



# 2021 LEGAL STUDY

## 星瀚法律研究

### 本期推荐

林奇被投毒后引发争产纠纷，企业家们股权传承规划是否有更好选择？

《你好，李焕英》票房突破30亿，为何主控方北京文化只赚6000万？

签收《解除函》=解约？从段奥娟解约事件看艺人纠纷处理规则

“七天冷静期”外，“上海市健身会员合同”的亮点还有哪些？

### 税法专栏

涉税实务中票货分离、挂靠代开之法律风险分析

“少申报”“不申报”是偷税吗？——浅析实务认定标准

“经税务机关通知申报”应如何认定？“已办理税务登记”即可认定为“已通知申报”吗？

# 目录 CONTENTS

## 「公司·金融」

通道类信托产品违约，投资人是否可以要求信托公司承担责任？	P01
林奇被投毒后引发争产纠纷，企业家们股权传承规划是否有更好选择？	P05
合同中约定“预先放弃违约金酌减权”有效吗？	P08
《民法典》实施后，保理人如何有效发送应收账款转让通知？	P11
全棉时代广告“触雷”，品牌宣传如何合规不翻车？	P14
如何避免老板婚变影响企业“江山”？	P17

## 「热点评析」

从 2020 年“道歉日”看赔礼道歉、消除影响的实务操作	P21
现实版《宝贝儿》上演，引发若干的法律思考	P23
从西瓜挖角 B 站 Up 主事件看互联网文娱产业的知名“挖角”、“跳槽”纠纷	P27
《你好,李焕英》票房突破 30 亿，为何主控方北京文化只赚 6000 万？	P30
从青 3 创 4 热播，看“中止式共享经纪约”的诱惑与风险	P36
签收《解除函》=解约？从段奥娟解约事件看艺人纠纷处理规则	P42

## 「星瀚税法专栏」

涉税实务中票货分离、挂靠代开之法律风险分析	P46
变名开票风险几何？	P49
逃税罪“初犯免责”制度，你理解对了吗？	P52
“少申报”“不申报”是偷税吗？——浅析实务认定标准	P58
诉请开具并交付发票是否属于民事案件受案范围？	P62
“经税务机关通知申报”应如何认定？“已办理税务登记”即可认定为“已通知申报”吗？	P66

## 「政策解读」

民法典担保制度司法解释重点条款对比与解读	P70
“七天冷静期”外，“上海市健身会员合同”的亮点还有哪些？	P74
监管全面升级！新版《化妆品监督管理条例》亮点介绍	P78
不仅是电商，社交、游戏、直播企业都应该重视的《网络交易监督管理办法》解读	P80

## 「星瀚人文」

在新年的第一缕阳光下自由奔跑	P84
成为更好的自己，成就更好的平台	P88
陈欣皓：独立之路，也是重组与升级之路	P93
王晨光：向着月亮出发，即使不能到达，也已立身于星空浩瀚之间	P97

# 通道类信托产品违约，投资人是否可以要求信托公司承担责任？

李冰凌、阮霭倩

信托业内一般认为，通道类信托的实质风险应由委托人承担，信托财产的实际管理亦由委托人负责，信托公司作为 SPV 的设立方，仅承担最低限度的事务管理义务。但是，上海金融法院的一纸判决，让市场重新开始思考通道类信托各参与主体的权利义务分配及权利维护等问题。

## 一、什么是通道类信托？

从信托产品角度而言，信托可以分为营业信托和服务信托，营业信托又可以分为主动管理型信托和事务管理型信托。通道类信托与事务管理型信托极其类似，亦按事务管理型信托提取风险资本。

通道类信托原本是行业的一个常用语，是指一种交易模式，即委托人利用信托牌照设立 SPV 以完成某个交易，信托在交易中起着特殊目的载体作用，信托公司未主动对外募集资金，也未主动进行投资。实践中，很多通道类信托都是单一资金信托。

早在 2013 年，国务院即颁布《国务院办公厅关于加强影子银行监管有关问题的通知》（下称“通知”），要求金融机构之间的交叉产品和合作业务，都必须以合同形式明确风险承担主体和通道功能主体，并由风险承担主体的行业归口部门负责监督管理，切实落实风险防控责任。主要目的是规范银信合作业务，要求银行和信托明确各自在信托产品中的责任。

尽管监管当局一直强调“去通道”，但直至 2020 年第二度末，事务管理型信托规模依然有 9.45 万亿，占信托总规模的 45.02%。随着信托业务的发展，通道类信托的委托人范围扩大，一般企业、私募基金等也参与进来，通道类信托的风险逐渐暴露，不少理财产品资金实际投向即可能是通道类信托产品。

2019 年，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称“九民纪要”）第 93 条规定，当事人在信托文件中约定，委托人自主决定信托设立、信托财产运用对象、信托财产管理运用处分方式等事宜，自行承担信托资产的风险管理责任和相应风险损失，受托人仅提供必要的事务协助或者服务，不承担主动管理职责的，应当认定为通道业务。这是首次在法律层面对通道类业务进行统一定义。

2020 年末，上海金融法院判令某信托公司就其通道类信托产品给投资人造成的损失承担赔偿责任，该案作为上海金融法院 2020 年的典型案例（下称“该典型案例”），颠覆了信托行业惯常的认知，给通道类信托敲起了警钟，也为投资人维权提供了新的方向。

上海金融法院的判决书显示，信托公司与委托人签订《单一资金信托合同》约定，委托人自主决定信托设立、信托财产运用对象、信托财产管理运用处分方式等事宜，自行承担信托资产的风险管理责任和相应风险损失，受托人仅提供必要的事务协助或者服务，不承担主动管理职责，该约定与九民纪要的规定几乎一模一样，故该业务被法院认定为通道业务。对于通道业务，信托公司仅应在违反其事务管理义务的前提下才会承担不利后果，为什么法院会判令该信托公司承担赔偿责任呢？

## 二、通道类信托中信托公司一般应履行的义务

律师认为，由于通道类信托的营业信托属性，特别是部分通道类信托具有“影子银行”的特点，通道类信托的受托人也应严格履行其法定义务，遵守金融监管当局的政策和规定。根据《中华人民共和国信托法》（下称“信托法”）第 25 条规定，受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务。通道类信托受托人主要的义务是诚实、信用、谨慎、有效管理的信托财产。除此以外，受托人一般还需要履行下列受托义务。

### 1. 确认最终投资者的合格投资者身份

《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（下称“资管新规”）规定，合格投资者是指具备相应风险识别能力和风险承担能力，投资于单只资产管理产品不低于一定金额且符合一定条件的自然人和法人或者其他组织。对外观一般为单一资金信托的通道类信托而言，仅从产品层面分析，似不需要符合资管新规对合格投资者的要求。

但是，根据《中国银监会办公厅关于进一步加强信托公司风险监管工作的意见》（下称“58 号文”）的监管要求，各监管机构要督促信托公司按“穿透”原则向上识别信托产品最终投资者，不得突破合格投资者各项规定，防止风险蔓延。因此，信托公司有义务核实信托资金实际出资者的合格投资者身份。

### 2. 确认资金募集行为合法

信托公司作为持牌金融机构，其金融行为必须符合《中华人民共和国反洗钱法》（下称“反洗钱法”）、《中华人民共和国刑法》（下称“刑法”）的要求，不得向不特定多数人募集资金，也不得接受犯罪所得资金设立信托。资管新规亦要求投资者不得使用贷款、发行债券等筹集的非自有资金投资资产管理产品。

该典型案例中，单一资金的委托人是一个私募基金产品，经法院查明，该私募基金通过向不特定多数人发行产品募集资金，属于非法集资行为；在资金募集过程中，有证据表明该信托公司已经知道上述向不特定多数人募集资金的行为，但其没有履行相应提醒和告知投资人，违反了其作为受托人的诚实、谨慎的管理义务。

### 3. 合法使用信托资金，不得以规避监管为目的设立信托

九民纪要规定，违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。58 号文明确要求，监管机构按“穿透”原则向下识别信托产品底层资产，资金最终投向应符合银、证、保各类监管规定和合同约定，将相关信息向投资者充分披露。

目前，在资管新规过渡期（2021 年底）内，通道业务中存在的利用信托通道掩盖风险，规避资金投向、资产分类、拨备计提和资本占用等监管规定，或者通过信托通道将表内资产虚假出表等信托业务，除非存在其他导致合同无效的情况，法院一般不认定信托合同无效。

然而，上述规定意味着资管新规过渡期之后，法院可能对违法违规使用信托资金或以设立信托规避监管的行为从严审判。

#### **4.承担合理的协助和配合义务**

配合办理相关工商变更手续、抵质押手续，申报破产债权等事务，是通道类信托中信托公司应当履行的协助和配合义务。由于信托产品具有特殊性，前述事务仅能以信托公司名义处理，若信托公司不协助或配合，则违反其诚实、信用、谨慎、有效管理的信托财产的义务，应当承担相应责任。

### **三、通道类信托中信托公司的一般不承担的义务**

根据通道类信托的定义，受托人一般不承担信托实质风险和管理责任，具体而言：

#### **1.项目的尽职调查义务**

通道类信托中，受托人根据委托人确定的投资项目、投资对象进行投资或发放贷款。一般情况下，通道类信托合同会约定受托人依据委托人的指令履行后续管理义务，不对贷款人和信托资金运用的项目做实质性尽职调查和审核，只提供事务管理服务。但是，信托公司虽主要依据信托合同约定履行相应事务管理义务，其在以自身名义独立从事信托管理之时，仍应尽到合理注意义务。

在该典型案例中，委托人在信托合同中指定受托人将信托资金向融资人发放信托贷款，如借款人逾期不能偿还贷款本息，受托人有权提前终止本信托并以信托财产原状形式向受益人进行分配，其损失均由委托人/受益人自行承担。因此，法院认为信托公司确实没有义务对项目进行尽职调查。

但在信托存续期间，信托公司在不负有尽职调查之合同义务的情况下，应委托人要求出具了《项目风险排查报告》，并称资金用途无异常，融资对象经营状况良好，工程建设进展顺利，财务状况稳定等，从事后查实的结果看，《项目风险排查报告》内容有明显虚假之处，信托公司对投资者的损失负有一定的责任。

因此，即便通道类信托中信托公司没有责任对项目进行尽职调查，也需要尽合理注意义务，在项目明显虚假或报告存在虚假描述的情况下，亦可能承担责任。

#### **2.账户监管、抵质押物管理义务**

除对项目进行尽职调查之外，账户监管、抵质押物管理是有效控制信托投融资风险的手段，通道类信托一般以合同约定排除信托公司的上述责任，然而并非所有的通道类信托合同均如此。委托人在设立通道类信托之时，应当仔细阅读信托公司事务管理义务的具体范围和方式，以明晰和维护自己的权益。

在山西高院对另外一家信托公司的单一资金信托纠纷案中，信托公司称涉案信托为通道类信托，但细读信托合同和交易合同，发现信托公司负有所质押的应收账款的真实性以及回款情况进行专项审计的义务，还负有提供信托账户回款明细给委托人的义务，以及对一定金额以上划款签字确认等义务。该信托公司因为没有履行合同中约定的义务，而被法院认定没有尽到诚实、信用、谨慎、有效管理的信托财产，从而判令该信托公司全额返还融资人应还未还的资金及利息。

### **四、投资信托等资管产品需要注意的事项**

信托等资管产品有其特殊性，产品结构复杂，且一般存在嵌套，投资者除对投资项目风险有一定了解外，还需要对产品本身的风险有一定了解。

律师建议，投资者在购买资管产品之前，首先要理解购买产品的类别、结构，一旦发生纠纷，投资者可以初步判断追究责任的对象。其次，建议投资者对投资风险尽合理注意义务，不要片面追求收益率，投资者应重点关注信托产品的类型、信托财产的管理运用处分方式、信托财产的分配以及是否有原状分配等条款。最后，建议投资者要求信托公司提供底层全套交易合同，以知晓交易全貌，在发生纠纷之时，才能更全面、更及时的维护自身利益。

（本文首发于 2021 年 3 月 18 日）

# 林奇被投毒后引发争产纠纷，企业家们股权传承规划是否有更好选择？

阮霁倩、李冰凌

当所有人还震惊于林奇被投毒致死，议论幕后黑手的投毒原因和投毒经过时，游族网络的一则最新公告又将公众的注意力转移到了游族网络实控人股权继承的争产问题上来。

2021年1月11日，游族网络先后发布了《关于实控人将发生变更暨权益变动的提示性公告》、《详式权益变动报告书》，披露林奇生前持有的游族网络股份由其未成年子女林小溪、林芮璟及林漓三人作为继承人共同继承。因许芬芬是三人的母亲，作为三人的法定监护人，三人的股东权益统一由其行使，许芬芬成为游族网络的实际控制人。

然而随后舆论爆料，许芬芬与林奇已经离婚，林奇和另一女子还育有一子，虽然双方尚未办理结婚登记，但该孩子对游族网络的股权也具有合法的继承权。投毒杀人的刑事案件尚未审结，突然又冒出了个新的继承争产案件。林奇事件给到广大企业家的警示教育看来还在继续。企业家们才刚养成了出门要自备茶杯的习惯，这下又得开始关注自己公司的股权架构搭建和家族财富传承问题了。

## 一、企业实控人过世后，其生前持有的股权如何进行继承分配

依据上市公司游族网络2020年12月25日发布的《关于公司董事长暨总经理、实际控制人、控股股东逝世的公告》，其实控人林奇于当日救治无效逝世。截止公告发布当日，林奇直接持有公司219,702,005股，占游族网络总股本23.99%。根据我国的法律规定，被继承人过世后应当首先区分其是否订立有遗嘱，如果被继承人订立有遗嘱的，则应当按照被继承人订立的遗嘱来进行相关的遗产划分。如果被继承人未订立有遗嘱的，则应当按照法律规定的继承顺位来进行继承认定。根据游族网络的披露，林奇生前未留有对公司股票作出处分的遗嘱或遗赠扶养协议。因此应当按照法律规定的法定继承顺位来认定林奇遗产的继承人。

按照法律规定，林奇遗产的第一顺位继承人是配偶、子女和父母。从目前公开渠道的报道来看，林奇和前一任配偶已离异且尚未再婚。但林奇除了子女外，父母都尚健在，如相关信息属实，则林奇第一顺位的继承人应当是全部子女和林奇的父母。根据游族网络的公告显示，在浦东公证处2021年1月9日出具的《公证书》中明确，除三子女外，其余继承人均自愿放弃继承权。因此可以推断出林奇的父母主动放弃了对股权的继承。这样第一顺位中能够继承林奇游族网络股份的继承人应当是其全部子女。而且无论是婚生子女还是非婚生子女，都具有同等的继承权。

## 二、若确实存在“第四个孩子”，林奇股权的继承将产生怎样的变化

如前所述，他也会是法定的第一顺位继承人。根据《公司法》规定，除非公司章程另有规定，否则如果个人股东死亡的，其继承人原则上是可以继承股东资格的。而根据游族网

络披露的《公司章程》，并未对自然人股东死亡后的股东资格继承问题作出特别约定。因此即使是非婚生子女也有权主张继承林奇的股东资格。

若《公证书》真的存在遗漏继承人的情况，那《公证书》的内容将存在与客观事实不符的情况，依据《公证书》做出的法定继承的效力将存疑。

目前，根据披露的公告，游族网络的股份将通过非交易过户的方式办理，但其中存在171,769,168股处于被质押状态，非交易过户短期内较难彻底办理完毕。如果这时候其法定继承人或法定继承人的监护人向公证处提供相关材料证明《公证书》存在遗漏继承人的情况，则公证处通常情况下将会撤销《公证书》，相关公证文件将自始无效，相关的非交易过户办理也将难以继续。在新的《公证书》或司法机关的裁判文书重新确认继承方案之前，上市公司股票权属将存在一种不确定性的状态，这会给作为上市公司的游族网络股价带来波动，进而对公司和股民都可能产生不利影响。

### 三、林奇股权争产带给企业家们的警示

虽然国内上市公司的治理机制在日益完善，但在实控人和股东的股权传承问题上一直没有得到足够的重视。有数据表明，每年有数十家上市公司因为实控人或股东的突然离世而产生股权继承、争产等纠纷。在国内，很多的实控人或股东并没有提前订立遗嘱的习惯，即使订立有遗嘱，但是我们也看到，在大量的继承纠纷案件中往往存在数份遗嘱。遗嘱的真假、签订时间的先后都难以辨认。而最新施行的《民法典》又取消了公证遗嘱的“优先性”，这导致今后的继承纠纷中将出现大量纠纷需要去鉴定遗嘱签订时间的情况。

而在国外，公司的实控人、股东除了会通过订立遗嘱，安排遗嘱执行人外，还会通过设立遗嘱信托、股权信托、股票信托等方式来对公司股权、股票等资产进行有效的管理和更好的传承。很多人对信托等传承工具的印象还集中在理财层面，其实不然，以信托为例，其更多的价值在于利用信托特有的独立性、隔离性和灵活性对家族财富进行有效保护、传承和管理。

**首先，信托财产具有独立性，不是委托人的遗产，不需要按照继承相关的法律规定被分割，有利于维持上市公司的稳定性，保持家族财富的价值。**根据信托法规定，设立信托后，委托人死亡或者依法解散、被依法撤销、被宣告破产时，委托人是唯一受益人的，信托终止，信托财产作为其遗产或者清算财产；委托人不是唯一受益人的，信托存续，信托财产不作为其遗产或者清算财产。游族网络的此次实控人股权继承纠纷，一旦《公证书》被撤销，游族网络的股票将面临再次被分割的局面，可能给继承人及股民带来不利影响。但如果设立股票信托，公司的股权将得以保持稳定。

**其次，信托具有高度灵活性，无论是分配还是对信托财产的管理，都可以根据需要来进行设立。**以游族网络和林奇的这次遭遇来看，假设林奇生前设立了家族信托，信托设立时设定好每个子女出生后即可以作为信托受益人，有权享有受益权，那即使没有任何遗嘱，其所有子女都可以至少均等享受到林奇生前创造的财富。虽然目前对于上市公司而言，股票信托还不多见，但已有搭配资金信托和架构搭建来实现信托目的的成功案例。另外对于非上市公司而言，选择股权信托操作也更为便捷和高效。

**再者，信托财产具有一定的风险隔离作用。除非符合特定条件，否则信托财产不得被强制执行，这能够避免家族财富因公司经营不善和对外负债而遭受损失。**继承法规定，继承

人不仅需要继承被继承人的财产，还应当在继承财产的范围内承担被继承人的债务。上市公司及其实际控制人作为经营主体，很可能有对外债务或司法争议，继而出现债权人要求继承人清偿债务的情况，甚至如果公司经营不善导致破产，继承人可能无法享有任何遗产，这必然违背被继承人生前的期望。

游族网络此次的危机事件给广大企业家们带来了很大警示，也暴露出很多上市公司、创一代对于股权传承、财富规划的忽视。随着创一代慢慢向创二代进行交班、过渡，相信国内的家族财富规划和传承也将步入正轨。

（本文首发于 2021 年 1 月 14 日）

# 合同中约定“预先放弃违约金酌减权”有效吗？

陈楚翘

近些年来，“天价违约金”频频登上热搜，前有王者荣耀主播嗨氏违约跳槽赔偿虎牙 4900 万，后有媒体报道郑爽或将赔 9.2 亿天价违约金。但索赔“天价违约金”也并不总能被支持，在“他神出走熊猫”案中，DOTA 职业选手杨英杰（外号“他神”）违背其与熊猫平台签署的《独家合作协议》，跳槽至斗鱼直播平台。合同约定的固定违约金为 5000 万元，经“他神”向法院主张降低违约金数额，法院最终判决其支付的违约金仅有 57 万元。可见司法实践中，根据当事人申请，法院酌减天价违约金的可能性和空间依然很大。

为了应对法院的这种司法酌减权，市场上常有这样一种做法，即在合同中写明“放弃向法院申请降低违约金数额的权利”。这样的放弃条款效力如何？本文将作详细分析与建议。

## 一、什么是违约金酌减权的预先放弃条款

违约金作为当事人预先约定的损害赔偿，是合同中最为常见的民事责任形式。若合同约定数额过高的违约金，违约方可以根据《民法典》第 585 条第二款后半句，请求人民法院下调违约金数额，这就是我们所称的“违约金酌减权”。

在订立合同时，当事人往往“过于自信”，预估自己将依据合同行事，不会发生违约情况，同时不愿意对方在违约时主张违约金酌减权。因此，双方会另行约定违约金酌减权的预先放弃条款，如“承诺放弃向人民法院或仲裁机构以任何理由申请降低本合同约定的违约金的权利”。

此时，预先放弃条款效力如何，若违约方仍向法院请求调整违约金数额，法院是否支持？根据案例检索，我们发现，最高人民法院曾在一年内对预先放弃条款做过两个再审裁定，但两个案件的结论截然相反。

在(2016)最高法民申 1780 号中，同至人公司承租天力公司房屋，双方签署的《租赁合同》约定，“同至人公司发生实质性违约行为的，应向天力公司支付壹亿元违约金。双方均承诺放弃向仲裁机构或法院以任何理由申请降低本合同约定的违约金的权利。”合同签署后，因同至人公司欠付大量房屋租金和其它费用，故天力公司诉至法院，要求同至人公司赔偿壹亿元违约金。该案中，最高院认为违约金是为了补偿守约方因对方违约造成的损失，不主要体现惩罚功能。双方虽有**关于不得调整违约金的约定，但是该约定应以不违反公平原则为限，从平衡双方当事人利益的角度考虑来看，认定预先放弃条款违反公平原则而无效。**

但在另一案(2016)最高法民申 1050 号，最高院却有认为放弃违约金酌减权的约定并无不妥。该案中，B 分公司向 A 经营部采购钢材，约定“迟延付款时，除货款外，A 经营部有权要求 B 分公司支付加价款”。后 B 分公司迟延付款并向 A 经营部出具承诺书，载明：“如发生违约，则先付加价款后付货款本金。**如经营部与其就付款发生争议，其知道经营部的损失远远大于加价款，故放弃提出因加价款过高要求裁判机关酌减的请求。**”最高院在该案中认为，该等放弃违约金酌减权的约定系当事人明知的，同时违约方亦未举证证明约定加价款已过分高于守约方的损失，故对于 B 分公司要求调减加价款的主张不予支持，**从而认定双方约定违约金酌减权的放弃条款符合本案的商事交易性质和各方当事人确认的垫资成本、**

**风险预期及违约情形，该等条款有效。**

根据这两个相反案例，笔者认为，预先放弃条款的效力判断，并不是能直接得出有效或无效结论的简单问题，需要法院在个案中把握具体情况。因此，我们拟在下文就此问题做展开分析。

## **二、如何认定预先放弃条款效力**

### **（一）预先放弃条款：原则无效**

根据实务观点，违约金具有“赔偿性为主，惩罚性为辅”的价值定位，即违约金具有补偿功能而非惩罚功能。违约方请求降低违约金数额是违约金补偿功能的应有之意，目的在于保护债务人、实现实质正义。具体到司法实践中认定预先放弃条款无效的理由主要为如下两方面，

第一，预先放弃条款本身有违违约金酌减权创设的立法目的。预先放弃条款通过事先约定的方式排除了违约方请求调整违约金的权利，该等放弃与违约金酌减权追求实质正义、旨在弥补守约方损失而非对违约方苛以惩罚的立法目的相悖。

第二，若法院认定预先放弃条款有效，在交易中占据强势地位的一方当事人定会主动要求在合同加入预先放弃的承诺，此时合同法的违约金酌减规则将被架空，再无用武之地。因此，从平衡合同双方利益的角度考虑，预先放弃条款原则上是无效的。

### **（二）预先放弃条款：例外有效**

虽然法院倾向于认定预先放弃条款因违反公平原则而无效，但当该条款的设计有当事人的特殊合同考量，或者属于商事主体之间基于商业利益所做的商业安排时，预先放弃条款可以被认定为有效。

#### **1、特殊的条款设计背景**

在(2016)最高法民申 1050 号，当事人之所以在后续买卖合同约定预先放弃条款，是因为在前期买卖合同的履行中，买受人已出现逾期付款的违约行为，此时出卖人愿意继续供货的前提，是买受人承诺在其违约时以高额的违约金赔偿卖方的损失。即预先放弃条款是后续买卖合同能够订立的基础，是买受人获得交易机会的条件。此时，当买受人违约时，出卖人对买受人不得请求违约金酌减的期待是合理的，买受人也理应对该承诺负责。因此，在 1050 号案件，最高院认可预先放弃条款是有效的。与其类似的是商家“假一罚十”承诺。该承诺目的在于吸引更多的消费者，获取更高的竞争力，若又允许商家调整违约金数额，对消费者来说似乎不妥当。

#### **2、商事主体的商业交易**

商事主体以从事营利活动为业，具有较高的市场敏锐度、较强的趋利避害能力以及较高的风险承受能力。若违约金酌减权预先放弃条款的接受与否，对于合同相对方选择交易对手来说至关重要，当事人以接受预先放弃条款作为获取本次交易机会的对价，则我们倾向于认为，根据风险与收益相一致的原则，司法机关应当对商事交易下的预先放弃条款作更加弹性与灵活的效力认定。该等条款的效力本身不应存有争议，而是应当在举证质证环节中就预先放弃条款对于交易机会获得的重要性进行实质性审查。

## **三、如何设计预先放弃条款**

正如前文所述，法院原则上不允许当事人随意限制或排除违约金酌减的权利，但是在特殊的合同目的、商事主体的商业安排等例外情况下，法院不会一味否定预先放弃条款的效力。合同约定预先放弃条款并非是无用功，预先放弃条款仍具有一定的适用空间。

#### **（一）设计违约金数额及计算方式，避免违反公平原则**

若当事人约定畸高的违约金时，负担违约金对债务人来说，是明显不公平的，此时法院通常会否定预先放弃条款效力。比如(2016)最高法民申 1780 号，当事人约定了 1 亿元的违约金，该数额明显畸高。因此，最高法院认为预先放弃条款无效。

因此在设计违约金数额时，建议当事人一一说明可能受到的损失，提供一个明确的违约金计算方式，此种情况下，法院会倾向性认为违约金是当事人综合各方面因素、深思熟虑的结果，对违约金数额调整的可能性也会较小。

#### **（二）说明条款的设计背景，增加条款的合理性**

当事人可以在设计预先放弃条款时，对其背景予以说明，通过“鉴于”等原因条款的安排，使法院明白预先放弃条款是合同双方磋商一致的结果，不属于一方利用其强势地位或者利用对方处于危困状态，有其存在的原由和合理性。

#### **（三）强调商业主体的商事身份，减少法律对商业规则的干预**

法院认定预先放弃条款无效的原因，主要是考虑到一般民事主体无法承受高额的违约金。但是商事主体资金较为雄厚，高额违约金并非是其难以负担的。若在合同中明确双方的商事主体身份与承受风险的能力，法院也会尊重当事人的意思自治。

（本文首发于 2021 年 2 月 23 日）

# 《民法典》实施后，保理人如何有效发送应收账款转让通知？

卫新、苏宇吉

## 前言

无论是有追索权的保理还是无追索权的保理，除了暗保理之外，在业务过程中不可避免的一个重要环节就是向应收账款的债务人发送应收账款转让通知。在《民法典》出台实施之前，商业保理合同一直只能参照《合同法》中关于债权转让的相关规定进行操作，由应收账款让与人（债权人）向债务人发送应收账款转让通知。保理人虽然可以要求债权人在通知发出后提供相应的送达反馈，但对于应收账款转让通知的送达过程并没有直接控制力，这对于保理人应收账款的确权以及后续的回收均存在较大的隐患。

在《民法典》出台后，新增加的第 764 条直接赋予了保理人发出应收账款转让通知的权利，这对于保理业务的开展具有重大的意义。本文将从《民法典》出发，综合分析案例指引，以期对保理人应收账款转让通知的有效发出及送达提出一点建议。

## 一、应收账款转让通知对于应收账款确权及回收的重要意义

### 1. 实体上保障保理人向债务人追索的权利和优先受偿权

根据《民法典》第 546 条的规定，债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。因此，如应收账款转让通知未有效送达到债务人，其转让效力仅仅局限于卖方（债权人）和保理人之间，而买方（债务人）和保理人之间并未直接建立债权债务关系。

因此，一方面，债务人在未收到转让通知的情况下可能仍将应收账款支付至债权人，致使保理人无法直接受偿，另一方面，一旦卖方（债权人）发生违约，此时，债权人往往已经出现债务危机，而保理商在要求买方（债务人）履行付款义务时，债务人可以以未收到转让通知作为抗辩，导致保理人无法向债务人主张应收账款。

而且根据《民法典》第 768 条的规定，一笔应收账款进行多次保理融资的，在均未登记的情况下，由最先到达应收账款债务人的转让通知中载明的保理人取得应收账款。因此，应收账款的及时有效送达对于保理人的债权实现具有重大意义。

### 2. 程序上保证纠纷解决的便利性，补正基础合同的管辖及争议解决条款

在前面的系列文章中，我们分析了保理合同与基础买卖合同在管辖条款或争议解决条款约定产生冲突时的适用问题，如果两份合同在管辖或争议解决条款约定上存在冲突的话，在司法实践中因尚没有统一的规范，往往在立案时有诸多障碍，可能会存在无法在同一案件中解决的问题。因此，如果在应收账款转让通知中将买卖合同的管辖条款进行变更，统一为保理合同的纠纷解决方式及管辖条款，并取得债务人的确认回执，则可以视为三方已经就基础合同以及保理合同均达成了一致的管辖条款或争议解决条款，为后续的争议解决进行了管辖条款上的补正，大大节约了诉讼成本和周期。

## 二、保理人应当如何有效发送应收账款转让通知？

《民法典》未出台之前，保理合同作为无名合同，鉴于其转让应收账款的性质，在实践中一般都参照《合同法》中关于债权转让的相关规定，在保理合同中约定由应收账款让与人，

也就是卖方（债权人），向债务人发出应收账款转让通知。保理人只能根据让与人提供的材料确认转让通知是否送达，但实际上却无法实际核实送达的有效性和真实性，如让与人伪造转让通知回执，则保理人也较难进行实质的审查。

但《民法典》则在新增的“保理合同”一章中，在第 764 条赋予了保理人发送应收账款转让通知的权利，但也对保理人提出了一点要求，结合法规与司法实践，我们对保理人发出转让通知的要求进行了以下分析汇总：

### **1.应收账款转让通知的内容应当包括什么？**

如果在买卖合同的基础合同中对于应收账款转让有明确约定的形式和程序要求，基于买卖合同是买卖双方已经达成的合意，则保理人可以参照基础合同的约定向债务人送达转让通知。

但如果买卖合同中对于债权转让没有约定，根据《民法典》第 764 条的规定，保理人发出应收账款转让通知时，应当表明保理人身份并附有“必要凭证”，但对于如何表明身份？“必要凭证”又具体指向什么文件？均没有进行解释和明确。

根据人大法工委对于《民法典》这一条款的释义，此处的“必要凭证”包括经过公证的债权转让合同、保理合同或者转让通知等。这一释义表明了人大法工委对于保理人发送转让通知的“从严”的态度，尽可能减免债务人对于转让通知的审核负担。但这一释义中“公证”的要求则对保理人增加了更多的负担和程序要求，是否超过了《民法典》的本意目前尚未在司法实践中得到印证。

另外，根据天津、前海等地人民法院对于保理合同纠纷出台的裁判指引，在债权人进行转让通知时，也进行了一定的要求和限制，如要求债权人通知时应在对应的发票中明确记载债权转让主体和内容。参照这一审判的观点，如保理人出于“公证”的时间成本及经济成本的考虑，我们认为在业务操作中可以考虑在发出的转让通知中要求出让人亦进行盖章确认，并要求出让人在开具的发票中明确记载债权转让主体和内容，如有必要可以另附上保理合同。

### **2.邮寄送达需重点关注邮寄的收件主体和送达结果**

除了应收账款转让通知的内容以外，如何有效的送达也是转让通知的一大重要环节。在公开型有追索权保理中，保理商和债权人将应收账款转让通知书以邮寄方式送达给债务人，是最为常见的形式。但在司法实践中，也会出现债务人以其本人未签收/不是法定代表人亲自签收/未收到等理由提出抗辩。

例如，在浦东法院判决的（2014）浦民六（商）初字第 4932 号案件中，原告保理人并未向被告的法定代表人寄送转让通知，而是向被告邯钢集团财务部资金科长寄送了债权转让通知，虽然取得了盖有债务人财务专用章的应收账款确认函，但最终法院仍然认为保理人没有被告邯钢集团对资金科长有授权或在此前的类似行为中曾有授权的证据，而仅以其身份推断其在如此巨额的权利处置中具有授权依据不足，其次，应收账款确认函的存在，只能说明在该时被告邯钢集团负有债务，但不能作为被告邯钢集团确认债权转让的依据，最终未认定转让通知的有效送达。

因此，在收件主体的选择上，如债务人是公司，一般应当以公司和公司的法定代表人作为收件人，且应当在送达后及时保留物流的送达结果，并取得债务人公司的公章确认。

### **3.例外情形：仅办理转让公示登记不能视为有效通知债务人**

在实务中，天津高院、商务部以及中国人民银行关于应收账款的相关规定或者裁判指引

中，均对保理人的应收账款转让提出登记公示的要求，要求在应收账款质押、转让时，需在中国人民银行征信中心动产融资统一登记平台进行登记公示。因此，一部分保理人认为，只需要将受让的应收账款在中登网进行登记，甚至进行登报公示，也可以视为向债务人履行了通知义务。

但需要提示保理人的是，根据目前的法律法规，均没有关于债权转让登记对债务人产生债权转让通知效力的规定，登记公示的效力只发生在出让人和受让人之间，未经登记的应收账款转让，无法对抗善意的保理人；其次，债权转让登记目前也不是强制性规定，本质上是行政监管，仅仅起到对外公示和可供查询的功能。如果公示登记能够取代通知，这也大大加重了债务人的责任，间接要求债务人需要实时关注自身的债务是都存在被转让/被质押，这对于债务人来说显然是不公允的。这一观点在最高院（2018）最高法民再 100 号案件、广州市中院（2017）粤 01 民终 18602 号案件中也均有体现。

但这是不是就意味着不用做应收账款公示登记了呢？其实，应收账款的转让登记仍然是必要的，根据《民法典》第 768 条的规定，多个保理人主张应收账款权利的，已经登记的将优先于未登记的、后登记的取得应收账款。因此，应收账款的公示登记的先后决定着保理人与保理人之间对应收账款的优先受偿顺序。在不影响交易的前提下，建议保理人及时尽快将相应的应收账款信息登记于中登网的应收账款质押登记系统。

### 三、构建应收账款转让通知的管理体系

应收账款转让通知的有效发出和送达决定了保理人能否向债务人追偿以及优先受偿权的保障，因此，我们建议保理人在业务操作环节中应注重构建应收账款转让通知的管理体系，在发送内容、发送时间、送达管理、回执取得以及公示登记等多个环节建立内部监管机制。

首先，在保理合同签订后，保理人应在受让应收账款的同时，即时向债务人进行转让通知，避免在受让后通知前的期限内，发生原债权债务人对基础合同进行变更的情况，导致保理人受让的应收账款与实际的应收账款存在差额，造成损失。

其次，在通知内容上，要首先关注基础合同是否对债权转让存在约定的方式，如有，则可以直接参照适用；如没有，在以保理人身份进行转让通知时，可以考虑在发出的转让通知中要求出让人亦进行盖章确认；如仅以单独身份进行通知的，则需要出让人在开具的发票中明确记载债权转让主体和内容，如有必要可以另附上保理合同。

在送达方式上，可以采取公证邮寄送达和公证邮件送达等多种方式，并留存好邮寄凭证、送达情况等证据材料。对于送达出现异常的情况，及时上报，采取有效措施，控制风险。

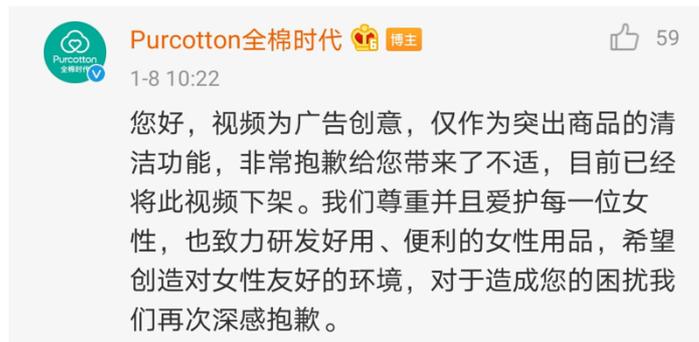
另外，构建“应收账款转让通知的管理体系”，应当配备专门人员，制定操作规程、组织专业培训，并建立相应的风险管理和风险应对机制。

（本文首发于 2021 年 3 月 30 日）

## 全棉时代广告“触雷”，品牌宣传如何合规不翻车？

近日，全棉时代因一则“卸妆巾”反转广告引发争议，视频中，一年轻女子深夜回家被一黑衣人尾随跟踪，女子急中生智，拿出全棉时代卸妆湿巾卸妆，通过卸妆丑成了“男人”，成功自保。

该广告被指侮辱女性，后全棉时代官方在评论区回应称：“视频为广告创意，仅作为突出商品的清洁功能，目前已经将此视频下架，对此深感抱歉。”但网友对此并不买账，越来越多消费者加入抵制该品牌产品的队伍中。



全棉时代不是第一个因为广告问题翻车的。不久前，账号主体为上海福满家便利有限公司的“全家微生活”微信公众号发布标题为“多网红激情画面流出.AVI”、头图为电影片头“FBI WARNING”截图并带有播放键的广告推文，被众多网友投诉。



随后上海市市场监管局执法总队当天即对上海福满家便利有限公司开展调查。最终认定其行为违反了《广告法》第九条第(七)项“妨碍社会公共秩序或者违背社会良好风尚”之规定，责令当事人停止发布上述广告，并作出罚款人民币 90 万元的行政处罚。

可见，一个有创意的好广告能够突出产品的亮点与优势，一战成名。但一旦拿捏不当，除了对品牌形象造成不可挽回的负面印象，还可能直接违反《广告法》、《竞争法》等法律，遭受处罚。那么，企业在广告宣传中应当注意哪些问题呢？

### 一、慎用极限用语

广告宣传中，极限用语在大部分情况下是被禁止的，否则就极有可能构成虚假宣传。《广告法》第九条规定，广告不得使用“国家级”、“最高级”、“最佳”等用语。除了这几个词外，

包含有“等级”、“绝对”、“第一”等字眼的词往往也属于极限用语。

极限用语禁止使用情境包括但不限于：商品列表页，商品的标题，副标题，主图以及详情页，商品包装等等。需要提醒注意的是，随着电商直播带货的兴起，主播在介绍、售卖产品时的口播内容，也会被纳入该禁止范畴。

结合《广告法》第五十七条及第九条的规定，如果企业在广告宣传中使用了被认定为违法的极限用语，工商行政管理部门将会责令停止发布广告并处以二十万元以上一百万元以下的罚款，情节严重的，可以吊销营业执照，由广告审查机关撤销广告审查批准文件、一年内不受理其广告审查申请。对广告经营者、广告发布者，由工商行政管理部门没收广告费用，处二十万元以上一百万元以下的罚款，情节严重的，并可以吊销营业执照、吊销广告发布登记证件。规定可谓非常严苛。

当然，法律对于极限用语的限制本质上是禁止虚假、夸大、没有依据的绝对化宣传，如果有确凿数据证明，比如某企业宣传自己在本市范围内占地面积最大，员工最多，效益最好，并能提供足够的支撑，这种极限用语则不属于禁止之列。

经典案例：重庆莘知教育科技有限公司违法广告案中，当事人通过自设网站发布教育广告，广告中含有“目前已成西南片区规模最大、师资最强、质量最优、学员满意度最高、出版图书最多、做题 app 更新最快的公职考前辅导机构”以及“考前再提 30 分”等内容。经查明，当事人发布的广告使用“最佳”等禁止用语、对培训效果作出保证性承诺，其行为违反《广告法》，2020 年 3 月，重庆市渝中区市场监督管理局作出行政处罚，责令当事人停止发布广告，在相应范围内消除影响，并处罚款 10 万元。

## 二、警惕夸大用语

各行各业的广告宣传中，利用优秀的文案正确宣传功效与利用夸张语言夸大功效往往只是一线之隔，企业也很容易因此而进入雷区。为了吸引顾客，有些企业会愿意冒险一试，对其产品的功效作夸大性的、渲染性的宣传，这种夸大效用的措辞却很有可能会触及到法律的红线，成为《广告法》所禁止的内容。

经典案例：2019 年 11 月 26 日，欧莱雅(中国)有限公司因在重庆某百货有限公司“欧莱雅”专柜发布印刷品广告，其内容含有“法国碧欧泉 8 天、肌肤犹如新生愈颜、弹润、透亮源自活源精粹的愈颜力、奇迹水肌底精华露、无论年龄，无论肌肤状态、8 天肌肤犹如新生、明星达人挚爱之选、众人见证 8 天奇迹、肌肤问题一并解决、68800 人已经见证奇迹水带来的肌肤新生……”等用语，被重庆市市场监督管理局以“涉嫌虚假宣传”为由，被判罚 20 万元。

## 三、不可随意宣传医疗作用

《广告法》第十七条规定，除医疗、药品、医疗器械广告外，禁止其他任何广告涉及疾病治疗功能，并不得使用医疗用语或者易使推销的商品与药品、医疗器械相混淆的用语。近年来，化妆品、药品、保健品广告已经成为广告违法的重灾区。

常见如化妆品广告中暗示产品具有“修复扩张微细血管，舒缓、收敛、调节皮肤新陈代谢，增进免疫系统功能”的医疗功效；保健食品广告出现宣称葡萄籽胶囊具有“发挥抗癌抗过

敏作用，抗前列腺癌、抗肝脏肿瘤的作用，对抗神经系统损伤……”等功能的用语。2020年新冠疫情肆虐之下，更是催生了不少商家进行“万物均可防疫”的不法宣传。

经典案例：上海诺与汽车科技有限公司发布违法广告案中，当事人为推广其车载净化器产品，在其微信公众号发布含有“疫情当前，给大家推荐一款防病毒车载净化器。有效成分二氧化氯，新冠病毒诊疗方案第五版在列有效灭毒”、“灭细菌、防病毒”等内容的广告。经查明，该产品中的二氧化氯消毒剂，不具有预防新冠病毒的功效。2020年5月，市市场监管局执法总队作出行政处罚，责令停止发布违法广告，并处罚款60万元。

#### 四、广告画面的“特效”要适可而止

不少企业为了凸显效果，吸引消费者，都会选择在进行广告宣传时对画面进行一定的修饰，从而达到比较好的视觉效果。常有代言人的回眸一笑中，甩过一头飘逸、柔顺的秀发；饮品广告中清晰可见阳光下闪烁着光芒的气泡水，这些画面往往都经过了合理技术范围内的美化修饰。后期加工本身不违法，但如果企业对画面效果做出过度修饰，就很有可能会构成虚假广告。

经典案例：2018年10月，苏泊尔在电视上播出了苏泊尔全静音破壁机广告，根据视频宣传，苏泊尔的这款破壁机在破壁巴旦木仁和核桃仁这类坚果硬物时，能够始终保持静音，不会打扰到清晨熟睡的家人。但经调查，在相同工况下，该破壁机与之前一般的产品并无太大差别，其展现出来的“高速破壁，始终静音”文案，与产品的真实性能严重不符，其广告使用了技术手段，将声音进行了大幅度的弱化处理，让广告画面近乎无声。最终，杨浦区市场监管局依法对苏泊尔品牌方作出责令停止发布广告、在相应范围内消除影响，并处以广告费用4倍罚款的行政处罚，合计逾348万。

尽管各行业都有各自宣传的惯用词汇和语境，以实现宣传效果，达到触及消费者的目的。但商业活动仍应受到法律的约束，随着国家对广告发布的强监管，如何既保证效果、又守法规，将是各品牌方接下去需要重点关注的问题，我们将持续跟进研究。

（本文首发于2021年1月12日）

# 如何避免老板婚变影响企业“江山”？

代丽丽

原土豆网创始人王微因离婚诉讼险将土豆网的 IPO 葬送，它使土豆网上市进程延后了超过半年时间，最终导致土豆被优酷收购；上市公司昆仑万维（300418）董事长周亚辉离婚时，前妻分得 76.5 亿巨款，堪称 A 股史上最贵分手费。

以上两则“旧闻”，揭示的道理可不过时：企业老板的婚变比普通“打工人”风险更大，不仅是巨额财产分割，要命的是这些财产往往和企业股权结构直接关联，而股权结构又影响着企业的发展，甚至关系到企业生死存亡。

因此，如何避免创始股东婚变影响企业“江山”发展大计，值得创始股东和投资人深思。本文以终为始，通过梳理夫妻股权分割的法律规定，反向从股权架构设计、公司治理角度出发，期望借助风险预防机制，将本是创始股东私事的离婚事件，对企业发展的负面影响降到最低。

## 一、属于夫妻共同财产的股权的界定标准是什么？

### 1. 婚后股权

《民法典》第 1062 条：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有：……（二）生产、经营、投资的收益”，即一方婚后取得的股权及相关收益，是夫妻共同财产。

**（1）即使股权登记在配偶一方名下，该股权中的财产权益仍属于夫妻双方共同财产。**

最高人民法院公报案例（2009 年第 5 期），彭某某与梁某某、王某某、河北某房地产开发有限公司股权转让侵权纠纷案【（2007）民二终字第 219 号】中，法院认为：“夫妻双方共同出资设立公司的，应当以各自所有的财产作为注册资本，并各自承担相应的责任。因此，夫妻双方登记注册公司时应当提交财产分割证明。未进行财产分割的，应当认定为夫妻双方以共同共有财产出资设立公司，在婚姻关系存续期间，夫或妻名下的公司股份属于夫妻双方共同共有的财产，作为共同共有人，夫妻双方对该项财产享有平等的占有、使用、收益和处分的权利。”

**（2）工商登记夫妻投资比例也不能绝对等同于夫妻之间的财产约定。**

如果股权分别登记在夫妻名下，股权比例等同于夫妻之间的财产约定吗？

最高人民法院民事审判第一庭编的《中国民事审判前沿》总第 1 集《离婚案件中对夫妻公司如何处理》一文中，吴晓芳法官论述“夫妻公司”这一问题：“工商登记中载明的夫妻投资比例并不能绝对等同于夫妻之间的财产约定，在离婚案件中处理有关“夫妻公司”问题时，既要依据婚姻法为依据，又要兼顾公司法中的规定。在婚姻关系存续期间，无论是用一方婚前的个人财产还是用夫妻共同财产投资设立‘夫妻公司’，公司经营所产生的收益均应属于夫妻共同财产。”

### 2. 婚前股权

一方婚前取得的股权，为个人财产，如果婚后继续持有该股权产生的收益，学界通说认为应包括孳息、投资收益和增值三种类型。那么这些收益中哪些属于夫妻共同财产？

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（下称《婚姻家庭编解释（一）》）第 26 条“夫妻一方个人财产在婚后产生的收益，除孳息和自然增值外，应认定为夫妻共同财产。”

结合上述法律规定，笔者认为，判断夫妻共同财产的基本原则，是持股一方是否有主动参与生产、经营行为。因此，尽管婚前持股，但婚后夫妻一方持续经营、管理公司，由此发生的股权增值及股息红利等收益，应当属于夫妻共同财产。

<b>投资收益</b>	属于夫妻共同财产	
<b>孳息和增值</b>	主动参与企业经营管理	属于夫妻共同财产
	没有参与企业经营管理	属于夫妻一方个人财产

司法实践案例也印证了上述观点。

### （1）“自然增值”对应收益认定为个人财产

婚前取得股权，婚后股权自然增值收益属于个人财产，什么是“自然增值”收益？下面通过两个案例来说明。

在谭某离婚后财产纠纷申诉案（（2020）最高法民申 1003 号）中，谭某与雷某系夫妻关系。谭某在离婚诉讼中请求认定雷某婚前持有的某鸿基公司股权婚后增值属投资收益。

法院认为：某鸿基公司成立后，未对土地进行开发，也未进行其他生产经营活动。由此，雷某持有的公司股权价值在婚后的变化，主要是由公司所持有的地产市场行情变动引起，并不是雷某对公司进行经营管理或者利用该股权进行再投资产生的收益，因此，雷某转让其持有的公司股权即便有溢价也应定性为自然增值，不应作为夫妻共同财产进行分割。

在秦某与王某某离婚纠纷申诉案（（2019）苏民申 4956 号）中，2011 年王某某在国外读书期间，其父母将占某业股份公司出资比例 4.39% 的股份转让给王某某。王某某回国后与秦某结婚，后两人离婚。秦某提出王某某婚前持有的某业股份股权在婚后的相关收益也应作为夫妻共同财产分割。

法院认为：王某某从其父母处取得相关股权及产生的收益并非基于王某某婚后股权投资经营行为，王某某婚后在某业股份任职的回报也通过工资报酬的形式予以体现，故认定王某某婚前取得股权的相关收益应当认定为其婚前财产的自然增值，而对秦某要求分割相关股权收益的诉讼主张不予支持。

### （2）“主动增值”对应收益认定为夫妻共同财产

在马某、付某 1 离婚后财产纠纷（（2020）鄂 08 民终 285 号）一案中，付某 1 婚前 0.5% 股权婚后增值部分是否属于夫妻共同财产？二审法院认为：付某 1 原为某机公司的原始股东，通过行使股东权利间接对公司进行经营和管理，投入了一定精力，因公司经营带来的股权增值属经营性收益，不是自然增值。付某 1 婚前股权在婚后的增值应认定为夫妻共同财产。

## 二、夫妻共同股权如何分割？

根据《公司法》、《合伙企业法》及《婚姻家庭编解释（一）》等相关法律、司法解释规定，夫妻股权分割方式汇总如下：

持股主体类别/标的	一方或双方持股	分割结果	分割程序/情形
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 上市公司股票</li> <li>• 债券、私募基金份额</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>• 协商；</li> </ul>	
未上市股份有限公司股份[1]		<ul style="list-style-type: none"> <li>• 按市价分配；</li> <li>• 协商不成或者按市价分配有困难的，根据数量按比例分配。</li> </ul>	
有限公司出资额[2]	双方股东		股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。
	一方股东	配偶成为公司股东	（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，其他股东过半数同意，并且其他股东均明确表示放弃优先购买权的，或者 其他股东半数以上不同意转让，也不愿意以同等条件购买该出资额的，视为其同意转让，
		对转让出资所得财产进行分割	（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，其他股东半数以上不同意转让，但愿意以同等条件购买该出资额的，
合伙企业合伙份额[3]	一方合伙人	对转让所得的财产进行分割	（一）其他合伙人不同意转让，在同等条件下行使优先购买权的；
		对结算后的财产进行分割	（二）其他合伙人不同意转让，也不行使优先购买权，但同意该合伙人退伙或者削减部分财产份额的；
		配偶成为合伙人	（三）其他合伙人既不同意转让，也不行使优先购买权，又不同意该合伙人退伙或者削减部分财产份额的，视为全体合伙人同意转让； （四）其他合伙人一致同意的。
	双方合伙人		合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。
个人独资企业资产[4]	一方股东	由取得企业资产所有权一方给予另一方相应的补偿	（一）一方主张经营该企业的，对企业资产进行评估； （二）双方均主张经营该企业的，双方竞价；
		对解散清算后的财产权益进行分割	（三）双方均不愿意经营该企业的，按照《个人独资企业法》等有关规定办理。

注：法条依据[1]《婚姻家庭编解释（一）》第72条、[2]《公司法》第71条、《婚姻家庭编解释（一）》第73条、[3]《婚姻家庭编解释（一）》第74条、《合伙企业法》第22条第2款、[4]《婚姻家庭编解释（一）》第75条、《个人独资企业法》第26条、27条

### 三、风险防范实操建议

从上述夫妻股权分割后果可知，原先不是股东的老板娘通过离婚摇身变成了股东，甚至还极有可能从老板娘直接变成了老板，或者是将老板的股权分割变现导致其他股东变成了老板，无论哪一种结果都会影响企业原先的股权结构，进而影响投资人和企业的发展利益。

笔者建议，除了依照《民法典》书面约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分所有、部分共同所有之外，投资人和创始人还可以从以下方面进

行风险防范：

#### 1.事先约定退出方式

投资人可事先与创始股东夫妻二人签署协议，约定离婚时不参与公司经营的股东配偶将股权转让给股东，并约定好转让股权的价格。这样做有两个好处：一是确保股权的稳定性。二是保证了离婚时股东配偶的权益，股东配偶会更容易接受这样的条款。

#### 2.股权架构顶层设计

创业企业可以提前做好股权架构的顶层设计，如搭建有限合伙企业架构，创始股东做 GP 控制企业，其配偶做 LP 取得企业分红，这样既保证创始股东对公司的控制权不变，也能保护其配偶相应的财产权利。

#### 3.公司章程个性化约定

如果是有限公司，依据《公司法》第 71 条“.....公司章程对股权转让另有规定的，从其规定”，可在公司章程中约定类似条款：“如因创始股东离婚析产，导致其股权作为被分割财产，创始股东配偶不能成为公司股东”，建议同时让配偶出具声明，以确保章程条款合法有效。

#### 4.投资协议特殊条款

如果投资人投的是“夫妻店”，可在投资协议中约定某些特殊条款，限制夫妻股权纠纷对企业正常经营活动的影响，如投资人可约定夫妻进行纠纷处理的时间期限，一旦超出约定期限，投资机构可要求夫妻股东、企业回购其股权或行使强制随售权等。

（本文首发于 2021 年 2 月 24 日）

# 从 2020 年“道歉日”看赔礼道歉、消除影响的实务操作

陈欣皓

刚刚过去的 2020 年 12 月 31 日，被称为“道歉日”，因为在法院出具生效裁判文书之后的第六年以及第十四年，郭敬明、余征（笔名：于正）终于履行了生效裁判文书的义务，分别通过自己的新浪微博向庄羽女士、陈喆（笔名：琼瑶）女士赔礼道歉。

不管郭敬明、于正的道歉是真如其文所称，系其酝酿多年积攒足够勇气之后的迟来之举；还是迫于群众及主管机关压力的无奈妥协。热闹之后，我们尝试复盘整个过程，郭、余两位是否已经全面履行法院判决？在实务中，作为赔礼道歉、消除影响的行为方与接受方，又有哪些需要注意的？

## 郭某、余某案的判决结果及履行情况

经查阅（2005）高民终字第 539 号、（2014）三中民初字第 07916 号两份判决书，判决书的主文中有关赔礼道歉、消除影响的内容如下：

郭敬明、春风文艺出版社于本判决生效之日起十五日内，在《中国青年报》上公开向庄羽赔礼道歉（致歉内容须经北京市第一中级人民法院审核，逾期不履行，北京市第一中级人民法院将刊登本判决的主要内容，费用由郭敬明、春风文艺出版社承担）；

被告余征于本判决生效之日起十日内在新浪网、搜狐网、乐视网、凤凰网显著位置刊登致歉声明，向原告陈喆公开赔礼道歉，消除影响（致歉声明的内容须于本判决生效后五日内送本院审核，逾期不履行，本院将在《法制日报》上刊登本判决主要内容，所需费用由被告余征承担）；

可以看到，与判决内容相比，郭敬明、于正履行赔礼道歉行为的载体均变更为了新浪微博，而非此前法院判决的《中国青年报》以及新浪网、搜狐网、乐视网、凤凰网等网站。并且根据合理推断，在与判决时隔十四年、六年之后，郭、于发表于新浪微博的“小作文”，应当也未经两家作出案件一审判决的法院审核。

这样合理吗？是否可以认为郭、于已经履行了判决？

## 法院确认履行渠道的理由、依据与履行的实务经验

一般而言，法院在判决中确认履行消除影响、赔礼道歉的渠道时，会综合考虑（1）原告诉讼请求中的要求；（2）被告实施侵权行为所造成的影响范围；（3）被告的主观恶意程度等因素，综合确定赔礼道歉、消除相应的方式（如当庭、当面方式；书面方式；通过媒体公开方式等），公开赔礼道歉、消除影响的渠道（如通过原始侵权渠道；在地区性报纸上发表声明；在全国性报纸发表声明；在特定网站发表声明等）。笔者在实务过程中，还发生过有当事人要求侵权人必须通过在某网站上传露脸视频的方式公开赔礼道歉的请求。

而从实际履行的方式来说，若现实履行的渠道所造成的传播效果已等同或超过了判决书规定的渠道，且达到了赔礼道歉、消除影响的本意的，则一般可视为已经履行了判决规定的义务。如果赔礼道歉、消除影响的接受方认为行为方实际履行的方式尚未完全覆盖判决书规定的渠道，亦可通过向法院申请强制执行的方式继续要求行为方履行。

就赔礼道歉、消除影响的内容是否需经过法院审核的问题，笔者曾作为行为方的代理人处理一起纠纷，就该问题电询北京市海淀区人民法院，法院的答复是，如果系自行履行判决、刊登声明的，法院原则上不会对实际发表的内容进行审核，在内容发表后，若接受方认为声明内容未达到赔礼道歉、消除影响的效果的，则亦可以通过申请强制执行的方式提出异议。

从程序的角度而言，在判决书已生效，且尚未进入执行阶段时，无论是作出判决的审判庭、还是负责判决履行的执行局，都无法直接介入一方的履行行为；即使介入，也无法以书面方式对于一方提出的文本进行确认，因此，法院也只能采取事后依申请人申请，而非事前审查的方式来处理相关争议。

### **赔礼道歉等于消除影响吗？**

无论是已经火热生效的《民法典》，还是已公布尚未生效的新《著作权法》，仍然均将赔礼道歉与消除影响并列，作为两种不同的责任承担方式。

在实务中，一般认为赔礼道歉是针对自然人的人格权遭受侵害时的一种责任承担方式；而除了自然人之外的公司、合伙企业、民办非企业法人等主体，由于其为拟制法人，并不存在独立的“人格”，因此无法作为“赔礼道歉”的接受方，以法人名义提起要求赔礼道歉的诉讼请求，往往会被法院以上述理由驳回。

而消除影响则更强调针对侵权行为的后果本身，通俗理解即“对事不对人”，无论是自然人，还是公司等拟制法人，均可以提起要求侵权人承担“消除影响”的侵权后果的诉讼请求。

当然，也因为消除影响是“对事不对人”，在实际履行中，亦可将声明的重点落脚于对客观事实和实际损失的陈述上，而无需如赔礼道歉的声明，必须带有道歉的主观表态。

消除影响作为法定的侵权责任的承担方式，对于权利人挽回损失、恢复声誉固然有着重要的意义；但随着媒体的迅速发展和信息爆炸，在一些领域，特别是文化娱乐体育板块，一起纠纷从爆发到结果的全过程往往都已经公开甚至过度曝光在公众视野中；等到判决生效，该事件所造成的影响往往通过各方自述，媒体主动或被动的宣传，以及判决书的公开，已经消除殆尽；在此情况下，是否还需要再次单独以声明的方式进行消除，也值得商榷和考量。

最后，作为文创娱乐领域的从业律师，我们致力于行业能够更加良性有序地发展。本次的“道歉日”，也给行业敲响了警钟，互联网并非没有记忆，实施不法行为终将付出相应代价。星瀚律师也将持续关注行业需求，为从业者保驾护航。

（本文首发于2020年1月4日）

# 现实版《宝贝儿》上演，引发若干的法律思考

顾晓静、何蕊

要说 2021 年开年“最热门”、“最爆”的词汇，那“代孕”当之无愧，随着艺人代孕、弃养等事件的发酵，“代孕”一次又一次的被顶上热搜。代孕，在世界很多国家具备合法性，根据百度百科资料显示，在美国，许多代孕机构都有超过 20 年的经营历史，技术也可谓是相当成熟。甚至，在美国一些代孕商业化的州，还会开放“生育旅游”的项目，游客可以全方位的了解代孕产业链，从而寻求代孕服务。在印度，这个被称之为“世界代孕工厂”的国家，2002 年起代孕产业在印度被合法化，由于印度发展较为落后，有许多来自贫民窟的妇女变成代孕产业链中的代孕工具，代孕价格非常低廉，但是条件艰苦，使得她们在怀孕期间无法获得充足的营养，因此生出的宝宝先天缺陷机率较高，因而存在很多纠纷。于是，2015 年，印度叫停了代孕服务，禁止开展代孕服务。而在我国，代孕是否合法？代孕纠纷的争议焦点有哪些？代孕存在哪些法律空白点？今天，笔者为您梳理一下：

## 一、代孕违反公序良俗，不合法

在我国，代孕实际上一直被明令禁止，根据卫生部发布的《人类辅助生殖技术管理办法》第三条规定：“人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定。禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。”根据笔者检索出的案例研究发现，一些判决中会将代孕合同中的一部分条款进行罗列阐述，而在这些条款字里行间，无不透露出对于生命的漠视，将胎儿视为交易的“标的物”。例如，笔者在一份代孕合同纠纷判决中看到，该代孕合同中存在如下条款：“乙方承诺甲方选择的代孕妈妈，为至少生育过一胎的子宫环境良好的，乙方承诺，本协议的费用为包一个健康男孩出生，如果小孩两年内未能出生，或非健康婴儿，或经正规医院检查有遗传疾病的可能性，乙方退还甲方所支付的一切费用。由乙方处理该婴儿的善后事宜。”该份合同条款将胎儿作为商品进行交易，以牟利为目的，轻描淡写的描述如同“7 天无理由退货”一样，实在有违社会善良风俗与伦理道德。很难想象在代孕婴儿被退还后，如何进行善后处理？很有可能又会成为贩卖人口、倒卖人体器官的黑色产业链的供应源头，而这也是我国禁止代孕的原因之一。

## 二、代孕引发纠纷，《代孕协议》无效

出现代孕纠纷，法院一般都会先判定《代孕协议》无效，在欧阳玉娟、周安军等与刘艳玲等合同纠纷中法院认为，代孕合同虽然出自双方当事人真实意思表示，但是，代孕毕竟是人类辅助生殖技术的一种，简言之即“借腹生子”。由于原告与被告所签《代孕协议》，是求孕方与代孕方约定在代孕中双方权利义务有偿合同，代孕者或者代孕方明显出于牟利之目的，将孩子作为商品交易的对象，故该代孕合同有违公序良俗、社会公德，与我国合同法的基本原则和其他相关法律规定相悖，其违法性显而易见，应当认定为无效合同。

## 三、代孕合同无效，代孕所生子女的合法权益应得到法律保护

代孕合同虽然无效，但不能否认代孕所生之子的法律地位。在代孕孩子监护权纠纷第一案（（2015）沪一中少民终字第56号）中，法院认为，如果否定代孕行为并进而否定代孕所生子女的身份及法律地位，这显然不符合民法的基本原则。无论对非法代孕行为如何否定与谴责，代孕所生子女当属无辜，其合法权益理应得到法律保护。因此，不管是婚生子女还是非婚生子女，是自然生育子女抑或是以人工生殖方式包括代孕方式所生子女，均应给予一体同等保护。

#### 四、代孕所生子女母亲的主体界定

目前针对代孕所生子女母亲的界定存在许多不同的看法，例如分娩说、血缘说、契约说等等。在代孕孩子监护权纠纷第一案中，法院采取分娩说，法院在判决书中明确写道：“目前，我国法律对此缺乏相关规定，理论上主要有血缘说、分娩说、契约说（或称人工生殖目的说）、子女利益最佳说之四种学说。本院认为，“契约说”体现的是私法自治的法律精神，但在身份法中私法自治有严格的限制，即便在代孕合法化的国家，亦须专门立法予以规制。“子女利益最佳说”以子女最佳利益作为认定亲子关系的依据，此与我国传统的伦理原则及价值观念不相符合，缺乏社会文化基础。“血缘说”虽然有着天然的生物学基础，但在民众朴素的伦理观念中，香火延续、传宗接代主要是指父系而言，母子关系的确立更多在于十月怀胎的孕育过程和分娩艰辛所带来的情感联系，在于母亲对孩子精力、心血、感情上的巨大投入和无形付出，单纯以生物学上的基因来认定母子关系，将缺乏社会学和心理学层面的支撑。何况，最高法院1991年函已经突破了纯粹的血缘主义，而在我国尽管合法的卵子捐献渠道极为有限，但亦不能否认存在合法捐卵的情形，故“血缘说”亦不可取。“分娩说”符合传统民法中“分娩者为母”的认定原则，亦与其他两种人工生殖方式中的亲子关系认定标准相同，且符合我国传统的伦理原则及价值观念。另外，“分娩者为母”的认定原则亦与我国目前对代孕行为的禁止立场相一致。综上所述，代孕所生子女其法律上的亲生母亲应根据“分娩者为母”原则认定为代孕者。尽管上述判决的认定如此，由于未形成法律上的明确规定，笔者经检索亦发现有法院比较认同“生物学母亲”为母的观点，因此，我们认为，代孕子女母亲的主体在法律上的认定应当根据代孕的实际情况加以确认，不宜以一个统一的标准加以框定。

#### 五、代孕子女抚养纠纷

我国法律针对代孕所生子女出现抚养权纠纷时，其抚养权归属等问题并没有明确的规定，那么实践中如何认定？首先，先来看三个案例：

##### （一）受精卵由夫妻双方提供，寻求代孕者代孕生子，孩子出生后，代孕者不愿将代孕所生孩子交给委托人因而产生纠纷时，孩子的抚养权归谁？

根据中国法院网一篇名为《“借腹生子”产纠纷小孩由谁抚养？》的报道，王某与刘某为夫妻，由于刘某患有子宫性不孕症，因此二人决定寻求代孕服务，夫妻二人将自己的受精卵借由李某进行代孕，双方约定，待胎儿出生后，交由王某夫妻抚养。李某生产后，不愿将该婴儿交给王某夫妻抚养，因而产生纠纷。在本案中，法院认为，虽然卵子由夫妻一方提供，但是相比于血缘关系来说，胎儿在生长发育过程中所汲取的养分均来自与代孕者，更何况代孕者怀胎十月，与胎儿有深厚情感，而胎儿出生后仍需母乳喂养，因此这种分娩关系更胜于

仅仅提供卵子的血缘关系，更有利与胎儿日后的成长。因此应将娩出者视为胎儿的母亲，抚养权归代孕者所有。

### **（二）代孕卵子由代孕者提供，孩子出生后，代孕者不愿将代孕所生孩子交给委托人因而产生纠纷时，孩子的抚养权归谁？**

厦门市思明区人民法院曾审理一件代孕抚养权纠纷，张某的孩子因车祸不幸死亡，故张某寻求代孕服务为其代孕生子。张某每月支付代孕者生活费，后代孕孩子出生，代孕者却拒绝将孩子交给张某夫妇抚养。在多次沟通无效后，张某不再支付孩子的抚养费，代孕者于是将张某告上法庭，要求获得孩子的“抚养费”。思明区法院经审理认为，本案原、被告对非婚生女都有抚养的权利和义务。但是，哺乳期的子女应以跟随哺乳的母亲抚养为宜，被告应当支付非婚生女的部分生活费、教育费直至孩子独立生活为止。该非婚生女判决给代孕者抚养，张某每月需支付孩子抚养费 3000 元，抚养费累计达 64 万元。

通过上述案例可见，在我国法院审理过程中，若代孕者与委托人间出现抚养权纠纷，法院更偏向于认定代孕者为所生胎儿的母亲，原因在于，虽然借腹生子，但代孕者与胎儿之间所形成的孕育关系更胜于提供卵子的血缘关系。

### **（三）夫妻委托代孕者进行代孕，精子由丈夫提供，卵子由第三人提供，卵子提供方与代孕方非同一人，当丈夫去世时，代孕孩子的监护权归谁？**

例如代孕孩子监护权纠纷第一案中，陈某与罗某系夫妻，由于女方陈某不能生育，故寻求代孕服务，精子由罗某提供，购买第三方卵子委托他人进行代孕，后代孕所生一对龙凤胎。几年后，罗某因病去世，陈某一直单独抚养孩子长大。而此时罗某的父母却提起诉讼，请求法院确认自己为孩子的监护人，理由为这两个孩子是由自己儿子的精子与第三方的卵子结合而成，罗某为孩子的生物学父亲，但陈某并非孩子的生物学母亲。故在罗某去世而孩子生母不明的情况下，应由其作为法定监护人并抚养两名孩子。

在该案件中，法院认为，罗某提供精子与第三方的卵子结合进行代孕所生之子为非婚生子女，而在缔结婚姻之后一方的非婚生子女，如果作为非生父母的夫或妻一方知晓并接受该子女为其子女，同时与该子女共同生活达相当期限，并对该子女履行了抚养教育之义务的，亦可形成有抚养关系的继父母子女关系，其权利义务关系应当适用父母子女关系的有关规定。该拟制血亲的继父母子女关系一旦形成，并不因夫妻中生父母一方的死亡而解除，亦不容继父母随意放弃监护权，仅在生父母与继父母离婚时，继父母不同意抚养的，方仍由生父母抚养，故罗某的死亡并不能使陈某与两名孩子之间已存在的有抚养关系的继父母子女关系自然终止。

通过上述三个案例，我们认为代孕子女的抚养权归属在法律上并无明确规定，应根据代孕的实际情况予以认定，无法也不宜以一个统一的标准加以确定。代孕者经济条件等综合抚养条件参差不齐，现实中甚至也会出现代孕者在孩子分娩后以要求抚养权为要挟，向委托代孕方讹取更多费用的情况，如一刀切地明确代孕者获得抚养权或者委托代孕方获得抚养权都可能在现实中引起“不利于孩子成长”的结果。联合国《儿童权利公约》第三条确立了儿童最大利益原则，我国作为该公约的起草参与国和缔约国，在司法中应深刻体现这一原则，在法律没有明确规定代孕抚养权的情况下，法院在确定子女抚养权归属时，尽可能最大化地保护

子女利益，结合有利于孩子成长等诸多因素进行确定。

## 六、代孕的法律空白需要填补

在我国，因代孕可能引起的违法犯罪行为包括：从事代孕行业涉嫌非法经营罪；代孕后弃养涉嫌遗弃罪；代孕组织处置委托代孕者遗弃的孩子涉嫌拐卖儿童、贩卖人体器官、故意伤害或故意杀人。《人类辅助生殖技术管理办法》第三条禁止医疗机构从事代孕服务，医疗机构人员从事代孕服务或涉嫌非法行医。但是没有对代孕委托方和代孕者本身实施代孕行为施以相关处罚的规定。而有些人明知国内禁止代孕，就钻法律空子跑去外国代孕。笔者认为，可考虑填补代孕行为本身法律责任的空白，以明确代孕所需承担的法律責任。只有对代孕行为的违法性明确法律責任，对委托代孕方和代孕者施以法律責任，才能在源头上遏制代孕及其系列产业的发展。

正如中央政法委长安剑中所述，“代孕”把女性的子宫当作生育工具，把新生的生命当作商品买卖，甚至可以随意丢弃，代孕产业这条隐秘的黑色产业链打着法律的擦边球，不止损害女性健康、物化剥削女性，更是践踏公民权益、败坏人伦道德。打击代孕行业更需要相关法律制度的日益完善！

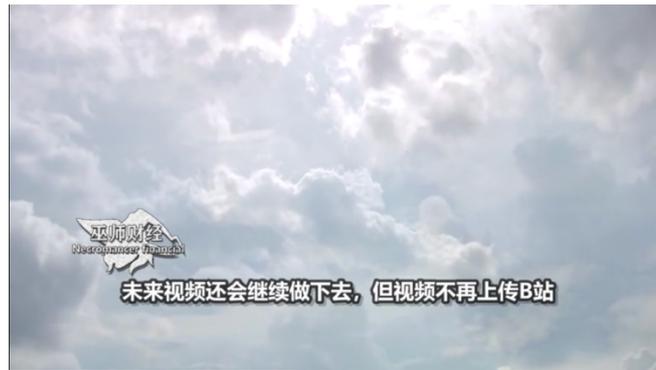
（本文首发于 2021 年 1 月 21 日）

# 从西瓜挖角 B 站 Up 主事件看互联网文娱产业的知名“挖角”、 “跳槽”纠纷

周煌、顾晓静

2020 年五四青年节前夕，著名演员何冰的《后浪》让 bilibili 视频网站（以下称“B 站”）正式“破圈”。不同于其他视频网站，这个起步于二次元文化的社区及视频平台一向以优质且丰富的内容产出著称，承担视频内容产出这一重任的 Up 主们，也就成为 B 站在市场竞争中不可或缺的部分。

观众被优质内容培养得口味刁钻，成为各个心怡 UP 主们的“铁粉”。为了获取用户，其他视频网站理所当然地瞄准 B 站的众多宝藏 Up 主，试图通过各种方式进行招揽。2020 年初，就有一批 B 站的 Up 主转投字节跳动旗下的西瓜视频。6 月，财经科普类 Up 主“巫师财经”出走，且据传与西瓜视频签订了排除 B 站的独家协议。其后，“巫师财经”与 B 站数次声明往还，“巫师财经”表示双方从未签订深度合作协议，B 站则谴责对方没有契约精神、给用户做了反面示范，并冻结了“巫师财经”的 B 站账号，火药味甚浓，一度引起坊间热议。



哔哩哔哩弹幕网  
2020-6-14 20:37 来自 微博 weibo.com  
关于“巫师财经”单方面违约的公告

收起 | 查看大图 | 向左旋转 | 向右旋转

## 关于“巫师财经”单方面违约的公告

今日，“巫师财经”（UID:472747194）在微博发布了退出B站的声明，表示今后不会在B站发布视频。我们获知原因是他与国内某视频平台签订了排除B站的内容合作协议。而此前，B站已经与他签订了长期的内容合作协议。对于“巫师财经”的单方面违约的行为，我们十分震惊和遗憾。

“巫师财经”是一位在B站从零成长起来的UP主，不仅在开始创作的两个月内就收获了一百万用户的关注，还荣获2019年BILIBILI POWER UP最佳新人奖。他的快速成长，离不开站内用户的支持与鼓励。

巫师财经视频截图和哔哩哔哩弹幕网声明

当下，各大互联网平台在优质内容方面的投入力度日益加大，竞争对手之间经常重金礼聘在对方平台上已经成熟的内容生产者以拓宽市场。除了视频平台，网络文学、游戏直播等行业也不乏此类“挖墙脚”行为，本文将回顾行业内的经典案例，以期给相关企业及从业者们启发。

商业运作中，很多平台会花费大量人力物力挖掘、培养、扶持一些内容生产者，以期他们在成长起来后，回馈给平台更多的用户和流量；已成气候的内容生产者们因为已经具备极高的商业价值，平台往往会提供不菲的酬劳，力求将其与平台深度绑定。但与此同时，高投入、高酬劳往往也伴随着高额的违约金。出走的内容生产者们往往会因违反了与前东家之间关于独家排他合作等方面的协议约定，而被平台以合同违约为由告上法庭。

譬如被称为“中国王者荣耀第一人”的游戏主播江某在与虎牙直播平台的诉讼纠纷中，就可看到双方曾签订这类排他条款。双方约定，主播在合作期间主播不得在与虎牙“存在或可能存在竞争关系的现有及未来的网络直播平台及移动端应用程序(包括但不限于斗鱼直播等平台)以任何形式进行或参与直播，包括任职、兼职、挂职或免费直播”，如有违反，“则构成重大违约”，平台甲方有权收回主播在平台已经获得的所有收益，要求主播支付八位数级别的高额违约金，并赔偿平台的全部损失。

其后，主播江某在与虎牙合作期间，未经虎牙同意，在与其具有直接竞争关系的斗鱼直播平台进行直播，被法院认定为构成根本违约。在认定高额违约金是否合理的问题上，虎牙平台以平台日活跃用户数量的司法鉴定报告、公司损失的资产评估报告、为江某聚集人气而进行的商业合作合同为证据，举证平台对培养江某投入了巨大成本，江某的出走造成了平台用户流失、可预期利益无法实现等极大损失。而江某既未进行相关举证，且拒不到庭接受询问，最终承担了不利的判决结果。

正如判决所说，“国内直播平台竞争激烈，诱使竞争平台的主播在合同期内违约，争夺流量与用户，为广大游戏参与者树立了不良榜样，与社会主义诚信价值观相背离”。可见，对于内容生产者而言，无论是否成为了行业内坐拥百万粉丝的“头部”，都应当有诚实信用的契约精神，为促进市场及行业的健康发展作出表率。

激烈的市场竞争不仅发生在游戏直播行业，网络文学这一领域也是刀光剑影。试以网络文学平台为例，可窥见平台之间因争夺内容生产者而产生的矛盾，常常以一方诉另一方不正当竞争的形式出现。

盗墓题材网络小说的开创者天下霸唱，在多年前将其创作的《鬼吹灯》系列小说著作权转让给如今阅文集团旗下的起点中文网。因转让的权利范围涵盖除了作者专属权之外的所有权利，致使天下霸唱之后很难再使用该系列的名号进行创作并许可给其他平台进行开发。2016年，向上影业发布《鬼吹灯之牧野诡事》漫画作品，次年，改编的同名网剧上线爱奇艺视频网络平台。起点中文方遂以爱奇艺、向上影业、漫画出品方公司以及原著作者天下霸唱擅自使用“鬼吹灯”这一知名商品特有名称为由，起诉上述各方构成不正当竞争，要求获得百万损失赔偿，最终获得了法院支持。

原著作者竟无法掌握使用自己创作的作品，这个结果难免让大众颇有愤愤不平之感。但起点中文也并非次次都能以不正当竞争这件利器命中竞争对手要害。在旗下网文作者发飙的蜗牛转战掌阅公司发表作品《星武神诀》后，起点中文声称掌阅公司在宣传《星武神诀》时

使用“发飙的蜗牛”等名称，容易导致相关公众误认为双方具有某种商业合作关系，构成擅自使用该笔名的不正当竞争和虚假宣传。但法院认为，起点中文主张其对作者笔名权益享有独占性商业利益没有事实和法律依据，同时掌阅公司的宣传与事实相符，也不足以引人误解，对起点中文的上述主张均不予认可。

阅文集团与掌阅公司因网文作者更换平台而掀起的对战不止于此。几年前，大火的网剧《余罪》原著小说作者常书欣因跳槽掌阅平台更新新作，被阅文集团起诉违约。尽管阅文集团在这个案件中获胜，但其对掌阅及常书欣的不正当竞争诉讼案件，阅文集团却是选择了撤诉。从公开渠道我们难以获悉阅文集团为何选择放弃诉请，也许双方最终决定采取更为缓和友善的方式解决纠纷，保留日后合作的空间。

在互联网文娱极速发展的当下，内容平台与内容生产者往往是互相成就、互相制约的关系。如平台能够以更松弛的制约、更好的激励与优质的内容生产者合作，内容生产者能够信守双方达成的友好契约，相信无论是平台还是内容生产者，乃至整个行业都能够走得更远。

（本文首发于 2021 年 2 月 3 日）

# 《你好,李焕英》票房突破 30 亿, 为何主控方北京文化只赚 6000 万?

赵晓波

2月19日,北京文化发布公告称,其参与出品、制作、发行的《你好,李焕英》上映6日累计票房约为人民币27.25亿元(含服务费),该影片已委托第三方公司进行保底发行,保底票房收入为15亿元。截至2021年2月17日24时,北京文化来源于该影片票房的营业收入约为6000-6500万元。

证券代码:000802

股票简称:北京文化

公告编号:2021-013

## 北京京西文化旅游股份有限公司

### 关于电影《你好,李焕英》票房的公告

本公司及董事会全体成员保证信息披露的内容真实、准确、完整,没有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。

北京京西文化旅游股份有限公司(以下简称“公司”)参与出品、制作、发行的电影《你好,李焕英》(以下简称“影片”)已于2021年2月12日起在中国大陆地区公映。根据国家电影专资办数据,截至2021年2月17日24时,影片在中国大陆地区上映6日,累计票房收入约为人民币27.25亿元(含服务费),超过公司最近一个会计年度经审计的合并财务报表营业收入的50%。公司根据《深圳证券交易所创业板行业信息披露指引第1号——上市公司从事影视业务的有关规定》,发布此公告。

该影片已委托第三方公司进行保底发行,保底票房收入为15亿元。截至2021年2月17日24时,公司来源于该影片票房的营业收入约为6,000万元-6,500万元(最终结算数据可能略有误差)。目前,该影片还在上映中,影片在中国大陆地区的票房收入以中影数字电影发展(北京)有限公司正式确认的结算单为准;同时,该影片其他收入暂无法估计。票房收入与公司实际可确认营业收入会存在差异,请广大投资者注意投资风险。公司就该影片取得的营业收入将按照公司与其他合作方签署的协议的约定进行计算。公司将根据深圳证券交易所相关规定在定期报告中披露影片在报告期内的相关财务数据。

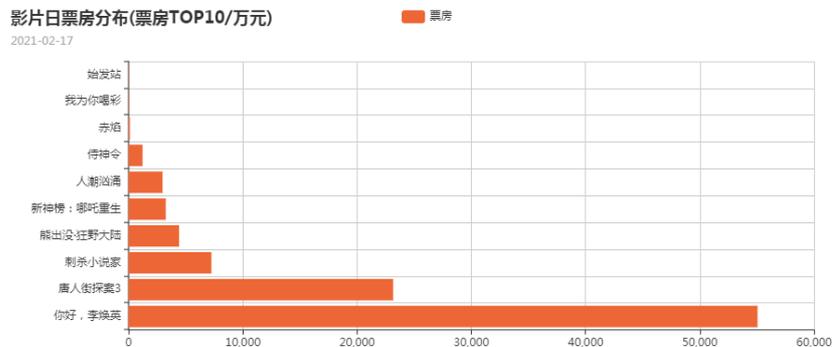
看到这份公告,诸多疑团浮上心头。27.25亿元的票房数据从哪儿来?哪些人可以参与分配这27.25亿元?为何北京文化作为主控方仅能分到6000-6500万元?保底票房收入15亿元又是什么意思?本文就带大家了解一下中国国产电影票房的分账模式以及电影票房的保底发行。

## 一、电影票房数据从哪儿来？

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



(图为 2021 年 2 月 19 日截取自中国电影数据网的即时累计票房数据)



(图为 2021 年 2 月 19 日截取自中国电影数据网的即时 TOP10 单日票房数据)

## 二、哪些主体可参与票房分账？

一般来说，参与“一部电影的诞生”的主体，均可参与票房分账，具体包括制片方（含投资方，投资方参与分配的通常是制片方到手收益的一定比例）、发行方、院线公司、电影院及中影/华夏。前述主体在电影诞生路上，均承担有不同的职责。



(电影上下游产业链概要图)

**投资方**，负责为电影提供投资款，根据投资额、投资款进入的阶段（筹备期、拍摄期、制作期等）、影片制作成本等与制片方协商其所享有的影片收益份额。通常来说，一部电影会有多个投资方且投资轮次有先后之分，先进入的投资方获取同等影片收益份额的单位成本更低，投资方获取电影投资份额后亦可进行转让。投资方有权参与分配的电影收益，一般以制片方实际到手收益的一定比例计算。

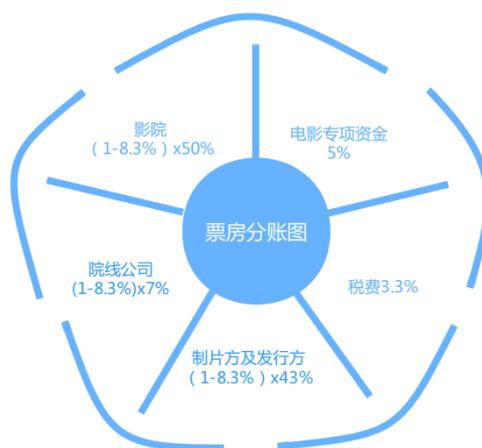
**制片方**，全权负责剧本统筹、前期筹备、演员聘用、组建摄制组、摄制资金成本核算、财务审核；执行拍摄生产、后期制作、申报立项等工作。制片方通常自行提供部分影片制作成本并自持部分影视投资份额。

**发行方**，一般负责影片的宣传、排档期、院线签约等。近些年，随着影视行业“无保底，不拿片”的热潮，发行方通常还会与制片方对赌保底发行，根据事先预判，按照保底票房额向制片方预付票房分成费用。

**院线公司和电影院**，院线公司旗下有很多直营或加盟的电影城（院），如全国各地都能见到的万达影城就属于万达院线（万达电影股份有限公司），大地数字影城则属于大地院线（广东大地电影院线股份有限公司）。院线公司将影片和宣传品发放到各个影院，负责电影的排片指导和影院的广告位销售等，电影院则负责实际播放电影。

### 三、电影票房怎么分？

我们购买电影票所掏的每一分钱，都构成了电影的票房。2021年春节档影片，也因动辄过百的高票价频频登上热搜。那么，我们贡献的电影票钱，都去哪儿了呢？下图为票房的基础分配模式：



注：制片方及发行方所获取的43%中，包含有支付给中影/华夏的代理费，以及投资方的收益份额

### 1.总票房的5%缴纳电影事业发展专项资金、3.3%缴纳特别营业税

根据《电影事业专项资金管理办法》的规定，一部电影票房总收入的5%由各电影院向省级电影资金办缴纳电影专项资金，电影事业发展专项资金按照4:6的比例分别缴入中央和省级国库。疫情期间，为扶持电影产业发展，财政部、国家电影局亦发布有《关于暂免征收国家电影事业发展专项资金政策的公告》，湖北省自2020年1月1日至2020年12月31日免征国家电影事业发展专项资金；其他省市自治区免征2020年1月1日至2020年8月31日期间的国家电影事业发展专项资金。

每部影片的票房总额，另需缴纳3.3%的特别营业税（全称为国家电影事业发展专项资金营业税）。

上述5%的电影专项资金和3.3%的特别营业税，合计8.3%，称为“不可分账票房”，剩下的91.7%是“可分账票房”，俗称“净票房”。净票房是电影行业上下游进行分账的基础，所有分账收入都是基于剩下的91.7%票房收入。

影片	综合票房	票房占比	排片场次
01 你好，李焕英 上映8天 33.32亿	17853.04万	58.1%	160582
02 唐人街探案3 上映8天 37.87亿	5674.45万	18.4%	97739
03 刺杀小说家 上映8天 6.21亿	2413.48万	7.8%	41120
04 熊出没·狂野大陆 上映8天 4.59亿	1809.38万	5.8%	26586

影片	分账票房	票房占比	排片场次
01 你好，李焕英 上映8天 30.41亿	16339.72万	58.1%	160584
02 唐人街探案3 上映8天 34.95亿	5193.58万	18.4%	97735
03 刺杀小说家 上映8天 5.67亿	2198.66万	7.8%	41121
04 熊出没·狂野大陆 上映8天 4.18亿	1661.29万	5.9%	26586

（猫眼专业版：综合票房 vs 分账票房）

### 2.发行方及制片方有权收取净票房的43%（含中影或华夏代理费1%-3%）

电影行业上游主要是制片方和发行方，两者共取得净票房的43%。由于合作方式不同，制片方和发行方各自取得分账比例也各不相同，取决于双方的合同约定。一般而言，发行方收取电影净票房的2%-6%作为发行代理费用，剩余部分在扣除需支付给中影或华夏的代理费后，均归属于制片方享有。

需特别说明的是，上游分账需注意中影或华夏的分账。它是指所有通过数字渠道发行放映的影片都会从上游分账中扣除代理费1%-3%，具体比例看合同约定。为什么中影数字和华夏能够收取这笔费用？关键在于每一部影片在电影院播放都需要一个“密钥”。电影的发行方需要把影片做成母盘（即DCP），然后用母盘大批量复制出多个数字拷贝件，同时制作出密钥。数字拷贝件一般邮寄/快递给各院线，再由院线分发到各自下属的影院，各影院收到数字拷贝件后，登录密钥制作方指定的网站下载密钥，影院放映机的服务器在特定档期内解密数字拷贝件，即可实现电影播放。

### 3.院线公司及电影院有权收取净票房的57%

电影行业下游主要是院线公司和电影院，两者共取得净票房的57%。一般来说，电影院分账占比50%，院线公司分账占比7%。但由于各个院线公司之间竞争激烈，虽然合同约定大部分依然保持着50%:7%，但院线公司常常以宣传返点、影片返点等形式给电影院额外的分账。

综上，整体而言，在扣除电影事业发展专项资金、税费后，电影行业上游（制片方、发行方）与下游（院线公司、电影院）的分账比例为净票房的 43%：57%。但实际上，发行方为了获取更多的排片比例、更高的电影票房，也会常常以返点的形式向下游让利。

#### 四、无保底，不拿片

我们发现，近几年高票房的院线电影中，频繁出现的关键词叫做“保底票房”。如《战狼 2》保底票房 13 亿元、《囧妈》保底票房 24 亿元，北京文化就《你好，李焕英》电影票房所发布的公告中亦提及了电影保底发行收入为人民币 15 亿元。那么，保底发行到底是什么？为何影视制作行业保底票房风靡？

##### 1.何为保底发行？

保底票发行，也称保底票房，指的是电影上映前，发行方为制片方担保影片的票房收益，由发行方预先垫付票房。这种情况下，不论电影的实际票房如何，制片方都会提前按照保底票房的一定比例拿到收益。但是，如果电影票房超出保底数字，则分账比例会对发行方更有利。保底发行一般有两种方式，一种是发行方买断，如果票房达不到保底票房，对赌失败，发行方承担损失，制片方稳赚不赔；如果对赌成功，发行方将获得保底票房后的全部超额收益。另一种是在保底票房的基础上，高出的票房，制片方和发行方再按一定比例阶梯分账，票房越高，发行方分的越多，也就赚的越多。

##### 2.保底发行为何风靡？

以《你好，李焕英》为例，公告中披露的保底票房为 15 亿元。也就是说，当《你好，李焕英》总票房达到 15 亿元时，制片方分账约为 5.36 亿元（暂以制片方可收取净票房收益的 39%计算，即  $15*(1-8.3%)*39%$ ）。而北京文化公告中表述，其只能获得约 6000-6500 万元的营收，可见其所占的投资比例并不高，可能只有约 11%-12%。如果保底方是传言中的儒意影业与猫眼娱乐，无论是何种保底发行方式，同时作为出品方和保底发行方的这两家公司都赚翻了，而包括北京文化、贾玲大碗娱乐在内的其它公司都“吃亏”了。

与普通发行相比，保底发行的两大特点使得制片方与发行方对保底发行趋之若鹜：

（1）对于制片方来说，电影投资风险由保底发行方承担、电影开拍或上映前制片方已拿到钱，风险降低并提前收回制作成本，加快资金的运转。某种程度上，保底发行让创作者可以卸下负担，心无旁骛地拍好电影，这也是影片能获得成功的重要条件。

（2）对于发行方来说，保底发行这一带有金融属性的产品，使得发行方通过承担前期风险的形式，取得了获取更多的后期发行收益可能性。

#### 总结

由此可见，《你好，李焕英》电影票房虽已突破 30 亿元，但该数字并非可分账的净收入，主控方实得收入与票房收入相比，仍相去甚远。

影视行业是典型的资本密集型产业，具有高风险、高不确定和长周期的特征，票房分账比例、模式的设计本身就是各参与主体不断博弈的过程。影视行业从业者应当本着谨慎和专业的态度，在进场之初，即充分考虑整体交易模式、自身风险偏好、主

体立场及诉求，整体评估商业风险、博弈结果，尽可能通过现有交易结构及模式的确定性去解决未来风险发生的不确定性，从而避免沦为他人转移商业风险的手段和工具。例如对于投资方而言，可以考虑引入完片保险制度避免电影项目烂尾、引入私募基金进行股权、债权和其他结构化融资；对于发行方而言，组合多家公司进行联合保底；对于制片方而言，给予适当主创奖励以深度绑定利益共同体。

（本文首发于 2021 年 2 月 20 日）

# 从青3创4热播，看“中止式共享经纪约”的诱惑与风险

赵晓波

《青春有你（第三季）》（下称“青你3”）及《创造营2021》（下称“创4”）近期正在热播，参赛选手频频登上热搜。从官方公布的名单来看，本次《青你3》共召集了67家经纪公司，同期的《创4》则有53家经纪公司参与。参赛的经纪公司既有先前已入局偶像团体选秀的乐华娱乐、坤音娱乐、英皇娱乐、匠星娱乐等，也有新入局的时代俊峰、浩瀚娱乐、庶吉影视等。

从《青你3》选手名单中可以看出，有超过90%的选手参赛前即已有了经纪公司。我们不经疑惑，艺人参赛期间，艺人原经纪公司与节目制作方、投资方的权益如何划分？演艺活动如何安排，发生冲突了怎么办？节目录制期间，艺人如何管理？

为了解决这些问题，共享经纪约应运而生。本文拟就偶像团综节目中的中止式共享经纪约进行初步介绍与讨论，并对中止式共享经纪约的核心要点予以列举。

## 一、什么是“中止式共享经纪约”？

目前经纪约可分为全约和分约两种模式。全约是指经纪公司打包一次性获取艺人的全部独家经纪权。分约则是指经纪公司取得艺人的某一领域经纪权，如“唱片约”、“影视约”。

随着演艺经纪市场的进一步发展，分约项下又发展出了衍生约，又称为“共享经纪约”。即，艺人在与原经纪公司签订独家全约的情况下，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。常见的共享经纪约类型有“中止式共享经纪约”、“分立式共享经纪约”、“重合式共享经纪约”。

本文拟讨论的是偶像养成类的团体综艺节目最为常见的“中止式共享经纪约”。即，原经纪约在一定期间内中止，转由新经纪公司独家行使艺人的经纪权。在原经纪约中止期间，原经纪公司不得主张行使其经纪权或要求新经纪公司给予其共享经纪约约定的收益之外的其他收益或补偿。

典型的中止式共享经纪约如《青你3》的选手协议。对于成团选手，新经纪公司在节目全部期数首轮播出结束后享有18个月的独家、全权经纪权限，该期间内原经纪公司仅享有参与分配利润的权利。同时为便于艺人管理，协议中亦会对艺人与原经纪公司的关系处理进行特别约定，即选手在节目期间，未经新经纪公司许可，不得与原经纪公司进行不恰当的联系。这种不恰当的联系包括但不限于：披露节目内容、披露其他选手联系方式；选手与原经纪公司频繁联系等。

## 二、中止式共享经纪约常见纠纷类型

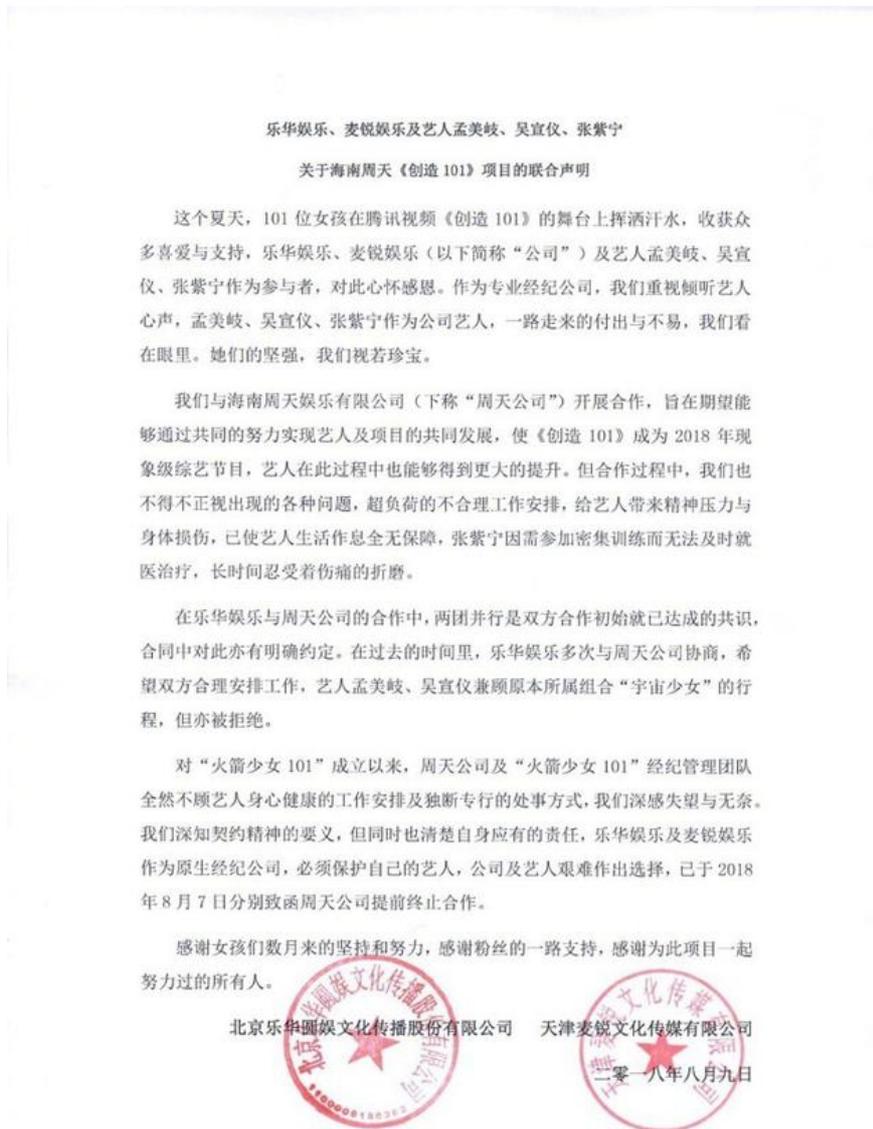
中止式共享经纪约的产生与爱奇艺、腾讯等视频平台方的发展密不可分，有利于实现原经纪公司、艺人及平台方的三赢。对于平台方而言，经由原经纪公司选派艺人参赛可省却平台方海选艺人的时间及精力，且相对而言艺人质量较高；对于艺人而言，平台方有良好的渠道资源，带来了迅速成名出道的机会；对于原经纪公司而言，节目平台方共担艺人

培养成本，减少了原经纪公司的成本支出，亦提高了艺人成名可能性。但艺人一旦组团出道，伴随着大量流量红利的产生，各方亦极易发生纠纷。

### 1.原经纪公司与新经纪公司之间的纠纷

中止式共享经纪约中，通常约定一定期限内，由新经纪公司独家行使艺人的经纪权，原经纪公司仅可参与收益分配。新经纪公司在协议实际履行过程中可能会存在一些不合规的操作，例如新经纪公司聘请艺人为自有平台提供大量无偿/低价演出活动，导致原经纪公司可分配收益减少、各方就成本抵扣项目发生分歧等。

“火箭少女 101 出走风波”即为原经纪公司与新经纪公司发生纠纷的典型代表。该案中，乐华娱乐、麦锐娱乐作为孟美岐、吴宣仪、张紫宁的原经纪公司与海南周天娱乐（腾讯独资公司）签署共享经纪约，约定艺人参与《创造 101》节目，海南周天娱乐享有艺人未来两年的独家经纪权，原公司在业务上不得进行干预。但艺人成团后不久，乐华娱乐、麦锐娱乐即以周天娱乐安排艺人过多工作为由发表联合声明，宣布旗下艺人孟美岐、吴宣仪、张紫宁退出火箭少女 101 女团，终止与海南周天娱乐的合约。



（乐华娱乐及麦锐文化就艺人退团事宜发表的联合声明）

## 2.艺人与原经纪公司和/或新经纪公司之间的纠纷

艺人与经纪公司之间的纠纷更是司空见惯，我们耳熟能详的即有蔡徐坤、金晨、蒋劲夫、羽泉、张杰等明星艺人的解约纠纷。具体到本文所述的中止式共享经纪约而言，虽暂未见与之相关的生效判决，但相关媒体亦有公开报道。

典型案例如“卜凡解约坤音娱乐案”。该案中，坤音娱乐系卜凡原经纪公司，坤音娱乐选派卜凡参加《偶像练习生》节目录制。节目录制播出后，卜凡获得了一定的知名度并与另外三人组成了 ONER 组合。但不久，卜凡即以原经纪公司推拒本人优质演艺机会、隐瞒并拖欠演艺收入等为由，公开要求解约。原经纪公司亦回函指出艺人在履约过程中存在私自设立工作室等违约行为。

### 声明

针对北京坤音娱乐经纪有限公司（以下简称“坤音娱乐”）就本人与其《独家经纪合同》（以下简称“合同”）纠纷（以下简称“该纠纷”）所发布的相关声明内容，本人郑重声明如下：

一、自我与坤音娱乐签约以来，本人始终积极参加公司安排的各项演艺事务，认真履行合同义务。但在合同履行期间，坤音娱乐存在严重的违约行为，诸如推拒本人优质演艺机会、隐瞒并拖欠演艺收入等，且经我多次正式函告后仍拒不改正，导致我的工作和私人生活受到严重影响，双方之间的合作难以继续。在诉求不得回复之下，无奈只得解除双方之间的合同关系并寻求自行发展，但坤音娱乐却屡次以向本人的合作伙伴发函等形式对我进行打压，企图阻挠本人演艺工作的正常进行、阻止本人演艺事业的健康发展。

二、本人已于2019年4月29日正式向坤音娱乐发送《解约合同通知函》（以下简称“解约函”），并已于2019年7月9日就该纠纷向法院提起诉讼，目前该纠纷已正式进入司法程序。

三、合同系本人与坤音娱乐签署，与其他第三方无关，双方之间的合同纠纷也不应及于任何第三方，坤音娱乐无权基于双方的合同向第三方提出任何权利主张。同时，本人享有使用自己肖像权、姓名权的自由，任何人都不能以任何形式对此作出限制。

四、自发送通知函之日起，坤音娱乐已无权介入本人任何演艺事务安排，本人个人演艺事务均自行处理。对于坤音娱乐通过任何方式施加的压力各合作伙伴均无需理会，若由此给各合作伙伴造成的任何损失本人将自行承担。

鉴于本案已进入实际审理阶段，双方之间的纠纷应通过司法途径公平、理性解决，希望坤音娱乐尽量避免诸如此类的不冷静行为，以免造成社会公众对本案的过度关注和讨论，造成社会公众资源的浪费。

在此，感谢社会各界人士对本人的喜爱和关注。同时，希望部分网络用户可以停止造谣、散布不实内容，理性客观对待本次事件，本人保留通过法律途径追责的权利。

特此声明！

2019年9月22日

卜凡

（艺人卜凡就解约事件发表的声明）

## 三、共享经纪约的条款安排

从第二部分典型案例中，我们可以看出，艺人与原经纪公司、现经纪公司发生矛盾的时点一般均为节目录制并播出完成且艺人成团后。此时艺人已通过偶像团综艺节目的播出，积累了一定的粉丝基础并具备相应的变现能力，在庞大利益趋势下，各方发生争议的可能性增大。

为免艺人爆红后，各方就原经纪约、新经纪约的履约发生激烈冲突，导致艺人错过发展的最佳红利期。我们建议在合同签署之初，各方即对原经纪约与新经纪约的核心条款进行妥善安排。具体如下：

### 1.考虑共享经纪约的签约时间及共享期限

就签约时间而言，目前各大制作平台与原经纪公司签署共享约的时间大多设置在节目录制前。主要原因在于该时间节点签约成本较低、艺人及原经纪公司议价能力较弱。在节目录制前即签约，能够有效降低节目后期运营的风险。

就中止式共享经纪约的共享期限，风险较低的做法是约定从合同签署之日起共享经纪约就生效，在节目首播结束后一定期限届满之日止。《青你 3》协议设定的共享期限为首播完成后的 18 个月，而《创 4》协议所设定的共享期限则为 24 个月。该起始时间设置的考虑因素主要为：（1）节目录制前即签署并生效，可增强选手在训练营培训、节目制作期间的配合度；（2）可避免在艺人参加节目、积累了人气后通过主动淘汰的方式回避触发共享经纪约的情况；（3）原经纪约的期限一般为 3-5 年，18-24 个月的共享期较整个经纪约时间而言，较为合理。

### 2.冲突解决机制设置

以中止式共享经纪约为例，需在合同中明确，在原经纪合同中止期间，新经纪公司享有全世界范围内全部演艺活动的独家代理权，并享有代理艺人进行肖像权、姓名权、著作权、人身权等所有合法权益维权的权利；原经纪公司不再代理艺人从事各项演艺活动。

同时，为免共享经纪约签约前，艺人已有的权利负担与共享经纪约冲突，例如已有的代言合同和新经纪公司所接洽的代言互为竞品且包含排除竞品条款。我们建议，以附件清单形式列举允许艺人继续履行的各项合同（示例如下图）。如果因艺人或原经纪公司未说明或说明不充分导致出现既存合同与新经纪约冲突的情况，应当履行新经纪公司的安排，并且导致的后果由艺人和原经纪公司承担。

#### （一）广告类

合作方	广告品牌	品牌身份	执行期限	排他限制	备注（非必填）

#### （二）音乐类

作品名称	词曲作者	从事身份	创作时间	发行日期	版权归属公司	发行方、发行期限

#### （三）影视类

作品名称	从事身份	创作时间	发行日期	版权归属公司	发行方、发行期限	其他说明（非必填）

#### （四）商务演出类

合作方	演出名称	从事身份	执行期限	排他限制	备注（非必填）

#### （五）其他

合作方	活动内容	活动类型	从事身份	执行期限	排他限制	备注（非必填）

（示例：披露艺人已有义务清单）

## 1.收益分配

就收益分配而言，我们建议对利益分配模式进行细化描述并对艺人进行特别奖励。在中止式共享经纪约中，艺人可参与分配的款项一般包括两部分，第一部分基于原经纪约的二次分成，第二部分来源于新经纪约项下的艺人特别奖励。

### （1）原经纪约项下的二次分成

原经纪约项下的二次分成收益，一般是指新经纪公司依据共享经纪约与原经纪公司结算净收益，随后原经纪公司再依据与艺人签署的经纪约向艺人进行二次分成。考虑到原经纪公司及艺人参与分配的款项一般是艺人从事演艺活动产生的净收益，即运营总收入扣减运营成本。故，我们建议：

就运营总收入而言，建议根据各方谈判地位、综合实力对所代理的演艺活动产生的收益进行区别化约定。例如可约定，新经纪公司组织的演唱会类型的演艺收入（如节目结束后为男团安排的巡回演唱会）、唱片/创作类作品所产生的音乐版权收入等，原经纪公司及艺人均不参与分配。

就运营成本而言，建议尽可能细化可扣除的运营成本，以免双方后续就成本扣除项发生争议。例如，约定可抵扣的运营成本包括但不限于：基于节目模式在艺人成团后应向第三方支付费用、知识产权授权费及中介费/代理费、宣推、公关、服化道费用等。

### （2）新经纪约项下的艺人奖励

为提升艺人参与节目录制的积极性、增强艺人与新经纪公司之间的紧密度，新经纪公司可考虑设置一定的绩效考核指标，对艺人进行考评。考核通过的，新经纪公司通过共享经纪约，从自身应得收益中另行划分一定比例收益给到艺人作为奖励，该等奖励直接给到艺人个人，原经纪公司不得参与分配。

## 2.违约条款

目前偶像团综类节目中的中止式共享经纪约采用的大多为固定违约金模式，即艺人或原经纪公司发生若干违约行为时，现经纪公司可单方终止协议并要求支付固定金额的违约金。

我们建议，中止式共享经纪约应当就具体履行约定详尽的违约条款，并区分确定违约金，提高原经纪公司以及艺人的违约成本并为守约方提供可选择的违约救济方式。例如，约定违约私自参加演艺活动的收益均归属于新经纪公司、每违约一次收取固定金额的违约金且该等违约金可从尚未结算的款项中直接抵扣。

考虑到实践中，司法机关会基于艺人本身知名度、经纪合同履行情况（包括已履行的合同期限、剩余合同期限、经纪公司已花费的成本、艺人及经纪公司已获取的收益、履行前后艺人知名度及效益的变化）、过错程度（例如艺人或原经纪公司是否恶意违约、是否已实质性违反经纪合同）等对违约金予以调整。故我们建议，违约金本身设置的金额应当与守约方损失相对匹配，避免过高且不具有合理性。同时，可考虑从以下三个方面补强说明违约金本身的合理性：第一，在共享经纪约中添加“违约金酌减权”的放弃条款，即任意一方均放弃在司法程序中主张要求酌减违约金；第二，保存为履约所支出的成本费用凭证，并在履约过程中由合同相对方进行阶段性确认；第三，在违约方发生轻微违约行为时，给予违约方一次补正救济的途径，并以补充协议形式进一步明确违约方已充分知晓违约金数额并同意在违约行为再次发生时，承担高额的违约金。

## 总结

共享经纪约是演艺经纪业务多元化拓展的必然选择和结果。作为一种新生商业模式，如何通过整体交易模式设计、具体条款落实，来满足原经纪公司、艺人以及新经纪公司的持续发展需求，实现三方主体的利益平衡仍有待于法律与商业的进一步深化结合。

（本文首发于 2021 年 3 月 8 日）

# 签收《解除函》=解约？从段奥娟解约事件看艺人纠纷处理规则

赵晓波

3月22日，段奥娟委托律师发布声明表示：2021年1月2日，段奥娟向其经纪公司缔壹娱乐发送《解约函》，经纪公司于1月3日签收，按照法律规定双方经纪合约于2021年1月3日解除。

我们看到，律师声明里，段奥娟是以经纪公司违约，严重阻碍艺人演艺事业发展为由主张解约的。律师函中明确指出，经纪公司存在隐瞒演艺收入、罔顾艺人意愿安排商务活动、侵犯艺人知情权等违约行为。

那么，在此情形下，艺人究竟可否仅凭经纪公司签收了解除函，即主张经纪合同已解除？经纪公司收到解约函后该如何应对？本文将进行探讨。

## 一、艺人可否仅凭解约函被经纪公司签收就主张经纪合同已解除？

### 1、解约函只有在符合约定解除/法定解除条件下才能实现解约

合同解除可以分为法定解除和约定解除两种。就现有司法裁判案例而言，绝大多数的经纪合同纠纷均不涉及艺人单方的约定解除权，艺人与经纪公司的主要纠纷点在于法定解除权成立与否。实践中，艺人行使法定解除权主要依据两个法律条款：

第一，主张艺人经纪合同属于委托合同，根据《民法典》第933条的规定，艺人可以随时解除委托合同。但**最高法院早在2010年即已明确认定艺人经纪合同属于综合性合同，对艺人提出艺人经纪合同属于委托合同的主张不予支持，从而艺人也就没有委托合同项下的任意解除权。**

第二，艺人援引《民法典》第563条的规定，主张经纪公司严重违约导致合同根本目的不达并解除合同。《民法典》第563条规定，“有下列情形之一的，当事人可以解除合同：……

**(三)当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；(四)当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的……”。**《民法典》第565条的规定，“**当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除……对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力……。**”也就是说，**根据前述条款，当法定解除条件成就时，艺人发送解约函并经对方签收即可实现合同解除之目的。**该条款亦为段奥娟案中所使用的解约理由。

### 2、法定解除条件成就与否的判断标准

段奥娟案律师声明中体现出了“经纪公司隐瞒演艺收入、罔顾艺人意愿安排商务活动以及侵犯艺人知情权”等违约行为相关表述，类似的艺人常见解约理由还有未提供充足演艺机会、信赖关系破裂等。该等违约行为是否足以导致无法实现合同目的，构成根本违约，从而符合法定解除条件呢？结合司法实践，具体说明如下：

#### (1) 未提供充足的艺人机会

艺人尤其是新人签署艺人经纪公司的主要目的，就是在于借助公司的资金、资源、人脉等去获取个人力量无法得到的艺人机会，比如发唱片、开演唱会、出演电影、电视剧、拍广告等。但当合同中并未就艺人活动数量进行约定时，是否“提供充足的演绎机会”既是一个

事实判断，也是一个法律判断。当公司向艺人提供了一定的艺人活动机会，虽然未能保证艺人始终处于工作状态，亦不构成违约。同时，在双方发生法律纠纷期间，经纪公司有权暂停安排艺人的工作，此时不构成违约。在“天阶精英影视文化传媒（北京）有限公司与孙祖君合同纠纷”【1】案中，法院认为，“截至孙祖君发出解约通知函时，天阶公司并未连续 12 个月没有为孙祖君提供工作，天阶公司在孙祖君发出解约通知函且本案进入诉讼程序后由于合同状态处于待确定状态，因此天阶公司无法为孙祖君继续提供工作。孙祖君的该条解约理由不成立。”

#### （2）未按时、足额支付艺人报酬

艺人通过参与各类演出活动进而获得相应报酬，向艺人支付报酬也是经纪公司在经纪合同项下的主给付义务。在“盛一伦案”中，盛一伦以公司未及时支付艺人报酬为由主张合同解除，并提交了乐漾公司出具的《截止 2016 年 11 月 9 日盛一伦商业收入及分成情况（暂未扣成本）税金》，以及催告乐漾公司支付报酬的律师函，用于证明乐漾公司在支付报酬时存在违约行为且自己已经催告。

乐漾公司则主张，乐漾公司在收到相应款项以后，要先扣除成本并缴纳相应的税收之后，才能按照合同约定的比例进行分成。由于各部门的项目繁杂，且尚有许多项目仍在投入中，难以当下做出成本核算，不存在恶意拖延的情形。但对此主张，乐漾公司未提供任何证据证明其分配行为符合合同约定以及双方此前的分配习惯。法院在该案中，认定由于支付艺人报酬属于经纪公司的主给付义务，经纪公司迟延支付报酬且在催告后仍未支付时，构成根本违约，盛一伦有权要求解除合同。

#### （3）未尽到培训、宣传推广义务

对于未尽到培训、宣传推广义务是否构成根本违约，要根据合同是否明确约定培训、宣传推广义务是经纪公司的主要义务去进行判断。在“蒋劲夫与天津唐人影视股份有限公司合同纠纷”【2】案中（下称“蒋劲夫案”），蒋劲夫主张唐人影视公司未履行合同约定的培训义务，法院认为合同并未对培训内容、方式、频率等进行具体约定，现合同履行期限尚未届满；唐人影视公司作为艺人经纪公司，其主要合同义务在于为蒋劲夫提供艺人经纪服务、发展蒋劲夫的艺人事业，故唐人影视公司未履行培训义务不构成根本违约行为。

但在“霍 xx 与北京嘉娱帝华文化传媒有限责任公司服务合同纠纷”【3】案中，法院给出了相反的价值判断。该案中，双方签署有《练习生培养及艺人经纪业务全权合约》，约定公司将为艺人提供全方位的培训，其中声乐、舞蹈、表演为主课程，每门课程 48 课时，共 144 课时，造型设计、公众形象塑造、艺人艺德修养、媒体应对技巧、艺人自我行销、宣传炒作技巧为辅助课程，每门课程 1 课时，共 6 课时，所有课程总计 150 课时。在该案中，法院认为，本案合同项下培训工作显然是公司的主要义务，公司未履行培训义务当然构成根本违约，艺人有权解除合同。

#### （4）侵犯艺人知情权

侵犯艺人知情权通常具体表现为：经纪公司未向艺人提供原始财务凭证、经纪公司代表艺人与第三方签署的合同等。通常而言，判断经纪公司未提供财务凭证、与第三方签署的艺人合同等违约行为是否为根本违约、是否符合合同解除的条件时，我们的思考路径大致如下：首先，看合同是否约定经纪公司负有提供财产凭证、艺人合同的义务；其次，虽然公司依约负有提供财产凭证、艺人合同的义务，但是该义务并非艺人经纪合同下公司的主要债务，

违反此类义务不能致使合同目的不能实现，亦不能充分证明艺人依据艺人经纪合同获取相关报酬的权益据此受损，此类违约行为不属于根本违约，艺人据此主张解除艺人经纪合同，法院倾向于不予支持。

### **(5) 信赖关系破裂**

鉴于艺人经纪合同属于人身依附性极强的合同，故艺人亦会以双方信赖关系破裂为由，诉请解除合同。司法实践中，法院通常要根据艺人的知名度、公司的投入成本、公司的解除意愿、合同履行的期限、双方过错程度等因素综合认定能否判定解除。

典型的案例如“蒋劲夫案”，蒋劲夫与唐人影视公司建立艺人经纪关系后，唐人影视公司利用自身具有制作、经纪双重业务的优势，为蒋劲夫提供了较好的艺人机会，加之蒋劲夫个人的努力及才能，使得蒋劲夫的艺人事业处于快速上升期。此时蒋劲夫主张双方的信赖关系不复存在而要求解除合同。法院认为，合同主体之间的信任虽是履行合同的**重要基础**，但并非合同不能履行的法定事由，在双方现有知名程度的条件下，只要双方本着互信互让、互助共赢的原则，通力合作，双方均可相较以往获取更高额的艺人报酬，如双方摒弃前嫌，携手并肩，再创佳绩，亦可创造艺人经纪领域的一段佳话，故在唐人影视公司表示会继续按约定为蒋劲夫提供艺人经纪服务的条件下，法院对“信赖关系破裂合同无法履行”的主张不予支持。

蒋劲夫案所折射出的是法律对成名艺人出走的限制。因为艺人人员从新人发展至具有较高知名度和影响力的成名艺人，除与其自身能力有关外，经纪公司在艺人的培养、宣传、策划、推广以及知名度的提升上，起着至关重要的作用，经纪公司亦为此付出较大的时间成本及商业代价。如若允许艺人成名后即以人身依附性为由随意行使解除权，将使经纪公司处于不对等的合同地位，亦违背公平及诚实信用的基本原则，不利于艺人行业的良性发展。近期宣判的上海丝芭文化传媒集团有限公司与黄婷婷艺人经纪合同纠纷一案中，法院亦以双方履行合同的**基础仍然存在**为由，作出了要求艺人继续履行艺人经纪合同的判决。

## **二、收到艺人解约函后，经纪公司如何应对？**

如前所述，艺人发送的解约函并不必然导致合同解除，这是否意味着经纪公司收到解约函后可以直接忽略？**答案当然是否定的。**我们建议，经纪公司至少从以下几点采取应对措施：

### **1、及时回复艺人解约函，要求艺人继续履行合同。**

收到艺人发送的解约函后，应及时草拟回复函，明确表明公司不认可艺人所提出的解约事由，公司自始至终均在恰当履约，不存在任何违约行为，并要求艺人继续履行合同项下所有义务。公司保留追究艺人违约责任的权利。

### **2、以公开形式发表声明，明确经纪合同合法有效。**

如艺人解约引发舆论关注且开始发酵，可通过大众媒介公开发表声明。一方面澄清事实，避免舆论以讹传讹；另一方面警示潜在合作伙伴，变相向艺人施压。声明内容可以包括：(1) 经纪公司系艺人在全球范围内的独家经纪公司，经纪合同仍然有效，与该艺人相关的全部演艺经纪活动仍由公司负责；(2) 艺人姓名、肖像、影像、照片及声音的专有使用权均属于公司，任何第三方不得使用；(3) 任何未经经纪公司书面授权与艺人自身或第三方展开的演艺事务合作，经纪公司均保留追究法律责任的权利；(4) 明确中国演出行业协会发布的《演出行业演艺人员从业自律管理办法》中，强调演艺人员应有契约精神，依法履行合同。演艺人

员的违约行为或将会认定为劣迹艺人。

### 3、固定艺人违约证据

部分艺人急于解约系因已有潜在合作第三方，建议在与艺人正常沟通的同时，关注艺人及其粉丝的动态。一旦发现艺人在经纪合同争议期间存在任何私下接商演、直播、代言等行为，立即组织进行证据保全，固定艺人违约证据。如发现艺人确有违约行为时，视情况向法院申请行为保全，在一定时间内禁止艺人实施擅自直播等不当行为。

艺人经纪行业迅猛发展的“繁荣”之下，暗潮涌动。在履约时间点变化、艺人身价暴涨、第三方诱惑等多种因素的影响下，各方主体所追求的利益也在不断变化。在各方主体利益博弈的过程中，我们认为，“坚守契约精神”应是自始至终坚守的价值取向，而这一点也正是今年3月1日实施的《演出行业演艺人员从业自律管理办法》所倡导的。演艺经纪行业从业者，应共同致力于营造坚守契约、有序竞争的良好市场环境。

【1】见北京市朝阳区人民法院“天阶精英影视文化传媒（北京）有限公司与孙祖君合同纠纷一审民事判决书”（2016）京0105民初37659号。

【2】见北京市第三中级人民法院“蒋劲夫与天津唐人影视股份有限公司合同纠纷二审判决书”（2016）京03民终13936号。

【3】见北京市通州区人民法院“霍x1与北京嘉娱帝华文化传媒有限公司服务合同纠纷一审民事判决书”（2016）京0112民初1419号。

（本文首发于2021年3月24日）

# 涉税实务中票货分离、挂靠代开之法律风险分析

崔岩双、王晨光

## 引言

全国税务工作会议于近期在北京召开，“严打涉税违法行为，大力推进科技稽查、精准稽查、协同稽查，持续形成对虚开骗税等涉税违法行为严厉打击的高压态势”系会议提出的2021年度工作重点之一。国家税务总局稽查局局长日前在接受媒体联合采访时进一步透露，2021年税务稽查的重点是“三假”涉税违法行为，即没有实际经营业务只为虚开发票的“假企业”、没有实际出口只为骗取退税的“假出口”和不具备条件只为骗取疫情防控税收优惠政策的“假申报”。

“严打虚开骗税”虽已被明确列为稽查工作重点，但因虚开骗税的内涵和外延在涉税实务中往往不甚清晰，以致时常出现误解，例如有观点认为，只要有真实交易——即便存在变名开票或从第三方获取发票等情形，都不会构成刑事犯罪或所涉风险较低。就此，我们就涉税实务中存在的诸如票货分离、挂靠经营代开票以及变名开票等情形的法律风险予以分析，并提供初步的税务合规建议。

## 票货分离

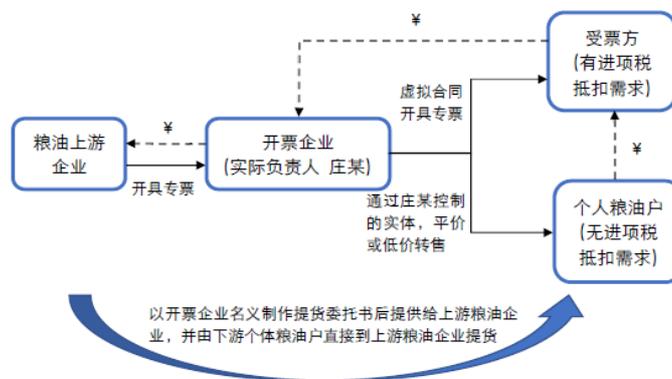
相较于本文第二部分所述的挂靠经营代开发票情形，所谓的“票货分离”安排因通常具有以下特点而存在被认定为虚开增值税专用发票刑事犯罪的较高风险：

- 1) 开票企业与受票企业之间不具有真实的基础交易；
- 2) 相关的票货分离安排不具有商业上的合理性，仅是为了实现骗取抵扣增值税之非法目的。

就此，我们通过两则近期的法院生效判例，对“票货分离”常见的表现形式，以及法院对该等安排的认定态度予以分析。

### 案例一：山东省高级人民法院于2020年8月作出的（2020）鲁刑终150号判决

主要交易安排如下图所示：



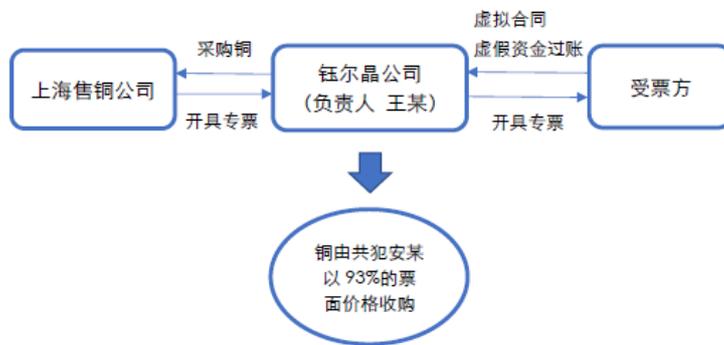
【图1-1】

法院认为（篇幅所限，仅摘录关于主要责任人的部分判决内容，下同）：

庄某系根据票贩子确定虚开的金额和点数，再决定从上游企业购买豆油的数量，最后根据赚取的发票点数确定销售价格，将豆油通过其实际控制的合某公司销售给不需要开具发票的下游粮油贸易商。相关证据足以证实庄某对国某、万某、瑞某公司等开票企业，对合某公司等销货企业进行直接管理，对发票的去向以及合同对应的下游散户系明知，庄某控制虚开犯罪的各个环节，主观上为他人有虚开增值税专用发票的故意，客观上侵犯了国家对增值税发票的管理制度，且 5124 份发票税款均已抵扣，造成了国家税款的损失。庄某违反增值税专用发票管理规定，为他人虚开、介绍他人虚开或让他人为自己虚开增值税专用发票，虚开的税款数额巨大，其行为构成虚开增值税专用发票罪，应依法惩处。

## 案例二：江苏省常州市中级人民法院于 2020 年 11 月 11 日作出的（2020）苏 04 刑终 293 号判决

主要交易安排如下图所示：



【图 1-2】

### 法院认为：

被告人安某与钰尔晶公司负责人王某（已判刑）共谋，采用票货分离等手段，以钰尔晶公司的名义向上海售铜公司购买铜，该铜再由安某以 93% 左右的票面价格收购，即王某以支付 7% 左右的票面价格为钰尔晶公司取得增值税进项发票用于对外虚开。2016 年 11 月至 2018 年 9 月被告人安某与王某合作期间，采用上述手段为钰尔晶公司虚开上海青物公司、上海兴栋铝公司、上海铜方公司等单位开具的增值税专用发票后，在无真实货物往来的情况下，采用虚假资金过账、虚拟合同等手段，以钰尔晶公司的名义为常州市涛成机械有限公司等 16 家公司虚开增值税专用发票共计 399 份；另查明，期间经王某介绍，采用上述手段为常州市宇达汽车配件有限公司等受票单位直接虚开上海青物公司、上海铜方公司等单位的增值税专用发票共计 13 份。上述 412 份发票价税合计 46883999.17 元，税款 6804840.76 元，均已抵扣。被告人安某违反增值税专用发票管理规定，虚开增值税专用发票，其行为已构成虚开增值税专用发票罪。

因此，就以上所述的“票货分离”安排，无论形式上如何设计，其实质往往就对应无真实交易而虚开增值税专用发票，一旦涉及税务稽查或公安调查，则将面临重大的刑事法律风险。需要特别提示的是，实践中可能出现另一种误解，即认为只要相关的票货分离安排完全发生在企业集团内部就可以规避风险，这样的理解也是错误的。

## 挂靠代开

挂靠代开不构成虚开增值税专用发票,但仍应关注因纳税义务承担与分配问题发生争议所导致的涉税法律风险。

尽管近年来企业注册便利程度不断提升,但在部分行业中,以挂靠方式或借助他人名义开展经营活动仍具有一定的普遍性。从形式上看,该等挂靠经营所涉及的开具增值税专用发票事宜符合法发〔1996〕30号文中所述的“进行了实际经营活动,但让他人为自己代开增值税专用发票”的情形,因此曾一度引发挂靠代开是否构成虚开增值税专用发票刑事犯罪的争议。

【最高人民法院关于适用《全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》的若干问题的解释(法发〔1996〕30号)规定,具有下列行为之一的,属于“虚开增值税专用发票”:(1)没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务而为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具增值税专用发票;(2)有货物购销或者提供或接受了应税劳务但为他人、为自己、让他人为自己、介绍他人开具数量或者金额不实的增值税专用发票;(3)进行了实际经营活动,但让他人为自己代开增值税专用发票。】

对于上述情况,国家税务总局于2014年发布《关于纳税人对外开具增值税专用发票有关问题的公告》并对其进行了官方解读,其中提出:

如果挂靠方以被挂靠方名义,向受票方纳税人销售货物、提供增值税应税劳务或者应税服务,应以被挂靠方为纳税人。被挂靠方作为货物的销售方或者应税劳务、应税服务的提供方,按照相关规定向受票方开具增值税专用发票,不属于对外虚开增值税专用发票。

最高人民法院于2015年进一步就《关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质》征求意见作出回复,其中提出:

就法发〔1996〕30号文,应当根据现行刑法第二百零五条关于虚开增值税专用发票罪的规定,合理选择该解释中可以继续参照适用的条文。其中,该解释中关于“进行了实际经营活动,但让他人为自己代开增值税专用发票”也属于虚开的规定,与虚开增值税专用发票罪的规定不符,不应继续适用;

挂靠方以挂靠形式向受票方实际销售货物,被挂靠方向受票方开具增值税专用发票的,不属于刑法第二百零五条规定的“虚开增值税专用发票”;

行为人利用他人的名义从事经营活动,并以他人名义开具增值税专用发票的,即便行为人与该他人之间不存在挂靠关系,但如行为人进行了实际的经营,主观上并无骗取抵扣税款的故意,客观上也未造成国家增值税款损失的,不宜认定为刑法第二百零五条规定的“虚开增值税专用发票”;符合逃税罪等其他犯罪构成条件的,可以其他犯罪论处。

因此,以挂靠方式或借助他人名义开展经营活动过程中,由名义销货方或提供应税劳务、服务主体对外开具增值税专用发票的,理论上不会被认定为虚开增值税专用发票刑事犯罪。

但是,实践中挂靠经营所涉及的相关主体往往就纳税义务承担与分配问题产生分歧,并可能因此导致税收遵从性降低,由此产生偷税之行政法律风险或甚至于逃税罪等刑事法律风险,对此相关主体应予充分关注。

(本文首发于2021年1月26日)

# 变名开票风险几何？

崔岩双、王晨光

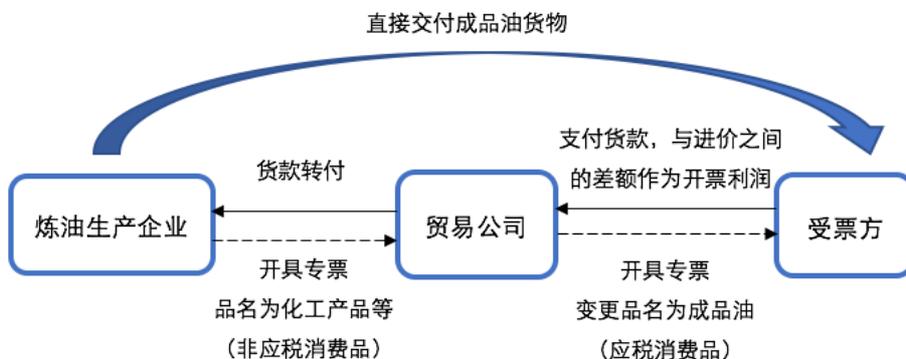
## 引言

在上一篇文章中，我们对涉税实务中存在的票货分离、挂靠代开情形所涉及的法律风险进行了分析，本文将进一步对涉税实务中另一项存在争议的问题——变名开票情形所涉及的法律风险进行分析，并提供相关的税务合规初步建议。

### 为逃避缴纳消费税而变名开具增值税专用发票

由于消费税主要在出厂销售的单一环节征收，并且外购应税消费品连续生产应税消费品时，增值税专用发票亦可作为消费税税款抵扣凭证。部分企业通过“变名开票”、“过票”等方式，隐瞒生产环节或不当抵扣消费税，进而获取少缴或不缴消费税之经济利益。

2017年前后的石化行业就是一个较为典型的例子，当时，部分炼油生产企业将应税油品以化工产品（非应税消费品）的名义销售给石化贸易企业，石化贸易企业再将其名目变更回应税消费品成品油以销售给用油企业并开具相应的增值税专用发票，借此逃避缴纳生产环节消费税（如图 3-1 所示）。国家税务总局就此开展了专项核查，相关涉事企业由此产生了重大的税务违法行政责任甚至刑事责任。



【图 3-1】

司法实践中，大量涉事主体及其代理人以(i)上述安排具有真实的货物交易基础，(ii)相关行为并非以骗取抵扣增值税税款为目的，客观上也未造成增值税税款损失为由提出抗辩，认为其不构成犯罪，或即便构成犯罪也应以量刑较轻的逃税罪予以定罪。

但是，法院则倾向于认为：上述安排所涉及的中间交易环节都是为了变名开票而人为增设，因此仍然属于没有真实的货物交易而虚开发票；并且，刑法中虚开增值税专用发票罪的构成并不以偷逃增值税为前提。

就上述问题，我们在下图中对相关案例进行了整理，以作参考。

审理法院	案号	法院观点（节选）
浙江省高级人民法院	(2018)浙刑终361号	<ul style="list-style-type: none"> <li>虽然优贸公司、信义公司与宁波腾日石油化工有限公司等供货企业签订购买沥青、重质油的购销合同，优贸公司、信义公司与下家以及其他关联公司之间也均签订购销燃料油的合同，但是大多数合同的两方人员并无直接联系，都是最终下家向宁波腾日石油化工有限公司等供货企业直接购买产品，合同的细节都是宁波方面指定。货物也直接由上游企业直接运输至下家指定的地点。本案中证人均反映只有原始卖家和最某，中间环节均不交付货物。优贸公司、信义公司始终没有收到或占有过货物，却出具了虚假的入库单、出库单。本案中间的交易环节都是为了变票而人为增设。</li> <li>刑法规定和司法解释均没有明确要求构成虚开增值税专用发票要以偷逃增值税为前提，被告人陈长青、徐明敏在没有真实货物交易的情况下，为他人虚开增值税专用发票，造成国家巨额税款损失，其行为均已构成虚开增值税专用发票罪，依法应予惩处。</li> </ul>
浙江省丽水市中级人民法院	(2018)浙11刑初6号	<ul style="list-style-type: none"> <li>根据相关税收规定，流通企业在购进消费税非应税产品，又以消费税应税产品销售的，视为生产行为，应当缴纳消费税。从丽水虹星公司的进、销项增值税专用发票来看，其进项都是消费税非应税产品化工产品，销售的均是消费税应税产品成品油，按规定应当缴纳消费税。但实际上，丽水虹星公司并没有真实的购进化工产品和销售成品油，只是通过虚开增值税专用发票帮助其他企业和个人隐藏真实的生产环节，偷逃消费税。故应认定造成消费税损失。</li> <li>虚开增值税专用发票罪属于危害国家税收征管犯罪，行为人只要有虚开增值税专用发票的行为，并足以危害国家税收征管，造成国家税款损失的，均构成该罪。实际损失的是增值税还是其他税款，并不影响该罪名的成立。三被告人主观上均具有虚开增值税专用发票的故意，本案犯罪均造成了巨大的消费税损失，这些损失均属于国家税款的损失，依法应当以虚开增值税专用发票定罪处罚。</li> </ul>
安徽省淮北市中级人民法院	(2019)皖06刑终289号	<p>经查，张杰成立淮北南山公司主要开展“变名开票”业务，没有实际购进、加工、生产燃料油，却为他人虚开销售燃料油的增值税专用发票，淮北南山公司收取每吨50至70元不等的费用，使其他公司逃避缴纳消费税，造成国家税收损失，获取巨额非法利润，侵害国家增值税发票管理制度，符合虚开增值税专用发票罪的构成要件。</p>

【图3-2】

因此，对于通过“变名开票”、“过票”等方式以达到逃避缴纳生产销售环节消费税的行为，即便其形式上依附于真实的基础交易，但仍存在被认定为虚开增值税专用发票刑事犯罪的较高风险。结合2021年度税务稽查重点，我们理解，通过设立无实际经营业务的“空壳公司”作为虚开发票、变名开票、过票的载体，以攫取非法税收利益的所谓的“税务筹划”具有极高的涉税法律风险。

### 其他变名开票行为

对于其他变名开票行为，例如：就“餐饮”费用开具“住宿费”“会务费”等项目发票；将“借款利息”开具“咨询费”“顾问费”“手续费”等项目发票；就拟发放的员工福利品，向销货方获取“办公用品”项目发票等，其可能涉及的法律风险需要根据具体情况予以分析：

如果仅是为了规避企业所得税抵扣限额，或符合企业关于报销的相关规定，而实施变名开具增值税普通发票或获取该等变名发票的，则主要涉及对发票管理办法的违反并面临行政处罚风险。

《中华人民共和国发票管理办法》第二十二条开具发票应当按照规定的时限、顺序、栏目，全部联次一次性如实开具，并加盖发票专用章。任何单位和个人不得有下列虚开发票行为：（一）为他人、为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；（二）让他人为自己开具与实际经营业务情况不符的发票；（三）介绍他人开具与实际经营业务情况不符的发票。《中华人民共和国发票管理办法》第三十七条违反本办法第二十二条第二款的规定虚开发票的，由税务机关没收违法所得；虚开金额在1万元以下的，可以并处5万元以下的罚款；虚开金额超过1万元的，并处5万元以上50万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

若纳税人利用相关变名开票行为，实现少缴企业所得税之目的，还有可能被认定为“偷税”，并可能面临最高数额为少缴税款 5 倍的罚款。

如果针对不允许抵扣进项税额的项目，相关主体变更名目开具了增值税专用发票并实现抵扣，还有可能进一步涉及虚开增值税专用发票的刑事犯罪风险。

此外，与变名开票相关的税务风险还包括：

就变更名目开具的增值税专用发票，受票方不能以此抵扣相关的进项税额，税务机关在稽查过程中将以该等发票与实际经营业务不符为由要求受票方将已经抵扣的进项税额予以转出并补缴增值税。

由于变更名目开具的相关发票属于发票管理办法中的“不符合规定的发票”，因此无法作为财务报销凭证，相关的采购成本不能在企业所得税税前列支。

### 结语

在税务监管趋于严格的大环境下，科技稽查、精准稽查、协同稽查方式将逐渐成为常规监管措施，并且税收违法“黑名单”及联合惩戒制度也在不断实施与完善过程中，涉税违法行为的法律风险及违法成本不容忽视。

就本文所述内容而言，建议企业应当对发票合规管理予以充分重视，建立与合同综合管理、财务管理制度等相适应的发票管理标准化流程，以全面涵盖发票申领、开票、验票、入账抵扣、转出、红冲以及电子化管理等所有环节，并设置相关的自查自审程序，以确保上述流程得以有效运行。

（本文首发于 2021 年 1 月 27 日）

# 逃税罪“初犯免责”制度，你理解对了吗？

崔岩双、王晨光

## 引言

自刑法修正案（七）出台以来，逃税罪中所谓的“初犯免责”制度广为流传，由于对这一制度的基本规定及具体适用缺乏全面、清晰的理解，实践中部分主体将其作为实施税务违法行为的“避风港”，并由此产生了额外的刑事法律风险。为厘清相关法律概念并有助于纳税人避免刑事法律风险，本文就逃税免于刑事追责制度的基本规定（包括为何不建议称之为“初犯免责”制度）及其适用范围，以及与之相关的“提供纳税担保能否免于追究刑事责任”等实务问题予以分析。

## 一、逃税免于刑事追责制度

俗称的“初犯免责”制度源于《中华人民共和国刑法修正案（七）》（以下称为“**刑法修正案（七）**”）第三条对原刑法第 201 条的修改及其增设的第四款规定，即：

**【纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大[1]并且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。**

*扣缴义务人采取前款所列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额较大的，依照前款的规定处罚。*

*对多次实施前两款行为，未经处理的，按照累计数额计算。*

**有第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任；但是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。】**

就上述规定可如此理解，纳税人实施逃税行为金额达到“数额较大并且占应纳税额百分之十以上的”，本应追究其刑事责任，而 2009 年修订通过的刑法修正案（七）基于宽严相济并保障立法原意得以有效实现之考虑，于第 201 条第四款规定如果“经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的”，则适用“不予追究刑事责任”的特殊制度；同时就其适用进一步规定了例外情形，即对于“五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的”情形，则不适用以上的特殊制度，仍按照第 201 条第一款追究刑事责任。

据此，我们可以发现，将上述的特殊制度称之为“初犯刑事免责”并不贴切，因为：（i）纳税人可能存在多次逃避缴纳税款且金额均达到刑事追诉标准，而仍然适用不予追究刑事责任的情况；（ii）所谓“免责”系以构成犯罪为前提而对处罚结果的豁免，而第 201 条第四款所规定的特殊制度的适用效果应当是无需进入刑事程序或刑事程序终止，即逃税行为不构成犯罪。因此，我们理解将其称之为“逃税免于追究刑事责任制度”或“逃税免于刑事追责制度”更为合适。

就该制度的具体适用，还需注意以下几点：

- 因逃避缴纳税款以外的其他原因被刑事处罚或行政处罚的，不影响逃税免于刑事追责制度的适用；

- 五年的时间限制自刑事处罚判决生效之日或行政处罚作出之日(而非逃税行为实施日)起开始计算。也就是说，如果前次刑事判决生效时间或前两次中任一次行政处罚的作出时间与本次逃税行为实施时间相隔超过五年的，即便纳税人曾经因逃避缴纳税款受过刑事处罚或二次以上行政处罚的，其仍然可以适用逃税免于刑事追责制度；

- 对于“五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的”，又再次实施逃税行为，仍然需要满足“逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上”条件方可以逃税罪追究其刑事责任，否则对该等多次逃税行为也仅能依据税收征收管理法等对其作出行政处罚；

- 在司法实践中，除个别案例外，法院通常认为不能简单将刑法第 201 条第四款所规定的逃税免于刑事追责制度理解为设置了行政处罚前置程序[2]，结合最高人民检察院、公安部于 2010 年 5 月发出的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第五十七条第二款规定，“纳税人在公安机关立案后再补缴应纳税款、缴纳滞纳金或者接受行政处罚的，不影响刑事责任的追究”，也就是说，实践中亦存在公安机关主动对逃避缴纳税款的违法行为介入调查而使得补税免刑的上述制度无法适用，进而直接涉及刑事责任的可能性。

## 二、适用范围

从罪名上看，逃税免于刑事追责制度仅仅适用于刑法第 201 条所规定的逃税罪，对于其他类型的危害税收征管犯罪，如骗取出口退税、虚开增值税专用发票、非法出售或购买增值税专用发票等，并无相关的豁免制度。上述结论看似理所应当，但实践中却时有纳税人因对法律规定理解不清，误以为相关的违法犯罪行为只是普通的偷税漏税，认为待税务稽查时补缴即可，而最终涉及刑事处罚。

此外，根据《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第五十七条第一款第（三）项规定，“逃避缴纳税款，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额在五万元以上的”。

因此，虽然扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段不缴或者少缴已扣、已收税款的行为适用刑法第 201 条第一款关于逃税罪的规定，但却不能适用第四款中的逃税免于刑事追责制度。这是因为：一方面，虽然从表面上看，纳税人逃税与扣缴义务人不缴、少缴已扣、已收税款都表现为国家税收遭受损失，但是，在前一种情形下，纳税人还没有缴纳税款，在后一种情形下，纳税人已经缴纳了税款；另一方面，纳税人需要从自己的合法收入中拿出一部分上缴国家，而扣缴义务人只是需要将已经向他人扣缴的税款上缴国家，故纳税人与扣缴义务人的期待可能性不同[3]。

例如：以下的案例中，在公司实控人的指使下，被告单位作为扣缴义务人利用设立账外账的欺骗、隐瞒手段，将已经代为扣缴的员工个人所得税截留，多次少缴已扣、已收个人所得税税款，虽然单位事后已根据行政处罚要求按期缴纳了少缴的税款及罚款，但被告单位及其实控人仍然被法院认定构成逃税罪并被追究刑事责任。

许昌市魏都区人民法院 (2019) 豫 1002 刑初 17 号	
案件事实	<p>- 2014 年 1 月至 2018 年 6 月，被告单位许昌市翔远物资贸易有限公司作为扣缴义务人，其公司法定代表人、实际控制人霍某指使公司会计贾某采取设立内、外账的欺骗、隐瞒手段，将代为扣缴的公司员工个人所得税截留，多次少缴已扣、已收个人所得税税款，经国家税务局许昌市税务局稽查局认定，少缴的税款为 86768.77 元，且各年度占比超过 10%。</p> <p>- 案发后，被告单位将少缴的税款 86768.77 元及一倍的罚款在规定期限内已全部缴纳。</p>
法院裁判	<p>被告单位许昌市翔远物资贸易有限公司作为扣缴义务人，采取欺骗、隐瞒手段少缴已收个人所得税税款，数额较大，其行为已构成逃税罪。被告人霍某为该公司直接负责的主管人员，采取欺骗、隐瞒手段少缴已收个人所得税税款，数额较大，其行为已构成逃税罪。综合考虑本案被告单位及被告人的犯罪事实、性质、情节及社会危害程度，判决如下：</p> <p>一、被告单位许昌市翔远物资贸易有限公司犯逃税罪，并处罚金人民币 100000 元。（已缴纳）</p> <p>二、被告人霍洪祥犯逃税罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币 30000 元。（已缴纳）</p>

### 三、提供纳税担保能否免于追究刑事责任？

如前所述，刑法第 201 条第四款规定了逃税免于刑事追责制度，即“经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任”。实践中，如果涉及的欠缴税款、滞纳金以及罚款金额较大，可能存在纳税人具有履行意愿但无法立即履行因而向税务机关提供纳税担保的情况，对于该等情形能否适用上述的逃税免于刑事追责制度，实践中存在一定的争议。

从法律规定及立法原意而言，逃税免于刑事追责制度的适用应以国家税收损失得以实际弥补，违法行为的危害后果已经消除为前提；而对于当事人因无力缴纳而提供纳税担保的情况，参照《纳税担保试行办法》第二条中关于纳税担保的定义，“本办法所称纳税担保，是指经税务机关同意或确认，纳税人或其他自然人、法人、经济组织以保证、抵押、质押的方式，为纳税人应当缴纳的税款及滞纳金提供担保的行为”，我们理解不宜将提供纳税担保与“补缴应纳税款，缴纳滞纳金”直接划上等号，因为担保实现尚存较大的不确定性且其进一步给国家造成了资金占用损失。

然而，在司法实践中，如果当事人提供了充分的纳税担保并且被税务机关认可和接受的，则法院仍可能适用刑法第 201 条第四款之规定不予追究当事人刑事责任；即便当事人提供的纳税担保不符合规定或未被税务机关所接受，实践中法院也倾向于在量刑时加以考虑并可能予以从轻处罚。

例如：在以下的案例中，广东省中山市中级人民法院即认为，已向税务机关提供纳税担保的三建公司属于“已经补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚”的情形，因此不构成逃税罪。

广东省中山市中级人民法院 (2016)粤 20 刑再 6 号

<p>案件事实</p>	<p>- 2013 年 10 月 25 日，兴宁市地方税务局作出税务处理决定书，责令三建公司补缴 2000 年至 2013 年 6 月间应缴、应扣税款合计 8264180.35 元。</p> <p>- 2013 年 10 月 30 日，兴宁市地方税务局作出税务行政处罚决定书，决定对三建公司处罚款总计 14243002.74 元。</p> <p>- 2013 年 10 月 31 日，兴宁市地方税务局作出涉税案件移送意见书，将三建公司涉税一案移交兴宁市公安局审查，所附材料中包括王佛鹏于 2013 年 10 月 25 日陈述申辩笔录中称三建公司在财政局被冻结 600 多万元可提供担保。所附材料亦包括三建公司于 2013 年 10 月 26 日向兴宁市地方税务局提交异议书，认为三建公司由于本案导致公司资金被司法机关冻结，经济困难，公司在兴宁市兴田二路实验学校侧林雅苑小区尚未销售的商品房、店铺价值约 450 万元，愿以此进行拍卖以支付应缴税款，以及兴宁市国土局尚未退回公司 579 万元，公司以上述资金作担保。但均未被兴宁市地方税务局接受。</p> <p>- 2013 年 12 月 16 日，三建公司向兴宁市地方税务局提供了位于近水楼台亲水湾价值 15530730 元的房产作为纳税担保。</p>
<p>法院裁判</p>	<p>本案中，兴宁市地方税务局于 2015 年 10 月 25 日作出税务处理决定书后，王佛鹏于 2013 年 10 月 25 日陈述申辩笔录中称土地使用税应当按土地实际拥有人交纳，现 17 项土地中有 12 项土地为金某房地产公司，不应由三建公司交纳；三建公司在财政局被冻结 600 多万元可提供担保。三建公司于 2013 年 10 月 26 日向兴宁市地方税务局提交异议书，认为三建公司使用税计算表所列 17 宗土地中有 10 宗土地的实际使用权人为金某房地产公司，应在三建公司补缴的税款中扣除；三建公司由于本案导致公司资金被司法机关冻结，经济困难，公司在兴宁市兴田二路实验学校侧林雅苑小区尚未销售的商品房、店铺价值约 450 万元，愿以此进行拍卖以支付应缴税款，以及兴宁市国土局尚未退回公司 579 万元，公司以上述资金作担保。但均未被兴宁市地方税务局接受。三建公司遂于 2013 年 12 月 16 日向兴宁市地方税务局提供了位于近水楼台亲水湾价值 15530730 元的房产作为纳税担保。虽然三建公司和王佛鹏遂后提起行政复议及行政诉讼，但提起行政复议及行政诉讼均是行使其合法权利。不影响认定三建公司已经补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚。因此，不应以逃税罪追究三建公司及王佛鹏的刑事责任，故三建公司和王佛鹏不构成逃税罪。</p>
<p>案件事实</p>	<p>2013 年 10 月 25 日，兴宁市地方税务局作出税务处理决定书，责令三建公司补缴 2000 年至 2013 年 6 月间应缴、应扣税款合计 8264180.35 元。</p> <p>2013 年 10 月 30 日，兴宁市地方税务局作出税务行政处罚决定书，决定对三建公司处罚款总计 14243002.74 元。</p> <p>2013 年 10 月 31 日，兴宁市地方税务局作出涉税案件移送意见书，将三建</p>

	<p>公司涉税一案移交兴宁市公安局审查，所附材料中包括王佛鹏于 2013 年 10 月 25 日陈述申辩笔录中称三建公司在财政局被冻结 600 多万元可提供担保。所附材料亦包括三建公司于 2013 年 10 月 26 日向兴宁市地方税务局提交异议书，认为三建公司由于本案导致公司资金被司法机关冻结，经济困难，公司在兴宁市兴田二路实验学校侧林雅苑小区尚未销售的商品房、店铺价值约 450 万元，愿以此进行拍卖以支付应缴税款，以及兴宁市国土局尚未退回公司 579 万元，公司以上述资金作担保。但均未被兴宁市地方税务局接受。</p> <p>2013 年 12 月 16 日，三建公司向兴宁市地方税务局提供了位于近水楼台亲水湾价值 15530730 元的房产作为纳税担保。</p>
<p><b>法院裁判</b></p>	<p>本案中，兴宁市地方税务局于 2015 年 10 月 25 日作出税务处理决定书后，王佛鹏于 2013 年 10 月 25 日陈述申辩笔录中称土地使用税应当按土地实际拥有人交纳，现 17 项土地中有 12 项土地为金某房地产公司，不应由三建公司交纳；三建公司在财政局被冻结 600 多万元可提供担保。三建公司于 2013 年 10 月 26 日向兴宁市地方税务局提交异议书，认为三建公司使用税计算表所列 17 宗土地中有 10 宗土地的实际使用权人为金某房地产公司，应在三建公司补缴的税款中扣除；三建公司由于本案导致公司资金被司法机关冻结，经济困难，公司在兴宁市兴田二路实验学校侧林雅苑小区尚未销售的商品房、店铺价值约 450 万元，愿以此进行拍卖以支付应缴税款，以及兴宁市国土局尚未退回公司 579 万元，公司以上述资金作担保。但均未被兴宁市地方税务局接受。三建公司于 2013 年 12 月 16 日向兴宁市地方税务局提供了位于近水楼台亲水湾价值 15530730 元的房产作为纳税担保。虽然三建公司和王佛鹏遂后提起行政复议及行政诉讼，但提起行政复议及行政诉讼均是行使其合法权利。不影响认定三建公司已经补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚。因此，不应以逃税罪追究三建公司及王佛鹏的刑事责任，故三建公司和王佛鹏不构成逃税罪。</p>

因此，建议相关纳税人在收到税务机关的追缴通知、行政处罚后，及时予以积极回应，若暂时无力履行补缴税款义务的，也应与税务机关积极协商分期补税方案并提供有效的纳税担保，以尽量避免税务机关直接将案件移送公安部门处理，并导致逃税免于刑事追责制度无法适用。

### 结语

综上所述，我们建议相关主体应全面关注相关税务违法行为的刑事法律风险，避免因小失大而身陷囹圄。另需注意的是，对于采取欺骗、隐瞒等手段逃避缴纳税款的行为而言，即便能够免于刑事处罚，行政罚款金额仍可能高达不缴或者少缴税款的 5 倍，其对企业发展或个人经济利益的影响不可谓不重大，因此税务合规的重要性不言而喻，建议相关主体应给予充分重视并采取有效行动以规避或控制由此产生的风险因素。

[1]根据最高人民法院、公安部于 2010 年 5 月发出的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第五十

七条第一款规定，“逃避缴纳税款，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：（一）纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款，数额在五万元以上并且占各税种应纳税总额百分之十以上，经税务机关依法下达追缴通知后，不补缴应纳税款、不缴纳滞纳金或者不接受行政处罚的；（二）纳税人五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚，又逃避缴纳税款，数额在五万元以上并且占各税种应纳税总额百分之十以上的；（三）扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额在五万元以上的。”

[2]包括但不限于湖北省高级人民法院作出的(2010)鄂刑三终字第48号判决，山东省枣庄市市中区人民法院作出的(2014)市中少刑初字第74号判决，湖北省罗田县人民法院作出的(2018)鄂1123刑初138号判决、河北省隆化县人民法院作出的(2017)冀0825刑初150号判决、甘肃省天水市麦积区人民法院作出的(2016)甘0503刑初168号判决等均持上述观点。

[3]张明楷，《法律适用》2011年第八期

(本文首发于2021年3月9日)

# “少申报”“不申报”是偷税吗？——浅析实务认定标准

崔岩双、王晨光

## 引言

在税务合规领域，若企业的税务违法行为被认定为偷税的，则将面临较为严重的法律责任。税收征管法第六十三条对偷税的四种主要行为模式予以规定，但对于实务中俗称的“少申报”或“不申报”情形是否应被认定为偷税，以及相应的界定标准为何，实践中仍存在较大争议。本文现对上述问题予以分析，并就此提供相关的税务合规初步建议。

## 一、若税务违法行为被认定为偷税，则将面临较为严重的法律责任

根据《中华人民共和国税收征收管理法》（以下称为“**税收征管法**”）第六十三条规定，“纳税人伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，或者在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，或者经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报，不缴或者少缴应纳税款的，是偷税”。

**若企业的税务违法行为被认定为偷税的，则可能涉及以下法律责任：**

- 追缴税款及滞纳金

*从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金。*

- 按不缴或者少缴的税款百分之五十以上五倍以下的标准处以罚款
- 构成逃税罪的，追究刑事责任

*根据《刑法》第二百零一条规定，纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大[1]并且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。对多次实施上述行为，未经处理的，按照累计数额计算。经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任；但是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。*

此外，根据《国家税务总局关于未申报税款追缴期限问题的批复》规定，偷税行为不适用于追征期限限制，即税务机关可以无限期追征其未缴或者少缴的税款、滞纳金。

## 二、“少申报”是否等同于虚假申报，因而一律属于偷税行为？

实务中俗称的“少申报”并非严格意义上的法律概念，我们可以将其理解为系对因纳税人未足额申报而导致国家税收损失的统称，要对“少申报”进行定性并明确其法律责任，仍应围绕税收征管法第六十三条所规定的偷税行为的定义以及构成要件予以分析。

根据国家税务总局关于偷税行为定性的相关批复（包括国税办函〔2007〕513号、税总函〔2013〕196号以及税总函〔2016〕274号文），以及行政诉讼阶段的相关案例显示，纳税人构成偷税需要具备主观故意、客观手段和行为后果三个构成要件。而税收征管法第六十三条中仅对偷税的行为模式和后果作出规定而并未特别对主观故意要件予以明确，我们理解，这是由于通常认为该条规定所述的四种行为模式，即1) 伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，2) 在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，3) 经税务机关通知申报而拒不申报，

以及4)进行虚假的纳税申报,已经将偷税的主观故意内化其中。国家税务总局在《关于税务检查期间补正申报补缴税款是否影响偷税行为定性有关问题的批复》中进一步指出,纳税人未在法定的期限内缴纳税款,且其行为符合税收征管法第六十三条规定的构成要件的,即构成偷税,逾期后补缴税款不影响行为的定性。

因此,对于实施了税收征管法第六十三条所规定的四种行为并由此造成国家税收损失的纳税人而言,其仅凭纳税申报时不具有偷税的主观故意,或者事后已主动补缴因此不属于偷税等为由进行抗辩很难得到税务机关和法院的认可。

然而,对于其他因“少申报”而导致少缴税款的情形,其是否应被视为等同于虚假纳税申报进而被认定为偷税的关键因素就在于:纳税人是否具有主观上的偷税故意。我们认为,上述问题不可一概而论,而应根据具体情况予以分析:

1.对于纳税人在申报时对相关纳税义务明确知晓,而以迟延履行或转移纳税义务等为目的而进行的“少申报”行为,实践中通常认为该等行为具有偷税之主观故意,即构成以虚假纳税申报方式进行的偷税行为。例如:

南京铁路运输法院 (2018)苏 8602 行初 273 号	
背景情况	原南京市国家税务局稽查局认定原告构成少申报构成偷税,是由于其查明原告德嘉公司在 2010 年至 2014 年期间出租自有房产,通过个人银行账户收取部分承租户租金并开具收条,租金收入不入账,从而少申报了租金收入。原告认为其在税务检查前已补缴税款及滞纳金,不存在偷税的主观故意,并且被告并未对原告是否存在主观故意进行举证和论证,属于证据不足,该税务行政处罚决定书应该被撤销。
裁判意见	被告在调查过程中收集的原告与爱康国宾公司等 9 家签订的租赁合同可以证明,原告通过约定的方式转移纳税义务,存在故意不申报纳税的故意。被告对原告的股东、高管及财务人员的调查及银行流水可以证明,原告存在将租金收入打入个人账户,逃避纳税的行为。原告未按规定时限申报纳税,客观上造成了国家税收收入的损失,损害了国家税收征管的秩序。补缴的税款亦未归属到所属年限申报,客观上造成了少缴的后果。原告的行为符合偷税的构成要件,被告认定原告偷税的行为认定事实清楚,适用法律正确。

2.对于纳税人因对法律适用、税收政策、计算方式存在疑惑、误解或笔误,或计算公式运用错误等导致发生“少申报”情形,或者“少申报”系因不可归责于纳税人的客观情况所导致的,如果纳税人能够向税务机关有效解释相关处理的合理性以及不具有偷税的主观故意,则通常认为不应直接将该等“少申报”行为与虚假纳税申报之间划上等号。

即便税务机关仍然将该等情形所涉及的“少申报”行为定性为“偷税”的,则纳税人仍可寻求专业律师协助,通过行政复议、行政诉讼等方式提请上级主管部门或法院予以纠正。例如:

山东省聊城市中级人民法院 (2019)鲁 15 行终 277 号	
背景情况	原东昌府税务稽查局认定被上诉人隆昌公司存在虚假纳税申报的偷税行为,主要是认为隆昌公司未将李庆荣、许效国两案民事判决的逾期利息进行纳税申报。被上诉人认为,根据财政部印发的《金融企业会计制度》和《国家税

	务总局关于金融企业贷款利息收入确认问题的公告》(国家税务总局公告2010年第23号)的规定,不应涉及李庆荣案件、许效国案件逾期应收未收利息征收营业税。为此,2017年4月11日原聊城市地方税务局东昌府分局还专门就被上诉人涉税问题向上级有关部门予以请示。
<b>裁判意见</b>	上述事实说明,当事人就被上诉人涉及李庆荣案件、许效国案件逾期应收未收利息是否纳税存在着法律认识上的争议。因此,被上诉人隆昌公司未将逾期利息进行纳税申报,不足以认定其具有“虚假纳税申报”的故意。故原东昌府税务稽查局认定被上诉人存在虚假纳税申报的偷税行为,并据此作出行政处罚,属适用法律错误,该处罚决定依法应予撤销。

国家税务总局在《关于税务检查期间补正申报补缴税款是否影响偷税行为定性有关问题的批复》指出,“纳税人在稽查局进行税务检查前主动补正申报补缴税款,并且税务机关没有证据证明纳税人具有偷税主观故意的,不按偷税处理”。

因此,我们建议企业定期对自身税务风险开展主动核查,就存疑的税务处理寻求外部专业意见,适时地对不合规的税务处理予以主动纠正,并于必要时在专业团队的协助下与税务机关进行充分沟通以说明相关行为的合理性,以降低被认定为偷税的风险。

### 三、“不申报”不必然构成偷税,但在特定情况下其定性可能发生转化

就“不申报”行为,税收征管法第六十四条第二款规定,“纳税人不进行纳税申报,不缴或者少缴应纳税款的,由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款、滞纳金,并处不缴或者少缴的税款百分之五十以上五倍以下的罚款”。《国家税务总局关于未申报税款追缴期限问题的批复》进一步指出,“税收征管法第六十四条第二款规定的纳税人不进行纳税申报造成不缴或少缴应纳税款的情形不属于偷税、抗税、骗税,其追征期按照税收征管法第五十二条规定的精神,一般为三年,特殊情况[2]可以延长至五年”。

由此可见,“不申报”与“偷税”行为适用不同的法律条款,其适用的法律责任也不尽相同。由于“不申报”情形的发生不排除系因纳税人过失、疏忽或者客观情况所造成的,因此“不申报”并不必然构成偷税,而应结合具体情况予以分析。

尽管如此,我们也注意到,实践中如果纳税人同时存在虚假申报、少申报、不申报等多种税务违法行为的,则税务机关与法院倾向于认为纳税人的该等行为均具有偷税之主观故意,并将上述的税务违法行为一并认定为偷税。例如:

南京铁路运输法院 (2017)苏 8602 行初 43 号	
<b>背景情况</b>	税务稽查局认定原告存在以下违法事实: 1) 少申报缴纳营业税及附加,包括 2007-2009 年度少申报缴纳销售不动产营业税; 金叶花园楼盘自 2004 年开始销售以来,一直未申报缴纳销售不动产营业税; 未申报缴纳代理业营业税; 2) 少申报缴纳企业所得税,包括资产评估增值中将不允许在税前扣除的款项共计 332952997.61 元在企业所得税税前扣除; 受托开发建设的五个项目,未结转受托开发建设项目取得的收入,且部分相关支出已在企业所得税税前扣除,受托开发建设项目收入减成本后形成的所得未缴税; 将 2007 年度和 2008 年度的改制费用在对应年度企业所得税汇算清缴申报时在税前扣

	除，导致少缴企业所得税；3）少申报缴纳 2007 年的印花税；4）未履行个人所得税代扣代缴义务。税务稽查局作出《税务处理决定书》，将原告金叶花园以外项目少申报缴纳销售不动产营业税的行为以及委托代建业务少申报缴纳营业税的行为定性为偷税；原告按评估增值后的金额进成本税前扣除的行为、未结转受托开发建设项目取得的收入且部分相关支出已在所得税税前扣除的行为，以及在税前列支与收入无关支出（改制费用）的行为定性为偷税。
<b>裁判意见</b>	纳税人无论是伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，还是在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，还是经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报，主观故意已经内化于其中，无须单独考虑纳税人的主观状态，税务机关一经查实，可以直接认定为偷税。本案中不存在纳税人与税务机关认识有分歧的情形，符合《税收征管法》第六十三条规定的构成要件，构成偷税。被告将原告销售金叶花园以外的不动产项目少缴营业税、委托代建项目未申报缴纳服务业-代理业营业税、少缴企业所得税的行为认定为偷税，于法有据。

### 结语

随着我国税收征管日趋规范和严格，以及未来“金税四期”系统的全面上线，必将给企业税务合规带来更大的压力。我们建议企业应当提高对税务合规的重视程度，并提前对相关的税务风险进行自查自审，提高税收遵从度，以避免在税务检查中陷于被动并产生额外的法律风险。

[1]《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第五十七条规定，逃避缴纳税款，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：

（一）纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款，数额在五万元以上并且占各税种应纳税总额百分之十以上，经税务机关依法下达追缴通知后，不补缴应纳税款、不缴纳滞纳金或者不接受行政处罚的；

（二）纳税人五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚，又逃避缴纳税款，数额在五万元以上并且占各税种应纳税总额百分之十以上的；

（三）扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额在五万元以上的。

纳税人在公安机关立案后再补缴应纳税款、缴纳滞纳金或者接受行政处罚的，不影响刑事责任的追究。

[2]《税收征收管理法实施细则》明确税收征管法中的“特殊情况”，是指纳税人或者扣缴义务人因计算错误等失误，未缴或者少缴、未扣或者少扣、未收或者少收税款，累计数额在 10 万元以上的。

（本文首发于 2021 年 3 月 15 日）

## 诉请开具并交付发票是否属于民事案件受案范围？

崔岩双

发票是指在购销商品，提供或者接受服务以及从事其它经营活动中，开具、收取的收付款凭证。它在我国的社会经济活动中起着举足轻重的作用，它是财务会计核算的原始凭证，也是税务稽查的主要依据。对于付款人而言，发票作为交易凭证，是其企业所得税税前扣除的依据，增值税专用发票也是其抵扣税款的必要凭证，因而发票总是跟企业的经济利益紧密相关。

正因为发票与交易密不可分，又与企业的经济利益紧密相连，所以实践中经常会出现有关发票的纠纷，诉请开具并交付发票为发票纠纷中的一种。如果当事人在合同中对于收款方开具并交付增值税发票作为合同义务进行了明确的约定，自然具有可诉性，实务中对此亦无争议。但是对于“合同中未约定，可否向人民法院起诉要求开具并交付增值税发票”的这一问题，各法院观点存在分歧，即使是最高人民法院也作出了截然相反的判决。本文拟从案例分析入手对合同中未约定，诉请开具并交付发票是否属于民事案件受案范围的问题进行探讨。

### 一、司法实践中的窘境

经由案例检索，对于在合同中无约定的情况下，诉请开具发票是否属于人民法院民事诉讼受案范围这一问题，实践中存在下述两种截然不同的观点：

**（一）合同对开具发票事项没有约定或者约定不明的，因开具发票属于税法上的义务，属于行政法律关系，故而诉请开具发票不是民事案件的受案范围**

下述的三个案例的裁判体现了第一种观点。

在(2018)最高法民申 1395 号案中，最高院认为：**开具工程款发票是富隆公司应承担的法定纳税义务，而非民事义务**。二审法院认定**开具发票属于行政法律关系而不是民事法律关系**，驳回宏丰公司该项诉讼请求，该认定并无不当，本院予以维持。

在(2015)民一终字第 86 号中，最高院认为：**双方合同中没有约定锦浩公司要提供建筑业统一发票，故开具发票不是锦浩公司的合同义务**，但昆山纯高公司支付工程款后，锦浩公司应开具发票，这是**税法上锦浩公司的义务**，上述问题属于行政法律关系问题，一审法院不予理涉。

在(2013)新民一终字第 183 号中，新疆高院认为：**涉案《建设工程施工合同》中没有铁龙公司开具发票的约定**，铁龙公司此种合同附随义务的产生是基于我国税法的相关规定，**不属于民事审判解决的平等主体之间的权利义务关系**，本院依法不予审查，即奎屯校区应当另循其他法律途径解决。

上述案例中法院不予支持开具发票的诉讼请求的理由均为“交付发票属于税法上的义务，而非双方合同中约定的义务”，应由税务机关进行监管得到解决，因而不属于民事诉讼的受案范围，继而做出不予受理开具发票纠纷的裁判。

**（二）即使合同没有明确约定，开具并交付发票仍属于民事法律关系范畴，法院应当依法审理。**

在(2014)民一终字第 4 号案中，最高院认为：**收取工程款开具工程款发票是承包方税法**

上的义务，无论是否在合同中明确约定，要求承包方收到工程款后开具相应数额的工程款发票也都是发包方的合同权利。因此，一审判决认为该请求不属于民事审判解决的范围并不予审查，属适用法律错误，予以纠正。

在(2016)渝民申 922 号案中，重庆高院认为：**虽然双方签订的买卖合同没有明确约定方驰公司应开具增值税专用发票，但根据《中华人民共和国增值税暂行条例》的规定，卖方若不向买方交付增值税专用发票，将给买方造成多缴增值税的损失。结合民事行为的诚实信用原则以及本案中合同的性质、目的和交易习惯等，向买方交付发票的义务不仅是税法上的义务，也应是合同的附随义务。**故虽然本案合同没有明确约定，方驰公司也应该履行向山航公司交付增值税专用发票的义务，山航公司也有权向人民法院起诉要求方驰公司交付发票。

在(2019)辽民终 323 号案中，辽宁高院认为：《发票管理办法》第十九条规定，广厦公司收取案涉工程款后应向付款方东方公司开具收款发票。东方公司要求广厦公司开具收取工程款的发票于法有据，且**开具发票亦为广厦公司在合同履行过程中的附随义务**，一审判决支持东方公司该项诉请正确。

以上三个案例表明，相关法院认为即使没有合同约定，**结合民事行为的诚实信用原则以及本案中合同的性质、目的和交易习惯等，向买方交付发票的义务不仅是税法上的义务，也是民法上的义务，因而诉请开具发票属于民事诉讼的受案范围。**（备注：本文作者不认同案例中开具发票为附随义务的观点，认为开具发票的义务属于从义务。）

两种截然相反的观点分歧在于：在合同未约定的情况下，开具发票义务的性质是如何认定？

## 二、开具发票义务之性质认定

### （一）开具发票是收款方税法上的义务

根据《增值税暂行条例》第二十一条的规定，纳税人发生应税销售行为，应当向索取增值税专用发票的购买方开具增值税专用发票。

依据《发票管理办法》第十九条的规定，销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应当向付款方开具发票；特殊情况下，由付款方向收款方开具发票。

因此，开具发票的义务是税法上的义务。如果应当开具而未开具发票的，税务机关根据《发票管理办法》第 35 条的规定可以责令改正、处以罚款、没收违法所得等，但不能因此就直接把开具发票的义务简单认定为仅仅是税法上的义务，开具发票同时还是合同法上的义务。

### （二）开具并交付发票也是收款方民法上的义务

#### 1、现行法依据

《民法典》第五百九十九条规定，出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第七条明确“提取标的物单证以外的有关单证和资料”包括普通发票和增值税专用发票。

在《司法解释理解与适用丛书:最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》中也提到，出卖人按照约定或交易习惯向买受人交付“提取标的物单证以外的有关单证和资料”属

于**从合同义务**。出卖人违反该义务的，须承担违约责任。从合同义务的不具独立性，是相对于主合同义务而言的，**不影响其在诉讼中的独立请求**。买受人可以单独诉请人民法院强制出卖人履行交付“提取标的物单证以外的有关单证和资料”的义务或请求赔偿损失。

## 2、理论依据

从民法理论上而言，给付义务可以分为主给付义务和从给付义务，合同关系是建立在主给付义务之上的。而从给付义务是指主给付义务以外，债权人可以独立诉请履行，以完全满足给付上利益之义务。从给付义务可基于当事人约定，也可以基于法律规定和诚实信用原则。从给付义务存在的目的在于确保债权人的利益能够得到最大限度的满足。

对于交易双方而言，为了实现交易的目的，除了主给付义务之外，还需要其他从给付义务来辅助实现交易利益的最大化。对于付款方而言，只有拿到发票，做为交易凭证，才可顺利记账、抵扣税费、取得所得税税前扣除凭证，从而完全实现交易的目的、最大化交易的利益。

即使合同中没有明确的约定，主给付义务尚可**通过“有关条款或者交易习惯”**确定，遑论从给付义务。而实践中，交易中收款方提供发票作为交易凭证已毋庸置疑地成为普遍交易习惯，因而在没有合同约定的情况下，当然可以基于交易习惯、诚实信用原则确定开具发票为从给付义务。

综上，收款方开具发票既是税法上的义务，又是合同法上的义务。

## 三、开具并交付发票可独立诉请的原因分析

从案例分析中可以看出，一些法院认为开具发票是基于税法的相关规定，相关争议应当另循其他法律途径由税务机关解决处理。

税务机关确实是发票的主管机关，税务机关有权对不开具增值税发票的行为进行监督，但这并未否定当事人可以通过诉讼的途径来对对方不开具增值税发票行为进行救济。根据《发票管理办法》第十九条及《增值税暂行条例》第二十一条，收款方向付款方开具发票是一项法定义务，即使合同中双方未约定开具发票事宜，也并不意味着收款方就没有履行开具发票的义务。

付款方是否取得发票也将影响其民事权益，从流转税上来看，付款方只有取得合法有效的增值税专用发票等才能进行进项税的抵扣，如收款方不开具发票，付款方将因无法进行抵扣进项税从而产生实际的经济损失；从所得税上看，付款方只有取得合法有效的税前扣除凭证才能进行所得税税前扣除，发票即为重要的税前扣除凭证之一，如收款方不开具发票，可能致使付款方无法进行所得税税前扣除，从而要缴纳本不应承担的所得税税额。

**而税务机关对应开票而未开票的行为处以行政处罚解决不了付款方的实际经济损失问题，并不能解决当事人之间因为未开具发票而产生的争议。**该争议本质上当然源自于平等主体之间的权利义务关系，根据《民事诉讼法》第三条，其当然属于民事诉讼的立案范围。所以在此情形下，如将开具交付发票的诉请争议排除出民事案件受案范围将使当事人丧失救济途径。

开具发票不仅是税法上的义务，也是民法上的义务。对于这两种属性，不应偏废。如果完全按照税法的视角进行相对独立的解释将使购买方的民事救济无法实现，这并不利于税法与民法的法律秩序安定。

#### 四、结论及小贴士

笔者认为，收款方开具发票既是税法上的义务，也是民法上的义务。即便合同中未对开具交付发票进行约定，依然可以基于交易习惯、诚实信用原则确定开具发票为卖方的从给付义务，如卖方拒不开具发票，买方可单独诉请人民法院强制出卖人履行交付“提取标的物单证以外的有关单证和资料”的义务--即开具并交付发票或请求赔偿损失。

但鉴于目前司法实践的观点分歧，为避免发票纠纷以“未明确约定情况下，开具发票属于税法上的义务，并非合同约定的义务”被拒之民事诉讼门外，建议当事人在签订合同时明确收款方开具并交付发票的义务，并对开具发票的种类、相关具体要求、发票交付时间、交付方式、不开具发票的赔偿责任及依据等条款进行约定，以最大限度规避相关风险。

（本文首发于 2021 年 3 月 22 日）

# “经税务机关通知申报”应如何认定？“已办理税务登记”即可认定为“已通知申报”吗？

崔岩双

《最高人民法院关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《若干解释》）第2条第2款第1项规定，已经依法办理税务登记的应当认定为刑法第201条第1款规定的“经税务机关通知申报”。1997年《刑法》第201条规定，纳税人采取经税务机关通知申报而拒不申报的手段，不缴或者少缴应纳税款，偷税数额……构成逃税罪。2001年修订的《税收征收管理法》第63条与《刑法》相衔接，规定经税务机关通知申报而拒不申报的行为是偷税。2009年《刑法修正案（七）》删除了“偷税”的概念，将逃税手段改为了“欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报”，但是《若干解释》目前却仍然有效，并且《税收征收管理法》第63条也始终没有修改。那么，《若干解释》第2条是否还能够用于解释《刑法修正案（七）》中的“不申报”，是否能够突破刑法的边界以用于解释《税收征收管理法》第63条中的“经税务机关通知申报”？如果能够适用，那么办理过税务登记的企业一旦不申报纳税将可能直接被认定为偷税或逃税罪。因此，需彻底厘清“已办理税务登记”与“经税务机关通知申报”的关系。

## 一、司法实践中两种截然不同的观点

### （一）“已经依法办理税务登记的”即被认定为“经税务机关通知申报”

目前的行政诉讼和刑事诉讼中仍有部分法院依据《若干解释》第2条第2款第1项认定行为人构成偷税或逃税罪，例如：

1.刑事诉讼中：直接适用《若干解释》认定被告办理纳税登记即属于经税务机关通知申报。

浙江省杭州市中级人民法院（2019）浙01刑终226号	
背景情况	被告主张：被告单位虽未申报纳税，但在会计账簿不存在账上少列收入，本质上不是不进行申报，符合《国家税务总局关于未申报税款追缴期限问题的批复》规定《税收征收管理法》第64条第2款该行为不属于偷税、抗税、骗税的情形。《若干解释》第2条与上述《税收征收管理法》存在法律冲突，系加重了纳税人的义务。
裁判意见	根据《最高人民法院关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，“纳税人、扣缴义务人已经依法办理税务登记或者扣缴税款登记的”应当认定为刑法第201条第1款规定的“经税务机关通知申报”。故被告单位会计账簿是否存在账上少列收入，并不影响本案的定罪。

2.行政诉讼中：虽未支持税务机关对偷税的认定，但裁判理由是被告未举证证明原告已经全部办理了税务登记。即可推出：如“已经全部办理了税务登记”则可认定为属于“经税务机关通知申报而拒不申报”的情形，从而构成偷税。

河南省高级人民法院 (2019)豫行再72号	
背景情况	被告地税稽查局认定：原告于2012年4月至2017年4月累计未缴纳城建税3444.19元、个人所得税48793.91元、房产税133516.02元、土地使用税100273.65元、印花税230元，依据《税收征收管理法》第63条第1款和《若干解释》第2条第1款1项规定，认为原告已办理税务登记而未缴纳税款，其不缴纳税款的行为属于“经税务机关通知申报而拒不申报”的情形，已构成偷税。
裁判意见	地税稽查局提供的证据仅能证明原告于2017年1月3日办理了地税登记，而认定违法事实却从2012年至2017年4月期间，故地税稽查局并未提供证据证明原告在其认定违法事实全部期间内办理了相关地税登记，其认定税务机关已通知原告进行税款申报，进而认定原告不缴税款的行为构成偷税主要证据不足。

(二) 不能将“已经依法办理税务登记的”直接认定为“经税务机关通知申报”

(1) 依据《若干解释》第2条第2款第1项认定构成偷税属于适用法律不当

海南省高级人民法院 (2015)琼执复字第8、9号	
背景情况	承阳公司申请执行三亚实业公司借款纠纷执行一案中…… 乐东地税局认为：纳税人在办理税务登记或者扣缴税款登记后即应认定为税务机关已通知申报，而纳税人经税务机关通知申报而拒不申报的行为则属于偷税。三亚实业公司已在三亚市地方税务局办理了税务登记，其在取得了涉案土地使用权后对该事实进行了隐瞒且连续多年未予申报、缴纳税款，该行为为偷税行为，不受追征期限限制。
裁判意见	乐东地税局的上述主张是将《税收征收管理法》第60条和《若干解释》（法释（2002）33号）第2条的规定结合适用提出的。但法释（2002）33号文是最高人民法院为了依法惩处偷税、抗税犯罪活动，就当时刑法第201条等相关条款作出的司法解释，而并非针对《税收征收管理法》作出的司法解释。且法释（2002）33号文属于刑事法律规范，不能作为行政管理行为中对偷税行为认定的法律依据。因此，乐东地税局认为三亚实业公司的行为为偷税行为法律依据不足，其主张不能成立。

(2) 仅依据《若干解释》第2条将办理税务登记视为已经通知申报属于主要证据不足

广东省深圳市中级人民法院 (2014)深中法行终字第 538 号	
背景情况	天诚公司……多次致函地税第一稽查局询问其代扣代缴义务。2013 年 11 月 25 日, 地税第一稽查局作出《税务处理决定书》, 依据《征收管理法》第 63 条第 2 款及参照《若干解释》第 1 条第 2 款规定认定, 天诚公司在法定申报期限内经税务机关通知申报而拒不申报, 未按规定期限解缴已扣税款的行为已构成偷税, 遂依据《税收征收管理法》追缴已扣未缴利息、股息、红利所得个人所得税及加收滞纳金。 地税第一稽查局认为: 天诚公司已办理《税务登记证》, 该证上载明扣缴义务为依法确定, 故天诚公司属已依法办理扣缴税款登记的情形, 即属经税务机关通知申报。
裁判意见	地税第一稽查局以天诚公司存在经税务机关通知申报而拒不申报, 未缴纳已扣已收税款的行为为由, 认定天诚公司构成偷税, <b>地税第一稽查局提交的证据材料不足以证明天诚公司存在经通知申报而拒不申报的行为</b> , 因天诚公司多次与地税第一稽查局等税务机关沟通, 询问其是否存在代扣代缴义务、按何税种税率履行代扣代缴义务、能否在其支付的投资收益差额中扣划其应代扣代缴的应纳税款等, 并已提交《承包经营出租小汽车合同》、《补充协议》及《民事判决书》等相关材料, 故天诚公司不存在经通知申报而拒不申报的违法行为, 地税第一稽查局认定天诚公司构成偷税缺乏主要证据, 本院不予支持。

可见, 对此问题实践中观点并不统一。

## 二、《若干解释》第 2 条第 2 款第 1 项已无适用空间

《若干解释》第 2 条所解释的是 1997 年《刑法》第 201 条, 但 2009 年的《刑法修正案(七)》已将第 201 条修改为:

“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报, 逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的, 处三年以下有期徒刑或者拘役, 并处罚金; 数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的, 处三年以上七年以下有期徒刑, 并处罚金。……有第一款行为, 经税务机关依法下达追缴通知后, 补缴应纳税款, 缴纳滞纳金, 已受行政处罚的, 不予追究刑事责任; 但是, 五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”

《刑法修正案(七)》删去了“偷税”的概念, 增加了第 4 款与行政处罚相衔接的部分。这表明第 1 款中的“不申报”是经税务机关依法下达追缴通知后仍未申报并受到行政处罚的情形, 同时第 4 款还进一步解释了《税收征收管理法》第 63 条中的“经税务机关通知申报”需要税务机关作出一个通知的行为。

因此, 《若干解释》第 2 条第 2 款第 1 项将“办理税务登记”认定为“经通知申报”实质上已经被修订, 不再具有适用的空间。

## 三、“经税务机关通知申报”应作限缩解释

### 1. 将“办理税务登记”直接认定为“已通知申报”不当地加重了纳税人责任

税务登记与纳税申报系两种完全不同的行为。税务登记是税务机关依据税法规定, 对纳税人的生产、经营活动进行登记管理的一项法定制度, 是整个税收征收管理的起点。纳税申报是纳税人按照税法规定的期限和内容向税务机关提交有关纳税事项书面报告的行为。二者

在法律依据、行为时间、办理内容、办理流程、法律后果等方面均存在很大的差别，不能将两者等同视之。

因办理税务登记是税收征收管理的起点，几乎所有纳税人均会在开业后立即办理税务登记手续，如将“办理税务登记”直接认定为“已通知申报”，将会使“已通知申报”直接虚化，税务机关将不需承担对“已通知申报”的举证责任，从而不当地加重了纳税人的责任。

### **2.将“办理税务登记”直接认定为“已通知申报”违背了《税收征收管理法》的立法原意**

自 2001 年《税收征收管理法》奠定了现行税收征管法的框架后，2013 年、2015 年税收征管法又进行了两次修改，在两次修改的征求意见稿及其说明中，立法者均表达了纳税人所承担的责任应当与其作出的行为匹配的原则。

《税收征收管理法》第 63 条规定的“经税务机关通知申报”应指税务机关单独发出通知申报的行为，不能直接将纳税人办理税务登记认定为已经通知，这将导致纳税人承担其本不应承担的责任，与立法精神相违背。

### **3.《若干解释》仅能适用于刑事案件，不能作为行政管理的依据**

《若干解释》第 2 条是最高人民法院为了依法惩处偷税、抗税犯罪活动，对 1997 年《刑法》第 201 条等相关条款作出的司法解释，并非针对《税收征收管理法》作出的司法解释。同时，《若干解释》是刑事法律规范，不能作为行政管理行为中对偷税行为认定的法律依据。

因此，税务机关不能直接依据《若干解释》，将“办理税务登记”视为“已经通知申报”从而认定纳税人偷税。税务机关应依据《税收征收管理法》及相关规定，承担对“已通知申报”的举证责任。

## **四、不能将“已办理税务登记”直接认定为“经税务机关通知申报”**

由于《若干解释》至今仍然有效，部分法院仍然存在机械适用《若干解释》的情形，直接将“办理税务登记”视为“已通知申报”，这无疑会从客观上鼓励税务机关适用《若干解释》。税务机关在实践中倾向于以此为依据认定纳税人偷税，从而免除其对“已通知申报”的举证责任，不当地加重了纳税人的责任。

如前文所述，《若干解释》第 2 条所解释的刑法已经进行了修定，并且《税收征管法》也已历经多次调整，将办理税务登记视为税务机关已通知申报的一种情形之认定已经无法适应当前的刑事责任认定与税收征管体系。同时，《若干解释》是刑事法律规范，且《刑法修正案（七）》已从实质上修正了《若干解释》第 2 条，故《若干解释》第 2 条已无适用空间，当然更不能作为行政管理行为中对偷税行为认定的法律依据。

因此，应对《若干解释》第 2 条第 2 款第 1 项进行调整（修改/废止），以避免实务中的滥用。

（本文首发于 2021 年 3 月 29 日）

# 民法典担保制度司法解释重点条款对比与解读

李凤翔、郑健丰

2020年11月9日，最高人民法院发布《民法典》担保部分司法解释的征求意见稿引发了社会各界的热烈讨论，对征求意见稿的解读层出不穷。但短短不到两个月时间之后，最高院在跨年之际发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称“担保制度司法解释”），与征求意见稿相比又有了较大程度的修改，不出所料地为全体法律人送上了新年第一份学习大礼包。

总体上看，担保制度司法解释共计七十一条，与征求意见稿相比，新增了4个条款（第五条、第二十五条、第三十二条、第五十六条），删除了征求意见稿中第三十五条关于“保证保险”的司法解释，并将征求意见稿中关于“公司法定代表人越权担保”的第六条和第八条整合为正式发布版本中的第七条。虽然从数量上看，担保制度司法解释较之前的征求意见稿似乎变化不大，但实际上，在司法解释适用范围、公益法人/非法人组织对外担保等诸多内容上，担保制度司法解释进行了新的调整与安排。

对此，我们选取了其中的部分重点条款，与各位读者一起进行研读与学习：

## 一、明确所有权保留买卖、融资租赁、保理等涉及担保功能发生的纠纷适用担保制度司法解释的有关规定

新增司法解释内容	征求意见稿
第一条 因抵押、质押、留置、保证等担保发生的纠纷，适用本解释。所有权保留买卖、融资租赁、保理等涉及担保功能发生的纠纷，适用本解释的有关规定。	第一条 【适用范围】因抵押、质押、留置、保证等担保方式发生的纠纷，适用本解释。因所有权保留、融资租赁、保理等其他具有担保功能的合同发生的纠纷，适用本解释，但是根据其性质不能适用的除外。 <del>债务人或者第三人提供的反担保，适用本解释。</del>

与原先的《担保法》及担保法司法解释相比，本次担保制度的司法解释显然扩张了其适用范围——首次明确所有权保留买卖、融资租赁、保理等涉及担保功能发生的纠纷，可适用该司法解释的相关规定。

但与征求意见稿相比，担保制度司法解释规定的适用范围又有所差异：

根据原征求意见稿的规定，原则上这些“具有担保功能的合同”引发的纠纷，均可适用该司法解释，除非“根据其性质不能适用”。而目前规定并不限于“合同所引发的纠纷”，该表述更加科学，因并非所有的“非典型担保”均为要式合同。

其次，担保制度司法解释规定融资租赁等涉及担保功能引发的纠纷适用“本解释的有关规定”。与征求意见稿相比，现行规定带来的疑问是，该表述是否意味着仅在解释中明确与融资租赁、保理等非典型担保相关的条款才可适用？而非原则上先推定可适用担保的一般规则？这些问题有待我们结合后续的司法实践情况进行进一步解答。

## 二、明确公益为目的的非营利法人、非法人组织不得进行担保的例外情形

司法解释内容（正式稿）	《民法典》相关规定
<p><b>第五条</b> 机关法人提供担保的，人民法院应当认定担保合同无效，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。</p> <p>居民委员会、村民委员会提供担保的，人民法院应当认定担保合同无效，但是依法代行村集体经济组织职能的村民委员会，依照村民委员会组织法规定的讨论决定程序对外提供担保的除外。</p> <p><b>第六条</b> 以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保的，人民法院应当认定担保合同无效，但是有下列情形之一的除外：</p> <p>（一）在购入或者以融资租赁方式承租教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施时，出卖人、出租人为担保价款或者租金实现而在该公益设施上保留所有权；</p> <p>（二）以教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施以外的不动产、动产或者财产权利设立担保物权。</p> <p>登记为营利法人的学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保，当事人以其不具有担保资格为由主张担保合同无效的，人民法院不予支持。</p>	<p><b>第六百八十三条</b> 机关法人不得为保证人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。</p> <p>以公益为目的的非营利法人、非法人组织不得为保证人。</p> <p style="text-align: center;"><b>征求意见稿</b></p> <p><b>第五条【学校、幼儿园等提供担保的效力】</b>以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构等不得为担保人，其提供的担保无效，但是有下列情形之一的除外：</p> <p>（一）为购入教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施，以该公益设施为标的物设定的所有权保留、融资租赁等具有担保功能的担保物权；</p> <p>（二）以教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施以外的财产为自身债务设定的担保物权；</p> <p><del>（三）以能够出质的权利为自身债务设定的质押。</del></p> <p>登记为营利法人的民办学校、幼儿园、医疗机构等提供的担保，当事人主张担保无效的，人民法院不予支持。</p>

首先，担保制度司法解释明确了居民委员会、村民委员会提供担保时的合同效力判定问题。其次，《民法典》明确禁止以公益为目的的非营利法人、非法人组织为保证人，担保制度司法解释对此进行了几方面的细化规定：

- (1) 将非营利性养老机构明确纳入公益法人/非法人组织范畴；
- (2) 明确融资租赁、所有权保留买卖涉及公益设施时，不会因合同主体涉及公益导致合同无效；
- (3) 明确不禁止以公益为目的的非营利法人、非法人组织对其公益设施以外的财产设定担保物权。

与征求意见稿相比，征求意见稿第 1 款第 2 项将允许以公益设施以外财产设定担保物权的情形限定为“为自身债务”，但该限制欠缺上位法依据，担保制度司法解释将该表述删除具备合理性。此外，征求意见稿中第 2 项所称的公益设施以外的财产（不动产、动产或财产权利），实际上已经包括了能够出质的权利。征求意见稿将“以能够出质的权利为自身债务设定的质押”予以删除实质是剔除重复规定，并不意味着不包含权利质押。

### 三、细化一般保证和连带责任保证的判断标准

司法解释内容（正式稿）	《民法典》相关规定
<p><b>第二十五条</b> 当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不能履行债务或者无力偿还债务时才承担保证责任等类似内容，具有债务人应当先承担责任的意思表示的，人民法院应当将其认定为一般保证。</p> <p>当事人在保证合同中约定了保证人在债务人不履行债务或者未偿还债务时即承担保证责任、无条件承担保证责任等类似内容，不具有债务人应当先承担责任的意思表示的，人民法院应当将其认定为连带责任保证。</p>	<p><b>第六百八十六条</b> 保证的方式包括一般保证和连带责任保证。</p> <p>当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。</p> <p><b>第六百八十八条</b> 当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。</p> <p>连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。</p>

第二十五条系担保制度司法解释较征求意见稿相比的新增条款，本条对民法典第六百八十六条、第六百八十八条规定的一般保证与连带责任保证的判定标准进行了细化，即在未明确保证属于一般责任保证还是连带责任保证时，需判断保证合同中是否具有债务人先于保证人承担责任的意思表示。如果有，则为一般保证，反之则为连带保证。当然，在该问题上，我们仍更建议在合同中直接明确，最大化的避免双方产生争议。

### 四、结合担保法司法解释及《民法典》，明确“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止”的约定视为保证期间约定不明、保证期间为六个月。

司法解释内容（正式稿）	《民法典》相关规定
<p><b>第三十二条</b> 保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。</p>	<p><b>第六百九十二条</b> 保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。</p> <p>债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。</p> <p>债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。</p>

该条司法解释是对民法典第六百九十二条规定的约定不明情形的细化。

本条款源于原担保法司法解释第三十二条，按照其规定，“保证期间自主债务履行期限届满之日开始起算，直至主债务本息还清时为止”这类约定视为约定不明，约定不明的，保证期间为主债务履行期限届满之日起二年。《民法典》改变了担保法司法解释的规定，明确在

没有约定或者约定不明时，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。但并未进一步明确“保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止”这种类似表述是否仍视为约定不明。故担保制度的解释实际是将原担保法司法解释的此处规定与《民法典》新规相互结合。也再次提示在今后的保证合同中，应对保证人的保证期间进行明确约定，否则债权人的利益将受到较大影响。

## 五、维护交易安全兼顾保护债权人利益

司法解释内容（正式稿）	《民法典》相关规定
<p><b>第五十六条</b> 买受人在出卖人正常经营活动中通过支付合理对价取得已被设立担保物权的动产，担保物权人请求就该动产优先受偿的，人民法院不予支持，但是有下列情形之一的除外：</p> <p>（一）购买商品的数量明显超过一般买受人；</p> <p>（二）购买出卖人的生产设备；</p> <p>（三）订立买卖合同的目的在于担保出卖人或者第三人履行债务；</p> <p>（四）买受人与出卖人存在直接或者间接的控制关系；</p> <p>（五）买受人应当查询抵押登记而未查询的其他情形。</p> <p>前款所称出卖人正常经营活动，是指出卖人的经营活动属于其营业执照明确记载的经营范围，且出卖人持续销售同类商品。前款所称担保物权人，是指已经办理登记的抵押权人、所有权保留买卖的出卖人、融资租赁合同的出租人。</p>	<p><b>第四百零四条</b> 以动产抵押的，不得对抗正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人。</p>

第五十六条同样系本次担保制度司法解释的新增条款，本条也是对《民法典》第四百零四条的进一步解释。《民法典》第四百零四条系根据浮动抵押制度演变而来，新的担保制度司法解释中将“抵押”进一步明确为“担保物权”，适用范围更广。但同时也进行了限缩，即在符合特定情形时，认为买受人的买卖行为并不能对抗动产担保物权，加强了对担保物权人的权益保护。值得注意的是，本条将非典型担保中所有权保留买卖的出卖人、融资租赁合同的出租人也同样明确为担保物权人。可以预见，未来司法实践对融资租赁法律关系的判断，也会更注重租赁物是否能够具有担保租金债权实现这一功能的认定。

总体上看，本次担保制度司法解释涉及的方面广、规定内容多，本文仅是选取其“冰山一角”与各位读者进行了浅要分享。作为企业经营常常涉及的事项，担保制度司法解释无疑需要我们进行更加深入的研究与分析。也请各位读者关注我们后续的文章内容，我们期待与各位读者一起进行研究与探讨。

（本文首发于 2020 年 1 月 5 日）

## “七天冷静期”外，“上海市健身会员合同”的亮点还有哪些？

卫新、徐元昊

2020年末，上海市体育局携手上海市市场监督管理局、上海市消费者权益保护委员会、上海市健身健美协会联合向社会发布《上海市体育健身行业会员服务合同示范文本》（以下简称“健身会员示范合同”）。首批共15家企业承诺使用该《健身会员示范合同》，其中不乏如一兆韦德、威尔士等头部企业。这份合同因创设“七天冷静期”引起了大众热议，一度冲上微博热搜。



“七天冷静期”条款，具体是指：消费者自签署本合同的次日起，有7天冷静期。冷静期间，在未开卡使用会员服务的情况下，消费者可以要求单方面解除本合同。

对于体育健身“花样百出”的促销方式，“七天冷静期”对于冲动消费设置了反悔权，能够有效保护消费者自由选择的权利。但除此之外，《健身会员示范合同》还有诸多亮点，笔者作为参与了该合同拟定工作的亲历者，通过本文特别探讨一下：对于会员的合同解除权设置了多重保障。

### “签约容易解约难”的健身预付卡

在体育健身市场中，健身房通常会和消费者签订长期健身合同，并要求消费者“预付”全部费用。消费者办理的会员卡即所谓的“单用途预付卡”。

在这样的商业模式下订立的合同有两方面的特点：一是持续性合同，且持续时间较长。这种合同的顺利履行需要合同双方能够在公平交易的基础上形成长期信赖关系。倘若缔约基础事实发生变化，合同履行也会受到影响：如消费者可能因学习需要、工作调动而无法在原有健身机构继续履行合同。二是预付费的交易模式，消费者常常预付了全部费用，但合同完

全履行则需要三五到年。在消费者已经履行了合同主要义务的情况下，消费者在合同中的地位更为弱势、维权成本更高。

而我国《合同法》及《民法典》基于保护交易、诚信公平原则，均强调维持合同的稳定性，通常不支持一方无故变更、解除合同。但是，相关规定结合上述健身预付卡的两个特点，则可能造成消费者不仅处于弱势地位，在法律上也缺乏依据，只能被动地陷入合同僵局、选择信访投诉：仅 2019 年度，上海市“12345 热线”共接到单用途卡投诉 44275 件；其中，因“关店不能兑付或退卡”而被投诉的企业共 3044 家；而消费者针对体育健身行业预付卡的投诉数量排名第一，占全部投诉的 35.44%，同比增长 161.59%。[1]

### 多层次的会员解除权

在参与拟定《健身会员示范合同》的过程中，针对预付费的长期持续性合同模式，而合同法通常保障交易稳定性的特点，我们提出必须通过合同的任意性约定，来调整这种商业模式的不公平，赋予健身会员更多的解除权。可喜的是，最终发布的《健身会员示范合同》设置了多层次的解除权条款，通过约定解除的方式帮助消费者跳出合同僵局、因重大事由变更终止合同权利义务。若加以归类，消费者共有如下五种解除条款：

任意解除	第六条第（一）项：7 天冷静期解除
直接解除	第七条第（一）项：健身房未按合同第一条约定内容提供会员服务
	第七条第（二）项：健身房终止营业
附条件解除	第七条第（三）项：健身房搬迁
	第七条第（四）项：健身房因装修临时停业 健身房因突发状况临时停业或部分区域停业
伤病解除	第八条第（二）项：消费者因重大疾病、伤残不适合继续健身
“违约”解除	第七条第（五）项：其他事由、支付违约金

#### 1. 直接解除

根据示范合同的约定，消费者在以下两种情形中，可以直接解除《健身会员示范合同》而无需征得甲方同意：（1）健身房未按合同第一条约定内容提供会员服务；（2）健身房终止营业。【第七条第（一）（二）项】

终止营业意味着健身合同的目的已经无法实现，这同样符合《民法典》第 563 条关于法定解除权的规定。但前者则对健身房提供服务的内容即水平提出了更高的要求，因为《健身会员示范合同》第一条的内容十分丰富，涉及“使用项目”“使用时段”“会籍赠送”以及“打包产品”等关键服务事项。

对体育健身有些经验的人可能会遇到或听过这种情况：健身房工作人员在办卡时向消费者做出了诸多承诺，如健身房将提供游泳池、淋浴间等高端服务。但消费者在办卡后却直呼上当，原来所谓的游泳池、淋浴都只是画饼、并不存在。消费者想要维权，却发现健身合同并无相关约定，在没有其他证据的情况下只能自认倒霉。

正因如此，《健身会员示范合同》将直接解除的条款与会员服务内容条款加以组合，在

第一条中添加了“游泳”“免费团操课”“淋浴”等常见附加项目，为消费者维权提供明确的合同依据。

## 第一条 会员服务内容

会员服务		会员购买服务内容	参考-会员购买服务内容
会员卡情况	会员类型		新购 <input type="checkbox"/> 续会 <input type="checkbox"/> 升级 <input type="checkbox"/>
	使用对象		成人卡 <input type="checkbox"/> 儿童卡 <input type="checkbox"/>
	购买级别		普通卡 <input type="checkbox"/> VIP卡 <input type="checkbox"/> 其他卡 <input type="checkbox"/> ( )
	使用项目		游泳 <input type="checkbox"/> 免费团操课 <input type="checkbox"/> 淋浴 <input type="checkbox"/> 力量区域 <input type="checkbox"/> 无氧区域 <input type="checkbox"/> 毛巾 <input type="checkbox"/> 拖鞋 <input type="checkbox"/> 临时更衣柜 <input type="checkbox"/> 其他 <input type="checkbox"/> ( )
	会员卡种*		次卡 <input type="checkbox"/> 月卡 <input type="checkbox"/> 季卡 <input type="checkbox"/> 半年卡 <input type="checkbox"/> 一年卡 <input type="checkbox"/> 两年卡 <input type="checkbox"/> 五年卡 <input type="checkbox"/> 其他 <input type="checkbox"/> ( )
	使用时段		全时段卡 <input type="checkbox"/> 非高峰卡 <input type="checkbox"/> (使用时间段 ) 周末全时段卡 <input type="checkbox"/> 周末时段卡 <input type="checkbox"/> (使用时间段 )
	会籍时长		_____年__月__日至_____年__月__日
	会籍赠送*		甲方赠送会籍_____月，赠月后的会员卡会籍时长：_____年__月__日至_____年__月__日
	开卡方式		首次使用开卡 <input type="checkbox"/> 指定日期开卡 <input type="checkbox"/> (消费者在指定日期前入场使用的，开卡时间以首次入场使用时间计算)
	打包产品		实 物：_____，折价 元 健身券：_____，折价 元 购物券：_____，折价 元
会员卡号		NO. _____。	
备注			

## 2. 附条件解除

除了健身房关闭之外，健身房的某些变化也会对消费者产生重大影响，健身企业必须履行进一步的补救义务。否则，《健身会员示范合同》亦赋予了健身会员相应的解除权。

健身房的区位因素是健身会员的办卡的基础要素，健身房一旦搬迁，将对消费者产生重大不利影响。因此《健身会员示范合同》约定：只要“双方未就补偿方案达成一致”或健身房“未履行补偿方案”，消费者就可以主张解除合同。【第七条第（三）项】

相较于健身房经营地址的变动，暂时停业对于消费者的影响相对较小。因此，若健身房“因装修暂停营业”，或“因传染病疫情、市政停水停电、交通管制、消防检查、设备故障等突发状况造成的临时性停业或停止开放部分项目、设施”的，在健身房方未在约定时间内公示或者履行补偿方案的，消费者可以解除《健身会员示范合同》。【第七条第（四）项】

上述约定，在健身企业因自身原因、或者非会员原因造成提供的服务出现重大事由变更之时，赋予会员解除权，这使得企业必须竭力提供补救方案、并积极与会员达成一致，改变了健身企业预付费到手“朝南坐”的地位，强化了健身合同的服务属性，合理地平衡了经营者与消费者双方之间的利益。

## 3. 伤病解除

合同存在的核心价值在于促进缔约者实现缔约目的。在健身合同中，消费者缔约目的是获得或者维持健康的体魄，健身企业提供相应的服务促成会员达成目的，获得应有的商业利益。而对于长达数年的健身合同中，某种情况出现，合同的存续与健身强体的合同目的是相悖的。最典型的情况就是会员因“病（重大疾病）、因伤残等在会员卡有效会籍时长内都不适合继续进行体育健身”的，按照此次上海《健身会员示范合同》的约定，会员可以申请解除合同，并且不用承担任何责任，取回剩余的会员卡余额。

同理，若消费者在一定时期不宜健身，我们通常认为合同目的并未完全落空、但对合同履行仍应进行调整。故《健身会员示范合同》在第五条特别约定了三种“停卡”的情形：（1）一般的免费停卡；（2）特殊的免费停卡，如伤病、怀孕等；（3）付费停卡。这同样体现了《健身会员示范合同》对双方利益的平衡。

#### 4. “违约”解除

此次，上海《健身会员示范合同》第七条第（五）项规定，消费者在承担违约责任后可以解除合同，健身房应当同意。本条款虽然只有寥寥数行，不但化解了体育健身行业的一个突出矛盾，同时折射出《民法典》在制定、颁布过程中的一个热点问题：是否应当有条件的赋予违约方一定的解除权。我国《合同法》一直坚持公平原则、诚实信用原则，认为只有守约方才享有解除权，违约方则无权解除。这种观点在一次性交易的合同的场景下是成立的。但在长期持续性合同的场景下，尤其预付周期长的体育健身合同，则可以设定例外。如果在会员一方健身意愿消失或自身的重大事由变化，不愿或者无法履行长期合同，他自愿承担违约责任，但守约方利用合同长期预付的特征谋取自身利益的最大化，使相对方陷入合同僵局。这样的局面反而是不公平的。

对于体育健身领域，赋予解约方在承担一定的违约金（目前一般惯例为合同总价的30%左右）后，行使解除权有其合理性。可以避免健身房“严格履约”，一味地将消费者锁死在合同中，也不利于充分释放消费需求、真正促进市场繁荣。因此，《健身会员示范合同》创造性的在合同中引入违约解除条款，意在优化交易内容、提高交易效率，有着深远的商业意义以及法律意义。

#### 【结语】

《健身会员示范合同》是上海市体育局、上海市市场监督管理局及有关单位为规范交易模式、推动行业发展、引导行业风气、化解相关纠纷的一次积极的尝试。率先采用《健身会员示范合同》的健身企业，也在向市场释放一种公平交易的信号，必然推动行业商业模式的优化，这种信号作用也将促进更多的企业积极参与、使用、推广《健身会员示范合同》。我们体育法相关从业者，也将继续关注上海体育健身市场的反馈和变化。

注释：

[1]《2019年度“12345”市民热线单用途预付卡投诉情况分析报告》，载微信公众号“上海单用途预付卡服务平台”，2020年4月1日。

（本文首发于2021年1月7日）

# 监管全面升级！新版《化妆品监督管理条例》亮点介绍

崔贤姬、金香

自抖音博主“老爸评测”曝光“大头娃娃”事件后（一位家长给女儿使用“暖婴树”品牌的“益芙灵多效特护抑菌霜”后，仅5个月大的女婴变成重达22斤的“大头娃娃”，并伴有发育迟缓、多毛、脸肿大等症状），漳州市卫健委网站于2021年1月18日，发布了针对该事件调查处置进展情况的最新通报，确认欧艾婴童健康护理用品有限公司生产、销售伪劣产品，涉嫌犯罪，公安机关已立案侦查，并对相关嫌疑人采取刑事强制措施。同时，市场监管部门依法吊销涉案企业营业执照。该事件仍持续引发针对我国化妆品行业的监管热议。

根据国家药监局于2021年1月14日举行的2021年首场新闻吹风会上介绍，当前，化妆品持证生产企业达5400余家，各类化妆品注册备案主体8.7万余家，有效注册备案产品数量160余万，我国已成为世界上第二大化妆品消费市场。

显然，1989年颁布并实施的原《化妆品卫生监督条例》已无法适用于当前化妆品行业的发展情况，在此背景下，国家积极推动《化妆品监督管理条例》（以下简称“新条例”）的立法工作，已于2021年1月1日起施行。

新条例共6章80条，确立了原料分类、注册人备案人、质量安全负责人、风险监测评价、信用体系、责任约谈等一系列新制度，形成了化妆品全过程监管制度体系。本文拟对新条例重点内容进行梳理，以供化妆品行业相关企业参考。

## 1.原料及产品

在原料方面，新条例将原料区分为新原料（在我国境内首次使用于化妆品的天然或者人工原料）和已使用原料。对于风险程度较高的化妆品新原料，如防晒、防腐、着色、染发、美白一类，实行注册管理；对于其他化妆品新原料则实行备案管理。

经注册、备案的化妆品新原料投入使用后3年期满未发生安全问题的，会被纳入国务院药品监督管理部门制定的已使用的化妆品原料目录。

在化妆品产品方面，针对用于染发、烫发、祛斑美白、防晒、防脱发的以及宣称新功效的特殊化妆品实行注册管理，须经国务院药品监督管理部门注册后方可生产、进口；特殊化妆品注册证有效期为5年。

特殊化妆品以外的普通化妆品则实行备案管理：国产普通化妆品应当在上市销售前向备案人所在地省、自治区、直辖市人民政府药品监督管理部门备案；进口普通化妆品应当在进口前向国务院药品监督管理部门备案。

需要注意的是，申请进口特殊化妆品注册或者进行进口普通化妆品备案的，应当同时提交产品在生产国（地区）已经上市销售的证明文件以及境外生产企业符合化妆品生产质量管理规范的证明资料。

## 2.生产经营

新条例明确规定，从事化妆品生产活动，应当取得化妆品生产许可证，有效期为5年；化妆品注册人、备案人可以自行生产化妆品，也可以委托其他企业生产化妆品。

同时，化妆品注册人、备案人、受托生产企业应当设质量安全负责人，承担相应的产品质量安全管理和产品放行职责。

化妆品注册人、备案人、受托生产企业应当建立并执行原料以及直接接触化妆品的包装材料进货查验记录制度、产品销售记录制度，记录保存期限不得少于产品使用期限届满后 1 年，产品使用期限不足 1 年的，记录保存期限不得少于 2 年。

而对于化妆品经营者，新条例规定其应当建立并执行进货查验记录制度，查验供货者的市场主体登记证明、化妆品注册或者备案情况、产品出厂检验合格证明，如实记录并保存相关凭证。

电子商务平台经营者，也即淘宝、天猫、京东一类平台，应当对平台内化妆品经营者进行实名登记，承担平台内化妆品经营者管理责任。

此外，美容美发机构、宾馆等在经营中使用化妆品或者为消费者提供化妆品的，同样应当履行本条例规定的化妆品经营者义务。

### **3. 监督管理**

根据新条例，国家将建立化妆品不良反应监测制度。化妆品注册人、备案人应当监测其上市销售化妆品的不良反应，及时开展评价，按照国务院药品监督管理部门的规定向化妆品不良反应监测机构报告。

### **4. 法律责任**

相对原条例，新条例对责任人范围进行了新划分。除化妆品生产企业外，条例强调注册人、备案人是产品质量的第一责任人，且针对化妆品经营者、集中交易市场开办者、展销会举办者、电子商务平台经营者、进口商等主体均设置了相应处罚条款，扩大了相关责任人范围。

此外，新条例对于违法处罚力度有了大幅提升。首先，罚款基数由违法所得调整为货值金额，并对货值金额 1 万元以下和货值金额 1 万元以上两种情形进行了区分；其次，罚款最高为货值金额的 15-30 倍（原条例处罚力度为违法所得的 3~5 倍）。

除罚没金额调高以外，条例还引入从业禁止，限制严重违法者再次进入化妆品行业。

为确保新条例的贯彻实施，《化妆品注册备案管理办法》已正式发布，将于 5 月 1 日起施行，《化妆品生产经营监督管理办法》、《化妆品标签管理办法（征求意见稿）》、《化妆品功效宣称评价规范（征求意见稿）》、《防脱发化妆品防脱功效评价方法》、《祛斑美白化妆品祛斑美白功效评价方法》、《化妆品补充检验方法管理办法（征求意见稿）》、《牙膏监督管理办法》等部门规章和 10 余个配套文件已对外征求意见，正在按规定程序有序推进。

实际上，“口红经济”、“国货崛起”使化妆品行业近年来有着前所未有的飞速发展，且 RCEP 的正式签署，对将来的化妆品进出口带来诸多利好，而“大头娃娃”事件以及出售假冒、伪劣化妆品事件频频曝光，放慢了国货的发展速度。

因此，新条例及相关配套规定无疑提高了化妆品行业的“准入门槛”，也明确规定了相关标准指引，进一步敦促化妆品企业重视合法、合规经营。

（本文首发于 2021 年 1 月 19 日）

# 不仅是电商，社交、游戏、直播企业都应该重视的《网络交易监督管理办法》解读

陈欣皓

今年的3 15，除了备受关注的晚会，国家市场监督管理总局还带来了最新的《网络交易监督管理办法》（下称“办法”），该办法取代2014年1月26日原国家工商行政管理总局公布的《网络交易管理办法》，并将于2021年5月1日正式实施。

《网络交易监督管理办法》参照《电子商务法》的精神，将网络交易经营者细分为网络交易平台经营者、平台内经营者、自建网站经营者以及通过其他网络服务开展网络交易活动的网络交易经营者，也首次明确了上述经营者的定义。同时，办法规定了：**网络社交、网络直播等网络服务提供者**为经营者提供网络经营场所、商品浏览、订单生成、在线支付等网络交易平台服务的，应当依法履行网络交易平台经营者的义务。办法突破了网络服务者类别的限制，而直接以是否提供相应的网络交易平台类服务作为判断是否应当承担义务的判断标准。因此，**不仅仅是电商，只要提供网络交易平台类服务的社交、游戏、直播企业，都应当重视本次新办法的发布与实施。**

在此基础上，办法对于各类经营者的权利义务也进行了划分。本文将围绕这些经营主体的权利义务，来解读该办法的重点及特色。

## 一、哪些主体无需登记？

《电子商务法》第十条规定了无需进行市场主体登记的几种情形，其中包括“个人利用自己的技能从事依法无须取得许可的便民劳务活动”和“零星小额交易活动”两类，但对于这两类活动的具体定义并未明确。

本次办法的第八条明确了“便民劳务活动”是指：通过网络从事**保洁、洗涤、缝纫、理发、搬家、配制钥匙、管道疏通、家电家具修理修配**等依法无须取得许可的便民劳务活动；

而“小额交易活动”是指年交易额累计**不超过10万元**的活动。但同一经营者在同一平台或者不同平台开设多家网店的，各网店交易额应当**合并计算**。

也即，除了上述两种情形以及个人销售自产农副产品、家庭手工业产品的情形外，其他的网络交易经营者均应当进行市场主体登记。

## 二、无需登记=无需公示吗？

办法第十二条规定了无论是否需要登记，都需要如实公示自身的**实际经营地址、联系方式**等信息，并根据无需登记的类型不同，公示相应的**自我声明**。

而对于进行了市场主体登记的网络交易经营者，则根据市场主体性质的不同，区分为企业，个体工商户，农民专业合作社、农民专业合作社联合社三种不同的类型，分别均需公示统一社会信用代码、名称等信息，以便于平台进行相应核实、管理，也有利于消费者进行相应甄别。

### 三、 进一步保护消费者信息安全

办法第十三条第二款寥寥百余字，却重拳打击了目前网络交易平台惯用的数种收集用户信息的霸王模式，强有力地保护了消费者的信息安全：

(1) 明确了不得采取下列方式强迫或变相强迫消费者同意收集、使用与经营活动**无直接关系**的信息：一次概括授权、默认授权、与其他授权捆绑、**停止安装使用**等。其中，以停止安装使用的方式强迫消费者同意收集信息应该是目前各大平台类 APP 最常见的手段，**只要消费者不同意用户协议或隐私协议，就无法正常使用该应用或进行注册**，而在这些平台方单方制定的、无法进行修改的格式合同中，**绝大多数均包含有收集与经营活动无直接关系的信息的条款**。这一新规出台后，相信绝大多数平台的互联网商家，**包括电商平台、社交平台、娱乐平台等，只要涉及到网络交易的软件、网站，都将面临一轮新的协议调整和修改**。

(2) 明确了收集、使用个人生物特征、医疗健康、**金融账户**、**个人行踪**等敏感信息的，应当**逐项取得**消费者同意。现在动辄一个软件、网站都希望能够取得消费者的定位信息，新办法生效后，取得上述最核心的个人信息，均需要逐项取得消费者同意后方可收集。

而在第十三条第三款中，还规定了未经被收集者授权同意，不得将收集的个人信息向包括关联方在内的任何第三方提供。类似下列的合同条款，就需要进行大幅度调整以符合新办法的规定。

**19.2 为了提升服务效率，降低服务成本，或提高服务质量，** **■** **银行可能需要委托关联公司或专业机构（以下合称“受托机构”）协助完成本协议项下服务或职责，例如：**

**(a) 委托具备专业技术能力的关联公司按照本协议的约定采集您的信息或对您的信息进行分析、加工和处理，用于** **■** **银行服务的风险控制或维护、改善** **■** **银行服务；**

**(b) 委托具备专业技术能力的关联公司评估您的履约能力和履约意愿，供** **■** **银行决策参考；**

**(c) 委托受托机构提供客户服务（如：客服热线接听）。**

### 四、 向虚假炒作说不

办法的第十四条，对于现存的比较普遍的虚假宣传，欺骗、误导消费者的行为进行了列举式的规定。包括：

虚构交易、编造用户评价；

采用误导性展示等方式，将好评前置、差评后置，或者不显著区分不同商品或者服务的评价等；

采用谎称现货、虚构预订、虚假抢购等方式进行虚假营销；

虚构点击量、关注度等流量数据，以及虚构点赞、打赏等交易互动数据。

特别是目前对于一些限量版的奢侈品、球鞋或其他限量“潮品”，部分商家往往采取先收取全额或部分货款，声称进行调货，并于 15 天甚至 45 天之后才进行发货的销售行为。而若无法调货甚至商品的价格继续上涨，其就会告知消费者进行退款，而无需承担其他责任的**虚假预售、“国外现货”**的情况。本条中的“谎称现货、虚构预定”，即特别针对该情况进行禁止性规定。这也看出监管部门对于扰乱市场的交易行为的敏锐针对性。

## 五、 数个“保留三年”

办法第二十条规定，网络直播服务提供者对**网络交易活动的直播视频**保存时间自直播结束之日起不少于三年。

办法第二十八条规定，网络交易平台经营者修改**平台服务协议和交易规则**的，应当完整保存修改后的版本生效之日前三年的**全部历史版本**，并保证经营者和消费者能够便利、完整地阅览和下载。

办法第三十条规定，网络交易平台经营者对**平台内经营者身份信息**的保存时间自其退出平台之日起不少于三年；对商品或者服务信息，支付记录、物流快递、退换货以及售后等**交易信息**的保存时间自交易完成之日起不少于三年。

这些保留三年的规定，无疑保障了消费者追溯直播等商品宣传情况、自身交易情况、平台协议和交易规则的修订过程的权利，为消费者维权提供了制度上的保证，也向平台方合规提出了新的要求。同时，**由于要求对于直播视频需保留不少于三年，这也为目前兴起的存储矩阵、云存储存证体系等提供了现实的运用需求。**

## 六、 对于网络交易平台经营者的平台责任

办法中对于网络交易平台经营者的要求，可以归纳为“**信息核验—信息报送—及时更新—统一公示**”几大环节。

首先，要求平台经营者不仅要求进入平台的经营者提供真实信息，还需要**进行核验、登记、建档**。同时规定需要**至少 6 个月更新核验**一次。

其次，对于平台经营者需要在**每年 1 月和 7 月**向住所地省级市场监督管理部门报送平台内经营者的身份信息。**如属于“小额交易活动”也即累计年销售额不超过 10 万元的情形的，还需要进行特别标示**。我们理解，这也有利于监管机构通过其他方式核验平台内经营者是否确实符合该“小额交易活动”的限制条件。

第三，平台经营者需要为平台内经营者公示提供技术支持，且在信息发生变更后，在规定时间内进行更新。此外，**网络交易平台经营者应当以显著方式区分标记已办理市场主体登记的经营者和未办理市场主体登记的经营者，确保消费者能够清晰辨认。**

## 七、 禁止“平台二选一”“指定快递或支付平台”

办法第三十二条规定,平台经营者不得采取通过各种方式干涉平台内经营者的正常经营活动,主要例举的两种即“平台二选一”和“指定快递或支付平台”两类。即:

通过搜索降权、下架商品、限制经营、屏蔽店铺、提高服务收费等方式,禁止或者限制平台内经营者自主选择在多个平台开展经营活动,或者利用不正当手段限制其仅在特定平台开展经营活动;

禁止或者限制平台内经营者自主选择快递物流等交易辅助服务提供者。

## 八、某“鱼”、某“信”咋办?

纵观新法的规定,可以合理畅享一下新规实施后的某“鱼”和某“信”。

从某“鱼”来说,虽然标榜自己是闲置物品二手交易平台,但目前的平台内交易者中却充斥着大量的专业卖家,售卖的也是全新的物品。这些专业卖家选择某“鱼”平台,主要也是看中平台的监管相对宽松,在退换货、买卖纠纷的处理上比较灵活的平台优势。

而在新办法实施后,这些专业卖家的经营额可能将远超办法规定的“小额交易活动”,从而需要进行市场主体登记。这也驱使专业卖家往更合规、更符合其市场定位的平台迁移。

而另一方面,对于确实属于出售自己闲置物品的、数量庞大的平台内经营者,某“鱼”还需要对其相关信息进行收集、核验,并要求其提供自我声明,这也是一项工程量非常庞大的工作。并且,需要在之后软件的升级过程中,预留进行相应信息公示的链接或区域,如何合理进行公示、使消费者能够显著识别,同样也是需要企业考虑的问题。

对于某“信”来说,其对于自身的定位一直是一款通讯、社交软件。但随着“微商”的兴起,通过“某某圈”或群聊天发布销售商品的信息和价格,再通私信的方式收取消费者款项,收款后再进行发货的行为,完全符合办法中需“参照网络交易平台经营者”履行义务的情形。但对于这些本就不属于平台设立初衷的“微商”,如何符合履行监管职责,进行有效监管,仍然有待实践进一步确认。

### 小结

网络交易的平台、形式、宣传途径已经经过数代更迭,网购的方式也已经下沉、覆盖到更多的消费者。

虽然新办法亦存在一定的瑕疵,如罚则较低、行政未能与消费者维权建立有效的连接、工商监管数据并未提及与司法机关等其他部门有效共享等问题,但瑕不掩瑜,本次新办法实施后,将进一步规范网络交易的方方面面,也将为更多普通消费者放心进行网络交易提供保障。

(本文首发于 2021 年 3 月 25 日)

# 在新年的第一缕阳光下自由奔跑

宋佳

大家是如何开启 2021 年的？在跨年夜中互发祝福讯息、给自己买一束缤纷的鲜花、又或者和亲人一同聚餐、跟好友逛街散步……在星瀚，有一群人，选择了用一次集体新年跑进入崭新的 2021 年。

## RUN FOR LOVE

12 月中旬，卫新律师率先看到了“长宁区 RUN FOR LOVE 元旦迎新活动——临空园区企业健康跑”的报名通知，作为常年坚持 10 公里晨跑的资深跑步爱好者，卫律师自告奋勇担当队长，希望组织起一支星瀚跑团。尽管律所中的几位传统高手都已安排了新年日程无法参赛，但是星瀚新锐们的实力不容小觑。

贝人杰和郑健丰很快就报名参赛。贝人杰曾是华政田径队和跑团精英队的成员，各类跑步赛事的参赛经验丰富，此番能和律所同事一起完成集体赛，令他激动不已。郑健丰一直以来都是运动爱好者，尽管因为疫情的关系，整个 2020 年都没有进行过长跑，“但还是想在 2021 年的第一天重新开始跑步，挑战一下自己。”

此外，根据主办方的要求，四人为一队，其中必须包含一位女选手，且所有队员都要跑足 5 公里。本以为女选手的诞生会比较艰难，没想到竟出现了所内竞争的局面，冯恬律师和韩婧颖都报名参赛。后来，冯律师因客观原因无法参加，韩婧颖成为了队中的女选手。她说：“平常为了强身健体都是跑 2 公里的，很少会跑 5 公里，但是新年新气象，有机会尝试 5 公里也很好。”

加上王晨光律师和宋佳主动提出为选手们提供后勤保障、同时也支持活动现场的公益扶贫集市活动，就这样，一支六人星瀚小分队就相聚在了新年第一天的临空音乐公园。



### 团队的力量

尽管元旦早晨的气温很低，河面上都结着薄冰，但是星瀚跑团一行人的热情非常高涨，晨光律师还特别贴心地为大家准备了补给能量的巧克力、小饼干。四位选手很快就在大草坪上开始了热身，并在走向起点的路上商量对策。



此次比赛要求全部选手在 8 点 30 分-8 点 40 分期间通过起点计时处，为了跑出自己的节奏，星瀚跑团选择了在大部队跑开之后再开跑，韩婧颖成为星瀚跑团中率先起跑的选手；随后，根据各自的配速情况，郑健丰进入赛道。考虑到贝人杰实力最强，卫律师决定和贝人杰同时开跑、随后采取跟跑战术。

20 多分钟后，守在终点处的晨光和宋佳看到贝人杰的身影，处于全力冲刺状态。受到一些干扰因素的贝人杰以 22 分 47 秒完赛，尽管同事们都连连称赞，但小贝自己对此成绩并不满意，“跟我平时的水平有差距，一方面天气确实有点冷；另一方面对赛段还不熟，当中有座桥特别长，还有一些距离标识没看清，节奏乱了……”也因此，小贝定下了新的训练目标和对对自己的成绩要求。

除了小贝之外，其他人对自己的表现都是满意的。第二个出现在终点处的身影是卫律师，24 分 08 秒，算是常规发挥。比赛一结束，卫律师就顺手拿起一瓶矿泉水，喝水的那一刻，卫律师的表情变了，因为天气的原因，他喝到的第一口完全都是冰渣。

接着，郑健丰和韩婧颖相继完赛，他们的冲线姿态都非常漂亮，韩婧颖还不忘跟同事们比出胜利的手势，二位同事的成绩也都十分理想。韩婧颖说，能跑出 35 分以内的成绩离不开伙伴们的鼓励，“我跑到 3 公里的时候遇到了折返途中的卫律师和郑健丰，他们冲我喊小韩加油，学妹加油；快到终点时，看到还有同事们在等待和加油鼓劲，让我又有了向前冲的力量。”

在大家的齐心协力下，星瀚跑团对成绩充满期待，换装结束后就立刻去到了主舞台，等待宣布名次。主办方先宣布了个人名次的前六名，前六名的成绩一出现在屏幕上，星瀚跑团就感到了一丝小失落，屏幕上显示的成绩均为 17 分多，显然都是长跑中的高手。“当时感觉好名次都被规模非常大的知名企业包揽了。”

但卫律师立刻就鼓励大家说：“团队前 25 名都有奖，虽然参赛队伍有上百支，但我们的成绩还是有望冲击前 25 的。”于是，大家一致决定继续等团队成绩的公布。

公布团队成绩时，星瀚跑团都在认真数着主持人报到第几个队伍的名字了，终于“星瀚”从主持人的口中说出，星瀚跑团瞬间欢腾。身边的跑友们也许是没见过得第 17 名还那么高兴的队伍，纷纷问，你们是哪个队的，得知是星瀚律所之后都表示：“律所啊，那是不容易的。”



### 因跑结缘

此次新年跑的意义很丰富，既是祝贺苏州河步道长宁段贯通，也是倡导健康生活，并支持公益活动。星瀚跑团在活动现场也支持了公益扶贫集市活动。

离开临空音乐公园后，卫律师提议大家小聚一下，纪念这难得的开年集体跑，也是趁着这次小聚，大家又畅聊到了很多工作之余的话题。比如晨光律师详细介绍了新疆小众的旅游胜地，郑健丰听得全神贯注，作为地理爱好者，他已对此心向往之。

就在星瀚跑团闲聊之余，还偶遇了此次新年跑的团体冠军队——博世三队。此刻，没有所谓的实力差距，只有跑友相见时的会心一笑和由衷的喜悦。

星瀚跑团的队员们纷纷发了朋友圈，表达对这不一样的新年的欢喜，得到了久未联络的好友的祝福、得到了遗憾未能参赛的同事们的“挑战”、竟还在不经意间得到了偶像的关注……

有些运动需要高超的技能，有些运动需要经济实力支撑，但是跑步，显得如此平凡、却最为亲切。很多人热爱跑步都是热爱对自我的超越，当自己练就了更强的意志，就感觉离自由更近了一些。

2021年，愿保持热爱，共赴山海；岁月如新，美好常在。

（本文首发于2021年1月8日）

## 成为更好的自己，成就更好的平台

2月5日，上海星瀚律师事务所在所内的“斜杠工坊”举行年会。考虑到防疫工作的开展，星瀚将此次年会定位为“反套路小年会”；没有聚餐、没有表演，线上线下相结合，但依然欢声笑语、暖意满满。

### 从融合到发展

年会伊始，汪银平律师带领全所同事回顾了2020年度的数据表现，星瀚继续保持了自创所以来的连年增长态势，无论是律所总创收还是律所人均创收，均有优异的表现。相关数据从侧面反映了星瀚优势法律服务产品打造和全面增强内部交流合作所带来的积极影响，法律服务产品使律所的差异化特点更为显著，有助于增加客户的识别力；紧密、高效的内部合作能够体现一体化律所的合力，对内专业分工、对外综合性地为客户解决问题，从而优化客户体验、增强客户黏性。



随后，三位星瀚同事代表分别从“回归”、“融合”与“产品”的角度，分享了他们与星瀚的故事。

李冰凌在“回归篇”中分享了星瀚作为她人生中的第一份工作，对她职业态度、职业素养和法律思维习惯养成所带来的帮助，也介绍了她在资管行业中的经历和感受。出于对律师工作的热爱和对星瀚文化理念的认同，她在2021年度回归，将继续在星瀚平台上发挥其金融、法律双背景的特点，“望向未来，与大家一起走进更美好的明天。”



王晨光作为 2020 年度加入星瀚的造星律师代表，分享他融入星瀚平台的故事。王律师介绍了他从接触星瀚到正式入职，再到参加星瀚各类活动、并与星瀚同事共同研发内控合规产品、财税法律产品的历程，短短四个月的时间，竟丰富到“（一页 PPT 上）写不下了”，以致于王律师感慨说：“过程太迅速，尚不及体会就已融入，相逢何必曾相识！”



崔岩双带着特色鲜明的“财税法律”标签加入星瀚，已经在所内进行了 2 次学习会的分享、并推出了公众号专栏——“星瀚财税法律”。崔律师从三个方面介绍了星瀚财税法律服务产品的价值，其一，税收筹划，能够直接给企业带来收益；其二，合规与风险控制，崔律师以实际案例分享了财税法律服务在税务稽查、税务检查中发挥的作用；其三，合同审查，通过合同条款的调整来降低税收成本，这一能迅速切入、产生效果的细节却往往被忽视。崔岩双律师表示，在新的一年里，希望能够“与喜欢的事纠缠，与喜欢的人交往”。相信星瀚财税法律服务产品在崔岩双律师的领衔下一定会为客户创造独一无二的价值。



在充满了故事感的分享之后，星瀚运营管理负责人宋佳同大家一起回顾了星瀚运营体系在 2020 年度的若干“大事件”，并着重就业务风控制度进行了宣导。随后，向全所同事介绍了律所的年度重点计划——“专业主理人”与“社团建设”，得到全体星瀚人的广泛响应。



### 从自我拼搏到亲密关系

卫新律师在年会分享中首先感谢了所有为星瀚平台作出过贡献的同事们，祝福“满天星”们能够在新的工作岗位上大放异彩。随后，卫新律师欢迎了近期加入星瀚的新面孔，并介绍了部分星瀚同事在职能、岗位上的新变化，卫律师说：“数字很快就会遗忘，能记住的只有那些人和故事。聚散离合、功不唐捐，是每一个星瀚人成就了星瀚，也愿星瀚平台能够成就更多的人。”

伴随着律所人数的增加，人与人之间的亲密度、熟悉程度难免会减弱。亚当斯密说过，每个人都是为了自己的利益而努力的，并不想着要增进公共福利，但在他们为了追求个人利益而努力时，会有一双无形的手引导他们将个体的努力变成对全社会的效益。同样，在星瀚，每个个体都会有自己的专业标签和专攻的法律服务产品，内控反舞弊、投融资、股权类商事争议、知识产权、税务、合规等等，大家都在为此努力、拼搏，而星瀚作为律所平台就应该

有一套好的机制与规则，让个体的努力能够变成全所的效益。

卫律师提到，亚当斯密在《国富论》之前还有一部力作——《道德情操论》，《道德情操论》中阐释爱、同情心、同理心。人是利己的，也是推己及人的，但是同情心会因为距离而减弱。人与人之间要亲近、熟悉，才会感同身受，在合作的时候会有更多的彼此理解、内心默契。所以，希望每一位星瀚人在新的一年中能够提升自身的竞争力，涌现更多优秀的“专业主理人”，这样律所的竞争力自然就提升了；同时也希望同事之间的“距离”能够更近，除了工作中的交互，丰富的社团文化也能增进亲密关系，让人与人之间的关系更立体。希望2021年，星瀚人彼此体谅关怀、重视承诺，直面更复杂的案件、更细分的市场、把握法律服务业的新机遇。



在卫新律师的发言结束后，年会进入了奖励与庆祝环节。

该环节的前半部分是对2020年度的优秀项目、优秀个人、优秀团体进行表彰，经过激烈的角逐和评委会的审慎评定，2020年度，星瀚评优得奖情况如下：

优秀客户服务奖：某科技公司员工职务侵占案

优秀非诉讼项目奖：某决策咨询研究项目

优秀诉讼项目奖：某企业股东退出纠纷

年度最佳合作奖：上海乐高乐园度假区项目、A公司系列案件

年度飞跃进步奖：冯恬、唐诗颖、韩朝落蒙

年度法律技术派：黄璞虑、阮霭倩、张雪燕

年度优秀团队奖：公司金融部



该环节的后半部分为幸运抽奖，包括笔记本电脑、手机、无人机、投影仪、咖啡机、迪士尼门票等在内的诸多奖品花落各家。



最后，“星瀚微法苑”编辑团队祝福大家牛年大吉、心想事成，成人达己，成己为人，和喜欢的一切在一起！

（本文首发于 2021 年 2 月 10 日）

## 陈欣皓：独立之路，也是重组与升级之路

在与星瀚一起过完第六个生日后，陈欣皓律师作出了独立执业的决定。2021 年初始，他加入“造星计划”，转型成为造星合伙人。在他看来，作为授薪律师的六年里，自己的业务能力和执业理念均有积累和量变，但要完成质变的转折，仍需内动力上“跨越”的一步。



### 犹疑与选择

#### 1-为什么选择在这样的时间节点独立？

从 2017 年到 2020 年，我陆续完成了人生中的几件大事。有个说法叫“成家立业”，完成了前半部分，就觉得可以把更多的精力放在后面两个字上。

另一方面，我是 2015 年年底入职星瀚的，在卫律师的扶持和指导下，也过了六年的时间，在这六年中，自己的业务能力和执业理念也得到了较大的进步。但要完成从量变到质变的转折，则需要从内在动力上更进一步。

最后，从市场的角度来说，2020 年社会各行业都受到了疫情的冲击，2021 年作为“后疫情”时代的一年，万物复苏，如果能趁势在特定的业务领域找到自己的定位，对于未来的发展也能开一个好头。

当然，这个选择的过程中我也有过犹豫和很多的怀疑，也和其他同行、父母、太太、目前主要的合作搭档文迪律师以及此前的主管合伙人卫新律师有过多次沟通。很幸运的是他们不仅都比较支持我，还从各个方面冷静周全地分析了这个决定的利弊，也帮我更加坚定了转型的决定。



## 2-在选择平台时，您是如何考虑的？

其实星瀚是我独立执业的首选。我在星瀚这个平台已经工作了6年，与整个律所、同事都已经有了深厚的感情。作为星瀚的一份子，我们互相了解，更能感受到星瀚对于造星律师在平台、宣传、律所协同等层面的综合支持。

比如说，作为上海市十佳律师事务所，星瀚可以为青年律师拓展案源、参与招投标等活动非常好的背书；

星瀚的公众宣传和所内的知识管理、对外输出制度也是我一直以来很认同的。从在“星瀚微法苑”发表文章，到“专业研究——文章积累——所内分享——星瀚开放日”的知识管理、知识共享、对外输出一条龙，我觉得这为律师们提高办案水平、进行专业研究、并将研究成果进行市场化转换提供了巨大的支持；

而所内比较宽松和愉悦的律所协同体系，也给造星律师之间、造星与其他高伙团队间的合作提供了方便。

最后需要特别感谢卫新律师，他在客户共享、合作办案上都给予了无私的支持，对我的转型过渡起到了很大支持作用。

## 调整与重组

### 3-您认为造星律师和授薪律师最大的不同点在于？

最大的不同点从表面来看是收入分配制度的不同，实际上则是业务处理思路的不同。

授薪律师更多的是完成主管领导布置的工作任务，包括业务端和科研端，这对于青年律师的快速适应岗位、成长，以及业务办理经验的传承是非常适合的一种体系。而随着执业年限的增长，则更多的需要自发性的、内源性的思考和总结，包括对于执业方向更细分的选择。而从这个层面来看，一定是造星体系能够提供更自由的选择空间和发展高度。

#### 4-目前您已经独立执业2个月，您的感受是？

我觉得用一个词形容就是“重组”。

重组的基础在于回望过去，总结自己从业八年的经验、办理过的案件、曾经选择过的业务领域、进行过的法律研究等等，通过总结，能够比较准确地找到自己的业务优势、期望有所发展的业务领域以及自身客观存在的缺陷。

重组的目的在于发展，在专注于现有业务，把业务做精、做细的过程中；在深挖重点业务领域、不断钻研科研的过程中；在服务老客户、拓展新客户的过程中，充分运用此前的经验，提高整体业务、服务水平，提高办案质量，并提供给客户具有创新性、可行性、也更加贴近客户商业需求的服务方案及操作步骤。



#### 自省与升级

#### 5-您认为成为一个优秀的造星律师，最重要的特质是什么？

我认为是不不断的自省。律师作为一个专业性较强的服务行业，对于客户而言，要提供优质的、值得信赖的服务；对于诉讼案件的法官而言，要时刻保持执业素养，尊重法律、尊重事实。在这个过程中，就需要不断自省，是否已经全面了解所从事的专业领域内的法律知识及行业信息？是否为客户穷尽了一切可能的方式方案？是否已在工作中尽到了审慎的审查责任？是否在开庭前已经充分了解了案件事实而非以“回去和当事人核实”作为搪塞法官的方法？是否已经充分表达法律意见，对于案件结果进行了充分的预判？

只有通过不断的自省，才能避免惰性和习惯思维造成的局限，提升自己的业务能力和对客户的服务质量，从而获得发展。

#### 6-未来，您是怎样规划自己的职业生涯的？

仍是围绕这段时间“重组”感受而言，我的想法是，重组的方法在于“升级”。其实律师业务万变不离其宗，法律法规虽然在不断地更新，但是立法的思路是一脉相承的。新的机遇是在“老办法”的基础上紧跟时代的发展进行升级，不仅在时间维度的纵轴上，还包括业务

领域的横轴上。

我目前主要的升级集中在三个小版块上：

第一是经纪类合同的升级：从最传统的演艺明星、体育明星的经纪协议，到目前需求量较大的MCN机构所需的主播、素人合作的经纪协议，再到中间层，情况更为复杂的头部内容创作者、选秀练习生、网红的经纪协议。结合《民法典》的实施、《著作权法》修订之后在人格权、著作权归属方面的新规定，对于现有的合同模板进行修订升级，并在这个过程中，着重厘清公司与艺人的合同关系界定（劳动关系？劳务关系？合作关系？）、税收筹划、合同公平性、解约后处理等关键性问题，为当事人找到更合理顺畅的商业逻辑。

第二是著作权转让、许可合同的升级：从去年的“阅文”事件之后，个人认为文娱板块发展的基础，仍应当回归到最原始和底层的文字作品上。但往往最底层也是最容易被忽视的地方，目前众多的文字作品许可、转让协议，仍然使用的是数年前的合同模板，特别是在转让、授权权利的类型上，完全跟不上目前快速扩充发展的各类衍生品的需求。如是否可将作品元素制作作为虚拟偶像？改编为游戏是单指以计算机软件存在的游戏软件，还是包含改编为实体的卡牌游戏，甚至改编为目前大火的“剧本杀”的实景体验类游戏？这些问题如在合同制定层面就进行了明确的约定，则在后续避免争议、解决争议层面可以发挥决定性作用。

第三是公司顶层架构和治理结构上的升级：围绕“法税结合”和“提升绩效”两个主题开展。传统的顶层架构设计、内部治理结构往往着力于巩固创始股东的控制权以及股权结构的合法性上。部分从业者存在无视企业实际业务领域的特殊性，将普适性的结构硬套于每一个企业的情况。而这块的升级，除了涵盖此前的服务内容，还将着重从税务合规的角度出发，结合股权信托等较为新颖的架构，达到为客户减少运营成本、提高合规性的目的，从而使客户能从更多维度获得资金扶持。而另一方面，将传统的员工股权激励升级为结合动态考核体系及OKR考核体系的“动态股权”激励方案，统筹股权激励与奖金激励两种激励方式，为客户达到提升员工积极性、满意度、归属感的多重目的。



（本文首发于2021年3月5日）

## 王晨光：向着月亮出发，即使不能到达，也已立身于星空浩瀚之间



2020年10月，王晨光律师正式成为星瀚“造星计划”的一员，他加入星瀚尚不足半年，很多同事却说已有相识多年的感觉。在此期间内，王晨光律师参与主持了“精品律所的创新之路”主题论坛暨星瀚创业十周年活动，并作为造星律师代表在内部年会上分享融入心得，还参与、发起了所内多个专业项目的研究与开发。通过本期星瀚人文，我们来进一步了解他的故事。

### 竭尽全力、满怀热爱

#### Q：可否先分享一下您的律师执业理念？

我遵循的执业理念可以简单归纳为“竭尽全力、满怀热爱”。我认为律师是最能够体现“受人之托，忠人之事”的职业，而要时刻践行这一信条是不容易的。律师职业看似自由，但为了无愧于“为人谋而不忠乎？”的自我拷问，我习惯在办理每一个委托事项时都竭尽全力，以百分之百的标准要求自己。记得曾经师父说我是“劳碌命”，为了所热爱的律师职业，或许劳碌也可能不是负担而是另一种形式的幸福吧。

星瀚的使命是成为客户心目中高效、负责的伙伴；价值观则是成为热爱法律的技术派，我想正是因为理念上的高度契合，所以才能在很短的时间内实现快速融入。

前阵子达叔因病离世时，又重温了陈木胜执导的“天若有情”，再一次看到太保哭笑着喊出“我终于杀了喇叭！”，以及jojo手提婚纱赤着脚在公路上奔跑又多次摔倒的场面，莫名地受到鼓舞，只有真正的热爱才能呈现出这样的作品吧，希望我们都能在各自己的职业道路上满怀热爱、永葆激情。



### 相逢何必曾相识

**Q：您当时是如何选择独立执业平台的？星瀚吸引您的点是什么？**

首先，在我印象中星瀚是一家很特别的精品所，在律所文化、运营体系以及法律服务产品化等方面都在市场上独树一帜，当时看了好几遍星瀚微法苑的文章“让人流连忘返、念念不忘的律所是什么模样”；其次，在寻求独立执业平台的过程中，我也是通过星瀚微法苑了解到造星计划，其中星瀚主任卫新律师提出的“鼓励律师借助平台发展，革新单兵作战模式”“发挥比较优势、加强分工合作”等理念非常吸引我，与我个人的发展规划和价值取向也很吻合。

因此，星瀚是我独立执业的首选。很幸运的是，卫新律师、宋佳老师与我初次见面时，相谈不过半小时就已互相认可，并且当场就确定了加入星瀚的各项事宜。

**Q：您加入星瀚不到半年，很多同事都说感觉已相识多年！您前面提到因为理念上的高度契合得以迅速融入，可否再分享一些您来到星瀚以后的感受？**

我来到星瀚以后的最大感受就是幸运，有幸能够获得律所前辈以及伙伴们给予的信任、支持和帮助；更有幸能够与大家成为好朋友，一起携手同行。去年年底时有个紧急的重大项目，由于项目涉及到多个专业领域，在汪银平律师、卫新律师的牵头下，多个团队协同工作，我也有幸参与其中，当时就感觉大家合作非常默契且高效，也因此更为深入地理解了卫新律师所倡导的“发挥比较优势、加强分工合作”的意义和价值。

再者，运营体系、财务、人事方面也为我完成工作模式转变提供了充分的支持，通过学习分享会、专题研讨、生日会以及社团组织等精彩纷呈的活动，得以与大家在专业合作、业务融合方面找到许多连接点和发展空间，并通过共同的兴趣爱好进一步加深了彼此的友谊。

在此，我特别想感谢宋佳老师与她所带领的运营团队，“强运营”使得我们星瀚律师能够无后顾之忧地全身心投入业务，又能时常收获满满的幸福感，而宋老师本人在我的创业之路上更是提供了太多珍贵的指引和帮助。

### 步履不停

**Q：作为执业律师，您还同时持有注册会计师资格，能否分享一下跨领域兼修的过程和心得，以及相关专业知识在您提供法律服务过程中起到的作用？**

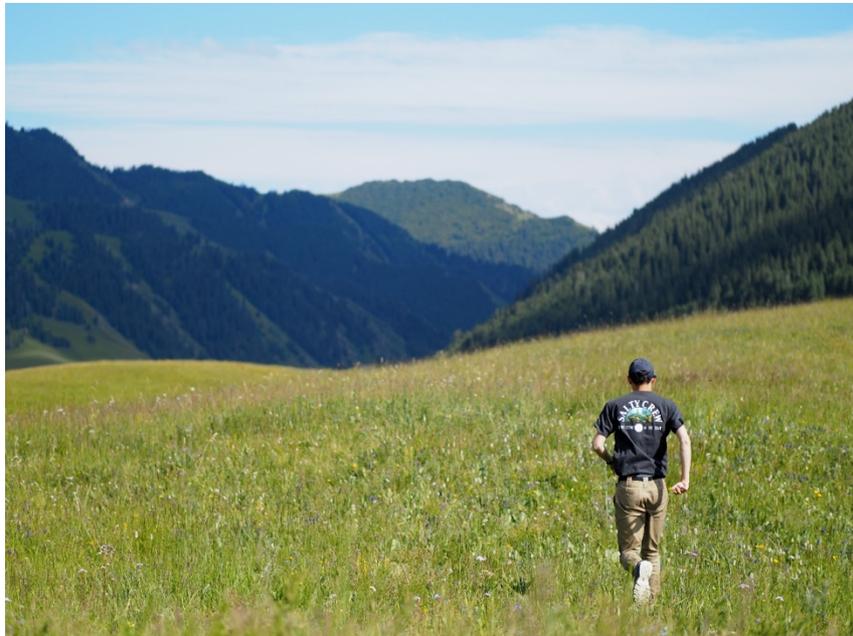
在从事律师工作的过程中，我感觉到 CPA 所涉及的财务、税务、公司战略与风险管理等方面的专业知识与技能可以进一步提升法律服务之于客户的实质价值，因此在高强度的专职律师工作之余，历经四年时光全面学习了与之相关的专业知识并顺利取得了注册会计师资格。心得的话，最重要的就是认准目标一直坚持下去吧，在每一个挑灯奋战的暗夜（当然家人的支持也是非常非常重要且珍贵的）。

我觉得最大的作用是在提供法律服务的过程中，能够更好地理解并契合客户的商业目标。例如在之前做的一个合规专项中，我们所提供的包括合规整改建议、合规管理流程以及标准化协议等在内的法律服务成果都能很好地与客户的实际业务有效融合，实现合规助力发展、创造价值的目标。

**Q：最后一个问题，您对未来的发展有何规划？**

于我个人而言，目前最首要的还是力争做好每一个案子/项目，服务好每一位客户/委托人；再有就是在争议解决、企业合规、公司交易和治理这些业务板块中坚定且长久地走专业化道路，充分发挥跨领域专业优势，并以“持续精进、终身学习”作为执业之本。

例如在企业合规领域，依托本所在企业内控与反舞弊领域的丰富经验和优势，我们正逐步完善合规管理体系建设、合规运行保障与监督，以及合规专项审查等方面的法律服务产品，以期能够为企业合规治理提供更为有力的支持。



（本文首发于 2021 年 3 月 19 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](mailto:BD@ricc.com.cn)



星瀚客服



星瀚微法苑