

2020

第3季度

# 星瀚法律研究

LEGAL STUDY

## ● 峰会回顾

构建体系与生态，打造行业生态圈，“2020企业内控与反舞弊第二届行业峰会”隆重举行！

## ● 专栏精彩

**民法典与合同管理：**《民法典》发布后，企业业务文本如何避免“格式条款”危机  
《民法典》时代，企业如何应对违约方终止合同解除权

**热点推荐：**“庆渝年”变“三国演义”，起诉股权代持的目的与应对  
百度、阿里、腾讯、字节跳动等互联网公司职务犯罪情况分析报告

# 目录 CONTENTS

## 「峰会回顾」

构建体系与生态，打造行业生态圈，“2020 企业内控与反舞弊第二届行业峰会”隆重举行！	P01
如何通过电子数据取证获得舞弊案件中的关键性证据	P11
《刑法修正案（十一）》（草案）对反舞弊司法实务的影响	P14
构建企业内控和反舞弊的体系与生态	P20
数据分析在审计监察中的应用	P24

## 「热点推荐」

百度、阿里、腾讯、字节跳动等互联网公司职务犯罪情况分析报告	P26
“庆渝年”变“三国演义”，起诉股权代持的目的与应对	P39
为什么“小黄人”判赔 500 万，“小猪佩奇”却只赔 25 万	P44
电竞主播跳槽的违约金为何差别这么大	P48

## 「民法典与合同管理」

《民法典》发布后，企业业务文本如何避免“格式条款”危机	P54
《民法典》时代，企业如何应对违约方终止合同请求权	P57
《民法典》保证合同的 7 点重大修改	P61
《民法典》背景下，应当如何约定保证合同	P65
《民法典》对明星、网红们的肖像使用有哪些影响	P69
《民法典》就抵押财产转让规则作出重大修改后的企业应对之道	P72
《民法典》中技术合同条款的变化及对风险防控的启示	P76

## 「公司金融」

挂名法定代表人如何在“背锅”后顺利追偿	P81
企业融资需谨慎，挖一挖回购这个坑	P84
《九民纪要》下对赌条款的合规打开方式	P88
融资租赁合同纠纷中出租人行使取回权的注意要点	P93
演艺经纪约的 6 个谈判要点	P96

## 「星瀚人文」

刑事律师的逆流而上	P101
面向未来，创新发展，坚持法律服务产品化之路	P107
这些星瀚明星讲师的课，你听过吗	P112
青年律师如何审查好一份合同	P115

2020年第三季度

# 峰会回顾

星瀚法律评论

## 构建体系与生态，打造行业生态圈，“2020 企业内控与反舞弊第二届行业峰会” 隆重举行！

9月25日，“2020 企业内控与反舞弊第二届行业峰会”在上海召开，本次行业峰会由上海市犯罪学学会、上海星瀚律师事务所主办，华东政法大学中国犯罪治理研究院、华东政法大学廉政与教育研究所、上海弘连网络科技有限公司协办。来自全国各地的近300位企业负责人、专家学者、内审、监察、合规、风控、法务、人事、IT等从事企业内控与反舞弊实务的专业人士齐聚一堂，共话「打造企业内控与反舞弊行业生态圈」这一峰会主题。

峰会由上午的主论坛和下午的「电子取证与企业内控反舞弊」、「企业内控体系的创新建设与发展」、「内审监察的发展与实务技巧分享」三大分论坛组成，23位嘉宾为听众献上了一场场高质量、高信息密度的专业分享。



### 打造企业内控与反舞弊行业生态圈

中国犯罪学学会副会长应培礼教授作为本次峰会的特邀嘉宾，率先为峰会致辞。今年是应教授连续第二年参加峰会，他对新老朋友相聚、峰会规模进一步壮大表示欣喜。同时也指出，企业内控与反舞弊行业的蓬勃发展与我国立法工作的推进密不可分，也和企业对塑造清正廉洁的文化风气有着愈加强烈的追求有着相辅相成的联系。应培礼教授在高度认可峰会主办方的工作之余，也进一步寄予厚望，他希望与内控反舞弊相关的交流研讨可以不断精深、再上一个台阶，形成内控与反舞弊专业的理论体系和实务方法论。



上海市犯罪学学会会长何勤华教授代表主办方发表致辞。他向与会来宾阐释了今年的峰会主题——打造企业内控与反舞弊行业生态圈。企业内控与反舞弊的行业生态包括“小生态”和“大生态”。“小生态”指的是企业内部不同职能部门之间的分工、合作、协同。“大生态”说的是各类专业机构、第三方服务机构、以及全球企业内控与反舞弊专业领域的资源整合。上海市犯罪学学会之所以批准成立内控与反舞弊研究会并连年举办峰会，正是致力于将企业中的职能部门、服务企业的各类专业机构、培养专业人才的高校、以及海内外的相关资源聚拢到一起，形成学术成果、实务方法、前沿技术，不断丰富企业内控与反舞弊领域的外延和内涵。



上海星瀚律师事务所高级合伙人、星瀚企业内控与反舞弊法律中心负责人汪银平律师发布了《2019年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》。星瀚长期关注并研究舞弊犯罪及其司法审判情况，该报告针对常见的职务侵占、挪用资金、商业贿赂、侵犯公民个人信息、利用计算机实施舞弊等重点舞弊刑事处罚罪名，选取了2019年度全国31个省（自治区、直辖市）的刑事判例进行详细数据分析。汪银平律师介绍说，根据报告统计，2019年，经过司法裁判的企业员工舞弊案件共3995例，涉及被告人4614人，舞弊案件金额总计73亿余元，平均案值约182万余元……相关数据及对数据背后成因的分析引发参会者的强烈关注。汪银平律师说：“在统计与分析的过程中，我们发现许多案件不仅反映了企业管理制度、业务流程上的问题，还反映了诸如员工劳动关系管理、供应商管理、商业秘密保护、IT管理、档案资料管理等多方面的问题。因此，企业内控与反舞弊工作需要从单一的岗位建设、人员新增，发展至跨岗位、跨部门、同外部专业机构合作的生态链打造。”



华东政法大学刑事法学院教授、博士生导师、互联网企业反腐败与合规研究院院长、廉政与教育研究所专家委员李翔以《刑法修正案(十一)草案对企业内控与反舞弊工作的影响》为题进行演讲。李翔教授向听众介绍道：“1999年以后，我国国家立法机关主要以刑法修正案的形式对刑法典进行补充、修改和完善，相继通过了十个刑法修正案。2020年6月28日，刑法修正案（十一）草案提请审议，草案拟从六方面对刑法进行修改完善，共修改补充30条，这是刑法修正案专注分则罪名进行“大修”。”随后，李翔教授简单概括了非法集资类犯罪、知识产权类犯罪、金融证券类犯罪的调整，并对企业廉洁类犯罪的调整作了详细讲解。李翔教授说：“此次罪名修改是紧密结合了我国现存社会问题以及未来社会发展趋势来设计的…总体而言，企业要健康发展，必须是从个人到集体，都能够贯彻“知法、守法”的信念，心中始终悬着一把“达摩克利斯之剑”。在法律法规内立根基、在合法发展中谋创新、在内部团结中促成就。”



峰会上午场（主论坛）的最后，华东政法大学刑事法学院院长孙万怀教授发布了校企联动倡议。孙院长表示，在和企业代表交流的过程中发现，一方面，企业希望有对内控反舞弊工作感兴趣、专业素养优秀的新生力量加入；另一方面，目前正在企业就职的内控反舞弊岗位人员也有不断更新技能、迭代知识、增进水平的意愿。高校既是人才培养和储备的基地，又能为在职员工提供终身学习的平台。在此背景下，上海市犯罪学学会内控与反舞弊研究会有意打造“校企联动平台”，并联系到华政刑事法学院交流合作。经沟通互访，他表示，学院非常愿意为企业内控与反舞弊人才的培养与发展、为内控与反舞弊专业的体系化建设和深入研究作出贡献。为此，他如数家珍全面介绍了华东政法大学刑事法学院的优质资源和办学特色；并且诚邀在场的企业代表参与到校企联动项目当中，为打造企业内控与反舞弊生态圈建言献策、发挥影响力。



### 分论坛一：电子取证与企业内控反舞弊

分论坛一以「电子取证与企业内控反舞弊」为议题，邀请了任职于高校、科技公司、专业机构的技术专家们一起分享前沿技术，介绍实务案例经验。协办方上海弘连网络科技有限公司在现场安排了设备展示，供与会者体验。

分论坛的上半场，上海星瀚律师事务所合伙人黄璞虑律师、电子数据取证高级顾问周晓鸣先生与听众分享了《信息技术在知产内控中的关键作用》，上海弘连网络科技有限公司创始人陆道宏先生以《鉴定视角的企业调查案例》为题作了主题发言。





分论坛的下半场，厦门美亚亿安信息科技有限公司总经理吴少华先生、安永法证及诚信合规服务合伙人陈焯先生、软件逆向工程等领域的专家崔孝晨先生、上海弘连网络科技有限公司创始人陆道宏先生，在周晓鸣先生的主持下，以《电子数据调查在内控和反舞弊体系中的作用及发展趋势》为话题进行圆桌讨论。圆桌讨论中涉及的内容包括：下一代取证技术发展趋势，律所、技术公司、司法鉴定机构的合作，电子取证专业人员职业发展之路，企业内部调查人员数据调查的难点等。



### 分论坛二：企业内控体系的创新建设与发展

该分论坛围绕企业内控体系建设过程中需要关注的合同设计、合规治理、反舞弊思路、知识产权、劳动人事等问题，五位专家展现智慧、交流经验，分享了一系列具有专业深度并兼具实操性、前沿性的话题。

上海星瀚律师事务所主任卫新律师以《供应商反舞弊合同结构设计》为题进行分享。



来自沃盛（上海）有限公司全球调查总监（中国区）的沈奕骏先生以《从公务员到外企合规治理》为主题，与来宾分享了自身在公共和企业治理不同角色间转换的经历感受，并向听众介绍了外资企业的合规调查及反舞弊工作的经验与模式。



随后，汪银平律师结合办案经验，分享了《复杂舞弊案件的处置思路及方法》。

上海星瀚律师事务所合伙人黄璞虑律师，选择了企业的常见痛点切入，向听众剖析了《员工接私活产生的知识产权归谁》这一问题。

上海星瀚律师事务所合伙人杨轶菡律师的分享话题是《安内攘外 防患未然——内控与反舞弊中的劳动人事问题探讨》，她就企业最关注的几个劳动人事处理疑难点作出了分析与解答。



### 分论坛三：内审监察的发展与实务技巧分享

企业内控与反舞弊行业峰会自然少不了内审监察等一线岗位从业者的声音。来自高科技、医疗、制造、地产、美妆、半导体等行业的七位资深内审、监察方向的专家带来了精彩分享。

三一集团的监察部总监田野先生，他以《数字化反舞弊体系的探索》为主题进行分享，给现场从事监察岗位工作的听众们带去很多思考和启发。



上美化妆审计及风控负责人李涛先生与大家分享了《数据分析及专项审计方向的理论与实操》，李涛先生细致的讲解令人收获颇多。



随后，某商业地产集团审计监察中心总经理刘娟女士、李涛先生、半导体企业审计部负责人王子宁女士、美年大健康风控审计部总经理王宝军先生、红星美凯龙审计监察中心总经理王守义先生、紫光展锐审计监察部部长袁杰先生一同开始了圆桌讨论环节，讨论主题为《内审的职业发展与企业内控反舞弊体系的建设》。



圆桌讨论的内容包括：嘉宾介绍各自所在企业对“审计”、“监察”等与内控、反舞弊相关岗位的职能设计、管理架构和汇报条线；分享如何跨部门合作、出现职能冲突和矛盾时的艺术化处理、以及内审团队工作方向和重心的把握……

此外，嘉宾们作为审计监察部门的前辈，和现场听众分享了内审监察工作的职业规划、发展方向、晋升机会，并在圆桌论坛的最后给现场听众送上了真挚的寄语。

分论坛的最后，因身处新加坡而无法在峰会现场分享的新加坡上市公司金光粮油与食品集团下游事业内部审计负责人胡顺淙先生带来了线上视频分享，主题为《如何从系统审计与数据分析发现舞弊》。

## 结语

企业内控与反舞弊第二届行业峰会自启动报名以来就受到了行业内人士的广泛关注与热情响应。

本届峰会的结束也是全新的开始，企业内控体系的建设任重而道远。上海市犯罪学学会和上海星瀚律师事务所将继续为大家搭建平台，提供交流分享的机会，开展日常的培训与活动，不定期组织企业走访等。希望我们能够群策群力，一同营造风清气正的企业文化和商业环境。让我们期待明年再见！

（本文首发于 2020 年 9 月 27 日）

## 如何通过电子数据取证获得舞弊案件中的关键性证据

“电子数据”是案件发生过程中形成的以数字化形式存储、处理、传输的，能够证明案件事实的数据。概括起来，主要包括以下几种类型：

- (1) **计算机文件**，如：文档、图片、音视频、数字证书、计算机程序等电子文件；
- (2) **用户日志和记录**，如：用户注册信息、身份认证信息、电子交易记录、通信记录、登录日志等信息；
- (3) **通信信息**，如：手机短信、电子邮件、即时通信等网络应用服务的通信信息；
- (4) **互联网信息**，如：网页、微博客、朋友圈、贴吧、网盘等网络平台发布的信息。

借助计算机技术对电子数据进行获取、分析、鉴定，这便是“**电子数据取证**”。本文将以一个**电子数据取证案例的完整过程**为例，同大家分享如何通过电子数据取证获得舞弊案件中的关键性证据。

### 电子数据取证与内部调查

某大型企业监察部门接到员工举报称，该公司某下属业务部门负责的一个大型项目中，有员工“吃回扣”、“收好处费”、虚假报销，致使公司利益受损，**但举报人对涉案人员的人数、情况并不知情**。

尽管这是一个“**风闻**”式举报，公司监察部门仍给予高度重视，为避免公开调查可能带来的不利影响，调查人员遵循保密原则，从外围开展了隐蔽式的前期调查。

随着调查的开展，焦点逐步集中到该业务部门负责人王某和业务经理张某身上，该两名员工涉嫌利用职务上的便利，虚构业务项目，侵占公司巨额财产。

经查验业务档案发现，**涉案业务的合同和票据存在伪造的嫌疑，合同为激光打印机打印，票据为针式打印机打印，此类文件必须通过计算机进行编辑**。

调查人员随即以秘密取证的方式，获取了涉案人员日常工作使用的两台计算机**硬盘镜像**，经过电子数据分析，系统日志显示该两台计算机长期闲置，并未发现任何涉案线索。

但是，调查人员通过对伪造的合同和票据的比对发现，伪造的数据、金额与真实的业务存在一定的对应关系，涉案人员伪造文书应是同步对照真实业务数据进行的。**公司业务数据集中保存在加密的文件服务器上，必须通过公司内部网络访问；而且，公司配发的个人计算机装有有限外来移动存储设备的软件，较难通过 U 盘等设备拷贝外带**。

为此，调查人员仍旧将重点定位在公司内部，经过排查发现，该部门的一台计算机为多人公共使用，于是，**监察部门和 IT 部门以硬件更新升级为由回收该计算机，进行后续电子取证**。

### “套路”化的常规电子取证

获得该计算机后，调查人员按照常规取证流程开展了电子数据取证，主要方面如下：

- (1) **电子数据介质证据固定**

取出计算机硬盘，连接取证设备，对硬盘数据作**无损对位镜像拷贝**，计算 HASH 值，然后**封存原始硬盘**以备司法诉讼阶段调取质证。

### **(2) 基本信息分析**

分析镜像，系统基础信息显示，该公用计算机建有多个登录账户，其中一个登录账户名即为涉案业务经理张某姓名的全拼。通过进一步检查发现了保存在该账户个人文档和桌面上的张某个人文档资料，由此确认以张某姓名全拼为用户名的计算机账户为张某使用。

随后提取该计算机账户开关机和登录时间，为后续比对涉案伪造文件提供时间佐证。

### **(3) 文件分析**

通过文件基础分析和恢复，从镜像中按常用文件后缀名如：DOCX、XLSX、PDF、RAR 等找到各类文件约 2000 余个，导出后按文件类型分别存放、备查。

### **(4) 最近打开的文档**

提取用户目录下 Recent 文件夹，发现涉案人员曾经下载、查看、创建、编辑的多个文件快捷方式，文件名明确显示与涉案的伪造文件有关，但快捷方式指向的路径和文件均已被删除，无法直接证明伪造文件的行为。

### **(5) 输入法用户词库**

提取该用户账户使用的输入法用户自造词库，与伪造文件的部分特征关键字进行比对分析，显示涉案人员在操作计算机时曾输入若干非输入法自带的项目、设备、人员名称，可以推断涉案人员曾输入与项目有关的内容，但仍无法直接证明其伪造文件的行为。

## **扩展侦查的“蹊径”**

结合基础分析，调查人员重新研究案情，勾勒和还原了部分涉案行为轨迹，决定从以下几个**容易被忽视**的方面进一步深入开展电子数据取证：

### **(1) 临时文件和文件碎片关键字检索**

由于最近打开文档中，快捷方式指向的涉案文件和文件夹均已被删除，因此调查人员对**临时文件夹、未分配簇和文件残留区进行了关键字底层排查**，从中发现部分与伪造文档相关的数据碎片，没有找到完整文档。

### **(2) 数据清理软件**

结合用户 Recent 目录下大量的快捷方式和较少的文件数据碎片，调查人员提取了系统日志，从中发现“360 文件粉碎机”软件的使用痕迹，根据经验判断，该计算机硬盘中数据已基本无法完整恢复。

### **(3) USB 设备使用记录**

在之前对 Recent 目录的检查中发现，**部分快捷方式指向的一个盘符并未在硬盘中出现**，怀疑为涉案人员插入 USB 移动存储介质进行文件操作。

由于公司计算机预设限制移动存储介质连接，因此提取 USB 设备连接记录，将序列号与公司移动介质领用登记表进行比对后查明，该两名涉案人员曾领用的 U 盘连接过该计算机。

由此推断，涉案伪造文档极有可能存于相关 U 盘上。在确保涉案人员未作准备的情况

下，突击检查办公场所，获取涉案 U 盘。

#### **（4）加密文件破解**

检查涉案 U 盘发现空无一物，但庆幸的是，涉案人员仅仅是对 U 盘做了格式化，并未使用 360 等软件做数据清理。

通过数据恢复，获取多个带有密码的 DOCX、XLSX 和 RAR 文件。

随后，调查人员结合涉案人员及主要亲属关联人的基础信息（身份证号码、生日、家庭住址、固话、手机等），**利用字典软件生成专用密码字典，使用技术手段成功破解上述文档，最终完整获取关键证据文档，使得案件顺利告破。**

从上述案例可以看出，电子数据取证有一定的“套路”可循，**比如常规的数据固定、基础信息分析、文件分类检索、系统日志勘察、关键字检索等等**，部分案件仅仅用到这些常规流程就能顺利获取关键证据。

而在有些案件中，涉案人员会具备一定的反侦查意识和手段，**比如通过硬盘格式化、系统重装、文件彻底清理等方式来销毁电子数据，逃避检查。**

这种情况下，我们就要拓展思路，紧紧围绕案情，**利用临时文件和碎片字节检索、硬盘未分配区检索、USB 设备记录倒查、加密破解等等非常规技术手段对涉案线索进行深挖，尽最大可能地为突破案件提供有力的支撑。**

（本文根据周晓鸣《反舞弊调查中的电子数据》专栏整理而成。）

（本文首发于 2020 年 9 月 9 日）

## 《刑法修正案（十一）》（草案）对反舞弊司法实务的影响

2020年6月28日，《刑法修正案（十一）》（草案）（以下简称“草案”）提请审议。草案提及的20余个罪名中，**职务侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪、侵犯商业秘密罪**是典型的舞弊行为对应的罪名，内控反舞弊行业的人员应对此予以重视。

因草案尚处征求公开意见阶段，未来仍有可能微调并出台相应的司法解释，本文仅结合目前的内容及草案体现出的修改方向进行分析，供读者参考。

### “职务侵占罪”的修改变动与实务影响

现行《刑法》条文：

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。

《刑法修正案（十一）草案》条文：

公司、企业或者其他单位的工作人员，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，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。

**职务侵占罪是反舞弊行业内重要程度、案件数量均排第一位的罪名。**修改之处有以下几点：

**（1）量刑档次：**现行《刑法》关于职务侵占罪的量刑分为两档：5年以下有期徒刑、拘役以及5年以上有期徒刑。而**草案就职务侵占罪的量刑调整为了三档：**入罪第一档刑期从5年以下调整为3年以下，第二档刑期从5年以上调整为3-10年，**新增第三档刑期10年以上至无期徒刑。**

**（2）量刑标准：**根据现行《刑法》及相关司法解释的规定，职务侵占6万元以上不满100万元的属于本罪的“数额较大”，对应刑期为5年以下有期徒刑或者拘役；职务侵占100万元以上属于本罪的“数额巨大”，对应刑期为5年以上有期徒刑。草案中，追诉标准和第二档刑期所使用的文字表述仍为“数额较大”、“数额巨大”，但在“数额巨大”之上**新设置了“数额特别巨大”一档。**

**（3）刑罚种类：**现行《刑法》以及相关司法解释规定，职务侵占6万元以上不满100万元的，仅判处人身刑，没有附加刑；职务侵占100万元以上的，可以并处没收财产。**根据草案规定，只要构成职务侵占罪的，都应当并处罚金，但取消了“没收财产刑”的规定。**

《刑法修正案（十一）》正式实施生效后，势必会影响到生效前后尚未办理完结的涉嫌本罪名的案件，我们建议企业预先关注以下几点：

**（1）惩治力度加大：**现行《刑法》体系下，构成职务侵占罪的，无论职务侵占金额为多少，有无其他情节，最高刑就是15年有期徒刑。但根据草案的内容，本罪名第三档即为10年以上，**最高可以判处无期徒刑。**尽管草案中提及的“数额特别巨大”将如何设定还不得

而知，但是侵占金额上千万很可能属于这一档。在将来的构成“数额特别巨大”标准的职务侵占罪行为中，起刑即为10年以上，即便有其他从轻、减轻情节，也不可能降低至3年以下并适用缓刑了。

(2) **新增罚金刑**：罚金属于财产刑的一种，虽然职务侵占罪属于侵犯财产犯罪，但在之前的规定中，对于本罪从来没有设定罚金刑。此次草案新增了罚金刑的规定，且为“并科式”适用方式，即在判处自由刑时，必须同时处以罚金。

(3) **溯及力问题**：根据我国刑法一贯“从旧兼从轻”的原则以及之前几次修正案施行后颁布的相关解释，对于修正案实施之前的行为，原则上适用修正前刑法的有关规定；但是，根据修正后刑法的规定处罚较轻的，适用修正后刑法的有关规定。

(4) **追诉时效**：量刑档次标准的调整会影响追诉时效，根据草案所列的量刑档次，构成职务侵占罪第一档量刑标准的，追诉时效是5年；构成第二档量刑标准的，追诉时效是10年；构成第三档量刑标准的，追诉时效是20年；如果20年后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

#### “非国家工作人员受贿罪”的修改变动与实务影响

现行《刑法》条文：

第163条第1款

公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，①处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，②处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

《刑法修正案（十一）草案》条文：

公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，①处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大或者②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；③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。

通过对比，修改之处与实务影响归纳起来有以下几点：

(1) **量刑档次**：非国家工作人员受贿罪量刑档次将从2档调整为3档，入罪第一档刑期从5年以下调整为了3年以下，第二档刑期从5年以上调整为3-10年，**新增第三档刑期有期徒刑10年以上至无期徒刑。**

(2) **量刑标准**：根据现行《刑法》以及相关司法解释的规定，非国家工作人员受贿6万元以上不满100万元的属于本罪的“数额较大”，对应刑期为5年以下有期徒刑或者拘役；非国家工作人员受贿100万元以上属于本罪的“数额巨大”，对应刑期为5年以上有期徒刑。

从草案内容看，量刑标准将会作出以下调整：

(i) **入罪标准**：现行规定和草案中所使用的描述均为“数额较大”，但是具体的金额范围（6万-100万）是否会有调整，有待日后明确；

(ii) **第二档量刑标准**：除了延续数额犯的规定，还新增了情节犯的规定。数额犯方面，“数额巨大”的标准一定会进行调整，不会再是100万元以上的所有金额，而会设置成一个金

额幅度。情节犯方面，草案新增规定“有其他严重情节的”也可以处 3-10 年的有期徒刑。参照受贿罪情节犯的规定，相关“情节”的界定可能会以达到一定金额作为基础，结合是否有多次索贿、造成的损失后果、受贿目的等因素进行认定；

(iii) 完全新增的第三档量刑标准：同样是**数额犯、情节犯并行，且“数额特别巨大”、“特别严重情节”**的规定都属于完全新增。

(3) **刑罚种类**：根据草案规定，只要构成非国家工作人员受贿罪的，都应当并处罚金，和职务侵占罪一样，也取消了“没收财产刑”的规定。

### “挪用资金罪”的修改变动与实务影响

现行《刑法》条文：

公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人,数额较大、超过三个月未还的,或者虽未超过三个月,但数额较大、进行营利活动的,或者进行非法活动的,处三年以下有期徒刑或者拘役;挪用本单位资金数额巨大的,处三年以上十年以下有期徒刑。

《刑法修正案（十一）草案》条文：

公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人,数额较大、超过三个月未还的,或者虽未超过三个月,但数额较大、进行营利活动的,或者进行非法活动的,处三年以下有期徒刑或者拘役;挪用本单位资金数额巨大的,处三年以上七年以下有期徒刑;数额特别巨大的,处七年以上有期徒刑。

有第一款行为（上述条款）,在提起公诉前将挪用的资金退还的,可以从轻或者减轻处罚。

(1) **量刑档次**：现行《刑法》关于挪用资金罪的量刑分为两档：3 年以下有期徒刑、拘役以及 3 年以上 10 年以下有期徒刑。草案将量刑调整为三档：入罪第一档刑期不变；第二档刑期从 3-10 年调整为 3-7 年；**新增第三档，刑期为 7 年以上有期徒刑。**

(2) **量刑标准**：根据草案的规定，“数额巨大”对应第二档量刑幅度，因此其对应的具体金额会调整，不会再是 400 万元以上（超过 3 个月未还或者进行营利活动的情节）或者 200 万元以上（进行非法活动的情节）。同时，删除了“数额较大不退还”也适用 3-10 年的量刑标准。“数额特别巨大”对应的具体金额将属于新增条款。

(3) **量刑情节**：根据草案规定，构成挪用资金罪的，**在提起公诉前能够将挪用资金退还的，属于一种法定从轻、减轻量刑情节。**

从以上变化中我们不难看出，**草案的内容将更有利于企业挽回损失。**就以“量刑情节”的调整看，行为人为了换取法定的从轻、减轻处罚，将有动力设法退还；此外，退还时间不限在案发前，而是放宽至提起公诉前，行为人也会有更加充分的时间去筹集资金。实务中，我们建议企业对这一点要尤为关注，尽早出面或者委托代理人与行为人、公安机关、检察院跟进行为人退还资金、出具谅解的情况。

不仅如此，草案删除“数额较大不退还”情节有利于明确本罪名的司法适用。

目前，挪用资金数额巨大或者挪用数额较大不退还的，都适用 3-10 年有期徒刑这一量刑标准，由此产生司法实务中的不同观点。根据本罪名的入罪标准看，“数额巨大”和“数额

较大”之间的差距明显。以挪用资金进行营利活动为例：挪用 400 万元属于“数额巨大”，挪用 10 万元属于“数额较大”，挪用 10 万元不退还跟挪用 400 万元适用同一量刑档次，存在刑罚不协调的情况。因此有人提出，“挪用数额较大不退还”中的“数额较大”不应当直接套用入罪标准的“数额较大”。草案将“数额较大不退还”情节删除后，本罪名的量刑仅根据挪用资金的数额便可确认。

### “侵犯商业秘密罪”的修改变动与实务影响

在 2019 年 4 月对《反不正当竞争法》的修订中，已对“侵犯商业秘密”相关的条款进行了修改，此次草案内容的调整也可实现《刑法》与《反不正当竞争法》的衔接。

与职务侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪一样，侵犯商业秘密罪是反舞弊领域中的重要罪名，但熟悉司法实务的人都知道，**本罪名的办理难度远高于其他几个罪名，成案数量非常少**。因为侵犯商业秘密罪的定罪门槛相对较高，且取证困难，司法机关侦办、审理的难度非常高。**此次草案对于本罪名的修改，将加大对商业秘密的保护力度，并且改善本罪名的办理现状。**

现行《刑法》条文：

有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

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

明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

本条所称商业秘密，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。

本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

《刑法修正案（十一）草案》条文：

有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：

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

明知或者应知前款所列行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

本条所称商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的

技术信息、经营信息等商业信息。

本条所称权利人,是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

### 1.结果犯调整为情节犯，有助于降低入罪门槛

根据现行《刑法》规定，以本罪名定罪量刑的标准为“给权利人造成重大损失”以及“造成特别严重后果”，两高关于《办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释[2004]19号）第7条、《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（公通字〔2010〕23号）第73条均对此进行了详细释义，就其内容而言，侵犯商业秘密罪是一个结果犯罪名。

司法实践中，认定权利人是否有损失、损失多少，需要办案机关花费极大的精力，对最终成案也会造成不小的影响。

根据草案的规定，以本罪名定罪量刑的标准调整为了“情节严重”以及“情节特别严重”，也即情节犯罪名。这就意味着，即便损失无法完全查清楚，但只要“情节严重”的，也可以对本罪进行追诉。对于“情节严重”、“情节特别严重”将如何具体认定，有待未来明确，但其包含的范围一定会扩展。

结合本罪的立法原理来看，“情节严重”的认定可能会参考对权利人造成的重大损失、行为人违法所得金额、行为人的不正当手段类型、被侵犯的商业秘密类型、侵权行为后商业秘密的扩散范围、侵犯商业秘密的次数、侵权行为给权利人生产经营造成的影响等综合规定。

### 2.多处表述调整，利于明确办案依据

在现行《刑法》明确规定的“盗窃”、“利诱”、“胁迫”等不正当手段基础上，草案新增“欺诈”、“电子侵入”的行为方式，可谓顺应时代发展。

与此同时，草案还将“违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求”改为“违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求”。现阶段，保密义务的来源为权利人与行为人之间的“约定”，实践中，有的权利人因为疏忽或者管理混乱等原因，忘记与内部员工或者外部主体单独签订保密协议，一旦发生侵犯商业秘密的情形，权利人可能因为没有明确追究行为人“违反约定”的基础，而影响到权利人的维权效果。

但是，根据草案的规定，承担保密义务的义务人范围将大大扩张，不再局限于以权利人和行为人有保密约定为基础，而是要对“保密义务”是否存在进行实质性认定。

此外，草案将对商业秘密特性进行表述的“能为权利人带来经济利益，具有实用性”，调整成了“具有商业价值”；商业秘密的范围也从“技术信息和经营信息”扩大为“技术信息和经营信息等商业信息”。这些调整都更加契合社会发展的客观情况，权利人启动维权时的证明负担也将得到减轻。

### 3.最高刑期改变，惩治力度加大

现行《刑法》体系下，构成本罪的，最高刑为7年有期徒刑，属于“法定最高刑为5年以上不满10年有期徒刑的”情节，相对应的追诉时效依法最长为10年。

根据草案的内容，**本罪名最高刑调整为 10 年有期徒刑**，属于“法定最高刑为十年以上有期徒刑的”，**追诉时效依法最长为 15 年**。这体现出了国家希望加强对商业秘密的保护、加大对相关犯罪的打击力度。

此次草案的征求意见截止日期为 2020 年 8 月 16 日，最终的修正案内容还有待公布。但是可以预见，立法趋势上，就企业开展内控反舞弊工作会有更强的支持和保护。

（本文根据冯笑律师《刑法修正案（十一）》（草案）分析专栏整理而成。）

（本文首发于 2020 年 9 月 16 日）

## 构建企业内控和反舞弊的体系与生态

近年来，大量民营企业持续发布对舞弊案件的处理结果，尤其是一些移送司法机关追究刑事责任的案例，显示了企业对打击内部舞弊行为坚决的态度。

在这些案例的办理过程中，我们看到了行业大生态发挥的积极影响，技术公司、专业律师、会计审计等参与其中，为企业收获良好的案件效果贡献力量。

与此同时，我们也发现了不少公司管理制度、业务流程上存在的问题，涉及员工劳动关系、供应商管理、商议秘密保护、IT 管控等多个维度，企业内部的内控反舞弊小生态建设也需要有序推进。

### 企业内控和反舞弊职能的定位

企业内控和反舞弊的目的是从维护企业安全的角度出发，避免因内部成员（包括股东、高管及其他员工等）的舞弊行为，导致利益受损。

企业内控和反舞弊的职能旨在通过内控体系建设，从机制上、制度上对舞弊行为进行有效的隔绝和预防，并能够让舞弊案件的相关调查取证，包括涉案员工的纪律处理，民事、行政、刑事司法处理，劳动关系处理，以及相应交易对手的合同处理等均得以有效解决。

我国《公司法》明确规定了股东会、董事会、监事会的职责，监事会对公司运营管理负有监督职能。2008 年财政部等五部委联合印发的《企业内部控制基本规范》及其配套指引，对中国境内设立的大中型企业（目前证监会对上市公司要求执行该规范）提出了内部控制要求。该规范对公司的内部控制工作从 18 项应用指引、评价指引、审计指引等方面进行规定，有了更具体的架构设置和具体操作规范，比如要求企业应当成立专门机构或者指定适当的机构具体负责组织协调内部控制的建立实施及日常工作。同时，企业应当在董事会下设立审计委员会。审计委员会负责审查企业内部控制，监督内部控制的有效实施和内部控制自我评价情况，协调内部控制审计及其他相关事宜等。

尽管该规范对企业内控作出了原则化的规定，但内容和当下的舞弊情况仍然匹配度不足，欠缺司法衔接，并不能真正满足企业的内控反舞弊需求。况且，不少上市公司对上述规范的执行也流于形式，出现连续几年内控报告一字不差的情况。

因此，企业内控和反舞弊体系的构建还是应当结合当前的舞弊形势，以及法律的配套来思考和设计。

### 企业内控和反舞弊组织机构的职能

企业负责内控和反舞弊的相关人员，其职能应该包括两个方面：一是内控和反舞弊制度体系的建设和日常监督执行，负责研究相关理论，结合《企业内部控制基本规范》制定可执行、可操作的实施细则，并落实到位；二是有效处置舞弊问题，负责处理内部、外部举报，包括收集整理初步线索、材料，自行或寻求第三方开展案件调查，启动司法程序等。

从组织架构上看，目前中国各企业负责内控和反舞弊的人员情况各异，有内审部门负责

的、有专门设立监察部的、有归在法务甚至人事部门监管的……但综合职能来看，内控和反舞弊贯穿在企业的各个运营环节中，相关机构除了需要兼顾内审、监察两大职能外，同时还应当能够协调法务、人事、IT、财务、业务等各部门的协助参与，如此才能真正做到事前有效预防、事中应对得当、事后妥善处置。

### **企业内控和反舞弊职能与公司运营环节**

企业对于内控和反舞弊体系的定位和职能有了认识后，便需要将其贯彻在日常经营管理的各个环节。

#### **1.企业业务流程的内控和反舞弊设计**

不同领域、行业的企业，其业务流程各有不同，会细分到采购、销售、研发、外包等。对于企业业务流程中的内控和反舞弊设计，从原则上说，应坚持做好不相容职务分离控制和授权审批控制。

不相容职务分离控制中的“不相容职务”，是指那些如果由一个人担任，既可能发生错误和舞弊行为，又可能掩盖其错误和舞弊行为的职务。企业在业务流程的设计中，需要以“内部牵制”为核心，要求每项经济业务都要经过两个或两个以上的部门或人员的处理，彼此形成监督和牵制，使得单个人或部门的工作必须与其他人或部门的工作相一致或相联系，增加舞弊成本和难度。

授权审批控制，则要求企业根据常规授权和特别授权的规定，明确各岗位办理业务和事项的权限范围、审批程序和相应责任。对于重大的业务和事项，应当实行集体决策审批或者联签制度，任何个人不得单独进行决策或者擅自改变集体决策。例如，销售经理对某产品的销售定价权，就应当明确规定其在标准价格基础上的变动幅度，很多销售经理违规低价销售给自己设立或控制的关联公司的案件，就是因为定价权不明晰，导致案件性质和公司损失无法认定。

#### **2.企业财务流程的内控和反舞弊设计**

企业财务流程的内控和反舞弊设计首先要解决公司组织架构不合理的问题。若财务部门受制于业务部门或领导层，即使有再规范、再详细的制度，也会形同虚设，极易出现资金安全、虚假财务信息风险。

其次，要避免账外账、出纳可单独控制资金等情况。很多财务人员舞弊行为的发生，就是因为财务人员可一人完成所有的资金操作。同时，财务凭证等档案资料应当在流程设计中明确，做到财务工作步步留痕可查。

#### **3.企业知识产权保护机制的内控和反舞弊设计**

现如今，随着互联网发展和各类核心信息的数据化，知识产权保护除了常规的商标注册、专利申请等措施外，商业秘密保护已经越发成为企业关注的焦点。因为商业秘密的泄露和被窃取，对企业造成的伤害往往更大。而这类案件大多发生于内部员工出现问题，比如员工恶意窃取商业秘密跳槽至竞争对手，或者高管直接将商业秘密带走自行成立公司同行竞争，或

者员工被竞争对手收买泄露商业秘密等，都可能对企业带来致命性伤害。

这类案件伤害程度大，但因为取证难，以及现有司法的局限性，公司往往最难维权。很多公司甚至都不清楚如何将自己的“商业秘密”设定为法律上的“商业秘密”（法律上“商业秘密”应当符合“三性”要求）。

因此，对于知识产权的保护，在内控和反舞弊的视角上，企业应当重点关注商业秘密和反不正当竞争的保護。此外，采取一定的技术手段对商业秘密进行分级和权限管理，也是有效方法和手段。

#### **4.企业劳动关系的内控和反舞弊设计**

从实务经验看，大多数企业在考虑劳动关系和人力资源政策时，仅仅包含传统的劳动权利义务，如合同期限、工作内容、工作时间、工资待遇、劳动保护、社会保险、劳动纪律等。

关于如何在劳动关系的设计中预防舞弊事件的发生，如何设置员工隐私权和公司调查权的平衡，以及妥善解决舞弊人员与企业的劳动争议，需要企业进一步设定利益冲突和反贿赂政策，避免裙带关系、关联交易等危害企业利益的情形出现；设计保密和竞业禁止协议，对意图舞弊的人员起到实质性的威慑作用，便于企业事后主张违约责任；建立舞弊举报制度，保护举报人的隐私，确保信息及时有效传递等。

#### **5.企业合同管理的内控和反舞弊设计**

很多舞弊行为发生在合同关系里，比如采购合同中，公司采购人员和供应商的关系；销售合同中，公司销售人员和经销商/客户的关系……如果在上述关系中发生商业贿赂等舞弊问题，该合同很可能会给公司带来重大损失。

对这类合同，公司有无针对性设立廉洁条款，以及该条款对合同效力、解除权、违约责任等约定是否适当等，都会成为公司能否及时止损、寻求法律救济的重要依据。

#### **6.企业 IT 管理的内控和反舞弊设计**

随着数字时代的到来，IT 技术已经渗透到企业运营的方方面面，大多数舞弊人员会将自已的舞弊行为痕迹留存在邮箱、计算机、移动存储介质等电子设备中，也即在上述设备会存有重要的证据和线索。

但大部分企业在做 IT 架构时，并不会会有意识地考虑其中的内控和反舞弊设计，以致企业的基本内控需求大量被忽略。例如，不同岗位的不相容原则应当体现在 OA 流程中；公司在员工配发手机、计算机、移动存储介质时应当有规范的登记、签收等规定；IT 人员对涉案员工的邮箱账号、计算机、移动存储介质保存应当有基本的证据保管法律技能；以及重要商业秘密的服务器存储，账户分级管理和技术安全设置等，都是 IT 管理在内控和反舞弊上的重要应用。

#### **7.企业档案管理的内控和反舞弊设计**

档案资料是发生舞弊案件后开展有效调查的重要方面，越完整的档案资料越能反映和

还原当时的客观事实，例如员工自填的一份员工信息表，就可能包含了其基本的家庭成员信息；一份审批单，就包含了申请人信息、审批人信息……这些信息往往在舞弊案件中会起到决定性的证据作用。

从内控和反舞弊的角度，对于项目合同、劳动合同等合同档案的管理设计，在合同订立后，合同副本及相关审核资料应交由档案管理部门归档，合同正本由合同归口管理部门负责保管和履行。

对于记账凭证、财务报表、会计账簿等财务档案，采取信息化会计档案管理制度也是目前的常见做法。将财务会计档案存储为电子数据，指定专人负责管理，做好防消磁、防火、防潮和防尘等工作。还要进行定期检查，防止由于介质损坏而使会计档案丢失。

企业内控和反舞弊工作的核心价值在于预防和控制舞弊发生，而非惩处舞弊人员。积极向上的企业文化和必要的警示教育对于企业营造良好的廉洁文化都是非常有效的方法。如果企业没有良好的廉洁文化，对舞弊行为容忍或形成风气，会让其他员工为自己的舞弊行为找到“自我合理化”借口。如今，有越来越多的企业公开宣称对腐败舞弊行为“零容忍”，这也是企业文化的一种体现。

总之，企业的内控和反舞弊工作，不仅仅是审计和案件的查处，也不仅仅是个别部门的职能；对企业而言，是管理层需高度关注、融入在企业运行中的一项系统性工程。企业应当结合舞弊现状，考量现有的各项法律规定和司法实务要求，在职能、架构、机制层面进行重塑和调整，建设完整、有效的内控和反舞弊体系。

（本文根据汪银平律师《关于对企业内控和反舞弊体系架构维度的思考》一文整理而成。）

（本文首发于 2020 年 9 月 21 日）

## 数据分析在审计监察中的应用

随着大数据时代的到来，审计人员将会面对越来越庞大的数据，数据分析和工具的使用在极大地影响着审计人员的工作质量，还决定着审计人员为企业所创造的价值。

我们将在本文中就常见的数据分析方式进行阐述，希望内审部门能够将数据分析嵌入审计流程，并扩大内部审计对重要数据的关注程度。

### 聚类分析

聚类原本是统计学上的概念，现在属于机器学习中非监督学习的范畴，大多都被应用在数据挖掘、数据分析的领域，简单来说可以用一个词概括——物以类聚。

如果把人和其他动物放在一起比较，我们可以轻松地找到一些判断特征，比如肢体、嘴巴、耳朵、皮毛等等，根据判断指标之间的差距大小划分出某一类为人，某一类为狗，某一类为鱼等等，这就是聚类。

从定义上讲，聚类就是针对大量数据或者样品，根据数据本身的特性研究分类方法，并遵循这个分类方法对数据进行合理的分类，最终将相似数据分为一组，也就是“同类相同、异类相异”。

举例：在会员积分系统中，聚类分析的模型优势很容易展现。假设我们去快消品店买东西，其实我们买这些东西金额已经足够可以办一张VIP卡，但店员并未告诉我们这个政策。那我们在不知晓的情况下，并未办理VIP卡，直接离开了，而店员利用这一单办理了VIP卡并获得积分，这样他就会获取大量原本属于各个顾客的积分，并通过积分兑换公司的福利，这是最为常见的一种积分系统的舞弊。

### 时间序列

时间序列简单的说就是各时间点上形成的数值序列。时间序列分析就是通过观察历史数据预测未来的值，研究内容包括长期变动趋势、季节性变动规律、周期变动规律、以及预测未来时刻的发展和变化等。在这里需要强调一点的是，时间序列分析并不是关于时间的回归，它主要是研究自身的变化规律。

举例：公司可以通过“两个打卡时间过于接近，且长期有这样的现象存在”这一证据，判断存在有考勤作假的情况；另外，企业OA系统中，有时会存在有员工知道主管账号密码的情况，如果员工大量利用主管的ID，发起一些交易（比如采购或者销售），然后切换成自己的ID登陆进行审批，其实审批的动作在系统中也会留下痕迹。将这些“痕迹”倒出来，我们可以发现，像考勤打卡一样，共同特征是总有两个ID，他们的时间是挨着的。当然，这是关于时间序列的一个比较简单的例子，实际操作远比这要复杂许多。

### 本福特定律

本福特定律是近两年审计监察数据分析领域中的明星，不断有人在对之进行讨论。这是

一个非常优秀的工具，在特定的数据领域中，会帮助内审人员发现大量差异。

本福特定律因 20 世纪早期美国物理学家本福特而得名，其内容是：自然数据源（信用卡账单、采购记录、现金收据）生成的数字中，约有 30% 的数字的首位数是 1，如 1、1314；首位数为 2 的数字约有 18%；顺序递减，首位数为 9 的数字少于 5%。

但是本福特定律对数字是有要求的，不是所有的数字都服从本福特定律。其限制条件为：

1、这些数字必须是描述同类现象。比如都是股价的数字，而不能一部分是股价，一部分是人口数字。

2、这些数字不能有内设的最高值和最低值，也就是说必须自然分布，不能人为限制数字大小。

3、和第二条相似，像身份证号之类有编码规律的数字不行，邮政编码、银行帐号，这些规律性的数字都不适用本福特定律。

### 数据分析工具

数据分析的实操工具非常多，在有数据的情况下如果去使用工具，那么工具上手将会非常快。数据分析工具主要分为四大类：数据采集、数据处理、数据建模、统计分析，具体包括 SQL、爬虫、数据仓库、SPSS 等等。

其中，Power BI 是一项值得被重点推荐的工具。Power BI 的潜力非常强大，他是从 Excel 表格中派生出来的，安装插件即可免费使用。其打通了各类数据源，能够从各种数据源中抓取数据进行分析，除了支持微软自家产品，各类数据库如 Oracle，My SQL，IBM DB2 等，还支持从 R 语言脚本，Hdfs 文件系统，Spark 平台等等地方导出数据；而且 Power BI 不需要掌握复杂的技术就能进行数据分析和可视化呈现，是一个值得去深入学习的工具。

其实，数据分析的方式方法有很多，但是都需要系统、深入的学习，对于刚刚开始使用数据分析的部门来说，熟悉这项技术的最简单的方法就是从更熟悉的领域开始，比如账目核对，日记帐，应付账款，固定资产，工资单，人力资源等方面。

同时，企业也需要重点提高对内部审计人员的教育水平，具体地说，就是要着重提高内部审计人员运用、整合数据的能力，将数据整合分析、人工智能自动化处理以及其他数字化举措融入到整个审计计划当中。

（本文根据李涛先生在上海市犯罪学学会内控与反舞弊研究会培训活动中的分享整理而成。）

（本文首发于 2020 年 9 月 23 日）

2020年第三季度

# 热点推荐

星瀚法律评论

# 百度、阿里、腾讯、字节跳动等互联网公司职务犯罪情况分析报告

朱晔明、方怀瑾

2020年4月30日，北京市第一中级人民法院经审理，驳回原“今日头条”商务经理汪某的上诉，维持其犯“非国家机关工作人员受贿罪”的原判。至此，“今日头条反腐”新闻里影响最广、金额最大的高管腐败案件尘埃落定，行贿方易某某和受贿方汪某各获3.5年与2.5年刑期（案号（2020）京01刑终167号）。

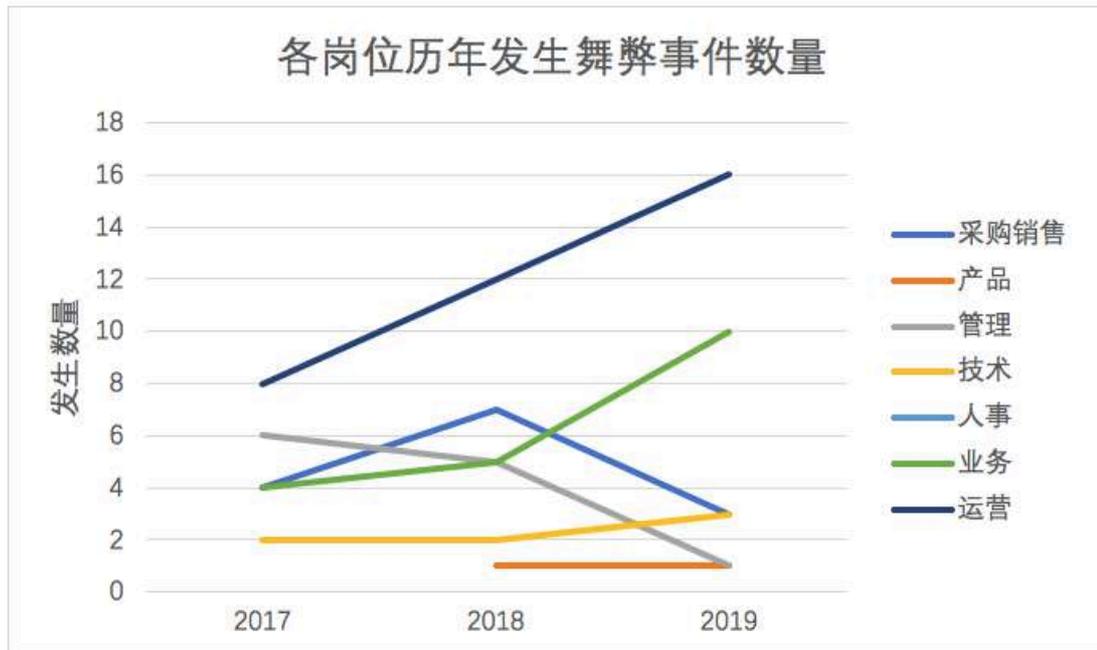
互联网大鳄们一路高歌猛进、弄潮经济，塑造一段段神话。如果说前几年，制度建设得相对滞后还是互联网行业的阿喀琉斯之踵，倒逼着行业纷纷采取强有力的措施；而如今，走在反舞弊前列的巨擘们已然通过多年来的努力，在创设内部监察部门、案情公示方案、与司法机关合作等关键问题上，都创下了被广泛报道的实绩。

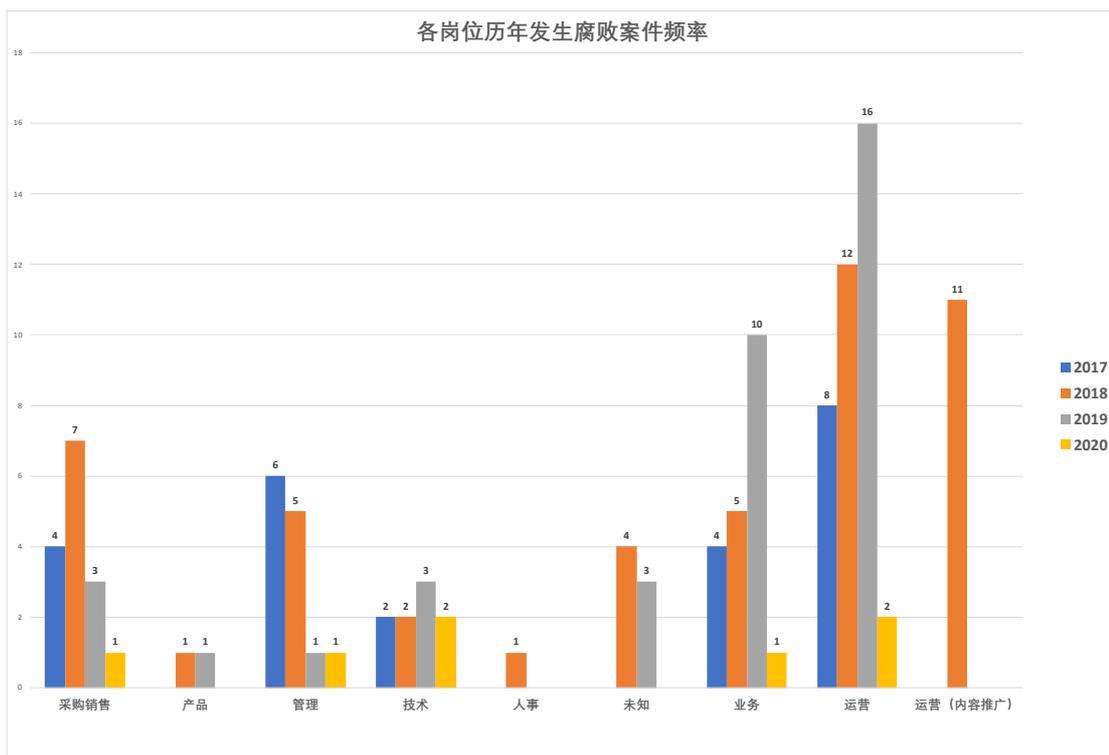
本文将针对2017年以来**百度、阿里巴巴、腾讯、京东、美团、字节跳动**等互联网大型企业职务犯罪情况进行分析（统计来源包括裁判文书网有关判决结果和各大公司的公开资讯、反腐通报），与读者一同探讨互联网公司的反舞弊特点。

## 内部舞弊呈现岗位多样性与涉案金额逐年上升的趋势

2017年至2020年上半年的三年半时间，通过公开渠道，可统计得116例具体到个人的互联网企业内部舞弊事件，从中可看到一些趋势。

首先，不考虑只有半年数据的2020年，所有岗位的犯罪发生频率几乎都呈现较明显的上升倾向。

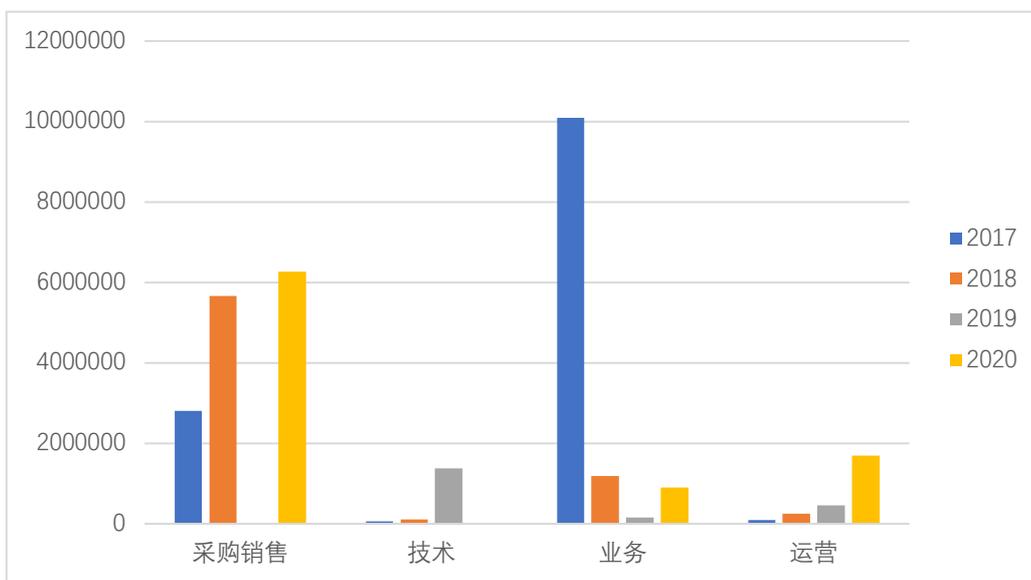




【图 1：互联网公司各岗位历年腐败案件发生频率变化】

这种趋势是多种因素共同作用的结果，大致有以下几点原因：

- (1) 互联网公司综合业务拓展的剧烈竞争，多样化的岗位产生了多样化的内控风险。
- (2) 发展较早的互联网公司进入平稳过渡阶段，业务与组织架构均有重新整合的内部改革行动，管理层开始重视内控建设，内部自查发现的案件增多。
- (3) 技术进一步发展，一方面日常生活业务电子化程度提升，使一线技术员违规操作可能性增强；另一方面，查处案件的技术手段也相应获得发展。

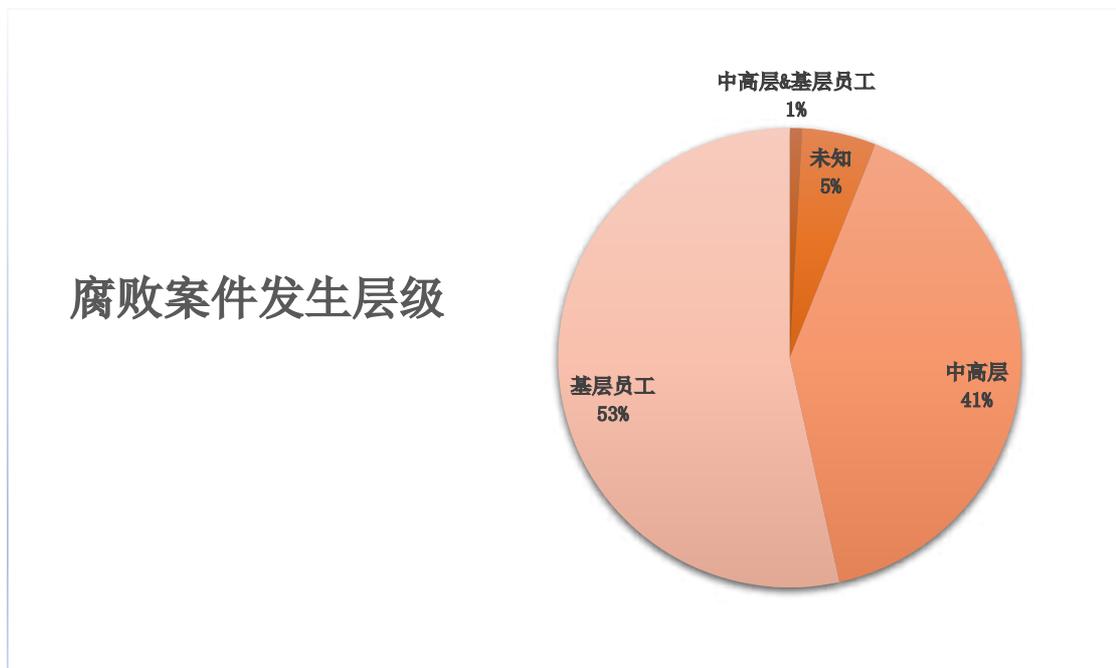


【图 2：互联网公司各岗位历年腐败案件平均涉案金额变化】

四年间，采购销售、技术、业务、运营等岗位，每年都有两个以上公布具体金额案件的岗位公开可查。对上述四项岗位每年发生舞弊行为的涉案金额计算总值，可以发现，基本上各岗位涉及到的犯罪金额呈逐年上涨趋势。涉案金额走高，代表犯罪恶性程度和破坏力的上升，对企业造成更多直接或间接的损失。

### 中高层管理人员舞弊占比四成以上

纵向而言，116 个案例中去掉 6 组犯案人员层级不明的情况，共有 47 名中高层职员和 62 名基层员工的腐败问题浮出水面，各自占比为 41%和 53%。高层舞弊案件达到四成占比，犯罪率着实不低。更有多起高层指示下级工作人员帮助、参与腐败的案件（如(2019)沪 0106 刑初 1713 号，饿了么某区域经理指示运营人员提高商户排名，获取竞争优势），在企业内部产生的影响恶劣且深远。



【图 3：腐败案件发生层级统计】

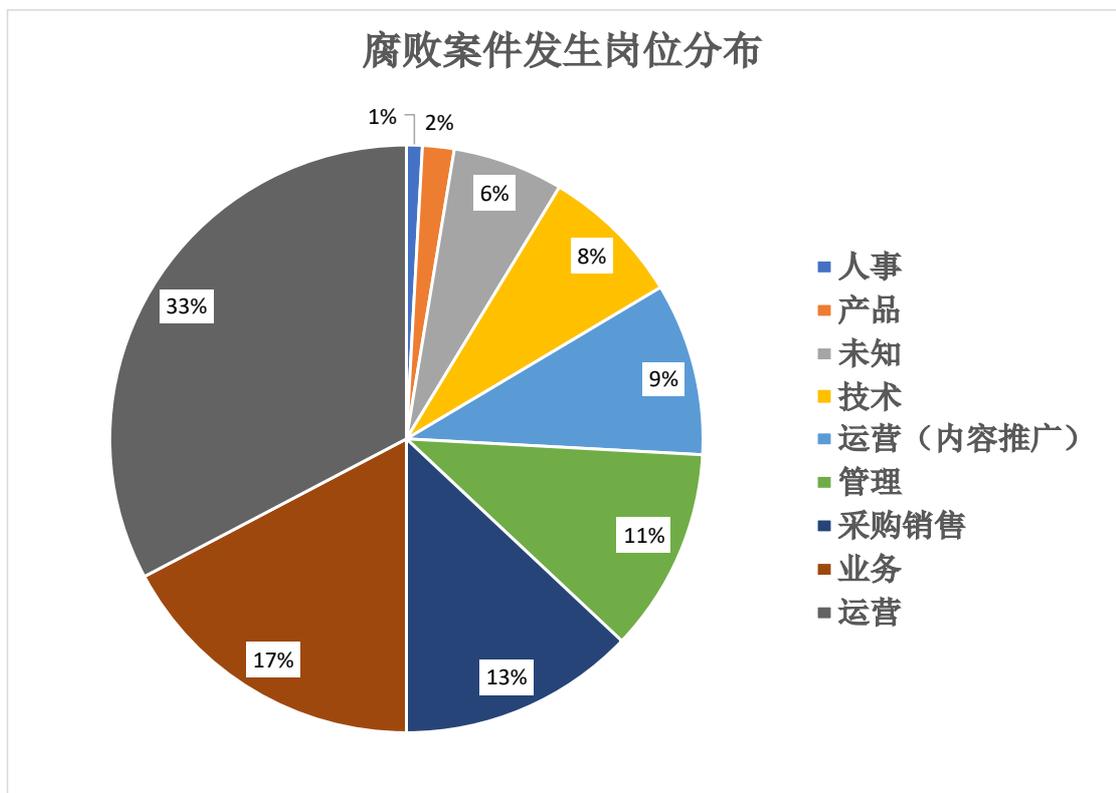
高层腐败问题往往引起外界巨大关注，也容易被新闻媒体捕捉报道。而原百度副总裁韦方、京东生鲜经理严青等高管舞弊事件，由所属企业的对外平台重点通报。及时公示员工重大舞弊事件，对内可起到威慑作用，彰显反腐决心；对外又能回应公众所期待的披露信息，塑造企业廉洁形象，也是互联网公司常见的舆情公关手段。

对普通职工的舞弊问题，企业往往采取批量公布的方式，但按照动机和反腐通报方式的不同，也可分为 2 类。

第一类，公司自身具有定期公布内部反舞弊结果的公示习惯，按一定时间间隔，将期间内发生的舞弊事件与处理结果向外界宣布。同批次的舞弊员工多由内部监查人员零散发现，彼此并无关联。这一类的代表有美团、京东等在相应公众号上按季度公布员工腐败处理信息的企业。

第二类，一线员工可能存在某些普遍使用、心照不宣的舞弊手段，风控部门一旦发现苗头，就会集中整治，查处所有粘连上的人员。其中代表有 2018 年 12 月，百度一次性开除 55 名员工事件。据报道，这 55 名员工串通出租车司机，获取高于实际交通费用金额的假发票用以报销，赚取差价。

当然，如同上述百度 55 名员工一样，许多基层腐败案件未上升到刑法规制高度，单一个体造成的危害结果也并不巨大，公司往往会倾向于内部处理，如开除员工、警告处分等。因此，一些互联网公司的反舞弊工作年度总结只是简单曝光舞弊事由，表示处理完毕，并不公示舞弊行为人的姓名、岗位等详细信息。



【图 4：互联网公司反腐案件岗位分布】

### 运营、业务、采购销售成内控三大重灾区

横向而言，舞弊岗位分布充分地体现了互联网企业的特色。116 起案例中，运营岗位工作人员共占 38 项，以 33% 比重居于所有岗位之首。

这主要是因为本次调研覆盖到的腾讯、京东、美团三家企业，旗下有淘宝、天猫、京东商城、美团、饿了么等电子商务产品或平台。为维持稳定的日常交易，大量客服、“小二”、用户增长、品类等运营岗工作者受雇开展工作，而即便是最普通的基层员工，也拥有不少容易滋生贪腐的权限。典型犯案行为有客服受贿篡改商家差评、品质经理受贿滥用审批权限等（如案号为（2020）浙 0110 刑初 302 号的淘宝技术运营专员非国家机关工作人员受贿案，员工收受入驻商家好处，为其放宽入住审批权限，涉案金额达到 60 万）。

居于第二位的业务岗共统计到 20 起案件，它代表了互联网企业内控隐患的老生常谈，即业务增长与风险把控的矛盾。

创业阶段，为保障企业快速成长占领机会窗口，业务部门往往被赋予了事急从权的尚方宝剑。但是，成功挺过日以作夜的创业期后，公司日常运转势却不可继续任由制度空洞继续存在。因此，业务岗常常是公司反腐败的重点关注对象，且屡试不爽，总能查出问题。前述京东商城水产业务部原负责人严青就是一例（文书编号：(2020)京 02 刑终 47 号）。通过暗示而向大闸蟹商家索贿，其涉案金额达到 90 万。

排名第三的采购销售岗是距离第三方合作商最近的对接岗位，绝大部分都是因为收受贿赂而给予第三方（包括）好处，损害公司利益。由于互联网电子商务对合作商审核较松，采购负责人引进关联公司的操作成功率大大上升；采购高端设备的固定需求也给了采购掺杂水分的空间。这些都是深具互联网经济特点的腐败事件。

与中高层腐败问题相关的管理岗、综合互联网企业下属媒体网站的内容推广岗位，主要以索取合作方好处费给予不正当资源倾斜为舞弊手法。技术岗，有破坏公司技术系统或窃取商业秘密等行为。这些岗位在案件分布中分列四、五、六位。互联网公司时时刻刻在创造运用新技术的新岗位，重新定义人才流动与人们的日常生活模式，但也不得不承担技术反噬时引发的各种新型腐败现象。调查人员必须时刻与新技术跟进，时刻准备迎接新的犯案形式，为企业发展保驾护航。

### 互联网公司的主营业务呈现不同的舞弊特色

互联网企业依据其核心产品的不同性质，业务组织架构与分布策略会有较大的差别。因此，依照岗位和产品相关业务来看，犯罪手段完全不同，涉案金额也有巨大的差异。

下面，举每一种产品的典型代表来说明问题。

#### 1. 电子商务平台

以京东商城为例：

时间	涉案人	涉案人岗位	涉案行为	来源
2017	汪*龙&惠*东	服装部采销经理&手下招商主管	收受商家贿赂提供运营支持	廉洁京东公众号
2017	穆*	服饰家居事业部服装部招商	收受贿赂，利用权限帮助商家特批开店手续，与商家合伙开店	廉洁京东公众号
2017	张*	美妆采销部进口 POP 负责人	向合作商家借款并收取礼品	廉洁京东公众号
2018	张*玲	时尚事业部男装奢侈品部采销经理	引进亲属公司给予资源支持，向享有相关职权的同事行贿	廉洁京东公众号

2018	郭*铎	时尚事业部内衣童裝部招商	在职期间向多家供应商借款	廉洁京东公众号
2018	田*	家电事业部大家电运营部运营岗	收受合作商家贿赂、礼品	廉洁京东公众号
2018	邸*亮	图书文娱业务部 IP 整合部高级经理	在业务范围内引进本人借用他人身份参股的公司	廉洁京东公众号
2018	王*	美妆业务部采销经理	收受供应商贿赂并帮助引进品牌合作	廉洁京东公众号
2018	王*	生鲜事业部特产馆运营人员	收受好处费向商家倾斜资源	廉洁京东公众号

【表 1：京东商城工作人员职务犯罪案件一览】

如前所述，电子商务平台中的采购、客服、运维等岗位在多个业务环节有舞弊滋生的空间。在受贿手段上，借款、收礼等变相方法需要重点防范。同时，商家行贿所谋求的利益一般是资源倾斜、品牌引进、运营支持，调查人员可以通过发现不合理的第三方资源匹配结构，发现潜藏的腐败问题。

电商案件能明确找到涉案金额的共有七起案件，平均金额高达 302 万元。

## 2. 计算机科技、软件产品

以腾讯的三个相关公司腾讯计算机（深圳）、腾讯科技（深圳）、腾讯数码（深圳）相关案件为例：

时间	集团组成	涉案人	涉案行为	罪名	涉案金额	来源
2018	腾讯计算机（深圳）	王*平	利用账号权限获取虚拟货币卖给外界获利	职务侵占罪	¥120,000.00	（2018）粤 0305 刑初 358 号
2018	腾讯科技（深圳）	潘*强	提前获取游戏比赛结果据此投注，将虚拟货币变现占为己有	职务侵占罪	¥108,000.00	（2018）粤 0305 刑初 728 号
2018	腾讯科技（深圳）	李*	收取合作商好处费	非国家机关工作人员受贿罪	¥329,000.00	（2018）粤 0305 刑初 587 号
2018	腾讯科技（深圳）	王*	收受好处为合作商促成项目	非国家机关工作人员受贿罪	¥400,000.00	（2018）粤 0305 刑初 221 号
2019	腾讯科技	陈*军	侵占公司财物	一审职务侵占	未知	（2019）粤

	(深圳)			罪, 后续不明		03 刑 终 1841 号
2018	腾讯数码 (深圳)	肖*全	索取合作方好处费	非国家机关工 作人员受贿罪	¥300,000.00	(2018) 粤 0305 刑 初 634 号

【表 2：腾讯相关工作人员职务案件一览】

腾讯相关案例有 2 例技术含量较高的犯罪，涉及到虚拟货币；还有 4 例常规职务舞弊犯罪。这一方面展示了高新科技产品随技术本身的发展，演化出的舞弊行为令人目不暇接，是风控人员的难题；另一方面，内部管控对传统的舞弊行为也不能掉以轻心。五项有具体数额的记录中，两项技术类犯罪涉案金额都是 10 万左右，而受贿犯罪依然有 30 万~40 万的涉案记录。

### 3. 文娱产品

以阿里系的优酷平台为例，2018 年集中涌现了一大批视频编辑受贿事件，均以非国家机关工作人员受贿罪移送法院审判。

涉案人	涉案人岗位	刑罚	涉案金额	来源
黄*申	优酷汽车频道编辑	有期徒刑 8 个月	¥227,800.00	(2018) 川 1903 刑初 56 号
关*	优酷科技频道编辑	有期徒刑 6 个月	¥123,800.00	(2018) 川 1903 刑初 57 号
朱*	优酷科技频道编辑	有期徒刑 6 个月	¥122,800.00	(2018) 川 1903 刑初 58 号
韩*	优酷纪实频道编辑	有期徒刑 6 个月	¥124,300.00	(2018) 川 1903 刑初 59 号
汪*臻	优酷编辑	有期徒刑 2 年 5 个月缓刑 3 年	¥868,900.00	(2018) 川 1903 刑初 60 号
杨*	优酷全域媒体编辑 中心编辑	拘役 4 个月缓刑 6 个月	¥93,100.00	(2018) 川 1903 刑初 61 号
梁*	优酷少儿频道编辑	有期徒刑 7 个月缓刑 1 年	¥195,400.00	(2018) 川 1903 刑初 62 号
崔*哲	优酷生活频道编辑	有期徒刑 1 年	¥350,400.00	(2018) 川 1903 刑初 64 号
薛*	优酷教育频道编辑	有期徒刑 6 个月 15 日	¥164,000.00	(2018) 川 1903 刑初 65 号

陈*	优酷编辑	有期徒刑2年6个月缓刑3年	¥887,500.00	(2018)川1903刑初77号
----	------	---------------	-------------	------------------

【表3：2018年优酷各视频编辑职务案件一览】

这一批案件，其案情经过非常一致：行贿人以各种方式联系上舞弊员工，经过协商，员工同意有偿帮助行贿人推广带有隐性广告、特定内容的视频，主要是在员工负责的频道上违规放置推荐链接。受贿金额平均达到3,045,130元，与电商平台不相上下，充分体现内容推广领域的编辑执掌业务大权，因而产生恶性权钱交易。

#### 4. 外卖生活服务产品

以美团外卖为代表，犯案类型呈现出一定多样性。

涉案人	涉案人岗位	涉案行为	罪名	刑罚	罚金	涉案金额	来源
江*	外卖配送事业部川渝渠道经理	索取并收受3个加盟商贿赂	无	无	无	¥83,000.00	阳光美团
钱*峰	花垣县美团代理商城市经理(离职)	利用账号虚假下单套钱	诈骗罪	有期徒刑3年7个月	¥20,000.00	¥205,600.00	(2017)湘3124刑初218号
张*	普通员工	借职务便利获得用户信息卖出	侵犯公民个人信息罪	有期徒刑3年缓刑3年	¥60,000.00	无	(2018)冀0102刑初373号
张*	不明	运用自己的工号在商铺上挂靠虚假商品获利	诈骗罪	有期徒刑3年缓刑4年	¥20,000.00	¥68,994.00	(2018)鄂0502刑初18号
姜*斌	业务员	向服务商收取服务费	合同诈骗罪	有期徒刑1年6个月	¥2,000.00	¥66,200.00	(2017)京0105刑初2629号
赖*&梅*&陆*	场营销部总监&高级经理&	涉嫌非国家工作人员受贿罪	无	无	无	未知	阳光美团

	离职员工						
林*彬	前怀来县 美团外卖 城市经理	因被解雇 产生报复 心理，登 录后台强 制下线 125家商 户	破 坏 计 算 机 信 息 系 统 罪	有 期 徒 刑 1 年 缓 刑 1 年 6 个 月	无	无	( 2019 ) 冀 0730 刑初 154 号

【表 4：美团外卖工作人员职务案件一览】

如图所示，索取商家贿赂、利用后台系统虚构订单获利、破坏服务系统、盗取用户信息四种违法违规行，在美团相关案件中都有体现。判决结果也印证了一种司法意见，即对诈骗罪、侵犯公民个人信息罪两种，与刑法第 253 之一条和第 266 条一致，除退赔损失外，另处罚金。

## 5.物流

以京东物流、京邦达供应链为例：

时间	集团组成	涉案人	涉案人岗位	涉案行为	是否移交警方	罪名	刑罚	涉案金额	来源
2018	京东物流	任*	西南区域分公司快运部城配运输管理部机构负责人	收受承运商好处费和礼品	是	无	无	未知	廉洁京东
2018	京东物流	黄*	华中区域分公司搭建物流部安装运营部机构负责人	收受服务商好处费	是	无	无	未知	廉洁京东
2018	京东物流	王*	西南区域分公司大件物流部重庆大件运营中心	向负责管理的多家京东帮合作伙伴索	否	无	无	未知	廉洁京东

			负责人	贿赂（未遂）					
2018	京东物流	朱*	华南区域分公司物流规划实施部项目实施机构负责人	任职项目经理期间收受供应商好处费	否	无	无	未知	廉洁京东
2018	京东物流	郭*	河南省区分公司人力资源部 HRBP 岗	收受劳务派遣供应商好处费	否	无	无	未知	廉洁京东
2018	京东物流	肖* 某& 房* 某	京东快递西安甘南羚城站站站长&站长助理	索取加盟费、好处费	是	非国家工作人员受贿罪	有期徒刑 1 年 6 个月 / 2 年	¥118,600.00	(2018) 甘 3001 刑初 46 号
2019	京东物流	李* & 周*	成都京东帮门店管理岗原负责人/西南大件运营部合作管理部原负责人	以帮助申请店铺通过审批为由索取店铺责任人贿赂款	是	非国家工作人员受贿罪	有期徒刑 2 年 / 1 年 8 个月	¥530,000.00	(2019) 川 0107 刑初 966 号
2018	京邦达供应链	张*	京邦达上海分公司建国站站长	虚构订单侵占公司财物	是	职务侵占罪	有期徒刑 2 年 4 个月	¥1,002,000.00	(2018) 沪 0114 刑初 1568 号
2019	京邦达供应链	任*	河南京邦达供应链普通配送员	侵占代收货款、虚构订单	是	职务侵占罪	有期徒刑 8 个月	¥160,173.77	(2019) 豫 0825 刑初 453 号

【表 5：京东物流、京邦达工作人员职务案件一览】

京东方面于 2018 年批量开除了一系列快递网点负责人，但可能事件严重性不大，因此

没有移交警方处理，也无从得知具体数目。而裁判文书网显示了另一部分案件记录，这些职务犯罪人员的经手金额有 2 例达到 10 万元左右，1 例 50 万左右，甚至还有 1 例达到 100 万以上。

上述是本次调研集中度较高、数据量大因而具有分析价值的部分产品和相关舞弊情况。还有一些具有互联网特殊性的舞弊行为，虽然案例较少，但也需要留意。

比如，搜索引擎产品技术运营人员收受好处为外部主体删除负面消息（案号：（2017）辽 02 刑终 213 号），涉案金额 10 万元，但案件本身拉出了一个多人涉案的犯罪团伙，应引起各大信息检索公司的警惕。

又如，大麦网副总裁秦某，预留演唱会门票私自找其他代理人分销，自己获得分成 7 万元。（案号：（2018）沪 0101 刑初 307 号），虽数额不大，但高管亲自当“黄牛”，令人啼笑皆非之余，也应考虑到同质的舞弊行为，即私扣产品私自分销的职务侵占与受贿结合案件。这方面，还待合规、风控部门进行更多防范性研究。

### **企业个性：是高调行事还是静水流深？**

互联网企业各自都具有深厚的企业文化，是对外宣传的一张名片。近年来，以阳光联盟为代表的互联网企业内控腐败联合团体纷纷成立，标志着互联网企业将内控也纳入企业战略的一部分。

员工廉洁性是一个与企业价值观息息相关的课题。对失格员工的处理方法，也能体现企业不同的反腐精神取向。下面就此进行简单介绍。

#### **1. 京东：高调反腐，企业价值观输出**

京东总裁刘强东曾在多个采访中强调自己对企业内部人员廉洁性的重视。他主张，企业内部腐败是“玷污了我的梦想”，与公司价值观不合，因此，“你贪 10 万，我就是花 100 万也要把你抓出来”。在这一指导思想下，京东建立了“廉洁京东”公众号，并成为阳光联盟的创始成员之一。京东在 2017、2018 年分批次公布过一系列内部贪腐行为，很多员工甚至是在岗工作时被调查人员、警方带走，其公众号上也经常十分“硬核”配以员工被当场控制的新闻照片。

进入 2019 年，廉洁京东却不再对外发声。这可能与京东危机舆情公关的工作方针转型有一定联系，但也只能停留在外界的猜测层面。

#### **2. 阿里巴巴、百度：保持神秘性**

阿里巴巴和百度分别建设有廉正合规部和职业道德委员会两个监察部门，但是，阿里巴巴从未在官方层面上主动对外通报员工腐败事件，百度也选择以内部信的方式对内公示腐败问题，只是流出外部后，倒也爽快承认。一般认为，阿里和百度的内部监察机关都有直属董事会、由企业元老担任负责人、广泛吸收公检法背景从业人员等特征，但具体建制如何、权力范围多大，却是个未知数。

#### **3. 腾讯：技术岗监察百花齐放**

以游戏、云计算为代表的技术主导产业，还处于萌芽期，因此案件积累不多。腾讯作为较早开展这两方面业务的互联网巨头，有王某买卖虚拟货币案（案号：（2018）粤 0305 刑初

358号)和肖某受贿案(案号:(2018)粤0305刑初634号)两例案件,分别覆盖司法空白领域,可见其始终位于行业技术开发前列的自信和时刻防范技术风险的超前意识。

#### 4.美团:“内外功兼修”的多面手

美团(三快公司)以外卖、快运、旅游等为主要运营方向,因此,除常规的内部控制外,还要跟踪骑手、合作商家乃至线下客户钻系统空子的犯罪行为,可谓内外兼顾,武力均衡。比如,加盟商与骑手联合伪造订单骗取补贴款的一起案件(案号:(2019)豫0305刑初505号),涉案金额达近29万,因为数据异常和后台漏洞补充,最终由美团系统监测定位而案发。

#### 5.字节跳动:新巨头也有风控烦恼

2020年初,字节跳动方面贡献不少头条新闻。无论是与欢喜传媒交易的《囧妈》线上观看,还是接手锤子科技,这家孕育了抖音、火山小视频、今日头条等新晋明星产品的公司都在快马加鞭,跃入互联网头部大海。字节跳动可查阅的案件并不太多,仅有6起,但可以想见,随着其业务版图的不断扩张,内部腐败风险也在悄然逼近这艘年轻的互联网巨船。

时间	集团组成	涉案人	涉案人岗位	涉案行为	罪名	刑罚	涉案金额	来源
2020	今日头条	汪*	商务经理	收受合作公司好处费	非国家机关工作人员受贿罪	有期徒刑2年6个月	¥2,730,000.00	(2020)京01刑终167号
2019	北京字节跳动	罗*	研发工程师	修改公司某数据库数据导致公司付出修复费用;将修改后的数据库卖出牟利	破坏计算机信息系统罪	有期徒刑5年	¥1,374,547.20	(2019)京0108刑初101号
2018	北京字节跳动	金*祺	客服经理	放心购平台上敲诈勒索商家	敲诈勒索罪	有期徒刑1年	¥17,000.00	(2018)京0108刑初1661号
2018	北京字节跳动	白*奇	高级工程师负责采购设备	签订虚假合同侵占公司财产	职务侵占罪	有期徒刑1年10个月	¥1,785,774.00	(2018)京0108刑初560号

2018	北京字节跳动	黄*峰 等 3 人	西瓜小 视频员 工	多次收取合作 方大额行贿款 及礼品,透露字 节跳动活动、近 期优惠等	无	无	未知	腾讯新 闻
2017	北京字节跳动	侯*强	前食品 项目技 术负责 人	抓取公司数据 使公司损失服 务费 20000 元	非法获取 计算机信 息系统数 据罪	有期徒 刑 10 个 月	¥20,000.00	(2017 ) 京 0108 刑 初 2384 号

【表 6: 字节跳动内部腐败案件一览】

字节跳动将会如何应对? 是否会借鉴上述的既成模式, 还是运用崭新的内控思维? 这就需要时间给我们答案了。

### 总结

毋庸置疑, 而今能够持续引领经济新常态的行业非互联网莫属, 每当我们习惯了一个崭新的互联网产品进入生活节奏时, 下一个更时尚、更贴近需求的产品就已经在门外等上线了。老牌企业如 BAT 等不失锐意进取之心, 新入局的美团、字节跳动等也风头正劲。2017 年~2020 年上半年的答卷已经完成, 犯罪的频率和技术手段交替上升已成定局。互联网公司是否能像他们发明新产品那样, 用激情和创造力改变公司内控体系, 突破当前高发高额的态势? 让我们拭目以待。

(本文首发于 2020 年 7 月 14 日)

## “庆渝年”变“三国演义”，起诉股权代持的目的与应对

卫新、阮霭倩、李凤翔

8月9日晚，李国庆发布微博称自己收到一纸诉状，其与俞渝被儿子告上法庭，要求法院确认李国庆和俞渝为他代持当当股份的代持协议有效。



8月10日，当当网发布声明称相关诉讼属实。



### 关于当当股东代持诉讼的声明

相关诉讼属实。关于股权分配问题，俞渝、李国庆曾有“婚内约定”，与其子三方股权比例为56:24:20，且已按该比例进行了工商变更。当当尊重当事人的意思自治，也相信法律尊重诚实信用；并将一如既往运用法律武器捍卫公司及所有股东的正当权益，保护公司正常运营。

北京当当科文电子商务有限公司  
2020年8月10日

目前，当当网的运营主体为北京当当科文电子商务有限公司（以下简称“当当科文”）。工商公示信息显示，当当科文的股东有五位，其中俞渝持股64.1986%，李国庆持股27.5129%，剩下的股权分散在多家小股东手中。

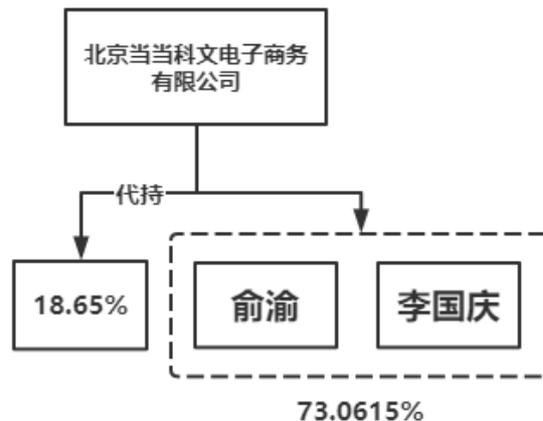
7月16日，当当法务部发布的《当当网股东离婚诉讼不影响当当网的运营与治理结构》称，俞渝、李国庆、孩子和管理层约定了他们在控股公司的股权比例——俞渝52.23%、李国庆22.38%、孩子18.65%，管理层6.74%。

结合李国庆及当当网的声明看，代持纠纷涉及的应该就是当当科文 18.65%的股权。网络新闻显示，李国庆和俞渝的儿子出生于 1997 年，也有新闻称李国庆和俞渝在 2017 年商议为儿子代持一部分股权。如果相关新闻属实，李国庆和俞渝商议代持事宜时，其子已经成年。

原先有观点认为，李国庆和俞渝若在离婚诉讼中平分股权，李国庆的持股比例将超过 45%，再拉拢一些小股东，“夺回”当当控制权指日可待。

序号	最终受益人名称	持股比例	股权链
1	俞渝 <small>他有 25 家公司 &gt;</small>	64.2%	<p>路径1 (占比约 64.2%)</p> <p>俞渝 —64.2%→ 北京当当科文电子商务有限公司 —100%→ 天津当当科文电子商务有限公司 —100%→ 北京当当网信息技术有限公司</p>
2	李国庆 <small>他有 37 家公司 &gt;</small>	27.51%	<p>路径1 (占比约 27.51%)</p> <p>李国庆 —27.51%→ 北京当当科文电子商务有限公司 —100%→ 天津当当科文电子商务有限公司 —100%→ 北京当当网信息技术有限公司</p>

但是，其子现在提出确权之诉，意味着这 18.65%的股份可能会被剥离，不参与夫妻财产分割。此后，若俞渝争取到儿子的支持，最终结果将是俞渝和儿子的持股比例超过李国庆和小股东们的持股比例。



此次诉讼无疑将当当网的控制权之争推向了一个新阶段，未来走向会如何？我们不妨从法律角度做一些分析。

### 一、代持诉讼对俞渝继续控制当当有何意义

据李国庆称，代持诉讼相关的所有证据材料都是俞渝提供给儿子的，其律师也是俞渝帮忙找的。俞渝为什么会在当当控制权之争中采取这样一个策略、将自己和李国庆共同作为被告告诉至法庭呢？我们基于目前公开报道中的一些信息进行了初步分析，认为可能有以下几个原因：

#### 1.代持诉讼或影响离婚诉讼的股权分割标的

如前文所述，一旦代持协议被认定有效，即使在后续离婚财产分割的诉讼中确认俞渝需要与李国庆平分股权，由于李国庆及俞渝为其儿子代持的股权将被排除在夫妻共同财产之

外，李国庆最终持有的股权将少于 40%，即使全部小股东都支持李国庆，其最终的股权比例也未过半数。代持协议的效力将直接影响到俞李之间可供分割的股权数额。

### **2.仅要求确认代持协议有效，未要求显名，表决权仍由显名股东代为行使**

根据目前披露的信息，李国庆之子的诉请仅是要求确认代持协议有效，尚未看到其要求将股权登记至其名下。因此，一旦代持成立，首先代持部分股权将被排除在夫妻共同财产范围之外，李国庆无权分割。其次由于没有要求显名，代持部分股权对应的表决权原则上还是由俞渝、李国庆代为行使，在这种情况下，俞渝作为工商登记的大股东，更有利于维系其对当当科文的控制地位。此外，在代持情况下，俞渝代持的股权超过了李国庆代持的股权，其最终将保留住更多的股权，对俞渝也是有利的。

### **3.代持诉讼可拖延时间，延长李国庆分割股权的时间成本**

根据《民事诉讼法》规定，案件以另一案的审理结果为依据，在另案尚未审结前应当中止诉讼。换言之，股权代持诉讼可能导致李国庆在离婚后进行公司财产分割诉讼时面临诉讼程序中止的情况，代持诉讼将成倍延长李国庆分割股权的时间成本。

在代持诉讼及俞渝和李国庆之间的财产分割未有定论之前，俞渝都是工商公示的持有当当科文 64.1986%股权的大股东，并且仍是当当科文公司的法定代表人、执行董事。所以，此时提起的代持诉讼将让李国庆处于一个更加被动的地位。在李国庆抢夺公章、意图夺取当当事实上的控制权后，代持诉讼将起到阻挡李国庆取得当当法律控制权的作用。

如此看来，无论代持纠纷的结果如何，提起这样一个诉讼在俞李之间的股权争议中都不失为高招。

根据《公司法》及相关司法解释的规定，在没有法律规定的合同无效的情形时，原则上都倾向于认定《代持协议》为有效协议。只是即便法院确认了股权代持协议的效力或者股权代持事实的存在，两人之子也并不当然享有公司的股权。

不过，站在俞渝的角度来看，是否显名并不重要，仅确认代持协议有效就已经足够满足俞渝的目的了。在这种局面下，李国庆还有辩驳的空间吗？

## **二、李国庆可能采取的法律抗辩分析**

### **1.两人之子的外籍人身份是否会影响到代持协议**

在李国庆对儿子喊话的微博中，李国庆特别提出“无论你是什么国籍”，这让不少人猜测，李国庆后续将以儿子的外籍身份作为攻击代持协议效力的一个理由。

隐名股东为外国人，其外籍身份是否会影响股份代持协议的效力？对于这一问题，《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》第十五条中规定：“合同约定一方实际投资、另一方作为外商投资企业名义股东，不具有法律、行政法规规定的无效情形的，人民法院应认定该合同有效。一方当事人仅以未经外商投资企业审批机关批准为由主张该合同无效或者未生效的，人民法院不予支持。”

此外，最高院在殷林、张秀兰股东资格确认纠纷案（（2017）最高法民申 37 号）中也曾

指出，外国人委托中国人持股，虽然登记股东为中国人，但外国人履行了实际出资义务、行使了股东权利并且得到了公司其他股东的认可，应当确认其股东资格。所以，仅以外籍身份为理由，很难直接影响代持协议的效力。

但应当注意的是，外籍隐名股东的投资应当符合《外商投资准入特别管理措施（负面清单）》的规定。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》的规定，在两种情形下外国投资者的投资合同将无效：

（1）投资准入负面清单规定禁止投资的领域；

（2）投资准入负面清单规定限制投资的领域，且在生效裁判前也未能满足限制性准入特别管理措施的要求。

由于当当科文对外投资了多家公司，在本案实际审理过程中，或还需要对当当科文以及其对外投资的各公司的具体经营范围进行审查，判断是否可能违反《外商投资准入特别管理措施》的规定而导致代持无效。

## 2.李国庆是否可以通过撤销赠与否定代持协议的效力

笔者认为，关于否定股权代持的效力，不仅要考察代持的主体、代持的目的是否影响合同效力，还要考虑委托方获得股权的基础关系。可以通过否定基础关系的方式来对抗代持协议的履行。

实践中，股权代持可能基于多种基础关系产生，例如基于双方之间的股权转让交易、股权赠与、委托投资等。

在俞李之争的案件中，就目前披露的信息，俞渝、李国庆与其子之间的代持关系是夫妻之间的约定。这种约定很有可能形成了一份书面协议，这才有了本案的代持协议有效的诉讼。但是，俞李之子获得股权的基础关系值得分析，在未看到协议内容的情况下，我们推测这是基于父母对子女的赠予行为。我们不确定这份协议的签署时间，以及是否有成年子女的签名，但是目前俞李之子的起诉已经明确表明受赠人接受了这种赠予。李国庆是否可以反悔，撤销对儿子的赠予呢？

根据合同法第 186 条规定，赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公证的赠与合同除外。

李国庆、俞渝作为父母对子女进行的赠与不具有公益性质，也不属于道德义务必须赠与，应当不属于此处不可撤销的赠与。由此，李国庆及俞渝就有权在股权完成工商变更登记、记载在当当股东名册前撤销赠与。撤销赠与后，公司的股权仍然属于父母，也就不存在代持协议有效的问题了。

但是，尚未离婚的夫妻一方能否单独撤销自己份额的赠予，还是应该先分割股权后再行使撤销权则可能是本案的又一难点。我们认为，结合协议文本和案情实际，通过否定基础关系而对抗代持协议，是李国庆进行抗辩的一个有效路径。

李国庆与俞渝的当当控制权之争屡起波澜，也可看出公司控制权纠纷的复杂。每一个诉讼案件、股东的每一步举措都暗含着复杂的法律意图，可谓环环相扣，“牵一发而动全身”。

股权争议更需要当事人、代理律师拥有大局观，通观全局、跳出股权争议本身来分析问题。股权争议也往往会涉及到《合同法》《公司法》《婚姻法》等多部跨部门的法律领域，考验着律师的综合能力。

此外，从“庆渝年”大战的代持纠纷中，我们也会发现，当夫妻双方产生争议后、双方共同约定将婚内财产赠与子女时，表面上看不失为解决争议的好方法，但如操作不当，仍会留有隐患。在进行赠与时，不妨选择通过公证的方式确保受赠人的权利，避免后续争议的产生。

（本文首发于 2020 年 8 月 13 日）

# 为什么“小黄人”判赔 500 万，“小猪佩奇”却只赔 25 万

黄璞虑、徐珽

一直以来，知识产权侵权案件，尤其是美术作品、摄影作品等著作权侵权案件中，法院判决赔偿数额较低，“赢了官司却赔不到钱”的情况早已屡见不鲜。

例如今年七月，余杭区法院依原告主张适用法定赔偿，判决“小猪佩奇”的侵权人赔偿著作权人 25 万经济损失（包含律师费、公证费等合理费用）。这是因为，原告对于自己的美术作品“小猪佩奇”在被告盈利中所作的贡献、自己的实际损失等难以证明，无法给出具体的计算方式，无奈只能请求法院“法定赔偿”；而根据现行《著作权法》规定，法定赔偿的数额本身较低，由人民法院根据侵权行为的情节，判决五十万元以下的赔偿，且往往不会顶格赔偿。

而几乎是同一时段，一份江苏中院全额支持“小黄人”著作权人全部诉请，判赔数额高达 510 万的判决书，却引发了全网热议，让“小猪佩奇”区区 25 万数额相形见绌。为什么同样都是动画形象构成的美术作品，同样都是未经著作权人许可，在自己的商品上使用该作品进行销售，差距竟如此之大？“小黄人”的著作权人又有什么诉讼招数，能摆脱版权侵权赔偿数额低的阴影？接下来，笔者就从大获全胜的“小黄人”案入手，对版权侵权索赔时举证方法及企业智力成果日常管理中的注意要点进行梳理。

## 一、诉讼阶段：举证策略如何制定，企业才能高额获偿

### 1. 多渠道获取被告的违法所得

根据《著作权法》第 49 条规定，法院确认损害赔偿数额需从原告实际损失、被告违法所得、侵权行为情节等角度考量。一般情况下，由于原告仅为美术作品的著作权人，举证证明其实际损失存在难度，因此“违法所得”往往成为了获取高额赔偿的关键。

在“小黄人”案件中，原告通过案外第三方获取了被告董事的微信，并对其朋友圈所转发的一篇关于“涉案产品 3 个月销量 1500 万”的文章进行了公证，以此作为初步证据证明被告产品的销售情况。被告未提交证据反驳文章真实性，因此被告承担举证不利的后果。法院通过被告销售时间进行推算，认为既然三个月销量达 1500 万，那么按比例计算，16 个月共计销售额达 8000 万。同时，从判决书来看，原告公证了被告出厂价、供货价之间的不同价格。其中，出厂价是指生产商出厂的价格，而供货价与出厂价相比，其销售利润至少超过 20%，将销售额 8000 万乘利润率 20%，远超过原告所请求的 500 万赔偿，法院由此支持了原告的全部诉请。

由此可知，高额赔偿诉讼的关键技巧在于，须证明被告的总销售金额。以销售金额为基准的情况下，可以通过多种不同的逻辑获得高额赔偿。

本案这一诉讼技巧可以为类似侵权诉讼带来许多启发。比如，在证明被告违法营业总额时，考虑到眼下越来越多的企业会选择线上“软文”的方式进行推广，无论是公众号文章、新闻通稿抑或公司首页，都可能明确记载被告涉案产品的违法经营额。因此可以对被告相关新闻进行网络检索，不放过其“自吹自擂”的蛛丝马迹，以此作为初步证据倒逼被告证明自己的

真实经营情况。此外，如果被告仅通过电商平台进行销售，一般会在销售页面留下本月销量的信息。虽然电商销量存在虚增可能，但是被告只有拿出自己的财务报表才能质证虚假。考虑到披露财务报表经常会给被告带来版权侵权案之外的麻烦，所以被告一般不会提出财务报表，使得公开的销量成为定案依据。按照本判决所提出的推算逻辑，原告亦能够以该月的销售量乘以被告实际销售时间，推算被告的违法营业额。只有被告明确否认并提交实际销售报表的情况下，该推算才有可能被推翻。

又如，本案被告公司是一家负责生产、经销的企业，为尽可能推广产品，其通过多个渠道将负责人的联系方式予以公开。由此，原告得以了解到该厂家不同渠道的不同单价，推测出被告每件单品利润率不低于 20%，违法所得超 500 万。那么，如果另案中上述证明方式难以实现，又该如何取证证明被告的利润率呢？也还有其他方法，例如可以请求当地的行业协会配合，了解该行业平均利润；或请求法院帮助出具被告在当地纳税情况的调查函等方式，对其利润进行取证和推导。更甚之，可以通过中国知网、行业数据等公开检索工具，对该侵权产品当时当地售价进行调研，得出法院可采信的数据，倒逼被告自行举证。若被告拒绝举证，则以原告计算方式确定被告违法所得。

## **2.巧妙选择被告与管辖**

事实上，本案之所以凯旋而归，与原告正确选择被告、管辖法院的努力密不可分，二者对提高赔偿数额亦具有重大实践意义。

首先，本案六位被告中除了无锡味能公司是零售商外，三位为生产商，两位是特定案件中有可能被认定为生产商的商标权人。事实上，零售商往往受制于进货渠道，无法获取高额销售利益。并且，零售商还可能以“合理来源”进行抗辩，认为自己在不知情的情况下销售侵权产品不承担赔偿责任，徒增原告的举证难度。相反，生产商、经销商等上游企业，往往可以取得该产品绝大部分利润，且主观上明知自己无权使用涉案作品。因此，“擒贼先擒王”，在著作权侵权案件中，应当尽可能以生产厂商作为被告，以提升高额赔偿的可能。

其次，若本案仅以生产商为被告，则根据管辖权原则，应当由河北或广东法院审理。但根据笔者团队一贯的办案经验，每次诉讼前对法院判赔数额进行调研，发现江苏中院判赔情况确实更为理想。因此笔者推测，原告诉讼团队亦进行了类似调研，确定了判决结果更为有利、赔偿数额通常更高的法院，并以拉入零售商的方式得到了最有利于原告的管辖，即由苏州中院管辖。

## **3.运用获取惩罚性赔偿的举证思路**

虽然现行《著作权法》尚未规定惩罚性赔偿，但本案法院在赔偿计算时，却将其定性为“惩罚性”。考虑到最新《著作权法》草案有惩罚性赔偿规定，同样属于知识产权法体系的商标法、商业秘密中也已有类似惩罚要件；2021 年即将生效的《民法典》亦规定，故意侵害他人知识产权情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。因此，著作权侵权中确立惩罚性赔偿是我国法律发展的必然，实践中也有法院采取了相应的审理方向。故而，对于如何举证才能请求法院多倍赔偿，也具有一定参考价值。

虽然目前法律与草案规定各不相同，但一般而言，适用“惩罚性赔偿”需满足两个要件：主观上要具有恶意，客观上要达到情节严重，即造成了严重的损害后果。

法院认为，被告千尺雪公司销售侵权产品数量极大、范围较广，已经构成了情节严重的程度；另一方面，被告在明知“小黄人”形象不属于自己公司原创的情况下，以自己修改的“小黄人”形象进行了著作权登记，并在广告中强调“小黄人”以进行推广。甚至，在法院发出行为保全禁令后，依然在线上销售侵权产品，其主观上具有明显恶意。

因此，原告在举证请求法院适用惩罚性赔偿时，应当对被告主观状态、客观损害结果进行举证。主观方面，如果被告存在明知知识产权为他人所有仍加以利用、拒不履行行为保全裁定、掩盖被诉行为、伪造毁灭证据等行为，则符合主观要件；情节方面，如果被告完全以侵权为业，或具有被诉行为持续时间长、区域范围广、数额巨大等情况之一的，则符合客观结果要件。

## 二、诉讼之前：作品如何管理经营，才能提升赔偿数额

### 1. 著作权许可使用合同管理

本案中，法院除了以违法所得计算数额外，还按照原告所主张的应获得许可费标准二倍计算实际损失。由于原告先前与其他企业签订了与本案高度相似的许可费合同，约定以年发票净额的4%收取著作权授权许可费，因此许可费至少320万元。但如果仅要求被告赔偿320万，则会形成鼓励“先侵权”，待到被原告发现后“再付费”的悖论。因此，法院以两倍许可费计算，认为原告诉请较为合理。

一般情况下，法院认为，只有假设被告以正当商业模式与原告签订合同所约定的使用费，才是原告的实际损失。因而，如果原告提交的许可使用合同，其针对的具体产品、行为、时间、范围与被告在本案中相应的侵权行为差异过大的话，那么法院就很难不打折扣地参考原告许可使用的费率。本案的特殊之处正是在于，原告所举证的许可费合同中，签订的使用对象与本案涉案产品如出一辙——都是儿童乳制品。因此原告的许可费合同对法院认定赔偿额至关重要。

由此可知，著作权许可使用合同应当作为企业内控重点之一，可按如下方式管理：

一方面，将对外签署的全部许可使用合同按照许可使用的不同产品、使用范围、签署时间等进行归纳整理，针对不同个案举证符合相应侵权行为的许可合同，提高法院采信可能；另一方面，在满足前述条件的合同中，还需要比对授权可获金额，以提高诉讼赔偿额。具体来说，假设同样授权在乳制品上使用作品，原告对A公司以固定金额收费，对B公司则以年营业额费率收费，在C公司侵权经营额较高的情况下，选择以费率收费的许可使用合同举证，对原告更有利。

### 2. IP 作品商业价值管理

能获得500万的赔偿数额，也离不开原告美术作品形象自身的商业价值和知名度。”小黄人“形象自2010年作为配角首次出现于动画电影《神偷奶爸》，随后，由于该形象受到极高关注，为其陆续制作了几部“小黄人”电影作品。环球公司通过不断以“小黄人”形象进行作品创作、商业宣传的苦心经营，使“小黄人”的衍生产品受到世界各国影迷的追捧，该美术作品的商业价值与日俱增。由此，法院在考量被告主观恶意、原告实际损失时，亦会因“小黄人”自身的市场热度而裁判更高额的赔偿。

相比之下，“葫芦娃”的“打假”诉讼显得有些相形失色。通过对“葫芦娃”几次诉讼判赔数额的粗略统计，即使是上了热搜的王祖蓝 cos“葫芦兄弟”也不过判赔 10 万，更不用说其他如销售印有“葫芦娃”形象商品的常见侵权行为了，其赔偿数额往往不会超过 1 万元。究其原因，还是因为“葫芦娃”没有新作品加持提高曝光，商业宣传上也乏善可陈，使得葫芦娃这一 IP 的价值实质上在逐渐降低。由此，对于具有上述类型著作权的企业，如何对该形象、作品进行宣传营销，使之在市场上家喻户晓、名满天下，也是企业不得不关注的功课之一。

“小黄人”案大获全胜，与原告公司的 IP 管理及诉讼策略的选择分不开。事实上，不同著作权侵权诉讼的策略都会因个案进行一定程度的调整。笔者团队也经历过大量著作权诉讼，通过对此类胜诉判决的复盘、研究，形成了一套应对著作权案件的诉讼和索赔方法，无论是对诉讼前的内控管理、运营建议，抑或是诉讼时的策略和举证思路，都以最大化客户利益为出发点，在遭遇侵权时尽力争取最高赔偿，在日常管理中全方位为知识产权保驾护航。

（本文首发于 2020 年 8 月 4 日）

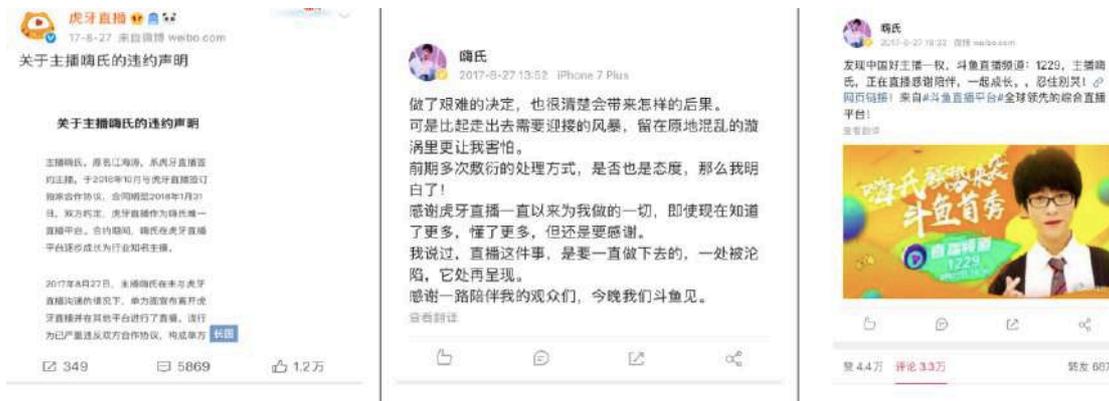
# 电竞主播跳槽的违约金为何差别这么大

卫新、徐元昊

近日，2020年英雄联盟全球总决赛的战火（俗称“S10”）已经于上海正式打响。电子竞技+直播平台，这种商业模式成就了一批以此为业的电竞主播。大量主播涌进这一领域、享受直播红利的同时，却也频频爆出主播违约跳槽的新闻。在此类新闻中，“天价违约金”往往成为最夺人眼球的关键字，但实际判决结果却可能天差地别，本文结合星瀚近年来处理此类纠纷的经验，选取了同一时期的二个案例，来深入分析一下违约金确定的原因。

## 一、4900万 vs 57万，天差地别的违约金

**【嗨氏案】**2017年1月19日，曾经号称“王者荣耀第一人”的嗨氏（江海涛）与虎牙平台签署《虎牙主播服务合作协议（预付）》，合同期为1年，约定违约金为2400万元人民币，或者江海涛获取的所有收益的5倍（以较高者为准）。2017年8月，嗨氏宣布离开原本直播的虎牙平台，跳槽至斗鱼平台开始直播，首播开播前的人气值就已经超过190万。虎牙立即向广州法院起诉嗨氏，依据合同约定索赔违约金4900万元。历时一年，案件尘埃落定，广州中院在终审判决中支持了虎牙4900万违约金的主张。本案也一度刷新了主播跳槽违约金的公开判决的上限。



**【他神案】**无独有偶，DOTA 职业选手“为何你我他”（杨英杰，外号“他神”）原本于熊猫平台直播游戏，于2018年6月1日续签《熊猫直播主播独家合作协议》，合约期为2年，固定违约金为5000万。两天后，他神与斗鱼在微博宣布其将加入斗鱼直播平台。当年10月，熊猫平台将他神诉至法院。经过一年的审理，上海静安区法院判决他神支付违约金57万元。今年初，上海二中院裁定他神撤回上诉，一审判决正式生效。



4900 万 vs 57 万，为什么同样是主播跳槽，判决违约金会有如此巨大的差异？法院作出这些判决依据的是什么？

## 二、关于违约金，法院关注什么？

根据《合同法》及司法解释规定，在处理违约金问题时，人民法院通常将针对以下两个问题进行判断：

### 1. 合同有无约定违约金？

若有约定则依照约定违约金处理。

若无约定则按照实际损失赔偿。

### 2. 违约金不能正确反映实际损失时如何处理？

约定的违约金过分高于（30%）实际损失，可以申请法院根据实际损失适当减少；

约定的违约金低于实际损失，可以申请法院按照实际损失予以赔偿。

因此，“实际损失”将会是评估违约金合理性的重要标杆，但也是实践中证明的难点。此外，电竞直播产业的特殊性进一步加大了损失证明的难度。因此，在这两起案件中，法院或直接或间接地将损失区分为以下四个部分：

### 1. 流量转移损失：粉丝量、活跃用户

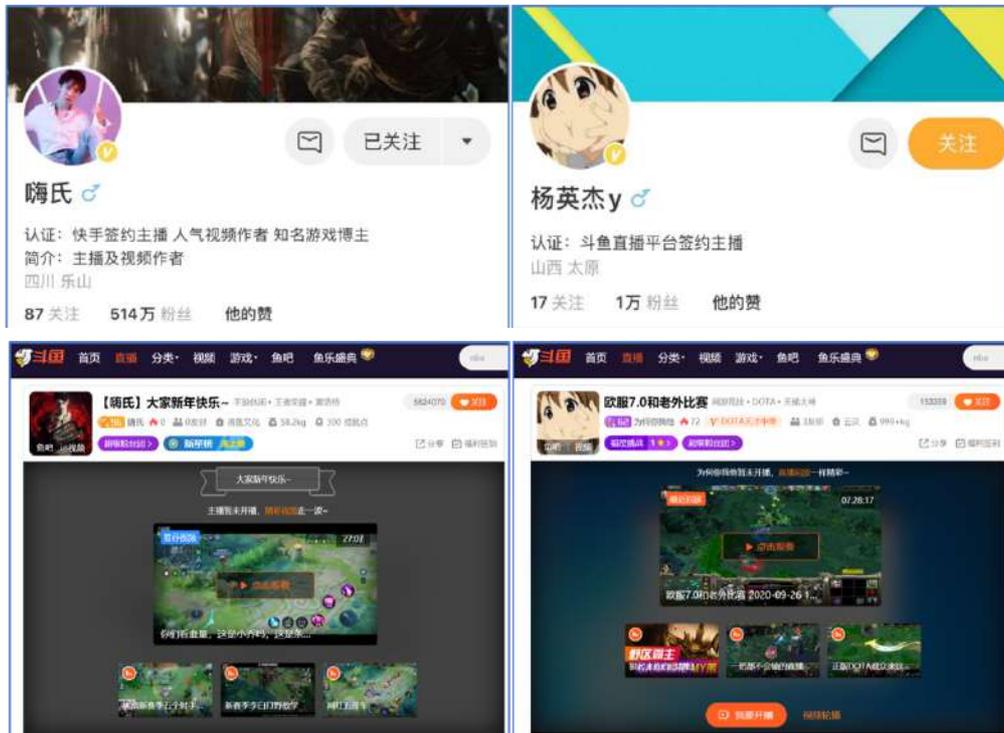
互联网企业以“用户为王”、“流量为王”，流量是互联网企业估值的重要指标。互联网的主要商业运作模式即为通过投入大量成本以提升其流量，再通过流量变现进而实现盈利。此外，电竞直播平台通常为免费模式，普通用户收益转换率较低，活跃用户数量至关重要。但活跃用户往往与部分主播存在深度绑定、粘性较高。因此，优质主播的跳槽通常伴随着大量活跃用户的流失。综上，流量无疑是认定损失的重要因素，但流量的价值难以有直观的认可，法院仅能通过其他数据进行推算：

**（1）直播平台单用户估值。**根据目前市场上可以查询到的报告，诸多直播平台对于其平均单位活跃用户价值均有评估。在【**嗨氏案**】中，虎牙出具的《评估报告》的评估价值为 201.23 元/户，而在【**他神案**】中，援引其他判决中评估价值为 200 元/人。

**（2）平台日活跃用户减少数或者主播粉丝数。**一方面，平台可举证证明平台相关板块的日活跃用户量存在显著下降，并与主播跳槽行为有相关关系（如虎牙出具了相应的《检测报告书》）。另一方面，平台也可以通过举证主播的粉丝数、订阅数、人气值、人气榜排名等数据侧面证明可能流失的用户数量（如熊猫出具了他神在斗鱼直播间的订阅数以及微博粉

丝数据)。显然后者的证明效力较之前者显得较弱，判决结果也作证了这一点。

因此，在估值水平基本相当的情况下，主播名下的粉丝数将成为认定此种损失的重要砝码。【嗨氏案】中，嗨氏本人的微博粉丝高达 600 余万，且在斗鱼首播开播前的人气值即超过了 190 万（一审法院认为即使按十分之一来认定用户流失，虎牙的损失也有数千万元）。而在【他神案】中，他神本人微博粉丝不足 2 万，直播订阅数仅 7 万余。这些数据反映的是二人在为平台引流能力上的巨大差距，也能支撑两案在违约金数额上的差异。



(时至今日，二人的的人气值、粉丝数的对比)

## 2.平台培养成本：合作费用、培训费用、推广费用、技术费用

然而在加入虎牙以前，在战旗直播的嗨氏单机观众量仅超过 10 万，与他神的差距并不明显。主播的爆红背后，其固然有个人奋斗，但也需要考虑到平台为其推广所产生的支出。判决书中显示，虎牙为嗨氏提供了与王俊凯、张一山等知名演员合伙的机会，帮助其参与了《高能少年团》这一大型综艺节目，并且帮助其包装、获取了“王者荣耀第一人”的称号。同时，“首屏推荐直播位”及“王者荣耀列表 Banner”也成为推广费用的组成部分。

相反，熊猫直播对于他神的投入则较少。除去平台合作费约 33 万以外，并未成功举证其他的推广费用、培养成本的损失。因此，上海静安法院认定 57 万违约金有其合理之处。

## 3.收益分成损失：虚拟道具分成、广告赞助分成

除去少数大主播，大多数游戏主播的收益构成较为简单：

**固定合作费+虚拟道具分成（打赏）+广告赞助分成（如直播玩赞助商指定游戏）**

后两者收入，平台一般会按照一定比例予以抽成（常见为 5 成左右）。这些既是主

播的收益，也属于平台的可得利益损失。【嗨氏案】中，嗨氏自认半年的收益在 518 万左右（平均每月收益 86.3 万元），而【他神案】中他神 1 个月的礼品收入仅为 13.4 万元，同样存在显著差异。

#### 4.其他权益损失：直播视频的知识产权及相关收益

这一点在【他神案】的判决书中有所提及。游戏主播的直播视频大多基于游戏平台，并伴随主播一定程度的表演。对于游戏本身录制的视频，其著作权是属于玩家还是游戏公司存在一定争议，是否适用“类电作品”的保护也缺乏成熟判例指引。因此，此种收益虽然现实存在，但是否能够合法主张可能存在一定的争议。

不应被遗忘的是，【嗨氏案】与【他神案】中各方不同的诉讼策略、诉讼表现，对于案件走向产生了巨大的影响。

第一，**缺席审判**。【嗨氏案】中嗨氏缺席了一审庭审，在二审中才积极应诉、提出抗辩。但是二审法院对一审法院已经认定的事实通常不会做大幅调整。因此，即便主播真的有违约跳槽行为或平台有代主播“处理”的承诺，仍建议主播委托专业人士，通过积极应诉的方式将损失降至最低。若嗨氏在二审的抗辩理由在一审中能够提出，案件的走向可能大不一样。

第二，**起诉金额**。若仅从平台的角度出发，【他神案】中熊猫的起诉金额略显保守。若无其他考量因素，即便最终法院仍会调整违约金，但原告在起诉时也不建议主动对自己在合同中的合法权利做如此巨大的让步。在一些案件中，较高的诉讼请求也可能促使对方回到谈判桌前。

第三，**证据准备**。比较虎牙与熊猫的举证，可以明显看出虎牙一方的举证更为系统，准备也更加充分。无论是嗨氏造成的流量损失，还是嗨氏因跳槽后短期内获得的收益，虎牙均能够提供详实的证据佐证其主张。而熊猫可能是受到经营问题的影响，在证据准备方面则明显不足。

	虎牙诉 江海涛（嗨氏）违约金纠纷	上海熊猫互娱诉 杨英杰 违约金纠纷
起诉金额	4900 万元	200 万元
恶意违约	江海涛违约后短时间内获益达千万以上	熊猫拖欠杨英杰4万元合作费
合同约定	收回在虎牙直播平台已经获得的所有收益+赔偿 或 江海涛获取的所有收益的5倍 作为违约金 (以较高者为准)	根本性违约的赔偿金为： 所有合作费用+5000万+培训费和推广费
合同收益	1100万元	37万元
损失举证	公证书、鉴定报告、评估报告等	无法举证培训费、推广费等

### 三、违约金条款究竟该如何拟定？

#### 第一，固定违约金，且具有一定震慑性

综合案情，虎牙与熊猫的违约金条款存在一个共通点，即较高的固定金额违约金。该违

约金虽然带有明显的惩罚性色彩，但是考虑到行业内挖角、抢人的行为屡见不鲜，仍具有一定的合理性。

### **第二，约定违约金的计算公式**

此处建议学习虎牙的约定方式，即约定违约金计算公式，如约定已获得利益的倍数，或跳槽获益的倍数。建议将违约金计算公式与固定违约金组合使用，并以较高者为准，以更好地保证守约方的权利。

### **第三，明确定义损失的范围**

《合同法》支持的是当事人签订合同时**可以预见的损失**，故此处建议同时采纳熊猫的约定方式，即明确定义损失的范围，包括并不限于推广费用、培训费用、粉丝流失的损失、预期可得利益的范围、替代人员成本等。同时，此类损失也可以包含律师费、调查费等为解决纠纷而产生的费用。

### **第四，违约情形的全覆盖**

最后，建议在合同中将重大违约情形、一般违约情形、履行瑕疵情形尽可能的一一分类列明，为法院判断提供明确的依据。同时，此种约定方式也可在一定程度上减轻原告的举证责任。

## **四、在合同履行中，我们该保存什么？**

**第一，平台流量、粉丝的记录和存证：**这一点可以结合第三点一并做统计，并针对那些接受平台大力推广、具有一定影响力的优质主播做专门的跟进记录统计，而对于较小的主播保持一定频率的更新即可。

**第二，各类投入成本的及时确认：**一方面可以在续签合同时通过条款加以确认，另一方面也可以保留相关的财物凭证。这类成本包括并不限于推广费用、培训费用、平台维护费用等。

**第三，营销计划、培养计划和主播的沟通存证：**部分平台会通过专门的经纪公司有计划地培养、营销部分优质主播。即便主播在该营销计划正式开始前便跳槽，平台为此支付的前期费用以及后续营销可得收益分成也应当属于平台的损失。但仍建议平台就此内容与主播进行沟通，以证明该损失是可预见的。

**第四，平台品牌方签约内容的及时知会主播：**同第三点类似，平台有时会安排部分主播与品牌方签署合作协议。若主播跳槽可能导致合同目的落空、平台无法实现预期利益。此时同样建议平台就此内容及时通知主播。

**第五，平台方应按约履行，同时固定对方恶意违约的证据：**如平台方正常支付合作费的记录，以及相对方的其他违约行为（如直播时长不足、续约后立即违约等），或者在跳槽后发布的对原先平台的不实陈述。

今年上半年，电竞直播领域又爆出斗鱼平台与主播韦朕（俗称“韦神”、“GodV”）就违约跳槽发生争议。案件一审由湖北高院审理（(2019)鄂民初32号），判决韦朕支付违约金8522万。目前本案一审判决并未上网，案件可能在上诉过程中，预计可能会出现最高院判决，我

们也将对此持续保持关注。

财经网 关注

9-12 20:30

开庭公告

---

关联企业 **武汉鱼行天下文化传媒有限公司**

序号	案号	开庭时间	案由	当事人
1	(2019)鄂01民初9806号	2019-12-26 09:22	合同纠纷	上诉人/原告- 武汉鱼行天下文化传媒有限公司, 被上诉人/被告- 张福海, 第三方人- 广州虎牙信息科技有限公司
2	(2019)鄂01民初6142号	2019-12-26 09:00	不正当竞争纠纷	上诉人/原告- 武汉鱼行天下文化传媒有限公司, 被上诉人/被告- 广州虎牙信息科技有限公司, 被上诉人/被告- 张恒久
3	(2019)鄂01民初4702号	2019-08-21 09:23	合同纠纷	上诉人/原告- 武汉鱼行天下文化传媒有限公司, 被上诉人/被告- 天津市滨海新区游梦星空科技有限公司, 被上诉人/被告- 张恒久, 第三方人- 广州虎牙信息科技有限公司
4	(2019)鄂民初32号	2019-05-10 09:00	合同纠纷	上诉人/原告- 武汉鱼行天下文化传媒有限公司, 被上诉人/被告- 韦朕

【#国内直播违约第一案判决#：#韦朕被判赔斗鱼8522万元#，月薪曾达246万元】据@界面新闻 报道，6月12日，据斗鱼方面披露，湖北省高级人民法院日前对主播韦朕合约期内跳槽案件作出判决，判定韦朕（直播名：韦神）在合约期内跳槽其他平台的行为为故意根本违约，按照合同约定，判决韦朕向原告武汉鱼行公司支付违约金8522万元。这是截至目前为止，国内直播行业违约金最高的跳槽案。

判决书显示，韦朕在合同签订两个月后，2017年12月6日便私自跳槽至虎牙平台进行直播，并且通过其新浪微博账号多次发表有损鱼行公司、斗鱼平台名誉的言论。跳槽的“根本违约”加上散播不实言论的“单项违约”构成了这次案件的天价违约金。

一审判决书中，还透露了韦朕作为主播在斗鱼平台的最高月薪：判决书显示，鱼行公司于2017年11月24日通过银行转账的方式向韦朕文化付款246万元。@国内直播违约第一案判决：韦朕被判赔斗鱼8...

[查看翻译](#) [编辑历史](#)

（本文首发于2020年9月29日）

2020年第三季度

# 民法典与合同管理

星瀚法律评论

## 《民法典》发布后，企业业务文本如何避免“格式条款”危机

卫新、周徐乐

商业环境中，以第三方付款作为给付条件的约定颇为常见。例如，某广告公司与项目搭建商签订《品牌活动搭建服务合同》，付款条款为：“在品牌方支付款项后的30天内由搭建商开具发票，广告商于收到发票后的90天内付款。如果品牌方未支付费用的，搭建商无权主张搭建费”。

该类合同通常由公司法务部门提供模板给业务员，由业务员发送给相对方。合同订立过程中，搭建商未对模板作出任何修改；合同履行完毕后，广告商以品牌方未付款为由拖欠搭建商搭建费。此时，搭建商能否主张付款条件为格式条款而否定其效力？

本文将结合《民法典》有关格式条款规定的变化要点，分析企业应如何避免常用的业务合同模板被认定为格式条款。

### 《民法典》对格式条款适用与效力的厘清

现行法律体系中有关格式条款的规定，主要由《合同法》第39条和第40条，以及《合同法司法解释（二）》第9条和第10条进行调整。该立法体系存在一定的缺陷：

一是条款效力存在冲突。《合同法司法解释（二）》第9条规定，违反《合同法》第39条规定者可撤销，但《合同法》第40条规定的条款效力却是无效。撤销权的行使以条款有效为前提，与“条款无效”的效力认定相互矛盾。并且，撤销权的行使有一年除斥期间限制，影响相对人的保护。

二是格式条款无效的认定情形过于宽泛，未充分考虑合同订立的商业背景。部分格式条款尽管在形式上加重相对方义务，减轻己方责任，但结合其内在商业逻辑理解，该项条款约定是存在合理性的，因此不能一概认定其效力为无效。

《民法典》的相关规定就上述问题进行了厘清：

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

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

#### **《民法典》第四百九十七条**

有下列情形之一的，该格式条款无效：

- （一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；
- （二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；
- （三）提供格式条款一方排除对方主要权利。

以上条款清晰地呈现出了格式条款效力审查的三个层次：

首先，判断系争条款是否属于格式条款。

根据《民法典》第 496 条第 1 款对格式条款的定义，“预先拟定、反复使用”是格式条款具备的形式特征，“订立合同时未与对方协商”是格式条款具备的实质特征。我们认为，无论条款被单次使用或重复使用，只要由当事人一方事先制定条款或提供合同文本，订立时与对方未进行磋商或毫无磋商余地的，就应当落入格式条款范畴。

其次，判断格式条款是否成为合同的内容。

根据《民法典》第 496 条第 2 款的规定，提供格式条款一方未尽提示说明义务的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。换言之，该格式条款被视为在合同中不存在，和没写入合同的法律效果是一样的。与原有立法相比，未尽提示说明义务的格式条款效力不再是可撤销的，而是从根本上无法成为合同内容的一部分，更不涉及条款效力的问题。

最后，判断格式条款是否构成无效的法律情形。

《民法典》第 497 条关于格式条款的无效规定了三种情形，其中第一项和第三项情形与原《合同法》的规定保持一致。《民法典》第 497 条第 2 项规定，“提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利的，该合同条款无效。”该项规定与之前相比，增加了“不合理”的限定，使得部分基于特殊商业背景订立的减轻己方责任、加重相对方义务的格式条款有了生存空间。

### 企业应对格式条款效力审查的三道防线

公司作为商业交易中提供合同模板的一方，如何避免其提供的业务文本在司法裁判中被认定为无效的格式条款，需提前设置以下三道防线：

第一，体现协商过程，避免系争条款被定义为格式条款。格式条款的核心特征在于订立合同时，提供业务文本一方未与相对方协商沟通。为显示合同订立过程中双方的平等协商地位，公司法务可以在与对方往来邮件中使用“根据双方之前多次沟通的结果，拟定如下模板……”等表述，或者在其他沟通渠道中注意留痕，以表明相对方就拟定的条款享有磋商余地。

第二，扩大提示和说明义务范围，避免条款不能成为合同的内容。与《合同法》第 39 条相比，《民法典》第 496 条新增“与对方有重大利害关系的条款”规定，将提示和说明义务的范围进一步扩张。根据不同的合同性质，付款期限、违约责任、管辖约定等条款都有可能成为“重大利害关系条款”。

尤其在软件用户协议中，用户只面临“同意”或“不同意”两种选择，不存在协商空间。这就要求《用户协议》的制定方，一方面扩大提示和说明义务范围，用下划线、加粗、斜体等方式突出强化所有涉及对方重大利益的条款，另一方面补充设置有关用户协议的问答，帮助用户更好地理解协议内容，充分表达制定方企图与用户沟通、向用户解释条款内容的意愿，从而避免条款被剔除出合同内容。

第三，交待合同背景，证明格式条款内容的合理性。当格式条款成为合同内容的一部分，也并不意味着该条款必然有效，还有可能被认定为“不合理地减轻己方责任，加重相对方义

务”而导致条款无效。换句话说，若该格式条款“减轻己方责任、加重相对方义务”的约定具备合理性，则该条款有效。因此，证明格式条款内容的合理性成为关键。

例如，企业与供应商订立反舞弊条款，通常会约定供应商的配合调查义务、编制自查和说明报告的义务等，看似加重了供应商合同履行的负担。但事实上，优选供应商入库，本身给供应商带来更多的商业合作机会和商业优待。在此处使供应商负担更多对企业的诚信义务，符合商业对等原则，不可谓不合理。故应对未来可能面临的合理性审查，企业需事先在合同中对合同订立的背景、所处行业的商业逻辑、隐含的商业优待等做充分的阐述，以证明条款订立内容的合理性所在，避免条款被认定为无效。

### 结语

《民法典》重新调整格式条款的部分规定，消除了原有立法存在的缺陷，构建起逻辑清晰的效力审查层次。

为适应《民法典》带来的立法变化，企业应当主动了解，并及时结合自身情况对合同体系做出相应调整。通过主动协商、扩大提示说明义务和交代合同背景等举措，设置应对格式条款效力审查的三道防线，尽最大可能保证企业对外订立的合同条款的有效性。

（本文首发于 2020 年 7 月 6 日）

## 《民法典》时代，企业如何应对违约方终止合同请求权

卫新、周徐乐

从《九民纪要》第 48 条到《民法典》第 580 条第 2 款，有关违约方终止合同请求权的表述一再改动，给商业社会中的合同履行带来影响。法律是否真正赋予了违约方解除合同的权利？企业应如何设计合同来预防交易相对方提出的违约方解除合同的风险？

本文将从《九民纪要》发布后的首个违约方解除权案例出发，结合相关法律规定及实务经验，为企业修订合同、适应新法变化提出几点法律建议。

### 《九民纪要》后的违约方解除权第一案

重庆学生小奕，因其优秀的唱跳才艺被某演艺公司选中，两年前受邀来到上海，成为一名接受公司专业培训的练习生。小奕的父母作为监护人替小奕与演艺公司签订了长达 11 年的《艺人合同》。然而在履行一年多后，小奕便决定继续回到原籍学习，并于 2018 年 8 月正式向公司提出解约。由于双方协商未果，小奕诉至法院请求判令解除合同，理由是公司在教唆未成年人外出喝酒、在节目中抹黑艺人形象和违反教育部有关借读规定等行为，构成根本违约。但审理中法院对于上述事实均未予认定。

一审法院认为，双方合同合法有效，并且公司也根据合同履行了相关义务，不构成根本违约，驳回了小奕的诉请。小奕不服一审判决，提起上诉。

二审过程中，适逢《九民纪要》出台，其中第 48 条规定：“违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：

- (1) 违约方不存在恶意违约的情形；
- (2) 违约方继续履行合同，对其显失公平；
- (3) 守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。

人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。”

于是，上海市一中院首次适用《九民纪要》第 48 条违约方起诉合同解除的规定，认为：第一，小奕为专心学业参加高考而不履行合同，不属于恶意违约的情形；第二，若继续履行合同，必然影响小奕的学业，进而影响其人生道路发展，对其显失公平；第三，小奕早已返回原籍就学，合同已近两年未实际履行，且缺乏继续履行的现实基础。在此情形下，演艺公司仍拒绝解除合同，有违诚实信用原则。故二审法院认定小奕符合违约方解除条件，改判合同解除。

### 合同僵局的司法实践及比较法处理

对于持续性合同中因重大原因变更导致合同履行受阻，有解除权的守约方拒不解除，以

致合同陷入僵局的情况，我国立法上原无相关规定。司法实践中，各级法院常通过将《合同法》第 110 条第 1 款第 2 项的抗辩权解释为“解除权”，予以类推适用；或者依据诚实信用原则对个案进行裁判，破解合同僵局，比如 2006 年最高法公报的冯玉梅案。但由于欠缺上位法依据，法院为实现个案正义而援引的合同法第 110 条，在裁判说理过程中显得十分牵强。

对此，我们可以从国外的立法实践中找到借鉴。比如德国法规定了继续性合同的重大事由终止权来化解合同僵局。《德国民法典》第 314 条第 1 款规定：“合同当事人任何一方可以由于重大原因而通知终止继续性债务关系，无须遵守通知终止期间。在考虑到单个案件的全部情事和衡量双方利益的情况下，将合同关系延续到所约定的终止时间或延续到通知终止期间届满之时，对通知终止的一方来说是不能合理地期待的，即为有重大原因。”因此，该条款赋予合同当事人在丧失长期关系信赖基础，或继续维持有违诚信原则的情况下，基于“重大原因”终止合同关系的权利。

### 民法典关于破解合同僵局的立法博弈

弥补上位法空缺，化解合同僵局的难题，是民法典编纂过程中的重要任务，也一直是颇具争议的理论问题。早在民法典一审稿和二审稿时期，“违约方诉请解除合同的权利”被置于民法典的合同解除体系之下，引发学界的激烈争论。但是，迫于“违约方解除权”所面临的道德性及正当性压力，立法者不得不在民法典三审稿时删除了这一规定。等到《民法典》草案上会前夕，该条款被置于第 580 条第 2 款重新提交审议。本次调整将该条款续接在原《合同法》第 110 条之后，体系上属于违约责任范畴，不再局限于对“持续性合同”的调整，并回避敏感的“解除”字眼，改采“终止合同权利义务关系”的缓和表述。

#### 《民法典》第五百八十条

当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：

- （一）法律上或者事实上不能履行；
- （二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- （三）债权人在合理期限内未请求履行。

有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

结合《民法典》第 580 条第 2 款的立法背景，对照《合同法》第 110 条和《九民纪要》第 48 条的规定，我们认为需注意以下几点：

第一，民法典一改草案和《九民纪要》使用的“违约方解除”等相关表述，采用“终止合同权利义务关系”的概念，其法效果有待明确。理论上，“合同权利义务终止”往后发生法律效力，无溯及力。对于合同终止前双方已经履行的部分，是否可以适用合同解除对应的法律效果，或者应当适用其他何种法律效果，未予明确。

第二，民法典承继《合同法》第 110 条的规定，强调履行不能的客观事实，《九民纪要》则同民法典一审、二审稿保持一致，还强调“违约方是否恶意”、“守约方是否有违诚信”等履行不能的原因；

第三,《民法典》和《九民纪要》之规定为违约方通过诉讼摆脱债的关系提供法律依据。若不严格限制其法律适用,易将大量非金钱义务通过违约方请求法院终止合同关系的方式,转化为损害赔偿等金钱义务予以替代。

### 合同僵局的现实成因

要理解法律规定背后的逻辑,首先需要思考合同僵局的现实成因。我们认为,造成“合同僵局”的原因主要有如下几点:

#### 1.当事人间违约责任约定的缺失

实践中,当事人间对于非金钱义务不履行的违约责任往往未事先明确。若守约方行使解除权,对方依据合同约定需履行的非金钱义务将转化为损害赔偿责任。但是,守约方所遭受的实际损失通常难以确切评估或量化,也难以举证证明。因此,拥有解除权的守约方不愿主动解除合同,致使双方陷入合同僵局。

#### 2.法院对违约责任的法定调整

违约金的适用以填补损害为原则,故法院对于当事人约定的违约金数额拥有一定自由裁量权。即使当事人事先约定了高额违约金,考虑到违约行为与实际损失很难对应折算成金钱债务,该违约金仍有被法院调整的可能。如此一来,守约方便丧失了通过行使解除权,追究对方违约责任的动力。

#### 3.当事人为摆脱合同展开的利益博弈

有效的合同对于当事人具有同等拘束力,但双方想摆脱合同关系的急迫性并不相同。当违约方急于摆脱合同,手握解除权的守约方便会利用这一点与对方展开利益博弈,迫使违约方妥协并接受己方提出的方案。因此,合同僵局也有可能是商业博弈的环节。

### 企业的合同应对方案

《民法典》和《九民纪要》的规定,在特殊情形下赋予了违约方摆脱合同的主动权,促使违约方应当承担的非金钱义务向违约损害赔偿的金钱义务转化。

为防止违约方滥用权利,逃避非金钱义务的履行,我们认为,守约方有必要在合同违约责任部分提前筹划,规避实际损失难以界定的风险。

鉴于《民法典》第585条第2款的“违约金调整”条款,相较于《合同法》第114条的规定,给予法院更多“违约金调整”的自主决定权,意味着当事人间事先约定的意定违约金拥有更多被法院支持的可能性。因此,我们提出如下建议:

#### 1.针对性的违约责任条款设计

经双方协商同意,可以对违约方“请求法院终止合同权利义务”的行为本身约定特殊的违约金,并且不影响其他违约责任的承担。通过这种针对性违约金条款的设计,能从侧面抑制违约方主动寻求摆脱合同。

#### 2.针对主给付义务设置更完整的违约责任层次

对于非金钱义务,根据不同的违约程度,设置替代履行标准、迟延履行金和一次性违约金等多种违约责任层次,从而在法院判令终止合同权利义务后,为原给付义务的履行不能提

供相应的、明确的对价标准。

### 3.明确从给付义务、附随义务的违约责任

对于合同的从给付义务和附随义务，如提供发票、配合公司证照章交接等，也要提前约定违约金、迟延金等明确具体的违约责任，避免因违约方终止合同权利义务关系，导致守约方事后无法证明其实际损失，难以向对方主张。

### 4.约定结算和清理条款

根据《民法典》第 567 条规定：“合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力”。因此，有必要在解除条款之外，对已经履行的部分独立制作结算和清理条款，提前对当事人间合同终止后的利益状况作出安排。

## 结语

《民法典》和《九民纪要》的规定，在法律层面为违约方摆脱合同僵局提供了可行路径。同时也需警惕，违约方的该项权利有被滥用和扩张的风险。为应对违约方逃避原合同义务，守约方损失难以界定的情况，我们建议在合同中预先设置完善的违约责任体系，以期最大程度保障守约方利益。

（本文首发于 2020 年 7 月 21 日）

# 《民法典》保证合同的 7 点重大修改

徐沁芳

2020 年 5 月 28 日,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)颁布,并将于 2021 年 1 月 1 日起实施。其中典型合同分编中增加了保证合同一章,我们就《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法司法解释》)《民法典》为大家做了对比、梳理以及解读如下:

## 1、保证合同的独立性条款无效

《担保法》	《民法典》
<p>第五条 担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。<b>担保合同另有约定的,按照约定。</b> 担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。</p>	<p>第六百八十二条 保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,保证合同无效,<b>但是法律另有规定的除外。</b> 保证合同被确认无效后,债务人、保证人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。</p>

此前《担保法》规定当事人可以约定保证合同的效力独立于主合同,主合同无效不影响保证合同的效力。《民法典》实施后,保证合同都需要符合担保的从属性要求,且只允许法律规定除外情形,当事人自行约定无效。如果主合同无效,担保合同亦无效,当事人只能根据过错情况请求过错方承担相应责任。

## 2、保证责任约定不明,为一般保证

《担保法》	《民法典》
<p>第十九条 当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照<b>连带责任</b>保证承担保证责任。</p>	<p>第六百八十六条 保证的方式包括一般保证和连带责任保证。 当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照<b>一般保证</b>承担保证责任。</p>

这一条修改可谓是保证合同最重大的变化。此前根据《担保法》规定,保证方式约定不明的,按连带保证承担保证责任,《民法典》实施后,将变更为按一般保证承担责任。

连带保证是指保证人和债务人对债务承担连带责任,而一般保证是指债务人不能履行债务时,由保证人承担保证责任。一般保证相比连带保证最大的区别在于,一般保证人对债权人享有先诉抗辩权,也就是说,在主债务未经审判或者仲裁,并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前,一般保证人有权拒绝承担保证责任。但先诉抗辩权的行使也存在例外情形,如债务人下落不明,且无财产可供执行或人民法院已经受理债务人破产案件等。

### 3、一般保证先诉抗辩权的例外情形修改

《担保法》	《民法典》
<p>第十七条</p> <p>当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。</p> <p>有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利：</p> <p>（一）<b>债务人住所变更</b>，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的；</p> <p>（二）人民法院受理债务人破产案件，<b>中止执行程序</b>的；</p> <p>（三）保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。</p>	<p>第六百八十七条</p> <p>当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：</p> <p>（一）<b>债务人下落不明，且无财产可供执行</b>；</p> <p>（二）人民法院已经受理债务人破产案件；</p> <p>（三）<b>债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力</b>；</p> <p>（四）保证人书面表示放弃前款规定的权利。</p>

上文我们提到，在主债务未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，一般保证人有权拒绝承担保证责任，这也就是先诉抗辩权，这次《民法典》中行使先诉抗辩权的例外情形有所修改，还增加了“债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力”作为例外情形。

### 4、保证期间约定不明的，为六个月

《担保法》	《民法典》
<p>第二十五条</p> <p>一般保证的保证人与债权人<b>未约定</b>保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起<b>六个月</b>。</p> <p>第二十六条</p> <p>连带责任保证的保证人与债权人<b>未约定</b>保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起<b>六个月内</b>要求保证人承担保证责任。</p>	<p>第六百九十二条</p> <p>保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。</p> <p>债权人与保证人可以约定保证期间，但是<b>约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月</b>。</p>
<p>《担保法司法解释》</p>	
<p>第三十二条</p> <p>保证合同约定的保证期间<b>早于或者等于</b>主债务履行期限的，视为<b>没有约定</b>，保证期间为主债务履行期届满之日起<b>六个月</b>。</p>	<p>债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满</p>

保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。	之日起计算。
--	--------

此前，很多债权人为了尽可能长时间的保障债权的实现，约定“保证期间自主债务履行期限届满之日开始起算，直至主债务本息还清时为止”，按照《担保法司法解释》第32条的规定，这类约定视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。但《民法典》最新的规定中删除了上述表述，我们认为，这种情况下并不是对当事人继续自行约定“保证期间直至主债务本息还清时为止”的认可，而应视为约定不明，适用六个月的保证期间，不再是两年。

#### 5、一般保证诉讼时效起算点修改为“从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起算”

《担保法司法解释》	《民法典》
第三十四条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的， <b>从判决或者仲裁裁决生效之日起</b> ，开始计算保证合同的诉讼时效。 连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。	第六百九十四条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的， <b>从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起</b> ，开始计算保证债务的诉讼时效。 连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

根据《民法典》的规定，除非例外情形，一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并**就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前**，有权拒绝向债权人承担保证责任。而原来的司法解释规定保证合同的诉讼时效起算点为“**判决或者仲裁裁决生效之日起**”与上述先诉抗辩权中债权人与债务人之间的**债务须经强制执行仍不能履行**的规定并不一致，因为判决或仲裁裁决生效并不能直接得出债务人无法履行债务的结论，本次《民法典》对此进行了优化，“**保证人拒绝承担保证责任的权利消灭**”的情形，例如“**债务经强制执行仍不能履行**”导致先诉抗辩权的消失，或者出现先诉抗辩权的例外情形，这种情况下保证人拒绝承担保证责任的权利消灭。

#### 6、事先约定禁止转让债权的，债权人转让债权需经保证人书面同意方可对保证人发生效力。

《担保法》	《民法典》
第二十二条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的， <b>保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任</b> 。保证合同另有约定的，按照约定。	第六百九十六条 债权人转让全部或者部分债权， <b>未通知保证人的，该转让对保证人不发生效力</b> 。

<b>《担保法司法解释》</b>	保证人与债权人 <b>约定禁止债权</b> 转让，债权人未经保证人书面同意转让债权的，保证人对受让人 <b>不再承担保证责任</b> 。
第二十八条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人 <b>事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任</b> 。	

原《担保法》规定，债权转让后，保证人在原保证范围内继续承担保证责任。《民法典》有所修改，调整为未通知保证人，对保证人不发生效力。也就是说，以后债权转让不仅要通知债务人，还需通知保证人。但这并不意味着保证责任因此消灭，应当认为保证责任此时处于待定的状态，若债权人未履行通知义务，保证人无需承担保证责任；若事后债权人通知了保证人，则保证人应对债权受让人承担保证责任。

如果债权人与保证人之间已有禁止债权转让的约定，但债权人又进行债权转让的，除非另外取得保证人书面同意，否则保证责任消灭。

#### 7、保证人向债务人追偿权可约定排除

<b>《担保法》</b>	<b>《民法典》</b>
第三十一条 保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。	第七百条 保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

根据《担保法》的规定，保证人承担保证责任后可以向债务人追偿，这属于法定权利，但《民法典》新增了“当事人另有约定除外”，也就是说，当事人可以自行约定排除这种追偿权。

#### 小结

《民法典》中关于保证合同的保证范围、第三人加入债务对保证责任的影响、多个保证人对保证份额未明确约定情形下保证责任的承担等问题都有一定的调整，不论是作为债权人、保证人还是债权的受让人，都需及时关注相关规定的变化，在进行民事活动时合理预判相应责任及风险。

（本文首发于 2020 年 8 月 5 日）

# 《民法典》背景下，应当如何约定保证合同

张宸灏

《民法典》将保证合同纳入合同编，并在《合同法》、《担保法》及其他司法解释的基础上，对保证合同的相关规定作了较大幅度的修改。本文将结合实务案例和法条内容，重点分析保证方式约定不明、共同保证人内部追偿权的规定变化分别给作为保证人、债权人的企业带来的影响，并提出可能的应对策略。

## 一、案情介绍

原告 A 是一家商业银行，被告 B、P 是有限责任公司，被告 Q 是股份有限公司。其中，被告 B 项下设有 X、Y、Z 三家子公司。

A 银行与 B 公司签订了一份《综合授信合同》，约定 A 向 B 及其子公司 X、Y、Z 提供 5.6 亿元的最高授信额度。

在此《综合授信合同》的基础上，A 银行与 B、X、Y、Z 共签署了 7 份《流动资金贷款借款合同》，约定 B、X、Y、Z 分别使用 1000 万、1 亿、2 亿、2.5 亿元的最高额度。

B 公司为其三个子公司的 3 个债务提供保证，但相应的保证合同中并未约定保证方式。P 公司和 Q 公司则为全部 4 个债务提供连带责任保证。

此后，A 银行如期提供了全部贷款额，但是，B、X、Y、Z 均未按期偿还贷款及利息。A 银行起诉 B、X、Y、Z 要求偿还贷款，并起诉 P、Q 要求承担连带责任。（该案情根据（2015）吉民二初字第 6 号案例改编）

债权人	债务人	债务范围	保证人	保证范围	保证方式
A 银行	B 公司	0.1 亿	P、Q	均为 0.1 亿	均为连带责任保证
	X 子公司	1 亿	B、P、Q	均为 5.5 亿	B 未与 A 约定保证方式，P、Q 均为连带责任保证
	Y 子公司	2 亿			
	Z 子公司	2.5 亿			

（各方法律关系图示）

## 二、保证方式约定不明的分析

本案中，由于 A 银行与 B 公司签订的保证合同中未约定保证方式，在现行的法律框架下，依据《担保法》第 19 条之规定：“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。”B 公司作为保证人需要对三个子公司共计 5.5 亿元的债务承担连带责任。

但是，如果本案发生在《民法典》生效后，按照《民法典》第 686 条第 2 款的规定：“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。”

那么，A 银行必须先行起诉债务人 X、Y、Z 要求偿还，并在强制执行 X、Y、Z 三个公司的财产且债务仍未得到清偿时，或者符合《民法典》第 687 条规定的除外情形时，才有权请求 B 承担一般保证责任。

由此可见，一般保证方式大大降低了 B 公司的责任负担，《民法典》对保证人的侧重保护可见一斑。

### 三、对共同保证人内部追偿权的分析

#### （一）《担保法》及《担保法解释》下共同保证人之间的追偿权

现行法下，保证人在承担保证责任后，将获得原债权人对债务人的权利，以及向其他连带保证人内部追偿的权利。《担保法》第 12 条以及《担保法解释》第 20 条第 2 款对该内部追偿权作了规定。

根据该规定，我们可以归纳出追偿权的行使要件：

- （1）主体：已经承担保证责任的保证人；
- （2）对象：其他连带责任保证人；
- （3）方式：各连带保证人按约定比例分担，无约定则均分。

结合上述要件，我们来分析现行法下保证人内部追偿权的行使。根据案件情况，B 公司的保证方式被现行《担保法》推定为连带责任保证，故本案中存在 3 个连带保证人：

债权人	保证人	保证范围	保证方式
A 银行	B 公司	X、Y、Z 共 5.5 亿元债务	连带责任保证
	P 公司	B、X、Y、Z 共 5.6 亿元债务	
	Q 公司	B、X、Y、Z 共 5.6 亿元债务	

若 Q 公司已承担了 5.6 亿元的保证责任，之后向债务人 B、X、Y、Z 进行追偿。假设 Q 只向 B 追偿到了 0.1 亿元，那么 P、Q 为 B 承担的 0.1 亿元连带责任归于消灭。由于 X、Y、Z 无力偿付剩余 5.5 亿元，因此 Q 可以向 B、P 就该 5.5 亿元追偿。

因为在连带共同保证人 B、P、Q 内部，没有约定各自承担的责任份额，因此根据方式要件，B、P、Q 应当平均分担 5.5 亿元，即每人承担 1.833 亿元。

因此，Q 有权追偿的总额为：B 偿付的 0.1 亿元 + B 负担的 1.833 亿元 + P 负担的 1.833 亿元 = 3.767 亿元。

#### （二）《民法典》生效后，保证人承担保证责任后，是否可以向其他保证人行使追偿权？

在《民法典》的规定下，保证人之间是否有内部追偿权的问题目前争议较大，主要有两种观点：第一种观点认为保证人之间无追偿权，《民法典》第 700 条虽然对已承担保证责任的保证人能否向其他保证人追偿没有作出明确规定，但这一条款内容对《担保法》《担保法司法解释》的相关规定没有承继或吸收，同时结合《九民纪要》中混合担保的相关规定，应

认为除非当事人之间另有约定，否则已承担保证责任的保证人不能向其他保证人追偿，只能向债务人追偿。另一种观点认为，《九民纪要》只是规定混合担保中担保人之间的追偿权需要明确约定，并未否定保证人之间的追偿权，《民法典》出台后保证人之间仍应可以行使追偿权。保证人之间的追偿权可以依据《民法典》第 700 条保证人法定代位权及《民法典》第 519 条规定的连带债务相关条款来向其他保证人追偿。

需要注意的是，按份共同保证/连带共同保证要和一般保证/连带责任保证区分开来。一般保证和连带责任保证讨论的是保证人和主债务人之间的关系，而按份/连带共同保证讨论的是保证人之间的相互关系。对于共同保证中保证人之间是按份保证还是连带保证，需要看保证合同是否有明确约定，若约定保证人之间是按份保证责任，那么债权人根据保证人各自的保证份额主张权利；若约定保证人之间是连带共同保证，那么各个保证人对债权人的保证责任则为连带债务；若未明确约定保证份额的，债权人应根据保证合同约定的保证范围来主张权利，保证范围未明确的，可以根据《民法典》第 691 条的规定来确定。

#### 四、建议债权人：注意保证方式的约定

对作为债权人的企业而言，尤其需要注意保证合同中保证方式的约定。如果约定不明或者没有约定，保证方式将一律被推定为一般保证，除《民法典》第六百八十七条规定的除外情形，债权人只能先行请求债务人偿付，直至强制执行完毕债务人财产无效果后，才能请求一般保证人承担责任。这无疑需要债权人付出更大的诉讼成本、执行成本，并不利于尽快实现债权。

在约定保证方式时，需要格外注意以下两点。

##### 1、“不能按期履行债务”≠“不能履行债务”

(2008)民二终字第 106 号案例中，最高院认为：“不能”字样与“按期”结合在一起使用，则不能将其理解为确实无力偿还借款的客观能力的约定，仅是表明到期不能偿还即产生保证责任。因此，在该案中法院认为“债务人不能按期履行债务，保证人承担保证责任”的类似约定亦应认定为双方达成承担连带保证责任的意思表示。但在现行《民法典》框架下，若约定不明，保证人仅需承担一般保证责任，因此“债务人不能按期履行债务，保证人承担保证责任”的约定也存在被认定为“约定不明”，从而需要适用一般保证责任的可能。

##### 2、推定不出连带保证的，认定为一般保证

当合同条款表述方式无法推定出连带保证时，将被认定为一般保证。实践中，此类表述方式往往有“代替偿还”、“接到通知后代为偿还”、“无条件承担责任”等等。

#### 五、建议保证人：内部分额的约定

《民法典》第 700 条，“保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人利益”，其中“除当事人另有约定”的表述，可以为保证人适用内部求偿权提供另一条途径。在标的

额较大的债务中，共同保证人之间应当以合同形式约定保证人之间是连带还是按份的保证责任，若是按份保证责任，需明确各自承担的份额。此外，保证人需要视自身和其他保证人履行保证责任的能力，决定是否要约定保证人之间的内部追偿权。

总之，《民法典》虽从保护保证人的角度出发，重新规定保证合同，但仍旧给企业的增信手段、对外担保等方面造成不小的影响。在保证人之间能否相互追偿的问题尚未有定论前，企业更应当关注对保证合同条款作相应的修改，以最大程度避免将来的纠纷。

（本文首发于 2020 年 9 月 7 日）

# 《民法典》对明星、网红们的肖像使用有哪些影响

陈欣皓

在《民法典》中，首次将人格权编单独成编单列，这不仅在我国的立法中是首次，在全世界范围内也不多见，也体现出立法者对于人格权的这一基础权利的重视。肖像权作为人格权的重要组成部分，本次《民法典》也对于肖像权的定义、合理使用制度、肖像权许可合同解释等方面进行了较多创新的规定。那么这些内容对于法律实务将会造成哪些影响？本文将进行讨论。

## 一、肖像权侵权不以“营利”为必要条件

在《民法通则》中，规定“公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像”。而随着移动网络的快速跃进，以及手机的摄影摄像功能降低作品创作的门槛，海量的“肖像作品”已充斥在我们生活的各个角落。此前，一些使用行为还能躲在“不以营利为目的”的宽阔护城河的后方，而在《民法典》实施后，则要根据第 1020 条规定的合理使用制度，来规范使用行为。

在目前的法律框架下，肖像权侵权诉讼的侵权人往往会抗辩其使用权利人的肖像不以营利为目的，因此不构成侵权，例如在“公益性质广告中使用”、侵权人本身不具有营利性质等等，但通过这些“蹭热度”地使用肖像行为，又会给侵权人带来用户关注度提升、曝光量提升等优势，从而获取间接商业利益，或实现其最终商业目的。

界定是否是“营利性使用”越来越困难也不符合社会现实，本次取消后以合理使用制度作为替代，无疑是立法技术的一大提升。

## 二、区分肖像权人与肖像权利作品

肖像权作为典型的人格权，其权利的积极行使需要一定的载体予以固定；另一方面，肖像权又同时具有人身和财产双重属性，而对于明星、网红、甚至是每一个领域内的“头部”人士来说，肖像权的财产价值属性甚至大于其人身属性。

《民法典》1019 条中首次在立法中出现了“肖像作品”、“肖像作品权利人”的概念，也即肖像权人即使同意第三人将其肖像制作成肖像权利作品，但这也不意味着肖像权人必然同意肖像作品权利人以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用肖像。

也即在一般情况下，完整地使用肖像权人肖像的过程应当是：肖像权人许可制作肖像作品——肖像作品创作完成——肖像权人许可使用肖像——肖像作品权利人使用肖像作品。

这一条的实务意义在于部分肖像权人许可制作肖像作品（往往就是拍照）的行为是带有一定限制条件的，最典型的场景就是去影楼或聘请摄影师拍摄各类照片，这一行为必然是许可影楼或摄影师使用肖像权利人的肖像制作肖像作品；然而摄影师作为这些肖像作品的权利人，当然无法自由行使使用这些肖像作品的权利。

此外，还有部分肖像作品的制作本就带有私密性质，不适宜进行公开使用，但部分肖像

作品权利人出于报复、泄愤等心理恶意进行发表、复制，对肖像权利人造成重大损害，不仅侵犯肖像权、隐私权，更有可能构成刑事犯罪，造成恶劣的社会影响。

本次“二段式”授权的模式，对肖像作品权利人使用作品的行为进行了规制，在制作相应许可合同时，也应当对于相应权利进行更明确的约定。

### 三、肖像权合理使用制度

《民法典》中规定了五种可以不经肖像权人同意，使用肖像的行为。在这其中，容易产生争议的是第二种，也即“为实施新闻报道，不可避免地制作、使用、公开肖像权人的肖像”。

在这一条中，并未对实施的主体进行限定。在律所内部，律师们对该问题的认定也存在一定分歧。一部分认为，虽然没有明确主体，但是新闻报道是一个专有名词，只有取得了相应资质的专业媒体才可以实施新闻报道行为；而本人则倾向性认为，此处的新闻报道是一个泛指概念，随着微博、微信公众号等平台的兴起，来自民间的自媒体们的自发性报道、舆论监督是对于传统媒体非常好的补充，如果一刀切地将合理使用的范畴限制于传统媒体，无疑将极大限制自媒体的新闻报道功能，也不符合目前的实际情况。

当然，也要警惕部分自媒体因为从业成本低，监管尚未健全的漏洞，以“新闻报道”为名，实际进行的则是侵犯他人肖像权、隐私权的违法行为。典型的即“狗仔”偷拍的行为。以往这些行为针对的都是娱乐明星等公众人物，一般认为，公众人物因其职业的特殊性，天然让渡了一部分的肖像权；但现在一些自媒体为了博人眼球，增加关注度，发表或转载了针对非公众人物的、未经肖像权人许可的肖像作品。这种行为显然具有不正当性，不属于合理使用的范畴。

综合来说，无论是哪一种合理使用的行为，都仍应当符合公序良俗和社会普遍的道德准则。

### 四、肖像许可使用合同的新约定

实践中，各类主体不但会单独签署肖像权许可使用合同，更多的是将肖像权许可使用的约定作为一部分内容，约定在《演艺经纪合同》、《广告代言合同》等等的综合性、复杂性的无名合同之中。

《民法典》新增了两条对于肖像许可使用合同的规定，分别是 1021 和 1022 条，而这两条从内容上来看，都是倾向于保护肖像权人的。在民法典正式实施之后，对于这些合同的相关约定，也需要进行一定的调整和完善。

第 1021 条约定，肖像许可使用合同中，关于肖像权使用条款的理解有争议的，应当作出有利于肖像权人的解释。需要注意的是，仅在对于肖像权使用条款的理解有争议的时候，才可以适用该条款进行解释。对于其他的通用条款，如管辖、违约责任、通知、生效等内容，则不应适用该条款的约定。

此外，在最高院出版的《民法典理解与适用》中，也提出了需要区分合同解释和合同漏洞填补的区别。如争议内容合同根本没有约定，应当属于合同漏洞，也不应适用该条款进行有利于肖像权人的解释，应按照《民法典》第 510 条、511 条的规定进行处理。

而第 1022 条则是对于肖像权许可期限的约定，如许可期限没有约定或约定不明，任意一方都可以随时提出解除；如约定明确，肖像权人有正当理由的，也可以在通知后解除，但需承担违约责任。

目前的《演艺经纪合同》、《广告代言合同》、《新媒体推广合同》中，对于肖像权许可期限往往没有约定，或仅有一个笼统的期限约定，这将导致该条款落入第 1022 条第一款约定的“没有约定或约定不明”，肖像权人将享有相应的解除权，被许可方将陷入极为被动的局面。

因此，建议根据《民法典》的新规，对于合同中有关肖像权许可期限的内容进行更新，以免造成合同效力的不稳定。

虽然《民法典》对于肖像权仅有六条条款的规定，但可谓是字字珠玑，将对文化传媒、娱乐、新闻、摄影等众多领域造成影响，相关企业及从业者在《民法典》实施前即应当做好相应应对措施，在正式实施后，我们也期待立法机关、司法机关对于相应问题作出更有针对性的解释。

（本文首发于 2020 年 8 月 17 日）

# 《民法典》就抵押财产转让规则作出重大修改后的企业应对之道

缪梓文

企业通过抵押财产获得资金是最常见的融资手段之一。企业的财产抵押之后因并不丧失对该财产的占有，多数企业会继续使用、甚至转让该抵押财产。

鉴于企业转让抵押财产的行为关系到抵押权人的利益和买受人的交易安全，在《民法典》出台之前，立法已经对抵押人转让抵押财产的条件、后果作出了一定的限制，但在实务适用上仍然存在诸多问题，例如，关于抵押财产未经抵押权人的同意进行转让的行为是否有效？企业能否自由利用转让抵押财产之后所得的价款？企业作为抵押权人能否对已经转让的抵押财产继续享有抵押权……

本文将针对《民法典》前后有关抵押财产转让的规则进行分析，并在此基础上为企业如何应对抵押财产转让规则的变化提出建议。

## 一、《民法典》出台前的抵押财产转让规则存在争议

现行法律体系中有关抵押财产转让的规定主要由《担保法》第 49 条、《担保法司法解释》第 67 条以及《物权法》第 191 条进行调整。在立法上经历了从《担保法》规定的抵押人转让抵押财产应当履行通知告知义务到《物权法》规定的未经抵押权人同意不得转让的变化。但该立法体系存在一定的缺陷：

### 1. 未经抵押权人同意转让抵押财产的合同效力不明

立法层面上，《担保法》及其司法解释和《物权法》都只对抵押人未履行通知告知义务或未经抵押权人同意转让抵押财产的行为后果进行了规定，但对于抵押人和受让人之间抵押财产转让的合同效力没有明确规定。

对此，最高人民法院（2008）民一终字第 122 号公报案例指出，不动产物权变动的原因和不动产物权变动结果相区分，不能以不动产物权最终未实际变动而否定引起不动产物权变动的合同的效力，即使物权转让行为不能成就，并不必然导致物权转让合同无效。2011 年最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》也指出，《物权法》第 191 条并非针对抵押财产转让合同的效力强制性规定，当事人仅以转让抵押房地产未经抵押权人同意为由，请求确认转让合同无效的，不应予以支持，基本明确了仅未经抵押权人同意转让抵押财产的合同仍然有效。但以上都是基于司法实践得出的总结，在立法层面对于合同效力的认定仍缺少明确的法条依据。

### 2. 未经抵押权人同意转让抵押财产的行为效力及后果不明

《担保法》规定抵押权人未履行通知告知义务转让抵押财产的行为无效，《担保法司法解释》通过承认抵押权的追及效力间接承认该转让行为有效，但《物权法》又规定未经抵押权人同意不得转让抵押财产，并未直接明确未经抵押人同意转让抵押财产的行为效力。

因此，目前存在两种观点，一是仅仅承认经抵押权人同意转让的行为效力，针对未经抵押权人许可转让抵押权的行为，除非受让人行使涤除权，否则不发生物权变动的效果；二是在经抵押权人同意转让抵押财产的情况下，采用的是价金物上代位制度模式，即要求抵押权人就其取得的价款提前清偿或者提存，在未经抵押权人同意转让抵押财产的情况下，采用的是抵押权追及效力制度模式，亦承认了转让行为的效力。

实践中，第二种观点更为主流，但该观点存在诚信悖论，即抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产可以获得更大的利益，取得对价款完整的控制权，那抵押人自然不愿意在转让抵押财产之前通知并经过抵押权人同意了。

## 二、《民法典》对抵押财产转让规则作出较大修改

《民法典》对抵押财产转让规则作出了非常大的变动，并对此前存在争议的问题进行了厘清，具体规定为《民法典》第406条：

抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。

抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人。抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债务数额部分归抵押人所有。

下文将对该条规定的变化要点进行梳理和解读：

### 1.抵押财产自由转让，不影响物权转让合同的效力

《民法典》通过规定“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产”的自由转让规则彻底改变了《物权法》所确定的要求抵押权人同意的限制抵押财产转让规则，更符合现实社会的需求，也更符合物权法物尽其用的本意。

但《民法典》对抵押财产的转让仍有两点限制，一是规定“当事人另有约定的，按照其约定”，表明了当事人可以在抵押合同中约定限制转让抵押财产，但根据合同相对性的原理，当事人之间的此种约定并不能对抗善意的买受人；二是规定“抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人”，通过对该条的文意解释和立法解释可知，抵押人如果在转让抵押财产时未通知抵押权人并不会影响抵押权的效力，但是如果因未及时通知造成抵押权人损害的，应当承担赔偿责任。

### 2.抵押权具有追及效力

《民法典》通过规定“抵押财产转让的，抵押权不受影响”将抵押权的追及效力作为抵押财产转让后的首要法律后果，改变了之前立法规定抵押人应当直接将其所得利益提前清偿或者提存来保护抵押权人这一价金物上代位模式，既维护了抵押权本身的确定性，也厘清了之前司法适用上的矛盾。

同时《民法典》也规定了抵押人有条件地享有价金物上代位请求权作为补充，即“抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押

权人提前清偿债务或者提存”。

抵押权人若想行使物上代位请求权，应当证明抵押财产转让可能损害抵押权。但《民法典》并没有明确“可能损害抵押权”的标准，我们认为几种情况，一种是抵押财产本身受损，在这种情况下将与《民法典》408条产生竞合，其他情况包括抵押权的行使存在障碍以及抵押权的灭失，比如未登记抵押物被善意买受人取得导致抵押权灭失的情形。

### 3.正常经营活动中买受人的对抗权

《民法典》第404条规定“以动产抵押的，不得对抗正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人”。此款规定是对《物权法》第189条的修改，将正常经营活动中买受人对抗权的范围从浮动抵押扩张到了一般动产抵押，意味着在正常的商事交易活动中只要买受人已经支付价款并取得动产所有权后，无论该动产抵押是否登记，无论买受人善意与否，抵押权人不再享有对该动产的抵押权。

但该规定并不意味着动产买受人完全不受抵押权追及效力的限制，在适用时应当把握以下几个要点：

一是对买受人是在正常经营活动中买受了抵押财产，即出卖人出卖抵押财产是其正常的经营活动，买受人取得的标的物应当是出卖人通常销售的动产，而出卖人也一般以销售该类动产为业；

二是买受人必须已经支付合理价款，在判断买受人支付价款是否合理时，应当根据转让标的物的性质、数量等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定；

三是抵押财产已经进行了交付，买受人已经取得了该抵押财产的直接或间接的控制权。

### 4.代位清偿

《民法典》第404条删去了《物权法》以及《担保法司法解释》对买受人可以向抵押人请求代位清偿的规定，但这并不意味着抵押财产买受人无权请求代位清偿。

《民法典》新增条款第524条对第三人的代位清偿进行了具体的规定，规定第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行。

具体到抵押财产转让的情形，买受人对抵押财产的权利因为抵押权的追及效力而处于不确定的状态，若债务人到期未履行债务，抵押权人对该抵押财产行权将造成买受人的损失，因此买受人对履行该债务具有合法利益。同时524条也明确了代位清偿的法律效果，若买受人向抵押人请求代位清偿，抵押权人不能拒绝，同时抵押权人对抵押人的相应债权转让给了买受人，即买受人取得对抵押人无担保的债权。但前述代为清偿的情况需建立在当事人之间没有另行约定的基础上，如另有关于债务清偿主体、债权转让等的限制性的约定，则应当遵从当事人之间的约定。

## 三、企业的应对措施

虽然《民法典》第406条明确了抵押财产的可转让性，但也因抵押权的追及效力加重了买受人的权利负担。因此，当企业作为抵押财产的买受人时，应当尽可能地查明、确定受让

标的的抵押状况，并在签订买卖合同时尽可能避免因抵押权人行权而带来的风险。

在提高对合同标的物的注意义务方面，首先应当查询该标的物的抵押登记信息，确定抵押担保债务的金额和范围、抵押物转让次数、债务人履行债务的期限等。其次还应当查看抵押权人和抵押人之间的抵押合同，明确担保范围的约定条款是否与抵押登记存在差异。根据《九民纪要》的规定，不动产担保物权的担保范围一般应当以登记的范围为准。但是，我国目前不动产担保物权登记，不同地区的系统设置及登记规则并不一致，如果登记的担保范围与合同约定的担保范围不一致的，人民法院在审理案件时应当以抵押合同约定来认定担保物权的担保范围。最后，企业还应当注意抵押权人和抵押人之间的主债务合同。

企业作为买受人在订立抵押物买卖合同时，（1）可以约定抵押人对抵押物的抵押状态和担保范围进行承诺，并约定相应的违约责任；（2）可以在合同中要求抵押人承诺其与抵押权人之间并不存在限制抵押物转让的约定，避免后续产生不必要的法律风险；（3）若是动产买卖，企业应当注意抵押人出卖抵押物是否属于其通常销售的动产，并确定买受合理的价款来确保自己享有正常经营活动中买受人的对抗权，并及时进行动产的交付；（4）在给付对价的方式上，可以与抵押人约定将价款交付给抵押权人来减少或消灭主债务价款，从而减少抵押权人后期行权风险。

另外，当企业作为抵押权人时，应当时刻注意抵押财产的财产状况和流转状况，避免抵押权受损、灭失或者增加不必要的行权成本。具体包括：第一，企业应当及时登记抵押权，并定期查看抵押物的存续以及登记状况；第二，企业可以在抵押合同中加设限制转让的条款，并约定相应的违约责任；第三，企业可以对损害抵押权的具体情形作出约定，减少后期的举证成本；最后，企业可以明确抵押物转让时抵押权人的通知期限和通知的方式。

（本文首发于 2020 年 8 月 25 日）

## 《民法典》中技术合同条款的变化及对风险防控的启示

黄越艺

《民法典》将技术合同列为合同编典型合同的重要一章，从 843 条至 887 条共计 45 个条文，共有四个方面的重要变化，包括技术合同的定义和类型、技术秘密的保密义务、委托开发人的免费实施权和工作费用的负担。

本文依次对这四个方面进行具体分析解读，并为相关企业签订技术合同时应予注意的法律风险防控进行提示。

### 变化一：技术合同定义和类型

技术合同的定义和类型，无论对于双方权利义务确定还是法院解决争议来说，都具有重要意义。在这方面《民法典》做了一个很大的修改，将技术合同的类型做了法律上的扩充。

《合同法》	《民法典》
<p>第 322 条 【定义】</p> <p>技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同。</p>	<p>第 843 条</p> <p>技术合同是当事人就技术开发、转让、许可、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同。</p>
<p>第 342 条 【内容及形式】</p> <p>技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同。</p>	<p>第 863 条</p> <p>技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让等合同。</p> <p>技术许可合同包括专利实施许可、技术秘密使用许可等合同。</p>

如上表所示，《民法典》第 843 条在定义中增加了“技术许可合同”这一合同类型，第 863 条明确了“技术许可合同”的外延，即包括专利实施许可、技术秘密使用许可等合同。

《合同法》	《民法典》
<div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="margin-right: 10px;">技术合同</div> <div style="font-size: 3em;">{</div> <div style="margin-right: 10px;">                     开发                      转让                      咨询                      服务                 </div> <div style="font-size: 3em;">{</div> <div style="margin-right: 10px;">                     专利权转让合同                      专利申请权转让合同                      技术秘密转让合同                      专利实施许可合同                 </div> </div>	<div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="margin-right: 10px;">技术合同</div> <div style="font-size: 3em;">{</div> <div style="margin-right: 10px;">                     开发                      转让                      许可                      咨询                      服务                 </div> <div style="font-size: 3em;">{</div> <div style="margin-right: 10px;">                     专利权转让合同                      专利申请权转让合同                      技术秘密转让合同                      技术秘密实施许可合同                      专利实施许可合同                 </div> </div>

对以上规定进行梳理即可发现，技术合同由以前的“四技”变为“五技”，明确了“技术许可合同”为一种独立的技术合同类型，将之前参照技术转让合同的“专利实施许可合同”纳入进来，并增加了“技术秘密实施许可合同”。因此今后法院在审理技术合同纠纷时如果涉案合同属于这两种技术许可合同就可进行确定，不必参照技术转让合同的规定了。

以“长沙某技术开发有限公司诉株洲某化工集团公司技术合同纠纷案（(2010)株中法民初字第37号）”为例，原告长沙某技术开发公司（以下简称“技术开发公司”）与被告株洲某化工集团公司（以下简称“化工集团公司”）签订《技术开发合作合同》，合同约定：原告许可被告公司使用“立窑利用电石渣配料生产水泥的新工艺”技术。原告向被告提供必要的协助和相应的技术支持；被告公司需支付**技术使用费** 84 万元。

就本案中双方签订的《技术开发合作合同》应该被定性为哪种技术合同类型的问题，法院在判决中称：本案双方签订的技术合同名称虽系“技术开发合作合同”，但从合同约定的权利义务内容分析，既不存在分工参与技术研究开发，也不存在技术成果的后续试验、开发应用等内容，而是对一项现有特定的，已经申请专利的技术成果许可使用所订立的合同。根据2005年《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第42条“技术合同名称与约定的权利义务不一致的，应当按照约定的权利义务内容，确定合同的类型和案由。”因此本案合同类型和案由应当是**技术秘密许可使用合同**，但是因为《民法典》之前并没有将技术秘密许可合同明确为一种独立的合同类型，因此法院进而认为**参照技术转让合同，适用技术转让合同的有关规定**。

那么在《民法典》生效后，针对此类案件法院可以直接将涉案合同确定为技术秘密许可使用合同，适用其具体的规定即可。《民法典》的这一改变使得立法上技术合同的内涵和外延更加严谨准确，适用上也更加清晰明了。

### 风险防控建议

我们建议企业在签订技术合同时若要参照《民法典》，明确技术合同的类型，属于“五技”中的哪一技，再具体确定双方义务、技术成果归属等条款。不同的合同类型的法律规定有很大不同，我们在下文将具体说明。

#### 变化二：技术秘密的保密义务

《合同法》	《民法典》
<p>第 347 条【技术秘密转让合同让与人的义务】</p> <p>技术秘密转让合同的让与人应当按照约定提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性，承担保密义务。</p>	<p>第 868 条【技术秘密让与人和许可人主要义务】</p> <p>技术秘密转让合同的让与人和技术秘密使用许可合同的许可人应当按照约定提供技术资料,进行技术指导,保证技术的实用性、可靠性,承担保密义务。</p> <p>前款规定的保密义务,不限制许可人申请专利,但是当事人另有约定的除外。</p>

首先，承担保密义务的主体发生变化。

如 868 条第 1 款所示，承担保密义务的主体由“**技术秘密转让合同的让与人**”变为“**技术秘密转让合同的让与人和技术秘密使用许可合同的许可人**”。这一改变和上文中技术合同的类型的变化是相呼应的，即增加了“技术秘密使用许可合同”这一合同类型，相应地就应当对其许可人进行保密义务的约束，因为技术秘密因其秘密性而具有价值，一旦**被泄露，所有人都可以使用**，就失去了其该有的经济价值。

其次，**新增了保密义务的但书规定**。

如第 868 条第 2 款所示，规定除当事人另有约定除外，**保密义务不限制许可人申请专利**。这一但书规定在《合同法》中是没有规定的。

从背后的法理来看，技术秘密许可合同的许可人仅仅是将技术秘密许可给被许可人在一定的期限内使用，被许可人仅享有使用权，并没有所有权，因此许可人有权对其技术秘密进行处分，包括申请专利。而专利的灵魂是用公开换保护，**申请专利意味着技术秘密要被公开，这与保密义务是相冲突的**，因此法律才会在这里做例外规定。

那么相冲突为什么还要赋予许可人该权利呢？因为这里的**申请专利的公开不同于上文中的泄露公开**，《专利法》第 11 条规定：“专利被授予后，除另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利。”因此，即使许可人申请专利公开了技术秘密，其他人也不能随意使用，对被许可人利益造成的损失很小，他的竞争优势并没有丧失，所以法律赋予许可人的申请专利的权利是合理的。

需要特别注意的是，《民法典》第 868 条仅规定**保密义务不限制技术秘密使用许可合同的许可人申请专利**，那么技术秘密转让合同的让与人呢？一方面，从语义上来看，笔者认为这是法律上有意义的沉默，因此应当认为保密义务**限制技术秘密转让合同的让与人申请专利**。另一方面，从法理上来看，这样的解释也是合理的。因为技术秘密转让合同的让与人已经将技术秘密的所有权转移给受让人，则他当然不应当享有对其处分的权利，是否申请专利应当是受让人的权利。

### 风险防控建议

在技术秘密使用许可合同中，我们建议对许可人申请专利的权利做明确限制，以防技术秘密公开影响商业利益和技术垄断优势。一方面，被许可人可以要求在合同中约定：在该技术秘密许可期间许可人不得申请专利；另一方面，被许可人可以同意许可人在技术秘密许可期间申请专利，但是约定：许可人申请专利后该技术秘密使用许可合同自动转变为独占专利许可合同或者排他性专利许可合同，以此来保障被许可人的技术垄断优势。

### 变化三：委托开发人的免费实施权

《合同法》	《民法典》
第 339 条 【技术成果的归属】 委托开发完成的发明创造，除当事人另	第 859 条 【委托开发合同的技术成果归属】 委托开发完成的发明创造，除法律另有

有约定的以外,申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的,委托人可以免费实施该专利。 研究开发人转让专利申请权的,委托人享有以同等条件优先受让的权利。	规定或者当事人另有约定外,申请专利的权利属于研究开发人。研究开发人取得专利权的,委托人可以依法实施该专利。 研究开发人转让专利申请权的,委托人享有以同等条件优先受让的权利。
---	---

如上所示,在委托开发合同中研究开发人取得专利权的,委托人的专利实施权由“**免费实施**”变为“**依法实施**”。

首先,这里的“依法实施”应该**不是当然的免费实施**,否则《民法典》就不必做这样的修改。其次,这里的“依法实施”应该**也不是当然的付费实施**,它只是规定“依法实施”,将免费还是付费这一问题抛给了其他法律规定。就现有的法律规定来看,并没有对相关问题做具体规定,预测可能之后出台的专利法或者专利法实施条例等相关法律会做出解答。

### 风险防控建议

就目前而言,当《民法典》生效后,委托人是否可以当然地免费实施专利这一问题还没有明确定论。因此,在做出相关规定的新法出台之前,在委托开发合同中,如果已经就委托开发成果的归属做了明确约定,约定成果归属于委托人,就没有必要对免费实施权再做约定。但是,如果是研究开发人取得专利权的,要有意识地在起草合同时对委托人的免费实施权进行约定,即委托人可以免费实施该专利,以免丧失权利。新法出台之后,如果有规定按其规定,没有规定的注意加以约定。

### 变化四：工作费用的负担

《合同法》	《民法典》
无相关规定	第 886 条 <b>【工作费用的负担】</b> <b>技术咨询合同和技术服务合同</b> 对受托人正常开展工作所需费用的负担没有约定或者约定不明确的,由 <b>受托人</b> 负担。

实践中,因“技术咨询合同和技术服务合同中的工作费用由谁支付”的问题产生过很多法律纠纷,《民法典》第 886 条特对这两种合同中工作费用的负担做了明确规定:如没有约定或约定不明的,由受托人负担。《合同法》中并没有类似规定,但是 2005 年《**最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释**》第 31 条规定:“当事人对**技术咨询合同**受托人进行调查研究、分析论证、试验测定等所需费用的负担没有约定或者约定不明确的,由**受托人**承担。”第 35 条规定:“当事人对**技术服务合同**受托人提供服务所需费用的负担没有约定或者约定不明确的,由**受托人**承担。”也就是说,《民法典》承继了该司法解释的内容加以规定,提高了法律的位阶,较《合同法》来说更加完善。

### 风险防控建议

在技术咨询和技术服务合同中，如果是受托人一方，要注意明确约定工作费用由委托人承担，切忌想当然地认为自己为了展开工作所支付的费用都应当由委托人支付，如果没有事先约定，即使日后诉至法院也无法得到法律的支持，所有工作费用只能由自己负担。在其他类型的技术合同中，《民法典》并没有对工作费用做上述类似的推定，但是为了保险起见，也应当在技术合同条款中明确工作费用的负担方以及具体费用条目。

以上就是《民法典》中技术合同条款的四大变化以及对相关企业签订技术合同的风险防控建议。总的来说，首先，要明确要签订的技术合同的类型，根据合同类型做具体的合同条款的编排；其次，技术秘密合同中在约定保密义务时要注意明确申请专利的权利的有无及条件；再次，委托开发合同中的委托开发人要有意识地对自己的免费实施权进行约定；最后，技术咨询和技术服务合同的受托人要注意明确约定工作费用的承担方。

（本文首发于 2020 年 9 月 8 日）

2020年第三季度

# 公司金融

星瀚法律评论

# 挂名法定代表人如何在“背锅”后顺利追偿

陈欣皓、周徐乐

实务中，挂名法定代表人对外承担法律责任的现象屡见不鲜，为维护自身权益，挂名法定代表人往往要求与公司实控人进行内部终局责任约定，以备不幸“背锅”后能够顺利追偿。

但有了终局责任约定就高枕无忧了吗？近期，本所就办理了一起此类型的追偿权纠纷案件。该案中我们的当事人挂名法定代表人与公司签订了一纸“粗糙”的承诺函，庭审中双方就承诺函效力展开激烈交锋。

虽然本案历经一审、二审，我方最终获得了全面胜诉的判决，为客户挽回了全部损失。但关于内部终局责任如何约定、挂名法定代表人如何规避风险仍是值得关注的问题，本文将分享本案诉讼经验，并为上述问题提供律师建议。

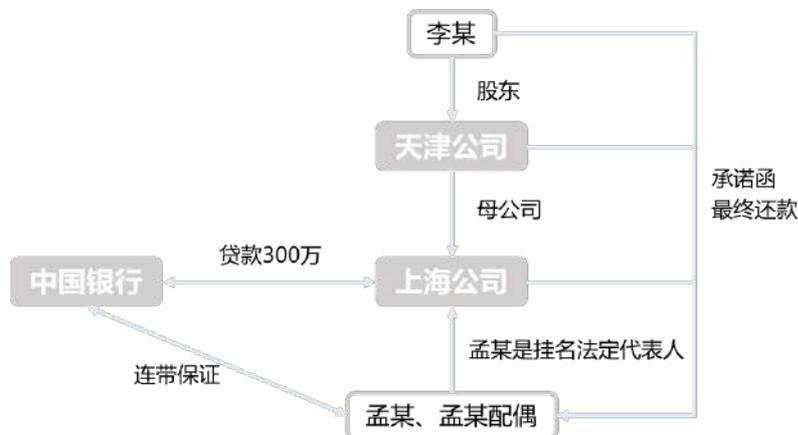
## 一、案情简介

孟某为上海某生物科技有限公司（下称“上海公司”）的挂名法定代表人。2016年8月，中国银行徐汇支行与上海公司订立《授信额度协议》，约定向其提供300万元授信额度。双方同意由孟某及其配偶提供最高额保证，并签订相应的最高额保证合同。

2016年9月，天津某生物技术股份有限公司（下称“天津公司”）、上海公司、李某共同签署承诺函，同意就上海公司向中行徐汇支行办理的该笔贷款承担最终还款责任。

2017年8月，中行徐汇支行向法院提起诉讼，诉请上海公司偿还逾期未还的贷款本金、利息及相应罚息。该案最终判令上海公司支付中行徐汇支行贷款本金、利息、违约金等合计280多万元，由孟某及其配偶对此承担连带清偿责任。

在该案执行过程中，孟某及其配偶代替上海公司履行了上述全部还款义务。而后，孟某依据“承诺函”向天津公司、上海公司及李某追偿，均遭到拒绝，遂聘请我所提起诉讼。



## 二、争议焦点

本案争议焦点主要围绕“承诺函”的效力问题展开。该承诺函在内容和形式上确有诸多瑕

疵，也在庭审中成为对方的攻击点，对方抗辩提出：一、函中载明的“中行某某分行”与本案追偿权所涉中行徐汇支行提供的贷款无关，两者并非同一笔款项；二、函中加盖的天津公司的公章系员工私自盖章，并非公司真实意思表示；三、函中“李某”本人的签字缺乏真实性，要求进行笔迹鉴定。

法院审理后认为，天津公司与上海公司之间并无其他款项往来，天津公司既否认承诺函与本案所涉贷款的关联性，又无法说明其具体指向的事项。加之，天津公司并未提供证据证明员工有私盖公章行为，故对其抗辩理由不予采信。关于李某签字不真实要求鉴定一项，由于李某已在一审庭审中明确认可签字的真实性，故对其陈述法院亦不予采信。

尽管法院最终认定该“承诺函”具备合法性和有效性，但从本案诉讼过程可以看到，一份简略粗糙、未经专业人士把关的“承诺函”，往往会在后期暴露出许多问题，给债权人的权利主张造成诸多阻碍。在类似情境下，当事人有必要于事前做好设计与审核，规避可能出现的法律障碍。

### 三、案件启示

通常来说，使用挂名法定代表人所带来的法律风险是双向的：一方面，对于挂名者而言，其不参与公司实际经营管理，但公司对外业务所产生的法律责任却需要由其承担，为公司股东或实际控制人“背锅”；另一方面，对于公司而言，若挂名法定代表人私自以公司名义对外从事民事活动，公司也需要为其行为负责。

本案中，孟某作为上海公司挂名的法定代表人，已于2015年对外转让其持有的全部上海公司的股权，且不再在公司中担任任何职务。其重新出任法定代表人，系基于配合办理案涉贷款业务的需要，故才有后续签订的“承诺函”，用以确定该笔贷款的最终还款责任。

结合案件基本情况与实务经验，笔者将着重从挂名者角度提出法律建议：

#### 1. 以合同或协议作为终局责任约定的形式

本案“承诺函”的实质是孟某与上海公司、天津公司和李某就案涉中行徐汇支行贷款项目的还款责任所作的**内部终局责任约定**。究其法理，该项内部约定系需要双方意思表示一致才能成立的双方法律行为。然而，“承诺函”的使用，通常在只需一方意思表示即可成立的单方法律行为。

因此，尽管本案法院对此问题未加以审理，况且即便审理，亦可通过事实及意思表示的解释得出双方达成合意的结论，但是从专业角度出发，我们建议挂名者在拟通过类似法律文件保障权利时，将其设计成协议或合同形式，以全面反映真实的法律关系。

#### 2. 合同文书内容需审慎审核

本案“承诺函”暴露的另一个问题是，当事人对于文书内容的审核不够严谨，个别甚至可能构成重大的法律漏洞。

例如，“承诺函”载明的借款方并非“中行徐汇分行”，而是一家事实上不存在的“中行某某分行”，这也成了庭审中的一个争议点。幸而，本案两公司之间并无其他往来款项，承诺函记载的也并非其他与上海公司有交易往来的相关银行，否则该承诺函与涉案贷款项目的关联性将难以证明。

又如，根据承诺函的记载，孟某可就因该贷款项目受到的损失进行全额追偿。然而，在中国银行诉上海公司的借贷纠纷案件中，孟某及其配偶共同承担了连带清偿责任。严格来说，其配偶所承担的担保责任部分，并不在“承诺函”约定的追偿范围之内。

因此，在签订类似协议时，挂名者务必对文本的实质性内容进行审核，并重点关注被担保对象的周延性。

### **3.公司对外担保的效力审查**

有关债务人内部终局责任分担的约定，若其中有债务人为法人主体的，应当参照公司对外担保的规定。根据《九民纪要》第十八条，债权人应当于订立合同时对担保人的董事会决议或股东会决议进行审查。因此，针对该类协议，应当注意终局责任者承担责任应履行的必要程序，以确保协议的可执行性和可操作性。

### **4.挂名法定代表人应做好事前防范措施**

作为名义上的股东或是法定代表人，其权力必然受到公司的控股股东和实际控制人的诸多限制。根据《民法总则》第六十一条的规定，“法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”由此，我们建议挂名者将实际控制人提出的权力限制通过书面形式加以固定，明确挂名者的事务决定权和决策权范围。这样当挂名者需以自己名义对外订立合同时，可将权力限制情况以适当方式对第三人进行公示，以此达到免除挂名者对外承担法律责任的目的。

（本文首发于 2020 年 7 月 16 日）

## 企业融资需谨慎，挖一挖回购这个坑

蔡宗秀、许飞

今年6月，一篇题为《中国最惨创业者：3年前我被投资人赶出公司，3年后公司没上市说让我赔3800万!》的文章在网上广泛传播。

该文作者郭建是一位创业者，他于2014年3月签署股权转让协议将其持有的公司2.5%的股权作价1300万转让给投资机构，协议里约定公司未能于2017年底上市时郭建有股权回购义务。

2015年，郭建被投资机构和大股东联合“踢”出公司、并要求其转让所持股权，在其非自愿情况下被免除董事职务。当时，郭建本可要求投资机构与其签订补充协议，终止其回购义务。但他因为投资机构董事长口头承诺不会起诉自己，而没有留下书面材料。

**2018年12月，因公司未能上市，投资机构起诉要求郭建与另一位创始人支付约3800万元回购股权，郭建一审、二审均败诉。**

从郭建的案例中，我们可以看到股权回购条款的巨大威力，如有不慎，创业者可能倾家荡产。

本文将从融资方的角度出发，着重介绍股权回购条款的主要内容及风控要点。

### 股权回购条款的要点提示

股权回购条款，指投融资双方约定，满足特定条件时，投资人有权要求公司和/或创始股东以约定的价格回购/购买投资人所持公司全部或部分股权的权利。投资人要求设置回购条款，多是为了控制投资风险、保证目标股权的流动性，以便于日后获得财务回报。

回购条款的主要内容通常如下，我们将以此为示例条款来说明其中的融资方谈判要点。

#### 第N条 回购权

N.1 若目标公司在完成上市前出现以下情况，则投资人有权启动回购条款，要求创始股东（或目标公司）回购投资人所持有的全部或者部分股权：

N.1.1. XX年度当期实际净利润低于承诺净利润的X%的；

N.1.2. 目标公司不能在XX年X月X日之前在中国境内完成上市的，或者目标公司已经明显不能在XX年X月X日之前在中国境内完成上市的；

N.1.3. 因股权转让、股权质押、代持股等原因导致目标公司实际控制人发生变化的；

N.1.4. 目标公司的生产经营、业务范围发生实质性调整并且未取得投资人的同意的；

N.1.5. 创始股东或目标公司没有履行其在投资协议项下的重大义务，或实质性地违反其在投资协议项下所做的陈述、保证和承诺。

N.2 创始股东（或目标公司）应当以下述回购价格回购投资人持有的全部或者部分股权。

N.2.1. 回购价格为投资人实际投资额再加上每年R%的内部收益率溢价，计算公式为： $P=M \times (1+R\%) T$ 。其中，P为回购价款，M为拟回购股权所对应之实际投资额，T为自交割日至投资人执行选择回购权并且回购价款全部支付

之日的自然天数除以 365，R 为 X。

N.2.2. 若 P 低于回购股权对应的公司净资产的，则回购价款应以回购股权对应的公司净资产价格为准。公司净资产的认定标准，以最近一年经投资人和目标公司共同认可的会计师事务所出具的年度审计报告为准，若没有上一年度经审计的年度财务报告的，则投资人可聘请会计师事务所对目标公司进行审计，并以该等会计师事务所出具的审计报告为准，审计费用由目标公司承担。

N.3 若投资人启动回购条款的，创始股东（或目标公司）应按照投资人的要求在 X 日内按照上一条之计算公式向投资人支付全部回购价款。

逾期未支付的，则创始股东（或目标公司）应按未支付回购价款总额每日万分之 X 的比例向投资人另行支付逾期违约金。创始股东（或目标公司）向投资人支付回购价款的，则视为创始股东（或目标公司）首先向投资人支付已产生的违约金数额，然后再支付回购价款。

N.4 创始股东承担的回购义务以创始股东基于市场公允价值处置其持有的全部公司股权所获得的全部收益为限。

### （一）回购主体

回购主体通常为目标公司或创始股东，有时也会是非股东的董事长或实际控制人等。

#### 1. 目标公司

“目标公司是否可以成为股权回购义务适格主体”这一问题近年来争议颇大。从“海富”案裁判，再到最高人民法院 2019 年 11 月发布的《关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》（以下简称“《九民纪要》”），该认定终于有了明确的指导意见。

根据《九民纪要》，目标公司回购适用如下规则：

（1）在投资方与目标公司订立的“对赌协议”不存在法定无效事由的情况下，目标公司仅以存在股权回购或者金钱补偿约定为由，主张“对赌协议”无效的，人民法院不予支持，但投资方主张实际履行的，人民法院应当审查是否符合公司法关于“股东不得抽逃出资”及股份回购的强制性规定，判决是否支持其诉讼请求。

（2）投资方请求目标公司回购股权的，人民法院应当依据《公司法》第 35 条关于“股东不得抽逃出资”或者第 142 条关于股份回购的强制性规定进行审查。经审查，目标公司未完成减资程序的，人民法院应当驳回其诉讼请求。

（3）投资方请求目标公司承担金钱补偿义务的，人民法院应当依据《公司法》第 35 条关于“股东不得抽逃出资”和第 166 条关于利润分配的强制性规定进行审查。经审查，目标公司没有利润或者虽有利润但不足以补偿投资方的，人民法院应当驳回或者部分支持其诉讼请求。今后目标公司有利润时，投资方还可以依据该事实另行提起诉讼。

换言之，“公司回购股权”条款并非当然无效，要依据《公司法》第 35 条、第 142 条进行考察，不存在无效事由即有效，而且有限责任公司收购股东股权可以不受《公司法》第 74 条所规定情形的限制。但有效不同于可履行，《九民纪要》还将目标公司事实上完成减资程序作为投资方请求目标公司回购股权的前置条件。

## 2. 创始股东

基于督促创始股东或增信等考虑，投资人很多情况下会希望由创始股东来承担回购义务，或者既要求公司承担回购义务、又要求创始股东承担连带责任。

创始股东承担回购义务的情形，实质上属于股权转让交易，即由创始股东受让投资人持有的目标公司股权。如果不存在我国法律规定的合同无效事由，创始股东承担股权回购义务的约定即有效，对当事人具有约束力。

## 3. 非股东的董事长或实际控制人

若股权回购条款约定由非股东的董事长或实际控制人承担股权回购义务，该约定本身有效，但因董事长或实际控制人本身并非股东，承担股权回购义务属于向标的公司股东以外的第三人转让股权，因此需根据《公司法》的规定征得标的公司股东同意或视为同意转让。

### 风控要点：

从融资方的角度来看，如若投资人要求创始股东（或非股东的董事长、实际控制人）承担股权回购义务，由于自然人需对其债务承担无限责任，因此融资方应该慎重考虑是否承担股权回购义务、以及该义务能否在一定情况下被限制和免除。

### 就此我们的建议是：

（1）融资方可要求加入责任上限，比如创始股东承担 50%的回购责任或者创始股东以其持有公司股权价值（税后）为限承担回购责任等，避免因履行回购条款而波及创始股东的全部个人财产。

（2）可以考虑由多个创始股东共同承担回购义务，以分担风险。

## （二）回购触发事件

如示例条款所述，常见的触发条件有以下几项：

### 1. 公司未实现承诺的净利润（或者营业收入、其他财务指标等）；

### 2. 公司未能或已明显不能如期完成 IPO；

如果公司未能在一定期限内完成 IPO，且此时投资人看不到退出和获取投资回报的可能，很有可能要求公司或创始股东回购，从而使投资人所持股权具有最低限度的流动性。

至于 IPO 的期限，投融资双方通常可根据投资人投资回收周期、公司预计的 IPO 时限、以及前轮投资人（如有）与公司之间的安排等，具体商定这一回购时间表。实践中，这一期限多为投资人投资公司交割后的 4-5 年。

### 3. 公司实际控制人发生变化或生产经营发生实质性调整；

当公司出现这些实质性变化时，投资人投资公司的基础不复存在，因此往往会要求回购。

### 4. 公司或创始股东没有履行其重大义务，或实质性地违反其承诺。

在公司、创始股东实质性违反投资协议时，投资人无法继续对公司、创始股东保持信任，因而常将之作为回购触发条件。具体而言，包括创始股东擅自从事损害公司利益的关联交易、违反竞业禁止义务、存在欺诈行为等情形。

### 风控要点：

由于回购权的行使要求往往是处于资金紧张状态的公司及/或创始人向投资人支付全额

投资款及一定额外收益，这也意味着公司股权越发不稳定，触发回购将导致公司及创始人进入极为不利的境地。因此，作为交易谈判的重点内容，融资方应从以下几个方面控制风险：

（1）尽量要求将回购事由限于少数特定情形，尤其是减少触发条件与目标公司经营行为、创始人行为及其义务关联较弱的回购事由；

（2）明确各回购事由的范围，特别是需要界定“实质性”、“重大”、“明显”等含义较模糊的用词，避免该条款为投资人所滥用；

（3）增加豁免或宽限的例外情形，比如当公司因不可抗力、遭遇某些暂时和意外困难致使未能达成承诺业绩时，要求投资人豁免或者宽限回购义务。

### （三）回购价格

如示例条款所设，投资方多会要求返还投资本金以及按照一定的年化回报率计算的收益的方式来确定回购价格，并要求回购价格不得低于公司届时的净资产值、股权的市场价格（如有）等其他参照价格，以应对按照返还投资本金和年化收益的方式计算出的回购价格大幅低于公司届时价值、而投资人却又不得不行使回购权的某些被动局面。

#### 风控要点：

作为融资方，可以从以下几点着手：

（1）根据目标公司的商业模式、经营情况、行业发展趋势等条件进行判断，对投资方提出的回购价格是否合理要心中有数；

（2）尽可能压低年化回报率数值；

（3）尽量采用更易客观量化的参照价格。

### 小结

虽然融资交易谈判地位的高低，根本上取决于融资方是否拥有足够的谈判资本，比如说有领先同行的专利技术、优势明显的市场地位、有多家潜在投资人等因素。但在股权回购条款的具体谈判过程中，一方面，融资方应该多放限制，切忌为了追求融资款快速到位而接受过于严苛的回购权条款，使得投资人可轻易行使回购权，以致于公司及创始人自身承担巨大风险；另一方面，融资方可以适当地在投资磋商伊始向投资方提供更多信息，增进投资方对公司和创始人的了解，来提升其信任度，以谋得其在回购条款等事项上的一定让步。

实践中，如何通过博弈，在尽可能降低融资方风险的同时达成投资方也可接受的股权回购条款，是股权融资时需要谨慎思考的重点，也是融资方律师专业能力的重要体现。

（本文首发于 2020 年 8 月 19 日）

## 《九民纪要》下对赌条款的合规打开方式

蔡宗秀、许飞

### 一、估值调整条款 vs 股权回购条款

对赌条款，据考证源于 2002 至 2004 年间摩根士丹利等境外基金投资蒙牛时设立的一项依业绩调整股权比例的安排，并经 2004 年蒙牛于香港联交所上市之招股说明书而为公众所知。随后，永乐、太子奶等企业与境外投资者对赌失败的悲剧让这一术语广泛流传。但仔细分辨下，该术语所指内涵时有不同，通常可分为两种：一种理解认为，对赌条款仅指估值调整条款；另一种认为，对赌条款包括估值调整条款和股权回购条款。

最高人民法院 2019 年 11 月发布《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》），其中对赌条款的定义为：“实践中俗称的‘对赌协议’，又称估值调整协议，是指投资方与融资方在达成股权性融资协议时，为解决交易双方对目标公司未来发展的不确定性、信息不对称以及代理成本而设计的包含了股权回购、金钱补偿等对未来目标公司的估值进行调整的协议。”

本文认为，股权回购条款与估值调整条款有明显不同，不必统一在同一术语下。估值调整条款的目的是通过赋予投融资双方后期调整估值的途径来减少他们在合作前期的争议。即使在该条款实现后，投资方仍是融资企业的股东。而股权回购条款的作用主要在于，出现投资者认为的不利情形时，能兜底担保投资资金的顺利退出与投资基本收益。在投资方主张股权回购条款并履行完毕后，投资方就不再是融资企业的股东。

综上所述，本文所讨论的对赌条款，目前仅限估值调整条款。如需了解股权回购条款，可参见前文《企业融资需谨慎，挖一挖回购这个“坑”》。

### 二、对赌条款行权方式

根据具体行权方式，对赌条款可分为现金补偿和股权补偿两种。

#### 1. 现金补偿

当融资企业未能实现约定的业绩指标时，融资企业或实际控制人将向投资方给予一定数量的现金补偿，但不再调整投资方所持的股权比例；反之，由投资方用现金奖励给融资企业或实际控制人。比如华谊兄弟投资掌趣科技并签署《股权转让与投资协议》时约定，掌趣科技主要股东保证掌趣科技 2010 年和 2011 年平均净利润（P）不低于人民币 5,000 万元，如果未实现，则主要股东应按照  $(5,000 \text{ 万元} - P) \times 12 \text{ 倍} \times 22\%$  的金额补偿华谊兄弟。

#### 2. 股权补偿

当业绩指标未能实现时，融资企业或实际控制人将同意投资方低价增资，或者投资方无偿或低价受让实际控制人持有的部分融资企业股权。反之，则将由投资方无偿或者低价将一部分股权转让给融资企业或者实际控制人。比如摩根士丹利和鼎晖投资永乐电器时，就与永乐电器管理层签订协议，如果永乐电器 2007 年（可延至 2008 年或 2009 年）的净利润超过 7.5 亿元人民币，外资股东将向管理层转让 4,697.38 万股永乐电器股份；如果净利润相等或

低于 6.75 亿元，管理层将向外资股东转让 4,697.38 万股永乐电器股份；如果净利润不高于 6 亿元，管理层将向外资股东转让 9,394.76 万股永乐电器股份。

以下为投资人与创始股东对赌通常使用的文本，仅供参考。

## 第 N 条 对赌条款

### N.1 业绩承诺

目标公司经会计师事务所（由投资人和目标公司共同指定）依据财政部颁布的通行且适用的企业会计准则审计的扣除非经常性损益后的归属于母公司所有的税后净利润（以下称“承诺净利润”）指标应当满足以下利润指标：

N.1.1. 20xx 年度应不低于人民币 x 万元。

N.1.2. 20xx 年度应不低于人民币 x 万元。

N.1.3. 20xx 年度应不低于人民币 x 万元。

### N.2 估值调整和补偿

如果某期实际净利润低于承诺净利润的，届时目标公司的当期估值根据以下公式进行调整：

当期目标公司估值  $V = E' \times (P/E \text{ 值})$ 。

$E'$  为当期实际净利润， $E$  为承诺净利润， $P$  为公司投资后估值，即 x 万元人民币。

目标公司估值进行调整后，投资人有权在以下两种补偿方式中择其一要求创始股东承担相应义务：

	第一种	第二种
补偿方式	创始股东将按照下列公式计算的目标公司股权无偿转让给投资人（以下称“ <b>股权补偿</b> ”）	创始股东补偿投资人投资成本（以下称“ <b>现金补偿</b> ”）
计算公式	$X = M/V - Z$	$Y = (M - V \times Z) \times (1 + R\%)^T$
释义	$X$ 为应无偿转让的股权比例（简称“ <b>补偿股权</b> ”， $X$ 应为正数）， $Z$ 为投资人无偿受让前的持股比例， $V$ 为当期调整后的公司估值， $M$ 为投资人的投资额，即 x 万元人民币。	其中， $Y$ 为补偿金额， $Z$ 为投资人接受补偿前的持股比例， $V$ 为当期调整后的目标公司估值， $M$ 为投资人的投资额，即 x 万元人民币， $T$ 为自交割日至投资人执行选择权并且补偿金额全部支付之日的自然天数除以 365， $R$ 为 15。

上述股权补偿或现金补偿在投资人提出书面请求后 20 日内完成相应的股权过户手续或现金支付，每逾期一日应当承担未支付金额每日万分之五的滞纳金（补偿方式为股权补偿的，则应当折算成现金补偿金额，计算方法为执行股权补偿年度当期调整后的公司估值乘以当期所补偿的股权比例）。

## 三、对赌条款的公司资本管制

投资方可以与目标公司、也可以与目标公司的股东或者实际控制人对赌。投资人与股东

对赌所受限制不多，一如上述示例条款。但投资人与目标公司对赌的情形有所不同。《九民纪要》指出：“对于投资方与目标公司的股东或者实际控制人订立的‘对赌协议’，如无其他无效事由，认定有效并支持实际履行，实践中并无争议。但投资方与目标公司订立的‘对赌协议’是否有效以及能否实际履行，存在争议。”这一区别的主要原因在于公司资本维持和债权人保护的价值取向。

融资公司与投资者对赌的可能后果有如下几种：

- ①补偿股权：未达业绩目标，公司向投资人低价或无偿增发股权；
- ②补偿股权：达到业绩目标，公司从投资人处低价或无偿回购部分股权；
- ③补偿现金：未达业绩目标，公司向投资人补偿现金；
- ④补偿现金：达到业绩目标，投资人向公司补偿现金。

### （一）目标公司补偿股权的程序

情形②下，公司回购股权有减少公司资本、危害公司及债权人利益的可能。因而《九民纪要》规定：“投资方与目标公司订立的‘对赌协议’在不存在法定无效事由的情况下，目标公司仅以存在股权回购或者金钱补偿约定为由，主张‘对赌协议’无效的，人民法院不予支持，但投资方主张实际履行的，人民法院应当审查是否符合公司法关于‘股东不得抽逃出资’及股份回购的强制性规定，判决是否支持其诉讼请求。”

投资方请求目标公司回购股权的，人民法院应当依据《公司法》第 35 条关于‘股东不得抽逃出资’或者第 142 条关于股份回购的强制性规定进行审查。经审查，目标公司未完成减资程序的，人民法院应当驳回其诉讼请求。”

其中主要涉及三个回购审查要点，《公司法》第 35 条、第 142 条及减资程序。

首先，根据《公司法》第 35 条，“（有限责任）公司成立后，股东不得抽逃出资。”在最高院审理的安徽新集煤电（集团）有限公司与如东县农村信用合作联社、上海恒德置地有限公司借款合同纠纷案中，最高院第一次明确提出违法减资的性质等同于抽逃出资。之后，《最高人民法院公报》2017 年第 11 期刊载了上海市第二中级人民法院审理的上海德力西集团有限公司诉江苏博恩世通高科有限公司、冯军、上海博恩世通光电股份有限公司买卖合同纠纷案，该公报案例也强调了这一观点。所以，所谓“依据《公司法》第 35 条关于‘股东不得抽逃出资’的强制性规定进行审查”，实际要求的是减资符合法定程序。

其次，《公司法》第 142 条规定，“（股份有限）公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：（一）减少公司注册资本；……公司因前款第（一）项、第（二）项规定的情形收购本公司股份的，应当经股东大会决议……公司依照本条第一款规定收购本公司股份后，属于第（一）项情形的，应当自收购之日起十日内注销……上市公司收购本公司股份的，应当依照《中华人民共和国证券法》的规定履行信息披露义务……”可见，所谓“依据《公司法》第 142 条关于股份回购的强制性规定进行审查”，指的是股份有限公司减资回购，应在法定减资程序之外，符合“经股东大会决议”、“收购之日起十日内注销”的条件。上市公司另需符合《证券法》等法律法规的规定。

最后，《公司法》第 177 条规定了减资程序，即“公司需要减少注册资本时，必须编制资

产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。”

总之，若估值调整导致目标公司回购投资人所持的部分股权，有限责任公司需要完成减资程序，即（1）作出减少注册资本决议；（2）编制资产负债表及财产清单；（3）作出决议之日起十日内通知债权人；（4）三十日内在报纸上公告。

股份有限公司需要（1）股东大会决议回购；（2）决议减少注册资本；（3）编制资产负债表及财产清单；（4）作出决议之日起十日内通知债权人；（5）三十日内在报纸上公告；（6）回购后十日内注销。

实践中，要符合上述审查要点难度较大。首先，若目标公司或其股东不配合召开审议减资事项的股东（大）会或未通过上述决议，则投资方要求目标公司回购股权的要求将无法实现；结合《九民纪要》第 29 条“请求召开股东（大）会不可诉”的规定，司法亦不能随意介入公司内部治理，强制要求目标公司召开审议减资事项的股东（大）会，投资方就很可能在这一点上陷入僵局。其次，减资时必须通知公司债权人，而且债权人有权要求公司对债务予以清偿或者提供相应担保。这极可能给公司造成巨大财务压力，影响其正常经营甚至面临破产。

## （二）目标公司补偿现金的程序

融资公司与投资方对赌的情形③：未达业绩目标，公司向投资人补偿现金，也涉及债权人保护的问题。故《九民纪要》规定：“投资方请求目标公司承担金钱补偿义务的，人民法院应当依据《公司法》第 35 条关于‘股东不得抽逃出资’和第 166 条关于利润分配的强制性规定进行审查。经审查，目标公司没有利润或者虽有利润但不足以补偿投资方的，人民法院应当驳回或者部分支持其诉讼请求。今后目标公司有利润时，投资方还可以依据该事实另行提起诉讼。”这意味着，投资方从公司获得金钱补偿，只能从公司可以分配的利润中支付，否则就会构成抽逃出资。

## 四、《九民纪要》管制的应对之策

如何应对《九民纪要》的上述管制，可以从以下几点着手：

### 1. 目标公司补偿股权的情形

（1）如创始股东有履行能力，建议由创始股东直接承担回购义务或者要求其对公司的回购义务承担保证责任。

（2）约定股权补偿事由发生后，召开回购减资会议的主体、时间以及不参会的责任。

（3）提前确认各方股东在会议中应履行支持义务，或者提前获得表决权委托。

### 2. 目标公司补偿现金的情形

（1）由于现金补偿以公司有可分配利润为准，可以事先明确公司的分红标准，按照《公司法》约定弥补以前年度亏损及提取法定公积金后即应当进行分红。

（2）约定按年度进行利润分配，待会计年度届满后几个月内公司应主动完成利润现金

补偿给投资方，不得待投资方再次起诉后，方履行补偿义务。

### 3. 采用分期融资机制解决估值不确定问题

即将投资分成若干轮次，每一轮次都确定企业应达到的目标，它可能是特定财务指标，也可能是某一状态(如取得专利);投资人是否提供下一轮资金取决于前期目标的实现情况。其优势在于不必受到上述资本管制。

譬如，2005年凯雷基金(美资)与徐工集团及其子公司徐工机械的对赌协议即约定：凯雷以相当于20.69亿元人民币的等额美元购买徐工集团所持有的82%的徐工机械股份，同时徐工机械在现有12.53亿元人民币注册资本的基础上，增资2.42亿元人民币并全部由凯雷认购。凯雷须在交易完成的当期支付6000万美元；如果徐工机械2006年的经常性EBITDA达到约定目标，凯雷还将为此股权再支付6000万美元。换言之，6000万美元的估值差异作为凯雷的或有出资，在入股的第一年末根据徐工机械的业绩目标而确定是否实际投入公司。

(本文首发于2020年8月27日)

# 融资租赁合同纠纷中出租人行使取回权的注意要点

李凤翔

近年来，因出租人行使取回权引发纠纷而诉诸法院的情况时有发生，如此前我们分享过的一个案例（（2019）沪 74 民终 224 号），该案一审法院认为，取回权必须以融资租赁合同解除为前提，出租人在合同未解除的情况下径行取回车辆，影响了承租人对租赁物的占有使用，非合法的自力取回行为，进而判决出租人向承租人返还租赁物。

这给出租人维护权益带来了诸多困扰——取回权是否必须以融资租赁合同解除为前提？在行使取回权时有哪些要点？取回租赁物后又有哪些注意事项？本文我们将通过司法实践中的裁判情况，对上述问题进行分析。

## 一、出租人行使取回权是否必须以合同解除为前提

目前的审判实践中，多数法院认为融资租赁中取回权的行使应以合同解除为前提。例如，在（2019）闽 02 民终 131 号案件中，厦门中院便认为，虽然案涉融资租赁合同约定融资租赁公司在承租人拖欠租金的情况下可以自力取回租赁物，但该权利的行使仍应以合同的解除为前提。出租人未通知承租人解除合同而径行取回租赁物的行为，不构成取回权的正当行使。

但也有法院持不同态度。在安徽省合肥市中级人民法院审理的（2019）皖 01 民终 63 号案件中，承租人的抗辩理由之一即是认为出租人在合同履行期间直接取回租赁物，违反了法律程序性的规定。一审法院在审理时指出案涉《融资租赁合同》对出租人自力取回进行了明确的约定，而法律对自力取回并无明确规定。法院同时认为，承租人有关取回租赁物须以解除合同为前提的抗辩，系法律对公力取回租赁物的规定。本案二审时合肥中院也未对这一观点进行驳斥，可见该案中法院并不认为自力取回以合同解除为必要前提。

笔者认为，当承租人根本违约、解除条件成就时，即使合同尚未解除，出租人也应享有取回权。如果出租人取回后并处置的，应视为取回行为是出租人解除合同的意思表示，在取回租赁物时融资租赁合同已解除。

## 二、出租人自力取回租赁物的要点

### 1. 并非所有违约情形都适宜自力取回

闽 02 民终 131 号一案中及（2017）沪 0114 民初 15555 号案件中，厦门中院与上海市嘉定区人民法院都在判决时指出，融资租赁合同项下出租人的取回权属于救济权，只有在承租人严重违约，丧失了合法占有租赁物的基础时，出租人行使取回权的条件方能成就，即**只有在承租人严重违约导致合同解除的情况下，出租人才能行使取回权**。由于出租人行使取回权、处置租赁物必然会导致承租人无法使用租赁物、融资租赁合同应当解除这样一个后果，法院的上述观点确有其合理性。但什么样的情形才算“导致合同解除的严重违约情形”呢？

《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十二条对出

租人因承租人违约而产生解除权的情形进行了列举式的规定，我们可以通过本条对出租人享有取回权的承租人违约情形进行一些归纳：

（1）在承租人对租赁物进行无权处分时，出租人有权主张解除合同。但在该情况下，如果租赁物已被第三人善意取得的，出租人将无法主张取回租赁物，此时，出租人选择自力取回需承担侵权风险。

（2）在承租人发生逾期付租行为时，无论逾期付租的行为符合合同约定的解除条件、还是在合同无明确约定的情况下符合了法定解除要件，出租人都需要经过催告程序后才可以解除合同。前述情况下，如出租人拟自力取回，我们建议出租人在取回前以书面形式进行催告，并妥善保留相关证据。

（3）如承租人发生了融资租赁合同约定的其他违约行为，且承租人违约尚不构成合同解除条件的，出租人不宜选择以自力取回的方式维护权益。否则，承租人将有权要求出租人赔偿损失。

## 2. 取回方式需要适当

出租人进行自力取回时，取回方式也极为关键。一般认为，出租人自力取回应取得承租人的同意，但实践中，在承租人违约的情况下，让承租人再同意配合出租人自力取回租赁物往往非常困难。正因如此，出租人自力取回极易产生纠纷、问题。（2018）京 0107 民初 26277 号案件中，法院便提到：“原、被告在纠纷发生后，自力取回车辆期间的行为涉嫌刑事犯罪”。在刑事案例的检索中，也不乏融资租赁公司委托第三方进行催收、自力取回时，第三方最终因敲诈勒索罪、寻衅滋事罪等刑事犯罪而被判决承担刑事责任的情况（详见（2019）晋 0522 刑初 34 号、（2018）苏 0612 刑初 768 号判决书）。虽然这些案例中，并未直接让融资租赁公司承担刑事责任，但显然也无益于出租人维权。

综上，我们建议融资租赁公司在自力取回时把握以下几个要点：

（1）出租人可以在融资租赁合同中明确约定行使取回权时承租人应承担配合和协助的义务，并对取回权的行使方式、取回后租赁物的处置等进行约定；

（2）出租人须避免暴力取回行为，如委托第三方进行催收、取回的，需审慎选择第三方，避免发生暴力取回事件；

（3）如承租人可以配合出租人进行取回的，建议书面留痕，避免双方后续产生争议。

## 三、出租人自力取回后处置租赁物时的注意事项

基于融资租赁交易模式的特殊性，出租人自力取回租赁物并非意味着其损失已经得到了弥补。出租人还会面临租赁物处置这一问题，此时出租人有两种处理方式，一是向法院起诉，要求解除合同，并经法院的诉讼流程，以法院委托拍卖、评估等方式确认租赁物价值，进而按照租赁物残值与承租人未付款项多退少补的原则进行清偿。方式二是出租人自行处置租赁物，并以清偿所得款项弥补承租人的未付款。在出租人自行处置的情况下，我们可通过以下几个案例的对比了解出租人的风险点：

（2019）晋 07 民终 1560 号案件中，出租人深夜强行取回标的物，并在网上拍卖给第三方。后承租人起诉要求出租人返还租赁物、解除合同并赔偿损失。该案中，出租人没有合理

证据证明其处置租赁物的价格为合理价格，导致法院无法准确判定租赁物在出租人取走时的价值。且法院认为出租人自力取回、并在取回后进行网上拍卖的方式已突破了其行使权力的合理范围。最终判决出租人按照法院酌定的租赁物市场价值返还价款、解除合同并承担违约责任。

与之形成鲜明对比的是（2019）皖01民终63号案件。本案中，出租人在自力取回租赁物后，委托有评估资质的机构对车辆价值进行评估，并根据评估价值进行出售，在主张剩余未付租金时，亦将出售款先行抵扣。法院认为，出租人对租赁物的处置行为具有合同依据，且未侵害承租人合法权益，并无不当。由此可见，如出租人拟在取回后自行处置租赁物的，有证据证明处置价格的合理性极为重要，由第三方进行评估便是一种证明处置价格合理的重要方式。

此外，如选择以评估方式确定租赁物处置价格，出租人还应注意评估时效性及评估机构的资质。在（2018）晋0105民初85号案件中，出租人同样取回租赁物并处置后起诉，要求承租人支付全部未付租金与处置价款后的差额部分。出租人的处置也同样有评估报告为依据，但法院审理后认为，出租人2014年5月将租赁车辆收回，其委托评估的时间为2015年1月2日，出租人的证据无法认定出租人何时将车辆委托评估，对收回车辆后至进行评估期间车辆状况无法确定，故不能仅以旧机动车鉴定评估报告书的评估价格确定出租人收回车辆时车辆的市场价格。本案中，由于出租人未及时委托评估机构进行评估，导致法院认为租赁物的残值无法准确判定，进而驳回了出租人的诉讼请求。而在（2019）沪74民终439号案件中，出租人委托了不具有评估资质的第三方进行评估，且买受方即为第三方的法定代表人，法院因此也驳回了出租人要求承租人支付差额部分的诉讼请求。

综上，出租人在自力取回后主要有以下几个的注意要点：

（1）首先，多数案例中，法院都没有认可出租人对租赁物的自行处置，故出租人自行处置租赁物的风险相对较大。如确要选择自行处置的，出租人应有充分证据证明其自行处置的价格合理，当难以取得承租人对租赁物的书面认可时，选择第三方进行评估一种较为常见的方式；

（2）出租人应在自力取回后及时委托第三方进行评估，评估结果应是对于租赁物取回时的市场价格进行的评估；

（3）出租人应当委托有评估资质且与出租人间不存在利害关系的第三方进行评估工作；

（4）如租赁物收回时的价值超过了承租人的未付款项，出租人应返还超过部分的价值，如不足的，应仅就差额部分进行主张。

本文我们对融资租赁中出租人自力取回涉及的一些问题进行了探讨，总体而言，融资租赁中出租人如拟进行自力取回，首选是获得承租人对取回及租赁物处置的配合，其次需注意采取合理取回方式，最终在处置租赁物时需注意处置价格合理及多退少补的差额处置原则。

（本文首发于2020年8月20日）

## 演艺经纪约的 6 个谈判要点

赵晓波

近日，前火箭少女 101 组合成员 Yamy 与经纪公司极创引力的解约纠纷闹得沸沸扬扬，本为解除演艺经纪合同，却发展成了艺人与公司双方在网络上的公关战，甚至引发了网友对一些社会性问题的激烈讨论。

随着《青春有你》、《创造 101》、《奇葩说》等网综的不断发展，很多艺人，如 Yamy、虞书欣、姜思达等，纷纷借助平台出道或翻红。随着而来的是各种经纪签约问题——

艺人出道后的短期运营公司和原经纪公司的共享签约怎么设置？

米未传媒这类既是节目出品方又是艺人经纪方的公司如何找到自身收益与艺人收益的平衡点？

如今艺人与经纪公司解约纠纷频发，真的仅仅是艺人不知感恩或是公司不作为吗，经纪合同的设置上究竟出了什么问题？

本文从合作模式的选择、经纪公司的义务承担、艺人约束、解约条款、利润分配条款以及争议解决方式六个方面，提供些许合同谈判时的考虑要点，希望对经纪公司与艺人洽谈签约工作有所启发和帮助。

### 一、如何选择合作伙伴及商业合作模式？

一般而言，经纪约中可能涉及的经纪范围可以包括电影、电视剧、电视及网络综艺、主持、代言、音乐、出版物、短视频、现场演出、直播等各个方面，各项经纪事务包括但不限于各项演艺活动的策划、包装、培训、规划、安排、实施、对外合作、获取收益、纠纷处理、危机公关、监督及管理艺人等。

根据经纪范围的不同，目前经纪约的类型主要有全约和分约两种模式。全约是指演艺经纪公司打包一次性获取艺人的全部独家经纪权。分约则是指演艺经纪公司取得艺人的某一领域经纪权，如“唱片约”、“影视约”、“综艺约”、“直播约”等。

随着演艺经纪市场的发展，分约项下发展出了衍生约，例如共享经纪约，即艺人在与原经纪公司签订了独家全约的情况下，原经纪公司让渡一部分或者一段时间的经纪权给新经纪公司，原经纪公司与新经纪公司共同管理艺人并分享收益。通常适用于选秀类节目，选秀节目出品方与原经纪公司共享一定期间内合作收益。

那么在实践中，我们如何选择一个适合艺人发展阶段的经纪约呢？这和艺人未来的发展方向、目前所处的发展阶段是密切相关的。

#### （一）合作伙伴的选择

艺人及经纪公司应当选择符合自身未来发展定位或有效将现有资源进行互置并变现的合作伙伴。以《青春有你 2》为例，我们可以看到大多数的选手在参赛前都是已经签过经纪约的，只有少量选手以个人练习生的身份参赛。在已经签署经纪约的艺人中，我们可以看到，华策影视擅长于电视剧制作，那么艺人签在其旗下则会有一定的影视剧拍摄资源；倘若艺人

本身是以直播出道的，如秦牛正威、林小宅等，则将经纪约签在直播内容平台火星数娱、点赞传媒能获得更贴合自身发展的资源。

《青春有你2》选手及经纪公司（部分，排名不分先后）		
经纪公司	选手	备注
华策影视	虞书欣	电视剧领域龙头企业，出品《三生三世十里桃花》、《致我们单纯的小美好》、《楚乔传》、《谈判官》等；旗下艺人有胡一天、吴倩等。
丝芭传媒	许佳琪、戴萌、段艺璇、张语格、孙芮	大型女子偶像团体 SNH48 的运营公司；2020 年 2 月就旗下艺人黄婷婷单方解约事宜对黄提起诉讼。
泰洋川禾	孔雪儿、赵小棠	2020 年 3 月获字节跳动 1.8 亿元融资；旗下有 anglebaby、陈赫、papi 酱等，周冬雨于 2020 年 4 月 30 日与其结束关系。
火星数娱	秦牛正威、杨宇彤	直播内容公司，旗下签约主播 8000+
乐华娱乐	金子涵、宋昭艺	旗下艺人有吴宣仪、孟美岐、范丞丞、黄明昊、朱正廷等。
嘉会传媒	喻言	《人民的名义》制片方之一
香蕉娱乐	杜紫怡、王姝慧	2020 年 2 月，实际控制人变更，王思聪退出；旗下艺人有尤长靖、林彦俊、邵夷贝等。

## （二）商业合作模式的选择

双方同样应当选择适合自身发展阶段的经纪约。以周冬雨为例，周冬雨工作室在 2020 年 4 月 30 日发布的声明中表明结束与泰洋川禾的经纪合作关系，即日起，周冬雨的相关工作将由周冬雨影视文化传播新沂工作室独立运营。

从目前查询到的股权结构看，周冬雨 100%控股该工作室。可以预见的是，在工作室独立运营后，周冬雨未来的发展方向很有可能是通过周冬雨工作室的名义对外进行各个项目的分约，而不会再另行与经纪公司签署全约。这样一来，周冬雨作为工作室的实控人，能够有效掌握自己未来承接商演代言的主动权，同时也能提高自己的经济收益。

## 二、经纪公司的义务条款如何设置？

在早期的演艺经纪约中，经纪公司的义务往往是一些概括性的义务，比如勤勉尽责为艺人处理事务、协助艺人发展演艺事业、代表艺人与第三方商谈演出聘用条件、为艺人争取更多的业务发展机会、提供培训等。

和早年间一无所有的小白艺人不同，近年来，很多拟签约经纪公司的艺人通过自身的经营，已经在自媒体平台积累了一定的粉丝基础，因而在签约时已经具有了一定的谈判地位。同时随着艺人与经纪公司解约纠纷的不断曝光，艺人在签约之初即有可能要求经纪公司口头承诺（比如合作期限内接多少部电影、接几支广告、保底收入多少等）写进合同，此时

双方应当如何协商以尽可能促成签约呢？

### （一）艺人 KPI 设置及经纪公司承诺的动态平衡

我们建议，经纪公司不要直接拒绝艺人的请求，如上文所述，经纪公司可考虑结合自身的业务长板，为艺人设定一定 KPI 且在艺人达成该 KPI 的情况下，在自身业务长板领域作出适当承诺，和艺人共同把蛋糕做大。这一点也可作为后续艺人以显失公平为由要求撤销合同时，经纪公司的抗辩理由之一。同时，将经纪公司所作承诺的履行期限予以适当延长，比如将一年内拍摄几支广告调整为合约期限内拍摄几支广告（目前经纪约的合约期限一般为 5 年）。

### （二）掌握条款解释与适应的主动权

倘若该艺人系经纪公司亟需的人才，在接受艺人提出的将业绩承诺条款纳入合同约定的情形下，经纪公司也仍应掌握条款解释与适用的主动权。例如：

1、经纪公司应为自身设置灵活的违约责任。可约定，在经纪公司未如约履行义务时，经纪公司仅承担固定金额的金钱赔偿义务，该金额可根据违约情形的不同区分定价。

2、为艺人主张权利设置前提条件。如约定经纪公司有违约行为的，艺人应当书面通知并提供合格证据材料。

3、为自身设置补救条款。如约定经纪公司有违约行为且接到艺人书面通知时，经纪公司可选择限期改正违约行为，双方继续履行经纪约。

## 三、对艺人的约束条款如何设置？

参与经纪公司安排的演艺事务、维护个人形象、保守商业秘密、无正当理由不得单方解除合同等都是常规的艺人应当履行的义务，但很多演艺经纪约中，我们还可以看到一些对艺人身、情感进行限制的义务条款，比如限制艺人恋爱、结婚等。我们认为此类约定应当属于无效条款，只能在心理上对艺人起到一定的警示作用，而且如果后续艺人与经纪公司发生解约纠纷时，该类条款甚至有可能被艺人作为主张合同显失公平要求撤销的理由之一。

### （一）经纪公司应以签署独家约、全约为基础

除了上述对艺人约束的一般条款外，独家约、全约的相关约定对于艺人及经纪公司来说，具有更高的经济价值。在签艺人时，公司应确保至少在某一特定领域拿到独家约，因此经纪约中常会有如下表述“艺人保证和承诺其在本合同签署前未与且在代理期限和代理地域内不会与任何第三方订立与本合同相冲突、或影响乙方在本合同项下权利义务的任何法律文件（无论以书面方式或口头方式、且无论是否收取报酬）”、“在代理期限和代理地域内，自身为该艺人演艺活动的独家代理公司，为艺人提供演艺活动代理服务。艺人不得自行或再委托第三方代理其本合同约定的演艺活动（无论是否收取报酬）”。

### （二）例外情形下，为艺人留有一定的自主空间

考虑到很多艺人在正式签约前已经有了一定的粉丝群基础，该艺人之所以签经纪公司，往往是想要将现有资源进行整合，并由经纪公司为其开拓出新的发展领域。同时，其亦想保留一定的自主权，例如保留自己运作微博账号的权利，保留自己出书的权利等。

那么，当经纪公司与该艺人洽谈全约不成时，我们建议，不要因小失大，可做一定让步，

给到艺人一定的自主空间,但该空间务必尽可能细化。例如,在艺人与经纪公司洽谈全约时,艺人表示想要保留自媒体账号及出书的权利,那么此时经纪公司应当细化到具体的某一种自媒体账号、电子图书或纸质图书、是否包含知识付费产品等。

#### 四、合同解除条款如何设置?

合理设置合同解除条款的前提是,我们了解并知悉在演艺经纪约中,常见的引发解约争议的事由。现有司法实践中,经纪公司诉请解约的案例较少,毕竟与其冒着违约解除的风险,选择不再对艺人投入成本、雪藏艺人的风险更小。反而对于艺人而言,发展的黄金期较为有限,如果经纪公司履约不力,很有可能对该艺人的事业产生严重损害和影响,因此大多数情况下均是艺人方主动要求解约。

##### (一) 艺人解约的常见理由

- 1、主体资格: 演艺经纪公司/经纪人不具备经纪资质; 艺人未成年。
- 2、合同约定: 委托合同单方法定解除权; 重大误解/显失公平; 格式条款。
- 3、款项结算: 逾期付款、对账不清。
- 4、名誉形象: 艺人形象维护不利、名誉受损、隐私泄露、删帖不力、舆情争议、公众形象负面。
- 5、其他: 信任基础丧失、不满意经纪人/无专属经纪人、个人发展无提升、未提供培训管理、合同目的无法实现。

上诉解约事由中, 演艺经纪公司/经纪人不具备经纪资质, 艺人未成年但监护人已签署经纪约或监护人虽未签署经纪约, 但知晓经纪事项并收取款项分成的, 通常不影响经纪约的有效性; 艺人名誉形象未有效提升、不满意经纪人/无专属经纪人等通常不会成为法院判决解约的事由。一般来说, 只有存在重大误解/显失公平、格式条款、长期款项结算存在问题情形之一, 且足以导致信任基础丧失无法继续履约时, 法院才会判决解约。

##### (二) 应对艺人解约的防范措施

在了解艺人诉请解约的主要事由的情况下, 我们可以在合同中有针对性地调整解约条款, 以保证合同的有效性。例如根据艺人或演艺经纪公司违约情况的不同, 区分设置违约责任; 根据已履行的合作期限的不同及艺人的履约情况, 阶梯设置违约金。同时, 我们建议, 经纪公司在履约过程中, 应当注意保存对艺人进行培训、营销、提供资源供其选择的相关证据, 并在可能的情况下, 制作履约情况表, 定期由艺人签字确认, 对双方的履约情况进行阶段性的确认, 从而可以在发生艺人单方主张解约的情况下占据证据层面上的主动和优势地位。

#### 五、如何约定利润分配条款?

如上所述, 虽然演艺经纪约纠纷的起因有很多, 如演艺经纪公司未提供培训、未向艺人投入资源等, 但究其原因都可以归结为双方就利润分配问题无法达成一致意见。

##### (一) 利润分配条款的基本模式

根据行业惯例, 就艺人演艺收入的分成, 经纪公司分成比例初期会高于艺人, 之后逐年

减少。部分演艺公司除与艺人分配演艺收入外，还会按月向艺人支付一部分生活费，并根据合作年限及艺人发展情况逐年递增。发放生活费的情况，一般发生在主营男团、女团业务的经纪公司中，此时可能还会衍生出劳动合同和经纪合同双重的法律关系。

## （二）演艺成本如何扣除

在利润分配条款的约定中，比较容易发生争议的主要是演艺成本扣除问题。通常情况下，艺人与演艺经纪公司是对净收益进行分成，净收益=总收入-总成本。总收入较为确定，即经纪公司或其关联公司代理艺人与第三方签约安排的演艺活动所产生的收入总额。

而总成本往往在演艺经纪约中只会做概括性的约定，比如“为了获取演艺活动机会所涉其他中介人或中介机构收取之费用、因使用他人享有知识产权的作品而需向相应知识产权人支付的使用费等、代理费、单个项目特定培训支出、差旅费、服装费、妆发费、基础宣推成本、艺人的日常生活支出、培训支出、保险费、税费等”，基于行业特征，总成本中部分费用实质上是很难提供合理凭证的，故艺人往往会在拿到收益结算单后提出种种异议，并主张经纪公司未足额支付、结算利润，甚至以此为由要求解除经纪合同。在这种情况下，为免后续艺人与经纪公司产生争议，可在签约时，就将总成本难以提供合理凭证的部分确认一个固定金额，或设置一定比例。

## 六、如何设定争议解决方式？

从演艺经纪行业的特征来看，对于信息保密及高效争议解决的要求较高，如果一个案子通过诉讼程序，一审判决很难终局性解决问题，很有可能会二审、发回重审，甚至再审。艺人与经纪公司争议悬而未决的状态，很可能导致判决生效后艺人的黄金发展期已然经过。相比之下，仲裁更高效，保密效果也更好。仲裁是一裁终局，不能上诉，一经作出即对当事人产生拘束力。虽然仲裁裁决有可能出现被法院撤销或被裁定不予执行，但该等情况发生概率相对较低。

同时，仲裁案件是以不公开审理为原则，公开审理为例外的，这一点刚好与诉讼程序中经申请方可不公开审理相反。对于演艺经纪行业而言，无论是艺人还是演艺经纪公司，将双方之间的争议公开并不是一件好事，一方面经纪公司不愿意向第三方披露其与艺人之间的款项分成比例及分成金额；另一方面，艺人往往也不愿意将双方最终达成的赔偿数额向外界透露，因而仲裁的这一特点特别适合有商业秘密的演艺经纪合同纠纷的处理。

## 结语

以上为演艺经纪约中的常见条款设定。对于演艺经纪公司来说，发掘、培训一个艺人需要投入大量的时间、精力以及资源。同样，对于艺人而言，其黄金发展期也相当有限。经纪公司与其在缔约之初利用自己的强势地位签署所谓的“霸王合约”，导致后续与艺人对簿公堂，倒不如在一开始即本着诚实信用原则，妥善与艺人洽谈合同细节，共同将蛋糕做大。

（本文首发于 2020 年 7 月 28 日）

2020年第三季度

# 星瀚人文

星瀚法律评论

## 刑事律师的逆流而上

宋佳、朱晔明

法律圈的伙伴或许都有这样的感觉，上学时，大家都最爱听刑法课。“刑法总论”“刑法分论”都被安排在学校最大的教室中，占座之战从前一天的晚上就会打响，没能抢占先机的同学们只能从隔壁教室搬椅子过来加座；如果连加座的地方都没有了，同学们也愿意站着挤一挤，无论如何都要将一上午的课程听完。不论所学专业是否是法学、甚至不论是否是本校学生，年轻学子对探究刑事法律总有满腔热情。

但是，真到了找工作的时候，刑事部似乎又最为冷门。律所中的公司部、金融部、房产部、知产部都广受追捧，难得遇到愿意加入刑事部的实习生，其在面试中往往还会吐露心声说：选择刑事法律方向听到过不少劝阻之声。

一方面，全社会对于刑事律师的理解需要更加理性和客观，法学生对于自己的职业理想也大可更为坚定和勇敢；但另一方面，大家对刑事律师工作内容的认识也可以更为全面。

### “反舞弊”

在星瀚，大家如今一提“刑事”二字，本能地就会联想到“刑事反舞弊”，经过多年耕耘，这个名词可谓愈加深入人心。这一概念的诞生还是因为机缘巧合下的一个案件。

汪银平律师介绍说：“2013年的时候，我的律师生涯遇到了一起由于员工和客户串通，公司被合同诈骗800余万的刑事案件，当时客户自己报案未果，于是寻求懂公安业务的刑事律师协助。”

凭借十余年公安工作中积累的证据经验，汪律师在该案材料中立马找到了一些新的证据资料，包括虚假合同（伪造的印章和签名）、虚假的抵押物清单等，在此基础上，经过两轮和地方经侦部门交涉，成功将案件报案受理，并且完整地参与了后期所有的侦查、审查起诉、一审、二审（通过被害人提请抗诉启动）、执行等程序。

这是汪律师和刑事部同事办理的第一起代理被害人的刑事案件，作为被害人的诉讼代理人亲历了全部刑事诉讼程序，并最终取得了理想效果，令大家感触良多；他和同事们感到，企业在应对内部舞弊行为时会遇到太多的障碍。

“企业反舞弊不是个案，而是一个非常复杂的系统性法律问题——涉嫌的罪名就可能有十多个，而职务侵占等罪名涉及的舞弊手法又有好多种犯罪模型；调查上，公司缺乏方法和手段，对舞弊事实在法律认定上也不能准确判断（比如不能区分挪用和侵占的区别，盗窃和侵占的区别等）……这些恰恰都是刑事律师可以展现价值的地方。”



为了更好地为企业解决问题，刑事部的同事结合实务进行了大量研究，在反舞弊法律服务版块，渐渐形成了星瀚自己的专属专业体系，有了成熟的配套服务机制，从而在行业内得到充分认可。

### “电子取证”

“反舞弊”之后，星瀚推出的又一个行业热词就是“电子取证”，取证专家周晓鸣老师的加入使得星瀚刑事部如虎添翼。

周老师说：“手机、电脑、网络，已经成为人们工作、生活不可或缺的必需品。而与人、事、物相关的大量涉案线索或证据，就隐藏在各类往来电子邮件、短信、网上聊天记录等电子数据中，电子数据取证成为案件调查的重要突破口。”

因为电子取证的过程往往颇具推理感，听周老师讲故事就好像看了一部侦探剧，但周老师一直强调：“电子数据取证是一个严谨的过程，从取证准备到结案，整个过程都要按照符合法律诉讼要求的流程开展。”



星瀚电子取证团队最多采取的取证模型包含三个阶段：一是证据获取，即固定证据，如制作硬盘无损镜像，截屏保存等；二是证据分析，即数据分析与案情关联；三是证据表现，即对电子证据与案件关联性进行总结陈述。乍一看也许会觉得不复杂，但其中门道却非常多，既考验取证技术，更考验取证人员和律师之间的配合。

当专业的刑事律师遇到专业的技术专家，两者加成之后的效应不容小觑。刑事律师所能提供的法律服务从获取证据后的处理应对主动向前迈了一步，也因为有了一定的调查取证方式，使得反舞弊的概念能够继续得到延展，律师为客户创造的价值将更大。

### “刑民结合”

伴随着星瀚反舞弊业务的知名度提升，案件类型也愈加多样化，星瀚内部形成了反舞弊业务生态圈，“刑民结合”可能就是这个生态圈里的第一个产物。

这些年来，各地法院受理的损害公司利益纠纷案件呈高发态势，其中，由公司董事或高管引发的纠纷也不在少数。常见的情形有：董事、高管侵占或挪用公司资产，暗地里自立门户同业经营，多处任职进行自我交易、关联交易、利益输送等。



企业碰到这些情况往往希望通过刑事手段来解决，但如果现有材料无法达到刑事立案的标准，则会转民事途径，因此，星瀚的民商事诉讼团队大有作为。

在星瀚，对于无法构成刑事犯罪的舞弊行为可以依据公司法、侵权法、合同法、竞争法等，制定民事诉讼、行政举报方案，从而为客户提供一站式、全局性的法律服务。

### “内控与反舞弊”

如果说“反舞弊”与“刑民结合”都相对偏重于问题发生后的解决处理、“电子取证”是重要的方法与手段，那么“内控与反舞弊”概念的提出就使得星瀚的相关服务形成了闭环，建立起壁垒优势。

单案舞弊事件不仅突出反映了公司管理制度、业务流程、财务流程上的问题，还令我们和企业同时意识到，“查漏补缺”的工作应当覆盖得更广、更全。诸如员工劳动关系管理、供应商管理、商业秘密保护、IT管理、档案资料管理等方方面面，都是涉及企业内控和反舞弊的重要事项。比起在东窗事发后，采用果断、高效的手段应对处置，将内控和反舞弊贯穿融合在整个公司运作体系内的各个环节，才是防患于未然的对症之道。



为此，卫新律师、杨轶菡律师、黄璞虑律师等都加入到了内控板块的打造中，为企业的衍生需求提供法律配套，让供应商管理、劳动关系处理、企业知识产权的保护等问题均得到充分的关注和有效的防控。



而这一系列的配套服务就称之为“企业内控与反舞弊常年法律顾问服务”。

法律层面上，有专业律师团队提供内控咨询、反舞弊咨询、举报分析，还能根据企业需求提供定制化的岗位培训、员工教育讲座、走访访谈并提供内控意见，带来满满的“安全感”。知识层面上，每季度送达的新法新规解读、反舞弊资讯和案例合辑、年度舞弊犯罪大数据报告，以丰富的内容为企业的合规监察从业者赋能。技术层面上，星瀚则联合合作伙伴，为客户提供技术产品和培训服务。

## ● 服务内容 ●

服务类型	服务内容
【内控咨询】	接受客户公司有关企业内控体系建设，及与内控反舞弊有关的知识产权、劳动人事、民商事法律问题的咨询
【反舞弊咨询】	接受客户公司日常遇到的“舞弊案件”的咨询，包括法律法规适用、证据的搜集与整理，案件的定性、报案与立案、索赔追偿等
【举报分析】	接受客户委托，为客户公司提供内外部舞弊举报线索的汇总、甄别和分析工作
【新法新规解读】	每季度收集、解读和舞弊有关的最新法律法规、政策口径等，提供客户公司参考
【资讯与案例合辑】	每季度收集整理和客户公司行业相关的热点资讯和典型案例，提供客户公司参考
【教育讲座】	为客户公司提供高管和重点岗位员工警示教育讲座服务
【岗位培训】	为客户公司的内控反舞弊岗位人员提供培训课程
【走访巡场】	每半年对客户公司进行走访巡场，为客户公司提供内控意见
【年度报告】	结合客户公司舞弊案件和举报线索情况等，分析并出具《公司年度内控和反舞弊情况报告》
【大数据报告】	免费提供上海星瀚律师事务所企业内控与反舞弊法律中心出品的各类专刊、舞弊犯罪大数据报告（每年度）
【增值服务】	反舞弊年度峰会免费名额及折扣名额；内控与反舞弊研究会培训名额；美亚亿安《电子数据调查分析技术》课程培训；美亚亿安百灵（原“取证大师”）产品
特别说明	常年法律顾问服务的价格不同，享受服务的内容会有差异，如您有意了解详细信息，欢迎发送邮件至bd@ricc.com.cn 或者添加“ricc-xing”为微信好友。

至此，星瀚企业内控与反舞弊法律中心已经形成了“组合拳”，能够满足客户的综合需求。自星瀚关注企业中的舞弊行为以来，我们的法律服务产品一直在快速迭代，服务能力也在不断升级，以及每当我们在这一领域中做得更加深入时，就愈加觉得刑事律师的执业空间是如此广大。

对参与在这个过程中的每一个人而言，都感受到过同事之间相互协同带来的力量，也深知有些关键节点只能埋头苦干、毫无捷径；都在为客户解决问题、创造价值后感受到职业荣誉感，但很快就会在新的案件和新的犯罪手法中受到挫折和磨炼；都会在厚厚的材料和数不尽的代码中觉得劳累与迷茫，但依旧会越战越勇、从不轻言放弃……相信在不久的将来，星瀚企业内控与反舞弊法律中心就又会诞生新故事、新传奇。

（本文首发于 2020 年 7 月 24 日）

## 面向未来，创新发展，坚持法律服务产品化之路

宋佳

9月24日，一场集合了百余家知名企业的民法典大会隆重举行，卫新律师应邀出席并发表主题演讲，题为《民法典合同编的热点问题探讨》。

自《民法典》颁布以来，卫新律师已经为政府机关、行业协会、各大商会、知名企业、专业机构等提供了十余场相关主题的讲座或分享，并配套推出了“《民法典》背景下的企业合同管理体系升级”专项法律服务，广受好评。

快速响应热点、动态更新服务，背后的支撑是星瀚一直以来都坚持的法律服务产品化战略。



### 用持续学习共克时艰

#### 《民法典》的研究与实践

受到疫情影响，2020年的春节假期尤为漫长，部分业务部门的创收也在那个周期中停滞了下来。远程办公期间，部门负责人们开了视频会，大家就疫情对业务的影响做了一些预判，迷茫和焦虑是难免的，但**总有一些正确的事情会伴随我们渡过难关。**

既然终身学习是律师的使命，学习型组织的打造一直都是星瀚的目标，那么在持续服务客户需求之余，就进一步加强学习吧。就这样，公司金融部门的《九民纪要》与《民法典》系统学习开始了。每位同事都有分享任务，每天上下午各一次，大家相聚线上，听同事分享，展开交流。不仅如此，研习开始前有预习任务，结束后还有“测试”和“模拟”，持续一个月之

后，同事们对《九民纪要》和《民法典》的认识又上了一个台阶。

尽管彼时《民法典》尚未正式颁布，但对各稿版本的对比研究令大家对立法意图有了更为清晰的认识，这也成为《民法典》颁布后，星瀚能够快速推进专业服务的重要基石。

如今，星瀚围绕《民法典》在做的事情不仅包括：为常法、专项客户批注合同条款、在日常经营过程中提示与《民法典》相关的事宜，针对不同的人群提供相适应的培训，还提出了“企业合同体系重构”概念。在《民法典》的背景下，结合企业的业务发展目标、内部审批流程、经营交易习惯等，系统性地优化合同文本和内部治理体系建设，为企业的长远发展保驾护航。

付出的时间，终究会被看见。



### 构建生态 加速迭代

#### 企业内控与反舞弊产品及峰会

9月25日，企业内控与反舞弊第二届行业峰会举行，来自全国各地的200余位企业负责人、内审、监察、合规、风控、法务、人事等齐聚一堂，参与一年一度的内审监察圈盛会。

作为国内最早一批提出“反舞弊”法律服务概念的专业机构，这些年来，星瀚一直致力于将该法律产品做深、做强，打造内控与反舞弊的生态圈。

为此，汪银平律师和其带领的星瀚企业内控与反舞弊法律中心从未间断过专业方面的输入与输出，甚至用输出倒逼输入。同事们在忙于具体办案的同时，依然持续推出了「反舞弊专栏」、「电子数据取证专栏」、「企业内控与反舞弊体系建设专栏」等，并且确保每个季度都有专业课程的推出或迭代。



有同事感慨说：午夜梦醒，想的都是内控反舞弊的事；就连暑期实习生都说：以后但凡听到“公司”“企业”二字，本能反应就觉得后面要有“反舞弊”三个字。

即使如此，企业内控与反舞弊行业的发展依然需要集中更多的力量，汪银平律师也一直在做着这方面的努力。参与发起上海市犯罪学学会内控与反舞弊研究会，将资深的律师、会计师、审计师、技术专家，和企业中的专业内审、监察汇聚到一起，共同研讨法律法规、前沿技术、动态趋势，交换经验和做法。

近些年来，星瀚不仅形成了内部的内控反舞弊生态圈，既包括民商法、行政法、知识产权、劳动人事等方面的专业律师高效协同，为客户提供综合性的服务，也包括海商事、资本市场、特许经营等与行业密切相关的专业律师一同参与，结合行业特色，一起帮助客户解决问题；此外，星瀚也形成了内控反舞弊的外部生态圈，即与其他律师事务所、会计师事务所、技术公司等展开合作，共同在个案中发挥积极作用。

**打造法律服务产品给我们不断带来惊喜，越是投入、越有更多可能。**我们希望构建一个**开放、包容、创新的平台**，与大家**一起探索更广阔的空间**。



### 聚焦行业 关注商业

保险、文娱版块的新拓展

除了专业领域的纵向深入之外，聚焦行业、提供综合性的法律服务也是星瀚特色。我们不仅总部和分所联动，持续深耕保险、航运、文娱、医疗、金融、地产等行业，还**持续通过资源整合、专业交叉、商业结合等方式谋求创新发展。**

比如，在保险版块，星瀚多名律师携手探索了保险与知识产权的结合，以及结合瑞幸事件，对董责险及相类似的产品做了更为深入的研究。

又比如，在文娱版块，星瀚今年对演艺经纪相关的法律问题尤为关注，结合练习生培养、男团女团模式盛行等特点，为客户企业提供了一系列的专业服务。近期，我们还就品牌方、MCN机构和KOL之间的合作问题应邀开展了多场分享，结合KOL跳槽的违约金问题、KOL和MCN机构签署的合同性质、MCN机构与品牌方的纠纷处置等热点议题提供了诸多建议和解决方案。



具备良好的商业意识和卓越的洞察力是星瀚的优势所在，也正因此，星瀚**擅长应对行业与行业的跨界、商业与法律的交叉**，经过探索与耕耘，在若干版块形成了一定的差异化优势。

2020 注定是不平凡的一年，我们希望在这一年中继续专业化、产品化的道路，成为“**热爱法律的技术派**”是我们面对复杂世界的坚定答案。

（本文首发于 2020 年 9 月 25 日）

## 这些星瀚明星讲师的课，你听过吗

唐诗颖

今年以来，星瀚组织或受邀参与的活动达数十场，不管是线上还是线下，每场活动分享的背后，都是星瀚主讲人的付出。在成长为一名优秀讲师的路上，他们中有的自带授课天赋，能在律师和讲师身份之间无缝切换，无论应对哪种活动、听众、话题，都能游刃有余；有的则是进入星瀚后才首次站上讲台，从分享内部学习会，到主讲中小型培训课程，再到参讲大型论坛活动，在一次次课程分享中不断打磨精进，最终成为好评如潮的明星讲师。今天，小编就带大家认识这几位星瀚明星讲师。

### 卫新律师：商业+法律+提供解决方案

提到星瀚的明星讲师，很多人的第一反应可能就是卫新律师。曾有一段时间，卫律师不是在讲课、就是在去讲课的路上。本周内，卫律师刚刚完成了两场法律分享，并已经开始为下周的分享备课。

卫律师不仅讲课频次高，而且授课内容广。当我们面试时间问到面试者是否了解过星瀚时，不少面试者都会脱口而出：“了解过，我在学校/律协/某个活动/某次讲座里听过卫新律师的XX课……”

面向在校生，卫律师曾在华东政法大学开设了《合同法律实务》课程，他对上课模式、教学风格、课程效果等做了精心设计和打磨，还尝试了一些创新激励学习法，收到了学生们的一致好评；面对律师同行，卫律师的《律所文化与绩效管理》颇受欢迎；面向企业、行业协会、商会等，卫律师的招牌则包括《公司治理与股权设计》、《投融资法律》等等，近几年，此类课程已经开设超过150场授课场次，其能延展出的内容和形式已经非常丰富。围绕着企业的商业活动特征，以解决企业经营的实际问题为目标，卫律师的授课既有深度案例解析，又有商业模式介绍，总能让听众们收获满满。

今年，自《民法典》颁布以来，行业内便掀起了研究热潮。卫律师抓住“合同编”条文变化给商业运作、企业管理带来的具体影响，设计出了《企业合同管理体系重构》课程，能够帮助企业法务、一般员工和企业管理者有针对性地学习并运用，这已经成为了星瀚最受欢迎的明星课程之一。

### 汪银平律师：不断钻研创新，每次分享都是一次升级

自星瀚反舞弊法律中心成立起，汪银平律师已先后在CFO峰会、市工商联、法律人飞跃大会、星瀚各类开放日、论坛、峰会等场合授课，分享内控与反舞弊主题内容数十次。此外，在星瀚的内部学习会、在与华政等高校合作的学生课程中，汪律师也是常客讲师。凭着专业度和高颜值，汪律师收获粉丝无数。

听过汪律师讲课的人都会说，听汪律师讲课很有收获。一方面，汪律师不用套路、不打太极，内容都很干货、实在；另一方面，汪律师研究的领域都比较前沿、新颖，不少人听完

汪律师的分享之后都会颇有启发。

汪律师说：“反舞弊本身就是新生领域，想要保持内容常新，需要肯花精力钻研，从实际案例中积累经验，不断发现问题、找到解决方案。当你对一个领域的研究深了，自然而然就有很多可讲的干货。”

正因如此，汪律师的每一次讲课都是具体、详实的，比如《如何借助刑事调查开展内控反舞弊工作》、《公司如何设置内控流程》、《高管/员工损害公司利益之后的应对》、《舞弊类案件的取证要求与司法衔接》等等。

此外，汪律师每一份讲课 PPT 也都会不一样，内容不断加入着实践中的新收获、新感触，每一次分享都是一次升级。在企业内控与反舞弊第二届行业峰会上，汪律师也会带来他的最新研究成果。

### **阮霁倩律师：娓娓道来，紧跟新趋势新政策**

阮霁倩律师是星瀚公司金融部的合伙人律师，她既懂法律也懂业务，对于市场变化、新规政策非常敏锐，对于金融业务开展风险点的认知也非常清晰，总是能够直击企业的痛点并且给出应对建议和方案。因而，她的融资租赁、私募基金、商业保理系列的课程都很受大家欢迎。

听阮律师讲课最大的感受便是她总是条理清晰、不疾不徐、娓娓道来，且不论被突袭问到什么样的问题，她总能快速反应与回答。每次授课结束后，都有很多听众围着交流问题。我们有客户盛赞，听阮律师讲一次课，困惑了很久的问题都感到迎刃而解了。这背后，是她深厚的专业实力与丰富的办案经验的支撑。

近年来，星瀚与融易学研究院达成战略合作，阮律师及团队研发了一系列课程，包括《融资租赁争议解决》、《融资租赁新规下的企业合规》、《商业保理合同纠纷法律问题》、《民法典、九民纪要等对金融行业的影响》等等，均受到了广泛关注与好评。

### **周晓鸣：把“专业”讲成“武侠小说”**

作为星瀚的真技术人士，周晓鸣的授课内容很是“硬核”，充斥着“哈希值”、“元数据”、“原始态”等一系列专业词汇。但专业不等于枯燥，恰恰相反，他轻松有趣的画风、前沿新颖的知识、那些“拿走一部手机 5 分钟就可以挖掘出无限信息”的案例给很多听众留下了深刻的印象，让大家听完意犹未尽。

对于自己的讲课风格，周老师表示一直在向“武侠小说”靠拢，以不让听众听乏为目标。他常说：“专业书和武侠小说的区别就在于，专业书不会设置悬念，而武侠小说则是疑窦丛生，环环相扣，这也是看武侠小说总停不下来的原因。”

目前，周老师已多次受邀为企业法务、监察审计、技术人员等受众进行授课，包括了《电子数据取证基础与案例分享》、《电子数据取证与法律实务的衔接》、《实用电子数据恢复技巧》、《办公软件应用技巧》、《企业计算机和网络使用安全防范》等精品课程。本月的企业内控与反舞弊第二届行业峰会上，也会搭配黄璞虑律师，创新分享模式，欢迎大家报名！

### 黄璞虑律师：每一个课程都是值得好好打磨的作品

听过黄璞虑律师分享的人都会说，黄律师讲课热情满溢，就像回到学校上课一样，有着随时被 cue 起来回答问题的紧张感。其实，黄律师正是华东政法大学的兼职讲师，他的课程范围不仅限于知识产权法律知识、实务案例，还有一些很适合学生、律师了解的辩论、演讲等技能课程。

对黄律师而言，每一次课程都是一份作品，值得细细调整打磨。来到星瀚后，黄律师曾向同事们分享过知识产权课程，他充实丰富的内容给大家留下了深刻印象，有不少遗憾错过学习会的同事愿意花费积分购买课程回看学习。据黄律师透露，90 分钟的分享，他实际准备了近一个星期。

针对不同听众，黄律师还会做定制化的区分。当给企业培训的时候，他会提前收集好问题清单，把听众的问题融入到课程中，使培训更具实操感；而面向法学生的课程，则更倾向于一个长案例贯彻全程，将案例里每一步的法律知识点、实操经验技巧提取出来分享。黄律师说：“如果时间允许，我都会和大家一起，把关键性的结论从头到尾再梳理总结一遍。”相信每一位听黄律师授课的朋友都能学有所获。

（本文首发于 2020 年 9 月 11 日）

## 青年律师如何审查好一份合同

合同审查是律师的基本功之一，尤其对非诉律师而言，这可能是最高频次的工作。优秀的合同审查，能够帮助客户促成交易、最大程度地降低法律风险。对于刚入行的青年律师而言，常会遇到两大问题：第一，看不出合同的问题，拿到合同后改无可改；第二，对合同做了大量实质修改，以至于条款严苛，几乎无法达成交易。

那么，拿到一份合同应该如何处理？审查时要关注哪些要素？本文将分享一些方法论和小技巧，以供青年律师参考。

### 合同审查三步走

首先，拿到合同不要急于动手改，可以从看、问、想三步出发，对合同内容、合同背景、合同目标等进行一个全盘的了解。

#### 1.看

拿看合同主要要“看”清楚以下几点：

**第一，看合同的类型。**这是有名合同还是无名合同？很多年轻律师经常会遇到的一个问题是，当拿到一份有名合同，就习惯性根据合同名称先入为主地判断法律性质、确定需要审查的要素。但实践中，合同实际内容与合同名称不匹配的情况非常常见，因此必须结合具体合同内容进行确定。

**第二，看合同的权利义务。**这里的权利义务，并不只是看甲乙方的具体陈述和保证，更多地是要看这些内容本身是否合法合规。比如，我们常在合同中看到一些很概述的条款，如“甲方具有完全民事行为能力，具有签订合同的一切应该有的决议资质”。此时，我们应当去关注，该条款只是表象上的义务，需要我们根据合同涉及的具体经济活动，如“支付款项”“发放贷款”等，来判断是否确实应有资质、且该资质应由哪一方负责获取。

**第三，看合同的主体。**当拿到一份合同时，我们有时候会问客户是否为合同的拟定方，这是为了辨别合同中的有些表述是否存在预设陷阱。比如一份三方合同中，如果客户为第三方担保方，那么作为律师，就有必要注意拟定方是否为合同相对方，他是否为了确保担保责任的实现而给我方预设了很多障碍，这些障碍就是律师要为当事人去排查和分析的。

除了看合同的拟定方，我们还应看合同的哪一方更为强势、更有话语权。一般而言，强势的一方可能更希望设置高额的违约金以保障合同履行，而相对弱势的一方则往往会更希望签成这份合同。因此审查合同前务必了解合同的背景、客户的地位以及目标，当合同相对方较为强势时，建议我们的修改幅度、口吻也要有所收敛和退让，把修改重点放在适当之处，尽可能将客户方的权利加大。

#### 2.问

对很多新人律师和实习生而言，更多时候是接到主管律师或带教律师的合同审查任务，而不会直接与客户对接。主管律师在交办任务时，可能不会对合同背景和审查要求做全面、细致的介绍，此时，学会“问”就非常重要。

比如在某份投资协议中，客户为被投公司原先的实控人，现想要引进新的投资人，此时客户的持股比例必将产生变化。对于这些变化，律师需要为客户识别出风险，如客户的实际控制权是否会被影响，并据此详询客户的想法与补救措施。需要注意的是，不管是问带教律师还是问客户，均要做好一次性问清楚准备。

### 3.想

在正式审合同时，我们可能会发现有一些细节跟问的信息还是有出入，或者又有一些细节需要再进行一些推演与论证，能够全面掌握合同背后的交易流程、周全地考虑到合同应具备的要素非常重要。此时，便进入思考的环节。

首先，要想好合同要素。很多新人律师在审查合同时，常习惯于就条款改条款。但我们更建议大家在实践中学习、积累各类合同的必备要素，比如股权转让协议的 N 个要素、借款合同的 N 项要素等等，记在心中。在拿到合同判断好合同类型后，先独立思考，在脑海中回顾此类型合同应当具备哪些要素，避免被现有的合同文本内容带跑。

其次，要想好交易流程。这是审查合同中的一个进阶技能，是律师商业思维的体现。对新人而言，目前接触的合同，大都为简单的借款、租赁、居间合同等，这样的合同基于比较成熟的交易模式，通常不会有什么交易流程问题。但是，到后期需要我们处理比较复杂的合同时，可能会遇到比较新的交易模式、商业模型，此时一定要对交易流程进行梳理，画出流程图，明确每一环的主体与资金流向。因为在与客户沟通的时候，我们很难意识到它的交易环节有没有什么问题，是否漏了哪一环，只有通过流程图一步步进行推演，才能保证合同覆盖整个交易流程，不会破坏客户的交易合规性，最大限度为客户规避风险。

## 合同审查要素

接下来将于读者分享合同审查中需要重点关注的要素及审查技巧。

### 1.合同主体

这里即指合同双方的实际订立主体，需要我们结合合同的性质来看。比如，如果合同主体之一是国有企业，我们应对国有企业的相关法规进行梳理；如果担保函是一个上市公司出具的，我们也要确认是否与非上市公司的要求有所区别。

此外，还需要调研合同相对方是什么样的公司或者个人，是否符合资质、是否具有履约能力。这里可以通过企查查、天眼查等工具快速调研了解，实务中，我们会发现相对方并不总是“靠谱”的，比如相对方已被列入公司失信被执行人、相对方有较多未决诉讼、甚至还有企业主体根本未做设立登记的情况，这些都需要提请客户注意风险。

在遇到一些特定合同主体时，如特许经营中的品牌方、建筑施工企业、医疗企业、教育企业时，还需要特别注意资质问题，避免后续产生合同效力争议。

### 2.对价

这里要明确在合同中我方是付款方还是收款方。如果是付款方，我们需要关注成果的交付、是否设置分期付款、先开票还是先付款、验收时间及要求、质量不合格如何赔偿损失、哪些情况下可中止付款或返还已支付款项等信息；如果是收款方，则需要关注款项未及时收到时如何处理、未及时验收是否视为已验收、如果是承揽施工合同，我方是否有流质条款等信息、是否要设置保证金，什么情况下可以按照什么顺序进行抵扣等信息。

### 3.违约责任

违约责任是一份合同里最高频使用的条款，在审查时，核心应是使该条款具有实操性，明确违约情形与我方的救济手段，在后续诉讼中，这些也往往是争议焦点。需要注意的是，违约条款应与前方设立的权利义务相呼应，比如对应前面设定的合同履行的时间节点，违约责任可以写明如未按期完成需要负什么样违约责任。

在违约金方面，建议不要设置地过高，违约金如果过高，一方面不利于交易达成，另一方面有可能在实际审判时被调低。我们可以根据可能产生的实际损失来约定，损失里面，有

些人认为交通费、差旅费、住宿费、诉讼费、保全费、律师费、公告费等一切费用可以不写明承担方，但在审判实务中，不写很有可能不被支持。以律师费为例，在合同违约纠纷中，如果未在合同里明确约定，法院是不会支持的。此外，损失还要注意预期可得利益的明确约定。

#### 4. 合同生效

这是大家比较容易忽略的一点，合同什么时候生效？到底是签字生效还是盖章生效还是两者都要？建议在合同中予以明确。实务中，我们会遇到客户要做的某个交易模式有一定法律风险，合同有可能会被认定为无效的情况，此时律师应当提前做好充分的风险提示和处置预案。

#### 5. 管辖

管辖其实是双方的合同审查律师都会关注到的点，因为大家都想把管辖地设置在自己一方所在地。如果遇到管辖地无法达成一致的情况，如何修改？此时首先可以考虑折中，如选择合同签订地作为管辖地；而对于经验丰富的律师而言，我们可以通过判断这个案子是我方提起诉讼的可能性大，还是对方诉讼的可能性大来设置。如果是我方是收钱方，将更可能提起诉讼，此时我们可以约定在原告所在地人民法院管辖。总之，可以根据实际情况灵活选择，找到解决问题的“第三选择”。

管辖里面大家还要关注仲裁和法院的选择。这里建议大家慎用仲裁，在提起仲裁时，我们需要写明仲裁依据，如果合同有多方主体、产生多份合同、且所约定均为不同管辖时，会不利于高效解决争议。比如最常见的情况——无法将所有当事人拉进同一个仲裁案里。因此，在修改管辖条款时，要特别注意是否与之前的合同有管辖不一致的情况，如果有，考虑如何将它们理顺。

#### 写在最后：

总之，律师要明确审查合同的最终目的是促成客户交易。所以在审查合同时，应当把握“大方向”和“小细节”。大方向即促进交易达成，保障客户核心权利的实现，比如引入公司投资人的大方向是控制权，协议条款均要为保证控制权服务；小细节则是管辖地如何设置、担保合同是否要让配偶签字一类，让纠纷发生之时，减少客户的诉讼应对障碍。

最后，除了合同审查的方法与内容，还要建议大家留意服务客户的细节。比如在审查时原则上要用修订模式，如果修订内容较多，应给客户发送修订版与清洁版两个版本，便于查阅，同时，也要制作修订清单，注明修改重点与具体内容；此外，如果修订幅度较大，除了修订，还要做详细的批注，当然，批注数量较多时，我们也建议及时与客户进行电话沟通，帮助客户理解修订内容，以减轻客户届时的阅读压力。

（本文依据阮霭倩律师在实习生培训上分享的内容整理而成）

（本文首发于 2020 年 8 月 12 日）

## 热爱法律的技术派

星瀚地址：上海市长宁路1193号长宁来福士

T3办公楼7层

联系电话：86 21 - 5109 6488

联络邮箱：bd@ricc.com.cn

官网：www.ricc.com.cn



星瀚客服



星瀚微法苑