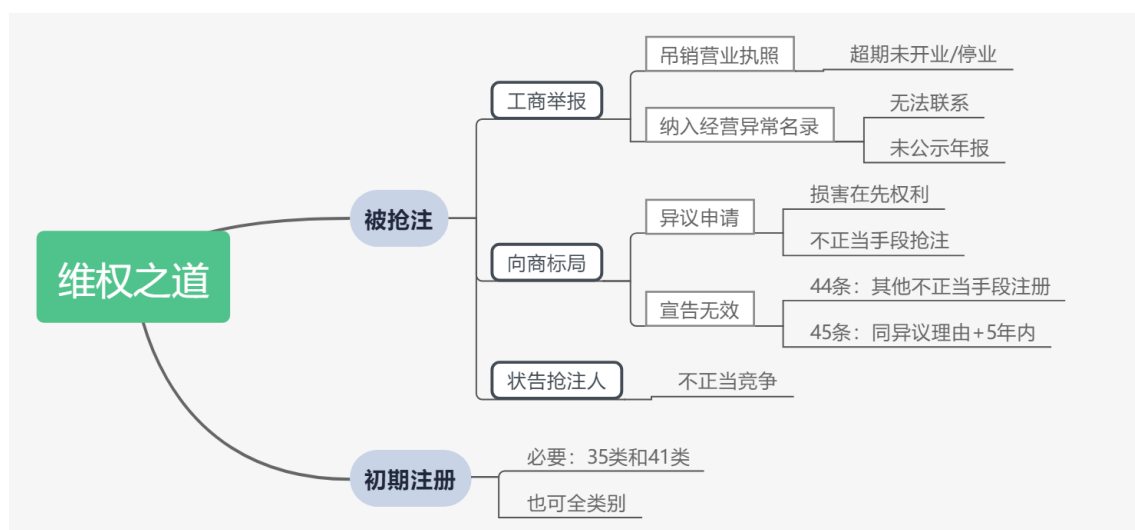
（本文首发于 2019 年 7 月 17 日）

“商标流氓”频现，UP 主们如何维权

黄妃珍、黄璞虑、王卜玄

近日，有关敬汉卿姓名被抢注商标的新闻甚嚣尘上，“商标流氓”公司不仅觊觎 UP 主账户，其势力更是蔓延至微博大 V、知名微信公众号等（以下统称“UP 主们”），更有甚者以此向 UP 主勒索。一旦账号被抢注商标，UP 主们再使用该商标可能面临被诉风险、原先使用该商标的产品销售也可能受阻；而如果商标流氓利用该商标盈利，还可能使消费者产生误解，对 UP 主们的声誉造成负面影响。

因此，面对商标流氓，UP 主们该如何维权？根据不同情况，本文整理了如下维权之道：



（图一 UP 主维权的四种方法）

维权第一式：釜底抽薪之工商举报

工商举报系成本最低的维权方式之一，而且具有釜底抽薪的效果，建议 UP 主们先积极尝试此法。若商标流氓企业的经营状况异常，工商部门接到举报投诉后，经检查符合条件的可以吊销营业执照。

典型属于“经营状况异常”的情况有“长期不营业”，具体体现为企业成立后无正当理由超过六个月未开业的，或者开业后自行停业连续六个月以上^[1]，或者领取营业执照后满 6 个月尚未开展经营活动或者停止经营活动满 1 年^[2]。实践中那些专门从事抢注他人商标进行转卖或勒索的企业大多符合此种情况。

此外，若涉案企业连续两个年度未依法报送年度报告且未进行纳税申报，各级工商部门可依法开展清理工作，清理方式包括吊销营业执照；^[3]或者涉案企业通过登记的住所或者经营场所无法联系或未按照规定期限公示年度报告，工商部门应当将之列入经营异常名录。纳入异常名录的企业届满 3 年未履行公示义务的，将被列入严重违法企业名单。^[4]因此，若商标流氓存在上述情形之一，UP 主们都可积极尝试投诉举报。

若商标流氓系个体工商户，是否可以参照前述规定申请吊销营业执照？根据《市场监管总局关于做好 2018 年度市场主体年报公示工作的通知》，长期停业未经营的个体工商户也应当被清理。敬汉卿案中，抢注其姓名商标的主体镜湖区知桥电子产品销售部（以下简称

“知桥电子”）就是一家 2017 年 8 月 29 日注册的个体工商户，其 2017 年度报告显示 2017 年的销售和纳税总额均为 0，该个体户很可能存在长期未经营之情形。因此，笔者建议敬汉卿可以尝试向知桥电子的登记机关举报。

维权第二式：亡羊补牢之异议申请和宣告无效

当账号被商标流氓抢注，根据不同阶段 UP 主们可以采取不同策略：若系争商标公告期尚未届满，此时商标还未被核准注册，UP 主可以向商标局提出异议；若系争商标已被核准注册，则可以向商标局申请宣告商标无效。

（一）异议申请

系争商标公告期尚未届满，以 UP 主商标遭抢注为由提出商标异议，进而阻碍商标核准注册，最常用的是《商标法》第三十二条：“*申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。*” 以此为由向商标局提出异议，需证明商标流氓损害 UP 主在先权利（以下简称情形一）**或者**证明商标流氓系以不正当手段抢注 UP 主已经使用且有一定影响的商标（以下简称情形二）。情形一和情形二，满足其一即可申请商标异议。

1.情形一：损害在先权利

以敬汉卿案为例，知桥电子抢注了敬汉卿的姓名，敬汉卿还能使用其姓名吗？除了姓名权外，还有哪些在先权利？

抢注敬汉卿姓名为商标，系典型的侵害姓名权这一在先权利的情形。根据《商标审查及审理标准》（2017 修订，以下简称《审查标准》），所谓“在先权利”是指“在系争商标申请注册日之前已经取得的，除商标权以外的其他权利，包括字号权、著作权、外观设计专利权、姓名权、肖像权以及应予保护的其他合法在先权益”，本文主要详述侵害 UP 主姓名权这种情况。侵害姓名权又可以区分为：1.侵害本名，如敬汉卿；2.侵害笔名、艺名、译名等。

对 UP 主们而言，需要证明商标流氓损害了自己姓名权这一在先权利。根据《审查标准》，可以从以下几点考量：

（1）在相关公众的认知中，系争商标文字指向该姓名权人。比如，普通公众看到标记有“敬汉卿”商标的商品或服务时，很容易误认为这些商品或服务与敬汉卿本人存在代言、许可等联系。

（2）系争商标的注册给他人姓名权可能造成损害。基于商标权的排他性，被抢注后敬汉卿本人将不得对其姓名进行二次注册，导致敬汉卿通过 B 站累积的人气和信誉等附随经济价值无法通过商标注册和使用变现；而且在商标流氓对姓名商标经营不善时，还将影响敬汉卿本人的形象和信誉。

除敬汉卿案外，部分 UP 主是以笔名艺名注册账号的，认定商标流氓侵害 UP 主本名和侵害笔名艺名，在成立要件上有区别吗？结合法理分析，答案是肯定的。

《审查标准》明确规定他人姓名包括“本名、笔名、艺名、别名等”，未对本名与笔名等进行区别处理，即此处保护的“姓名”并不局限于通过户籍管理或身份信息采集所确定的符号（本名）。不过，《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》（2017 年，以下简称《商标授权确权行政规定》）第二十条对笔名等特定名称受损增加了“一定知名度”的要求，^[5]疑似对侵害本名和笔名艺名的构成要件予以区分：即本名侵权无需“一定知名

度”的要求。不过，通过检索有关本名侵权纠纷的案例，法院认定构成本名侵权时也借鉴了“一定知名度”的要求，否则一般人的本名难以使公众认为系争商标指代该自然人。^[6]因此，无论是侵害本名还是侵害笔名艺名等，都要求该名称具有一定知名度。但是，笔者认为，对本名和笔名艺名仍应作区分对待，因为本名对姓名权人的意义更为重大，其人格权属性更强，对本名的保护力度应当强于艺名、笔名、译名等。因此，认定侵害本名的构成要件应当宽松于笔名艺名等。

至于 UP 主账号并非本名、艺名等名称，而是采用诸如“机智的党妹”、“手工耿”、“假美食 PO 主”等特定名称，是否可以主张系争商标损害姓名权？笔者持否定态度。姓名权作为一种具体化人格权，是通过确认民事主体对姓名享有排斥他人非法干涉和侵害的权利，以实现人格尊严和人格自由的保护。尽管随着商业社会的发展，姓名权逐渐附有经济价值，但也不宜将“机智的党妹”等名称纳入姓名权，否则网络时代的任何名称都能被纳入姓名权，这将使得人格权漫无边界。况且，这类名称即使不纳入姓名权，不能以在先权利受损提起异议，UP 主们也仍可依据下文情形二予以救济。

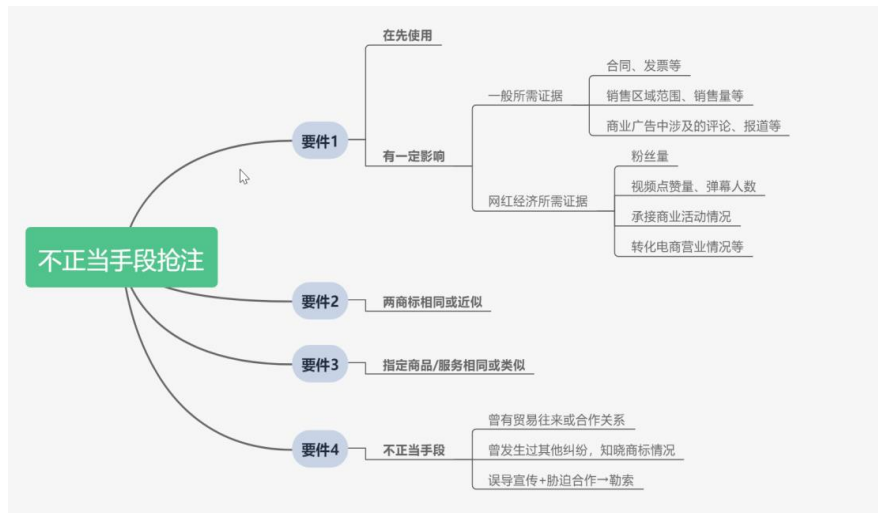
2.情形二：以不正当手段抢注他人已经使用且有一定影响的商标

当 UP 主账号不享有上述姓名权等在先权利，但经过日积月累的努力，该账号已经具有一定的知名度，面对商标流氓的恶意行为，UP 主们可以根据情形二申请异议。

情形二用于保护尚未达到驰名程度的未注册商标。根据《审理标准》，情形二的适用要件为：**（1）他人商标在系争商标申请日之前已经在先使用并有一定影响；（2）系争商标与他人商标相同或者近似；（3）系争商标所指定的商品/服务与他人商标所使用的商品/服务原则上相同或者类似；（4）系争商标申请人采取了不正当手段。本文着重对要件（1）（3）（4）予以分析：**

关于前述要件（1），一般商业活动中通常依据合同、发票、销售区域范围、销售量、广告宣传等资料来证明他人商标在系争商标申请之前有一定影响。^[7]鉴于网红经济的特殊性，证明 UP 主账户具有一定影响，可以综合其粉丝量、视频点赞和弹幕人数、承接商业活动情况（e.g 广告合同材料）、转化电商营业情况等材料予以认定。

关于前述要件（4），判定是否采取了不正当手段，可综合考虑双方是否曾有贸易往来或合作关系、是否发生过纠纷、申请人是否具有谋取利益的不正当目的等。^[8]以敬汉卿案为例：抢注敬汉卿姓名的知桥电子一共申请了 109 件商标，其中包括 B 站、微博、百家号等多个平台的作者名称，^[9]不少只有小几千、小几万粉丝的作者名称都成为知桥电子的觊觎之物，而且在抢注之后意欲勒索。此种行为存在明显的牟取不正当利益的目的，可以认定为不正当手段。



(图二：不正当手段抢注之构成要件)

(二) 宣告无效

商标流氓抢注的商标处于公告期内，UP 主才可以申请异议。若 UP 主不幸错失了异议申请的时机，商标公告期已届满，系争商标已被核准注册，此时只能申请宣告商标无效，申请依据为：《商标法》第四十四条第一款^[10]和第四十五条第一款^[11]，二者满足其一即可。

1.依据《商标法》第四十四条

UP 主若依据《商标法》第四十四条请求宣告商标无效，需要证明商标流氓存在“**以其他不正当手段取得注册**”的情形。^[12]根据《审查标准》，系争商标申请人申请注册大量商标，且明显缺乏真实使用意图的，构成“**以其他不正当手段取得注册**”。系争商标获准注册后，系争商标申请人既无实际使用行为，也无准备使用行为，仅具有出于牟取不正当利益的目的，积极向他人兜售商标、胁迫他人与其进行贸易合作、或者向他人索要高额转让费、许可使用费、侵权赔偿金等行为的，可以判定其明显缺乏真实使用意图。商标流氓大多具备以上情形，UP 主们可以据此请求宣告商标无效，且此种情形不受时效限制。

2017 年北京市高院(2017)京行终 4127 号案例明确指出，无正当理由大量囤积商标，且未提交相关商标实际使用的证据，不仅扰乱了正常的商标注册管理秩序，使商标申请注册本身行为成为牟利的手段，而且也会不正当地占用公共资源，影响有正常需求的市场主体依法注册商标，增加其注册商标的成本，损害不特定多数商标申请人的利益，有损公平竞争的市场秩序，违反诚实信用基本原则，属于商标法第四十四条第一款规定的“其他不正当手段”。

2.依据《商标法》第四十五条

原本 UP 主在系争商标公告期内可以申请异议，但因怠于维权错过时机，此时 UP 主仍可依据《商标法》第四十五条第一款请求宣告无效，^[13]请求理由同异议申请理由。若不涉及驰名商标的问题，UP 主们请求宣告系争商标无效应当注意五年的时效限制，即自商标注册之日起五年内请求宣告无效。

基于网红经济时效强、周期短的特点，一般情形下不会超过五年的时效限制，不过，

UP 主相关团队仍应重视平时的商标检索和监管，建议 UP 主团队聘请专业律师开展和实施商标战略布局以更好地保护商标。

网红经济周期短其实是一把双刃剑，其弊端在于商标宣告无效的过程对于 UP 主及其团队而言可能有些漫长。^[14]在等待无效宣告裁定的过程中，因商标流氓仍享有系争商标所有权，UP 主使用该商标可能存在法律风险，造成对事业发展的阻碍。此外，网红经济周期短也将导致对系争商标申请撤三的可能性严重降低，因为撤三所需的时间要件^[15]也很漫长（所谓商标“撤三”，是指已经注册的商标没有正当理由连续三年不使用，而被他人依法提出撤销该商标，是一种注册商标撤销处理程序）。

从时效性角度考虑，UP 主可同时进行前述工商举报和异议申请（或请求宣告无效）。同时，还可以根据需要，考虑是否注册商标流氓注册类别以外的其它类别。

维权第三式：主动出击之状告抢注人

鉴于商标流氓气焰嚣张，除了前述维权之道外，UP 主们可否主动出击、先发制人？部分律师认为 UP 主们可以以不正当竞争为由状告商标流氓，依据为《反不正当竞争法》（2019 修正，以下简称《竞争法》）第六条中规定的“擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）”。不过，以敬汉卿案为例，笔者认为关键在于如何认定知桥电子存在擅自使用行为。单纯的商标注册行为并不构成《竞争法》禁止的擅自使用行为。无论“擅自使用”是否包含销售行为，单纯的商标注册行为既不属于《商标法》第四十八条^[16]规定的直接使用商标行为，亦不属于《商标法》第五十七条规定的包含销售在内的多项商标使用行为。因此，仅凭商标注册这一行为，难以构成不正当竞争行为。

不过，若结合恶意投诉、恶意售卖等商标流氓行为，结论便有所不同。2018 年浙江省杭州市余杭区法院通过(2017)浙 0110 民初 18627 号一案首次明确职业商标抢注人的不当行为可以纳入《竞争法》的规制范围。法院认为被告所从事的一系列行为相互联系共同构成不正当竞争行为：1、被告李庆从事商标恶意抢注行为；2、从事恶意投诉行为；3、进行商标恶意售卖；4、提供有偿撤诉行为。尽管被告未实际使用过商标，其注册涉案商标的动机并非利用涉案商标开展正常的经营活动，而欲通过投诉、售卖等方式进行获利，攫取他人在先取得的成果及积累的商誉，违反了诚实信用原则，扰乱了市场的正当竞争秩序，应认定为《竞争法》第二条^[17]规定的的不正当竞争行为。

该案更有趣之处在于法院对是否存在竞争关系的论述：随着市场经济与互联网经济的深度融合，经营者之间的竞争已经不限于同行业之间，从广义角度来讲，参与市场竞争之行为皆可能具有某种程度的竞争关系。因此，只要使用不正当的手段破坏他人的竞争优势从而增强自己的竞争优势或获得相应利益，即“损人肥己”的行为即可以认为存在不正当竞争行为。笔者认为，法院对网络竞争关系的解读一定程度上符合互联网经济的特点，但此种解读将空置“竞争关系”这一构成要件，值得商榷。不过，根据 UP 主的自身情况，此种维权方式仍可尝试使用。

维权第四式：先下手为强之初期注册

以上维权第一式~第三式，均为事后救济手段。此外，UP 主们更应当注重事前保护：

在初期进行商标战略布局，为自己的账户注册商标，尤其是在商标注册成本并不高的当下。根据中国商标网《关于调整商标注册收费标准的公告》（20190619）^[18]，商标注册费如下：

收费项目	纸质申请收费标准 (按类别)	接受电子发文的网上申请收费标准 (按类别)
受理商标注册费	300 元/类（限定本类 10 个商品。10 个以上商品，每超过 1 个商品，每个商品加收 30 元）	270 元/类（限定本类 10 个商品。10 个以上商品，每超过 1 个商品，每个商品加收 27 元。）

商标注册系按商品或服务的类别注册并予以保护，一共分为四十五类。若不考虑成本，最保险的方案为全类别注册，对商标进行全方位保护；若为节约成本考虑，UP 主们开展业务经营最需要注册的类别为第 35 类中 3501 广告和第 41 类中 4102 组织和安排教育、文化、娱乐等活动和 4105 文娱、体育活动的服务，共两件商标。出于商标战略布局的考虑，建议 UP 主们委托商标代理机构或律师事务所制定商标保护方案，并选择具体的商品或服务类别注册，以实现既保险又节约成本的双重效果。

目前商标局不接受国内自然人以个人名义注册商标，国内自然人需依托商主体资格才能申请注册。因此，UP 主个人若想要注册商标，建议设立工作室（个人独资企业形式）、有限责任公司或个体工商户，并提交营业执照等证明材料。对于商标注册申请缺乏经验的 UP 主们，可以委托商标代理机构或律师事务所办理。

需注意，从商标注册申请到核准注册，一般需要一年多的时间。鉴于网红经济的时效强、周期短等特点，UP 主们更应当留意该时间成本，及早规划、及早注册。

结语

令人可喜的是，预计 2019 年 11 月 1 日生效的新《商标法》也加大了对恶意抢注商标行为的规制。一是加大申请注册的难度：不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回。^[19]相应地，此款也为以恶意抢注为由申请商标异议和宣告无效提供了有利依据。二是增加对商标代理机构的处罚：对恶意申请商标注册的，根据情节给予警告、罚款等行政处罚。^[20]此外，敬汉卿事件曝光后，多家平台欲助 UP 主维权。据新华网报道，8 月 5 日 B 站回应称不会要求 UP 主修改昵称，并将为被恶意抢注名称的 UP 主提供法律咨询。西瓜视频也表示将永远和创作人站在一起，除为被恶意抢注商标的创作人给予法律援助外，也将为有意注册商标的创作人提供专业支持。尽管商标流氓猖狂，UP 主仍存在多种维权救济之道。因此，笔者希望 UP 主和平台共同运用法律手段，击溃商标流氓。

[1]依据：《公司法》（2018 年）第二百一十一条、《个人独资企业法》（2000 年）第三十六条。

[2]依据：《企业法人登记管理条例》（2019 年修订）第二十二条。

[3]依据：《工商总局、国家税务总局关于清理长期停业未经营企业工作有关问题的通知》（2016 年）。

[4]依据：《企业经营异常名录管理暂行办法》（2014 年）。

[5]根据《审查标准》，若以笔名等特定名称主张系争商标损害姓名权的，要求该特定名称有一定的知名度，与该自然人建立了稳定的对应关系，相关公众以其指代该自然人的；若以本名主张系争商标侵害姓名权的，需相关公众认为该商标标志指代了该自然人，容易认为标记有该商标的商品系经过该自然人许可或者与该自然人存在特定联系的。

[6]参见案例(2016)京 73 行初 3799 号、(2018)京行终 1110 号。

[7]根据《审查标准》：“证明商标具有一定影响，可以提供下列证据材料：

- （1）该商标最早使用时间和持续使用情况等相关资料；
- （2）该商标所标示的商品/服务的合同、发票、提货单、银行进帐单、进出口凭据等；
- （3）该商标所标示的商品/服务的销售区域范围、销售量、销售渠道、方式、市场份额等相关资料；
- （4）该商标所有人在广播、电影、电视、报纸、期刊、网络、户外等媒体发布的商业广告、宣传资料及上述媒体中所有涉及到该商标的评论、报道、宣传等资料；
- （5）该商标所标示的商品/服务参加展览会、博览会、拍卖等商业活动的相关资料；
- （6）该商标的获奖等商誉资料；
- （7）其他可以证明该商标有一定影响的资料。

当事人提交的域外证据材料，能够证明该商标为中国相关公众所知晓的，应当予以采信。”

[8]根据《审查标准》：“判定系争商标申请是否采取不正当手段，可综合考虑下列因素：

- （1）系争商标申请人与在先使用人曾有贸易往来或合作关系；
- （2）系争商标申请人与在先商标使用人共处相同地域或者双方商品/服务有相同的销售渠道和地域范围；
- （3）系争商标申请人与在先使用人曾发生过其他纠纷，可知晓在先使用人商标；
- （4）系争商标申请人与在先使用人曾有内部人员往来关系；
- （5）系争商标申请人具有以牟取不正当利益为目的，利用在先使用人有一定影响商标的声誉和影响力进行误导宣传，胁迫在先使用人与其进行贸易合作，向在先使用人或者他人索要高额转让费、许可使用费或者侵权赔偿金等行为；
- （6）他人商标具有较强独创性，系争商标与之高度近似；
- （7）其他可以认定为不正当手段的情形。”

[9]如“搞笑辣条哥”“故人童心”“惜花花”等。

[10]《商标法》第四十四条第一款 已经注册的商标，违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标局宣告该注册商标无效；其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。

[11]《商标法》第四十五条第一款 已经注册的商标，违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，自商标注册之日起五年内，在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。对恶意注册的，驰名商标所有人不受五年的时间限制。

[12]根据《审查标准》，以其他不正当手段取得注册是“指确有充分证据证明系争商标注册人采用欺骗手段以外的扰乱商标注册秩序、损害公共利益、不正当占用公共资源或者以其他方式谋取不正当利益等其他不正当手段取得注册，其行为违反了诚实信用原则，损害了公共利益。对于只是损害特定民事权益的情形，则应适用商标法第四十五条及商标法的其他相应规定进行审查判断。”

《商标授权确权行政规定》第二十四条亦有类似规定：以欺骗手段以外的其他方式扰乱商标注册秩序、损害公共利益、不正当占用公共资源或者谋取不正当利益的，人民法院可以认定其属于商标法第四十四条第一款规定的“其他不正当手段”。

[13]《商标法》第四十五条第一款：已经注册的商标，违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，自商标注册之日起五年内，在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。对恶意注册的，驰名商标所有人不受五年的时间限制。

[14]依据：《商标法》第四十五条第二款 商标评审委员会收到宣告注册商标无效的申请书后，应当书面通知有关当事人，并限期提出答辩。商标评审委员会应当自收到申请之日起十二个月内做出维持注册商标或者宣告注册商标无效的裁定，并书面通知当事人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长六个月。当事人对商标评审委员会的裁定不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。人民法院应当通知商标裁定程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。

[15]依据：《商标法》第四十九条第二款 注册商标成为其核定使用的商品的通用名称或者没有正当理由连续三年不使用的，任

何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。商标局应当自收到申请之日起九个月内做出决定。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。

[16]《商标法》第四十八条 本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。

[17]《反不正当竞争法》第二条第二款 本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。

[18]http://sbj.cnipa.gov.cn/gzdt/201906/t20190619_302481.html

[19]新《商标法》（尚未生效）第四条第一款。

[20]新《商标法》（尚未生效）第六十八条第四款。

（本文首发于 2019 年 9 月 4 日）

“猴姑”商标或被无效，“谐音梗”商标搬石砸脚？

黄妃珍、黄璞虑

“江中猴姑”饼干自上市以来，通过一系列营销布局，快速跃升为饼干市场“销售冠军”。

“猴姑”一词变得颇有存在感，其他食品商家的各式“猴菇”饼干、“猴头菇”饼干大量涌现。不论是“猴姑”还是“猴菇”，都容易使人联想到可作为饼干原料、具有健脾养胃功效的“猴头菇”。



（其他厂商：“猴菇”“猴头菇”饼干）

在拿到“猴姑”商标后，江西江中食疗科技有限公司（下称“江中公司”）与许多“猴菇企业”（即，使用“猴菇”“猴头菇”标识的企业）之间相互进行了多次拉锯战。

商标详情	商标流程
	商品/服务 咖啡; 巧克力饮料; 茶; 茶饮料; 糖; 蜂蜜; 花粉健身膏; 饼干; 蛋糕; 薄烤饼; 谷粉制食品; 蛋白杏仁饼(糕点); 面包; 馅饼(点心); 糕点; 燕麦食品; 由碎谷、干果和坚果制的早餐食品; 以谷物为主的零食小吃; 糕点用糖霜(糖衣); 芝麻糊; 月饼; 粥; 谷类制品; 面粉制品; 豆粉; 食用淀粉; 食用冰; 调味品; 酵母; 食品用香料(不包括含醛香料和香精油); 查看详情 类似群 3001;3002;3003;3004;3005;3006;3007;3008;3009;3010;3011;3012;3013;3016;3017;3018;3019;

（“猴姑”商标详情）

江中公司似要把“猴姑”企业一网打尽，起诉许多“猴菇”企业商标侵权，并取得大量胜诉判决。但“猴姑”企业也不是吃素的，不仅相互抱团，共同签署宣言呼吁法院谨慎立案、谨慎判决；还纷纷向商标评审委员会（下称商评委）请求宣告江中公司的“猴姑”商标无效，但此前均被驳回。

直至近日，事情出现了“神反转”。

今年 9 月 20 日北京知产法院针对“猴姑”商标无效宣告行政案作出的行政判决[1]，撤销了商评委于 3 月 27 日作出的维持“猴姑”商标有效的无效宣告请求裁定书，判令国家知识产

权局针对宁波市达伦之园食品有限公司（简称“达伦公司”）就江中公司“猴姑”商标提出的无效宣告请求重新作出审查裁定。也就是说，“猴姑”商标可能会被无效，“猴姑”企业们可能迎来春天。“猴姑”可能被无效的理由是什么？于其他谐音梗商标企业而言又意味着什么？本文将进行盘点分析。

一、从江中集团与达伦公司的较量看“猴姑”之争

“猴姑”与“猴菇”的纷争，尤其是江西江中制药（集团）有限责任公司（下称“江中集团”）[2]与达伦公司的较量，可谓是一波三折。



达伦公司依据《商标法》第十条第一款第（七）（八）项和第十一条第一款，请求商标无效宣告的主要理由有三，即认为“猴姑”商标（1）系猴头菇制品的通用名称；（2）仅直接表示商品主要原料；（3）用在不含猴头菇产品包装上，带有欺骗性。但这些均未得到商评委的支持，所以“猴姑”商标仍有效。

然而，最新裁定中，北京知产法院认为“猴姑”仅直接表示商品主要原料以及带有欺骗性，所以“猴姑”商标应属无效。下文将具体分析：

1.“猴姑”是否仅直接表示商品的主要原料，从而导致商标无效？

仅直接表示主要原料的商标之所以无效，是因为缺乏应有的显著性，难以起到区分商品来源的作用。“猴姑”是否仅直接表示主要原料，关键在于相关公众是否会将“猴姑”直接理解为“猴头菇”。

江中公司在推广品牌时将“猴姑”解释为猴子的姑娘，寓意为一个食品的烹饪高手；也在行政诉讼中辩称“猴姑”不是猴头菇，二者并无关联性。不过，北京知产法院综合如下因素认为“猴姑”与“猴头菇”已形成对应关系：（1）二者相差一字，但读音相同；（2）相关公众在日常生活中有略读的习惯；（3）江中公司宣传时强调江中猴姑饼干由猴头菇制成。

江中猴姑饼干

江中猴姑饼干，是江中集团于2013年9月推出的一款由猴头菇^[1]制成的饼干。江中集团选猴头菇做原料，以制药的标准研发生产出江中猴姑饼干。这是市场上第一款主打“养胃”功效的饼干。

由于差异的产品定位与大规模的市场宣传推广，产品一经面世，就在各大商超终端和电商热卖，销售长期占据了饼干品类第一。江中猴姑饼干在掀起一阵疯狂的“猴姑热潮”的同时，各杂牌也纷纷模仿跟进。“猴头菇饼干”、“猴菇饼干”等各种品牌名相近、包装相似的产品，给消费者选择上带来了困扰，甚至很多时误买了山寨产品^[2]。

中文名	江中猴姑饼干	品牌符号	猴姑（猴子姑娘）
主要原料	猴头菇	适宜人群	胃不好、总是不舒服的人群
		出品企业	江西江中食疗科技有限公司

江中猴姑饼干图册

（《百度百科关于“江中猴姑饼干”的简介》）



（《淘宝网江中食疗旗舰店关于“江中猴头菇酥性饼干”的简介》）

类似的“谐音梗”商标还有“大高粱”、“海娜”等，这两个商标都被法院认定为“仅直接表示商品的主要原料”，不予注册。

以“大高粱”为例，最高院认为“大高粱”虽不是“大高粱”，但因其读音、字形相近，且该商标指定使用在第33类酒类商品上，结合普通消费者的一般注意力，很容易将“大高粱”视为“大高粱”，理解为酿酒原料。[3]这和“猴姑”商标非常类似，若基于此类案例的裁判倾向，笔者推测“猴姑”被宣告无效的可能性比较大。

大高粱

大高粱

当前状态： 商标无效
申请日期： 2004-3-25

商品类别： 33类 酒 申请号： 3978310
申请人： 黑龙江东北大高粱酒业有限公司

2.“猴姑”是否带有欺骗性，从而导致商标无效？

是否具有欺骗性的前提在于公众易将“猴姑”理解为“猴头菇”。若江中猴姑饼干中不含有猴头菇，公众看到“猴姑”标识误以为为主要原料、成分中含有猴头菇（下称“成分误认型”商标），根据《商标审查及审理标准》，此种商标因具有欺骗性而无效。

商标是否属于成分误认型还需结合商品类别及相关公众的普遍认知能力进行综合判断。其中，商品类别这一因素很关键。比如“苹果”商标用在电脑上，公众对商品的成分不会产生误认；但“劲牌虫草劲”用在开胃酒、烧酒等商品上，容易使公众误认为商品含有虫草成分[4]。

“猴姑”案中，因为公众易将“猴姑”理解为猴头菇，所以是否具有欺骗性的关键在于商品是否含有猴头菇。达伦公司请求宣告“猴姑”无效时，提供了35家网店销售网页截图来主张江中猴姑饼干不含有猴头菇。对此，江中公司答辩称“猴姑”与“猴头菇”并无直接关联，所以“猴姑”商标不具有欺骗性。北京知产法院仅依据公众易将“猴姑”理解为“猴头菇”，就直接认定该商标具有欺骗性，未就商品是否含有猴头菇进行判断。

从淘宝网江中食疗旗舰店的销售页面看，猴姑饼干确实含有猴头菇：



（《淘宝网江中食疗旗舰店关于“江中猴姑酥性饼干”的配料表》）

由于笔者无法查询此前达伦公司提交的证明江中猴姑饼干不含猴头菇的网店销售截图，若依据现在的查询结果，因猴姑饼干确实含有猴头菇，即使公众易将“猴姑”理解为猴头菇，“猴姑”商标仍然不具有欺骗性。

不过，无论“猴姑”商标是否具有欺骗性，因其仅直接表示商品主要原料，也构成无效。

尽管北京知产法院倾向于认定“猴姑”商标无效，但“猴姑”无效与否目前仍无定数。因为当事人可能对北京知产法院的判决提起上诉或者商评委对“猴姑”商标重新审查，这都将影响“猴姑”商标的未来走向。

二、“猴姑”案的启示：无效宣告的重要战术意义

“猴姑”商标的最终去留，不仅将波及其他“谐音梗”商标，还对被诉商标侵权企业起到了示范作用——在商标侵权诉讼中，无效宣告具有重要的战术意义：

如果企业被诉商标侵权，可以尝试请求系争商标无效。哪怕被认定商标侵权且商评委认定商标有效，也还可以提起行政诉讼以尝试撤销商评委裁定、重新审查商标是否无效。

采取类似战术的，还有“聪明棒”商标的系列案件[5]：

骏达公司与楼洪飞的纠葛过往

17.3.27，二审胜诉：“聪明棒”非通用名称，撤销一审判决，骏达公司构成商标侵权。

18.11.15，商评委裁定“聪明棒”商标无效；随后骏达公司就商标侵权纠纷申请再审

16年，楼洪飞起诉骏达公司侵害其“聪明棒”商标，一审败诉：“聪明棒”系拼接类积木玩具的通用名称

17.6.5，金华玩具协会请求宣告“聪明棒”商标无效

18.12.17，再审认定骏达公司不侵权，撤销一、二审判决，驳回楼洪飞起诉

“聪明棒”商标案中，商标侵权诉讼二审判决作出后，玩具协会请求系争商标无效；商评委裁定商标无效后，被诉侵权企业就商标侵权案提起再审，最终认定不侵权。

所以，**商标侵权诉讼中，被诉侵权企业可以尝试请求宣告系争商标无效以釜底抽薪**，即使裁定系争商标无效的无效宣告请求裁定书在商标侵权二审判决后才出，依据生效的裁定书也可能促使再审法院撤销原审判决，认定不侵权。根据《商标法》（2013 修正）第四十七条第二款规定，宣告商标无效的裁定具有溯及力、可以撤销原审判决的条件为**原判决未执行或者存在商标注册人恶意给他人造成损失的情形**。

另一方面，通过无效宣告也可能给予对方压力以争取谈判优势。不过，是否可以通过提起无效宣告请求，以中止商标侵权诉讼，使诉讼程序暂停从而拖延诉讼时间？

答案是否定的。“猴姑”商标侵权案中，法院驳回了达伦公司的中止审理请求，认为“系争商标是否被宣告无效与本案的处理结果无关”。[6]通过案例检索，可以发现法院几乎都不以无效宣告请求作为侵权案件中中止审理的理由。法院认为，因为尽管系争商标被提起无效宣告请求，其仍为在先有效状态，**无效宣告请求并非中止审理的法定理由**。[7]北京高院甚至认为，即便系争商标被宣告无效，但中止审理申请人未能证明该裁定生效，同样不构成中止审理的理由。[8]

若“猴姑”最终被无效，江中集团及江中公司为宣传“猴姑”商标投入的高昂广告成本将付之东流，对江中公司是否不公平？若“猴姑”被无效，还有哪些类似的谐音商标又将瑟瑟发抖，步其后尘呢？

[1]案号：（2019）京 73 行初 5903 号。

[2]“猴姑”原系江西集团申请的商标（申请/注册号：13055691），后转让给江中公司。

[3]“大高粱”商标，参见《最高人民法院（2011）知行字第 84 号行政裁定书》；“海娜”商标，参见《北京市高级人民法院（2014）高行终字第 1205 号行政判决书》。

[4]参见《北京知识产权法院(2016)京 73 行初 1239 号行政判决书》

[5]参见《浙江省高级人民法院（2018）浙民再 620 号再审民事裁定书》

[6]参见《湖南省邵阳市中级人民法院（2018）湘 05 民初 115 号民事判决书》

[7]参见《最高人民法院(2019)最高法行再 68 号行政判决书》《最高人民法院(2018)最高法行申 8119 号行政裁定书》《最高人民法院(2017)最高法民再 262 号民事判决书》《北京市高级人民法院(2019)京行终 4986 号行政判决书》

[8]参见《北京市高级人民法院(2019)京行终 2678 号行政判决书》

（本文首发于 2019 年 10 月 24 日）

当当网夫妇反目，公司创始人真的难逃“夫妻劫”吗？

朱晔明

正所谓，夫妻同心，其利断金。但与此同时，创业所带来的巨大工作负荷、多重角色转换、经济利益的巨大变动，都会对夫妻关系带来严峻的考验。

上周，当当网夫妻档创始人李国庆和俞渝，在社交平台上的反目引起了业内的极大关注。

要知道，这二位携手相持二十余年，曾被业内誉为“模范夫妻”，并创下了中国互联网界的电商神话。

1999年11月，李国庆与妻子俞渝联合创办当当。一个擅长运营和市场，一个擅长资本和人事。两人颇有眼光地瞄准了网购图书的交易，用李自己的话说，“我们梦想当当网在未来会成为一家改变中国文化产业，改变全民阅读的公司。”

2010年12月8日，当当在纽约证券交易所挂牌上市，成为中国第一家完全基于线上业务、在美国上市的B2C网上商城。上市当天，当当股价上涨86%，并以3.13亿美元的IPO融资额，创造了亚太区2010年高科技公司融资额度的历史新高。

但随着当当在竞争中处于下风以及退市、出售等诸多资本变局，这对亲密伙伴因战略分歧最终分道扬镳，李国庆在接受某财经专栏独家专访时的一怒摔杯，更是表明“一辈子都不会原谅俞渝”。这使得创业公司难逃“夫妻劫”的话题再度闯入公众视野。

从李国庆与海克财经的专访来看，他对俞渝的“怨”主要在于：

1. 2014年李国庆决定“禅让”，把老当当的业务完全交给俞渝，自己拿1000美金开拓新业务，且业绩效果不错，2015-2017开拓新业务的三年间，俞渝仍对新业务指手画脚。
2. 2018年初，俞渝又要求李国庆把新业务也上交，只让其管政府事务、公共事务部，将其架空。
3. 在李国庆离开老当当的三年里，“6个副总，5个都走了，都是俞渝挤对走的，她故意挤兑走的。她很看重你跟李国庆还是跟俞渝”。
4. 美国上市公司境外架构时，李国庆27%，俞渝5%。后来回国拆VIE架构（持股方只有变成境内的，海航才能全收）。俞渝先是要求和李国庆股份对半开、后又提议把股份给儿子，最终实现李国庆25%，俞渝75%的股权比例。
5. 俞渝和小股东们希望将当当网卖给海航套现，但李国庆认为海航拿不出这么多现金，同时，海航对于当当网的发展没有规划，即便要嫁，海航也不是一个合适的选择。但李国庆的持股比例不足四分之一，回天乏术。

随后俞渝也对李的说辞发出了诸多反驳，两人的是是非非，真相无从确认，但可以看出，夫妻俩多年来在经营战略，管理问题、用人问题上的分歧和拉锯、彼此内耗，对当当网的发展产生了不容忽视的影响。

“夫妻店”存在哪些隐患？

创业夫妻档，在互联网乃至整个创业江湖并不罕见，虽有一些纠葛四起，但总体上正能

量居多，比如百度李彦宏马东敏夫妇、阿里巴巴马云张瑛夫妇、美团王兴郭万怀夫妇等等，这些创业夫妻档大多数构成了体面甚至感人的“共患难”创业故事。

正所谓，夫妻同心，其利断金，一度被认为是创业的不错选择。在创业初期，挑选夫妻、同学、同事等作为搭档/合伙人，普遍来说具有一些先发优势，一致的利益诉求、资源互助和情感绑定、降低信任成本，能够帮助创业公司及早期地稳定团队、提高运作效率、赢得竞争先机。

然而，随着企业走出创业“草莽期”，“劲往一处使”的情感红利也会逐渐弱化，内部的隐患也会暴露出来。

一来，情感与商业容易混同，理性决策难免受到人情干扰，将简单问题复杂化。目前，大部分的创业夫妻店都是采用家族式管理模式，在企业运营中，顾及面子、感情、伦理，任人唯亲或奖罚不公，使得本应理性的商业决策让步的情况屡见不鲜。

二来，公司权力界限不分明，导致企业员工价值观的混乱，影响决策效率。公司的发展与治理需要更理性的团队构成和决策机制，如果夫妻间在决策时经常产生矛盾，或，不能重新规划其中一方的身份和权责问题，将造成严重内耗。典型如李国庆、俞渝，两者无“主内主外”之分、无上下级之分，是为数不多话语权“平分”的创业伙伴。如李国庆所述“我们俩在经营管理、用人、战略上老不一致，打了这么多年，董事会也弄不动。一有分歧，就拿到董事会，但拿到董事会，董事会就说，别表态了，别表决了，你们俩自己商量吧。”

投融资中的“夫妻劫”

土豆网当年被优酷收购时的消息很突然，表面上，是因两家企业市场发展差距拉大，导致前者的被迫卖身，但其实背后也有“夫妻劫”的影子。

在王微创立土豆网之后不久，就认识了主持人杨蕾，两人一见钟情。之后，杨蕾虽然没在土豆网担任名义上的职位，但不遗余力地为土豆网和王微在传媒界铺路、引荐人脉、引入资源、把关传媒相关工作等。经过一年多短暂的婚姻甜蜜期，两人便因感情不和准备分手。

彼时恰逢 2010 年底，土豆网刚向美国证交会提交了上市申请（其最大的竞争对手优酷网也紧随其后递交了上市申请），却在此时，杨蕾发起了离婚诉讼申请析产，法院由此冻结了王微所持土豆网的股权（据悉，王微占股 95%，有 76% 涉及夫妻共有财产问题，其中 38% 被法院冻结）。

土豆网纳斯达克上市被迫半途夭折，王微不得不重新坐到谈判桌前与前妻进行协商。离婚财产纠纷得以解决后的半年，土豆网再次提交上市申请，却已然错过最佳上市时机。系因当时的华尔街正爆发中概股的信任危机，导致大批中国企业被做空股价暴跌，再加上欧美资本市场蔓延的欧债危机，外界对土豆网的 IPO 普遍持悲观态度。

2011 年 8 月，土豆网终于在市况极其惨淡的商业环境下开始 IPO 路演。可悲的是，土豆网挂牌当天即遭遇破发，较 29 美元的发行价下跌 11.86%，以 25.56 美元收盘。截至 2012 年 1 月，一路下挫的股价已跌至 9.5 美元，还不及 IPO 价格的三分之一。

作为投资人，此时最在乎的当然是如何保住自己的投资利益。2012 年初，“优酷网以 158% 的溢价换股收购土豆网，土豆网成为优酷网的全资子公司，并从纳斯达克退市”的消息引爆业界……借此举，投资人套现退出，而股权已被摊薄的王微纵然心有不甘，也只能咬咬牙接受命运的安排。

无独有偶，赶集网的杨浩然与妻子的离婚财产纠纷、真功夫家庭内部的析产纠纷等，也都是典型的“夫妻店”经典案例。

此后，VC 们开始意识到企业创始人婚变所带来的投资风险。

夫妻店投融资中的注意要点

站在创始人的角度，该如何防范夫妻关系的变故对企业发展战略、重要决策、日常经营产生不利影响？甚至影响企业融资、上市等关键节点？

我国传统的夫妻店管理模式大都是“家族式的”，夫妻在企业中有着绝对的话语权，所带来的副作用也往往令人头疼。为了完善并规范企业治理，要么合理设置分工，把企业经营决策权交至一方手中；更佳方案是，直接引入职业经理团队，全面规范制度建设、业务流程、协商机制，减少夫妻股东对企业经营的影响。

而站在投资人的角度，又该如何确保投资收益稳定、可控、有所保障？

投资夫妻店最大的隐患可总结为“夫妻反目，殃及池鱼”。而要避免这种风险，投资人需着重注意的有以下几个方面：

1.了解公司的控制权究竟在哪一方？是否其中一方对公司拥有明确的控制权限？公司股权结构是否清晰，足以避免公司因控制权之争而陷入僵局？

2.公司结构划分是否合理、权责是否清晰，公司内部是否有完善的决策机制和管理机制。同时，也要考量“夫妻”对于公司业务的影响力——夫妻在企业内部的分工是什么？如公司突然缺少一人，是否会给公司业务带来重大的不利影响。投资人需要判断，公司是否已经具备了保持自我运转的能力。意即，投资人必须充分考量在“夫妻反目”的情况下，公司是否还能进行有效的运转；发生离婚财产分割时，是否会对公司运营、上市、估值产生较大的影响。

3.在投资时，投资协议中是否为投资人设置了清晰、完善的退出机制。一旦“夫妻店”发生纠纷时，可确保投资人及时“止损”，除此之外，投资人还可关注相关协议中是否设置了足够的权利保障机制保障自己作为投资人的权益，如创始人限制条款、公司治理条款、对赌条款等。

总之，除对公司整体运作的判断、分析外，投资人的权益保障仍需依靠其所签署的相关协议文本去实现。如果说前者是投资人评判投资项目是否值得投资的标杆，后者就是对投资人权益最切乎实际的保障方式。两者相结合，投资人才可以最大化地控制风险、获取利益。

（本文首发于 2019 年 10 月 28 日）

区块链风潮再起，律师的这几项业务或将受到影响

朱晔明、卫新

2019年10月末的中央政治局学习会上，领导人就区块链技术发表的讲话再一次将区块链推向了舆论风口，“加大投入”、“加快推动”、“加快布局”等表述令人为之振奋。

此前已经有不少文章探讨了区块链技术本身，**星瀚律师事务所亦长期关注该版块并进行了大量介绍。遗憾的是，前期国内的区块链发展，挖矿、发币、ICO，投机的气氛压过技术研发，更忽略了如何通过规则来助力技术应用。**今天，我们希望换个视角，来与大家交流区块链技术会给律师业务带来哪些可能的影响。

区块链是一个供多方参与的分布式加密记账本，换言之，区块链账本上如实记录了每一笔交易信息（“记账本”），但不归属于任何一个组织机构或个人，而是由区块链上的各个节点同时记录，且该记录可供所有用户查询（“分布式”）。与此同时，区块链系统会分配给用户一对密钥，这是保证用户真实身份的唯一标识，从而保证账户信息不会被篡改（“加密性”）。

基于这些特性，区块链会给诸多行业和公司带来深刻的影响和变革，从万物联网到智能制造，从数字金融到政府服务，“区块链和经济社会融合发展”需要方方面面的落地，其中自然离不开“区块链+法律”的新趋势和新机遇。

一方面，律师的服务对象得以扩展，一大批以区块链作为核心技术的公司客户涌现，衍生出矿机矿场转移、境外ICO合规、区块链项目合规等新型服务内容；另一方面，**律师的服务模式和思路也会产生变化，或能为特定行业和业务领域带来创新式的法律服务。**

解决股权分配过程中的痛点

区块链的特质决定了“通证经济”必将拥有广阔前景。**在区块链的世界里，通证（Token）是一种虚拟的、抽象化的数字权益凭证（“通”代表流通、无限制，“证”代表权益、凭证），一群人基于共识，共同制定“游戏规则”，包括通证如何获得、交易、兑付等，就构成了“通证经济”。这一特质与企业的股权分配、股权动态调整的问题不谋而合。**

长久以来，从公司设立阶段的股权应当如何安排、到公司发展过程中的股权应当如何变化、再到引入投资人之后的股权调整等都是公司股东们的痛点与难点，诸多与股权有关的纷争也是因为**贡献和股权分配的不对应**而引发。如何才能产生一套令所有人都信服的股权分配机制，一直都是法律、经济、管理等各领域的专家们所关注的焦点。

在未来的股权分配机制设计过程中，倘若能够依靠区块链技术的支撑，对律师研发与设计较为复杂的股权调整机制或有重要影响。过去，股东的权益确认可能是股东名册、工商登记；可能是像华为一样，锁在档案室记录本上的一行行员工名单和持股比例；可能是公司内部的一套简易系统……其背后既需要管理成本的投入、制度设计的保障，也离不开高昂的信任成本，因为不直观、不透明、不公正，埋下了分歧和争议的隐患。**但通证模式却能实现权益的灵活可信映射，参与的各方基于共识制定规则，公开透明、真实记录、不可篡改。**

在此过程中，各方通过事先的评估，确定初始的“流通”股份，再通过目标和方向达成“挖矿”的共识机制与智能合约，真实的贡献可被完整记录，从而无需担心个人的付出无法被客观评价；共识和价值的认定方式也无法篡改，避免“查账”过程中的疑虑和没必要的争执。

而随着公司的发展进程，再以通证数量进行投票决策，修改股权分配机制，让贡献和所得的变动机制更加去中心化。

拥有通证经济思维的律师，在面对股权激励和动态股权分配时，或许会有新的启发。最终实现——价值增量的股东的股权随其持续为公司所作出的贡献的增加而相应增加，而价值缺乏的股东的股权会原地踏步，甚至被清退。这可能会对公司股权设计和管理带来革命性的迭代。

助力知识产权保护

2018年6月28日，全国首例区块链存证案一审宣判，杭州互联网法院在判决书中确认了区块链存证的合法有效性。

在该例著作权侵权案中，原告起诉被告未经授权在网站上转载了其作品，侵害了其信息网络传播权，但在此过程中，原告并未采取传统的公证，而是使用区块链存证的方式，并受到了杭州互联网法院的认可。

律师公证、公证处公证、时间戳公证等都是律师们最常使用的证据固定方式，但在数字化时代，信息的高速流转导致文本、图像、音视频等作品的确认、维权难度极高。区块链技术去中心化、匿名化、开放性、信息不可篡改等特点，使其在知识产权保护方面的应用具有得天独厚的优势。

对于知识产权律师而言，可以考虑将以下要素植入权利保障、许可、转让类的法律服务：

一，知识产权数字化使得链上知识产权交易成为可能。通过区块链实现链上知识产权交易，所有交易信息都可以被追踪和查询，避免多重授权、定价混乱、欺诈等现象。

二，区块链技术使得知识产权可溯源。无论作品在互联网上传播到哪里，都能对其进行跟踪定位，当发生转载授权时可通过“智能合约”使交易自助并持续地发生，第一时间支付费用。对于优质的原创作者来说，有了全新的知识变现途径。

三，侵权监测的成本和效果将产生质变。区块链技术能够自动记录版权的全量信息，在链上具有明确、清晰的权利归属，能在第一时间确认侵权事实，同时也能快速找到侵权主体。

不仅仅是知识产权，随着各互联网法院和第三方存证平台的成熟，未来，保险证券、电商网购、信用卡纠纷等案件的证据都有可能通过上链固证，全节点见证、全链路可信，大大提升律师服务的效率。“技术派”律师的创新思维或大有作为。

推动贸易经济发展

进博会期间，上海国际贸易单一窗口“区块链+”新闻发布会在上海国家会展中心举行，其通过“区块链+”举措，布局跨境人民币融资、医药供应链追溯、辅助海关智慧监管、融合第三方贸易服务等重要领域。不难看出，在未来的贸易业务中，亦有区块链技术大展拳脚的广阔天地。

例如，在贸易交易中，律师可以充分利用智能合约的技术保障，定制更为详细的交易规则，满足特定条件即自动判定达成交易，不用顾虑交易对手的违约风险。

再如，贸易行业的投融资长期存在困难，由于贸易本身涉及行业面广，交易链条长、结算方式多样，需要银行多部门协作完成一个复杂的审核流程，特别是跨境贸易时，存在丢件和贸易单据造假风险，处理时间有时长达一个多月。更麻烦的是，通过“人”来进行资料收集

审核的传统模式，不利于业务管理和风险控制。

区块链的技术能实现贸易环节全流程掌控，打造“资产互联”的平台，其优势包括：可以很好地解决贷前调查、贷中审查、贷后管理实时监控，保证预设条件触发后强制及自动执行相关流程；减少人力投入，提升投入产出比；信息集中上链，利于银行准确进行信息验证和对比，减少造假风险。

在贸易融资中，由于底层资产变得高度透明，监管重点也从合规层面逐步上升到系统性风险的识别层面，这意味着，律师需要将工作重心更多地放在机制设计、企业风控和企业治理层面，既要谨慎应对，又要统筹谋划，这无疑给律师的业务拓展带来了新的增长空间，却也对其专业性、风险敏感性、全篇布局的能力提出了更高的要求。

小结

当技术和智能应用逐步简化、优化、甚至取代了“人”的工作，我们在欢欣鼓舞的同时，也需要找寻新的价值和突破点。

平台拥有的是区块链技术，而律师拥有的是区块链思维——如何在组织架构中植入契约意识，通过共识来加强协作；如何将规则制定得更为合理公正、具有可行性；如何确保未来的执行结果效率更高、更满足客户预期……

带着区块链思维去设计架构、审视交易时，会带来更多前沿性的新思路。在未来，拥有区块链思维的律师，也许会成为弯道超车者、甚至成为赛道的领跑者。

（本文首发于 2019 年 12 月 3 日）

星瀚人文

热爱法律的技术派

55 场活动背后的欢喜与忧愁

宋佳

去年12月18日，伴随着星瀚税务主题开放日的结束，我发了一个朋友圈，配文是：

“从分享区块链如何与新商业场景结合，到解读个税改革带给企业和个人的影响，我们始终走在前沿；从探讨企业劳动人事管理的误区，到讲述电子取证在反舞弊案件中的应用，我们坚持专业精深；从向留学生介绍中国律师行业的发展历程，到与法律人交流星瀚管理运营的秘密，我们一直热爱分享……”

2018年，星瀚所主办、承办或协办的活动达到55场，在每一场活动的背后是很多人的付出和努力，其中五味俱全，别有一番风味。

重视统筹，也关注细节

活动统筹是办好活动的关键，井然有序、符合需求、张弛有度方能令人印象深刻。但在统筹之余，细节也很重要。举办一场活动有多少细节要注意？这个问题很难回答。

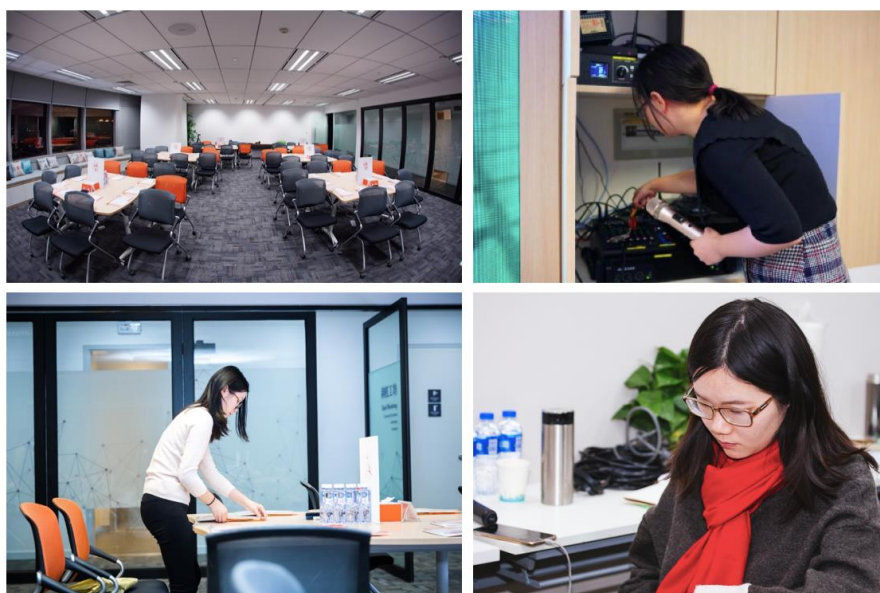
我们最早举办开放日的时候是做一张筹备表，上面写着流程安排和对应分工，签到、引导、主持、物料……十几个职能。伴随着每一次活动后的复盘，需要增加的细节项越来越多，比如矿泉水在活动过程中很容易被拿混，于是我们设计了瓶贴；比如活动听众日益增多，我们改纸质签到为电子签到，由此提高效率……



去年此时，我们整理了一份《上海星瀚律师事务所线下活动组织手册》，分工包括活动策划、宣传推广、物料准备、活动现场、活动后续、其他事项共六大项，一级任务被拆分为24个，对应的检查项多达90条。手册里面还列出了活动组织者常见的或担心的问题，包括：如果报名人数不多怎么办、活动微信群里不活跃怎么办、主讲人的PPT迟迟不给怎么办等，当然，也写出了应对建议。即使如此，我们依然有精益求精的空间。

就在最近一次的活动，一位经常担纲主讲人的律师偶然地没有用我们运营体系准备的电脑，而是首次直接连他自己的笔记本，我们发现，这位主讲人的电脑设置了节能模

式，三分钟不碰电脑就会黑屏，于是活动结束后，我们的检查项里又多了一条：主讲人使用自己的电脑时务必确认其是否启用了屏保模式、节能模式，如有，需关闭。



活动主讲人的成就感往往来自于听众的好评；作为活动的组织者，我们也会有自己的成就感。某次活动结束后，一位听众特地找到活动现场总监说：“我的朋友今天有事情没能过来，他想让我帮他拿一下胸牌。我刚刚把有我名字的胸牌发到了朋友圈，他看了很喜欢，特意叫我来问如果本人没来的话，能不能拿个胸牌留作纪念？”那一刻，活动总监感到很温暖，复盘的时候特地做了分享。

组织活动就是这样一件既考验整体、又考验细节的事情，组织者既要有机灵劲，也要肯下笨功夫，因为真心实意是无法通过投机取巧达成的。

用心后的遗憾

纵然有了很丰富的活动组织经验，有不断完善中的手册，但依然免不了有遗憾。作为组织者，一场活动如果成功，我们觉得是职责所在；一场活动如果留有遗憾，这个遗憾会在组织者的心里放大一百倍、一千倍。

有时候，我们会为自己的失误懊恼；比如在一个雨天，我们已经想好了要将伞架提前拿出来，但临到签到时突然发现忙忘了，后来拿出了伞架、活动也非常成功，但活动现场总监却怎么也高兴不起来。

还有些时候，我们不得不应对突发状况，比如有一次我们租借了场地办研讨会，怎料隔壁会议室里不断飘来广场舞的音乐。我们请酒店工作人员协调，但工作人员表示无能为力；我们自己前去沟通，情况的改善也不稳定。尽管在租赁场地时就确认过了会议室情况，包括跟销售了解过邻近会议室的租赁用途等，可还是避免不了意外的发生。

一个优秀的活动组织团队是千锤百炼后的成果，当我们看到一个场地时就能说出适用桁架的尺寸、舞台搭建的面积、场地布置的若干种方案时，背后是许多次的积累，有欢喜、也有挫败。

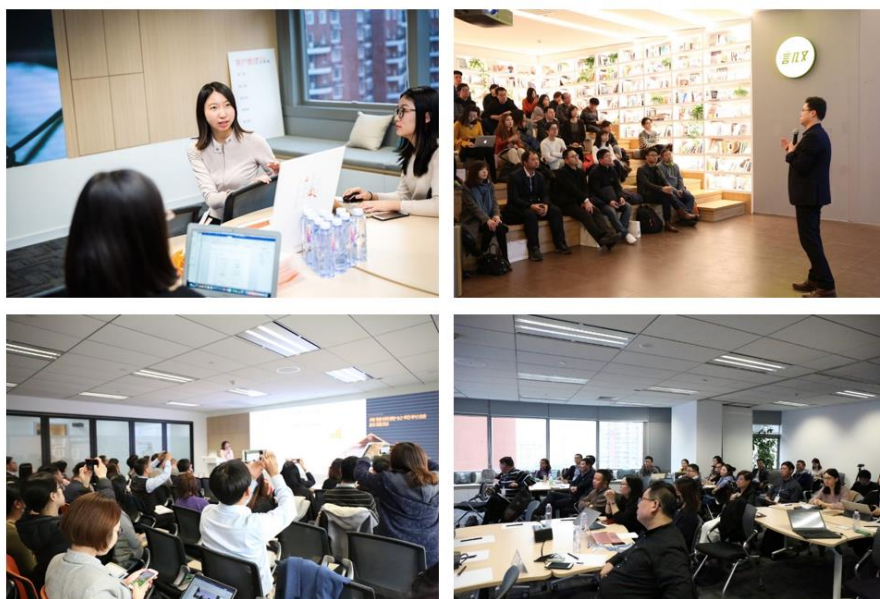
时至今日，我们依然会在一些关键活动的前夕有些紧张、有些焦虑、甚至失眠，尽管后续的活动开展通常都会如预期般顺利，但我们还是想要保持这颗敬畏心，因为活动的背后是主讲人的精心准备、是听众的满心期待、是很多人的宝贵时间，来不得丝毫怠慢。

令人快乐的烦恼

当然，现场的麻烦事并不尽是令人懊恼的，也会有值得高兴的时刻。例如实际到场人数超出了报名人数；又比如主讲人一直反反复复改PPT或者延迟给PPT，但终究是呈现了一场令人难忘、好评如潮的分享。

其实，说了那么多组织者所做的事情，一场活动最关键的角色还是我们的主讲人，听众们的获得感、满足感也主要来源于主讲人。组织者在更多时候是做好应该做的，尽量锦上添花。

在每一次精彩分享的背后，我们的主讲人都付出了很多。一个90分钟的分享，需要很多时间的积累，而且不仅要有丰厚的知识，还要有转化的能力。专业律师为了将转化工作做好，会一遍遍预演，将预演的录音拿给我们听，让我们从普通听众的角度提意见，哪里可以快速带过、哪里需要进一步深入，哪里可以穿插案例、哪里要将背景交代得更清楚一些……



如果在晚上十点以后还看到大会议室里开着灯、但关着门，如果第二天又恰好有活动的话，不用怀疑，一定是主讲人在做最后的冲刺；未来我们也会分享主讲人的故事给大家。

2019年，星瀚还会一如既往地组织大大小小的各类活动，在这些活动的背后，依然会有很多努力的身影。在我看来，办一场活动本身并不值得骄傲，坚持踏实地做好这件事情、不断自我驱动、追求极致，很多年后再看，这个历程应该是值得骄傲的。

（本文首发于 2019 年 1 月 11 日）

她们才是律所里的“顶级流量”

宋佳

创办一家律所，必不可少的是什么？专业的律师、固定的场地、合法的资质……以及，优秀的财务！

卫新律师有时会开玩笑说：“在律所，最重要的是和财务搞好关系。”同事们也会笑道：“那是当然，她们管着我们的钱呐。”

财务室在星瀚拥有“顶级流量”，不仅因为那里把握着律所的发展命脉，也因为每天都有很多同事在财务室进进出出、办理各种事项，可谓最繁忙的办公室。星瀚的财务们都集颜值和才华于一身，她们所承担的职能也远远超乎大家的想象。

凌瑶组合

2013年的夏天，张红凌入职星瀚，在此之前，红凌任职于一家知名的会计师事务所，主要负责上市公司的审计工作。诚如大家所知道的，作为审计的红凌工作异常忙碌、加班强度极大，而且需要长期出差，红凌说：“休假很少，就连春节也都只有两三天可以休息。”于是，希望改变生活节奏的红凌选择了离职，在调整期中逐步思考新工作的方向，“当时的我希望新工作是稳定的、离家近一些的，但同时也不要荒废我的专业，能够在工作中获得成就感的。”此时，星瀚的招聘信息进入了红凌的视线，就这样，红凌开启了自己与星瀚的美好缘分。



一年后，杜頊瑶入职。最初是小杜的大学老师推荐她来星瀚实习，言语之间完全可以感受到老师对小杜的喜爱，赞美其勤奋、严谨、悟性高、责任心强……实习期间，小杜的表现的确如老师所说，令大家惊艳。她不仅学东西快，还善于归纳总结，与红凌形成了极好的配合，实习之后的留用非常顺理成章。

就这样，“凌瑶组合”成立；形成至今已将近五年，她们共同守护着星瀚的财务部。

技术派财务

作为一家一体化运营的律师事务所，星瀚的财务部职能非常繁多、细致，单就日常职能而言，就有几十项之多，涉及基础财务管理的项目包括账簿管理、凭证管理、报表管理、税务管理、工资奖金发放、预算决算等职能，涉及业务管理的项目包括合同财务审核、登记付款方式、系统数据保存、开票盖章等事宜，此外，财务部也会兼顾一部分行政管理职能，毕竟行政财务部门均是红凌统筹管理的。



要在如此繁杂的工作中保持正确、高效、有条理，需要很强的责任意识并不断提炼出好的方法作为抓手。

走进财务室，大家就可以看到墙上挂着一块小白板，上面是小杜标注的付款流程、需要签字的人员、注意事项等，这些都是小杜根据同事们平常容易混淆、记错的细节整理出的“错题本”。小杜是高度重视财务流程规范的，除了日常纠错，她还推出了多篇财务流程指导、文件填写指南，帮助同事们培养财务意识。同事们每一次给小杜交单子都是慎之又慎，因为任何小错误都逃不过小杜的“火眼金睛”。



过去几年里，伴随着律所的快速发展，凌瑶组合肩负的重任也越来越多。就拿最近的两三年来说，红凌先后经历律所搬迁、装修、以及律所扩租、再装修等相当重大的项目；小杜在律所平台化、适当规模化的过程里要管理好分所和新设机构的各项财务事宜，其中

有很多艰辛与不易，但都被凌瑶组合以技术派的方式逐一化解。

不少公司的业务部门和财务部门都很容易产生分歧，但在星瀚，二者却融合得很好。凌瑶组合觉得这主要是大家彼此理解、互相配合，财务部始终是以减少律师的琐事、减轻业务部门的压力为目标的，“我们绝不是那种传统的、死磕制度型的财务部。”当然，该把控的底线财务部也绝对不会疏忽，“风控和最基本的规则肯定是不能放松的。”

生财有道

众所周知，星瀚的每一间会议室、办公室都有名字，“生财有道”便是财务室所在。至于这生财之道嘛，无非还是开源与节流。



说到“开源”，星瀚的财务部可以为业务部门、市场部门提供非常系统的数据支持，包括核算人均创收、单案创收、小时创收等数据，通过不同的维度分析出哪些业务在上行阶段、哪些业务有下行趋势。财务部常常会告诉业务部门，有些看似如火如荼的业务其实工作小时很长、单位小时费率严重落后于平均线、甚至是成本线；有些看似不经意间的案子其实效率不错，收益情况比大家主观感知上的要好。这些信息既利于业务部时常检核，对于市场部启动新产品规划也是大有裨益的。此外，财务部还会设计合理的权限，让同事们可视化地看到律所的财务数据，形成正向激励的氛围。

关于“节流”，红凌就很有话语权了，她的成本意识非常高。不仅在预算制度方面执行到位，在与供应商的价格谈判中也是绝对的专家，总能张弛有度地为律所争取到最具性价比的产品或服务。



向前一步

如果问在一家律师事务所做财务有什么优势？答案或许会是：她们可能是财务里最懂法律的人。

2018年里税改政策频出，凌瑶组合第一时间就跟进学习新规新政，不仅在星瀚内部会议上分享、对业务部门的同事们进行“辅导”；还积极配合市场部在星瀚微法苑上投稿了多篇税务相关的法律评析，收获不少关注。此外，关注新的监管动态、银行业务变化等已然是凌瑶组合的常态，她们总是能快速划好重点，及时向同事们宣导并提供应对建议。

当我们问凌瑶组合：“在星瀚达成的最有成就感的事是什么？”她们不约而同想到了在星瀚，她们还会参与到我们的常年法律顾问服务中。有些公司在步入正轨前、或在即将融资/并购的时候，会有很多财税问题需要指导或梳理，根据客户需求的不同，星瀚财务部的介入程度也不同。有些时候是提供专业类的咨询答疑，而有些时候就会有客户主动说“你们财务部的回答和方案很专业，请她们一起加入我们的项目服务吧”，在此过程中，凌瑶组合得到过很多客户公司的认可与赞赏。



可靠的财务是律所发展的重要保障，凌瑶组合于业务体系、运营体系而言，都是宝藏般的存在。与工作中的干练、严谨形成反差的是，生活里，红凌是一位非常温和的好妈妈、好太太，对家人很是关爱；而且，作为欢乐剁手党，红凌在生活里买东西都几乎不砍价，完全不是工作中分厘不让的样子。小杜则是亦动亦静，她非常热爱大自然，律所徒步社的活动她场场参与；小杜也很喜欢阅读，她经常在下班之后自我充电，或在周末到律所

来享受看书时光，她给我们的公众号写过不少书评和散文，文风非常细腻温暖。

此外，在星瀚财务部的发展过程中，也有不少关键人物。比如初代财务君珍，君珍就如冬日暖阳一般妥帖地照顾着大家；比如非常可爱的美女一江，一江不仅踏实地履行好自己的工作职责，还介绍来了我们的资深前台陆怡；以及在与铭汉所合并后，我们结识了经验丰富、温暖亲切的陆老师，陆老师在工作过程中的言传身教给年轻同事带来很多启发。“顶级流量”是很多人共同努力的成果。



关于星瀚财务部的发展，凌瑶组合表示，会继续当好支持者与管理者的角色，与星瀚共同前行。

我们还问了凌瑶组合对同事们有没有要求或期待，她们二位笑了笑说没有，只不过“高伙们总说财务部辛苦，要请财务部吃饭，但好像没有兑现过啊……”

（本文首发于 2019 年 4 月 12 日）

奔跑，是一场节奏与自由的刻意练习

卫新

年初我参加了 2019 年上海律协的十公里跑步比赛，成绩出奇得好：43'49，获得亚军，这一成绩出乎我的意料。

刚出发的时候，我跟着 6、7 个选手，跑在队伍的前列，但是不到一公里，我就发现配速太快，完全不是自己的节奏，于是主动降速，退出了第一梯队。但幸运的是，最后三公里，前面的选手陆续掉速，居然被我后来居上。当天，忍不住发了朋友圈：“要做律所主任中最会跑的。”



坚定自己的节奏

说起跑步，印象最深刻的一次是在学生时代。校运会前夕，我对喜欢的女生告白：“长跑是我的强项，男子 3000 米那天，来给我加油吧。”

之所以如此自信，是因为平日的体测中我总是名列前茅，尤其到了后半程，当其他人没了力气，我却能脱颖而出。

校园的暧昧，就像一瓶香槟，无论藏了多少甘甜的气泡，没有一个打开的仪式，再香醇也索然无味。年少的我，很期待心心念念的女孩在终点迎来一马当先的少年，在胜利中“嘭”的打开瓶塞。

起跑线上，我看见了。枪声响起的时候，我第一个冲了出去。

前半程，我未按以往的节奏跟随在“第一集团”后面，而是和几个高年级的男生交替领跑。我不时看一眼操场上的那个身影，想着速度可以更快一些。

我以为，激情能带来力量，然而脚步却开始沉重。1000 米以后，我的左腹疼痛起来。我以为撑一下就能过去，没想到感觉愈加强烈，呼吸也变得艰难。我开始落后，不断有人超过我。跑过她身边的时候，我清晰地听见焦急的声音：“加油啊！”

然而，坚持下去都困难了，我已经被一个又一个的领先者套圈，完全失去了提速超越的能力。那次比赛，我勉强撑到终点，名次倒数。结束后我瘫坐在跑道上，感觉很丢脸，失去了自己的节奏，我从一个自信满满的优胜者变成了吹牛皮的失败者。

我不是一个短跑健将，我的优势是耐力和节奏感。当强者领跑时，我跟随但不掉队，找到阻力最小的路；寻到恰当的时机，超越懈怠和失去动力的对手；遵循自己的体能规律，不盲从，不被急功近利的惯性裹挟。

跑步如此，生活和工作也如此，失去了节奏感也就失去了思考力和方法论。创业九年，星瀚从寥寥几人成为特色鲜明的优秀律所，有人问，有什么经验分享？我说，做好一家企业，节奏感是最重要的。这是挫折带来的启发，也是跑者的智慧。

自由的刻意练习

很多人是为了瘦身而跑步，我也如此。但经年累月的坚持，总要有更深的动力。一些人爱上跑步，是因为流行和社交：跑团、马拉松、夜跑，已成为融入圈子的标签。村上春树爱上跑步，是因为独处的惬意和空白的欢喜，他说：“一天跑一个小时，那是属于自己的沉默时间，是精神健康的重要功课，跑步时不需要和任何人交谈，也不必听任何人说话，只要眺望周围的风光，凝视自己就行。”

我爱独处，也爱热闹。对我而言，跑步更深的意义在于：这是一场无时无刻不在战胜自我的刻意练习。

都市人熬夜的原因就像女人逛街时为自己添件新衣找寻理由，听起来似乎情非得已，实则是控制不住欲望。夜深时刻，手机上的精彩、网络中的八卦、聚会的第二场、拖延的工作……都会消耗透支我。于是，“明天早晨还要跑步”，成为我克服欲望的最佳信念。当我每天在朋友圈晒出晨跑的记录，周遭聚会、谈工作的人们也变得接纳和理解：“好吧，你先撤吧，卫新每天早晨都要跑 10 公里。”

人生需要意义感，但现实中有太多纵使辛勤付出，也未必获得回报的事情，更不用说及时的反馈。比如律师的工作，就需要能习惯失败。诉讼的输赢、客户的选择、业务的进展、信任的增减，有时可以成就人，有时也会打击我。也许有人说，失败是成功之母。但我以为：成功才是成功之母。正向反馈，永远是一个人在某条道路上坚持下去的动力。

而跑步是一个有付出，就有反馈的运动。跑步目标的设定，可以非常随意：速度、距离、时间、心率、耗能，甚至出门的时间、坚持的天数、累计的公里，都可以成为个人的追求。

于是，我把跑步当作一场刻意练习：关掉热播的美剧为明天的晨跑睡个好觉；克服某天早晨的懒惰在破晓前走上跑道；突然遭遇一场细雨仍然坚持完成；用跑者的视角感受异乡出差的风景；今天再比昨天多跑 100 米……我所获得的，是掌控自我的成就感。



如果说，生活中的我不够坚韧，那么跑道上的练习，会给我勇气；如果说，现实的挫折，有时会让我疑虑，那么跑道上即时的“赢家”，会让我葆有热情。跑步是缩小的、加速的，关

于我自己的一场实验，他告诉我，不在状态时，会有多糟；也告诉我，坚持下去，自律克制，会有多大的潜力。我不在乎奔跑时别人的眼光，也很少参与流行的赛事，跑道上的熟悉感和意外的收获，是我最喜欢的体验。

许多年过去了，运动会上那个争强好胜的孩子已然远去；晨曦中奔跑的身影却清晰坚定，现实的路崎岖且长，中年男人会按照自己的节奏向前。

卢梭说：“人生而自由，却无往不在枷锁之中。”

我们也许逃不脱基因和宿命，但奔跑时练就的意志，会让我感觉离自由更近一点。

（本文首发于 2019 年 5 月 31 日）

青春，就是不计代价地燃烧自己

宋佳、唐诗颖、沈冠婕

终场哨声响起，星瀚篮球队和观战同事、家属们纷纷冲到球场中央，欢呼、叫嚷、拥抱、落泪……眼神相遇的时候都在呐喊着“我们拿到冠军了！”

终于，在努力、奋斗、拼搏又铩羽而归数次后，这个夏天，奇迹终于被创造！第十届上海律师篮球赛，星瀚是冠军！



热血与苦涩交织的夏天

夏天总是写满了热血的故事，而这些故事多半与赛事有关。有人演绎着一幕幕精彩与传奇，也有些人难免成为悲情的英雄，在过去几年中，星瀚一直是后者。

星瀚的众多同事都是深度篮球爱好者，律所团建、旅游都优先选择有球场的住处，当爱好者们遇上律师篮球赛，报名参赛是毫无悬念的。早年间，因为星瀚律师人数太少，板凳深度不够，参赛经验亦不足，成绩有些差强人意，甚至在律所发展非常迅速的 2015、16 年，因为业务繁忙，都没能挤出时间参赛。

2017 年，星瀚篮球队重新集结队伍，张冰清、陈越峰、张国栋等一众高手加入，尽管当年被分在了死亡之组，但是凭借着团队默契、战术素养，球队一路过关斩将，以三战全胜的成绩成为 16 强，随后又在淘汰赛阶段稳扎稳打、击败传统强队，斩获四强席位。半决赛，星瀚篮球队站到了卫冕冠军邦信阳中建中汇面前，那一年是上海的第八届律师篮球赛，邦信阳中建中汇此前已经夺得了七次冠军。



尽管强敌在前，但星瀚并无畏惧；纵然比分落后、却始终紧咬不放，把握住每一次的进攻机会，渐渐缩小比分差距。

对于奇迹的期待似乎是所有人的天性，那时，已经结束比赛但还未离场的队伍、尚未开始比赛在准备热身的队伍、出于对篮球的喜爱而前来观战的法律人们都向星瀚的助威区聚拢，大家都在为星瀚加油、都在等待着星瀚的逆风翻盘。

可惜那一年，奇迹没有发生，对手的实力令人惊叹，有太多的地方值得星瀚去学习。星瀚篮球队夺得当年度的季军，接过奖杯的时候，大家的目光都望向了冠军奖杯。竞技体育必然少不了一颗冠军的心，每一个星瀚队员都许下了心愿，卧薪尝胆、加强训练，来年一定要拿冠军奖杯。

只可惜，因为种种原因，2018 年的星瀚篮球队人员并不齐整，虽然再次闯入四强，但依然止步决赛。小组赛中曾与卫冕冠军交锋，在观赛同事的描述中，对手是如此强大：“板凳深度太厉害了。我们这边只能是主力拼命扛，但他们那边就好像全员都是高手，任何情况都能应对。”



过去两年，我们为星瀚篮球队骄傲，在不具备人数优势的情况下佳绩连连；同时也为星瀚篮球队惋惜，虽然如此努力，但是，比赛只相信实力。

失败是苦涩的，可也正因为品尝过了苦涩，胜利的喜悦才会变得更甜！

挑战九冠王，完成一个“不可能完成的任务”

“今年的篮球赛什么时候开始？”默默训练了整整一年后，7 月，所有的星瀚人都在等待

着律协发布报名通知。

本屆的星瀚籃球隊除了幾位傳統主力外，還加入了不少新鮮力量，張冰清、張國棟、羅炫烽、陳越峰、施敏浩、李舒俊、王煒、鄭子杰、楊磊、徐志強、潘錚等隊員一同組成了几屆比賽以來最強大的星瀚籃球隊；衛新律師領隊，丁紹寬老師和張懷波老師擔綱教練。酷愛打球且在過去几屆比賽中總能發揮定海神針作用的关键先生丁老師，主動放棄場上球員席位，為了球隊的勝利甘做教練的精神令人欽佩。



終於，7月24日，第十屆律師籃球賽開戰。這一回，星瀚與老對手又分在了同一個小組，雖然在小組賽中依然沒能戰勝邦信陽中建中匯，可由於星瀚的主力控衛缺席了那場比賽，而場面卻又並不落下風，這給星瀚帶來了不小的信心。

在以小組第二的身份出線後，星瀚所迎戰匯業所，雖然目標是冠軍，但是面對每一場比賽，都不敢輕敵。丁老師說：“淘汰賽階段，真正的考驗來臨。防守強度和對抗強度都會增加，對比賽的艱苦性要有心理準備。大家要注意做好防守、打出攻防節奏，要打得聰明正確，萬萬不能大意！一旦让对方先打出了士氣，輸贏就很難說了。”8月24日的比賽中，丁老師出差無法來到現場，但星瀚籃球隊貫徹着丁老師的作戰思路，取得勝利。緊接着，與邦信陽中建中匯的半決賽便在8月25日進行了。

面對已經是九冠王的邦信陽中建中匯，星瀚從未有過勝績，但是燃燒自己、全力以赴是每一個星瀚人的內心堅定。



对于胜利的渴望是如此强烈，这份渴望也化为了全体队员的动力。在场外，大家一遍遍回看每场比赛的录像，分析暴露出的问题、讨论改进的方法。陈越峰拿着比赛录像和身边打球的朋友挨个聊，就是要找到症结所在和应对之道。周六出差的丁老师尽力调整行程，就为了周日能够到现场指挥，而且在周六深夜，还一直在研究比赛策略。张怀波教练也是为了这场比赛，放弃了原本与家人约定好的自驾游。三年了，冰清从青涩少年到将为人父，他尽心照顾着怀孕的太太，整个暑假都在上海、潍坊、合肥三地之间奔波，时间被切割得支离破碎，身体状态很不理想……但无论有多少波折，对手有多么强大，星瀚篮球队都要尽力将不可能变为可能，如此才不枉青春、不负兄弟。

很多人评价说：“这场篮球比赛，远远超越了一项竞技体育赛事的含义。”新锐对霸主发起挑战，双方都打出了极高的水准，奉献了一场极具观赏性的经典之战，每一个看过这场比赛的人在回顾赛程时，说话都是颤抖的。



全场拿下二十多分的罗铨烽是当之无愧的 MVP，不仅频频快攻得分，而且多次造成对方杀伤，在第三节还没有结束的时候，就把对方的主力控卫罚满离场……难能可贵的是，他

在对抗中牙齿受伤、鲜血直流，做了简单处理后就咬着餐巾纸继续上场，顽强拼搏的精神赢得赞誉。



张冰清作为控球大师，不仅传送精准，与罗铨烽兄弟连线、配合默契，自己也多次快攻得分，看着他的表现，很难想象他在赛前经历了多少困难。罗铨烽说，他和冰清在赛前一直练习传导球，是兄弟情谊成就了彼此。

李舒俊作为秘密武器，关键时刻敢于出手，斩获 12 分，无疑是场上功臣。

张国栋，人如其名，就像擎天大柱，支撑着星瀚在比赛征程中行稳至远。半决赛上，国栋无数次护框抢板、给人希望，尽管他在过去一年里一直在练习三分球，但为了球队的胜利，主动放弃了三分尝试，与陈越峰共同铸就了防守的铁闸。

陈越峰，壮硕的身体恰似一座移动的防守长城，生生扛住对方一米九的高中锋，极大地限制了对手得分。他既能忠实地扮演蓝领角色，还经常完成中投得分，给人带来无限惊喜。

施敏浩的防守非常值得信赖，而且他还拿下了数个几乎无法拿下的篮板，给球队续上了宝贵的火力。

王烨、郑子杰、杨磊，都极好地发挥了轮换替补的作用，兢兢业业，特别是在三名主力罚满“毕业”的情况下，挺身而出，守护住了来之不易的胜利……



比分最终定格在了 63:56，星瀚终于战胜了九冠王邦信阳中建中汇。

人无完人，但在团队中却可以彼此成就，这是团队的胜利！这场比赛，已经不再年轻的星瀚篮球队写下了“人生何曾未少年”的奇迹故事！

结束是开始的哨声

越过邦信阳中建中汇这座大山，决赛场上，星瀚迎战中伦。



面对比赛状态越来越好的强队中伦，这一场，比的是冷静和心态。丁老师和队员们说：“一，充分重视对手，也充分尊重对手，打出星瀚风采、体现体育精神；二，全程保持专注，增强防守强度，切忌懈怠轻慢；三，发挥自身优势，打出快速反击，掌控比赛节奏；四，全力拼抢篮板，减少无谓失误，制造挡拆掩护；五，也是最重要的，我们目前只是冠军争夺者，我们还不是冠军，离冠军还有马拉松比赛的最后一公里，要咬牙坚持、顽强拼搏，千万不要想当然。人生能有几回博？拼搏吧，为自己的人生留下美好的回忆，而不是留下无尽的遗憾。”

星瀚主力队员陈越峰带伤上阵，上场前只能不断用云南白药缓解痛感。陈越峰说：“前

两届比赛，我是球队主要进攻点，基本上有‘无限开火权’，也必须这么干；这届比赛，队友们的能力更加综合全面，我不需要做我最擅长的，而是要去做球队最需要我做的。”

巅峰之战中，对阵双方在开场后都十分紧张，连续投篮不进，星瀚篮球队的状态较之半决赛亦有所回调，半场过后仅以 20:19 领先。下半场，星瀚慢慢找回手感，中伦则展现出了强大的韧性，给星瀚形成了极大的压力。幸而整场比赛始终有星瀚队员在得分，舒俊两个中投、铨锋引领 8:0 的小高潮、国栋在篮下得分、敏浩快攻得分、子杰连续两个三分一个接续一个，大家都把球队扛在肩上！第四节，比赛进入白热化，在还剩五分钟的时候，星瀚仍然落后三分。关键时刻，冰清出手 3 分命中、反超比分。决赛的最后一分钟秒，陈越峰在内线得球，在 24 秒即将结束时，后仰跳投命中，星瀚领先 5 分，锁定了胜局。之后，对方拿到篮板，向前场推进；郑子杰迅速紧逼，陈越峰上前夹击干扰，对方球员回传失误，星瀚拿到球权，比分定格在 47:42，星瀚获胜。



篮球场上欢呼声四起，星瀚球员们尽管大汗淋漓、精疲力竭，心中却有一个声音不断掀起浪涛，翻滚着向外冲出——我们是冠军！

决赛当日一直在下雨，冰清在赛前说：“天凉了，但我们的汗还是滚烫的，我们的心还是火热的，好像在任何一瞬间都可以被 星瀚，不退 的激情引燃！这一个夏天，我们经历了磨合的阵痛、莫衷一是的分歧，经历了暂缓旅行暂缓工作的牺牲，更经历了颠覆王朝的狂喜。然而那些场上的笑与泪，血与汗，曾经的兴衰与荣辱，都已是过眼云烟。我们离成功还剩一步，这一步，我们必须走得很沉稳，很从容，很坚定，很果断！”星瀚，做到了。



作为领队，卫律师每场比赛都和太太黄老师一同观战，在他的感染下，星瀚后援团的声势不断壮大。

在卫律师看来，球队要追求胜利，就要有整体布局，每个人都有自己的角色和定位，人对了，事情就成了。他不无感慨地在朋友圈中写下：“平凡如我们，来自各方，在人生的路上低头前行，艰难辛苦，冷暖自知。前九届都只有一个冠军，大家已经习惯了，就像我们习惯了生活中的很多事情。可有那么一天，我们聚在了一起，为了热爱、为了信念、为了赢，我们有机会站在舞台中央，摆脱惯性，战胜强大的对手，做一次明星，汇聚所有的光芒。”



比赛结束了，星瀚球员们又回归了日常的工作生活。郑子杰一大早赶去开庭，杨磊晒出每天的健身打卡，丁老师开始了新一学期的授课……

但一切又都不曾散场。

星瀚篮球群里依旧热闹，正值男篮世界杯，大家每晚默契地聚在一起观看赛事，学习技术、交流战术，为明年的参赛时刻积攒着能量。他们会为进球欢呼称赞，会为失误跺脚心塞，想起夺冠还是会忍不住咧开嘴角，一如那视篮球为一生热爱的老少年。

终场的哨声也意味着全新的开始，面对未来，即使前路未知，也要全力以赴，不负青春不负卿。



（本文首发于 2019 年 9 月 6 日）

登场之前，退场之后——内控和反舞弊行业峰会后记

唐诗颖

2019 企业内控和反舞弊第一届行业峰会在 9 月 19 日已经顺利举办了，来自全国各地的 230 多家企业的负责人、专家学者、内审、合规、监察、法务等从事企业内控与反舞弊实务的专业人士汇聚上海，共话内控和反舞弊相关的三大热点议题，十个主题分享过程中，到场嘉宾们均反响热烈。关于这场峰会上讨论了些什么，请看这篇：《“2019 企业内控和反舞弊第一届行业峰会”在上海隆重召开》；而关于这场峰会是怎么呈现出来的，则是本文想要与大家分享的。



峰会议程的诞生之路

在峰会筹备的初始阶段，确定峰会议程毫无疑问是最伤脑筋的部分。

设置几个大议题？每项议题邀请哪些分享嘉宾？他们是否具备演讲经验？他们的演讲内容是什么？是否为来宾们真正想听的？可以分配的演讲时间是多少？好在，过往每季度举办的内控与反舞弊主题活动结束后收集来的反馈信息给了我们很多参考意见。“办一场有真正贴合听众需求的内容的峰会”是我们的初衷。

尽管在峰会筹备刚刚开展的一周内，无数信息、渠道方、赞助方的集中涌入，使主办方们对议程的把握产生了很多分歧。有人认为要给领导们充分的致辞时间；有人认为要照顾到渠道方；有人认为这场峰会成本很高，我们需要吸纳一部分赞助费，但这无疑也会要给出很多议程时间……一天的时间极其有限，如果被太多的广告侵占，或者是光有丰富的主题，但每一主题缺乏深度，便都与我们举办峰会的初衷背道而驰了。最后汪律师思虑再三，还是坚持认为，“不要收赞助费了，我们的这场峰会一定要是务实、有干货、有深度的，希望来宾是确实能有所收获的，这点才是最重要的。”

市场部对此表示完全支持，在前几年和刑事部磨合开办大大小小的开放日期间，我们也接触了很多相关客群，大家对我们所举办的活动的一贯评价便是不一样、实在、有内容。明确了“干货”方针，议程的规划设计便在这条路上走到底了！

幸运的是，每一位我们接洽的分享嘉宾，都带着满满的干货和诚意而来。有主讲人在周

末时间还在完善自己的课件或讲稿；也有主讲人主动与我们约试讲时间；主讲人之一的卫律师也很早就开始准备课件内容，还为此和汪律师开了好几场小型刑民交叉研讨会~

为了适应会场 LED 屏幕的尺寸，以及兼顾现场的灯光效果，会务组宋佳则肩负起嘉宾课件的视觉优化工作。峰会前一周，正是课件密集交付过来的时间点，整个中秋假期，她都在和数百页的课件打交道，改课件改到手抽筋。

在主讲嘉宾、主办方、会务团队的多方配合下，本次峰会议程的就诞生了！

关于你的会务专员

本次峰会报名采取了先填报信息，后由会务组分配会务专员、定向联络的模式。负责联络报名者的会务专员一共有三位，她们平均每人需对接 80 多位嘉宾，开启报名后每天花费至少两个小时化身客服，集中打电话、发邮件、加微信。

三位妹子的客服画风截然不同。

郭昕一如既往的“简单粗暴”，偏爱精简、快速地传达会务信息。在市场部，郭昕左手活动，右手投标，本场峰会筹备中还要负责和视频、会展、物料等供应商的外联事项，兼职会务客服的三周时间里，她还配合分所、业务部门完成了三个投标项目。



黎明则是絮絮叨叨的老母亲风格，这点星瀚的法务秘书们更有体会。作为星瀚的业务管理员，黎明每天最大的工作量在于批核案子，管立案、管合同、管结案、管档案整理.....案件管理流程中的每一个瑕疵，她都得“抠”出来，跟各负责的人解释清楚并要求修改。因而在联系报名者时，她也乐于多聊天，多解释，除了会务信息外多一两句闲谈唠嗑。



刚开始打电话时，这两位会务专员还热衷于互相 diss 对方的画风太“冷淡”和太“话多”。到结束报名的那天，两位都已经“心力交瘁”，笑称“算是把今年的打电话额度都用完了”。

第三位不愿意透露姓名的、有“电话恐惧症”的会务专员则利用线上运维的“职务便利”，借着星瀚的官方客服账号和报名者们线上联络。

不过相同的是，会务专员们的联系人清单都是五颜六色的，做满了只有她们才看得懂的记号，每位报名者的需求和特征都被她们记住。

内控和反舞弊第一届行业峰会-反馈数据 (2019-08-19)											
姓名	手机	邮箱	公司	职务	是否有同行者	用餐	停车券	联络人	电话&微信	备注	午餐
13			上海	有限公司 监察	是	是	Elaine	✓	✓	已付款，已开票，情况说明	5楼
13			上海	有限公司	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票，情况说明	5楼
13			北京	有限公司 内审	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票，公对公	
13			北京	有限公司	是	否	Elaine	✓	✓	1380，已付款，不要发票	
13			上海	有限公司 内审	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票，公对公	5楼
13			无锡	有限公司 法务	是	否	Elaine	✓	✓		
13			无锡	有限公司 财务经理	是	否	Elaine	✓	✓		
13			上海	有限公司 内审	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票，情况说明	
13			上海	有限公司	是	否	Elaine	✓	✓	现金，已开票，会务费	
13				其他：风险防控部	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票	5楼
13				其他：风险防控部	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票	5楼
13				管理有限公司 其他：财务总监	是	是	Elaine	✓	✓	已付款，已开票	
13				含视	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票	5楼
13				系统有内审	是	是	Elaine	✓	✓		
13				有内审	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票	
13				系统有内审	是	否	Elaine	✓	✓		
13				系统有内审	是	否	Elaine	✓	✓		
13				法务	是	否	Elaine	✓	✓	未付款，未开票	5楼
13				有限公司 监察	是	否	Elaine	✓	✓	以个人名义参加，现场给现	5楼

有一个小彩蛋是，在繁忙的会务筹备期间，晓明还见缝插针，在峰会前四天，完成了自己的人生大事。会务组其他成员则在参与晓明婚礼的缝隙间，一起修改了峰会当天放映的开场视频。



星瀚编辑部的故事

《2018 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》是峰会当天的重头戏之一。为此，刑事部和市场部联合组建了一个星瀚编辑部。

五个常见的重点罪名、七个重点省市的数据。大数据报告的第一轮准备始于年初，第一步便是看每一篇判决书，整理出各项数据，性别、金额、罪名、判决情况、具体情节、地区、年龄、学历等，多达 40 项。由于工程浩大，当时两个部门的人手加起来都不够用，于是我们还找了南京分所的同事加入我们编辑部，因为各项标准需要统一，远程担心没办法解释清楚，就趁分所同事们来总部开会之际，见缝插针开了半个小时的讲解会，帮助大家快速上手。最忙的时候，编辑部的成员们在地铁上下班的途中都在争分夺秒整理数据。据事后成员们吐槽，是真的感觉眼睛快瞎了。

统计完数据，分析数据、撰写报告的重任便落到了刑事部的头上。有一段时间，我们在律所的任何一个位置遇上刑事部的同事们，只要一个眼神他们便知道我们想问大数据报告的撰写进程。不过我们也知道，分析数据是个细致活，需要对相关罪名非常了解，有较多的办案经验和对市场状况的了解，这项工作是不愉快的。刑事部的同事们从七月开始撰写报告，经历过无数次修改完善和市场部的校对排版，才有了最后的成品。



另一个彩蛋是,通过本次数据报告竟发现了刑事部邵洋的代码技能——用代码快速做图表,为我们编辑部也有文武兼备的伪程序员而鼓掌。另外广而告之,星瀚编辑部承接各项编辑排版工作,我们的代表案例请参见星瀚墙柜哦~

手撕快递、排山倒海的会场布置七小时

18 号的下午,会务组四人即前往会场进行布置,从律所我们带出的行李塞满了箱子——电子设备包(内含各种转接头、数据线、多个翻页笔、不同的组装云台,是市场部外出活动必带的万能宝箱)、录音录像直播设备、签到台布置物料、平常办活动常用的小道具、还有三百本会务资料。



但这些其实只是整个峰会布置物料的小头,真正的大头已经早早地到达会场等着我们了。

在考虑会务资料的装包时,郭昕费了很多心思。在我们自己举办的过往活动或是在外参加的其他活动中,会务资料通常会装在纸袋里,或者是装在定制帆布袋中,但除此之外有没有更好的选择?

“我们的峰会活动是实务的,配备的包也要实用,不希望来宾们出了会场就扔掉……”,郭昕如是说。于是她想到了电脑包,既商务,又实用,网购了几款样品包后,大家一起比对

质量后选择了其中一款。对于胸牌的选购考量也是如此。

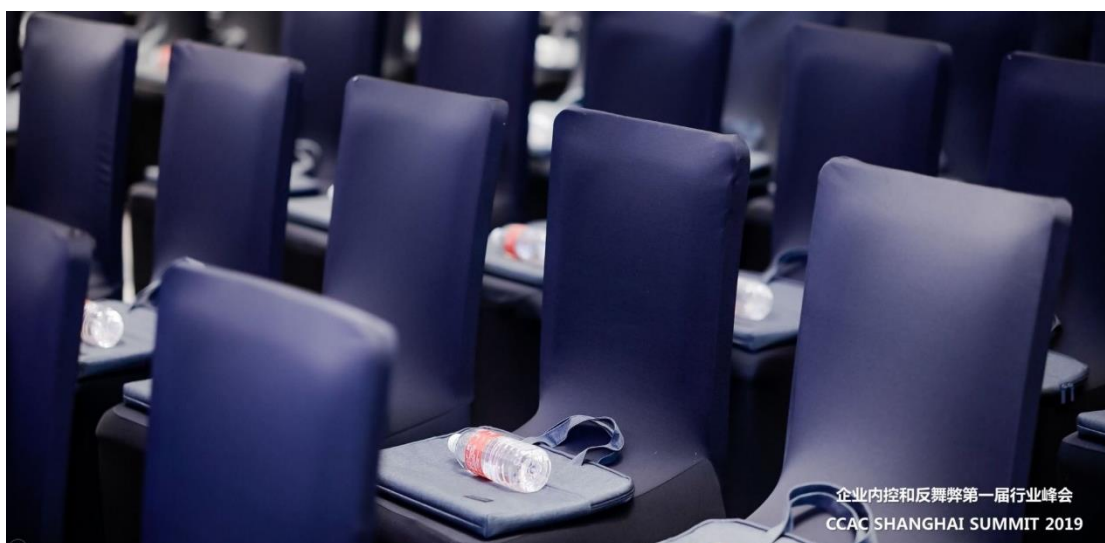
在会场看到电脑包和胸牌包裹时我们还是震惊了。仅电脑包就装了七八箱，包装很是严实，外层覆着稍厚的塑料膜，内层塞着防压泡沫，包上还挂着质检签卡。于是，开箱、撕膜、开链、抽泡沫、剪卡……除了负责盯舞台布置和音响调试的郭昕，我们其余三人便开始了既满意（质量好）又痛苦（手疼）的拆快递流水线。





当然，拆出手提包只是第一步，将会务资料和纸笔装入、封袋，放到对应座位，转眼间又一个多小时过去了。搞定会务资料包，再开始参会者胸牌的拆箱、组装，这便又是一轮新的流水线了……

我们第一次感觉到时间过去得比逛街还快，最后全部布置完成时，已经是 18 号晚上 10 点半。



对会务组来说，峰会始于 8 点。

来宾们的热情超乎我们的想象，尽管 9 点才开始签到，8 点半就有很多人到达会场。

但各会务组成员已经就位，对参会者名单和流程的熟悉、前一天的全面布置、为分工和会场细节开过的无数次会议、彼此间的配合度……这些都引导着当天的会务工作忙碌而有序地进行着。

除了四位会务组固定成员，当天还有三位来到现场支持峰会活动的，两位是我们的行政部小姐姐，也是曾出现在微法苑的，星瀚的两位“门面”，陆怡和白露，她们如沐春风般的服务，也给很多来宾们留下了深刻的印象。另一位则是市场部的暑期实习生冠婕，结束了峰会

的后一天，她就飞往国外开启了新的交换学习生活。



台前有台前的精彩纷呈，幕后也有幕后的闪光时刻。尽管因为超时，一些外地赶来的参会者不得不提前离场赶车还是成了会务组心中的“遗憾”。回想起峰会筹备期间，卫律师曾很是担忧——这是你们第一举办大型峰会活动，没有请会务公司，能行吗？我想我们已经交出了答卷。

最后，感谢团队成员的付出、感谢参会者们的认可与参与、感谢主讲嘉宾们的支持与配合。希望在下一活动中，与你们相见！

（本文首发于 2019 年 9 月 27 日）

当中年危机遭遇一个人的旅行

卫新

老彭把一串红色的鞭炮在岩石上铺开，动作迟缓、认真。随后他抽出一张燃着的纸钱靠近，噼里啪啦的爆炸声，瞬间在山谷中响起，大概是四周太安静了，那声音并不嘈杂，反而清脆空灵，伴着回音。在一片升腾的烟雾中，我不自觉的合十双手：愿此行平安，家人安好。



往常的我不信观音这类神仙姐姐的，但看着二个五大三粗的汉子焚香烧纸，再加上这深山诡异的气氛，也忍不住在心中祷告起来。如今想来，要不是这一拜，二天的“放飞自我”说不定还真是有去无回了——

“观音崖的烟火”

三个男人进行这些法事的地方，当地人叫做“观音崖”，其实是一个高度不到一米的山洞，外面有一块岩石平台，没有文字石刻。甚至山洞里的观音像也不存在。但是老陈、老彭还是很有仪式感，我这才发现他们背上山的麻袋里居然有纸钱、蜡烛、鞭炮……

爬到观音崖的时候，我和他们已经结伴同行一个小时了。而距离我从“沈子村”出发，已经二个半小时了，老陈和老彭是我一路上唯一遇到的人。



虽然出门前挂在嘴上说“我想一个人散散心”，但臆想中像武功山这样成熟的“徒步经典路线”，应该一上山就能碰到一队一队的“驴友”。然而，我走了一个半小时，也没见到人烟。

老陈点了一根烟：“旅游的人今天都下山了，上山路上当然没人了，况且这个天气已经过了旺季。”他看了一眼我：“你一个人上山，胆子挺大的。”

“我一个大男人，没什么好怕的。难道这山里还有野兽？”

“前几年还有豹子，这几年旅游的人多了，什么也没了，这个不用怕，连野猪也很难看到了。”他抽了口烟：“不过，不是本地人，还是很危险的，今年春天我们救了一个广东人，晚上 12 点，下雨，他没有吃的，手机也没电了，迷路了，把背的东西全扔了，还是走不出来。要不是遇到我们，就不行了。”

“他也是一个人啊？”我问。

“和队伍走散了”，老陈说，“去年秋天，我们救过一个杭州来的女的，她倒是和一群人，就是不小心跌到山崖下面去了，还好被树挂住了，其他人没法子。我们采药带了绳索，就下去把她拉上来了。”

我暗暗有点后悔了，朋友圈里的美景、美图可从来没有说过这样的故事。老陈扔掉了烟蒂，起身把地下的麻袋背起来，“走吧，我看你没啥问题，走了这一路，跟得上我们的速度，体力可以的。”

“崖壁上的石耳”

虽然已近 11 月末，但是山路上苍翠依旧，明暗交替，空气中飘散着无拘无束的味道，这是城市里无法呼吸到的。观音崖再往上，坡度陡增，有的时候需要手脚并用，我可以听见自己厚重的呼吸声，清晰而真实。虽然呼吸无时无刻不在，但是，我有多久没有听见自己的声音了？

“一个人去爬武功山吧”，这样的念头，大概是三天前才有的。

长沙的一位律所主任邀请我去参加一场论坛，那是一位温润周到的朋友，于是答应下来为她站台。后来，她的助理问我：“卫律师，周六的活动结束后，你要不要在长沙周边转转？这里有岳麓书院、橘子洲头……”

“还有一个月，就 2020 年了”。2010 年时的景象历历在目，也是 11 月、12 月，我热火朝天的筹备星瀚律师事务所，充满了干劲和期待……

还有一个月，我就 40 岁了。“如果要去走走，我希望一个人”。我默默的说。

好莱坞的电影里，有一种类型片叫“中年危机”。当人生即将迈入 4 开头，我能深刻的体会到那种感觉。工作周而复始，生活自有规律，每个人都想占用你的时间。而你已经不再是那个兴致勃勃、体力无限的少年了。你有时会眯起眼睛，用余光打量这个世俗而无聊的世界。而衰老真实的发生，我几乎失去了睡懒觉的能力了，“好累啊”，这是每一天心底里的话。

我记得，曾经帮客户赢了一场 7 年的诉讼。胜诉之后，那个男人抛下一切，去了北极、南极、非洲、南美，最冷最热最远最苦的地方，一个人。

律所的一个合伙人，我的同班同学，他多次和我说，有个念头，就是去海南岛骑行。前几天，他突然抛下工作，背上一个双肩包出发了。每天我在朋友圈，都能看到他骑了 100 多公里，一个人。

其实，我和他们，是一样的。

“律师很赚钱吧”，彭大哥问：“你们打赢一个官司，能赚多少钱啊？”

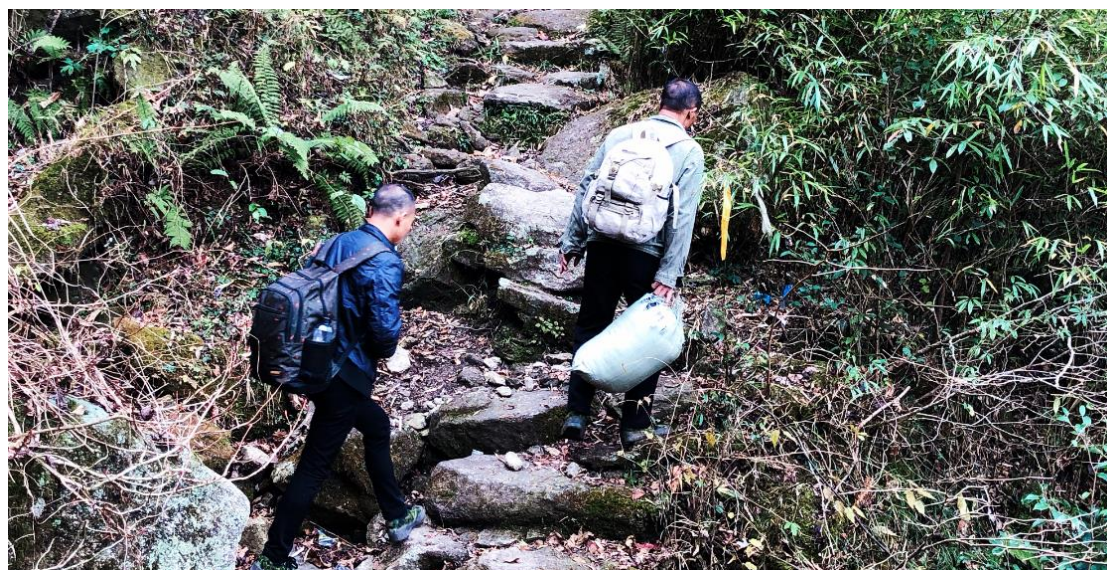
“也不多，很辛苦的。都是麻烦的事。”我淡淡的说。“你们采药，收获好吗？”

“这个要看运气了，药材现在很少了。但是崖壁上有一种‘石耳’，如果能采到，可以卖 2000 一斤。以前多，现在野生的越来越少了。”

“难道不是今年在这个地方能采到，明年再去同一个地方，不就行了？”

“那可不一定。这东西鬼的很，风啊，雨啊，光啊，都有影响，运气好，可以一大片；运气不好，进一次山，就白来一次。不可能有个地方，会有固定的收获，如果有，也就不值钱了。”

“希望咱们这次都能有好运气。”我心里暗暗想。我们的工作又何尝不是如此。



“望日山庄的日落”

攀登了三个多小时，我们到了九龙山顶。我看到了传说中的金色的高山草甸。正好是正午时分，阳光明媚，璀璨的漫山遍野，起起伏伏，美不胜收。那金子般的光芒，仿佛给一路的攀登加重了意义，我想起了四个字“人生巅峰”。



“旅游的人喜欢，我们天天看，就没什么意思。”老彭的话有点煞风景，“我们要出去旅游的话，就去上海，大城市繁华。”老彭找了二个游客扔掉的瓶子，一边接山泉水，一遍说。

而我，在一边忙着拍照。人的境遇不同，眼中的景色是不同的。

就这样，我和采药人要分开了，他们去更险峻的岩壁，而我要去武功山的最高峰“金顶”。

分别的时候，陈大哥说：“一、如果有岔路，一定仔细比较一下，选大路。二、山里天黑的早，五点之前找个地方住下来，不要走了。三、今天天气好，尽量多赶路，山里的好天气不会一直有。”

我们互相留了手机。老彭说：如果碰到困难了，打电话给我们，我们帮你，这片山里我们都熟悉。

那一刻，我回想之前的结识：在荒山野岭相遇，我主动的“搭讪”，得知有一段共同的旅程，对方发出结伴的邀请时，我报以“信任”，他们回以“善意”。我非常庆幸，自己还是纯真和简单的。

同行有同行的热闹，独行有独行的快乐。我一个行走在山脊上，微风拂面，光影摇曳，我把手机里的音乐开到最大，不带耳机，仿佛整个天地都是我的。

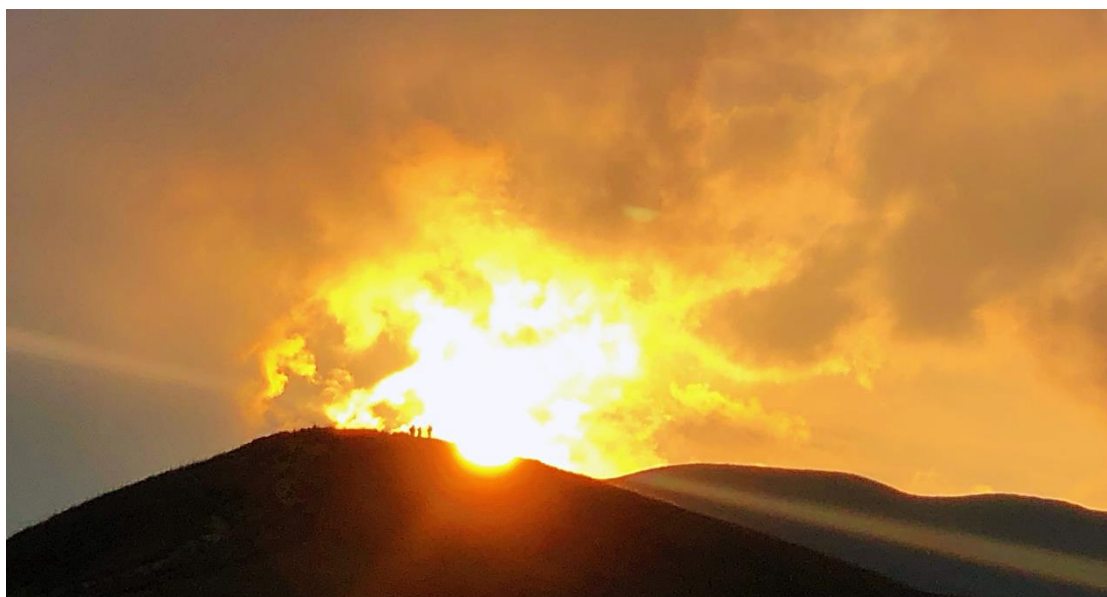
快到“金顶”的路上，开始出现三三两两的驴友，以及一些从景区缆车上来的游客，手机信号也恢复了。让我有回到人间的感觉。甚至有位漂亮的女孩过来搭讪，请我帮忙拍一些照片。女孩找的角度、选景、pose，都特别有风格，让我觉得她大概是拍抖音或者做主播的。她还主动要帮我拍几张照片，望着她姣美的面庞，我想，人间也挺美好的。

但是，我记起大哥的话，天气好，就要多赶赶路。

在金顶，遇到了一些从发云界过来的驴友，告诉我最险的就是“绝望坡”了：“你如果下山要走绝望坡，务必当心。”，“一个人太险了，建议从吊马庄下山吧。”他们的话，反而激

起了我的好胜心，于是放弃了“玻璃栈道”这样的景点，也没有选择住在“金顶”，我继续赶路，目标是今天走过“观音宕”，明早体力最好的时候，从“绝望坡”下山。

再走一个小时，人气就没有了，天色渐渐暗了下来。路过几户人家，都没有人。此时，夕阳西下，太阳从云中慢慢落下，而我终于在前面的山脊上看到了“炊烟”，拖着沉重的步伐，登上那座山，原来叫“望日山庄”。老板说，没有游客，4人间的房子我一个人住，120元，包晚饭、早饭。



我靠在“望日山庄”的墙上，疲惫不堪，看着夕阳落下，霞光中，云的形状极美。我忆起一天的行程，遇到的人、看到的景、流过的汗，起伏的心，拜过的神，仿佛就是人生的浓缩版。我收到了一些家人、朋友的问候，然后昏睡过去。我想，“望日山庄”的日出一定很美。

“上不去下不来的绝望坡”

早晨七点多，我清醒过来。推开门，大雾、小雨。

前一晚，发电机 7:30 就停了，但我夜里睡得并不好，反反复复做着诡谲的梦，我一度醒来去看星空，但黑漆漆的什么也没有。

老板端来一碗热腾腾的“江西米粉”：“这个天气，你还下不下绝望坡啊？要不要折回去？”

我想了想，又出去看了看雨势，“走啊，都到这里了，哪有退回去的道理？”

我把所有的衣服都穿在身上，用保温杯泡了一杯热茶出门了。“望日山庄”距离“绝望坡”，大概也就 40 分钟的路程，但是大雾只有 3-5 米的能见度，我深一脚、浅一脚的走着。每逢岔路，都极其小心的分辨，看路上的脚印、前人的路标，“选大路”。

到绝望坡的时候，雨势越发大了。所谓绝望坡，就是一段落差极高的山脊，路长坡陡，路由石块和泥土组成的，二边虽有茂密的草甸，但实际是悬崖，庆幸的是，一侧还有铁栏杆。我走的方向，是由上向下，坡度大概 60-70 度。我一手紧紧握住栏杆、一手撑住登山杖，缓缓向下。可是，没走了五米，就摔了一跤，还好有栏杆和手杖，除了划伤了手指，没有大碍。于是，继续向下，过程中，我扶着栏杆拍了一段视频，我想，无论后面遇到什么，都要留个话啊。

我用龟速大概爬了 1 小时，终于走到了栏杆尽头，期间滑了几跤。就在我以为苦尽甘来的时候，才发现栏杆的尽头并不是“绝望坡”的终点，后面的这一段是没有栏杆的，更加险峻。那一刻，真是绝望啊，回去吧，上山也不简单，再往下吧，风雨大作，坡陡路滑。我心潮激荡，此刻的境遇是不是正是 40 岁的人生写照，人到中年，上不去，下不来，前路迷茫，四顾无人，如履薄冰。自己给自己找的这趟苦旅，如何才能走下去，是纵身一跃，还是负重前行？这趟冥冥中选择的旅程是不是就是我的模拟人生？

手指的血已经渗出了手套，我一口气喝光了所有的热水，咬咬牙，下去……

我已经记不得自己是如何连滚带爬的到了终点的。当我看到“绝望坡”的那块石碑，真是想冲过去抱着它痛哭一场。我在那块石碑旁边自拍的时候，根本没有“长期锻炼”、“意志坚强”这类的念头，只有一个感觉：“老子就是运气好！”



后面的路，就轻松多了。海拔下来之后，苍翠、竹海都有了，雨后的深山更加清新，我拍了一些照片，在山涧里洗去疲惫。

“无语温暖的蓝布条”

坐在温暖的机舱里，盖着毛毯，周遭都是人。我又回到了熟悉的生活，心情安定下来，身体是疲惫的，精神却是清醒的。一个人在接近岁末去深山历险，我是想摆脱什么？是那些年底无尽的会议、总结、论坛、颁奖，还是人到中年的焦虑。年轻时，你可以什么也不想，任性的决定，肆意的前行。中年人的朋友圈，克制而功利，每个人都看上去忙碌而优雅，不错的工作、刻意的勤勉、独特的品味。但焦虑的灵魂一眼可以看穿，我们是多么在意别人眼中的自己。

老陈、老彭也是中年人，比我大不了多少。他们也有他们的焦虑，但是，换一个视角看彼此的生活，就会发现“聚焦偏误”。我在意的，他们看起来风轻云淡；他们追求的，在我看来，达成了也未必幸福。卡尼曼说：“生活中没有什么东西，跟你正在想它时所认为的一样重要。”中年人某一刻的愿望，能带来幸福和痛苦的真实程度，也许并没有我们想象的那么多，只是我们陷在里面，一直想，一直不满足——

我想，这样的旅程大概再也不会有了，以身犯险，真有了意外，对不起的人很多。但没有体验，哪有成长。人生的路，就像这旅途，你追我赶，时而领先，时而落后。但终究这路上，剩下的只有你一人。任何一个像我这样的中年人，都是独一无二的幸运儿，天气好的时候多赶路，夕阳落下就早些休息，哪怕没有智慧做出明智的选择，但葆有纯真和善意，相信好运气就会一直在。

旅程中，我很感激一样东西：前任驴友留下的“路标”。那各种颜色的布条，缠在关键的岔路口，指引你的方向。有时候，你问一个迎面走来的路人：到那里还有多远？

有人会说：不远了，40分钟；有人会说，长着呢，二个小时。你会发现，没有标准答案，因为个体不同，能力不同，遭遇不同。

唯有那些路标，不会给你无谓的希望，也不会给你过分的打击，他们只是在那儿，告诉你曾经有人从这儿走过，走过而已，那是走通的路，也许险峻，也许平坦，但他们经过了。

如果可以，中年如我，也愿意做一条温暖无语蓝色的布条，缠在未来你经过的路上——



后记：

飞机降落在虹桥机场的时候，老陈和我互发了消息，互报平安后，我买下了他们采到的“石耳”。

此文发布之日，正是我自己创办星瀚律师事务所第九年的日子，感谢一路以来像老陈、老彭这样给我及星瀚以帮助的陌生人、有心人、有情人；事业路上，风雨阴晴，心境百折千回，唯有感谢同仁、客户，师长，家人、朋友。伙伴才是路途上的星光。谨以此文恭祝星瀚律师事务所生日快乐，越来越好。预祝朋友们圣诞快乐，新年好运。

2019年12月18日于上海

法律调研与法律检索的三步走

李凤翔

写在前面的话：

法律规则的更新、法学研究的变化、审判实践的发展，都决定了律师既往经验的“不稳定性”和“非普适性”，但与此同时，律师又是一个需要不断帮客户解决问题的职业，这就意味着，我们必须使自己的观点与认知始终保持活跃的自我迭代，才能确保我们提供给客户的观点、建议、结论始终是靠谱且专业的。

在法律调研的过程中，青年律师们普遍感到困扰的难题主要有：①不知道该如何拆解问题，找不到调研思路；②检索不到有效结论；③不知道该如何撰写调研报告；④不知道该利用哪些数据库或平台工具进行调研；⑤调研结果被高年级律师反映“不够实用”。

本文即围绕“明确调研目的”、“调研的开展”、“撰写调研报告”三步展开，分享笔者的一些经验，希望对读者们有所帮助。

第一步：调研前的工作——明确调研目的、提炼调研问题

客户/律师需要我做什么？希望达到什么目的？一方面，我们要向客户/律师做进一步的询问，更全面地了解案件/项目背景和对方需求，另一方面，也要同步做一些初步检索，以确保自己的提问更具有针对性。

在明确调研目的时，不妨尝试通过以下四个方面切入：

- 宏观了解行业背景及法律政策规定
- 复述需要调研的问题，确认问题的正确性
- 询问项目的大致进展
- 索取基本的文件和资料作为参考

举个例子，如果你被提问“公司对外签署了一份担保合同，有效吗？”你的第一步该做什么呢？应当是围绕此问题做更多延展性的思考，包括：

场景



公司对外签署了一个担保合同，有效吗？

{思考主体}

1. 什么样的公司？有限责任公司还是股份有限公司？上市公司还是非上市公司？国有企业还是非国有企业？
2. 公司的经营范围？是否具有担保资质？

{思考客体}

1. 为谁提供担保？是否是关联方？

{思考背景}

1. 为什么要提供担保？

{思考过程}

1. 公司内部是否作出决议或决定？决议或决定是否可以公开？

{索取材料}

1. 公司章程；
2. 上市公司对外担保制度（上市公司可查询）；

经过和客户/律师的进一步问询，调研问题变得更加具体，演变为：

场景



公司对外签署了一个担保合同，有效吗？

**提问后：（上市）公司（为其子公司）（在金交所上挂牌）
（的借款融资项目）对（金交所）（的投资人）签订的（未经
过股东会决议的）对外担保合同的效力？**

在经过思考、提问，掌握了更多调研背景之后，下一步是对问题进行梳理和归纳，最终提炼出需要调研的法律问题。此时需要注意的是：

- 过滤掉与法律焦点无关的事实信息，将当事人的生活化语言转化为法律语言；
- 明确调研的真实目标；
- 对调研的深度和广度进行适当性的把握和取舍。



公司对外签署了一个担保合同，有效吗？

**提问后：（上市）公司（为其子公司）（在金交所上挂牌）
（的借款融资项目）对（金交所）（的投资人）签订的（未经
过股东会决议的）对外担保合同的效力？**

**问题提炼后：上市公司未经过股东会决议擅自对外签订对外担
保合同的效力？**

第二步：调研的开展——选择合适的调研方式、灵活运用不同调研工具

法律检索数据库、工商信息检索库、各类政府官网……大量的法律检索工具“渐欲迷人眼”，选择合适的调研/检索方式可以使自己的法律调研工作事半功倍。

区分选择合适的调研/检索方式



✓ 查数据库

对于案例调研、法律法规的调研，首推的是裁判文书网、北大法宝、威科、无讼、alpha、法信这几家（排名不分先后），几家各有所长，不多做评述，我相信对于调研者来说，只要能检索到自己想要的信息、好用、顺手，便是好帮手。

需要注意的是，案例检索过程中，尤其要关注法律关系的属性和不同法院、不同时期的审判口径。

以融资租赁合同纠纷的两个案例为例，这两个案例的案情同样是在售后回租模式下，出租人在承租人逾期支付租金时提出加速到期，要求承租人支付全部未付租金以及相应的违约金。尽管在同样的案情背景下，对违约金的认定上，普陀区法院和浦东新区法院却有着不同的审判思路：

普陀	浦东
一、被告[]应于本判决生效之日起 10 日内支付原告[]国际租赁有限公司截止 2018 年 12 月 27 日所欠付的租金人民币 20429 元； 二、被告[]应于本判决生效之日起 10 日内支付原告和运国际租赁有限公司违约金人民币 1280.28 元； 三、被告[]应于本判决生效之日起 10 日内支付原告[]国际租赁有限公司剩余租金人民币 108960 元； 四、被告[]应于本判决生效之日起 10 日内支付原告律师费损失人民币 5000 元； 五、被告[]对被告[]上述第一、二、三、四项付款义务承担连带清偿责任。	一、被告上海[]能源科技有限公司应于本判决生效之日起十日内向原告上海[]融资租赁有限公司支付租金 2,944,965.36 元； 二、被告上海[]能源科技有限公司应于本判决生效之日起十日内向原告上海[]融资租赁有限公司支付自 2017 年 7 月 9 日起至款项实际清偿日止的违约金（以应付未付租金 1,456,455.49 元为基数，按年利率 24%，以实际欠款天数计算）； 三、被告上海[]能源科技有限公司于 2017 年 11 月 16 日支付的款项 15,000 元，在本判决第二项被告上海[]能源科技有限公司的付款义务中予以扣除； 四、被告[]、[]对被告上海[]能源科技有限公司上述第一至第四项付款义务承担连带保证责任，被告[]、[]履行保证责任后，有权向被告上海[]能源科技有限公司追偿；

在普陀法院的案例中，法院要求被告支付应付到付（截止 2018 年 12 月 27 日）的租金 2 万余元，同时要求支付加速到期的剩余租金 10 万余元，违约金闭口数额 1 千余元。

在浦东法院的案例中，法院同样要求被告支付全部未付租金（已到期部分与加速到期部分），但对违约金的判定却有所不同：只以应付未付的到期租金为基数，按照年利率 24%，

以实际欠款天数为标准进行折算，是一个开口数额。通过案例检索，我们也会发现，浦东法院自身在 18 年前后对该类案件违约金的计算方式也有着审判口径的变化。

此处暂且不论不同审理思路的实质合理性，笔者想强调的是，在案例调研的过程中，一定要注意时效性，不仅因为新法新规的出台会直接影响审判结果，更因为即便是同一法院也可能改变审判观点。因此，对于管辖法院、甚至是同一法官的类案审判口径，都要有针对性地深挖剖析。

另外，在进行法律调研时，案例的研究是必要的，但也不能顾此失彼，一味以案例为重点。案例背后的法学原理、法律依据同样重要。

✓ 打电话

除书面检索外，“打电话”咨询也是不容忽视的调研法宝。尤其涉及机关单位手续要求、实操细节的问题，在官网上进行查询后，拿起手边的电话，有机会帮助你了解更多机关单位的监管口径、文件要求，提高工作效率。此外，对于诉讼案件，也要有意识地及时和法官电话沟通，保持敏感性、主动跟进案件的进展。

在电话咨询中，要留意的细节是：

- 养成留存电话号码的好习惯；
- 在进行电话咨询前梳理清楚自己要沟通的问题、事项；
- 在电话咨询过程中，不要透露客户的关键信息；
- 选择适宜的电话咨询的时间。

✓ 利用搜索引擎

笔者要介绍的第三点也许会被很多法律人“看不起”，抛开偏见，有时搜索引擎也能带来意想不到的效果。一方面，通过百度/知乎一下，能在一些毫无头绪的问题中获得一些方向和思路；另一方面，对于普遍性的、可能已有其他专业人士总结分析过的问题，利用搜索引擎也能高效地获得初步结论。

但是，即便通过搜索引擎查到了似乎非常“完整”、“权威”的答案，就万事大吉了吗？非也。比如，对于“执行案件中是否能申请追加股东”这一问题，我们可以在网上轻易找到许多对此问题充分分析、梳理的专业文章，但这并不意味着能在客户的案件中直接照搬适用。一来，网络文章的频繁转载无法保证内容的时效性和准确性，二来，法院和法官的裁判口径、实操要求也因个案而异，因此，对于搜索引擎获得的结论务必进行“复核，复核，复核！”。

✓ 身边的小伙伴

第四点想要和大家分享的调研渠道是“人脉资源”，“公司进行股权变更，法定代表人需要到场吗？”、“私募管理人的控股股东完成变更后的 6 个月内，管理人还能发行新产品吗？”对于一些细节实操问题，也许穷尽检索都无处可循，这时不妨充分利用校友资源、同行资源、XX 交流群等。

在星瀚，你也可以通过内网知识论坛“KnowHow”进行提问，让别的同事们群策群力、答疑解惑。

小贴士：灵活运用不同的检索工具

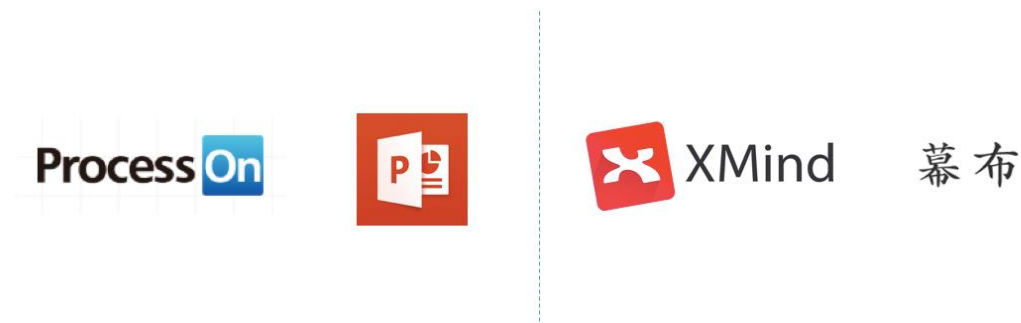
- 综合下载法律法规、同类案例、司法观点的，可以利用部分检索系统自带的“一键生成检索报告”功能；
- 对于企业信息的查询，可利用企查查、天眼查、启信宝等工具（但不要盲目相信第三方网站，在尽职调查工作中仍应以国家官方网站为准）；
- 观点类（立法、司法、学术观点）的检索，可以利用法信数据库，所得信息较为全面！
- 优质微信文章的检索，推荐使用“搜狗微信”；
- 合同模板的检索，可以试试“法天使”、“百度文库”等，但需要注意对检索结果的筛选。当然对星瀚同事们来说，不妨优先使用星瀚的“坚果云”，里面存留了大量星瀚律师既往的合同成果。

第三步：调研报告的撰写——以受众与调研目的为核心、清晰展现调研结果

要点一：撰写前的必经工作——交叉验证

- 法规的时效性
- 观点、理论的权威性
- 第三方网站数据的真实性
- 案例是否经过二审/再审

要点二：利用小工具梳理思路、提升可视化效果



在起草调研报告时，可以有选择地利用一些可视化工具，一方面可以帮助自己梳理思路，另一方面可以更加清晰、简洁地展示调研结果。笔者通常会用 Process on 来梳理案件发展脉络，制作法律关系图、时间轴；通过 xmind 设计调研报告的思路等。

要点三：调研报告的布局

在调研报告撰写的过程中，其实有很多“套路”可循，在笔者看来主要有三大诀窍。

1. 站在受众角度思考问题。开篇先回顾此次调研的背景和问题是什么？其次，把受众最在乎的调研结论前置，使其一目了然。再次，罗列和详细分析案例、司法观点、数据等。
2. 法律调研≠法律研究。这是许多新人会犯下的错误，学术风格浓烈，大段文字的论述其实和调研的完整充分性没多大关系，法理剖析有余但实操借鉴意义不足。

3. 检索过程注意留痕，如果是结论，是从何处获得的？如果是案例，案号和法院是什么？对检索过程的留痕不一定要完整地体现在调研报告中，但不在报告中体现不意味着这项工作是不必要的。

在日常工作中，笔者习惯使用星瀚的调研报告模板，可以快速确定调研框架，查漏补缺，固定的模块设置也便于受众快速定位到自己需要的部分，提高彼此信息交互的效率。



星瀚调研报告（内部）

调研主题			
提问者		提问时间	
调研人		调研时间	
复核人			
更新人 1		更新复核人 1	
更新人 2		更新复核人 2	
原始问题：	法律问题：		
调研结论			
（概括说明调研人的观点，如在实务中存在争议应明确：1. 调研人的观点，2. 实务观点，3. 主流观点等）			
相关法条			
相关案例			
复核意见			
复核人		复核时间	
更新结论及依据			
更新人		更新时间	

清晰地展现调研成果，听起来是一件很轻松的事情，但功夫尽在细节处。例如，同样是案例检索，笔者曾看到下图这种非常优秀的案例展现形式：

案例 4：吴伯凯、刘斌等与李达、唐山瑞洲化工有限公司损害股东利益责任纠纷

二审民事裁定书

审理法院：河北省唐山市中级人民法院。

案 号：(2016)冀 02 民辖终 565 号。

裁判结果：本案系损害股东利益责任纠纷，由公司所在地法院管辖更为恰当。

法院认为：

本案系损害股东利益责任纠纷。《中华人民共和国民事诉讼法》第二十六条规定，因公司确立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第二十二条规定，因股东名册记载、请求变更公司登记、股东知情权、公司决议、公司合并、公司分立、公司减资、公司增资等纠纷提起的诉讼，依照民事诉讼法第二十六条确认管辖。本案系因公司股东请求损害公司利益的公司高级管理人员及公司之外的第三人对公司承担赔偿责任引发的纠纷，由公司住所地人民法院管辖更为恰当。综上，本案涉案公司唐山市丰南区丰泽化工有限公司住所地在唐山市丰南区，丰南区人民法院对本案具有管辖权。

这份案例展现的亮点在于做了自主化的加工，即，提炼并前置了“裁判结果”，使得调研读者能一目了然地 get 法院的审判观点。

说了这么多，但愿笔者的分享能对大家有所帮助。最后，希望每一位青年法律人都能养成“打造个人知识库”的好习惯，有意识地在日常工作中积累自己的法律文书、常用电话簿、调研报告库、高年级律师的修改文本等。相信我，明天的你一定会感谢今天的自己。

（本文首发于 2019 年 10 月 9 日）

值得收藏的青年律师成长图鉴

黄璞虑

在知乎平台上，法学专业学生毕业后的就业发展问题一直是热门话题；腾讯将《令人心动的 Offer》定位为“S 级”（即 Super）项目也可看出律师行业在全社会的受关注程度。但与此同时，法学专业的整体就业情况却不容乐观，过去三年中，麦克斯研究院发布的《大学生就业报告》均将法学列为“红牌”专业，即失业量较大，就业率、月收入 and 就业满意度较低的专业。

尽管看似光鲜的律师行业背后有许多不为人知的辛苦，但用法律创造价值带来的成就感依然驱动着年轻法律人的梦想。希望这份青年律师成长图鉴能给即将入行或刚刚入行的年轻人带去启发和一定的帮助。

律师成长序列

不同的律所有着不一样的职级划分，对于不同职级的律师也可能给予不一样的称谓，但整体上都无外乎从助理到律师、从律师到合伙人的架构，因此，我们提炼出了以下这张序列图：

老板区	高级合伙人 合 伙 人
主办区	资 深 律 师 律 师
新手区	律 师 助 理 实 习 生
	学 生

通常情况下，当年轻法律人处于新手区的时候，主要被考察的是其发展潜力，律所会重点关注新手的人格与品质，至于新手区的实力提升，关键还是要看带教的能力。经过了实习律师阶段、取得律师执业证后便可去往主办区。到了主办区，也就成为了律所中的办案主力，确保工作成果的质量就变得尤其重要。在进入老板区之前，一位律师通常要在新手区和主办区历练七八年左右；进入老板区后，因为律师工作的跑道很长，因此其工作年限在理论上是没有上限的。

老板区	高级合伙人 合 伙 人	8年~∞
主办区	资 深 律 师 律 师	1.5~7年
新手区	律 师 助 理 实 习 生	-0.5~1.5年
	学 生	

图中-0.5年指的是，在校期间已在律所开展毕业实习，并因此而进入新手区，但尚未正式计算工作年限，处于工作之前的半年中。

从序列图上可以看到两道清晰的鸿沟，一道是从新手区到主办区，变化过程中，青年法律人逐渐可以独当一面、挑大梁；另一道是从主办区到老板区，在此过程中，律师的销售能力、社会资源协调能力等开始展现。

但是，除了这两条清晰的显性鸿沟之外，其实还有一条隐性鸿沟，就是从律师晋升到资深律师的阶段，高级合伙人、合伙人和资深律师实际上是序列图中的资深区，而律师、律师助理、实习生还是非资深状态，资深与否关键就看老板敢不敢“全脱手”。成为资深律师后，市场价值显著变高，大家要努力突破隐性鸿沟、成为资深区的律师。

老板区	高级合伙人 合 伙 人	资深
主办区	资 深 律 师 律 师	
新手区	律 师 助 理 实 习 生	非资深
	学 生	

如何进入新手区

进入新手区的标准很简单，即通过律师事务所的筛选、进入律所实习并留用。在律所选拔方面，会包含硬性标准和软性标准，典型的硬性指标有学校学历背景、是否通过司考/法考、英语能力、在校绩点/奖学金等。

律所之间的指标设定自然会有不同，但上述所列的四点是最为常见的。学校学历背景是看新手是否接受过体系化的法学教育，攻读研究生、LLM 或 JD 是弥补该方面短板的方式；司考/法考成绩是大家取得律师执业资格的敲门砖，自是必要条件，部分律所或律师团队亦会对考分有要求，鉴于该考试无法刷分，建议青年法律人全力以赴；律师工作内容的国际化

程度提升已然成为趋势，所以对英语语言有所要求也愈加常态化，新手们一方面可以通过语言考试成绩、海外留学经历等展现自己的客观水平，另一方面也要预备好律所安排的笔试或英语口语面试；在校绩点/奖学金体现了日常学习情况，有别于司考/法考着重考察考生对中国法法条的熟悉程度，在校期间的考试往往考察的是学生的法律功底，也就是法律运行的原理，因此，在校期间的考试不可掉以轻心，有含金量的奖学金也当争取。

硬性指标是由简历信息体现，事实上，发送简历的过程也有诸多需要留意的事项。比如求职的意向要明确，如果律所有邮件主题格式要求的就应当遵照相应的格式，即便律所在招聘信息中没有载明要求，求职者也应尽量利用好邮件的主题、正文撰写，提供有价值的信息。此外，投递简历的过程中不能犯低级错误，例如简历中出现错别字、错写应聘律所的名字等，室友之间交叉检查是避免该类错误的好方法。另外需要提醒的是，简历一般应当兼具中文版和英文版，但除非律所要求或者应聘外所，中文版本建议放在前面；若将英文版置于中文版之前的话，可能被默认为要展示自己的英语实力，由此被重点阅读，若是英语语言表达经不起推敲反而得不偿失。

软性指标方面我们归纳了最为重要的四项能力。首先是检索能力，在律所笔试的环节中，很有可能安排“对机检索”以测试检索水平。其次，沟通能力非常重要。很多人会误以为沟通能力是指说话的能力，事实上，“说”是一方面，“听”也是极为重要的。此外，俗话说，律师的核心竞争力是“嘴皮子、脑瓜子、笔杆子”，因此，新手的书面表达能力也是重要的软性指标。律所的笔试中常常会有翻译题、条款撰写题、甚至要求写诉讼方案等，这个过程中既是考察大家的英语水平、法律功底，其实也是在看新手的书面写作能力。最后一个软性指标就是细心，格式错误、遗漏附件、前后不一致、错别字、条款引述错漏或交叉引述后没有调整完备等都是要尽力避免的。

至此，我们向大家介绍了进入新手区的四个硬性指标和四个软性指标，事实上，与其说“指标”、不如说是“参考维度”，每一个指标都会有其变通的方式；也不是非要达成所有的指标才能进入新手区。只是说，相关的能力越全面、综合展现越硬核，获得令人心动的 offer 的概率也会越大。

硬性指标	软性指标
 学校学历背景	 检索能力
 司考/法考成绩	 沟通能力
 英语能力	 书面表达
 在校绩点/奖学金	 细心

如何进入主办区

主办区和新手区的不同就在于能够独当一面，即独立办案。什么样的素养可称之为能够独立办案？我们觉得，有三项素养是极其重要的。

第一项素养——自推进能力。在新手阶段，更多的时候可能是执行带教布置的任务，带教说和法院打电话、于是打电话，带教说去调档、于是去调档。但是到了主办区，就要做到在每一个推进不动的节点上，都能自己去主动地解决、再推进。在成为律师但尚未进阶到资深律师的时候，老板很少会真的全面放手，但此时作为主办区的成员，与老板的互动模式就不应该是被动听取，而是需要展现自我驱动力地工作，事前或事后同老板进行汇报即可。即便在个案中，老板会要求每一个新的举措都要经其同意，但这并不能成为主办区成员不主动思考、仅仅是等待接收指令的理由；正确的做法是，在面临节点的时候想好方案、征得老板的同意，因而主办区自始至终都应当有主人翁的精神，至于是先操作后备案、还是先得到允许再去做每个老板开始时会有不同的要求，但随着主办律师不断成长，老板一定会下放越来越多的权力到主办律师手上。

第二项素养——应变能力。新手区时遇到意外，可以去和老板、和主办问怎么办，但是所谓“独立”就势必要求有随机应变的能力。比如有客户想要做特许经营业务，老板让律师去复核客户是否具备相应的资质，律师复核之后发现客户并不符合“两年一店”的要求，此时，将否定的结论告诉老板就可以了吗？假设客户希望开展特许经营业务的动因是扩大品牌规模、实现融资目标，那么不做特许经营而是开展授权许可使用的业务是否也是可以的呢？提供变通的方案，实现客户的目标，就是律师应变能力的重要体现。当然，变通方案与原有方案之间的差异，以及变通后可能增加的风险，也要及时向老板和客户汇报。

第三项素养——创造力。创造力与经验积累有着密不可分的关系；相应的，经验越丰富，就能驱动越强大的创造力。比如就客户面对的商业上与法律上的瓶颈问题，可以构想一个从未有过的方式去解决，在法律圈中，刘钢律师为新浪设计 VIE 架构的经历就是非常典型的律师创造力的展现。



如何进入老板区

老板区即合伙人区涉及大量综合性的考量维度，我们无法进行过多展开。通常认为，合伙人们应当具备营销能力、公众演讲能力、社会资源的协调能力、与二级市场的合作能力、团队人员的管理能力、品鉴律所平台的能力等。当然，对于授薪合伙人、尤其是办案型合伙

人或科研型合伙人的要求可另当别论。

此外，主办区成员对老板区成员的向上管理能力也在一定程度上决定了其晋升至老板区的潜力和时间。向上管理又称逆向管理，指的是下级反过来管理上级的能力，例如对于忙碌且大量处理繁杂问题的老板，主办律师为老板编排好一周时间表，每天早晨上班时告知老板要处理哪些工作，在一个案件中为老板划分出高难度技术区域和高级别协调区域，以此为老板框定工作范围等等。

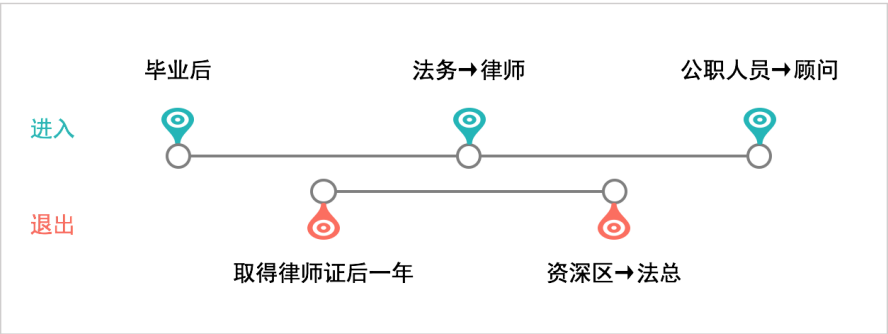


常见问题解答

除了上述和律师职业晋升有关的话题外，法律人的职业规划也是很多人的关注焦点。在此，我们也简述一下律师职业的进入和退出机制。

比较具有代表性的入行时间点有几个，其一，就是上文一直在介绍的毕业后。其二，是可以从法务岗位上转型为律师；这个路径的优势是相关人员对行业的理解更为深入、商业思维较强、且熟悉汇报和沟通方式。其三，从政府公职人员转型成为资深律师、甚至是顾问，后续晋升为合伙人。

而律师转型成为法务的良好时机一般认为有两个，即拿证后一年，或者从资深律师、合伙人转型成为法总。考虑到律师证本身有较大的价值，且助理经验对于法务工作的意义并不太大，因而不建议大家在助理阶段跳槽成为法务，律师实习证还是应当尽力挂满实习期、不要断，以便获得正式的律师执业证。至于为何不是一拿到律师证就转为法务？其原因在于，取得律师证后可以去做很多过去在实习律师期间无法从事的工作，比如作为诉讼律师的话可以出庭，作为非诉讼律师可以在法律意见书上签字等，换言之，可以将取得律师证之后的“红利”先拿到、再转型，要知道，律师序列的最大红利并非薪酬待遇或职位，而是能力的提升。



当然，上述的进入和退出时间都是根据大概率得出的常规经验，并不意味着绝对正确，大家可以结合自身的情况综合判断。

此外，还有两个常被关心的问题，一个问题是在专业化和能力大众化之间如何选择，我们认为，新手阶段，可以适当接触更多的领域以使自己有一定程度的基础积累，为之后的专业选择及专业化之后的跨专业合作打下基础；而到了一定阶段后，专业化几乎是必然的选择，因为专业化方可以带来垄断利润，一个有专业深度的律师才真正不可替代。很多人说，客户的需求是多元化的，一个专业律师解决客户多元化需求的方式不是让自己变成“万金油”，因为广度和深度到了一定的程度势必无法兼容，而是可以通过与其他专业律师分工合作的模式使得客户的需求被全面满足。

另一个问题是究竟应该如何挑选律所平台，就此，需要大家对我们所处的律师行业进行一定的调研和了解，对于自己的优势和需求进行客观的定位和评估。目前，合伙制、公司制、互联网制的律所是最常见的三类模式，均是各有利弊。但我们认为，作为律界新手，选择一个好的入门带教是至关重要的，因为他将决定你是如何理解律师这份职业的，这将关乎“道”的层面。道之所存，师之所存也，反之亦然。

本文的分享并非意图输出所谓的正确观点，只是想传递经验性的信息，给年轻法律人的职业选择和规划提供一定的参考。

祝愿每一位法律人都能对世界怀有希望、对法律工作充满热情，让我们一同成为有实践精神的理想主义者。

（本文首发于 2019 年 12 月 10 日）

热爱法律的技术派



上海总部：021-5109 6488

南京分所：025-5881 1373

武汉分所：027-8771 8809



BD@ricc.com.cn



星瀚客服



星瀚微法苑