星瀚律師事務所
RICC & CO.

2022年年度精选

2022
星瀚法律研究
LEGAL STUDY

重磅推荐

《违反反舞弊条款类案件数据分析报告》发布

《内外勾结型串通投标类舞弊行为数据分析报告》发布

2021年舞弊案件平均案值228万元，五大舞弊高发行业！2021年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告（节选）

热点评析

从冬奥会看体育赛事转播各方的权利如何保护

从“网易云音乐诉腾讯音乐不正当竞争”谈在线音乐平台常见纠纷：音乐版权与UI设计

80.26亿引以为戒的个人信息合规要点

从《灌篮高手》电影片段在网上流出现象浅谈日本对电影著作权的保护

世界杯激战正酣，赛事赞助商的权益如何保护?

目录 CONTENTS

「重点推荐」

【重磅】《违反反舞弊条款类案件数据分析报告》发布 P01
【重磅】《内外勾结型串通投标类舞弊行为数据分析报告》发布 P04
2021 年舞弊案件平均案值 228 万元，五大舞弊高发行业！2021 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告（节选） P06

「热点评析」

从冬奥会看体育赛事转播各方的权利如何保护 P11
从“网易云音乐诉腾讯音乐不正当竞争”谈在线音乐平台常见纠纷：音乐版权与 UI 设计 P17
80.26 亿引以为戒的个人信息合规要点 P26
从《灌篮高手》电影片段在网上流出现象浅谈日本对电影著作权的保护 P30
世界杯激战正酣，赛事赞助商的权益如何保护？ P33

「话题聚焦」

- 密室剧本杀

再评国内首部密室剧本杀管理规定 P39

- NFT

NFT 交易的本质是什么？从“NFT 第一案”谈起……① P44
影帝“被携手”，影视剧剧照是否能制作成为数字商品 NFT？ P48
NFT 交易过程是否涉及复制权和发行权？从“NFT 第一案”谈起……② P53
遍地都是热门 IP？——NFT 数字藏品“致敬”行为的法律风险（上） P56
遍地都是热门 IP？——NFT 数字藏品“致敬”行为的法律风险（下） P60

- 金税四期

关于金税四期，企业必须了解的这些点 P63
关于金税四期，企业必须了解这些点（二） P66
关于金税四期，企业必须了解这些点（三） P69

「内控反舞弊」

从“A 股最大造假案”看上市公司舞弊情况 P72
“国民零食第一股”再曝商业贿赂案，民企反腐道阻且长 P76
共同犯罪情形下的受贿金额认定——以非国家工作人员受贿罪为例 P79
企业最关心的职务犯罪，最新《立案追诉标准（二）》有这些亮点 P83
谁动了给客户的“奶酪”？——职务侵占罪中公司赠品价值的认定 P89
从职务侵占罪的历史演变看立法对民营企业保护力度的调整 P94
发现舞弊线索想揭发又担心被报复，企业如何保护举报人？ P99
从无到有，挪用资金罪的立法演变对民营企业保护的影响 P102
内部举报制度在实务中的常见问题 P108
华为员工越权访问机密数据被判刑，大数据告诉你计算机类舞弊行为的特点 P112
出现这 7 个迹象，企业内部可能发生了舞弊 P116

「坏账追偿」

债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（一） P119
债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（二） P123
实控人利用关联交易损害公司利益，债权人能否向参与交易的关联公司追偿？ P127
股东抽逃出资，却狡辩是借款？看法院如何裁判 P131
股东能否通过转让股权豁免出资义务？ P134
转让股东、隐名股东、实际控制人有可能和公司构成人格混同吗？ P138
大数据分析，什么行为最容易被认定为人格混同？ P141
大数据分析，人格混同案件中债权人的举证要点和证明标准 P145

债务人利用关联交易损害债权人利益，债权人能否向关联公司追偿？ P148
公司无力偿债？先看看股东有无抽逃出资 P152

「企业关联关系调查」

员工利用关联关系损害公司利益案件中“关联关系”该如何认定 P156
“飞单”规制之法律实务困境探析 P164
虚设中间交易环节型侵占单位财物案件中“关联关系”的认定 P170
员工通过虚设中间交易环节侵占单位财物该如何认定犯罪金额 P176

「创业者的法律必修课」

优秀创始人的“法力”修炼 P183
创业公司的股权分配 P188
创始人如何谈融资条款？ P192
创始人如何做股权激励？ P199
企业合同体系与内控反舞弊 P204
创业中的股东纠纷与应对之道 P209
创业中的债务纠纷与应对之道 P212
企业并购与上市 P217

「星瀚海事」

海事事故调查报告与责任认定书不具有可诉性是否已成定论？ P221
海上货物运输中承运人货损免责事由认定之驾驶或管理船舶中的过失 P224
海事赔偿责任限制基金程序中公告期届满未进行海事债权登记的认定尺度及法律后果评析 P227
保险争议系列之共保协议纠纷大数据报告 P230
放船担保函怎么出？（一）——基于判例及法条冲突的思考 P237
放船担保函怎么出？（二）——基于判例及法条冲突的思考 P241
目的港无人提货产生的费用究竟由谁承担？——关于《涉外商事海事审判会议纪要》第 61 条的解读 P244
国内水路货物运输合同因承运人欠缺相应资质的法律后果问题 P249

「星瀚人文」

卫新：克服内卷的方式是让自己成熟起来 P253
星潮来袭，未来可期 P257
你知道吗？你身边的大白可能是…… P268
卫新：生活的“正常”比“非常”更重要、更可贵 P272
让过去过去，2022 年末班车始发 P277

重点推荐

【重磅】《违反反舞弊条款类案件数据分析报告》发布

汪银平、张雪燕、周巧沁

反舞弊条款通常意义上是指企业为有效预防、规制舞弊行为的发生而在同交易对手的业务文本、相关管理制度中设置的规制商业贿赂行为及后果的条款。实务中常见的“廉洁协议”“反腐败/反商业贿赂条款”“廉政承诺书”等都属于该条款的范畴。

随着近年来舞弊行为危害日益严重，以及与此同时反舞弊浪潮的不断推动，反舞弊条款在民商事领域的应用更加广泛。通过统计历年违反反舞弊条款类案件的司法裁判文书，相关案件的数量变化趋势也可以在一定程度上反映出反舞弊条款在民商事领域的逐步泛化，具体如下图所示：

随着反舞弊条款在商业活动中广泛应用，与反舞弊条款有关的争议也频繁发生，法院针对其中部分争议也持有不同的观点，造成商事主体在签订反舞弊条款时有所疑虑。司法实务中对于违反反舞弊条款类案件的审理思路和裁判要点，有助于帮助企业更加有效地设置反舞弊条款，起到更好的事前预防、事后追诉作用。

本报告所基于的裁判文书是通过第三方案例数据库整理而成的，其数据来源为中国裁判文书网、北大法宝网、法信网、威科先行法律库等权威网站。其中所涉判决文书的判决时间范围为 2009 年至 2021 年（2021 年的判决文书可能因法院未完全上传等因素，故相应数量为不完全统计的结果），共计获得 71 份有效判决文书；本报告的全部数据分析工作将基于这 71 篇裁判文书具体展开。

本报告目录如下：

报告显示，**违反反舞弊条款类案件的争议焦点主要集中于反舞弊条款的效力问题、触发反舞弊条款的事实认定问题、违约金认定问题及违反反舞弊条款对主合同的影响问题上**。针对上述焦点问题，报告以相关法律依据为基础，结合司法裁判进行了具体分析，初步得出以

下结论：

在反舞弊条款的效力问题上，从立法角度来看：公司之间签订反舞弊条款行为本身并非合同无效、可撤销等使得合同效力存在瑕疵的事由，若相关合同的签订没有其他影响合同效力的因素出现，则相关反舞弊条款应当合法有效。但需要注意的是，若独立的反舞弊条款是合同双方基于“舞弊行为”签订的，或主业务合同是合同双方基于“舞弊行为”签订的，或主业务合同存在其他影响合同效力的事由，则相应反舞弊条款的效力都有可能受到影响；从司法角度来看：通过梳理本文所涉的案例，在具体对反舞弊条款效力进行认定的 42 个案例中，有 39 个案例中法院认定相关反舞弊条款合法有效，有 2 个案例中法院认定相关反舞弊条款无效，有 1 个案例中法院认定相关反舞弊条款部分有效、部分无效。可以看出，在司法裁判实务中，在反舞弊条款没有其他效力瑕疵的情况下，法院倾向于认定相关条款合法有效，甚至倡导设立相关的反舞弊条款。但也存在法院认定反舞弊条款无效或部分无效的的情形，从案例中主要能总结出以下两个法院认定相关条款无效的理由：一是认定相关反舞弊条款为格式条款，且存在格式条款无效的事由；二是因合同一方未履行相关手续，造成双方间所有的合同均无效。针对反舞弊条款可能被认定为格式条款进而被认定无效的情况，报告也对反舞弊条款的订立进行了具有针对性的提示。

在触发反舞弊条款的事实认定问题上，通过梳理本文所涉的案例，报告对法院结合案件证据对违约责任认定的情况总结如下：**1、若有相关刑事判决书、起诉书、公安侦查材料等证据证明舞弊行为的存在，在反舞弊条款没有效力瑕疵的情况下，法院一般会直接认定实施舞弊行为的合同当事方承担违约责任；2、部分法院认为对案件中违约责任的认定必须根据相关的生效刑事判决作为前提，若没有相关刑事判决书等材料证明舞弊行为的存在，对其他相关证据不予参考；3、在没有相关刑事判决书等材料证明舞弊行为存在的情况下，部分法院会结合案件的其他证据，综合判断是否存在违约的舞弊行为。**报告还具体梳理了案例中成功证明违约责任存在的证据及举证不足以证明违约行为存在的案例中所举证据，供后续办理案件中予以参考。

在违约金认定问题上，通过本文所涉的案例来看，法院对违约金的认定态度不尽相同，基本有以下几种认定态度：**1、直接依据条款约定认定违约金；2、综合各种因素对条款约定的违约金进行酌减；3、认为违约方未对合同相对方造成实际损害，因此无需支付违约金；4、因为反舞弊条款并未约定违约金，故认定违约方无需支付违约金。**总结来说，大部分法院认为我国违约金制度的性质是“以补偿为主，以惩罚为辅”，虽然总体上认可反舞弊条款设置违约金的必要性，但也认为过高的违约金有可能造成新的商业道德风险，所以法院在违约金认定方面的主要观点是：综合考虑各项因素后在条款约定违约金的基础上进行酌减。

在违反反舞弊条款对主合同的影响问题上，通过梳理本文所涉的案例，我们发现主张对方违反反舞弊条款的当事方不一定是原告方，被告方常常在反诉中主张原告违反反舞弊条款的约定，或通过主张原告违反反舞弊条款的约定作为己方暂未履行业务合同但无需承担相应违约责任的抗辩理由。对于这种情况，法院一般基于相关条款的具体内容进行认定：若在业务合同之外直接签订独立的反舞弊协议，且业务合同中没有约定反舞弊条款中的被违约方可以实际取得业务合同中的先履行抗辩权，法院一般会对被违约方的主张进行另案处理，并且这一主张也不能成为被违约方不履行其在业务合同中义务的抗辩理由；若反舞弊条款作为业务合同的一部分或作为业务合同的附件或附则进行设置，违反相关约定能够触发业务合同的先履行抗辩权甚至合同解除权；或是反舞弊条款中明确将“解除或终止双方业务合同”或“被违约方实际取得先履行抗辩权，或可以延期履行相应义务”作为违约责任承担方式，则被违约方能够以合同相对方违反舞弊条款为理由来抗辩其不应当承担因不履行业务合同义务而产生的违约责任。

综上所述，本报告着眼于对历年违反反舞弊条款类案件公开裁判文书进行具体分析，聚焦于上述司法实践中与反舞弊条款相关的焦点争议，通过可视化方法全面展现了违反反舞弊条款类案件的整体情况，并对相关法律规定进行了梳理，归纳分析司法实践中的裁判观点，以期能够为反舞弊条款的设置提供些许有效参考意见，为与反舞弊条款有关焦点争议的后续解决提供预测的方向。

（本文首发于 2022 年 6 月 22 日）

【重磅】《内外勾结型串通投标类舞弊行为数据分析报告》发布

汪银平、张雪燕、冯禾坤

招标投标活动，是市场经济下常见的供应商选取机制之一，需遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则，通过充分有效的市场竞争，择优选取最适合该项目的供应商，以提高企业经济效益，实现招标者和投标者互利共赢的局面。然而，一些不法分子则通过围标、串标、陪标、轮标、控标等多种违法方式，对招标投标活动进行改头换面，使看似公开、公平、公正的招标投标活动，沦为不法分子的“唐僧肉”。

通过对全国近十年可公开查询的裁判文书的检索，**相关案件数量自 2014 年起总体呈上升趋势**（2021 年裁判文书可能因疫情等原因暂未上传完全，具体数据如下图）。该类舞弊行为在全国范围皆有发生，以东部沿海地区的案例居多；常涉及企业核心管理岗位、工程部门核心岗位、招投标项目相关岗位。除串通投标罪外，过半数以上同贿赂类犯罪相关，且可能涉及招投标的全过程；此外，**“关联关系”是该类舞弊行为可识别的危险信号**，上述案例中，外部投标人与内部舞弊人员存在关联关系的案件占总案件数的二分之一。

内外勾结型串通投标类舞弊行为对企业具有严重的危害性。**其一，隐蔽性强**。该类舞弊行为通过人情、贿赂等手段，破坏企业的免疫系统，使舞弊病毒如入无人之境、畅通无阻。**其二，损失巨大**。该舞弊行为直接通过内部舞弊人员获取招标信息、量身定做招标条件，造成巨大经济损失。**其三，影响恶劣。**该类舞弊行为容易导致大面积员工的腐化和优质供应商的流失，使得企业利益受到持续影响。仅根据上述裁判文书，受该类舞弊行为影响的项目标的额，就高达 55.59 亿余元人民币，涉案行受贿金额高达 1.23 亿余元人民币。

本报告所基于的裁判文书是通过第三方案例数据库整理而成，主要数据来源为中国裁判文书网、北大法宝网、威科先行法律库等权威网站；所涉及裁判文书年份区间为 2012 年至 2021 年，共计有效裁判文书 42 份。本报告具体目录如下：

目 录

序言 01

一、内外勾结型串通投标类舞弊案件整体情况 03
（一）案件地域分布情况 03
（二）涉案案件类型情况 04
（三）常见关联单位 05
（四）常见舞弊形式 06
（五）常见危险信号——关联关系 07

二、犯罪主体的实务认定与特点 09
（一）《刑法》和《招标投标法》规定之对比 09
（二）典型案例实务观点之分析 10
（三）内外勾结型串通投标类舞弊行为犯罪主体之特点 12

目 录

三、常见舞弊形式的梳理 14
（一）泄露信息类 14
（二）量身定做类 14
（三）故意放纵类 15
（四）虚构篡改类 16
（五）强行排他类 16
（六）贿赂评标委员会成员 17
（七）“关联关系”在常见舞弊形式中的地位 17

四、犯罪金额的实务认定 18
（一）法条变迁 18
（二）直接经济损失数额的认定 18
（三）中标项目金额的认定 20

五、受舞弊行为影响项目的主合同问题分析 21
（一）主合同效力问题 21
（二）主合同效票问题 23
（三）主合同过错责任认定问题 24

针对犯罪主体资格，《刑法》中主体资格认定较为广泛，不仅涉及单位，也包括实施串通投标行为的自然人。其中，所涉及的岗位，除常规的招投标项目负责人外，评审员、工程部门相关人员、行政管理核心人员等，都符合犯罪主体的资格。所触及的范围较广，涉及招投标的全过程，包括招标项目内部设立、公开对外招标、投标、评标、开标等环节。并且，**半数的舞弊人员与投标人存在关联关系**，因此对投标人开展关联关系调查，对预防该类舞弊行为将发挥着重要作用。

针对常见舞弊形式，该类舞弊行为主要可**分为六个常见类型：泄露信息类、量身定做类、故意放纵类、虚构篡改类、强行排他类，以及贿赂评标委员会成员类。**而“关联关系”多为该类舞弊行为的引信，内部员工常通过存在关联关系的外部企业确保“肥水不流外人田”，或是外部投标企业顺藤摸瓜寻求存在关联关系的内部员工的帮助。“关联关系”作为利益寻租的沃土滋生舞弊，在企业自身未有足够力度监管和人事制度的支持下，内部员工极容易经不住“关联关系”带来高回报舞弊诱惑，而最终打开“潘多拉魔盒”。因此，**“关联关系”是企业亟需有效把握和利用识别的危险信号。**

针对犯罪金额的实务认定，“直接经济损失数额”的认定在实务中仍较为模糊，但仍有部分裁判文书对该认定进行讨论，并具有一定的参考价值。相较而言，“中标项目金额”则是多数案例采用的入罪标准，其更为普遍、直观和客观，并有具体的裁判文书对金额的认定标准展开讨论。

针对受舞弊行为影响的主合同问题，项目的取得意味着合同的签订，因此该类舞弊行为通常会对主合同产生一定影响。具体而言，是否有相应证据证明舞弊行为的存在，将影响到主合同效力的认定。在过错责任认定的问题中，根据不同的案情，过错责任并不一定由存在行贿等非法手段的投标人全部承担。此外，主合同费用支付、逾期付款等结算问题，也会因履行阶段、合同约定等存在一定的差异。

如上简述，本报告基于近十年内外勾结型串通投标类舞弊行为已公开的裁判文书，通过对裁判文书中数据及内容的分析和提取，结合相关法律法规，对该类舞弊行为的整体情况进行介绍、对常见舞弊形式展开梳理，并对司法实践中该类舞弊行为相关案件的争议焦点和实务观点进行剖析，为企业应对内外勾结型串通投标类舞弊行为提供一定的理论基础和实务数据参考。

（本文首发于 2022 年 6 月 29 日）

2021 年舞弊案件平均案值 228 万元，五大舞弊高发行业！

2021 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、岑晓娴

近年来，越来越多的企业除了自身谋发展，也意识到了内部舞弊的严重性。各大企业高调公开舞弊案件，也从一定程度上反映出企业对这一问题的重视，与严惩舞弊的决心。但面对层出不穷的舞弊手法，了解舞弊发生的现状、寻求如何有效地应对、从源头上预防舞弊发生，成为了企业最为期待的重要议题之一。

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。每年上半年，我们会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，选取上一年度全国 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《2021 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”）。2021 年，经过司法裁判的企业员工舞弊案件共 2245 例，较 2020 年统计的 4164 例下降 46%，共涉及被告人 2459 人，较 2020 年统计的 5185 人下降 53%。涉及金额总值也相应下降，总计 48 亿余元，但平均案值不减反增，达 228 万元。在报告中，我们将 2021 年的数据从各维度进行了分析，并与往年数据进行对比，与大家分享以下几个现象：

职务侵占案件被告人仍居第一

依据舞弊罪名进行统计，各罪名报告人数的分布占比情况，与 2020 年基本相同。职务侵占案件涉及被告人依然最多，为 1655 人，占总数的 67%。挪用资金案件被告人共 445 人，占总数的 18%，非国家工作人员受贿案件被告人共 335 人，占总数的 14%，计算机类舞弊犯罪案件被告人共 23 人，占总数的 1%。

挪用资金案件涉案金额最高

在 2021 年度所统计的判例中，挪用资金案件超过了涉案人数最多的职务侵占案件，案件涉及金额高达 28.06 亿元。这是因为有一例特大挪用资金案件，该案被告人为某面粉厂会计，在 4 年时间内挪用公司资金进行个人理财（不断挪用、填回，循环挪用），挪用的累计金额多达 12 余亿元。各罪名的具体涉案金额总计如图所示。

企业规模虽小但舞弊情况不容忽视

本报告将企业规模划分成小于 100 人，100-499 人，500-999 人及 1000 人四类。能够查询到企业人数的判例中，100 人以下企业案件数量占比 65.76%、平均案值 349 万余元（剔除上述提到的特大挪用资金案，平均案值为 178 万余元）；100-499 人企业案件数量占比 17.4%、平均案值 175 万余元；500-999 人企业案件数量占比 4.21%、平均案值 52 万余元；1000 人以上企业案件数量占比 12.63%，平均案值 117 万余元。可以看出， 100 人以下的小规模企业中查处舞弊案件的数量占比较大，而且舞弊案件给小规模企业造成的平均损失，相比较大规模的企业而言，也更为严重。而这也是 100 人以下的小规模企业中查处舞弊案件的数量在经历 2020 年的下降后又再度有所上升。

五大舞弊高发行业要警惕

在所有判例中，按照数量排序前五的分别为批发和零售业、制造业、租赁和商务服务业、房地产业、科学研究和技术服务业，合计占总数的 71.04%。值得一提的是，这五个行业在连续三年的统计中，均是舞弊案件查处数量排名前五的。

涉案人员以中青年为主

实施舞弊犯罪的人员依然以中青年为主，平均年龄为 37.86 岁。其中，31-40 岁的中青年人数最多，几近一半，占比达 48.67%，具体到各项罪名来看，非国受贿案件、挪用资金案件的行为人平均年龄较高，分别为 39.79 岁、39.27 岁，计算机类舞弊行为人平均年龄较低，为 33.05 岁。

三年或成舞弊年限门槛

在有入职年限的裁判文书中共统计到 540 个数据。行为人平均入职年限为 3 年 10 个月。入职年限为 3 年以内的人员，占总数的 53.70%；年限调整至 5 年内，则对应人员占总数的 72.59%。随着入职时间增加，员工在公司内部的职位和工作都趋于稳定，为舞弊提供了一定基础。因此，我们建议企业多加关注入职三年以上的人员，并坚持做好不相容职务分离控制、授权审批控制、建立定期轮岗机制，以免更易滋生舞弊。

不同罪名中涉案人员职位分布不同

2021 年度，如同往年一样，高层人员单案平均金额最高，为 571.71 万元，远远高于一般员工的 199.86 万元与中层员工的 171.60 万元。具体到各类罪名中，我们发现三个特点：第一， 职务侵占与挪用资金案件，行为人较多为一般员工；第二， 非国家工作人员受贿案件，中高层人员占比明显高于其他罪名案件；第三，计算机类舞弊案件，行为人系一般员工的，占绝大多数。

	一般员工	中层员工	高层人员	行合计
职务侵占	**65.95%**	25.34%	8.71%	100%
挪用资金	**66.28%**	17.66%	16.06%	100%
非国受贿	27.96%	**55.62%**	16.41%	100%
计算机类	**95.00%**	5.00%	-	100%

结语

星瀚企业内控与反舞弊法律中心撰写报告的初衷在于希望通过数据分析，进一步思考如何发现舞弊行为、固定舞弊犯罪线索、合规地开展舞弊调查、与司法实务有效衔接等问题，使得所有从业人员在企业内控与反舞弊领域中取得收获。

报告说明

1.判决书来源

报告所基于的裁判文书是通过第三方案例数据库整理而成的，其数据源为中国裁判文书网等权威网站。所涉裁判文书的判决时间范围为 2021 年 1 月 1 日起至 2021 年 12 月 31 日止。判决文书的搜集时间为 2022 年 3 月 31 日。根据以上原则，本次调研共计获得 2245 份有效裁判文书，被告人 2459 人。

2.统计指标说明

为了准确揭示舞弊犯罪人员以及相应犯罪的特征，分析现实因素对舞弊犯罪的影响，本

报告从舞弊案件总体查处情况、被害企业情况、犯罪人员情况、舞弊行为模式、司法刑罚情况等五个方面进行统计和分析：

（一）舞弊案件查处总体情况：舞弊案件的数量、人数与金额、舞弊案件被发现的方式、该舞弊案件是否涉及利用内部人员的关联关系、各省市舞弊案件查处情况。

（二）被害企业情况：从企业性质、企业规模、行业类型、上市情况等指标进行统计分析。

（三）犯罪人员情况：从性别、年龄、学历、岗位、职位、入职年限、前科等指标进行统计分析。

（四）舞弊行为：因罪名不同而变化，在后文各项舞弊罪名行为的特点分析中会具体阐述。

（五）司法刑罚：从刑事强制措施、退赔情况、被害企业谅解情况、自首、坦白、立功、主刑、缓刑等指标进行统计分析。

（本文首发于 2022 年 11 月 1 日）

热点评析

从冬奥会看体育赛事转播各方的权利如何保护

卫新、胡至浩、徐元昊

引言

2022 年 2 月 4 日，北京冬奥会盛大开幕，吸引了大量观众通过电视、网络等渠道观看。但是冬奥会等体育赛事是如何被制作成大家看到的节目画面的，法律又是如何对其进行保护的呢？以下将介绍奥运会等体育赛事的转播模式、赛事转播的法律保护并对现有案例予以简评。

一、奥运会等体育赛事的转播模式

首先，国际奥委会作为奥林匹克赛事的组织者，享有包括奥运转播权在内的与奥运会有关的所有权利。《奥林匹克宪章》第 7 条中规定："奥运会是国际奥委会的专属财产，国际奥委会拥有与奥运会有关的所有权利，尤其是但不限于与以下方面有关的所有权利：（i）奥运会的组织、开发和营销；（ii）授权拍摄供媒体使用的奥运会静态和动态图像；（iii）奥林匹克运动会视听记录的登记；以及（iv）通过现在已知或将来开发的任何方式向公众广播、传输……的包含奥运会视听记录的作品或信号。"[1]《奥林匹克宪章》第 48 条亦明确规定："国际奥委会采取一切必要措施，确保不同媒体对奥运会进行最全面的报道，并尽可能让世界上最广泛的观众观看奥运会。有关媒体报道奥运会的所有决定均属于国际奥委会的权限。"[2]

为了实现第 48 条中的全面报道和广泛观看，确保奥运赛事电视转播的制作水平，国际奥委会组建了 OBS（Olympic Broadcasting Services），奥林匹克广播服务公司，作为奥运会主转播商。其主要职责为：1.制作广播电视国际公共信号；2.为持权转播商提供奥运会转播所需的设施和服务。

持权转播商是指通过与国际奥委会签署了转播协议而取得授权，能够在指定地域范围内播放、展示和传播奥运会的广播媒体组织，与 TOP 计划（The Olympic Partnership Programme）合作伙伴、国际奥委会全球授权商、国际奥委会全球供应商及奥组委赞助商，并称为"奥林匹克合作伙伴"。他们在主转播商提供的公用信号基础上进行二次加工，添加演播室包装、片花、本国语言的评论员解说等。我国的独家持权转播商即我国的中央电视台（CCTV），2014 年 CCTV 取得了 2018-2024 年的独家转播权。[3]

本届冬奥会赛事，CCTV 分授权了中国移动咪咕、腾讯、快手、北京冬奥纪实频道、上海五星体育频道、广东体育频道，作为中国大陆地区的传播媒体。[4]也就是通过这些媒体，让我们能够随时随地观看冬奥会的点点滴滴。

可以看出，奥运赛事转播模式大体如下：

---

[1] Olympic Committee, Olympic Charter, https://library.olympics.com/
[2] Olympic Committee, Olympic Charter, https://library.olympics.com/
[3] IOC, IOC awards 2018-2024 broadcast rights in China, https://olympics.com/ioc/news/ioc-awards-2018-2024-broadcast-rights-in-china
[4] 中央广播电视总台，中央广播电视总台关于第 24 届冬季奥林匹克运动会版权保护的声明，http://news.cctv.com/2022/01/25/ARTIUxzx99e8tmbOlkVgiCX7220125.shtml

国际奥委会负责奥运赛事的组织举办，奥林匹克广播公司 OBS 负责对赛事现场活动摄制并制作成公用信号，持权转播商对公用信号二次加工后向公众实况转播。

对于一般体育赛事而言，转播模式也与奥运会基本类似，不同之处在于：一般体育赛事并不制作公用信号，这是由于一般体育赛事的传播范围和渠道并没有奥运会那样广泛。

因此，在体育赛事转播中涉及的法律主体主要为：

赛事组织者，组织举办赛事，将赛事的采集、传播权利向下授权。

赛事画面制作者，对赛事活动现场进行采集，对赛事画面进行加工、制作成节目画面。

赛事画面传播者，向公众传播赛事节目画面。

二、体育赛事转播的法律保护

在归纳了体育赛事的转播模式后，如何保护体育赛事转播各方的权利是行业内最为关注的问题，而我国司法实践以及法学界也对此一直讨论不休。笔者在此简要梳理如下。

（一）赛事组织者的法律保护

体育赛事组织者对体育赛事转播享有什么权利？

以奥运会为例，奥委会在《奥林匹克宪章》中写明其享有赛事的全部权利，包括赛事的组织、传播、开发等。一般而言，赛事组织者，无论是赛事组委会、赛事公司或者是相关协会等，都会在协会章程等类似文件中写明其享有赛事转播权。

但是，**在我国现行法律框架下，并没有所谓“赛事转播权”这一权利的相关规定。体育赛事活动也并非文学、艺术和科学领域的智力成果且无法复制，难以受到《著作权法》的保护。**这意味着，如果有人未经许可对体育赛事活动的现场进行了转播，且此人并非赛事组织方（比如赛事协会）的成员，那么由于协会章程等文件对非协会成员并不具有约束力，赛事组织者可能仅可借由物权（对赛事场地的占有）而禁止此人入场，而没有办法对转播行为进行追诉。

这显然是有悖于常识的。**赛事组织者为赛事的举办投入了大量的金钱、时间、人力等，应当对赛事享有商业权益**，而“赛事转播权”则是其中的重中之重。在司法实践中，法院也普遍对此予以认可。

而在学界，为保护赛事组织者的“赛事转播权”，存在着多种学说，例如赛场准入说、企业权利说等，但是或多或少都存在一些问题。

好在，2021 年 10 月 23 日发布的**《中华人民共和国体育法（修订草案）》（征求意见稿）中第四十七条规定：“未经体育赛事活动组织者等相关权利人许可,不得以营利为目的采集或者传播体育赛事活动现场图片、音视频等信息。”这意味着，该条款正式通过时，赛事组织者的“赛事转播权”即有了权利基础。**

而在当下，赛事组织者寻求现行法律对“赛事转播权”的保护，可以通过建立合同关系来追究违约责任。

一般而言，建立合同关系需要有明确的合同主体和意思表示，因此公告等对不特定对象的文件往往难以被认定为合同。故而，**赛事组织者需通过购买门票、赛场准入告知等方式与观众等赛事相关人员建立合同关系**。

当然，该途径也有其欠缺。由于合同关系是相对权而非绝对权，其难以对世产生普遍效力，所以若某人未经许可采集或者传播体育赛事活动画面，但是赛事组织者并未与此人建立合同关系，则难以追究其违约责任。

（二）赛事画面的法律保护

由于在实践中，赛事节目画面的制作者往往也是传播者，例如 CCTV 既是奥运会赛事节目画面的制作者，也向公众传播赛事节目画面，而 CCTV 的分授权媒体则可能仅为赛事节目画面的传播者。因此，对于赛事节目画面的制作者和传播者的法律保护往往合二为一，聚焦于两者的客体——赛事画面的法律保护。

1.赛事直播画面的可版权性

对于赛事节目的法律保护，其争议焦点围绕于直播/实况转播的赛事节目画面的可版权性，即直播/实况转播的赛事节目画面是否构成视听作品（原“以类似电影的方式摄制的作品”、“类电作品”）。这是因为，若赛事节目的制作方式与影视作品一致，即先行摄制、再进行后期剪辑制作后、再播出，那么在满足独创性要件的情况下可以构成视听作品，无需过多讨论。但是，直播/实况转播的赛事节目画面的制作方式并不相同，其是对赛事活动现场设置多机位进行即时拍摄后，由导播当场选取画面，同步予以播出。这就使得**直播/实况转播的赛事节目画面（下称“赛事直播画面”）需要单独讨论构成作品的两个要件：1.独创性；2.固定性。**

（1）赛事直播画面的独创性

虽然在学界中对于体育赛事画面的创作空间是否足够尚存争议，但**在目前的司法实践中，主流观点是认可赛事节目如果在机位设置、镜头切换、画面选择、剪辑等方面能够反映制作者独特的构思，是可以满足独创性要件的，笔者也倾向于该观点。**

例如，在新浪凤凰网中超案[5]中，北京高院认为：“如制作者在机位的设置、镜头切换、画面选择、剪辑等方面能够反映制作者独特的构思，体现制作者的个性选择和安排，具有智力创造性，可认定其符合著作权法规定的独创性要求”。

又例如，在咪咕联通女排案[6]中，上海浦东新区人民法院认为：“涉案排球赛事节目通过机位的设置、镜头的选取、捕捉、切换和衔接，慢动作的回放、故事的塑造等，充分体现了创作者在其意志支配下对连续画面的选择、编辑和处理，彰显了节目制作过程中的人格因素，属于文学艺术领域具有独创性的表达”。二审法院也对此予以认可。

但是，笔者需要指出，新浪凤凰网中超案中北京高院对于“独创性有无”的论述是有所失当的。实际上对于是否构成作品的独创性要件判断，其核心在于“独创性高度是否足够高”，北京高院将“独创性的有无”与“高低”的对立是对独创性标准的一种误解。[7]

---

[5] 北京新浪互联信息服务有限公司与北京天盈九州网络技术有限公司不正当竞争纠纷，再审案号：(2020)京民再 128 号，二审案号：(2015)京知民终字第 1818 号，一审案号：(2014)朝民(知)初字第 40334 号

[6] 中国联合网络通信有限公司安徽省分公司等与著作权权属、侵权纠纷，二审案号：(2021)沪 73 民终 687 号，一审案号：(2020)沪 0115 民初 51653 号

[7] 王迁，体育赛事现场直播画面著作权保护若干问题——评“凤凰网赛事转播案”再审判决，《知识产权》2020 年第 11 期

（2）赛事直播画面的固定性

目前司法实践的主流观点是支持体育赛事直播/实况转播形成的连续画面能够满足作品构成的固定性要件，但是关于该问题的争议随着新浪凤凰网中超案而愈发热烈。笔者认为新浪凤凰网中超案再审判决的观点有待商榷，而在理论上赛事直播画面可能难以满足作品的“已固定”要求。

1）议新浪凤凰网中超案 “信号可以视为介质”观点

北京高院在再审判决中认为：信号可以视为满足电影类作品定义“摄制在一定介质上”要求的一种介质。笔者对此不敢苟同。

《著作权法实施条例》第 4 条第 11 项规定：“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，是指摄制在一定介质上，由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，并且借助适当装置放映或者以其他方式传播的作品”。该条规定明确了视听作品或类电作品的“固定”要件是以“摄制在一定介质上”为标准的。

北京高院论述其观点的理由是：考虑到信息存储传播技术的进步，信息存储更加快捷、存储介质更加多元，对“介质”也应作广义解释。但是，若“信号”可以视为满足“固定”要件，那么就几乎意味着可以删除《著作权法》中作品的“固定”的要件。北京高院此处认可的“信号”是指体育赛事广播的公用信号，实际上只是一种“传播介质”而非“存储介质”[8]，其物理性质为电磁波。如果电磁波可以被视为被固定的“介质”，光波、声波、脑电波等是否也可以被视为固定的“介质”？任何的信息都是通过光波、声波等方式传递，然后在人类大脑形成脑电波被感知的，那么任何作品都可以被视为“已固定”了，这显然是荒谬的。

2）赛事直播画面能否满足固定性要件

在司法实践中，以新浪凤凰网中超案、咪咕联通女排案为代表的主流意见均认可赛事直播画面可以满足固定性要件。在上述两案中，法院提到了“随摄随播”或“边录边播”即符合固定性要件。

那么，“随摄随播”、“边录边播”是什么？两者一样吗？为什么法院认为符合固定性要件呢？

实际上，“随摄随播”与“边录边播”或者“边播边录”没有区别，都是指直播或实况转播中，一边摄制一边传播的行为。按照文义或者常理推断，既然摄制了，直播或实况转播画面肯定一边也被录制（存储）在了硬盘或者云端等介质上，那当然就符合视听作品关于“摄制在一定介质上”的固定性要件了！

其实不然。在未经许可同步转播的侵权行为发生之时，体育赛事画面内容实际上并未被固定在介质上，还没有能够形成作品。简单类比于即兴创作的口述作品，口述者在说出第一个单词之时，这个单词（类比于赛事节目的一帧画面）已经被直播/实况转播和侵权了，但《著作权法》并不保护一个单词。因此，笔者认为，随摄随播并无法满足固定性要件。

在 2021 年的聚力 A8 中超案[9]中，可以看到上海知产法院明确论述了：“少数意见认为，直播形成的连续画面不属于《著作权法》(2010 年修正)意义上的类电影作品……涉案足球赛事节目直播形成的连续画面仅属于在播放同时进行同步摄制的边播边录，并不符合已固定的

[8] 王迁，论现场直播的“固定”，《华东政法大学学报》2019 年第 3 期

[9] 深圳行云跃动网络科技有限公司与上海聚力传媒技术有限公司著作权权属、侵权纠纷，二审案号：(2021)沪 73 民终 130 号，一审案号：(2019)沪 0115 民初 45689 号

要求。”而在新浪凤凰网中超案的二审判决书中，北京知识产权法院也认为此类随摄随播并不符合固定性的要件。

可见，在固定性要件上，司法实践中也存在少数意见认为赛事直播画面难以满足。从法学理论角度出发，笔者也倾向于少数意见。

根据上述分析，**在目前司法实践的主流观点中，认可赛事节目画面的独创性与固定性，认为可以构成视听作品；少数意见认为，体育赛事的直播/实况转播画面是否满足固定性有待商榷。**

而从保护赛事画面制作者的角度出发，笔者认为，**《著作权法》下视听作品的保护力度大、保护范围全面且符合司法实践的主流观点，毫无疑问是最优的救济途径。**

但即便管辖法院可能是倾向于少数意见的，现行《著作权法》仍然为赛事直播画面提供了另一条保护路径。

2.赛事直播画面的另一条版权保护路径——广播组织权

《著作权法》第四十七条规定了广播组织权：“广播电台、电视台有权禁止未经其许可的下列行为:

（一）将其播放的广播、电视以有线或者无线方式转播；

（二）将其播放的广播、电视录制以及复制；

（三）将其播放的广播、电视通过信息网络向公众传播。”

可见，广播组织权赋予了电视台通过“播放”控制“传播”的权利，其并不以“固定”作为保护的前提，也即其保护的客体是体育赛事现场直播的转播等广播。同时，随着《著作权法》（2020 年修正）的生效，广播组织权控制的行为从原先的转播、录制进一步扩张到了互联网传播。

这意味着，**对于赛事直播画面的传播者（以冬奥会为例即 CCTV）而言，无论赛事直播画面是否构成作品，都可以行使其基于“播放”而享有的广播组织权，有效控制有线或无线方式、互联网的盗播或盗录的侵权行为。**

综上所述，在《体育法（修订草案）》正式通过的情况下，体育赛事转播的各主体寻求法律保护的主要路径如下：

赛事组织者，在《体育法（修订草案）》正式通过的情况下，可以寻求《体育法》关于禁止未经许可采集、传播赛事活动信息权利的保护，禁止未经许可的赛事转播，并可能追究其侵权责任。当然，在现行法律框架下，笔者建议赛事组织者通过门票、购票须知、入场须知等方式，在可能的情况下与赛事观众或其他相关人员建立合同关系，以确保盗录/盗播行为发生时能够多一道保障。

赛事画面制作者与赛事画面传播者往往共同聚焦于赛事节目画面的法律保护，其可以主张赛事画面构成《著作权法》下的视听作品。对于预先录制的赛事画面，当然可以构成视听作品。而对于赛事直播画面，根据司法实践主流意见，也可以构成视听作品。若法院倾向于少数意见，认为赛事直播画面难以构成视听作品（甚至录像制品），则可以通过广播组织权进行保护。当然，若在《著作权法》难以规制的情况下，不正当竞争法仍然可能为体育赛事提供兜底性的补充保护。[10]

结语

冬奥会正如火如荼地进行着，以 CCTV 为代表的媒体转播与报道使每一位观众全方位、多角度地领略选手的个人实力、体育的竞技魅力以及中国的大国风采。而赛事转播作为体育赛事商业价值上的明珠，赛事组织者、赛事画面制作者和传播者如何通过法律保护自身权益也随着体育赛事的发展而越发重要。

最后祝福第 24 届冬奥会圆满成功，奥运健儿取得佳绩，祝愿我国体育赛事产业蒸蒸日上！

（本文首发于 2022 年 2 月 10 日）

[10] 阮开欣，体育赛事的不正当竞争法保护问题研究，
https://mp.weixin.qq.com/s?src=3&timestamp=1644302239&ver=1&signature=8P6BITP5YXRJ30N9huP8t-SZW8O6vvE21-1kmpA0K2f-rvPAS8wIjmil1Dc1aRbJC8ArsFcRujanHPYtRzV-nDnbCyyLUkHXPNlN-312P0KH18vUTe7c5860G6cLp0gHhR5tDLFskD-W8r2Fpd8QiQ==

从“网易云音乐诉腾讯音乐不正当竞争”谈在线音乐平台常见纠纷：音乐版权与 UI 设计

卫新、胡至浩

近期，一则“网易云音乐诉腾讯音乐不正当竞争”的词条登上微博热搜，引起广泛关注。

起因是网易云音乐发布了《网易云音乐关于起诉腾讯音乐不正当竞争的声明》[1]（下称“《声明》”），直指腾讯音乐娱乐集团（含 QQ 音乐、酷我音乐、酷狗音乐、全民 K 歌等产品）的四项“罪状”：“盗播无授权歌曲”、“偷放无授权歌曲”、“批量化冒名洗歌”、“跟随式抄袭产品创新”。就此，腾讯音乐娱乐集团品牌公关负责人陈默在朋友圈予以非正式回应。

网易云音乐关于起诉腾讯音乐不正当竞争的声明

原创 网易云音乐 网易云音乐

2022-04-27 10:02

即便我们都承认不正当竞争在商业中时有发生，但也少有领域能像国内在线音乐一样，因不正当竞争而寸草不生的。

长久以来，腾讯音乐娱乐集团（含QQ音乐、酷我音乐、酷狗音乐、全民K歌等产品）通过非法盗播偷放无授权歌曲、批量化冒名洗歌、跟随式抄袭我方产品创新、逃避甚至对抗监管等方式侵犯我方著作权，并构成不正当竞争行为。其主要行为包括：

一．恶意侵犯著作权，并涉嫌对抗整改

图片来源：网易云音乐

陈默 腾讯音乐

音乐行业不易，大家还是继续专注做正确的、有助于行业发展的事儿吧，无视事实来碰瓷无助于音乐行业的发展，我们也不会加入打嘴架的行列，毕竟TME的小伙伴是一群真正尊重和热爱音乐的人。相关证据早已留存，该发起的诉讼也早已陆续发起，相信法律的公正。

收起

图片来源：澎湃新闻

众所周知，腾讯音乐与网易云音乐是中国位居前二的在线音乐平台，两家占据了 90%以上的市场份额，网友纷纷调侃是“二哥告了大哥”。

那么“二哥”到底以什么理由告了“大哥”，“大哥”又回应了些什么呢？借讨论此事件，本文将向大家主要介绍在线音乐平台中的常见纠纷：音乐版权与 UI 设计。

网易云音乐“告状”之一： QQ 音乐通过“分区域播放”功能盗播网易云音乐方作品

网易云音乐在《声明》中称：QQ 音乐屡次在未获授权情况下，上架其热门作品，更是

[1] 网易云音乐关于起诉腾讯音乐不正当竞争的声明，网易云音乐，来源：“网易云音乐”微信公众号

在网易云音乐提起维权后，针对性地只在其日常监测区北京、上海、广州、杭州等地区下架相关作品，但在其他监测、维权能力弱的地区，如天津、山东济南、浙江宁波等地区仍可继续盗播、偷放。

律师观点：

据笔者联系外地的朋友测试，《声明》发出后，在浙江宁波地区， QQ 音乐已经无法播放网易云音乐在《声明》中提及的《世间美好与你环环相扣》（柏松）等歌曲。可以想见，其他地区的“分区域播放”行为也已取消。

“分区域播放”从技术角度来看并没有什么难度，但却能够有效降低被发现侵权的风险。因为，互联网公司及其分支机构大多设于北京、上海、杭州、广州等互联网行业发达地区，而常见的互联网侵权监测地点也均在这些地区，在这些地区下架可能侵权的作品可以大大降低被监测到侵权的可能性。同时，对于权利人来说，每增加一个监测地点都要相应增加不少成本，该项“骚操作”可谓“经济高效”。

从法律角度而言，《声明》中所称的“分区域播放”无授权歌曲，其本质即未经著作权人许可使用作品，构成侵权的可能性较高。同时，“分区域播放”是在收到了维权通知后的持续行为，且采取了规避维权监测的措施，可能存在较高的侵权故意且情节较为严重，不排除在权利人主张的前提下适用惩罚性赔偿的可能性。

网易云音乐“告状”之二：QQ 音乐通过“导入外部歌单”功能偷放网易云音乐方作品

网易云音乐称：针对无授权歌曲，QQ 音乐开发复制其平台歌单链接再导入的功能，即可实现原置灰不能播放歌曲的重新播放和下载。

腾讯音乐非正式回应

对于盗播、偷放无授权歌曲，腾讯音乐相关负责人似乎并没有作正面的回应。在其朋友圈中，配上了网易云音乐在授权到期后向公众打包销售周杰伦全曲库的截图，该案在历经法院审理后，网易云音乐被判侵权并赔偿损失 85 万元[2]，意指网易云音乐的著作权侵权事迹。

律师观点：

说实话，笔者作为一个双 APP 使用者在此之前并不知道有该项功能，在看到《声明》之后，经过亲测，发现“导入外部歌单”功能实际上是：通过在线音乐平台的歌单分享功能取得歌单链接，粘贴到该功能下，即可将分享的歌单导入 QQ 音乐中。

根据《声明》，原本在 QQ 音乐显示“无音源”不能播放的歌曲，只需要将其加入歌单再分享，将分享得到的包含 y.qq.com（即 QQ 音乐的域名）的歌单链接复制到“导入外部歌单”的“粘贴歌单链接”处导入，就可以重新播放和下载。

据笔者亲测，在《声明》之后，以“导入外部歌单”功能播放无音源歌曲的操作已无法实现。

若《声明》所述属实，那意味着：用户可以通过“导入外部歌单”功能，在不需要经过

[2] 腾讯音乐娱乐科技（深圳）有限公司与杭州网易云音乐科技有限公司、杭州乐读科技有限公司录音录像制作者权权属纠纷一审民事判决书，案号：(2018)粤 0391 民初 802 号

外部在线音乐平台的情况下，即可播放和下载无授权歌曲。那么，“导入外部歌单”功能可能与网络服务提供商设立链接跳转播放不同（虽然这也构成信息网络传播权侵权），在该在线音乐平台的曲库中可能确存有无授权歌曲的音源，或者该在线音乐平台可能系通过嵌入相应的歌曲音源文件 URL 等类似技术方式实现的“盗链”。

从法律角度而言，《声明》中所述的“导入外部歌单”功能偷放作品，其本质也是未经著作权人许可使用作品，该行为构成侵权的可能性较高。

网易云音乐“告状”之三：腾讯音乐批量化对无授权热门歌曲冒名洗歌，恶意截流

网易云音乐称：腾讯音乐旗下 QQ 音乐、酷狗音乐、酷我音乐针对无授权作品制作大量冒名、洗歌作品，误导用户播放。

腾讯音乐非正式回应

对于冒名洗歌的“告状”，腾讯音乐相关负责人也并没有作正面的回应。其朋友圈中配上了在网易云音乐中搜索酷狗音乐合作艺人的作品《一路生花》的部分结果，即在网易云音乐上也存在多个《一路生花》的翻唱、改编版本，似乎意指网易云音乐存在冒名、洗歌现象。

律师观点：

洗歌一词实际上是音乐行业借鉴了文字行业中洗稿一词，指对其他人的原创内容进行篡改、删减，使其好像面目全非，但其实最有价值的部分还是抄袭的[3]。洗歌常见的操作有重新编曲、不更改和声而仅在乐句中弱拍处修改旋律等。当用户在音乐 App 上搜索热门歌曲时，看到的大量相同或者类似名称的推荐结果，那往往就是所谓的冒名、洗歌作品。

虽然冒名、洗歌的性质和影响都十分恶劣，构成侵权的可能性非常高，但追究冒名、洗歌的法律责任却较为困难。

1、冒名、洗歌作品与被侵权作品 “实质性相似”认定难

《著作权法》上的侵权认定遵循“接触+实质性相似”的原则，但音乐作品的“实质性相似”认定（“抄袭”认定），并无一个法定的或者行业公认的标准，网上曾流传的“8 小节原则”、“6 小节原则”或是“4 小节原则”，都不是法定标准。原因非常简单：如果采用以连续多少个小节的相似为标准，那么只要改写最后一个小节就可以规避侵权，这个标准自然毫无意义。

因此，在司法实践中，法官与律师作为非音乐专业人士，往往也需要依靠音乐专家的专业意见或出庭作证，对比乐谱、旋律、和弦、节奏、乐器、织体、结构、风格、动机等等元素，并且剔除出其中的公有元素、通用表达或“不是特别独特或罕见的组合方式”[4]来综合判断，才有可能认定是否构成抄袭。这使得著作权人的维权需要通过漫长的诉讼程序并负担高昂的成本。这也是为何冒名、洗歌产业如此猖獗的原因之一。

2、在线音乐平台与冒名、洗歌作者构成共同侵权认定难

而要追究在线音乐平台方对冒名、洗歌作品的法律责任的障碍更大。冒名、洗歌作品的

---

[3] https://baike.baidu.com/item/%E6%B4%97%E7%A8%BF/20862574?fr=aladdin

[4] Katy Perry《Dark Horse》一案中地方法院与第九巡回法院的观点，可参见 https://www.wlf.org/2022/04/26/wlf-legal-pulse/dark-horses-joyful-noises-and-the-building-blocks-of-musical-expression/

制作者绝大多数情况下并非在线音乐平台，仅是用户将这些作品上传到了平台上，难以证明平台与这些冒名、洗歌作品的制作有所关联。这意味着一般情况下在线音乐平台并非直接实施侵权行为的主体，无法适用《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第四条规定的“共同侵权”条款；除非在线音乐平台与上传者存在如签约音乐人等更紧密的合作关系，才可能构成“共同侵权”。

3、对于平台上冒名、洗歌作品，在线音乐平台可能构成教唆、帮助侵权

《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第七条中规定了网络服务提供者的“教唆侵权”或“帮助侵权”。

[第七条　网络服务提供者在提供网络服务时教唆或者帮助网络用户实施侵害信息网络传播权行为的，人民法院应当判令其承担侵权责任。

网络服务提供者以言语、推介技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励网络用户实施侵害信息网络传播权行为的，人民法院应当认定其构成教唆侵权行为。

网络服务提供者明知或者应知网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权，未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，或者提供技术支持等帮助行为的，人民法院应当认定其构成帮助侵权行为。]

在 2011 年，摩登天空与 VeryCD 一案[5]中，法院就认定用户上传资源链接与网站分类编排模式相对应的，网站构成帮助侵权。又如在腾讯音乐与荔枝 App 一案[6]中，网络服务提供者在收到了权利人的《通知书》、授权文件及侵权作品清单后，未采取必要措施的，网络服务提供者构成帮助侵权。

因此，要追究在线音乐平台对于冒名、洗歌作品的责任，可以参考《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》，根据其用户协议、搜索结果、内容政策、涉案作品首页位置、分类选项、推荐页面、排行榜页面、侵权预防措施、侵权通知处理、涉案作品知名度及数量等实际情况，进行取证、分析，主张教唆侵权或帮助侵权。

网易云音乐告状之四：长期对网易云音乐的视觉设计、产品功能、创新机制等进行抄袭

网易云音乐称：QQ 音乐、酷狗音乐、酷我音乐抄袭网易云音乐黑胶播放页设计，酷狗音乐、QQ 音乐抄袭网易云音乐“一起听”功能，酷狗音乐抄袭网易云音乐“云贝推歌”功能设定及界面设计。

腾讯音乐非正式回应

腾讯音乐对该事项作出了非正式的正面回应。在朋友圈中，配上了 QQ 聊天界面中类似“一起听”功能的截图、酷狗在 2015 年申请的“跟听”相关发明专利[7]以及“音乐推”相关发明专利[8]，意指相关功能为自己先行研发设计。

除此之外，朋友圈中还指出网易云音乐也跟随式上线了酷狗的“无缝播放”功能，并表示“相关证据早已留存，相关诉讼也早已陆续发起”，不排除腾讯音乐可能已经对网易云音乐提起了相关专利侵权的诉讼。

---

[5] 案号：(2011)徐民三(知)初字第 174 号
[6] 案号：(2020)粤 0391 民初 3729、3731、3733-3740、3742-3744 号
[7] http://epub.cnipa.gov.cn/patent/CN105554522A?8kt2YOWWXQBD=1651051173996
[8] http://epub.cnipa.gov.cn/patent/CN104883619A?8kt2YOWWXQBD=1651051407244

律师观点：

① QQ 音乐、酷狗音乐、酷我音乐抄袭网易云音乐黑胶播放页设计

网易云音乐提出其已注册黑胶播放页相关设计专利。据查询发现网易云音乐确有注册多项外观设计专利，其中以 2019 年 9 月 9 日申请的名为“显示屏幕面板的黑胶打碟图形用户界面”的相关外观设计专利[9]较为成熟。

但是，从法律角度而言，UI（User Interface，用户界面）设计的外观设计专利侵权问题较为复杂。其中涉及到该外观设计专利权的保护范围认定、外观设计是否构成相同或相似认定等问题，需要通过司法实践方能予以认定。

例如在 2021 年上海知识产权法院判决的小豹招聘 App 一案[10]中，法院从上至下依次对图形界面的搜索栏、信息介绍栏、功能选项、热门筛选条件、信息列表以及底部功能选项等设计及其布局的设计要点予以比对，最终认为被控侵权界面与涉案专利设计整体视觉效果不同亦不近似。

② 酷狗音乐、QQ 音乐抄袭网易云音乐“一起听”功能 & 酷狗音乐抄袭网易云音乐“云贝推歌”功能设定

网易云音乐在《声明》中称：酷狗音乐、QQ 音乐抄袭网易云音乐“一起听”功能以及酷狗音乐抄袭网易云音乐“云贝推歌”功能设定，并详细列举了各产品类似功能的上线时间。

从法律角度而言，网易云音乐并没有在“一起听”和“云贝推歌”两项功能上强调自己的专利权利，可以猜测若提起诉讼，可能的主张为不正当竞争侵权。但是，若被告能够举证其享有在先权利，那么其构成不正当竞争侵权的可能性较低。

③ 酷狗音乐抄袭网易云音乐“一起听”&“云贝推歌”界面设计

网易云音乐称：在界面设计上，酷狗音乐的“跟听”对网易云音乐的“一起听”，“音乐推”对网易云音乐的“云贝推歌”进行像素级的抄袭。

网易云音乐“一起听”与酷狗“跟听”对比

[9] http://epub.cnipa.gov.cn/patent/CN307192304S

[10] 上海知产法院首例涉图形用户界面（GUI）外观设计专利侵权纠纷案宣判，上海知识产权法院，来源：”上海知产法院”微信公众号

酷狗音乐“音乐推”功能抄袭网易云音乐“云贝推歌”

图片来源：网易云音乐

在 2021 年年初，网易云音乐就曾发布《关于给酷狗音乐“山寨办”团队申请年终奖励的建议》[11]一文，内涵酷狗音乐致敬“一起听”、“云贝推歌”功能的设计样式与交互形式。在 UI 设计层面，此次《声明》系网易云音乐时隔一年后的旧事重提。

其实，不单单是在线音乐行业，UI 设计的纷争在各个行业领域早已屡见不鲜。

例如在美国开展的、赔偿金额高达 5 亿美元的苹果与三星之间的专利纠纷中，苹果就对三星提起了侵犯其多项专利（包括 UI 设计相关专利）的诉讼。

在国内早些时候，奇虎软件曾在 UI 设计上尝试进行外观设计专利维权[12]，看客影视[13]、神马搜索[14]也尝试过以主张汇编作品进行著作权维权，但并未取得成功。而近年来，金山软件就趣输入 UI 设计成功开展外观设计专利维权[15]、腾讯就微信 App 视觉设计成功开展著作权及不正当竞争维权[16]、快手就快手 App 视觉设计成功开展不正当竞争维权[17]等案例，显示出国内法院开始重视起了对 UI 设计的保护。

UI 设计，实际依托于产品的展示界面，往往同时包含图片、文字等多项要素。因此，无论是 UI 设计中的元素或是其整体，若符合《著作权法》中作品的构成要件，均可单独作为作品受到保护。同时，UI 设计也往往符合《专利法》中外观设计专利的定义。

但事实上，UI 设计整体要构成《著作权法》下的作品的难度较高。

---

[11] 网易云音乐：关于给酷狗音乐“山寨办”团队申请年终奖励的建议，网易云音乐，来源：“网易云音乐”微信公众号

[12] 案号：（2016）京 73 民初 276 号

[13] 案号：（2018）渝 01 民终 470 号

[14] 案号：（2017）粤 0106 民初 11928 号

[15] 上海知识产权法院对两起涉图形用户界面（GUI）外观设计专利侵权案作出一审判决，上海知识产权法院，易嘉、张凌辰，来源：“上海知产法院”微信公众号

[16] 首例 | 微信截图生成软件构成著作权侵权及不正当竞争，深圳市中级人民法院，来源：“深圳市中级人民法院”微信公众号

[17] 案号：（2018）京 0108 民初 51773 号

其主要原因在于功能性要求与独创性表达的冲突。App 产品的 UI 设计要实现简明、易懂、好操作的功能性要求，不可避免地采取大量通用的惯常设计方式与表达，限缩了产品设计者独创性选择的空间，《著作权法》所追求的个性化表达与 UI 设计所追求的用户快速接受的功能性要求产生矛盾，导致 UI 设计难以满足著作权法的独创性要求。[18]虽然在微信截图生成软件构成著作权侵权及不正当竞争[19]一案中，腾讯主张构成美术作品成功，但细看判决可以发现，法院认为构成美术作品的是包括了“微信表情、微信支付图标、微信红包详情页、微信红包气泡、微信图标”的整体，其中有部分可能超出了一般 UI 设计的范畴。而在快手 App 一案[20]中，法院就认为，界面排布方式为通用表达、功能和标签名称的表达空间有限、界面设计选择有限，UI 设计整体难以构成独创性表达。

因此，不难理解，对于大部分的 UI 设计而言，要通过《著作权法》予以保护都是较为困难的，但仍然要根据实际情况来具体判断。例如，对于构成连续动态画面的 UI 设计，《著作权法》中的视听作品或许能够给予更好的保护。

正因如此，从全球范围来看，将 UI 设计作为外观设计专利进行保护是一种主流选择。

但是在我国，UI 设计的外观设计专利保护仍然存在一定困难。

第一，我国《专利法》未脱离载体产品限定。虽然我国《专利法》将外观设计的定义[21]最终落脚于“新设计”，但立法者在分解该定义时依然将“产品”视为不可缺少的载体，专利审查部门也更倾向于外观设计专利保护的客体是产品而不是设计。这也导致开发者不能单独针对图形用户界面申请外观设计专利，而必须将图形用户界面与一定的产品相结合。[22]相比于海外，如欧盟直接将“图形符号”视为产品，申请外观设计时仅需单独提交图形用户界面的视图即可，无需提交使用该图形用户界面的产品视图。而美国的外观设计专利虽然在申请时依然需要依赖产品，但在进行侵权判定时，并不以载体产品为限定。[23]

第二，免费下载行为可能构成非生产经营的侵权抗辩事由。

但值得庆幸的是，在趣输入一案[24]中上海知识产权法院认为“因手机外形属于惯常设计，对外观设计的整体不产生实质性影响”，将 UI 设计与产品进行了剥离，并充分考虑了图形用户界面产品领域的特点及该领域的行业发展规律，认为“仅提供应用软件已成为引发侵权最主要的原因”，最终认定构成侵权。可以看到在司法实践中，法院已经意识到 UI 设计的外观设计专利保护难点，并尝试予以解决。

而在著作权与专利权之外，仍然还有一条反不正当竞争的路径可以保护 UI 设计。在快手 App 一案[25]中，北京市海淀区人民法院认为：被告 App 同为通过互联网产品提供服务的经营者，直接使用快手 App 的界面设计，显然系未付出任何劳动故意截取他人利益的“不劳

---

[18] 观点集萃丨APP 视觉设计的知识产权保护，人大版权，高雅文，来源：“人大版权”微信公众号

[19] 同前注 16

[20] 同前注 17

[21] 《中华人民共和国专利法》第二条：外观设计，是指对产品的整体或者局部的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

[22] 同前注 18

[23] 转引自大邦丨浅议 GUI 外观设计专利保护，大邦法律评论，郜少毅、孙成、李蓉，来源：“大邦法律评论”微信公众号。参见论图形用户界面外观设计专利侵权认定，电子知识产权，2018 年 05 月，何培育、马雅鑫。See 35 U.S.C.A. § 289: “Whoever during the term of a patent for a design, without license of the owner, (1) applies the patented design, or any colorable imitation thereof, to any article of manufacture for the purpose of sale, or (2) sells or exposes for sale ...”

[24] 同前注 15

[25] 同前注 17

而获”行为，违反了诚实信用原则和公认的商业道德，违反了《反不正当竞争法》第二条之规定。可见司法实践中已有认定 UI 设计构成不正当竞争侵权的判例，在确有直接使用权利人界面设计或造成混淆的情形属实的情况下，涉案 App 方可能存在一定的侵权风险。

回到此次事件，虽然《声明》中使用了“抄袭”的字眼，但是否会以著作权作为请求权基础暂时无法确定。仅从《声明》中的截图来看，该等界面设计的部分或整体能否构成《著作权法》下的作品存疑，有待司法实践的认定。而在未注册外观设计专利的情况下，也或可尝试主张不正当竞争侵权。

在线音乐平台的竞争核心：音乐版权

在线音乐平台纠纷的根源在于知识产权的垄断性。

如果说 UI 设计的垄断是争取用户黏度的重要方式，那么在线音乐市场的竞争核心还是音乐版权，没有消费者愿意使用音源不足的在线音乐平台。几年前找一首歌要辗转几个音乐 App 的局面，正是在线音乐独家版权所致。

在行政部门的努力下，我国音乐独家版权的局面有所改变。在 2018 年 2 月，腾讯音乐与网易云音乐相互授权音乐作品达到各自独家音乐作品数量的 99%以上。而仍未互相授权的那 1%的音乐作品，即成为各平台差异化竞争和引流的利器[26]。即便在 2021 年 7 月，腾讯音乐和网易云音乐因市场监督管理总局的处罚，各自解除其音乐独家版权协议，但实际上仍然在音乐版权上激烈的竞争。不难发现，仍然有一些音乐仅能在腾讯音乐或网易云音乐收听，例如周杰伦的大部分歌曲仅在腾讯音乐有音源，又如《声明》中提及的《世间美好与你环环相扣》（柏松）等仅在网易云音乐有音源。

这就使得在线音乐平台可能去通过一定的技术手段向用户提供未经许可的作品，或者为用户上传的涉侵权作品提供便利，以此来吸引更多的用户。

分区域播放、导入外部歌单等通过一定技术手段向用户提供未经许可的作品的行为，往往具有一定的隐匿性，不易发现而便于处理，这使得权利人的维权成本因此上升。同时，此类行为对于取得了授权的在线音乐平台可能持续地产生较大的分流损失。所以，有权方往往采取固定证据-发布声明的方式，迫使侵权方迅速下架相关功能，降低其实际损失并取得舆论上的优势。

而冒名、洗歌等用户上传涉侵权作品及在线音乐平台为上传涉侵权作品提供网络服务的行为，其可诉讼性相对较低。原因有三：

第一，在取消了音乐版权独家授权协议的情况下，在线音乐平台不一定享有诉讼权利。

第二，赔偿金额无法覆盖维权成本。如上文所分析，由于涉及音乐专业问题，权利人追究侵权作品制作者的法律责任需要负担较高的维权成本。同时，权利人所能取得的赔偿金额也不够高，以 2022 年 4 月 21 日北京市高级人民法院发布的《关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》第 3.2 条规定为例，复制、发行、在线播放的基本赔偿标准为每首音乐作品的赔偿数额一般不少于 600 元。

第三，追究在线音乐平台的法律责任很大程度上依赖于在线音乐平台自身的过错。

这些都导致了冒名、洗歌行为的可诉讼性较低。因此，在线音乐平台之间更愿意在该问

[26] 音乐流媒体平台的内容生态之争，人民邮电报，赵乐瑄，https://www.cnii.com.cn/gxxww/rmydb/202107/t20210723_295865.html

题上互相“打口水仗”而未有实质的法律措施。

当然，冒名、洗歌行为的影响与性质如此恶劣，甚至目前已经发展到有公司以此为业，以流水线方式生产冒名、洗歌作品，赚得盆满钵满的地步，对音乐产业造成了极大的损害。对此，笔者认为，当同一侵权主体多次、反复地实施侵权行为时，赔偿金额无法覆盖维权成本的问题自然也不复存在，权利人应当对那些专业从事制作冒名、洗歌作品的主体加以关注，采取整体性的维权措施。

小结

当下，在线音乐平台之间内部的竞争压力、音乐行业上下游的合作压力、视频流媒体的外部压力都愈发加剧，面对各种形态的问题与纠纷，如何在其中找到平衡点，促进行业的健康有序发展应当是在线音乐平台共同的目标。

需要再次明确，上述均为在假设双方陈述属实的前提下对法律问题展开的学术讨论，并非结论性的法律意见。

另外值得一提的是，此次《声明》系在未取得生效法律文书的前提下发出，若陈述有所偏差，也有可能构成《反不正当竞争法》第十一条规定的编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉的行为。

最后，希望此次事件能够激发在线音乐市场的活力，增加音乐行业知识产权保护意识，推进音乐产业的进一步发展。

（本文首发于 2022 年 5 月 23 日）

80.26 亿引以为戒的个人信息合规要点

虞杨、洪璐

引言

2022 年 7 月 21 日，国家互联网信息办公室依据《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》《行政处罚法》等法律法规，对滴滴全球股份有限公司（下称“滴滴”）处人民币 80.26 亿元罚款，对滴滴董事长兼 CEO 程维、总裁柳青各处人民币 100 万元罚款。

此次罚款约占滴滴 2021 全年营收的 4.62%（根据相关法律规定，顶格罚款为 5%），是迄今为止国家网信办开出的最高罚单，更是再一次敲响了企业个人信息保护合规的警钟。

1. 一纸《隐私政策》，尚不能“明哲保身”。

通过《隐私政策》向用户告知处理个人信息的目的、方式、范围等，以实现处理个人信息的合法性及正当性是企业的基本做法，但在本次滴滴巨额罚款的背后，我们还是看到了“未准确、清晰说明用户设备信息等 19 项个人信息处理目的”的违法事实。

这就再一次提示企业，《隐私政策》的目的是为了向用户履行告知义务，但这是只形式上的必要非充分条件，在实质上保证用户的知情权才是企业履行个人信息保护义务的根本。

（1） 对于向用户展示的个人信息处理规则：

在文本形式上，不得人为给用户造成阅读障碍，比如字体极小、行距过密、未提供简体中文版等。

在实质内容上，不得晦涩难懂、冗长繁琐，使用户难以理解，比如使用大量专业术语、无实质作用的条款过多等。另外，还应当明确告知用户，收集某些个人信息是为了实现什么样的功能目的，并因此调用哪些手机权限等。

在展示方式上，除《隐私政策》外，我们建议企业就“个人信息收集清单”（包括业务场景、收集的个人信息、收集方式、收集目的）及“第三方信息共享清单”（包括 SDK 的名称、所属公司名称、使用目的、处理方式、涉及的个人信息、第三方隐私政策协议/官网链接）单独成文，并在 APP 首次运行时，通过弹窗等明显方式提示用户阅读、主动勾选同意，同时进入 App 主界面后应当在 4 次点击操作内能够访问。

（2） 在具体业务场景中：

应当通过弹窗的方式获取相应权限，并应当在弹窗中说明获取该等权限收集的个人信息及实现的功能目的。

（3） 超授权范围处理个人信息需获取“二次授权”：

我们注意到，滴滴的违法事实之一还包括“在未明确告知乘客情况下分析乘客出行意图信息、常驻城市信息、异地商务/异地旅游信息”。

显然，这些信息的分析基础需要基于用户每次打车时的位置信息等，但对于前述信息的收集，网约车 APP 往往仅告知用户是以“准确查找周围车辆、司机能准确接您上车”为目的。因此，如果企业欲利用前述收集的数据对用户出行意图等信息进行分析，则属于收集使用个人信息的目的发生变化，此时就应当再次获取用户的明示同意，并对隐私政策等个人信息收集使用规则及时进行更新并提醒用户阅读等。

需要注意的是，如果企业利用算法等技术对上述信息进行分析的目的是为了向用户进行相应商业营销或其他更精准的个性化服务，应当单独设置同意与否的选项，对于不同意的用户不得擅自分析用户出行数据，更不得因此就拒绝向该用户提供全部服务内容。

（4） 敏感个人信息的处理应当更为审慎

除了对一般个人信息的违法处理外，本次滴滴还涉及对乘客人脸识别信息等敏感个人信息的过度收集。

由于敏感个人信息一旦泄露、非法提供或滥用便可能危害人身及财产安全，故而在法律上，对其的保护标准更为严格。一方面，对于敏感个人信息，企业应当履行额外告知义务，即除了向个人明确具体的告知收集敏感个人信息的范围、目的及方式外，还应向个人告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响；另一方面，应当获取用户的单独同意。

如果未经用户同意，擅自收集大量的个人敏感信息，或者导致个人敏感信息泄露的，企业除了承担行政责任外，还有可能涉嫌构成侵犯公民个人信息犯罪。因此，建议企业在处理敏感个人信息时应当格外谨慎。

关于敏感个人信息的范围，可参考举例如下：

个人财产信息	银行账户、鉴别信息（口令）、存款信息（包括资金数量、支付收款记录等）、房产信息、信贷记录、征信信息、交易和消费记录、流水记录等，以及虚拟货币、虚拟交易、游戏类兑换码等虚拟财产信息
个人健康生理信息	个人因生病医治等产生的相关记录，如病症、住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、护理记录、用药记录、药物食物过敏信息、生育信息、以往病史、诊治情况、家族病史、现病史、传染病史等
个人生物识别信息	个人基因、指纹、声纹、掌纹、耳廓、虹膜、面部识别特征等
个人身份信息	身份证、军官证、护照、驾驶证、工作证、社保卡、居住证等
其他信息	性取向、婚史、宗教信仰、未公开的违法犯罪记录、通信记录和内容、通讯录、好友列表、群组列表、行踪轨迹、网页浏览记录、住宿信息、精准定位信息等

2. 获取了用户同意，亦不能“高枕无忧”。

在 80.26 亿巨额处罚的背后，“过度收集”在八个方面的违法事实中占了足足一半：过度收集用户剪切板信息、应用列表信息、乘客人脸识别信息、打车地址信息等等。而另一违法事实“在乘客使用顺风车服务时频繁索取无关的‘电话权限’”实则和“过度收集”的内涵一致，都属于违反个人信息处理的必要性原则。

根据相关法律法规的规定，企业在处理个人信息时，应当具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，不得过度收集个人信息，个人信息的处理需遵循最小必要原则。

具体而言：第一，收集的个人信息应具有明确、合理、具体的个人信息处理目的；第二，收集的个人信息应限于实现处理目的所必要的最小范围。范围通常涉及收集个人信息的类型、频率、数量、精度等；第三，应采取对个人权益影响最小的方式收集个人信息。一般而言，个人信息越敏感其处理活动对个人权益影响越大；第四，收集的个人信息应与处理目的直接相关，即没有该等个人信息的参与，产品或服务的功能就无法实现；第五，应仅在用户使用业务功能期间，收集该业务功能所需的个人信息。

2022 年 4 月 24 日，国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会最新发布的《信息安全技术 移动互联网应用程序（App）收集个人信息基本要求（GB/T 41391-2022）》中，对常见服务类型 App 必要个人信息的范围及使用要求进行了规定，其中，网约车类 App 必要个人信息范围和使用要求如下：

表 A.2 网络约车类 App 必要个人信息范围和使用要求

服务类型	必要个人信息	使用要求
网络约车	注册用户移动电话号码	用于网络约车用户注册，满足对 App 注册用户进行真实身份信息认证的要求，同时也可用于司机与乘客联系
	乘车人出发地、到达地、位置信息、行踪轨迹	乘车人出发地、到达地用于确定行程起终点 位置信息用于确定用户当前位置，推荐周围上车点，搜索显示附近车辆信息 行踪轨迹用于保障行程安全及处理用户纠纷，完成处理目的的行踪轨迹信息应及时删除或匿名化处理
	仅对使用网络预约出租汽车服务的用户收集： 支付时间、支付金额、支付渠道等支付信息	用于用户对网络预约出租汽车服务订单付款

写在最后

当然，本次事件滴滴因赴境外上市还涉及国家安全等因素，但归根结底，个人信息的处理行为已经成为数据时代企业经营中难以避免的一环，在立法执法越来越严格和公民个人信息保护意识开始觉醒的大背景下，企业应系统构建企业数据合规制度，特别注意审查个人信息合规漏洞，并及时采取整改措施。

（本文首发于 2022 年 7 月 25 日）

从灌篮高手电影片段在网上流出现象浅谈日本对电影著作权的保护

马政钧

12 月 3 日随着电影《THE FIRST SLAM DUNK》，中文译：《灌篮高手电影版》的上映，作为一个从小看灌篮高手长大的中年人，那一刻仿佛又回到了少年，百感交集。看着书架上的漫画,遥想起当年暑假陪伴我的有三样东西，一是拖到快开学才开始做的暑假作业，二是和同学每天辗转各个学校打篮球，三是上海有线电视台每天 18 点 2 集连播的灌篮高手。然而令人遗憾的是，20 多年前的 TV 版动画大结局定格在了湘北出征全国大赛前，作者井上雄彦用 7 卷漫画的篇幅描写湘北与全国冠军山王工业的那场激战一直没有出动画成了青春回忆中的一大遗憾。

事情的原委

大约 1 年前，版权方集英社发布消息称，灌篮高手将制作电影版预计在 2022 年冬季上映。之后官方发布了预告片，从预告片内容来看，虽然无法判断是原创剧情还是沿袭漫画，但是那些大家熟悉的角色的一一亮相，引得一大波粉丝泪目，等了那么久终于可以圆梦了。随着电影上映日期的定档，粉丝们对电影的期待越来越高，纷纷对电影预售券的小卡片和各类周边慷慨解囊。终于电影上映首映瞬即引爆了话题，笔者微信朋友圈被“影院里全是来看灌篮的人”，“爷青回”，”泪崩“这些关键字充斥。打开一些常用的国内社交媒体和视频，已经有电影的相关片段和配有接受的电影原片剪辑流出，灌篮在国内的人气可见一斑。

然而问题来了，那些电影片段显然不是官方发布，从拍摄角度和画质来看这些视频在电影院现场拍摄的可能性极大。那么假设这些视频都是在电影院里拍的，日本法律如何定界定这类行为呢？根据日本 2007 年生效的《防止电影盗录的相关法律》规定，在影院里用手机等设备对上映中的电影录像、录音为违法行为，除了会被处于罚金之外，还有可能会面临牢狱之灾。在解释法律条文前，让我们先简单了解以下这部法律的来龙去脉。

立法背景及对违法行为处罚规定

在 20 世纪 80 年代，盗版电影开始出现，盗版的方式除了翻录正版录像带之外，还有在影院盗录上映中的电影。使用摄像机在电影院盗录的盗版作品俗称“枪版”。相较于对正版录像带的翻录，“枪版”在电影上映后就出现造成和院线抢票房的情况，对映期电影票房的影响不容忽视。此外由于其影像和声音不清晰对购买“枪版”的观众来说也是一种非常糟糕的体验。进入 2000 年后，使用相机、带摄像头的手机等小型高性设备，使得“枪版”更加清晰和盗录行为更为隐蔽。 加之互联网的普及使得盗录作品能大量复制并跨境传播。2010 中期至今，自媒体和社交媒体的发达带来了新的难题，盗录的主体不再以盗版商为主，人人都可以上传盗录的电影片段或对盗录的内容做二次编辑上传到网上给自己带来流量。如今电影院中的盗录行为对电影票房的影响变得更加严重。引用一个比较旧的数据，据美国电影业协会（MPAA）海外主管组织 MPA 估计，2005 年，日本电影院的盗录造成的票房造成的损失总额为 180 亿日元。于同年日本电影票房约为 1980 亿日元，盗录行为使电影票房下降了近一成。

面对如此猖獗的侵权行为，日本著作权法对打击在电影园中盗录行为不能提供法律依据，最大的问题在于该法同许多国家的著作权法一样将他人作品的个人使用作为不可罚的行为。

假设盗录行为人称，盗录电影是为了自己个人使用，方便日后复习电影内容，则权利人不能主张其侵犯了电影作品的复制权。因此需要通过立一项特别法律来解决这一问题，在这样的背景下诞生了《防止电影盗录的相关法律》

虽然该法条文只有 5 条，但该法的核心在于明确了在电影院内对上映中的电影进行录像、录音的行为原则上认定为“盗录”，不适用著作权法的个人使用规定。因此在影院拍摄放映中的电影（包括录音）就是侵犯了著作权（复制权），适用著作权法中的处罚条款。援用日本著作权法第 119 条规定，在电影院盗录上映中的电影，将被处以 10 年以下有期徒刑或 1，000 万日元以下的罚款，或两项并处。因此不论动机是否为获利或个人使用，凡是在影院的盗录行为在日本将会面临极为严厉的惩罚。

日本动漫在全球的火爆，导致盗录行为屡禁不止

相较日本电影，日本动漫在全世界有拥有极高的人气，造成动画电影更容易受到盗录的侵害。例如，2021 年《新世纪福音战士新剧场版》在第三部 Q 上映的 9 年后，终于迎来了最终章，《新世纪福音战士新剧场版：终》。预告一经公布随即在全球范围内掀起一股热潮，之后由于疫情影响，电影上映日期多次延后，随着官方的数次“跳票”和时不时放出的电影预告及，片头 8 分钟的网上公布，吊足了一批一大批新老粉丝的胃口，电影周边及衍生产品价格水涨船高，洛阳纸贵。之后电影的热映，在互联网也上立刻出现大量的盗录视频，侵权行为遍布各国。于是制作方和联合发行方在主页发布了中日英三语的共同声明，警告盗录和在互联网上的传播行为，表示将采取法律行动。

经发现在网络上有传播目前正在上映中的《新世纪福音战士新剧场版：终》（日文：『シン・エヴァンゲリオン劇場版』）的盗录视频。在影院的盗录行为均属违反日本《防电影盗录法》的犯罪行为。将盗录的本作视频上传至YouTube、Twitter或Facebook等任何SNS、视频分享平台的行为，均视为侵害著作权行为。违反以上法律条款者，将处10年以下有期徒刑或1000万日元以下罚款，重者或将同时处以以上两种处罚。

我司一直以来对于盗录与违法传播行为保持严惩不贷的态度。2018年7月曾发生的盗录行为，当事人当时犯罪的证据和材料也已送交检察厅。

此外，对于此次已经发现的盗录和传播行为，我司正在与此次共同担当发行的东宝、东映两社进行商议，处于对应阶段

（图为版权方的中文声明）

同样，在今年上映的龙珠电影版也遭遇了盗录和网上传播行为的侵害。制作方东映公司随即发布声明，严厉谴责盗录和网上传播行为的同时，表示会联合警方和律师采取刑事和民事手段来维权。加强影院内的监视及要求平台删除侵权视频。

普法、修订法律、联合多方机构多维度维权

保护著作权无法只依赖法律，离不开社会大众对保护知识产权的意识。因此由日本政府（文化厅）牵头，联合各个行业协会，非政府组织积极开展普法教育。另外，2012 年日本著作权法中增加了，下载明知是违法上传的视频、音乐、游戏等行为也是违反著作权法。这此

修订从源头和用户两端来规制侵权行为无疑是一大创举。日本警方积极调查存在大量下载侵权内容 IP 地址，每年都会查获上百起性质恶劣的违法下载案件。由日本政府牵头和各国版权机构，政府部门合作，打击海外对日本作品的盗版行为，包括和视频平台签订版权合同给与正版的授权，关停违法网站服务器等方式遏制了猖獗的盗版行为。

培养民众基础也是保护著作权的重要手段。上文提到的“映画泥棒”的宣传片一定会出现在每部电影的开头，在告诫的同时鼓励举报在观影中发现的他人的可疑行为。该宣传片对应法律修订先后更改了五个版本，最新版本中加入了英文和中文告示，使生活在日本的外国人也能知道，即使是花钱买票观看电影，盗录行为任是违法行为。此外日本发挥了其漫画上的优势通过这种表现形式使得年轻人更能简单理解盗版是违法行为。

（图为日本朝日新闻发布的关于盗录电影被检举的新闻报道，内容称 2021 年一位公务员因盗录放映中的《名侦探柯南电影版》而移送检察院，可以看出法可知则威可测。）

结尾

在电影上映后的第二天，关于《灌篮高手电影版》的盗录版在网上传播已经在社交媒体上形成了两派讨论，认为盗录是为广大不能第一时间看到电影的粉丝能同步获得最新信息的肯定派与坚决反对这种违法行为的否定派之间互不相让。笔者作为一名铁杆粉能理解广大粉丝迫切想要了解电影内容和结局的心理，但我们不应该罔顾法律，特别是某些为了流量而故意盗录和上传的行为必须要予以谴责。篇幅有限，这里无法详谈更多的日本对电影著作权保护的具体措施，谨希望通过近期的现象引起大家的思考。近年我国的内容产业的发展有了显著提高，为了鼓励创作更多优秀作品，对著作权的保护无疑是促进产业发展的根本，保护著作权不能只依托立法执法，而应该深深植入每个用户的意识中。

（本文首发于 2022 年 12 月 6 日）

世界杯激战正酣，赛事赞助商的权益如何保护？

张博超、余伊婷

引入

世界杯作为四年一度的体育狂欢，无论是出于品牌出海还是国内营销，都促使越来越多的中国品牌加入到世界杯赞助商的行列。以本次卡塔尔世界杯为例，数据分析和咨询公司Global Data 数据显示，中国企业成为最大赞助商，为卡塔尔世界杯赞助了 13.95 亿美元，超过了美国企业的 11 亿美元。

对于世界杯如此大的热点 IP，一些非赞助商品牌或多或少想“蹭热点”，搭上这个 IP，让消费者误认为其品牌与世界杯或国际足联存在某种关联，从而提升品牌形象和曝光。而可能的“蹭热点”方式包括（1）直接在商业活动中使用国际足联官方知识产权（见下文定义），（2）虽不直接使用官方知识产权，但其行为仍使其与世界杯或国际足联产生关联。

“蹭热点”的行为必然会对赞助商的赞助权益造成贬损，影响赞助商对世界杯进行赞助的商业预期。考虑到中国企业在世界杯赞助商中所占的比重，加强中国企业的赞助权益保护显得尤为重要。因此，本文将针对“蹭热点”行为，从商标法保护、著作权法保护及反不正当竞争法保护等路径出发，为赞助商维护自身权益提供思路及方法，以制约其他非赞助商的不当营销行为。

一、知识产权相关法律保护

国际足联将世界杯赞助商分为国际足联合作伙伴（FIFA Partners）、世界杯赞助商（FIFA World Cup Sponsors）、区域赞助商（FIFA Regional Supporters）；三级赞助商权益的区别主要体现在可以进行关联推广的赛事范围、地域范围、时间范围等，而权益内容则大体相似。根据国际足联的官方网站显示，赞助商的权益包括使用官方标志、赛场曝光机会、招待机会等，其中最为主要的就是使用官方标志。

根据 2022 年 6 月 6.0 版《FIFA 知识产权指南》（以下简称《指南》），国际足联开发了一系列品牌资产，包括与世界杯及国际足联有关的标识、词语、名称、标志及其他标识符（以下简称“官方知识产权”）。《指南》中列举了主要的官方知识产权，如下图所示。

尽管《指南》将上述“品牌资产”直接简称为“官方知识产权”，但由于国际足联所发布的《指南》仅具有参考性，并不能直接公示及认证相关权利。上述官方知识产权是否以及

如何能够通过知识产权相关法律保护（本文中特指商标法、著作权法），还依赖于国际足联在各国家或地区的具体布局。

（一）《商标法》保护

针对历次世界杯的相关知识产权，国际足联及主办国会在各司法管辖区提前做好知识产权布局。

以本次卡塔尔世界杯为例，国际足联早已就如下官方标识、官方吉祥物、文字标识“QATAR 2022”、FIFA Plus 标志、吉祥物官方英文名称“La eeb”申请注册商标。非赞助商一旦使用前述注册商标，将构成对注册商标专用权的直接侵权。

由于国际足联有众多赞助商，为使得赞助商在其产品或服务上可以使用相关注册商标，国际足联通常会对全部商品类别进行注册，并不会局限于体育赛事相关的商品类别。另外，通过将注册商标授权给赞助商使用，就构成在赞助商经营的领域的“实际使用”。在此情况下，如果非赞助商侵犯注册商标专用权，较难以“国际足联未实际在相关商品上使用相关商标”为由进行抗辩。

（二）《著作权法》保护

区别于注册商标专用权，著作权自创作完成之日产生，不以注册为要求。尽管如此，在中国国内申请著作权登记，能够作为证明作品权属的初步证据，这在一定程度上可以减轻权利人的举证责任。

根据在中国版权保护中心的公开检索， 针对本次卡塔尔世界杯，国际足联于 2020 年 2 月 24 日就“2022 卡塔尔 FIFA 世界杯官方会徽（系列作品）”申请著作权登记；2022 年 7 月 11 日，就“2022 卡塔尔 FIFA 世界杯官方吉祥物”申请著作权登记。而针对其传统的大力神杯等标志，国际足联也均申请了著作权登记。

相对于商标法提供的保护，著作权法保护的优势在于可以针对所有品类的商品进行保护，不用考虑具体的商品类别（但如上所述，国际足联通过商标布局及赞助商体系，商标保护范围实际也不受商品类别限制）。但著作权保护的不足却相对明显：首先，就司法实践而言，著作权侵权承担的赔偿责任相对较低；其次，由于著作权不采取注册制，权利稳定性弱于商

标，无论是提起诉讼还是走行政程序，证明著作权侵权的难度相对较高，因此法院审理、行政投诉的处理周期都会相对较长。

因此，在相关官方知识产权在国内可以通过商标法保护的情况下，仍然建议优先通过商标法保护赞助商权益。

（三）根据知识产权相关法律提起法律行动的主体

由于国际足联为官方知识产权的持有人，赞助商仅为被许可人。那么，赞助商能否直接以自己名义提起诉讼呢？

针对注册商标的被许可人，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条明确规定，“在发生注册商标专用权被侵害时，独占使用许可合同的被许可人可以向人民法院提起诉讼；排他使用许可合同的被许可人可以和商标注册人共同起诉，也可以在商标注册人不起诉的情况下，自行提起诉讼；普通使用许可合同的被许可人经商标注册人明确授权，可以提起诉讼。”

针对著作权的被许可人，虽无特别明确的规定，但根据相关判例观点， 在专有使用权许可的情形下，被许可人作为作品唯一有权使用人，著作权被侵害时其利益直接受损，与被诉侵权行为有直接利害关系，可以作为原告提起诉讼。在非专有使用权许可情形下，经著作权人明确授权的情形下，被许可人可以提起诉讼。

因此，根据国内相关法律规定及司法实践，在赞助商获得独占许可或者经国际足联的明确授权的情况下，赞助商可以自己名义单独提起知识产权相关法律行动；如果不能获得独占许可或者经国际足联的明确授权，则需要通过国际足联或者其委托的境内律师提起知识产权相关法律行动。

在此背景情况下，赞助商为了在中国大陆境内维护其赞助权益，需要(1)在赞助协议中提前考虑相关条款，包括许可方式、如何提起法律行动、触发“明确授权”的情形等，(2)在赛事预热及举办期间，与国际足联的相关商务及法务部门有较紧密的联系，做好随时提起相关法律行动的准备工作。

二、《反不正当竞争法》保护

如上所述，本次卡塔尔世界杯的官方知识产权包括与世界杯及国际足联有关的标识、词语、名称、标志及其他标识符；而在中国境内，并非所有官方知识产权都可以获得知识产权相关法律的保护，《反不正当竞争法》的作用得以突显。《反不正当竞争法》一方面可以对知识产权相关法律“保护缺位”但具有一定影响力的词语、名称、标语等官方知识产权提供保护；另一方面针对不涉及使用官方知识产权的营销行为，《反不正当竞争法》也可以进行兜底性保护。

（一）无法通过知识产权相关法律保护的词语、名称、标语等

《反不正当竞争法》第六条前两项规定，“擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识”“擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）”的行为，可能构成不正当竞争。

举例说明，国际足联在中国境内申请注册“国际足联”的文字商标，但未注册“国际足球联合会”的文字商标，但鉴于国际足联的影响力，如果非赞助商擅自使用“国际足球联合会”，或在其他未注册的类别上擅自使用“国际足联”的文字商标，将涉嫌构成“擅自使用他人有一定影响的社会组织名称”，可以考虑通过《反不正当竞争法》予以规制。

类似的例子还包括“世界杯”字样，尽管世界杯并非国际足联专有（还存在足球世界杯、篮球世界杯、排球世界杯等），但在卡塔尔世界杯举办的这一特殊时间段，“世界杯”的指向较为明显（即指足球世界杯）。因此，如果非赞助商在宣传中较多使用“世界杯”字样，也可以考虑通过《反不正当竞争法》予以规制。

（二）不涉及使用官方知识产权的不当营销行为

《反不正当竞争法》自 2017 年修订以来，就在第六条第四项增加了兜底性的条款，“其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为”，也为打击“不涉及使用官方知识产权的不当营销行为”提供了法律上的支撑。

而亦如其他法律项下的兜底条款一般，该条款在行政执法及司法实践中尚缺乏较为明确的标准，在给予执法部门及法院自由裁量权的同时，也会增加条款适用的不确定性。根据相关司法解释及部分裁判观点，适用该项规定应当注意以下几个方面：

1.“存在特定联系的混淆”，并不局限于对商品或者服务来源的误认，一般是指误认为该经营者与被混淆对象之间存在商业联合、许可使用、商业冠名、广告代言等特定密切的商业联系；

2.该项作为规制混淆行为的兜底条款，并不限于使用他人商业标志造成的混淆误认，对使用他人商业标志之外的混淆误认行为也可以通过该项予以规制；

3.该项中虽然没有明确要求被混淆的对象“有一定影响”，但是“足以引人误认”的要件实际上包含了“有一定影响”的要求，可以综合考虑中国境内的相关公众知悉程度、宣传和使用方式等因素确定。

按照上述观点，就世界杯而言，打击“不涉及使用官方知识产权的不当营销行为”，主要着眼点在于“存在特定联系的混淆”；相关营销活动即便没有使用官方知识产权，只要其可能造成与国际足联或世界杯的特定联系，就涉嫌违反《反不正当竞争法》。

（三）根据《反不正当竞争法》提起法律行动的主体

从《反不正当竞争法》的修订沿革看来，《反不正当竞争法》曾以“竞争关系”“经营者”等概念来限制可以根据《反不正当竞争法》提起法律行动的主体；而就世界杯的赛事主办方国际足联而言，其本身并非商业组织，不属于传统意义上的“经营者”，与非赞助商之间也不存在“竞争关系”，根据《反不正当竞争法》对混淆行为提起法律行动存在一定障碍。

但“竞争关系”“经营者”的认定经历了从狭义到广义的变迁，从“同类商品或服务”，扩张到“替代关系”“关联关系”，并进一步扩张到“可能的争夺交易机会、损害竞争优势等”。2022 年发布的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国反不正当竞争法>若干问题的解释》（以下简称《反不正当竞争法司法解释》）第二条规定，“与经营者在生产经营活动中存在可能的争夺交易机会、损害竞争优势等关系的市场主体，人民法院可以认定为反不正当竞争法第二条规定的‘其他经营者’”。

据此，可以认为自《反不正当竞争法司法解释》后，国际足联以自己名义针对非赞助商的不当营销行为提起法律行动，已不存在法律上的障碍。

而针对非赞助商的不当营销行为，赞助商是否有权直接以自己名义提起法律行动，在我国法律项下并没有明确规定。从权利基础的角度而言，赞助商的权利基础为其根据与国际足联的协议所获得的赞助权益，但该等权益的实质为债权（具有相对性），以债权受损而针对非合同相对方提起法律行动，请求权基础存疑（限于篇幅，本文针对此问题不再展开论述）。

三、相关联的问题——“隐性营销”

随着商家法律意识的提升以及国际足联维权措施的跟进，至少对大型企业而言，直接将世界杯的官方知识产权用于商品或宣传推广中的行为或明显的不正当竞争行为已显著减少，隐性营销（Ambush Marketing）行为则逐渐增多。

在我国法律体系下，尚缺乏对隐性营销的法律定义；而根据相关实践，隐性营销往往指，未经授权与体育资产产生联系，对赞助商的营销活动产生干扰，贬损赞助商营销权益的行为。区别于明显的不正当竞争行为，隐性营销因其隐蔽性，使得赛事主办方、赞助商对其进行制约存在一定难度。

部分隐性营销行为列举如下：

1. 赞助电视转播和新闻媒体

以本次卡塔尔世界杯为例，中央广播电视总台（以下简称“央视”）享有中国大陆境内独家电视和新媒体版权及分许可权利，因而也是各大品牌营销的主力战场。

央视世界杯的广告资源分为两种类型：

一种是涉及赛事画面的广告投放（既包括直播信号中的赛事画面，也包括经剪辑的赛事画面集锦）。这是央视在国际足联许可下的商业开发，广告投放主体需要既是世界杯赞助体系内的赞助商，也要额外购买央视世界杯的广告资源。以本次卡塔尔世界杯为例，VIVO、蒙牛购买了直播信号的广告露出资源，雅迪购买了“世界波”节目（一档在比赛结束时将评论员解说精华做成集锦的栏目）的冠名权。此种类型下，广告投放主体既是央视的赞助商，也是世界杯的赞助商，因此不存在消费者误认的情形。

另一种是不涉及赛事画面的广告。根据国际足联与央视的约定，非世界杯赞助体系内的品牌，在央视世界杯广告投放时，能购买片头或片尾资源，但不能结合比赛画面做广告。这类广告商所购买的仅为央视的广告资源，如果广告内容（如使用“某某汽车品牌为您呈现精彩赛事”）让消费者误认其为世界杯的赞助商，影响国际足联赞助商的权益，则涉嫌违反《反不正当竞争法》。

2. 赞助球队、球员

如果无法进入世界杯的赞助商体系，很多品牌也会选择赞助某个球队或球员。如某品牌在 2018 年世界杯赞助了法国队，法国队的最终夺冠使得该品牌获得较好的营销效果；本次世界杯中，该品牌又赞助了葡萄牙队。

对于这些球队或球员的赞助商，在做营销活动时，如果超出赞助的球队/球员范围，而使用一些“擦边”的措辞或文案（如“助力世界杯”等），仍可能构成隐性营销；如果导致消费者产生误认，也涉嫌违反《反不正当竞争法》。

对此，国际足联通常会与各国足协达成约定，在其可控制的范围内，尽可能降低不同赞助权益之间的冲突（如在赛事场馆内部，相关球队/球员不可以为该球队/球员的赞助品牌进行宣传）。

3. 联合推广

体育赛事的官方赞助商和其他品牌之间的联合推广合作也可能构成隐性营销。2017 年 8 月，某品牌成为北京 2022 年冬奥会和冬残奥会官方乳制品合作伙伴。另一乳制品品牌通过与某奥林匹克全球合作伙伴之间的合作，成为国际奥组委“饮料”类别的全球“联合”合作伙伴。如果上述联合推广合作的行为导致消费者误认，也可能违反《反不正当竞争法》。

4. 票务促销

非赞助商购入赛事门票赠送、奖励或与自己的商品打包促销给消费者，将会造成与世界杯或国际足联有关联的假象，从而构成隐性营销。对于赛事主办者来说，一方面应当控制门票流入非赞助商手中，另一方面也会制定专门的票务条款以规制此种行为（如非官方活动中作为奖励的门票将被作废）。

针对隐性营销行为，国际足联更多是在其可控制范围内进行制约（如在赛事场馆及其周边一定范围对非赞助商的营销行为进行接近绝对性禁止、与各国足协达成协议等）；而赛事主办国也往往会通过专项立法对非赞助商的营销活动进行更多限制，扩大对赞助权益的保护（如针对在中国境内举办的国际赛事，往往会出台专门的特殊标志保护规定进行特别保护）。

但本次世界杯并非在中国境内举行，针对此类境外举办的国际赛事所涉及的境内隐性营销行为，更多还是需要回到《反不正当竞争法》第六条第四项进行打击和制约（限于篇幅，本文针对此问题不再展开论述）；但隐性营销与不正当竞争行为的界限其实较为模糊，处于一个边界地带，能否最终被认定为不正当竞争行为，仍有赖于对个案的具体判断。

结语

尽管本次卡塔尔世界杯赛程已过大半，赞助商权益保护之路才刚刚开始。无论对国际足联还是赞助商而言，不仅需要熟悉国内法对于赞助商权益保护的法律体系，还需要时刻关注其他经营者的侵权及不正当行为，才能最大限度利用和保障赞助商权益，吸引更多品牌加入赞助商行列，助力世界杯的进一步发展。

（本文首发于 2022 年 12 月 13 日）

话题聚焦

再评国内首部密室剧本杀管理规定

卫新、胡至浩

2022 年 1 月 13 日，上海市文化和旅游局印发了《上海市密室剧本杀内容管理暂行规定》（以下简称“新规”）。这是继 2021 年 11 月 17 日公布向社会征求公开意见后，正式颁布新规，意味着密室剧本杀将于 2022 年 3 月 1 日起正式进入监管时代，而上海市也成为了全国首个将密室剧本杀纳入备案管理的城市。

关于 2021 年 11 月 17 日公布的《上海市密室剧本杀内容管理暂行规定》（征求意见稿）（以下简称“征求意见稿”），笔者已经在《国内首部密室剧本杀备案管理规定评析》进行解读，并结合与专家学者、从业者的讨论，向市文旅局反馈意见。本文将在此聚焦于新规对密室剧本杀文化业态经营单位的监管要求以及带来的实质影响，并对新规的修改作简要评析。

一、管谁？密室剧本杀文化业态经营单位

【第二条 本规定所称的密室剧本杀文化业态是指根据一定的故事剧情，提供剧本、机关密室、实景场地中的一种或多种，以逻辑推理为主，供消费者之间互动或消费者与场所工作人员互动的文化体验形式。本规定所称的**密室剧本杀文化业态经营单位是指以营利为目的，从事前述密室剧本杀文化业态的经营主体**。】

根据新规第二条中对密室剧本杀文化业态的定义，其中明确提及“场所工作人员”，再结合新规其他条款以及征求意见稿中呈现的立规意图，可以明确**新规的监管对象是密室剧本杀的线下经营实体**。

评析：与征求意见稿相比，新规在实际效果上并无区别，新规中将“经营场所”修改为“经营主体”仅是在立规语言上更为准确。

二、管什么？密室剧本杀文化业态经营单位的内容和活动、未成年人保护机制

1、密室剧本杀文化业态经营单位的内容和活动

【第五条 密室剧本杀文化业态经营单位应当建立健全内容自审制度，配备内容审核人员，实施相应的技术监管措施，对**经营中使用的剧本、设置的场景、提供的服装和道具等内容和活动**进行自查与管理，保障内容和活动的合法性。】

结合新规第四条至第十一条，可以明确**新规监管的是“密室剧本杀文化业态经营单位的内容和活动”**。

那么，什么是“密室剧本杀文化业态经营单位的内容和活动”？

根据第五条、第六条条款，可以看出**“内容”是指“经营中使用的剧本、设置的场景、提供的服装和道具等”**。同时，结合第九条，可以得出**监管的“剧本”包括“故事背景、剧情、角色介绍、人物对白”**。

而“活动”并未有条款进行明确的含义指向。在第七条中监管要求中可以发现对“活动”的监管主要聚焦在包括“表演、游戏方式”在内的“行为”。但是从文义和体系解释角度，结合第八条、第十三条，可以认为**“活动”是指经营过程中，包括提供剧本、机关密室、实景场地、服装道具，以及消费者之间互动、消费者与场所工作人员互动等整个经营活动**。

评析：对比征求意见稿中监管对象为“密室剧本杀内容”而监管方式仅针对“剧本”，文旅局在征求意见后意识到了“密室剧本杀内容”、“剧本”含义模糊的问题，在新规中给出了一个明确的含义且并未忽略场景、服装、道具等密室剧本杀重要元素，再将“行为”从“内容”中剥离放入“活动”中，并以“活动”兜底。可以说，新规对密室剧本杀内容的理解更为深入与合理。

2、未成年人保护机制

【第八条 密室剧本杀文化业态**经营单位应当建立健全未成年人保护机制**，注重保护未成年人身心健康。**对不适宜未成年人参与的密室剧本杀活动，经营单位应当在显著位置或活动前予以提示，并不得允许未成年人进入**。】

新规要求设置未成年人保护机制，实际上仍然是对于密室剧本杀文化业态经营单位的内容和活动的监管，只是着重针对其中不适宜未成年人参与的密室剧本杀活动，而对经营单位是否设置该机制进行监督检查。对于经营单位而言，建立健全未成年人保护机制需要做到：

①对密室剧本杀活动自审、分级

需要注意，**自审、分级的对象并非单纯的剧本、服装、道具，而是包括了工作人员行为等、更大范围的活动**。目前在密室行业内，密室逃脱产业平台曾出台过《EGA 实景游戏恐怖指数》，该指数在一定程度上可以作为密室分级的参考之一。但也显而易见的，其针对的内容仅为密室，且仅仅局限于恐怖这一纬度，而忽略了包括内容价值观等的其他纬度。因此，结合新规第十三条，文旅局以及相关行业组织如何制定行业标准、经营单位如何自审，都将成为接下来行业内的重点话题。

②显著提示

经营单位应当对不适宜未成年人参与的密室剧本杀活动予以显著提示，显著提示的方式为在显著位置提示或在活动前提示。从实践操作角度，**显著位置提示的方式可以为在预订线上平台、店内装潢陈列、密室剧本清单等以显著标明；活动前提示则建议以书面形式明确告知并取得消费者承诺**。

③消费者未成年核验

新规要求经营单位不得允许未成年人参与不适宜未成年人参与的密室剧本杀活动。**经营单位即需要做到，对于此类密室剧本杀活动，在消费者参与活动前进行未成年核验**。

此处需要提示的是，**未成年核验的方式应当合理避免身份证号码登记，否则可能面临个人信息保护的高合规要求**。而对于可能出现的未成年人不得入内和预订锁场的两难局面，**经营单位在做到显著提示的前提下，可以考虑以定金、押金等方式降低自身风险**。

评析：该条规定在征求意见稿中并未出现，系新规新增的条款。在影视、游戏等主流文娱行业未进行内容分级的情况下，新规引入未成年人保护机制，可谓大胆创新。以前段时间《原神》人物造型改动风波为例，由于游戏无内容分级而导致内容创作的自由度和审美性的降低，导致了大量玩家的不满。因此，该未成年人保护机制实际上对密室剧本杀文化业态健康发展和内容创作的一项重要保护。

三、怎么管？自审、备案、日常监督检查

1、自审

【第五条 密室剧本杀文化业态**经营单位应当建立健全内容自审制度，配备内容审核人员，实施相应的技术监管措施**，对经营中使用的剧本、设置的场景、提供的服装和道具等内容和活动进行自查与管理，保障内容和活动的合法性。】

经营单位应当“建立健全内容自审制度”、“配备内容审核人员”、“实施相应的技术监管措施”。从实际操作角度考虑，经营单位可能需要：

①由专人接受相关行业培训负责内容审核；

②建立内容自审制度，在密室剧本杀内容的购买阶段、测本阶段、对外经营阶段开展自审（尤其是在购买阶段，有效的自审能够降低经营风险）；

③配备监控措施；

④开展工作人员行为培训教育；

⑤建立消费者反馈渠道等。

评析：相较于征求意见稿，新规对经营单位自审的要求实质上并未改变，经营单位将可能因此而增加一定的人力时间成本或财务成本，但在自审的对象上，因如上文所述新规对监管对象的明确，经营单位能够更有针对性的开展自审，增加了实践可操作性。

2、备案

【第九条 密室剧本杀文化业态**经营单位应当自剧本上架之日起 30 日内，将自审后的剧本向所在区文化和旅游局备案登记**，并提交以下材料：

（一） 剧本备案登记表；

（二） 营业执照复印件；

（三） 剧本（含故事背景、剧情、角色介绍、人物对白）；

（四） 版权合法性声明。

第十条 剧本的故事背景、剧情、角色、对白等内容发生实质性变化的，密室剧本杀文化业态经营单位应重新报送备案。】

据此，经营单位应当将剧本先行自审，并在剧本上架经营之日起 30 日内，将剧本向所在区文化和旅游局备案登记。

首先，应当提示**经营单位备案登记的期限应当自开始对外经营起算**。“上架”是指货物摆上货物架进行销售。而在密室剧本杀文化业态中，常见有以“新本开箱”或“新本测试”招徕熟客开展的交易。笔者认为，虽然经营单位直接与熟客开展的交易监管起来较为困难，但是从合规和低风险角度出发，此类交易也应当视为“上架”，建议经营单位以此时间点计算期限及时向区文旅局备案。

其次，**经营单位应当注意，备案提交的剧本应当包含故事背景、剧情、角色介绍、人物对白**。在密室剧本杀文化业态中，同一基于不同的用途往往有多种版本，比如梗概本、故事本等，可能仅包含故事背景、剧情、角色介绍、人物对白的一种或几种。而根据新规的条文意思，作为备案提交材料的剧本均应当包括这些元素。从实践操作来说，一般的 DM/NPC 手册+玩家剧本一般即能满足该要求，但经营单位仍然应当在备案时避免遗漏元素致使未能通过备案而下架。

最后，**若剧本的故事背景、剧情、角色、对白等内容发生实质性变化的，经营单位应当就该剧本重新提交备案**。

评析：对比征求意见稿，新规在备案的规定上有了长足的进步，解决了征求意见稿中备案期限不明确、备案剧本含义不清晰的问题，大大增加了经营单位的可操作性，降低了经营单位面临的监管不确定性。但同时，新规并未就通过平板设备授权线下店家使用线上剧本等情形给出明确的备案指引，此类剧本如何备案仍需要文旅局通过实践明确。

3、日常监督检查

【第十一条 文化旅游行政部门应加强对密室剧本杀文化业态经营单位的日常监督检查，在检查中发现违反本规定第六条和第七条的，应当指导经营单位立即下架有关剧本，相关违规情形消除后再予上架；发现有其他违法违规情形的，及时移送相关行政部门处理。】

新规对日常监督予以了明确，但对经营单位来说，**在内容层面，新规出台后的检查应当与目前的执法检查方式并无太大区别**：对于剧本，核查店内是否经营涉嫌违法违规的剧本，若有则要求立即下架；对于道具、场景，视察经营场所会否存在涉嫌违法违规之处，若有则要求店家立即整改并开展教育。而**对于新增的未成年人保护机制要求，则可能增加对预订线上平台、店内装潢陈列、密室剧本清单、书面承诺、在场消费者等的检查**。

评析：新规与征求意见稿此处最大的不同在于，新规删除了原来有关违规剧本备案的规定。但同时，新规的第四条仍然保留了“违规剧本清单”的规定。这应当是因为文旅局意识到了密室剧本杀活动的违规，不一定意味着剧本内容的违规。这对于合法合规经营的店家而言，无疑消除了因其他违规经营店家而导致剧本无法上架经营的风险。

新规出台后，对于密室剧本杀的监管方式是以自审、备案、日常监督检查三步展开的。在实际操作中，**剧本内容在上架前由经营单位自审，上架后由经营单位向区文旅局备案登记，而区文旅局负责在日常监督检查和备案过程中对内容进行审查，发现涉嫌违法违规的剧本，将列入“违规剧本清单”并追究经营单位的责任，再通过日常监督检查将经营中的“违规剧本”下架；发现涉嫌违法违规的经营活动，则将直接针对经营单位予以指导、管理、处罚**。

同时，经营单位应更加关注到内容的违规风险。由于现在购买内容的主要渠道为线上平台以及线下展会，店家在购买前往往仅有线下展会有机会通过“上车”测评提前接触到剧本，**店家最终取得的剧本是否与测评时一致、是否会涉嫌违法违规、涉嫌违法违规的法律后果如何承担**，这些问题都是先前行业中剧本购买、授权环节所忽略的，而在新规出台后应当予以关注的。

四、有什么要求？内容十不得与行为四不得、市场经营要求

1、内容十不得与行为四不得

【第六条 密室剧本杀文化业态经营单位经营中使用的剧本、设置的场景、提供的服装和道具等内容不得含有以下情形：

（一）违反宪法确定的基本原则的；

（二）危害国家统一、主权或者领土完整的；

（三）危害国家安全，或者损害国家荣誉、利益的；

（四）煽动民族仇恨、民族歧视，伤害民族感情或者侵害民族风俗、习惯，破坏民族团

结的；

（五）违反国家宗教政策，宣扬邪教、迷信的；

（六）宣扬淫秽、色情、赌博、暴力以及与毒品有关的违法犯罪活动，或者教唆犯罪的；

（七）扰乱社会秩序，破坏社会稳定的；

（八）违背社会公德或者民族优秀文化传统的；

（九）侮辱、诽谤他人，侵害他人合法权益的；

（十）法律、法规、规章和国家规定禁止的其他内容的。

第七条 密室剧本杀文化业态经营单位在经营活动中不得有以下行为：

（一）表演、游戏方式恐怖、残忍、暴力、低俗，摧残工作人员或消费者身心健康；

（二）利用人体缺陷或者以展示人体变异等方式招徕消费者；

（三）以虐待动物等方式进行表演；

（四）法律、法规、规章和国家规定禁止的其他行为。】

此处新规与征求意见稿并无实质性差别，新规对内容与活动的要求参照了现有对出版物、娱乐场所、营业性演出等的相关规范。**对于密室剧本杀从业者，尤其是受监管的经营单位，应当深刻理解“内容十不得”和“行为四不得”，并在创作、改编、发行、购买、经营等环节严加把控，以免带来不必要的损失**。

2、市场经营要求

【第十二条 密室剧本杀文化业态经营单位应坚守生产安全、内容安全底线，守法经营、公平竞争，积极配合政府有关部门依法实施的监督管理，自觉接受社会监督，及时处理投诉举报。】

该条为新规新增，对经营单位提出了市场经营中的六项要求，其实际是对密室剧本杀文化业态中目前现存的各类问题作出了提示，例如经营中的人身健康安全问题、内容违规问题、不正当竞争问题等。经营单位应当在经营活动中避免这些问题，并且应对行政部门的监督管理、接受社会监督、处理消费者等的投诉举报。

虽然新规在落地实践上可能仍然存在一定挑战，例如对版权的保护、对各种形式的剧本的监管适用等。但是，此次新规的出台，大量修正了征求意见稿中存在的问题，体现了文旅部门积极回应密室剧本杀文化业态的实际需求，进一步深入了解该新型文化业态的努力，是值得肯定的。我们希望，在历经了疫情的低潮后，经营单位能够更好地应对新规的出台，而文旅、消防等多部门的规范与监管也能进一步助力密室剧本杀文化业态的健康发展。

（本文首发于 2022 年 1 月 17 日）

NFT 交易的本质是什么？从“NFT”第一案谈起……

陈欣皓

杭州互联网法院就“胖虎打疫苗”NFT 数字商品侵害作品信息网络传播权纠纷作出了一审判决，成为了 NFT 数字商品领域的第一份成文判决书，虽然该判决是否生效暂未可知，却已在业内引发了广泛讨论，同时也有一份被隐去了部分当事人信息的判决书版本在网络流传。笔者详细拜读了该份判决书，对于在诉讼参与人、法官的共同努力下，形成了这么一份精彩的判决书深感敬佩；同时，笔者也对于判决中一些将对于 NFT 数字商品领域造成影响的话题跃跃欲试。本文尝试讨论其中的第一个问题：**NFT 交易的本质，是否仅是一项买卖关系？**

网传判决书相关原文：

当一件数字作品复制件以 NFT 形式存在于交易平台上时，就被特定化为一个具体的“数字商品”，NFT 交易实质上是“数字商品”所有权转移，并呈现一定的投资和收藏价值属性。

对于数字作品而言，当其复制件存储于网络空间，通过一个 NFT 唯一指向而成为一件可流通的商品时，就产生了一项受法律保护的财产权益。NFT 数字作品持有人对其所享有的权利包括排他性占有、使用、处分、收益等。NFT 交易模式本质上属于以数字化内容为交易内容的买卖关系，购买者所获得的是一项财产权益，并非对一项数字财产的使用许可，亦非对一项知识产权的转让或许可授权。

从 NFT 数字作品交易模式来看，NFT 数字作品作为交易客体时既是作为作品又是商品，其既有其作为数字作品的著作权，也有其作为“数字商品”的所有权。前已所述，NFT 交易模式下产生的法律效果是所有权的转移。

从上述判决书的原文来看，法院通过三段层层递进的论述，认定 NFT 交易模式的法律效果是“数字商品”所有权的转移，而此处的“数字商品”指的是通过一个 NFT 唯一指向的、存储于网络空间的数字作品复制件。

笔者非常赞同在 NFT 的交易中必然包含了上述的“数字商品”所有权的转移，而笔者的疑问在于，NFT 交易是否仅包含了该所有权的转移，也即一个买卖关系，未发生相应“数字作品”著作权利的许可？

可能不尽然。

因为，**购买者在后续通过 NFT 交易平台进行“数字商品”的转赠、二手交易等处分行为时，势必将会在 NFT 交易平台上构成对于“数字作品”的信息网络传播行为，而作为该信息网络传播行为的“承载方”，NFT 交易平台势必需要“数字作品”的著作权利人进行信息网络传播权许可，或审查“数字商品”所有权人是否具有信息网络传播权的许可。**

需要注意的是，在本案判决书中，没有涉及到“数字商品”的二手交易，但从笔者引用的第二段原文中，判决肯定了“数字商品”的所有权人具有相应的处分权和收益权。

那么，“数字作品”的著作权利人是在何时，通过何种方式，以谁为被许可方，许可了信息网络传播权呢？

第一种可能的模式：

“数字作品”的著作权人，在将“数字商品”上架时，授予了 NFT 交易平台一项对于“数字作品”的信息网络传播权许可，不仅是为了“数字作品”的著作权人一手出售“数字商品”，同时也为了后续“数字商品”的所有权人能够不侵权地进行后续的处分行为；并且，只要该 NFT 对应的“数字商品”未被销毁，“数字作品”的著作权人就不得终止或撤销该项信息网络传播权许可。

第二种可能的模式：

“数字作品”的著作权人，在 NFT 的铸造过程中、在智能合约上，写入了一项对于该 NFT 所对应的“数字商品”实时所有权人的、有限的信息网络传播权许可，也即对于“数字商品”的所有权人，“数字作品”的著作权人许可其为了后续处分“数字商品”的用途，在特定的 NFT 交易平台上可行使“数字作品”的信息网络传播权。该许可由智能合约自动执行，并与“数字商品”所有权的转让同时完成。

当铸造者确实拥有“数字作品”著作权时，上述两种模式在实际效果上并无不同，都可以保障“数字商品”的所有权人在指定的 NFT 交易平台行使处分权。

但若发生与本案类似的铸造者并非“数字作品”的信息网络传播权人时，两种模式的区别将对“数字商品”的所有权人产生重大影响。

第一种模式下，由于 NFT 交易平台丧失了“数字作品”的信息网络传播权，将不得在平台上继续展示“数字作品”，以及与“数字作品”实质性相似的“数字作品”复制件以及“数字商品”。此时，“数字商品”的所有权人的所有权并未遭受任何影响，却**由于缺少“数字作品”的信息网络传播权而事实上丧失了对于“数字商品”的处分权，相应也就丧失了获得处分收益的权利。**

并且，由于铸造者系对于 NFT 交易平台进行许可，导致此时“数字商品”的所有权人不管向铸造者还是平台还是交易的上手进行追偿，都存在较大难度。

而在第二种模式下，如果因铸造者没有“数字作品”的信息网络传播权而导致无法履行智能合约而违约，作为智能合约的相对方，“数字商品”的所有权人**可以直接依据智能合约追究铸造者的违约责任**，从而一定程度上减少自身损失，同时也使铸造者因其过错承担责任。

在此，笔者无法为 NFT 交易平台选择商业模式，但**如果 NFT 交易遵循的是第二种模式，那么 NFT 的交易本质，也就不仅仅包含对于“数字商品”所有权的转移，也发生了“数字作品”的部分著作权，也即信息网络传播权的许可。**

上述的论述适用于目前主流的，以美术作品、摄影作品、模型作品等视觉类 NFT 数字商品。当然，小部分以音乐作品、视听作品为基础发行的 NFT 数字商品，因其在后续销售的展示过程中，可以无需将完整作品进行信息网络传播，从而无需“数字作品”著作权人额外的许可。

如果读者强忍着笔者晦涩、枯燥的文字看到这里，又恰巧是 NFT 交易、发行的从业者，一定会问一个憋了很久的问题：**上面的道理我都懂了，那我应该做些什么？**

最显著的一定是业内主体的**用户协议，以及铸造过程中、购买页面、购买过程中的法律文件，需要根据商业模式选择的不同进行大范围的完善**；

而另一个将会产生影响的，也是一些非平台模式、自行发行“数字商品”的主体非常关心的问题，**NFT 交易完成后，作为销售方，应当按照什么税种、什么税率来履行纳税义务？**如果按照第一种模式，仅产生“数字商品”所有权的转移，该怎么纳税？而第二种模式中，还存在著作权许可时，会对税种和税率造成影响吗？

囿于篇幅限制，本文暂且对于“NFT 第一案”所引起的第一个问题展开探讨，后续，笔者还计划对于“NFT 交易，是否仅需要信息网络传播权？”、“将侵权 NFT 数字作品打入地址黑洞是否广泛适用”、“判决中对于损害赔偿的认定是否漏了什么？”等问题进一步探讨。

后续笔者也将开展有关 NFT 相关话题的直播，也欢迎感兴趣的读者继续关注，在直播中，笔者也会回答与本案有关的问题。

（本文首发于 2022 年 5 月 9 日）

影帝“被携手”，影视剧剧照是否能制作成为数字商品 NFT？

陈欣皓

结论速览：

影视剧版权方可否与合作方进行影视剧推广合作——可以，但仅限影视剧本身的合作。

影视剧版权方可否制作含有演员肖像的衍生品（包括数字商品 NFT）——不一定，要看合同约定。

近期，数字商品 NFT 领域又发生了一起存在较大争议的事件。某数字藏品平台发布了带有“反贪风暴 5 主演 古某某 携手 X 玩 乐藏其中”的宣传图片，宣称“该平台成功携手影帝，正式启动品牌战略……”，同时，该平台还趁势推出了内容为古某某在该影视剧中剧照的数字商品 NFT，用户在完成相关平台任务（包括为平台介绍新用户且新用户需消费满一定金额；用户自身在平台消费满一定金额等）后，可获得该数字商品 NFT。

该公告发出后，不仅引发了 NFT 圈的热议，也惊动了“被携手”的影帝。影帝于 6 月 16 日通过微博回应称，其并未与 X 玩平台进行合作，也未授权该品台使用其肖像、姓名。

古天乐　微博正文

古天乐
22-6-16 22:07 来自 iPhone 12 Pro
发布于 中国香港
+关注

严正声明
本公司是知名演员古天乐先生的独家经纪人公司。

近日发现网上流传以古先生不同造型照片加以"反贪风暴5主演 古天乐"的描述，推广「链玩数字藏品」活动和一款名为「链玩 APP」的应用程序，并在宣传文中表示"成功牵手影帝"，"与著名影帝的强强联合"和"与著名影帝的合作"等字句，令公众误以为影帝是指古天乐先生或以为古先生与链玩业务有任何关联。

本公司代表古天乐先生严正声明，他从未与链玩合作，亦没有参与任何链玩活动、产品或服务推广。本公司和古天乐先生从未授权链玩使用古先生肖像或名字，上述「链玩数字藏品」和「链玩 APP」的宣传有致公众混淆误认之虞。请各界人士注意，提高警惕，以免蒙受损失。

任何人士盗用古天乐先生名义或肖像作虚假陈述、误导宣传或诈骗行为，本公司会进行调查和采取法律行动追究责任

2022年6月16日
兆盟有限公司

该回应发布后，第二天，该平台发布《严正声明!!》，回应称其“拥有《反贪风暴 5：最终章》（主演：古天乐）影视剧照正版授权，并对外公开了由安徽联美文化创意有限公司出具的《授权证书》，称“活动一切权益均获得合法授权”，且将如期进行后续活动。

CREDENTIAL

授权证书

一、安徽联美文化创意有限公司同意 杭州链街科技有限公司 可在 “链玩” 系列产品使用《反贪风暴5：最终章》（主演：古天乐）影视剧照用于品牌的产品包装，宣传推广，以下简称广告物。

二、授权范围

（1）线下：仅限于乙方实体店面、产品包装套盒、手提袋、乙方公司宣传画册、易拉宝展架、人形立牌、乙方店内视频播放、商场、超市、线下活动（小型）、室内喷绘、标贴、办公桌垫、乙方公司展示厅。

（2）线上：线上使用仅限于经甲方确认后的影视剧海报，使用范围仅限微信群、微信朋友圈，天猫、京东电商平台，抖音、快手直播平台（可宣传本产品为影视剧《反贪风暴5：最终章》的联合推广合作单位，不可宣传为艺人与产品的推荐或类似代言关系，也不可使用艺人形象作为主页等）。

三、严禁使用范围如下

严禁在大型户外广告喷绘或流动媒体直接使用（如公交、大巴、高铁、飞机等）。

四、宣传用语

(1)推荐使用包括但不限于“助力品牌”、“携手助力”、“联合宣发”等宣传语。

(2)严禁在宣传物料上使用“形象代言”、“形象大使”、“首席体验官”、“我选择”“我认准”等字样，或类似代言的宣传口号及广告语。

使用时间2022年06月09日至2023年07月08日止

授权公司盖章

授权单位：安徽联美文化创意有限公司

签署日期：2022年06月09日

同日，东方影业出品有限公司与华策影业（天津）有限公司共同出具声明，称东方影业为电影《反贪风暴 5：最终章》唯一版权方，华策影业为内地发行方，其均未与安徽联美文化创意有限公司、杭州链街科技有限公司、“X 玩”平台进行合作或授权，要求侵权方立即停止侵权。

严正声明

近日，东方影业出品有限公司（以下简称“东方影业”）及华策影业(天津)有限公司（以下简称“华策影业”）（以下合称为“我们”）发现第三方公司在未获得我们授权或许可的情况下，擅自对外宣示拥有《反贪风暴 5：最终章》（主演：古天乐）影视剧照用于品牌的产品包装，宣传推广等广告物的正版授权，并以“反贪风暴 5：最终章”的描述推广「链玩」、「链玩数字藏品」活动和一款名为「链玩 APP」的应用程序。现我们特此发表<<严正声明>>如下，以正视听：

东方影业为电影《反贪风暴 5：最终章》于全世界的唯一版权拥有者，而华策影业为电影《反贪风暴 5：最终章》于内地发行的授权方，我们从未与链玩、杭州链街科技有限公司、安徽联美文化创意有限公司合作，亦没有授权链玩使用《反贪风暴 5：最终章》（主演：古天乐）影视剧照进行任何推广。 在此我们严正声明，上述「链玩」、「链玩数字藏品」、「链玩 APP」和相关公司与我们无任何关系，出现任何纠纷以及触犯法律法规亦与我们无关。请各界人士注意，提高警惕，谨防受骗。

对于在未经我们授权/许可的情况下，擅自以“反贪风暴 5：最终章”的描述,推广「链玩」、「链玩数字藏品」活动和「链玩 APP」的应用程序的不实信息的侵犯他人权利行为，我们表示遗憾，并要求侵权方立即终止任何侵权行为及删除所有令人误会、不实的信息。

我们对此保留一切法律权利追究因上述问题对我们所造成的任何伤害及损失。

特此声明!

东方影业出品有限公司　　华策影业(天津)有限公司

2022 年 6 月 17 日　　2022 年 6 月 17 日

截至 6 月 18 日，X 玩平台仍能检索到相应宣传文章，且文章中均包含古某某肖像及姓名。

对于本次纠纷中所涉及的平台是否构成了对于古某某的侵权，相信不日自有司法机关的判决予以公断。其他数字商品 NFT 平台或者发行商希望能够合规取得影视剧版权方的许可发行相关数字商品 NFT，需要注意哪些授权合规问题呢？

Step 1 找准影视剧著作权人

我国著作权法规定著作权人包括作者和其他依照本法享有著作权的自然人、法人或者非法人组织。对于作者的认定，在作品上署名的自然人、法人或者非法人组织为作者。而对于影视剧作品中“出品方”、“摄制方”、“监制方”众多，到底哪个才能算作是“署名”的一方呢？

一般而言，**在影视剧正片放映完毕、片尾字幕临近结束的位置，会有一个明确的版权方归属的字幕。**就本次争议涉及的《反贪风暴 5：最终章》来说，其在字幕中就明确标明，电影的版权所有人（著作权人）为东方影业出品有限公司。

因此，如果向 X 玩平台出具授权证书的安徽联美文化创意有限公司并没有取得源自东方影业出品有限公司的授权，那么联美文化出具的该份授权证书也就是无效的。

以笔者的实务经验来看，X 玩平台作为被授权人，对于授权方是否具有对应的授权资质，是具有较高的审查义务和注意义务的。且即使被授权方尽到了足够的审查义务，一旦发生先手授权链条无效或“断裂”，被授权人的审查义务也不足以抗辩其可能存在的侵权行为。

Step 2 确认制作、发行数字商品 NFT 所需授权并取得权利人许可

制作一个以某演员在影视剧中扮演的角色为主要内容、且注明影视剧名称及演员名称的数字商品 NFT，**不仅仅需要取得影视剧著作权人的许可，还需要取得该演员的肖像权、姓名权许可。**

一部分演员会在签署的演员合同中将制作宣传品、衍生品所需的肖像权、姓名权等人身权利许可授予版权方，只要该衍生品的生产和销售不违反演员已经签署的代言合同。在此情况下，版权方在授予合作方相应著作权许可时，也就可以转授权对应演员的肖像权、姓名权等人身权利。

而像古某某这样的“影帝”，一般不会轻易将肖像权、姓名权许可予版权方统一行使，而是采取**版权方接到相应商务需求后，再与演员就收益分配达成一致后，由版权方或由演员经纪公司与合作方签署相应的人身权利许可协议。**

Step 3 确认己方行为未超出许可范围

取得许可仅仅是制作相应数字商品 NFT 的开端，在制作、发行的全过程中，被授权人也要时刻注意自己的行为是否超越了许可范围。

在本次争议中，假设安徽联美文化创意有限公司出具的授权证明是一个有效的授权，X 玩平台的行为也可能超出了授权范围。

根据授权证明的全文来看，不难得出一个比较明确的结论，也即被授权方的行为、产品应当与影视剧本身相关，而不得突出演员本身与产品之间的关联性。同时，授权证明还明确对于“剧照”的线上使用仅限于微信群、微信朋友圈、天猫、京东电商平台、抖音、快手直播平台。显然目前 X 玩平台用于微信公众号文章以及数字商品 NFT 交易平台的使用行为，已经超出了上述许可范围。

因此，在合同未履行完毕前，被授权方都应当时刻绷紧合规之弦，避免侵权。

结语

数字商品 NFT 交易平台数、交易量、商品量在今年内剧增，各种玩法层出不穷，部分玩法的合法性和合规性可能存在瑕疵，平台和商品的质量也良莠不齐，更有许多不法分子通过违法手段迅速割韭菜跑路。这是每个行业成长的必经之路，但行业能否持续和成长，也正是从业者在面临这些困境时的心态和行为所决定的。作为一个希望这个行业能够良性发展的旁观者，我们殷切希望从业者能够遵循正确的价值导向，为了行业长远发展考虑，能够自发抵制劣币驱逐良币的短视行为，合规经营。

（本文首发于 2022 年 6 月 20 日）

NFT 交易过程是否涉及复制权和发行权？

从“NFT”第一案谈起……②

陈欣皓、屈思敏

在本系列的第一篇文章中，笔者带大家共同回顾了“NFT 第一案”的“判决书”，认为 NFT 交易中除了有“数字商品”的权属移转，还有信息网络传播权的许可。继而笔者分享了两种可能的许可模式，并指出当著作权人与铸造人非同一人时，两种模式的区别将对“数字商品”的所有权人产生重大影响。在本篇文章中，笔者尝试进一步探究：在 NFT“数字商品”交易过程中是否仅涉及信息网络传播权？涉及复制权和发行权吗？

复制权与发行权

研究的第一步应当厘清概念。我国现行《著作权法》第十条规定：复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或多份的权利。与旧《著作权法》对比，本次新修《著作权法》在复制权的定义上有所改动，增加了“数字化”的复制方式。

本案中，在“数字商品”铸造阶段，作者将美术作品上传至云服务器的过程就是一个“复制”的过程，其结果是美术作品的复制件存储在 NFT 交易平台的指定的云存储服务器上。随后，通过交易平台对于云存储服务器的定向读取，平台用户可以在交易平台页面随时浏览该美术作品，这一过程涉及著作权人享有的信息网络传播权。复制权和信息网络传播权的一大区别在于：**复制权强调单纯的复制行为，而信息网络传播权强调作品通过信息网络传播可以被公众在任意时间或地点获悉。**

发行权，即以出售或者赠予方式向公众提供作品的原件或复制件的权利。**实务界的观点认为，发行权行使的结果应当造成作品原件或复制件的有形载体发生移转，否则就不构成行使发行权的行为**。从现在这个时间点理解“发行权必须造成有形载体转移”的前提似乎很难以理解，但从整个著作权法发展的历史来看，发行权的出现远早于广播权、信息网络传播权等权利，在当时，作品只能通过现场或者有形载体转移的方式进行传播，而发行权规制的则就是有形载体转移的这一传播形式。**换而言之，当技术的发展出现了通过广播、信息网络使公众可以以其他方式获得作品时，这种新的传播形式将通过立法的方式由新的权利进行规制，而一般不会以默示的方式改变或者扩大原权利的范围。**

NFT“数字商品”交易行为解构与分析

为了更好理解“数字商品”铸造和交易行为的本质，我们不妨先回顾一下在 Web2.0 时代作者是如何通过网络传播自己创作的美术作品的。

以新浪微博平台为例，作者上传自己创作的美术作品到微博，此时该美术作品的复制件就被存储在了微博的服务器上。用户 A“刷”微博时看到了这张美术作品（复制件），这是著作权人行使信息网络传播权的必然结果，对于用户 A 来说其行为并不构成侵权。在微博“冲浪”的用户 B 也看到了这个作品，但与用户 A 不同，用户 B 将该作品下载下来并用在

了公众号文章创作中。用户 B 擅自将美术作品用在公众号文章创作中的行为构成对作者享有的信息网络传播权的侵害。原因在于：

首先，美术作品被擅自用于公众号文章写作并不是作品经过信息网络传播后的必然结果；

其次，用户 B 侵害信息网络传播权的行为已必然包含了复制行为，如果认定其同时侵犯了复制权和信息网络传播权会导致重复评价。

那么 Web3.0 时代“数字商品”的铸造和交易场景是如何进行的呢？在文章的第一部分笔者已经以例子的形式简单描述了这一过程。著作权人（铸造人）先将自己创作的美术作品上传至 NFT 发行平台，NFT 平台的服务器中就存储了该作品的复制件。根据铸造人与发行平台的约定，该美术作品可能被制作成一份或多份“数字商品”，并以出售为目的放到交易平台上售卖。随后，平台用户在交易平台上购买心仪的“数字商品”，可能用于收藏、使用或再次转让给他人。由此可见，与传统地通过网络传播作品的过程相比，NFT 数字商品发行和交易行为的本质并无不同，仍然属于是否同时包括复制权和信息网络传播权的讨论范围内。

接着，我们进一步缩小分析范围，看看“数字商品”的交易阶段（包括交易平台与用户之间、用户与用户之间的交易）除了信息网络传播权，是否还涉及复制权与发行权。

首先，发行平台将作品制作成一份或多份“数字商品”的行为，即“铸造”行为，是否属于著作权法语境下的“复制”？基于杭州市互联网法院在判决书中对 NFT 的定义（“一串无法篡改的编码”）[1]，我们可以认为：**发行平台不管发行一份还是多份“数字商品”，复制的对象都不是作品本身或者作品的复制件，而是能够指向该“数字商品”的代码，通过将代码进行拆分或者编号，“数字商品”就具备了唯一性**。因此发行平台将作品制作成一份或多份“数字商品”的行为不属于著作权法语境下的“复制”。另外，严格意义上该阶段并不属于“交易阶段”，但是基于“铸造”是“数字商品”发行交易中比较独特的步骤，因此值得专门分析。

其次，与传统的网络传播行为相比，**NFT 平台用户在交易阶段只多了“购买”或“付费”这一个步骤。**而通过购买获得“数字藏品”是著作权人行使信息网络传播权和“数字藏品”上所附智能合约的结果，并不是著作权法意义上的“复制”行为。

最后，如前文述所，**发行权行使的结果应当是作品原件或复制件的有形载体发生移转**，但显然在“数字商品”交易过程中，没有发生作品原件或复制件的有形载体的移转，因此当然不涉及发行权的问题。针对这一点，杭州互联网法院也持有类似的观点。

结语

对 NFT 发行和交易行为的规制仍然可以落在现有的法律规制框架内，无需用一个新的权利来分析。在著作权人和铸造人为同一人的前提下，平台用户在 NFT 平台上浏览、购买“数字商品”，是著作权人行使信息网络传播权的结果。平台与平台用户之间或用户与用户之间的“数字商品”交易并不涉及著作权人的复制权和发行权，也就不存在侵害著作权人的复制权和发行权的可能。

（本文首发于 2022 年 8 月 1 日）

[1] （2022）浙 0192 民初 1008 号。

遍地都是热门 IP？——NFT 数字藏品“致敬”行为的法律风险（上）

陈欣皓、屈思敏

“数字藏品”NFT（Non-fungible token，非同质化通证）在经历 2022 年年初的火爆之后，迅速进入蛰伏期。观火文化发布的报告显示，截至 5 月，仅鲸探、乾坤数藏、小度、千寻数藏等 8 家大平台的藏品发行量就超过 7 万件，国内数字藏品平台的总数也已突破 420 家。[1] 而 2022 年 7 月至 8 月，腾讯“幻核”APP 前景扑朔迷离，其他数字藏品发售平台也普遍存在数字藏品滞销的情况。

NFT 一方面在不断自我迭代和更新，另一方面却也在现实世界逐渐暴露出危机。去年 11 月，电影《低俗小说》的制作方 Miramax 在美国加州的地区法院针对该片导演 Quentin Tarantino 以 NFT 形式独家出售电影中“独家场景”的行为提起版权、商标诉讼。12 月，全球奢侈品牌爱马仕针对美国艺术家 Mason Rothschild 创作 MetaBirkins 系列 NFT 虚拟手袋的行为提起商标诉讼。今年 4 月，国内“NFT 第一案”审结，被告某 NFT 平台被认定为信息网络传播权帮助侵权。可以预见，未来我们还会遇到更多 NFT 相关的法律挑战。

行业的蛰伏期往往也是从业者洗牌、清算、产生纠纷的高发期。此前有关数字藏品的纠纷处于初级的摸索阶段，在司法判例不断丰富后，权利人与潜在侵权人的较量也将会向更深层次发展。从这一立场出发，本文尝试基于现有的知识产权与不正当竞争法律制度，结合既往司法案例，分析数字藏品创作中的一种常见行为——“致敬”行为——所隐藏的法律风险。

对于这一法律风险，我们将分两篇文章分别阐述，上篇主要从知识产权的角度分析，而下篇将更着重从不正当竞争的角度进行阐述。

一、数字藏品向经典 IP“致敬”

进入一个 NFT 交易平台，各式各样的数字藏品冲进你的视野，它们企图用大胆的配色和独特的风格留住你的目光。浏览中你突然看到了熟悉的形象：一个头戴黄色草帽、身穿红色外套的骷髅熊猫，或是一个戴着黑色钢盔、手持红色光剑的猴子，又或是额头上有一道闪电疤痕、脖子上围着红黄相间围巾的“梵高”。这些形象并不是路飞、黑武士达斯·维德或哈利波特，而是借助标志性的元素模仿虚拟角色形象。为便于展开分析，本文将 NFT 创作者以虚拟角色形象作“皮肤”创作 NFT 数字藏品的行为，统一称作“致敬”行为。

“致敬”行为涉及的主体和客体包括：NFT、该 NFT 的创作者、IP 相关作品以及 IP 权利人。其中，NFT 的性质为美术作品或美术作品的复制件，IP 相关作品是被致敬的对象，包括美术作品（例如漫画）、虚拟角色（例如电影角色）等。

[1] 《2022 年（上半年）全球 NFT 数字藏品市场发展研究报告》。

致敬《加勒比海盗》主角杰克·斯派洛和《星球大战》反派角色达斯·维德的 NFT。

图源：Bigverse 官网-NFT 中国

二、“致敬”行为的知识产权风险分析

知识产权在我国主要包含三个大类：著作权、商标权和专利权。本文讨论的情形显然不属于专利权的范畴。下文将主要从著作权和商标权的角度分析“致敬”行为存在的法律风险。

1.著作权侵权风险分析

著作权是一种消极权利，即禁止他人的利用行为的排他权。**在判断是否构成著作权侵权时，除了是否具备“接触+实质性相似”，还要判断该行为是否属于法定利用行为。**《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）第 10 条规定了复制权和改编权。在 2014 年的“葫芦娃游戏”案[2]中，一审法院论述了复制行为和改编行为的区别。一审法院认为，涉案游戏海报中的七兄弟角色造型与动画片《葫芦兄弟》中七兄弟的角色造型构成实质性相似，但不构成具有独创性的新作品，因此侵害了复制权而非改编权。但其中的一款战士娃的造型美术作品是以动画片中的角色造型为基础创作的，且属于具有独创性的新作品，因此侵害了改编权而非复制权。因此，**复制行为的结果是产生与原作品构成实质性相似的作品，且不会产生具有独创性的新作品；改编行为的结果则是在原作品基础上增加了具有独创性的部分，产生了具有独创性的新作品。**

游戏《300 英雄》被判著作权侵权及不正当竞争，被告跳跃公司、中青宝公司、星游公司连带赔偿上海美影厂共计 80 万元。（注：2018 年该游戏与美影厂达成合作，正式获得葫芦兄弟正版授权。）

以“路飞骷髅”为例：将其与动漫路飞对比，除了本体不是人类、绘画方式和风格不同之外，黄底红条的草帽、红色外套、蓝色裤子以及胸前的 X 型疤痕都能够一一对应。**从著作**

[2] (2018)沪 73 民终 300 号。

权法保护具有独创性的作品的角度出发，若作品的局部具有独创性，那么具有独创性的部分也应当受到保护。“路飞骷髅”是在动漫路飞的基础上的再创造，**其中使用原作品的部分在于服饰的颜色和搭配，而具有独创性的部分在于熊猫骷髅这个主体以及作品整体的绘画风格。因此该 NFT 的性质属于演绎作品（改编作品）。**

“路飞骷髅”NFT，致敬《海贼王》角色蒙奇·D·路飞

根据《著作权法》的规定，**改编已有作品而产生的作品，其著作权归改编人享有，但行使著作权时不得侵犯原作品的著作权。**另一方面，创作者将创作完成的“路飞骷髅”铸造成 NFT，并上传到数藏平台上发行的行为，使得公众可以在其选定的时间和地点看到该数字藏品。**综上，创作者的行为存在侵害原作品改编权和信息网络传播权的风险。**

那么该行为是否侵害复制权？我国将复制权与改编权分作两项独立的权利，说明复制行为和改编行为已被赋予特定内涵，即**只有单纯的、不产生新作品的复制行为，才能落入复制权的范畴；若在原作品的基础上增加了具有独创性的部分构成了新作品，这即是改编权的范畴。**值得一提的是，世界上多数国家的立法都是单独规定复制权和改编权，而法国是为数不多的将改编行为纳入复制权范围内的国家。[3]因此创作者的上述行为不宜认定为侵害权利人享有的复制权。

2.商标权侵权风险分析

《中华人民共和国商标法》第 57 条规定，未经商标注册人许可，在同种商品或类似商品中使用与其注册商标相同或近似的商标，容易导致混淆的，属于侵犯注册商标专用权。判断是否构成商标权侵权，关键在于判断所涉元素是否是商标性使用，即具有区别商品或服务来源的功能。

以“波特梵高”NFT 为例，根据商标局登记的商标，华纳兄弟娱乐公司在多项商品服务分类上都享有“哈利波特”的注册商标专用权。**若“波特梵高”的名称中使用了“哈利波特”字样，可否认定该 NFT 侵犯了华纳兄弟的注册商标专用权？关键在于判断作品名称是否属于商标性使用。**在“西湖龙井”案[4]中，二审法院认为被告在涉案网店商品标题中使用“赛西

[3] 《法国知识产权法典》L122-1，L122-4。
[4] (2019)浙民终 1792 号

湖龙井”，容易使相关公众认为是“西湖龙井”品牌，具有识别商品来源的功能，属于商标性使用而非描述性使用。但在“使命召唤”案[5]中，法院认为注册商标与电影名称的基本功能并不相同，电影作品名称并不是识别服务来源的基本途径，因此被告使用“使命召唤”作为电影名称并未侵害原告的注册商标专用权。可见，作品名称是否属于商标性使用要具体案件具体分析。

“波特梵高”NFT，致敬虚拟角色哈利波特。图源：Bigverse 官网-NFT 中国

而就“波特梵高”的例子来说，由于“哈利波特”已经注册为商标，而通过对比 NFT 的画面与经典的“哈利波特”形象，又可以形成高度的关联关系，“波特梵高”具有较明显的使用“哈利波特”商标中部分文字的行为，被认定为侵犯“哈利波特”商标所有权人的商标权的可能性较大。

进一步思考，“波特梵高”的创作者通过独具标志性的闪电疤痕、圆框眼镜和格兰芬多学院围巾“致敬”哈利波特，那么我们是否可以认为这些元素的组合能够起到识别商品来源的作用呢？这涉及到“商品化权益”。当前我国没有规定“商品化权”或类似的权益，司法实践中的主流态度是否认“商品化权益”的提法，但在满足特定条件时可以通过“法律规定的其他民事权利和利益”保护。《最高法关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第 22 条第 2 款将作品名称和角色名称作为“在先权益”给予保护可以看作是我国在“商品化权益”上的一大进展。

因此，假设“哈利波特”不是注册商标，那么创作者不论是在作品名称上使用“哈利波特”，还是形象设计上使用标志性的元素组合，权利人都无法通过商标法或“商品化权益”寻求救济。但这并不意味着权利人无法保护自己的合法权益，因为还可以诉诸于反不正当竞争法。

（本文首发于 2022 年 9 月 7 日）

[5] (2018)沪 73 民终 222 号

遍地都是热门 IP？——NFT 数字藏品“致敬”行为的法律风险（下）

陈欣皓、屈思敏

引言：在上篇文章，我们介绍了数字藏品创作中的“致敬”行为——NFT 创作者以虚拟角色形象作“皮肤”创作 NFT 数字藏品，并分析了这一行为存在的知识产权侵权风险。本文是下篇，将结合案例进一步分析“致敬”行为存在的不正当竞争风险。

三、“致敬”行为的不正当竞争风险分析

虽然反不正当竞争法被视作知识产权法的“补充法”，但前者的保护路径与后者并不相同。知识产权法通过“确权”保护权利人的利益，而**反不正当竞争法则是通过“行为规制”维护市场秩序，进而达到保护权利人利益的结果。**因此判断某行为是否构成不正当竞争，应当注重分析行为本身以及行为可能带来的结果。

《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称反法）第二条则对不正当竞争行为作出了原则性规定，第二章则列举规定了市场上常见的几种不正当竞争行为类型。对于两者的适用情形，最高院曾在裁定书中进一步阐明，在具体案件中可以根据第二条对不属于第二章列举规定的市场竞争行为予以调整，以保障市场公平竞争。可见第二条作为一项原则性条款具有兜底作用。因此，判断一个行为是否构成不正当竞争时，应首先判断该行为是否属于反法第二章中列举的不正当竞争行为类型。若不属于第二章列举的类型，则进一步分析是否满足适用第二条“兜底”条款的基本条件。

在“不知火舞案”[1]中，原告并未明确主张被告的行为属于哪种类型的不正当竞争行为。法院经审理认为，被告将不知火舞等四个涉案游戏角色形象和角色特征用于电影人物的造型与人物设定（包括服饰、人物性格、人物绰号等），并利用游戏角色“不知火舞”进行广告宣传，上述行为系擅自使用与具有一定影响的涉案游戏角色相同或相近似的名称，违反了反法第六条第一项之规定，属于足以引人误认为与涉案游戏及其角色存在特定联系的混淆行为，即被告的行为属于第二章列举规定的市场竞争行为，因此也就无需再考虑适用“兜底”条款。

电影《三流女侠》被判著作权侵权及不正当竞争，赔偿共计 80 万元。

而在金庸诉江南一案中，原告主张被诉行为违反了反法第二条的规定，因此法院首先对该案是否适用原则性条款进行分析。第一，被诉行为不属于反法第二章列举的不正当竞争行

[1] (2018)京 0108 民初 64742 号。

为类型；第二，涉案作品所拥有的极高知名度和影响力，是原告智力创作和辛苦付出的成果，且元素与作品之间已经建立了稳定的联系。被告利用原告及原告作品积攒的声誉为自己牟利，客观上增强了自己的竞争优势，同时挤占了原告使用其作品元素发展新作品的市场空间，变相剥夺了本应由原告享有的商业利益；第三，被诉行为利用涉案作品元素创作的行为超出了必要限度，不符合文化产业领域所公认的商业道德，违反了诚实信用原则，具有不正当性。[2]

在“波特梵高”例子中，创作者也使用了哈利波特电影中的多项经典元素。那么创作者创作“波特梵高”并发行销售的行为是否构成了不正当竞争？

“波特梵高”NFT，致敬虚拟角色哈利波特。图源：Bigverse 官网-NFT 中国

首先，创作者使用“哈利波特”元素创作数字藏品并发行销售的行为，并不属于反法第二章列举规定的不正当竞争行为类型。

其次，毫无疑问，不论是小说还是电影，哈利波特系列作品在全球范围内都享有极高的知名度和吸引力。原著作者 J.K.罗琳创作《哈利波特》小说，电影团队则将原本只存在于文字间的人物与画面具象化和视觉化，制作成系列电影。这一系列创作活动使得作品元素与“哈利波特”IP 之间产生了紧密的联系，闪电疤痕、圆框眼镜、红黄相间的围巾，对于哈迷而言这些元素不再只是其本身，还具有了特殊的指代意义。“波特梵高”的创作者使用这些元素，在客观上有利用 IP 的高知名度和高吸引力收割消费者的嫌疑。同时，虽然当前数字藏品行业仍处萌芽阶段，但不能排除在未来技术与行业发展成熟后 IP 权利人利用其作品创作数字藏品的可能，因此创作者的行为一定程度上会挤占 IP 权利人的相关市场空间，变相剥夺了本该由权利人享有的商业利益。

再次，创作者的上述行为亦违反了艺术创作行业的商业道德，具有可责性。当下我们所讨论的数字藏品仍然只是存在于虚拟空间的数据信息，既没有现实世界的实物与之对应，也不具有实用性。我们之所以愿意消费这样一种虚拟商品，其实是看重了其收藏价值和观赏价值。具体到“致敬”类数字藏品而言，消费者基于对 IP 的喜爱购买了该件数字藏品，该数字藏品本身或许没有很高的独创性，但因为其具有 IP 元素，该藏品被赋予了收藏价值和一定的观赏价值。市场并非不鼓励“致敬”类藏品的创作，但前提是要尊重智力成果、尊重作者的付出，这在市场上则具体表现为不损害作者基于自己的作品所享有的合法权益。如前述，“波特梵高”创作者使用哈利波特 IP 元素创作数字藏品，并将其作为商品在交易平台上销

[2] (2016)粤 0106 民初 12068 号。

售获利，不正当地利用了权利人的智力成果和 IP 的影响力与吸引力以提高自己作品的竞争力，违反了城市信用原则和公认的商业道德，具有可责性。结合上述三点分析，我们认为该“波特梵高”创作者创作该数字藏品并在平台上发行销售的行为适用反法第二条的规定，构成不正当竞争行为的风险较大。

最后，在“波特梵高”的例子中，其创作者可能构成对于《哈利波特》相关权利人的不正当竞争行为；对于另一个“致敬”的对象“梵高”，是否会构成不正当竞争？是否会构成侵犯“姓名权”的侵权行为？这个问题就留给读者，也欢迎大家与我们进行交流沟通。

四、结语

NFT 数字藏品的“致敬”行为存在知识产权侵权和不正当竞争风险，很可能侵犯权利人享有的改编权和信息网络传播权，或构成不正当竞争。当前国内 NFT 产业仍处于早期发展阶段，相关法规制度亟待补充与完善。

但作为“元宇宙”概念的先行者，NFT 数字藏品等仍然给予市场充分的遐想空间。在本系列文章的撰写过程中，上海数据交易所设立了“数字资产板块”并与 B 站、老字号品牌“回力”共同首发数字资产。上海数交所也创新首发数字资产新定义，定义了数字资产的“四不五可六类”。相信随着市场的不断规范及优胜劣汰，行业能够良性发展。

（本文首发于 2022 年 9 月 20 日）

关于金税四期，企业必须了解的这些点

崔岩双、丁于翔

前言

2021 年底轰轰烈烈的两起知名网红主播——雪梨、林珊珊偷逃税案、薇娅偷逃税案和 2022 年初知名影星邓伦偷逃税案爆出后，不断刷新的偷逃税金额、行政处罚金额引发了大量关注，也直接引发了税务总局“继续加强”对网络直播行业和影视行业的税收监管大整顿。同时，税务总局要求各级税务机关对各种偷逃税行为，坚持依法严查严处，坚决维护国家税法权威，促进社会公平正义。

通过负责案件查处的税务机关答记者问，能够看出上述案件均是通过大数据分析发现的涉税风险而引发的，可见大数据分析手段在税务检查中已发挥出了不可替代的作用，这也是金税四期工程取得的成果之一。

自 2020 年国家税务总局公布金税四期采购意向公告以来，金税四期的话题一直热度不退，很多企业对金税四期也关注甚多，**本系列三篇文章将分别围绕什么是金税四期、金税四期的重点监控内容和涉税风险及企业如何应对展开，旨在为企业如何应对金税四期提供思路。**本文为金税四期系列的第一篇，从金税工程的发展过程、金税四期的核心功能以及发展趋势的角度介绍一下什么是金税四期。

一、金税工程的发展过程

1994 年税务总局推行的金税一期，包括了增值税交叉稽核和增值税防伪税控两个子系统，实现了利用计算机网络对增值税专用发票进行交叉稽核；2001 年，金税二期实现了发票数据的自动采集功能；2016 年金税三期建成了网络硬件和基础软件的统一平台，实现对国税、地税数据的合并及统一，对税务系统业务流程全监控。

金税四期在此基础上，要实现税与非税业务的更全面的覆盖、实现多部门的信息共享、实现信息核查功能由税务机关内部延伸至外部、实现全数据、全业务、全流程的云化打通等。

二、金税四期的核心功能

（一）建立指挥决策系统

金税四期建立了依托于阿里云打造的指挥决策系统，采用分布式海量计算技术，大大提高计算速度，实现了 30 多个省级机关核心税务数据的当日汇总、计算，提高了税务机关的协查效率、消灭了地区间数据交换的时间差。指挥决策系统将打造一套信息获取及时准确、页面展示直观形象、实操实控简单明了、指挥决策精准有力的“作战图”指挥平台。

此外，金税四期还纳入“非税”业务，搭建了各部委、人民银行和银行等参与机构之间信息共享和核查的通道，实现了信息共享、信息核查。

（二）开发综合画像功能

金税四期充分运用大数据、人工智能等新一代信息技术，对大量历史风险任务反馈的样本数据进行学习、建模、扫描，实现每个市场主体全业务、全流程、全国范围内的“数据画像”，通过税税收风险指标模型筛选，定时自动扫描，区分有风险与无风险的纳税主体。

金税四期充分利用人工智能技术，通过自我学习总结、自动调节特征的权重，可以根据样本数据变化而变化，保证画像功能的与时俱进。

（三）完善抵账库穿透数规则

针对虚假注册、虚开发票、实名办税自然人异常等行为，税务大数据平台专门建立模型加以识别，对发票电子底账与发票申报表进行比对；系统会核对开票方发票本身的信息、发票开具内容与申报表比对，与受票方的销售的项目、收入等比对；将发票密码与商品编码一一对应，将对发票功能的利用发挥到极致；并且大数据对证据链完整而无真实业务的判断规则进行了完善。

在全国首例利用互联网共享经济服务平台虚开发票案中，金税四期的指挥决策系统和抵账库穿透数规则帮助烟台市公安局成功收网，揭开了利用国家税收、地方招商引资优惠政策及委托代征等制度漏洞，打击了大肆骗取、漏逃国家税款的黑产业链。该案涉嫌虚开增值税专用发票金额高达 13 亿余元，系“营改增”税制改革后，全国首例利用互联网共享经济服务平台虚开发票的案件，该案件的侦破也反映出了系统的核心优势。

（四）开发智慧稽查系统功能

金税四期还具有智慧稽查功能，通过机器学习、机器人流程自动化、语义理解等现代技术的工具迭代升级和自动采集、全面分析、自动生成文书报告等功能迭代升级，全面、自动化地进行稽查，降低税务稽查人员的负担。

同时，其智能分析系统，在虚开增值税专用发票、骗取出口退税、偷逃税、重点行业涉税违法、主要税种涉税违法等方面发挥重要作用。

在全国第一起增值税电子专票虚开案中，金税四期自动预警并协助河北税务局快速分析，仅用几日就确认涉案企业存在虚开发票的嫌疑，涉及金额 400 余万元。河北税务局与警方合作，仅用月余就锁定犯罪证据，并将犯罪嫌疑人抓捕到案。该案的迅速侦破正是反映出了智慧系统功能的强大。

三、金税四期的发展趋势

金税四期的本质是以数控税，相较三期的以票控税，由过去的“有税”后才关联发展为“涉税”即关联。而全面实行全电发票将在源头上为“以数控税”提供支撑。

全电发票全称为全面数字化的电子发票，是与纸质发票具有同等法律效力的全新发票，不以纸质形式存在、不用介质支撑、无须申请领用、发票验旧及申请增版增量。其票面信息全面数字化，多个票种集成归并为电子发票单一票种，实行全国统一赋码、自动流转交付。相较于增值税电子专用发票、电子（普通）发票、纸质发票，全电发票最大的区别在于管理的关键点不同。全电发票实行总金额控管，最高开票限额一般对单张发票的最高开票金额进

行管控，辅以发票数量的核定，管理的精准度不够且复杂。全电发票的推行不但会大大提升税务机关的税收征管效率，同时也会提升企业的财务工作效率。

金税四期将实现从“收税”到“报税”到“算税”，从“上机”到“上网”到“上云”，从“经验管税”到“以票管税”到“以数治税”的发展。对纳税企业而言，也需要适应金税四期的发展，从“被动遵从”到“主动遵从”、“协同遵从”，重视涉税事项，提高税务人员专业能力，尽快实现财务、税务合规改造。

（本文首发于 2022 年 8 月 15 日）

关于金税四期，企业必须了解这些点（二）

崔岩双、丁于翔

前言：上一篇从金税工程的发展过程、金税四期的核心功能以及发展趋势的角度介绍了什么是金税四期,介绍了金税四期下税务系统业务流程的全监控及非税业务的全覆盖。本期将从金税四期的重点监控内容及企业涉税风险的角度展开，旨在为企业如何应对金税四期提供思路。

一、金税四期下，会重点监控企业什么？

金税四期通过大数据、人工智能等信息技术手段，对企业的下述行为进行重点监控：

1.企业存在大量现金交易，不通过对公账户交易；

2.企业长期零申报或常年亏损，导致企业所得税税率异常偏低；

3.企业往来账户挂帐过大；

4.企业存货过大；

5.企业大量取得未填写纳税人识别号或统一社会信用代码的增值税普通发票；

6.长期盈利却不分红;

7.企业存在大量抬头为个人的不正常费用发票;

8.企业所得税申报表中的利润数据和财务报表的数据不一致；

9.期间费用率偏高异常;

10.公司账面上没有车辆但存在大量加油费等；

11.法人户籍非本地、法人设立异常集中；

12.企业大量存在“会务费”、“材料一批”、“咨询费”、“服务费”、“培训费”等；

13.商贸公司进、销严重背离；

14.长期存在增值税留抵等异常；

15.增值税税务异常偏低或偏高；

16.企业存在大量无清单的办公品增值税发票；

17.企业缴纳的增值税与附加税费金额比对异常；

18.公司只有进项但从无销项或者只有销项从无进项；

19.增值税申报表附表一“未开票收入”填写负数异常；

20.增值税申报表附表二“进项税额转出”为负数等异常;

21.增值税申报表申报的销售额与增值税开票系统销售额不一致；

22.无免税备案却有免税销售额等异常；

23.无简易征收备案但有简易计税销售额；

24.开票项目与实际经营范围严重不符；

25.新成立的公司突然短期内开票额突增异常或频繁发票增量异常；

26.大部分发票项格开具，发票开具金额满额度明显偏高异常;

27.大量存在农产品抵扣异常；

28.外埠进项或销售税额比重严重过高异常；

29.增值税专用发票用量变动异常;

30.纳税人销售货物发票价格变动异常；

31.工资薪金的个人所得税人均税款偏低异常；

32.个人取得两处或两处以上工资薪金所得未合并申报风险；

33.个人所得税和企业所得税申报的工资总额不符；

34.同一单位员工同时存在工资薪金所得与劳务报酬所得的异常；

35.少缴或不缴社保：员工自愿放弃等

36.企业代别人挂靠社保

二、金税四期下，会重点监控企业的哪些指标？

金税四期将对纳税申报时点采购、总资产周转率、往来指标、纳税人主营业务收入费用率、进销数据、存货周转率、增值税发票量、增值税一般纳税人增值税税负率、增值税一般纳税人增值税税负率、企业所得税税负率、期末存货大于实收资本的差异幅度、预收账款占比营业收入的比例幅度、纳税人主营业务收入成本率等指标进行重点监控。受限于篇幅原因，本文就纳税申报时点、采购、总资产周转率、往来指标、纳税人主营业务收入费用率等方面进行简要介绍。

1. 纳税申报时点预警

金税四期将实现打通税务、工商、社保、统计、银行、国土、房产等各部门的业务信息。因此，当企业发生相关业务时，未及时办理涉税事项时将会出现预警，如企业取得了房产土地、却未及时申报房产税、土地使用税，即会出现纳税申报的时点预警。

2. 采购异常预警

如通过发票信息采集发现企业存在大量异地采购常规物资的情形，因舍近求远的常规物资采购违背正常的商业逻辑，故会出现采购异常预警。

3. 总资产周转率异常预警

总资产周转率是考察企业资产运营效率的一项重要指标，反映了企业全部资产的管理质量和利用效率。通过该指标与同行业水平的对比分析后，发现企业如果总资产周转率远低于同行业水平，说明企业有可能存在少计收入的现象预警。

4. 往来指标预警

如企业的其他应收款占流动资产的比例过大，则企业很大可能存在高管借支绩效、股东借用公司资金、关联方之间资金借支的情形，说明企业可能存在推迟或漏缴了个人所得税或增值税的情形。

5. 纳税人主营业务收入费用率异常

如企业的主营业务收入费用率明显高于行业平均水平的，说明企业很可能存在多提、多摊相关费用的情形或存在资本性支出一次性在当期列支的情形等。

此外，金税四期下会持续重点监控企业的税负率。税负率一般指企业在某个时期内的税收负担的大小，一般用税收占收入的比重来进行衡量，最常用的税负率为增值税税负率和所得税税负率。税务机关定期通过金税四期系统数据对企业税负进行评估，并通过行业平均税负率横向评估企业的纳税率是否存在异常，对于发生异常变动或税负率长期远低于同行业水平的的企业，就会被列入重点关注对象。

三、金税四期下，对企业的税务稽查会从哪些方面着手？

(一) 从企业的收入着手

“金税四期”下对企业的稽查，在收入方面会通过将企业的收入、成本费用等经营指标与同行业其他企业的财务指标进行对比，发现预警异常情况；会通过大数据分析比对及时发现企业收入确认的税会差异情况；会通过跨部门的信息比对发现企业存在以个人账号、微信、支付宝等方式收取货款等少计或隐匿收入的情况等；会通过与政府各部门、商业银行间的信息联动，从纵向方面，查询与该企业交易的下游企业相关账本数据，比对是否存在异常，以识别企业是否存在少计或不计收入等。

(二) 从企业的成本费用着手

金税四期下对企业的稽查在企业成本费用方面，会重点关注研发费用支出、广告及业务招待费等支出。

研发费用支出存在加计扣除的税收优惠政策，金税四期将从横向和纵向两个维度对企业研发费用进行分析，评估企业研发支出归集、核算是否真实、准确、完整。企业的广告和业务招待费一直是企业支出问题的高发点，金税四期的稽查会通过发票金额与资金流水的支付金额对比核对广告宣传费、业务招待费等费用的真实性。

(三) 从企业的银行账户、库存、利润等着手

金税四期的信息共享核查系统使税务部门与各部委、中央人民银行和银行等能够实现企业纳税信息及纳税人经营状态、企业账户等信息共享；金税四期的大数据分析功能可以有效比对企业的收入与成本，使企业的库存与利润变得更透明，更易发现企业的涉税风险。

(四) 从企业的社保缴纳、应纳税额等着手

在社保入税的背景下，企业以发票报销、利用灵活用工平台为员工降低个人所得税、企业大部分员工个税在起征点以下、员工个人所得税申报表中的工资与企业申报的工资不一致、企业帮他人代为缴纳社保等易被金税四期的智慧稽查系统所识别；通过金税四期的综合画像功能和抵账库穿透数规则，企业增值税收入长期大于所得税收入、企业税负率与本企业不同期间，与同行业其他公司相比，变动异常、过高或过低等易被识别；企业税负率与开票情况、取得支出发票情况差异过大等易被识别。

四、金税四期下，会重点稽查哪些企业？

（一）虚假开户的企业、空壳公司；

（二）虚开虚抵发票的企业；

（三）收入成本严重不匹配的企业；

（四）申报异常的企业；

申报异常包含零申报、长期亏损申报、长期留抵等情况。

（五）税负率异常的企业；

（六）常亏不倒的企业等。

从行业上看，电商行业、建筑行业、劳务派遣行业、医药行业、外贸行业、石化行业等将成为稽查重点。

（本文首发于 2022 年 9 月 5 日）

关于金税四期，企业必须了解这些点（三）

崔岩双、丁于翔

前言：上两篇从金税工程的发展过程、金税四期的核心功能以及发展趋势的角度介绍了什么是金税四期,介绍了金税四期下税务系统业务流程的全监控及非税业务的全覆盖，介绍饿了金税四期的重点监控内容等，本期将从企业角度分析如何看待金税四期及如何应对金税四期。

一、如何理性看待金税四期？

（一）金税四期下的严格监控是税收征管之大趋势

金税四期的非税业务搭建了各机构之间的信息共享和核查的通道，将使得信息更透明，如主要的商业银行：工商银行、交通银行、中信银行、民生银行、招商银行等接入税务银行共享系统，实现了企业相关人员手机号码、企业纳税状态、企业登记注册信息核查的三大功能。高净值人士的资产收支情况亦会在信息共享系统下变得更加透明。此外，在大数据的渗透下，信息孤岛将被打破，隐藏在深层、背后违法的交易，如虚开虚抵、变换名目等所谓的“筹划”等违法违规行为将更易被识别。总而言之，金税四期下的严格监控是税收征管之大趋势，而伴随着征管趋严而来的是各种对违规违法的惩戒手段的不断完善。如个人卡交易涉及偷税漏税等行为时，将会导致该持卡人在五年内不能开设新账户、手机支付（包括微信及支付宝）被禁用、贷款的受限等。

（二）金税四期仍处于建设完善的过程中，并非已完成

金税四期尚处于建设阶段，并非一蹴而就可以完成。因此，企业仍有进行合规建设的窗口期，利用窗口期的时间进行合规建设，以应对金税四期的监管严要求。

如企业未能达到合规要求被行政处罚时，要了解行政处罚法中的“首违不罚”，即对于初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以免于行政处罚[1]。如企业涉嫌逃税罪时，要了解刑法中的“首罚不刑”，即已补缴了应纳税款、滞纳金的，且已受行政处罚，不予追究刑事责任[2]。

此外，随着 2021 年最高人民检察院等九部门《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》的出台，涉案企业认罪认罚、承诺建立或完善企业合规制度且自愿适用第三方机制时，检察院可以作出不起诉的决定。

---

[1] 《行政处罚法》第三十三条第一款：违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以不予行政处罚。

[2] 《刑法》第二百零一条：纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

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

对多次实施前两款行为，未经处理的，按照累计数额计算。

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

二、企业如何进行税务合规建设以应对金税四期的严监管？

企业可以自行或借助外脑第三方的力量，从增值税、企业所得税、个人所得税、房地产、土地使用税和印花税等相应的涉税风险点进行自查并作出积极应对。受限于篇幅原因，本文仅以常见的涉税风险点进行介绍。

(一) 增值税

在销售收入是否完整及时入账方面，企业的现金收入是否按规定入账；是否仅将开票部分对应的收入入账；以货易货、以货抵债的收入是否入账；销售收入是否长期挂账不转收入。

在视同销售方面，企业是否存在将自产或委托加工的货物用于非增值税应税项目、集体福利或个人消费而未视同销售、未计提销项税的情况；是否存在将自产、委托加工或购买的货物用于投资、分配、无偿捐助、赠送但不计或少计应税收入的情形。

在开具红字发票冲减应税收入方面，企业是否存在发生销售退回、折让，开具红字发票和账务处理是否符合税法规定。

对于有兼营行为适用不同税率或者征收率的纳税人，企业是否按规定分别核算适用不同税率或征收率的销售额；对于兼营免税项目的增值税一般纳税人，可以自查是否存在擅自扩大免税范围，免税额、不予抵扣的进项税额计算是否正确。

此外，逾期未收回的包装物押金是否按规定计提销项税额；增值税混合销售行为是否依法纳税；应征收增值税的代购货物、代理进口货物的行为是否缴纳增值税；纳税人取得的中央财政补贴，在不征收增值税的范围内是否核算正确；是否存在不符合差额征税规定，而按照超额征税方法计算增值税的情形；是否存在未依法履行代扣代缴义务的情形。

在用于抵扣进项税额的增值税专用发票的真实性和合法性方面，企业是否存在开票单位与收款单位不一致及发票票面记载货物与实际入库货物不一致的情形。

在用于抵扣进项税额的运输业发票的真实性和合法性方面，企业是否存在用于非增值税应税项目、免税增值税项目、集体福利和个人消费、非正常损失的货物（劳务）、非正常损失的在产品、产成品所耗用的购进货物（劳务）所发生的运费抵扣进项；是否存在与购进和销售货物无关的运费抵扣进项；是否存在开票方与承运方不一致的运输发票抵扣进项和以项目填写不齐全的运输发票抵扣进项的情形。

企业是否存在未按规定开具农产品收购统一发票申报抵扣进项税额的情况；发生退货或取得销售折让是否按规定作进项税额转出；是否存在专用于简易计税方法、免征增值税项目集体福利或个人消费的购进货物、劳务、服务、无形资产和不动产进行了进项税抵扣的情形；是否存在非正常损失，如购进货物，以及相关的加工修理修配劳务和交通运输服务；在产品、产成品所耗用的购进货物、加工修理修配劳务和交通运输服务等抵扣了进项税等情形。

(二) 企业所得税

在企业所得税方面，涉税风险点主要包括应税收入，如企业取得的各类收入是否按权责发生制原则确认收入、企业是否存在利用往来账户、中间科目延迟实现应税收入或调整企业利润、企业是否在未将取得的应税收入投资收益计入应纳税所得额等情形；企业是否存在虚增成本费用、将资本性支出一次性计入成本费用的行为、是否未进行纳税调整等。

(三) 其他税种

在个人所得税方面，涉税风险点主要在于企业为职工发放年金、绩效奖金，为职工购买的各种商业保险等是否依法履行代缴义务。

在房产税上，企业是否存在于房屋不可分割的附属设施未计入房产原值缴纳房产税；未竣工验收但已实际使用的房产是否缴纳房产税等。

在土地使用税上，土地实际面积大于土地使用证登记面积的情况下，企业是否按照土地实际面积缴纳土地使用税等。

在印花税上，企业是否存在混淆合同性质的情况、企业是否存在应纳税凭证书立或领受时不进行贴花或延期缴纳印花税的情形、是否存在企业增加实收资本和资本公积后未补缴印花税等情形。

金税四期下的严监管，将使企业面临不主动合规就只能以更大代价被动合规的局面，即进一步凸显出了税务合规是企业发展的基石。

税务合规是企业发展的起点，在税务合规基础上的税务规划才具有可行性。

从 IPO 的数据上看，税务不合规已成为企业 IPO 道路上的主要“拦路虎”。比如，在纳税申报、发票管理，税收优惠申请等常规性工作的疏忽，除了反映出企业税务内控制度的不健全，因此引发的税务风险和企业主体信用风险也成为企业闯关路上的拦路石。税务不合规引起的税务处罚也是常见的将企业拦在 IPO 路上的“税务疾病”，如装修行业中的土巴兔就曾因高管利用个人独资企业避税被税务行政处罚最终导致 IPO 失败。在主动撤回 IPO 的企业中，有很大比例是因为企业存在不同的“税务疾病”而不得不主动撤回 IPO 的，可见税务合规是企业发展的基石。

而如何以最小代价完成税务合规，适应金税四期的监管严要求将成为企业不得不思考、不得不面对的问题。

（本文首发于 2022 年 9 月 19 日）

内控与反舞弊

从“A 股最大造假案”看上市公司舞弊情况

岑晓娴

2021 年，康美药业这位曾经的“药业大佬”随着一审判决书的公开重回公众视线。首先，我们先来回顾一下康美药业财务造假案：

- 2018 年 10 月 15 日晚，上市公司舞弊情况、计算机类舞弊案件数量增加引关注；
- 2018 年 12 月 28 日，中国证监会向康美药业发布《调查通知书》；
- 2019 年 4 月 30 日，康美药业发布《关于前期会计差错更正的公告》；
- 2019 年 5 月 17 日，中国证监会通报调差进展，称已初步查明康美药业披露的财务报告存在重大虚假；
- 2019 年 8 月 16 日，中国证监会对康美药业作出处罚及禁入决定；
- 2020 年 7 月，康美药业原实际控制人马某某因涉嫌违规披露、不披露重要信息罪被公安机关采取强制措施；
- 2021 年 11 月 1 日，广东省佛山市人民检察院指控马兴田犯违规披露、不披露重要信息罪、挪用资金罪、操纵证券市场罪，向佛山市中级人民法院提起公诉。
- 2021 年 11 月 12 日，广州中院作出一审判决，康美药业股份公司须赔偿证券投资者损失 24.59 亿元，原董事长、总经理马兴田及 5 名直接责任人、正中珠江会计师事务所及直接责任人将承担全部连带赔偿责任，13 名相关责任人员按过错程度承担部分连带赔偿责任；
- 2021 年 11 月 17 日，康美药业原实际控制人马兴田因操纵证券市场罪、不披露重要信息罪等罪数罪并罚，被判处有期徒刑 12 年，并处罚金 120 万元；其他责任人员 11 人，因参与相关证券犯罪被分别判处有期徒刑并处罚金。

至此，这例 A 股最大造假案暂告一个段落。

康美药业财务造假案无疑是资本市场中一起标志性案件，不仅创下金额最大、人数最多，也开启了首例全国首例证券集体诉讼的先例。这在打开今后投资者维权新格局的同时，也让大家将目光放到了上市企业的舞弊现状上。本文将结合《2020 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》，与读者一同探讨上市企业反舞弊现状。（说明：根据裁判文书的公开进度，每年第二季度可基本获悉上一年度的公开案例，因此，《2021 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》拟于今年 9 月发布。）

上市公司舞弊案件总体情况

2020 年度，在涉及舞弊案件的企业中，上市公司共 243 个，占比为 6.13%。2019 年度的数据为上市公司 144 个，占比 4.52%。

2020 年度，经司法查处的舞弊案件共给上市公司造成 4.13 亿元损失，其中数额最大的案件涉及职务侵占 1.64 亿元人民币，发生在金融业内。

上市公司舞弊案件具体罪名分布

职务侵占罪共 170 例，挪用资金罪共 22 例，非国家工作人员受贿罪 43 例，侵犯公民个人信息罪 8 例。在统计的案例中，并未有在上市公司中查处的计算机舞弊案件。

具体到各项罪名中，职务侵占行为给上市公司平均造成损失 214 万元，上市（控股）公司平均造成损失 137.34 万元，非上市公司平均损失 122.94 万元。挪用资金罪中，上市公司平均损失 154.9 万元，上市（控股）公司的平均涉案金额为 167.10 万元，非上市公司的平均

涉案金额为 330.3 万元。非国家工作人员受贿罪中，上市公司员工的平均受贿金额为 58.57 万元，非上市公司员工的平均受贿金额为 78.51 万元。

中高层人员涉嫌舞弊数量占比上升

2020 年度，在与上市（控股）公司有关的舞弊刑事案件中，一般员工有 138 人，占比 58.23%；中层员工有 82 人，占比 34.6%；高层人员有 17 人，占比 7.17%。

我国上市公司内部控制信息披露内部控制缺陷分为财务报告相关内部控制缺陷与非财务报告内部控制缺陷，由于非财务报告内部控制的审计不是强制的，这就导致了企业披露的内部控制缺陷以财务报告内部控制缺陷为主。

上市公司执行内部控制规范体系存在的主要问题集中在三个方面：

1.信息披露形式的合规性，包括：未能应披尽披、未在指定渠道披露独立报告、披露内容要素不完整、信息不一致；

2.信息披露的有效性，包括：评价报告内容不详实、评价报告与审计报告结论逻辑不一致、缺陷信息披露；

3.内控体系的建设与执行，包括：事前标准设计不健全不合理、事中措施执行不到位、事后评估实施不主动、缺陷整改不到位。

从导致重大缺陷和非标准审计意见的原因来看，上市公司资金被实际控制人侵占、未按行政处罚要求及时更正会计差错（重述报表）、缺乏有效资产管控、违规担保等问题，仍是上市公司需努力提升内部控制的重点领域。其中对上市公司资金管理出现缺陷居于榜首。[1]

在这起 A 股历史上最大造假案公开之前，对上市企业内控监管大多还是以采取警示或者责令改正的监管措施为主，像康美药业这样面临行、民、刑处罚“大满贯”的情形并不多见，但可以预见，今后对上市企业的监管会越来越严格。

从上市公司自身来看，应当加强董监高等“关键少数”的认识，自觉承担上市公司的法定义务，压实主体责任，增强其责任意识；明确内控自我评价的责任主体并强化内控自我评价的各级责任，从而不断完善内部控制体系。

[1] 参考《上市公司 2019 年执行企业内部控制规范体系情况蓝皮书》。

从监管层面来说，应当尽快完善内部控制信息披露要求，进一步细化相关规则，将披露范围扩大至非财务报告内部控制。整合、创新监管机制和手段，并且针对频频爆发的内控重灾区问题强化监督与问责，提升内控监管的效果。

结语

上市公司财务信息披露的真实、准确和完整是市场健康发展的基础，大股东、实际控制人和董事、监事、高级管理人员要讲真话、做真账，维护信息披露制度的严肃性。康美药业的例子值得所有企业、从业者引以为戒。星瀚企业内控与反舞弊法律中心也会持续关注上市企业的舞弊情况，致力于理论研究与实务分析，揭示舞弊人员以及舞弊犯罪的特征及特点，为完善企业治理机制、内控体系建设，有效预防和调查员工舞弊行为，促进上市企业良性健康发展提供参考意见。

（本文首发于 2022 年 1 月 24 日）

“国民零食第一股”再曝商业贿赂案，民企反腐道阻且长

岑晓娴

继去年爆出员工私自盗卖公司废纸箱事件后，三只松鼠近期又再度因商业贿赂事件进入大众视野。

根据公开的裁判文书[1]显示，2016 年 9 月至 2020 年 10 月间,被告人张某某利用其担任三只松鼠股份有限公司辅材部负责人、辅材部高级专家等职务便利,非法收受宁国市城南印刷厂等六家业务单位所送钱款,共计 1885365.32 元,在日常业务开展等方面提供帮助。在张某某被抓前就已经因涉嫌职务违法而停职，且到案后如实供述、认罪认罚，最终张某某因非国家工作人员受贿罪被判处有期徒刑三年，宣告缓刑五年，并处罚金人民币 5 万元。对于已退出的违法所得 188.6 万元予以没收，上缴国库。

在稍早前公开的另一篇裁判文书[2]中，2014 年 12 月，程某入职三只松鼠，2017 年 12 月至 2019 年 12 月，程某在担任“三只松鼠公司”鼠小野产品特种队队长和产品供应链中心辣条部负责人期间，利用职务上的便利，伙同被告人程某某、黄某二人或者单独授意供货商提高供货价，并从中索取回扣，共计 5302377.7 元，其中，程某个人实际所得共计 4088177.7 元，被判处有期徒刑三年，并处罚金 40 万元。

而之前靠废纸箱不良获利的蒋某也曾收受北京龙金亿劳务服务有限公司法定代表人王某（另案处理）所送现金 279042 元及价值 429000 元的华晨宝马牌轿车一辆，共计价值 708042 元。[3]舞弊手法层出不穷，但企业查处舞弊的决心也不容小觑。结合《2020 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》，我们可以发现以下现象：

管理岗位人员舞弊案件高发

与 2019 年相比，管理岗位的舞弊人员增长幅度较大，位列排名第一，在数量上已多于销售岗位的人员。而技术岗位排名从第三位下降到第五位。管理（经理）岗和销售岗，依然是舞弊案件最高发的岗位，在 2020 年度数据中，其总数占所有岗位发案数的 63.99%。

[1] （2021）皖 0203 刑初 171 号
[2] （2021）皖 0203 刑初 52 号
[3] （2021）皖 0203 刑初 28 号

非国家工作人员受贿多发于供应商行贿

在有效的 332 件案例中，人均受贿金额为 80.86 万元，个案受贿金额最多为 2600 万元，人均受贿金额和个案最高受贿金额较去年都有了较大幅度的上升。非国家工作人员受贿来源有供应商、购货方、经销商、同事。上图显示，非国家工作人员受贿的主要来源是供应商，占比 70.21%，来源于购货方的占比为 25.53%，来源于同事和经销商的占比较小，分别为 2.4% 和 1.86%。这说明了采购环节受贿类舞弊行为多发。

入职 2-5 年的员工需警惕

在所有经统计的非国受贿案件中，入职年限两年内人员 14 人、入职 2-5 年人员 237 人、入职 6-10 年人员 73 人、入职 10 年以上人员 21 人。而在受贿金额超过 100 万元的高额非国受贿案件之中，入职年限两年内人员 1 人、入职 2-5 年人员 23 人、入职 6-10 年人员 18 人、入职 10 年以上人员 8 人。

自 2020 年三只松鼠开启史上最严反贪行动起，截止至 2021 年 12 月，三只松鼠廉洁部发布监察月报 123 份，涉案员工或被开除，或被移送司法机关，不难看出三只松鼠大力反腐的决心。亡羊补牢，犹未为晚，企业也可以从中得到一些内控管理上的启发：

1.优化岗位职责权限设置并定期审查

根据《2020 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》，入职年限大于五年的人员，其平均受贿金额远超入职年限较短的人员。这是因为随着入职时间增加，员工在公司内部的职位和工作都趋于稳定，开始接触重要的交易或往来，也就有了行受贿的条件。建立轮岗机制就显得尤为重要，特别是采购岗位，以此对内外勾结所造成的舞弊进行制约。对贪腐高发的管理、销售等岗位所涉账目进行定期财务审计，核查相关责任人的钱款流向等事项。

2.严格落实内部相关制度管理

企业可对内部流程运作设定具体的授权和审批流程，权责细化到各级人员，在办理具体经济业务时，未经授权和批准，员工不得擅自经手处理。在供应商选择上，应强化供应商选择过程的透明度，例如增加公示期制度，以确保采购的公平性。针对程某授意供货商提高供货价，从中收取回扣的舞弊手法，如若三只松鼠可以建立价格数据库，定期将公司采购价进行对比。同时，整体对采购供应等环节定期进行分析回顾、综合比对，或许能更早发现异常情形，更大程度减少损失。

3.畅通内部举报渠道，积极自查

“发现难”是民企反腐公认的困难之一，企业可鼓励内部员工举报舞弊行为，对核实确认的举报行为予以奖励。根据三只松鼠廉洁部公开的信息，截至 2021 年 12 月，共核定廉洁违规事项 269 次，奖励员工 288 次。不仅如此，三只松鼠还开发了针对伙伴端的松鼠云造 APP 和针对员工端的松鼠廉行 APP，以此规范员工的出差，依赖技术手段来预防或是发现查处舞弊也是企业可以采取的途径。

结语

民企反腐从“家丑不可外扬”到如今的“自曝家丑”，经历了一个漫长的过程。越来越多的企业意识到，商业贿赂不仅虚增了企业的运营成本、侵蚀了利润，还损害了企业的经营环境、商业声誉，严重制约了企业的发展。对舞弊行为零容忍已是目前大部分企业的态度和决心。星瀚企业内控与反舞弊法律中心致力于理论研究与实务分析《2021 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》拟于今年 9 月发布，在此期间我们也会持续关注企业的舞弊情况，揭示舞弊人员以及舞弊犯罪的特征及特点，为完善企业治理机制、内控体系建设，有效预防和调查员工舞弊行为提供参考意见。

（本文首发于 2022 年 2 月 22 日）

共同犯罪情形下的受贿金额认定——以非国家工作人员受贿罪为例

冯笑

随着我们办理的职务犯罪案件数量增多，也遇到很多容易在司法实务中引起热议的难题，深刻体会到理论和实践的差异。这些热议点中，有行为定性、被害人界定的问题，会直接关系到案件定性（如我们发表过的《员工从相对方处收取好处费的舞弊行为如何定性？》一文，是关于定性职务侵占亦或非国家工作人员受贿的区分），也有犯罪金额的认定问题，虽然不影响案件定性，但对案件的影响力往往不亚于定性上的争议（如我们发表过的《职务犯罪中犯罪成本的认定及扣除问题》一文，便是关于涉案金额的认定问题）。

近来，有很多企业都会和我们咨询一个问题，他们办理的一些舞弊案件里——多名员工涉嫌共同受贿、且受贿金额达数百万元（在 2021 年《刑法修正案》（十一）施行前，本罪名涉案金额 100 万元以上的，相应的量刑标准为 5 年以上有期徒刑），部分涉案人员被判决适用第二档刑罚，部分人员却被判决适用第一档刑罚，甚至有些案件还适用缓刑，这让企业觉得和办案初期的预想不同，也与很多职务侵占罪共同犯罪的刑罚适用不太一致。诚然，这种共同犯罪情况下受贿金额的认定问题，在实务中也往往会成为控辩双方甚至检法双方存在争议的问题，甚至于有一些案件里，检察院对于法院的判决不服还会提出抗诉启动二审，笔者结案我们的办案经验及本罪的立法原理，在此就这一问题和大家进行探讨。

正文开篇前，我们可以先看三个定性相同、情节类似、处理结果不同的案例[1]：

案例一：

甲、乙、丙三人分别系某地产集团公司的营销中心主任、总经理、副总经理，在职期间具备经手某商场某项目招标的职务便利，A 公司为求中标，事前向甲等三人约定行贿 200 万元并支付到甲指定账户，甲、乙、丙三人经过内部分配，分别到手金额为 100 万元、60 万元、40 万元。随后，甲等三人在明知 A 公司相关产品及销售数据不符合集团公司招标条件的情况下，合谋违规让该公司中标。

该案件中，甲等三人被认定构成非国家工作人员受贿罪，系共同犯罪，三人均对受贿 200 万元负责，因涉案金额超过 100 万元，对三人均适用第二档刑罚，但乙、丙的量刑比甲稍轻。

案例二：

甲、乙、丙三人分别系某地产集团公司的营销中心总经理、经理、职员（三人系一个独立团队），在职期间该团队具备经手某商场某项目招标的职务便利，A 公司为求中标，事前向甲等三人约定好行贿 200 万元并支付至甲指定的账户，甲然后按照三人的内部约定分给乙 60 万元、丙 40 万元，自己分得 100 万元。甲等三人随后在明知 A 公司相关产品及销售数据不符合集团公司招标条件的情况下，甲安排乙和丙暗箱操作，违规让该公司中标。

[1] 因篇幅有限，均将相关司法实践案例进行改编归纳。

该案件中，甲等三人被认定构成非国家工作人员受贿罪，系共同犯罪，三人均对受贿200万元负责，但甲被认定为主犯（因涉案金额超过100万元，适用第二档刑罚），乙、丙被认定为从犯（涉案金额虽超过100万元，但对其减轻处罚，最终适用第一档刑罚）。

案例三：

甲、乙、丙三人分别系某地产集团公司的营销中心主任、总经理、副总经理，在职期间具备经手某商场某项目招标的职务便利，A公司为求中标，找到甲向其行贿200万元，甲收到款项后向乙、丙分别转账60万元、40万元，让乙、丙二人在各自主管领域给予帮忙，经过三人各自的暗箱操作，使得该公司违规中标。

该案件中，甲等三人被认定构成非国家工作人员受贿罪，甲对受贿100万元负责（适用第二档刑罚），乙、丙分别对60万、40万元金额负责（适用第一档刑罚）。

上述三则案件都是共同犯罪，甲乙丙三人实际获利金额也一致，但每个案件的认定结果、量刑依据都有所不同，下文也会对每个案件的认定依据进行简要分析。

一、非国家工作人员受贿罪中金额的认定标准，可参照受贿罪中金额认定标准的相关规定及司法实践操作

关于共同受贿案件中金额认定问题，最高人民法院研究室《关于共同受贿案件中受贿数额认定问题的研究意见解读》（以下简称“研究意见”）已经进行了比较深入的解读，该意见虽然不是司法解释，但系最高院研究室[2]出台、且具有很强的实操指导性。笔者进一步检索了一些司法实践判例，发现这一意见在很多司法判例中也得到法院的认可。但因为该解读系针对受贿罪，并非针对非国家工作人员受贿罪，所以，我们需要解决的首要问题就是：非国家工作人员受贿罪中金额认定问题，可否参照该解读意见？

需要说明的是，对于职务犯罪的相关研究，无论是国家机关、权威部门的立法、司法解释、最高院指导案例以及相关研讨意见，亦或是刑法学界学者的理论研究，长久以来都主要集中在国家工作人员的职务犯罪上面，例如贪污罪、挪用公款、受贿罪等，单独在非公职人员职务犯罪上面进行研究的数量相对较少。鉴于受贿罪和非国家工作人员受贿罪这两个罪名的立法精神、行为模式大体上都是一致的，最大的区别在于行为主体、量刑幅度有所不同，因此这两个罪名的很多疑难问题研究结果是可以共同参考使用的，包括本文谈及的受贿金额认定问题，上述研究意见可以在处理非国家工作人员受贿罪的案件中参考使用。

二、受贿金额的认定，首先应遵循共同犯罪“部分实行全部责任”原则

共同犯罪是刑法总则中的一个基本问题，鉴于单个行为共同组成了一个整体的犯罪行为，并由该整体行为造成了一定的犯罪后果，因此在我国刑法通说中，有着“部分实行全部责任”原则一说，共同正犯人只要实施了部分行为，就需要对全部结果承担刑事责任。

非国家工作人员受贿罪作为《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的一个罪名，对刑法总则中关于共同犯罪的基础规定肯定是要遵循适用的。本罪名的共同

[2] 最高人民法院研究室，系最高人民法院内设机构之一，主要职责包括：起草司法解释及有关组织、协调、编纂等工作；参与立法活动，研究、征集对法律、法规、规章草案的意见；对下级人民法院和有关部门提出的法律适用问题进行答复；办理或协调办理涉港、澳、台法律事务；负责少年法庭、司法统计和综合性调查研究工作；负责指导性案例的编纂。

犯罪情况下，各行为人往往具有共同受贿的主观意志，在受贿意志的支配下利用各自职务便利实施了为他人谋取利益的行为，各自的行为相互结合对公司的管理秩序进行了妨害，因此，每个受贿人员原则上都应对全部的受贿金额负责，这一点从本罪名的法理上是可以理解的。

最高人民法院研究室《关于共同受贿案件中受贿数额认定问题的研究意见解读》也指出：**作为原则，对于共同受贿犯罪，应当根据其参与或者组织、指挥的共同受贿数额量刑**。前文提到的判例一就是对“部分实行全部责任”原则的贯彻，甲、乙、丙等三人均为公司的领导人员，明知行为人的行贿额为 200 万元，共同实施了为他人谋利行为，且三人之间的地位、作用没有显著差异，因此三人均对 200 万元负责，不区分主从犯，均适用第二档刑罚。

在司法实践中，关于本罪名共犯情形是否全部适用这一原则是存在争议的，提出异议者的观点主要在于：

1、从理论角度而言，非国家工作人员受贿罪不同于传统的人身暴力犯罪，在人身犯罪中，最能够体现行为危害性的是对被害人造成的伤害，每个参与人的行为都与最终危害结果有直接因果关系，很难区分单个行为人对被害结果承担责任的占比，因此按照“部分行为共同责任”的原则追究各行为人的刑事责任无可厚非。但受贿案件与此不同，本罪的侵犯客体主要是国家对公司、企业以及非国有事业单位、其他组织的工作人员职务活动的管理制度，在共同犯罪中，每个人的获利金额能够反映行为人在全案中的作用和地位有所不同，因此让所有人都对整个受贿金额负责，在某些情形下可能违反罪刑相适应原则；

2、从理论角度而言，非国家工作人员受贿罪也不同于职务侵占罪、盗窃罪等大多数直接以犯罪金额作为量刑依据的罪名，在职务侵占罪、盗窃罪的情形下，行为人实施犯罪行为后所获取的金额即为非法所得金额，因此所有行为人在事前、事中对于共同犯罪金额均有主观故意。而非国受贿罪中行为人的犯罪行为主要是为他人谋利，这一犯罪行为不能直接转化为固定金额的受贿款，同样的违规谋利行为在不同案件中带来的受贿款也未必相同，各受贿人在事前也未必知道确切的受贿金额，在事后还未必知道每个人实际的受贿金额，让行为人为自己所不知道、无法预想到的全部受贿金额承担刑事责任，可能会违反罪刑相适应原则；

3、从实践角度而言，在很多共同受贿案件中，各行为人实际到手金额差别很大（比如有人分得数百万元甚至数千万元，有人仅分得数十万元），而犯罪金额是本罪名的最重要量刑标准（在最新的量刑标准出台之前，涉案金额是否超过 100 万元直接关系到行为人是否有空间争取取保、缓刑），因此要让仅获利数十万元的行为人和获利数百万元、甚至数千万元的行为人基于同一个量刑标准规范量刑，会大大影响司法权威性。

正因如此，我们看到很多司法实践判例或者裁判文书中，没有完全按照这一原则进行认定，而是依法进行了相应的变通，使之符合罪刑相适应原则。

三、受贿金额的认定，同时需要遵循罪刑相适应原则

在司法实践中，考虑到严格适用“部分实行全部责任”原则可能会导致罪刑不适应，所以在一些个案上会有灵活调整，主要表现在两个方面：

1、对共同犯罪的行为人区分主从犯，对于主犯按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚，对于从犯从轻或者减轻处罚，以达到罪刑相适应原则；

例如前文提到的案例二，甲乙丙三人虽系共同犯罪，但乙丙二人职位低于甲，在整个行为过程中居于从属地位、次要作用，且获利金额均不超过 100 万，如果要乙丙二人按照全案金额承担刑事责任，对乙丙二人存在量刑过重的情况，因此该案中认定乙丙二人为从犯、予以减轻（降档）处罚。

但是这种按照区分主从犯的方式也并非能够解决所有问题：

例如有一些共同犯罪案件中，虽然各行为人实际受贿金额差别很大，但他们的作用、地位区分不明显，难以区分主从犯；

例如在《刑法修正案（十一）》正式施行后，本罪的量刑标准由两档调整为了三档，在有的案件中，全案金额应适用第三档刑期，对于受贿金额很小的行为人即便认定从犯适用减轻处罚，依法也在第二档刑期量刑，依旧可能导致罪刑不相适应。

2、虽然是共同犯罪，但各行为人只对自己受贿金额负责，不对全案金额承担责任，以达到罪刑相适应原则；

那么，在什么情况下可以按照这种方式呢？研究意见里提出：**作为例外，对于难以区分主从犯的受贿犯罪，行贿人的贿赂款分别或者明确送给多人，且按照个人实际所得数额处罚更能实现罪刑相适应的，可以按照其个人所得数额处罚**。

例如前文提到的案例三，甲乙丙三人的职位都比较高，也都在自己的职责范围内参与了为行贿人谋利的行为，因此相互之间没有很明显的从属或者领导关系，但该业务最初系甲接手，乙丙二人最终获取金额占比也不大，因此该案件中乙丙仅对自己受贿的金额负责。

此外，2016 年四川省成都市中院审理的龚某、胡某受贿案- (2016)川 01 刑终 512 号也是对这一适用方式的体现：

该案中，其中一节涉嫌共同犯罪的事实（行贿人向胡某行贿 20 万元，胡某分给龚某 1 万元），一审法院认定：龚某并不清楚胡某收受周某 20 万元的事实，客观上其仅分得 1 万元，另 19 万元贿赂款因为胡某的隐瞒而完全超出了龚某的认识范围，两人没有形成共同受贿 20 万元的主观故意，故超出部分应由胡某单独负责。

一审宣判后，检察院对这一判决结果不服，提出抗诉（成金检公诉诉刑抗(2016)3 号）称：一审属于错误的运用主观故意认识因素、认识内容理论认定案件事实，龚某、胡某共同收受周某好处费系共同犯罪，应根据共同受贿的 20 万元数额处罚，一审判决对龚某量刑畸轻。

二审法院认为：龚某在事前并不知道胡某向周某收取 20 万元，表明该 20 万元的收取不是二人共谋受贿后的结果；龚某在为周某提供便利的过程中，实际收取金额为 1 万元，自身只有受贿 1 万元的主观故意，因此不应对受贿 20 万元负刑事责任。

因此，共同犯罪作为刑法总则的基本规定，虽然有其适用原则，但在个罪、个案的适用上均需要掌握原则性和灵活性的统一，对于非国家工作人员受贿罪更是如此：原则上每个行为人应对全部受贿金额负责，但在一些个案上，会给部分行为人认定从犯或者让部分行为人只对自己受贿金额负责，以达到符合罪刑相适应的原则的目的。

（本文首发于 2022 年 3 月 9 日）

企业最关心的职务犯罪，最新《立案追诉标准（二）》有这些亮点

冯笑

2022 年 4 月 29 日，最高人民检察院、公安部联合发布了修订后的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（以下简称“《立案追诉标准（二）》”），将于 2022 年 5 月 15 日生效，这是在 2010 年 5 月发布原《立案追诉标准（二）》（公通字〔2010〕23 号）、2011 年 11 月出台原《立案追诉标准（二）的补充规定》（公通字〔2011〕47 号）后第一次全面修订。

关于职务犯罪，在去年《刑法修正案（十一）》施行之后，我们就知道相关罪名的量刑标准很可能会进行调整，所以这一年多以来，我们一直在等待相应解释、标准的公布。本次《立案追诉标准（二）》的出台，也意味着，自从 2016 年两高发布《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）后，相关职务犯罪的标准再次进行了较大的调整。

一、常见职务犯罪追诉标准的调整对比

以职务犯罪中最为典型的职务侵占罪为例，在《刑法修正案（十一）》出台后，职务侵占罪的量刑档次由 2 档调整为 3 档（具体表现为：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），因此大家都在等待第三档量刑标准的公布，对于第一档、第二档的量刑标准，在过去的一年多以来，仍然只能按照既有的 2016 年《贪污贿赂司法解释》规定的“6 万元”、“100 万元”进行适用。在 2020 年 7 月份《刑法修正案（十一）》草案提请审议时，我们就认为本罪的第一档追诉标准也可能会调整的，当时写到“职务侵占罪‘数额较大’的标准（即追诉标准）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”。（参见：《刑法修正案（十一）》草案对反舞弊司法实务的影响解读（一））

因此在本《立案追诉标准（二）》发布之后，我们也在第一时间进行关注，发现职务侵占罪的追诉标准果不其然进行了向下的调整，且常见的如商业贿赂、挪用资金等涉及到的罪名追诉标准也都进行了相似的调整。

结合最新《立案追诉标准（二）》的规定，常见职务犯罪的新旧立案标准可见下表：

《刑法》条目	罪名	原追诉标准	新追诉标准
第 163 条	非国家工作人员受贿罪	6 万元	3 万元
第 164 条第 1 款	对非国家工作人员行贿罪	个人犯罪：6 万元	个人犯罪：3 万元
		单位犯罪：20 万元	单位犯罪：20 万元
第 271 条	职务侵占罪	6 万元	3 万元
第 272 条	挪用资金罪	超过三个月未还、进行营利活动：10 万元	超过三个月未还、进行营利活动：5 万元

		进行非法活动：6 万元	进行非法活动：3 万元

上图中标黄的为追诉标准调整之处，很显然，除了非国家工作人员行贿罪中单位犯罪情形以外，其他的追诉标准统统降低了一半数额。

二、常见职务犯罪追诉标准调整的理解

1、产权平等保护时代精神的体现

以职务侵占罪为例，我们在此看下《立案追诉标准（二）》施行前后，职务侵占罪与贪污罪的追诉标准[3]的对比。

《立案追诉标准（二）》施行前		
罪名	追诉标准	量刑幅度
贪污罪	3 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金
职务侵占罪	6 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金

《立案追诉标准（二）》施行后		
罪名	追诉标准	量刑幅度
贪污罪	3 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金
职务侵占罪	3 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金

由此可见，仅从法律规定上而言，职务侵占罪和贪污罪的第一档数额标准、量刑幅度将一致。这里回顾一下职务侵占罪此前的追诉标准，根据 2016 年两高《贪污贿赂司法解释》第 11 条的规定，职务侵占罪中的“数额较大”的数额起点，按照该解释关于贪污罪相对应的数额标准（3 万元）规定的二倍执行，所以此前职务侵占罪的追诉标准是 6 万元。即：考虑到国家工作人员和非国家工作人员的区别，在当时还是认为职务侵占罪的入罪门槛要比贪污罪高的。

依据此次《立案追诉标准（二）》的最新规定，让我们再将范围扩大到其他罪名：

罪名	入罪标准	罪名	入罪标准
贪污罪	3 万元	职务侵占罪	3 万元
受贿罪	3 万元	非国家工作人员受贿罪	3 万元
行贿罪	3 万元	对非国家工作人员行贿罪	3 万元（自然人犯罪）
挪用公款罪	超过三个月未还、进行营利活动：5 万元	挪用资金罪	超过三个月未还、进行营利活动：5 万元
	进行非法活动：3 万元		进行非法活动：3 万元

[3] 贪污罪的每一档量刑标准均分别设置“数额标准”和“情节标准”，职务侵占罪仅设置有数额标准，为方便比对，此处仅列贪污罪的数额标准。

很显然，正如最高人民检察院、公安部有关部门负责人答记者问所述：《立案追诉标准（二）》对非国家工作人员受贿罪等 5 种非国家工作人员职务犯罪的立案追诉标准，采用与受贿罪等国家工作人员职务犯罪相同的入罪标准，对国企民企、内资外资、中小微企业等各类市场主体予以同等司法保护，充分体现和落实产权平等保护的时代精神。

（二）与刑修十一及后续相关司法解释的衔接

在《刑法修正案（十一）》出台后，我们在《浅谈刑事新规对民营企业保护力度的加强》一文里提到：刑修十一对侵占公司财物、商业贿赂类型的职务犯罪刑罚配置进行调整，加大对民营企业的保护力度。在《立案追诉标准（二）》出台之前、当时对此的理解，主要还是基于刑修十一对职务侵占罪等罪名新增了第三档量刑标准，此次《立案追诉标准（二）》对于第一档追诉标准的降低，同样能够体现刑修十一对于加大民营企业保护力度的修法精神。

同时，在最高人民检察院、公安部有关部门负责人答记者问中，还提到“结合‘两高’近期正在研究起草的 6 件司法解释，对非国家工作人员受贿案等 25 种案件的立案追诉标准进行了调整，与目前司法解释最新稿的规定保持一致，加快推动相关司法解释的出台”，这里就透漏出后续还会有相应的司法解释，毕竟《立案追诉标准（二）》仅仅是规定了第一档追诉标准，新增的第三档量刑标准如何认定，原来的第二档量刑标准是否调整、如何调整，这些内容都有待于后续司法解释的细化规定。

三、从业人员注意事项

在《立案追诉标准（二）》马上将生效（施行日期为 2022 年 5 月 15 日）、后续相关司法解释也将陆续出台的情况下，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、入罪门槛的降低

在《立案追诉标准（二）》出台后，我们就注意到业内很多人士都在关注、转发该标准，还有人问“公安机关真的会查 3 万元这么小金额的案子吗？”

我们可以给出确切的答复：追诉标准确实降低了，公安机关当然是按照新规进行案件办理，而且我们可以补充的是，在 2016 年两高《贪污贿赂司法解释》施行之前，原《立案追诉标准（二）》对职务侵占罪的追诉标准是“五千元至一万元”，上海市高院 2014 年施行的《关于常见犯罪的量刑指导意见实施细则》中规定的职务侵占罪的追诉标准是一万元，以前的金额标准都比 3 万元低，也没有影响到案件的办理，所以不用怀疑《立案追诉标准（二）》的实用性。

目前立法层面已经体现出国家对于民营企业领域职务犯罪的严打态势，将来的实务也将会证实这一点。

2、案件办理的规范

入罪门槛的降低在一定程度上可以理解为案件办理难度降低，但是随着门槛降低，可能导致的一个后果是案件数量的增多，毕竟我们也见到过很多满足职务侵占行为方式、但涉案金额达不到 6 万元的案件，这就要求业内人员对于案件办理要有着更高标准的规范性要求，只有前期将案件办理踏实，才能使案件顺利走入刑事程序。

在实务中，很多人都会抱怨说职务犯罪案件很难报案，经常遇到经侦工作人员不受理案件，就我们所接触的案件来看，很多案件是有控告方自己都没有整理好报案文书、证据材料

因素在内的，无法给办案人员明确的侦办方向、初步的调查线索，毫无疑问会增加案件的办理难度。因为公安机关办理经济犯罪案件，不仅有着保护民营企业合法权益的要求，同样也有着不得以刑事手段插手经济纠纷的规范办案要求，所以公安机关对于案件的受理、立案势必会更加审慎。

可见，随着入罪门槛的降低，要想将案件顺利办理下去，对于前期案件的规范性办理要求只会更高。

3、保持对后续司法解释的关注

前文已经提到，这一《立案追诉标准（二）》只规定了相关罪名的第一档追诉标准，并不涉及相关罪名的第二档、第三档量刑标准，在很多案件中，无论对于行为人还是被害单位，第二档、第三档标准可能更加重要，直接关系到案件的严重程度、行为人的刑事责任大小、企业所能取得的反舞弊成效等。

其次，以职务侵占罪为例，在 2016 年两高《贪污贿赂司法解释》中，规定职务侵占罪第一档、第二档的量刑标准分别参照贪污罪第一档、第二档的二倍、五倍进行认定。而现在《立案追诉标准（二）》的出台，实际上等同于废止了“参照二倍进行认定”的条款，那么第二档当然也不排除调整的可能。

鉴于此，我们要对后续司法解释保持持续性的关注，第二档、第三档标准对于案件办理的影响，不亚于追诉标准带来的影响。

4、加强企业内部的反舞弊宣导

长久以来，民众的一般认知里，非国家工作人员和国家工作人员实施职务犯罪行为，追诉标准、量刑幅度都是不同的，而现在在追诉标准已经基本一致的情况下，企业可以在日常管理和培训中，对员工强调当前相关罪名适用了更为严格的、同国家工作人员一样的追诉标准，警示员工切勿贪图违法利益走上犯罪的歧途。

四、关联职务犯罪追诉标准的调整对比

职务犯罪不限于典型的职务侵占、商业贿赂等罪名，还有一些诸如串通投标、隐匿会计账簿、背信损害上市公司利益、虚开发票等等行为，都可能伴随发生于单个职务犯罪过程中，这一情况在我们的办案实践中也经常遇到。此次《立案追诉标准（二）》中除了对于常见职务犯罪追诉标准的调整，其他可能和职务犯罪相关联的罪名，追诉标准也有一定调整、增删、细化，笔者将相关罪名新旧追诉标准以表格形式进行列举，以供后续案件办理参考使用。

《刑法》条目	罪名	原立案追诉标准（二）	新立案追诉标准（二）	比对说明
第162条之一	隐匿、故意销毁会计凭证、会计帐簿、财务会计报告	（一）隐匿、故意销毁的会计凭证、会计账簿、财务会计报告涉及金额在五十万元以上的； （二）依法应当向司法机关、行政机关、有关主管部门等提供而隐匿、故意销毁或者拒不交出会计凭证、会计账簿、财务会计报告的； （三）其他情节严重的情形。	（一）隐匿、故意销毁的会计凭证、会计帐簿、财务会计报告涉及金额在五十万元以上的； （二）依法应当向盗察机关、司法机关、行政机关、有关主管部门等提供而隐匿、故意销毁或者拒不交出会计凭证、会计帐簿、财务会计报告的； （三）其他情节严重的情形。	提交对象中新增“盗察机关”
第169条之一	背信损害上市公司利益	（一）无偿向其他单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产，致使上市公司直接经济损失数额在一百五十万元以上的； （二）以明显不公平的条件，提供或者接受资金、商品、服务或者其他资产，致使上市公司直接经济损失数额在一百五十万元以上的； （三）向明显不具有清偿能力的单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产，致使上市公司直接经济损失数额在一百五十万元以上的； （四）为明显不具有清偿能力的单位或者个人提供担保，或者无正当理由为其他单位或者个人提供担保，致使上市公司直接经济损失数额在一百五十万元以上的； （五）无正当理由放弃债权、承担债务，致使上市公司直接经济损失数额在一百五十万元以上的； （六）致使公司发行的股票、公司债券或者国务院依法认定的其他证券被终止上市交易或者多次被暂停上市交易的； （七）其他致使上市公司利益遭受重大损失的情形。	（一）无偿向其他单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产，致使上市公司直接经济损失数额在一百五十万元以上的； （二）以明显不公平的条件，提供或者接受资金、商品、服务或者其他资产，致使上市公司直接经济损失数额在一百五十万元以上的； （三）向明显不具有清偿能力的单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产，致使上市公司直接经济损失数额在一百五十万元以上的； （四）为明显不具有清偿能力的单位或者个人提供担保，或者无正当理由为其他单位或者个人提供担保，致使上市公司直接经济损失数额在一百五十万元以上的； （五）无正当理由放弃债权、承担债务，致使上市公司直接经济损失数额在一百五十万元以上的； （六）致使公司、企业发行的股票或者公司、企业债券、存托凭证或者国务院依法认定的其他证券被终止上市交易的； （七）其他致使上市公司利益遭受重大损失的情形。	条款六进行调整
第175条之一	骗取贷款、票据承兑、金融票证	~~（一）以欺骗手段取得贷款、票据承兑、信用证、保函等，数额在一百万元以上的；~~ （二）以欺骗手段取得贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成直接经济损失数额在二十万元以上的； ~~（三）虽未达到上述数额标准，但多次以欺骗手段取得贷款、票据承兑、信用证、保函等的；~~ ~~（四）其他给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的情形。~~	以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成直接经济损失数额在五十万元以上的，应予立案追诉。	1、删除了原标准中的条款（一）、（三）、（四）； 2、将“造成的直接经济损失”从20万元以上调整为50万元以上
第185条之一第1款	背信运用受托财产	（一）擅自运用客户资金或者其他委托、信托的财产数额在三十万元以上的； （二）虽未达到上述数额标准，但多次擅自运用客户资金或者其他委托、信托的财产，或者擅自运用多个客户资金或者其他委托、信托的财产的； （三）其他情节严重的情形。	（一）擅自运用客户资金或者其他委托、信托的财产数额在三十万元以上的； （二）虽未达到上述数额标准，但多次擅自运用客户资金或者其他委托、信托的财产，或者擅自运用多个客户资金或者其他委托、信托的财产的； （三）其他情节严重的情形。	未做调整
第186条	违法发放贷款	（一）违法发放贷款，数额在一百万元以上的； （二）违法发放贷款，造成直接经济损失数额在二十万元以上的。	（一）违法发放贷款，数额在二百万元以上的； （二）违法发放贷款，造成直接经济损失数额在五十万元以上的。	1、将“违法发放数额”从100万元以上调整为200万元以上； 2、将“造成的直接经济损失”从20万元以上调整为50万以上
第191条	洗钱	（一）提供资金账户的； （二）协助将财产转换为现金、金融票据、有价证券的； （三）通过转账或者其他结算方式协助资金转移的； （四）协助将资金汇往境外的； （五）以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的。	（一）提供资金帐户的； （二）将财产转换为现金、金融票据、有价证券的； （三）通过转帐或者其他支付结算方式转移资金的； （四）跨境转移资产的； （五）以其他方法掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的来源和性质的。	1、鉴于刑修十一对自洗钱行为入罪，在条款（二）、（四）中删除“协助”； 2、条款（三）中增加“支付”； 4、条款（四）修改为“跨境转移资产”
第193条	贷款诈骗	以非法占有为目的，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额在二万元以上的，应予立案追诉。	以非法占有为目的，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额在五万元以上的，应予立案追诉。	将数额标准从2万元以上调整为5万元以上
第198条	保险诈骗	~~（一）个人进行保险诈骗，数额在一万元以上的；~~ ~~（二）单位进行保险诈骗，数额在五万元以上的。~~	进行保险诈骗活动，数额在五万元以上的，应予立案追诉。	不再区分个人和单位，统一数额为5万元以上
第205条	虚开增值税专用发票	虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，虚开的税款数额在一万元以上或者致使国家税款被骗数额在五千元以上的，应予立案追诉	虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，虚开的税款数额在十万元以上或者造成国家税款损失数额在五万元以上的，应予立案追诉	原《立案追诉标准（二）》关于虚开专票的追诉标准早已失效，最高院于2018年明确虚开专票的追诉标准为虚开税款5万元以上，现再次调整为“虚开税款10万元以上”或者“造成国家税款损失5万元以上”的追诉标准
第205条之一	虚开发票	(一)虚开发票一百份以上或者虚开金额累计在四十万元以上的; (二)虽未达到上述数额标准，但五年内因虚开发票行为受过行政处罚二次以上，又虚开发票的; (三)其他情节严重的情形。	（一）虚开发票金额累计在五十万元以上的； （二）虚开发票一百份以上且票面金额在三十万元以上的； （三）五年内因虚开发票受过刑事处罚或者二次以上行政处罚，又虚开发票，数额达到第一、二项标准百分之六十以上的。	对原规定进行了重新修订
第221条	损害商业信誉、商品声誉案	（一）给他人造成直接经济损失数额在五十万元以上的； （二）虽未达到上述数额标准，但具有下列情形之一的： ~~1.利用互联网或者其他媒体公开损害他人商业信誉、商品声誉的；~~ 2.造成公司、企业等单位停业、停产六个月以上，或者破产的。 （三）其他给他人造成重大损失或者有其他严重情节的情形。	（一）给他人造成直接经济损失数额在五十万元以上的； （二）虽未达到上述数额标准，但造成公司、企业等单位停业、停产六个月以上，或者破产的； （三）其他给他人造成重大损失或者有其他严重情节的情形。	删除原规定条款（二）第1项
第223条	串通投标	（一）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； （二）违法所得数额在十万元以上的； （三）中标项目金额在二百万元以上的； （四）采取威胁、欺骗或者贿赂等非法手段的； （五）虽未达到上述数额标准，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； （六）其他情节严重的情形。	（一）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； （二）违法所得数额在二十万元以上的； （三）中标项目金额在四百万元以上的； （四）采取威胁、欺骗或者贿赂等非法手段的； （五）虽未达到上述数额标准，但二年内因串通投标受过二次以上行政处罚，又串通投标的； （六）其他情节严重的情形。	1、将“违法所得数额”从10万元以上调整为20万元以上； 2、将“中标项目金额”从200万元以上调整为400万元以上
第225条	非法经营	……	（七）以营利为目的，通过信息网络有偿提供删除信息服务，或者明知是虚假信息，通过信息网络有偿提供发布信息等服务，扰乱市场秩序，具有下列情形之一的： 1.个人非法经营数额在五万元以上，或者违法所得数额在二万元以上的； 2.单位非法经营数额在十五万元以上，或者违法所得数额在五万元以上的。	新增条款（七）

以隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财物会计报告罪为例：舞弊人员利用职务之便侵占公司财物的过程中，可能会使用一些虚假发票、收据入账，事后为了应对公司的调查，会对账目实施作假甚至隐匿真实的账簿等行为。不管行为人是出于何种目的，只要实施了隐匿账簿的行为，都可能构成本罪。

以保险诈骗罪为例：本罪名中行为人所直接侵犯的对象是保险公司的财产，在现实生活中，存在着保险公司员工与外人相互串通，通过编造虚假的保险事故、故意造成保险事故、利用职务便利查勘定损时进行虚假描述、实施诈骗等行为。

以虚开增值税专用发票罪为例：在职务侵占犯罪中有一种典型的场景，单位内部人员收取货款后不如实入账，或者实际交易价格与合同价格不符，为了瞒过公司，通过虚开发票的形式以掩盖实际收取的货款，从而达到职务侵占的目的。

以串通投标罪为例：串通投标罪的行为模式，既包括投标人之间的相互串通，也包括投标人与招标人之间的相互串通，在后者这一行为模式中，往往会存在舞弊行为——招标人一方的负责人员利用招投标项目过程中掌握的便利，为投标人提供帮助，使得投标人以不正当方式中标，该负责人员的目的可能在于收受贿赂，也可能在于从项目施工中获取利益。

限于篇幅，本文不再对各个罪名依次展开。

上述相关情形均存在实务判例，此外，我们目前也在对反舞弊相关罪名进行法律法规汇编，除了会对常见的职务犯罪进行整理，也会对关联的罪名及其发生于职务犯罪的场景进行搜集汇总。

（本文首发于 2022 年 5 月 10 日）

谁动了给客户的“奶酪”？——职务侵占罪中公司赠品价值的认定

汪银平、陆盛青

现如今商家为带动消费，往往会以强大的赠品阵容来吸引客户，如先行发放代金券、买多少送多少等。但这种时候也有内部员工趁机动了歪脑筋，通过种种手段将本应当给到客户的福利收入囊中，或是肆意“薅公司羊毛”。实务中在该类构成职务侵占的犯罪中，如何认定被侵占的代金券或实物商品赠品价值一直存有疑义，如员工利用职务便利，侵占了公司用来赠送给客户的粽子代金券，侵占金额是按照代金券的面额计算，还是按照内部采购价格计算？笔者经检索相关案例，对于职务侵占案例中被侵占的赠品价值问题进行了裁判思路的梳理，以供实务参考。

一、问题的提出

（一）一般职务侵占案件中犯罪金额的认定

职务侵占罪作为侵害财产类案件，与盗窃罪一样本质上都是非法占有他人财物，故犯罪数额认定基本规则是一致的，可以参照适用盗窃罪的有关规定。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，**对于盗窃数额的认定，被盗财物有有效价格证明的，根据有效价格证明认定；无有效价格证明，或者根据价格证明认定盗窃数额明显不合理的，应当按照有关规定委托估价机构估价**。这是赃物价值认定的基本规则。另外，《人民法院案例选》收录的（2009）锡刑二终字第 92 号案例也基本确立了实务审判中**按照实际损失确认职务侵占罪数额**的裁判思路。

因此，我们可以推论，赠品类的金额认定，**首先看是否有有效价格证明以确认实际损失金额，如价格不明或价格证明明显不合理时，再通过价格鉴定认定实际损失金额。**但问题在于，市场经济之下，同样一件商品，即便同一时间点也会有多个价格标准，如内部采购或生产的成本、对外标准化的销售价，或者说对于特殊大客户的折扣价，在发生财产损失时应当以哪个价格标准确定实际损失金额呢？

（二）赠品的范围

实务中赠品的发放形式多种多样，有公司从市场上采购的消费券、代金券等直接可以兑换成商品的有价证券赠送给客户，有直接采购实物商品赠送给客户的形式。为便于讨论和理解，笔者根据**赠品的来源和使用方式**，将赠品分为如下几种情形，并分别选取相关案例进行讨论。

赠品类型	来源	使用方式
代金券	本公司发放的	购买本公司产品/服务时抵扣销售金额
	公司外部采购的	购买第三方产品时抵扣销售金额
实物商品	本公司生产	直接取得商品
	公司外部采购的	直接取得商品

二、代金券的价值认定

实务中，用作赠品的代金券，其发放和使用场合一般分为两种，一是本公司发放的，用

于购买本公司产品或服务时抵扣，二是公司外购的代金券，用于持有者在购买第三方产品时抵扣。

1、本公司发放的代金券，用于购买本公司产品/服务时抵扣

➢ **案例一[1]：根据实际发放的代金券面值认定犯罪金额**

● 基本案情：被害单位是一家生产销售电子产品的企业，为开拓线上市场，**向公司客户赠送京东 E 卡代金消费券，客户持该卡可等价购买公司的产品**。被告人杜某某利用负责销售业务的职务之便，通过编造虚假受赠客户信息资料等手段，套取公司的京东 E 卡，经司法专项审计，被告人杜某某经手领取的京东 E 卡价值计 291100 元，实际发放 28350 元。

● **辩护意见**：被告人杜某某及其辩护人对本案审计金额提出异议，认为审计报告存在遗漏之处。

● **法院观点**：经查，审计报告中的部分邮箱记录**无法证明实际发放京东 E 卡的金额**，故表明，审计结果关于被告人杜某某等人**实际发放京东 E 卡价值的审计结果并不准确**，不排除被告人杜某某等人通过微信等其他方式发放京东 E 卡或者已经实际发放京东 E 卡而邮箱记录并未记载的可能。故，对被告人及辩护人上述辩护意见，本院予以采纳，根据存疑有利于被告人的原则，本院酌情对被告人杜某某从轻处罚。

➢ **案例二[2]：以代金券的销赃获利金额认定犯罪金额**

● **基本案情**：被告人三人均为某公司手机销售负责人，鲁某代表销售部门到**公司领手机代金券，每张面额为 200 元人民币，可用来购买公司生产的手机**。在清点过程当中，鲁某发现有 600 张代金券（面额共计人民币 120，000 元）编码重号，遂将重号代金券交给主管陈某甲。陈某甲以每张 100 元人民币的价格贩卖出 300 张代金券，非法获利 30，000 元人民币。鲁某利用剩下 300 张代金券低价购得手机，又将手机高价卖出，获利 7，400 元人民币，与陈某甲五五分成，每人各分得 3700 元。

● **公诉机关指控**：被告人的职务侵占的金额为 12 万元（**笔者注**：即按照 600 张代金券每张 200 元的面额计算侵占数额）

● **辩护意见：犯罪金额不应以代金券的面额价值计算，应以获利金额认定**，涉案代金券是在内部使用的，流通的范围有限，**只有实际使用其面额才得以实现，在本身价值无法查证的情况下，应当以其获利金额认定**。即鲁某的以实际销售的金额 7,400 元、陈某甲为 33,700 元（300,000+3700）

● **法院观点：关于职务侵占罪中定罪金额如何认定的问题。**本院认为，本案中的代金券系公司派发给员工的优惠券，具有福利和促销的双重功能，**该代金券的价值是需要通过后续的系列行为才能实现的价值。对被害单位而言，不是现有的财产权受损，而是一种将来有可能的财产损失。在该代金券未实际使用前，被害单位并不存在财产损失。故本案中的定罪金额应以代金券的销赃获利金额进行认定为**

[1]（2019)粤 0307 刑初 1490 号

[2] (2015)深宝法龙刑初字第 758 号

宜。……故被告人陈某甲的职务侵占罪的定罪金额为人民币 3,7400 元，被告人鲁某职务侵占被害单位财产金额为人民币 7,400 元，因鲁某侵占的金额未达到 2 万元以上的职务侵占罪的定罪标准，故对公诉机关关于被告人鲁某构成职务侵占罪的指控本院不予支持。

小结|案例评析

案例一和案例二的代金券模式相同，**均为公司自己发行的用于购买自己生产的产品的代金券**，但二者认定犯罪数额的方式完全不同，前者按照实际发放的代金券面值计算犯罪数额，后者按照销赃获利金额认定。

笔者认为，在该种情形下应当以案例一中，即以代金券面额认定犯罪金额。原因在于该种模式下代金券本身并无价值，即便行为人对其非法占有，公司也并不当然发生损失，仅在代金券被兑换、被使用时，**公司才产生与代金券面额相等的商品销售款的损失**，故在该种情况下，职务侵占代金券的金额应当按照使用的面额进行计算。

奇怪的是在案例二中，法院说理部分与笔者前述观点相似，却得出了截然相反的观点。该案中被告人将被侵占的代金券进行了两种处理，一半是直接将代金券低价变卖，后续由购买代金券者自己在购买手机时进行抵扣使用。根据法院说理观点，该部分**"对被害单位而言，不是现有的财产权受损，而是一种将来有可能的财产损失。"**按照常理，花钱购买了代金券的消费者其必然是打算去进行购买手机的行为，只要公司未采取相应限制手段限制购买，其损失的可能性极高，但受案情披露内容限制，我们无法得知该 300 份代金券的兑换情况，换言之，此时无法确认多少公司损失，故法院就将销赃获利金额作为犯罪金额认定，实务中，部分法院在无法确认公司损失的案件中会按照该种思路进行裁判。另但外 300 张代金券已被被告人先行使用兑换成手机，此时根据法院说理观点，**"代金券的价值是需要通过后续的系列行为才能实现的价值"**，则被告人在兑换掉 300 张代金券时就已实现了该代金券的抵扣销售款价值，公司就已产生 6 万元销售额损失时（200 元/张*300 张），为何该部分还按照销赃金额进行认定？笔者认为结合案情，法院说理部分与其结论存在矛盾之处。

2、公司外部采购的代金券，用于购买第三方产品/服务时抵扣

- **案例三[3]：按照公司获取代金券的价值认定犯罪数额**

- **基本案情：**被告人徐某担任某广告公司销售人员，2012 年 3 月，某餐饮公司委托广告公司发布广告，并约定**以现金、代金券、充值卡的方式支付广告费**，徐某利用收取某餐饮公司广告费职务之便，侵占**券面价值共计 49000 元的代金券**，时候将代金券变卖钱款据为己有。

- **辩护意见：因徐某所在的公司通常将代金券以 7-8 折的折扣对外销售**，故徐某所侵占的代金券的价值亦应当按照前述折扣计算

- **法院观点：**经查，餐饮公司所支付的广告费由现金、代金券及充值卡组成，**代金券以其面值数额体现了广告公司所应获取的价值。至于广告公司以何价格销售代金券，不影响徐某犯罪数额的计算。**

小结|案例评析

案例三是**公司是从外部以一定的对价采购代金券的情形，该种情形下法院按照公司获**

[3] （2013）江法刑初字第 01156 号

取代金券的成本认定犯罪金额。该处成本是指，公司为取得该代金券所付出的对价。可以注意到，案例三中对于公司来说取得代金券的成本即等于代金券的面值。虽该案例中代金券的取得不完全是用于赠送的情形，但与我们讨论的话题根本的一致性在于，**取得该代金券时公司即已付出了成本，只要代金券被他人非法占有，公司即已造成了损失**，至于行为人在非法占有后如何使用代金券（如向第三方处进行兑换，第三方亦不会有损失）也不影响公司已发生的损失金额，即不影响犯罪金额的认定。

三、实物赠品的价值认定

另一类赠品为公司直接以实物形式进行发放，不需要通过代金券的购买抵扣的形式获取，如可直接赠送给客户的化妆品小样试用装，或是办理充值业务赠送粮油米面等，根据实务商品来源的不同，前者为以本公司生产的商品作为赠品发放的情形，后者为将外部采购的商品作为赠品发放的情形。

1、本公司生产的商品作为赠品发放

➢ **案例四[4]： 按照商品成本价认定**

- **基本案情：**被告人鲍某、唐某、徐某经分别事先预谋，利用鲍某、唐某担任化妆品专柜营业员的职务便利，侵吞其保管的化妆品赠品，共计价值人民币120552.60 元，后由被告人徐某予以销赃，所得赃款被 3 名被告人共同分花。
- **辩护意见：**辩护人认为本案相关估价鉴定结论缺乏客观依据。
- **法院观点：**上海市价格认证中心卢湾分部依据相关法律法规并采用成本法作出的估价鉴定结论依法有据。

小结|案例评析

在公司自己生产的商品作为赠品的案例中，因该类商品本身没有具体的销售价格，故需要进行价格鉴定，现价格认定方法有市场法、成本法等，对于该案中的化妆品小样本身就没有相应的市场价，故按照成本价认定公司损失为应有之义。

2、外部采购的商品作为赠品发放

➢ **案例五[5]：按照代金券采购成本计算**

- **基本案情：** 被害单位对续保业务客户，可赠予其数额不等的**会员卡兑换券，客户可以持此券到集团旗下其车型相应的 4S 店兑换等额的代金券，购买各种产品和维修保养服务**。被告人么某冒用他人车辆信息，私自填写会员卡兑换券，用兑换券到集团公司旗下 4 家 4S 店兑换成代金券，**再用代金券换取苹果手机等各种物品和车辆维修保养服务**。被告人么某私自开具会员卡兑换券总面值为 449300 元，实际使用会员卡兑换券面值 340686 元，被害单位按照实际使用的会员卡兑换券面值的**70%**支付了四家 4S 店 **238480.2** 元。
- **法院观点：** 被害单位为购买被告人么某所骗取的物品支出 **221374.9** 元，为被告人么某所骗取的车辆维修保养服务支出 10777 元，合计 232151.9 元。

[4] (2007)沪一中刑终字第 785 号
[5] (2017)冀 0291 刑初 64 号

● 笔者注：基本案情中单位所主张的按照兑换券面值的 70%支付 4S 店的价格 238480.2 元与法院观点中所认定的被害单位支出的 232151.9 元与大致相等（为兑换面值的 68%），即**可理解为法院按照受害单位实际支出金额认定犯罪金额**。

小结|案例评析

该种情形其实与公司从外部购买代金券情形类似，4S 店面对假代金券所兑换给被告人的苹果手机等商品，均为 4S 店从外部采购而来，但根据 4S 店和集团公司的协议关系，支付该采购成本的应为集团公司即被害单位，故当员工通过虚假代金券侵占 4S 店的赠品时，实际侵害的是被害单位对商品的所有权，此时被害单位损失的是采购商品的成本，而无关该商品在正常市场中的市价，亦或是被告人的销赃获利金额。

结语

情形	赠品类型	来源	取得方式	价值认定方法
1	**代金券**	本公司发放的	购买本公司产品/服务时抵扣销售金额	代金券面值
2		公司外部采购的	购买第三方产品时抵扣销售金额	内部采购价
3	**实物商品**	本公司生产的	直接取得商品	生产成本
4		公司外部采购的	直接取得商品	内部采购价

通过对上述四种赠品发放情形的案例梳理，笔者倾向性认为，法院在职务侵占赠品案的赠品价值认定中，大多遵循着一条基本裁判规则：**即本质是按照公司为取得被侵占赠品所付出的对价认定侵占金额**。而根据公司所付出对价的时点不同，所损失的金额需要具体认定：如是在取得代金券/商品时付出对价，则为内部采购成本；如是在代金券被使用时才付出对价，此时所损失的金额为与代金券面额相等的销售价格。故应当在个案认定中仔细分析公司所付出对价的时点，以认定侵占的金额。

以上为笔者通过相关案例梳理进行的思考，以供读者参考。在实务中各地法院可能根据案件具体情形有不同的裁判思路，应具体进行个案分析。

（本文首发于 2022 年 6 月 21 日）

从职务侵占罪的历史演变看立法对民营企业保护力度的调整

冯笑

近年来，国家持续优化民营企业法治化营商环境的建设，加大对民营企业合法权益的保护。以职务侵占罪为例，去年及今年，关于职务侵占罪的条文内容、追诉量刑标准的两次大改（《刑法修正案（十一）》以及最新《立案追诉标准二》）都能够体现出这一点。实际上，职务侵占罪作为非国家工作人员领域职务犯罪的最典型罪名，其规定的沿革，本身就从一定程度上反映出国家对民营企业保护力度的调整。

一、新中国成立至 1979 刑法颁布期间，关于职务犯罪，立法层面仅有关于贪污罪的相关规定，没有职务侵占罪的相关规定

首先，熟悉我国刑法渊源以及相关立法历史的人知道，新中国成立以后的数十年时间内，我们都没有独立的“职务侵占罪”这个罪名。

关于职务犯罪，最早的相关规定可以追溯至 1952 年《中华人民共和国惩治贪污条例》，条例中规定：一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员，凡侵吞、盗窃、骗取、套取国家财产，强索他人财物，收受贿赂以及其他假公济私违法取利之行为，均为贪污罪。该条例的针对对象仅限于国家工作人员，对应罪名描述也为贪污罪。

我国第一部《刑法》颁布于 1979 年（1980 年正式实施），关于侵占公司财物的职务犯罪行为，在国家工作人员领域有“贪污罪”的相关规定，还没有对民营企业工作人员的职务侵占问题进行规制，当然，这一点和当时改革开放起步的历史背景也有关：

1979 年《刑法》
第一百五十五条【贪污罪】 国家工作人员利用职务上的便利，贪污公共财物的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大、情节严重的，处五年以上有期徒刑；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。 犯前款罪的，并处没收财产，或者判令退赔。 受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员犯第一款罪的，依照前两款的规定处罚。

二、1979 刑法颁布施行后，关于职务侵占的的问题逐渐得到重视，并于 1997 年《刑法》颁布后正式成为独立的罪名

在 1979 年我国颁布第一部《刑法》之后，随着改革开放的进行、经济的发展以及社会结构的调整，职务犯罪行为也开始不断发生，1988 年 1 月 21 日，全国人民代表大会常务委员会发文的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》正式实施，该规定进一步明确、扩大了贪污罪的犯罪主体为“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员”，但此刻仍然没有把职务侵占行为作为一种单独的罪名予以规定，没有将范围进一步明确性扩大至民营企业领域。

再后来，发生在非国家工作人员主体身份上的舞弊案件也逐渐增多，但同时缺少强有力的法律依据，这一点越来越得到了立法者的重视。到 1993 年 12 月，第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过了《公司法》，该法中正式提出了公司内部的职务侵占行为以及相应刑事责任问题：

1993 年《公司法》
第五十九条 董事、监事、经理应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益，不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利。 董事、监事、经理不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。 第二百一十四条 董事、监事、经理利用职权收受贿赂、其他非法收入或者侵占公司财产的，没收违法所得，责令退还公司财产，由公司给予处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

在 1993 年《公司法》施行后的司法实践中，也出现了很多违反上述第 214 条规定的情形，对于这些行为应当如何处置，则成为了一个现实性问题。对此，1995 年 2 月 28 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》，也再次强调了公司内部的职务侵占行为的刑事责任追究问题：

1995 年《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》
十、 公司董事、监事或者职工利用职务或者工作上的便利，侵占本公司财物，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。 十四、 有限责任公司、股份有限公司以外的企业职工有本决定第九条、第十条、第十一条规定的犯罪行为的，适用本决定。

虽然民营企业工作人员职务犯罪的情况慢慢引起重视，也通过立法和相关规定予以呈现，但上述规定毕竟不是出自《刑法》条文。1997 修订《刑法》时，为了加强对民营企业的保护力度，结合《公司法》、《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》对职务侵占行为的相关规定，我国终于将非国家工作人员职务侵占的行为纳入刑法规制体系，即现在熟知的职务侵占罪：

1997 年《刑法》
第二百七十一条 【职务侵占罪】 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。

三、1997 刑法颁布后，职务侵占罪的罪名虽然固定了，但其追诉量刑标准在很长时间内都没有在全国范围内进行统一，直至 2016 年两高颁布《贪污贿赂司法解释》，结合国家工作人员贪污罪等量刑标准的修改，对职务侵占罪的追诉量刑标准进行了大的调整以及统一

1997 年，我国《刑法》规定职务侵占罪之后，本罪名分为两档："数额较大"及"数额巨大"，从 1997 年到 2016 年这 20 年期间，关于前述的两档追诉标准，在全国范围内并没有得到统一。

首先，在 2001 年 4 月 18 日由最高人民检察院、公安部联合制定的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》（公发〔2001〕11 号）中，对职务侵占罪的追诉标准进行了规定，具体为"5 千元-1 万元以上"，但在接下来的数年里，无论是全国范围还是各地区，都没有就本罪名的这两档量刑标准进一步细化。到 2010 年最高院施行《人民法院量刑指导意见（试行）》、2013 年最高院颁布《关于常见犯罪的量刑指导意见》，在这两份指导意见中，最高院并没有明确列明职务侵占罪两档量刑标准对应的金额，但有提及"各省、自治区、直辖市高级人民法院可以结合当地实际，对常见量刑情节及其他尚未规范的量刑情节，以及常见犯罪的量刑起点幅度、增加刑罚量的具体情形和各种量刑情节进行细化"，从 2010 年起，各省市就职务侵占罪的追诉量刑标准逐步作出明确规定，但在实务中各地的标准有所差异，以下为部分省市当时的追诉量刑标准规定：

地区	数额较大	数额巨大
北京（2014 年）	1 万元	10 万元
上海（2014 年）	1 万元	10 万元
浙江（2012 年）	2 万元	10 万元
天津（2012 年）	5 千元	10 万元
江苏（2010 年）	1 万元	10 万元
四川（2014 年）	1 万元	30 万元
黑龙江（2015 年）	5 千元	10 万元
吉林（2014 年）	1 万元	10 万元
山西（2014 年）	1 万元	10 万元
陕西（2012 年）	1 万元	10 万元
湖北（2013 年）	1 万元	30 万元
湖南（2014 年）	2 万元	10 万元

到 2016 年 4 月 18 日，两高颁布施行《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》，该解释中明确了职务侵占罪的量刑标准（参照贪污罪相应标准的两倍、五倍执行）：

职务侵占罪-追诉量刑标准		
数额较大	6 万以上	5 年以下有期徒刑或者拘役
数额巨大	100 万以上	5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产

关于职务侵占罪，从 1997 年《刑法》正式将其列入一个罪名后，至今一共进行过 3 次较大的调整，2016 年的这次司法解释是为第一次调整。从企业角度而言，2016 年解释将职务侵占罪的追诉量刑标准进行了上调，会影响到部分涉案金额较小的案件（例如 6 万元以下的案件，在 2016 年解释新出之前可以报案，解释颁布之后就达不到刑事追诉标准了），但总体而言，在本罪名第一次大的调整后，其追诉量刑标准在全国范围内得到了统一，有助于类似案件的规范化办理。

四、2016 年两高颁布《贪污贿赂司法解释》后，职务侵占罪的两档量刑标准一直都比较固定，到 2021 年《刑法修正案（十一）》出台后，本罪的罪状、量刑标准上再次进行了更大的调整，同时也再次加大对职务侵占犯罪行为的打击力度

从 2016 年 4 月份起至 2021 年 3 月《刑法修正案（十一）》施行期间，职务侵占罪的追诉量刑标准都没有发生变动。但近年来，各级党委、政府以及司法机关多次强调要重视民营经营的发展，树立民企与国企同等对待、同等保护、同等服务的理念，高度重视民企预防和打击腐败问题，《刑法修正案（十一）》对职务侵占罪的条文修改也能够体现这一理念，这也是职务侵占罪近些年来的第二次大的调整：

《刑修十一》之前的职务侵占罪规定	《刑修十一》之后的职务侵占罪规定
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**。

在这次改动之后，职务侵占罪的量刑档次、量刑标准、刑罚种类均进行了调整：

量刑档次——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。至此，本罪名的最高刑期调高到了无期徒刑，加大了本罪名的打击力度。

量刑标准——新增“数额特别巨大”一档标准，“数额较大”、“数额巨大”对应的金额可能也会相应进行调整。

刑罚种类——按照之前《刑法》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。根据最新《刑法》的规定，只要构成职务侵占罪的，无论哪一档刑期，都应当并处罚金。

五、2022 年 4 月，最高检、公安部联合颁布《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》，对职务侵占罪的入罪标准调低，调低后与贪污罪的数额入罪标准相同，进一步体现了产权平等保护的时代精神

《立案追诉标准（二）》已经于 2022 年 5 月 15 日生效，其明确职务侵占罪的入罪标准从 6 万元调整为 3 万元，这是关于职务侵占罪近些年来第三次大的调整，我们在此看下《立案追诉标准（二）》施行前后，职务侵占罪与贪污罪的追诉标准[1]的对比。

《立案追诉标准（二）》施行前		
罪名	追诉标准	量刑幅度
贪污罪	3 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金
职务侵占罪	6 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金

《立案追诉标准（二）》施行后		
罪名	追诉标准	量刑幅度
贪污罪	3 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金
职务侵占罪	3 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金

由此可见，仅从法律规定上而言，职务侵占罪和贪污罪的第一档数额标准、量刑幅度将一致。最高人民检察院、公安部有关部门负责人答记者问也说到：《立案追诉标准（二）》对非国家工作人员受贿罪等 5 种非国家工作人员职务犯罪的立案追诉标准，采用与受贿罪等国家工作人员职务犯罪相同的入罪标准，对国企民企、内资外资、中小微企业等各类市场主体予以同等司法保护，充分体现和落实产权平等保护的时代精神。

截至本文截稿，目前关于职务侵占罪的追诉量刑标准还不完整，还有一些基础的问题有待落实：

“数额巨大”的标准之前规定是 100 万元，之后会是多少？

“数额特别巨大”的标准会如何规定？

职务侵占罪“数额巨大”和“数额特别巨大”的标准会同贪污罪中“数额巨大”和“数额特别巨大”的标准相同吗？

这都有待于后续司法解释的出台，但根据前期的情况来看，后续的司法解释会继续反映出国家加大对民营企业的保护这一理念。

（本文首发于 2022 年 7 月 12 日）

[1] 贪污罪的每一档量刑标准均分别设置“数额标准”和“情节标准”，职务侵占罪仅设置有数额标准，为方便比对，此处仅列贪污罪的数额标准。

发现舞弊线索想揭发又担心被报复，企业如何保护举报人？

马政钧

引言

ACFE（注册舞弊师协会）将 2022 年度克里夫•罗伯森哨兵奖（Cliff Robertson Sentinel Award）颁发给了帕夫•吉尔（ Pav Gill，以下称吉尔）以表彰他在揭露德国支付巨头 Wirecard 舞弊行为的勇气。该奖每年专门颁发给不顾个人或职业后果，公开披露商业或政府中舞弊行为的个人。

吉尔在 Wirecard 担任亚太地区法律顾问期间，他注意到该地区 CFO 涉嫌在虚假的第三方空壳企业和 Wirecard 之间制造价值数百万欧元的虚假软件转让协议。他将这些舞弊行为提请企业管理层注意，但身为举报人的吉尔却遭受来自企业内部的惩罚。即使在腐败的 Wirecard 高管迫使吉尔辞职后，他们仍继续使用各种手段骚扰他。最终，吉尔的母亲鼓励他揭发丑闻，并充当英国《金融时报》记者的消息来源，让公众关注这起德国新锐创新公司的丑闻。

举报人保护制度

关于对举报人的保护，笔者认为需要从立法和企业制度双方来建立一个立体的制度。**从法律层面上，**立法者需要通过立法和实时修订法律来加强对举报人的保护。接二连三被揭露的企业丑闻也迫使立法者需要加快修法的速度。例如安然事件成为了推动 SOX 法的催化剂。正如 Wirecard 的舞弊在促使德国努力赋予监管机构更多打击企业舞弊的火力并保护举报人。事实上，越来越多的国家正在采取更严厉的措施来促进举报人活动并保护他们免受伤害。

从企业制度层面上，一个健全的内部举报制度应当是在收到举报后对其内容进行判断并迅速开展调查，并反馈结果给举报人。确有舞弊存在的，应做到“惩恶扬善”。但现实中企业往往没有建立有效的举报人保护制度，或制度建设只停留在文字层面，无相应的配套措施。更有甚者，合规人员对待举报的“粗暴操作”直接导致举报人身份被暴露，影响后续调查。举报人在被暴露身份后，容易遭到解雇、降薪等其他来自被举报人或企业的打击报复。一个不完善的制度会影响企业合规氛围，造成员工容易误解举报窗口只是一个摆设，合规和被举报人“蛇鼠一窝”。对舞弊行为敢怒而不敢言。于是组织中的“毒瘤”无法被及时摘除，最后给企业造成巨大损害。近年国内外因舞弊行为造成退市、破产清算等个例不胜枚举。

由于我国目前并无专门保护举报人的法律。现有的司法解释和部门规章对举报人的保护也只限于向公权力机关检举犯罪或事故等情形，对企业的规定尚处空白，缺少明确的法律后盾来保障举报人能安心地、毫无顾虑地利用举报制度。

日本《公益举报人保护法》

笔者曾长居日本 10 余年从事企业法务与合规工作。曾经在一家跨国制药企业总部负责包括日本地区和亚太地区的内部举报制度的建设和运营。在日本，企业并无法律上的义务

建立内部举报制度，举报窗口主要针对上市公司和对合规管理有严格要求的大公司设立。由于 2022 年 6 月起施行修订后的《公益举报人保护法》，该法规定拥有 300 名以上员工的企业有义务建立必要的举报制度。因此在日本会有更多的企业设立举报窗口。现有的内部举报制度也需按照新法进行优化。

《公益举报人保护法》于 2006 年施行旨在保护公益举报人。该法施行后，虽然在鼓励揭露企业违法行为方面取得一定成效，但并不能有效保护举报人的权益。例如 2007 年，奥林巴斯员工滨田正晴向公司举报了上司的不当行为，合规部通过邮件将滨田的身份透露给其上司。此后他遭遇了三次调岗、没收公司手机、禁止与同事交流等来自人事上的报复。2008 年，滨田以公司滥用人事权向东京地方法院提起诉讼，要求公司撤回不当的调岗命令并给予赔偿，但一审被判败诉（2010 年 1 月）。之后他在东京律师协会的全力帮助下在二审中反败为胜（2011 年 8 月）。随后公司向日本最高法院提出上诉，被法院驳回后。于 2012 年 6 月判决生效确定滨田胜诉。2016 年 2 月滨田与公司达成和解，结束了长达 8 年的斗争。可以看出改订前的《公益举报人保护法》，对企业建立内部举报制度在法律上并不具有强制性，对企业的违法制裁也不明确，法律施行后的效果并没有达到所期望的水准。面对近年越来越多的员工告发企业的舞弊行为，加强对举报人的保护的呼声越来越响，所以促成了日本国会对该法进行了修改。之后将接受，该法修订后对企业有直接影响的两项重要修订：

一、要求企业建立内部举报机制的同时创建可以安心举报的环境

1、给企业创设义务，要求企业适当应对内部举报并建立必要的机制（设置举报窗口、开展合规调查、纠正违规行为等），300 人以下的中小企业为努力义务。【第 11 条】

2、为确保内部举报制度行之有效导入行政措施（行政机关可以对企业做出建议或指导、劝告以及对外公布不遵从劝告的企业名单）【第 15 条、第 16 条】

3、给合规调查人员创设义务，规定不得泄露举报人的身份信息。否则将处 30 万日元以下罚款（罚金刑）。【第 12 条、第 21 条】

二、使举报人更容易受到保护

1、举报人从在职员工拓展到离职后 1 年以内的员工以及公司高管【第 2 条第 1 项等】

2、所有到保护的举报对象从刑事处罚对象拓展到行政处罚的对象。【第 2 条第 3 款等】

3、对举报人的保护内容，免除因举报行为而产生的损害赔偿责任。【第 7 条】

该法对日本企业法务/合规的影响

1、企业法务/合规在处理内部举报时需要比过去更慎重地采取初期应对和设计调查方案，在调查过程中确保不泄露举报人的身份信息。

2、对报复行为“零容忍“。对举报人采取包括降职、降薪、无正当理由调离原岗、要求离职在内的所有报复行为都属于违反合规的行为。

综上所述，日本通过立法对给企业以及合规人员赋予义务来加强举报人的保护，使得企业不得不采取各种措施去加强内部举报制度的建设和慎重对待每一个来自员工的“声音”。如今企业在获悉举报后不及时采取适当的处理，这一行为本身就已经违法。假设未被处理的举报如果持续发酵而造成严重后果的，企业将无法推辞自身内控制度不健全的问题，企业将面临行政乃至于刑事处罚，日本社会对违反合规的企业容忍率较低，从民众和投资家看来是这种不健全的企业应该被“社死”，从近日本频频爆出的质量造假丑闻的结果来看，除少数企业在经过很长时间后能重振，然而大部分从此一蹶不振，有些百年老店落得个拱手让人的下场。

举报人保护措施

前文提到我国并无专门法律来保护举报人，但鉴于发现舞弊的重要渠道仍然是内部举报。面对近年来我国企业舞弊呈现增长趋势的这一大环境。加强对举报人的保护也是企业合规的重要课题。因此笔者建议企业可以参考以下措施：

1、在企业规章制度中明确保护举报人、禁止对举报人的打击报复。通过培训和内部举报窗口介绍等方式，反复向员工强调这两项。

2、导入匿名举报系统，举报人可以在不公开身份、邮箱、电话等信息的情况下与合规人员展开沟通。系统也不记录举报人的 IP 地址等可以锁定举报人的信息。

3、调查举报人的上司或举报人周围人物时，应事先拟定调查方案，在初期调查中，可适当增加调查对象 ，之中混入非调查对象，使得被调查人员不容易察觉自己是被谁举报。

4、举报机制中除企业内部举报窗口之外，还应配备律师事务所等外部窗口。由于涉及高层或牵涉面广的举报，内部举报窗口容易受到内部压力无法启动调查或无法做到中立。因此，举报对象为一定层级以上或牵涉人员众多的，应鼓励举报人向外部窗口举报。

5、如果企业有外国子公司或实体的话，应导入全球举报系统。确保信息和总部畅通，避免信息闭塞造成无法及时掌握舞弊情况而延误调查。

总结

作为企业反舞弊的重要手段，内部举报无疑会有越来越多的企业采用。一个好的内部举报制度必定是一个能被信任、安心使用的制度。需要通过法律指引、企业自身努力去完善。相信我国在不远的将来也会像发达国家那样拥有自己的保护内部举报人的法律。

（本文首发于 2022 年 8 月 31 日）

从无到有，挪用资金罪的立法演变对民营企业保护的影响

冯笑、陆盛青

上篇我们通过职务侵占罪的历史变迁，从立法层面探讨了国家对职务犯罪打击态度的变化（详见《从职务侵占罪的历史演变看立法对民营企业保护力度的调整》）。

与职务侵占罪相同，挪用资金罪也是最常见的一个职务犯罪，其先后的规定不仅同样能够体现我国对民营企业保护力度的变化策略，前后的改变也有很多其他的亮点，有助于我们更好地理解和应用这个罪名。因此，本篇将通过对挪用资金罪的立法沿革的追溯，梳理我国司法实践对挪用资金罪的认识是如何一步步加深、完善，以实现织密法网、更好的保护民营企业的目的。

鉴于：司法理论及实践均认为，挪用资金罪和挪用公款罪相比，除了主体要素与挪用对象以外，对这两个罪的三种行为类型基本可以作完全相同的理解，立法解释以及司法解释关于挪用公款罪的相关规定，也可以适用于挪用资金罪。故我们在对挪用资金罪的规定分析的同时，为了更好理解挪用资金罪，也会提及挪用公款罪的相关内容。

一、新中国成立至 1979 年《刑法》颁布，我国没有挪用公款罪的规定，更没有设置挪用资金罪

之前我们讲职务侵占罪的时候，提到过我国关于职务犯罪最早的规定可以追溯至 1952 年《中华人民共和国惩治贪污条例》，该条例的针对对象主要是国家工作人员，提及的罪名主要是贪污罪和受贿罪这两个罪名，其中没有对国家工作人员挪用单位财物的行为类型进行规制。

在 1979 年新中国成立后颁布的第一部《刑法》中，关于职务犯罪的规定仍仅限于国家工作人员领域内，对应的罪名依然还只是贪污罪和受贿罪，并没有单独的挪用公款罪，更别提挪用资金罪了。但在这部《刑法》里，关于挪用型的犯罪，即对挪用救灾、抢险、防汛、优抚、救济款物这类挪用特定财物的行为进行了规制，也可以理解为现行《刑法》中“挪用特定财物罪”的前身。

二、1979 刑法颁布实施后，对于挪用型职务犯罪的处置缺乏统一标准，挪用公款、挪用资金的行为也逐渐得到重视，并于 1997 年《刑法》颁布后一同正式成为独立的罪名

（一）挪用公款罪的独立成罪

虽然 1979 年《刑法》并没有规定挪用公款罪，但不意味着现实中就没有这种违法犯罪行为。当时存在的问题就是，对于实践中存在的大量挪用公款行为，应当如何处理？

当时的司法实践还比较混乱，一种观点是将“挪用公款”视为贪污的一种方式，以贪污罪定罪处罚，这在我们目前看来是完全不合适的，但在当时仅规定有贪污罪、受贿罪的大环境下，要追究挪用公款行为的刑事责任似乎别无他法；另一种观点是将其作为“一般违反财经纪律”的行为，予以行政处分、纪律处分，但不追究刑事责任，这就和前面一种观点存在巨大的差异性，对于挪用公款行为的打击力度也显得不够。

1986 年 3 月 24 日实施的最高人民检察院《关于<人民检察院直接受理的经济检察案件立案标准的规定（试行）>中几个问题的说明》中第五条规定“挪用公款以贪污罪论处的立案标准，应比一般贪污案的数额高一些。具体标准可由各地依据本地实际情况酌情掌握。”这一规定是赞成上述第一种观点的，但是在立案标准上，又暴露出将**挪用公款行为作为贪污罪论处的矛盾和体系不协调的问题，**虽通过司法解释将挪用公款行为与贪污行为做了同等解释，但无论是社会危害性和主观恶性上，又都认为挪用公款行为不宜与贪污做同等程度的对待，故在立案标准上还是进行了区别，提高了挪用公款入贪污罪的门槛。

后在 1988 年《全国人民代表大会常务委员会关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中，**首次将挪用公款行为从贪污罪中分离，单独成罪，**将主体、客观方面等构成要件在立法上都加以明确规定，挪用公款罪已初具雏形。

1988.01.21《全国人民代表大会常务委员会关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》
三、国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员，利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，**是挪用公款罪，**处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额较大不退还的，以贪污论处。 挪用公款进行非法活动构成其他罪的，依照数罪并罚的规定处罚。

在上述基础上，到 1997 年修订《刑法》时，在《刑法》法条中正式规定挪用公款罪，且该罪状表述至今未再改动：

1997 年《刑法》
第三百八十四条　国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

（二）挪用资金罪独立成罪

与挪用公款罪相比，挪用资金罪的得到重视的时间要稍微晚一些：

1993 年，《公司法》中正式提出了非国家工作人员领域的**挪用资金行为以及相应刑事责任问题，但没有明确如何追究刑事责任：**

1993 年《公司法》
第六十条　董事、经理不得挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人 董事、经理不得将公司资产以其个人名义或者以其他个人名义开立帐户存储。 董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。 第二百一十四条（第二款）

董事、经理挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人的，责令退还公司的资金，由公司给予处分，将其所得收入归公司所有。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

1995 年 2 月，第八届全国人大常委会通过了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》，**首次对挪用资金行为如何追究刑事责任进行了规定**。

1995.02.28《全国人民代表大会常务委员会关于惩治违反公司法的犯罪的决定》
第十一条 公司董事、监事或者职工利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役。挪用本单位资金数额较大不退还的，依照本决定第十条规定的侵占罪论处。 第十四条 有限责任公司、股份有限公司以外的企业职工有本决定第九条、第十条、第十一条规定的犯罪行为的，适用本决定。

但上述条文关于挪用资金罪的规定尚不成熟，主要体现在主体范围狭窄（仅公司董事、监事、职工），以及“数额较大不退还的以职务侵占罪论处”的不适宜上。

后 1997 年《刑法》中明确规定了挪用资金罪，并扩大了主体范围，对于“数额较大不退还的”情形，也不再机械地套用职务侵占罪，而是使用升格法定刑的方式，将“数额较大不退还”与“数额巨大”适用同种量刑幅度，以体现对这种情节的打击力度。

1997 年《刑法》
第二百七十二条 公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的，处三年以上十年以下有期徒刑。

三、1997 年刑法确立挪用资金罪后，围绕挪用资金罪的构成要件、追诉量刑标准逐渐完善，至 2016 年两高颁布《贪污贿赂司法解释》后，本罪名在全国范围内的适用基本得到统一

与职务侵占罪相比，挪用资金罪的构成要件理解起来相对复杂一些，除了“数额较大”、“数额巨大”、“数额较大不退还”的认定标准，“归个人使用或者借贷给他人”如何理解也是个老大难问题。在 1997 年之后的很长时间里，我国也陆续出台过多个司法解释及相关规定，对这些问题予以明确。

（一）关于“归个人使用或者借贷给他人”的理解

挪用资金构成犯罪的，分成 3 种情形，其中一种为“挪用本单位资金归个人使用或借贷给他人使用”。1998 年，新疆维吾尔自治区高级人民法院就这一情形如何理解与适用，向最高院提请了请示，2000 年 6 月 30 日，最高院经审委会会议通过后给予了批复：

最高院关于如何理解 “挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人”问题的批复

公司、企业或者其他单位的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归本人或者其他自然人使用，或者挪用人以个人名义将所挪用的资金借给其他自然人和单位，构成犯罪的，应当依照刑法第二百七十二条第一款的规定定罪处罚。

在挪用公款罪的规定中，“挪用公款归个人使用”也是构罪的一种情形，2002 年 4 月 28 日，全国人大常委会就此问题颁布了一则立法解释：

全国人民代表大会常务委员会 关于《中华人民共和国刑法》第三百八十四条第一款的解释
有下列情形之一的，属于挪用公款“归个人使用”： （一）将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的； （二）以个人名义将公款供其他单位使用的； （三）个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。

2004 年 9 月，公安部经济犯罪侦查局作出批复，上述关于挪用公款罪的立法解释的内容，适用于对挪用资金罪的理解：

公安部经济犯罪侦查局关于对挪用资金罪中“归个人使用”有关问题的批复
《中华人民共和国刑法》第二百七十二条规定的挪用资金罪中的“归个人使用”与《中华人民共和国刑法》第三百八十四条规定的挪用公款罪中的“归个人使用”的含义基本相同。在理解时，可以参照 2002 年 4 月 28 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过的全国人大常委会 关于《中华人民共和国刑法》第三百八十四条第一款的解释。

在此之后，关于“挪用本单位资金归个人使用或借贷给他人使用”的理解，在法律上基本明确。

（二）关于“数额较大不退还”的调整

“数额较大不退还” 作为升格法定刑条件， 和“数额巨大”适用同样的量刑标准，一直以来有着较多争议。

以 2016 年两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《贪污贿赂解释》)的规定为例，挪用资金归个人使用或者进行经营活动的情形，“数额较大”的标准为 10 万元，“数额巨大”的标准为 400 万元，二者相差极大，“数额较大不退还”与“数额巨大”适用同一档量刑标准（按照当时的《刑法》规定，为 3-10 年有期徒刑）明显可能存在量刑不当问题（例如行为人 A 挪用 20 万元不退还和行为人 B 挪用 400 万元，均按照 3-10 年有期徒刑的量刑建议，在一般民众看来也不适宜）。

在 2021 年《刑法修正案（十一）》施行后，《刑法》关于挪用资金罪的量刑标准规定，仅根据挪用的数额大小确定相应的量刑标准，即“数额较大”、“数额巨大”“数额特别巨大”三挡，删除了“数额较大不退还”的升格量刑问题。

（三）关于“数额较大”、“数额巨大”标准的调整

挪用资金罪有三种情形，在《刑法修正案（十一）》施行之前，每种情形对应的量刑标准为“数额较大”和“数额巨大”两档，因此其量刑标准相对于职务侵占罪的量刑标准要更复杂一些。

2001 年 4 月 18 日，最高人民检察院、公安部联合制定的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》（公发〔2001〕11 号）中，对挪用资金罪的追诉标准进行了规定：挪用资金“归个人使用或借贷给他人使用超过三个月未还”及“进行营利活动的”的数额标准为“一万元至三万元以上”，挪用资金“进行非法活动的”的数额标准为“五千元至二万元以上”。

2010 年，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）》中，关于挪用资金罪的追诉标准沿用了上述规定，未做改动。

在当时，各地关于挪用资金罪的两档量刑标准，都有各地的地方性规定，不同地区并不统一，这也会导致有些相同金额的案子，在不同地区得到的法律保护并不一致。

到 2016 年 4 月 18 日，两高颁布施行《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》，该解释中明确了挪用资金罪的量刑标准（参照挪用公款罪相应标准的两倍执行）：

挪用资金罪-追诉量刑标准		
行为类型	数额较大	数额巨大
进行非法活动	6 万以上	200 万以上
数额较大，进行营利活动	10 万以上	400 万以上
数额较大，超过三个月未还	10 万以上	400 万以上

至此，挪用资金罪的追诉量刑标准在全国范围内得到了统一，有助于类似案件的规范化办理。

四、2021 年《刑法修正案（十一）》出台后，本罪进行了更大的调整，在加大对这类犯罪行为打击力度的基础上，罪名的量刑设置也更加科学合理

之前，我们提到过在《刑修十一》出台后，职务侵占罪的量刑档次、量刑标准、刑罚种类都进行了调整，实际上，挪用资金罪的调整力度更大：

《刑修十一》之前的挪用资金罪规定	《刑修十一》之后的挪用资金罪规定
公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役； 挪用本单位资金数额巨大的，或者~~数额较大不退还的~~，处三年以上十年以下有期徒刑。	公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役； 挪用本单位资金数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑；

	数额特别巨大的，处七年以上有期徒刑。……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。其中，犯罪较轻的，可以减轻或者免除处罚。

对于挪用资金罪的修改，《刑修十一》是本着宽严相济的理念进行调整，并非一味加重打击力度，例如它新增了第三档刑期，将本罪的最高刑期从 10 年提高到了 15 年，将挪用资金量刑分为了数额较大、数额巨大和数额特别巨大三档，以更加细密的划分力图实现更精准的打击，这能够体现“严”的一面；但同时，它也废除了“数额较大不退还”适用加重处罚的规定，同时将“在提起公诉前将挪用的资金退还的”作为法定从轻、减轻情节，还另行增加了“减轻或免除处罚”规定，这能够体现“宽”的一面，且这一变化不仅体现着对挪用资金罪的认识更加深入，不再机械的用客观结果进行归罪，也有利于促使行为人积极退赃退赔，帮助企业挽回损失。

2022 年 4 月 6 日《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）》出台，调低了立案追诉标准，使之与**挪用公款罪相同**，这对民营企业来说，同权保护的期待得到了立法的部分回应，充分体现了对产权平等保护的精神。

目前挪用公款罪和挪用资金罪的第一档入罪标准如下：

罪名	入罪标准	罪名	入罪标准
挪用公款罪	超过三个月未还、进行营利活动：5 万元	挪用资金罪	超过三个月未还、进行营利活动：5 万元
	进行非法活动：3 万元		进行非法活动：3 万元

但同职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪一样的问题是，关于本罪，目前尚未有对第二档第三档的细化的量刑标准，仍亟待后续出台司法解释就实践问题进行统一规定。

（本文首发于 2022 年 9 月 13 日）

内部举报制度在实务中的常见问题

马政钧

近些年随着多部新法颁布带来的监管加强，强化合规以适应法律环境变化是当务之急。另外，从星瀚律师事务所企业内控与反舞弊法律中心每年发布的《中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》来看，员工舞弊的数量和企业的平均被害金额一直在增加。因此从遵守法律和企业正常经营这两方面结合来看，持续企业合规文化及合规制度建设仍然是重要课题。从反舞弊的视点出发，重点应放在“预防”和“早期发现”员工舞弊。从手段上来看，早期发现舞弊、阻止和减少舞弊行为对企业造成持续伤害的有效方法，无疑是建立一套行之有效的内部举报制度。通过注册舞弊师协会（ACFE）两年一度发布的《全球舞弊调查报告》可以得知，“有约 42%的舞弊是通过举报发现，这几乎是第二种常用方法（内部审计）的 3 倍，其中超过 50%的举报来自企业员工。”

图片来源：Occupational Fraud 2022: A REPORT TO THE NATIONS

如今内部举报制度已经被越来越多的企业所采用。然而制度是否发挥了应有的作用呢？如果企业每年接到的举报数量是“零”或寥寥无几的话，就要反思一下制度是否被员工所信任了。

获得员工信任是首要课题

内部举报制度通常作为企业整个合规体系的一部分向员工介绍的情况较常见。主要为，企业高层通过合规重要性讲话的方式鼓励员工联系举报窗口，合规主管部门向员工派发合规手册、定期举办合规培训、邀请所有员工参加合规主题活动等方式向员工介绍举报窗口。这些方式对培养员工合规意识，建设企业合规文化有很大效果，但并不表示员工一定会信任举报窗口。

现今，社交媒体（SNS）和自媒体的发达使员工更容易选择向企业以外的方式对外发声。在职员工或前员工通过网络爆料的方式，将本可以通过内部举报而得到妥善处理的问题，在

没有经过严密调查后就公开，内容却带有强烈倾向且片面。这些内容通过网络舆论发酵后往往观点偏激、在多次转发和起底后，极容易偏离事实真相。企业一旦失去公众信任后，无论采取何种危机公关和公告申明在公众眼里都是在“刻意掩盖”造成局面无法收拾。从危机管理的侧面来看，一个受员工信赖的内部举报制度的重要性不言而喻。

实务中的常见问题

1. 制度不透明或制度难以理解

“举报会联系到谁？”、“自己的身份是否会暴露？”、“联系过举报窗口这件事是否会传到上司那里？”、“举报会被送往何处，由谁来处理举报？”这些常见疑问多数是由于制度可能只落实在企业的内部规程上，具体流程并无具体说明使得员工不敢联系举报窗口。如何提高制度的透明性让员工了解制度呢？比较成功的做法是通过建立 SOP(标准作业工序)将制度具体化和可视化、在合规培训等活动中增加举报窗口在接到举报后的标准流程的说明，并配合简单案例了解举报后的流程，安排答疑时间。通过图文等容易阅读的方式在在企业内网上或内部文档里对举报制度及调查流程的说明，并将员工的疑问通过一问一答的方式在企业内网上或面向员工的内部文件公开，消除员工因制度不透明，或难以理解而不敢联系举报窗口的顾虑，增进彼此信任。

2. 缺乏必要的资源投入和使员工能够安心的制度设计

大量企业在举报窗口只有一个邮箱或联系电话安排受过专业训练的调查人员和配置独立于公司 IT 系统的举报系统，是保障制度运行的基本要素。有条件的，可以考虑导入专业的系统和外部资源来完善举报制度，例如使用线上匿名举报系统，可以保障员工非自愿情况下向举报窗口表明身份的顾虑。此外，调查人员应该有独立的办公室和会议室，保障在调查过程中不会因为工作环境导致泄密而影响调查。此外，调查人员工作既要保持中立，但又是企业员工。这一矛盾立场容易受到来自内部高层的压力。为了避免调查牵涉高层的举报遇到来自内部的阻力，应采取内部举报窗口和外部举报制度（顾问律师事务所等）并行的制度设计，如果员工担心内部举报窗口不能确保中立原则时，可以联系外部举报窗口。

3. 调查人员缺少训练

调查人员没有受过培训或专业训练，导致举报得处理不当而失信于员工的情况也多见于实务中。

（1） 没有进行严密地调查，即使不存在舞弊行为却错误地认为举报内容属实；

（2） 即使充分地证据之下，仍没有立即采取必要的行动或开展调查。

第一种误区的典型为，缺乏经验的调查人员只和举报人进行确认后，在没有和被举报人进行确认的情况下，而做出结论判断，在缺少客观证据及没有经过充分调查排除合理怀疑，助长了利用内部举报窗口诬告的行为。

第二种错误的典型为，调查人员在接到有关财务造假的举报后，由于缺乏专业知识而在前期方向判断错误，经过反复开会讨论，延误了时机，没有及时采取证据保全和约谈相关人员，最后错过调查时机使得无法推进调查而草草结束调查。

所以在前期分析和判断阶段，由经验丰富的调查人员展开行动，可以避免陷入两种误区，

合理的人员配置和提升调查人员技能是保持内部举报制度信赖性的重要措施。

4. 过多的举报方式

为了降低员工使用举报窗口的门槛，实务中联系举报窗口的方法有电子邮件、专用的线上举报系统、书信、电话、线下接待、外部律师等多种多样。每一种举报方式各有优缺点，如何引导员工了解并选择适合自己的举报方式在实务中往往被忽视。对所有举报方式都配有详细说明又会造成制度繁杂冗长，员工难以做出选择的反效果。在配置举报方式的同时应该考虑，哪些方法能最大程度的方便员工使用，并让员工能快速明白，哪种举报方式最适合他。。

5. 过于模糊的举报范围

为了广开言路，扩大可举报范围这种做法有助于企业收集更多合规风险信息。但要注意，举报范围过于模糊和没有相应主管部门时，则会发生一定数量的举报内容为人际关系、对公司制度不满等合规无法介入调查。这些举报所反映的问题多与合规无关。造成，举报冲口对举报人的答复也只能停留在尝试向上级反映、增加员工之间沟通、持续观望等。因此，举报范围过于模糊只能使举报人误会向公司反映问题根本不会得到解决。反之，合规无法介入的举报大量发生后会导致调查疲于应付造成资源浪费。为避免此种现象应，除了明确举报范围，还应其他部门厘清分工，明确何种类型的举报应该由合规负责，哪些应该由举报人向主管部门反映。

6. 过度重视举报内容的真实性

实务中有员工出于私心、恶意诽谤他人等目的使用举报窗口。为了杜绝此种类型举报，通常在制度中明确规定只认可真实的举报，恶意举报将受到严惩。和员工没有具体说明下，这样的规定会向员工传递“举报内容必须是真实的”的错误信息。过于强调举报内容的真实性会导致员工不能将感受到的问题及时向企业反映。应当让员工理解，在无法判断是否违规的情况下，向举报窗口反映并不等同于恶意举报。即使员工做出了错误判断不会成为被惩罚的对象，需要惩罚的是明知而故意为之的行为。

7. 举报后遭到了报复

如果员工在举报后遭到了打击报复，则内部举报制度本身将摇摇欲坠。特别是社交媒体及自媒体的发达，已经没有密不透风的墙，势必会被流传到网络上。比如前段时间某互联网企业合规部门在处理举报时，联合 HR 通过将举报人调岗的方式想要将事情平息。举报人一怒之下，在互联网上实名举报，导致许多没有经过质证的内容在互联网上大面积传播，最后事件发酵后影响逐步扩大而无法收拾。如何保障举报人不遭到报复是维系内部举报制度有效性的底线。如果不幸发生了举报人被报复的情况后，如何救济举报人和纠错是修复内部举报制度信誉需要企业来真诚面对。

8. 欠缺一贯性

许多企业将每年的举报数量、类型、经调查后确认为违法合规件数、对违反合规人员的惩戒等信息向员工公开。这种方式对提高制度透明性，增进员工对内部举报制度的信赖具有

良好的效果。但是在信息公开的同时要注意一贯性。好比对同一类型的舞弊，惩戒幅度不同。对业绩贡献较大部门员工的处分就比其他部门员工的惩戒轻。虽然从结果来看，确是因违反合规已遭到惩戒。但惩戒的区别会使员工认为，内部举报制度并不公平，有选择地处理问题，偏袒某些员工。

结语

建立一个可靠有效的内部举报制度，离不开企业高层对合规的态度和主管部门对制度持续改进的不懈努力。需要注意，从制度设计之初就将目标设为让员工百分百满意的目标偏离实际，容易失败而打击信心。所以，从员工反馈来看，能获得大部分员工信赖已属不易。制度导入后，定期通过匿名问卷来了解员工对制度和举报窗口的看法，从中挑选出重点课题，对意见比较大的领域实施重点改进。问卷调查的结果不应该作为机密通过合规培训等方式及时反馈给员工，假以时日必能收获结果。

（本文首发于 2022 年 10 月 11 日）

华为员工越权访问机密数据被判刑，

大数据告诉你计算机类舞弊行为的特点

岑晓娴

今年 4 月，一则华为员工利用公司系统 Bug 越权访问机密数据被判刑的消息登上微博热搜！根据中国裁判文书网公布的二审裁定书 显示，2010 年 12 月，易某从华为公司线缆物控部调任后，未按华为公司的要求将 ERP 账户线缆类编码物料价格的查询权限清理，至 2017 年底，易某违反规定多次通过越权查询、借用同事账号登录的方式在 ERP 系统内获取线缆物料的价格信息。2017 年以后，易某发现 ERP 系统中的 POL 采购小程序存在漏洞，能通过特定操作绕过权限控制查看系统数据，便以此方式获取线缆物料的价格信息。一审法院认为，被告人易某犯非法获取计算机信息系统数据罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币二万元。

计算机类舞弊行为主要涉及三种罪名，除了上述提及的**非法获取计算机信息系统数据罪**（获取计算机信息系统中存储、处理或传输的数据），还包括**非法控制计算机信息系统罪**（对计算机信息系统实施非法控制）、**破坏计算机信息系统罪**（对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行）。随着信息技术的发展，生活工作方式的改变，计算机类舞弊行为也成为了舞弊犯罪中的常见罪名。在《2020 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》（以下简称“报告”）中，**星瀚企业内控与反舞弊法律中心共筛选该三类罪名中与内部员工舞弊有关的案件 28 例，被告人 74 人，我们发现该类罪名呈现出以下特点：**

多发于信息技术服务业

经统计，计算机类舞弊犯罪判例绝大多数都在信息技术服务业中、其他涉及的行业有建筑业、批发零售业、制造业和商务服务业。这与该罪名的特性相符。同时，计算机类舞弊案件被查处的情况，与该地区经济发展情况也有一定关系。

犯罪学历门槛并不高

计算机类舞弊犯罪人员文化程度较为平均分布，在能够统计学历的 64 名犯罪人员中，初中及以下文化 17 人，高中文化 17 人，大专 13 人，本科 16 人，硕士及以上 1 人。这反映了**计算机类舞弊犯罪并不一定需要系统学习专业知识**。

同时，根据检索到的案例，有明确岗位信息的共有 70 人，其中 14 人为技术人员，46 人为管理人员，9 人为销售岗员工，财务和人事岗分别有 1 人。如前文提到的计算机类舞弊案件所呈现出的特点，从判例情况来看，进行计算机类舞弊的人员，**并不一定需要专业知识，**管理人员反而是该类罪名高发的岗位，这与大众的认知可能有所不同。究其原因，管理岗位人员虽然可能不具备计算机专业知识，但由于其在管理公司的过程中，**有调阅、获取、更改公司收集的用户信息等权限，**抑或是技术类岗位人员调任管理岗，其对公司的信息系统更加熟悉。

修改数据最容易

计算机类舞弊犯罪中，员工的犯案手段多种多样。其中最多的行为手段是修改数据，共有 23 人，占全部可统计案例数的 32.86%。这可能是因为**此类手段较为隐秘，不易被发现，且能够快速达到行为人的犯罪目的**。

此外，破坏、控制、侵入计算机系统、盗取账号的犯罪手段在计算机类舞弊犯罪中也有一定数量，还包括截取、删除、出售数据，倒卖个人信息，开设赌场，盗窃数字货币，数据爬取，掩饰隐瞒犯罪所得等。

结合报告反映的现象及该案例，我们建议企业从以下几个方面加强内控建设：

1. 规范内部岗位流转及离职流程

在华为案中，易某从原部门调任后，未按要求将查询权限清理，从而埋下了舞弊的种子，易某的舞弊行为持续时间长达 7 年，可见是没有设立完善的员工岗位流转手续和流程。相应的，我们在一些案例中也会发现“吃空饷”的舞弊行为，这也是因为离职时的手续和流程不够健全所导致的。企业应当根据实际情况，建立健全的员工退出、转任机制，明确退出、转任的条件和程序，确保员工退出、转任机制得到有效实施。对于转岗、离职员工而言，也应该做好相关记录和备案，在审查时也 “有据可查”。

2. 明确授权审批，加强员工内控意识

易某通过多次越权查询、借用同事账号登录的方式在 ERP 系统内获取线缆物料的价格信息的整个过程，都通过公司的信息系统完成，除了系统本身存在 bug 外，在实施过程中也似乎没有相应的内部牵制或制衡，抑或是需要获得某种特定的审批。可见，公司信息系统及管理流程上本身就存在巨大的安全风险。同时，员工私自出借账号的行为显然也是缺乏合规意识的体现。公司应当通过优化信息系统，完善内部管理流程，特别关注账户安全以及后台异常数据，设置合理的分级审批权限，加强业务监督力度以及定期开展反舞弊教育培训，有效保证公司的信息安全。

3. 加强技术防御，善于运用电子取证手段

华为案中，易某在多年舞弊并未发现的情况下，发现了采购程序的 bug，并进一步“升级”了自己的犯罪手段，也是不容忽视的一大问题。对于高度依赖信息技术、互联网化的企业而言，定期检查、升级系统，发现问题及时修补是重中之重。

另一方面，从实践中，计算机类舞弊行为确实存在定案可能性低，取证难度大等困难，但雁过留痕，证据在计算机内、网络上必然会留下蛛丝马迹，利用齐全的技术发现这些痕迹在事后显得尤为重要。我们建议企业采取符合法律规定的电子取证程序，及时对涉案的任何电子设备（电脑、手机、移动硬盘等）进行固定、封存，以备司法诉讼阶段调取质证；若涉案系统或计算机被破坏的，应当及时对所造成的直接经济损失以及用户为恢复数据、功能而支出的费用做好统计。

结语

现如今，我们的工作生活学习都离不开互联网的发展，企业信息化程度的不断提高，在带来便利的同时也对企业的管理提出了更高的要求。企业不仅要不断优化信息技术，更需要进一步提升自身的安全防御政策与措施，全面提升员工的合规意识，加强监督和管理。

星瀚企业内控与反舞弊法律中心致力于理论研究与实务分析《2021 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》拟于本季度发布，第四届内控与反舞弊行业峰会的相关信息也将于近日公布，欢迎各位持续关注！

（本文首发于 2022 年 10 月 19 日）

出现这 7 个迹象，企业内部可能发生了舞弊

马政钧

众所周知，员工舞弊存在于任何行业的不同组织内。在预防舞弊上，资金充沛的大企业可以配备充足的人员和使用多种业务管理系统来监视和管理舞弊风险（Fraud Risk Management），尤其是走在前沿的企业已经通过 AI 及大数据筛查等技术手段来检测员工在业务行为中的舞弊风险并取得相当的成果。

然而绝大多数的企业仍然受限于财力和人力，无法仿效大企业的做法。在面对企业反舞弊这场没有尽头的“猫和老鼠”之间的博弈，如何能尽早察觉舞弊的迹象，迅速行动是管理舞弊风险，减少企业损失的关键。在此总结了 7 种常见可能存在舞弊的情况供苦恼于如何早期发现舞弊线索的企业参考。

一、可疑的财务记录

财务记录中经常出现低于或高于预算的支出，或没有按期支付款项时，这些表象的背后可能存在重大舞弊。此刻需要从以下几个方面去确认这些记录的背后是否有耐人寻味的事由。

1.是否有不同寻常的现金往来？

2.汇票或现金支付的收款人之间是否有不一致？

3.系统里记录的供应商和实际收款人是否一致？

4.是否有特定款项，在同一时间段分别支付给不同供应商？

5.供应商给出的发票是否有异常？

6.供应商在行业里的口碑是否正面？

特别要警惕那些看上去很齐全的交易流水，尤其是数字都刚好都是整数的记录。结合使用“本福特法则”来检查数字是否被捏造。了解市场动向，当大家都觉得市场不好时，销售业绩却高于平均或收益超出预期时，背后可能有会计造假。如果企业有数个法人账户，应尽快检查账上资金流动是否有无法做出合理解释的内容。

二、似是而非的电子邮件

企业邮箱收到带有未和链接、与业务流程完全不符的员工邮件时，发出该邮件的员工账户被诈骗集团所掌握，邮件里的链接或附件可能是病毒或勒索软件。特别是在疫情期间，通过网络手段窃取企业秘密，勒索企业的情况有所增加。如遇到上述异常现象时，切勿打开链接和附件，及时和企业 IT 安全部门联系。

这种类型的舞弊通常不是员工自发行为，但是应对不恰当则会间接成为舞弊的“帮凶”。应当持续强化员工的网络安全培训，尤其是正确处理遇到钓鱼邮件、勒索邮件等一系列的恶意邮件，尤其是邮件发送人是同事时，这种时候往往容易中招。此时应仔细阅读邮件内容，措辞等是否和同事平常时有不同。

三、员工对制度变更采取不合作态度

如果员工对加强内控类的制度变更表达出强烈地不满和不合作态度时，可以试着了解他

们是否意图想隐瞒什么。当然，任何需要更改业务流程和工作内容的变动会招致部分员工的不配合。要冷静思考这背后究竟是对变化的不满，还是另有隐情。

通过找个别员工谈话或召开说明会的方式消除员工对制度变更的不安，了解他们背后的真实想法，如果确实存在舞弊则应该尽早行动阻止损失扩大。

四、关系极为亲密的员工

各种相关案例显示，在企业各个岗位中，财务、采购等有和钱、物料等接触的部门中有管理权限的员工的舞弊风险高于其他部门员工。如果以这些人为中心在企业内和其他员工有关系极为亲密的联系时，舞弊风险就相对更高。需要注意这些员工之间的话题和维系亲密关系背后的基础，排查集体舞弊的线索。

企业内容人员，可以平时多了解员工之间的人际关系。对与有舞弊机会的员工有过于亲密关系的员工稍加留意，观察有否有舞弊征兆。

五、反复出现的费用报销

相比企业其他业务部门，在瞒报、虚报出差费用上，员工有一定的空间来实施舞弊。如果企业一直放任，不对出差费进行抽查，则员工有很大机会通过虚构出差费等方式来实施职务侵占。例如，近几个月的报销内容显示，某员工每月都会有相同天数的出差，发票出现同一家餐厅，这时就要考虑，这些出差费用的真实性、合理性。分析该员工是否通过不正当渠道弄到发票，通过大众点评等渠道了解餐厅的人均消费，和发票金额比较是否符合。判断员工是否虚构业务出差，可以检查其需要出差的业务是否合理，有无关于出差内容的书面报告，是否与客户见过面，得到其同意下，调取手机的 GPS 信息。

从内控上通过系统来预警是否有同种费用反复出现，提示可疑报销费用。财务工作人员也要认真审查同种类型的报销是否反复出现、金额是否在正常范围内等。

六、员工的反常举动

于疫情，员工遇到紧急情况需要更改预定，采取异于往常的举动可是以理解的。但排除反常举动的背后是有疫情影响之外，如员工如果有下列举动时，就需要提高警惕了：

1.频繁地加班

2.劳动时间内，离开办公室的次数和时间明显增多

3.拒绝或拖延报告现在的工作内容，或拒绝和其他员工分担手头的工作

4.要求委派和特定供应商之间的工作

有上面这些反常举动时，可以要求员工说明理由，考验正当性。如果员工称频繁加班是为完成工作，可以要求其提出工作成果，检查内容是否合理。同时也应该采用技术手段，例如电脑的远程设备监控等方式，使员工认识到自己的一举一动处于企业管理下，打消其钻空子的念头。

七、高额消费

如果某员工最近有明显的高额消费，特别是有购置豪车、房产时，就要考虑其工资所得和购买力之间有没有正当的因果关系。假设资金并非来自存款、亲戚赠与等合理途径，收入

只有工作这一条途径时，突如其来的高消费就需要引起警惕了。

通过背景调查摸清与该员工关系密切的供应商，特别是，供应商的实际控制人与该员工是否存在关联关系。尝试了解资金形成过程的合理性，是否有内外勾结，利益输送情况。检查仓库、银行账户，是否有可疑的商品出入库和银行流水。

总结

以上介绍内容只需平时稍加留意就能发现一些端倪，特别是企业内能跨部门间合作保持信息畅通，将会使舞弊没有容身的空间。舞弊风险管理不是首席合规官也不是合规、审计等相关部门的孤军作战，应当以建设企业合规文化为基础，各个部门相互配合整体行动是成功企业的必选之路。

（本文首发于 2022 年 11 月 8 日）

坏账追偿

债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（一）

卫新、徐沁芳

在注册资本认缴制下，股东可以自由确定出资时间和期限，也因此出现一些为了逃避股东出资责任，将出资期限设置得特别长的情况，有的股东将出资期限设定为100年，有的设置在经营期限最后一天，有的甚至超过公司的经营期限。在公司债权人债权迟迟无法实现时，债权人是否就只能坐等出资期限到期再向股东追偿？或是只能在破产清算程序中才能加速到期？对于这种认缴期限畸长，没有出资诚意的情况，有什么破解之道？

九民纪要发布以来，运用九民纪要第6条股东出资加速到期突破债务人无力清偿的局面成功追索股东的案例逐渐增加，接下来我们将会发布系列文章，来探讨债权人如何成功实现股东出资加速到期。

一、出资加速到期的法律依据是什么？

在九民纪要出台前，我国法律和司法解释对于“股东出资加速到期”进行明文规定的情形只有两种，分别是：（1）公司破产；（2）公司解散清算。《九民纪要》的出台对于“股东应否加速到期”的问题作出了突破性解释，**在原有的破产、清算的法定情形基础上，又增加了两种情形，为债权人的权利救济提供了新的思路与路径：（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；（2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。**

在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，上述2种情形除外。

本文将结合案例就第一种情形的适用进行分析。

二、拿到法院的执行裁定书就可以认定出资加速到期？

《九民纪要》中支持出资加速到期的第一种情形是：公司作为被执行人的案件，①人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，②已具备破产原因，但不申请破产的。也就是说需要同时满足①+②两个条件才行。那么法院出具的执行裁定书是否能够直接符合上述条件呢？答案是否定的。

➢ 案例解析

在(2020)沪0115民初84836号上海××文化创意有限公司与北京××信息技术有限公司等损害公司债权人利益责任纠纷中，**法院从资产不足以清偿生效判决之债、明显缺乏清偿能力两个方面展开论述债务人公司具备破产原因：**

其一，资产不足以清偿生效判决之债。第三人（债务人）经执行，亦未发现其它可以执行的有效财产，已被纳入失信被执行人名单，同时被限制其高消费。申请执行人即本案原告亦不能提供第三人可供执行的财产线索，第三人资产已然不足以清偿生效判决之债务。

其二，明显缺乏清偿能力。第三人被吊销营业执照，其被吊销的原因是成立后无正当理

由超过六个月未开业，或者开业后自行停业连续六个月以上。基于此，**第三人被吊销营业执照后，已经不具备经营主体资格，丧失因继续经营的可期清偿能力**，故第三人对生效判决之债务明显缺乏清偿能力。

其三，股东到庭情况。法院向相关股东邮寄送达，均因原地址查无此人或迁移新址不明被退回，**后公告方式向相关股东送达，但两者均未到庭**，亦未发表任何书面意见。故由此产生的不利后果，由股东自行承担。**基于上述分析，法院认为第三人无财产可供执行，被吊销营业执照长达两年之久，认定第三人对生效判决之债务明显缺乏清偿能力，已具备破产原因。**

通过我们检索到的案例来看，目前的主流裁判观点和上述案例一致，也就是说除了执行裁定，依然要从是否具备破产原因的角度来综合判断是否符合出资加速到期的条件。

三、应该如何判断是否符合加速到期条件？

（一）执行法院是否按照法定程序穷尽财产调查措施

首先，要判断执行裁定是否已按照法定程序采取必要的财产调查措施，以此判断是否属于人民法院穷尽执行措施无财产可供执行的情形。

（二）是否具备破产原因

根据《破产法》司法解释一的规定，出现资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力情形之一的，法院应当认定具备破产原因。那么什么情况下可以认定资产不足以清偿全部债务？什么情况下又属于明显缺乏清偿能力呢？

资产不足以清偿全部债务是指债务人的资产负债表，或者审计报告、资产评估报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债。

债务人账面资产虽大于负债，但存在下列情形之一的，应认定明显缺乏清偿能力：

（一）因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务；

（二）法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产,无法清偿债务；

（三）经人民法院强制执行,无法清偿债务；

（四）长期亏损且经营扭亏困难,无法清偿债务;

（五）导致债务人丧失清偿能力的其他情形。

可见，根据法律规定和司法解释，严格来看，并不是一个执行裁定就能直接构成出资加速到期的。虽然我们也看到一些裁判案例中，法院并未对是否具备破产原因展开说理，而是简单根据执行裁定认为符合出资加速到期情形，但多方面综合审慎判断是否能够出资加速到期仍是目前的主流裁判观点。

作为债权人，需要尽量搜集能够证明债务人已经停业、长期亏损、经营地址异常、被吊销营业执照等情形，以增加被认定具备破产原因的成功率。**一般在认定是否具备破产原因时，会综合以下情形来判断：**

（1） 公司及其股东已经失联，涉及大量诉讼；

（2） 注册地址已由他人使用，无具体经营地址及其他联系方式；

（3） 因联系不上公司登记的住所，公司被市场监督管理局列为经营异常；

（4） 诉讼过程中，对方明确表示公司资产不能偿还对外债务；

（5） 公司年报信息中资产负债数据认定企业负债大于资产；

（6） 公司法定代表人下落不明；

（7） 公司已经停止经营；

（8） 公司受到行政处罚被吊销营业执照；

（9） 经法院传唤，无正当理由拒不到庭，例如：股东失联且陷入大量诉讼，法院无法邮寄送达，公告送达后仍未到庭。

四、股东如何抗辩？

结合我们检索案例的情况，股东的抗辩一般有以下几种：1、出资未到期，享有期限利益，不应出资加速到期；2、已经完成实缴出资义务；3、公司仍有清偿能力。其中第 1 种情形我们已经在前面分析过，第 2 种股东已完成实缴出资的抗辩往往认定较为复杂，我们将另外单独进行分析，此处重点分析股东抗辩公司仍有清偿能力的情况。

根据案例检索情况，股东可能提供如下材料证明公司具备清偿能力：

（1） 提供公司资产负债表、审计报告或资产评估报告，证明公司资产大于负债，具备清偿能力；

（2） 提供公司另案生效判决，证明公司对外享有确定债权，具备清偿能力；

（3） 提供公司与案外人的合同，证明公司尚在持续经营之中，对外具有可期待收益；

（4） 提供股东著作权证书、专利权证书、商标权证书、APP 运行截图及其用户统计情况等，证明公司处于运营状态、拥有核心知识产权、具有较高的市场价值等。

此时股东是否就可以摆脱出资加速到期的境地呢？在面临败诉的情况下，股东亦有很大可能为了逃避债务而提供虚假的合同，这种情况下将存在一定审查难度。

在沈××与××文化产业投资发展有限公司、花×珍等股东损害公司债权人利益责任纠纷一案中，债务人拒绝提供审计报告，虽然股东主张债务人有基金管理费的收入，但在收取费用期间，却没有向债权人清偿；此外，除案涉债务之外，债务人还存在 384 万元的债务未能履行，法院综合以上事实认定债务人没有清偿能力。

在杨建×、中国电×股份有限公司××分公司执行异议之诉一案中，债务人提供了其持有 3 件有效注册商标及 6 件计算机著作权的材料，**但法院认为该部分知识产权最终价值多少，需在执行程序中予以解决，判令股东对债务人公司不能清偿部分的债务在未出资范围内承担补充赔偿责任，并未加重其民事责任**。在该案中，法院因无法核查相关无形资产价值，判决由股东对债务人的不能清偿部分承担补充赔偿责任，因为法院认为这是一种补充赔偿责任，执行过程中亦可继续执行债务人财产，因而没有加重股东责任。实际上执行程序中股权、无形资产的处置，往往比较困难，如果法院审查认为债务人财产流动性差、无法变现的，亦可认定其明显缺乏清偿能力。

在上海××净化科技有限公司与车××、邵××股东损害公司债权人利益责任纠纷中，股东提供债务人公司财产照片、购销(加工)合同、施工预算表证明债务人公司具有可供执行的财产，现存放于公司厂房内，具体地址位于山东省××工业园区内，不存在不能清偿债务的情形。原告认为仅以被告提供的财产线索不足以说明债务人资可抵债。**法院认为，被告提供明确的财产线索，原告亦无证据证明被告提供的线索不真实，亦即相当于被告主动申报财**

产用于执行，原告即应首先通过恢复执行程序，根据被告提供的财产线索申请法院执行，只有在穷尽执行措施仍无法偿付债务后，原告方可提起本案之诉。原告可在申请执行且证明被告提供的财产线索不真实，并认定穷尽执行手段债务人仍无财产可供执行后另行起诉。

该案中，法院认为被告提供执行线索证明清偿能力，原告无法证伪时，应首先通过执行程序救济，穷尽执行措施无法偿付后，再另行起诉。对于该案法院裁判意见，值得进一步探讨。在被告提供了执行线索后，由执行法院对可执行财产进一步确认，可以认为在执行程序中确实财产线索真实性更易核查和尽快执行落实，但对于被告提交的执行线索的审查，是否均应一概要求先转由执行程序确认方能裁判？我们认为，对于在本案中被告提供的相关业务合同、预算表，应从证据真实性、合法性和关联性三个方面进行审查，必要时可与案外人确认，从合同签订时间、合同内容、双方实际履行情况等方面审查合同真实与否，并对其中的可期待收益予以审查，对于相关设备，亦可到现场查看，而不应将相关证伪责任全部分配给原告方。

五、结语

综上，当债权人发现债务人无力清偿债务时，除了考虑执行转为破产程序，还有另一条路可以走，即审查股东出资是否到位，进而要求股东以未缴付的出资金额为限承担补充赔偿责任。

在债权数额少于债务人股东的未缴付金额，且债务人的对外债务也并未达到不可挽回的情况下，如果选择破产，诉讼周期和诉讼成本都较高，也会直接将债务人推向难以挽回的境地，而选择要求债务人股东出资加速到期，可以更加高效、经济地实现救济，最大限度地维护个体债权人的利益。当然，如果债务人公司拥有较高的重整价值时，直接选择进入整体破产程序亦是一种较好的选择，债权人可以综合个案具体情况综合选择最为适合的方式。

（本文首发于 2022 年 5 月 17 日）

债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（二）

卫新、徐沁芳

此前我们在《债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（一）》一文中介绍了债权人如何运用《九民纪要》第 6 条的规定，主张债务人无财产可供执行、已具备破产原因但不申请破产，从而实现债务人股东出资加速到期。本文将介绍第二种出资加速到期的方式，即债务人及股东“在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限”，从而实现加速到期。

一、案例分析：(2019)沪 02 民终 10503 号

一审法院认为，王某与 A 公司存在借贷关系，借款到期后 A 公司（债务人）仅归还部分款项，应承担剩余款项及利息的支付义务。另外，股东曲某、郭某的认缴出资期限已届满，应在各自未出资本息范围内对 A 公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。故一审判决：A 公司返还王某 65 万元及利息；股东曲某、郭某对 A 公司的付款义务承担补充赔偿责任。郭某对一审判决不服，上诉于上海二中院。

二审中，郭某提交了一份新证据，系 A 公司的企业信用信息公示报告，**该报告显示郭某的认缴出资时间为 2045 年 11 月 4 日，**公示时间为 2018 年 3 月 27 日。郭某据此认为认缴出资期限未届满，其不应对 A 公司的付款义务承担补充赔偿责任。

上海二中院认为，注册资本认缴制下，股东虽依法享有期限利益，然债权人亦享有期待权利。涉案借款发生于 2015 年 12 月，借款到期日为 2016 年 12 月，此时工商载明 A 公司股东的认缴出资期限为 2018 年 12 月 31 日，也就是说，在 A 公司未按时还款的情况下，王某可以期待 2018 年 12 月 A 公司股东认缴期限届满时以股东出资获得还款。**因郭某延长认缴出资期限系在 A 公司债务产生后，且未经王某同意，实质上损害了王某作为债权人的期待利益，故郭某的补充赔偿责任不能免除。**综上，二审判决驳回上诉，维持原判。

案件分析：

我们先来回顾一下《九民纪要》第 6 条规定的可以成就“股东应否加速到期”的 2 种情形：（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；（2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股

东出资期限的。

本案是上海二中院运用《九民纪要》第 6 条规定的第二种加速到期情形的典型案例。首先法院对于仅有工商公示系统中公司自行填报的出资期限并不认可，因为该出资期限并未在工商备案的章程见到。其次，即使上述出资期限的变更是真实的，A 公司股东在明知公司债务已于 2016 年 12 月到期，2018 年 12 月 31 日出资期限即将届满，却在 2018 年 3 月进行出资期限延长，具有在出资期限即将到期前恶意延长出资期限的恶意，最终法院认为该出资期限对债权人不产生效力，股东应在原出资期限到期后履行出资义务，本案审理之时该出资期限已经届满却未履行，股东应在其认缴出资金额范围内承担补充赔偿责任。

二、债务产生后，延长出资期限导致股东出资加速到期的法理基础

股东出资义务实质上可以认为是公司对股东享有的债权，股东出资期限届满时，即债权履行期限届满时。股东未按期缴纳出资时，根据《公司法解释（三）》第十三条的规定，公司或者其他股东可以请求其向公司依法全面履行出资义务。但往往债务人公司并不积极主动向股东追偿，在股东恶意延长出资期限、进行股东会决议时亦不会加以干预，导致股东向公司出资的期限被无限延长。

此时，债权人有权撤销债务人公司这种放任股东延长债务履行期限的行为。根据民法典第五百三十八条的规定，债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者**恶意延长其到期债权的履行期限**，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院**撤销**债务人的行为。

因此，债权人可以撤销债务人股东为逃避债务恶意延长出资期限的行为。但还需要注意的是，这种撤销只能针对债务产生后股东延长出资期限的行为。也就是说，债权人可以要求债务人股东按照**债权债务发生时公示的股东出资期限**履行出资义务。而如果是债务形成前股东延长出资期限的行为，不能撤销，因为债权人对此并无信赖利益。并且，如果债务发生时公示的出资期限尚未届满，债权人亦不能仅凭债务人股东存在恶意延长出资期限这一点来主张股东出资立即加速到期，因为这会损害债务人股东的出资期限利益。债权人可以进一步分析债务人是否符合“经法院强制执行无财产可供执行、已具备破产原因但不申请破产”的情形，从而实现出资加速到期。

例如在(2021)浙 06 民终 352 号一案中，法院认为债务人公司通过股东会决议或其他方式延长出资期限的，本质上是对股东恶意延长出资期限行为的否定，也就是说，只是要求股东按照原来规定的期限出资。债务人在原股东转让股权过程中将第二期认缴出资期限从 2033 年 7 月 2 日变更为 2033 年 7 月 31 日，但按照原出资期限之规定，**原股东的第二期出资期限远未届至，二人仍保有对原出资期限的期限利益**，因此债权人要求原股东的第二期出资义务加速至当下的请求，法院未予支持。该案表明债权人的撤销权应当是有限度的，应以债权债务发生之时其可以预见的债务人股东出资期限要求股东履行出资义务。

三、“债务产生”的标准如何认定

主张撤销债务人股东恶意延长出资期限的行为，还有一个非常关键的前提条件，就是要求这种延长出资期限的行为发生在**债务产生后**。**那么，债务产生的标准是什么？**是债务履行期限届满之时，还是法院作出生效裁判之时？是双方签订合同之时，还是一方已经履行完毕

主要合同义务之时？如若双方对于债务是否存在产生争议，债务产生时间又该如何认定？

我们认为，债务是否产生不以是否作出判决为要件，应以债务形成时间为准。至于双方对债权债务是否形成产生争议时，并不影响债权形成的认定，只要当时已有初步证据证明其主张成立即可，不应苛以过高的要求。但债务产生到底应该以履行期限届满之时为准，还是以合同签订时为准？抑或是一方已经履行完毕主要合同义务之时？这一点值得探讨。

我们暂未在损害债权人利益责任纠纷或执行异议之诉的案件中找到对应案例。但我们发现在减资纠纷中存在同样的问题，或可供参考。根据《公司法》的规定，公司需要减少注册资本时，应当在作出减资决议之时十日内通知债权人，而债权人的标准是什么并未有明确定义。

在（2020）沪民再 28 号一案中，上海高院再审认为，合同是债发生的原因，因此**买卖合同签订之日，即债权债务关系发生之时。至于债权尚未到期或者债权数额尚未明确，均不影响 B 公司作为债权人的身份**。由此可见，债权尚未到期或者债权数额尚未明确，并不影响债权人的身份。

在(2019)苏 0402 民初 920 号一案中，原告和被告公司签订了三方监管协议，原告系负责资金监管银行，需履行对保证金的资金监管义务，后因工程项目取消，工程建设单位申请返还保证金，但发现保证金已不在保证金账户内，于是担保公司及银行承担了连带还款义务。银行则主张对担保公司的追偿权，遂涉诉。银行主张担保公司股东在债务形成后恶意延长出资期限，应当出资加速到期。银行认为，其与担保公司签订合同的时间为债权债务形成时间，但法院认为，**在签署协议和交付保证金时银行对担保公司并未直接享有债权，双方并不存在债权债务关系。只要银行按约履行监管义务，不可能形成本案债务。**担保公司对银行债务形成的条件，是银行不能按协议要求进行监管，擅自为担保公司办理解付保证金，造成资金流失，致使工程建设单位无法收回担保金。**因此担保公司股东在 2014 年 11 月延长出资期限时，案涉债务尚未形成，担保公司作出延长出资期限至 2029 年 11 月 1 日的决议不违反法律强制性规定，其股东在出资义务尚未到期的情况下转让股权，不属于出资期限届满而不履行出资义务的情形。**

从该案可以看出，债权债务形成的时间点仍要结合债权债务形成的具体原因判断，本案中银行对担保公司的追偿权并非合同一经签署即发生，亦非必然源自合同约定，具体应审查追偿权形成时间。而若是简单的借款合同，我们认为应以一方履行完毕支付借款的时间作为债权债务的形成时间，而无需苛求履行期限届满。因为在一方履行完毕主要合同义务后，另一方应当对债权产生以及在约定期限还款有相当的预见。《九民纪要》将加速到期限的适用条件缩在“债务产生后”，旨在审查债务人股东有无明知债务存在，却恶意延长出资期限的情形。当债务人及股东对债务有可预见性、应当知晓的情况下，应认为债权人已经履行合同主要义务之时为债权债务形成之时。

四、结语

综上，债权人在追索债务人无果后，符合以下两种情形之一的，可以尝试向未出资的股东追偿：（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；（2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。需要注意的是，当符合上述条件时，债权人可以要求债务人股东承担的

责任为，以认缴未实际出资的金额为限承担补充赔偿责任。也就是说，应首先由债务人进行清偿，穷尽执行措施债务人仍无法清偿的，股东才会承担补充赔偿责任。

保护股东出资期限利益和保障债权人利益两者之间的平衡，始终是司法裁判的重点和难点。《九民纪要》已对此进行了较过去更进一步的规范，但在具体个案中的取舍和平衡依然存在价值排序和个案考量。后续我们将对“债务追偿”这一话题持续展开探讨，欢迎大家关注。

（本文首发于 2022 年 6 月 2 日）

实控人利用关联交易损害公司利益，债权人能否向参与交易的关联公司追偿？

卫新、周徐乐

债务人无力清偿到期债务，债权人发现该公司的实控人利用自己控制的其他公司，通过关联交易转移债务人公司责任财产时，债权人能否向该实控人控制的关联公司进行追偿？

在上述案例模型的前提下，本文拟通过对法律规定的解读以及对实务案例的分析，为债权人突破“债的相对性”，进一步向债务人的关联公司追偿提供一些思路。

一、 债权人向关联公司追偿的请求权基础

《公司法》第 21 条规定：“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。”从行为类型来看，实控人利用关联交易转移债务人财产，损害公司利益，符合上述规定。**但根据该条规定，承担损害赔偿责任的主体仅限于实施关联交易的股东、实控人、董监高，并不包括参与该关联交易且受有利益的关联公司。**

在现有的多数案例中，债权人一般将实施关联交易的实控人（或控股股东、董监高）、参与关联交易的关联公司作为共同被告，要求实控人与关联公司承担连带责任。司法实践中，对于上述规定的责任主体范围亦未作扩张。但我们检索到有案例参照适用该规定，认定被同一实控人控制的关联公司因不当关联交易承担侵权责任，例如最高院(2014)民提字第 111 号一案。从法院裁判说理来看，单独的《公司法》第 21 条是认定实控人承担责任的请求权基础，但无法成为关联公司承担连带责任的直接法律依据，需借助于“共同侵权”来实现债权人向关联公司的追偿。

例如，在 (2017)赣 04 民初 251 号一案中，恒×公司以债权受让方式获得对债务人江×化工厂的债权，该债权已经由九江中院判决确认，判决生效后一直未被履行。但债务人江×化工厂实控人通过关联交易，将公司名下房产和土地无偿转移至关联企业名下。法院认定此行为损害了债务人利益，已构成不正当关联交易，并且在其已不能履行到期债务的情况下，也损害了其债权人的合法权益，法院判决股东对公司债权承担连带偿还责任。同时，法院认为，**在《公司法》仅以第二十一条规定利用关联关系侵权的责任主体为股东、实控人，但未包括共同被控制的关联公司的情况下，应参照适用该规定认定共同被控制的关联公司的侵权责任。**根据《侵权责任法》第八条关于共同侵权的规定，关联公司应当**在其无偿接受的房产和土地价值范围内**对债务人的债务承担连带责任。

二、 关联公司构成“共同侵权”的司法认定

《民法典》第 1168 条规定：“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”通说认为，共同侵权的构成要件有以下四点：1.侵权人存在共同侵权行为；2.多个侵权人之间存在意思联络且具有过错；3.造成损害结果；4.侵权行为和损害结果间存在因果关系。

具体到本文讨论的案例模型，司法实践对于关联公司是否成立“共同侵权”的认定主要聚焦于以下三个问题：

(一) 关联方及关联交易的认定——新旧公司法的对比

对应“存在侵权行为”这一要件的认定，需要判断关联公司与债务人之间是否存在不当的关联交易。而不当关联交易的判断，以与关联方发生关联交易为前提。故对于“关联方”的认定成为首要解决的问题，债务人与其关联方发生的交易即可以理解为关联交易。

结合现行《公司法》的规定以及目前新发布的《公司法草案》，我们将关联方的范畴进行了整理：

关联方	现行公司法	公司法草案新增
本体	控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员；	董事、监事、高级管理人员的近亲属；
衍生主体	控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员**直接或间接控制**的企业，以及具有**可能导致公司利益转移关系**的主体；	董事、监事、高级管理人员的近亲属**直接或者间接控制**的企业；

可以看到，本次《公司法草案》第 183 条首次将董事、监事、高级管理人员的近亲属及其直接或间接控制的企业纳入了关联方的范畴，进一步扩大了关联交易的规范范围。

(二) 不当关联交易的认定

法律并不禁止相关主体之间开展关联交易，但缺乏正当性关联交易会损害公司、甚至外部债权人的利益。因此，需要对关联交易的“正当性”进行审查，判断相关主体是否构成侵权。

由于同类案例较少，因此本文对于“不当关联交易”的认定，部分地参照以现行《公司法》第 21 条为请求权基础，由公司或股东代表起诉控股股东、实控人、董监高等利用其关联关系损害公司利益的相关案例。两者的不同之处在于，前者是外部债权人为维护自身利益提起的侵权之诉，后者是公司内部为维护公司利益提起的损害赔偿之诉。但由于均是利用关联交易作为侵权手段，故在“不当关联交易的认定”上具有一致性，可予参考。

经调研，法院通常会从以下方面对不正当关联交易进行审查：

1. 交易是否符合公司内部制度要求（程序合规）

虽然《公司法》未规定关联交易必经的内部程序，但公司往往会通过公司章程、股东会决议等方式对关联交易的进行控制。在司法实践中，关联交易是否经过必经程序也会成为判断“正当性”的一项因素，且是“正当性”的必要不充分条件。

例如，在（2019）浙 01 民终 9301 号一案中，法院认为，根据《公司法司法解释（五）》第一条规定，履行法定程序不能豁免相关主体对关联交易赔偿责任。本案的关联交易未经得股东会同意，即使康×公司的股东对关联交易知情并同意，也不能作为豁免关联交易赔偿责

任的理由和依据。

2. 交易的实质内容是否公允

对于关联交易内容的审查，主要集中在交易模式是否符合商业常理、交易价格是否合理等内容的判断。例如就同一物品互为买卖、虚设中间环节赚取利差等会被认为是有违商业常理的，无偿转让、价格未经评估且与市场、其他同类第三方差异过大，都易被认定为价格有失公允，从而否定该关联交易的正当性。

3. 交易是否正常履行

即便关联交易在程序和实质内容上均具备正当性，但若交易未得到正常履行，导致双方实际权利义务不对等，也会被认定缺乏正当性。

例如，在最高院(2014)民提字第 111 号一案中，债务人向关联公司转让土地使用权、厂房，虽转让价格合理，但关联公司作为受让方未实际履行付款义务，且债务人向其开具足额发票以虚构其支付全部对价的事实，故法院认定其交易构成不当关联交易，应在虚构已付但实际未付的范围内承担连带责任。

4. 交易是否通过合法途径达成

从现有案例来看，不当关联交易的表现形式不仅包括订立合同，还包括其他利益转移途径，例如实控人通过遗失补证方式将债务人资产转移至关联公司名下（参见：(2017)赣 04 民初 251 号）、通过虚假诉讼方式签订以物抵债和解协议来转移资产（参见：(2019)最高法民终 20 号）。

缺乏正当性的关联交易，损害公司、甚至外部债权人的利益，性质上属于侵权行为，同时也能证明交易双方、实控人存在主观上的意思联络，尤其是在明知公司不能清偿到期债务前提下，关联公司仍参与交易转移责任财产，具有主观可归责性。须注意的是，从现有案例来看，关联公司的主观过错，不一定要达到需和实控人、债务人恶意通谋以逃避债务的程度，但至少需对其行为将导致债务人公司的责任财产减少是明知的。

(三) 损害债权人利益的认定

实控人利用不当关联交易向控制的其他关联公司转移利益，降低了债务人公司的偿债能力，也间接损害了债权人的利益，造成侵权损害后果。**当债权已到期，未获清偿时，一般可以认定“损害债权人利益”，**不必达到需事先经判决确认或经强制执行仍不能清偿的程度。

例如，最高院(2014)民提字第 111 号案件，债权产生于 2004 年 5 月 14 日，约定还款到期时间为 2005 年 12 月底，该债权到期未获清偿。债务人于 2006 年 5 月 30 日与关联公司签订《土地使用权转让协议》。最高院认为，案涉土地使用权交易构成不当关联交易，损害了债务人的利益，并且在债务人不能履行到期债务的情况下，也损害了该公司债权人的合法权益。

三、 关联公司承担的侵权责任性质

民法典第 1168 条规定，“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”可以看到，共同侵权的侵权人对受害人承担的是连带责任，即受害人有权向共同侵权人中的任何一人或者数人请求赔偿全部损失，而任何一个共同侵权人都有义务向受害人负

全部的赔偿责任。进一步理解，侵权人承担的**责任范围**限于因侵权行为给受害人造成的全部损失，侵权人承担的**责任方式**是连带，即在各侵权人之间不分先后，受害人有权向任一侵权人主张全部损害赔偿。

具体到本文所讨论的案型，法院对于关联公司应当承担的“责任范围”，一般认定为“关联公司因关联交易所获得的利益”，该等利益以不超过债权人的到期债权为限；对于关联公司应当承担的“责任方式”，通常认定该关联公司和债务人、其他侵权人处于同一顺位的连带责任。但也有个别案例认定关联公司承担的是补充连带责任，即在债务人不能清偿时才承担连带责任，其责任顺位劣后于债务人。

四、　结语

债务人及其关联公司在同一实控人的操纵下，通过不正当关联交易共同侵害债权人利益的，债权人可以通过“共同侵权”之诉向实控人、关联公司追偿。“不当关联交易”是认定是否构成侵权的关键，债权人可以从关联交易的程序是否合规、内容是否公允、履行是否正常等方面进行举证，证明交易本身的非正当性，从而要求相应主体承担连带责任，进一步挽回损失。

（本文首发于 2022 年 6 月 7 日）

股东抽逃出资，却狡辩是借款？看法院如何裁判

卫新、徐沁芳、赵昕

债权人追索债务人的方式之一，便是追究债务人股东的出资责任，比如股东出资后又抽逃出资的；或者股东没有履行实缴出资义务，且符合出资加速到期情形的。在债权人追究股东出资责任时，股东往往抗辩已经完成实缴出资，不存在抽逃出资。

《公司法司法解释三》第十二条列举了三种较为常见的抽逃出资情形，其中一种是“通过虚构债权债务关系将其出资转出”。所谓虚构债权债务，较为常见的便是虚构借款，将股东已经缴纳的出资抽逃。本文将会结合已有判例探讨司法实践中如何区分抽逃出资与正常的股东借款。

一、法院会对借款的真实性进行审查以判断是否为抽逃出资

一般来说，法院会首先从**是否签订书面的借款合同、是否经过合法的决策程序、是否约定合理的借期与利息、是否提供担保**等方面对借款的真实性进行审查。如果借款关系是虚假的，通常会被认定为抽逃出资。

1.金额较大、未签订书面借款合同，易被认定为抽逃出资

如果出借的款项金额较大或者借款**双方均为公司法人**，依照常理双方应当签订借款合同而未签订的，法院倾向于认定借款关系虚假，实为抽逃出资。在(2018)最高法民再 328 号一案中，公司股东在**验资后第三日**便将 3500 万元出资从公司账户转出，股东主张上述款项是借款并**提供了借条**，法院则认为**如此大笔的借款没有书面借款合同明显不符合常理**。在(2020)粤 01 民终 21676 号一案中，宇 x 公司股东中 x 公司收到宇 x 公司汇款 1600 万元并主张上述款项为宇 x 公司向股东发放的借款，法院亦认为如此大金额的借款且发生在公司法人之间，却并未签订书面借款合同，也不合情理。最终法院均认定上述“股东借款”为抽逃出资。

2.借款未通过股东会决议，易被认定为抽逃出资

根据相关判例，无论是抽逃出资还是股东借款，所涉及金额一般较大。如果股东主张案涉款项为股东借款的，**法院一般会审查借款是否经过股东会决议批准，没有经过批准易被认定为抽逃出资。值得注意的是，即便公司章程中没有约定股东借款需要进行股东会决议，法院一般也认为大笔资金的出借为公司治理的重要事项，理应由股东会进行决定。**同样在(2020)粤 01 民终 21676 号一案中，被告股东中 x 公司上诉称宇 x 公司章程并未规定股东向公司借款必须要有股东会决议，一审法院对案涉借款的定性错误。二审法院对此认为，1600 万元的款项超过公司注册资本的一半，对于如此重大的款项出借，且出借给占股达 70%的大股东，公司内部并未经过任何审批流程或决议程序，与常理不符。最终驳回了中 x 公司的上诉。

3.即便存在借款合同，法院也会对借款的合理性进行审查

随着时代的发展，部分股东在抽逃出资时也会采取一些掩盖措施，譬如签订一份虚假的借款合同。所以即便股东与公司签署了借款合同，法院也会从金额、利息、行为发生时间、是否提供担保、行为主体等方面审查借款的合理性，从而判断案涉款项是否是以借款形式达到抽逃出资的目的。在(2021)鲁 01 民终 8535 号一案中，法院认为，从金额上看，中 x 公司

作为股东从天 x 公司借出的款项几乎占其全部出资额；从利息上看，借款合同虽然约定利息标准但无利息支付方式；从行为发生时间上看，借款均发生在出资当日；从担保上看，中 x 公司未就借款提供任何担保；从行为主体上看，借款事宜由中 x 公司派往天 x 公司的两位人员自行办理……综上，法院最终认为中 x 公司抽逃出资的意图十分明显。

4.真实的股东借款不视为抽逃出资

如果案涉借款已经经过股东会决议批准，签署了书面的借款合同并计入财务账册，甚至股东就此提供担保或已经按时还款的，一般法院会认定为真实的股东借款。在(2019)粤民终 1609 号一案中，法院认为，各股东的借款经过了股东会议决议，签署了书面的《借款协议》，也记入了财务账册，合法有效。在(2021)京民终 500 号一案中，股东与公司签订了《借款协议》，随后偿还了部分款项，同时股东以其持有的公司 70%股权质押，为案涉借款提供担保。上述借款虽然没有经过股东会决议，但公司另一股东在《股权质押合同》上也予以签名，实质上追认了这笔借款。法院从借款协议、还款情况、担保情况、另一股东已经追认等方面综合认定上述借款合法有效。

二、借款关系虚假但已经归还借款，一般不构成抽逃出资

司法实践中也存在一种情形，案涉款项在出借之初的确没有签署借款合同、没有经过股东会决议或存在其他符合抽逃出资外观的情形。但截至诉讼发生之日，款项已经归还，一般也不构成为出逃出资。根据《公司法司法解释三》第十二条规定，相关股东行为除符合列举的情形外，还要对公司权益造成损害，前者为形式要件，后者为实质要件。在款项已经归还的情况下，一般未给公司权益造成损害（即减损公司资产，降低公司的偿债能力），不符合实质要件。

在(2021)沪 03 民终 11 号一案中，股东对公司出资 1600 万元并完成验资。后公司账户向第三人转账 1600 万元，股东辩称转出款项系股东从公司借出用于偿还自身欠第三人的债务，出于方便直接从公司账户转入第三人账户，其后股东已经向公司归还借款。法院认为案涉借款没有《借款合同》、《股东会决议》、公司账目或其他证据证明转出款项性质为股东借款，符合认定抽逃出资的形式要件。但同时股东提供了相应银行流水，证明在公司股东出资实缴的截止时间 2013 年 11 月 10 日前，股东转入公司的款项已经远超 1600 万元。法院认为上述行为未对公司权益造成侵害，也不构成抽逃出资。

三、股东主张已经打款归还借款的，法院一般会对打款用途进行审

股东除抗辩案涉借款为股东借款外，也可能抗辩案涉借款已经归还或自己已经补缴出资，并举证对公司打款的银行流水。针对上述抗辩，**法院一般会从转账凭证的交易摘要、公司的财务凭证记载以及双方整体交易情况等方面审查打款的性质**，判断其是否是对案涉借款的偿还或对出资的补缴。

1.公司记账凭证为股东还款且财务负责人认可的，法院认定已经还款

在(2020)沪 7101 民初 229 号一案中，被告股东分 7 次对公司进行打款，共计 50 万元，交易摘要“汇款”。公司在其他应收款**明细账中**前 6 次记载为“股东还款”，第 7 次记载为“向股东借款”；**记账凭证中**前 6 次记载为“股东还款”，第 7 次记载为“向股东借款”。 公司财务负责人对此出具情况说明，称其上述第 7 次记账均系笔误，实际应为“股东还款”。**法院最终**

根据 7 次公司记账凭证与公司财务负责人出具的情况说明，认可股东 7 次打款均为“股东还款”，全部借款偿还完毕，不构成抽逃出资。

2.公司向股东出具收款收据载明“还款”且无证据证明股东能够控制公司财务，法院认定已经补缴出资

在(2015)金义商初字第 6906 号一案中，被告股东委托他人分两次向公司现金存款 120 万元、100 万元。法院向银行调取的凭证上注明**交易摘要为货款**，但**公司开具给被告股东的收款收据中注明为股东还款，加盖了公司的发票专用章确认，并有公司三位财务人员的签字确认**。同时，**公司是由另一股东（同时为公司法定代表人）负责管理，被告股东没有在公司任职，也不参与公司的管理，公司也未证明被告股东可以控制公司财务。**故法院对原告公司出具给被告股东的上述收款收据予以认定，最终认为被告股东已经归还出资。

3. 打款性质没有相应记载且双方往来款频繁的，法院不认可部分打款为补缴出资

在(2020)沪 02 民终 4176 号一案中，上诉股东提出已补足出资，具体的付款情况为 2009 年 2 月 6 日至 2009 年 5 月 13 日期间陆续划入公司 131 万，2010 年 5 月 20 日分别出资 344 万元、25 万元，2009 年 2 月 20 日出资 15 万元。

法院认为，根据公司银行账户流水信息的记载，股东自 2009 年 2 月 17 日至 2014 年 9 月期间共计向公司转入 18,030,000 余元，并从公司转出 17，120,000 余元，款项相抵，仅多出 91 万元差额；且二者之间存在频繁、大量的款项往来，金额各异，股东从这些款项中抽取 475 万元作为补缴出资并无依据，相应的付款用途也不能证明是补缴注册资本金。法院最终不认可股东已经补缴出资。

四、结语

综上所述，当股东从公司以借款名义获得一笔资金时，敏感的债权人往往能够察觉异常，进而以股东存在抽逃出资向股东追索。股东抗辩实际是其向公司借款时，法院会从以下几个方面裁判：

1、首先对借款的真实性进行审查：从公司与股东之间是否签订书面的借款合同、是否经过合法的决策程序、是否约定合理的借期与利息、是否提供担保等方面对借款的真实性进行审查。

2、如果借款虚假，但股东已经归还相应款项的，法院通常倾向于认为未减损公司资产，降低公司的偿债能力，并不会追究股东的出资责任。如果借款虚假，而股东也未及时还款，导致公司权益受损的，案涉借款容易被认定为抽逃出资，股东需承担相应的抽逃出资责任。

3、如果借款真实，股东主张自己已经向公司归还借款的，仍需举证证明打款性质为还款。

对于债权人来说，若借款虚假，债权人可以要求股东在抽逃出资本息范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任，且协助抽逃出资的其他股东、董事、高管或者实控人也需要承担一定责任。若借款真实，只要股东尚未偿还，债权人亦可提起代位权诉讼来挽回损失。

可见，债权人执行案件本终后，并不是最终的结束，有策略的谋划能够为债权人最大程度追回损失。

（本文首发于 2022 年 6 月 14 日）

股东能否通过转让股权豁免出资义务？

卫新、徐沁芳

债权人追索债务过程中，常常有打赢了官司，却要不回来钱的情况，即使通过法院强制执行，可能也追不到分毫。我们常常遇到客户追问，真的没什么办法了吗？股东个人不用承担任何责任吗？那些恶意逃避债务，一旦坏账就转让股权、金蝉脱壳的股东，难道没办法惩治吗？

确实，股东发现公司资不抵债后，恶意逃避债务的不在少数，有的是因为同时担任了法定代表人，担心被限制高消费，还有的是没有出资，打算“一转了之”，另立山头。如果允许股东在临近出资期限届满时转让股权，而债权人却无能为力，显然对债权人不公。根据我们的研究，债权人向这类股东追索债权，虽然难度不小，但还是有章可循的，本文将结合司法裁判案例为大家解析。

一、即使转让股权，股东不一定能全身而退

债权人与股东之间本身不存在合同关系，债权人向债务人股东追索，依据的法理基础是代位权，也就是债权人代债务人行使对股东的债权追索权。根据《公司法司法解释（三）》第十三条第二款的规定，**公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持**。第三款规定，股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，**请求公司的发起人与被告股东承担连带责任的，人民法院应予支持；……**

第十八条规定，有限责任公司的**股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。**

因此，已经转让股权的股东是否承担责任，**首要的是判断该股东是否已经实缴出资，**这一点可以通过债务人公示的企业年报、工商档案等初步判断，但即使是企业信用信息网公示的企业年报，亦存在债务人自行申报不属实的可能。因此，除非有明确的验资报告或其他证明，债权人还需通过诉讼才能验证。

其次，需要判断该股东的出资期限是否已经届满。如已经届满，则可依据上述第十八条的规定及早向股东追索，避免被其他债权人占了先机。因为前述条款中还规定，股东已经就其出资义务承担责任，其他债权人提出相同请求的，法院将不再支持。

但在注册资本认缴制下，股东往往将出资期限设置得较长，有的股东甚至将出资期限设置在经营期限最后一天，这种情况下**债权又迟迟无法实现，债权人难道就只能等到出资期限到期再向股东追偿？**这一点在我们的系列文章《债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（一）》《债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（二）》中已有分析，债权人可以根据九民纪要中的规定，主张股东出资加速到期。也就是说，即使股东出资期限未到期，符合一定条件的，债权人仍可提前要求股东履行出资责任。

既然债务人现有股东出资期限有可能适用加速到期，那么转让股权的股东是否同样适用呢？这一点在实践中争议颇大。根据我们的研究，**如果股权转让时债务人已经符合出资加**

速到期的条件，存在逃避出资义务的恶意，法院将有可能判定转让股东承担责任。法院的裁判观点是，股东将出资义务转让并不能当然免除出资义务，还应审查**转让行为有无损害到债权人的合法权益**。如果此时债务人已经资不抵债，股东的转让行为难谓善意。但与此同时，还需要关注股东出资期限利益、股权转让自由与债权人利益之间的平衡。如果认缴制下股东转让股权，却无法免除其对转让之后所产生债务承担缴纳未出资义务，将限制股权的流动性，与公司资本制度改革的初衷相悖。因此，法院在裁判转让股东的责任时尤为谨慎，一般重点对转让股东是否有违诚实信用原则，恶意转让股权进行分析判断。

二、对转让股东恶意的判断

我们对支持转让股东承担责任的案例进行了分析，最终能够获得法院支持，成功追索转让股东的案例中，法院主要综合以下因素判断股东是否存在逃避债务的恶意：

1．债务形成后转让股权

2．股权转让后，受让股东立即延长出资期限、违法减资

3．股权转让对价为 0，或约定对价但未实际付款

4．股权转让双方系近亲属

5．受让人无出资能力

6．原出资期限不合理

下面我们逐一分析法院对上述情形的裁判观点：

1. 债务形成后转让股权

法院一般认为，如果股权转让发生在债务形成之前，那么应当认为股东未出资的行为并未影响债务清偿，债权人在与债务人发生交易时股权转让已经完成，债权人对这种情况应有合理预期。因此，此时很难说股权转让行为损害了债权人利益。其次，如果无条件要求股东对股权转让后的公司债务承担补充出资责任，也会超出股东的合理预期，限制股权的自由流动。

但如果股东是在债权人与债务人诉讼过程中、债权执行过程中、债务已经产生但未能清偿时，那么法院将可能认定转让股东存在转让股权、逃避债务的恶意。

2. 股权转让后，受让股东立即延长出资期限、违法减资

部分案例中，股权转让时间发生在出资期限即将届满时，或者股权转让完成后，受让股东立即延长出资期限，还有的案例中股权转让后立即进行减资，以逃避出资责任。

例如在上海一中院裁判的(2021)沪 01 民终 7486 号案件中，法院认为原股东和现股东在明知公司负有到期债务的情况下，进行恶意串通，通过股权转让与违法减资的一致行为，排除债权人获得担保或提前清偿的法定权利，故意损害债权人对股东出资义务的信赖利益，构成对债权人债权的共同侵权行为。虽然股东出资期限未到期，但债务人已经具备破产原因，最终认定转让双方连带地在违法减资范围内对债务人无法清偿的债务承担补充赔偿责任。

在（2019）苏 0505 执异 43 号一案中，苏州虎丘区人民法院认为，贾某作为债务人股东期间与本案申请执行人发生交易，产生债务，后其在既未履行债务又不出资到位的情况下即转让股权，受让股权的新股东陆某又将出资期限延长至 2029 年 12 月 4 日前。上述行为将实

质性地影响债权人的利益实现。最终法院裁定追加原股东和现股东为被执行人。

3. 股权转让对价为 0，或约定对价但未实际付款

4. 股权转让双方系近亲属

5. 受让人无出资能力

股权转让双方对价为 0，或者股权转让合同上约定了对价，但实际未支付的，法院会认为此种转让存在一定不合理性。而且很多情况下，受让方与转让方之间存在近亲属关系，甚至受让人根本没有出资能力，这种情况下，法院也会认为转让行为具有逃避债务的恶意。

在(2020)沪 0116 民初 16538 号案件中，金山区人民法院首先认为，该案符合股东出资加速到期的情形；其次，三名股东均在未届出资期限前即转让了债权，但是该转让发生在债权人已经提起诉讼期间，虽股权转让合同上标明有价格，但是均没有证据表明实际支付过对价，故法院认为这次股权转让存在逃避出资义务的恶意，有违诚信，为避免认缴制背景下的股权转让成为股东逃避出资的工具，在受让股东未按期缴纳出资的情况下，出让股东仍应对其原认缴的出资承担责任。

在(2021)粤 01 民终 6632 号案件中，法院认为，转让股东在公司未支付债务的情形下，将股权转让给年近 80 岁的罗 x，根据债权人提供的证据证实罗 x 并无出资能力，该转让行为有滥用法人独立地位和股东有限责任、逃避债务之嫌，该行为损害债权人的利益，最终判令转让股东在未出资范围内对债务人不能清偿债务承担补充清偿责任。

6. 原出资期限不合理

对于出资期限明显不合理的行为，我们检索到苏州市虎丘区人民法院在（2019）苏 0505 执异 16 号一案中的裁判意见，法院认为，债务人公司的发起人（原股东）利用公司资本认缴制无期限限制的规定，约定认缴期限为 2034 年 3 月 25 日前，**远远超过公司营业执照规定的 2023 年 7 月 14 日的营业期限，这是不合理的也是不善意的。现股东约定认缴期限为均为 2023 年 7 月 14 日前，即在公司经营期限最后一天，同样是不合理的也是不善意的。**其次，本案已满足债权人对未届期股东出资加速到期责任请求权的成立的三个要件，最终法院裁定追加债务人原股东、现股东为被执行人。

三、转让股东是否承担责任的司法裁判争议

转让股东是否需对债权人承担责任在司法裁判中的适用极为严苛。司法实践中，很多法院并未详细论述转让股东是否存在恶意逃避债务的行为，而是直接按照股权转让时出资期限未届满进行裁判。还有的案件中，法院认为债权人未能证明股权转让时债务人符合出资加速到期的情形，故而未支持债权人的主张。

在(2020)沪 01 民初 200 号一案中，上海一中院认为，原股东转让股权时，认缴出资期限尚未届满，由此，原股东在出资期限届满前转让股权，因尚未到出资期限，股权出让方并不构成对出资义务的违反，也不承担资本充实责任，不属于“未履行或未全面履行出资义务即转让股权”的法定情形，故不应适用该规定追究出让股东的出资责任。

在(2021)沪 02 民终 1815 号一案中，上海二中院认为，该案法院认定股权转让发生在债权形成后，但转让股东的出资期限均未届满，且债权形成后也不存在恶意延长出资期限的情

形，所以不支持债权人要求转让股东承担责任的主张。该案中股权转让对价并未支付，但判决中并未就此对股权转让人是否存在转让恶意进行说理分析。债权人还主张债务人符合出资加速到期的情形，但法院认为，债务人现任唯一股东未应诉、不掌握债务人公司资产负债信息的情况下，法院难以明确债务人已具备破产原因，债权人可通过申请破产清算程序另行主张权利。鉴于股权转让行为未对债权人权利产生影响，不予采纳债权人关于股权转让无效的意见。

四、结语

关于股东未实缴出资即转让股权的，能否追究转让股东的责任，在司法实践中裁判意见并不统一。我们认为，需结合股东转让股权的真实意思、是否有明显逃避债务的恶意来综合判断，一方面不能一刀切地认为转让股权是股东的自由，另一方面也需要综合股权转让与债务形成的先后时间、转让对价支付情况、转让双方的关系、受让方的出资能力等因素来综合判断转让股东的责任，对发生债务后金蝉脱壳的不诚信行为予以纠正。

（本文首发于 2022 年 7 月 5 日）

转让股东、隐名股东、实际控制人有可能和公司构成人格混同吗？

卫新、陈楚翘

根据《公司法》第二十条第三款规定，滥用公司法人独立地位和股东有限责任的公司股东承担连带责任。其中就“公司股东”一词，如何理解，实有争议。即债权人能否在诉讼中要求已转让公司股权的原股东、隐名股东、非公司股东的实际控制人对公司债务承担连带责任？本文将从债权人追偿债务的角度，分析现股东之外、与债务人公司有密切关系的其他主体与债务任构成人格混同的可能性。

（一）已转让股权的原股东亦可能与公司构成人格混同

在债权人与公司交易期间，当事人为公司股东，虽然之后转让股权、脱离公司的，但若债权人认为原股东且存在混同行为的，仍会起诉主张原股东的混同责任。比如在最高人民法院(2021)最高法知民终380号案件，债权人起诉主张公司向原股东的转款行为造成二者混同、原股东承担混同责任。原股东抗辩，“虽曾为公司的股东，但已退出公司，与公司没有关联。基于合同的相对性，作为原审被告的诉讼主体不适格”。但是，最高院在二审判决文书中未对原股东的抗辩理由进行任何的回应。相反，最高院主要讨论公司向原股东的转款行为是否构成原股东无偿使用公司资产的混同行为。在该案中，原股东举证证明了其将款项用于偿还公司对外借款，最高院因此没有认定原股东与公司构成人格混同。

通过最高院在该案的关注点可以看出，在诉讼当中即使不是公司现任股东，并不妨碍当事人承担混同责任。法院关注的是在债权债务发生期间，原股东是否存在混同行为，而不拘泥于当事人在诉讼期间的非股东身份。因为如允许股东转让股权后则无须对自身的混同行为承担责任，那么当公司对外欠下大量负债，股东只要将股权转让给第三方、形成公司债务与自身无关的表象，即可逃避公司债务，则违反了《公司法》第二十条第三款的立法本意。

（二）隐名股东亦可能与公司构成人格混同

在现实生活中，股东基于各种因素往往不便于或不愿意显露自己的股东身份，通过委托他人代为持股，形成委托持股关系。当存在代持股关系时，债权人能否直接要求隐名股东承担混同责任？还是债权人需要先行提起股东确认之诉，甚至取得有限责任公司中过半数股东的同意后方可主张混同？

重庆高院在《关于审理股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任赔偿纠纷案件的指导意见》曾要求，“公司债权人以股东名册记载和工商登记以外的民事主体滥用公司法人独立人格和股东有限责任损害其债权为由，请求其对公司债务承担连带责任的，应当先行提起股权确认之诉”。但是笔者没有检索到债权人主张隐名股东承担混同责任时、法院要求债权人先行确认股东资格的相关案例。

相反，在最高人民法院(2015)民一终字第260号案例中，名义股东向债权人提供了其与隐名股东就代持股事宜签署的协议书，债权人将该协议书作为证据提交给法院。最高院据此认定隐名股东的实际出资人身份，从而认定隐名股东将公司对外借款用于隐名股东自身经营的行为构成财产混同，判决隐名股东承担混同责任。

笔者理解，司法实践中法院并不强行要求债权人先提起股东资格确认之诉，主要目的在于保障债权行使、提高司法效率，且这一判决本身不会影响名义股东的权益。如名义股东对股权归属有异议的，可以作为无独立请求权的第三人参与诉讼。即使其未能参与，根据既判力的主观范围规则，前后案件当事人主体不同的，原则上不发生既判力问题。因此人格混同案件本身不会对名义股东提起股权确认之诉有既判力影响。至于过半数股东的同意，由于案件并不涉及公司内部关系，此时无需其他股东的过半数同意。

（三）没有直接持股的实际控制人亦可能与公司构成人格混同

在最高人民法院(2020)最高法民终 185 号案例中，A 公司持有 B 公司 100%股权，B 公司持有 C 公司 40%股权，债权人起诉要求 A 公司为 C 公司债务承担混同责任。该案中，A 公司主张自己非本案的适格被告。但最高院认为，虽然公司法对非公司股东但与公司存在关联或控制关系的主体是否适用人格混同未予明确，但是如非公司股东但与公司存在关联或控制关系的主体存在滥用行为进而损害债权人利益的，与公司股东损害债权人利益具有同质性。基于公平及诚信原则，类推适用《公司法》第二十条第三款规定，以实现实质公正。笔者理解，最高院论述的“非公司股东但与公司存在关联或控制关系的主体”是指《公司法》下的“虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为”的实际控制人。此时，债权人可以穿透直接的股权投资关系，要求非公司股东的实际控制人承担混同责任。

在该案中，最高院最终认定 A 公司与 C 公司之间不存在混同，因为 A 公司不存在滥用 C 公司法人独立地位的行为。但最高院没有把不构成混同的着眼点落在主体不适格上，反而花费大量笔墨去表达“实际控制人仍可以成为混同主体”的司法观点。笔者理解，最高院意图通过本案表明这样的司法态度：在人格混同案件中，法院规制的是混同行为本身，而不意欲使得借助关联身份实际控制公司达到滥用公司独立人格的当事人逃避混同责任，因为如不认定混同，将导致非正义不公平的结果，此时应当类推适用《公司法》第二十条第三款规定予以规制。

（四）债权人需就混同主体的真实身份进行举证

总之，人格混同制度的责任主体包括现股东、原股东、隐名股东，还可以延伸到股东身份之外的关联方或控制方。但就当事人的真实身份，需要由债权人举证证明。关于原股东身份，债权人可以从工商内档调取。但是要求原股东的股东身份在债权人的债权发生期间存续。“债权人的债权发生期间”如何界定，是在债权人与公司订立合同之时？还是进行款项结算之时？还是公司实际欠债不还时？根据案例检索情况来看，法院对此没有严格要求。

但是，如何举证证明隐名股东和实际控制人的身份，相对原股东的身份，更为困难。笔者认为，三者的举证难度排序的话，是隐名股东>实际控制人>原股东。因为代持股关系本身具有隐藏性、秘密性，通常不为人知。债权人要举证证明代持股关系需要有隐名股东与名义股东之间形成代持股合意的证据，比如代持股协议、录音、第三方证明或隐名股东实际参与公司经营的证据等。但是前述证据又因为代持股关系的隐蔽性难以取得。如果现有证据无法证明代持股的高度盖然性，笔者建议，债权人可以转换思路，证明当事人属于公司的实际控制人，用“疑似代持股关系”去强化实际控制的可能性，以实际控制人身份去代替隐名股东

身份，可能更容易被法院接受。

最后，在要求实际控制人承担混同责任时，债权人首先要举证证明当事人与公司存在关联性，比如存在间接持股关系、疑似代持股关系；同时，还要举证该种关联性的强度，即关联性能够达到使当事人控制公司的程度；最后，举证当事人事实上控制公司且满足人格混同的各个要件。

结语

通过本文分析，股东已转让股权、隐名股东、实际控制但没有直接投资关系的主体，都有可能与债务人构成人格混同。关于混同主体的真实身份、对债务人清偿债务的影响力，债权人仍负有较高的举证责任，而且最终落脚点和关键仍需要回归到股东是否存在滥用公司法人独立地位的行为上来。

（本文首发于 2022 年 8 月 2 日）

大数据分析，什么行为最容易被认定为财产混同？

卫新、陈楚翘

在人格混同中，常见的混同类型包括财产混同、人员混同、业务混同以及住所混同。其中财产混同是人格混同的核心要素，其他混同情形只是伴随人格混同出现的表征要素。从《九民纪要》第 10 条列举的 5 种具体混同情形都是财产混同来看，足见财产混同在人格混同中的关键地位。本文将结合大数据分析，哪些行为容易被认定为人格混同中的财产混同？人格混同案件中，法院如何分配举证责任？

一、人格混同案件大数据分析

笔者于威科先行数据库，以《九民纪要》第 10 条中的“独立意思和独立财产”“混同且无法区分”作为任一关键词，进行全文检索，检索到最高院、各地高院以及上海市中院的案例共计 108 个（截至 2022 年 4 月 21 日）。排除掉类案、法院未审查人格混同的案件，关于法院都实质审查股东是否存在财产混同的案件，共计 80 个。其中法院认定构成人格混同的案件有 27 个，各级法院的认定情况如下：

	检索案例	样本案例	混同案例	占比（混同/样本）
最高院	16	15	2	13.33%
各地高院	66	52	18	32.62%
上海中院	26	13	7	53.85%
总计	108	80	27	33.75%

就这 27 个混同案件，笔者逐一分析后发现，“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”和“股东收取涉案款项”是最常见的被法院认定为财产混同的行为，已占混同案件的“半壁江山”。具体的各类混同行为数量如下：

二、股东与公司存在频繁、巨额的资金往来

根据检索结果发现，“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”是最典型的或者是最易被法院认定为财产混同的行为，在混同案例中占比高达 30%。笔者所定义的“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”，从股东行为角度出发，包括“往”和“来”两个方面：一是公司向股东提供资金，例如公司转款给股东个人、公司为股东个人代付、股东代公司收取对外账款；二是股东向公司提供资金，具体包括股东转款给公司、股东为公司经营付款。与此同时，前述资金往来往往次数频繁、数额巨大、时间持久。

接下来，笔者将结合案例分析，在审理“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”案件时，债权人如何举证、债务人如何抗辩，以及最终法院如何判断构成财产混同。

1、举证规则

在这类案件中，债权人作为原告需要首先承担举证责任，当债权人举证证明了资金往来异常的事实后，法院认定债权人已完成财产混同的初步举证。此时股东要对资金往来进行合理解释与说明，并提供相应证据。若股东不能进行合理解释或者该解释不被法院所认可的，法院则倾向于认定存在财产混同。在这一过程中，有点像踢皮球游戏，关于财产混同的举证责任会在原被告之间被当作“皮球”似的“踢”来“踢”去，举证责任随着双方的举证情况发生移转，法院会结合“证据责任移转进路”和“法院依申请取证进路”去综合判断哪一方的举证更具有高度盖然性。

2、证据责任移转进路

不像一般侵权案件由原告完全负担证明侵权行为的举证责任，在“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”案件中，部分法院会利用“证据责任移转进路”适当移转原告的举证责任，这是因为债务人公司内部的关联交易、与股东之间的资金流转、会议纪要等证据，债权人作为外部人员获取难度非常大，如果要求债权人完全负担财产混同的证明责任，可能产生证明危机或丧失证明可能性，进而导致人格否认制度的立法目的落空。因此，法院会利用“证据

责任移转进路”适当移转了债权人的举证责任：

首先，债权人向法院提交证据证明“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”，证据包括公司的银行流水、交易明细账等，法院据此初步判断存在财产混同的可信基础。

此时，举证责任被“踢”到了股东一方，股东对此进行合理解释与说明，比如资金往来背后的真实目的和实际用途。通常解释有如下几种：1）转款是双方的临时借款往来，并提供内部决议文件、借款协议以及相应的财务记载；2）公司转给股东的款项均被用于公司经营，股东提供付款凭证、交易合同及相应的财务记载；3）股东代公司收取的对外账款已返还公司，股东提供还款凭证。

如若法院对股东的解释与证据予以认可的，债权人需要另行提供证明财产混同的其他证据。反之，如股东不能提供合理解释与证据或者所提供的证据完全不被法院认可的，法院将倾向于认定混同。

3、法院依申请取证进路

1）公司的银行流水、明细账，向法院申请调查令取得

根据前文所述，债权人需要先行提供公司的银行流水、交易明细账等证据证明“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”的事实，方能开始踢皮球游戏。这部分证据，通常属于公司内部的秘密信息，债权人是如何获取的呢？

在最高人民法院(2020)最高法民申 5116 号案件中，债权人提供了初步证据证明股东与公司住所地、联系方式、高管人员、业务范围等存在混同情形，并借此向一审法院申请调取股东与公司共同存续期间的全部财务账册及银行流水。一审法院支持了调取银行流水的申请。通过调取的部分银行流水，债权人证明了“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”。但是，在本次样本的其他案件中，就如何查明资金往来事实、债务人证据来源，并没有明确的阐述。笔者猜测，多数案件债权人还是需要向法院申请调取公司银行流水进而取得资金往来的证据。而该申请的基础以及法院是否同意，则个案不一，比如债权人可能在交易中发现了公司与股东的不规范财务行为，据此向法院申请。

2）向法院申请司法审计

虽然民事诉讼法只规定在民事执行程序中申请执行人有权向法院申请对被执行人进行司法审计，但在存在初步怀疑但又无法确认是否构成混同的案件中进行司法审计，以查明是否存在财产混同则是较为普遍的做法。正如前文所述，如股东不能提供合理解释与证据，或者股东的解释无法被法院认可，混同情形已十分明显的，法院倾向于直接认定存在财产混同，并不要求进行司法审计。相反，法院对股东的解释只是部分采信的，或者法院虽然采信了股东的解释，但是债权人又提供了证明财产混同的新证据，此时有进行司法审计的必要，债权人可以向法院申请委托第三方机构进行司法审计。如若法院同意的，公司与股东应当提交会计凭证、会计账簿、财务会计报告等与审计事项有关的资料。但公司与股东无正当理由拒不提交的，此时法院可依据民诉法解释第一百一十二条第二款、民诉证据规定第四十八条第一款推定股东与公司构成财产混同。

例如在前述（2020）最高法民申 5116 号一案中，最高院认为，一审法院调取的债务人公司五个银行账户往来明细反映三家公司之间存在多笔大额资金往来，但三家公司和郭××均称不清楚债务人公司与三股东之间有无业务往来以及资金往来的原因。一审法院向债务人

公司、股东释明启动司法审计的必要性，告知债务人公司及其三股东作为持有人有义务配合提供财务账册，对举证责任的分配并无不当。在法院释明法律后果的情况下，债务人公司及其股东仍不同意财务审计且不配合提供财务账册，故根据民诉证据规定第四十八条规定，原审法院认定案涉财务账册记载了财务混同内容，于法有据。

由此可以看出，债权人提起司法审计并不当然会被允许，债权人至少需要提供关于财产混同的初步证据。最后，财产混同的审计对象是公司账户而非股东账户。因此，如果只是单纯就股东账户进行审计进而作出了股东与公司相独立的结论，是不正确的。

结语

人格混同案件的审理往往纷繁复杂，个案差异较大，本文所列举的案例也是在理想状态下债权人成功救济权利的情形，实操当中债权人需要面临的情况可能复杂的多，此类案件司法裁判的态度往往又是审慎的，债权人需要做好全盘的考虑和准备，方可能挽回坏账损失。下一篇文章笔者将继续分享人格混同案件的裁判规则，欢迎大家关注。

（本文首发于 2022 年 8 月 9 日）

大数据分析，人格混同案件，债权人的举证要点和证明标准

卫新、陈楚翘

此前在《大数据分析，什么行为最容易被认定为财产混同？》一文中，我们分析了人格混同案件中财产混同的举证责任分配，本文我们将继续深入分析财产混同的裁判要点，以及此类案件对损害结果的证明标准。

一、股东无偿使用公司资金或者财产，不作财务记载的认定

前面讲到人格混同案件中对于“财产混同”的举证责任分配，那么“财产混同”本身是如何判定的？股东就资金流水本身提出解释或抗辩时，如何认定资金往来是否构成混同？

1、股东与公司资金往来是否有财务记载？

“不作财务记载”是《九民纪要》第 10 条提出的行为要件。股东与债务人之间的资金流水，首先要看是否有财务记载。为什么不作财务记载，法院就倾向于认定为人格混同？一方面，公司的所有交易应当符合《公司法》《会计法》等法律法规以及公司规章制度所要求的所有程式与手续，以表明公司是独立于股东的单独主体。另一方面，财务记载可以证明“股东收取涉案款项”的真实目的与实际用途，如收取行为属于临时代收或者是股东向公司的借款等。正如《九民纪要理解与适用》所说：“如果公司作了财务记载，那么就证明股东与公司之间的法律关系是借贷或者借用，而法律并不禁止股东与公司之间的借贷或者借用活动。在有财务记载的情况下，恰恰证明了股东与公司是两个独立的民事责任主体。”而如果股东无偿使用公司资金又不作财务记载，股东亦无法提供其他合理证明的，该行为使得公司的责任财产减少，对外偿债能力下降，此时公司经营风险转嫁给债权人，应当穿透公司面纱要求股东就涉案款项承担连带责任。

2、什么情况下可以认定已作财务记载？

首先，财务记载是指什么？比如公司与股东之间的转账写了备注，公司的明细账能够和转账记录相互对应，是否即可认定做了财务记载而使股东免除责任呢？换言之，股东与公司的资金往来是只要有记录即可，还是需要其他合理凭据？根据《会计法》第九条第一款，公司进行会计核算，应当填制会计凭证，登记会计帐簿，编制财务会计报告。因此，会计法中的财务记载包括会计凭证、帐簿及报告。会计凭证包括原始凭证和记帐凭证，会计帐簿包括总帐、明细帐、日记帐和其他辅助性帐簿，财务会计报告比如季报、年报。按理说，全面完整清晰的财务记载应当包括前述所有的财务资料。

但实务中公司做账（尤其是小型封闭公司）常常有遗漏或不合规之处，股东不一定能向法院提供前述所有的财务资料。笔者认为，只要能提供必要、关键且充分的财务资料供法院判断股东收取资金的行为正当合法即可，其中最重要的是交易合同、付款凭证以及公司账簿。当然，股东还可以提供更全面的财务报表、年度财务报告去证明公司财务规范、财产相互独立。

3、只要有财务记载，股东当然免责？

显然不是。如果财务记载的内容与股东收取行为的用途和目的不能对应或存在不合理之处，法院较大可能否定财务记载的真实性，进而认定股东使用公司资金的行为构成人格混同，例如股东主张从公司取得的资金为借款，且已实际还款，但股东还款时备注的是“往来款”，或者股东还款时是大额现金还款且不存在支付凭证，或者财务记载的股东从公司取得财产并为公司支出的证据不充分，例如只有合同、发票，但并无股东付款记录等。

二、债权人需证明混同行为导致其利益严重受损

1、债权金额＞财产混同金额

除了要证明财产混同的事实外，债权人还需要举证证明股东滥用法人独立地位、与公司人格混同的行为造成了“严重损害债权人利益之结果”。《九民纪要理解与适用》中提到，认定人格混同要达到“严重”损害公司债权人利益的程度，“滥用”行为往往具有持续性，一般很少出现一次行为就认定为滥用。笔者也检索到了司法判例中对“严重”损害债权人利益的认定进行严格评判的，法院裁判要求股东使用公司财产的金额远超债权人向公司追偿的债权金额。在(2020)苏 02 民终 1416 号案件中，股东直接从第三方处收取了公司资金，但无锡中院认为，**与债权人追偿的债权金额相比，金额并不大，暂且不论代收金额是否构成股东对公司财产的无偿使用，即使构成，股东的使用行为也达不到严重侵害公司利益的程度，进而不能认定股东与公司构成混同**。在 (2019)沪 02 民初 37 号案件中，上海二中院认为，即便第三人存在替被告支付部分租金、低价转让股权等行为，**其金额也远远低于原告对第三人的债权金额，原告因被告的行为受到的损害尚达不到“严重”程度，不能因此而否定第三人公司人格**。原告可通过其他法律规定的途径主张自身权利。可见，若股东从债务人公司取得的款项如果显著少于债权金额的，认定“严重”损害债权人利益将存在难度。

2、股东向债务人收取金额＞股东向债务人支出金额

这一点主要体现为虽然股东与债务人公司之间有“往”有“来”，但总体来说债务人公司的资金向股东净流出。若公司向股东提供资金的，本文简称为“收取金额”；若股东向公司提供资金的，本文简称为“支出金额”。笔者在大数据分析过程中发现，认定资金往来构成混同的 8 个案件中，有 6 个案件均可以从判决书中明确找到股东收取金额大于支出金额的事实，股东与公司之间的资金往来净结算情况最终体现为债务人资金流向股东。相反，在存在资金往来但不构成混同的案件中，法院认定不构成混同的主要原因之一就是股东收取金额大于支出金额，也就是说简单算下来公司资金并未因此减少。因此，是否构成损害债权人利益，核心是看股东收取金额是否大于支出金额，并且要由债权人承担举证责任。

3、特别情形——股东直接收取涉案款项

本次检索样本中，“股东收取涉案款项”是第二常见的财产混同行为，具体是指股东（而非公司）直接从债权人处收取了基础债权的款项，发生基础债权纠纷而债务人无法清偿时，债权人据此主张财产混同。此时虽然债权金额与财产混同的金额相当，并未显著超出财产混同的金额，甚至除了“股东收取公司涉案款项”的财产混同行为外，债权人无法证明股东存在其他财产混同行为，**但这种情况下，如果股东未能证明该款项全额转付给公司或用于公司**

经营，法院更倾向于认定股东收取行为导致股东财产与公司财产无法区分，要求股东承担混同责任。

笔者认为原因有两点：**一是因果关系的直接性，**“股东收取涉案款项”的财产混同行为与公司无法向债权人偿还涉案款项的损害结果具有直接、显著的因果关系；**二是损害金额的对应性**，即债权人请求股东返还款项的金额与股东收取的涉案款项金额是相当的，从实质正义的角度出发，要求股东承担连带责任不会导致不公平的结果。

4、特别情形——股东收取公司款项未达到否认公司人格的程度时，股东仍可能在单笔转移资金范围内承担责任

当滥用程度没有达到严重损害债权人利益的程度，如债务人公司仅存在单笔或少笔向股东的付款行为，且公司向股东付款金额远小于债权金额的，根据最高院目前的观点，不能认定构成混同，就付款行为本身造成的债权人利益损失，债权人有权通过其他路径进行追偿，如抽逃出资、代位权追偿。

比如在最高院的公报案例（2019）最高法民终 960 号案件的裁判摘要中提到：“公司股东仅存在单笔转移公司资金的行为，尚不足以否认公司独立人格的，不应依据公司法第二十条第三款判决公司股东对公司的债务承担连带责任”。该案中，债权人将涉案 3.2 亿元款项支付给债务人公司后，债务人于次日将其中的 3000 万元支付给股东。债权人诉请债务人返还涉案 3.2 亿元，虽然仲裁取得胜诉裁决但未能执行到位，债权人要求股东就债务人不能清偿部分承担清偿责任。值得注意的是，**该案中股东从公司处收取的款项只是债权金额的 10% 左右，股东也并非直接从债权人处收取涉案款项，**因此该案与前述“股东收取涉案款项”的情形有所不同。**股东的涉案行为达不到严重损害债权人利益的结果，再加上债权人无法证明股东存在其他财产混同行为，因此，法院认为尚不足以认定股东与公司之间构成财产混同。**最终法院按抽逃出资认定了股东责任，法院认为，股东从公司取得 3000 万元资金的行为客观上转移并减少了公司资产，降低了公司的偿债能力，根据“举重以明轻”的原则，参照关于股东抽逃出资情况下的责任形态之规定，可判决公司股东对公司债务不能清偿的部分在其转移资金的金额及相应利息范围内承担补充赔偿责任。

结语

根据九民纪要关于人格混同的规定要旨，股东对公司债务不承担责任是一般规则，判令股东承担连带责任则是例外。在当前司法裁判中，人格混同的适用较为审慎，债权人举证难度又高，在这种情况下首先找到混同的突破口，寻求初步证据，通过调查令、司法审计等司法调查权进一步搜集证据，可能是较为可行的做法。

（本文首发于 2022 年 8 月 16 日）

债务人利用关联交易损害债权人利益，

债权人能否向关联公司追偿？

卫新、徐沁芳、周徐乐

此前我们分析过债权人如何通过**共同侵权**来追偿债务人及其关联公司。本文中，我们将进一步探究，债务人通过关联交易损害债权人利益、逃避债务时，债权人如何通过代位权、撤销权和恶意串通无效之诉追偿债务人及其关联公司，并对比、总结三种路径的优劣，以期为债权人进行坏账追偿提供新的思路。

一、 债权人代位权、撤销权及恶意串通之诉的构成要件及审理要点

(一) 债权人代位权之诉

债权人的代位权是指债务人应当行使却不行使其对第三人（次债务人）享有的权利而有害于债权人的债权时，债权人为保全自己的债权，可以自己的名义代位行使债务人的权利。**简单来说就是债务人有一笔债权却不去追索，导致债务人偿债能力降低，因此法律赋予债权人代为追索的权利。**具体到关联交易中，表现为债务人怠于向其关联公司主张合法有效的到期债权，导致债务人其他财产不足以清偿对债权人的债权。

例如，在(2022)皖 03 民终 174 号案件中，张××经生效法律文书确认享有对利×公司的债权，判决生效后未得到清偿。利×公司的关联公司东×电子，从第三人处受让了一笔对利×公司的债务，但东×电子受让债务后并未向利×公司清偿，利×公司也一直未主张到期债权。法院认定本案中，利×公司与东×电子实际是关联公司，实际控制人是石某。**同时法院认为，本案是债权人代位权诉讼，张××对利×公司享有合法到期债权。利×公司作为东×电子的债权人怠于行使其债权，在客观上已对张××的合法权益已造成损害，张××以自己的名义代位行使利×公司对东×电子的权利，符合代位权诉讼的构成要件，故判令东×电子代利×公司向张××支付欠款 386.75 万元。**

可见，此类案件法院并不会过多审查关联交易的情形，更多地会聚焦于是否符合代位权基本构成要件的判断。[1] 并且，代位权诉讼也并不局限于债务人与关联公司的关联交易，债务人怠于行使权利追索对外债权的，债权人均可追索。

---

[1] 结合现行民法典第五百三十五条的规定及学理，债权人代位权的构成要件为：

（1）债权人对债务人的债权合法、有效、到期（保存行为除外）；

（2）债务人对次债务人的债权合法、有效、到期；

（3）债务人怠于行使对次债务人的债权，并因此损害债权人的债权；

3.1 债务人不以诉讼或仲裁方式向其债务人主张到期债权

3.2 债务人除了对次债务人的债权之外，债务人的其他财产不足以清偿对甲的债务

（4）债务人对次债务人的债权不具有专属性。

(二) 债权人撤销权之诉

债权人的撤销权指当债务人行为导致其财产减少、危害债权实现时，债权人可以请求法院撤销该行为的权利。

结合《民法典》第538条和539条的规定，债权人行使撤销权需满足以下条件：（1）债权人对债务人的债权合法、有效（但无须到期）；（2）债务人在负担债务之后，存在有害债权人债权实现的行为——该等法律行为，既**包括特定的无偿法律行为，如放弃债权、放弃担保、无偿转让财产等，也包括特定的有偿法律行为，如不合理低价转让、不合理高价收购、设定担保等**。若债务人通过有偿法律行为转移财产的，还需要具备“债务人、受益人或受让人具有恶意”这一主观要件。**因此，区分债务人和关联方实施的危害债权实现的行为是有偿还是无偿，行使撤销权需要满足的构成要件亦有差别。**

在债务人为无偿行为时，法院一般从撤销权的客观要件本身出发，无需考虑主观恶意，因此债务人和受让人之间的关联关系并不影响裁判结果。原因在于，此时行为的受益人没有支付对价，无论债务人、受让人是否恶意，此时债权人利益更值得保护。

例如，在（2020）黔06民终1560号案中，田×霞对田×秀享有债权，田×秀通过无偿赠与方式将其所有的房屋转移至张×钰名下。经法院查明，田×秀与张×钰系母女关系。法院认为，母女之间赠送财产实属合理，不存在逃避债务的恶意和必要。但田×秀在明知自己对田×霞负有巨额到期债务的情况下，还将涉案房屋无偿赠与给张×钰，使自己的财产不足以清偿对田×霞的债务，以致田×霞的债权至今无法执行，从而陷入履行不能，损害了田×霞的债权。因此本案符合债权人行使撤销权的构成要件，田×霞有权撤销田×秀的房屋赠与行为。可以看到，无偿行为的撤销的认定，只需具备客观条件即可，无需具备主观恶意。

在债务人为有偿行为时，除具备客观要件外，还需要具备主观恶意，才能认定撤销。理由在于，撤销权是对已经成立的法律关系的破坏，从维护交易安全角度应当严格限制撤销权的行使条件。为保护受益人的利益，只有在主观恶意情形下，赋予债权人撤销权更合理。债务人和受让人之间的关联关系，往往是影响恶意认定的重要因素。

例如，在农业银行与钱×、姚×、钱×雯债权人撤销权纠纷案中，钱×明知对农业银行负有连带担保责任，仍将自己与妻子姚×共有的两套房产以不合理的低价转让给女儿钱×雯，并办理了过户手续。法院认为，钱×、姚×以35万元的价格将各自在房屋A和房屋B中的权属部分转让给钱×雯属于以明显不合理的低价转让财产，而钱×、姚×系夫妻，钱×雯系钱×、姚×之女，**鉴于上述家庭关系，应当认定钱×雯对“明显不合理的低价转让财产”是知情的。**上述转让协议签订明显削弱了钱×履行合同的能力，对农业银行造成了损害，因此判决撤销上述签订的两套房产转让协议。

(三) 恶意串通之诉

债务人与其关联公司恶意串通损害债权人债权，债权人可请求确认合同无效，关联公司取得的财产应当向债务人予以返还，若不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。

结合《民法典》第一百五十四条的规定，其构成要件为：（1）具有损害的恶意：至于该恶意程度，要求债务人与关联方意识到将对债权人造成损害，且追求（希望）损害之发生。（2）行为人和相对人之间须有串通：要求债务人和关联企业双方均为故意且有意思联络。（3）客观上损害了他人的合法权益：表现为债务人无资力清偿，导致债权人的债权受到损

害。

例如，在(2012)民四终字第 1 号案件中，嘉×公司对金×公司享有债权。债务人金×公司允诺将其所有的全部资产，包括土地使用权、建筑物和固着物、所有的设备及其他财产抵押给嘉×公司，作为偿还债务的担保，但未配合办理资产抵押手续。而后，债务人金×公司将主要资产以不合理低价转让给关联企业田×公司。法院认为，金×公司、田×公司在签订和履行《国有土地使用权及资产买卖合同》的过程中，**其实际控制人之间系亲属关系，且实控人夫妇分别作为两公司的法定代表人在合同上签署，说明田×公司对于债务人的资产状况和负债情况是明知的。在明知债务人欠债权人嘉×公司巨额债务的情况下，田×公司以明显不合理低价购买金×公司的主要资产，足以证明其与金×公司在签订合同时具有主观恶意，属恶意串通，**且该合同的履行足以损害债权人嘉×公司的利益，故法院认定合同无效并判令田×公司将财产返还至金×公司名下。

二、 债权人代位权、撤销权及恶意串通之诉的总结及建议

结合法律规定及实务案例，我们分析并对比了三种追偿路径，结合不同追偿路径对合同效力的影响、证明要求、对债务人及债权人的最终法律效果，简要分析如下：

追偿路径	关联交易的合同效力	关联关系对构成要件认定的影响	对债权人的法律效果
债权人代位权	有效	公司之间是否关联并不影响法院对于代位权的认定	次债务人直接向债权人清偿
债权人撤销权	可撤销，判决撤销前有效，判决生效后自始无效。	在**有偿**关联交易情形下，关联关系的认定，对于判断债务人和相对人存在“恶意”具有意义	入库规则（追偿后果先返还至债务人，债权人再主张受偿），债权人无优先受偿权
恶意串通	自始无效	关联关系是判断相对人对债务人资产负债状况知情、与债务人存在意思联络、故意损害债权的关键	财产返还至债务人，不直接向债权人返还

经过上述分析，我们希望从以下三个方面对债权人选择代位权、撤销权和恶意串通之诉进行救济的利弊作出总结：

1.债权人利益保护效果：债权人代位权＞债权人撤销权=恶意串通之诉

在债权人代位权诉讼中，债权人通过诉讼可以直接受偿。但债权人撤销权和恶意串通之诉则不是如此，这两个制度意在维持债务人的责任财产，所以追回的财产应先向债务人返还，归入债务人的一般财产，若债务人到期仍不履行债务，债权人需另行向法院请求强制履行来受偿。因此，从债权人利益保护效果来看，债权人代位权之诉能使债权人利益得到最直接的保护。

2.证明难度：恶意串通之诉＞债权人撤销权＞债权人代位权

债权人代位权的行使，无需证明主观状态。债权人撤销权制度，仅在有偿法律行为时，要求证明主观恶意，该恶意的证明标准较低，仅要求观念主义的恶意。恶意串通之诉，主观恶意是其必备要件，且恶意的证明标准高，要求是意思主义的恶意，还需具有意思联络。

但从现有案例来看，关于撤销权和恶意串通的“恶意”的举证，在关联交易场合下并没有明显的差别，甚至部分案例是在债权人的撤销权逾期未行使（已过除斥期间）的情况下，转而通过“恶意串通之诉”来主张。法院认定债务人和相对人存在关联关系的，即会认为相对人对于债务人所负债务明知、双方存在意思联络、对债权人债权有损害故意。尤其是当关联交易同时存在价格不公允的客观情况，或关联关系的实控人亲自签署合同等事实，则恶意程度更高。

因此，根据“恶意”的证明要求，恶意串通之诉的举证难度略高于债权人撤销权之诉，明显高于债权人代位权之诉。

3.权利期间长短：恶意串通之诉＞债权人代位权＞债权人撤销权

恶意串通之诉，是请求法院确认合同无效的确认之诉，不受诉讼时效限制。债权人代位权系请求权，适用一般诉讼时效规定。债权人撤销权，在性质上属于形成权，且是诉讼形成权，必须经由诉讼来行使，受到除斥期间的限制，行权期限最短。

因此，从债权人享有权利期间的角度，恶意串通之诉对债权人维权的时效要求最低，其次是债权人代位权之诉，维权时效要求最高的是债权人撤销权之诉，最短为当事人知或应知撤销事由之日起一年内，最长保护时效为民事法律行为发生之日起五年。

三、 结语

以上三种保护债权的方式与途径，各有利弊。在诉讼时效未经过的前提下，建议选择债权人代位权，在债权人保护和证明难度上都是三者中的最优解。在关联交易存在效力瑕疵情况下，可以优先选择债权人撤销权方式来进行维权，若除斥期间经过，可再考虑通过恶意串通之诉来处理。债权人应结合案件具体情况的不同，综合判断并进行选择。

（本文首发于 2022 年 8 月 23 日）

公司无力偿债？先看看股东有无抽逃出资

卫新、赵昕

公司不能清偿到期债务的情形时有发生,很多债权人历经艰难赢得诉讼后申请人民法院强制执行，得到的结果却是“未发现被执行人有可供执行的财产，裁定终结本次执行程序”。若是公司注册资本已经实缴，除却发生经营亏损导致公司没有资产可供偿债外，也存在公司股东抽逃出资的可能。

《公司法司法解释三》第十二条列举了三种较为常见的抽逃出资情形，分别为:（1）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配;（2）通过虚构债权债务关系将其出资转出;（3）利用关联交易将出资转出；（4）其他未经法定程序将出资抽回的行为。本文将结合司法判例分析实践中常见的抽逃出资情形和法院裁判观点，以期为债权人追偿提供思路。

一、制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配

根据《公司法》第一百六十六条的规定，公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，可以用来分配。如果股东修改资产负债表或者利润表，例如增加资产、收入，减少负债使得股东可分配的利润增加，而公司的权益减少，则可能被认定为抽逃出资。检索相关案例，制作虚假财务会计报表的做法较为少见，通常的违法行为是**在不具备利润分配条件或是不符合《公司法》规定的利润分配条件时，公司股东依旧分配利润。**

1.不具备利润分配条件

公司没有盈利但股东仍旧分配利润，易被法院认定为抽逃出资。在(2009)深中法民七初字第 13 号一案中，公司清算组发现被告股东在出资 440 万元并取得验资证明后的十日内，即从公司取回 200 万元利润，而公司当年的《资产负债表》显示，年度利润仅有 9,201.29 元。公司清算组起诉称，被告股东未能证明《资产负债表》数据记载错误，也未能证明取回 200 万元利润存在其他依据，属于抽逃出资。法院认为，被告股东**在不具备利润分配条件下，以利润分配款的形式**从原告处获取 200 万元的行为符合《公司法司法解释三》第十二条“虚增利润进行分配”的规定，判决其返还抽逃的出资本息。

2.不符合《公司法》规定的利润分配条件

根据《公司法》相关规定，公司进行利润分配需要由董事会制定方案并由股东会批准，相关条件未成就，股东就取得利润的，易被法院认定为抽逃出资。在(2015)青执异字第 13 号一案中，公司股东在退伙时签订《退伙协议书》，其中约定，该股东因建房从公司用去现金 142,937.60 元，作为合伙经营期间的受益分配，不再归还；公司另外一次性支付 5,000 元并赠与 8 台冰柜给到该股东。法院认为，本案股东得到的所谓受益 147,937.60 元，**既没有根据公司的经营情况制定出利润分配方案，也没有经过股东会的批准，不符合《公司法》规定的利润分配条件，**不能认为是该股东应得的利润。该股东获得受益的行为最终被认定为抽逃出资。

二、通过虚构债权债务关系将其出资转出

“通过虚构债权债务关系将出资转出”主要是指股东虚构交易关系，以支付货款、服务费用的名义将出资转出；或虚构借贷关系，以支付借款的名义将出资转出。

1.虚构交易关系

交易并未真实发生，公司就虚假对价向股东支付费用，股东构成抽逃出资。在(2016)最高法民终 324 号一案中，二股东签订《合作协议书》，约定：双方共同合作开发建设某“填海造地项目”，合资公司成立后，公司应向股东支付 3500 万元作为股东协助公司获得该项目而发生的前期工作费用。对此法院认为，**股东未能证明“前期工作费用”真实发生，**股东与公司间未产生 3500 万元的债权债务关系，该股东从公司取回 3500 万元的行为属于抽逃出资。

2.虚构借贷关系

股东出资后又向公司借出大笔款项，借款行为显属异常且未归还，股东构成抽逃出资。在(2017)京 02 民终 4337 号一案中，股东将 255 万元作为出资汇入公司账户，通过验资审核后，次日即将 255 万元全额转出。股东向法院提交其与公司间签订的《借款合同》，以此证明该 255 万元是向公司借取的款项而非抽逃出资。法院经审查认为，**《借款合同》未约定利息、未设定担保，亦未按照公司章程规定经董事会过半数以上董事通过；**同时股东于出资次日即将款项转出，**时间间隔极短、抽逃出资的主观恶意明显。故《借款合同》不能证明借贷关系真实存在，**该借款实为抽逃出资。

三、利用关联交易将出资转出

“利用关联交易将出资转出”是指股东操控公司与股东关联方进行交易，通过交易将公司资产转移至股东关联方，以达到抽逃出资的目的。

司法实践中，股东操控公司进行的关联交易往往也是虚假交易。在(2016)浙民再 8 号一案中，被告三位股东以预付针织内衣货款、购货款、购材料名义分别从公司转出 2,995,900 元、150 万元、1,899,481.80 元，**收款人则为三股东的关系人或配偶投资设立的公司。**被告三股东抗辩转款系因正常交易而产生，却未提供任何证据加以证明，结合公司管理人在接管公司财务账册后**没有发现任何相关交易的合同、发票、入库单、账面存货记录等事实，**法院最终认为被告三股东以**虚构债权债务关系将其出资转出或利用关联交易将其出资转出的方式抽逃出资。**

四、其他未经法定程序将出资抽回的行为

股东抽逃出资的方式实际上五花八门，除《公司法司法解释三》第十二条列举的三种情形外，还有其他情形则可认定属于“其他未经法定程序将出资抽回的行为”。

1. 验资后股东直接/间接将出资撤回

部分股东在验资完成后直接将出资款转回。在(2015)民申字第 2996 号一案中，2010 年 12 月 6 日，股东汇入公司新增注册资金 5500 万元，并完成验资与工商变更登记。2010 年 12 月 16 日，**股东即以“返还验资”的形式将 5500 万元连同利息一并收回。**本案中股东虽然抗

辩对公司的实物投入价值已经远远超出 5500 万元，但法院认为**公司注册资本与公司资产并不能够混为一谈，**股东依旧构成抽逃出资。

部分股东抽逃出资的行为则较为隐蔽，往往通过中间通道将款项收回。在(2021)豫民终 1034 号一案中，股东将增资款项转入目标公司后，目标公司即以“债权投资”的名义将资金出借给有关合作社和其他单位，而有关合作社和其他单位又对股东实控的基金会存在欠款并使用收到的资金归还了相关欠款。股东在基金会收到还款后，对基金会进行了减资并将减资款实际收回。本案中法院并未讨论目标公司对有关合作社和其他单位进行债权投资的合理性，也未深入讨论基金会对有关合作社和其他单位享有的债权是否真实有效，而是从款项的流转和最终去向，基金会减资流程的瑕疵两方面综合认定股东存在抽逃出资的行为。法院认为，首先，相关银行账户历史交易明细清单显示，**股东从基金会收回的款项实质来源于目标公司。**其次，**股东收回款项的时间早于基金会作出减资决议的时间。**最后，**基金会的减资并未进行工商登记，国家企业信用信息公示系统未显示该基金会存在减资。**最终，股东被认定为抽逃出资。

2. 公司为股东内部股权转让支付转让款

公司为股东内部股权转让支付转让款，实际是以公司独立财产为股东个人承担债务，侵犯了公司权益。在(2017)苏 13 民终 4988 号一案中，公司股东任某某与付某某协商一致转让股份，付某某就未支付的 160 万元股权转让款向任某某出具借条并加盖公司财务专用章。法院认为，公司为内部人员之间进行的股权转让行为支付价款侵犯了公司的财产权，亦侵犯了公司债权人基于公示登记而对公司资本状况的信赖利益，属于《公司法司法解释三》规定的“其他未经法定程序将出资抽回的行为”，不具有法律效力。

3. 股东将公司资产转到自己名下

在(2020)最高法民申 1384 号一案中，原股东曾以轮船进行增资，其后公司股权发生转让，各方约定由原股东承担公司交割日前的税务、注册资本和债务风险责任等，公司名下的轮船权属则归原股东所有。法院认为，**原股东同意承担上述风险债务不能径直等同于其已就轮船的取得向公司支付了合理对价，**公司仍将因资产减少而发生利益受损的可能。同时公司至今未就轮船权属转出办理相关的减资、权属变更登记等手续。故股东取得轮船权属的行为，当属抽逃出资。

4. 以股权退出名义将出资款抽回

在(2013)民申字第 286 号一案中，公司向股东退还 1500 万元股权投资款并单独支付 1000 万元红利作为买断股权的对价，但双方未办理相应的减资或股权变更手续。法院认为上述事项构成“其他未经法定程序将出资抽回的行为”，判决股东返还 2500 万元抽逃的出资。

5. 擅自将股东出资变为股东向公司发放的借款

在(2014)民提字第 00054 号一案中，2008 年 8 月 4 日，股东将 510 万元增资款打入公司账户，公司会计凭证将 510 万元记载为“实收资本”。《公司章程》载明该股东认缴出资 510 万元，《股东会决议》则明确 510 万元股金已经到账。

2010 年 11 月 20 日，公司另一股东兼授权代理人就 510 万元向该股东出具借条，约定由公司承担利息和本金归还。借款全部清偿后，该股东起诉要求确认其股东资质。法院认为，股东打入公司账户的 510 万元性质上为出资款，且为《公司章程》所确认，为公司的法人财产。**无论是股东主动要求公司将其出资转变为借款，还是授权代理人代表公司向股东出具《借条》并将出资作为借款偿还，或是股东与公司协商一致，将出资转变为借款而归还，本质上都是根本改变股东对公司出资性质的违法行为。**即便该出资尚未完成工商变更登记，抽逃也为《公司法》所禁止。最终法院确认了该股东的股东资格。

五、结语

根据《公司法司法解释三》第十四条的规定，债权人有权请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任，协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任。

故此，当公司注册资本已经实缴但仍旧不能清偿债务时，债权人可以看看股东是否有抽逃出资。一旦股东抽逃出资的行为被法院认定，债权人就可要求其对公司债务进行清偿，还可以要求协助抽逃出资的其他人员承担责任，这无疑会极大提高债务得到清偿的可能性，保护债权人的合法权益。

（本文首发于 2022 年 9 月 26 日）

企业关联关系调查

员工利用关联关系损害公司利益案件中“关联关系”该如何认定

汪银平、周巧沁

序言：

公司在经营的过程中，其合法权益可能会受到来自各方的侵害，其中来自于公司内部员工利用关联关系损害公司利益的行为，由于侵害手段隐蔽、取证困难等特点，导致公司在遭受一定经济损失时，很难有效维护其自身合法权益。笔者从经手的案例中发现，员工在公司任职期间曾利用其关联公司同公司维持十余年的关联交易，给公司造成逾亿元的损失。

员工利用关联关系损害公司利益的行为严重威胁着公司的财产安全和治理运营。基于此，**排查公司供应商、经销商、客户等相关主体和内部员工的关联关系，发现和杜绝异常关联交易，是企业内部反舞弊、减少损失的重要工作内容**。本所在企业反舞弊调查工作中积累了丰富的关联关系合规调查经验，特推出系列专题研究和专门法律服务产品：【企业交易对手关联关系调查】。

员工利用关联关系损害公司利益，通常是指公司员工在任职期间违反法定义务或公司管理规定等，利用关联关系进行关联交易、飞单等损害公司利益的行为。该类案件与商业行为密切关联，导致司法机关在针对个案审查中对公司利益衡量缺乏统一标准；同时，遭受利益损害的企业在维护自身合法权益时，面临举证难等痛点。现本文以上海市历年相关裁判文书为例，对员工利用关联关系损害公司利益案件中“关联关系的认定”的裁判要点进行梳理、提炼和总结，并结合办理案件相关经验，在“认定关联关系”的举证方面给出实务上的操作建议。

一、典型案例以及实务观点

结合相关法律规定，通过对上海市历年相关案例的分析梳理，可以将规制员工损害公司利益行为的法律依据分为以下三类：

➢ 以《中华人民共和国公司法》（以下称《公司法》）及相关司法解释作为依据

《公司法》第二十一条规定：“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”；第一百四十七条规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产”；第一百四十八条规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为：（一）挪用公司资金；（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（四）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（七）擅自披露公司秘密；（八）违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司

所有”；第一百四十九条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”；《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（五）》第一条规定：“关联交易损害公司利益，原告公司依据民法典第八十四条、公司法第二十一条规定请求控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员赔偿所造成的损失，被告仅以该交易已经履行了信息披露、经股东会或者股东大会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序为由抗辩的，人民法院不予支持”。

➢ 以《中华人民共和国劳动合同法》（以下称《劳动合同法》）作为依据

《劳动合同法》第二十九条规定“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务”；第三十九条第二项、第三项规定“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：.....（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”；第九十条规定：“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”。

➢ 以《中华人民共和国刑法》（以下称《刑法》）作为依据

《刑法》第二百七十一条第一款规定：“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”。

总体而言，《公司法》及相关司法解释主要规制公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员损害公司利益的行为；《劳动合同法》《刑法》规制的主体为公司、企业等单位的员工（不区分员工职务身份）损害公司利益的行为。

（一）以《公司法》相关规定为依据规制员工损害公司利益的行为

案例一：曹某某损害公司利益责任纠纷案

被告曹某某作为 A 公司的副总经理，未经 A 公司同意，利用 A 公司的商业机会，于 2014 年 10 月私自以其独资的 B 公司的名义与 A 公司的客户公司签订 LED 产品购销合同和技术咨询服务合同，剥夺了 A 公司的商业机会，损害了 A 公司的利益。

经法院审理查明，依据《公司法》第二十一条之规定，认定曹某某作为 A 公司副总经理，存在利用关联关系损害公司利益的行为，依据相关法律规定判决曹某某将相关合同收入及相应利息归还 A 公司，并承担相应的赔偿责任。

在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为“B 公司在同 A 公司的客户公司签订购销合同时，曹某某系该公司 100%股东，且担任法定代表人，故曹某某对其利用其关联关系

损害了 A 公司利益的行为应为明知”。[1]

案例二：叶某某与宋某等损害公司利益责任纠纷案

原告叶某某认为被告宋某在运营其成立的 A 公司、B 公司、C 公司等公司过程中均存在损害 X 公司利益的行为，具体表现为其利用职务之便，通过导入客户资源、提供免费服务、关联交易的方式向其运营设立的 C 公司输送利益，向其运营设立的 A 公司无偿借款，从而严重损害了 X 公司的利益。

经法院审理查明，宋某仅为 A 公司、B 公司、C 公司的名义股东，且无证据证明宋某是 A 公司、B 公司、C 公司的实际控制人，因此难以认定宋某存在利用关联关系损害公司利益的行为，故法院依据相关法律规定判决驳回原告的诉讼请求。

在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为“叶某某主张宋某利用职务之便及关联关系向 A 公司、C 公司输送利益，但其提供的证据尚不足以证明上述主张”。[2]

通过上述案例可以看出，在以《公司法》相关规定为依据规制员工损害公司利益的行为时，证明员工与外部公司存在关联关系主要通过**证明员工持有外部公司的股权实现。**在证明员工持有外部公司股权时，**应当关注员工与外部公司之间是否存在代持股协议，因为员工可据此抗辩其与外部公司不存在关联关系。**同时应当注意，此种情况下，**只有当员工为公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员时，才能结合其特殊身份认定其与外部公司之间存在关联关系，从而对其相关行为予以规制；**若是普通员工，则需要选择其他法律依据对其相关行为进行规制。

（二）以《劳动合同法》相关规定为依据规制员工损害公司利益的行为

案例一：A 公司与汤某劳动争议案

被告汤某在 A 公司任职期间设立 B 公司，并以 B 公司名义私自与 A 公司的长期客户公司签署供货协议，向该客户公司供应原本属于 A 公司销售的产品，攫取本应当由 A 公司获得的经济利益。

[1] 上海浦东新区人民法院（2016）沪 0115 民初 48534 号民事判决书
[2] 上海第一中级人民法院（2021）沪 01 民终 4196 号民事判决书

经法院审理查明，依据《劳动合同法》第二十九条、第九十条，认定被告汤某在劳动关系存续期间，存在利用关联关系掠取 A 公司商业机会的行为，违反了劳动者在劳动关系存续期间负有的忠诚义务和不竞业义务，并依据相关法律规定判决汤某承担对 A 公司经济损失的赔偿责任。

在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为**“被告汤某在劳动关系存续期间设立与 A 公司相同经营范围的公司，并利用职务便利，以该公司名义与 A 公司的客户签订产品销售合同获取利益，属于利用职务便利掠取 A 公司商业机会的故意行为”，即实质上认定了被告人汤某利用关联关系损害了公司利益。**[3]

案例二：A 公司与崔某某劳动合同纠纷案

被告崔某某在 A 公司任职期间，私自将 A 公司所生产的产品上本应印有 A 公司商标和货号的外观标签，更换为印有 B 公司商标和货号的外观标签，且该外观标签上印有的 B 公司的联系电话为被告崔某某的联系电话，被告崔某某将 A 公司的产品更换外观标签后，供货至其他公司，严重损害了 A 公司的利益。

经法院审理查明，被告崔某某的妻子丁某某持有 B 公司 90%股份，并担任 B 公司的法定代表人，且 B 公司的经营范围涵盖了 A 公司的所有经营内容，因此认定被告崔某某的上述行为属于严重违反用人单位规章制度的行为及严重失职行为，依据《劳动合同法》第三十九条，A 公司与崔某某解除劳动合同的行为合法，判决驳回崔某某要求 A 公司支付违法解除劳动合同赔偿金的诉讼请求。

在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为**“被告崔某某未经 A 公司同意，将其妻作为法定代表人和股东的 B 公司的标签贴在 A 公司生产的样品上，然后将样品交付其他公司，**

[3] 上海市嘉定区人民法院（2016）沪 0114 民初 5230 号民事判决书

其行为已经违反了劳动者对用人单位应尽的忠诚义务，违背了诚实守信原则和公序良俗”，实质上认定了被告人崔某某利用关联关系损害了公司利益。[4]

通过上述案例可以看出，以《劳动合同法》相关规定为依据规制员工损害公司的行为时，证明员工与外部公司存在关联关系可以从以下两点切入：**一是证明员工持有外部公司的股权；二是证明员工亲属持有外部公司的股权。**在此种情况下，即使员工不具备担任公司特定职务的身份，如其利用上述关联关系损害公司利益，公司可以依法追究其相关民事责任。

综合上述以《公司法》《劳动合同法》相关规定规制员工损害公司行为的案件，可以看出以民事手段规制员工损害公司行为时，**法院对于”员工是否存在关联关系”的认定集中于对“员工或其亲属是否持有外部公司股权”这一事实因素的认定**。而针对“员工属于外部公司实际经营者/实际控制人”这一实践中经常存在的情形，目前上海地区在损害公司利益责任纠纷案件涉及关联关系的认定的审理思路和裁判要点，仍然秉持着“在确定关联关系时应以是否存在直接或间接控制作为限定条件，不宜过于宽泛地划定关联关系”，因此针对该种情形的认定相对保守、审慎。**总体而言，更加倾向对工商档案、股权代持协议等形式上的关联关系进行认定。**

（三）以《刑法》相关规定为依据规制员工损害公司利益的行为

案例一：杨某、张某某等职务侵占案

被告人杨某在担任 A 公司采购员期间，利用负责 A 公司及其子公司 B 公司钢材采购的职务便利，与 X 公司销售业务员被告人张某某、Y 公司副总经理被告人褚某某、Z 公司采购员被告人潘某某预谋，由杨某设立 C 公司、D 公司等交易环节，由张某某操作将 C 公司、D 公司纳入为 X 公司向 A 公司出售钢材业务的转销单位，享受与 A 公司相同的优惠待遇。后杨某通过 C 公司、D 公司从 X 公司购入钢材后，通过 Y 公司、Z 公司，最终将钢材加价出售给 A 公司及 B 公司，赚取差价。

经法院审理查明，C 公司、D 公司均由被告人杨某设立并负责经营，其与其母亲分别担任上述两家公司的法定代表人。被告人杨某通过 C 公司、D 公司截留、侵吞 A 公司、B 公司的钢材采购款，依据《刑法》第二百七十一条第一款，认定其行为已构成职务侵占罪。

在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为**“有关的证人证言、被告人供述等证据证实，杨某为截留、侵吞 A 公司钢材采购款而设立了 C 公司、D 公司,其还擅自使 C 公司、D 公司进入 A 公司、B 公司的采购环节，进而从中获取了涉案钢材的进销差价”，实质上认定了被告人杨某利用关联关系实施侵占单位财物的行为。**[5]

[4] 上海市普陀区人民法院（2020）沪 0107 民初 6184 号民事判决书
[5] 上海市嘉定区人民法院（2017）沪 0114 刑初 218 号刑事判决书

案例二：方某 1 职务侵占案

被告人方某 1 利用自己担任 A 公司销售副总经理的职务便利，擅自以自己参与经营的 B 公司的名义，与 A 公司客户签订买卖合同销售 A 公司配件，后以 B 公司名义收取客户支付的货款，严重损害了 A 公司的利益。

经法院审理查明，虽然从公司工商登记等材料来看，被告人方某 1 与 B 公司不存在关联关系，但通过证人证言互相印证，可以证明被告人方某 1 为 B 公司的实际经营者，并且其通过 B 公司非法占有 A 公司钱款，依据《刑法》第二百七十一条第一款，认定其行为已构成职务侵占罪。[6]

案例三：梁某某职务侵占案

被告人梁某某在 A 软件公司任职期间，以其外甥唐某某、马某某的名义注册成立 B 广告公司、C 公司，在 2009 年至 2012 年期间，被告人梁某某利用负责 A 软件公司广告业务选择与投放的职务便利，虚设中间环节，将公司的广告业务发放给 B 广告公司，再由 B 广告公司以较低的价格发放给多家媒体公司，从中赚取差价，并将钱款汇入其实际控制的个人账户及 C 公司等公司账户，严重损害了 A 软件公司的利益。

经法院审理查明，被告梁某某在任职期间以其外甥名义注册成立 B 广告公司、C 公司，且实际取得上述两公司的控制权，其向本单位隐瞒 B 广告公司、C 公司系其实际控制情况，利用职务上的便利，虚增中间交易环节，将本单位钱款非法占为己有，数额巨大，依据《刑法》第二百七十一条第一款，认定其行为已构成职务侵占罪。

在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为**“被告梁某某于涉案期间注册成立以其外甥唐某某、马某某为法定代表人的 B 广告公司、C 公司，并向 A 公司隐瞒其系 B 广告公司、C 公司的实际控制人，利用其职务便利，擅自增加广告业务投放中间环节，将广告业务发放**

[6] 上海市金山区人民法院（2020）沪 0116 刑初 1070 号刑事判决书

给 B 广告公司，再由 B 广告公司以低价发放给多家媒体公司，从中牟利”，实质上认定了被告人梁某某利用关联关系实施侵占单位财物的行为。[7]

通过上述案例可以看出，以《刑法》相关规定为依据规制员工损害公司行为时，证明员工与外部公司存在关联关系可以从以下几点切入：**一是证明员工持有外部公司的股权或担任相关职务；二是证明员工为外部公司的实际经营者/实际控制人；三是证明员工的亲属持有外部公司的股权或是实际经营者或是实际控制人。**

综合上述以《刑法》相关规定规制员工损害公司利益行为的案件，可以看出以刑事手段规制员工损害公司行为时，法院对于”员工是否存在关联关系”的认定要素更加注重实质认定，**只要能够证明员工可以对外部公司具备一定程度的控制力，即可认定员工与外部公司之间存在关联关系，简而言之更加倾向对实质上的关联关系进行认定。**

二、关联关系认定的举证要点

举证证明是否存在关联关系,是认定员工利用关联关系损害公司利益的前提。通过上述案例的裁判观点可见，关联关系通常体现为持股关系、家族关系和朋友关系，其中，民事领域的认定，主要体现在**员工本人及其亲属名下或实际控制的公司**；刑事领域的认定则较为宽泛，**包括员工本人、其亲属或其他关联关系人名下、实际控制或实际经营的公司**。然而，员工舞弊行为模式日益呈现隐蔽性、复杂性，在关联关系的认定上单纯通过直接持股关系或家族关系已陷入困境，**如何证明是否存在直接或间接控制成为认定关联关系的关键**。

（一）针对员工本人关联公司的关联关系调查之举证要点

员工本人关联关系主要表现为两大类型：一是员工名下公司（即员工担任法定代表人、股东、高管身份的公司）；二是员工实际控制、实际经营的公司。

其中，最为直观有力的证明，即员工在该关联公司任职、持有股权等直接关联的情形。对于该类情形，可以**直接通过企业工商内档、国家企业信用报告等工商档案信息予以证明**。此外，根据案例中裁判观点显示，除上述直接关联的情形外，**企业工商内档中的部分信息（诸如该员工曾共同参与设立该公司，并在工商档案中留存个人手机号、邮箱、住址等个人信息）**，若能基于个案案情有效地被挖掘，并与在调查中发现的线索进行联系，对关联关系的认定也能起到一定的补强作用。

除上述情形外，实务中更为常见、隐蔽的员工本人关联关系可能**存在股权代持、未任职或持股但参与实际经营等情形**。该类情形仅从工商档案信息等公开信息无法直接证明存在关联关系，因而需要在上述基础上，进一步深挖，包括**通过关联诉讼、实地调查、以及下述外围关系调查等合法合规方式**，依法获取证据，证明员工同该公司存在股权代持、实际控制或实际经营的关联关系。例如，在证明员工为外部公司的实际经营者/实际控制人时，可以通过证明员工**掌握外部公司的公章、银行卡、银行账户、U 盾等与公司经营密切相关的物品或信息，**以及证明员工**在外部公司对外负责交易洽谈、对内负责指令管理**的方式进行，**员工的电子邮箱、外部公司的员工证言、外部公司商业伙伴的证言、外部公司的即时通讯群聊及内部邮件**均可以作为证明上述情况的举证材料。

并且，如果**掌握员工或外部公司的账户和资金线索**，在依据民事手段规制员工损害公司

[7] 上海市徐汇区人民法院（2016）沪 0104 刑初 1138 号刑事判决书

利益行为时，可以依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条第二款“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集”的规定，**申请法院对员工与外部公司的资金情况进行深入调查**。

（二）针对员工亲属或其他关联关系人公司的关联关系调查之举证要点

结合对实务案例的梳理，较为常见的关联关系人，受限于社交圈的关联度和信任度，主要可分为四个类型：**亲属类关联关系人、同学类关联关系人、同事类关联关系人、以及同乡类关联关系人**。不同类型的关联关系人可以采用不同的调查和证明手段。以下分别举例说明：

其一，亲属类关联关系人，是较为常见的一类关联关系人，是因社会观念和秩序建立起较高的关联度和信任度的关联关系人。该类关联关系人具体可以**通过姓氏的相同、籍贯的相近、年龄的差距、住址的雷同**等多类信息，来综合推断是否存在亲属关系、属于何种亲属关系；

其二，同学类关联关系人，也是实务中多发的关联关系人，因为该部分多为同龄人且交际较早、较深，更易形成信任度和关联度。对于该类关联关系人，可以**通过年龄的相仿、从事的领域的相近、各类场景的互动**进行剖析、判断和确认；

其三，同事类关联关系人，则是在踏入社会后接触较多的，从事同一领域、存在较多利益交错的关联关系人。针对该类关联关系人，则可以**根据其入职前的简历、入职后的员工信息表提供的任职信息的内部档案，结合各类渠道留存的公开信息等**进行匹配、调查和搜寻；

其四，同乡类关联关系人，主要**建立在户籍制度的基础上**，通常用于补强前三种关联关系的关联程度和关联可能。

当然，上述关联关系调查的方式在不同案件中具有不同的作用。在推动员工关联关系调查的道路上，它们相辅相成、融会贯通，都可能成为打开关联关系调查任督二脉的关键之处，起到推波助澜的点睛之笔，进而促使关联关系调查真相大白，最终实现为公司挽回相关利益损失的目标。

（本文首发于 2022 年 5 月 25 日）

“飞单”规制之法律实务困境探析

汪银平、冯禾坤

一、飞单乱象的背景介绍

“飞单”一词最早源于银行业，通常是指银行业务员利用客户对其任职银行的信任，向客户兜售非其任职银行的产品，从中赚取高额佣金提成。随着经济社会的发展，“飞单”的外延也逐渐扩张，大到数千万的服务业务机会，小至数百元的家电维修订单，都存在着类似现象，因而“飞单”逐渐成为了该类现象的统称。**其通常表现为，公司员工在其任职期间，利用职务上的便利，采取隐瞒、欺骗等行为，将本属于公司的商业机会非法转移至其他公司（以下称“飞单公司”），以从中谋取不正当利益的情形。**

飞单最直接的危害，即是商业机会被非法转移而导致的经济损失。不乏有公司因飞单严重而导致门店营业额为零的现象。[1]不仅如此，在客户被隐瞒真实交易相对方而误认为与公司发生经济往来时，飞单公司产品的质量将**严重影响到公司的声誉和口碑。**然而，通常情况下飞单公司的产品质量或服务内容会存在一定的问题，因此，如若未能及时处理飞单现象，将使公司在毫不知情的情况下被安以“莫须有”的罪名，从而丢失市场声誉和客户口碑。同时，**飞单的猖獗也会严重影响公司正常管理秩序。**

鉴于上述危害，对飞单的司法处理态度，相关判决书中明确载明，“飞单明显是严重违反劳动纪律和职业道德的行为”[2]。但实际上，飞单的现实治理情况并不容乐观。飞单乱象的背后，有其实务治理中的难言之隐。**其一，发现难。**飞单为内部员工作案且客户流动属正常现象，因而行为较为隐蔽，公司较难察觉。根据案例显示，飞单的东窗事发，多为飞单公司“爆雷”后，被隐瞒、欺骗的客户向毫不知情的公司要求解决问题之时。**其二，举证难**。一定程度上，举证难是由于飞单的隐蔽性使公司知情较晚，进而导致证据严重缺乏、时间较为仓促。因此，虽然因飞单而产生的刑事案件、民事纠纷众多，但最后多以证据不足、证据不合法等原因而不了了之。

但针对上述飞单治理的痛点，公司就只能听之任之、束手无策、无法解决和应对吗？答案显然是否定的。**本文将以上海地区近些年的典型案例为例，从裁判文书中剖析实务观点及相应的举证要点，并据此尝试提出解决应对之道。**

二、典型案例的要点分析

（一）刑法领域：以马某、沈某职务侵占案为例[3]

1、案情简介

被告人马某系 A 公司销售总监，在与客户接洽中，未如实介绍 A 公司产品变更后的替代产品，而是利用职务上的便利，授意其下属沈某伪造各类证明，利用 A 公司员工身份、公司邮箱和电话等，谎称 A 公司因上市等原因需要改变合作模式，**虚构多家飞单公司为 A 公司关联公司或渠道公司等事实，用以隐瞒、欺骗客户，致使 A 公司原有客户将相关业务转**

[1] (2020)沪 02 民终 1599 号
[2] (2021)沪 01 民终 3040 号
[3] (2019)沪 0104 刑初 799 号

移至飞单公司，导致 A 公司失去原有客户的相关业务。随后，被告则从飞单公司以服务费形式谋取非法利益。法院经审理后认为，马某和沈某利用职务便利，侵吞公司财产，应按照《刑法》第二百七十一条第一款[4]以职务侵占罪论处。

2、要点分析

本案的争议焦点之一是被告人转移的业务是否属于公司的业务。仅有当被转移的业务为公司业务时，该业务所产生的可期待收益才有可能被认定为属于公司的“既得利益”，才能符合职务侵占罪中的“本单位财物”的构成要件。根据裁判文书显示，主要包括两大认定要点：**一是保持合作关系的原有客户**。该客户为 A 公司稳定合作的客户，如若无被告马某之行为，客户仍会持续与 A 公司合作。**二是客户对 A 公司的高度信任**。产品变更不为客户中止与公司合作的原因，客户与公司合作的关键为对公司的信任。从本案可见，客户至始至终都认为其仍在同 A 公司合作，这与大部分飞单表象是一致的。简而言之，如非被告人隐瞒、欺骗行为，该客户将仍与 A 公司合作。因此，该类被转移的业务可以被认定是归属于 A 公司的业务。

本案的争议焦点之二是犯罪金额的认定。由于交易并未实际发生于 A 公司和客户之间，因此犯罪金额的认定就需要相应的标准。根据刑法谦抑性原则，由于以往合作方式为按业务量收取服务费，**本案最终认定受损金额为公司与客户之前业务往来中最低服务费费率进行计算**。可见，该类犯罪的犯罪金额认定，可能体现为公司的最低利润率、最低收费率等标准。

除上述争议焦点外，被告人系公司员工，符合“单位工作人员”的身份要求；利用员工身份及权限、公司设施等，符合“利用职务上的便利”；非法转移相关业务，将公司财物占为己有，数额已达入罪标准。综上，法院依法判处被告人犯职务侵占罪。

（二）劳动法领域：以 B 公司与吴某劳动合同纠纷案为例[5]

1、案情简介

被告吴某系 B 公司销售主管，其利用职务之便，采取隐瞒、欺骗等手段，多次将 B 公司的客户非法转移至其配偶设立的销售同类产品的关联公司，导致公司业务减少、经营收入减少。吴某采取的隐瞒、欺骗手段主要包括**谎称其配偶的公司和 B 公司为关联企业、虚构 B 公司已将产品全部授权给其他公司等事实，骗取客户信任，以非法转移 B 公司的业务**。法院针对该部分事实经审理认为，被告吴某的行为违反忠实义务，利用职务之便非法转移客户，

[4] 《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第一款
[5] (2020)沪 0114 民初 1919 号

损害公司利益，B 公司可以依照《劳动合同法》第三十九条[6]解除与吴某的劳动合同。同时，因公司负有管理义务但未能及时制止飞单行为，也应承担一定责任，故吴某应赔偿 B 公司部分损失金额。

2、要点分析

首先，法院认为飞单行为违反劳动者应负有的忠诚义务，公司可以依此与飞单者解除劳动关系并向其求偿。

其次，对于赔偿责任问题，法院认为，公司具有受害人和加害人的管理者的双重身份，未能及时制止被告违反忠诚义务，亦应承担一定责任。

最后，提供行业的一般利润率不足以证明与该部分客户发生业务的利润率，因此若仅提供一般利润率，存在举证不充分的问题。

（三）公司法领域：以 C 公司与杨某损害公司利益责任纠纷案为例[7]

1、案情简介

杨某系 C 公司经理，其配偶在其任职期间为甲公司股东、法定代表人，乙公司股东，且甲、乙公司与 C 公司经营同类业务。C 公司据此向法院起诉，认为杨某违反了《公司法》第一百四十八条第五项[8]，实施了竞业禁止行为，要求将其收入归入 C 公司。C 公司以无法自行收集证据为由，未提交杨某实施竞业禁止行为的相关证据。法院经审理认为，根据 C 公司工商登记信息，杨某系 C 公司高管。但，杨某是否利用职务便利谋取商业机会、相关的商业机会是否属于 C 公司，杨某是否通过欺骗、隐瞒等手段致使 C 公司放弃该机会或将该机会谋取给甲、乙公司等待证事实，C 公司承担举证责任但并未举证证明。若上述情况得以证实，C 公司还需进一步对杨某为甲、乙公司谋取的利益或给 C 公司造成的损失，承担举证责任。由于 C 公司对上述事实均无初步证据印证，法院未支持 C 公司诉求。

2、举证要点

虽然该案最终未得到法院支持，但很好地阐明了法院在考量该案的裁判要点。

其一，员工身份特定，需为董事、高级管理人员；

其二，飞单公司经营的业务需与公司所经营的业务为同类业务；

其三，应举证证明商业机会应属于公司；

其四，应举证证明员工利用职务便利谋取该商业机会；

---

[6] 《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条

[7] (2020)沪 02 民终 9979 号

[8] 《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第五项

其五，应举证证明飞单公司的获利情况或公司因此而遭受的损失情况。

此外，若员工提出该飞单公司系公司股东会或股东大会同意而设立并提供相应决议，公司则需提供证据来推翻该份决议，否则将无法得到法院支持。

三、 举证要点的应对策略

通过对上述案例的剖析，飞单治理的举证要点和难点，主要集中为以下四个方面：

其一，证明被非法转移的业务或商业机会属于公司；

其二，证明员工利用职务上的便利非法转移公司业务或商业机会；

其三，非法转移公司业务或商业机会后公司的损失或飞单公司的获利；

其四，证据需满足关联性与合法性的要求。

（一）公司业务或商业机会的举证应对要点

根据上述案例可见，公司业务或商业机会包括原有客户和新进客户两大类型。两大类型的举证应对有所不同。

针对原有客户类型的商业机会，可以通过客户入库审批流程的相关材料、公司与客户之间的邮件沟通往来、公司同客户的历史交易情况，来举证证实该业务或商业机会应当归属于公司。

针对新进客户类型的商业机会，可以结合公司的经营范围与客户需求的匹配度、公司针对该客户所投入的洽谈成本、公司同客户之间的邮件沟通往来、抑或是否存在试样寄送等情形，以证明该业务或商业机会公司并未拒绝且应当归属于公司。

此外，通过对上述案例的分析，不难发现，舞弊人员通常通过虚构事实、隐瞒真相等手段来欺瞒公司客户，以实施飞单，谋取公司业务或商业机会。因此，对于大多数终端客户而言，其仍认为其交易对手为原公司，而非飞单公司，故绝大多数终端客户对于舞弊人员的飞单行为并没有包庇的故意心理。据此，公司可以通过与终端客户进行有效的沟通和有针对性的访谈，收集相关证人证言、往来账目、终端客户与飞单公司负责人员或舞弊人员的往来邮件等极为有利的证据材料，用以证明该被转移的业务或商业机会属于公司。

（二）利用职务上的便利的举证应对要点

利用职务上的便利，也为飞单现象举证的核心关键之一。若非因职务便利谋取商业秘密，则可能仅是市场上客户的正常流动。常见的利用职务上的便利谋取公司业务或商业机会的情形，主要为借员工权限获取公司客户信息、借员工身份之便虚构事实、隐瞒真相，以欺骗、隐瞒等手段诱导客户转移业务。

针对上述情形，公司可以在多角度准备证据以应对举证要求：

其一，提供员工的权限说明的相关材料，如部门组织架构、岗位职责、内部会议记录、内部邮件往来等，以证明该员工有权限知悉该客户信息且明知该客户属于公司。

其二，梳理员工与客户工作邮箱中的往来邮件。多数员工为取得客户信任，仍需以公司工作邮箱进行洽谈，而该部分电子数据的梳理，将有助于证实员工利用职务便利，虚构事实、隐瞒真相，非法转移业务的事实。

其三，其他关于该员工利用职务之便的证据。根据实际的业务模式，提供能够证明员工

权限、身份或经手公司事项等事实的证据，证据形式无论是电子或是纸质皆可。

（三）犯罪金额或赔偿数额的举证应对要点

犯罪金额的认定影响定罪和量刑，赔偿数额的高低则会影响公司损失利益的挽回情况，因而针对该金额的举证对结果有着直接的影响。**根据上述裁判文书显示，主要考虑的标准为两方面：一是公司预期利益，二是飞单公司实际获利**。

对于公司预期利益，根据原有客户类型业务和新进客户类型业务，可提供不同的举证要点。针对原有客户类型业务，可以提供过往与其交易往来的数据，经有效梳理后形成证据，予以证明。针对新进客户类型业务，则可以尝试提交公司该类产品的利润率或同期公司与同类产品的客户的交易数据，以证明公司预期利益的具体范围。**如若仅提供行业一般利润率，则可能会存在证据不充分的问题。**

相较于公司预期利益，飞单公司实际获利情况较难获取，但并不意味着无计可施。除员工自愿承认和飞单公司配合提交外，由于飞单公司多为同员工存在关联关系的公司，因此可以尝试通过在员工工作电脑或工作邮箱中寻找相关证据，进而判断飞单公司的实际获利情况。

（四）证据关联性与合法性的举证要求

除上述三点举证要点外，提供证据的关联性与合法性是举证证明的基础。上述乙公司与杨某损害公司利益责任纠纷一案，因乙公司未能提供符合举证要点的证据材料，而导致其诉求无法得到法院支持。[9]无法提供具有足够关联性且符合合法性要求的证据，同样也将在诉讼中惨遭滑铁卢。

针对证据的关联性要求，在某损害公司利益责任纠纷案中，虽已证明被告高管、商业机会等相关事实，但由于仅提供了员工与涉嫌飞单公司的支付宝的收款记录，并未提供关联性更强的证据证明收取款项的交易对手信息、利用职权谋取商业机会等证据，导致法院无法支持公司诉请。[10]

针对证据的合法性要求，在某劳动合同纠纷案中，公司为证明涉案员工的飞单行为，提供了员工工作手机的通话录音和聊天记录，但由于未证明事先告知涉案员工运用该手机会被录音，事后也未取得涉案员工的明确同意，导致证据的合法性不予被认可。[11]

因此，事实的真相固然重要，但以合法、合规的方式收集证据，并根据案情有效的梳理出关联性、证明力强的证据，方才能在诉讼进行中游刃有余。

四、总结

综上所述，对飞单的治理在法律上有着充足的法律依据，包括但不限于《刑法》、《劳动合同法》、《公司法》。如何合理、有效地运用现有证据，选择最有利的诉讼策略，实为重中之重。虽然飞单在实务治理中具有发现难、举证难的痛点，但并非束手无策。如若能在飞单问题东窗事发后，清晰关键证据的收集要求，明确核心问题的调查方向，辅以信息化技术和现代化工具的设备支持，亡羊补牢仍为时未晚。当然，除事后补救外，从上述案件可见，

[9] (2020)沪 02 民终 9979 号
[10] (2019)沪 01 民终 11641 号
[11] (2021)沪 01 民终 3040 号

飞单现象多表现为公司员工与其关联关系人内外联手损害公司利益。因此，对飞单的预防在一定程度上也可谓有迹可循。不妨尝试，**定期或适时的对确有必要的岗位员工开展适当的关联关系调查，用以预防常见、多发的关联关系类型的飞单现象。**

（本文首发于 2022 年 6 月 1 日）

虚设中间交易环节型侵占单位财物案件中“关联关系”的认定

汪银平、周巧沁

公司内部员工利用关联关系损害公司利益的行为表现形式中，利用职务便利，通过关联公司虚设中间交易环节以截留交易差价是较为常见的行为模式之一。这一利用关联关系损害公司利益的行为模式，通常根植于相关员工负责公司上下游业务的基础之上，往往侵占金额数量巨大，且直接影响到公司的商业机会及商业声誉，可能给公司造成不可逆的侵害。

对于员工通过该种模式对公司造成严重侵害的行为，一般依据《中华人民共和国刑法》（以下称《刑法》）第二百七十一条第一款“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”的规定，认定该行为构成职务侵占罪，但在实务认定的过程中，存在着以下难点：员工通过这一模式侵占公司财产的行为具有隐蔽性和欺骗性，难以认定其与提供中间交易环节的公司存在关联关系。

现本文以相关裁判文书为例，对员工利用关联公司虚设中间交易环节以侵占公司财产的刑事案例的裁判要点进行梳理、提炼和总结，并结合办理案件相关经验，在该类型案件的“关联关系认定”的举证方面给出实务上的操作建议。

一、典型案例及实务观点

案例一：高某某、余某职务侵占案

被告人高某某在担任 A 公司航运业务部经理、副总经理期间，利用负责为 A 公司、B 公司对外招揽业务、洽谈合同、结算运费的职务便利，伙同被告人余某，以 C 公司为名义上的中间商，虚设中间交易环节，对本公司隐瞒真相后将货物运输费差价 306717.23 美元予以侵占。

法院经审理查明，被告人余某为 C 公司的实际经营人，同被告人高某某具有密切关系。被告人高某某、余某以非法占有为目的，共同利用高某某身为公司工作人员的职务便利，将本单位钱财占为己有，数额巨大，依据《刑法》第二百七十一条第一款，其行为均构成职务侵占罪。

在本案行为模式认定上，人民法院认为：**“没有证据表明 C 公司在涉案相关业务中起到实质性的中介作用，再结合运费差价主要由被告人高某某、余某瓜分的事实，足以认定被告人高某某伙同余某从中虚设交易环节，从而将本应归属于本单位的钱财非法占为己有”，**即实质上认定了被告人高某某、余某利用关联关系以虚设中间交易环节的方式实施了侵占公司

财物的行为。

在实务中，以上述模型虚设中间交易环节以侵占公司财物的情形最为常见。提供关联公司的被告人在协助实施这一类型的职务侵占行为后，常以**“设置的中间环节并非被告人利用关联关系虚设的交易环节，而是中介公司提供居间服务的环节”**进行抗辩，本案中，被告人余某提出的抗辩理由即为：“C 公司是中介公司，寻找到需要运输货物的货主后将 B 公司船的情况、运输价格等介绍给货主，达成一致后签订协议，再由 C 公司与 B 公司签订对应的协议，价格会比 C 公司与客户公司间签的协议价格低，差价就是 C 公司赚取的利益”。但经法院审理认为：“针对每一笔海运业务均有 C 公司与租船方签订的合同、C 公司与 B 公司签订的合同，除运费不同外，合同主要内容均相同，且相关证言证明，**相关揽货业务合同的洽谈、确立是由被告人高某某操作的，相关业务合作方不与余某接触，余某在合同缔结过程中无实际作用，**承运业务最终由 A 公司、B 公司承担，运费差价也主要由被告人高某某、余某瓜分”，从而驳回了余某的上述抗辩，确认了上述模式属于利用关联关系虚设中间交易环节的职务侵占行为，而非独立的居间行为。[1]

案例二：李某职务侵占案

李某在担任 A 公司销售负责人期间，利用职务上的便利，将 A 公司电子元器件以低于 A 公司同期销售价格销售给 B 公司或 C 公司（该公司再出售给 B 公司供其对外销售），后通过 B 公司向 A 公司的老客户公司及 A 公司新发展的客户公司销售，从而侵吞 A 公司的应得利润。

经法院审理查明，B 公司为李某实际控制的公司，C 公司系李某朋友的名下公司。被告人李某身为公司工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额巨大，依据《刑法》第二百七十一条第一款，其行为已构成职务侵占罪。

在本案的关联关系及行为模式认定上，人民法院认为：**“被告人李某于担任 A 公司销售负责人期间，利用职务上的便利，私自盖章发函给 A 公司老客户谎称收款公司名称及银行账户发生变化，或利用 A 公司销售负责人的业务优势发展新客户，并采用将 A 公司电子元器件以低于 A 公司同期销售价格销售给其实际控制的 B 公司或其朋友的 C 公司（该公司再出售给 B 公司供其对外销售），从而侵吞 A 公司的应得利润”，**即实质上认定了被告人李某利用关联关系以虚设中间交易环节的方式实施了侵占公司财物的行为。[2]

---

[1] 上海市浦东新区人民法院（2019）沪 0115 刑初 3414 号刑事判决书

[2] 上海市黄浦区人民法院（2021）沪 0101 刑初 95 号刑事判决书

案例三：B 公司、孔某职务侵占案

孙某 2 在 B 公司担任法定代表人、董事长期间，利用其在 B 公司原材料采购中的决定权，安排 B 公司从 A 公司高价购买煅后焦，具体表现为孙某 2 在明知 B 公司能够直接从 C 公司和 D 公司购买煅后焦的情况下，为谋取私利，虚增了由 A 公司从上述两公司购买煅后焦而后再销售给 B 公司的中间环节。

经法院审理查明，孔某系孙某 2 的配偶，A 公司为孔某实际经营的公司。孔某以非法占有为目的，伙同孙某 2 利用职务上的便利，将本单位的财物非法占为己有，数额特别巨大，依据《刑法》第二百七十一条第一款，其行为已构成职务侵占罪。

在本案的关联关系及行为模式认定上，人民法院认为：**“孔某与孙某 2 系夫妻关系，二人相互勾结，利用孙某 2 任 B 公司法定代表人、董事长的便利，采取虚增环节等方法，使 B 公司向 A 公司多支付 19883656.83 元”，**即实质上认定了被告人孔某伙同孙某 2 利用关联关系以虚设中间交易环节的方式实施了侵占公司财物的行为。[3]

案例四：林某某、许某职务侵占案

林某某在 A 公司担任副总经理和销售总监期间，利用负责“LED 显示系统采购项目”的职务便利，在采购过程中，向 A 公司领导谎称 B 公司系 C 公司的代理商，采购 LED 大屏必须通过 B 公司才能进行，欺骗 A 公司领导与 B 公司签订了高价采购合同，之后 B 公司以低价与 C 公司签订了采购合同。

[3] 辽宁省辽阳市中级人民法院（2021）辽 10 刑终 125 号刑事判决书

经法院审理查明，许某为 B 公司股东，林某某系许某朋友，林某某在上述项目的采购过程中与许某商议通过 B 公司来采购 C 公司的 LED 大屏。林某某作为 A 公司的副总经理和销售总监，在“LED 显示系统采购项目”的采购过程中，未尽到公司高管忠实、勤勉义务，利用职务之便与许某合谋通过虚设中间环节的方式侵占 A 公司支付的货款，数额巨大，依据《刑法》第二百七十一条第一款，其行为均构成职务侵占罪。

在本案的关联关系及行为模式认定上，人民法院认为：**“第一，B 公司作为交易环节为被告人林某某、许某共谋引入并实际共同控制，该交易环节的运作依赖两被告人的职务便利，获利由两被告人实际占有，受两被告人实际支配；其二，被告人林某某、许某引入 B 公司的目的，是为了截留商业利润归个人瓜分，而不是归 B 公司所有，故被告人林某某、许某实属假借公司外壳，以中间交易环节之名，行牟取个人利益之实，其行为不具有正当性”，**即实质上认定了被告人林某某伙同许某利用关联关系以虚设中间交易环节的方式实施了侵占公司财物的行为。[4]

在该案判决书中，人民法院详细论述了虚设中间交易环节与正常交易环节的不同之处：“企业经营的目的是赚取利润，成本最小的经营方式是与客户单位直接联系，以实现利润的最大化。但在现代市场经济中，受专业细化、信息不对称以及资源占有量等因素的制约，企业经营往往难以与客户单位直接发生关系，此时就需要中间环节的辅助，这是市场经济发展的必然产物**。中间环节的出现，有利于促进市场交易，增加社会财富，其本身并不具有刑事违法性。在虚设中间交易环节型的职务侵占中，中间环节本无存在的价值和必要性，行为人却利用职务之便将其实际掌控的第三方公司强行引入交易环节，目的是通过增加所属企业负担成本将截留的企业利润据为己有**”。总结来说，**若是中间增加的交易环节目的并非在于为中间公司赚取利润，而在于为中间公司背后的控制人截留上下游交易利润，致使中间公司沦为他人截留、侵占利益的工具，可以将增设此类中间交易环节的行为定性为“虚设中间交易环节”。**

二、虚设中间交易环节型侵占单位财物案件“关联关系”存在的特点及原因

从上述案例及相关裁判案例来看，在虚设中间交易环节型侵占单位财物案件中，关联关系的存在有以下特点：**第一，极少部分员工利用自己名下公司虚设中间交易环节；第二，员工主要以其实际控制或实际经营的公司来虚设中间交易环节，此外也存在利用配偶实际控制或实际经营的公司、朋友名下公司来虚设中间交易环节的情形；第三，员工还可能利用业务伙伴任职的公司来虚设中间交易环节。**

结合虚设中间交易环节型侵占单位财物案件自身的特点，以及实务中“员工利用关联关系”呈现出的趋势，可以分析出上述特点出现的两大原因：**第一，随着公司对于供应商公司及客户公司进行关联关系排查的力度加大，员工对于与其存在工商档案、代持股协议等形式上具有关联关系的公司，显示出更加谨慎的态度，一般不会将具有该类型关联关系的公司直接置于本公司与商业伙伴的交易环节之中；第二，员工在利用与其亲属、朋友存在关联关系的公司进行虚设中间交易环节型职务侵占行为时，也显示出了更加谨慎的态度，对于亲密程度更高的配偶，一般只利用其实际控制或实际经营的公司虚设中间交易环节，而对于亲密程度相对较低的朋友，则存在利用其名下公司虚设中间交易环节的情况。**

[4] 安徽省肥西县人民法院（2019）皖 0123 刑初 450 号刑事判决书

三、虚设中间交易环节型侵占单位财物案件“关联关系认定”的举证要点

针对上述在虚设中间交易环节型侵占单位财物案件中关联关系存在的特点，我们在对该类型案件举证，以证明相关员工利用关联关系进行职务侵占行为时可以注意以下四个举证要点：

第一，可以对本公司商业伙伴进行访谈，从中获取开展中间交易环节的公司名称及其负责人员姓名等信息。在部分案件中，公司是通过其商业伙伴发给员工的邮件发现员工存在“利用关联公司虚设中间交易环节”这一行为的，部分公司的交易伙伴在邮件中表达了为何不能直接交易的疑问，体现出公司的商业伙伴一般是与关联公司直接进行交易的对象，并且对于这类型职务侵占行为没有包庇的故意心理。因此，**相关商业伙伴的证人证言、往来账目、与关联公司负责人员的往来邮件**是该类型案件中极为有力的证明材料；

第二，关注员工本人及其亲属、朋友甚至同学等在企业工商内档、国家企业信用报告等工商档案信息中名下公司的情况。虽然在该类型案件中，员工基本不会使用与自己存在形式关联的公司作为开展中间交易环节的公司，但在员工本身没有能力对其他公司具备一定程度的控制力时，使用亲属、朋友的名义注册成立公司或利用亲属、朋友、同学已经成立的公司开展中间交易环节是实务中经常出现的情形。因此，仍然应当关注这类形式上的关联关系证据，但要将排查范围从员工本人扩展到其亲属类关联关系人、同学类关联关系人、同事类关联关系人、同乡类关联关系人（此处详见之前推送的《员工利用关联关系损害公司利益案件中“关联关系的认定”研究——以上海市历年相关裁判文书为例》一文）；

第三，关注员工本人及其亲属、朋友较为隐蔽的实质关联关系，在存在初步线索后可通过报案由公安机关予以查证。在该类型案件中，大多数员工会利用自己实际控制或实际经营的公司以及自己的亲属、朋友实际控制或实际经营的公司作为开展中间交易环节的公司，员工与这类型公司之间的关联关系存在隐蔽性，可以通过**查询员工本人及其亲属、朋友的关联诉讼和外围关系、走访与上述人员可能存在关联关系的公司、对相关员工进行访谈、调取相关员工工作电脑中的电子数据等方式**得出初步线索，而后向公安机关进行报案，公安机关将根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十条第三款[5]、第一百一十二条[6]、第一百一十五条[7]的规定，接受报案并对相关材料进行审查，在刑事立案之后开展侦查，过程中针对此类较为隐蔽的实质关联关系可以**通过调取银行流水、询问相关证人、调取相关电子数据等方式**进行证明。

第四，**关注员工业务对接人员或存在业务往来的人员。**上述案例也提示我们，在关联关系排查力度日益加大的今天，**不仅要对员工及其亲属、朋友的关联关系进行排查，还要关注员工业务对接人员或存在业务往来的人员，**这些人员间因为业务关系而存在着密切的交流

[5]《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十条第三款：“公安机关、人民检察院或者人民法院对于报案、控告、举报，都应当接受。对于不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理，并且通知报案人、控告人、举报人；对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。”

[6]《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十二条：“人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。”

[7]《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十五条：“公安机关对已经立案的刑事案件，应当进行侦查，收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料。对现行犯或者重大嫌疑分子可以依法先行拘留，对符合逮捕条件的犯罪嫌疑人，应当依法逮捕。”

往来，很有可能利用各自的职务便利以及各自公司的业务范围共同完成虚设中间交易环节型职务侵占行为。针对这类型的关联关系，可以通过**调取相关往来邮件、与有关公司核对账目等方式取得初步证据**，在报案后通过公安机关调取**本公司员工与关联人员的银行流水、即时通讯数据等方式**予以证明。

（本文首发于 2022 年 6 月 8 日）

员工通过虚设中间交易环节侵占单位财物该如何认定犯罪金额

汪银平、冯禾坤

虚设中间交易环节型侵占单位财物的案件在司法实务中屡见不鲜。该类行为模式主要表现为：公司内部员工利用职务上的便利，通过与其存在关联关系的外部公司，虚设中间交易环节，从中截留公司交易差价。由于该类行为模式的隐蔽性高、举证难度大、危害程度大，其令公司在实务治理过程中头痛不已。但事实上，若能够精准地把握该类行为模式定罪的要点，并以此为中心，进一步合法合规、精准有效地收集相关证据，不难最终实现有效维护企业合法权益。

为阐明虚设中间交易环节型侵占单位财物模式的实务治理，此前已推出多篇文章对其涉及的法律依据、举证要点、以及关联关系的认定等展开全面详尽的分析和解读。对该类侵占模式的实务治理，除前述内容外，对具体犯罪金额的认定亦是不可或缺。如何有效的举证认定犯罪金额，既会影响定罪，也会影响到最终的量刑和挽回损失的数额。最高人民检察院在关于办理民营企业职务侵占犯罪典型案例中表示，“对虚增交易环节类型的职务侵占案件，要注重从被害单位查实行为人职权内容、与客户的正常交易模式、成交价格等证据，从涉案交易对象查实虚增交易环节后的异常交易模式、成交价格等证据，并锁定行为人在异常交易中发挥的作用、“低买高卖”价差利得的流向，综合认定职务侵占犯罪事实，精准认定犯罪数额。”[1]据此，本篇文章将主要聚焦于虚设中间交易环节行侵占单位财物案件中，犯罪金额的具体认定在裁判中的实务观点和举证要点。

一、典型案例及实务观点

（一）采购端虚设中间交易环节型侵占单位财物模式的犯罪金额认定：采购款差价

案例一：甲涉嫌职务侵占罪一案[2]

1、案情简述

甲系 A 公司采购工程师，其利用其负责产品采购、供应商引入及订单分配等职务便利，虚设采购中间交易环节，以其个人实际控制的乙公司从 B 公司、C 公司等渠道采购 A 公司所需产品后，再加价出售给 A 公司。经审理查明，法院认为，甲侵占了 A 公司多支付的采购款差价人民币 49 万元。

[1] 最高人民检察院发布 6 件检察机关依法办理民营企业职务侵占犯罪典型案例之三：D 科技公司营销中心总监张某某、经理罗某某职务侵占案

[2] (2021)沪 0115 刑初 5076 号

2、观点分析

甲利用其负责 A 公司采购的职权，虚设其实际控制的乙公司为中间环节，阻断了 A 公司与供应商 B、C 公司的直接交易。而后，甲通过乙公司先行向 B、C 公司采购，再加价销售至 A 公司，从中侵占采购款差价。

正常的公司采购环节应考虑产品价格和产品质量的平衡，即以尽可能实惠的价格购买到尽可能优质的产品。在本案中，甲利用其负责采购的职务便利，在可以直接从供应商 B、C 公司采购 A 公司所需要的产品之前提下，将其个人实际控制的乙公司强行引入作为中间环节，先行通过乙公司从供应商处采购后，再加价出售给 A 公司，增加了 A 公司采购的成本，这并非正常的公司采购交易行为。并且，乙公司的强行引入，未能给甲所任职的 A 公司带来更多利益，而是导致 A 公司为此多支付了采购款差价，但采购的仍为相同的产品。而该部分采购款的差价，则被甲实际控制的乙公司所截留。据此，甲引入该采购环节的根本目的是利用其负责产品采购、供应商引入及订单分配等的职务便利，虚设采购中间环节，以侵占 A 公司的采购款差价，该环节中的乙公司可以视为甲从事侵占单位财物犯罪行为的犯罪手段，而非正常的市场交易主体。

法院经审理认定，“甲利用其负责产品采购、供应商引入及订单分配等职务便利，虚设采购中间环节，以其个人实际控制的乙公司从供应商 B、C 公司等采购 A 公司所需产品后，……，加价出售给 A 公司，侵占 A 公司多支付的采购款差价人民币 49 万余元”。[3]据此可知，该实务观点认为，利用职务便利，虚设采购中间交易环节，而产生的采购款差价为公司财物，因而该职务侵占行为的犯罪金额应为多支付的采购款差价。

经对国内近三年裁判文书案例的分析，**各地采购端虚设中间交易环节型侵占模式的犯罪金额认定较为统一，基本与案例一中所分析的一致，皆采用采购款的差价作为犯罪金额认定的标准。**[4]

（二）销售端虚设中间交易环节型侵占模式的犯罪金额认定：截留的销售款差价或虚设中间公司因此而取得的利润

案例二：山某涉嫌职务侵占罪一案[5]

---

[3] (2021)沪 0115 刑初 5076 号

[4] (2020)苏 0505 刑初 216 号；(2021)沪 0115 刑初 3220 号；(2021)辽 10 刑终 125 号；(2021)沪 0113 刑初 229 号；(2021)浙 0110 刑初 586 号

[5] (2020)沪 0115 刑初 5288 号

1、案情简述

山某系 D 公司销售经理，其利用负责产品销售的职务之便，对外谎称其实际控制的丙公司为 D 公司代理商，要求 E 公司、F 公司等 D 公司客户将款项支付至丙公司账户。随后，以丙公司的名义，低价向 D 公司采购产品后再加价销售至 E、F 等公司。经审理查明，法院认为山某侵占了截留的销售款差价人民币 1,196,484.69 元。

2、观点分析

山某利用其负责销售的职务便利，通过其实际控制的丙公司低价向 D 公司采购产品后再销售至 E、F 公司等处，虚设丙公司为中间环节，从而阻断了 D 公司同客户 E、F 公司等的直接交易往来，从中截留销售款差价。

根据本案证据材料显示，相关证人证言证实，山某在对外销售时，均称其实际控制的丙公司为 D 公司在某地区代理商，要求 E、F 公司通过丙公司对 D 公司的产品进行采购。而在对内联络时，则以避税等理由欺瞒 D 公司将订单转移至丙公司。在正常的市场交易中的中间交易环节的本质在于为公司的经营赚取更多的利润，而非增加交易成本。而山某谎称丙公司为 D 公司代理商的行为，利用职务之便在交易中强行引入为中间环节，并非正常的市场交易中旨在为公司赚取更多利润的中间环节。相反，该行为在 D 公司本可以直接同终端客户直接交易的情形下，虚增了不实代理商，恶意阻断公司与客户间的直接交易，增加了公司销售的负担成本，而该负担成本则通过虚设的中间环节所截留。若无该虚设中间环节阻断交易和截留款项，D 公司不应负担该成本，理应收取因该虚设中间环节而被截留的销售款差价，故该被截留的销售款差价应为公司财物。**因此，山某侵占的犯罪金额为虚设中间环节所截留的销售款的差价。**

案例三：李某涉嫌职务侵占罪一案[6]

1、案情简述

李某系 G 公司的销售负责人，其利用对接客户的职务便利，对 G 公司的原客户谎称因收款信息变化而需支付至其实际控制的丁公司账户；利用其发展新客户的职务便利，将新客户介绍与丁公司进行交易往来。随后，李某将 G 公司的产品以低于同期销售价销售至丁公司或朋友的戊公司（戊公司再出售至丁公司），再由丁公司对外销售。经审理查明，法院认为李某的行为侵吞了 G 公司应获利润共计人民币 2,588,315.39 元（即丁公司因此所获得的利润）。

[66] (2021)沪 0101 刑初 95 号

2、观点分析

李某利用其职务便利，通过其实际控制的丁公司和朋友的戊公司，实施对 G 公司产品的低价采购后再销售，虚设丁公司为中间环节，阻断 G 公司同原客户和新客户的直接交易，从中赚取对外销售的利润。

本案中，李某“私自盖章发函给 G 公司老客户谎称收款公司名称及银行账户发生变化，或利用 G 公司销售负责人的业务优势发展新客户”的欺瞒行为的目的在于，“将 G 公司电子元器件以低于 G 公司同期销售价格销售给其实际控制的丁公司或其朋友的戊公司（该公司再出售给丁公司供其对外销售）”这一中间交易环节强行引入，“从而侵吞 G 公司的应得利润”。[7]引入丁公司、戊公司的行为，阻断了 G 公司与其新老客户之间的正常直接交易，进而将部分 G 公司对外销售产品的利润利用该虚设中间交易环节转移至李某实际控制的丁公司处。因此，法院认为，被转移的该部分利润，即丁公司因李某利用职权虚设中间环节的行为所获得的利润，应属于 G 公司的应得利润，为 G 公司的公司财物。**因此，李某的职务侵占行为的犯罪金额为其实际控制的丁公司因其职务侵占行为而取得的利润。**

综合案例二、案例三，以及国内近三年的案例，销售端虚设中间交易环节型侵占模式的犯罪金额认定多数采用案例二的观点，即虚设中间环节所截留的销售款的差价；[8]少量案例采用案例三的观点，即虚设交易环节的公司因侵占行为而取得的利润。[9]

[7] (2021)沪 0101 刑初 95 号
[8] (2019)沪 0115 刑初 3414 号；(2021)粤 0305 刑初 72 号；(2021)浙 02 刑终 241 号；(2021)闽 0212 刑初 241 号
[9] (2021)沪 0101 刑初 95 号

二、举证要点及应对策略

基于上述对案例的分析可知，实务观点对犯罪金额的认定，主要采用两大观点：其一，销售款或采购款的差价；其二，虚设交易环节中间公司因侵占行为而获得的利润。基于此，在针对此类员工舞弊行为案件调查时，可以从以下几个方面考量：

（一）舞弊人员的职务便利的举证要点

无论是采购端，还是销售端，公司都需要举证证明该舞弊人员利用其职务上的便利。

根据上述案例显示，证明职务便利的主要证据材料包括，劳动合同、工资表、岗位职责、公司组织人员架构图、岗位情况说明书等。具体而言，劳动合同、工资表、岗位职责等证据材料可以证明该舞弊人员同公司存在劳动关系，且任职于某个岗位，进而通过岗位情况说明书等证据材料，证实其负责销售、采购或其他领域，在犯罪行为所涉及的领域存在职务上的便利。上述证据材料，通常可从公司人事档案归档的材料中获得，或从其实际履职业务内容方面着手。

（二）舞弊人员同中间环节关联关系认定的举证要点

无论是甲个人实际控制的乙公司、山某实际控制的丙公司，还是李某实际控制的丁公司和其朋友的戊公司，都体现出虚设中间环节的关联关系认定的举证证明之重要性。

通常而言，关联关系主要体现为舞弊人员名下公司、其亲属和朋友名下的公司，以及其业务伙伴所任职的公司等。但随着舞弊人员反侦查意识的增强，直接用名下或亲属、朋友名下的公司的情况越来越少，这无疑增加了举证的难度。但这并不意味着关联关系认定调查无计可施，仍可以从以下几方面对关联关系展开进一步排查：

其一，对本公司商业伙伴进行访谈，从中获取开展中间交易环节的公司名称及其负责人员姓名等信息。由于公司商业伙伴多为同受舞弊人员欺瞒的公司，一般对员工舞弊行为无包庇故意心理。因此，通过对商业伙伴的访谈，可以得到相关证人证言、中间公司与商业伙伴直接往来邮件等极为有力的证据材料。

其二，关注舞弊人员及其亲属、朋友、同学等名下企业工商登记信息等。舞弊人员虽不使用其名下公司，但使用其亲属、朋友、同学的名义注册公司的却大有人在。因此，应将排查范围扩展至其亲属、朋友和同学等关联关系人名下的公司情况。

其三，关注舞弊人员及其亲属、朋友较隐蔽的实质关联关系，在存在初步线索后可通过报案由公安机关予以查证。由于关联关系的隐蔽性，公司可以通过查询舞弊人员及其亲属朋友的关联诉讼和外围关系、走访可能存在关联关系的公司、对相关人员进行访谈和工作电脑的电子取证等方式得出初步线索后，向公安机关进行报案，公安机关将根据我国《刑事诉讼法》的规定[10]，接受报案并对此进行审查，并在立案后进行侦查。针对此类较隐蔽的实质关联关系，公安机关可通过调取银行流水、询问证人、调取电子数据等方式进行查证。

其四，关注舞弊人员的业务对接人员或存在业务往来的人员。除舞弊人员的亲属、朋友外，其业务上的对接人和联系人，由于存在较为密切的往来，很可能成为侵占行为的共犯。因此，可通过调取往来邮件、与有关公司核对账目等方式取得初步证据，在报案后通过公安机关调取舞弊人员与关联人员的银行流水、即时通讯数据等方式予以证明。

（上述举证要点详见《虚设中间交易环节型侵占单位财物案件中关联关系的认定——以相关裁判文书为例》一文）

---

[10] 《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十条第三款 、第一百一十二条 、第一百一十五条

（三）涉案终端客户或供应商与公司的往来关系的举证要点

通过对上述案例的分析可知，证明虚设中间环节所截留的差价或中间公司因侵占行为所获利益利润为公司财物的核心关键，是举证公司同涉案终端客户或供应商的往来关系。

针对原有终端客户或供应商的往来关系举证，可以通过入库审批流程的相关材料、公司与终端客户或供应商之间的邮件沟通往来、公司同客户或供应商的历史交易情况等，以举证证实该业务往来原应直接属于公司。

针对新进终端客户或供应商的往来关系举证，可以结合公司与终端客户或供应商供求的匹配度、公司同终端客户或供应商之间的邮件沟通往来、亦或是否存在试样寄送等情形，以证明该业务往来原可以直接发生在公司与新进终端客户或供应商之间，但由于舞弊人员的中间公司的强行引入，而阻却了直接的业务往来。

（四）涉案犯罪金额认定的举证要点

对犯罪金额的认定，公司需要提供舞弊人员涉案业务的相应业务材料和财务凭证，以证明真实交易的存在且公司财物因此被侵占的事实。

1、业务材料

根据实务案例显示，无论是采购端，还是销售端，业务往来的材料都是涉案金额认定的证据材料中的重中之重。具体而言，主要的业务往来材料，包括但不限于销售合同或采购合同、报价单、各类销售或采购的货物明细表、公司订单系统中的订单、业务交流往来的电子邮件等。针对上述材料，通常而言，公司可以根据实际情况在常规业务存档的纸质档案或电子数据库中，检索、梳理相关的业务往来材料。

2、财务凭证

交易中的财务凭证是证明真实交易存在的重要证据之一，也是证明犯罪金额具体认定的核心关键。具体而言，主要的财务凭证材料，包括但不限于公司收款或付款的审批表、汇款申请单、银行电子回单等记账凭证相关材料，公司财务系统中的财务数据，交易中开具的增值税发票、对账单，银行交易明细表等。针对上述材料，公司同样可以根据实际情况在常规财务记账存档的纸质档案或电子数据库中进行检索、梳理和汇总。

3、电子数据

公司日常的业务和财务的存档是获取上述证据材料的常规来源之一。除此之外，在裁判文书中，随着电子数据信息的广泛使用，员工的工作邮箱和工作电脑等电子设备中的电子数据逐渐成为了该类证据材料的重要来源之一，且该类证据在实务中出现的频率也越来越高。

针对业务材料而言，大量的业务往来材料，如合同、报价单、货物明细表极有可能以电子邮件的形式存储于相应员工的工作邮箱中；或者是以电子文件的形式，存储于相应员工的工作电脑等设备中。而该部分证据材料则可以通过有效的电子数据分析的方式来实现电子取证。

针对财务凭证而言，从实务观点中不难总结出，销售款差价和采购款差价为犯罪金额认定的核心关键，但差价的计算意味着需要获取中间公司的业务信息，而这部分业务信息通常无法通过公司日常的财务归档材料中获取，因此可能存在举证难的问题。但事实上，部分舞弊人员实际控制的中间公司的业务信息可能存储于员工的工作电脑、邮件数据等电子数据之中。例如，日常往来的对账单、增值税发票，告知已付款的汇款申请单等。而该部分证据材料，同样可以通过电子数据分析的方式实现电子取证。

因此，合法合规、精准有效地对上述电子数据进行收集和固定、镜像制作、数据分析和梳理汇总，切切实实关系到是否能够最大化地挽回公司损失的利益。

三、总结

经对近几年国内虚设中间交易环节型侵占单位财物的案例分析及观点提炼可知，针对采购端虚设中间交易环节型侵占模式，实务观点主要采用虚设中间环节导致公司多支付的采购款差价作为涉案金额认定的标准；针对销售端，实务观点则存在两种观点，即虚设中间环节所截留的销售款的差价和虚设中间公司因侵占行为而取得的利润，前者为多数。

针对犯罪金额认定的举证要点，主要集中在业务材料和财务凭证材料。两类证据材料的来源，**除常规的公司业务或财务管理的存档外，员工工作邮箱和工作电脑中的电子数据也是重要来源之一，并且出现频率越来越高。因此，对该来源的证据价值应愈来愈重视。**

当然，关联关系的认定除是举证要点之一外，其也是该类型侵占行为的案发关键。通过实务治理中显示，该类型侵占行为多为内部员工与外部关联关系人联手而为，**因此有效的开展定期、事后的关联关系排查，是发现此类侵占行为的重要调查手段之一。**

（本文首发于 2022 年 6 月 15 日）

创业者的
法律必修课

优秀创始人的“法力”修炼

本文根据卫新律师9月6日在“36氪丨创投氪堂”直播分享时的内容整理而成

“我们在原野上找一面墙”
“我们在标签里找方向”
“我们在废墟般的垃圾里找一块红砖”

这是一首歌的歌词，我很喜欢，在废墟般的垃圾里寻找红砖，这块红砖是什么？在我的理解中，我希望**法治精神就是那块红砖**，帮助大家**在波云诡谲的混乱中找到控制感**。

今天的分享是我们系列课程的开篇，我想与大家交流两个方面：**一个方面是从法律经济学角度，分析企业如何投入法律成本；另一个方面是，创业者应当具备的法律思维。**

从法律经济学角度分析企业如何投入法律成本

科斯，唯一一位在法学院任教，但是拿到诺贝尔经济学奖的得主，他在《社会成本问题》中谈道企业的本质是什么？给出的答案是：降低交易费用。

谈及费用，我们要来思考：法律费用对企业来说，是不是一种成本？能带来什么利益？

在很多企业家看来，律师是需要的，合同要给律师看的；但同时他们也觉得，做业务主要看人，人对了，合同只是形式。“法律打官司才有用，但是做业务不是为了打官司。”这是很多企业家会说的话。

商业的本质是通过交易创造利润，所以要做到：收入＞成本

成本又包括固定成本，比如：生产成本、物流成本、人力成本、税费等，以及可变动成本，比如：销售费用、推广费用、管理费用等。

由此可见，提高利润的方式包括降低变动成本，或者提高变动成本的效率，法律费用在企业中常常被视为变动成本，在惯常的认知里是可以压缩的，而且看上去，法律成本的增长并不会提高收入。

从成交阶段的角度看，成本又可以包含成交前的成本、成交后的成本，成交后的成本由可预见成本与不可预见的成本共同组成。要知道，不可预见的成本可能会吞噬整个交易目的，不仅是吞噬所有利润，而且会造成本金的损失。

不可预见的成本=第三方因素、不可抗力因素、交易对手的诚信带来的成本 × 概率

所以我们可以得出结论：**法律定约费用带来的利益是降低不可预见的成本。**

定约，即**合同，就是通过交易缔结阶段文字的确定性，消除、救济未来交易履行时相对方不信用或者出现阻碍合同目的实现的各种情形带来的不确定性。**

于是，降低不可预见的成本就存在两种方法，一种是：

不可预见成本=事后救济的获益-事后救济成本-损失

也就是通过事后的救济挽回损失，事后救济的方式包括：协商谈判、找律师打官司、报案、找其他第三方协助等。但难点在于：事后救济的获益存在不确定性，即是否可以归责、责任方有没有承担能力；还有，事后救济的成本是不是过大？

为了克服事后救济的难点，就有了另一种方法：增加成交前的法律定约成本，以此降低概率、增加事后救济的获益约定违约金、明确权利义务、交易对手的尽职调查、提供履行担保……不过事前定约也存在问题，一方面，可能阻碍交易达成的效率；另一方面，因为不可预见，可能成为沉没成本。

因此，到底是事后救济、还是事先预防？这是平衡的艺术，这种平衡的艺术需要基于企业家的法律思维，他们要了解法律服务服务市场，有律师朋友，也就是优秀的供应商。接下来，我就要说说企业家应当具备的三个法律思维。

创业者应当具备的法律思维

我们先来看一则案例：创始人甲因为业务下滑、市场不景气，考虑剥离一个工程公司。因为工程公司具有从业资质，所以市场上，此类公司的价值约为 200 万元。乙听说了这个消息，主动找到甲，表明自己正好要发展相关业务，需要买壳，愿意出价 250 万元。甲提出，他还有一些工程没有收尾，还有几千万的应收款，需要一年时间消化。乙提出，甲可以继续使用公司的账户直至业务全部做完，他收购公司后可以开设一个新账户，他的新业务就用新的银行账户，双方银行账户分开，互不干扰。

甲觉得乙非常诚恳，经过接触，觉得乙有资源、有冲劲，于是甲提出自己看好乙，希望能保留一些股份。乙也很爽气，答应给甲保留 15%的股份，而且 250 万元的交易价格不变。双方达成意向后，乙提供了一份交易合同。甲本想请律师看一下合同，但乙觉得这样会把事情弄复杂，为表诚意，乙立即支付了甲 20 万元作为定金，双方签完合同，办理了工商变更手续，当天乙又支付了甲 80 万元，于是双方开始交割手续。

很快，公司的股东、法人都变更成了乙，甲也向乙移交了证照章等资料。此后，乙要求甲方提交财务账册、历史合同，甲认为双方既然各自经营，所以自己不需要提供。乙以此为由拒绝支付剩余的 150 万元。甲多次索要无果，乙变更了银行印鉴和 U 盾密码，甲的银行账户失控。根据甲的统计，其还有 8000 万元应收款，不仅如此，工程公司还代持了一家乡镇银行 10%的股份，价值 1 亿元。

此时甲该怎么决策？①把银行印鉴换回来，并且索要 150 万元；②终止和乙的交易，把股权变更回来。决策的选择，终究还是要：看合同、看法律、看先例。这也就是我要说的第一个法律思维：**决策有依据。决策不看个人喜好和直觉，而是首先寻找既有的规则支撑，构建决策条件。**

看合同

看法律

看先例

我们再来看一组案例：X 公司有三位股东：甲 40%、乙 30%、丙 30%，甲担任法定代表人、总经理，乙担任董事长。股东之间产生矛盾，乙召集股东会，提出公司在甲的主导下违规经营，被市场监督局处罚，要求罢免甲。甲提出，该项目不是其主导的，他只是执行者，乙和丙对相关事宜完全知情并同意。但是，当天依然形成了股东会决议，乙、丙签署了同意罢免甲的意见，甲反对。60%同意，40%反对。甲起诉到法院，提交了乙的邮件，内容是乙安排给甲相关业务，并且该邮件抄送了丙，不仅如此，证据表明，供应商是乙介绍的，丙也表示赞同。请问法院会如何处理？

我们再来看另一种情形，Y 公司有三位股东：甲 70%、乙 20%、丙 10%，丙担任董事长。甲、乙发现了丙侵占公司财产的证据，于是甲召集股东会，提出了确实的证据，要求罢免丙，并且立即开始财务审计。当天形成了股东会决议，甲、乙签署了同意的意见，丙反对，并且拒绝签字。甲在决议文件上替丙签字，并注明丙反对。丙起诉到法院，要求撤销股东会决议。请问法院会如何处理？

答案是，前一个案例中，股东会决议有效；而后一个案例，股东会决议无效。尽管从实体上看，甲没有损害公司利益，而 C 损害了公司利益；但是在程序上，X 公司的股东会决议才符合程序。所以，这就引出了我要说的，企业家应该具备的第二个法律思维：**做事讲程序**。

今天分享的最后一个案例：S 公司的大股东刘某和施某产生矛盾，刘某不想再与施某合作，又不希望公司进行清算。于是刘某安排自己的秘书王某成立了 W 公司。然后她作为公司董事长、法定代表人将 S 公司市值 20 亿元的资产以 3 亿元的低价出售给 W 公司，并声称自己心灰意冷，想退出商场。待施某与刘某的纠纷处理完毕后，刘某请王某归还 W 公司的股份，并主张和王某是代持关系，刘某提供了汇款给王某 3 个亿成立 W 公司的证据。但是王某否认，称该款项是借款，可以还款给刘某，W 公司的股权 100%属于他本人。法院如何处理？

对刘某而言，其对主张股权代持关系负有举证责任；对王某来说，其对主张借款关系关系负有举证责任。通常情况下，谁主张，谁举证；而且书证为王。所以，企业家要具备的第三个法律思维**判断看证据**。

决策有依据

做事讲程序

判断看证据

法律人的思维体系经常反直觉，公平正义似乎不是他们的追求，而确定性成为了他们的基本原则。他们笃信：文字比人更稳定；证据事实比真实事实更安全法律人相信，只有维护确定性，才能实现社会秩序，而有序的人际规则，才能促进人类合作。

现代社会，价值判断太多元了。马克斯韦伯说现代人的价值判断已是诸神之争。显然，法律手段不是最优解，但一定是最不坏的人与人之间合作的方法。

人们花费法律费用，在于降低企业不可预见的交易成本。法律费用与降低的交易风险有事先预防和事后救济二种方法，二者需要智慧的平衡。一般而言，对于陌生人、新业务、高金额、关系复杂、不熟悉领域的交易，我们更应该投入事先预防的法律成本。我们可以通过业务模式重构降低信息不对称、专业导向、市场导向提升识别度来降低法律成本，提高效率。

如何运用法律能力助力企业发展，最关键还在于企业决策者。**企业决策者不仅要愿意投入经济成本，还要掌握一套法律思维来定规则、做决策。法律思维方式包括决策有依据、做事讲程序、判断看证据。这是在变幻多元的商业社会中，建立交易秩序、促进合作最不坏的方法。**

对于法治而言，迅速惩罚违法行为看上去最有震慑力。但是要想让法律真正起效，民众对法律普遍的尊重和信仰，才是根基。创业者是这个社会最有活力的群体，理应是法治文化的引领者。

（本文首发于 2022 年 10 月 17 日）

创业公司的股权分配

本文根据卫新律师9月20日在“36氪丨创投氪堂”直播分享时的内容整理而成

每当谈及股权，我们想到什么？
是巨大的财富效应？
是作为股东的身份认可和价值绑定？
还是商战片里演绎的精彩又激烈的股权宫斗？

近些年，随着营商环境不断优化，越来越多的人投身创新创业大潮，越来越多的企业家重视股权在企业发展中的价值和作用。但股权是一把双刃剑，善用股权，股权就是企业家撬动企业发展的有利杠杆；误用股权，股权也会成为加剧企业内外矛盾冲突的棒槌。

今天的分享是我们系列课程的第二讲，我想与大家从合伙人的层面探讨创业公司如何进行股权分配。主要从**公司股权的第一性原理、创业公司股权分配的基本工具、公司股权分配的难点与实务应对**三个方面展开。

一、公司股权的第一性原理：公司+股权

公司是舶来品，起源于16-17世纪的大航海时代，英国王室为了规避远洋贸易带来的诸如船舶碰撞、货物损失等各类风险，赋予东印度公司两个特权：1.特许权，到好望角的海上货物运输业务只能由东印度公司享有；2.有限责任，东印度公司的股东仅在自己的出资范围内承担责任，这样股东就不用过于担心因船舶碰撞、公司负债、破产等带来的风险与责任。

可见，**公司的产生是基于长期商业目标和风险控制的需要。换言之，公司作为一个新的主体（法律拟制的人），在投资主体、经营主体和公司自身之间形成了风险隔离，进而保障了长期商业目标的实现。**

公司是法律拟制的人，享有独立人格。**它包括两方面的独立：财产独立和决策独立**。公司股东不应该过度控制公司，尤其是切忌将公司财务与股东个人财务等混合在一起，否则很容易造成人格混同，更有甚者，会涉嫌滥用股东支配地位。

公司的第一性原理就是促进人类合作，它要求摆托个体局限、创设公司独立的法人人格，追求共同的长期商业目标。读《人类简史》的读者应该知道，人之所以可以控制地球是因为想象力，公司亦然。一群人聚集在一起就需要想象力被放大、传递、甚至产生流动性——股份公司、公众公司，将共同的想象内化成个人的信念，而**公司股权就是将“股东共同协作、克服风险和个人局限、创造长期财富”这种共同想象落实为个人信念的关键通道。**

当然，这种信任也可能被滥用、被辜负，最常见的表现形式就是创业失败、股权纠纷等。股东博弈最大的受害者可能就是公司。比如国美案例中，黄光裕、陈晓两位股东发起股权争夺拉锯战，但最终元气大伤的却是国美电器。

股权的法律形式是股东登记出资金额（注册资本、认缴资本、实缴资本），但股权分配并不是简单的分配股东出资额，而是对股东所享有的权利和义务的分配。股权是权利和义务的集合，义务通常表现为股东出资义务—技术出资、劳务出资、以资源出资等；权利通常表

现为财产分配权、决策管理权。

二、创业公司股权分配的基本工具：2 个机制+1 个工具

和成熟公司相比，创业公司股权往往缺乏独立性（即公司与创始人的人格尚未脱离）、缺乏长期财富的想象力、缺乏流动性，概言之：**创业公司股权具有高度的人合性，所以产生了合伙人制度和股权分配的话题。**

人与人合作就是一场博弈，创始人、劳动者、大股东、小股东、高管、投资者都会参与到博弈之中，创业公司的股权分配必须塑造和维系这种人与人之间高度的信任关系，并将人与人之间的合作推向深入，并根据合作的博弈局面不断优化这种分配机制。

在讲工具之前，先跟大家讲讲两个机制：公司的决策机制和公司的分配机制。

第一，公司的决策机制，就是我们通常讲的公司治理结构（三会一层）。

三会，分别是公司的股东会、董事会（执行董事）、监事会（监事）。股东会，是公司的决策机构、权利机构，决定公司的重大事宜，同时股东也可以选出合适的人代表股东去经营；董事会（执行董事）是公司的经营管理层，有权决定公司的经营计划和投资方案等；监事会（监事）负责监督董事、经理和财务。一层，是指公司的高级管理层，通常是指公司的经理、副经理、财务负责人等。

股东对公司的控制权通常表现为：股权比例的控制权（如：1/2 或 2/3 以上的资本多数决）；公司证照章的控制权；法定代表人、董事、监事、经理等人的任职权等。

第二，公司的分配机制，需要从公司法和劳动法两个角度分析，它涉及两个法律关系。

一个是公司法上的股东分红，即公司在利润完税后股东按照约定去分红；另一个是基于劳动法项下的股东/高管的劳动合同所产生的公司高管奖金报酬分配、公司员工的劳动报酬分配。通常情况下，这两项分配机制是矛盾的，比如给劳动者的劳动报酬或奖金报酬越高，公司股东的分红就会变少，两者之间暗藏博弈。

财产性收益是大家的经济性收益，但是决策权利有时会直接影响大家的财产性收益。因此，股权分配的实质就是通过制度分配公司决策权和财产分配权，并法律化。所谓法律化，就是程序化、可操作化，以及惩罚措施。实操中就会落实为《股东协议》、《合伙协议》、《公司章程》等。而法律化最好的措施就是完善好公司章程并进行工商备案。

最后，讲讲公司股权分配的最有效工具——章程。

公司法规定了股东可以根据公司实际情况对章程部分条款作出合理灵活的约定，譬如，公司法第四十二条规定：股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。再者，公司法第三十四条规定：股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。

章程中股东可以灵活约定的权利一定要好好珍惜，不能简单套用工商模板，尤其是涉及公司决策机制和分配机制的部分，更需要根据各公司实际情况灵活设计，并将完善后的章程进行工商备案。

三、创业公司股权分配的难点与实务应对：三个难点+实务应对

创业初期最重要的是人合性。在这个阶段必须要有单一实控人来维系高度的人合性。基

于此，创业公司常见的股权分配难点有三，分别为：

难点一，各类股东的资源如何兑换为统一标准的股权比例？

创业需要资金，但是更多时候是需要资金、实物、技术、管理、经营、资源等多重要素的综合组合。那各类股东的资源如何兑换为统一标准的股权比例呢？

给大家分享我个人判定资产价值的两个标准：1.资产价值的可评估性；2.资产实际投入到公司（产权变更）。大部分人都会讨论资产的实际价值，但往往忽略了产权变更这一要素。具言之：

对于以实物资产投资的股东，出资到位（产权是否变更、实物是否交付）非常关键。譬如：如果以土地或房屋出资，要办理产权过户手续；如果以设备出资，要评估设备的市场价值并办理产权变更手续；如果是以租赁的场地或房屋出资，那要事先签署租赁合同、且租赁房屋也要真实交付；如果是以专利出资，那要签署排他性的专利授权协议，且在协议中约定授权期限、授权范围、使用规则等。总之，实物出资的情况下，出资到位非常关键。

对于以人力资本投资的股东，要综合考虑该股东的市场价值（在其他企业的报酬）、本企业的报酬、放弃的机会成本、激励作用等。同时，对于人力资本入股的股东，要适用商业秘密、竞业限制的文本，限制他的退路，增加他退出或违约的机会成本，这也是一种激励。同样，对于人力资本的评估考量因素也适用于以商业秘密、专业技术等出资的股东，原因在于商业秘密、专有技术等具有很强的人身依附性。

对于以资源类资本（如：客户资源、业务资源、关系资源、声誉资源等）投资的股东，个人持保留态度。从合规性、确定性、长期性的角度考虑，资源类的股东只能是锦上添花，但是不能成为核心的创始股东。

综上，建议公司核心创始人最好是以复合型资本出资。优秀的创始股权结构可以由实物资产股东+人力资本股东构成。**具体可参考下列分配思路：**1.评估创业项目现阶段所需资源总和；2.把有意向合作的股东的各类资产进行折价；3.对照创业项目现阶段所需资源的重要性调整系数；4.协调股东之间认知，促成合作—做出溢价安排；5.转化成法律上的股权结构、出资比例、出资方式、出资期限等。

难点二，创始人无法成为大股东，如何实现公司控制？

实务中，种种原因，创始人未必都是大股东，但是也可以通过一些**组合措施**达到控制公司的目的。譬如股权的解构：财产收益权、表决权、经营权三权分立；章程的特殊安排；持股平台归集决策权；一致行动人协议；反向保护：一票否决权；公司治理程序设计等。

当然，在此过程中，创业者常常会有诸如谁出钱多，谁占大股吗？出钱少的，如何成为大股东？兼职股东的股权应该怎么给……等系列疑问，每个问题都有不同的解决方案。总之，记住一个核心分配原则：不同性质的股东应当适用不同的分配原则，人合性是分配股权的基础，不追求帕累托最优，但追求纳什均衡。

难点三，最初的股权分配无法适应后期的公司发展，如何把静态股权转为动态控制？

从实务经验看，纯资金的股东不适合稀释、调整，只能增资扩股。真正意义上需要动态调整的是人力资本型和资源型股东，当出现实控人不再实控、联合创始人未达到预期、股权激励未达成效果等情形时，股权调整就显得十分重要了。

不过，公司动态股权的设计与控制需要事先整体筹划与设计，譬如预先设定退出方案（过错性退出、非过错性退出等）、股权分期授予、股权回购；预先搭建持股平台并预留股权；

特殊安排的增资扩股；公司解散机制；金色降落伞等。

小结

公司是一种通过创设虚拟主体实现深度合作的模式，股权既是合作方的报酬，也是协调的机制。股权设计与分配就是股东个体参与公司财务分配和经营决策的机制。这种机制通过章程约定、股权解构、程序安排等法律方法来建立，应当符合公司的长期目标和股东的资源结构。

（本文首发于 2022 年 10 月 24 日）

创始人如何谈融资条款？

本文根据卫新律师10月11日在“36氪丨创投氪堂”直播分享时的内容整理而成

今天，将分享一个很多创业者都高度关注的实务话题——融资条款怎么谈。尽管融资条款的谈判是特别具体的工作，但首要原则还是必须有整体意识和大局观。

当然，有些创始人会特别粗放，仅仅关注估值和融资额而完全忽略条款，但要知道，这些条款与每个创始人的身家事业都息息相关。不过，也有创始人特别仔细，对每一个条款都非常计较，这就很可能丧失融资机会。投融资条款的严苛看似是投资方的强势，但现实中的商业地位可能恰恰相反，融资方在取得资金后会有较大的自主使用权限，可能滥用资金、利益输送、或者出现投资目的无法实现的情形，投资方对此难以管控，因此才需要对融资方有着较多约束的条款来对现实进行调整。

我们将从融资需求的判断、融资的要点、融资流程以及核心的融资条款四方面，展开详细分享。

一、关于融资需求的判断

我经常会被创业者问道：在什么时间点融资比较合适？融资时间分两种情况——初创期和扩张期。

初创期的特征是：业务模式没有被论证，盈利能力也没得到证明，所以初创阶段更偏风险投资，主要基于对创业者的认可，但受制于发展阶段，估值往往不会很高。在初创阶段融资的好处或许是很多创业者以为的那样，可以用别人的资金来创业，但也可能估值低、制约多，得到资金的代价其实很高。

扩张期则不同，此时的业务模式被论证基本可行，只是需要资金的注入以进行模式的复制、扩大。创业者就拥有更多的谈判条件，可能得到更高的估值，或者有更多的选择空间。

随后，我们要强调，**是否选择融资，要看投资人的预期和公司的商业计划可否对齐。**投资人的类型包括人力资本型的、劳务型的、资源型的，但最多的还是财务投资人，即纯资金型的投资人，我们今天分享时所提及的投资人也都是财务投资人。

财务投资人的预期是什么？很多财务投资人是基金，他们的资金也都是从LP募资而来的、需要对LP负责，所以他们最常考虑的是：获得长期稳定的固定资金回报，公司经营盈利的分红，以及最重要的是退出机制，即公司上市或并购的高额回报。很少会有投资人选择长期持有公司股份，以分红作为主要收益，商业纠纷的多发也与投资人对商业回报的追求特别强烈有着密切的关系。

但是，以公司作为载体去做一件事情而并非以契约的形式去做，就是因为公司承载着长期的目标。投资人追求相对短期的回报，公司追求长远的可持续发展，二者之间要找到平衡点，这就是我们说的投资人预期与公司商业计划对齐，只有对齐了，才适合融资。否则，为了拿到资金而忽视双方追求的南辕北辙，这些资金最终会变成烫手山芋，甚至导致创业者的动作变形、违背初心。

二、关于融资的要点

融资的时候要注意六大要点：

我们重点谈谈如何确定估值的问题。对于成熟的企业而言，找到专业的评估机构来确定估值是比较客观的办法，但是创业公司的早期估值可能较难评估，因此常见的估值确定方式有两种思考方向：一种是拍脑袋，另一种是做数学。

创业初期，**拍脑袋**是比较常见的方式，具体措施可以包括：

1. 对标行业内类似的企业，参考其估值；
2. 博克斯法：好的创意（50~100 万元）+好的盈利模式（100~300 万元）+优秀管理团队（100~300 万元）+良好的产品和市场前景（100~300 万元）=初创公司的一般估值，大约在 100 万~1000 万；
3. 风险因素打分法：即从多个维度对企业进行评估和打分。比如：管理风险、目标企业发展阶段风险、政治风险、生产风险、销售和营销风险、融资风险、竞争风险、技术风险、诉讼风险、声誉风险、可能的退出风险……在对标同行业类似企业的基础上打分，并根据分数增减估值。

公司逐渐成熟后，可以通过做数学的方式进行估值，但要留意，做数学的基础是专业财务人员的日常工作，不少创业者仅仅是聘请外部的代记账公司提供财务支持，伴随着公司的发展，外部的一般支持通常是不够用的。

具有代表性的**做数学**的方式包括：

1. P/E（市盈率）：公司估值=市盈率×净利润——适用于发展相对稳定行业、行业不具有明显周期性的企业
2. PEG（市盈率/增长）：P/E÷每股每年度预测增长率（通常为 3 年复合增长率）——适用于利润基础稳定、仍具有较高成长性的企业
3. PB（市净率）：公司估值=市净率×净资产——适用于有大量固定资产、账面价值稳定、流动资产较高的企业（例如银行、保险、生产型企业）及业绩非常差的企业【较少适用于创业公司】
4. EBITDA：公司估值=（市值+负债）÷EBITDA×息税折旧前盈利（EBITDA=毛利-营业费用-管理费用+折旧+摊销）——适用于资本密集型企业及净利润亏损，但营业利益并不实际亏损的企业

概括而言，估值的主要思路就包括：成本法，即评估将公司做到如今的程度，投入了多少成本；市场比较法，即跟同行业的相似公司进行对比，在此基础上调整参考比例或系数，得到一个估值；或者采用收益法，即评估收入、利润等。

三、关于融资的流程

四、关于重点融资条款

（一）对赌和回购条款

对赌条款的实质是对估值进行调整，对赌之后，如果投资人赢了，创业者要对投资人进行补偿；如果创业者赢了，那么补偿就不需要了。

回购条款通常是指，在符合特定条件的情况下，投资人要求被投资公司或创始人以一定的价格购买投资人的股权。所谓的特定条件可以是公司当年出现亏损情形、大股东转股超过特定比例、重大资产出售但未经投资人同意、销售额过低等，但最为常见的情况是：规定时间内无法上市或者被投资公司出现严重的违约现象。

对赌有多种形式，包括：**财务业绩对赌、上市对赌、非财务业绩对赌（KPI）。**根据我们的经验，业绩对赌通常可以谈判，因为过高的业绩要求可能使得公司发展不健康，为了做高业绩付出非常惨痛的代价，反而变成杀鸡取卵。但是，上市对赌的谈判很有难度，因为这关系到投资人能否顺利退出。

如果对赌失败就会涉及补偿，补偿的形式有现金补偿、股权补偿、股权回购，其中，股权回购对创始人或公司而言是比较麻烦的，常见的股权回购形式包括：

1. 要求创始人回购；
2. 要求创始人或者公司回购；
3. 要求公司回购，创始人为公司的回购义务承担担保责任；
4. 要求公司回购，公司不能回购的情况下，由创始人回购；
5. 要求公司回购，公司如不能回购，则视为违约，需赔偿投资人损失，并由创始人承

担连带责任。

有关对赌条款的效力问题，大家可以阅读星瀚撰写过的专业文章：《<九民纪要>下对赌条款的合规打开方式》

在此也给创始人几点提示：

1. 谨慎选择对赌回购的回购主体；
2. 回购条款尽量限制在一定范围内，避免投资人轻易启动回购；
3. 个人回购以公司资产和股权为限，尽量不累及个人财产。

（二）创始人的绑定条款

投资人投资创业公司时，投资的对象是“人”，需要绑定核心团队，即绑定：创始人、股东、高管、其他核心团队成员。而绑定的形式可以包括：服务期、竞业禁止、股权激励、股权限转等。

（三）股东会、董事会条款

股东会、董事会条款由几个部分构成：股东会的权利，董事会的权利，董事的产生（尤其是关于投资人方面董事的产生），董事长的产生方式，股东会、董事会召开程序，股东会、董事会表决程序。

在股东会的组成方面，需要尤其关注如下几点：

1. 创始人应提升对公司的控制权（相对控股 VS 绝对控股）；
2. 首次融资出让股权的 25%红线；
3. 预见在 3 轮融资后，创始人对公司相对控股；
4. 核心创始团队发生变化，及时收回创始人股份；
5. 避免给予投资人在股东会中的过大权力，尤其应关注投资人的“一票否决权”。

这里要提醒大家的是，作为融资方，对一票否决权一定要慎重，如果涉及投资方一票否决权，在实在无法谈掉的情况下，应当要求增加一票否决权的放弃条款以及行使一票否决权的程序要求。

在董事会的组成方面，需要尤其关注如下几点：

1. 董事会应当体现公司的所有权关系，占据公司主要股权的创始人，应当占据董事会的多数席位；
2. 首次轮融资时，董事会人数控制在 3-5 人为宜；
3. 明确在后续融资时，如果新增投资人席位，应当同时增加普通股的董事席位；
4. 避免给予投资人董事过大的权力，尤其是“一票否决权”的行使范围。
5. 董事会参考组成：（1）创始人＋创始人担任的 CEO＋投资人；（2）创始人＋创始人担任的 CEO＋投资人＋由 CEO 提名且董事会一致通过的董事；（3）创始人＋投资人＋由创始人提名且董事会一致通过的独立董事。

我们再来讲一下投资人董事“一票否决权”：一般指股东在投资协议及公司章程中规定，公司董事会决议须经过某一个或者数个董事的一致同意，方可有效通过，即某一个或者数个董事对董事会决议的事项享有一票否决权。

创始人需要注意的是：

1. 慎重考虑“一票否决权”的约定，不可避免的情况下，严格限制触发的红线；
2. 加入规制投资人不正当使用的限制，比如影响公司正常经营、不正当目的。

（四）优先清算条款

除了法定清算触发条款，投资人往往会要求在投资合同中约定更多的清算的触发条件，以保障其退出的权利，常见的包括：（1）无法继续经营，（2）公司被并购，（3）主要资产被收购，（4）股东无法按约回购。

清算时的财产分配方式一般是：先行分配给投资方股东，再分配给创始股东。对于清算后的财产分配，创始人要关注的是投资人的清算退出价格是否合理、各轮投资人之间的优先权是否有冲突等。

（五）领售权与拽售权

领售权条款：在达到某些特定的前提条件时，投资方有权将股权卖给第三方，同时有权要求其他股东（包括创始人）一同将股权出售。这一条款的触发适用一般是在公司经营存在一定问题，投资方继续持有公司股权的意愿比较低的情况，创始人将被动失去公司的控制权，比较经典的例子就是鼎辉行使领售权，导致张兰失去俏江南的的案例。

创始人要注意：（1）在 TS 中将领售权条款谈掉；（2）增加对领售限制的条款（领售权的触发条件、时间、股权收购价款最低额限制、批准程序（需要经过公司董事会一致同意等）、通知程序及收购方范围（非投资人关联公司等）等方面进行限制，防止一旦触发领售权条款后创始股东被“净身出户”的后果）。

拽售权/共同出售权/随售权：在达到某些特定的前提条件时，创始人如果将股权卖给第三方,投资人有权要求收购方一同将股权收购。这个条款可以实现投资人跟着创始人一同退出，但也可能阻碍创始人的退出。

因此创始人需要留意在投资合同中约定除外情况，比如：

1. 基于某种合理的商业目的而需要创始人转让公司股权的情况，例如：为激励公司员工之目的向员工或员工持股平台转让公司股权；为维持创始人必要的家庭生活需要而进行的股权出售等；
2. 为保障投资协议其他权利条款的实现之目的而需要创始人转让公司股权的情况，例如：为履行反稀释股权调整、业绩承诺股权调整、实施领售交易/拖售交易、为实施 IPO（或类似的资产重组）而进行的股权转让等；
3. 由于不可抗力、法院判决、继承等原因需要创始股东向第三人转让相应股权的；
4. 一定的期限：如创始股东在投资交割完成后的 12 个月内出售公司 10%以内的股权，且保持其持有的公司股权在 60%以上，不影响其管理公司的，则不触发共同出售条款，投资人股东不得行使共同出售权。

（六）反稀释条款

这是比较合理的条款，是指在公司开展估值低于上一轮的融资时，投资人为避免其投资利益受到损失，会要求行使反稀释权利，并要求公司或创始人给予额外的补偿。

反稀释的计算方式：

1. 完全棘轮，对投资方最为有利；
2. 狭义加权平均；
3. 广义加权平均，相对最为公平，通常可以被投资人接受。

补偿的方式有几种：

1. 被投企业向反稀释权人定向增发股权；
2. 被投企业创始股东以自有股权进行差额补足；
3. 被投企业或被投企业股东以现金方式对反稀释权人进行补偿。

给创始人的建议：类似的条款往往会导致公司、创始人背负越来越重的责任，在一定程度上对于公司的持续性发展和融资是不利的，因此需要适当对此类投资方权利进行限制。如：增加排除条款，在被投企业出于股权激励的目的增发股权时，允许被投企业以相对较低的价格，在此条件下，不会触发反稀释。

（七）最优惠条款

指对某一投资人而言，如果被投公司给予其他投资人或股东更优惠的条款和条件，则该投资人有权自动享有该等更优惠的条件。类似的条款往往会导致公司、创始人背负越来越重的责任，在一定程度上对于公司的持续性发展和融资是不利的, 因此需要适当对此类投资方权利进行限制。或者，给前面投资人后，后面的投资人可能不同意。

给创始人的启示：

1. 约定适用的例外：可以要求投资人在最惠投资待遇上放弃对某些条款的顺序要求；就部分优惠权利的优先级而言，本轮投资人应次于后续价格更高的投资人；
2. 明确仅特定权利条款适用最惠待遇，如后面投资人在回购权条款的回购条件或优先清算权条款的“视同清算事项”中增加额外事件；
3. 增加触发的限制：若后续投资交易的估值达到某一数值时，本轮投资人不享有最惠待遇条款；或者对最惠待遇条款的有效时间进行限制；或者在某一条款中设置适用限制（如优先清算权条款中的 IRR 最高不超过特定比例）等。

（八）或有负债的保证条款

如发生该等债务、赔偿责任、违约责任，创始股东应对目标公司进行补偿、由目标公司以自己的名义对外承担债务、赔偿责任、违约责任，或者直接代目标公司承担，以使本轮投资人不会因该等债务、赔偿责任、违约责任而受到任何损失。

△

总结来说，融资条款的谈判需要在大局观的基础上，坚持原则，抓大放小，既不能为了融资目的一味退让，也不能局限于条条框框而失去投资和市场机会。在谈判中的很多问题可以和投资人多沟通多了解，针对顾虑点可以模拟场景寻找双方的共识。当然，投融资的交易是非常专业的领域，必要的时候也需要找一个专业的第三方机构来辅助交易。

（本文首发于 2022 年 10 月 31 日）

创始人如何做股权激励？

本文根据卫新律师10月25日在“36氪丨创投氪堂”直播分享时的内容整理而成

我们在第一节课中就提到过，在公司股权分配的过程中，有一类资本就是人力资本。当我们需要吸引更多优秀人才、留住核心员工时，我们常常需要用到我们今天要聊的话题——股权激励。

其实，股权激励并不只是法律问题，如果我们今天只讨论股权激励的法律问题，那我们可以说说文本如何设计，但是股权激励更重要的是管理。现如今，股权激励已经是很多商学院的标配课程，相信几乎没有创业者不知晓股权激励。今天我将从律师、律所创始人的角度，结合实务经验，谈谈我眼中的股权激励，以期对各位有所帮助。

首先，我们假设自己是一位正在找工作的资深高管，收到了以下三个 offer，你会怎么选择？

A. 上市公司50万年薪，一定的业绩奖金

B. 上市公司30万年薪，5000股股票

C. 公司20万年薪，20000~50000股，原始价格

带着这个问题我们开始今天的分享，相信到了课程结束，你会对应该怎么选、怎么设计股权激励有一个自己的理解。

一、股权激励的起源与演变

股权激励是一个舶来品，我们最早熟知的股权激励案例应该是“辉瑞公司的薪酬结构改革”。迫使辉瑞制药提出股权激励最重要的动力是因为当时美国资本所得税远远低于员工工资所得税（当时个人所得税边际税率攀升到92%），于是将高管薪酬进行拆分，变成现金+股权，降低现金薪酬金额，从而有效降低个人所得税。降低税务成本也是现在很多公司进行股权激励的原因之一。

到了1956年，美国潘尼苏拉报纸公司第一次推出员工持股计划(ESOP)，这是路易斯凯尔索扩大资本所有权的思想的应用。

而将股权激励玩到极致的，还要数美国硅谷企业高管工资收入。拿Apple举例，其股权激励的方式如下：

案例一：Apple

36Kr | 创投氣堂　星瀚律師事務所 RICC & CO.

激励主要手段

■ 现金奖励

- 需同时满足销售额、营业利润两项指标
- 达到基本指标，获得全部现金奖励
- 达到预期指标，获得2倍现金奖励
- 达到超额指标，获得4倍现金奖励
- 指标由薪酬委员会确定
- 2016年，苹果6位高管被降薪

■ 股权激励

- 以授予限制性股票为核心股权激励方式
- 限制性股票分为2个部分，其中60%按照时间解禁、40%按照业绩解禁
- 业绩解禁以“股东总回报”进行考核
- “股东总回报”低于标普500中的25%的公司，则无法解禁
- “股东总回报”介于标普500中的25%-55%的公司，解禁25%
- “股东总回报”介于标普500中的55%-85%的公司，解禁100%
- “股东总回报”超过标普500中的85%的公司，解禁200%

股权激励已经在当前美国高科技上市公司高管收入中被使用到了极致

我们知道，Apple 核心高管的收入平均在 2500 万美金以上，而其中的 80%都是股权激励收益，现金奖励在 15%，基本薪酬仅占 4%左右。我们回到最开始的选择题，选项 A 的稳定性和确定性是最高的；选项 B 的激励性更高；选项 C 的发展可能性更大。

所以，从股权激励的起源来看，其主要解决的问题有：**第一，解决委托代理成本的问题。**当经营权与所有权分离后，委托的职业经理人有着强大的控制权，而他与企业的所有权人是产生冲突和博弈的，要将他拉入同一阵营的方式便是让他成为公司的所有者之一，这也是为什么我们将股权激励称为“金手铐”。**第二，降低现金成本和个税负担。**即以股权的形式来吸引高端人才，支付相应的对价。**第三，改变薪酬结构，解决收入分配不均衡的问题。**以传统的公司治理结构而言，会让薪酬结构大量地向资本倾斜，资本方将获得超额的利润，这时人力和资本间便会产生博弈，而股权激励是正面地解决剩余分配的方式。**第四，给高科技企业创业者带来财富神话，推动科技创新。**

再反观国内，中国最早的股权激励是“山西票号”的身股制度：银股、顶身股，与西方的模式是一样的。90 年代起，我国建立起了股权激励的现代体系。

二、股权激励的发展趋势

以上市公司为例，目前股权激励发展呈现三个趋势：

1. **股权激励在现代企业管理中使用广泛，在高科技领域企业尤其突出；**
2. **激励工具从单一向组合发展；**
3. **激励考核周期趋于看重中期激励，大概在 4-5 年；**

而非上市公司的股权激励特征则表现为：**越来越普遍、越来越早期、负面效应越来越大、纠纷越来越多**。

三、股权激励的基础条件

对于已经上市或准备 IPO 的公司而言，是有很好的股权激励的条件。我们将重点放在创业公司，在什么条件下做股权激励更有利，我认为有三：

1.天时——“合适的”时间

我们前面提到，目前非上市公司股权激励的一大特征是越来越早期，但我认为**对于创业公司而言，初创阶段并不是最合适的时机。**因为，首先，股权激励最重要的是让员工能够分享公司成长的收益，而在初创期，公司的成长仍存在较大的不确定性。正如我们一开始给出的 C 选项，不少人会产生这样的疑问：C 不是一个上市公司，它的原始股能不能变现？初创公司的问题在于价值难以评估，即使可以评估，价值也很低，这就意味着公司需要拿出更大的股权比例给到员工，激励效果达不到且付出成本大。我们认为，**公司发展渐入稳定阶段才合适。**如何衡量已经进入稳定阶段？至少在完成 A 轮融资后，这时会有一个清晰的资本或第三方投资人对公司的估值进行初步确认，进而带来“羊群效应”。同时，当投资人介入公司后，通常公司会对自己的发展战略和目标进行梳理，员工的向心力、目标感会更明确，更容易设定考核指标。

2.地利——“合适的”组织条件

- 部门结构条件：公司已经具备一定的部门规模，且部门相对健全；在未来 3-5 年内，不会发生重大部门调整，从而导致激励对象的激增或骤减；对于公司内部部门，有明确的组织规划。
- 股权架构条件：具备或筹设了开展股权激励的平台、确定激励股权的释出来源、股权激励方案通过股东会的同意、激励对象符合与激励股权的对应性。
- 公司经营状况：公司是否已经具备一定盈利能力，或在中期具备产生盈利的可能
- 非上市公司的财务透明度。

3.人和——“合适的”人

即公司要有合适的激励对象，同时，对该对象要有清晰的目标，才能达到股权激励的目的。

四、股权激励的基础工具

五、股权激励的典型问题

（一）股权激励的价格

首先，我们经常碰到的问题时，公司做股权激励需要员工花钱吗？如果要以一定成本购买，怎么定价？传统的激励计划都是有一个定价的，这个价格相对于市场价有一定的折扣率，但目前直接赠送给员工也成为了一种趋势。**我的建议是，可送可买。如让员工付出一些成本，需要在公司现值的基础上给予可观的折扣，并随着公司的发展，股权价值越高，相应调整折扣力度。**当然，也可以送买结合。

（二）股权激励的条件

1.激励的周期：**建议做中期（4-5 年），但仍需要结合企业阶段性的发展目标来确定。**

2.激励的考核指标：主要包括**服务年限、业绩或其他绩效**两类。通常情况下，对业绩指标的考核会有两个维度，一是公司总体目标的达成，以及你所在部门的个人目标的达成。因此，**我们建议，因员工岗位而异，需采用多种考核指标的组合**。股权激励切忌设定虚高的目标，需要既结合实际，又有挑战性。

（三）股权激励的退出机制

退出机制是引发股权激励纠纷中最大的纠纷，一是**过错性退出**，主要是指违反公司制度、同业竞争或损害公司利益，这种情况下，企业是可以剥夺股权的，但需要注意的是，需要在事前找专业的人来设计文本与方案，以免过错性退出条款无法实现。二是**非过错性退出**，例如激励对象重大疾病、遭遇重大意外，抑或是因股权激励计划没有设定好，员工的自身能力无法达到公司的要求，但又不符合过错性退出的规定，公司需要收回股权。因此，非过错性退出需要做非常详细的约定，其中，最重要的便是回购还是保留——我们认为，将这个选择权交给公司。其次，**根据不同情况事先约定回购价格。**

美国心理学家赫兹伯格的双因素理论指出，一个企业中对人的驱动有两个因素：**保健因素和激励因素**。保健因素是指基本工资、工作条件、福利、人际关系，如果保健因素不好，员工会非常不舒服，无法留住人；但是，保健因素无法让人产生积极性，这时就需要激励因素，即被认可、被尊重和自我实现。因此，设置无差别的全员激励，只是一种保健因素。最后，我给大家五个建议：

1. 股权激励必须要有绩效考核。
2. 动态激励。尽管精细的考量和长远的安排是十分良好的创始人态度，但就股权激励而言，是解决当下某个阶段对应的人和事，根据不同的发展阶段分段实施。
3. 完备详尽的管理沟通机制。要做好股权激励基础条件是有透明的财务制度，再有各个岗位对股权激励计划实施的检讨与反馈，让员工对公司的目标有清晰的判断，进而公司做出相应的调整。
4. 人力资源。股权激励核心是获得更多的人力资源，要清楚需要吸引的对象及其特征，以人为本、因人而异。
5. 法律思维。即要有风险评估意识，如果没有好的股权激励文本、法律思维、技术工具来实施落地，是无法达到股权激励的目的的，甚至产生更大的负效应。

（本文首发于 2022 年 11 月 7 日）

企业合同体系与内控反舞弊

本文根据卫新律师 11 月 8 日在“36 氪丨创投氪堂”直播分享时的内容整理而成

经过了此前四次课程的分享，大家已经了解到：优秀创始人的“法力”修炼、创业公司的股权分配、投融资条款怎么谈、以及股权激励怎么做。今天的分享内容会很实务，分成二个部分——企业合同体系建设、内控反舞弊。

企业合同体系建设

订立企业合同的常见目的包括：

1. 固定交易。通过书面形式将谈判内容确定，履行有依据，事后可追溯；
2. 财务要求。是付款的依据、开票的依据；
3. 相对方的要求。也就是应客户或者供应商的要求订立；
4. 自发风险管理。即企业自身合规风控管理要求。

常见的企业合同类型包括：劳动人事类、采购类、销售类、合作类（股权、项目合作）、知识产权类、借贷类。很多企业创始人只看重劳动人事类的合同，因为要招人；以及销售类的合同，因为要开展业务，但事实上，这几种类型的合同都很常见、也很重要。

合同管理体系构建的第一步是明确合同审批流程，其核心在于：需求方和审批方分离。因为需求方和审批方的诉求是不同的，以销售为例，其作为合同的需求方，主要关注签单成功；而法务作为审批方，其职责是风险管理。创业公司里，常常是业务人员提交合同、创始人进行审批，但因为创始人欠缺法律专业知识或者忙于其他事务，后续发生纠纷时，创始人往往会发现，实际签订的合同和当初进行的口头定约并不一致。所以，我们建议合同审批的流程可以设计如下：

企业不仅要有合同签订环节的管理，还应有合同履行环节的管理，我们要讲的合同管理体系构建的**第二步就是合同履约管理**。我给大家的建议是，一定要制作**履约流程表**，要将关键节点体现在这张表单上，包括付款、交货、验收等环节，这张表单如果能够和企业的 OA 系统联系起来就更好了。不仅如此，还要做**履约范围的监督**，确保实际交易与合同签署内容的一致性。此外，企业还要有**履约纠正**的意识，如果履约过程中产生实质性变化，那么就要采取必要的行动，比如发函、变更合同、签订补充协议、甚至是解除协议。

合同管理体系构建的**第三步是建档保存**。其中包含二个要点，其一是合同正本的回收，比如通过传真、邮寄等方式签署的合同，要注意合同正本的回收，避免影响证据证明力；其二是有专人专员保管合同，纸质和电子版合同的分类、分级、编号应建档保存，保证合同可

查询、可追溯。很多企业的合同是一式三份的，对方一份，自己的业务人员一份，法务团队或者管理团队再保留一份。在己方仅保留了一份合同的情况下，建议管理团队保存合同，因为业务人员存在一定的流动性，可能导致合同后续找不到。

最后一个步骤是建立配套的管理制度和配套文本，比如：劳动人事类的合同要配套员工手册、offer、解除通知等；股权投资类的合同需要对应公司章程、议事规则等。

除了建立合同管理体系外，企业还需要进行**合同内容管理**，需要做的工作包括：

1. 建立企业自己的合同库。针对常见业务场景，制定合同模板，形成文本库，聘请专业人员进行合同审查。创业公司在初创期可以聘请律师担任法律顾问，既节省成本，又能确保专业度；发展到一定阶段可以聘请专职法务人员，辅以外部法律顾问，内部的法务人员处理企业日常法律问题，外部的律师顾问应对疑难复杂的事务，形成分工与良性互动。

2. 合同的重点风险把握。这个部分的专业度比较高，我们提炼部分重点信息供创始人参考：

- **签约主体**
  签约主体、谈判主体、实际履行主体的一致，相对方的履约能力、信用情况
- **合同效力**
  确保合同有效，不存在无效情形
- **盖章**
  印章的真伪、协商对接人员的身份识别
- **格式条款**
  重大利害关系的提示义务、协商过程留痕
- **违约责任**
  合同履行重大风险的识别、违约情形与承担方式的一一对应
- **解除**
  解除情形的模拟，解除后合同处理的方式
- **管辖**
  强势/弱势的情况下如何选择管辖，诉讼/仲裁，善用“原告所在地法院管辖”

在此我们小结一下，对于企业的合同体系建设，大家要关注**组织建设、流程建设和文本建设**。

内控反舞弊

企业的业务都汇聚于合同管理体系，即使构建完美，在内外勾结的情况下仍有可能出现漏洞。我们来举一个例子：

甲作为 A 公司工作人员，担任某项目的负责人，利用职务上的便利，在 A 公司与 B 公司合作过程中，为 B 公司获取 A 公司订单，价格高于市场行情 10 万元，并且非法收受 B 公司给予的回扣，共计人民币 55 万元。

A 公司在发现前述商业贿赂之后，停止向 B 公司支付货款，但 B 公司因此起诉 A 公司要求付款。A 公司也提起反诉，要求承担违约责任。并对甲提起刑事控告，非国受贿。

这个案件的结果是，在刑事的部分，甲构成刑事犯罪；但在民事的部分，法院支持了 B 公司要求 A 公司付款的诉讼请求。

由此可见，企业在内控过程中有着诸多困境，给我们带来的**启示**包括：

1. 刑事途径权利救济的挽回金额远远低于实际损失

根据上海星瀚律师事务所出品的《2021 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》，退赔金额占总金额的比例仅为 46%：

	一般员工	中层员工	高层人员	行合计
职务侵占	**65.95%**	25.34%	8.71%	100%
挪用资金	**66.28%**	17.66%	16.06%	100%
非国受贿	27.96%	**55.62%**	16.41%	100%
计算机类	**95.00%**	5.00%	-	100%

2. 私力救济的专业度不足

3. 刑民结合，综合性救济途径

4. 事前预防+事后救济

基于上述启示，我们为企业的内控与反舞弊工作提供如下建议：

1. 文本设计——舞弊的行为模式+对应可执行的违约责任

2. 合同体系及管理体系的结合

（1）内部——内控体系及内部制度：道德承诺(“廉洁承诺”)、保密协议、监管体系（举

报渠道）、供应商入库制度、关联交易管理制度、关联交易披露制度、举报机制、学习培训……

（2）外部——供应商管理：供应商反舞弊条款、供应商廉洁承诺、供应商的披露与配合调查义务……

3. 采用外部辅助措施，例如建立调查机制：

△

小结今天的培训内容，我要提示创业者：1. 重视内部合同文本体系建设，以及合同管理体系的建立和完善；2. 重视反舞弊条款的约定，对内部制度进行补漏；3. 及时寻求专业帮助，采取综合救济措施，刑民结合，调查为辅。希望今天的分享能对大家的内部治理有所帮助。

（本文首发于 2022 年 11 月 14 日）

创业中的股东纠纷与应对之道

本文根据卫新律师 11 月 22 日在“36 氪丨创投氪堂”直播分享时的内容整理而成

合伙创业和婚姻很像，会因共同的理念和兴趣走到一起，但也可能因为各种原因产生矛盾，比如：一方股东认为分配结构不合理，希望改变原先的分配模式；股东在管理上、经营理念上发生分歧，甚至开始“另立山头”、破坏公司的管理秩序；股东出于对现有合作模式、利益分配的不满意，开始自行改变分配模式，甚至出现利益输送、同业竞争等。

发生纠纷后，要么股东经过沟通，达成了意见上的一致；要么股东之间的纠纷难以协调，开始复杂的博弈，而后者是大概率事件，尤其是当一家创业公司得到了一定的发展，对股东而言变得对外有声誉，对内能管理，还能为股东带来源源不断的收益时。

发生股东纠纷后，最终就三种解决方式：**1. 重新合作，但往往“破镜难重圆”；2. 解散清算，公司最终被迫关掉，实质是两败俱伤的结果；3. 一方退出，这是最为常见的情况。**股东纠纷的处理过程就是一轮又一轮的博弈，博弈就是 Game，最典型的 Game 是打牌，所以，我们今天就来讲讲，应对股东纠纷的时候需要如何先“抓牌”、再“打牌”，并且在博弈的过程中换取和解。

第一步：“抓牌”——尽可能地多掌握筹码

“抓牌”，就是争取掌握控制权。当当网的李国庆抢章事件非常有名，当时，网络上充斥着对李国庆的指责，觉得其抢夺公章的举动过于粗暴，但实际上，李国庆抢公章的本质是抢夺公司实体上的控制权。（推荐阅读：《抢夺公章不够体面？但这才是股东争议法律化的序幕》）

我们处理股东纠纷案件时，都会问客户，公司目前是谁在控制。在股东纠纷的处理过程中，如果可以获得公司控制权，那么就是在一定程度上获得了谈判中的优势地位，以及，如果后续继续经营公司的话，也能更为顺利地发展。

实体控制包括对人、财、物三个部分的控制，“人”是指核心团队、关键人员，“财”是指对公司财务的控制权以及知识产权等，而“物”就包括了公章，但除了公章之外，还要关注财务章、合同章、营业执照、银行 Ukey、关键资料、档案、重要合同等。

“抓牌”除了要获得公司实体上的控制权之外，也要争取公司法律上的控制权。根据法律规定，谁能在法律上代表公司？我们要注意三个主体：

- 法定代表人：依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。
- 股东会：有限责任公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构。
- 董事会，董事会对股东会负责。

对股东而言，了解各主体的意义和变更程序非常重要，能够帮助股东合规地获得法律上的控制权。

第二步："打牌"——利用筹码，减少信息差、进行博弈

股东知情权之诉向来被称为股权类争议解决案件中的"前沿阵地"，因为股东只有更为充分地了解公司，才能更好地主张自己的权利。

根据《公司法》第三十三条规定，股东知情权可分为绝对知情权与相对知情权两部分。绝对知情权指公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。绝对知情权是指公司无理由拒绝股东的知情权行使请求，只要股东要求行使该项权利，公司即应当予以配合。

与绝对知情权对应的是"相对知情权"，即股东要求查阅公司会计账簿的权利。两者间主要有如下区别：

（1）股东只有"查阅"会计账簿的权利，但并无复制权。相反，对于绝对知情权的载体，股东有权要求复制；

（2）股东要求查阅会计账簿需行使前置程序；

（3）公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅。（推荐阅读：《股权争议中，股东知情权的范围和意义是什么？》）

基于知情权的行使，股东还可以行使如下权利：

不仅如此，股东还可以考虑结合其他途径解决纠纷，例如：

- 民事角度：股东出资纠纷，损害公司利益纠纷，公司关联交易损害责任纠纷，申请公司清算纠纷等；
- 刑事角度：职务侵占罪，挪用资金罪，虚开增值税专用发票罪等；
- 行政举报：偷税漏税、违章建筑等。

第三步："僵持与协调"——在双方博弈的过程中换取和解

即使可以在第二步以刑事手段致对方于"死地"，也很难让一方彻底退出，所以股东纠纷必然会进入第三步"以战逼和"。我们将股权争议的整体处理思路分为三个阶段：**第一，实现人、财、物全面控制；第二，召集股东会、董事会，实现法律上的控制；第三，击溃相对方的心理防线，**以此达成换取和解的结果。

在了解了股权纠纷常见的形态、特点及应对股东纠纷的三个阶段后，我们再来看看如何避免/应对股权纠纷？我认为，最重要的是**做好事先的自我保护，包括：**

1. **订立良好的协调与退出机制，这也再次强调了公司章程的重要性；**
2. **有一定的自我保护意识，即明确创始人对公司的控制权**

3. 选择合适的合伙人。

对于创始人而言，**最重要的是有大局观的理性化的思维，**需要**意识到股东纠纷是一个多方博弈**，需要将公司、员工、客户、个人等多方利益综合考虑。同时，**不能颠倒手段与目的，**报案、追偿、争夺控制权的最终的目的都是实现“一方退出能够得到合理对价”之一目的。

最后，我总结一下，股权纠纷预防的要点有三：**尊重历史&动态调整；多元化的成本概念；合规经营、做个好人。**

（本文首发于 2022 年 11 月 28 日）

创业中的债务纠纷与应对之道

本文根据卫新律师 12 月 6 日在“36 氪丨创投氪堂”直播分享时的内容整理而成

创业公司常常遇到这样的债务纠纷场景：发货之后收不到货款；提供了服务，但收不回服务费；厂商向经销商提供寄售货物用于销售，合作终止，经销商不承认还有库存货物；租客欠付租金；借出去的钱要不回来；借款担保人消失，不承担担保责任；公司对外付款多打了钱，对方不承认打多了，不肯退……此时，企业与法务部门需要做的工作便是债务追偿。

债务追偿的思路与方式

启动债务追偿需要判断合同是否有效，以及，债权是否成立、是否有瑕疵、是否在诉讼时效内等问题。

债务人在抗辩的时候会有两类方式：程序性抗辩、实体性抗辩。**程序性抗辩中，比较常见的抗辩理由便是管辖权异议以及对诉讼时效的异议。**而实体性抗辩包括以下几种常见的情形：

- **原被告不适格。**很多人觉得这个抗辩理由听来不可思议，但在现实中却很常见，因为实操中，往往存在签合同的主体和做业务的主体不一样、实际做业务的这一方借资质等问题，而在债务追偿的时候，起诉需要严格按照合同关系处理，由此便可能产生原被告不适格的问题；
- **合同效力存在问题。**比如合同的真实性有问题，或者合同违反了国家法律的强制性规定等。有关合同效力的抗辩在我们的实务经验当中出现得非常多，债权人需要引起高度重视；
- **产品未交付/服务未提供。**很多时候，债权人其实已经交付了产品或者已经提供了服务，但是债务人却会持完全相反的讲法。打官司就是打证据，此时的债权人需要承担举证责任；
- **付款条件没有达成。**比如在合同中约定了，要等买方完成验收之后才向卖方付款，由此债务人主张自己还没有验收，这才没有履行付款的义务；又比如合同中约定要提供发票后才付款，而债务人就可能主张债权人没有提供发票或者提供的发票不符合要求等；
- **产品交付不符合验收标准或者存在质量瑕疵。**这也是债务人抗辩的常见理由。

对此，需要我们的债权人采取必要的应对措施从而对债权进行固定，比如：巧用对账单、询证函、催告、公函、律师函等，这类文书不仅可以起到证据固定的作用，还可以中断诉讼时效。

我们认为，前述债务人的抗辩都是比较正常的情况，对此，需要企业提前做到：

1. 重视企业的合规体系建设

我在此前的分享中讲过，在生意的成交阶段，成本可以包含成交前的成本和成交后的成本，成交后的成本由可预见成本与不可预见的成本共同组成。要知道，**不可预见的成本可能会吞噬整个交易目的，不仅是吞噬所有利润，而且会造成本金的损失。而法律定约的费用带**

来的利益就是降低不可预见的成本。（推荐阅读：优秀创始人的“法力”修炼丨创业者的法律必修课①）

所以，**企业要投入合理的成本用于合规体系建设，保证我们签订的合同是具有法律效力的，在主张债权的时候得到公权力的支持，避免因为自身的不合规导致权利的无法实现。**

2. 重视企业业务风控管理体系

我们常说，**企业不仅要有合同签订环节的管理，还应有合同履行环节的管理。**

我此前建议过大家，一定要制作履约流程表，要将关键节点体现在这张表单上，包括付款、交货、验收等环节，这张表单如果能够和企业的 OA 系统联系起来就更好了。不仅如此，还要做履约范围的监督，确保实际交易与合同签署内容的一致性。此外，企业要有履约纠正的意识，如果履约过程中产生实质性变化，那么就要采取必要的行动，比如发函、变更合同、签订补充协议、甚至是解除协议。（推荐阅读：企业合同体系与内控反舞弊丨创业者的法律必修课⑤）

做好履约管理，才有利于在出现债务纠纷时确认债权，凡事留痕是每一个企业经营者都应具备的法律意识。

财产保全的注意事项

我们前面讨论的是较为正常的债务人抗辩情形，但在实务中，我们还会碰到这样的情况：债务人既不偿债，也不抗辩，甚至选择缺席判决。遇到这样的消极债务人，就很有可能遇到了跑路者，即债务人无所谓官司的输赢，想的是，反正就算债权人赢了官司也会执行不到，这就提示我们，一定要注意财产的保全工作。

一方面，债务人及代理律师要**重视财产线索的收集**，例如：从开票信息中可以看出债务人的基本户，从一些基本的案件材料中可以找到对方的收款账户，还可以申请法院进行网络查控（存在地域差异）。另一方面，**债权人的保全动作要及时。**有一个误区是：有质押权、抵押权的财产就不用保全，其实并非如此，因为首封法院可以享有对标的的优先处置权。这些都有赖于债务人和律师之间的配合，以及律师细致、全面的工作。

通常情况下，律师会协助债权人对执行的结果事先预判，包括查询债务人的涉诉情况、被执行情况、是不是已经在失信名单等。以及，也可以起诉起诉保证人、抵押人、质押人，从而实现担保权利。在此过程中需要注意：担保期间、诉讼时效、一般保证或连带保证、担保人是否有担保主体资格、担保是否经过有权机关的决议、不动产抵押是否办理登记、动产抵押是否交付、抵押物是否存在权利负担等问题。

企业负责人需要意识到，**执行本终不是结束，而是开始。**

大家会否遇到这样的困惑：

- 我是原告，拿到胜诉判决，被告公司找不到人，也没钱还了，执行不到钱，怎么办？
- 股东早就把股权转手了，现在的股东根本没有偿还能力，还能起诉转让股东吗？
- 股东出资，钱在账面兜了一圈就回到了股东口袋里，要承担法律责任吗？
- 有个公司欠他们钱，我能要求那个公司直接付给我吗？有什么办法把那笔钱冻结，确保给我们公司？
- 公司股东没有责任吗？我能不能要求股东承担责任？

- 股东把公司掏空，另起山头，股东承担连带责任吗？
- 合作的时候他们注册资本有 1000 万，现在只有 100 万，我能追究他们责任吗？
- 对方公司把名下房产无偿转让给第三方，我能起诉追回吗？

这就需要我们进一步制定策略、采取措施，维护债权人的合法利益。

复杂债务，一追到底

实务中，债务人无法偿债有两种可能，一种是债务人的确经营不善，因为各种原因真实地失去了履约能力，债权人无法再执行到财产；但另一种可能是，债务人存在主观恶意，是有意为之、甚至精心策划的逃债，这也就解释了债权人在与债务人做生意的时候预判债务人是具备履约能力的，但是好景不长、突然反转的原因。对于后者，就需要我们通过专业的方式一追到底。

方式一：追加被执行人

我们在此提示大家，可以追加被执行人的情形包括：

- 未缴纳或未足额缴纳出资的股东
- 对出资承担连带责任的发起人
- 抽逃出资的股东
- 未履行出资义务即转让股权的原股东
- 一人公司的股东
- 未经清算即登记注销，导致公司无法清算，追加责任股东

方式二：主张债务人格混同责任，追索实控人及其实际控制的关联公司

在我们办理过的很多案子当中，债务人之所以还不出钱，是因为其有很多关联公司，而债务人将利益都输送到了关联公司当中，造成了合同签约主体无力偿还债务的假象。

我们主张的人格混同就是要把与债务人有关联的公司都纳入进来，依据是《公司法》的第二十条和《九民纪要》的第十条。**常见的混同情况包括：财产混同、人员混同、业务混同、场所混同。**具体到现实生活中的场景会有：

- 股东无偿用公司的钱进行个人消费、偿还个人债务，甚至公司的钱和股东的钱不分家，两者无法区分；
- 几个关联公司的钱不加区分，哪个公司有钱就用哪个付（股东把公司的钱无偿用在关联公司上，不作财务记载；
- 公司的财产记在股东名下，由股东占有、使用的；
- 一套人马，一个办公地，多块牌子。

债务人及律师如果发现上述情况，就可以尝试刺破公司面纱，其含义是，有限责任公司的有限责任就相当于实际控制人、股东的面纱，有这层面纱的时候，就只是公司承担有限的责任，而刺破之后，实控人、股东都要去到偿还债务的前端去承担责任；以及，不仅实控人、股东要承担债务，他们控制的关联公司也要承担责任，这就变成了反向刺破公司面纱。比较典型的情况包括：

- 母子公司之间或者子公司之间进行利益输送的；

- 母子公司或者子公司之间进行交易，收益归一方，损失却由另一方承担的；
- 先从原公司抽走资金，然后再成立经营目的相同或者类似的公司，逃避原公司债务的；
- 先解散公司，再以原公司场所、设备、人员及相同或者相似的经营目的另设公司，逃避原公司债务的。

当然，人格混同的构成在司法认定上存在很多难点，这就需要专业律师进行充分的思考和谋划，全局性地提供解决方案，并且采取有利的行动，包括充分收集和掌握公开信息、开展实地调查、并且借助司法手段调取内部财务资料等。

基于我们团队处理人格混同类案件的实践经验，我们认为，律师一定要做好充分的工作，查到一定程度的有利证据或线索提供给法院，由此才能申请法院调查令、启动司法审计。

方式三：债务人股东出资责任，追索股东

此时可以关注的对象包括：未出资的股东、出资瑕疵的股东、抽逃出资的股东、违法减资的股东（未通知股东）、未出资就转让股权的股东。

方式四：代位权诉讼、撤销权诉讼、恶意串通损害第三人诉讼

在此为大家提供一些发现债务人对外债权的途径，包括：工商内档、中登网登记的应收账款的质押和转让信息、裁判文书网、中标信息查询网站等。

方式五：追究清算责任

常见的追究清算责任的情形包括：

- 公司账册、重要文件灭失，导致无法清算的
- 公司解散后恶意处置公司财产的
- 清算组未按规定通知，导致债权人未及时申报债权而未获清偿的
- 执行未经确认的清算方案，给债权人造成损失的，可要求清算组成员承担赔偿责任

此外，债权人和律师还可以结合实际情况，采取刑民交叉等方式主张权利。

总结

综合今天的分享，我想告诉大家的是，企业经营的过程中难免遇到欠钱不还的情形，此时就需要企业采取一定的方式，将钱追讨回来。为此，需要企业做的是：

1. 事前预防

包括：重视合同文本、合同审核；提前核查对方的资信情况、交易合规性、付款能力等。不要因为合同本身存在漏洞，导致主张权利时被质疑合同效力。

2. 事中监督

需要做到：合同履行记录的固定；合同履行过程中对相对方进行涉诉纠纷的跟踪、工商变更的跟踪（转让股权、变更法代、减少注册资本需警惕）。

3. 事后修正

即：重视风险处置（及时催告、保全财产）；重视调查、刑民结合、制定整体策略。

处理债务纠纷依赖于企业对于法律的战略思考，需要企业家和法务部关注**企业合规、内控、内审、反舞弊体系的建设**，这种建设要深入到：**制度层面、组织层面、思想层面、战略层面、机制层面、技术层面**，如此才是对债务纠纷的有效应对和解决之道。

（本文首发于 2022 年 12 月 12 日）

企业并购与上市

本文根据卫新律师12月29日在“36氪丨创投氪堂”直播分享时的内容整理而成

创业者创立的公司发展到一定阶段，就会面对几种选择，可能是继续以有限责任公司的形式存续下去，也可能发展为一家家族企业。我们看到，很多国外的知名品牌都不是上市公司，股东往往是某个家族的基金会，公司交由专门的职业经理人打理，而家族成员可以通过基金会获得收益，保证衣食无忧。或者，在公司发展较好的情况下被并购或上市。不过，也有可能是公司的发展不尽如人意，进入清算或者破产程序。

我们今天要讨论的是企业并购与上市，其对财务投资人而言都是很好的退出方式。根据中基协发布的《中国私募股权投资基金行业发展报告（2021）》，2020年，以并购形式（协议转让+整体收购）退出的案例占行业内成功退出的总金额比例及项目数量比例均接近 40%，而以企业上市的方式退出的成功案例却很少，但是，上市所获的回报率显著高于其他的退出方式。

如果选择企业并购，其流程与投融资是较为接近的，大家可以参考我此前分享过的内容：《创始人如何谈融资条款？丨创业者的法律必修课③》。不过创始人需要注意，并购往往不是一次性的交易，很多时候，收购方还是会要求创始人持续经营公司，且对创始人在企业并购后处理文化融合、管理融合等事务方面提出要求，有一定的KPI考核。在此过程中，创始人获得的收益也未必是现金形式，可能是股权，使得创始人的表现对并购后的公司发展产生持续影响。

我们今天要重点关注企业上市，即一家私人公司变成公众公司。很多企业之所以选择上市，是因为创始人在创业的过程中做出过太多承诺，对合伙人的、对高管的、对外部投资人的，被承诺的对象都追求高额回报，所以兑现承诺最直接的方式就是在资本市场公开发行股票，让股权具有流动性，也产生更高的价值。

资本市场概述

我们国内的场内市场主要包括：主板、科创板、创业板、北交所；场外市场包含：新三板（基础层、创新层）、区域性股权交易市场（四板）等。我们概括性地介绍一下场内市场：

- **主板：**指的是沪深主板，在上交所上市的主板企业股票代码以60开头，在深交所上市的主板企业股票代码以000开头。**主板市场上市门槛较高，对发行人的营业期限、股本大小、盈利水平、最低市值等方面都具有较高要求**；
- **中小板：**属于主板市场的一部分，是深交所主板市场中单独设立的一个板块，发行规模相对主板较小；
- **创业板：**为具有高成长性的中小企业和高科技企业融资服务的资本市场。与主板市场相比，**在创业板市场上市的企业规模较小、上市条件相对较低**，中小企业更容易上市募集发展所需资金；
- **科创板：**我国首个实行注册制的场内市场。科创板重点关注三类企业：**（1）符合国家战略、突破关键核心技术、市场认可度高的科技创新企业；（2）属于新一**

代信息技术、高端装备、新材料、新能源、节能环保以及生物医药等高新技术产业和战略性新兴产业的科技创新企业；（3）互联网、大数据、云计算、人工智能和制造业深度融合的科技创新企业；

• **北交所：**定位“中小创新企业”，助力“专精特新”中小企业茁壮成长。**北交所重点支持先进制造业和现代服务业**，不支持金融业、房地产业企业在北交所上市，同时，公司不得属于产能过剩行业、《产业结构调整指导目录》中规定的淘汰类行业，以及从事学前教育、学科类培训等业务的企业。**北交所上市的前置条件之一是在新三板创新层或精选层挂牌。**

企业上市流程及时间表

各上市板块的主要差异在于面向行业以及上市的一些硬指标（如业绩指标、科创属性），且在一些细节问题上（如关联方的认定）会有差异，但除北交所外，时间及流程安排基本是类似的，上市过程中面临的主要问题（尤其是法律问题）也是类似的。

企业上市的大致流程：

准备	尽职调查 改制辅导	前期审批	文件准备 和申报	交易所审核 证监会注册	调研营销	路演推介	发行	上市	持续督导
• 确定保荐机构（主承销商） • 确定其他中介机构（律所、会所、评估机构） • 成立IPO工作小组 • 讨论重大问题 • 确定IPO时间表 • 与各监管部门进行预沟通	• 保荐机构：协助企业制定改制上市方案、协助企业确定募集资金投向 • 律师：规范公司治理、审核法律文件 • 审计师：内部控制、财务审计、中介机构上市辅导	• 董事会决议 • 股东大会决议 • 募投项目、环保核查	• 招股说明书等发行人文件 • 保荐机构文件 • 律师文件 • 审计师文件 • 保荐机构内核文件 • 向中国证监会或沪深交易所保送申请材料		• 营销策略 • 投资价值分析报告 • 与分析师、潜在投资者初步沟通 • 了解投资者意向，接受市场反馈	• 管理层路演 • 网上路演，科学分析市场需求信息 • 确定发行价格	• 定价发行 • 网下配售 • 网上发行 • 网上、网下申购资金验资 • 摇号抽签 • 向交易所报送发行申请文件 • 向登记公司报送股份登记申请文件 • 公告发行结果	• 向交易所报送上市申请书 • 上市公告书挂网 • 挂牌交易	• 投资者关系 • 持续督导
准备	执行					发行上市			

在时间节点方面，确定中介机构之后的初步尽职调查约为 2-3 个月，完成整合、进行整改和规范大约 3-6 个月，持续整改和规范运作约为在完成股权整合后 3 年，全面尽职调查、准备申报文件约 6-9 个月，交易所审核、证监会注册约 9-12 个月。

企业上市中面临的主要问题及解决思路

企业早期对于合规事项的重视程度、自身内控制度的完善与否、以及执行程度高低，将影响中介机构开展上市相关工作的难度及效率，进而影响企业上市推进进度及成功率。我们今天交流一些典型问题。

1. 出资问题

目前，创业者在创业初期是无需一次性实缴注册资本的，但到了上市的时候，股东的出资义务必须全面履行。

《首发业务若干问题解答（2020 修订）》（证监会于 2020 年 6 月 10 日发布并实施，以下简称“《首发问题解答》”）对出资瑕疵问题提到：**“发行人的注册资本应依法足额缴纳。**发起人或者股东用作出资的资产的财产权转移手续已办理完毕。**保荐机构和发行人律师应关注发行人是否存在股东未全面履行出资义务、抽逃出资、出资方式等存在瑕疵，或者发行人历史上涉及国有企业、集体企业改制存在瑕疵的情形。历史上存在出资瑕疵的，应当在申报前依法采取补救措施。**保荐机构和发行人律师应当对出资瑕疵事项的影响及发行人或相关

股东是否因出资瑕疵受到过行政处罚、是否构成重大违法行为及本次发行的法律障碍，是否存在纠纷或潜在纠纷进行核查并发表明确意见。发行人应当充分披露存在的出资瑕疵事项、采取的补救措施，以及中介机构的核查意见……”

就此，公司在拟上市前需要做到：（1）关注历史沿革中的股权变动及出资问题。对于每次增资，尤其是引进外部投资人时，稳妥起见建议聘请第三方中介机构进行验资。对于验资报告，如工商局不归入内档，建议及时提供扫描件于常法律师，以便及时发现、解决相关问题；（2）对于非货币出资的情况，建议均聘请三方机构进行评估，且应遵循“实质重于形式”原则，使用有实际价值、权属清晰的非货币财产进行出资；（3）关注出资期限，保证在出资期限届满前足额出资；（4）对于公司减资的情况，应基于合理原因作出，完整履行法定程序，并保存相关凭证原件。

2. 股权代持问题

《首次公开发行股票并上市管理办法（2022 修正）》第十三条规定：发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发行人股份不存在重大权属纠纷。《首发问题解答》对股权清晰问题提到：“对于历史沿革涉及较多自然人股东的发行人，**保荐机构、发行人律师应当核查历史上自然人股东入股、退股（含工会、职工持股会清理等事项）是否按照当时有效的法律法规履行了相应程序，入股或股权转让协议、款项收付凭证、工商登记资料等法律文件是否齐备，并抽取一定比例的股东进行访谈，就相关自然人股东股权变动的真实性、所履行程序的合法性，是否存在委托持股或信托持股情形，是否存在争议或潜在纠纷发表明确意见。**对于存在争议或潜在纠纷的，保荐机构、发行人律师应对相关纠纷对发行人股权清晰稳定的影响发表明确意见。发行人以定向募集方式设立股份公司的，中介机构应以有权部门就发行人历史沿革的合规性、是否存在争议或潜在纠纷等事项的意见作为其发表意见的依据。”

股权代持在创业公司中并不罕见，其存在的原因往往是要隐藏某个背后的目的，例如：隐名股东是公务员身份、隐名股东是我国法律不予准入的主体、隐名股东是公司的客户进而存在利益输送等情形，这些情形能否存在、有何风险，是创始人要慎重考虑的。我们建议：（1）聘请专业机构在出资时就对于公司股东（尤其是自然人股东）出资来源进行核查，对于其中存在的疑似代持情况做到提早发现；（2）做员工股权激励时，在合理的范围内将出资来源核查作为重要的流程性工作，避免因员工为利益相关方代持而出现的舞弊风险，这也是公司内控制度的重要一环；（3）如果公司有上市规划，尽量避免主动采取代持的方式试图规避相关问题。

3. 投资人特殊权利条款的终止

《首发问题解答》就对赌协议问题指出：**“投资机构在投资发行人时约定对赌协议等类似安排的，原则上要求发行人在申报前清理，但同时满足以下要求的可以不清理：**一是发行人不作为对赌协议当事人；二是对赌协议不存在可能导致公司控制权变化的约定；三是对赌协议不与市值挂钩；四是对赌协议不存在严重影响发行人持续经营能力或者其他严重影响投资者权益的情形。保荐机构及发行人律师应当就对赌协议是否符合上述要求发表明确核查意见。发行人应当在招股说明书中披露对赌协议的具体内容、对发行人可能存在的影响等，并

进行风险提示。”

对于只与创始股东对赌、而不与目标公司对赌的情形，一些投资人会坚持认为不明确违反首发相关规定，不同意不附恢复条件的终止，甚至不同意终止对赌条款。为此，**建议在公司融资与外部投资人洽谈时，提前就该问题进行沟通，并在投资协议或股东协议中进行原则性的约定。**

4. 关联方与关联交易

《公司法》第二百二十六条第（三）项规定：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。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。《公司法》对于“关联关系”作出了相对模糊的定义。实践中，**对于“关联方”的认定细则，各板块还会存在细微的区别**。

对此我们建议：（1）制定符合相关规定且切实可行的关联交易管理制度（内控制度），并遵照执行；（2）报告期内，在内部人员（证代、董秘）、外部人员（中介机构）配合下，识别并核查关联方，不遗漏关联方、关联交易；（3）理解关联方核查的必要性与常见方式，并积极配合（董监高、5%以上股东填写调查表，完整披露近亲属，配合调取投资任职报告等）。

企业上市往往关注“技术性要素”，但企业自身的合规性、内控及执行情况也是满足上市条件的“实质性要素”，因此，企业还是要提高合规和内控意识，与专业机构深度协作。

并购与上市是公司价值被发现、被传递、被放大的过程，需要克服创业者的私利、错误的创业逻辑、短期的机会主义。

△

今天是《创业者的法律必修课》系列课程的最后一次分享，在过去四个月里，我们进行了八次主题分享，内容涵盖：优秀创始人的“法力”修炼、创业公司的股权分配、创始人如何谈融资条款、创业公司如何做股权激励、企业合同体系与内控反舞弊、股东纠纷的应对之道、债务纠纷的应对之道、企业并购与上市。

我在课程初期的时候就说过：公司是一个伟大的发明，公司可以促进协作、集聚财富。我自己也是创业者，我创立的上海星瀚律师事务所刚刚度过 12 周年纪念，过程中，取得了上海十佳律师事务所、上榜 Chambers 等荣誉。但创业的过程是艰难的，我一直说，**创业就是一场分娩，一旦开始，就无法暂停。公司是创业者的孩子，但和自然的孩子相比，“他”的父母不是无私的，股东的目标本就是利己和充满控制感的。而公司走向成熟和独立的趋势，是法人独立的本质属性决定的，也是创业成功的标志，在这一点上，是创业者最难跨越的人性鸿沟。**

公司的第一性原理就是更深刻的人类合作，为此，我们的创业者要摆脱个体局限、创设独立的法人人格、追求长期的商业目标。祝愿我们的创始人都能与股东共同协作、克服风险，创造长期的财富。

（本文首发于 2023 年 1 月 4 日）

星瀚海事

海事事故调查报告与责任认定书不具有可诉性是否已成定论？

李洪伟、黄美春

海事事故调查报告与责任认定书是否具有可诉性一直是业内存在争议性的问题。2021年12月31日，最高人民法院民四庭印发的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》（以下简称《2021年涉外商事海事审判纪要》）第89条对此问题进行了回应，具体内容如下：

【海上交通事故责任认定书的不可诉性】根据《中华人民共和国海上交通安全法》第八十五条第二款“海事管理机构应当自收到海上交通事故调查报告之日起十五个工作日内作出事故责任认定书，作为处理海上交通事故的证据”的规定，海上交通事故责任认定行为不属于行政行为，海上交通事故责任认定书不宜纳入行政诉讼受案范围。海上交通事故责任认定书可以作为船舶碰撞纠纷等海事案件的证据，人民法院通过举证、质证程序对该责任认定书的证明力进行认定。

此纪要公布后，有观点认为，海事事故调查与责任认定行为是否具有行政可诉性问题已有定论，海事事故调查报告与事故责任认定书不属于行政诉讼受案范围。

为理解89条之适用，笔者撰写本文试与读者进行探讨。

一、问题的由来

最高院民四庭在2019年5月20日项交通运输部海事局进行复函，明确“依据行政诉讼法及司法解释有关规定，行政机关行使行政职权过程中作出实际影响行政相对人权利义务的行为，均属于行政诉讼受案范围，法律另有规定除外。目前我国交通事故责任认定书不仅对有关事实进行确认且对当事人的责任进行了分配，实际影响了行政相对人权利义务，在民事诉讼中作为处理交通事故案件的证据，并不能成为阻碍行政相对人向人民法院提起行政诉讼的理由。公安机关交通管理部门制作的交通事故认定书之所以不可诉，是因为《道路交通安全法》第七十三条作出了特别规定予以排除。将水上交通事故责任认定书排除行政诉讼受案范围没有法律依据。”我们注意到《中华人民共和国海上交通安全法》在上述复函日期后的2021年4月29日修订，2021年9月1日开始实施，上述提及的八十五条第二款即在本次修订中加入，因此，民四庭之前的复函，因为有了《中华人民共和国海上交通安全法》的明确规定，民四庭认为调查报告和责任认定书不可诉有了明确的法律依据。

二、本文尝试探讨和分析的若干具体问题

（一）就海上交通事故与船舶污染事故出具的共同事故调查报告是否不具有行政可诉性？

根据《海上船舶污染事故调查处理规定》第十一条规定，船舶因发生海上交通事故造成海洋环境污染的，海事局对船舶污染事故的调查与船舶交通事故的调查同时进行，并且，实践中往往对海上交通事故与船舶污染事故调查结果进行合并，出具一份事故调查报告作为两项调查的共同报告。此类共同报告同时包含海上交通事故与船舶污染事故的责任

认定，并不仅是《2021 年涉外商事海事审判纪要》第 89 条所规定的海上交通事故责任认定行为，此时，此条规定能否作为认定该共同事故责任认定行为行政可诉性的法律依据？

值得注意的是，《海上船舶污染事故调查处理规定》第二十一条："船舶污染事故当事人对事故认定不服的，可以在收到《船舶污染事故认定书》之日起 15 日内，向船舶污染事故调查处理机构或者其上级机构申请一次重新认定。"该条规定表明，当事人有权对船舶污染事故责任认定行为申请重新作出。根据《2021 年涉外商事海事审判纪要》的意见，海上交通事故责任认定行为不属于行政行为，行政相对人即事故当事人无法对该行为申请行政复议或提起行政诉讼，更不可能申请行政机关重新作出。实际上，《海上交通安全法》也确未规定行政当事人可以申请重新认定。可见，法律法规对海上交通事故责任认定行为与船舶污染事故责任认定行为的认定似乎并不相同，那么，《2021 年涉外商事海事审判纪要》第 89 条能否适用于包含船舶污染事故责任认定的共同事故调查报告，还需进一步探讨。

（二）包含对事故责任人明确处理建议的事故调查报告实质上已经对公民、法人或者其他组织权利义务产生实际影响。

支持海事事故调查报告或责任认定书不属于行政诉讼受案范围的主要理由是海事事故调查与责任认定行为不是法律责任分配的认定，对行政相对人的权利义务并不直接产生实际影响，故不具有行政可诉性。多数海事事故调查报告主要包括事故基本情况、事故原因、事故责任认定和安全管理建议，如前述观点所言，该事故责任认定通常仅对涉事船舶的主次责任进行划分，并不涉及任何处置相关责任人权利义务的内容。但是，部分特别重大海事事故的调查报告还会出具对事故责任人的处理建议，部分处理建议中，交通运输部或交通运输部海事局成立的调查组直接认定责任方违反具体的法律规定，建议下属海事局作出具体处理决定，对当事人的权利义务处置作出了非常明确具体的建议。以《青岛"4·27"船舶污染事故调查报告》（https://www.msa.gov.cn/page/article.do?articleId=93D989DA-CA4B-4BBC-919A-8857DE4505DF）为例，交通运输部会同生态环境部、农业农村部及山东人民政府成立调查组出具调查报告，报告中明确建议由行政层级较低的青岛海事局按照相关规定做出行政处罚。

下属海事局并没有对特别重大海事事故的组织调查权，尽管调查报告中的措辞是"建议"，但下属海事局会接受上级机关组织调查组报告之明确处理建议是大概率事件，调查报告实质上已经构成对公民、法人或者其他组织权利义务产生实际影响。

（三）行政诉讼审判实践在其他事故调查领域的案件中的意见或许可以作为前述问题的参考。

1、《生产安全事故报告和调查处理条例》规定，人民政府负责成立调查组对事故进行调查，出具事故调查报告，并对报告作出批复，当事人就调查报告及其批复提起的行政诉讼同样面临报告批复对行政相对人不具有法律效力、并非最终行政行为、仅为事故处理的证据等抗辩。

2、最高人民法院在（2018）最高法行再 127 号案认为：*县级人民政府对一般事故调查报告的批复，虽从形式上看是上级行政机关对下级行政机关所作，但其认定了事故责任，且这种认定具有公定力和约束力，对公民、法人或其他组织的合法权益可能产生不利影响，故根据上述规定所作批复具有可诉性……62 号批复构成针对特定主体就特定事项作出的行政处理决定，已对再审申请人的权利义务直接产生实际影响，该批复构成可诉的行政行为，属于人民法院行政诉讼的受案范围。*

3、最高人民法院在（2018）最高法行申 2613 号案中明确提出：*要防止“一刀切”，不宜泛化认定相关实际影响而将批复一律纳入行政诉讼的受案范围，亦不可片面限缩援引司法解释上述规定而将批复一律拒之门外。要结合案件的具体情况，看是否对当事人的实体权益产生重要影响和侵害，是否存在明确设定或者改变其权利义务的情形，是否确有必要对在此环节所作的行政行为的实体、程序合法性单独进行审查判断，从而对不同表现情形的批复之可诉性作出科学合理的界定。*

可见，行政诉讼司法实践中，针对事故调查报告具有不同情形，行政可诉性的认定并不以特定文件形式而一刀切认为所有事故调查报告均不具有行政可诉性，关闭权利义务受到实际影响的当事人通过法定程序维护其正当权益的大门。

总结

1、理解：按照纪要现在的内容，不可诉为常态，可诉为例外。纪要明确表示在适用中存在的问题需及时层报最高人民法院民四庭，后续纪要存在被再次调整的可能性。

2、观点：海上交通事故与道路交通事故相比，复杂程度更高，涉及利益方更多，在事故调查报告及责任认定书的可诉性问题上，与类比适用道路交通事故责任认定书的处理方式相比，我们认为，类比适用《生产安全事故报告和调查处理条例》的处理方式，会更符合实际情况。

（本文首发于 2022 年 2 月 28 日）

海上货物运输中承运人货损免责事由认定

之驾驶或管理船舶中的过失

李洪伟、黄美春

一、问题提出

对于海上货物运输中承运人责任期间内货物发生的灭失或者损坏，《海商法》第五十一条第一款明确规定十二项承运人可援引的免责事由，其中，部分免责事由因涉及海上航行、船货管理等具有较高复杂性、专业性的问题，当事人在具体案件中援引或抗辩此类免责事由存在一定的困惑难度。就《海商法》第五十一条第一款第一项“船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失”（以下简称“驾驶或管理船舶中的过失”），本文尝试通过现有裁判文书总结法院认定此项承运人货损免责事由的裁判思路与尺度。

二、法院裁判思路

参考现有案例，认定是否构成驾驶或管理船舶中的过失免责，通常需要审查：1、是否属于船长、船员、引航员或者其他受雇人的过失行为；2、货损原因是否属于船员、引航员或其他受雇人驾驶或管理船舶范围内的行为或事项，明确排除与船舶适航与管货有关的事项，在驾驶或管理船舶中的过失与管货过失共同导致货损的案件中，法院还可能进一步区分管货过失对货损的作用比例，以确定承运人可免责与不可免责的比例。

三、法院认定船长、船员、引航员或者其他受雇人过失的尺度

根据《海商法》第五十一条第一款第一项的规定，承运人主张免责仅限于船长、船员、引航员或者其他受雇人的过失，并未限制必须是重大过失，可排除的是船长、船员、引航员或者其他受雇人等的故意行为。最高人民法院在“smartlisa”轮案[（2019）最高法民申 2021 号]中的认定提供了对过失的进一步理解：“案涉事故发生的直接原因和主要原因为船长的失职行为和引航员的处置不当，不符合上述海商法规定的承运人免责情形。”该案《水上交通事故调查结论书》中载明的船长的失职行为和引航员的处置不当，具体为：1、船长失职，未按规定落实船舶进港各项安全措施，船舶进港航行时长时间离开驾驶台，在船舶发生险情和处置过程中不在岗；2、引航员处置不当，在下达航线指令后，没有对下达指令进行校核，船舶发生险情时处置不当。按照该意见，上述船长的失职行为和引航员的处置不当已超出驾驶船舶中的过失范畴，那么，是否表明船员失职行为均将排除在驾驶过失范畴之外，裁定书并未过多展开，但可以表明的是最高人民法院对船员过失的认定作了一定限缩，可排除的不再仅限于船员的故意行为。

船员过失的认定需要承运人举证，证明货损是由船员过失行为导致、该船员行为属于过失。在部分事故原因较为清晰的碰撞、触礁等典型海事事故导致货损的案件中，基于船员驾驶或管理船舶的过失通常是事故发生的主要原因，法院往往根据承运人提供碰撞事故调查报告、责任认定书、航海日志、海事声明及救助报告等证据即可认定构成船员过失。在极个别

案件中，基于特殊的现实情况，法院对承运人的举证要求也有降低可能，通过全案事实排除故意推定过失的成立。例如，“北机”轮案[(2005)桂民四终字第 2 号]中，因海事部门未对事故原因和责任作最终结论，广西壮族自治区高级人民法院认为，各方均认可案涉船舶发生碰撞事故是不争的事实，无论责任应归于碰撞船舶中的哪方，在没有证据证明船舶碰撞是承运人故意所为的情况下，北海海事法院推定案涉船舶碰撞系因船长、船员等在驾驶船舶中的过失造成，符合本案客观事实。

四、法院区分驾驶或管理船舶行为与船舶不适航、管货过失的尺度

货损发生的原因是否属于船员、引航员及其他受雇人对船舶的驾驶或管理行为的认定中，当事人通常对单纯的船舶驾驶或其他航行操作行为没有较大争议，当事人的争议焦点主要集中于货损原因涉及船舶适航或管货义务等不可免责事由的情形，以下分别总结法院在具体案件中区分驾驶或管理船舶过失与船舶不适航、管船过失的意见与尺度。

（一）驾驶或管理船舶过失与船舶不适航的区分

《海商法》第四十七条规定承运人在船舶开航前和开航当时应当谨慎处理，使船舶处于适航状态，运人违反适航义务，不得援引免责条款。实践中，部分承运人船舶适航义务的履行实际由船员执行，船员的过失行为也可能导致船舶不适航，因此，船员驾驶或管理船舶过失免责的认定需要区分该船员行为是否构成船舶不适航。法院就此问题的认定尺度可从争议较多的航行计划制定过失类案件中分析。

在“联盟 9”轮案[（2017）辽 72 民初 395 号]，大连海事法院认为，“根据《中华人民共和国船员条例》第二十四条规定船长有决定船舶航次计划的权力，船舶航次计划应包括制定计划航线，故未制定计划航线属于船长的管船过失，不属于承运人义务，不构成船舶开航前和开航当时不适航”。此意见主要从行为归属的角度区分是否属于船员过失还是承运人的过失，但是，船员过失与承运人过失并非是完全没有交叉的范围，船员过失也可能导致船舶不适航，构成承运人对适航义务的违反。就该案当事人主张船员未制定计划航线构成不适航的上诉主张，辽宁省高级人民法院在二审[（2019）辽民终 1521 号]中从该船员过失行为是否严重到使得船舶不适航的角度进行了具体分析，法院审查后认为，“案涉船舶在涉案航行过程中系根据引航员指定的航行路线和航区的其他船舶航行情况进行的航行，且我国是港区内强制引航国家，在我国港区内必须由引航员引航航行，船舶制定的航行计划在我国港区内航行并不能发挥作用，亦不能对抗引航员的引航指令，故案涉船舶在涉案航行过程中未制定航行计划并不属于不适航情形”。

可见，基于船员行为可能导致船舶不适航，即便导致货损的船员行为属于驾驶或管理船舶中的过失行为，也可能导致船舶不适航，因此，认定驾驶或管理船舶过失免责成立与否，仅从行为或义务归属角度区分是不够的，需要具体审查船员过失行为是否严重到使得船舶不适航。

（二）驾驶或管理船舶过失与管货过失的区分

《海商法》第四十八条规定，“承运人应当妥善地、谨慎地装载、搬移、积载、运输、保管、照料和卸载所运货物”，承运人须对管货过失导致的货损承担赔偿责任。承运人援引

驾驶或管理船舶过失免责，区分货损原因是管船过失还是管货过失是当事人的主要争议焦点之一。

当船员驾驶或管理船舶的过失与管货过失均对货损发生有原因力的情形下，有法院意见认为需区分管货过失对货损发生的作用比例，承运人以驾驶或管理船舶过失为由主张的免责范围不包括该比例范围内的责任。例如，上海市高级人民法院在“尤利”轮案[（2014）沪高民四（海）终字第 119 号]中，绑扎系固缺陷与“尤利”轮船长在面临台风“梅花”时的驾驶船舶过失共同导致了涉案货损的发生，酌定绑扎系固缺陷对涉案货损的发生起到 20%作用，实际负责货物绑扎的承运人对该部分责任不可主张免责，最高人民法院在该案再审中维持此认定[（2016）最高法民申 1602 号]。

而在无法区分货损原因属于驾驶或管理船舶过失还是管货过失的情形下，有法院观点认为，承运人须举证证明已妥善履行其应负的管货义务，否则不能免责。例如上海市高级人民法院在“达飞塔尼亚”轮案[（2002）沪高民四（海）终字第 35 号]中认为，该案关键是查明本次事故发生的原因是管船过失还是管货过失，因承运人未能充分完成其已妥善履行对集装箱系固、积载的管货义务的举证责任，不能主张免责。

当货损发生于驾驶或管理船舶过失导致的事故处理或救助过程的情形中，也存在对驾驶或管理船舶过失与管货过失的区分争议。在“德明”轮案[（2013）大海商外初字第 3 号]中，船长、船员驾驶船舶过失导致船舶触礁搁浅事故，在船货救助过程中 1 号货舱内的货物全损，大连海事法院认为，即使因救助措施进一步扩大了货损程度和范围，只要救助措施合理，搁浅造成货舱破损进水而损坏货物的原因力没有中断，就不能认定为承运人的管货过失，承运人有权主张免责。在“东方先锋”轮案[（2013）海商初字第 129 号]中，船舶发生碰撞事故后，承运人负责卸载货物至驳船并转卖，货物在驳船转运期间全损，北海海事法院认为，货损发生在承运人委托和管理的驳船上，船员驾驶碰撞事故船舶中的过失不适用于驳船上发生的货损，承运人无法证明其已对驳船上的货物尽到妥善管货义务，应对货物在驳船上发生的损失承担赔偿责任。上述两则案例表明，对事故救助期间的货损，法院通过考察驾驶或管理船舶过失导致的事故对货损发生的原因力是否中断判定驾驶或管理船舶过失与管货过失的区分，也不会对原因力作过多的延申，防止承运人在事故后逃避应尽义务或放任损失的扩大。

五、总结

法院对驾驶或管理船舶中的过失免责的认定，需要明确导致货损的船员行为确属于过失行为且属于驾驶或管理船舶范围内的行为，如果船员的行为导致船舶不适航，即便驾驶或管理船舶中的过失成立，承运人也无法主张免责，如果船员行为被认定为管货过失或与管货过失共同导致货损，承运人的免责比例也将相应扣减。

（本文首发于 2022 年 3 月 28 日）

海事赔偿责任限制基金程序中公告期届满未进行海事债权登记的认定尺度及法律后果评析

李洪伟、黄美春

《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》（下称“海诉法”）第一百一十二条明确规定：“海事法院受理设立海事赔偿责任限制基金的公告发布后，债权人应当在公告期间就与特定场合发生的海事事故有关的债权申请登记。公告期间届满不登记的，视为放弃债权”。如何认定公告期届满未进行债权登记以及相应的法律后果如何，本文通过梳理若干以往司法案例并进行总结，仅供阅者参考。

一、公告期届满未进行债权登记的认定尺度

（一）《最高人民法院关于审理海事赔偿责任限制相关纠纷案件的若干规定》第六条规定，“海事诉讼特别程序法第一百一十二条规定的申请债权登记期间的届满之日，为海事法院受理设立海事赔偿责任限制基金申请的最后一次公告发布之次日起第六十日。”

（二）《最高人民法院关于适用《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》若干问题的解释》第八十二条规定，“设立海事赔偿责任限制基金应当通过报纸或者其他新闻媒体连续公告三日。如果涉及的船舶是可以航行于国际航线的，应当通过对外发行的报纸或者其他新闻媒体发布公告。”

（三）因为海商法和海诉法均未对期间作出特别的规定，关于期间的准确计算应按照民法典第十章以及民事诉讼法第七章第一节的相关规定，两者均对期间做出明确的规定，“期间开始的时和日，不计算在期间内”、“期间届满的最后一日是法定休假日的，以法定休假日后的第一日为期间届满的日期”、“ 期间不包括在途时间，诉讼文书在期满前交邮的，不算过期”，因为涉及到具体的实体权利之灭失，重要程度可想而知，需要做到精确计算。

（四）我们查询海事法院发布公告的措辞，海事法院在发布基金设立的公告时，采取的措辞通常为“凡与本次海事事故有关的利害关系人，对申请人 XXX 申请设立海事赔偿责任限制基金有异议的，应自最后一次公告发布之次日起 30 日内向本院提出书面异议;但经本院书面通知的，应在收到通知之日起 7 日内提出书面异议;二、本院在 XXX 三次发布受理设立海事赔偿责任限制申请的公告，债权人应自最后一次公告发布之次日起 60 日内就本次事故产生的属于《中华人民共和国海商法》第二百零七条规定的可以限制赔偿责任的海事请求，向本院申请债权登记;债权人对申请人申请设立基金有异议的，也应在该期间内申请债权登记。逾期不登记的，视为放弃债权。”

（五）综上，无论是收到法院异议通知的利害关系人，还是没有收到异议通知的利害关系人，均应当自最后一次公告发布之次日的 60 天内申请债权登记。

（六）从我们查询的若干案例可以看出，上述提及的届满与否之认定，并无弹性可言，此点再次提醒债权人务必重视。

相关案例中，债权人提出因地域交通、报纸发行等方面的原因其无法知晓法院关于基金设立的公告，导致其未在法定期限申请登记债权，主张不应适用《海诉法》第一百一十二条

规定的“视为放弃债权”，但从查询获得案例看，法院均未支持债权人的相应主张。在华海财产保险股份有限公司与淮安市发达航运有限公司等船舶碰撞损害责任纠纷案[（2018）沪72民初4117号]、中国人民财产保险股份有限公司湘潭市岳塘支公司与马雷、舟山市定海恒通海运有限公司船舶碰撞损害责任纠纷案[（2014）甬海法事初字第98号]中，上海海事法院和宁波海事法院均认定，法院受理设立海事赔偿责任限制基金的公告针对的是所有债权人，属于推定知悉的方式，作为一名积极维护自身合法利益的债权人应当在事故发生后谨慎注意法院对外发布的此种公告，应当主动联系责任人了解情况，了解海事法院有关案件的受理及审理进程。而债权人提出地域交通、报纸发行等方面的原因很难推翻公告的推定知悉，在珠海炳君水产品有限公司、夏天海运有限公司船舶污染损害责任纠纷案[（2019）最高法民申5164号]中，对于原告关于其长期在海盗养殖基地，极少登陆，且法院公告刊发于受众量极少的《南方日报》、澳门《大公报》，其难以知悉的主张，最高人民法院维持一审、二审的认定，认为原告“申请再审认为系因其不知原审法院发布的公告，因而未能在限定的期限内申请债权登记的理由不能成立”，原告未在法定期限内申请登记债权应“视为放弃债权”。

二、届满未登记的法律后果，从海诉法第一百一十二条的规定看，非常明确，即“视为债权人放弃债权”

（一）“视为放弃债权”的法律后果应被理解为放弃全部的实体债权，债权人将会面临不能再向基金设立申请人主张任何权利（无论基金内外）的法律后果。

结合以往司法案例，对于可限制性债权人未在法定期限内申请登记的债权，未参与基金分配，法院通常依据《海诉法》第一百一十二条规定认定“视为放弃债权”，认为债权人无权再请求责任人在海事赔偿责任限制之外承担赔偿责任。在交通运输部东海航海保障中心上海航标处与唐山锦福海运有限公司、方某船舶碰撞损害责任纠纷一案[二审：（2022）沪民终82号、一审：（2021）沪72民初471号]中，债权人所主张的可限制性债权未及时进行债权登记，上海市高级人民法院及上海海事法院均认定，依法应视为放弃债权，责任人无需在海事赔偿责任限制基金之外赔偿该项债权，债权人请求责任人赔偿无法得到支持。

从海事赔偿责任限制制度角度分析亦可明确，《海诉法》第一百一十二条规定的“视为放弃债权”实际上是对该项未申请登记债权本身的放弃，而不仅限于在该基金程序中放弃该项债权的分配权。享有海事赔偿责任限制权利的责任人可依法设立海事赔偿责任限制基金，该基金是责任人对事故引起可限制性债权的赔偿总额，可限制性债权人未申请登记债权，不仅无法从基金中获得赔偿，同时因超出责任人的法定责任限额，债权人也无法另行向责任人主张获得赔偿，债权人失去向责任人实现债权的胜诉权。

（二）《海诉法》第一百零四条关于基金设立人需要向法院告知利害关系人的义务规定，通常会作为债权人在经历届满未登记权利全失的打击后，寻求额外责任承担人的重要武器，但从司法实践看，效果并不理想。

在具体审查中，法院主要基于责任人是否知晓债权人的事实本身审查，并不对责任人作过于严格的要求或过多推定。可参考以下两则案例中法院的具体审查分析：

华海财产保险股份有限公司与淮安市发达航运有限公司等船舶碰撞损害责任纠纷一案[（2018）沪72民初4117号]中，上海海事法院认为：

首先，不能直接推定志诚公司必然知道“苏发达货8898”轮承运货物的货主的有关信息，

从原告提供的公估报告中也可看出，货损公估人并未通知包括志诚公司在内的事故相关方参与共同检验，公估人对此也当庭确认；其次，原告亦未提供证据证明其自己或被保险人利淮公司向志诚公司提出过货损索赔，或以其他形式明确告知过志诚公司涉案货物的货主系利淮公司，或告知过志诚公司有关利淮公司委托他人处理碰撞所致货损事宜的情况，故志诚公司将碰撞对方船舶“苏发达货 8898”轮有关船舶所有人信息提供给法院，已经尽到其义务。在案没有任何有效证据证明志诚公司知晓货主是谁以及联系方式等，志诚公司对此的解释合理，原告以此认为志诚公司瞒情不报没有充分依据，故认定志诚公司没有过错，不应对原告或利淮公司错过债权登记承担赔偿责任。

中国人民财产保险股份有限公司湘潭市岳塘支公司与马雷、舟山市定海恒通海运有限公司船舶碰撞损害责任纠纷一案[（2014）甬海法事初字第 98 号]中，宁波海事法院认为：

首先，不能直接推定两被告必然知道“宇洋 9999”轮承运货物的信息；其次，经实际上网查询，宇洋船务有限公司武汉办事处的确是能够查出有明确地址和联系方式的单位，两被告将该办事处的信息告知法院，已经尽到其义务；再次，原告对马雷当庭所作的“（双方）船长也没有联系，事故发生后人都分开了”的陈述没有举证反驳，马雷关于其证据中“宇洋 9999”轮船载货物名称及数量信息来源的解释合理，原告以此认为两被告瞒情不报没有充分依据。故认定两被告没有过错，不应对原告错过债权登记承担赔偿责任。

并且，债权人需自行承担证明责任人知晓其为利害关系人的举证责任。法院的公告推定债权人知悉债权登记事项，债权人提出责任人应对其权利落空担责的主张应当自行承担证明责任人存在过错的举证责任，即证明责任人知晓其为利害关系人，违反《海诉法》第一百零四条未向法院提供其信息。

（三）“视为放弃债权”的法律后果及于代债权人之位的保险人

保险人请求责任人赔偿和参与基金分配的权利来源于被保险人，即债权人，因此，保险人行使代位求偿权的范围以债权人的权利范围为限，即便保险人是在基金公告期间届满之后作出的保险赔付，债权人因未在法定期限内申请登记债权产生“视为放弃债权”的法律后果也理应及于代位行使该项债权的保险人。中国人民财产保险股份有限公司湘潭市岳塘支公司与马雷、舟山市定海恒通海运有限公司船舶碰撞损害责任纠纷一案[（2014）甬海法事初字第 98 号]中，宁波海事法院亦认可，保险人及被保险人都没有采取积极行为办理债权登记，保险人应该承担丧失受偿权利的法律后果。

三、总结

综上所述，如债权人未在海事赔偿责任限制基金公告期间内申请登记债权，债权人及其保险人均会失去获得赔偿的全部实体权利。因此，我们建议，在涉及到海事赔偿责任限制基金的案件中，债权人应尽力保持跟踪案件进程，及时了解事故责任人基金设立情况，及时申请登记债权；保险人如已在基金公告期间届满之前作出保险赔付，则应尽快自行申请登记债权，如尚未作出，也需提醒和要求被保险人及时申请登记债权，避免因错过法定期限而失去实体权利。

（本文首发于 2022 年 6 月 28 日）

保险争议系列之共保协议纠纷大数据报告

曾曙光、陈军

一、前言

共同保险，简称“共保”，是保险业发展过程中各大保险机构为分散自身保险责任而自发形成的一种保险模式，在实务中一般体现为保险人签订共保协议或者成立共保体就某一被保险标的进行共同承保。近年来，有关共同保险问题的纠纷的案件与日俱增，集中体现为首席承保人统一对外赔付后的共保摊回案件，笔者有幸在近年经办了多起共保分摊案件，就其中共性问题进行总结，以期抛砖引玉，为保险人开展共保业务提供支持。

本报告样本案例来源于“Alpha 案例库”，检索时间为 2022 年 6 月 12 日。选取“民事”案由，以“共保协议”、“分摊”为关键词进行全文检索，共检索到 407 篇判决书，其中 2 篇典型案例，2 篇最高院案例，13 篇高院案例、108 篇中院案例。报告对 407 篇判决书进行数据化分析，并以经典案例、高院、省高院及中院的判例为重点分析对象。因部分案例为“再保险纠纷”及其他保险纠纷，本篇报告分析时仅对“共保协议纠纷”相关案例进行分析。

二、共保协议纠纷大数据分析

经对检索出的发数据进行分析我们发现，现有的共保协议纠纷呈现以下特征：

1.案件数量逐年增长，且主要集中于辽宁、广东、江苏、四川、河北五地

从案件数量来看，有关共保协议纠纷的案件呈逐年递增的态势，2015 年公开的文书数量有 19 件，2017 年 33 件，2018 年 76 件，2019 年 90 件，2020 年 94 件，2021 年因部分文书还未上网公开，但已公开的文书数量也有 76 件；从案件的地域分布来看，主要集中于辽宁（72 件）、广东（70 件）、江苏（38 件）、四川（28）、河北（24）五地。

2.共保协议纠纷法院多数确定案由为“其他合同类纠纷”

从案由来看，实务中法院对“共保协议纠纷”案件确定的案由主要是“合同、准合同纠纷”项下的“其他案由”（约 100 件），即其他合同类纠纷。此外也有部分法院将“共保协议纠纷”列为“保险纠纷”，多为“保险纠纷”项下“其他案由”纠纷（61 件），另外约有 100 件案例为再保险合同纠纷。

3.保险机构诉讼请求支持率高

从检索文书的裁判结果来看，法院在一审程序中全部或部分支持保险机构作为原告的的诉讼请求的案件共 226 件，支持率约为 80.43%，二审程序中维持原判的案件数为 85 件（二审案件共 119 件），占比约为 71.43%，由此可见，在此类案件中保险机构的诉讼请求支持率相对较高。

4.争议标的金额主要在 50 万元以下

对检索案例的标的额进行统计分析发现，标的额为 10 万元以下的案件数量最多，有 134 件，10 万元至 50 万元的案件有 133 件，有关共保协议纠纷相关案件争议标的金额主要在 50 万元以下，约占比 70.82%，这也从侧面反映了针对标的额较大的保险事故多为各共保人共同参与处理，因此争讼较少，争议多集中于首席承保人/出单方就权限范围内保险事故赔案理赔分摊问题。

三、共保协议纠纷常见法律问题分析

（一）共保协议性质

有关共保协议性质是审理此类案件首先必须解决的法律问题，关乎法院案由、管辖法院的确定及案件的法律适用。

通过检索案例分析，司法实践中法院一般将**“共保协议”归类为无名合同，依照合同纠纷来确定管辖法院，适用《民法典》合同编的有关规定**[1]。法院一般认为“共保协议”虽涉及相关保险事宜，但**有关共保协议的纠纷实质为各保险公司在履行“共保协议”这一平等主体之间订立的合同时对各自权利义务划分产生争议而引起的纠纷，该合同主体均为保险人，而不是投保人与保险人。**依照《保险法》对于保险合同的定义，“共保协议”明显不是保险合同。有关共保协议的纠纷即为一般合同纠纷，虽不属于《民法典》上列明的有名合同，但《民法典》对合同的一般性规定仍适用于“共保协议”，关于共保协议纠纷的管辖也应适用《民事诉讼法》第二十三条的规定，**由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖**。

值得一提的是，也有少数法院认为“共保协议”为保险合同。北京市第二中院从共同保险的目的出发检视合同性质，认为共保协议仍是以分散风险为目的的保险合同，其认为共同保险的目的**在于扩大保险人的风险分散范围、保证其经营的稳定性**，首席承保人在支付完最后一笔涉案理赔款项后，才向其他共保人寄送共保分摊催款函，要求共保人分摊理赔款，这一行为**改变了保险合同的射幸性**，使保险标的风险的不确定性转化为确定性，违背了共保协议分散风险的本意”。二中院据此维持了一审法院不予支持分摊理赔款的判决[2]。

对于前述判决，笔者持保留态度。前述法院判决明显错误理解了共保协议的性质，未能正确区分共保协议对内和对外两种关系。在**对内关系上，各共保人之间因签署《共保协议》以对某个特定的保险标的进行共同承保，在共保体内部形成类似于合伙的法律关系，各共保人按其承保份额享有相应的债权（保费收取权），并负担相应的债务（依份额赔付保险金的义务），与合同相对方构成按份之债**。实践中，为提高交易效率，并无必要也无可能每项对外行为均由各共保人共同完成。因此《共保协议》中一般由各共保人约定统一授权首席承保人代理其行使部分权利、履行部分义务，例如统一出单、权限金额内的对外支付，而出单方所实施的法律行为，其后果应当由各共保人依照《共保协议》来分摊。该种授权通过保单后附的共保协议，也为投保人所知。基于上述授权，出单方在执行缔约、定损、赔付等事务时，即具有代理其他共保体成员的权能。**在对外关系上，各共保人依照出单方所出具的保单，与投保人之间建立了保险合同关系。**《共保协议》不等于出单方所出具的保单，前述法院明显系将二者予以混淆，各共保体授权出单方对投保人所出具的保单，此时合同主体为投保人与各共保方，投保人支付相应的保费，各共保人即应就保险标的发生事故时共同承担责任，具有明显的射幸性。但各共保人之间所签署的《共保协议》，其核心为共享保费收益，共担保险责任债务，并不具有射幸性。**对于共保协议性质的理解应从其缔约主体的各共保人之间的关系来理解，各共保人在身份上实际为合作方，而不是出单方作为投保人，其他共保人作为**

---

[1] 参见（2016）浙 01 民辖终 488 号民事裁定书、（2016）沪 0115 民初 40885 号民事判决书、（2017）鄂 01 民辖终 72 号民事裁定书、（2017）京 02 民终 12242 号民事判决书、（2019）辽 01 民辖终 508 号民事裁定书

[2] 参见（2017）京 02 民终 8456 号民事判决书

保险人，故不应一概笼统将其定性为保险合同。

（二）共保人请求其他共保人分摊理赔款项的诉讼时效起算点

司法实践中，因各共保人之间存在较多业务合作关系，首席承保人/出单方就共同保险项下赔案履行赔付义务后通常没有及时要求共保人分摊，往往系累积多笔赔案后一并要求其他共保人进行分摊，其他共保人也多利用时间周期过长的特点，以超过诉讼时效为由进行抗辩。因而在共保纠纷中，如何确定首席承保人/出单方要求其他共保人分摊保险赔款的诉讼时效起算点是法院在审理此类案件常见的争议焦点之一。

经分析检索案例，法院对于该类案件确定诉讼时效的起算点首先依照《共保协议》约定的内容来确定，**如若在《共保协议》中，双方未明确约定分摊赔偿款的结算、分摊时限等，仅约定一方共保人在收到首席承保人发送的摊赔通知和明细表等材料或支付分摊金额，则适用《民法典》第一百八十八条[3]，诉讼时效期间从共保人知道或者应当知道权利被侵害时起计算，即应从共保人明确拒绝支付赔偿款时起算[4]。**同时，在诉讼时效期间内若一方向另一方主张权利亦产生诉讼时效中断的法律效果。

（三）首席承保人/出单方未向其他共保人划扣保费，其他共保人能否因此拒绝分摊保险赔款？保费能否与理赔款项抵销？

《共保协议》一般会约定由首席承保人/出单方向投保人统一收取保费，再由首席承保人/出单方向其他共保人依照共保份额划扣保费。司法实践中，首席承保人/出单方要求其他共保人分摊保险理赔款时，其他共保人常见的抗辩点之一即为“首席承保人/出单方没有向其划扣保费或足额划扣保费，共保人不应承担赔款责任”。

关于此问题，法院的裁判观点存在较大的分歧与差异性，**部分法院认为共保人不得以未足额获取保费为由拒绝承担共摊赔款的责任，关于保费共保人可通过其他合法途径另行主张[5]**。也有部分法院认为，首席承保人/出单方**未将实际收到的保费扣除相关费用后划入各方账户，未通知及向各方发送单证等，未依约履行合同约定的主要义务，其违约行为违背了合同当事人通过签订《共保协议》分散风险的根本目的，导致合同当事人权利义务的不对等，也改变了保险合同的射幸性[6]，故不予支持其要求分摊保险理赔款的诉求。**

就此问题，笔者更倾向于前一种观点。首席承保人/出单方要求其他共保人分摊保险理赔款系因其超出自己的份额向被保险人承担了全部保险责任，**其承担责任后要求共保人按其份额承担责任实质为替代被保险人向各共保人请求支付保险金，**首席承保人/出单方一方面依照《共保协议》请求各共保人分摊理赔款，但也同时依照**被保险人与各共保人之间保险合同项下的代履行关系，性质上属于《共保协议》的对外关系，此时各共保人承担的是对被**

---

[3] 司法实践中，法院关于诉讼时效期间法律的适用一般以《共保协议》成立的时间来确定。

[4] 参见（2020）沪 74 民终 541 号民事判决书，（2019）内 01 民终 111 号民事判决书，(2021)辽 01 民终 502 号民事判决书，（2020）辽 01 民终 8846 号民事判决书，（2017）辽 01 民终 3473 号民事判决书，（2020）黔 01 民终 2110 号民事判决书，（2019）渝 05 民终 104 号民事判决书，（2019）苏 11 民终 1344 号民事判决书。

[5] 参见（2018）粤 01 民终 16041 号民事判决书，（2015）江中法民二终字第 422 号民事判决书，（2020）沪 0115 民初 49642 号民事判决书

[6] 参见（2021）京 02 民终 7046 号民事判决书，（2017）京 02 民终 8456 号民事判决书，（2021）鄂 0112 民初 7293 号民事判决书

保险人支付保险金的按份之债。与此相对的是划扣保费问题系共保人之间的内部法律关系，各共保人应当依照《共保协议》主张保费，当然《共保协议》中有明确约定首席承保人/出单方没有划扣保费，其他共保人不予分摊赔款的除外。

笔者在分析检索案例时，还注意到一起法院将共保人应向其他共保人划扣保费与共保人应分摊的赔款进行抵销的案例，法院认为"**该债务的标的物种类、品质相同，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销**"[7]。对此笔者认为，能否裁判适用抵销有待商榷。根据最高院判例，**如果双方当事人的债务种类不同，双方当事人也未共同向法院提出债务抵销请求，法院将双方的两项债务直接进行抵销的，违反法律规定**[8]。

（四） 首席承保人/出单方履行共保协议存在瑕疵，是否可以免除其他共保人的理赔责任？

经分析案例发现，首席承保人/出单方在履行《共保协议》时存在瑕疵，其他共保人是否可因此免除理赔责任也是共保协议纠纷案件中常见的争议焦点之一。在共保业务中，基于服务效果和效率考量，共保协议一般约定由首席承保人作为出单方向被保险人出具保单、收取保费，并赋予其在一定限额内勘查定损，以及在保险事故发生时支付赔偿款的职责。也正是基于此，当首席承保人在支付保险赔款后，如其在履行《共保协议》时存在瑕疵，要求其他共保人分摊理赔款时往往产生争议。

对检索的裁判文书中进行归类总结，司法实践中，首席承保人/出单方履行《共保协议》的瑕疵行为主要表现为如下情形：**①未在《共保协议》约定的时间内向其他共保人履行通知义务；②没有按照共保协议约定时间提供理赔资料要求分摊赔款；③超出单核核赔范围内进行赔付；④超出《共保协议》约定范围选定查勘机构或未经查勘理算直接理赔。**

法院就共保人的瑕疵履行行为能否免除其他共保人的理赔责任,多数裁判观点认为,**《共保协议》系各共保人意思自治签署，不违反法律法规的强行性规定，合法有效，《共保协议》对共保人免除理赔责任有约定的遵其约定，没有约定的，虽然首席承保人存在瑕疵违约行为，但其行为并未超过各共保人在签署《共保协议》时能够预见的保险责任范围，并未实质影响各共保人基于《共保协议》享有的权利与义务、损害各共保人利益，不足以免除共保人的理赔责任**[9]。

但也有少数法院认为首席承保人未严格履行合同，自身存在过错，酌情判令共保人分摊50%的应摊款项[10]。笔者认为该类法院判决也有待商榷，其一，如前述，首席承保人实际系替代被保险人向各共保人请求给付保险金，《共保协议》约定的首席承保人通知义务、首席承保人的单方核赔范围限制、查勘理算要求及及时提供理赔资料等，其目的均系**防止首席承保人专断甚至舞弊，确保保险金赔付给保险责任范围内的事故，既不超范围赔付、也不超标准赔付，以防止共保人利益受损**，如首席承保人存在理赔不规范、瑕疵履行《共保协议》的行为，但并未不当理赔侵害其他共保方利益的，各共保人仍应按照共保协议的约定的份额承

[7] 参见（2018）湘 01 民终 4416 号民事判决书

[8] 参见（2019）最高法民再 114 号民事判决书

[9] 参见（2020）苏民申 2222 号民事裁定书、（2020）鄂 01 民终 12068 号民事判决书、（2021）苏 12 终 1707 号民事判决书、（2020）辽 01 民终 8846 号民事判决书、（2019）苏 04 民终 316 号民事判决书、（2021）渝 05 民终 10442 号民事判决书、（2021）琼民终 81 号民事判决书

[10] 参见（2018）吉 0104 民初 2207 号民事判决书

担保险理赔责任。其二，共保人瑕疵履行《共保协议》的行为构成违约，如《共保协议》有规定相应情形下的违约责任的，各共保人可依照《共保协议》条款请求首席承保人承担违约责任，《共保协议》无约定的，如各共保人举证证明首席承保人的违约行为造成其损失的，也可依照《民法典》第五百八十四条要求首席承保人承担违约责任，但只要首席承保人对被保险人的理赔没有超范围、超标准的，各共保人仍应承担相应份额的保险理赔责任。故该法院直接认定首席承保人未严格履行合同存在过错，直接扣减其他共保人的理赔责任明显不当。

需注意的是，首席承保人/出单方基于《共保协议》获得其他共保人的授权，在执行缔约、定损、赔付等事务时，即具有代理其他共保体成员的权能，也即**在首席承保人/出单方与其他共保人之间存在委托代理关系，首席承保人擅自变更保险合同主要条款，未征求其他共保人意见、及时通知其他共保人，获得其他共保人追认的，其变更条款对其他共保人不发生法律效力，各共保人对此不承担相应的理赔分摊责任，由首席承保人自行承担保险责任[11]。**

（五） 首席承保人/出单方不当理赔导致其他共保人遭受损失的，其他共保人能否直接对主共保人进行追偿？

接前述问题，首席承保人作为其他共保人的代理人，如首席承保人不当理赔侵害其他共保人利益的，其他共保人未分摊理赔款，可拒绝分摊相应理赔款，但其他共保人已摊回相应款项的，首席承保人通常以保险金已支付给被保险人，共保人应向被保险人主张返还为由进行抗辩，此时各共保人能否对首席承保人直接进行追偿？

上海金融法院曾审理一起出单方违法对外赔付导致共保人重复支付保险金共保人向出单方进行追偿的案例[12]，上海金融法院认为“原告与被告之间存在两层法律关系。一、外部关系：根据道路客运承运人责任保险合同，原告、被告为共同保险人，对外可基于各自承保比例，分别向职工度假公司主张返还预付的第三者保险金。二、内部关系：根据《共保协议书》及《四方协议》，被告为涉案保单的出单公司，负责向被保险人提供理赔服务，在牵头完成定损后，需先行向被保险人支付全额保险金。原告则为其他共保方，需配合完成定损，并在出单公司完成对外赔付后按共保比例分摊保险金。从上述权利义务配置可见，在对外理赔时，对于被保险人而言，就原告以及案外人应承担的相应部分保险金，均由被告作为代理人进行赔付。现原告认为被告在对外赔付时违反保险法规定进行理赔，致其重复支出保险金，故要求赔偿。该请求**显然是基于第二层法律关系，意在追究代理人在履行代理职责过程中未尽必要的注意义务，导致被代理人遭受损失的赔偿责任。此系原告自主行使诉权的行为，符合法律规定，可予准许。**根据诚实信用原则，**被告作为其他共保方的代理人，应当谨慎、勤勉、忠实地行使代理权，依法进行理赔**，但被告作为专业的保险机构，明知法律的上述规定，却违反了作为代理人应尽的审慎注意义务，将原告应分摊的理赔款径行支付给了案外人，导致原告于此后就相同的保险事故进行了再次赔付，其行为显然违反了《共保协议书》及《四方协议》的约定，应对由此造成的损失承担赔偿责任。”也即，**在首席承保人/出单方不当理赔导致其他共保人遭受损失的，其他共保方可依照《民法典》第一百六十四条，直接向首席承保人进行追偿，请求其承担相应的责任。**

就首席承保人/出单方不当理赔时，已摊回理赔款项的共保方此时存在两种请求权：**1.基**

[11] 参见(2021)晋 06 民终 114 号民事判决书

[12] 参见(2020)沪 74 民终 541 号民事判决书

于保险合同，共保人可直接请求被保险人返还不当得利。2.基于共保协议，共保人可作为被代理人，请求代理人首席承保人/出单方赔偿其未尽代理职责造成的损失。该两项请求权之间系民法上的不真正连带债务，故共保人此时享有选择权，可向被保险人主张权利亦可向首席承保人/出单方主张权利，**因《共保协议》通常也会对公估查勘定损等相关费用一并约定由各共保人分摊，故此时建议各共保方直接向主共保人/出单方进行追偿，以更好弥补所遭受损失**。

（六）首席承保人/出单方能否直接以自己的名义就全部理赔款向负有责任的第三者进行追偿？

《共保协议》中通常会约定由首席承保人/出单方负责处理一切保险追偿事务，追偿费用以实际发生为准，由首席承保人和共保人按共保比例分摊。首席承保人在收到追偿款后一定期限内扣除相应追偿费用之后，按承保比例将追偿款划付共保人。因此，在各共保人支付保险赔款后，首席承保人/出单方能否直接依据《共保协议》以自己的名义向负有责任的第三者追偿全部理赔款项？

经检索案例，司法实践中首席承保人/出单方依据《共保协议》以自己的名义就全部追偿款行使代位追偿权的，法院一般均认为，**共保协议中授权首席承保人/出单方负责对外追偿事宜的约定，含有由首席承保人/出单方以自己名义追偿收到追偿款后再进行内部分配的意思表示，可以认定各方已就对外追偿权的让渡达成一致[13]，首席承保人/出单方系适格主体，有权代表其他共保人以自己的名义进行追偿**。此类案件中，首席承保人以自己的名义追偿的，一般提交**共保协议、被保险人出具的权益转让书及赔款支付证明[14]**以证明依法取得代位求偿权及各共保人的授权。但笔者近期处理的一起追偿案件中，法院在共保协议的基础上仍要求首席承保人提交其他共保人就追偿的委托授权证明。为避免追偿时法院要求提供此类证明文件，提高效率，便于追偿，建议**各共保体在签署《共保协议》时可将各共保人授权追偿的声明作为附件**。另外，虽《共保协议》有此约定，但各共保人也可作为共同原告一并起诉，首席承保人/出单方放弃对第三者进行追偿的，各共保人亦可就其承保份额单独向第三者进行追偿。

四、实务建议

1、共保协议属于无名合同，是非典型合同。各共保体之间的权利义务主要依靠合同条款本身的约定来加以明确，因此对合同条款的完整性、确定性的要求更高。共保体在签署共保协议时，应尽可能的对共保费用的划扣条款、查勘理赔条款、首席承保人/出单方权利限制条款、违约责任条款、共保人免除理赔责任条款、共保方分摊费用条款、共保协议及保单修改条款等条款进行详细约定，以避免语焉不详导致争议。

2、首席承保人在对外进行理赔时，应尽可能按照《共保协议》的约定规范理赔，及时通知各共保方并提供摊赔材料，以避免因其瑕疵履行行为导致与各共保人之间因理赔款的分摊产生争议，或被认定为未尽代理人的谨慎注意义务而因此承担相应的责任。

---

[13] 参见（2014）浙嘉商终字第 382 号民事判决书

[14] 参见（2014）浙嘉商终字第 382 号民事判决书、 (2020)苏 0581 民初 9025 号民事判决书、(2017)苏 0213 民初 8410 号民事判决书、(2021)京 74 民终 620 号民事判决书

3、因投保人向首席承保人/出单方支付全部保费后，各共保人即应按照保险合同的约定承担相应保险责任，为避免首席承保人/出单方迟延或不向各共保人划扣保费的，建议各共保人在《共保协议》中约定首席承保人/出单方在一定期限内不向共保人划扣保费的，各共保人即免除保险理赔款分摊的责任。

（本文首发于 2022 年 7 月 28 日）

放船担保函怎么出？（一）——基于判例及法条冲突的思考

李洪伟、黄美春

一、问题由来

近期，笔者在代理一起单船海事事故中的船东方与救助方协商提供担保放船问题时，将以往惯常的担保函措辞提供给救助方时，救助方在我们惯用的担保函措辞中，要求加入保证人要承担连带担保责任的措辞内容，并再三强调如果不加入连带担保的措辞，救助方不会接受担保人出具的放船保函，尽管因为救助费的具体金额在短时间内协商一致，双方通过签署和解协议的方式避免了放船担保函应当如何出具的冲突，但在救助方提出修改相应措辞后，笔者立即研究放船担保函措辞有关的法律争议问题，发现确有冲突之处。现将研究的主要内容进行分享。

二、冲突所在

（一）判例冲突

具体情况是，有法院认定不属于独立保函（天津海事法院和武汉海事法院），也有法院认定属于独立保函（上海海事法院和大连海事法院），存在冲突。

1、阿特拉斯科姆帕尼亚纳威拉有限公司、中国人民财产保险股份有限公司上海市分公司与中国平安财产保险股份有限公司深圳分公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案[案号：（2017）津民终 130 号]

（1）判决日期为 *2018 年 6 月 26 日*。

（2）该案中的担保函措辞是，*经贵方及“JOHNMCARRAS”轮船舶所有人书面协议的或由有管辖权的法院或其上诉法院作出的生效判决书或由仲裁机构所作出的终局仲裁裁决所确定的“JOHNMCARRAS”轮船舶所有人向贵方支付的任何款项包括利息和费用*。

（3）法院认定，人保上海分公司出具的放船担保函，不符合独立保函独立于基础合同的特性，因为当时民法典尚未出台，法院在认定不属于独立保函后，判令人保上海分公司和船公司承担连带担保责任。

（4）需要说明的是，人保上海公司在上诉理由中陈述保函应为独立保函，一审法院判决人保上海公司承担连带责任并无依据，加上对方当事人平安公司也表示，“本案起诉时《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（下称“《独立保函问题规定》”）尚未出台，如果法院认为人保上海公司出具的《担保函》属于独立保函，同意将人保上海公司的责任剔除。”即便如此，法院最终仍然认定涉案保函不属于独立保函，判令人保上海公司承担连带担保责任。

2、中储粮镇江粮油有限公司与中华联合财产保险股份有限公司宁波分公司海事担保合同纠纷案[案号：（2019）鄂 72 民初 76 号]

（1）判决日期为 *2019 年 4 月 1 日*。

（2）该案中的担保函措辞是，*保险公司谨代表‘远胜 36’轮船东在此保证向贵方支付因*

上述纠纷而产生，经由有管辖权的中国海事法院或其上诉法院生效判决或调解确定的应由‘远胜36’轮船东向贵方支付的任何款项，但我们在本担保函项下的全部责任包括利息和费用将不超过200万元。本保函的出具并不意味着保险人和船东对任何责任的承认，并且不影响船东根据法律进行抗辩和要求责任限制的权利。本担保函自签发之日起生效，有效期到本纠纷解决时为止。本担保函适用中国法律。

（3）法院认定，*被告保险公司向原告粮油公司出具担保函，原告粮油公司接受且未提出异议，原、被告之间的保证合同依法成立。鉴于担保函涉及的保证属于附条件的保证，即原告因涉案触碰事故产生的、由法院生效判决或调解确定的由均胜公司向原告支付的任何款项（包括利息和费用），保险公司承担不超过200万元的担保责任。进一步，法院认为，以上担保函对保证方式约定不明确，根据《中华人民共和国担保法》第十九条“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。”的规定，本院推定被告保险公司按连带责任保证承担保证责任。*因为该判决出具时，《独立保函问题规定》已经于2016年12月1日起施行，法院认定保函为连带责任担保函，可推定法院认为，涉案保函不属于独立保函。

（4）需要说明的是，本案案由是海事担保合同纠纷，原告在起诉时，已经获得针对船东的胜诉生效判决并经过执行未果（法院确认船东公司无财产可供执行，裁定案件执行终结），原告在要求被告履行担保义务时被被告拒绝，被告的答辩理由主要是将保险责任和担保责任放在一起陈述。双方在案件审理过程中并未涉及到保函是否为独立保函的争议。

3、连云港予盛国际货运代理有限公司与哈罗娜航运私人有限公司、中国再保险(集团)股份有限公司船舶污染损害责任纠纷案[案号：（2018）沪72民初4298号]

（1）判决日期为*2020年4月10日*。

（2）该案中的担保函措辞是，*中再保公司保证支付“特蕾莎朵”轮船东向上述各方支付涉案纠纷产生的，经各方与“特蕾莎朵”轮船东达成的书面协议或由法院作出的生效判决书或由海事仲裁机构作出的终局裁决所确定的应由“特蕾莎朵”轮船东向上述各方支付的任何款项，担保项下全部责任包括利息和费用总计不超过XXXXXXXX元*。担保函还确认哈罗娜公司为“特蕾莎朵”轮的登记所有人（担保函出具当日，“特蕾莎朵”轮开航驶离连云港港）。

（3）法院认定，*该担保函符合独立保函的特征，予盛公司作为受益人，只需向中再保公司提交赔偿协议、生效判决书或仲裁书中任一文书单据，中再保公司即应当承担付款义务，其只负责审查单据是否符合保函设置的条件，并不参与到基础法律争议中去。现予盛公司尚未提交担保函要求的文件单据，故其要求中再保公司在本案中承担连带担保责任的诉讼请求缺乏事实和法律依据，本院不予支持。*

（4）需要说明的是，该案中原告主张要求中再保公司与船东要承担连带担保责任，被告中再保公司并未出庭，船东哈罗娜航运私人有限公司在抗辩中提出保函为独立保函的抗辩理由，并主张中再保公司并非该案的适格被告。

4、谢家成、朱其梅诉阿丽莎船舶贸易有限公司、中国再保险（集团）股份有限公司等海上、通海水域人身损害责任纠纷案[案号：（2021）辽72民初1462号]

（1）判决日期为*2021年12月27日*。

（2）该案中的担保函措辞是，*经贵方与“卡娜拉”轮船舶所有人书面协议的或由有管辖权的法院或其上诉法院作出的生效判决书确定应由“卡娜拉”轮船舶所有人向其支付任何款项。*

（3）法院认定，*该《担保函》的性质为独立保函。谢家成、朱其梅以中再保公司出具了实为独立保函的《担保函》为由要求中再保公司承担连带赔偿责任的主张，本院不予支持。*

（4）需要说明的是，该案中原告主张要求中再保公司与船东要承担连带赔偿责任，被告船东公司主张涉案保函为独立保函，不应直接判决中再保公司承担连带赔偿责任，而中再保仅指出“其仅提供担保、与本案无关”的抗辩观点。

（二）法条冲突

1、《民法典》（2021 年 1 月 1 日起施行）第 686 条规定第二款，“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。”

2、《独立保函问题规定》第三条第二款，“当事人以独立保函记载了对应的基础交易为由，主张该保函性质为一般保证或连带保证的，人民法院不予支持。”

3、《民法典》第 686 条第 2 款作出与修改前的规定相反的新规定，如按照前述提及的天津院和武汉院判决的观点认定放船担保函为保证责任，根据《民法典》新规定，保函措辞未约定为连带责任保证，放船担保函接受方无权再主张担保人与船东承担连带赔偿责任，前述判决思路不再可行。

三、冲突初步分析及解决途径探究

（一）冲突初步分析

1、放船担保函是否属于独立保函存在争议。一旦被法院认定不属于独立保函，因为保函措辞中并没有明确是连带担保还是一般担保，基于民法典第 686 条的规定，接受担保函的一方要求在担保函的措辞中加入“连带担保责任”的措辞，该要求在情理之中，属于合理范畴。

2、尽管独立保函不以基础交易为前提，仅需受益人提供符合保函要求的单据（与本文相关的主要是协议书或者法院生效判决文书等）即可，但从前述提及的上海院和大连院的判决看，保函的接受方都向法院提出担保人和船东承担连带赔偿责任的请求，希望通过一次诉讼解决全部的争议，减少诉累，但从法院判决的结果看，仅判决船东承担赔偿责任，从解决问题的角度而言，存在担保函接受人还需要进一步向担保人提出索赔甚至还需要进一步提起诉讼才能获得最终的赔偿款项。

3、法律制度的设定应当以服务纠纷解决为目标，只有担保函能够更加广泛的被债权人/权利人接受，才是好的担保函，在司法实践不能直接认定担保人承担连带赔偿责任的情况下，为了保护自身的利益，权利人必然会对现有通用的担保函措辞提出合理的异议，并且增加现有担保函被接受的难度。

（二）解决途径探究

我们认为，放船担保函的本质是，依据《民事诉讼法》及《海事诉讼特别程序法》的相关规定，需要从财产保全制度的设置和放船担保函提供之效果的角度去分析，最终才能给出

如何确定放船担保函措辞的法律解决思路。限于篇幅限制，我们将在下一篇文章中，继续与大家分享我们的思考。

（本文首发于 2022 年 8 月 29 日）

放船担保函怎么出？（二）——基于判例及法条冲突的思考

李洪伟、黄美春

接我们上期文章《放船担保函怎么出？（一）》，本文尝试依据《民事诉讼法》及《海事诉讼特别程序法》的相关规定，从财产保全制度的设置和放船担保函提供之效果的角度去分析，就如何确定放船担保函措辞，提供我们的法律解决思路，供感兴趣的同仁们指正。

一、财产保全制度框架下的放船担保函之法律属性

第一，财产保全制度框架下，财产被保全后,当事人可提供担保解除保全措施；第二，放船担保函是提供解除保全措施的担保手段之一。

根据《民事诉讼法》及《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》（以下简称《财产保全问题规定》）相关规定，被申请人提供担保，法院应当裁定解除保全。《海事诉讼特别程序法》（以下简称《海诉法》）第十八条第一款同样规定，被请求人提供担保申请解除海事请求保全的，海事法院应当及时解除保全。

法律对财产保全担保的形式作出了明确具体的规定。《财产保全问题规定》第六条、第七条、第八条规定财产保全担保可以提供财产担保、保证担保、财产保全责任险合同担保、金融机构出具的独立保函，《海诉法》第七十三条规定担保方式为提供现金或者保证、设置抵押或者质押，从上述规定可知，第三人就财产保全提供非财产担保，法律所允许的形式为保证担保和独立保函担保。司法实践中，有海事法院提供的解除扣押担保函参考文本采用了连带保证责任的形式，也有海事法院认可保险公司根据《财产保全问题规定》出具的独立保函。现有法律规定及司法实践并未限定第三人担保函必须是独立保函，第三人可以提供保证或独立保函性质的放船担保函。

值得注意的是，放船担保函的措辞问题，因为《海诉法》的一条特殊规定，有时候会客观上降低申请人与被申请人之间的沟通效率。具体是第七十五条，规定被申请人提供的担保方式、数额由海事请求人和被请求人协商；协商不成的，由海事法院决定。实践中，被申请人收到法院的扣押船舶裁定后，因为着急放船，第一时间会联系扣押船舶的法院，而法院往往会根据法律规定善意提醒被申请人，可与申请人商提供担保的方式和数额，但是申请人与被申请人意见的出入和协商过程的反复很可能导致扣押解除进程拖延、船舶延迟开航，反而不如规定法院直接决定的效率高。

二、不同性质放船担保函的法律效果

基于保证与独立保函在法律性质及担保责任范围上存在的明显差异，不同性质的放船担保函项下担保函提供方与财产保全申请人的担保权利义务存在较大区别。

区分	保证合同	独立保函
概念界定	保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。	独立保函是开立人以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。
资格限定	机关法人、以公益为目的的非营利法人和非法人组织不得为保证人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。	仅银行或非银行金融机构可作为独立保函的开立人。
法律性质	从属性担保 保证合同是主债权债务合同的从合同，保证责任的承担以主债务人的责任成立为前提。	独立性担保：付款承诺 独立保函不受基础法律关系的约束，独立于申请人与受益人之间的关系以及申请人和开立人之间的关系。
担保责任范围	一般保证：债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任。 连带责任保证：保证人和债务人对债务承担连带责任的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。	独立保函以受益人提交符合保函要求的单据为开立人支付特定款项的条件，即开立人仅承担相符单据的独立付款义务，不介入也无需审查基础法律关系。

从上述比较可知，从实体权利义务角度，保证性质的放船担保函项下，担保函的提供方对申请人承担保证责任以被申请人对申请人的责任成立为条件，担保函提供方须实质审查扣船申请人与被申请人之间的基础法律关系，担保函提供方享有双重抗辩权，即担保函约定的抗辩权以及被申请人对申请人的抗辩权。而独立保函性质放船担保函的提供方仅以作为受益人的扣船申请人提交符合保函要求的单据为付款条件，提供方仅审查单据相符，无需审查基础法律关系，也无权以基础法律关系对扣船申请人提出抗辩。

从诉讼程序角度，根据《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》第六十六条规定，财产保全申请人向担保函提供方和被申请人一并主张权利的，担保函提供方与被申请人作为共同被告，保证性质放船担保函提供方作为保证人可以参与实体诉讼程序并提出相应抗辩，因此，取得保证性质放船担保函的申请人可在同一诉讼中起诉被申请人及担保函提供方，快速推进纠纷解决和充分实现权利，同时担保函提供方获得充分的权利和机会全程参与基础法律关系审理和积极行使抗辩，一次性诉讼也较大程度降低担保责任审查的风险与成本，提高纠纷解决的效率。而独立保函性质放船担保函因独立于基础法律关系，保

函提供方并非基础法律关系的当事方，无参与实体诉讼程序的权利，保函提供方需分别基于独立保函法律关系向财产保全申请人、基于保函申请关系向被申请人就相关事项进行诉讼。

三、关于放船担保函措辞的思考

（一）建议担保函出具人不应拘泥于已有的习惯措辞

不同性质的放船担保函项对当事方的实体与诉讼权利义务、纠纷解决的程序均有着明显差异，担保函的出具不仅影响担保责任范围，对于担保函提供方在相关纠纷解决程序中的诉讼地位与抗辩权利义务、纠纷解决的方式与效率也有着实质性影响。在不同案件中，不同当事方对担保函的要求也不尽相同，各方可根据个案实际情况选择担保形式。

（二）我们更倾向于建议担保函出具人出具连带担保责任的保证函

就放船担保函，担保函能否成功解除保全很大程度上取决于申请人是否接受担保函，因此担保函的措辞在考量担保函提供方风险及利益的同时尤其需要符合申请人的要求。申请人往往基于海事请求提出保全申请，其对担保函的要求是其海事请求权在实体上和程序上获得充分的保障。实体权利保障方面，申请人希望其债权获得充分的清偿，担保函提供方需与被申请人承担同等责任，其请求担保函提供方承担同等责任的路径不存在额外障碍，甚至希望获得更加顺畅快速的清偿。相应地，在权利实现程序方面，双重法律关系项下，申请人更希望尽可能减少权利实现的时间和成本，在一次诉讼中一次性解决纠纷并确认申请人对被申请人、担保函提供方的权利是对申请人较为有利的权利实现路径。基于上述需求，申请人往往倾向要求提供连带保证性质的放船担保函。

尽管独立保函以单据相符作为付款条件，理论上确实简化、加速付款程序，实际上，因目前保险公司出具的独立保函要求的单据通常为实体诉讼的生效判决或仲裁裁决等，申请人只能在实体诉讼或仲裁程序结束之后要求保险公司付款，如保险公司拒付，还可能面临二次诉讼，权利实现的时间和成本反而增加。对于放船担保函提供方而言，担保函往往由承保涉案船舶保险的保险公司出具，保险公司基于对保险纠纷处理及风险防范通常希望参与实体诉讼程序，但在不少案件中保险公司参加实体诉讼的申请常因案件当事人不同意而被法院驳回，保险公司出具连带保证性质担保函为其提供了参加诉讼的法律依据，并获得实体诉讼中对申请人的抗辩权利，在不增加保险公司付款义务的同时增加保险公司在所涉纠纷中的自主权和有利地位，避免被保险人怠于抗辩而加重保险公司责任的风险。

（三）建议放船担保函的具体措辞，可在原有的习惯措辞上稍加修改和调整，以符合连带担保责任保函的特征即可

四、总结

海事纠纷案件中，担保函提供方对担保责任性质的需求与一般商事纠纷案件并不一样，出具完全独立于基础法律关系的独立保函可能反而使得担保函提供方处于被动地位，难以解决其实际需求和问题，上述分析可知，从多重法律纠纷实际处理角度看，连带责任保证性质的放船担保函反而能同时满足财产保全申请人权利充分保障的需求和担保函提供方风险规避需求。提供上述分析及建议供各位参考，基于个案的现实差异化，最终措辞需在具体案件中审慎评估及拟定。

（本文首发于 2022 年 9 月 14 日）

目的港无人提货产生的费用究竟由谁承担？

——关于《涉外商事海事审判会议纪要》第 61 条的解读

曲涛、卢柏宜

在国际海上货物运输中，承运人将货物运抵目的港后，常常因无人提货而发生港口堆存费、仓储费、集装箱超期使用费等费用（以下简称目的港费用）。鉴于海上货物运输涉及承运人、托运人、收货人或提单持有人等多方主体，法律关系错综复杂，关于目的港费用究竟应由哪一方承担的问题，历来都存在争议。

2021 年 12 月 31 日，最高人民法院发布了《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》（以下简称《会议纪要》），其中第 61 条对上述问题作出了回应：

“提单持有人在目的港没有向承运人主张提货或者行使其他权利的，因无人提取货物而产生的费用和风险由托运人承担。承运人依据运输合同关系向托运人主张运费、堆存费、集装箱超期使用费或者其他因无人提取货物而产生费用的，人民法院应予支持。”

该规定明确了在一定条件下，承运人可以向作为运输合同相对方的托运人主张目的港费用，对法院处理此类纠纷具有积极意义。以下，将根据相关法律规定，并结合海事审判实务，对第 61 条的规范目的与条文含义作如下解读，并祈方家指正。

一、《海商法》与《民法典》下目的港费用应由谁承担？

《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）第 86 条规定：“在卸货港无人提取货物或者收货人迟延、拒绝提取货物的，船长可以将货物卸在仓库或者其他适当场所，由此产生的费用和风险由收货人承担。”《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 830 条规定：“货物运输到达后，承运人知道收货人的，应当及时通知收货人，收货人应当及时提货。收货人逾期提货的，应当向承运人支付保管费等费用。”根据上述法律规定，目的港费用首先应由收货人承担。对此，应无异议。但问题在于，承运人能否向作为合同相对方的托运人主张目的港费用？

要回答这一问题，首先需要梳理《海商法》下托运人应当对承运人承担责任的情形。按照《海商法》第四章第三节“托运人的责任”的规定，托运人对承运人承担第 66 条至第 69 条规定的妥善包装、正确申报、及时办理运输手续、妥善托运危险货物和支付运费的法定义务，以及第 70 条规定的因过失导致承运人遭受损害时的赔偿责任。除此以外，托运人对承运人不承担其他赔偿责任。从第 66 条至第 68 条条文中所使用的“不良”、“不及时”与“不完备”等措辞来看，似乎都在强调托运人“具有过失”这一主观状态，而这些主观状态均可被第 70 条规定的过失责任所囊括。因此，归纳起来，现行《海商法》下托运人对承运人承担运费支付义务和过失赔偿责任。

通常来说，目的港提货的义务主体是收货人而非托运人，故目的港无人提货导致的损失似乎很难归咎于托运人。因此，在《海商法》确立的托运人的过失责任体系下，目的港费用不应由托运人承担。考虑到这一点，《海商法》第 86 条规定无人提取货物的费用和风险由收货人承担，在一定程度上是符合条文体系的。

然而，应当注意到，根据《海商法》第 87 条的规定，因目的港无人提货而发生滞期费、保管费等费用没有付清时，承运人有权留置货物。在此基础上，第 88 条进一步规定，承运人根据第 87 条留置的货物，自船舶抵达卸货港的次日起满 60 日无人提取的，承运人可以申请法院裁定拍卖，所得价款用于清偿保管、拍卖货物的费用和运费以及应当向承运人支付的其他有关费用，不足的金额，承运人有权向托运人追偿。

因此，在现行《海商法》的规范体系下，目的港费用首先应当由收货人承担，收货人不承担或者承运人无法向收货人主张时，承运人有权留置货物并在满足法定条件后拍卖，所得价款不足以清偿目的港费用的，承运人才可以要求托运人承担。质言之，对于承运人因无人提货而发生的目的港费用，收货人应承担首要赔偿责任，托运人承担补充责任。

二、《会议纪要》第 61 条为何规定承运人有权直接向托运人主张目的港费用？

如前所述，按照《海商法》的规定，承运人并不能直接向托运人主张目的港费用。但另一方面，与承运人订立运输合同的是托运人，收货人并非运输合同的当事方。因此，从理论上说，现行法关于目的港费用承担的规定与合同相对性原则无疑是存在冲突的。而从实际交易来看，在收货人迟延提货或案涉运输签发了记名提单，且对收货人的身份有所了解情况下，承运人尚可依据《海商法》第 86 条的规定向收货人索赔。但是，在案涉运输签发了指示提单或不记名提单，且提单又在中途流转的情况下，如果发生目的港无人提货，承运人连收货人“姓甚名谁”都不了解，如何向收货人、提单持有人主张目的港费用？在这种情况下，承运人只能依据《海商法》第 87 和 88 条的规定留置货物，等待法定期限届满后将货物拍卖，用以抵偿其支出的目的港费用。

然而，在海上货物运输业务中，“时间就是金钱”，承运人在目的港按照法定程序处理无人提取的货物，往往需要耗费时日，且花费的时间越长，其遭受的间接损失就会越大。在承运人按照《海商法》第 87 条和 88 条的规则处理货物，有时甚至会出现追索目的港费用的成本远大于目的港费用本身的局面，使得承运人的损失难以得到及时、有效的救济。因此，现实中承运人在遭受目的港费用的损失之后，往往不愿意根据现行规则处理货物，而是会选择直接向运输合同的相对方——托运人索赔目的港费用。但是，由于《海商法》没有直接规定托运人需要对承运人承担目的港费用的责任，于是我们看到，在司法实践中，法院在面对承运人因难以向收货人索赔而起诉托运人的情况时，不得不绕开《海商法》的规定，从一般法或基本法理中找寻依据，以支持承运人对托运人的合理主张。

例如，在（2016）浙 72 民初 1502 号案中，宁波海事法院认为，根据《海商法》第 86 条的规定，货物在卸货港无人提货产生的费用应由收货人承担，而根据《合同法》第 65 条的规定，当事人约定由第三人履行债务的，若第三人未履行的，则债务人应向债权人承担违约责任，因此收货人不支付目的港无人提货产生的费用的，承运人有权向作为托运人主张。再如，在（2020）津民终 466 号案中，天津市高级人民法院认为，托运人是与承运人订立海上货物运输合同的人，对于货物在目的港能够被收货人及时提取负有一种默示的连带保证责任，对因目的港无人提货而产生的经济损失负有赔偿责任，并以此判决托运人承担目的港无人提货的费用。

可见，《海商法》相关规定尚付阙如，直接导致法院在面对承运人正当的利益诉求时，不得不援引一般法的规定，以作出合理的判决。而《会议纪要》第 61 条之所以明确一定条

件下承运人可以直接向托运人主张目的港费用，而不必经过《海商法》规定的留置、拍卖等程序，正是为了解决《海商法》上述条文与司法实践存在的不协调问题。

需要指出的是，会议纪要类司法文件毕竟不是司法解释，法院不能将其作为裁判依据援引，只能根据纪要的相关规定进行说理。并且，《会议纪要》第 61 条在某种程度上改变了法定的目的港费用承担规则，且与《海商法》第 87 条、第 88 条的规定存在冲突的嫌疑。因此，应当承认，《会议纪要》第 61 条对《海商法》相关规则的补缺作用仍然是有限的，期待《海商法》在修订过程中可以吸纳该条规定，以求从法源上根本解决问题。

三、如何理解《会议纪要》第 61 条第 1 句的含义？

《会议纪要》第 61 条第 1 句的表述为："提单持有人在目的港没有向承运人主张提货或者行使其他权利的，因无人提取货物而产生的费用和风险由托运人承担。"我们认为，在理解该句的含义时，应区分不同情况进行讨论。

如前文所述，《会议纪要》第 61 条的规范目的是解决承运人因无法确定提单持有人身份而无从索赔，而依照《海商法》规定的留置与拍卖程序进行处理，又导致时间过长、成本过高的困境。这就决定了第 61 条应当且仅应适用于目的港始终无人提货，而承运人又难以确定收货人或提单持有人身份的情况。换言之，此条规定对于提单持有人在目的港迟延提货的情形并不适用。因为此时承运人已经知晓并确定作为收货人的提单持有人的身份，按照《海商法》及《民法典》的相关规定，相关费用和风险应由收货人承担。

除目的港无人提货和迟延提货之外，实务中还会出现提单持有人通过弃货声明等形式拒绝提货的情况。在此情况下，承运人已经知晓并可以确定收货人的身份，似乎应按照《海商法》及《民法典》的相关规定向收货人或提单持有人主张目的港费用，但问题在于，"拒绝提货"也可以被涵盖在《会议纪要》第 61 条第 1 句"没有向承运人主张提货"的语义范围内，那么此时应如何确定目的港费用的承担主体？

我们认为，《会议纪要》第 61 条第 1 句背后实际上隐含着提单持有人"未主张权利则不承担责任"的理念，这一理念的基础在于合同相对性原则。众所周知，承运人将货物运抵目的港后，有权接收货物的是收货人或提单持有人。但对收货人或提单持有人而言，接收货物究竟属于权利还是义务，一直以来都存在争议。按照合同相对性原则，运输合同只能约束承运人与托运人，他们在运输合同中只能为作为第三人的收货人设定权利，而不能设定义务，除非经其同意。即使在提单关系介入的场合，根据《海商法》第 78 条的规定，承运人同收货人、提单持有人之间的权利、义务关系，应依据提单的规定确定，故只有在提单中规定收货人有接收货物的义务，收货人才负有此项义务，反之则无需承担。

正是基于上述考虑，有学者认为，只有当提单持有人在目的港主张行使提货权或其他权利时，才能要求其承担相应的义务与责任。换言之，若提单持有人在目的港未向承运人主张权利，就不应承担包括支付目的港费用等义务。值得注意的是，这种"未主张权利则不承担责任"的说法并非仅仅停留在理论层面。2020 年 1 月交通运输部向国务院提请审议的《中华人民共和国海商法（修改送审稿）》（以下简称《送审稿》）第 88 条规定："托运人以外的收货人未行使收货人权利的，不承担收货人的义务和责任。"《送审稿》第 92 条亦规定："要求交付货物的收货人应当及时提取货物。"其中"要求交付货物"的措辞即反映出"未主张权利则不承担责任"的立法态度，这一表述同样出现在《鹿特丹规则》第 43 条中。因此，

我们有理由认为，《会议纪要》第 61 条第 1 句包含了拒绝提货的情况。此种情况下承运人应向托运人而非提单持有人主张目的港费用。

综上，在目的港始终无人提货且承运人难以确定提单持有人身份，以及提单持有人拒绝提货的情况下，承运人应按照《会议纪要》第 61 条的规定向托运人主张目的港费用。在提单持有人迟延提货的情况下，根据《海商法》和《民法典》的规定，目的港费用与风险应由作为收货人的提单持有人承担。

四、如何理解《会议纪要》第 61 条第 2 句中的“运输合同关系”？

《会议纪要》第 61 条第 2 句的表述为：“承运人依据运输合同关系向托运人主张运费、堆存费、集装箱超期使用费或者其他因无人提取货物而产生费用的，人民法院应予支持。”在第 61 条第 1 句明确了一定情形下托运人应承担目的港费用之后，第 2 句又强调了承运人应当依据“运输合同关系”向托运人主张，其背后原因与目的，值得探讨。

根据《海商法》第 42 条第 3 款的规定，我国海上货物运输合同法律制度中存在两类托运人，一类是与承运人订立海上货物运输合同的人，即契约托运人。另一类是将货物交给承运人的人，即交货托运人。在以 CIF 或 CFR 为贸易术语的国际货物买卖中，由卖方负责与承运人订立运输合同并交付货物，因此只存在一个托运人。而在以 FOB 为贸易术语的国际货物买卖中，与承运人订立运输合同的是买方，向承运人交付货物的是卖方。依《海商法》的规定，买方为契约托运人，卖方是交货托运人，两者都属于我国海上货物运输法律框架下的托运人。由于《海商法》在规定两类托运人的同时，并没有对他们的权责进行区分，因此，关于 FOB 术语下目的港费用应由哪一类托运人承担的问题，一直以来都是此类纠纷的审理焦点与难点。

在（2013）闽民终字第 361 号案中，福建省高级人民法院认为，鉴于崇联公司（案涉 FOB 卖方）是以交货托运人的身份取得记载其名字为托运人的提单并取得货物的控制权，其也应作为托运人相应地承担对于货物的相关义务，因此崇联公司有责任承担马士基公司（案涉承运人）的运费和目的港滞期费。而在（2020）津民终 466 号案件中，天津市高级人民法院则认为，交货托运人无权就条款进行磋商，不能认定其与承运人就海运合同达成了合意。因此，承运人无权向交货托运人主张赔偿。该案再审过程中，最高人民法院亦认为，案涉交货托运人并未参与海上货物运输合同的签订，因目的港无人提货而产生的费用，承运人有权向契约托运人主张。

比较以上两起判决可知，在司法实践中，法院对于 FOB 术语下目的港费用究竟应由哪一类托运人承担的问题，尤其是在承运人是否有权向交货托运人主张此类费用这一问题上，存在较大争议。显然，《会议纪要》第 61 条第 2 句之所以特意强调“运输合同关系”，正是为了回应此种争议。根据第 61 条第 2 句“运输合同关系”的表述，在因使用 FOB 术语而存在两类托运人的情况下，目的港费用的承担主体是与承运人订立运输合同的契约托运人，而非交货托运人。

我们认为，《会议纪要》第 61 条如此规定的理由在于，作为 FOB 卖方的交货托运人并没有与承运人订立运输合同，也很难说他有与承运人订立运输合同的意图，其交付货物的行为在很大程度上只是为了履行买卖合同项下的义务，故对其苛以承担目的港费用的责任并不合理。并且，我国《海商法》下的交货托运人概念系移植于《汉堡规则》，目的是保障 FOB

术语下卖方的利益，防止其在货交承运人又未取得提单的情况下，因丧失货物控制权而落入“钱货两空”的境地。因此，交货托运人在本质上是利益保护或公共政策的产物，法律创设此类托运人的目的本就不是让其承担与契约托运人同样的合同义务。

综上，《会议纪要》第 61 条第 2 句对于明确 FOB 术语下目的港费用的承担主体，以及合理区分契约托运人与交货托运人的责任，有着重要且积极的意义。同时，由于我国出口商在与国外买方签订的贸易合同中多使用 FOB 术语，故经常扮演着交货托运人的角色，进而常常因国外买方弃货而被承运人索赔目的港费用。考虑到这一点，《会议纪要》第 61 条第 2 句的规定在一定程度上也体现了对我国出口商利益的保护。

五、总结

《会议纪要》第 61 条明确了提单持有人未在目的港提货或行使其他权利时，目的港费用由托运人承担，在一定程度上弥补了现行法的不足，较好地解决了承运人因无法确定提单持有人身份而无从索赔，依照《海商法》规定的留置与拍卖程序又会导致成本过高的问题，同时缓解了法院在面对前述承运人对托运人的正当诉求时只能援引一般法或法理原则作出裁决的尴尬局面。

通过分析《会议纪要》第 61 条第 1 句的含义可知，该条仅适用于目的港始终无人提货且承运人难以确定提单持有人身份，以及提单持有人拒绝提货的情况。这两种情况下，目的港费用和风险由托运人承担。在提单持有人迟延提货的情况下，根据《海商法》和《民法典》的相关规定，此时目的港费用与风险主要由作为收货人的提单持有人承担，托运人只承担补充责任。

通过分析《会议纪要》第 61 条第 2 句的含义可知，在因使用 FOB 术语而存在两类托运人的情况下，交货托运人不承担目的港费用，承运人应当向与其订立运输合同的契约托运人主张。

（本文首发于 2022 年 11 月 3 日）

国内水路货物运输合同因承运人欠缺相应资质的法律后果问题

李洪伟、黄美春

根据《国内水路运输管理条例》相关规定，经营国内水路运输业务应经负责水路运输管理的部门批准，取得国内水路运输经营资质。那么，欠缺国内水路运输经营资质的承运人签订的国内水路运输合同是否因违反前述条例规定归于无效合同，以及合同无效后产生何种法律后果，本文尝试结合相关法律规定及以往司法案例作如下总结与分享，供参考和探讨。

一、欠缺国内水路运输经营资质导致合同无效问题

2012 年发布的《最高人民法院关于国内水路货物运输纠纷案件法律问题的指导意见》（以下简称《国内水路货物运输指导意见》）第三条规定："根据《国内水路运输管理条例》和《国内水路运输经营资质管理规定》的有关规定，从事国内水路运输的企业和个人，应当达到并保持相应的经营资质条件，并在核定的经营范围内从事水路运输经营活动。没有取得国内水路运输经营资质的承运人签订的国内水路货物运输合同，人民法院应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定认定合同无效。"在欠缺国内水路运输经营资质的情况下，承运人签订运输合同，合同会被认定无效。2021 年 12 月 31 日，最高人民法院发布的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》（以下简称《涉外审判会议纪要》）第 70 条再次确认"没有取得国内水路运输经营资质的承运人签订的国内水路货物运输合同无效"。再次明确，欠缺国内水路运输经营资质的承运人签订的国内水路运输合同应为无效。

尽管前述规定已作出明确规定，但在具体适用中，合同效力问题仍存在一定争议：

（一）前述规定是否仅适用于海事法院管辖的国内水路运输合同？

在某系列水路货物运输合同纠纷案[案号：（2018）苏 04 民终 719、724、725、745、750、753、756 号等]中，江苏省常州市中级人民法院认为，因《国内水路货物运输指导意见》已明确"本指导意见中的国内水路货物运输纠纷是指由海事法院专门管辖的沿海和内河水路货物运输纠纷"，该系列案件不属于海事法院专门管辖的沿海和内河水路货物运输纠纷，则不适用《国内水路货物运输指导意见》第三条规定，最终驳回当事人关于《货物运输合同》因承运人欠缺资质而无效的主张。该案以《国内水路货物运输指导意见》适用范围否定欠缺国内水路运输经营资质导致合同无效的主张，那么欠缺国内水路运输经营资质仅导致海事法院管辖的国内水路运输合同无效？

根据《国内水路货物运输指导意见》第三条规定可知，合同无效原因是，欠缺国内水路运输经营资质的承运人签订国内水路运输合同违反《国内水路运输管理条例》对国内水路运输经营资质的规定，构成《民法典》第一百五十三条（《合同法》第五十二条）规定的违反行政法规的强制性规定。可见，最高人民法院认可《国内水路运输管理条例》对国内水路运输经营资质的规定属于强制性规定，那么《国内水路运输管理条例》对国内水路运输经营资质的规定约束的所有国内水路运输合同自然均适用《国内水路货物运输指导意见》第三条的规定。根据《国内水路运输管理条例》第二条第二款明确规定"本条例所称国内水路运输（以下简称水路运输），是指始发港、挂靠港和目的港均在中华人民共和国管辖的通航水域内的

经营性旅客运输和货物运输”，可见，该条例对国内水路运输资质的强制性规定应适用于所有国内水路运输合同，并非仅限于海事法院管辖的国内水路运输，2021 年发布的《涉外审判会议纪要》第 70 条也未作出限制规定。

（二）具有无船承运人资质的承运人签订国内水路运输合同是否无效？

青岛芸尚源船务有限公司、山东胜太隆能源有限公司航次租船合同纠纷案[案号：（2021）鲁 72 民初 1995 号]中，原告认为《国内水路货物运输指导意见》第三条对合同无效的规定仅明确实际承运的企业应当具有相应国内水路运输资质，并未明确排除具有无船承运资格的企业签订国内水路运输合同。

青岛海事法院对此作出了明确的回应，认定原告作为涉案航次租船合同的缔约主体和履行义务人，其是否委托他人实际承担运输范围不影响涉案航次租船合同效力的判断，《国内水路运输管理条例》及相关国内水路运输规定并未对无船承运业务作出规定，《国际海运条例》虽规定无船承运业务，但仅适用于“进出中华人民共和国港口的国际海上运输经营活动以及国际海上运输相关的辅助性经营活动”，国内水路运输属于《国内水路运输管理条例》的调整范围，具有无船承运业务资质的原告签订国内水路运输合同仍应取得国内水路运输经营资质，否则合同无效。

二、国内水路运输合同无效后的法律后果问题

无效的合同自始没有法律约束力，合同条款不约束合同当事方，当事方归于未订立该合同的状态，根据《民法典》第一百五十七条规定产生如下法律后果：1、因合同取得的财产，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。2、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。国内水路运输合同无效后常见的争议主要集中于运费、定金/保证金、违约金、滞期费、货损、其他合同履行中支出的费用等问题，以下根据《民法典》上述规定及《国内水路货物运输指导意见》、《涉外审判会议纪要》的特别规定并结合相关司法案例，按照财产返还或折价、损失赔偿、违约金与滞期费进行梳理：

（一）财产返还或折价类问题

1、运费承担

如货物尚未启运，承运人已取得的运费根据《民法典》第一百五十七条属于承运人因合同取得的财产，应予以返还。

如货物运输已经完成，托运人/收货人因合同取得运输利益，此运输无法原物返还，根据《民法典》第一百五十七条应予折价补偿。对于运费如何折价补偿，《国内水路货物运输指导意见》第四条第一款明确规定可参照合同约定支付运费：“国内水路货物运输合同无效，但是承运人已经按照运输合同的约定将货物安全运输到约定地点，承运人请求托运人或者收货人参照合同的约定支付运费，人民法院可以适当予以保护。”该规定所指合同是否为被认定为无效的合同，司法实践中往往区分涉案运输是否存在背靠背的运输合同，即无资质的承运人是否另行委托其他方承运，如存在背靠背运输合同，法院倾向按照无资质的承运人与其委托的承运人之间的合同确定运费数额，例如，唐山曹妃甸港安国际船务有限公司、福建裕

恒船务有限公司航次租船合同纠纷案[案号：（2020）津民终 1239 号、（2019）津 72 民初 122 号]。前述（2021）鲁 72 民初 1995 号案中，法院认为背靠背合同之间的差价部分属于无资质承运人的利润部分，属于非法利益，不应予以支持，该做法也符合《全国法院民商事审判工作会议纪要》第三十二条第二款“不能使不诚信的当事人因合同不成立、无效或者被撤销而获益”的规定。

关于应付运费逾期支付是否可主张利息，有司法案例作出了肯定答复，例如，董叶来、王启聪运输合同纠纷案[案号：（2021）苏 72 民初 1113 号]中，法院认为托运人应当承担拖欠运费造成的利息损失，但也有法院并不支持利息的主张。参考最高人民法院在最高法民申 7696 号案对建筑工程合同无效纠纷中工程价款逾期利息的观点，利息为法定孳息，不同于违约金，对运输利益折价补偿的运费负有支付义务的一方因其自身逾期支付产生的利息，权利方理应可以按同期全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率（LPR）主张。

2、定金/保证金返还

国内水路运输合同无效，定金及保证金根据《民法典》第一百五十七条属于因合同取得的财产，应予以返还。此类款项的返还存在争议的是主张定金/保证金返还一方是否有权主张资金占用费。郭长全与余美全、余小亮航次租船合同纠纷案[案号：（2020）闽 72 民初 651 号]中，厦门海事法院认为，因合同无效，定金收取方占有该款项产生的资金占用损失，按合同无效产生的损失处理，根据当事方对合同无效的过错程度确定承担比例，最终认定收取方应按 50%比例承担资金占用损失。

（二）损失赔偿类问题

1、合同当事方的过错认定

对合同无效后的损失赔偿，适用过错责任，因此，法院在审理国内水路货物运输合同无效后的损失赔偿问题须确定合同当事方的过错程度。合同因承运人欠缺国内水路运输经营资质无效，承运人明知欠缺相应资质仍订立合同，存在过错，托运人订立合同未审查承运人资质也可能被法院认定为存在过错，但对于承运人与托运人的过错比例并非固定不变，司法案例通常根据不同个案的具体案情确定相应比例。例如，前述（2020）闽 72 民初 651 号案，朱金洪与唐超光、曾艳平、广西贵港美鸥船务有限公司通海水域货物运输合同纠纷案[案号：（2014）广海法初字第 518 号]中，承运人是自然人明显不具备国内水路运输经营资质，法院均认为，托运人负有审查承运人是否具备相应资质的注意义务，托运人疏于注意亦有过错，认定托运人与承运人具有对等过错，各承担 50%的损失赔偿责任。

2、履行合同支出的费用承担

国内水路货物运输合同中，当事人因履行合同产生的损失同样适用《民法典》第一百五十七条的规定，应按照过错原则公平合理分配损失的承担。履行国内水路货物运输合同产生的损失以承运人为完成运输支付或垫付的费用最为常见，此类费用的承担需要按照货物是否已运输，如货物尚未启运，托运人与承运人按照合同无效的过错程度确定承担比例；如货物已完成运输，托运人无法返还运输利益需折价补偿，经审查属于托运人应承担的运费及相关必要支出则由托运人承担。费用数额的认定，法院倾向以必要、合理的实际损失数额为限。

3、货损赔偿承担

货物在运输期间发生的毁损、灭失，《国内水路货物运输指导意见》第四条第二款规定

“国内水路货物运输合同无效，而且运输过程中货物发生了毁损、灭失，托运人或者收货人向承运人主张损失赔偿的，人民法院可以综合考虑托运人或者收货人和承运人对合同无效和货物损失的过错程度，依法判定相应的民事责任。”

司法实践中，法院通常根据此条按照当事方对合同无效和货物损失的过错程度确定责任比例，例如，在林乃华诉吴益盛海上通海水域货物运输合同纠纷案[案号：（2014）厦海法商初字第 75 号]中，法院认为，承运人明知其不具备相应运输经营资质仍驾驶三无船舶从事案涉货物运输，应对合同无效承担主要责任，托运人未谨慎审查承运人运输资质应承担次要责任，最终认定 80%、20%的责任比例。也有不少案例认为，合同无效与承运人运输期间发生的货损并无直接因果关系，实际按照对货物损失的过错确定货损赔偿责任，例如，孙继华与蓬莱市金海港船务有限公司、寿光市奥龙航运有限公司水路货物运输合同纠纷案[案号：（2015）鲁民四终字第 35 号]，南通科达货运代理有限公司、南昌市赣江航运有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷[案号：（2020）鄂民终 18 号]等。

（三）违约金与滞期费问题

实践中，国内水路货物运输合同被认定无效后，不少当事人坚持主张违约金和滞期费等款项。合同无效，合同自始不产生法律约束力，合同约定的违约金条款自然也无效，当事人无权主张违约金，《涉外审判会议纪要》第 70 条第 1 款已作明确规定。

关于滞期费问题，《涉外审判会议纪要》第 70 条第 2 款规定“没有取得国内水路运输经营资质的出租人签订的航次租船合同无效，出租人请求承租人或者收货人参照合同约定支付滞期费的，人民法院不予支持。”此规定实施后，法院对滞期费的主张不予支持，例如：前述（2021）苏 72 民初 1113 号案、霞浦金亮建设工程有限公司、安徽永祺船务有限公司航次租船合同纠纷案[案号：（2022）闽 72 民初 190 号]。值得注意的是，《涉外审判会议纪要》实施前，以往司法案例实际上是认可滞期费损失，并倾向按照当事方对滞期费损失的过错确定承担实际产生的滞期损失，例如，前述（2020）津民终 1239 号、安徽曼哈曼物资有限公司、王省元海上、通海水域货物运输合同纠纷案[案号：（2021）鄂民终 1253 号]等。

三、总结与建议

国内水路货物运输合同条款通常是当事方对权利义务谈判协商的成果，对权利、义务、风险均作出预先的安排，合同无效后，交易及预先安排均归于无效，对合同各方而言均不利。《国内水路货物运输指导意见》、《涉外审判会议纪要》已经明确，欠缺国内水路运输经营资质的承运人签订的国内水路货物运输合同无效，对合同的无效，承运人和托运人都可能被认定存在过错，因此，承运人签署国内水路货物运输合同前应取得相应资质，托运人也应尽到审查承运人资质的注意义务。如合同签署后发现欠缺资质，当事方应根据合同履行的情况及时返还已取得的财产或折价补偿，对已造成的损失尽快沟通应对，避免损失扩大或产生额外损失。

（本文首发于 2022 年 11 月 29 日）

星瀚人文

卫新：克服内卷的方式是让自己成熟起来

本文根据卫新律师在上海星瀚律师事务所2021 年度工作总结会议上发表的主任致辞整理而成

各位同事：

大家好！又到了每一年度总结的时候。过去一年中，行业内外谈“内卷”非常多。我们的客户在咨询业务和商业模式的时候，会说“内卷”；在律师同行内部交流时，也谈“内卷”。比如，律师的加班越来越多，不少律师的年度工作时间已经达到了 3000 小时，而客户的要求还在持续提高，以前只是要求客户的邮件必须当天回复，现在客户的微信要是 10 分钟不回复，客户就会觉得律师缺乏投入度；比如，不少律所频繁迁址、豪华装修，提升在租金和装修方面的投入，但收费越来越低，管理越来越难；又比如，很多律师都会提到竞争压力大，有老同事和我说，涌入律师行业的人员越来越多，某些专业领域、行业领域已经高度同质化，由此带来的案源压力很大……

的确，星瀚在 2021 年度取得了非常亮眼的成绩，但是到了 2022 年 1 月 1 日，一切归零、重新开始。在新的一年里，我们如何克服内卷？就此，我想分享一些和钱没关系的事情。

做正确的事，帮有道理的人

2021 年，我担任仲裁员，全年仲裁了近三十件案子，除了二次边裁之外，其他担任的都是首仲。在担任仲裁员的过程中，我一方面感慨于我们法律从业者的责任心和专业素养还需要持续加强；另一方面，我看到了律师的选择和案件结果之间的关联。有的律师技术不行，有的当事人有违诚实信用，二者都会带来不利的裁判结果。但相对而言，当当事人有违诚实

信用原则的时候，即使律师业务精湛，案件的结果也常常是失败的。作为居中裁判者和法律人，最终指引我的还是良知和共情。

星瀚成立十周年的时候，一位非常重要的客户伙伴分享说，我喜欢担任原告的律师："卫新律师说他偏好做原告的代理，因为原告往往是弱者，当然，原告作为弱者一方并不表示其就具有天然的正义。我们不知道他这样说是否可以归类为政治正确或法理正确，但是我们对他表达出的同情心、正义观，我们是可以感到心服和心安的，所以，这也是我们选择卫新律师的重要理由。"的确，**尊重诚实信用，用我们的技术去帮助有道理的人，这是我的价值选择，也应当是星瀚法律人的价值选择。**

在星瀚的优势领域中，无论是企业内控与反舞弊、融资性贸易还是股权类的争议解决，我们都会关注我们帮助的对象是否真实受到损害、诉求是否具有合理性，**我们的法律技术优势要用来帮助他们挽回损失、争取正当的权益，也正是因为坚持这样的理念，我们得到了合理的商业回报，也得到尊重与信任。**

我想和大家说的是，**不是为了争取每一个业务机会都要去"卷"的，逐利而"卷"，违心而事，往往精疲力竭，收获寥寥。即使商业，也要有所取舍，重义笃行，往往才是财富密码。每个人都有选择的自由，在我们的选择中，就是技术派也要做正确的事情，帮助有道理的人。**

合作要共赢，要互相尊重

星瀚一直强调我们的使命是成为客户心目中高效负责的伙伴，所以星瀚对同事们的服务要求非常高，我们订立服务反馈的标准、做满意度调查、进行结案确认的考核，我们不仅要大家提供法律专业的价值，也要提供商业价值、情绪价值……

在这样的高要求下，我们一直保持良好的口碑。但是，对于"客户满意"这个标准，我们的同事也难免遇到挫折。比如在过去的 2021 年，有客户表达说，比之律师提供的文本和服务的客观事实，服务的"感觉"更重要，客观上，我们年轻同事在此方面确有欠缺，我们需要有反思和改进。我们常常自我揶揄"客户爸爸"，"爸爸"的需求，总要千方百计满足，需要我们在细节上"卷起来"。

不过，今天是内部总结会，我更想强调，客户服务是重要的。但是，尊重也同样重要，**伙伴是彼此给予的认同。**客户的需求可以方方面面，但同样不能越界。

在我们星瀚人的心里，文本是否重要？重要。事实是否重要？重要。**我们的根本价值还是用法律专业解决问题，客户对这样的根本价值要与我们有共识，客户认同法律、认同律师工作，合作才能取得双赢。**

我们从事的是法律服务行业，无论如何，服务都应当有基本的态度，如果确实无法与客户达成共识，我们也要做到诚恳沟通、好聚好散；而下一次，大家要记得，**价值认同是合作共赢的基础。让自己变得有价值的这种"卷"是值得的，为迎合没有基础价值认同的人，所付出的"卷"是徒劳的。**

成熟的人，温和与坚强可以共存

2021 年度，专项整治毫无疑问是律师行业的重点工作，星瀚在此方面的表现非常优异。我们要感谢运营的同事，星瀚运营的服务能力很强，很多任务还没等分工，运营的同事就会主动落实；也要感谢我们的律师、律师助理，是大家一直以来的技术派风格使得星瀚一直保持着合规经营、做到了可持续发展。我们一贯的内部管理要求，与主管机关专项整治的合规要求是重叠的，我们没有“历史”的包袱，并不需要因此花费更多的额外成本，这也保证了星瀚 2021 年取得良好的业绩增长。

面对“内卷”，比之“躺平”，我们更有**笃信并长期笃行的：**

我们相信，业务技术水平、解决问题的能力对客户选择律师越来越重要，做热爱法律的技术派是一件正确的并且要一直坚持的事情；

我们相信，行业一定会越来越透明，客户对专业的识别度也会越来越高；

我们相信，通用业务的利润会越来越低，有门槛、有难度的业务才更有价值；

我们相信，利益分配应该与价值相关，而且会越来越合理。一个律师“搞定”案源、“搞定”客户，就能取得高收益的时代已经不存在了；这是一个年轻人才辈出，只要刻苦踏实、技术精湛、有着正确的价值观，就会获得合理回报的时代。所以，无论外部还是内部，我们都要坚持专业、分工合作，协同才能产生更大的价值。

我告诉我自己：**如何克服内卷？就是要让自己成熟起来。**

如果内心不够成熟，情感有些脆弱，为了弥补这些不足，就会要从创收、地位、关系、证书、资历中来获取力量。

人与人之间的交往，如果缺乏真正的理解和同情，我们往往会把自己包装成特别强势的样子，充满了控制感和胜负欲。但如果只有体谅、唯唯诺诺，缺乏勇气，我们就变得没有原则，困在无法表达、无法实现自己想法和愿望的委屈中。

追求外在的证明和人际关系中的赢家，又或是受委屈的状态，恰恰是人的“不成熟”，也是焦虑和内卷的源头。回顾过去的 2021 年，我们每次抱怨焦虑、抱怨周围的人“卷”，是不是正是这种不成熟在作祟。

我相信这个世界的资源和机会足够丰富，大家都可以找到适合自己的专业、信任自己的客户、能够长远发展的平台，而我们要做的，是成为成熟的人。

我理解的**成熟的人，就是：理解他人、理解世界，充满勇气，是敢作敢为和体谅他人的一种平衡。**如果我们足够成熟，就会乐于聆听、善于沟通并勇于面对。当我们拥有了这样的平衡，自然也就不必也不会焦虑了。

熟悉我的同事都知道，我是比较温和的人，我总跟同事们强调要反求诸己，理解他人。新的一年里，我要与大家共勉的是：**成熟的人，温和与坚强可以共存。**

祝大家新年快乐！

（本文首发于 2022 年 1 月 27 日）

星潮来袭，未来可期

2022 年 1 月 21 日，上海星瀚律师事务所举办年会。本次年会的主题是“星潮来袭，未来可期”，由上午的工作年会及下午的娱乐年会及晚宴三部分组成。

愿温和与坚强并存

工作会议伊始，**党支部书记、执行主任丁绍宽律师**总结了 2021 年度星瀚党支部的工作情况。丁律师表示，新的一年，他将带领党支部积极投身法援公益，以党建促所建，迎来星瀚更好的明天。

随后，**高级合伙人汪银平律师**为大家介绍了星瀚 2021 年度业务数据情况。汪律师指出，过去一年中，无论是律所总创收还是人均创收，都保持了增长态势。汪律师对星瀚的“产品化、强运营”战略加以强调，期待在新的一年中，全所各部门间能继续紧密合作，为客户提供综合性的解决方案。

宋佳作为**星瀚运营管理负责人**带大家回顾了过去一年市场、财务、行政、法务秘书、人事部门的点滴贡献，并作新一年度工作展望。此外，宋佳还进行了制度宣导：星瀚将持续加强业管维度的底线管理、做好律所数字化建设、优化律所客户管理和产品制度。

最后，**卫新主任**作年度总结和主任致辞，谈及行业环境、选择的自由与对抗内卷的方式，

谈道“我理解的成熟的人，就是：理解他人、理解世界，充满勇气，是敢作敢为和体谅他人的一种平衡。成熟的人，温和与坚强可以共存。”

表演，我们是认真的

本场年会的 dress code 是**“国潮”**元素，同事们为了扣题也是下了一番工夫，有的“盛装出席”，也有的在配饰上“费尽心机”……

娱乐年会上共有 9 组同事献上了精彩纷呈的表演，尽管排练可能或多或少占用了大家一些空余时间，但对待表演大家都拿出了工作般严谨的态度，绝不马虎。和大家说一个小插曲，因为时间原因，最后的大合唱比原计划提前演出，大家得知消息后的第一反应不是任务即将结束的喜悦，而是：我还没来得及开嗓！

（开场舞瞬间点燃全场气氛）

（丁绍宽律师献唱后来）

（来自小 chen 们的新人观察日记）

（“心之所动，且就随缘去吧~”）

（一场动静结合的 T 台秀）

（关于 2021 年的那些事儿~）

（舞艺高超的盛青再次登场）

（永远年少，永远少年）

（今年家里的亲戚长辈又准备了什么样的“关心”呢~）

蹭一蹭这份实力和运气

观看表演之余，也穿插了若干星瀚年度奖项的公布：

优秀客户服务奖：刑事部为某上市高新科技企业提供的综合法律服务

优秀非诉讼项目奖：某境外公司员工舞弊案

优秀诉讼项目奖：某房地产公司系列股东纠纷

年度特别贡献奖：丁绍宽、杜顼瑶

年度优秀运营奖：李菁

年度优秀新人奖：哈力切、洪璐

年度飞跃进步奖：冯恬、杨轶菡、虞杨、谭文辉

年度合作奖：丁绍宽

年度优秀讲师奖：李凤翔、赵晓波

年度优秀作者奖：崔岩双、黄璞虑

年度优秀社团奖：桌游剧本杀社、羽毛球社

年度优秀星瀚人：沈大力

年度优秀团队奖：企业内控与反舞弊法律服务中心

度优秀客户服务

年度优秀非诉项目

4-小提琴
年度优秀诉讼项目

年度特别贡献奖

年度优秀运营

年度优秀新人

年度飞跃进步奖

年度合作奖

晚宴时当然也少不了最令人期待的幸运抽奖环节，笔记本电脑、手机、iPad、Go Pro、投影仪、咖啡机……诸多奖品花落各家。

正如卫律师所说，“这个世界的资源和机会足够丰富，大家都可以找到适合自己的专业、信任自己的客户、能够长远发展的平台，而我们要做的，是成为成熟的人。”新的一年，星瀚将不忘初心、成人达己，坚持做热爱法律的技术派。也祝大家新的一年，心想事成，虎年大吉！

（本文首发于 2022 年 1 月 28 日）

你知道吗？你身边的大白可能是……

往年的 3 月律师生活是什么样的？是穿梭在各个法院立案、开庭；是忙碌着接待一个又一个客户；又或许是趁着初春的好天气，和家人朋友好好享受周末时光……但在刚刚过去的这个 3 月，我们都过得不太平凡。一场疫情“倒春寒”给上海带来了刺骨的凉意，但也让人感受到了温暖——在战“疫”的关键时刻，星瀚人也在用自己的方式肩负起社会的责任与担当，积极参与到疫情阻击战中，用实际行动共同守“沪”。

脱下律师袍，穿上防护服

当大家都在居家办公时，某个午后，应该都刷到了这样一条朋友圈「今日份工作：学会应对健康云和手机型号不兼容的问题」住在本次疫情重灾闵行区的“净土”中的阮霭倩律师前前后后已做了 8 次核酸，在这个过程中她发现小区缺少志愿者，很多大爷大妈年纪很大，但依然自告奋勇担任志愿者。“想到自己年纪轻轻、身强力壮，更不好意思在家躺平了，于是就报名做志愿者啦～”

因为是志愿者中的“年轻人”，阮律师主要的工作是辅助老年人设置健康云的二维码。“记得碰到一个老人，可能因为手机型号原因，怎么都设置不了健康云，他很着急，我也很着急。”但是，没有什么事情是重启不能解决的，如果还有那就断网重连，终于完成了登记。阮律师说，几天志愿者做下来，因为一直站着维持秩序，腰酸背痛、口干舌燥的，工作量不比平时小，越发感觉到大白们的不容易，毕竟他们需要一个小区一个小区连轴转，比志愿者更辛苦。“我们小区最近一次核酸还是宁波援助上海的大白来做的，其实还是蛮感动的。”

孙建英参加了社区疫情防控第二轮抗原检测试剂发放的志愿者活动。她说自己在大学期间也参加过很多次的志愿者活动，但是工作后一直没机会，碰上这次的疫情来势汹汹，也希望自己能尽一点微薄之力。不过还有一个比较特别的的原因：当全上海开始“全家捅”时，不知道是什么原因，她那户的抗原检测试剂被遗漏了。“我记得很清楚，当时我是从下午 3 点一直等到天黑，也没等来志愿者……就觉得一首歌最能体现我当时的心情——天都黑了你都没来过没来做（坐），戏都完了眼都没眨过没哭过，完美的剧情错过……所以想着当志愿者是不是可以从源头领到抗原检测试剂哈哈。”于是，当天下班之后，孙建英就去报到了。

实际参与其中后，孙建英发现自己家并不是个例。当她做志愿者拎着物资路过时，总会有居民问她，他们那边什么时候发，因为不清楚他们那户具体是由哪个志愿者负责，她也只能摇头。等到她完成了自己的任务，还有很多住户没领到试剂。回到站点后，她便主动请缨再跑一趟，于是她一个人骑着小电驴又完成了四栋楼的不法，此时已经晚上 10 点半了……

孙建英说，志愿者都很不容易，大部分志愿者都是步行挨家挨户的发放物资，期间几乎也是不喝水的。也是在做了志愿者后才知道领不到物资的主要原因，除了事发突然没有做好完全的准备，也更因为志愿者人手不够。

星瀚与你齐心抗疫

除了律师们到所在社区贡献自己的一份力量，星瀚也注意到了因疫情影响正处于困境的中小企业，于本周开启了线上公益法律咨询。相较于线下的志愿服务，线上的公益咨询更加灵活机动，更多的律师积极参与其中。

我们综合每位律师的专业领域，进行了排班。每天一早，小星都会在群中发布并介绍当天的值班律师。这一周中，大家关注最多的问题包括，疫情期间是否可以安排无薪假、由于疫情无法前往异地提供服务可能面临违约、公司内部合规治理……星瀚律师对待每一个问题都尽心尽力，有时被艾特到的律师可能因为正在开会、通话等原因没能及时回复，其他律师也能积极补位；在一位律师做出解答后，也会有其他律师从不同角度进行补充，收到了一致好评。

张晓婧律师说，线上法律咨询是自己力所能及的事情，同时自己也有机会接触更多案例，

一举两得。

目前，越来越多的企业加入到了公益咨询群中，尽管后续响应防控要求，所有同事都开始了居家办公，但星瀚的线上咨询会一直继续……

正义温暖的法律人

前两周，华政封闭管理 14 天物资紧缺的消息一出，作为华政校友的黄璞虑律师、岑晓娴等便第一时间进行了捐款，黄璞虑律师还在同事群里进行号召，希望能将众多绵薄之力汇聚，一起帮助母校渡过难关。尽管疫情将身体阻隔，但从不能阻隔心的距离。

被安排值班的运营同事在过去的几周里也是身兼数职，不仅要完成自己的工作，还要帮助封闭在家的同事。除了工作中的帮助，由于一些同事毫无征兆的被临时封闭，住得近的同事下班后还兼职起了“外卖员”，为他们送菜和生活必须品。

这样的故事还有很多，也有忙碌于志愿服务等律师因抽不开时间拒绝了小编的采访。阮律师也透露自己都是利用周末去做志愿者的，因为工作日依然安排了很多电话会议与线上开庭——这个 3 月虽然我们居家办公，但并不比平常轻松。

（来福士楼下的樱花开了~）

“海压竹枝低复举，风吹山角晦还明”，我们始终相信春会暖，花会开！等疫情结束后，也欢迎大家来星瀚坐坐，一起喝喝茶，聊聊诗和远方……

（本文首发于 2022 年 4 月 1 日）

卫新：生活的“正常”比“非常”更重要、更可贵

本文根据卫新律师在 2022 年 9 月 7 日举行的星瀚全体会议上的发言内容整理而成。

2021 年，星瀚的业绩创下新高，成为亿元所，年底我们也完成了办公室的续租。我相信，每个人对 2022 年都有美好的期待；但是，3 月开始的疫情打乱了所有人的计划，一直持续到现在。

今天，是星瀚的“半年会”。往年的半年会都应该是 7 月初进行，但因为两个月的居家，我们的半年会也顺延至今。筹备会议时，有人说，是不是这个会就别开了；当下，很多事情都不正常，开会也不知道说什么。但是，最后我们还是决定开会，我们想在这个不正常的时期保持一些正常。

第一个关键词：正常

疫情期间，我想很多人都听过一个哭了的居委干部的录音。就是封控小区里，一位护士想回医院上班，她恳求居委干部放她出去。那位可敬的居委干部说，你才是专业的人，你说可以，我就放你走。但是你一定要回来，因为，我也有我的职责。他甚至还说，物资太匮乏了，希望她回来的时候，能够帮忙买一些物资给她的家人和邻居。

这段录音里，不仅说的人，说着说着哭了，还把很多听的人也说哭了。因为，在那段不正常的时间里，这样正常的人太少了。他的职责是守住小区的大门，禁止大家出入。但是，他没有忘记，防控疫情，是为了大家的健康，是为了大家更好的生活。所以，他认为，让护

士回医院上班，比他守住禁止出入的职责重要；让大家的匮乏减少一些，比他守住禁止出入的职责可贵。说得再透彻一点，我相信，所有听了这段录音被感动的人，都相信**生活的正常比生活的非常更重要、更可贵**。

疫情期间，这样的压力，我们星瀚的权益合伙人也感受到了。我们也曾开会讨论，是否要把居家办公变为休年假、停工停产，要不要薪资打折、管理层要不要降薪，我们甚至在和财务同事算账，律所的现金流还能撑到几月。最终，权益合伙人的结论是，我们要按时发工资，工资不能打折，不能强迫大家休年假。因为我们也认为，**星瀚的正常运行比非常的应对更重要、更可贵。合伙人正常的担当，比非常的变通更重要、更可贵。**

今天，我们正常召开半年会，我们看到星瀚的业绩水平达到了去年同期的标准，疫情期间我们没有降低薪资标准、福利标准、给予一些团队疫情期间办公成本的减免，我们的星瀚微法苑疫情期间保持日常更新，我们还组织了公益法律咨询群，尽心尽力地为困难的人提供帮助。

我觉得很幸运，一是靠权益合伙人坚定的信念；二是靠我们的制度，因为权益合伙人把钱都留在账上，权益部门的历史收款给律所积累了可观的现金流。当时我们对解封没有那么乐观，我们预估了封到第三季度的情况，我们是可以撑下来的。三是要感谢所有运营同事、业务同事在封控期间、解封之后的坚守和努力，是大家的风雨同舟，让我们稳住了。我代表律所感谢所有人，谢谢大家。

当下，我们仍在经历一个特殊时期，**我们做的所有努力，都是为了回归原本正常的生活，如果我们回不去，则新建的生活必须符合我们原有的标准才算完，然后才会开启更高的追求和目标。**我们的标准是什么，对客户，我们是高效负责的伙伴，对内部，我们是员工幸福、部门健全的一线精品所。我想，这是我们在工作中要实现的正常。

第二个关键词：竞争

最近和一些上海的同行交流，大家普遍很焦虑，对行业的前景也很负面。大致有二个明显的现象：

1、收费下降，利润率越来越低；

2、律师行业越来越卷，而且这种卷是全方位的。

律师行业是一个完全竞争市场——玩家分散、拥挤，是典型的红海市场。什么是红海市场，价格越来越便宜，利润越来越透明，同质化竞争越来越激烈，甚至有很多人弄虚作假、以次充好。怎么办？直面最惨烈的竞争？可是，每个方向，都有无数对手；每走一步，早已血流成河。红海的标志就是竞争者众多、竞争维度小，都是同质化的竞争者。具体到律师行业，就体现在律师的同质化，很多业务竞争只剩下二个维度：业务经验+价格。在红海市场的竞争中，降价是有效策略，客户对价格是敏感的，只有通过降价，才能守住自己的份额，并且扩展份额。所以，星瀚的同事也要反思，我们一直质疑同行降低收费的做法，是不是对经济规律的理解出了偏差？

“摩尔定律”大家都知道，意思是集成电路上可以容纳的晶体管数目在大约每经过 18 个月到 24 个月便会增加一倍。反过来看，如果你不持续提升性能和产能，你原地踏步，每年的收入就会下降为之前的一半，这就是“反摩尔定律”。以反摩尔定律看律师行业，就会发现：“小而美”的模式不适应同质化竞争的律师业务。律师必须要向客户提供高“性价比”的服务，也就是在之前的收费标准上，提供更多、更快的服务，或者直接降低收费，如果不这样做，客户就会选择离开，这就是“不进则退”。你不得不去拓展更多客户、做更多的案子、招聘更多的律师、提供更大规模的服务能级，才能保证创收的稳定。为了竞争到更多客户，如果不扩大规模，最容易想到的做法就是压榨自己或是压榨助理，目前在律师行业比比皆是，已经到了极限。但我认为，坚守高利润或延长工作时间的做法都没有持续性，提升效能最科学的方式是分工合作，降低交易费用、产生团队效应。在律师行业，尊重经济规律，适当的规模扩展，加上横向、纵向深刻的分工合作，才是在激烈的价格竞争中，保持利润的最有效的方案。

但是，我们换一个思路，为什么要在红海市场里做价格和效能的惨烈厮杀，能不能找到蓝海市场？蓝海市场与红海市场的价格策略是不同的，由于市场参与者少，降价不是最优策略。因为降价扩大的地盘，和损失的利润相比并不合算。而价格同盟也更容易心照不宣的形成（蓝海市场很少出现大家吐槽的律师恶性报价）。但蓝海市场在哪里？我的理解就是要增加竞争的维度，克服同质化，实现多维竞争。维度增加了，你就会把自己定位在一个相对更加清晰的、没有那么拥挤的市场里。比如我们的内控反舞弊业务，一开始定位在冷门的刑事控告领域，后面又加入了合规调查、关联关系排查等业务，已经与传统的刑事业务做了区隔。我们的娱乐法业务，除了合规、合同服务，还有财税、危机处置、政策对接、资源匹配等内容。**寻找蓝海业务，定位比效率更重要。**蓝海战略的核心是：创新。创新的重点在于“创”，而不在于“新”。对律师行业来说，不在于所谓业务领域的“新”，而在于对传统法律服务范围、服务模式、专业支持价值的改造。

星瀚在 2016 年进行了一次合并，2019 年开始招聘造星律师，就是知道“小而美”是没有出路的。必须增加产品链，增加和其他综合性律所竞争的规模。我们打造强运营体系，就

是希望在纵向分工上给业务律师增加一个维度，提高效率。但到了 2022 年，竞争格局更加激烈了，星瀚原来领先的，很多所也能做到了。竞争对手还是太多，我们需要做出战略的回应，在红海业务中提高效能，还是找到自己的蓝海业务？不仅需要踏实的付出，更需要每个星瀚人有智慧的思考。

第三个关键词：考试

大家都知道，最近上海破产管理人扩容，进行了一次考试。星瀚有 23 人参加考试，权益团队和造星团队的人数各半，其中有 6 个 40 岁以上的老家伙，还有很多业务繁忙的造星合伙人。星瀚这次考试的成绩是 6 个 100 分，6 个 99 分，平均分 97 分。虽然最终排名还不确定，但我觉得星瀚的团队作战能力是优秀的。这不是一次简单的考试，尤其对于刑事部门的律师，需要花费大量的时间。有的同事放弃旅游，放弃客户接待，集中精力扑在考试上。

很多人说，律所一旦规模上去了，独立的提成律师多了，凝聚力和团队意识都会下降，这次考试证明星瀚的规模虽然增长了，但是团队效应依然保持。

星瀚过去完全是公司制，团队贡献是每一个律师的当然之意。后来规模扩大了、有了更多团队，我们减少了强制性的规定，给大家更多自由度。但在激烈律师个体竞争、律所竞争的背景下，各个团队可以以做好本职业务工作为重，但同时，我们还是要鼓励更多的同事参与律所的建设、公共的事务，出谋划策，促进合作和战略落地，就像今天的会议、破产的考试、社团的建设、学习会、分享会、产品研发、年终评优这些工作。在全行业的律所都扩大了规模的背景下，如何在律所内部进行资源的整合、团队效应的挖掘、合作成本的降低，这个考题是出给全行业的难题，我们也必须交出考卷，希望大家能和管理层一起努力。

破产考试，星瀚的成绩不错；这次疫情对星瀚也是一次考试，我们稳住了；但我们面临的更大的考试，就是激烈的行业竞争，期待我们依然可以取得好成绩。

△

世界是不确定的，更是确定的。确定的就是趋势，即使波折，趋势不变。我对中国市场经济、法治建设持续发展的大趋势，深信不疑。

市场经济、法治建设——背后是人们对美好生活的追求，对安居乐业的渴望。生活应该是全方位的，既有工作，也有家庭、友谊和成长。希望星瀚是星瀚人完整生活的一部分，就是安居乐业中的“乐业”。祝福大家！感谢！

（本文首发于 2022 年 9 月 23 日）

让过去过去，2022 年末班车始发

2022 年对大部分人来说都挺不容易的，回首过去的 12 个月，困难、艰辛、不舍、遗憾……好像一时间能想到的词都有些负面。今天，和小编一起坐上 2022 的回顾专列，虽有很多的不如意，但一定有一些闪光时刻——希望也能唤起你在这一年中可能忽略了的美好——出发！

第一站：非常

提起 2022，3 月的那波疫情不可避免。在长达两个月居家办公的日子里，星瀚人除了完成每天正常的工作，也用自己的方式承担起了社会的责任与担当：捐款、建立公益群排班进行免费法律咨询、穿上防护服做起社区志愿者……在那段“非常”的日子里，我们始终是正义温暖的法律人。

（今日份工作：学会应对健康云和手机型号不兼容的问题）

（晓波律师家的伙食有些拉仇恨）

（明年的樱花一定会更美～）

第二站：好久不见

再一次踏进办公室，同事们都已换上了初夏的装扮。我们笑着和同事们 say hi、试着抢救还有一线生机的花草、擦去桌上的积灰……成年人的儿童节就是：复工啦～！

（市场部准备的复工惊喜）

（沁芳律师在复工当日带来了象征活力与生机的向日葵）

（6 月奇思妙想汇上的精致茶歇～）

第三站：正常

卫新律师在今年的半年度会议上说，生活的“正常”比“非常”更重要。疫情期间，每一位星瀚人都在为星瀚的正常运行而努力：

今年初，我们决定将星瀚生日会与每月的奇思妙想汇合并， “组合”刚刚成立就被迫只能连续三月举办线上见面会。好在同事们的热情不减，直播间开启摄像头连麦交流，评论区积极互动，热闹非凡～

（线上奇思妙想汇策划 ing）

（4 月的奇思妙想汇教你变身居家厨神）

律师是终身学习的职业，居家办公当然也不能忘记学习。不能组织线下分享活动，律师们就化身“知识主播”，在那段时期，我们前后共策划了九场直播，分享主题包括：商事争议解决、劳动管理、企业内控与反舞弊、商业秘密保护、热点事件法评等——用实际行动为困难企业排忧解难。

（星瀚 x 法盟推出系列公益直播）

企业内控与反舞弊第四届行业峰会比以往来得更晚了一些，但是保持高标准、高含金量的办会目标从不曾改变。在为期一个月的 5 场系列分享中，我们聚焦电子取证、关联交易、投资、破产、企业内审内控等行业热点话题，展示前沿的调查取证技术、交流实务经验。这是峰会首次以系列活动的形式公益呈现，很感谢在这特殊时期仍积极参与的嘉宾、参会人员。我们也承诺，明年将以更好的方式与大家见面！

（第四届企业内控与反舞弊行业峰会开幕式）

第四站：爱运动

2022 年当然也是爱运动的一年，年初有“冰雪盛宴”北京冬奥会，紧张刺激的短道速滑赛、刚柔并济的花样滑冰、可爱的冰墩墩；年末有热情似火的卡塔尔世界杯，借着世界杯的契机，我们也开启了【星瀚体

育月】的活动：在比赛开始前竞猜获胜队伍；下班后一起吃炸鸡、看比赛，为自己支持的队伍呐喊助威……对了，我们还在封控期间举办了一场线上搏击训练～那么，今年最令你热血沸腾的是哪一场比赛呢？

（这场暴汗运动你认真跟练了吗？）

（飞盘的乐趣你 get 了吗？）

（毛毛虫大作战🐛）

（相约世界杯）

第五站：欢聚

尽管 2022 年的很多活动都被迫取消、调整、延期，但星瀚温暖亲切的氛围不会少。国潮主题年会、露营版家庭日、丰富多样的社团活动……你是否也一样已经开始期待明年的旅游了呢？

也是在这一年，前后有十余位新人加入星瀚，成为热爱法律的技术派，很开心，星瀚成为大家执业故事中的一页～

（今年年会上的哪个表演令你印象最为深刻？）

（6 月话题：从恋综里得到的情感关系启发）

（玙习作为应届生代表发言）

（星瀚首场露营成功！）

2022，有人见星辰，有人见尘埃，不要紧，都要翻篇了。请保持热爱，奔赴下一场山海。我们，2023 见！

（本文首发于 2022 年 12 月 30 日）

热爱法律的技术派

上海总部：021-5109 6488
武汉分所：027-8771 8809

BD@ricc.com.cn

星瀚客服

星瀚微法苑