

2019年第二季度

星瀚律師事務所
RICC & CO.

星瀚法律研究

LEGAL STUDY



热点聚焦

商业秘密保护的“春天”来了
——《反不正当竞争法》修改解读

新《商标法》草案亮点解读

重点推荐

上海地区高管损害公司利益民事
纠纷大数据研究报告

企业员工职务侵占犯罪大数据研究报告

目录 CONTENTS

内控反舞弊

2018 年度企业员工职务侵占罪大数据研究报告	P01
哪些“财物”属于职务侵占的对象？	P09
如何认定职务侵占行为的对象是否为“本单位”财物？	P12
侵犯商业秘密罪中，“重大损失”如何计算？	P14
浅谈美国、英国对企业内部控制的要求	P18
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	P20
董事高管违反忠实勤勉义务，公司可以如何处置？	P26
发现高管在外另设公司，夺取任职公司的商业机会怎么办？	P28
高管离职交接时不可忽视的 6 个细节	P32

涉外·海商

非法进口固体废物，相关主体将面临何种法律责任？	P34
设备或产品退运中的法律风险防控	P36
当执行异议之诉遭遇被执行人破产程序	P39
一起非主流化工品污染海事事件	P42
《<2016 年海事劳工公约>2014 修正案》下船员遗弃权利救济的思考	P45

热点聚焦

商业秘密保护的“春天”来了——《反不正当竞争法》修改解读	P48
新《商标法》草案亮点解读	P51
从极限第一人坠亡案看平台的责任承担新趋势	P54
为何商品侵权，平台方被判共同担责？——从拼多多案看“避风港规则”的适用	P56
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？	P58
私募基金投资人维权指引	P61
私募基金爆雷期的监管政策导读	P65

房地产

九家房企为何“联名上书”？精装修房双合同制法律解析（上）	P69
捆绑解除是否可行？精装修房双合同制法律解析（上）	P71
限售政策对购房者带来的交易契机与风险评析	P72
自持产权式商业地产投资弊端及出路	P75

星瀚人文

她们才是律所里的“顶级流量”	P78
杨轶菡：工作中追求有用，生活中喜欢有趣	P82
奔跑，是一场节奏与自由的刻意练习	P85
吴斌：匠心律师的诗和远方	P87

内控反舞弊

2018 年度企业员工职务侵占犯罪大数据研究报告

宋佳、汪银平（星瀚刑事部）

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）》。

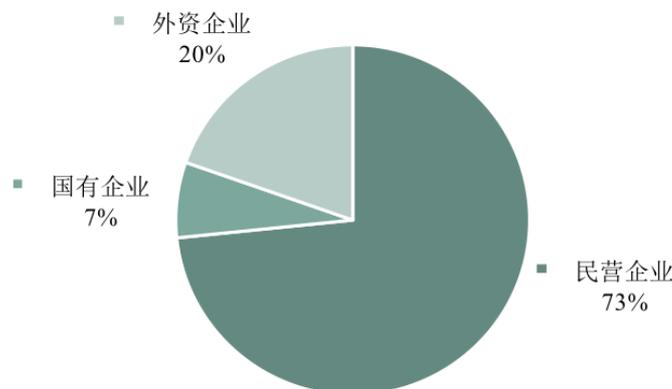
报告说明：

- 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。

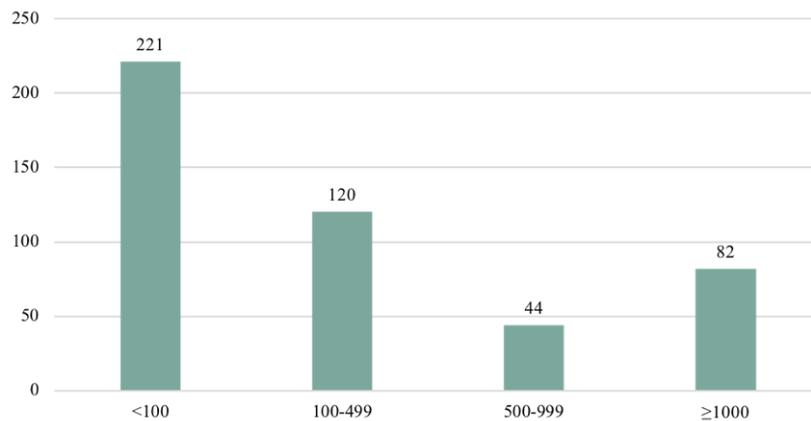
国有企业的案件比较少，一是国企管理制度相对较为健全，而且设有纪委监察等监督机

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。

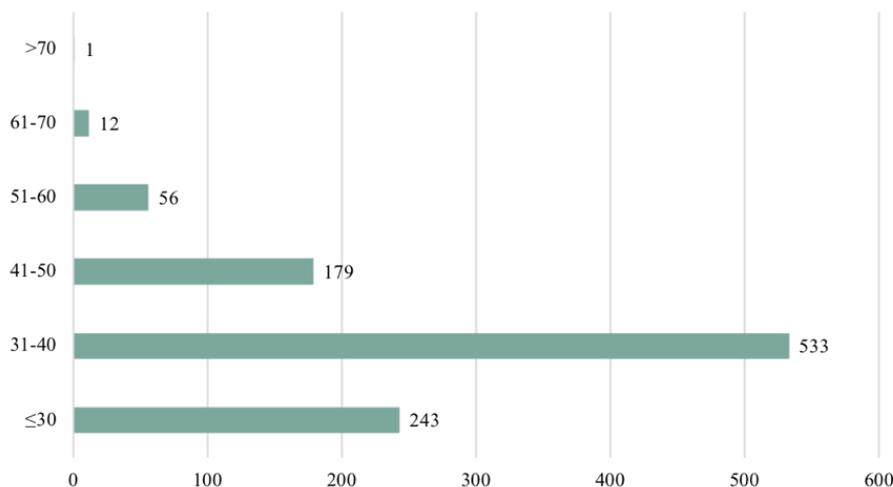


以上图表反映出，少于 100 人的小型企业发生员工职务侵占案件数量最多，到 1000 人以内的中等规模企业，数量逐步下降。但是 1000 人以上的大型企业，职务侵占案件数量又呈回升趋势。

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。

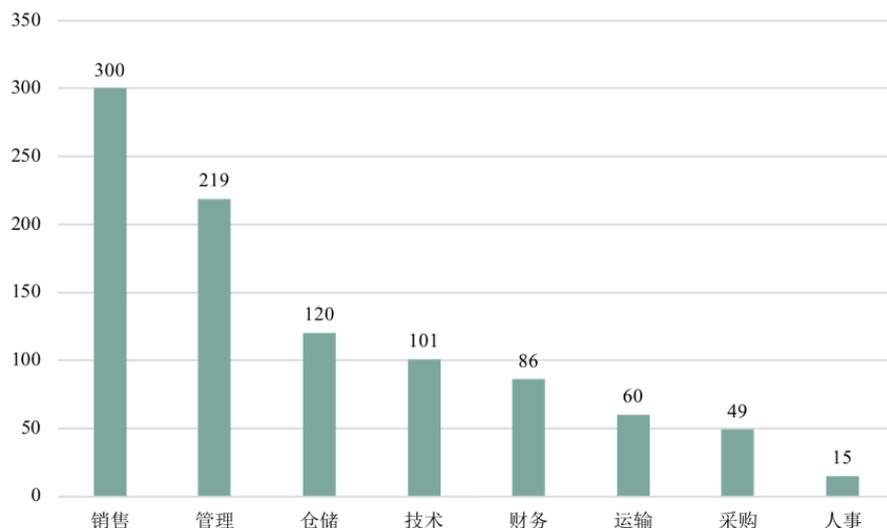


实施职务侵占罪的行为人以中青年为主，平均年龄为 36 岁。其中，31-40 岁的中年人

数量最多，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。

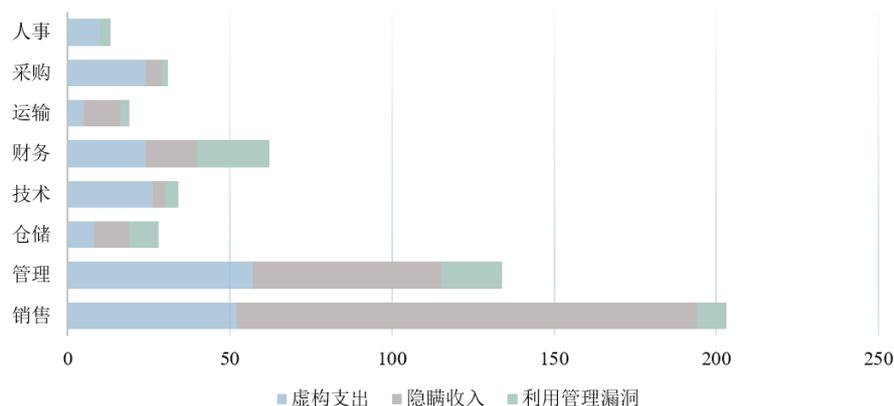
犯罪人员以销售岗、管理岗居多

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。



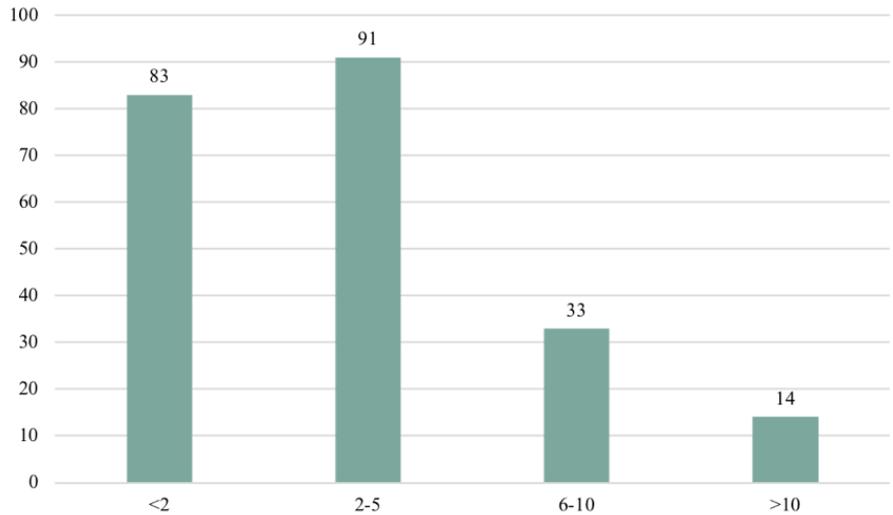
很多企业都没有遵循销售、收发货、付款等环节相互独立以及岗位分离的原则，这是销售岗位舞弊高发的原因。此外，技术岗位的职务侵占也有一定特征，其隐蔽性较强。

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

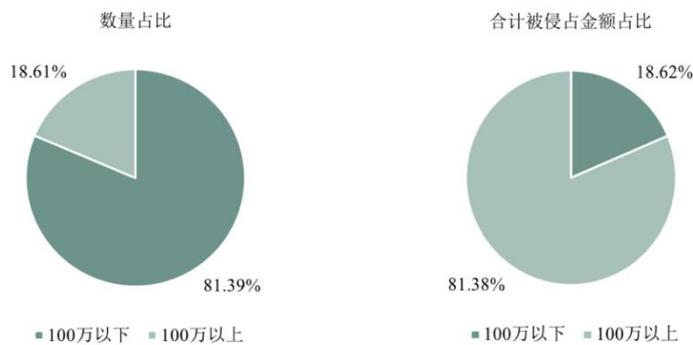
在统计的 870 份文书中，有行为入入职年限的共 221 条数据。其中，入职时间小于 2 年的有 83 人，入职 2-5 年有 91 人，入职 6-10 年有 33 人，入职 10 年以上的有 14 人。可见，入职 5 年以内的人员是案件高发群体。



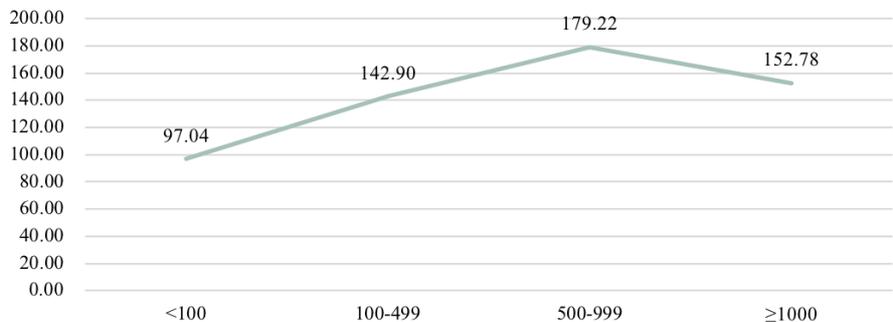
单案平均侵占金额超过 120 万元

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。



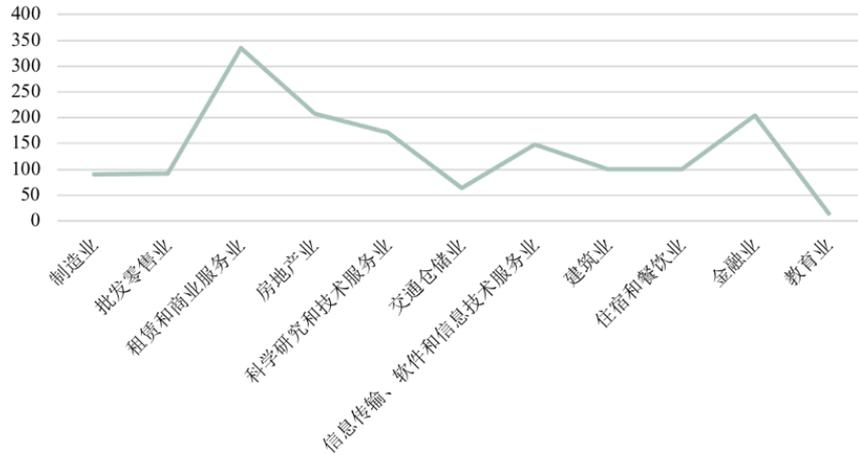
小于 100 人的小型企业平均被侵占金额 97.04 万元，100-499 人的中型企业平均被侵占金额为 142.90 万元，500-999 人的中型企业平均被侵占金额为 179.22 万元，1000 人以上的企业平均侵占金额 152.78 万元。



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。

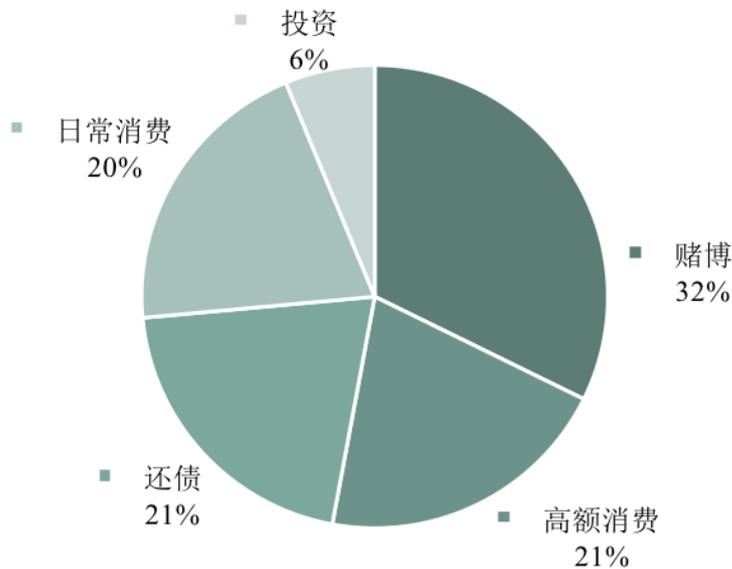
租赁和服务行业被侵占金额最高

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%。



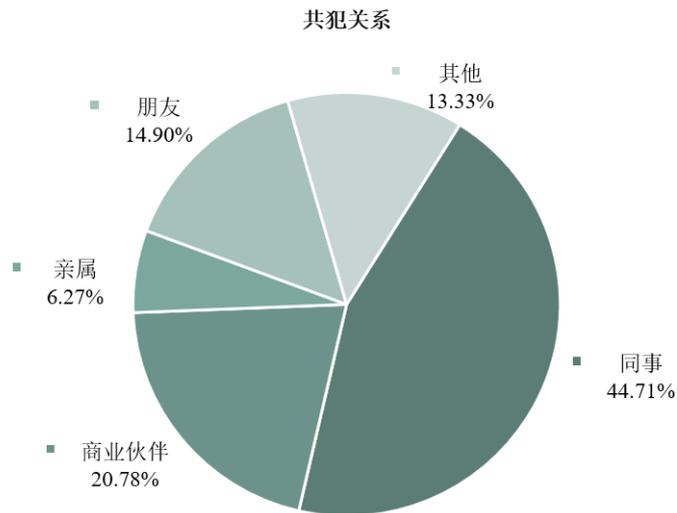
单独作案的比例远高于合伙作案的比例

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。



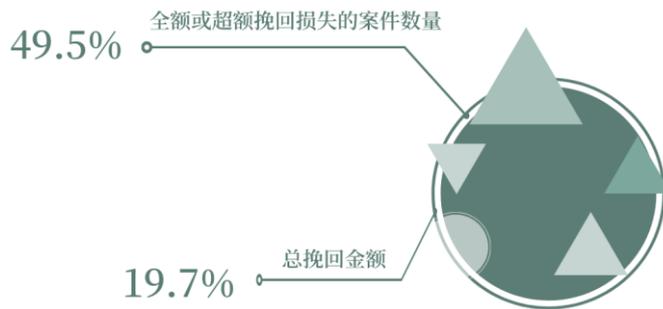
退赔金额仅占损失金额的 20%

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。

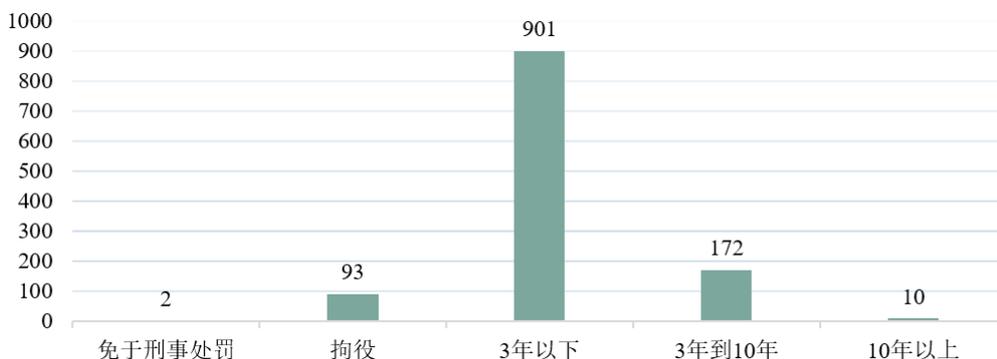


总共挽回金额为 20624.45 万元，是总侵占数额的 19.7%。在有退赔或追赃的案件中，全额或超额挽回损失的案件数量占 49.55%。



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：

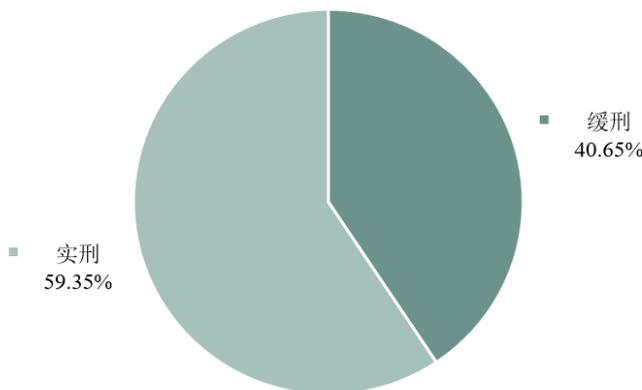
职务侵占金额小于 100 万（不含本数）的平均刑期：15 个月（1 年 3 个月）；

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）；

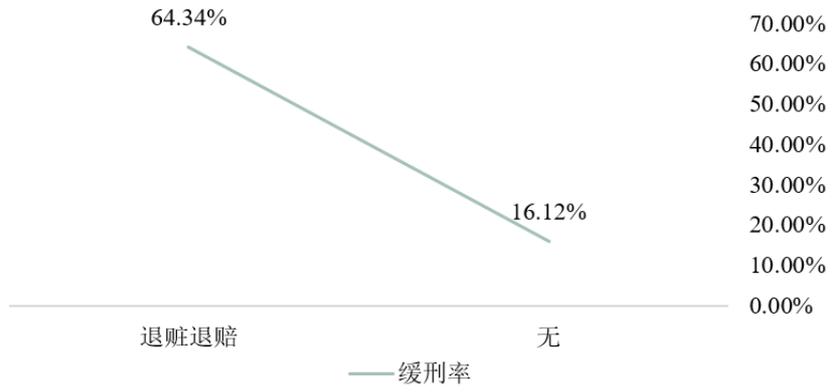
职务侵占金额大于 500 万（不含本数）的平均刑期：67 个月（5 年 7 个月）；

缓刑率一般，被害单位的谅解书很重要

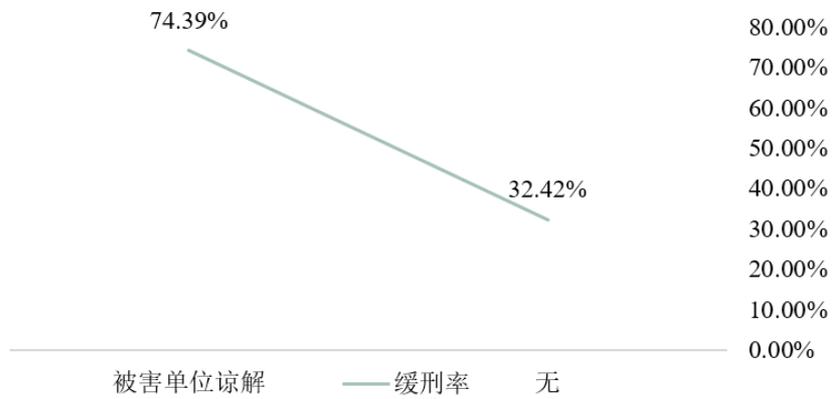
统计案例中，被法院适用缓刑的有 478 人，占比 40.65%，未被适用缓刑的有 698 人，占比 59.35%（根据《刑法》相应规定，对被判处拘役、3 年以下有期徒刑的被告人可以宣告缓刑）。



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)

哪些“财物”属于职务侵占的对象？

邵洋（星瀚刑事部）

根据《刑法》第二百七十一条规定，职务侵占罪是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将**本单位财物**非法占为己有，数额较大的行为。如何认定“本单位财物”及其数额，是判断行为人是否构成职务侵占的关键要素之一。本文先就哪些“财物”属于职务侵占的对象进行研究。

2016年4月18日，最高人民法院、最高人民检察院出台《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》。其中第十二条规定，贿赂犯罪中的“财物”包括货币、物品和财产性利益。货币（单位存放的现金、银行账户中存有的资金等）和物品（单位办公用品、生产器械、实物产品等）是比较常见的职务侵占对象，在此不做赘述；财产性利益在该条款中也有明确定义，包括“可以折算为货币的物质利益如房屋装修、债务免除等，以及需要支付货币的其他利益如会员服务、旅游等。”除此之外，在社会的不断发展演变中，又出现了许多新型的职务侵占手段和对象，在司法认定中存在诸多争议，下文即做展开探讨：

一、侵占单位的虚拟财产

虚拟财产，顾名思义是一种非实体化的财产形式，指个人或者单位在网络空间上所拥有诸如软件账号、游戏货币、游戏装备之类的财物。

有种观点认为，虚拟财产应该被归类于计算机信息系统数据，因其本身并没有财产属性，自然也不属于财物的范畴。2004年，最高人民法院研究室曾撰写《关于利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利如何定性问题的研究意见》，认为网络游戏中的虚拟货币、物品等的本质是一种电磁记录，其价值是由发行商和游戏玩家等共同决定的，并没有一套普遍适用的价格鉴定标准。这使得虚拟财产与社会中流通的现金、物品等具有较大差别。此外，在虚拟财产被盗、被侵占后，网络运营商可以自行生成任意数量的虚拟货币、物品等进行弥补，不会造成任何的实际财产损失。因此，对于盗窃、侵占虚拟财产适用非法获取计算机信息系统数据罪，符合罪责刑相适应原则。

然而在目前的司法实践中，该种观点已无法解决越来越多的实际问题。虚拟财产在很多情况下都可以转换成现实中的财产。比如网络游戏虚拟货币一旦进入市场进行交易，换取了相应的货币，就已经因为等价交换的市场行为而被赋予了相应的财产价值。

具体到职务侵占罪中，也出现了认定虚拟财产为侵占对象的司法判例，简述如下：2013年3月至2013年12月期间，杨某伙同夏某，利用夏某担任公司运营中心“大话西游2”游戏查盗专员的职务便利，由杨某花钱申请低价值、低属性的游戏装备，后以游戏玩家名义虚报该游戏装备被盗并向公司提出申诉，夏某趁此机会利用其操作权限，擅自将上述低价值、低属性游戏装备修改为高价值、高属性游戏装备，并返还给杨某，后其二人通过公司“藏宝阁”交易平台共同出售修改后的游戏装备，并共分钱款。ⁱ

法院认为，本案涉及的游戏道具是计算机软件运行后生成的结果，是一种虚拟财产，但该虚拟财产是可以透过现实的交易转化为货币，具有现实财产的属性。杨某为牟取非法利益，伙同他人，利用职务上的便利将“大话西游2”游戏中低价值、低属性的游戏道具修改为高价值、高属性的游戏道具，并出售牟利，将违法所得占为己有，数额较大，其行为侵犯了被害单位的财产所有权，已构成职务侵占罪。

二、侵占土地、房屋、车辆等单位特殊物

十余年前，我国刑法理论界通说认为不动产不能成为经济犯罪的对象，也不能成为侵犯财产罪以及职务侵占罪的犯罪对象。理由是它认为，既能窝藏又能销售的物，才能成为侵犯财产罪的犯罪对象；只能销售不能窝藏的物，则不属侵犯财产罪。ⁱⁱ

然而在司法实践中，行为人利用职务上的便利，非法占有单位房屋、车辆、土地等的案件时有发生。如果职务侵占对象不包含上述特殊物，就难以惩处该些职务侵占的犯罪行为，会给单位造成极大的财产损失。

有观点认为，职务侵占罪中的占有，是对本单位财物在物权上的全部所有，包括占有权、使用权、收益权和处分权，不仅仅是占有财物本身。如要认定行为人的职务侵占行为，需要将其将单位财物的所有权实现完全转移，变为己有。因此在一般案件中，行为人只能在空间上占有单位房产、车辆等，并没有依法办理过户登记的可能性，故其行为不应认定为职务侵占。

而笔者认为，需要依法办理过户登记才发生所有权转移的特殊物，也能成为职务侵占的对象。行为人对该些特殊物的占有行为，可以构成职务侵占罪，但有既遂与未遂之分。例如，公司管理人员将公司公车开回家长期使用，并准备将公车出售，却因过户手续严格而无法办理，此时应认定为职务侵占未遂。ⁱⁱⁱ而若已经将单位车辆私自变卖，将车款非法占为己有，虽因客观原因无法完成过户手续，也应当认定为职务侵占既遂。在（2015）鄂宜昌中刑终字第00166号案件中，李某作为盛合公司的执行总经理，在离职时将单位车辆占为己有。后李某以10万元价格将该车卖给他人，并出示自己伪造的盛合公司承诺书，用以证明该车的实际所有权人为自己。一、二审法院均认为李某的行为构成职务侵占罪，最终李某被判处有期徒刑一年。

将特殊物纳入职务侵占罪的对象，也有助于认定侵占该些财物的收益权是否构成犯罪。如行为人将单位房产或车辆对外出租，并将租金收为己有，在数额较大的情况下，同样应当被认定为职务侵占罪。

同样，根据《土地管理法》第九条的规定，国有土地和农民集体所有的土地，可以依法确定给单位或者个人使用。又因为土地所有权与使用权可以分离，个人或者单位可以获得土地使用权，可以对土地进行占有、使用、开发、经营，产生经济收益。因此，土地使用权具有财产性利益，也属于“财物”的范畴。^{iv}

三、侵占商业秘密等刑法其他条文具体保护的特定财物

商业秘密对于单位来说是一种特殊的财产，关于商业秘密是否是职务侵占的对象，最高人民法院的机关刊物给出的答案是否定的。

2011年，《人民司法》在回答浙江省玉环县法院刑庭《商业秘密能否成为盗窃、诈骗、职务侵占等侵财型犯罪的对象？》的问题中明确答复：《刑法》第二百一十九条，专门规定了侵犯商业秘密罪，对商业秘密作出特别保护之后，商业秘密就不能再成为盗窃、诈骗、侵占等侵财型犯罪的对象。

具体而言，对以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密，给商业秘密的权利人造成重大损失的，应以侵犯商业秘密罪论处；尚未给权利人造成重大损失的，不构成侵犯商业秘密罪，也不能以盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪等追究行为人的刑事责任，而可由权利人通过民事程序追究侵权人的民事责任。

同样，行为人在单位履职期间，可能接触到单位搜集、保存的公民个人信息（包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等）。行为人非法获取并出售该些信息获利的，是否构成职务侵占罪呢？

公民个人信息是公民个人的隐私，从法益保护的角度考虑，如行为人利用职务之便，获取公民个人信息用于转卖的，该行为所侵害的客体主要是法律对公民权利的保护而非单位的

财产权益（公民个人信息本身不应当被赋予财产属性），故不应认定为职务侵占犯罪。此外，为规范公民个人信息的保护，打击侵犯公民个人信息的犯罪活动，《刑法》修正案九规定了侵犯公民个人信息罪，故行为人出售单位存有的公民个人信息，应认定为侵犯公民个人信息罪为妥。

（本文首发于 2019 年 4 月 30 日）

ⁱ（2017）粤 01 刑终 302 号

ⁱⁱ毕志强——论职务侵占罪的犯罪对象

ⁱⁱⁱ赖桂宁——浅议职务侵占罪的未遂形态

^{iv}齐英武——利用职权非法占有土地使用权，如何定性归责

如何认定职务侵占行为的对象是否为“本单位”财物？

邵洋（星瀚刑事部）

在企业舞弊案件中，职务侵占罪是十分常见的罪名，如何在复杂案件中认定被侵害的对象为“本单位财物”，进而为企业挽回经济损失，是值得关注的一个问题。前文《哪些“财物”属于职务侵占的对象？》中我们重点研究了“财物”的范畴，本文则重点研究如何认定该财物是属于“本单位”的。

一、侵占并非单位所有，而是单位实际占有的财物

在快递行业中，便经常会出现快递员、业务员擅自占有快递包裹的情况。如认定包裹属于单位所有，则行为人利用职务之便，非法占有本单位财物的行为符合职务侵占罪的规定。反之，则可能被认定为盗窃罪。

例如以下案件：2014年8月，杨某入职S省A市B县一家快递公司，担任分拣员，某日凌晨，杨某分拣包裹时发现一个外有“M”标志、内有一部小米手机的包裹，就采取用大物件掩藏小物件的方式，让这个快递包裹躲过扫描，拿走使用。不到一星期，公司就发现这个手机包裹丢失，赶紧调取监控视频，发现是本单位的杨某偷的，便报了警。当日，警方将杨某抓获，并从他身上搜出被盗的小米手机。经鉴定，这部手机价值1999元。

一审法院认为，杨某以非法占有为目的，秘密窃取他人财物，并且达到S省掌握的盗窃罪数额较大的定罪标准，其行为已构成盗窃罪。而二审法院认为，杨某作为快递公司工作人员，利用经手本单位财物的职务之便，采取盗窃方法侵占本单位价值1999元的财物，其行为属职务侵占性质，但因其侵占的财物价值未达到S省规定的职务侵占罪数额较大的定罪标准，依法不应以犯罪论处。

笔者认为，职务侵占罪“本单位财物”在范围上不仅包括本单位“所有”的财物，也包括本单位“持有”的财物。具体而言，“本单位财物”主要有三种形态：①本单位所有的现金、动产等，这些都处于本单位占有和监管范围内；②本单位尚未建立占有但具有所有权的债券等；③本单位依据法律、合同等暂时管理、运输或者使用的归他人所有的财物。

在上述案例中，涉案财物虽然在承运过程中其所有权并未发生转移、仍归小米手机公司所有，但毕竟还是处于快递公司实际运输、保管过程中，故应归属于上述第③种类型的“本单位财物”。ⁱ

实际上，将单位持有、占有而非所有的财物视同“本单位财物”是一种刑法上的扩大解释。做出如此扩大解释，是因为刑法条文所使用的文字失于狭隘，不足以表明刑法的真实意义。扩大解释所包含的事实，并没有超出一般人能够预见的范围，因此符合罪刑法定的原则ⁱⁱ。

另外，从民法理论上讲，单位保管、使用、运输他人财物时与财物所有人之间是一种债权债务关系，作为占有人的单位有保管和返还义务，如果财物发生了毁损或灭失，那么单位应当以自己的财产进行赔偿。委托人的利益因有债权保障而不会受到损害，实际上受到损害的是受托人。因此，侵占单位占有物的行为实际上侵犯的是单位财产所有权而非委托人的所有权ⁱⁱⁱ。从这一角度思考，职务侵占罪中的“本单位财物”，自然不仅限于单位在所有权上拥有的财物。

二、侵占单位可能获得的利益

2013年，郭某入职北京某房地产经纪有限公司工作，担任业务员，负责寻找房源、带客户看房、签订房屋租赁合同等工作。当时，某房屋所有人邱某将一套房产的出租信息在链家地产、我爱我家以及郭某所在公司等多家房地产公司登记。郭某得知该信息后，私下在周

边地区以个人名义散发出租赁房屋的信息广告。后郭某带客户徐某看中了该房产准备承租，郭某找到另一个房地产公司法人朋友胡某，表示自己是独立的房产中介经纪人，并从胡某处拿了房屋租赁合同和居间服务佣金确认书。8月底，郭某在未告知自己在公司的情况下，作为中介方促成交易，并以胡某公司的名义与双方签订了居间服务佣金确认书，郭某因此获得中介费 56464 元，事后郭某未向其公司汇报此事^{iv}。

职务侵占罪中的“本单位财物”，包括单位现存的财物和确定的收益。在本案中，房屋所有人邱某向社会公开出租房屋信息，该信息并非郭某所在公司独享，其他房产经纪公司或者独立经纪人都有促成交易的可能性。郭某在促成交易过程中从未以自己公司名义提供服务，且最终双方的租赁合同、佣金确认书均来源于胡某的房地产公司。无论在应然性还是实然性上，该笔 56464 元中介费都不应当视为郭某所在公司的财物。因此，郭某的行为虽然违反单位管理制度，致使公司潜在的利益受到损失，但并不属于职务侵占行为。

与郭某案例相似却有本质区别的，是在外贸行业中比较突出的“飞单”现象。所谓“飞单”，通常指业务员代表单位与客户达成初步合作意向后，却将该订单交给自己实际控制的企业或者其他企业来完成，从中获取佣金或其他利益。此时，业务员利用了公司资源和渠道与客户接触，其“飞单”行为侵占了单位本应获得的利益（即“本单位财物”），应当被认定为职务侵占。

三、侵占其他股东的股权

近些年，很多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。有部分法院参照公安部经侦局《关于对非法占有他人股权是否构成职务侵占罪问题》工作意见，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，则可对其行为以职务侵占罪论处。而大多数专家学者，如张明楷、周光权教授等则对此观点持否定态度。关于股权是否可理解为职务侵占罪的“本单位财物”，星瀚反舞弊法律中心已发布专业研究文章，具体可参见《非法侵占他人股权行为的司法实务分析》。

（本文首发于 2019 年 5 月 8 日）

ⁱ苏云、张理恒——快递公司分拣员窃取邮包行为定性盗窃罪之刑法教义学可行性路径分析

ⁱⁱ黄祥青——将本单位财物非法占为己有的罪状表述

ⁱⁱⁱ孙晓博——快递员非法占有快件行为的刑法定性

^{iv}周治成——论实务中刑民交叉案件中的若干问题

侵犯商业秘密罪中，“重大损失”如何计算？

张雪燕（星瀚刑事部）

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侵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。ⁱⁱ

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ⁱⁱⁱ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。¹⁹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 万元×12%=1782 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³³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³⁴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³⁵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进行判断，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³⁶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³⁷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。

（本文首发于 2019 年 6 月 19 日）

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”。

ⁱⁱ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。

ⁱⁱⁱ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。

^{iv}第二十条三款已被最高人民法院于修改《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。”

^v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。

^{vi}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。

^{vii}参见四川省成都市高新技术开发区人民法院（2004）高新刑初字第 106 号刑事判决书。

^{viii}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。

^{ix}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。

^x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。

^{xi}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。

^{xii}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。

^{xiii}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。

^{xiv}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》。

浅谈美国、英国对企业内部控制的要求

金逸鸽（星瀚涉外部）

内部控制，是由企业董事会、监事会、经理层和全体员工实施的，旨在合理保证企业经营管理合法合规、资产安全、财务报告及相关信息真实完整，提高经营效率和效果，促进企业实现发展战略的过程。

2008年6月28日，财政部、审计署、证监会、银监会和保监会联合颁布了《企业内部控制基本规范》（以下简称“《基本规范》”），确立了中国企业建设内部控制规范的标准体系。

纵观中国内部控制法律体系的要求，其与美国较为相似，侧重于对财务的管理，但同时也一定程度上汲取了英国的公司治理理念。本文将为大家简要介绍英美两国的内控机制特色。

美国内控发展：三个重要节点

美国的内控要求发展主要经历了三个重要节点，即《反海外贿赂法》的颁布、COSO机构的设立、安然事件后《萨班斯法案》的颁布。

（一）《反海外贿赂法》：管理层有义务在企业内部保持适当的会计控制体系

20世纪70年代，美国和世界多地爆发了大规模的公司会计欺诈和公司内部控制失效的事件；21世纪初也发生了大量类似事件。

早期事件直接导致美国出台了《反海外贿赂法》(Foreign Corrupt Practice Act, “FCPA”), 促进企业更加重视内部控制概念的运用。

FCPA第一次规定了管理层有义务在企业内部保持适当的会计控制系统，但是没有要求审计人员证实企业是否遵照相关法案的要求来规范其内部控制。在此之后，FCPA虽然再次修订，但修订也只限于加强和改善其反腐败条款。

（二）COSO 内部控制框架

1985年，美国反虚假财务报告委员会 National Commission of Fraudulent Financial Reporting 成立了 Committee of Sponsoring Organizations, “COSO”，专门研究内部控制问题。

1992年，COSO发布内部控制框架，公司可根据该框架审核其内部控制的有效性。最初的COSO内部控制框架定义内部控制为：“内部控制是一个流程，受到一个组织的董事会、管理层以及其他人员的影响，为达成以下战略目标提供强有力的保障：（1）运营的效率和效果（2）财务报告的可靠性（3）遵守使用法规的法律法规。”，认为内部控制的五要素为：

（1）控制环境（2）风险评估（3）控制活动（4）信息与沟通（5）监控活动。

1992年后，COSO内部控制框架不断被完善，并且其所提出的内部控制理念也被美国大量公司所采用。

（三）《萨班斯法案》：安然事件后，美国第一部与内部控制有关的法规出台

安然公司 Enron 原是世界上最大的综合性天然气和电力公司之一，在北美地区是头号天然气和电力批发销售商。在2001年宣告破产之前，安然拥有约21000名雇员，曾是世界上最大的电力、天然气以及电讯公司之一，2000年披露的营业额高达1010亿美元。

由于持续多年地精心策划制度化、系统化的财务造假丑闻被曝光，2001年里，安然的股价崩盘，由90美元跌至一文不值，这个拥有上千亿资产的公司于2002年破产。

安然事件给美国乃至全世界的资本市场造成了持续深远的影响，曾经享誉盛名的安达信会计师事务所也因牵涉其中而被迫解体倒闭。“安然事件”从此成为了上市公司财务造假和企

业欺诈的代名词。

此外，安然事件直接导致了《萨班斯法案》(Sarbanes-Oxley Act,简称“SOX”)的诞生——美国第一部与内部控制有关的法规。其目的在于增强财务报告审计的规范程度，并且纠正董事会、会计师事务所以及其他实践活动中出现的问题。

在公司内部控制方面，SOX 有如下关键条款：

章节	标题	关键要求
301	审计委员会的独立性	所有审计委员会的成员均应当是独立董事。
302	公司对财务报告的责任	CEO和CFO必须以个人名义为公司任意期的财务报告提供保证。
305	对公司高管及董事的处罚	公司高管及董事因虚假会计信息而获得的报酬，应适用个人财产予以偿还。
404	内部控制报告	管理人员需要报告内部控制的质量，会计师事务所要审计和评估管理层出具的内部控制报告。定期编制财务报告是管理人员的责任，同时外部审计师对财务数据进行审计并证明其是否公允表达。
407	财务专家	审计委员会中至少有一名财务专家。
409	实施披露	财务报告必须及时、适当地发布。
1105	公司高管及董事禁止事项	如有违规情况，美国证券交易委员会可以禁止某些公司高管或董事在其他上市公司担任职务。

SOX 表明，任何管理层或下属“欺诈性地影响、强迫、操纵或误导审计师”从而对其审计过程产生严重误导的行为都将受到法律严惩；要求建立企业审计记录的规则，外部、内部审计师的工作底稿和其他内部、外部审计文件必须在财政年度审计完成后保留五年。

英国内控模式：更加侧重公司治理

与美国相比，英国更侧重于公司治理，而不仅仅是财务管理。

公司治理理论起源于英国，其演变主要建立在 Cadbury 报告、Hempel 报告、《综合守则》、《公司治理守则》的基础上，是以公司制企业为研究对象，以监督和激励为核心内容，强调如何通过公司制度安排来保证决策的有效性，从而维护公司多方面利益。

英国模式下，董事会应当对风险管理和内部控制进行持续监管，不能仅依赖公司内嵌的监督过程来解除其责任。董事会不仅仅关注财务风险，还应当关注：业务流程风险、声誉风险、组织风险、第三方风险、市场风险、政策风险等等。董事会负责确定就本上市公司而言，最主要的风险是什么、风险产生的可能性、风险恶化的可能性，以及如何管控、应对风险。

在年报中，英国只要求公司董事会声明：对公司风险管理、内部控制负责，并且确认对公司主要风险进行了持续有效的识别、评估和管控；确认公司已有相应的管控系统；确认管控系统能够满足《公司治理守则》的要求即可。

结语

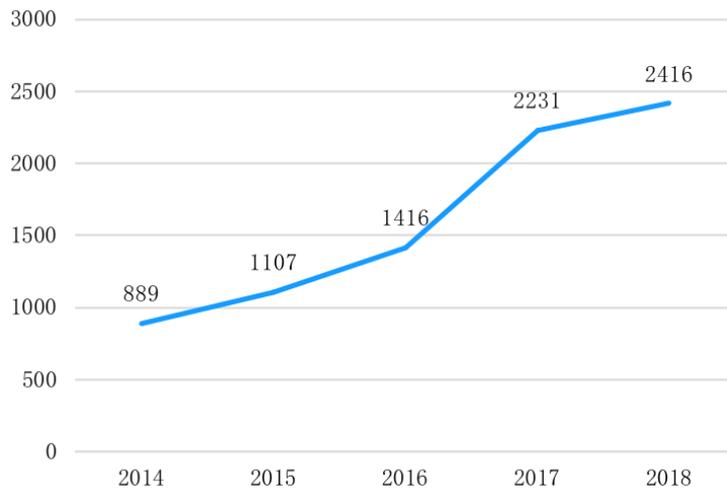
英美两种内部控制体系各有所长，相较于美国，英国的要求更为主动，也更加灵活；英国的要求则更为精细精确化，直指企业痛点。

相较于英美两国内控理念的发展，中国内部控制体系规范尚且年轻，仍有许多可待发展之处。在这个内控备受重视的时代，让我们拭目以待。

(本文首发于 2019 年 6 月 26 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（星瀚公司金融一部）



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。**

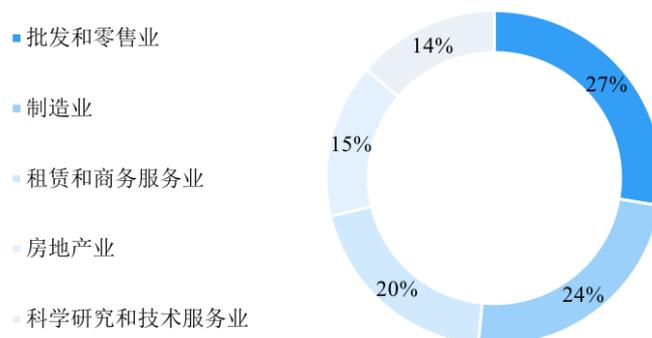
随着商业社会的扩张及现代企业制度的发展，企业组织结构也在演变，呈现出由传统的纵向管理向扁平化的横向组织结构发展的态势。在此背景下，公司内部的权力结构更加分散，当缺乏有效的监督、管控机制时，“钱权交易”“利益输送”等行为便成为企业内部愈发常见的问题。

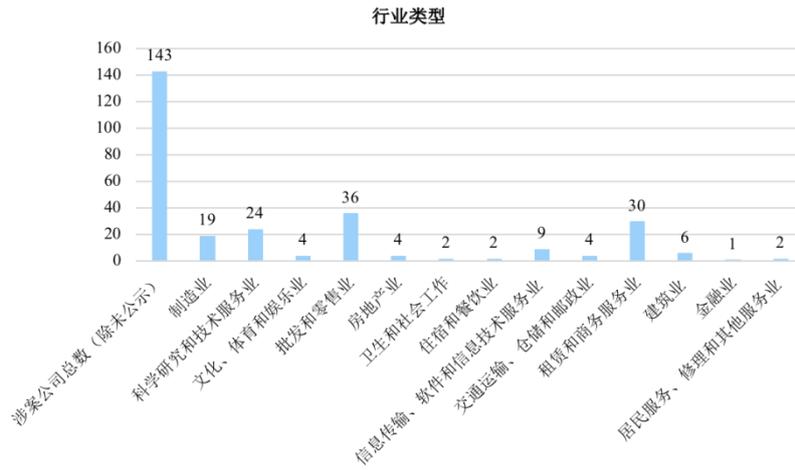
针对此现象，上海星瀚律师事务所制作《2018年度上海地区高管损害公司利益民事纠纷大数据研究报告》，选取了149个案件作为样本，通过案例梳理，重点分析上海法院的处理思路和裁判口径，归纳矛盾的集中点和问题的频发区，以探求问题根源所在，并为企业预防高管腐败、建立有效的内部管控机制提供依据和建议。

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



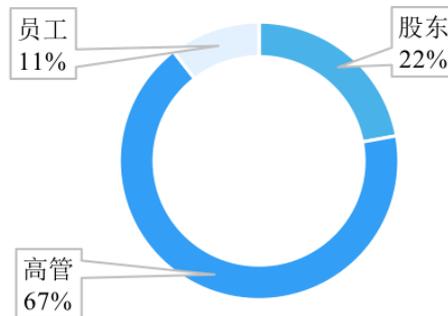


但是，案件数量少的行业并不意味着该类行业不易引发损害公司利益类案件。以金融业为例，实际存在大量损害公司利益的案件，但多数案件往往采取民刑结合的方式来完成。

被告多为高管、股东

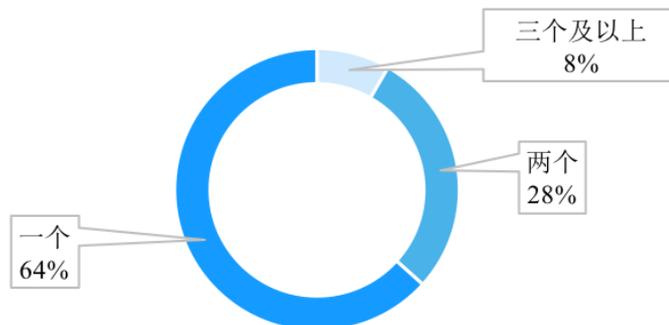
在损害公司利益类案件的职位分布方面，根据被调研案例中原告的诉请进行分析，超过 67% 的被告，公司认为其具有高管身份；另外 28% 的被告，是受损公司的股东，这个比例在股东纠纷类案件中可能会更高；剩余 11% 的被告仅是公司员工。

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。

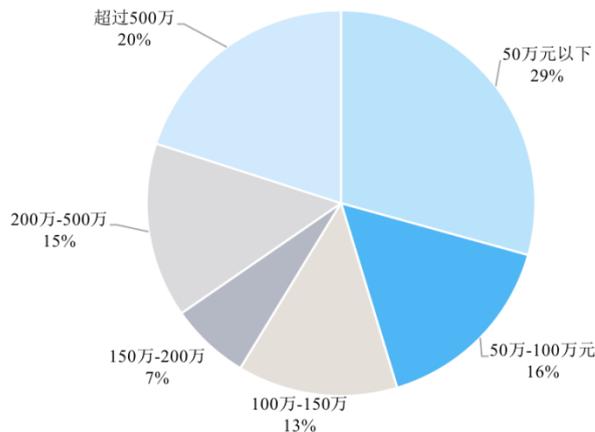
被告在公司中的兼职情况



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



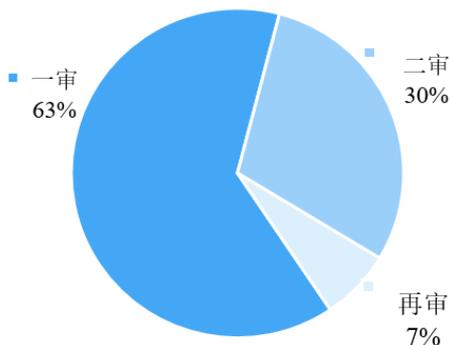
由于高管对公司的决策本身就享有一定的决定权，所以通常此类案件都比较隐蔽，案件事发时间都较晚。甚至有相当比例的案件都是在高管离职后，公司才发现公司利益遭到侵害。因此，公司在发现损害公司利益的情形时，往往已经遭受到了比较严重的损失。

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。

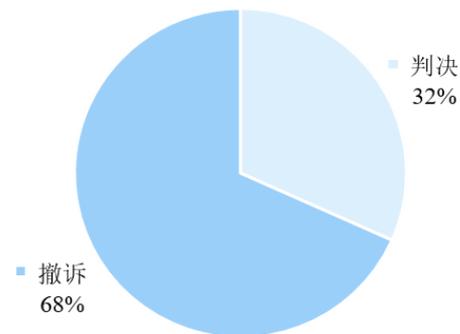
二审案件数量多，改判率低

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。

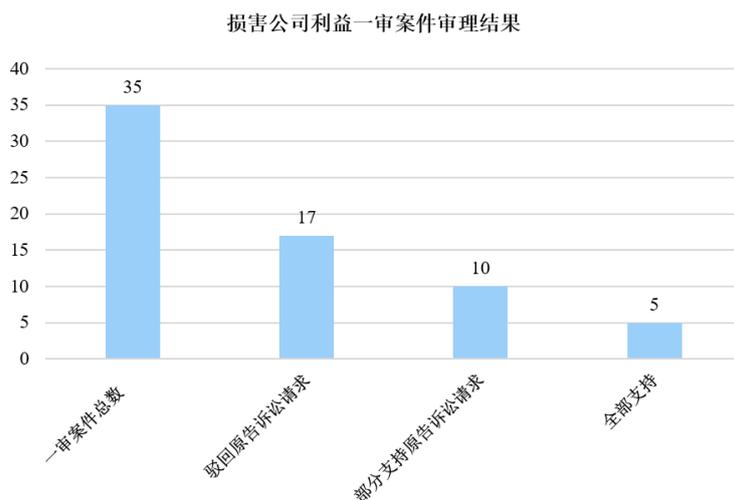
案件数量



案件数量

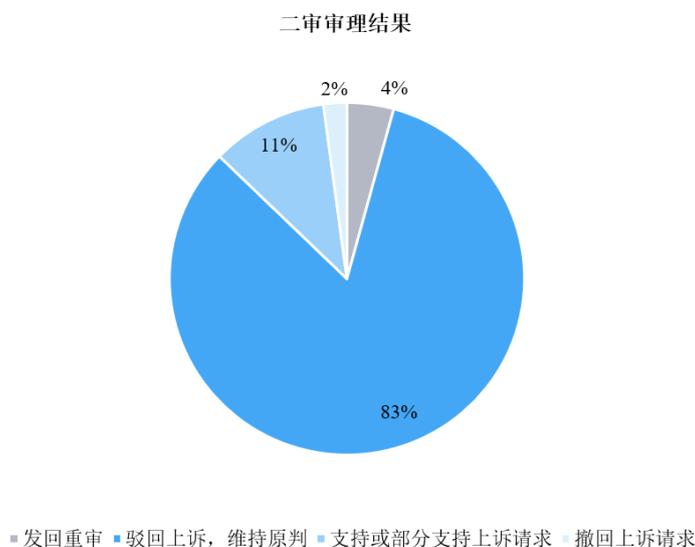


在案件审理结果上，除去 68% 的撤诉案件，一审案件中，驳回原告全部诉讼请求的案件占到一审（有判决）案件总数的 53%，其余有 31% 的案件，审理法院支持了原告的部分诉讼请求，而全部支持原告诉讼请求的案例，仅占案件的 16%。



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。

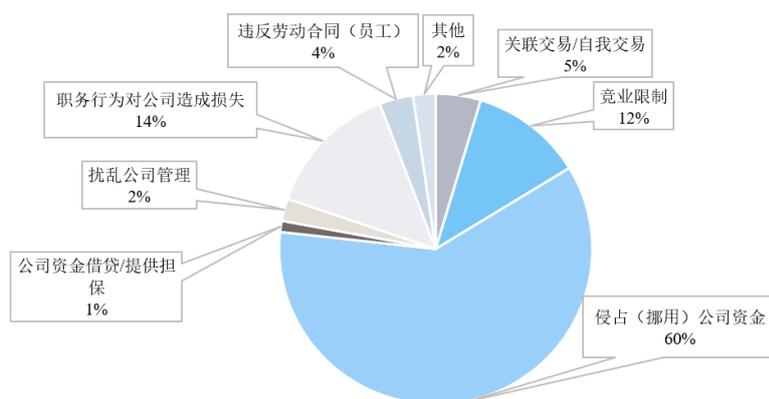
在二审审理结果方面，除去一例二审期间撤回上诉的案例以外，二审判决“驳回上诉、维持原判”的案例占据了绝大多数。在比例上占全部二审案件的 83%，而二审判决“发回重审”的案例数量最少，仅占据全部二审案件的 4%。二审法院中一中院改判率略高于二中院。



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。

而对于公司内部的区域负责人、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）

董事、高管违反忠实勤勉义务，公司可以如何处置？

阮霭倩（星瀚公司金融一部）

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，这部分的差额又该如何主张呢？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，员工要承担的法律责任、赔偿责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责任，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？

阮霭倩、徐沁芳（星瀚公司金融一部）

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%，可见这二类案件的高发性。

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项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）

高管离职交接时不可忽视的 6 个细节

史梦吉（星瀚公司金融二部）

张某是 A 公司的高管，为表彰张某为 A 公司做出的贡献，A 公司给予其股权激励；协议载明：“如果股东离开本公司工作岗位的，其股权原则上应全部转让给其他股东或由公司回购，例外情况除外。”但张某离职时，A 公司并未与其处理股权有关的事宜。不久后，张某向法院提起诉讼，要求法院确认自己仍为 A 公司的股东，享有股东权利。A 公司为此头疼不已。

实践中，诸如此类因高管离职，企业未做好交接工作而引发的纠纷并不少见，比如高管离职时带走公司的重要文件信息；兼任董事或监事的高管离职时未签署工商变更所需协议致使后期变更障碍连连等。

本文我们整理了六个交接时企业应注意的细节问题，以提醒企业完善交接流程，避免日后陷入纠纷。

细节 1：提前梳理高管所涉职务和重要文件

高管往往身兼多职且具有一定的管理权限，有些甚至可能直接把控公司的证照章或重要文件，比如业务材料、人事档案、客户资料、往来邮件、重要合同等；如果公司有子公司或者分公司，高管或也涉及相关职务。

因此，建议公司仔细汇总离职高管所涉的各项职务与分工，列明清单，便于交接。若该高管同时掌握子公司、分公司重要资料的，务必记得一并交接。

此外，公司财物，尤其是电子设备如电脑、手机、U 盘等也要及时收回。建议收回后不要急于做格式化处理，以防在高管离职后才发现该高管有舞弊行为，留有证据方便展开调查。

细节 2：工商变更所需的文件要签署

不少高管还会担任公司的董事、监事等职务，此时高管离职就可能涉及工商变更事宜。所以公司要记得让该高管签署好所有办理工商变更登记手续所需的文件，以免后续办理变更手续时遇到麻烦。

细节 3：留心“被绑定的”核心高管

如果一家公司曾经经历过融资，投资方可能会在投资协议/增资协议中要求绑定重要的核心高管，那么该高管离职就可能涉及离职是否需要经过公司股东会/董事会表决、是否会导致创始人/公司向投资方承担违约责任、是否事先需要经过投资方的同意等问题。

就此，建议公司创始人先行与投资方沟通，说明该高管离职的合理理由，并根据此前投资协议/增资协议之约定进行审批或表决（若需），获得投资方的认可，防范未来投资方以此为由主张公司/创始人违约。

细节 4：重视股权激励的退出情况

如今，设计股权激励方案的公司很多，高管在位时给其股权激励或将建立起利益共同体，促使该高管更勤勉地为公司服务，但一旦离职，就要尤其重视股权激励的退出情况。

一般情况下，公司在股权激励时授予激励对象的是有限制的股权激励待遇，即以该激励对象在公司任职为条件，激励对象离职后就不再享有。在高管离职时，公司应核查该高管是否为股权激励对象，是否签署股权激励协议，是否因股权激励而直接或间接持有公司股权，是否已登记于持股平台等。

建议公司在签订股权激励协议时即明确：若高管离职的，高管届时所持有的激励股权应当由公司或创始股东指定第三方以一定的价格收回。若高管离职时已被登记于持股平台的，也建议在办理离职交接时签署好办理工商变更登记手续相关的文件。

细节 5：确认高管的劳动关系

高管离职除了管理层面的手续，还要处理好劳动人事关系。需要注意，高管与企业之间并不必然是劳动关系，也可能是委派关系或用工关系。不同的法律关系会涉及不同的处理方式，建议公司核查《劳动合同》，明确与该高管之间的法律关系。

细节 6：关注《保密协议》等文件

由于高管掌握企业的不少核心事项，如关键数据、客户信息、知识产权等，因此除了常规的《劳动合同》，还有更重要的《保密协议》、《竞业限制协议》、《培训服务期协议》等需要处理，在实务中由于“竞业限制”协议没处理好进而产生的争议和纠纷也不在少数。

建议公司与高管签署《保密协议》时，明确约定商业秘密的范围以及高管履行保密义务的起止时间，特别是高管离职后的保密义务，并在约定保密义务的同时约定竞业限制。

若该高管离职后，公司希望其承担竞业限制义务的，最好在该高管离职时就与其书面确认是否需要承担竞业限制，并明确金额、期限、账户等信息，按月支付经济补偿。需要注意的是，竞业限制的期限一般不超过两年，在没有明确约定补偿金的情况下，补偿金一般为劳动合同解除或终止前十二个月平均工资的 30%。

小结：

除以上需要留心的事项外，很多高管与企业之间产生劳动纠纷往往是由于企业的规章制度规定不清、合同约定不明，这也是高管管理的一大难点。

一些企业认为高管是企业的“管理者”，地位较高，不适用普通员工需遵守的规章制度、员工手册等。其实，正由于高管拥有的高权力，有针对性的规章制度的制定和完善才尤为重要。例如明确哪些员工是高管以及其具体的岗位职责、订立并执行专门的考核考勤制度、设置好保密义务和竞业限制制度、约定服务期及赔偿金、对舞弊行为的认定进行具体描述等，才能尽可能防范未来高管离职可能带来风险。

（本文首发于 2019 年 4 月 4 日）

涉外·海商

非法进口固体废物，相关主体将面临何种法律责任？

陈雷、柳晓林（星瀚涉外部）

固体废物进口曾在弥补国内资源短缺、促进再生资源利用等方面发挥重要作用，但随着我国生态文明建设的进一步推进，近年来逐渐成为环境管理关注的焦点。在各地海关采取“蓝天 2018”“蓝天 2019”等阻击洋垃圾走私专项行动的同时，生态环境部、商务部、发展改革委、海关总署等有权部委亦联合发文不断缩小可进口固体废物目录，2019 年 12 月 31 日起，不锈钢废碎料、钛废碎料等 16 个品种的固体废物也将进入禁止进口行列。可见，国家在固体废物入境方面的监管政策正在不断收紧。

固体废物进口涉及产品生产者、销售者、进口者、收货人、承运人等多方主体，如货物最终被认定为非法进口的固体废物，哪些主体会被如何追责呢？我们将在本文中逐一介绍。

一、进口者及承运人或需承担退运及罚款的行政责任

《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》（以下称“《固废防治法》”）第 78 条规定：“进口属于禁止进口的固体废物或者未经许可擅自进口属于限制进口的固体废物用作原料的，由海关责令退运该固体废物，可以并处十万元以上一百万元以下的罚款。进口者不明的，由承运人承担退运该固体废物的责任，或者承担该固体废物的处置费用。”

《固体废物进口管理办法》（以下称“《固废进口管理办法》”）第 29 条也列明：“进口属于禁止进口的固体废物或者未经许可擅自进口固体废物的，由口岸海关依法责令进口者或者承运人在规定的期限内将有关固体废物原状退至原出口国，进口者或者承运人承担相应责任和费用，并不免除其办理海关手续的义务，进口者或者承运人不得放弃有关固体废物。”“收货人无法确认的进境固体废物，由承运人向海关提出退运申请或者可以由海关依法责令承运人退运。承运人承担相应责任和费用，并不免除其办理海关手续的义务。”

由此可见，一旦货物被认定为非法进口的固体废物，海关可追责的主体包括进口者（收货人）及承运人，涉及的行政责任包括**强制退运的行政强制措施及十万至一百万不等的行政处罚**，且以上主体无法通过放弃货物的方式逃避责任。

实务中，我们常被问及如下问题：

1、进口者和承运人的责任承担，是否有先后顺序？

根据《固废防治法》第 78 条的规定，二者的责任承担存在先后顺序。即需要在进口者不明的情况下，才由承运人承担有关责任。尽管《固废进口管理办法》第 29 条的表述将二者列为并列关系，但考虑《固废进口管理办法》的位阶低于《固废防治法》，且根据实操经验，当进口者可被明确识别时，海关通常会选择进口者作为行政责任承担的对象。

2、“收货人”是否等同于以上法规中的“进口者”？

目前，固废进口相关的行政法律规范中对于“进口者”或者“收货人”的范围并无明确规定。福建省高院在（2016）闽行终 197 号案件中，确认某商贸公司是否为“进口者”及“收货人”时，是以**货物进口申报单、涉案货物进出口买卖合同、发票、装箱单、提货单等单据作为判断依据的**。法院同时提出，实际利用企业及货代公司虽与涉案货物具有关联性，但与海关行政管理活动没有发生直接的法律关系，因此不属于海关的监管对象。

据此我们认为，实际利用企业、货代公司等**在文义上都无法完全排除在“进口者”或者“收货人”之外**。但考虑海关对入境固体废物管理的关注焦点是固体废物是否进入我国国境，在法律设定上即体现为以非法运输入境这一行为为核心进行评价。因此，海关依据进口申报单以及相关进出口贸易单证识别进口者，并选择要求其承担行政责任时，被选择的企业很难进行有效抗辩。

3、海关对处罚金额是如何认定的？

在处理非法入境固体废物时，海关原则上都会责令退运，但在不同案件中，处罚金额存在较大差异，就此，海关确有一定的自由裁量权。**根据案例和我们的经验，海关的裁量标准包括所涉货物的数量、危险性、国家的限制力度（禁止进口/限制进口）、责任人是否主动退运、是否足额缴纳担保金等。**

总之，在进口货物被海关认定为非法进口的固体废物后，进口企业或承运人都可能成为海关追责的对象。进口企业在海关取样查验初期即应尽早参与，如对检验程序、检验标准、检验机构等存有异议，亦应积极提出并采取相应措施妥善处理。切勿以消极心态听之任之。

二、货物被滞留，可能产生大量堆存及违约费用

进口货物因海关查验或会长时间滞留码头，对于进口企业来说，除需承担上述行政责任外，亦可能面临大量的第三方费用，以及多份合同的违约责任。具体来说：

进口者需因此向码头方支付相应的堆存费和对船公司的滞箱费，从实操经验看，该类费用往往不是小数字。此外，如下游贸易合同对海关扣货的情形无特别免责约定，货物被扣押会造成交付迟延甚至无法交付，进口者需因此对下游购买方承担违约责任。

另需注意的是，依据《固废防治法》第 5 条，我国对固体废物污染环境防治实行污染者依法负责的原则，责任主体包括“产品生产者、销售者、进口者、使用者”。如入境固体废物最终对环境造成损害，进口者恐需另行承担侵权责任。

三、非法进口固体可构成走私废物罪

如海关认为进口企业或承运人行为涉嫌刑事犯罪，即会将案件移交缉私部门进一步调查处理。在刑事责任方面，非法进口固体废物的责任人可能因违反《刑法》第一百五十二条第二款规定而构成**走私废物罪**。该条规定，“逃避海关监管将境外固体废物、液态废物和气态废物运输进境，情节严重的，处五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。”结合《固废防治法》第 78 条第二款，此处的责任主体应与上文分析无异。而对于本条规定的情节严重以及情节特别严重的情形的判定则由《最高人民法院、最高人民检察院关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》中第十四条进行量化规定。

此处需要特别注意的是，成立走私废物罪在主观方面应满足明知所运货物为国家禁止进口的固体废物，其中最典型的情形为已因进口该固体废物受到行政处罚仍继续进口。因此，如果进口企业忽视前期的行政案件，在业务模式上不尽早做筹划与调整，或将为更严厉的刑事处罚埋下隐患。

小结：

随着“蓝天 2019”专项行动的深入推进，海关对固体废物进口的监管将更加严格，也就意味着固体废物进口相关的法律纠纷会不断增多。

我们建议，进口企业应做到如下合规事项：

- 在进口贸易前端做好风险把控工作，明确进口固体废物在监管目录中的具体性质，及时调整、优化业务模式。
- 如在进境过程中遭海关核查，建议企业在取样检验初期即积极介入，关注相关行政程序、检验标准、检验机构等，如发现有不合理之处应尽早提出。
- 在海关做出消极判定后，企业应尽快考虑是否启动行政复议或其他法律程序，并采用主动退运等方式尽量减少损失。

此外，对承运人而言，则需注意规范业务流程，注意留存可证明进口者的相关材料，防止出现进口者不明的情况。

（本文首发于 2019 年 5 月 20 日）

设备或产品退运中的法律风险防控

陈雷、柳晓林（星瀚涉外部）

自“一带一路”战略实施以来，我国对外承包工程企业及外贸企业获得了更为广阔的海外市场，境内设备或产品的出口不断增长，于此同时，因工程完工或产品质量带来的退运问题也得到越来越多的关注。对此，企业如何向海关申报才能避免补税？如一时疏忽，企业又可能面临怎样的法律风险？

本文将结合我们承办的案例，分析设备或产品退运中的常见问题，并就企业在退运方面的合规事项提出建议。

案情简介

中国某工程建设公司，于2018年6月15日向海关申报出口喷涂机1台，申报品牌为因瑞克，型号H-XP3，重量871克，监管方式对外承包出口（需回运），项目竣工日期2018年12月31日，申报原产国（地区）为中国。

国外项目施工完毕后，上述货物于2019年1月21日到中国吴淞港，2019年1月25日向海关申报进口，申报品名为喷涂机1台，申报品牌为因瑞克，型号为H-XP3，重量871克，退运合同协议号20181225****，监管方式为退运货物，申报原产国（地区）为中国。

海关对上述货物查验后发现，该票报关单项下货物原产地应为美国，进而认为企业涉案货物并非原出口货物，应按章征税，并认为企业申报不实影响国家税款征收，应给予行政处罚。

“原出口货物”如何认定？

依据《海关总署关于明确对外承包工程项目项下出口设备材料复运进境有关问题的通知》（署税发【2013】35号），对外承包工程项目下出口的工程施工中使用的设备、仪器及用品，应当在项目合同规定的工程期限届满后3个月内复运进境。如需延期复运进境，须在工程期限届满前向出口地海关申请办理延期手续。在规定期限(包括经海关同意延长的期限)内复运进境的，如海关能够确认为原出口货物，且单证齐全，凭国内税务机关的出口未退税证明，不征收进口关税和进口环节税。对于超过规定期限复运进境的物资，海关则按照一般贸易进口货物办理相关手续，并照章征税。因此，本案中企业是否应补缴税款的关键是否为“原出口货物”。

本案中，问题产生的原因是报关人员想当然地认为从中国出口的货物原产地都是中国。即，实际上货物原产地在出口时已发生错误，但因目前出口货物的海关查验率较低，货物出口时并未被海关发现。因此在进口查验并确认真实原产地后，海关怀疑原出口货物被企业替换，甚至有走私嫌疑。

目前我国相关规范并未明确“原出口货物”的认定标准，从相关案例看，法院确立的一般性原则为“退运货物复运进境的货物形态应与原出口时的货物形态相一致，没有经过加工，修理和改装，货物形态没有发生实质性改变”，**即是否为原出口货物应以可证明的事实为依据，相关进口申报单据仅应作为判断的初步证据。**

为向海关证明涉案喷涂机为原出口货物，我们帮助企业尽可能收集并梳理了相关贸易及物流单证，主要包括：对外施工总承包合同、喷涂机国内采购合同、载明喷涂机的施工设备清单、国内供应商出具的情况说明、喷涂机国内段运输合同、喷涂机进港的货物发运通知、喷涂机设备退运协议及海关查验记录单等。以大量时间上可连接的间接证据形成证据链，强调各类合同真实性的同时，明确进出口货物品牌、型号、重量的一致性，最大程度上还原涉案货物的进出口过程。最终，海关接受了我们的意见，打消了企业替换设备的疑虑。

申报时如何确定“原产地”？

依据《中华人民共和国海关行政处罚实施条例》第 15 条，进出口货物的品名、税则号列、数量、规格、价格、贸易方式、原产地、启运地、运抵地、最终目的地或者其他应当申报的项目未申报或者申报不实的，分别依照下列规定予以处罚，有违法所得的，没收违法所得：（一）影响海关统计准确性的，予以警告或者处 1000 元以上 1 万元以下罚款；……（四）影响国家税款征收的，处漏缴税款 30% 以上 2 倍以下罚款。即，如果企业对原产地等征税因素存在未申报或申报不实，并对海关监管产生影响的，可能面临海关行政处罚。

原产地不能简单等同于设备出口国，依据《中华人民共和国进出口货物原产地条例》第 3 条，“完全在一个国家（地区）获得的货物，以该国（地区）为原产地；两个以上国家（地区）参与生产的货物，以最后完成实质性改变的国家（地区）为原产地”。即，我国对于货物“原产地”的认定标准包括“全部产地生产”及“实质性改变”两方面。

本案中，涉案喷涂机最早从美国进口，在国内市场流转过程中，被涉案工程建设公司在国内采购，作为对外承包工程施工涂料的配套设备出口。涉案喷涂机所有原材料皆来自美国，制造、加工亦全部在美国生产，故原产地应被识别为美国。因原产地为美国，税号 84143000，除进口税、增值税外，还应加征 20% 的关税。不论企业是否有意报错，事实上已影响国家税款征收，相应的行政处罚恐无法避免。可见，企业应谨慎对待货物原产地的申报，处理不当甚至有构成走私犯罪的风险。

除上述案例中提及的设备退运外，企业在一般贸易项下亦经常遇到出口产品因质量问题需要退运修理或退货的情况。依据《中华人民共和国进出口关税条例》第 43 条，“因品质或者规格原因，出口货物自出口之日起 1 年内原状复运进境的，不征收进口关税”，不难看出，企业想免缴进口关税，产品退运时除应关注“退运期限”及“原出口货物的认定”问题外，另需关注，如何证明产品退运系由于“品质或者规格原因”。

现有法律规范对“品质或者规格原因”并无明确界定，实践中纳税人与海关往往存在争议。海关总署曾以批复的形式在单案中对“品质或者规格原因”的含义予以澄清，即《海关总署关于错发货物税收问题的批复（署税函（2013）321 号）》，其中明确“品质或规格原因”是指货物本身存在质量缺陷或者货物的规格、型号、成分、含量、技术指标等，与买卖双方在交易合同或协议中约定的品质或规格要求不符。对于错发货物情形，货物错发导致其实际品质和规格与合同规定不符，可以归入“品质或规格原因”范畴，并据此认定相关进出口货物是否应征税或退税。”

上述批复在个案中明确了“发错货”属于“品质或者规格原因”，但除此情况外，实践中海关对品质或规格问题的认定是从严把握，企业通常需要提供有资质的商检机构出具的检验报告，对于外国买家弃货等行为，企业恐无法要求关税减免。

小结及建议

1、依据合同履行的实际情况，关注退运期限

对外承包项目中的设备退运，企业应重点关注施工合同约定的项目完工期限，并在完工日后 3 个月内将设备复运进境。如项目存在延期，则需注意在原合同到期前与海外业主就项目延期签订补充协议，并在补充协议到期后的 3 个月及时退运。如承包商不能与业主签订相应补充协议，则企业将面临单方面违约的风险，原合同规定期限结束的次日起，则构成项目超期，此时复运进行的货物将被征收进口关税及进口环节税。

对于一般贸易项下的货物退运，企业同样应注意在货物自出口之日起 1 年内完成退运申请。

2、准确、如实填写进出口报关单，注意货物运输及保管安全

从案例看，有不少企业因为货物品名、数量、规格、原产地等信息填报错误，或设备存在拆卸、改装而被海关认定为非原状复运。企业应谨慎对待进出口申报材料的填写，并在拆卸或改装设备时充分考虑退运问题。此外，注意退运货物的物流安排与货物保管。

对于一般贸易项下“原状复运进境”的认定，我们认为考虑到正常的拆箱，检验、化验、安装、调试是检查货物是否符合合同所规定的品质或者规格要求的必要措施。因此，对于此种情况下“原状”的认定不应过于严苛，对于那些只有经过使用才能发现存在品质或者规格问题的货物，不应以已被使用为由拒绝认定。

3、委托有资质机构出具检验报告，综合考虑处理退运货物

一般贸易项下，对于存在品质及规格问题的出口货物，企业应注意委托具有资质的商检机构出具检验报告。如出口货物因关税等问题遭外国买方弃货，或因其他原因无法不符合上述退运要求，企业应将需缴纳的进口关税及进口环节税列为成本做充分考量。或可考虑直接在海外销毁货物，不做退运安排，以免损失扩大。

（本文首发于 2019 年 6 月 3 日）

当执行异议之诉遭遇被执行人破产程序

刘昌禹（星瀚海商部）

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”参与到诉讼中，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》第二百二十五条；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。¹⁴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，甚至可以选择提起执行异议，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。

（本文首发于 2019 年 5 月 29 日）

ⁱ （2017）苏 13 民终 3902 号，江苏英河工贸有限公司与隆鑫通用动力股份有限公司买卖合同纠纷案；

ⁱⁱ 因本案不涉及“实质性变更”问题，正文中不再详述。依据该条例其他条款，“实质性改变”标准以“税则归类改变”为基本标准，如税则归类改变不能反映实质性改变的，以“从价百分比”“制造或者加工工序”等为补充标准。此外，上述两补充标准只适用于《适用制造或者加工工序及从价百分比标准的货物清单》（海关总署令第 122 号）中列明的货物。

ⁱⁱⁱ 此处“原出口货物”的认定标准与设备退运相同，故不再赘述。

^{iv} 唐力，案外人执行异议之诉的完善

一起非主流化工品污染海事案件

于萍、韩葳萍（星瀚海商部）

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，将其其他舱脂肪酸卸入 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值率，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，在一系列化工产品变质案件中明确**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）

《<2006年海事劳工公约>2014修正案》下船员遗弃权利救济的思考

付文杰（星瀚南京分所）

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。

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。

《<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：

- （a）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；
- （b）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；
- （c）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，其并非是事前防御措施。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。

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，要求提供应急救援服务。

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和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）

热点聚焦

商业秘密保护的“春天”来了——《反不正当竞争法》修改解读

王昊宇（星瀚公司金融二部）

2019年4月23日，第十三届全国人民代表大会常务委员会第十次会议决定修改《建筑法》等八部法律。这八部修改的法律中包括了2017年刚刚完成“大修”的《反不正当竞争法》（以下简称“反法”）。

仔细研读本次关于“反法”的修改，不难发现此次修改主要集中在“侵犯商业秘密”的领域，重点对于侵犯商业秘密的行为类型、行为主体、法律责任以及举证责任分配等进行了修改和补充，具体而言：

一、完善侵犯商业秘密的行为方式和主体类型，扩大商业秘密的保护范围

1. 完善侵犯商业秘密的行为方式

首先，此次修改在“反法”第九条第一款中新增“电子侵入”的侵权手段。随着互联网技术的发展，侵犯商业秘密的方式也在不断变化和更新，例如通过“黑客”、“爬虫”等技术手段获取他人商业秘密。此项修改对于这类新型的侵权方式是一种约束和限制。

其次，将第九条第三款中的“违反约定”修改为“违反保密义务”。实践中，由于管理等原因，权利人可能会疏忽与员工或者相对方签订保密协议。但是保密义务除了可以通过约定产生外，也可以在法律中进行规定，例如《合同法》第四十三条规定“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。”因此，对于现实中经常发生的权利人没有和相对方签署保密协议，但商业秘密确实遭到侵犯的情况，修改后的条款可以给予一定程度的救济和保护。

第三，在第九条中新增一个条款“教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。”在侵犯商业秘密的案件中，除了直接侵权人外，还可能存在帮助侵权或者教唆侵权的间接侵权人，这项修改主要针对的就是间接侵权的情形。

2. 增加侵犯商业秘密的主体类型

本次修改在第九条中新增一款“经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。”

原先“反法”将侵犯商业秘密的主体界定为“经营者”（根据“反法”的定义，经营者是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织）

然而实践中最常出现的侵犯商业秘密的主体是企业的离职员工，员工在离职后将前东家的商业秘密提供给新东家，如果在此过程中，该员工没有参与到新东家的经营管理，很难将其直接界定为“经营者”。此次的修改很好地回应了这一问题，为权利人追究离职员工的责任提供了更充分的法律依据。

3. 扩大商业秘密的界定范围

此次修改将商业秘密的定义调整为“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。”即将“商业信息”界定为“技术信息”和“经营信息”的上位概念。

“技术信息”和“经营信息”是常见的两种商业秘密的形式，但是随着经济社会的发展，商业秘密的种类也在不断变化，例如，一个企业中某个股东的股权存在代持关系，这个信息就很难被划分为“经营信息”或是“技术信息”，但只要这个信息符合商业秘密的三项基本条件（不为公众知悉、有价值、采取保密措施），就可界定为商业秘密。

二、加重侵犯商业秘密的法律责任

1. 民事责任

对于侵犯商业秘密的民事责任，此次主要修改了两点：

首先是新增了惩罚性赔偿制度，即“经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，按照权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。”

原先“反法”确定的赔偿标准基本参照了其他知识产权侵权案件的赔偿方法，即按照权利人的损失或者侵权人所获利益确定赔偿。根据新修改的法律，对于恶意侵权，可以在损失或者获利的5倍范围内主张赔偿数额，亦即惩罚性赔偿。

但是该条规定对于“恶意”以及“情节严重”均未有细化规定，在司法实践中落地有一定难度。

其次，对于权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，将法院酌定赔偿的上限从300万元上升到500万元。对比其他知识产权的侵权赔偿数额上限（商标侵权为500万元，专利侵权为100万元，著作权侵权为50万元），可以发现对于商业秘密的保护力度是比较大的。

2. 行政责任

此次修改将侵犯商业秘密行政处罚的罚款上限调整为100万元（一般情节，原为50万元）和500万元（情节严重，原为300万元），同时新增了“没收违法所得”的处罚方式。

三、完善侵犯商业秘密的举证责任，将举证责任更多地分配给侵权方

在侵犯商业秘密的案件中，对于权利人而言，举证是非常棘手的问题。根据侵权案件的一般原则，原告（被侵权方）需要对侵权行为、损害结果和行为与结果之间存在因果关系承担举证责任，同时还需证明侵权人主观上有过错。

而《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》第十四条也规定“当事人指称他人侵犯其商业秘密的，应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任。”

在原有的法律体系中，对于权利人的举证要求非常高，但侵犯商业秘密的案件存在侵权手段隐秘的特点，权利人很难获取侵权人实施侵权行为的证据，而往往是从侵权结果中发现侵权事实的存在（比如权利人发现离职员工的新东家与自己本来的客户开展合作）。此次“反法”的修改就通过举证责任的分配，降低了权利人的举证难度：

首先，对于是否构成商业秘密的举证。案涉信息是否属于商业秘密是侵犯商业秘密案件的审理基础，根据修改后的法律，权利人只需要证明采取了保密措施以及商业秘密被侵犯，由被告对不构成商业秘密承担举证责任。换言之，对于构成商业秘密的三项基本条件，权利人只需要对其中“采取保密措施”承担举证责任（“采取保密措施”的举证难度一般不会太大），而被告需要证明案涉信息“已为公众知悉”或者“不具有经济价值”。

其次，对于是否构成侵权的举证责任，在原告提供下列证据的情况下，由被告对不构成侵权承担举证责任。原告可以提供的初步证据包括：

（一）“表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且其使用的信息与该商业秘密实质上相同”的证据；

该项规定实际上采用了法院目前审理商业秘密案件的主流审理思路，即“接触+相似”原则，只要有证据证明被告有机会接触商业秘密，并且被告使用的商业秘密与原告的商业秘密相似，即推断被告侵犯了商业秘密。新修改的这项规定应该说是“实践推动立法”的产物。

（二）“表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险”的证

据，例如公司内部系统被涉嫌侵权人攻击的证据；

（三）有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。

综上所述，本次《反不正当竞争法》的修改充分体现了国家对于企业商业秘密保护的重视，同时也根据司法实践的情况，通过完善行为方式和行为主体、加大赔偿责任、优化举证责任等方式加大了对商业秘密的保护力度，并且具有较强的实操性。

预计在未来一段时间内，侵犯商业秘密的案件数量会有大幅增加。企业应该抓住此次法律修订的契机，完善企业内部的商业秘密管理和保护制度、体系及流程，为未来可能发生的维权做好充足准备。

（本文首发于 2019 年 4 月 26 日）

新《商标法》草案亮点解读

陈欣皓（星瀚公司金融二部）

2019年4月23日，《商标法》第三次修正案经审议通过，并将于2019年11月1日起施行。本次《商标法》修改距离《商标法》第二次修正已过去六年有余，尽管是看似寥寥数条的“小修”，但却紧紧抓住了实务中矛盾最大的三个问题：

- 禁止不以使用为目的的恶意注册商标；
- 商标侵权产品的处理方式；
- 商标侵权的赔偿限额。

1、非以使用为目的的恶意注册申请应当驳回

本次修订的《商标法》第四条规定：“自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回。”

这一条在原先的基础上，以禁止性的描述，对于实务中存在的恶意抢注商标的行为进行了制约。

还记得2018年俄罗斯世界杯中，法国球员姆巴佩一战成名后，第二天就有数以千计的“姆巴佩”商标被申请。这无疑造成了商标管理秩序的混乱。

新规首先规定了申请商标当应以使用为目的，申请人应当考量申请的商标与自身业务之间的关联性，合理进行申请。换言之，目前不少企业通过“抢热点”的方式对热点人物名称、事件名称等进行抢注，希望以此取得关注度，这一手段在2019年11月1日新《商标法》正式实施之后，也就无法继续了。

而另一方面，申请人出于防御商标侵权的目的而注册的“防御性”商标，则不在本次禁止的范围内。

商标列表	
阿里叔叔 阿里巴巴集团控股有限公司 商标注册申请中	6277675 > 第9类
阿里伯伯;ALIUNCLE 阿里巴巴集团控股有限公司 商标注册申请中	6277676 > 第9类
阿里弟弟 阿里巴巴集团控股有限公司 商标注册申请中	6277677 > 第9类
阿里哥哥 阿里巴巴集团控股有限公司 商标注册申请中	6277678 > 第9类
阿里兄弟;ALIBROTHER 阿里巴巴集团控股有限公司 商标注册申请中	6277679 > 第9类
阿里爷爷;ALIGRANDPA 阿里巴巴集团控股有限公司 商标注册申请中	6277680 > 第9类
阿里奶奶;ALIGRANDMA 阿里巴巴集团控股有限公司	6277681 > 第9类

此外，本次修法中对于商标代理机构代理申请商标的行为，也要求符合上述“以使用为目的”、“非恶意”的规定，这给商标代理机构提出了新的要求，其在代理申请过程中应对商标申请的的目的性和合法性进行一定的审查。

我们认为，商标在申请成功后，即成为了商标权人的私有权利。而私权利的行使，不应损害社会的公权力以及其他第三人的私权利。因此，在新法实施之后，无论是商标申请人，还是商标代理机构，都应当注意上述的合理性及合法性的要求，合理行使自身的权利。

2、假冒注册商标的商品、制造工具等原则上应当销毁

新《商标法》在第 63 条中，新增了人民法院应权利人的要求，对于假冒注册商标的商品、制造假冒注册商标商品的材料、工具等，应当责令销毁，且不予补偿。在特殊情况下，前述制造假冒注册商标商品的材料、工具不得再进入商业渠道，假冒注册商标的商品不得在仅去除假冒注册商标后进入商业渠道。

上述规定无疑大大增强了对商标权利人的保护。

实践中，假冒注册商标的商品往往在进入流通环节后才被权利人发现。而在发现之后，也仅能对已经发现的侵权产品采取相应的维权措施，无法对生产环节维权以杜绝后续的侵权行为再次发生，侵权人的侵权行为极易死灰复燃。

而在新规实施后，权利人依照上述的新规定，在掌握了相应线索的情况下，可以要求法院一并销毁假冒注册商标的商品，以及制造所用的工具、材料，从而最大程度地增加侵权人的成本，限制侵权人再次制造侵权产品，一定程度上降低后续侵权的可能性。

不过，权利人对于该部分的举证责任需要明确到什么程度，人民法院是否可以责令侵权人自行提供相关制造工具、材料的存储位置，在法院判决之后销毁的实际执行流程是什么等问题，还尚未在本次修法中被明确。

3、侵犯商标权的赔偿上限大幅提高

除上述两大亮点外，本次修法也对侵犯商标权的赔偿上限进行了大幅度提高，对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，赔偿数额由“一倍至三倍”提高为了“一倍至五倍”；法院酌定赔偿的上限也由“三百万元”增加至了“五百万元”。对于侵权人的惩罚力度大大增加。

纵观本次的新《商标法》，对于规范正常的市场秩序，依法保护权利人的相关权利，打击侵犯商标权的行为均作出了符合目前经济形势和发展趋势的规定。而对于因此所引发的一系列实务新问题和解决方案，我们也将持续进行关注。

附新旧法对比表：

《商标法》2013 修订	《商标法》2019 修订
<p>第四条第一款 自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。</p>	<p>第四条第一款 自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回。</p>
<p>第十九条第三款 商标代理机构知道或者应当知道委托人申请注册的商标属于本法第十五条和第三十二条规定情形的，不得接受其委托。</p>	<p>第十九条第三款 商标代理机构知道或者应当知道委托人申请注册的商标属于本法第四条、第十五条和第三十二条规定情形的，不得接受其委托。</p>
<p>第三十三条 对初步审定公告的商标，自公告之日起三个月内，在先权利人、利害关系人认为违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第</p>	<p>第三十三条 对初步审定公告的商标，自公告之日起三个月内，在先权利人、利害关系人认为违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第</p>

<p>十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的,或者任何人认为违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的,可以向商标局提出异议。公告期满无异议的,予以核准注册,发给商标注册证,并予公告。</p>	<p>十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的,或者任何人认为违反本法第四条、第十条、第十一条、第十二条、第十九条第四款规定的,可以向商标局提出异议。公告期满无异议的,予以核准注册,发给商标注册证,并予公告。</p>
<p>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。</p>	<p>第四十四条第一款 已经注册的商标,违反本法第四条、第十条、第十一条、第十二条、第十九条第四款规定的,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。</p>
<p>第六十三条 对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的,由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。</p>	<p>第六十三条 对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的,由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五百万元以下的赔偿。 人民法院审理商标纠纷案件,应权利人请求,对属于假冒注册商标的商品,除特殊情况外,责令销毁;对主要用于制造假冒注册商标的商品的材料、工具,责令销毁,且不予补偿;或者在特殊情况下,责令禁止前述材料、工具进入商业渠道,且不予补偿。(新增作为第四款) 假冒注册商标的商品不得在仅去除假冒注册商标后进入商业渠道。(新增作为第五款)</p>
<p>第六十八条第一款第三项 (三)违反本法第十九条第三款、第四款规定的。</p>	<p>第六十八条第一款第三项 (三)违反本法第四条、第十九条、第三款、第四款规定的 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;对恶意提起商标诉讼的,由人民法院依法给予处罚。(新增作为第四款)</p>

(本文首发于 2019 年 4 月 25 日)

从“极限第一人”坠亡案，看平台的责任承担新趋势

陈欣皓（星瀚公司金融二部）

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，“花椒直播”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。

（本文首发于 2019 年 6 月 5 日）

为何商品侵权，平台方被判共同担责？

—从拼多多案看“避风港规则”的适用

占菊钗（星瀚公司金融二部）

在大众印象中，“拼多多”是典型的电子商务平台，如果平台上的商品侵权了，拼多多可以适用“避风港原则”而免责。然而，在最近披露出的（2017）粤 73 民初 3996 号一审判决书中（据悉，该案目前正处于二审中），拼多多却被判担责。这一判决引起诸多电商平台的关注，莫非“避风港原则”出现了司法适用的例外情形？

本文将对“拼多多”侵权一案进行梳理和分析，并就电商平台如何适用“避风港原则”提出建议。

“不同以往”的判决

广州一公司是某外观设计专利的权利人，该公司发现：拼多多网站上存在以低价组织消费者团购的外观与其专利产品非常近似的商品（以下称“**被控侵权产品**”），于是通过拼多多某店铺购买了被控侵权产品。

嗣后，该公司将产品包装上显示的制造商及拼多多一并告上法庭。其中，对拼多多经营者的诉求包括：**立即停止销售、许诺销售被控侵权产品并赔偿损失及合理费用 10 万元。**

拼多多围绕“避风港原则”展开了如下抗辩：

1.主体不适格。拼多多平台是非自营电子商务交易平台，其作为网络服务提供者，仅负责平台的日常维护、技术支持；

2.原告未能举证证明侵权事实存在；

3.拼多多主观并无过错；拼多多平台提供的公开的知识产权维权投诉指引中，明确表述如收到权利人的有效投诉会立即对被投诉商品采取下架、断开链接等有效处理措施。本案中，拼多多经营者已对被控产品采取了下架措施；

4.平台未因被诉侵权事实获利。

在一般的案件中，拼多多作为平台方的前述抗辩，通常会被法院接受。但在本案中，法院却作出了不同的认定——**拼多多经营者主张其为网络技术服务提供者的依据不足，应认定为系被诉侵权产品的销售者及许诺销售者。**最终判决拼多多经营者赔偿 5 万元。具体理由如下：

1.无法排除拼多多经营者作为被诉侵权产品的销售者地位。	商品的展示、价格发布、收款都无法看出是由拼多多经营者以外的第三方实施，店铺页面的商户名称并不完整，具体指向欠明确。
	结合《拼多多平台合作协议》，拼多多经营者系案涉交易收款方。
2.拼多多经营者未能证明其与店铺经营者之间建立的是网络服务关系。	根据《拼多多平台合作协议》的约定，拼多多是暂时免除了店铺经营者平台的费用，协议约定拼多多有权收取店铺经营者“与销售金额相关的支付服务费”且“服务费结算方式为按每笔订单金额计收”。
	拼多多经营者通过网页发布的信息未向消费者充分披露真实的商品销售者，未消除消费者对拼多多为商品销售者的误解。
3.拼多多经营者的经营范围包括销售本案被诉侵权产品。	

给电商平台的合规建议

本案中，拼多多经营者被判担责的关键在于其未被认定为网络服务提供者，而是被认定为销售者及许诺销售者。基于此，拼多多自然无法适用“避风港规则”。

从规范市场秩序的角度看，本案意义重大，后续法院对电商平台适用“避风港原则”的认定或将更加谨慎。为此，我们建议电商平台关注以下合规要点：

第一，最为关键的是要清楚平台的自身定位，将其服务内容聚焦于通道服务上。“避风港规则”的适用主体是“网络服务提供者”，且仅适用于“网络技术服务提供者”，因此，如果平台方想适用“避风港原则”进行免责，需要将自己的服务内容聚焦于网络中间服务上。

第二，平台应当督促平台内经营者规范信息公布，向消费者充分披露真实的商品销售者。例如督促平台内经营者在其店铺首页显著位置，持续公示营业执照信息、与其经营业务有关的行政许可信息，并应公布商户的完整名称，在商品的展示、价格发布、收款处展示平台内经营者信息。

第三，改善经营模式，将平台的利润来源与网络技术服务挂钩。本案中，拼多多平台被认定为销售者的一个原因，便是其利润来源主要是商品销售金额计算的提成而非网络技术服务费。我们认为，如果平台确实要与商家合作，也应审慎选择合作的平台，不然，有可能因为合作商家侵权等原因而被牵连。

从本案的社会影响来看，虽然大众印象多认为，拼多多是典型的电子商务平台，被判担责有点意外；但也有人指出“早该这么做了”、“对倒逼平台对商家主体公示的重视具有积极意义”、“判决很合情合理”。

我们认为，本案与其说是“避风港规则”的适用例外，倒更像是“避风港原则”适用的拨乱反正。长期以来，“避风港规则”存在大量被滥用的情形，甚至演变成某些网站承担侵权赔偿责任的挡箭牌——“先侵权、等通知；不通知、不负责；你通知、我删除、我免责”，以至于合规、审慎的经营平台的获利却远不如“大胆”的不规范经营平台。对“避风港规则”审慎认定将有助于构建更为健康有序的市场环境，增强知识产权权利人的安全感，也进一步约束网络平台、使其不敢轻易地有侥幸心理，由此形成促进经济发展的良性循环。

（本文首发于 2019 年 5 月 22 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（星瀚公司金融一部）

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、撤销登记的法律责任

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

如果已经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）

私募基金投资人维权指引

冒小建、胡玄

一、私募基金的乱象

自 2018 年 6 月份以来，私募基金危机频出，集资诈骗、兑付逾期、实控人跑路、标的项目虚假、投资资金被挪用、实控人被刑拘等字眼频现报端。

- **2018年6月19日**
亚洲掘金法代刘致远彻底消失，杳无音信，涉案150亿。
- **2018年6月26日**
阜兴集团控制人朱一栋失联，旗下私募公司瘫痪，百余只基金产品无法兑付，案涉300亿。
- **2018年7月初**
中精国投陷入兑付危机，实控人外滩控股人去楼空。
- **2018年10月底**
兴佳利业爆雷，涉嫌非法集资，超17亿无法兑付。
- **2018年12月8日**
东方成安发布公告显示实控人失联，相关基金产品延期兑付。
- **2018年12月29日**
米多财富发布三则沟通函，米多资产-九鼎投资定向增发投资基金1号、2号、3号三期产品净值归零。
- **2019年2月1日**
光大证券公告称，旗下浸鑫基金已临近到期日，投资项目出现风险。
- **2019年3月18日、19日**
四家上市公司纷纷发布风险提示公告，表示“踩雷”私募基金产品。

2019年3月1日，中基协发布信息称，已累计公告26批疑似失联私募机构，共计547家，其中256家已被注销登记，13家已自行申请注销登记。4月17日，中基协再次公告，将注销30家机构私募基金管理人登记。私募基金频频爆雷，是继P2P危机之后投资理财领域又一轮重大危机事件。如何维护自己的权益、如何挽回损失，是每位投资人都关心的问题。

二、及时退出投资的路径

我国私募基金主要有三种：有限合伙型、契约型及公司型。投资人所投私募基金的类型不同，投资人与基金管理人形成的法律关系就不一样，退出的方式自然也有区别。

（一）有限合伙型私募基金

有限合伙是目前私募基金的主流形式，投资人可选择如下途径实现退出。

1、转让合伙份额

《合伙企业法》对普通合伙人有限合伙人转让其合伙企业财产份额有不同的规定。普通合伙人未经全体合伙人一致同意，不得转让其在合伙企业中的财产份额；但有限合伙人只需提前三十日通知其他合伙人，即可依合伙协议将其财产份额转让给合伙人以外的人。当然，有限合伙人的份额转让还受合伙协议的约束。有的合伙协议约定了有限合伙人在入伙合伙企业一年内，不得转让其财产份额，期满后一年后方可转让；有的合伙协议则约定有限合伙人向

合伙人以外的人转让财产份额时，其他合伙人享有优先购买权。因此，投资人拟通过转让退出的，须认真研究合伙协议中关于有限合伙人转让财产份额的内容，了解转让的权利及限制。

2、退伙

《合伙企业法》规定，有限合伙企业的合伙协议必须包含有限合伙人入伙及退伙的条件、程序以及相关责任。投资人拟退伙的，须查阅合伙协议关于有限合伙人退伙的条款，明确自己是否符合退伙条件。有的合伙协议要求有限合伙人在合伙企业存续期间不得退伙，或要求退伙须经全体合伙人一致通过等。须注意的是，关于退伙的限制性条款倘若实质剥夺了有限合伙人的退出自由，则可能陷入效力瑕疵甚至无效的法律后果。对此，投资人可找律师等专业人士寻求帮助，以期更好地维护自身权利。

投资人通过退伙赎回的，多数情况下难以全额收回投资款。相关法律规定，合伙人退伙时应当按照合伙企业即时财产状况进行结算，退还相应财产份额。

3、解散

通常情形下，有限合伙型基金的普通合伙人仅有一人，即基金管理人。若该普通合伙人因故意或重大过失致使合伙企业造成损失，其他合伙人一致同意的，可将其除名；或者管理人构成合伙协议约定的除名条件的，其他合伙人可依照合伙协议约定的程序将其除名。一旦将基金管理人除名，有限合伙企业仅剩有限合伙人，依法应当解散，进入清算程序，投资人通过清算收回其现存利益。

此外，投资人不想退出合伙企业的，可通过更换基金管理人来维护自身权益。

根据《合伙协议必备条款指引》及《私募投资基金合同指引起草说明》的规定，有限合伙型基金管理人既可能是执行事务合伙人，也可能是合伙人以外的专业私募基金管理人。常见情形为，管理人、普通合伙人与执行事务合伙人三者一体。根据《合伙企业法》的规定，执行事务合伙人代表合伙和处理合伙事务的权限来源于全体合伙人的委托授权，倘若执行事务合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。有的合伙协议规定了执行事务合伙人的财务汇报义务，禁止关联交易义务及限制基金负债义务等，执行合伙人严重违反其义务的，有限合伙人可更换执行事务合伙人；有的合伙协议约定，如果发生特殊事件普通合伙人无法继续执行合伙事务的，一定比例的有限合伙人可以更换普通合伙人。

在基金管理人怠于履行职责，底层资产尚存的情形下，投资人及时更换基金管理人，有利于及时止损，尽可能保住现存利益。须注意的是，仅有基金管理人一个普通合伙人的情形下，只有在新的普通合伙人加入后管理人才可以退伙，否则合伙企业即被解散。

（二）契约型私募基金

契约型私募基金主要受《基金法》的调整。基金合同是构成投资人与基金管理人之间法律关系的基础，投资人的退出方式主要看基金合同如何约定。理论上，投资人可通过如下途径实现提前退出的目的。

1.约定解除

若基金合同约定了投资人解除合同事由，该事由发生时，投资人可解除合同。合同对解除方式有约定的，从其约定；若未约定解除方式的，投资人可通知解除。

2.合意解除

合意解除指基金合同存续期间发生了投资人不欲合同继续存在的特别情形后，投资人可通过与管理人达成新的合意，提前结束现有的合同关系，以实现提前赎回。合意解除对投资人的谈判能力要求较高，中小投资者可通过联盟合作，提高谈判地位。

3.法定解除

《合同法》第九十四条规定了合同解除的法定事由，投诸契约型基金，投资人可在以下情形主张法定解除以实现提前赎回：第一，基金合同目的因不可抗力而无法实现时，投资人

可解除合同。不可抗力系与合同当事人意志无关，当事人无法预见、无法避免且无法控制的情形。常见情形如自然力量引起的不可抗力事故，包括水灾、旱灾、地震等；又如社会原因造成的不可抗力事故，如国家征收、法律颁布实施等。第二，管理人迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行的，投资人可解除合同。

（三）公司型私募基金

公司型私募基金受《基金法》和《公司法》所调整，所有投资人均均为股东。根据《公司法》，股东退出方式主要有股权转让、公司回购、减资以及解散四种。

股权转让最稳妥，但公司经营状况与财务状况不佳时，股东很难找到其他人为自己接盘。投资人须留意公司的日常经营及财务状况，在公司经营发生异常时，及早转出其股权。

公司回购仅在特定情形下发生，中小股东在股东（大）会的表决力量有限，存在被大股东“绑架”的风险。投资人若为中小股东，可在《公司法》第七十四条及第一百四十二条规定的重大情形下，请求公司回购其股权（份），实现退出。

公司减资程序较为严格，如特别表决的要求，通知债权人并公告的义务等。投资人欲通过减资程序退出的，须严格履行法定程序，否则难以实现退出目的。实践中，公司减资但未依法通知债权人，法院通常认定公司减资行为对债权人不发生效力。

公司经营出现困境时，投资人可通过股东（大）会决议解散及请求人民法院解散两种途径实现解散退出。公司解散后即进入清算程序，投资人在公司净资产范围内实现其退出目的。

（四）刑事途径

刑事控告途径并非投资人提前赎回的方式，但在管理人涉嫌犯罪的情况下，更有利于帮助当事人追赃挽损。第一，刑事立案后，侦查部门调查能力强，有利于调查管理人资金流向，并通过强制措施防止高管跑路或实控人失联。第二，公安机关查封冻结资产的速度明显快于民事保全。投资人虽可在民事诉讼中提起诉前保全，但诉前保全要求严格，且申请人需缴纳一定保证金，时间与金钱成本较大。第三，在民事审判中，倘若发现管理人存有刑事犯罪问题，极有可能移送刑事审判，并中止相应的民事诉讼程序，待刑事审判结束后再行恢复。第四，刑事案件中对被害人的赔偿优先于民事债务。《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干意见》规定，当被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任，其财产不足以支付的，须先退赔被害人的损失，再赔偿人身损害之医疗费用以外的民事债务。

投资人拟通过刑事控告手段挽回损失的，应及时准备好如下材料：第一，刑事报案材料，主要包含情况简介（事情经过与危害结果）、立案申请、报案人及相关人的联系方式、身份证复印件等。第二，相关证据材料，主要有合伙协议/基金合同/公司章程、基金产品的相关材料（如备案情况和宣传资料）、往来邮件、投资及收益的账户流水等。

三、防控投资风险的建议

（一）调查基金管理人

投资人投资私募基金本质上是在投资管理人的能力以及信用决定了投资人能否获得收益。必要时，投资人在投资前可以请会计师事务所、律师事务所对选中的管理人进行尽职调查。管理人的资质、过往业绩等均为重点调查内容。

（二）选择项目

私募基金投资中常出现的问题是项目虚假，通常表现为夸大项目收益来吸引投资者。因此，投资人在投资时须查清管理人所称项目的真实情况。如项目真实存在，再进一步调查该项目的收益、增信及风险等综合要素。项目优劣的判断可能会比较专业，但最简单的方式是查明管理人的核心人员是否跟投。

（三）审查协议（以有限合伙协议为例）

协议是构建投资人与私募基金管理人之间法律关系的基础。法律赋予投资人的救济手段

以及制约管理人的手段是有限的，但协议约定可以很灵活。以有限合伙协议为例，投资人在签署协议时必须要注意以下条款：（1）退伙条款；（2）除名或变更执行事务合伙人条款；（3）解散、清算条款；（4）合伙人大会的表决规则；（5）争议解决；（6）违约责任条款；（7）违约合伙人的表决排除条款等。

在上述条款中，投资人必须保证一旦违约情形发生，能够行使法定、约定权利排除违约合伙人并夺得基金控制权。同时，投资人必须注意合伙人的表决规则，一旦违约发生时，合伙人大会上违约合伙人的表决权必须排除。

四、出现风险端倪的应对

（一）详细查询——收集相关信息

投资人一旦发现基金产品出现风险苗头，可通过以下途径查询基金公司与基金产品的情况。

1、通过工商网站（如国家企业信用信息公示系统、天眼查、企查查等）对基金公司进行工商调查，重点关注基金公司是否存有变动股东或高管、减少注册资本、变更经营范围等情形。

2、通过司法网站（如中国裁判文书网、中国执行信息公开网等）查询基金公司及其高管的涉诉情况，间接了解基金公司是否涉及民间借贷、P2P 等风险业务，是否被列为失信被执行人。

3、通过中基协查询基金公司及所投资的基金产品的备案情况，关注基金公司是否已被中基协列为异常机构，查看该公司的其他基金产品是否正常运作。

4、若基金投资标的为上市公司，投资者还可通过证监会、交易所及巨潮网等网站，查询该上市公司的行政处罚情况及信息披露文件，分析该公司的经营状况与财务状况，判断基金是否存有风险。

（二）审查合同——明确法律关系

一方面，不同类型的投资方式受不同的法律规定所调整，投资人依法退出的途径各不相同；另一方面，无论何种投资方式，投资人赎回的权利、程序及限制均主要来源于基础合同。因此，投资人一旦察觉基金产品存有风险隐患，应立即确定基金类型，明确自身的法定权利。同时，投资人须仔细查看合同文件，重点关注管理人义务条款、违约责任条款、提前终止条款及投资人退出条款等，明确自身的合同权利。

（三）专业分析——综合精确判断

为了更好地维护自身利益，减少投资损失，投资人可请专业人士及早介入。比如，投资人欲查阅合伙企业或公司的账目时，可聘请审计人员协助，详细分析财务风险。又如，当事人在明确权利及寻求救济时，可聘请律师协助。审查合同文本并非易事，投资人享有的权利及所受限制往往超出文本表面的含义。对合同条款的理解不能拘泥于条款本身，还须回溯投资过程，联系推销材料，结合往来邮件，综合法律法规及监管规定，从整个法律体系和商业实践的角度进行解读。并且，风险一旦发生，投资人还须理性选择民事或刑事手段，以期减少损失，维护最大利益。在这方面，专业人员有更好的专业、经验及资源优势。私募基金领域中，风险一旦显现，危害后果随即而来，时间是抢脏挽损的生命线。投资人须结合审计和律师等专业人士，积极快速应对，才能最大程度地挽回损失。

（本文首发于 2019 年 4 月 22 日）

私募基金爆雷期的监管政策导读

冒小建、陈鸣

2018年6月以来，私募基金行业内常常爆出基金产品涉嫌非吸、产品到期难以兑付、基金管理人失联等诸多负面消息，为保障投资人合法权益、规范私募行业发展，监管层使出最强监管力度。从证监会到各地证监局再到中基协，均高度重视，并采取一系列强有力的监管举措压制私募行业野蛮生长的态势、打击行业内违法违规行为。

一、证监会（局）加强对私募基金专项检查执法

（一）证监会

证监会在2018年10月12日发布公告，披露其在2018年上半年对453家私募机构进行专项执法检查结果。本次执法检查选取股权、创投类私募基金管理人281家，证券类私募基金管理人119家，其他类私募管理人53家，共涉及基金4374只，管理规模2.08万亿元，占行业总管理规模的17.20%。其中，发现139家私募机构存在违法违规问题。

执法检查结果如下：

违法违规类型	检查关注与发现的主要问题	机构数量	占被检查机构总数比例
违法违规问题 (包括严重违法违规)	一般违法违规行为	129	25.8%
	涉嫌非法集资	10	2%
	挪用基金财产		
	从事损害基金财产和投资者利益行为		
违规募集行为	公开宣传推介	59	11.8%
	向非合格投资者募集资金		
	未履行投资者风险评估程序		
	未对私募基金进行风险评级		
	承诺保本保收益		
违规运作行为	开展“资金池”业务	48	9.6%
	证券化结构化基金不符合杠杆率要求		
	未按基金合同约定进行信息披露		
	未按规定保管基金相关材料		
	基金合同约定不托管但未在基金合同中明确基金财产安全保障措施		
其他违规行为	私募基金未按规定备案	54	10.8%
	登记备案信息更新不及时、不准确		
	证券类私募基金从业人员未取得基金从业资格		
	证券类私募基金委托个人提供投资建议		
	不配合监管检查		
不规范问题	机构存在内控不健全	200	40%
	兼营与私募基金无关业务		

（二）各地证监局

面对私募爆雷潮，各地证监局也加紧了对当地私募机构的行政执法检查，深圳市证监局

联合金融办开展私募合规检查，浙江省证监局增多执法检查的频次和范围。具体实践执法情况分析，以江苏省为例。2018年度江苏省证监局共对当地11家私募基金管理机构作出警示函、责令改正等行政监管措施。执法检查中发现的主要违法违规行为列举如下：

	违法违规的行为表现	机构数量
募集阶段	虚假材料进行基金备案	1
	未办理基金产品备案	3
	向非合格投资者募集（含私自篡改部分投资者资料、互联网公开宣传、未对基金产品进行风险评级等）	6
运作阶段	撤销备案后基金产品仍继续运作	1
	无基金产品选择决策内控制度	1
	未建立防范利益冲突机制	1
	未按照基金合同约定履行信息披露	3
	向投资者隐瞒及提供虚假信息	2
	未及时办理信息变更	2
	未及时更新基金投资运作情况	1
其他	股东长期占用公司资金未规范计入财务账	1
	未履行诚实信用、谨慎勤勉义务	1
	相关人员未取得基金销售业务资格	3
	未按规定妥善保存投资决策、交易、投资者适当性管理记录材料	1

结论：从上述执法检查结果看来，私募违法违规问题较为集中和突出，监管层执法检查的力度和深度较往年都有所增加，私募机构管理人应及时关注证监会方面执法检查动向与结果，以人为鉴，审慎经营。

二、中基协进一步强化自律管理

中基协作为《证券投资基金法》授权的行业自律组织，在私募频频爆雷的浪潮里，更是走在监管的第一线，主动承担起更多的自律管理职能，出台一系列整治措施，清理私募乱象。其中，协会关于私募异常机构、异常经营、疑似失联机构、限期自查、重大事项审核五个方面的管理决定尤为重要，值得各私募管理人重点关注。

1、异常机构

根据《关于加强私募基金信息披露自律管理相关事项的通知》，私募基金管理人未按时在信披备份系统备份季报、半年报和年报等信息披露报告累计达两次的，协会将其纳入异常机构名单，并予以对外公示，计入管理人诚信档案。一旦私募基金管理人作为异常机构公示，在完成相应整改要求前，协会将暂停受理该机构的基金产品备案，即使整改完毕，至少6个月后才能恢复正常机构公示状态

截至2019年1月底，协会已将4040家未按时履行信息报送义务的私募基金管理人作为异常机构对外公示。

2、异常经营

根据《关于私募基金管理人在异常经营情形下提交专项法律意见书的公告》，私募基金管理人及其法代、高管、实控人或主要出资人如出现被立案调查、或被列为严重失信人、失信被执行人，或被行政处罚、自律处分情节严重的，或拒绝、阻碍有关部门监督检查等情形，可能影响私募管理人持续符合登记规定的，协会将列为异常经营情形，要求私募管理人在指

定期限内提交符合规定的专项法律意见书,否则将注销管理人登记,且注销后不得重新登记。

截至目前,协会在 2019 年 2 月份注销了上海满全股权投资基金管理有限公司在内的 20 家私募基金管理人登记;3 月份注销了 47 家机构管理人登记;5 月份注销了 20 家机构管理人登记。

3、疑似失联机构

根据《关于建立“失联(异常)”私募机构公示制度的通知》,如果协会通过在私募基金登记备案系统预留的电话无法取得联系,同时协会以电子邮件、短信形式通知机构在限定时间内未获回复的,协会将认定该机构为疑似失联(异常)机构,然后在协会网站发布“失联”公告。若公告发出后 5 个工作日内,该机构仍未与协会联系,协会将列入失联机构名单予以公示,满三个月仍未主动联系协会并提交有效证明材料的,协会将注销其管理人登记。

截至目前为止,协会已经对外公告 27 批失联机构名单,共计 703 家机构;并对外公告注销 9 批公示期满三个月且未主动联系协会的失联机构,共计 286 家机构。

4、限期自查

以往的私募基金管理人自查均是以各地证监局发文方式提出,尺度和标准并不统一。为统一监管口径、进一步加强私募机构合规自查,中基协以协会发文通知的形式抽查部分私募机构,要求被通知机构对照通知规定的内容在规定时间内向协会提交自查报告,否则,将转入异常经营程序处理。对于私募机构来讲,面对协会和本地证监局的双重监管要求,合规运营成本进一步加大。

截止 5 月,中基协已发布 5 次限期自查的通知,具体如下:

第一次:2018 年 9 月 20 日,中基协发布《关于限期提交自查报告的通知》,涵盖 15 项自查内容。针对性自查要求有:私募基金年度审计情况、基金产品违约情况及退出措施、预计可能出现违约的产品情况和产品的信批情况等产品运营情况。

第二次:2018 年 10 月 26 日,中基协发布《关于限期提交自查报告的通知》,涵盖 19 项自查内容。较第一次自查内容而言,新增加了关联关系情况说明方面的四项自查要求。

第三次:2019 年 1 月 23 日,中基协发布《关于限期提交自查信息的通知》,涵盖 21 项自查内容,13 张专项自查表。再要求提交自查报告的基础上,进一步要求管理人针对协会所列举事项一一如实核对,提交自查信息表。自查内容方面:更加强调管理人的存续运营情况、未来业务发展方向和安排、产品后续运作情况、是否有未备案产品、员工兼职情况。

第四次:2019 年 4 月 4 日,中基协发布《关于限期提交自查信息的通知》,涵盖 22 项自查内容,14 张专项自查表。较第三次各增加一项,新增管理人所管理基金之间的内部互投情况说明。

第五次:2019 年 5 月 21 日,中基协发布《关于限期提交自查信息的通知》,涵盖 23 项自查内容,15 张专项自查表。较第四次各增加一项,针对普遍存在的私募超募现象,新增了基金产品备案后新增募集情况说明的自查要求,同时较前四次而言,大幅缩短了提交自查报告的准备时间,由 30 多日缩短到仅 20 日。

由此可见,中基协自查内容愈加全面完善,自查要求也逐渐常态化发展。各管理人应对前五次自查通知中所提及的问题予以充分重视。

5、重大事项变更审核

此前实践中,已登记的私募基金管理人申请变更控股股东、实际控制人、法定代表人/执行事务合伙人等重大事项应提交《私募基金管理人重大事项变更专项法律意见书》。重大事项变更专项法律意见书审查较登记申请时的法律意见书而言宽松很多,一般只需针对变更事项,就事论事,分析说明。

但是自 2018 年 5 月起,协会方面开始严抓私募基金管理人重大事项变更,不仅在法律意见书内容方面加大审核力度,还扩张了需要出具法律意见书的事项范围。

2018年5月24日，协会公告《严正申明》，针对私募基金管理人法定代表人、实际控制人或控股股东的重大事项变更申请，协会将比照新申请机构登记要求和程序办理，并相应核查存续产品的合规性及信息披露情况；同年11月，有业界人士表示，部分私募机构变更风控负责人也被协会反馈需要出具专项法律意见书；同年12月协会更新《私募管理人登记须知》，增加重大事项变更期限及整改次数要求，规定“需提交重大事项变更法律意见书的重大事项变更申请，首次提交后6个月内仍未办理通过或退回补正次数超过5次的，协会将暂停申请机构新增产品备案直至办理通过”。

2019年3月，中基协与国家市场监管总局信用监督管理司达成信息共享合作协议，双方将全面加强企业信息公示数据、失信数据以及私募基金管理人、私募基金公示和不予登记机构等信息的共享合作。

结语

私募基金作为证监会2019年风险防范重点领域之一，必将经历比以往更加严格、更加严厉的合规化洗礼，稍有不慎，私募基金就可能从一般的违法违规涉足到刑事犯罪。从已有的私募爆雷案件看来，私募行业已然成为非吸、诈骗等刑事犯罪的高发地，如何保有底线思维，做好刑事风险预防，显得尤为重要。

最后，援引中基协会长洪磊在5月25日“第五届全球私募基金西湖峰会”上发言，私募基金行业最大的挑战是缺乏成熟的市场化信用体系，市场化信用既包括准入时的股东信用，也包括行为中的过程信用。完善的市场化信用体系，有赖于司法、行政与自律协调共进，形成刑事法律树红线、行政监管树底线、行业自律树高线的多层次治理体系。

（本文首发于2019年5月28日）

房地产

九家房企为何“联名上书”？精装修房双合同制的法律解析（上）

高原

前不久，房地产业界的一起“公车上书”事件刷爆网络，雅居乐、新城、中粮、中建等9家知名房企联名向江苏省高级人民法院发了一封《关于依法维护精装房交易稳定避免恶意诉讼造成群体事件的紧急报告》的信函，抗议南京中院（2017）苏01民再11号王某与富力南京地产开发有限公司（以下简称“富力地产”）商品房预售合同纠纷（以下简称“南京案例”）的审判结果。



关于南京案例

2014年1月，王某认购富力地产精装修商品房一套，总价271万元，在签订《南京市商品房预售合同》的同时，还签订了两份补充协议，其中补充协议二约定：“乙方（王某）在此不可撤销的同意，甲方（富力地产）可无需与乙方办理预售合同规定的该商品房的交付手续而直接对该商品房进行装修工程，同时乙方同意毛坯房和装修房的验收在装修完毕后一次性验收”，该补充协议二同时附装饰装修和设备标准，明确了装修范围。王某依约支付了购房款。

法院另查明一事实是，富力地产早在2013年9月就涉案房屋向南京住建委申报《商品房预售方案》，其中载明涉案房屋的装修单价为4500元/平米。王某与富力地产除了就装修瑕疵问题存在争议外，最主要的争议焦点就是富力地产向王某交付的房屋装修是否价值4500元/平米的问题。

王某认为，富力地产应当受其自行申报的装修标准价格约束，实际装修价值经鉴定后与申报价格的差额应当返还；而富力地产认为，该装修单价只是自己估算，用于申领预售许可证，而非双方对装修单价的合意，双方并未约定装修单价，故不同意返还。

南京一审法院的本院认为系摘抄了双方观点而未直接予以认定，但驳回了差价返还的诉求。南京二审法院认为该装修单价属于合同的一部分，但是装修未达约定标准的，应当请求开发商按此标准履行，而无权主张差价损失，故维持一审判决结果。但该案经再审之后认为王某有权主张差价返还，并作出改判。

作者评析

南京案例是典型的精装修房双合同捆绑销售的模式，笔者此前提及过，因为受到备案制限价的影响，越来越多的开发商选择通过装修合同约定远超出实际装修价值的价格来变相突破备案制对房价的限制，因此，法院对双合同的性质认定就显得尤为关键。

从法官的视角来说，房管部门的备案规章制度尚不及法律行政法规的效力，双合同制并不构成因违反法律行政法规而无效，因此，如何认定双合同中装修合同的溢价就取决于法官的价值权衡。如果支持开发商，就意味着在一定程度上纵容了开发商这种投机取巧的行为；如果支持购房者，则又鼓励了购房者的不诚信，毕竟当初购房者在购买房屋时是完全接受这个价格的。

笔者认为，开发商的这种行为自然会产生行政处罚的后果，而在民事审判领域，何去何从取决于其对社会公共利益的影响，如果一种民事法律行为虽然不直接违反法律行政法规，但其存在会对社会公共利益带来显著损害的，则亦不应被民事审判所容许，反之，则本着法不禁止则自由的原则，审判结果上更应该对购房者不诚信的行为进行打击。

因此，开发商突破备案价的行为表面上看推高了房价，但在限购限贷政策的规制下，市场投机炒房行为得到了一定的遏制，因此突破备案价的房屋只要能成功销售，说明其定价亦是符合市场规律的，故而对于精装修房双合同类型案件的处理，笔者不认可将装修合同割裂地理解成一个纯粹意义上的装修合同进行审理，开发商有权对其销售的装修材料、管理成本、人工费用等定出高于市场正常价格的定价，法院应该保持一定的克制。

但是，对于精装修房双合同类型案件的审理，笔者认为法院还是要着重注意以下两个方面的问题：

一，**装修瑕疵责任不因未约定装修标准而豁免**。这个是毋庸置疑的结论，笔者认为开发商可以对装修价格定价畸高，只要这个价格能够接受市场的考验，法院就不应过多干涉；但这并不等于对于开发商装修时存在的装修瑕疵问题就可以予以纵容。如果开发商存在装修瑕疵问题，仍应承担修复及赔偿责任。

二，**开发商不得因未约定装修标准而显著降低装修规格**。是不是只要装修不存在瑕疵，任何规格的装修购房者都应当接受呢？笔者认为并非如此，购房者选择购买精装修房屋，开发商应当尊重购房者对一定生活品质的追求。如果开发商交付的装修标准显著过低，导致购房者不得不拆除而重新装修的，则徒增购房者的购房成本。但是，这其中的合理标准对法官来说会是一个难点，笔者认为可以以购房时的样板房装修标准进行评估，如果样板房装修估值高于实际交付装修标准的，则该部分差价可以考虑返还。如果样板房已经拆除，则可以要求开发商提供样板房装修时的书证，开发商拒不提交的，可以适用书证倒置规则，酌情认定补偿金额。

以上，是笔者对南京案例的一点浅见。

无独有偶，武汉市黄陂区法院（2018）鄂0116民初6595号判决（以下简称“武汉案例”）又是一起开发商因双合同类型案例而败诉的典型，武汉法院亦认为装修合同独立于购房合同而存在，从判决书认定来看，武汉法院与南京法院似乎都认为双合同制中的装修合同应割裂认定，但其背后的成因和审判思路笔者却认为完全不同，对武汉案例的分析，笔者留待下篇再论。

（本文首发于2019年4月11日）

捆绑解除是否可行？精装修房双合同制的法律解析（下）

高原

上篇我们介绍了南京案例，差不多就在南京案例的同时，武汉市黄陂区法院（2018）鄂0116民初6595号民事判决武汉锦苑中南房地产开发有限公司（以下简称“锦苑公司”）与童某房屋买卖、装饰装修合同纠纷一案亦在网络上引起不小的反响（以下简称“武汉案例”）。

关于武汉案例

2017年12月，锦苑公司（甲方）与童某（乙方）签订《武汉市商品房买卖合同》和《房屋委托装修协议》，合同约定锦苑公司将涉案房屋出售童某，童某委托锦苑公司进行装修设计及施工，涉案房屋毛坯价98万元，装修价23万元。《房屋委托装修协议》还约定，如果乙方逾期付款累计达10天，甲方有权同时解除上述两份协议。

嗣后，童年支付了购房款，但未按约支付装修款。锦苑公司多次催稿无果后，向法院起诉解除上述两份协议并追究童某违约责任。一审法院最后认定，《武汉市商品房买卖合同》和《房屋委托装修协议》是互相独立的两份协议，在购房协议中童某已经履行全部义务，锦苑公司主张一并解除购房协议，不予支持。

作者评析

从表象上看，武汉法院与南京法院均将装修协议作为一个独立的合同，但相对于南京案例而言，笔者是认同武汉法院的判决结果的。**究其原因，是诉讼方向或者诉讼路径在其中起着决定性的影响。**

南京案例中，购房者是攻，开发商是守，购房者的诉讼动机是对原先认可的购房款总价的反悔。而在武汉案例中，开发商是攻，购房者是守，开发商的诉讼动机是要求收回已经出售的房屋。笔者在上篇中说过，精装修房双合同类型案件很大程度上取决于法官的价值权衡，而不同的案件中攻守易位，法官的价值权衡会受此影响。

在武汉案例中，虽然法官将装修协议予以割裂，但与南京案例不同的是，武汉法官并未将装修协议视为一个纯粹的装修协议进行审理，只是就装修款不付，是否可以解除购房合同的问题予以了回应。

也许有人认为，这类案件的本质是装修款到底算不算房款的一部分，如果算作房款的一部分，那捆绑解除的约定法院亦应予以尊重。但笔者认为，将装修合同作为房款溢价部分的蓄水池，这本身就是违反相关行政规定的行为，在不涉及无效认定的情况下，法院判决直接认可装修款亦是房价且作出有利于开发商的判决，这种表达有欠妥当。所以，在直接肯定装修款就是房价与将装修合同作为一个纯粹的装修纠纷进行审理之间，**法院应该还有第三种选择，即将装修协议视为相对独立于购房协议的存在，但又不将双合同制下的装修协议作为一般正常的装修协议进行审理的思路。**如此，法院在不同导向的案件中可以做到游刃有余。

就以武汉案例而言，购房合同已经完全履行完毕的情况下，因为另外一个合同的违约而要解除已经履行完毕的合同，这种约定会带来一个民法理论上的难题，即已经履行完毕的合同是否可以解除，且也有违公平原则，即民法总则第六条“民事主体从事民事义务，应对遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务”。

购房协议项下的购房款逾期支付，开发商是否有权解除合同取决于合同约定或法律规定，而童某因为装修协议的违约，在装修协议项下主张相应的违约责任更为妥当。

（本文首发于2019年4月17日）

限售政策对购房者带来的交易契机与风险评析

高原

2019年5月11日，苏州市政府发布《关于进一步促进全市房地产市场持续稳定健康发展的补充意见》，之前坊间传言的苏州限售政策终于落地。自2017年厦门率先推出限售政策以来，全国已经有二十余座大中城市也加入限售行列。虽然各地限售政策在限售房屋类型、限售时间、限售主体上不一，但均有一个共同的目的，即政府通过控制交易的时间，打击房地产市场快进快出的炒房行为，以确保当地房地产市场健康有序发展。

尽管上海目前尚无此类政策即将落地的消息，但已经限售的城市中，不乏上海居民热衷投资的区域。而且限售政策出台后，房屋处于短期内无法去化的境地，这为一些在限售城市尚不满足购房资格的限购购房者提供了购房的机会。因为，如果没有限售政策，出卖人一般不会将房屋向不符合购房资格的限购者出售，只有当限购与限售政策同时出现，卖房者与买房者均需要一定的时间来达到交易的条件时，二者之间才能形成一个交易的契机。需要说明的是，限售政策的售，指的应该是约定过户时满足政策要求，而非合同签约时，即在签约时尚不满足政策的，并不因为政策原因而导致合同无效。但是，该观点目前普遍被人民法院采纳，却不被交易登记机构所接受，因此在双方均满足过户条件时，如果想正常过户可能需要重新缔约，仅以原先合同去网签过户很可能被交易登记机构拒绝。但此时，当事人可以选择向人民法院起诉请求过户，法院一般予以支持。

除了上述交易风险之外，限购+限售的交易模式中，因为过户节点与签约时间中间隔了数年，交易双方很可能会遇到政策调整，这种未知因素会让交易风险呈几何式增长。虽然上海目前没有苏州那样的限售政策，但是也有一种常见的限购+限售的交易模式——动迁安置房交易，这其中的法律关系及适用与上述讨论的交易模式并无二致。笔者就自己曾经审理过的一个案例做一分析说明：



出让人赵某于2012年4月取得一套动迁安置房，并登记在自己名下。2013年1月，赵某与买受人钱某签订房屋买卖合同，约定赵某将其持有的房屋出卖给钱某，依据当时的限购政策，非本市户籍人员购房要求自购房之日前缴满社保期限满1年即可。鉴于钱某在签约时已婚，但其和其配偶均系非本市户籍，且未缴纳社保，故而钱某属于限购人员，且房屋亦无法上市交易，故而双方将过户时间约定在2015年4月。签约后，钱某支付了除尾款一万元之外的其他款项，赵某将房屋交付钱某占有使用。

但是，天有不测风云，签约当年年底，钱某遇到了限购政策调整，根据调整后的政策规定，非本市户籍人员购房要求自购房之日前缴满社保期限从1年变更为2年。钱某之妻从2014年6月开始缴纳社保，期间还中断缴纳了三个月，按照政策规定，钱某最早亦要到2016年9月方才拥有过户资格。但是命运跟钱某又开了一个玩笑。2016年3月，限购政策再次从严，对钱某的要求从原先累计缴满2年变成了连续缴满5年，即钱某最早要等到2019年

9月方才具备过户资格。离开双方约定过户日差了四年有余。终于赵某失去了耐心，2018年年中，赵某向法院提起解除合同之诉。经过一审和二审，赵某与钱某的合同得以解除。

从上述案例，我们可以清楚地发现，限购者购买限售房的风险是呈几何性放大的。对限购者来说，尽快缴纳社保使自己拥有购房资格，并尽早过户以缩短交易周期是唯一的选择；但限售房因其上市时间有要求，房屋交易周期被迫拉长，各种风险亦随之而来。但是，是否限购者购买限售房，双方发生争议就一定导致合同解除呢？因限购者无法过户，对出卖人而言的损失又如何认定呢？出卖人遇到这种情形是否有权解除合同呢？本案合同为何最终解除呢？围绕上述几个问题，笔者做逐一分析：

一、出卖人法定解除权一般不宜轻易支持

合同解除权一般无外乎约定解除权和法定解除权。在双方约定解除权的情况下，这是双方意思自治范畴，法院一般不轻易干预。但是限购者购买限售房时，碍于双方当事人对法律认知的限制或双方意思自治，合同中一般不会约定因买方原因无法过户的解除权。故而，此类案例中的焦点主要集中在了出卖人是否拥有法定解除权的问题之上。

根据合同法的规定，法定解除权主要分为合同目的根本无法实现时的解除权和经催告仍不履行的解除权。对于出卖人而言，其出卖房屋的目的是回笼购房款，而配合过户是其合同义务，因此无法过户对出卖人而言不可谓合同目的根本无法实现。至于催告解除也是发生在对方拒不履行义务的情况之下，请求过户是买受人的权利，虽然限购者有积极获取购房资格的义务，但是出卖人也应当给予购房者合理期间，在限购政策规定下，其合理期间就是政策规定的剩余最短期间（即催告后还需缴纳多少个月的社保方才具备购房资格），因此出卖人无视政策规定而人为设置期间，该期间法院恐无法认定为合理期间。

但是，无法过户对出卖人也有损失，因为出卖人无法及时过户的情况下其自身亦会受到限购限贷政策的影响，正如本案赵某所述，虽然其名下只有一套房屋，但是因无法过户，其另行购房时得按二套房来支付首付比例，对于购房能力带来显著影响。对此，法院一般会认为双方对缔约时的交易风险都是清楚自知的，且合同除过户以外其余事项均已基本履行完毕的情况下，由买受人对出卖人适当进行经济补偿即可，一般不会支持出卖人主张解除合同的诉求。

二、法院对合同解除的研判

既然出卖人解除权一般不轻易支持，为何本案合同最终又得以解除呢？在实践中，确实是存在提起解除权的一方解除权不存在，但合同又被法院判决解除的案件。最典型的就是开发商急于回笼资金的案件。在有些案件中，购房者逾期付款很久，等到开发商想要以逾期付款为由解除合同时，开发商的解除权已经过了法定除斥期间，但是购房者在诉讼中也确实无力支付大笔购房款，此时如何处理合同就是法官面前棘手的问题。从诉讼导向上来看，如果因开发商无解除权而驳回其解除诉求，不但合同将长期处于待履行的状态，也变相鼓励了购房者的违约行为。针对这种案件，有两种处理意见，一种处理意见认为开发商可以再次催告，因新的催告行为而产生新的解除权，这种观点比较新颖，但是变相否定了解除权的除斥期间，致使解除权可以无限复活。还有一种处理意见认为，虽然开发商无权解除合同，但是法律不能容忍一个合同长期处于不稳定的状态之下，为了尽快让权利义务得以稳定，法院以合同目的无法实现为由主动解除合同（注：金钱债务在法理上一般不认为存在履行不能的可能）。

上述赵某与钱某的案件最终解除也是基于类似法理。在法院最终判决解除的背后，有三个关键因素值得今后在处理此类案件中予以借鉴：第一，钱某虽然在签约后遇到了两次限购政策的调整，导致目前仍无法过户，但是如果钱某或其配偶最迟于2013年政策调整后立即开始不间断缴纳社保，则其最迟于2015年年底亦可取得购房资格，因此钱某目前受到2016

年政策影响而无法过户的根本原因系其怠于缴纳社保所致；第二，双方合同约定于 2015 年 4 月过户，但是时至今日因钱某原因仍无法顺利过户，这严重超出了赵某原先希望在较短时间内将房屋产权过户后另行购置房屋的合理预期，将置换目的扩大理解成其出售目的亦无不妥；第三，在一审辩论终结前，钱某离取得过户资格尚有一年期限，法官只能基于判决时的继续履行风险来加以研判，如果法官驳回赵某的请求，但是钱某再次出现断交社保、抑或限购政策再次变化、再或钱某配偶缴纳社保而钱某本人未缴纳、钱某与配偶离婚等任一情形，均将导致钱某无法取得购房资格，因此合同继续履行的不确定性过高。综上，考虑到目前现状主要责任在钱某，也为避免合同权利义务长期处于不稳定的状态，法院判决合同解除在情在理。

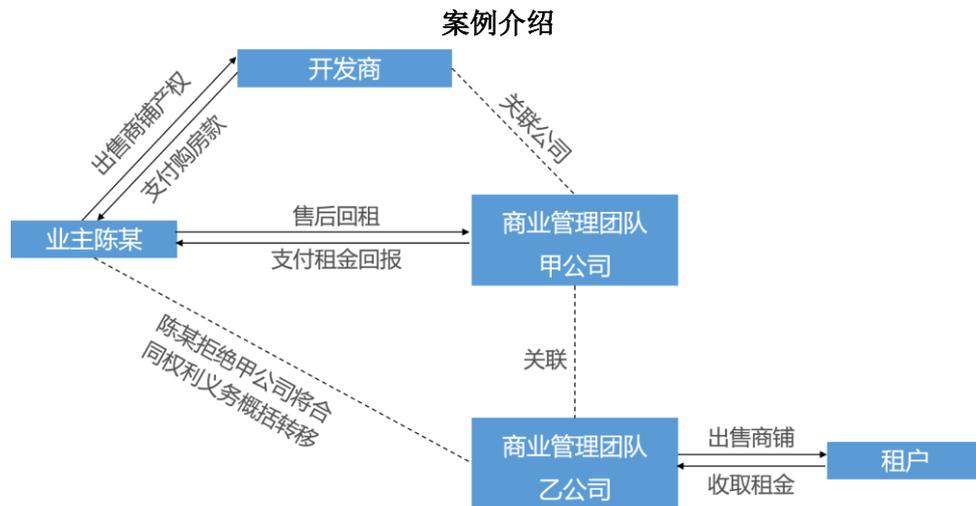
（本文首发于 2019 年 5 月 14 日）

自持产权式商业地产投资弊端及出路

高原

房地产投资一直以来是国内民众的投资热门领域,但在住宅地产限购限贷甚至限售的政策影响下,住宅地产投资日趋受到打压,对商业地产的投资呈现升温趋势。

国内民众对商业地产的投资最常见的模式就是自持产权,即购买产权式商铺后再通过售后回租的方式收取租金收益,在必要时还能将持有的商铺产权转让以赚取产权收益。但是,这种简单的模式背后却有诸多不可控的法律风险。笔者就自己曾经审理过的一例案件来予以说明。



陈某购买本市某开发商开发的产权式商铺后由甲公司回租,双方在回租合同中约定了固定的租金收益,嗣后,因甲公司自称其无经营资质,需将回租合同的权利义务概括转移至乙公司名下,但陈某予以拒绝。因商场经营不善,甲公司未能按期支付租金,陈某向法院起诉解除回租合同、返还房屋及拖欠的租金。

法院支持了陈某解除合同和支付拖欠租金的诉讼请求,但因为陈某持有的产权式商铺在商场实际运营过程中已经与其他产权式商铺合并成了一个大商铺,物理上发生混同,故出于商场整体运营秩序的考虑,未支持陈某返还商铺的请求。判决生效后,乙公司代甲公司支付了上述费用。

陈某因占有使用期间的费用计算发生争议,将乙公司再次告上法庭,认为甲公司和乙公司系同一股东且同一法定代表人,二者存在紧密关联关系,要求乙公司按原先陈某与甲公司签订的回租合同中约定的租金标准支付占有使用费。乙公司抗辩认为,甲乙公司系独立主体,陈某与甲公司签订的合同不能约束乙公司,且因为商场经营不善,故乙公司与尚未解除回租合同的业主经协商大幅调低了租金回报,目前与陈某同楼层的商铺租金均为乙公司实际收取的租金金额,乙公司在商场整体运营中通过其他楼层的租金收益差赚取利润。

一审法院经审理后认为,基于合同相对性原则,陈某与甲公司签订的回租合同无法约束乙公司,且陈某与甲公司系委托租赁法律关系,鉴于乙公司目前实际收取商场租金,故判决由乙公司将其实际收取的租金向陈某支付即可。

陈某不服,提出上诉,二审争议焦点有三:

- 1、陈某与甲公司的法律关系是何种性质?
- 2、占有使用费的计算是否应当参照原先合同约定的标准?
- 3、甲乙公司是否存在混同?

作者观点

笔者认为，针对第一个焦点，业主与商场管理者之间的售后回租合同到底是委托代为出租关系还是租赁后再转租的关系，取决于业主与商场管理者之间是否约定了固定的租金回报，在委托代为出租关系中，商场管理者承担的是为业主寻找承租方及收取租金的义务，商场管理者只是从其收取的租金中按一定比例提取管理费，即业主能获得的租金回报是随着商场实际租赁状况而呈现不稳定上下浮动的。

但是在本案中，售后回租合同约定的是脱离于商场实际经营状况的固定租金回报，故业主与商场管理者之间的法律关系应为租赁后再转租的法律关系，一审法院在法律关系认定上存在一定偏差。但是，问题随之而来，根据法律规定，租赁关系解除的，转租关系随之解除，如果认定为租赁后再转租的法律关系，则今天不论是甲公司还是乙公司均不再具备转租及收取租金的权利，如果这一认定一旦公开，将会影响商场的后续正常经营，故最终二审判决书中对这一焦点予以了一定程度上的回避。

针对第二个焦点，租赁关系解除后，在实际返还房屋之前发生的占有使用费一般参照租金标准计算，但是本案中，因商场经营不善，合同尚在存续期间的业主均已大幅调低了租金收益，如果法院判决按原先合同约定的租金标准支付占有使用费，则会在一定程度上变相鼓励解除合同的行为。虽然陈某解除合同亦是其行使合法权利的结果，但是在商场运营的案件中，法院更倾向于通过主张拖欠租金及利息的方式维权，毕竟对于一个商场而言，业主各自为政的恶果远超一个庸碌的统一管理者。故而，鉴于陈某所在商铺的楼层目前处于平进平出的状态，故由乙公司将其实际收取的租金向陈某支付即可。

在上述两个焦点分析的基础上，第三个焦点迎刃而解，因为只有需要在需要按原合同约定租金标准支付的基础上，才有进一步论证乙公司是否受原合同约定标准约束的必要。最终，二审法院维持一审判决。

自持产权式商业地产投资的风险

通过这个案例，我们可以发现自持产权式的商业地产投资有如下风险：

1.投资者在投资时项目尚不成熟

投资者在投资之初，项目刚刚开盘，很多项目并未充分发育成熟，投资者对项目的前景主要依赖于对开发商或者商业管理团队能力的判断，但是几乎所有的项目中商业管理公司均是轻资产运行，公司除了收取租金之外并无其他偿债资产，这就导致了一旦经营不善，发生债务纠纷，公司无实际清偿能力。而且售后回租合同中并无约定商业管理团队擅自退出时的惩罚机制，这就导致了类似于本案中，虽然在业主不同意甲公司将权利义务概括转移的前提下，乙公司仍成为实际管理者的情况发生，对此甲公司无需承担责任，亦无能力承担责任。

2.产权式持有导致资金高度集中

对产权商铺的投资要求投资者首先集中大量资金购买产权，这就导致了这种投资模式的资金门槛很高，大量资金集中于一个项目之上，一旦项目运营不佳，则导致投资资金全部被困。而且产权式商铺的产权在分割之初只是出于登记管理的需要做出的划分，并未充分考虑商场实际经营的需求，严格按照产权分割的标准出租店铺可能会影响招租结果，故商业管理团队在实际招商过程中根据招商需要，在物理上重新分割商铺再出租是常态。如此，投资者个人持有的商铺产权与其他商铺发生混同的情况下，其主张返还商铺已无实际可能，而且法院为了其他业主的利益考量，也不会支持其主张返还商铺的请求。很多投资者认为产权在手是安全的，但是这种产权实质上已被架空。

3.法院裁判的整体考量无法保证个人利益的最大化

开发商或商业管理团队在一个项目中会与诸多业主发生法律关系，因此一旦经营不善，很容易出现集团诉讼，或者即便集团诉讼尚未形成，法院也必须考虑判决是否会出现负面示

范效应的可能。这种凌驾于法律关系之上的整体考虑会在很大程度上影响案件的最终走向。在本案中，大多数业主并未选择与商场管理者解除合同的情况下，个别业主虽然解除权得以支持，但是合同解除后的法律后果仍须受到保障商场整体运营秩序的掣肘。

小结

要知道，任何形式的投资都要遵循“不能将所有的鸡蛋放在一个篮子中”的道理。

作为投资者个人，如果投资资金并不充裕，但想投资地产业；又或者资金虽然充裕，但是想做到合理的资产配置，能持有多种类型的物业并在地理区域上实现一定的分散；更重要的是方便投资资金随时退出和有效规避上述风险的话，是不是有更合适的出路呢？笔者留待下篇文章中再做分析。

（本文首发于 2019 年 6 月 11 日）

星瀚人文

热爱法律的技术派

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，杜项瑶入职。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）

杨轶菡：工作中追求有用，生活中喜欢有趣

唐诗颖

2018年底，上海星瀚律师事务所推出“造星计划”，旨在为律师提供多元化的发展路径，通过星瀚平台和运营的优势，打造明星律师。杨轶菡律师便是最早一批的“造星计划”成员。

杨轶菡律师对星瀚的结识源自于卫新律师，二人不仅是校友，大学期间还共同参加了华政校报，卫新律师总是评价说：“写文章要跟杨律师学习。有底蕴、文笔好。”在寻找契合星瀚所发展战略的造星人才过程中，杨律师是卫律师的重点关注对象，有缘分的是，彼时杨律师也在思考个人职业生涯的发展，与星瀚的文化、理念一拍即合。



成为专业、真诚的律师

杨轶菡律师毕业时正赶上第一届司法考试，通过司考后她便进入律师事务所，开启了十多年的律师执业生涯。听她云淡风轻地调侃过往案例：一个人面对二十多个农民工集体争议的“车轮式”庭审；高管离职谈判从白天到黑夜的“苦口婆心”；员工职务侵占调查的“抽丝剥茧”；为夺回公司控制权对“倒戈员工”的通宵遣散……桩桩件件背后，无一不是多年专注劳动人事领域的丰富积累。

基于杨律师的早期客户多为中小型企业，大部分不设专职法务，负责与律师对接的主要为人力资源、财务或行政的主管，所以律师会更直接地面对员工与企业、不同岗位员工之间的冲突，这便需要她设身处地理解不同对接人的真实想法、为难之处，为客户解决疑难杂症，实现管理目标。

对此，杨律师一向不吝于投注大量时间。她愿意花很长时间与客户电话沟通或当面谈，耐心地为客户梳理清楚法律关系、解答各种法律问题。尽管有些咨询很琐碎，不成系统，但她认为，专业且有责任心（不甩锅、不作过多风险保留）的答复，会增加客户的满意度，也能培养起客户使用法律服务分担管理风险的意识，这么做是非常值得的。

可能正是因为善于倾听和换位思考，“婚姻家庭”类案件也常常找到杨律师。

杨律师提到，或许是因为愿意对委托人付出更多沟通成本，用专业与诚意缓解矛盾、处理纠纷，客户往往会非常尊重、信任律师。经常出现在案件代理结束后，对方当事人想给自己介绍客户的情况。对杨律师来说，这就是职业生涯的“小确幸”。

提供精于谋略的服务

劳动人事是传统的法律服务，如何进一步优化、做到“人有我优”，是很多劳动法律职业发展的长期追求。在这个问题上，杨律师有自己的答案——注重“布局”。

杨律师认为，“布局”，既是服务策略，也是服务方法。

客户之所以评价律师专业，是基于律师在某个领域比客户知道得更多一点，考虑更全一些，预测更远一步。因此，杨律师所追求的法律服务目标，并不止于为客户解决当下问题，比如审理一份合同、代理一次诉讼、协助一次谈判，而是运用自己的执业经验、前瞻性视野，为客户考虑到长远利益，预防将来可能出现的法律纠纷。

例如，某生产型民营企业在集体工资协商过程中，爆发了大规模加班工资群体争议。杨律师介入后，除了协助企业切结历史遗留纠纷、设计集体工资初步方案外，她还极力建议企业邀请劳动监察部门对工资方案进行指导、推演。在民主程序阶段，召开职工代表大会时，杨律师策划了“管理者以情动人、律师以理服人、劳动监察部门权益支撑”的模块，不仅有效控制会场秩序，亦顺利推进方案通过。

这个过程中，说服企业所有者和经营者支付一定成本解决员工关系的历史遗留问题、以及引入劳动监察部门的协助并不容易。企业难以理解为什么不是解决现下纠纷即可，还要多花时间精力金钱做其他事情。杨律师为此做了大量的沟通与解释工作。

也正是这个为客户多想一步的“布局”，不仅使企业借争议解决改善了人力资源内控管理，也给当地行政监管部门留下企业良好的诚信形象。几年后，该企业面临转产批量人员遣散时，再次得到了监管部门的维稳支持。

此外，杨律师表示，不少行业近几年进行了大规模洗牌，收购并购曾如火如荼，但其中对员工关系处理的重视程度大部分是不够的，不少劳动人事纠纷就是并购整合遗留的问题。如不提前做好“布局”，后续企业的管理成本或将迭增，且这样的影响是渐进爆发的。律师既要具备未雨绸缪的预见性，又要有提供可执行方案的实践力。

做一位有情怀的实践者

都说确认了眼神，便知你是不是对的人。杨律师和星瀚“看对眼”的过程很快。

“星瀚追求的‘专业、亲切、温暖、欢乐’氛围在公众号推文中已经让我蠢蠢欲动了！”提及对星瀚的初印象，杨律师表示自己早就是星瀚公众号的粉丝，这大概得益于卫律师每日的“努力营业”。

但杨律师也犹豫：“律师是一个理性的职业，律所是一群理性人的集合，星瀚如此“理想化”？这在残酷竞争的世界里能可持续发展吗？”

于是2018年12月，杨律师参加了星瀚举办的一次面向法律人的开放日活动。那次身临其境的体会，使得杨律师把“理想化”的问号改为了感叹号。运营部门的细致入微，年轻律师的专业进取，高伙团队的包容友善，展现出了星瀚是一个富有活力与创造力的集体。情怀以下，星瀚一直在践行自己的理念——做有理想的实践者，这正与杨律师的理念一致。

杨律师赞到：“在带领一群趣味相投的伙伴实现理想这件事上，星瀚做得很好！”这也是她最终选择来到星瀚的原因，希望与优秀的人同行，星瀚能成为引领她前进的那一束光。

从杨律师确认加入星瀚至今已近半年。今年3月底，星瀚获评上海市十佳律师事务所，星瀚的创新理念得到了行业内的广泛认可；4月底，杨律师在星瀚开展了劳动人事主题开放日活动，其正与星瀚的各部门快速融合、紧密合作，共同促进专业上的广度、深度延伸。所以，谁说有情怀的实践者不能赢呢？

后续，杨律师考虑将劳动人事法律服务切入星瀚现有法律产品，扩展服务边界、丰富服务内涵，为企业客户提供一站式的解决方案。以星瀚的拳头产品“企业内控和反舞弊”为例，

从企业前期的合规风控、到舞弊调查期间及诉讼后的员工劳动关系处理等，都会有杨律师施展的空间。

工作之外，卫律师常说“杨律师是被法律耽误的文艺青年。”

杨律师爱音乐，喜欢 Acappella，享受与音乐独处的时光；她爱阅读，有着广泛的涉猎范围，从哲学社科到文学数理；她爱旅行，90年代就已捧着打印版 LP 开启自助驴友之路。至于小手工，拼乐高、搭模型、修小家电、布线家庭音响、投影系统，于她而言都是信手拈来、缓解疲劳和工作压力的好方法。

杨律师很喜欢居里夫人的一句话：人们在每一个时期都可以过有趣而且有用的生活。在朝九晚五、忙于生计的日子里，“有趣”是一个有些理想化的追求。但也正是这份对有趣的执着追求，使得杨律师在同事和客户心目中赢得了既专业、又温暖，既理性、又文艺的评价。

（本文首发于 2019 年 5 月 24 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）

吴斌：匠心律师的诗和远方

唐诗颖

2019年，星瀚推出“造星计划”，这既是星瀚对自身发展之路的一次探索，也是基于星瀚对律师行业和资深律师执业需求的理解。至今，已有十余位优秀的造星成员加入星瀚，选择与星瀚共同前进。

上期我们分享了杨轶菡律师与星瀚相识、相知、携手的故事，本期我们将带大家认识由杨轶菡律师引荐而来的吴斌律师。



吴斌律师毕业于华东政法大学外语系，当时的外语系对法律类课程的设置不算多，出于兴趣，吴律师便蹭听了其他系的法律课程和讲座，也看了不少法律书籍。波斯纳法官写的《法和经济学》给他留下了深刻的印象，“它给了我一个全新的视角去看待法律和规则”，吴律师说。毕业后，吴律师以高分通过了司法考试，开启了十余年的律师生涯。

匠心制造

各行各业都有“匠人匠心”的说法，律师行业也不例外。律师匠人的匠心，即是用心雕琢每一个案件，对案件的细节精益求精、对每个疑难点都竭力克服，为当事人争取最大限度的合法权益。这是吴律师一直认可与坚持的。

吴律师曾受托代理某汽车座椅零部件企业的新车型座椅零部件开发合同纠纷案，客户的合同相对方在协议履行过程中不断“找茬”、提出质量方面的异议，最终没有下量产订单，并拒绝支付设计费和模具费。

这个案件的难点不少，一方面，汽车是典型的技术密集型产业，开发、测试有特定流程和规律，基于行业的规律，生产和测试过程中，双方开会和中英文邮件往来不断，案件材料庞大；另一方面，因耗时长久，客户实际负责项目的人员变动较多，其中的衔接不太到位，很多细节难以确认。

承接案子后，吴律师购买了《汽车座椅的开发设计》，学习座椅开发、测试方面的知识；在双方近千封邮件找出对客户有利的内容，并制作成流程图；通过寻找证人等方式竭力证明无法量产根本原因不在于质量问题。耗时一年多，经历四次开庭审理，案件最终取得裁判者的支持和认可。

对吴律师来说，通过专业的力量，将重要的、有利于客户的事实传递给裁判者是最重要的事。过程中，并不总能吃经验、走捷径，更要有细细雕琢的耐心和信念。

热爱分享

吴斌律师说，他理想中的律所应是一个大家分享知识、分享经验、分享快乐、分担忧愁

的平台，律师不需要为一时的生计而发愁，也不会因一时的忙碌而难以分身。在团队中，可以让专业的人做专业的事，律师可以不必十项全能，可以是办案型、科研型、营销型等等。在团队里，吴律师就常是一个思考者，能为团队的 IDEA 分析具体法律依据，为大家开拓的业务论证法律可行性。

这也与星瀚的理想不谋而合。几年前，吴律师便在某场行业分享活动上听到了“星瀚”的名字；新兴、优秀是他对星瀚的第一印象。几次接触后，吴律师参加了星瀚的 2018 年会，年会温暖、融洽、充满活力的氛围给他留下的深刻印象。律师之间可以不做保留地交流、分享自己的办案经验和执业感悟；星瀚会组织各种小活动让新人们快速了解、融入星瀚，让新加入的同事感到温暖；星瀚的高伙们也乐于与员工们打成一片；星瀚的行政市场部门常常在需要时及时出现、协助律师解决问题……

吴律师说，他喜欢这样的人、团队和气氛。在与星瀚的接触中，他能感受到，星瀚所有的不仅仅是传播力，更有高伙的领导力、全所人员的活力。这些都让他相信，星瀚的理想是可以和现实对接的。星瀚会成为一个团队合作、交互信息、让大家共同学习和成长的地方。

星瀚在许多新兴领域，如文化影视、电商、区块链、电子数据取证等方面都具备相当实力。接下去，吴律师也希望将自己从事的公司合规、知识产权、房地产等业务拓展至电子商务与网络场景之下，更好地融入星瀚体系。

自由生活

吴律师平日里的话不多，相识之前似是“高冷”，但接触之后便会知道，吴律师是个非常温和细致的人。他每天上下班都会和身边的同事打招呼，对同事们很友善，当同事们有需求时他会快速回应、给予支持。

不同于办案时的精益求精，生活中，吴律师是位很随性的人。他喜欢看网球比赛，是小德的球迷；喜欢自由自在、特别的旅行。听吴律师讲起他“追樱花”的故事，也是充满了浪漫。他曾跟随樱花前线的预报，从九州出发坐渡轮到四国，跨过濑户内海再去关西的大阪京都，随后深入北陆和中部地区，在富士五湖享受富士山的风景，最后到东京；十五天，跑过了日本半数的都道府县，看过关西关东的繁华，亦体验了小城的宁静。

身为律师，难免有为一个项目工作至凌晨 1、2 点的经历，但更多的时候，吴律师都会将时间安排妥当，充分利用上班时间处理好工作内容，然后在下班的时候将自己彻底做个切换，进入陪伴家人、放松自己的状态。

星瀚有一个茶室，取名“诗和远方”；我们总和同事说，人生不要割裂，无论是眼前的工作还是对远方的向往，需要遵从的都是内心的感受。吴斌律师正是这种理念的最佳诠释者。



（本文首发于 2019 年 6 月 14 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