



星瀚法律研究

2020

企业内控与反舞弊 年度特刊

目 录

大数据报告

百度、阿里、腾讯、字节跳动等互联网公司职务犯罪情况分析报告	1
平均案值 180 余万 2019 年舞弊案件金额超 70 亿！2019 年度中国企业员工舞弊 犯罪司法裁判大数据报告（节选）	12

企业内控建设

关于对企业内控和反舞弊体系构架维度的思考	22
内部员工舞弊，供应商的合同一定无效吗？	26
采购方如何识别供应商以及拟定反贿赂条款？	32
阿里通报原菜鸟网络副总受贿，互联网公司高调反腐中的合规风险	39
企业劳动人事内控制度的常见问题探讨	42
企业内控专项制度的“民主程序”实操指引	46
员工涉嫌舞弊犯罪被停职调查期间的劳动关系如何处理？	51
不同层级身份的员工涉及关联交易，公司如何应对？	54
企业反舞弊视角下的商业秘密保护策略	59
客户名单如何成为法律保护的商业秘密？	63
内控视角下的企业知识产权风险排摸	67
技术秘密的“防火墙”应如何筑造？	73
员工接私活产生的知识产权归谁	76

实务分享

从博雅生物蹊跷交易遭质疑探讨企业如何识别关联交易	82
因不正当关联交易利益受损，企业如何通过诉讼挽回损失？	87

“串通投标”行为的司法实务分析——基于中海地产上海公司总经理被查案 90

企业在办理舞弊案件中如何正确使用《悔过书》？ 97

员工从相对方处收取好处费的舞弊行为如何定性？ 101

从审判视角看职务侵占罪的认定要点 105

员工对外虚构信息以非法获利，如何区分是职务侵占罪还是诈骗罪？ 110

职务侵占罪中特殊犯罪主体的探析 115

企业开展反舞弊调查，如何针对 iTunes 备份进行取证分析 120

数据分析在审计监察中的应用 125

政策解读

《刑法修正案（十一）》草案对反舞弊司法实务的影响解读 127

百度、阿里、腾讯、字节跳动等互联网公司职务犯罪情况分析报告

朱晔明、方怀瑾

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

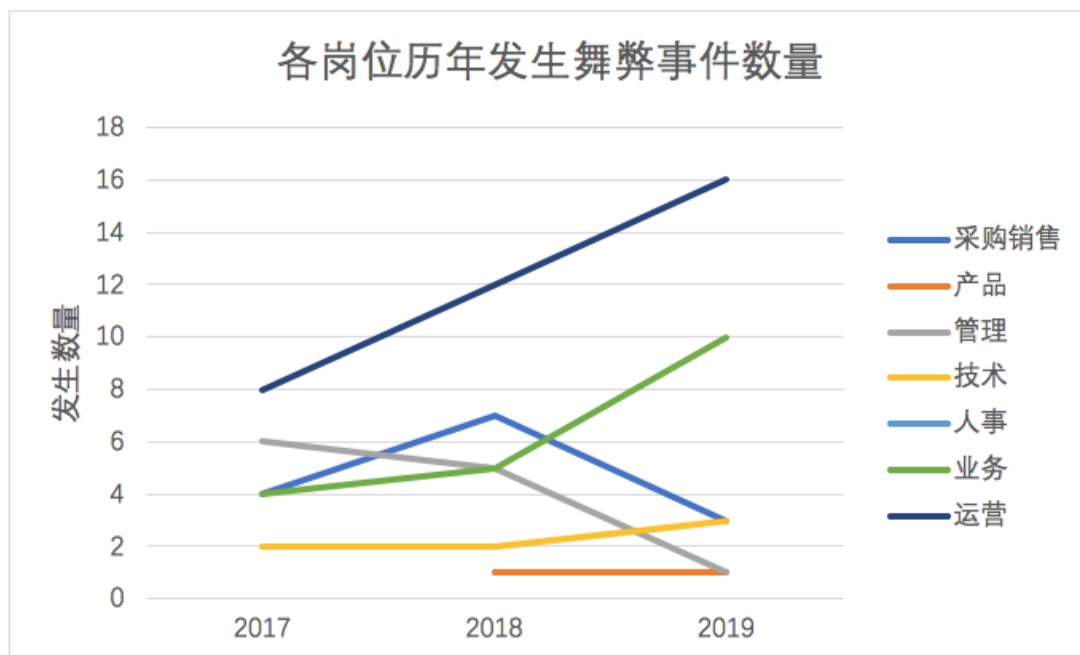
互联网大鳄们一路高歌猛进、弄潮经济，塑造一段段神话。如果说前几年，制度建设得相对滞后还是互联网行业的阿喀琉斯之踵，倒逼着行业纷纷采取强有力的措施；而如今，走在反舞弊前列的巨擘们已然通过多年来的努力，在创设内部监察部门、案情公示方案、与司法机关合作等关键问题上，都创下了被广泛报道的实绩。

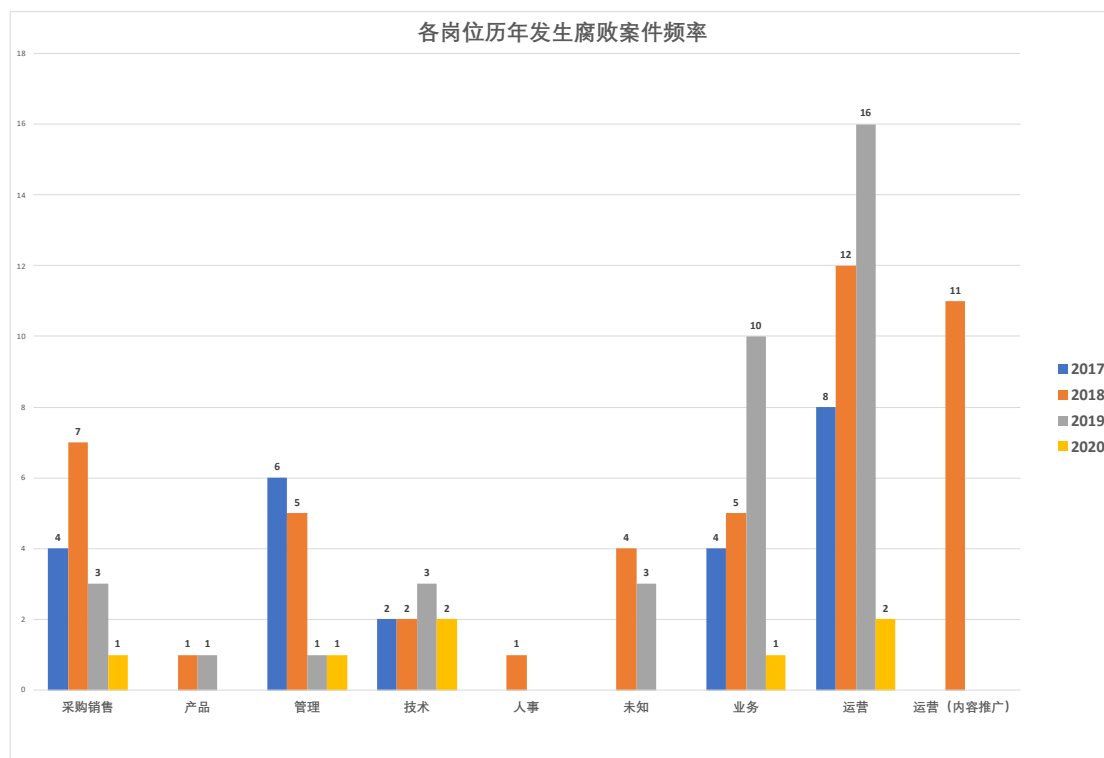
本文将针对2017年以来百度、阿里巴巴、腾讯、京东、美团、字节跳动等互联网大型企业职务犯罪情况状况进行分析（统计来源包括裁判文书网有关判决结果和各大公司的公开资讯、反腐通报），与读者一同探讨互联网公司的反舞弊特点。

内部舞弊呈现岗位多样性与涉案金额逐年上升的趋势

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

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

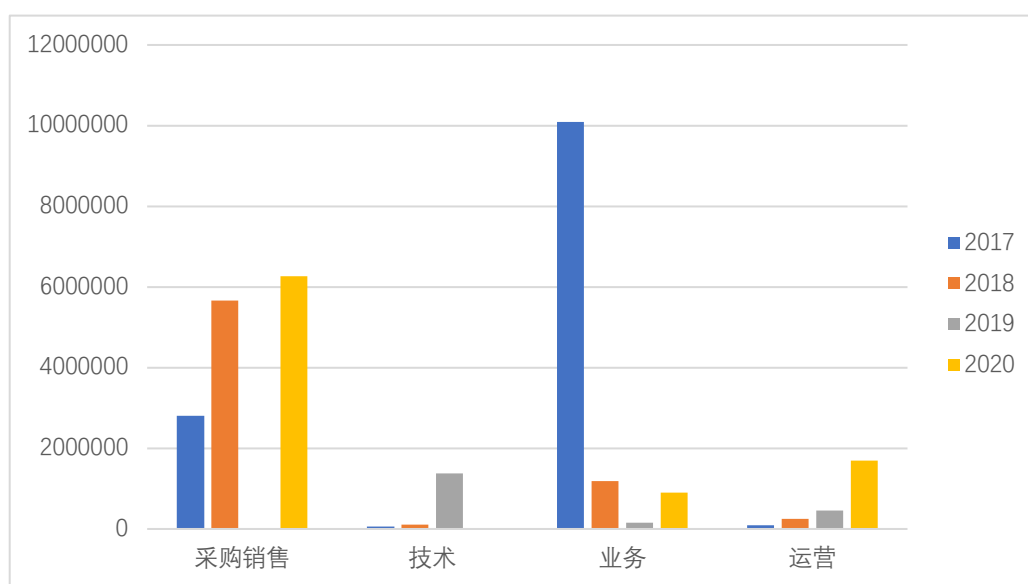




【图 1：互联网公司各岗位历年腐败案件发生频率变化】

这种趋势是多种因素共同作用的结果，大致有以下几点原因：

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

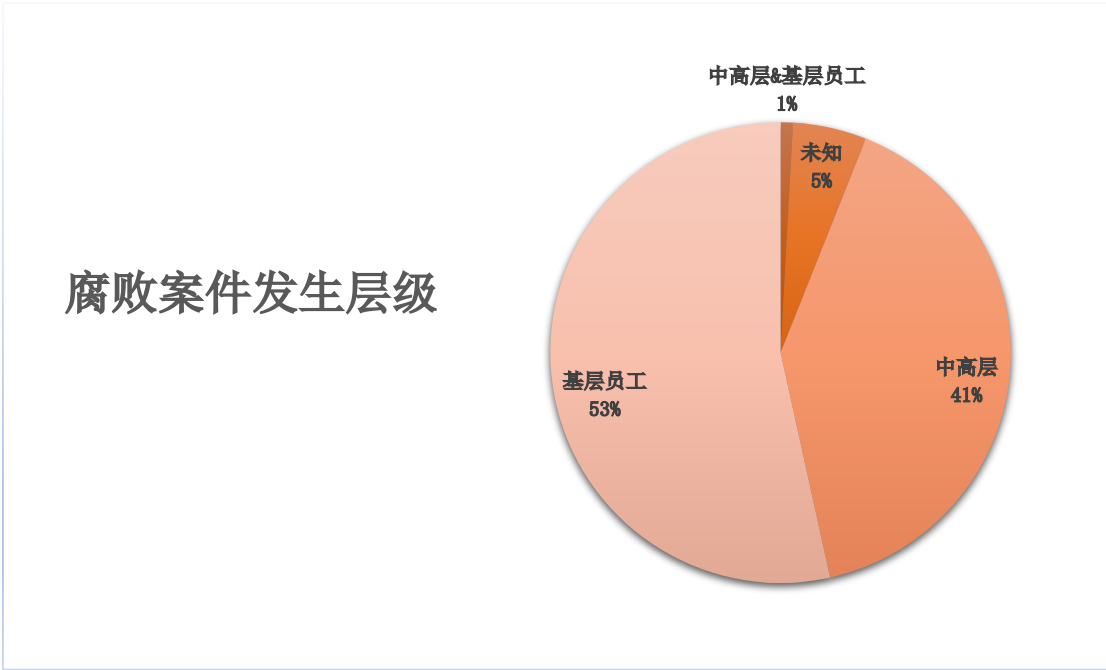


【图 2：互联网公司各岗位历年腐败案件平均涉案金额变化】

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

中高层管理人员舞弊占比四成以上

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



【图 3：腐败案件发生层级统计】

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

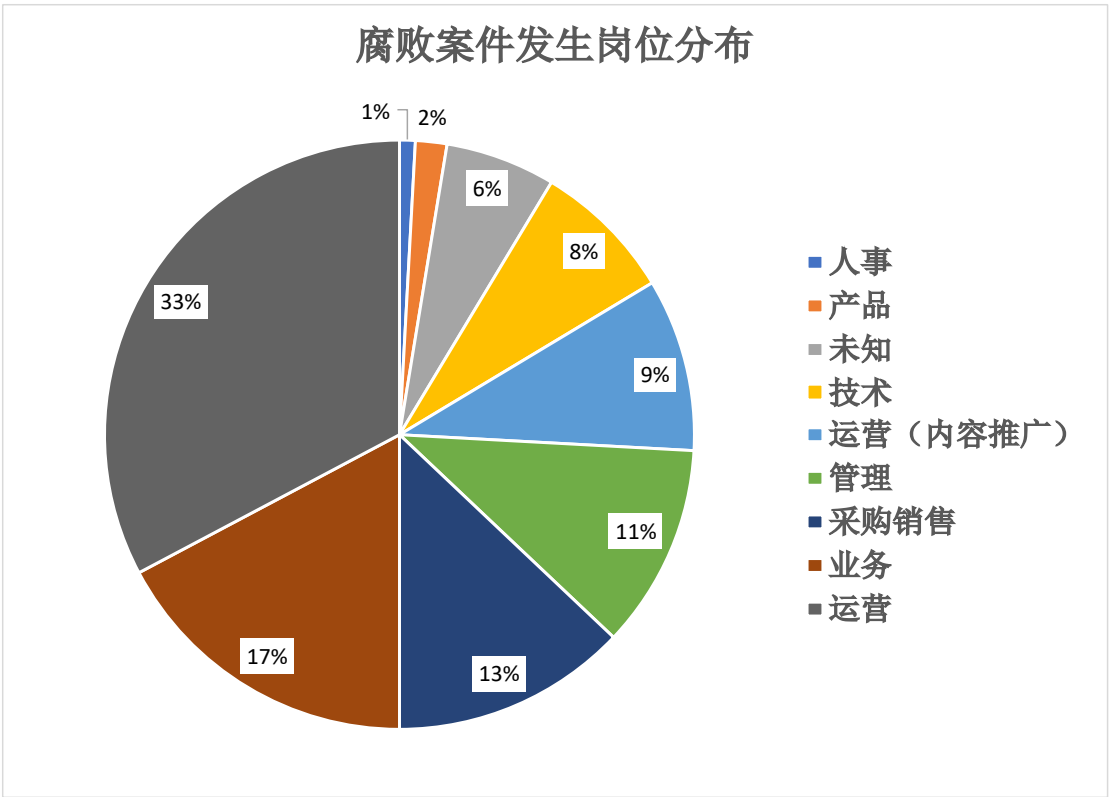
对普通职工的舞弊问题，企业往往采取批量公布的方式，但按照动机和反腐通报方式的不同，也可分为 2 类。

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

的企业。

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

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



【图 4：互联网公司反腐案件岗位分布】

运营、业务、采购销售成内控三大重灾区

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

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

员工收受入驻商家好处，为其放宽入住审批权限，涉案金额达到 60 万）。

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

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

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

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

互联网公司的主营业务呈现不同的舞弊特色

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

下面，举每一种产品的典型代表来说明问题。

1. 电子商务平台

以京东商城为例：

时间	涉案人	涉案人岗位	涉案行为	来源
2017	汪*龙&惠*东	服装部采销经理&手下招商主管	收受商家贿赂提供运营支持	廉洁京东公众号
2017	穆*	服饰家居事业部服装部招商	收受贿赂，利用权限帮助商家特批开店手续，与商家合伙开店	廉洁京东公众号
2017	张*	美妆采销部进口 POP 负责人	向合作商家借款并收取礼品	廉洁京东公众号
2018	张*玲	时尚事业部男装奢侈品部采销经理	引进亲属公司给予资源支持，向享有相关职权的同事行贿	廉洁京东公众号
2018	郭*铎	时尚事业部内衣童装部招商	在职期间向多家供应商借款	廉洁京东公众号
2018	田*	家电事业部大家电运营部运营岗	收受合作商家贿赂、礼品	廉洁京东公众号
2018	邸*亮	图书文娱业务部 IP 整合部高级经理	在业务范围内引进本人借用他人身份参股的公司	廉洁京东公众号
2018	王*	美妆业务部采销经理	收受供应商贿赂并帮助引进品牌合作	廉洁京东公众号
2018	王*	生鲜事业部特产馆运营人员	收受好处费向商家倾斜资源	廉洁京东公众号

【表 1：京东商城工作人员职务犯罪案件一览】

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

电商案件能明确找到涉案金额的共有七起案件，平均金额高达 302 万元。

2. 计算机科技、软件产品

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

时间	集团组成	涉案人	涉案行为	罪名	涉案金额	来源
2018	腾讯计算机 (深圳)	王*平	利用账号权限获取虚拟货币卖给外界获利	职务侵占罪	¥120,000.00	(2018)粤0305刑初358号
2018	腾讯科技 (深圳)	潘*强	提前获取游戏比赛结果据此投注,将虚拟货币变现占为己有	职务侵占罪	¥108,000.00	(2018)粤0305刑初728号
2018	腾讯科技 (深圳)	李*	收取合作方好处费	非国家机关工作人员受贿罪	¥329,000.00	(2018)粤0305刑初587号
2018	腾讯科技 (深圳)	王*	收受好处为合作方促成项目	非国家机关工作人员受贿罪	¥400,000.00	(2018)粤0305刑初221号
2019	腾讯科技 (深圳)	陈*军	侵占公司财物	一审职务侵占罪,后续不明	未知	(2019)粤03刑终1841号
2018	腾讯数码 (深圳)	肖*全	索取合作方好处费	非国家机关工作人员受贿罪	¥300,000.00	(2018)粤0305刑初634号

【表2：腾讯相关工作人员职务案件一览】

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

3.文娱产品

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

涉案人	涉案人岗位	刑罚	涉案金额	来源
黄*申	优酷汽车频道编辑	有期徒刑8个月	¥227,800.00	(2018)川1903刑初56号
关*	优酷科技频道编辑	有期徒刑6个月	¥123,800.00	(2018)川1903刑初57号
朱*	优酷科技频道编辑	有期徒刑6个月	¥122,800.00	(2018)川1903刑初58号
韩*	优酷纪实频道编辑	有期徒刑6个月	¥124,300.00	(2018)川1903刑初59号
汪*臻	优酷编辑	有期徒刑2年5个月缓刑3年	¥868,900.00	(2018)川1903刑初60号
杨*	优酷全域媒体编辑中心编辑	拘役4个月缓刑6个月	¥93,100.00	(2018)川1903刑初61号
梁*	优酷少儿频道编辑	有期徒刑7个月缓刑1年	¥195,400.00	(2018)川1903刑初62号
崔*哲	优酷生活频道编辑	有期徒刑1年	¥350,400.00	(2018)川1903刑初64号
薛*	优酷教育频道编辑	有期徒刑6个月15日	¥164,000.00	(2018)川1903刑初65号
陈*	优酷编辑	有期徒刑2年6个月缓刑3年	¥887,500.00	(2018)川1903刑初77号

【表3：2018年优酷各视频编辑职务案件一览】

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

4. 外卖生活服务产品

以美团外卖为代表，犯案类型呈现出一定多样性。

涉案人	涉案人岗位	涉案行为	罪名	刑罚	罚金	涉案金额	来源
江*	外卖配送事业部 川渝渠道经理	索取并收受 3 个 加盟商贿赂	无	无	无	¥83,000.00	阳光美团
钱*峰	花垣县美团代理 商城市经理（离 职）	利用账号虚假下 单套钱	诈骗罪	有期徒刑 3 年 7 个月	¥20,000.00	¥205,600.00	（2017）湘 3124 刑初 218 号
张*	普通员工	借职务便利获得 用户信息卖出	侵犯公民 个人信息 罪	有期徒刑 3 年缓刑 3 年	¥60,000.00	无	（2018）冀 0102 刑初 373 号
张*	不明	运用自己的工号 在商铺上挂靠虚 假商品获利	诈骗罪	有期徒刑 3 年缓刑 4 年	¥20,000.00	¥68,994.00	（2018）鄂 0502 刑初 18 号
姜*斌	业务员	向服务商家收取 服务费	合同诈骗 罪	有期徒刑 1 年 6 个月	¥2,000.00	¥66,200.00	（2017）京 0105 刑初 2629 号
赖*梅 *陆*	场营销部总监& 高级经理&离职 员工	涉嫌非国家工作 人员受贿罪	无	无	无	未知	阳光美团
林*彬	前怀来县美团外 卖城市经理	因被解雇产生报 复心理，登录后 台强制下线 125 家商户	破坏计算 机信息系 统罪	有期徒刑 1 年缓刑 1 年 6 个月	无	无	（2019）冀 0730 刑初 154 号

【表 4：美团外卖工作人员职务案件一览】

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

5. 物流

以京东物流、京邦达供应链为例：

时间	集团组成	涉案人	涉案人岗位	涉案行为	是否移交警方	罪名	刑罚	涉案金额	来源
2018	京东物流	任*	西南区域分公司快运部城配运输管理机构负责人	收受承运商好处费和礼品	是	无	无	未知	廉洁京东
2018	京东物流	黄*	华中区域分公司搭建物流部安装运营部机构负责人	收受服务商好处费	是	无	无	未知	廉洁京东
2018	京东物流	王*	西南区域分公司大件物流部重庆大件运营中心负责人	向负责管理的多家京东帮合作伙伴索贿（未遂）	否	无	无	未知	廉洁京东
2018	京东物流	朱*云	华南区域分公司物流规划实施部项目实施机构负责人	任职项目经理期间收受供应商好处费	否	无	无	未知	廉洁京东
2018	京东物流	郭*	河南省区分公司人力资源部HRBP 岗	收受劳务派遣供应商好处费	否	无	无	未知	廉洁京东
2018	京东物流	肖*某 & 房*某	京东快递西安甘南羚城站站长&站长助理	索取加盟费、好处费	是	非国家工作人员受贿罪	有期徒刑 1 年 6 个月/2 年	¥118,600.00	《2018》甘 3001 刑初 46 号
2019	京东物流	李*周 & 辉	成都京东帮门店管理岗原负责人/西南大件运营部合作管理部原负责人	以帮助申请店铺通过审批为由索取店铺责任人贿赂款	是	非国家工作人员受贿罪	有期徒刑 2 年/1 年 8 个月	¥530,000.00	《2019》川 0107 刑初 966 号
2018	京邦达供应链	张*	京邦达上海分公司建国站站长	虚构订单侵占公司财物	是	职务侵占罪	有期徒刑 2 年 4 个月	¥1,002,000.00	《2018》沪 0114 刑初 1568 号
2019	京邦达供应链	任*超	河南京邦达供应链普通配送员	侵占代收货款、虚构订单	是	职务侵占罪	有期徒刑 8 个月	¥160,173.77	《2019》豫 0825 刑初 453 号

【表 5：京东物流、京邦达工作人员职务案件一览】

京东方面于 2018 年批量开除了一系列快递网点负责人，但可能事件严重性不大，因此没有移交警方处理，也无从得知具体数目。而裁判文书网显示了另一部分案件记录，这些职务犯罪人员的经手金额有 2 例达到 10 万元左右，1 例 50 万左右，甚至还有 1 例达到 100 万以上。

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

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

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

企业个性：是高调行事还是静水流深？

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

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

1.京东：高调反腐，企业价值观输出

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

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

2.阿里巴巴、百度：保持神秘性

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

3.腾讯：技术岗监察百花齐放

以游戏、云计算为代表的技术主导产业，还处于萌芽期，因此案件积累不多。腾讯作为较早开展这两方面业务的互联网巨头，有王某买卖虚拟货币案（案号：（2018）粤 0305 刑初 358 号）和肖某受贿案（案号：（2018）粤 0305 刑初 634 号）两例案件，分别覆盖司法空白领域，可见其始终位于行业技术开发前列的自信和时刻防范技术风险的超前意识。

4.美团：“内外功兼修”的多面手

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

5.字节跳动：新巨头也有风控烦恼

2020 年初，字节跳动方面贡献不少头条新闻。无论是与欢喜传媒交易的《囧妈》线上观看，还是接手锤子科技，这家孕育了抖音、火山小视频、今日头条等新晋明星产品的公司都在快马加鞭，跃入互联网头部大海。字节跳动可查阅的案件并不太多，仅有 6 起，但可以想

见，随着其业务版图的不断扩张，内部腐败风险也在悄然逼近这艘年轻的互联网巨船。

时间	集团组成	涉案人	涉案人 岗位	涉案行为	罪名	刑罚	涉案金额	来源
2020	今日头条	汪*	商务经理	收受合作公司好处费	非国家机关工作人员受贿罪	有期徒刑 2年6个月	¥2,730,000.00	(2020)京01刑 终167号
2019	北京字节 跳动	罗*	研发工程师	修改公司某数据库数据导致公司付出修复费用；将修改后的数据库卖出牟利	破坏计算机信息系统罪	有期徒刑 5年	¥1,374,547.20	(2019)京0108刑 初101号
2018	北京字节 跳动	金*祺	客服经理	放心购平台上敲诈勒索商家	敲诈勒索罪	有期徒刑 1年	¥17,000.00	(2018)京0108 刑初1661号
2018	北京字节 跳动	白*奇	高级工程师负责采购设备	签订虚假合同侵占公司财产	职务侵占罪	有期徒刑 1年10个月	¥1,785,774.00	(2018)京0108 刑初560号
2018	北京字节 跳动	黄*峰 等3人	西瓜小视频员工	多次收取合作方大额行贿款及礼品，透露字节跳动活动、近期优惠等	无	无	未知	腾讯新闻
2017	北京字节 跳动	侯*强	前食品项目技术负责人	抓取公司数据使公司损失服务费20000元	非法获取计算机信息系统数据罪	有期徒刑 10个月	¥20,000.00	(2017)京0108 刑初2384号

【表6：字节跳动内部腐败案件一览】

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

总结

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

（本文首发于2020年7月14日）

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

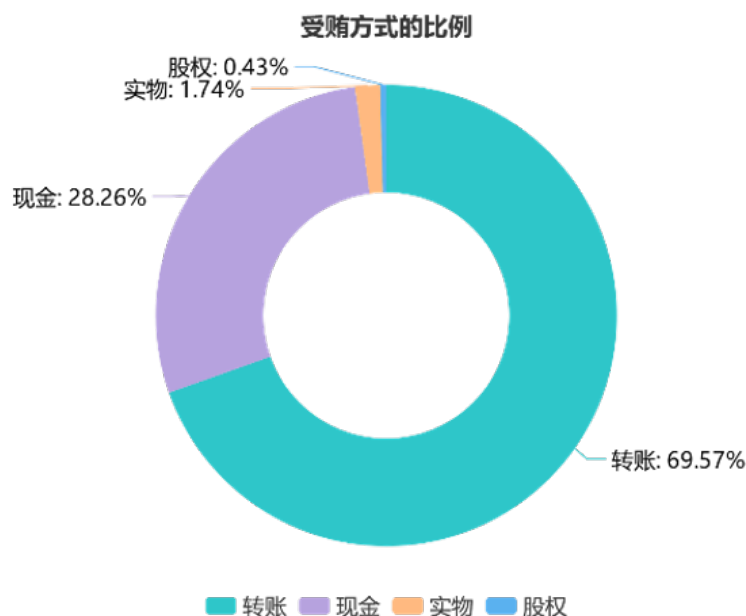
汪银平、邵洋、宋佳

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

作为专业从事内控与反舞弊法律服务的机构，上海星瀚律师事务所企业内控与反舞弊法律中心长期关注并研究舞弊犯罪及其司法审判情况。自今年上半年起，我们就针对常见的职务侵占、挪用资金、非国家工作人员受贿、侵犯公民个人信息、利用计算机实施舞弊等重点舞弊刑事处罚罪名，选取 2019 年度全国 31 个省（自治区、直辖市）的刑事判例进行详细数据分析，本文为《2019 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告（节选）》（以下简称“报告”）。

报告中的三个“最”

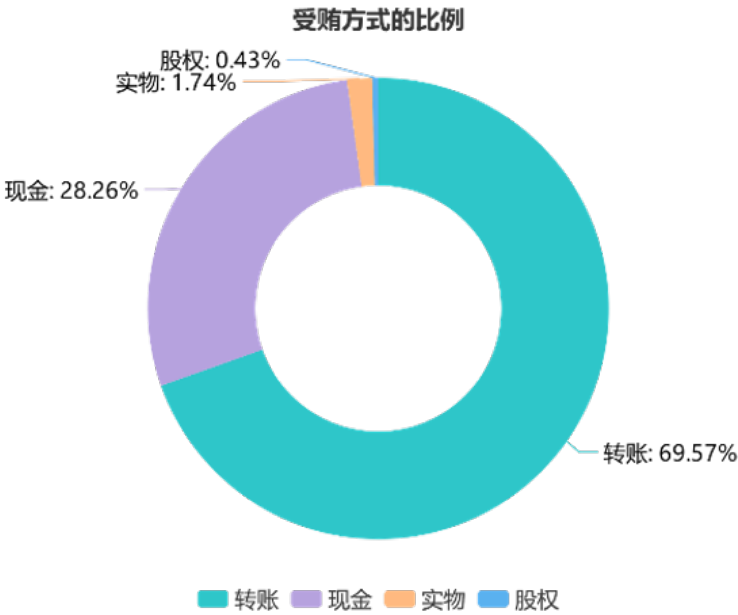
报告结合企业主体、员工（犯罪）主体、犯罪行为手法、司法裁判等四个要素，从 3995 份判决中发现了个别突出的案件。其中，在挪用资金罪案件中出现了犯罪金额达 5.03 亿元的案件（“案值最高”），以及挪用资金时间长达 15 年之久的案件（“时间最长”）；在职务侵占罪案件中有涉案人数达 13 人的案件（“人数最多”）。



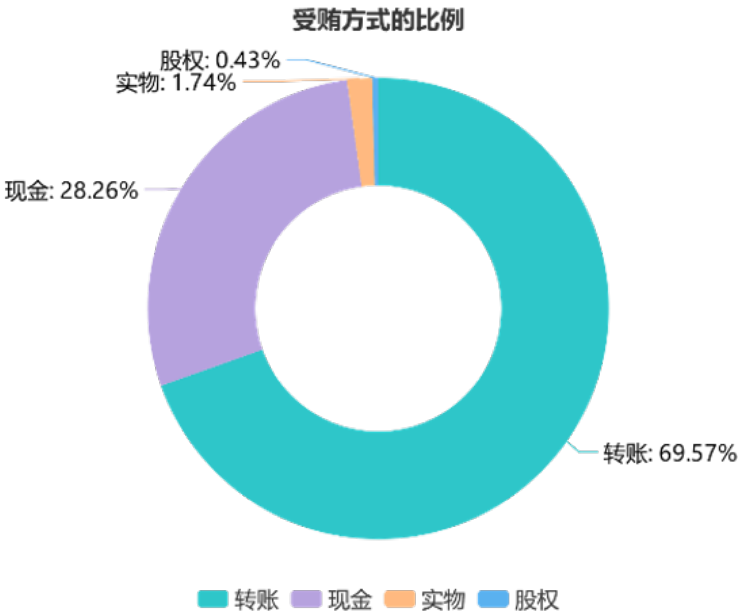
批发零售业、制造业的舞弊案件多发

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

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



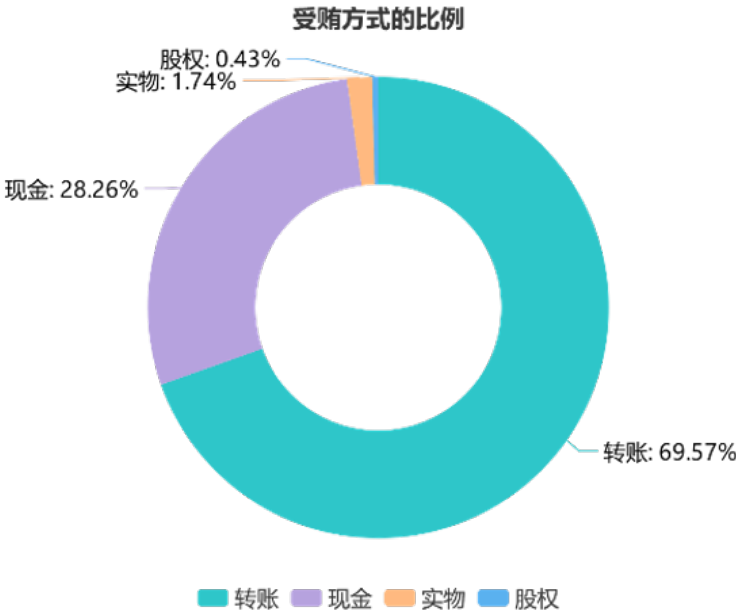
从行业情况看，发生舞弊案件较多的前5个行业为批发和零售业、制造业、商务服务业、房地产业以及信息技术服务业，合计占总数的73.56%。



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

31-40 岁舞弊人员占比较高

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

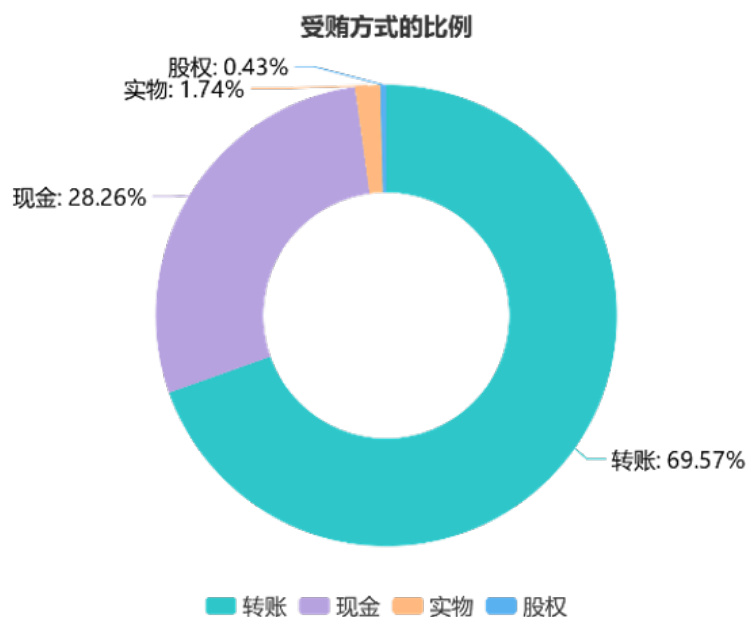


实施舞弊犯罪的人员仍以中青年为主，平均年龄为 37 岁。一方面，中青年人工作年限超过 5 年，基本属于公司、企业的骨干人员，或掌握一定的实权，在实施犯罪时有一定基础条件。另一方面，31-40 岁年龄段的人群经济需求的压力最大，房贷、家庭生活开支、小孩教育抚养乃至同辈人之间的攀比等，都会促使这类人群更可能产生侵占公司财产的动机。

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

销售和管理岗位舞弊案件高发

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



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

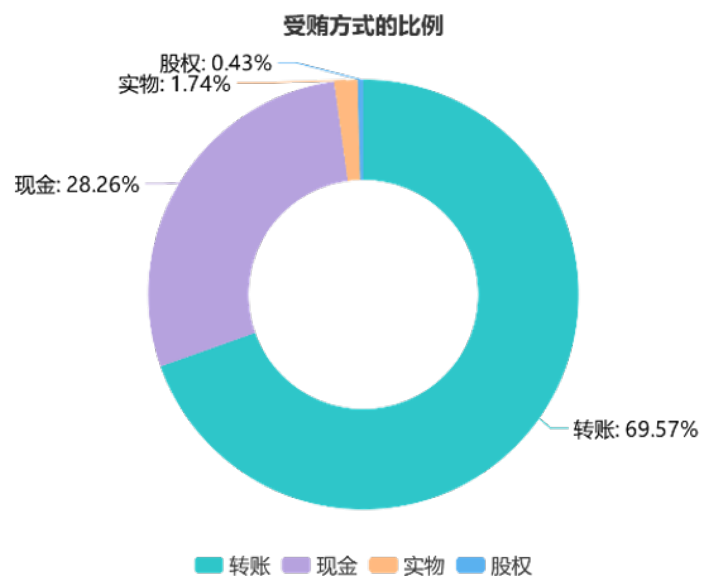
技术岗位与计算机类、侵犯公民个人信息类舞弊案件关联性较强，在高发岗位中排到了第三位。目前，绝大多数企业在向信息化办公发展，企业的电子邮箱、数据库、OA 系统等，一般设有专门的信息部门来管理和运维。但在企业内部控制中，往往会忽视对信息技术人员的管理和监督。如果技术人员拥有较高的获取、修改、删除信息的权限，而没有信息安全保密制度加以限制，会增加舞弊的风险。

舞弊人员的如实供述情况

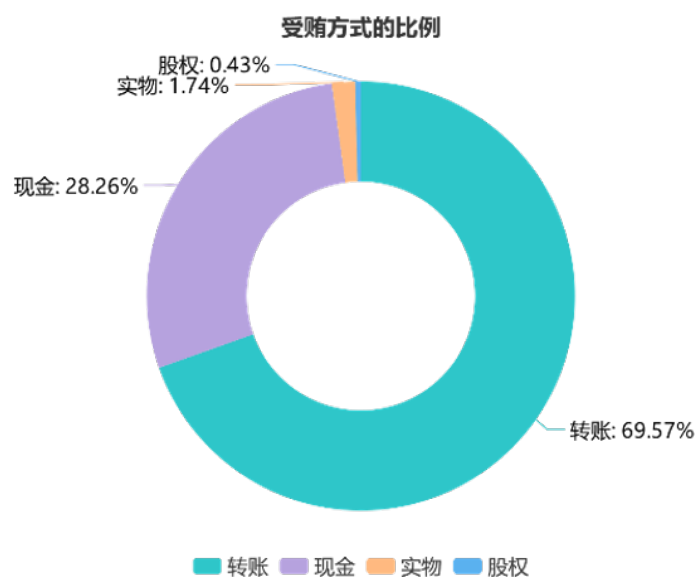
根据《刑法》规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。犯罪嫌疑人虽不具有自首情节，但是如实供述自己罪行（即坦白）的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。

根据行为人的年龄段来统计：

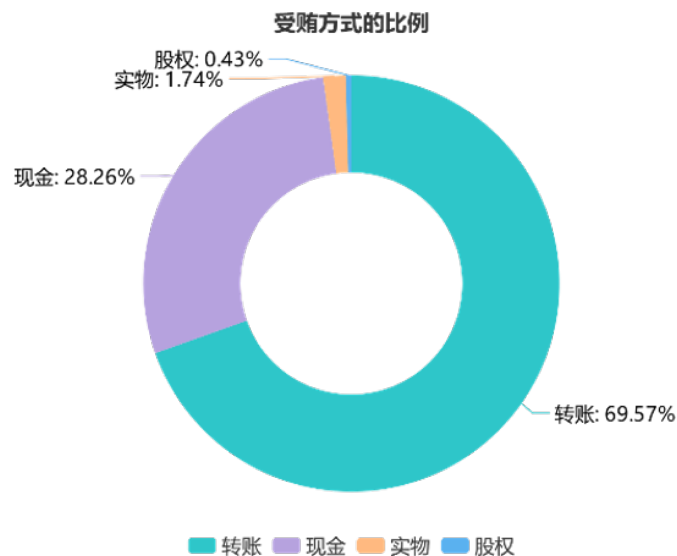
18-30 岁行为人如实供述的比例为 87.39%，31-40 岁行为人如实供述的比例为 84.08%，41-50 岁行为人如实供述的比例为 84.81%，51-60 岁行为人如实供述的比例为 74.86%，超过 60 岁行为人如实供述的比例为 74.28%。总体而言，行为人年龄越小，如实供述的比例越高。



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



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

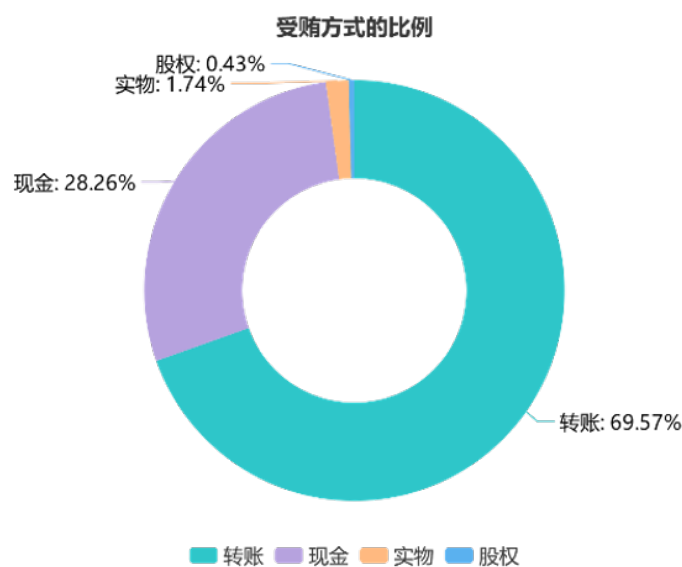


职务侵占总案值占舞弊案件一半以上

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

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

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

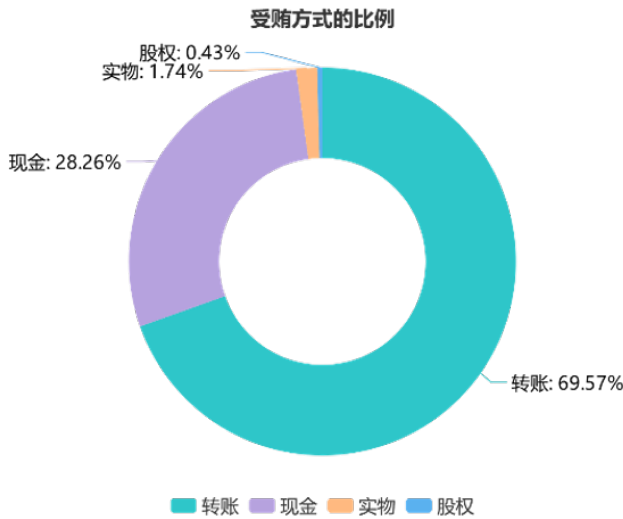


报告将发生职务侵占的环节按照资金走向来源分为三个环节：收入环节、支出环节和资

产管理环节。有效统计的数据共 2995 例。

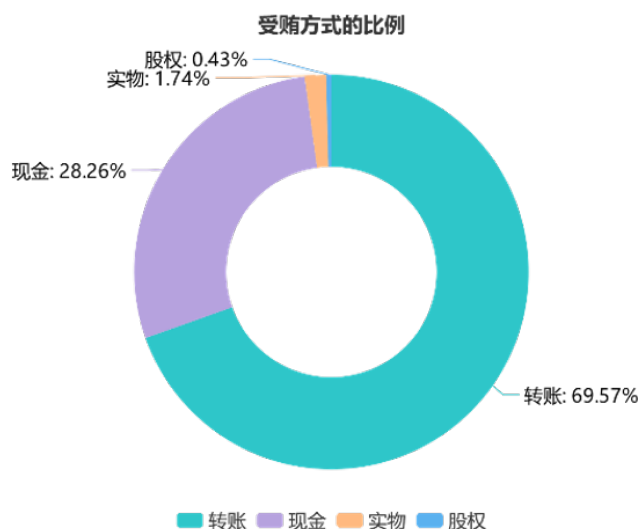
支出环节是指行为人虚构报销或业绩情况，非法占有公司财物；收入环节是指行为人向公司隐瞒本应获得的收入，从中截留部分非法占有；资产管理环节是指行为人直接非法占有公司的固定资产、商品资金等。

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



挪用资金借贷给他人的平均案值大

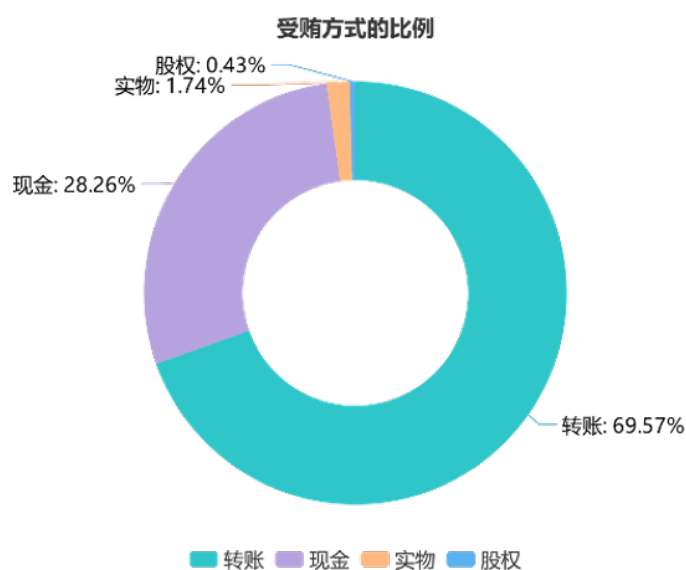
在 903 例企业内部员工挪用资金的有效案例中，其中被刑事处罚的员工共计 920 人。根据统计结果，在明确资金用途的 920 起案件中，营利活动有 155 例，借贷给他人有 33 例，归个人使用有 569 例，非法活动有 163 例。其中，归个人使用案件占比最高，借贷给他人平均案值最高为 1961.01 万元。



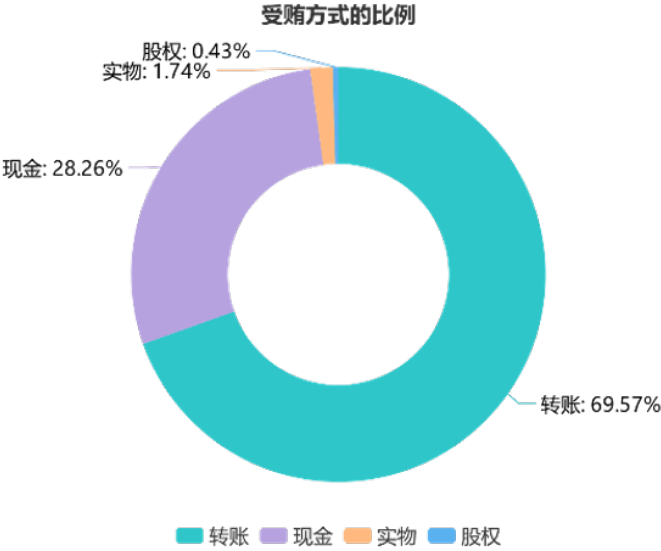
依据《公司法》，公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。而在报告中，有 48.15% 的案例挪用资金的行为时长超过一年，大大超过了法律规定的 3 个月临界点，也超过了 12 个月的财务审计年度。这体现出较多企业没有严格依照法律进行财务审计，法律、财务意识薄弱，同时存在部分高层管理人员或财务人员，签订虚假业务合同，利用交货时间差拖延还款，导致审计时并未发现漏洞。

非国家工作人员受贿的主要来源是供应商，现金受贿多发于制造业、房地产业

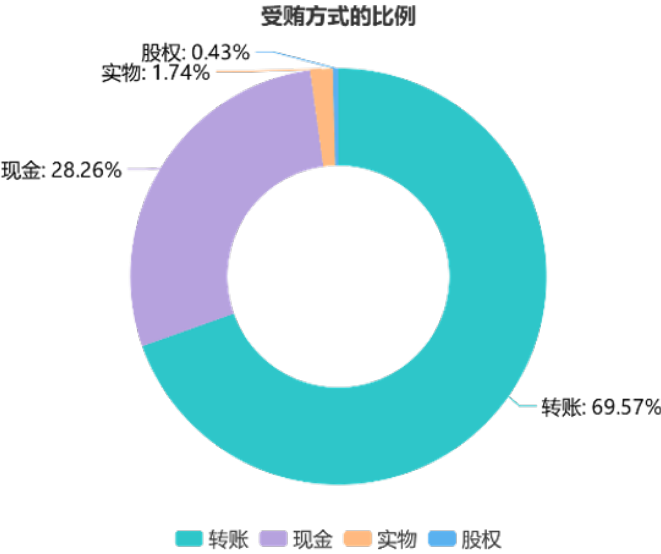
在非国家工作人员受贿判例中，舞弊犯罪人员所在的企业涉及了制造业、教育业、建筑业、批发零售业、信息技术服务业、交通仓储业等十几个行业。统计数据显示，受贿行为的平均涉案金额，在信息技术服务业（104.57 万元）、房地产业（99.57 万元）、批发零售业（92.1 万元）、商务服务业（62.98 万元）、公共设施管理业（52.5 万元）中较高。



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



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



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

编后语

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

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

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

（本文首发于 2020 年 10 月 19 日）

关于对企业内控和反舞弊体系构架维度的思考

汪银平

近年来，国内大量民营企业（重点是互联网、房地产以及新兴科技公司）持续发布对舞弊案件的处理结果，尤其是一些移送司法机关追究刑事责任的案例，显示了企业对打击内部舞弊行为坚决的态度。星瀚律师事务所近年来作为深耕反舞弊案件调查和处置的前沿力量，也处理了大量员工舞弊案件，上至公司董事长、总经理等高层，下至销售、财务等基础员工。这些案件不仅反映了公司管理制度、业务流程上的问题，还反映了诸如员工劳动关系管理、供应商管理、商业秘密保护、IT 管理、档案资料管理等多方面都涉及到企业内控和反舞弊的重要事项。企业内控和反舞弊贯穿融合在整个公司运作体系内的各个环节，虽然公司的审计、法务、HR、IT、业务等均为独立部门，但这些部门的常规管理职能并不能覆盖企业内控和反舞弊的知识层，因此仍有不少漏洞，不仅体现在不能遏止舞弊，还反映在发生舞弊案件后公司处置仍然很被动，或不能有效处置的方面。笔者因此有构建企业内控和反舞弊体系架构的思考，试图从各个维度去解读企业内控和反舞弊的要点。

一、企业内控和反舞弊职能的定位

从目前各企业实践中，笔者认为企业内控和反舞弊的目的是从维护公司安全的角度，避免因内部成员（包括股东、高管及其他员工等）的舞弊行为，导致公司利益受损害的情况。企业内控和反舞弊职能旨在通过内控体系的建设，从机制上、制度上对舞弊行为进行有效的隔绝和预防，并能够让舞弊案件的相关调查取证，包括涉案员工的纪律处理，民事、行政、刑事司法处理，劳动关系处理，以及相应交易对手的合同处理等均得以有效解决。

我国《公司法》对公司的相应组织架构有明确规定，并且规定了股东会、董事会、监事会的各自职责，监事会对公司运营管理负有监督职能。这些法规在一定程度上对公司的权力设置、监督机构等进行了规定，体现了企业宏观层面的内控设置和安排。

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

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

因此，笔者认为企业内控和反舞弊体系的构建，还是应当结合当前的舞弊形势，以及

法律的配套来思考和设计。

二、企业内控和反舞弊组织机构的职能

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

从组织架构上看，目前中国各企业负责内控和反舞弊的人员情况各异，有内审部门负责的、有专门设立监察部的、有归在法务甚至人事部门监管的，但综合职能来看，笔者认为企业内控和反舞弊贯穿在企业的各个运营环节中，其机构职能除了需要兼顾内审、监察两大职能外，同时还应当能够协调法务、人事、IT、财务、业务等各部门的协助参与。只有职能真正确立了，才能确保整个内控和反舞弊体系是深入企业各个运行环节的，真正有效做到事前有效预防，事中应对得当，事后有效处置。

三、企业内控和反舞弊职能在公司运营各个环节的体现

企业对于内控和反舞弊体系的定位和职能有了认识后，便需要将其贯彻在日常经营管理的各个环节。笔者认为一家具有一定规模的企业，其内控和反舞弊工作在业务流程、财务流程、知产保护、劳动人事、IT 管理、档案管理和文化建设等各方面均需有重要涉及，增添与内控和反舞弊相关的内容。

（一）企业业务流程的内控和反舞弊设计

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

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

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

（二）企业财务流程的内控和反舞弊设计

企业财务流程的内控和反舞弊设计首先要解决公司组织架构不合理的问题。若财务部

门受制于业务部门或领导层，即使有再规范、再详细的制度，也会形同虚设，极易出现资金安全、虚假财务信息风险。

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

（三）企业知识产权保护机制的内控和反舞弊设计

现如今，随着互联网发展和各类核心信息的数据化，知识产权保护除了常规的商标注册、专利申请等措施外，商业秘密保护已经越发成为企业关注的焦点。因为商业秘密的泄露和被窃取，对企业造成的伤害往往更大。而这类案件大多发生于内部员工出现问题，比如员工恶意窃取商业秘密跳槽至竞争对手，或者高管直接将商业秘密带走自行成立公司同行竞争，或者员工被竞争对手收买泄露商业秘密等，都可能对企业带来致命性伤害。这类案件伤害最大，但因为取证难，以及现有司法的局限性，公司往往最难维权。很多公司甚至都不清楚如何将自己的“商业秘密”设定为法律上的“商业秘密”（法律上“商业秘密”应当符合“三性”要求）。

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

（四）企业劳动关系的内控和反舞弊设计

从实务经验来看，大多数企业在考虑劳动关系和人力资源政策时，仅仅包含传统的劳动权利义务，如同合同期限、工作内容、工作时间、工资待遇、劳动保护、社会保险、劳动纪律等。这些条款的制定可以说是满足了《企业内部控制基本规范》第16条“企业应当制定和实施有利于企业可持续发展的人力资源政策”的最低条件，但并没有结合内控与反舞弊的特点对相关制度进行完善。

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

（五）企业合同管理的内控和反舞弊设计

很多舞弊行为发生在合同关系里，比如采购合同中公司采购人员和供应商的关系，销售合同中公司销售人员和经销商/客户的关系，如果在上述关系中发生商业贿赂等舞弊问题，该合同很可能会给公司带来重大损失。对这类合同，公司有无针对性设立廉洁条款，以及该条款对合同效力、解除权、违约责任等约定是否适当等，都会成为公司能否及时止损、寻求法律救济的重要依据。

（六）企业 IT 管理的内控和反舞弊设计

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

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

（七）企业档案管理的内控和反舞弊设计

档案资料是发生舞弊案件后开展有效调查的重要方面，越完整的档案资料越能反映和还原当时的客观事实，例如员工自填的一份员工信息表，就可能包含了其基本的家庭成员信息；例如一份审批单，就包含了申请人信息、审批人信息，而这些信息往往在舞弊案件中会起到决定性的证据作用。

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

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

（八）企业文化的内控和反舞弊设计

企业内控和反舞弊工作，核心价值在于预防和控制舞弊的发生，而非惩处舞弊人员。积极向上的企业文化和必要的警示教育，对于企业营造良好的廉洁文化都是非常有效的方法。通过定期的培训和教育，尤其针对一些特定岗位员工和高管定期开展针对性的廉洁教育，可以培养员工对企业的信心和认同感，从根源上预防舞弊行为的发生。如果企业没有良好的廉洁文化，对舞弊行为容忍或形成风气，会让其他员工为自己的舞弊行为找到“自我合理化”借口。常见的如员工看到企业运转中的漏洞，不仅没有跟公司指出，反而借机利用漏洞实施舞弊；或者员工看到其他人舞弊也没有得到惩罚，效而仿之。

目前有越来越多的互联网企业公开宣称对腐败舞弊行为“零容忍”，这也是企业文化的一种体现。

综上，企业的内控和反舞弊工作，不仅仅是审计和案件的查处，也不仅仅是审计部、监察或法务的职能，对公司而言，是企业管理层需高度关注、融入在企业运行各个环节的一项系统性工程。因此，企业应当结合舞弊现状，考量现有的各项法律规定和司法实务要求，在职能、架构、机制层面进行重塑和调整，通过有效的制度设计和管理，才是完整和有效的内控和反舞弊体系。

（本文首发于 2020 年 3 月 16 日）

内部员工舞弊，供应商的合同一定无效吗？

卫新、徐倩倩

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

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

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

主张合同无效的诉讼思路

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

1. 恶意串通，损害他人合法权益

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

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

以行贿方式恶意串通签约的情境，只要有刑事证据支撑，主观恶意是相对明显的。但如果没有刑事证据支撑，由于价格受多种因素影响，证明定价与受贿行为的关联关系的难度较高。另一方面，是否损害他人合法利益亦存在较大争议，比如虽有贿赂但合同价格是合理的情形。根据近年来司法实践中尽量保护既有交易的倾向，就很难证明企业的利益受到了损失，

以此理由否定合同效力也就难以实现。即使价格确实和市场价相差很大，企业利益明确受损，那么企业利益是否属于合同订立主体双方之外的第三方利益呢？实践中，存在不同观点：

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

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

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

2.违反法律、行政法规的强制性规定

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

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

《反不正当竞争法》规定“经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，

以谋取交易机会或者竞争优势”，“经营者违反本法第七条规定贿赂他人的，由监督检查部门没收违法所得，处十万元以上三百万元以下的罚款。情节严重的，吊销营业执照”。但是，对于上述规定是否属于可导致合同无效的“效力性强制性规定”，司法实践中存在不同的裁判观点。

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

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

3. 违背公序良俗

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

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

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

主张合同可撤销的诉讼思路

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

根据《民法总则》的规定，引起合同撤销的原因有五种：（1）重大误解，（2）欺诈，

（3）第三人欺诈，（4）胁迫，（5）显失公平。供应商通过向企业员工行贿获取不正当的商业机会，**一般适用显失公平和欺诈的二种思路**。这两种思路，有什么区别，哪一种更容易被法院认可呢？

1、显失公平

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

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

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

2、合同一方欺诈

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

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

结合相关案例，企业需要特别注意以下几种情形：首先，欺诈行为一定要发生在合同订立时，合同成立后的违约行为不构成欺诈。其次，虽然实施了欺诈行为，但对于公平交易不产生重大影响的，比如夸大产品质量、合同价格与市场水平的差距，即便供应商存在一定欺骗行为，合同也未必可以撤销。价格受多种因素影响，在企业有多种选择的情形下，仅以价格高于其他买方为由。主张价格欺诈的，很难得到法院支持。最后，单纯属于合同条款约定不明的，亦不构成欺诈。

3、第三人欺诈

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

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

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

合同被认定无效或被撤销的法律后果

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

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

我们发现，在没有合同的反舞弊条款的情况下，企业想要否定合同效力常常处于被动地位。而随着企业反舞弊意识的逐步增强，不少交易合同中专门约定了反商业贿赂条款或签订

了专门的《反商业贿赂协议》，一旦发生商业贿赂舞弊事件，企业可以据此对抗供应商的付款请求，并要求供应商赔偿损失，大大增加了企业挽回损失的可能性。尽管如此，也不意味着企业可以高枕无忧。我们发现，大量的反商业贿赂条款约定不当，缺乏实操性，在司法实践中仍存在维权障碍，我们将在后续文章予以详解。

（本文首发于 2020 年 3 月 23 日）

采购方如何识别供应商以及拟定反贿赂条款？

卫新、徐元昊

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

供应商管理基础：识别你的供应商

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

1. 供应商识别

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

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

有下列情况之一的，属于“非充分竞争市场”定义：

该市场中不存在可（完全）替代、同类型其他供应商的；或

该市场中存在可替代、同类型其他供应商，但是同时满足下列一项或多项条件的：

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

其他由【决策机关】认定的属于“未充分竞争市场”的供应商。

（1）非充分竞争市场

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

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

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

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

（2）充分竞争市场

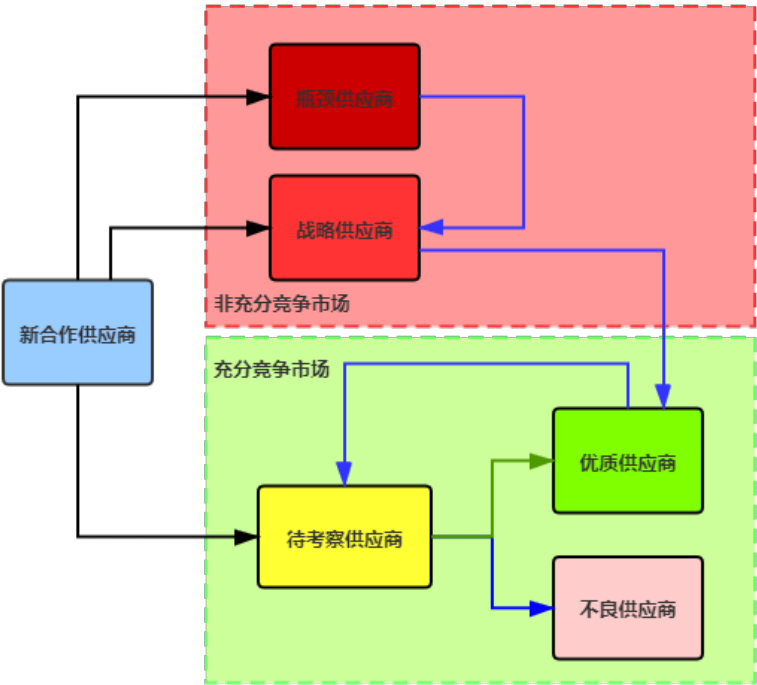
在充分竞争市场中，供应商同样可以进一步细分为**优质供应商**以及**不良供应商**（实践中也有不同命名方式，如优选供应商、可淘汰供应商等）。

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

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

2. 供应商识别的动态更新

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



关键点一：初步识别

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

应商名录以及信息库。

关键点二：供应商初查

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

关键点三：定期再考察

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

供应商内控管理条款的三种模式

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

1.供应商内控管理条款的表现形式

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

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

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

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

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

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

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

2. 供应商内控管理条款的关注范围

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

此外，企业在供应商条款中会着重关注以下问题：

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

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

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

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

反商业贿赂条款的基本结构

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

（一）反商业贿赂条款的基本结构

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

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

1.商业贿赂行为界定方式

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

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

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

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

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

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

2.违约责任条款的主要形式

违约责任除笼统的“解除合同并赔偿损失”外，具体还有两种常见的约定方式：

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

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

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

3.实现反商业贿赂目标的其他补充承诺/义务

相关义务主要有三类：

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

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

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

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

（二）针对不同类型供应商，如何适用反商业贿赂条款

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

1.非充分竞争市场

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

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

2.充分竞争市场

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

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

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

（本文首发于 2020 年 5 月 11 日）

阿里通报原菜鸟网络副总受贿，互联网公司高调反腐中的合规风险

邵洋、朱晔明

据晚点报道，阿里内网近日通报了原菜鸟网络副总裁及地网业务负责人史某严重违纪的处分公告，称其利用职务收受贿赂数百万元，该案件被定性为菜鸟历史上影响最大的廉政案。菜鸟方回应媒体称：“廉政反腐是公司的底线。”目前，史某已被警方刑事拘留。

通告发布后很快登上微博热搜，不少媒体盘点了各互联网企业形形色色的反腐组织与举措，如百度职业道德委员会成立9年间，已最少处理了119位舞弊员工；京东高调发声——即便员工贪污1万元，也愿花100万、1000万调查处理，让其很难再找工作；阿里巴巴廉政合规部“调查权限上不封顶”；阳光腾讯反舞弊对涉事供应商或合作伙伴设黑名单、永不合作……再次引发了网友的热议。

得益于行业的开放风气，互联网企业在反腐工作上一直起着先锋引领的作用，除了设立传统的反舞弊部门，**相较于传统企业，它们更善于设置前沿制度和引进新型技术手段，但相应的，这些手段也带来了一些争议和法律风险……**

互联网公司反舞弊手段之一：联合反腐，设立失信名单制度

自2015年起，一些互联网巨头纷纷联合业内知名企业建立起反舞弊联合平台，共同打造反腐生态圈，营造诚信营商环境。这些平台成立后纷纷上线共享信息系统，实现失信名单的共享。据笔者了解，失信名单主要包括两部分，一部分是失信人员名单，记录员工收受贿赂、职务侵占等舞弊行为。另一部分是失信企业名单，记录与平台成员业务往来中有行受贿或售卖假货等失信行为的企业。

法律风险分析：

互联网企业成立上述平台的初衷无疑是好的，设置“黑名单”也是出于规避风险，共享信息的目的。2016年5月30日，国务院出台《关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》，也对行业设置黑红名单持鼓励态度，希望通过此类制度约束和惩戒失信行为，加快构建以信用为核心的新型市场监管体制。

不过，**现实中也存在一些企业或HR没有合理使用“黑名单”，造成劳动者合法就业权利受限的情况。**如在2018年6月11日《劳动报》刊登的文章中曾提到，某外卖平台bd渠道员工，因代同事打卡被公司发现遭到开除，公司后来将该名员工拉入“黑名单”。该员工在某城网站就职后，因被HR发现曾进入黑名单的情况，结果再度被开除。

其实，目前现行的法律法规针对腐败舞弊行为已经设立了相应的处罚，比如在《刑法》第三十七条之一中：“因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年。”而在行政立法上，对法官、检察官、律师、教师、医生、会计师、保险营销员、导游等数十种行业也有从业禁止的规定。相较而言，根据前述规定行事，风险更小。在劳动者没有违反劳动手册、劳动法律法规的前提下，

仅凭“黑名单”就对员工施以处罚或就业限制，或可能侵犯劳动者的就业权或是名誉权，给企业带来一定程度的法律纠纷。

另一方面，“黑名单”通常仅对反舞弊平台成员开放，其审核流程、监管主体也由平台内部制定。通常而言，员工上榜后需要向自己单位申诉，经过单位同意后才能撤下信息。如若失信名单的设置能够得到相关政府部门的监管，建立第三方评估机制，则更具公正客观性。总之，互联网企业对于是否将员工信息列入“黑名单”中需谨慎考虑，同时在参考“黑名单”筛选求职人员时，也需**注意防范侵害劳动者权益的合规风险**。

互联网公司反舞弊手段之二：员工行为实时监控

许多企业认为，使用监控软件是对员工进行网络监控作为企业管理权的必要延伸，能起到保护商业秘密、预防职务犯罪等多种作用，因而越来越多的企业开始对员工的电脑、手机进行监控，例如通过“阿里郎”、“钉钉”等软件，监控员工的邮件系统、即时通讯、上网记录、位置信息等。

法律风险分析：

此类软件的使用往往**涉及到员工隐私权与企业知情权的冲突**，现行的《劳动合同法》对于这类行为并无明确规定，仅在第8条提及企业对劳动合同直接相关的信息有知情权。在《互联网安全保护技术措施规定》中，其第8条规定，提供互联网接入服务的单位应当具有记录并留存用户注册信息；记录、跟踪网络运行状态，检测、记录网络安全事件等安全审计功能。这也变相允许了企业的监听管控行为，因此企业在工作场所使用监控软件的行为合法。

但依照《网络安全法》第40-44条规定，企业在具体行为过程中应尽充分告知及合理实施的义务，对信息的后续使用及保管也要妥善处理，以免侵犯员工隐私，承担行政及民事侵权责任。例如，在杨某与江苏某酒业有限公司隐私权纠纷一案中，法院判决公司在非工作时间通过相关软件查看员工位置信息并将之发布在微信群中侵犯了对方隐私权，须承担赔礼道歉的责任。

与之形成对照的则是高某诉某金（中国）投资有限公司案，此案中公司通过监控电脑得知高某在工作期间处理其他事项并涉嫌利用公司资源谋私，遂解除了与对方的劳动关系，高某则提出公司的行为侵犯了其隐私权，不能作为解除依据。法院经审理认为高某使用的电脑系工作电脑，公司对工作电脑监控的行为并无不当，系单位对办公用品正常行使管理支配权。

从以上两个案例可以看出，企业为保护其自身利益采取的监控行动不可避免地会与员工的隐私权产生碰撞。为降低合规风险，企业应当厘清其知情权的权利界限，使用监控软件时遵循必要性、目的正当性、利益衡量等原则。具体而言，**①事前：应以规章制度、劳动合同、劳动手册等形式将监控软件的存在告知劳动者，同时尽可能地要求员工使用公司提供的设备办公；②事中：做到将监测行为限制在劳动合同履行的必要范围内；③事后：严格保密获取的员工信息，确保劳动者的个人隐私不被侵犯。**

互联网公司反舞弊手段之三：大数据分析、人工智能等的引进

互联网行业向来呈现创新的“技术派”形象，通过人工智能算法体系进行大数据分析以发现合规风险已经成为反舞弊措施中的新潮流。

大数据分析主要是将员工的各类行为转化为可识别的数据，运用计算机的计算能力，对海量数据进行挖掘、对比、整合等，取代大量具有重复性且需要人工审核的风控工作。例如 ControlRisk 集团在某跨国药企多名员工虚假报销的调查中，运用数据分析手段，发现在 2017-2018 年期间华东区有 24 笔费用存在合规风险，涉及三名销售人员。

人工智能则是通过训练大量数据的机器学习建立起企业正常经营行为的模型等，对员工异常行为进行风险提示，或对员工的行为进行预判，主动识别舞弊迹象。例如，2018 年 4 月火山小视频原运营负责人黄某受贿一案，公司运用 AI 对个别内部员工与外部人员合谋骗取创作补贴等事件进行了精准识别、及时查处。

法律风险分析：

与大数据分析、人工智能风控手段相应而生的则是员工个人隐私泄露问题。2018 年 5 月，欧盟出台的《通用数据保护条例》（GDPR）就对个人敏感数据（种族或民族出身、政治观点、宗教/哲学信仰、工会成员身份、涉及健康、性生活或性取向的数据、基因数据、经处理可识别特定个人的生物识别数据等）的获取行为进行了严格规定。我国《民法典》在第六章对“隐私权和个人信息保护”进行了专门规定，在未经许可的情况下私自获取公民个人信息属于违法行为，情节严重的，甚至会触犯刑法 253 条规定的侵犯公民个人信息罪。

另外，因为大数据分析、人工智能的基础是获取并分析海量数据，因此常常会使用到网络爬虫技术。如果爬虫技术上升为企业行为，会带来一定的法律风险。因为爬虫的范围往往超越了工作时间和工作地点的限制，如根据员工社交平台发布的信息，对其社交、财产、言论进行画像、存储和分析，可能涉嫌侵犯员工的个人隐私。

国家互联网信息办公室 2019 年发布的《数据安全管理办法（征求意见稿）》第 15 条规定“网络运营者以经营为目的收集重要数据或个人敏感信息的，应向所在地网信部门备案。备案内容包括收集使用规则，收集使用的目的、规模、方式、范围、类型、期限等，不包括数据内容本身”。这对爬虫收集个人信息进行了限制。

因此，企业在利用大数据分析、人工智能进行反舞弊调查时，要注意适当性，其采集、分析的数据也要妥善处理，以免陷入法律纠纷。

结语

近年来我国的互联网企业在经历了创业初期的爆发式增长后进入平缓期，收益增速下降、增收压力加大，内部舞弊带来的损失却是有增无减，这迫使各大互联网企业不得不加大反舞弊的力度，引入各种新型反舞弊措施。但与此同时，潜藏在这些措施背后的法律风险也不容小觑。企业在采取此类手段时应格外谨慎、务必同时做好合规工作，防止触碰红线。

（本文首发于 2020 年 11 月 30 日）

企业劳动人事内控制度的常见问题探讨

杨轶菡

在企业的内控建设工作中，劳动人事板块不可或缺。如何通过劳动人事制度设计来预防反舞弊事件发生？人力资源部门如何与其他部门分享员工信息、配合反舞弊调查？如何妥善处理舞弊人员劳动关系？这些都是企业最为关心的。

本次分享中，我们将结合日常的研究及实践案例，为企业完善相关内控制度、提升内控与反舞弊管理的效果提供建议。

一、劳动人事规章制度的范围

通过规章制度预防舞弊事件，是内控建设的核心板块之一。发生舞弊事件后，有哪些制度可以参照？制度的合法性是否有保障？制度的援引是否精准？这些问题不啻是对人力资源部门及风控管理层的“灵魂拷问”。

内控和反舞弊相关的规章制度包括但不限于：利益冲突政策、反腐败/贿赂政策、商业秘密保护政策、电子资源使用政策、报销政策、举报政策、个人信息使用政策等。每个企业的管理风格、行业特征、发展阶段都不同，因此，政策的宽严和侧重也必是“量体裁衣”。

内控与反舞弊相关的员工协议包括保密协议、竞业限制协议、保密与竞业限制协议、利益冲突承诺等。这些员工协议的目的都是围绕公司商业秘密的保护，如何根据不同级别、不同岗位的员工确定保密范围、竞业限制期限、竞业限制补偿标准。除了事先约定竞业限制，如何在离职前评估竞业限制义务的免除，如何进行竞业限制义务履行的监督，都应当“未雨绸缪”。

内控与反舞弊相关的文书表单的管理也不可忽视。《2019 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》中提及了涉案员工的年龄分类、工龄分类，这与企业人力资源部门对员工信息的梳理与针对性管理，有着密不可分的关系。在日常流程中对员工背景信息的深入了解，不仅有利于掌握员工舞弊行为的原因和发展脉络，起到提前预警作用，也能在舞弊事件的面谈、调查等环节中起到“釜底抽薪”、“有的放矢”的效果。

二、劳动人事规章制度的生效流程

一般而言，内容的合法有效性通过相关法律法规、案例实践、行业政策来进行设置与研究，但大家往往容易忽略制度生效的流程要求，即程序有效。各地的司法裁判指导文件中已多次强调 2008 年《劳动合同法》实施以后，用人单位制定或修改规章制度的“民主程序”的必要性。基于全国各地的民主程序具体要求有差异，故我们今天不作展开讨论，读者可参考《企业内控专项制度的“民主程序”实操指引》一文。但大家需要注意一个误区，即把“公示程序”误作为“民主程序”。真正的“有据可循”是“民主程序+公示程序”，即内部规章制度在合法“民主程序”的前提下方为有效，并且应当向员工“公示”。至于“民主程序”的具体操作方式，针对不同企业规模、员工结构情况，我们建议可以做“丰俭各异”的规划方案。

三、人事部门在反舞弊工作中的阶段配合

人力资源部门可以在内控与反舞弊工作的各个阶段提供支援。例如：在日常培训中落实制度的宣讲，同时完善各类反舞弊规章制度的签收；在调查过程中，安排员工的离岗、脱密，稳定部门工作环境，避免因舞弊事件的调查而影响业务的持续性；当舞弊事件有调查成果时，人力资源部门将评估解除风险，提出增补调查方向，调整解除依据和办理交接手续。

在内控反舞弊案件中，无论涉案的是高管还是技术人员或普通岗位，共同的身份均为“劳动者”，那么劳动关系的处理就无可避免。根据我们经历的实践案例，协商解除、单方解除、法定终止这几类劳动关系的结束情形均有可能适用。并且在不同的岗位背景、证据条件、惩治需求情况下，建议灵活选择不同的法律依据来进行劳动关系管理。举例来说，普通销售人员利用其掌握的本公司供应商、客户信息，通过自设的第三方公司“飞单”行为，是否涉嫌“职务侵占罪”，是否侵犯公司商业秘密，对员工的劳动关系处理，是援引违反利冲政策、保密制度对其进行过错解除，还是通过访谈要求退赔和辞职？相信大家会有不同的观点。而显然，不同方案涉及的解除流程、诉讼风险、维权成本和管理效果不尽相同。

四、涉案员工的劳动人事处理纠纷

最高人民法院在 2020 年 7 月发布了《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》，其中人民法院审判案件应当进行类案检索的一种情形是“缺乏明确裁判规则或者尚未形成统一裁判规则的”。在我们接触的反舞弊案件中，有很多就是此类案件，因此类案梳理的思路，与反舞弊大数据报告的核心思路是一脉相承的。

劳动争议案件有仲裁先行之要求，而仲裁案件的裁决文书是不公开的，因此，如纠纷在仲裁阶段终结，则我们很难取得类案的数据进行梳理和分析，因此，我们在进行与反舞弊相关劳动人事案件的类案调研，主要是从诉讼阶段裁判公开案件中进行，以下与大家分享研究成果。

1. 违法解除纠纷

这是最容易产生的一类纠纷，从管理效果而言，我们当然希望在舞弊事件调查处理后避免发生劳动争议纠纷。如何有效避免违法解除，总结了如下要点：

（1）依据选准：系指在向员工作出解除决定的通知时，所列的事实和法律依据应当准确，并为可能发生的争讼留出策略性调整的空间。

（2）程序走满：不仅是前面提及的规章制度的生效程序，还包括解除前的程序，如不胜任解除前是否进行过调岗或培训，解除时及时通知工会程序等。

（3）制度明确：前面提到过规章制度需根据企业、行业等特点制定，案件的处理则有利于将制度修订得更明确和完善。

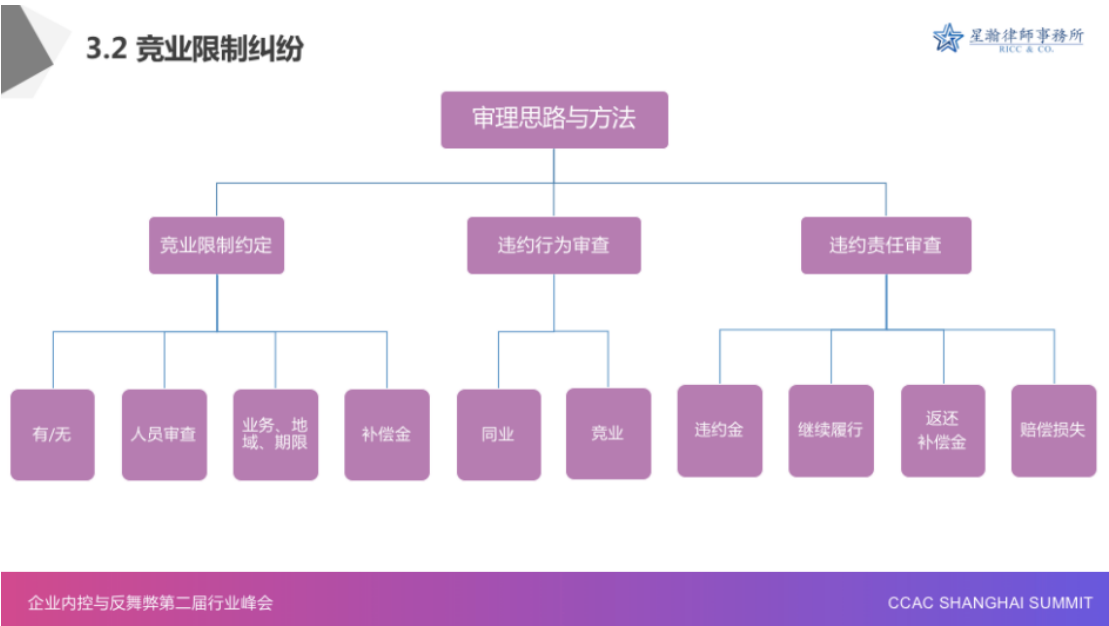
（4）证据确凿：无论是案件最终通过刑事报案方式处理，还是通过民事诉讼维权，证据确凿都是基本，建议从类案审理的思路来了解举证角度、证据形式和必要的证据内容。

（5）因人而异：前面提到了人员背景信息的收集对舞弊案件处理的意义，而类似案件采取同样的处理方案，因对象不同，可能产生迥异的管理效果。

（6）方案灵活：在离职谈判中，存在各种可变的影响因素，充分调查和评估后，制作灵活的处理方案，才能降低争议风险，减少企业损失。

2.竞业限制纠纷

竞业限制纠纷是反舞弊案件中的常见纠纷，调查难度和维权成本都比较高，案件涉及的诉讼标的额也逐年升高。我们此处将上海市一中院发布的竞业限制纠纷案件的审理思路和裁判要点的框架整理为可视化图表供大家参阅。



3.名誉权纠纷

因劳动争议纠纷而导致名誉权诉讼，是近年来发生的较新型的劳动争议，该类纠纷主要包括两类：

（1）离职员工对公司解除决定愤懑不平，在公开渠道诋毁公司名誉

社会公众对于公司社会责任的要求越来越高，有的媒体会进行员工满意度调查和排名。在自媒体时代，员工可以非常便利地通过各类媒体平台和社交工具表达自己的观点和意见，员工的不当言论对公司名誉有较大的负面影响，甚至造成公关事件。

（2）公司公开员工不当行为，或将员工列入行业黑名单

对于某些员工极其恶劣的舞弊行为，有的公司在解除劳动合同后，认为惩戒力度不够，希望公之于众，对其他员工起到杀鸡儆猴的威慑作用，甚至将员工列入行业黑名单中。该类员工可能先提起劳动争议，在认定公司解除行为违法后，进一步向公司提起名誉权侵权的诉讼（此类型的案例较少见，但在近年有逐渐增加的趋势）。

五、热点讨论

我们在会前曾向参与者发放了调查问卷，收集大家关心的热点疑问，根据问卷结果，我们选取几个小问题与大家简单讨论。

Q: 如果上市公司被证监会处罚, 且某高管被证监会却认为相关违法行为的直接责任人员, 是否可以构成解除劳动合同的事由?

A: 这个问题上海曾有个热点的案例, 即上海家化股份有限公司与原总经理王某的争议。就法院最终判令恢复劳动关系的法律依据及理论基础, 在(2015)沪二中民三(民)终字第747号《民事判决书》中有详尽的阐述。归纳而言, 即在恢复劳动关系的案件中, 法院审理时仍会侧重考虑劳动法相关因素, 包括劳动合同继续履行的可执行性、劳动者在企业违法事件中的责任地位等。

Q: 在法院认可公司构成违法解除劳动合同的情形下, 公司是否必须恢复高管的劳动关系?

A: 个案的差异性非常大, 构成违法解除劳动合同的情形下, 普通员工的恢复劳动关系尚存在很大的不确定性, 更何况高管员工。前面谈到的家化案, 相对比较特殊, 法院通过多角度、多事实对王某的劳动关系恢复的可操作性和必要性进行了论证。换位思考, 当进行员工劳动关系处理时, 我们往往会评估一旦被认定为违法解除, 则可能产生劳动者有恢复劳动关系或违法解除赔偿金两者择一的选择权, 而恢复劳动关系在某种程度上对用人单位可能产生的经济损失和管理成本将远超赔偿金支付。那么, 在应诉时是否已经做好了无法恢复劳动关系的举证或应对恢复的策略, 也是值得探讨和思考的。

Q: 用人单位与员工约定了竞业限制, 如果员工违反了竞业限制义务, 用人单位可以向员工主张哪些法律责任?

A: 竞业限制制度的本质是为了保护企业的商业秘密。员工离职后违反竞业限制约定, 根据劳动合同法的规定, 企业可以主张违约责任, 包括要求返还已支付的竞业限制补偿金、约定违约金等。并且, 如有证据证明员工在新入职的竞争对手处工作时利用或披露了原用人单位的商业秘密, 那么原用人单位亦可考虑从民事侵权角度进行维权, 评估员工与竞争对手是否侵犯商业秘密, 构成不正当竞争。若员工属于董监高特殊身份的, 那么根据公司法规定, 则考虑按竞业禁止规定进行利益归入的维权。

Q: 如员工的行为已经造成了恶劣的影响或者后果, 但用人单位的规章制度中未将该行为明确列为违纪或可解除范畴, 是否可以处罚劳动者?

A: 舞弊案件的调查中常常会发现各种五花八门的行为, 规章制度着实无法一一涵盖, 但如果员工的行为性质特别恶劣, 有证据证明其违反了民事行为的诚实信用、公序良俗等基本原则, 那么结合基本生活常识、职业道德操守, 依旧可以寻求与员工解除劳动合同的理论支持。当然, 仍需注意各地司法实践中, 对这一情况的把控尺度的差异, 使得此类处理应更为谨慎和细致。

(本文首发于2020年11月2日)

企业内控专项制度的“民主程序”实操指引

杨轶菡、季一玮

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

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

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

“民主程序”必须有（法律法规依据）

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

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

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

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

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

“民主程序”如何走（实际操作指引）

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

讨论，征求提案和意见。

协商，确定通过制度。

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

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

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

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

企业在执行中会必然遇到各种难点, 我们针对一些难点提示如下:

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

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

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

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

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

“民主程序”打补丁(缺失/缺陷应对)

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

藉对员工手册作部分修订的契机,将这一基础规章制度的民主程序予以落实。

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

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

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

“民主”+“公示”

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

“公示”或“告知”亦有多种形式,各有利弊,简单举例说明:

1.通过书面资料（如员工手册）发放和签收

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

2.通过内部网站（或 OA 系统平台）或电子邮件

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

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

（本文首发于 2020 年 4 月 7 日）

员工涉嫌舞弊犯罪被停职调查期间的劳动关系如何处理？

杨轶菡、季一玮

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

涉案员工被采取限制人身自由的期间

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

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

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

重点省市的政策名称	政策规定内容
《上海市劳动和社会保障局关于实施〈上海市劳动合同条例〉若干问题的通知》第12条	劳动合同中止履行的，劳动合同约定的权利义务暂停履行。中止履行劳动合同期间用人单位可以办理社会保险帐户暂停结算（封存）手续，期间不应计算劳动者同一用人单位工作时间。劳动合同中止期间，合同期满的，劳动合同终止。
《天津市工资支付规定》第三十条	劳动者因涉嫌违法犯罪被收容教育、强制戒毒、拘留、逮捕等被限制人身自由期间，未提供正常劳动，用人单位可与其暂时停止履行劳动合同，暂时停止履行劳动合同期间不支付工资。
《深圳市员工工资支付条例》第三十一条	员工涉嫌违法犯罪被依法采取限制人身自由的强制措施或者受到限制人身自由的行政处罚的，用人单位可以不支付其被限制人身自由期间的工资。

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

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

在内部调查阶段或涉案员工取保候审阶段

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

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

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

最后,基于大部分合规调查都会涉及到数位员工,他们的涉案情况、调查周期、员工返岗率等都会有较大差异,根据我们的办案经验,建议用人单位在涉案早期即根据岗位、背景、所处阶段等因素对相关员工进行区分评估。

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

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

（本文首发于 2020 年 6 月 29 日）

不同层级身份的员工涉及关联交易，公司如何应对？

季一玮

以往我们从《公司法》的角度去理解关联交易，不难看出“关联交易”的主体是有特定范围的，即公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员。然而，市场情况和组织管理结构日新月异，在大量反舞弊案件处理过程中，我们发现“关联交易”出现低职化趋势。不同层级身份的员工，在利用关联关系交易损害公司利益时，公司追责的法律依据有何不同？司法实践是如何认定的？本文拟通过 4 个典型案例说明，并给企业日常内控提供建议。

高级管理人员关联交易的责任

案例 1：张某、中瑞检验广州分公司损害公司利益责任纠纷二审民事判决书

审判机构和案号：广东省广州市中级人民法院，（2020）粤 01 民终 4015 号

案情简述： 张某自 2015 年 3 月 27 日起升任为中瑞检验广州分公司的负责人，负责该分公司的日常经营及各项事务，有一定自主权限决定销售价格。张某在任职期间利用职务便利虚设中间环节，当客户找到中瑞公司时，张某却将客户转介绍给志凯公司，再由志凯公司向中瑞公司下单交易。张某向志凯公司提供七折的业务折扣（志凯公司下单金额达 1732 余万元，但是中瑞公司实际仅收取了 1281 余万元），志凯公司通过收取差价获益。志凯公司的法定代表人是张某的弟弟，监事为张某的配偶。

终审法院观点汇总： 根据《中华人民共和国公司法》第二百一十六条第（一）项和第（四）项的规定，张某属于中瑞公司的高级管理人员，张某与志凯公司之间也存在关联关系。张某的行为完全违背了高级管理人员对公司最基本的忠诚义务，应对该行为承担相应的民事责任。至于损失金额，一审法院认为张某将对外交易价格定为七折的做法在其权限范围内，故三折的让利不必然能认定为中瑞公司的损失，参考张某及其下属收取回扣佣金数额，酌定张某在涉案交易中获益数额为 551000 元，二审认为前述酌定的获益数额公平合理。

判决结果： 张某向中瑞公司支付 551000 元。

上述案例中，中瑞公司在一审中不仅起诉了张某，还起诉了其他四位员工（均为张某的下属），一审法院以这四位员工并非公司的高级管理人员为由，认为在损害公司利益责任纠纷的案由下，这四人具备承责的主体资格要件，故不予调处，由公司另循法律途径解决。由此窥见，对于高级管理人员身份的员工和非高级管理人员身份的员工，在利用关联关系交易损害公司利益的情况下，公司追责所依据的法律依据和审判标准是完全不同的。但是，正如我们前言所提到的，在当前市场经济环境下，企业管理组织趋于扁平化，出现了非常多的管理方式和结构，有很多中高级管理人员（典型的是各业务部门的负责人）实际上在公司组织中也是位高权重，如发生不正当交易也会对用人单位造成非常严重的经济损失，如以下案例：

案例 2：周某、甘肃中集华骏车辆有限公司再审案件

审判机构和案号：最高人民法院，（2019）最高法民申 2728 号

案情简述：《甘肃中集华骏车辆有限公司（以下简称“中集华骏”）章程》第二十八条规定：“公司设总经理一人，副总经理若干人，正、副总经理由董事会聘请”。第二十九条规定：“总经理直接对董事会负责，执行董事会的各项决定，组织领导公司的日常生产、技术和经营管理工作。副总经理协助总经理工作，当总经理缺席或不能工作时，代理行使总经理的职责”。2007年7月30日，中集华骏聘任周某担任该公司营销部经理，全面主持公司销售和采购供应工作。周某在职期间，其配偶和亲戚成立青海同海达公司（以下简称“青海公司”），周某未如实向公司报告该事项，在和青海公司交易之后，周某利用其职权，不及时回收资金，给中集华骏造成损失。周某在青海公司未向中集华骏支付货款的情况下，利用职权继续与青海公司签订合同和供货。

法院观点汇总：周某在担任公司营销部经理一职期间，中集华骏并没有设立副总经理，周某实际上行使的是公司高级管理人员的职权。周某任职期间，中集华骏与青海公司 2008年2月29日至2009年7月31日期间签订的承揽合同属于关联交易，共签订的38份《加工承揽合同》及其财务凭证可以充分证明，由于周某不正当的关联交易行为，已实际造成中集华骏直接经济损失4352320元。

判决结果：周某就其不正当关联交易行为向中集华骏公司赔偿4352320元。

综上，在高级管理人员发生不当正关联交易的相关案件中，审判机构大致会围绕四个主要争议点进行审理：

1.主体身份

涉案员工是否属于高级管理人员：根据《公司法》第二百一十六条第（一）项：“高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。”从诸多案例中可看出司法实践对于主体身份审查标准非常严格，即使是在案例2中，周某担任的岗位并非公司章程直接规定的高级管理人员，但是在该案中，公司一方出示了大量周某工作履职相关的材料，证明周某实际行使了副总经理的职权。对此，在日常合规中，如果公司实际管理架构和组织结构发生重大变化，部分核心岗位员工实际行使了重要的管理或决策职权的，公司应当及时修改公司章程以应对变化。

2.关联关系

涉案员工与涉案外部公司是否存在关联关系：根据《公司法》第二百一十六条第（四）项：“关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。”前述法律条文对关联关系的定义非常宽泛，在过往司法案例中，很多员工会由本人或通过直系亲属设立控制外部公司，但是，随着信息的公开公示，员工也开始使用更为隐蔽的方式进行关联交易，比如让朋友代持股等，使得公司举证更为艰难。我们建议公司可以在公司章程和规章制度中细化利益冲突相关的内部规定，做好定期披露申报的预警工作。

3.关联交易不当性

涉案员工关联交易是否程序不正当：在相关的司法案例中，往往是审查涉案交易是否符合公司的正常业务流程，员工是否将利益冲突的情况向公司如实披露。因此，公司日常经营中可以细化业务的审批流程，对交易的各个环节留存可追查的文件资料。

4.损失认定

涉案员工是否造成用人单位实际经济损失：根据《公司法》第二十一条的规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”并根据《公司法》第一百四十八条的规定，高级管理人员违反忠实义务所得的收入应当归公司所有。

但是，实践中用人单位很难获得外部公司实际获利的相关材料，双方往往会对经济损失的金额存在很大的争议。比如在案例 1 中，张某虚设交易中间环节的行为非常恶劣，但是对外交易价格定为七折的做法在其权限范围内，故三折的让利不必然能认定为中瑞公司的损失，即使三折差额超过 400 余万元，但是法院也只能参考张某及其下属收取回扣佣金数额，酌定张某在涉案交易中获益数额为 551000 元。

普通员工（非高级管理人员）关联交易的责任

案例 3：爱发科自动化科技（上海）有限公司诉曹某劳动合同纠纷一案二审民事判决书
审判机构和案号：上海市第一中级人民法院，（2016）沪 01 民终 13984 号

案情简述：曹某于 2007 年 1 月 30 日入职爱发科自动化科技（上海）有限公司（以下称“爱发科公司”），任营业部部长一职，在职期间设立 XX 公司，XX 公司股东为曹某及其妻子，法定代表人为曹某。曹某在爱发科公司不知情的情况下擅自促使爱发科公司与 XX 公司交易，调查面谈中曹某承认 XX 公司通过倒卖爱发科公司产品的销售利润在 10%-20%左右，XX 公司与爱发科公司之间的交易金额达 642 余万元。劳动仲裁裁决曹某赔偿爱发科经济损失 963840 元。

一审法院观点：我国公司法规定，董事、高管人员违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，禁止与本公司订立合同或者进行交易。而其他人员法律并未禁止与本公司订立合同或进行交易，法律亦未禁止其他人员设立与所任职公司同类业务的企业。

终审法院观点：劳动者违反劳动合同中约定的保密义务和竞业义务，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。爱发科公司应当就曹某恶意利用公司商业秘密并造成实际经济损失举证，但是案件相关证据可看出 XX 公司均是通过正常途径进货和销售爱发科公司的产品，且进货价格未见异常之处。

判决结果：曹某无需向爱发科公司赔偿

正如上诉案例 3 中一审法院和二审法院的观点，我国现行法律体系对于高级管理人员身份的员工和非高级管理人员身份的员工所要求的忠实义务相差很大。《劳动合同法》并不禁止劳动者与别的用人单位建立劳动关系，更未禁止劳动者自行设立公司。但是，这并不意味着非高级管理人员身份的员工可以任意妄为。

根据《劳动合同法》第九十条的规定：“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。”如果普通员工不正当利用用人单位的商业秘密进行关联交易，对用人单位造成损失的，该行为不仅可能违反该员工与用人单位的保密义务约定，也同时侵犯了用人单位的商业秘密，外

业管理架构和组织结构的重大调整及时变更公司章程，细化日常交易审批流程，分化各级主管审批权限；另外，可以不定期地对公司内部各级管理人员加强利益冲突规范的培训，完善并落实利益冲突披露申报的预警机制。

对于非高级管理人员身份的员工所涉的关联交易，审判机构往往会注重审查涉案信息是否属于商业秘密、员工是否接触并不当使用或泄露了商业秘密以及损失认定。因此，在日常合规中，我们建议用人单位细化规章制度中关于保密和利益冲突的相关规定，完善公司内部信息保密分级和保护制度。

同时，无论是对哪类人员的关联交易追责，均涉及对损失的举证，在大量案例中，损失的范围和计算方式都成为主要争议点之一，如上文案例 3 中对于企业造成的间接损失（期待利益）法院未予以保护。因此，我们建议，企业应根据各行业不同的盈利模式、不同企业的经营特点，在保密和利益冲突规章制度（企业规章制度的重要组成部分）中将违反保密义务和违反利冲规定行为可能导致的损失范围和计算方式予以列明，一方面能使员工了解违法后果、以儆效尤，另一方面也为后续追责提供了依据。当然，还需注意，损失承担的比例针对高管和普通员工也应有所区分，应当公平体现经营管理风险在企业与员工之间的合理平衡。

（本文首发于 2020 年 8 月 31 日）

企业反舞弊视角下的商业秘密保护策略

黄璞虑、是轶群

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

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

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

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

一、案情回顾

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

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

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

二、常见的泄密情形

1、内部员工泄密

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

2、外部商业间谍窃取

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

3、存储数据的媒介遗失或者被窃取

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

三、商业秘密的反舞弊保护前置策略

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

1、留痕原则在商业秘密保护中的应用

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

2、公司电脑使用的反舞弊管理

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

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

3、不同员工设置不同账号权限的反舞弊管理

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

4、电子版保密手册的反舞弊设定

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

5、独立支付保密费的反舞弊策略

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

6、员工培训的反舞弊要点

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

7、设置文件水印的反舞弊策略

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

四、商业秘密管理过程中的反舞弊保护策略

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

1、对客户的及时跟踪回访

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

2、员工自查表

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

3、建立客户资源库

将企业所有服务的客户收录进资源库，并定期进行更新，使客户更多地绑定在公司身上

而非员工个人身上。同时，也方便在某个客户终止合作时，及时地进行跟踪回访。

4、公司开放日

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

5、员工离职时的电脑审查

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

6、离职员工回访

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

五、结语

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

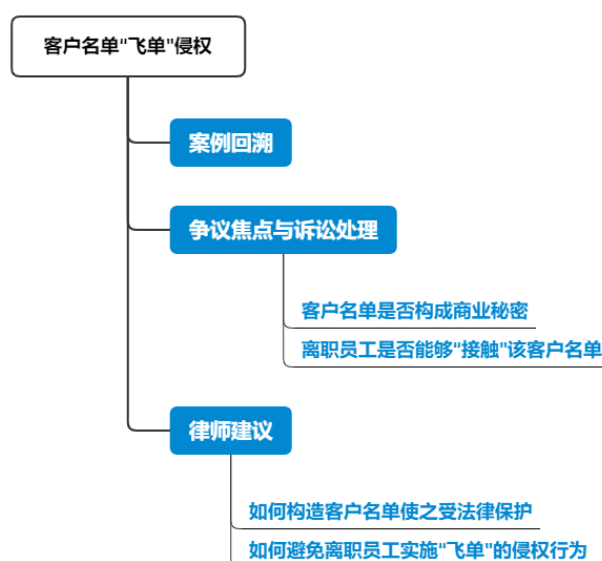
（本文首发于 2020 年 3 月 30 日）

客户名单如何成为法律保护的商业秘密？

黄璞虑、徐琰

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

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

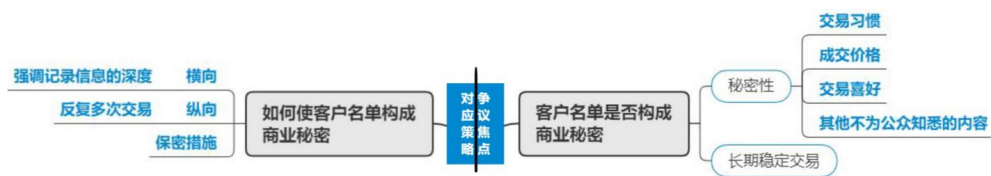


案情简述

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

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

1. 如何构建客户名单，使其构成商业秘密？



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

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

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

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

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

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

小结与律师建议

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

这为企业如何设计客户名单，使之成为受法律保护的商业秘密提供了重要线索：

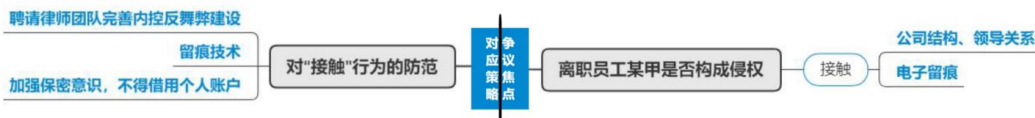
在非公开性的证明层面，企业应当对所有接触客户及所获信息进行系统录入，减轻事后举证负担。举例而言，一些销售可以通过记忆力详细记住所有客户的偏好，但记忆不是

法定的商业秘密有形载体，无法因此认定构成商业秘密。完成了有形载体的记录后，对于录入内容也应当注意**尽量完善和深入**，达到显然无法让公众知晓的程度，如交易价格、具体需求、交易习惯、联系人手机号码等，甚至还可以记录下公司通过调查问卷得出的用户画像、客户交易商谈时间的个性化定制等，增强该证据的证明力。

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

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

2.如何证明离职员工某甲有能力“接触”客户名单？



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

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

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

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

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

组秘书的聊天记录，以及通过技术手段追踪获得的③组秘书账号在公司外登录的ip地址，该登录地址正是某甲的个人电脑。

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

小结与律师建议

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

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

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

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

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

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

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

（本文首发于2020年5月18日）

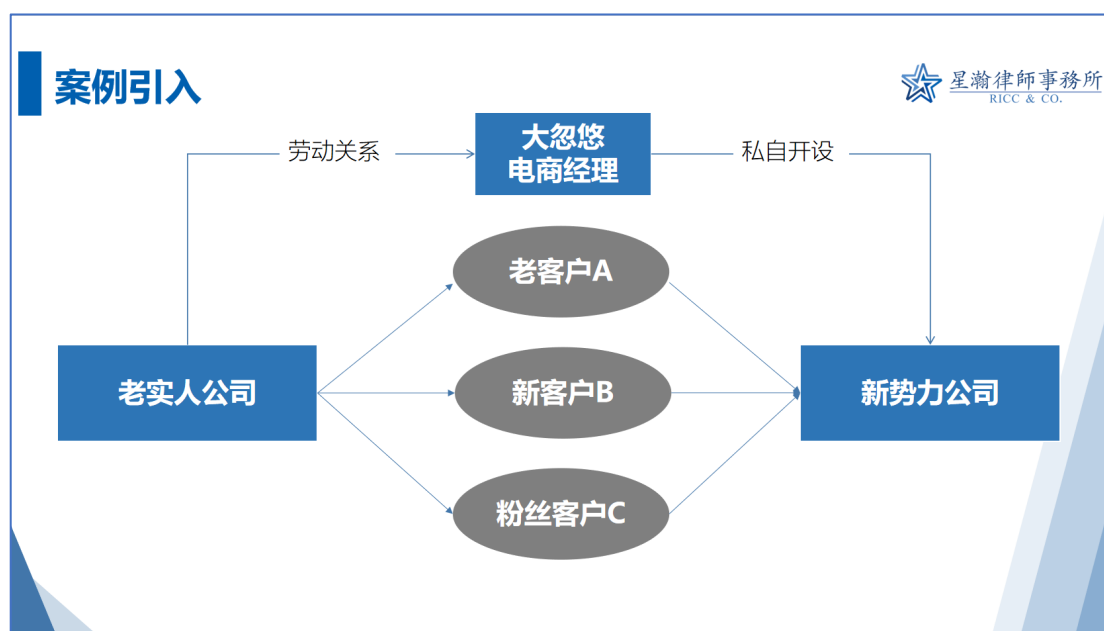
内控视角下的企业知识产权风险排摸

本文内容根据黄璞虑律师在 7 月 23 日星瀚与美亚联合举办的企业反舞弊之“法律+技术”研修班上的课程内容改编而成。

各位下午好，很高兴今天有机会和大家分享内控视角下的企业知识产权保护。我想从商业秘密、版权保护和商标保护三个方面，结合一些常见的案例和商业场景，和大家聊聊常见的知产风险和内控启示。

这些案例是结合实践中的各种情况，并加以删减、改编而设计成的教学案例，与现实中发生的案件没有一一对应的关系，请不要对号入座~

商业秘密的风险与内控启示



我们来看第一个案例。大忽悠是“老实人”公司的电商经理，提出离职后另起炉灶并设立“新势力”公司。

“老实人”公司的老客户 A 不知其离职，在服务期限届满时提出续约，但大忽悠以公司要将电商业务剥离为由，劝阻其续约，并向其推荐了“新势力”公司。过渡期内，客户 A 希望“老实人”公司能继续为其服务两个月防止电商业务中断。大忽悠趁机向公司内控部门提出报告“服务期限届满，客户因对服务不满意不愿续约，但希望我司额外为其提供两个月的服务”。有蹊跷吗？①客户不满意在何处？②为什么在长达多年的服务过程中从未表达过不满意？③既然不满意，为何还要我方额外提供服务？但“老实人”公司却未发现端倪，批了这份报告。

客户 B 是“老实人”公司的新客户，之前曾提出 2 个月的免费体验服务期，体验期届满即将正式签约，大忽悠却欺骗客户 B，谎称“新势力”与“老实人”是一套人马，两块牌子，

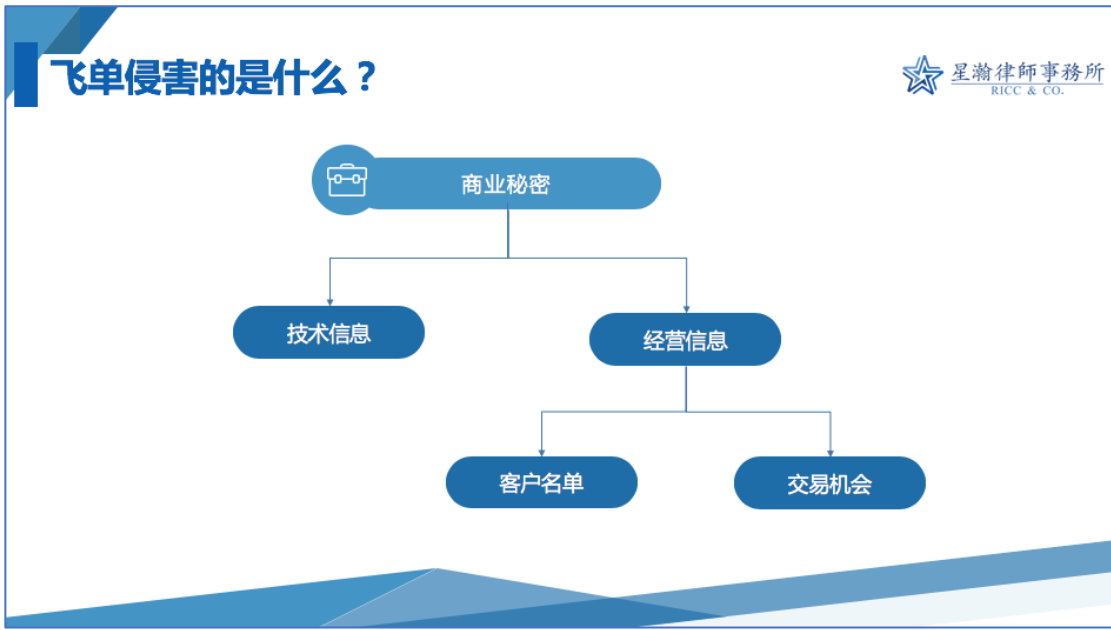
互相是关联公司，并称“老实人”集团出于合同管理需要，请B直接与“新势力”签约，B应允。

客户C是大忽悠的忠实粉丝，看重大忽悠的个人能力，得知其另起炉灶后，旋即转到“新势力”。

本案中，大忽悠对客户A和B的“飞单”行为显然侵犯了企业的商业秘密。《反不正当竞争法》中对“商业秘密”的定义是：不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。我们逐一分析：

对于老客户A，大忽悠侵犯了商业秘密中的经营信息里的“客户名单”，《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第十三条规定，“商业秘密中的客户名单，一般是指客户的名称、地址、联系方式以及交易的习惯、意向、内容等构成的区别于相关公知信息的特殊客户信息，包括汇集众多客户的客户名册，以及保持长期稳定交易关系的特定客户”。

对于新客户B，虽然不构成侵犯客户名单，但侵犯了另一类经营信息——“交易机会”，这也是“飞单”类案件中常见的情形。



对于主动跟随大忽悠转公司的粉丝型客户C，一般来说并不构成侵犯商业秘密的情形。但是，根据《反不正当竞争法》司法解释第十三条第二款规定“客户基于对职工个人的信赖而与职工所在单位进行市场交易，该职工离职后，能够证明客户自愿选择与自己或者其新单位进行市场交易的，应当认定没有采用不正当手段，但职工与原单位另有约定的除外。”因此，若“老实人”公司与大忽悠在合同中曾有约定，原先的客户不得与离职员工所在新单位缔结合同的，大忽悠依然构成侵犯商业秘密。

本案引发的内控启示：

- 1. 注重电子数据的存证

大忽悠电脑里原本留存和客户 A、B 之间的全部往来邮件，却在东窗事发前，将邮件悉数删除。对企业而言，在重点岗位人员提出离职后，不必着急把电脑格式化处理移交给新员工，而应第一时间控制电脑、留存硬盘，事先取证对事后维权相当重要。

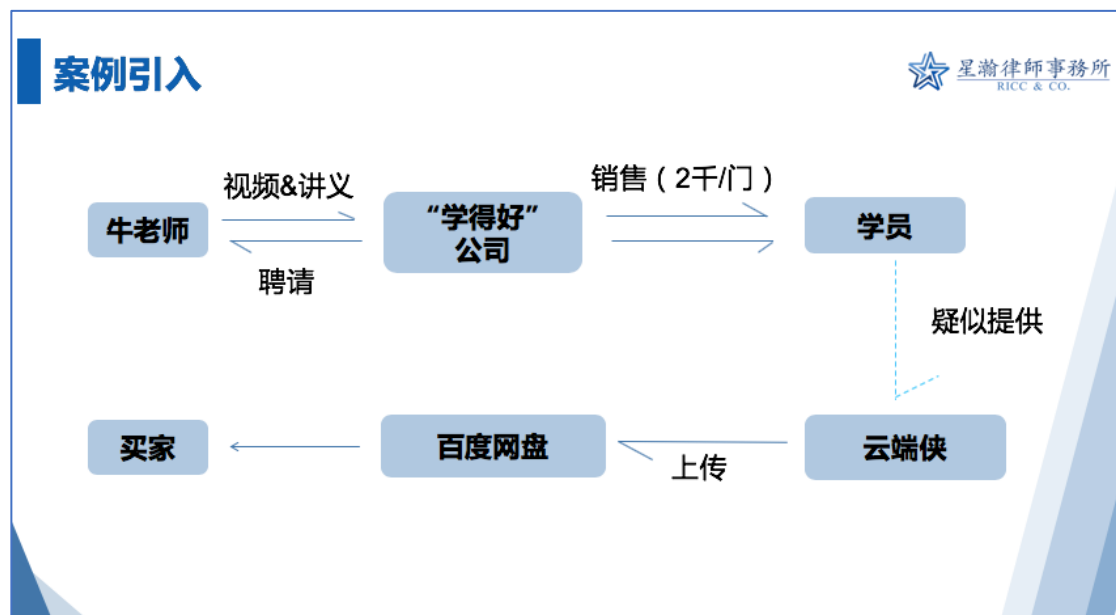
2. 注重针对商业秘密的保密措施

“权利人采取相应保密措施”是构成商业秘密的要素之一，对于重要的技术信息和经营信息，企业应通过 OA 系统、物理加密等方式，采取必要的保护措施。同时，企业可以在员工手册、员工培训中，强调商业秘密的范围、保护义务和违反责任。注意条款不能仅笼统规定，如“员工需保护企业的知识产权及商业秘密”。而要进一步细化，“商业秘密包括但不限于如下范围：1. 公司的客户名单，包括但不限于客户的联系人、联系方式、交易习惯、交易条件、价格等；2. 公司的交易机会及上下游资源对接机会；3. ……”

3. 将商业秘密的范围扩大

大忽悠“吸引走”客户 C 的行为，是否构成侵犯商业秘密？司法解释说基于人身信任自愿与新单位缔约的，原则上不构成侵害商业秘密，但“职工与原单位另有约定的除外”——关键在于大忽悠和“老实人”公司之间所签署的商业秘密协议如何约定的。建议公司对员工带走客户的行为（即便是基于人身信任关系）做出限制性约定，能更大程度上保护公司方的权益。

版权保护的风险与内控启示



第二个案例：“学得好”公司是一家教育培训公司，旗下牛老师（缔约且交社保），开发了一套优质视频和讲义。“学得好”以每门课 2000 元的价格销售给学员，为保护版权，通过技术处理使得讲义与购课学员的学号相关联。学生下载讲义时，所使用的帐号就是其学号，该帐号会作为暗码藏入讲义文件中。后发现，标有学号 001 和 002 的讲义在“云端侠”平台流传，售价仅 200 元。那么，001、002 号学员，是否参与侵权了呢？“学得好”公司又该如何维权呢？

本案引发的内控启示：

1. 用技术为版权护航

要将本案的事实链和证据链还原得完整、清晰，不仅需要公证嫌疑的两位学员解码的过程，还需要公证“学得好”公司植入暗码的过程，以确保前后暗码的一致性。但对于该公司而言，需要对每一次插入暗码的行为公证，其成本非常之高。因此，在内控层面上，我建议企业除了常规的防盗版技术手段外，也要适当采用一些在线实时保全的技术软件或平台，给版权安上“防护网”，以低成本预防高风险。

2. 确定职务作品的归属

本案还有一个适格权利主体的问题，被盗版侵权的究竟是“学得好”公司，还是牛老师？“学得好”公司刚开始理所当然的认为，牛老师是自己的员工，其作品必然属于职务作品，由公司享有著作权。但事实上，职务作品的认定并不如大家以为的那样想当然，根据《著作权法》第十六条，职务作品的著作权原则上由作者享有，只有“三图一软”（工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件）除外。那么，“学得好”公司在没有与牛老师事先约定的情况下，如何成为本案权利主体呢？为避免倒签合同的违规风险，“学得好”公司可与牛老师签订协议，“我牛老师自愿同意，从2013年入职‘学得好’公司开始，创作的一切口述作品的知识产权，归‘学得好’公司所有”——这视为事后对既往事实的确认。

3. 预先做好版权登记

除了诉讼外，“学得好”公司还可以向百度云盘等平台提出下架盗版产品的要求。

根据《信息网络传播保护条例》第十四条“对提供信息存储空间或者提供搜索、链接服务的网络服务提供者，权利人认为其服务所涉及的作品、表演、录音录像制品，侵犯自己的信息网络传播权或者被删除、改变了自己的权利管理电子信息的，可以向该网络服务提供者提交书面通知，要求网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品，或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。”其中，一般平台对于“书面通知”的要求是提交著作权证书等权利证明文件，否则平台无法明确请求人是否真的有权请求下架。鉴于此，为了证明自己是适格权利人，预先做好版权登记尤为重要。

商标保护的风险与内控启示



我们来看最后一个案例。首先，“好厉害”其实是不可以注册商标的。根据《商标法》第十条规定，带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的标志，不得作为商标使用，例如，“好厉害”、“The Best”等就无法真的被注册为商标。但本案假定系争商标的图样是“好厉害”，仅为说明商标申请和版权登记之间的关系，也为避讳可能涉及到的各种真实存在的商标，所以使用“好厉害”标识作为教学案例，以防止观者对号入座。

“好厉害”公司在进行商标注册时发现，竞争对手早已抢注。于是转而将“好厉害”三字进行个性化的设计后，登记为美术作品。由于版权登记不做实质性审查，其申请顺利通过。多年后，该竞争对手起诉“好厉害”公司商标侵权，这是一起非常典型的因缺乏知识产权常识、疏于商标内控而引起的“外忧内患”。

本案引发的内控启示：

1. 先注册再使用

在资金允许的情况下，建议“先申请后使用”，防止将使用情况暴露给竞争对手，被他人抢先注册后，易导致己方被动。

2. 化被动为主动

在发现竞争对手有在先抢注的情形时，可作为“在先使用人”要求商标局撤销该商标注册申请，或认定其无效；与此同时，也可与竞争对手展开积极的谈判。

3. 定期情况梳理

现实中，实际使用商标和注册商标并不完全匹配的情况，也很常见。尤其是注册后三年未使用的商标，可能会有被第三人申请撤销的风险。同时，商标仅有10年有效期，应当在期满前1年内及时续费。这意味着企业要将商标梳理和内控作为日常工作，定期进行监督管理。

内控是方方面面的内控，知识产权也是企业在外“行走江湖”的武器。无论是商业秘密、著作权还是商标权，许多情况下正是因为企业前期的疏忽和法律意识的不足，导致了事后不得不面临重大侵权风险。因此，只有重视知识产权的保护、采取常态化和更有针对性地保护方案，才能有效为企业商业之路保驾护航。最后，非常感谢各位今天的聆听。

（本文首发于 2020 年 8 月 6 日）

技术秘密的“防火墙”应如何筑造？

黄璞虑、徐琰

英国女王的财富、罗纳尔多的体重和可口可乐的秘方，并称为世界公认的三大秘密。据传闻，可口可乐公司有一间专门的地下室，用以放置手写的秘方。而该密室有且只有三把钥匙，需要同时插入才能打开这间密室。

传闻真假难以知晓，但不可否认的是，技术秘密作为公司内控管理的一大痛点，在内部研发、对外交易乃至经受投资人尽职调查等过程中，都存在极大的泄密风险。

那么，如何做才能像可口可乐公司一样，在代工厂遍布全球各地、年销售量两千多亿的情况下，依然将技术秘密牢牢抓在手中呢？接下来，本文将以药物化学研制公司为例，深入剖析在商业交往与企业发展中常见的技术秘密侵权纠纷与可能存在的泄密风险，并以此提出构建技术秘密防火墙的有效建议。

案例引入

“妙手”公司是一家医药行业小有名气的药物化学品研制公司，通过多年的苦心钻研，设计发明了许多药物合成方程式与配制方法，以此研发制造出一系列市面上“仅此一家”的药物材料，为其赢得了市场竞争优势。

然而，某日“妙手”公司发现，市场上竟然有另一家同类竞争的企业与其销售高度类似的药物材料，其纯度与“妙手”公司自行研发的药物材料并无二致。该材料的配比、生产均系“妙手”公司日夜研究后加以保护的技术秘密，未经了解，无法制造出此等纯度的化学材料。“妙手”公司高度怀疑，其技术秘密被对方窃取利用。然而，虽然可以通过诉讼维护权益，但毕竟事后追责困难重重，采取更好的事前防范措施才是最优选择。那么，对于“妙手”公司而言，如何才能建立起“亡羊补牢”的防火墙，实现事先防控的效果呢？

1. 与代工厂“脱密”沟通

“妙手”公司因重研发、轻生产，资金亦尚不足以建立专属于公司的加工生产工厂，因此其出产的药物材料均依赖于公司外部的代加工工厂生产。然而，一方面，由代工厂代为加工生产，则必然需要提示代工厂注意公司前期研究试验时发现的核心技术重点，从而制造出符合“妙手”公司纯度要求的药物材料；另一方面，当公司将所有需要的原料、原料数量及生产需要的流程、环境等告知代工厂时，无异于将其核心技术秘密直接泄露给合作的代工厂，难以保证代工厂不会自行加工生产相同产品，成为“妙手”公司的竞争对手进而抢占市场。

如何既能保证生产出的药物材料在市场上不可替代，又能避免生产中涉及的技术秘密被代工厂泄露呢？

首先，设计保密内容明确的保密协议是基础。由于初期规模较小，“妙手”公司主要找了熟悉可靠的代工厂代为加工，尚无明确完善的保密协议与保密体系约束代工厂。因此，该公司亟需拟写与代工厂之间的委托加工保密协议，并且须明确约定代工厂的保密义务，如保

密范围、需要遵守的人员、保密期限、哪些情形属于泄密行为、违约责任等，以供后续侵权诉讼中提供法律支持。

其次，注意与代工厂的合作模式，切忌惰于管理而完全外包，甚至让代工厂自主采购后生产。正确的方式是，由本公司直接提供原材料，或让原材料厂家直接发货，但需要隐藏主要原料名称，使代工厂无法全盘了解研制公司的整体生产技术。例如，对于化妆品行业来说，绝大多数化妆品企业往往只有研发产品配方的实验室，因而需要委托外部工厂加工；于此同时，产品配方又是化妆品行业的核心竞争力，一旦泄密，则存在丧失市场优势地位的风险。因此，化妆品行业存在一种做法，即在委托加工生产的过程中，由研发公司自主提供核心原料，并且通过代码标明各原料，而不直接写明原料的名称和成分，从而产生一定的配方加密效果。

第三，尽可能建立自主生产方式。考虑到上述加密效果有限，生产实践中的核心重点，如温度、压力、时间等，依然需要代工厂配合知悉。因此，在企业资金无法建立全线生产的情况下，尽可能自主参与涉及核心技巧的生产环节。

2. 技术部人员管控

技术部人员往往掌握着整个公司发展的秘密命脉，同时技术部人员也与代工厂不同，作为公司不可分割的一部分，如何管控技术人员是企业的必修课之一。

首先，适当避免多部门技术人员岗位流动。考虑到药物化工的科研一般涉及到多个阶段，且多个阶段均有其核心技术重点与秘密性，因此各阶段的负责部门往往仅对该部分技术秘密较为熟悉。所谓“独木不成林”，往往一个阶段的技术并不能直接影响生产的结果，但如果岗位流动过于频繁，则可能导致部分技术人员在交流后对核心技术有了全面了解，给企业带来威胁。因而通过对各阶段的技术人员流动加以管理，可以最大程度上避免技术人员通过岗位交流获悉生产过程的全部技术秘密，杜绝单个员工跳槽后即带走大量技术秘密的风险。

其次，对离职员工构建后续跟踪管理制度，且应当尽可能拉长跟踪战线，在其离职后的三到五年内持续关注员工就职的新公司或新设立公司的发展动态。在跟踪管理的防控措施下，离职员工如若泄露技术秘密，则能够快速反映于其就职新公司的生产动向中，从而帮助原公司快速响应，最大程度降低损害。

3. 秘密分级中的合理规划

在实践中，有的企业对于所有技术秘密，不加以考量全部掌握在整个公司最核心的权力层手中，这并不利于该技术秘密的使用与发展。员工在不了解本企业相关技术的情况下，难以利用该技术发展提升企业科研水平。作为对比，也有企业对技术秘密保护体系设计得过于宽松，使得所有研发人员都能得知企业全部的技术秘密，加大了泄密的风险，亦不利于企业技术秘密的保护。因此，平衡技术秘密的使用收益与泄密风险是企业发展中的一大考验。

故而，对于企业技术秘密应当进行合理的分级规划。比如，按照职级和掌握秘密的深度来分，一般整个项目的研发主管、部长往往能够掌握到该项目所有的最核心的技术点，此部

分信息应当作为一级秘密保护，仅能由研发主管或部长知悉；而在每一个研发部门中，还能根据阶段区分研发团队，此时可将各团队研发中的核心信息作为二级秘密，只能由研发团队组长知悉；在团队中的每位成员，应当对其研发过程中接触到的特定信息承担保密义务。由于此类秘密较为分散，对企业造成的威胁较小，为达到发展与保密的平衡，可以将其设计为三级秘密，由大部分必须接触技术秘密的特定人员知悉。

4. 采用技术秘密与专利复合保护的方法构建技术壁垒

技术秘密保护与专利保护是两种常见的企业研发成果保护方式。对于技术秘密而言，其优点在于不为外人所知悉，从而达到独占市场的商业目的；其缺点在于，一旦被他人以反向工程的方式破解，则可能缺乏法律的保护，且在某些情况下遭遇泄密，可能面临取证难的局面。而专利与之相反，通过专利申请和公示，只要市场上出现未经授权的企业利用该专利，就可以寻求法律途径维护公司利益。只是，通过专利换取保护，企业的独特优势很可能转瞬即逝，要成为技术市场中的“常青树”，仍然需要掌握企业自身的技术“必杀技”。因此，通过商业秘密和专利申请结合的方式，可以在法律和商业层面共同为企业发展提供有力支持。那么，哪些技术可以作为商业秘密保护，哪些成果又应当申请专利呢？

首先，企业在思考技术秘密保护与专利保护的选择时，可以以反向工程破解的难度、易泄密或易被知悉的程度、技术进步的快慢作为参考。如果某个研究成果根据现行的科研技术，能够轻易地被其他公司破解，或者其他公司无须花费太长时间就能自行研发获得，则直接申请专利加以保护；反之，企业的核心技术从成品上无法倒推得出，比如某种必须的材料在前期添加、后期又提纯删去的，则相关内容可以考虑作为技术秘密进行保护。但具体如何操作，针对不同的技术成果有不同的判断方式，需要在个案中区分技术秘密和专利保护对各类工艺的影响，从而作出选择。

同时，即使某项工艺或材料使用技术秘密加以保护，还可以就实现技术秘密所承载的工艺中涉及到的周边设备，如为本产品特别设计的往复泵、螺杆泵等，单独申请产品专利，如此进行复合型保护，构建技术壁垒。

此外，对于归入机密的技术秘密也需要动态检验，观察其是否还具备被认定为秘密的条件。如果某类机密内容，随着市场流行或技术发展，已经由原来的难以破解转变为易被破解，则可对其申请专利加以保护，通过不断更新技术秘密与专利布局，达到风险及时防控的效果。

技术秘密是技术研发型企业的立身之本、成事之基。如何保护技术秘密，事实上需要根据企业本身涉及的技术类型、知识产权情况进行个案定制，从内部技术人员管控、内部秘密分级规划到对外交往等各方面进行思考。

一般而言，以商业秘密为核心的企业往往会在前期聘请专业的内控律师团队及 IT 技术防控单位辅助管控，本所律师通过和技术防控与调查企业的长期合作，可以共同提供“法律+技术”的服务，为技术型企业构建起一道技术秘密保护防线。

（本文首发于 2020 年 8 月 24 日）

员工接私活产生的知识产权归谁

「本文根据黄璞虑律师在2020 企业内控与反舞弊第二届行业峰会分享内容整理而成」

员工“接私活”产生的一系列问题，日益成为企业的痛点，其中最核心的法律问题即为“接私活”产生的知识产权究竟归谁？归员工？归原公司？还是归派这项私活的委托方？其实，知识产权法针对不同的类型判断其权利归属的标准是不同的。本篇文章将针对该问题，结合两个案例，探讨专利领域和著作权领域“接私活”的具体情形及涉及的法律知识，厘清私活的知识产权归属问题，为企业的内控制度建设提供参考建议。

私活：发明创造

1.案情介绍



先以一个专利的案例为例，“停得好海外”公司是做刹车防抱死装置的公司，它有一款专利产品，授权给中国的子公司“停得好中国”作为经销商，在中国地区销售。由于刹车装置包含很多技术问题，所以“停得好中国”聘请了一个懂技术的“多面手”作为销售经理，还对他进行了一定的技术培训。“多面手”在服务客户的过程中收到客户的反馈，了解到刹车装置存在的很多问题。“停得好中国”的竞争对手“新刹车公司”向“多面手”经理发出私活要约，想让“多面手”帮忙做一款升级版的刹车防抱死系统，“多面手”应允做了一个升级款交给了“新刹车公司”，他和“新刹车公司”约定这个升级版刹车系统归“新刹车公司”所有。与此同时，“停得好中国”在国外的母公司“停得好海外”也在开发升级版的防抱死系统，开发出来之后让“停得好中国”去申请专利，专利代理人一检索发现这个技术已经有人申请专利了，专利权人是“新刹车公司”。“停得好中国”调查发现这是员工“多面手”接的一个私活，“停得好海外”命令“停得好中国”拿回该专利的所有权。

那么问题就来了，多面手接私活开发的升级版防抱死系统能被“停得好海外”夺回来吗？该智力成果到底归谁？

2.法律分析及解决方法

上图为专利法体系下，员工“接私活”产生的发明创造的逻辑推导图。可见，在“接私活”产生了发明创造之后，第一步应当判断员工与公司之间的关系，是否就该发明创造进行了约定，在未约定的情况下再进一步判断是否属于职务发明创造。

（1）判断是否为职务发明创造，进而归单位所有

首先，根据《专利法》第6条1款1句及2句前段规定：“执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位；”也就是说，职务发明包括两种，一种是完成单位的工作任务，一种虽然不是为了完成工作任务，但是主要利用了单位的物质技术条件。这两种情况下产生的发明创造都归属为公司。所以，在公司与员工之间对于“接私活”没有事先约定的情况下，若满足两个条件之一，也即该发明创造是员工为了执行本单位的工作任务或是主要利用了单位的物质技术条件，那么该发明创造成果即归属于公司。接下来具体分析这两个条件。

在本案中，停得好中国要把升级版防抱死系统夺回来，第一种方法就是论证这是为了执行本单位的工作任务。

《专利法实施细则》第12条第1款规定：“专利法第六条所称执行本单位的任务所完成的职务发明创造，是指：（一）在本职工作中作出的发明创造；（二）履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；（三）退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止后1年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。”实践中通常以员工的名片、劳动合同、包含指派工作内容的电子邮件、聊天记录以及为专项工作派发的资金等方式来证明员工是在执行单位的工作任务。

本案中“多面手”经理的名片上职位是销售经理，劳动合同上工作内容是销售及售后服务，并没有技术开发。此外，“停得好中国”也没有临时指派工作，因为“停得好中国”和“停得好海外”的授权协议中约定：“停得好海外授权停得好中国销售防抱死系统，但是不允许停得好中国进行相关技术开发和改造。”综上，升级版防抱死系统不可能是“多面手”的工作任务，以此认定该系统是“停得好海外”的专利是不可行的。

这里假设“停得好海外”从头来过或者之前料想到“多面手”很有可能接私活开发专利产品，那么如何通过指派工作任务的方式把专利纳入公司所有呢？首先是修改劳动合同，在岗位职责上增加一项“完成公司布置的其他工作任务，例如发明创造”；其次是智力成果月报和询问，公司可以定期向全体员工发送例行询问通知，询问员工有没有开发什么智力成果，如果有可以向公司汇报，公司可以考虑把智力成果纳入公司立项，并给与员工额外奖励。再次是修改营业执照的范围，将营业范围尽量扩大，因为如果公司的营业范围没有技术开发的话，是很难把员工开发的技术认定为是为本单位的工作任务而做的。

夺回防抱死系统所有权的第二个方法是主张该系统的开发主要利用本单位的物质技术条件。

《专利法实施细则》第 12 条第 2 款后段规定：“专利法第六条所称本单位的物质技术条件，是指本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等。”通常来说，单位提供的电脑等办公用品并不属于这里的物质技术条件，除非是用了单位电脑上那种需要付费的软件。每个月发放员工的奖金也不属于这里的物质技术条件，除非是为了某项发明的专项资金。

本案中“停得好中国”无法证明其提供了资金，公司的材料保管、库存清单又十分混乱，也无法证明利用了本单位的设备、原材料。它认为“多面手”利用了公司不公开的技术材料即“停得好海外”的防抱死专利系统，“多面手”是在这个专利的基础上研发的升级版。然而专利并不属于不公开的技术材料，专利本身就是公开的，所以利用单位的专利并不属于利用单位不公开的技术资料。“停得好中国”又主张对“多面手”在销售的展会上进行了培训。但其实展会是一种公开培训，所以也不满足不公开的条件。

因此，这里给企业带来的风险防控启示就是，材料的收发都应该有记录，员工培训也是，要保留员工签到表，写明培训主题，如果是电子培训员工的参与情况还可以进行电子留痕。因为企业在员工培训的过程中，很有可能会提供非公开的技术资料，所以将员工参加培训的相关证据保存，可以以此来证明员工接触并知晓了企业的非公开技术资料。若这些前期内控措施做好，后期就不会发生确实利用了单位的物质技术条件但赢不了诉讼的情形。

（2）合同约定归单位所有

除此之外，有些公司直接在劳动合同中约定“员工在任职期间完成的发明创造无论什么情形都归单位所有”。这个约定是否有效？法律对这种约定是否有什么限制？

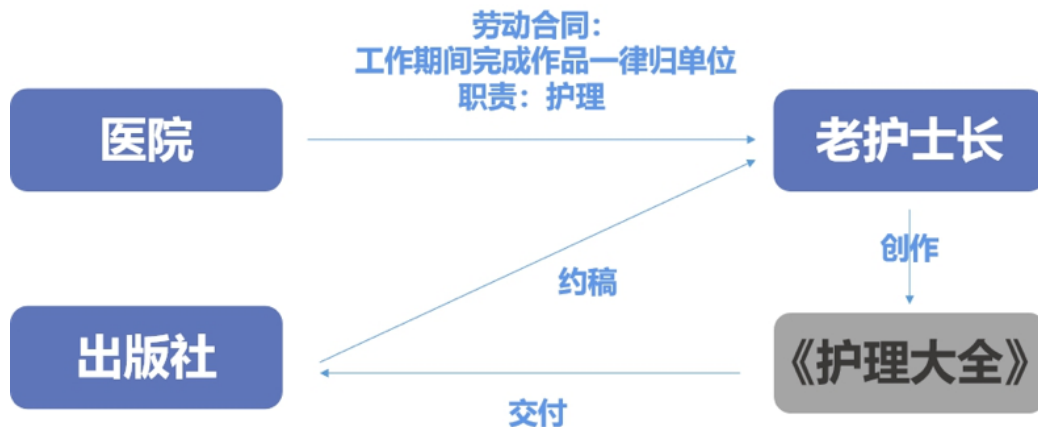
《专利法》第 6 条第 2 款规定：“利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。”有的学者认为，既然这款规定了利用本单位物质技术条件的有约定从约定，引申之意就是其他情形，主要是指没有利用本单位物质技术条件的，不能任意约定，避免单位过度剥削劳动者。这种解释正确吗？我认为是不正确的，具体如下述。

《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 2 条第 2 款规定：“法人或者其他组织与其职工就职工在职期间或者离职以后所完成的技术成果的权益有约定的，人民法院应当依约定确认。”如果按照该解释，只要有约定即可归单位所有，并不要求考虑是否以利用单位物质技术条件为前提。

最高院司法解释所明确的对发明创造成果均能自由约定的规则，笔者理解其具有相当的合理性。因为专利与其他知识产权不一样，单位对员工的培养和投入对其研发专利影响很大。这与著作权法上的作品不同，作品更倾向于作者个性化更强的智力贡献，而专利更倾向于单位的工作环境对其的培养，所以笔者更支持最高院的司法解释，对于专利如果约定归单位所有就应该归单位。

私活：文学作品

1.案情介绍



很多人会认为知识产权的规定都是一样的，因此上文阐述的“接私活”产生的专利领域的发明创造的权利归属模式，对其他知识产权同样适用。然而，著作权领域的“接私活”问题与专利存在很大的区别。

以一个著作权的案例为例，医院雇佣了一位老护士长从事护理工作，劳动合同中约定老护士长工作期间完成的作品一律归单位。老护士长经验丰富，被称为“移动的护理大全”。出版社找到老护士长，委托写一本《护理大全》的书，老护士长接了这个私活在工作间隙写完了《护理大全》交付给了出版社。出版社支付了稿费并约定版权归出版社所有。医院知悉后认为劳动合同中已经约定工作期间完成的作品一律归医院所有，所以《护理大全》的版权应该归医院。那么，医院与老护士长的约定是否有效呢？

2.法律分析

首先我们来看假设双方没有事前约定，该作品著作权归属如何。根据《著作权法》第16条第1款第1句规定，“公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品，除本条第二款的规定以外，著作权由作者享有，但法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用”。第2款规定，“有下列情形之一的职务作品，作者享有署名权，著作权的其他权利由法人或者其他组织享有，法人或者其他组织可以给予作者奖励：（一）主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件创作，并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品；（二）法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或者其他组织享有的职务作品。”

因此，只有符合上述第16条第2款规定的两种情形的特殊职务作品的著作权归属于单位。除此以外的均为一般职务作品，依法归属于作者。本案中老护士长写书并不是为了完成医院的工作任务，也就不构成职务作品，在此前提下，就无法依据第16条加以判断，而是应当按照委托作品的相关规定确定归属，依据受托方老护士长和委托方出版社之间的约定，确定该书的著作权归属出版社。

当双方事前有约定时，即本案中医院和老护士长在劳动合同中约定老护士长工作期间完成的作品一律归单位时，这种约定是无效的。因为《著作权法》第16条第2款第2项中

的双方可约定作品著作权归属于单位是建立在该作品是职务作品的前提上，即该作品必须是为了完成工作任务创作的。本案中老护士长创作《护理大全》并不是为了完成医院的工作任务，因此这种提前约定是无效的。

职务作品与发明创造的认定区别

从上述两案例可看出，专利法与著作权法在针对职务作品和职务发明创造的规定上具有很大的区别。

1.没有约定时智力成果归单位的条件不同

专利在没有约定的情况下要归单位要么是为完成本单位的工作任务，要么是主要利用物质技术条件，二者取其一即可。而著作权法上则要求既是技术类作品即“三图一软”、又是为了完成工作任务、又是利用物质技术条件，三者都要满足。《专利法》对单位的保护更强，而《著作权法》对于作者的保护更强。

不过著作权法上有一个例外，对于计算机软件来说，只要是在任职期间主要利用本单位的物质技术条件，即使不是为了完成工作任务也直接归单位所有，上面提到的三个条件满足其中两个即可。《计算机软件保护条例》第13条规定：“自然人在法人或者其他组织中任职期间所开发的软件有下列情形之一的，该软件著作权由该法人或者其他组织享有，该法人或者其他组织可以对开发软件的自然人进行奖励：（一）针对本职工作中明确指定的开发目标所开发的软件；（二）开发的软件是从事本职工作活动所预见的结果或者自然的结果；（三）主要使用了法人或者其他组织的资金、专用设备、未公开的专门信息等物质技术条件所开发并由法人或者其他组织承担责任的软件。”

2.有约定时约定有效的条件不同

对于发明创造，按照最高院技术合同司法解释，只要有约定就可以归单位所有，并不需要其他附加条件。而对于作品，按照《著作权法》第16条第2款第2项，双方另有约定要有效需要满足一个前提条件：该作品是职务作品，即是为了完成单位工作任务创作。也就是说，如果不是为了完成本单位的工作任务，即使约定全归单位所有也是不行的。

王迁老师在2015版《著作权法》中也提到：“《著作权法》第16条第2款还允许单位与作者通过合同将职务作品约定为特殊职务作品，从而使单位（法人或其他组织）享有除署名权之外的著作权。需要注意的是，该约定有效的前提是相关作品本身为职务作品。”为什么要做这种倾向于作者的保护，不允许大家自由约定呢？他认为，首先这样做是为了避免单位利用缔约优势过度侵犯作者的权利，因为员工在和单位签劳动合同时是没有力量与其抗衡的。其次，将著作权归属于单位是为了保护单位对作品的投资。如果不是为了完成工作任务，单位并没有付出投资，则智力成果就不应该归属单位。[1]

除此以外，笔者认为更重要的原因在于作品和专利存在本质区别，作品更依赖于作者本身的智力贡献，而专利更依赖于作者所处的工作环境和条件，所以著作权法上作者获得的保护比专利法上发明创造人要更强一些。

结语

总的来说,判断员工接私活产生的知识产权归谁,首先要看产生的知识产权是什么类型,《专利法》和《著作权法》对其归属的规定有很大不同,要区别对待,依据各自的规定做不同的判断,采取不同的风险防控措施。相较而言,《专利法》对于企业的保护是更强的。因此,就发明创造而言,企业可直接与员工约定“员工在任职期间完成的发明创造都归单位所有”,从而保障员工接私活产生的发明创造的专利权归属于单位。就作品而言,企业可以与员工约定“员工为完成本单位工作任务产生的作品著作权归单位所有”,只约定“员工在任职期间完成的作品著作权归单位所有”是无效的。在没有上述约定的情况下,可以依据法律规定来具体判断权利归属。

[1] 参见王迁:《著作权法》,中国人民大学出版社2015年版,225-227页。

(本文首发于2020年10月26日)

从博雅生物蹊跷交易遭质疑探讨企业如何识别关联交易

卫新、徐元昊

近期，博雅生物制药集团股份有限公司（“博雅生物”）因涉及违规关联交易而遭深交所两度发函问询。

2017 年至 2019 年，博雅生物向其控股股东管理的基金控制的公司——博雅生物制药（广东）有限公司（“博雅广东”）——采购血浆，并预付 8 亿元货款。但是博雅广东的资质存在问题：2017 年博雅广东因违反《药品管理法》，被广东省食药监收回《药品 GMP 证书》。

一时间，此次交易的原因和合理性受到社会热议，关联交易再次成为话题热词。

一、关联交易的两面性

关联交易，实践中通常指关联方之间转移资源、劳务或义务的行为，如公司员工在外设立新的企业和自己任职的公司进行交易。在大多数人的认知中，关联交易一词通常意味着负面评价：

1.可能与虚构业绩相关：如部分上市公司通过关联交易来提高利润水平；

2.可能与违法行为相关：如企业员工通过关联交易的方式损害公司利益；

3.可能构成经济类犯罪：如可能构成刑法上的职务侵占罪。

这种认知，本质上是对于非公开竞争市场下达成交易的规范性、合理性、真实性的合理怀疑。但在商业社会中，关联交易的存在也意味着其具有一定的合理性：

1.节约交易成本：基于对关联方的了解，企业可减少交易双方用于消除信息不对称而产生的花费，如商业谈判上的沟通成本；

2.稳定企业业务：如在企业初创阶段，订单可能主要来熟人介绍，这些熟人可能就是关联方，但交易本身对于企业的稳步成长具有举足轻重的作用；

3.降低经营风险：在交易双方较为熟悉、协商顺畅的情况下，双方可以通过积极协商的方式有效避免一些合同履行的违约风险；

因此，实践中无论是企业还是法院，通常不会选择一刀切式地处理关联交易。但是，关联交易的确是商业舞弊的常见场景，从企业内控合规、稳健生产经营的角度，我们建议企业甄别违规关联交易，对其进行针对性处理，完善内控机制。

二、违规关联交易的认定

1.主要法律后果

长期以来，关联交易行为人可能会承担不同类型的法律后果：

（1）刑事责任：如公司员工通过虚设交易环节进行关联交易，并且满足“利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有”，则有可能构成“职务侵占罪”，通常起刑点在人民币六万元左右，是典型的舞弊类犯罪。

(2) 行政责任：《证券交易所股票上市规则》《上市公司信息披露管理办法》均对于关联交易的披露有着严格的要求。若责任人违反上述规定，违规从事关联交易，可能面临着证监会或交易所的行政处罚。

(3) 民事责任：实践中，通常以《公司法》第二十一条追究责任人的损害赔偿责任，若无法构成公司法的赔偿情形，则要依据公司内部规章制度以及和员工的特别约定，来追求关联交易方的责任。

然而，法律并非能涵盖所有关联交易情形。实践中，存在员工进行关联交易造成公司利益损失，但其具体行为既不满足刑法中成立相关罪名的要件，又因身份非公司法规定的高级管理人员而难以通过民事诉讼追偿，给企业维权带来了不少困难。因此，必须通过完善的内控管理制度来降低风险。

2. 违规性的评价标准

在民事案件中，法院评价关联交易的“合规性”一般从三个角度出发：（1）程序上的合规性，通常是关联方披露并获得董事会/股东会的同意或批准；（2）实质上的公平性，通常会考虑交易的价格、支付方式等交易条件，同时会考虑行业的交易惯例；（3）损害，即案涉交易应当给公司造成经济损失。

三者之中，证明损害是获得赔偿的前提，交易公平是判断的核心标准，而程序合规是重要的抗辩事由。企业不能成功证明损害，是此类案件常见的败诉原因，但是由于关联交易的隐蔽性，企业在举证时确实存在较大难度。而交易的公平性亦是如此，对于商业社会而言，虽然秉承着“等价交易”的原则，但是绝对的公平难以在具体交易中都得到体现，这就给了法官较大的裁量空间。

同时，我们认为此种违规关联交易，在客观上导致了企业丧失交易选择权。不仅危害公司的经济利益，行为人还破坏了公司管理制度、违反了忠实义务，损害了公司的管理秩序和信赖利益。对于以上种种，企业有必要做出负面评价、打破关联交易的“隐蔽性”、追究责任人的责任。据此，企业有必要对关联交易进行准确识别。

三、关联交易的识别

企业识别关联交易，可以从以下二个角度展开：

1. 关联方

关联交易基于关联方关系而存在，关联方之间远近亲疏各有不同，其带来风险的可能性也会存在区别。目前对于关联交易存在多种规定，各个规定中的“关联方”范畴存在不同，而适用领域又存在交叉：

文件名称	效力层级	生效日期	适用领域
公司法	法律	2018/01/26	公司
企业国有资产法	法律	2009/05/01	国有资产
企业所得税法实施条例	行政法规	2019/04/23	企业所得税
保险公司关联交易管理办法	部委规章	2019/08/25	保险公司

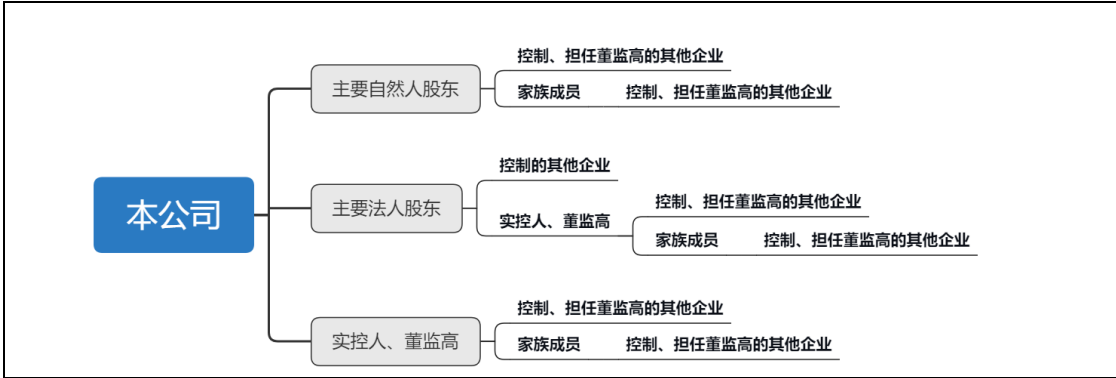
商业银行与内部人和股东关联交易管理办法	部委规章	2004/05/01	商业银行
上市公司信息披露管理办法	部委规章	2007/01/30	上市公司
企业会计准则第 36 号——关联方披露	规范性文件	2006/02/15	企业财会 上市公司财会 证券公司 非银行金融机构 融资租赁公司 信托公司
上海证券交易所股票上市规则	行业规定	2019/04/30	上市公司
深圳证券交易所股票上市规则	行业规定	2019/04/30	上市公司

规定虽不统一，但实践中，法官仍以《公司法》定义为基础，参考其他规定确定关联方。如在【(2017)皖 02 民终 810 号】一案中，法院以《公司法》第 216 条规定为判断基础，一方面参照适用《企业会计准则第 36 号——关联方披露》第三条对于“重大影响”的定义，另一方面以公司为非上市公司为由，拒绝适用《上市公司收购管理办法》对于“一致行动人”的定义。

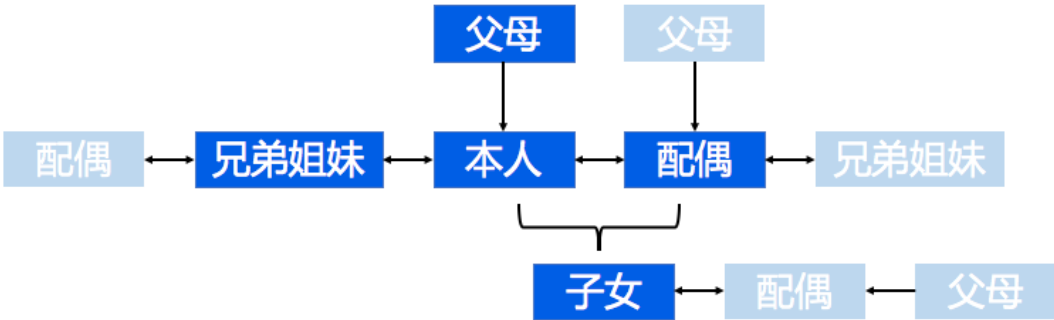
第 216 条第（四）项	关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其 <u>直接或者间接控制</u> 的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。
--------------	--

根据我们的办案经验，实践中常见的关联方如下表：

公司法	企业会计准则	上交所/深交所
1.本公司的 母公司 （或控股股东） 2.本公司的 母公司控制的其他子公司 3.本公司的 主要法人股东 （上市公司 5%；普通公司须达到重大影响程度） 4.本公司的 主要自然人股东 （上市公司 5%；普通公司须达到重大影响程度）及其控制、担任董监高的组织 5.本公司的 主要自然人股东的家庭成员 及其控制、担任董监高的组织 6.本公司的 董监高 及其控制、担任董监高的组织 7.本公司的 董监高的家庭成员 及其控制、担任董监高的组织 8.本公司的 母公司的董监高 及其控制、担任董监高的组织 9.以上通常还包括 施加重大影响的投资人或实际控制人 （上市公司除外） 10.以上通常不包含本公司的 子公司 （适用会计准则时除外） 11.以上通常不适用于 国有资产		



而通常认为关系较近的家庭成员包含以下成员：



值得注意的是，根据星瀚内控反舞弊团队的案例，实践中也大量存在基于同学、老乡及情人关系而形成的关联交易。虽然这些关系错综复杂、并不明确，但背后通常存在着一方对另一方的实际控制或实质性影响的关系。换言之，即使不是前述的明确关联方，但是只要达到实际控制或实质性影响的关系，则该种交易本质上仍是关联交易，仍应披露或识别。

当然，我们不建议公司无限扩大关联方的范围，成本与收益一直是商业决策必须考量的因素。公司应当结合业务和岗位的实际情况，有针对性地拟定重点岗位和人员的关联方披露范围，可以进行分级并辅以不同强度的内部控制措施。企业还可以建立信息披露承诺函、关联方决策回避等制度。

2.交易类型

实践中，关联交易通常存在众多形式，《企业会计准则第 36 号——关联方披露》第八条不完全列举了如下十一种常见的情形：

第八条	关联方交易的类型通常包括下列各项： (一) 购买或销售商品。 (二) 购买或销售商品以外的其他资产。 (三) 提供或接受劳务。 (四) 担保。 (五) 提供资金（贷款或股权投资）。 (六) 租赁。 (七) 代理。
-----	---

- | | |
|--|---|
| | <p>(八) 研究与开发项目的转移。</p> <p>(九) 许可协议。</p> <p>(十) 代表企业或由企业代表另一方进行债务结算。</p> <p>(十一) 关键管理人员薪酬。</p> |
|--|---|

实践中，买卖合同、租赁合同、劳务合同等交易类型是违规关联交易的高频类型，而且常常与公司内部控制权争议相伴，此时就需要通过《公司法》以及《合同法》两个维度来综合性处理这一争议，即一方面可以通过《公司法》请求部分关联方就关联交易给公司造成的损害加以赔偿，另一方面可以通过《合同法》请求撤销合同或宣告合同无效。

如在【(2019)粤 01 民终 11290 号】一案中，原被告为同一家公司的股东，各持有 50% 股份，原告认为公司与被告关联公司的交易损害了公司利益，以此为由起诉，要求法院跟据《公司法》第 21 条规定判令**被告赔偿因关联交易给公司造成的损失**。而在【(2019)浙 01 民终 9301 号】一案中，原告在其新股东的要求下，以关联交易**显失公平**为由，**请求法院撤销**由原董事长批准且存在明显关联关系的租赁合同，则适用了《合同法》的规定。

第 92 届奥斯卡金像奖的最佳影片《寄生虫》中，朴社长一家缺乏基本的关联交易的内部控制机制，以英语家教老师金老师介绍开始，引发一连串的关联交易，最终酿成了二个家庭的悲剧。而现实中的企业，因关联交易带来的生存危机比比皆是，我们建议，企业应建立健全一套可以有效识别关联关系、综合评价关联交易类型，并针对不同风险级别配以相应措施的内控制度。

（本文首发于 2020 年 7 月 13 日）

因不正当关联交易利益受损，企业如何通过诉讼挽回损失？

卫新、徐元昊

当公司处理不正当的关联交易时，往往会发现，处理直接责任人容易，处理关联交易遗留的合同却很难，企业如果拒绝履行，相对方很可能要求企业承担违约责任。此时，企业会希望能直接否认合同效力，但这在实践中困境颇多，那么，企业该如何挽回损失？在应用《公司法》第 21 条起诉赔偿时有哪些注意事项？本文将一一分析。

否认的合同效力的困境

员工通过不正当关联交易损害企业利益的行为可能构成犯罪，同时也可能触犯《公司法》规定。在司法实践中，法院通常认为合同效力问题需要依据《合同法》规定来判断。

尽管《民法总则》与《合同法》项下存在诸多影响合同效力的规定，但在实践中，我们会遇到种种阻碍。比如，如果企业主张员工与关联交易的相对方为“恶意串通”，会发现证明要求太高，须达到“排除合理怀疑”的证明标准[1]，企业也经常因证明不足而败诉。

而企业如果主张合同“违反法律、行政法规”，常用到《公司法》第 21 条：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”各地高院对于本条是否属于“效力性强制性规定”观点不一，对企业而言，合同效力的案件结果将存在高不确定性。

如果无法否定合同效力，企业还有什么救济方案来挽回损失？笔者认为，企业可选择依据《公司法》第 21 条提起诉讼，请求责任人赔偿损失。但本条的适用也有很多难点，企业需要在日常经营中注意内控合规，采取一定的管理措施，以便将来起诉时能够顺利举证等。

适用《公司法》第 21 条的注意事项

1. 确保被告适格

根据《公司法》第 21 条，适格的被告为公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员。其中《公司法》中的“高管”是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

此时，企业便会遇到第一个难点，涉案员工不具有上述身份怎么办？能否依据 21 条起诉？

虽然实践中涉及董监高不正当关联交易的案例较多，但是该规定显然不能囊括全部情形，比如企业在采购、招标等岗位上拥有一定决策权的中基层员工同样可能涉嫌类似案件，其造成的影响及损失并不比“高管”造成的小，企业能否将这些人也纳入“适格被告”的范畴？

这一问题的关键在于法院对“高管”概念如何界定：有的法院严格按照《公司法》规定，认为凡在法律列明之外的人员（如销售负责人等），均不属于“高管”，即不能成为案件被告，如(2018)云 01 民初 1542 号、(2020)豫 13 民终 760 号两案。而公司章程中通常不会将部门主管、销售主管列为公司高管，这就意味着对于此类案件，《公司法》第 21 条将不再适用。

但也有很多法院，包括最高院在内，在此问题上更关注员工的实际职权，将部分实际履行主管职责的员工（如采购负责人、分支机构负责人等）认定为“高管”。如在(2019)最高法民申 2728 号一案中，最高院认为被告作为公司营销部经理，全面主持公司销售和采购供应工作，实际上行使的是公司高级管理人员的职权。

笔者认为，在逐步推行类案检索制度的今天，最高院关注实际职权的观点将逐步成为此类案件的一般处理意见。因此在日常经营中，建议企业在名片、劳动合同或晋升制度中强化部分关键岗位（如采购、销售经理等）员工的“高管”身份、明确其职务，以减轻后续纠纷中的举证难度。

虽然不正当关联交易的合同效力难以否定，但如果能够在此类案件中起诉交易相对方、要求其承担连带责任，无疑可以在案件执行中为企业提供更多选择。此时，企业会遇到的第二个难点，能否起诉交易相对方？

部分法院认为可诉，并援引《侵权责任法》第 8 条“共同侵权”的规定，《公司法》第 21 条项下的纠纷与属于“因侵权行为提起的诉讼”。若原告能证明交易相对方及舞弊员工满足“共同实施侵权行为”且存在“意思联络”时，可以将交易相对方列为被告。

还有些法院则持反对意见：一方面，《公司法》第 21 条的规定区别于“一般侵权责任”，《侵权责任法》不应介入公司法领域。另一方面，《公司法》第 21 条对于责任主体有清晰的界定，不能任由原告扩大主体范围。

司法实践对此尚无定论。但即便不采纳“共同侵权”，仅以代理关系的角度来思考，能够得出同样的结论：依据《民法总则》第 164 条规定，代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任。

因此，笔者认为在此类案件中将交易相对方列为共同被告无疑具有可操作性，也有利于一并解决合同问题，并保障胜诉后的财产执行。因此，建议企业在日常交易审批过程中采取一定措施，如要求经办员工及交易相对方签署《关联关系信息披露承诺书》或类似承诺性文件，则可能在后续案件中降低一定的证明难度。

2. 固定交易损失

一旦案件进入实体审判，法院通常会关注三个问题：程序合规、实质公平及损害。其中，程序合规抗辩效力不高，而实质公平又难以证明。因此，交易造成的“损失”是整个案件的核心，也是证明的难点所在。实践中能够最直接、最明确证明损失的因素，则是交易的价格。

以不合理的价格高价买进、低价卖出，是证明损失的重要手段。如(2019)浙 0282 民初 1214 号一案中，房屋市价为 448 万，而出售价为 272 万元，法院参照适用《合同法解释(二)》第 19 条的规定，认为属于不合理低价。因此，法院通过对比市场价格与交易价格，以市价的 70%与售价的差值确认公司的损失（即 $448 \times 0.7 - 272$ ）。同理，在（2018）鄂民再 61 号一案中，即便公司实际从交易中“获利”，由于交易价格显著低于一般市场价格，法院仍然认定公司利益受到损害，并要求相关人员承担赔偿责任。

当价格仅在法律认为合理的范围内波动时，直接证明损害的难度便会提高，其他交易的因素便会影响裁判结果。此时，一方面企业可以通过其他不合理的交易条件，如付款周期、支付方式、权利限制等侧面证明损失的存在；另一方面，此时被告主张的程序合规抗辩将具

有一定的说服力，如(2015)东中法民二终字第 1913 号一案中，法院就认为“价格公允”、不存在损失。此时法院拥有较大的自由裁量权，裁判结果会具有一定的不确定性。

因此，证明损失的最佳手段是价格，而保存相应的报价材料以及调查交易时的市场价格则是举证的前提。有鉴于此，建议企业可以制定一个较为完善的问价/比价的流程并落实，这不仅可以从源头减少不正当关联交易，同样可以在后续诉讼中起到固定证据的作用。

正因通过《合同法》、《公司法》的路径下寻求救济困难重重，企业才更加需要重视内控制度建设，比如通过优化合同文本、制度架构等方式，拓宽救济渠道。我们将在后续文章予以详解，欢迎关注。

[1] 《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第 109 条规定，“当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。”最高院在一系列案件中均认为“恶意串通”证明标准需要满足“排除合理怀疑”要求。参考案例：(2019)最高法民申 741 号；(2019)最高法民再 121 号；(2019)最高法民申 2572 号；(2019)最高法民申 4982 号。

（本文首发于 2020 年 8 月 10 日）

“串通投标”行为的司法实务分析——基于中海地产上海公司总经理被查案

汪银平、冯笑、邵洋

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

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

一、本案法律分析

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

（一）该案可能被认定串通投标的法理分析

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

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

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

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

（二）该案中相关主体可能被追究的法律责任

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

1、行政责任层面

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

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

2、刑事责任层面

根据《刑法》第 223 条的规定：串通投标罪，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

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

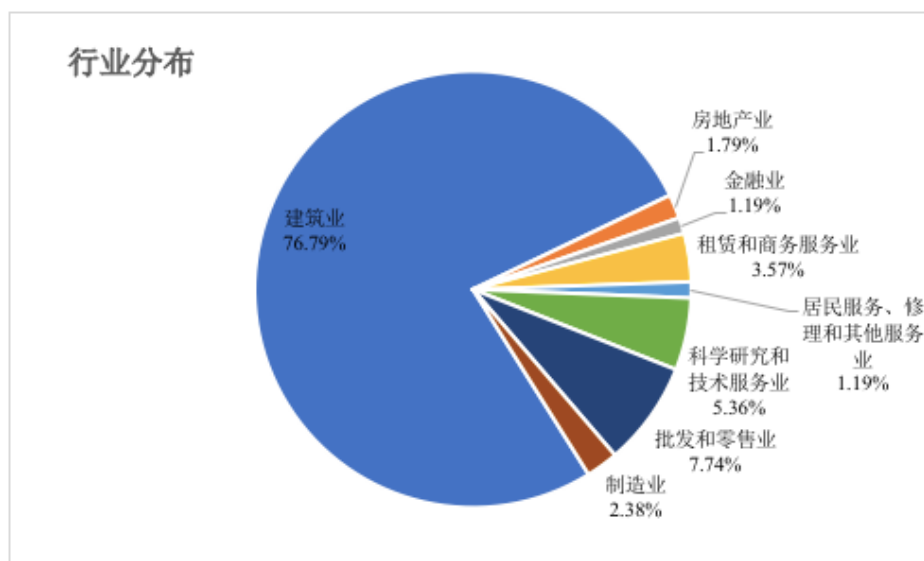
二、串通投标罪的实务裁判情况以及串通投标行为的常见表现形式

（一）2019 年串通投标罪大数据简析

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

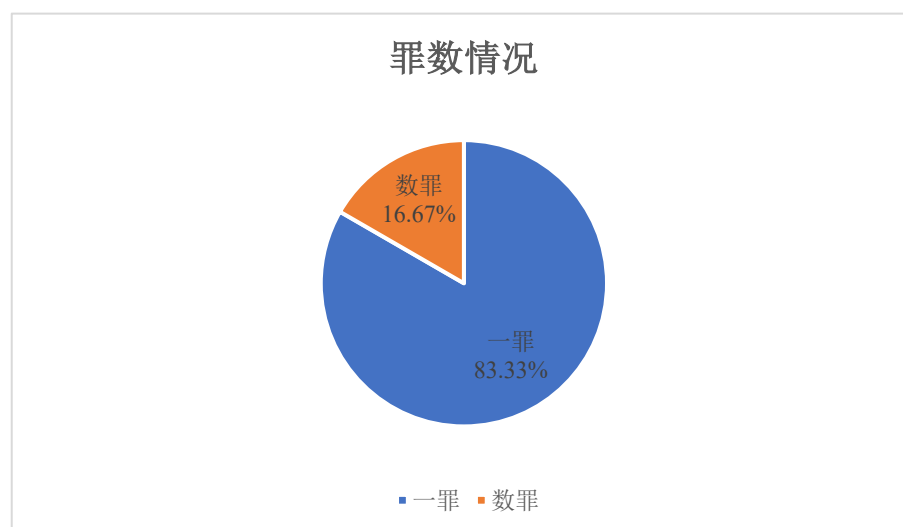
1、串通投标常发生的行业类型

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



2、串通投标行为中的罪数形态

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



（二）串通投标行为的常见表现形式

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

1、投标人与招标人之间的串通

（1）招标人泄露信息型

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

于招标人提前将相关信息告知投标人，损害投标过程本应有的公平竞争。

(2) 招标人区别对待型

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

(3) 招标人标外补偿型

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

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

2、投标人与投标人之间的串通

(1) 单一投标主体挂靠方式的围标

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

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

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

(2) 投标人之间的价格协议

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

(3) 投标人之间约定轮流中标

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

(4) 投标人之间约定陪标事宜

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

(5) 投标人之间约定补偿事宜

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

或者为项目分包等）。

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

3、有招标代理机构、评标委员会参与其中的串通投标行为

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

（1）相关主体与单个投标人串通

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

（2）相关主体为多个投标人的串通提供帮助

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

（3）相关主体与招标人、投标人串通

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

三、串通投标罪在实务中的认定规则

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

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

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

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

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

究其原因，主要有以下：

1、《刑法》与《招标投标法》属于不同的法律，且《招标投标法》制定及实施在后，

《刑法》条文中名词的释义并不是必须根据《招标投标法》理解；

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

3、本罪名为《刑法》第 223 条的规定，《刑法》第 231 条规定：单位犯本节第二百一十一条至第二百三十条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照本节各该条的规定处罚。如果本罪名不处罚直接责任人员的话，跟法律本身的立意也不符。

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

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

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

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

（三）串通投标罪的追诉标准如何认定

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

最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）第 76 条规定了串通投标罪的立案追诉标准：

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

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

相对而言，第 1 项中的“直接经济损失”如何理解有必要稍作探讨。首先，直接经济损失必须是指串通投标行为直接给招标人、其他投标人或者国家、集体、公民造成的损失，而

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

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

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

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

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

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

（本文首发于 2020 年 4 月 13 日）

企业在办理舞弊案件中如何正确使用《悔过书》？

冯笑

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

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

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

一、内容不规范的《悔过书》可能弊大于利、影响案件办理

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

【案例一：】

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

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

样本一

承诺书

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

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

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

以上款项按时支付后，就以上事宜与甲公司无任何争议和责任。

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

承诺人：王某某

日期: XXXX 年 X 月 X 日

见证人: 张某某

通过分析,我们可以发现上述文本存在下列问题:

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

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

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

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

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

6、该《承诺书》书写的见证人只有 1 位,而且缺乏同步录音录像的证据。

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

【案例二:】

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

样本二

悔过书

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

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

悔过人: 雷某某

日期: XXXX 年 X 月 X 日

见证人：张某某、李某某

我们通过分析，可以发现上述文书中存在以下问题：

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

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

二、《悔过书》的规范应用攻略

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

第一、《悔过书》在全案中的地位、作用如何？

第二、《悔过书》的标准格式、规范流程是什么？

（一）悔过书只是职务犯罪中的证据类型之一

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

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

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

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

（二）如何程序规范地获取实体内容规范的悔过书

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

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

2、涉案人员出具《悔过书》应选择合理的时间、地点，并做好全程同步录音录像；

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

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

以上文中案例一中的文本为例，规范的文本框架可以如下供参考：

样本一的修正版：

悔罪书

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

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

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

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

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

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

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

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

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

（本文首发于2020年10月12日）

员工从相对方处收取好处费的舞弊行为如何定性？

冯笑

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

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

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

【典型案例】

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

案例一：张某非国家工作人员受贿案

案情简介：

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

案情认定：

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

张某最终被判决构成非国家工作人员受贿罪，有期徒刑一年。

案例二：王某职务侵占案

案情简介：

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

案情认定：

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

【法理分析】

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

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

一、两罪名的相同点

1、行为人均系利用了职务便利

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

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

2、定罪量刑标准相同

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

即，这两个罪名的定罪量刑标准完全一致：

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

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

二、两罪名的不同点

1、行为人所在单位的角色、后续的追赃、退赔程序完全不同

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

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

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

2、行为人所侵犯的客体不同

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

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

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

3、行为人的主观方面不同

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

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

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

三、定性区分的关键

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

在案例一中，乙公司为什么会给予好处费？是因为张某为乙公司被选中为合作伙伴提供了帮助，乙公司是基于感谢的目的，自身向张某支付了 20 万元的感谢费。这 20 万元在乙

公司支付之前，是完全属于乙公司的，乙公司可以决定给或者不给、给多少金额，跟张某所在的公司没有任何关系；

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

【律师建议】

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

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

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

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

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

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

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

（本文首发于 2020 年 11 月 8 日）

从审判视角看职务侵占罪的认定要点

王洁敏

在舞弊犯罪案件中，职务侵占是最为常见的舞弊行为之一，也是反舞弊从业者们最为关注的案件类型。而在实务中，有人会疑惑看上去相类似的案情，为何有的定了职务侵占罪，有的却定了其他罪名，例如挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪、诈骗罪等；侵占金额相差不多的案件，量刑有的判得重，有的会判得轻。这些问题，仅从判决书难以找到答案。

本文将总结此类案件定性、量刑的关注要点，并对两则判例进行定性分析，以供相关企业及从业者参考。

定性要点：行为人的行为是否符合职务侵占罪的构成要件

判断行为人的行为是否符合职务侵占罪的构成要件，主要从行为人的主体身份、侵占的财产属性、行为人的主观故意、行为人的行为是否利用了职务上的便利等几方面来查明案件的事实。具体阐述如下：

（一）犯罪主体认定要点

职务侵占的主体系特殊主体，即公司、企业或者其他单位的人员才能构成，对于本罪主体的认定，主要采用实质认定法，即：事实上是否存在劳动雇佣关系。因此，其主体不限于单位的正式员工，单位中的合同工、临时工、具有事实劳动关系的人员（例如长时期在单位工作并取得劳动报酬的带薪实习生）等，若利用职务便利侵占本单位财物的行为同样可以构成职务侵占罪。同时，非本单位的人员与公司、企业或者其他单位的人员勾结，利用公司、企业或者其他单位人员的便利，共同将该单位财物非法占为己有，数额较大的，亦可以职务侵占罪共犯论处。

此外，还需要确认被害单位的性质，在现实生活中，“其他单位”的种类繁多，有一些特殊主体形式是需要注意的：例如：个人独资企业、个体工商户、个人合伙等主体的人员，一般是无法成为职务侵占罪的行为主体的。

（二）犯罪对象认定要点

行为侵犯的对象必须是行为人所在单位的合法财物。行为人所在单位依法负有保管、运输等义务以及享有使用、占有等权利的非本单位的财物，应以本单位财物论。这一要点也是很多案件中区分此罪与彼罪的关键。

因此，在实践中的一些案件，单位员工从供应商等第三方主体收受“回扣”类钱款的行为，并非全部被认定非国家工作人员受贿罪，有的是被认定职务侵占的，理由在于该钱款表面上是第三方主体给与的，但实质上是因为员工的职务侵占行为导致从本单位流出的财产。

（三）行为方式认定要点

行为人利用职务上的便利，一般是指行为人利用在本单位所具有的一定职务，并因这种职务所产生的方便条件，即主管、管理、经手本单位财物的便利。对于不是利用职务上的便

利，而是利用工作环境、条件上的便利，侵占本单位财物的行为，不能认定构成职务侵占罪。侵占财物实质上指财物非法占为己有，在实践中一般表现为侵吞、窃取、骗取等手段。

因此，在审判实践中，很多案件的最终定性因个案的情况均不相同，会产生职务侵占罪与他罪的混淆，较常见的有职务侵占罪与诈骗罪、职务侵占罪与盗窃罪、职务侵占罪与侵占罪等。区分这些罪名的关键，就在于研究透彻上述提到的几点：主体、侵犯对象、行为方式等。

量刑要点：行为人是否有从重或从轻的情节

根据最新的《刑法修正案（十一）》草案，职务侵占的量刑分为3个档次，分别为“数额较大”、“数额巨大”、“数额特别巨大”，尽管各档的数额还有待明确，但犯罪金额确实是职务侵占罪量刑考量的一个基准值。

那么是不是职务侵占的案件只要确定好犯罪金额后就能直接量刑呢？显然不是。从以往的案例，我们发现往往会有金额相同，但被判处刑期不尽相同的情况。这是因为，法官在裁判时还需要考虑行为人是否有依法减轻、从轻的情节（如自首、立功、到案后如实供述、退赔、取得被害单位的谅解等）；是否有从重的情节（如累犯等）；行为人的行为对被害单位所造成的不计入犯罪金额的间接损失等酌情考量情节；以及多名行为人之间作用大小、是否构成主从犯等情节。这里特别强调，职务侵占罪的立法本义是为了保护公司、企业或者其他单位的合法财产，若行为人在宣判前能对被害单位退赔并取得谅解的，在不跳档的情况下，量刑的从轻幅度还是很大的。

判例研习

每个职务侵占案件，都有其特殊性，没有一模一样的案件，不可能逐一分析，但整体框架还是相同的。笔者选取了两个典型案例，既能够分析职务侵占罪的认定要点，也能够借此分析法院判案的思路，在此稍作详细阐述。

典型案例一

案情简要：谭某在A公司某营业厅担任营业员，负责代表A公司代收业务合作方电信公司的客户电信费用。谭某在工作中发现电信公司的电脑收费系统存在漏洞，遂先查出曾因欠费而产生滞纳金、后补缴所有费用的客户号码，然后在系统上进行“返销账”操作，以上述客户错缴为由向系统申请退费，系统便将客户补缴的费用及滞纳金以账面数字（非真实钱款）形式退至操作人的系统账号；因补缴费用被退回，上述客户在系统里的状态便重新变回欠费状态，但此时系统仅显示上述客户欠缴费用，不再显示欠缴滞纳金，上述客户曾经缴纳的滞纳金就留在操作人的系统账户内。当新客户以现金形式缴纳费用时，谭某便把账户内的滞纳金当作新客户缴纳的费用缴入系统，从而截留新客户缴纳的现金费用占为己有。通过上述操作方式，谭某将代为收取的现金15万余元截留，占为己有。

某区检察院认为，谭某的行为构成了盗窃罪，向某区人民法院提起公诉。

谭某辩护人认为，谭某的行为系侵占而非盗窃，且谭某事后在家属的帮助下及时全额归还了侵占款项，取得了 A 公司的谅解，故谭某即不构成盗窃罪也不构成侵占罪，应当宣告无罪。

某区人民法院经开庭审理，查明并核实相关事实及证据后认为，谭某身为 A 公司工作人员，利用职务上的便利，截留本公司财物，数额较大，其行为已构成职务侵占罪。鉴于谭某归案后如实供述自己的罪行，并能在家属的协助下退还全部赃款，得到了被害单位谅解，依法予以从轻处罚。据此，依法对谭某以职务侵占罪，判处刑罚。

本案的争议焦点：单位员工利用收费系统漏洞，制造代收业务费用结算金额减少的假象，截留本单位受托收取的业务合作方现金费用的行为，应当如何定性？

根据前文所述定性要点，我们逐一分析：

首先，谭某和 A 公司之间不存在委托保管关系，不构成侵占罪。本案中，谭某系 A 公司某营业厅的营业员，两者之间存在劳动合同关系，而谭某截留的电信费用是其依据工作职责收取的款项，不属于法律上规定的委托代为保管的他人财物，显然也不属于他人的遗忘物或者埋藏物，故辩护人提出的谭某行为系侵占行为的意见，不能成立。

其次，谭某所侵占的费用并不处于电信公司占有之下，其行为亦不构成盗窃罪。本案中，A 公司与电信公司通过签订外包协议，约定 A 公司代理电信公司收取客户缴纳的电信费用。谭某作为 A 公司的营业员，负责代收电信公司的客户电信费用并将其上交至电信公司的银行账户中。通过谭某上述的作案手法可以看出，谭某在委托操作截留费用现金时，客户缴纳的电信费用现金并未被转交给电信公司，仍属于 A 公司管理、控制的财产。故公诉机关指控谭某构成盗窃罪的意见，亦不能成立。

综上，谭某在 A 公司任职期间，利用其工作便利，私自截留属于 A 公司管理、控制的电信费用并非法占为己有，数额较大，符合职务侵占罪的构成要件，应当对谭某的行为认定为职务侵占罪。

典型案例二

案情简要：刘某系 B 公司金加工车间代理主任，2007 年 7 月 B 公司与刘某的用工合同到期，因当时公司暂停生产，故未与刘某续签用工合同，B 公司打算在恢复生产后与刘某续签合同。刘某所工作的金加工车间大门及车间内的仓库大门均锁有两把挂锁，只有两把挂锁同时打开，才能开启大门。刘某和车工组组长分别保管每扇门上的其中一把挂锁的钥匙。刘某合同到期后，B 公司未收回刘某保管的两把钥匙。同年 9 月，刘某趁公司停产车间无人之际，将车工组组长所保管钥匙的挂锁撬开，再用自己保管的钥匙打开另外两把挂锁后进入仓库，先后五次窃得仓库内财物，并租用车辆将赃物运离仓库。

某区人民检察院以盗窃罪对刘某提起公诉。

刘某辩称其行为不是盗窃，而是职务侵占。

某区人民法院经开庭审理，查明并核实相关事实及证据后认为，刘某利用其担任车间主任，保管车间仓库财物的职务便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大，其行为构成职

务侵占罪。刘某到案后能如实供述犯罪事实，依法可从轻处罚。据此，依法对刘某以职务侵占罪判处刑罚。

本案争议焦点：1、犯罪行为发生在合同到期之后，是否影响认定刘某符合职务侵占罪的主体要件。2、刘某对所侵占的财物并无独立管理权，其单独利用共同管理权窃取本单位财物的行为能否认定为利用职务便利。

首先，犯罪行为虽然发生在刘某用工合同到期日之后，但当时刘某仍在实际行使管理职责，对车间仓库内财物具有管理职权，符合职务侵占罪的主体特征。刑法注重的是实质合理性，评判一个人是否为单位工作人员，实质性的依据是其是否在单位中具有一定工作职责或者承担一定业务活动，至于是否与用工单位签订用工合同，以及是否在用工合同期内只是属于审查判断其主体身份的形式考察内容。界定职务侵占罪主体应当关注的是实施侵占行为的行为人的“职务”或“职责”，行为人实际担负一定的“职务”或“职责”，并利用其职责便利非法侵占本单位财物的，就属于职务侵占行为。本案中，刘某的用工合同虽已到期，但B公司打算在恢复生产之后继续与刘某续签合同，同时也未将仓库挂锁要是收回，故刘某对仓库财物保管的职责并未因此中断，刘某实际仍在继续履行公司赋予的保管仓库财物的职责，双方事实劳动关系依然存在。故刘某仍然符合职务侵占罪主体的要求。

其次，刘某对所侵占财物虽无独立管理权，但其单独利用共同管理权窃取本单位财物的应当认定为利用职务便利。成立职务侵占罪客观方面要求必须利用职务上的便利，即利用自己主管、管理、经手单位财物的便利条件，将单位财物非法占为己有。实践中，主管、管理、经手单位财物的通常不是一人，出于相互制约、相互监督的需要，单位财物的支配权、处置权以及管理权往往由两人或两人以上共同行使。这种情况下，行为对单位财物的管理权限仍及于职责范围的全部，其管理权能以及因该管理权所产生的便利亦不因有其他共同管理人而受到影响，其单独利用其管理职务便利窃取本单位财物的行为不影响“利用职务上的便利”的认定。本案中，车间仓库的管理权虽由刘某和车工组组长共同行使，但刘某对车间仓库财物的管理范围及于仓库财物的全部，并不因车工组组长作为共同管理人而使管理职责降低。

本案特殊性在于，刘某采取了撬锁进入的方式，从表象上来看与一般盗窃行为无异。对于这种混合采用多种手段实施的侵财犯罪，应当根据其主行为的本质特征定罪。本案中貌似撬锁行为是起了主要作用，但从整个行为过程来看，正是刘某利用了其车间代理主任的身份及职责，才可以在车间停产期间不受门卫限制，多次驾车进出厂区并接近作案目标实施犯罪，这与盗窃罪中的行为人熟悉作案环境及在工作中容易接近单位财物的方便条件是有区别的。由此可以得出刘某具有的职务便利才是其顺利实现犯罪得逞的本质特征，这一点决定了其与那些普通撬锁盗窃行为具有本质区别。职务侵占的侵占行为方式多种多样，可以是采取盗窃方法取得，也可以使用诈骗手段或其他方式获取，凡是能够实现将单位财物非法占为己有的方法，只要是利用了职务之便，都是职务侵占罪的行为方式。

综上，刘某利用职务便利，侵占公司财物的行为，构成职务侵占罪。

以上这两个判例能够反映出职务侵占罪认定常常存在的一些疑难点，但当前社会中，行为方式日渐多样，在不同行业发生的行为也常常有其行业的特殊性，笔者无法通过本文将其

一一详述。笔者及所在的团队，以后还会就不同行业中职务侵占罪认定的特殊性、特殊形式下职务侵占罪认定难点等展开分析，但万变不离其宗，所有的案件认定，最终都会回归到本文提到的相关要点里。

（本文首发于 2020 年 7 月 29 日）

员工对外虚构信息以非法获利，如何区分是职务侵占罪还是诈骗罪？

冯笑

在所有的职务犯罪中，职务侵占罪是最典型、案发数量最多、行为模式最具多样化的罪名，因此实践中经常会遇到职务侵占罪定性上的争议问题。如以下这类情况：员工在单位不知情或者不完全知情的情况下，与外部客户对接时，通过虚报价格、服务内容、产品内容、业务内容等方式取得客户的信任，对客户支付的钱款进行部分或者全部截留。从表面上看，这类行为方式中既含有员工利用职务便利的行为，对外又存在一定的虚构事实、隐瞒真相的诈骗行为，实务中往往会存在应认定为职务侵占罪还是诈骗罪的争议。

本文选取了两则存在诸多相似之处、但分别被认定为职务侵占罪和诈骗罪的典型案例，以案情为依据进行法理分析，希望对这一类行为的罪名认定有所帮助。

【典型案例】

案例一：王某等人职务侵占案（某地中院二审案例，案例中当事人及公司名称都使用化名）

案情简介：

王某、张某、赵某等人入职甲房地产公司，分别担任销售策划、销售经理、销售员等职位。2015年，甲公司就某一楼盘正式对外发售，王某等人利用职务便利，上下串通，在跟购房者的对接中，以业主转让、降低税款、抵扣工程款等理由提高销售价格虚报给客户。在客户认可购房款后，王某等人要求客户分两批款项支付房款，一笔按照公司规定销售价格汇入公司银行账户，另一笔汇入王某等人提供的私人银行账户或以现金方式收款，收取的款项由各行为人自行分配。

案情认定：

该案中，公诉机关以王某等人涉嫌职务侵占罪提起公诉。审理过程中，王某等人及其辩护人提出一个辩护观点：购房者才是本案的受害者，本案的差额款项要退还也是退给购房者，因此不构成职务侵占罪。

经过一审、二审程序，法院认为王某等人符合职务犯罪主体资格，购房者购买房屋的行为相对方是甲房地产公司，因此出售楼房所获得的收益应由甲公司处理，王某等人侵占的为本单位财物。同时，根据一般生活法则，购买房产、汽车等高价商品时（除了在抢购阶段），通常是销售者报出比底价较高的价格，购买者还价，最终在高于或等于底价的价格成交，由于信息的不对称，成交价格一般是高于底价的，而且也会存在购买者之间的价格不一样的情形，购买者也明

知这种情况。故购买者高于底价的差价或比其他购买者高的差价不会认定为销售者欺诈。

最终法院判决结果为王某等人构成职务侵占罪。

案例二：杨某诈骗案（最高院指导案例-第 1218 号）

案情简介：

2013 年至 2015 年，杨某在担任甲统建公司东方雅园项目售楼部销售经理期间，明知公司并未决定对外销售某商铺，利用工作便利，对到项目部咨询的部分客户虚构了商铺即将对外销售的事实，谎称可以帮助购买商铺，要求客户将订购款项汇入其个人银行账户。为取得客户的信任，杨某还利用其保管的购房合同、房屋销售专用章、副总经理印章与客户签订房屋买卖合同。

案情认定：

该案中，公诉机关以杨某涉嫌诈骗罪提起公诉。审理过程中，杨某及其辩护人提出辩护观点：其侵占的是单位财产，应当以职务侵占罪追究其刑事责任。

经过法院审理，法院认为杨某在甲公司并未决定出售商铺也未授权其出售商铺的情况下，向欲购买商铺的不知情的客户虚构商铺即将出售的事实，与客户签订认购协议，客户因杨某的欺骗行为产生错误认识，“自愿”将认购款支付搭配杨某的个人账户，认购款被杨某占有、使用并非客户的真实意思，符合诈骗罪的客观表现。

最终法院判决结果为杨某等人构成诈骗罪。

从表面上看，上述两则案例存在诸多的相似之处：行为人均具有销售经理身份，行为人均就职于房地产公司，就销售房屋一事均存在虚构信息行为，行为人对购房款进行了侵占。但是这两个案件，在最终的定性上完全不同。实际上通过对这两则案件进行比对分析，我们很容易就可以发现定性不同的原因。

【法理分析】

上述两案例分别被认定为职务侵占罪、诈骗罪，原因在于前者具有利用职务便利的基础，确系通过职务之便以非法获利；而后者对于其虚构的事实没有任何职务便利，系单纯的诈骗行为。

一、利用职务便利，将本单位财物非法占为己有是职务侵占罪的本质特征

职务侵占罪，是指公司、企业和其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。通常认为，利用职务便利指的是利用主管、管理、经手、保管本单位财物的权利。

在上述案例一中，各行为人作为房产公司的销售策划、销售经理、销售员，在房产公司正式出售楼盘后、楼盘的销售过程中，必然是有相应职务之便的。在

他们与客户的对接中，很容易就可以取得客户的信任，客户基于信任，会按照他们的报价和要求将购房款汇入指定账户。

因此，本案中，房地产公司确实存在着楼盘销售的基础事实，行为人只是在这个基础上虚报了价格，实质上是根据其职务便利达到了非法获利的目的，行为人的行为符合职务侵占罪的本质特征。

二、使用诈骗方法骗取他人财物，是诈骗罪的本质特征

诈骗罪，是指以非法占有为目的，使用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。其本质在于行为人通过实施诈骗行为使被害人产生错误认识，并基于错误认识处分财产，行为人进而得以获利。

在上述案例二中，行为人虽然也是公司的销售经理，但该案中，公司还没有销售该商铺的计划和授权，所谓的“商铺出售”只是行为人自行虚构出来的，在公司内部并没有相应的业务，行为人丧失拥有该职务之便的客观基础，行为人不可能就一项不存在的业务拥有职务便利。

因此，本案中，行为人实际上是利用其工作身份容易获取他人信任这一基础，再虚构商铺出售的事实，使用诈骗方法骗取了他人财物，其行为符合诈骗罪的本质特征。

结合上述案例的解析，就单位员工虚构信息以非法获利的行为，需要就行为人虚构的信息内容本身作为突破口，分析该虚构的信息是否在本单位有一定基础，行为人是否有职务便利，行为人能够达到非法获利的根本依据是职务便利还是诈骗行为，进而判断该行为符合哪一个罪名的构成要件。

1、虽然行为人实施了虚构信息的行为，但如果他是建立在单位内部的一定事实基础之上、也确实拥有相关权限（例如案例一中，公司确实存在销售房地产业务，行为人只是在此基础上虚构了价格），则行为人对外是借助了职务便利，对其中的细节进行抬高或者夸大，客户最终愿意支付钱款也一定是基于对其职务身份的信任，行为人能够获利，归根到底是利用了职务之便。

2、如果行为人虚构的信息完全虚假，在单位内部也不存在任何基础事实（例如案例二中，公司根本就没有销售商铺的计划和授权，行为人虚构了销售商铺的事实），则行为人实际上也缺乏利用职务之便的基础，其利用的是工作身份带来的工作条件便利，再虚构一个根本不存在的事实从而使被害人产生错误认识。在这种情况下，行为人获利的基础实际上是一般诈骗行为，公司本身并没有经济损失，客户在付出对价的情况下必定无法得到预期的目标，客户是受到经济损失的一方。

此外，对于这类犯罪行为，就客户钱款的支付去向、差价的归属权是否影响罪名定性，在实践中也经常会成为公诉机关和辩护人的争议焦点。

三、客户钱款的支付去向，不必然决定罪名的定性

在《刑法》第 271 条关于“职务侵占罪”的罪状描述中，使用了“本单位财物”一词。因此，在实务中经常会遇到一种观点：如果客户钱款支付到单位账户，被单位员工占有的，为职务侵占罪；如果客户钱款支付到单位账户之外的账户，单位相当于从来没有实际收到该钱款，不属于“本单位财物”，行为人不构成职务侵占罪。

实际上，仅以钱款支付去向作为认定是否构成“本单位财物”、是否构成职务侵占罪的唯一标准是比较片面的。而且，举个很简单的例子，如果两个行为人实施一模一样的虚报价格的行为，其中一个客户将钱款支付到了单位账户，另一个客户将钱款支付到了单位账户以外的其他账户，对行为人的罪名认定不一致的话容易出现“同案不同判”的情况，进一步假设如果涉案金额是 60 万元，根据现行《刑法》规定，认定职务侵占罪对应的刑期为 5 年以下有期徒刑，如果认定诈骗罪对应的刑期为 10 年以上，也很容易出现罪刑不均衡的现象。

在上述案例一中，行为人虽然是通过私人账户或者现金方式收取了款项，但其是通过利用职务便利的行为达到了非法获利的目的，最终以职务侵占罪论处。

因此，判断某一个行为构成何种罪名，必须根据该行为性质结合罪名的构成要件进行分析，而钱款支付去向可能仅仅是构成要件中的某一项因素，不必然决定罪名的定性。

四、单位员工对外虚报价格的行为类型中，差价部分的损失不当然视为客户的经济损失

在实务中，有观点认为，在行为人对外、对内分别虚构报价的情况下，公司认可行为人对内告知的价格，因此公司没有经济损失，而客户在应当支付公司一定钱款的基础上有额外支出，客户受到了经济损失。

实际上，上述观点仅仅考虑了行为人对客户虚报价格这一因素，而忽视了行为人同时也对单位虚报了价格。按照上述观点，只要行为人虚报价格的，客户都是受损一方，只能构成诈骗罪，这显然与司法实践不符。从法理上讲，哪一主体受到经济损失，不应看这笔钱款的支付主体，而应当考量这笔钱款的应当归属主体为谁，进而界定实际的财产受损主体。

在上述案例一中，客户欲发生交易关系的相对主体是房地产公司，而非行为人个人；客户所支付的钱款也是按照约定支付给公司的，只是被行为人非法占有。行为人作为单位员工，自身是肩负着为单位获取物质财富、实现公司经济效益的期望的，因此客户对此支付的钱款应当属于本单位财物。

在一般的商业活动中，即使在价格上有所抬高，客户也不是不予考虑就直接接受的，而是要对于合同条件、合同价款充分考量之后才会予以认可，一旦客户认可，那么就意味着其认可自身跟行为人所在公司合作中，该部分钱款作为交付

至行为人所在公司的对价，在此基础上交付钱款应当归属于行为人所在公司，如果被行为人所侵占，受到经济损失的实际上是行为人所在的公司。

最后，笔者需要强调的是，对这类行为，无论单位员工虚构什么信息、客户支付钱款的去向是哪里、差价是如何产生，准确性的落脚点始终在于确定该行为人从根源上是凭借职务便利、还是诈骗行为得以获取非法利益，财产受损的主体到底是谁，进一步分析该行为是哪一罪名的构成要件。

（本文首发于 2020 年 9 月 14 日）

职务侵占罪中特殊犯罪主体的探析

冯笑

根据《刑法》第 271 条的规定，职务侵占罪的犯罪主体必须为公司、企业或者其他单位的人员。但鉴于“公司”、“企业”的组织形式较多，“其他单位”的范围则更为宽泛，因此我们在工作中也经常收到类似咨询：职务侵占罪中的“其他单位”包含哪些？一人公司的内部人员是否属于职务侵占罪的犯罪主体？个人独资企业和个体工商户的内部人员能否构成职务侵占罪？个人合伙与合伙企业中是否可能存在职务侵占罪？……关于此类问题，司法机关的官方答复或者指导案例也比较零散，并未有成体系的归纳总结。

在此，我们拟以职务侵占罪的法律条文为基础，结合司法机关的相关批复、指导案例、实践判例，对本罪名中的有特殊性质的公司、企业、单位能否作为犯罪主体的问题进行探析。

一、一人有限责任公司内部人员

一人公司（即一人有限责任公司）是比较特殊的公司类型，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。

（一）一人公司的员工

《公司法》虽然对一人公司的运行、架构作出了不同于一般公司的规定，但是这并不影响一人公司具备公司的组织架构、单位性质，因此一人公司也是单位，公司内部的一般工作人员如果利用职务便利将公司财物占为己有的，与发生在其它公司中的职务侵占行为在性质上没有任何区别，应以职务侵占罪认定。

（二）一人公司的自然人股东

由于一人公司为一个股东出资，公司经营过程中的一切行为后果、经营得失均由该股东一人承担，公司财产与个人财产往往发生混同，因此对于公司股东将公司财产占为己有是否应认定为职务侵占罪是存在争议的：

1、一人公司的股东不应成为职务侵占罪主体

理论界有一种观点是：对该股东将公司财产据为己有的，不宜认定为职务侵占罪。因为从实质上看，股东的行为没有侵害他人财产，没有给他人（包含其他单位）造成财产损失。

在实践判例中也有类似观点，例如在季某职务侵占案-（2014）锦刑二终字第 00025 号中，一审、二审法院均认为：季某某系该公司（公司性质为一人公司）唯一投资人，享有公司权益和承担公司责任。作为该公司的唯一投资人，季某某对公司财产依法享有所有权，其对公司财产的支配实质是支配自己的财产，未侵犯其他股东的合法权益，故其不符合职务侵占犯罪主体特征。且季某某支配自己作为唯一投资人公司财产的行为，不具有刑法意义的社会危害性，亦不符合职务侵占罪侵犯客体要求。

在李某职务侵占案-（2013）罗刑初字第 224 号中，该案经过一审、二审、发回重审，最终法院认为：在威达公司实为一人公司的状态下，李某也未侵犯其他股东的财产权利。故李某的行为不构成职务侵占罪。

2、一人公司的股东可以成为职务侵占罪主体

但实务中也存在与上述观点相反的意见，认为一人公司虽然是特殊的有限公司，但是公司一经成立即拥有自身的财产，与个人财产应当是独立的，因此股东占有公司财产可以认定为职务侵占罪。例如在黄某职务侵占案-（2014）抚刑二终字第 60 号中，二审法院认为：一人有限责任公司的财产仍应和多数股东设立的有限责任公司一样，公司拥有自己独立支配的财产，公司的一切财产都属于公司本身而不属于股东。公司的财产由股东出资的财产和公司经营过程中积累的财产组成，公司一经成立，公司的财产即与股东个人的财产脱离，并不是公司是一人投资，公司的一切财产就是一人私有的财产……虽然该机器设备（注：涉案财物）以后有可能成为黄某的私人财物，但在其处理的时候却仍然是公司的财物，私自将公司的部分机器设备进行出售，非法侵占了公司的财产，其行为符合职务侵占罪的客观要件，构成职务侵占罪。

在王某挪用资金、职务侵占案-（2014）安中刑一终字第 140 号中，二审法院认为：王某虽是相州食品公司唯一股东，但公司财产应独立于个人财产。在相州食品公司转让资产后，所得款项还未支付完职工相关保险费用的情况下，王某却将其中资金用于自己购买相州食品公司股权、炒股、偿还他人借款、取现消费等，侵犯了公司财产，致使公司无法为职工缴纳养老保险、医疗保险等，其行为构成职务侵占。

综上，根据实践判例情况来看，一人公司的自然人股东如果占有公司财产的，也存在被认定职务侵占罪的刑事风险。

二、个人独资企业内部人员

依据《中华人民共和国个人独资企业法》，个人独资企业是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

（一）个人独资企业的员工

2011 年 2 月 15 日，最高人民法院在《最高人民法院研究室关于个人独资企业员工能否成为职务侵占罪主体问题的复函》中即明确：刑法第二百七十一条（职务侵占罪）第一款规定中的“单位”，包括“个人独资企业”。主要理由是：刑法第三十条规定的单位犯罪的“单位”与刑法第二百七十一条职务侵占罪的单位概念不尽一致，前者是指作为犯罪主体应当追究刑事责任的“单位”，后者是指财产被侵害需要刑法保护的“单位”，责任追究针对的是该“单位”中的个人。有关司法解释之所以规定，不具有法人资格的独资企业不能成为单位犯罪的主体，主要是考虑此类企业因无独立财产、个人与企业行为的界限难以区分；不具备独立承担刑事责任的能力。刑法第二百七十一条第一款立法的目的在于保护单位财产，惩处单位内工作人员利用职务便利，侵占单位财产的行为，因此该款规定的“单位”应当也包括独资企业。

因此根据这一规定，个人独资企业内部的员工，利用职务上的便利，将本企业财物非法占为己有的，侵犯了个人独资企业这一“单位”的财产，属于刑法上的职务侵占行为。在实践中就这一观点而作出裁判文书的判例也不胜枚举。

（二）个人独资企业的投资人

根据法律对个人独资企业的规定，投资人需要以其个人财产对企业债务承担无限责任，个人独资企业的财产往往为投资人个人所有，企业财产和投资人个人财产是混同的，**因此投资人理论上不存在非法占有企业财物的情形，不符合职务侵占罪的主体要件。**

这一问题和上述论及的一人公司的股东是否可以构成职务侵占罪的问题有一定相似度，但并不完全等同。因为一人公司的性质属于有限责任公司，公司应当具备自己独立的财产，因此该自然人股东存在构成职务侵占罪的刑事风险。

三、个体工商户内部人员

依据国务院颁布的《个体工商户条例》：有经营能力的公民，依照本条例规定经工商行政管理部门登记，从事工商业经营的，为个体工商户。个体工商户可以个人经营，也可以家庭经营。与个人独资企业不同，个体工商户不属于企业，因此对个体工商户内部人员的认定，不能直接参照个人独资企业内部人员的认定。

在刑法意义上，个体工商户不具备单位的组织性的特点，所以**个体工商户内部工作人员均不能成为职务侵占罪的犯罪主体**。当然，个体工商户内部工作人员如果将个体工商户的财产占为己有的，并非不会被追究刑事责任，根据其具体的行为方式可能构成普通的财产犯罪。例如：如果个体工商户的员工将代为保管的户主财产占为己有、数额较大的，依据《刑法》第 270 第 1 款的规定，可能构成侵占罪；如果个体工商户的员工采用秘密窃取的手段，将户主的财产占为己有、数额较大的，依据《刑法》第 264 条的规定，可能构成盗窃罪；如果个体工商户的员工采用虚构事实、隐瞒真相的手段骗取财物、数额较大的，依据《刑法》第 266 条的规定，可能构成诈骗罪。

在最高院第 318 号指导案例-张建忠侵占案中，法院认为：涉案的个体工商户虽然规模较大，管理方式类似于企业，但法律意义上仍为个人，因此该个体工商户聘用的专职司机，不属于职务侵占罪的主体，其利用职务之便侵吞财物不构成职务侵占罪。但因为其对货物负有代为保管的义务，非法占有代为保管的他人财物而逃匿，拒不退还或拒不交出，侵犯了个体工商户的财产所有权，符合侵占罪的构成。

在赵某涉嫌诈骗罪-（2013）甬鄞刑初字第 1097 号一案中，法院认为：个体工商户不具备企业或单位的组织性特点，是实质的个人，在刑法意义上，其法律地位仅相当于自然人，不属于《刑法》第二百七十一条中规定的“其他单位”，所以，个体工商户所雇佣的工作人员，亦不能成为职务侵占罪的主体。涉案人员赵某以非法目的实施欺诈行为，使其所在的个体工商户产生错误认识并处分财产，应当以诈骗罪定罪处罚。

四、合伙企业内部人员

根据《中华人民共和国合伙企业法》，合伙企业是指自然人、法人和其他组织依照本法在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。无论普通合伙企业，还是有限合伙企业，只要提交的登记申请材料齐全、符合法定形式，企业登记机关都会颁发营业执照。因此，**合伙企业属于一种经营实体，具备法律意义上单位的特征，合伙企业聘用的人员，可以成为职务侵占罪犯罪主体。**

在王某涉嫌职务侵占案-（2017）沪 0104 刑初 537 号中，王某在上海某房地产经纪事务所（普通合伙企业）工作，主要负责本市二手房推荐、买卖交易流程服务等中介工作。后因利用上述职务便利，以直接向客户收取现金或者要求客户将钱款转入至个人账户等方式，应由该房地产事务所收取的中介款予以侵吞，最终被法院判决构成职务侵占罪。

五、个人合伙内部人员

个人合伙，是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共同劳动的民事主体。

个人合伙与合伙企业不相同，**个人合伙只是一种民事主体，不具备企业组织形式和企业资格，不属于刑法意义上的“单位”，其内部人员不能成为职务侵占罪的主体。**

在李某涉嫌挪用资金、职务侵占案-（2015）苏中刑二终字第 00125 号中，二审法院认为：原审判决认定上诉人李金海在本案中挪用资金的行为侵害的是个人合伙财产，不属于法律规定的“本单位”，故其不构成挪用资金罪是正确的。本案中涉案罪名虽然不是职务侵占罪，但是能够表明个人合伙不属于职务犯罪中的“单位”范围。

六、业主委员会工作人员

实践中，也经常发生业主委员会的工作人员非法占有业主委员会财产的情况，对此，天津市公安局经侦总队于 2012 年向公安部经济犯罪侦查局进行过《关于业主委员会工作人员能否构成职务侵占犯罪主体的请示》的请示，公安部回复“**业委会工作人员可以构成职务侵占罪主体**”。

在王某挪用资金案-（2018）粤 03 刑终 2326 号中，法院认为：小区业主委员会向市场监督管理部门登记注册并取得组织机构代码证，符合同类职务犯罪司法解释所规定的“其他单位”的特征，属于作为被害单位的“其他单位”范畴的，业主委员会工作人员可以成为挪用资金罪的犯罪主体。业主委员会在银行开立基本存款账户，账户内资金属于全体业主共有，业主委员会具有属于自己的财产，业主委员会名下的银行账户内资金应视为“本单位资金”。本案中认定罪名虽然不是职务侵占罪，但是不影响“业委会工作人员可以构成职务侵占罪主体”观点的适用。

七、宗教活动场所工作人员

在实践中，还会存在宗教活动场所的工作人员占有该场所财产的情况。根据《公安部经济犯罪侦查局关于宗教活动场所工作人员能否构成职务侵占或挪用资金犯罪主体的批复》，**宗教活动场所的管理人员利用职务之便，侵占宗教活动场所公共财产的，可以构成职务侵占罪。**

在九华山风景区人民法院于 2014 年判决的一起案例中-冯某职务侵占-（2014）九刑初字第 00007 号，冯某为“九华山小天台”寺庙工作人员，收到游客向寺庙的捐款后，未上交财务，亦未向寺庙报告，将捐款占为己有，最终被判决构成职务侵占罪。

笔者无法在本文中将所有特殊犯罪主体进行全部罗列，但是我们遇到类似的问题时，至少需要明确以下两个基本点：

1、职务侵占罪中的“单位”，应当是依法成立的具有一定经费和财产、有相对独立性的社会组织；

2、单位犯罪的“单位”与职务侵占罪中的“单位”概念及范围不尽一致，前者的范围要小于后者。前者是指作为犯罪主体应当追究刑事责任的“单位”，会侧重于考虑此类企业有无独立财产、个人和企业行为的界限能否区分；而后者侧重于对“单位”利益的保护，惩治的是员工的职务犯罪行为。

（本文首发于 2020 年 12 月 22 日）

企业开展反舞弊调查，如何针对 iTunes 备份进行取证分析

周晓鸣

iTunes 备份是电子数据调查人员在工作中常见的重要数据，在最近一起反舞弊调查的案子中，笔者在对涉案人员使用的 PC 进行电子数据调查时，从留存于硬盘上的多个 iTunes 备份中提取了涉案人员手机备份中的微信、line、短信、通讯录、备忘录等大量文本、图片、音视频信息，为案件调查提供了有用的线索。

同时，在取证过程中也碰到了因关键性文件缺失导致大量密文数据无法转换恢复的窘境，面对近在眼前的数据却无法探其究竟，心中虽有不甘，但作为取证调查人员，仍必须尊重客观事实。为此，我们针对 iTunes 备份、恢复机理和取证方法做了专门的研究，为 iTunes 备份取证做一个相对完整的规范和操作流程。

本文非纯技术内容，主要面对企事业单位内审、监察等一般调查人员，以通俗的科普形式，对 iTunes 取证分析做一个较为完整的介绍性阐述，抛砖引玉，仅供调查工作参考使用。

一、iTunes 备份功能简介

iTunes 是苹果公司 2001 年 1 月 10 日推出的一款供 Mac 和 PC 使用的数字媒体播放、管理程序，发展至今，已成为苹果 iPhone、iPad、iPod、iBook、iMac 等设备必备的配套软件。

除了数字媒体播放管理功能，iTunes 还提供了一项重要功能，对 iPhone、iPad 等设备的配置信息、应用软件进行数据备份。

iTunes 在连接设备并进行第一次同步的时候，会自动进行备份，如果 iDevice 一直连着电脑反复进行同步，只有第一次同步会自动进行备份，此后的备份需要手动启动。无论是自动还是手动备份，都可以随时取消，如果觉得在同步时备份花费时间太长，可以在同步开始，出现备份字样时，点相应的关闭或取消按钮。（这也是为什么某些送检计算机上存有不完整备份的原因：使用人 iPhone 首次连接 PC，第一次同步时，自动备份启动，随后使用人选择了取消。）

iTunes 备份 iPhone 的内容有：短信，彩信（含图片），联系人，日历，备忘录，相机胶卷，通话记录，个人收藏，声音、邮件、Safari，app、网络（Wi-Fi、蜂窝数据网、VPN 等）等设置及其它配置信息（输入法、系统界面语言等）。

通过 iTunes 备份需要注意以下几点：

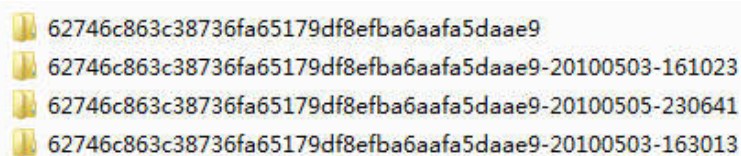
- iTunes 并不备份 APP 本身，若 APP 被卸载后从备份恢复，APP 需再次安装，而不会自动出现。
- iTunes 备份必须通过第三方工具查看；
- iTunes 只备份通过其本身对 iPhone 进行的操作和特定目录内容，使用第三方工具（如××助手之类）安装的程序或创建目录中的文件，iTunes 不会备份；
- iTunes 生成的备份可以恢复到任何一个 iDevice，如其他的 iPhone、iPad 等。

二、iTunes 备份文件夹结构分析

iTunes 在不同操作系统中有不同的存储路径，在未进行人为设置的情况下，一般情况下，备份文件夹默认存储在以下路径：

- Mac: ~/Library/Application Support/MobileSync/Backup/
- Windows XP : \Documents and Settings\< 用户名 >\Application Data\Apple Computer\MobileSync\Backup\
- Windows Vista 以上版本 : \Users\< 用户名 >\AppData\Roaming\Apple Computer\MobileSync\Backup\

iTunes 对 iDevice 进行备份时，会在上述文件夹中生成一个子文件夹，文件夹以 iDevice 的 UDID（Unique Device Identifier 唯一设备标识符）命名，长度为 40 个字符，同一设备的不同备份的文件夹名称均以 UDID 开头，但后续备份的文件夹会在 UDID 后添加备份的 ISO 日期和时间用以区别。如下图所示：



```
62746c863c38736fa65179df8efba6aafa5daae9
62746c863c38736fa65179df8efba6aafa5daae9-20100503-161023
62746c863c38736fa65179df8efba6aafa5daae9-20100505-230641
62746c863c38736fa65179df8efba6aafa5daae9-20100503-163013
```

一个完整备份的文件夹中，应包含 4 个主要文件（注：新旧版本的 iTunes 备份文件夹结构略有不同，此处仅列举非加密版本备份的通常情况，不代表所有 iTunes 版本的备份），这些文件储存了一个完整备份几乎所有重要的信息：

Info.plist-存储 iDevice 设备信息，包括电话号码，ICCID，IMEI 等。

Manifest.mdbd-存储有关备份文件的信息，包括：域、路径、文件大小、MAC 时间等。

Manifest.plist-存储有关备份内容的信息，包括设备上安装的应用程序列表等。

Status.plist-存储有关备份过程的信息，从中可以看出备份是否成功。

当然，备份文件夹同时包含了备份文件本身，即上文提到的短信，彩信（含图片），联系人，日历，备忘录，相机胶卷，通话记录，个人收藏，声音、邮件、Safari，app、网络等个人设置、数据和其它配置信息。

需要注意的是，通过 iTunes 备份后的文件名将被改成由其名称 SHA-1 哈希、路径和域组成的一个字符串，且去掉了文件扩展名。因此，在 windows 系统中，单从备份文件的名称无法识别究竟是什么文件，必须通过查看文件头才能识别。

如此命名的方式，从理论上来讲的确存在 hash 冲突的可能性，但苹果公司仍然采取这种方式，也许是认为这种可能性微乎其微，不会在实际应用中发生。

三、加密问题

加密的 iTunes 备份和未加密的 iTunes 备份有很大的区别，在某种程度上，对于专家来说，受密码保护的备份比没有受密码的备份更有价值。关于备份加密，苹果公司的说法如下：

iTunes 的加密备份功能可以锁定和编码用户信息，加密 iTunes 的备份范围也有所扩展，如保存的密码、无线网络设置、网站历史、健康数据等。

苹果公司的算法安全度极高，使加密后的数据对任何知道确切加密方法的攻击者来说

仍然是安全的，虽然加密和未加密备份中都保存了 iOS 钥匙串，但未加密备份的 iOS 钥匙串是以指定设备的密钥进行加密的，因此只能从该特定设备进行解密，密码验证由 iDevice 通过 iOS 内核完成，而不是在 iTunes 中完成。这意味着无法在没有密码的情况下将加密 iOS 备份恢复到任何其他设备。

通俗点说，如果只是获得了在 PC 上保存的 iTunes 加密备份，若不能取得原 iDevice 设备，破解仅存在理论上的可行性，根据目前已知计算机的算力，高端 GPU 每秒只能尝试 100-150 个密钥，若想通过暴力破解，所用时间可能会长达几年到几十年不等，几乎是不可能完成的任务。

四、利用工具软件取证

日常的 iTunes 备份和恢复均通过软件自身完成，在取证工作中，我们常常需要借助第三方工具对备份进行解析。

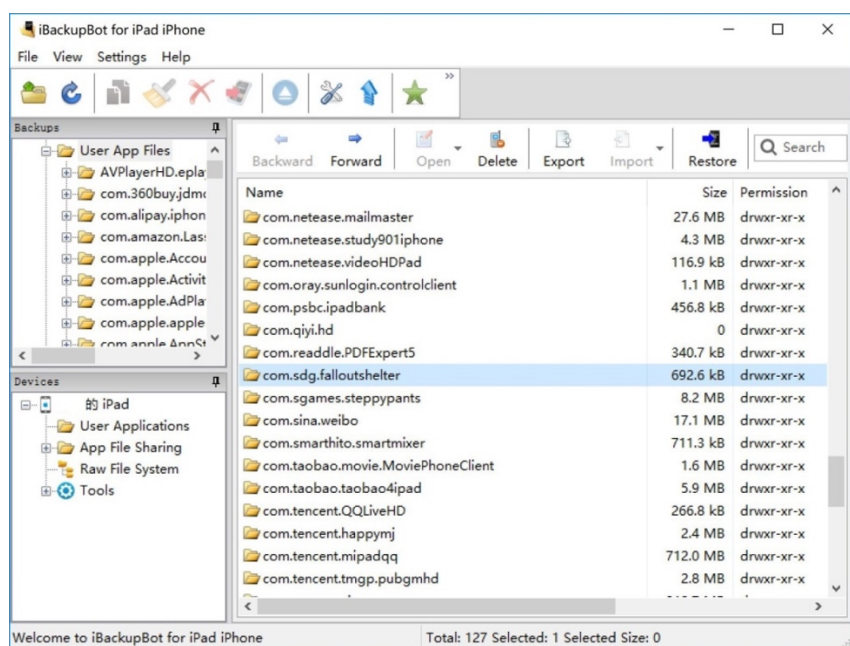
在电子数据调查领域，一般采用专门的取证分析软件，如 Phone Analyzer 之类，在此不做详细讨论。

对于普通用户，可以在网上找到很多易用的工具来完成基础的数据解析和查看，功能比较全面的如 iBackupBot，通过软件界面，我们看到的是 iDevice 的真实文件结构和文件名，除了可以正常地浏览备份中的文字、图片、音视频外，还可以对备份进行一定的修改后恢复到 iDevice，如编辑运营商名称、时间字符串或游戏数据等，相当于间接地修改了 iDevice 的数据。

此外，ibackup viewer、iTwin、微信记录恢复助手等国内外工具软件，也都具备了对 iTunes 备份的解析功能，只是在功能和使用方式上具备一定的差异性，此处不做一一列举。

五、iTunes 备份取证的关键

通过上述分析，我们知道了 iTunes 备份的基本原则，也了解到加密备份的安全性问题，对于 iTunes 备份数据取证来说，这些都是绕不过的核心问题。



（一）加密备份

根据 iTunes 备份的技术特征，加密备份需在取得并掌握原备份 iDevice 密码的前提下才能进行解密和数据解析。

（二）未加密备份

使用各类专业取证软件，或 iBackupBot 等第三方小工具，可以对 iTunes 备份进行解析、修改等操作。

（三）不完整备份

上文中提到，用户第一次将 iDevice 连接到 iTunes 时，会自动开始备份进程，如果用户不希望进行备份，必须手动取消。正是因为这个功能，在电子数据取证中，经常会发现 PC 上存留有 iTunes 备份文件夹。

由于用户的取消，此类 iTunes 备份无法通过常规工具进行数据解析，因此我们需要进行一定的判断。Info.plist、Manifest.mdbd、Manifest.plist、Status.plist 这 4 个文件，等于一个索引，缺失的话就无法用工具软件取证，只能通过二进制文件头进行辨识。我们可以手动查看每个文件，也可以通过一些简单的脚本，把没有后缀名的各类文件按照文件头标识自动添加相应的后缀名进行归类，方便查看。

六、iphone 密码破解的另类方法

我们可能会遇到这样的场景，取得了被调查对象的 iphone，而 iphone 是加密的。这种情况下，除了强行破解外看似毫无办法。而强行破解在一方面会破坏原始介质的数据完整性，另一方面则是技术门槛太高，无形中提高了调查成本。

那有没有什么其他途径可以尝试呢？答案是有的——还是今天的主角——iTunes 备份。

iphone 的使用者，基本上都会用到 itunes，现场调查应该特别留意获取 iphone 使用者的 PC 设备，其中很有可能就存有破解 iphone 密码的“钥匙”。

因为在创建备份时，iTunes 会使用十六进制编码的 SHA1 哈希文件名存储备份文件，并

将它们列在备份的 `plisht` 文件中。如果在调查对象的笔记本电脑存有 iTunes 备份，那么备份中的 `plist` 文件就可能是我们进一步取证的一个关键突破点。

通过 `plist` 通常可以获取到相应的 `iDevice` 列表，它可以用来在取证软件和被调查的 `iphone` 等设备之间建立“信任”关系。此时，我们就可以使用 iTunes 从嫌疑人的 iPhone 中直接备份数据，而无需在原始 `iphone` 上进行包括解锁在内的任何操作。

备份完成后，进一步将 iTunes 备份完整地还原到另一部 `iphone` 中，这样，我们就能在没有密码的情况下进入 `iphone` 了。

电子取证往往要结合多种调查和技术手段，面对问题，只要有探索的精神，就可能在看似不可能的困境下，取得出人意外的突破。

（本文首发于 2020 年 4 月 20 日）

数据分析在审计监察中的应用

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

随着大数据时代的到来，审计人员将会面对越来越庞大的数据，数据分析和其他技术工具的使用在极大地影响着审计人员的工作质量，还决定着审计人员为企业所创造的价值。我们将在本文中就常见的数据分析方式进行阐述，希望内审部门能够将数据分析嵌入审计流程，并扩大内部审计对重要数据的关注程度。

聚类分析

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

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

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

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

时间序列

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

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

本福特定律

本福特定律是近两年审计监察数据分析领域中的明星，不断有人在对之进行讨论。这是一个非常优秀的工具，在特定的数据领域中，会帮助内审人员发现大量差异。

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

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

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

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

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

数据分析工具

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

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

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

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

（本文首发于 2020 年 9 月 23 日）

《刑法修正案（十一）》草案对反舞弊司法实务的影响解读

冯笑

前言

2020年6月28日,《刑法修正案(十一)》草案(以下简称“草案”)提请审议,草案内容是根据经济和社会形势发展的需要形成的,共修改补充刑法30条,涉及企业产权、金融秩序、安全生产、食品药品等6个方面,改动之处非常之多。

从草案内容看,其显著加大了惩治民营企业内部发生的侵害民营企业财产犯罪行为的力度。在草案提及的20余个罪名中,有4个罪名(职务侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪、侵犯商业秘密罪)是典型的舞弊行为对应的罪名,而且是舞弊犯罪中最为常见、此前已经有多年稳定立法规定的罪名,因此这一部分的改动是重大改动,企业需极为重视!此外也有个别罪名虽然并非规制典型的舞弊行为(如骗取贷款罪),但是也可能伴随发生在舞弊行为过程中,因此企业也需要有所了解。

目前,草案尚处于征求公开意见阶段,不排除在将来的正式修正案中还会有微调,而且还可能会出台相应的司法解释,因此相关内容还有待于后续的正式确定。本系列文章将对草案中现在已明确的修改内容、修改方向进行分析介绍,以供相关企业及从业者参考。

篇一 职务侵占罪

一、修改变动

职务侵占罪是反舞弊行业内重要程度、案件数量均排在第一位的罪名,上一次改动是2016年的“法释(2016)9号”解释对本罪名追诉量刑标准所做的修改,当时的修改并未对法条本身进行调整,该解释在出台后对于本罪名相关案件的办理已经有不小的影响(例如追诉标准提高到6万元之后,职务侵占金额不满6万元的无法按照本罪名追究刑事责任),然而这一次的修改更大。

我们先看新旧法条对比:

现行《刑法》条文	《刑法修正案(十一)草案》条文
公司、企业或者其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产。	公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;数额巨大的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金。”

通过对比,其中修改之处有以下几点:

1、量刑档次

现行《刑法》关于职务侵占罪的量刑分为两个档次：5 年以下有期徒刑、拘役以及 5 年以上有期徒刑。而草案对此作了大的调整。



从上图我们可以直观地看出，职务侵占罪的量刑档次将调整为 3 个档次，入罪第一档刑期从 5 年以下调整为了 3 年以下，第二档刑期从 5 年以上调整为 3-10 年，新增第三档刑期 10 年以上至无期徒刑。

2、量刑标准

根据现行《刑法》以及相关司法解释的规定，职务侵占 6 万元以上不满 100 万元的属于本罪的“数额较大”，对应刑期为 5 年以下有期徒刑或者拘役；职务侵占 100 万元以上属于本罪的“数额巨大”，对应刑期为 5 年以上有期徒刑。

在草案中，追诉标准和第二档刑期所使用的文字表述仍为“数额较大”、“数额巨大”，但是这并不意味着相对应的金额仍然会跟以往完全一样：

首先，“数额巨大”对应的具体金额一定会调整，在现行《刑法》规制下，职务侵占 100 万以上的都属于“数额巨大”，而按照草案的规定，在“数额巨大”之上新设置了“数额特别巨大”一档，因此，草案中的“数额巨大”就必然是一定金额区间段，而非 100 万元以上的所有金额；

其次，“数额特别巨大”对应的具体金额一定属于新增，职务侵占罪自从 1997 年被正式规定在《刑法》中之后，从来就没有过“数额特别巨大”一说，本次草案对此进行了新增，这一金额标准将会如何设定现在还不得而知，但是必然是跟现行《刑法》所不一致的；

最后，“数额较大”的标准不排除调整的可能性，本次草案中对于侵犯民营企业财产的几个行为的规制，总体上都是加大惩罚力度的，如果本罪名“数额较大”的标准保持不变，那么构成本罪名第一档的行为，量刑实际上是减轻了的；同时，“数额巨大”标准是否调整也可能影响“数额较大”的区间段。这一档量刑标准后续如何明确需要重点关注。

现行《刑法》体系下，根据法释〔2016〕9 号第 11 条的规定，本罪名的“数额较大”、“数额巨大”的标准是参照贪污罪“数额较大”、“数额巨大”的标准适用的。在《刑法修正案（十一）》正式出台后，将如何认定？对此，我们拭目以待。

3、刑罚种类

根据现行《刑法》以及相关司法解释的规定，职务侵占 6 万元以上不满 100 万元的，仅判处人身刑，没有附加刑；职务侵占 100 万元以上的，可以并处没收财产。

根据草案的规定，只要构成职务侵占罪的，都应当并处罚金，取消了“没收财产刑”的规定。

二、从业人员注意事项

在将来《刑法修正案（十一）》正式实施、生效后，对本罪名的适用势必会有极大的变动，会影响到生效前后尚未办理完结的涉嫌本罪名的案件，因此无论是企业还是从事反舞弊的相关专业人士，需要预先关注以下几点：

1、最低档量刑从字面上看有所降低

在现行《刑法》体系下，构成职务侵占罪的，基准刑就是 5 年以下有期徒刑或者拘役，最高院《关于常见犯罪的量刑指导意见》也进一步规定“达到数额较大起点的，可以在二年以上有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点。”

根据草案的内容，本罪名最低档量刑调整为 3 年以下有期徒刑或者拘役，如果“数额较大”的标准不变，则量刑幅度必然是降低了的；如果“数额较大”的标准有所调整，具体的量刑幅度是升高还是降低则有待进一步确定。

2、最高档量刑的改变反映出惩治力度加大

在现行《刑法》体系下，构成职务侵占罪的，无论职务侵占金额为多少，有多少其他情节，最高刑就是 15 年有期徒刑。但根据草案的内容，本罪名第三档即为 10 年以上，最高可以判处无期徒刑。

星瀚企业内控和反舞弊法律中心去年发布了《2018 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》，在我们选取的北京、上海、浙江、江苏、广东、天津和重庆这 7 个企业较为集中的地区中，职务侵占金额超过 1000 万元的有将近 40 起案件，从最终量刑上来看，量刑最高的为 13 年半，最低的甚至因为有减轻处罚情节而判决 3 年以下并适用缓刑的。（例如王某、刘某等职务侵占案-（2017）沪 0115 刑初 3942 号，职务侵占金额为 1000 余万元，相关人员均获减轻处罚、判处有期徒刑 3 年以下并适用缓刑。）

尽管草案中提及的“数额特别巨大”到底将如何设定现在还不得而知，但是侵占金额上千万的是很可能属于这一档的，在将来的构成“数额特别巨大”标准的职务侵占犯罪行为中，起刑即为 10 年以上，即便有其他从轻、减轻情节，也不可能降低至 3 年以下并适用缓刑了。而且最高刑从 15 年有期徒刑变更为无期徒刑，这都意味着惩处力度的加大。

3、新增罚金刑

罚金属于财产刑的一种，虽然职务侵占罪属于侵犯财产犯罪，但在之前的规定中，对于本罪从来没有设定罚金刑。本次草案新增了罚金刑的规定，且为“并科式”适用方式，即在判处自由刑时，必须同时并处罚金。罚金刑的立法意义很大程度上在于对犯罪行为给予经济上的制裁，使得犯罪人员为其刑事犯罪行为承担失去自由、遭受经济损失的双重后果，这对于为谋取非法利益的财产犯罪行为来说，一定程度上会起到抑制犯罪的效果。

在职务侵占罪中，行为人所在单位是被害人，财产遭到损失，很多单位希望走刑事诉讼途径的目的之一就在于挽回单位损失，行为人的犯罪行为如果得以认定，是应当向单位返还违法所得的。我们在这里补充说明一下“返还违法所得”和“罚金”的区别：

首先，《刑法》第 64 条明确规定：违法所得的一切财物都是应当追缴或者退赔的，其中对于属于被害人的合法财产部分，应当返还被害人。而罚金是一种附加刑种类，是一种法定刑罚，是法院判处犯罪人向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。这两者不是一个范畴。

其次，在司法实践中，如果行为人的财产不足以全额返还违法所得和支付罚金的，一般情况下优先返还违法所得。如果行为人未能全额返还违法所得的，法院规范操作也会判决继续予以追缴。

4、取消没收财产刑

在现行《刑法》体系下，构成职务侵占罪第二档量刑标准的，除判处 5 年以上有期徒刑的，还可以并处没收财产。但是在草案中，在新增“罚金刑”的同时，删除了“可以没收财产”的规定，那么删除了“可以没收财产”就意味着财产刑的惩处力度必然减轻了吗？其实不是的。

首先，没收财产和罚金都是附加刑种类的一种，都是法定的刑罚种类；

其次，没收财产并非必然没收行为人的所有财产，也是视情况没收行为人个人财产的一部分或者全部。而罚金的数量是由法院根据犯罪情节（如违法所得数额、造成的损失大小等），并综合考虑行为人依法缴纳罚金的能力判处罚金；

最后，职务侵占罪作为普通的财产犯罪，在现行《刑法》体系下，构成职务侵占罪第二档量刑标准的，也是可以没收财产，并非必须判处没收财产。在司法实践中，很多行为人被判处 5 年以上有期徒刑的，没有同时判处没收财产。从被判处没收财产部分的案例来看，这个罪名中，也极少判处没收个人全部财产，基本上也是法院根据案件的情节严重程度、涉案金额大小确定一个没收财产的范围。

就本罪而言，根据草案内容来看，虽然删除了“可以没收财产”的规定，但一定是会判处财产刑的，罚金数量的确定也一定是会根据案件的客观实际情况来定，在此基础上，这一调整也是我们可以理解的。

5、溯及力问题

现在看到的还只是草案，距离正式发布、生效尚且有一段时间，但在修正案正式生效后，鉴于前后内容的不同，必然会对生效时尚未办理完结的案件有一定影响。

根据我国刑法一贯“从旧兼从轻”的原则以及之前几次修正案的施行后所颁布的相关《关于时间效力问题的解释》，对于修正案实施之前的行为，原则上适用修正前刑法的有关规定，但是根据修正后刑法的规定处罚较轻的，适用修正后刑法的有关规定。因此，在修正案实施之前，一定要注意修正案的最终修正内容、自身在办案件的实际情况并结合分析。

6、追诉时效

量刑档次标准的调整会影响到“追诉时效”，根据现行的刑法体系，构成职务侵占罪第一档量刑标准（5 年以下有期徒刑或者拘役，属于法定最高刑不满 5 年有期徒刑的情况）的，追诉时效是 5 年；构成职务侵占罪第二档量刑标准（5 年以上有期徒刑，属于法定最高刑为 10 年以上有期徒刑的情况）的，追诉时效是 15 年。

但是根据草案所列的量刑档次，构成职务侵占罪第一档量刑标准（3 年以下有期徒刑或者拘役，属于法定最高刑不满 5 年有期徒刑的情况）的，追诉时效是 5 年；构成职务侵占罪第二档量刑标准（3-10 年有期徒刑，属于法定最高刑为 5 年以上不满 10 年有期徒刑的情况）的，追诉时效是 10 年；构成职务侵占罪第三档量刑标准（10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，属于法定最高刑为无期徒刑的情况）的，追诉时效是 20 年，如果二十年以后认为必须追诉的,须报请最高人民检察院核准。

篇二 非国家工作人员受贿罪

在现行《刑法》中，本罪跟职务侵占罪虽然分属不同章节，但是两罪的法定刑描述是完全一致的，因此，《刑法修正案（十一）》草案（以下简称“草案”）中对本罪名的修改变动之处，其中的一部分跟职务侵占罪的修改变动可以做相同或者相似理解，读者可以参照《解读（一）》文比对阅读；对与职务侵占罪存在不同理解的部分，本文将注明并具体陈述。

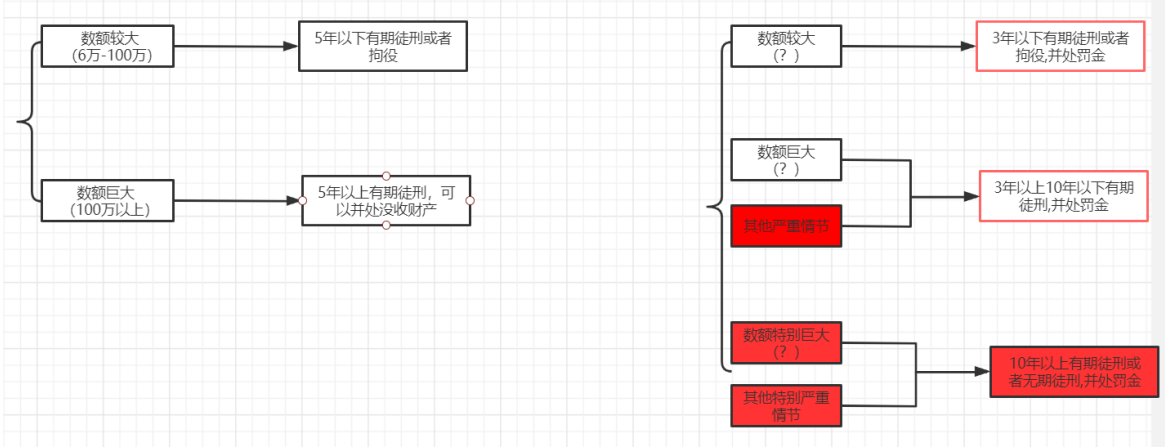
一、修改变动

现行《刑法》条文	《刑法修正案（十一）草案》条文
第 163 条第 1 款 公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额较大的,①处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,②处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产。	公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额较大的,①处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金; 数额巨大或者②有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金; ③数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金。

通过对比，其中修改之处有以下几点：

（一）量刑档次（整体与职务侵占罪的修改补充较为相似，存在不同之处）

现行《刑法》关于非国家工作人员受贿罪量刑分为两个档次：5 年以下有期徒刑、拘役以及 5 年以上有期徒刑。而草案对此作了大的调整。



从上图我们可以直观地看出，非国家工作人员受贿罪的量刑档次将从 2 个档次调整为 3 个档次，入罪第一档刑期从 5 年以下调整为了 3 年以下，第二档刑期从 5 年以上调整为 3-10 年，新增第三档刑期有期徒刑 10 年以上至无期徒刑。

（二）量刑标准

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

根据草案内容来看，量刑标准将会作出以下调整：

1、关于入罪标准，现行规定和草案中所使用的描述均为“数额较大”，但是具体的金额范围（6 万-100 万）是否会有调整，有待于日后的明确；

2、关于第二档量刑标准，根据草案的规定，除了延续数额犯的规定，还新增了情节犯的规定。（这一点是不同于职务侵占罪的修改）

关于数额犯方面，“数额巨大”的标准一定会进行调整，不会再是 100 万元以上的所有金额，而将会设置成为一个金额幅度。

关于情节犯方面，本罪之前是没有设置为法定量刑情节的，而本次草案新增规定“有其他严重情节的”也可以处 3-10 年的有期徒刑，参照受贿罪情节犯的规定，相关“情节”的界定，可能会以达到一定金额标准作为基础，结合是否有多次索贿、所造成的损失后果、受贿目的等认定，具体如何规定是我们需要实时关注的；

3、关于完全新增的第三档量刑标准，根据草案规定，同样是数额犯、情节犯并行，且“数额特别巨大”、“特别严重情节”的规定都属于完全新增，具体如何认定，有待日后的明确。

（三）刑罚种类

根据现行《刑法》以及相关司法解释的规定，非国家工作人员受贿 6 万元以上不满 100 万元的，仅判处人身刑，没有附加刑；非国家工作人员受贿 100 万元以上的，可以并处没收财产。

根据草案的规定，只要构成非国家工作人员受贿罪的，都应当并处罚金，取消了“没收财产刑”的规定。

二、从业人员注意事项

1、最低档量刑从字面上看有所降低

在现行《刑法》体系下，构成非国家工作人员受贿罪的，基准刑就是 5 年以下有期徒刑或者拘役。根据草案的内容，本罪名最低档量刑调整为 3 年以下有期徒刑或者拘役。

因此，相关从业人员在将来需要关注“数额较大”的标准是否会有调整。

2、最高档量刑的改变反映出惩治力度加大

在现行《刑法》体系下，构成非国家工作人员受贿罪的，无论非国家工作人员受贿金额为多少，有多少其他情节，最高刑就是 15 年有期徒刑。但根据草案的内容，本罪名第三档即为 10 年以上，最高可以判处无期徒刑。

3、情节犯的设置一定意义上反映出惩治力度加大（这一理解与职务侵占罪不同）

在现行的规定中，量刑标准的确定仅仅根据受贿金额的多少来定，但根据草案的规定，达到一定金额标准或者具有一定严重情节的，均依法直接适用同一量刑标准，一定程度上惩治范围是有扩大的。

4、新增罚金刑

在现行的规定中，对本罪没有设定罚金刑。本次草案新增了罚金刑的规定，且为“并科式”适用方式，即在判处自由刑时，必须同时并处罚金。

5、取消没收财产刑

在现行《刑法》体系下，构成非国家工作人员受贿罪第二档量刑标准的，除判处5年以上有期徒刑的，还可以并处没收财产。但是在草案中，在新增“罚金刑”的同时，删除了“可以没收财产”的规定。

6、溯及力问题

根据我国刑法一贯“从旧兼从轻”的原则以及之前几次修正案的施行后所颁布的相关《关于时间效力问题的解释》，对于修正案实施之前的行为，原则上适用修正前刑法的有关规定，但是根据修正后刑法的规定处罚较轻的，适用修正后刑法的有关规定。

7、追诉时效

根据草案所列的量刑档次，构成非国家工作人员受贿罪第一档量刑标准（3年以下有期徒刑或者拘役，属于法定最高刑不满5年有期徒刑的情况）的，追诉时效是5年；构成非国家工作人员受贿罪第二档量刑标准（3-10年有期徒刑，属于法定最高刑为5年以上不满10年有期徒刑的情况）的，追诉时效是10年；构成非国家工作人员受贿罪第三档量刑标准（10年以上有期徒刑或者无期徒刑，属于法定最高刑为无期徒刑的情况）的，追诉时效是20年，如果二十年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

在修正案正式施行后，这一追诉时效的具体范围是需要关注的。

篇三 挪用资金罪

挪用资金罪和职务侵占罪都规定在《刑法》第五章“侵犯财产罪”中，两者也是舞弊类犯罪中案发数量最多的两个罪名。根据星瀚企业内控和反舞弊法律中心在2019年发布的《2018年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》，在选取的北京、上海、浙江、江苏、广东、天津和重庆这7个企业较为集中的地区中，职务侵占罪数量占案件总数的67.4%，挪用资金罪数量占总数的17.85%，二者往往在作案手段、方式上具有诸多相似之处，区别的标准则是行为人是否具有非法占有的目的。

一、修改变动

现行《刑法》条文	《刑法修正案（十一）草案》条文
公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数	公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超

额较大、超过三个月未还的,或者虽未超过三个月,但数额较大、进行营利活动的,或者进行非法活动的,处三年以下有期徒刑或者拘役;挪用本单位资金数额巨大的,处三年以上十年以下有期徒刑。	过三个月,但数额较大、进行营利活动的,或者进行非法活动的,处三年以下有期徒刑或者拘役;挪用本单位资金数额巨大的,处三年以上七年以下有期徒刑;数额特别巨大的,处七年以上有期徒刑。 有第一款行为(上述条款),在提起公诉前将挪用的资金退还的,可以从轻或者减轻处罚。
--	--

通过对比,其中修改之处有以下几点:

1、量刑档次

现行《刑法》关于挪用资金罪的量刑分为两个档次:3年以下有期徒刑、拘役以及3年以上10年以下有期徒刑。

根据草案的规定,本罪的量刑档次将调整为3个档次:入罪第一档刑期不变,第二档刑期从3-10调整为3-7年,新增第三档刑期为7年以上有期徒刑。

2、量刑标准

根据草案的规定,“数额巨大”对应第二档量刑幅度,因此其对应的具体金额一定会调整为一定金额范围内,不会再是400万元以上(超过3个月未还或者进行营利活动的情节)或者200万元以上(进行非法活动的情节)。同时,删除了“数额较大不退还”也适用3-10年的量刑标准。

“数额特别巨大”对应的具体金额将属于新增条款。

3、量刑情节

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

二、从业人员注意事项

1、最高档量刑的改变反映出惩治力度加大

在现行《刑法》体系下,构成挪用资金罪的,无论挪用金额为多少,有多少其他情节,最高刑就是10年有期徒刑。但根据草案的内容,本罪名第三档为7年以上有期徒刑,这就意味着本罪名最高可以判处15年有期徒刑。

2、法定量刑情节的新设有助于企业挽回损失

本次草案明确规定了行为人如果将挪用的资金退还的,属于本罪名的法定的从轻、减轻量刑情节,而且将时间范围放宽至提起公诉前,即侦查、审查起诉阶段。

从行为人的角度而言,为了换取量刑上的法定从轻、减轻处罚,其将会更加有动力去想办法退还挪用的资金;归还时间不限定在案发前,而是放宽至提起公诉前,也相对有更加充分的时间去筹集资金;在审查起诉阶段,行为人如果能够退还挪用的资金,也有助于检察院对其适用认罪认罚从宽制度并给出相应的量刑意见。

因此，此项修改变动无疑有利于受害企业挽回损失的目的。在将来的实务中，我们建议企业对这一点需要极为关注，尽早出面或者委托代理人与行为人、公安机关、检察院跟进行为人退还资金、出具谅解的情况。

3、删除“数额较大不退还”情节，有助于明确本罪名的司法适用

根据现行规定，挪用资金数额巨大或者挪用数额较大不退还的，都适用 3-10 年有期徒刑这一量刑标准。

近年来，对于“挪用数额较大不退还”这一情节，司法实务中其实有很多的不同观点，因为根据本罪名的入罪标准来看，本罪名的“数额巨大”和“数额较大”差距非常大，以挪用资金进行营利活动举例：挪用 400 万元属于“数额巨大”，挪用 10 万元属于“数额较大”，如果挪用 10 万元不退还跟挪用 400 万元适用同一量刑档次，则存在刑罚不协调的情况，因此又有人提出“挪用数额较大不退还”中的“数额较大”不应当直接套用入罪标准的“数额较大”。

根据草案内容，这一规定将被删除，本罪名的量刑仅仅根据挪用资金的数额即可确认，明确了本罪名的量刑标准，有助于罪名适用的明确性。

4、溯及力问题

根据我国刑法一贯“从旧兼从轻”的原则以及之前几次修正案的施行后所颁布的相关《关于时间效力问题的解释》，对于修正案实施之前的行为，原则上适用修正前刑法的有关规定，但是根据修正后刑法的规定处罚较轻的，适用修正后刑法的有关规定。

5、追诉时效

根据草案所列的量刑档次，构成挪用资金罪第一档量刑标准（3 年以下有期徒刑或者拘役，属于法定最高刑不满 5 年有期徒刑的情况）的，追诉时效是 5 年；构成挪用资金罪第二档量刑标准（3-7 年有期徒刑，属于法定最高刑为 5 年以上不满 10 年有期徒刑的情况）的，追诉时效是 10 年；构成挪用资金罪第三档量刑标准（7 年以上有期徒刑，属于法定最高刑为 10 年以上有期徒刑的情况）的，追诉时效是 15 年。

在修正案正式施行后，这一追诉时效的调整同样是需要关注的。

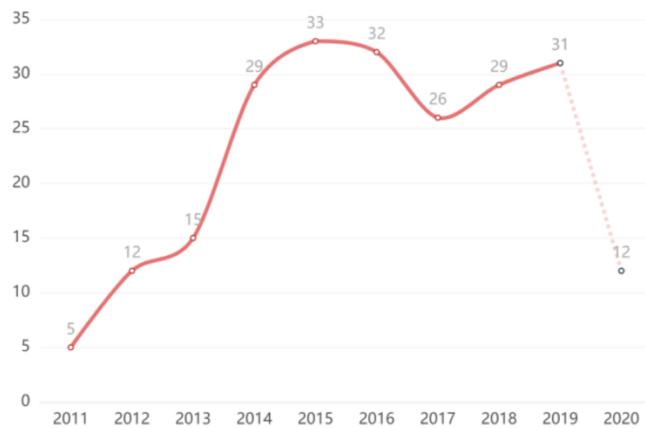
篇四 商业秘密罪

实际上，在 2019 年 4 月，《反不正当竞争法》的修订中对“侵犯商业秘密”相关的条款也进行了修改。从本次草案修改的内容来看，也可以实现《刑法》与《反不正当竞争法》规定的衔接。

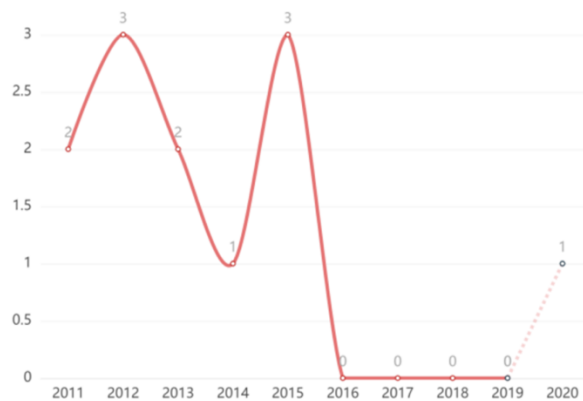
一、侵犯商业秘密罪的裁判现状

与职务侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪一样，侵犯商业秘密罪是反舞弊行业内的一个重要罪名，但是熟悉司法实务的人都知道，本罪名的办理难度远高于其他几个罪名，成案数量非常之少。

根据 Alpha 案例数据库[1]显示，近 10 年来，全国范围内，本罪名的审结案件（含一审、二审）数量见下图：



如果将地域限定为上海，本罪名的审结案件（含一审、二审）数量见下图：



从上述图表来看，在实务中，以本罪名办结的案件数量非常之少，近 10 年来，在上海平均每年审结不到 2 个案件。之所以出现上述图表反映的情况，并非现实生活中侵犯商业秘密的行为不多，而是因为侵犯商业秘密罪的定罪门槛相对较高，且取证困难，司法机关侦办、审理的难度非常高。

草案对于本罪名的修改，目的在于加大对商业秘密的保护力度，进一步明确本罪名案件的办理规则，改善本罪名的办理现状。下文我们就其修改变动的地方来分析。

二、侵犯商业秘密罪的修改变动

草案内容对于本罪名修改的部分是较多的，我们先看新旧法条对比：

现行《刑法》条文	《刑法修正案（十一）草案》条文
有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：	有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：

(一)以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的; (二)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的; (三)违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。 明知或者应知前款所列行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密的,以侵犯商业秘密论。 本条所称商业秘密,是指不为公众所知悉,能为权利人带来经济利益,具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。 本条所称权利人,是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。	(一)以盗窃、利诱、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的; (二)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的; (三)违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。 明知或者应知前款所列行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密的,以侵犯商业秘密论。 本条所称商业秘密,是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。 本条所称权利人,是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。
--	--

通过对比,其中修改之处有以下几点:

1、罪状描述

根据现行《刑法》规定,以本罪名定罪量刑的标准为“给权利人造成重大损失”以及“造成特别严重后果”的,两高关于《办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释》(法释[2004]19号)第7条的规定[2]、《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》(公通字〔2010〕23号)第73条的规定[3]中,对此进行了详细的释义,从其内容来看,侵犯商业秘密罪是一个结果犯罪名。

而根据草案的规定,以本罪名定罪量刑的标准为“情节严重”以及“情节特别严重”,也即本罪名调整成为了情节犯罪名。虽然在目前的草案中没有写明“情节”如何认定,还有待于日后的司法解释来明确,但跟现行规定相比一定是有不同的。

2、侵犯手段

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

同时,草案还将“违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求”改为“违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求”,“违反约定”与“违反保密义务”在法律上的理解以及对本罪名办理的影响,有着本质上的区别。

3、商业秘密的概念

从草案内容来看,对商业秘密特性进行表述的“能为权利人带来经济利益,具有实用性”,表述上调整为“具有商业价值”;商业秘密的范围也从“技术信息和经营信息”扩大为“技术信息和经营信息等商业信息”。

4、最高量刑

根据现行《刑法》规定，构成本罪名的，最高刑为 7 年有期徒刑；而根据草案的规定，构成本罪名的，最高刑为 10 年有期徒刑。

三、对上述修改变动的理解

1、结果犯调整为情节犯，有助于降低入罪门槛

侵犯商业秘密罪的定罪门槛较高一直是困扰权利人和办案机关的头等难题，根据《现行》刑法规定，认定行为人成立本罪名，需要行为人给权利人造成“重大损失”。

在司法实践中，如何认定权利人是否有损失、损失为多少，需要办案机关花费极大的精力，仅仅依靠上述提到的法释[2004]19 号、公通字（2010）23 号的规定是完全不足以指导办案的。从中国裁判文书网中侵犯商业秘密中的判决书中，我们也发现司法实践中对“重大损失”的计算确实是较为多样的。

从草案规定来看，对本罪名的认定和量刑不再要求必须造成“重大损失”，这就意味着，即便对于行为人给权利人造成的损失无法完全查清楚，但是只要“情节严重”的，也可以对本罪进行追诉，有助于降低办案难度。对于“情节严重”、“情节特别严重”将如何具体认定，还有待日后的明确，但是其包含的范围相较过往一定是会扩展的。结合本罪的立法原理来看，“情节严重”的认定可能会参考对权利人造成的重大损失、行为人违法所得金额、行为人的不正当手段类型、被侵犯的商业秘密类型、侵权行为后商业秘密的扩散范围、侵犯商业秘密的次数、侵权行为给权利人生产经营造成的影响等进行综合规定。

2、增加“欺诈”、“电子侵入”2 种明确的不正当获取商业秘密的手段，有助于明确办案依据

根据现行《刑法》规定，本罪名中的不正当手段为“盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段”。虽然有“其他不正当手段”的兜底，但是新增的 2 种手段有助于更加明确“不正当手段”的范围，为案件办理提供明确的依据。

新增的“欺诈”手段，其本身就为一种传统的不正当手段；新增的“电子侵入”手段，是顺应社会发展现状的。现在几乎所有企业，其经营运作都要依托网络技术，企业的技术信息、经营信息等商业秘密往往以电子形式留存于采取保密措施的硬盘、网盘等存储设备或者其他系统中。行为人通过冒用他人账号密码、破解账号密码或者运用网络技术从后台进入系统，进而侵犯商业秘密的情形时有发生，并且在将来必定会有更高的发生频率。

3、“违反约定”调整为“违反保密义务”，更有利于保护权利人

依据现行《刑法》的规定，保密义务的来源为权利人与行为人之间的“约定”，是一种约定的义务。在实践中，有的权利人因为疏忽或者管理混乱等原因，而忘记与内部员工或者外部主体单独签订保密协议，一旦发生侵犯商业秘密的情形，权利人可能因为没有明确追究行为人“违反约定”的基础，而影响到权利人的维权效果。

依据草案的规定，承担保密义务的义务人范围将大大扩张，不再限于必须以权利人和行为人有保密的约定为基础，而是要对“保密义务”是否存在进行实质性认定，结合案件情况可能将违反法律规定或者其他合法来源的保密义务也涵盖在内。例如《合同法》第 43 条规定

将有适用空间：当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。

4、明确商业秘密中“商业价值”的理解，有助于权利人启动维权工作

根据现行《刑法》规定，商业秘密的认定，需要“能为权利人带来经济利益，具有实用性”。对此如何理解，在《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》（法释〔2007〕2号）第10条有规定：有关信息具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势的，应当认定为反不正当竞争法第十条[4]第三款规定的“能为权利人带来经济利益、具有实用性”。

但是这一解释仅仅是民事范畴的解释，并非在刑事案件中必须直接适用。在现实生活中，企业在报案时，公安机关考虑到案件后续办理情况，往往会事先要求企业证实其商业秘密的实用性、是否已经产生经济价值、如何产生经济价值，给权利人的启动维权造成了过多的负担。当然，这一点并不能归责于办案机关，确实很多人对于商业秘密“价值性”、“实用性”的理解是不同的，例如：有观点认为“实用性”要求商业秘密可以直接投入使用，“价值性”要求商业秘密已经被证实带来过经济收益。这对检察院、法院办理案件的适用提出了要求。

在齐某、张某甲等侵犯商业秘密罪一案-（2014）青知刑终字第4号中，法院明确认为：商业秘密的价值性和实用性是指具有现实的或潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势，而并非要求他人获得该信息后能够不加改变的直接投入使用。这一观点跟本次草案修改后的内容在理解上也是一致的。根据草案的规定，将“能为权利人带来经济利益，具有实用性”调整为“具有商业价值”后，这一观点在将来的司法实践中可以直接适用：权利人仅需证实其商业秘密具有一定的商业价值（应当包含现实的商业价值以及潜在的商业价值）即可。

5、扩大了商业秘密的范围，加大了对权利人的保护

根据现行《刑法》规定，商业秘密包含2种：技术信息、经营信息。无论什么信息，想要被认定为商业秘密，必须先确认其是否属于技术信息或者经营信息，否则，即便其具备“秘密性”、“价值性”、“保密性”等特性，也难以被认定属于商业秘密。

草案对此予以扩展，明确规定商业秘密是符合商业秘密特性的“技术信息、经营信息等商业信息”，这种列举+兜底式的立法描述，会使得商业秘密的范围具有一定的弹性，也更加符合社会现状。例如一些公司内部协议、股东代持、隐名股东等公司管理性的消息，原本很难被认定为“经营信息”范畴内，但根据草案的规定，只要其具备商业秘密本身的特性，就存在被认定为商业秘密的法律依据。

6、最高刑期的改变、追诉时效的影响反映出惩治力度的加大

在现行《刑法》体系下，构成本罪的，最高刑为7年有期徒刑，属于“法定最高刑为5年以上不满10年有期徒刑的”情节，相对应的追诉时效依法最长为10年。根据草案的内容，本罪名最高刑调整为10年有期徒刑，属于“法定最高刑为十年以上有期徒刑的”，追诉时效依法最长应为15年。这也可以体现出国家希望加强对商业秘密的保护、加大对相关犯罪的打击力度。

刑法修正案（十一）（草案）现在仍处于征求意见阶段，征求意见截止日期为 2020 年 8 月 16 日。具体的修正内容还是要以将来公布的修正案内容为准，我们会及时关注修正案的公布、施行日期以及内容，并保持持续的专业研究。

注释：

[1] 本数据库数据源为中国裁判文书网、北大法宝网以及法信网等权威网站。

[2] 第七条 给权利人造成损失数额在 50 万以上的，属于给权利人造成重大损失；给权利人造成损失数额在 250 万元以上的，属于造成特别严重后果。

[3] 第七十三条 [侵犯商业秘密案（刑法第二百一十九条）]侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：

- （一）给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上的；
- （二）因侵犯商业秘密违法所得数额在五十万元以上的；
- （三）致使商业秘密权利人破产的；
- （四）其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。

[4] 此处提及的《反不正当竞争法》为 1993 年施行的版本，在 2017 年修订之后，该法关于“能为权利人带来经济利益，具有实用性”已经修改为“具有商业价值”。

（本文首发于 2020 年 7 月 20 日）

热爱法律的技术派

地址：上海市长宁路1193号长宁来福士
T3办公楼7层
电话：86 21 - 5109 6488
邮箱：bd@ricc.com.cn
官网：www.ricc.com.cn



星瀚客服



星瀚微法苑