

2020

年度刊物

# 星瀚法律研究

LEGAL STUDY



## ● 行业聚焦

**电竞**·电竞主播跳槽的违约金为何差别这么大？

**文娱**·承诺1个月内修改合同的阅文，会给出什么样的答卷？

**直播**·《网络直播营销行为规范》生效，直播带货的“紧箍咒”来了！

## ● 热点评析

抢夺公章不够体面？但这才是股东争议法律化的序幕

“庆渝年”变“三国演义”，起诉股权代持的目的与应对

拒做“傻白甜”，企业能从腾讯VS老干妈事件中获得什么启示？



# 目录 CONTENTS

## 「重点推荐」

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	P01
平均案值 180 余万 2019 年舞弊案件金额超 70 亿！2019 年度中国	
企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告（节选）	P12

## 「行业聚焦」

▪ 电竞行业	P22
电竞主播跳槽的违约金为何差别这么大？	P22
韩国电竞史重大假赛事件，给中国电竞行业治理的启示	P28
中国能从韩国电竞产业发展史中学到什么？	P31
▪ 文娱行业	P35
承诺 1 个月内修改合同的阅文，会给出什么样的答卷？	P35
演艺经纪的 6 个谈判要点	P38
▪ 直播行业	P43
劳动关系 vs 合作关系，聊聊直播平台对主播的管理边界	P43
《网络直播营销行为规范》生效，直播带货的“紧箍咒”来了！	P47
双十一冲刺期，主播们直播带货如何不带“祸”？	P50

## 「企业内控与反舞弊」

“串通投标”行为的司法实务分析——基于中海地产上海公司总经理被查案	P53
企业在办理舞弊案件中如何正确使用《悔过书》？	P60
员工从相对方处收取好处费的舞弊行为如何定性？	P64
关于对企业内控和反舞弊体系构架维度的思考	P68
内部员工舞弊，供应商的合同一定无效吗？	P72
采购方如何识别供应商以及拟定反贿赂条款？	P78
企业反舞弊视角下的商业秘密保护策略	P85
客户名单如何成为法律保护的商业秘密？	P89
企业内控专项制度的“民主程序”实操指引	P93
员工涉嫌舞弊犯罪被停职调查期间的劳动关系如何处理？	P98

## 「热点评析」

《野狼 disco》被指抄袭衍变罗生门，真侵权还是被碰瓷？	P101
抢夺公章不够体面？但这才是股东争议法律化的序幕	P107
“鬼吹灯”争夺战，天下霸唱输在哪儿？	P111
拒做“傻白甜”，企业能从腾讯 VS 老干妈事件中获得什么启示？	P118
《民法典》视野下，企业如何订立格式条款才能避免被判无效？	P125
民法典时代，企业如何应对违约方终止合同请求权？	P128
为什么“小黄人”判赔 500 万，“小猪佩奇”却只赔 25 万？	P132
“庆渝年”变“三国演义”，起诉股权代持的目的与应对	P136

## 「融资租赁·商业保理」

从上海金融法院改判的 4 个融资租赁案例看审理口径的变化	P141
融资租赁监管新规发布，给企业合规划重点了！	P145
融资租赁合同纠纷中出租人行使取回权的注意要点	P149
“未来应收账款”可以叙做保理业务吗？	P152
保理商能否向债务人追索基础合同中约定的违约金、利息等款项？	P156
民间借贷新规对商业保理业务的影响及应对措施	P159

## 「星瀚人文」

面向未来，创新发展，坚持法律服务产品化之路	P163
“融资租赁”与“时间的朋友”	P166
在私募基金领域发挥一体化律所的优势	P170
打造税务与法律服务新模式，提供一站式的综合解决方案	P173
因为热爱，所以选择，星瀚文娱体育业务的发展之路	P177
创业十年，他们如是说：做热爱法律的技术派	P180



# 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）。

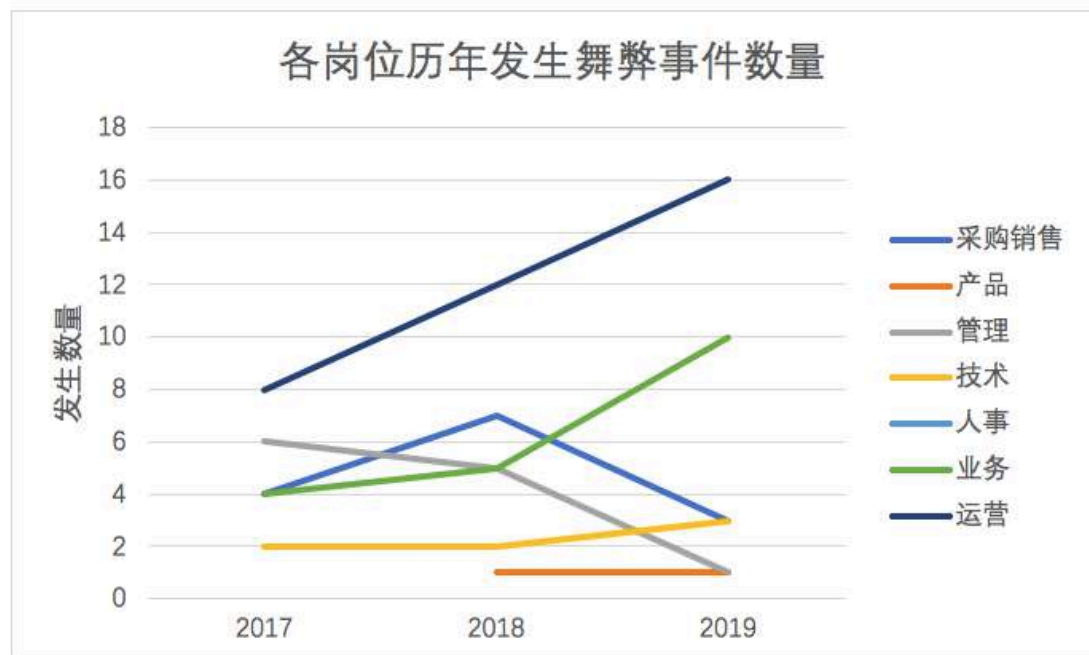
互联网大鳄们一路高歌猛进、弄潮经济，塑造一段段神话。如果说前几年，制度建设得相对滞后还是互联网行业的阿喀琉斯之踵，倒逼着行业纷纷采取强有力的措施；而如今，走在反舞弊前列的巨擘们已然通过多年来的努力，在创设内部监察部门、案情公示方案、与司法机关合作等关键问题上，都创下了被广泛报道的实绩。

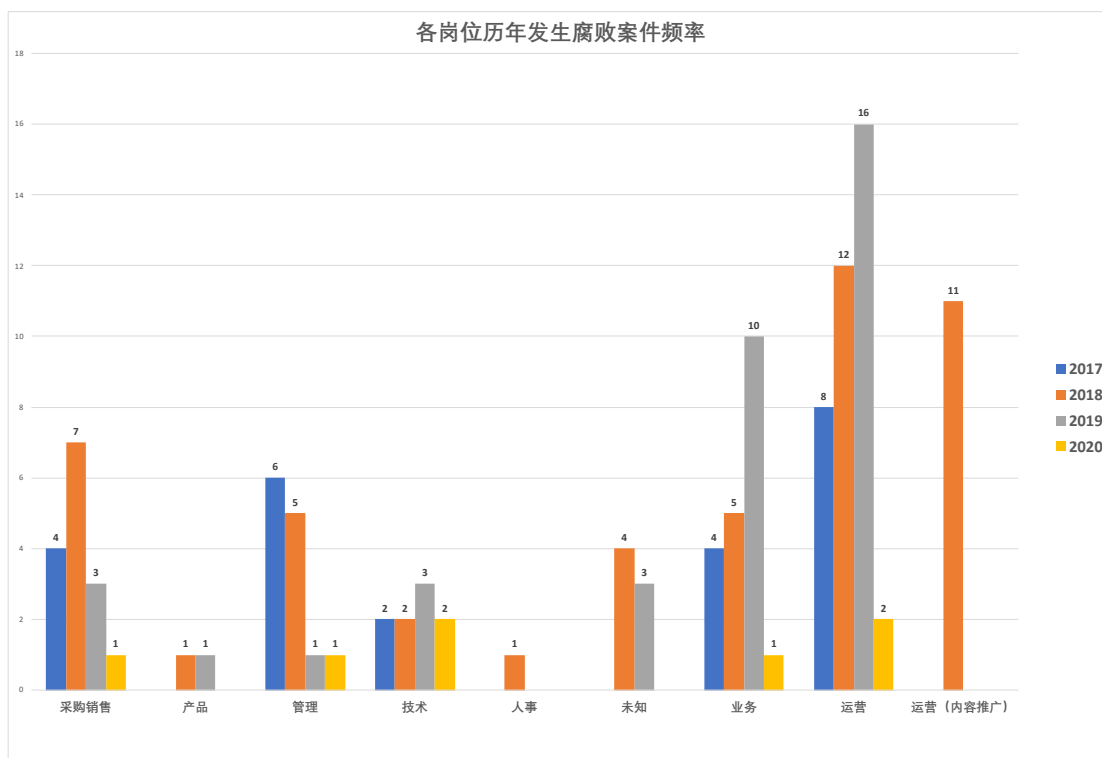
本文将针对2017年以来百度、阿里巴巴、腾讯、京东、美团、字节跳动等互联网大型企业职务犯罪情况状况进行分析（统计来源包括裁判文书网有关判决结果和各大公司的公开资讯、反腐通报），与读者一同探讨互联网公司的反舞弊特点。

## 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。

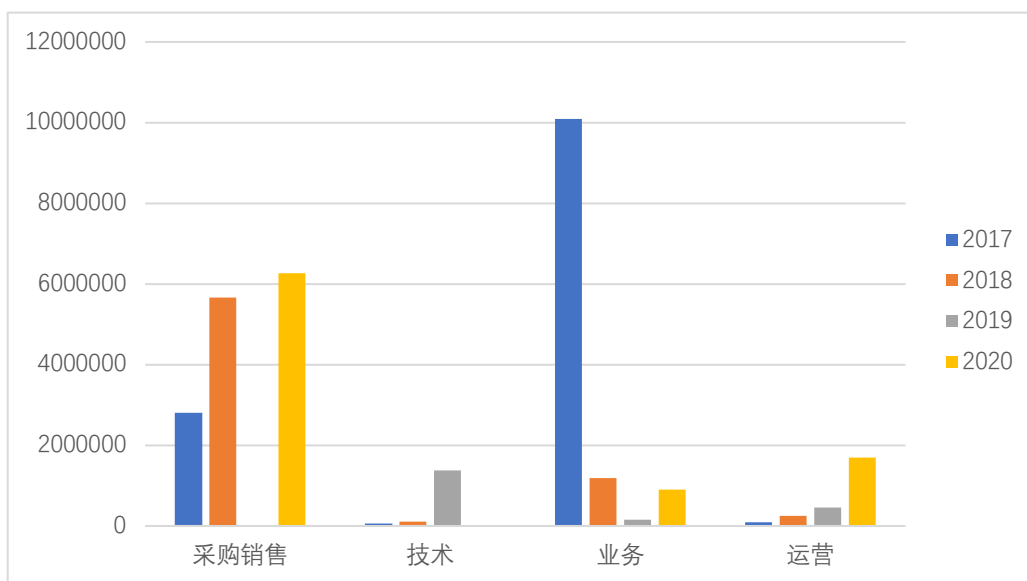




【图 1：互联网公司各岗位历年腐败案件发生频率变化】

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。



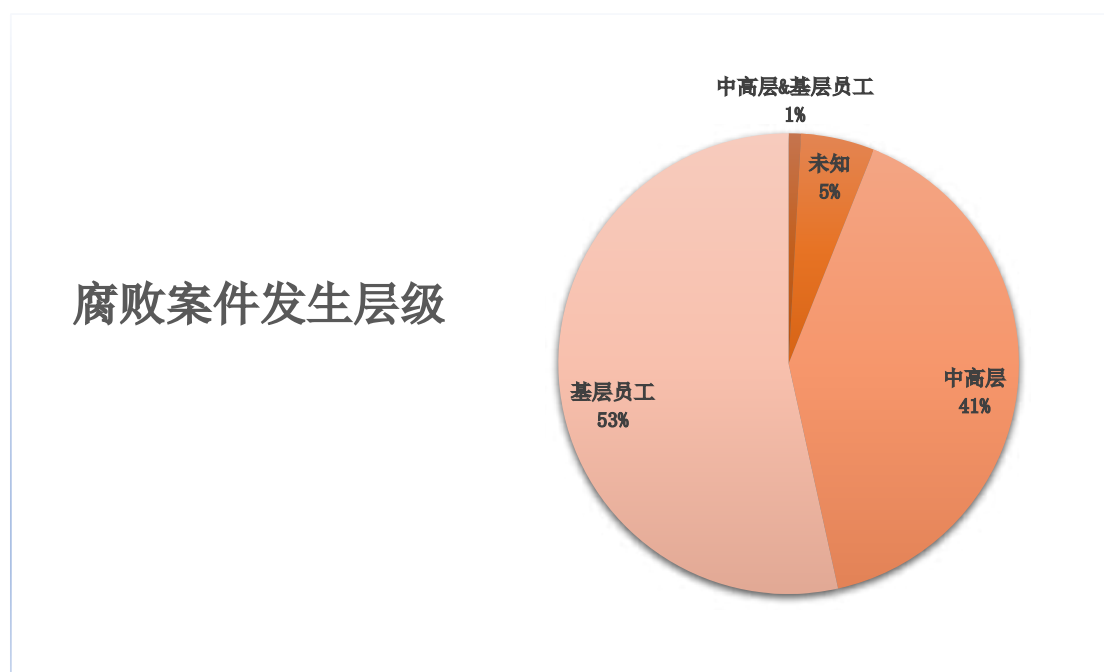
【图 2：互联网公司各岗位历年腐败案件平均涉案金额变化】



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。

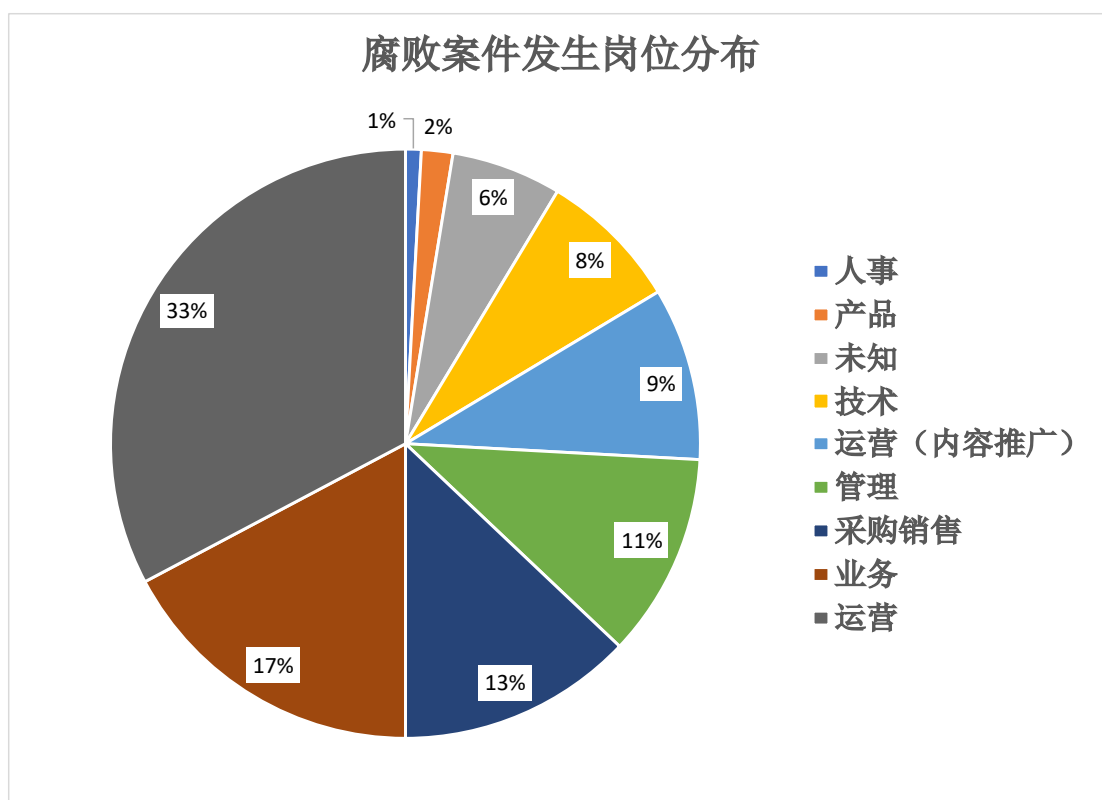
对普通职工的舞弊问题，企业往往采取批量公布的方式，但按照动机和反腐通报方式的不同，也可分为 2 类。

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	时尚事业部内衣童装部招商	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 (深圳)	陈*军	侵占公司财物	一审职务侵占罪,后续不明	未知	(2019)粤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	向服务商家收取 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&离职 员工	涉嫌非国家工作 人员受贿罪	无	无	无	未知	阳光美团
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为，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负责人	向负责管理的多家京东帮合作伙伴索贿(未遂)	否	无	无	未知	廉洁京东
2018	京东物流	朱*云	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	京东快递西安甘南铃城站站长&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* 辉	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*超	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完，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)

# 平均案值 180 余万 2019 年舞弊案件金额超 70 亿！2019 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告（节选）

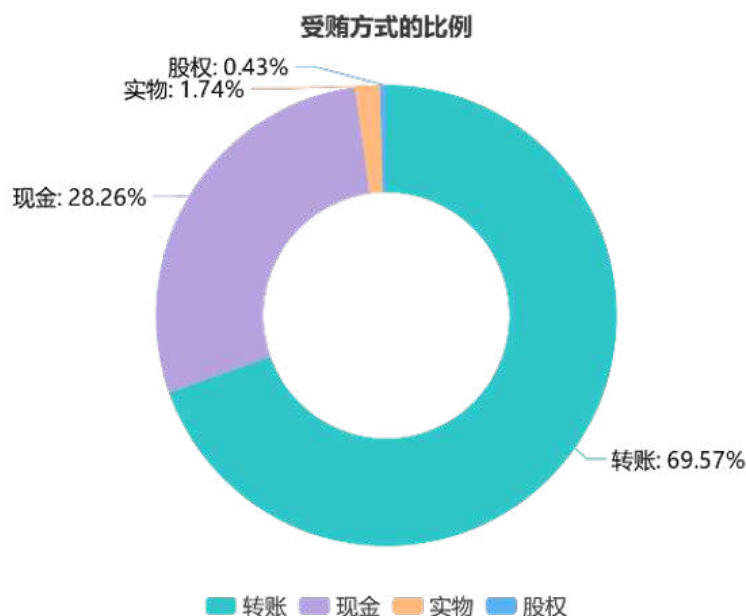
汪银平、邵洋、宋佳

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

作为专业从事内控与反舞弊法律服务的机构，上海星瀚律师事务所企业内控与反舞弊法律中心长期关注并研究舞弊犯罪及其司法审判情况。自今年上半年起，我们就针对常见的职务侵占、挪用资金、非国家工作人员受贿、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 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，本文为《2019 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告（节选）》（以下简称“报告”）。

## 报告中的三个“最”

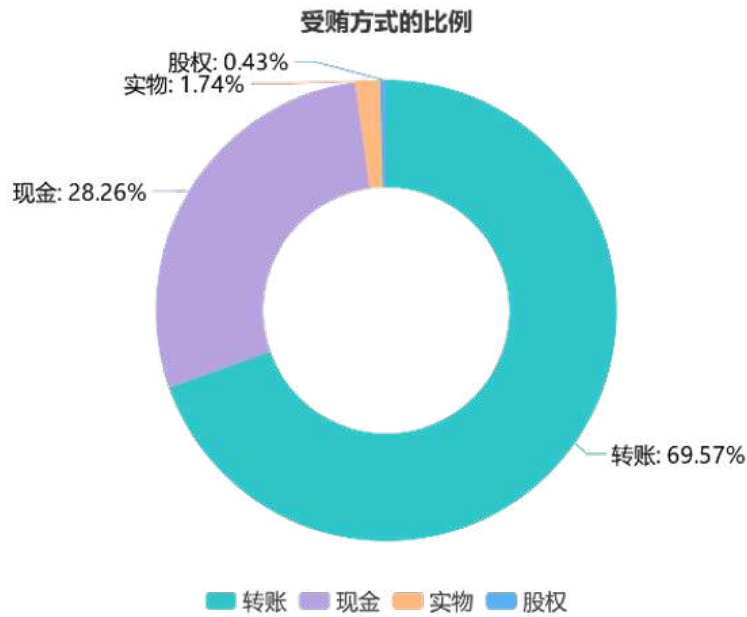
报告结合企业主体、员工（犯罪）主体、犯罪行为手法、司法裁判等四个要素，从 3995 份判决中发现了个别突出的案件。其中，在挪用资金罪案件中出现了犯罪金额达 5.03 亿元的案件（“案值最高”），以及挪用资金时间长达 15 年之久的案件（“时间最长”）；在职务侵占罪案件中有涉案人数达 13 人的案件（“人数最多”）。



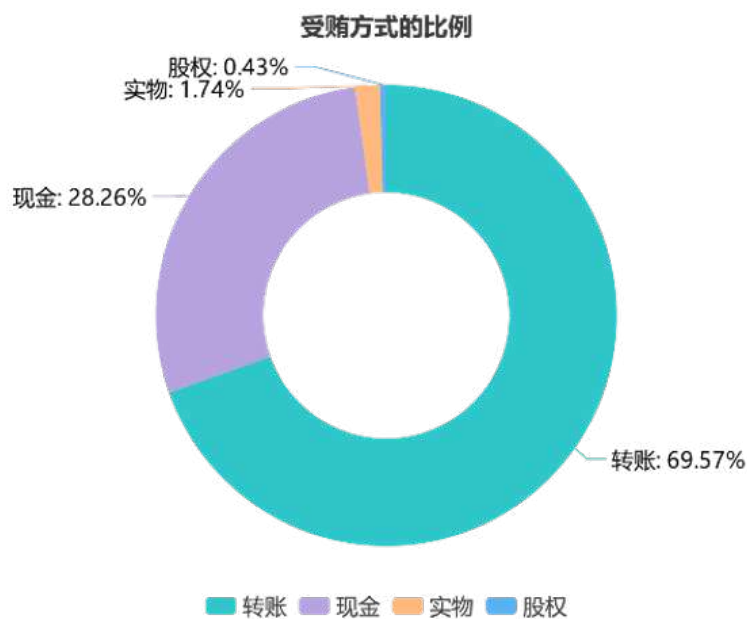
批发零售业、制造业的舞弊案件多发

根据企业性质，报告将被侵害企业划分为民营企业、外资企业与国有企业。报告获取的 3995 例案件中，民营企业的有 2815 例，占比 89.25%，外资企业有 275 例，占比 8.72%，国有企业有 64 例，占比 2.03%。

在能够查询到企业人数的 3154 例案件中，100 人以下企业案件数量有 2106 例，100-499 人企业案件数量有 494 例，500-999 人企业案件数量有 160 例，1000 人以上企业案件数量有 394 例。



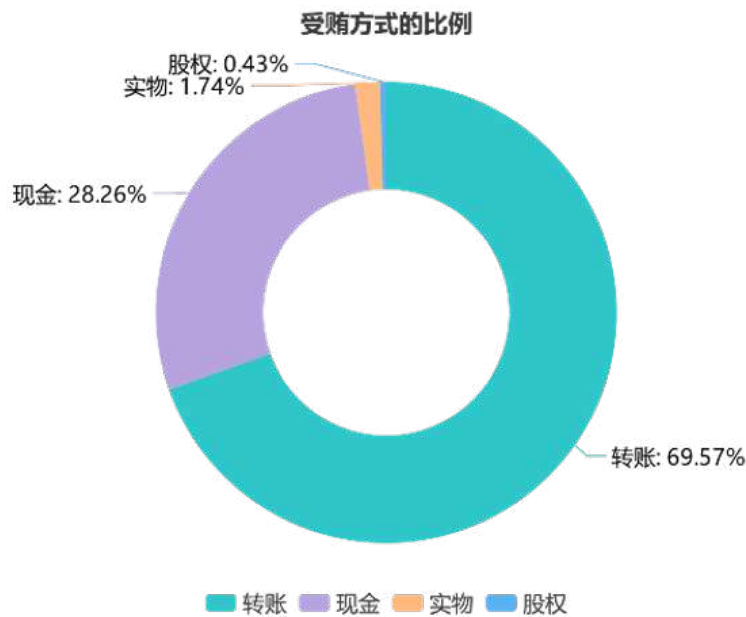
从行业情况看，发生舞弊案件较多的前 5 个行业为批发和零售业、制造业、商务服务业、房地产业以及信息技术服务业，合计占总数的 73.56%。



这反映出了批发零售业和制造业的舞弊案件较多，这两个行业也是典型的供产销行业，日常经营过程中涉及大量的采购与销售业务。在业务洽谈、合同签订、指定收付款、资金流转循环等环节涉及大量经办人员，容易产生舞弊行为。

### 31-40 岁舞弊人员占比较高

统计的案例中，共有被告人 4614 位，记载有年龄信息的舞弊犯罪人员共有 4222 人。其中小于 30 岁的有 1031 人，31-40 岁的有 1929 人，41-50 岁的有 830 人，51-60 岁的有 362 人，60 岁以上的有 70 人。

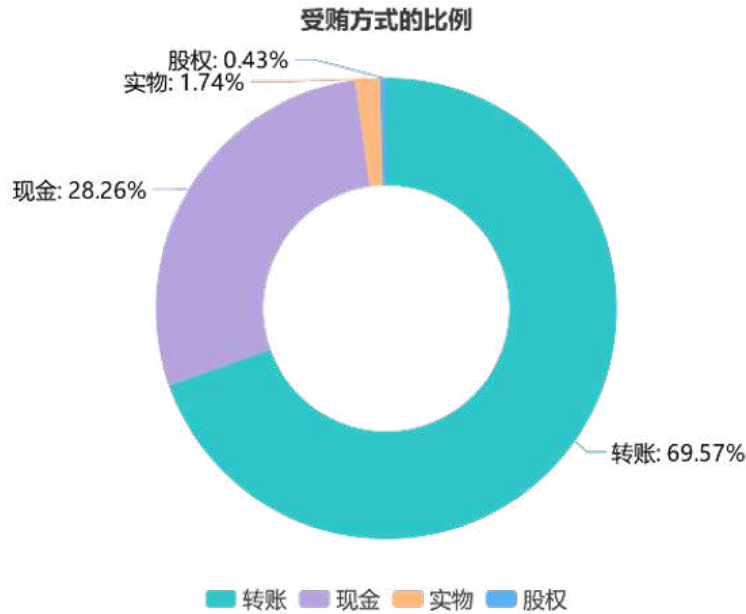


实施舞弊犯罪的人员仍以中青年为主，平均年龄为 37 岁。一方面，中青年人工作年限超过 5 年，基本属于公司、企业的骨干人员，或掌握一定的实权，在实施犯罪时有一定基础条件。另一方面，31-40 岁年龄段的人群经济需求的压力最大，房贷、家庭生活开支、小孩教育抚养乃至同辈人之间的攀比等，都会促使这类人群更可能产生侵占公司财产的动力。

具体到各项舞弊罪名中，不同罪名舞弊人员的平均年龄差异大。非国家工作人员受贿行为人平均年龄最高，为 39.62 岁。侵犯公民个人信息行为人平均年龄最低，为 30.61 岁。侵犯公民个人信息、计算机类舞弊属于较为新颖的舞弊方式，行为人的平均年龄较小。

### 销售和管理岗位舞弊案件高发

报告中包含岗位信息的数据共有 4511 条。其中销售岗位 1689 人，管理岗位（公司的董事、总经理、副总经理以及后勤管理部门经理等）987 人，技术岗位 718 人，财务岗位 600 人，仓储岗位 263 人，采购岗位 183 人。案发最少的为人事岗位，仅 71 人。



销售岗和管理（经理）岗依然是舞弊案件最高发的岗位，总数占有所有岗位发案数的59.31%。

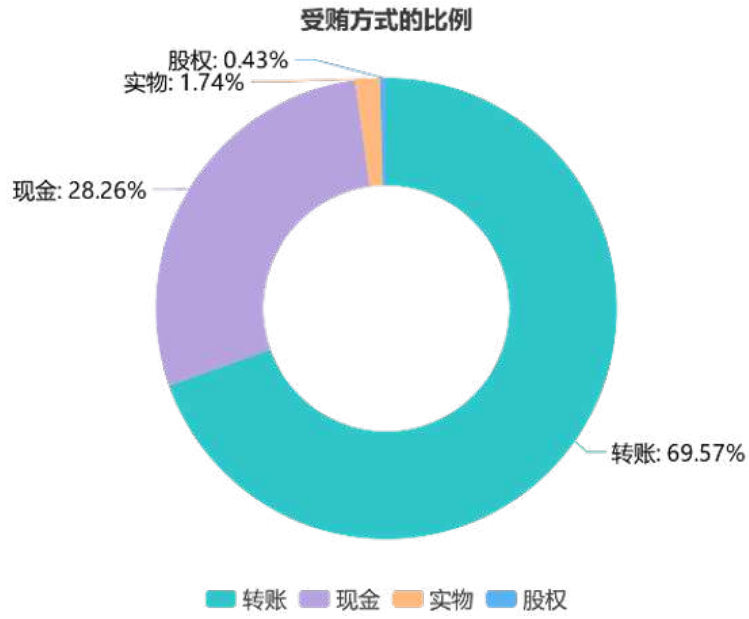
技术岗位与计算机类、侵犯公民个人信息类舞弊案件关联性较强，在高发岗位中排到了第三位。目前，绝大多数企业在向信息化办公发展，企业的电子邮箱、数据库、OA系统等，一般设有专门的信息部门来管理和运维。但在企业内部控制中，往往会忽视对信息技术人员的管理和监督。如果技术人员拥有较高的获取、修改、删除信息的权限，而没有信息安全保密制度加以限制，会增加舞弊的风险。

### 舞弊人员的如实供述情况

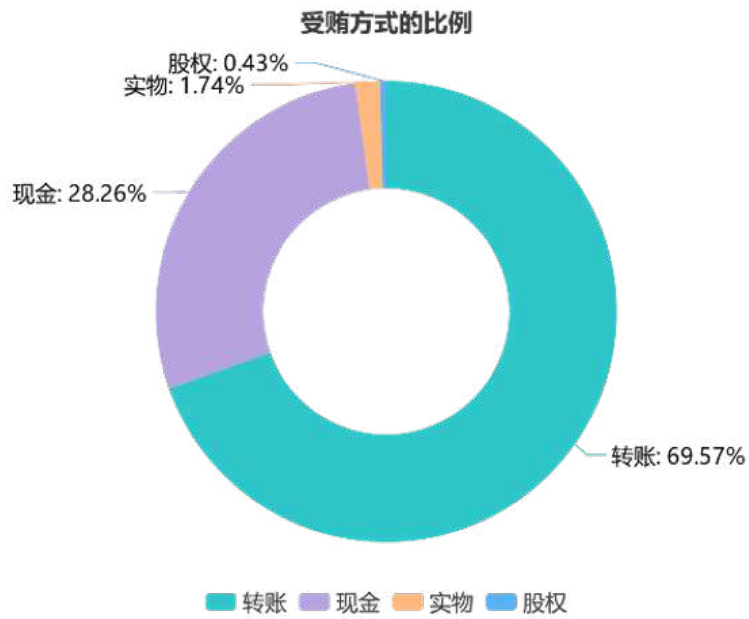
根据《刑法》规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。犯罪嫌疑人虽不具有自首情节，但是如实供述自己罪行（即坦白）的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。

根据行为人的年龄段来统计：

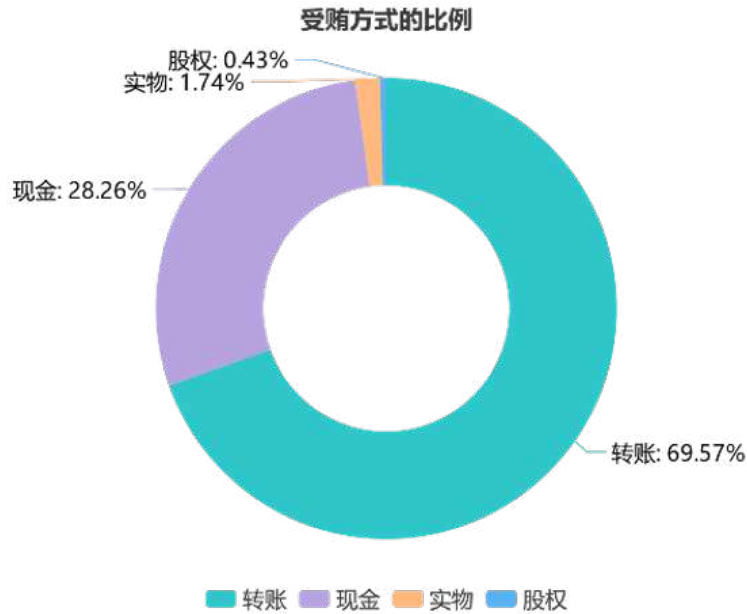
18-30岁行为人如实供述的比例为87.39%，31-40岁行为人如实供述的比例为84.08%，41-50岁行为人如实供述的比例为84.81%，51-60岁行为人如实供述的比例为74.86%，超过60岁行为人如实供述的比例为74.28%。总体而言，行为人年龄越小，如实供述的比例越高。



根据行为人的职位来统计，一般员工如实供述率为 85.35%，中层员工如实供述率为 86.11%，高层人员如实供述率为 74.88%。



根据涉案金额来统计，涉案金额越高的如实供述率越低，涉案金额大于 1000 万的如实供述率仅为 78.49%。

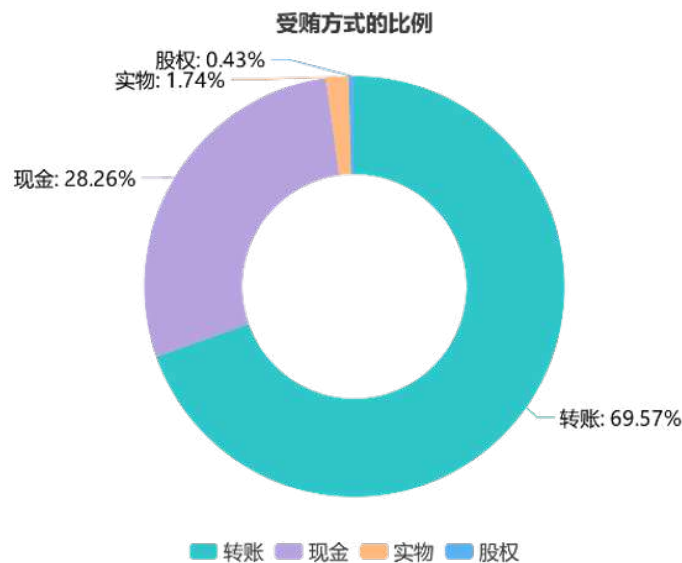


### 职务侵占总案值占舞弊案件一半以上

根据统计，本报告中所提到的职务侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪、侵犯公民个人信息罪、计算机类舞弊犯罪等案件涉及金额共 73.37 亿元。

其中，在能够有效统计金额的 2520 个案件中，职务侵占案件涉及金额 37.3 亿元，单案平均侵占金额 148 万元。占有舞弊案件涉案金额的 50.83%，超过一半。另外，在职务侵占案件中，1000 万以上金额的案件有 54 例，其中最高金额为 1.55 亿元。

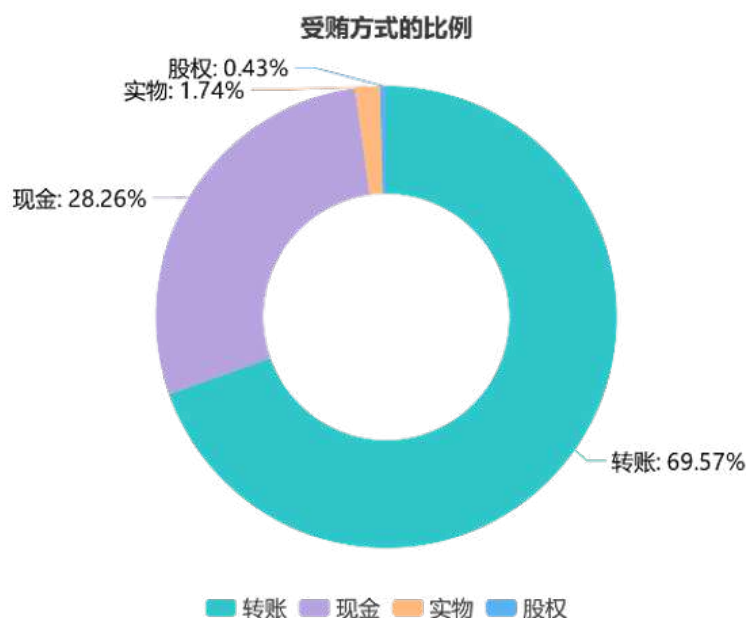
行为人的犯罪动机可分为赌博、高额消费、还债、日常消费与投资。在统计的案件中，有犯罪动机的案件共 1937 例。其中，高额消费有 1441 例，占比 74.39%，赌博有 249 例，占比 12.86%。还债有 204 例，占比 10.53%，投资有 43 例，占比 2.22%。其中数量最多的属高额消费，而赌博、还债的分布比例较为平均，均在 11% 左右。出于投资动机进行犯罪的占比最小。



报告将发生职务侵占的环节按照资金走向来源分为三个环节：收入环节、支出环节和资产管理环节。有效统计的数据共 2995 例。

支出环节是指行为人虚构报销或业绩情况，非法占有公司财物；收入环节是指行为人向公司隐瞒本应获得的收入，从中截留部分非法占有；资产管理环节是指行为人直接非法占有公司的固定资产、商品资金等。

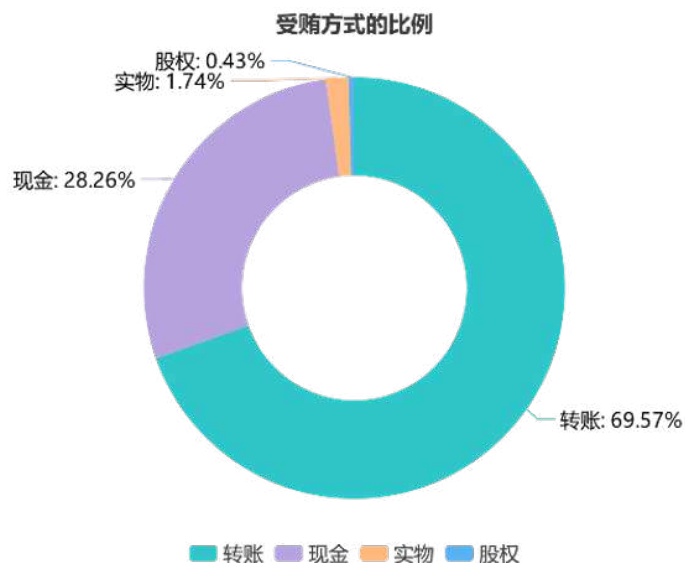
发生在支出环节的职务侵占案有 690 例，占比 23.04%，所侵占财产基本以货币资金为主。发生在收入环节的职务侵占案有 1144 例，占比 38.2%，所侵占财产大多为应收账款。发生在资产管理环节的职务侵占案有 1161 例，占比 38.76%，其行为方式以窃取、骗取、侵吞为主，所侵占的财产基本为库存商品和货币资金。



### 挪用资金借贷给他人的平均案值大

在 903 例企业内部员工挪用资金的有效案例中，其中被刑事处罚的员工共计 920 人。根据统计结果，在明确资金用途的 920 起案件中，营利活动有 155 例，借贷给他人有 33 例，归个人使用有 569 例，非法活动有 163 例。其中，归个人使用案件占比最高，借贷给他人平均案值最高为 1961.01 万元。

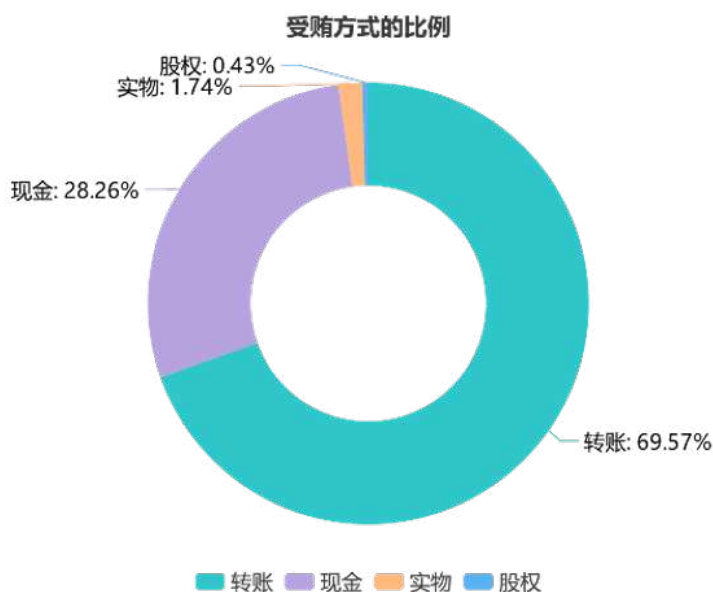




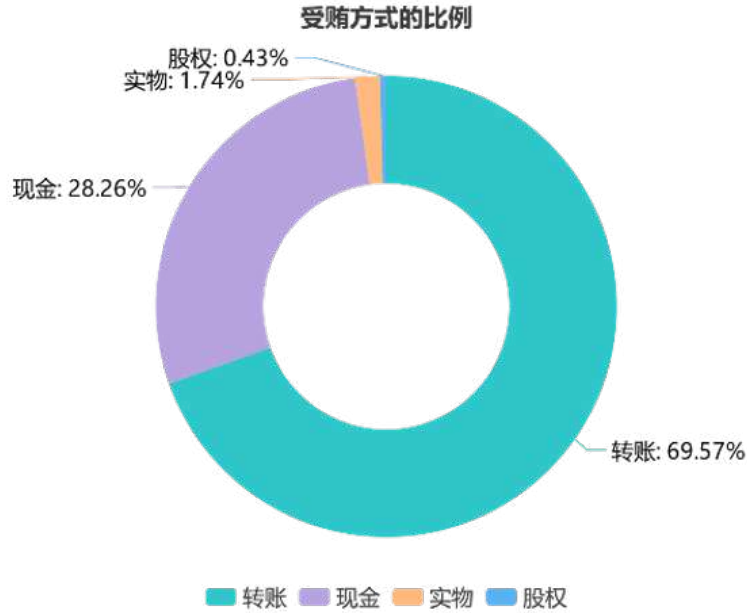
依据《公司法》，公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。而在报告中，有 48.15% 的案例挪用资金的行为时长超过一年，大大超过了法律规定的 3 个月临界点，也超过了 12 个月的财务审计年度。这体现出较多企业没有严格依照法律进行财务审计，法律、财务意识薄弱，同时存在部分高层管理人员或财务人员，签订虚假业务合同，利用交货时间差拖延还款，导致审计时并未发现漏洞。

**非国家工作人员受贿的主要来源是供应商，现金受贿多发于制造业、房地产业**

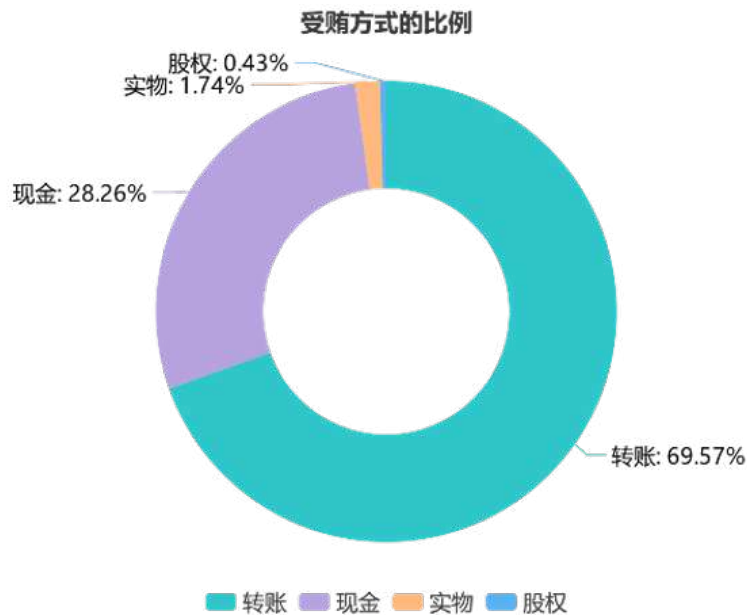
在非国家工作人员受贿判例中，舞弊犯罪人员所在的企业涉及了制造业、教育业、建筑业、批发零售业、信息技术服务业、交通仓储业等十几个行业。统计数据显示，受贿行为的平均涉案金额，在信息技术服务业（104.57 万元）、房地产业（99.57 万元）、批发零售业（92.1 万元）、商务服务业（62.98 万元）、公共设施管理业（52.5 万元）中较高。



非国家工作人员受贿来源有供应商、购货方、经销商、同事，供应商是主要来源，占比 49.89%。企业为避免行受贿舞弊风险，可在与供应商的合同中约定“反商业贿赂条款”，对商业贿赂行为进行界定，设置违约责任，要求供应商做出承诺。



报告统计的案件中，通过转账方式行受贿的案件共 320 例，占比达 69.57%，转账渠道包含支付宝、微信、银行卡等。28.26%的案件是通过现金行受贿，共 130 例。实物交付的占比极少，为 1.74%，其通常是伴随转账或者现金交付同时出现的。实物交付中购物卡最为常见，其次是房屋、车辆以及电子产品等。另外，还有以受让股权而受贿的方式，占比 0.43%，数量最少。



现金行受贿案件通常不易被发现，这些案件依据行业划分主要发生在制造业（18例）、房地产业（14例）、商业服务业（13例）中。有可能与这些行业接触现金较多有关。

### 编后语

《2019年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》围绕以下几个舞弊案件中的常见罪名：职务侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪、侵犯公民个人信息罪、非法获取计算机信息系统数据罪、非法控制计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪（后三项罪名统称“计算机类舞弊犯罪”）。

报告并未将侵犯商业秘密、贪污、挪用公款、受贿等罪名统计入内。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》的规定，涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。在司法实践中，几乎所有侵犯商业秘密的刑事案件均以不公开方式进行审理，故无法取得有效判例进行分析。另外，贪污、挪用公款、受贿等罪名要求行为人具有国家工作人员身份，该群体也不在本报告分析范围之内。

报告收集了在网上公开的2019年度全国（大陆地区，除香港、澳门、台湾地区）常见的员工舞弊犯罪案例，所涉判决书的判决时间范围为2019年1月1日起至2019年12月31日止。本次调研共计获得3995份有效判决书，被告人4614人。判决书搜集的时间为：2020年3月31日。

（本文首发于2020年10月19日）

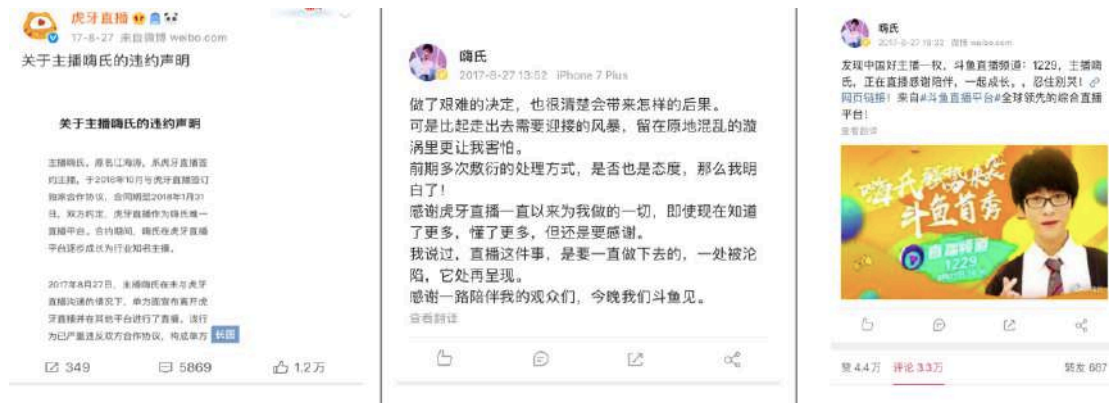
# 电竞主播跳槽的违约金为何差别这么大？

卫新、徐元昊

【引言】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：

### 3. 流量转移损失：粉丝量、活跃用户

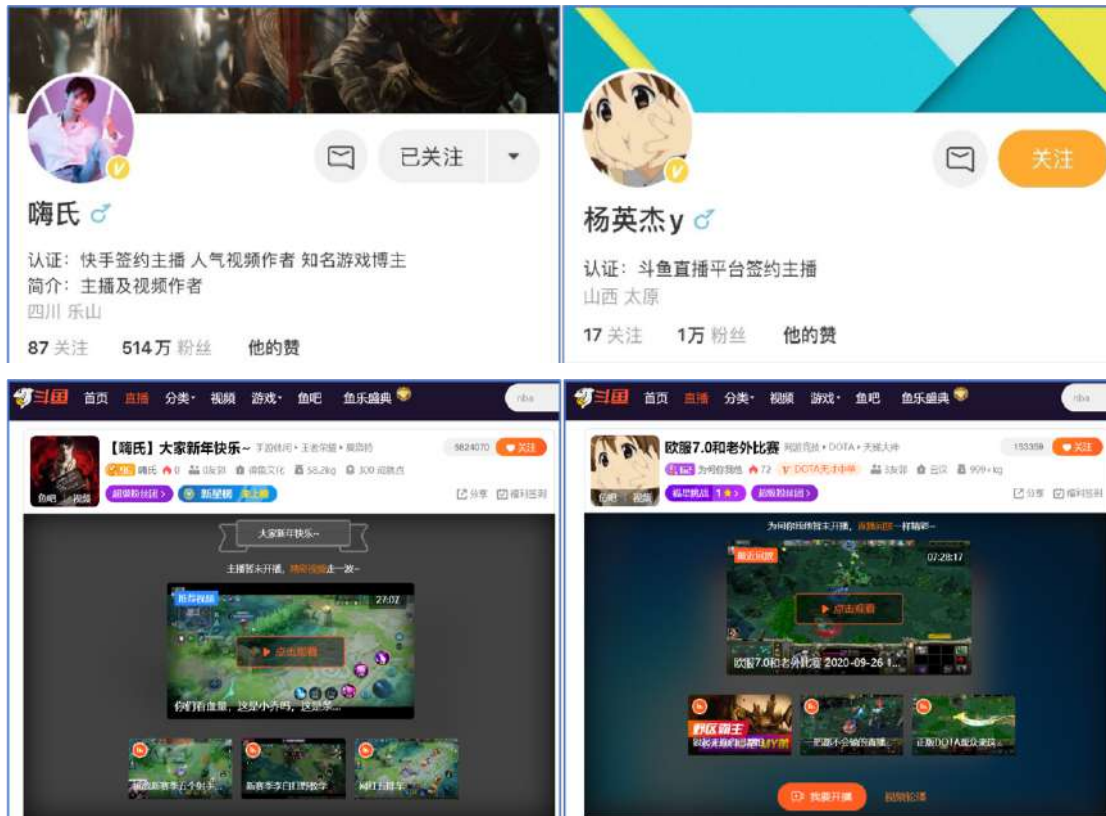
互联网企业以“用户为王”、“流量为王”，流量是互联网企业估值的重要指标。互联网的主要商业运作模式即为通过投入大量成本以提升其流量，再通过流量变现进而实现盈利。此外，电竞直播平台通常为免费模式，普通用户收益转换率较低，活跃用户数量至关重要。但活跃用户往往与部分主播存在深度绑定、粘性较高。因此，优质主播的跳槽通常伴随着大量活跃用户的流失。综上，流量无疑是认定损失的重要因素，但流量的价值难以有直观的认可，法院仅能通过其他数据进行推算：

（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，二人的人气值、粉丝数的对比）

#### 4.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，其固然有个人的奋斗，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。

#### 5.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）

而两者收入，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。

### 6.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？

**1.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。

**2.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。

**3.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。

**4.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。

**5.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。

**【尾声】**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),判决韦联支付违约金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 6-12 20:10

【#国内直播违约第一案判决#:#韦神被判赔斗鱼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联合同纠纷内跳槽案件作出判决,判定韦联(直播名:韦神)在合同期内跳槽其他平台的行为为故意根本违约,按照合同约定,判决韦联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,韦联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,还透露了韦联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日通过银转账的方式向韦联支付款246万元。国内直播违约第一案判决:韦神被判赔斗鱼8...

[查看翻译](#) [编辑历史](#)

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	2019-06-21 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- 韦联

(本文首发于2020年9月29日)

# 韩国电竞史重大假赛事件，给中国电竞行业治理的启示

崔贤姬

S10 决赛落下帷幕，本届冠军是来自韩国的 DWG，时隔 3 年，LCK 再次捧回冠军奖杯，重新谱写韩国在英雄联盟游戏的传奇之路。众所周知，韩国在英雄联盟游戏中的“受追捧”地位是由来已久的，早在 2011 年年末，英雄联盟游戏刚刚在韩国上线不久，就让韩国年轻人为之疯狂，在韩国 2013 年度的热搜关键词综合排行中，英雄联盟甚至排到了第二高位。可以说，英雄联盟是韩国电竞发展的一个重大转折点，因为韩国电竞当时刚刚经历了足以影响其生死存亡的事件——2010 年星际争霸联赛的假赛风波。

## 一、假赛风波前的韩国电竞

笔者此前介绍韩国电竞发展史的文章里有提到过，1997 年亚洲金融危机爆发后，韩国经济遭受了沉重的打击，无法就业的年轻人遍地皆是，他们急需一个既便宜又能耗时间的地方，就是网吧。当时，正好赶上暴雪娱乐的“星际争霸”游戏出世，年轻人们开始聚集在网吧打起局域比赛，网吧常年呈现要么“打比赛”，要么“看比赛”的热闹场面。政府也开始牵头扶持电竞产业，包括专设电竞电视台、组织电竞比赛、设立电竞协会等，这也契合了韩国政府计划从重工产业转型到文化产业的政策。

渐渐地，星际争霸游戏在韩国年轻人心中已经不仅仅是一种消遣，而是成了一种文化及精神支柱。后来韩国电竞在全世界的绝对地位让他们从经济危机的失落中慢慢走出来，电竞选手在赛场上表现出的坚持不懈的敬业精神重新激起了众多年轻人对未来的憧憬，电竞选手甚至变成了韩国年轻人“尊重”的对象。正是韩国年轻人对电竞的这种热爱，为韩国电竞的发展起到了保驾护航的作用。

而 2010 年发生的星际争霸假赛事件，彻底破灭了这种幻想。假赛给那些十多年以来陪伴星际争霸的粉丝们造成致命的一击，也使韩国的星际争霸落入无法自拔的深渊。粉丝们愤怒道：“持续了 10 多年的星际争霸终于看到了灭亡。”。

## 二、重创韩国电竞产业的假赛事件

2010 年 4 月初，“有个非法赌博网站将电竞作为赌博项目”的传闻在电竞行业内流传。但因没有证据、只是闲聊，并没有引起关注。但在几名网民指出现役电竞选手的比赛中令人难以置信的失误后，传闻便被公论化。

检察机关对 40 多个星际争霸相关的赌博网站进行调查的过程中，得到了多数退役和现役电竞选手牵涉其中的情报。而且，不仅是选手，很多解说员、运营机构从业者等电竞相关人员也被卷入其中，其规模之大出乎所有人意料。

最终在 2010 年 5 月 16 日，检察机关的调查显示，参与假赛的 11 名退役、现役电竞选手的名单被公开，其中包括多次夺冠的马某、袁某、陈某、金某等。当时既是现役军人又是空军 ACE 电竞队成员的金某被移交空军检察机关接受调查。其中的马某并不是单纯

的参与者，而是中间人，在此过程中还拿走了应该支付给其他电竞选手的款项，其行为极其恶劣。

该事件还得到三大主流电视台 KBS、MBC、SBS 晚间主要新闻+第二天早间新闻的“大满贯”，引起整个韩国社会的关注。

2010 年 6 月 7 日，韩国电竞协会对参与假赛的 11 名选手处以永久除名和剥夺奖金的重罚，并决定将个人联赛的成绩及奖金交给各电视台来决定。从此，这 11 人不能再成为职业电竞选手。虽然在 30 天内可以提出异议，但因为不会被韩国电竞协会接受，事实上已经从电竞界永久退出。

### 三、韩国电竞对假赛的法律规定

根据韩国的《电竞振兴法》规定，电竞是指将《游戏产业振兴法》第二条第一号规定的游戏作为媒介，人与人之间的记录或胜负的竞技及附带活动。而针对假赛行为，《游戏产业振兴法》有专门的罚则规定，即第二十八条第二号规定“不得利用游戏进行或者放任他人进行赌博或其他射幸行为”，第四十四条第一项第一号规定“违反第二十八条第二号规定，进行或者放任他人进行赌博或其他射幸行为的，处以五年以下有期徒刑或者 5000 万韩元以下的罚款”。该处罚力度与韩国《国民体育振兴法》针对体育项目假赛行为的法律责任一致（韩国刑法中针对赌博罪的法律责任是最高五年有期徒刑，罚金 3000 万韩元）。

2010 年 10 月 22 日，历经六次开庭后，假赛事件由首尔中央地方法院正式宣判，结果如下：

人员	当时年龄	判决结果
中间人朴某，运营一家游戏培训机构	25 岁	有期徒刑一年六个月，缓刑三年，社会奉献 120 小时，赌博治疗项目 40 小时
电竞选手袁某	23 岁	有期徒刑一年六个月，缓刑三年，追征金 300 万韩元，社会奉献 120 小时，赌博治疗项目 40 小时
电竞选手马某	23 岁	有期徒刑一年，缓刑两年，社会奉献 120 小时
足球选手郑某	28 岁	有期徒刑十个月，缓刑两年，赌博治疗项目 40 小时
银行员工朴某		有期徒刑八个月，缓刑两年，赌博治疗项目 40 小时
电竞选手郑某	20 岁	有期徒刑六个月，缓刑一年，赌博治疗项目 40 小时
电竞选手崔某	26 岁	有期徒刑六个月，缓刑一年，赌博治疗项目 40 小时
个体李某		有期徒刑六个月，缓刑一年，赌博治疗项目 40 小时

备注：上述人员中，除银行员工朴某外其余人员均放弃抗诉。

此后，韩国星际争霸联赛经历了持续的停滞期和假赛的反复，最终没能恢复到假赛事件之前的风光，电竞俱乐部相继解散，众多电竞选手选择退役，电竞电视台 MBC GAME 转为音乐台，韩国电竞一度趋向落寞。还好，2011 年 12 月 4 日在韩国正式上线的英雄联盟游戏重新激活了韩国年轻人们的激情，在英雄联盟产业生态的建立中，韩国举国上下也越来越重视防范假赛行为。

#### 四、结论

事实上，电竞职业选手这一职业看似是“梦想职业”，只需要尽情地玩游戏就可以大赚特赚，但其中却有阴暗的一面。在韩国，顶级选手可以拿到上亿韩元的年薪，但非主流选手连最低工资都拿不到。因此，在上述假赛事件中，选手连 200 万韩元、300 万韩元的诱惑都抵挡不住。

此外，电竞选手从青少年时期就放弃学业进入电竞界的情况较多，由于错过了正常的学业时期，非主流选手在退役后，其前途不明朗，更容易受到假赛佣金的诱惑。假赛事件中的马某在后续道歉视频中表示，即使他是顶级选手，但由于巨额收入转交给母亲管理后，被花在了其他地方，反而欠下了巨额债务，故为了还债才被迷惑。不管马某表示是否真实，但也可以推断出，由于年轻时就赚到巨额收入，难免在未能具备控制金钱能力的情况下，卷入更大的恶性事件中。另外，2014 年 3 月，韩国还曾发生过电竞选手被教练威胁打假赛后，试图自杀的事件，这也能看出，电竞选手还面临受外界强势人群威胁的困境。

国内电竞选手情况也与韩国大同小异，中国也频频发生过电竞假赛事件，但根据中国目前的情况，电竞选手打假赛还是个无法之地，最多就是行业内给出禁赛处罚，很难在法律层面上有所制裁。电竞是一个极其“年轻化”的产业，伴随着电竞文化的盛行，越来越多的年轻人受到电竞文化的影响，中国急需解决电竞行业治理混乱的现状。首当其冲，就是制定专门管理电竞项目的系统性法律法规，厘清主管行政部门及职能，梳理各地电竞协会的隶属关系并树立公信力，以起到对电竞市场的引导作用。

（本文首发于 2020 年 11 月 26 日）

# 中国能从韩国电竞产业发展史中学到什么？

崔贤姬

韩国作为职业电竞的起步较早的国家，深深影响了周边国家乃至全世界的电竞产业。近年来，中国电竞产业发展迅猛，规范化、合规化问题成为各方关注的焦点。在电竞市场运营、政策法规制定、人才培养等各个领域，中国还有很长的路要走，而韩国的发展经验正可以为我们所借鉴。

本文将介绍韩国电竞发展情况，并试提出其给中国电竞带来的启示。

## 一、韩国电竞产业发展背景

韩国游戏产业在全世界范围内并不算起步最早的，在单机游戏时代，相比于美国和日本，基本上看不到韩国游戏的身影。

1997年，亚洲金融危机（IMF）爆发，韩国经济受到了沉重的打击，韩国政府决定改变国家的经济模式，从仅仅依靠重工业产业、土地房地产业等传统领域改制成大力支持文化产业。从此，电视剧、电影、综艺、游戏电竞行业都开始兴起，韩国网络游戏产业在全球网络游戏产业中占有举足轻重的地位，据韩国《纽西斯》新闻社报道，韩国游戏产业在全球市场的占有率排名居高不下，2016年为第5位(5.7%)，2017年为第4位(6.2%)，2018年为第4位(6.3%)。而且，韩国的互联网速度当时属于全世界顶尖，网吧的普及度极高，越来越多的年轻人也逐渐组队玩《星际争霸》等竞技类网络游戏。

在此背景下，韩国职业电子竞技协会（KeSPA）于1999年由韩国政府牵头成立，在韩国政府的支持下，KeSPA最初主要负责监管韩国《星际争霸》职业俱乐部与职业选手，之后与著名赛事主办方 On Game Net 和韩国电视台 MBCTV 进行合作，分别建立了 OSL 和 MSL 《星际争霸》职业联赛体系，为韩国《星际争霸》在世界上长达数十年的统治起到了重要作用。

## 二、韩国电竞产业规模

根据韩国文化产业振兴院发布的《2019年韩国电竞产业调查报告》(The 2019 Survey on the Korean e-Sports Industry)，2018年韩国电竞产业规模已达1,138.6亿韩元（约人民币6.6亿），同比增长了17%，如果加上游戏商销售额及追加投资额294.9亿韩元，则占全世界电竞产业的15.1%。相比其他产业，韩国电竞产业在全世界的占比非常乐观。

尽管如此，韩国目前运营电竞俱乐部的大型企业中只有SK、KT、韩华等集团，过去运营过电竞俱乐部的三星、LG已纷纷撤资，理由可能是“投入成本”大于“宣传效果”。这是韩国电竞产业目前的最大痛点，由于缺乏巨头公司对产业的资本投入，市场遇到瓶颈，甚至面临被国外资本替代的困境。

### 三、韩国电竞产业法律环境

#### （一）政策性规定

2006年4月28日出台的《游戏产业振兴法》、2012年2月17日出台的《电竞振兴法》及相关实施规则、实施令是规范韩国电竞产业的主要法律，主管单位是文化体育观光部。

##### 1. 《游戏产业振兴法》

《游戏产业振兴法》主要规定了游戏的定义、制作及流通、等级分类、行政许可、行业秩序稳定等规范内容。其中，最引起国内关注的规定是“游戏代练”行为，如果在韩国进行网络游戏代练交易，将被判处2年以下有期徒刑或者2000万韩元以下的罚款。“游戏代练”问题一直是电竞领域中引发争议的话题，长远来看，禁止代练对电竞行业来说是有利的，但这对国内把“代练”作为职业的群体来说，无疑是一个很大的冲击。

##### 2. 《电竞振兴法》

韩国的《电竞振兴法》是全世界首个专门针对电竞产业出台的法律，包括电子竞技的定义、国家及地方的原则性扶持政策、电竞专业人员的培养、电竞赛事的培养及扶持、国际交流及海外宣传的支持等。但目前在韩国，扶持政策实施起来并不乐观，很多中小型俱乐部、赛事方遇到资金困境。此类现象也与过去星际争霸时期，韩国的大部分电竞俱乐部是通过教练先投入自己的资金运营俱乐部，俱乐部获得成绩以后再寻找赞助商的运营模式有关，这对电竞俱乐部的实力提高方面有利，但对整个电竞产业的发展会造成障碍。相反，目前国内各地对电竞产业相关企业的扶持力度非常乐观，为国内电竞产业的快速发展提供了雄厚的资金支持。

除了这些原则性规定以外，《电竞振兴法实施令》还规定了文化体育观光部应每五年制定关于振兴电竞相关的中长期振兴基本计划，并且每年应针对电竞产业做出产业分析报告，产业分析内容包括电竞选手及电竞产业从业人员的性别、年龄等一般事项、电竞设施及电竞俱乐部现状、国内外电竞大会现状、振兴电竞相关政策制定及实施所需事项等。政府定期做出基本计划及产业分析报告的行为对韩国电竞产业有目标性的发展提供了很好的指引作用。

#### （二）常见法律纠纷—著作权问题

##### 1. 网络游戏

网络游戏是电竞产业存在的基本前提，根据韩国的著作权法，网络游戏属于著作权法保护的著作权物范畴。但是关于电竞赛事方使用网络游戏的法律问题尚未明确规定。

韩国电竞产业的鼻祖“星际争霸”游戏制作公司--暴雪公司与韩国政府就著作权问题就曾闹出激烈的纷争。韩国电竞产业刚刚兴起时，韩国在未就著作权问题与暴雪公司达成一致协议的情况下组织了电竞比赛，由于电竞的人气给暴雪公司带来了前所未有的宣传效果及收入，暴雪公司也没有与韩国赛事组织方计较过著作权问题。但过了几年，当暴雪公司看到韩国电竞产业的持续壮大，就试图通过司法渠道主张著作权利，以变相控制韩国电竞产业、获得更大的利润。在这场纠纷中，韩国政府还一度起草过“已发布的网络游戏，不以盈利为目的且不收取观众的费用时，可以在电竞赛事中使用，但需明示其网络游戏的出处”的法案，虽然该法案最终并未通过。但可见，韩国政府对著作权限制方面的态度是非常强势的。暴雪公司的风波最终通过协商告终，游戏著作权人及赛事方之间的著作权授权问题至今未有明

确定论。

## 2.电竞选手竞技行为

根据韩国的现行法律，通过电竞选手的竞技行为形成的视频不被认定为著作权法上的“作品”，而该视频中选手的肖像权、姓名权是可以受到保护的。但是韩国法律界部分观点认为，很多竞技视频并不显示选手的肖像，而且不标记选手真实姓名的情况居多，这会不利于选手特有的“形象”价值。

## 3.电竞赛事的直播/录播视频

根据韩国的著作权法，仅仅传达比赛情况的直播/录播节目是不被认定为著作权物，但如果对比赛进行深入解说，反复播放特定场面，通过多个相机提供不同角度的画面、插播音乐等情形的，可以认定为著作权物。

## 4.网络主播侵权行为

由于网络直播平台的盛行，主播们擅自直播、录播、改编电竞赛事视频的情况居多。针对主播们的行为，韩国著作权法规定网络平台承担相关监管义务。美国 DMCA 规定、EU 版权指令等也是采取了类似的措施。

# 四、韩国电竞协会的发展情况

电竞产业的核心无疑是“电竞俱乐部及电竞选手”，但目前各国就保护俱乐部，尤其是保护选手方面的法律并不健全，基本是通过电竞协会来规范俱乐部的日常经营。

前文提到的韩国职业电子竞技协会（KeSPA）是全球率先成立的职业电竞协会，会员社主要是旗下各个俱乐部及选手。俱乐部及选手只要和协会签订会员协定就可以入会，并且可以参与所在项目的运营及选手保护等协会议程，得到协会长期的支援。电视台等媒体可以通过媒体协议入会，制作播出协会及政府主办的比赛，协会也会为媒体合作伙伴提供积极的支持。

据《2019年韩国电竞产业调查报告》，选手的平均年龄为20.2岁，教练及工作人员的平均年龄为28.6岁，俱乐部及选手法律意识普遍薄弱，这一问题在中国也存在。为了尽量保障俱乐部及选手权益，KeSPA还会提供一些合同范本。

2020年1月31日，协会内部正式成立了纠纷解决机制--“电竞公正委员会”，电竞相关的一切不公正情况、仲裁请求、选手权益保护问题可以向该委员会提出。该委员会的初始成员有16人，包括法律界、体育界、选手协会、学界、产业界等领域的专家，委员长是曾经处理了LPL著名选手Kanavi的原俱乐部GRF与现JDF京东俱乐部的合同问题的律师。

KeSPA为保护选手的权益，并对电竞俱乐部的稳定发展提供了支持。韩国电竞产业如今的成绩，协会是功不可没的。

2020年5月7日，韩国文化观光体育部发表了最新《游戏产业振兴综合计划》，同时宣布将在今年11月举办中日韩三国电竞大赛，并将逐步扩大范围举办亚洲以及世界大赛。尽管电竞行业存在很多的问题需要解决，但韩国此次率先发布的电竞产业的发展计划，又一次打响了世界电竞产业的发展方向，同时，此次大赛将会成为三个国家推动本国电竞产业重大一步的契机。

对于中国电竞产业来说，腾讯、网易等巨头公司的资本投入及地方政府的扶持政策奠定了雄厚的资本基础，但在电竞产业的核心——规范“俱乐部及选手”方面相对薄弱，这是中国电竞可以借鉴韩国经验的一个重要因素。比如，中国的电竞协会可以制定出能够全面适用的行业规则及文书，包括赛事规则、俱乐部及选手管理制度、俱乐部及选手相关合同范本等。同时，协会可以定期针对俱乐部及选手做出调查分析报告（包括行业数据、常见问题、解决方案等），并召集电竞行业相关专业人士组建纠纷解决机构等，由此推动中国电竞的良性发展。

（本文首发于 2020 年 5 月 27 日）



# 承诺 1 个月内修改合同的阅文，会给出什么样的答卷？

陈欣皓

相对于传统的严肃文学来说，网文创作的入门门槛较低，网文读者们也是希望藉由阅读网文来轻松愉悦地消磨时间，寻求感官上的刺激和快乐。从网友总结的“晋江三千小吊带，起点十万种马文”，可见一斑。

2020 年 5 月 5 日，众多阅文集团旗下的作者发起了“55 断更节”，抗议阅文集团的合同政策；5 月 6 日，阅文集团领导层与作者开展恳谈会，对事件进行回应；5 月 9 日，阅文集团回应另一社会关注要点，即将《西游记》作者吴承恩列为阅文“签约作者”事宜。

阅文集团，或者说，中国的网文行业怎么了？

## 一、矛盾的诱因与背后的行业痛点

有人说，这次矛盾的诱因是 2020 年 4 月 27 日上台的、以程武先生为首的“腾讯系”新管理层，在上任阅文集团后的第二天就对外推出了全新的合同版本，内容均为“霸王条款”；随后阅文集团也进行了辟谣，网传的合同版本实际早已开始使用，并非“新合同”。

又有人说，实际上，是因为一手把阅文做大的吴文辉先生等原管理层出走，导致群龙无首，作者人心惶惶，担心腾讯娱乐出身的新领导不懂网文行业的运作规律，盲目资本化，并以此为由寻求对话的机会。

还有人说，自 2018 年开始兴起的免费阅读软件，给整个网文市场的秩序造成巨大的冲击，再加上今年的疫情原因，导致网文行业的一大收入来源——影视改编权收入大大减少，更是刺痛了以阅文为首的传统付费阅读行业的神经，使得阅文主动求变。

**而在笔者看来，造成本次矛盾的最根本原因，在于网文行业“平台资本化”及“写作工业化”之后，传统平台和作者的双重焦虑。**

平台资本化，一方面是阅文等传统付费阅读平台上市、引入投资人后，资本对于其营收指标、业绩收入有着严苛的指标，平台只能为达到短期的业绩指标而采取各种合理或不合理的方法；而另一方面，百度、字节跳动等其他互联网巨头导入流量和资金，打着免费阅读甚至补贴的方式抢占跑道和入口，直接打乱了此前已基本成型的网文市场。

写作工业化，则指的是随着网文创作的题材、思路、故事结构等越来越程序化，发展出了众多工业化生产网文的职业团队。这些团队往往只是在其他已有故事的基础上，替换主人公姓名、时代背景等不会对故事造成重大影响的内容，批量生产网文。同样的，这些工业化的网文，绝大多数都供给了免费的网文阅读平台。

在这样的背景下，目前的网文行业就变成了这样一个略显尴尬的局面：

在免费阅读平台上，能不花钱看到和付费平台差不多的网文小说，虽然小说的质量会差一些，有时候还会有设定上的硬伤或者逻辑上的错误，但是大部分读者的阅读初衷也可以基本实现。付费平台和作者窝里斗，怎么办？——隔岸观火。

作为付费阅读平台来说，不仅要和老对手，各类盗版网站继续斗争，还要面临新玩家

免费阅读平台的挑战，今年还碰上疫情，原有作品的销售情况不佳，上头还有投资人的业绩指标，怎么办？——只能委屈作者了。

而作为作者来说，自己辛辛苦苦在实打实地创作，仍然想成为下一个唐家三少或者写出下一部《琅琊榜》；但眼看着读者一天天减少、分成款一点点降低，自己好不容易想到的创意转眼就被工业化生产团队“洗稿”，平台还要让我签《委托创作协议》所有权利都归平台，怎么办？——只能断更抗议了。

付费阅读平台能否和作者共赢共生？如何来突破目前的局面？

## 二、合同修改势在必行

5月6日阅文集团与作家的恳谈会结束之后，阅文新总裁程武先生承诺将在1个月内拿出重新修改的合同版本。目前在网文行业中一般签署的无非是三种类型的合同：著作权转让合同（项目约）、独家经纪合同（经纪约）和委托创作合同（创作约）。

其中，对于作者最有利的是项目约。项目约中，对于作品创作完成后的权利归属可以分门别类地进行详细约定，并各自约定适用条件、分成比例，最大程度保证作者对于作品的控制权和自主权。项目约基本也是平台与作者一事一议，作者进行谈判和议价的空间较大。然而，往往只有头部1%的作者能以较平等的姿态与平台洽谈项目约。

第二种是独家经纪约，作者在签署之后，一定年限内创作出的作品均只能和这一平台进行合作，著作人身权归作者享有，但著作财产权归平台所有，平台出售或者获益后，再与作者进行分成。此类合同往往是平台准备的制式合同，作者的议价空间并不大。网文行业腰部的作者一般都会和平台签署此类的合同。

最后一种就是本次争议最大的委托创作协议了。根据《著作权法》的规定，委托创作作品的著作权归属由委托人与受托人协商确定。也就是说，若委托创作协议中约定全部著作权均归平台所有，这样的约定将是有效的。这时，作者就变成了平台的“写手”。

**笔者认为，合同修改的方向应当是慎用委托创作合同，并将经纪约逐渐项目约化。**

《著作权法实施细则》规定，仅为创作提供物质条件或便利的，不应视为作品的作者。委托创作的本质在于，委托人应当对于受托人的创作内容、创作思想等具有较为明确的指示，而不应当约定诸如“委托人委托受托人创作 玄幻 类小说一篇”这样笼统宽泛的内容。

如若平台仅仅指定了一个创作的“类型框架”，剩余的文章构思、大纲、写作等工作均由作者完成，这显然与“委托创作”的本意是相悖的。这类合同在发生争议后，是否真的能被司法机关按照其合同名称认定为《委托创作合同》，笔者认为存有一定争议。

第二个方面，在传统的独家经纪约的范畴内，笔者认为，也应当更多地增加给作者的选择权，而并非机械地按照模板签约。比如：

（1）在计算分成比例时，可以不仅仅以阅读量、打赏金额、订阅数等传统指标进行衡量，还可以综合考量在平台签约年数、历年贡献程度、此前作品转化率等多种因素，设定动态化指标进行分成比例的确定与变化；

（2）在对外进行转授权或出售相应权利时，是否能在与作者的协议中约定一个作者能够接受的底价，并根据市场行情的变化及作者的心态进行调整，以保障作者的基本获益权和

知情权？

(3) 提供给作者的可选项适当增加，在增加作者权利的同时，也基于等价有偿原则，适当增加作者的义务，比如必须保证更新频率、更新次数，或同意以免费部分章节的方式，吸引更多读者等。

### 三、内控流程进一步合规优化

内控流程的合规优化，一是**必须避免再次出现“吴承恩系我平台签约作者”这样的低级错误**；另一层面，也**应做好“互联网服务提供者”定性将被动摇的准备工作**。

“视觉中国”随意添加著作权利人信息，被曝光后自我整改导致网站被关停的前车之鉴还历历在目，网文平台更应当注重对于内部作品著作权信息、登记信息、显示信息的核实工作，调整不规范表述，净化平台风气。

另一个笔者担心的问题是，目前绝大多数的网文阅读平台，都在用户协议或页面显著位置标榜自己为“互联网服务提供者”，并希望借此能够适用“避风港”原则，在发生侵权等纠纷后尽可能减少自己的责任。

然而在本次事件爆发后，公众发现网文平台原来并非仅仅提供发布、存储的服务，更是大量作者的签约方，同时签署的还是“委托创作协议”，那么这些平台在此后的法律认定上，是否仍然能够被认定为是单纯的“网络服务提供商”，有待司法机关的判例确认，但平台应及早做好相应准备。

### 四、多种渠道化解外部压力

#### 1. 进一步打击盗版网站

文字作品的复制粘贴是最容易的，这也导致网文被各类盗版平台侵权的情况也是最严重的。然而换一个角度而言，文字作品的侵权监控难度和被侵权后的比对难度也是相对最容易的，各大免费、付费网文平台均应当联合起来，共同抵制盗版网站，规范市场行为。

#### 2. 拓展著作权对外许可渠道

虽然传统的影视行业受到疫情影响较重，并且因为传统影视行业亦属于资本密集型行业，从疫情影响中恢复也仍需时日。但是否能将原先的传统影视授权，拓展到目前火热的短视频和直播领域？再加上植入的商品广告等，使已有作品的价值进一步提高，拓展对外授权渠道，从而增加平台和作者双方的收入，共渡难关。

#### 3. 提高作品质量，差异化经营

作为付费阅读平台，最应当与免费平台形成差异的，应当是作品的质量。良币驱逐劣币，才能形成良性的市场竞争，使行业、平台、作者、读者各方均受益，这才是作者获得更多受益、平台做大做强基石，如果没有好作品，任凭合同写得再好，公关团队再强，都无法使平台发展。

(本文首发于 2020 年 5 月 12 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？

合理设置合同解约条款的前提是，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。

## 七、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）



# 劳动关系 vs 合作关系，聊聊直播平台对主播的管理边界

虞杨

自 2016 年来，网络直播的发展带动了网络主播这一新群体的产生，在创造高经济效益的同时，网络主播与直播平台间的纠纷也大量涌现，当出现纠纷时，双方间的法律关系往往成为争议焦点。通常，平台会主张与主播之间为合作关系，主播没有单方解除权，如解约需承担违约金（一般为巨额）；而主播方则会主张，自己与平台间为劳动关系，自己可以随意“离职”，且无需承担违约金。

本文将介绍双方法律关系出现纠纷的根源，及法院在处理此类案件的裁判思路与典型案例，并对合同拟制提出律师建议。

## 一、平台与主播间的法律关系

根据行业惯例，大部分直播平台会和网络主播签订名为“合作协议”、“服务协议”或“独家直播协议”之类的合同，以确定双方的权利义务关系，为何看似清楚明了的“合同”关系会出现“劳动”关系的争议呢？这与双方的权利内容及主播职业的特殊性息息相关。

网络主播与直播平台之间的权利义务关系主要为：主播在直播平台上进行某一项才艺或技能的展示；而直播平台则提供各种资源和技术支持，包括但不限于包装推广、流量分配等。通常来说，直播平台会对主播的直播内容、最低直播小时、直播天数等设定框架性的要求，在满足每月直播要求的前提下，由直播平台向主播按月支付一定的金额报酬，同时对用户“打赏”给主播的虚拟道具与主播按照一定比例分成，也即“底薪+提成”的模式。

从工作特性来说，网络主播作为一种新型职业，其形式具有复杂、灵活、多变的特点，具体有以下特征：

1. 工作时间自由。大部分平台只要求满足最低直播小时数而不对具体直播时间段进行要求，但也有部分平台直接要求固定时间段工作；

2. 工作地点自由。大部分主播需自行购置直播设备、自行决定直播地点，但少数平台要求主播在其指定的直播间进行直播；

3. 薪酬大部分直接来源于观众的礼物“打赏”。此时主播与直播平台的收益分配方式、或者说薪酬发放方式有着一定的特殊性，即主播的薪酬发放体系同时具备着稳定性、浮动性和被动性的特征；

4. 管理程度较弱。大部分平台仅要求直播内容符合公司规定和相关法律法规即可，但少数平台要求主播遵循公司管理制度上下班、打卡考勤。

不难发现，不同的框架性要求使得双方的权利义务界限模糊起来，大部分平台的设定尚在行业惯例范畴之内，但也有一些平台过多限制了主播的“自由”，为劳动关系的认定提供了可能性。

## 二、法院认定法律关系的裁判思路

在认定双方法律关系时，法院一般有两种裁判思路，一是认定为劳动关系，适用劳动法和劳动合同法等相关法律调整，以保护劳动者为原则，结果一般利于主播方；二是认定为合作、合同或服务关系，主要适用民法和合同法调整，裁判时尊重当事人在订立合同时的意思自治，结果一般利于平台方。

对于劳动关系的定义，我国目前现行有效的《劳动法》、《劳动合同法》等相关法律规定尚未作出明确的规定。法院在认定是否构成劳动关系时通常会参考原劳动和社会保障部于2005年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》（以下简称“《通知》”）。

《通知》第一条规定，“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”

《通知》第二条规定，“考勤记录、其他劳动者证言等可以作为确认存在劳动关系的参考凭证。”

此外，根据台湾著名学者黄越钦的观点，劳动关系具有从属性特征，具体可分为人身从属性、组织从属性和经济从属性。经济的从属性是指劳动者通过付出劳动力以换取劳动报酬的行为；组织从属性和人身从属性即劳动者进入用人单位，将自己的劳动力交由用人单位支配、服从用人单位的指挥、听从其调配、遵守其劳动纪律和规则制度的行为。在符合上述特征的情况下，往往认为具有劳动关系的特征。

在处理纠纷案件时，法院一般从人身从属性和经济从属性来判断是否构成劳动关系，尤其是结合双方签订的合同条款和实际履行情况判断平台是否对主播形成了较为严格的管理和经济的约束。具体来说，法院会参考平台是否对直播时间、时点、地点、旷工考勤、试用期、员工管理制度对主播进行了约束。若有，法院则倾向于认为形成了人身的隶属性，属于劳动关系；若无或管理程度较弱，则可能认为不构成劳动关系，以下案例可作参考。

## 三、典型案例的裁判情况

### （一）认定构成劳动关系

#### 1.杭州某网络技术有限公司与曲某合同纠纷案（2016）沪0115民初51127号

裁判要点提炼：

考虑到网络主播行业竞争的特殊性，网络平台出于管理角度对主播权利义务进行限制性规定符合行业惯例，涉案合同中明确约定了双方可协商解除合同，并未排除被告解除合同的主要权利。因此，法院认定涉案主播协议合法有效。

关于主播协议的法律性质，从合同目的而言，双方具有合作共赢的目的，而非仅仅被告为了原告利益而付出劳务，且合同明确约定双方之间不产生劳动、雇佣关系，因此被告抗辩双方构成劳动关系不能成立。

#### 2.上海某某信息科技有限公司与王某某合同纠纷案（2018）沪0115民初8740号

裁判要点提炼：

关于涉案协议的性质。从合同目的而言，双方系具有合作共赢的目的，而非仅仅被告为了原告利益而付出劳动或劳务，且涉案协议第十三条第二项亦明确约定“本协议任何内容均不得解释为在双方之间产生或构成雇主/雇员关系、特许经营某授予人/特许经营某被授予人或合伙关系、劳动关系”。

本案中，原告提供直播的平台，未就直播内容下达指令，被告系自行安排直播的时间、频率及直播内容。

3.武汉某网络科技有限公司与董某、第三人上海某网络科技有限公司合同纠纷案（2016）鄂 0192 民初 3496 号

裁判要点提炼：

从协议约定及当事人的履行情况来看，董某为公司提供直播服务，公司向其支付直播报酬，董某不受公司规章制度的约束，亦不接受公司的管理，双方系平等主体之间的民事合同关系，受合同法及相关法律法规的调整。

4.马某某与深圳某某影视传媒有限公司确认劳动关系纠纷案（2017）粤 0307 民初 6503 号

裁判要点提炼：

本案中，从原、被告双方签订的《独家主播服务合作合同》内容上看，系双方就原告参与在线演艺平台进行演艺直播等合作事项进行约定，不具有劳动合同主要特征。双方在实际履行该合同过程中，无明显的劳动关系人格从属性和经济从属性特征。

从劳动关系人格从属性角度看，被告对于演出直播的内容不作规定和要求；另外，原告的演出时间和场所都有很大自由度，只需保证网络直播时间达到即可等等，所以双方的从属性关系不明显；且被告未行使实际意义的指挥和管理。

从经济从属性角度看，双方约定有保底酬金，并非工资底薪，业绩是利润分成的概念。因为这些钱都来源于原告直播后客人的直接“打赏”，原告越受欢迎，其收益越大，故原告收益的多少完全由其个人掌握，原、被告依据“打赏”收益，根据《独家主播服务合作合同》予以分成，而更多体现一种民事合作关系。

5.王某某与南京某某文化传媒有限公司追索劳动报酬、劳动合同纠纷一案(2017)苏 0115 民初 82 号

裁判要点提炼：

本案中从现有证据看双方之间并没有成立劳动关系、订立劳动合同的合意；其次，王某某没有证据证明其按照公司的要求，在公司的场所以及公司规定的时间进行直播，实际上其从事直播的直播地点自由，直播时间自主决定，直播内容以聊天、才艺为主，双方之间未形成用工管理关系以及人身隶属关系；再次，王某某的就网络主播部分的收入来源于粉丝的“打赏”，并非公司发放的工资。综上，法院认为双方之间为合作关系。

## （二）认定构成劳动关系

1.西安某某网络科技有限公司与刘某某劳动仲裁上诉案碑劳仲案字（2015）第 497 号

裁判要点提炼：

碑林仲裁委认为，本案中，刘某提出其与某某公司存在劳动关系的主张，并提交《签约主播协议书》等证据予以证明，因双方在上述协议中约定刘佳在星秀公司指定的网络平台从事主播工作，受公司的管理，公司每月为其发放报酬且该主播工作系公司的业务组成部分。据此，对于刘某的该主张予以采信。

#### 2.某某传媒公司与许某某合同纠纷案（2017）皖 0104 民初 1359 号

裁判要点提炼：

某某传媒公司与许某某订立了《艺人合作协议》，通过企业与个人合作的方式利用网络直播平台从事盈利活动，该协议约定的内容带有明显的雇佣合同属性（培训、试用期、保密条款、竞业禁止条款等），双方的权利义务关系应当遵守劳动法律相关规定。

#### 3.张某某与北京某某天下文化传媒有限公司劳动争议案(2018)京 0116 民初 3206 号

裁判要点提炼：

原、被告签订的主播签约协议中明确约定了其工作内容、工作条件、工作地点、职业要求、劳动报酬等，上述主播签约协议已经具备劳动合同的要件，上述协议具有劳动合同的性质。

从上述判例可知，目前司法审判实践对于认定成立劳动关系的标准较高，只有少部分判决支持了主播确认劳动关系存在的主张，大部分均定性为合同关系。

法院在认定劳动关系或合同关系时主要考虑：1、合同双方是否存在建立劳动关系的合意；2、双方是否具有经济和人身上的从属性特征，具体而言：主播是否受到平台公司的行政管理、遵守其规章制度，如需要在规定时间、规定地点进行直播；以及主播的报酬是否是其劳动的对价，主要由公司发放，还是靠自己的人气获取打赏。3.合同是否有排除劳动关系的条款以及关于演出、合作、经纪等内容的明确约定。

但是我们也注意到，若主播能对劳动关系的成立提供较充分的证据以证明受到平台公司的严格管理，则也可能作出认定为劳动关系的判决结果。

## 四、律师建议

平台与主播订立合同时，除非明确以用人单位聘用劳动者的情形外，一般建议与主播形成服务、合作等一般合同关系。在此情况下，平台所拟定的合作协议时，可关注以下要点：

1.合同条款中可以明确该协议在双方之间不产生或构成雇主/雇员关系、特许经营授予人/特许经营被授予人或合伙关系、劳动关系；

2.工资薪酬部分采用“平台补贴金”而非“底薪”的表述，并将主播的收入大头约定为用户的直接打赏；

3.尽量避免过于硬性地规定主播的工作地点、工作时间、直播内容等，可仅对最低时长做要求，并与“平台补贴金”、“流量扶持力度”作关联予以激励；

4.尽量避免出现试用期、员工培训、竞业禁止等条款。

（本文首发于 2020 年 6 月 3 日）

## 《网络直播营销行为规范》生效，直播带货的“紧箍咒”来了！

陈欣皓、赵晓波

晚上6点先看看主播今晚卖啥货，定好8点的闹钟准时上线蹲守心仪的商品，第二天边和同事吐槽哪些抢到了哪些没抢到，边期待着快递赶紧送达，这已成了“后疫情时代”许多人的“逛街购物”新方式，也使得直播带货行业走上了既令人艳羡又让人担心的揠苗助长式的发展车道。越来越多的品牌商、网红、明星、企业家也纷纷走入直播间开始卖货。

然而，随着网络直播营销这种新业态新模式的快速发展，其暴露出的问题也逐渐呈现，**产品质量缺陷、虚假宣传、售后服务不过关等问题频频发生，消费者的合法权益受到损害。**

为了规范网络直播营销活动，促进其健康发展，中国广告协会发布了《网络直播营销行为规范》（以下简称“《规范》”），该规范为国内首个关于网络直播营销活动的专门规范，并将于2020年7月1日正式生效。

《规范》共六章四十四条，对网络直播营销中的商家、主播、平台经营者、主播服务机构和参与用户的行为提出了规范，并鼓励网络直播营销活动主体响应国家脱贫攻坚、乡村振兴等号召，积极开展公益直播。

《规范》对网络直播营销中的各行为主体提出了具体要求。我们梳理如下：

### 一、商家：亮证亮照经营、履行广告主的应尽义务，特殊商品需合规销售

在上海市徐汇区市场监督管理局公布的某公司发布处方药广告案中，某药房组织了一场名为“有球必硬 夜夜激情”的网络直播活动，通过网络直播节目邀请医生、电视主持人、热门主播等嘉宾在直播中介绍某处方药的功效、使用方法、有效率以及讨论“挑逗男生，制服诱惑”等内容，违反《广告法》第九条、第十五条和第十六条，被处以70万元的行政处罚。

《广告法》对于某些特殊类型的商品的广告行为有着严格的限制，并非所有商品都可以通过直播进行推广和销售。概括说来，《广告法》对于特殊类型商品的限制主要有以下三种：**第一种是绝对禁止作广告。**例如，麻醉药品、精神药品、放射性药品等特殊药品法禁止作广告；禁止在大众传播媒介或者公共场所、公共交通工具、户外发布烟草广告，禁止向未成年人发送任何形式的烟草广告。**第二种是限制广告的发布渠道及流程。**在我国，除禁止作广告的药品之外的处方药尽管可以作广告，但只能发布在特定的医学、药学专业刊物上，且必须事先经广告审查机关审查通过后方可发布。**第三种是限制广告的内容。**例如，根据《广告法》的规定，保健食品广告中不能对功效、安全性进行断言或者保证，不能涉及疾病预防、治疗功能，不能声称或者暗示广告商品为保障健康所必需，也不能利用广告代言人作推荐、证明。

本次新出台的《规范》进一步明确了，**商家通过网络直播方式销售药品、医疗器械、保健食品、特殊医学配方食品等特殊商品时，亦应当依法取得相应的资质或行政许可；**网络直播营销活动中所发布的信息不得包含淫秽、色情、赌博、迷信、恐怖、侮辱、诽谤、涉及他人隐私、危害未成年身心健康等内容。由此可见，广告主委托主播在直播带货中推介商品，亦不能规避《广告法》的监管。

## **二、主播：实名认证，禁止虚假宣传，禁止主播引导用户私下交易，禁止数据造假。**

虚假广告，是网络直播营销行为中最常见，同时也是被消费者诟病最多的问题。2019年9月，李佳琦在直播销售某品牌的“状元蟹”时称“这个是状元蟹，阳澄湖的大闸蟹”，事后却被曝出货不对板，所谓“状元蟹”并非产自阳澄湖；2019年11月，他在直播展示一款不粘锅产品时，这款号称不粘的锅却在敲入一颗生鸡蛋后，死死地和蛋液粘在一起，当场“翻车”。依据《广告法》，宣传产地名不副实的大闸蟹和性能相去甚远的不粘锅，都涉嫌构成虚假广告。

本次《规范》中明确了：主播入驻网络直播营销平台应当进行**实名认证**。主播在直播活动中，应当保证信息真实、合法，**不得对商品和服务进行虚假宣传，欺骗、误导消费者**。同时，主播向商家、网络直播营销平台等提供的营销数据应当真实，**不得采取任何形式进行流量等数据造假，不得采取虚假购买和事后退货等方式骗取商家的佣金**。

## **三、网络直播营销平台：根据平台属性差异，区分制定管理规范，加强内容生态审核和安全治理，完善知识产权投诉处理机制。**

6月初被广泛报道的“滴滴司机性侵直播”中，车某涛、郜某琦两人虽非滴滴司机，但二人及星恋直播平台为吸引他人观看并牟利，以滴滴司机迷奸女乘客为噱头进行直播。目前，滴滴平台已向北京互联网法院递交起诉材料，追究涉黄直播平台、直播制作者、表演参与者的法律责任。

目前主流的网络直播营销平台，主要可以分为如下三类：第一类是以淘宝直播、拼多多直播为代表的传统电商平台阵营；第二类是以抖音直播、快手直播为代表的短视频内容平台；第三类是以腾讯、爱逛、淘呗为代表，借助微信生态的私域流量为基础的社交直播带货平台。

本次出台的《规范》，亦根据直播营销平台类型的差异性，区分规定了各类平台的主要义务：1、**电商平台类的网络直播营销平台经营者的主要义务在于对平台内商家资质和经营范围的监管**，平台应当加强对入驻本平台内的商家主体资质规范，督促商家公示营业执照及与其经营业务有关的行政许可信息；这一点与传统的网上购物平台的监管并无差异。2、**内容平台类及社交平台类网络直播平台的主要义务均在于避免主播与用户达成线下交易**，这一点系基于网络直播的特征而提出的有别于线下交易、其他非直播线上交易的规定。其中，内容平台类的网络直播营销平台经营者应当加强对入驻本平台的商家、主播交易行为规范，防止主播采取链接跳转等方式，诱导用户进行线下交易；社交平台类的网络直播营销平台经营者应当规范内部交易秩序，禁止主播诱导用户绕过合法交易程序在社交群组进行线下交易。

## **四、其他参与者：MCN机构等主播服务机构应建立健全内部管理规范，落实合作协议与平台规则；用户不得利用直播平台发布不当言论，侵犯他人合法权益。**

本次出台的《规范》，对主播服务机构与网络直播平台、主播之间常见的发生纠纷的几类行为进行了列举式的规定，明确主播服务机构应当规范经营，不得出现下列行为：

- （一）获取不正当利益，如向签约主播进行不正当收费等；
- （二）未恰当履行与签约主播签署的合作协议，或因显失公平、附加不当条件等与签约主播产生纠纷，未妥善解决，造成恶劣影响；
- （三）违背承诺，不守信经营，如擅自退出已承诺参与的平台活动等；
- （四）扰乱网络直播营销活动秩序，如数据造假或作弊等；
- （五）侵犯他人权益，如不当使用他人权利、泄露他人信息、骗取他人财物、骚扰他人等；
- （六）故意或者疏于管理，导致实际参与网络直播营销活动的主播与该机构提交的主播账户身份信息不符。

《规范》作为首部规范网络直播营销行为的行业自治文件，标志着从今年7月开始，激进发展的直播带货将进入“监管时代”，直播带货将告别“野蛮生长”。作为目前最火热的赛道，不管是商家、直播平台、MCN机构还是主播，都应该往更合规合法的可持续道路发展，及时更新自身的风险控制体系机制，避免可能产生的风险。

（本文首发于2020年6月30日）

# 双十一冲刺期，主播们直播带货如何不带“祸”？

赵晓波

双十一的到来为“直播带货”再掀高潮。据淘宝直播数据显示，10月21日凌晨，双十一预售的第一晚，李佳琦、薇娅直播间的累计观看人数达到了1.62亿和1.53亿，两个人一晚上带货近70亿元。

各方媒体转载报道的热闹之下，不乏消费者们吐槽议论的声音。随着直播行业发展，人人皆可带货，除了专业主播们，网红、明星们也都纷纷打开了自己流量变现的新思路，他们推销的商品从美妆护肤、到大小家电、以及日用百货一应俱全。

丰富的选品、密集的直播下，因产品质量问题而产生的翻车事故也不胜枚举，比如李佳琦不粘锅事件、老罗“花点时间”投诉事件、抖音大狼狗夫妇被质疑海淘售假事件、以及薇娅选品服装涉嫌抄袭事件，无疑给主播形象带来了负面影响。那么，主播直播中推销的商品存在瑕疵，是否需要承担责任？主播们又该如何合规选品流程，以保障自己的合法权益呢？

## 一、直播带货与《广告法》上的“代言”

直播带货是《广告法》上的代言行为吗？在我们惯性思维里，往往会觉得只有在电视广告或产品包装上出现的写着“广告代言人”字样的影视明星才能算是广告代言人。然而根据我国《广告法》的规定，广告代言人是指广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。

由此可见，是否明确标识广告代言人并不重要，关键是看实质上是否是以自己的名义或形象对产品作了推荐、证明。网红主播利用积攒的粉丝和自身的形象，通过直播的形式推荐商品，并进行引流销售的行为，虽然与传统的广告存在表现形式上的区别，但仍属于《广告法》中所述的广告代言人。因此，推销影视明星邓伦代言的九阳产品的薇娅，应属于九阳的广告代言人。

## 二、直播带货的常见法律风险

### 1、虚假宣传的法律责任

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

在主播们直播带货中，这是最容易触及一个法律问题。以老罗在推销一款茶的直播视频为例，小助手提出该茶能够“防辐射”，这便是显著违反了前述条款中的第四款，该直播视频



很可能被认定为虚假广告。

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

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

## **2、本人未经使用即推荐的法律责任**

以李佳琦不粘锅直播视频为例，其在公关时声称直播时使用的锅是小助理误拿的新锅，没有经过首次沸水烹煮，因而食物会粘锅。此前他们在试验时所使用的锅是经过沸水烹煮的，不会产生任何粘锅的效果。不论该等解释是否真实，至少从法律角度而言，李佳琦及其团队还是对广告法有所了解的，有意无意地规避本人未使用即推荐的法律风险。

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

## **3.流量造假的法律责任**

在头部主播的直播战果下，不少网友提到了“流量水分”、“退货率”的问题，为了获取更好的坑位加、合作话语权，不少主播会通过各种渠道拔高自己的直播间流量，甚至雇“托”来刷单。今年7月，为规范网络直播营销活动，中国广告协会发布的《网络直播营销行为规范》开始施行，其中明确，主播向商家、网络直播营销平台等提供的营销数据应当真实，不得采取任何形式进行流量等数据造假，不得采取虚假购买和事后退货等方式骗取商家的佣金。否则不仅涉及行政处罚，还可能涉及向商家、直播平台承担民事责任。

# **三、主播们如何防范直播带货的法律风险**

## **1、选品要慎重**

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

## **2、在推荐前务必先行试用，谨防翻车**

当然，医疗、药品、医疗器械广告、保健食品广告并非目前直播市场上高频出现的商品，在直播中更为常见的商品往往是化妆品、母婴用品、衣物等。根据我国《广告法》的规定，主播们在直播过程中对商品、服务作推荐、证明时，应当依据事实，不得为其未使用过的商品或者未接受过的服务作推荐、证明。因此，广大主播在直播推荐前，请务必先行亲测；即便无法提前，在直播过程中也尽量做到亲自“试色”、“试用”、“试穿”等。

### 3、查验商品权利证明文件

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

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

### 4、注重直播时的话术表达

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

### 5、仔细审查与品牌方的合作合同

在目前直播市场上资源被头部主播垄断的背景下，大部分的主播在接洽直播合作合同时，往往只关注品牌方愿意支付的合作金额和回款速度。但对于在某一领域已取得相当多的粉丝基础，有一定的品牌资源的主播来说，更要珍惜羽毛，仔细审查与品牌方的合作合同。我们可以考虑在合同中增加品牌方的承诺保证义务，并设置相应的违约责任，确保不利事件发生时，自身留有一定余地，例如：

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

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

直播带货作为较新型的商业模式，可能由于法律的滞后性，继而未对某些行为有明确的规定，但作为从业者，务必未雨绸缪，重视合规，不因短时利益而踩违法边界线，方能获得长远发展。

（本文首发于 2020 年 10 月 28 日）

# “串通投标”行为的司法实务分析——基于中海地产上海公司总经理被查案

汪银平、冯笑、邵洋

近日，一则“中海地产上海公司总经理涉嫌围标拿地被查”的新闻在网络上引起热议，据媒体报道：3月31日在上海市内环内虹口区北外滩板块的一块纯住宅用地出让中，最初有着多家品牌地产公司的参与投标，通过资格审核，中海、万科、华润入围中标候选人，但是在后续土地拍卖中，只有中海举牌，另外两家公司全程“不作为”，导致中海在没有任何竞争压力的情况下直接以起拍价、零溢价的形式拿下地块。行业内也有不少人士怀疑其中存在串通投标的猫腻，鉴于本案仍处于调查阶段，本文不对案情事实做评价。

但随着“串通投标”这一法律问题开始纳入公众视线，虽然“串通投标”行为是常见的企业舞弊行为，但实务中能够成案较少，星瀚律师事务所对此就“串通投标”行为的刑法适用和有关实务做如下分析：

## 一、本案法律分析

如果新闻报道内容属实（或者整体框架属实），且相关主体之间确实存在串通的合意，可能因串通投标行为而会被追究相关法律责任。

### （一）该案可能被认定串通投标的法理分析

1、串通投标行为的主体为特殊主体，一般而言必须为投标人或者招标人的一方（包含投标、招标的公司以及主管、负责投标、招标项目的人员），在实务中往往还可以包括招标代理机构、评标委员会等相关主体。本案中，中海、华润、万科公司作为投标人，公司本身以及公司负责本项目投标的负责人员都符合主体要件；

2、串通投标的认定，要求行为主体在主观上必须具有相互串通的主观故意，对于自身串通行为以及对招投标竞争程序的破坏是明知的。因为本案目前公开信息较少，笔者在此不去揣测行为人是否存在恶意串通行为，如果其最终被查明存在相互串通的合意，则会直接影响到其行为的定性；

3、串通投标行为的认定，核心在于“串通行为”的实施。本案中，仅从目前所知的新闻来看，中海和万科、华润共同作为投标人，在最终的竞标中，出现了极不符合常理、违背市场规律的行为，在仅仅留下三家竞标公司的情况下，万科、华润未进行报价，这就导致中海公司在没有任何竞争压力的情况下，以起拍价直接竞标成功。如果三方存在事前的主观合意，这一行为确系一种典型、简单的串通投标行为；

4、串通投标行为在客观上损害了投标人或者其他投标人的利益，且破坏了招投标竞争秩序。本案中，如果串通投标的行为得以查实，则其行为势必已经直接损害招投标竞争秩序，而中海公司最终得以起拍价中标的行为很可能已经损害了招标人利益，同时其他投标人的利益是否受损、如何认定也将纳入考量之中。

## （二）该案中相关主体可能被追究的法律责任

串通投标行为是《中华人民共和国刑法》和《中华人民共和国招标投标法》均明确禁止的行为，根据行为的严重程度，可能被追究行政责任或者刑事责任。

### 1、行政责任层面

根据《招标投标法》第 53 条的规定：投标人相互串通投标或者与招标人串通投标的，投标人以向招标人或者评标委员会成员行贿的手段谋取中标的，中标无效，处中标项目金额千分之五以上千分之十以下的罚款，对单位直接负责的主管人员和其他直接责任人员处单位罚款数额百分之五以上百分之十以下的罚款；有违法所得的，并处没收违法所得；情节严重的，取消其一年至二年内参加依法必须进行招标的项目的投标资格并予以公告，直至由工商行政管理机关吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。给他人造成损失的，依法承担赔偿责任。

根据上述规定，如果本案最终被定性为串通投标的话，该次中标无效，相关公司以及主管人员还会被处以一定数量的罚款，甚至可能被取消一定年限内的投标资格，这对于公司在业内的声誉、发展布局都会带来极大的不利影响。

### 2、刑事责任层面

根据《刑法》第 223 条的规定：串通投标罪，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。

如果本案最终被定性为串通投标、且达到“情节严重”认定标准的，相关投标公司以及主管人员依法可能会被追究相应的刑事责任。

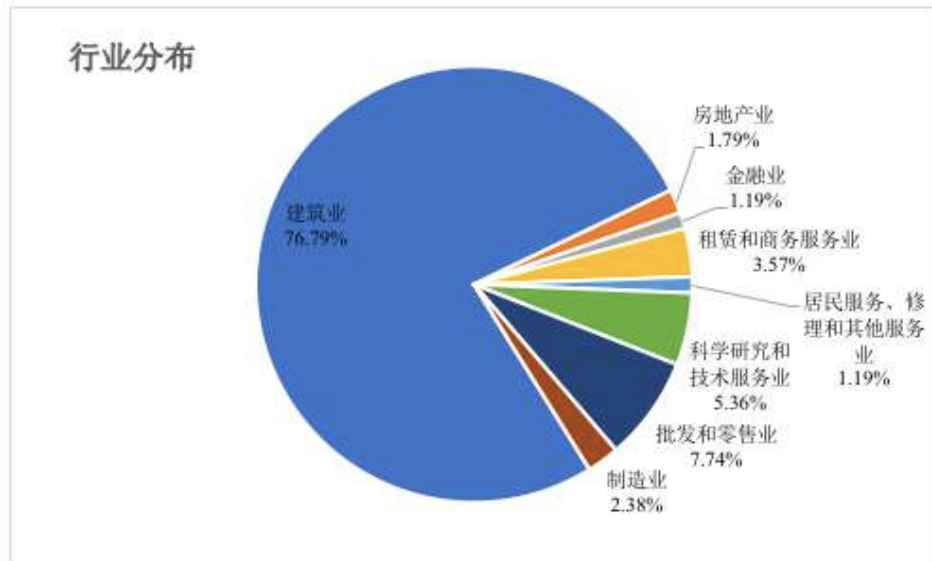
## 二、串通投标罪的实务裁判情况以及串通投标行为的常见表现形式

### （一）2019 年串通投标罪大数据简析

星瀚律师事务所检索、整理了在网络上公开的 2019 年宣判这一罪名的 430 余件案件。之前我们整理的 2019 年的舞弊类案件（职务侵占、挪用资金、商业贿赂两罪名、侵犯公民个人信息、计算机类舞弊罪名）共计 5080 件，串通投标中也往往存在舞弊行为或者线索，但串通投标罪的判例数量在这一总量中仅占比 7.95%，一方面能够体现出实践中以串通投标成案的数量相对较少，另一方面也可为将来的反舞弊调查拓宽了思路。

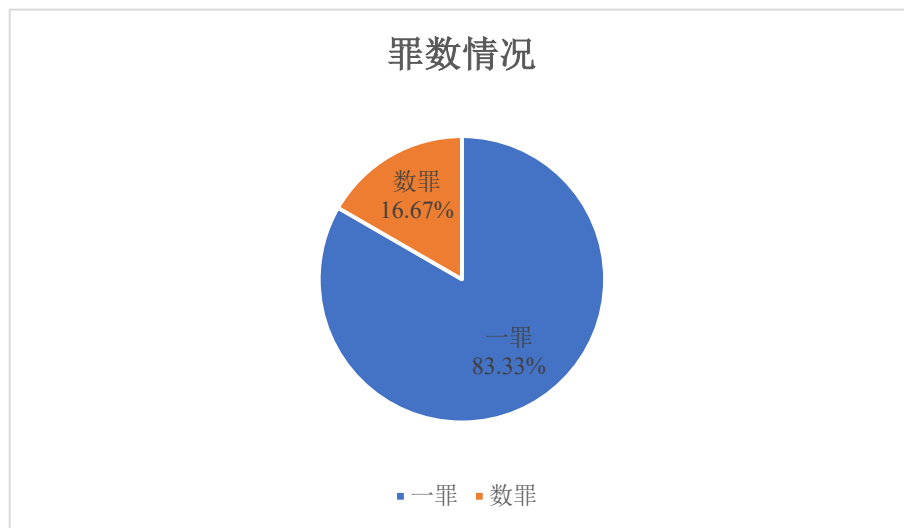
#### 1、串通投标常发生的行业类型

记载有涉案行业类型信息的案件有 168 起，行业类型主要包括建筑业、房地产业、批发和零售业、租赁和商务服务业、金融业等领域，其中发生在建筑业的案件数量为 129 起，数量最多，案件数量占比为 76.79%，发生在其他行业的数量不多。



## 2、串通投标行为中的罪数形态

在我们检索的 438 起案件中，仅认定串通投标罪一个罪名的有 365 起，行为人因实施串通投标行为而同时实施其他犯罪行为并被数罪并罚的有 73 起。这能够表明在串通投标案件中，往往伴随其他违法犯罪行为，通常有贪污罪、职务侵占罪、受贿罪、非国家工作人员受贿罪、行贿罪、伪造公司、企业、事业单位印章罪、合同诈骗罪等罪名。



### (二) 串通投标行为的常见表现形式

在《刑法》条文中，对于“串通投标”的行为表现方式没有阐述。在社会实践中，串通投标行为可能发生在诸多领域，通过立法的本意以及本罪名的核心要件，可以归类如下：

#### 1、投标人与招标人之间的串通

##### (1) 招标人泄露信息型

招标人将招标文件、项目内容、规划等项目基本信息泄露给投标人的，招标人将标底泄露给投标人的，招标人将评标委员会相关信息泄露给投标人的，都属于这一类型，实质

在于招标人提前将相关信息告知投标人，损害投标过程本应有的公平竞争。

### **(2) 招标人区别对待型**

招标人授意投标人撤换、修改投标文件的，招标人明示或者暗示投标人压低或者抬高投标报价的，招标人明示或者暗示投标人为特定投标人中标提供方便的，招标人评审时对部分投标人考察打分严重不合理的，招标人对部分投标人“量身定做”中标依据的，都属于这一类型，实质在于招标人对于串通好的投标人给与优待，使其在竞标中获取优势。

### **(3) 招标人标外补偿型**

招标人与投标人约好以低价投标、排挤竞争、事后给与补偿的（常发生于采购领域），招标人与投标人约好以高价投标、事后给与补偿的（常发生于建筑工程领域、地产领域），都属于这一类型，实质在于招标人与投标人就价格提前协商一致，影响其他投标人的利益以及招投标竞争秩序。

当然，上述列举不可能穷尽所有的串通投标行为方式，在遇到涉嫌招标人与投标人串通投标的情况时，务必结合该行为的实质进行判断。

## **2、投标人与投标人之间的串通**

### **(1) 单一投标主体挂靠方式的围标**

实践中表现为，表面上看起来存在符合招投标要求的多个投标人，但这些投标人的背后都是同一主体，不管中标的为哪一方，都不影响实质的中标人。

因为这一行为中，涉嫌违法犯罪的主体仅一方投标人，表面上看并不存在多个主体之间的串通行为，因此对于能否认定为串通投标是存在一定争议的。实践中，越来越多的司法从业者认为这一行为构成串通投标罪，且一些地方也通过司法文件形式对此加以确定，如福建省高级人民法院、检察院、公安厅 2007 年制定的《办理串通投标犯罪案件有关问题座谈会纪要》第 2 条规定，采取挂靠、盗用等非法手段，以多个投标人名义进行围标的，按刑法第 223 条第 1 款串通投标罪的规定处罚。

因此，从目前的司法实践而言，这一行为虽然跟一般的串通投标行为不同，但是存在被认定串通投标的可能性。

### **(2) 投标人之间的价格协议**

投标人与投标人之间就投标价格提前协商一致，在竞标中一致在一定范围内报高价或者低价，既可以限制其他投标人，也可以避免相互竞争，确保特定投标人中标。

### **(3) 投标人之间约定轮流中标**

这一行为类型不是发生在一起招投标中，而是在一定时间段的多个招投标项目里，部分投标人约定好，每次轮流以一定价位投标，确保每个投标人都能有中标的情况。

### **(4) 投标人之间约定陪标事宜**

这一行为类型也比较常见，投标人内部会在事前内定中标方，其他投标人仅仅参与投标，目的在于符合招投标程序要求、或者共同打压其他投标人。

### **(5) 投标人之间约定补偿事宜**

投标人之间相互约定好，除了计划中标的投标人之外，其他投标人采取消极方式投标（不参与报价或者报价离谱的），中标的投标人事后给与其他投标人利益（或者为金钱补

偿、或者为项目分包等）。

上述为投标人之间常见的串通投标行为，实践中肯定还会有越来越多的形式，且上述行为类型相互之间也会有交叉并存的情形。

### **3、有招标代理机构、评标委员会参与其中的串通投标行为**

在招投标程序中，招标人有权选择招标代理机构，代为办理招标事宜；或者根据评标委员会的建议，开展招投标活动。在实践中，也有很多串通投标的案件，是有着招标代理机构、评标委员会参与的，而且这一主体也可能因串通投标罪而被追究刑事责任。

#### **(1) 相关主体与单个投标人串通**

在招投标程序中，上述相关主体利用自身的地位，为投标人提供信息的，对投标人区别对待的，都是常见的串通投标方式。

#### **(2) 相关主体为多个投标人的串通提供帮助**

这一行为模式主要为：在招投标程序中，上述相关主体利用自身的地位，为多个投标人的串通行为提供信息帮助、提供便利。

#### **(3) 相关主体与招标人、投标人串通**

在招标人与投标人串通投标的案件中，如果有招标代理机构或者评标委员会的存在，串通投标行为可能会被发现，因此，行为人常常会跟代理机构、评标委员会达成合意。

## **三、串通投标罪在实务中的认定规则**

近年来全国各地都有判决串通投标罪的案例，但很多业内人士还是会觉得，实际上存在的串通投标行为要远远超过被行政查处、刑事追责的数量。很多地方上的办案部门对于本罪的办案经验不是很多，很大原因也在于《刑法》对于本罪名的规定稍许淡薄，在实务办案中也常常会遇到一些认定上的难题。

### **(一) 串通投标罪的犯罪主体不限于投标人、招标人公司本身，还包括直接主管、负责项目的自然人**

《刑法》条文中陈述的本罪名的主体为“招标人”、“投标人”，而《招标投标法》对于“招标人”的定义为：依照本法规定提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织；对“投标人”的定义为：响应招标、参加投标竞争的法人或者其他组织。

正因如此，很多人会以为本罪的主体只能是投标或者招标一方的公司，而非负责招投标的人员。然而在实践中，很多串通投标行为都是招标人或者投标人内部负责该招投标项目的负责人员所为，有时候甚至是隐瞒公司而实施的个人行为，在此情况下，将公司定为犯罪主体显然不合适，对于负责人员如果不以串通投标罪认定的话，本罪名的适用将会出现很大的缺失。

在司法实务中，本罪名的犯罪主体为：既可以是招标、投标的法人或者单位，也可以是这些单位中主管、负责、参与招标、投标的人。这点得到了很多法院的认可，在公开的裁判文书中做了明确论述。

究其原因，主要有以下：

1、《刑法》与《招标投标法》属于不同的法律，且《招标投标法》制定及实施在

后，《刑法》条文中名词的释义并不是必须根据《招标投标法》理解；

2、制定串通投标罪的本意在于保护招投标竞争秩序，招投标公司以及其直接负责招投标项目的人都会侵害这一法益，且实践中更多时候实施主体都是自然人；

3、本罪名为《刑法》第 223 条的规定，《刑法》第 231 条规定：单位犯本节第二百二十一条至第二百三十条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本节各该条的规定处罚。如果本罪名不处罚直接责任人员的话，跟法律本身的立意也不符。

### **（二）串通投标罪的客体是复杂客体，即便项目废标、工程未实际启动，也可能成立本罪**

串通投标罪规定于《刑法》第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中，该行为既侵犯了招标人、其他投标人、国家、集体、公民的合法利益，也侵害了招投标市场竞争秩序。

在部分串通投标的案件中，串通投标行为发生时可能会存在一些不合常理的现象，引起招标人或者其他投标人的注意，导致项目还未启动就被叫停或者废标、重新招标。在这一种行为类型中，串通投标的相关主体往往会辩称因项目废标、未造成严重后果，或者虽然造成一定后果、但应属犯罪未遂。

因为本罪的客体包含“侵害招投标市场竞争秩序”，因此在实务中，法院往往不会采纳上述观点，不论项目是否废标、工程是否启动，只要行为人的串通投标行为已经实施完毕，就已经破坏了招投标竞争秩序，而且重新招标、工期延迟势必会有进一步的经济损失。这一点在（2019）鄂 1121 刑初 27 号付某、陈某串通投标案以及在（2017）鲁 0213 刑初 520 号山东省国某招标有限公司、徐某串通投标案中，相关法院也明确载入公开的裁判文书中。

### **（三）串通投标罪的追诉标准如何认定**

我国现行法律体系中，对于串通投标行为既规定了行政责任追究机制，也规定有刑事责任。这就意味着串通投标行为必须达到一定的标准，才可以由《刑法》予以规制。

最高人民检察院、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）第 76 条规定了串通投标罪的立案追诉标准：

- 1、损害招标人、投标人或者国家、集体、公民的合法利益，造成直接经济损失数额在五十万元以上的；
- 2、违法所得数额在十万元以上的；
- 3、中标项目金额在二百万元以上的；
- 4、采取威胁、欺骗或者贿赂等非法手段的；
- 5、虽未达到上述数额标准（是指接近上述数额标准且已达到该数额的百分之八十以上的），但两年内因串通投标，受过行政处罚二次以上，又串通投标的；
- 6、其他情节严重的情形。

在上述标准中，第 2-5 项的标准理解起来相对简单，第 6 项为兜底条款，需要结合个案判断是否严重侵害到本罪的法益。

相对而言，第 1 项中的“直接经济损失”如何理解有必要稍作探讨。首先，直接经济损



失必须是指串通投标行为直接给招标人、其他投标人或者国家、集体、公民造成的损失，而不能包含串通投标行为引起的任何的可能的损失，例如因串通投标行为而使招标失败，招标人在前期招标过程中的必要成本、项目误工的必然损失等可以视为“直接经济损失”；其次，实务中对于“直接经济损失”的认定，一般也会以招投标的相关材料作为基础，进行司法鉴定。

#### **（四）串通投标罪认定过程中，往往存在其他违法犯罪行为，根据不同行为所侵害的不同法益、所符合的不同犯罪构成，应数罪并罚**

串通投标罪中串通行为的发生，意味着串通的各方都有其利益驱使，投标人一方追求的是以不正当手段中标，其为了中标往往与负责招标的人员或者能够对招标施加影响的人员存在利益输送，甚至于有些案件中，最初就是因为招标一方的部分人员心存非法获利的意图，而主动联系相关的投标人。这种基于内外勾结而发生的串通投标行为是很典型的串通投标行为，这其中往往就会存在着商业贿赂、职务侵占、贪污等舞弊行为。

在杭上刑初字第 210 号鲁某行贿、串通投标案以及（2016）浙 06 刑终 385 号胡某行贿、串通投标案中，均为投标人为顺利中标，事前给到相关人员财物，在相关人员的帮助下，顺利中标。法院均认为行为人的不同行为**分别符合串通投标罪、行贿罪的犯罪构成要件，予以数罪并罚。**

串通投标行为中的数罪并罚情况不仅有上述利益输送的情况，例如投标方的工作人员在投标过程中隐瞒公司实施串通投标行为，可能会存在**伪造、变造公司的印章、公文行为**；投标人通过串通投标方式中标，在项目实施期间虚构工程量、虚报工程款的，会**涉嫌诈骗或者合同诈骗**。具体行为模式在个案中不一而足。

串通投标行为作为招投标程序中一种典型、常见的违法犯罪行为，笔者借此机会将该行为模式以及可能涉嫌的法律责任进行分析，希望能够对行业内的相关公司以及维护市场秩序有所裨益。

（本文首发于 2020 年 4 月 13 日）

# 企业在办理舞弊案件中如何正确使用《悔过书》？

冯笑

企业发现内部出现舞弊情况时，往往会先启动基本调查措施，在进行一定程度的调查、掌握一定的证据后，不少企业会选择与涉案员工进行访谈、谈话、交涉，以希望涉案人员表示悔过并出具《悔过书》，作为后续处置程序中的证据。

到此为止，被害企业通常会以为案件调查基本告一段落，但是随后的程序却会遇到重重阻碍：涉案员工对《悔过书》内容的真实性、单位调查的程序合法性均提出质疑，使得单位前期的调查不仅没有取得追求的成果，还因打草惊蛇失去了获取更多证据的空间。

在这些案件中，我们暂且不谈单位调查方向、调查程序的问题，其获取的《悔过书》从本身往往就存在瑕疵。本文拟从两例不规范的《悔过书》出发，为正确认识、规范应用《悔过书》提供建议和框架模板参考。

## 一、内容不规范的《悔过书》可能弊大于利、影响案件办理

以下为两份《悔过书》样本（出于律师职业道德及保密义务，笔者对原文内容进行了逐字改动，案例内容也进行了颠覆性调整，仅保留了原《悔过书》的框架）：

### 【案例一：】

王某某在甲公司任职期间，利用负责联系融资租赁公司 A 公司的职务便利，以甲公司的名义与 A 公司洽谈，签约时候表示需要甲公司的关联公司乙公司（实际是由其亲友掌控的公司）出面签约，乙公司与 A 公司签约后，加价租赁给自己在职的甲公司，就不同批次租赁物所赚取的差价分别为 500 元/天、800 元/天。

甲公司在发现王某某上述行为后，展开了调查，调查期间，王某某向甲公司出具了以下文书：

样本一

### 承诺书

就我在甲公司任职期间的一些行为，我本人愿意在 XXXX 年 9 月 1 日之前向乙公司追回以下款项：

1、XXXX 租赁物被甲公司实际起租之日起至 XXXX 年 9 月 1 日之间（共计 XX 天）天数乘以 500 元共计：XXXX 元（大写 XXXX 人民币整）

2、XXXX 租赁物被甲公司实际起租之日起至 XXXX 年 9 月 1 日之间（共计 XX 天）天数乘以 800 元共计：XXXX 元（大写 XXXX 人民币整）

以上款项按时支付后，就以上事宜与甲公司无任何争议和责任。

3、我同意协助乙公司向上述租赁物的所有者 A 公司解除租约，由甲公司直接与 A 公司进行洽谈和签约。

承诺人：王某某

日期：XXXX 年 X 月 X 日

见证人：张某某

通过分析，我们可以发现上述文本存在下列问题：

1、该文书使用的标题为《承诺书》，而非《悔过书》，仅从标题上看，就存有回避构成刑事犯罪的意向；

2、正文中使用的“追回以下款项”的写法，无法体现该损失系行为人本人造成，似乎对单位实施加害行为的为单位人员之外的第三方主体；

3、正文中使用的“500 元”、“800 元”，在单位看来是行为人所赚取的差价，但是仅仅根据正文的描述是得不出这一结论的；

4、正文中使用的“以上款项按时支付后，就以上事宜与甲公司无任何争议和责任”的陈述，不仅无法体现行为人职务侵占的事实，而且给人一种本案仅限于民事责任的倾向；

5、正文中未提及其本人和乙公司之间的关系，没有固定其本人虚设中间环节行为模式的相关证据；

6、该《承诺书》书写的见证人只有 1 位，而且缺乏同步录音录像的证据。

被害单位之所以认可上述样本的内容，原因在于单位对员工的涉案行为非常清楚，在熟悉案情的基础上看来，《承诺书》中的内容是可以接受的，但当该文书给到不熟悉案情的主体分析，就可能解读出不同的内容。在该案的后续进展中，行为人声称自身受到单位胁迫，在担惊受怕之下出具了该《承诺书》，并声称单位的调查手段暴力、违法，存在单位内部斗争、打击报复的可能，给被害单位的后续调查带来了很大的阻力。

### 【案例二：】

乙公司是一家电子产品的生产、销售公司，其设定的产品单价为 10 元，雷某某利用其负责销售的职务便利，将单价抬高至 12 元进行销售，将差价 2 元予以侵占。乙公司在发现雷某某上述行为后，展开了调查，后雷某某向乙公司出具了以下文书：

样本二

#### 悔过书

我于 XXXX 年-XXXX 年担任销售期间，在明知公司内部将产品指导价设定为 10 元左右的基础之上，为了增加业绩、完成绩效，对外谎称售假为单价 12 元，骗取了多数采购商的信任，使得采购商以本不应支付的高额单价进行了采购，而我本人也因此获取了高额的销量。

本人在收到采购商支付的钱款之后，认为销售业绩已经达标，于是便将客户支付的差额进行了截留和自用，在自责的心情下虽然有陆续归还公司，但是截至目前尚欠 XXXX 元。

悔过人：雷某某

日期：XXXX 年 X 月 X 日

我们通过分析，可以发现上述文书中存在以下问题：

1、正文第一段，侧重于强调自身欺骗采购商的角度，会让人误认为本案的被害人为采购商，可能导致的结果是：案件被定性为诈骗罪，相关差价退还给采购商，本单位无法挽回任何损失；

2、正文第二段，将自身的职务侵占行为描述为了部分职务侵占、部分挪用资金，一方面在定性上存在模糊，另一方面也会给认定职务侵占、挪用资金的金额带去难题。该案中，后来检察院在案件定性上应当认定诈骗罪还是职务侵占罪存在争议，其中有一种观点就是认为应该构成对采购商进行欺诈的诈骗罪，单位并没有损失。

## 二、《悔过书》的规范应用攻略

以上案例体现了不规范的《悔过书》可能带来诸多不利影响，那么 我们应该如何正确认识和利用《悔过书》？笔者认为，主要需要搞清楚以下两个维度的问题：

第一、《悔过书》在全案中的地位、作用如何？

第二、《悔过书》的标准格式、规范流程是什么？

### （一）悔过书只是职务犯罪中的证据类型之一

在刑事案件中，法定的证据类型有：物证、书证、证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人/被告人供述与辩解、鉴定意见、勘验/检查/辨认/侦查实验等笔录、视听资料/电子数据等。因此，被害单位必须明确：

1、《悔过书》只是法定证据类型之一，在职务犯罪中要给涉案人员定罪量刑，需要相关证据能够印证、形成完整的证据链。因此《悔过书》并非足以进行立案、追诉、定罪量刑的证据类型，它作为证据类型之一，是需要其他证据支撑的；

2、无论是单位还是单位外聘的律师团队、调查团队，在舞弊案件的调查初期，应当将重点放在全案证据的收集、梳理上，确保即便“零口供”也能达到足以追诉的标准；

3、并非所有的职务犯罪中都有《悔过书》这一证据。在实践中也要结合公司的情况，对于一些存在打草惊蛇、证据灭失、人员脱逃等风险的案件来说，并不适合在报案之前就跟涉案员工进行交涉，自然就不会在该阶段产生《悔过书》。

### （二）如何程序规范地获取实体内容规范的悔过书

由于被害单位并非法定的侦查机关，因此被害单位所收集的证据想要成为定案证据予以使用，更加需要注意收集程序的规范性：

1、在涉案人员出具《悔过书》的过程中，见证人员不得少于两人，并明确表明见证人的身份；

2、涉案人员出具《悔过书》应选择合理的时间、地点，并做好全程同步录音录像；

3、在涉案人员出具《悔过书》之余，制作单独的《询问笔录》，《询问笔录》的制作也应按照上述两点要求进行，并在《询问笔录》中将《悔过书》的内容通过问答的形式予以详细记录，并由涉案人员逐页签字、摁指印。

无论何种职务犯罪，要达到定罪量刑的程度，都必须满足该罪名的构成要件，因此我们建议如果写《悔过书》，在《悔过书》的正文中至少应当就行为人的职务身份、利用职务便利实施的行为、如何获利、获利多少进行正面陈述，如果该行为人所在的行业类型比较复杂或者前沿，还要适当将难以理解的对象使用通俗的语言讲通透。

以上文中案例一中的文本为例，规范的文本框架可以如下供参考：

样本一的修正版：

### 悔罪书

**【职务身份的确定】**本人于XXXX年X月X日入职甲公司，入职后先后担任XX职务、XX职务，职责之一为公司联系融资租赁公司并承租租赁物.....

**【利用职务之便的体现】**从XXXX年X月X日起，本人为了赚取差价，以甲公司的名义跟融资租赁公司洽谈，在选择好融资租赁公司A公司和租赁物之后，利用职务便利，声称签订合同的公司为乙公司（乙公司为本人实际控制的公司），使得乙公司与A公司签约，随后又让乙公司加价500元/日、800元/日跟甲公司签约，最终由甲公司将该租赁物承租并支付加价后的租金.....

**【利用职务之便侵占的单位财物】**在本人的上述操作下，甲公司实际支付的金额是超出A公司所收到的钱款的，差价经由.....流转最终为本人所占有.....

**【退赃意愿】**就我在甲公司任职期间的上述行为，本人愿意在XXXX年9月1日之前向甲公司退回以下款项：

1、XXXX租赁物被甲公司实际起租之日起至XXXX年9月1日之间（共计XX天）天数乘以500元共计：XXXX元（大写XXXX人民币整）

2、XXXX租赁物被甲公司实际起租之日起至XXXX年9月1日之间（共计XX天）天数乘以800元共计：XXXX元（大写XXXX人民币整）

此外，我将向A公司告知真实情况，并解除乙公司与A公司之间的签约，由甲公司直接与A公司进行洽谈和签约。

**【悔罪意愿】**本人对于自身的违法犯罪行为深深懊悔，希望公司能够给我谅解，能够给我一次机会.....

概言之，《悔过书》只是证据种类之一，并非所有的案件都有，也并非所有的案件都适合出具，对于被害单位而言，必须首先明确自身的诉求：是否一定要追究行为人的刑事责任？亦或解决因舞弊行为衍生的民事纠纷？亦或仅仅是与涉案人员解除劳动关系？在此基础之上再结合案件的办理难度、证据收集程度去判断该案是否适宜在报案之前与涉案人员接触，获取《悔过书》的价值有多大？对于需要获取《悔过书》的案件，则需要按照规范的程序进行调查工作，在取证充分的基础上，获取能够与客观证据相印证、内容规范的《悔过书》。

（本文首发于2020年10月12日）

## 员工从相对方处收取好处费的舞弊行为如何定性？

冯笑

在非国有企业领域的职务犯罪中，职务侵占罪和非国家工作人员受贿罪都是较为典型、常见的罪名，前者犯罪行为所侵犯的对象为本单位财物，规定在《刑法分则》第五章的《侵犯财产罪》中；后者侵犯的客体是非国有公司、企业或者单位的正常管理秩序和社会公平竞争的交易秩序，规定在《刑法分则》第三章的《破坏社会主义市场经济秩序罪》中。单从这两个罪名本身的含义来看，两者间泾渭分明。

但在司法实务中，就“员工从相对方处收取好处费”这一典型的舞弊类案件，经常会遇到定性争议：并非全部案件都被认定非国家工作人员受贿罪，也有部分案件以职务侵占罪定罪量刑。一旦发生这种争议，会直接影响到本单位的利益，按照前者，单位没有经济损失，涉案行受贿赃款会被追缴，与本单位没有任何关系；如果是后者，本单位受到了经济损失，涉案赃款要归还本单位。因此从企业角度，需要对二者的区分有清楚的认识。

本文以两则典型案例（分别定性为非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪）为切入点，以案情为依据进行法律分析，厘清这两个罪名的区分标准，以及企业需要注意的事项。

### 【典型案例】

限于篇幅，笔者对原判例内容进行了概括和提炼。案例中当事人及公司名称均使用化名。

#### 案例一：张某非国家工作人员受贿案

##### 案情简介：

张某为甲融资租赁公司的部门经理，负责客户开发、客户资质调查、项目导入、项目评审、客户维护等。在其负责对接的甲公司与乙公司的融资租赁业务中，收受了乙公司的实际负责人李某给予的好处费 20 万元，为乙公司提供了帮助，在多个潜在合作伙伴中，引入了资质水平并不占任何优势的乙公司。后来，因为乙公司经营不善，无法按期缴纳租金，李某以告发张某做要挟，向张某讨要上述好处费，张某担心甲公司发现，便将该 20 万元以租金的名义代为支付给了甲公司。

##### 案情认定：

张某作为公司工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人钱财，为他人谋取利益，数额较大，其行为已构成非国家工作人员受贿罪。对于事后将 20 万元代付租金的行为，是在对方催讨的情况下，才被迫实施的代付行为，不属于主动积极退还赃款的行为，因此不能将 20 万元从犯罪数额中予以扣除。

张某最终被判决构成非国家工作人员受贿罪，有期徒刑一年。

#### 案例二：王某职务侵占案

##### 案情简介：

王某为甲公司的销售经理，甲公司主要生产和销售某种汽车零配件，甲公司对某种型号零件的定价为单价不得低于 15 元。乙公司在向甲公司采购该零件的时候，找到了王某，自称采购的数量较大，希望王某能够给予一定便利和优惠。王某通过在甲公司内部编造该零件滞销、让利以促进销量等原因，最终使得甲公司按照单价 12 元的价格卖给了乙公司，乙公司实际采购数量为 10 万件，支付的采购金额为 120 万元，乙公司认为王某帮其节约了至少 30 万元，为感谢王某，给予王某 20 万元好处费。

### 案情认定：

王某作为公司管理人员，利用职务上的便利，与公司外部人员合谋侵占本单位财物，数额较大，其行为已构成职务侵占罪，被判处有期徒刑一年。

### 【法理分析】

上述案例一，是典型的“利用职务便利，为他人谋取利益，非法收受他人财物”的受贿行为，因此被认定为非国家工作人员受贿罪是没有任何疑问的；上述案例二，虽然从表面上来看，行为人也是从相对方处收取了 20 万元的好处费，跟第一个案例极为类似，但最终被认定为职务侵占罪。

笔者将这两个罪名的异同点全部展开，并结合上述两则判例进行解读，以便企业对此能有足够明确的认识：

## 一、两罪名的相同点

### 1、行为人均系利用了职务便利

在《刑法》法条中，这两个罪名虽然不在同一章节，但均属于职务犯罪中的常见罪名，行为人均是具有一定的职务便利，在此基础上实施了相关行为。

在上述案例一中，行为人作为部门经理，具有开拓、筛选、引入客户的职权，因此在选择合作伙伴的过程中，其收受贿赂后帮助相对方谋取了不正当竞争优势；在上述案例二中，行为人作为销售经理，对于开拓客户、完成交易有着职务之便，因此能够使相对方以低于单位定价的价格完成交易。

### 2、定罪量刑标准相同

在现行《刑法》体系中，法条对两个罪名的追诉量刑标准规定一致，均为：数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产。根据两高关于《办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释[2016]9 号）的规定，这两个罪名的“数额较大”、“数额巨大”的标准也完全一样，分别为“6 万元以上不满 100 万元”、“100 万元以上”。

即，这两个罪名的定罪量刑标准完全一致：

追诉量刑标准（A 代表数额）	
数额较大	数额巨大
6 万≤A<100 万	A≥100 万
【5 年以下有期徒刑或者拘役】	【5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产】

鉴于上述两个相同点，行为人无论构成哪个罪名，对于自身自由刑、财产刑的幅度都不会有大的区别，因此行为定性是否存在争议，不会是行为人关注的重点。

## 二、两罪名的不同点

### 1、行为人所在单位的角色、后续的追赃、退赔程序完全不同

在非国家工作人员受贿罪中，行为人所侵害的对象并非本单位，因此行为人所在的单位在整个刑事案件中是不具备刑事诉讼参与人角色的，无法委托诉讼代理人参与诉讼，法院对于涉案行受贿的赃款，应作出“予以没收、上缴国库”的决定；

而在职务侵占罪的案件中，行为人所侵害的为本单位财物，行为人所在单位是刑事诉讼中的被害人，可以以当事人的身份作为诉讼参与人，并且在审查起诉阶段起有权委托诉讼代理人代为参与诉讼。法院对于涉案的赃款，会判决发还具有被害人资格的行为人所在单位。

上述两则案例中，案例一里，张某所在的单位没有参与诉讼的资格，也没有获取任何经济赔偿；而案例二中，涉案的赃款均被判决归还王某所在的公司。

### 2、行为人所侵犯的客体不同

在非国家工作人员受贿罪中，行为人接受他人的请托，为他人谋取利益，实质上侵害的是企业的正常管理秩序和社会公平竞争的交易秩序；

而在职务侵占罪中，行为人所非法占有的是本单位财物，因此侵犯的客体是本单位的财产权。

上述两则案例中，案例一里，张某利用职务之便，使得乙公司在多个竞争对手中脱颖而出，成为甲公司的合作伙伴，侵害了甲公司的管理秩序以及乙公司本应接受的公平竞争交易秩序；而案例二中，王某实际上是利用担任销售经理的职务便利，使得本单位将产品低价卖给乙公司，王某随后和乙公司一起将该差价进行了占有，侵犯的是本单位的财产权。

### 3、行为人的主观方面不同

在非国家工作人员受贿罪中，行为人的主观方面是通过为他人谋取利益，从而达到索取他人财物或者非法收受他人财物的目的，其获利指向为他人给予的费用；

而在职务侵占罪中，行为人的主观方面是利用自身的职务便利，通过侵吞、窃取、骗取等手段将本单位财物占为己有，其获利对象为本单位的财物。

上述两则案例中，案例一里，张某给予了乙公司便利，使得乙公司能够顺利成为甲公司的合作伙伴，从而收取了乙公司给予的感谢费；而案例二中，行为人实际上是跟乙公司合谋，利用自身负责销售的职务便利，将单位的财物低价卖出，自己再和乙公司将单位的损失进行分赃。

## 三、定性区分的关键

通过上述分析，笔者认为，当发生定性争议时，**好处费的实质来源和所有权**是区分的关键。



在案例一中，乙公司为什么会给予好处费？是因为张某为乙公司被选中为合作伙伴提供了帮助，乙公司是基于感谢的目的，自身向张某支付了 20 万元的感谢费。这 20 万元在乙公司支付之前，是完全属于乙公司的，乙公司可以决定给或者不给、给多少金额，跟张某所在的公司没有任何关系；

而在案例二中，乙公司为什么会给予好处费？这是因为乙公司在本应至少支付 150 万元的情况下，通过和王某的内外勾结，实际仅仅支付了 120 万元，乙公司将本应支付甲公司的 30 万元采购费用，和王某进行了分赃，王某分得了 20 万元。无论乙公司是否支付给王某这 20 万元，这 20 万元都是应当属于王某所在的公司。

### 【律师建议】

可能有人会提出：既然非国家工作人员受贿罪中，单位并非被害人角色，没有直接的经济损失，所以单位其实没有必要关注、纠结于罪名的认定，按照正常的法定程序走即可。笔者认为单位应当对此保持关注，至少有以下三个原因：

第一，在行为人涉嫌非国家工作人员受贿罪的案件中，虽然侵犯的对象不是单位，但因为行为人破坏了单位的管理秩序、正当的市场竞争，单位的正当利益往往是会受到不利影响的，例如上述的案例一种，因为张某引入了资质一般的合作伙伴，后来形成了坏账，单位的利益间接上还是受损。无论单位是否需要通过其他民事手段维权，单位对于案件的情况是有必要全盘了解的；

第二，在行为人涉嫌非国家工作人员受贿罪的案件中，往往还会涉嫌到其他罪名，例如合同诈骗罪、职务侵占罪、虚开发票类犯罪，企业必须对行为人的每一节行为作出正确的认定，方可更好地维护自身利益；

第三，行为人不会关心案件的定性争议，关于行为人收取的好处费的实质来源，单位结合自身的实践经营情况是可以准确确认的。

因此，笔者认为，如果企业遇到员工存在类似问题，为了维护自身的合法利益、规避相关风险，需要对该行为的定性保持关注，并且在前期至少需要注意以下事项：

第一，确认公司利益是否受到损害，如有受损，进一步确定是单位财物直接被他人非法占为己有？还是因为行为人破坏了管理秩序、公平竞争秩序，而影响到单位预期的运作，带来间接损失或者相关损失。

第二，确定公司诉求，慎重决定是否提起刑事控告。如果公司的诉求为追究行为人的刑事责任，那么只需要做好取证工作，就可以考虑报案；如果公司的诉求为挽回自身的经济损失，那么在做好取证工作的同时，可以考虑在恰当的时机与行为人进行访谈，就行为人退赔单位损失一节进行商谈。

（本文首发于 2020 年 11 月 8 日）

# 关于对企业内控和反舞弊体系构架维度的思考

汪银平

近年来，国内大量民营企业（重点是互联网、房地产以及新兴科技公司）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。星瀚律师事务所近年来作为深耕反舞弊案件调查和处置的前沿力量，也处理了大量员工舞弊案件，上至公司董事长、总经理等高层，下至销售、财务等基础员工。这些案件不仅反映了公司管理制度、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都涉及到企业内控和反舞弊的重要事项。企业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，虽然公司的审计、法务、HR、IT、业务等均为独立部门，但这些部门的常规管理职能并不能覆盖企业内控和反舞弊的知识层，因此仍有不少漏洞，不仅体现在不能遏止舞弊，还反映在发生舞弊案件后公司处置仍然很被动，或不能有效处置的方面。笔者因此有构建企业内控和反舞弊体系架构的思考，试图从各个维度去解读企业内控和反舞弊的要点。

## 一、企业内控和反舞弊职能的定位

从目前各企业实践中，笔者认为企业内控和反舞弊的目的是从维护公司安全的角度，避免因内部成员（包括股东、高管及其他员工等）的舞弊行为，导致公司利益受损害的情况。企业内控和反舞弊职能旨在通过内控体系的建设，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》对公司的相应组织架构有明确规定，并且规定了股东会、董事会、监事会的各自职责，监事会对公司运营管理负有监督职能。这些法规在一定程度上对公司的权力设置、监督机构等进行了规定，体现了企业宏观层面的内控设置和安排。

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。

应当说，该规范对企业内控有了众多原则性的规定，但根据笔者的案件经验，上述规范过于原则化，规定的内容和当下的企业舞弊实际情况匹配度不够，而且明显缺乏与司法的衔接，并不能真正满足目前企业的内控和反舞弊指引需求。况且目前上市公司对上述规范的规定执行也大多流于形式，常出现连续几年内控报告一字不差的情况。

因此，笔者认为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。

## 二、企业内控和反舞弊组织机构的职能

企业中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，负责研究内控的反舞弊的相关理论，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，将制度规范落实到位等；二是对舞弊问题的有效处置，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，笔者认为企业内控和反舞弊贯穿在企业的各个运营环节中，其机构职能除了需要兼顾内审、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。只有职能真正确立了，才能确保整个内控和反舞弊体系是深入企业各个运行环节的，真正有效做到事前有效预防，事中应对得当，事后有效处置。

## 三、企业内控和反舞弊职能在公司运营各个环节的体现

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。笔者认为一家具有一定规模的企业，其内控和反舞弊工作在业务流程、财务流程、知产保护、劳动人事、IT管理、档案管理和文化建设等各方面均需有重要涉及，增添与内控和反舞弊相关的内容。

### （一）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、外包等各个环节。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，导致案件性质无法认定，公司损失无法认定。

### （二）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工作。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。

### **（三）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。这类案件伤害最大，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，企业还应当重点关注商业秘密和反不正当竞争的保护。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。

### **（四）企业劳动关系的内控和反舞弊设计**

从实务经验来看，大多数企业在考虑劳动力和人力资源政策时，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。这些条款的制定可以说是满足了《企业内部控制基本规范》第 16 条“企业应当制定和实施有利于企业可持续发展的人力资源政策”的最低条件，但并没有结合内控与反舞弊的特点对相关制度进行完善。

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对平衡，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。

### **（五）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。

### **（六）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

自己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，也即在上述设备会留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等，都是 IT 管理在内控和反舞弊上的重要应用。

### **（七）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；例如一份审批单，就包含了申请人信息、审批人信息，而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。

### **（八）企业文化的内控和反舞弊设计**

企业内控和反舞弊工作，核心价值在于预防和控制舞弊的发生，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。通过定期的培训和教育，尤其针对一些特定岗位员工和高管定期开展针对性的廉洁教育，可以培养员工对企业的信心和认同感，从根源上预防舞弊行为的发生。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。常见的如员工看到企业运转中的漏洞，不仅没有跟公司指出，反而借机利用漏洞实施舞弊；或者员工看到其他人舞弊也没有得到惩罚，效而仿之。

目前有越来越多的互联网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。

综上，企业的内控和反舞弊工作，不仅仅是审计和案件的查处，也不仅仅是审计部、监察或法务的职能，对公司而言，是企业管理层需高度关注、融入在企业运行各个环节的一项系统性工程。因此，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，通过有效的制度设计和管理，才是完整和有效的内控和反舞弊体系。

（本文首发于 2020 年 3 月 16 日）

# 内部员工舞弊，供应商的合同一定无效吗？

卫新、徐倩倩

商业贿赂是最常见的舞弊情形，供应商通过暗中给予企业员工财物或其他好处等方式，排斥竞争对手、争取交易机会。东窗事发后，企业致力于通过刑事手段将员工移送司法机关；但是，员工处理了，留下来的交易合同怎么办？企业如果不履行合同，是否需要承担违约责任？实践中，往往刑事案件还没判下来，企业就已经遭遇供应商的起诉要求支付合同价款，这种情况下企业应当如何应对和抗辩，值得我们探讨。

当未履行完毕的商业合同已经涉及员工舞弊，企业的通常做法是暂停支付供应商的应付款，以“先刑后民”作为延迟付款的理由，固然是一种程序上的可能性，但“涉嫌犯罪”并不是拒绝履行民事合同的“万能药”。

司法实践中普遍认为，刑法与民法具有各自不同的立法目的和规范范畴，故刑法上的评价不能代替民法上的评价，刑事责任也不能代替民事责任。**面对供应商的付款请求，双方之间的合同效力如何，才是民商事抗辩的第一要义。如果合同无效或被撤销，就不存在按约履行的基础了。**而民事行为是否有效的问题，应根据民法的规定和原理来认定，也就是说，不能仅因合同当事人一方实施了犯罪行为，而当然认定合同无效。此时仍应根据《民法总则》、《合同法》等民商法规对合同的效力进行审查判断。对此，司法实践中的裁判尺度不完全统一，星瀚律师将结合裁判观点和自身的经验与思考，分析讨论，以期给深受员工舞弊问题困扰的企业提供一些思路。

## 主张合同无效的诉讼思路

《民法总则》、《合同法》中关于合同无效的情形主要有五类：（1）无民事行为能力人签订，（2）虚假意思表示，（3）恶意串通，（4）违反法律法规强制性规定，（5）违背公序良俗。结合供应商串通员工舞弊的具体情况，无民事行为能力人签订、虚假意思表示的情形极少出现，企业可利用的无效理由基本只有三种，让我们逐一分析。

### 1、恶意串通，损害他人合法权益

供应商通过行贿企业采购的业务人员，二者相互串通订立该产品的买卖合同，通常情况下必然损害企业的合法权益。这种行为在字面上显然符合《民法总则》第154条：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”、《合同法》第52条合同无效情形的第（二）项“恶意串通，损害第三人利益”。但如果细细研讨，结论倒未必如此。

因恶意串通导致合同无效，应同时具备两个要件——（1）当事人主观上有损害第三人利益的恶意，（2）客观上实施了相互串通损害他人合法权益的行为。

以行贿方式恶意串通签约的情境，只要有刑事证据支撑，主观恶意是相对明显的。但如果没有刑事证据支撑，由于价格受多种因素影响，证明定价与受贿行为的关联关系的难度较高。另一方面，是否损害他人合法利益亦存在较大争议，比如虽有贿赂但合同价格是

合理的情形。根据近年来司法实践中尽量保护既有交易的倾向，就很难证明企业的利益受到了损失，以此理由否定合同效力也就难以实现。即使价格确实和市场价相差很大，企业利益明确受损，那么企业利益是否属于合同订立主体双方之外的第三方利益呢？实践中，存在不同观点：

有法院认为，企业员工与供应商的恶意串通行为导致企业“花费了明显高于市场行情的价格购买生产加工设备，损害了企业及其他股东的利益”（【(2017)赣 09 民终 1542 号】），因此根据合同法第五十二条第（二）项判定相关的承包合同无效。在该判决中，法院将企业和股东的利益独立于签订合同的双方之外。但与之相反的，有法院在判决书中（【(2019)黑民再 180 号】）表示了不同的观点，即促成企业与供应商交易的，虽然是企业工作人员，但合同履行仅关系合同双方的利益、权益，不牵涉国家、集体及第三人利益，因此不符合合同法第 52 条第（二）项的情形。该判决中，法院将企业利益认为是合同中一方的利益，不能独立成为合同之外的第三方利益。

我们认为，因员工舞弊签署商业合同，交易价格或条件不合理而遭受损失的公司利益，不应被视为合同之外的第三人利益。受贿员工与公司之间是内部委托关系，即使合同订立中员工另有个人目的，其本人受托洽商、签署合同的行为，仍然是职务行为，不能把合同订立的双方直接认定为员工个人和供应商双方的行为。因此，不存在独立于合同之外的公司利益。

如果把第三方利益认定为股东利益，则一方面权利主张的主体应当是股东，而不是承担付款责任的公司，诉讼主体有误；另一方面，在不存在关联交易的情况下，公司对外签署的合同，利益遭受损失，股东利益能够直接独立为一个第三方利益，而直接主张合同无效，亦存在障碍。因此，我们认为，意图以恶意串通损害第三方利益主张合同无效，很难被法院支持。倒是可以主张受贿员工作为企业代理人，可根据《民法总则》第 164 条第 2 款规定，要求受贿员工与供应商一起承担连带赔偿责任。

## 2、违反法律、行政法规的强制性规定

《民法总则》第 153 条第 1 款规定“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”。在供应商串通员工舞弊的情境中，企业常认为《反不正当竞争法》中关于商业贿赂存在禁止性规定，属于本条中的强制性规定，可以适用该情形主张合同无效。但事实确实如此吗？《反不正当竞争法》的规定是否属于效力性强制性规定，让我们从相关司法解释的规定和具体案例中予以分析。

合同法司法解释二第 14 条将“强制性规定”明确限于“效力性强制性规定”，《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》进一步提出了“管理性强制性规定”，指出违反管理性强制性规定的，人民法院应当根据具体情形认定合同效力。在此基础上，《九民纪要》认为要在考量强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素的基础上来认定，并列举了属于“效力性强制规定”的具体情形：涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；交易标的禁止买卖的；违反特许经营规定的；交易方式严重违法的；交易场所违法的。关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定，一般认定为“管理性强制性规定”。

《反不正当竞争法》规定“经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势”，“经营者违反本法第七条规定贿赂他人的，由监督检查部门没收违法所得，处十万元以上三百万元以下的罚款。情节严重的，吊销营业执照”。但是，对于上述规定是否属于可导致合同无效的“效力性强制性规定”，司法实践中存在不同的裁判观点。

大部分法院认为，上述规定旨在管理和处罚违反规定的行为，应属管理性规定，而非效力性强制性规定，并由此认定因商业贿赂签订的交易合同内容不具有违法性，不能由此认定合同无效（【(2018)苏02民终504号】）。但也有少部分法院持相反观点，认为《反不正当竞争法》第七条属于强制性规定而判决涉案合同无效（【(2017)赣09民终1542号】）。鉴于裁判文书中对于《反不正当竞争法》第七条为何属于强制性规定的理由并未详细阐述，我们对法官的裁判思路无从得知，但从鼓励交易的角度出发，我们倾向于赞同支持交易合同有效的司法观点。

除了《反不正当竞争法》外，还有贸易、旅游、招投标等诸多领域的法律、行政法规中都存在商业贿赂的禁止性规定。根据司法解释以及《九民纪要》的相关标准来看，上述规定基本都属于管理性规范，并不必然导致合同无效。但我们认为，涉及金融、重大工程、医疗健康等关系国计民生的重点监管领域，在适用本条无效理由时，可以与“损害社会公共利益”相结合，通过组合拳进行主张，在一定程度上可以认定合同无效。

### 3、违背公序良俗

《民法总则》第153条第2款规定，违背公序良俗的民事法律行为无效。《合同法》第五十二条第（四）项规定“损害社会公共利益”的合同无效。我们发现，实践中，企业往往认为，只要构成刑事犯罪，就属于被国家公诉追责，必然构成了对社会公共利益的侵害，因此相应的民事合同可以适用合同法第五十二条第（四）项规定而无效。

但实际并非如此，供应商通过商业贿赂串通员工签订的交易合同，一般仅关系签订合同双方利益、权益，较少牵涉社会公共利益，以“违背公序良俗”为由判定合同无效的案例并不多见。也就是说，**违反刑法意义上的公共秩序、公共利益，予以刑事上的否定评价不能随意扩张**，商业贿赂追究的是受贿方、行贿方违反社会经济秩序的公益，把这种公益直接扩张为双方签订合同的利益亦是损害了社会公共利益，予以全面否定，显然属于滥用，不符合民法、合同法的立法本意。2016年，最高院在人民法院公报中指出“在合同约定本身不属于无效事由的情况下，合同中一方当事人实施的涉嫌犯罪的行为并不影响合同的有效性”

但如上文所述，如果发现商业贿赂相关合同的案件事实，涉嫌危害国家政治、金融、医疗健康、重大工程等关系国计民生重大领域秩序的行为时，可以综合运用，适用合同因违背公序良俗而无效。

### 主张合同可撤销的诉讼思路

民法的基本原则之一是保护交易安全，因此法院在认定合同无效时，一般持相当审慎态度。我们认为，在具体个案中，应根据案件情况综合判断，倘若无法符合合同无效的情



形，亦可考虑主张合同撤销。

根据《民法总则》的规定，引起合同撤销的原因有五种：（1）重大误解，（2）欺诈，（3）第三人欺诈，（4）胁迫，（5）显失公平。供应商通过向企业员工行贿获取不正当的商业机会，**一般适用显失公平和欺诈的二种思路**。这两种思路，有什么区别，哪一种更容易被法院认可呢？

### 1、显失公平

《民法总则》第 151 条规定一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求撤销。

显失公平的认定，需要同时具备客观和主观两项要件。**主观上要利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形。客观上要求民事行为成立时显失公平，即权利义务明显失衡、显著不相称**，需要结合市场风险、交易行情、通常做法等具体情形加以判断。在实践中，如供应商利用企业处于对某种特定货物、服务等资源的迫切需要，或利用企业缺乏专业判断能力，通过商业贿赂方式以远高于市场平均水平的价格，在违反企业真实意思情形下订立合同，企业在发现舞弊事实后可以显失公平为由向人民法院或仲裁机构主张撤销合同。

在适用本条理由时，需要特别注意以下两点：**（1）撤销权存在除斥期间**。在知道或应当知道撤销事由一年内或民事法律行为发生之日起五年内未行使的，撤销权消灭。**关于除斥期间的起算时间是合同签订、发现舞弊事实、向公安机关报案还是刑事案件判决生效之日**，实践中有不同观点，为避免丧失权利，企业应及早主张，**我们认为，最迟应以企业向公安机关报案的时间起算**。（2）**对于显失公平的判断时点，应以合同成立时为限**。不能以合同订立之后的价格和交易条件推论订约时的交易条件显失公平。合同订立后如果经过长时间的履行，企业未提出过任何异议，法院可能也会因此认定企业对合同履行条件失衡是知晓并认可的。

### 2、合同一方欺诈

《民法总则》第 148 条规定，一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。合同欺诈一般需具备下列构成要件：1、欺诈方有欺诈的故意；2、欺诈方实施了欺诈行为；3、相对人因欺诈而陷入错误；4、相对人因错误而做出意思表示。常见的欺诈行为有三种：（1）虚构事实、以假乱真；（2）恶意不披露关键信息，隐瞒真相；（3）利用被欺诈方的错误并恶意扩大。

供应商通过商业贿赂订立合同，是否构成欺诈？**这要看合同订立的流程和细节，以及欺诈内容是否足以构成违背当事人真实交易的意思**。如果供应商存在故意虚构产品信息、伪造证明文件、故意隐瞒产品重大瑕疵等，员工未予以审查，而企业恰恰是基于这些错误认识而签订合同的，可以认为违反了民事交易的诚实信用原则，企业有权主张单方欺诈而请求撤销合同。

结合相关案例，企业需要特别注意以下几种情形：首先，欺诈行为一定要发生在合同订立时，合同成立后的违约行为不构成欺诈。其次，虽然实施了欺诈行为，但对于公平交易不产生重大影响的，比如夸大产品质量、合同价格与市场水平的差距，即便供应商存在

一定欺骗行为，合同也未必可以撤销。价格受多种因素影响，在企业有多种选择的情形下，仅以价格高于其他买方为由。主张价格欺诈的，很难得到法院支持。最后，单纯属于合同条款约定不明的，亦不构成欺诈。

### 3、第三人欺诈

《民法总则》第149条规定，第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

除了上文分析的欺诈行为必须达到对公平交易产生重大影响，足以违背合同签订方的真实意思之外，**第三人欺诈的难点在于能否将企业的员工认定为非交易主体之外的第三人。我们认为，企业员工在履行职务时，一般不是独立的第三方。因此，第三方的认定要结合企业意志与员工意志是否混同予以综合判断。**假设企业给采购员明确的书面授权，规定其在50万元以内的采购额度中均可自行判断、对外签约，此种情况下，采购员在额度内对外签约导致企业受损的，我们认为很难主张员工是第三人。反之，企业若是没有相关授权，采购员在对外采购时，无论数额大小均要签呈上报，走完流程之后才能进行采购，在此过程中，采购员与供应商发生商业贿赂行为，撰写了虚假的签呈内容致使企业正常的决策机制中行使决策权的主体被欺骗，而合同的相对方也了解这种做法、甚至予以配合的，该种情况下，就有认定员工是第三人的可能性。

综上，如果合同价格与市场价格相差过大，合同双方的权利义务明显失衡，看似可以适用显失公平，但实际上适用显失公平，还要求供应商利用企业处于危困状态或缺乏判断能力，实践中符合条件的情形很少。反倒是合同一方欺诈或第三人欺诈的情形更为符合常见情况，虽然目前相关案例不多，但这种思路确实值得考虑，但具体实施务必关注行权的时效，不能因为案件涉及刑事而放任权利，应当及时行权。

### 合同被认定无效或被撤销的法律后果

通过上述分析可知，商业贿赂签订的合同并非必然无效，未被法院否定效力时，企业仍需按照合同约定履行义务，如存在逾期付款等情形，则需要承担违约责任。但如果合同的效力被否定后，双方的权利义务如何呢？《民法总则》第一百五十七条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”也就是说，合同一旦无效、或者被撤销时，供应商原则上取得的价款应当返还，但并非所有利益都不受保护，比如企业也应返还已取得的货物、场地。但是如果是服务合同或者无法返还的财产，就需要予以折价补偿，在该补偿中，合同的利润和商业利益一般无法主张，而必要成本费用的返还，也应根据过错程度进行打折。**可见，否定合同效力的后果，对于遭遇员工舞弊的企业来说，是民事方面的利益最大化。**

因篇幅限制，本文仅对商业贿赂情形下的供应商合同效力问题，进行了初步分析，对于关联交易、自我交易的舞弊情形尚未解析，也未对合同中对商业贿赂有特别约定的合同

如何处理进行讨论。

我们发现，在没有合同的反舞弊条款的情况下，企业想要否定合同效力常常处于被动地位。而随着企业反舞弊意识的逐步增强，不少交易合同中专门约定了反商业贿赂条款或签订了专门的《反商业贿赂协议》，一旦发生商业贿赂舞弊事件，企业可以据此对抗供应商的付款请求，并要求供应商赔偿损失，大大增加了企业挽回损失的可能性。尽管如此，也不意味着企业可以高枕无忧。我们发现，大量的反商业贿赂条款约定不当，缺乏实操性，在司法实践中仍存在维权障碍，我们将在后续文章予以详解。

（本文首发于 2020 年 3 月 23 日）

# 采购方如何识别供应商以及拟定反贿赂条款？

卫新、徐元昊

通常情况下，供应商作为服务或产品的提供者，在与采购商的合同中处于乙方的地位，一定程度上处于“被选择”的地位。这意味着相较于甲方，供应商更有动力寻求交易机会。有些供应商通过提高服务品质、产品质量扩大市场机会、与采购方建立稳定合作，而有些供应商则选择通过舞弊手段实现目的。因此，有效的企业内控，必须预先将反舞弊植入供应商管理流程中，本文将重点讨论企业供应商管理制度中的**供应商识别**、**供应商内控条款类型**以及**反商业贿赂条款的基本结构**。

## 供应商管理基础：识别你的供应商

作为甲方的采购商，有动力、也有能力对合作的供应商进行管理。优秀的供应商管理可以实现企业降低成本、扩大利润的要求，而供应商管理制度失灵也会对企业造成损失。在实践中，由于管理成本以及谈判能力的差别，采购方并非在任何场合均处于优势管理地位。因此，供应商管理的基础是拥有一套供应商识别的基本思路。在明确供应商的不同类型之后，才能选择合适类型的供应商合同条款、引入有区别的反舞弊管理模式。

### 1. 供应商识别

首先，对于**客户指定供应商**，企业往往处在被动地位，因而不在本次讨论之列。

其次，对于处于不同竞争程度市场中的供应商，理应采取不同的管理思路。市场竞争程度不仅需要考虑供应商数量、可替代产品数量，还需要综合考虑供应商的产品对于项目的重要性、更换供应商的成本等因素。常见的对于“非充分竞争市场”的定义如下：

有下列情况之一的，属于“非充分竞争市场”定义：

该市场中不存在可（完全）替代、同类型其他供应商的；或

该市场中存在可替代、同类型其他供应商，但是同时满足下列一项或多项条件的：

- 1) 一个项目周期内对于该供应商提供的产品或服务依赖程度较高的；
- 2) 更换该供应商会对公司产品的产量、销量、质量等产生重大影响的；
- 3) 更换该供应商会对公司造成重大损失或者导致其他重大法律风险的；或
- 4) 其他限制更换该供应商可行性的情况。

其他由【决策机关】认定的属于“未充分竞争市场”的供应商。

#### （1）非充分竞争市场

在非充分竞争市场语境下，供应商可以进一步细分为**瓶颈供应商**以及**战略供应商**。

**瓶颈供应商**是指，因掌握某项核心技术或企业没有相应的谈判能力，导致企业无从选择、基本丧失更换可能性的供应商。如手机中 SAW 滤波器或功率放大器等部件，虽然市场中存在复数供应商，但是因为性能指标差异较大或者其他原因而事实上难以替代。

**战略供应商**是指，在有限周期内（通常是一个项目周期内），企业虽然存在选择可能性，

但是替代成本过高的供应商。如某个项目所在地区仅有几家供应商，更换后可能导致项目延期（承担违约责任）或者支付巨额运输成本的情况。

## （2）充分竞争市场

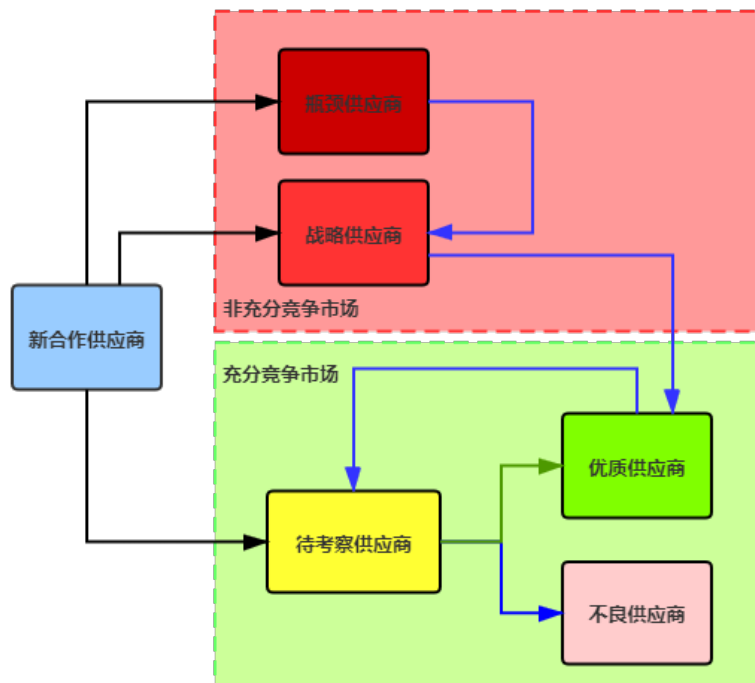
在充分竞争市场中，供应商同样可以进一步细分为**优质供应商**以及**不良供应商**（实践中也有不同命名方式，如优选供应商、可淘汰供应商等）。

**优质供应商**是指，在经过一定的考察期（如有）以后，在企业综合产品质量、服务质量、合作态度、交货速度、合作效率等因素的评价中获得较高成绩（通常而言会有一份评价清单/评分表格/Checklist）、值得建立长期、稳定合作关系的供应商。

**不良供应商**是指，在上述考察中获得评价较低、不值得企业建立稳定合作关系的供应商。面对此类供应商，企业可以根据具体情况选择消极淘汰或者积极淘汰。所谓**消极淘汰**，即企业在现有合同结束后不再开展新的合作。所谓**积极淘汰**，即企业积极转移或终止现有合同，但是企业需要确保在合同终止后仍拥有稳定的供货渠道。

## 2. 供应商识别的动态更新

供应商管理是一个长期、动态的过程：随着合作的深入、企业的发展以及市场、技术的发展，供应商也会发生一定的变化，战略供应商可能会降级为优质供应商，某些不良供应商可能因科技发展而一跃成为瓶颈供应商。这要求企业在合作过程中，定期对供应商进行考核与再评价，以实现对于供应商的动态监管与长期有效合作。



### 关键点一：初步识别

对于新接触的供应商，企业应根据供应商提供或者市场部主动获取的信息，对供应商进行初步识别，划分为**瓶颈供应商**、**战略供应商**或者**待考察供应商**。必要时，企业应当形成供

应商名录以及信息库。

### 关键点二：供应商初查

在经过一段时期的合作及考察后，企业对于待考察供应商会有一定的了解及评价，可以在考察期或当前合作项目结束后，根据考察结果将其划分为**优质供应商与不良供应商**。需要强调的是，供应商的评价并非一成不变，优质供应商也可能因为种种问题而重新成为待考察供应商。

### 关键点三：定期再考察

企业可以根据目前项目周期与对行业发展的判断确定定期考察的频率以及主要内容(市场出现重大变化或发生重大事件时可以开展临时考核)，并据此重新评估双方合作关系。根据评价结果，企业可以重新确定合作方式、对供应商合作地位进行适当调整。

## 供应商内控管理条款的三种模式

供应商制度本身并不当然具有法律效力，企业也并不能随心所欲的处置供应商。即便企业充分制定相应的《供应商行为准则》，最终也需要通过合同中的供应商条款来落实。

### 1. 供应商内控管理条款的表现形式

常见的供应商条款有三种形式：**合同附随条款、专项补充协议以及《供应商行为准则》**。

**第一种，合同附随条款：**通常以“合规条款（Compliance Clause）”的形式出现，约定供应商应当承诺其在履行合同过程中应当符合所在地关于环境保护、劳工保护、商业贿赂等领域的法律。这种条款可能是笼统的，也可能是针对不同关心的领域专门进行约定。如《飞利浦通用采购条款》第十五条对于供应商“遵守法律”的义务作出约定：

<b>15. Compliance with Laws</b> <b>遵守法律</b>
<p><b>Supplier shall at all times comply with all laws, rules, regulations, and ordinances applicable to the Agreement, including, but not limited to, all fair labor, equal opportunity, and environmental compliance laws, rules, regulations, and ordinances.</b></p> <p>Supplier shall furnish to Philips any information required to enable Philips to comply with any applicable laws, rules, and regulations in its use of the Goods and Services. If Supplier is a person or legal entity doing business in the United States, and the Goods and/or Services are sold to Philips under federal contract or subcontract, all applicable procurement regulations required by federal statute or regulation to be inserted in contracts or subcontracts are hereby incorporated by reference. Additionally, if Supplier is a person or legal entity doing business in the United States, the Equal Employment Opportunity Clauses set forth in 41 Code of Federal Regulations, Chapters 60-1.4, 60-250.5, and 60-741.5, are hereby incorporated by reference.</p> <p>供应商应始终遵守适用于合约的全部法律、法规、规定和法令，包括但不限于全部与公平就业、机会均等、环境合规相关的法律、法规、规定和法令。供应商应</p>

向飞利浦提供任何所需信息，以使飞利浦于使用商品或服务时能够遵守任何适用法律、法规和规定。若供应商为在美国营业之个人或法人，且依美国联邦法律规定之合同或分包合同销售商品或服务给飞利浦，则联邦法律所要求的全部相关采购规定或并入合同或分包合同的规定将特此经援引成为本条款的一部分。此外，若供应商为在美国营业之个人或法人，41号美国联邦法律第60-1.4章、第60-250.5章、第60-741.5章所述公平就业条款特此经援引成为本条款的一部分。

在《飞利浦通用采购条款》的第十六条、第十七条及第十八条分别就数据合规、出口管制合规、海关合规作出专门的约定。

**第二种，专项补充协议：**比较常见的是在合同外另行就企业关注要点签署补充协议。如企业与供应商专门就反商业贿赂问题专门签署《廉洁协议书》或者《反商业贿赂协议书》。

**第三种，《供应商行为准则》：**在合同中约定公司出具《供应商手册》或者《供应商行为准则》的内容将成为双方签署合同的组成部分。例如 BorgWarner 在其《通用采购条款》第21条中特别约定其“供应商行为准则和博格华纳供应商手册均作为本采购订单的组成部分附于此处，并对卖方具有约束力。”

## 2. 供应商内控管理条款的关注范围

在供应商条款中，有两大核心问题，受到中外企业的格外关注：**（商业）贿赂与关联交易（利益冲突）**。其中，商业贿赂则是内地企业关注的重中之重。下文将结合反商业贿赂条款的一般内容，简单介绍供应商条款的应用。

此外，企业在供应商条款中会着重关注以下问题：

**第一，知识产权/商业秘密问题：**主要涉及防止企业商业秘密泄露，或者避免企业因使用/销售供应商提供的侵权产品而最终承担责任等事项。

**第二，信息安全问题：**尤其在欧洲出台《欧洲通用数据保护条例》（The General Data Protection Regulation）后，国际企业尤其注重这方面的管理。而中国也计划于2020年制定《个人信息保护法》以及《数据安全法》。可以预见，这一领域也将会成为国内供应商管理的重要组成。

**第三，反垄断/反不正当竞争问题：**目的在于避免企业应供应商的不正当竞争行为而被牵连。

此外，国际大型企业在供应商条款中还会涉及诸如劳工保护问题、环境保护问题、危险物质使用、产品成分限制、反洗钱、反恐怖主义、反商业欺诈等内容，在此略过不表。

### 反商业贿赂条款的基本结构

反商业贿赂条款是实践中除质量控制条款外较为广泛使用的供应商条款，下文将介绍其具体应用。

#### （一）反商业贿赂条款的基本结构

实践中常见的反商业贿赂条款往往由三个部分构成：**第一，行为界定部分**，即如何认定商业贿赂行为；**第二，违约责任部分**，即供应商发生商业贿赂行为后企业有何种处置权利；

第三，实现反商业贿赂目标的其他补充承诺/义务，常见的如协助义务、举报义务等。我们认为，只有三者有机结合才能保证此种条款在必要时发挥预设的功能。

### 1.商业贿赂行为界定方式

**第一，定义型**，如约定“本合同所指的‘商业贿赂’是指乙方为获取与甲方的合用及合作的利益，而由乙方或乙方人员给予甲方员工及其近亲属的一切精神上及物质上直接或间接的利益（本合同约定的例外情形除外），包括各种形式的金钱利益和非金钱利益。本款所称‘甲方员工’包括并不限于……”

**第二，列举型或反向列举型**，如约定“双方协商一致，如无特殊情况，以下行为一般认定属于本协议项下约定的‘商业贿赂’行为：（i）供应商为采购商相关员工报销应由其个人支付费用、累计人民币 200 元以上的……双方协商一致，如无特殊情况，以下行为一般认定不属于本协议项下约定的‘商业贿赂’行为……”

**第三，法条指引型**，如约定“遵守所有与反贿赂和反腐败相关的适用法律、法规和制裁，包括但不限于美国《反海外腐败法》、英国《反贿赂法（2010 年）》以及中国《刑法》《反不正当竞争法》等于贿赂相关的法律规定……”但是此种类型的规定可能因法律本身的局限性而不能满足企业保护自身权利的需求。

实践中通常综合上述方式进行**综合界定**，这也是在一般情况下比较合理的方式。如三井金属特种陶瓷（苏州）有限公司在其《廉政协议书》作出如下约定可供参考：

<p><b>第一条 定义</b></p>	<p>本合同所指的“商业贿赂”是指乙方为获取与甲方的合用及合作的利益，而由乙方或乙方人员给予甲方员工及其近亲属的一切精神上及物质上直接或间接的利益（本合同约定的例外情形除外），包括各种形式的金钱利益和非金钱利益……</p>
<p><b>第二条 制止不正当交易的原则</b></p>	<p>自本合同生效之日起，甲乙双方应当严格遵守《中华人民共和国反不正当竞争法》、《中华人民共和国刑法》等有关禁止商业贿赂行为、不正当交易行为的规定，共同合作坚决拒绝商业贿赂、行贿、索贿及其他不正当之商业馈赠行为。</p>
<p><b>第三条 禁止不正当交易的行为</b></p>	<p>乙方承诺，乙方或者乙方员工自与甲方有交易开始未曾有、今后也不会以乙方或个人名义向任何甲方员工及其近亲属直接或间接地实施下列行为： 以支付货币（包括但不限于现金、支票等）、赠与银行卡、赠与有价值的证券或票据（包括但不限于购物卡、提货单、会员卡、打折卡、代币券等）等金钱方式对甲方员工进行商业贿赂； 赠送价值超过社会一般常识的实物对甲方员工进行商业贿赂…… 乙方承诺，乙方或者乙方员工自与甲方有交易开始未曾有、今后也不会有以下不正当交易行为： 为甲方相关员工报销任何应由其个人支付的费用； 为甲方员工及其近亲属购置通讯工业、交通工具、家电、高档办公用</p>



	品等物品.....
<b>第四条 不正当交易行为 的例外</b>	甲乙双方一致同意，下列行为不构成不正当交易..... 供应商及供应商人员基于商业接待礼仪，向采购商员工提供工作餐、 住宿、交通等与双方合作关系相关的工作方便.....

## 2. 违约责任条款的主要形式

违约责任除笼统的“解除合同并赔偿损失”外，具体还有两种常见的约定方式：

第一种，设立诸如“商业道德保证金”的规定，并约定企业在供应商存在商业贿赂行为时没收该保证金。该保证金的具体数额在 10 万至 20 万不等。

第二种，按照一定基数（常见为双方 1 年内交易总额）计算违约金，通常为合同交易款的 30%-50%。实践中也存在约定双方 1 年内交易总额（约 100 万）作为违约金并得到法院支持的情况（(2018)粤 20 民终 705 号）。但实践中大量案件的违约金或多或少会受到法院的调整。

实践中则常常采用**以违约金为原则、以损害赔偿为补充**的方式对违约责任进行约定，如“乙方需向甲方支付违约金，违约金数额等于双方本次合作项目中合同约定价款总额的 50%。若违约金数额不足以弥补甲方损失的，乙方应额外就不足部分向甲方赔偿。”这也是我们认为比较合理的约定方式。

## 3. 实现反商业贿赂目标的其他补充承诺/义务

相关义务主要有三类：

**第一，举报义务：**顾名思义，在发现企业员工有索贿行为或者其他供应商存在商业贿赂行为时，掌握相关线索或材料的供应商有义务向企业相关部门进行举报，此种义务较为常见。

**第二，制度建设与学习教育义务：**如要求供应商应当按照相关法律以及公认会计准则保持完整的财务记录并制定有效的《反腐败合规政策》、内控措施。有时企业会要求供应商应对其高管及员工定期进行培训。

**第三，配合调查义务：**一般而言此类约定比较模糊，企业对于供应商的调查权在法律上也存在一定的争议。但是实践中也出现有所谓的“企业审核条款（Vendor Auditing Clause）”。该条款不同于“收货检查条款（Inspection & Acceptance Clause）”，常常表现为企业派出第一方或第三方的团队对供应商进行驻场审核。一般这种审核更关注的是供应商的产品质量以及工艺流程，在目前也有通过员工访谈、账目审核等方式调查商业贿赂线索的做法。

虽然这些内容未必存在于合同的同一条款、甚至同一合同中，但是能够在一定程度上辅助、保证反商业贿赂目的实现。我们认为，企业可以根据谈判能力的高低，适当调整供应商应当承担的补充义务，一般而言举报义务以及笼统的配合义务是比较容易得到供应商同意的，其他具体义务可能需要企业根据实际情况进行专门约定。在实践中，关于商业贿赂乃至刑事犯罪的线索搜集以及证据固定则需要有专业团队的技术支持。

### （二）针对不同类型供应商，如何适用反商业贿赂条款

虽然随着企业谈判能力、谈判地位的不同，条款形式也会受到一定的影响。但是反贿赂条款的基本结构应当争取在合同中得到保证，以充分保障企业合法权益。

### **1.非充分竞争市场**

非充分竞争市场中的供应商，由于供应商方在交易中更为主动，掌握谈判话语权，企业一般很难按预期开展供应商管理制度。最终可能是采用由对方拟定、提供的合同版本。此时，企业更关注商业问题，如供货数量以及供货稳定性。

就此情况，我们建议企业不要放弃谈判，可就反舞弊条款采取对等原则，争取达成一个基本的共识。因为这一要求对于企业来说无疑是正当且合理的，对双方采取对等保护，也利于共同利益。文本中，不把反舞弊商业贿赂条款仅仅界定为一方义务，而界定为双方均需遵守和执行的承诺，即便不能进行较为具体的违约金约定，亦可以在原则上对反舞弊规则进行概括性约定。

### **2.充分竞争市场**

在充分竞争市场中，对于优秀供应商，因双方合作关系较为稳定、对于企业发展相对比较重要、合同数量也比较多，可以约定适用《供应商行为准则》、《供应商管理手册》的模式，对供应商标准作出更加详尽的规定，建立供应商入库流程中的反舞弊商业承诺规则，可以减少谈判成本、提高谈判效率。

而对于待考察供应商、不良供应商以及小型的、合作数量较少的供应商，企业可以考虑采用单独签署《专项协议》或者在合同中约定专项条款，并将违约情形界定的更为宽泛，违约责任约定得更加严厉，在确保自身权益的基础上避免造成行政管理资源的浪费。

供应商条款的约定可简可繁，关键在于量体裁衣。在实践中，此类条款也可能面临诸如格式条款无效、合同约定不明情况下的解释、违约金调整、“先刑后民”以及诉讼时效等影响企业管理供应商目的最终实现的问题。若想在实践中充分保护公司的合法权益企业还应深入研究，动态调整。在后续的专栏文章中，我们还会就上述问题进行展开讨论，探索反贿赂条款究竟该如何拟定的问题。

（本文首发于 2020 年 5 月 11 日）

# 企业反舞弊视角下的商业秘密保护策略

黄璞虑、是轶群

因商业秘密泄露而对企业造成损失已经不是新鲜事，前车之鉴例如：华为公司前员工耿某利用工作上的便利，取得华为公司国外某代表处的客户回款周报并通过其电邮发至中兴公司，造成华为公司巨额的成本损失；再如，鑫富药业投入巨资，耗时数年研发生物酶法拆分技术，但相关技术信息资料被内部员工提供给竞争对手山东新发药业，直接经济损失达三千余万元。由此可见，商业秘密泄露轻则导致公司损失重要的交易机会，重则直接使企业数年的研发投资化为乌有。

没有采取足够的保密措施是上述两案商业秘密泄露的重要原因之一，但是企业内控也不宜一味扩大增加保密措施的范围。企业对商业秘密的合理内控目标应该是：前期保密措施花费的成本与后期挽回潜在损失达到平衡。片面追求面面俱到的保密措施既会过重增加企业的成本，也会给员工正常的职务工作带来不便。譬如，企业的保密措施要求电子涉密信息只能存储于办公地的固定电脑，那么外派的员工无法按需获取。保密措施看似密不透风，实则对企业经营造成边际成本递增，而边际收益递减的低效率局面。

因此，保密措施的设置原则应是：首先，对泄密可能性较高的风险点，在保密成本可以承受的范围内尽可能地设定相应保密措施；其次，对于其他保密成本过高，泄密可能性较低的风险点则采取留痕处理的方式，即便发生泄密也能依靠前期留下的种种痕迹及时固定证据并追究责任。

笔者以一起经办案件作为切入点，向读者揭示保密措施设置不当所造成的后果，并分享一些必要、可行的保密措施，以期给读者一定的启发。

## 一、案情回顾

这是一起艰难的**员工窃取公司客户信息的商业秘密维权诉讼**。被告曾是原告 A 公司的一名普通销售员工，仅负责对接 A 公司的少部分客户，但其在任职期间借用上级经理的账号查阅到 A 公司的大部分客户名单及联系人信息。随后，被告成立了一家与原告从事相同业务的 B 公司，并以个人邮箱向 A 公司合作的客户负责人发送邮件，称 B 公司系 A 公司的关联公司，通知客户与 A 公司的合同到期后将由 B 公司承继。同时，该员工向 A 公司汇报称客户因预算削减决定来年不再合作。次年，被告伙同其他几名同事以创业为由从 A 公司辞职，并以 B 公司名义与 A 公司的客户签约。直至半年后，经客户主动接触，A 公司才发现被告已经将客户签约到 B 公司。

在这起案件中，由于 A 公司缺乏有效的保密措施，使得被告一连串窃密行为畅通无阻，如果不是因为客户觉得蹊跷而主动联系 A 公司，A 公司可能需要经过更长的时间才能发现被告的侵权行为。在后续的民事诉讼中，A 公司也因为保密措施的缺失无法固定足够的权利证据及部分侵权证据，最终在证据缺失的情况下，A 公司只能通过承办律师的强势谈判迫使对方达成和解，并赔偿了部分损失。

因此，企业应尽可能多了解泄密的常见方式，及时对员工的偏差行为甚至反常行为产生合理预判，提前介入调查，挽回潜在损失。

## 二、常见的泄密情形

### 1、内部员工泄密

首先，员工出于职责需要，有权限直接或者间接接触商业秘密，也清楚商业秘密对于公司的价值，无需像外部窃密者那样必须破解企业的物理防护、电脑信息防护系统才能窃取商业秘密。此外，许多企业对员工的保密管理工作执行不到位。虽然会在入职时让员工签署保密协议或在劳动合同中增加保密条款，但这些往往流于形式，既没有言明商业秘密的范围和具体保密义务，也缺乏其他配套保密措施，客观上无法限制员工心生邪念将已经掌握的商业秘密向外泄露。

### 2、外部商业间谍窃取

一起发生在联合利华和宝洁公司两大日化用品公司之间的间谍案中，宝洁公司曾雇佣一家位于阿拉巴马州的咨询公司，未曾想该咨询公司派员以投资顾问的身份乔装进入联合利华公司某家分公司，并在公司的垃圾箱当中找到关于海飞丝、潘婷等护发产品业务的细节信息，持续达三年。事件最终由宝洁公司找到联合利华道歉并谈判了结，否则联合利华可能至今都会毫不知情。从此案例可知，企业须警惕对外合作伙伴的泄密风险，纸质文件须脱密处理，放入碎纸机粉碎而不是直接扔进垃圾桶。

### 3、存储数据的媒介遗失或者被窃取

企业一般有专用保密电脑用于存储重要数据，但因疏忽没有设置禁用 USB 接口，导致可接触人员插入 U 盘、移动硬盘等数据存储设备读取、复制文件数据后，又因设备保管不当而遗失、失窃造成泄密。

## 三、商业秘密的反舞弊保护前置策略

法谚有云，法律不保护躺在权利上的人。《反不正当竞争法》规定了商业秘密的构成要件包括权利人采取了合理有效的保密措施。且根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第十一条，保密措施应是权利人出于防止泄密的目的而积极主动采取的，外观上应当上具有一定的可识别性。基于以上原则，笔者根据以往的办案经验，提供如下保密措施建议：

### 1、留痕原则在商业秘密保护中的应用

任何员工对涉密信息的接触行为都应当留有痕迹。涉密纸质材料的存放，应设置专门保密室，钥匙保存于专人手中，且进出人员需要登记，写明查阅人的姓名、查阅时间、查阅目的等；涉密电子资料应保存于公司系统当中，并设置高级密钥，且每次登陆历史都应当被记录，包括登陆账户、登陆时间、访问时长等。

### 2、公司电脑使用的反舞弊管理

要求每名员工都使用公司配发的电脑办公，不得使用私人电脑。同时，公司电脑可以禁用 USB 或者其他输入/输出端口，有条件的企业可以采取文件加密技术，加密的文件只

能在公司电脑上解密后浏览，防止员工将资料上传至个人云盘。员工从公司电脑向外部存储设备复制大量文件时，公司电脑会自动弹出警示性窗口并留有记录。

### **3、不同员工设置不同账号权限的反舞弊管理**

对于公司系统的使用，不同的员工应当有自己的独立账号，且不得相互借用。此举在于确保不同的公司客户由不同的员工分管负责，以防客户资源过分集中在一名员工手里。

### **4、电子版保密手册的反舞弊设定**

员工除了在入职时签订书面保密协议之外，企业还应当制作电子版保密手册，并上传至企业内网。保密手册的每次更新都应让员工确认，员工需要在窗口点击“我已知晓”的按键，且这步操作应当与员工的考评直接挂钩。如保密手册是员工手册中的组成部分，还需经过民主流程例如职代会的确认。

### **5、独立支付保密费的反舞弊策略**

部分企业会对技术人员或者高管支付一定的保密费。但在财务支付时应当确保保密费是区别于报销款、工资等独立支付的，以防在维权诉讼中侵权员工以付款性质不明作为抗辩。

### **6、员工培训的反舞弊要点**

在员工入职时或在固定时间段内，聘请律师培训员工，以阻吓性案例为主，向员工展示商业秘密侵权所要承担的民事、刑事法律责任，以提高员工的商业秘密保护及侵权后果的法律意识。培训应当留有签到本，是否参加也应直接挂钩员工考评。

### **7、设置文件水印的反舞弊策略**

对于电子涉密文件，员工如需在自己的电脑上访问，则应当通过软件使得该员工访问的页面上自动显现该员工的姓名、工号等水印，防止员工通过手机录像、拍摄电脑屏幕等方法向外泄密，如果该员工铤而走险泄密，则该泄密行为会暴露访问员工的身份信息。

## **四、商业秘密管理过程中的反舞弊保护策略**

在执行具体保密措施后，企业应当加强事中监督，监控是否存在泄密行为，以求第一时间止损并及时追责，最大限度地挽回损失。

### **1、对客户的及时跟踪回访**

企业一般会安排不同的销售员工对接不同的客户，笔者建议企业应当对客户进行分级，对于普通客户可定期组织对接员工以外的员工进行回访沟通，对于重要客户可安排无利害关系的其他高级别员工回访沟通，如风控总监、法务总监等。尤其在客户终止合作时，需要向客户问明终止的原因，防止出现前述案例中 A 公司的遭遇。

### **2、员工自查表**

企业定期应组织员工填写自查表，自查过去的时段内是否有过违规行为并承诺所述属实，并将是否及时填写自查表计入员工考评。填写自查表不仅能起到时刻警醒员工的作用，而且若发生员工隐瞒事实、故意填写错误信息导致触发了规章人事制度的惩罚条款时，便于公司合法运用惩罚条款，甚至在某种条件成就时可达到与员工解除劳动合同的效果。

### **3、建立客户资源库**

将企业所有服务的客户收录进资源库，并定期进行更新，使客户更多地绑定在公司身上而非员工个人身上。同时，也方便在某个客户终止合作时，及时地进行跟踪回访。

### **4、公司开放日**

企业可以安排公司开放日并邀请客户前来参观，增加企业在客户面前的曝光度，以加深企业与客户之间稳定的联系。

### **5、员工离职时的电脑审查**

鉴于员工可能会将邮件及附件转发到个人邮件地址或复制到个人便携式存储设备，又或者在离职前对重要邮件或者文件进行删除以销毁证据，因此在核心员工离职前对该员工的电脑进行审查，核查商业秘密是否被前员工所删除、销毁及是否有对外泄露、发送商业秘密的痕迹。此外，公司也要及时审查普通离职员工的公司电脑，即使该普通员工职位不高，但其有可能参与核心员工主导的泄密事件，譬如基于普通员工与核心员工在电邮中相互抄送，而在普通员工的电脑中发现核心员工对外发送泄密邮件的行为。

### **6、离职员工回访**

对于已经离开公司的前员工，定期电话回访了解近况，重点关注前员工是否就职竞争对手或自主创业并从事与老东家竞争的事业。

## **五、结语**

笔者建议企业采取综合考虑前期保密成本与后期挽回损失相平衡的原则，对于泄密可能性高且保密成本相对较低的风险点及时设置保密措施，对于其他泄密可能性低而保密成本难以承受的风险点则采取留痕处理。如此可最大限度地降低泄密风险，即使仍有泄密，也可以通过留痕措施及时固定证据。具体可根据企业的实际情况，与专业内控反舞弊律师沟通，听取律师建议，以便采取适合企业具体情况的保密措施和过程监督程序。

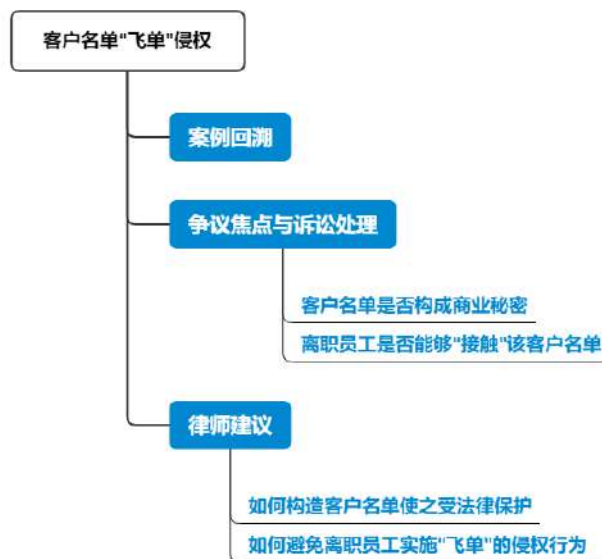
（本文首发于 2020 年 3 月 30 日）

# 客户名单如何成为法律保护的商业秘密？

黄璞虑、徐琰

近年来，企业因“客户名单”遭泄密受损失的情况愈加频繁，但当企业想向泄密员工追责时，却发现并非所有的“客户名单”都可以作为商业秘密受到保护。比如，一家公司仅将所有潜在客户名称、联系人电话、地址进行简单罗列形成的“客户名单”就无法被认定为商业秘密。此时，企业受损后只能自食其果，叫苦不迭。

那么，如何让“客户名单”变为法律认可的商业秘密呢？笔者拟通过一个亲身经办的典型案例，分别解答与客户名单相关的两大问题，并以此为基础对企业在构建和保护客户名单、以及应对“飞单”侵权的注意点作出建议。

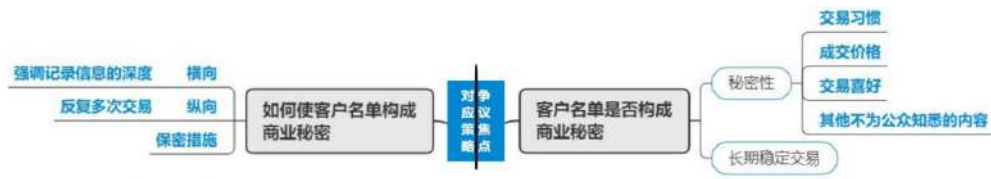


## 案情简述

A 公司是一家处于高速发展期的企业，为了扩展客源，高薪聘请了一位经验丰富的销售经理某甲。然而，丰厚的待遇和优越的福利没能留住某甲，工作一段时间后，某甲表示自己离开目前的行业，开始自己创业。A 公司轻信了某甲另择行业的表态，同时因为缺乏法律意识，未与某甲签订竞业限制协议。不久后，A 公司发现本公司客户无故大量流失，经过对客户调查回访，发现他们都转而选择了一家与 A 公司经营内容相似的新设立公司 B 公司进行交易。据圈内人士透露，A 公司离职员工某甲正任职于该 B 公司，这一事实令 A 公司愤怒不已。

经咨询笔者律师团队，A 公司得知，上述不诚信行为在法律上可能构成商业秘密侵权，便委托笔者团队起诉某甲、B 公司侵害其商业秘密，要求二者停止侵权、赔偿损失。然而，某甲、B 公司抗辩称 A 公司的“客户名单”不属于商业秘密的范畴；这些转到 B 公司的客户也不是某甲在 A 公司工作期间负责的，某甲根本无法接触到这些客户。

### 1. 如何构建客户名单，使其构成商业秘密？



某甲、B 公司在诉讼中提出，对于 A 公司的客户名单内容，公众可以通过公开信息轻易获悉：名单记录的公司名称、地址，可通过国家企业信用信息公示系统获得；而其中采购部联系人姓名、电话等，也可以在该企业官网上获得，因此不符合“非公开性”的要求，不属于“商业秘密”。

根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第十三条规定，“商业秘密中的客户名单，一般是指客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息，包括汇集众多客户的客户名册，以及保持长期稳定交易关系的特定客户。”所以，如果真的像被告所说的那样，A 公司的名单内容可以通过公开渠道获得，那么 A 公司的客户名单就属于“公知信息”，因为缺乏“非公开性”而不能构成受法律保护的商业秘密。

为说明 A 公司客户名单的内容远不止于此，我们对 A 公司客户管理模式进行了调查，发现 A 公司的客户名单还存在大量公众无法了解、仅能由交易当事人知悉的情况记录。例如，为提高顾客回头率，A 公司对各个客户喜好作出了全面、完善的观察和记录，有的甚至精细到客户联系人的下班时间、接送孩子上下学的时间，避免因打扰客户生活降低交易评价。我们将上述信息整理为证据提交给法院，法院认可该名单内容无法通过公开渠道获得，符合不为公众所知悉的要求。

被告再次提出，根据司法解释的规定，形成受保护的“客户名单”还要求与特定客户保持长期稳定的交易关系。A 公司所提出的名单仅仅是与 A 公司有过交易的客户，对此加以保护则对客户自由流动产生了不合理的限制。

为回击这一辩驳，我们提交了 A 公司近年来的交易记录，包括交易合同、发票等。记录显示，较大一部分客户名单上的客户与 A 公司保持了 2 年以上的长期交易，显然符合司法解释中对客户名单“长期稳定交易关系”的认定。

法院阅看了我们提交的证据后，采信了我们的观点：认同 A 公司的客户名单符合不为公众所知悉的、具备长期稳定交易关系的特征，因此这份名单构成了法律意义上的商业秘密，可以受到法律保护。

### 小结与律师建议

要构成商业秘密，应当符合非公开性、价值性、采取保密措施的要求。根据新修订的《反不正当竞争法》规定，在诉讼中由被告承担不具有价值性的举证责任。此外，根据司法解释的规定，还要求名单上的客户具备长期稳定的交易关系。

#### 这为企业如何设计客户名单，使之成为受法律保护的商业秘密提供了重要线索：

在非公开性的证明层面，企业应当对所有接触客户及所获信息进行系统录入，减轻事后举证负担。举例而言，一些销售可以通过记忆力详细记住所有客户的偏好，但记忆不是法定的商业秘密有形载体，无法因此认定构成商业秘密。完成了有形载体的记录后，对于

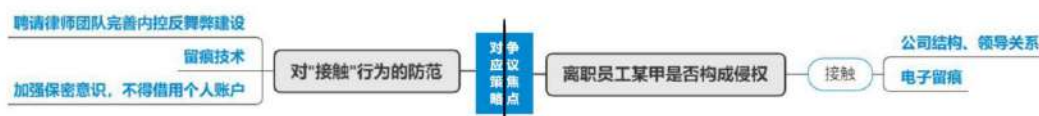


录入内容也应当注意**尽量完善和深入**，达到显然无法让公众知晓的程度，如交易价格、具体需求、交易习惯、联系人手机号码等，甚至还可以记录下公司通过调查问卷得出的用户画像、客户交易商谈时间的个性化定制等，增强该证据的证明力。

在客户的特定性方面，根据司法解释的规定，要求对客户进行汇编、与客户保持长期稳定联系。因此，对于可以重复交易的行业而言，应当对同一客户反复多次的交易完整记录，进一步证明本企业客户名单属于受法律保护的商业秘密。

最后，商业秘密的构成要件还要求企业采取了保密手段对该秘密进行保护，且该措施的实施需要由原告举证。因此，除了客户名单内容上的设计，对客户名单如何保护并留下保护痕迹，也是企业应当考量的范畴。常见的保护措施包括保密条款、设置保密室、为不同员工设置不同权限的账号等，并对所有登陆、浏览、下载均采取留痕技术。具体操作方式可移步阅读《企业反舞弊视角下的商业秘密保护策略》一文。

## 2.如何证明离职员工某甲有能力“接触”客户名单？



由于被告无法否认涉案名单不构成商业秘密，某甲又提出，由 A 公司转到 B 公司的客户并非自己在 A 公司负责的客户范围，不归自己管，自己无法接触到这些客户，更不能将自己联络不到的客户介绍给 B 公司，因此不存在实施“飞单”的侵权行为。

司法实践中认定是否存在商业秘密的侵权行为，必须考虑被告是否能接触到原告客户名单上的客户。因此，认定某甲存在侵权行为还需要证明接触可能性。

为回击某甲的抗辩，我们进行了初步调查，了解到 A 公司对客户名单的管理采取了统一存储于客户管理电子信息系统中，由员工使用其个人账号登录查看的方式。但是，A 公司销售部采取分组管理模式，每个账号的权限不同，其查阅范围仅限于小组客户名单以内。涉案客户来自于②组、③组，而某甲作为①组组长，的确无法通过个人账号看到其他组客户名单。

但根据我们的进一步调查发现，A 公司还为每一个小组配备了同样可查看本组客户名单的秘书。通过与 A 公司高管沟通，我们发现，在某甲任职期间，因①组秘书离职，公司曾借调过②组秘书支持①组工作，短暂地接受过某甲的直接领导。此外，通过与 A 公司职员沟通后，我们进一步了解到，某甲还曾向③组秘书提出过借用账号的请求。由于缺乏法律意识，对该行为风险不够警惕和敏感，该秘书便将账号借给了某甲使用。

获悉上述事实后，为证明某甲事实上能够接触到第②、③组客户名单，我们提交了如下证据：首先，我们将②组秘书的公司内调令及联络邮件递交给法院，证明存在调用事实；并将有某甲签字的②组秘书的申报公文一并提交，证明某甲与②组秘书之间曾经存在过上下级领导关系。上述两项证据间互相印证，共同证明借调事实。其次，我们提交了某甲与③组秘书的聊天记录，以及通过技术手段追踪获得的③组秘书账号在公司外登录的 ip 地址，

该登录地址正是某甲的个人电脑。

针对我们上述递交的证据及证明内容，法院认为我们对某甲存在接触②、③组客户名单事实的证明达到了高度可能性的程度，因此再次采信我们的观点，认定某甲存在“飞单”的侵权行为。

### 小结与律师建议

对离职员工是否存在针对客户名单实施“飞单”侵权行为的案件处理，其核心在于证明离职员工是否有机会“接触”客户。一般来说，公司员工对其业务范围内的内部信息均具有接触可能，但正如本案所展现的那样，一些侵权人会尝试规避本人表面上能够掌握的内容，从而逃避责任承担。对此，我们的诉讼策略是对公司内部结构进行调查，通过离职员工与名单相关员工的工作关系、领导关系，证明离职员工事实上对其他员工掌握的商业秘密存在接触可能。

但是，在实践中也有公司存在内部结构混乱、商业秘密保管模式漏洞百出的情形，为案件后续举证增加了困难。比如：有些公司的人员调动仅通过口头通知，无法以可固定的证据形式证明；一些公司对登录内网调阅内部信息的行为不采取电子留痕措施，无法判定当事人是否了解、接触涉案秘密。

对此，**笔者提出如下建议**：对员工人事变动、工作内容等采取工作日志方式详尽记录；就调阅信息行为对账号登录访问过程、ip 地址等采取留痕技术手段；加强员工保密意识，明确规定员工之间不得互相借用个人账户等。

事实上，关于内部员工商业秘密侵权案件，事前防范远比事后补救意义更大。企业在运营过程中，应当构建完善内控制度、实施合理的技术措施，达到事前降低侵权可能、事后提供证据的效果，降低企业内部不诚信行为的风险。

综上所述，在以“客户名单”作为侵权对象的商业秘密案件中，核心要点一般为：该名单是否构成商业秘密、涉案员工是否构成侵权。这为企业构建客户名单和设置保密措施提供了方向。我们建议如下：

1、设计客户名单时，在横向上，应增加记载内容，重点将交易价格、需求点、联系人、性格特征等不为公众所知悉内容加以记录，把控好信息深度，使之具备秘密性；在纵向上，要求完整记录对同一客户反复多次的交易记录，并尽可能维持长期交易的跟踪记录。

2、设置保密措施时，核心在于解决员工能否“接触”到客户名单的问题。在“接触”发生前，应当全面梳理企业业务流程，通过合理配置人员、完善内部制度、增强防泄漏技术等方式，尽可能在事前阻止对客户名单不必要的接触；在发生侵权事件后，要全力调取证据，通过形成证据链的方式还原接触真相。

（本文首发于 2020 年 5 月 18 日）

# 企业内控专项制度的“民主程序”实操指引

杨轶菡、季一玮

依法制定的规章制度对于维护用人单位正常经营秩序、规范劳动者行为起着积极作用，其更是处理和解决劳动争议案件的重要依据和参照。企业内控建设中所涉及的专项规章制度（如利益冲突政策、反腐败/贿赂政策、轮岗制度、电子资源使用政策、调查政策、个人信息使用政策等，下统称为“内控专项制度”），也不例外。

这些用于企业内部治理的“家规”具体内容如何切中要害，我们认为需要结合企业文化、行业特点、业务流程、员工结构等多角度地进行个性化定制和研讨。本文旨在提请企业关注经常为大家所忽略的规章制度民主程序问题。

在司法判例中，因规章制度民主程序的疏漏而导致最终管理失效、劳动合同解除违法的案件屡见不鲜，“重实体、轻程序”的弊端日渐凸显。虽然，现有法律法规中对“民主程序”制度合理性、可操作性一直颇有争议，但作为在处理纠纷争议一线的法律服务提供方，我们尝试在现有法律框架下，对用人单位的实际操作提供一些指引。

## “民主程序”必须有（法律法规依据）

早在 2001 年，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》（法释〔2001〕14 号）第十九条即以司法解释的形式，对规章制度的民主程序提出了原则要求，“用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据”。

而 2008 年 1 月 1 日起实施的《劳动合同法》第四条第二、第三款则明确为规章制度的制定、修改流程增加了职工代表、工会等的民主参与和监督的流程，使得“民主程序”的必要性直接提升到了法律规定层面：“用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。”

细读法条，《劳动合同法》第四条对于需要履行“民主协商程序”的规章制度的范围虽定义在“……直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项”，但考虑到“内控专项制度”常被援引于员工的基本劳动纪律和行为规范（如《员工手册》）中，而违反“内控专项制度”大概率会对应《劳动合同法》第三十九条中“严重违反用人单位规章制度”或“严重失职、营私舞弊，给用人单位造成重大损失”等导致单方解除劳动合同情形，故履行企业规章制度（含“内控专项制度”）的民主程序，实属有法必依。

同时，各地的司法裁判指导文件中亦再次强调了 2008 年劳动合同法实施以后，用人单位制定或修改规章制度的“民主程序”的必要性。如：《北京市高院、北京市劳动争议仲裁委

员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》（2009年8月17日）、广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会《关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》（粤高法发〔2008〕13号）、《江苏省高级人民法院、江苏省劳动争议仲裁委员会关于审理劳动争议案件的指导意见》（苏高法审委〔2009〕47号）、湖南省高级人民法院《关于审理劳动争议案件若干问题的指导意见》（2009年05月20日）。

### “民主程序”如何走（实际操作指引）

如《劳动合同法》第四条之规定，我们认为企业制定或修改规章制度的民主协商程序流程可归纳或者说至少应履行以下两步骤：

讨论，征求提案和意见。

协商，确定通过制度。

在一般情况下，企业采取召开职工代表大会或全体职工大会的方式进行上述流程。员工总人数在100人以下的召开全体员工大会即可；员工总人数在100人以上的，需在工会的组织下选举职工代表，而后召开职工代表大会。完成上述A和B流程至少需要两次会议：第一次会议向员工说明规章制度草稿的内容，征求员工的修改意见；第二次会议是向员工反馈意见，并组织表决是否通过规章制度。

需要注意的是，在企业员工人数超过100人的情况下，各地区关于职工代表人数的最低要求略有不同，企业应参照当地的规章和政策，如：

地区	法律依据	全体职工代表人数的最低要求	与会职工代表人数的最低要求	会议决议通过的最低人数要求
上海	《上海市职工代表大会条例（2017修正）》第21、28、31条	职工人数在一百人至三千人的，职工代表名额以三十名为基数，职工人数每增加一百人，职工代表名额增加不得少于五名； 职工人数在三千人以上的，职工代表名额不得少于一百七十五名。	职工代表大会须有 <b>全体职工代表三分之二以上</b> 出席，方可召开。	职工代表大会审议通过事项，应采取无记名投票方式，并须获得 <b>全体职工代表半数以上赞成票</b> 方可通过。
江苏	《江苏省企业民主管理条例》第9、13条	职工一百人以上一千人以下的企业，代表名额以四十名为基数，职工每超过一百人，代表名额增加七名； 职工一千人以上五千人以下的企业，代表名额以一百名为基数，职工每超过一千人，代表名额增加二十五名。	职工代表大会应当有 <b>三分之二以上</b> 的代表出席，才能举行。	进行选举、作出决议和通过事项应当经 <b>全体代表的过半数</b> 通过。

浙江	《浙江省企业民主管理条例》第 10、15 条	<p>职工不满一百人的企业召开职工代表大会, 代表名额不得少于三十名;</p> <p>职工超过一百人不满一千人的企业, 代表名额以四十名为基数, 职工每增加一百人, 代表名额增加七名;</p> <p>职工超过一千人不满五千人的企业, 代表名额以一百名为基数, 职工每增加一千人, 代表名额增加二十名;</p> <p>职工五千人以上的企业, 代表名额不得少于二百名。</p>	职工代表大会应当有三分之二以上的代表出席方可召开。	通过选举和表决的事项应当采用无记名投票的方式, 并经 <b>全体职工代表大会代表过半数同意</b> 始得通过。
安徽	《安徽省企业民主管理条例》第 20、22、25 条	<p>职工不满一百人的召开职工代表大会的, 代表名额不得少于三十名;</p> <p>职工一百人以上不满一千人的企业, 代表名额以三十名为基数, 职工每增加一百人, 代表名额增加十名;</p> <p>职工一千人以上不满五千人的企业, 代表名额以一百二十名为基数, 职工每增加一千人, 代表名额增加三十五名;</p> <p>职工五千人以上的企业, 代表名额不得少于二百六十名;</p> <p><b>职工代表名额应当是单数。</b></p>	<p>职工代表大会每年至少召开一次会议。</p> <p>每次会议应当有<b>三分之二以上的职工代表出席。</b></p>	职工代表大会选举及表决通过重要事项, 应当采用无记名投票的方式分项表决。选举及表决事项经全体职工代表过半数通过方为有效。
山东	《山东省企业职工代表大会条例》第 14、15 条	<p>100 人以上的企业应当建立职工代表大会。</p> <p>100 人以上不足 1000 人的企业, 职工代表人数按照 20 人至 50 人确定;</p> <p>1000 人以上不足 1 万人的企业, 职工代表人数按照 50 人至 100 人确定;</p> <p>1 万人以上的企业, 职工代表人数不少于 100 人。</p>	职工代表大会每届任期 3 年或者 5 年, 每年至少召开 1 次会议, 每次会议必须有 <b>三分之二以上的职工代表出席。</b>	职工代表大会选举和审议通过重大事项, 采用无记名投票方式表决, 一般事项也可以采用其他方式表决, 均须经 <b>企业全体职工代表半数以上通过。</b>

企业在执行中会必然遇到各种难点, 我们针对一些难点提示如下:

其一, 在组织职工代表大会时, 企业将发现工会是职工代表大会的工作机构, 由此, 工

会的建立成为职工代表大会的前提。但我们认为,这并不代表没有工会就无法完成民主流程。例如流程 A,没有职工代表大会的企业可以通过组织全体职工讨论,从而提出方案和意见。同时,法律法规并未对讨论模式、方案收集过程作出具体约束,故分组讨论、会签讨论,问卷调研等,都可以成为讨论形式,以达到提案收集的目的,只是不同的方式下的证据保留形式应当各作调整。

其二,员工提出了各种尖锐意见,如何采纳与反馈。我们认为,规章制度的制定权实质是企业经营自主权的一部分,故在合法合理框架下的“家规”肯定应始终围绕企业实现全方位管理目的而服务。

其三,企业可以采取哪些形式对民主程序进行证据固定。由于劳动争议案件中对于规章制度民主程序的举证义务将首先分配给用人单位,故企业在规章制度的制定和修改程序应不仅有书面资料的存档,更建议进行及时、完整的证据保全。证据保全既可以是公证员现场保全出具公证文书,也可以利用电子取证工具(如可信时间戳、移动公证 app 等)获得电子证据保全资料。

其四,总公司与分支机构、集团企业和关联公司、母公司与子公司之间的规章制度是否必然直接适用?可参考阅看《谈谈总公司对分公司的劳动人事管理》。

### “民主程序”打补丁(缺失/缺陷应对)

大多数企业的发展都是由俭入奢、逐步完善,更何况信息急速更新的时代,绝没有“完美”的制度。在意识到“程序正义”的重要意义后,企业可以在定期或不定期的内控梳理流程中对规章制度的民主程序进行补充、补强。例如:

藉对员工手册作部分修订的契机,将这一基础规章制度的民主程序予以落实。

未经民主讨论协商的利益冲突政策,可以转化为利益冲突制度宣讲和员工单方申报文件,挑选部分重点岗位、主要员工进行个别签署。

调查政策未纳入原有的员工手册,可暂时节选重要条款录入新的劳动合同模板,即适用新入职员工,也适用续订老员工。

当针对员工舞弊的内部调查已然展开,违纪行为查证有实,但规章制度依据(实体或程序)缺失,难道用人单位就没有解除劳动关系依据了?让我们转换视角,从员工违反基本忠诚义务、诚实信用原则、职业道德等方向,来开展访谈与取证。从过往案例来看,各地法院和仲裁机构对劳动者的保护,对用人单位自主管理权的干预,也是建立在公平公正、维护公序良俗的基础原则框架下。

### “民主”+“公示”

最后,回顾《劳动合同法》第四条第四款的规定“用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示,或者告知劳动者”,即提示用人单位应当分清“民主程序”与“公示程序”,切勿将“公示程序”混淆为“民主程序”,并且在落实“民主”后不忘“公示”或“告知”,使得“家规”真正行之有效。

“公示”或“告知”亦有多种形式,各有利弊,简单举例说明:

### 1.通过书面资料（如员工手册）发放和签收

该方法较为直接明了，既方便员工查阅学习，也便于用人单位举证。但需考虑到制度的多样化和不时修订而产生的重复印刷成本，不符合环保理念也容易导致制度版本混淆。

### 2.通过内部网站（或 OA 系统平台）或电子邮件

该方法节约成本且快捷，但一定程度上增加了用人单位的举证成本和技术成本。即至少要对规章制度电子载体、员工登录浏览/查收记录、电子账号特定持有这三大类信息进行电子取证和固定。

此外，还有公告张贴、培训会签、传阅签收等多种方法，总体而言，建议用人单位根据企业规模、员工结构等特点选择公示/告知的方法，我们也愿意针对客户不同需求提供个案分析与建议。

（本文首发于 2020 年 4 月 7 日）

## 员工涉嫌舞弊犯罪被停职调查期间的劳动关系如何处理？

杨轶菡、季一玮

当员工涉嫌舞弊违法犯罪时，用人单位普遍会在初步核查后对涉案员工停职处理，并启动内部合规调查；在收集到必要证据后，可能会选择向公安机关报案，追究涉案员工的刑事责任。那么，在停职调查期间（包括内部调查和公安侦查），涉案员工未向用人单位提供任何劳动服务，用人单位是否仍应支付全部劳动报酬？员工一旦被采取限制人身自由的强制措施，用人单位能否解除其劳动合同？

### 涉案员工被采取限制人身自由的期间

在涉案员工被采取限制人身自由的强制措施后，不少企业问我们，此时能否依据《劳动合同法》第三十九条第（六）项“被依法追究刑事责任的”而解除其劳动合同。需要注意的是，“被依法追究刑事责任”仅指三种情况：被人民检察院免于起诉的、被人民法院判处刑罚的、被人民法院依据刑法相关规定免于刑事处罚的。根据“疑罪从无”的原则，用人单位不能仅因员工被采取强制措施即解除劳动合同。

那么，此时的劳动关系可以作何处理？根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第28条，“劳动者涉嫌违法犯罪被有关机关收容审查、拘留或逮捕的，用人单位在劳动者被限制人身自由期间，可与其暂时停止劳动合同的履行。暂时停止履行劳动合同期间，用人单位不承担劳动合同规定的相应义务。”

各地政府机构在前述意见的基础上进行了细化规定，笔者整理了重点省市的政策供用人单位参考。需要用人单位注意的是，对于在北京、天津、深圳、吉林等地用工的员工，由于相应地区未明确规定在劳动合同中止期间是否可以暂停缴纳社会保险，如需中止相应地区员工的劳动合同，建议咨询律师了解最新的法律法规和当地政策。

重点省市的政策名称	政策规定内容
《上海市劳动和社会保障局关于实施〈上海市劳动合同条例〉若干问题的通知》第12条	劳动合同中止履行的，劳动合同约定的权利义务暂停履行。中止履行劳动合同期间用人单位可以办理社会保险帐户暂停结算（封存）手续，期间不应计算劳动者同一用人单位工作时间。劳动合同中止期间，合同期满的，劳动合同终止。
《天津市工资支付规定》第三十条	劳动者因涉嫌违法犯罪被收容教育、强制戒毒、拘留、逮捕等被限制人身自由期间，未提供正常劳动，用人单位可与其暂时停止履行劳动合同，暂时停止履行劳动合同期间不支付工资。
《深圳市员工工资支付条例》第三十	员工涉嫌违法犯罪被依法采取限制人身自由的强制措施或者受到限制人身自由的行政处罚的，用人单位可以不支付其被限制人身自由



一条	期间的工资。
《江苏省劳动合同条例》第三十条	有下列情形之一的,劳动合同可以中止: (二)劳动者因涉嫌违法犯罪被限制人身自由的; 劳动合同中止期间,劳动关系保留,劳动合同暂停履行,用人单位可以不支付劳动报酬并停止缴纳社会保险费。劳动合同中止期间不计算为劳动者在用人单位的工作年限。
江西省人力资源和社会保障厅《关于办理劳动争议案件若干问题的解答》第十条	劳动合同履行过程中存在以下情形之一的,可以认定为劳动合同中止履行: (二)劳动者因涉嫌违法犯罪被限制人身自由的; 劳动合同中止履行期间,劳动关系保留,劳动合同暂停履行,用人单位可以不支付劳动报酬并停止缴纳社会保险费。劳动合同中止期间不计算为劳动者在用人单位的工作年限。劳动合同中止情形消失,除已经无法履行的外,应当恢复履行。
《吉林省企业工资支付办法》第二十条	劳动者因涉嫌违法犯罪被拘押或者其他客观原因,使劳动合同中止履行的,企业不再支付劳动者工资,但法律、法规另有规定或者双方另有约定的除外。

当然,如果员工同时严重违反了公司的规章制度,用人单位可以对解除涉案员工的劳动争议风险进行评估,来确定是否要此阶段解除劳动合同。

### 在内部调查阶段或涉案员工取保候审阶段

在涉案员工没有被采取限制人身自由的期间,涉案员工应当按照劳动合同的约定按照用人单位的要求提供劳动服务,完成工作任务。但是,大部分用人单位会选择单方面要求涉案员工停职,以免涉案员工扰乱正常的经营秩序。此时,用人单位应如何处理停职?是否要继续发放工资?

我们建议,如果涉案员工有未休年休假的,可以优先安排休法定带薪年休假和公司福利假;如果没有年休假或年休假休完的,用人单位需按照劳动合同约定的基本工资或与涉案员工另行达成的约定来支付停职期间的工资。

在实务中,不乏有被停职调查的员工提起劳动仲裁,主张用人单位未提供正常的劳动条件并支付相应的工资。现行的法律法规并未对公司内部调查作出明确的法律规定,一般来说,公司内部调查合规事件和违纪行为属于公司自主管理权的范畴。但是,停职调查过程中涉及的劳动报酬变更和员工个人隐私披露往往引发诸多的争议。对于合规要求较严格的企业,我们也建议就企业内部的合规调查设置一个基本的规章制度,对停职调查期间工资发放、内部调查程序、公司调查权限和个人隐私的问题作出明确规定,以避免后续劳动关系纠纷干扰调查效果。

最后,基于大部分合规调查都会涉及到数位员工,他们的涉案情况、调查周期、员工返岗率等都会有较大差异,根据我们的办案经验,建议用人单位在涉案早期即根据岗位、

背景、所处阶段等因素对相关员工进行区分评估。

一方面便于合规部门统筹案件调查的优先排序及周期控制，使案件调查更好地与司法流程相衔接；另一方面能尽快对劳动关系的处理时机作出针对性选择，如确定是在员工被采取限制人身自由措施前解除劳动合同？还是中期或后期？这也将直接影响处理劳动关系的费用成本，包括劳动报酬、经济补偿等；除此之外，针对不同岗位的涉案人员采取纪律处分、劝退、辞退等不同解决方案，也有利于企业对可持续经营的安排。

综上，我们相信专业的前端预警和精准介入，将提高后续处理的准确度，从而更为高效地控制纠纷、降低劳动争议的发生率，提升内控管理的成效。

（本文首发于 2020 年 6 月 29 日）

# 《野狼 disco》被指抄袭衍变罗生门，真侵权还是被碰瓷？

赵晓波

玩归玩，闹归闹，别拿版权开玩笑。在全民防疫，共克时艰的背景下，任何娱乐领域的负面消息都显得不合时宜，也更易吸引火力。近日来，#野狼 disco 伴奏原作者#、#宝石 gem 回应野狼 disco 涉侵权#等话题相继登上热搜。先是受相关主体委托的律师发文表示，《野狼 Disco》的伴奏 beat 并未取得伴奏原作者 Ihaksi 关于商业用途的授权。后有宝石 Gem 在直播表示自己早在 2019 年 7 月即已取得了伴奏 beat 的授权，并晒出了相应的付款凭证、网站购买页面截图等。那么，作为前排吃瓜群众，实际情况究竟是怎样的？宝石 Gem 是真侵权还是被碰瓷了呢？

## 一、音乐小知识

在分析宝石 Gem 侵权与否之前，我们需要先补习一下音乐小知识，毕竟对于吃瓜群众而言，大多数人都不知道啥是 beat，hook 和 verse，知道的说唱知识可能仅限于 freestyle、双押了。

在传统流行音乐制作过程中，一般是先有歌词，后有编曲。与传统流行音乐不同的是，说唱音乐一般是先有伴奏 beat，在伴奏 beat 的基础上再进行歌词和旋律的创作。作为说唱音乐的基础，足够的独创性使得 beat 可以获得版权保护。本文中所涉及的《野狼 Disco》，是一首说唱歌曲，在歌曲一开头就使用了 Ihaksi 创作的《More Sun》作为伴奏。下面，读者们可以听一下 Ihaksi 的《More Sun》以及《野狼 Disco》的伴奏 beat：

【《More Sun》链接】<https://y.qq.com/n/yqq/song/004Gc3ag1kJBIv.html>

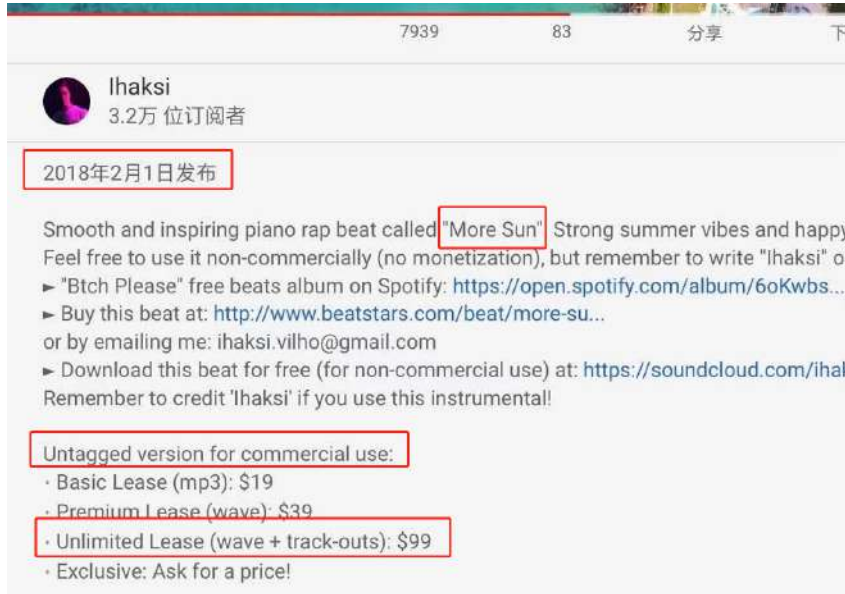
【《野狼 Disco》链接】<https://y.qq.com/n/yqq/song/001an8ju3IkKLW.html>

## 二、宝石 Gem 是否取得了授权？

显然，《More Sun》和《野狼 Disco》伴奏 beat 是完全一样的，那么，这是否就实锤了宝石 Gem 涉嫌侵权了呢？事实并非如此，让我们来梳理一下事件进程。

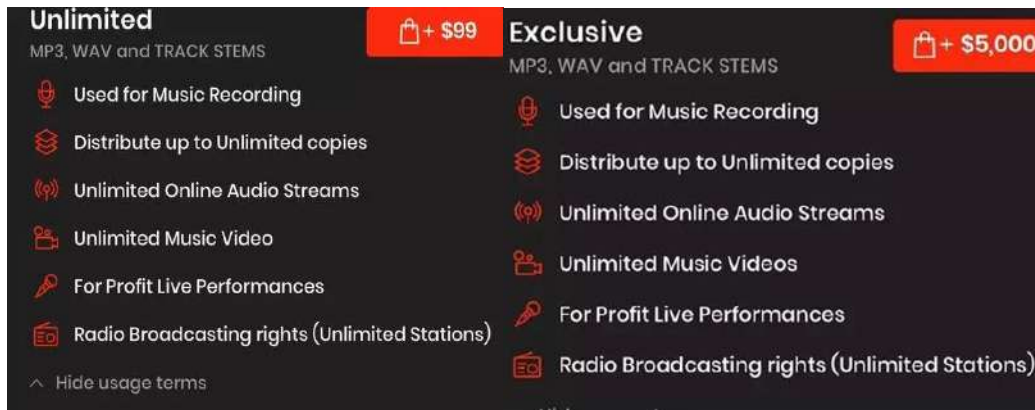
2018 年 2 月，芬兰音乐制作人 Ihaksi 创作了作品《More Sun》，并将其上传至 BeatStars 出售。BeatStars 是国外的音乐平台，创作者上传创作的伴奏到该平台上，供用户收听，喜欢的就买买买，拿到伴奏文件和授权合同，有点像专卖伴奏的淘宝。

同时 Ihaksi 还在其个人社交平台上发布了该作品，并将作品分为不同等级——Basic、Premium、Unlimited、Exclusive 等。但不管怎么分，总的来说就两种，独家（Exclusive）和非独家（Non-exclusive）。两者最大的不同在于，独家版权，标价最贵，只能卖给一位买家；非独家版权就便宜得多，想卖给多少人就卖给多少人。

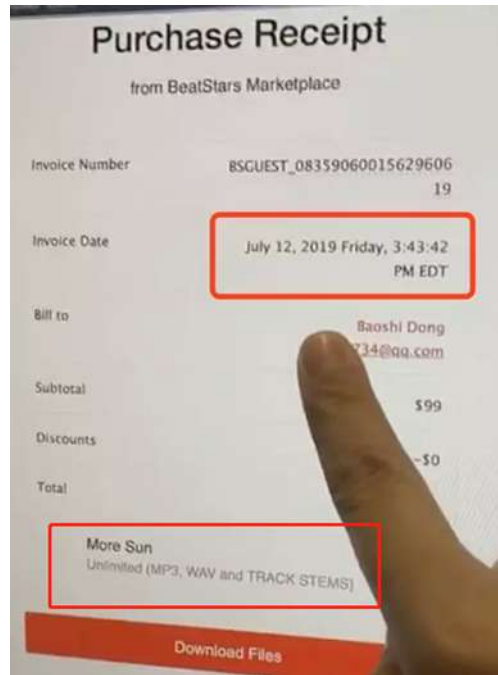


(Ihaski 个人发布的相关信息)

Beatstars 网站上《More Sun》的授权价格与 Ihaski 个人发布的授权价格大致是一致的。从网站订购页截图来看，取得 Unlimited Lease（非独家授权之一）的价格是 99 美元，取得 Exclusive Lease（即独家授权）的价格是 5000 美元；99 美元与 5000 美元授权包的权益内容是一致的（可用于录制、无限制网络播放、可商业演出、无限制 MV 录制、可在网络电台播放等），唯一的区别独家授与否。从宝石 Gem 提供的购买凭证及网站订购页截图来看，我们倾向于认为其获得了非独家授权，授权范围包括了商业性演出。



(网站订购页截图)



(宝石 Gem 购买凭证)

再让我们来看一下 Ihaksi 与宝石 Gem 签署的 99 美元的授权合同的截图，这张截图也正是玛西玛国际所委托的律师就《野狼 Disco》事件所发表的文章中展示的截图。该份 99 美元的授权截图中可以明确的看出，**购买方宝石 Gem 仅可将伴奏 beat 用于非营利性和非商业性的使用**。根据网络查询到的玛西玛国际与 Ihaksi 签署的授权协议来看，玛西玛国际在 2019 年 11 月 15 日才取得了 Ihaksi 的独家授权，而宝石 Gem 购买非独家的授权包的时间为 2019 年 7 月，早于玛西玛国际取得独家授权的时间。

All licenses are non-refundable and non-transferable.

#### Master Use.

The Licensor hereby grants to Licensee a non-exclusive license (this "License" to record vocal synchronization to the Composition partly or in its entirety and substantially in its original form ("Master Recording") Mechanical Rights.

The Licensor hereby grants to Licensee a non-exclusive license to use Master Recording in the reproduction, duplication, manufacture, and distribution of phonograph records, cassette tapes, compact disk, digital downloads, other miscellaneous audio and digital recordings, and any lifts and versions thereof (collectively, the "Recordings", and individually, a "Recording") worldwide for up to the pressing or selling a total of unlimited (unlimited) copies of such Recordings or any combination of such Recordings, condition upon the payment to the Licensor a sum of Ninety-nine dollars (\$99), receipt of which is confirmed. Additionally licensee shall be permitted to distribute **Unlimited free** internet downloads or streams for **non-profit and non-commercial use**. This license allows up to unlimited (unlimited) monetized audio streams to sites like Spotify, RDIO, Rhapsody, SoundCloud, YouTube etc. Licensee is not allowed to redistribute nor resell the instrumental.

#### Performance Rights.

The Licensor hereby grants to Licensee a non-exclusive license to use the Master Recording in unlimited non-profit performances, shows, or concerts. Licensee may receive compensation from performances with this license.

(授权合同部分截图)

由此可见，宝石 Gem 与玛西玛国际的主要分歧在于：宝石 Gem 认为自己花费了 99 美元获得的就是非独家的授权，可用于商业性演出；而玛西玛国际则认为宝石 Gem 获取的非独家授权仅可进行非营利性使用。而产生分歧的核心原因是 Beatstars 官网订购页面展示

信息与最终签署的合同内容不一致，此时应当如何处理呢？倘若以合同内容为准，则宝石 Gem 涉嫌侵权；倘若以 Beatstars 官网订购页面展示信息为准，则宝石 Gem 不涉及侵权。

### 三、真侵权还是被碰瓷？

一般而言，侵权行为的构成要件有四个：第一，存在侵害他人权利或合法利益的加害行为（本处的行为既可以是作为，也可以是不作为）；第二，损害事实，即侵权人的侵权行为造成了损害后果；第三，损害后果与侵权行为之间存在因果关系；第四，侵权人存在应受责难的主观过错。前述任一要件的缺乏，均无法认定宝石 Gem 构成侵权。**基于篇幅考虑，本文主要着眼于讨论宝石 Gem 营利性现场演出的行为是否属于侵权行为以及有无主观过错的判定上。**

#### 1. 宝石 Gem 进行营利性现场演出的行为并非侵权行为

笔者倾向于认为，在中国大陆法律框架内，宝石 Gem 使用伴奏 beat 存在合法的权利来源，权利依据为 Beatstars 网站展示的与《More Sun》订购相关的宣传内容。具体阐述如下：

**第一，99 美元授权合同内关于非商业性使用的条款是格式条款，因未予以合理标识且排除了宝石 Gem 的主要权利而无效。**Ihaski 与宝石 Gem 签订的授权合同系通过 Beatstars 网站在线达成的格式合同。该授权合同系 Beatstars 网站接受创作者 Ihaski 委托而预先拟定的、可重复使用的模板合同，且购买者在缔约过程中并无协商修改的空间，因此该授权合同符合格式合同的一般构成要件。对于此类合同，我国法律通常会要求提供格式合同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请对方注意免除或者限制其责任的条款。**

本案中，Ihaski 并未在其提供的授权合同中使用加粗、下划线等方式提示宝石 Gem 注意与授权范围密切相关的条款及内容，从而排除了宝石 Gem 进行商业性使用的权利；同时根据笔者本人真实测试，授权合同的存放位置较隐蔽，不易发现。根据《合同法》相关规定，提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效，但该条款的无效不影响整个合同的效力。也就是说，99 美元的授权合同中关于非商业性使用的条款约定无效，但授权合同本身有效。

**第二，网站订购页内就 99 美元授权包的具体内容所做出的说明性文字亦应当构成合同内容的有效组成部分，应当被认定为是关于授权范围的明确约定。**《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条就商品房销售广告和宣传资料能否作为合同内容作出了进一步释明，即若商品房的销售广告和宣传资料是商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺的具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，该等说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应当承担违约责任。本案中，宝石 Gem 基于对说明性文字的信赖（可用于营利性的现场演出），方支付了 99 美元采购该 beat，能否进行商业性使用对于购买者宝石 Gem 来说至关重要，直接决定了他是否会与 Ihaski 签约。

**第三，宝石 Gem 支付 99 美元的主要目的即是为了进行商业性表演，倘若如授权合同**

正文所述，花 99 美元仅仅是为了获得非营利性使用的权利，这一点是不符合常人逻辑的。首先，创作者本人在 Beatstars 和个人社交平台均已表述过可以免费获取作品进行非营利性使用，只需要恰当为创作者署名即可。因此宝石 Gem 如若仅是为了进行非营利性使用，宝石 Gem 根本没必要花 99 美元购买 beat；其次，即便是创作者本人没有表述过其他人可以免费对该作品进行非营利性使用，根据我国的著作权法，宝石 Gem 基于本人学习、工作需要，亦可以对该作品进行非营利性使用，没必要再去花钱。

## 2. 宝石 Gem 无过错

过错分为故意和过失两种形式。故意是指行为人明知自己的行为会发生侵害他人权益的结果，并且希望或者放任这种结果发生的主观状态。过失是指行为人应当预见自己的行为可能发生侵害他人权益的结果，但却因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免的主观状态。笔者认为，宝石 Gem 既不存在故意的，也不存在过失。理由如下：第一，Beatstars 网站订购页面明确展示了订购者可将《More Sun》用于商业性现场演出；第二，宝石 Gem 和 Ihaski 之间签署的 99 美元的授权合同中关于非营利性使用的约定并未以黑体加下划线的形式予以着重提示，对于一般人而言，此时需要发现授权合同内的授权范围与网页订购栏所宣传的内容不一致已经超出了一般人的注意义务。法律不应该强人所难。

综上，笔者认为，就当前公开渠道可查询到的材料而言，宝石 Gem 使用伴奏 beat 进行营利性现场演出的行为并不属于侵权行为。当然，本文仅讨论的是宝石 Gem 本人自行进行营利性现场演出的行为不构成侵权的，但其与陈伟霆合作创作的《野狼 Disco (feat 陈伟霆)》版歌曲、发布的商业广告歌曲《野狼 Disco》（荣耀 V30 5G 版）等是否涉嫌侵权，仍需进一步考量。

## 小结

最后，让我们一起来看看取得 Ihaksi 在中国区域独家授权的玛西玛国际传媒（北京）有限公司的诉讼信息，当前在企查查可查询到的诉讼信息共有 10 条，而且都是和著作权相关的，被告都是字节跳动，连案号都是连号的。

序号	案号	开庭时间	案由	公诉人/原告/上诉人/申请人	被告人/被告/被上诉人/被申请人
1	(2019)京0491民初12790号	2019-06-20 09:00	著作权权属、侵权纠纷	玛西玛国际传媒(北京)有限公司	北京字节跳动科技有限公司
2	(2019)京0491民初12793号	2019-06-20 09:00	著作权权属、侵权纠纷	玛西玛国际传媒(北京)有限公司	北京字节跳动科技有限公司
3	(2019)京0491民初12792号	2019-06-20 09:00	著作权权属、侵权纠纷	玛西玛国际传媒(北京)有限公司	北京字节跳动科技有限公司
4	(2019)京0491民初12791号	2019-06-20 09:00	著作权权属、侵权纠纷	玛西玛国际传媒(北京)有限公司	北京字节跳动科技有限公司
5	(2019)京0491民初12794号	2019-06-20 09:00	著作权权属、侵权纠纷	玛西玛国际传媒(北京)有限公司	北京字节跳动科技有限公司
6	(2019)京0491民初12788号	2019-06-20 09:00	著作权权属、侵权纠纷	玛西玛国际传媒(北京)有限公司	北京字节跳动科技有限公司
7	(2019)京0491民初12789号	2019-06-20 09:00	著作权权属、侵权纠纷	玛西玛国际传媒(北京)有限公司	北京字节跳动科技有限公司
8	(2019)京0491民初12795号	2019-06-20 09:00	著作权权属、侵权纠纷	玛西玛国际传媒(北京)有限公司	北京字节跳动科技有限公司
9	(2019)京0491民初12787号	2019-06-20 09:00	著作权权属、侵权纠纷	玛西玛国际传媒(北京)有限公司	北京字节跳动科技有限公司
10	(2019)京0491民初12795号	2019-06-03 14:00	著作权权属、侵权纠纷	玛西玛国际传媒(北京)有限公司	北京字节跳动科技有限公司

玛西玛国际的这一波骚操作，似乎和部分图片领域的维权大户存在异曲同工之妙。我们支持且维护原创的权利，但版权保护也应当有正确的“打开方式”。纵容“碰瓷维权”之风，既浪费宝贵的司法资源，也会进一步扭曲版权保护的生态。相信通过一次次的争议和教训，我国文娱产业终会迎来更加健康的版权生态。

(本文首发于 2020 年 2 月 10 日)



## 抢夺公章不够体面？但这才是股东争议法律化的序幕

卫新、阮霭倩

昨日，《李国庆率4大汉赴当当夺回公章，宣布全面接管当当，“罢免”俞渝》的新闻在朋友圈刷屏。有评论说：都2020年了，为什么夺权还要抢“玉玺”？作为从事了多年股东控制权纠纷的律师来看，这种戏码真的司空见惯。见多了各种股东之间上演的“全武行”后，也许就不会奇怪李国庆为什么要如此兴师动众地去“抢公章”了。

### 一、能控制公司的人，往往才是股东纠纷中能笑到最后的人

李国庆争抢公章得手，同时宣布4月24日已经召开了临时股东会，决议罢免了俞渝的法定代表人、执行董事、总经理职务。这样的行为显然是在争夺当当的法律控制权。手段看似蛮横、不够“体面”，但如果了解背后的法律意义，就能够理解李国庆的意图了。

公司经营中，常见因经营策略重大分歧、利益分配不均、关联交易、利益输送等原因爆发的各类股东纠纷。股东纠纷一旦产生，进入司法途径之前，首先要通过公司的内部治理机制来解决，除了股东会的“资本多数决”，这些机制往往需要召开各类会议，必经复杂的内部程序。而公司所有权与经营权相分离的法律结构，必然导致没有控制权的股东往往处于被动地位。一旦控制公司的股东利用优势地位或者滥用权利，相关股东便将陷入成本高昂的股权投资诉讼中。

在我们的办案经历中，每个股东纠纷的背后都有数个系列诉讼，包括：知情权诉讼、公司决议效力诉讼、公司证照章返还诉讼、损害公司利益诉讼、损害股东利益诉讼、强制解散清算之诉等等。一个诉讼的平均审限（一审+二审）往往需要1-2年的时间，这一连串的诉讼打下来，股东需要花费的时间成本可想而知。而且很多股东矛盾严重激化时，还会通过各种刑事举报的手段设法让对方被追究刑责，从而获取股权之争的胜利。

正是因为民事诉讼、刑事报案、强制清算等流程都非常漫长，短的可能2-3年，长的可能5-6年。在这漫长的股东纠纷处理过程中，谁能够控制公司就显得尤为重要。

掌握了公司控制权的股东就意味着能够享有这段争议期间内对公司业务的决定权，对收益分配的主动权。等到漫长的纠纷处理完成后，可能留给另一方股东的只有公司的“空壳”以及巨额的债务。这时，“失去一切”的股东只能再通过漫长的赔偿诉讼流程去求偿，而另一方还可能“转移隐匿财产”逃避责任。所以，股东纠纷中，能够夺得控制权的股东往往意味着在之后的避免“两败俱伤”的谈判中享有相对的“优势谈判地位”。李国庆抢公章正是夺回公司控制权的序幕，是公司股权争议的“正常情节”，显然俞渝不够谨慎，在优势局面下被“小股东得手了”。

### 二、只有公章+营业执照+法人才算实际法律控制

很多人都会误认为公司的控制权属于大股东，这种想法太过简单。我们处理的很多股东纠纷中，都是小股东（股权比例可能都不足10%）掌握着公司的公章、营业执照，担任公司

的法人代表，把大股东逼到“绝境”。比如我们曾遇到的一个案子，小股东就是公司法人，发生矛盾后直接抢夺了公司公章、财务章、银行 U 盾，阻止公司发放员工工资、对外签署合同，造成公司面临巨大的业务危机和公众信任危机，大股东被逼到“绝境”后不得不妥协，收购了小股东的股份。我们也曾碰到过有些股东在抢夺公司公章后，通过对外签署合同进行利益输送；或者在外面新设公司，随意将原公司的资质转让给自己新设的公司。

**掌握了公章的股东，能够实质影响公司的经营。但只掌握公章仍然不等于直接掌握公司的控制权**，公司的法定代表人可以凭借营业执照原件去挂失重刻公章，并立即通知客户、采取诉讼手段。因此，**如果股东想要实际法律控制公司，除了公章之外，还需要掌握公司的营业执照，并通过有效的股东会决议担任公司法定代表人**。达成之后，再去注销原公司的银行账户，新设公司账户，控制公司的“钱脉”。

**控制公司的关键在于哪一方担任公司的法定代表人**。顾名思义，法定代表人就是能够对外代表公司意志的人。公司的营业执照、公章在公司章程没有特别规定的情况下，应当由法定代表人来管理。同时，**变更、挂失公章、营业执照，也只有法定代表人才能前往行政机关办理**。股东控制了公章、营业执照、法人，才算实际的法律控制。这也是李国庆在抢夺公章之后立即宣布，公司已经在 2020 年 4 月 24 日召开临时股东会，罢免了俞渝的法定代表人职务，选举李本人接管公司的用意。

### 三、公章被抢，遗失申明和报警的用处有多大？

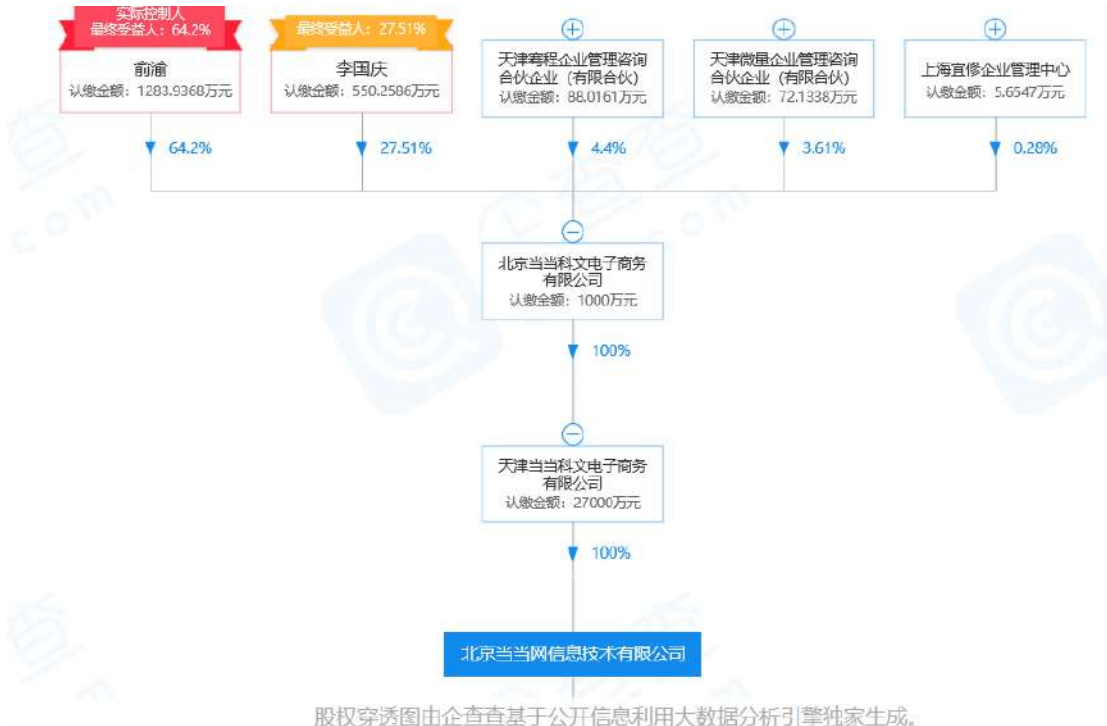
法定代表人之争才是公司控制权之争的关键。有人会说，俞渝是公司的大股东，如果召开股东会投票，大股东一定可以当选，但事实并非如此简单，因为股东会的召集必须严格按照公司法和公司章程的有效程序进行。按照目前的公开信息，李国庆宣布已经提前召开过一次临时股东会，罢免了俞渝。如果决议有效，俞渝不再担任执行董事，就丧失了股东会的召集权。但是对于李国庆来说，抢夺回了公章是否可以径直补办营业执照，去工商办理法定代表人的变更手续呢？我们认为，李国庆也难以实现工商登记的法定代表人变更。而且我们注意到，当当网发了一则遗失公章的申明，同时还表示已经报警。

发布遗失申明主要是两个作用：**1. 遗失申明通常是为之后的补刻章或者补办营业执照做准备**。但这就绕到了“先有鸡还是先有蛋”的循环中。在实际业务的办理中，补刻公章，需要营业执照和法人签字；补营业执照，需要公章和法人签字；同时补刻公章和营业执照？请先去法院提一个公司证照章的返还诉讼吧。此时，失去证照章的股东就会发现，他已经陷入“被动”。**2. 遗失申明是为了告诉所有的业务方，公司的公章已经遗失，后续只有盖章没有有效授权**的合同，公司均不认可。

那么，报警的作用又有多大？就目前当当网披露的遗失公章、财务章的情况来看，北京当当网信息技术有限公司、北京当当科文电子商务有限公司、无锡当当科文电子商务有限公司等都赫然在名单内。从股权架构上看，李国庆是这三家公司的直接或间接控股股东，即李国庆对于公司是具有权益的，而且李国庆还拿着一份“临时股东会决议”，表示自己具有法人地位。在这份决议没有被法院否定效力前，刑事手段不能够介入民事股权争议案件，也就是说，在没有恶性肢体冲突的情况下，报警抢夺公章一般不被受理，警方通常会建议股东通过

民事诉讼来解决公章的归属问题。

值得注意的是，当当这则声明也存在一定的矛盾，刚报案说章是被“李国庆抢走”，后面又说章“遗失”了。我们认为在法理上分析，章被抢走和遗失是两个概念。公章被抢走的话，原则上失控股股东只能要求返还章，需要经历诉讼程序，而不是挂失章后进行补办，上述互相矛盾的行为极有可能会给接下来的公司经营造成重大影响。



#### 四、抢完章的李国庆可以全面接管当当吗？抢章事件带给股东们的启示

我们看到，李国庆在抢完章后表示将全面接管当当，但我们查了当当网的工商登记信息后认为，李国庆现在说“接管”恐怕还为时尚早。

对于法代这个关键职务，俞渝是很有准备的，以北京当当网信息技术有限公司为例，2019年2月14日，公司的法定代表人就由李国庆变更为俞渝。目前相关报道仅显示李国庆是抢了公章和财务章，营业执照应当还在俞渝的控制下。也就是说，工商登记的法定代表人、营业执照和公章中李国庆只占了一个。虽然实务操作中，法定代表人、公章、营业执照相分离的情况下，俞渝对章进行挂失后补刻相对还是比较容易的；但目前矛盾激化到满城风雨，所有人都知道章并非“遗失”，而是“被抢”，这种情况下，公安机关是否会直接备案俞渝挂失后补刻的新章，我们认为还是存疑的。

抢章往往只是股东系列纠纷的“序曲”，当当网的股东纠纷可能才刚刚拉开大幕。目前李国庆所持的4月24日的股东会决议是否有效，一定是接下来的争议焦点。预估俞渝会立即提出股东会决议撤销的诉讼，“真假法人”的诉讼一触即发。

我们看到很多文章已经在唱衰李国庆，认为他的“抢章”是无脑行为，但事实上，抢夺公章可能无法取得公司控制权，但反过来恰恰会严重影响原控制人的控制权。从公司目前登记的股权情况来看，俞渝是公司的法人、实际控制人，李国庆原是被一味压制的一方。我们预

估，也正是由于李国庆小股东地位，又失去了公司控制权，所以导致在和俞渝的股东争议中严重不利，甚至权益主张被无视。但此次李国庆通过抢章以及后续在新章备案上预计会给俞渝设置障碍，或许能够让李国庆在谈判桌上重新找到一些筹码，回到可能的均势地位。

当当网美国退市后，据传一直希望能够在国内重新上市，对于一家希望今后在资本市场有所展现的公司，如果需要融资、并购一些项目，股权矛盾激化到公章失控是对公司不利的，会直接导致融资、股改的暂停，“真假法人”的局面也会引发对外业务的严重不便。当然，盲目抢夺公章，如果给公司造成损失的，股东及公司也可以向侵权方主张赔偿。但我们此前处理的股东纠纷类案件，大部分都是通过“以战逼和”促成了股东双方的和解，毕竟股东纠纷损失最大的是公司，**谁最在意公司，往往会在股东纠纷中作出一些“让步”。**

李国庆的这次抢章事件也给广大公司的股东敲响了警钟。

首先，证照章的保管非常重要，如果股东之间已经发生纠纷，控制人一定要妥善保管好证照章。另外，对于尚在筹设期或者蜜月期的股东，应当深入思考公司的控制权是否要进行恰当的权利制衡。而这种权利制衡，又不影响公司的正常经营和股东的信任，这需要智慧的思考和成熟的法律设计。平衡合理的公司治理设计与退出机制，才能避免今后重金聘请“大汉”去上演“全武行”争抢大戏。

你以为抢公章不够体面，是夫妻吵架的升级。我们认为，这才是股东争议法律化的序幕，背后有复杂的法律意图，接下来，我们将持续关注当当控制权之争的进展。

（本文首发于 2020 年 4 月 27 日）

# “鬼吹灯”争夺战，天下霸唱输在哪儿？

黄璞虑、黄妃珍

“人点烛，鬼吹灯，勘舆倒斗觅星峰”，这话出自天下霸唱（原名为张牧野）《鬼吹灯》一书。近日，网剧《龙岭迷窟》的播出，又让《鬼吹灯》大热起来。

书红是非多，多起围绕“鬼吹灯”的著作权及标识的案件纷纷落下帷幕。其中，最为令人咋舌的是作者天下霸唱竟然被判决未经许可不得擅自使用“鬼吹灯”标识。作品犹如作者“十月怀胎”诞生的，但天下霸唱“生娃”后却不得“唤娃名”，令人唏嘘。

## 一、事件速递：天下霸唱因擅自使用“鬼吹灯”被判赔百万

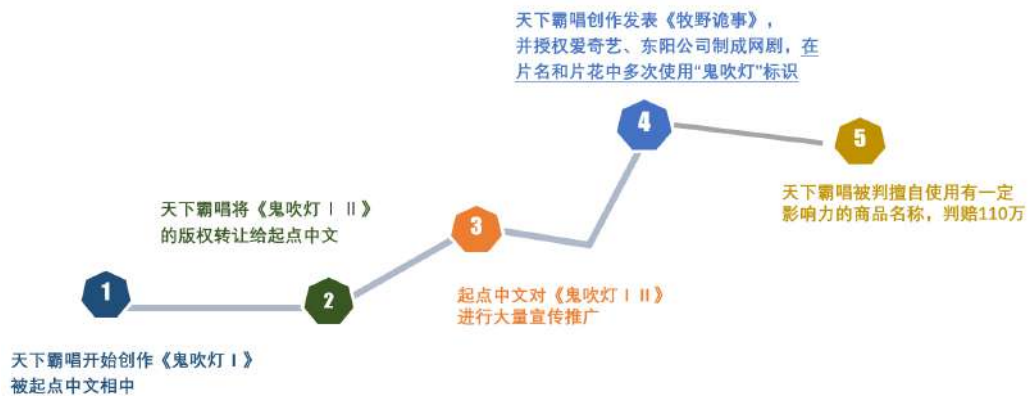


图1 案件速递

1.天下霸唱创作《鬼吹灯I》的部分章节后，被起点中文网的经营者上海玄霆娱乐信息科技有限公司发现潜力（下文以“起点中文”代称本案与天下霸唱进行版权交易的主体：玄霆公司）。

2.二者签订著作财产权**转让协议**（下称“版权转让”）：天下霸唱将《鬼吹灯I》《鬼吹灯II》的版权**全部转让给起点中文**，获得一笔转让费和分成费。

3.起点中文受让后对《鬼吹灯II》进行大规模、长期的宣传推广，极大提高了鬼吹灯系列小说的知名度。

4.天下霸唱创作发表了《牧野诡事》，授权东阳公司、爱奇艺公司联合制作成网剧《鬼吹灯之牧野诡事》。除剧名外，“鬼吹灯”一词还多次出现于该剧片花等宣传推广中：“《鬼吹灯》金晨被赞是中国版盖尔加朵”、“《鬼吹灯》导演谈角色不一样的鬼吹灯”等用语。

5.由此，天下霸唱等人被状告擅自**在网剧片名和片花中使用“鬼吹灯”，属于擅自使用他人有一定影响的商品名称，构成不正当竞争**。两审法院均予以支持，天下霸唱被判赔 110 万元。

本案争议焦点在于：三被告在网剧《鬼吹灯之牧野诡事》的片名和片花中使用“鬼吹

灯”名称，是否属于擅自使用他人有一定影响的商品名称的混淆行为？若此侵权行为成立，则意味着天下霸唱不享有“鬼吹灯”名称的使用权，所以不得擅自授权他人网剧剧名和片花中使用。侵权成立需要满足如下要件 1、2：

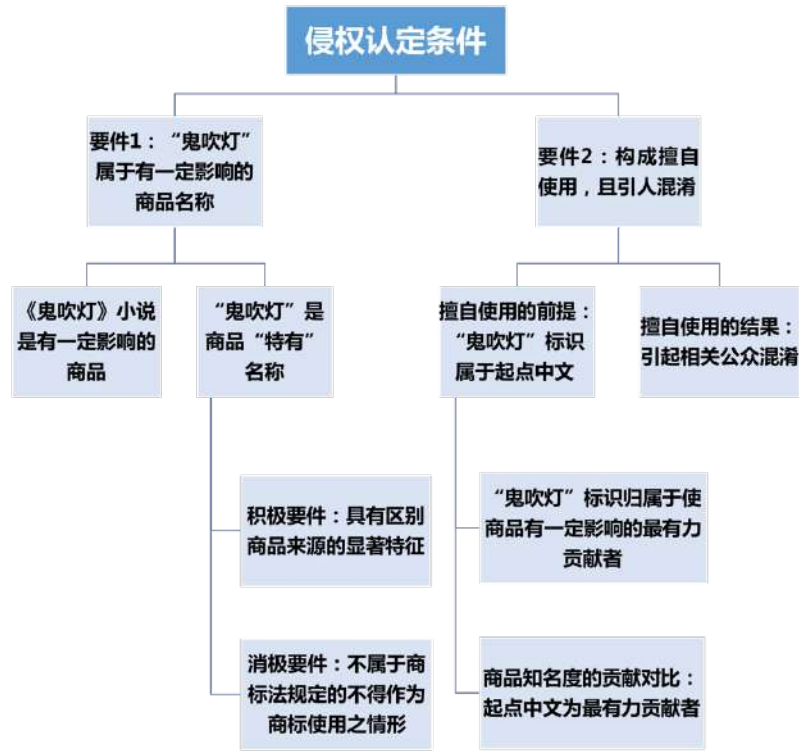


图 2 侵权认定要件

## 二、要件 1：“鬼吹灯”属于有一定影响的商品名称

### （一）《鬼吹灯I II》是有一定影响的商品

有一定影响的商品需满足：在中国境内具有一定市场知名度+为相关公众所知悉。结合以下事实，《鬼吹灯I II》构成有一定影响的商品，应无疑义：起点中文长达十年的宣传推广；小说的网络点击和关注度极高、粉丝和评论网贴众多；图书多次出版、销售量名列前茅；改编电影票房收入极高；改编漫画和游戏版本众多。

### （二）“鬼吹灯”是商品“特有”名称

商品“特有”名称需满足下述积极要件和消极要件。

#### 1.积极要件：具有区别商品来源的显著特征

商品名称之“特有性”，是指该名称非相关商品所通用。而且，需具有区别商品来源的显著特征，即相关公众通过商品名称可以建立起商品与特定商业来源（生产经营者）的对应关系。但是，不要求明确知道生产经营者的具体称谓。

随着作品知名度和影响不断攀升，相关读者通过“鬼吹灯”标识，很可能认为该商品即为《鬼吹灯》系列小说或其改编作品，由此建立起该商品与《鬼吹灯》系列小说背后生产经营者的对应关系。因此，“鬼吹灯”具有区别商品来源的显著特征。

## 2.消极要件：不属于商标法规定的不得作为商标使用之情形

有一定影响的商品名称，不得属于商标法第 10 条第 1 款规定的不得作为商标使用的标志。起点中文以及案外人多次申请注册“鬼吹灯”商标，但商标局均以“带有封建迷信色彩，易产生不良影响”为由驳回，本案三被告以此主张“鬼吹灯”无法构成有一定影响的商品名称。所以问题是：“鬼吹灯”未被核准商标注册，是否影响其构成有一定影响的商品名称？或者说，若认定“鬼吹灯”构成有一定影响的商品名称，是否具有商标法规定之不良影响？

这需要从“鬼吹灯”一词的起源、作者创作初衷、相关公众认知及使用影响等方面予以综合判定。

“鬼吹灯”一词起源于辛弃疾的《山鬼谣》，仅是一种“虚拟”的修辞手法而言；天下霸唱将之作为小说名称，亦无宣扬封建迷信之意。最主要的是，相关公众也仅是由“鬼吹灯”联想到小说盗墓情节之悬疑、惊险，并未对社会公共利益产生负面影响。而且，《鬼吹灯》系列小说的出版及网剧发行，通过了版权、广电等主管部门的审核和行政许可，也进一步加以佐证。因此，不能以目前“鬼吹灯”未获商标核准，作为其具有不良影响的直接论据，更不得以此否认其构成有一定影响的商品名称。

所以，《鬼吹灯》小说是有一定影响的商品，“鬼吹灯”满足积极要件和消极要件，构成有一定影响的商品名称。

## 三、要件 2：构成擅自使用，且引人混淆

天下霸唱创作发表《牧野诡事》，授权他人制作网剧《鬼吹灯之牧野诡事》。除剧名外，“鬼吹灯”还多次出现于该剧片花等宣传推广中。认定天下霸唱侵权的关键在于其是否构成“擅自使用”，即谁是“鬼吹灯”标识的权利人？

### （一）擅自使用的前提：“鬼吹灯”标识属于起点中文

#### 1.“鬼吹灯”标识归属于使商品知名的最有力贡献者

判断“鬼吹灯”标识的归属，应看权利人是否对商品知名度、商品名称特有进行了长期、广泛、的使用、宣传，这取决于有一定影响的商品名称的本质。

有一定影响的商品名称之“特有性”，来自于使用行为（即宣传、推广），正是在实际使用该名称才积累了受保护的商誉，建立了与商品来源的特定联系，而这种联系的建立使得使用人成为特有商业标识的所有人。

这也符合高风险高收益的商业原则。如图 3，通过版权转让作者获得对价，尤其是《鬼吹灯II》的转让费高达 150 万，还有影视改编所得报酬的 40%。对于网站而言，通过转让获得版权，并对作品投入高成本的宣传推广使其知名度大增，最终获得包括有一定影响的商品名称权益在内的大量收益。但是，网站前期投入远不止付给天下霸唱的转让费 160 万，其很可能签了 N 个作者，付出 N 倍转让费，才可能出现一个成名的天下霸唱。

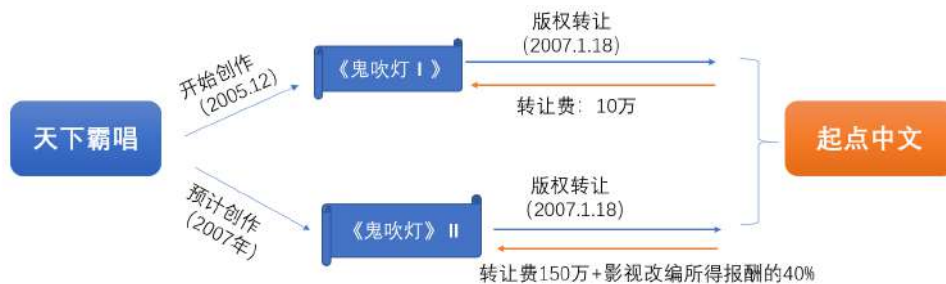


图3 著作财产权转让对价

## 2.起点中文与天下霸唱对“鬼吹灯”商品知名度的贡献对比

这需从转让前作品完成度及二者为之宣传推广等情况来看。



图4 《鬼吹灯III》转让前后情况

### （1）天下霸唱对商品知名度的贡献

如图4，就《鬼吹灯I》而言，以2006.4.28为分界，在此之前天下霸唱仅完成52章，全书共234章。即使天下霸唱在2005年12月至2006年4月间可能累积了一定的人气，但对于目前《鬼吹灯I II》（共470章）的知名度和影响而言，也是微乎其微。

就《鬼吹灯II》而言，以2007.1.18为分界，在此之前还没开始创作。根据版权转让协议约定：天下霸唱应在2007年4月1日前交付《鬼吹灯II》的写作大纲与作品稿件的第一部分。因此，不存在转让前已具有一定知名度的可能性。

### （2）起点中文对商品知名度的贡献

受让版权后，起点中文组织进行“鬼吹灯”同名小说竞赛、授权案外人出版实体书、改编出版漫画、改编成电影网剧和游戏，通过长达十年的宣传推广，使之成为知名商品。

所以，使《鬼吹灯》成为有一定影响的商品的最有力贡献者——起点中文，应当成为“鬼吹灯”标识的权利人。相比之下，天下霸唱首创作品时使用“鬼吹灯”作为小说名称，其首次使用行为并未使小说成为有一定影响的商品。所以，纯粹的在先但不具备知名度的使用行为无法使商品名称归属于为在先使用者。

### （二）擅自使用的结果：引起相关公众混淆



**擅自使用他人有一定影响的商品名称，引人混淆的，才构成不正当竞争行为。**

天下霸唱擅自授权他人使用“鬼吹灯之XX”作为网剧名称，容易使相关公众误认为网剧《鬼吹灯之牧野诡事》是由《鬼吹灯》小说改编而来。从作品关联度分析报告来看，该网剧与《鬼吹灯》小说在人物、场景、剧情上并不存在相对应的关联，缺乏改编关系。三被告明知上述情形，仍在剧名和片花中冠以“鬼吹灯”，明显是为攀附《鬼吹灯》的知名度，进而获取不正当商业利益。此种行为侵犯了起点中文对有一定影响的商品名称的相关权益，构成不正当竞争行为。

综上，天下霸唱失去“鬼吹灯”名称，是因为其将版权全部转让给起点中文，而且《鬼吹灯》小说的作品知名度主要是由起点中文大量宣传提升的。尽管版权转让后，天下霸唱获得了160万的转让费和影视改编所生报酬的40%，也不算太惨；不过，不得使用“鬼吹灯”名称和不得授权他人使用，对作者而言不失为一种遗憾。因此，如何避免此种遗憾，或许才是网文作者们的关注要点。

#### 四、如何避免遗憾：给其他网文作者的启示

近日，网文作者与平台间的创作合同争议沸沸扬扬，在与平台的博弈中，大部分作者实属弱势地位。但为避免类似于本案“不得唤娃名”的遗憾，我们建议网文作者至少应当保有能够授权许可第三人使用作品名称的权利。随着作者博弈地位由弱至强，我们分别介绍以下三种操作做法，可与平台协商谈判的参考：

##### 1. 当作者最弱势时：反向授权

当作者地位最弱时，缺乏足够的谈判筹码和网站协商由作者自己保有版权。出让版权似乎是不可避免的无奈之举，为保障作者未来仍可授权他人使用作品名称，作者可以选择反向授权模式，如图5



图5：反向授权模式

在反向授权的情况下，作者先将版权转让给网文网站，并约定**转让条件**为：网站应将**商品名称和版权**反向授权许可作者使用，且作者可以**再授权第三人使用**（如授权电影公司将作品改编成电影）。因为此时作者最弱势，可以增加附属条款促使协商成功：

(1) 可以约定网站仅将**部分版权**反向授权作者，并且**限制使用范围**为作者有特别需求的领域。如作者对另行授权他人改编电影有需求和规划，可以限制使用范围为改编电影；还可以约定避免竞争条款，如作者授权他人改编电影的排期应避让网站授权他人改编的电影排期。

(2) 可以约定作者再授权第三人所得收益与网站共享。

(3) 作者可以通过降低版权转让费来促使反向授权条款的谈成。

以上条款合并使用时，网站愿意反向授权的成功率越高。

应注意（如图 5），**反向授权范围应同时包含 A 作品的商品名称和版权（版权必不可少）**。以作者再授权电影公司改编电影为例，若反向授权仅包含商品名称，作者因缺乏版权而无法再授权他人进行改编。此时，作者虽可再授权电影公司使用商品名称，但从商业角度此种授权无实益。

如果时光倒流，天下霸唱在当年签约时，假使采用反向授权来保障自己“鬼吹灯”的名称权益，则其产生的情况更为特殊（如下图 6），是将 B 作品《牧野诡事》授权第三人改编，并冠以 A 名称“鬼吹灯”，**此时反向授权范围可以只包含 A 作品名称**。因为作品 B《牧野诡事》的版权未转让，天下霸唱有授权他人改编的自主权。因此，若通过反向授权将“鬼吹灯”名称授权天下霸唱使用，且天下霸唱可以再授权第三人在作品 B 前冠以“鬼吹灯”名，则可以避免本案纠纷。此种情形中，网站为了避免作者胡乱“搭便车”，通常会要求作品 A 和作品 B 具有一定的关联性，否则胡乱“张冠李戴”可能对作品 A 的声誉不利。

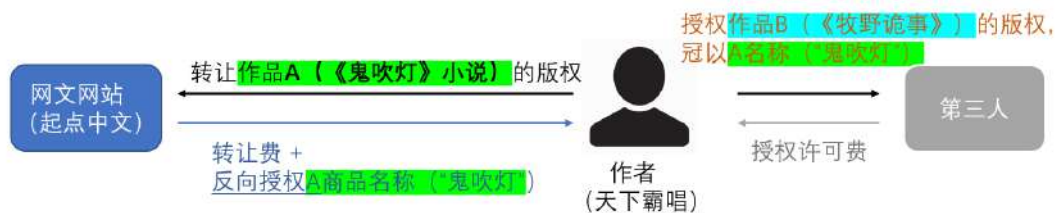


图 6 仅反向授权商品名称的情况（假设）

## 2. 当地位平等时：共有版权和商品名称

当作者以前发表过有一定影响的作品，已经有一定名气和粉丝，和网站具备大致平等的谈判地位时，无须将版权全部转让给网站，反之可以要求和网站共有版权。此时不再需要反向授权模式。

共有版权的法律后果为：任一共有人可以单独行使版权，包括未经对方同意可以授权第三人使用，但所得收益共享。**共有的收益，还应当包括商品知名后所得有一定影响的商品名称的权益。也就是说，从结果上应保证作者和网站应当共有版权和商品名称**，否则作者也可能因为不具有使商品知名的贡献而丧失有一定影响的商品名称的权益。

如果天下霸唱和网站地位平等并采取此种模式，其仍共享《鬼吹灯》版权和“鬼吹灯”名称，可以授权他人在改编网剧《牧野诡事》时冠以“鬼吹灯”，则本案纠纷亦可以避免。

### 3.当作者强势时：正向授权

当作者已经成长为明星作家，作品声名大噪，改编电影网剧等大受欢迎，受到不同平台的约稿，处于谈判强势地位。此时作者可以保留版权，通过“分一杯羹”的方式授权许可给网站（即正向授权）。可以约定授权网站使用（部分）版权，并约定若因网站的贡献使商品知名后，该商品名称权益归作者单独所有或二者共有。如果天下霸唱处于强势谈判地位，并采取此种模式，则本案纠纷不可能发生。

总而言之，天下霸唱之所以失去“鬼吹灯”名称，是因为其将版权完全转让给起点中文，且作品知名度主要是由起点中文大量宣传造势所致。由此使得天下霸唱失去了商品名称“鬼吹灯”的使用权，不能擅自授权他人在网剧《牧野诡事》剧名和片花中使用。为避免此种情况，网文作者们可以根据自身谈判地位由弱至强分别反向授权、共有版权、正向授权的模式，保障作者可以使用作品名称并授权他人使用的权利。

（本文首发于 2020 年 5 月 6 日）

## 拒做“傻白甜”，企业能从腾讯 VS 老干妈事件中获得什么启示？

卫新、赵晓波

6月29日，深圳市南山区人民法院发布了一则民事裁定书，因原被告双方的知名度引起业内外强烈关注。裁定书中，原告腾讯请求查封、冻结老干妈旗下两公司名下价值人民币约1624万元的财产。

### 深圳市腾讯计算机系统有限公司与贵阳南明老干妈风味食品销售有限公司、贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司服务合同纠纷执行实施类执行裁定书

发布日期：2020-06-29

浏览：631次

🔍 📄

#### 广东省深圳市南山区人民法院 民事裁定书

(2020)粤0305执保1106号

原告：深圳市腾讯计算机系统有限公司，住所深圳市南山区粤海街道麻岭社区科技中一路腾讯大厦35层，统一社会信用代码：91440300708461136T

法定代表人：马化腾，任总经理。

委托诉讼代理人：王小敏，北京市炜衡（深圳）律师事务所律师。

被告：贵阳南明老干妈风味食品销售有限公司，住所贵州省贵阳市双龙航空港经济区龙洞堡见龙洞路138号，统一社会信用代码91520191MA6GK93D1K。

法定代表人：陶华碧，任总经理。

被告：贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司，住所贵州省贵阳市南明区龙洞堡见龙洞路138号，

对撞派

腾讯对外表示：2019年3月，腾讯与老干妈公司签订了一份《联合市场推广合作协议》，腾讯投放资源用于老干妈油辣椒系列推广，腾讯已依约履行相关义务、但老干妈未按照合同约定付款。因多次催款无果，遂起诉。

据外界推测，所涉千万级别的联合市场推广很可能是QQ飞车上线的老干妈系列推广活动。2019年4月26日，腾讯互动娱乐事业群QQ飞车手游运营总监赵斯鹏宣布：老干妈将成为QQ飞车手游S联赛最新的行业年度合作伙伴。此后，QQ飞车手游S联赛在发布的微博中，基本都会带上这次合作相关的微博话题#老干妈漂移火辣辣#，整个话题阅读量过亿，讨论量18.1万。同年10月，QQ飞车中上线了老干妈相关活动，比如登录之后送老干妈合作专属套装、完成比赛之后可以获得「老干妈礼盒」等等。

但是，短短一天后，老干妈就发表了官方声明，表示“公司从未与腾讯公司或授权他人与腾讯公司就‘老干妈’品牌签署《联合市场推广合作协议》，且从未与腾讯公司进行过任何商业合作”，并已向警方报案。

# 贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司

## 声明

2020年6月10日，我司接到深圳市南山区人民法院委托贵阳市南明区人民法院送达的相关法律文书。深圳市腾讯计算机系统有限公司（以下简称“腾讯公司”）以服务合同纠纷为由起诉我司并申请财产保全。收到上述文书后，我司给予高度重视并立即开展调查。经核实，我司从未与腾讯公司或授权他人与腾讯公司就“老干妈”品牌签署《联合市场推广合作协议》，且我司从未与腾讯公司进行过任何商业合作。

针对上述重大事件，我司及时采取法律手段维护企业合法权益，已向公安机关报案。公安机关于2020年6月20日决定对此案予以立案侦查。对于该事件给我司声誉造成的不良影响，我司保留追究相关主体法律责任的权利。

贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司

2020年06月30日



7月1日午间，贵阳警方发布通报称：有三名犯罪嫌疑人伪造老干妈印章，冒充老干妈市场经营部经理，与腾讯签订合作协议，意在获取腾讯推广活动中配套赠送的网络游戏礼包码并通过倒卖获利，现已被刑事拘留。



## 警方通报

近日，我局接贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司（以下简称“老干妈公司”）报案称：有不法人员冒充该公司名义与深圳市腾讯计算机系统有限公司（以下简称“腾讯公司”）签订合作协议，导致被腾讯公司起诉。

经我局初步查明，系犯罪嫌疑人曹某（男，36岁）、刘某利（女，40岁）、郑某君（女，37岁）伪造老干妈公司印章，冒充该公司市场经营部经理，与腾讯公司签订合作协议。其目的是为了获取腾讯公司在推广活动中配套赠送的网络游戏礼包码，之后通过互联网倒卖非法获取经济利益。

目前，曹某等3人因涉嫌犯罪已被我局依法刑事拘留，案件正在进一步办理中。

贵阳市公安局双龙分局

2020年7月1日

虽然上述事件仍在进一步办理，其中详情未有定论，但类似的情况并不偶发。本文将与大家探讨，在类似情况下，提供服务一方企业，可以从刑事、民事层面维护自身权益、以及如何防范此类事件再次发生。

### 一、涉嫌刑案，索要合同款必须先刑后民吗？

“先刑后民”是指司法机关在处理民事案件时，发现该案同时涉及刑事犯罪，此时将由法院先对刑事犯罪进行审理，再审理民事责任；或者法院在审理刑事犯罪的同时，附带审理民事责任。

我们认为，当企业遇到类似情形时，“先刑后民”并非唯一的流程。判断是否应当先刑后民的关键在于：合同一方通过民事途径起诉另一方要求偿付服务费用时，民事案件的请求权基础——服务合同关系，是否与刑案中涉嫌的犯罪行为是“同一事实”，是否必须以刑案的处理结果为前提。

若并非如此，企业还是应当积极把握时机，尽早通过民事途径维护自身权益。此外，即便案件需要适用“先刑后民”，公司也不用安坐等待，可以与公安机关积极配合、了解案件进展，根据案件动态及时改变诉讼策略，通过刑事案件的处理成果，来破解自身困境。

### 二、“先刑后民”中，企业如何维权？

假设在“先刑后民”的情境下，如果案件事实构成刑法第二百二十四条规定的“合同诈骗罪”，那么企业将只能向犯罪嫌疑人追偿。

在刑法上对于合同诈骗罪的构成，需要具备两个核心要件：一是存在虚构事实的骗取行为；二是具有非法占有的主观故意。

企业可尝试击破“合同诈骗罪”的成立，例如，①通过外围排查关联公司情况；②确定印章存在授权或默许的情形；③合作往来的过程，对方公司是否就合作过程进行了多次、有连续性地沟通对接；④对方公司是否在合作过程中有公开明示的参与，如线上官媒的宣传、线下活动的露面等；⑤邮箱域名；⑥以电子取证的方式，调查业务流和财务流的走向，是否有对方公司的实质性参与。

企业可以尽可能全面地搜集证据并向警方提供，在维权道路上获得更大的谈判主动权。

### 三、民事层面，企业如何维权？

如上文所述，在非“先刑后民”的情境下，企业则可把握时机，尽快通过民事途径维护权益，就此，可从以下两方面切入：

#### 伪造签章的合同一律无效吗？

商业活动中，企业印章被伪造的现象并不罕见。从2019年引起社会热议的比亚迪广告门，到目前的国民女神老干妈案，都与此相关。为什么在广告行业此类伪造印章、冒用名义的行为频频出现？

主要原因在于：1、国内广告行业竞争激烈，供应商企业相对处于弱势地位。在合同签

署过程中，一般也不会再另行要求甲方公司提供盖章的营业执照正副本等资质证明文件。

2、甲方确认内部需求后，通常会找到几家供应商企业参与比稿。从受邀参加比稿到正式签订合同期间，企业往往早已多次前往广告主指定的地点进行现场提报，双方对接人员已产生了一定的信任基础。不签合同，先干活，事后再补签也是很常见的现象。对于拟实施坑蒙拐骗的人员而言，其犯罪成本较低，只需要租赁一个办公场地，挂上从网上找来的公司logo，即可实施诈骗行为。

在法律上，一般签章造假，合同都应该被认定无效。但是，这个规则并不绝对，在构成“表见代理”的情况下，即使行为人确实不具备代理权、伪造了印章，但合同仍然对获利的公司有效；法理上，这是为了保护交易中的善意第三人的信赖利益。

但司法实践中，适用表见代理较为严格、慎重，尤其是“相对人有理由相信行为人有代理权”往往较难证明。上海高院2012年发布的《商事合同案件适用表见代理要件指引（试行）》（以下简称“《指引》”）指出，适用表见代理须同时符合两项要件：

- 1.权利外观要件，即行为人行为在客观上具有代理权的表象。
- 2.主观因素要件，即合同相对人善意且无过失地相信行为人有代理权。

就权利外观，《指引》主要包含9个因素：

- （1）合同是否以被代理人名义订立；
- （2）行为人的身份、职务是否与被代理人有关联；
- （3）被代理人对行为人是否存在可合理推断的授权关系；
- （4）合同等对外文件材料上是否加盖与被代理人有关的、可正常对外使用的有效印章；
- （5）合同关系的建立方式是否与双方以往的交易方式相符；
- （6）合同订立过程、交易环境和周围情势等是否与被代理人有关；
- （7）被代理人是否存在能够使人相信其参与合同履行的行为；
- （8）标的物的用途、交付方式与交付地点等是否与被代理人有关，被代理人是否取得履行合同的利益；
- （9）其他具有代理权客观表象的情形。

就主观部分，《指引》主要指出5个因素：

- （1）合同相对人与被代理人之间是否存在交易历史以及相互熟识程度；
- （2）合同相对人在订立合同之前是否即已充分知悉权利外观事实；
- （3）合同相对人注意义务与交易规模大小是否相称。一般而言，标的物数量大、金额高的大宗交易，合同相对人应更加谨慎；
- （4）交易对效率的要求与合同相对人核实代理权限的成本是否相称。若合同相对人核实代理权所需的时间和经济成本难以承受，并可能妨碍交易目的实现，且其为追求效率而放松对代理权限的核实并承担相应风险在商业上是合理的，可作为判断善意与否的考量因素；
- （5）其他影响合同相对人主观判断的因素。

概言之，在判断主观因素要件时，应结合合同订立和履行过程中的各种因素，综合判

断合同相对人是否为善意且无过失。实务中，如果确实构成表见代理，那么涉案的犯罪嫌疑人即使没有代理权，服务合同也仍然有效，企业仍可根据合同主张款项。

### **当合同无效时，企业是否还有其他维权途径？**

我们再进一步讨论，若法院经审查认定行为人不满足表见代理的条件，则合同效力待定，合同一方未作表示或者拒绝追认的，则合同由行为人自己承担责任。考虑到行为人多数情况下已因涉嫌刑事犯罪被采取强制措施，极有可能无力偿还债务或赔偿损失，企业是否还有其他维权途径？

我们认为，可以考虑主张“不当得利”。根据《民法总则》第 122 条规定，“因他人没有法律根据，取得不当利益，受损失的人有权请求其返还不当利益”。

不过，采用“不当得利”主张经济利益返还，实务中难点颇多。

**1.“取得利益无合法根据”的举证。**到底是由企业作为原告来证明“没有合法根据”，还是由相对方作为被告来证明其获得利益有合法根据？

我们认为，企业需要证明自己为对方谋取品牌推广利益的合理原因和目的，并举证这些原本正当的、合理的合同或信赖预期，因为行为人的犯罪行为被“清零”了，双方之间缺乏其他基础法律关系，而对方白白享受品牌推广的“福利”于法无据、于约无据。

此外，最新审议通过的《民法典》第九百八十七条规定了恶意得利人的返还义务，也即如果得利人知道或应当知道取得的利益没有法律依据，企业才可请求其返还利益、赔偿损失。如果不能充分证明相对方知晓，不当得利的主张仍难以实现。通常情形下，商业往来中双方利益来源主要基于合同约定。我们认为在判断相对方时，可分为如下两种情形：第一，得利人自始没有合法权利依据。例如，得利人从未与企业签署过任何服务合同；第二，得利人原取得的合法根据，现已丧失。例如，得利人与企业此前签署过服务合同，但合同到期终止或提前解除后，企业仍在继续为得利人提供持续的曝光和推广服务。

**2. 返还的不当利益该如何计算。**企业所提供的的服务是否可以直接被认定为相对方所获得的利益，实务中亦存有争议，如过对方企业当年的广告营销计划、年度推广方案等材料中均无相关的广告预算，则该等利益有可能对于相对方而言，构成强迫得利，相对方无义务向提供服务的企业支付服务费。

然而，即便未被认定为构成强迫得利，服务费用如何结算、返还的不当利益的范围则又是一个难点。由于双方之间没有合同关系，因此合同约定的服务费用并不能直接认定为被告的获利，而品牌利益并没有标准通用的市场价格，因此，返还利益的认定，要结合当时的市场环境、行业惯例、合同约定、服务成本、被告过往的广告投入及品牌特点、推广意愿、不当得利人获利是否存在过错等综合因素，由法院酌定；而实际返还的利益往往会远远低于合同约定的金额，不足部分，企业仍然可以向无权代理的行为人主张。

同时，企业可主张得利人返还的利益的范围，亦与得利人的主观状态密切相关。(1)受利人为恶意。取得利益时明知是没有合法根据的，其返还利益的范围是受利人取得利益时的数额，即使该利益在返还时已经减少甚至不复存在，返还义务也不能免除。(2)受利人为善意。取得利益时不知道没有合法根据，其返还利益的范围以利益尚存的部分(现存利益)为限；如利益已不存在，则不负返还义务。(3)受利人在取得利益时为善意，而事后又变为恶意的，其



返还范围应以恶意开始之时存在的利益为准。

#### 四、企业如何防范此类事件发生



7月1日晚间, 腾讯公司官方微博号发布微博并置顶, 就此次事件作出回应, 也提到“防止类似事件再次发生”。我们建议服务企业们可从合同磋商、履约阶段考虑, 注重细节、做好证据固定:

#### 合同磋商阶段

1.留存业务接洽过程中所接触到的对接人员的名片。以比亚迪广告门为例, 笔者参与代理的广告商向上海比亚迪主张支付服务费时, 法庭调查阶段, 法官提问问题中即包含有是否已取得对接人员的名片。

2.查询合同约定的联系地址、项目汇报场所与公司注册地址、实际经营地址是否一致。在签约前, 企业们可通过企查查、天眼查等方式, 对合同相对方的注册地址进行查询。如对方存在生效判决, 亦可根据其在裁判文书网留存的联系地址判断, 本次合同中的联系地址、项目提报、汇报的场所是否符合正常交易惯例。

3.查询合同中所留有的开票信息是否与真实开票信息一致。可考虑通过如下两种途径查询对方的真实开票信息: 第一, 企查查中可查询到公司发票抬头, 企业们可与合同中所留存的开票信息进行比对。第二, 亦可拨打国家税务总局纳税服务热线 12366, 提供对方的完整企业名称, 即可查询到真实开票信息。

4.查询对接人所留存的邮箱的域名注册信息。查询网址为 <https://wanwang.aliyun.com/domain/?spm=5176.7477273.10.3.343e5c16xcixzU>。通过该网址,

可查询到相关域名的注册时间、有效期限等信息，据此综合判断对接人的身份真实与否。

5.重要文件（如定稿的合同、盖章版合同）等在发送对接人时，一并抄送对方公司的官方邮箱。官方邮箱可通过企查查、全国企业信用信息公示网、企业年报等渠道予以查询。

### 合同履行阶段

1.实时跟进已开具的发票抵扣情况。一般来说，此类服务合同常设置分期付款，先开票后付款。我们建议，企业在要开具第一期服务费对应的专票后，定期跟进专票的抵扣情况。如发现长期未抵扣等情形时，可视情况考虑是否暂停后续服务或督促对方进行抵扣，以避免损失扩大。

2.项目提报、汇报、工作成果提交书面存证，并对对方办公场所情况进行拍照留证。鉴于服务方案、结案报告的确定均需多次与对方公司当面沟通，因此，我们建议企业通过发送邮件、抄送官方邮箱的方式就历次会前准备文件、开会时间及地点、会后报告文件进行确认。

3.在多种社交媒体渠道与对方公司官方账号进行互动。此类服务合同项下，企业往往会提供或向第三方采购一些媒体资源，以增强服务项目的曝光量。因此，我们建议，企业在实际履行合同的过程中，也应通过多种社交媒体账号@对方官方账号，并保存与之互动的证据材料。

（本文首发于 2020 年 7 月 2 日）

## 《民法典》视野下，企业如何订立格式条款才能避免被判无效？

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，理由是公司存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

弥补缺上位法空缺，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、迟延履行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）

# 为什么“小黄人”判赔 500 万，“小猪佩奇”却只赔 25 万？

黄璞虑、徐琰

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）

## “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。

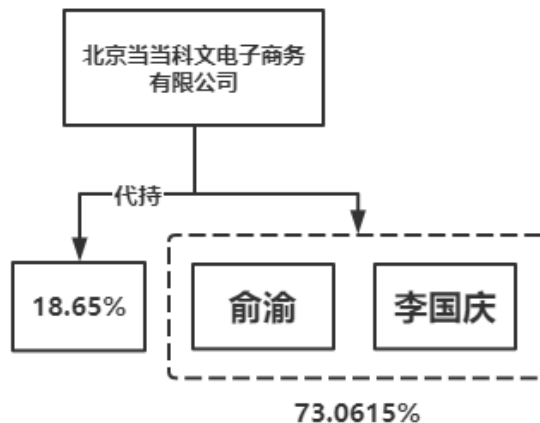
7月16日，当当法务部发布的《当当网股东离婚诉讼不影响当当网的运营与治理结构》称，俞渝、李国庆、孩子和管理层约定了他们在控股公司的股权比例——俞渝52.23%、李国庆22.38%、孩子18.65%，管理层6.74%。

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%	路径1 (占比约 64.2%) 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
2	李国庆 <small>他有 37 家公司 &gt;</small>	27.51%	路径1 (占比约 27.51%) 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

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“无论你有什么国籍”，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到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）

# 从上海金融法院改判的 4 个融资租赁案例看审理口径的变化

李凤翔

自 2018 年 8 月上海金融法院成立以来，原本应由上海一中院、二中院受理的融资租赁案件统一划归金融法院审理。以往我们可以明显看到一中院和二中院辖区对于一些融资租赁争议问题的审理口径有所不同，如今统归金融法院管辖后，金融法院的最新实操口径是怎样的？

截止笔者起草本文之日，根据目前公开渠道可查询到的金融法院 97 个融资租赁合同纠纷二审案例中，改判的融资租赁案件共有 23 个。我们选取其中 4 个改判的融资租赁案件进行了分析和归纳，看看金融法院对于这些实务中争议较大的问题是如何认定的？

## 一、承租人违约后，出租人是否有权自力取回租赁物？

在融资租赁纠纷中，由于租赁物所有权归属出租人，一旦发生承租人违约情形，对于一些便于移动的租赁物，出租人往往会先行自行取回租赁物。这种自力救济的方式在汽车融资租赁案件中最为常见。但近两年，这一手段常会引起矛盾激化，在自力取回的过程中爆发一些冲突，从而使得这种自力救济行为具有很大争议，甚至会导致出租人产生刑事风险。

上海金融法院对出租人的自力救济如何认定呢？在（2019）沪 74 民终 224 号案件中，承租人以售后回租方式租赁车辆使用，后因欠付租金被出租人起诉。该案经北京丰台区人民法院审理后判决承租人支付全部未付租金及违约金。之后出租人也申请了强制执行，但因被执行人名下无其他可供执行财产，出租人遂自行取回了租赁物。

承租人认为出租人的自力取回影响了其租赁物的使用，遂诉至上海市嘉定区法院，要求出租人返还车辆。一审法院认为，取回权的性质属于救济权，必须以融资租赁合同解除为前提。但出租人并未再行起诉请求解除合同、收回租赁物，径行取回车辆影响了承租人对租赁物的占用与使用，非合法的自力取回行为，并据此判决出租人应当返还车辆、支付违约金。

二审中，金融法院认为，该案件仅涉及车辆是否需要返还的问题，与租赁物的处理无关。由于出租人已经根据合同约定取回车辆，且在取回租赁物后已再次提起诉讼要求确认租赁物的权属并收回租赁物。如再次判决归还车辆不利于双方纠纷解决，进而改判出租人无需归还车辆。但同时金融法院也指出，如出租人在自力取回车辆过程中有任何不当行为，给承租人造成损失的，双方可另案解决。

本案一审法院与金融法院作出了截然相反的判决结果，金融法院认可了出租人的自力取回，但金融法院的改判也是综合考虑以下因素后作出的：

- 1.出租人在自力取回租赁物之前已经经过了诉讼和强制执行业务程序，且执行后仍有部分还款义务未能履行；

- 2.出租人在取回租赁物后另行提起了诉讼，要求对租赁物确权；

3.承租人的诉请不是针对出租人自力取回行为所造成的损失，主要是要求归还租赁物。

本案为出租人自力取回租赁物提供支撑，不过需要注意的是自力取回需要经过“前置程序”，即**需要有生效判决确认承租人欠付全部未付租金，且经强制执行仍未能完全清偿。**此外，出租人对于租赁物需进行相应的确权，只有确权后出租人才享有“取回权”。同时也明确如果未经确权，出租人的自力取回行为如造成损失需要承担赔偿责任。这就给出租人进行自力取回的方式提出了较高的要求。

## 二、租赁物取回费用、咨询服务费用可以被法院支持吗？

我们在前文中讨论了出租人是否可在承租人违约时自力取回租赁物的问题，由此带来的另一个问题是，出租人取回并处置租赁物后，因取回及处置租赁物带来的费用可以向承租人主张吗？（2019）沪 74 民终 998 号案件中的租赁物同样为车辆，出租人因承租人欠付租金而自行取回车辆并处置给第三人，同时发函明确解除案涉融资租赁合同、诉请法院确认合同解除、要求承租人支付车辆处置价款与租金间的差额、违约金、贷后处理费、催告费。

一审法院支持了出租人的全部诉请。承租人上诉认为车辆处置价款过低、不应承担贷后处理费用、违约金过高。**金融法院二审时指出，贷后处理费和催告费的承担在案涉融资租赁合同中均有明确约定，且出租人可确认催告费的合理构成，因此仍应予以支持。**但一审判决中的违约金计算基数存在一定瑕疵，并结合出租人自愿调低违约金的的行为改判调低了违约金。

除租赁物取回费用外，出租人有时还会和承租人另行签署《咨询服务合同》，并据此收取咨询服务费，但实质上很多咨询服务并未实际提供，因此也很容易成为双方之后的争议焦点。在（2019）沪 74 民终 760 号案件中，承租人上诉时提出，其为案涉融资租赁业务同出租人签署了《咨询顾问协议》，并支付了 600 万元咨询服务费。承租人认为出租人并未提供对应服务，要求出租人全额返还咨询服务费，用于抵销承租人的未付租金。金融法院审理后认为，《咨询顾问协议》中的服务内容属于出租人为开展系争融资租赁业务而从事的辅助工作，相关服务已经提供，不支持退还咨询服务费。同时进一步指出，《咨询顾问协议》项下的服务实际从属于融资租赁业务，应视为出租人为开展融资租赁业务而应支付的必要成本，据此收取的咨询顾问费属于融资租赁业务收益的组成部分，应当和租赁、罚息等合并，与出租人融资成本相比较是否超过了法定收益的上限。（2019）沪 74 民终 826 号案件中，一审法院明确案涉的咨询服务费用属于融资租赁合同项下的其他费用，应和迟延罚息等合并考量，总计金额不得超过年化利率 24% 的上限。金融法院二审时也再次认可了这种观点。

综上，一份完善的融资租赁合同可以帮助出租人最便捷、最大化地实现自身利益，对于有合同依据及其他证据佐证的贷后处理费、催告费可获支持。但如出租人收取了咨询服务费的，仍需提供相应的咨询服务，并需妥善保留自己提供了服务的相关证据材料。同时仍需做好咨询服务费与其他费用合并受年化 24% 利率上限约束的心理准备。

### 三、加速到期后是以全部未付租金为基数计算违约金吗？

我们曾在《融资租赁合同选择加速到期后，逾期利息计算是否应扣除承租人的期限利益》一文中，专门就融资租赁合同加速到期后违约金计算这一问题进行了细化探讨。在本所律师承办的（2019）沪74民终246号融资租赁合同纠纷一案中，浦东新区法院一审判决加速到期后的违约金计算基数为加速到期前的已到期租金。本案经上诉后获得了改判，最终金融法院支持以全部未付租金为基数计算自加速到期日至实际清偿日止的违约金。该案例推翻了上海浦东新区法院此前的审理口径——因加速到期导致承租人丧失了期限利益，故仅能以已到期部分的租金作为加速到期后的违约金计算基数。在此后的（2018）沪74民终31号案件中，一审上海黄浦区法院判决的加速到期后的违约金计算基数是全部应付租金及保证金之和。金融法院二审审理时，出租人放弃就保证金主张违约金，后金融法院二审判决中的违约金计算基数也是加速到期后的全部未付租金。

上述两案中，金融法院都认可了加速到期后的违约金计算基数为全部未付租金。我们认为，这也与该两案的一些背景有关——该两案所涉的融资租赁合同签署时间较早、约定的租赁期限相对较长，至金融法院审理时，合同的租期均已届满。如此时仍判决仅以加速到期时的承租人未付租金计算违约金，将导致出租人行使加速到期权益反致利益受损的后果——明明全部租期均已届满，却有部分租金因加速到期，反而无法追究承租人逾期支付的责任了。因此，仅就该两个案例，虽尚不足以得出金融法院已统一认可在加速到期后均以全部未付租金为违约金计算基数这一结论，但一定程度上也反应出司法裁判对这一问题所持观点的转变。

### 结语

本文中，我们对经上海金融法院二审的一些融资租赁合同纠纷案例进行了简要盘点与分析，供读者参考。对融资租赁企业而言，当发生承租人违约情形时，建议按照以下方式进行处理：

1. 综合评判租赁物的残值、处置难度、租赁物实际使用方、自力取回风险、加速到期的条件是否成就、选择加速到期的时间节点是否合适等问题，在加速到期和解除合同中作出恰当选择。例如，在合同能源管理融资租赁模式中，租赁物实际由第三方使用，此时如选择解除合同、取回租赁物，在实际取回时就会面临更高的风险。

2. 出租人如选择解除合同、取回租赁物的，在未经确权之前应谨慎进行租赁物的自力取回，防止出现暴力取回情形。其次，如果承租人已经在租赁物上添附、安装了其他物品的，出租人更需要审慎评估，防止双方就此产生争议、最终导致出租人不仅未因自力取回成功维护利益，反而需要承担赔偿责任。

3. 出租人如选择加速到期的，由于加速到期后极有可能仍不能获得承租人对租金的清偿，出租人可考虑在加速到期时一并主张在租金未获得全部清偿之前，租赁物所有权仍归出租人所有。为出租人选择加速到期、经过法院强制执行程序后仍有租金未获清偿时取回租赁物进行铺垫。

此外，这些案例也充分反映出，合同的具体约定将直接关系到未来争议的处理，因此，我们也建议融资租赁企业不断规范业务操作流程、完善合同约定条款，以最大化地保护自身利益。

（本文首发于 2020 年 6 月 10 日）

# 融资租赁监管新规发布，给企业合规划重点了！

徐沁芳

近日，银保监会正式下发《融资租赁公司监督管理暂行办法》（以下简称“《办法》”），其内容对融资租赁企业的业务开展产生了重大影响，对企业的合规经营提出了高要求，不合规者将直接面临关停风险。本文对本次新规的监管要点进行梳理分析，文末也附上目前融资租赁行业法律体系供企业了解学习。

## 一、正式稿与征求意见稿对比

对比银保监会在一月份发布的征求意见稿，此次正式稿调整的以下几点内容值得关注：

1、针对融资租赁公司业务的负面清单，新增了银保监会或地方金融办禁止开展的业务或活动；

2、融资租赁公司进口租赁物涉及配额、许可等管理的，原来规定由租赁物购买方或产权所有方办理相关手续，现在放开允许当事人另行约定办理手续的主体；

3、对融资租赁公司关联交易提出细化要求，要求关联交易应定价公允；

4、过渡期适当延长，征求意见稿规定不晚于2021年12月31日，正式稿调整为不超过三年，且地方金融办可以根据实际情况适当延长过渡期安排。

## 二、新规7个要点解读

### 1、业务范围

《办法》第五条规定，融资租赁业务范围包括：

（一）融资租赁业务；

（二）租赁业务；

（三）与融资租赁和租赁业务相关的租赁物购买、残值处理与维修、租赁交易咨询、接受租赁保证金；

（四）转让与受让融资租赁或租赁资产；

（五）固定收益类证券投资业务。

《办法》整合了“转租赁”、“杠杆租赁”“委托租赁”、“联合租赁”的表述，删去了商务部文中“向第三方转让应收账款”以及2015年发布的《国务院办公厅关于加快融资租赁业务发展的指导意见》中“允许融资租赁公司兼营与主营业务有关的商业保理业务”的表述，以后融资租赁公司经营向第三方转让应收账款、开展商业保理业务将存在一定风险，建议关注后续地方细则的规定。

### 2、负面清单

《办法》第八条规定，融资租赁公司不得有下列业务或活动：

- (一) 非法集资、吸收或变相吸收存款；
- (二) 发放或受托发放贷款；
- (三) 与其他融资租赁公司拆借或变相拆借资金；
- (四) 通过网络借贷信息中介机构、私募投资基金融资或转让资产；
- (五) 法律法规和地方金融监管部门禁止开展的其他业务或活动。

《办法》明确，融资租赁公司不得从事发放或受托发放贷款业务，目前行业中大量存在的“名为租赁，实为借贷”的业务将面临合规问题。融资租赁法律关系的认定需要结合租赁物是否真实存在且特定化、租赁物与合同约定是否一致、租金与租赁物价值是否匹配、所有权转移手续是否符合法律规定等方面来考察。《办法》第十七条也规定，融资租赁公司应当建立健全租赁物价值评估和定价体系，合理确定租金水平，售后回租业务中不得低值高买。与《关于加强商业保理企业监督管理的通知》中规定的保理公司负面清单相比，《办法》未明确将通过地方金交所、资管机构进行融资列入负面清单。

与商业保理的规定类似，《办法》明确融资租赁公司不得通过 P2P、私募金融融资或转让资产，融资租赁公司与上述平台不论是以融资为目的还是以转让资产为目的的合作都将无法继续。因此，**建议融资租赁公司梳理与各平台或私募基金现有的合作，分析是否需要调整现有资产转让或融资的方式。**

### 3、租赁物范围

《办法》明确，适用于融资租赁交易的租赁物为固定资产，且应当权属清晰、真实存在且能够产生收益。这里的表述与《金租办法》规定的租赁物范围一致，限制了一些以无形资产、金融资产或不能产生收益的公益性设施作为租赁物的融资租赁业务。但“固定资产”不是法律定义，其认定标准目前并未有一致的规定，如何处理尚有待明确，后续我们也将继续关注研究。

### 4、租赁物所有权及租赁物登记

《办法》第十四条、第十五条规定，融资租赁公司应当合法取得租赁物的所有权，若租赁物权属需要登记的，应当办理登记手续。不需要登记的，应采取有效措施保障对租赁物的合法权益。

根据上海市金融办在 2019 年 5 月发布的《关于进一步促进本市融资租赁公司、商业保理公司、典当行等三类机构规范健康发展强化事中事后监管的若干意见》的规定，租赁物除按有关规定办理权属（含相关附属权利）登记外，融资租赁公司、商业保理公司需及时在中国人民银行征信中心的动产融资统一登记公示系统办理相关权属登记，将有关权属状态予以公示。

因此，**融资租赁公司可以核查现有业务合同，检查是否存在租赁物已设置抵押、权属存在争议或所有权存在瑕疵的情况，以及租赁物是否办理了登记手续，未登记的需及时补办。**



## 5、监管指标

《办法》明确融资租赁业务的几项监管指标，租赁资产和其他租赁资产比重不得低于60%，风险资产总额不得超过净资产的8倍，固定收益类证券投资上限为20%，集中度指标上限遵循单一客户不超过30%、单一集团不超过50%、单一关联方不超过30%、全部关联方不超过50%。

这里租赁资产比重不低于60%的规定，主要是监管机构希望融资租赁公司将精力集中于主业。此外，还需要特别关注的是融资租赁杠杆率从商务部文此前规定的10倍降到了8倍，这对于一些杠杆率较高的融资租赁公司来说将增加一定压力，但从行业角度来说，这也利于加强对风险资产总额的控制，防范行业风险。

此外，集中度管理的指标与《金租办法》的规定基本一致，不过这个指标对厂商系融资租赁公司和以集团内部业务为主的融资租赁公司将是一个不小的打击，部分企业可能需要考虑对目前的业务模式进行调整。

## 6、分类监管

《办法》按照经营风险、违法违规情形将融资租赁公司划分为正常经营、非正常经营和违法违规经营等三类，其中非正常经营类主要是指“失联”和“空壳”等经营异常的融资租赁公司。地方金融监管部门督促非正常经营类企业整改。非正常经营类企业整改验收合格的，可纳入监管名单；拒绝整改或整改验收不合格的，纳入非正常经营名录，劝导其申请变更企业名称和业务范围、自愿注销。

据全国融资租赁企业管理信息系统显示，截至2019年6月末，行业整体开业率并不高，在10900家融资租赁公司中，处于营业状态的仅有2985家，约72%的融资租赁公司处于空壳、停业状态。可以预见，《办法》实施后将关停一批僵尸企业，而一些业务规模相对较小、管理能力较差的融资租赁公司也将面临淘汰。

## 7、过渡期

《办法》对已经设立的融资租赁公司给予不超过三年的过渡期，地方金融办可以根据实际情况适当延长过渡期安排。过渡期内原则上暂停融资租赁公司的登记注册。

《办法》中还有其他关于公司治理、内部控制、风险管理方面的要求，建议企业关注章程、内部议事规则、风控机制、关联方管理制度和流程等是否建立健全，不符合《办法》规定的应在过渡期内尽早修订完善。

## 三、总结

整体来看，融资租赁公司与金融租赁公司在租赁物范围、部分指标等方面的监管要求在逐步趋同，未来二者可能将统一监管；《办法》针对融资租赁公司专注主业也提出了一定要求，并对业务范围、租赁物范围进一步细化明确，部分企业将面临合规调整；从《办法》规定的监督管理措施来看，行业将面临新一轮的清理整顿，一批问题企业将被关停。此外，融资租赁企业的融资方式也受到一定限制，企业需要对资金流、财务、税务等进一

步合理安排。建议融资租赁公司及早制定过渡方案，优化企业管理，合规经营。

**附：融资租赁行业法律体系**

法律层级	发布时间	发布部门	法律规定
法律	1999 年	全国人大	《合同法》第十四章
法律	2020 年	全国人大	《民法典》第十五章 (2021 年 1 月 1 日生效)
部门规章	2014 年	银监会	《金融租赁公司管理办法》 (简称《金租办法》)
部门规范性文件	2013 年	商务部	《融资租赁企业监督管理办法》 (简称“商务部文”)
部门规范性文件	2020 年	银保监会	《融资租赁公司监督管理暂行办法》
司法解释	2014 年	最高院	《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》

(本文首发于 2020 年 6 月 11 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）

# “未来应收账款”可以叙做保理业务吗？

苏宇吉

随着《民法典》出台，保理合同正式成为合同编的有名合同，单独通过一章共九个条文对其进行了定义和规范。其中第七百六十一条对于保理合同的定义为：“保理合同是应收账款债权人将**现有的或者将有的应收账款**转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。”

该条首次明确“**将有的应收账款**”，也即保理业务中经常提及的“未来应收账款”，可作为债权人可转让的应收账款类型。但在《民法典》出台之前，就未来应收账款能否叙做保理业务在司法实践中一直存在争议，哪些类型的未来应收账款是符合规定的这一问题也一直困扰着各个商业保理企业。因此《民法典》的出台也对商业保理企业提出了新要求，保理公司如何对未来应收账款的真实性进行审查，确保应收账款的适格性，以保障保理合同的效力以及顺利履行呢？

本文将结合现有的相关法律法规及历来的司法实践观点，总结适格的未来应收账款的类型与特征，进而对商业保理企业的保理业务开展提出防范建议。

## 一、应收账款与未来应收账款

### 1.“应收账款”属于债权，包括现有的和未来的金钱债权

应收账款作为商业保理业务开展的基础，势必要对其范围进行厘清。在目前的法律、行政法规和规章体系之下，主要有以下的规定对于“应收账款”有明确的定义：

规定名称	重点条文
《商业银行保理业务管理暂行办法》 中国银行业监督管理委员会 令 2014 年第 5 号	第八条 本办法所称应收账款，是指企业因提供商品、服务或者出租资产而形成的 <b>金钱债权及其产生的收益</b> ，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权。 第十三条 商业银行不得基于不合法基础交易合同、寄售合同、 <b>未来应收账款</b> 、权属不清的应收账款、因票据或其他有价证券而产生的付款请求权等开展保理融资业务。 <b>未来应收账款是指合同项下卖方义务未履行完毕的预期应收账款。</b>
《中国银行业保理业务规范》 (银协发[2016]127号)	第四条 定义（一）应收账款 本规范所称应收账款，是指企业因提供商品、服务或者出租资产而形成的 <b>金钱债权及其产生的收益</b> ，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权。以应收账款为质押的贷款，不属于保理业务范围。
《应收账款质押登记办法》	第二条 本办法所称应收账款是指权利人因提供一定的货

<p>中国人民银行令[2019]第 4 号</p>	<p>物、服务或设施而获得的要求义务人付款的权利以及依法享有的其他付款请求权，包括<b>现有的和未来的金钱债权</b>，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权，以及法律、行政法规禁止转让的付款请求权。</p> <p>本办法所称的应收账款包括下列权利：</p> <p>(一)销售、出租产生的债权，包括销售货物，供应水、电、气、暖，知识产权的许可使用，出租动产或不动产等；</p> <p>(二)提供医疗、教育、旅游等服务或劳务产生的债权；</p> <p><b>(三)能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目收益权；</b></p> <p>(四)提供贷款或其他信用活动产生的债权；</p> <p>(五)其他以合同为基础的具有金钱给付内容的债权。</p>
---------------------------	---

总结以上规定，我们可以发现各个规章中对于“应收账款”的定义基本是一致的，其中，中国人民银行于 2019 年发布的《应收账款质押登记办法》（以下简称《登记办法》）**明确了应收账款包括现有的和未来的金钱债权，并将常见的五种应收账款进行了列举。**

## 2.“未来应收账款”指合同项下卖方义务未履行完毕的预期应收账款

《民法典》中明确可以作为保理标的的应收账款包括两类，即“现有的应收账款”及“将有的应收账款”。对于“现有的应收账款”如何定义，在实践中基本没有争议，一般指买卖双方已经订立了基础的买卖合同，且买卖合同项下的付款条件已经成就，比如货物或服务已经交付及验收，则该应收账款是明确且固定的。而对于“将有的应收账款”如何定义，在现有的规定以及业务实践中却存在较多看法。

首先，根据《商业银行保理业务管理暂行办法》的规定，**未来应收账款是指合同项下卖方义务未履行完毕的预期应收账款。**这种应收账款与“现有应收账款”的区别在于该合同项下的卖方义务尚未履行完毕，致使买方的付款条件并未完全成就，如货物或服务尚未完全交付及验收。这种应收账款的债权债务双方、债权金额、付款时间均是相对确定的，但应收账款的收回仍依赖于卖方的义务履行。

另外，还存在另外一种债权债务双方仍无法确定的未来应收账款。在《登记办法》所列举的几种应收账款中，有一种较为特殊——“能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目收益权”。这种收益权应收账款是建立在公共基础设施等具有特许经营、行政管理、公共服务特性的收益权基础上产生的，债权金额的可期待性以及稳定性较高，比较典型的有景点的门票收入、高速公路的收费、水电费等。该类应收账款的卖方是特定的，买方的主体以及债权的具体金额却是无法明确的。但鉴于其较高的可期待性，在实践中被认定为保理应收账款的接受度还是比较高的。

此外还存在一种争议较大的未来应收账款，其仅依赖于一定的交易习惯和惯例形成，比

如大型超市的 pos 机刷卡收入、股权收益、投资收益等。这种应收账款买方的主体存在不确定性，在债权金额上虽然存在一定的规律，但相对前一种未来应收账款显然在预期可得收益方面确定性较低，这种应收账款能否作为未来应收账款来开展保理业务也是众多保理企业存在困惑的。

## 二、未来应收账款可作为保理标的的要求

### 1.商业保理企业可以以未来应收账款叙做保理

针对是否可就未来应收账款开展保理业务，在《民法典》出台之前，法律层面上并没有明确规定。但根据商务部、金融监管部门等的相关规定，针对商业银行，根据《商业银行保理业务管理暂行办法》，商业银行明确不得就未来应收账款而产生的付款请求权等开展保理融资业务；但针对商业保理企业，则无明确限制，包括上海市地方金融监督管理局于 2019 年 5 月发布的《上海市地方金融监督管理局关于进一步促进本市融资租赁公司、商业保理公司、典当行等三类机构规范健康发展强化事中事后监管的若干意见》，也并未对商业保理应收账款范围进行细化规定。因此，在《民法典》出台之后，商业保理企业明确可就未来应收账款开展保理业务。

### 2.叙做保理的应收账款应当具备合理可期待性和相对确定性

虽然《民法典》给予了商业保理企业就未来应收账款开展保理业务明确法律依据，但所有的未来应收账款都可以叙做保理吗？结合相关司法实践，我们认为仅有**具备合理可期待性和相对确定性的应收账款才是适格的未来应收账款**。

以争议较大的 POS 机流水为例，在上海市一中院的（2015）沪一中民六（商）终字第 640 号案件中，某商业保理公司以某农业公司在保理业务开展前三个月的 POS 机月均刷卡金额作为保理融资本金的基数，向其发放保理融资款，但法院认为该保理企业与农业公司并不构成商业保理法律关系，理由是农业公司并未提供真实的前期 POS 刷卡金额，商业保理公司也未进行核实，因此系争的未来应收账款并不具有合理的期待利益，不具有可转让性。因此法院最终认为该商业保理公司与农业公司之间形成的是民间借贷关系而非商业保理关系，且基于《上海市中国（上海）自由贸易试验区商业保理业务管理暂行办法》中对于商业保理公司不得发放贷款的强制性规定，二者之间的借款合同归于无效，最终仅支持了融资本金以及按照同期贷款利率计算的利息。

另外，在（2015）浦民六（商）初字第 19918 号案件中，被告公司亦以其主营业收入来源（消费者在 POS 机上刷卡消费确认的资金）作为保理应收账款向原告商业保理公司申请保理业务，并以定期定额的方式进行回购，法院则认为该案涉及的未来应收账款系被告公司于未来商业活动中可能产生的约定金额之债，该种约定金额的将来债权是否具有合理可期待性质，应以此类将来债权是否具有相对确定性为主要判断依据，涉案双方仅就所涉将来债权作了期间上的界定，对于交易对手、交易标的及所生债权性质等债之要素均未提及，亦无其他可对该将来债权予以确定的约定，难以认定本案所涉将来债权已相对确定。据此认为，其定期定额回购其实是一种还款，最终该业务被认定为“名为保理实为借贷”，且因为违反强制性规定无效。



总结来说，目前法院对商业保理企业开展以“未来应收账款”作为保理标的，主要审查该债权形成是否具备“合理的可期待性”和“确定性”。

### （1）合理的可期待性

就“合理的可期待性”，结合相关的司法判例，我们认为该应收账款应该已经具备了基础的合同关系，债权债务的双方主体是较为明确的，债权可以基于债务人的实际履行得以实现。如果是尚无基础的合同关系，仅仅是一种不确定主体的期待性应收账款，对于债权债务人均没有直接的约束力，则期待性是值得商榷的。

### （2）相对确定性

“相对确定性”可以在多个维度进行解释，如债权债务的主体、应收账款的性质与类型、应收账款的金额等等，但从实际的保理业务来看，保理应收账款的金额以及还款来源其实是保理业务的核心。只有在还款来源相对确定的情况下，该应收账款才具有相应的合理期待性。

实践中，因未来债权不同于现实应收账款债权，需根据基础交易合同的交易对手、交易标的、债权性质等债之要素综合判断其是否具有相对确定性。如该种未来债权在债之要素上具有相对确定性，则对该种未来债权的期待亦成为合理，民事主体即可因此而生相应期待利益。

## 结语

综上，我们可以发现，《民法典》虽然规定了“将有的应收账款”可作为保理标的，但适格的未来应收账款仍需要商业保理企业进行审慎的核查。我们建议从以下几个方面进行风险把控：

1. **债权人与债务人是否已经订立了基础合同，基础合同的双方主体、合同标的、债权金额是否已经确定。**如果仅是意向书、战略合作协议等不具有法律约束力、合同要素并不完整的文件，则无法作为保理标的开展业务。

2. **基础合同项下卖方义务的履行是否存在违约的风险。**因未来应收账款的回款依赖于卖方的履约行为，建议针对卖方的保理融资款用途、卖方库存审查、卖方的信用资质等建立事后的风控跟踪，如进一步收集买卖合同项下采购单、送货单、验收单等的履行凭证，以便对应收账款的真实性、卖方的履约能力进行进一步核查。

（本文首发于 2020 年 8 月 26 日）

# 保理商能否向债务人追索基础合同中约定的违约金、利息等款项？

苏宇吉

保理业务中，无论有无追索权，在发生债权人或者债务人逾期偿还/回购应收账款时，保理商均面临着在诉讼中如何选择追索主体、制定追索路径、确定追索金额等问题。当保理商在综合评估追索难度以及各方的偿还能力后，将债务人作为追索主体或将债权人、债务人同时作为追索主体的，如何确定对债务人的追索范围呢？如在债权人与债务人签订的合同中存在利息、违约金等相关约定，保理商可以凭借其债权受让人的身份进行主张吗？如果进行主张后获得的金额高于保理融资本息的，超出部分可以归保理商所有吗？

本文将根据有追索权保理与无追索权保理的不同特点，结合新出台的《民法典》中针对追索主体及追索范围的相关规定进行分析，为保理商的业务开展以及诉讼策略提供律师建议。

## 一、案情简介

以本所律师实际承办的在上海浦东法院审理的一起商业保理纠纷案件为例。

2017年8月30日，某商业保理公司与某德公司（卖方）签订《商业保理合同》（公开有追索权保理），约定卖方将其不时与某飞公司（买方）签订的《买卖合同》项下的设备应收账款转让给保理商，其中各份《买卖合同》均明确约定了：“买方在货物验收完成后一年内分期支付完成设备款，如拖欠货款，则需按日支付应付货款总额万分之五的违约金”；另在《商业保理合同》中也约定了转让应收账款的范围，包括应收账款项下的债权、买方迟延履行应收账款的违约金、赔偿金等。

随后，卖方某德公司向买方某飞公司发出债权转让通知，后买方某飞公司即按照保理商的指示分期向保理商支付设备应收账款。且保理商也依约向卖方某德公司拨付了各期保理融资款。但买方某飞公司在按期支付了部分设备应收账款后，自2018年9月起即开始逾期，后续的应收账款均未支付。

因此，商业保理公司经多次催收无果后，于2019年4月向上海浦东法院提起诉讼，起诉要求：（1）买方某飞公司支付应收账款三百余万、违约金（自逾期之日起按照每日万分之五计算）；（2）如买方某飞公司不能履行第一项诉讼的，卖方某德公司对第一项诉请确定的应收账款承担回购责任，并支付罚息（自逾期之日起按照每日万分之五计算）。该案经过上海浦东法院审理后支持了原告商业保理公司的全部诉请。

针对保理商要求买方某飞公司支付违约金的诉请，法院认为该违约金的主张具有合同依据，年化24%的违约金比例亦未违反法律、行政法规的强制性规定，因此最终予以支持与确认。

## 二、律师分析

### 1. 约定的请求权基础——基础合同、保理合同及债转通知对于违约金、利息等的约定

通过前述的案件，我们可以总结出，在基础合同明确约定了买方逾期付款需支付违约金的情况下，保理商可以通过与卖方的保理合同约定应收账款债权以及附随的违约金、赔偿金等债权一并转让从而得到顺利受让，且在保理商/债权人向债务人发出债权转让通知后，该应收账款债权及附随债权的转让即对债务人发生效力，债务人应当向保理商履行全部的应收账款债权以及附随债权。**因此，这种情况下保理商可向债务人主张违约金、利息以及赔偿金等债权，这种观点在司法实践中也基本没有争议。**即使保理商/债权人未及时向债务人发出债转通知，也可以通过后续的函告或者诉讼来进行主张。

## **2.法定的请求权基础——债权的从权利随债权转让转移至受让人（保理商）**

但除了明确约定的情况，在一些保理业务中，保理合同中并没有将债务人的违约金、赔偿金、滞纳金等附随债权明确进行约定，这种情况下保理商还可以进行主张吗？

《民法典》中明确，在“保理合同”一章中没有规定的，可适用“债权转让”一章的相关规定。根据《民法典》“债权转让”章第 547 条的规定：“债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人自身的除外。受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。”显然，应收账款以及违约金的支付一般不专属于卖方自身，且即使应收账款债权未进行转移登记也不会影响违约金等的主张。因此，《民法典》的这一规定明显对于保理商是利好的，我们认为保理商可以依据该条款向债务人主张违约金、赔偿金、滞纳金等附随债权。但因《民法典》发布的时间仍然较短，在司法实践中各个法院对于该条款的理解尚未统一，实际适用仍然存在一定的不确定性。

## **3.债务人承担的违约金、利息等超过保理融资本金的部分如何处理？**

既然保理商对于债务人主张违约金、利息等已经具备了法定/约定的请求权基础，但是在实际主张中，可能会存在基础合同约定的违约金、利息的比例较高，甚至高于保理融资利息的情况。在这种情况下，向债务人进行追索显然更有利于保理商，但这一请求可以全部得到支持吗？其实，根据《民法典》“保理合同”一章第 766 条、767 条的相关规定，需要对有追索权保理与无追索权保理进行区分：

### **（1）有追索权保理——超出部分需返还债权人**

在有追索权保理中，保理商可以选择向债权人/债务人进行追索，也可以同时向二者进行追索，保理商向债务主张应收账款债权的，在扣除保理融资款本息和相关费用后有剩余的，剩余部分应当返还给债权人。

### **（2）无追索权保理——超出部分无需返还**

在无追索权保理中，保理商只能向债务人进行追索，属于买断型的保理，因此保理商取得超过保理融资款本息和相关费用的部分，无需向债权人返还。

## **4.债务人的抗辩权与抵销权**

鉴于保理与债权转让的共通性，保理商在向债务人主张应收账款相关的违约金、赔偿

金的附随债权的同时，亦应注意在基础合同中针对卖方的违约责任条款，并审慎核实卖方的履约情况，以避免出现买方行使抗辩权以及抵销权的情况。

根据《民法典》第 548 条、第 549 条的相关规定，如债权人在基础合同项下存在违约，包括逾期交货、货物质量不合格、违约进行债权转让等，并针对前述违约事项约定有明确的违约金，则基于“债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生”这一种情形的规定，债务人可向保理商行使抗辩权，并可以要求在应收账款债权及附随债权中进行抵销。那么就使得保理商对于融资本息的回收造成障碍。这时，对于有追索权的保理，保理商仍可以就差额部分向债权人主张，但对于无追索权保理，则保理商极有可能无法回收融资利息，甚至融资本金也有损失。

### 三、给保理商的建议

根据前述的分析，我们认为目前《民法典》对于保理合同以及债权转让的规定对于保理商向债务人进行追索是相对利好的，但保理商在实际业务开展中仍需关注：

1. 及时进行应收账款登记，并在保理合同以及债权转让通知中进行明确违约金、利息、赔偿金等附随债权一并转让。虽然应收账款债权未进行转移登记也不会影响违约金等的主张，但从实践角度来讲，如果债权人就同一笔应收账款进行保理的，已经登记的或者登记在先的，仍然会优于未登记的，因此及时办理应收账款债权以及附随债权的登记手续仍非常必要。

2. 审慎审核基础合同中针对债权人的违约责任的约定，防止债务人援引《民法典》第 549 条之规定行使抵销权；如涉及未来应收账款的保理，则亦需对债权人的履约情况进行必要的监督。

（本文首发于 2020 年 9 月 28 日）

# 民间借贷新规对商业保理业务的影响及应对措施

苏宇吉

2020年8月19日，最高人民法院发布了《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释[2020]6号）（以下简称“民间借贷新规”），该新规出台之后，除了对民间借贷相关的纠纷产生重大影响外，也引起了金融市场的较大震荡，对于商业保理、融资租赁以及典当行等非民间借贷行业的机构来说，是否需要适用民间借贷新规、如何适用等问题还存在着较大的争议。

本文将从《民法典》、民间借贷新规等法律法规出发，综合分析政策口径、案例指引等，以为商业保理企业在民间借贷新规出台后的合规经营提出一点建议。

## 一、商业保理是否属于民间借贷新规的监管范围

### 1.商业保理具有“资金融通”的功能

2020年5月28日，《民法典》正式出台，并将于2021年1月1日开始实施。新颁布的《民法典》首次将“商业保理合同”列为了有名合同，对保理合同的定义、内容，以及有追索权、无追索权保理等进行了原则性的规定。首先，在《民法典》中明确规定了：“保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供**资金融通**、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。”

因此，我们可以看到，商业保理业务虽然与民间借贷存在着根本区别，但是主要、首要功能还是资金融通，与民间借贷新规第一条所规定的适用范围中“民间借贷所具有的资金融通功能”存在较大的关联性，这也为商业保理业务能否适用民间借贷新规提供了解释空间。

### 2.商业保理企业不属于“从事贷款业务的金融机构”

其次，我们可以从反面的角度分析商业保理业务是否被民间借贷新规排除在外，根据新规第一条第2款的规定：“经**金融监管部门**批准设立的从事贷款业务的**金融机构**及其分支机构，因**发放贷款等相关金融业务**引发的纠纷，不适用本规定。”“金融监管部门”主要包括人民银行、银保监会、以及地方层面的金融监督管理局等，商业保理、融资担保、典当、融资租赁等一般均由地方金融监督管理局进行监管。但商业保理公司是否属于“金融机构”呢？根据《金融许可证管理办法》的规定，金融机构指持有“金融许可证”的机构，一般包括政策性银行、商业银行、农村合作银行、城市信用社、农村信用社、村镇银行、贷款公司、农村资金互助社、金融资产管理公司、信托公司、企业集团财务公司、金融租赁公司、汽车金融公司、货币经纪公司等。因此，地方金融监督管理局所监管的融资担保、典当、融资租赁、商业保理公司等主体一般不包括在“金融机构”范围内，商业保理公司并不属于民间借贷新规适用的除外情形，且商业保理公司的经营业务范围内也不包括“从事贷款业务”。

### 3.上海的商业保理企业对于利息、费用的设置需参照民间借贷新规

另外，我们可以结合相关的政策口径分析目前对于商业保理企业的适用原则，根据上海市地方金融监督管理局于2019年5月23日发布的《关于进一步促进本市融资租赁公司、

商业保理公司、典当行等三类机构规范健康发展强化事中事后监管的若干意见》的相关规定：“7.不得超过有关行业监管制度规定的标准向客户收取费用、利息；相关行业监管制度没有具体规定的，向客户收取费用、利息不得违反最高人民法院关于民间借贷利率的相关规定。”因此，至少在上海，商业保理、融资租赁等行业在利息、费用等方面的设置还是受到民间借贷司法解释的限制，在本次民间借贷新规中借贷利率上限的调整对这些行业来说也是一次大的挑战。

总结来说，在正常经营的情况下，根据目前的监管口径，上海地区的商业保理企业在收取利息、费用时要参照民间借贷的规定。但鉴于商业保理业务开展中可能会发生因为不符合保理合同的构成要件，使得商业保理合同被认定为民间借贷合同的情况，这时则将适用民间借贷司法解释的全部规定，包括利率上线、合同无效等等。

## 二、民间借贷新规对于利率上限的规定如何适用

就民间借贷新规的修改要点，本文仅以“利率上限调整”这一修改点重点展开，具体分析利率上限如何修改，以及对商业保理企业来说有什么影响？

### 1.民间借贷利率从 24%调整至 4 倍 LPR

旧规	新规
<p><b>第二十六条</b> 借贷双方约定的利率未超过<b>年利率 24%</b>，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。</p> <p>借贷双方约定的利率<b>超过年利率 36%</b>，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过<b>年利率 36%</b>部分的利息的，人民法院应予支持。</p>	<p><b>第二十六条</b> 出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过<b>合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍</b>的除外。</p> <p>前款所称“一年期贷款市场报价利率”，是指中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心自<b>2019年8月20日起每月发布的一年期贷款市场报价利率</b>。</p>

利率上限的调整是本次民间借贷新规最大的调整之一。2019年8月20日中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心于每月20日9时30分公布贷款市场报价利率（LPR），中国人民银行贷款基准利率这一标准已经取消。贷款基准利率取消之后，民间借贷就失去了确定利率标准的基础，这也是对民间借贷司法解释进行修改、出台新规的一个重要的背景。

鉴于LPR的标准每月均会进行更新，且在新规出台后也存在着衔接的问题，在具体适用的时候存在多种情况，我们根据合同签订时间、起诉时间等不同情况，总结了根据新规规定的不同适用方式如下图：



①如借贷行为发生于2019年8月20日前（LPR标准出台前），如在2020年8月20日之前起诉的，因民间借贷新规尚未生效，仍适用旧规，参照24%的利率上限标准；

②如借贷行为发生于2019年8月20日前（LPR标准出台前），但在2020年8月20日之后起诉的，则适用新规，以4倍LPR的利率上限为标准，鉴于合同签订时LPR尚未公布，参照适用起诉时的LPR标准；

③如借贷行为发生于2019年8月20日后（LPR标准出台后），在2020年8月20日之前起诉的，因民间借贷新规尚未生效，仍适用旧规，参照24%的利率上限标准；

④如借贷行为发生于2019年8月20日后（LPR标准出台前），且在2020年8月20日之后起诉的，则适用新规，以4倍LPR的利率上限为标准，适用合同成立时的LPR标准。

## 2.逾期利率、违约金等合计不得超过4倍LPR

旧规	新规
<p><b>第二十九条</b> 借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率24%为限。</p> <p>未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：</p> <p>（一）既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率6%支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持；</p> <p>（二）约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。</p>	<p><b>第二十九条</b> 借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但是以不超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍为限。</p> <p>未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：</p> <p>（一）既未约定借期内利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起承担逾期还款违约责任的，人民法院应予支持；</p> <p>（二）约定了借期内利率但是未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。</p>

根据借款期限内利率上限的调整，逾期利率、违约金等也进行了相应的调整，将24%的利率上限亦更新为4倍的LPR。

另外一个比较大的调整是在未约定利率及逾期利率的情况下，资金占用成本如何确定的问题。根据旧规的规定为年利率 6%，参照的是 2015 年左右的同期贷款利率，但新规却将固定的资金占用成本进行了修改，修改为“违约责任”，这一修改对于出借人来说，举证责任大幅增加，在没有约定的情况下需自行证明借款人的违约给其造成的损失。鉴于目前新规出台时间不长，相关的司法判例还比较少，但结合我们的实践经验，这里的“违约责任”一般也是基于 LPR 的标准结合个案进行具体适用。

### 三、商业保理企业的应对策略

结合民间借贷新规的修改，商业保理合同与民间借贷合同虽然分属不同的合同关系，但基于二者均具有资金融通的主要功能，且在监管层面也保持一致的监管口径，民间借贷新规也是商业保理企业合规经营的重要参照物，在保理合同未被认定为民间借贷合同的情况下，也需参照适用 4 倍 LPR 利率的限制。因此我们建议商业保理企业根据新规的修改，适时调整保理合同关于利率、费用的收费标准，同时也需持续关注监管部门的政策意见。

另外，鉴于 4 倍 LPR 利率在短期内必定是远低于 24% 利率标准的，对于商业保理公司来说，获益空间大大被压缩，也建议商业保理公司可以与其他公司合作开展商业保理相关的业务，如分账户管理、坏账担保、催收等形式的业务，以其他的费用形式增加创收。但需注意的是，在收取其他保理服务费用时，需要关注如下两点：

(1) 如通过分账户管理、坏账担保、催收等商业保理相关的其他业务进行创收的，应当以实际提供相关的服务为基础，并保留相关的服务凭证作为依据，避免被认定为融资业务从而受到利率上限的限制；

(2) 如拟通过与其他关联/非关联公司合作的方式将其他业务进行拆分的，首先要关注合作公司的资质牌照问题，避免被认定为无商业保理牌照经营商业保理的情况；另一方面也要关注合作公司与商业保理公司的关联性，如存在高度关联性，且收费没有实际依据的情况下，则有较大可能被债务人要求将收取的费用合并为利息，或进行抵扣。

综上，对于商业保理企业来说，除了民间借贷新规将产生的巨大影响，随着《民法典》出台和即将生效，《民法典》对保理合同的相关规定，诸如保理合同的内容、合同效力、应收账款审核以及有追索权、无追索权保理所可以主张的债权范围等等，将使得保理行业发生更为深远和颠覆性的变革，商业保理企业的经营策略也需要结合《民法典》以及相关的政策法规不断适时调整，在合规经营的基础上不断创新发展。

(本文首发于 2020 年 11 月 3 日)



## 面向未来，创新发展，坚持法律服务产品化之路

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）

## “融资租赁”与“时间的朋友”

2013年，上海自贸区成立，敏锐的卫新律师从自贸区出台的各项政策中找到了一个新契机——融资租赁。全体星瀚人立刻围绕“融资租赁”展开系列研究和学习。

一方面，我们迅速组织律师团队走访自贸区，进行深入调研、确认政策细节；另一方面，律所每周五中午的学习会都聚焦融资租赁，从法规解读到案例研讨，从邀请融资租赁公司的法务负责人前来分享、到参加外部行业培训……很快，星瀚的律师们便对融资租赁的业务特性、结构模式、企业需求等有了认识。

我们结合星瀚优势定义了融资租赁业务发展的思路：其一，围绕自贸区政策，为融资租赁企业提供培训，配合各家融资租赁企业的自贸区布局；其二，发挥星瀚在商事争议解决方面的优势，为融资租赁企业解决租金追偿问题，尤其要攻克难度高、争议大的疑难复杂案件。

### 从诉讼逆转到赢得信任

当时，作为一家成立仅三年的年轻律所，又要进入一个有门槛的新兴行业，能够赢得客户、赢得尊重的秘诀只有一个：硬核实力。

星瀚被融资租赁企业认可，很多时候都是从一个高难度的二审案件开始的。比如，星瀚曾经代理过一起出租人、承租人、出卖人三方陷入“罗生门”的案件。

案情大致是，一单直租业务模式中，承租人、出租人和出卖人分别签订了《融资租赁协议》及《买卖协议》，后三方又签署了《代偿同意书》及《承诺书》，表示设备价款中的部分购买款项由承租人直接向出卖人进行代偿、出租人无需再行支付，为此，对承租人的租金也进行了相应调整。但是，承租人自第9期起开始欠付租金，第11期开始更是完全不予支付。

出租人启动诉讼后，承租人、出卖人否认签署过《代偿同意书》。承租人表示，因为出租人未及时履行《买卖协议》项下的设备款，从而导致租赁设备没有及时交付，承租人并未实际使用租赁设备，从而也无支付租金的义务。出卖人作为第三人出庭时，也称其未在《代偿同意书》上盖章，不知道代偿事由，而且直接申请法院鉴定印章的真实性，这一状况令融资租赁公司陷入被动。

而且经法院鉴定，《代偿同意书》上的印章与出卖人提供的印章确实不是同一枚印章盖印。因此，一审法院认为，融资租赁公司作为出租人无法证明其与出卖人达成了抵扣部分货款的意思表示，是由于融资租赁公司未按《买卖协议》付清货款的原因，致使承租人没有实际使用系争设备，承租人有权不予支付租金；出租人的诉请不予支持。

一审的过程和结果完全超出了融资租赁公司法务部门的意料，于是决定委托星瀚律师代理二审案件。在审阅了全部案卷材料后，星瀚律师找到两个突破口。其一，即使出卖人否认印章、否认代偿，但是，承租人亦有在《代偿同意书》上盖章之事实；尽管承租人也否定了《代偿同意书》的真实性，却并没有申请鉴定印章的真实性，应作不利认定；而且，租金代偿的事宜已经由承租人实际履行。其二，承租人的说法与常理不符。试想，因为出租人的

原因造成承租人不能使用设备，而承租人还正常进行租金支付直至第9期，且期间不作任何催告，明显不合常理。庭审中，星瀚律师抛出的观点赢得法官共鸣，二审法官进行了追问，案件的部分事实得以还原。最终，二审法院改判，案件获得逆转。

办理此案的陈蕾律师在拿到判决书后说：“尽管可供我们准备的时间非常有限，但诉讼经验和法律功底能够让我们比较好地厘清案情。我们着眼于梳理案件的基本法律关系，不再纠结于第三人的表述以及第三人印章真实性的鉴定结果，而是将本案带回融资租赁法律关系的基本认定，提醒法官注意合同的相对性，让二审法官重新将关注点投入合同约定本身，考虑租金的支付条件。”

扎实的功底和解决问题的能力延续至今。就以星瀚近期办结的一起融资租赁合同纠纷案来说，阮霭倩律师带领团队，作为出租人的代理律师，为其多挽回了一百余万的违约金损失。尽管数额不大，但该案因为是金融法院设立后对出租人行使加速到期后是否有损承租人期限利益的第一案，因此在实务界有着典型的指引意义。

该案中，一审法院仅支持按照加速到期前已到期未付租金为基数计算承租人在加速到期后应付的违约金，不支持按照承租人全部未付租金为基数计算出的违约金。该判决直接导致出租人损失人民币一百余万元违约金。而此前，一中院和二中院辖区法院对此并无统一裁判思路，对该问题存有较大争议。有些法院以全部未付租金为基数计算违约金，也有法院认为应以已到期未付租金为基数计算违约金，还有法院仅支持计算到起诉时的一段时间内的违约金。上海金融法院成立后至受理本案时，对该类型案件也未作出有代表性的判决。

星瀚律师在代理该案件之后，对融资租赁合同加速到期时的承租人期限利益问题进行了全面分析，以可视化的方式展现各判决思路的差异，并阐释按照全部未付租金计算违约金的合理性；同时针对该案件的具体情况进行了有针对性的分析，指出本案案涉合同已全部到期，具有独特性。

为此，上海金融法院在判决前专门组织了专家研讨会，包括高院、高校领导、行业协会等均参与会议；会后最终同意了我方的全部上诉请求。该案不仅让星瀚客户的利益得到更好的保障，也为上海市融资租赁行业加速到期类案件统一裁判思路奠定了基础，体现了星瀚律师多年来深耕融资租赁法律领域积淀的经验与实力。

### **从坚持创新到全流程服务**

当星瀚律师的诉讼实力得到认可，便有了更多的机会切入融资租赁企业的常法和专项服务。

近年来，国家大力支持融资租赁行业的发展，各个自贸区、经济开发区也针对融资租赁出台利好政策、给予优惠或补贴，融资租赁的业务模式越来越多，创新意识不断提高，但在快速发展的同时，我们也注意到，融资租赁业务在实践中存在大量的法律风险。为创新业务提供合规建议、设计架构、出具配套的法律文本和律师意见，成为了星瀚在融资租赁非诉讼版块的重要组成部分。

阮霭倩律师介绍说，由于融资租赁业务模式多种多样，融资租赁企业关心的问题也不一而足。比较有代表性的企业需求包括：很多融资租赁公司在开展一个创新业务模式时，都

会有疑问：这些租赁物究竟能不能做融资租赁业务？对于融资租赁业务来说，租赁物是否适格是一个不能回避的问题。此外，越来越多的融资租赁公司会做名为融资租赁，实为抵押贷款的业务。这些业务的风险点到底有哪些？如果融资租赁合同被认定无效，那么融资租赁公司如何向承租人进行追偿？这也是很多融资租赁公司很困惑的地方。融资租赁合同被认定无效，融资租赁公司的资金成本很难获得支持，怎样在最大程度上为融资租赁公司挽回损失，也是租赁企业的关注重点之一……就此类问题，阮霭倩律师及其团队均有专门撰文介绍过，在融资租赁行业中得到了广泛反响。

阮律师强调：“不同租赁物在具体进行业务操作时，面临的风险也截然不同。融资租赁企业在涉及融资租赁交易模式、起草合同时应该提前做全盘考虑，重点关注每一个细节，审慎订立合同，增加更多的救济途径与保障措施。”

当我们汇总星瀚这些年来做过的融资租赁非诉讼项目，不难发现，我们接触过的租赁物已经包括但不限于飞机、船舶、汽车、医疗设备、房地产、基础设施、生物资产等，星瀚在融资租赁业务方面的优势也体现得愈加明显：

在专业方面，融资租赁法律服务一直是星瀚金融业务中的优势产品、重点研究领域，相关合伙人、律师的专业能力强，擅长解决前沿、复杂的问题：

在服务内容方面，我们可以为融资租赁企业提供全方位、多层次的法律服务。一方面，我们的法律服务内容全面，涵盖诉讼、非诉，包括：出具融资租赁合同及配套文件；开展专题培训；各类融资租赁公司筹设、并购重组、股权架构梳理及资金募集；就承租人履约能力及租赁资产的合法合规性开展法律尽职调查；设计融资租赁架构；融资租赁业务的争议解决等。另一方面，我们的服务不仅侧重于合规与风控，还秉承一贯的星瀚文化，关注商业与法律的结合。

### 从广泛学习到对外输出

自初入融资租赁领域到建立专业壁垒，星瀚与融资租赁业务已经相伴七年。七年来，星瀚律师事务的业务外延在不断扩大、内涵也在不断加深，但对融资租赁业务的坚持始终不变。我们一如既往地研读最新的司法判例、解析每一个新出台的政策法规、为我们的客户提供高品质的诉讼与非诉服务，同时，也将我们的经验、心得分享给融资租赁行业中的每一个从业者。

在“星瀚微法苑”以“融资租赁”作为关键词搜索，会有百余篇文章；有关融资租赁的对外分享仅今年就多达近十场。尽管受到疫情的影响，本年度的融资租赁线下活动只举办了两场，但场均参与人次都近百人；而在线上开展的四场分享，其观看人数都有五百余人。



融资租赁法律服务产品是星瀚律师事务所打造的第一个零基础产品，2013 年的夏天，卫新律师写下了《融资租赁产品发展的计划》，其中写道：

“1、8月5日前，所有参与人自己先熟悉一下融资租赁的基本概念。读一下合同法第14章，237条-250条、最高人民法院关于融资租赁的司法解释征求意见稿。

2、7-8月为调研阶段。9-12月为第一阶段。目标，10月30日前，制作一个融资租赁的网站，给融资租赁公司发送一期期刊……”

当时罗列的专业调研问题包括：“出租人是否就出租设备必须拥有经营资质，若没有，合同效力如何确定；回购协议；诉讼中的第三人、涉及多个法律关系、法律主体、缺席的问题……”

如今看来，这些问题都是再基础不过，星瀚已经可以就具有争议的前沿问题同上海市高院、和金融法院、和高校等进行共同研讨、提供建议。

但所有成绩的背后都有一个起点，一群热爱法律的技术派在七年前选定了一件事情，拆解目标、落实分工、寻找方法、用输出倒逼输入、持续不断地刻意练习、自我迭代……融资租赁无疑给星瀚的产品化之路开了好头。我们所做的一切，时间看得到。

（本文首发于2020年11月25日）

## 在私募基金领域发挥一体化律所的优势

在星瀚，有一套法律服务产品评级制度，每一个被评到等级的产品都有其过人之处。比如，内控反舞弊胜在调查取证和电子数据技术，融资租赁胜在入圈早、始终走在行业前沿，股权类商事争议解决胜在诉讼策略强、法律功底深、商业思维显著……但是提到私募基金，没有先发优势、没有独门绝技，但依然受到行业认可，靠的就是一体化律所的整合能力。

星瀚作为一家一体化运营的精品律师事务所，各个业务领域均由专人领衔，当客户的需求跨领域、跨行业、需要多元化的专业背景协同合作时，律所能够全面调动所内的最优资源，为客户提供高效、精品的法律服务。

于是大家发现，星瀚几乎每个部门都会为私募基金机构提供法律服务，只是侧重的维度各不相同，整合在一起，便是独一无二的星瀚优势。

### 私募基金的刑事风险预防

在爆雷现象频发的背景下，私募基金的刑事风险同样得到了极大的重视。在主办金融犯罪、刑事合规的合伙人律师冒小建看来，“目前私募基金相关的刑事案件，发生了这样几个变化。一是私募基金的刑事责任从单一罪名向多个罪名发展变化；二是私募基金涉及犯罪的金额、人均损失，存在急剧扩大的趋势；三是私募基金的刑事责任主体，从管理人向整个私募生态系统蔓延发展；四是私募股权基金和私募证券基金，刑事责任风险呈现不同表现形式。”

私募股权基金，资金存在非闭环的特点，决定了在资金流转的过程中，存在了极大的道德风险，可能伴随着利益输送甚至商业贿赂，极易引发刑事责任，可能构成集资诈骗罪、挪用资金罪、非法吸收公众存款罪、非国家工作人员受贿罪等罪名。

私募证券基金，资金在闭环中运行，因为资金流转引发道德风险的可能性小，但是在证券、期货市场投资运营的过程中，有可能触犯行政监管规定，甚至构成操纵证券期货市场罪、内幕交易罪等罪名。

在此背景下，星瀚律师接触了大量相关的刑事风险预防、合规法律服务，必要的时候亦会办理私募基金高管的刑事风险防控专项或辩护工作。

### LP 投资人的权益保护

行业内的从业者通常会以“募-投-管-退”概括性地介绍基金业务的全流程，多数时候，大家的注意力容易会放在“募”或“投”，关注“退”的则较少。

然而，近些年来私募基金爆雷现象频发，其中不乏明星级的机构和产品；而即便没有发生像爆雷一样的恶性事件，LP 投资人的投资款项大幅缩水也是屡见不鲜，这背后当真都是投资有风险、盈亏要自负吗？实则不然。

在承办了众多金融投资维权案件的阮霭倩、徐沁芳律师看来，不少私募基金在募集和运作过程中存在违法、违规现象，例如：未经登记备案开展业务、管理人未按基金合同的投



向进行投资、管理人挪用基金财产、基金运作中存在关联交易或利益输送等现象、管理人怠于履行 GP 权利、基金合同中关于 LP 和 GP 的权利义务约定不明、还有擅自拆分私募份额并向非合格投资人之外的个人募集等情况。

针对不同的情形，结合具体的个案，星瀚律师可以提供专门的解决方案。比如，指导 LP 投资人行使优先购买权、知情权、表决权、收益分配权、退伙权、建议权、提起解除权……或者启动合伙人除名流程，又或是财产出质、转让，或者提起派生诉讼等。在构成刑事犯罪的情况下，星瀚律师也会结合刑事手段帮助客户解决问题。

我们已经帮助诸多投资人通过多元化的策略和方式挽回损失，甚至结合实际情况起诉底层资产方。由此产生了不少正向反馈，得到投资人的好评。

### **基金投资与投后管理**

投融资业务一直都是星瀚的强项，代表投资方的案例与代表融资方的案例旗鼓相当，因此，我们在代表私募基金对外进行投资的时候，也具备考虑问题较为周延、谈判目标更容易达成的优势。

星瀚律师对于投资方和被投方的心理、顾虑均有了解，能够帮助双方着眼于大局、把握整体，而不是因为过分计较未来有调整空间的细节但错失关键的时间和机遇，令各方追求“第三选择”是星瀚的理念，好的商业一定是共赢的。

除此之外，星瀚综合性的业务版块也能支持我们提供高品质的投后管理工作，无论是公司商事、知识产权、劳动人事还是内控合规……

### **管理人登记与产品备案**

尽管与私募基金相关的诉讼法律服务是星瀚区别于其他律师事务所的显著差异化优势，但事实上，星瀚在私募基金的非诉讼版块同样具备很强的实力。

2016 年，私募基金管理人登记制度施行，给私募基金领域的律师带来极大利好。然而在最初的半年里，通过登记申请的机构确是极少数，但在这极少数当中，就有星瀚完成的成功案例。

在阮霭倩律师看来，星瀚之所以能够成为较早取得相关领域成功案例的律所且在此后的几年里始终高效率、高质量地完成相关业务，其核心在于更好地把握住了监管目标，重视沟通、重视制度建设。

阮律师认为，相关规定出台之实质并不仅仅是要求律师事务所出具一份法律意见书，“根据我们的理解，协会更希望通过这样的形式，让律师事务所能够为基金管理人的内部运作、资金募集、业务开展等各个领域进行合法合规梳理。因此我们希望我们服务的每一个客户，能够从我们这里不只是拿到一套风控制度的模板，而是能够为每一位客户都提供匹配的合规治理建议，免除其后顾之忧。”

值得一提的是，星瀚律师在向基金业协会报送法律意见书的过程中，除了准备基金业协会要求的合规风控制度，还会结合每家基金管理人的组织架构情况，为基金管理人的日常经营和治理制定相关治理制度和流程，包括《股东会议事规则》、《董事会议事规则》、《总

经理工作细则》、《关联交易管理制度》、《对外担保管理制度》、《财务管理制度》等 10 余套配套制度。

今年初，中基协又发布了《关于便利申请办理私募基金管理人登记相关事宜的通知》，公布了私募基金管理人登记的申请材料清单，清单明确了约三十项材料准备的要求；3 月，协会又发布了《关于公布私募投资基金备案申请材料清单的通知》，公布了私募基金产品备案、重大变更及清算的申请材料清单，徐沁芳律师第一时间对相关规定进行了解读。徐律师说：“相信随着协会对管理人登记、产品备案标准和要求的逐渐明确，后续管理人与协会的沟通效率和办理效率也将有所提升。但协会本次明确管理人登记、产品备案的标准，并不代表对审核要求有所放松，管理人仍应从严把握递交的申请材料。”

政策规定多、更迭速度快是金融业务的特点，也是金融律师无法回避的“宿命”。但阮霭倩、徐沁芳、苏宇吉、李凤翔组成的这支精品团队已经形成了流畅的内部运转机制，在这套机制的支持下，她们能够快速吸收、准确反馈，与其他合伙人、律师密切合作，共同达成令客户满意的案件结果。

卫新律师说，星瀚战略的底层逻辑就是“比较优势原理和分工协作”。星瀚人相信：分工提高产量，交易增进幸福。“汇资源、搭平台、定规则、促合作，确保权责利的公平，正向引导律所文化”，私募基金法律服务产品就是见证者。

（本文首发于 2020 年 12 月 9 日）

## 打造税务与法律服务新模式，提供一站式的综合解决方案

在税改新政不断的背景下，如何满足企业日趋复杂的法律与税务需求、丰富律师事务所的专业服务内涵，这一问题愈发受到关注。

就此，上海星瀚律师事务所尝试着给出答案：整合优秀的会计师、税务师资源，成立星瀚税务师事务所；同时邀请兼具税法与民商法专业能力的优秀律师加入，提升律所内部的税法专业水平、引领税法业务板块的持续发展。

### 建立税所，高效协同

自星瀚成立起，税法意识于星瀚律师而言便是不可或缺的职业素养。无论是地产交易、股权投资、并购重组、又或是跨境贸易与跨境资金流转等，星瀚律师关注如何为客户高效率、全方位地提供专业服务，这就意味着，我们对相关项目中的法律、财务、税务等版块均会予以高度关注。

2015 年，杨晖加入星瀚，他在财政税务和检察院系统的工作经验使得星瀚的税法服务更具整体性，贯穿与税有关的民事、行政、刑事全领域。



那么，又是什么动因促使星瀚要在 2019 年设立星瀚税务师事务所呢？我们对此的理解是，企业的经济活动是一个连续而复杂的过程，多个税种之间经常交叉影响，加之国内的税收法律变化速度惊人，各种税收条款在短短几年时间内不断更新，其影响也广泛渗透到其他法律中，对任一政策法规理解不到位，就可能导致服务方案考虑不周、甚至影响企业商业目的的实现。比如，在企业资产和股权交易中，法律交易架构若设计不当，会导致相关交易主体账务处理的困境，或交易税负的增加；与之对应的是，财务处理目标和税务筹划目标往往又直接决定了交易架构的法律设计。

星瀚税务师事务所的资深税务师谭桂新说道：“涉税服务市场的客户需求愈加多元化，往往交织着财会、法律、税务甚至管理领域的知识，且每一领域都需要有一定的深度。其实，财会、税务、法律，这几个专业领域之于客户的重要性

和融合性早已被关注，只是此前做出反应的多为会计师事务所。”

近年来，“四大”设立律所、挖角律师的新闻屡见不鲜，但律所背景设立会计师事务所或税所的例子却并不常见，实际上，整合专业、综合解决的战略思路是相通的。因此，星瀚在 2018 年度的一轮扩租中，相当有魄力地租赁了远超实际需求的面积，一方面，是为税务师们的办公预留空间；另一方面，也是要吸收更加多的优秀合伙人、律师加入，共同实现“创新驱动、综合解决”的专业服务理念。

### 解决问题，创造效益

和星瀚税所的建立一样，邀请高水平的税务律师加盟也是星瀚发展不可或缺的引擎。2020 年年中，崔岩双律师的加入为引擎注入了强劲动力。

崔岩双曾在税务系统工作十余年，负责过税收征收管理、涉税事项审批、纳税评估、风险控制、行政管理等多类业务，对于税务部门的各项规定、工作流程、工作重点都非常熟悉。工作中，她常会与企业财务、会计人员、四大会计师事务所中的工作人员等进行专业上的沟通交流，这让她对税法服务领域的市场发展和需求有了初步的认识，激发了她在税务领域深耕的热情与兴趣。加之崔岩双有着七年的法学专业科班背景，使她深深认识到：如果能将税务专业与法学有机结合起来，就能为客户带来更丰富、更全面的、更多层次的专业服务，税法专业服务的发展前景将更为广阔！

因此，崔岩双对税与法的结合进行了大量的研究和探索。在职期间，她通过了注册税务师的资格考试，还入选了上海市税务局货物劳务税人才库，科研能力、业务能力得到全面认可。

2015 年年底，崔岩双正式进入律师行业，开始与企业面对面后，她发现了诸多问题。在她看来，很多企业经营中的税务风险很大，税务需求也很多，但企业大多并不自知。比如，企业对有些业务性质的判断并不准确，在被评估、稽查时常处于被动状态；再比如很多企业的实际控制人将企业视为自己的钱包，从企业进行借款，却不知所带来的潜在税务风险；还有些企业在对外支付的过程中，对代扣代缴义务认识错误，但已经完成了对境外的支付，从而导致自身陷入被动；有些企业本身可以申请优惠政策未申请等等。这些都需要律师对客户进行充分引导与培训，使企业认识到专业不仅可以解决问题，还可以创造价值。

具体的办案过程让崔岩双律师感受到，税与法的结合不仅仅出现在纯粹涉税业务中为客户解决问题，更存在于企业从“生”至“灭”的每个阶段、每个活动中，税务律师常常能为当事人带去切实可见、甚至意料以外的经济利益。因此，崔岩双律师加入星瀚、担纲星瀚合伙人后，对星瀚税法服务的发展思路就是：为客户解决问题、也为客户带去经济效益。



### 法税一体，锻造产品

“产品化 强运营”一直是星瀚坚持的战略，在税所和税法服务领头人的带动下，星瀚与“税”相关的法律服务产品——法税综合顾问服务应运而生。

过去，企业客户多为分别向律所、税所采购服务，在沟通和服务条线上，通常是律师和客户对接、税务师和客户对接，除重大专项外，律师和税务师很少会被客户同时邀请，共同开会或交互某一个问题。但是，星瀚的法税综合顾问服务将税与法完全融合，而且星瀚在服务模式上也进行了创新。

法税综合顾问的付费方式和过往的常年法律顾问服务一样，客户可以选择计时预付的模式、也可以选择固定年费的模式，该产品的特色之处在于，选择法税综合顾问的客户可以在基础法律服务时间中自由切换法律需求或税务需求，这一服务模式一则大大提高了客户的便利性，二则也能解决客户对某一专业服务的需求不稳定、进而不敢采购年度服务或采购后发生浪费的情形。

崔岩双律师在为该产品定义涉税服务的内容时，明确了三大版块的服务内容：（一）税法解读、涉税实务培训；具体包括：最新的税收政策对企业的影响、企业交易中涉及的税法知识及政策解读、企业纳税评估及风险控制、企业纳税自查与调整、企业如何应对税务稽查、企业所得税汇算清缴中的问题处理等。（二）合同涉税审查服务；具体包括：合同订立中涉税主体及纳税义务的审查、对合同所涉及的交易进行定性分析、明确所涉税种的申报和缴纳，对开票、支付结算方式等进行审查，提示合同所涉税务法律风险，确保税务合规。（三）企业税务健康检查服务；具体包括财务报表的税务健康检查、纳税申报的整体税务健康检查、重点税种的健康检查、发票的税务健康检查，编制税务健康检查报告。

相关服务内容均是崔岩双律师和星瀚同事的经验总结，覆盖了企业最为常见的需求，能够为企业的健康经营与长远发展保驾护航。

在共同服务企业客户的过程中，税务师谭桂新也感言，此前税务师与律师合作，双方仍受困于不同的工作习惯与交互方式，效率无法达至最优，而在税务师与律师同地办公的新模式下，双方的互补加成效益显著增强。

除了常态化的法税综合顾问服务，星瀚还设计了多个涉税专项服务，包括：

企业投资税务规划、企业并购重组税务规划、企业上市税务规划服务、企业清算注销税务规划服务、外商投资中国税法服务、税收优惠申请服务、个人财富管理税法服务、税务争议解决法律服务等。

这些专项服务既与星瀚现有的优势领域相结合，形成更为强大的加成效应；也与社会发展、企业需求相关联，企业能够在星瀚的助力下，实现发展目标。

### 关注变化 与时俱进

对于国家税务领域政策和监管的预判，崔岩双律师认为，税务监管的大趋势仍是通过“放、管、服”以优化营商环境，具体体现为各项涉税事项逐步从审批制转化为备案制，还权于纳税人，还责于纳税人，大数据监管、科技监管将成为未来税务监管的主要方式。

这对企业而言，无疑既是机遇也是挑战。机遇是，国家为了企业发展，出台了越来越多的税收优惠政策，能否有效地利用税收红利政策，这为企业的发展带来了前所未有的机遇；而挑战则是，能否做好各项税务合规工作，能否尽可能在发展的同时降低企业的税务风险，也确实是企业面临的巨大挑战。

因此，出现税务问题直接想到“找关系”并不可取，未来的企业发展重点一定是借助专业的外脑进行税务合规和税务筹划，以实现降低企业实际税负进而不断稳步发展的目标。

税务师谭桂新也提到，在最近几年的税务发展中，主管税务机关越来越多地取消和下放税务行政审批项目，推行纳税人自主申报……未来十年，国家或将进一步减税降负、鼓励外资、开展反避税工作、落实税收法定、出台数字经济税收政策、落地 CSR、推动“一带一路”税收合作等，能够把握相关趋势的企业将得到充分的成长空间，反之则会感受到高压力，建议企业借助外部专业人士的力量，真正地用好政策、享受政策。对此，星瀚律师和星瀚税务师也在不断关注着相关变化，为我们的企业客户更新信息、争取利益，同时也在研发更多的法税新产品。

星瀚税所和星瀚税法团队是星瀚运营模式的创新与尝试，也是星瀚平台化发展在具体落地中的关键一步。

此后，我们还将就财务、知产、取证、鉴定、评估等领域进行整合，帮助企业节省成本、完善方案、争取最优结果，这也是星瀚使命——“成为客户心目中高效、负责的伙伴”的重要实践。

（本文首发于 2020 年 12 月 2 日）

## 因为热爱，所以选择，星瀚文娱体育业务的发展之路

或许是因为常在微博影视文娱板块下的律师函中见到星瀚的身影，或许是因为星瀚一直展现出创新、文艺、富有情怀的特色，亦或许是因为名字中带了“星”……星瀚常常被认为是一家专注服务明星的律师事务所。

其实，服务明星个人只是星瀚文娱体育法律服务中的极小一部分，作为一家一体化运营的精品律师事务所，能够整合最优资源、协同合作，为客户提供高效、综合的法律服务一直是星瀚的优势。因此在星瀚，有着擅长不同业务领域的律师们研究着文娱体育产业下的各个版块，包括影视、创作、电竞、游戏、体育、自媒体等等，他们能够从投融资、知识产权、合规、税务等不同维度，为文娱体育产业提供综合性法律服务。

### 热爱是一切选择的基础

星瀚在招聘实习生时，都会让同学们填写实习意向表，其中即包含感兴趣的业务领域或行业，因为我们一直认为，热爱是一切选择的基础。尤其对于刚刚进入法律行业的新人来说，最初的兴趣往往能帮助他们找到适合的执业领域；当兴趣发展为热爱时，则是他们进一步深入研究、形成专业优势的契机。鼓励星瀚人在热爱的领域有所成就，正是有理想精神的实践主义价值观的体现。

星瀚文娱体育法律服务产品的发展，也遵循着这一原则。自创立之初，星瀚就关注着文娱体育板块，这与我们有一个爱文艺、爱运动的老板分不开。关注过卫新律师朋友圈的人都知道，卫律师的两个日常，就是阅读与运动。即便工作再忙碌，卫律师也还是会保持阅读和思考、以及每天的跑步或健身，如果不是真的热爱，这是绝对坚持不下来的。

文艺的卫律师自是有不少文艺圈的好朋友，在这些朋友们选择创业的初期，卫律师就参与了他们的成长与共创，为他们提供法律支持。星瀚参与了韩寒首部电影《后会无期》的面世，参与了亭东影业的日常法律工作和多个非诉讼专项，参与了此后《乘风破浪》、《飞驰人生》等一系列优秀影片的诞生。在服务文娱圈的过程中，星瀚的技术派路径受到大家的认可和信赖，朋友介绍朋友，卫律师也因此认识了更多圈内好友，圈子的丰富与细分为星瀚文娱体育法律业务的拓宽拓深提供了机会。



## 拓深拓宽，找准优势

随着星瀚的人员规模迅速扩大，业务领域也越来越综合。我们发现，很多同事都对文体产业感兴趣：有影视剧迷，对影视项目从立项到最终票房分账全流程了如指掌的；有电竞游戏迷，对国内外产业发展史、政策更新发展如数家珍的；有公众号微博 B 站等平台的深度用户，对自媒体大 V 们的签约、运营、变现等问题津津乐道的；还有始终走在新产业体验前线的，无论是直播带货还是短视频营销，都会第一时间研究其商业模式和可能涉及的法律问题。

星瀚内部自发形成了一个“文体产业”兴趣小组，而学习会则成了绝佳的交流平台，在这个平台上，大家会分享对各自热爱版块的研究成果，包括产业发展现状、对其商业模式的介绍见解、可挖掘的法律需求、自己的业务专长可解决的、以及需要其他业务同事支持的等等。经过不断的探索与研讨，我们愈发认识到，文体产业是个内涵极其丰富、需求空间巨大、天然适合被探索“产品化”的行业。因为不同于传统的法律专业领域，产品化更强调服务场景、行业特点和客户需求的综合解决。因而，星瀚的优势自然而然地凸显出来，那就是综合性。

星瀚的知识产权业务，能在商标著作权的获权、管理、交易等方面提供高效、全面的法律服务；星瀚具备为多个影视剧项目、文体企业提供投融资法律服务的经验，对于投资方和被投方的心理均有了解，能够站在促成交易的角度，帮助客户设计最佳方案，实现商业目标；星瀚处理过多起经纪合同争议纠纷，亦能向前一步，针对练习生、出道艺人、网红等不同的经纪合约，设计出适合的合同文本，以减少后续纠纷；此外，星瀚颇具特色的财税服务，亦能对客户公司的发展产生整体性的帮助。重要的是，星瀚各个业务团队之间能够高效协作融合，星瀚整体能为客户目标的实现负责，这极大降低了客户考察与选择的时间成本。至此，星瀚的法律服务已经开始形成“组合拳”，在文体产业行业愈发具有穿透力，能够满足客户的综合需求。



## 成就与荣光

今年，星瀚全程参与的电影《荞麦疯长》在疫情的影响下艰难上线，这部电影凝聚着制片团队、参演演员的诸多心血。从为电影团队引入投资提供商业谈判、文本支持；到审核电



影拍摄、后期制作、宣发过程中的各类法律文件；再到音乐制作及音乐版权等法律服务等，对参与在这个过程中的律师们而言，那些通宵审核合同、连轴奔波各地、遇到困难挫折的经历与感受或许都已记不清了。

唯有电影上线之时，当收到客户们的首映礼邀请函和限量周边，看到电影片尾滚动的字幕中出现自己的名字时，便是律师们最激动、最记忆深刻的时刻，也是律所全员都为之骄傲和荣耀的时刻。正是那份热爱激发了坚持与投入、随着为客户不断解决问题、创造价值的积累，最终成就了大家的职业荣光感。

疫情期间，文娱体育产业均遭受了最直接的打击，各剧组停工、线下展会活动停办，星瀚律师们第一时间出具了应对建议，与行业共渡时艰。如今，疫情阴影渐渐消散，相关产业逐渐恢复生机，纷纷找回了自己发展的节奏。星瀚在文娱体育行业的探索也继续前行着，为自己的“组合拳”不断创新、增加功力。

今年来，星瀚参与了上海体育局的多个研究课题、协助某知名电竞俱乐部处理了选手经纪纠纷问题、为数个赛事运营、赛事场馆运营企业提供了法律支持，在电竞版块留下了浓墨重彩的一笔。



星瀚始终相信，平凡生活里的点滴热爱与坚持，就是最好的诗和远方，星瀚在文娱体育领域的发展，会诞生更多精彩。

（本文首发于 2020 年 12 月 16 日）

## 创业十年，他们如是说：做热爱法律的技术派

2020年12月18日，上海星瀚律师事务所迎来创业十周年的纪念日，并举办“精品律所的创新发展之路”论坛。长宁区司法局、华东政法大学、上海市犯罪学学会、上海市律师协会、上海市府合作办有关领导，以及多家知名企业的代表参与论坛讨论，并为星瀚送上生日祝福。

长宁区司法局党委书记林子岳在论坛中对星瀚的技术派风格给予高度认可，林书记提出，律师事务所发展一定要坚持党建引领，形成特有的发展特色与优势。长宁区将一如既往地法律服务业发展提供支持保障。林书记希望星瀚所进一步提升战略发展高度，持续履行社会责任，推动营商环境优化，在区域经济社会发展过程中体现专业服务机构的价值。



华东政法大学党委副书记、上海市犯罪学学会会长应培礼教授则强调，精品所要有自己专长的服务领域，更要有为法治社会创造价值的意识。应教授对星瀚律师在华政捐资助学、开设实务课程表示赞赏和感谢。应教授希望星瀚继续加强律所理论建设、提高律师学术素养、深化研究实务法律、重视与学术机构的交流合作，展现学习型精品所的优势与特色。



上海市律师协会会长季诺对星瀚始终以客户为中心的坚持表示高度认同。他提到了星瀚发展模式在行业中的影响力。季会长指出，上海市律协一直强调律所管理者们要有企业家精神和社会责任感，深刻理解新形势下的新挑战。在律所的业务和运营模式上，星瀚已经做出了有益的探索和尝试，“上海市十佳律所”的佳绩也是对这种探索的认可。



上海市人民政府合作交流办公室联络处处长韦一希望精品律所深入研究区域合作，研究产业布局和政策走向，立足长三角一体化建设、服务全国经济的发展，并对星瀚全面的能力和较强的综合素质予以肯定。



对于客户的祝福和领导的勉励，上海星瀚律师事务所高级合伙人汪银平、运营合伙人宋佳、合伙人冯恬、律师李凤翔、赵晓波分别从星瀚法律产品研发模式、律所运营分工与创新、资深法律人的转型与星瀚“造星计划”的契合、青年律师在星瀚的成长和发展四个不同角度进行了探讨与回应。

论坛最后，卫新主任代表星瀚全体同仁，向出席论坛的所有到场嘉宾表达感谢，并以

《做热爱法律的技术派》为题，畅谈十年创业的历程和探索未来发展之路，下文为卫新发言内容。



各位尊敬的领导、亲爱的客户、最可爱的星瀚同事们：

大家好。活动进行到了尾声，这么多精彩的发言，我非常感动、也非常有收获。星瀚是一家 10 后的律师事务所，今天是她十周岁的生日。在这样特殊的日子，我想表达三点：

#### **感受：法律真义和律师价值**



星瀚成立初期有个里程碑意义的股权纠纷案件，星瀚初创的同事几乎都参与了，这个办理了 6 年的案子之所以被常常提起，不仅因为他牵扯了近十个诉讼、事实复杂难以还原，技术难度极高，还因为它让创业期的星瀚人直接感受到了法律真义和律师价值。

客户是一位身材魁梧的山东汉子，他来找我的时候，刚刚被中国北方一个地级市的法院宣判无罪而获释。即使这样，一年多的看守所岁月也让他显得十分憔悴，你是怎样也无法把眼前的这个表情凝重的中年人，与估值数十亿、行业前三的企业创始人联系在一起的。

他说，他被其他股东诬告了，出狱后他发现公司被贱卖，多年的打拼转瞬成空，他希望我给他提供一个诉讼方案，帮他争取属于自己的公正。事后我才知道，在失去自由的一年里，

他的合伙人扬言，花了 1000 万，要把他买死在看守所里。

老石选择星瀚，是因为我们的专业与正气。我们在代理之初就独立研判，并与法学专家充分研讨，综合制订了一个“先输后赢”的方案，历时漫长，层层递进、最终可以达成目标的策略。我们很幸运，大半辈子和人情关系打交道的山东人，选择了星瀚这群执着和勤勉的技术派，并且在六年时间里，面对困难挫折各种情况，仍然信任我们。

办理老石案件的过程，让星瀚的年轻同事强化了技术派的风格：为了还原案件被分割的复杂事实，我们做了很多案情表格和可视化的“脑图”，我们夜以继日的整理了国内外判例，我们反复排练在庭审中的每一句表述和每一个发问，我们分析了 11 个被告的利益取舍和对对方律师团可能的策略。我记得，最终结果出来前，我在最高院的门口发了一个朋友圈，“我在等一个非常重要的结果。”牵扯了当时很多星瀚同事的关切。老石案件的最终结果是令人欣喜的，这让坚持技术派的星瀚年轻人感受到了成就感和法律人的价值。

老石的案件，同时让法律人体会了商业和人性的复杂。在代理的六年时间里，我和客户老石已经成了无话不说的莫逆之交。他有时会找一个安静的环境，喝一些酒，和我聊起过往的事情，创业时的激情澎湃与纷争时的残酷无情，让人唏嘘不已。同学情谊、知遇之恩、亲情后盾、权力光环、甚至男女情愫都与经济利益、公司政治纠缠在一起，演化成一场场阴谋、阳谋、诉讼……最后，法律成了他谋求公正的底线，是他觉得最靠得住的。

诉讼过程中，老石去了一次西藏，向神灵祷告，并改为吃素。判决前，老石说，如果能拿到胜诉结果，他想请星瀚的律师们去一次西藏，大家庆祝一下并还愿。胜诉后，我和老石说，西藏的还愿我们就不去了，但是我想拿出律师费和老石一起在法学院设一个星光奖学金，资助那些刻苦学习的学子和致力教学的老师，因为培养更多心怀法治、专业精进的法律人也算是我们的共同心愿吧。老石欣然同意。

在星瀚之后的业务发展中，比老石更艰难的案件还有很多，复杂的人性和现实的功利时时刻刻在考验年轻的法律人。然而，星瀚律师坚持技术派路线，积极进取、不负时光，成就了如今的星瀚文化和人文气质。

### 感恩：良师益友和创业伙伴



2010年的冬天，我和七位小伙伴开启了创业之路。租下可以坐40人的办公室、豪情万丈的工作，希望做一家专业、亲切、温暖、欢乐的不一样的律师事务所，努力探索创建律师行业的新平台。星瀚自成立以来，就注重与创业者同行，为创新者助力。我们真诚的陪伴了很多创业者慢慢长大，与他们一起探索新型业务，苦乐同行。星瀚也逐渐在创新业务的商事客户中形成了口碑。

在星瀚的创业途中，有很多良师益友和创业伙伴一路同行。譬如，司法行政主管部门在星瀚稚嫩时期就给予我们高度的关注。法学院的老师不仅对我们的疑难业务给予理论指导，还为我们推荐优秀的毕业生。亨东影业在他们的每一部电影后，都特别致敬法律团队——星瀚。而众多合伙人、年轻同事们在星瀚的平台上互相支持、彼此照耀，成就了一个温暖欢乐的集体。

其中汪银平律师的加入，以及内控与反舞弊法律产品的建设让我记忆犹新。汪银平是我的大学同学，特别帅气的浙江人，同学们都叫他“小帅”。大学时代，我们建立了深厚的友谊。一天，毕业后就在市公安局工作得顺风顺水的汪银平提出想“入伙”，我在感动之余，也善意的提醒：你在体制内是班级同学的佼佼者，创业也没有外界所见的光鲜，况且你还没有通过司法考试。但是，汪银平似乎“铁了心”要入坑，在之后的一年内，他一面做好繁重的体制内工作，一面每天晚上去肯德基复习备考。

2012年年底他辞去公职，加入了星瀚。我记得入职前，我和他一起回了一次他的老家丽水说明情况。汪爸爸握着我的手说，公务员做的好好的怎么就辞职了，不大理解儿子的选择。希望我这个在市场打拼了多年的同学，能多多关照汪银平。那一刻，我既感受到了信任，也感受到了压力。朋友们知道“小帅”要离职的消息后，抛出了很多橄榄枝，其中不乏金融机构、外企待遇优厚的高薪职位。汪银平加入了星瀚，是基于兄弟情义，更是基于法律人学以致用理想。他加入后就专注地钻研琢磨刑事法律服务，专门花了三个月去研究所有的罪名和判例，打磨业务技术。之后，因为偶然机会，他接手了一个企业舞弊控告类的案件，在经济利益有限的情况下，他经历六年多帮助企业维权。2016年4月，他兴奋的和我说，他打算专注打造一个产品：内控和反舞弊。他要将计算机电子取证技术运用到法律服务中，他要把之前公安侦查的办案经验与技术进行总结，开拓一套更务实的民营企业、外资企业内控解决方案。于是，星瀚的一个明星法律服务产品诞生了。

汪银平为人内敛、大气，对事物有深刻的洞察力。这些年，基于我热爱打拼和尝试的作风，星瀚创业创新过程中也有不少试错与不周全，作为星瀚合伙人，他总是不时提醒我，给予我理解、包容和补位。在他身上，充分体现了星瀚技术派、温暖善意的文化。

星瀚十年的成长离不开关心我们的师长、友人和一路走来的伙伴。我们要感谢法律界同仁的引领和激励，感谢客户给予我们的信任和支持，感谢每一个星瀚人的努力与付出……伙伴，是路途的星光。



### 感悟：功不唐捐和聚散离合

前几天，我面试一位律师。我问他，你是怎么想到来星瀚应聘的？他说在法学院时就听说过星瀚，知道是一家很有活力的精品所。毕业投过简历，但是没有回音。这些年一直关注星瀚的公众号，这次看到有招聘的岗位，觉得自己历练三年了，就再来试试。

这样的故事提醒我，星瀚已经有年头了。因为，我记得在之前的招聘中，当我们问应聘者，有没有需要了解的？很多人都会提出，希望了解一下星瀚是一家什么样的律所。而这些年，这样的问题越来越少了。“热爱法律的技术派”，已经越来越被人定义为星瀚的标签。

我们重视专业学习和分享，星瀚自成立起就组织每周固定的“学习会”，这样一做就坚持了十年；星瀚自成立时就设立了市场部、重视新媒体的运营，我们坚持律所运营专业化，倡导律师行业要纵向分工，有专业人才，如今已经形成了完整的律所运营体系；我们重用年轻人、给年轻人机会，每一次校招实习，都用心对待，我们塑造容错和创新的文化，让星瀚打下活力和创新能力极强的烙印……

任何选择，都有代价和成本，你的优势、擅长也恰恰是你的短板和局限，星瀚的这些坚持和投入有时候显得不够“效率”，与律师行业规模化的“野蛮发展”还有些格格不入，有些伙伴不理解不支持。好在中国的法律服务业还很年轻，我们做时间的朋友。

2019年，在上海1600多家律师事务所竞争的四年一届的“上海市优秀律师事务所”评比中，星瀚无论是业务规模还是人数都不在最前列，但是我们作为面向未来的创新创业型律师事务所，拿下了“上海市十佳律师事务所”的殊荣，那一刻，我觉得一切都功不唐捐。你每一天坚持和努力的，你今天走过的每一步，看似没有回报，但未来都在不觉之处给你风景。

星瀚的十年，有喜悦和成绩，也有误解和迷茫。其中有些伙伴从各方来到星瀚，甚至毕业后就加入至今，成为星瀚发展的栋梁；也有一些伙伴成长后去了更大更高的平台发展。这一次星瀚十周年，他们从四面八方发来祝福，每个人都很珍视那一段星瀚的时光。12月12日，我们在律所组织了一次“游园会”，很多“满天星”都回来了，带着家人和孩子。我相信，人生总有聚散离合，做自己热爱的事业，与喜欢的人在一起，就是我们理解的生活；而每一段经历，只要真诚的走过，都是弥足珍贵的。聚散的缘分很神奇，星瀚初期我特别欣赏的徒

弟一度离开了星瀚，2016年她又回到了星瀚，继续星瀚的创业之路，如今成为星瀚的核心竞争力。就像一位星瀚伙伴所说，这么多年过去了，星瀚仍然有一种“少年感”。我想，我们永远就是那个“屠龙的少年”，葆有热情和执着。

一家精品律所的发展问题，没法抄作业，也没有标准答案，这就像人生一样。刘擎说，人永远不会“是”什么，而是永远都正在“成为”什么。

星瀚十年了，我没法给她下个定义，就像《爱丽丝梦游仙境》中红桃皇后说的：“你只能不停地奔跑，一直跑，才能留在原地。”

探索是我们的宿命和选择，心怀法治，以梦为马，我们的未来是星辰大海。



（本文首发于2020年12月21日）







热爱法律的技术派



上海总部：021-5109 6488

南京分所：025-5881 1373

武汉分所：027-8771 8809



BD@ricc.com.cn



星瀚客服



星瀚微法苑