



2021 LEGAL STUDY

星瀚法律研究

本期推荐

公司违法减资情形下，债权人如何向公司的实际控制人追偿？

利用职务便利与利用工作便利的实务辨析——基于EMS内部员工盗窃邮寄黄金热搜

是谁在偷我的脸？——人脸信息应用在《个人信息保护法》及《人脸识别司法解释》下的合规要点

有关股权转让所得个人所得税的那些事儿……股权转让税收系列

网络黑灰产专栏

网络“黑灰产”产业链现状问题研究

“恶意点击类”虚假流量行为的刑法规制（一）、（二）

反向刷单炒信的刑法规制问题

员工超越授权范围获取信息数据企业应该怎么办？

目录 CONTENTS

「公司·金融」

| | |
|-----------------------------|-----|
| 债权人如何向公司“隐形实控人”追偿？ | P01 |
| 融资性贸易模式中，中间方的法律责任及风险防范 | P06 |
| 《一致行动协议》违约的救济分析 | P11 |
| 公司违法减资情形下，债权人如何向公司的实际控制人追偿？ | P15 |
| 贸易型融资中需要交付货物吗？ | P19 |

「热点评析」

| | |
|---|-----|
| 昔人已乘黄鹤去，此地空余黄鹤楼——杭州保姆纵火案受害人朱小贞的遗产该如何分配？ | P22 |
| 《双减意见》下，校外培训机构能否以情势变更为由解除特许经营合同 | P26 |
| 玩家可以失控，游戏抄袭不可放过——《失控玩家》带给游戏开发者的维权启示 | P28 |
| 利用职务便利与利用工作便利的实务辨析——基于 EMS 内部员工盗窃邮寄黄金热搜 | P33 |

「网络黑灰产」

| | |
|------------------------|-----|
| 网络“黑灰产”产业链现状问题研究 | P37 |
| “恶意点击类”虚假流量行为的刑法规制（一） | P42 |
| “恶意点击类”虚假流量行为的刑法规制（二） | P46 |
| 反向刷单炒信的刑法规制问题 | P49 |
| 员工超越授权范围获取信息数据企业应该怎么办？ | P53 |

「星瀚合规」

| | |
|---|-----|
| 数据出境，企业究竟该怎么做？ | P57 |
| 是谁在偷我的脸？——人脸信息应用在《个人信息保护法》及《人脸识别司法解释》下的合规要点 | P65 |
| 《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》亮点解析 | P70 |

「星瀚税法」

| | |
|-------------------------------|-----|
| 有关股权转让所得个人所得税的那些事儿……股权转让税收系列① | P75 |
| 有关股权转让所得个人所得税的那些事儿……股权转让税收系列② | P78 |
| 有关股权转让所得个人所得税的那些事儿……股权转让税收系列③ | P82 |
| 有关股权转让所得个人所得税的那些事儿……股权转让税收系列④ | P85 |

「星瀚人文」

| | |
|----------------|-----|
| 浩瀚星空下的夏日叙事 | P88 |
| 遇见星光，抓住星光，成为星光 | P93 |
| 62天，一场星空浩瀚的冒险 | P96 |

公司金融

热爱法律的技术派

债权人如何向公司“隐形实控人”追偿？

卫新、陈楚翹

星瀚商事争议团队近日接受了一位客户交办的“追债”项目：客户向债务人追偿时发现，债务人、某“一人有限责任公司”以及其自然人股东都已无偿债能力，无论向该公司还是股东追偿，都无法使其债权得到有效清偿。在这种背景下，是否还有其他路径能帮助客户追回欠款呢？

一、 隐在公司背后的实控人

根据调查，公司现状如下：

- 1) 公司无任何资产，无偿债能力；
- 2) 公司唯一自然人股东与法定代表人为甲某，年过六旬，无偿债能力；
- 3) 代表公司产生债务关系的合同签约人为乙某，系甲某之子。乙某实际经营公司，具有偿债能力，并可能存在损害公司利益、转移公司财产的行为，但目前缺乏明确的事实或证据。

经过前述梳理我们发现，该公司是由既非股东、也非高级管理人员的“背后之人”实际经营管理。《公司法》将这位背后之人称为“实际控制人”。鉴于乙某具有偿债能力，如果我们可以直接要求乙某偿还公司债务，更具执行效果。那么本案，实际控制人管理公司、导致公司无法清偿债务，而公司及公司股东又怠于追偿时，债权人能否依据现行《公司法》，直接要求实际控制人清偿债务呢？

二、 实控人承担公司债务的常规情形

《公司法》及相关司法解释中所规定的实际控制人对债权人的责任，主要在两个方面：

- 1) 实际控制人协助股东抽逃出资，其对公司债务承担赔偿责任；
- 2) 在公司清算环节，实际控制人怠于履行清算义务，如因其原因导致财产贬值、流失、毁损或者灭失，实际控制人对公司债务承担赔偿责任。

因此，本案债权人要求实际控制人承担公司债务，并没有公司法的直接路径。然而这也不意味着我们无路可寻，在发生实际控制人损害公司利益、公司无意追偿而又资不抵债时，可以考虑通过人格混同或代位权诉讼的方式进行追责，下文中我们将分别就这两条路径展开叙述。

三、 实控人承担公司债务的特殊情形

(一) 人格混同的路径分析

案例解析：实控人能否类推适用人格混同条款

当公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益时，根据《公司法》第 20 条第三款规定的人格混同制度，股东应当对公司债务承担连带

责任。当实际控制人有前述行为时，若法院同样适用前述条款，则实际控制人也应当对公司债务承担连带责任。但是，第 20 条第三款明确限定人格混同的行为主体为公司股东，该条的适用范围能否扩大到实际控制人？

在(2019)最高法民终 30 号案件中，江西省高级人民法院认为，“《中华人民共和国公司法》第二十条第三款虽未明确实际控制人应当在同样情况下对公司债务承担连带责任，但实际控制人相当于股东的地位，如放纵逃避债务、严重损害公司债权人利益的实际控制人，将对法律的公平公正造成损害。故对实际控制人的上述行为，应当类推适用《中华人民共和国公司法》第二十条第三款之规定。”在该案的二审中，最高人民法院也支持了江西高院观点，认为一审判决类推适用《公司法》第 20 条第三款，认定债权人应当对公司所负债务承担连带责任，并无不妥。因此星瀚认为，就实际控制人推适用人格混同条款，在司法实践中是可以被支持的。

实务解析：类推适用人格混同条款的操作难点

当债权人主张非公司股东与公司构成人格混同，要求其就公司债务承担连带责任时，需要经过三个步骤的法律论证，一是认定对方为公司实际控制人，二是论证对方与公司构成人格混同，三是类推适用《公司法》第 20 条第三款。事实上，这三个步骤在实务操作上都存在不同层面的难度。

1、债权人缺乏对实控人实际身份认定的证据

债权人负有举证被告为公司实际控制人的责任，但由于实际控制人身份的隐蔽性，搜集相关证据十分困难。根据《公司法》第 216 条第三项规定，实际控制人是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。根据我们的实务经验，法院在判断实际控制人的身份时，一般综合考量以下因素：

- 1) 通过投资关系、协议实际控制公司；
- 2) 通过间接持股实际控制公司；
- 3) 与公司股东有近亲属关系、夫妻关系等；
- 4) 担任公司重要职位，如法定代表人、董事、高管；
- 5) 负责公司经营管理，如代表公司对外签署协议、收款；
- 6) 控制公司财务，如控制公司银行账户、财务凭证和账册；
- 7) 能直接决定公司重大决策，如人员任免；
- 8) 控制公司重要文件与印章，如公章。

应当注意的是，由于实际控制人并非公司对外工商登记材料或对内章程与管理办法所明确规定主体，债权人仅提供前述某单一证据还不足以完成证明责任。债权人应当提供多个证据，以形成“实际控制人经营管理公司”的集合证明链条。

2、法院对人格混同条款的法律适用谨慎

其次，公司人格否认是公司法的例外，法院对适用人格混同规则的态度是谨慎与保守的。最高人民法院认为实践中存在人格混同认定标准把握不严而滥用这一例外制度的现象。根据《九民纪要》的司法精神，在判断人格混同时，最根本的判断标准是公司是否具有独立意思

和独立财产，最主要的表现是公司的财产与股东的财产是否混同且无法区分。即使公司出现公司业务和股东业务混同、公司员工与股东员工混同、公司住所与股东住所混同的情形，都只是人格混同的补强证据，不能作为判断人格混同的判断标准。因此，债权人证明股东与公司构成人格混同的挑战颇大。

3、立法对实控人的类推适用缺失

最后，就实际控制人类推适用人格混同条款，现行法并无直接依据，其仍具有法院不予支持的风险。公司法第 20 条第三款确立的公司人格混同制度主要适用于公司及股东之间，旨在矫正有限责任制度在特定情形下对债权人利益保护的失衡，对于非公司股东但与公司存在关联或控制关系的主体是否适用未予明确。由于我国作为成文法国家，最高人民法院的支持案例并不能成为各级法院类推适用人格混同条款的通行证。

（二）代位权诉讼的路径分析

案例解析：债权人能否主张代位权诉讼

当外部人员损害公司利益时，公司应当请求外部人员向对公司承担损害赔偿责任。但是，如外部人员是公司的实际控制人，则公司将没有动力主动提起对实际控制人的侵权诉讼，公司存在怠于追责的情形。因此，我们认为，债权人可代替公司向实际控制人追责，即通过代位权诉讼追责。实务中，也确有法院支持债权人的代位权诉讼。

例如，在(2014)虹民二(商)初字第 362 号案件中，实际控制人利用公司去偿还其所购买房产的债务。上海市虹口区人民法院认为此行为构成对公司财产的非法侵占，实际控制人承担全额返还公司已付价款的责任，形成对公司的到期债务，并允许债权人进行代位诉讼。因此，当公司怠于行使其对实际控制人的债权时，公司外部债权人可以通过代位权诉讼直接向实际控制人追偿。

实务解析：主张代位权诉讼的操作难点

借助代位权诉讼，请求损害公司利益的实际控制人向债权人承担公司债务，其关键在于认定公司对实际控制人享有合法到期债权，并且外部债权人可以通过代位权诉讼向实际控制人主张。一般来说，代位权的构成要件包括四点：

- 1) 债权人对债务人的债权合法到期；
- 2) 债务人对次债务人的债权合法到期；
- 3) 债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；
- 4) 债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。

债权人主张实际控制人损害公司利益，行使代位权诉讼有以下难点：

1、债权人主张实控人损害公司利益的行为构成合法到期的债权存在难度。

实控人损害公司利益的行为通常具有隐蔽性，往往会展开有效的交易合同，事后亦会辩解和掩饰，债权人想要主张构成法律要件清晰的到期债权，存在较高难度。如果实控人与债务人订立了合同，一般很少会形成实控人对公司的到期合同之债，并且这种实控人欠款的到

期合同之债的证据，也不大可能被债权人掌握。而通常情况下，只是债权人只是掌握了某些不合理的关联交易的证据，对于合同对价和合理性，债务人和实控人事后可以做出多种辩解，很难直接认定构成侵权损害，并且债权已经合法到期。

在（2018）京 0108 民初 53930 号案件中，虽然实际控制人从公司划走大笔款项，但法院认为，该笔支出进行财务记账，并且公司与股东均不认为上述款项的支出及使用损害了公司利益，因此不构成到期债权，法院没有支持债权人的主张。从公司转走大笔款项，从外部债权人来看，是损害公司利益的行为；而被侵权人的公司表示，款项转付是公司运作的正常支付行为，并未损害公司利益。

因此，如果要认定合同是一种侵权的形式，主张以合法形式掩盖实控人损害债权人利益的非法目的，或者实控人与债务人恶意串通，损害债权人利益，这都需要先行进行合同无效之诉，形成财产返还的到期债权，才能再行提起代位权诉讼。

2、部分法院认为实控人损害公司利益的行为属于公司内部纠纷，不允许外部债权人介入。

在代位权诉讼中，债权人能否主张实际控制人损害公司利益之诉讼，仍有疑问。因为在一般情形下，外部债权人提起代位权诉讼的范围是公司与外部债务人之间的交易纠纷。而本案中，外部债权人提起代位权诉讼的范围是实际控制人损害公司利益的公司内部纠纷。星瀚认为，前文所述的代位权诉讼的构成要件，并不区分债务人到期债权的性质属于对外或对内债权，法院不应当借此拒绝外部债权人的正当诉请。否则当公司实际控制人、股东、董监高都具有同一关联关系时，债权人对任意一方损害公司利益的行为，将无能为力。但是，实务中，部分法院对在代位权诉讼中处理公司内部纠纷，存有疑虑。在(2016)川 03 民终 656 号案件中，法院就认为损害公司债权人利益责任纠纷属另一法律关系，不同的民事法律关系不能合并审理。故，公司的内部法律关系能否由外部的债权人主张，仍有待明确。

四、面对隐形实控人，债权人在诉讼与非诉的应对策略

（一）全面谋划诉讼方案

通过上文讨论，我们会发现，若债权人试图穿透公司和股东两层公司法主体，去寻找公司背后之人，本身并非易事。若债权人试图向公司实际控制人追偿，则需要一个全面精巧的诉讼应对方案，具体包括：

1、恰当选择人格混同诉讼、代位权诉讼：因为两类诉讼所要求的法院管辖、诉讼周期、证据类型等均不相同。以诉讼周期为例，星瀚认为，人格混同路径相较代位权诉讼，诉讼周期更短。因为就债权人与债务人公司、公司与实际控制人的关系，可在人格混同一案中处理，而代位权诉讼则无法做到。代位权诉讼的前提是债权人享有对债务人的债权。这一前提往往需要生效裁判予以确认。若债权人与债务人的诉讼仍在审理中，法院将中止代位权诉讼。故，代位权诉讼的审理周期实际上是两个诉讼案件的审结周期。

2、考虑刑民交叉方案：实际控制人损害公司利益的行为，还可能涉及刑事犯罪的职务侵占罪、合同诈骗罪等。债权人可以向公安机关进行刑事报案，可以借助公安机关对当事人无法取得公司内部的经营状况证据、实际控制人对其身份的确认。当然，债权人需要取得初步证据证明案件符合刑事立案初查标准。同时，一旦案件涉及刑事调查，法院可能对民事案

件不予受理或中止审理，债权人需要合理安排刑民案件的相互配合。

（二）事先审查并排除风险要点

债权人通过诉讼去追偿，都是对失败交易的事后补救，如何在事前做好交易的风险管理，才是根本的应对解决之道：

1、对于业务洽谈中，相对方的实控人是接洽业务、履行业务的核心人物，但本人并不是相对方公司的工商登记的股东、高级管理人员，应当提高警惕。对于相对方公司可能存在“挂名股东”或“挂名法定代表人”的情形，应了解背后的原因，并进行全面的尽调。建议要求相对方明确说明理由并以书面方式确定。如果可以调整的，予以调整，保证公司业务接洽时实际的权益归属与公司治理，与法律登记上的一致。

2、对于业务开展过程中我方比较弱势的，或者无法要求相对方调整登记股东或高管的，星瀚建议，将实际控制人拉入交易，要求其对合同项下义务承担保证责任，此时既避免实际控制人滥用公司独立地位、恶意逃避公司债务，又可减少后续纠纷中的诉讼成本。

3、对于实控人存在多个公司，业务混同、人员交叉的，亦要加强防范。建议在业务接洽时，明确相对方各关联公司之间的关系，及时固定财务混同和意思表示混同的证据。同时，将这些关联方也加入对债务的保证人，避免利益输送，逃避债务。

4、在业务履行过程中，对于相对方公司的股权变化、法定代表人登记变化予以监控，发现不合理的调整时，及时采取法律措施。如果采取了实控人、股东、关联公司的担保的增信手段的，应当在担保期间及时主张担保责任。

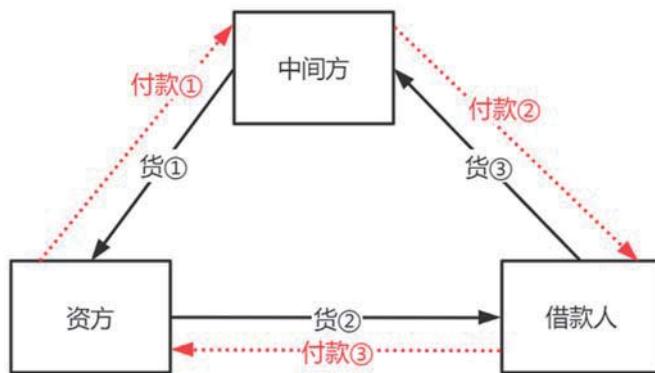
（本文首发于 2021 年 7 月 6 日）

融资性贸易模式中，中间方的法律责任及风险防范

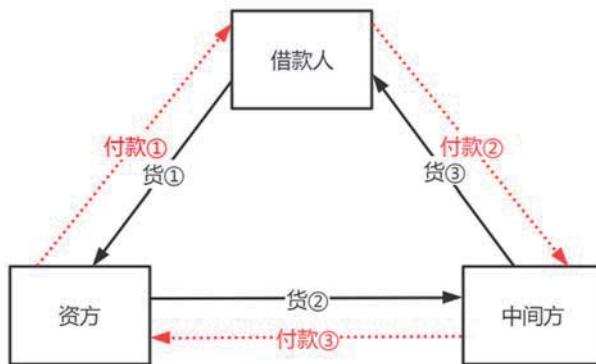
卫新、徐沁芳

上一篇文章我们介绍了融资性贸易模式的法律性质认定。目前司法裁判认定为买卖合同关系的仍为多数，能够认定为借贷关系的是少数。然而，在此模式下往往不只涉及出资方和借款人，还有为完成交易链条而找来的各类第三方，他们可能是实际资金融通的关联方，也可能是没有关联关系，单纯享受固定“过桥”收益的独立第三方，我们统称为“中间方”。本文将着重分析中间方在参与融资性贸易过程中，可能面临的诉讼风险及法律建议。

一、谁是中间方？为什么要有中间方？



图一



图二

如图一所示，资方和借款人之间有进行资金融通的目的，但却在交易环节中加入了中间方，有以下几个原因：

1. **为了交易模式的合理性：“贸易性融资”，顾名思义，也就是以买卖合同的名义进行融资借款以及还款。为了达成这一目的，如果资金方和借款人之间直接相互买卖货物，明显**

不符合一般的商业原理。为了解决这一问题，交易各方就想出了图一、图二两种方式。这两张图中中间方和借款人的所处的位置和角色有所不同，例如图一，借款人通过中间方收取资金，但还款时自己操作；而图二，收取资金时是借款人自己来操作，而还款时是通过中间方操作。

2. **提高经营业绩：**通过上下手的买卖合同关系，创造了公司销售业绩，公司报表也更加“好看”；

3. **增信作用：**如图二模式，中间方可能是借款人的关联方，用于为整个交易提供担保或背书，保障资方的资金安全。

4. **逃避债务：**如图二模式，借款人可能通过自己向资方销售货物获得借款，然后通过自己的关联公司向资方进行采购进行还款，而借款人关联公司实际是没有偿债能力的空壳公司，这种情况下，发生坏账后中间方成为债务人，借款人以取得的货物签收证明主张已履行交货义务，逃避债务。

这种情况下，交易模式往往会出现高买低卖、虚增不必要的中间环节、没有真实货物流转等特征，相关细节我们已经在上一篇文章中详细介绍，这里就不再赘述，感兴趣的读者可以搜索《什么是贸易型融资？“名为贸易、实为借贷”的识别》的文章。

二、中间方可能面临的风险及责任承担

对于中间方而言，其并非资金使用人，仅仅是转付款项的主体，虽然收取了一定过桥费用，但当资方依据和中间方之间的直接合同关系要求其承担责任时，中间方往往十分被动。

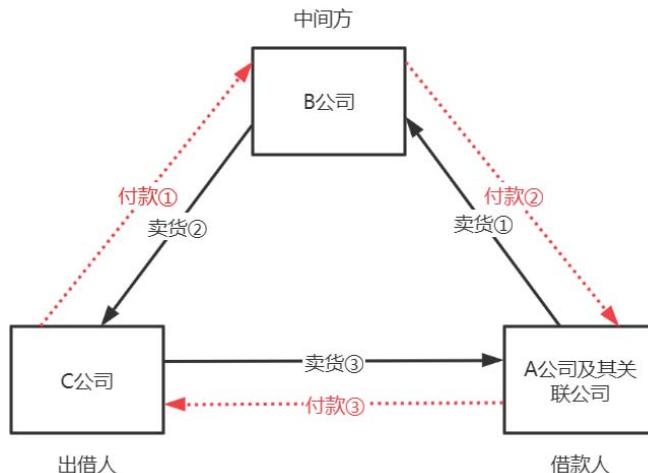
如图一，中间方扮演向借款人转付资金的角色的，当借款人无力还款时，资方可能会起诉中间方要求交货或者返还货款，如果中间方无法提供已经交货的证明，则将面临败诉的不利后果。或者还可能出现，中间方受资方指示，在未收到资方款项的情况下就预先将资金拨付给了借款人，当借款人无力清偿时，如果中间方无法证明已经向资方履行交货义务，则将面临坏账风险。

如图二，中间方扮演向资方还款的工具的，资方发生坏账时可能起诉要求支付货款或返还货物，而中间方此前可能已经向资方出具了相应的收货证明或在询证函中确认了还款责任，这种情况下也将面临败诉风险。

三、案例解读：中间方面临的法律责任及应对方案

对于中间方而言，通常的思路是证明整个交易实质是贸易性融资，不构成买卖合同关系，而是借贷关系，其只是一个转付借款或用于还款的工具，并非实际的资金使用方，从而避免被要求承担交货义务或还款责任。

案例一：（2018）最高法民终 786 号



原告/出借人：C 公司

被告/中间方：B 公司

第三人/借款人：A 公司

诉讼案由：买卖合同纠纷

这是一起中间方以借贷关系应诉，最终胜诉的案例。该案中，C 公司作为出借人，起诉请求解除和 B 公司的买卖合同，要求 B 公司返还货款并赔偿其经济损失。一审判决驳回 C 公司的诉讼请求。C 公司不服一审判决，向最高院提起上诉。最终最高院驳回 C 公司的上诉，维持原判。

该案中，法院认定 C 公司与 A 公司之间构成借贷关系，C 公司是出借人，A 公司是借款人；C 公司与 B 公司之间不存在买卖合同关系。由于 C 公司选择以 B 公司为被告起诉返还货款，所以其诉请未能得到法院支持。

认定借贷关系的主要理由：

1、缺乏商业合理性。

- (1) 整个连环贸易形成了 A 公司自买自卖的闭环贸易。
- (2) A 公司最初销售给 B 公司的价格最低，销售价格随着货物流转不断攀升，A 公司作为最终买受人的买受价格最高，形成了“低卖高买”这一不合商业常理的贸易模式。
- (3) 下游买家本可直接向上游卖家购买货物从而减少交易成本，而不必通过中间方购买。

2、协议的履行过程中并无真实的货物流转。

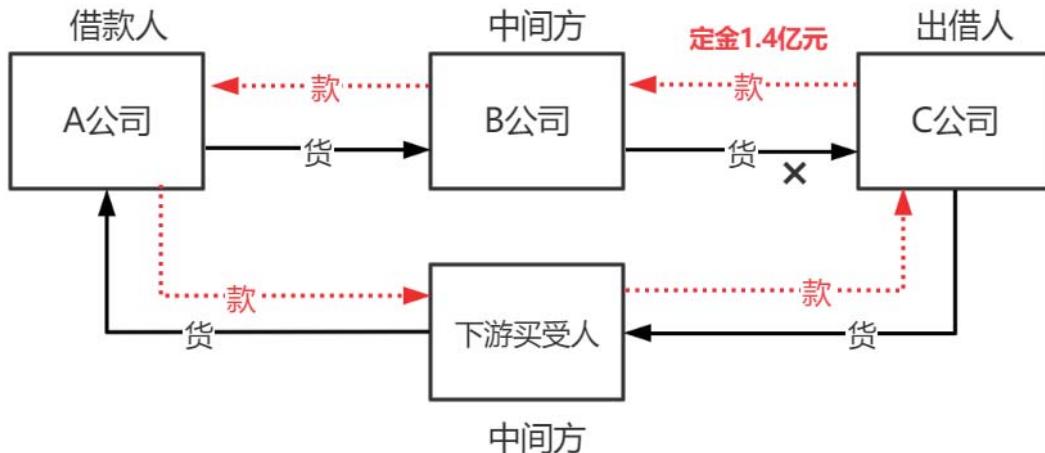
- (1) B 公司盖章的《货物确认书》中没有仓储单位的印章，而仓储单位答复各方当事人并未在仓储单位存储或提取过货物。
- (2) 案涉二十七份合同所涉的燃料油数量高达十余万吨，未有任何证据显示 C 公司与 B 公司就案涉燃料油的存储费用等问题进行过磋商，也未有任何证据显示 C 公司在付款后曾前往合同约定的存货仓库予以盘货查验，仅凭货物移转的函件并不足以认定案涉交易中有真实的货物流转。

3、C公司在系列合同中仅承担付款义务，而不承担其他合同责任。

4、付款行为与货物是否实际交付并无关联。

但借贷关系的证明，在我们的第一篇文章中已经提到，往往较难被法院认定。

案例二：（2016）最高法民申 2815 号



本案中，资金出借人 C 公司起诉 B 公司，认为 B 公司未履行交货义务，应返还合同定金 1.4 亿元，并赔偿利息损失。C 公司认为各方系买卖合同关系，出卖人 A 向买受人 B 销售货物，B 又将货物销售给下游买受人 C。但 B 公司从 2013 年 11 月起，单方面停止了给 C 公司供货，于是引发纠纷。

而 B 公司作为被告，讲述的案情却是完全不同的版本，其认为本案交易模式是循环贸易融资，A 公司处于交易的主导地位，实际获得 1.5 亿元借款并向 C 公司支付固定利息，其属于中间方的角色。具体交易模式为：

1. A 公司与 B 公司签订 9 份合同，约定将煤炭卖给 B 公司。
2. B 公司与 C 公司签订 9 份合同，约定将煤炭卖给 C 公司。这 9 份合同名称和 A 公司与 B 公司签订的 9 份合同名称完全相同。
3. C 公司又与 A 公司指定的第三方（即中间方/下游买受人）签订了相对应的购销合同，约定 C 公司将煤炭卖给下游买受人。
4. 下游买受人再与 A 公司签订《煤炭买卖合同》，约定下游买受人将煤炭卖给 A 公司。
5. A 公司通过下游买受人向 C 公司支付煤炭买卖的差价及手续费，并对下游买受人的交易差价损失予以补偿。

在 B 公司的上述陈述中，货物流形成了 A→B（中间方）→C→下游买受人（中间方）→A 的循环模式，而资金流为 C→B（中间方）→A，以此进行资金出借，然后按照 A→下游买受人（中间方）→C 的模式，进行还款。

B 公司认为，C 公司的收益为每月 250 万元固定收益，该收益不考虑煤炭市场的价格走向，不考虑实际的煤炭买卖数量，仅与利率的变动有关。C 公司不关注标的物本身的质量、

数量，甚至连具体的收货人都不关注，没有买受涉案标的物的真实意愿。A 公司与 C 公司实际是借贷关系，其作为中间方不应承担责任。

本案历经北京二中院、北京高院一审及二审审理，均认定为买卖关系，并支持 C 公司解除合同、返还合同订金以及利息的诉讼请求。B 公司申请再审，最高院审理后也认定不构成借贷关系。

法院认定不构成借贷关系的理由有以下几点：

A 公司（主动以本案第三人身份加入诉讼）未能提供证据证明其与四家下游买受人订有买卖合同，也未能提供证据证明四家下游买受人接受其指令向 C 公司支付货款或煤炭买卖差价，更没有提供证据证明其实际向四家下游买受人支付了交易差价损失。**整个交易链条并非闭合式，不能认定为循环贸易。**

B 公司未提供证据证明，C 公司的交付行为是为了将 1.5 亿元出借给 A 公司。也未证明 C 公司指令 B 公司将 1.5 亿元订金转交给 A 公司。虽然 A 公司与 B 公司订立买卖合同存在融资的商业目的，但是 C 公司与 B 公司订立买卖合同却并无出借资金给 A 公司使用的意思表示。

尽管从整个交易链条看，C 公司与 B 公司订立的合同只是贸易链条的一个环节，且上游环节的 A 公司参与贸易确实带有融资的目的，但是不能以上游环节货物卖家的融资企图来否定本案买卖合同的效力。

另外，B 公司认为整个交易环节，各方仅订约、付款、开票，只有资金循环，没有货物的实际交付，没有真实的买卖意图。在商事贸易活动中，尤其是多方参与的链条式贸易，往往存在“走单、走票、不走货”的交易方式，从其合同订立目的而言，仍然属于货物买卖行为，合同订立双方处于出卖人和买受人的地位。商事主体应当对其作出的商事行为意思表示承担相应的法律责任，即便本案不存在真实的货物交付，也符合合同双方的约定，并不能当然地否定买卖双方之间的法律关系。

四、律师建议

由此可见，中间方在循环贸易中往往面临较高的诉讼风险，特别是当中间方的偿债能力、资质都优于实际借款人时，出借方出于执行到款的效果考虑，会选择中间方作为被告，从而弥补损失。作为贸易性融资的中间方，虽然取得一定收益，但不论是作为转付资金的工具，还是用于还款的工具，都要注意提前防范交易风险，避免取得“小额收益”，却面临“大额追索”。

我们建议中间方要提前留存整个交易实质为借贷的证明，例如会议纪要、磋商记录等，或通过其他关联案件获取借贷的意思表示的证明；其次，在交易过程中，要求资方及时交付相应的收货证明。需要提示的是，仅凭这一材料仍有一定风险，当对交货与否的问题存在合理怀疑时，法院会要求出具货物流转的物流凭证、仓储凭证、上游合同等以证明确实履行了交货义务；最后，避免在资方发来的函件中直接确认债务。

（本文首发于 2021 年 8 月 11 日）

《一致行动协议》违约的救济分析

卫新、史梦吉

根据《上市公司收购管理办法》之规定，一致行动是指投资者通过协议、其他安排，与其他投资者共同扩大其所能够支配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实。在实践中，签署《一致行动协议》已成为拟上市企业或已上市企业股东为增强控制权的惯常操作，而在非上市企业股权相对分散情况下，实际控制人也会通过与其他股东签署《一致行动协议》的方式确定其对公司的控制权。

然而，由于商业的复杂多变性，实践中作出一致行动承诺的一方亦可能违反其承诺，那么在这种情况下，守约一方又是否有救济途径？本文旨在引用法院相关裁判观点¹，针对一致行动人违约的常见情形进行探讨，希望能为非上市企业实际控制人签署一致行动协议提出相应建议。

情形一：作为一致行动人的一方违反承诺进行表决，是否可以要求公司强制归票或撤销不一致的决议？

➤ 案例一：

在张某某、周某某与江西华电电力有限责任公司公司决议撤销纠纷一案²中，华电公司及其第一大股东、法定代表人胡某与张某某于2009年签订《股份认购协议》与《期权授予协议》，约定由华电公司向张某某定向增发股权，在华电公司股份上市交易前，张某某承诺其所持华电公司股份的投票与胡某保持一致。前述协议约定的事项在华电公司董事会上商议并形成了董事会决议。2015年，华电公司召开股东大会，就增资扩股等议案进行了投票表决。在该次股东大会中，华电公司基于此前胡某与张某某签订的协议之约定，将张某某所投反对票统计为同意票，并形成了股东会决议。后张某某、周某某诉至法院，要求撤销前述股东会决议。

法院认为，从《股份认购协议》及《期权授予协议》的签订情况来看，两份协议中张某某均自愿承诺和保证在华电公司股份上市之前，张某某所持股份之投票与大股东胡某保持一致。该条款的目的是确保双方行动的合意性，其重复出现在两份协议中，恰恰体现了上述条款系双方平等、自愿协商后作出的安排。作为完全民事行为能力人，双方均应能预料该条款生效后所产生的后果。两份协议上均有张某某、胡某本人的签字确认和华电公司的盖章确认，且上述条款并不违反法律法规的禁止性规定，并经董事会决议通过，未损害公司及其他股东的合法权益，内容应为合法有效。因两份协议已明确了张某某与胡某行动的合意性，在胡某对股东大会的各项议案均投同意票情况下，张某某投反对票系对其自身作出的承诺的违反，华电公司股东大会将张某某所投反对票统计为同意票符合当时约定。因股东会决议的形成获得了股权表决权的78.1595%的支持，符合公司章程约定和法律规定，故对于张某某、周某某要求撤销股东会决议的请求不予支持。

¹ 因可检索到案例数量有限，仅列举部分裁判观点供参考

² 案号：（2016）赣05民终12号

➤ 案例二：

在郭某宽与重庆凯歌电子股份有限公司公司决议撤销纠纷一案³中，郭某某与第三人郭某莎、古某菊、古某国于 2015 年签订了《一致行动协议》，约定各方就有关公司经营发展的重大事项向股东大会、董事会提出议案或行使表决权时，均应保持一致。2019 年，第三人郭某莎、古某菊及古某国授权代表召开董事会，并作出了《重新选举董事长议案》及《改聘总经理议案》，解除了郭某宽董事长职务及总经理职务。后郭某宽诉至法院，要求撤销前述董事会决议。

法院认为，第三人召集董事会的时间及通知方式符合章程规定，虽未通知监事列席董事会对董事会的召集程度有轻微瑕疵，但对董事会决议不会产生实质影响。关于郭某宽主张第三人违反《一致行动协议》的约定在未就表决事项达成一致前投票表决，双方在《一致行动协议》中未约定解决“异议”的方式，因此不能因郭某宽不认可提议而直接否定第三人作为董事行使表决权的效力，并且本案审查的应当为决议是否违反法律、行政法规或者公司章程规定，第三人对《一致行动协议》的违反，承担的应当为对《一致行动协议》守约方的违约责任。故不予支持。

➤ 简评：

从上述案例可以发现，在《一致行动协议》经公司盖章并经董事会决议通过的情况下，法院倾向于认为，该协议未损害公司及其他股东的合法权益，作为一致行动人的股东在股东大会表决时违反《一致行动协议》的，股东大会可以直接根据《一致行动协议》的安排记票。但在《一致行动协议》仅由数名股东签署的情况下（事实上很多非上市公司的实际控制人与部分股东签署《一致行动协议》时确实也按照如此操作），根据合同相对性原则，公司不受该等协议的约束，亦无义务根据该等协议约定归票，法院也不会直接认定该等归票权。而且事实上，一致行动的目的通常是在股东（大）会上投票表决时按照一致的意见进行投票，投票表决后即刻统计并形成决议，在决议有效的情况下存在客观上违约但事实上无法强制履行的可能，法院亦倾向于认为由违约方承担违反《一致行动协议》的违约责任。

虽目前无更多的司法案例支持，《一致行动协议》通过股东会决议/董事会决议后，是否具备给予公司直接归票的权力，或者是否具备类似于公司章程补充约定的效力，从而赋予股东会/董事会可以根据一致行动协议纠正投票结果，而非事后依据协议追究违约责任，但我们建议，(1) 在签订《一致行动协议》时，增加公司作为缔约主体，并促使《一致行动协议》经由公司股东会或股东大会表决通过；(2) 对于一致行动的股东违反约定，增加公司作出决议时统计票数的具体操作规定。如此，在一致行动承诺方违约时，直接根据协议安排归票或撤销决议才更具合理性。

情形二：作为一致行动人的一方要求解除一致行动协议，守约方是否可以主张继续履行？

➤ 案例：

在穆某某、宋某等与冯某某合同纠纷一案⁴中，穆某某、宋某与冯某某于 2015 年签订了

³ 案号：（2020）渝 0153 民初 396 号

⁴ 案号：（2018）浙 0106 民初 3961 号

《一致行动协议》，约定三方作为艾博管理的自然人股东且通过艾博管理间接持有艾博健康公司股权，并承诺在作为公司股东行使提案权或表决权时均采取相同意思表示。在 2018 年艾博健康审议《关于申请公司股票在全国中小企业股份转让系统终止挂牌的议案》时，冯某某投票同意该议案，穆某某、宋某不同意该议案，而最终议案获得通过。后冯某某发函要求解除《一致行动协议》，穆某某、宋某诉至法院，要求冯某某继续履行协议。

法院认为，各方签署的《一致行动协议》，是各方真实意思表示，在当事人之间具有一定的约束力，在协商一致的情况下，应当采取一致行动。《一致行动协议》是建立在各方相互信任的基础之上，但作为协议中的“一致行动人”，对一致行动，应建立在全体协议签署人协商一致的意见的基础上，在协商达不成一致意见，应当允许协议签署人表达个人意愿，而非强迫。“一致行动人”不能一致行动，协议就失去应有的价值。既然是协议，应当允许“协议”当事人有退出的权利，如果退出的一方因其退出给另一方造成损失，可按协议约定赔偿对方损失。综上，穆某某、宋某的诉请在法律上或者事实上不能履行，也不适用强制履行，因此不予支持。

➤ 简评：

从上述案例可以发现，目前司法实践倾向于认为，《一致行动协议》以合同当事人之间的互相信任为基础，在一方主张解除合同的情况下，已失去了其存在的基础、并已无法实现合同目的，故不适用继续履行，但守约一方可要求违约一方承担违约责任。如果《一致行动协议》中约定了违约金，则理应依照约定支付违约金；如因违反《一致行动协议》造成损失的，也可向违约方主张损失赔偿。但也有观点认为，如果认定《一致行动协议》的当事人可以主张单方解除合同，将损害签订《一致行动协议》的最初目的，无法保证公司管理经营中高效决策，亦无法保证公司治理机构整体相对稳定的初衷。即使要求提议解除方赔偿损失，违约损失通常也难以量化计算数额。

鉴于《民法典》第五百八十条对于“非金钱债务履行不能”的最新规定，我们认为，要求《一致行动协议》的违约方继续履行，属于“债务的·标的不适用于强制履行”。而基于一致行动协议的根本目的，一方如果不愿意履行，且无法强制，我们认为该协议的目的已经无法实现，法院可以根据当事人的请求终止双方的权利义务，但是不影响违约责任的承担。我们建议，(1) 在签订《一致行动协议》时，在协议中约定通过公司、股东会、董事会等主体的配合，来执行的具有可操作性的违约责任救济方案。(2) 限制协议主体适用任意解除权，减少协议一方可能随意解除而导致一致行动关系不稳定的风险，并约定具体、高额的违约金或多层次的违约赔偿的计算方式。(3) 在《一致行动协议》中设置合同终止的结算清理条款，避免违约方适用《民法典》第五百八十条请求终止履行时，缺乏相应的追责机制。

小结

综上所述，《一致行动协议》可以集中表决权，进而达到巩固公司控制权的目的，但因其本质上是协议各方对于一致行动的相互承诺，对当事人的约束力相对较弱。我们建议，在签订《一致行动协议》时应明确一致行动的具体范围、意见分歧的解决方式及违约责任、结算清理等核心条款，建立合理有效的退出机制及擅自解除协议或无故不履行协议的违约责

任，并通过公司权力机构决策程序或写入公司章程，使得强制履行《一致行动协议》在某种程度上具备可能性，从而保障、救济守约方的合法权益。

(本文首发于 2021 年 8 月 31 日)

公司违法减资情形下，债权人如何向公司的实际控制人追偿？

卫新、周徐乐

现实中，部分公司通过违法减资的方式，在债权人不知情的情况下减少注册资本，降低公司偿债能力，以逃避债务。待债权人向公司追偿无果时才发现，公司的股东、法定代表人，均由公司实际控制人的父母、配偶或普通员工担任。公司的实际控制人隐匿在无清偿能力的挂名股东背后，在法律层面看似与公司无任何关联关系，债权人往往难以突破挂名股东，直接向实际控制人进行追偿。

基于此，笔者通过对法律规定的解读以及对实务案例的调研，拟对债权人在公司违法减资的情形下，向实际控制人等责任主体追偿提供一些解决思路。

一、 债权人向实际控制人追偿的请求权基础

《公司法》及其司法解释规定了对公司债务承担连带责任的诸多情形，债权人可以通过主张人格混同、股东未履行或未完全履行出资义务、股东抽逃出资等方式，将瑕疵股东作为连带责任主体进行追偿。但对于实际控制人的追偿，法律仅赋予债权人在股东抽逃出资情形下，向协助抽逃出资的实际控制人，在股东抽逃出资本息范围内进行追偿的权利。具体规定如下：

➤ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）

第十四条第二款 公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。

可以看到，现行法律规定对于债权人向实际控制人追偿的条件限制极为严格，具体体现如下：一是追偿路径仅限于股东抽逃出资情形，二是实际控制人需存在协助抽逃出资的行为，三是实际控制人的责任范围以抽逃出资本息为限，四是实际控制人承担的是补充责任，责任顺位劣后于债务人公司。

因此，不考虑司法实践中类推适用其他规定的情形，债权人向实际控制人追偿的请求权基础只有《公司法解释（三）》第十四条第二款协助抽逃出资连带责任的规定。

那么在公司违法减资情形下，债权人希望通过本条请求权基础实现对实际控制人追偿的，首先需要解决以下两个问题：**第一，公司违反法定程序减资是否构成股东抽逃出资；第二，实际控制人是否存在协助抽逃出资的行为。**只有以上两个条件同时得到满足，才能实现对实际控制人的追偿。于此，下文第二、三部分就将围绕这两个问题进行展开，观察司法实践对此的态度与回应。

二、 违反法定程序减资亦可构成抽逃出资

公司违反法定程序进行减资，是指公司在明知有债权人的前提下，未就减资事宜向债权人进行通知，径直办理完毕减资的工商登记手续，利用公司有限责任逃避债务，损害债权人利益的行为。然而，根据《公司法解释（三）》第十二条的规定，股东抽逃出资的认定只有

虚增利润进行分配、虚构债权债务关系将其出资转出和利用关联交易将出资转出三种具体情形。

问题在于，公司违反法定程序进行减资，看似并不符合以上任一种情形，如何才能纳入抽逃出资范畴从而向实际控制人进行追偿呢？

笔者经检索发现，司法实践中不乏认定违法减资构成抽逃出资的案例，认为公司违法减资属于《公司法解释三》第十二条第（四）项“其他未经法定程序将出资抽回的行为”的规定。理由在于，股东抽逃出资本质上系一种侵权行为，因股东抽回出资的行为造成公司资产减少，致使债权人的债权无法得到清偿。公司违法减资，在债权人不知情的情况下减少注册资本，又利用股东有限责任逃避债务，损害债权人利益的，两者在本质上并无不同。因此，公司未经法定程序减资损害债权人利益的，应当认定构成抽逃出资。

三、协助抽逃出资行为的司法认定

债权人要向实际控制人进行追偿，前提是证明实际控制人具有协助股东抽逃出资的行为。因此，我们从实务案例出发，对司法实践有关“协助抽逃出资行为”的认定状况进行了梳理。

我们发现，当前法院认定的协助行为主要有两种类型：一是责任主体的作为，即责任主体自身通过一定行为对股东抽逃出资实施了积极协助，例如财务人员提供个人银行帐户进行验资资金的流转，协助股东将资金转入公司验资后再转出；二是责任主体的不作为，即责任主体明知存在抽逃出资，但对此不加以阻止，放任对债权人损害结果的发生，例如高管对违反公司规章制度虚构关联交易的行为不加以审查，默示股东抽回出资。

具体到个案中，法院判断是否构成协助抽逃出资，主要从如下几个角度进行考量：

（一）从组织机构和股权结构角度判断对抽逃出资行为的支配力

协助抽逃出资的实际控制人，往往通过股权结构、组织机构对抽逃出资的股东施加影响。

例如，在石嘴山青年曼莲花汽车有限公司、石嘴山青年乘用车有限公司股东出资纠纷案中（案号：(2018)最高法民终 913 号），最高院认为，目标公司（即债务人）的股东均为同一实际控制人名下的多个关联公司，关联公司存在抽逃出资行为的，实际控制人应当对股东抽逃出资承担连带责任。理由在于，实际控制人是其名下各关联公司的控股股东，实际控制人通过股权和组织机构架构最终完成了对目标公司的实际控制，对抽逃出资的实施具有支配力。

（二）从完成抽逃出资的文件签署上判断是否构成协助

股东实施抽逃出资行为，需要通过虚构债权债务关系、关联交易、公司减资等形式来进行操作，涉及签署股东会决议、董事会决议、关联交易合同、入库单等各种文件。若对应的责任主体在上述文件中签字确认，则会被认定为实施协助抽逃出资行为。

例如，在江如钢、官茂智委托理财合同纠纷案中（案号：(2019)粤 01 民终 6727 号），法院根据载有抽逃出资事项的董事会决议、股东会决议，认定签字股东及董事应承担补充赔偿责任。

(三) 从内部规章规定的流程手续和人员职能范围判断是否构成协助

相关人员违反公司制定的内部管理制度规定，故意不按内部管理流程操作或者明知他人不按流程操作且未提出异议，帮助股东抽回出资的，都会被认定构成协助抽逃出资。

例如，在光彩宝龙兰州新区建设有限公司、宝纳资源控股(集团)有限公司等与袁玉岷、龙湾港集团有限公司股东纠纷案中(案号：(2014)民二终字第00092号)，公司财务制度规定一万元以上对外付款必须经法定代表人和两位财务人员签章，但公司人事部总经理超越其工作职责范围，指示公司出纳对款项进行转出，该异常行为被认定为对股东抽逃出资实施了协助。

(四) 从法定义务角度判断是否构成协助

本项考量因素仅针对对公司负有忠实、勤勉义务的董事、监事和高级管理人员。维护公司利益是董监高的法定义务，当股东实施抽逃出资行为，董监高即便不存在文件签署等积极协助行为，也可能因职务失察而被认定为协助抽逃出资。

在上文提到的石嘴山青年曼莲花汽车有限公司、石嘴山青年乘用车有限公司股东出资纠纷案中，最高院认为，目标公司的3名董事系抽逃资金的具体决策和直接实施者。其余3名董事，应当遵守法律、行政法规和公司章程，履行对目标公司负有的忠实义务和勤勉义务。上述6名董事违反公司法第一百四十七条规定，分别以积极实施和不履行法定义务的方式协助股东抽逃出资，应承担返还抽逃出资本息的连带责任。

综上所述，债权人可以从实际控制人与股东的股权结构、协议文件签署、公司规章制度等多个角度收集实际控制人参与协助抽逃出资的“痕迹”，若实际控制人同时担任公司董监高的，还可以从法定忠实、勤勉义务角度追究其连带责任。

四、 债权人的应对策略

(一) 做好合作伙伴的背景调查，重视实控人与合作法律主体的关联性

在接洽新客户/合作方的过程中，通过公开渠道能搜集到的相关信息，了解对方的股权结构、组织架构和信用状况等。尤其要关注业务接洽中的接洽人、业务实控人与合同签约主体的关联性，若发现实际控制人与合作的法律主体不存在股权关联，也未担任公司法定代表人、董事、监事等主要人员的情况，应当要求对方予以说明，或者预先通过要求实控人设定担保等增信手段，增加相对方的责任财产范围，以降低未来债权可能无法得到清偿的风险。

(二) 对于合作方的实控人拥有多家关联公司，应当设定风控机制

在接洽中，不仅要调查合作方法律主体的信用状况，还要重点调查控股股东、实际控制人的持股情况。若发现控股股东、实控人设立了多个公司，那要进一步了解这些公司是否存在同业竞争、关联关系，并向合作方了解关联公司的分工、财务状况、管理团队，从而判断关联企业与合作方之间是否人财物独立。对于长期进行大量业务合作的企业，若发现财务混同、人员重叠的关联公司，应当及时指出并要求纠正，或者要求其提供其他增信手段，甚至减少、终止业务合作。

(三) 关注公司注册资本的实缴与变更

债权人应当关注债务人公司的注册资本情况，合作时不仅要关注注册资本总额，还要进一步关注注册资本中的实缴比例。如若发现公司刊登减资公告，可以立即要求公司清偿债务或提供相应担保。若债权人发现时减资已经完成，可以通过本文提及的方式，向减资股东以及参与减资的其他责任主体主张对公司债务承担连带责任。

(四) 交易过程中注重信息动态留痕、证据有效固定

在交易过程中，债权人还应当高度关注合作方偿债能力的重要信息：比如工商登记以外的公司实际控制人、业务接洽时的主体和合作条件、股东和高管的变更情况。这些信息的调取，不应当是签约前一次性的，而是伴随整个合作过程中动态进行的，发现隐患应当及时固定证据。例如：在接洽时收到的对方名片，订立合同时对方作为公司授权代表的签字，指示付款、安排签约的邮件、公司网站的相关报道等，表明该等人员实际负责公司日常经营和决策的证据。

（本文首发于 2021 年 9 月 15 日）

贸易型融资中需要交付货物吗？

卫新、徐沁芳、陈楚翹

上一篇文章《融资性贸易模式中，中间方的法律责任及风险防范》中，我们分析了参与融资性贸易的中间方面临追索时，如何进行“名为贸易，实为借贷”的抗辩。但各方真实的借贷合意往往是隐藏的，难以证明。

本文我们将分析，当发生坏账后，上游主体以买卖合同已经交货，起诉要求中间方支付货款，中间方如何抗辩免除付款责任。实践中，“走单、走票、不走货的交易方式亦属于买卖合同关系”，“只要有交货单据就必须付款”的观点非常主流。结合经办案例和理论研究，笔者认为，交货义务仍是买卖合同关系中的主要义务，交货单据与交货义务的完成不能完全等同。如果中间方应对得当，是有摆脱损失的可能性。

一、出卖人提供交货凭证后，通常被认定完成交货的初步举证

当贸易型融资链条断裂，上游未能收回款项时，上游可能主张与中间方之间存在买卖合同关系，要求中间方支付货款，并提供买卖合同、货权转移凭证、相应增值税发票及税款抵扣资料等。此时，法院通常会初步认定双方已成立买卖合同关系、出卖人已履行交付货物的义务。因为买卖合同可以证明双方具有买卖货物的意思表示，货权转移凭证可以证明买受人确认其已从出卖人处取得货物所有权的法律事实，增值税发票及税款抵扣资料可以佐证出卖人已履行交付货物的义务。

当出卖人向法院提供货权转移凭证后，买受人应提出相反证据，对出卖人的主张予以反驳，即买受人负有证明出卖人未交付货物的举证责任，否则要承担举证不能的法律后果，即买受人需要支付货款。

二、出卖人完成交货的初步举证时，买受人如何抗辩以引发法院对“出卖人是否交货”的积极审查

结合司法案例，我们总结了买受人可以提出的反驳观点如下：

1. 抗辩出卖人提交的货权转移凭证不真实

出卖人所提交的初步证据中最为关键的是货权转移凭证，若买受人能提出相反证据否认货权转移凭证的真实性，则出卖人希望用货权转移凭证来证明已履行交付货物义务的目的自然落空。

如最高人民法院(2018)最高法民终 786 号案件中，出卖人虽然提供了案涉纠纷的买卖合同与盖有买受人公章的《货物确认书》，但买受人则提供了买卖合同约定的仓储单位出具的《征询函》，该函明确答复案涉纠纷的各方当事人并未在仓储单位存储或提取过货物。由于《货物确认书》与《征询函》所欲证明的事实完全相反，法院较难认定《货物确认书》的真实性。

2. 抗辩涉案交易的实际交付行为与约定不一致

订立合同的目的在于促使当事人按约行事，若出卖人并未按照涉案交易约定的履行方式进行交付，其应当进行合理说明或解释，否则会引发法院对是否真实交货的怀疑。

如天津市高级人民法院(2020)津民终 436 号案件中，案涉六份焦炭销售合同均约定天津港场地交货，以物流公司仓库出具的磅单结果为准，并作为交货数量的结算依据。但出卖人向法院提交的只有《货权转让证明》及《在库确认单》，天津市高级人民法院最终认定，由于出卖人无法提交物流公司仓库出具的磅单，亦无其他证据如焦炭质量检验报告等证明买受人已查验货物，出卖人提供的证据无法确认案涉交易有真实的货物流转。

3. 抗辩涉案交易约定、履行不符合买卖合同的商业惯例

买卖合同的核心目的为“以物换钱”，核心特征在于货物所有权的移转。因此，通常的买卖合同中应关注并强调货物数量、品质、验收、交付时间、地点等与货物本身及货物交付相关的条款。若当事人在涉案交易中根本不约定前述买卖合同的基本要素，或无法说明前述基本要素在履行环节的实际情况，不符合买卖合同以货物为交易核心的商业惯例，法院将可能怀疑涉案交易是否为真实买卖合同关系，进而怀疑涉案交易项下是否存在真实的货物流转。

例如在(2019)京 02 民终 3193 号案件中，北京二中院认为案涉交易中“两两之间”的买卖合同有违一般买卖合同约定，每一轮“两两之间”的买卖合同均在前后一周之内，合同内约定标的物的标准以生产厂家为准，却未约定生产厂家；约定交货地点为烟台油库，却未约定具体地点和交货时间，甚至买受人需要对供货商、运输方、仓储方的违约责任提供连带担保。从合同约定来看，各方对货物是否真实交付，如何交付、在哪里交付，甚至货物的质量并未充分的关注，更多的是关注自身的收益及保障。法院最终结合如下异常情况认定各方之间不构成买卖合同关系：(1) 三方之间形成循环买卖；(2) 存在低卖高买；(3) 案涉交易主体对循环交易模式明知；(4) 案涉交易主体也参与其他相同模式的无货交易；(5) 刑事询问笔录中借款人法定代表人确认各方是借贷关系。

4. 抗辩案涉交易上下游链条与贸易型融资的典型特征相契合

法院在判断出卖人是否交付货物这一事实时，往往会受到与案涉交易法律性质相关证据的影响。若买受人可以将涉案交易的上下游关系的全貌完整展示出来，且上下游交易关系与贸易型融资的典型特征相契合，此时“出卖人是否交付货物”与“涉案交易的真实性质”两个问题将交织在一起，买受人可以借助案涉交易构成借贷，或存在与买卖合同关系相矛盾的事实，或有违反正常商业逻辑的相关材料来佐证出卖人没有交付货物。即使上述证明未必能达到各方之间为借贷法律关系的证明高度，但一定程度上能够引发法院对于出卖人履行完毕交货义务的进一步审查。

在最高人民法院(2018)最高法民终 786 号案件中，买受人向法院提交了多方当事人共同签订的《化工产品购销框架协议书》、两两签订的销售合同共计二十七份。通过案件审理发现，案涉货物买卖存在如下疑点：(1) 上下游交易形成“自卖自买”的循环贸易；(2) 存在高买低卖的不合理之处；(3) 下游买受人本可以直接向出卖人购买而减少交易成本，但却虚增了中间方；(4) 仓储单位答复各方当事人并未在仓储单位存储或提取过货物；(5) 案涉燃

料油数量高达十余万吨，未有证据显示双方就存储费用进行过磋商；（6）未有任何证据显示买受人在付款后曾前往合同约定的存货仓库予以盘货查验。在此情形下，最高院认为出卖人所提供的货权转移凭证的证明力过于薄弱，仅凭上述货物移转的函件并不足以认定案涉交易中有真实的货物流转。

综上，就出卖人交付货物的事实，买受人可以就货权移转凭证本身、货物交付行为与合同约定不一致且不能作出合理解释、合同不符合买卖合同的基本特征或案涉交易模式的商业逻辑具有明显疑点等进行反驳与抗辩，引起法官对出卖人交付货物的事实产生合理怀疑，进而要求出卖人进一步举证。同时，上述抗辩思路需要结合使用，如果只是存在个别不合常理之处，例如单独提出合同约定与买卖合同基本特征不符的话，往往证明较为薄弱，若出卖人提供补强证据，买受人还是会面临败诉风险。

三、何种情形下，出卖人形成已履行交货义务的证据优势

通常来说，一个重要、真实、完整的货物交易过程包括签约、仓储、验收、运输、交货、付款等多个环节。若出卖人可以提供除收货证明之外其他合同履行环节的相关证据，包括但不限于出卖人与上游供货商的买卖合同、支付凭证、交货凭证等，与仓储方的仓储合同，与运输方的运输合同等，向法官清晰、完整地还原货物所有权移转的全过程，则将增强出卖人交付货物的可信度，从而形成认定出卖人交付货物的证据优势。

例如在北京市高级人民法院(2018)京民终 277 号案件中，虽然买受人提交了贸易型融资项下两两交易的买卖合同，并抗辩上下游交易存在封闭贸易、高买低卖等符合贸易型融资的特征，但是出卖人除提供买受人出具的《货物签收单》之外，还提供与上游供应商签订的《产品采购合同》、上游供应商出具的《出库单》等，用以佐证案涉交易存在真实的货物流转。北京高院据此认为，买受人未能提供充分证据反驳货物已经实际交付的事实，亦未能提供充分证据证明出卖人与买受人共同协商进行无货物交付的贸易型融资或买受人明知此情形，故出卖人与买受人之间存在货物买卖关系。

四、结语

综上，当出卖人提供涉案交易的买卖合同、货权移转凭证、发票以证明其完成交货义务时，买受人可以提出反证据以引发对于出卖人交货的合理怀疑，增加出卖人的举证难度。但循环贸易中的出卖人，往往由于交易模式的特点，能够提供向上游采购的相关合同、交货证明，因此买受人需要从多个角度提出“硬核”的反证据，方能击破出卖人已履行交货义务的“完美证明”。

因此我们仍然建议，买受人在作为中间方时，谨慎出具确认收货的相关凭证，同时避免在出卖人的询证函中直接确认债务。在交易过程中，注意保留对于没有真实货物交易或借贷合意的相关证据，从而避免巨额损失。

（本文首发于 2021 年 9 月 29 日）

热点评析

昔人已乘黄鹤去，此地空余黄鹤楼——杭州保姆纵火案受害人朱小贞的遗产该如何分配？

周煌、顾晓静

四年前，杭州保姆纵火案引发社会的广泛关注。纵火者莫焕晶最终伏法，刑事案件尘埃落定。但在该案中痛失妻儿的林生斌一直未曾真正淡出公众的视线。人们关注着他和妻子父母与物业方绿城集团的索赔纠纷，关注着他为了纪念妻儿创办的“潼臻一生”的品牌发展，也关注着他疗愈创伤的心路历程。总而言之，在这数年间，林生斌先生始终是面对厄运保持克制的“完美受害者”，是公众眼中的“体面人”。

2021年6月30日，林生斌在微博宣自己的新伴侣和新生的女儿，起初评论区还是一片祝福声，没过多久，就发生了近几年来互联网最大的舆情反转。部分网友质疑其从物业方拿了天价赔偿、消费妻儿的悲剧开店卖货赚钱，接着林生斌亡妻朱小贞的家人发声，暗示其企图独占朱小贞留下的财产，与朱家父母存在矛盾纠纷。直至此时，人们才开始注意到另一个问题：不幸过世的朱小贞遗留下来的财产是怎么处理的？林生斌获得的所谓“天价”赔偿是否能算是朱小贞的遗产呢？除了赔偿款项，朱小贞是否还留下了其他的财产？这部分财产又该如何分配呢？

一、遗产范围

根据法律规定，遗产的继承分为法定继承和遗嘱继承，被继承人如有留下遗嘱的，则根据被继承人的有效遗嘱内容进行遗产分配，如无留下有效遗嘱的，则为法定继承，法定继承的第一顺位继承人为父母、配偶、子女，第二顺位继承人为兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。继承由第一顺位继承人继承，只有第一顺位继承人全部不存在的情况下，才由第二顺位继承人继承。从火灾事件本身事发突然及新闻报道的状况来看，朱小贞应该未留下遗嘱，因此，朱小贞遗产适用法定继承，法定继承人为丈夫林生斌和朱小贞的父母共三人。

朱小贞的遗产范围包括：现金、银行存款，房屋等不动产、车辆等动产、股票、基金、理财产品、贵重首饰、著作权、专利权中的财产权利及其他合法财产。另外，根据民法典第1153条之规定，夫妻共同所有的财产，除有约定的外，遗产分割时，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。因此，如对朱小贞的遗产分配无法在家庭成员中协商处理的，则还需厘清朱小贞逝世前的个人财产与林生斌的共同财产，朱小贞的全部个人财产和与林生斌共同所有的财产的一半，属于朱小贞的遗产范围。

法定继承人可以互相协商遗产的分配，如不能达成一致意见的，一般情况下，遗产在法定继承人间平均分配。故朱小贞的遗产应当在法定继承人，即林生斌和朱小贞的父母三人中平均分配。

二、赔偿金

2018年5月21日，林生斌及朱家家属将绿城物业服务集团有限公司等九名被告，诉至杭州市中级人民法院，索赔死亡赔偿金、丧葬费、交通费、被扶养人生活费合计23557440.8

元，财产损失 4100 元，精神损害抚慰金 8000 万元。之后，对杭州市公安消防局的起诉被法院裁定驳回，在案件审理过程中，林生斌一方又撤回了对除绿城集团方之外其余六被告的起诉，该案事实上成为林生斌等人与绿城集团之间的纠纷。

2019 年 4 月 2 日，杭州中院通报该案已经通过调解途径解决，绿城集团已全面履行调解协议确定的义务。根据来源网络的绿城服务集团有限公司《有关诉讼的进一步更新》公告图片显示，绿城集团所支付给林生斌一方的款项共分为两笔：人民币 30 万元的财产损失赔偿和人民币 240 万元的人道主义补偿。林生斌通过微博表示，赔偿金的 33% 已经给了岳父母，至于 33% 的份额是林生斌如何计算出来的，我们不得而知，但是通过推算，不排除林生斌将该笔赔偿金认定为了夫妻共同财产，然后根据遗产法定继承的比例计算的可能。即林将赔偿金按照夫妻共同财产的分割原则切出一半，剩下的一半在三个法定继承人中平均分割，因此得出朱小贞父母可得 33% 的结论（ $50\% \times 2/3$ ）。

其实从法律意义来说，死亡赔偿金并不属于受害人的遗产。所谓遗产，是被继承人死亡时遗留的个人合法财产，该财产应属于被继承人个人所有，如果不是其合法所有的财产或权益，则依法不属于遗产范围，不能继承。而死亡赔偿金，根据最高法《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，属于财产损害赔偿，实质上是对受害人共同生活的家庭共同体造成财产损失的赔偿。最高人民法院《关于空难死亡赔偿金能否作为遗产处理的复函》([2004]民一地字第 26 号)也明确：空难死亡赔偿金是基于死者死亡对死者近亲属所支付的赔偿。

正因为死亡赔偿金不属于遗产，而是死者近亲属的共同共有财产，在司法实践中将综合考虑权利人与受害人关系的远近和共同生活的紧密程度、对受害人经济依赖程度及生活状况等因素，在死者的近亲属之间进行分配。参考青岛法院 2017 年发布的促进家庭文明十大典型案例之一张某某、栾某某与黄某、张某共有纠纷案，原告张某某、栾某某系夫妻关系，被告黄某、张某系母女关系，原告之子、被告黄某之夫张某华因交通事故死亡。原被告获赔死亡赔偿金，两原告请求对死亡赔偿金进行分割。法院认为原告有请求分割赔偿金的权利，但他们一直未与张某华共同生活，且在张某华死亡后仍有其他四名成年子女赡养，因此应少分。而被告张某是张某华的女儿，尚未成年，需由被告黄某独自抚养，被告黄某、张某对李某华的经济依赖程度远大于原告张某某、栾某某，因此在分配死亡赔偿金时可以多分。

结合上述案例，考虑到林生斌、朱家父母都与朱小贞及其子女的关系密切，朱家父母原本是朱小贞应当尽赡养义务的对象，虽然朱小贞已故，但是朱家父母目前仍有其他子女对其尽赡养义务；林生斌虽与朱小贞系共同生活的夫妻，但与上述案例不同之处在于，林生斌并没有尚未成年的子女需要其独自抚养，同时林目前生活状况并非到了需要依赖这笔赔偿生活的地步。因此笔者认为：就林生斌认为的已经分配给朱小贞父母 33% 的比例是远高于法定比例是不恰当的。如果朱小贞父母与林生斌就之前的赔偿金的分配未签署相关协议予以确认而重新诉至法院的，笔者认为，朱小贞父母可得的份额应当可大于目前 33% 的比例。

三、公司股权

根据新闻报道，朱小贞在生前担任了杭州御珑正衣服饰有限公司的法定代表人，并持有该公司 90% 的股份（该公司的另一名股东名叫林生锋，疑似林生斌的哥哥）。经笔者进一步查询，除了上述这家公司，朱小贞还是杭州睿尚服饰有限公司、杭州着笔服饰设计有限公司

的股东及监事。据公示信息显示，这两家公司都是她与丈夫林生斌的夫妻店，夫妻二人分别持有 60%、40% 的股份。根据我国《公司法》及司法解释的相关规定，“自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外”，“有限责任公司的自然人股东因继承发生变化时，其他股东主张依据公司法第七十一条第三款规定行使优先购买权的，人民法院不予支持，但公司章程另有规定的除外”。

也就是说，如果这三家公司的公司章程没有关于股东资格继承的个性化规定，那么身为朱小贞法定继承人的林生斌和朱家父母，都有权主张分割朱小贞生前持有的这三家公司的股权。

四、人身保险金

除去前文所述的目前可以查实存在的财产状况，如果朱小贞生前曾经为自己以及子女投保过人身保险的，那么事故发生后的保险理赔款项也是遗留下的一部分财产。

假设朱小贞生前曾经投保人身保险，其受益人大概率或是她的父母、或是丈夫、或是子女。如朱家父母为其人身保险的受益人，则相应的保险金利益应当归属朱家父母，而不作为朱小贞的遗产进行分配；如林生斌为受益人，亦是同理。但如其子女为受益人的，鉴于三名子女在这场不幸中与朱小贞一同身故，根据我国《保险法》的相关司法解释，“受益人与被保险人存在继承关系，在同一事件中死亡且不能确定死亡先后顺序的，人民法院应根据保险法第四十二条第二款的规定推定受益人死亡在先”，此种情况下，如果朱小贞与其子女无法确定死亡的先后顺序的，应当推定子女身故在先，保险金将作为被保险人朱小贞的遗产，在朱小贞的法定继承人中，也就是朱家父母与林生斌之间进行分配。

而如果三名子女亦购买了人身保险，如受益人是父亲林生斌，则相应的保险金利益归属于林生斌；如受益人是母亲朱小贞，那么按照前述保险法的相关法律规定，在无法确定朱小贞与其子女死亡顺序时，应当推定母亲朱小贞身故在先，则子女的保险金作为子女遗产归属于其法定继承人，也就是三名子女的父亲林生斌。总之，如果子女作为被保险人受益人为其父或者其母或者父母共为受益人的情况下，子女这部分的人身保险利益实质上都将归属林生斌所有。

我们发现，在假设母亲朱小贞和三名子女互为受益人时，在上述关于保险金归属的分析中，关于母亲和子女的身故顺序问题，将出现两种不同的推定事实。事实上这种做法，可在过往司法判例中寻找到踪迹。

在江苏中院审理的上诉人余燕宾与被上诉人中国人寿保险股份有限公司江苏省分公司（以下简称国寿江苏分公司）、原审原告顾云福、朱日凤、翟步芳保险合同纠纷一案（案号：（2013）宁商终字第 167 号）中，同样出现了互为受益人的两个被保险人（两人系母子关系）同时死亡又无法确认死亡顺序的情况。余燕宾其妻顾甲于 2012 年 1 月 27 日因交通事故意外身故，顾甲生前曾以本人为被保险人向国寿江苏分公司投保，受益人为其子余某。同时，又以其子余某为被保险人向国寿江苏分公司投保，受益人为顾甲本人。事故发生后，国寿江苏分公司对于余某为被保险人、顾甲为受益人的寿险合同，根据《中华人民共和国保险法》的规定，推定受益人顾甲先死亡，余某的遗产由其父余燕宾继承，并向余燕宾给付了理赔款。后，余燕宾针对被保险人为顾甲，受益人为其子余某的保险，要求国寿江苏分公司根据以尸体检验鉴定书、理赔领款通知书、顾甲和余某的座位分布，以及事故发生的过程推定顾甲死

亡在先，余某死亡在后的顺序，将顾甲的保险理赔款作为受益人余某的遗产进行分配，但遭到保险公司拒绝，遂引发纠纷。

保险公司主张两份保险合同是独立的两个法律关系，同一次事故当中，在不能确定母子二人死亡先后顺序的前提下，应当依据《保险法》规定推定受益人先死亡。而余燕宾主张保险公司在处理儿子为被保险人、母亲为受益人的保险合同理赔时，已经作出母亲死亡在先的推定，不应当在同一事故中作出两种不同结果的推定。

法院认为，“保险与继承是不同性质的法律关系，在两份保险合同所建立起的两个相互独立的法律关系范围内，可以对同一事件的有关事实作出不同的推定”，支持了保险公司的理赔处理方式。

由此可见，如果朱小贞及其子女投保了互为受益人的人身保险，则朱小贞的部分保险理赔款和三名子女的全部保险理赔款都将归属林生斌所有。

诚如林肯所说，你可以在所有的时间欺骗一部分人，也可以在一部分时间欺骗所有人，但是你不可能在所有时间欺骗所有人。世间人是否诽之谤之，当事人是否问心无愧，让我们静待时间来说明一切。在笔者看来，事故真正的受害者始终是逝世的朱小贞和无辜的孩子们，昔人已乘黄鹤去，此地空余黄鹤楼。她留下的遗产，最后到底何去何从？

（本文首发于 2021 年 7 月 20 日）

《双减意见》下，校外培训机构能否以情势变更为由解除特许经营合同

金香、崔贤姬

根据中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于进一步减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担的意见》（以下简称《双减意见》），学科类校外培训机构目前面临着退出行业或转变业务模式的困境。

其中，退还教学学费、裁减员工补偿、紧急退租等问题备受社会舆论的关注，尤其是那些需要紧急退租的机构，因绝大多数出租方要求承担违约责任、赔偿损失，因此，培训机构不得不寻求相关行业协会、政府部门的帮助。

在此背景下，2021年8月9日，中国民办教育协会发布《中国民办教育协会关于校外培训机构房租有关问题的行业意见书》（以下简称“意见书”）指出，在《双减意见》印发前，校外培训机构如已签订合同承租房屋，用于开展学龄前儿童线上培训或学龄前儿童线下学科类（含外语）培训、义务教育阶段学生和普通高中学生学科类培训的，可根据我国《民法典》第五百三十三条主张构成情势变更，并与出租方重新协商变更租金标准、租赁期限等，也可以与出租方协商提前解除房屋租赁合同。出租方不应将此视为违约，不应收取违约金，并应退还押金和所预付的部分租金。

鉴于行业内诸多培训机构以特许经营模式运营，退租、补偿员工等一波“紧急”的纠纷妥善解决后，行业内势必会掀起特许经营合同纠纷，绝大多数加盟商会选择起诉特许人要求解除特许经营合同并返还保证金、加盟费等。

一、加盟商是否可以主张《双减意见》属于“情势变更”，进而主张解除特许经营合同？

根据《民法典》第五百三十三条规定，合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。该规定也是我们俗称的“情势变更”。

从规定中可以看出，适用“情势变更”解除合同的条件必须是合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、且继续履行合同对于当事人一方明显不公平。

从以上“意见书”中也可以看出，中国民办教育协会对《双减意见》进行评估并经过征求有关部门意见、实地调研走访，以及向参与立法人员、法学专家、专业律师等人士进行专门咨询后，得出本次《双减意见》可以适用“情势变更”变更或解除租赁合同的意见。

因此，笔者认为，特许经营合同纠纷中，加盟商也可以参照“意见书”的内容，要求以“情势变更”为由变更或解除特许经营合同。但从目前情况来看，因特许人也同样受到《双减意见》的影响，除非特许人已完成业务模式的转变，且加盟商愿意以转变后的模式继续履行特许经营合同，否则，仍无法避免解除合同。

二、特许经营合同解除后，加盟商可以要求退还特许经营费用吗？

根据《民法典》第五百六十六条规定，合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。

特许经营合同解除后，特许经营费用的返还须按照各类费用的性质适用不同的处理方式。

1.加盟费

特许经营合同解除后，加盟商请求返还已经支付的加盟费的，应当综合考虑合同的订立和履行情况、实际经营期限、双方当事人的过错程度等因素合理确定返还的数额、比例或方式。

2.押金、保证金

特许经营合同解除后，特许人应当及时向加盟商返还押金、保证金，但该押金、保证金已经充抵特许经营费用或加盟商其他债务的除外。

3.产品设备、其他物料费用等

特许经营合同解除后，除属于从事特许经营业务过程中的正常消耗外，特许人向加盟商提供的产品或者设备应当返还或折价返还。如果加盟商是通过买卖合同或者其他协议从特许人处购买了相关产品设备或其他物料的，应当按照合同约定处理。

结语

《双减意见》后，校外培训机构已经陆续开展了各自的“自救”努力，有的品牌转型为素质培训，有的品牌转型为技能类培训等等。因此，加盟商无须一刀切抵触并一味地要求解除合同，可根据自身情况理性判断止损的最佳方案。

(本文首发于 2021 年 8 月 16 日)

玩家可以失控，游戏抄袭不可放过——《失控玩家》带给游戏开发者的维权启示

卫新、胡至浩

友情提示，本文涉及《失控玩家》剧透

近日，影片《失控玩家》火热上映，口碑和票房都取得成功。影片描述米莉（Millie）和键盘（Keys）开了一款独立游戏《Life Itself》。然而，当该款游戏被大公司老板安托万收购后却遭雪藏，而安托万公司不久后即推出了《Free City》并大卖。

尽管大老板安托万不承认使用了米莉与键盘的游戏代码，但是坚信安托万盗用自己游戏代码的米莉，则在游戏中不懈寻找证据。

最终，主角盖（Guy）在《Free City》的地图之外找到了一个《Life Itself》中的场景，证明了安托万公司抄袭了《Life Itself》。

在跌宕起伏的故事情节和炫目斑斓的特效技术之下，游戏抄袭这一法律问题成为影片的焦点。笔者作为游戏业务的专业律师，以影片故事为基础，在此探讨以下问题，分享游戏开发者抄袭维权的路径与难点以及影片所带来的启示：

问题一：影片中，安托万通过收购《Life Itself》将其游戏代码用在自己研发的《Free City》中是否侵权？

问题二：影片中，当米莉和键盘在盖的帮助下找到了抄袭游戏场景的证据后，该如何进行著作权维权呢？

问题三：当游戏抄袭者采取各种方式制造作品“差异”，开发者应当如何找到抄袭的证据？又应当如何事先预防抄袭的发生呢？

问题一：影片中，安托万通过收购《Life Itself》将其游戏代码用在自己研发的《Free City》中是否侵权？

普通影迷观影之初可能会有疑问，既然主角出售了游戏，为何还要苦苦证明安托万的游戏抄袭了自己呢？购买方难道不能自由使用自己收购的产品吗？

从法律上来看，上述问题的实质是：**在游戏的合作或交易达成之后，合作方或者购买方是否可以在自己的游戏中直接使用被购买游戏的代码或内容？**

答案不是绝对的，而应当根据双方协议中的相关知识产权移转约定的内容来具体判断。

游戏开发者委托他方发行游戏是较为常见的，一般情况下，开发者仍然享有游戏的著作权利，仅仅将游戏发行的相关权利（如复制权、发行权、信息网络传播权等）授予发行方。此时，发行方无权在自己的游戏中使用被购买的游戏。

另一种情况下，大型游戏公司收购了游戏开发者的游戏，一般情况下，大公司会要求开发者将除了不可转让的权利外的其他著作权利全部转让。此时，大公司即同时拥有了自行开发的游戏和被购买游戏的各项著作权利，使用被购买游戏的代码或内容也不会有人来主张权

利。但是，开发者仍然享有署名权等权利。

在影片中，安托万不承认使用了《Life Itself》的游戏代码是因为不想给米莉与键盘分成。那么可以看出，安托万虽然收购了《Life Itself》，但是双方应当就发行《Life Itself》及发行收入分成有所约定。在该种情形下，安托万公司在《Free City》中使用了《Life Itself》的内容、代码，已经构成了违约；并且，至少已经侵犯到了米莉与键盘对《Life Itself》的署名权。

问题二：影片中，当米莉和键盘在盖的帮助下找到了抄袭游戏场景的证据后，该如何进行著作权维权呢？

影片中，安托万及其公司采取各种方式制造作品“差异”使得米莉苦于抄袭证据难寻。最终，在盖的帮助下找到了《Free City》中抄袭《Life Itself》场景的证据。那么现实中，米莉与键盘后续应当如何采取争议解决方案让安托万受到法律的制裁呢？

抄袭行为侵犯了著作权是不言自明的。而在司法实践中，“接触+实质性相似”是认定著作权侵权行为的核心标准。

对接触而言，一般来说有两类接触方式：

- (1) 公开发表；
- (2) 未发表的，但是与侵权人存在洽谈、合作等方式。

在影片中，虽然《Life Itself》尚未公开发表，但是安托万买下米莉和键盘的《Life Itself》，则意味着安托万及其公司已经实际接触了《Life Itself》。

对于实质性相似而言，权利人采取不同的争议解决方案主张保护的作品类型的不同，会导致法院认定中有不同的考量因素。

1. 美术作品

单就一个静态游戏场景而言，可以主张构成美术作品受《著作权法》保护。

一个静态游戏场景中往往包含了大量的美术设计与素材，根据《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》第 2.15 条规定¹，可以构成美术作品。

当在他人游戏中发现疑似抄袭的场景时，若以美术作品主张，则需要对是否构成美术作品的实质性相似进行比对。例如在《穿越火线》诉《全民枪战》的一审判决²中，对于游戏场景地图，深圳市中级人民法院考察了整体构图、内部组合结构、布局安排、美术效果等因素进行实质性相似的认定。

在影片中，盖在《Free City》中找到的《Life Itself》场景宛如仙境，包含了瀑布、森林、花朵等美术设计与素材，虽然无从得知其设计的布局构图，但仍有较大可能具有独创性，可以整体或部分构成美术作品。那么《Free City》中出现了与《Life Itself》相同的场景，已经构成了对《Life Itself》中该场景的美术作品著作权侵权。

¹ 《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》第 2.15 条规定：“网络游戏的组成要素可以单独构成作品，包括但不限于如下情形：（1）人物形象、服装、道具、地图、场景等可以构成美术作品”

² 深圳市腾讯计算机系统有限公司与畅游云端（北京）科技有限公司著作权侵权纠纷民事判决书，案号：(2017)粤 03 民初 559 号

2. 视听作品

对于游戏场景所形成的连续动态画面，可以主张构成视听作品受《著作权法》保护。

相较于静态游戏场景，游戏动态画面具有两大特征：一是动态性，该场景图反映玩家在游戏中的动态画面，而非处于静止的状态；二是整体性，即该场景图是整个游戏场景空间，而非某个单一的具体场景图。³根据《广东省高级人民法院关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》及《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》相关规定⁴，运行网络游戏某一时段所形成的连续动态画面，符合以类似摄制电影的方法创作的作品构成要件的，应予保护。

当在他人游戏中发现抄袭的场景时，若以视听作品主张，则需要对是否构成视听作品的实质性相似进行比对。在目前的司法实践中，各法院法官对实质性相似的比对因素有各自取舍，但UI界面、角色技能效果图、道具和场景一般都是不可回避的考量因素，至于游戏玩法具体设计从近期案例⁵来看也在逐渐成为一个重要因素。

在影片中，《Life Itself》游戏场景所形成的连续动态画面，由米莉与键盘独立完成，并体现了作者个性化的取舍、选择、安排和设计，具有独创性；可以借助技术设备复制；由有伴音或无伴音的连续动态画面构成；因人机互动而呈现在游戏画面中的视听表达属于《Life Itself》游戏预设范围。因此，根据《广东省高级人民法院关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》第十八条规定⁶可以构成视听作品。那么，《Free City》中出现了与《Life Itself》基本相同的连续动态画面，可以构成对《Life Itself》连续动态画面的视听作品著作权侵权。

3. 计算机软件

对于一个相同的游戏场景，能否主张软件著作权侵权呢？

毫无疑问，游戏可以构成计算机软件作品。但是，要主张计算机软件侵权，首先需要证明计算机软件的权属，即证明这款游戏是由开发者创作的。根据《广东省高级人民法院关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》第二十一条规定⁷，网络游戏计算机软件著作权登记证书、研发文档、设计底稿、取得权利的合同、符合行业惯例的权利人声明等

³ 于波，《十评 MOBA 游戏地图著作权系列之四：MOBA 游戏场景图涉及的作品类型界定》，IPRdaily 中文网（iprdaily.cn）

⁴ 《广东省高级人民法院关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》第十七条规定：“运行网络游戏某一时段所形成的连续动态画面，符合以类似摄制电影的方法创作的作品构成要件的，应予保护。”《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》第 2.14 条规定：“运行网络游戏产生的连续动态游戏画面，符合以类似摄制电影的方法创作的作品构成要件的，受著作权法保护。”

⁵ “在对游戏画面难以逐帧进行比对的情况下，可以将游戏玩法具体设计作为游戏的基本表达和是否构成实质性相似的判断方法。”娱美德有限公司、株式会社传奇 I P 等与广州三七互娱科技有限公司等著作权属、侵权纠纷、商业贿赂不正当竞争纠纷一审民事判决书，案号：(2019)粤 0192 民初 38509 号。

⁶ 《广东省高级人民法院关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》第十八条规定：“判断游戏画面是否符合以类似摄制电影的方法创作的作品构成要件，一般综合考虑以下因素：

- (1) 是否具有独创性；
- (2) 是否可借助技术设备复制；
- (3) 是否由有伴音或无伴音的连续动态画面构成；
- (4) 因人机互动而呈现在游戏画面中的视听表达是否属于游戏预设范围。”

⁷ 《广东省高级人民法院关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》第二十一条规定：“网络游戏计算机软件著作权登记证书、研发文档、设计底稿、取得权利的合同、符合行业惯例的权利人声明等可以作为证明著作权权属的初步证据。”

都是开发者应当注意留存的。

但即便证明了软件权属，在现实中，软件著作权也是较为难以保护的，因为抄袭剽窃类软件著作权侵权的实质性相似一般需要进行软件比对，即将主张权利的计算机软件源程序与被诉侵权的计算机软件源程序进行对比；但是，代码的反向编译极为困难且往往具有不唯一性，作为主张权利的游戏开发者，难以获得侵权的直接证据，即侵权游戏的源代码（源程序）。除此之外，考虑到商业秘密等因素，游戏开发者也并不一定愿意提供源程序，因此可能会承担不利后果。例如《逗趣医院》诉《口袋医院》一案⁸中，因原告拒绝比对，法院不能认定被告计算机软件作品剽窃原告的计算机软件作品。

从举证角度而言，一份单个游戏场景相同的证据也尚不足以证明软件著作权的侵权，原因在于：（1）一般而言，游戏场景大多属于美术资源，开发者不常将场景编入代码，因此难以直接判定代码的剽窃；（2）即便开发者将场景编入了代码，代码与游戏表现内容也并不存在一一对应的关系。

但是，一个相同的游戏场景可以构成软件结果层面的相同。在《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》第 11.8 条中规定了抄袭剽窃类软件著作权侵权的实质性相似的认定方法，其中规定有：“被告拒不提供被诉侵权的计算机软件源程序，原告能够举证证明……在软件结果（包括软件界面、运行参数、数据库结构等）方面相同或者实质性相似，可以认定原、被告的软件构成实质性相似。”因此，当开发者发现他人游戏中包含有相同或者基本相同的元素且该元素是编入代码的而非素材资源之时，也是可以主张软件著作权侵权的。

在影片中，如若进入审理阶段，由于《Life Itself》已经被收购，则不存在不提供源代码的顾虑，在米莉与键盘提交《Free City》中《Life Itself》游戏场景的证据的情况下，安托万若提供《Free City》的源代码，即能通过比对发现两者相同或实质性相似；安托万若不提供源代码，《Free City》中的《Life Itself》游戏场景可以构成软件结果方面的相同，从而有一定可能认定《Free City》与《Life Itself》构成实质性相似，安托万及其公司构成了软件著作权侵权。

综上，当取得了一份游戏场景被抄袭的证据时，可以追究侵权人的著作权侵权责任，但在主张时，应当综合考虑各类作品类型的特定结合案件情况制定争议解决方案。例如在影片中，从举证难度考虑，美术作品最低而计算机软件最高；而从索赔金额考虑，《Life Itself》代码不仅包含一个游戏场景，更重要的还编写有生成盖的人工智能，因此软件著作权的价值较高且侵权内容占比程度较高，有利于取得较高的赔偿金额。而对安托万及其公司来说，其侵权被诉作品的获利巨大、侵权人主观过错程度尤为严重，应当受到法律的制裁，甚至有很大可能根据《著作权法》⁹承担 1-5 倍的惩罚性赔偿。

问题三：当游戏抄袭者采取各种方式制造作品“差异”，开发者应当如何找到抄袭的证据？又应当如何事先预防抄袭的发生呢？

⁸ 深圳橙游科技有限公司与厦门本捷网络股份有限公司著作权权属、侵权纠纷一审民事判决书，案号：(2018)粤 0306 民初 8957 号

⁹ 《中华人民共和国著作权法》第五十四条规定：“对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。”

在上述分析之后，不难发现，在抄袭维权之路上，正如《失控玩家》的剧情一样，最难的就是如何找到抄袭的证据。那么在欣赏完影片并津津乐道之余，对于游戏开发者来说更应当注意如何通过**事先预防和事后补救措施**保护游戏作品的合法权益，笔者在此建议如下：

1. 在其他游戏疑似抄袭的情况下，注意从游戏细节中寻找抄袭的证据

在影片中，米莉与盖费尽千辛万苦调查抄袭证据，最终从盖公寓的百叶窗的窗叶上找到了抄袭场景的线索。在现实中，除了存在“攀附”意图或单纯“换皮”的抄袭外，抄袭方往往会通过各种方式掩盖其侵权行为，寻找抄袭的证据也成为了抄袭维权最大的难点。因此，在面对其他游戏疑似抄袭的情况下，游戏开发者应当注意**从游戏的设计细节、设计缺陷、补丁等细微处搜寻证据**。例如在《辐射：避难所》与《西部世界》手游的纠纷中，《辐射：避难所》的开发者即是通过一个快速划动镜头时会出现的 Bug 找到了抄袭的证据。

2. 在游戏开发过程中编入权利特征标志

在影片中，米莉苦苦寻找的就是能够证明《Free City》抄袭的证据，但如若在一些难以发现的地方加入权利特征标志，则可以在维权过程中省去大量调查取证的成本。例如在莉莉丝与 Ucool 的纠纷中，莉莉丝曾发布一段视频，只要点击 Ucool 的游戏《Heroes Charge》界面上的某一区域，就会显示「LILITH GAMES」的文字，而这其实是莉莉丝的程序员埋下的隐藏代码。

3. 健全保密与竞业制度

游戏行业中时常有因员工跳槽离职而产生的代码泄露事件。并且结合前一点权利特征标志，若知晓权利特征标志的员工跳槽了，那么该措施就毫无意义。因此，游戏开发者更应当**健全内部的保密制度与竞业制度**，避免正在开发中的游戏的重要内容泄露。

4. 健全内部留档及时进行全面知识产权布局

最后，应当提醒游戏开发者对于游戏开发过程中各类想法、创意、草稿、方案等妥善留档保管。同时，对可能产生的新的技术方案及时申请专利；对于游戏软件、美术素材、人物名称、游戏脚本等及时进行著作权、商标权的登记和申请，从而避免发生纠纷时因权利基础不稳定而导致的诉讼风险。

（本文首发于 2021 年 9 月 13 日）

利用职务便利与利用工作便利的实务辨析——基于 EMS 内部员工 盗窃邮寄黄金热搜

冯笑

2021 年 9 月 19 日晚，一则新闻上升到“新浪微博”热搜第一位：



在该则新闻下方的评论里，除了日常“吃瓜群众”外，有很多人在讨论内部员工的这一行为涉嫌构成刑事犯罪，但对于定性则有定职务侵占罪还是盗窃罪的不同论点。在我们看来，产生这一争议主要是在两个基础问题上观点不一致：

- 1、客户委托快递公司邮寄的财物，是否可以认定为职务侵占罪中的“本单位财物”；
- 2、内部员工盗窃财物是利用职务上的便利还是工作上的便利。

上述第一个问题，我们在 2019 年 5 月 8 日“星瀚微法苑”上的《如何认定职务侵占行为的对象是否为“本单位”财物？》曾有论述并分析：职务侵占罪“本单位财物”在范围上不仅包括本单位“所有”的财物，也包括本单位“持有”、“占有”、“控制”的财物。具体而言，“本单位财物”主要有三种形态：①本单位所有的现金、动产等，这些都处于本单位占有和监管范围内；②本单位尚未建立占有但具有所有权的债券等；③本单位依据法律、合同等暂时管理、运输或者使用的归他人所有的财物。因此在此对第一个问题不再展开赘述，我们将焦点放在第二个问题上。

一、区分“利用职务便利”与“利用工作便利”的意义

(一) 法理解析

以刑法界通说¹为依据，在实务中，区分“利用职务便利”和“利用工作便利”的意义首先在于，二者直接影响到行为定性，例如行为人利用职务便利窃取、骗取、占有单位财物的，为职务侵占罪；行为人利用工作便利窃取、骗取、占有单位财物的，可能分别为盗窃罪、诈骗罪、侵占罪等普通财产犯罪。

又由于在 2016 年两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》司法解释（以下简称“贪污贿赂解释”）调整职务侵占罪追诉量刑标准之后，职务侵占罪的追诉标准和盗窃罪、诈骗罪等的追诉量刑标准相差巨大，以盗窃罪为例，相对于职务侵占罪的追诉标准为 6 万元，盗窃罪的追诉标准为 1000-3000 元²（在上海市，盗窃罪的追诉标准为 1000 元），两者的差距达到 20-60 倍；以诈骗罪为例，诈骗罪的追诉标准为 3000-10000 元³（在上海市，诈骗罪的追诉标准为 5000 元），两者的差距达到 6-20 倍。再如，职务侵占 100 万元以上的⁴，法定刑为 3-10 年，而在上海市，盗窃金额 30 万以上、诈骗 50 万以上的法定刑就为 10 年以上有期徒刑至无期徒刑，法定刑远远重于职务侵占罪。

因此准确的区分“利用职务便利”和“利用工作便利”直接影响行为定性、更直接影响行为人是否负刑事责任以及所负刑事责任的大小，区分意义重大。

(二) 判例解读

最高院指导案例第 247 号“林通职务侵占案”，也可以清晰反映出上述问题：

林通系某信用社工作人员，2000 年 3 月 30 日下午，林通和同事涂某等人从信用社下属营业网点押钞回信用社，将收回的 70 余万元人民币存在金库保险柜。其后，林通借故支开其同事，利用自己持有的金库及保险柜钥匙未上交之机，又返回打开金库大门及保险柜，盗走 70 万元人民币后潜逃。

在该案一审中，辩护人提出林通的行为应认定为职务侵占罪，福州市中院认为林通系采取秘密手段窃取金融机构的巨额钱款，其行为构成盗窃罪，且数额特别巨大，判决林通犯盗窃罪，判处死刑，剥夺政治权利终身（当时盗窃罪还有死刑），并处没收个人全部财产。林通不服一审判决，向福建省高院提出上诉。

福建省高院认为：林通作为信用社的押钞员，同时兼有现金出入库的出纳职责，其窃得信用社 70 万元巨款，虽与信用社钥匙保管、出入金库等制度上的混乱和漏洞有关，但主要还是利用了其职务上的便利，符合职务侵占罪的犯罪构成要件，改判为职务侵占罪，判处

¹ 在刑法学界通说中，利用职务便利窃取、骗取、占有单位财物的，为职务侵占罪，但也有学者对此持反对意见，例如张明楷教授认为：在职务侵占罪中，只有狭义的侵占行为才能构成职务侵占罪，只有将基于职务或者业务所占有的本单位财物非法据为己有的，才能成立职务侵占罪。完全可以将利用职务便利实施的盗窃、诈骗行为排除在职务侵占罪之外，直接以盗窃、诈骗罪论处。

² 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释【2013】8 号）

³ 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（法释【2011】7 号）

⁴ 在 2021 年《刑法修正案（十一）》正式施行后，对“职务侵占罪”新增了“数额特别巨大”一档量刑标准。但截至目前，对于原来的 100 万元“数额巨大”的标准是否进行调整，还未出台明确规定。

有期徒刑 15 年，并处没收财产人民币 10 万元、追缴非法所得。

通过对比该案件中不同定性下行为人的刑事责任，虽然二审法院对其仍然判处了 15 年有期徒刑，在自由刑中基本是顶格判，但相对于死刑而言明显存在巨大的差距，虽然该案经过 20 年至今，职务侵占罪、盗窃罪的量刑标准都结合社会经济发展进行了适当的调整，但是即便根据现行的法律规定，如果该案认定职务侵占罪，法定刑仅为 3 年以下，而认定盗窃罪的话法定刑则为 10 年以上，两者的差别仍然巨大。

二、区分“利用职务便利”与“利用工作便利”的标准

（一）法理解析

要准确理解并适用“利用职务便利”，则必须准确理解其中“职务”一词的内涵。在我们看来，“职务”一定要体现职权性，是指具有一定管理权的职责，对他人得到或者失去某种利益有制约决定作用的工作和地位；“便利”就是一种便利条件或者方便条件。在职务侵占罪中，利用职务便利指的行为人利用工作上拥有的主管、管理、经手、保管本单位财物的权力，无论是主管、管理、经手还是保管，归根究底都要求具有一定的管理性。

刑法条文中没有任何一处“利用工作便利”的表述，这只是大家经常提及的一个概念。通说认为，工作便利是指与职权或职责无直接关系或者说不是以职责为基础的便利条件，如仅仅因为在某单位工作而熟悉作案环境、凭借系工作人员的身份而易于进入他人保管公共财物的场所、较易接近作案目标或者因为工作关系熟悉本单位其他人员的职务行为的操作规程等便利条件。

因此，二者区分的根据在于：前者是利用管理性的职权达到舞弊行为的目的，后者利用的便利无法体现管理性，而是一种条件便利性。

（二）判例解读

笔者团队在研究反舞弊犯罪过程中，曾经也接触过不少类似案子，在此也选择两例类似案件，希望能够对正确认识这一问题有所帮助：

判例一，在 2008 年，上海有过这样一则判例⁵：

行为人李某系上海沪深航空货运服务有限公司（简称“沪深航公司”）驾驶员，朱某、熊某位搬运工。

2008 年 1 月 12 日下午，李某与朱某、熊某三人按照沪深航公司的指令将一批货物从公司仓库运至上海浦东国际机场。李某负责驾驶车辆、清点货物、按单交接并办理空运托运手续，熊某、朱某负责搬运货物。当日下午 4 时许，在运输途中，三人经合谋共同从李某驾驶的货车内取出一箱品名为“纪念品”的货物，从该封存箱内窃得 30 枚梅花鼠年纪念金币（价值共计人民币 16 万余元）予以瓜分。后在沪深航公司的追问下，李某和朱某、熊某将窃得的 30 枚梅花鼠年纪念金币退至沪深航公司，由沪深航公司退还给托运人。李某等三人陆续离开沪深航公司。

该案一审期间，公诉人指控李某等三人为构成盗窃罪，一审法院以职务侵占罪进行宣判。

⁵ 参见：《最高人民法院公报》 2009 年第 8 期(总第 154 期)

一审检察院对此提起抗诉，二审维持原判，案件最终的定性为职务侵占罪。

在该案件中，检察院认为行为人虽然是单位员工，但是其在运输途中秘密开启封存箱，利用的是工作便利，不是职务便利，所以应根据盗窃罪这一普通财产犯罪进行认定；而一审法院、二审法院均认为行为人系公司的驾驶员，在履行职务的过程中实际控制该货物并负有保管货物、将货物运至目的地并办理托运的职责，利用的是职务便利，所以该案件最终是以职务侵占罪定性。

判例二，2013 年四川省成都市也有一起类似判例：

杨某与仕邦人力公司签订《劳动合同》，约定杨某由仕邦人力公司派往顺丰公司工作，2013年11月15日凌晨，原审被告人杨某在顺丰公司的“成都中转场”上夜班，负责快递包裹的分拣工作。凌晨3时许，杨某在分拣快递包裹的过程中，将自己经手分拣的一个外有“M”标志、内有一部小米3TD手机的快递包裹秘密窃走。同月20日，顺丰公司发现托运的包裹丢失，经调取、查看“成都中转场”的监控录像，发现被本单位人员杨某窃取，遂于同月26日向公安机关报案。当日下午，杨某被抓获，公安人员从杨某身上搜出被盗的手机，后带杨某前往其暂住地四川省双流县空港4期房，从房内查获被盗手机的充电器和发票。经鉴定，被盗手机价值1999元。杨某归案后如实供述了自己在分拣工作时窃取手机包裹的事实，并赔偿顺丰公司1999元。

该案一审期间，公诉人指控杨某构成盗窃罪，一审法院也以盗窃罪进行宣判。但二审法院对此进行改判，认为杨某的行为属于职务侵占行为，但因涉案金额未达职务侵占罪的追诉标准，因此改判杨某不构成犯罪。后该案由四川省高院再审，维持二审判决。

在该案件中，检察院认为杨某作为操作员，其对货物处理无选择权和决定权，对货物也不具有看管职责，因此，其对货物的接触仅仅是其工作岗位的要求，杨某利用因工作关系熟悉作案环境、易于接近作案目标等方便条件秘密窃取单位财物，不属于利用“职务便利”，而属于“因工作关系产生的作案地点、作案机会便利”。而二审法院及再审法院则认为：杨某作为顺丰公司的工作人员，受顺丰公司安排，负责公司快递包裹的分拣工作，具体经手涉案财物，对本单位财物具有临时的实际控制权，其利用这一职务上的便利，将财物非法占为己有，其行为符合职务侵占罪的犯罪行为特征，但因涉案金额不达职务侵占罪的定罪起点，因此不以犯罪论处。

三、关于 EMS 内部员工盗窃邮寄黄金案

回到这一新闻中，鉴于目前官方的回复还仅限于“系内部员工盗窃、相关人员也已经按照公司规定进行调查处理”这一概括性回复，没有提及具体员工的职务身份、职务便利、具体的盗窃行为方式、是否报案等，以现有的信息尚不足以去评判该案可能涉嫌职务侵占罪或者盗窃罪。但该案件如果进入刑事程序，在行为定性上，一定是会考虑该员工到底利用的是“职务便利”还是“工作便利”，我们也可以对此新闻后续保持关注。

（本文首发于 2021 年 9 月 28 日）

网络黑灰产

热爱法律的技术派

网络“黑灰产”产业链现状问题研究

汪银平、周飞雁

随着互联网的不断发展和信息技术的快速更新，利用互联网新技术的新型网络犯罪形式层出不穷，网络犯罪分工不断细化，犯罪手段不断升级。非法获取、买卖公民个人信息、“薅羊毛”、刷单炒信、网络水军刷帖引流控评等“黑灰产”现象越来越常见，成为亟需治理的难题之一。“黑灰产”利用互联网平台实施网络犯罪、进行不正当竞争行为，不仅扰乱市场正常经营秩序，更加危害到用户的个人信息安全，对公民日常生活造成严重影响，对正常社会秩序造成严重冲击。黑灰产业几乎渗透到互联网所有行业中，在巨额经济利益的驱动下，黑灰产从业者游走在法律监管的边缘地带，利用各种网络犯罪技术与工具，逐渐形成一条分工明确、合作紧密的黑灰产业链条。

最高人民法院、最高人民检察院等国家机关也相继推出各项指导政策严惩网络黑灰产业链犯罪，绝不让网络空间成为黑灰产的容身之地。一个由网络技术、高新科技催生下的“虚拟世界”正以迅猛之势深入公众生活，网络黑灰产也伴随着“虚拟世界”的发展逐渐壮大，危害日益严重。基于此，本文针对性地对网络黑灰产业链进行类型化分析，并在后续系列文章中将针对典型的黑灰产业务模式规制问题进行研究，以期探寻真正实现有效规制网络黑灰产业链之策。

一、“黑灰产”现状及典型行为模式

通常意义上，网络黑灰产业链可分为上中下游：位于上游的黑灰产负责收集提供各种信息资源，即为相关犯罪提供或者准备工具，包括公民个人信息、手机黑卡、各种软件账号信息等；中游则负责研发黑灰产软件工具，针对网络系统和计算机进行直接破坏、入侵，以批量、自动化的方式利用各类黑灰产资源实施网络违法犯罪活动；下游负责将其各种非法所得合法化，进行交易变现，涉及众多非法网络交易和支付渠道，是对上中游行为的结果实施如诈骗、赌博、洗钱等相关传统犯罪。¹

结合黑灰产业链条上中游黑灰产服务商业务内容，上中游涉及的黑灰产主要可以分为以下几类：

（一）信息类黑灰产

根据获取数据信息的途径可将信息类黑灰产分为数据窃取、内部泄露和用户提供。个人信息获取环节如图 1 所示：

¹ 刘宪权.网络黑灰产上游犯罪的刑法规制[J].国家检察官学院学报,2021,29(01):3-17.

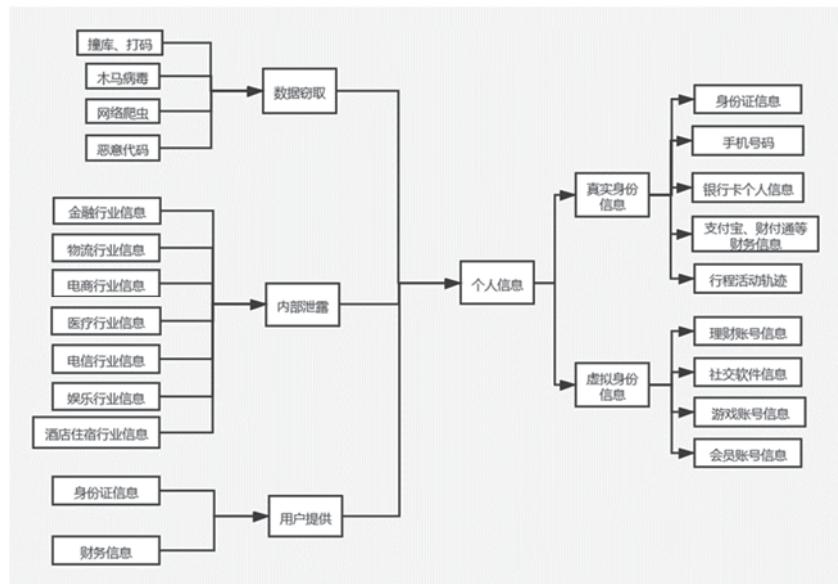


图 1

1、数据窃取

(1) “撞库”技术与“打码”技术结合

“撞库”是指黑客通过收集已泄露的用户信息，利用账户使用者相同的注册习惯，如相同的用户名和密码，尝试批量登陆其他网站，从而非法获取可登录用户信息的行为，供他人免费使用。“打码”平台的原理即是组织、雇佣“码工”，采用纯手工，“人肉”解码，彻底避开或突破了验证码这层计算机信息系统安全保护措施。²

通常行为模式是，在互联网上下载或者购买大量公民已泄露的个人信息（邮箱账号及密码、身份证号、电话号码等），然后使用“撞库”和“打码”软件，尝试批量登录其他网站，便能得到一系列可以登录的用户信息。因为许多用户在不同网站使用的账号密码可能大多相同，因此可以通过获取用户在 A 网站的账户从而尝试登录 B 网站。

(2) 网络爬虫技术

网络爬虫技术是一种常见的数据抓取技术，常用于搜索引擎领域对站点进行爬取收录。网络爬虫最常见的应用就是搜索引擎利用网络爬虫对网页信息进行系统性的浏览、分析和存储，以对这些网页建立索引和提供搜索服务，并决定针对特定检索的网页重要性排序，以及发现不同网页之间的关联性。³

(3) 木马病毒程序

通过木马病毒非法获取信息数据主要存在以下三种行为模式。第一，在硬件设备的生产环节植入木马程序，从而控制手机回传短信、手机号码、验证码等信息。第二，租用或者购买“钓鱼网站”源代码等程序，将带有木马程序的“钓鱼网站”发给不特定的人，当用户打开链接并输入账号密码后，“钓鱼网站”后台即能获取用户信息。第三，入侵手机、计算机等设备或网站后植入木马程序，进行远程操控，从而获取数据信息。

² 参见杭州中院发布杭州法院司法保障数字经济十大案例之四：叶某某、张某某、谭某某提供侵入计算机信息系统程序、非法获取计算机信息系统数据案。

³ 杨志琼.数据时代网络爬虫的刑法规制[J].比较法研究,2020(04):185-200.

2、内部泄露

“内部泄露”是指银行、医疗、物流、宾馆、电商、电信等行业员工利用职务之便，非法倒卖掌握的用户数据的行为。利用职务便利泄露信息数据的内部员工，通常被称为“内鬼”，“内鬼”主要是通过帮助他人查询信息或者将登陆查询系统的账号密码提供给他人，供他人查询的方式收取他人钱财，或者直接利用职务之便非法获取下载用户信息数据，保存在私有存储设备上，提供、出售给他人进行牟利。

3、用户提供

“用户提供”是指部分人员安全意识不强或者出于利益驱动，主动售卖本人身份证件信息、手机号码、社交软件账号密码等个人信息或提供代办服务。

(二) 流量类黑灰产

1、恶意注册

恶意注册是指以不正常使用为目的，违反国家规定和平台注册规则，使用虚假或非法取得的身份信息，以手动或通过程序、工具自动进行，批量创设网络账号的行为。恶意注册是网络黑灰产的源头之一，许多关于虚假流量的网络黑灰产都以行为人掌握大量网络账号为前提，需要依靠批量注册账号才能实现盈利，如网络水军、恶意点击、数据刷量、网络刷单、薅羊毛等。

2、恶意点击

恶意点击可以分为以下两类：

(1) 机器点击，机器点击又可分为两大类，一类是猫池、卡池点击，一类是后台静默点击。⁴

(2) 人肉刷量，可分为两大类，一类是由水军头目组织普遍网民点击，另一类是通过各种方法诱导普通网民点击。⁵

3、流量劫持

流量劫持是指通过技术手段，非法拦截、修改或控制用户上网行为，从而实现网络流量的引流。一类是通过误导性广告、菜单等诱导用户进入特定网站；另一类是强制改变他人网站访问路径。

4、刷单炒信

所谓刷单炒信行为就是指在电商平台上，通过虚构交易，营造虚假交易量以及好、差评等手段炒作商家信用的行为。在电商领域，刷单炒信主要包括两种形式：一种是正向刷单炒信，即网络商家自己或雇佣水军通过刷单的方式购买店内的商品并给好评，以此来提升店

⁴ 源自《2020 网络黑灰产犯罪研究报告》，百度时代网络技术(北京)有限公司,联合公安部第三研究所网络安全法律研究中心发布.

⁵ 同上注 3.

铺产品的销售量与店家信誉；另一种是反向刷单炒信，是指网络商家采用刷差评的方式诽谤竞争对手或故意给予好评，制造同行竞争者自己刷单的假象，从而致其被电商平台认定为从事虚假交易而受到信誉降级处罚。

5、数据刷量

数据刷量是指通过技术手段，对各类软件平台上发布的视频、帖子、评论、直播等内容进行批量点赞、评论、收藏等行为，制造出流量虚高的假象，吸引用户观看使用。

6、网络水军

网络水军是指在网络中针对特定内容发布特定信息的、被雇佣的网络写手。网络水军广泛活跃在电子商务网站、论坛、微博等社交网络平台，从事着批量发帖和顶帖引流等工作。

网络水军是一个范围极广且隐藏在网络深处的群体，很多网络水军都是正常用户，他们在网络上发布评论、帖子等言论行为难以认定为民事侵权或者刑事犯罪。因此法律惩罚的对象主要是网络水军背后的雇佣者、组织者。网络水军背后的组织者（如网络公关公司，专门“养”网络水军控制舆论）通常会以营利为目的，组织网络水军进行删帖、顶帖、发评等引流行为。网络水军的雇佣者，也就是需求者通常系利用网络水军进行违法犯罪活动，网络水军只是作为一种手段，去达成“网络水军需求者”的目的，网络水军需求者的目的可能系诋毁他人名誉、损害他人商誉等。

二、典型案例评析

针对信息类黑灰产规制方面，在“最高人民检察院发布 11 起充分发挥检察职能推进网络空间治理典型案例之六——吴某等 19 人非法控制计算机信息系统、侵犯公民个人信息案”（案号：（2020）浙 0624 刑初 235 号）中，被告人在与多家手机主板生产商合作过程中，将木马程序植入手机主板内。在装有上述主板的手机出售后，被告人通过之前植入的木马程序控制手机回传短信，获取手机号码、验证码等信息，并传至公司后台数据库，后非法出售手机号码和对应的验证码，获利人民币 790 余万元。⁶

当前，利用木马病毒实施侵犯公民个人信息的网络犯罪日益高发，木马病毒伪装的方式也日趋隐蔽。非法获取公民个人信息的手段花样翻新，有的通过搭建钓鱼网站、发送木马链接，有的则在手机、智能手表、路由器等硬件设备的生产环节植入病毒程序，用于非法获取公民个人信息等数据。

针对流量类黑灰产规制方面，在“上海专门法院服务保障“五个中心”建设典型案例之八-北京爱奇艺科技有限公司与杭州飞益信息科技有限公司、吕某、胡某不正当竞争纠纷案”中（案号：（2019）沪 73 民终 4 号），飞益公司是一家专门提供视频刷量服务的公司，通过运用多个域名，不断更换访问 IP 地址等方式，连续访问爱奇艺网站视频，在短时间内迅速提高视频访问量，达到刷单成绩，以牟取利益。⁷本案中，飞益公司对爱奇艺网站视频进行所谓的“刷量”，反复、机械地制造相关视频的播放量，但并不具备正常观看视频的实

⁶ 参见浙江省新昌县（2020）浙 0624 刑初 235 号刑事判决书。

⁷ 参见上海市上海知识产权法院(2019)沪 73 民终 4 号民事判决书。

际需求，纯粹追求点击数值上升。虚构视频点击量，会提升相关公众对虚构点击量视频的质量、播放数量、关注度等的虚假认知，从而产生引人误解的虚假宣传的后果，但明显违背诚实信用原则，扰乱了正常的市场经营秩序，法院最终认定虚构视频点击量的行为构成我国《反不正当竞争法》第8条所规制的“虚假宣传”行为。

网络犯罪背后离不开黑灰产业链的迅速发展和助推，日趋链条化的网络黑灰产，已成为危害公民权益和社会健康发展的毒瘤，依法严厉打击网络黑灰产势在必行。在后续系列文章中，我们将对网络黑灰产常见的业务模式进行深入研究，以期为当下网络黑灰产治理问题提供有益借鉴。

（本文首发于2021年7月28日）

“恶意点击类”虚假流量行为的刑法规制（一）

汪银平、董寅辉

一、背景介绍

在互联网经济浪潮下，数字营销业已成为广告行业主打的热点，部分不法商家会利用数字营销供应链条的复杂化与不透明，通过雇佣黑灰产来进行恶意点击，以实现流量作弊。

顾名思义，恶意点击行为是通过伪造点击量、播放量、下载量等各种流量假象，谋取不当利益的黑灰产业。以广告刷量为代表的恶意点击行为，不仅造成广告资源的巨大损失，严重破坏计算机系统的安全性，也极大扰乱了互联网行业的秩序。

从行为目的出发，恶意点击行为可分为以下两类：一是通过恶意点击增加其网站或平台流量，从而实现获得巨额广告佣金或流量采买费用的目的。二是少部分不法商家试图通过恶意点击来打击竞争对手。具体而言又可分为两种途径：一种是恶意点击对手广告，消耗竞争对手的广告预算，迫使其广告下线，以使自己的广告排名上升；另一种是通过恶意点击对手视频或链接，触发平台处罚机制，导致对手商品被迫下架。

二、常见业态方式

黑灰产业进行恶意点击主要存在两种途径：一是机器点击，二是人肉刷量。

其中，机器点击又可进一步细分为两大类，一类是卡池、猫池点击，即黑灰产人员利用大量的非实名电话卡、物联网卡伪造大量用户进行恶意点击；另一类是后台静默点击，是指通过自制含有恶意 SDK 的手机软件安装包，对安装了该软件的手机进行后台控制，劫持用户网络访问路径，进而实施恶意点击行为。

人肉点击也可以分为两大类，一类是由水军头目组织普通网民点击，即刷量组织者将刷量点击包装成网赚项目，通过 QQ 群、微信群或网赚平台发布任务，网民在接受任务后点击相应广告链接。另一类是通过各种方法诱导普通网民点击，常见方式是将平台企业广告弹窗设置为透明后浮动在于色情图片上方，通过图片文字诱骗网民点击以实现暗刷流量。¹

三、对恶意点击行为的实务定性

在倪瑜琥提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具案²（全国首例刑事打击恶意点击软件案）中，被告人倪某某针对百度搜索广告推广系统研发的网络金手指软件具备批量点击百度搜索推广的广告商的网站，实现迅速耗尽广告商广告费用、促使投放广告下线的功能。同时被告人倪某某还不断升级软件功能，绕开百度搜索推广系统安全保护措施，干扰百度搜索推广系统的正常运行功能，导致网站不能识别无效点击，从而实现快速消耗对手广告费，进而使对手搜索排名快速下降，变相提升自己的搜索排名的目的，给竞争对手和百度造成了重大损失。

¹ 参见百度时代网络技术北京有限公司：《2020 网络黑灰产犯罪研究报告》

² 参见上海市长宁区人民法院（2014）长刑初字第 1243 号判决书倪瑜琥提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具案

公诉机关对被告人倪某某以提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪提起公诉。但法院认为，网络金手指软件避开的是百度网站的有效点击识别系统，该系统仅为点击量的计算和计费系统，并非计算机信息系统的安全保护措施；且通过该软件实施批量点击，并未侵入百度网站非法获取计算机信息系统的数据，也未对百度网站计算机信息系统进行非法控制，故被告人倪某某不能构成提供侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具罪。另外，法院认为，故意毁坏财物罪中的“毁坏”既包括对财物的有形毁坏行为，也包括使财物的效用贬损的行为。本案中他人从被告人处购买涉案软件，用于恶意点击竞争对手在百度网站上的推广链接，会直接导致竞争对手推广资金被无端消耗，进而导致其推广链接快速下线，无法起到正常的广告效果，这一系列行为直接侵害对手的财产权，且行为人无非法占有目的，故该行为应当认定为故意毁坏财物罪。

本案作为全国首例刑事打击恶意点击软件案，审理法院对恶意点击行为的罪与非罪进行了正面回应，通过现有罪名的扩大解释对恶意点击行为进行有效地刑法规制，对日后司法实践具有重要的现实指导意义。

在王振杰、罗伟、张远柳等虚假广告案³中，被告人王振杰伙同被告人胡岩伟、王振杰、张远柳等人成立刷单团队，租用“365 外勤软件”进行接单、派单，通过手下的刷单团队为网络电商提供刷单服务，以虚假交易的方式，提高店铺的交易量及好评度，虚假宣传提升店铺信誉，促进店铺成交量。

法院认为，被告人王振杰等人违反国家规定，为电商提供刷单服务，组织虚假交易、进行虚假宣传，符合虚假广告罪。

本案是对恶意点击行为本身定性又一明确回应的案例典范，考虑到本案发生的领域为网络电商平台，审理法院结合犯罪人主观目的，从恶意点击的实际效果切入，以虚假广告罪对犯罪人进行定罪处罚。

四、恶意点击的理论争讼

较之实务界纷繁复杂的处理思路，目前理论界对“恶意点击类”虚假流量行为刑法规制问题的争议更甚，除前述实务已有定性之外，还有学者提出以下两种可能定性：

1. 可能定性一：非法经营罪

恶意点击行为往往被用来提高经营者自身竞争优势，恶意刷量者意图通过虚假宣传，使消费者产生对商品的误解，损坏了以商品和服务本身质量谋求竞争优势市场秩序，构成了不正当竞争。鉴于恶意点击的技术特点，使得经营者独立实施恶意点击的难度较大，因此刷量平台成为恶意点击的主要实施者，并且形成了相关产业。对不法商家与流量刷单产业平台的恶意刷单行为的刑法规制主要涉及到对《刑法》第 225 条非法经营罪⁴第四款的认定。

³ 参见浙江省丽水市莲都区人民法院（2021）浙 1102 刑初 69 号判决书王振杰、罗伟、张远柳等虚假广告案

⁴ 《刑法》第二百二十五条：违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：

（一）未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；
（二）买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；

非法经营罪的保护法益是市场准入制度，刷量平台在未取得相关许可的情况下有组织地形成庞大的刷量“网络黑产”，实质侵害了市场准入制度以及竞争秩序，故而将平台刷量行为定性为非法经营罪在原理上并无不妥。从规范层面而言，鉴于该条款是空白罪状，具体的内容需要结合有关司法解释和行政法规来进行判断。根据国务院《互联网信息服务管理办法》规定的“经营性互联网信息服务需办理业务经营许可证”⁵以及全国人大常委会《关于维护互联网安全的决定》中规定“利用互联网，对商品、服务作虚假宣传，构成犯罪的需依法追究刑事责任”⁶。刷量平台违反了有关信息服务的准入办法，对商品、服务以“刷量”的形式提高社会对其的积极评价，进行虚假宣传，使消费者对能够反映商品或服务销量和质量的产品购买数量、点赞数量、浏览数量产生错误认识，违反了前述要求，故符合非法经营罪的规制条件。⁷

2. 可能定性二：破坏生产经营罪

恶意点击行为侵犯了破坏生产经营罪所保护的法益，即具有经济利益的生产经营秩序。运营搜索推广业务涉及如租用服务器、搭建平台、建立货币换算平台、审核客户资质等一系列活动，可以将其理解为一种出售服务的行为，也即属于商业经营活动范畴。鉴于搜索推广业务与搜索服务商的正常商业经营之间存在密切联系，恶意点击行为严重损害了运营搜索推广业务的正常进行，也能对搜索服务商的正常商业经营产生了直接影响，故理应属于破坏生产经营罪所保护的范畴。

从具体的行为方式来看，应当在不违背罪刑法定原则的前提下，根据同类解释规则，对破坏生产经营罪中的“其他方法”进行符合时代发展背景的解释，即“除前述方法之外，其他足以使生产经营不能正常进行或者使已进行的生产经营归于失败的方法”。如前所述，互联网业已成为现代经济的主要载体的当下，用于营业的计算机网络、信息管理系统或者业务推广系统可以理解成与“机器设备、耕畜”实质相当的等无形的“生产资料”，并未超出国民预测可能性。⁸

四、 小结

如前所述，“恶意点击类”虚刷流量行为的社会危害性较大，仅仅依靠民事、行政手段

(三)未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；

(四)其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

⁵ 《互联网信息服务管理办法》第四条：国家对经营性互联网信息服务实行许可制度；对非经营性互联网信息服务实行备案制度。未取得许可或者未履行备案手续的，不得从事互联网信息服务。

⁶ 《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》第三条：为了维护社会主义市场经济秩序和社会管理秩序，对有下列行为之一，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任：

(一)利用互联网销售伪劣产品或者对商品、服务作虚假宣传；

(二)利用互联网损害他人商业信誉和商品声誉；

(三)利用互联网侵犯他人知识产权；

(四)利用互联网编造并传播影响证券、期货交易或者其他扰乱金融秩序的虚假信息；

(五)在互联网上建立淫秽网站、网页，提供淫秽站点链接服务，或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片。

⁷ 张坤龙. 暗刷流量行为的刑法规制路径研究【J】，石河子大学学报(哲学社会科学版)，2021年4月，48—56

⁸ 高丽娜、孙晓麒. 恶意点击行为的刑法分析【J】，中国检察官，2014年第9期(司法实务) / 总第203期，36—38

已经难以有效规制此类行为，因此迫切需要刑法介入。但是由于实务中对恶意点击行为本身的定性仍然存在较大争议，法院往往会根据恶意点击行为在具体案件中产生的后果，以不同的罪名定罪处罚。因此，在承办此类案件时，我们应该结合具体案情，具体分析各个犯罪的构成要件，以期寻求较为妥善的刑法处置思路。

（本文首发于 2021 年 8 月 2 日）

“恶意点击类”虚假流量行为的刑法规制（二）

汪银平、董寅辉

一、 实务思路概述

本系列第一篇文章中已经对恶意点击行为有了初步介绍，鉴于对于“恶意点击类”虚假流量行为本身的定性争议颇多，刑事审判实践中对此类行为还存在另外两种规制模式，即针对恶意点击行为的上下游犯罪行为进行打击，以避免出现因为定性不明导致枉纵犯罪的现象。具体而言，包括以下两种规制路径：一是对恶意点击的上游行为进行刑法评价，选择以刑法第二百八十五条¹规定的选择性罪名定罪处罚；二是对于恶意点击的下游行为进行处罚，即对于恶意点击仅作为手段行为的犯罪，按目的行为定罪处罚。

二、典型案例

（一）对恶意点击类上游行为定罪处罚

在侯康熙、周建非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统案²中，被告人侯康熙、周建系朗趣公司研发人员，该团队研发广告 SDK 工具包后，交由手机商预装到智能手机系统中，并使其获取系统权限。装有广告 SDK 的手机在用户首次开机联网时，广告 SDK 即通过互联网与后台服务器连接，在用户不知情的情况下向后台服务器上传 imei、imsi 等用户信息、自动更新广告 SDK 版本等，并根据与手机商达成的运营方案通过服务端对推送方式、内容及频率等进行配置，向用户推送商业性电子信息，从而产生广告费收入。

法院在本案审理过程中认定，被告侯康熙、周建伙同他人以牟利为目的，违反国家规定，采用技术手段向用户手机植入广告 SDK 的行为属于非法控制他人计算机信息系统，情节特别严重，均已构成非法控制计算机信息系统罪。

在蔡坤苗提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具案³中，被告人蔡坤苗在未获授权的前提下，自行开发“星援”APP，该 APP 通过截取新浪微博服务器中对应账号的相关数据后，使用与所截数据相同的网络数据格式向该服务器提交数据，完成与该服务器的交互，实现在不登录微博客户端的情况下转发新浪微博的功能，也可以实现自动批量转发新浪微博的功能。后大量用户以向“星援”APP 充值的形式有偿使用该软件，并通过运行该软件侵入新浪微博公司服务器。

法院在本案审理过程中认定，在被害单位北京微梦创科网络技术有限公司既未授权被告人蔡坤苗设计开发具有相关功能的软件，又未同意将星援 APP 接入微博平台，亦未同意用户可以绕过微博客户端而通过未经授权的软件登录微博并实现微博客户端的功能的情况下，“星援”APP 擅自将与微博客户端转发微博时相同的网络数据格式提交给微博服务器，使微博服务器误认为是微博客户端提交的网络数据，进而与“星

¹ 《刑法》第二百八十五条：违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

违反国家规定，侵入前款规定以外的计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具，或者明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具，情节严重的，依照前款的规定处罚。

单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。

² 参见浙江省平湖市人民法院(2019)浙0482刑初407号判决书侯康熙、周建非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统案

³ 参见北京市丰台区人民法院(2019)京0106刑初1813号判决书蔡坤苗提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具案

援”APP发生数据交互，实现了用户无需登录微博客户端即能够实现转发微博博文的功能，这已经符合侵入计算机信息系统的本质特征。但是鉴于星援APP尚未达到控制微博服务器或客户端的程度，且星援APP系软件程序，故最终以提供侵入计算机信息系统程序罪对犯罪人蔡坤苗进行处罚。

上述两个案例中作为对恶意点击上游行为进行刑法规制的典型案例，重点关注行为人为恶意点击所做的必要准备，在恶意点击行为定性仍存争议时，转变处置思路，对上游行为定罪处罚不失为一种有效的思路。

（二）对恶意点击类下游行为定罪处罚

在远少佳诈骗案⁴中，被告人远少佳伙同李壮等人，以郑州冠奇电子科技有限公司、郑州恒之诚电子科技有限公司的名义，面向不特定公众发布虚假信息，以代开淘宝网店为名，以高额回报为诱饵，承诺提供包括开店、装修、上架、推广、提供货源等在内的服务，通过暗刷流量方式伪造销售额或评价数据，使受害人产生对目标项目的错误认识之后，以需要缴纳网店加盟费、网店推广费等费用为名骗取不特定被害人的财物。

法院认为远少佳以非法占有为目的，利用互联网技术手段恶意点击，暗刷流量，骗取被害人加盟费的行为，符合诈骗罪的犯罪构成。在本案中，恶意点击的行为只是行为人实施犯罪的一部分，法院依照最终目的行为对行为人定罪处罚。

在郑纯杰、翁金燕、蔡毅龙等诈骗案⁵中，被告人郑纯杰伙同其他同案被告成立杭州米某电子商务有限公司（以下简称为米某公司），下设商务通、售前、售后、二销、三销等部门。2015年开始，在米某公司实际上无法完全提供刷钻、刷流量、提供货源、带运营（代运营）等服务的情况下，被告人郑纯杰组织员工先通过“百度竞价”等营销方式推销“店宝宝”、“开店无忧”等软件，后由售后、二销、三销使用不同公司的名义，互相配合，共同完成犯罪行为：一是售后骗取被害客户信任后，虚构二销业务员为运营老师、能增加客流量等事实，把被害人诱骗至二销。二是二销根据公司统一制定的话术对被害人实施点对点精准诈骗，谎称会提升店铺生意，诱骗被害客户购买流量套餐、货源套餐等。三是二销人员进一步把被害人引入三销，三销根据话术虚构公司有自己货源、代运营服务赚钱等事实，利用“假拍”等方式，进一步引诱被害人购买升级服务套餐，骗取被害人更多的资金。

法院认为，被告郑纯杰等人明知没有履行能力，仍通过虚构事实、隐瞒真相的手段诱使被害人购买套餐骗取服务费，其行为并非普通的民事欺诈，而已构成刑事犯罪。其中，恶意点击营造虚假流量仅仅是赢得被害人初步信任的一种手段，其仍是为最终的诈骗行为服务，故定性为诈骗罪并无不妥。

在赵学、刘伟等职务侵占案⁶中，被告人赵学在某科技公司任运营总监期间，以需要SDK加密通信协议研究来改进数据挖掘为名，获取公司SDK加密通信协议后，伙同被告人刘伟、丁赞，制作虚假APP上传到被害单位平台，并通过暗刷伪造虚假APP上的广告点击量从某科技公司获取广告费，共计从某科技公司获取广告费人民币115451.8元。

法院认为，涉案被告人并未向应用市场上传真实的APP，就不存在真实用户的下载使用，相应地APP产生的流量必然也不存在，即流量为虚假。经鉴定发现涉案的APP在登录地址、时间、网址、密码等方面存在的高度一致性，被害单位提供的数据及分析能够印证被告人赵学等人通过服务器在被害单位通过“刷量”伪造了广告点击量，从而赚取广告费。被告人赵学伙同刘伟、丁赞等人，利用被告人赵学在被害单位职务上的便利，将被害单位的财物非法占为已有，数额较大，三名被告人的行为均已构成职务侵占罪。

⁴ 参见河南省郑州航空港经济综合实验区人民法院（2017）豫0192刑初403号判决书远少佳诈骗案

⁵ 参见浙江省绍兴市中级人民法院（2017）浙06刑终803号判决书郑纯杰、翁金燕、蔡毅龙等诈骗案

⁶ 参见北京市朝阳区人民法院（2018）京0105刑初2735号判决书赵学、刘伟等职务侵占案

上述三案例中，恶意点击行为仅仅是作为行为人所欲实施的一系列犯罪中的一个环节，依照行为人的最终目的行为进行整体评价行为人的全部犯罪行为，但是也仍未有效解决“恶意点击类”虚刷流量行为的定性问题。

三、小结

由于我国现行的法律及司法解释都未明确规定“恶意点击类”虚刷流量的行为定性，所以对于此类行为的刑法处置思路，实务中尚未形成较为一致的判决思路。因此，在处理具体案件时，我们应该充分考量各罪名的构成要件，寻求较为准确的行为定性。

当然，除从刑事角度规制之外，恶意点击行为还可能违反《反不正当竞争法》⁷、《电子商务法》⁸《网络信息内容生态治理规定》⁹、《网络直播营销管理办法（试行）》¹⁰等有关规定，理应受到行政、民事相应的制裁。对于互联网世界涌现的黑灰产业链，应该考虑民事、行政、刑事等多种手段并举，以期收到良好的规制效果。

（本文首发于 2021 年 8 月 3 日）

⁷ 参见《中华人民共和国反不正当竞争法》第二条、第八条、第十二条

⁸ 参见《中华人民共和国电子商务法》第十七条

⁹ 参见《网络信息内容生态治理规定》第二十四条

¹⁰ 参见《网络直播营销管理办法（试行）》第十八条

反向刷单炒信的刑法规制问题

汪银平、董寅辉

一、背景介绍

时下，互联网经济大行其道，网购业已成为社会大众所依赖的一种重要消费手段，每逢电商活动，交易数额更是成百亿计算。在网购交易中，消费者无法切实考察感受商品的质量，只能通过参考商品图片、销量、用户评价、店家信用、价格等来支撑自己做出消费选择。所以销量和信用情况在一定程度上影响着消费者做出选择，进而影响到商家的利益。同时，电商平台对于店铺与商家有一定的管理权限，以淘宝为例，其在平台的管理运营上存在较大的自主权。淘宝根据《淘宝规则》，在日常运营管理中对店铺的运营活动进行监管，对违规的商铺或商家做出一系列处罚决定，诸如搜索降权、封店等，会给商家带来直接的经济损失。

基于上述背景，“网络黑灰产”应运而生，俨然已形成上下游相互协作的链条化模式，其中最为典型、常见的模式即为刷单炒信行为。所谓刷单炒信行为通常是指在电商平台上，通过虚构交易，营造虚假交易量以及好、差评等手段炒作商家信用的行为。在电商领域，刷单炒信主要包括两种形式：一种是正向刷单炒信，即网络商家自己或雇佣水军通过刷单的方式购买店内的商品并给予好评，以此来提升店铺产品的销售量与店家信誉；另一种是反向刷单炒信，是指网络商家采用刷差评的方式诽谤竞争对手；或故意给予好评，制造同行竞争者自己刷单的假象，从而致其被电商平台认定为从事虚假交易而受到信誉降级等处罚。反向刷单炒信是当前一种严重破坏电商信誉评价机制、严重扰乱网络信用形成机制的。具体来看，反向刷单行为又可以分为两种途径：一是利用网络交易评价系统的公开性，通过刷单发布诋毁信息打压竞争者；二是不向竞争对手作恶意评价，而是利用审查平台的交易规则来雇佣刷团或刷手向竞争者刷单、制造虚高交易量，使网络交易平台处罚竞争者让其遭受损失。¹

近年来，反向刷单炒信行为层出不穷，给被害人以及电商运营环境造成极大损失，社会危害性极大。本文结合实务中已有裁判案例，尝试从现行法律规定中寻求规制途径。

二、典型案例以及实务观点

案例一：董志超、谢文浩破坏生产经营案

被告人董志超为谋取市场竞争优势，雇佣被告人谢文浩，多次以同一账号大量购买北京智齿数汇科技有限公司南京分公司（以下简称“智齿科技南京公司”）淘宝网店铺的商品，致使该公司店铺被淘宝公司认定为虚假交易刷销量，并对其搜索降权。因消费者在数日内无法通过淘宝网搜索栏搜索到智齿科技南京公司淘宝网店铺的商品，严重影响该公司正常经营，造成经济损失为人民币 159844.29 元。

对于此案，南京雨花台区人民法院认为二被告出于打击竞争对手的目的，二被告的行为均已构成破坏生产经营中“以其他方法破坏生产经营”，故认定为破坏生产经营罪。在本案的二审程序中，南京市中级人民法院认定二人主观上具有报复和从中获利的目的，客观上实施了通过损害被害单位商业信誉的方式破坏被害单位生产经营的行为，被害单位因二人的行为遭受了 10 万元以上的损失，且二人的行为与损失之间存在因果关系，其行为符合破坏生产经营罪的犯罪构成，应以破坏生产经营罪定罪处罚，第三方因素的介入并不影响因果关系的认定。²

¹汪恭政. 网络交易平台刷单行为的类型梳理与刑法评价 [J]. 北京邮电大学学报(社会科学版), 2018, (6):18—32.

²参见江苏省南京市雨花台区人民法院（2015）雨刑二初字第 29 号刑事判决书、江苏省南京市中级人民法院(2016)苏 01 刑终 33 号刑事判决书

案例二：钟家杰破坏生产经营罪

被告人钟家杰为打压竞争对手王某1经营的天猫浪莎薇拉菲网店，雇佣梁某召集淘宝刷单人员恶意在天猫浪莎薇拉菲网店进行刷单，导致天猫平台认定天猫浪莎薇拉菲专卖店存在虚假交易；卖家存在非常规方式获得虚假的商品销量、店铺评分、信用积分、商品评论等不当利益的行为。刷单行为造成天猫浪莎薇拉菲网店直接经济损失人民币4万余元，并使该店铺面临违规处罚、搜索降权、被封店的可能，给该店造成了较大的经济损失。

二审法院（浙江省金华市中级人民法院）认为，被告人钟家杰出于个人目的，用恶意刷单的形式破坏他人正常生产经营，其行为已构成破坏生产经营罪，维持一审判决。³

上述二例作为各自地区反向刷单炒信第一案，给之后的司法实践起到了一定的指引性作用，董志超、谢文浩破坏生产经营案更是入选了最高人民法院公报，针对该案件明确指出：“**网络交易平台的搜索排序属于互联网经济的运营方式，应认定为生产要素。在刑法解释上，可以比照实体经济的信誉、商誉予以解释。反向刷单炒信既损害对方的商业信誉，同时也破坏生产经营，二者竞合的，应择一重处。**”⁴，其指导性意义更甚。有鉴于此，司法实务界原则上肯定反向刷单炒信行为构成破坏生产经营罪⁵，论证思路均是将反向刷单炒信行为认定为刑法276条规定的“以其他方法破坏生产经营”。

三、反向刷单炒信行为的理论争议

关于反向刷单炒信行为的定性问题，学界目前争讼纷纷，基本可以分为“无罪说”与“有罪说”两大基本阵营。

坚持“无罪说”的学者不外乎以下两种解释思路：一是恪守刑法谦抑性，认为反向刷单炒信行为情节轻微，社会危害性有限，规制此类行为应当优先适用民事、行政等手段，在穷尽这些手段之后，方可考虑刑法的介入。⁶二是坚持罪刑法定原则，认为现行刑法中的规定存在立法空白，无法将此类行为纳入犯罪圈，应当避免唯结果论的类推解释。⁷

“有罪说”则认为反向刷单炒信行为对被害者以及电商平台交易秩序的危害性都极大，仅通过《侵权责任法》、《反不正当竞争法》等法律进行规制，违法成本太低，无法有效遏制此类行为，刑法作为“保障法”应该及时介入，确保前置法的有效性。⁸不过“有罪说”内部，就该定何种罪名尚未达成一致，目前仍存在着破坏生产经营罪、损害商业信誉、商品声誉罪、非法经营罪之争。

主流观点赞同司法实务的观点，认为商家信用、销量作为影响消费者做出消费选择的重要因素，在互联网经济背景下实际上发挥了生产资料的作用，与商家盈利直接挂钩。因此，反向刷单炒信行为导致商家被降权处罚、信用受损符合“破坏生产经营”的实质内涵，认定其属于第276条规定的“以其他方法”，是对该条文所进行的实质解释，符合该罪名的规范保护目的。⁹

但是对于上述主流观点，学界不乏质疑之声。例如陈兴良教授认为，破坏生产经营罪的本质是故意毁坏财物罪的特别规定，两罪之间存在特别法与普通法之间的法条竞合关系。因此，只有采取故意毁坏财物的方

³参见浙江省金华市中级人民法院(2018)浙07刑终602号刑事判决书

⁴江苏省南京市雨花台区人民检察院诉董志超、谢文浩破坏生产经营案[J]. 中华人民共和国最高人民法院公报, 2018, (8):45.

⁵《中华人民共和国刑法》第二百七十六条：由于泄愤报复或者其他个人目的，毁坏机器设备、残害耕畜或者以其他方法破坏生产经营的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。

⁶叶良芳. 刷单炒信行为的规范分析及其治理途径[J]. 法学, 2018, (3):177—191.

⁷冀洋. 网络时代破坏生产经营罪的司法逻辑[J]. 法治研究, 2018, (1):124—133.

⁸孙晓博. 网络信用炒作行为的刑法规制探析[J]. 江西警察学院学报, 2018, (2): 22—27.

⁹刘仁文, 金磊. 互联网时代破坏生产经营的刑法理解[N]. 检察日报, 2017—05—09(3).

法破坏生产经营，才能构成破坏生产经营罪。¹⁰然而反向刷单炒信行为虽然造成了他人的财产损失，破坏了他人的生产经营活动，但这是通过损害他人商誉的不正当竞争方法造成的，商誉本身并不属于财物，因而不能构成破坏生产经营罪。此外，也有学者从破坏生产经营罪具体构成要件的解释入手，认为“以其他方法破坏生产经营”中的犯罪行为方式应当同“毁坏机器设备”和“残害耕畜”两种明确列举的行为方式具有同类性，具体表现为行为对象和行为方式上需要具有一定的相似性、相当性，即行为对象是类似于机器设备、耕畜的生产资料或生产工具，行为方式必须具有一定的暴力性，从而足以使相关生产资料或生产工具遭受损坏。¹¹

此外，也有学者认为此类行为构成《刑法》第 221 条损害商业信誉、商品声誉罪¹²。本文认为，鉴于用户评价的具有公开性，消费者在浏览商品时可以获取到先前的用户评价。如果行为人直接恶意虚构差评，直接导致相应竞争对手信用受损，按照损害商业信誉、商品声誉罪处理完全符合规定，并无争议。存在一定争议的是不做恶意差评，只进行反向刷单，使得淘宝平台向被害商铺发送刷单违规通知，认定该商铺存在虚假交易的行为定性。该学者认为，一般情况下，向特定主体反映情况的行为不应认为是“散布”，但是向有权决定被害人商誉、信誉的特定主体检举、揭发被害人存在的影响商誉、信誉的行为在一定意义上应认定为“散布”。¹¹考虑到电商平台中商誉、信誉形成机制以及平台的监管权限，反向刷单炒信使得电商平台在检测到异常情况后，对被害商铺进行搜索降权，将会直接影响消费者的选择，其行为实质上符合了损害商业信誉、商品声誉罪中“散布”的要求。不过，对“散布”的这种解释思路尚未被普遍接受，仍有待进一步商榷。

鉴于前两个罪名的巨大争议，加之考虑到反向刷单炒信行为与正向刷单炒信行为类似：都是第三方平台借助互联网手段，以营利为目的，对商家造成信誉打击，只是受其引导下的“刷手”做出评价的内容不同，其性质、手段与正向刷单炒信没有实质区别。所以，在反向刷单炒信中对第三方平台罪名的认定也可以适用正向刷单炒信中对第三方平台罪名认定的观点，即亦可使用非法经营罪对此类行为进行规制。

四、反向刷单炒信行为举证要点

立足于电商平台对于虚假交易行为的认定规则，结合对相关实务案例的分析，对反向刷单炒信行为的举证可以基于不同的行为模式采取针对性切入路径：

对于行为模式一：利用网络交易评价系统的公开性，通过刷单发布诋毁信息打压竞争者，**主要需要审查是否存在恶意差评以及退款现象**。鉴于此类行为所利用的是电商交易评价系统的公开性，认定恶意差评以及恶意退款，首先需要明确正常评论、退款行为的行为模式。通常情况下，正常的商品评价模式为消费者收到货后，对所购商品进行初步检查，进行一次评价；在未发现明显的瑕疵之后，会选择正常使用，在使用过程中发现问题之后会对商品进行二次评价。**有鉴于此，认定恶意差评以及退款则需要结合所购商品种类、差评时间、差评内容、用户差评频率等多项标准进行判断**。例如某一账户多次对所购商家进行差评，一次评价时所差评内容完全不符合常规用户习惯，甚至在收货之前就差评退货的行为，可以认定为恶意差评或退货。此外，鉴于评价主观性较强这一特点，相关学者提出需要区分客观事实和主观评论两方面讨论：在客观事实方面，必须有一说一，不能颠倒黑白、无中生有；在主观评论方面，只要不违反公序良俗，原则上消费者都可以发表自己的评论。¹³

对于行为模式二：不向竞争对手作恶意评价，而是利用审查平台的交易规则来雇佣刷团或刷手向竞争者

¹⁰陈兴良. 刑法阶层理论：三阶层与四要件的对比性考察 [J] 清华法学, 2017, (5) : 6 — 19.

¹¹曹波, 陈娟. 反向刷单炒信刑法规制新解 [J]. 时代法学, 2019, (12):34—42.

¹²《中华人民共和国刑法》第二百二十一条：捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

¹³刘俊海, 邱宝昌. 合理差评与恶意侵权：边界在哪儿？ [N] . 检察日报, 2019-10-30 (8)

刷单虚增交易量，使网络交易平台处罚竞争者让其遭受损失，主要需要审查是否存在异常交易的现象。具体而言，可以从交易行为的次数多少、频次高低、数额大小等标准出发，分析交易是否异常。以前述董志超、谢文浩破坏生产经营案为例，被告人使用同一账户于凌晨在竞争对手店铺多次下单，致使被平台认定为虚假刷单，进而触发平台处罚机制。公诉机关以及审理法院基于行为人使用账号单一、下单时间异常、下单频率过高、单次下单数量较多、成交数额过大的事实，认为二被告的行为属于反向刷单炒信行为，而非正常的交易行为。

除上述举证要点外，还需要针对被害人因行为人反向刷单行为而遭受的经济损失进行举证。关于被害人经济损失认定方面，可以综合案发时行业发展趋势、被害人日常收入情况、案发时收入情况、恶意刷单行为直接造成的退货、退款、运费等经济损失，综合予以认定和评估。

五、小结

由于我国现行的法律及司法解释都未明确规定反向刷单炒信行为的行为定性，所以对于此类行为的刑法处置思路仍然存在一定争议。鉴于《最高人民法院公报》收录的案例中明确指出“**网络交易平台的搜索排序属于互联网经济的运营方式，应认定为生产要素**。在刑法解释上，可以比照实体经济的信誉、商誉予以解释。**反向刷单炒信既损害对方的商业信誉，同时也破坏生产经营，二者竞合的，应择一重处**”，故而实务界倾向于将此类行为认定为破坏生产经营罪。当然，除了刑事风险之外，反向刷单炒信行为还可能违反《反不正当竞争法》、《侵权责任法》，理应在行政监管、民事方面进行相应的制裁。对于互联网世界涌现的黑灰产业链，应该考虑民事、行政、刑事等多种手段并举，以期收到良好的规制效果。

（本文首发于 2021 年 8 月 9 日）

员工超越授权范围获取信息数据企业应该怎么办？

汪银平、董寅辉

一、背景介绍

数字经济时代，数据是新的生产力，数据安全在一定程度上直接影响着经济安全。自 2016 年欧盟出台《通用数据保护条例》以来，世界各国陆续出台相关法律，我国也于 2021 年 6 月 10 日通过了《中华人民共和国数据安全法》，进一步完善我国数据安全基础法律体系。其实，早在《数据安全法》颁布之前，我国就已经重视到了数据信息的重要性，并且开展了一系列整治互联网中信息数据相关违法犯罪的行动。

在整治行动中，有关部门也挖出了一大批单位“内鬼”，这些“内鬼”利用单位授予的权限，非法获取并出售单位信息数据。随着单位保密手段不断完善，“内鬼”在侵犯信息数据犯罪中作用越来越显著。有权限接触单位信息数据的单位工作人员本应作为相关信息数据的保护者，但其利用特殊权限，任意查询并出售有关信息，使单位构建的“保护墙”形同虚设，社会危害性极大。

二、典型案例及实务观点

案例 1：卫梦龙等非法获取计算机信息系统数据案

2016 年 6 月至 9 月间，被告人龚旭在明知卫梦龙使用账号目的的情况下，仍然向其提供自己掌握的百度凤巢系统内部账号和密码。被告人卫梦龙后利用龚旭所提供的账号和密码，违规登陆百度在线网络技术（北京）有限公司凤巢系统，查询、下载该计算机信息系统中存储的客户数据，并交由同案被告人薛东东出售给他人。

法院经审理后认为，三名被告人违反国家规定，侵入计算机信息系统，获取计算机信息系统中存储的数据，应按照《刑法》第二百八十五条第二款¹以非法获取计算机信息系统数据罪论处。²

本案争议焦点主要在于利用内部权限登陆计算机信息系统获取数据的行为能否认定为“侵入”。在以往司法案例中，侵入计算机信息系统的常见行为方式为破解或者盗窃身份认证信息、强行突破安全工具；但本案中行为人进入计算机信息系统的方式有所不同，外部人员利用公司员工内部权限登陆被害公司系统，获取单位信息数据。法院经审理后认为，虽然被告人的行为不属于通过技术手段侵入计算机信息系统，但对相关法律规定进行实质解释之后，仍然可将该行为定性为“侵入”。具体而言，根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第二条³可知，认定能否构成“侵入工具”的要件是“具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施，未经授权或者超越授权获取计算机信息系统数据的功能的”。换言之，认定侵入与否的实质要件在于判断行为人是否未经授权或者超越授

¹ 《刑法》第二百八十五条：违反国家规定，侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统的，处三年以下有期徒刑或者拘役。

违反国家规定，侵入前款规定以外的计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

提供专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具，或者明知他人实施侵入、非法控制计算机信息系统的违法犯罪行为而为其提供程序、工具，情节严重的，依照前款的规定处罚。

单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。

² 参见北京市海淀区人民法院（2017）京 0108 刑初 392 号刑事判决书

³ 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第二条：具有下列情形之一的程序、工具，应当认定为刑法第二百八十五条第三款规定的“专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具”：

（一）具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施，未经授权或者超越授权获取计算机信息系统数据的功能的；
（二）具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施，未经授权或者超越授权对计算机信息系统实施控制的功能的；
（三）其他专门设计用于侵入、非法控制计算机信息系统、非法获取计算机信息系统数据的程序、工具。

权，本案被告人龚旭与他人勾结擅自登录公司内部管理开发系统下载数据，明显超出所获权限，具体表现在以下方面：第一，被告人龚旭违背公司禁止员工出借账号、密码的规定，擅自将账号、密码、token 令牌等提供给卫梦龙使用；第二，被告人龚旭虽有权限进入单位管理系统，但并没有权限下载与其正常业务无关的客户信息。⁴

综上所述，虽然本案被告人行为方式特殊，但仍符合“超越被害公司的授权范围获取计算机信息系统数据”的本质，认定为“侵入”并无不妥。本案作为最高人民检察院公布的指导性案例，其对后续类案处理的指导意义显著，尤其是对“侵入”的实质解释为之后判决多次援引。

案例 2：张廷亮、吴壮武非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统、掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益案

自 2014 年以来，被告人张廷亮等人非法侵入珠海市多家医院的计算机信息系统，获取医院统方数据。其中，被告人张廷亮利用自身管理员身份获取三灶医院的统方数据后予以出售，牟取非法利益。

法院经审理后认为，所谓“侵入计算机信息系统”，是指未经授权或者超越授权，获得删除、增加、修改或者获取计算机信息系统存储、处理或者传输数据的权限。侵入的本质特征是未经授权或者超越授权，被告人张廷亮虽然是三灶医院的信息管理员，其有权限进入计算机信息系统并维护计算机信息系统的安全，但医院同时规定未经批准不得私自下载数据，因此，被告人张廷亮获取三灶医院统方数据的行为属于“超越权限非法侵入计算机系统获取数据”的行为，构成非法获取计算机信息系统数据罪。辩护人所提出的行为人具有登陆权限，不符合“侵入”的要求，与法律规定不符，不予采纳。⁵

此案件中法官对于被告人张廷亮的“侵入计算机系统”的行为认定，采用了与卫梦龙案相同的说理方式，即强调对“侵入”的实质解释，将员工超越权限获取信息也认定为“侵入”。

案例 3：虞某 1 非法获取计算机信息系统数据案

2012 年 7 月至 2014 年 7 月，被告人虞某 1 在文成县人民医院信息科工作期间，利用维护、管理医院数据库等职务便利，将本院医生每月在局域网开具处方的统计数据分别提供给秦某等二十多名药商，并收受药商好处费，总计 107 万余元。

对于此案，法院经审理后认为被告人虞某 1 违反国家规定，采用其他技术手段，获取文成县人民医院计算机系统中存储的统方数据，情节特别严重，其行为已构成非法获取计算机信息系统数据罪。⁶

本案中，被告人虞某 1 利用维护、管理医院数据库等职务便利，在参与医院工作人员系统安装调试过程中，获取数据库密码进入数据库进行统方的行为，虽然超越了医院授予的权限，但是一方面由于本案发生时间较早，另一方面行为人的实行行为较为复杂，本案说理部分未对“侵入”进行详细解释，而是采用了“利用其他手段”这一兜底性条款对被告行为进行整体性的概括评价。

三、超越授权范围获取信息数据的实务问题应对

我国《刑法》第二百八十五条第二款规定：“违反国家规定，侵入前款规定以外的计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七

⁴ 计莉卉、游涛《龚旭等非法获取计算机信息系统数据案——超越权限进入计算机信息系统的行为性质》【N】，载《人民司法·案例》2018 年第 8 期

⁵ 参见广东省珠海市香洲区人民法院(2017)粤 0402 刑初 1879 号刑事判决书

⁶ 参见浙江省文成县人民法院(2014)温文刑初字第 173 号刑事判决书

年以下有期徒刑，并处罚金。”依据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第一条之规定，即该罪“情节严重”具有以下表现形式：**获取支付结算、证券交易、期货交易等网络金融服务的身份认证信息十组以上的；获取前述以外的身份认证信息五百组以上的；违法所得五千元以上或者造成经济损失一万元以上的；**该罪“情节特别严重”需要**数量或者数额达到“情节严重”规定标准五倍以上的**。结合该罪的法律规定及量刑情节，针对超越授权范围获取信息数据的举证要点及具体认定简要论述如下：

1.超越授权范围获取信息数据的举证要点

鉴于卫梦龙案被最高人民检察院确立为指导性案例，实务中已逐步接受了对于“侵入”的实质解释，理论界对此也表示赞同。⁷在明确超越权限获取信息数据行为属于“侵入”行为之后，实务中主要从以下方面判断行为人的行为是否超越授权范围：

首先，应审查行为人所获得的权限范围。这一部分主要可以结合行为人工作责任书、岗位职责、劳动合同、保密协议等书证来证明；

其次，应当重点审查行为人有无越权行为。这一部分主要需要通过电子证据予以证明，即行为人在信息系统中进行的越权操作记录。行为人侵入计算机系统会留下信息记录，获取数据的方式、输入的身份认证以及获取的数据，会形成电子证据，通常体现为表格、文字、图像、音频以及视频等，在进行相关刑事案件调查、报案过程中，应当及时对涉案计算机封存、并获取公司相关信息系统中行为人的操作日志信息，在后续司法程序中提交司法机关进行电子证据提取或计算机远程勘验。

最后，应当重点审查行为人违规进行信息泄露的传输方式以及行为人可能从中谋取的违法所得金额。在公司内部调查层面上，该部分可能较大程度需要依赖于针对涉案员工工作电脑的电子取证以及相关人员访谈工作。除此之外，也可以通过公开信息排查、钓鱼等方式，摸排相关黑灰产市场针对涉案“信息数据”的“出售价格”，以此评估行为人可能从中谋取的违法所得金额。

2. 对《刑法》第二百八十五条中“违反国家规定”的认定

在卫梦龙案审理过程中，辩护人对被告人行为是否“违反国家规定”提出了异议，认为被告人违背的仅是公司内部规定，而非国家规定。该案审理法官在《人民司法·案例》中对该案件进行论述时也对该问题提出了回应⁸，但需要注意的是，该回应援引的前置法与判决书主文援引的规定并不完全相同。

该案法官在《人民司法·案例》回应中所援引的是《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》（以下简称《条例》）第七条⁹和《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》（以下简称《决定》）第三条第三项“利用互联网侵犯他人知识产权”¹⁰；但在判决书主文所援引的是《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》第七条和《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》（以下简称《办法》）第六条第一项“未经允许，进入计算机信息网络或者使用计算机信息网络资源的”。¹¹《条例》第七条是对计算机

⁷ 孙杰：数据爬取的刑法规制【J】，载政法论丛，2021年第3期，p115-125

⁸ 同脚注2

⁹《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》第七条：任何组织或者个人，不得利用计算机信息系统从事危害国家利益、集体利益和公民合法利益的活动，不得危害计算机信息系统的安全。

¹⁰《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》第三条：为了维护社会主义市场经济秩序和社会管理秩序，对有下列行为之一，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任：

- (一) 利用互联网销售伪劣产品或者对商品、服务作虚假宣传；
- (二) 利用互联网损害他人商业信誉和商品声誉；
- (三) 利用互联网侵犯他人知识产权；
- (四) 利用互联网编造并传播影响证券、期货交易或者其他扰乱金融秩序的虚假信息；
- (五) 在互联网上建立淫秽网站、网页，提供淫秽站点链接服务，或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片。

¹¹《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》第六条：任何单位和个人不得从事下列危害计算机信息网络安全的活动：

信息系统保护的一般概括性规定，对其进行解释势必需要援引更为具体的规定。

根据我国《刑法》第九十六条¹²可知，两篇文书所各自具体援引的法条属于可援引的“国家规定”的范畴，且规定的均为一般性内容，在效力问题上并无本质差异。但二者在说理方式上存在明显差别：判决书所援引的《办法》第六条是从“侵入”这一手段措施的实质解释角度切入；而《人民司法·案例》刊载的文章则从行为人所获取的信息数据属于知识产权的角度切入。此二种说理方式各有千秋，甚至可以相互佐证彼此结论，本质并无相悖之处，但是出于论证的简洁性考虑，对“侵入”实质解释的方式更为经济。

需明确的是，一般性规定与具体规定之间只有内容的差异，并无效力高低之分，因此在前置法尚未具体规定的情况下，应允许援引一般性规定对社会危害性较大的行为进行打击，避免出现处罚真空地带。尤其是对于互联网犯罪中的灰黑产行为而言，虽然前置法尚未将具体行为模式类型化，但其行为的社会危害性业已不容忽视，刑法不能以缺乏明文规定为由拒绝介入。

四、企业数据合规化建设

随着技术不断进步，单位对掌握的个人信息的保护措施不断完善，单纯从外部侵入系统窃取信息的难度不断增大，“内鬼”在侵犯公民个人信息犯罪中所占比重势必逐渐增加，因此除了依靠对此类违法犯罪行为进行刑事打击之外，企业也应加强自身数据合规化建设，采用制度前置的方式为公民个人信息构筑起一道坚实的“防火墙”。

具体而言，可以从以下几个方面落实数据合规化建设：首先，**明确员工岗位职责以及相应的数据权限**，依照相关法律法规，制定企业内部信息数据使用准则，明确收集、使用信息数据的行为边界。其次，**严格监控企业的信息数据搜集、使用活动**，构建以大数据保护合规报告、合规审计等多种手段并举的内部全流程监管机制。再次，在技术层面，**应坚持对用户信息分级管理与匿名化操作的优化升级**，落实信息分级管理保护制度。最后，**构筑企业个人信息保护的合规组织体系**，建立企业内部信息合规部门，严格遵循企业使用客户信息合规规则，对企业员工行为进行监督，并定期进行全体员工的合规培训，以提高职员的数据合规、隐私保护意识。¹³

五、小结

数字化时代，大数据给社会发展提供了巨大便利，但伴生的风险也是显著提高，积极利用刑事手段打击数据信息犯罪的同时，企业还应该积极开展刑事合规化建设，由事后追惩转变为事前防控与事后追惩并举，以实现保护效果最大化。

（本文首发于2021年8月17日）

-
- (一) 未经允许，进入计算机信息网络或者使用计算机信息网络资源的；
 - (二) 未经允许，对计算机信息网络功能进行删除、修改或者增加的；
 - (三) 未经允许，对计算机信息网络中存储、处理或者传输的数据和应用程序进行删除、修改或者增加的；
 - (四) 故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序的；
 - (五) 其他危害计算机信息网络安全的。

¹² 《刑法》第九十六条：违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。

¹³ 何群、曾铮滢：大数据时代我国侵犯公民个人信息罪：从特点分析到完善建议【J】，载《海峡法学》2021年第1期，p46-57

星瀚合规

热爱法律的技术派

数据出境，企业究竟该怎么做？

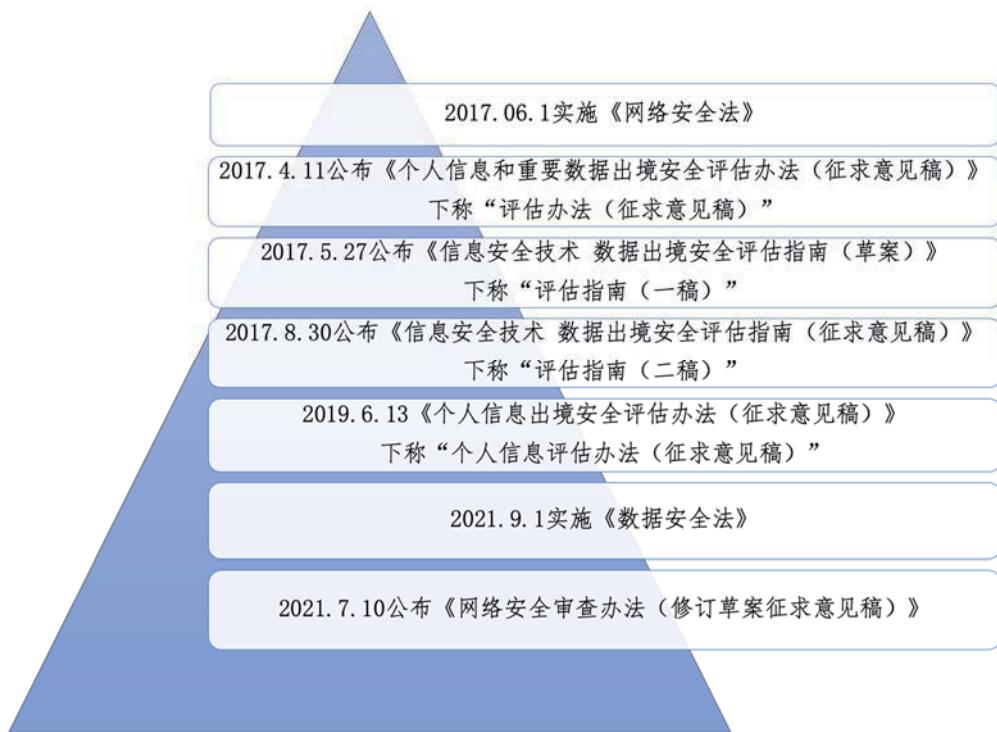
虞杨、洪璐

【前言】

前有特朗普政府以 TikTok 和 Wechat 涉嫌将美国用户的个人信息未经许可地传输给中国政府，进而可能损害美国国家安全为由禁止了上述两款产品在美国的使用；后有特斯拉摄像头隐私事件使中国政府限制军方人员和重点国企员工使用特斯拉，并以特斯拉在中国建立数据中心，实现数据存储本地化收尾；再到近期滴滴出行被网络安全审查而下架。

随着数据在全球范围内跨境流动的迅速增长与日渐频繁，各国政府正出于国家安全的考虑，加强对数据出境的监管，并收紧各国法律中对数据出境的规定，以保障在个人信息和重要数据安全的前提下，促进网络信息依法有序自由流动。因此，为避免因侥幸心理而影响战略大局最终并导致得不偿失，企业应当在实际操作中严格遵守数据出境的相关法律规范。

我国自 2017 年 6 月《网络安全法》实施以来，就数据出境问题也配套公布了多项法律规范的征求意见稿，虽然均尚未生效，但实践中暂时参照这些法规标准执行，因而具有极大的参考价值。



一、这样做是否属于数据出境？

随着数据出境不断收紧，企业们开始变得惴惴不安。因此首要问题就是要弄清楚，什么是数据出境。

数据出境通常是指将在中华人民共和国境内收集和产生的电子形式的个人信息和重要数据，提供给境外机构、组织、个人。这里的“提供”不仅指网络运营者直接把数据传输至境外的行为，而且包括网络运营者通过开展业务、提供服务、产品等方式使用户通过使用其提供的产品或服务的功能，向境外机构、组织或个人提供数据的行为。

例如，在中国境内注册的健身房，将中国境内收集的会员个人信息传输给其美国母公司的；又比如，该健身房虽未向美国母公司传输会员个人信息，但美国母公司可以通过访问、查看该健身房的内网获取会员个人信息的。

实践中需要注意的是，有不少企业将其服务器设置在香港，在监管日趋严格的情况下，应当理解为其将大陆收集的数据传输至香港服务器的行为属于数据的跨境传输。此时，就需要根据《网络安全法》第三十七条、《数据安全法》第三十一条以及《评估办法》等相关法律法规的规定，在确定传输的数据性质后，进一步判断是否需要对该等数据的出境进行安全评估。

二、我们企业的数据出境需要评估吗？

在厘清了究竟何为数据出境后，我们关心的是，到底哪些企业的哪些数据在出境时要进行安全评估。
[关键词：网络运营者、境内运营、个人信息、重要数据]

(一) 网络运营者

对于数据出境的监管对象，《网络安全法》作出了是否为“关键信息基础设施运营者”的区分，而《评估办法（征求意见稿）》、《评估指南（一稿）》、《评估指南（二稿）》、《个人信息评估办法（征求意见稿）》均将数据出境的监管对象扩大为“网络运营者”，《数据安全法》更是将“其他数据处理者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的数据的出境安全管理”也纳入了监管范围，从某种程度上再一次肯定了我国数据出境监管趋严的基调。

因此，首先需要明确的是，数据能否进行跨境传输的核心不在于网络运营者是否属于关键信息基础设施的运营者，而在于数据本身是否属于“个人信息”或“重要数据”。也就是说，只要企业属于网络的所有者、管理者或网络服务提供者，对于数据出境这件事，就应当格外关注。

(二) 境内运营

目前，相关法律法规仅对在境内运营中收集产生的个人信息和重要数据出境予以规制。企业只要满足以下任一条件，即属于“境内运营”：(1) 在中华人民共和国境内注册的；(2) 未在中华人民共和国境内注册，但在中华人民共和国境内开展业务，或向中华人民共和国境内提供产品或服务的（包括但不限于：使用中文；以人民币作为结算货币；向中国境内配送物流等）。

但是，如果企业虽在中国境内注册，但仅向境外机构、组织或个人开展业务、提供商品或服务，且不涉及境内公民个人信息和重要数据的，那么就不视为境内运营。

可见，数据出境受到我国监管的核心是不单是网络运营者的注册地是否在境内，只要数据的生产和收集在我国境内，或数据的生产和收集未在我国境内，但经过了加工和处理，皆为我国监管的数据出境范围。

(三) 客体：个人信息&重要数据

目前，针对出境行为而被纳入管理范围的数据只有两类，即个人信息和重要数据。

1. 个人信息

个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或与其他信息结合识别自然人个人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息。

比如，用户在企业网站或 APP 上注册时设置的账号密码，提交的手机号码、电子邮箱和住址信息，又比如用户在该网站上的消费流水记录等。具体范围可以参见《个人信息安全规范》(35273-2020) 的附录 A。

表 A.1 个人信息举例

| | |
|----------|--|
| 个人基本资料 | 个人姓名、生日、性别、民族、国籍、家庭关系、住址、个人电话号码、电子邮件地址等 |
| 个人身份信息 | 身份证件、军官证、护照、驾驶证、工作证、出入证、社保卡、居住证等 |
| 个人生物识别信息 | 个人基因、指纹、声纹、掌纹、耳廓、虹膜、面部识别特征等 |
| 网络身份标识信息 | 个人信息主体账号、IP 地址、个人数字证书等 |
| 个人健康生理信息 | 个人因生病医治等产生的相关记录，如病症、住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、护理记录、用药记录、药物食物过敏信息、生育信息、以往病史、诊治情况、家族病史、现病史、传染病史等，以及与个人身体健康状况相关的信息，如体重、身高、肺活量等 |
| 个人教育工作信息 | 个人职业、职位、工作单位、学历、学位、教育经历、工作经历、培训记录、成绩单等 |
| 个人财产信息 | 银行账户、鉴别信息(口令)、存款信息(包括资金数量、支付收款记录等)、房产信息、信贷记录、征信信息、交易和消费记录、流水记录等，以及虚拟货币、虚拟交易、游戏类兑换码等虚拟财产信息 |
| 个人通信信息 | 通信记录和内容、短信、彩信、电子邮件，以及描述个人通信的数据(通常称为元数据)等 |
| 联系人信息 | 通讯录、好友列表、群列表、电子邮件地址列表等 |
| 个人上网记录 | 指通过日志储存的个人信息主体操作记录，包括网站浏览记录、软件使用记录、点击记录、收藏列表等 |
| 个人常用设备信息 | 指包括硬件序列号、设备 MAC 地址、软件列表、唯一设备识别码(如 IMEI/Android ID/IDFA/OpenUDID/GUID/SIM 卡 IMSI 信息等)等在内的描述个人常用设备基本情况的信息 |
| 个人位置信息 | 包括行踪轨迹、精准定位信息、住宿信息、经纬度等 |
| 其他信息 | 婚史、宗教信仰、性取向、未公开的违法犯罪记录等 |

2. 重要数据

重要数据是指相关组织、机构和个人在境内收集、产生的不涉及国家秘密（国家秘密数据严禁向境外传输，相关规定参见《中华人民共和国保守国家秘密法》等法律、行政法规的规定），**但与国家安全、经济发展以及公共利益密切相关的数据**（包括原始数据和衍生数据）。

例如，公开的地图数据；邮政、快递企业的运单数据（收寄物品的名称、规格、数量、收寄时间、寄件人和收件人名址、联系电话，以及寄递过程中的位置轨迹等）；突发公共卫生事件与传染病疫情监测过程中获取的传染病病人及其家属、密切接触者的个人隐私和相关疾病、流行病学信息等。**企业对于重要数据的识别可以参见《评估指南（二稿）》附录 A**，但同时还应及时关注有关部门是否对重要数据目录进行了更新。

综上所述，网络运营者对于其在境内运营收集的个人信息和重要数据进行跨境传输前，需要进行安全评估。

三、 数据出境如何进行评估？

毋庸置疑的是，个人信息和重要数据原则上应当存储在中国境内，只有因业务需要，“**确需向境外提供的**”，通过安全评估后方可跨境传输。

那么，具体该如何进行数据出境的评估程序和操作，究竟又在什么情况才下属于“**确需向境外提供**”呢？

(一) 重要数据出境评估

1. 重要数据出境评估流程

根据《评估办法（征求意见稿）》、《评估指南（二稿）》，重要数据的出境安全评估采取的是“**一般自评估+特别情况行业主管部门组织评估+网信办兜底**”的模式。

(1) 安全自评估

| | |
|---------------|--|
| 1) 评估启动 | <ul style="list-style-type: none">a) 涉及数据出境的;b) 关键信息基础设施运营者进行数据出境之前的;c) 已完成数据出境安全自评估的产品或业务所涉及的个人信息和重要数据出境，在目的、范围、类型、数量等方面发生较大变化、数据接收方变更或发生重大安全事件的;d) 按照行业主管或者监管部门要求启动的。 |
| 注: | <ul style="list-style-type: none">a) 数据连续出境的（数据出境的目的、接收方相同，范围、类型、数量不发生较大变化，且两次数据出境间隔不超过一年），视为一次出境行为，免于重复评估；b) 数据出境涉及多方主体的如：云服务、转包服务等，根据数据出境发起方，确定安全自评估责任主体。 |
| 2) 成立安全自评估工作组 | 工作组主要包含法务、政策、安全、技术、管理相关专业人员。数据出境安全自评估工作组应负责审查业务部门提交的数据出境计划，并定期对数据出境情况开展检查、抽查。 |
| 3) 制定数据出境计划 | 计划的内容包括但不限于： <ul style="list-style-type: none">a) 涉及个人信息情况，包括个人信息的类型、数量、范围和敏感程度等；b) 涉及重要数据情况，包括重要数据的类型、数量和范围等；c) 涉及的信息系统情况；d) 数据发送方安全保护能力；e) 数据接收方安全保护能力及其所在的国家或地区的基本情况。 |
| 4) 形成安全自评估报告 | 安全自评估报告内容应包括但不限于：安全自评估对象基本情况、安全自评估组织实施情况、安全自评估结果、数据出境安全风险点、检查修正建议。安全自评估报告应至少保存 2 年。 |
| 5) 检查修正 | 如果安全自评估结果为禁止出境的，网络运营者应采用相关措施降低数据出境安全风险，并修正数据出境计划，重新开展安全自评估。例如：精简出境数据内容、使用技术措施处理数据降低敏感程度、提升数据发送方安全保障能力、限定数据接收方的处理活动、更换数据保护水平更高的接收方、选择政治法律环境保障能力较高地区的数据接收方等。在网络运营者进行相应调整后，可重新对数据出境进行安全风险安全自评估。 |

网络运营者应根据业务发展和网络运营情况，每年对数据出境至少进行一次安全评估，及时将评估情况报照行业主管或监管部门。

(2) 主管部门评估

i. 企业上报行业主管部门或网信办

属于下述情况的，企业通过安全自评估后，还需上报行业主管部门评估，行业主管部门不明的上报网信办。

| | |
|---------------|---|
| 应当上报行业主管部门的情形 | <ul style="list-style-type: none">a) 关键信息基础设施运营者开展的安全自评估；b) 一年内出境的个人信息数量达到国家网信部门、行业主管部门上报要求的；（如含有或累计含有 50 万人以上的个人信息）c) 数据量超过 1000GB；d) 包含核设施、生物化学、国防军工、人口健康等领域数据，大型工程活动、海洋环境敏感地理信息数据，以及其他重要数据的；e) 涉及关键信息基础设施的安全缺陷、具体安全防护措施等网络安全部分信息的；f) 其他可能影响国家安全、经济发展和社会公共利益的。 |
|---------------|---|

至于企业究竟应该上报哪个行业主管部门，我们简要列明了实务中大家存在较多疑问的领域，其他行业可以具体参照《评估指南（二稿）》的附录 A。

| 行业主管部门 | 主管领域 |
|--------------------------------|--|
| 工业和信息化部 | <ul style="list-style-type: none">◆ 通信类数据 如网络流量流向信息、网络及系统运行状态信息、用户访问互联网日志数据、用户网络行为习惯分析信息、行业或业务发展预测信息等；◆ 电子信息 产业运行与发展数据、电子信息百强企业业务数据等；◆ 钢铁、有色金属、装备制造、化学工业等；..... |
| 国土资源部 (国家测绘地理信息局、国家海洋局) | <ul style="list-style-type: none">◆ 地理信息 公开地图数据、北斗卫星导航信息、大于 1:5 万（含）比例尺地形图及其数字化成果、未公开的机场（含民用、军民合用机场）和机关、单位的信息、公开机场的内部结构及运输能力属性等。 |
| 邮政局 | <ul style="list-style-type: none">◆ 邮政企业、快递企业的运单数据（如收寄物品的名称、规格、收寄时间、寄件人和收件人名址、联系电话，以及寄递过程中的实时位置等）；邮政企业、快递企业收集的上下游用户相关名址数据；通过大数据分析得到涉及特定个体用户数据等。 |
| 卫生计生委 | <ul style="list-style-type: none">◆ 突发公共卫生事件与传染病疫情监测过程中获取的传染病病人及其家属、密切接触者的个人隐私和相关疾病、流行病学信息等；医疗机构和健康管理服务机构保管的个人电子病历、健康档案等各类诊疗、健康数据信息；生命登记信息等。 |

| | |
|-----|---|
| 商务部 | <ul style="list-style-type: none"> ◆ 个人在电子商务平台的注册信息；企业在电子商务平台的注册信息；电子商务交易记录以及相关的个人消费习惯及偏好和企业经营数据等；对上述数据进行加工形成的涉及国计民生的全国或区域经济运行、行业发展情况的统计分析报告等。 |
|-----|---|

ii. 网信办或行业主管部门主动启动评估

国家网信部门、行业主管部门也可根据数据出境类型、数量、范围、重要程度等，主动组织开展主管部门进行的数据出境安全评估。具体包括：

| | |
|---------------|---|
| 行业主管部门主动评估的情形 | <ul style="list-style-type: none"> a) 一年内出境的个人信息数量达到国家网信部门、行业主管部门上报要求的； b) 包含核设施、生物化学、国防军工、人口健康等领域数据，大型工程活动、海洋环境、敏感地理信息数据，以及其他重要数据的； c) 涉及关键信息基础设施的安全缺陷、具体安全防护措施等网络安全信息的； d) 关键基础设施运营者数据出境的； e) 其他可能影响国家安全、经济发展和社会公共利益的； f) 大量用户投诉、举报的； g) 全国性行业协会建议的； h) 其他经国家网信部门、行业主管部门认定有必要启动主管部门评估的。 |
|---------------|---|

在数据出境主管部门评估启动之后，国家网信部门、行业主管部门确定主管部门评估范围，制定主管部门评估方案，并成立主管部门评估工作组。网络运营者按要求向主管部门评估工作组提交相关材料，材料包括安全自评估报告以及相关证明资料等。主管部门评估工作组根据主管部门评估方案，通过远程检测、现场检查等方式进行主管部门评估并形成主管部门评估报告。专家委员会对评估报告、安全自评估报告进行审议并给出是否同意数据出境的建议。国家网信部门、行业主管部门根据专家委员会建议做出决定，并书面告知被评估主体。此外，国家网信部门、行业主管部门还会定期对网络运营者开展的数据出境进行安全检查，形成检查结果及整改建议并书面告知被检查主体。

2. 重要数据出境评估要点

(1) 出境目的

如上文所述，企业只有因业务需要“确需向境外提供”个人信息和重要数据的，经安全评估后，方可进行数据跨境传输。**这里的“确需”就是指数据跨境传输的目的需满足合法性、正当性和必要性的要求。**

合法性主要指：该等数据不属于法律法规明令禁止的，也不属于国家网信部门、公安部门、安全部门等有关部门认定不能出境的。正当性主要指：个人信息主体已同意的（虽未经个人信息主体同意但是危及公民生命财产安全等紧急情况除外），同时不违反相关主管部门规定的。必要性主要指：履行合同义务所必需的；同一机构、组织内部开展业务所必需的；我国政府部门履行公务所必需的；其他维护网络空间主权和国家安全、经济发展、社会公共利益和保护公民合法利益需要的。

(2) 安全风险

其次，评估数据出境计划的安全风险，应综合考虑**出境数据的属性**（类型、数量、范围、敏感程度和技术处理情况）和**数据出境发生安全事件的可能性及影响程度**（发送方数据出境的技术和管理能力；数据接收方的安全保护能力、采取的措施；数据接收方所在国家或区域的政治法律环境）。

其中，**出境数据的范围应遵循最小化原则**，即向境外传输的数据应与出境目的相关的业务功能有直接关联（没有该信息的参与，相应功能无法实现）；向境外自动传输数据的频率应是与数据出境目的相关的业务功能所必需的频率；向境外传输数据的数量应是与数据出境目的相关的业务功能所必需的数量。

（具体安全评估办法，企业可以参照《评估指南（二稿）》附录B）

(二) 个人信息出境评估

考虑到国家网信办 2019 年公布的《个人信息评估办法（征求意见稿）》系专门针对个人信息出境，且相比 2017 年公布的征求意见稿而言，2019 年的征求意见稿对个人信息出境的安全评估框架、评估流程、评估材料申报要求等做了较大调整，我们理解 2019 年征求意见稿更能反映监管部门对个人信息跨境传输的最新监管动向。因此，对于个人信息的跨境传输，除了遵循以上重要数据出境的评估要点和流程外，还应格外关注 2019 年公布的《个人信息评估办法（征求意见稿）》中产生变化的内容。

| | |
|---------|---|
| 1) 获得同意 | <p>网络运营者在取得个人信息主体同意前，应将数据出境目的、类型、保存时间、数据接收方的基本情况及数据出境可能存在的风险，网络运营者的联系人及其联系方式等信息明确告知个人信息主体。</p> <p>这里，需要特别提请企业注意的是，对于确需进行跨境传输的个人信息，务必要征得个人信息主体明示同意（个人信息主体拨打国际及漫游电话、发送国际电子邮件、进行国际即时通信、通过互联网进行跨境交易以及其他个人主动行为，以及将合法向社会公开披露的个人信息出境都属于获得了个人信息主体的明示同意），否则不得出境。此外，即便征得了个人信息主体同意，若该等数据出境可能侵害个人利益的，也不得出境。</p> |
| 2) 评估启动 | <p>个人信息出境前，网络运营者应当向所在地省级网信部门申报个人信息出境安全评估。</p> <p>（需要注意的是，这里删除了 2017 年《评估办法（征求意见稿）》中“含有或累计含有 50 万人以上个人信息”的表述，也即个人信息出境不再仅以数量决定是否需进行评估，足以见得监管趋严。因此，我们建议企业在实践中从严把握。）</p> |
| 3) 申报材料 | <ul style="list-style-type: none">a) 申报书；b) 网络运营者与接收者签订的合同；c) 个人信息出境安全风险及安全保障措施分析报告；d) 国家网信部门要求提供的其他材料。 |
| 4) 评估内容 | <ul style="list-style-type: none">a) 是否符合国家有关法律法规和政策规定；b) 合同条款是否能够充分保障个人信息主体合法权益；c) 合同能否得到有效执行；d) 网络运营者或接收者是否有损害个人信息主体合法权益的历史、 |

| | |
|----------------|--|
| | 是否发生过重大网络安全事件; e) 网络运营者获得个人信息是否合法、正当; f) 其他应当评估的内容。 |
| 5) 评估时间 | 省级网信部门在收到个人信息出境安全评估申报材料并核查其完备性后，应组织专家或技术力量进行安全评估。安全评估应当在 15 个工作日内完成，情况复杂的可以适当延长。 |
| 6) 评估频次 | 每 2 年或者个人信息出境目的、类型和境外保存时间发生变化时应当重新评估。 |
| 7) 其他义务 | 网络运营者应当建立个人信息出境记录并且至少保存 5 年；网络运营者应当每年 12 月 31 日前将本年度个人信息出境情况、合同履行情况等报所在地省级网信部门。 |

另外，特别需要注意的是，对于掌握超过 100 万用户个人信息的运营者赴国外上市的，还必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查，具体要求可参见《网络安全审查办法（修订草案征求意见稿）》。该办法虽尚未生效，但近期被网络安全审查的“滴滴出行”、“货车帮”、“BOSS 直聘”都在前不久赴美上市，且活跃用户均远超 100 万，监管态度可见一斑。

【小结】

虽然我国目前针对数据出境配套公布的多部办法和指南还未正式生效，且经过有关机关和部门的斟酌后，不排除现有内容会有所变更可能，但监管要求与内容大概率是趋严趋紧的。这一点无论是从不断收紧的监管处罚，还是从违法向境外提供数据的处罚上限由《网络安全法》的五十万，提高至《数据安全法》中的一百万，都可以明显看出。有鉴于此，企业对于数据出境更应当谨慎对待，小心处之，从严把控。

（本文首发于 2021 年 7 月 19 日）

是谁在偷我的脸？——人脸信息应用在《个人信息保护法》及《人脸识别司法解释》下的合规要点

虞杨、洪璐

【引言】

随着近年来各产业数字化转型进程的加快，无论是线上还是线下，企业对于人脸识别技术的运用都在快速增长，比如刷脸支付、刷脸进出小区/办公楼、刷脸解锁手机、刷脸签到考勤等等。

但实务中，不乏一些经营者假借“便民”、“安全”、“共赢”之名，随意采集人脸信息，而让具有唯一性、永久性与不可逆性而最应受到高级别安全保护的人脸信息面临巨大风险，侵害了自然人的隐私权、肖像权及个人信息。

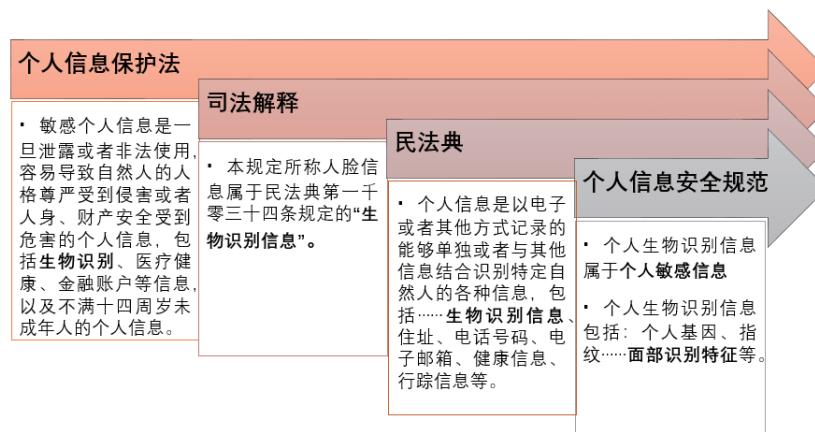
2021年7月27日，最高人民法院发布《关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“司法解释”)，对违法处理人脸信息的行为及救济进行了全面规定，并于2021年8月1日起正式实施。

2021年8月20日，全国人大常委会发布《个人信息保护法》，再次确立了敏感个人信息的处理规则，并于2021年11月1日正式实施。

本文将立足司法解释及《个人信息保护法》，简析企业在“看脸时代”，应如何做好数据合规。

一、何为“人脸信息”？

《个人信息保护法》规定，生物识别信息属于敏感个人信息，司法解释明确指出人脸信息属于生物识别信息，结合其他法律规定及国家标准，我们可以把人脸信息理解为一种人脸识别特征或者人脸识别数据，是一种可单独或与其他信息结合识别特定自然人或特定自然人身份的数据。



| 《信息安全技术 人脸识别数据安全要求（征求意见稿）》 | |
|----------------------------|---|
| 术语 | 定义 |
| 3.1人脸图像 | 自然人脸部信息的模拟或数字表示。 注：人脸图像可通过设备收集，也可对视频、数字照片等进行处理后获得，主要包括可见光图像、非可见光图像(如红外图像)、三维图像等。 |
| 3.2人脸特征 | 从数据主体的人脸图像提取的反映数据主体的参数 |
| 3.3人脸识别数据 | 人脸图像及其处理得到的，可单独或与其他信息结合识别特定自然人或特定自然人身份的数据 |

二、处理人脸信息的实践准则

从《民法典》、《消费者权益保护法》，到《网络安全法》、《个人信息安全规范》、《数据安全法》、《司法解释》、《个人信息保护法》，都明确要求并强调处理个人信息应当遵循合法、正当、必要的原则，本次司法解释的落地，再次细化了处理人脸信息时，所应遵循的具体要求。

(一) 评估

根据刚刚落地的《个人信息保护法》的规定，在处理人脸信息前，应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录，个人信息保护影响评估应当包括下列内容：个人信息的处理目的、处理方式等是否合法、正当、必要；对个人权益的影响及安全风险；所采取的保护措施是否合法、有效并与风险程度相适应。

此外，个人信息保护影响评估报告和处理情况记录应当至少保存三年。

(二) 告知

收集人脸信息前，应告知用户个人信息处理者的名称及联系方式，公开处理人脸信息的规则，明示处理的目的、方式、范围。此外，根据《个人信息保护法》，还应当向个人告知处理人脸信息的必要性以及对个人权益的影响。

针对告知的形式，企业可以暂行参考《信息安全技术 个人信息告知同意指南（征求意见稿）》。对于线上场景，采取弹窗等形式进行有效告知。对于线下场景，在显著处或直接面对面进行口头告知。比如，该指南在附录 D “公共场合场景下的告知同意”中，建议在商场内收集人脸信息时，可以在商场入口显著处张贴告知：“本商场安装有人脸识别系统，以便进行客流分析或进行个性化推荐。我们承诺会保护您的人脸等信息安全，详情可向询问台咨询或扫描二维码。”

再比如，对于物业服务企业，我们建议在小区启用人脸识别门禁系统之前，联合小区业主委员会在小区内显眼位置（比如每栋楼的大门上）张贴相关告示，告示内容应涵盖收集、使用人脸信息的目的、方式和范围，以及存储时间等，并请楼长挨家挨户让各业主/物业使用人对系统启用及告示签字同意。

(三) 同意

收集人脸信息前，应获得自然人或其监护人的单独同意，或按照法律、行政法规的规定征得自然人或其监护人的书面同意。

也就是说，履行完告知义务后，并非就万事大吉了，在收集人脸信息前，还应获得单独同意。

1. 单独同意

这里的“单独同意”，是指不能通过一揽子告知同意等方式征得个人同意。这是因为人脸信息的应用场景往往关乎个人的人身和财产安全，因此法律给予这类个人信息更高强度的保护，以确保个人在充分知情的前提下，合理考虑对自己权益的后果而作出同意。

以线上手机 App 为例，运营者不能以通过隐私政策告知了用户其收集的个人信息包括人脸信息，用户主动勾选同意了该隐私政策，就得出已获得用户“单独同意”的结论。**运营者对于人脸信息的收集与处理，应专门通过单独弹窗等方式征得用户的单独同意。**另外，在就人脸信息征得单独同意时，要避免使用默认勾选的方式，而应通过用户主动勾选、手动确认等方式，获得用户明示同意。

对于线下场景，特别需要注意的是，仅在现场提示“您已进入视频监控区域”，“本场所安装人脸识别系统，用于 XXXX”的，只是企业单方对消费者进行的告知，并未获得消费者同意（不得将消费者进入该场所的行为视为同意）。

比如，在宁波市市场监督管理局检查的一起案件中（甬市监处〔2021〕18号），当事人系一家房地产开发经营单位，为了确认客户是否系分销商介绍而来，当事人安装并使用了人脸识别系统，该系统会摄取所有到访售楼处客户的人脸信息。通过分销商介绍的客户正式签订购房合同时，系统自动将之前与该客户相关的报备信息、历次到访售楼处所摄取的人脸信息归集至该客户名下，如该客户首次到访售楼处时间与分销商报备时间对应符合，当事人据此向分销商结算佣金。

该案中，虽然当事人在其售楼处入口贴了标识信息“您已进入视频监控区域”、“本售楼处安装有人脸识别系统，用于进行分销带客识别，我们承诺保护您的人脸等信息安全”，但仍然因“该告知仅明示收集、使用信息的目的、方式，并未明示收集、使用信息的范围，且该告知并非征求同意的过程，并未实际获得消费者的同意”，而被宁波市市场监督管理局责令改正，并罚款25万元。

The screenshot shows a detailed administrative punishment decision from the Shanghai Market Supervision Administration. The decision is for a fine of 50,000 RMB to a company named 'XX Investment Co., Ltd.' for infringing on consumer rights. The decision document number is沪市监静处〔2021〕062021000787号. The company's legal representative is listed as '法定代表人(负责人) 签名'.

| 行政处罚决定书文号 | | 沪市监静处〔2021〕062021000787号 |
|--------------|---------------|--|
| 行政处罚当事人基本情况 | 名称 | XX 投资有限公司 |
| | 注册号 | [REDACTED] |
| | 法定代表人(负责人) 签名 | [REDACTED] |
| 违法行为类型 | | 侵害消费者人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的 |
| 行政处罚内容 | | 罚款50.0000万元，责令改正 |
| 作出行政处罚决定机关名称 | | 上海市静安区市场监督管理局 |
| 作出行政处罚决定日期 | | 2021-07-26 |
| 行政处罚决定书 | | 工商处 |

无独有偶，就在上个月，针对某卫浴品牌通过门店摄像头在消费者毫不知情的情况下抓取人脸信息，以供决定销售策略的行为，上海市静安区市场监督管理局以“侵害消费者人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息”为由，处以50万元的罚款，并责令改正。相应处罚依据如下：

《消费者权益保护法》

| | |
|-------|---|
| 第二十九条 | 经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。 |
| 第五十条 | 经营者侵害消费者的人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。 |
| 第五十六条 | 经营者有下列情形之一，除承担相应的民事责任外，其他有关法律、法规对处罚机关和处罚方式有规定的，依照法律、法规的规定执行；法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门或者其他有关行政部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处以违法所得一倍以上十倍以下的罚款，没有违法所得的，处以五十万元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照： （九）侵害消费者人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的； |

2. 不属于征得同意的情形

特别需要注意的是，以下方式不属于征得了自然人的同意：

(1) 信息处理者要求自然人同意处理其人脸信息才提供产品或者服务的，不属于征得了自然人同意，但是处理人脸信息属于提供产品或者服务所必需的除外。

通常而言，人脸信息对于绝大多数应用场景而言其实都不属于必要个人信息，即便是身份验证场景，也可以通过手机短信验证、预置密码验证等方式实现。因此，企业应当格外审慎，除非确实符合缺少人脸信息就无法向用户提供相应产品或服务的情形，否则应当坚决杜绝如果自然人不提供人脸信息就拒绝提供相应服务或产品的商业模式。

对此，司法解释还特别指出，物业服务企业或者其他建筑物管理人以人脸识别作为业主或者物业使用人出入物业服务区域的唯一验证方式，不同意的业主或者物业使用人有权请求其提供其他合理验证方式。也就是说，对于明确拒绝使用人脸识别系统的业主/物业使用人，不得强制其接受该系统，而应做好相关登记，并应明确告知其它进出小区时的身份核验方式（包括但不限于二维码、门禁卡、出入证、手动登记等）。

(2) 信息处理者以与其他授权捆绑等方式要求自然人同意处理其人脸信息的，不属于征得了自然人同意。

这里的“捆绑授权”，是指对业务功能及对应所需权限不加区分进行一次性概括授权，或者虽然进行了区分，但是在满足基础服务功能所必要的权限之外，个人信息主体无法拒绝或者根据需要选择其他功能并决定是否进行相应的授权。

禁止强制捆绑授权也是基于上述“必要性”及尊重和保护消费者“自主选择权”的合理、必然逻辑。在非必要的情形下，数据处理者应当提供授权同意的可选项给到个人信息主体，允许其自主选择是否进行有关“人脸识别脸信息”的专项授权。

(3) 强迫或者变相强迫自然人同意处理其人脸信息的其他情形。

比如，信息处理者采用格式条款与自然人订立合同，要求自然人授予其无期限限制、不可撤销、可任意转授权等处理人脸信息的权利，这种情形就不属于征得自然人同意，该格式条款无效。

也就是说，隐私政策等协议文件中关于人脸信息的相关规则须明确且确定。具体而言，应明确具体授权期限，允许个人信息主体享有撤销权，未事先告知个人信息主体并获得其授权不得与第三方共享等。不能赋予数据处理者以任意性的权利，否则将无限加重用户个人信息使用风险。

(四) 存储

对于人脸信息的存储，企业应采取应有的技术措施或者其他必要措施，确保其收集、存储的人脸信息安全，防止人脸信息泄露、篡改、丢失。

同时，鉴于人脸信息属于个人敏感信息，我们建议企业还应根据《个人信息安全规范》(GB/T 35273-2020)，将人脸信息与其他个人信息分开存储，并且原则上不得存储原始人脸信息。如需存储，仅存储算法处理后的摘要信息（摘要信息通常具有不可逆的特点，无法回溯到原始信息），或者在实现认证等功能后及时删除原始图像。即根据“最小化”的个人信息保护原则，缩短面部识别特征的生命周期，通过减少数据的收集达到降低人脸识别技术的法律风险的目的。

(五) 提供

不得违反法律、行政法规的规定或者双方的约定，向他人提供人脸信息

当企业在后续业务环节中，涉及到需要将人脸信息提供给第三方时，应当将第三方的身份、联系方式、处理目的、方式、种类、信息保护能力告知个人信息主体，并征得单独同意，当处理目的、方式和种类变更

时，需征得重新同意。

(六) 删除

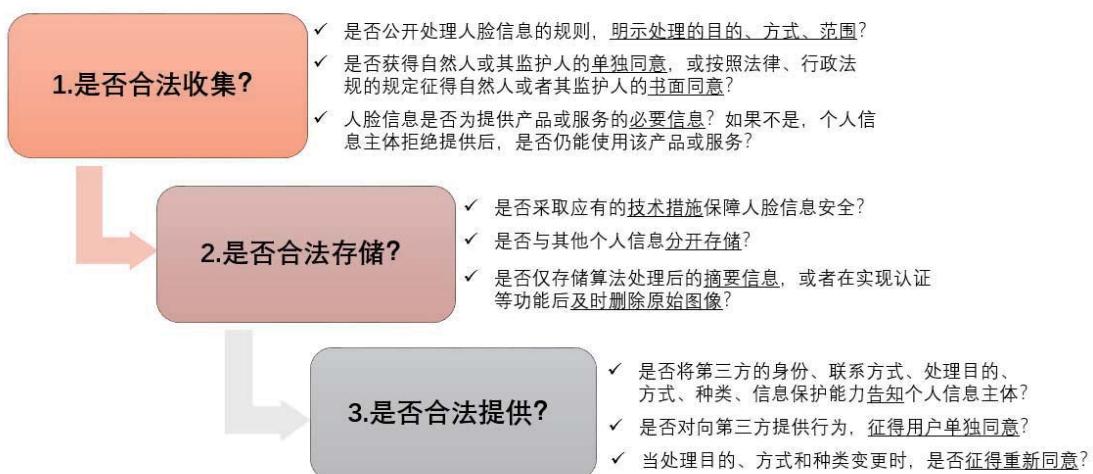
特别需要注意的是，个人信息主体对个人信息享有删除权。也就是说，无论双方是否就人脸信息的删除进行过约定，如果信息处理者违反约定处理自然人的人脸信息，那么该自然人就有权请求个人信息处理者承担违约责任，并删除人脸信息。

(七) 责任

当然，对于以下情形，信息处理者无需承担侵权责任：为应对突发公共卫生事件，或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需而处理人脸信息的；为维护公共安全，依据国家有关规定在公共场所使用人脸识别技术的；为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为在合理的范围内处理人脸信息的；在自然人或者其监护人同意的范围内合理处理人脸信息的；或者符合法律、行政法规规定的其他情形。

【小结】

随着人脸信息的应用场景越来越广，保护人脸信息对保护个人财产、安全的重要性愈加突显，个人对人脸信息的重视程度逐渐加强，相关主管部门的监督亦呈趋严态势。因此，我们建议企业在进行人脸信息处理前，可以通过以下几个问题，来保证自己处理行为的合法合规：



此外，企业还应积极关注人脸信息保护的相关立法、技术性规范及标准，并及时在业务上进行完善调整，避免承担不利的后果。

（本文首发于 2021 年 8 月 24 日）

《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》亮点解析

王晨光

引言

日前，国家市场监督管理总局发布《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》（以下称为“《征求意见稿》”）。本文拟对其中的部分亮点内容予以解读，包括：(i)细化虚假宣传的网络行为方式，虚假排名、诱导评价等或将被禁；(ii)明确网络商业诋毁情形，禁止雇佣网络水军恶意攻击，缺乏依据的风险提示可能构成诋毁行为；(iii)在现行法律基础上，对反向刷单、恶意拦截、非法抓取数据、二选一、大数据杀熟等新型热点问题，从反不正当竞争角度予以规制。

一、细化虚假宣传的网络行为方式，虚假排名、诱导评价等或将被禁

《反不正当竞争法》第8条规定，“经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。经营者不得通过组织虚假交易等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传”。

针对上述规定，《征求意见稿》第8条及第9条根据互联网宣传特点，分别对其行为媒介和方式作了细化规定。

| 行为媒介 | 行为方式 |
|--|--|
| <p>经营者不得采取下列方式，对经营者自身或者其商品的性能、功能、质量、曾获荣誉、资格资质等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者或者相关公众：</p> <p>（一）通过网站、自媒体等网络手段进行展示、演示、说明、解释、推介或者文字标注；</p> <p>（二）通过直播营销、话题营销、平台推荐、网络文案等方式，实施商业营销活动；</p> <p>（三）其他网络宣传方式。</p> <p>经营者不得帮助其他经营者实施前款虚假或者引人误解的商业宣传行为。</p> | <p>经营者不得采取下列方式，对经营者自身或者其商品的销售状况、交易信息、经营数据、用户评价等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者或者相关公众：</p> <p>（一）虚假交易或者组织虚假交易；</p> <p>（二）虚假排名或者组织虚假排名；</p> <p>（三）虚构交易额、成交量、预约量等与经营有关的数据信息；</p> <p>（四）虚构用户评价、收藏量、点赞量、投票量、关注量、订阅量、转发量等流量数据；</p> <p>（五）采用误导性展示等方式，隐匿差评，或者将好评前置、差评后置，或者不显著区分不同商品或者服务的评价等；</p> <p>（六）虚构点击量、关注度、阅读量、收听量、观看量、播放量等互动数据；</p> <p>（七）采用谎称现货、虚构预订、虚假抢购等方式进行虚假营销；</p> <p>（八）以返现、红包、卡券等方式足以诱导用户作出指定评价、点赞、转发、定向投票等互动行为；</p> <p>（九）其他虚假或者引人误解的商业宣传行为。</p> <p>经营者不得帮助其他经营者实施前款虚假或者引人误解的商业宣传行为。</p> |

其中，行为媒介方面，《征求意见稿》对虚假宣传行为的网络媒介和载体进行了列举，将自媒体、直播营销、话题营销、平台推荐、网络文案等均涵盖其中，该等内容在现有的执法实践中已有所体现。行为方式方面，《征求意见稿》对虚假或引人误解的商业宣传的网络方式做了详细列举：

- 沿袭《网络交易监督管理办法》（2021.5.1 起生效）规定，明确将虚构经营数据、流量数据和互动数据等纳入反不正当竞争管制范畴，由此进一步加强对网络购物、网络带货直播等领域中存在的刷单/刷量炒信行为的监管力度。
- 拟将虚假排名或组织虚假排名作为不正当竞争行为予以规制，若相关的榜单、排名缺乏实际数据支撑或有违公允性，则其实施和组织者均有可能构成违法。

需要注意的是，对于“竞价排名”（即搜索引擎根据付费情况，对购买了同一关键词的网站进行排序）的商业模式，《征求意见稿》将“擅自将他人有一定影响的商品名称、企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名）等标识设置为搜索关键词”作为混淆行为加以禁止，但除此之外的竞价排名是否可能因显示排序不存在合理依据，而被认定为“（组织）虚假排名”甚至技术干扰行为¹则有待进一步观察。

- 禁止以返现、红包、卡券等方式诱导用户作出指定评价、点赞、转发、定向投票等互动行为。我们认为，若对上述情形进行处罚，仍应以该等行为客观上具有虚假或引人误解的宣传实质为前提，否则仅凭其行为外观即予以否定评价可能有违立法初衷。假设一种常见的情形，某餐饮企业新开门店并于其官方公众号上发布推文，说明如顾客转发链接则可获赠该门店消费券一张，我们理解，上述行为的目的仅在于增加相关信息的曝光量，并未对企业或其商品的销售状况、交易信息、经营数据、用户评价等作出虚假或者引人误解的商业宣传，不宜将其认定为不正当竞争行为。

在激烈的网络竞争环境中，各种类型的虚假宣传行为层出不穷，而其易于监测、便于取证的特点则使其成为当下反不正当竞争的执法热点；并且，执法机构已采取科技化的监管方式，综合运用网络/平台监测、广告监测、线上投诉举报分析、电子数据取证等方式，广泛、实时收集关于网络虚假宣传的违法线索。

因此，企业在开展网络宣传推广过程中，应当重视宣传方式与内容合规，自觉抵制虚假流量红利，借助自媒体、直播等进行营销的，尤应重视文案内容合规并加强对合作方的管控要求。《禁止网络不正当竞争行为规定（公开征求意见稿）》后续审议后，我们也将对其正式生效的规定内容，以及监管部门对于网络领域虚假宣传行为的最新执法动态保持关注。

二、 明确网络商业诋毁情形，禁止雇佣水军恶意攻击，缺乏依据的风险提示可能构成诋毁行为

《反不正当竞争法》第 11 条规定，“经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉”。对此，《征求意见稿》第 11 条末款明确，“前款所称‘损害竞争对手的商业信誉、商品声誉’，是指使其他经营者的网络流量、商业广告收益、融资能力等显著减少或者下降，以及交易机会、可预期商业收益、议价能力、品牌价值等潜在竞争力受到损害”。

作为不正当竞争行为的商业诋毁发生于经营者之间，经营者与被诋毁者处于竞争关系之中，这是商业诋毁与一般的民法上的侵害名誉权的行为之间的本质区别。民法上的名誉权更侧重于人格利益的保护，而反不正当竞争法所规制的商业诋毁行为所侵害的法益是商业信誉或商品声誉所代表的竞争利益²，因此相较于名誉权受侵害而言，被诋毁人在经济层面通常可以主张更多的损害赔偿要求。

¹ 《征求意见稿》第 15 条规定，经营者不得利用技术手段，实施下列干扰其他经营者合法提供的网络产品或者服务的行为：（五）调整其他经营者的网络产品或者服务在搜索结果中的自然排序位置，并实施恶意锁定。

² 陈学军、丁伟主编，《上海市反不正当竞争条例释义》，P59

在网络渠道的竞争环境下，“得流量者得市场”，竞争关系不应仅限于主营内容、经营范围相同或类似的经营者之间，而应从反不正当竞争的立法原意出发，以动态标准考虑相关的攻击、诋毁行为是否属于竞争手段，并可由此获取不正当的竞争优势。目前，司法实践中对于竞争关系的认定亦趋向于采取更为广义的解释标准，例如：

- 北京知识产权法院于(2021)京 73 民终 603 号《民事判决书》中认为，反不正当竞争法的适用并未限制竞争关系的主体必须是同业竞争者或以直接、狭义的竞争关系为前提，只要具体行为损害了其他经营者包括用户、交易机会等市场资源在内的竞争利益，损害了市场竞争秩序和消费者的相关利益，即应受到反不正当竞争法的调整。

- 北京市朝阳区人民法院于(2020)京 0105 民初 49639 号《民事判决书》中认为，在互联网行业，将网络用户吸引到自己的网站是经营者开展经营互动的基础，在双方存在争夺相同网络用户群体的情况下，可以认定二者构成同业竞争关系。

对于商业诋毁的行为方式，《征求意见稿》第 12 条进一步对雇佣网络水军假冒消费者实施恶意评价等间接诋毁行为予以明确禁止，也就是说，若相关诋毁行为系受经营者指使而为，则即便实际实施人与被诋毁者之间不具有竞争关系，背后指使的经营者也构成商业诋毁的不正当竞争；同时，其将具有虚假或误导性质的风险提示信息亦作为诋毁方式之一，具体如下：

- 《征求意见稿》第 12 条规定，经营者不得实施下列行为，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉：

(一) 组织、指使他人以消费者名义对竞争对手的商品进行恶意评价；

(二) 利用或者组织、指使他人通过网络恶意散布虚假或者误导性信息；

(三) 利用网络对竞争对手的商品作出虚假或者误导性的风险提示、告客户书、警告函、律师函或举报信等；

(四) 其他编造、传播虚假或误导性信息，损害竞争对手商业信誉、商品声誉的行为。

自媒体、跟帖评论服务的提供者或使用者、网络水军等组织或个人，不得帮助其他经营者实施前款行为。

本次《征求意见稿》对商业诋毁直接和间接的网络行为方式，以及相关的竞争关系、损害后果的认定标准予以明确，无疑将会有效降低被诋毁者开展行政维权或民事追责的难度。就企业合规角度而言，则应对上述的监管趋势予以重视，尤其是在网络上公开发文时，应做到言之有据并且避免轻易对其他经营者进行负面评价，以避免相关信息被认定为虚假或误导性信息而产生额外法律责任。

对于相关信息或风险提示内容是否具有“误导性”（例如：何为片面、不完整，如何认定是否会引发错误联想，在何种情况下作出风险提示才算是依据充分等），其界定与判断存在一定难度，而监管部门又通常要求企业需要尽到必要的审慎注意义务。若企业确需于网络公开发文的（比如发布涉及其他经营者的文案，或通过网络渠道公开对某特定事项或相关经营者予以通告或回应等），则应在充分了解、查明事实情况的前提下谨慎措辞，必要时征询专业律师的建议和支持。

三、 对新类型的网络不正当竞争行为予以规制

《征求意见稿》在《电子商务法》、《反垄断法》、《反不正当竞争法》的基础上，对反向刷单、恶意拦截、非法抓取数据、二选一、大数据杀熟等新型热点问题，从反不正当竞争角度予以规制。同时，《征求意见稿》对《反不正当竞争法》第 12 条中已有明确规定的流量劫持、技术干扰、恶意不兼容这三种具体情形做了进一步的细化与落地。

□ 反向刷单

《征求意见稿》第 17 条规定，“经营者不得直接、组织或者通过第三方，在短期内与竞争对手发生高频

次交易或者给予好评等，触发平台的反刷单惩罚机制，减少该竞争对手的交易机会”。

如本所律师在《反向刷单炒信的刑法规制问题》一文中所述，在《征求意见稿》发布之前，我国现行的法律及司法解释均未对反向刷单行为的性质作出明确界定，而其在满足一定条件下是否构成破坏生产经营罪（实务界较为倾向该种认定）、损害商业信誉、商品声誉罪，亦或是非法经营罪仍存在一定争议。为此，受损害方在难以证明相关反向刷单行为涉嫌犯罪的情况下，目前仅能依据《反不正当竞争法》以及《民法典》侵权责任编的原则性规定主张责任并存在较大难度，《征求意见稿》中关于禁止反向刷单规定的出台和落地将有助于解决这一问题。

本所律师在《反向刷单炒信的刑法规制问题》中，对反向刷单行为的举证要点进行了介绍，亦可为受害方后续提出行政举报、民事诉讼，乃至刑事报案提供初步指引。

□ “二选一”

针对“二选一”行为，目前可适用的法律规范包括《反垄断法》、《电子商务法》以及《反不正当竞争法》。根据国务院反垄断委员会于 2021 年 2 月发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》，具有市场支配地位的平台经济领域经营者要求平台内经营者在竞争性平台间进行“二选一”的行为，构成滥用市场支配地位中的“限定交易”；但对于不具有市场支配地位的经营者而言，《反垄断法》无法据此对其进行有效约束。

- 《反垄断法》第 17 条规定，禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：
(四) 没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易。
- 《电子商务法》第 35 条规定，电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段，对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，或者向平台内经营者收取不合理费用。
- 《反不正当竞争法》第 12 条规定，经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：(四) 其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

《征求意见稿》在《反不正当竞争法》第 12 条的基础上，对“二选一”行为进行了细化规定，明确互联网企业利用技术手段实施“二选一”行为构成不正当竞争，并且不要求实施者具有市场支配地位，因此具有更为广泛的适用性。

- 《征求意见稿》第 19 条规定，经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择、限流、屏蔽、商品下架等方式，减少其他经营者之间的交易机会，实施“二选一”行为，妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的正常运行，扰乱市场竞争秩序。

经营者不得利用技术手段，通过限制交易对象、限制销售区域或时间、限制参与促销等方式，影响其他经营者的经营选择，实施“二选一”行为，妨碍、破坏具有依赖关系的交易相对方合法提供的网络产品或者服务的正常运行，扰乱市场竞争秩序。

国家市场监督管理总局于 2021 年 2 月对某品牌特卖网站作出了国市监处〔2021〕3 号《行政处罚决定书》，认为其利用技术手段实施的“二选一”行为妨碍、破坏了其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行，并对其顶格罚款人民币 300 万元，对《征求意见稿》中的最新监管思路已有所体现，其查明事实如下：

- 2020 年 8 月至 12 月，当事人为获取竞争优势及交易机会，开发并使用巡检系统，获取同时在本公司和其他公司上架销售的品牌经营者信息，利用供应商平台系统、智能化组网引擎、运营中台等提供的技术手段，通过影响用户选择，及限流、屏蔽、商品下架等方式，减少品牌经营者的消费注意、流量和交易机会，

限制品牌经营者的销售渠道，妨碍、破坏了品牌经营者及其他经营者合法提供的网络产品和服务正常运行，违背了自愿、平等、公平、诚信原则，扰乱了公平竞争市场秩序。

□ 非法抓取数据

《征求意见稿》第 20 条规定，“经营者不得利用技术手段，非法抓取、使用其他经营者的数据，并对其他经营者合法提供的网络产品或者服务的主要内容或者部分内容构成实质性替代，或者不合理增加其他经营者的运营成本，减损其他经营者用户数据的安全性，妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的正常运行”。

针对数据抓取和使用行为，浙江省杭州市中级人民法院作出的（2020）浙 01 民终 5889 号《民事判决书》（2020 年度中国十大传媒法事例）中，界定了不同数据权益间的权利边界，确立分类保护原则，提出判断数据抓取及使用行为正当性与否的标准和方法，并明确了数字经济“开放、共享、效率”的基本价值取向，具有较强的借鉴意义：

- 网络运营者所控制的数据分为原始数据与衍生数据。对于单一原始数据个体，数据控制主体只能依其与用户的约定享有有限使用权；对于单一原始数据聚合而成的数据资源整体，数据控制主体享有竞争性利益。
- 未经许可擅自使用他人控制的单一原始数据，只要不违反“合法、必要、用户同意”的原则，一般不应被认定为不正当竞争，数据控制主体亦无赔偿请求权。未经许可在他人既有数据资源基础上开展创新竞争，应当符合“合法、适度、用户同意、效率”的原则，规模化、破坏性地使用他人所控制的数据资源且竞争效能上对于市场而言弊大于利的，应当认定为不正当竞争。

（本文首发于 2021 年 9 月 14 日）

星瀚税法

热爱法律的技术派

有关股权转让所得个人所得税的那些事儿……股权转让税收系列①

崔岩双

股权转让是实现企业资源的优化配置、实现企业控制权结构调整、实现个人财富增加的重要手段，其在商业实践中也不断涌现出新形式。股权转让所涉税务问题亦是税务稽查惯常性的工作重点，但因股权转让的税收政策散见于税法及国家税务总局的公告、函、通知、批复等文件中，对市场主体尤其是个人来讲，很难厘清个中关系。

因此，股权转让税收系列文章旨在梳理股权转让税收政策，厘清股权转让涉税的那些事儿。本文为股权转让税收系列第一篇，主要围绕股权转让个人所得税的一般规定展开，旨在梳理股权转让中个人所得税的一般规定。

我国《个人所得税法》第二条规定，财产转让所得应当缴纳个人所得税。《个人所得税法实施条例》第六条将个人转让股权取得的所得界定为“财产转让所得”中的一种，应按财产转让所得缴纳个人所得税。国家税务总局公告 2014 年第 67 号《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》第三条确定了股权转让的定义及具体情形，并进一步完善了股权转让个人所得税的征管问题。

国家税务总局公告 2014 年第 67 号定义了股权转让，“股权转让是指个人将股权转让给其他个人或法人的行为”，包括出售、公司回购、首次公开发行新股、强制过户、对外投资或其他非货币性交易、以股抵债等股权转移行为。股权转让的应纳税所得额为“股权转让收入减除股权原值和合理费用后的余额”，计算公式为：**应纳税所得额=股权转让收入—（股权原值+合理费用）**。股权转让应纳的个人所得税税额=**应纳税所得额*20%**。

一、股权转让收入的确认

股权转让收入是股权转让获得的各种形式的经济利益，《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》吸纳了相关规定（国税函〔2006〕866 号和国家税务总局公告 2011 年第 41 号）中的内容，对股权转让涵盖的各类款项做了具体规定。67 号文规定，股权转让收入应当按照公平交易原则确定，申报的股权转让收入明显偏低或者股权转让收入无法确定的，主管税务机关可以核定股权转让收入或应纳税额。换言之，税收行政机关在特殊情形下，可按照 67 号文规定的核定征收方法调整股权转让收入，具体情形如下表：

| | | | |
|--------|-----------|--|-------|
| 股权转让收入 | 股权转让收入的内涵 | 股权转让收入是指转让方因股权转让而获得的现金、实物、有价证券和其他形式的经济利益。 | |
| | 股权转让收入的外延 | 转让方取得与股权转让相关的各种款项，包括违约金、补偿金以及其他名目的款项、资产、权益等，均应当并入股权转让收入。 | |
| | 主管税务机关核 | 1.申报的股权转让收入明显偏低且无正当 | 依次的核定 |

| | | |
|---------|----------------------------|---|
| 定股权转让收入 | 理由的: | 方法: 1、净资产核定法; 2、类比法; 3、其他合理方法。 |
| | 2.未按期申报,经税务机关责令申报,逾期仍不申报的; | |
| | 3.转让方无法提供或者拒不提供股权转让收入资料的; | |
| | 4.其他应核定转让收入的情形。 | |

二、股权原值的确认

根据《股权转让所得个人所得税管理办法(试行)》的规定,股权转让原值确定方法如下:

| 取得被转让股权的情形 | 股权原值计算公式 |
|---|-----------------------------------|
| 现金出资方式取得的股权 | 股权原值=实际支付价款+合理税费 |
| 以非货币性资产出资方式取得的股权 | 股权原值=税务机关认可或核定的投资入股时非货币性资产价格+合理税费 |
| 继承人继承或者符合特定身份的主体间交易的股权 | 股权原值=原持有人的股权原值+合理税费 |
| 被投资企业以资本公积、盈余公积、未分配利润转增股本,个人股东已缴纳个人所得税的 | 股权原值=转增额+相关税费 |
| 股权转让人取得股权时,被主管税务机关核定股权转让收入的 | 股权原值=取得时核定的股权转让收入+合理税费 |
| 未提供完整、准确的股权原值凭证的,不能正确计算股权原值的 | 由主管税务机关核定其股权原值 |
| 个人多次取得同一被投资企业股权的部分转让时 | 采用“加权平均法”确定股权原值 |

三、股权转让个人所得税的税收征管

1、主管税务机关和纳税人、扣缴义务人的确定

根据《个人所得税法》第九条,个人所得税以所得人为纳税人,以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人。因此,个人的股权转让,所得人为转让股权的个人,扣缴义务人为股权转让的受让方,不论该受让方是否为个人。

根据 67 号文的规定,个人股权转让所得个人所得税以被投资企业所在地税务机关为主

管税务机关。

2、纳税义务发生时间的确定

根据《个人所得税法》第十二条和第十三条的规定，纳税人收到股权转让价款即取得所得作为纳税义务发生的前提，但 67 号文对个人股权转让所得纳税义务发生时间作出了下述特殊规定。

具有下列情形之一的，扣缴义务人、纳税人应当依法在次月 15 日内向主管税务机关申报纳税：

- (一) 受让方已支付或部分支付股权转让价款的；
- (二) 股权转让协议已签订生效的；
- (三) 受让方已经实际履行股东职责或者享受股东权益的；
- (四) 国家有关部门判决、登记或公告生效的；
- (五) 本办法第三条第四至第七项行为已完成的；
- (六) 税务机关认定的其他有证据表明股权已发生转移的情形。

故应特别注意个人股权转让时的个人所得税纳税义务发生时间，以避免因未按期纳税产生相应的滞纳金。

3、纳税信息资料报送义务的确定

67 号文规定，纳税人、扣缴义务人应在办理纳税（扣缴）申报时履行相应的报送资料义务。即应报送以下资料：

- 股权转让合同；
- 股权转让双方身份证明；
- 按规定需要进行资产评估的，需提供具有法定资质的中介机构出具的净资产或土地房产等资产价值评估报告；
- 计税依据明显偏低但有正当理由的证明材料；
- 主管税务机关要求报送的其他材料。

但需注意的是：除纳税人、扣缴义务人的报送资料义务外，被投资企业也负有报送资料的义务。即：

(1) 被投资企业应在董事会或股东会结束后 5 个工作日内，向主管税务机关报送与股权变动事项相关的董事会或股东会决议、会议纪要等资料；

(2) 被投资企业发生个人股东变动或者个人股东所持股权转让的，被投资企业应当在次月 15 日内向主管税务机关报送《个人所得税基础信息表（A 表）》及股东变更情况说明。

尽管被投资企业不是个人所得税的代扣代缴义务人，但 67 号公告仍规定了被投资企业的报送资料义务，并规定了“如未按规定期限办理相关资料报送的，被投资企业将被依照《税收征管法》及其实施细则有关规定处理”，因此被投资企业发生个人股东变动事项时应及时报送相关资料，做好税务合规工作。

（本文首发于 2021 年 7 月 12 日）

有关股权转让所得个人所得税的那些事儿……股权转让税收系列②

崔岩双

股权转让是实现企业资源的优化配置、实现企业控制权结构调整、实现个人财富增加的重要手段，其在商业实践中也不断涌现出新形式。股权转让所涉税务问题亦是税务稽查惯常性的工作重点，但因股权转让的税收政策散见于税法及国家税务总局的公告、函、通知、批复等文件中，对市场主体尤其是个人来讲，很难厘清个中关系。

因此，股权转让税收系列文章旨在梳理股权转让税收政策，厘清股权转让涉税的那些事儿。第一篇已整理了股权转让个人所得税的一般规定，本篇旨在梳理转让上市公司股票、新三板股票、限售股的个人所得税问题。

一、个人转让上市公司股票的所得需要缴纳个人所得税吗？

不需要！

根据财税字〔1998〕61号和财税〔2009〕167号，对个人在上海证券交易所、深圳证券交易所转让从上市公司公开发行和转让市场取得的上市公司股票取得的所得，**继续暂免征收个人所得税**。对此收入暂免征收个人所得税，是特定背景下为鼓励证券市场的发展作出的考量。

国家税务总局所得税司也详细解答了“为什么要对个人转让从上市公司公开发行和转让市场取得的上市公司股票转让所得继续实施免税政策问题”。

因为总体来讲，我国资本市场仍然属于新兴市场，发展还不成熟，波动比较大。不断推进资本市场的发展壮大，确保资本市场稳定健康发展，是必须长期坚持的政策目标，这对于推动我国经济体制变革、优化资源配置、促进经济发展和社会进步有着重要意义和作用。因此，政策的调整应致力于维护资本市场的公平和稳定，构建有利于资本市场长期稳定发展的政策机制。实践证明，对上市公司公开发行和转让市场股票转让所得免征的政策对我国资本市场的发展起到了积极的促进作用，今后还将发挥重要作用。因此，对个人转让从上市公司公开发行和转让市场取得股票的所得继续免征个人所得税，保持政策的稳定。

另，实践中有客户咨询外国人转让上市公司股票的所得是否需要缴纳个人所得税的问题。在对非居民个人没有特殊规定的情形下，非居民个人转让上市公司股票亦适用上述文件暂免征收个人所得税。

二、个人转让新三板公司股票的所得需要缴纳个人所得税吗？

需区分所转让的新三板公司股票是否为原始股。

原始股是指个人在新三板挂牌公司挂牌前取得的股票，以及在该公司挂牌前和挂牌后由上述股票孳生的送、转股；**非原始股**是指个人在新三板挂牌公司挂牌后取得的股票，以及由上述股票孳生的送、转股。

根据财税〔2018〕137号文的规定：

自2018年11月1日（含）起，对个人转让新三板挂牌公司非原始股取得的所得，**暂免**

征收个人所得税。

对个人转让新三板挂牌公司原始股取得的所得，按照“财产转让所得”，适用 20%的比例税率征收个人所得税。

转让新三板公司非原始股暂免征收个税，转让新三板公司原始股按财产转让所得征收个人所得税，这也与转让上市公司股票及限售股的个人所得税政策协调一致。

另请注意自 2019 年 9 月 1 日(含)起，个人转让新三板挂牌公司原始股的个人所得税，以股票托管的证券机构为扣缴义务人，由股票托管的证券机构所在地主管税务机关负责征收管理。

三、个人转让上市公司限售股需要缴纳个人所得税吗？

需要。

转让上市公司股票不需缴纳个人所得税，故有人对转让限售股需缴纳个人所得税不解。如前所述，转让上市公司股票不需缴纳个人所得税是特定背景下为鼓励证券市场的发展作出的考量，而限售股本身不等同于上市公司的股票，成本较低，数量较大，如企业不上市，该限售股本身流通性很弱，上市使其性质发生了根本性的变化，从而产生了大幅增值，如与个人投资者从上市公司公开发行和转让市场购买的上市公司股票转让所得一样享受个人所得税免税待遇，会加剧收入分配不公，因此对限售股的征税个人所得税符合税收公平原则。

另外，根据现行税收政策规定，个人转让非上市公司股权所得、企业转让限售股所得都征收所得税，如对个人转让限售股不征收个人所得税会使相同性质交易的税收政策不平衡。

根据财税〔2009〕167 号、财税〔2010〕70 号文的规定，自 2010 年 1 月 1 日起，对个人转让限售股取得的所得，按照“财产转让所得”，适用 20%的比例税率征收个人所得税。

即转让限售股应纳的个人所得税税额 = 【限售股转让收入 - (限售股原值+合理税费)】
×20%

(一) 个人所得税中的限售股

财税〔2009〕167 号、财税〔2010〕70 号文中正列举了需缴纳个人所得税的限售股，包括股改限售股、新股限售股、个人从机构或其他个人受让的未解禁限售股、个人通过继承或家庭财产分割取得的限售股、个人持有的从代办股份转让系统转到主板市场（或中小板、创业板市场）的限售股、上市公司吸收合并中，个人持有的原被合并方公司限售股所转换的合并方公司股份、上市公司分立中，个人持有的被分立公司限售股所转换的分立后公司股份以及其他限售股。

在所便函〔2010〕5 号文件中，国家税务总局所得税司《限售股个人所得税政策解读稿》也明确了要征税的限售股不包括股改复牌后和新股上市后限售股的配股、新股发行时的配售股、上市公司为引入战略投资者而定向增发形成的限售股。另外，对上市公司实施股权激励给予员工的股权激励限售股，现行个人所得税政策规定其属于“工资、薪金所得”，并明确规定了征税办法，因此，此处讨论的限售股也不包括股权激励的限售股。

虽然有“其他限售股”的概括性兜底，但从原理解读，该概括性兜底其实也要符合“上市使其性质发生了根本性的变化”这一条件。

(二) 限售股转让收入的确定

限售股转让收入，是指转让限售股股票实际取得的收入。由于限售股转让情形繁多且复杂，因此要根据不同情形确定限售股的转让收入：

| 限售股转让情形 | 转让收入的确认 |
|--------------------------------------|--|
| 个人通过证券交易所集中交易系统或大宗交易系统转让限售股 | 以转让当日该股份实际转让价格计算 |
| 个人用限售股认购或申购交易型开放式指数基金（ETF）份额 | 1.通过认购 ETF 份额方式转让限售股的，以股份过户日的前一交易日该股份收盘价计算；2.通过申购 ETF 份额方式转让限售股的，以申购日的前一交易日该股份收盘价计算。 |
| 个人用限售股接受要约收购 | 以要约收购的价格计算 |
| 个人行使现金选择权将限售股转让给提供现金选择权的第三方 | 以实际行权价格计算 |
| 个人协议转让限售股 | 按照实际转让收入计算。 如转让价格明显偏低且无正当理由的，主管税务机关可以按协议签订日的前一交易日该股收盘价或其它合理方式核定其转让收入。 |
| 个人持有的限售股被司法扣划 | 以司法执行日的前一交易日该股收盘价计算 |
| 个人因依法继承或家庭财产分割让渡限售股所有权 | 以转让方取得该股时支付的成本计算 |
| 个人用限售股偿还上市公司股权分置改革中由大股东代其向流通股股东支付的对价 | |

(三) 限售股原值的确定

相较于限售股转让收入确定的复杂，限售股原值的确定较为简单：

| | |
|--------------|---|
| 限售股原值确定的一般规定 | 限售股买入时的买入价及按照规定缴纳的有关费用。 如果纳税人未能提供完整、真实的限售股原值凭证的，不能准确计算限售股原值的，主管税务机关一律按限售股转让收入的 15% 核定限售股原值及合理税费。 |
| 限售股原值确定的特殊情形 | 个人转让因协议受让、司法扣划等情形取得未解禁限售股的，成本按照主管税务机关认可的协议受让价格、司法扣划价格核定；无法提供相关资料的，主管税务机关一律按限售股转让收入的 15% 核定限售股原值及合理税费。 个人转让因依法继承或家庭财产依法分割取得的限售股的，成本按照该限售股前一持有人取得该股时实际成本及税费计算。 |

限售股转让中的合理税费，是指转让限售股过程中发生的印花税、佣金、过户费等与交易相关的税费。

另外，还需注意转让限售股中，纳税人、扣缴义务人和主管税务机关、征收方式的确定等问题。

因转让限售股所涉情形较为复杂，在不同的情形下，征收方式不同。有些情形下采取证券机构预扣预缴、纳税人自行申报清算和证券机构直接扣缴相结合的方式征收，有些情形下采取纳税人自行申报纳税的方式征收。纳税人应注意做好自行申报、自行清算；证券机构也应采取积极、有效措施，注意依法履行扣缴税款义务、及时通知、报告等义务，避免因未依法履行相关义务带来的合规风险。

(本文首发于 2021 年 7 月 26 日)

有关股权转让所得个人所得税的那些事儿……股权转让税收系列③

崔岩双

股权转让是实现企业资源的优化配置、实现企业控制权结构调整、实现个人财富增加的重要手段，其在商业实践中也不断涌现出新形式。股权转让所涉个人所得税问题亦是税务稽查惯常性的工作重点，但因股权转让的税收政策散见于税法及国家税务总局的公告、函、通知、批复等文件中，对市场主体尤其是个人来讲，很难厘清个中关系。

因此，股权转让税收系列文章旨在梳理股权转让税收政策，厘清股权转让涉税的那些事儿。第一篇已整理了股权转让个人所得税的一般规定，第二篇梳理了个人转让上市公司股票、新三板股票、限售股的个人所得税问题，本篇旨在股权转让个人所得税中的一些特殊问题，如天使投资个人和创投企业合伙个人股权转让的个人所得税问题、以转让公司全部资产方式进行股权转让的个税应纳税所得额认定问题及个人股权转让税收征管中的新趋势等变化。

一、天使投资个人股权转让的个人所得税

天使投资个人采取股权投资方式直接投资于初创科技型企业满 2 年的，可以按照投资额的 70% 抵扣转让该初创科技型企业股权取得的应纳税所得额；当期不足抵扣的，可以在以后取得转让该初创科技型企业股权的应纳税所得额时结转抵扣。

天使投资个人投资多个初创科技型企业的，对其中办理注销清算的初创科技型企业，天使投资个人对其投资额的 70% 尚未抵扣完的，可自注销清算之日起 36 个月内抵扣天使投资个人转让其他初创科技型企业股权取得的应纳税所得额。

其中，初创科技型企业需符合财税〔2018〕55 号中的条件才能适用上述优惠政策。

因天使投资过程中具有高风险性的特点，因而为了促进天使投资以推动企业成长，同时也为了充分保障天使投资人，出台了上述对天使投资人的税收优惠，**但此税收优惠仅限于通过股权投资方式直接投资于初创科技型企业满 2 年的而不包括受让初创科技型企业其他股东的存量股权的情形。**

二、创投企业合伙个人转让股权个税

财税〔2019〕8 号文中所称的创投企业，是指符合《创业投资企业管理暂行办法》或者《私募投资基金监督管理暂行办法》关于创业投资企业（基金）的有关规定，并按照上述规定完成备案且规范运作的合伙制创业投资企业（基金）。

《创业投资企业管理暂行办法》中对创业投资企业进行了定义，创业投资企业指在中华人民共和国境内注册设立的主要从事创业投资的企业组织；《私募投资基金监督管理暂行办法》中所称对创业投资基金，是指主要投资于未上市创业企业普通股或者依法可转换为普通股的优先股、可转换债券等权益的股权投资基金。

创投企业的个人合伙人从创投企业取得的所得可以选择按单一投资基金核算或者按创投企业年度所得整体核算两种方式之一缴纳个人所得税。该选择作出后，3 年内不能变更。

如创投企业选择按单一投资基金核算的，单个投资项目的股权转让所得，按年度股权转让

让收入扣除对应股权原值和转让环节合理费用后的余额计算；单一投资基金的股权转让所得，按一个纳税年度内不同投资项目的所得和损失相互抵减后的余额计算，余额大于或等于零的，即确认为该基金的年度股权转让所得；余额小于零的，该基金年度股权转让所得按零计算且不能跨年结转。

个人合伙人按照其应从基金年度股权转让所得中分得的份额计算其应纳税额，按照“财产转让”、**20%**的税率计算并由创投企业在次年3月31日前代扣代缴个人所得税。如符合规定条件的，创投企业个人合伙人可以按照被转让项目对应投资额的70%抵扣其应从基金年度股权转让所得中分得的份额后再计算其应纳税额，当期不足抵扣的，不得向以后年度结转。

但如创投企业选择按年度所得整体核算的，其个人合伙人应从创投企业取得的所得，包括股权转让获得的收入，都要按照“经营所得”项目、**5%-35%**的超额累进税率计算缴纳个人所得税。

上述天使投资个人和创投企业合伙人还需关注相关的备案及后续管理以符合相关税收优惠的征管要求。

三、关于股权转让应纳税所得额认定中的特殊问题

如国税函〔2007〕244号中，规定了以转让公司全部资产方式将股权转让给新股东的案件中，应纳税所得额的计算方法。

通过签订股权转让协议，以转让公司全部资产方式将股权转让给新股东，协议约定时间以前的债权债务由原股东负责，协议约定时间以后的债权债务由新股东负责。根据《中华人民共和国个人所得税法》及其实施条例的规定，原股东取得股权转让所得，应按“财产转让所得”项目征收个人所得税。

财产转让所得中的应纳税所得额按下述方法计算：

(一) 对于原股东取得转让收入后，根据持股比例先清收债权、归还债务后，再对每个股东进行分配的，应纳税所得额的计算公式为：

应纳税所得额=（原股东股权转让总收入—原股东承担的债务总额+原股东所收回的债权总额—注册资本额—股权转让过程中的有关税费）×原股东持股比例。

其中，原股东承担的债务不包括应付未付股东的利润。

(二) 对于原股东取得转让收入后，根据持股比例对股权转让收入、债权债务进行分配的，应纳税所得额的计算公式为：

应纳税所得额=原股东分配取得股权转让收入+原股东清收公司债权收入—原股东承担公司债务支出—原股东向公司投资成本。

四、股权转让中取得的违约金收入是否属于应纳税范围的问题

根据《中华人民共和国个人所得税法》的有关规定，股权转让后，转让方个人因受让方个人未按定期限支付价款而取得的违约金收入，属于因财产转让而产生的收入。**转让方个人取得的该违约金应并入财产转让收入**，按照“财产转让所得”项目计算缴纳个人所得税，税款由取得所得的转让方个人向主管税务机关自行申报缴纳。

五、股权转让个人所得税征管新趋势

在已废止的国税函〔2009〕285号中第一条中，规定了股权转让中税务前置的程序：股权转让各方在签订股权转让协议并完成股权转让交易以后至企业变更股权登记之前，负有纳税义务或代扣代缴义务的转让方或受让方，应到主管税务机关办理纳税（扣缴）申报，并持税务机关开具的股权转让所得缴纳个人所得税完税凭证或免税、不征税证明，到工商行政管理部门办理股权变更登记手续。

但该文件已被国家税务总局公告2010年第27号废止失效。

在2021年全国税务系统稽查工作重点中，明确将高收入人群股权转让作为2021年稽查的八个重点领域之一。而自2021年4月份以来，包括广州、广西、深圳、天津、北京、佛山、合肥、长沙等各地相继下发文件，要求个人转让股权需要先纳税申报，市场主体登记机关应当查验与该股权转让相关的个人所得税的完税凭证再进行变更登记，已事实上将股权转让的税务前置予以恢复。以下对部分地区的出台文件进行整理归纳：

| 序号 | 地区 | 文号 | 生效日期 |
|-------|-------|---|------------|
| 1 | 广州 | 国家税务总局广州市税务局通告2021年第2号 | 2021年4月1日 |
| 2 | 广西 | 国家税务总局广西壮族自治区税务局 广西壮族自治区市场监督管理局通告2021年第5号 | 2021年6月1日 |
| 3 | 天津 | 国家税务总局天津市税务局、天津市市场监督管理委员会关于规范股权转让所得个人所得税管理工作的通告 | 2020年5月11日 |
| 4 | 北京 | 国家税务总局北京市税务局通告2021年第3号 | 2021年9月1日 |
| | | | |

此外，在个人股权转让上，即便未进行相应规定更新、调整的地区，也都再强调加强税务机关与市场监督管理局的个人股权转让信息交互机制，自然人的股权转让已经成为征管及稽查的工作重点，故更需厘清政策，防范风险。**重视证明股权原值的历史资料的归档收集，明确所转让股权是否全部实缴，重视股权转让时标的公司的资产负债情况，重视股权转让合同中涉税条款的制定，重视股权转让协议与股权变更登记的衔接等，以在股权转让时彻底扫清各种“暗礁”避免后续税收风险。**

（本文首发于2021年8月23日）

有关股权转让所得个人所得税的那些事儿……股权转让税收系列④

崔岩双

股权转让是实现企业资源的优化配置、实现企业控制权结构调整、实现个人财富增加的重要手段，其在商业实践中也不断涌现出新形式。股权转让具有金额巨大、架构复杂、环节隐蔽等特点，极易产生税收风险。股权转让所涉个人所得税的问题亦是税务稽查惯常性工作重点，但因股权转让的税收政策散见于税法及国家税务总局的公告、函、通知、批复等文件中，对市场主体尤其是个人来讲，很难厘清个中关系。因而实践中出现了大量因不了解股权转让税收政策而受到行政处罚的案例。本文拟对个人股权转让典型案例进行梳理，以提示实践中个人股权转让需注意防范的税务风险。

一、转让股权后不进行纳税申报被认定为偷税而受到行政处罚

代表案例：镇税稽罚[2020]12号

案情简介：

2016年6月6日，甘某某和徐某与葛某某签订股权转让合同，受让江苏某科技有限公司75%的股权，并完成了工商变更。因甘某某于2013年7月8日和徐某、甘某某与葛某某签订的股权转让补充协议（转让价为950万元），葛某某未能按约定付款，故与甘某某签订本次转让合同，将江苏某科技有限公司股权转回于甘某某。2017年6月21日，甘某某和徐某（股权占比分别为75%，25%）与宣某、周某某、马某某签订股权转让合同，约定以500万元的价格转让江苏某科技有限公司全部股权并完成工商变更，已缴印花税1875元，同时签订补充协议，约定转让价为1000万元。

镇税稽罚[2020]12号中关于个人所得税的问题表述如下：根据中华人民共和国主席令第48号《中华人民共和国个人所得税法》第二条、第三条之规定，甘某某于2017年6月“财产转让所得”少申报缴纳个人所得税 $(10000000-9500000-10000000*0.05%) *20%*75\%-37500=36750$ 元。对2017年6月少缴的个人所得税，处少缴税款百分之五十罚款，计18375元。

本案中，行政机关将此行为直接认定构成偷税。对此观点，本文作者不认同。从本案例中可以看出，个人股权转让后不进行纳税申报确系股权转让常见税务风险之一。纳税人不申报的原因多种多样，有些纳税人可能源于对纳税义务认知的欠缺，有些纳税人可能源于主观故意。而主观故意是偷税的必要构成要件之一，本文中的不申报从行政处罚决定书来看并不是“经过税务机关通知申报而拒不申报”的行为，因而不应直接被认定为偷税。

二、转让股权后经通知申报而拒不申报，涉嫌构成犯罪被移送公安机关

代表案例：经国家税务总局和田地区税务局稽查局检查，发现林某某在2013年12月至2018年12月期间，主要存在以下问题：林某某明知股权转让要缴纳个人所得税，还隐瞒股权转让收入，经税务机关通知申报缴纳拒不申报纳税，造成应缴纳而未缴纳的股权转让所得个人所得税935.38万元（其中，2014年应缴纳而未缴纳个人所得税715.38万元，2015年应

缴纳而未缴纳个人所得税 220 万元)。

依照《中华人民共和国税收征收管理法》等相关法律法规的有关规定，偷税违法行为构成犯罪，已达到移送公安机关标准，追究其刑事责任。

根据《刑法》第二百零一条逃税罪的相关规定，在纳税人不申报所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。

如有上述行为，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。

三、自然人受让个人转让的股权因未履行代扣代缴义务受到行政处罚

代表案例：合地税稽罚〔2018〕202 号、梅税稽罚〔2019〕10003 号

案情简介：

2008 年 10 月，某某置业有限公司原股东中四名自然人之一丁某将其持有的某某置业有限公司 12.37 % 股权平价转让给施某某，变更登记时间为 2008 年 10 月，该转让人在公司成立之初取得的该股权成本为 1855 万元，在转让时按原始取得的股权投资成本转让。

2008 年 10 月，某某置业有限公司原股东中四名自然人之一吴某将持有的某某置业有限公司 18.55 % 股权平价转让给施某某，变更登记时间为 2008 年 10 月，该转让人在公司成立之初取得的该股权成本为 2783 万元，在转让时按原始取得的股权投资成本转让。

根据《中华人民共和国个人所得税法》及其实施条例、《中华人民共和国税收征收管理法》及其实施细则和《关于股权转让所得个人所得税计税依据核定问题的公告》（国家税务总局 2010 年第 27 号）的有关规定，要求企业进行资产评估，经评估该企业净资产 217912305.46 元，按评估价作为卖价进行计算股权转让的个人所得税。计算得出两笔应纳税所得额分别为 8396477.19 元和 12578817.66 元，少申报个人所得税分别为 1679295.44 元和 2515763.53 元，应由施某某代扣代缴。

并根据《中华人民共和国税收征收管理法》第六十九条及《中华人民共和国行政处罚法》第二十七条第一款规定，对代扣代缴义务人未按规定代扣代缴个人所得税处以应扣未扣税款的百分之二十罚款，计 839011.79 元。

梅税稽罚〔2019〕10003 号案例与此情况类似。

因此，在自然人受让个人股权时，应注意未履行代扣代缴义务的税务风险，并在股权转让合同条款设计时注意约定出现该风险时的救济方法，从而保障受让人的合法权益。

四、以平价转让股权后被发现股权转让价格不真实而受到到行政处罚

代表案例：德地税稽罚〔2018〕26 号

2015 年 4 月 23 日，沈某某与另一沈 XX、杭州某某管理有限公司签订股权转让协议，分别转让其持有的浙江某某电器有限公司股权 30 万股、20 万股（每股原价 1 元），后经调查，实际成交价格分别为 150 万元和 100 万元，未足额申报缴纳财产转让所得个人所得税。

实践中，经常看到有 0 元转让、1 元转让、平价转让的股权转让协议，有关转让价格不合理引起的风险是股权转让中的常见风险，需注意防范。

五、签订阴阳合同、虚构股权转让价格或以平价转让股权后不申报缴纳个人所得税受到行政处罚

代表案例：梅税稽罚〔2019〕10001号、10002号、10003号

案情简介：

尹某某、傅某某于2016年8月5日与赵某签订《股权转让协议》，将持有梅河口市某某有限公司100%股权转让给赵雨，真实交易价格为1100万元。在工商局调取了《梅河口市金盾守押有限公司股权转让协议书》，该“协议”股权转让金额50万元。经调查询问，当事人确认该“协议”是为了变理股权登记由本人签订的，不是真实的股权交易。尹某某、傅某某采用签订虚假的“股权转让协议”，隐瞒股权转让真实收入的手段，不申报缴纳个人所得税，造成股权转让少缴个人所得税分别为1,167,548.49元。尹某某、傅某某隐瞒股权转让收入，未申报缴纳个人所得税，该行为已构成偷税。

根据《中华人民共和国税收征收管理法》第六十三条第一款及《吉林省税务行政处罚裁量基准》（吉林省国家税务局吉林省地方税务局2017年第1号公告）之规定，处少缴个人所得税百分之五十罚款，计595,449.73元。

实践中因被举报、被其他部门移送等各种原因，以阴阳合同进行股权转让后被查出真实交易价格的案例众多，基本均会被认定为偷税而受到行政处罚。以阴阳合同进行股权转让，其偷税的主观故意明显，该类案例被认定为偷税基本无争议。

从上述案例可以看出，个人纳税人欠缺税务知识，纳税意识薄弱，税法遵从度不够，对于保存涉税资料、申报和计算应纳个人所得税更缺乏相应的认识。而股权转让所得通常金额巨大，所涉个人所得税税额亦较高，因而个人股权转让的个税问题意识税务稽查惯常性的工作重点。随着税务机关对个人股权转让的信息收集、处理在现行征管条件下越来越简单、便利，对股权转让个人所得税的行政处罚案例亦越来越常见。

因此，个人股东在股权转让之前，应当积极了解税法知识，注意留存涉税资料，避免上述各种被动局面。尤其是在面临税务稽查时，应主动沟通，积极应对，必要时寻求专业人士协助，既维护自身合法权益，也能以最小成本妥善解决税企双方的争议。

对于税务机关而言，也需要高度重视搜集、审查证据，并注意查清案件事实，避免简单依赖纳税人“自证清白”，应积极取证，穷尽调查手段还原事实真相，尤其需注重对“主观故意”的证明以防范行政执法风险。

（本文首发于2021年9月6日）

星瀚人文

热爱法律的技术派

浩瀚星空下的夏日叙事

张凌翊

“这间房间叫做‘解忧杂货店’，大家猜猜这间房间是什么功能？”

“图书馆！”

“哈哈你是觉得读书很解忧吗？这里是吃饭的地方！”

她笑了，点点头……

1 「浩瀚星空」

“我们律所最大的特色就是‘文艺’”

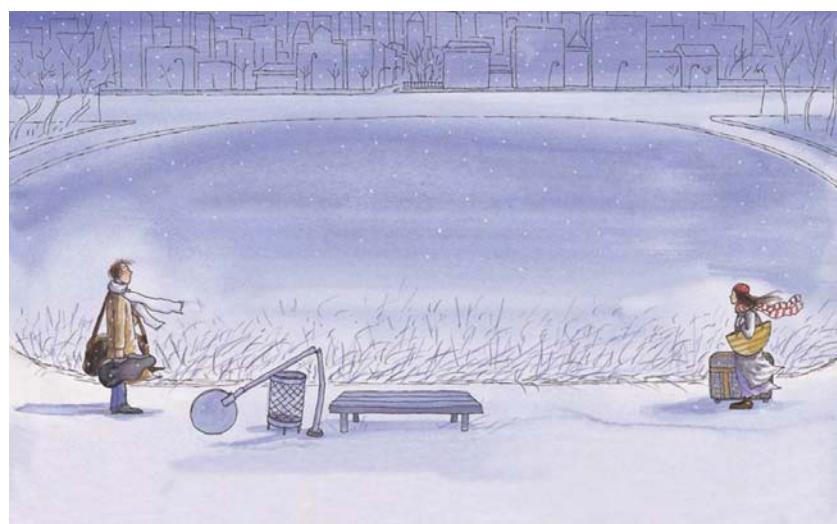
“文青非常适合在我们律所工作”

地铁「中山公园站」下，每天经过两次「与茶」「椿风」，乘扶手电梯到「长宁来福士广场」东区1楼，从「L'OCCITANE」旁边的西门出去直走，过了「COS」右转，进入转门，刷脸，等一座属于「7F」的电梯。

星瀚有东、西两扇门。

我常从西门走，进去之后左、右手边有两面墙，左边那面是理性之墙，右边那面是感性之墙。

这不由得让我想起「向左走，向右走」——我们注定会相遇，我想。



(图源网络)

这两个月来，我一直在尝试理解「星瀚」这个名字。

可以是「星」「瀚」，是有很多优秀的律师，与许多颇有成就的客户，互相成长的故事；也可以是「星空浩瀚」，是宏大宇宙观之下的长远发展，是渺小之中的坚定热爱……

在如今的商业世界里，我总觉得有一种理想主义，就是为自己贴上「文艺」的标签，并且为之自豪。

每一个想成为律师的人，应该都想过自己要开一家怎样的律所，或者是加入、入伙一家怎样的律所。

如果这个地方，满足了我大部分的幻想，那我想我没有不喜欢上这里的理由。

看到星瀚给我们做的工牌的时候，其实我怔了很久，我以为那上面写的应该是“实习生”，但是星瀚写的是“储备律师”……



(「SOOOOO SWEEEEET」)

2 「夏日叙事」

夏天应该是热烈的

有长足的动力和使不完的热情

无论是清澈见底的水蓝色，还是今年上海天空中深不见底的天空蓝、像棉花糖一样纯白厚重的云

它们在叙述一个属于我的「星瀚故事」



(这个夏天的上海天空 有被刷屏)

“希望接下来的每一天，都可以像今天一样充满热情”——实习第一天，我在记录中默默写下——“每天都要像第一天来到律所一样，充满期待、充满活力、充满着第一次初见怦然心动的感慨。”

在这里，我所参与的工作远超我最初的梦想，甚至超出了我最初对“律师”单纯的认知。我的带教是李凤翔律师，在知道我喜欢做诉讼工作之后，给了我很多诉讼方面的工作。印象最深的，是我花了一周的时间，从头到尾准备了一个案件的应诉材料。那个案子很简单，简单到我初初觉得自己一个人就可以完成所有的材料准备。从诉前管理表到证据材料，我充满自信地提交给了李律师。周五，李律师让我打印证据材料，并发给了我修改过后的版本。我打印着，而后看了一会儿——嘿，原来要成为一个优秀的诉讼律师，还有很远的路要走……

如果说星瀚是一个大家庭，那公司金融部就是同住在一个屋檐下的手足。这两个月来，基本上公司金融部的每一位都给我安排过工作，也包括了我们的主任卫新律师。

从起诉到应诉到反诉，从诉讼业务到非诉业务，从工商变更登记到仲裁判决书，从法律调研报告到律师函，从日常的所务到中英双语的律师合同，从医药公司到文娱体育，从合同法到知识产权，（偶尔吃吃瓜）……

07

柒月

2021

| Mon 一 | Tue 二 | Wed 三 | Thu 四 | Fri 五 | Sat 六 | Sun 日 |
|---|--|---|--|---|---|--|
| | | 【调研报告1】 【律所活动1】 | 1 【调研报告1】 【法律检索1】 | 2 【调研报告2】 DONE 【案例检索1】 【法律检索2】 | 3 | 4 |
| 5 【诉讼准备1】 【调研报告2】 | 6 【调研报告2】 DONE 【其他工作1】 【诉讼准备2】 | 7 【诉讼准备2】 DONE 【案例检索2】 | 8 【诉讼准备3】 | 9 【诉讼准备4】 【诉讼准备5】 | 10 【诉讼准备6】 | 11 |
| 12 【例会1】 【诉讼准备1】 DONE | 13 【其他工作2】 【律所培训1】 | 14 【诉讼准备6】 【其他工作2】 DONE 【仲裁工作1】 【知识分享1】 | 15 （请假） 【知识分享1】 | 16 【知识分享1】 【律所培训2】 【调研报告3】 | 17 【调研报告3】 【诉讼准备7】 【调研报告3】 | 18 |
| 19 【诉讼准备7】 DONE 【调研报告3】 DONE 【知识分享1】 DONE 【仲裁工作1】 【诉讼工作1】 【非诉工作2】 | 20 【非诉工作1】 DONE 【仲裁工作1】 DONE 【律所培训3】 | 21 【仲裁工作2】 【知识分享2】 | 22 【知识分享2】 DONE 【仲裁工作2】 【知识分享3】 | 23 【仲裁工作2】 DONE 【知识分享3】 【仲裁工作2】 【知识分享3】 | 24 【其他工作3】 【知识分享4】 【仲裁工作3】 【非诉工作3】 | 25 【其他工作3】 DONE 【知识分享3】 【案例检索3】 |
| 26 【其他工作4】 【案例检索3】 DONE 【案例检索4】 【律所培训5】 | 27 【案例检索4】 DONE 【案例检索5】 【律所培训5】 DONE 【律所培训6】 | 28 【仲裁工作3】 【知识分享3】 | 29 【知识分享3】 【知识分享4】 【工作月报1】 | 30 【调研报告4】 【其他文书1】 【律所活动2】 【工作月报1】 DONE | 31 【知识分享3】 【调研报告4】 【工作月报1】 【工作月报1】 DONE | |

08

捌月

2021

| Mon 一 | Tue 二 | Wed 三 | Thu 四 | Fri 五 | Sat 六 | Sun 日 |
|--|---------------------------------------|--|---|--|--------------------------------------|-------------------------------------|
| | | | | | | 1 【知识分享3】 DONE 【调研报告4】 |
| 2 【例会2】 【知识分享5】 【调研报告4】 DONE 【诉讼准备8】 | 3 【诉讼准备8】 【案例讨论1】 | 4 【诉讼准备9】 DONE 【诉讼准备9】 【案例讨论2】 【知识分享4】 | 5 【知识分享4】 【诉讼准备10】 【诉讼准备10】 【诉讼工作4】 【律所培训7】 【知识分享5】 | 6 【诉讼准备10】 DONE 【诉讼准备9】 【诉讼准备8】 【诉讼准备7】 【知识分享6】 【诉讼准备11】 | 7 | 8 |
| 9 【调研报告5】 【知识分享4】 | 10 【例会3】 【修改合同1】 【律所培训9】 | 11 【修改合同2】 【其他工作5】 【调研报告6】 | 12 【其他工作6】 【调研报告6】 【修改合同3】 | 13 【其他工作9】 【修改合同1】 【其他工作7】 【律所培训10】 | 14 【其他工作7】 【修改合同3】 【其他工作10】 | 15 【其他工作7】 【修改合同3】 【其他公组8】 |
| 16 【其他工作7】 DONE 【其他工作8】 DONE 【调研报告6】 DONE | 17 【诉讼准备12】 【修改合同4】 【律所培训11】 | 18 【诉讼准备12】 【仲裁工作4】 【仲裁工作5】 【修改合同4】 | 19 【诉讼准备12】 DONE 【其他工作11】 【调研报告7】 【仲裁工作5】 | 20 【其他工作11】 DONE 【仲裁工作5】 【其他工作10】 【调研报告7】 【仲裁工作5】 | 21 【修改合同3】 【其他工作10】 | 22 【修改工作5】 【知识分享4】 DONE |

(非常充实的日程)

作为一名大二本科生，还是有很多专业知识不足的地方，姐姐们会仔细地为我讲解案件中的循环贸易、提出检索关键词的建议、告诉我发送调研结果的时候应该跟律师说什么……

就算是实习生，也可以加入到重大案件的讨论之中，参与例会的学习分享，参与律所各种活动、一起合照……

面对有的工作，身边有人会对我说，“为什么要这么用心？你只是一个实习生！”一开始我的想法仅仅是我对自己负责，要好好抓住每一次实习的机会。可是后来，我觉得我更要对“星瀚”负责，因为我在那里感受到，我不仅仅是一个实习生——我得到了认可和鼓励，也被看作是团队的一员。

星瀚还专门为实习生安排了培训——从最基础的法律调研和修改合同，到诉讼、非诉实务中的各种细节和技巧，还有成长为一名优秀律师必备的工作习惯和素材积累方式……

这些都是从课堂上学不到的、弥足珍贵的经验，是律师们多年的积累，就这样真诚地教授给了我们。

嘿，希望未来的每一天，我都能记住在星瀚感受到的所有细节，要做一个给身边带去爱和温暖的人。

3 「星辰大海」

「星辰大海」是卫律师办公室的名字

我的工位正对卫律师办公室的门

如果上午没有外出的工作安排，通常，卫律师都会来得很早
他通常从贴着他办公室的那条路走，一路走来会不停跟大家打招呼。

我抬头，朝卫律师挥挥手，他会对我说，“小张早！”

六月的最后一天，“奇思妙想汇”如约举办，我当时发现主持人和发言的律师很喜欢 cue 卫律师。

那是我第一次见到他，活动开始许久之后我才敢确认，哦原来他真的是我们所的主任律师啊！——很年轻、很幽默、很开得起玩笑、跟大家聊成一片。

卫律师与我的朋友圈有过两次互动：

一次是，他点赞了一条关于宋词读书会的分享；

还有一次，他评论了一条我转发的链接，我发表了一些关于语文教学于我的成长和思考。

七月的生日盲盒猜选中，有一个关键词是「青春浪漫」。

卫律说，

他“肯定会选青春浪漫”，

这个礼物，

“估计是给小朋友的洋娃娃”

后记

「浩瀚星空下的夏日叙事」

我一直都在思考，夏日叙事和秋日叙事、冬日叙事、春日叙事有什么区别？

浩瀚星空下的叙事，和高楼林立中的叙事、沙滩戈壁上的叙事有什么区别？

为什么我脑海里第一个蹦出来的想法就是要在“浩瀚星空下”写“夏日叙事”？

仅仅是因为地点和季节吗？

我想不是这样的，如果读完这篇文章的你，也想不是这样的，那就太好了！

无论是「斜杠工坊」还是「无问西东」

无论是「娃娃机」还是「扭蛋机」

无论是「飞行棋」还是「金屋藏娇」

我都会记住这里、想念这里，

这是一个无比浪漫的夏天！

（本文首发于 2021 年 6 月 1 日）

遇见星光，抓住星光，成为星光

在星瀚的宣传片里，有这样一句话——“感谢曾经在星瀚挥洒汗水的同事、实习生。”虽然这条宣传片已经看过数次，但每当听到这句话时，心底还是会升起一股暖意，因为星瀚会清楚记得每个来过这里的足迹。在这个夏日里很多人从此记住了星瀚，星瀚的记事本里也增加了许多人，这段夏日记忆属于你，也属于星瀚。

用实践填满好奇，用经历浇灌成长

提起为何申请星瀚的实习，多数同学都会提到在学校中就听说或知道星瀚。而年轻活力是大家不约而同的第一形容词，对于这个不囿常规的律师事务所充满好奇，更想能够真正验证下关于星瀚的“传说”，于是最终通过实际行动走近星瀚，来经历，来感受。

“我最初是在学院安排的实务课认识到了卫律师，卫律师生动有趣的课程让我对星瀚产生了很大的兴趣。学期最后全班一起来到星瀚进行参观学习，通过讲解与实地参观，我发现星瀚是一家极具人文气息的律所，既有扎实的技术根基，也不失温暖的人情味。这我产生了更加深入地了解星瀚的想法，因此我申请了此次星瀚实习。”

@祺玥

“我很早就了解到星瀚了，刚进入华政的时候，卫律师是我们班的校外导师，当时我作为团支书还组织过参观星瀚的活动，所以一直对星瀚的各种信息非常关注。在今年三月份的时候我申请了反舞弊大数据报告项目组的远程实习，实习项目结束后有些意犹未尽，觉得还是想体验一下星瀚的全职实习，多学一点和实务相关的知识，所以我再次来到星瀚，进行我的暑期实习。”

@业翔

“其实一进入华政就有在学校官方自媒体上听说过星瀚，当时初初记住了这个律所。大二下学期，朱晔明学姐作为模拟法庭指导老师，带队指导我们参加‘全国大学生民商事模拟法庭比赛’的过程中，我对星瀚有了更多的了解。晔明学姐说，这是一个很年轻、很有活力的律所，工作氛围很好，于是在大二快结束的春天，我便将简历投向了星瀚。”

@凌翊

难免失意，终有彩虹

实习生活对于还未走出校园的同学来讲，一定是充满未知与挑战的，开启不同工作盲盒，解锁更多专业技能，第一次草拟合同、第一次写法律意见书、第一次跟进外勤工作等等，许多的第一次编织出了这个五彩斑斓的夏天。这许多的第一次里，难免有些小差错，难免会感受到小挫败，但相信在学习之后，小差错都将蜕变为小精彩。

“第一次实习肯定会有各种各样的问题，被带教指出后其实更多的是感觉自己又学到了一些东西，而不是挫败感。如果真的要说挫败感的话，唯一的一个瞬间大概是我被带教律师吐槽股权结构图做的太丑了。”

@业翔

“在自己写的法律文书出现很多错误，让带教老师费很大功夫修改的时候，还是有些小

挫败感的，增加了带教律师的工作量，很愧疚。但这也会让自己的印象更加深刻，避免后续出现同样的错误。”

@胡木木

纸上得来终觉浅，绝知此事要躬行

每位实习同学对于星瀚完整的培训课程，都表示印象深刻。星瀚始终重视对于年轻人的培养，不吝给予，言传身教。培训课程贯穿整个实习期间，每周 1-2 次，从基础技能进阶到法律实务，星瀚搭建了一套完整的培训体系，让大家更立体地了解律师这一职业，更全面地接触不同类型法律工作。

“阮霭倩律师关于「非诉专项基础技能」的分享让我觉得收获最大。因为之前对于非诉业务没有太多接触，阮律师告诉我们，一个诉讼律师是要做一些非诉工作的，能更好的掌握案件全貌，找出关键信息点。通过这节课，阮律师直接让我看到了一个全新的世界。”

@凌翊

“赵晓波律师的「法律文书撰写」是唯一一次‘课前留作业’的培训，我们需要在培训前按照给定的案情和证据写一份法律文书。虽然‘交作业’的时候或忐忑不安或信心满满，但到了听讲时才发现，大家各自有各自的错误。而正是因为犯过错，有关法律文书的思路和经验才会让人印象更加深刻。”

@业翔

“苏宇吉律师「如何服务常年法律顾问」的课程对我帮助很大。这节课让我对常法服务有了更深入的了解，让我认识到了常法服务的重要性。常法服务相比其他业务虽然繁琐，但对于降低客户的法律风险，以及扩展律所的其他业务都有着重要的帮助。苏律师从如何与客户接洽，如何进行具体服务进行了全面的讲解，令我受益匪浅。”

@祺玥

王晨光律师、李凤翔律师、邵洋律师、徐沁芳律师都是暑期培训讲师团的成员，奉献出了一场场精彩的分享。奇妙的是，他们也曾是台下的听众同学，而如今已然变成为台上的分享嘉宾，将当年星瀚带给他们的知识，又毫无保留的传递给了台下的人。变化的是台上人与台下人，不变的是星瀚对于每位年轻人的培养，对于法律行业建设的初心。但不论星瀚提供怎样的学习会或者培训课，都需要大家去真正践行，才能将知识内化为自己闯荡江湖的“独门武功”。

领路人的光，照亮一段前行的路

如果实习生活是一部电影，那带教律师一定是“领衔主演”。实习生活中产生互动频次最高的人，给实习生活留下浓墨重彩的一笔，星瀚一直都秉承“师徒制”，每位实习生都有自己专属的带教“师傅”，他们或亲和专业、或可爱严谨，将专业与有趣的灵魂合为一体。

“我的带教李凤翔律师让我感受最深的，就是特别专业！譬如在每两周一次的例会上，李律总是在卫律发问后，给出条理清晰的非常专业的回答，我感觉可以直接把她的回答码下来发给客户，都不需要作出修改。从她的邮件、文件、微信聊天中，我学习到了很多跟客户、同事交流的方式。”

@凌翊

“邵洋律师给我的感觉像是律师中的程序员，多点了一棵技能树，收获了奇妙的化学反应。他会用在我看来非常神奇的程序或函数把与案件相关的大量数据组合成有价值的信息（并拯救我们这些需要整理匹配数据的实习生们于水火）。”

@业翔

“我的带教王晨光律师特别专业又特别敬业，在工作中给予我很多指导，每次指导都使我受益匪浅。另外，晨光律师又是个特别暖的人，记得有一次下班的时候下雨了，晨光律师在群里和我说如果没有带伞的话，他桌子上有一把。（感动，泪目）”

@美璇

“李洪伟律师在平时和我交接任务时是非常认真严谨的，他希望我在完成任务的过程中能有所收获，所以不会直接告诉我问题的解决方式，而是引导我独自思考，让我通过自己琢磨靠近答案，同时在这个过程中锻炼各方面的能力；平时的李律师与工作时不同，让人感觉很亲切和平易近人，他私底下会和我们分享很多有趣的事情，不论是工作中的还是生活中的。”

@佳妮

除了领衔主演，律所主任卫新律师一定是实习生活这部影片的特邀嘉宾。走在律所里，如果之前没有了解，可能大家都不会想到这个卷毛可爱的帅气男律师就是我们律所的创始人，卫律师的可爱与少年感十年如一日，他会真诚对待每位走进星瀚的实习同学，乐于和大家分享工作见闻、生活趣事。

正如实习生张凌翊所说：“这世间的离合聚散从未停歇，都是寻常。巡航星瀚的旅程已经到站，实习生活的余额已经清零，道出再见时，究竟是 goodbye？还是 see you again？”我们都相信，每一个来过星瀚的人都会 see you again。

（本文首发于 2021 年 9 月 10 日）

62 天，一场星空浩瀚的冒险

李业翔

我的职场体验卡余额已经不足，在它的有效期届满之际，我想记录下我在星瀚的故事，给我的记忆做一个保全。

点击确认，进入冒险之旅

两个月前刚刚来到星瀚开始全职实习的时候，我经常听到这样一句话：星瀚是一家年轻的律师事务所。起初我对这句话没什么概念并且疑惑：什么才叫年轻？这个年轻指的是什么年轻？直到，我第一次和我的带教王晨光律师见面。

刚入职那天王律师不在所里，我们只是在微信上面简单沟通了几句，所以我也就无法把律所里面特定的人和微信上的带教进行对应。但是不久以后，我发现工位对面的岛上来了一个看起来就很像学长的人。我下意识地认为这是读研期间来星瀚实习的研究生学长。

当我好奇这位学长是不是华政长宁校区的研究生时，我的微信弹出了带教的消息，而与此同时，那位“实习生学长”从工位上站起，朝我走了过来，向我解释刚才微信上提到的内容。

那位“实习生学长”，就是我的带教王晨光律师。



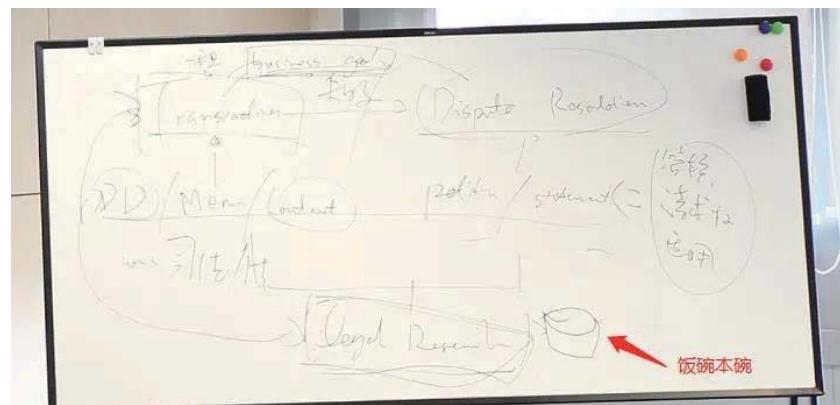
怎么说呢，那个瞬间我的大脑由于接受了这条略违背它运行逻辑的信息，一度停止运行。从那以后，我才真正理解了什么叫“年轻的律师事务所”。

原来，年轻的律师事务所，从律师的脸上是看不出这是实习生还是带教律师的。

专业 NPC 为我加 BUFF

虽然刚见面的时候闹了一点小乌龙，但随后的工作任务布置、沟通和指导，王律师每次都让我感到受益良多。从最简单的合同文本校对，到合同的修改，甚至是在一些文件和指南的基础上，新拟定一份合同；或是做背景调查、旁听他和客户的电话会议，直面现实中千变万化的法律问题并寻求解决方法。就是这样一点点循序渐进和循循善诱的过程，让我开始学着像律师一样思考，理解一件事情的目的，而不是只会重复教科书上的理论。

学习的过程并不一帆风顺，我甚至把王律师在实习生培训上随手画出的，用于指代“饭碗”的圆柱形物体理解为水桶。但在实习的这段时间里，我开始明白律师的世界并不是只有法律，有时内在的商业逻辑和诉求才是法律发挥作用的基础。



而每次我跌跌撞撞地犯错，王律师总是会耐心细致地指出我的不足和改进的目标。就像游戏里头顶感叹号的 NPC，会触发新的任务线，也会给我指引和方向，让我这个小菜鸟在一次次的冒险、探索和失败中打怪升级。

现在的我至今未出新手村，但王律师教给我的东西，会一直照亮我前路未知的旅程。

新手村任务中的大 BOSS

在所有的实习任务中，进行法律研究并形成文章，是我感到挑战性最大、过程最痛苦、但也是学东西最多的任务。我在实习前猜测过许多次实习期间自己会经历什么，我想到过检索，想到过合同审核和修改，想到过调研，但是没想到自己在第一次实习就会对法律问题进行比较深入的研究。

以至于听到王律师提起这个任务，并进行前期的指导时，我都没有反应过来自己究竟要做什么。因为在我的印象里，这种文章是我用来做参考资料的。不同于平时对待合同的跃跃欲试，我感到手足无措，对于自己的产出能力完全没有认知和信心。课堂上虽然学到了一些皮毛，但远远无法支撑需求。在对这种未知的恐惧和试探中我意识到，这不是读文献翻书就能凑出来的期中期末课程论文，而是要实实在在地寻求解决问题的可行途径。只有这样，这篇文章才对我有提升，对文章的读者有意义。（大 BOSS 回档：《“哄抬价格”接连被查！企业定价合规亟

待重视》)

神仙队友，组队升级

如果说每天都被不同的新知识环绕、被任务追着跑的实习旅途是一场大型游戏，和我同桌实习两个月的王美璇就是我的队友，她的存在让我的实习从单机游戏变成了联机游戏。我们一起跟着王律师写合同改合同，一起跟着邵洋律师撰写大数据报告，一起帮雪燕律师整理证据材料，一起在星瀚娱乐产业合规论坛做临时工作人员，有时还会一起加班、一起看晚上九点星瀚落地窗外的万家灯火，一起追赶华政宿管阿姨最晚的关门时间。正因为有她的存在，让实习不再是单纯的收获知识和经验，更让我收获了朝夕相处的友情，和对 teamwork 的切身理解。



学到东西，交到朋友，收获颇丰的两个月已经走到了终点。

上有庙堂之高，下有江湖之远，在星瀚实习的结束，意味着我即将开始自己学习法律的第三年。

星际巡航，舟行至此，很想用一句话来为这个星空浩瀚的夏天画上句号：
在过去的 62 天里，我的每一次天亮都是新的冒险。

（本文首发于 2021 年 9 月 17 日）

热爱法律的技术派



上海总部：021-5109 6488

南京分所：025-5881 1373

武汉分所：027-8771 8809



BD@ricc.com.cn



星瀚客服



星瀚微法苑