



2019年第三季度

星瀚律師事務所
RICC & CO.

星瀚法律研究

LEGAL STUDY



热点聚焦

基金管理人？托管银行？销售方？
私募基金“爆雷”，投资人该向谁要求担责
一文看懂你的平台需要办理ICP证吗？
“商标流氓”频现，UP主们如何维权？

重点推荐

企业特许经营法律系列研究
执行过程中发现公司无力偿债，
债权人能否追索股东？

目录 CONTENTS

内控反舞弊

律师“刑证民用”的涉密考虑	P01
隐藏在文件背后的蛛丝马迹	P05
员工冒领工资“吃空饷”现象的防范要点	P08
总经理挪用资金澳门挥霍亿万元，公司有何救济路径	P10

热点聚焦

执行过程中发现公司无力偿债，债权人能否追索股东	P13
一文看懂你的平台需要办理 ICP 证吗？	P17
基金管理人？托管银行？销售方？私募基金“爆雷”，投资人该向谁要求担责	P21
健身房、教育机构等“发卡大户”如何应对上海市预付卡新规？	P25
“商标流氓”频现，UP 主们如何维权	P29
最高法发布 17 条司法保障意见，为科创板保驾护航	P35
OEM 模式下，货物清关时因商标侵权被海关扣留后委托方或生产商如何救济？	P38

案例分享

- 房屋有抵押，租客或买家如何预防交易风险 P41
- 购买售后公房，买家如何预防同住人“搅局” P43
- 从一起案件看承揽合同中定作人任意解除权的限制 P45

特许经营

- 品牌方特许经营第一步：认识特许经营合同 P48
- 不具备“两店一年”、“备案”等条件，特许经营合同效力如何？ P51
- 从“冷静期”、“信息披露义务”看特许经营合同中的解除权 P54
- “两店一年”之直营店的设立指南 P57
- 一文了解经验资源之知识产权规划 P59
- 特许经营模式下常见的劳动人事争议防范 P62

星瀚人文

- 青春，就是不计代价地燃烧自己 P65
- 登场之前，退场之后——内控和反舞弊行业峰会后记 P73
- 高原：做技术派法律人 P80
- 冯恬：听从内心的声音，做专业且有温度的法律人 P82
- IRAC 写作法与备案录的撰写 P84

内控反舞弊

律师“刑证民用”的涉密考虑

许康（星瀚刑事部）

刑事案件中的证据用于民事诉讼的问题目前并无明确法律规定，律师“刑证民用”的首要前提就是考虑证据的涉密问题。刑事案件材料是否涉密，除了由材料本身的内容决定，还取决于案件在刑事诉讼中的阶段。一般来说，可以区分为以下四个阶段：**侦查阶段、审查起诉阶段、审判阶段、生效判决阶段**。以下将结合材料内容与案件阶段作具体分析。

一、侦查阶段因材料属于严格保密范围，律师不应提交

《中华人民共和国保守国家秘密法》第九条规定：下列涉及国家安全和利益的事项，……，应当确定为国家秘密：**（六）维护国家安全活动和追查刑事犯罪中的秘密事项。**

一般来说，侦查阶段的材料必须严格保密，辩护人、代理人无权在侦查阶段阅卷。但是仍不能排除辩护人、代理人通过某些途径获知了与案件侦查相关的信息。

出于保守侦查秘密、防止外界干扰侦查机关办案的解释目的，侦查阶段的材料或信息都可以扩大解释为《保密法》第九条中的“追查刑事犯罪中的秘密事项”。**因此，侦查阶段中，无论材料本身内容是否属于国家秘密、商业秘密、个人隐私或是其他材料，都应当确认为国家秘密范畴。**律师即使取得或知晓，也不能以任何形式向他人或单位提供，其中也应当包括法院。

二、审查起诉阶段、审判阶段，律师应谨慎提交材料

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第四十条、《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的司法解释》第五十七条规定，律师作为辩护人和诉讼代理人可以合法查阅卷宗获取案件材料。

撇开材料本身内容的涉密性质不谈，这两个阶段的案件材料应该属于何种性质呢？通过公开检索，就这两个阶段的刑案材料是否涉密，有如下案例：

在于某故意泄露国家秘密案^[1]中，被告人于某办理马某贪污一案时，将阅卷材料传给了马某家属。后经河南省国家保密局鉴定，马某贪污案的材料均属于机密级国家秘密。一审判决于某犯故意泄露国家秘密罪，有期徒刑一年。被告人于某上诉后，二审法院认为本案中的案卷材料，是于某履行律师职责时，通过合法手续在法院的案卷中复印的。这些材料，虽然在检察机关的保密规定中被规定为机密级国家秘密，但当案件进入审判阶段后，审判机关没有将检察机关随案移送的证据材料规定为国家秘密。于某既不是国家机关工作人员，也不属于检察机关保密规定中所指的国家秘密知悉人员，其没有将法院同意其复印的案件证据材料当作国家秘密加以保守的义务。检察机关在移送的案卷上，没有标明密级；整个诉讼活动过程中，也没有人告知于某案卷材料是国家秘密，不得泄露，故也无法证实于某明知这些材料是国家秘密而故意泄露。因此，于某在担任辩护人期间，将通过合法手续获取的案卷材料让当事人亲属查阅，不构成故意泄露国家秘密罪。

通过上述案例可以看到，法院根据国家保密局的意见将案卷材料中的全部或部分认定为国家秘密，只是在是否属于泄露国家秘密的判断上有所区别：**一是认**

为律师没有保密义务；二是认为故意泄露需要有一定的谋利目的。

（一）既然审查起诉与审判阶段的材料会被认定为国家秘密，是否会导致律师必然不能向审理民事案件的法院提交呢？

笔者认为不会，理由如下：

该两阶段与侦查阶段最大的区别在于：（1）侦查机关已经侦查终结，起诉意见认定的事实所需要的证据基本已收集完毕；（2）即使后续还有补充侦查，也是根据检察机关或审判机关的决定而启动，已有的侦查材料已经脱离了侦查机关能控制的知悉秘密的范围；（3）干扰侦查的情况已不存在。

依照《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十七条规定，律师完全可以通过向法院申请调查令或依职权调查等方式，将刑案材料依法提交于民事诉讼中。需要注意的是，该两阶段的材料由于尚未在刑事诉讼中质证，对事实的证明力尚未上升到司法确认的程度，故在民事诉讼中仍应经过充分审理和质证。

（二）如果被申请调查收集的法院未进行调查收集，律师能否直接向法院提交呢？提交后是否会被刑事、行政或行业处罚？

实务中对“刑证民用”导致律师被刑事处罚、行政处罚、行业处罚的案例或观点并不明确。相反，“刑证民用”的成功案例却并不鲜见，可以试图从此类判例中分析“刑证民用”可行的原因：

在西部证券股份有限公司西安西五路证券营业部与中国农业银行西安昆明路支行合同纠纷案^[2]中，证券公司为获取高息，在李某可能挪用款项情况下，仍在银行开立股民保证金清算账户并存款，李某利用私刻印章从账户中转款。后李某因诈骗罪被判刑，形成 2100 万余元账户资金损失。证券公司诉请银行赔偿时，银行以李某在诈骗刑案卷宗中证券公司员工与李某的供述笔录，证明证券公司对存款被骗并造成损失存在重大过错。

法院认为，刑事证据与民事证据标准不同，前者认定标准要比民事证据的盖然性更高，真实性亦更高，在刑事公正前提下，除非有相反证据，否则当事人供述可作为民事案件证据使用。尤其是在相关供述可相互印证、相互吻合，形成较完整的证据链条情况下，更应按最高院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 73 条所确立的“高度盖然性”证明标准即优势证据标准予以认定，同时依据上述司法解释第 47 条规定进行质证后方能作为民事诉讼证据使用。

笔者认为，即使法院未依职权收集，律师将审查起诉、审判阶段中的案卷材料直接向法院提交应属合理合法，理由如下：

（1）现行法律并未禁止刑事案件材料作为民事案件的证据使用。

（2）证据存在的本身就是为了证明事实的客观性，这是不以哪个时间段提交而改变的。如果该证据对民事案件的裁判具有决定性影响的，即使当下不能提交，将来也会成为民事案件再审的新证据。因此，时间上的受限只会造成民事案件事实不能及时查清，浪费司法资源，增加当事人的诉累。

（3）虽然《律师法》、《律师协会会员违规行为处分规则（试行）》对律师泄密或者违规披露案件重要信息、证据材料的行为给予行政处罚、行业处分进行了规定，但是律师提交证据的对象是人民法院而非另案的当事人或案外人，不应认定为泄露行为。人民法院作为审判案件的司法机关，具有权威性和公正性，也不属于可以泄露秘密的对象，而且证据材料在提交至法院时，法院具有审查义务，并由其决定该证据材料是否在庭审中出示。即使法院不同意直接使用材料，

但由于承办法官对材料内容和证明事项有了一定认识，对后续可能的依职权调查以及法官自由心证仍会产生积极影响。

三、刑事案件判决且生效的，律师可正常提交证据材料

此时刑事诉讼程序已经结束，案件材料已完成了刑事诉讼的任务成为了归档材料，这些归档材料在民事诉讼中的提交不会影响侦查、审查、审判。因此，笔者认为在刑事判决生效后，律师可以将案卷材料用于民事诉讼中。

且根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九条规定：下列事实，当事人无需举证证明：(四)已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实。由此可见，如果是刑事判决所确认的事实，甚至可以直接用于民事诉讼的事实认定，且无需举证证明。

四、“刑证民用”的注意事项

由于刑民交叉的案件中，律师可能在刑事案件中担任辩护人或代理人，又在与刑案有一定关联的民事案件中担任代理人，此种情形将会涉及提供证据主体的合法性问题。

其中，涉及利益冲突的律师应该按照利益冲突的规则具体执行，故不在此讨论范围。若两案属于同一法律关系的，则应通过刑事附带民事诉讼或根据“先刑后民”原则中止民事案件的审理，故也不存在“刑证民用”的问题。

关键是若刑案与民案只是有关联但不属于同一法律关系，律师辩护、代理的两个案件仍在诉讼程序中进行着，律师此时的“刑证民用”是否会导致相关刑案材料被间接提交给犯罪嫌疑人、被告人的亲友以及其他单位和个人，从而导致证据持有合法性出现瑕疵？

笔者认为，律师对通过办理刑事案件正常阅卷获得的案件材料具有保密义务，这是法律法规和行业规范已经明确的。同时，律师参与民事、经济诉讼，也应当坚持以事实为根据，以法律为准绳的原则，勤勉尽责。这种勤勉尽责是指通过认真负责办理案件以维护法律的实施和当事人的合法权益，但并不意味着律师要将拟提交法院的证据特别是律师调查收集的材料，交给当事人或委托人。

更好的做法则是**律师通过和法院积极沟通协商，能通过调查令获取或法院依职权调查的就尽量不要自行提交。律师自行提交法院时，也应当将刑案材料的来源、内容、证明目的明确告知法院，至于法院是否作为证据纳入民事案件并非律师所能控制。**法院应对律师提交的材料作出相应的合法性判断，若纳入证据范围的才会在审理中出示；当事人、委托人、关联人员或单位因此知晓或获取相关证据材料的，当然不属于律师直接或间接提交的情形，更不属于泄露的情形。

五、总结

上述讨论是针对刑事案卷材料在不同阶段的民诉适用情况所做的分析。材料内容本身的涉密情况（材料内容涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私）不会影响是否适用民事诉讼的问题，但会因法定不公开审理和依申请不公开审理的规定产生区别。律师从谨慎性的角度，将内容涉密的刑案材料在民事诉讼中提交可以通过申请不公开审理，进一步规避风险。

综上，律师“刑证民用”的问题可以归纳为下表：

按材料内容 按程序阶段	国家秘密	商业秘密	个人隐私	其它
侦查阶段	应当保密			
审查起诉	1、前置：申请法院调查收集。 2、与办案机关询问求证，与民事诉讼法院积极沟通。 3、直接提交，并说明材料来源情况，申请不公开审理			
审判阶段				
判决且生效	直接提交，申请不公开审理			直接提交

希望通过本文的分析能够帮助律师充分考虑涉密风险，将刑事证据合法地为民事案件所用，弥补民事诉讼中律师调查取证能力的不足，协助查明案件事实，维护当事人合法权益。

注：

[1]最高人民法院公报 2004 年 02 期

[2]（2005）民二终字第 233 号

（本文首发于 2019 年 7 月 25 日）

隐藏在文件背后的蛛丝马迹

周晓鸣（星瀚刑事部）

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

一、电子痕迹是什么？

刑事侦查学中的刑事科学技术包含三个基本原理：物质交换和信息转移原理、同一认定原理、种类认定原理。

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

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

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

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

二、电子痕迹的来源

电子数据主要是通过两种方式产生。

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

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

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

三、容易被忽略的几类电子痕迹

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

（一）系统和应用程序日志

系统日志和程序日志是反映用户操作行为轨迹最直接有效的证据，可以说就是一个“行为记录表”。传统刑事犯罪现场的指纹、脚印、血迹都要人工提取、分析，其中还可能出现

疏漏、错误，时间也需要进行倒推判断。而电子痕迹则是非常忠实的记录用户的行为，尤其是能够准确记录行为时间，用好日志信息，对于精确还原用户行为，有着至关重要的作用。

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

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

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

（二）元数据

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

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

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

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

（三）临时文件

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

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

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

在一起企业员工受贿案件中，调查人员对其使用的笔记本电脑做了常规的数据分析，却

没有找到有效的信息。而在进一步对系统进行数据恢复和全局检索的过程中，却发现系统临时文件夹中存留了手机备份的临时文件，经技术处理，还原了手机银行、即时通信等软件的重要数据，为案件有效突破提供了关键性证据和线索。

（四）快捷方式

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

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

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

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

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

（本文首发于 2019 年 7 月 24 日）

员工冒领工资“吃空饷”现象的防范要点

于越、朱晔明（星瀚运营）

一、案情回顾

2016年11月，天津某公司领导接到一封举报邮件，邮件中称：该公司有两名员工，2015年9月已经离职，但一年多来，他们却一直一直在公司考勤机器上打卡，同时公司也一直向此二人分发工资。这件事引起了公司的高度重视，那究竟是怎么回事儿呢？

经查，这件蹊跷事的源头是公司品质管理中心部的唐某和黄某，他们二人作为该部门的中层负责人，在工作期间发现本公司的考勤制度存在漏洞。两个人发现漏洞后就向自己的上司——担任部门课长的李某，汇报了这个“惊人”发现。然而唐某和黄某并非想填补这个漏洞，而是想利用其侵犯公司财产。在唐某和黄某的煽动之下，李某也起了“歹心”。三人遂找到已经离职的员工，拿到了他们的厂牌和工资卡。

在整个过程中，三人分工明确。黄某利用上报员工实际出勤情况的职务便利，虚构了离职员工的出勤情况。唐某利用负责审批员工出勤表的职务便利，批准虚构的出勤表并且上报厂部。李某则不履行监督职责，帮助掩盖虚报行为。

该行为持续了一年多，在此期间三人平分了10余万元赃款。

二、行为定性

黄某、唐某和李某三人通过离职员工的工资卡骗取工资的行为是名副其实的“吃空饷”。而“吃空饷”的具体概念到底是什么呢？

“吃空饷”在古代指的是指从军队中冒领“饷银”的行为。如今主要指事业单位在编在职人员违规领取工资、津贴、养老金等不法行为。虽然原来吃空饷的主体行为只限定在事业单位人员，但在现代企业管理中，吃空饷行为的适用范围也逐渐延伸到了普通的民营企业。

其实，吃空饷的现象在企业中是屡见不鲜，不仅是上述案件中利用离职员工身份领取工资的形式，还有虚报、捏造不存在的员工；多计工时；修改假期情况等来冒领工资，获得不义之财。主要类型分为以下几类：

1. 鬼员工：虚报、捏造一个根本就不存在的员工来冒领工资；2. 权力饷：利用权利安排自己的亲属、朋友在企业里挂名领工资；3. 病假饷：虚构生病的事实，长期请假病假，不工作而获取薪水；4. 假期饷：通过修改自己请假的情况来骗取工资；5. 多计时/件：对于一些根据工时/计件来结算薪资的，通过多计工时/件数来骗取薪资，从中捞取好处；6. 假离职：离职员工通过上报考勤记录等手段骗取工资。

而黄某、唐某和李某正是通过吃“鬼员工饷”侵占了公司的财产。

三、法律认定

其实，对于“吃空饷”行为，其法律认定方式并不是唯一的，主要有如下三种：

刑事责任：

第二百六十六条 诈骗罪

诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。本法另有规定的，依照规定。

第二百七十一条 职务侵占罪

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，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。……

第三百八十二条 贪污罪

国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。……

事业单位的员工虚构员工冒领工资、不工作获取薪水等行为，侵犯的客体为国家工作人员职务行为的廉洁性和公共财产的所有权。例如某事业单位领导安排自己的儿女挂名在单位里吃空饷，违背了公务人员为人民服务的初衷和侵犯了国家财产，常被判定为贪污罪。

非事业单位的员工吃空饷的定罪量刑，主要依靠其行为的性质来判断是否符合罪名的构成要件，涉及《中华人民共和国刑法》第二百六十六条所规定的诈骗罪和第二百七十一条的职务侵占罪。

对于吃空饷这一行为而言，首先判断主体是否为企业的员工，再判断是否利用职务便利达成了吃空饷的目的。如果是企业中已经离职的员工通过上报考勤记录等方式骗取工资，由于主体不是企业的员工，也未能利用职务便利，则更可能会被判为诈骗罪。但在上述案例中，黄某、唐某和李某都是利用自己的职权便利，假冒已离职员工未离职而领取工资，所以三人皆被判为职务侵占罪。

四、律师建议

即便罪犯最终落网，但企业的损失已经造成。因此如何整治吃空饷行为是企业在内控中应当深思熟虑的问题。

1.公开透明的考勤制度

正是因为没有科学和规范的考勤制度，使得唐某和黄某发现漏洞，获得不法收入。用人单位应当结合实际，建立书面的规章制度和管理要求，对员工考勤情况设立统一、公开、透明的标准，并且让全体员工熟知该考勤制度。

2.定期联合的风险管控

唐某、黄某、李某皆为公司品质管理中心部组装机管课的工作人员，且都是管理层级。一个部门的出勤情况仅由该部门的员工进行审批，没有设立专门部门进行监督和审查，这使得唐某、黄某、李某有空可钻，通过职务便利，更加容易操控和虚报出勤情况。

因此，用人单位人事部应当实时掌握本单位在职员工的名单和工作状况，不容许错发、多发工资的情况出现。同时，单位应当通过纪检、监察、组织、人事、财政、审计等多个部门联合把关，定期抽查各部门考勤时间情况，进行人员核定和费用审计，避免“吃空饷”、“白拿工资”的情况出现。

3.离职员工的标准记录

本案中三人是利用离职员工的员工卡和工资卡进行了冒领工资的行为，可见该单位没有设立完善的员工离职手续和流程。企业应当根据实际情况，建立健全的员工退出机制，明确退出的条件和程序，确保员工退出机制得到有效实施。对于离职员工做好相关记录和备案，在审查时也可以“有据可查”。

员工吃空饷的行为是造成公司人力资源成本上升的原因之一。一旦企业在内控上有漏洞，积少成多，最后也会给企业带来不少的损失。做好内控，防患于未然。

（本文首发于 2019 年 9 月 19 日）

总经理挪用资金澳门挥霍亿万元，公司有何救济路径

于越、朱晔明（星瀚运营）

一、案情介绍

A 公司是一家专营多用途预付卡的发行、销售业务的企业。合作的特约商户有两万多家。其结算模式为：企业售卡给消费者，消费者先去特约商户刷卡消费，然后商户再和发卡企业定期结算，企业向商户收取 0.78% 的手续费。

大林是 A 公司的总经理，全面负责公司的经营业务，大到财务审批、资金划拨、和商户的费用结算，小到每一笔报销，都要经过大林之手签字确认之后方能进行，而公司的法定代表人刘某并不实际参与公司的日常经营。除了 A 公司，大林还实际控制另一家名为上海 B 投资管理有限公司(以下简称 B 公司)的企业，虽是 A 公司的关联公司，但彼此并无业务往来。

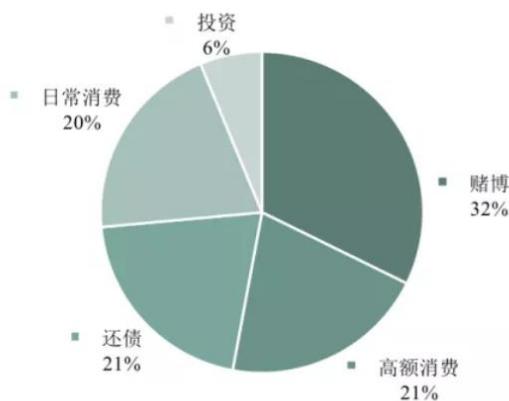
2011 年，大林经澳门一游，陷入赌博一发不可自拔，便萌生了挪用公司资金的想法。当年 10 月至 2012 年 3 月，在大林的指示和欺瞒下，A 公司的财务人员先后数次，将公司账上的资金，共计 1085 万元转入关联公司 B 公司的账户，设一“大林”科目，并将转账资金放在该科目下做成“其他应收款”，挂在账上。之后大林又悄悄将 B 公司的资金转入个人账户进行赌博和个人消费。

与此同时，大林也在私下“寻找业务机会”，根据公司规定，严禁员工个人私自销售多用途预付卡，但贪念熏心的大林早已顾不得这一切。2013 年 1 月至 2014 年 11 月间，大林擅自将 A 公司对外发行的多用途预付卡出售给李某，约定每 1,000 元的卡以 975 元左右的价格售出，李某在收货后，直接通过手机用网银把购卡款转入大林个人银行账户内，有时候李某的一些从事购物卡生意的朋友也会从李某处购卡，为了付款方便，李某让这些购卡人员将购卡款直接转入大林个人银行账户。通过此法，李某从直接和间接客户手中收款人民币 1 亿元购卡款，并全部用于澳门的赌博和消费。

警方介入后，调取澳门赌场消费记录，证实被告人大林在澳门赌场中开设会籍，自 2011 年起共输了港币三亿五千余万元的事实。

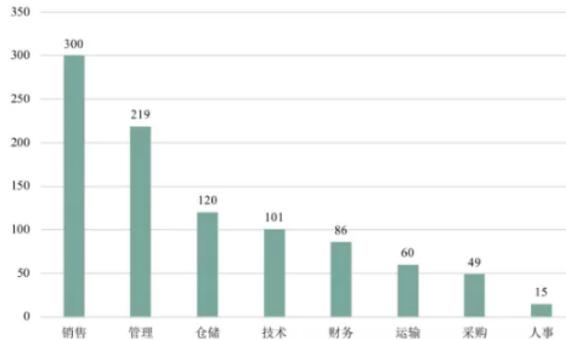
2017 年 10 月，法院判决，大林挪用本单位资金归个人使用，并进行非法活动，数额巨大，其行为已构成挪用资金罪，判处有期徒刑八年九个月，同时归还两次挪用资金的违法所得。

二、案例分析



(图源《2018 年度企业职务侵占犯罪大数据报告》)

根据上海星瀚律师事务所发布的《2018 年度企业职务侵占犯罪大数据报告》中显示，在有犯罪动机描述的 200 余份判决书中，三分之一的犯罪动机来自赌博。本案虽然是不同罪名的案件，但同样应引以为鉴，企业应对于员工涉赌、欠债、高额消费等情况予以重点关注，并做好权责规范和交叉监督。



(图为不同岗位的舞弊犯罪情况)

与此同时，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。例如，本案中的被告人大林，既负责公司的全面经营管理，又负责具体业务的洽谈和签约，还负责收款等，一人身兼数职。类似这样的中小型公司的高管在职期间，利用实际控制的关联企业，转移资金至个人账户，以私售产品、隐瞒收入等方式，挪用企业财产的现象屡见不鲜，且批发零售、制造业尤其为甚。

鉴于此，企业在治理过程中，务必应当摆脱权力集中制的公司治理思路，建立完善、合理的分权机制：在给予一定权力的时候一定要用相应的制度与之制衡，通过岗位间的分权或监督机制来避免高级经营管理人员的腐败。

三、企业应对之道

提起刑事诉讼，无疑是企业面对高管侵害公司利益时最强有力的回击手段，但刑事立案流程长、门槛高，若没有达到追诉标准，或公安立案遇阻，难道就别无他法了吗？在民事流程中，企业也可以通过《公司法》来进行有力反击！

《公司法》第 148 条对违反忠实义务的情形作了列举式规定，如下：

- ①挪用公司资金；
- 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；
- ③违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；
- ④违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；
- ⑤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；
- ⑥接受他人与公司交易的佣金归为己有；
- ⑦擅自披露公司秘密；
- ⑧违反对公司忠实义务的其他行为。

对于违反忠实义务的董事、监事、高级管理人员，需要承担如下法律后果：

1.收入归于公司

《公司法》第 148 条第二款规定，董事、高级管理人员违反忠实义务的相关规定所得的收入应当归公司所有。这里指的“收入”仅指董事、高级管理人员违反忠实义务所获得的收入，而不是第三人与公司交易而获得的收入。

2.赔偿损失

《公司法》第 149 条规定，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。

3.自我交易无效

处于保护善意第三人的角度考虑，《公司法》对于董事、高级管理人员违反忠实义务所进行的交易并非一味地采取否认态度，而是将其中董事、高级管理人员从事的自我交易行为认定为无效交易，公司可以恶意串通为由主张该交易损害公司利益，请求确认无效。

综上，对于董事、高级管理人员违反忠实义务的行为，其他股东可以根据《公司法》提起“股东代表诉讼”（当公司的合法权益受到不法侵害而公司却怠于起诉时，公司的股东代替公司以自己的名义起诉，所获赔偿归公司所有），若董事、高管给公司造成损失，则股东需要书面请求监事会或监事向法院起诉；若监事给公司造成损失，股东则要书面请求董事会或执行董事向法院起诉。

（本文首发于 2019 年 9 月 26 日）

执行过程发现公司无力偿债，债权人能否追索股东？

阮霭倩、苏宇吉（星瀚公司金融部）

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

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

一、《执行规定》中可直接申请追加股东为被执行人的情形梳理

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

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

《执行规定》中明确可以追加股东为被执行人的情况

被执行人类型	追加股东/投资人范围	执行范围
个人独资企业	个人独资企业投资人	/
合伙企业	普通合伙人	/
	未按期足额缴纳出资的有限合伙人（有限合伙企业）	在未足额缴纳出资的范围内承担责任
法人分支机构	法人	先执行法人直接管理的责任财产；不能清偿的，执行该法人其他分支机构的财产
其他组织	对该其他组织的债务承担责任的主体	/
企业法人	未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人	在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任
	抽逃出资的股东、出资人	在抽逃出资的范围内承担责任
	未依法履行出资义务即转让股权的原股东或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人	在未依法出资的范围内承担责任
一人有限责任公司	不能证明公司财产独立于自己的财产的股东	对公司债务承担连带责任
公司	未经清算即办理注销登记，导	对公司债务承担连带清偿责任

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

二、股东逃避债务的常见方式及债权人追索股东的可行性分析

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

1. 股东认缴出资期限尚未届满，能否追加为被执行人

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

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

但在少数的案件中，法院在综合考量被执行人的偿债能力、出资期限的设置以及实际的实缴情况后，也存在支持追加的情况，认为公司章程中对于股东出资时间的约定是公司内部约定，不得以此约定对抗公司以外的债权人。因此认定公司股东应当在未履行或未全面履行出资义务本息的对内范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充责任。这种支持追加的情况突破了认缴制中对于出资期限的规定，法院在适用时相当谨慎，笔者通过分析比较支持追加的相关案例，总结法院在适用时主要考量以下两点：

- (1) 认缴出资期限是否畸高，使得债权人在较长的一定期限内都不可能实现债权；
- (2) 公司股东自公司成立以来是否已经根据公司的经营状况实现了部分实缴，使得公司具备一定的偿债能力。

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

2. 股东已经对外转让股权的，能否追加原股东为被执行人

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

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

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

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

3. 公司在进行减资时未依法通知，能否追加股东为被执行人

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

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

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

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

三、总结

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

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

（本文首发于 2019 年 9 月 12 日）

热点聚焦

一文看懂你的平台需要办理 ICP 证吗？

徐沁芳（星瀚公司金融部）

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

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

笔者将在本文中结合实操口径，帮助读者判断，你的平台是否需要办理许可证。

1. 办理 ICP 备案还是 ICP 许可？

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

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

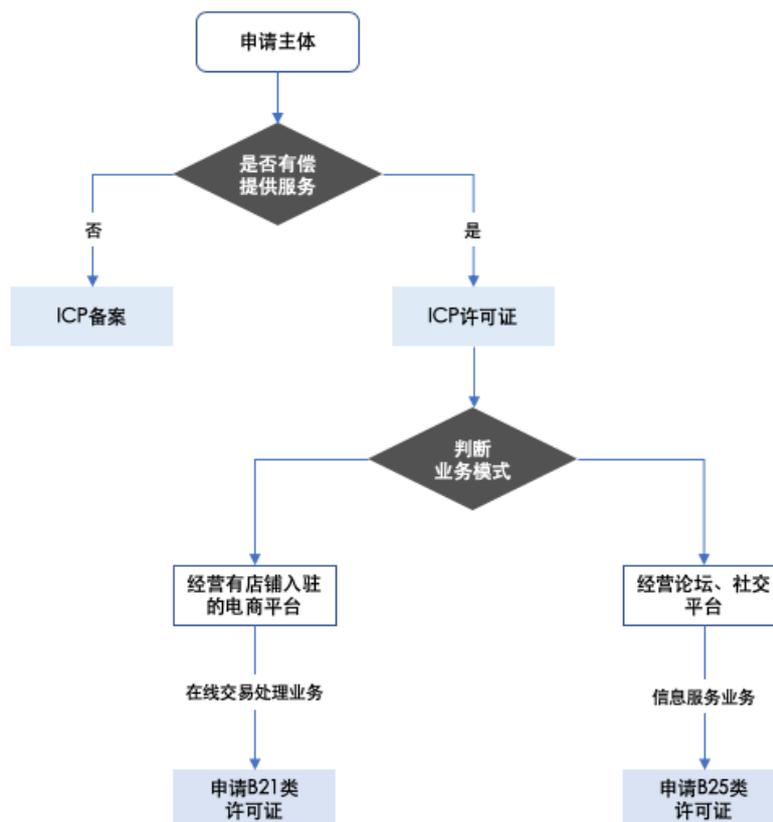
如果有商家入驻的平台因涉及向商家收取技术服务费、平台管理费等费用，则属于“经营”电信业务，需要办理相应许可证；如果是论坛、社交平台等涉及“有偿”服务的内容平台，则也需申请相应许可证。

平台提供有偿提供的形式主要有以下三种：

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

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

总结来说，是否需要办许可证、需要办哪类许可证通过下图一看便知：



2. 申请 B21 类还是申请 B25 类？

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

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

不同类别的增值电信业务需要取得的许可证类别不同，不能超出许可范围经营。如果申请 B21 类许可证，则只能在该分类下经营在线数据处理与交易处理业务，不能跨类别从事论坛、社交平台等信息服务业务。若需要从事其他类别的电信业务，则需要新申请相应类别的许可证；否则将面临轻则没收违法所得、处违法所得 3 倍以上 5 倍以下罚款，重则停业整顿，列入电信业务经营失信名单的处罚后果。

3. ICP 证和 EDI 证有什么区别？

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

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

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

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



4. 外资许可证难在哪？

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

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

含外资的许可证由工信部审批，申请流程相对内资许可证复杂很多，具体如下：



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

结语

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

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

（本文首发于 2019 年 7 月 23 日）

基金管理人？托管银行？销售方？私募基金“爆雷”， 投资人该向谁要求担责

李凤翔（星瀚公司金融部）

有媒体称，2019年是私募“爆雷年”：

3月，上海良卓资产管理有限公司旗下私募爆雷，并波及到数家上市公司。

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

7月，诺亚财富旗下歌斐资产管理的信贷基金陷入“踩雷”漩涡，引起公众注目。

截至2019年7月22日，已有776家私募机构被中基协列入失联公告名单。

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

一、私募基金出现兑付危机，刑事报案是唯一的维权途径吗？

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

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

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

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

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

二、应对“延期兑付”问题的正确步骤

1. 分析产品延期兑付的背景情况，搜集相关证据

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

首先，投资人需分析自己投资的基金产品的目前状况，对基金的状况分析可从目前该私募基金的资金流向、是否有增信措施、基金延期兑付（或“爆雷”）的背景原因、管理人的基金运作情况及目前现状几个方面切入。并且投资人需注意，在对这些问题进行梳理、分析时，应尽可能地保留其可获得的一切证据，以便后续维权工作的展开。

2. 根据不同情况，在刑事途径及民事途径中进行恰当选择

经初步的资料分析整理后，投资人发现基金募集资金的实际投向与管理人披露内容并

不相符、管理人可能存在挪用、侵占募集资金现象或者是管理人存在虚构投资项目、公开募集与销售基金产品等可能构成“集资诈骗罪”“非法吸收公众存款罪”等刑事犯罪情形的，在后期维权时应以刑事途径为主。

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

3.与基金管理人进行沟通联系，寻求非诉解决途径

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

三、以民事诉讼维权时的责任主体选择

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

1.是否可追究基金管理人的责任？

私募基金中的义务主要依靠《基金合同》的约定，但实践中，《基金合同》对管理人的义务往往含糊其词、避重就轻。除《基金合同》约定义务外，管理人的法定义务主要为按照《基金合同》的约定，以诚实信用、勤勉尽职的原则管理、运用、保管基金财产，并在管理基金财产时尽到信息披露义务。对投资者而言，除要求私募基金管理人对投资人损失承担赔偿责任外，要求管理人尽到信息披露义务也至关重要，投资人可通过管理人的信息披露，了解基金财产的实际资金流向，进而判断其中是否可能存在利益输送现象、选择最佳的维权路径。此外，管理人是否能够尽到信息披露义务，也是投资人要求管理人返还投资款项的一项重要依据。例如在上海市浦东新区人民法院做出的（2017）沪0115民初65236号判决中，由于管理人始终未能提供有效证据证明投资人的投资款项投向了相关基金合同约定的投资项目，法院便判令管理人退回投资人的全部投资款项并赔偿相应损失。

2.托管银行是否需承担责任？

2018年，“阜兴系”实控人失联，旗下“意隆财富”等四家私募基金爆雷，大批投资人集聚

在托管行上海银行门口要求维权，上海银行却表示自己仅是托管人，投资人提出的托管银行应履行“召开持有人大会”“开展资产保全”等要求并非是托管人的法定义务，上海银行作为托管人对此事件并不应承担责任。

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

3.销售方是否需承担责任？

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

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

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

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

4.是否有其他责任承担主体？

在广东省深圳市中级人民法院 2019 年 1 月判决的一个案例中（案号：（2018）粤 03 民终 20917 号），投资人通过平安银行的理财销售人员在平安银行的营业场所投资了一个私募基金产品，该产品到期后出现本息无法兑付现象。投资人经查询才知晓该产品并非平安银行的理财产品。一审及二审法院审理后认为，平安银行的理财销售人员在工作时间、平安银行营业场所内向投资人推销非平安银行的理财产品，**其行为可能误导消费者认为其购买的理财产品系平安银行发售或者和平安银行存在关联。**平台银行的柜台工作人员也未对本行理财销售人员代客户填单购买别处理财的异常行为进一步确认核实，工作存在疏漏。平安银行在员工管理和风险控制上存在过失。因此，**平安银行应当对投资人的损失承担部分责任。最终判决平安银行在投资人投资本金 30%的数额内承担补充清偿责任。**

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

此外，当投资人前期已经同基金管理人或其他第三方达成了基金份额的转让协议时，除要求相关义务人承担基金份额的购买义务，还可以核查是否可以要求第三方对义务人的购

买义务承担担保责任，如果存在担保人的，也可以为投资人挽回损失增添一份保障。

四、结语

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

（本文首发于 2019 年 9 月 23 日）

健身房、教育机构等“发卡大户”如何应对上海市预付卡新规？

徐沁芳（星瀚公司金融部）

2019年1月1日起上海市正式实施《上海市单用途预付消费卡管理规定》（以下简称“《管理规定》”），随后，《上海市单用途预付消费卡管理实施办法》（以下简称“《实施办法》”）也于5月1日起正式施行。上海市的这两项规定将原本不属于预付卡监管范围的教育行业、体育行业也纳入进来，这样一来，教育机构和健身房等“发卡大户”将面临前所未有的强监管。

一、什么是单用途预付卡？

根据《管理规定》的定义，单用途卡是指经营者发行的，仅限于消费者在经营者及其所属集团、同一品牌特许经营体系内，兑付商品或者服务的预付凭证，包括以磁条卡、芯片卡、纸券等为载体的实体卡和以密码、串码、图形、生物特征信息等为载体的虚拟卡，但兑付特定商品或者服务除外。

《管理规定》对单用途卡的定义总体较为宽泛，比如什么行为属于“发行”？爱奇艺销售会员账号是否属于“发行”？什么是“兑付”？用户登录账号使用爱奇艺会员权限是否属于“兑付”商品或服务？什么是“特定商品或服务”？如何认定健身房团课服务和一对一私教服务的性质？“特定商品或服务”是指“同一经营者体系内的商品或服务”，还是必须严格要求是“同一经营者体系内的单一商品或服务”？如果是后者，那么“单一商品或服务”又该如何理解？

目前《管理规定》对预付卡的定义还不足以对上述问题给出明确的界定，很多情况下无法明确是否属于单用途卡。如果采取扩大解释，那么像爱奇艺会员、健身房一对多的健身课程、教育培训机构付费课程等都将纳入到单用途预付卡的监管范围中；如果采取缩小解释，是否就可以认定这些不属于预付卡的范畴？我们认为，仅从目前《管理规定》的定义来看，健身房、教育培训机构的付费课程大部分都已被纳入监管。未来的监管细则还需要对此进一步明确。

下文我们以对《管理规定》的定义进行扩大解释为思路对健身房、教育培训机构因此将面临的监管要求和采取的必要应对措施进行分析。

二、上海市新规有哪些变化

2015年，商务部就发布并实施了《单用途商业预付卡管理办法》（以下简称“《管理办法》”），其中规定的预付卡备案且受监管的行业范围仅包括“零售业、住宿和餐饮业、居民服务业”。

在长宁区人民法院发布的《2015-2018年涉单用途预付消费卡纠纷案件司法审判白皮书》中，该院受理的有关预付卡的纠纷主要发生在私教健身、美容美发和教育培训等服务行业，其中又以健身行业最为集中。但《管理办法》并未将私教健身行业、教育培训行业、文化旅游行业等卷款跑路现象多发的行业纳入监管调整范围，这也是此前预付卡监管的空白处。

此外，由于预付卡行业跑路现象频发，《管理办法》要求发卡企业进行预收资金余额管理以及资金存管，但违反该规定的处罚仅仅是限期改正，逾期不改正的处以1-3万元罚款，这样的处罚措施对于有跑路动机的经营者来说基本没有震慑力。

上海市今年出台的《管理规定》和《实施办法》（以下统称“上海市新规”）对上述问题的处理则有了非常明显的变化和突破，主要体现在以下方面：

1. 行业不设限，拓宽监管覆盖面

根据《管理规定》对单用途预付卡的定义，单用途预付卡不再限定行业，因此预付卡发

行相对集中的教育培训机构、健身房将受到较大的监管影响。

此外,《管理办法》规定单用途预付卡的监管主体是企业法人,而上海市新规则将监管主体明确为“经营者”,也就是说,预付卡行业的监管主体不仅包括此前《管理办法》规定的企业法人,还包括个体工商户。

2.建立协同监管服务平台,实现信息对接

为了加强对单用途预付卡经营活动的监督管理工作,上海市新规明确**建设统一的单用途卡协同监管服务平台(以下简称“协同监管服务平台”)**,归集经营者单用途卡发行、兑付、预收资金等信息,并将该平台与事中事后综合监管平台、公共信用信息服务平台、相关投诉举报平台等信息系统实现互联互通。通过多个系统的打通,建立严重失信主体名单,将对经营者起到震慑和惩戒作用。

3.建立预收资金余额风险警示制度

经营者预收资金余额超过风险警示标准的,按上海市新规的要求,需要将预收资金余额进行**专用存款账户管理**,确保资金安全。

具体来说,预收资金余额管理划分为一般和特别两种风险警示标准:(1)一般风险警示标准为20万元。若超过该标准的,经营者应将全部预收资金余额的40%存入银行专用存款账户;(2)特别风险警示标准为经营者上一年度主营业务收入的20%(高于20万元),且最高不超过5000万元。若超过该标准的,应将全部预收资金余额存入银行专用存款账户。

同时,经营者可以采取**履约保证保险**等方式,来冲抵全部或者部分存管资金。这一举措能够进一步对企业收取的预付卡资金进行约束,从而从源头上降低持卡消费者的风险。

此外,上海市新规对于经营者预收资金余额超过风险警示标准,未采取专用存款账户管理/履约保证保险等风险防范措施的,由单用途卡行政执法部门责令限期改正;逾期不改的,处二万元以上二十万元以下罚款。和商务部《管理办法》相比,这里的处罚金额明显增加,惩戒力度加大了不少。

4.建立失信主体名单

《管理规定》还注重发挥信用管理在单用途信用卡监管中的作用。经营者出现下列行为之一,将被纳入严重失信主体名单,还将在公共信用信息服务平台公示对该严重失信行为负有责任的法定代表人、主要负责人和其他直接责任人的信息:

- (1) 因停业、歇业或者经营场所迁移等原因未对单用途卡兑付、退卡等事项作出妥善安排,未提供有效联系方式且无法联络的;
- (2) 一年内因违反本规定受到两次以上行政处罚的;
- (3) 利用发行单用途卡非法吸收公众存款或者集资诈骗受到刑事追究的;
- (4) 其他严重侵犯消费者财产权益的行为。

三、健身房、教育培训机构应该怎么应对?

1.向商务主管部门申请预付卡备案

如前文所述,上海市新规对单用途预付卡的监管不限行业,因此教育培训机构、健身房的预付卡发行和兑付行为也纳入了监管范围。相关发卡企业应在开展单用途卡业务之日起30日内向相应的商务主管部门申请备案。

2.遵守实名购卡、非现金购卡、发行限额等规定

根据商务部《管理办法》关于实名购卡的规定，个人或单位购买充值记名卡的，或一次性购买1万元（含）以上不记名卡的，应实名购卡。因此，在发行符合上述条件的预付卡时应**注意保存用户信息**，包括个人或单位身份信息、联系方式等，并且保存上述信息五年以上。

《管理办法》还规定**一定条件下不允许使用现金购卡**：单位一次性购买单用途卡金额达5000元（含）以上或个人一次性购卡金额达5万元（含）以上的，以及单位或个人采用非现场方式购卡的，应通过银行转账，不得使用现金。这主要是为了防范利用商业预付卡洗钱、套现、偷逃税款以及行贿受贿等行为。

《管理办法》对单用途卡的限额也作了明确规定，要求**单张记名卡限额不得超过5000元，单张不记名卡限额不得超过1000元**。单张单用途卡充值后资金余额不得超过前款规定的限额。因此目前健身房目前销售的大量超限额健身卡均不符合规定。

3.服务规范化

经营者应当根据《管理办法》的要求，规范自身服务：

(1) **购卡协议**：经营者应当公示或向购卡人提供单用途卡章程，购卡人提出要求的，还应该签订购卡协议；

(2) **有效期**：记名卡不设有效期，不记名卡有效期不少于3年。对超过有效期尚有资金余额的不记名卡，经营者应当提供激活、换卡等配套服务；

(3) **免费退卡服务**：若终止兑付未到期单用途卡的，应向持卡人提供免费退卡服务，并在终止兑付日前至少30日在备案机关指定的媒体上进行公示。

4.建立业务处理系统，向协同监管服务平台信息对接、报送

(1) 建立业务处理系统，进行信息对接

经营者应当建立具有单用途卡发行管理、预收资金清结算、交易记录保存、消费者信息查询等功能的业务处理系统，并**与协同监管服务平台信息对接**。之后经营者应通过该系统传送单用途卡发行数量、预收资金以及预收资金余额等信息。个体工商户与协同监管服务平台信息对接的具体办法目前尚未公布，后续将由上海市人民政府制定。

(2) 公示信息对接标识

经营者将业务处理系统与协同监管服务平台信息对接后，应当在五个工作日内通过协同监管服务平台**获取信息对接标识，并在经营场所显著位置或者网站首页公示**。

(4) 定期信息报送

经营者应当在每季度第一个月的二十五日前，在协同监管服务平台上**填报上一季度预收资金支出情况等信息**。

根据上海市新规的规定，未建立业务处理系统与协同监管服务平台进行信息对接或未报送有关信息的，单用途卡行政执法部门将责令限期改正；逾期不改的，处二千元以上二万元以下罚款；情节严重的，处二万元以上五万元以下罚款。

5.开立银行专用存款账户

根据上海市新规，经营者发行单用途预付卡预收资金余额超过前文所述的风险警示标准的，应当选择银行业金融机构开设专用存款账户**进行专用存款账户管理，或者也可以购买履约保证保险来冲抵存管资金**。专用存款账户信息或购买的履约保证保险信息均应当在五个工作日内向协同监管服务平台报送，否则将面临上文所述的罚款处罚。

四、结语

基于目前体育健身行业整体存在的预收资金余额巨大、兑付周期长、流动资金紧张等问题的现状,后续上海市体育局将根据行业实际情况制定体育健身行业的存量预收资金余额的防范措施。但可以预见是,未来体育健身行业、教育行业的预付卡发行行为整体将从严监管,相关行业经营者应尽早开始向合规化方向布局筹划。

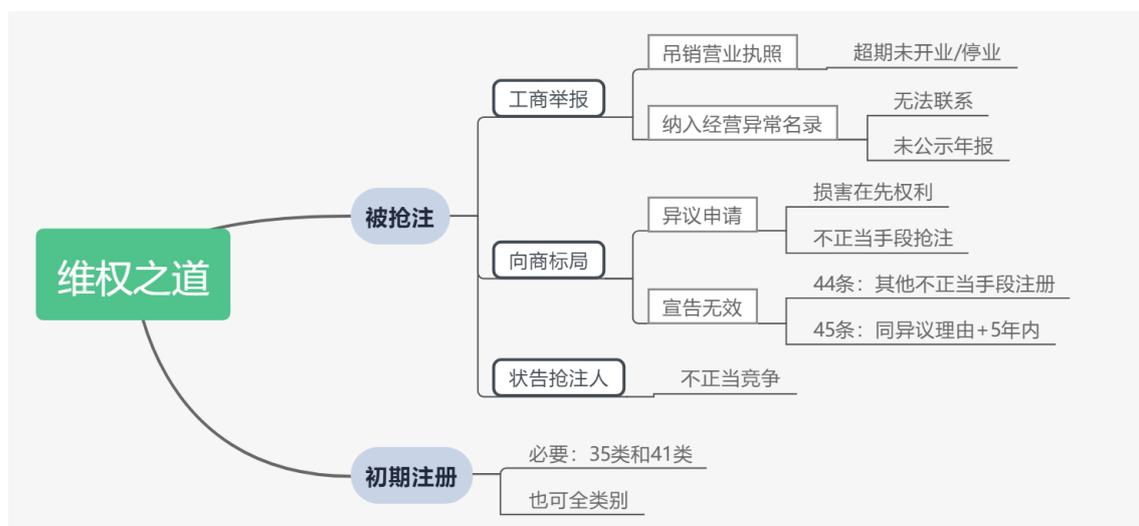
(本文首发于 2019 年 7 月 17 日)

“商标流氓”频现，UP主们如何维权

黄妃珍、黄璞虑、王卜玄

近日，有关敬汉卿姓名被抢注商标的新闻甚嚣尘上，“商标流氓”公司不仅觊觎UP主账户，其势力更是蔓延至微博大V、知名微信公众号等（以下统称“UP主们”），更有甚者以此向UP主勒索。一旦账号被抢注商标，UP主们再使用该商标可能面临被诉风险、原先使用该商标的产品销售也可能受阻；而如果商标流氓利用该商标盈利，还可能使消费者产生误解，对UP主们的声誉造成负面影响。

因此，面对商标流氓，UP主们该如何维权？根据不同情况，本文整理了如下维权之道：



(图一 UP主维权的四种方法)

维权第一式：釜底抽薪之工商举报

工商举报系成本最低的维权方式之一，而且具有釜底抽薪的效果，建议UP主们先积极尝试此法。若商标流氓企业的经营状况异常，工商部门接到举报投诉后，经检查符合条件的可以吊销营业执照。

典型属于“经营状况异常”的情况有“长期不营业”，具体体现为企业成立后无正当理由超过六个月未开业的，或者开业后自行停业连续六个月以上^[1]，或者领取营业执照后满6个月尚未开展经营活动或者停止经营活动满1年^[2]。实践中那些专门从事抢注他人商标进行转卖或勒索的企业大多符合此种情况。

此外，若涉案企业连续两个年度未依法报送年度报告且未进行纳税申报，各级工商部门可依法开展清理工作，清理方式包括吊销营业执照；^[3]或者涉案企业通过登记的住所或者经营场所无法联系或未按照规定期限公示年度报告，工商部门应当将之列入经营异常名录。纳入异常名录的企业届满3年未履行公示义务的，将被列入严重违法企业名单。^[4]因此，若商标流氓存在上述情形之一，UP主们都可积极尝试投诉举报。

若商标流氓系个体工商户，是否可以参照前述规定申请吊销营业执照？根据《市场监管总局关于做好2018年度市场主体年报公示工作的通知》，长期停业未经营的个体工商户也应当被清理。敬汉卿案中，抢注其姓名商标的主体镜湖区知桥电子产品销售部（以下简称“知桥电子”）就是一家2017年8月29日注册的个体工商户，其2017年度报告显示2017年的销售和纳税总额均为0，该个体户很可能存在长期未经营之情形。因此，笔者建议敬汉卿

可以尝试向知桥电子的登记机关举报。

维权第二式：亡羊补牢之异议申请和宣告无效

当账号被商标流氓抢注，根据不同阶段 UP 主们可以采取不同策略：若系争商标公告期尚未届满，此时商标还未被核准注册，UP 主可以向商标局提出异议；若系争商标已被核准注册，则可以向商标局申请宣告商标无效。

（一）异议申请

系争商标公告期尚未届满，以 UP 主商标遭抢注为由提出商标异议，进而阻碍商标核准注册，最常用的是《商标法》第三十二条：“*申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢注他人已经使用并有一定影响的商标。*”以此为由向商标局提出异议，需证明商标流氓损害 UP 主在先权利（以下简称情形一）**或者**证明商标流氓系以不正当手段抢注 UP 主已经使用且有一定影响的商标（以下简称情形二）。情形一和情形二，满足其一即可申请商标异议。

1.情形一：损害在先权利

以敬汉卿案为例，知桥电子抢注了敬汉卿的姓名，敬汉卿还能使用其姓名吗？除了姓名权外，还有哪些在先权利？

抢注敬汉卿姓名为商标，系典型的侵害姓名权这一在先权利的情形。根据《商标审查及审理标准》（2017 修订，以下简称《审查标准》），所谓“在先权利”是指“在系争商标申请注册日之前已经取得的，除商标权以外的其他权利，包括字号权、著作权、外观设计专利权、姓名权、肖像权以及应予保护的其他合法在先权益，本文主要详述侵害 UP 主姓名权这种情况。侵害姓名权又可以区分为：1.侵害本名，如敬汉卿；2.侵害笔名、艺名、译名等。

对 UP 主们而言，需要证明商标流氓损害了自己姓名权这一在先权利。根据《审查标准》，可以从以下几点考量：

（1）在相关公众的认知中，系争商标文字指向该姓名权人。比如，普通公众看到标记有“敬汉卿”商标的商品或服务时，很容易误认为这些商品或服务与敬汉卿本人存在代言、许可等联系。

（2）系争商标的注册给他人姓名权可能造成损害。基于商标权的排他性，被抢注后敬汉卿本人将不得对其姓名进行二次注册，导致敬汉卿通过 B 站累积的人气和信誉等附随经济价值无法通过商标注册和使用变现；而且在商标流氓对姓名商标经营不善时，还将影响敬汉卿本人的形象和信誉。

除敬汉卿案外，部分 UP 主是以笔名艺名注册账号的，认定商标流氓侵害 UP 主本名和侵害笔名艺名，在成立要件上有区别吗？结合法理分析，答案是肯定的。

《审查标准》明确规定他人姓名包括“本名、笔名、艺名、别名等”，未对本名与笔名等进行区别处理，即此处保护的“姓名”并不局限于通过户籍管理或身份信息采集所确定的符号（本名）。不过，《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》（2017 年，以下简称《商标授权确权行政规定》）第二十条对笔名等特定名称受损增加了“一定知名度”的要求，^[5]疑似对侵害本名和笔名艺名的构成要件予以区分：即本名侵权无需“一定知名度”的要求。不过，通过检索有关本名侵权纠纷的案例，法院认定构成本名侵权时也借鉴了“一定知名度”的要求，否则一般人的本名难以使公众认为系争商标指代该自然人。^[6]因此，无论是侵害本名还是侵害笔名艺名等，都要求该名称具有一定知名度。但是，笔者认为，对本名和笔名艺名仍应作区分对待，因为本名对姓名权人的意义更为重大，其人格权属性更强，对本名的保护力度应当强于艺名、笔名、译名等。因此，认定侵害本名的构成要件应当宽松

于笔名艺名等。

至于 UP 主账号并非本名、艺名等名称，而是采用诸如“机智的党妹”、“手工耿”、“假美食 PO 主”等特定名称，是否可以主张系争商标损害姓名权？笔者持否定态度。姓名权作为一种具体化人格权，是通过确认民事主体对姓名享有排斥他人非法干涉和侵害的权利，以实现人格尊严和人格自由的保护。尽管随着商业社会的发展，姓名权逐渐附有经济价值，但也不宜将“机智的党妹”等名称纳入姓名权，否则网络时代的任何名称都能被纳入姓名权，这将使得人格权漫无边界。况且，这类名称即使不纳入姓名权，不能以在先权利受损提起异议，UP 主们也仍可依据下文情形二予以救济。

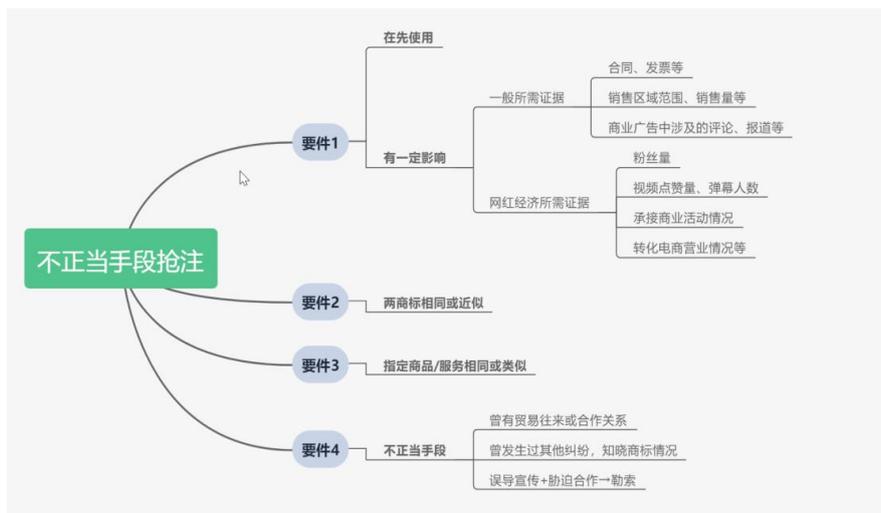
2.情形二：以不正当手段抢注他人已经使用且有一定影响的商标

当 UP 主账号不享有上述姓名权等在先权利，但经过日积月累的努力，该账号已经具有一定的知名度，面对商标流氓的恶意行为，UP 主们可以根据情形二申请异议。

情形二用于保护尚未达到驰名程度的未注册商标。根据《审理标准》，情形二的适用要件为：**(1) 他人商标在系争商标申请日之前已经在先使用并有一定影响；(2) 系争商标与他人商标相同或者近似；(3) 系争商标所指定的商品/服务与他人商标所使用的商品/服务原则上相同或者类似；(4) 系争商标申请人采取了不正当手段。本文着重对要件(1)(3)(4)予以分析：**

关于前述要件(1)，一般商业活动中通常依据合同、发票、销售区域范围、销售量、广告宣传等资料来证明他人商标在系争商标申请之前有一定影响。^[7]鉴于网红经济的特殊性，证明 UP 主账户具有一定影响，可以综合其粉丝量、视频点赞和弹幕人数、承接商业活动情况(e.g 广告合同材料)、转化电商营业情况等材料予以认定。

关于前述要件(4)，判定是否采取了不正当手段，可综合考虑双方是否曾有贸易往来或合作关系、是否发生过纠纷、申请人是否具有谋取利益的不正当目的等。^[8]以敬汉卿案为例：抢注敬汉卿姓名的知桥电子一共申请了 109 件商标，其中包括 B 站、微博、百家号等多个平台的作者名称，^[9]不少只有小几千、小几万粉丝的作者名称都成为知桥电子的觊觎之物，而且在抢注之后意欲勒索。此种行为存在明显的牟取不正当利益的目的，可以认定为不正当手段。



(图二：不正当手段抢注之构成要件)

(二) 宣告无效

商标流氓抢注的商标处于公告期内，UP 主才可以申请异议。若 UP 主不幸错失了异议

申请的时机，商标公告期已届满，系争商标已被核准注册，此时只能申请宣告商标无效，申请依据为：《商标法》第四十四条第一款^[10]和第四十五条第一款^[11]，二者满足其一即可。

1.依据《商标法》第四十四条

UP主若依据《商标法》第四十四条请求宣告商标无效，需要证明商标流氓存在“**以其他不正当手段取得注册**”的情形。^[12]根据《审查标准》，系争商标申请人申请注册大量商标，且明显缺乏真实使用意图的，构成“**以其他不正当手段取得注册**”。系争商标获准注册后，系争商标申请人既无实际使用行为，也无准备使用行为，仅具有出于牟取不正当利益的目的，积极向他人兜售商标、胁迫他人与其进行贸易合作、或者向他人索要高额转让费、许可使用费、侵权赔偿金等行为的，可以判定其明显缺乏真实使用意图。商标流氓大多具备以上情形，UP主们可以据此请求宣告商标无效，且此种情形不受时效限制。

2017年北京市高院(2017)京行终4127号案例明确指出，无正当理由大量囤积商标，且未提交相关商标实际使用的证据，不仅扰乱了正常的商标注册管理秩序，使商标申请注册本身行为成为牟利的手段，而且也会不正当地占用公共资源，影响有正常需求的市场主体依法注册商标，增加其注册商标的成本，损害不特定多数商标申请人的利益，有损公平竞争的市场秩序，违反诚实信用基本原则，属于商标法第四十四条第一款规定的“其他不正当手段”。

2.依据《商标法》第四十五条

原本UP主在系争商标公告期内可以申请异议，但因怠于维权错过时机，此时UP主仍可依据《商标法》第四十五条第一款请求宣告无效，^[13]请求理由同异议申请理由。若不涉及驰名商标的问题，UP主们请求宣告系争商标无效应当注意五年的时效限制，即自商标注册之日起五年内请求宣告无效。

基于网红经济时效强、周期短的特点，一般情形下不会超过五年的时效限制，不过，UP主相关团队仍应重视平时的商标检索和监管，建议UP主团队聘请专业律师开展和实施商标战略布局以更好地保护商标。

网红经济周期短其实是一把双刃剑，其弊端在于商标宣告无效的过程对于UP主及其团队而言可能有些漫长。^[14]在等待无效宣告裁定的过程中，因商标流氓仍享有系争商标所有权，UP主使用该商标可能存在法律风险，造成对事业发展的阻碍。此外，网红经济周期短也将导致对系争商标申请撤三的可能性严重降低，因为撤三所需的时间要件^[15]也很漫长（所谓商标“撤三”，是指已经注册的商标没有正当理由连续三年不使用，而被他人依法提出撤销该商标，是一种注册商标撤销处理程序）。

从时效性角度考虑，UP主可同时进行前述工商举报和异议申请（或请求宣告无效）。同时，还可以根据需要，考虑是否注册商标流氓注册类别以外的其它类别。

维权第三式：主动出击之状告抢注人

鉴于商标流氓气焰嚣张，除了前述维权之道外，UP主们可否主动出击、先发制人？部分律师认为UP主们可以以不正当竞争为由状告商标流氓，依据为《反不正当竞争法》（2019修正，以下简称《竞争法》）第六条中规定的“**擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）**”。不过，以敬汉卿案为例，笔者认为关键在于如何认定知桥电子存在擅自使用行为。单纯的商标注册行为并不构成《竞争法》禁止的擅自使用行为。无论“擅自使用”是否包含销售行为，单纯的商标注册行为既不属于《商标法》第四十八条^[16]规定的直接使用商标行为，亦不属于《商标法》第五十七条规定的包含销售在内的多项商标使用行为。因此，仅凭商标注册这一行为，难以构成不正当竞争行为。

不过，若结合恶意投诉、恶意售卖等商标流氓行为，结论便有所不同。2018年浙江省杭州市余杭区法院通过(2017)浙0110民初18627号一案首次明确职业商标抢注人的不当行为可以纳入《竞争法》的规制范围。法院认为被告所从事的一系列行为相互联系共同构成不正当竞争行为：*1、被告李庆从事商标恶意抢注行为；2、从事恶意投诉行为；3、进行商标恶意售卖；4、提供有偿撤诉行为。尽管被告未实际使用过商标，其注册涉案商标的动机并非利用涉案商标开展正常的经营活动，而欲通过投诉、售卖等方式进行获利，攫取他人先取得的成果及积累的高誉，违反了诚实信用原则，扰乱了市场的正当竞争秩序，应认定为《竞争法》第二条^[17]规定的不正当竞争行为。*

该案更有趣之处在于法院对是否存在竞争关系的论述：*随着市场经济与互联网经济的深度融合，经营者之间的竞争已经不限于同行业之间，从广义角度来讲，参与市场竞争之行为皆可能具有某种程度的竞争关系。因此，只要使用不正当的手段破坏他人的竞争优势从而增强自己的竞争优势或获得相应利益，即“损人肥己”的行为即可以认为存在不正当竞争行为。*笔者认为，法院对网络竞争关系的解读一定程度上符合互联网经济的特点，但此种解读将空置“竞争关系”这一构成要件，值得商榷。不过，根据UP主的自身情况，此种维权方式仍可尝试使用。

维权第四式：先下手为强之初期注册

以上维权第一式~第三式，均为事后救济手段。此外，UP主们更应当注重事前保护：在初期进行商标战略布局，为自己的账户注册商标，尤其是在商标注册成本并不高的当下。根据中国商标网《关于调整商标注册收费标准的公告》(20190619)^[18]，商标注册费如下：

收费项目	纸质申请收费标准 (按类别)	接受电子发文的网上申请收费标准 (按类别)
受理商标注册费	300元/类(限定本类10个商品。10个以上商品，每超过1个商品，每个商品加收30元)	270元/类(限定本类10个商品。10个以上商品，每超过1个商品，每个商品加收27元。)

商标注册系按商品或服务的类别注册并予以保护，一共分为四十五类。若不考虑成本，最保险的方案为全类别注册，对商标进行全方位保护；若为节约成本考虑，UP主们开展业务经营最需要注册的类别为第35类中3501广告和第41类中4102组织和安排教育、文化、娱乐等活动和4105文娱、体育活动的服务，共两件商标。出于商标战略布局的考虑，建议UP主们委托商标代理机构或律师事务所制定商标保护方案，并选择具体的商品或服务类别注册，以实现既保险又节约成本的双重效果。

目前商标局不接受国内自然人以个人名义注册商标，国内自然人需依托商主体资格才能申请注册。因此，UP主个人若想要注册商标，建议设立工作室(个人独资企业形式)、有限责任公司或个体工商户，并提交营业执照等证明材料。对于商标注册申请缺乏经验的UP主们，可以委托商标代理机构或律师事务所办理。

需注意，从商标注册申请到核准注册，一般需要一年多的时间。鉴于网红经济的时效强、周期短等特点，UP主们更应当留意该时间成本，及早规划、及早注册。

结语

令人可喜的是，预计2019年11月1日生效的新《商标法》也加大了对恶意抢注商标行为的规制。一是加大申请注册的难度：*不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回。*^[19]相应地，此款也为以恶意抢注为由申请商标异议和宣告无效提供了有利依据。二是增加对商标代理机构的处罚：*对恶意申请商标注册的，根据情节给予警告、罚款等行政处罚。*

[20]此外，敬汉卿事件曝光后，多家平台欲助 UP 主维权。据新华网报道，8 月 5 日 B 站回应称不会要求 UP 主修改昵称，并将为被恶意抢注名称的 UP 主提供法律咨询。西瓜视频也表示将永远和创作人站在一起，除为被恶意抢注商标的创作人给予法律援助外，也将为有意注册商标的创作人提供专业支持。尽管商标流氓猖狂，UP 主仍存在多种维权救济之道。因此，笔者希望 UP 主和平台共同运用法律手段，击溃商标流氓。

注：

[1]依据：《公司法》（2018 年）第二百一十一条、《个人独资企业法》（2000 年）第三十六条。

[2]依据：《企业法人登记管理条例》（2019 年修订）第二十二条。

[3]依据：《工商总局、国家税务总局关于清理长期停业未经营企业工作有关问题的通知》（2016 年）。

[4]依据：《企业经营异常名录管理暂行办法》（2014 年）。

[5]根据《审查标准》，若以笔名等特定名称主张系争商标损害姓名权的，要求该特定名称有一定的**知名度**，与该自然人建立了稳定的对应关系，相关公众以其指代该自然人的；若以本名主张系争商标侵害姓名权的，需相关公众认为该商标标志指代了该自然人，容易认为标记有该商标的商品系经过该自然人许可或者与该自然人存在特定联系的。

[6]参见案例(2016)京 73 行初 3799 号、(2018)京行终 1110 号。

[7]根据《审查标准》：“证明商标具有一定影响，可以提供下列证据材料：

- (1) 该商标最早使用时间和持续使用情况等相关资料；
- (2) 该商标所标示的商品/服务的合同、发票、提货单、银行进帐单、进出口凭据等；
- (3) 该商标所标示的商品/服务的销售区域范围、销售量、销售渠道、方式、市场份额等相关资料；
- (4) 该商标所有人在广播、电影、电视、报纸、期刊、网络、户外等媒体发布的商业广告、宣传资料及上述媒体中所有涉及到该商标的评论、报道、宣传等资料；
- (5) 该商标所标示的商品/服务参加展览会、博览会、拍卖等商业活动的相关资料；
- (6) 该商标的获奖等商誉资料；
- (7) 其他可以证明该商标有一定影响的资料。

当事人提交的域外证据材料，能够证明该商标为中国相关公众所知晓的，应当予以采信。”

[8]根据《审查标准》：“判定系争商标申请是否采取不正当手段，可综合考虑下列因素：

- (1) 系争商标申请人与在先使用人曾有贸易往来或合作关系；
- (2) 系争商标申请人与在先商标使用人共处相同地域或者双方商品/服务有相同的销售渠道和地域范围；
- (3) 系争商标申请人与在先使用人曾发生过其他纠纷，可知晓在先使用人商标；
- (4) 系争商标申请人与在先使用人曾有内部人员往来关系；
- (5) 系争商标申请人具有以牟取不正当利益为目的，利用在先使用人有一定影响商标的声誉和影响力进行误导宣传，胁迫在先使用人与其进行贸易合作，向在先使用人或者他人索要高额转让费、许可使用费或者侵权赔偿金等行为；
- (6) 他人商标具有较强独创性，系争商标与之高度近似；
- (7) 其他可以认定为不正当手段的情形。”

[9]如“搞笑辣条哥”“故人童心”“惜花花”等。

[10]《商标法》第四十四条第一款 已经注册的商标，违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标局宣告该注册商标无效；其他单位或者个人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。

[11]《商标法》第四十五条第一款 已经注册的商标，违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，自商标注册之日起五年内，在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。对恶意注册的，驰名商标所有人不受五年的时限限制。

[12]根据《审查标准》，以其他不正当手段取得注册是指“确有充分证据证明系争商标注册人采用欺骗手段以外的扰乱商标注册秩序、损害公共利益、不正当占用公共资源或者以其他方式谋取不正当利益等其他不正当手段取得注册，其行为违反了诚实信用原则，损害了公共利益。对于只是损害特定民事权益的情形，则应适用商标法第四十五条及商标法的其他相应规定进行审查判断。”

《商标授权确权行政规定》第二十四条亦有类似规定：以欺骗手段以外的其他方式扰乱商标注册秩序、损害公共利益、不正当占用公共资源或者谋取不正当利益的，人民法院可以认定其属于商标法第四十四条第一款规定的“其他不正当手段”。

[13]《商标法》第四十五条第一款：已经注册的商标，违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，自商标注册之日起五年内，在先权利人或者利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。对恶意注册的，驰名商标所有人不受五年的时限限制。

[14]依据：《商标法》第四十五条第二款 商标评审委员会收到宣告注册商标无效的申请书后，应当书面通知有关当事人，并限期提出答辩。商标评审委员会应当自收到申请之日起十二个月内做出维持注册商标或者宣告注册商标无效的裁定，并书面通知当事人。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长六个月。当事人对商标评审委员会的裁定不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。人民法院应当通知商标裁定程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。

[15]依据：《商标法》第四十九条第二款 注册商标成为其核定使用的商品的通用名称或者没有正当理由连续三年不使用的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。商标局应当自收到申请之日起九个月内做出决定。有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，可以延长三个月。

[16]《商标法》第四十八条 本法所称商标的使用，是指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。

[17]《反不正当竞争法》第二条第二款 本法所称的不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。

[18]http://sbj.cnipa.gov.cn/gzdt/201906/t20190619_302481.html

[19]新《商标法》（尚未生效）第四条第一款。

[20]新《商标法》（尚未生效）第六十八条第四款。

（本文首发于 2019 年 9 月 4 日）

最高法发布 17 条司法保障意见，为科创板保驾护航

阮霁倩、谭书卿（星瀚公司金融部）

2019 年 6 月 20 日，最高人民法院发布《关于为设立科创板并试点注册制改革提供司法保障的若干意见》（以下简称《意见》），这是科创板系列政策中首部法律层面的制度保障，也是最高法历史上首次为资本市场基础性制度改革安排而专门制定的系统性、综合性司法文件。而此时距 2018 年 11 月 5 日上海进口博览会上正式提出在上交所设立科创板并试点注册制才半年有余，配套政策出台效率之高也足见中央对科创板试点的重视与势在必行。

《意见》围绕“试点注册制、允许发行 AB 股”等科创板特有制度，主要从民刑事责任落实和诉讼制度完善两个方面展开对科创板试点提供司法保障。

一、强化对科创板企业及相关信息披露义务人民事、刑事责任的要求

（一）落实信息披露相关主体的民事责任

《意见》第五条强调要确保以信息披露为中心的股票发行民事责任制度安排落到实处，这与科创板实行注册制试点联系紧密。注册制不同于强调事前监管的核准制，其核心在于信息披露的真实与完整，因此，对信息披露问题民事责任的追究成为了促使信息披露义务人尽责归位的重要一环。《意见》明确了发行人（控股股东、实际控制人）及证券服务机构、保荐人的第一责任。

（二）扩大信息披露文件审查的范围

注册制试点安排使得股票发行上市审核由对发行人资格条件的实质判断转向为全面的信息披露义务，因此在审理科创板上市公司虚假陈述案件时，需要审查的信息披露文件范围较之以往有所扩大，除了招股说明书、年度报告、临时报告等常规文件，还包括了信息披露义务人对于审核问询的每一项答复和公开承诺。审查标准除真实性、准确性、完整性、及时性和公平性外，还要结合科创板公司专业性、技术性特点，考虑其披露信息是否便于一般投资者阅读和理解。

但是《意见》对于违法违规主体对投资者承担民事责任的构成要件、赔偿范围、执行力度等并未有明确界定，对此的表述仍是“积极探索”，有待后续司法解释的进一步说明。

（三）明确证券公司对履行投资者适当性审查负有民事责任

科技创新企业存在盈利能力不确定、退市条件更为严格等特点，这导致科创板市场风险高于主板市场，也因此上交所对科创板投资者在《上海证券交易所科创板股票交易特别规定》确定了科创板投资者的适当性条件：（1）申请权限开通前 20 个交易日证券账户及资金账户内的资产日均不低于人民币 50 万元（不包括该投资者通过融资融券融入的资金和证券）；

（2）参与证券交易 24 个月以上；（3）本所规定的其他条件。而若因证券公司未履行投资者适当性审查、信息披露及风险揭示义务给投资者造成的损失，证券公司应承担赔偿责任。

（四）把控对互联网配资、场外配资等合同效力的审查

《意见》明确了股票信用交易属于国家特许经营的金融业务，对于未获得特许经营许可的互联网配资平台、民间配资公司等法人机构与投资者签订的股票配资合同，应当认定合同无效。对于配资公司或交易软件运营商利用交易软件实施的变相经纪业务，亦应认定合同无效。最高法在此明确了场外配资合同无效，体现了对杠杆的严格控制。

（五）放宽对差异化表决权、股权激励行为等的合同效力审查

此次意见中对于“同股不同权”的具体法律适用也进行了明确，法院可以依据《公司法》第一百三十一条的规定对科创板公司的股权进行审查。类似不同种类股的差异化表决权、科

创业板企业的股权激励行为，只要不具有违反法律法规强制性规定情形，人民法院都应当认定其效力。但意见同时明确，“同股不同权”不应侵犯其他股东的利益，在审理“同股不同权”的案件中也要充分考虑到“同股不同责”，加大对具有特殊表决权股东的责任审查，即使程序合法也不能免除责任。

（六）严惩典型证券犯罪与金融腐败犯罪

《意见》第八条集中规定了干扰注册制改革的几类证券犯罪和金融腐败犯罪，包括：

- （1）发行人与中介机构合谋串通骗取发行注册；
- （2）发行审核、注册工作人员以权谋私、收受贿赂或者接受利益输送；
- （3）保荐人明知或者应当明知发行人虚构或隐瞒重要信息、骗取发行注册的；
- （4）恶意骗取国家科技扶持资金或者政府纾困资金的。

此外，对违规披露、不披露重要信息、内幕交易、利用未公开信息交易、操纵证券市场等金融犯罪分子应当从严惩治，严格控制缓刑适用，依法加大罚金刑等经济制裁力度。《意见》对此类金融犯罪的裁判确定了大方向，具体落实仍应当进一步完善刑事立法、制定相关司法解释。

二、试点集中管辖，完善诉讼制度

在强化民刑事责任落实的实体规定之外，《意见》也对科创板改革可能引发的纠纷作出了程序方面的完善规定。

（一）统一管辖法院，业务规则可参照适用

《意见》规定了在科创板首次公开发行股票并上市企业的证券发行纠纷、证券承销合同纠纷、证券上市保荐合同纠纷、证券上市合同纠纷和证券欺诈责任纠纷等第一审民商事案件，由上海金融法院试点集中管辖；以上海证券交易所为被告或者第三人与其履行职责相关的第一审金融民商事案件和行政案件也由上海金融法院管辖。

科创板改革之初，司法裁判规则尚不完善，由上海金融法院集中管辖相关一审案件，既是出于统一裁判标准、避免“同案不同判”的考量，也是希望上海金融法院能在裁判中整理总结出可推广的裁判经验，以便于后续立法和司法解释的推进。另外此次意见还明确对于证券交易所经法定程序制定的业务规则，人民法院可以参照适用。

（二）肯定证券投资者保护机构参与代表人诉讼的地位

在现行代表人诉讼制度下，肯定了国务院证券监督管理机构设立的证券投资者保护机构参与代表人诉讼。证券投资者保护机构以自己的名义提起诉讼，或者接受投资者的委托指派工作人员或委托诉讼代理人参与案件审理活动的，人民法院可以指定该机构或者其代理的当事人作为代表人。

《意见》也细化了证券投资者保护机构在代表人诉讼的作用，包括为投资者提供专门法律服务、按照共同的法律问题或共同的事实问题划分适格原告、辅助参与生效判决执行等。在我国证券民事公益诉讼制度与实行尚不明晰之时，《意见》指明了未来证券民事公益诉讼制度的探索与构建方向。

（三）探索建立律师民事诉讼调查令制度

在证券侵权案件中，投资者在取得和控制关键证据方面往往处于弱势地位。对此，《意见》提出探索建立律师民事诉讼调查令制度，以便利投资者代理律师行使相关调查权，提高投资者自行收集证据的能力。同时，研究探索适当强化有关知情单位和个人对投资者获取证据的协助义务，对拒不履行协助取证义务的单位和个人要依法予以民事制裁。目前对律师民事诉讼调查令制度仍然处在探索阶段，《意见》虽未明确律师民事诉讼调查令制度的建立，

但体现了对该制度现实性和可操作性的肯定,对未来的制度建设提供的一定程度上的司法依据。

三、结语

综上所述,《意见》作为证监会《科创板首次公开发行股票注册管理办法》、《科创板上市公司持续监管办法》后续的司法配套措施,鉴于科创板主要服务于符合国家战略、突破关键核心技术、市场认可度高的科技创新企业,上市条件更加包容的同时,也存在诸多不同于主板市场规则之处,《意见》针对科创板的特点,对科创板可能的纠纷提供了对应的司法保障,在确认民刑事责任承担与完善诉讼制度的同时,也为后续立法与司法解释指明了方向,应当有理由期待在未来法律层面对科创板的制度规定的进一步细化与落实。

(本文首发于 2019 年 7 月 2 日)

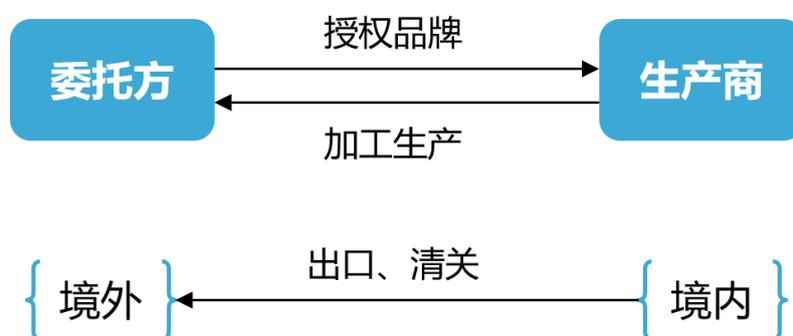
OEM 模式下，货物清关时因商标侵权被海关扣留后委托方或生产商如何救济？

星瀚涉外部

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

一、OEM 企业的经营模式

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



图一：OEM 模式图

二、海关扣留涉嫌侵犯商标权货物的依据以及处罚

（一）海关扣留涉嫌侵犯商标权货物的法律依据

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

注册商标权在海关备案后会获得海关的相应保护，有效拦截他人涉嫌侵权的货物，并保障合法货物的出口顺畅。所以一旦有货物涉嫌侵犯注册商标权利人的商标权，则可能会被海关扣留。

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

（二）海关确定侵犯注册商标权利人商标权的依据以及相应处罚

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

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

三、货物被海关扣留后,委托方或生产商的救济手段

（一）积极与海关进行沟通

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

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

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

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

（二）如发现知识产权备案不实，委托方或生产方可向海关申请变更或撤销备案

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

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

（三）如遇“抢注商标”的权利人，委托方可考虑主动出击

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

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

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

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

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

四、总结

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

（本文首发于 2019 年 8 月 5 日）

案例分享

房屋有抵押，租客或买家如何预防交易风险？

高原

笔者近期接触到不少涉抵押的房屋租赁或出售纠纷，发现大众在租赁或购买涉抵押的房屋时不够谨慎，对合同制作把关不严。本篇文章主要就租赁或买卖有抵押的房屋时应尽的审慎义务进行探讨。

一、租赁抵押房屋

由于房地产登记部门目前严格限制非产权人拉取产调的权限，所以在租赁房屋时租客自身无法拉取产调，而且很多租客也轻视拉取产调的行为，为后续纠纷埋下重大隐患。对租客来说最大的风险就是租赁期间房屋易主，虽然法律规定了买卖不破租赁的原则，但是该原则却有例外，那就是查封后不得出租以及先抵押后租赁的，租客不受买卖不破租赁原则的保护所以，根据我国法律规定，抵押、查封、租赁之间可以任意排列组合，最后的法律结果截然不同。（下图）



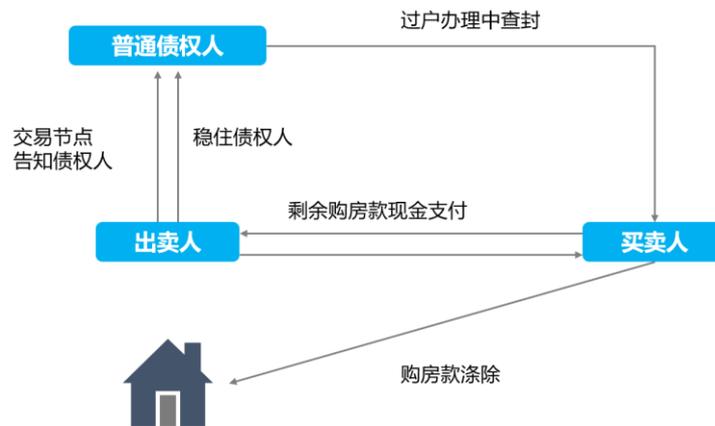
有这样一个真实案例，某规模较大的企业基于扩大经营的考虑，在本市租赁了五层楼作为新的经营场所。在花费了七百多万装修款之后，法院在租赁房门口贴了拍卖公告，此时该企业才得知原来房屋早已被法院查封。由于属于上图第一种情形，所以企业向执行法院提起案外人执行异议之诉主张带租拍的请求被依法驳回，此时租客只能转为要求解除合同并退还租金赔偿损失。但是房东债务累累，企业即便胜诉，最后能追回多少损失仍是未知数，更何况因影响经营而发生的巨大经营损失属于不可预知的收益，法院一般也不会支持。原本在租赁之初租客要求房东提供一份产调就能避免的巨坑，就因为租客的大意而深陷纠纷。

上述案例是先查封再租赁的，尚属简单干脆的结果，还有一种情况会让租客更举棋不定，那就是图中的第二种情况。根据最高院《关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第31条的规定：“拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭，但该权利继续存在于拍卖财产上，对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的，人民法院应当依法将其去除后进行拍卖”。根据该条规定，租客租赁有抵押的房产，在租赁过程中遇到司法查封的，租客的租赁权是否在执行中受到保护，取决于法院或抵押权人的一念之间。有些租客因为租金支付模式的关系或者关系到是否重新装修等后续经营决策问题时，如果追加投入，投入覆盖的经营期内的利益可能无法得到保护；但如果不继续追加，起诉解除合同，对审判法官而言，辩论终结前如果执行法官尚未启动拍卖，尚未明确是否去租赁拍卖的话，租客主张合同无法继续履行的请求恐难支持。更有甚者，在未来结果尚未明晰的情况下，租客就擅自停付租金，那可能最后会演变成租客违约而导致合同被解除，此时租客不仅会面临保证金没收、承担违约金的法律后果，装修投入也将全部损失。因此，如果租客在租赁房屋时遇到存有抵押的，就需要专业律师介入，对合同进行精心设计，确保租客能及时止损，合法退租。

二、购买抵押房屋

购买二手房时遇到房产上存有抵押的情况更为普遍,较为常见的纠纷是购房者先前支付的首期购房款,出卖人并未用于偿还银行贷款而是挪作他用,买家如果想继续履行合同,还需要提供一笔资金用于贷款偿还。如果尚未支付的自筹购房款仍能覆盖贷款金额的,尚属侥幸,但是在再行支付购房款之前必须确认贷款已经偿还;如果尚未支付的自筹购房款不足以覆盖贷款的,买家则需要承担额外的资金成本方能继续交易,额外承担的金额买家可以向卖家追偿,但执行是否顺利不得而知。因此,为了避免这种纠纷,买家与卖家相约共同去银行偿还贷款是比较稳妥的措施。

上述纠纷尚属常见问题,但还有一种纠纷让人防不胜防(下图,据真实案例改编)。



如上图,有抵押的房屋出卖人对外还负有普通债权,普通债权人即便起诉保全了房屋,拍卖后的房价款也是优先用于偿还优先债权。所以出卖人可能和其他债权人联合做局——债权人给出卖人一定的时间将房屋对外出售而先不起诉保全房屋,出卖人将房屋对外出售。此时即便买受人尽到审慎义务,拉取产调,产调信息也会显示房屋处于未查封状态。出卖人用买受人的购房款偿还抵押债权,并收取大部分购房款之后,将交易进度告知债权人,债权人在房屋交房前查封房屋。如此,根据最高院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条的规定,由于法院查封时买受人尚未合法占有房屋,故买受人得以排除执行的物权期待权不成立。届时,买受人只能通过起诉解除合同的方式追索已经支付的购房款,但很可能出卖人财产已经被法院多轮查封,追索购房款的道路万般艰难。

为了避免这样的陷阱,买受人在购买有抵押的房屋时需要精心设计合同条款,可以有以下几点考虑:1、尽早合法占有房屋;2、交房当日再拉一次产调;3、拒绝现金交付;4、按约及时办理过户手续;5、全款买房的优惠幅度不能高于市场价三成;6、一旦涉诉,在申请排除执行的同时,起诉继续履行房屋买卖合同并申请保全房屋。

有很多人存在一个认识误区,即认为租赁或买卖房屋有中介人员的参与,中介人员会确保交易的顺利进行,其实大错特错!房地产中介的门槛并不高,即便是大牌的中介机构,其人员素养也参差不齐,很多中介从业者对相关法律的理解并不到位。此外,中介的职能是撮合交易达成,只要双方签约,即便最终交易无法履行完毕,中介亦可收取一部分费用。而对房地产律师而言,你是否决定签约购房与其无关,但他对你这项交易中存在的风险负责,这也是复杂交易中需要引入律师的关键。

(本文首发于2019年7月22日)

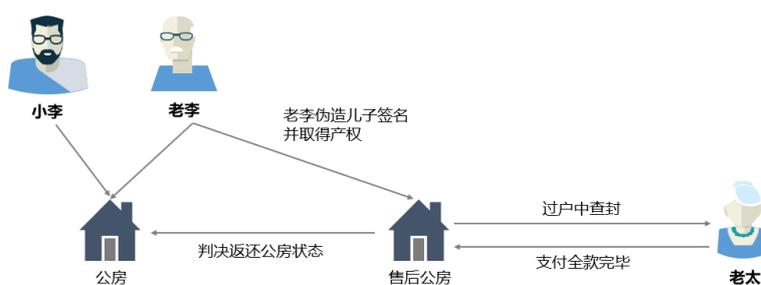
购买售后公房，买家如何预防同住人“搅局”

高原、于越

“上海房贵，居安不易”，这肯定是很多 80 后 90 后小夫妻的心声。很多积蓄不多的小家庭在组建家庭之初无法一步到位解决学区房和两居室的居住需求，故而待孩子有就学需求时，家庭经过一定程度的积累，再购置学区房以解决孩子学籍问题。但是，学区房中房龄不长的商品房价格不菲，因此一些建成时间已久的、面积只有三四十平甚至更小、总价也就三四百万的老房子成为很多家长选购学区房时的追逐目标。而这种老房子有很多就是今天笔者要说的主题：售后公房。

自上世纪 90 年代初房改开始，上海市大量公有住房由原承租人或同住人买断产权，成为售后公房。但是，售后公房往往存在户口情况复杂、房屋权属状态不明等问题，交易中容易产生较大的诚信风险。最常见的就是购房后其他同住人“搅局”，声称不知产权买断情况，阻碍交易进行。如果买家在购买之前没有尽到审慎义务，很容易陷入纠纷，遭受巨大损失。本文将结合一起典型案例进行分析，并给出“避坑”建议。

一、案情介绍



老李对外出售一套售后公房，由于性价比较高，该房很快出售，由一老太全款购入。但在老太申请办理过户手续的过程中，却发现该售后公房被法院查封了。原来，老李的儿子小李将父亲告上法庭，表示自己为公房同住人，之前并不知情老李已经将公房产权买断，是老李伪造了自己的签名获取产权，要求法院撤销老李与老太的售后公房买卖合同，将房屋恢复到公房状态。

二、判决要点

针对售后公房，上海市于 1994 年、1996 年先后出台了两个方案。两方案区别在于：按照 94 方案购买公房的，没有登记为产权人的原承租人、同住人、职级人、工龄人及具有购房资格的出资人在诉讼时效期间可以起诉要求确认产权，成为房屋共有产权人，也即无论产权证上是否有同住人的名字，同住人（或原在房内有户口的人），都是共同产权人；按照 96 方案购买公房的，购买公房时应提供内部协议，明确产权人。本案中，老李伪造小李的签名确认自己为产权人，因属第二种情况。此时，对于买断行为，需判断同住人是否知情。一般而言，可从以下维度考虑：

1. 产权买断时间

由于售后公房同住人一般为近亲属，故即使出现代签行为也不一定代表同住人完全不知情，这时就要通过产权买断的时间来判断同住人是否知情或应当知情。如果产权早已被买断，那么同住人作为房屋实际使用者，对于是否继续缴纳租金等情况应当知晓，则法院会视为同

住人已经知情。

在本案中，由于老李急于获取资金，一办理买断就立即将房屋出售给了老太，时间间隔极短，故法院不能认定小李对相关情况知情。

2.同住人是否知晓出售情况

公房并不能交易，只有办理产权买断转变为售后公房之后才能对外出售。因此如果同住人参与了后续出售过程，就可以推定其已经知晓房子产权买断的情况。

而本案中，老太虽然主张在看房时小李也在现场，知晓交易情况，但没有任何证据予以佐证，故法院无法认定小李知晓房屋出售的情况。

三、本案结果

由于同住人对买断不知情，老李确实伪造签名，法院最终支持小李的主张，认定老李的买断行为无效，其出售房屋的行为属于无权处分。而老太还未取得房屋产权，也不能主张善意取得，故老太主张继续过户的请求法院无法支持。

事后，老太起诉合同解除，要求老李返还购房款，法院虽然支持了其诉讼请求，但购房款早已被老李在赌场上挥霍一空，老太最终房财两空。

四、避坑建议

1.分辨售后公房

如果欲购房屋属于售后公房，房产证最后一页的附记栏会标注“房改售房”的字样。在交易时如果遇到这样的房屋就要谨慎起来了，做好准备，审查产权权属、同住人情况。

2.留意产证取得时间

正如前文所说，如果产证取得时间已经较长，同住人对于具体缴纳租金等情况应当知晓，后续主张自己对买断不知情很难获得法院支持；相反如果取得产证和对外售卖比较临近，就要格外留心确认同住人员是否真正对于买断行为知情；

3.留意户口本上人员

如果户口本上有未登记为产权人的同住人，买家应当督促出卖人与各同住人沟通，形成书面承诺书；如果出卖人怠于出示相关文书，可以在草签合同同时要求同住人签名，以示对于出售情况和房屋产权状况知悉；

4.留意产权人婚姻状况

如果屋主的配偶在户口本中，那么可以通过上一步进行确认。但如果屋主的配偶不在该户口中，或者有离异的情形，则需要对两人的共有情况或财产分割情况做进一步的了解，必要时签署书面承诺书。

5.看房时注意留存证据

如果在看房过程中，同住人也在现场，可以拍下视频。一旦出现纠纷，该视频可以佐证同住人确实知晓房屋出售的行为，有利于买家维权。

6.重视审查交易合同

在签订售后公房交易合同时，除了关注一般的交易条款，对于后续同住人的迁出、户口迁移等问题，也应当有明确的约定。

售后公房固然有许多优势，但其交易风险也不容小觑，本文主要就同住人“搅局”的风险进行了分析和建议，在交易过程中，购房者一定要擦亮双眼，尽到审慎义务，提前避坑，对交易有疑虑的时候及时寻求专业律师的帮助。

（本文首发于 2019 年 7 月 31 日）

从一起案件看承揽合同中定作人任意解除权的限制

沈大力、曾曙光（星瀚武汉分所）

一、案情简介

2017年12月5日，原告山东P公司与被告湖北K公司签订《模具加工定做合同》，合同约定，被告（供方）为原告（需方）加工定做模具，双方还约定，原告P公司将预付款45万元汇到被告K公司账户之日起合同生效，合同生效后被告于45天内按时交货给原告，货到付清尾款45万元。原告于2017年12月12日将预付款45万元汇到被告账户。后合同履行中，原告以被告未按合同约定交货，虽经多次催告被告，但被告在起诉之时仍拒绝交货，故原告于青岛某基层法院起诉要求：1、判令解除双方签订的《模具加工定做合同》；2、判令被告返还原告预付款45万元并支付资金占用费；3、被告赔偿原告经济损失10万元。

接受被告K公司委托后，我们代表其提起反诉，核心请求包括：继续履行双方签订的《模具加工定做合同》；继续支付合同尾款等。

同时，我们从K公司处了解到本案细节包括：2018年1月1日，原告法人代表电话通知被告需要修改机器设备，让被告暂缓送货。但2018年1月26日，原告向被告邮寄催告函，载明“被告未按照合同约定期限交付模具，现通知被告遵守合同约定及时履行合同交货义务，收到此函件三日内及时回复，否则承担相应的法律后果”。2018年2月4日，被告签收该函件（注：被告公司在黄冈，时值农历腊月年底，快递公司派送时间有一定迟延），且在收到催告函当日下午即连夜启程从黄冈出发，将货物于2018年2月5日上午送达原告青岛工厂，但原告拒收。2018年2月2日，原告向被告发出第二封函件，通知解除合同，被告联系人于2018年2月5日下午签收了该函件。

另经我们审查材料，按照原告起诉状所签署日期，P公司于2018年1月29日即向法院起诉，并同时申请法院冻结被告公司账户，法院于2018年1月29日当天即立案受理并裁定冻结K公司账户。而此时K公司尚未收到催告函，更未收到解除合同的通知函。

二、审理过程

本案一审经历两次庭审后，法院判决认定，本案系承揽合同纠纷，案件争议焦点为：“原告是否有权解除合同，原告主张的经济损失是否成立。”一审法院认为，“定作人享有合同的任意解除权。原告作为定作人于2018年2月2日向被告邮寄了解除合同的函，该通知书明确告知被告解除双方于2017年12月5日签订的《模具加工合同》，被告于2018年2月5日收到了该通知，至此，双方合同解除。被告应当返还原告设备首付款。被告反诉要求继续履行合同，无法律依据，本院不予支持。但如因原告行使任意解除权而给被告造成了损失，被告有权要求原告进行赔偿，被告对此损失可另案主张。因被告未及时返还原告的首付款给原告造成的损失，依法应当予以赔偿。”

收到一审判决后，经团队多轮讨论研究后，我们认为本案一审判决不仅在事实查明上存在诸多认定不清的情形，更为重要的是在法律适用中的“加工承揽合同中定作人任意解除权”部分明显存在错误。故我们建议客户争取上诉，并拟定上诉要点主要包括：

其一，我国《合同法》第94条明确规定了当事人解除合同的情形，但该条规定作为《合同法》总则性规定，只允许合同主体在特定条件下解除合同，而非“任意解除”，相较于《合同法》分则286条规定的任意解除存在不同。同时对照94条之规定可以看到本案中最接近该条规定的解除情形仅包括：“（1）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行的；（2）当事人一方迟延履行主要债务或者其他违约行为致使不能实现合同目的

的。”我们认为上述解除条件并不适用于本案。

关于催告后仍未履行一条，原告催告的最终履行期限为 2018 年 2 月 7 日，而被告在 2018 年 2 月 5 日即将涉案模具送至原告工厂，被告在催告期内已经履行了合同义务。关于迟延履行导致合同目的不能实现一条，涉案合同系模具定作，定作人的合同目的就是收到依据合同约定规格生产的模具，而被告在原告确定的催告期内交付了合同约定规格的模具，该条所谓的致使合同目的不能实现显然无法成立。

其二，《合同法》94 条第 3 款规定的“合理期限”不应当是由催告方任意给出的时间，而应当综合考虑合同实际履行所要耗费的时间、货物交付在途时间及可能的额外因素导致的延迟等等，本案中原告仅仅给了被告三天的催告期限，且在催告期限尚未届满时原告就急于解除合同，不仅仅让上述催告期限形同虚设，同时也易给人造成恶意违约并提起恶意诉讼从而逃避合同履行的印象。

其三，即使法院认定原告享有加工承揽合同项下的任意解除权，但该任意解除权的行使并不是完全无条件的，我们认为行使任意解除权解除合同至少要有两个“前置条件”：1、定作人依法举证证明合理正当地行使了解除权；2、在承揽人已经基本完成定作任务的情形下，不应再赋予定作人任意解除权。

三、重点研究

关于合理正当地行使解除权，应当包括在合理期限内通知定作人，明确表达解除合同之意，非基于恶意，也应坚持诚实信用原则。而本案下，定作人并没有举证证明其合理正当地行使了任意解除权，如上所述，定作人解除通知发出日期为 2018 年 2 月 2 日，签收日期为 2018 年 2 月 5 日下午，而被告已在 2018 年 2 月 5 日上午将定作模具送达原告工厂，原告显然未能合理正当地行使解除权利。

关于完成定作任务后的任意解除权，被告在 2018 年 1 月 1 日时已经将原告定作的模具做好，只是由于原告通知暂缓交货而等待通知，收到原告催告函时模具早已经全部完工，且模具加工与一般的定作物不一样，其完全是按照定作人要求的规格进行个性化定制，不可能再有其他销售渠道，此时显然不应当再赋予定作人任意解除权利，否则市场交易秩序将受到极大的威胁而变得混乱。事实上，实践案例也多支持定作任务完成后不得继续行使任意解除权，如山东省高级人民法院（2015）鲁商终字第 203 号民事判决书，认为《合同法》第 268 条规定，“之所以赋予定作人随时解除承揽合同的权利，其立法本意是为了避免发生不必要的损失。本案中，青能公司提供的设备已经交付并安装完毕，在此情况下，如果不结合违约事实而简单的赋予定作人任意解除权，既有悖于该法条的立法本意，也不利于纠纷的解决。”故而在承揽合同中，已经完成定作任务，定作人是不能继续行使任意解除权的。

四、案件小结

基于我们提出的上诉理由，及对关键事实的补充，特别是法院同意我们申请，去到原告公司现场调查，能够显示被告送货之事实。但由于被告无法充分证实原告通知被告暂缓交货之内容，仍存在被告被认为逾期交货而违约的可能。考虑诉讼风险，最终在法院主持下，被告与原告达成调解协议：解除双方签订的《模具加工定做合同》；被告退还原告预付款 20 万元，被告已加工的货物由被告自行处理，不再向原告交付；原被告双方权利义务终结。

该案件虽则最后处理完毕，但历经一二审，耗时一年多，也提醒客户在与合同相对方签署协议之前应仔细审查，另在合同履行过程中对于关键沟通记录特别是涉及变更合同规定的，最好通过书面形式予以确定，而尽量少通过电话或当面沟通确定，即便情况特殊，也应事后书面形式再次确认。且合同中待明确的部分，建议在履行中予以明确，如本案《合同》

中约定“供方送货到需方指定地点”，由于该指定地点并未明确，被告将货物送至原告工厂，原告仍予以否认，对被告而言存在较大风险和不利点。

对本案中承揽合同中的任意解除权，《合同法》第 268 条的确有规定，但也有条件限制：**定作人应当合理正当行使解除权（包括有效通知送达承揽人，坚持诚实信用原则等）；在承揽人已经基本完成定作任务的情形下，不应再赋予定作人任意解除权。**不过，如定作人不主张任意解除权，也可能会主张《合同法》第 94 条的法定解除权，在本案庭审中，原告即强调其既有任意解除权，同时也有法定解除权（其第一封催告函事实上是按照法定解除的催告通知进行的），但是，法定解除权更有明确限制条件，也应结合案件实际情况进行相应应对，以维护己方最大利益。

（本文首发于 2019 年 9 月 24 日）

特许经营

品牌方特许经营第一步：认识特许经营合同

金秀福、金香

“2013年9月MINISO名创优品进驻中国，自2015年开始，积极开拓国际市场，五年时间全球开店3500多家，2018年营收突破25亿美元。”

——来源“名创优品官网”

近几年来，越来越多的品牌方开始关注特许经营，对于品牌方来说，特许经营是能够在短期内实现融资及扩张的最具性价比的商业模式。

但在现实生活中，成功的“神话”少之又少，品牌方从开展特许经营开始，就会发现前方还有满满的“套路”在等待。因此，在开展特许经营前，我们建议品牌方透彻了解其商业模式以及相关法律规定、政策，随后再决定开展与否。有鉴于此，我们将以案例为中心，通过本专栏，为拟开展特许经营的品牌方介绍特许经营相关的法律知识。

品牌方作为特许人，通常具有较强的经济实力及信息优势，对于自身的经营模式、知识产权、行业情况都比较熟悉，而被特许人对此并不一定熟悉，相对处于弱势。因此，《商业特许经营管理条例》（以下简称“条例”）为了规范特许经营，保护被特许人的利益，对特许人做出了诸多管理性的强制规定，如对特许经营活动进行备案、规范信息披露、规定被特许人冷静期解除权等。如特许人出现未履行信息披露义务或提供虚假信息的情形，被特许人有权解除合同，这将对品牌方的日常经营产生不小影响。

因此，在发生纠纷时，认定涉案合同是否属于特许经营合同，对于法院最终判断合同是否可撤销、解除等具有非常重要的意义。

我们可以通过一则真实的典型案例来进行分析：

2015年7月11日，H公司与薛某签订《H品牌区域合作协议》并约定，H公司拥有其开发的“H品牌”手机APP平台相关的全部知识产权，并授权薛某为指定区域独家运营商，全权负责H公司“H品牌”APP平台在该地区的市场营运。薛某仅能为从事合作事项使用H公司开发的平台，H公司为此提供平台软件日常维护、升级和信息处理以及技术指导，薛某一次性支付H公司5年的**技术运维费用**共计4万元。

然而，签订合同后薛某发现，H公司的平台并不像其官网、宣传资料中所述的“具有较强的盈利性”，与之相反，该平台存在诸多问题，客观上不仅不能给消费者、商户、代理商代理便利，而且品牌知名度低，不具备广泛的推广性及竞争优势，故请求法院判令解除双方签订的合作协议书，并返还已支付的技术运维费4万元及已支付的其他必要费用2万元。

对此，H公司认为，因合作协议并非特许经营合同，且APP软件可正常使用，不应当解除协议。薛某则认为，双方签订的合作协议性质为特许经营合同，H公司存在虚假宣传且APP软件无法正常使用，其有权要求解除协议。

根据上述双方签订的合同内容，该案究竟属于特许经营合同纠纷，还是合作协议纠纷？

面对此问题，笔者认为，可以先看“合同名称”，再看具体的权利义务。

实务中，因合同双方对特许经营的相关法律认识不充分、无法准确识别合同性质；或因部分特许人为规避特许经营合同相关法律风险等原因故意使用其他名称，比如《加盟合同》、《连锁经营合同》、《项目合作协议》、《专柜经营协议》、《特约经销协议》等，故发生纠纷时，对涉案合同的性质双方往往各执一词。

《最高人民法院关于经济合同的名称与内容不一致时如何确定管辖权问题的批复》中也指出，当事人签订的经济合同虽有明确、规范的名称，但合同约定的权利义务内容与名称不一致的，应当以该合同约定的权利义务内容确定合同的性质。因此，如合同名称未使用特许经营合同的字样，但其约定的权利义务内容符合特许经营的特征，仍应当认定为特许经营合同。

结合上述案例，虽然双方签订的合同名称为《H 品牌区域合作协议》，但，如果双方约定的权利义务内容符合特许经营特征的，仍应当认定为特许经营合同。

那么特许经营合同的“性质”是指什么？如何区分它和其他经济合同呢？

一、 特许经营的“性质”

根据条例第三条规定：“商业特许经营是指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业（特许人），以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者（被特许人）使用，被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营，并向特许人支付特许经营费用的经营活动。”

特许经营的法律特征主要有以下三点：

- 1.特许人拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术，以及在先使用并具有一定影响的未注册商标、商业秘密、字号商号等具有知识产权属性的经营资源；
- 2.被特许人在特许人授权的特定经营模式下使用特许人的经营资源；
- 3.被特许人向特许人支付特许经营费。

二、 特许经营合同与其他经济合同的区别

从特许经营的法律特征可以看出，因特许经营模式可能涉及作为经营资源的知识产权的许可或特许产品销售、促销等内容，故经常与知识产权许可合同、销售代理合同、买卖合同混淆。

1.特许经营合同与知识产权许可合同的区别

知识产权许可合同是指知识产权人将其拥有的知识产权许可他人使用的合同，包括独占许可使用合同、排他许可使用合同和一般许可使用合同。

特许经营合同与知识产权合同最主要区别在于：**特许经营合同的履行需要依照统一的经营模式进行，而知识产权使用许可合同的履行不存在统一的经营模式【参考案例：如（2016）最高法民申 3368 号一案】。**

2.特许经营合同与销售代理合同的区别

销售代理合同并非《合同法》所规定的一种合同类型，一般是指销售/代理商基于合同约定就附有某一制造商的特定商品进行持续性地买入再卖出，或者受委托代为经销某产品，因此同时兼具买卖合同与委托合同关系。

相比于特许经营合同，两者的主要区别在于：

（1）经营目的不同

特许人开展特许经营活动的最核心目的在于提高品牌知名度，并实现融资或“低投入扩张”，而在销售代理活动中，其重点在于提高产品的销量。

（2）许可内容不同

特许经营合同许可内容为经营资源和经营模式的许可使用，而销售代理合同并不涉及相关经营资源和经营模式的许可使用。

（3）承担的法律风险不同

在特许经营活动中，被特许人应自行承担其经营结果、风险与法律责任。而在销售代理

活动中，销售商基本上不承担经营风险、法律责任等。

（4）支付的费用不同

特许经营合同中的被特许人需要支付经营资源的使用费，而销售代理合同中销售商支付的是商品的价金。

三、特许经营合同与买卖合同的区分

买卖合同是指出卖人转移标的物所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

买卖合同与特许经营合同最大的区别也在于，买卖合同不涉及经营模式及经营资源的许可使用，且买卖合同支付的是买卖标的物的对价，而不是特许经营使用费。

结合上述特许经营的法律特征、与其他经济合同区别，回到上述案例，针对 H 公司与薛某签订的合同，法院认为：

1.“H 品牌”是 H 公司拥有的商业经营资源

双方签订的协议对“H 品牌”释义为“H 公司制作并拥有全部知识产权的 H 品牌手机 APP 应用软件、官网、渠道商后台管理系统、商户后台管理系统、注册商标以及以之为载体搭建的品牌商业模式”，从该释义中可以看出“H 品牌”是被告具有知识产权的，并综合了应用软件、网站、管理系统、商标等多种因素的“商业模式”，“H 品牌”即 H 公司拥有的商业经营资源。

2.薛某在其取得授权的特定经营模式下使用“H 品牌”经营资源

双方签订协议中约定了薛某能且仅能在自己的合作区域内从事合作事宜，薛某对“H 品牌”商业模式的使用具有地域限定性。

3.薛某支付名为技术运维费，实为特许经营费用

协议中，双方约定了技术运维费，即薛某使用 H 公司开发的“H 品牌”平台、H 公司为此提供的“H 品牌”平台软件日常维护、升级和信息数据处理以及技术指导费用，虽然名称为“技术运维费”，但从其表述上来看亦属于薛某为使用 H 公司“H 品牌”经营资源而支付的费用。

因此，法院认为 H 公司拥有“H 品牌”经营资源，薛某为使用该经营资源而与 H 公司订立涉案协议并支付了相应对价，双方之间的协议具有特许经营合同性质，性质上属于特许经营合同。

最后，因 H 公司的宣传文件中确实存在虚假宣传的部分，法院最终判决薛某有权解除合同的同时，判决 H 公司返还部分技术运维费用。

结语：

目前，特许经营已从传统的“线下”发展至“线上”，其商业领域也从传统的餐饮、酒店等行业扩展到化妆品、健身、教育等众多商业领域。因此，在开展特许经营前，请品牌方务必了解商业模式的法律特征以及与传统合作模式的区别，有效规避相关法律风险。

接下去我们将对特许经营中的合同效力、股权结构、知识产权、劳动人事等常见问题进行分析解读，如您对特许经营有疑惑，也可添加客服小星为好友进行免费咨询。

（本文首发于 2019 年 7 月 30 日）

不具备“两店一年”、“备案”等条件，特许经营合同效力如何？

金秀福、金香

《商业特许经营管理条例》（以下简称为“条例”）为保护被特许人的利益，对从事特许经营的特许人应具备的条件进行了很多规定，如特许人必须是企业，应具备“两店一年”、进行“备案”等。

笔者在研究近几年国内经典特许经营纠纷案例时发现，上述规定虽然保护被特许人的合法权益，但，反而被一些被特许人恶意利用，如当开展特许经营一段时间后，出现经营不善、未达到逾期效益而想退出特许经营活动时，经常以特许人不具备“两店一年”、“备案”、“夸大经营效益”等理由，主张双方签订的《特许经营合同》无效或可撤销，并要求返还支付的加盟费、保证金等，实现“全身而退”。

那么当出现上述情况时，已签订的合同是否当然无效？若合同被认定为无效，特许人应承担什么样的法律责任呢？本文将结合《商业特许经营管理条例》，对特许经营合同的效力进行梳理。

案例：

Y 公司与李某签订“Z 品牌娱乐美食餐厅特许经营合同”，约定由 Y 公司授权李某使用“Z 品牌”商标，并提供专业、规范的系列教育培训、全套技术资料、产品宣传和营销策划、相关产品、设备等，李某向 Y 公司支付加盟费、保证金、产品宣传费用、设备使用费等共计人民币 60 万元。

然而李某在履行合同过程中发现，Y 公司不具备“两店一年”的经营条件，甚至也没有进行特许经营备案。因此，李某认为，Y 公司不具备开展特许经营的资格，诉至法院请求法院判令双方签订的特许经营合同无效、Y 公司返还其已支付的加盟费等费用共计 60 万元及利息。

李某的主张能否得到支持？

一、不具备“两店一年”、“备案”条件时特许经营合同的效力认定

根据《合同法》第 52 第 5 款和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第 14 条规定，只有违反法律及行政法规的效力性强制规定，才产生合同无效的法律后果，而违反管理性强制规定，只产生取缔、处罚等管理后果，不产生合同无效的法律后果。

据此可以看出，《条例》虽然是行政法规，但只有违反《条例》的效力性强制规定的特许经营合同才无效，违反管理性强制规定并不会导致合同无效。因此，判断《条例》规定的“两店一年”、“备案”等是否属于行政法规的效力性强制规定，是判断涉案特许经营合同效力的重要依据之一。

1.“两店一年”相关

《广西壮族自治区高级人民法院关于不具备“拥有至少 2 个直营店且经营时间超过 1 年”的特许人所签订的特许经营合同是否有效的复函》中，最高人民法院知识产权审判庭批复认为：2007 年 5 月 1 日起施行的《条例》第 7 条第 2 款关于“特许人从事特许经营活动应当拥有至少 2 个直营店，并且经营时间超过 1 年”的规定，属于行政法规的管理性强制性规定。

因此，特许人不具备“两店一年”的条件，并不当然导致其与他人签订的特许经营合同无效。

2.“备案”相关

根据《条例》25 条规定，“特许人未依照本条例第八条的规定向商务主管部门备案的，由商务主管部门责令限期备案，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款；逾期仍不备案的，处 5 万元以上 10 万元以下的罚款，并予以公告”。从该规定可以看出，违反该条例的法律后果是由商务主管部门对特许人进行相应的处罚，并非否定特许经营合同的效力，故不得以此作为认定合同无效的依据。

因此，特许人未进行“备案”的，同样也并不当然导致特许经营合同无效，但可能会被商务主管部门进行处罚。

结合本案例，李某主张合同无效的理由为 Y 公司不具备《条例》规定的“两店一年”、“备案”等条件。但是，上述“两店一年”及“备案”的规定均属于管理性强制性规定，也就是说，李某认为 Y 公司不符合该规定，不具备开展特许经营的资格，可以请求相关行政机关作出相应处理，但这不必然影响涉案特许经营合同的效力。故法院最终驳回了李某的诉讼请求。

二、特许经营合同无效、撤销的情形

特许经营合同，就其本质而言，应是一种特殊的有名合同。针对特许经营，国务院和商务部分别制定了《条例》、《商业特许经营备案管理办法》等行政法规及部门规章，各地方政府也结合本地具体情况制定了相关规范性文件。根据《合同法》、《条例》等规定，我们可以将特许经营合同无效、撤销的情形总结如下：

1.特许经营合同无效的情形

(1) 存在《合同法》第 52 条规定的情形，如一方以欺诈、胁迫的手段订立特许经营合同，损害国家利益；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；以合法形式掩盖非法目的；损害社会公共利益；违反法律、行政法规的强制性规定；

(2) 特许人违反《条例》效力性强制规定，如特许人是企业以外的主体、特许人未获得批准、经营资源超过期限等情形。

2.特许经营合同可撤销的情形

(1) 存在《合同法》第 54 条规定的情形，如因重大误解、显示公平、欺诈、胁迫、乘人之危订立的特许经营合同；

(2) 特许人隐瞒重大变更信息或者提供虚假信息、夸大经营资源，致使被特许人缔约或给被特许人从事特许经营业务造成实质影响的。

三、特许经营合同被认定为无效、被撤销的法律责任

假设，在上述案例中 Y 公司违反的是《条例》中规定的效力性强制规定，如，作为特许人的 Y 公司不是企业（《条例》第三条规定，企业以外的其他单位和个人不得作为特许人从事特许经营活动，属于效力性强制规定），致使特许经营合同被认定为无效，或存在夸大经营资源等情形，致使特许经营合同被撤销的，此时，Y 公司需承担什么样的法律责任呢？

根据《合同法》第 56 条规定，“无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力”；第 58 条规定，“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”。据此，需承担的法律责任可以总结为：

1.返还财产

因合同无效或者被撤销后，合同当事人的财产状况应恢复到未订立合同时的状况，无论接受财产的特许人或被特许人是否存在过错，都负有返还财产的义务。

因此，在上述案件中，如合同无效或者被撤销，双方对于已交付给对方的财产，如李某

交付的加盟金、保证金等费用，Y公司提供的产品、设备，均享有返还请求权。

在实务中，特许经营模式中可能存在无形财产的交付情形，如注册商标、专利权的使用许可等，在此种情形时因无法返还，可能需要折价补偿给对方当事人。

2. 损害赔偿

特许经营合同无效或被撤销的情况下，特许人需承担的损害赔偿责任一般包括：

(1) 订立合同的费用，如被特许人前往特许人经营地考察、赴签约地签约所支付的交通费、通讯费等；

(2) 履行合同所支出的费用，包括准备履行合同所支出的费用和实际履行合同支出的费用，如被特许人为了受领标的物所预付的仓储费用，被特许人为履行特许经营合同所支出的广告费、装修费、员工工资、租金等。

此外，被特许人因履行特许经营合同受到了行政处罚，特许人对此有过错的，可能需要对罚金进行赔偿。

结语：

上述分析可见，特许人某些条件上的一些欠缺，未必导致合同无效或可撤销，具体需看违反的是管理性强制规定还是效力性强制规定。但在面对又“精”又“抠”的被特许人时，特许人务必提高警惕，有必要提前建立完善的合规经营体系，并在签订合同前如实告知经营风险，实现特许经营模式下的高效益，也减少不必要的诉累。

（本文首发于 2019 年 8 月 6 日）

从“冷静期”、“信息披露义务”看特许经营合同中的解除权

金秀福、金香

《商业特许经营管理条例》（以下简称“条例”）中有很多具有特色的条款，比如前一篇文章中介绍到的“两店一年”、“备案”等条款，本文主要通过另一特色条款——“冷静期”和“信息披露义务”条款来阐述特许经营合同的解除权问题。

特许经营合同，作为特殊的有名合同，在适用法律依据方面应优先适用“条例”中的规定，如果“条例”中没有明确规定的，也可以延用《合同法》相关条款予以处理。《特许经营合同》的解除权亦是如此。

一、《合同法》关于合同解除的规定

1. 约定解除

《合同法》第 93 条规定，当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同条件成就时，解除权人可以解除合同。有鉴于此，双方当事人既可以在签订合同时对合同解除的条件进行事前约定，也可以在事后协商一致解除合同。

特许经营合同中常见的约定解除的条款，例如：“不得擅自变更被特许人主要股东及法定代表人，如存在此类情形特许人可单方解除合同并要求赔偿”，“不得擅自放弃经营 X 日，如超过 X 日，特许人有权单方解除合同”等。

2. 法定解除

《合同法》第 94 条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

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

从上述规定来看，合同解除的条件主要包括因客观原因履行不能和违约两种情形。从违约程度来看，只有违约方的违约情节严重，致使合同根本目的无法实现时，守约方才可以解除合同。根据《北京市高级人民法院关于审理商业特许经营合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》（以下简称“指导意见”）第 13 条的规定，特许经营合同的根本目的是指被特许人在特许人指导下使用特许人的相关经营资源，在特定经营模式下开展特许业务。除当事人另有约定外，被特许人是否盈利不属于特许经营合同的根本目的。

在特许经营活动中常见的法定解除情形为：因特许人或被特许人无故停止履行合同；特许人提供的产品不符合国家法律、法规规定；被特许人未按照要求使用经营资源等原因，导致无法实现特许经营合同目的的情况下，守约方可行使合同解除权。

二、《条例》关于合同解除的规定

1. “冷静期”条款

《条例》第 12 条规定，特许人和被特许人应当在特许经营合同中约定，被特许人在特许经营合同订立后一定期限内，可以单方解除合同。该条款实际上赋予了被特许人在一定条件下任意解除合同的权利，这显然在我国的立法中比较少见。

究其立法背景和目的，一方面是起草《条例》时参考了国外关于“冷静期”条款，如《澳

大利亚特许经营行为准则》第 13 条规定，被特许人有权在签订特许经营合同的 7 天之内解除合同^[1]；另一方面是考虑到在《条例》制定以前，因我国特许经营活动开展不规范，导致被特许人损失惨重，甚至发生集体诉讼等情况较多，为加强对被特许人的保护，给予被特许人一定的补救措施。

那么“冷静期”条款的法律性质是什么？应如何理解“一定期限”呢？

（1）“冷静期”条款的法律性质

从《条例》第 12 条的内容来看，“冷静期”条款不同于《合同法》规定的约定解除或法定解除的情形，而是法律规定被特许人必须享有的，且不依据任何条件而存在。因此，“冷静期”条款属于行政法规的强制性规范，即便在合同中未进行约定，被特许人也当然地享有该项解除权。

实务中，部分特许人为了规避被特许人行使上述任意解除权，在合同中约定“被特许人放弃行使任意解除权”，但，如上述分析，该条款属于行政法规的强制性规范，而不是任由当事人可以选择的任意性条款，故不能通过合同约定予以排除。

（2）应如何理解“一定期限”？

被特许人行使解除权的期限认定存在两种情形，一种是在特许经营合同中进行了明确约定，有约定，从约定；而另一种是合同没有约定单方解除权，或虽然约定被特许人的单方解除权，但未约定期限，实践中往往因第二种情况产生争议。

目前，“一定期限”应如何确认仍存在争议，但北京高院、上海高院对此进行了相关规定：

根据“指导意见”第 18 条第 2 款，特许人和被特许人未约定被特许人在特许经营合同订立后一定期限内可以单方解除合同的，被特许人在特许经营合同订立后的合理期限内仍可以单方解除合同，但被特许人已经实际利用经营资源的除外。

根据《上海市高级人民法院关于审理特许经营合同纠纷案件若干问题的解答》对于“一定期限”的解答，认为一般不宜过长，通常应掌握在特许人的经营资源尚未被被特许人实际利用之前为宜。

有鉴于此，目前，在司法实践中，已经有很多判决采用上述观点，如（2018）鲁民终 223 号案件民事判决书中，法院认为，虽然《条例》赋予被特许人在一定期限内解除合同的权利，但该一定期限应以被特许人是否实际使用了特许人的经营资源进行经营为限。

2.违反信息披露义务

《条例》第 22 条中规定了特许人应当披露的信息有：特许人的名称、住所、法定代表人、注册资本额、经营范围以及从事特许经营活动的基本情况；特许人的注册商标、企业标志、专利、专有技术和经营模式的基本情况；特许经营费用的种类、金额和支付方式（包括是否收取保证金以及保证金的返还条件和返还方式）等十二个方面的信息。

第 23 条第 3 款规定特许人隐藏有关信息或者提供虚假信息的，被特许人可以解除特许经营合同。

但《条例》并未就上述隐瞒信息和虚假信息作出性质上的界定，对此，《指导意见》第 15 条作出了进一步的说明，对特许人欺诈的认定，应综合考虑特许人隐瞒的信息、提供的虚假信息或夸大的经营资源与合同目的的关联性、与真实信息的背离程度及其对特许经营合同订立和履行的影响程度等因素。同时规定，特许人在订立合同过程中隐瞒、提供或者夸大直接关系到特许经营实质内容的相关信息或经营资源，足以导致被特许人签订特许经营合同的，被特许人可以请求撤销或者依法解除该特许经营合同。

实务中，特许经营与知识产权密不可分，同时，被特许人判断特许人的经营模式是否成

功、成熟时，考察特许人是否具备“两店一年”对判断特许人经营模式有着重要作用，故，如果特许人刻意隐瞒或者虚假提供这方面的信息，很可能直接被认定为“违反信息披露义务”。

如此前在抖音平台上爆红的网红奶茶“答案茶”，正是因特许人就其未取得注册商标、不具备“两店一年”、“备案”等事实故意隐瞒或未进行披露，而特许人隐瞒的前述信息对特许经营合同订立和履行存在影响，故最终判决合同解除，责令特许人返还其已收取的合作费等费用【案号：（2018）苏 8602 民初 1076 号】。

结语：

《条例》中之所以规定“冷静期”条款以及特许人信息披露义务等内容，是为了让特许人更加合规地展开特许经营活动，同时也防止被特许人因一时冲动加盟，造成“血本无归”。

因此，品牌方开展特许经营活动前，务必对其经营资源的取得情况、特许经营条件具备与否进行明确确认后，再决定开展特许经营，否则，盲目开展特许经营活动后会引发一系列纠纷。

注：

[1]北京市朝阳区法院召开“特许经营案件法律问题研讨会”时商务部、北京市商务委员会代表介绍

（本文首发于 2019 年 8 月 13 日）

“两店一年”之直营店的设立指南

金秀福、金香

前几篇文章中笔者一直提到“两店一年”，但对其具体内涵，特别是具备何种条件才能称之为直营店？直营店的设立形式应为分公司还是子公司？分公司能否享有股权？等问题，很多读者还是云里雾里。

有鉴于此，本文主要以问答的形式对直营店相关的上述问题进行阐明。

问题一：特许人设立的直营店应具备何种条件？

从立法目的上进行分析，《商业特许经营管理条例》（“以下简称“条例”）设定“两店一年”的条款，主要是从量化特许人是否具有持续经营及成熟的经营模式、是否具备特许经营的条件等角度进行考虑的，因此开展特许经营活动时，要求特许人除确保具备经营资源外，还要成立两家直营店并均持续经营1年。即“两店一年”是判断特许人是否具有持续经营及成熟经营模式的量化标准之一。

大家可能对直营店的定义产生疑问，对此《条例》并没有进行界定，但商务部门在备案实务中常用的认定标准为：“由特许人拥有的直营店铺包括全资拥有和控股拥有，且直营店与特许人应属同一品牌、同一业务性质。在实践中表现为分公司、子公司（控股）、店中店等多种形式”。

据此，我们可以看出直营店需符合如下条件：

（1）特许人全资拥有或控股拥有

特许人全资拥有可以分为两种，一种是指特许人是店铺的唯一股东，即特许人100%控股，这时直营店的表现形式为特许人的全资子公司；另一种是特许人直接设立分公司形式的店铺，直营店属于特许人的分支机构。

特许人控股拥有是指特许人虽不是店铺的唯一股东，但股权比例在50%以上，可以控股。在寸土寸金的一线城市，特许人与被特许人共同投资设立店铺，但由特许人控股的情形也是比较常见的，此时的店铺可以被认定为特许人的直营店，其表现形式为控股子公司。

（2）直营店与特许人应属于同一品牌、同一业务性质

比如大家所知一线化妆品品牌欧莱雅集团旗下有“兰蔻”和“圣罗兰”等品牌，假设“兰蔻”品牌已有很多直营店，但“圣罗兰”品牌只有一家直营店，此种情况下能否将“兰蔻”品牌直营店作为自己的直营店进行特许经营备案呢？答案是否定的。因为即使“兰蔻”品牌的经营模式已经达到相当之成熟，这也并不能代表“圣罗兰”的商业模式已经达到成熟化。因此，从满足“同一品牌”要求的角度出发，直营店应当与特许业务是在同一品牌下运营的。

再如，“玛丽阿姨”品牌是衣物干洗，假设某一天“玛丽阿姨”觉得咖啡行业很有市场，于是决定展开“玛丽阿姨”咖啡店特许经营业务。很显然，“玛丽阿姨”即使有再多的衣物干洗相关直营店，也不符合“两店一年”的标准，因为干洗行业与咖啡行业截然是不同的业务性质。从满足“同一业务性质”要求的角度出发，直营店运营的业务必须与特许业务相同。

问题二：特许人设立直营店时设立分公司还是子公司？

如上所述，设立直营店时其设立形式可以是分公司、子公司（控股）、店中店等多种形式，因此，在实务中，特许人常在设立分公司还是子公司等问题上“纠结”。那么分公司与子公司中，特许人应如何选择呢？

从两者的法律概念分析，分公司与子公司最核心的区别在于法人资格的有无、承担债务

的责任方式等。根据《公司法》等相关法律规定，分公司不具备法人资格，其民事责任由总公司承担；而子公司具备独立法人资格，且可以独立承担民事责任。

原则上，特许人可选择任一形式设立直营店，但实务中，特许人普遍更倾向于设立分公司。

究其原因，是因为行使管理权的“便利性”。因子公司享有独立的法人资格，特许人对子公司的控制必须符合一定的法律条件，不得采取直接控制，更多的是采用间接控制方式，即通过任免子公司董事或高管的方式来影响子公司的生产经营决策。而分公司则不同，其人事、业务、财务均受特许人的直接控制，且应当在特许人的经营范围内从事经营活动。除此之外，从公司设立的便捷性以及税收等角度来说，设立分公司比设立子公司“性价比”更高。

然而，除去上述管理权、设立、税收等问题，从特许人承担经营风险的角度而言，设立子公司形式的直营店更为有利。因为在子公司形式的直营店发生对外债务时，特许人作为子公司的最大股东，仅以其出资额为限对子公司在经营活动中的债务承担责任，子公司作为独立的法人，以子公司自身的全部财产为限对其经营负债承担责任。而分公司性质的直营店发生对外债务时，由于分公司没有独立的财产，与特许人在经济上统一核算，因此，对其经营活动中的负债由特许人负责清偿，即，特许人以全部资产为限对分公司在经营活动中的债务承担责任。

因此，上述实践中常见设立直营店的形式各有利弊，特许人可结合自身实际情况选择设立。

问题三：分公司股权是否可以出售？

实务中，有不少被特许人与特许人为“深层捆绑利益”，共同设立公司开展特许经营活动，一般情况下，双方会签订《合作协议》就共同设立公司，并开展特许经营事宜进行充分协商、确认。但，实务中，曾出现过如下“荒唐”的案例。

孙某欲加盟某餐饮公司，但考虑到其前期投资成本，其与特许人上海某餐饮公司进行协商后，签署《合作经营协议》并约定，由双方共同设立一家上海某餐饮公司分公司作为加盟店，特许人收取孙某的投资款后，并给予孙某该分公司 60%的股权。孙某一直认为分公司同样属于“法人”的一种，因此，签订合作协议时并没有在意。但，拿到营业执照后发现，分公司为非独立法人，其股权根本就没有出售、转让一说。因此，孙某以特许人上海某餐饮公司以加盟的方式出售其分公司股份的行为违反法律规定为由，主张双方签订的合同无效。

因特许人的行为违反法律规定，故法院最终判决双方签订《合作经营协议》无效，判决特许人限期返还已收取的投资款等费用。

结语：

随着我国特许经营模式不断地发展和多样化，无论是特许人还是被特许人，均应当重视在特许经营模式下的特许人、直营店、加盟店等主体的股权架构设计及合作协议的风险评估。

（本文首发于 2019 年 8 月 20 日）

一文了解经营资源之知识产权规划

金秀福、金香

特许人与被特许人在特许经营模式中可获得的“利益”分别为：特许人以低成本获得“融资”的同时，获得新的市场销售渠道，而被特许人获得的是商标、企业标志、专利技术以及特许人成熟及具有市场竞争力的经营模式的使用权。

因特许经营的核心内容是经营资源的授权，因此，判断特许人是否具备经营资源，是特许人开展特许经营活动的“大前提”。而实务中，特许人的经营资源主要体现在知识产权，本文主要介绍能够作为经营资源的知识产权。

一、何为经营资源？

《商业特许经营管理条例》（以下简称“条例”）第三条列举了特许人拥有的经营资源，主要包括**注册商标、企业标志、专利、专有技术**等。

司法实践中，《北京市高级人民法院关于审理商业特许经营合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见》第二条规定，经营资源既包括注册商标、企业标志、专利，也包括字号、商业秘密、具有独特风格的整体营业形象，以及在先使用并具有一定影响的未注册商标等能够形成某种市场竞争优势的经营资源。

《上海市高级人民法院关于审理特许经营合同纠纷案件若干问题的解答》第一条中规定，经营资源是指注册商标、企业标志、专利、专有技术，以及在先使用并具有一定影响的未注册商标、商业秘密、字号商号等具有知识产权属性的经营资源。

除此之外，实务中，特许经营过程中的文件和资料，如经营手册、广告宣传、店面设计等，也同样受《中华人民共和国著作权法》的保护。

二、经营资源的主要表现形式

根据上述规定内容，我们可以将经营资源整理为如下几种：

1. 商标

在实务中，无论是在销售产品还是提供服务，都不可缺少具备相应的形象标志，特别是在特许经营模式中，商标即代表特许人的商誉，也代表特许人提供的产品或服务的一项保证。因此，特许经营与商标权密不可分。

在特许经营活动过程中，作为经营资源的商标，主要有如下几种情形：

（1）以特许人名义注册的商标。因特许人拥有完整的商标权，可以许可被特许人使用其商标；

（2）特许人本身不是商标所有权人，但经商标所有权人授权取得使用权的商标。因特许人拥有商标的使用权，可以将商标使用权分许可给被特许人。此时，特许人应确保，其取得的授权范围明确包含商标使用权的再许可权；

（3）在先使用并具有一定影响的未注册商标。根据《商标法》规定，未注册的商标未取得商标专用权，原则上不受《商标法》的保护，但，如果未注册商标经过使用具有一定影响时，其未注册商标上所附着的商誉一定程度上具有了财产价值，故即便未注册成功，也成为受法律保护的一项合法权益。同时，在实务中，因商标注册周期较长，如一味地要求特许人一定要使用注册商标，可能会影响部分特许经营活动的开展，因此，商务主管部门针对注册商标办理时间过长采取了变通措施，即，特许人拟将未注册商标作为经营资源进行备案时，可将已取得商标受理通知书的商标和已获得版权登记书的版权共同认作为一个经营资源。因

此，特许人在开展特许经营活动时，如无法取得相关注册商标时，可以在向商标局申请注册商标的同时申请版权保护，因版权登记的办理时间一般约一个月，不会耽误特许项目的开展。而需特许人注意的是，特许人必须如实地将商标注册的实际情况披露给被特许人，否则可能存在合同被解除或撤销的风险。

2. 专利

《专利法》上的专利包括发明、实用新型、外观设计。与注册商标不同的是，专利权具有相应的保护期，超过法定保护期限的专利中的技术方案或设计将进入公有领域，任何人都可以自由使用，故专利权因期满终止后不能再作为特许经营中的经营资源。

因此，如特许人将专利权作为经营资源的，应注意以下几点：

(1) 特许经营协议期限应短于或等于专利权的有效期限(专利有效期：发明专利 20 年；实用新型和外观专利 10 年)；

(2) 特许人与被特许人在签订特许经营合同时，应考虑被特许人对专利进行改进后专利权的归属问题，如被特许人在特许经营活动过程中完成的与特许经营中的专利技术相关的发明创造，被特许人应当转让或者反向授权给特许人，使得特许人可以推广到整个特许经营体系之中，被特许人对此应当向特许人支付一定的费用。这样既可以鼓励被特许人发明创造，又有利于整体提高特许经营体系的技术水平。

3. 商业秘密、专有技术

根据《反不正当竞争法》的规定，所谓商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。专有技术或称诀窍、技术信息或技术秘密，是指在产品的生产和制造过程中的技术诀窍或秘密技术、非专利技术成果，也有人称之为工业秘密。在特许经营模式中，商业秘密或专有技术，体现比较多的是餐饮特许经营中食品的配方。

在实务中，部分特许人在未取得商标权或专利权时，将其经营资源归类为商业秘密或专有技术，然，从上述定义中可以看出，作为经营资源的商业秘密、专有技术应具备如下条件：

(1) 秘密性。此种信息应不为公众所知悉，也不易于取得。如美国可口可乐畅销世界已达 100 多年，但其配方只有 10 人左右知晓，该配方就是一种典型的商业秘密。

(2) 实用性。必须是能够在经营中运用的，同时，能够为特许人带来经济利益。

(3) 保密性。特许人应对商业秘密进行管理，要采取合理的保密措施。

如特许人的经营资源不具备以上条件，将不得作为特许经营模式中的经营资源来使用，否则，同样存在特许经营合同被解除或撤销的风险。

4. 著作权

特许经营体系中的著作权往往体现在特许经营过程中涉及的各种文件和资料之中，常见且能够构成《著作权法》意义上作品的文件和资料主要如下：

(1) 特许经营手册。特许经营手册一般是特许人为规范特许经营体系以及为指导、监督被特许人而编制的文件，内容一般包括知识产权的使用规范、服务及售后标准、门店陈列、雇员要求等。根据其表现形式，可以构成《著作权法》上文字作品的构成条件。

(2) 店面设计装潢图纸及店面设计。特许经营中“统一形象”至关重要，为实现“统一形象”，特许人在店面设计、装潢等方面会要求被特许人按照特许人的要求设计，一般情况下特许人会提供装修图纸或效果图、单店设计模型，此时，特许人提供的设计图纸、模型等具有特定的装修风格的，属于《著作权法》上的图形作品或模型作品。而具有一定建筑风格的

实体店铺，则可能属于《著作权法》上建筑作品。

需注意的是，因各地区的消费习惯、文化、习俗都存在不同，被特许人可能会对特许人经营手册、店面装修设计时进行修改，因此，在特许经营合同中，除约定构成著作权作品的归属、保护等内容外，建议进一步对修改后著作权归属做出明确约定。

三、特许人不具备知识产权的法律风险

简单的商品经销并不是当今特许经营的主流，商标以及单店经营模式的许可已经成为特许经营的“标配”。从这一角度也可看出，知识产权渗透在特许经营的每一个环节中，因此，知识产权的开发和利用，对特许人来说是其产品或服务商业价值的体现。因此，在现代特许经营模式下，如特许人不具备知识产权，其本身的商业价值受影响的同时，还会有如下法律风险。

1.“山寨”品牌的出现。这种情况大多发生在国外的特许人身上，因国外的特许人对其进军中国市场的时期无法准确预估，故在知识产权布局上“遗忘”中国这个市场，以至于想进军中国市场时却发现自己的品牌标识早已被其他人抢注，如2015年曾风靡一时的韩国咖啡品牌“雪冰”，其商标“雪冰”被多人恶意抢注，市面上出现多个“山寨店”，且这些“山寨店”都可以做到以假乱真的程度，给特许人开展特许经营造成严重阻碍。

2.特许经营合同的解除或撤销。如特许人未就特许品牌注册商标或者不具备知识产权，可能会导致已签订的合同解除或撤销，如在此前文章中提起的“答案茶”案例等。

因此，如特许人在不具备知识产权的情形下开展特许经营活动，反而给部分造假分子提供“山寨”的机会。同时，当“山寨店”达到以假乱真的程度，不但会导致特许人的商誉受到影响，还会使特许人开展特许经营活动严重受阻的同时遭受严重的经济损失。

结语：

知识产权在特许经营活动中是必不可少的“因素”，因此，特许人在开展特许经营活动前，务必做好自身的知识产权布局，并有效防范特许经营过程中知识产权遭受侵犯，否则，即便搭建了完美的特许经营体系，也可能会随时“崩塌”。

（本文首发于2019年8月27日）

特许经营模式下常见的劳动人事争议防范

金秀福、金香

在特许经营模式中，特许人为维护品牌统一的形象，在被特许人门店形象管理、人员管理、服务规范等方面会做出“高度统一”的要求。同时，也会在被特许人门店负责人、导购员、销售等人员的工作职责、培训、考勤管理等方面实行统一管理。

但，有时正是因为此种管理会产生高度的“关联性”，抑或是特许双方自身经营原因等，发生劳动人事纠纷的情形非常多。因此，本文通过几篇案例，细说特许经营模式下常见的劳动人事争议。

一、劳动关系确认相关纠纷

案例：

A 公司系一家炸鸡品牌的特许人，其在上海市内拥有近 10 余家加盟店。2018 年 4 月，黄某在招聘网站上看到“炸鸡品牌中山店”招聘员工的招募信息后，便前往该品牌中山店进行面试。经面试入职后，黄某的主要工作内容为炸鸡排、收银，工作时间每天 6~8 小时，时薪 19 元，一周一结，且每天都上班无双休日，甚至，自 2018 年 10 月开始，黄某上午在炸鸡品牌的文汇店工作，下午回中山店工作，每天工作 12 小时。

黄某认为，“炸鸡品牌”的工作安排，严重侵害其休息的权利，因此，向法院起诉“炸鸡品牌”特许人 A 公司，要求其支付未签订劳动合同的双倍工资及加班费等。对于用工主体，黄某认为，虽然其在炸鸡品牌“分店”工作，但，该“分店”依然是“炸鸡品牌”的门店，因此，其实际用工主体是 A 公司。

对此，A 公司在庭审中提供了 A 公司与黄某实际工作的“中山店”、“文汇店”签署的《特许经营合同》，证明黄某的事实劳动关系与加盟店建立，与 A 公司无关联。

因此，法院认为：“A 公司提供证据证明黄某工作的门店并非由 A 公司直接经营。同时，本案现有证据，尚不足以证明 A 公司与黄某之间符合劳动关系的特征，故黄某要求确认与 A 公司之间存在劳动关系，进而要求 A 公司支付未签劳动合同二倍工资差额以及加班工资的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，本院难以支持。”

律师建议：

实务中，加盟店侵害劳动者合法权益的案例屡见不鲜，由于加盟店使用的是特许人授权的“品牌”，对于劳动者来说有可能对特许经营模式不知情，从而认为其实际与“品牌”特许人存在劳动关系，而有的劳动者虽然知情，但认为既然“品牌方”强大且支付能力强，索性就“黏上”品牌特许人以求得到相应的保障。

因此，建议特许人在从事特许经营活动中，明确其“品牌”信息的使用范围，且通过合同或规章制度等方式明确劳动关系相关内容。

二、“门店”性质变更时的劳动关系纠纷

案例：

近日，北京 B 房地产经纪公司为调整市场战略，将旗下直营店全部转为加盟店。随后，B 房地产经纪公司召开员工大会公布这一事项，并说明：“直营店员工需在 2 个月内与加盟店主体重新签订劳动合同，在直营店期间的“工龄”，将由加盟店承继，相关岗位、薪资标准以重新签订的劳动合同为准”。

但员工王某在重新签订劳动合同时发现，其岗位被调整的同时薪资也被降低，当初 B 房

地产公司保证的“工龄承继”部分均没有体现。因此，王某向 B 房地产公司提出拒绝签订新劳动合同，按原劳动合同签订内容继续履行的要求。

然而，这一要求被 B 房地产公司拒绝，后续王某前往 B 房地产公司讨说法时被拒之门外，随后，反而收到 B 房地产公司解除劳动合同并不予赔偿或补偿任何经济补偿的通知。

律师建议：

近年来，有不少品牌在开展特许经营的路上遇到重重困难，需要重新调整其战略布局，而此时，不少特许人为节省成本，出现趁机“团灭”加盟店或直营店员工，或趁机降低薪资标准等情况。

那么特许人的直营店转为加盟店或加盟店转为直营店，必然导致原劳动合同无效或无法继续履行吗？

实际上，特许人将直营店转为加盟店时，劳动人事意义上的用人单位可能发生分立；相反，加盟店转为直营店时，用人单位可能发生合并。

根据《劳动合同法》第 33 条规定：“用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。”第 34 条规定：“用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。”

因此，无论用人单位分立或合并，这些都是劳动合同主体变化而非内容变化，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。

故在上述案例中，B 房地产经纪公司在其直营店转为加盟店时，虽然发生公司分立，但，原劳动合同继续有效，劳动合同由加盟店主体作为用人单位继续履行。同时，相关薪资标准等须仍然适用原劳动合同约定，不得随意进行调整，如确实因客观原因需调整员工的岗位等的，需与员工充分协商进行确认。

三、群体性劳动纠纷

案例：

李某等人原系 C 品牌教育机构加盟店的老师，与 C 品牌教育机构加盟店主体签订了书面劳动合同。自 2018 年 7 月起，由于该教育机构加盟店经营不善，导致学生数量骤减、营业收入呈下滑线，李某等人长期拿不到工资。截止到 2018 年 9 月 20 日时，该教育机构加盟店倒闭，老板连夜“跑路”，致使李某等人无处追讨工资。

此时，李某等人认为，既然加盟店与特许人有“高度关联”，那么作为 C 品牌特许人应对加盟店拖欠薪资的行为承担责任。于是，李某等人先是以 C 品牌教育机构的特许人作为被申请人，向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，后在特许人处马路边拉横幅进行示威。

因该案属于群体性事件，案件处理进度及特许人的一举一动备受社会关注，一时间将 C 品牌推到风口浪尖。

律师建议：

实务中，加盟店使用的员工可分为两类，一是特许人外派的人员，一般为管理人员或技术人员，这类人员与特许人建立劳动关系；二是加盟店自行招聘的人员，这一类人员则与加盟店建立劳动关系。

在上述案例中，李某等人系加盟店直接招聘使用的人员，与 C 品牌教育机构加盟店存在劳动关系，而并非与特许人建立劳动关系，因此，仲裁委员会根据特许人提供的特许经营合同等作为依据，裁决特许人与李某等人不存在劳动关系，而无需支付工资。

虽然在本案中，特许人不用承担作为用人单位应承担的责任，但作为品牌的所有权人，其声誉已严重受到影响。

因此，特许人在管理被特许人时，其管理不应仅是被特许人经营行为的管理，也应当定期对劳动人事方面进行督导，如定期让被特许人向特许人反馈门店人员流转情况、涉诉情形等，并且在发生群体性事件时，在听取劳动者的诉求的同时，及时表明特许人的立场，把影响降到最低程度，一味地“拒绝处理”对于特许人来说，反而更不利。

结语：

结合上述案例，在实务中，因加盟店存在违规使用劳动者的情形居多，同时，加盟店老板“跑路”的情形也居多，为减少特许人劳动人事方面的风险，特许人除在加盟店形象管理、服务规范管理等方面加强管理外，应在加盟店劳动人事管理上加强监督与管理。说白了，社会公众普遍认可的是特许人的品牌，而加盟店与特许人的“高度关联”，这使得在加盟店发生不良影响时，同时给特许人带来不良影响。同时，劳动人事方面的争议与纠纷正是社会热点，因此，特许人应更加予以重视。

（本文首发于 2019 年 9 月 3 日）

星瀚人文

热爱法律的技术派

青春，就是不计代价地燃烧自己

宋佳、唐诗颖、沈冠婕（星瀚运营）

终场哨声响起，星瀚篮球队和观战同事、家属们纷纷冲到球场中央，欢呼、叫嚷、拥抱、落泪……眼神相遇的时候都在呐喊着“我们拿到冠军了！”

终于，在努力、奋斗、拼搏又铩羽而归数次后，这个夏天，奇迹终于被创造！第十届上海律师篮球赛，星瀚是冠军！



热血与苦涩交织的夏天

夏天总是写满了热血的故事，而这些故事多半与赛事有关。有人演绎着一幕幕精彩与传奇，也有些人难免成为悲情的英雄，在过去几年中，星瀚一直是后者。

星瀚的众多同事都是深度篮球爱好者，律所团建、旅游都优先选择有球场的住处，当爱好者们遇上律师篮球赛，报名参赛是毫无悬念的。早年间，因为星瀚律师人数太少，板凳深度不够，参赛经验亦不足，成绩有些差强人意，甚至在律所发展非常迅速的2015、16年，因为业务繁忙，都没能挤出时间参赛。

2017年，星瀚篮球队重新集结队伍，张冰清、陈越峰、张国栋等一众高手加入，尽管当年被分在了死亡之组，但是凭借着团队默契、战术素养，球队一路过关斩将，以三战全胜的成绩成为16强，随后又在淘汰赛阶段稳扎稳打、击败传统强队，斩获四强席位。半决赛，星瀚篮球队站到了卫冕冠军邦信阳中建中汇面前，那一年是上海的第八届律师篮球赛，邦信阳中建中汇此前已经夺得了七次冠军。



尽管强敌在前，但星瀚并无畏惧；纵然比分落后、却始终紧咬不放，把握住每一次的进攻机会，渐渐缩小比分差距。

对于奇迹的期待似乎是所有人的天性，那时，已经结束比赛但还未离场的队伍、尚未开始比赛在准备热身的队伍、出于对篮球的喜爱而前来观战的法律人们都向星瀚的助威区聚拢，大家都在为星瀚加油、都在等待着星瀚的逆风翻盘。

可惜那一年，奇迹没有发生，对手的实力令人惊叹，有太多的地方值得星瀚去学习。星瀚篮球队夺得当年度的季军，接过奖杯的时候，大家的目光都望向了冠军奖杯。竞技体育必然少不了一颗冠军的心，每一个星瀚队员都许下了心愿，卧薪尝胆、加强训练，来年一定要拿冠军奖杯。

只可惜，因为种种原因，2018年的星瀚篮球队人员并不齐整，虽然再次闯入四强，但依然止步决赛。小组赛中曾与卫冕冠军交锋，在观赛同事的描述中，对手是如此强大：“板凳深度太厉害了。我们这边只能是主力拼命扛，但他们那边就好像全员都是高手，任何情况都能应对。”



过去两年，我们为星瀚篮球队骄傲，在不具备人数优势的情况下佳绩连连；同时也为星瀚篮球队惋惜，虽然如此努力，但是，比赛只相信实力。

失败是苦涩的，可也正因为品尝过了苦涩，胜利的喜悦才会变得更甜！

挑战九冠王，完成一个“不可能完成的任务”

“今年的篮球赛什么时候开始？”默默训练了整整一年后，7月，所有的星瀚人都在等待着律协发布报名通知。

本届的星瀚篮球队除了几位传统主力外，还加入了不少新鲜力量，张冰清、张国栋、罗炫烽、陈越峰、施敏浩、李舒俊、王焱、郑子杰、杨磊、徐志强、潘铮等队员一同组成了几届比赛以来最强大的星瀚篮球队；卫新律师领队，丁绍宽老师和张怀波老师担纲教练。酷爱打球且在过去几届比赛中总能发挥定海神针作用的关键先生丁老师，主动放弃场上球员席位，为了球队的胜利甘做教练的精神令人钦佩。



终于，7月24日，第十届律师篮球赛开战。这一回，星瀚与老对手又分在了同一个小组，虽然在小组赛中依然没能战胜邦信阳中建中汇，可由于星瀚的主力控卫缺席了那场比赛，而场面却又并不落下风，这给星瀚带来了不小的信心。

在以小组第二的身份出线后，星瀚所迎战汇业所，虽然目标是冠军，但是面对每一场比赛，都不敢轻敌。丁老师说：“淘汰赛阶段，真正的考验来临。防守强度和对抗强度都会增加，对比赛的艰苦性要有心理准备。大家要注意做好防守、打出攻防节奏，要打得聪明正确，万万不能大意！一旦让对方先打出了士气，输赢就很难说了。”8月24日的比赛中，丁老师出差无法来到现场，但星瀚篮球队贯彻着丁老师的作战思路，取得胜利。紧接着，与邦信阳中建中汇的半决赛便在8月25日进行了。

面对已经是九冠王的邦信阳中建中汇，星瀚从未有过胜绩，但是燃烧自己、全力以赴是每一个星瀚人的内心坚定。



对于胜利的渴望是如此强烈，这份渴望也化为了全体队员的动力。在场外，大家一遍遍回看每场比赛的录像，分析暴露出的问题、讨论改进的方法。陈越峰拿着比赛录像和身边打球的朋友挨个聊，就是要找到症结所在和应对之道。周六出差的丁老师尽力调整行程，就为了周日能够到现场指挥，而且在周六深夜，还一直在研究比赛策略。张怀波教练也是为了这场比赛，放弃了原本与家人约定好的自驾游。三年了，冰清从青涩少年到将为人父，他尽心照顾着怀孕的太太，整个暑假都在上海、潍坊、合肥三地之间奔波，时间被切割得支离破碎，身体状态很不理想……但无论有多少波折，对手有多么强大，星瀚篮球队都要尽力将不

可能变为可能，如此才不枉青春、不负兄弟。

很多人评价说：“这场篮球比赛，远远超越了一项竞技体育赛事的含义。”新锐对霸主发起挑战，双方都打出了极高的水准，奉献了一场极具观赏性的经典之战，每一个看过这场比赛的人在回顾赛程时，说话都是颤抖的。



全场拿下二十多分的罗铨烽是当之无愧的 MVP，不仅频频快攻得分，而且多次造成对方杀伤，在第三节还没有结束的时候，就把对方的主力控卫罚满离场……难能可贵的是，他在对抗中牙齿受伤、鲜血直流，做了简单处理后就咬着餐巾纸继续上场，顽强拼搏的精神赢得赞誉。



张冰清作为控球大师，不仅传送精准，与罗铨烽兄弟连线、配合默契，自己也多次快攻得分，看着他的表现，很难想象他在赛前经历了多少困难。罗铨烽说，他和冰清在赛前一直练习传导球，是兄弟情谊成就了彼此。

李舒俊作为秘密武器，关键时刻敢于出手，斩获 12 分，无疑是场上功臣。

张国栋，人如其名，就像擎天大柱，支撑着星瀚在比赛征程中行稳至远。半决赛上，国栋无数次护框抢板、给人希望，尽管他在过去一年里一直在练习三分球，但为了球队的胜利，主动放弃了三分尝试，与陈越峰共同铸就了防守的铁闸。

陈越峰，壮硕的身体恰似一座移动的防守长城，生生扛住对方一米九的高中锋，极大地限制了对手得分。他既能忠实地扮演蓝领角色，还经常完成中投得分，给人带来无限惊喜。

施敏浩的防守非常值得信赖，而且他还拿下了数个几乎无法拿下的篮板，给球队续上了宝贵的火力。

王烨、郑子杰、杨磊，都极好地发挥了轮换替补的作用，兢兢业业，特别是在三名主力罚满“毕业”的情况下，挺身而出，守护住了来之不易的胜利……



比分最终定格在了 63:56，星瀚终于战胜了九冠王邦信阳中建中汇。

人无完人，但在团队中却可以彼此成就，这是团队的胜利！这场比赛，已经不再年轻的星瀚篮球队写下了“人生何曾未少年”的奇迹故事！

结束是开始的哨声

越过邦信阳中建中汇这座大山，决赛场上，星瀚迎战中伦。



面对比赛状态越来越好的强队中伦，这一场，比的是冷静和心态。丁老师和队员们说：“一，充分重视对手，也充分尊重对手，打出星瀚风采、体现体育精神；二，全程保持专注，增强防守强度，切忌懈怠轻慢；三，发挥自身优势，打出快速反击，掌控比赛节奏；四，全力拼抢篮板，减少无谓失误，制造挡拆掩护；五，也是最重要的，我们目前只是冠军争夺者，我们还不是冠军，离冠军还有马拉松比赛的最后一公里，要咬牙坚持、顽强拼搏，千万不要想当然。人生能有几回博？拼搏吧，为自己的人生留下美好的回忆，而不是留下无尽的遗憾。”

星瀚主力队员陈越峰带伤上阵，上场前只能不断用云南白药缓解痛感。陈越峰说：“前两届比赛，我是球队主要进攻点，基本上有‘无限开火权’，也必须这么干；这届比赛，队友们的能力更加综合全面，我不需要做我最擅长的，而是要去做球队最需要我做的。”

巅峰之战中，对阵双方在开场后都十分紧张，连续投篮不进，星瀚篮球队的状态较之半决赛亦有所回调，半场过后仅以 20:19 领先。下半场，星瀚慢慢找回手感，中伦则展现出了强大的韧性，给星瀚形成了极大的压力。幸而整场比赛始终有星瀚队员在得分，舒俊两个中投、铨锋引领 8:0 的小高潮、国栋在篮下得分、敏浩快攻得分、子杰连续两个三分一个接续一个，大家都把球队扛在肩上！第四节，比赛进入白热化，在还剩五分钟的时候，星瀚仍然落后三分。关键时刻，冰清出手 3 分命中、反超比分。决赛的最后一分钟秒，陈越峰在内线得球，在 24 秒即将结束时，后仰跳投命中，星瀚领先 5 分，锁定了胜局。之后，对方拿到篮板，向前场推进；郑子杰迅速紧逼，陈越峰上前夹击干扰，对方球员回传失误，星瀚拿到球权，比分定格在 47:42，星瀚获胜。



篮球场上欢呼声四起，星瀚球员们尽管大汗淋漓、精疲力竭，心中却有一个声音不断掀起浪涛，翻滚着向外冲出——我们是冠军！

决赛当日一直在下雨，冰清在赛前说：“天凉了，但我们的汗还是滚烫的，我们的心还是火热的，好像在任何一瞬间都可以被星瀚，不退的激情引燃！这一个夏天，我们经历了磨合的阵痛、莫衷一是的分歧，经历了暂缓旅行暂缓工作的牺牲，更经历了颠覆王朝的狂喜。然而那些场上的笑与泪，血与汗，曾经的兴衰与荣辱，都已是过眼云烟。我们离成功还剩一步，这一步，我们必须走得很沉稳，很从容，很坚定，很果断！”星瀚，做到了。



作为领队，卫律师每场比赛都和太太黄老师一同观战，在他的感染下，星瀚后援团的声势不断壮大。

在卫律师看来，球队要追求胜利，就要有整体布局，每个人都有自己的角色和定位，人对了，事情就成了。他不无感慨地在朋友圈中写下：“平凡如我们，来自各方，在人生的路上低头前行，艰难辛苦，冷暖自知。前九届都只有一个冠军，大家已经习惯了，就像我们习惯了生活中的很多事情。可有那么一天，我们聚在了一起，为了热爱、为了信念、为了赢，我们有机会站在舞台中央，摆脱惯性，战胜强大的对手，做一次明星，汇聚所有的光芒。”



比赛结束了，星瀚球员们又回归了日常的工作生活。郑子杰一大早赶去开庭，杨磊晒出每天的健身打卡，丁老师开始了新一学期的授课……

但一切又都不曾散场。

星瀚篮球群里依旧热闹，正值男篮世界杯，大家每晚默契地聚在一起观看赛事，学习技术、交流战术，为明年的参赛时刻积攒着能量。他们会为进球欢呼称赞，会为失误跺脚心塞，想起夺冠还是会忍不住咧开嘴角，一如那视篮球为一生热爱的老少年。

终场的哨声也意味着全新的开始，面对未来，即使前路未知，也要全力以赴，不负青春不负卿。



(本文首发于 2019 年 9 月 6 日)

登场之前，退场之后——内控和反舞弊行业峰会后记

唐诗颖（星瀚运营）

2019 企业内控和反舞弊第一届行业峰会在 9 月 19 日已经顺利举办了，来自全国各地的 230 多家企业的负责人、专家学者、内审、合规、监察、法务等从事企业内控与反舞弊实务的专业人士汇聚上海，共话内控和反舞弊相关的三大热点议题，十个主题分享过程中，到场嘉宾们均反响热烈。关于这场峰会上讨论了些什么，请看这篇：《“2019 企业内控和反舞弊第一届行业峰会”在上海隆重召开》；而关于这场峰会是怎么呈现出来的，则是本文想要与大家分享的。



峰会议程的诞生之路

在峰会筹备的初始阶段，确定峰会议程毫无疑问是最伤脑筋的部分。

设置几个大议题？每项议题邀请哪些分享嘉宾？他们是否具备演讲经验？他们的演讲内容是什么？是否为来宾们真正想听的？可以分配的演讲时间是多少？好在，过往每季度举办的内控与反舞弊主题活动结束后收集来的反馈信息给了我们很多参考意见。“办一场有真正贴合听众需求的内容的峰会”是我们的初衷。

尽管在峰会筹备刚刚开展的一周内，无数信息、渠道方、赞助方的集中涌入，使主办方们对议程的把握产生了很多分歧。有人认为要给领导们充分的致辞时间；有人认为要照顾到渠道方；有人认为这场峰会成本很高，我们需要吸纳一部分赞助费，但这无疑也会要给出很多议程时间……一天的时间极其有限，如果被太多的广告侵占，或者是光有丰富的主题，但每一主题缺乏深度，便都与我们举办峰会的初衷背道而驰了。最后汪律师思虑再三，还是坚持认为，“不要收赞助费了，我们的这场峰会一定要是务实、有干货、有深度的，希望来宾是确实能有所收获的，这点才是最重要的。”

市场部对此表示完全支持，在前几年和刑事部磨合开办大大小小的开放日期间，我们也接触了很多相关客群，大家对我们所举办的活动的一贯评价便是不一样、实在、有内容。明确了“干货”方针，议程的规划设计便在这条路上走到底了！

幸运的是，每一位我们接洽的分享嘉宾，都带着满满的干货和诚意而来。有主讲人在周末时间还在完善自己的课件或讲稿；也有主讲人主动与我们约试讲时间；主讲人之一的卫律师也很早就开始准备课件内容，还为此和汪律师开了好几场小型刑民交叉研讨会~

为了适应会场 LED 屏幕的尺寸，以及兼顾现场的灯光效果，会务组宋佳则肩负起嘉宾

课件的视觉优化工作。峰会前一周，正是课件密集交付过来的时间点，整个中秋假期，她都在和数百页的课件打交道，改课件改到手抽筋。

在主讲嘉宾、主办方、会务团队的多方配合下，本次峰会议程的就诞生了！

关于你的会务专员

本次峰会报名采取了先填报名信息，后由会务组分配会务专员、定向联络的模式。负责联络报名者的会务专员一共有三位，她们平均每人需对接 80 多位嘉宾，开启报名后每天花费至少两个小时化身客服，集中打电话、发邮件、加微信。

三位妹子的客服画风截然不同。

郭听一如既往的“简单粗暴”，偏爱精简、快速地传达会务信息。在市场部，郭听左手活动，右手投标，本场峰会筹备中还要负责和视频、会展、物料等供应商的外联事项，兼职会务客服的三周时间里，她还配合分所、业务部门完成了三个投标项目。



晓明则是絮絮叨叨的老母亲风格，这点星瀚的法务秘书们更有体会。作为星瀚的业务管理员，晓明每天最大的工作量在于批核案子，管立案、管合同、管结案、管档案整理……案件管理流程中的每一个瑕疵，她都得“抠”出来，跟各负责的人解释清楚并要求修改。因而在联系报名者时，她也乐于多聊天，多解释，除了会务信息外多一两句闲谈唠嗑。



刚开始打电话时，这两位会务专员还热衷于互相 diss 对方的画风太“冷淡”和太“话多”。到结束报名的那天，两位都已经“心力交瘁”，笑称“算是把今年的打电话额度都用完了”。

第三位不愿意透露姓名的、有“电话恐惧症”的会务专员则利用线上运维的“职务便利”，借着星瀚的官方客服账号和报名者们线上联络。

不过相同的是，会务专员们的联系人清单都是五颜六色的，做满了只有她们才看得懂的记号，每位报名者的需求和特征都被她们记住。

姓名	手机	邮箱	公司	职务	是否有同行者	用餐	停车券	联络人	电话&微信	备注	午餐
			上海...有限公司	监察	是	是	Elaine	✓	✓	已付款，已开票，情况说明	5楼
			上海...有限公司		是	否	Elaine			已付款，已开票，情况说明	5楼
			北京...有限公司	内审	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票，公对公	
			北京...有限公司		是	否	Elaine	✓	✓	1380，已付款，不要发票	
			上海...有限公司	内审	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票，公对公	5楼
			无锡...有限公司	法务	是	否	Elaine	✓	✓		
			无锡...有限公司	财务经理	是	否	Elaine				
			上海...有限公司	内审	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票，情况说明	
			上海...有限公司		是	否	Elaine			现金，已开票，会务费	
				其他：风险控制部	是	否	Elaine	✓	✓	已付款，已开票	5楼
				其他：风险控制部	是	否	Elaine			已付款，已开票	5楼
				其他：财务总监	是	是	Elaine	✓		已付款，已开票	
				含媒	是	否	Elaine	✓		已付款，已开票	5楼
				系统有员内审	是	是	Elaine	✓	✓		
				有员内审	是	否	Elaine			已付款，已开票	
				系统有员内审	是	否	Elaine				
				系统有员内审	是	否	Elaine				
				法务	是	否	Elaine	✓	✓	未付款，未开票	5楼
				监察	是	否	Elaine	✓	✓	以个人名义参加，现场给现	5楼

有一个小彩蛋是，在繁忙的会务筹备期间，晔明还见缝插针，在峰会前四天，完成了自己的人生大事。会务组其他成员则在参与晔明婚礼的缝隙间，一起修改了峰会当天放映的开场视频。



星瀚编辑部的故事

《2018 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》是峰会当天的重头戏之一。为此，刑事部和市场部联合组建了一个星瀚编辑部。

五个常见的重点罪名、七个重点省市的数据。大数据报告的第一轮准备始于年初，第一步便是看每一篇判决书，整理出各项数据，性别、金额、罪名、判决情况、具体情节、地区、年龄、学历等，多达 40 项。由于工程浩大，当时两个部门的人手加起来都不够用，于是我

他们还找了南京分所的同事加入我们编辑部，因为各项标准需要统一，远程担心没办法解释清楚，就趁分所同事们来总部开会之际，见缝插针开了半个小时的讲解会，帮助大家快速上手。最忙的时候，编辑部的成员们在地铁上下班的途中都在争分夺秒整理数据。据事后成员们吐槽，是真的感觉眼睛快瞎了。

统计完数据，分析数据、撰写报告的重任便落到了刑事部的头上。有一段时间，我们在律所的任何一个位置遇上刑事部的同事们，只要一个眼神他们便知道我们想问大数据报告的撰写进程。不过我们也知道，分析数据是个细致活，需要对相关罪名非常了解，有较多的办案经验和对市场状况的了解，这项工作是不愉快的。刑事部的同事们从七月开始撰写报告，经历过无数次修改完善和市场部的校对排版，才有了最后的成品。



另一个彩蛋是，通过本次数据报告竟发现了刑事部邵洋的代码技能——用代码快速做图表，为我们编辑部也有文武兼备的伪程序员而鼓掌。另外广而告之，星瀚编辑部承接各项编辑排版工作，我们的代表案例请参见星瀚墙柜哦~

手撕快递、排山倒海的会场布置七小时

18号的下午，会务组四人即前往会场进行布置，从律所我们带出的行李塞满了箱子——电子设备包（内含各种转接头、数据线、多个翻页笔、不同的组装云台，是市场部外出活动必带的万能宝箱）、录音录像直播设备、签到台布置物料、平常办活动常用的小道具、还有三百本会务资料。



但这些其实只是整个峰会布置物料的小头，真正的大头已经早早地到达会场等着我们了。

在考虑会务资料的装包时，郭昕费了很多心思。在我们自己举办的过往活动或是在外参加的其他活动中，会务资料通常会装在纸袋里，或者是装在定制帆布袋中，但除此之外有没有更好的选择？

“我们的峰会活动是实务的，配备的包也要实用，不希望来宾们出了会场就扔掉……”，郭昕如是说。于是她想到了电脑包，既商务，又实用，网购了几款样品包后，大家一起比对质量后选择了其中一款。对于胸牌的选购考量也是如此。

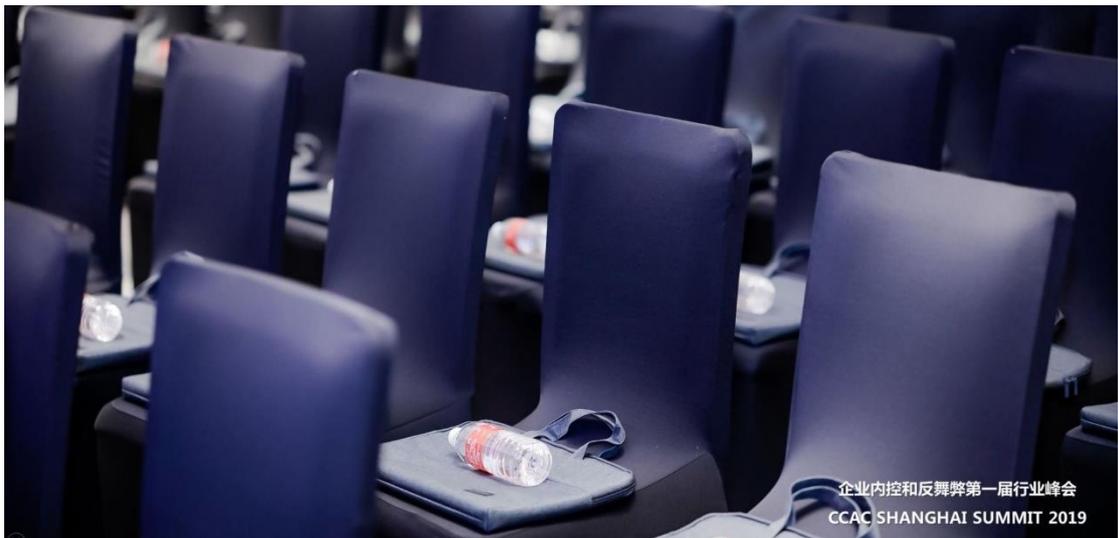
在会场看到电脑包和胸牌包裹时我们还是震惊了。仅电脑包就装了七八箱，包装很是严实，外层覆着稍厚的塑料膜，内层塞着防压泡沫，包上还挂着质检签卡。于是，开箱、撕膜、开链、抽泡沫、剪卡……除了负责盯舞台布置和音响调试的郭昕，我们其余三人便开始了既满意（质量好）又痛苦（手疼）的拆快递流水线。





当然，拆出手提包只是第一步，将会务资料和纸笔装入、封袋，放到对应座位，转眼间又一个多小时过去了。搞定会务资料包，再开始参会者胸牌的拆箱、组装，这便又是一轮新的流水线了……

我们第一次感觉到时间过去得比逛街还快，最后全部布置完成时，已经是 18 号晚上 10 点半。



对会务组来说，峰会始于 8 点。

来宾们的热情超乎我们的想象，尽管 9 点才开始签到，8 点半就有很多人到达会场。

但各会务组成员已经就位，对参会者名单和流程的熟悉、前一天的全面布置、为分工和会场细节开过的无数次会议、彼此间的配合度……这些都引导着当天的会务工作忙碌而有序地进行着。

除了四位会务组固定成员，当天还有三位来到现场支持峰会活动的，两位是我们的行政部小姐姐，也是曾出现在微法苑的，星瀚的两位“门面”，陆怡和白露，她们如沐春风般的服务，也给很多来宾们留下了深刻的印象。另一位则是市场部的暑期实习生冠婕，结束了峰会的后一天，她就飞往国外开启了新的交换学习生活。



台前有台前的精彩纷呈，幕后也有幕后的闪光时刻。尽管因为超时，一些外地赶来的参会者不得不提前离场赶车还是成了会务组心中的“遗憾”。回想起峰会筹备期间，卫律师曾很是担忧——这是你们第一举办大型峰会活动，没有请会务公司，能行吗？我想我们已经交出了答卷。

最后，感谢团队成员的付出、感谢参会者们的认可与参与、感谢主讲嘉宾们的支持与配合。希望在下一次活动中，与你们相见！

（本文首发于2019年9月27日）

高原：做技术派法律人

唐诗颖（星瀚运营）

星瀚微法苑的读者对“高原”二字应该不陌生，近几个月，高原已经在星瀚微法苑上发布了十余篇专业文章，是名副其实的高产作者。加入星瀚造星计划仅两个月，办案、写作、科研、学习会分享、开展线上直播活动……高原都游刃有余。本期星瀚人文，我们带来了这位技术派法律人的故事。

以海量法官经验为基石

在取得华东政法大学法学硕士学位之后，高原以优秀的笔试成绩进入上海市第二中级人民法院工作，并先后供职于法院执行局和房地产审判业务庭。高原提到：“对青年法律人来说，法院工作的优势在于经手案件数量多、案情杂，对某一行业、某一领域都会有全局的理解。加之中级法院最适合将理论与实践相结合，所审案件法律关系较为复杂，确实能让人在短时间内快速成长。”

但是，高原的收获却远不止如此。“办一个案子，攒三四倍经验”是高原颇为自豪的技能。在办案过程中，他喜欢举一反三，每办一个案件，他都会去思考该个案的关键节点，如果这些节点处发生不同的事件，再行推演是否会产生不一样的结果？高原一直认为，法官或者其他法律工作者不应该只是消极被动地完成手头的案件，而要勤于思考，将每个经手的案件都能加工推演到极致。也许正是这样一份对“极致”二字的追求，才使得高原的经验值呈指数增长。

在法院的锻炼使得高原对房地产领域的种种细节都极为熟悉，每个环节存在的风险和应对措施也得心应手；此外，由于房产类案件覆盖的法律科目相当多，包括合同、物权、民间借贷、执行异议复议等，因而他需要做到不同法律间的融会贯通，这也使高原成为同事们眼中的“AI 问答机”——不管问高原老师什么法律问题，他都能秒答！

从审判角度做诉讼

在转行成为一名律师后，高原更是善用曾经的法官经验，能够从审判角度为当事人制定出最优诉讼策略。

他既擅长从法律规定出发，精确把握、分析法律关系；又能熟练掌握司法审判口径和法官的审判心理，顺应法官的审理思路出奇兵定乾坤；还深谙调解、谈判技巧，帮助当事人与法官高效沟通。

高原曾代理一起公房拆迁纠纷案件，案件中的几方对所拆迁的三套房中的两套期房的定向补贴分配问题产生了争执，且三套房的选房经过已无法通过现有证据还原。根据高原的执业经验，法官在审理此类案件时，一般认为定向补贴并非是补贴给最后拿这套房的人，而是补贴给该一户，即由所有同住人之间分配；直接起诉的话，客户的利益可能就会被稀释。

遇到这种情况，很多律师往往会选择从选房经过的角度来搜集相关证据，但顺应法官的审理思路，这个方案可能竹篮打水一场空。于是高原发挥自己做法官时的调解经验，利用当事人不同的心理，兼顾多方的情绪与诉求，逐个突破，促使他们签订一份有效的内部分配协议，顺利化解本案最大症结，省时省力地解决了客户的需求。这一解决方案也成为最受裁判法官青睐的方案。

“诉讼并非是面向客户的一场表演，而是一场要说服法官的硬仗”，案件解决过程常常依赖于律师能否把握法官的脉搏，只有在掌握充分情报的基础之上，才能制定合理的战术策略，

以最小代价出奇制胜。而高原正是通过对法官审判心理的透彻了解，多次以最优方式为客户维护了权益。

让科研成为一种习惯

办案科研两难全？高原则用实际行动说明，技术派律师两个都要！

每天奔波于见客户、开庭、写文书、办活动，高原仍经常撰写专业文章，整理出近期办案过程中遇到的难点、处理思路等，一方面使其成为自己宝贵的知识财富，另一方面也提供给同事和其他读者，用以研究学习或风险防控。因而在星瀚的半年度会议上，高原也以丰富的研究成果获评优秀作者。

而早在法院工作期间，高原的数篇文章就发表在包括最高院《人民司法》和上海高院《审判与实践》在内的多本杂志上，他的文章也屡次获得奖项；2015年，他执笔的《民事执行救济权实现机制的重新审视与完善》一文中提及的被执行人的实体异议权利保护机制得到最高院的重视，并在《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》中得以体现，填补了此前执行法律的空白。

谈及为什么热爱科研，高原提到了读书时代老师对于读书两阶段的教导，即认为看书有两个过程：第一步是将书越看越薄，第二步是再将书越看越厚。所谓越看越薄是将书中现有的内容逐步消理解；而越看越厚就是在消化的基础上加上自己的思考和输出，如此对相关知识的积累就会越来越多。思考和科研能力应该是一位优秀法律人的必备技能，而专业内容的产出，就是法律人的思考结果。

长久下来，这也成为高原的一个习惯。近期，他开始探索破产审查法律服务和 REITs（房地产信托投资基金业务）法律服务，高原认为，在现在的经济形势下，REITs 业务对于高端商业地产而言是一个大趋势，但国内机构及个人对 REITs 业务还存在诸多误解，对此他已经开启了全面、多层次的研究，可以期待他后续的专业解读。

站在法官向律师转行的十字路口，高原对于自己的定位一直非常坚定：“虽然我有法院经历，但是很不喜欢被贴上‘掮客’、‘关系户’的标签，我更希望我的客户找到我不是因为要通过我托关系，而是更能认可我的专业技能。”而这也是他选择星瀚的重要原因之一。

一群有想法、爱创新、充满活力的人聚在一起，一起去做热爱法律的技术派。

（本文首发于 2019 年 7 月 26 日）

冯恬：听从内心的声音，做专业且有温度的法律人

唐诗颖（星瀚运营）

2019年年初，冯恬律师作为造星律师加入星瀚，冯恬的名字虽给人温柔恬静之感，但她的职业经历却是丰富多彩、很是硬核。从内资所、到外资所、再到 500 强外企法务，十多年里，她不断挑战和改变，每一段经历都弥足珍贵、受益一生。

不断挑战自我，迎来职业生涯的转变

冯恬本科就读于复旦大学，大四那年，身边的同学纷纷选择进入企业或律所实习，冯恬也进入一家内资所，其带教就是后来的上海市律协会长、东方大律师俞卫锋。对她而言，俞律师如父如兄，有着既严厉又慈爱的教导，一年的高强度工作也让初出茅庐的她迅速成长。

“实习一年，最大的收获是教会我作为一名律师的高度责任感和勤恳敬业。俞律师当时已经是知名律师、资深合伙人，但他还是经常为了客户的工作和需求工作到凌晨甚至通宵达旦，这种忘我的付出和对客户忠人之事的高度负责，耳濡目染沉淀于我的律师基因里，一直贯彻至今。”冯恬感激地说道。很多与冯恬有过案件合作的同事对此都深有体会。“非常敬佩冯恬律师的认真、负责”，刑事部雪燕说道，“经常在凌晨也会收到冯恬律师的回复邮件。”

本科毕业后，冯恬在一家知名外资所工作了四年时间，这也是她大开眼界、打下扎实法律功底的四年。在当时的环境中，外资所有着高端的国际客户、顶尖的国际背景律师人才和先进的青年律师培训体系。四年间，她与诸多顶尖跨国公司的内部法律团队紧密合作，结识了无数优秀而卓越的律师人才和法务人才，学习到法律专业以外的诸多综合技能，包括文书撰写、有效沟通和表达、商业机会的开拓、法律和商业思维的结合与平衡等等。

在职业生涯稳定且处于上升期的时候，冯恬却毅然选择转行成为一名外资 500 强公司的法务。她坦言：“从工作内容来看，这其实是过去非诉律师工作的一个延伸；从生活和工作的时间精力分配比重来说，这是兼顾家庭和人生新角色的一次转型。”她先后在一家贵金属行业 and 一家医药行业的 500 强企业担任法务，法务工作使她对于跨国公司内部运营模式和决策体系有了更深入的了解，同时，她也逐渐领悟到客户的需求痛点，能够协助客户更高效地进行内部沟通、争取到决策层的支持。

法务工作的第七年，冯恬再次迎来了她职业生涯的转变。

听从内心的声音，回归律师行业

“从 500 强公司法务重新回归律师行业，走这一路径转变的同行并不太多。”对冯恬而言，六年的公司法务工作已然得心应手，在平衡家庭生活方面也颇具优势。当我们问她对这次转行是否担忧和犹豫时，她笑称：“没有犹豫。”问其缘由，唯“热爱”二字。

“虽然在公司做法务非常稳定，但内心隐隐有一种梦想得不到实现的失落感。”冯恬坦言，作为公司法务，客户是公司内部的其他部门，需要为公司解决各种法律问题，但难免会有一些局限。而在协助公司处理各类项目和诉讼、仲裁的过程中，她发现自己对诉讼和仲裁产生了浓厚兴趣，也积累了一定的经验。就这样，冯恬确定了自己想成为一名律师、想挑战复杂商事诉讼和仲裁、愿意为了热爱的事忘我加班，她毫不犹豫地选择了转型。

而与星瀚的结缘，冯恬称其为“交换过眼神，确认是对的人”。最初认识星瀚是在实习律师培训班上，同桌恰好为一位星瀚的小伙伴。“看到他总是会分享星瀚微法苑的文章，‘法律技术派’的价值观给了我很大好感。后来参加了一次星瀚的开放日活动，让我对星瀚的专业素养和难能可贵的友好氛围产生了强烈的认同感。”经过双方进一步的沟通和考察，她义

无反顾地决定加入星瀚大家庭，成为造星计划的一员。

放弃稳定的工作需要莫大的勇气和重头再来的决心。但对于冯恬而言，无论是在何处工作，她都全身心投入，每段工作经历都成为了她的专业储备，也成为了她人生中浓墨重彩的一笔。

做专业且有温度的法律人

不同阶段、不同类型的工作使冯恬有机会学到法律服务的方方面面，提供专业、细节化、有温度的法律服务是她一直贯彻的原则。

“我对自己首要的要求就是专业”，冯恬说道。在她看来，律师是专业服务者，必须对自己的执业领域有丰富的知识储备。她坚持“知之为知之，不知为不知”，从不对没有把握的问题发表看法或者乱夸海口；也坚定术业有专攻，拒绝“信口开河”式的忽悠。

冯恬的细节控也是出名的，给客户的文件格式、发工作邮件的注意点、客户的隐私保护等都是她非常重视的。她一直坚持，细节体现的是律师的严谨。“任何小疏漏都可能导致大麻烦，所以我一直很在意服务过程中的每一个细节问题”。

专业和细节以外，她还致力于提供有温度的服务。她说：“法律服务不是冷冰冰的法条，也不是只说‘yes’or‘no’，合规的前提下，解决问题永远是第一位的。”由于自己有法务工作经验，她比较了解客户在实践操作中的难点和瓶颈，既而愿意站在客户的角度，寻找达成商业目标的最佳法律解决途径。

她曾处理某外方客户退出合资公司的案件，在外方萌生退意后，双方一年里沟通都不太顺畅，谈判陷入僵局，均面临巨大损失。冯恬作为外方的律师介入，在全面厘清公司情况后，她和中方充分沟通了公司发展的战略要求、商业条件及底线，从商业角度诱之以利，从法律角度晓之以理，又从未来发展角度动之以情，成功为外方收回了原本已经计划放弃的1亿多人民币的贷款和其他应收，解决了外方客户的棘手难题且挽回了巨大经济损失。

谈及未来，冯恬希望，一方面通过自己10多年的非诉经验，协助客户处理股权、合资合同、私募合伙人协议等方面的复杂商事纠纷；另一方面，则是继续深耕服务于生物医药类企业，从设立、投融资、日常法律服务、红筹结构搭建、ODI申请到后期的境内外上市，为行业客户提供全面的法律服务。

从事法律行业十余年，冯恬一路听从自己内心的声音，有着热情、冲劲、思考，在自己选择的道路上义无反顾。一生勇敢，总会不负才华。

（本文首发于2019年8月16日）

IRAC 写作法与备忘录的撰写

季一玮

IRAC 是一种在英美法系中非常通用的法律文书写作方法，I，代表 issues，事实与问题；R，代表 rules，法律法规、各项政策、司法口径等；A，代表 application/analysis/argument，分析问题、适用法律；C，代表 Conclusion，结论与建议。

IRAC 就好比一条线，串起了法律文书的各个部分；虽然中国法律不属于普通法系，但是我们在日常工作中也可以借鉴 IRAC 的写作方法。今天将要向大家介绍的是，如何在撰写备忘录的过程中运用好这一方法。

Issues

“事实与问题”部分看似是非常容易撰写的，却恰恰最容易出错。

在撰写“事实”的过程中，务必要做到三点：准确、简洁、完整。

何为“准确”？就是所有的信息来源都必须有依据，如果客户提供的材料或信息相互矛盾或不清楚，需要注明并提醒客户确认。比如说，很多境外企业在最初进入中国市场时，可能会选择先设立代表处对中国的市场进行考察，而代表处没有用工主体资格，因此他们的员工必须通过劳务派遣的形式提供服务，而外商投资企业（以下称“WFOE”，具有用工主体资格）设立完成后，大部分派遣员工就转为了正式员工，那么这些员工的工龄该如何计算呢？派遣期间的工龄是在员工转移时结算还是全部由 WFOE 承继？如果后续的分析与工龄有关，而在客户提供的信息（比如劳动合同、三方转移的协议）中无法直接确认该信息的，作为律师或律师助理，需要和客户进一步确认该等事实，以使得自己获得的信息是准确的，不能草率地将自己的推测和臆断直接作为事实。

那么“简洁”又是什么含义呢？简洁，即对事实进行适当的概括和归纳，需要剔除无关的信息。例如“小张，女性员工，自 2014 年 1 月 1 日入职，与上海 A 公司在 2014 年 1 月 1 日签订了第一份劳动合同，期限是 3 年，后在 2017 年 1 月 1 日签订了第二份劳动合同，期限是 3 年，在 A 公司最初担任行政助理，后经过两次升职，目前担任行政主管，目前已经连续病假三个月”，对于该员工的工龄，假设提供意见时为 2019 年 8 月 1 日，我们可予以归纳为“工龄 5 年零 8 个月”。在处理劳动争议时，我们往往会得到很多信息，但是不是所有的信息在特定的法律问题都属于“有关”事实，我们可以根据后续分析的重点对信息进行适当的归纳。对事实进行概括归纳实则为后续的法律分心进行铺垫、打下基础，以便在法律分析中予以适用。此外，在撰写事实时也要善用小标题，使得形式上更为清晰、重点也更加突出。

而“完整”就是要做到纳入与案件有关的所有事实，如果在后续写法律分析的时候留意到前述事实有不完整之处的，要进行相应的补充；当然，前提是“与案件有关的”。怎样才算做到了与案件有关的事实陈述完整呢？假设有公司客户说：“我们有位员工旷工，公司要与其解除劳动关系”，据此，我们所需要的事实会包括考勤记录，但是，考勤记录只是呈现了员工没来上班的事实，没有上班并不等同于旷工，因此，公司有关请假流程的制度规定、公司有关旷工情形说明的规章制度、员工的岗位是否属于高级管理人员（如果在北京地区，员工属于高级管理人员的，无需劳动行政批准即可适用不定时工时制；如果在上海地区，则仍需获得劳动行政的批准）等有关的信息等均要被充分考虑到。

只有当我们将事实梳理清晰了，后续内容才有的放矢。需要注意的是，Issues 部分不仅有事实的梳理，还要有问题的提出。法律问题的提出肯定不是仅仅去看客户在叙述中有几个问号，而是要做到再三阅读客户提供的信息，从中进行提炼；以及要将客户明确提出的问题

和隐藏的疑惑列出，对于隐藏的疑惑要尤为关注，因为这将很大程度上影响我们后续的法律分析和建议。

Rules & Application

Rules 和 Application 在撰写的过程中常常是融合贯通的。就 Rules 的部分，大家要尽可能找出所有的法律法规、当地政策，各样的约定与规章制度，以及司法口径等。在这个过程中既要关注全面性，也要关注效力性。

例如有关竞业限制补偿金的问题，在劳动合同法中并未予以明确规定；如果员工和用人单位没有约定竞业限制补偿金标准的，单位应当依据什么标准进行支付呢？该依据在《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》，其中规定的标准是不少于员工离职前十二个月平均工资的 30%。这个司法解释是全国性的，在上海可以直接适用；可是，如果是在江苏呢？江苏的规定是不少于员工离职前十二个月平均工资的三分之一；那么深圳呢？深圳规定的是不少于员工离职前十二个月平均工资的二分之一。大家会发现，各地方之间是有差异的，劳动法的一大特点即是各地均在特定的法律问题上会有不同的规定、政策或司法口径，在做分析和援引的时候要尽量充分检索相关的法律法规和案例；但是，相关的答案也不必然是一直正确的，因为法律法规、当地政策有可能被废止、修改等，对于同一法院对同一法律问题的司法口径或观点也可能发生变化，因而每次援引时都应当谨慎地进行复核。

而说到法律分析，最重要的一句话就是：以事实为基础，以法律为准绳。具体到撰写方法，核心的就是两个：Deductive reasoning（演绎推理）和 Inductive reasoning（归纳推理），这在法学生学习逻辑课的时候都有学过。

演绎推理即为三段论，大前提：法律是怎么规定的；小前提：本案事实是什么；随后是得出结论，当然，在备忘录中体现的通常都是初步结论。而归纳推理是三步走，步骤一：寻找判例中的相似事实；步骤二：归纳判例裁决的原则；步骤三：将相同的原则运用至本案事实中。

Conclusion

作为律师，我们需要帮助客户解决实际的问题，所以 Conclusion 很重要，备忘录写到这里，一切一切都是为了解决问题。

结论与建议要和客户的问题相对应。如果客户的问题是 N 个方案选一个，那么结论部分就是对 N 个方案进行利弊分析、横向比较，并且结合客户给到我们的信息和其倾向性，总结我们的建议。

如果客户的问题是需要一个操作指引或业务指南，我们在给结论的时候就要告诉客户相应的实操步骤。例如客户需要了解的是员工手册民主流程和公示程序，我们的分析中可能提及员工手册发布所需的民主程序，客户公司的人数多少和其行业特殊性等均会对民主程序的进行产生影响，以及各个步骤中的细节和重点。在结论部分我们可以绘制一个简易的流程图，将分析部分的重点汇总串联起来。

此外，“是与非”也是客户常问的，通常是客户公司有个不成熟的小想法，但不确定能不能做，律师的结论就是基于法律分析得出的，给到客户一定的启示。或者也可能是公司已经做出决定了，但希望律师帮忙分析风险会有多大。例如客户公司已经以不胜任工作为由与一名员工解除了劳动关系，客户被认定为违法解除的风险，具体的分析可能会包括客户公司的绩效制度规定可否体现其依据、公司是否安排过培训和调岗、是否进行了第二次考核等，如果被认定为违法解除，员工可以提出哪些主张。在结论部分，我们需要汇总各个分析的结论

并给出我们的倾向性意见。

“是什么”应该是客户最多用到的提问方式，客户公司对某些概念、做法不清楚，我们就要用简练的语言去归纳我们在备忘录中前述部分的法规和法律分析，提炼出相关法规对实践操作的影响，明确列出客户在日常业务中需要注意的法律风险。

法律备忘录是一个很宽泛的概念，内容既可以是法律研究、案例分析、新规解读、也可以是尽调总结、会议纪要、结构设计等，可以说万事皆可为 Memo。IRAC 也是很通用的写作方法，运用 IRAC 写备忘录，可以使得架构更为清晰，内容更为齐整。优秀法律人的养成离不开优秀的工作习惯，多用 IRAC 方法写 Memo，也许会带给你不一样的收获感。

（本文首发于 2019 年 9 月 11 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