



2019年第一季度

星瀚律師事務所
RICC & CO.

星瀚法律研究

LEGAL STUDY



热点聚焦

先行判决获最高院确认，
评析最高法知产庭第一案

邓紫棋真的不能叫“邓紫棋”了吗？
——浅谈艺人艺名保护

重点推荐

房屋代持的法律风险认知与防控

企业反舞弊内部调查时，
应当关注的证据固定问题

闲置的公司到底关不关？

目录 CONTENTS

公司 · 金融

闲置的公司到底关不关	P01
公司应当如何去清算？	P06
法定代表人、股东“失联”时，公司如何解散？	P11
真假“优先权”——影视文化传媒领域的“套路”与“反套路”	P14
探讨更换或除名合伙人的现实困境和解决思路	P18

房地产

天下苦公摊久矣？《住宅项目规范（征求意见稿）》的亮点及思考	P20
房屋代持的法律风险认知与防控	P22
婚前房屋婚内拆迁与离婚时财产分割交叉竞合时的分析研究	P25
面对遥不可及的江景房，消费者如何合理维权”	P28

内控反舞弊

股东股权遭侵犯，能否通过刑事手段救济？	P31
单位职员虚构业务骗取财物应当如何定性	P35
企业反舞弊内部调查时应当关注的证据固定问题	P39
三类典型舞弊犯罪的电子取证要点及案例分享	P42

热点聚焦

邓紫棋真的不能叫“邓紫棋”了吗？浅谈艺人艺名保护问题	P45
《流浪地球》七天破 20 亿，我贡献的票钱都去哪儿了？	P48
从法律视角看“AI 换脸”事件	P52
从法律角度看“豆瓣差评”事件	P56
如何合规打造公众号 10 万+爆文？	P59
先行判决获最高院确认，评析最高法知产庭第一案落槌	P63

新规速递

拟上科创板的企业如何对员工进行股权激励	P65
《区块链信息服务管理规定》出台，将对区块链行业发展产生哪些影响	P69
七问慈善组织如何利用投资保持增值	P72
浅析单用途预付消费卡新规如何保护消费者权益	P76

星瀚人文

55 场活动背后的欢喜与忧愁	P82
卫新律师的“教学时光之旅”	P85
我们的终极追求是自由与幸福	P89
爱你，最美的修行——写在星瀚南京分所开业活动一周年之际	P92

公司 · 金融

闲置的公司到底关不关？

卫新、刘灿（星瀚综合部）

公司不再运作，应按法律法规履行公告、清算、债权债务处置的程序后，进行注销，消灭法律主体身份。在经历“全民创业”、“大众创业”后，不少创业者因为多种因素，手上存在闲置公司。

关掉这些公司，费时费力，但如果把公司搁置不处理，是“无人问津、自然死亡”了，还是会“后患无穷”？公司注销的程序如何，又该如何适用？公司注销过程中，存在哪些难点……为此，我们将推出公司清算系列专题，就公司清算的那些事儿做简要分析。开篇我们先就闲置公司及其潜在的风险作归纳汇总。

一、闲置公司的常见情形和原因

闲置公司，即基于多种原因没有实际经营或无法继续经营的公司。实务中致使公司闲置的原因多种多样，在此我们作简要梳理。

（一）多设、误设

“最多跑一次”、“当日办结”、“立等可取”等不绝于耳的口号展示了“中国速度”，也体现了如今开办公司的便捷；开办公司的成本费用方面，不管是亲自操办还是通过代办机构，都较为低廉。核名、决议、章程、住所、人员等确定好提交工商部门之后即可领取营业执照。

便捷的途径，低廉的成本，利好的国家政策等使得创业者“拍脑袋”设公司，有个主意就开个公司，产生一个新业务就开个公司，某个地方招商有个返税政策就开个新公司……由此难免出现因非理性而多设、误设的公司。此类公司多是从设立之初一直闲置，并未真正开展业务。

（二）业务不景气或转移

优胜劣汰的市场环境下，不可避免的会淘汰一些产能落后的公司，随着市场竞争的进一步加剧，业务拓展受阻，此类公司业务量渐呈萎缩趋势，最终归于闲置；另外，还有部分公司因自身发展战略和方向的调整，把现有业务逐步转移到新的公司，原来的公司基于此也被束之高阁。

（三）负债累累或“官司缠身”

公司属于独立的企业法人，具有独立的财产权，股东以其认缴出资额对公司承担有限责任。实务中大量公司因经营失败负债累累或诉讼、仲裁缠身。面对络绎不绝的债权人催债，又和数不胜数的合作方对簿公堂，公司经营难以为继。即使能够继续经营也是弥补负债窟窿，倒不如“另起炉灶”，让老公司“关门大吉”，由此长期闲置。

（四）公司陷入僵局

现行法律未提及“公司僵局”的字眼，但归纳了可视为公司陷入僵局的具体情形。如根据，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》：

- 公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；
- 股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；

➤ 公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；

➤ 经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。

最常见的现象是严重的股东冲突，导致召开股东（大）会困难，难以形成有效决议，董事间各执一词等都让公司在经营战略、经营方向、主营业务等方面难以形成统一的意见，陷入僵局。各方都无法单独形成对公司控制的情况下，迫于无奈将公司搁置。

（五）公司相关人员“失踪”

作为公司经营管理的核心要素，决策层、管理层人员对公司发展至关重要。如果无故“失踪”，会对公司带来“致命”影响。本文所述“失踪”，即出现主管机关、供应商、客户及其他利害关系人无法与之取得联系、死亡、移民等情形。

股东“失踪”，难以形成有效的股东会决议，重要事项无从决策；董事、监事及高管“失踪”，公司正常的业务活动受阻；法定代表人“失踪”，公司证照章的保管，对外代表公司签署相关文件等无从下手。如此看来，公司主要人员的“失踪”，可能使得公司慢慢地“停止运转”。

（六）“被冒名、挂名”注册的公司

除上文所述致使公司闲置的原因外，实务中还会出现“被他人冒用身份信息注册公司”，即当事人在不知情的情况下，莫名的成为了公司股东、法定代表人等。或者被人借用了名字注册了公司，但是由于并非实际控制，公司的运营情况也不知晓，被借用人闲置。这类情况下，当事人后知后觉，无法及时处置，致使公司闲置。

二、长期闲置对公司自身的不利影响

（一）吊销营业执照

根据《公司法》，公司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的，可以由公司登记机关吊销营业执照。

据此，上述闲置公司基本上悉数被囊括在内，未开业、自行停业达到一定的期限，都存在被工商机关吊销营业执照的风险，因此长期闲置不再经营的公司需及时清算注销。

（二）列入经营异常名录

《企业经营异常名录管理暂行办法》	
第六条	企业未依照《企业信息公示暂行条例》第八条规定通过企业信用信息公示系统报送上一年度年度报告并向社会公示的，工商行政管理部门应当在当年年度报告公示结束之日起 10 个工作日内作出将其列入经营异常名录的决定，并予以公示。
第七条	企业未依照《企业信息公示暂行条例》第十条规定履行公示义务的，工商行政管理部门应当书面责令其在 10 日内履行公示义务。企业未在责令的期限内公示信息的，工商行政管理部门应当在责令的期限届满之日起 10 个工作日内作出将其列入经营异常名录的决定，并予以公示。
第九条	工商行政管理部门在依法履职过程中通过登记的住所或者经营场所无法与企业取得联系的，应当自查实之日起 10 个工作日内作出将其列入

	经营异常名录的决定，并予以公示。
第十五条	工商行政管理部门应当在企业被列入经营异常名录届满3年前60日内，通过企业信用信息公示系统以公告方式提示其履行相关义务； 届满3年仍未履行公示义务的，将其列入严重违法企业名单，并通过企业信用信息公示系统向社会公示。

闲置公司难免无法履行或忘记履行上述义务，最终被列入经营异常名录，且在被列入经营异常名录满三年的，还面临被列入严重违法企业名单的风险。一旦被列入严重违法企业名单，公司法定代表人、负责人及其他相关责任人还将面临一系列的惩戒。

（三）被列入严重违法失信企业名单

根据《严重违法失信企业名单管理暂行办法》第八条，企业被列入经营异常名录届满3年仍未履行相关义务的，工商行政管理部门应当在企业被列入经营异常名录满3年前60日内，通过企业信用信息公示系统以公告方式提示其履行相关义务；**满3年仍未履行相关义务的，自届满之日起10个工作日内将其列入严重违法失信企业名单。**

（四）被列入税务非正常户

根据《税务登记管理办法》第三十八条，已办理税务登记的纳税人未按照规定的期限申报纳税，在税务机关责令其限期改正后，逾期不改正的，税务机关应当派员实地检查，**查无下落并且无法强制其履行纳税义务的，由检查人员制作非正常户认定书，存入纳税人档案，税务机关暂停其税务登记证件、发票领购簿和发票的使用。**第三十九条，纳税人被列入非正常户超过三个月的，税务机关可以宣布其税务登记证件失效，其应纳税款的追征仍按《税收征管法》及其《实施细则》的规定执行。

三、长期闲置对公司相关人员影响

除了前述对公司本身的处置，对致使公司长期闲置的法定代表人、负责人及其他相关责任人员同样有一系列惩戒举措。这些惩戒举措会对公司法定代表人、负责人等相关人员的后续生产、生活产生极其不利的影响。

（一）对法定代表人、负责人带来的影响

1.法定代表人任职受限

《公司法》	担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的， 自该公司、企业被吊销营业执照之日起三年内不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。
《严重违法失信企业名单管理暂行办法》	因被列入经营异常名录届满3年仍未履行相关义务而被列入严重违法失信企业名单的企业的法定代表人、负责人， 已经担任其他企业的法定代表人、负责人的，有关企业应当依法办理法定代表人、负责人变更登记。 有关企业未办理法定代表人、负责人变更登记或者住所（经营场所）变更登记的，工商行政管理部门应当依法予以查处。
《证券投资基金法》	对所任职的公司、企业因经营不善破产清算或者因违法被吊销营业执照负有个人责任的董事、监事、厂长、高级管理人员，自该公司、企业破

	产清算终结或者被吊销营业执照之日起未逾五年的，不得担任公开募集基金的基金管理人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员。
--	--

2.法定代表人、负责人经营活动受限

《国家税务总局关于加强增值税发票数据应用防范税收风险的指导意见》(税总发〔2015〕122号)规定,其法人或财务负责人曾任非正常户的法人或财务负责人的纳税人,主管税务机关可以**严格控制其增值税专用发票发放数量及最高开票限额**。

《国家税务总局关于明确纳税信用管理若干业务口径的公告》(国家税务总局公告2015年第85号)规定,有非正常户记录或者由非正常户直接责任人员注册登记或者负责经营的,纳税信用等级直接判为**D级**。

3.对法定代表人、负责人的其他限制

《国务院关于促进市场公平竞争维护市场正常秩序的若干意见》,对失信主体在经营、投融资、取得政府供应土地、进出口、出入境、注册新公司、工程招投标、政府采购、获得荣誉、安全许可、生产许可、从业任职资格、资质审核等方面依法予以限制或禁止,对严重违法失信主体实行市场禁入制度。

据此,一些地方监管机构已经陆续开始对严重违法失信企业及其相关责任人员“亮剑”,如淮南市工商行政管理局已发布《淮南市严重违法失信企业名单管理和惩戒暂行办法》(淮府〔2016〕110号)(以下简称“办法”)。办法规定:

第十五条	行政机关对失信企业的法定代表人、主要负责人、实际控制人和其他直接责任人,应当依法采取下列措施实施惩戒:(一)禁止参与评优评先,已经授予的荣誉称号应按规定予以撤销;(二)不得担任企业的法定代表人、董事、监事、经理及其他高级管理人员;(三)未全面履行法定义务的,依法限制其出境;(四)限制取得政府资金支持;(五)取消各类评审、监审等专家资格;(六)法律、法规规定的其他惩戒措施。
第十六条	金融机构、公共服务单位及其他社会组织对失信企业及其法定代表人、主要负责人、实际控制人和其他直接责任人,依法实施下列惩戒措施:(一)限制提供信贷、担保、办理信用卡等金融服务;(二)限制乘坐飞机、软卧、动车等高等级交通工具;(三)限制参加项目招投标活动;(四)限制吸收为会员单位;(五)限制提供信用消费及其他服务;(六)法律、法规规定的其他惩戒措施。

(二)对职业经理人带来的影响

本文所述职业经理人即非闲置公司的投资人、实际控制人、法定代表人,仅在公司担任董事、监事、经理及其财务负责人等。职业经理人所任职的或曾任职的企业被吊销营业执照、被列入严重违法失信企业名单等同样会对自身带来一定的影响。如前文所述:

对所任职的公司、企业因违法被吊销营业执照负有个人责任的**董事、监事、厂长、高级管理人员**,自该公司、企业被吊销营业执照之日起五年内不得担任公开募集基金的基金管理

人的董事、监事、高级管理人员和其他从业人员。

曾任非正常户的法人或**财务负责人**的纳税人，主管税务机关可以**严格控制其增值税专用发票发放数量及最高开票限额**。

如在公司担任董事、监事及其他高管的同时又是公司法定代表人或负责人，将产生更为不利的影响。同时，如果职业经理人在担任公司法定代表人期间离职，但公司因长期闲置无法办理法定代表人的工商变更登记，将面临持续性的惩戒举措，这就迫切需要寻找救济途径。

（三）对“挂名”、“被冒名”人员的影响

实务中担任“挂名”法定代表人，“被冒名”注册公司、担任法定代表人的情形屡见不鲜。其中，担任“挂名”法定代表人即当事人系明知状态下，出任公司法定代表人。如果公司因长期闲置致使出现被吊销营业执照、列入严重违法失信企业名单，仍应按照公司法定代表人的身份承担相应责任，在任职和经营活动等方面将受到限制。

随着查询方式和途径的多元化以及征信体系的健全，“被冒名”注册公司、担任法定代表人的案例越来越多地被发现，各地市场监管机关也随之出台了相关便捷通道，以便当事人及时和这些公司“撇清关系”。但在尚未撇清关系或发现之前，仍会被视为公司的实际控制人、法定代表人而承担相应的责任。

“被冒名”、“被挂名”注册公司，对部分行业的人员由于忽略有关信息，在财产申报、个税申报中遗漏还会带来特殊的影响。如，国家公务人员在申报个人财产时，出现“遗漏”，进而可能面临党纪“处分”等风险。因此在确认自身是否存在闲置公司的同时，还应及时关注“被冒名”的现象。

四、结语

虽然公司闲置的情形和原因各异，但长此以往，会对公司本身带来巨大风险，进而影响到公司股东、法定代表人、负责人及其他相关人员。

近年来，湖南、四川、重庆等省市先后公布了《严重违法失信企业名单》。闲置公司长期搁置不注销，后果会愈加严重，政策逐步完善的背后是就该事项加入联合惩戒的部门逐步增加，最终变成“一处违法、处处受限”。因此，闲置公司应及时履行清算、注销手续，不留后患。

（本文首发于 2019 年 1 月 21 日）

公司应当如何去清算？

沈大力（星瀚综合部）

由于各种各样的原因，很多公司会面临闲置或解散的现实问题，上一篇专题文章《闲置的公司到底关不关？》介绍了闲置公司的常见情形、原因以及公司长期闲置对公司和公司相关人员的不利影响，从法律角度来看，公司闲置并不意味着其主体资格的终结，公司只有经过合法有效的清算程序、办理工商税务注销登记才能实现其主体资格的灭亡。作为公司清算系列专题第二篇，本文将主要对公司的清算程序进行探讨。

一、公司清算的形式及适用情形

公司清算，是指公司面临终止的情况下，为终结公司作为当事人的各种法律关系，使公司的法人资格归于消灭，而对公司未了结的业务、资产及债权债务关系等进行清理、处分的行为和程序。公司清算主要包括自行清算、强制清算和破产清算三种类型。

1、自行清算

自行清算，公司自行组成清算组对公司未了结的业务、财产及债权债务关系进行清理、处分，从而了结公司作为当事人的各种法律关系、使公司法人资格归于消灭的行为和程序。

【法定条件及解读】

《公司法》 第 180 条	公司因下列原因解散： （一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现； （二）股东会或者股东大会决议解散； （三）因公司合并或者分立需要解散； （四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销； （五）公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。
《公司法》 第 183 条	公司因本法第一百八十条第(一)项、第(二)项、第(四)项、第(五)项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。

公司章程规定解散，是对解散公司的预先设定。《公司法》第 180 条明确规定了章程规定的营业期限届满可以解散公司。事实上，公司章程可以规定任何解散公司的事由，只要不违反法律强制性规定。当然，公司也可通过修改公司章程而存续，不必然导致公司解散。

股东会决议解散，是公司股东决定解散，但必须遵守一定的程序，表现为取得公司股东会或者股东大会的同意。股东会议召集前，公司应当向每一位股东发送通知，通知必须明确告知股东召开股东会议的目的或者目的之一就是解散公司。《公司法》第 43 条规定，对于有限责任公司，股东会对公司解散作出决议，必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过。《公司法》第 103 条规定，对于股份有限公司，股东大会对解散公司作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。即需要取得出席会议的股东所持表决权的绝对多数同意。

2、强制清算

强制清算，在公司自行清算无法启动时，由人民法院根据申请人的申请指定有关人员组成清算组对公司未了结的业务、财产及债权债务关系进行清理、处分的行为和程序。

【法定条件及解读】

《公司法》第182条	公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。
《公司法司法解释二》第1条	单独或者合计持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，以下列事由之一提起解散公司诉讼，并符合公司法第一百八十二条规定的，人民法院应予受理： （一）公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的； （二）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的； （三）公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的； （四）经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。
《公司法司法解释二》第7条	有下列情形之一的，债权人申请人民法院指定清算组进行清算的，人民法院应予受理： （一）公司解散逾期不成立清算组进行清算的； （二）虽然成立清算组但故意拖延清算的； （三）违法清算可能严重损害债权人或者股东利益的。 具有本条第二款所列情形，而债权人未提起清算申请，公司股东申请人民法院指定清算组对公司进行清算的，人民法院应予受理。

公司强制清算发生在自行清算程序无法启动或自行清算损害债权人或股东权益的基础上，并且强制清算需以利害关系人（股东或债权人）的申请为启动条件。其目的在于解决公司僵局等公司内部纠纷问题，公司在存续期间发生严重内部矛盾导致公司不能正常运作，甚至使股东利益受到严重损失，因而需要强制清算。

强制清算的特点：一是由法院指定清算组，清算方案经法院确认后执行。二是在清偿债务方面，引入了协商机制。清偿公司财产无法清偿债务时，不必然进入破产程序，即如果公司清算中出现破产原因时，债权人如能够基于意思自治、自行协商通过债务清偿方案，则不当然进入破产清算程序，只有债权人对债务清偿方案不予确认或者人民法院不予认可的，才进入破产清算程序。三是人民法院裁定终结清算程序后，凭裁定办理注销手续。

在强制清算程序中，除事实清楚、法律关系明确、证据确实充分的案件外，法院在决定是否受理强制清算申请时一般会召开听证会，对申请人是否具备申请资格、被申请人是否出现强制清算事由等问题进行听证。

3、破产清算

破产清算，人民法院在依法宣告企业破产后，依据有关法律的规定，组织相关人员组成清算组，对破产企业的财产进行清算、评估、处理和分配的行为和程序。

【法定条件及解读】

《公司法》第187条	清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现 公司财产不足清偿债务的 ，应当依法向人民法院申请宣告破产。 公司经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院。
《破产法司法解释二》第1条	债务人 不能清偿到期债务 且具备下列情形之一的，人民法院应当认定其具备破产原因： （一）资产不足以清偿全部债务； （二）明显缺乏清偿能力。

只有在公司具备破产原因，即**公司财产不足清偿债务，并且公司被人民法院裁定宣告破产后**，破产清算程序才得以启动。

4、三种清算形式分析

三种清算根本目的都是为了梳理企业资产与负债，终结被清算企业的各种债权债务关系和法律关系。强制清算和破产清算都可由债权人启动清算程序。且强制清算与破产清算都属于司法清算程序，都是在法院受理后启动，清算组织同由法院指定产生并向法院报告工作。但三种清算存在一些差异：

（1）清算前提不同。自行清算可由公司自行决定。公司出现解散事由时，如公司财产足以偿还全部债务，则公司应当通过解散清算（包括自行清算和强制清算）清理所有的债权债务关系，全额清偿所有债务并分配完毕剩余财产后终止法人资格。如果公司不能清偿到期债务并且财产不足以偿还全部债务，或者明显缺乏清算能力的，则公司应当通过破产清算程序，清偿债务后终止法人资格。

（2）适用法律不同。自行清算、强制清算主要适用《公司法》及其司法解释等法律规定，破产清算主要适用《破产法》及其司法解释等法律规定。

（3）清算申请主体不同。强制清算申请的主体除了债权人之外，股东也可申请。《公司法司法解释二》规定债权人未提起清算申请，股东申请法院指定清算组对公司进行清算的，法院应予受理。关注对股东权益的保护。破产清算的申请主体除债权人之外，债务人也可向法院申请破产清算。《破产法》规定债务人有《破产法》第二条规定的情形，可向法院提出重整、和解或者破产清算申请。关注对债务人权益的保护。

（4）清算组织的不同。强制清算中负责清算的组织为清算组，由法院指定。法院优先考虑公司股东、董事、监事、高级管理人员组成清算组，符合条件的情况下，法院可以任命中介机构派出的人员组成清算组，也可以由中介机构派员与股东、董监高级管理人员共同组成。破产清算中负责清算的组织为管理人，管理人由法院指定。管理人可以由中介机构组成，可以由具有管理人资质的个人组成，也可以由清算组组成。但原则上，管理人成员中不应包括股东。

（5）对清算组织的监管程度不同。虽然破产清算与强制清算都有法院的介入，但是由

于强制清算发生在公司资产超过公司债务的前提下，因此法院无需过多介入，仅需对清算组进行一般程度的监督。而破产清算中，公司资产不足以清偿全部债务，为了实现公司债权人的公平受偿，法院需对清算组的行为进行严格监督。

（6）对企业财产执行与保全措施的不同。强制清算程序前提是企业资产大于负债，所以对于强制清算程序的受理不影响执行与保全措施。而破产清算程序中，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。尚未开始执行的，不得开始；已经开始而尚未执行完毕的，不得继续进行，即破产程序优于执行程序。

二、不同类型的闲置公司所适用的清算类型

在《闲置的公司到底关不关》一文中，我们分析了闲置公司的常见情形和原因。那么就这些情形，应适用不同的清算类型。

1、针对多设、误设公司，大部分并未真正开展业务，出于闲置状态，如公司章程有规定清算情形，可直接按照章程规定自行清算；如章程未明确规定，可由股东会或股东大会决议解散，一般不用进入强制清算或破产清算。

2、针对业务不景气或业务转移的公司，如果资能抵债，可以自行解散或者强制解散；如果资不抵债，则要么通过与债权人达成和解方案自行解散方式处理，更节省时间和成本，要么通过破产清算形式处理，则相对耗时。

3、针对负债累累或“官司缠身”的公司，公司债权人较多，经营难以为继。对公司而言可选择强制清算，对债权人而言可选择破产清算，当然债权人如果考察公司实际资产情况，如能通过和解实现强制清算获得利益比破产清算更多，则建议采用强制清算形式。

4、针对陷入僵局的公司，由于大多是股东冲突严重，难以形成有效决议，通常会采取强制清算，特定情形下也可选择自行清算或破产清算形式。

5、针对相关人员“失踪”的公司，难以形成有效的股东会决议，公司无法实际经营，如章程未确定清算条件，股东会亦难以召开形成一致意见，则也很难进行自行清算，可采取强制清算或破产清算。

6、针对“被冒名、挂名”注册的公司，由于并未实际参与公司经营管理，对公司运营情况亦不知晓，公司处于闲置状态，如能够组织召开股东会形成决议，建议直接自行清算。如无法组织召开会议，则可能必须进入强制清算或破产清算。

三、交叉适用时清算程序的选择

部分情形，可能适用自行清算、强制清算及破产清算，如果交叉适用时，要如何选择适用呢？

通常如果公司陷入僵局，能够通过自行清算方式了结公司权利义务关系，建议公司采用自行清算程序，整体时间成本较低，有利于尽早了结公司各方面法律关系。如果公司全体股东就公司解散事宜无法达成一致同意意见，10%以上表决权的股东还可以请求法院强制解散公司，但必须符合《公司法》第182条规定的“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的”之条件。

最高法指导案例8号案例“林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案”中，法院即指出：“判断公司经营管理是否发生严重困难，应从公司组织机构的运行状态进

行综合分析。如果公司权力运行发生严重困难，股东会机制长期失灵，内部管理有严重障碍，股东会、董事会等权力机构和管理机构无法正常运行，无法对公司的任何事项作出任何决议，公司已陷入僵局状态，可认定为公司经营管理发生严重困难。”即公司出现僵局状态，要进入强制清算程序。

但强制清算程序是以资产大于债务可全额清偿债务为前提的，在强制清算过程中如发现公司资不抵债，并在清算组与债权人协商按比例清偿债务方案失败之后，可以转入破产清算。

如果公司现有的债权可能导致诉讼风险，建议公司于财产梳理阶段通过和解签约等形式尽快解决争议，避免产生诉讼风险和进入破产清算流程，增加诉讼成本及责任追及股东层面，届时会更加费时费力、得不偿失。如公司因公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现，或者股东会、股东大会决议自愿解散的，人民法院受理债权人提出的强制清算申请后，对股东进行剩余财产分配前，公司修改章程、或者股东会、股东大会决议公司继续存续，法院可以裁定终结强制清算程序，公司继续存续。如强制清算仍转入破产清算后，强制清算中已经完成的清算事项，如未违反破产法及其司法解释的，在破产清算程序中承认其效力。

四、小结

公司清算对公司、股东或是债权人都具有重要影响。不同的清算形式所适用的条件和程序规定有其特点，对公司股东利益、债权人利益的关注点也有差异。所以公司在面临闲置状态拟进行清算注销时，要根据公司自身情况选择适用对应的清算程序，以最优原则促使公司顺利清算注销，了结公司法律关系。下一篇我们将就公司解散中的难点进行专门分析。

（本文首发于 2019 年 2 月 26 日）

法定代表人、股东“失联”时，公司如何解散？

卫新、刘灿（星瀚综合部）

公司清算系列的前两篇文章中，我们对闲置公司清算注销的必要性、及不同类型的闲置公司所适用的不同清算程序进行了分析和研究。

但是，公司在解散过程中因涉及到公司本身、公司股东、公司高管、公司债权人、公司债务人以及其他利害关系人等众多方的利益，因此公司解散很难一帆风顺，在平衡各方利益的同时还要应对一些复杂情形，例如法定代表人或股东的失踪或死亡，本文将就如何应对此类情形做简要分析。

一、法定代表人失踪或死亡

法定代表人指依法律或公司章程规定代表法人行使职权的负责人，其在现代公司治理结构中扮演着重要角色，法定代表人“失联”对公司的影响或是致命性的。那么，法定代表人失踪或死亡会如何影响公司清算注销呢？

如果法定代表人并非公司股东，此时其失踪或死亡对公司清算注销的影响主要体现在公司解散材料的准备上。由于法定代表人通常都保管着公司的证照章，且承担着代表公司对外签署相关文件的职责，因此在公司解散过程中，包括清算组备案、提交注销申请等在内的众多事项需要法定代表人予以配合和协助，如果公司法定代表人失踪或死亡，则公司解散清算过程中的材料将无从准备，进而影响到公司清算进程。

如果法定代表人同时也是公司股东，则可能影响到公司自行清算程序的启动。根据我国现有规定，公司清算主要有自行清算、强制清算、破产清算三种方式；《公司法》第 43 条、《公司法》第 103 条规定，对于有限责任公司，股东会对公司解散作出决议，必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过，对于股份有限公司，股东大会对解散公司作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。

若公司无法完成自行清算，公司经营管理已经发生严重困难，继续存续将严重损害股东利益的，该情形下，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东可以请求人民法院解散公司。但现实中，常常出现公司股东会难以召集或意图向法院请求解散公司的股东持股表决权低于百分之十的情形，导致真正启动公司解散清算程序困难重重。

失踪或死亡的法定代表人同时也是公司股东时可如何应对，我们将在下文讨论；就公司法定代表人身份的处理，实践中常用且行之有效的办法即为更换法定代表人。

公司法定代表人的选举和变更按照《公司法》和公司章程的规定执行，通过召开股东会重新选举新的公司法定代表人，然后去工商部门办理变更登记。在办理公司法定代表人变更登记过程中，一般需要准备公司登记（备案）申请书、全体股东签名的股东决议、新法定代表人的任职文件、新法定代表人的身份证原件与复印件、委托代办人的身份证原件与复印件等。

具体以上海市为例，我们通过市场监管部门了解到，公司法定代表人的变更需要以下材料：

- 公司登记申请书

- 指定代表或者共同委托代理人的证明及指定代表或委托代理人的身份证件复印件
- 根据公司章程的规定和程序提交原任法定代表人的免职证明和新任法定代表人的任职证明及身份证明
- 市场监管部门及其他主管机关要求的其他材料

因此，当公司清算注销程序因法定代表人失踪或死亡而受到影响时，将原法定表人变更并及时进行工商登记后，可继续开展公司清算注销事宜。

二、股东失踪或死亡

股东失踪或死亡也属于实践中公司闲置的常见情形之一，股东尤其是大股东的失踪或死亡会导致难以形成有效的股东会决议，长此以往将导致公司陷入僵局。如前文所述，股东失踪或死亡会影响到公司自行清算程序的启动，面对此种情况，应如何处理呢？

1. 办理股东资格的继承

当公司因为自然人股东失踪、死亡而无法开展清算注销工作时，较为可行的办法是进行股东资格的继承。

但目前《公司法》只是规定了自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格，公司章程另有规定的除外，并未对法人股东注销后其股东资格的处理作出明确规定。因此，理论界也出现了不同的观点，有观点认为，法人股东注销后即消亡，其股东资格无法继受；也有观点认为，法人股东消亡后其股东资格可以继受。笔者认为，鉴于有限公司人合性的特征，如果公司章程对于法人股东的股东资格继受问题作了明确规定的，则应遵循公司章程的规定；如果公司章程没有明确规定，则由法人股东的股东继受股东资格，不利于有限公司的“人合”，且缺乏相应的法律依据。也就是说，法人股东的股东原则上无权继受法人股东在原公司的剩余财产分配权利和清算义务，除非公司章程另有规定。

当然，自然人股东死亡后，继承人也并非当然取得股东资格，因为公司章程可作出特别规定，且若其继承人为多数人时，如何继承股东资格、行使股东表决权还缺乏具体可操作规定。经过重重阻碍，仍可能出现无法确定股东资格继承问题，导致公司在较长时间内无法作出解散公司的决议。

实践中，不少“被冒名、挂名”注册的公司，由于部分股东并未实际参与公司经营管理，对公司运营情况亦不知晓，若系法人股东“失踪”导致公司处于闲置状态，如能够组织召开股东会形成决议，建议直接自行清算。如无法组织召开会议，则可能必须进入强制清算或破产清算。

2. 办理股权继承公证

对于股权转让和继承是否需要办理公证，我国法律没有强制性规定，但目前因股权转让和继承过程中极易发生纠纷，因此为了保护自己的合法权益，应当尽可能在股权转让和继承后办理公证。

实务中，一般财产继承所提供的证明材料包括当事人身份证明的材料、被继承人死亡的证明、与被继承人具有亲属关系的证明等，鉴于股权继承的特殊性，当申请人申请办理股权继承公证时，往往还需提供出资证明、股东名称、经工商行政管理机关备案的公司章程、公司资产的评估报告等。

在股权继承公证结束后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，

并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载,再到公司登记机关办理工商变更登记手续,把死亡股东的股权变更到公证书所列的继承人的名下。

三、小结

公司闲置后,法定代表人、股东及其他利害关系人失踪或死亡甚至公司被吊销营业执照并不意味着公司主体资格就此终结,只有经过合法有效的清算程序办理工商、税务、质检、银行、签章等的注销登记才能实现其主体资格的灭亡。

法定代表人或股东的失踪或死亡均属于公司相关人员“失踪”导致公司闲置的情形,相关人员“失踪”的公司通常难以形成有效的股东会决议,公司无法实际经营。若公司章程未确定清算条件,股东会亦难以召开并形成一致意见,进而也很难进行自行清算,在满足其他清算程序的前提下,可有选择的采取强制清算或破产清算。

基于上述各种情况的复杂性,我们建议在公司章程中预先对股东失踪或死亡情形下股东资格继承及股东权利行使问题按上述作出具体规定,以防止出现清算不能的现象。

根据《公司法》第七十五条,自然人股东死亡后,其合法继承人可以继承股东资格;但是,公司章程另有规定的除外。据此,如公司章程对股东资格的继承及相关继承的程序作出明确规定,同时每个自然人股东均指定了相应的继承人,则可依法办理股东资格的继承和公证手续,后续由新的股东行使股东权利并履行义务。

另,公司章程亦可约定,当自然人股东失踪或死亡时,股东资格不可继承。如公司章程规定“自然人股东失踪或死亡时,其股东资格不得继承,在无其他股东购买其股权的情况下,公司应及时履行减资或清算手续,减资和清算期间,失踪或死亡的自然人股东的表决权由其他股东按该股东死亡时各自出资比例行使”。至此,解决完毕股东失踪或死亡对公司清算带来的障碍后,方可按照法定的清算程序完成公司的解散注销公司。

(本文首发于 2019 年 3 月 26 日)

真假“优先权”——影视文化传媒领域的“套路”与“反套路”

占菊钗（星瀚公司金融部）

在影视文化传媒领域，影视文化公司（下称“被授权人”或“公司”）为深度绑定内容创作者、艺人（下称“授权人”或“作者”），常会在双方的授权许可合同、合作协议中约定诸如“优先签约权”、“优先续约权”、“优先受让权”、“优先合作权”、“优先改编权”等“优先权”条款。本文拟对该等优先权的行使、违约责任的承担进行探讨。

一、“优先权”条款的常见约定

从优先权行使的期间来看，其常见表达方式有两种：一是约定协议期内，在同等条件下，公司对作者新创作的作品享有优先权；二是约定协议期外，在同等条件下，公司对作者新创作的作品享有优先权。

协议期内的优先权条款，如某版权代理协议中“乙方（作者）在合约期内的所有作品应当优先向甲方（公司）提供，乙方向甲方提供作品之前，不得将该作品提供或泄露给任何第三方，甲方有权优先选择是否代理该作品的版权事宜。”

协议期外的优先权条款，如某著作权许可合同“甲方（作者）新创作的作品，在同等出版合作条件下，丙方（公司）有优先签约的权利”；如某经纪合同中“在同等条件下，XX经纪公司有权优先续约”。

二、“优先权”条款的常见争议

（一）优先权条款中“同等条件”和“通知”义务如何认定

就“优先权”条款具体行使中的争议来说，以下这个协议期外公司对作者新作品在同等出版条件下具有优先签约权案例【最高院(2016)最高法民再 177 号】（下称“优先签约权案”）或许能为我们提供直观的感受：

案情简介：作者蒋某某（即“甲方”）与阅读纪公司（即“丙方”）就作品合作出版事宜签订了关于优先签约权的协议，约定“**甲方新创作的作品，在同等出版合作条件下，丙方有优先签约的权利**”。前述协议签署后，蒋某某新创作了作品《蚀心者》，并就该作品与案外公司签订《著作权许可使用合同》，授权案外公司出版发行新作品。阅读纪公司遂以蒋某某违反优先签约权为由诉至法院。请求法院判令蒋某某：1.支付违约金 50 万元；2.赔偿合理费用支出 30071.8 元。

广西南宁中院一审认为	蒋某某作为该协议一方，有义务告知阅读纪公司另一方给出的条件是什么，这也是阅读纪公司行使优先权的前提。……由于蒋某某没有告知阅读纪公司，致使阅读纪公司丧失了与儒意欣欣公司就涉案作品《蚀心者》相互竞价的权利，也从而导致阅读纪公司丧失了优先签约权的基础。因此，蒋某某的行为侵害了阅读纪公司的优先签约权。
广西高院二审法院认为	阅读纪公司有优先签约的权利的约定，使蒋某某只承担义务而不享有任何权利，终其一生所创作的新作品在同等出版合作条件下均由阅读纪公司决定是否行使优先签约权……如果蒋某某与阅读纪公司之外的第三者签订的新作品出版合同的合作条件与此不同，就不应认定为“同等出版合作条件”，阅读纪公司就不具备行使优先签约权的前提条件，蒋某某不负有通知义务……本案当事人双方不但对‘同等出版合作条件’的约定不明确，对违反优先签约权的违约责任也没有约定，故可视为该条款对双方没有约束力。
最高院再审认为	优先签约权的行使，应当兼顾出版商利益的保护和作者创作积极性的维护，实现出版行业的健康有序发展。出版商行使优先签约权的基础是其知晓作者有新作品问世并准备出版，该事项的知晓有赖于作者的通知，因此，通知是优先签约权条款项下作者的合同义务。本案中，蒋某某在没有通知阅读纪公司的情况下即与其他出版商合作出版其新作品，违反了《补充协议》中关于优先签约权的约定，应当承担相应的违约责任。

（二）违反优先权条款后的责任如何承担

就违反优先权条款后的责任承担主体而言，应包括授权人（作者）违约与被授权人（公司）违约两种情形，但被授权人违约中，如被授权人未及时提出行使优先权的主张，一般会被视为放弃行使优先权，不会因此造成授权人损失，也就无需额外承担违约责任。因此，以下主要讨论授权人即作者违反优先权条款如何承担责任的情形。

1.可要求违约作者赔偿损失

从违约责任的具体承担来讲，按照《合同法》第 107 条的规定，包括继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。前述优先签约权案中，最高院综合考虑公司的诉讼请求、违约行为的性质、阅读纪公司遭受的损失、双方的合作情况等因素，酌定作者支付违约金 5 万元，也即该案中，最终授权人承担的是赔偿损失的违约责任。此时存在的一个问题便是公司能否要求作者承担其他责任，比如要求作者继续履行。

2. 能否要求违约作者继续履行？

就能否要求违约作者继续履行的问题，我们将以上海一中院审理的网名为“梦入神机”的作者违反双方“优先受让权”约定的案例[(2011)沪一中民五(知)终字第 136 号案件]为例进行探讨。

案情简介：某霆公司（“甲方”）与王某（“乙方”，即作者）在协议中约定，“乙方在每部协议作品之外创作的任何其他新作品（即在本协议约定的期限以外乙方创作的作品），乙方对该新作品权利转让或授权许可使用时，乙方应以书面形式通知甲方，**在同等条件下，甲方优先于任何第三方获得上述转让权和许可使用权，乙方应为甲方该优先权的行使提供必要的便利；除甲方收到乙方要求甲方行使上述优先权的书面通知后 30 天内未行使优先权，乙方不得将上述权利转让或授权于任何第三方。**”嗣后，王某违反协议约定以“梦入神机”的笔名开始在案外人公司的网站上发表作品，且截至庭审仍在连载中。公司请求判令王某继续履行协议，停止在其他网站发布其创作作品的行为，并确认王某创作的《永生》著作权归某霆公司所有。

法院认为：某霆公司的诉讼请求性质上属于请求王某承担继续履行合同义务的违约责任……这些义务，涉及到王某的创作自由，具有人身属性，在性质上并不适于强制履行，并且如果强制王某不得创作协议作品以外的作品，也不符合著作权法鼓励创作的立法目的。在王某违约时，某霆公司不得请求王某继续履行，只能请求王某支付违约金或者赔偿损失。

三、司法判例怎么看

关于优先权行使问题，司法判例中法院往往一方面会明确作者的通知义务，另一方面却又回避对“同等条件”的认定。同时对于违约责任的承担而言，往往很难判决双方继续履行。结合既往司法判例，笔者认为优先权的行使及违约责任可从以下四方面考虑：

首先，同等条件双方当事人要约定明确。

优先权行使离不开同等条件的确立，从合同法公平原则考量，任何优先权行使的前提均应该为同等条件。而同等条件亦需双方当事人约定，在无约定或者约定不明时参考交易的惯例。此时存在的问题是，交易惯例往往难以认定。因此，双方在订约时最好就优先权行使的“同等条件”约定明确。

其次，作者负有最基本的通知义务。

就授权人(作者)而言，无论优先权条款是否明确约定了通知义务，授权人均负有通知义务。其原因在于被授权人(公司)对授权人有新作品事宜的知晓建立在授权人通知的基础之上。

再次，公司应及时行使优先权，防止优先权过期

就被授权人(公司)而言，应在合理期限内及时行使该等优先权，实践中，如合同对期限有约定则从约定，若无约定或者约定不明，则被授权人也应在收到授权人通知后及时回复并提出行使优先权的主张。

最后，公司要求违约作者继续履行优先权条款的主张很难被支持。

就违反优先权约定的责任承担而言，不难看出对于依法成立的优先权约定，法院一般会对此予以确认，但具体到被授权人请求违约的授权人（作者）承担违约责任类型上，由于优先权条款的继续履行往往涉及到作者具有极强人身专属性的智力创作活动，其在性质上并不适于强制履行，因而，在优先权违约责任承担中，公司要求作者继续履行的主张很可能得不到法院的支持。

四、总结与建议

实践中，宽泛化的优先权条款约定以及优先权条款的不适于强制履行性质（具有极强人身专属性），使得各式各样优先权条款越来越失去合同签订时的原本意义。结合前述案例，我们认为在著作权合同中涉及到优先权条款时，需注意以下三点：

第一，从保护公司（被授权人）的角度来说，优先权的约定，一定要明确同等条件的内涵，同时明确约定作者的通知义务，公司的行使优先权的回复期限，以及作者违反约定后的具体责任，如明确约定违约金金额。

第二，从保护作者（授权人）角度来说，一是需要谨慎对待该等优先权条款，一旦签署就如同给自己的创作活动带上了紧箍咒；二是无论出于何种原因作者决定不再与公司继续合作，而选择与案外人合作时，一定要履行通知义务，但在协议约定不明时，可在通知里限定公司行使优先权的回复期限。

第三，从律师角度来说，一方面，起草相关优先权条款时要约定清楚优先权的行使方式、违约责任等；另一方面，无论是被授权公司律师还是授权人律师都要尽到提示义务，如提示前述作者的通知义务、提示公司请求继续履行存在不被支持的风险等。另外，律师更应针对优先权条款在实务中遇见的问题结合司法判例的倾向，在实务中对各式各样的优先权条款进行持续不断的革新。

（本文首发于 2019 年 1 月 14 日）

探讨更换或除名合伙人的现实困境和解决思路

阮霭倩（星瀚公司金融部）

每当经济环境不景气的时候，也是各种投资项目纠纷常见的时候。最近很多投资人找到我们，表示自己投资的项目出现了种种问题，包括合伙企业账目不清、合伙企业运营费用虚增、投资项目因种种原因停滞不前、合伙经营的目的可能无法实现等等。

细究这些问题产生的原因，除了外部因素影响，更多的是内部矛盾：有的是部分合伙人“监守自盗”，有的是执行事务合伙人怠于履行经营管理职责，还有合伙企业内部 LP 和 GP 矛盾频发、互相牵制导致合伙企业无法正常运作等。

合伙企业的性质不同于公司，更注重人合，若合伙企业内部矛盾不可调和，最终势必两败俱伤。要解决内部矛盾，合伙人一般都会希望能把“有问题”的合伙人更换或除名。然而恰恰由于合伙企业的人合性特点，更换、除名合伙人面临很多现实困境，本文将从这些困境出发，探讨可能的解决思路。

一、单一 GP 模式下更换 GP 所面临的僵局

合伙企业出现内部纠纷时，很多情况下是出钱的 LP 和管理的 GP 之间产生矛盾和分歧，LP 们投入了大量资金，但合伙企业却没有按照 LP 们预想的轨道发展，这时 LP 们往往会认为问题出在管理 GP 身上，因此 LP 们最理想的处理方式就是更换执行事务合伙人，换上一个更有执行力、更听 LP 们指挥的 GP。殊不知更换执行事务所合伙人往往障碍重重。在合伙企业的架构设置中，除了少数“双 GP”模式外，“1 个 GP 配 N 个 LP”的模式基本已经成为了现在有限合伙企业设立的标配。这样的架构设置一旦碰上执行事务合伙人不履行管理职责，想要把 GP 换掉时就极易形成“僵局”。

首先，更换 GP 通常都需要召集合伙人会议，翻看自己入伙时签署的《合伙协议》，合伙人们就会发现，合伙人会议需要执行事务合伙人召集，试想哪个 GP 会配合召开一个把自己更换掉的合伙人会议？这就使得召开合伙人会议更换 GP 的操作难以实操。

其次，要更换 GP 的前提是有限合伙企业必须有一个可替换的 GP，然而无论是从外部引入一个新的 GP(入伙)或是内部 LP 委任成为 GP(转换)，合伙协议中往往也约定需要取得全体合伙人（含现任 GP）的一致同意。

因此单一 GP 模式下更换 GP 往往会陷入一个“先有鸡还是先有蛋”的尴尬处境。

二、超过 90%的除名合伙人决议最终会被认定无效

更换合伙人那么麻烦，合伙人们不得不翻找《合伙协议》以期找到对自己有利的条款，于是，我们看到很多合伙协议纠纷的案例中，最终合伙人们都会采取一种手段——除名合伙人，以期解决合伙企业面临的僵局。但除名执行事务合伙人是否只是一则其他合伙人都签字的除名决议就可以了？我们先来看个案例。

A 有限合伙企业设立于 2015 年，有三个合伙人，任某出资 20%并担任合伙企业的 GP，另外两个各出资 40%，作为合伙企业的 LP。2016 年，合伙企业出现矛盾，包括 GP 在合伙企业内部邮件中多次辱骂其他合伙人，不配合召开合伙人会议，不配合在一些对外经营文件

上盖章致使合伙企业无法正常经营。2017 年，两个 LP 作出除名决议，以“因故意或重大过失给合伙企业造成损失”为由将 GP 任某除名，任某不服起诉至法院，要求法院判令除名决议无效。

法院审查后认为，LP 所主张的除名事由均不是法律规定的除名情形，因而判决除名决议无效。

我们查阅了大量法院的生效判决，在目前审结的案例中仅有不到 10%的案例支持除名决议有效，大部分公开判例都判令除名决议无效，可见实务操作中，除名合伙人并非大家想象的那么简单。

三、除名合伙人的解决思路探讨

那哪些才是除名合伙人的法定情形呢？根据《合伙企业法》第 49 条的规定：①未履行出资义务；②因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；③执行合伙事务时有不正当行为；④发生合伙协议约定的事由。乍一看，很多合伙人会觉得自家的除名事项完全可以套上这些法定情形，但是除名合伙人切勿匆匆一则“决议”了事，很可能折腾一圈最终换来一场空。考虑到目前实操中，对于“损失”、“不正当行为”的举证责任较高，如果合伙人们能够有些前置的诉讼甚至是判决作为证据支撑，那除名这块被支持的可能性也就大大增加。

其实合伙人们仔细想想，除名合伙人往往只是一种手段，更多的是 LP 们希望通过更换、除名合伙人，重获合伙企业控制权。这样看来，虽然很多情况下除名决议可能被判无效，但在这段 GP 被除名期间，很有可能合伙企业已经委任了新的 GP，形成了新的合伙协议，合伙企业也可能已经开展了很多新的对外合作和经营，新 GP 和老 GP 的权责如何划分？合伙企业的控制权是否已经旁落？这些往往才是最终决定合伙企业走向的关键因素。

（本文首发于 2019 年 2 月 27 日）

房地产

天下苦公摊久矣？《住宅项目规范（征求意见稿）》的亮点及思考

高原

近日，住建部发布的《住宅项目规范（征求意见稿）》（以下简称“规范”）在网络上引起轩然大波。究其原因，天下苦公摊久矣。“住宅建筑应以套内使用面积进行交易”这一条如果生效，那将终结执行已久的开发商对公摊面积计价收费的交易惯例。

笔者检索了《规范》，结合多年房地产法律工作经验，就这次征求意见稿中的亮点以及对房地产法律领域可能带来的影响逐一做下前瞻分析。

一、套内面积单价上涨与价格备案制的冲突如何协调

上海的房地产交易是以建筑面积为计价标准的，从稳定房地产市场的角度来看，单套房屋总价不会因为《规范》的出台而出现较大波动，通过调整套内面积单价来寻求总价稳定的方案势在必行。但是，新建商品房受到房地产价格备案制度的制约，《规范》出台后如何与价格备案制度进行衔接，有关部门允许套内面积单价上涨的幅度目前仍不得而知。如果套内面积单价上涨幅度有限，个别公摊面积较大的房源仍无法通过价格备案制度来弥补公摊面积无法计价时的损失时，则采用何种方式突破价格备案制的约束将会是每个开发商所关心的问题。

目前，开发商常采用装修合同的方式约定显著高于装修成本的价格来实现突破备案价限制的目的。在审判实践中，如果购房者事后以备案价及装修司法鉴定评估的价格为标准，要求开发商返还差额的，法院一般不予支持。究其原因主要有如下因素：1、购房者购房时明知实际支付的对价，主张返还差额系不诚信的行为；2、价格备案制度存在过度压低新建商品房开盘价的行为，导致新建商品房开盘价低于周边二手房的现象，开发商的合理定价权未获充分保护；3、开发商通过阳奉阴违的方式规避政府的限价政策，其所应当承担的是行政责任，而不影响民事行为的效力。

但是，此次《规范》的背景是因为公摊面积是房地产市场上最不透明的一项指标，个别开发商为了获取更多利润，将公摊面积比例做的过大，损害了人民群众的利益。住建部《规范》的初衷就是杜绝开发商在公摊面积上再寻求获利的行为。笔者认为，开发商可以寻求合理的方式将公摊面积的成本摊入套内面积价格内，但是开发商如果仍试图将原本可以通过公摊面积获利的那部分利润转嫁到购房者身上，则一旦坐实，则可能会触发损害公共利益的条款。

二、房屋面积差异处理原则的变化

虽然最高院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“司法解释”）第十四条规定了出卖人交付使用的房屋实际面积与约定面积不符时的处理原则。但是该原则仅为一般规则，在以建筑面积计价的情况下，房屋套内面积和公摊面积作为两个变量系数，其各自升降变化会导致不同的排列组合，例如建筑面积变化不大，但套内面积增加而分摊面积减少，或者建筑面积变化不大，但套内面积减少而分摊面积变大。此时就不能仅凭整体的建筑面积变化来适用上述规则，而是要考虑到前者导致购房者实际得房率高，因

此应当适用交付面积大于约定面积的规则，而后者导致实际得房率低，应适用交付面积小于约定面积的规则。故而在以建筑面积计价的情况下，实际审判中如何准确适用上述规则是非常复杂的问题。而一律以套内面积计价，则只需要直接套用司法解释规定的一般规则即可。

但是，《规范》生效后，仍有一处变化需要特别留意。房屋交易确实是以套内面积展开的，但是这只是交易标准，而非开发标准，即开发商仍要约定公摊面积，产证上亦需登记公摊面积。如果交房时，购房者发现公摊面积比约定面积少了，如何处理？目前的审判规则是套内面积不变的情况下，单纯的公摊面积减少，则比照司法解释第十四条处理。但是，该审判规则是建立在公摊面积亦收费的基础之上的。将来，如果公摊面积不再收取费用，则公摊面积减少的案件应当如何处理，需要司法工作者进一步研究。笔者认为，也许直接比照解释第十四条可能不尽合理，但是公摊面积减少仍会在一定程度上影响购房者的使用收益权益，开发商对此应当承担一定限度的违约责任为宜。

三、未达全装修交付的标准是否可以作为拒收房屋的理由

这次《规范》中拟规定，城镇新建住宅建筑应全装修交付，并应符合下列规定：1、户内和公共部位所有功能空间的固定面和管线应全部铺装或粉刷完成；给排水、燃气、照明、供电等系统及厨卫基本设施应安装到位；2、供水、供电、燃气、道路、绿地、停车位、垃圾及污水处理等规划配套设施应具备使用条件；3、消防设施应完好，消防通道应畅通。

需要注意的是，全装修不等于时下非常流行的精装修，精装修房屋的交付标准仍应以合同约定的标准为依据。但是，近年来，因商品房装修交付引发的纠纷呈上升趋势。如果开发商交付的房屋未达到全装修交付的标准时，购房者是否有权拒收呢？只有两种情况下可以拒收：1、房屋存在主体结构问题；2、房屋质量问题严重影响正常居住使用。除上述情况之外，开发商交付的房屋如果存在质量问题的，则购房者无权拒收，开发商亦应承担修复责任。

四、《规范》引申问题的思考

（一）相关税费的计价基础是否一并调整

房屋交易计价标准是牵一发而动全身的问题，目前有诸多税费是以建筑面积为计价基础的，比如房产税。税务部门后续是否会调整计税基础，以及免征额的调整等等，值得进一步关注。

目前，小区的物业费也是以建筑面积计算的。《规范》正式出台后，业主是否有权要求按套内面积支付物业费呢？笔者认为，公摊面积需要物业日常维护，故已经签订物业服务合同的小区，其物业费收取标准只是计算公式而已，如果业主要求按套内面积作为物业费的计价基准，则需要业委会出面与物业公司重新协商物业服务的对价并重新签约。

（二）房屋征收安置房源的面积计算标准

目前，上海房屋征收补偿方式分实物安置（提供房源）和货币安置两种方式。在实物安置模式下，是先计算出被征收户本次征收中可得征收利益之后，再由被征收户使用征收利益购买安置房源。但是，安置房屋目前是以建筑面积进行计价的。应该说，被征收户获取安置房源的过程亦是一次购买的行为，因此，未来征收过程中是否应当按照套内面积进行安置，需要引起进一步关注。

（本文首发于 2019 年 2 月 25 日）

房屋代持的法律风险认知与防控

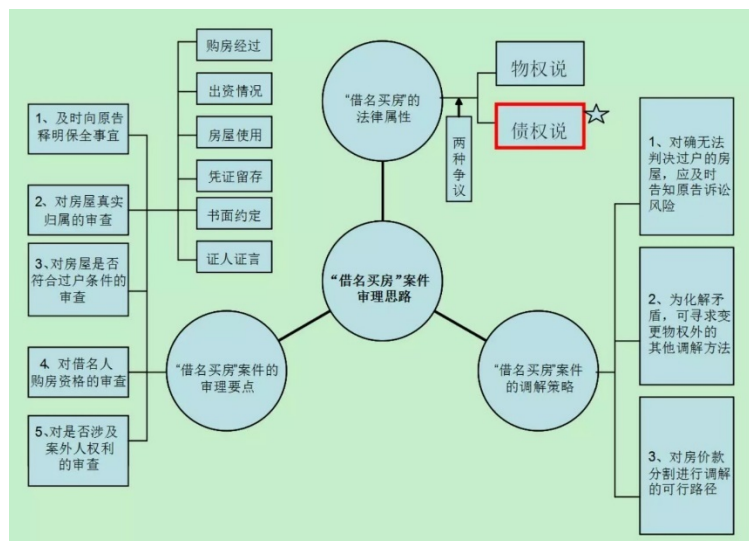
高原

近年来，在房地产宏观调控政策实施的大背景下，为规避税收、限购、限贷等调控政策，借名买房现象日益凸出。从目前已经涉诉的案件来看，由于借名买房一般是发生在关系较为亲密的亲朋之间，故而双方将这种法律行为建立在了纯粹信任基础之上的案例屡见不鲜。但是，与股权代持行为已经有较为规范的法律及司法解释予以规制不同的是，目前对于借名买房的行为尚无全国统一的司法裁判规则，仅由各地高院对此现象制定审判口径，因此司法实践中也呈现纷繁不一的观点。再加上借名买房的案件中，因为产权登记在代持人名下，故而司法机关还要考虑保护案外人对权利外观的信任，故而如果没有专业的法律服务作为支撑，借名买房的风险将极为巨大。

一、“债权说”成为主流，确权诉求不易支持

在实际出资人与代持人达成代持协议，即足以证明代持关系存在的前提下，实际出资人提出确权的诉求法院是否予以支持，目前仍有巨大争议。上海法院对借名买房的态度是：“借名人与出借人达成隐名购房协议，借他人名义签订房屋买卖合同、支付房屋价款。在取得产权后，借名人请求确认房屋权属的，人民法院可以支持，但规避国家房产宏观调控政策情形的除外。”

从上海高院的倾向性意见可以看出，上海高院对借名买房的诉求提出了“二分法”，即非因规避政策原因而借名买房的，可以直接起诉确权，而因规避限购政策而借名买房的，则确权诉求不予支持，此时实际出资人只能依据代持协议的约定主张产权过户。但是，在涉及案外人的案件中，确权诉求一旦支持，则意味着案外人对权利外观的信赖无法得到保护。因此，近年来上海法院的审判案例中对“债权说”即实际出资人发生纠纷后只能起诉过户的判例日趋成为主流。上海高院团委微信公众号庭前独角兽上曾经登载过宝山区法院房产庭蒋梦娴法官关于借名买房审判思路的文章，其中蒋法官就明确提出了“债权说”的观点。



(宝山区法院蒋梦娴法官制作)

二、代持人因离婚而导致房屋被法院分割

根据我国《婚姻法》的规定，夫妻在婚姻关系存续期间内购得的房产一般视为夫妻共同财产。故而如果代持行为发生在代持人婚姻存续期间内，则一旦代持人卷入离婚纠纷，而其配偶主张房屋为夫妻共同财产时，该房屋有可能被法院作为夫妻共同财产而进行分割。究其原因，即便代持人与实际出资人之间订立《代持协议》，但是该协议因合同相对性而无法约束案外人，且在离婚诉讼中，当代持人配偶与代持人陈述的故事大相径庭的情况下，法官可能会怀疑代持人为了规避房屋被作为共同财产分割而与案外人(实际出资人)补订代持协议，进而对实际出资人提出的诉求不予支持。一旦发生这种情况，因为法院在前案中已经对代持事实作出了否定，故而即便实际出资人再提出不当得利返还的诉求，法院亦可能无法予以支持。

三、代持人或其配偶死亡后，房屋卷入继承纠纷

在没有代持协议或者代持人配偶没有在代持协议上签字且无其他证据可以充分证明代持人配偶对代持性质知情的前提下，代持人或其配偶死亡后，则其继承人一旦提出继承主张，则法院可能会更倾向于保护继承人的利益而否定房屋代持的定性，进而分割房屋。

四、因代持人外部债务而导致房屋被查封

代持人如果卷入外部债务纠纷，房屋被法院司法查封是任何律师都无法防范的风险。在“物权说”的观点下，实际出资人可以直接主张确权并排除法院执行。但是如前所述，目前“债权说”占据主流，故执行法院会认为实际出资人应当通过过户请求权而取得房屋产权，故驳回实际出资人的诉讼请求。

另外，实际出资人如果针对法院查封提起执行异议的话，虽然最高院执行异议复议司法解释规定了物权期待权，但是物权期待权目前仅限于购房者购买商品房或二手房的情况下，而实际出资人与代持人之间的过户请求权并非基于房屋买卖关系，故而执行法院很可能不会支持实际出资人提出的物权期待权。

五、代持人擅自处分房屋系有权处分

前述风险均系外部风险，而这种风险是代持人自身的诚信风险。因房屋登记在代持人名下，基于登记公示主义，代持人作为房屋的产权人，不论代持协议如何约定，代持人对房屋的处分行为均系有权处分。在有权处分的情况下，外部受让人不受善意取得的条件限制，且法院在外部受让人与实际出资人之间，一般会更倾向保护外部受让人对权利外观的信任，而实际出资人选择代持系风险自陷行为，理应承担相应的风险。

通过上述分析，我们可以发现房屋代持行为的风险事实上无法隔离，故在选择进行代持行为之前，实际出资人应当对相应风险予以充分认识，慎重抉择。为了将潜在的风险控制在最小范围内，实际出资人有必要聘请专业律师团队提供法律专业上的支撑，可考虑如下建议：

（一）代持人配偶一同签字并确认房屋的代持法律性质

如前所述，代持人离婚纠纷中，法官最担心的是代持人为了隐匿财产而捏造代持事实，故而如果代持人配偶也在代持协议上签字确认，则代持协议可以同时约束代持人及其配偶，如此在离婚诉讼中，该房屋不再作为代持人及其配偶的夫妻共同财产进行分割。

同理，一旦代持人及其配偶均确认房屋系代持的事实，则若代持行为进行过程中，代持人或其配偶死亡，则法院也能认定代持关系的存在，房屋也不再作为代持人及其配偶的遗产。而且在这种情况下，即便继承人不愿将房屋产权过户至实际出资人名下，则基于权利义务一并继承的原则，代持协议中明确约定的代持人协助过户义务亦同样能约束代持人的继承人。

（二）约定房屋无法过户时的违约责任

因为司法查封、代持人擅自处分的诚信风险等代持人一方的原因而导致房屋无法过户的情况下，代持协议中可以约定代持人的违约责任。这种约定有两点关键作用：其一，因实际出资人并非房屋产权人，故在没有约定的情况下，司法机关最多支持实际出资款及利息的返还，而对于房屋的增值仍归登记权利人所有，故协议中可以明确约定违约金的计算标准，即房屋评估值与成交价值二者取其高；其二，代持人因代持而对实际出资人承担的债务一般认为系代持人的个人债务，故代持人配偶如果在代持协议中约定共同承担责任的情况下，则一旦发生纠纷，实际出资人有权主张代持人夫妻共同承担债务，如此可以有效避免代持人通过假离婚等方式将可供执行的财产转移至其配偶名下而规避债务执行。

（三）购房款资金流向明晰且留存凭证

上述两条意见是对代持协议制作的建议。司法机关在审查代持事实时，除了考量书面代持协议之外，也会关注代持过程中发生的客观凭证。因此，实际出资人不宜将购房款直接汇给代持人，由其向房屋出卖人支付购房款。实际出资人应当由其本人直接向出卖人汇款，并保留汇款凭证，如此代持协议与明晰的资金流向结合起来，更有利于证明代持事实的存在。

（四）实际出资人实际占用房屋

一般而言，实际出资人会保存产权证书。但是代持人可以通过挂失补办的方式重新取得产权证。故实际出资人实际占有房屋能有效避免代持人擅自将房屋处分或出租。如果房屋空置需要出租，本律师也建议由实际出资人亲自出租并直接收取租金。因为如果房屋由代持人出租，则实际出资人收回房屋后，还会卷入与租客的纠纷之中。毕竟代持人是租赁关系发生时的产权人，对租客而言其信任权利外观而与代持人建立的租赁关系，理应得到法律保护，故而这种情况下实际出资人即便收回房屋产权，也恐难将租客从房屋中腾退。

（五）实际出资人取得抵押权

抵押权作为从权利，依附于主债权而存在。故司法机关在审查抵押权是否成立的情况下会着重考察主债权是否有效。而在代持行为中，实际出资人与代持人之间一般不存在其他的借贷往来，故即便双方订立借贷合同而在房屋上办理抵押权，如果双方并未实际履行借贷合同的，则法院最终也可能会认定抵押无效。但是，代持人与实际出资人的抵押登记仍有办理的必要性。主要有以下两点原因：其一，避免代持人将房屋对外抵押而套取贷款。其二，避免代持人擅自对外转让房屋。这里需要特别说明一点，我国目前现行法律框架下，有抵押登记的房屋在未征得抵押权人同意的情况下不得对外转让。但是民法典物权篇（草案）中可能会有颠覆性的规定，根据物权篇（草案）的规定，有抵押的房屋对外转让无需征得抵押权人的同意，抵押权随物权转移，因此根据这一立法趋势，办理抵押的第二个目的将会落空。

俗话说，千里之堤毁于蚁穴。房屋代持作为高风险的行为，上述五条意见任何一条如果无法落实到位，都可能会面临风险失控的结局，故房屋代持行为需要慎之又慎。

（本文首发于 2019 年 2 月 28 日）

婚前房屋婚内拆迁与离婚时财产分割交叉竞合时的分析研究

高原

所谓疑难法律问题一般都是发生在不同法律事实交叉竞合的情况之下，今天笔者要谈的问题便是夫妻一方婚前房屋婚内遇到拆迁时，配偶离婚时如何主张权利的问题。这个问题既涉及到拆迁相关的法律问题，也涉及离婚时婚内财产认定的标准，出现同案不同判的几率非常高。

在讨论这个问题前，首先笔者要阐明的是不同性质的房屋征收时的大体分割思路，公房的拆迁利益归承租人和同住人所有，这是相关政策规定的，亦在征收协议上有所载明，故而法院在公房拆迁利益分割时的思路类似于瓜分一个大蛋糕，将不符合同住人身份的人剔除后，剩余的人来共分全部征收利益（其实这也只是一般思路，如果遇到人口因素诸如托底保障等另当别论）。

而私房拆迁时的利益可大体分为房屋价值补偿款和对实际居住人的补偿，如果选择货币安置时还会有购房补贴，这几块利益对应的主体不尽一致，故而法院分割时的思路是先将利益分块，就每块利益的权益主体做逐一甄别，分块分割后再做加法计算出每个当事人可分得的利益，这种思路有点类似于几个孩子在分几块鲜奶小方，有的人只分得其中一块的一部分，而有的人可能每块都有权分割。基于上述思路，笔者先讨论婚前私房婚内动迁又遇到离婚时，配偶如何主张权利的问题。



一、婚前私房

（一）夫妻一方享有私房产权

私房拆迁时的房屋价值补偿款专属于私房产权人，如果夫妻一方婚前就享有私房产权权益，则婚内拆迁时其取得的房屋价值补偿款属于婚前财产的形式转换，配偶无权对此块利益提出分割。反之，夫妻一方并非私房产权人，则房屋价值补偿款与其无关。倘若因为家庭内部分割的关系，私房产权人一致同意夫妻一方有权参与房屋价值补偿款的分割，这类类似于私房产权人对非产权人的赠与行为，可以适用赠与相关法律规定（注意的是，如果私房产权人反悔并主张赠与撤销权的，法院是否会以赠与与法律规定裁判，则不尽然）。

（二）夫妻双方婚后在私房内实际居住

私房拆迁时还有一块利益是对实际居住人的补偿，实际居住人的认定是以私房拆迁时实际占有使用的标准进行认定，与在私房内是否享有户籍无关，这是私房拆迁与公房拆迁的一个重大区别。如果夫妻双方婚后均在私房内实际居住至拆迁的，则其均有权主张此块利益的

补偿。

但是，夫妻婚后如果未在私房内实际居住，是否就一定无权主张对实际居住人的补偿呢？并不尽然。一般而言，结婚意味着小夫妻脱离父母而独立生活，尤其他处还购买婚房居住的情况下，夫妻一般不会再被认定为私房中的实际居住人。但是，如果因为家庭人员结构的关系，婚后不便共同居住而住在外租房居住的夫妻，其居住问题仍需要通过拆迁来解决，故这种情况下，夫妻有权主张实际居住人的补偿。

此处还需要讨论一个问题就是，如果夫妻双方均取得实际居住人补偿的情况下，其实无再行分割的必要，离婚时各自享有各自的补偿即可。但是如果就只有婚前在私房内实际居住的一方获得实际居住人补偿的情况下，该块补偿是否可以作为婚内取得的共同财产再行分割呢？此类情形发案率并不多见，笔者个人观点是，对实际居住人的补偿如果仅仅只能满足其生存权需要的情况下，不宜再认定为夫妻共同财产进行分割，其中法理参见婚姻法第十八条第一款第二项。

二、婚前公房

夫妻一方婚前就是公房承租人或者共同居住人的，婚内遇到拆迁而享有利益，该利益离婚时是否可以作为夫妻共同财产进行分割，对此司法实践中有两种观点：一种观点认为夫妻一方婚前在公房内的使用权益也是一种财产形式，故而婚内拆迁而取得拆迁利益的，也应视为婚前财产形式的转换，配偶离婚时无权主张分割；另一种观点认为承租人或共同居住人对公房不享有财产权利，婚内遇到公房拆迁时取得的利益属于婚内取得的共同财产。这两种观点目前上海法院都有相关判例支持，所以遇到此类情形首先要看被拆迁房屋所在辖区法院的裁判观点。

再顺带讨论一个问题就是，同住人这一概念根据不同情形（a、拆迁时同住人；b、承租人死亡后变更承租人时的同住人；c、购买公房产权时的同住人）有不同的认定标准，本篇只讨论拆迁时同住人的认定。根据相关政策，公房同住人首先是户籍在公房内，依据这一标准可能会出现以下几种情形：

（一）配偶户籍不在公房内，是否就无权主张拆迁利益

配偶户籍不在公房内，不符合同住人的认定标准，但是如果在拆迁中配偶作为托底保障对象予以认定的话，则配偶仍有权主张托底保障的补偿（因托底保障对象的存在可能会稀释承租人及共同居住人的补偿利益，故具体补偿标准认定应视不同案情而定）。

（二）夫妻一方结婚后户籍迁出公房，是否就无权主张拆迁利益

夫妻一方婚后户籍迁出公房的，不符合同住人认定标准，但是如果公房取得时的调配单上有其姓名，或虽无其姓名但当时其已出生且分配理由与其出生因素有关的，夫妻一方仍可认定原始受配人，原始受配人不宜轻易认定其权利丧失，原始受配人权利的丧失一般只发生在他处享受过福利分房或明示放弃权利的情况之下，因此虽然户籍迁出公房，但婚内仍可以原始受配人身份主张拆迁利益的，该利益在部分辖区法院可被认定为共同财产。这里需要强调一点的是，出生时报户籍在公房内的，不属于原始受配人。

（三）配偶婚后户籍迁入公房内，是否就有权主张拆迁利益

在 90 年代初的上海大动迁中，当时的动迁政策主要是数人头的，故而很多上海人至今的印象中仍然以为动迁时只要人头越多越有利。但是上海房屋的征收早就改为数砖头为基

础，户口数对于托底保障的认定以及安置房的套数及面积等利益仍会产生一定影响，加之长期养成的意识惯性的原因，很多上海家庭仍会将配偶的户口迁入到公房内。因此，配偶婚后户籍迁入是否有权主张拆迁利益，在双方离婚时也是一个较为常见的问题。

对于这个问题，应该从配偶有无实际居住、他处是否享有福利分房以及是否托底保障的角度去考量。如果配偶认定为托底保障对象的，前文中已有陈述。如果配偶户籍迁入后亦在公房内实际居住至拆迁公告颁布之日起往前推算一年内，且配偶他处未享受过福利分房（如有福利分房，但调配单事由系增配而非分配的，不属于享受福利分房）的，此时配偶可以认定为共同居住人而享有拆迁利益。如果配偶户籍迁入后未在公房实际居住，其主要原因是公房面积狭小不适宜共同居住，他处未享受福利分房，亦未购置产权房的，则配偶可以认定共同居住人而主张拆迁利益。

从上述分析可以看出，夫妻一方婚房公房婚内拆迁时，配偶在离婚时的请求权基础其实有两个，一个是就配偶婚内所得主张夫妻共同财产而进行分割，还有一个是以自身在公房内的权利为基础主张拆迁补偿，当然，后者利益本身亦符合夫妻共同财产特征。

（本文首发于 2019 年 3 月 12 日）

面对遥不可及的江景房，消费者如何合理维权？

高原

3月16日，新民晚报刊登了一篇名为《无法入住的江景房，千万豪宅交房为何一拖再拖》的报道，介绍了上海市徐汇区东安路888弄尚海湾的500多户业主因为开发商逾期办证及逾期交房的原因而陷入维权困境：

业务如果选择退房，鉴于开发商资金链出现问题，退房款能否顺利取回还是未知；如果选择等房，则开发商至今未取得大产证，孩子学籍等问题相当严峻。而且目前看来，合同约定的精装修质量也很难得到保证。

其实，像尚海湾业主所面对的困境并不罕见，针对新闻稿中提及的情况，**笔者提供保钱和保房两种思路。**

保钱

开发商存在严重逾期办证和逾期交房的情况下，业主自然有权解除合同并主张违约金或赔偿损失。开发商虽然资金链断裂，但是其名下仍有房产可供执行，所以业主对开发商的金钱之债能否兑现取决于执行的优先级。

开发商目前对外负债主要有银行贷款和工程款，这两类债权均有优先受偿权。但根据最高院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称“批复”）第二条规定：消费者交付购买商品房的全部或大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。

鉴于工程价款优先权的清偿顺序优先于银行贷款的抵押权，故消费者在满足第二条的情形下可以同时对抗工程承包人和银行。

而且，这个法条耐人寻味的是，其并未明确规定消费者的权利类型，到底是消费者对房屋物权的期待权还是购房款返还时的债权请求权。

目前，实践中比较著名的案例是2014年的山东彩石山庄案件，最高院针对山东高院就处置彩石山庄房屋买卖合同纠纷案请示专门作出答复（以下简称“答复”），其中针对《批复》第二条的规定进一步明确了意见：“**基于《批复》保护处于弱势地位的房屋买受人的精神，对于《批复》第二条“承包人的工程价款优先受偿权不得对抗买受人”的规定，应当理解为既不得对抗买受人在房屋建成情况下的房屋交付请求权，也不得对抗买受人在房屋未建成等情况下的购房款返还请求权。**”《答复》第一次明确了消费者在此类案件中的权利类型。

但是，《答复》所涉精神只是针对特定案件而言的，这类案件具有群体性事件的特征，在常见的偶发性的商品房买卖合同中，消费者解除合同后的购房款返还请求权，法院一般不会赋予超级优先权。

另外，笔者认为在适用《答复》精神时，还有三个问题需要分析：

1. 消费者支付的款项尚未达到商品房全部或大部分款项时，是否特殊保护？

《批复》第二条赋予特殊保护的前提是支付了大部分款项的消费者，如何精准理解这个

“大部分”？

笔者认为，不论是交房还是退款，其本质都是对消费者生存权的特殊保护，如果消费者主张房屋交付时的特殊保护的，则其支付比例应当达到第二条规定的标准。

但在购房款返还的情形下，即便消费者付款比例不高，若不予特殊保护，消费者无法回笼资金可能会对其他处安家置业的能力带来负面影响，因此**退款时消费者的超级优先权不应再受原先付款比例的限制**。

2. 违约金或损害赔偿金请求权是否特殊保护？

如上所述，《批复》第二条是对消费者生存权的保证，而违约金或损害赔偿金是对消费者损失的填补，至于这笔款项如果未能追回是否会影响其他处购房的能力，有待商榷。

最高院《答复》中也提到了这个问题：“**对于房屋买受人主张的违约金是否优先保护问题，你院应当在兼顾建筑工程承包人，抵押权人等各方当事人合法权益的基础上妥善处理，避免相关主体之间利益失衡。**”最高院《答复》虽然没有明确指示，但其权衡利弊的精神已经对上述问题给出了答案。

3. 消费者存在严重违约，开发商亦有解除权时，消费者的购房款返还请求权是否应当特殊保护？

这个问题实践中可能会有严重分歧，如果开发商没有出现严重违约的情况下，开发商对严重违约的消费者的退款请求权只能作为普通债权来处理。

有观点认为，在开发商资金充裕的情况下，这类问题不突出，但是开发商资金链出现断裂时，这类消费者不应当因为开发商的原因而享有特殊保护的**权利**。但也有观点认为，**严重违约的消费者，在合同解除时，其已经为其违约行为付出了相应的代价，而在其承担责任之后，其购房款返还请求权是其正当的权利，理应得到同等保护。**

保房

从报道内容来看，目前消费者都处于观望态度，这是维权大忌。**因为开发商资金链处于断裂状态时，工程承包人或者银行抵押权人都有可能先消费者提起诉讼。**

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》（以下简称“规定”）第二十八条和第二十九条规定的就是购房人在尚未取得房屋产权时如何对抗因出卖人原因导致房屋被司法查封的情况。

一般而言，第二十九条专门适用于消费者和开发商之间。但是消费者要想对抗司法查封，需要同时满足三个条件：

第一，合同签订于司法查封之前，这点相信大多数消费者都能实现；

第二，商品房用于居住且买受人名下无其他用于居住的房屋；

第三，已支付的价款超过合同约定总价款的百分之五十。

将《规定》第二十八条和第二十九条进行比较，从开发商处购房的消费者无需在司法查封前合法占有房屋，故而消费者目前尚不急于占房。但是，**第二十九条所保护的是消费者的唯一住房，如果购房者在本市名下还有其他房屋可供居住的，在进入司法程序前需要尽快处**

理，确保购房者名下只有该套房屋，否则其权利无法对抗执行，届时只能解除合同并主张房款返还。

再有就是购房款的支付，第二十八条允许购房者将尚未支付的房款支付至法院账户，但是第二十九条必须要求购房款支付过半，也许有人尚未支付过半，但此刻面临开发商资金断裂的情况，也不敢继续支付，生怕肉包打狗，那么其是否可以援引不安抗辩权等合同权利来主张其未能支付房款过半的合理性？从司法实践来看，不能，**第二十九条第一款第三项只是一个客观的标准，而不考虑未能支付过半的理由。**

因此，通过上述分析，如果想保房的购房者目前尚不满足第二十九条规定的，应当尽快对症下药，避免等到需要提起执行异议时措手不及。

（本文首发于 2019 年 3 月 21 日）

内控反舞弊

股东股权遭侵占，能否通过刑事手段救济？

冯笑（星瀚刑事部）

前言：

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

一、股权可以成为侵犯财产罪的犯罪对象

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

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

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

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

二、非法占有他人股权行为性质的认定争议

（一）构成职务侵占罪的观点

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

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

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

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

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

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

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

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

（二）不构成职务侵占罪的观点

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

¹ 参见：（2007）农六法刑终字第 030 号裁判文书。

² 参见：（2017）甘 01 刑终 5 号裁判文书。

³ 参见：（2014）汕中法刑二终字第 45 号裁判文书。

⁴ 参见：（2016）闽 06 刑终 255 号裁判文书

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

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

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

除了相关学者以及辩护人持有上述观点，一些法院的判例也支持这种观点：

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

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

三、被害股东救济权的行使要点

职务侵占罪是反舞弊案件中最典型的罪名，经过上文论述，非法占有他人股权的行为，虽然在很多情况下能被认定构成职务侵占罪，但它毕竟不同于常见的职务侵占罪行为模式。常见的职务侵占案例中，行为人系利用职务之便，通过各种隐蔽性手段将单位财物非法占为

⁵ 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年第5版，第1022页。

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

⁷ 参见：（2015）新密刑初字第161号裁判文书。

⁸ 参见：（2018）宁02刑终54号裁判文书。

已有，如果没有内部知情人员的投诉举报、行为人的明显异常行为、对行为人的离职审计等因素，公司在正常情况下很难知悉可能存在的职务侵占行为，或者即便发现疑点也很难进行核实，甚至可能在行为人离职后还一头雾水。但对于侵犯股东股权的行为，被侵权的股东作为股权的合法所有者，其随时可以通过工商公示信息或者查工商档案了解自身的股权持有状况。如果行为人通过侵犯其他股东的股权进而侵犯公司财产的，公司层面也可以有初步的线索来进行调查。

笔者认为，公司股东如果遇到自身股权被侵犯的问题，可以从以下几点进行救济：

（一）民事诉讼

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

（二）刑事控告

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

1、确定控告的罪名

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

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

2、结合具体罪名准备控告材料

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

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

3、考虑是否从相关衍生的罪名进行控告

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

（本文首发于 2019 年 1 月 28 日）

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

单位职员虚构业务骗取财物应当如何定性

——基于第 484 号、1218 号刑事指导案例的分析

汪银平、陈颖（星瀚刑事部）

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

基本案情

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

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

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

判决析理

职务侵占罪和诈骗罪在侵犯客体和行为方式上均存在不同，传统观点认为职务侵占是指以非法占有为目的，利用职务上的便利，通过侵吞、窃取、骗取手段，将本单位财物非法占

为己有，数额较大的行为。而诈骗是指以非法占有为目的，采用虚构事实、隐瞒真相的方法，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。在区分中，关键可考察以下因素：行为人非法占有财物主要是利用职务便利还是利用诈骗手段？行为人非法占有的是本单位财物还是他人财物？

一、行为人是否利用职务便利

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

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

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

二、行为人非法占有的财物是否为本单位财物

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

案例二中，法院认为杨涛利用销售经理的身份，虚构事实、隐瞒真相以骗取被害人的财物并用于赌博及个人消费，与民事活动中的表见代理具有本质的区别。且即便杨涛构成表见

代理，单位可能承担相应的民事责任，该民事责任的承担也是民事法律规范适用的结果，不能因为统建公司最终在民事法律关系中承担了相应责任，进而以最终后果为标尺认为杨涛的侵占对象是单位财物。只有杨涛让被害人将资金汇入单位账户，资金归单位控制，行为人在利用职务之便占有单位账户里的资金，才属于职务侵占。

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

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

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

判断要点

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

若根据民法上表见代理的理论，被害人可以向单位主张相关权利，故其不存在财产损失，

并且被害人已经向单位转移所有权，行为人若是利用职务便利对此予以非法占有的，符合职务侵占罪的构成要件。但若认为虽然单位在民事法律关系中承担了相应责任，但民法作如此规定是为了保护交易安全，便不能就此认为行为人侵占对象是单位财物，那么行为人应当构成诈骗罪。

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

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

（本文首发于 2019 年 3 月 4 日）

企业反舞弊内部调查时，应当关注的证据固定问题

汪银平（星瀚刑事部）

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

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

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

一、关于员工使用电脑的扣押和取证问题

问题案例一：

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

问题案例二：

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

问题案例三：

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

【扣留电脑和取证工作中应注意的事项】

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

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

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

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

二、关于电子邮件的证据固定问题

问题案例一：

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

问题案例二：

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

【电子邮件的几种固定取证方式】

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

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

三、关于书面文档资料的证据固定问题

问题案例一：

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

问题案例二：

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

【书面文档资料的保存和证据固定】

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

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

四、关于谈话录音 / 谈话笔录和悔罪书的证据固定问题

问题案例一：

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

问题案例二：

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

【内部谈话的证据固定】

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

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

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

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

（本文首发于 2019 年 3 月 27 日）

三类典型舞弊犯罪的电子取证要点及案例分享

周晓鸣（星瀚刑事部）

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

舞弊行为按刑法罪名区分，在现实中常见的主要有三大类：

- （一）职务侵占和挪用资金类舞弊
- （二）商业贿赂类舞弊
- （三）侵犯商业秘密类舞弊

这三类舞弊行为都严重侵害了企业利益，使企业在有形资产或者隐形价值上遭受损失，但从作案手法上来说却各有不同，所体现的特征与其所处的行业、职务和涉案项目往往会形成一定的对应关系。因而开展电子数据取证，也必须相应地调整方向，运用不同手段。

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

今天的推送，我们将结合部分案例，和大家做一些分享。

一、职务侵占和挪用资金类舞弊

（一）人员行为分析

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

（二）电子取证要点

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

（三）案例分享

在星瀚调查的一起货运公司员工职务侵占案件中，涉案人员通过虚设了一个中间公司，插入到正常的业务流程之中，按照每单 10-20%的比例抬高价格，获取非法利益。在电子取证过程中，调查人员重点分析了涉案员工电脑上的电子邮件和文档类文件，从中发现了主要的涉案线索和证据：

- 1、通过邮件客户端和 webmail 的历史记录，分析出涉案人员曾经使用虚设关联公司的域名邮箱，由此可以证实该员工与中间公司存在密切关联。

2、涉案人曾在电脑上留存部分合同、银行对账单等票据的 PDF 文档和图片，经电子数据恢复，找到关键证据。

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

二、商业贿赂类舞弊

（一）人员行为分析

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

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

（二）电子取证要点

1、电子邮件：重点查找涉案项目往来信息和附件文档。

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

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

（三）案例分享

在星瀚调查的一起跨国公司员工舞弊案的过程中，调查人员通过多种手段结合，还原了人员关系和基本案情，并在与涉案人员询问过程中，以这些关键信息突破对方心理防线，使案件成功告破。

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

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

三、侵犯商业秘密类舞弊

（一）人员行为分析

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

（二）电子取证要点

1、电子邮件；

2、网盘、文件粉碎机等软件分析；

3、移动存储介质插拔记录；

4、涉案秘密信息关键字筛查。

（三）案例分享

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

1、通过电子邮件排查向外发送涉密信息的线索，未果。

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

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

结语

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

百花千面，案案不同，只要肯钻研，就一定有收获，值此猪年新春来临之际，与君共勉，未来可期！

（本文首发于 2019 年 1 月 31 日）

热点聚焦

邓紫棋真的不能叫“邓紫棋”了吗？浅谈艺人艺名保护问题

王昊宇（星瀚公司金融部）

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

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

一、艺名在法律上对应的各项权利

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

1. 著作权

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

2. 商标权

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

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

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

3. 姓名权

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

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

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

《反不正当竞争法》之所以保护自然人的姓名权，理由在于**自然人参与市场竞争时，姓**

名不仅是标记自然人的符号，同时也是区分商品或服务提供者的符号，姓名代表自然人的商业信誉。姓名权作为人格权，应当专属于自然人。姓名权的对象，既可以是自然人的本名，也可以是别名、笔名、艺名等^[1]。

有观点认为，姓名权的归属可能存在争议（即经纪公司可能享有一部分权利），理由是经纪公司往往对艺名有很大付出或者可能与艺人对姓名权的归属有特殊约定。笔者不能认同这种观点。姓名权是一种法定的人身性权利，虽然由于姓名或者艺名可能产生的经济价值，反不正当竞争法也可以给予相应保护，但这种保护还是基于姓名权而产生的，并不是一种单独的权利。因此姓名权只能归属于艺人，至于经纪公司的付出可以通过经纪合同的另行约定获得补偿。

4. 蜂鸟音乐能否禁止他人使用“邓紫棋”的艺名

如上文所述，对于“邓紫棋”这个艺名，蜂鸟音乐享有的权利主要是商标权。但是，蜂鸟音乐作为商标权人在大部分情况下并不能禁止他人使用该艺名。

这里的核心问题在于两点：

一，只有当他人将“邓紫棋”的商标做商标性使用的时候，蜂鸟音乐作为商标权人才能主张相应的侵权责任。例如，邓紫棋离开蜂鸟音乐后，在举办演唱会的过程中，将演唱会宣传为“邓紫棋 xx 世界巡回演唱会”，这样的使用仅是在说明演唱会由邓紫棋个人进行表演，并不构成商标性使用，无需承担商标侵权的法律责任。但是如果他人将“邓紫棋”的商标用于餐厅、服装等，这样的使用可能构成商标性使用，蜂鸟音乐可以向其主张侵权责任。

二，虽然蜂鸟音乐已经取得了“邓紫棋”相关商标的注册，但是根据《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第二十条规定“当事人主张诉争商标损害其姓名权，如果相关公众认为该商标标志指代了该自然人，容易认为标记有该商标的商品系经过该自然人许可或者与该自然人存在特定联系的，人民法院应当认定该商标损害了该自然人的姓名权。当事人以其笔名、艺名、译名等特定名称主张姓名权，该特定名称具有一定的知名度，与该自然人建立了稳定的对应关系，相关公众以其指代该自然人的，人民法院予以支持。”

也就是说，邓紫棋作为“邓紫棋”艺名的姓名权人可以根据上述规定请求商标评审委员会宣告该注册商标无效，亦即蜂鸟音乐是否真的享有相关商标权还存在不确定性。

5. 经纪公司如何保护艺人艺名

对于经纪公司而言，在培养艺人的过程中，往往花费了很大的成本，包括对于艺人艺名的设计与宣传维护。如果艺人解约，经纪公司自然希望能够保留艺名的使用权。

一方面从法定权利的角度而言，如上文分析，经纪公司对于艺名享有的法定权利实际上非常有限，主要集中在商标权。但商标权的保护范围有一定限制，很多行为并不属于商标侵权。再进一步说，如果经纪公司确实希望通过商标保护艺名，应当在艺人实际使用艺名前注册商标，否则商标可能有被宣告无效的风险。

另一方面，从合同约定的角度而言，如果直接在合同中约定艺人解约后不能再使用艺名，这样的约定很可能无效。根据《民法通则》第九十九条规定“公民享有姓名权、有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用、依法转让自己的名称。”

根据上述规定，如果约定艺人不能使用某个艺名，实际上就是侵犯了艺人的姓名权，该约定很可能因“违反法律、行政法规的强制性规定”而无效。

鉴于上述情况，经纪公司可以尝试与艺人约定“艺人在解约后，不能在演唱会、专辑名称中等使用艺名。”这样的约定比完全禁止艺人使用艺名的约定更可能获得法院的支持。

但是目前在司法判决中，尚未有相关判例支持这样的约定有效。若公司确实需要这样约定的，建议将争议解决方式约定为仲裁，可以提高获得支持的可能性。另一方面，经纪公司在和艺人签约前，就要做好艺名的管理工作，例如保留好设计和推广艺名的相关材料，以此证明公司对艺名的付出。

对于艺人而言，无论是发现前经纪公司还是其他第三方在使用自己的艺名，都可以通过法律途径维护自身权益，最直接有效的途径就是以不正当竞争为由起诉相关主体要求赔偿。

相关诉讼的关键点在于，艺人需要证明艺名与其本人之间已经建立了紧密的联系以及艺名的价值（或者是自身的损失），这同样也需要艺人在前期做好艺名的管理工作，保留好使用艺名及艺名具有知晓度的证据。

综上所述，艺名作为姓名权，兼具人身属性和财产属性，只能归属于艺人，即使经纪公司
将艺名注册为商标或在合同中进行特别约定，均很难完全限制艺人在解约后使用艺名（也就是说，邓紫棋未来使用该艺名障碍不大）。

而对于艺人而言，通过民法上的姓名权，可以依靠不正当竞争等手段保护自己的艺名不被他人使用。

注释[1] 参见：（2014）三中民终字第 07228 号判决书

（本文首发于 2019 年 3 月 20 日）

《流浪地球》七天破 20 亿，我贡献的票钱都去哪儿了？

——浅谈电影票房分账

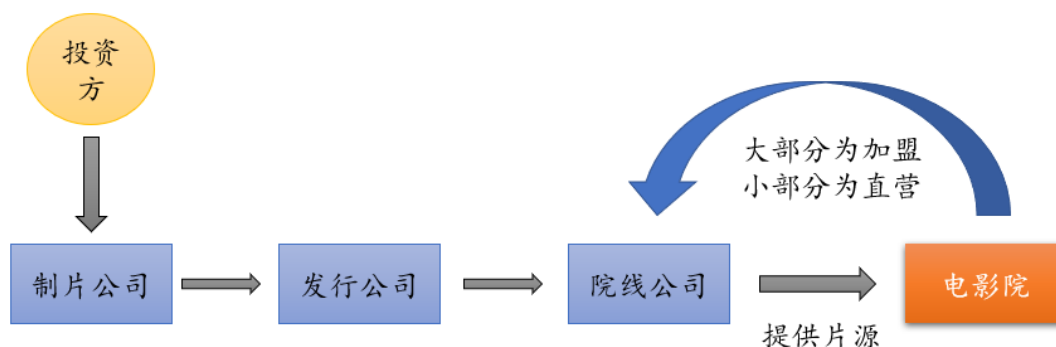
何珂璐（星瀚公司金融部）

2019 年的春假刚刚结束，除了亲朋好友相聚，想必大家也看了不少贺岁档大电影。上映七天，《流浪地球》累计票房已达 20 亿，《疯狂的外星人》和《飞驰人生》也以 10 亿余元的票房居于二、三位。今年的电影票价可不低，你知道自己贡献的票钱都流向何方吗？

你购买电影票所掏的每一分钱，都构成了电影的票房（2017 年春节档开始，通过网络购票电商平台收取的服务费也计入电影票房中，各方对此褒贬不一）。电影票房像一个蛋糕，电影公司和院线在切蛋糕的时候可谓斗智斗勇，都希望将自己的利益最大化。本文就带大家了解一下中国电影票房的“分蛋糕”、即分账模式。

一、分蛋糕的主体有哪些？

首先，我们来看影院影片的来源，了解一下有哪些主体参与“分蛋糕”：



电影院片源供应图

制片公司，一般称为制片方，全权负责剧本统筹、前期筹备、组建摄制组、摄制资金成本核算、财务审核；执行拍摄生产、后期制作；协助投资方国内、外发行和国内、外申报参赛等工作。

发行公司，又称发行方，电影拍摄的最终目的还是要到影院去放映，发行方负责影片的宣传、排档期、购买广告、跟院线签约等，最后影片卖出票房。

院线公司和电影院，院线公司旗下有很多直营或加盟的电影城（院），如全国各地都能见到的万达影城就属于万达院线（万达电影股份有限公司），深圳嘉禾影城、北京星美国际影城、上海星美正大影城等则属于中影星美电影院线旗下的影院。院线公司将影片和宣传品发放到各个影院，负责电影的排片指导和影院的广告位销售等，电影院则负责实际播放电影。

二、票房数据从哪儿来？

所有通过院线在中国大陆上映的影片，不管是国产片、合拍片还是进口片，票房收入均

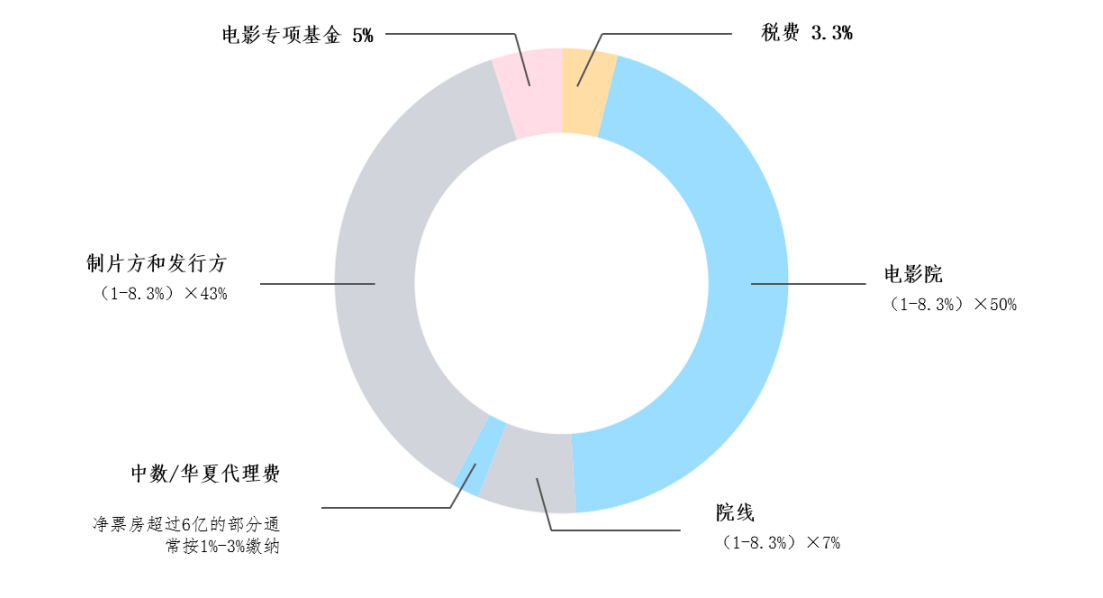
应计入“国家电影事业发展专项资金管理委员会办公室”（简称“专资办”）指定的“**全国电影票务综合信息管理系统**”（<https://gjdyzjb.cn/>）。国内安装了该系统的电影院，其放映的每一部影片的实时票房数据都会即时汇总到该系统。专资办现为国家广电总局直属事业单位，其主要职责是收缴、使用和管理国家电影专项资金，建立、完善和管理全国电影票务综合信息系统。电影资金办的官方网站为“**中国电影数据信息网**”（<https://zgdypw.cn/>），该网的数据通常是制片方、发行方、院线、影院等各方分账的依据。



（图为 2019 年 1 月 16 日截取自中国电影数据网的即时票房数据）

三、电影票房怎么分？

要想直观的知道我国电影票房的分配模式，先看如下图示：



（一）总票房的 5% 缴纳电影专项资金、3.3% 缴纳特别营业税

中国大陆上映的电影，可分为国产片、合拍片、进口片三类。国产片、合拍片的票房分账处理规则基本一致，进口片则不同。但在缴纳电影专项资金和特别营业税的要求上，国产片、合拍片、进口片是相同的。

根据《电影事业专项资金管理办法》的规定，一部电影票房总收入的 5%由各电影院向省级电影资金办缴纳电影专项资金，电影专项资金按照 4: 6 的比例分别缴入中央和省级国库。

每部影片的票房总额，需缴纳 3.3%的特别营业税（全称为**国家电影事业发展专项资金营业税**。据向税务部门了解，营业税改增值税后，财税[2010]16 号并未废除，该营业税名目并未改变，实际操作中计入增值税），即向国家税务机关缴纳的税赋，由影院从总票房中直接划扣并缴纳。

上述 5%的电影专项资金和 3.3%的特别营业税，合计 8.3%，称为“不可分账票房”，剩下的 $1-8.3\%=91.7\%$ 是“可分账票房”，又称“净票房”。

（二）净票房超过 6 个亿，需缴纳 1%-3%的发行代理费

若某部电影净票房超过 6 亿元，则超出 6 亿元的部分一般需按 1%-3%不等的比例向中影数字电影发展（北京）有限公司（简称“**中影数字**”）或华夏电影发行有限责任公司（简称“**华夏**”）缴纳发行代理费。前述发行代理费的比例目前并无统一的、公开的标准，具体比例需看发行方与中影数字/华夏之间的合同约定。

为什么中影数字和华夏能够收取这笔费用？关键在于每一部影片在电影院播放都需要一个“密钥”。电影的发行方需要把影片做成母盘（即 DCP），然后用母盘大批量复制出多个数字拷贝件，同时制作出密钥。数字拷贝件一般邮寄/快递给各院线，再由院线分发到各自下属的影院，各影院收到数字拷贝件后，登录密钥制作方指定的网站下载密钥，影院放映机的服务器在特定档期内解密数字拷贝件，即可实现电影播放。目前，国内上映影片的密钥只有三家单位能制作，即中影数字、华夏和国家新闻出版广电总局电影数字节目管理中心，因此，影院只能登陆上述三家单位指定的网站下载密钥方可实现电影播放。基于中影数字和华夏在中国大陆电影发行中近乎垄断的地位，同时也因其在中国电影数字化进程作出的突出贡献，中影和华夏必然要从电影票房中分一杯羹。

（三）国产片中制片方、发行方、院线、影院之间的博弈

通常情况下，净票房扣除发行代理费后剩余的票房（仅针对净票房超过 6 亿元的电影），电影院分享 50%，院线分享 7%，制片方和发行方合计分享 40%-43%不等，当然最终比例仍需看各方之间的合同约定。

制片方和发行方之间如何分账呢？此时主要看双方之间的合同约定，一般发行方会与制片方约定收取 5%-15%作为其发行代理费用。如制片方要求发行方预付宣发费用，发行方则会把发行费率提高到 20%甚至更高。实际操作中，还存在发行方买断发行或保底发行的情况，此时发行方直接向制片方支付买断费或保底费，那就不存在发行代理费一说了，整个影片将由发行方自负盈亏，与制片方再无关系。

（四）制片方与投资方之间的收益分配

一部电影的制片方有时也是投资方，但很多电影的投资巨大，制片方无法独立出资拍摄完成，此时制片方往往会邀请投资方进行投资（俗称“金主爸爸”）。投资方有时为一家，有时为多家，存在多个金主爸爸时，各位爸爸如何分账，取决于投资方在总投资额中所占的地位、主次和份额，根据不同的地位称为“主投资方”、“跟投资方”。制片方与投资方之间如何分账，主要根据投资协议中的相关约定，为了权责清楚、方便操作，投资协议往往约定得非常细致，长达十几页甚至几十页。

（五）进口片的票房怎么分：从 13%到 25%的历程

上文我们提到，进口片也需按总票房缴纳 5%的电影专项资金和 3.3%的特别营业税，剩余的可分账票房具体如何分配呢？

我国电影的进口片分为两大类：分账片和批片。

分账片，指国外的电影制片方委托中国大陆的发行方在中国大陆代理发行，在代理发行协议中约定分账比例，按照中国大陆的票房进行分成。目前只有两家公司拥有进口影片的全国发行权，即中国电影股份有限公司（“**中影**”）和华夏电影发行有限责任公司（“**华夏**”）。分账引进模式一般适用于欧美、印度的商业大片，又称“分账大片”。

批片，又称“进口买断片”，指中国大陆发行方以固定的价格买断国外影片的放映权，外国制片方、发行方不参与中国大陆的票房分成。由于此类影片多以批量方式引进“多国别、多题材、多样式的进口影片”，故称“批片”。

中国大陆从 1994 年开始每年引进 10 部分账大片，第一部与外商采用票房分账形式发行的进口片为美国华纳电影公司的《亡命天涯》。1999 年，中美双方就中国加入 WTO 达成电影协议，中国每年进口分账片数量提高到 20 部，外国制片公司分账比例为 13%。2012 年，时任国家副主席习近平访美期间，中美双方达成《中美双方就解决 WTO 电影相关问题的谅解备忘录》，中国在原来每年引进美国分账片配额 20 部的基础上增加 14 部 3D 或 IMAX 电影，美方票房分账比例从 13%升至 25%。2012 年中美双方签订的备忘录有效期为五年，2017 年该备忘录已到期，如中美双方重启谈判，票房分账比例定成为谈判的争议焦点。

目前，进口分账大片基于净票房进行分配，通常为外方制片公司分享净票房的 25%，国内发行方（中影/华夏）分享 17%，院线和影院共分享净票房的 58%，最终国内各方的票房如何分配仍需视各方之间签订的协议而定。

四、最终的赢家？

我们发现，不管是国产片、合拍片还是进口片，票房分账中占大头的永远是放映方，即院线和影院（特别是影院）。在这种分账模式下，制片方的创作热情难以被激发。相反，诸多影视巨头一直在拓展自己的院线和影院实力。各方在分电影票房这块蛋糕时的博弈非常激烈，甚至对簿公堂。无论如何，我们希望分账模式不会阻碍电影产业的发展，希望多元化的优秀作品能够不断涌现。

（本文首发于 2019 年 2 月 12 日）

从法律视角看“AI 换脸”事件

占菊钗（星瀚公司金融部）

近日，有人将 1994 年版《射雕英雄传》里朱茵扮演的黄蓉“换”上了杨幂的脸，这波“换脸”神操作简直惊呆一片吃瓜群众，有网友惊呼“表情演技爆棚”。这种叫作 Deepfake 的“AI 换脸”技术，其实几年前已经在国外开始流传，据相关自媒体报道，连特朗普、希拉里等也曾遭遇过“AI 换脸”。

“AI 换脸”事件既昭示了技术的发展，背后也涉及不少法律问题，本文将从法律角度对此作一番探讨。

1. “AI 换脸”技术的常见使用方式

从广义“AI 换脸”技术的视角，该“换脸”技术使用方式包括：

（1）真人“换脸”后形成真人形象。如本文开篇所述的，将朱茵“换脸”为杨幂类型。



朱茵饰演的1994年版《射雕英雄传》黄蓉
来源于网络截图



换上杨幂肖像后的黄蓉
来源于网络截图

（2）真人“换脸”后形成能识别身份的虚拟形象。如郭敬明《爵迹》中，以范冰冰真人人脸形象为基础通过技术手段创作的鬼山莲泉形象。



电影《爵迹》中范冰冰饰演的鬼山莲泉
角色形象海报，来源于网络截图

(3) **真人“换脸”后形成纯虚拟形象。**如电影《阿丽塔：战斗天使》中，通过动作捕捉技术以罗莎·萨拉扎尔真人形象为基础创作的纯虚拟阿丽塔形象。



电影《阿丽塔：战斗天使》中阿丽塔角色形象海报，来源于网络截图

2. 使用“AI 换脸”技术涉嫌侵权的情形

第一，在未经许可的情况下，擅自在“换脸”技术中使用含有他人外在真实容貌特征的照片，且以营利为目的，法院一般会认定构成肖像权侵权。需要注意的是，若存在某些报道所称的将他人肖像“换脸”到某些不雅视频等行为，以致可能造成受害人社会评价降低的，则侵权人还涉嫌侵犯受害者的名誉权。实践当中，就如何证明受害人的社会评价降低，往往采取推定的方法，只要能够证明是虚假事实，且具有侮辱、诽谤性，并且该等事实可能为公众所知，就可推导受害人的名誉遭受损害。

第二，在未经许可的情况下，擅自在“换脸”技术中使用纯虚拟形象，因虚拟形象本身不涉及肖像权、名誉权的问题，则涉嫌侵犯该虚拟形象著作权人的著作权。就认定被诉侵权行为是否构成侵权，司法实践中，法院一般审查如下内容：被诉侵权行为的内容、被告是否实施了被诉侵权行为、被告有无过错、是否造成损害、被诉侵权行为与损害之间有无因果关系等。

第三，在未经许可的情况下，擅自在“换脸”技术中使用含有他人肖像的角色图片，此时，既涉嫌侵犯肖像权、名誉权，也涉嫌侵犯著作权人的著作权。具体认定是否构成侵权，可参见前述第一、二项的标准进行判断。

以前述杨幂和朱茵“换脸”事件为例，由于涉案原始图片、视频出自 1994 年版《射雕英雄传》，根据《著作权法》规定，著作权包括保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利，该“换脸”事件中，涉案“换脸”视频涉嫌篡改原电影作品，可能构成侵犯著作权人享

有的著作权人身权中的保护作品完整权。

司法实践中，判断是否侵害保护作品完整权，一般会综合考虑被告使用作品的行为是否获得授权、被告对作品的改动程度、被告的行为是否对作品或者作者声誉造成损害等因素。其中，判断是否属于在合理限度内的改动，综合考虑的因素有：作品的类型、特点及创作规律、使用方式、相关政策、当事人约定、行业惯例以及是否对作品或者作者声誉造成损害等。

3. 使用“AI 换脸”技术可能需要承担的法律责任

（1）可能承担的民事责任

第一，“AI 换脸”构成侵犯肖像权的，一般需承担的民事责任包括停止侵权（如下架视频）、向被侵权人赔礼道歉、若给被侵权人造成损失的应赔偿损失等。

其中，关于赔偿损失数额的确定，司法实践认为，被侵权人的影响力是判断经济损失的重要因素，在 2014 年发布的《最高人民法院公布 8 起利用信息网络侵害人身权益典型案例》案例 4^[1]中对此进行了阐述，法院最终在结合被告公司在网站上使用原告姓名和肖像的时间长短、对原告造成的影响范围、其行为的过错程度等综合因素，酌情确定被告赔偿原告损失 25 万元。

第二，“AI 换脸”侵犯他人名誉权的，侵权人需承担的民事责任包括停止侵害（如下架视频）、赔礼道歉、恢复名誉、消除影响、赔偿损失等。

实践中，名誉权被侵害的案件，受害者还可向法院主张精神损害赔偿。如 2014 年发布的《最高人民法院公布 8 起利用信息网络侵害人身权益典型案例》案例 1^[2]中，法院根据侵权人行为的主观过错、侵权手段的恶劣程度、侵权结果等因素，判处了较高数额的精神损害抚慰金。

第三，涉嫌侵犯著作权的，以前述杨幂朱茵“换脸”事件为例，涉案“换脸”行为涉嫌侵犯 1994 年版《射雕英雄传》权利人享有的保护作品完整权。权利人可向侵权人主张停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

其中，关于赔偿损失部分的具体数额，根据《著作权法》第 49 条的规定，应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。

（2）可能承担的行政责任、刑事责任

需要说明的是，根据相关自媒体的报道，在国外，“AI 换脸”甚至肆无忌惮的被用于不雅视频中。此时，除涉嫌侵犯前述肖像权、名誉权、著作权，需要承担民事责任外；还可能因涉嫌传播、组织制作不雅视频的行为受到行政处罚，如罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停业整顿、吊销执照等。以及因涉嫌制作、贩卖、传播淫秽物品罪，而需承担相应的刑事责任。

以《刑法》第 363 条第一款的规定为例，以牟利为目的，制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，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。

4. 小结

现代社会中科学技术的发展给大家工作、生活带来诸多便利，而与此同时，也出现了更多的新型侵权表现形式。如本文所述之“AI 换脸”事件，从技术研发角度而言，技术本无善恶，研发者也往往因“技术中立”不会承担法律责任。然而，从技术使用的视角来看，使用者在使用这些新技术、黑科技的过程中则需要慎之又慎，以免因一时“好奇”、“冲动”而侵权、违法、甚至犯罪。

注释：

[1] 该案为赵雅芝与上海琪姿贸易有限公司、上海诺宝丝化妆品有限公司侵害姓名权纠纷、肖像权纠纷案。

[2] 该案为徐大雯与宋祖德、刘信达 侵害名誉权民事纠纷案。

（本文首发于 2019 年 3 月 18 日）

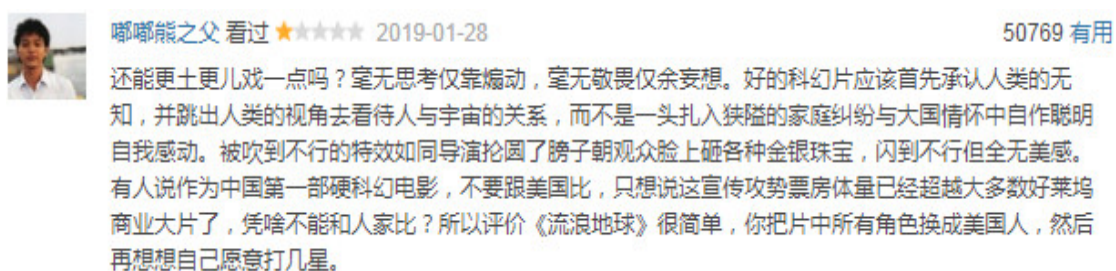
从法律角度看“豆瓣差评”事件

王昊宇（星瀚公司金融部）

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

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

一、用户需要对自己的影评负责吗？



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

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

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



（亦有说网传图不实，此处仅作为举例使用）

二、恶意组织差评可能承担的法律責任

《反不正当竞争法》第十一条规定“经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。”

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

不过，想通过法律手段要求“幕后黑手”承担法律責任还是有不小的难度：

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

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

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

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

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

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

三、豆瓣需要对这次的事件负责吗？

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

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

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

在“反恶意差评系统”方面，淘宝的做法就比较完备：淘宝通过大数据手段，可以从评价者的实施动机、账号特征、交易行为等多个角度进行排查分析，判断评价者是否属于正常的消费者以及多个评价者之间是否存在非正常关联，以此确定评价是否属于恶意差评，如果确认属于恶意差评，淘宝会删除该条评论，以此保护其他经营者的权益。

结语

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

（本文首发于 2019 年 2 月 18 日）

如何合规打造公众号 10 万+爆文？

赵晓波（星瀚公司金融部）

谣言、标题党、黑公关、伪原创、盗图等自媒体乱象屡见不鲜，从目前法院受理的自媒体民事侵权案件来看，著作权、名誉权、肖像权侵权纠纷是自媒体侵权的“重灾区”。

随着各类自媒体平台的蓬勃发展以及针对自媒体平台的强监管政策落地，如何合规地打造爆款是每一位自媒体运营者必须考虑的问题。

本文以微信公众号运营方视角切入，讨论在被他人指控著作权侵权时，自查自纠的判断标准、或有的责任承担形式以及后续合规化的应对措施。

一、公众号运营中常见的著作权侵权纠纷

一篇完整的微信文章通常是文字、图片、音乐/有声读物的有机结合。

据笔者了解，目前司法实践中，微信文章内插图（包括未经授权使用他人电影/电视剧剧照、截图、风景图等）引起的著作权纠纷是最常见的纠纷类型，此类纠纷往往是知名的图库公司批量发起的。其次是由于微信文章抄袭、不规范转载引发的纠纷。

相对而言，微信文章内插背景音乐/有声读物引发的纠纷数量较少。因微信文章内插的背景音乐/有声读物授权链条较为复杂，所以本文仅讨论微信文章内图片、文字的侵权纠纷，背景音乐/有声读物相关内容将另行撰文阐述。

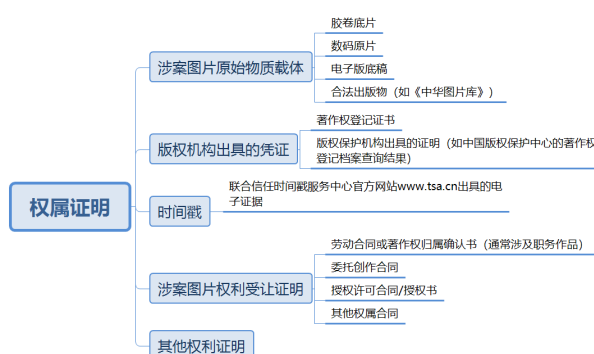
二、收到他人权利主张文件时，如何自查微信文章内图片、文字侵权与否？

微信文章内的图片、文字作品侵权纠纷中，权利人一般会以侵权人侵犯如下几种著作权利而提起诉讼：（1）人身权中的署名权；（2）财产权中的信息网络传播权、复制权。而主要提出的诉讼请求则是：要求侵权人承担停止侵权、赔偿经济损失及合理支出、赔礼道歉等责任。

从法院现有案例来看，认定侵权行为成立与否的两个关键要素为：第一，原告为涉案图片、文字作品的权利人且被诉侵权行为落入该权利保护范围；第二，被告不存在合理使用的抗辩事由。

那么，运营方如何核查相对方有无权利基础及自身有无合理使用抗辩事由呢？

（一）相对方权利基础核查



针对相对方主体身份及主张权利的不同，核查的重点亦应当有所不同。若相对方主张其为涉案作品的作者，一般审查相对方有无原始凭证（如胶卷底片、数码原片、文章电子稿或手稿）、作品版权登记证书及著作权登记档案查询结果、合法出版物（如《中华图库》、《知音》）；若相对方主张其基于合同关系成为涉案作品被授权人，应当审查其有无《授权许可协议》/《授权书》、《委托/合作创作协议》、《劳动合同》/《著作权归属确认函》等授权文件以及授权文件中具体的授权范围（能否提起诉讼、授权权利是否包含规制被控侵权行为的权利）。

（二）侵权阻却事由的判断

根据现有法律，如果被控侵权人存在侵权阻却事由的，那么即便未取得作者/著作权人的授权，使用涉案作品也不会侵犯他人著作权。

常见的侵权阻却事由为合理使用抗辩。就合理使用抗辩，我国法律规定的“三步检验法”为：**仅限于特殊情况、与作品的正常利用不相冲突、没有不合理损害权利人的合法权益**；同时需还满足两个前提条件：**该作品已发表；原则上均应指明作者姓名、作品名称**。

具体而言，与微信公众号文章及图片合理使用相关的情形主要有如下几种：

序号	合理使用情形	法律依据
1	为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品	《著作权法》第 22 条第 1 款
2	适当引用	《著作权法》第 22 条第 2 款
3	时事新闻报道中附带使用图片/文字片段（注：自媒体能否引用本条抗辩有争议）	《著作权法》第 22 条第 3 款
4	使用时事性文章中的图片/文字片段	《著作权法》第 22 条第 4 款

三、构成侵权时应承担的法律后果

倘若被控侵权的行为人经自查后发现，在未经授权情况下确实使用了涉案的图片或文字作品，又没有合理使用抗辩事由的，那么有较大可能性会侵犯他人的著作权。侵权行为成立的前提下，侵权人需要承担的民事责任大致为：

（一）经济赔偿责任：经济损失+合理支出

侵权人应当赔偿权利人的经济损失及合理支出（合理支出一般包括律师费、公证费等）。经济损失赔偿大致由下三种方式：权利人的实际损失、侵权人的违法所得、法院酌定赔偿。

以图片侵权为例，权利人的实际损失及侵权人的违法所得实践中很难确定数额，故一般而言均以法院酌定赔偿额为准。以图片侵权为例，我们发现：**北京地区法院对于图片侵权（含摄影作品、美术作品）案件，单张照片赔偿价格在 1500 元—2000 元左右；上海地区法院就图片侵权案件，单张照片赔偿价格在 1000 元左右**。但若涉案图片具有较高知名度及市场价值（如《捉妖记》中的胡巴形象美术作品）或其他影响图片价值的因素（如公众号文章的阅读数、点赞数、粉丝数等），单张图片赔偿额会大幅上升。

（二）除赔偿损失外的其他侵权责任：赔礼道歉+停止侵权/消除影响

除经济赔偿外，赔礼道歉也是主流的侵权责任承担方式之一，但微信公众号运营方承担该责任有一个前提，即相对方是作品作者。在相对方是通过第三方许可/授权等合同关系获得作品部分著作权的情况下，其不享有署名权、发表权等专属作者的人身性权利，故其也就不得向公众号运营方主张要求承担赔礼道歉责任。

《中华人民共和国著作权法》第 45 条列明的责任形式除赔偿损失、公开赔礼道歉外，还有如下两种责任承担方式：停止侵权、消除影响。就图片侵权而言，侵权人删除涉案作品即已承担完毕停止侵权的责任，故在司法实务中，若微信公众号运营方在诉讼前或诉讼中已经删除了其使用的涉案图片，该责任已经承担完毕，法院在判决中不再支持权利人的此项诉求。

四、后续合规化建议

（一）图片使用前的注意事项

1、公众号运营商应当使用具有合法来源的图片，避免使用从各类搜索引擎直接下载的权属不清的图片。可免费下载图片的图库简单列举如下：**（注：详细使用权限请进一步点击各网站页面了解）**

(1) <https://unsplash.com/>：一个分享高清摄影图片的站点，内容全是生活中的景象作品，可商用。

(2) <https://pixabay.com/>：提供免费高清图片、矢量文件和艺术插图，除了图片，还有视频，可商用。

(3) <http://www.gratisography.com/>：提供免费高品质摄影图片，所有的图片都可以用于个人或者商业用途，每周更新图片，可下载。

2、取得权利人的合法授权

（1）图片的授权：公众号运营方可根据自身实际使用图片的渠道（线上-微信公众号、微博、网站等/线下-海报、户外媒体、宣传册等）、时间、数量等与图库供应商达成授权许可协议。

（2）文章的授权：与文章作者或合法权利人达成授权许可协议，明确约定文章发布渠道、能否转授权/转载/改编、授权期限等。在转载其他公众号文章时，应当事先取得其他公众号权利人及/或著作权人的同意。在未取得其他公众号权利人及/或著作权人同意时，仅在转载页面标识“侵删”并不会成为免担责任的护身符。

（二）使用过程中的注意事项

在使用过程中，我们提示注意如下几点：

1、转载文章时，注意确认文章中所用图片的来源、版权归属，若图片版权非提供文章的平台依法享有，建议不使用文章中的图片。

2、从网络上下载图片时，建议对图片来源予以筛选，不要直接下载使用。免费使用图片的，应当从享有图片版权的版权人官方网站下载；对于不允许免费下载的图片，在购买或取得图片版权人授权后使用。

3、不要转发作者明确说明禁止转载/授权转载的图片/文章。在作者已明确说明禁止转载

或转载需经作者授权的情况下，滥用他人图片/文章构成侵权的可能性较大且通常不构成合理使用。

4、注意使用权限。运营方在使用图片/文章的过程中需注意图片作者或权利人对图片所设置的使用权限，例如：（1）未经作者同意不得进行二次加工；（2）未经作者同意不得对图片进行商业用途；（3）在图片分享网站有明确的分享规定的情况下违反这些规定进行分享。

5、通常情况下，使用他人享有著作权的图片/文章均应当标明作品名称、作者姓名。

当然，因为每个案件的案情均不同，建议有需求的读者在咨询专业人士后，制定更有针对性的应对方案，维护自身合法权益。

（本文首发于 2019 年 3 月 11 日）

先行判决获最高院确认，评析最高法知产庭第一案落槌

陈欣皓（星瀚公司金融部）

2019年3月27日，在经过15分钟的合议庭评议后，最高人民法院知识产权法庭受理的第一案当庭判决，认定被控侵权产品落入被上诉人瓦莱奥清洗系统公司（“瓦莱奥公司”）享有的专利权保护范围，上诉人厦门卢卡斯汽车配件有限公司（“卢卡斯公司”）、上诉人厦门富可汽车配件有限公司（“富可公司”）需立即停止对名称为“机动车辆的刮水器的连接器及相应的连接装置”发明专利权的侵害，驳回了上诉人卢卡斯公司、富可公司的上诉，维持原判。

本案是最高人民法院知识产权法庭自2019年1月1日履行法定职责后，审理的第一起案件，也是根据相关法律法规规定，由中级人民法院一审，二审直接“飞跃管辖”，由最高人民法院二审的第一起案件。

1. 关于“先行判决”制度

本案是极为少数的适用《民事诉讼法（2017修正）》第一百五十三条之规定，**对于案涉事实中已经审理清楚的部分，就该部分事实先行作出判决的案件。**

这是上海市高级人民法院在2018年7月27日发布《关于加强知识产权司法保护的若干意见》（“若干意见”）后，上海知识产权法院践行若干意见第14条，依法保护知识产权权利人的具体举措。

若干意见第十四条：推进庭审和文书改革，提高纠纷解决的及时性。探索建立书状先行新型庭审模式，引导当事人庭前提交书面诉辩意见，固定争议焦点。对于案情事实复杂，部分事实和部分请求已经审理清楚且确有必要的，可以就该部分先行判决。

实际上，早在1982年10月1日生效的《民事诉讼法（试行）》第121条中，就已经确立了“先行判决”的制度。无论在国内还是国外，“先行判决”制度的设置初衷，都是为了保护当事人的权利，防止由于诉讼的周期过长，从而导致原告的合法权益受到持续的、进一步的侵害。

先行判决制度有利于及时保障当事人的合法权益，显然具有重大的实践价值。

2. “先行判决”制度与知识产权纠纷类案件

知识产权侵权纠纷类的案件，其审理的思路也与“先行判决”制度高度契合，具有适用的条件。

目前，人民法院审理知识产权侵权纠纷案件，往往采取的是“三段式”的审理逻辑，即：“原告是否为涉案权利的权利人 — 被告是否实施了侵犯原告权利的行为 — 被告应当承担何种侵权后果”三个步骤。

而从侵权后果的法律责任来看，主要包括停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等。实践中，原告的诉讼请求一般也包括上述的几项。就“停止侵害”一项，由于仅需要涉及“三段式”审理逻辑中的前两段，是符合作出“先行判决”的条件。

同时，如若被告人在涉及相关的诉讼，且经过司法程序已认定其实施了侵犯原告相关权

利的情况下，仅因为最终判决尚未作出、生效，就仍然持续侵权行为，显然会造成原告遭受的损失进一步扩大，损害原告的合法权益。在此情况下适用“先行判决”制度，也是符合立法本意的。

根据微信公众号“知产库”发布的信息，本案的案号为“（2016）沪 73 民初 859 号”，也就是说本案立案的时间为 2016 年。立案后，经历了管辖权异议、管辖权异议上诉、技术特征的多次比对等程序；两被告还另案提起了对于本案涉及的专利的无效诉讼，本案的审理已耗费了大量时间。在对于是否侵权的事实进行认定后，法院及原被告仍将继续对于损害赔偿的金额等问题进行后续审理，若等到全部事实查明之后一并进行判决，很可能会导致原告的损失扩大。

正是基于上述考量，上海知识产权法院对于瓦莱奥公司诉讼请求中的第一项，也即要求三被告停止销售及许诺销售的侵权行为，予以支持，并判决三被告停止相应的侵权行为。而对于瓦莱奥公司的其他诉讼请求，暂不作出判决。

3. “行为禁令”和“先行判决”的同时适用

另一个值得注意的问题是，本案中，原告瓦莱奥公司既向法院申请了适用“先行判决”，又向法院申请了诉中行为禁令，要求法院在诉讼过程中禁止三被告销售或许诺销售被控侵权产品的侵权行为。

对于该问题，**最高法在今日的庭审中认为：“行为禁令”和“先行判决”是可以同时适用的两个制度，并不冲突。**在侵权诉讼中，即使对于部分已经认定的事实作出了“先行判决”，其后仍然有对于“先行判决”的结果进行上诉的过程。在此过程中，若不适用行为禁令，仍然可能造成原告的权利被持续侵害的结果。

因此，若案件的情形符合申请行为禁令的条件，则无论案件是先行判决，还是查明全部事实后一并判决，我们均建议原告采取申请行为禁令的方式来保护自身的合法权益。

小结

在最高人民法院确认了先行判决的效力后，可以合理地想象，未来先行判决的案件将会越来越多。

不仅在专利权侵权的领域，从著作权侵权、商标权侵权，到一般侵权、人身损害赔偿，乃至合同法领域的违约之诉，都将会引入“先行判决”这一制度，充分保护当事人的权益。也建议当事人在咨询律师等专业人士后，合法、合规地使用该制度。

（本文首发于 2019 年 3 月 28 日）

新规速递

拟上科创板的企业如何对员工进行股权激励？

何珂璐（星瀚公司金融部）

2019年3月2日凌晨，中国证券监督管理委员会（“证监会”）和上海证券交易所（“上交所”）正式发布了科创板的6项业务规则和2项业务指引；3月3日深夜，上交所重磅推出《科创板企业上市推荐指引》和《科创板股票发行上市审核问答》两份文件，前述文件的落地实施，与证监会于2019年1月28日发布的《关于在上海证券交易所设立科创板并试点注册制的实施意见》共同构成了科创板的制度格局。从2018年11月上海进口博览会上正式提出在上交所设立科创板，到目前出台相应配套政策，官方这样的效率确实极为罕见。

科创板的亮点很多，如试点注册制、允许满足条件的红筹股上市、允许发行AB股、严格的信息披露制度和退市制度、单日涨跌幅放宽至20%、同业竞争不再是死亡红线等，每一个制度都是针对此前A股的痛点对症下药。

在科创板众多制度创新中，笔者发现，**相比起A股其他板块，上交所对拟上科创板企业实施员工股权激励给予了更大的空间。**究其原因，一方面，科创板的上市条件更具包容性，符合科技创新企业的现实需求，有助于符合科创板定位且又具备极强科技创新能力的企业通过资本市场获得融资；另一方面，科创板的定位是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，这些企业需要大量的高科技人才，实施股权激励是留住人才的重要途径。

那么，证监会和上交所对于拟上科创板的企业实施股权激励到底提出了怎样的要求？

一、对员工实行股权激励的通常模式

一般而言，公司对员工实行股权激励的模式有两种：限制性股票和期权。

限制性股票，即在实施股权激励计划一开始，就将相应的股权授予员工，但员工所持股份并未获得完整的所有权，在一定期限内（通常为3-5年）不得随意处置（包括不得转让、设定质押等），只有在通过一定的业绩考核后，员工方可获得完整的所有权。限制性股票的授予通常通过设立员工持股平台（如有合伙企业）进行，由员工间接持股。

期权，则是公司向激励对象授予的在未来一定期限内以特定价格购买公司股票的权利，只有在激励对象通过特定业绩考核后方可行权。使用期权的方式进行激励的，一开始授予激励对象的是一种预期权利，而非股权本身。

从操作便利性来说，上述两种激励模式中的期权模式更胜一筹。授予激励对象限制性股票是一种即时赋权行为，涉及股权变动，即需要在授权时即办理工商登记。如后续因员工离职或该员工未能通过业绩考核，授予的股票需要收回时又再一次涉及股权变动。此外，如果在此种情况下收回股票，往往伴随着公司与激励对象之间的矛盾，激励对象不配合公司办理相关手续，则公司收回股票的程序将会变得异常繁杂和难以操作。使用期权模式则不同，只有在激励对象满足激励条件时方授予其股票，只涉及一次股权变更，则不会存在上述操作上的麻烦。

从符合上市条件来说，两种模式的优缺点又截然相反。针对两种激励模式，此前拟在主

板/中小板/创业板上市的企业（以下统称“**拟 IPO 企业**”）面临更为严格的监管要求。因《首次公开发行股票并上市管理办法》（以下简称“**《首发管理办法》**”）规定发行人应当满足“股权清晰”的要求，如实施股权激励，对于激励员工未来是否能够行权并获得股票并不确定，因此，如在提交申报文件时期权激励计划尚未实施完毕，会直接导致“股权不清晰”的结果，从而不能满足《首发管理办法》的上市条件。因此，目前的监管层面要求拟 IPO 企业在提交上市申请前实施完毕期权激励计划或者加速行权，或者终止期权激励计划后再提交上市申请。基于期权的不确定性，很多企业会选择使用限制性股票模式实施激励计划，但该种模式也并非万无一失。若发行人实施激励的对象过多，往往会通过持股平台进行，但 IPO 审核层面要求穿透核查，即穿透所有持股平台后发行人股东人数不能超过 200 人，否则会触发未经证券监管部门核准公开发行的后果。（根据《证券法》规定，向特定对象发行证券累计超过 200 人的视为公开发行，未经依法核准，任何单位和个人不得公开发行证券）

相比较而言，科创板对于员工持股计划和股权激励计划的监管更为宽容和灵活。

二、科创板针对员工持股计划提出的监管要求

（一）根据上交所发布的《科创板上市审核问答》，发行人在首发申报前实施员工持股计划的，原则上应当满足以下要求：

1、严格按照法律规定履行决策程序，并遵循公司自主决定、员工自愿参加的原则。

【笔者注：员工持股计划须经过董事会、股东会/股东大会等决策程序。】

2、参与员工持股计划的员工，与其他投资者权益平等，盈亏自负，风险自担，不得利用知悉公司相关信息的优势侵害其他投资者的权益。

员工入股的出资：以现金为主，需按约定及时足额缴纳；可以科技成果出资入股，应提供所有权属证明并依法评估作价，及时办理财产转移手续。

【笔者注：公司需要对激励的股份确定一个定价依据，根据定价依据确定具体的授予价格。定价依据可以是授予时公司的净资产，也可以根据公司近期外部投资人的投资价格确定，甚至可以根据注册资本原值 1 元/股的价格授予，具体选择何种定价依据，取决于公司对员工的激励程度和力度。但授予价格一般不低于公司股权的公允价值，若明显低于公允价值，则会触发股份支付问题，如构成股份支付，会对公司当年度的净利润产生影响。与《首发管理办法》规定的上市标准不同的是，目前科创板的 5 套上市标准中仅有一套标准提及净利润指标，因此股份支付问题导致净利润下降只会影响适用净利润指标的企业。】

3、实施方式：发行人可以通过设立公司、合伙企业、资产管理计划等持股平台间接持股。

（二）与原 IPO 规则不一样的是，科创板对员工持股计划提出了穿透计算的“闭环原则”

对于员工持股平台是否需要穿透计算，科创板提出了两项标准，如满足标准之一，则无需穿透计算，仅按一名股东计；而不符合两项标准的员工持股计划，均需穿透计算。

两项标准如下：

（1）员工持股计划遵循“闭环原则”的，则该持股平台无需穿透计算。“闭环原则”是指该员工持股计划不在公司首次公开发行股票时转让股份，并承诺自上市之日起至少 **36 个月** 的锁定期。发行人上市前及上市后的锁定期内，员工所持相关权益拟转让退出的，**只能向员工持股计划内员工或其他符合条件的员工转让**。锁定期后，员工所持相关权益拟转让退出的，

按照员工持股计划章程或有关协议的约定处理。

（2）另一种无需穿透计算的情形，是员工持股计划并未按照“闭环原则”运行，但是该计划系由公司员工持有，依法设立、规范运行，且已经在基金业协会依法备案。即该持股平台为依法备案的私募基金，但该私募基金的权益持有人必须均为公司员工。

相比起原 IPO 的规则，科创板增设了“闭环原则”和依法备案的私募基金这两种无需穿透核查的模式，对于人员规模较大同时又存在员工激励需求的互联网、大数据、云计算、人工智能等行业的企业来说，无疑事先把制度障碍清除了。

三、科创板针对期权激励计划的监管要求

原主板 IPO 的监管要求是发行人在提交上市申请前应当实施完毕或终止期权激励计划，与此不同，科创板允许拟上科创板的企业存在未实施完毕的股权激励计划。根据《科创板发行审核问题》规定，发行人在首发申报前制定、上市后实施的期权激励计划应当符合如下要求：

1、激励对象的要求

激励对象可以包括公司的**董事、高级管理人员、核心技术人员或核心业务人员**，以及公司认为应当激励的对公司经营业绩和未来发展有直接影响的其他员工。（独立董事和监事不得作为激励对象）

单独或合计持有公司 5%以上股份的股东、公司实际控制人及其配偶、父母、子女以及公司外籍员工，在公司担任董事、高级管理人员、核心技术人员或核心业务人员的，可以成为激励对象。科创公司应当充分说明前述人员成为激励对象的必要性、合理性。

当然，科创板上市企业的期权激励对象也需要遵循《上市公司股权激励管理办法》禁止性规定，下列人员不得成为激励对象：

- （1）最近 12 个月内被证券交易所认定为不适当人选；
- （2）最近 12 个月内被中国证监会及其派出机构认定为不适当人选；
- （3）最近 12 个月内因重大违法违规行为被中国证监会及其派出机构行政处罚或者采取市场禁入措施；
- （4）具有《公司法》规定的不得担任公司董事、高级管理人员情形的；
- （5）法律法规规定不得参与上市公司股权激励的；
- （6）中国证监会认定的其他情形。

【笔者注：与科创板不同的是，A 股其他板块适用的《上市公司股权激励管理办法》明确规定单独或合计持有上市公司 5%以上股份的股东或实际控制人及其配偶、父母、子女，不得成为激励对象。此外，法律允许外籍员工持股，但在实操过程中会涉及很多的外汇监管和审批流程，甚至部分省市的工商部门不为具有中外合资企业性质的合伙企业办理登记，实际施行过程中不具有可操作性，因此，如企业需对外籍员工进行股权激励，还需特别注意商委、外汇、工商等部门的监管和审批程序。】

2、期权的行权价格由股东自行商定确定，但原则上不应低于最近一年经审计的净资产或评估值。

3、拟上科创板的企业全部在有效期内的期权激励计划所对应股票数量占上市前总股本的比例原则上不得超过 15%，且不得设置预留权益。

4、在审期间，发行人不得新增期权激励计划，相关激励对象不得行权。

5、在制定期权激励计划时，应充分考虑实际控制人稳定，避免上市后期权行权导致实际控制人发生变化。

6、激励对象在企业上市后行权认购的股票，应承诺自行权日起**三年**内不减持，同时承诺上述期限届满后比照董事、监事及高级管理人员相关减持规定执行。

除上述特殊规定外，发行人在提交上市申请前制定的期权激励计划的必备内容与基本要求、激励工具的定义与权利限制、行权安排、回购或终止行权、实施程序等内容，仍应参考《上市公司股权激励管理办法》的规定予以执行。

四、结语

结合以上论述，科创板对于拟上市企业在股权激励方面的限制比原 IPO 监管规则作了许多改变，科创板的新规定充分考虑了科创企业对于稳定人才的需求。作为拟在科创板上市的企业，股权激励的设置方案首先要以公司符合科创板上市条件为第一要务，在满足上市条件的前提下最大限度的实现对员工的激励。除了制定出符合科创板的监管要求的股权激励计划外，实施股权激励必不可少的是配套的法律文件和协议，就此问题，如有机会，我们将在后续的文章中阐述。

（本文首发于 2019 年 3 月 19 日）

《区块链信息服务管理规定》出台， 将对区块链行业发展产生哪些影响？

朱晔明（星瀚运营）

1月10日，国家网信办公布《区块链信息服务管理规定》（下称《管理规定》），并将于2月15日起施行。《管理规定》虽篇幅不大，但“备案”、“年检”、“安全评估”、“惩罚追责”等字眼引起社会关注，也是诸多区块链信息从业者关心的话题。

本文将针对《管理规定》中的主要内容做一番梳理，便于区块链相关平台和创业者们把握监管新趋势、做好合规工作。

1. 《管理规定》的出台是出于何种背景？

作为首部与区块链相关的行政法规，选择从“信息服务领域”切入，对此，网信办相关负责人的答复称主要是基于以下考虑：

① 作为网络信息安全配套的组成部分，与《网络安全法》、《互联网信息服务管理办法》等形成联动；

② 通过建立备案手续、加强监管指导，以确保区块链信息服务业的健康有序发展，防范利用技术扰乱社会秩序的安全风险。

2. 《管理规定》主要规范哪些主体？

不少人认为只有区块链媒体（单纯的信息传播者）才会受到本次《管理规定》的影响，其实不然。《管理规定》第二条明确指出：

“本规定所称区块链信息服务，是指基于区块链技术或者系统，通过互联网站、应用程序等形式，向社会公众提供信息服务。

本规定所称区块链信息服务提供者，是指向社会公众提供区块链信息服务的主体或者节点，以及为区块链信息服务的主体提供技术支持的机构或者组织。”

也即，对于我们常见的区块链开发 APP 项目，区块链钱包、区块链交易平台等，又比如发布内容涉及“挖矿”的一些媒体，都在本次《管理规定》的管辖范围内。

但值得注意的是，究竟何为“区块链技术或系统”？《管理规定》并没有作出准确的定义。通常我们认为区块链技术是基于比特币的底层技术，涵盖了密码学技术、P2P 技术、智能合约、时间戳等一系列技术系统。而目前国内提供区块链信息服务的大多都仰仗于传统的互联网技术，依靠“纯区块链技术或系统”提供服务的少之又少，多数情况下只是套上了一个噱头。

3. 《管理规定》要求的信息备案怎么做？

备案平台	国家互联网信息办公室区块链信息服务备案管理系统
备案时间	提供服务之日起 10 个工作日内

备案内容	服务提供者的名称、服务类别、服务形式、应用领域、服务器地址等
变更	变更服务项目、平台网址等信息（ 变更之日起 5 个工作日 ）
注销	在终止服务 30 个工作日 前 办理注销手续
备案展示	须在对外提供服务的互联网站、应用程序等的显著位置标明其备案编号
定期查验	各级网信办对区块链信息服务备案信息实行定期查验，区块链信息服务提供者应当在规定时间内登录区块链信息服务备案管理系统，提供相关信息
备案补办	在本规定公布前从事区块链信息服务的，应当自本规定生效之日起二十个工作日内依照本规定补办有关手续

4. 《管理规定》提出了哪些合规要求？

A、落实区块链信息服务安全主体责任	
落实信息内容安全管理责任	建立健全用户注册、信息审核、应急处置、安全防护等管理制度
具备与其服务相适应的技术条件	对于法律、行政法规禁止的信息内容，应当具备对其发布、记录、存储、传播的即时和应急处置能力，技术方案应当符合国家相关标准规范
制定并公开管理规则和平台公约	与用户签订服务协议，明确双方权利义务，要求其承诺遵守法律规定和平台公约
落实真实身份信息认证制度	对用户进行基于组织机构代码、身份证件号码或者移动电话号码等方式的真实身份信息认证。用户不进行真实身份信息认证的，不得提供服务
B、履行安全评估和配合监督检查义务	
“三新”的安全评估	开发上线新产品、新应用、新功能的，须按规定报网信办进行安全评估
及时整改	信息服务存在信息安全隐患的，应当进行整改，直至符合法律、行政法规等相关规定和国家相关标准规范后方可继续提供服务
记录备份	记录备份应当保存不少于六个月，并在相关执法部门依法查询时予以提供
配合检查	配合网信部门依法实施的监督检查，并提供必要的技术支持和协助
接受监督	设置便捷的投诉举报入口，及时处理公众投诉举报。

5. 《管理规定》的监管思路？

《管理规定》的监管思路可以概括为：内外监管并行，具体包括：

内部自律	- 建立健全行业自律制度和行业准则 - 推动行业信用评价体系建设
------	---

	提高区块链信息服务从业人员的职业素养
外部监督	网信办（全国、省、自治区、直辖市） 社会监督、公众投诉举报

6. 违法后果是什么？

《管理规定》进一步明确了违反前述合规义务的违法后果。网信办作为直接的监管部门，对于违反相关义务的主体将采取相应的处罚措施，包括但不限于警告、责令限期改正、暂停相关业务、罚款(最高处罚金额可能为 3 万元)等。如涉及犯罪的，则依法追究刑事责任。

小结：落地细则有待进一步明确

《区块链信息服务管理规定》的出台，终结了风风火火的区块链行业在无法可依的环境下野蛮生长的状态。但切入点是“信息服务领域”，有“小试牛刀”之感。细细品味篇幅不长的《管理规定》，仍以原则性规定为主，其中有大量的细则、规范有待进一步明确，诸多配套措施有待跟进。由此看来，不论是对于信息服务提供者、还是行政执法部门，都还有很长的一段路要走。

与此同时，我们注意到：相较于《征求意见稿》，本次正式施行的《管理规定》删去了特殊行业前置审核的要求，不再要求“从事新闻、出版、教育、医疗保健、药品和医疗器械等互联网信息服务”的提供者在履行备案手续前，经主管部门（如文化厅、教育厅、卫计委等）审核同意。此次简政放权之举多少也透露出，在监管合规的大背景下，政府整体上对区块链行业的鼓励、支持态度。

（本文首发于 2019 年 2 月 13 日）

七问慈善组织如何利用投资保值增值

朱晔明（星瀚运营）

在你的印象中，慈善组织的定位是什么？是通过募捐，把一定的资金或财物集中起来，然后分配给有需要的人的非营利性机构。不错，“筹资”和“捐赠”，是我们长期以来对于慈善组织的标签印象，很难有人会把“投资”二字与其关联。

但事实上，2016 年我国首部《慈善法》颁布，第五十四条就载明“慈善组织为实现财产保值、增值进行投资的，应当遵循合法、安全、有效的原则，投资取得的收益应当全部用于慈善目的。……”换言之，慈善组织可以因为保值增值而进行投资。据《2016 年度中国基金会发展报告》显示，我国基金会净资产在 2016 年底达到 1319 亿元。以掌握着庞大资金规模的基金会为代表，各类慈善组织开展保值增值活动的需求也日益增长，投资收益正逐渐成为一笔重要收入来源。以清华大学教育基金会为例，2017 年，其委托明星投资经理王亚伟旗下 9 家金融机构管理资产 117.88 亿元，当年实现收益 3.15 亿元，这意味着，除了募捐，慈善组织自身也具备了“造血”能力。

中国慈善联合会副秘书长刘佑平曾表示：“在我国，基金会主要的工作还停留在筹资和捐赠。大部分慈善组织都将大额资产放入银行，这实际上是不利于慈善行业持续发展的。”

鉴于此，为规范慈善组织的投资活动、促进慈善组织持续健康发展，民政部通过了《慈善组织保值增值投资活动管理暂行办法》(以下简称“办法”)，并于 2019 年 1 月 1 日起生效。本文将结合《办法》为大家梳理出慈善组织的投资合规之路。

Q1：如何设立一家合法的慈善组织？

登记申请	可以采取基金会、社会团体、社会服务机构等组织形式； <u>向县级以上人民政府民政部门</u> 申请登记，民政部门应当自受理申请之日起 <u>三十日内</u> 作出决定。
实质性条件	(一) 申请时具备 <u>相应的社会组织法人登记条件</u> ； (二) <u>以开展慈善活动为宗旨</u> ，业务范围符合《慈善法》第三条的规定； 申请时的上一年度慈善活动的年度支出和管理费用符合国务院民政部门关于慈善组织的规定； (三) 不以营利为目的，收益和营运结余全部用于章程规定的慈善目的； 财产及其孳息没有在发起人、捐赠人或者本组织成员中分配；章程中有关于剩余财产转给目的相同或者相近的其他慈善组织的规定； (四) 有 <u>健全的财务制度</u> 和 <u>合理的薪酬制度</u> ； (五) 法律、行政法规规定的其他条件。
禁止性条件	(一) 有法律法规和国家政策规定的不得担任慈善组织负责人的情形的； (二) 申请前二年内受过行政处罚的； (三) 申请时被民政部门列入异常名录的； (四) 有其他违反法律、法规、国家政策行为的。

业务范围	(一) 扶贫、济困； (二) 扶老、救孤、恤病、助残、优抚； (三) 救助自然灾害、事故灾难和公共卫生事件等突发事件造成的损害； (四) 促进教育、科学、文化、卫生、体育等事业的发展； (五) 防治污染和其他公害，保护和改善生态环境； (六) 符合本法规定的其他公益活动。
------	---

Q2: 慈善组织进行对外投资的前提是什么？

在确保年度慈善活动支出符合法定要求和捐赠财产及时足额拨付的前提下，可以开展投资活动（详见 2016《慈善组织开展慈善活动年度支出和管理费用标准》）。

慈善组织开展投资活动应当遵循合法、安全、有效的原则，投资取得的收益应当全部用于慈善目的。

Q3: 慈善组织投资的可为与不可为？

	内容	具体要求
可为	(一) 直接购买银行、信托、证券、基金、期货、保险资产管理机构、金融资产投资公司等金融机构发行的 资产管理产品	应当审慎选择，购买与本组织风险识别能力和风险承受能力相匹配的产品
	(二) 通过发起设立、并购、参股等方式 直接进行股权投资 (通常指主动投放资金或实物的投资行为，因被动接受股权捐赠而参股的情形不在此列)	被投资方的经营范围应当与慈善组织的宗旨和业务范围相关
	(三) 将财产 委托给受金融监督管理部门监管的机构进行投资	应当选择中国境内有资质从事投资管理业务，且管理审慎、信誉较高的机构 (具体而言，包括央行、金融监管部门监管的各类金融机构、保险资产管理公司、金融资产投资公司以及私募基金管理人)
不可为	(一) 直接买卖股票； (二) 直接购买商品及金融衍生品类产品； (三) 投资人身保险产品； (四) 以投资名义向个人、企业提供借款； (五) 不符合国家产业政策的投资； (六) 可能使本组织承担无限责任的投资； (七) 违背本组织宗旨、可能损害信誉的投资； (七) 非法集资等国家法律法规禁止的其他活动。	

Q4: 慈善组织的资产都可用来投资吗？

根据《办法》第五条：

可用于投资的仅有：非限定性资产和在投资期间暂不需要拨付的限定性资产；

不能用于投资的有：慈善组织接受的政府资助的财产和捐赠协议约定不得投资的财产。

民间非营利组织会计制度规定的净资产分为两类，分别是限定性净资产和非限定性净资产。限定性净资产指民间非营利组织资源提供者或者国家有关法律、行政法规对资产或资产所产生的经济利益的使用所设置的时间限制或（和）用途限制。典型如：限制资产只能在特定时间内或指定日期后使用；限制资产只能用于某特定目的或范围。

非限定性净资产指民间非营利组织报告期内净资产总额，减去该期内限定性净资产后的余额。也就是说，报告期内民间非营利组织的净资产中，不受捐赠人等所定条件限制的那部分净资产。

Q5: 投资过程中有哪些合规注意要点？

决策程序合规	重大投资方案应当经决策机构组成人员三分之二以上同意。
财务合规	及时回收到期的本金和收益，依法依规及时进行会计核算。
	根据投资活动的风险水平以及所能承受的损失程度，合理建立止损机制。
	慈善组织可以建立风险准备金制度。
档案合规	为投资活动建立专项档案，完整保存投资的决策、执行、管理等资料。 专项档案的保存时间不少于 20 年
忠实谨慎勤勉义务 投资利益回避机制	在开展投资活动时，其负责人、理事和工作人员应当遵守法律法规和本组织章程的规定，严格履行忠实、谨慎、勤勉义务。
	慈善组织的发起人、主要捐赠人、负责人、理事、理事来源单位以及其他与慈善组织之间存在控制、共同控制或者重大影响关系的个人或者组织，当其利益与慈善组织投资行为关联时，不得利用关联关系损害慈善组织利益。
	慈善组织的负责人和工作人员不得在慈善组织投资的企业兼职或者领取报酬，但受慈善组织委托可以作为股东代表、董事或者监事参与被投资企业的股东会、董事会。

Q6: 为开展投资活动，还有哪些内部制度要求？

《办法》要求慈善组织落实相应的财务和资产管理制度，包括：

- （一）投资遵循的基本原则；
- （二）投资决策程序和管理流程；
- （三）决策机构、执行机构、监督机构在投资活动中的相关职责；
- （四）投资负面清单；
- （五）重大投资的标准；
- （六）投资风险管控制度；

（七）投资活动中止、终止或者退出机制；

（八）违规投资责任追究制度。

上述财务和资产管理制度要求经决策机构组成人员三分之二以上同意。

Q7：从事投资活动的所得收入是否免税？

目前不能。一方面，根据《企业所得税法》第二十六条规定：符合条件的非营利组织的收入为免税收入。其八十五条进一步规定，符合条件的非营利组织的收入不包括非营利组织从事营利性活动取得的收入，但国务院财政、税务主管部门另有规定的除外。另一方面，《关于非营利组织企业所得税免税收入问题的通知》（财税〔2009〕122号）也规定：免税收入的范围并未包括投资活动所得收入。须征收 25%的企业所得税。

结语

伴随着《慈善法》及系列办法的颁布和社会观念的转变，未来，慈善行业可能会有更大规模的资产进入，而越来越多的慈善组织也在积极探索多元化的投资渠道以实现保值增值，由此寻求“募捐/募资”之外的自我可持续发展路径。

在这一层面上，《办法》出台的意义重大。一方面，它打破了长期以来，慈善组织和金融市场彼此脱节的状态，构筑了两者紧密合作的桥梁；另一方面，它也在字里行间贯彻着慈善组织的核心宗旨和原则——慈善组织运用社会捐赠的财产进行投资，不同于一般企业追求高收益的目的，而是应当在确保操作稳健、风险合理的基础上实现保值增值，务必置财产的安全性于首位！

（本文首发于 2019 年 1 月 30 日）

担心办了会员卡后商家跑路？

且看单用途预付消费卡新规如何保护消费者权益

朱晔明（星瀚运营）

每当我们光顾一家健身房、美容店、餐饮店、KTV、洗衣店、汽车保养店、发型工作室……常会听到一句亲切而温暖的问候：“帅哥/美女，办张我们家的会员卡呗？”“充 200 送 30，充越多优惠越多”、“今天就能抵 100，以后还能打八折”……小编一听这诱惑，就不免动了凡心……

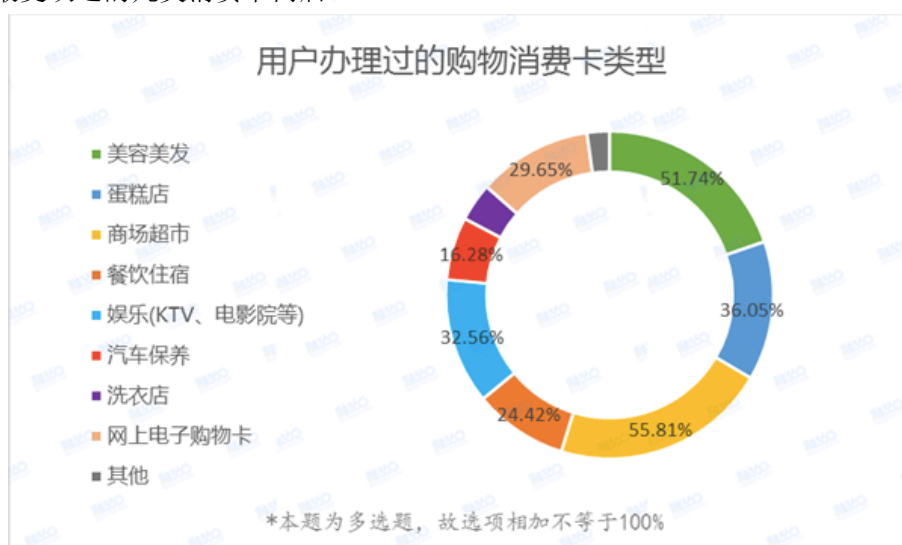
不论是实体卡还是电子虚拟卡，这类“由经营者发行的，仅限于消费者在经营者及其所属集团、同一品牌特许经营体系内，用来兑付商品或者服务的预付凭证”在法律上都有一个官方名称，那就是“单用途预付消费卡”。

近年来，单用途商业预付卡在减少现钞使用、便利公众支付、刺激消费等方面发挥了积极作用，受到企业和消费者的普遍欢迎。但因监管不严、违反财务纪律、缺乏风险防范机制和公款消费、收卡受贿等问题，也时常严重扰乱市场秩序。据统计，2017 年，上海由单用途卡引发的相关投诉高达 12106 件，涉及经营者 3887 家，其中关门跑路的亦不在少数，共计 1864 家，社会影响恶劣。

2019 年 1 月 1 日，《上海市单用途预付消费卡管理规定》实施，该规定将对市场产生怎样的影响、会给消费者带来哪些福音呢？本文将为大家介绍。

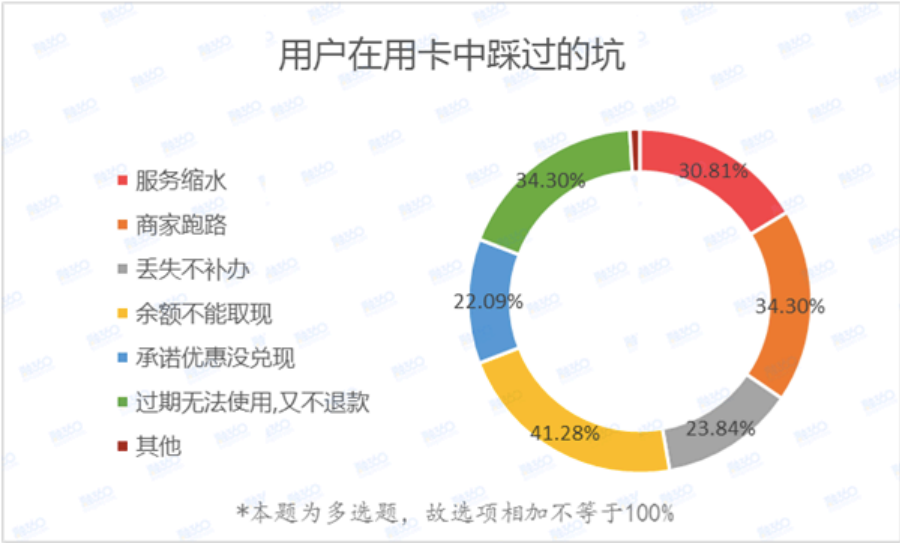
单用途预付消费卡的重灾区在哪里？

据 2018 年的调查报告显示，商场超市、美容美发、蛋糕店、娱乐场所（KTV、电影院等）是最受欢迎的几类消费卡门店。

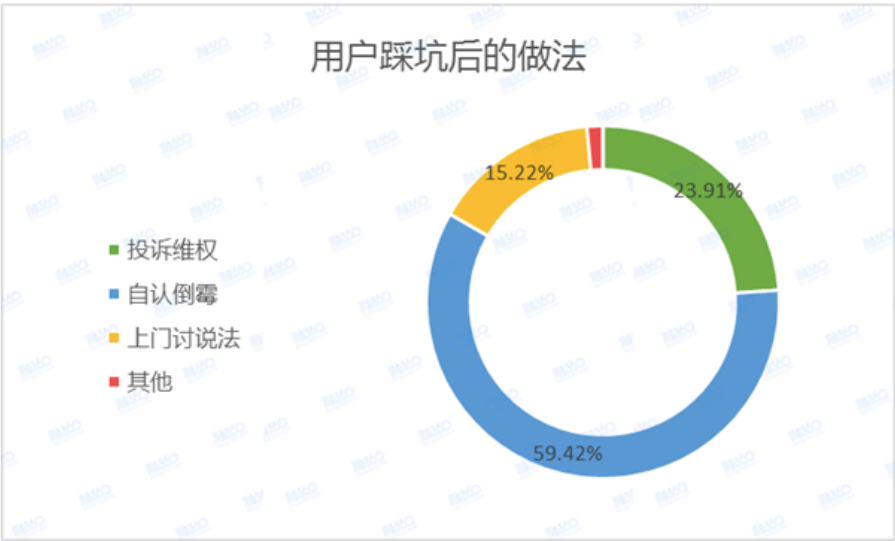


（图表源自融 360 报告）

于此同时，调查数据显示，只有 19.77%的用户在用卡过程中从未踩过坑，这也就意味着有超过 8 成的用户在用卡过程中曾经“遇卡不淑”。其中，有 41.28% 的用户表示，余额不能取现是最大的“坑”，紧随其后的大难题便是商家跑路、消费卡过期无法使用又不能退款。



面对此种困境，该作何处理？数据显示，近 6 成（59.42%）用户都选择自认倒霉，仅 23.91%的用户会选择投诉维权，同时还有 15.22%的用户会选择更加直接的方式——上门讨说法。



新规如何整治重灾区？

面对逐年上升的投诉和纠纷数量，上海市人大常委会表决通过了《上海市单用途预付消费卡管理规定》，于 2019 年 1 月 1 日起实施，现在起，对于单用途预付消费卡企业的监管，将进一步得到落地执行！该法规的亮点有哪些呢？我们一起来看看吧！

1. 不设行业门槛，拓宽监管覆盖面

早在 2016 年，面对单用途预付卡的行业乱象，商务部就已经出台了《单用途商业预付卡管理办法（试行）》（以下简称“管理办法”），此次上海市的预付卡新规更上一层楼，纳入了更多更广的监管对象。

	商务部《管理办法》	上海预付卡新规
行业	零售业、住宿和餐饮业、居民服务业（不包括教育、旅游、健身类企业）	未做限定
主体	企业法人	企业、个体工商户
范围	仅限于在本企业或本企业所属集团或统一品牌特许经营体系内兑付货物或服务的预付凭证	仅限于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，但兑付特定商品或者服务除外（主要是指演出门票、月饼提货券等）。 经营者发行的，仅在其经营场所入驻商户内兑付商品或者服务的预付消费卡经营活动及其监督管理，参照使用本规定。

2. 建立统一协同监管服务平台，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，上海市预付卡新规明确指出，“本市建设统一的单用途卡协同监管服务平台，归集经营者单用途卡发行、兑付、预收资金等信息，但不归集消费者个人信息”。



具体包括有：

- **对企业和个体工商户实行分类监管。**如果单用途卡经营者是企业或者同一品牌特许经营体系内的个体工商户的，应当将自身的业务处理系统与协同监管平台进行信息对接，并向平台报送发卡数量、预收资金等信息。对于其他个体工商户，考虑其分布在各行各业的情况比较复杂，后续将由市政府根据实际情况再制定具体办法（截至 2018 年 7 月底，已有 265 家备案发卡企业完成了“信息对接”）；

- **获取信息对接标识向消费者公示。**经营者完成平台的信息对接后，将获取一个“信息对接标识”，要求在经营场所显著位置或者网站首页公示。同时可以将信息对接标识在单

用途卡卡面明示。

- **主动上报机制。**经营者应当于每季度第一个月的二十五日前，在协同监管平台上准确、完整地填报上一季度预收资金支出情况等信息，不得隐瞒或者虚报。
- **通过平台进行信息披露，保障消费者知情权。**消费者可以查询经营者基本信息、预收资金风险防范措施以及所持单用途卡余额、信息对接等情况。

友情提示：在协同监管服务平台建立之前，消费者可以登录商务部的单用途商业预付卡业务信息系统（网址：<http://yfk.mofcom.gov.cn/card/>），输入企业名称或预付卡上标明的企业备案编码，查询了解已备案企业类别、所属行业、备案机关等信息。



3. 实行预收资金风险防控体系

对于使用单用途预付卡的行业而言，最敏感和突出的问题就是预付卡的预收资金如何规制。早在 2016 年商务部的《管理办法》中就明确指出“发卡企业应对预收资金进行严格管理。预收资金只能用于发卡企业主营业务，不得用于不动产、股权、证券等投资及借贷。”

不仅如此，对于发行消费卡后预收的资金，如果管理不到位、资金被挪用，就容易发生消费者权益的受损；管得太死，又会过分压抑市场，影响经营者的正常现金流使用。

为此，上海预付卡新规要求市商务部门，根据行业类别、经营规模、信用状况等不同维度确定余额风险警示标准（预收资金余额=发行单用途卡的预收资金总额-已兑付商品或者服务价款后的余额），一旦超出红线警示标准，则：

- 经营者应当将预收资金余额的 40% 存入“预收资金专用存款账户”作为存款资金（如果超过“特别风险警示标准的，则需要全部存入）；
- 经营者可购买履约保证保险，冲抵全部或者部分存管资金；
- 协同监管服务平台将向消费者公示，警示消费风险。

4. 建立严重失信主体名单

根据上海市预付卡新规，上海还将经营者单用途卡经营失信信息向本市公共信用信息服务平台归集，一旦出现失信行为，就会在平台公示其法定代表人、主要负责人、其他直接责任人的相关信息。例如：

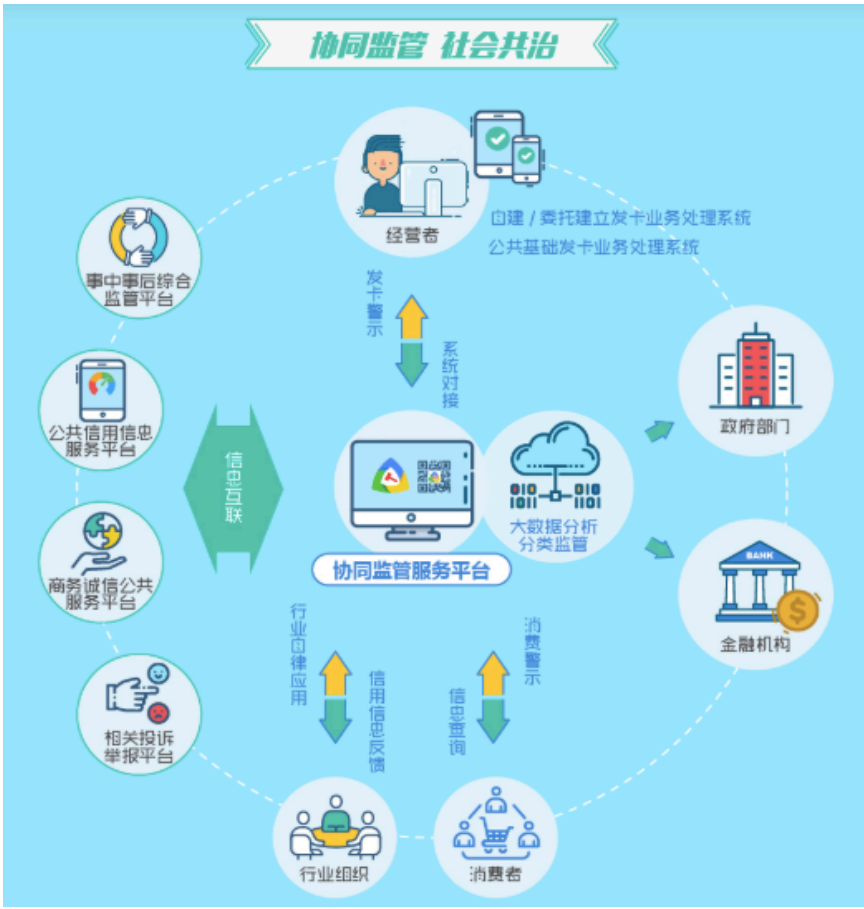
- 因停业、歇业或者经营场所迁移等原因未对单用途卡兑付、退卡等事项做出妥善安排，未提供有效联系方式且无法联络的（上海市预付卡新规第十七条载明：经营者因停业、歇业或者经营场所迁移等原因影响单用途卡兑付的，应当提前三十日发布告示，并以电话、

短信、电子邮件等形式通知记名卡消费者。消费者有权按照章程或者合同约定要求继续履行或者退回预付款余额)；

- 一年内因违反本规定受到两次以上行政处罚的；
- 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；
- 其他严重侵犯消费者财产权益的行为。

作为消费者，我该注意什么？

据上海市单用途卡协会表示，虽然上海已搭建微信公众服务平台，每季度向社会公开已备案企业发卡信息，但总体来看，成效并不明显。就此，离不开政府部门、经营者、行业组织、社会公众的多方参与，来实现“社会共识”。



作为一名消费者，又该从哪些细节入手，尽可能保障自身权益呢？小编给到的意见是：

1. 看“信息对接标识”。在经营场所显著位置、经营者网站首页、单用途卡的卡面寻找标志，如有，则说明经营者已经于协同监管平台完成了信息对接；
2. 看“风险预警公示”。通过协同监管平台，查看经营者是否出现了预收资金余额超过风险警示标准线的情况；
3. 看“信用评价”。登陆上海市单用途卡协会官网 <http://shcard.org>，可查看已备案企业

既往的信用评价结果；

4. 看购卡时的“购卡协议/章程”。明确双方的权利义务，余额查询渠道、退卡方式等核心信息；

5. 看经营者的经营能力和财务状况。尽可能选择知名企业、集团企业、具有品牌知名度和大型企业/连锁企业购卡，相对而言，小微企业、个体工商户的风险会更大一些；

6. 多元化的维权渠道。在上海市事中事后综合监管平台、上海市公共信用信息服务平台、商务部单用途商业预付卡业务信息管理平台、12312 商务举报投诉服务平台等渠道，在上海市商务、文化、体育、旅游、教育等单用途卡行业主管部门、市场监督管理、金融、税务、公安、文化等综合执法部门，在上海市单用途预付卡协会等，均可以进行投诉、反映情况。

（本文首发于 2019 年 1 月 23 日）

星瀚人文

热爱法律的技术派

55 场活动背后的欢喜与忧愁

宋佳（星瀚运营）

去年12月18日，伴随着星瀚税务主题开放日的结束，我发了一个朋友圈，配文是：

“从分享区块链如何与新商业场景结合，到解读个税改革带给企业和个人的影响，我们始终走在前沿；从探讨企业劳动人事管理的误区，到讲述电子取证在反舞弊案件中的应用，我们坚持专业精深；从向留学生介绍中国律师行业的发展历程，到与法律人交流星瀚管理运营的秘密，我们一直热爱分享……”

2018年，星瀚所主办、承办或协办的活动达到55场，在每一场活动的背后是很多人的付出和努力，其中五味俱全，别有一番风味。

重视统筹，也关注细节

活动统筹是办好活动的关键，井然有序、符合需求、张弛有度方能令人印象深刻。但在统筹之余，细节也很重要。举办一场活动有多少细节要注意？这个问题很难回答。

我们最早举办开放日的时候是做一张筹备表，上面写着流程安排和对应分工，签到、引导、主持、物料……十几个职能。伴随着每一次活动后的复盘，需要增加的细节项越来越多，比如矿泉水在活动过程中很容易被拿混，于是我们设计了瓶贴；比如活动听众日益增多，我们改纸质签到为电子签到，由此提高效率……



去年此时，我们整理了一份《上海星瀚律师事务所线下活动组织手册》，分工包括活动策划、宣传推广、物料准备、活动现场、活动后续、其他事项共六大项，一级任务被拆分为24个，对应的检查项多达90条。手册里面还列出了活动组织者常见的或担心的问题，包括：如果报名人数不多怎么办、活动微信群里不活跃怎么办、主讲人的PPT迟迟不给怎么办等，当然，也写出了应对建议。即使如此，我们依然有精益求精的空间。

就在最近一次的活动中，一位经常担纲主讲人的律师偶然地没有用我们运营体系准备的电脑，而是首次直接连他自己的笔记本，我们发现，这位主讲人的电脑设置了节能模

式，三分钟不碰电脑就会黑屏，于是活动结束后，我们的检查项里又多了一条：主讲人使用自己的电脑时务必确认其是否启用了屏保模式、节能模式，如有，需关闭。



活动主讲人的成就感往往来自于听众的好评；作为活动的组织者，我们也会有自己的成就感。某次活动结束后，一位听众特地找到活动现场总监说：“我的朋友今天有事情没能过来，他想让我帮他拿一下胸牌。我刚刚把有我名字的胸牌发到了朋友圈，他看了很喜欢，特意叫我来问如果本人没来的话，能不能拿个胸牌留作纪念？”那一刻，活动总监感到很温暖，复盘的时候特地做了分享。

组织活动就是这样一件既考验整体、又考验细节的事情，组织者既要有机灵劲，也要肯下笨功夫，因为真心实意是无法通过投机取巧达成的。

用心后的遗憾

纵然有了很丰富的活动组织经验，有不断完善中的手册，但依然免不了有遗憾。作为组织者，一场活动如果成功，我们觉得是职责所在；一场活动如果留有遗憾，这个遗憾会在组织者的心里放大一百倍、一千倍。

有时候，我们会为自己的失误懊恼；比如在一个雨天，我们已经想好了要将伞架提前拿出来，但临到签到时突然发现忙忘了，后来拿出了伞架、活动也非常成功，但活动现场总监却怎么也高兴不起来。

还有些时候，我们不得不应对突发状况，比如有一次我们租借了场地办研讨会，怎料隔壁会议室里不断飘来广场舞的音乐。我们请酒店工作人员协调，但工作人员表示无能为力；我们自己前去沟通，情况的改善也不稳定。尽管在租赁场地时就确认过了会议室情况，包括跟销售了解过邻近会议室的租赁用途等，可还是避免不了意外的发生。

一个优秀的活动组织团队是千锤百炼后的成果，当我们看到一个场地时就能说出适用桁架的尺寸、舞台搭建的面积、场地布置的若干种方案时，背后是许多次的积累，有欢喜、也有挫败。

时至今日，我们依然会在一些关键活动的前夕有些紧张、有些焦虑、甚至失眠，尽管后续的活动开展通常都会如预期般顺利，但我们还是想要保持这颗敬畏心，因为活动的背后是主讲人的精心准备、是听众的满心期待、是很多人的宝贵时间，来不得丝毫怠慢。

令人快乐的烦恼

当然，现场的麻烦事并不尽是令人懊恼的，也会有值得高兴的时刻。例如实际到场人数超出了报名人数；又比如主讲人一直反反复复改PPT或者延迟给PPT，但终究是呈现了一场令人难忘、好评如潮的分享。

其实，说了那么多组织者所做的事情，一场活动最关键的角色还是我们的主讲人，听众们的获得感、满足感也主要来源于主讲人。组织者在更多时候是做好应该做的，尽量锦上添花。

在每一次精彩分享的背后，我们的主讲人都付出了很多。一个90分钟的分享，需要很多时间的积累，而且不仅要有丰厚的知识，还要有转化的能力。专业律师为了将转化工作做好，会一遍遍预演，将预演的录音拿给我们听，让我们从普通听众的角度提意见，哪里可以快速带过、哪里需要进一步深入，哪里可以穿插案例、哪里要将背景交代得更清楚一些……



如果在晚上十点以后还看到大会议室里开着灯、但关着门，如果第二天又恰好有活动的话，不用怀疑，一定是主讲人在做最后的冲刺；未来我们也会分享主讲人的故事给大家。

2019年，星瀚还会一如既往地组织大大小小的各类活动，在这些活动的背后，依然会有很多努力的身影。在我看来，办一场活动本身并不值得骄傲，坚持踏实地做好这件事情、不断自我驱动、追求极致，很多年后再看，这个历程应该是值得骄傲的。

（本文首发于 2019 年 1 月 11 日）

卫新律师的“教师时光之旅”

宋佳（星瀚运营）

如果要问 2018 年里，有哪段时光是最铭刻于心的？我猜，卫新律师的回答是：在华政开课的日子。

长久以来，卫律师都热心于培养人的工作。他善于总结、热爱分享，对同事们提出的各类问题都耐心解答；即便工作再忙，也会带大家过案子、做推演。如果卫律师没有成为律师的话，老师，将会是他最向往的工作。幸运的是，这两个职业本身并不矛盾。

伴随着学校愈加重视校内课程和工作实践相结合，卫律师的母校华东政法大学开设了不少实务类课程，邀请法官、检察官、律师等前去授课，帮助同学们更加了解实际工作中会面对的问题、社会上的真实需求、以及培养更为成熟全面的思考模式。2018 年，卫律师以《合同法律实务》课开启了“教师时光之旅”。



“完美”与“合适”

律师开设的合同法律实务课程应该是怎样的？是结合着律师的人生经历讲述自己在合同中的沧海沉浮，或是以接二连三的成功案例，拓展同学们的社会阅历，还是逐一解析合同条款，提供一些合同起草与审核中的“万能公式”？……

卫律师相信，凡事预则立，不预则废；慎终如始，则无败事。

他在日常办案中有意识地积累素材，做好分类和标注，还向星瀚同事做了“调研”，重点调研对象是星瀚里的应届生、实习生和职场新人。

他关注上课模式：“现在的学生喜欢怎样的讲课模式？老师讲授、小组讨论、模拟谈判、还是案例研究？”“各部分的占比怎么分配比较好？”

他关注上课风格：“你们觉得什么样的讲课风格好？严肃认真、还是温暖亲切？”

他关注课程效果：“你们看看我准备的案例，大二同学可以理解吗？”“我想了解大家的吸收情况，可以布置作业吗？”

他关注与时俱进：“我们正在研究的通证经济是不是可以嫁接到课程检核和评分体系里，同学们能够接受吗？”

为了尽可能地贴近学生，他还问了很多校园生活中的问题：“华政学生食堂有几个？特色美食有哪些？”……

就是在这份执着与认真之下，本在星瀚所已经非常成熟的“星瀚新人合同培训课程”对卫律师起到的仅仅是参考作用，他还是针对学生，做了全面的备课。



在卫律师看来，法律实务课是让本科生在理论学习阶段，培养一种法律应用的思维。它是对法学教育的补充，对法律学习提供另一个角度。卫律师的课程正是围绕着这样的理念。

卫律师说，没有完美的合同，只有合适的合同。在授课方面，他也是如此，遵循因材施教的原则精心规划定制，诚心诚意地给同学们带去一堂堂精彩的合同法律实务课。

“商业”与“法律”

秉持着培养法律应用思维、提供法律学习新角度之理念，卫律师的课程中始终兼顾法律条款与商业思考，他一直强调：“先有商业、再有法律。”

于是，他的课程里不仅讲具体的文本，更讲客户的商业诉求，分享如何评估商业模式、怎样做好风险控制，告诉大家要预判交易对手的每一步选择……整个过程就好像下棋一般，成竹在胸、步步为营。

在经验总结、要点提炼、案例分享的同时，卫律师会让同学们亲身实践，安排同学们修

改各种情形下的同一个条款，并讨论选出最佳模型。同学们从知识的输入到输出，不仅体验感更好，而且还形成了学习的闭环，无不对此环节喜爱有加。

实务课程的最后一课安排在星瀚所进行，卫律师带着同学们审核完了这一阶段学习的最后一个合同，所有同学都热情地参与到了这个过程里面，对于卫律师提出的种种“挑战”都能从容应对、逐一化解，显然已是掌握了一定的奥义，使得旁听的星瀚同事无不感慨：“新一代法律人的优秀气息扑面而来。”

但在卫律师和同学们看来，这正是“刻意练习”的成果。

高度重视课堂参与感的卫律师给几乎每一位同学都提供了合同法案例展示的机会。同学们讲：“不管我们说得多糟糕，卫律师都会安慰我们‘很好很好’，随后再慢慢给出建议。”不过卫律师却感慨：“同学们自己查找案例，制作 PPT，在课堂上演示。我注意到，无论是案例调研、法律检索、还是表达能力，同学们都很优秀，自信流露。”令卫律师记忆深刻的是，有一位同学在课堂上展示案例，还会和听讲的同学主动互动，甚至安排了“托”，让案例交流的效果特别好。



相信对这些听过课程的学生们今后面对合同的时候，“商业×法律”的思维一定会让他们受益匪浅。

“专业”与“热爱”

法律实务课程对于年轻的大学生们而言是一扇窗，透过这扇窗，他们感知到了商业社会的脉搏，了解到了另一种思维方式和选择，体验了协同合作的力量，更加认同专业是职业生

命力的根本。但是，在这些理性的思考之外，还有感性的力量，这份感性的力量叫作“热爱”。

热爱是学校对于在校生成长的责任心。卫律师开课的第一天，就有一位很有气质的女士坐在教室后排听课，直到课程结束后，才知晓是陈晶莹副校长。陈校长整整听了 90 分钟课，还做了很多记录，并在课后专门请卫律师吃午饭，与他沟通、询问课程的设置与备课情况。还有一次授课，遇到了华政教务处举办的教学评估活动，学生家长走进课堂旁听并打出了满分的评教分数。校方以及律师学院对于学生的关注度令人钦佩。因此，卫律师非常感慨：“外界都说，华政本科生的法学功底扎实，是有缘由的。”

热爱是星瀚人的全情投入。当卫律师邀请学生们来星瀚所参观、上课的时候，星瀚不仅展现出了创新、文艺、富有情怀的特色；已经从华政毕业、现在在星瀚工作的的学长、学姐也与同学们分享了自己的职业经历和感悟。“法律人并没有标准模式”“学会做出第三选择”，这是星瀚传递给同学们的理念。

热爱是同学们的勤奋好学。每次课程结束，都会有不少同学和卫律师探讨各种问题，活跃的思维、广泛的兴趣都让卫律师记忆犹新。结课时，同学们回忆起卫律师的“金句”都如数家珍。据说同学们还私下进行了抽签，抽中的人可以和卫律师一起吃午饭。同学们的热忱深深打动了卫律师，他表示，“今后去松江上课要将时间留得更宽裕一些，要能跟同学们更多交流”。

热爱是卫律师的法律人情怀。因为授课时间是周五早晨，卫律师每一次上课都提前在周四晚上住到松江，以保证周五早上八点开始的课不会遇到任何意外，自己的讲课状态也可以更为饱满。他选择不把适用于职场人的套路生搬硬套到在校生身上，尽管是自己给自己找事情，但这个“自找麻烦”恰恰符合他的自我追求。他选择在有限的时间中尽可能地感染大家，就像有同学说的：“我们能感受到卫老师在用心传递价值观。”

“这个世界从来不是分割的”，法律与商业无法分割；教师梦想和律师身份无需分割；理性和感性相互交融……因为交融、所以多元；因为多元、所以精彩。

卫律师在他的“教师时光之旅”中帮助同学们成为更好的自己，也为自己活出梦想的样子。

（本文首发于 2019 年 1 月 25 日）

我们的终极追求是自由与幸福

主任致辞@星瀚律师事务所 2018 年度工作会议

各位星瀚人：

大家好！

每个年度的总结会议上都有主任致辞的环节，我很担心大家听腻了、听烦了，但运营部门说，还是希望我讲讲，大家都关注律所的发展方向。所以，我也抽时间准备了一下。我们已经看了不少数据、听了很多总结和计划了，下面的时间属于诗和远方。

我想和大家聊聊三组关键词：**自由和幸福、成本和投资、规则与文化**

自由和幸福

为什么星瀚能成为一家很有传播力的律师事务所呢？是因为有个特别喜欢发朋友圈的老板？是因为律所特别文艺、特别有创意的装修？是因为我们拥有特别能干、特别有执行力的市场部？又或者是我们的团队很年轻、很有活力？我觉得这些说法有道理，但都不触及本质。

和大家分享苏格拉底说过的话：未经审视的人生不值得过。于是我们要认真思考，当我们在说星瀚是“一家有情怀的律师事务所”时，其实是在说什么？我想，星瀚之所以有传播力、被认为有情怀，是因为星瀚的基因更符合大多数人的价值观，星瀚的人生原则更有生命力，更有逻辑性。而这，正是星瀚的秘密。

人生有二个终极追求，一个是自由，一个是幸福。但是每个人的理解深度不同，实现路径也不同。

在星瀚所早期的宣传册上印过这样一句话：“有两种东西,我对它们的思考越是深沉和持久,它们在我心灵中唤起的赞叹和敬畏就会越来越历久弥新,一是我们头顶浩瀚灿烂的星空,一是我们心中崇高的道德法则。”

康德说的正是自由。自由就是想干什么就干什么；职场人最喜欢讲财务自由，有钱了想买什么就买什么，想去哪里旅游就去哪里。康德的理解就更深刻了，康德说不自由，不仅包括人身不自由，还包括为了欲望驱使而去做事。康德把这种因为生存、利益、贪婪、感情而牵着你走的力量叫做 *Inclination*——倾向性，假设律令。只有我做这件事情并不是因为某种利益，而仅仅因为是心中的道德律令，才是真正的自由。康德认为的自由，就是不被驱使；不被别人驱使，也不被自己的欲念驱使。

强者和弱者的区别，就在于弱者去追求各种利益、追求他人的认可，达到他认为的幸福，从而获得自由。而强者认为，在自由前提下的幸福，才是真正的幸福。

幸福和什么有关？哲学家阿德勒说：人生一切烦恼的来源都是人际关系，幸福感也来源于人际关系。最低级的幸福感是和别人比出来的幸福。真正的幸福来自人际关系的高级状态——“共同体感觉”，这种状态是主动、而非被动的。幸福就是出于对团队的关心，作为共同体的一员，积极参与其中，找到归属感。主动的贡献就是幸福。

“共同体感觉”如何建立？分三步：个体独立、他者信赖、他者贡献。在他者贡献的状态下，为团队贡献就是幸福本身。

我们说星瀚的氛围是“专业、亲切、温暖、欢乐”，翻译过来就是：追求真正的自由和幸福，实现人际关系中的最高级状态——“共同体感觉”。具体说来，“专业”，就是认真对待工作，不是为了利益或者主管的看法，而是为了认真地做对的事情；“亲切”，就是平等，不压迫、不驱使，而是合作、感受分享的自由。“温暖、欢乐”就是主动贡献的共同体感觉。

2018 年度的“星瀚最佳团队”评比竞争很激烈，最核心的标准就是这种“共同体感觉”。我们觉得南京分所虽然在 2018 年很艰苦、业绩也不是绝对突出，但是无论做业务，还是做知识管理、市场营销、参加律所活动……他们都特别有“共同体感觉”。我也要提一下市场部、刑事部，他们的“共同体感觉”也很强烈。前几天，和刑事部一起去吃了一次火锅，我说好久没有这么放松了，因为交流很轻松，彼此信赖，无话不说。市场部加班很多，工作压力非常大，但是在她们的微信群里能够感受到那种温暖、互相支持、荣辱与共的幸福感。

成本和投资

2018 年，律所最为重大的战略就是扩租装修，很多人评价，距离上一次装修才一年半，星瀚就这么大手笔，星瀚高伙真是有魄力。但是大家不了解，律所的成本上升了很多。而且最近有一个论调，经济大环境不好，所有企业都在收缩，甚至在裁员。有人说，2018 年可能是未来十年里最好的一年。

但是高伙在年中扩租时，意见是完全一致的，而且决心很坚定。原因是什么呢？是因为我们并不是传统律所的成本观念，而是投资观念。

律师赚了钱，有人买房子、有人办移民、有人购置海外资产、有人买股票，但是，一直以来，星瀚就有一个前瞻战略——持续创新、提前布局、投资自己，这个战略都被持续验证了：

我们投资运营体系：现在横向比较，我们的运营体系在行业内很有竞争力，可以高质量地线上运维，全年办五六十场活动，持续与业务体系对接，助力律所发展；

我们投资法律服务产品：以企业反舞弊产品而言，已经很具有口碑和影响力，2019 年，产品还将升级为“企业内控和反舞弊法律服务”，贯穿企业内部治理的各个阶段，联动全律所的各个业务部门；

我们投资年轻人：在最新一届的评优中，于萍律师和陈欣皓律师分别荣膺区优秀女律师和区优秀青年律师，他们在律所中发挥着极大的作用；

我们投资未来：2019 年，星瀚推出了“造星计划”、税务师事务所计划，都会全面提升律所的发展水平……

星瀚的扩租就是在贯彻我们的战略——成为有一定规模的精品所，战略上“创新驱动、综合解决”，策略上“产品化、强运营”。股权投资是我的业务方向之一，对比其他投资标的，我们所处的法律行业是上升行业，我们的商业模式已经被验证，核心管理团队年富力强、也很完整多元，整个团队年轻有活力、充满创造力。所以，星瀚就是最好的投资标的，而且掌握在我们自己的手里，为什么不加大投入？

我想说，乐观是做事之人的底色；我更想说，真正的强者不在于说话的气势，而是在于格局和勇气。

制度与文化

伴随着律所的发展，高级合伙人委员会对律所管理分工进行了调整，权力更加集中。陈雷律师会分管财务、行政、人事的方方面面；最重要的是，陈雷律师会担任党支部书记，大家知道，加强党的领导是新时代的主题，而且是要全面领导。陈雷律师极有规则意识，他的管理思路就是要有制度，严格执行制度。现在律所人多了，情况也多，只有按制度才更公平、更有效率。

我会分管律所的战略、市场和知识管理。创过业的人都知道文化的重要性；因为文化是内驱力，是在困惑迷茫、选择无措的时候，让你内心做出取舍和判断的价值观。星瀚一直是把文化说出来、无形文化有形化的模式，这让星瀚有了标签，让我们的文化更有感染力。我有点遗憾的是，外界在学习、借鉴，但星瀚人自己参与的、重视的少了。我最近也有听到，有些新同事在说，当时选择星瀚，就是因为星瀚的氛围，现在感觉有些淡了。

这个社会上，总有一些“看穿”了的人，你工作积极主动，他说你爱表现自己；你业务勤奋，他说你功利心、爱赚钱；你有个兴趣爱好，他说不如回家睡觉；你帮助别人热心肠，他说你有企图心……他没什么追求。在这样的人眼中，这个世界没有什么意思；我不觉得他们能真正自由和幸福。

在我眼里，文化就是看到前台玻璃上二个红色的“春”字，觉得我们的行政真贴心，忍不住和她们说一声：很好看，有了过年的氛围。文化就是隔壁同事走开，电话铃响起来，主动接起来，做好留言。文化就是路过小径，看见货梯的门没有锁，主动把它关上。文化就是在会议上，积极参与，让每一个话题都有意义。文化就是参加运营精心组织的活动，对微信群里的征求意见贡献一份力量。文化就是在新人需要带教时细致耐心，就像当年自己需要的那样。

我想，这样的氛围才是我们喜欢的，我们有“共同体感觉”。它不简简单单的是会议室的名字，而是每个人心里的感觉，是别人抄不去的。

最后，祝福大家新年快乐！飞驰人生！

卫新

2019年1月17日

爱你，是最美的修行

——写在星瀚南京分所开业活动一周年之际

王勇（星瀚南京分所）

我知道路径延绵无尽头，
恐怕我难以再回返。
也许多少年后在某个地方，
我将轻声叹息将往事回顾：
一片树林里分出两条路——
而我选择了人迹更少的一条，
从此决定了我一生的道路。

——罗伯特·弗罗斯特 《未选择的路》（节选）

三月，金陵城乍暖还寒，春天的气息却依然从每一个地方迸发出来：台城的烟柳、钟山的梅花、秦淮河边的酒酿、扬子江上的鱼鲜，一切的一切，柔缓而美好，静谧又清晰……

流年逝水，年轮四季，各有各的美好，春天的美却独独在于，新生的美，希望的美，虽然初生但是无所畏惧的美。

去年的三月，一样的美好。

2018年3月28日，上海星瀚律师事务所在南京第一次亮相，“精品所如何服务区域经济发展暨星瀚南京分所开业庆典”在南京建邺成功举行，这一天也是星瀚南京分所应邀正式入驻“南京河西·建邺法律服务产业园”的日子。



还记得筹划设立外地分所时，星瀚合伙人讨论地最热烈的一个问题：我们想要做些什么？
是的，我们想要做些什么？

卫新、阎冰、华彦、汪帅、大雷、宋佳……还有我，我们都在问伙伴，也都在问自己。

星瀚作为上海一家精品律师事务所，不断地有朋友和同行说：“星瀚和其他所不一样，有着与众不同的气质”。我们以为，这里面有为星瀚创新意识的鼓掌，有为星瀚专业化道路的点赞；当然也有为星瀚年轻律师团队的关心与忐忑，有对星瀚不计成本强化运营体系的发展模式的怀疑和发问。

是的，我们需要回答这些，这是对友人关切的回应，也是给我们自己的期许。



我们希望，星瀚能够真正成为年轻人迈入职场后最热爱的“法学院”。

回头来看，我自己在武汉大学法学院念书的那些年，绝大多数律所都不会给应届毕业生一份最基本的“底薪”，甚至还有实习期要给律所缴纳“实习管理费”的惯例；艰难的执业起步期不知道阻却了多少年轻人迈入律师行业的信心和热情。

2017 年以来，星瀚对于新人、特别是应届毕业生的培训制度已经内化为星瀚文化的核心部分，“相信年轻人”，我们是来真的。“星际特工队”、“造星计划”、“星空导师”等面向全体星瀚人、特别是新阶律师的培养计划逐一出台，逐项落地，团队挑选和培养新人，新人选择和融入团队，形成了良性循环。

我们为从法学院毕业的佼佼者开出了有竞争力的薪酬，即便是在上海、南京这样生活成本高昂的城市，年轻人们也不至于为日常的生活开支而窘迫；我们甚至一再提醒年轻律师，不要急于把时间花在案源开拓上，而是要规划好自己的职业生涯，选好专业领域并持之以恒。

我们希望星瀚律所能够成为年轻人迈出校园大门后的又一所法学院，回到对于法律的信仰和热爱，回到对于专业能力的淬炼和尊崇。

我们相信，星瀚成长的全部都应该来源于并且归属于年轻人的成长，即便有一天，他们选择挥翅膀，独自飞翔，在他们的职业生涯中，他们应该永远会记得星瀚这所特别的“法学院”，一如他们永不相忘的母校。



我们希望，星瀚的运营模式能够被越来越多的同行认同、借鉴。

律师行业都在强调品牌化，品牌化的核心是专业律师，而星瀚在这个问题的思考上更进一步，星瀚认为，不仅要有专业律师，还要有打造律师品牌的专业团队，为此，星瀚的业务与运营人员占比达到 4：1，运行体系的同事会提供全方位的支持和服务。

我们始终坚信，包括市场部、人力资源部、行政部、财务部、法务秘书部在内的星瀚运营体系能够产生强大的凝聚力，运营体系与业务团队之间也正在发生神奇的“化学反应”。“星瀚微法苑”已处于同类微信公众号的第一梯队，专栏文章的稿件资源分配在各个业务团队之间产生了激烈的 PK；“星瀚开放日”广受好评，每每都需要临时加座位；“星瀚学习会”不仅在律所内部深受认可，还常有客户和同行希望参与；《星瀚法律研究》正越来越多地被索取；各地律师协会、律所同行主动预约的拜访交流活动频次也越来越高……

我们知道，星瀚在人才培养和运营体系建设上的持续投入正在带来我们所期望的变化。

我们希望，星瀚的业务能力能够在创新与传统、专业与行业范畴内越来越深地获得市场和客户的认可。

我们所处的法律服务市场正在快速发展，甚至有人评价说很难找到一个行业像律师业这样长期、迅猛的增长。是的，作为从业者，我们和其他同行一样深深体会着已经发生和正在发生的变局，也都对未来的变化满怀期待和敬意。

星瀚这些年的快速发展来源于对创新业务的关注和落地，星瀚不是传统大所，我们没有可以依赖的老本钱，但无形之中，也减少了固定思维对于创新发展的羁绊。星瀚并不具备在传统法律服务领域“全面开花”的人力与实力，但星瀚通过专注地打造法律服务产品，已经在海事海商、企业内控与反舞弊、高端股权商事诉讼等若干领域中形成了团队优势、品牌优势和先发优势。

基于以上，我们在 2018 年迈出了实质性的一步，设立星瀚南京分所，这也是星瀚在异地布局的第一步。而且与惯常做法不同的是，在分所的设立上，我们没有选择在南京本地并入团队，南京分所从主任到律师都是从上海派驻过来，我们希望星瀚在上海的发展模式和运营经验可以在南京得到复制和检验。

转眼一年，星瀚南京分所得益于南京市、建邺区两级司法局的关心和支持，得益于南京市在建邺区打造现代法律服务产业园这样的大好机遇，在建邺法律服务产业园区这样的良好平台上，我们迈出了坚实的第一步。

一年来，我们深刻感受到了南京法律服务市场的快速发展，星瀚南京分所与市区两级司法行政机关，与市律师协会建立了良好的沟通机制，与南京仲裁委员会、省市海事局、市航运交易中心、航运商会、船员协会保持了密切的沟通和合作机制；

一年来，我们走访或接待了江苏东恒、江苏圣典、江苏中虑、江苏衡圣、靖霖南京、德贤南京等一批本地强所和外地分所，通过星瀚开放日、座谈会等形式，与南京同行建立了良好的互动关系。

一年来，我们在海事海商、公司金融等业务领域为南京客户提供了专业的法律服务，商业银行、资产管理公司、融资租赁公司等领域的新客户逐步与我们建立了合作关系，一批涉及不良资产处置，抵押合同纠纷，船舶类资产过户的案件得以妥善解决，赢得了客户的信任。

一年来，星瀚运营体系向南京分所倾注了大量精力，从建章立制到人员带教，南京分所团队逐步稳定成长，加入团队的新成员有来自于大型财产保险公司的业务骨干，有来自于知名企业的法务精英，有来自于南京、广州其他律所的青年才俊，我们也持续招募了南京大学、东南大学、南京师范大学的一批在校学生实习并作为储备人才库培养，也成功签约了最优秀的应届毕业生。



春天饮春茶。此刻，办公室窗外正春风十里。还记得曾在前年的春天里读过这样的一本书——《爱你，是最美的修行》，如今留下最深记忆的便是这书名。

应该是这样，爱就是修行，或者说修行也就是爱，这种爱不管是对于事业，还是源于家庭，不管是面对朋友，还是倾心于伴侣。爱需要的是修行，而修行又要求诸于自律、勇敢、无私和无所畏惧。

因此，我们会记住星瀚人之间的约定，别忘了我们的初心，别忘了星空下的约定，别忘了相约去看星辰大海上的风景。



如果爱是一场修行
我就是那个苦海孤筏的僧
你的胸口就是日夜神往的彼岸
你的拥抱就是我莲华永绽的一生
于是，每一颗水滴都是我的身影
这每一缕月光都是你的柔情
所以，诸法难解小小的情缘
我喊着你的名字，轻轻

（本文首发于 2019 年 3 月 28 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