

2020

第2季度

# 星瀚法律研究

LEGAL STUDY



## ● 热点聚焦

拒做“傻白甜”，企业能从腾讯VS老干妈事件中获得什么启示？  
抢夺公章不够体面？但这才是股东争议法律化的序幕

## ● 专栏精彩

企业内控与反舞弊：关于对企业内控和反舞弊体系构架维度的思考

商事争议解决：反向刺破公司面纱，追加公司实控人及关联企业偿债

# 目录 CONTENTS

## 热点评析

- 拒做“傻白甜”，企业能从腾讯 VS 老干妈事件中  
获得什么启示？ P01
- 抢夺公章不够体面？但这才是股东争议法律化的序幕 P07
- “鬼吹灯”争夺战，天下霸唱输在哪儿？ P11
- 承诺 1 个月内修改合同的阅文，会给出什么样的答卷？ P18
- “串通投标”行为的司法实务分析——基于中海地产上海公司  
总经理被查案 P21

## 内控和反舞弊

- 关于对企业内控和反舞弊体系构架维度的思考 P28
- 内部员工舞弊，供应商的合同一定无效吗？ P33
- 企业反舞弊视角下的商业秘密保护策略 P39
- 企业内控专项制度的“民主程序”实操指引 P43
- 企业开展反舞弊调查，如何针对 iTunes 备份进行取证分析？ P48

## 商事争议解决

- 股东认缴期限未届满，公司债权人能否要求股东承担责任？ P52
- 反向刺破公司面纱，追加公司实控人及关联企业偿债 P56
- 民商立法演进引发的债权人代位权行使新动向 P61
- 约定以股抵债，债权人可以直接成为公司股东吗？ P65
- 名为房屋买卖，实为以房抵债，不还款时债权人能获得房产吗？ P69

## 案例研究

- “重大误解”在“无人干预缔约过程”的合同中的适用 P73
- 私募基金投资亏损可以起诉底层用资方吗? P76
- 劳动关系 VS 合作关系，聊聊直播平台对主播的管理边界 P80
- 离婚后仍以夫妻名义共同生活，一方举债的性质? P85
- 租赁合同“面积争议”频发，问题出在哪儿? P88

## 政策解读

- 票房分账收入可增加 11%！多项举措扶持电影行业 P91
- 融资租赁监管新规发布，给企业合规划重点了！ P94
- 《网络直播营销行为规范》正式生效，直播带货的“紧箍咒”来了！ P98

## 星瀚人文

- 来时的路，远方的光，朋友的茶 P101
- 聚焦专业，打造优秀的法律服务产品 P104
- 律师的夏日记忆 P107
- 律师如何快速了解行业? P109

2020年第二季度

# 热点评析

星瀚法律评论

## 拒做“傻白甜”，企业能从腾讯 VS 老干妈事件中获得什么启示？

卫新、赵晓波、朱晔明

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

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

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

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

# 贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司

## 声 明

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

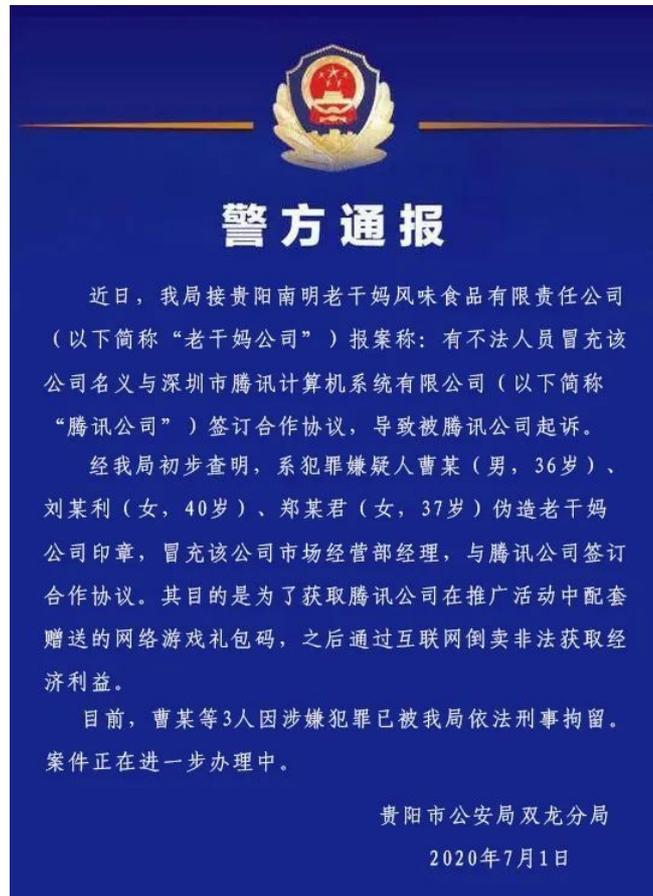
针对上述重大事件，我司及时采取法律手段维护企业合法权益，已向公安机关报案。公安机关于2020年6月20日决定对此案予以立案侦查。对于该事件给我司声誉造成的不良影响，我司保留追究相关主体法律责任的权利。

贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司

2020年06月30日



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



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

### 一、涉嫌刑案，索要合同款必须先刑后民吗？

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

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

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

## 二、“先刑后民”中，企业如何维权？

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

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

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

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

## 三、民事层面，企业如何维权？

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

### （一）伪造签章的合同一律无效吗？

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

主要原因在于：1、国内广告行业竞争激烈，供应商企业相对处于弱势地位。在合同签署过程中，一般也不会再另行要求甲方公司提供盖章的营业执照正副本等资质证明文件。2、甲方确认内部需求后，通常会找到几家供应商企业参与比稿。从受邀参加比稿到正式签订合同期间，企业往往早已多次前往广告主指定的地点进行现场提报，双方对接人员已产生了一定的信任基础。不签合同，先干活，事后再补签也是很常见的现象。对于拟实施坑蒙拐骗的人员而言，其犯罪成本较低，只需要租赁一个办公场地，挂上从网上找来的公司 logo，即可实施诈骗行为。

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

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

**1.权利外观要件，即行为人行为在客观上具有代理权的表象。**

**2.主观因素要件，即合同相对人善意且无过失地相信行为人有代理权。**

就权利外观，《指引》主要包含 9 个因素：

（1）合同是否以被代理人名义订立；

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

就主观部分，《指引》主要指出 5 个因素：

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

概言之，在判断主观因素要件时，应结合合同订立和履行过程中的各种因素，综合判断合同相对人是否为善意且无过失。实务中，如果确实构成表见代理，那么涉案的犯罪嫌疑人即使没有代理权，服务合同也仍然有效，企业仍可根据合同主张款项。

## （二）当合同无效时，企业是否还有其他维权途径？

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

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

不过，采用“不当得利”主张经济利益返还，实务中难点颇多。

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

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

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

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

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

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

#### 四、 企业如何防范此类事件发生

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

##### (一) 合同磋商阶段

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

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

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

**4. 查询对接人所留存的邮箱的域名注册信息。**查询网址为 <https://wanwang.aliyun.com/domain/?spm=5176.7477273.10.3.343e5c16xcixzU>。通过该网址，可查询到相关域名的注册时间、有效期限等信息，据此综合判断对接人的身份真实与否。

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

## （二）合同履行阶段

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

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

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

## 抢夺公章不够体面？但这才是股东争议法律化的序幕

卫新、阮霭倩

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

### 一、能控制公司的人，往往才是股东纠纷中能笑到最后的人

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

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

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

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

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

### 二、只有公章+营业执照+法人才算实际法律控制

很多人都会误认为公司的控制权属于大股东，这种想法太过简单。我们处理的很多股东纠纷中，都是小股东（股权比例可能都不足 10%）掌握着公司的公章、营业执照，担任公司的法人代表，把大股东逼到“绝境”。比如我们曾遇到的一个案子，小股东就是公司法人，发

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

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

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

## 二、公章被抢，遗失申明和报警的用处有多大？

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

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

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

民事诉讼来解决公章的归属问题。

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



### 三、抢完章的李国庆可以全面接管当当吗？抢章事件带给股东们的启示

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

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

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

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

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

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

李国庆的这次抢章事件也给广大公司的股东敲响了警钟。

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

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

# “鬼吹灯”争夺战，天下霸唱输在哪儿？

黄璞虑、黄妃珍

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

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

## 一、事件速递：天下霸唱因擅自使用“鬼吹灯”被判赔百万

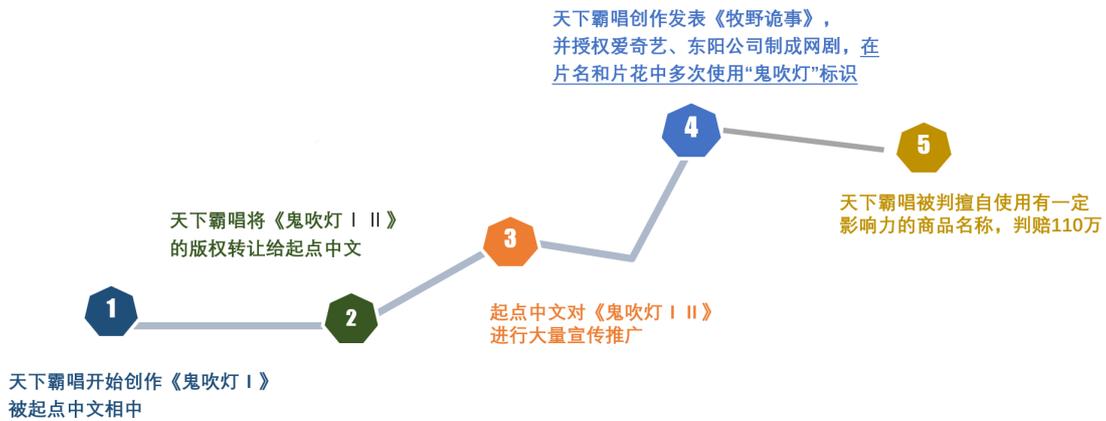


图1 案件速递

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

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

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

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

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

本案争议焦点在于：三被告在网剧《鬼吹灯之牧野诡事》的片名和片花中使用“鬼吹灯”名称，是否属于擅自使用他人有一定影响的商品名称的混淆行为？[3]若此侵权行为成立，则意味着天下霸唱不享有“鬼吹灯”名称的使用权，所以不得擅自授权他人在网剧剧名和片花

中使用。侵权成立需要满足如下要件 1、2:

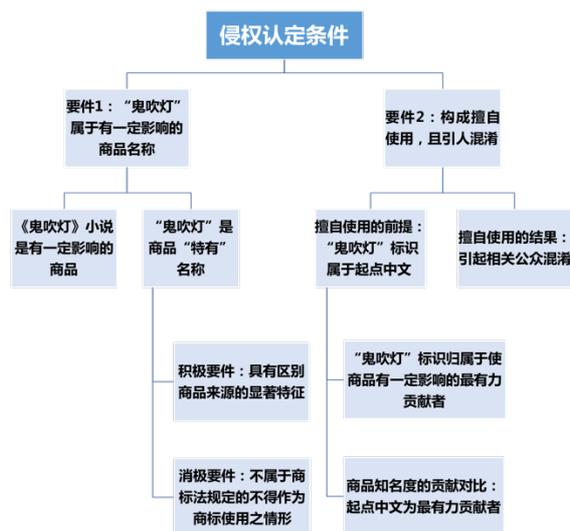


图 2 侵权认定要件

## 二、要件 1：“鬼吹灯”属于有一定影响的商品名称

### 1. 《鬼吹灯I II》是有一定影响的商品

有一定影响的商品需满足：在中国境内具有一定市场知名度+为相关公众所知悉。[4]结合以下事实，《鬼吹灯I II》构成有一定影响的商品，应无疑义：起点中文长达十年的宣传推广；小说的网络点击和关注度极高、粉丝和评论网贴众多；图书多次出版、销售量名列前茅；改编电影票房收入极高；改编漫画和游戏版本众多。

### 2.“鬼吹灯”是商品“特有”名称

商品“特有”名称需满足下述积极要件和消极要件。

#### (1) 积极要件：具有区别商品来源的显著特征

商品名称之“特有性”，是指该名称非相关商品所通用。[5]而且，需具有区别商品来源的显著特征，[6]即相关公众通过商品名称可以建立起商品与特定商业来源（生产经营者）的对应关系。但是，不要求明确知道生产经营者的具体称谓。[7]

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

#### (2) 消极要件：不属于商标法规定的不得作为商标使用之情形

有一定影响的商品名称，不得属于商标法第 10 条第 1 款规定的不得作为商标使用的标志。[8]起点中文以及案外人多次申请注册“鬼吹灯”商标，但商标局均以“带有封建迷信色彩，易产生不良影响”为由驳回，本案三被告以此主张“鬼吹灯”无法构成有一定影响的商品名称。所以问题是：“鬼吹灯”未被核准商标注册，是否影响其构成有一定影响的商品名称？或者说，若认定“鬼吹灯”构成有一定影响的商品名称，是否具有商标法规定之不良影响？

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

“鬼吹灯”一词起源于辛弃疾的《山鬼谣》，仅是一种“虚拟”的修辞手法而言；天下霸唱将之作为小说名称，亦无宣扬封建迷信之意。最主要的是，相关公众也仅是由“鬼吹灯”联想到小说盗墓情节之悬疑、惊险，并未对社会公共利益产生负面影响。而且，《鬼吹灯》系列小说的出版及网剧发行，通过了版权、广电等主管部门的审核和行政许可，也进一步加以佐证。[9]因此，不能以目前“鬼吹灯”未获商标核准，作为其具有不良影响的直接论据，更不得以此否认其构成有一定影响的商品名称。

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

### 三、要件 2：构成擅自使用，且引人混淆

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

#### 1.擅自使用的前提：“鬼吹灯”标识属于起点中文

##### (1) “鬼吹灯”标识归属于使商品知名的最有力贡献者

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

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

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

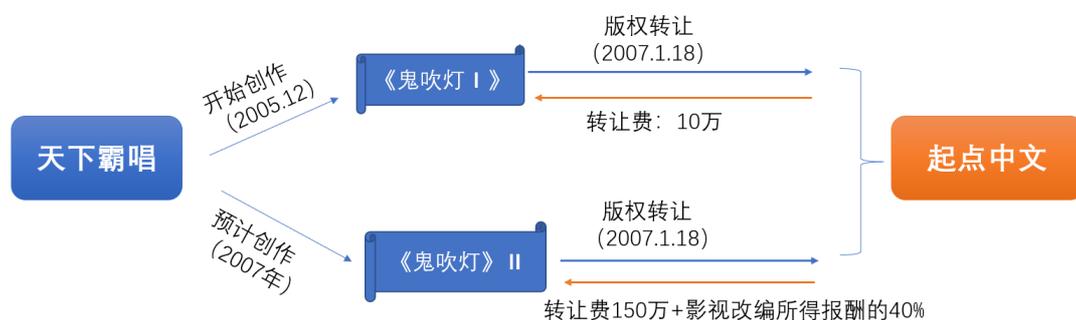


图 3 著作财产权转让对价

##### (2) 起点中文与天下霸唱对“鬼吹灯”商品知名度的贡献对比

这需要从转让前作品完成度及二者为之宣传推广等情况来看。



图4 《鬼吹灯III》转让前后情况

### ①天下霸唱对商品知名度的贡献

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

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

### ②起点中文对商品知名度的贡献

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

所以,使《鬼吹灯》成为有一定影响的商品的最有力贡献者——起点中文,应当成为“鬼吹灯”标识的权利人。相比之下,天下霸唱首创作品时使用“鬼吹灯”作为小说名称,其首次使用行为[10]并未使小说成为有一定影响的商品。所以,纯粹的在先但不具备知名度的使用行为无法使商品名称归属于为在先使用者。[11]

## 2.擅自使用的结果:引起相关公众混淆

擅自使用他人有一定影响的商品名称,引人混淆的,才构成不正当竞争行为。[12]

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

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

文作者们的关注要点。

#### 四、如何避免遗憾：给其他网文作者的启示

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

##### 1.当作者最弱势时：反向授权

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

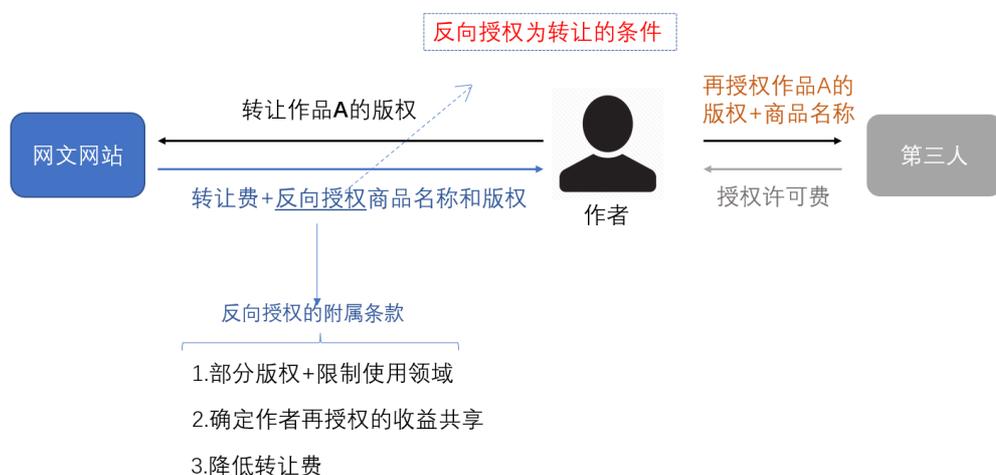


图 5：反向授权模式

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

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

可以约定作者再授权第三人所得收益与网站共享。

作者可以通过降低版权转让费来促使反向授权条款的谈成。

以上条款合并使用时，网站愿意反向授权的成功率越高。

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

如果时光倒流，天下霸唱在当年签约时，假使采用反向授权来保障自己“鬼吹灯”的名称

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

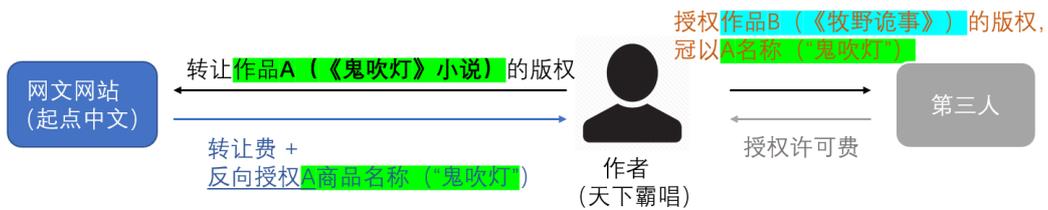


图 6 仅反向授权商品名称的情况（假设）

## 2.当地位平等时：共有版权和商品名称

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

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

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

## 3.当作者强势时：正向授权

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

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

注释：

- [1]鬼吹灯I共分为四卷：卷一 精绝古城；卷二 龙岭迷窟；卷三 云南虫谷；卷四 昆仑神宫
- [2]鬼吹灯II共分为四卷：卷一 黄皮子坟；卷二 南海归墟；卷三 怒晴湘西；卷四：巫峡棺山。
- [3] 《反不正当竞争法》(2019年版)，以下简称新《竞争法》第六条第(一)项“擅自使用有一定影响的商品名称”，对应旧《竞争法》(2017年)第六条第(一)项的“擅自使用知名商品特有的名称”。本案一审裁判时间为2017年，判决采用旧《竞争法》中“知名商品特有的名称”的说法；而二审裁判时间为2019年，判决采用新《竞争法》“有一定影响的商品名称”。因为二审为生效判决，并且新《竞争法》实际上降低了此种不正当竞争行为的认定门槛，新法“有一定影响的商品名称”可以包含旧法“知名商品特有名称”。所以，本文统一使用新法的表述，将焦点集中于“有一定影响的商品名称”。
- [4] 根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(2007年)第1条第1款，下文简称《不正当竞争解释》
- [5] 参见《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》第3条第2款
- [6] 根据《不正当竞争解释》第2条1款
- [7] 如WIPO所说：“一种标识可以是能够向消费者传达某种商品或者服务来自特定商业来源的信息的任何标志、符号或者设计，即使并不知道该来源的名称。”(Intellectual Property Reading Material, p. 134)。
- [8] 参见孔祥俊：《商标与不正当竞争法：原理和判例》，法律出版社2009年版，第716页。
- [9] 详细论述，参见《江苏省徐州市中级人民法院(2017)苏03民初27号民事判决书》和《江苏省高级人民法院(2018)苏民终130号民事判决书》。
- [10]根据《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》第4条第2款：特有的商品名称、包装、装潢应当依照使用在先的原则予以认定。
- [11]参见郑金晶、罗云(浙江天册律师事务所)：《对知名商品特有的名称、包装、装潢中“特有”的理解》。
- [12]根据《反不正当竞争法》(2019修正)(以下简称《反法》)第6条第1项。

## 承诺 1 个月内修改合同的阅文，会给出什么样的答卷？

陈欣皓

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

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

阅文集团，或者说，中国的网文行业怎么了？

### 一、矛盾的诱因与背后的行业痛点

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

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

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

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

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

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

在这样的背景下，目前的网文行业就变成了这样一个略显尴尬的局面：

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

作为付费阅读平台来说，不仅要和老对手，各类盗版网站继续斗争，还要面临新玩家免

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

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

付费阅读平台能否和作者共赢共生？如何来突破目前的局面？

## 二、合同修改势在必行

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

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

然而，往往只有头部1%的作者能以较平等的姿态与平台洽谈项目约。

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

网文行业腰部的作者一般都会和平台签署此类的合同。

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

笔者认为，合同修改的方向应当是慎用委托创作合同，并将经纪约逐渐项目约化。

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

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

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

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

(2) 在对外进行转授权或出售相应权利时，是否能在与作者的协议中约定一个作者能

够接受的底价，并根据市场行情的变化及作者的心态进行调整，以保障作者的基本获益权和知情权？

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

### 三、内控流程进一步合规优化

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

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

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

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

### 四、多种渠道化解外部压力

#### 1. 进一步打击盗版网站

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

#### 2. 拓展著作权对外许可渠道

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

#### 3. 提高作品质量，差异化经营

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

真诚地希望这篇文章能够让阅文集团看到，能对他们的发展起到一定的帮助作用，同时也更真诚地希望中国的网文市场能够越来越好。

# “串通投标”行为的司法实务分析——基于中海地产上海公司总经理被查案

汪银平、冯笑、邵洋

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

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

## 一、本案法律分析

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

### （一）该案可能被认定串通投标的法理分析

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

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

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

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

### （二）该案中相关主体可能被追究的法律责任

串通投标行为是《中华人民共和国刑法》和《中华人民共和国招标投标法》均明确禁止

的行为，根据行为的严重程度，可能被追究行政责任或者刑事责任。

### 1、行政责任层面

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

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

### 2、刑事责任层面

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

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

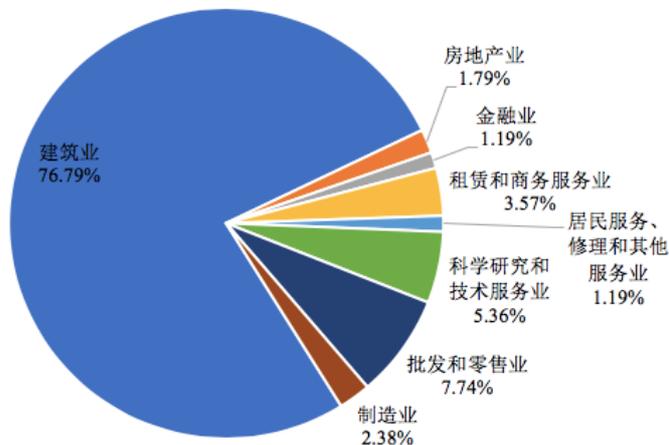
## 二、串通投标罪的实务裁判情况以及串通投标行为的常见表现形式

### （一）2019 年串通投标罪大数据简析

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

### 1、串通投标常发生的行业类型

行业分布



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

## 2、串通投标行为中的罪数形态

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



### (二) 串通投标行为的常见表现形式

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

#### 1、投标人与招标人之间的串通

##### (1) 招标人泄露信息型

招标人将招标文件、项目内容、规划等项目基本信息泄露给投标人的，招标人将标底泄露给投标人的，招标人将评标委员会相关信息泄露给投标人的，都属于这一类型，实质在于招标人提前将相关信息告知投标人，损害投标过程本应有的公平竞争。

##### (2) 招标人区别对待型

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

##### (3) 招标人标外补偿型

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

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

## 2、投标人与投标人之间的串通

### (1) 单一投标主体挂靠方式的围标

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

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

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

### (2) 投标人之间的价格协议

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

### (3) 投标人之间约定轮流中标

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

### (4) 投标人之间约定陪标事宜

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

### (5) 投标人之间约定补偿事宜

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

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

## 3、有招标代理机构、评标委员会参与其中的串通投标行为

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

### (1) 相关主体与单个投标人串通

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

### (2) 相关主体为多个投标人的串通提供帮助

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

### (3) 相关主体与招标人、投标人串通

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

## 三、串通投标罪在实务中的认定规则

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

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

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

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

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

究其原因，主要有以下：

1、《刑法》与《招标投标法》属于不同的法律，且《招标投标法》制定及实施在后，《刑法》条文中名词的释义并不是必须根据《招标投标法》理解；

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

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

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

串通投标罪规定于《刑法》第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中，该行为既侵犯了

招标人、其他投标人、国家、集体、公民的合法利益，也侵害了招投标市场竞争秩序。

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

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

### （三）串通投标罪的追诉标准如何认定

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

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

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

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

相对而言，第 1 项中的“直接经济损失”如何理解有必要稍作探讨。首先，直接经济损失必须是指串通投标行为直接给招标人、其他投标人或者国家、集体、公民造成的损失，而不能包含串通投标行为引起的任何的可能的损失，例如因串通投标行为而使招标失败，招标人在前期招标过程中的必要成本、项目误工的必然损失等可以视为“直接经济损失”；其次，实务中对于“直接经济损失”的认定，一般也会以招投标的相关材料作为基础，进行司法鉴定。

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

串通投标罪中串通行为的发生，意味着串通的各方都有其利益驱使，投标人一方追求的是以不正当手段中标，其为了中标往往与负责招标的人员或者能够对招标施加影响的人员存在利益输送，甚至于有些案件中，最初就是因为招标一方的部分人员心存非法获利的意图，

而主动联系相关的投标人。这种基于内外勾结而发生的串通投标行为是很典型的串通投标行为，这其中往往就会存在着商业贿赂、职务侵占、贪污等舞弊行为。

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

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

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

2020年第二季度

# 内控和反舞弊

星瀚法律评论

# 关于对企业内控和反舞弊体系构架维度的思考

汪银平

近年来，国内大量民营企业（重点是互联网、房地产以及新兴科技公司）持续发布对舞弊案件的处理结果，尤其是一些移送司法机关追究刑事责任的案例，显示了企业对打击内部舞弊行为坚决的态度。星瀚律师事务所近年来作为深耕反舞弊案件调查和处置的前沿力量，也处理了大量员工舞弊案件，上至公司董事长、总经理等高层，下至销售、财务等基础员工

这些案件不仅反映了公司管理制度、业务流程上的问题，还反映了诸如员工劳动关系管理、供应商管理、商业秘密保护、IT 管理、档案资料管理等多方面都涉及到企业内控和反舞弊的重要事项。企业内控和反舞弊贯穿融合在整个公司运作体系内的各个环节，虽然公司的审计、法务、HR、IT、业务等均为独立部门，但这些部门的常规管理职能并不能覆盖企业内控和反舞弊的知识层，因此仍有不少漏洞，不仅体现在不能遏止舞弊，还反映在发生舞弊案件后公司处置仍然很被动，或不能有效处置的方面。

笔者因此有构建企业内控和反舞弊体系架构的思考，试图从各个维度去解读企业内控和反舞弊的要点。

## 一、企业内控和反舞弊职能的定位

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

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

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

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

因此，笔者认为企业内控和反舞弊体系的构建，还是应当结合当前的舞弊形势，以及法律的配套来思考和设计。

## 二、企业内控和反舞弊组织机构的职能

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

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

## 三、企业内控和反舞弊职能在公司运营各个环节的体现

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

### （一）企业业务流程的内控和反舞弊设计

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

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

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

## （二）企业财务流程的内控和反舞弊设计

企业财务流程的内控和反舞弊设计首先要解决公司组织架构不合理的问题。若财务部门受制于业务部门或领导层，即使有再规范、再详细的制度，也会形同虚设，极易出现资金安全、虚假财务信息风险。

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

## （三）企业知识产权保护机制的内控和反舞弊设计

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

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

## （四）企业劳动关系的内控和反舞弊设计

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

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

## （五）企业合同管理的内控和反舞弊设计

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

法律救济的重要依据。

#### （六）企业 IT 管理的内控和反舞弊设计

随着数字时代的到来，IT 技术已经渗透到企业运营的方方面面，大多数舞弊人员会将自己的舞弊行为痕迹留存在邮箱、计算机、移动存储介质等电子设备中，也即在上述设备会留存有重要的证据和线索。但大部分企业在做 IT 架构时，并不会有意地考虑其中的内控和反舞弊设计，以致企业的基本内控需求大量被忽略。例如，不同岗位的不相容原则应当体现在 OA 流程中；公司在员工配发手机、计算机、移动存储介质应当有规范的登记、签收等规定；IT 人员对涉案员工的邮箱账号、计算机、移动存储介质保存应当有基本的证据保管法律技能；以及重要商业秘密的服务器存储，账户分级管理和技术安全设置等等，都是 IT 管理在内控和反舞弊上的重要应用。

#### （七）企业档案管理的内控和反舞弊设计

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

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

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

#### （八）企业文化的内控和反舞弊设计

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

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

综上，企业的内控和反舞弊工作，不仅仅是审计和案件的查处，也不仅仅是审计部、监察或法务的职能，对公司而言，是企业管理层需高度关注、融入在企业运行各个环节的一项

系统性工程。因此，企业应当结合舞弊现状，考量现有的各项法律规定和司法实务要求，在职能、架构、机制层面进行重塑和调整，通过有效的制度设计和管理，才是完整和有效的内控和反舞弊体系。

## 内部员工舞弊，供应商的合同一定无效吗？

卫新、徐倩倩

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

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

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

### 一、主张合同无效的诉讼思路

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

#### 1. 恶意串通，损害他人合法权益

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

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

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

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

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

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

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

## 2.违反法律、行政法规的强制性规定

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

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

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

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

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

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

### 3. 违背公序良俗

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

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

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

## 二、主张合同可撤销的诉讼思路

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

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

### 1. 显失公平

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

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

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

### 2. 合同一方欺诈

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

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

结合相关案例，企业需要特别注意以下几种情形：首先，欺诈行为一定要发生在合同订立时，合同成立后的违约行为不构成欺诈。其次，虽然实施了欺诈行为，但对于公平交易不产生重大影响的，比如夸大产品质量、合同价格与市场水平的差距，即便供应商存在一定欺骗行为，合同也未必可以撤销。价格受多种因素影响，在企业有多种选择的情形下，仅以价

格高于其他买方为由。主张价格欺诈的，很难得到法院支持。最后，单纯属于合同条款约定不明的，亦不构成欺诈。

### 3.第三人欺诈

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

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

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

### 三、合同被认定无效或被撤销的法律后果

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

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

处理进行讨论。

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

## 企业反舞弊视角下的商业秘密保护策略

黄璞虑、是轶群

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

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

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

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

### 一、案情回顾

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

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

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

## 二、常见的泄密情形

### 1、内部员工泄密

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

### 2、外部商业间谍窃取

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

### 3、存储数据的媒介遗失或者被窃取

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

## 三、商业秘密的反舞弊保护前置策略

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

### 1.留痕原则在商业秘密保护中的应用

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

### 2.公司电脑使用的反舞弊管理

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

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

### **3.不同员工设置不同账号权限的反舞弊管理**

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

### **4.电子版保密手册的反舞弊设定**

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

### **5.独立支付保密费的反舞弊策略**

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

### **6.员工培训的反舞弊要点**

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

### **7.设置文件水印的反舞弊策略**

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

## **四、商业秘密管理过程中的反舞弊保护策略**

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

### **1.对客户的及时跟踪回访**

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

### **2.员工自查表**

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

### **3.建立客户资源库**

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

#### **4.公司开放日**

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

#### **5.员工离职时的电脑审查**

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

#### **6.离职员工回访**

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

### **五、结语**

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

本文受制于篇幅所限，未就商业秘密的其他重要问题详细展开，读者可继续关注“星瀚微法苑”公众号，笔者将在之后刊载的文章中详细论述关于商业秘密的其他法律实务问题。

## 企业内控专项制度的“民主程序”实操指引

杨轶菡、季一玮

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

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

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

### 一、“民主程序”必须有（法律法规依据）

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

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

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

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

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

## 二、“民主程序”如何走(实际操作指引)

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

讨论,征求提案和意见。

协商,确定通过制度。

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

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

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

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

企业在执行中必然会遇到各种难点,我们针对一些难点提示如下:

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

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

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

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

其四,总公司与分支机构、集团企业和关联公司、母公司与子公司之间的规章制度是否必然直接适用?可参考阅看《谈谈总公司对分公司的劳动人事管理》一文。

### 三、“民主程序”打补丁(缺失/缺陷应对)

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

藉对员工手册作部分修订的契机,将这一基础规章制度的民主程序予以落实。

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

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

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

### 四、“民主”+“公示”

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

“公示”或“告知”亦有多种形式,各有利弊,简单举例说明:

### **1.通过书面资料（如员工手册）发放和签收**

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

### **2.通过内部网站（或 OA 系统平台）或电子邮件**

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

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

# 企业开展反舞弊调查，如何针对 iTunes 备份进行取证分析？

周晓鸣

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

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

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

## 一、iTunes 备份功能简介

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

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

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

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

通过 iTunes 备份需要注意以下几点：

iTunes 并不备份 APP 本身，若 APP 被卸载后从备份恢复，APP 需再次安装，而不会自动出现。

iTunes 备份必须通过第三方工具查看；

iTunes 只备份通过其本身对 iPhone 进行的操作和特定目录内容，使用第三方工具（如 XX 助手之类）安装的程序或创建目录中的文件，iTunes 不会备份；

iTunes 生成的备份可以恢复到任何一个 iDevice，如其他的 iPhone、iPad 等。

## 二、iTunes 备份文件夹结构分析

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

Mac: ~/Library/Application Support/MobileSync/Backup/

Windows XP : \Documents and Settings\<>用户名>\Application Data\Apple Computer\MobileSync\Backup\

Windows Vista 以上版本 : \Users\<>用户名>\AppData\Roaming\Apple Computer\MobileSync\Backup\

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

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

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

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

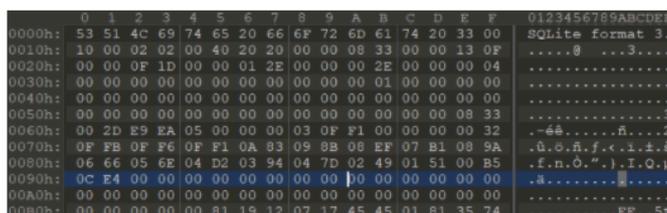
Manifest.plist-存储有关备份内容的信息,包括设备上安装的应用程序列表等。

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

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

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

名称	大小	修改日期	类型
b8767ae8e52cc5cfb9320a2f5626888d2fd3a398	441,334 KB	2015-11-09 23:09	文件
fd10828887083c05e79ba1871ed8b036bd6b24bd	390,052 KB	2015-11-09 23:10	文件
8a393e47fe8021c81c3ae751163f2a2935597800	227,178 KB	2015-11-09 23:10	文件
a0be152135fde5a87488c611b42d26a0862c0824	155,919 KB	2015-11-09 23:12	文件
90302ad3fc4d38f77164ee319ee7bdd6358815ca	145,464 KB	2015-11-09 23:10	文件
f68ee9d59e39f2f67d662d066ef2c5ed8a57469	118,064 KB	2015-11-09 23:12	文件
c6a90b24f02ff912aea6c90bde1436a3da90de27	107,929 KB	2015-11-09 23:09	文件
3fc445fad4285e126c44ec9edf038a110dad2865	98,547 KB	2015-11-09 23:12	文件
7ebf219f56d8a5afae71ce4ad6749a83186cd92	94,851 KB	2015-11-09 23:10	文件
01e93495c8767d26c5fc42767e9440a16ec07782	80,350 KB	2015-11-09 23:11	文件



(二进制编辑器中显示文件为一个 sqlite3 数据库文件)

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

### 三、加密问题

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

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

苹果公司的算法安全度极高，使加密后的数据对任何知道确切加密方法的攻击者来说仍然是安全的，虽然加密和未加密备份中都保存了 iOS 钥匙串，但未加密备份的 iOS 钥匙串是以指定设备的密钥进行加密的，因此只能从该特定设备进行解密，密码验证由 iDevice 通过 iOS 内核完成，而不是在 iTunes 中完成。这意味着无法在没有密码的情况下将加密 iOS 备份恢复到任何其他设备。

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

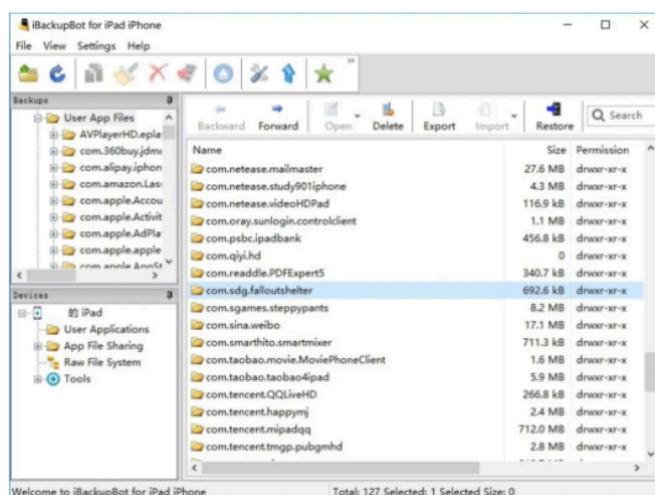
### 四、利用工具软件取证

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

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

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

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



## 五、iTunes 备份取证的关键

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

### (一) 加密备份

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

### (二) 未加密备份

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

### (三) 不完整备份

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

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

## 六、iphone 密码破解的另类方法

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

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

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

因为在创建备份时,iTunes 会使用十六进制编码的 SHA1 哈希文件名存储备份文件,并将它们列在备份的 plisht 文件中。如果在调查对象的笔记本电脑存有 iTunes 备份,那么备份中的 plist 文件就可能是我们进一步取证的一个关键突破点。

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

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

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

2020年第二季度

# 商事争议解决

星瀚法律评论

## 股东认缴期限未届满，公司债权人能否要求股东承担责任？

卫新、苏宇吉

受经济大环境的影响，商业诉讼中，越来越多的债权人会碰到这样的情形：债务人公司根本无力清偿到期的债务，或在经过诉讼进入执行阶段后发现债务人公司没有可供执行的财产，此时，债权人发现股东注册资本尚未缴清，于是希望能追偿债务人的股东。但是，如果债务人股东的出资义务并未到期，债权人可以对股东进行追索吗？

对此，我国现有《公司法》和民商法律并无系统明确的规定。然而，“法律上的空白”并不会阻止“实务的争议”，于是，各地法官按照自己的价值排序，“否定说”、“肯定说”的案例这些年都常有出现，裁判逻辑各异。2019年11月出台的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）对此问题提出了指导性的意见，认为债权人在一定的条件下可以突破破产、清算的程序要求债务人公司的股东直接出资加速到期。

本文将以《九民纪要》的观点出发，结合历年不同案例的法官说理，对于股东出资是否加速到期的问题进行分析，探讨债权人追索公司股东的可行性和操作方式。

### 一、当“股东期限利益”遇到“债权人利益”

目前，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。

《破产法》 第三十五条	人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。
《公司法》解释二 第二十二条	公司解散时，股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产。股东尚未缴纳的出资，包括到期应缴未缴的出资，以及依照公司法第二十六条和第八十条的规定分期缴纳尚未届满缴纳期限的出资。 公司财产不足以清偿债务时，债权人主张未缴出资股东，以及公司设立时的其他股东或者发起人在未缴出资范围内对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。

《九民纪要》出台前，对于非破产、清算的情形下，股东的出资义务能否加速到期的问题，法律上并没有明确的规定，在司法实践中也存在较大争议，但绝大部分的法院对此都持否定的态度，主要基于以下几个观点：

观点一：股东依法获得分期缴纳出资的期限利益受法律保护，加速到期只有在法律明文规定的情况下才能适用，公司未清偿到期债务并非法律规定股东出资义务加速到期的情形。

观点二：股东认缴的金额、实缴期限等都可通过公示渠道查询，债权人对此应当知晓，对于交易过程中的风险也可以并且应当预见，在无证据显示股东存在欺诈或者其他恶意损害债权人利益的情形下，直接要求股东放弃期限利益对公司债务承担责任，并不符合股东出资认缴制度的设立初衷。

观点三：在公司存在其他债权人的情况下，如果赋予债权人请求公司股东提前履行出资义务的权利，实质上是允许了公司对单个债权人进行个别清偿，这将损害公司其他债权人的利益。

基于以上观点，以往的司法实践中，大部分法院对于出资加速到期保持着审慎的态度，认为债权人在无法获得清偿时，应当通过申请债务人破产的方式，在进入破产程序后再按照《企业破产法》第三十五条使股东出资义务加速到期，从而在真正意义上保护全体债权人的利益。

但在现实的商业环境中，往往会有公司股东利用认缴制的特点，设置超高的认缴资本并配以超长的认缴期限，以获得交易相对方的信赖利益、达到其商业目的。此种情况下，如果局限于在破产、解散情形下股东才承担“有限”责任以及强化期限利益的考量，则会对债权人的合法利益造成巨大损失。

## 二、当“股东出资加速到期”遇到《九民纪要》

《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，在原有的两种破产、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。

**新增情形一：执行程序，债务人具备破产原因的，可追加债务人公司股东作为被执行人**

根据《九民纪要》第6条的规定，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，债权人可以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。

《九民纪要》的这一观点正是对于破产、清算情形下才能要求股东出资加速到期的一大突破，即在未进入破产程序的情况下，执行阶段也可以要求股东出资加速到期。需要注意的是，债权人申请追加未届出资期限的股东作为被执行人的，需要具备这样几个要件：

(1) “公司作为被执行人”，即债务偿还的主体为公司；

(2) “法院穷尽执行措施无财产可供执行”，即债务人公司经过执行程序的判断已经不具备执行能力；

(3) “已经具备破产原因”，即符合《破产法》第2条及《破产法司法解释（一）》中第2、3、4条的规定，债务人公司不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力。

其实在《九民纪要》出台前，部分法院也已通过裁判方式适当突破了破产、清算的法定情形。例如在“(2019)苏0505执异16号”案件中，被执行人上海俱谐梦公司在执行过程中，法院穷尽财产调查措施后未发现被执行人有可供执行的财产而裁定终本，后申请执行人苏州托普公司申请将被执行人的自然人股东追加为被执行人。

法院在这一案件中对于“股东出资加速到期”进行了说理，认为股东出资义务是一种法定义务，股东认缴出资，等同于其为公司对外债务设定了担保义务，当“公司无法清偿债务”时，

要求出资未届期股东的出资义务加速到期，也是股东对公司承担资本充实责任的一种方式，与公司破产程序中的股东出资义务加速到期并无本质不同。公司股东以认缴的出资额为限对公司债务承担清偿责任并未突破股东的有限责任，股东出资义务只是比约定的出资时间提前加速到期而已。如果仍完全固守认缴制下股东一直到认缴期限届满时才可履行出资义务，则不仅逼迫债权人提起破产清算程序，使得本可以破解经营困境、能够渡过难关的公司彻底陷入生存危机，债务人公司可能会完全失去东山再起的机会。而且，公司的“资产”应当包括股东认缴但尚未实际缴付的注册资本，因此，在判断公司是否符合“资不抵债”的破产条件时，应当首先加速到期股东出资义务，然后才能确定公司是否具备破产的条件。基于这样的判断，在这一案例中，法院最终支持了将尚未实缴出资的自然人股东追加为被执行人。

这一案例的裁判观点与《九民纪要》基本一致。但是从债权人的救济效果看，执行阶段的股东出资加速到期与破产阶段的股东出资加速到期相比，存在本质区别。即，如果在破产阶段对股东出资进行加速到期，则股东实缴的出资部分将归于债务人公司，由管理人向全部债权人进行偿还；而通过《九民纪要》新增加的这种途径，股东所承担的赔偿责任可以作为向债权人的个别清偿，直接归于债权人，更高效地维护债权人的利益。

#### 新增情形二：股东通过延长认缴期限恶意规避债务的，债权人可以要求股东承担补充赔偿责任

根据《九民纪要》的规定，公司债务产生后，如公司的股东以股东会决议或以其他方式延长股东出资期限的，债权人可以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。这一条实际是对《九民纪要征求意见稿》中“恶意延长出资期限”的细化和修正，其理论基础是债权人的撤销权。

债权人以这一条作为依据，要求未届出资期限的股东承担补充赔偿责任的，需要同时具备如下要件：

(1) 公司已经发生债务，即一般理解为应当属于某债权人所对应的单个债务，而不是公司在广义上的全部债务；

(2) 股东对出资期限进行延长，即公司在已经产生了外部债务不能清偿的情况下，仍然采用股东会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

《九民纪要》出于平衡股东与债权人之间利益的考虑，对债务人公司股东恶意逃避债务的情形进行了规制，但是，条文内容并不系统周延，就公司债务产生后的股东延长出资期限行为是否必然发生加速到期的法律后果仍然值得讨论。

比如，债权人与债务人在债务发生时，债务人股东的出资期限本就尚未届满，债务人后续又对股东的出资期限进行了延长，债权人能否据此主张股东的出资期限届满，要求股东立即承担补充赔偿责任呢？鉴于这一路径的理论基础是债权人的撤销权，根据目前的司法实践以及对《九民纪要》的分析，我们认为此种情况下仍应适用债权债务发生时经工商登记的《公司章程》所确定的股东出资期限，即债权人可以申请撤销延长的出资期限，股东应当按照原来的出资期限履行出资义务或者承担补充赔偿责任，但若原来的出资期限没有届满，债

权人也无法要求股东立即承担补充赔偿责任。

### 三、当“股东出资加速到期”遇到“申请公司破产”

债权人追索债务，发现股东尚有认缴出资未缴清，在符合上述九民纪要的规则下，到底是选择追加股东作为被执行人进行清偿，还是申请执行转为破产程序？这需用总体把握和有策略的推进：

债权人优先选择请求股东在出资范围内承担债务补充责任符合时间利益、个体利益。在债权人实现救济的过程中，债权人可以选择破产与否，这依赖于债权人对债务人公司及其股东偿付能力的预判。通常认为，在债权人的债务数额少于债务人股东的认缴金额时，且债务人的对外债务也并未达到不可挽回的情况下，如果选择破产则会将诉讼周期以及诉讼成本大幅提高，也会直接将债务人推向难以挽回的境地，此时可以考虑在非破产的情况下要求股东出资加速到期，以便更加高效、经济地实现救济，也可以最大限度地维护个体债权人的利益。即使优先选择了股东出资加速到期，若出现股东无法清偿或者不足额清偿债权，债权人依然可以再行申请破产程序，并不会受到权利限制。

当公司拥有较高的法人形式的存在价值、重整价值时，直接选择进入整体破产程序，可能是比单独申请某些股东出资加速到期更加有效的手段。在诉讼或执行过程中，债权人也可以对股东的认缴金额、认缴期限、实缴金额、未认缴股东在公司中的控制地位等信息进行调查，并对股东被追加后的履约可能性进行预估，如果该股东并非公司的实际控制人，或者公司法人的存在价值、重整价值对于其他利益攸关的主体更为重要的，并非必然要先申请股东出资加速到期。可以直接通过破产清算、破产重整来促进本方利益的实现，股东出资义务的加速到期亦可以在破产程序中予以实现。

保护股东的合法利益和保障债权人的权益都是社会经济发展的重要命题，《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是存在价值排序和个案考量的。星瀚律师也将持续把个案积累的经验与我们的客户、同行分享，也欢迎微法苑的网友提供实务案例与我们探讨。

## 反向刺破公司面纱，追加公司实控人及关联企业偿债

卫新、阮霭倩

经济下行周期，债务风险持续爆发，而债务人规避追偿的方式也层出不穷，债权人追索应当开拓新的操作思路。结合近期发布的《九民纪要》的内容和业务实践，星瀚律师认为，比较具有突破性的思路有两条，一条是在特殊情形下可以主张股东出资加速到期，就此我们已在上周发布的《股东认缴期限没有届满，债权人能否要求股东承担责任》一文中详述。另一条就是通过刺破公司面纱，否认公司人格，从追加股东拓宽至追加公司实控人及实控人的关联企业；法律实务中也有学者将其中通过公司追加公司实控人及关联企业称为“反向”或“逆向”刺破公司面纱。

“反向”刺破公司面纱，为债权追索增加了更多主体，而不再局限于传统刺破公司面纱规定的股东。这也给债权人在实践中面临的实际控制人运用隐蔽控制的地位，新设公司输入资产，规避债务等情形提供了应对方案。本文主要就谈一下反向刺破公司面纱的理解和适用。

### 一、刺破公司面纱和反向刺破公司面纱

在谈反向刺破公司面纱之前，我们先回顾一下《公司法》中关于刺破公司面纱的规定。《公司法》第二十条规定，公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

构成刺破面纱必须具有以下几个前提：

(1) 股东存在主观过错，主要是存在恶意逃避公司债务的行为。如果仅仅是公司经营管理不善或者存在过失行为，一般不构成人格否认。

(2) 股东滥用权利需与债权人利益受损之间存在因果关系。必须是股东滥用权利导致了公司财产无法清偿债权人，才能够构成人格否认。

值得注意的是，根据原有《公司法》的规定，刺破公司面纱仅能够追滥用股东权利的股东。

但根据《九民纪要》关于否认公司人格的意见（主要借鉴了上海高院在09年发布的《关于审理公司法人人格否认案件的若干意见》的规定），最高院对刺破公司面纱的范围进行了相应扩充，扩充到了实际控制人及实际控制人控制的多个子公司或关联公司。即如果债权人能够证明公司的控制股东、实际控制人对公司存在过度支配与控制的情形，不但可以追到实控人，还能“反向”、“逆向”刺破实控人控制的其他公司，这样的“穿透式”刺破公司面纱可以为债权人催收增加更多的追索主体。当然，反向刺破公司面纱和刺破公司面纱一样，一定程度上会导致公司的有限责任被突破，因此在适用时仍需债权人承担比较多的举证责任。

我们来看一下《九民纪要》明确的三种可以否认公司人格的方式：

#### 1.人格混同

所谓人格混同，指的是公司人格与股东人格存在混同。以往司法审理中在认定是否构成人格混同的案件中，对于人格混同是否必须要证明财产或财务是否混同存在一些争议。此次

《九民纪要》明确，人格混同最根本的判断标准是公司是否具有独立意思和独立财产，而最主要的表现是公司的财产与股东的财产是否混同且无法区分。也就是说，债权人仅证明人员混同、业务混同、场所混同等仍不应构成人格混同。这种情况下，债权人要么证明公司的财产财务构成混同，要么证明存在另外两种否认公司人格的形式，来综合认定构成公司人格否认。

## 2.过度支配与控制

过度支配与控制是《九民纪要》比较突破的条款，也是这次反向刺破公司面纱的主要依据所在。指的是公司控制股东或实际控制人对公司过度支配与控制，使公司完全丧失独立性，除了由滥用控制权的股东或实际控制人对公司债务承担连带责任，对于控制股东或实际控制人控制多个子公司或关联公司的，造成多个子公司或者关联公司财产边界不清、财务混同，利益相互输送，丧失人格独立性，也可以否认子公司或者关联公司法人人格。这就是本文所说的“反向刺破公司面纱”。

## 3.资本显著不足

相较于前两种否认公司人格的情形，资本显著不足在《九民纪要》中的规定离实操仍然具有一定的距离。《九民纪要》中对于资本显著不足的定义是公司在设立后，股东实际投入与公司经营所含的风险相比不匹配，构成资本显著不足。通俗的观点认为，资本显著不足是指公司的注册资本要远小于公司开展的业务。但事实上，大部分公司在实际经营管理中，都会存在这种情况。此次最高院也明确，在适用资本显著不足时，要和公司“以小博大”的业务进行区分，在适用时最好与其他情形综合考量。可见最高院并不赞成仅依据资本显著不足就否认公司人格，相关适用门槛会较人格混同和过度支配与控制而言更高。

## 二、以案解析：看刺破公司面纱如何追加实际控制人

A 建工集团有限公司与 B 后勤服务有限公司签署了一份建设工程合同，约定 A 公司分包 B 公司的某建设工程，为此 A 公司向 B 公司支付 800 万的保证金。但保证金支付后，B 公司始终未提供施工许可证。后 A 公司主张 B 公司退还保证金未果，于是 A 公司将 B 公司列为了被告，同时 A 公司将 B 公司原控股股东的法定代表人 C 及 B 公司的现控股股东 D (C 的配偶) 一并列为了共同被告，主张由 B 公司及 C、D 共同承担连带还款责任。

该案件的争议焦点主要在于：

- 1.B 公司的行为是否构成滥用股东权利；
- 2.B 公司原控股股东 C 是否为 B 公司的实际控制人；
- 3.原控股股东 C 在已经不是 B 公司股东法人的情况下是否需要承担连带还款责任。

关于争议焦点 1，法院认为 B 公司在未取得建设用地规划许可证、建设工程规划许可证的情况下，与 A 公司签订的《施工协议》应认定无效。从 B 公司银行账户交易明细清单看，可以看到涉案工程保证金进入被告安邦公司账户后即转至控股股东 D 的个人账户，可见双方账簿不分，致使财产混同，构成滥用股东权利。

关于争议焦点 2、3，法院通过投资关系、股权转让协议查明，B 公司的股权转让行为是 C 安排使其配偶即被告 D 受让 B 公司的股份，从而继续担任被告 B 公司控股股东。且有生效判决能够证明自 2014 年至 2017 年间，C 虽非 B 公司登记法定代表人，但均作为 B 公司实际负责人出庭应诉，故应认定被告 C 系被告 B 公司实际控制人。另外在 B 公司返还部分保证金时，均是从 C 的账户进行返还，且 C 落款“B 公司 C”，因此可以认定被告 C 对被告安邦公司过度支配与控制，使被告安邦公司完全丧失独立性，沦为实际控制人的工具，严重损害公司债权人利益，应当否定公司人格。

最终法院认定了 B、C、D 应对保证金的返还承担连带还款责任。

该案例发生在《九民纪要》出台前，但审理思路和《九民纪要》的口径非常相近。该案例比较特殊的是公司原控股股东和现控股股东是配偶关系，在变更股权后，仍然通过 C、D 的账户划转款项，且股权变更也是原股东 C 授意，因此认定 C 作为公司实际控制人还是具有非常充分的证据的。故最终法院判令公司原控股股东 C 作为 B 公司的实际控制人，也需要承担连带责任。尽管法院在判决时提到了“过度支配与控制”的概念，但在该案件中，法院否定公司人格主要还是依据公司和个人之间存在账户混同的情况来进行追加。也就是综合了人格混同和过度支配与控制来综合进行认定，和《九民纪要》给出的认定构成过度支配与控制的情形还存在差异。

此次《九民纪要》罗列了四种过度支配与控制，滥用公司控制权的情形：

- (1) 母子公司之间或者子公司之间进行利益输送的；
- (2) 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；
- (3) 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；
- (4) 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；

前两种情形主要是母子公司存在利益输送，或者交易中收益归属和损失归属不对等；后两种情形主要是通过新设公司规避原公司债务的情形。

### 三、以案解析：看刺破公司面纱如何追加关联公司

在最高院指导案例徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷一案中，川交工贸拖欠徐工集团 1091 万余元的货款未付，徐工集团诉请川交工贸公司支付所欠货款及利息，同时要求川交工贸的实控人王永礼，及王永礼对外投资的川交机械公司、瑞路公司对上述债务承担连带清偿责任。

该案件的争议焦点主要在于实控人对外投资的关联公司是否能够追加进来承担连带清偿责任。

法院审理后查明，1.在公司人员方面，三个公司经理、财务负责人、出纳会计均为同一人，工商手续经办人也为同一人。从而认定三个公司的管理人员存在交叉任职的情形；2.在公司业务方面，三个公司在工商行政管理部门登记的经营范围均涉及工程机械且部分重合，

其中川交工贸公司的经营范围被川交机械公司的经营范围完全覆盖；三个公司均从事相关业务，且相互之间存在共用统一格式的《销售部业务手册》、《二级经销协议》、结算账户的情形；3.在公司财务方面，三个公司共用结算账户，对外支付依据的签字均为同一人。

因此法院认定三个公司之间表征人格的因素（人员、业务、财务等）高度混同，导致各自财产无法区分，已丧失独立人格，构成人格混同。从而判定三公司及实际控制人均需对欠付债务承担连带清偿责任。

这个最高院指导案例相较于以往的公司人格否认而言有了极大的突破，已经不单将实际控制人追加进来，还一次性全部穿透实控人控制的全部公司。不过和上文所述的追加实际控制人的案例一样，法院仍然是从人格混同的角度进行实务认定，因为这三个公司之间存在包括人员混同、业务混同和财务混同的情形，因此进行了公司人格的否认。

实务操作中，很多案件否认公司人格的难点恰恰是证明公司财务混同，这种情况下，《九民纪要》中关于过渡支配与控制的认定能够给债权人更多的角度来举证和主张。

#### 四、刺破公司面纱的实操注意要点及难点

##### 1.公司人格否认的三种情形应当综合适用

虽然《九民纪要》给出了三种刺破公司面纱的方式，包括刺破公司面纱和反向刺破公司面纱，但从司法实操看，人格混同及过度支配与控制的认定门槛相对更明确一些，较多的否认公司人格案件均是债权人证明了公司和股东存在人格混同，或者公司实际控制人存在过度控制导致相关关联公司边界不清。极少看到单凭资本显著不足否认公司人格的案件，即使依据资本显著不足否认了公司人格，但相关案件被二审或再审改判的概率是相当高的。

因此，进行公司人格否认时，债权人还是应当尽可能综合的证明公司构成人格混同、过度支配与控制、资本显著不足中的多项，综合证明公司股东、实际控制人存在滥用权力，损害公司债权人的情形，从而否认公司人格。另外，通过实际控制人反向刺破公司面纱的过程中，相关关联公司是否存在人格混同，也建议能够同时举证。

##### 2.如何突破公司人格否认的举证难瓶颈

现实情况中，很多公司资不抵债后，相关股东或实际控制人会通过新设公司来规避原公司债务。而越来越多的新设公司会采取代持、近亲属设立等形式逃避被认定为关联企业，从而为债权人的追索设置障碍。在此过程中，对债权人往往造成了取证、举证困难的问题。

另一方面，在反向刺破公司面纱的过程中，关联公司应当如何认定，也成为了债权人比较困惑的问题。根据在处理此类案件时的经验我们认为，关联企业的定义是能够放宽的，无论是通过直接还是间接控制，只要能够对公司施加影响力的，均可以认定为关联关系。

根据我们在举证方面的实操经验，除了调取公司内档查看股东、高管、经营范围的重合，实地场所走访了解情况之外，建议债权人从如下角度进行调查：

**(1) 核查资产。**公司的资产分为有形资产和无形资产，场地、设备等有形资产一般债权人都有意识去排摸核查，但对于无形资产很多情况下债权人会忽视。其实无形资产的相关线索往往会更清晰。比如公司的知识产权、公司的重要资质，这些往往可以通过一些公开的

查询渠道去核查到相关资产的转让情况。即使无法核查，也可以通过政府信息公开等途径去进一步取证固定。

**(2) 核查员工。**员工往往是一家企业最重要的资产，也是对公司情况最清楚的群体。很多债权人会觉得员工怎么会透露公司的情况，员工通常情况下是不会，但是员工的社交媒体中还是会反映公司的蛛丝马迹。我们有案例通过一个员工的抖音账号找到了新设公司的员工通讯录。

**(3) 核查客户。**对于一些股份公司，公司会有招股说明书、法律意见书的公示，其中重要客户名单的核查也能够找到公司利益输送的痕迹。

虽然证据是刺破公司面纱案件的难点所在，但关联企业无论业务、客户、人员等存在关联关系一定有迹可循，是否能够找到这些痕迹，很多时候考验的是办案律师的专业能力和调查能力。星瀚认为，不要根据片面证据和怀疑的线索，就轻易发动诉讼，否则既不能胜诉，又暴露了调查意图。债权人务必要重视案件调查，案件处理应具有整体思维，充分运用电子取证手段，有策略、有顺序的进行维权和追偿。

# 民商立法演进引发的债权人代位权行使新动向

卫新、阮霭倩

此前我们从股东认缴出资加速到期、反向刺破公司面纱扩大追偿主体这二个角度，分析了在债务人公司资产不足的情形下，债权人如何追偿、实现债权利益。本文我们想探讨另一个非常有效的手段：新时期下债权人的代位权行使。

## 一、代位权行使的困局

所谓债权人的代位权，是指债务人对于次债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以直接以自己的名义代位行使债务人的债权。法律渊源主要为《合同法》第七十三条以及合同法司法解释（一）的相关规定。

代位权的行使条件包括：（一）债权人对债务人的债权合法；（二）债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害；（三）债务人的债权已到期；（四）债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。

但实务操作中，债权人行使代位权并不容易，会遭遇各种各样的困局：比如：债务人与次债务人之间的债务虽然到期但尚未清算，此时债务人对外的债权虽然明确存在，但数额因未清算无法确定，代位权能否行使？债务人表面上向次债务人通过发函催告等形式积极主张债权，但未实际诉讼，是否构成怠于行使其到期债权？债权人提起诉讼后，次债务人直接向债务人进行了清偿，是否可以对抗“代位权”？

之所以遭遇上述困局，是由代位权本身的特征引发的。代位权作为一项债权人特殊权利，在符合法定要件的情况下，可以突破合同的相对性原则直接受偿。但是，合同的相对性原则，是贯穿合同的订立、履行、结算的全流程，债务人与次债务人之间之所以能够订立合同，既有表面的经济目的，也有其他原因和各种纽带。在债权人通过代位权突破合同相对性原则之际，债务人要么深陷债务危机、内部治理失灵；要么被内部人控制，集聚债务风险。而对于到期债权利益的实现，无论是债务人的控制人，还是次债务人，不仅表现得“动力不足”，而且会通过各种技巧对抗，谋求“隐性利益”。此时，《合同法》及司法解释（一）中的规定就显得过于“理想化”了。对于以上困局，近年来，各地法院的法官通过实际审判案例，对代位权的行使进行修正和完善。而日前公布的《民法典》（草案）中，将债权人的代位权和撤销权单独作为了一个新增章节“合同的保全”并对条款进行了修订和完善，以期实现代位权的立法目的。

## 二、《民法典》（草案）对债权人的代位权进行了重新定义

此次《民法典》（草案）将原《合同法》中关于债权人的代位权扩充到了三条，其中改动最大的主要是两部分，一是将原有“债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的”改为了“债务人怠于行使其权利以及与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的”。二是将原有行使代位权的前提必须是“债权人对债务人的债权已到期”改为了“债权人的债权到

期前符合特定情形，也可以行使”。上述改动有突破性的意义。

1、不再将债务人怠于行使的权利局限为“到期债权”，而是扩大为“债务人权利以及从权利”。也就是说一方面，即使债务人与次债务人之间的债务没有到期，债权人也可以提起代位权诉讼。另一方面，债务人与次债务人之间如果还存在诸如质押、抵押、保证等形式的从权利，债权人也可以基于这些从权利提起债权的代位权。

2、不再要求债权人行使代位权的前提是“债权必须到期”。如果债务人的权利存在诉讼时效期间即将届满或者未及时申报破产债权等情形的，债权人也可以基于这些提起代位权。也就是在特定情形下，即使债权未到期也可以要求主张代位权。

3、减轻了债权人的证明责任。不再要求债权人证明“债务人的怠于追索给债权人造成了损害”，只要债权人证明自己的“到期债权”无法实现，即证明债权人与债务人之间负有到期债权，且未获清偿即可。

由此可见，相关草案的内容继续扩大了债权人行使代位权的范围。不过草案尚在征求意见阶段，最终是否仍会有新的变化，我们会继续关注。

虽然相关草案目前还未正式发布，但此前不少法院的司法判例中已经有一些突破性的操作，下面我们主要就三个目前债权人行使代位权争议比较大的问题进行分析：

**问题 1：债务人与次债务人之间的债务虽然到期但尚未清算，债权人是否可以行使代位权**

《合同法司法解释一》规定，债权人提起代位权诉讼的前提需要债务人对次债务人的债权到期。实务操作中，可能存在债务人与次债务人之间的债务虽然到期，但还没有结算的情形。没有结算的原因可能包括：存在债务人与次债务人之间存在单方违约或双方违约，或者双方就合同履行的成果价值存在争议。此种情况下，债权人是否可以行使代位权，司法实践中存在不同认识。我们可以从下面的两个案例看到法院截然不同的观点。

**否定说：未清算的债权待定，不能行使代位权**

唐某于 2008 年向 A 公司供应钢材，因其未能如期付款，唐某将 A 公司诉至法院确认了 A 公司拖欠货款的事实。而后唐某发现其所供应的钢材，投入了 A 公司与 B 公司签订的新建工程项目中。2009 年 A 公司与 B 公司终止合同关系，但双方就工程款没有结算结果。唐某将 B 公司诉至法院，要求代位受偿 A 公司所欠货款。B 公司抗辩称其与 A 公司未结算，债权未到期为由，不同意唐某行使代位权。一审法院支持了 B 公司的抗辩，未支持唐某行使代位权。判决生效后，唐某后又提起再审，再审法院审理后认为：在没有结算之前，A 公司与 B 公司谁享有债权是待定的。而本案的债权源于建筑工程施工合同，涉及工程施工的结算争议，需进行工程造价鉴定。根据《民诉解释》规定，审查再审申请期间，再审申请人申请人民法院委托鉴定、勘验的，人民法院不予准许。因此当债务人与次债务人之间的债权享有者不确定时，债权人唐某的代位求偿权缺少前提条件。据此，法院没有支持债权人的代位权。

**肯定说：未清算的债权只要求债权关系明确，也可行使代位权**

但最高院的一起公报案例却采纳了完全不同的观点。在某银行诉某涤纶厂等代位权一案中，工艺品公司因代理涤纶厂，向银行开具了 2231 万元的信用证，涤纶厂将所购设备抵押给工艺品公司。后涤纶厂与工艺品公司达成分期付款协议，但始终没有全部清偿。作为债权人的银行遂提起诉讼，要求涤纶厂代偿全部工艺品公司的欠款。江苏高院认为，虽然债务人与次债务人之间具体的债务数额虽没有确定，但双方债权债务关系是明确的，且债务人也作为第三人参加诉讼，涉及债务人与次债务人之间的债权债务关系的事实可以在本案中一并查清并加以确认，并不损害债务人的利益。故江苏高院认为债权人与次债务人之间的债权是否明确，不影响债权人行使代位权。

我们认为，未清算的债权，通常依赖债务人的积极行为，如果债务人怠于行使清算权利，债权到期亦无法实现，属于恶意阻止债权到期的成就条件，应当支持对代位权进行扩张。根据代位权诉讼规则，原告是债权人，被告是次债务人，债务人一般会被列为第三人。法院可以在案件中审查清楚债务人与次债务人之间债权债务数额，包括委托司法鉴定，从节省司法审判资源的角度，应当支持债权人行使代位权。

#### **问题 2: 债务人通过发函催告等形式积极主张债权，是否仍构成怠于行使到期债务**

在债权人主张行使代位权的过程中，还需要证明债务人存在怠于行使其到期债权的情形。但很多情况下，债务人会通过积极发函催告来主张其未怠于行使到期债权；发函过程中，甚至有的次债务人还会偿还部分款项。此种情况下，债权人是否可以主张债务人构成怠于行使到期债务呢？

在某银行诉某涤纶厂等代位权一案中，银行的债权合法且已到期，其债务人某工艺品公司理应及时支付，但该工艺品公司没有支付。而该工艺品公司对于其债务人涤纶厂的一笔债权，在债权到期后工艺品公司通过多次发函催告协商，和次债务人涤纶厂达成分期还款协议，涤纶厂也的确按照还款协议积极履行分期款的支付义务。对于工艺品公司的“积极催讨”行为，是否仍构成怠于行使到期债务，双方产生了巨大争议。工艺品公司认为，基于涤纶厂现金流紧张，自己达成分期还款协议，有利于债务的受偿，且涤纶厂也始终在按照还款协议还款，自己不属于怠于行使到期债务。但法院审理后认为该工艺品公司没有通过诉讼或仲裁的方式向涤纶厂主张到期债权，相反对涤纶厂出具的延期还款计划予以认可。该工艺品公司的上述行为，应当认定属怠于行使到期债权，且对银行的债权造成损害，故分期还款协议无效，银行提起代位权诉讼，符合法定条件。

我们认为，在代位权案件中，债务人是否构成怠于行使到期债务是债权人能否提出代位权诉讼的前提。很多情况下债务人会和次债务人通过种种形式，体现自己积极向债务人追索。但债务人通过发函催告等形式看似“积极”主张债权，实际还是会影响债权人的到期债权的实现，因此无论是通过发函催告还是达成分期付款协议，只要没有达到款项清偿的目的，就不能认为债务人积极行使到期债权。债务人必须采取诉讼或仲裁的方式向次债务人主张，否则就视为怠于行使到期债权，债权人可以据此提起代位权诉讼。

#### **问题 3: 债权人提起诉讼后，次债务人直接向债务人进行清偿的，能否对抗代位权**

根据《合同法司法解释一》的规定，债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务。基于这条规定，有的债务人会在债权人提起诉讼后，和次债务人私下达成协议处置债务。如果处置是低价的，债权人可以另行主张行使撤销权，但如果债务人和次债务人处置债权是合理的，这种情况下，债权人是否仍可以主张清偿行为无效呢？

在最高院的前述公报案例中，法院一审判决令银行作为债权人能够向次债务人涤纶厂行使代位权。但一审判决后，次债务人涤纶厂提起了二审，并和债务人工艺品公司私下达成了协议处置了抵押物。江苏高院审理后认为提起诉讼后即进入代位权诉讼程序后，债务人即丧失了主动处分次债务人债权的权利。代位权行使的后果直接归属于债权人，因此工艺品公司与涤纶厂签订的抵押物处置协议是无效的。

我们认为，债权人的代位权是债权人在债权无法受偿后的一种救济途径，债权人起诉后突破了合同的相对性原则，诉讼中取得了相当于债务人的合同权利，债务人与次债务人在债权人起诉后判决前，未经债权人认可，私下达成处置协议属于无权处分，应当无效。但需要提示的是，如果债权人提起诉讼后，次债务人如果履行义务，是否只能向代位权人履行？我们认为也不一定。代位权还有一个基本的原则“入库原则”，即行使代位权取得的财产应先归入债务人的一般责任财产。如果债务人存在多个债务的情况下，债权人的代位权并不具有优先权，应当属于一般债权，代位权人是无法主张全部受偿的，应当参与债权分配。只有在债务人不存在其他债权的情况下，代位权人才可以要求次债务人直接向其履行。但需要注意的是，如果次债务人已经向代位权人履行完毕后再发现债务人存在其他债务的，这个时候其他债务人原则上也不能主张执行回转。

债权人的代位权在民商事案件中运用的越来越频繁，此次《民法典》（草案）将债权人的代位权和撤销权作为合同编的独立章节，可见其重要性。代位权的行使一方面常见于债权人的追索，另一方面常见于一些贸易链业务中。如果债权人发现自己的债务人已经资不抵债，负债累累，应当尽快排查债务人是否还有一些对外应收款项，若有应收账款，建议尽快提起代位权诉讼。同时考虑到代位权的“入库”原则，如果债务人存在多个债务，除了起诉次债务人，还要关注对债务人进行及时的保全，以确保在对债务人的查封顺位上优先于其他普通债权人。

## 约定以股抵债，债权人可以直接成为公司股东吗？

卫新、阮霏倩、李凤翔

债务人在向债权人借款的同时，与债权人签署形式上的《股权转让协议》，约定如果债务人在债务到期后不能清偿债务的，债务人将所持有的股权直接转让债权人，债权人成为新的股东。这种为了债务人融资，在借款时约定将股权转让给债权人的方式，在实践中并不少见。但债务到期后，债务人如真的未能清偿借款，在法律上债权人可以直接要求成为股东吗？这种约定是否会被认定为流押条款、最终导致约定无效？本文将就这一问题展开进行分析。

### 一、以股抵债行为属于让与担保还是流押？

借款时与债权人约定，到期不还款时债权人可以要求获得债务人所持有的公司股权，并通过处置股权来清偿债务。这种以股抵债的约定在法律上一般被称为“让与担保”，是一种非典型的担保形式。从字面上，我们可以这么理解“让与担保”——将某物的所有权让与给债权人，作为债务人履行债务的担保。如果债务人未履行到期债务的，债权人将通过对该物的处置来受偿自己债权。这样的约定本身是合法有效的。

同时，让与担保也很容易让人联想到我国《物权法》中关于禁止流押的规定：根据《物权法》第一百八十六条的规定，抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。事实上，确实有部分观点认为，以股抵债的约定因构成“流押”而为无效约定。很长一段时间里，司法实践对让与担保的裁判都存在着诸多分歧与争议，一时难有定论。直至2015年，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称“民间借贷司法解释”）首次对让与担保的裁判规则进行了明确，根据民间借贷司法解释第二十四条规定：“当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更诉讼请求。当事人拒绝变更的，人民法院裁定驳回起诉。按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本金本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或补偿。”

从该规定来看，民间借贷司法解释认可了让与担保制度所具有的担保功能，肯定了让与担保人可以请求对让与担保的物进行拍卖、变卖以清偿债务。同时，也给区分让与担保和流押提供了方向。要区分以物抵债行为究竟是让与担保还是流押，我们先要明白流押无效的立法本意是什么。《担保法》中规定流押无效，本质是要防止债权人通过以物抵债行为获得远超出债权金额的“暴利”。因此，如果以物抵债行为可能导致债权人获得超出债权金额的额外利益，又没有约定多退少补，则相关行为被认定为流押的可能性极高。反之，如果债权人并没有通过以物抵债行为多获益，则相关行为构成非典型性的担保——让与担保。

但民间借贷司法解释仍留下了许多没有解答的疑问。例如，让与担保人对让与担保的物拍卖、变卖的价款是否有优先受偿权？司法解释仅规定出借人请求履行买卖合同的，人民

法院应当按照民间借贷法律关系处理，如果买卖合同事实上已经履行完毕，出借人能够获得物的所有权吗？买卖合同的效力是有效的吗？对于这些司法解释没有解答的问题，我们将结合案例与最新的审判思路在下文详细分析。

## 二、债权人通过以股抵债协议可以直接成为股东吗？

在 2018 年最高人民法院审理的修水县巨通投资控股有限公司（以下简称“修水巨通”）与福建省稀有稀土（集团）有限公司（以下简称“稀土公司”）合同纠纷一案中（（2018）最高法民终 119 号），稀土公司为修水巨通对外的一笔借款承担连带保证责任。同时双方签署了一份《股权转让协议》，约定修水巨通将其持有的江西巨通实业有限公司 48% 的股权转让给稀土公司，并约定该股权转让为附解除条件的股权转让，如果发生稀土公司最终没有承担连带保证责任等约定情形的，则《股权转让协议》解除。否则，稀土公司可以选择受让《股权转让协议》项下的部分或全部股权。而受让股权的股权转让价款将由具备相应资质的资产评估机构对目标股权价值进行评估，按照评估价值与稀土公司承担的保证责任的基础上，以多退少补的原则进行支付。

该协议签署后，稀土公司与修水巨通就股权变更办理了工商登记，目标公司江西巨通实业有限公司及修水巨通也均对此次股权转让出具了股东会决议。修水巨通的借款到期后，由于其自身无力清偿债务，稀土公司承担了连带保证责任。之后，稀土公司便诉至法院，请求法院确认双方签署的《股权转让协议》为有效协议，并确认目标公司的股权归稀土公司所有。

这是一个典型的股权让与担保的案例，该案中，最高院肯定了案涉的《股权转让协议》为有效协议，主要理由有如下几点：

1. 《股权转让协议》不存在《合同法》第五十二条所规定的无效情形；

2. 债务人为担保其债务将担保物的权利转移给债权人，使债权人在不超过担保目的的范围内取得担保物的权利，是出于真实的意思表示，并非《民法总则》中所规定无效的“虚伪通谋的民事法律行为”；

3. 本案《股权转让协议》约定了清算条款，股权转让的价款将由资产评估机构评估后，按照评估价值与稀土公司承担的保证责任的基础上，以多退少补的原则进行支付。清算条款的约定使得股权的受让人稀土公司在清算前不能完全地获得股权的全部权利，《股权转让协议》不违反流质条款的禁止性规定。

由于稀土公司在本案的另一项诉请是确认目标公司的股权归其所有，最高院对这一问题审理后认为，《股权转让协议》解除条件未满足，稀土公司在有权受让全部目标股权的情形下，依约指定资产评估机构出具《评估报告》，对股权价值进行了评估后，就能够取得江西巨通 48% 的股权。

在这个案例中，最高院肯定了《股权转让协议》的效力，并肯定了让与担保债权人可以获得股权。但这是否意味着今后所有的债务人为融资将其持有的公司股权转让给债权人，不还款时债权人都可以直接成为公司的股东呢？答案却是否定的。

根据 2019 年 11 月 14 日，最高院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简

称“《九民纪要》”)中关于让与担保的规定,如果债务人为融资将其持有的公司股权形式上转让给债权人,并约定当债务到期未被清偿时债权人可以对股权进行拍卖、变卖、折价偿还债款的,该约定有效。但如果约定股权直接归债权人所有的,该部分约定无效,但不影响合同其他部分的效力。《九民纪要》同时明确,如果被转让的财产已经完成了财产变动的权利公示,债权人据此请求确认财产归其所有的,人民法院不予支持。但是,债权人请求参照关于担保物权的法律规定对财产拍卖、变卖、折价优先偿还价款的,人民法院予以支持。《九民纪要》确立了让与担保审判思路的两大原则:

1.肯定了让与担保权人对办理了公示登记的让与担保中转让物享有优先受偿权,这是民间借贷司法解释所没有解决的主要问题之一;

2.即使财产已经完成了物权转让的变动公示,到期不能清偿债务,财产所有权直接归债权人所有的约定仍旧无效,但不影响其他约定的效力,债权人对该财产仍可以主张优先受偿权。

在《九民纪要》的规定中,让与担保的法律效力似乎全部指向对让与担保的财产进行清算,并以清算所得清偿债务。但《九民纪要》并未明确,如果双方约定对让与担保的财产进行资产评估,财产所有权由让与担保权人取得,同时双方以评估价格为转让价格,并按照“多退少补”的原则进行结算的方式是否可行。笔者认为,财产所有权在债务不能清偿时直接归债权人所有的约定之所以无效,是因为法律防止债权人以此恶意损害让与担保的债务人或第三人的合法权益,获得超出原债务的不当利益。但在有第三方评估机构进行公正评估的情况下,债权人对于超过债务部分的价款仍负有支付的义务,足以避免产生“流押”“流质”的后果。因此这种约定不应归于无效。

### 三、如何保障股权让与担保的功能实现

在前文中,笔者对让与担保约定的效力进行了分析。那么,让我们回归到本文最初的问题,债务人在向债权人借款的同时,与债权人签署《股权转让协议》,约定如果债务人在债务到期后不能清偿债务的,债务人所持有的股权将直接转让债权人,债权人成为新的股东。债权人可以据此直接成为公司股东吗?虽然九民纪要对此进行了否定,但债权人仍可以通过以下操作,来实现通过让与担保获得股权的目的:

#### 1.协议需注重对清算条款以及解除条款的设计

在稀土公司与江西巨通的案例中,最高院认可稀土公司可以获得股权的重要原因之一便是稀土公司与江西巨通的《股权转让协议》确定了清算条款——股权转让的价格将依靠专业的评估机构评估确定,进而使双方约定避免因触犯“流押”、“流质”的禁止性规定而归于无效。因此,债权人在进行让与担保的约定时,应对清算条款进行明确约定。例如,债权人可以约定,如发生债务人到期未能偿还债款的情形,债权人有权选择受让全部或部分股权,也有权将该等股权以拍卖、变卖、折价的方式进行处分,并以所得款项优先清偿未偿付的债务。如果债权人选择受让全部或部分股权的,应明确股权转让价格的确定方式,并建议约定由专业的第三方评估机构进行评估确定,双方也可以通过约定的方式确定评估机构的选择范围。

同时，在约定中，需明确股权转让的价款与债务人应偿还的债务相比，按照多退少补的原则进行支付。

其次，对于《股权转让协议》解除条款的设计，也需要明确，当债务人按约偿还债务时，债务人可以解除合同。否则，如约定的解除条件不成就，债权人可以选择获得股权或实现对股权处分价款优先清偿的权利。

## 2.需完成权利转让的变动公示

保障债权人享有担保物优先受偿权的前提是债权人享有让与担保的物权效力，也就是说在双方进行让与担保的约定时（如签署《股权转让协议》），债权人在形式上已经取得了物的所有权，即完成了权利转移的变动公示。针对股权而言，由于股权与一般的物的所有权有着显著区别，这要求股权转让的双方不仅需要签署了《股权转让协议》，还应就股权转让事项进行了股权变更的工商登记。格外需要提醒债权人注意的是，债权人应取得目标公司对于此次股权转让的有效股东会决议以及其他股东同意债权人成为目标公司股东的书面材料。如果转让方也是公司的，转让方也应就此次股权转让事项经过公司内部的有效决议程序决议通过。此外，除工商变更登记外，我们也建议债权人取得将其登记为目标公司股东身份的股东名册，尤其对于股份有限公司而言，股份有限公司股份转移无须办理股权变更登记，债权人将更加需要依靠有效的股东名册确认自己的股东身份。

最后，股权让与担保还涉及的一个问题是，如果债权人可以取得股权的，取得时间就是进行工商变更登记或者被记载于股东名册的时间吗？笔者认为，让与担保作为一种新型的担保方式，其是否能够成就取决于债务人是否会按期清偿债务。因此在债务履行期限届满前，虽然股权变动已经进行了权利公示，但此时的让与担保权人并不能完整地取得股东权利。只有在债务人不能清偿到期债务时，让与担保的法律效果才会产生。

## 结语

随着经济发展，社会上不断涌现出新型的商业模式，传统的质押、抵押等担保方式也随着商业社会的发展产生出新的变化，让与担保只是诸多非典型担保模式中的一种而已。近年来法律界也逐步肯定这些非典型担保所具有的担保属性。但怎样可以更好地实现这些非典型担保方式的担保功能，仍需要债权人在实践时进行缜密的考量与约定。

## 名为房屋买卖，实为以房抵债，不还款时债权人能获得房产吗？

卫新、阮霏倩、李凤翔

实践中除了以股抵债，以房抵债也非常常见。房产作为一种保值增值的稳健资产，一直是债权人融资增信担保的首选。

债务人为融资需要，与出借人签署《房屋买卖合同》，约定将自己名下的房产转让给出借人，并约定如债务人未按时清偿债务的，出借人将获得房屋所有权。这种约定是否合法有效？是否被认定为流押？当债务人不还款时，债权人是否可以获得房产？房产不同于股权，变更登记手续繁琐且涉及大量的税费成本，导致以房抵债比以股抵债更为复杂。此外，以房抵债中还涉及预售登记、预告登记、抵押登记等多种登记行为，这些行为会让以房抵债的债权人比其他一般债权人享有优先受偿权吗？本文将通过解答这些问题对以房抵债的约定效力和实操性展开分析。

### 一、以房抵债的约定是否有效？债权人是否可以获得房产？

在前一篇文章中，笔者对这种将某物的所有权让与给债权人，作为债务人履行债务的担保，在债务人未履行到期债务的情形下，债权人通过处置该物清偿债权的担保模式（即“让与担保”）进行了介绍，并就让与担保和流押的认定进行了区分。在相关约定被认定为让与担保还是流押上，以房抵债和以股抵债非常类似。我们根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）中关于让与担保的规定，将以房抵债的约定法律效力归纳总结如下：

情形	是否完成了所有权转移的变动公示	清算条款的约定情况	是否可获得财产处分后价款的优先受偿权	是否可获得财产所有权
1	√	未约定，仅约定不能清偿债务时，财产所有权归债权人所有	√	×
2	√	约定可就清算后的价款优先受偿	√	×
3	√	约定获得财产所有权，财产转让价款需经过清算确认	√	九民纪要未做出明文规定，由于该约定方式可避免流押的后果，笔者认为应当肯定其为有效约定
4	×	/	×	×

当房屋办理了权属变更登记、房屋所有权在形式上已经转移至债权人名下时，以房抵债的约定可能会有以下几种情形：

情形 1：债务人与债权人约定，如债务人到期没有清偿债务，房产归债权人所有。该约

定为无效约定，但不影响合同中其他约定的效力。债权人仍旧可以主张对让与担保的物享有拍卖、变卖、折价后的优先受偿权，但不可据此获得房产的所有权；

情形 2：债务人与债权人约定，如债务人到期没有清偿债务，债权人可以对房产进行拍卖、变卖、折价清偿债款。该约定有效，债权人可以主张对让与担保的财产的优先受偿权。并且，在这种约定下，债权人并不获得财产的所有权；

情形 3：债务人与债权人约定，如债务人到期没有清偿债务，对房产价值进行清算，清算出的房产价值与未清偿债务的价值相比较，债权人以“多退少补”的原则支付价款，并约定债权人可获得房产所有权。虽然《九民纪要》对这种情况没有进行直接规定，但笔者认为，根据此次最高院在《九民纪要》中对让与担保的解读来看，该约定同样具有可操作的空间。债权人可以经过清算程序后获得财产的所有权。这种让与担保在法律界也被称为“归属清算型”让与担保。由于归属清算型让与担保通过清算程序可以避免债权人获得超出债权的额外不当利益，因此笔者认为并不触犯“流质”“流押”的禁止性规定。

如果房屋所有权在形式上并未转移到债权人名下（未办理权属登记），而仅仅是债权人与债务人签署了《房屋买卖合同》，约定债务人到期没有清偿债务，房屋所有权归债权人所有。这种让与担保在学理上也被称为“后让与担保”。后让与担保并不属于《九民纪要》中关于让与担保规定的范畴，债权人不能依据《九民纪要》中关于让与担保的规定主张获得财产的所有权，同时由于没有办理权利变动公示，债权人也不能主张对财产变卖价款享有优先受偿权。

根据前面的对比，我们简单总结一下，债权人可以取得财产的优先受偿权或所有权的前提主要取决于以下两点：

1. 债权人是否已经完成了财产所有权转移的变动公示？
2. 买卖合同是否约定了清算条款？约定的是归属清算型还是处分清算型？

首先，对于已经完成了财产所有权转移变动公示的让与担保，债权人便获得了第一层保障——至少可以主张对让与担保的财产享有拍卖、变卖、折价后的优先受偿权。但是否可以获得房产的所有权，还需要满足第二个条件，也就是买卖合同需约定清算条款。

其次，对于让与担保中未约定清算条款的买卖合同，“以房抵债”的约定会被认定为流押而无效；但约定了清算条款，也并不意味着债权人一定可以主张房产的所有权。让与担保的清算可分为“归属清算型”与“处分清算型”两种类型。前者也即前文中的“情形 3”，依据《九民纪要》的精神，“主张房产所有权”具有操作空间。

## 二、办理房屋预售登记或预告登记是否可以产生让与担保的效力？

对于一般动产而言，交付后即已完成了权利转移，产生了公示效力。对于股权而言，权利转移取决于是否被记载于股东名册、是否办理了股权变更登记。但房产作为不动产有其独有的特殊性——在房屋买卖中，除了房屋所有权登记外，还有“预售登记”“预告登记”，这些登记是否都可以产生物权变动公示的效力呢？是否进行了这些登记后，债权人与债务人有让与担保的约定的，对房产至少可享有优先受偿权？

## 1.预售登记

我们先看下面这起江苏高院审结的案件：在江西省高级人民法院审理的杨某某、赣州市越秀房地产开发有限公司企业借贷纠纷一案（（2017）赣民终 585 号）中，赣州市越秀房地产开发有限公司（以下简称越秀公司）向赣州市为尔房地产开发有限公司（以下简称为尔公司）出借人民币 2000 万元，同时双方签署了两份《房地产买卖合同》并在房地产管理部门办理了商品房预售登记、进行了《房地产买卖合同》的网签备案。约定在指定期限内为尔公司可按照房屋购买价格对房屋进行回购。回购价格为《商品房买卖合同》中的总价加购房款利息，如超过约定期限未回购的，越秀公司有权终止回购、要求为尔公司办理房屋的产权变更登记。

江西省高级人民法院审理后认为，签订买卖合同后网签备案并非物权预告登记。网签备案是行政强制性行为，办理预告登记为当事人民事行为，《商品房买卖合同》的网签备案并不能发生物权变动的公示效力，并进一步认为让与担保不具有物权效力，否决了越秀公司对于案涉房产的优先受偿权。

从法院的判决可以看出，商品房预售合同登记备案是房地产管理部门出于行政管理需要而采取的行政管理措施，与《物权法》上的预告登记不能等同，不能发生物权变动公示效力。因此，债权人与债务人在房屋买卖合同项下仅办理“预售登记”的，本质上属于“后让与担保”，债权人不仅不能据此获得房屋所有权，就房屋处分价款也不享有优先受偿权。

## 2.预告登记

那么，预告登记能否产生物权变动公示的效力呢？根据《物权法》第二十条规定：“当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。”在贾某、天津广达房地产开发公司（以下简称“广达公司”）与破产有关的纠纷一案（（2019）津 01 民终 250 号）中，法院审理后认为，涉案房屋办理了商品房预告登记，具有公示作用，能够产生对抗第三人的效力限制该房屋的转让或其他处分，广达公司与贾某成立让与担保的法律关系。

因此，与商品房预售登记不同，预告登记可以保障预期物权的实现，限制物权人对物的处分行为，具有一定的物权效力。如果债权人与债务人在房屋买卖合同项下房产办理了“预告登记”的，应认为双方已成立让与担保的法律关系。根据《九民纪要》的规定，债权人就房产享有优先受偿权。如果双方约定为“归属清算型”让与担保，并办理了预告登记的，笔者认为，也应当保障债权人据此获得房屋所有权的权利。

需特别提示的是，预告登记毕竟不同于房屋所有权的变更登记，对于债权人而言，进行了预告登记并非可以“一劳永逸”了。《物权法》规定：“预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效”。债权人应特别注意保证预告登记的效力，以避免因预告登记时效而损害到自身权益。

### 三、房屋让与担保的实践注意要点

#### 1.完成所有权转移的变动公示

如前所述，“是否有权利变动公示”是债权人保障优先权的前提。虽然实践中，完成了所有权变更登记的房屋让与担保极为少见。但我们建议债权人应至少办理房屋所有权转移的预告登记，并注意预告登记的时效性，及时更新预告登记；如果确实无法办理“预告登记”，建议债权人在相关房产上重新设置抵押权，以避免产生让与担保无法有效设立、债权人债权最终无法获得任何优先权保障的后果。

#### 2.审慎设计合同条款

房屋让与担保一般是债权人与债务人在借款协议之外又签署了一份《房屋买卖合同》，但该买卖合同的本质是为债权人的债权进行担保，合同条款的设计将会直接关联到债权人让与担保权限的实现方式。如直接约定债权未获清偿时，房屋所有权归债权人所有，该约定为无效约定；但如合同约定为“归属清算型”时，尽管《九民纪要》并未明文肯定这种让与担保的效力，但由于该约定并不构成“流质”“流押”，应为有效约定。

#### 结语

房产让与担保在房地产企业融资中非常常见，且多数都是仅办理了预售登记，而未办理预告登记或产权登记，尽管都是“登记”，但对于债权人而言，所产生的法律效果却大相迥异。希望本文能给债权人以启发，在进行让与担保实践时满足条件，避免后续出现债务追偿的困境。

2020年第二季度

# 案例研究

星瀚法律评论

## “重大误解”在“无人干预缔约过程”的合同中的适用

文迪、刘昌禹、高洁

随着区块链应用的不断拓展，无论是在“币圈”或是“链圈”，算法交易领域产生的新的法律纠纷将是各国司法实践中不可避免将会面临的问题。近日，一则新加坡最高法院(Singapore Court of Appeal)案例引起了我们对题述问题的兴趣。

### 一、案情介绍

“Quoine”（以下称“Q”）是一家经营交易加密货币的交易平台，“B2C2”（以下称“B”）是该平台的主要客户，主要通过其专有的算法交易程序进行交易。2017年4月19日，B与Q平台上另外两个用户达成了13笔加密货币交易订单，B以1:10（以太币：比特币，以下分别称“ETH”和“BTC”）的价格出售ETH换取BTC，而当时的市值兑换比例约为1:0.04（ETH：BTC）。Q平台自动将销售收益3092.517116 BTC记入B的帐户，并从该帐户中自动扣除了309.2518ETH。但完成涉案交易的次日2017年4月20日，Q认为涉案交易的兑换比例过于反常，故单方取消了上述交易，并将B及交易相对方的账户的贷记数额恢复至交易前的状态。

B认为Q撤销结算交易的行为违反合同，遂将Q诉至新加坡国际商事法院。Q的核心观点是，基于普通法及衡平法中的单方错误原则（Doctrine of Unilateral Mistake），涉案交易应归于无效。

单方错误原则，是指签订合同的过程中，一方当事人对合同的根本条款产生错误，对方知道或应当知道这一错误，该合同会因该错误而无效。本案的关键即在于：法律应如何评估非错误方的认知状况。

为此，Q提出了“虚拟交易员”的概念，假设这场交易是两位交易员进行现场协商谈判，那么B的交易员明显可发现这是一个存在错误的交易，因为当时的价格实在是太离谱了。而原告方B则认为，在算法交易及因自动计算机程序生成的合同的情形下，并没有真实的人进行交易，也就不存在知道或应当知道错误的问题，只能推究程序员在设计程序时是否知道或者应当知道其设计的程序会利用对方可能出现的错误。

法院最终采纳了原告方B的认定标准。2019年3月，新加坡国际商事法院一审认为，Q确实存在失误，造成交易价格显著偏离正常的市场价格，但是B的程序并没有被设计成去利用这种失误来牟利，B的程序员在设计程序时并无从认知该错误，因此判决Q仍需承担责任。

而后Q提出上诉。2020年2月24日，新加坡最高法院裁定维持新加坡国际商事法院的一审判决。二审多数法官认为，两个算法程序严格地依照了其编程的设计，并未出现纰漏，因此并不存在对价格的错误认识，也没有证据表明，B的程序员曾知悉或应知悉交易相对方存在所谓的错误；但有少数法官主张扩大“错误”的适用范围，并考虑B在交易发生时的实际心态。

## 二、中国法律下涉案多方的法律关系

我们假设该案适用中国法律，先来探讨本案中三方之间的法律关系。

由于我国的法律规定与新加坡存在较大差异，因此只有在下列前提成立的情况下才具备讨论的价值：

假设 Q 在境内可以合法存在，且不被认定为证券交易所或期货交易所；

假设 B 平台的交易对手是真实存在的而不是 Q 做市行为的产物；

Q 未要求 B 平台的交易对手参与诉讼并非异常行为。

### 1、B 与 Q 的法律关系

B 是 Q 设立的加密货币交易平台的投资者，其在该平台通过其所事先编写的程序进行交易以牟利。Q 一方面是加密货币交易平台的设立者，姑且称之为交易所；另一方面，Q 在交易所中很可能进行了做市行为，用于提升其交易所的交易深度，为投资者的交易提供便利，这也是目前大多数加密货币交易所的正常行为，因涉及的内容过多且在本案中并不涉及，在本文中便不深入展开。

因此，B 可能是做市商也可能是普通的交易者，Q 是向公众提供了交易机会和数据的机构，从本案中涉及的关系来看，他们之间更类似于交易者和交易服务提供方的关系，属于服务合同纠纷的范畴。

### 2、B 与交易对手的法律关系

B 与交易对手之间并未产生任何的法币交易，但在他们之间产生了不同品种加密货币的交换，因此我们依然倾向于认为他们之间是传统的买卖合同关系，从民事案由的角度来看，应当属于买卖合同项下的互易合同。

如果以 BTC 或 ETH 中的任何一种作为基准货币，都会导致将某一种加密货币作为法币替代品的情况出现，导致合同无效。根据我国《民法总则》第一百五十七条规定，行为人因该行为取得的财产应当予以返还，不能返还或者没有必要返还的应当折价补偿。如果这样，交易的效力跟 Q 没有直接关系了，Q 无需对 B 承担责任。所以我们将 BTC 和 ETH 均视为虚拟财产处理。

### 3、“重大误解”的适用

在程序化交易中，若交易纯粹由算法控制，是否存在可以适用《民法总则》第一百四十七条，即“重大误解”使得合同可撤销的情况？根据最高院沈德咏院长组织编纂的《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》一书中的分析，重大误解的构成要件有：（1）须有意思表示且意思与表示不一致；（2）表意人须有不符事实的认知错误；（3）表意人须无使意思与表示不一致的故意；（4）错误与意思表示之间须具有因果关系；（5）错误须在交易上被认为重大。其中 1、2、3 项是基本构成要件，4、5 项是限制性要件。

无论是 Q 亦或是 B，长期以来均使用程序进行交易及撮合交易，之前的运行过程中并未发生纠纷，双方均具备以程序交易作为其真实意思表示的习惯。Q 的程序并未认为 B 与其交易对手的交易存在不合理之处，且交易是一种市场行为，交易的双方通过 Q 的平台达成了合意后已经完成。程序的运行是严格遵照预设流程进行的，因此其所表达的意思表示应

当是程序员在编写程序时所表达的本意，理论上机器/程序是不可能被“骗”的，那么程序所做出的意思表示应当是真实的。

套用前文中提到的“重大误解”构成要件，

(1) B 的程序、其交易对手、Q 的程序均有完成交易的意向，B 及其对手交换了加密货币，Q 可获取佣金，基于机器的真实意思表示，不存在意思表示与意思不一致的情形；

(2) B 和 Q 都是用计算机程序参与交易，不存在不符合事实的认知错误，B 的交易对手在本案中并未出现，因此无法判断其真实认知应当是怎样的，但也恰恰是因为其不出现，反而使人更觉得符合其本身的意思表示；

(3) 与前两点推理类似，显然 B 和 Q 的意思和表示都是一致的，当然不存在使意思与表示不一致的故意；

(4) 因为 B 的交易对手未出现，那么本案是否存在错误都无法确定，更谈不上错误和意思表示有因果关系；

(5) 如果该交易确实属于错误的话，那么这样的错误确实属于重大，但当前四点条件都不符合的情况下，该交易是否属于错误都值得商榷，那么也就不存在讨论错误重大与否的必要了。

综上，虽然依据不同，但我们得到了和新加坡判例相同的结论。

此外，Q 作为交易平台，其主要功能是促成交易，Q 并非交易双方之一，Q 擅自取消交易并将数据回滚的行为侵犯了 B 获得的财产权利，即使认为该交易显失公平或存在重大误解可被撤销，也应当是由 B 的交易对手出面，这又是另外一个法律关系了。找一个靠谱的专业律师及其团队，在他们的帮助下以 B 的交易对手名义采取措施似乎是更加靠谱的方式。

## 结语

从本案中不难得出这样一个结论，无论是区块链行业还是加密货币行业，纵然是一个新的行业，但是他们适用的规则依然并没有跳出我们现行法律的窠臼，并不是所谓的法外之地，有些人所谓的行业没有立法之说是完全不能成立的。

当然，法律是存在滞后性的，但这滞后性并不表示现行的法律对于这个新的行业完全无能为力，法律和行业都会在共同的发展过程中发生融合，我们想象过这样的一个案例：A 公司委托 B 公司制作广告并签署合同，合同上链后 B 公司制作并交付，A 公司逾期付款触发违约责任，智能合约自动履行，从 A 公司账户扣划包括货款及违约金在内的相应款项；A 公司认为违约金过高要求 B 公司返还多扣款项，相应诉讼材料、证据通过链上自动递交至法院，法院审判后认为合同约定违约金过高故应当返还，生效判决上链后自动执行，从 B 公司扣款至 A 公司；C 公司诉称该广告侵犯其著作权，将 AB 公司诉至法庭，并提交了其著作权在链上流转的证据，法院依此作出判决，判令 AB 公司各自承担责任……

希望这一天早日到来，也希望法律能够乘着区块链的东风让生活越来越美好。

# 私募基金投资亏损可以起诉底层用资方吗？

徐沁芳

受整体金融环境的影响，近两年来金融投资纠纷频发，不少投资人客户找到我们希望进行维权，但大多数情况下产品发行人或者管理人早已诉讼缠身、债务累累，根本无力兑付。这时候投资人往往希望能够追偿底层用资的项目主体，想着至少底层的项目还在，如果能够通过诉讼追偿到底层用资方的话，或许能为维权之路找到一线生机。那么到底该如何追偿底层用资方呢？哪些情况下能够向底层用资方发起诉讼呢？本文将结合案例为大家详细介绍。

## 一、案例介绍

投资人李某经人介绍购买了一款契约型私募基金，投资金额为 100 万元，基金管理人为 B 公司，投资期限两年，预期收益为年化 8%。之后，B 公司与 C 实业公司签署《融资合同》，约定 B 公司代表私募基金向 C 公司提供融资款 500 万元，用于 C 公司采购煤炭，融资期限为两年，利率为 10%。

投资期限届满，李某并未能如期收回投资。B 公司向李某出具了一份《还款承诺函》后便杳无音信，《还款承诺函》中 B 公司确认对李某尚有 100 万元的本金及利息未偿还。经查询，B 公司已经被列入失信被执行人名单，根本没有偿债能力。李某无奈，想到当时投资的项目 C 公司，便萌生了向 C 公司追偿的想法。

## 二、李某能否起诉底层用资方 C 公司？

由于合同的相对性原则，一般情况下，投资人无法直接向底层的用资方提起诉讼，而只能由管理人向底层用资方进行催讨或发起诉讼，在底层资产变现后获得清偿。但该案中，B 公司向李某出具《还款承诺函》，确认了与李某之间的债权债务关系。

《合同法》第七十三条规定，因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。现 B 公司怠于向 C 公司主张其到期债权，损害了李某的合法权益，因此李某可以起诉底层用资方 C 公司，并要求 C 公司在李某对 B 公司的债权范围内进行偿还，这也就是我们常说的代位权诉讼。

## 三、哪些情况下私募基金投资人可以向底层用资方发起诉讼？

并不是所有的投资人都可以起诉底层用资方。首先，我们需要区分基金的不同类型，现有的基金类型分为契约型、合伙型、公司型三种，不同类型的基金追偿底层用资方的诉讼方式不同，这里我们主要分析一下最常见的合伙型和契约型基金的诉讼方式。

### 1、合伙型基金追偿

合伙型基金，简言之，投资人加入合伙企业，成为合伙企业的有限合伙人，合伙企业将募集的资金投向底层资产，投资到期后向投资人进行变现。但当投资期限到期，合伙企业的执行事务合伙人（GP）失联或怠于履行管理义务，没有积极将底层资产进行变现的，投资人

该当如何呢？

这种情况下，如果投资人发现自己与 GP 之间构成债权债务关系，又掌握了合伙企业与底层用资方之间的债权债务关系的，可以像上文案例中的李某一样，提起代位权诉讼。代位权诉讼的两个关键点是投资人与管理人之间存在债权债务关系，管理人与底层用资方之间存在债权债务关系。但很多情况下投资人无法拿到管理人签署的类似《还款承诺函》之类的文件，严监管形势下保本保收益的情况也日趋减少，即使存在也可能因为违反金融监管政策被认定无效，一般的投资理财关系要认定为债权债务关系存在较大难度。

此外，大多数合伙型基金是股权类基金，在对这类基金的性质定性上更多的是认定为股权投资行为，而非债权投资行为。如果底层资产是纯粹股权投资，没有回购、担保等类似条款的，将难以主张合伙企业与用资方之间存在债权债务关系，也就难以通过代位权诉讼的方式实现自身权益，投资人想要向底层用资方追偿还需要另辟他径。但需要注意的是，如果股权类基金被认定为名股实债的，也有利于投资人提起代位权诉讼。

根据《合伙企业法》第六十八条的规定，执行事务合伙人怠于行使权利时，有限合伙人可以督促其行使权利或者为了合伙企业的利益以自己的名义提起诉讼。也就是说，合伙型基金的投资人可以在 GP 怠于向底层用资方提起诉讼或仲裁的情况下，以自身名义起诉底层的用资方，我们称之为“派生诉讼”。但需要注意的是，派生诉讼的前提条件是“为了合伙企业的利益”，也就是说，投资人提起派生诉讼的成果（即合伙企业债务人支付的款项）将归属于合伙企业，投资人无法直接获得相应清偿款，需要督促 GP 及时进行合伙企业利益的分配，或在合伙企业清算、解散后才能获得清偿。关于派生诉讼的更多内容可以参考我们发布过的专栏文章《LP 投资人如何选择最适合的诉讼方式》。

此外，根据《合伙企业法》第六十八条，当有限合伙人在有限合伙企业的利益受到侵害时，有限合伙人可以向有责任的合伙人主张权利或提起诉讼。因此，当 GP 不按合伙协议约定履行义务造成投资人利益损害的（例如不按照合伙协议的约定进行投资、违反竞业禁止的约定经营与合伙企业相竞争的业务、侵占合伙企业财产、擅自处理应当经全体合伙人一致同意的事项等），LP 投资人可以向 GP 提起追偿权之诉，要求 GP 承担违约责任、赔偿损失。关于追偿权诉讼的更多内容可以参考我们发布过的专栏文章《LP 投资人如何选择最适合的诉讼方式》。

## 2、契约型基金追偿

契约型基金，即投资人与管理人通过签订合同的方式进行投资，不设投资实体。契约型基金大多是证券类私募基金，但现阶段我们也接触到不少股权类私募基金是以契约形式运作的。同时，还有少量的其他类私募基金，如投资应收账款、债权等非标资产的基金就属于此类。

此类私募基金无法像合伙型基金的投资人一样提起派生诉讼，最为有效的方式是通过证明投资人与管理人之间构成借贷法律关系提起代位权诉讼，即证明投资人对管理人有合法到期债务。这是因为在一般情况下，理财投资的两个主体——投资人与管理人之间并非债

权人与债务人的关系，而是投资关系，不能直接适用《合同法》第七十三条的规定。但是当投资人对管理人享有债权（投资关系被认定为借贷关系或管理人对投资人有投资本金和收益的偿付义务）时，投资人可以据此为自身利益提起代位权诉讼。投资人与管理人之间借贷关系认定的情形我们将在下文分析。

#### 四、契约型基金如何进行代位权诉讼追偿

##### 1、代位权诉讼的要件

根据《合同法司法解释一》，投资人提起代位权诉讼需要注意：

(1) 投资人对管理人享有合法债权。这就要求投资人与管理人之间构成债权债务关系，其中最为直接的是构成借贷法律关系。“名为投资，实为借贷”的通常表现如下：

- 约定固定收益或承诺还本付息；
- 投资人不符合合格投资者条件；
- 投资人未作为合伙人进行工商登记；
- 签署的合伙协议不具备合伙协议的基本特征；
- 投资者没有参与经营；
- 投资回报与投资项目的盈亏没有直接关系；

不论是契约型基金还是合伙型基金，如果投资过程中存在上述情形的，则可能被认定为“名为投资，实为借贷”，这将有利于投资人提起代位权诉讼。

(2) 债务人对次债务人享有合法债权。这一点要求管理人或基金产品对次债务人享有债权，例如管理人与底层用资方之间是借贷关系，或者有其他可以被认定为借贷法律关系的情形，或者底层用资方对管理人有回购义务等等。如果基金产品本身投资的是金融产品（如嵌套了私募基金、信托产品等），或者管理人代表私募基金进行了股权投资且被登记为股东，除非存在其他债权债务关系，否则通过代位权诉讼实现清偿目的将存在一定难度。

(3) 债务人怠于行使其到期债权，对投资人造成损害。对此，一般要求债务人必须对次债务人提起诉讼或仲裁，仅通过发函等形式主张权利亦可被认定为怠于行使其到期债权。

##### 2、代位权诉讼的诉讼主体及管辖法院

代位权诉讼中，投资人应将底层用资方列为被告，将管理人列为诉讼第三人，便于查明投资人与管理人之间的债权债务关系。诉讼的管辖一般为被告所在地，也就是底层用资方所在地。

##### 3、代位权诉讼的难点

代位权诉讼由于涉及到债权人与债务人、债务人与次债务人之间的双重法律关系而具有一定难度，实践中还将面临投资人与管理人之间的债权债务金额存在争议、次债务人对债务人的债权提出抗辩等问题。底层资产若涉及到金融资产投资，直接在代位权诉讼中主张底层项目“名为投资、实为借贷”也将存在一定难度。此外，投资人还需取得管理人对底层用资方有合法债权的证明，如底层资产的文件。

## 五、结语

近几年来，金融行业的形式相对严峻，我们陆续接待过许多投资人维权案件的咨询，也承办了大量的投资人维权案件，投资人越来越多地希望能够起诉底层资产方，通过底层资产变现保障投资回款。但实践中还需要结合自己投资的产品类型、投资的底层资产的情况选择适合的诉讼策略，才能“有成果”、“有效益”地为自己挽回损失。

# 劳动关系 vs 合作关系，聊聊直播平台对主播的管理边界

虞杨

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

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

## 一、平台与主播间的法律关系

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

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

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

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

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

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

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

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

## 二、法院认定法律关系的裁判思路

在认定双方法律关系时，法院一般有两种裁判思路，一是认定为劳动关系，适用劳动法

和劳动合同法等相关法律调整，以保护劳动者为原则，结果一般利于主播方；二是认定为合作、合同或服务关系，主要适用民法和合同法调整，裁判时尊重当事人在订立合同时的意思自治，结果一般利于平台方。

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

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

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

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

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

### 三、典型案例的裁判情况

#### （一）认定不构成劳动关系

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

###### 裁判要点提炼：

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

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

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

裁判要点提炼：

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

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

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

裁判要点提炼：

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

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

裁判要点提炼：

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

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

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

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

裁判要点提炼：

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

## （二）认定构成劳动关系

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

#### 裁判要点提炼：

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

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

#### 裁判要点提炼：

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

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

#### 裁判要点提炼：

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

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

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

但是我们也注意到，若主播能对劳动关系的成立提供较充分的证据以证明受到平台公

司的严格管理，则也可能会作出认定为劳动关系的判决结果。

#### 四、律师建议

平台与主播订立合同时，除非明确以用人单位聘用劳动者的情形外，一般建议与主播形成服务、合作等一般合同关系。

在此情况下，平台所拟定的合作协议时，可关注以下要点：

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

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

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

4.尽量避免出现试用期、员工培训、竞业禁止等条款。

## 离婚后仍以夫妻名义共同生活，一方举债的性质？

沈大力、陈军

笔者曾处理一起民间借贷案件纠纷，夫妻已离婚，但仍保持同居状态，此时一方举债，另一方能否逃避债务承担？债权人需如何证明系共同债务？《民法典》对于此问题是如何规定的？本文将结合案件具体分析，并给借贷各方规避风险、减少纠纷提出一些律师建议。

### 一、案情简介

刘某与李某曾为夫妻关系，该二人离婚后，刘某于2013年至2017年间陆续向熊某借款共计31万元，双方约定借款年息为20%。刘某于2014年、2015年向熊某支付利息共计9万元，此后一直未偿还剩余款项。2018年6月，刘某、李某共同向熊某出具《承诺书》，约定于2018年12月31日归还足额本金，逾期不还，将于2019年3月1日之前连本带利归还55万元。后二人一直未偿还上述款项，熊某将二人起诉至法院要求还款。

庭审中，刘某抗辩称，与李某在借款之前已离婚，该债务不属于夫妻共同债务。经查，二人虽在借款之前通过协议方式登记离婚，但仍共同居住生活，且以夫妻名义对外交往，普通人并不知悉二人已离婚，且借款后双方有共同投资行为。李某则抗辩称该债务为刘某个人债务，李某《承诺书》上所签名字并未备注是共同借款人或担保人，只是受熊某胁迫要求而签上名字的，最多只是作为见证人，其知悉刘某有向熊某借款事实和出具上述还款《承诺书》行为。

本案最终调解结案，但其中“夫妻债务”问题仍值得探究：离婚后仍以夫妻名义共同生活，一方举债的性质如何认定？

### 二、问题探讨

实践中对该问题的处理有不同的意见。一种观点认为，离婚后，一方以个人名义借款，即使双方对外仍以夫妻名义同居生活，仍应认定为个人债务。第二种观点认为，离婚后，双方并未实现真正的独立状态，也应按照共同债务处理，双方承担连带责任[1]。第三种观点认为，夫妻离婚后生活交往及经济往来仍较为密切的，一方举债不宜认定仅由该方承担，也不宜认定由双方连带承担，而应认定为共同之债，由双方共同承担。[2]我们更倾向于第三种观点，双方基于事实原因形成债务人共同体，应共同承担还款责任。

第一，依据《最高人民法院关于人民法院审理未办结婚登记而以夫妻名义同居生活案件的若干意见》第十一条，同居期间为共同生产、生活而形成的债权、债务，可按共同债权、债务处理。作为最高人民法院的指导意见，对审判实践中案件处理应当具有指导、参考意义。故夫妻离婚后双方仍以夫妻名义共同生活，一方举债为双方共同生产、生活的，应认定为共同债务。

第二，从双方关系以及财产持有状态来看，如若双方离婚后一直以夫妻名义对外且共同生活（债权人可举证邻居证言、朋友证言等来证明），属于典型的“假离婚”。通常此种情形下，两人在离婚后，不会对财产进行实际的析分。

基于共有人之间有无共同目的、共同目的之内容、共有财产对于共有人达成其共同目的的意义等因素来看,“假离婚”下,夫妻双方的共同目的应该是以家庭为单位共同生活,相互扶持,养育子女,互帮互助,双方具有继续维持家庭关系的目的性,且客观上也具有了共同生活的稳定性。而二人的财产共有现状,亦满足了维持家庭关系的共同目的之所需,基于财产事实上的共同共有关系,一方举债也应认定为共同债务。[3]

第三,从发挥审判对社会规则的指引作用和对社会价值的倡导作用来看,在涉及债权人的夫妻债务认定中,首要的价值取向是债权人利益的保护和社会交易成本的节约[4]。在现实中的债权债务关系中,因夫妻的内部关系不具有公开性,出借人在出借资金时,很难详细了解双方真实的婚姻状况与家庭关系。所以在诉讼中要求债权人对借款人夫妻的共同状况进行举证,并不合理。这将极大地增加社会交易成本,不利于社会信任关系的建立和交易的保护。

特别是在“假离婚”的情形下,一方将财产转移至另一方名下,以逃避债务,如若不认定为共同债务,将严重损害债权人利益。故从法院审查的角度来说,主要围绕两个角度:一是债权债务是否真实发生;二是债权人是否善意。符合相关条件的,即应认定为共同债务。

最后,依据《民法典》第一百七十八条第三款,连带债务作为最重的民事责任承担形态,需经法律规定或当事人约定。对于离婚后仍共同生活的债务承担问题,法律尚未对此加以规定。此种情况下的一方举债,一般也不会出现二人约定共同承担连带责任的情形。因此,不宜认定为“连带债务”,而应基于财产事实上的共同共有关系、组成的债务共同体,对债务承担共同还款责任。

当然本文所提到案件中有一特殊情况,即李某以承诺人的身份在还款《承诺书》上签字。我们认为,即使共同债务不成立,熊某也可主张李某的行为是“债务加入”,要求其就债务承担连带责任。《民法典》第五百五十二条首次规定了债务加入制度,并明确其责任样态系连带责任。评估是否成立债务加入,关键在于“第三人是否作出加入债务的意思表示”。在(2006)民二终字第199号、(2014)民申字第460号、(2014)民申字第1250号等案件中,最高院认为“承诺还款”“在借款人处签字”“自愿承担”应视为第三人加入债务的意思表示,本案亦符合上述情形。此外,本案的债务履行与李某具有直接和实际的经济利益,且《承诺书》中尚未约定刘某、李某对债务履行的顺位,也未约定李某承担债务以刘某不履行为前提,故李某的行为应认定为债务加入而非保证[5]。

### 三、债权人如何证明债务系夫妻共同债务

依据《民法典》第一千零六十四条、《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》的规定,认定夫妻共同债务的逻辑为:

- 夫妻有共同举债的意思表示的,按共同意思表示认定;
- 无明确共同意思表示的但符合家事代理范围的推定夫妻有共同意思表示;
- 无法推定夫妻有共同意思表示的,以借款的用途来确定,即是否用于夫妻共同生活、共同生产经营来确定是否属于夫妻债务。

主张“共债共签”的,债权人应提供双方共同作为债务人签字的书面借款合同,如《借条》、

《借款协议》等，或者在签订《借条》、《借款协议》时仅有夫妻一方签字，但事后夫妻另一方通过其他形式追认，例如出具《还款承诺书》等。债权人也可通过短信或微信的方式，编辑债务信息发给未签字配偶方要求其确认，并保存好相关证据。

根据“家事代理制度”推定为夫妻共同债务的，债权人只需要举证证明债权债务关系存在、债务符合当地一般认为的家庭日常生活范围即可。对于债务是否属于日常家事范围，法院一般结合夫妻共同生活的状态(如双方的职业、身份、资产、收入、兴趣、家庭人数等)和当地一般社会生活习惯予以认定。

主张用于“共同生活、共同生产经营”的，债权人应当提供证据证明。例如证明债务用于“购置家庭住房”以证明“共同生活”。最高法院认为夫妻共同生产经营所负的债务一般包括双方共同从事工商业、共同投资以及购买生产资料等所负的债务。故债权人在举证证明夫妻共同生产经营时，对于存在公司、合伙企业等形式的生产经营，应提供证据证明夫妻共同投资或者一方投资而另一方参与经营。

#### 四、律师建议

##### 1、对于债权人而言

当准备出借款项的时候，不仅要考察债务人个人的偿还能力、征信记录，还应该考察债务人的婚姻情况和家庭经济状况，明确债务是个人债务还是夫妻共同债务。为减少风险，增加债权的安全性，让举债人夫妇共债共签是最稳妥的方案。

##### 2、对于夫妻举债一方而言

为明确债务由个人承担还是夫妻共同承担，在借款时就应当对举债用途和借款流转明细做出详细安排。若债务已经形成，如需确认该债务为个人债务，应尽快搜集证据证明借款并非用于夫妻共同生活、共同生产经营，并要求配偶谨慎对待该债务，避免被债权人通过电话录音、短信等形式固定追认债务的意思表示;如需确认该债务为共同债务，则可以用书面协议、电话、微信、短信或邮件等方式让配偶方进行追认。

##### 3、对于非举债配偶方而言

对于确非与配偶共同举债的情形，对配偶的借款行为应当谨慎对待，一旦与配偶共同签署借款协议或事后追认配偶的债务，将面临承担共同还款的法律责任，除非有证据证明被欺诈、胁迫、显失公平等法定情形，否则无法避免承担共同还款的责任。对于单方债务，应注意避免被债权人固定事后追认承诺还债的证据。

注释：

[1]参见(2014)滨功民初字第1012号民事判决书，(2014)望民初字第01949号民事判决书。

[2]参见《人民司法·案例》2017年第17期。

[3]参见《人民司法·案例》2017年第17期。

[4]国家法官学院案例开发研究中心著，《中国法院2018年度案例·民间借贷纠纷》中国法制出版社，2018.01，第57页。

[5]学界和实务界区分保证与债务加入的实质标准的三种学说：利益标准、履行顺位标准、债务人届期未履行作为条件。参见：夏昊晗·债务加入与保证之识别——基于裁判分歧的分析和展开[J]·法学家，2019(6)。

## 租赁合同“面积争议”频发，问题出在哪儿？

金秀福、金香

近期，笔者团队代理了一起商铺租赁合同纠纷，双方因实际租赁面积与合同不一而产生争议。在本案办理过程中，我们也发现不少租赁合同中对于“租金”“租赁面积”的具体表述有瑕疵，极易引发纠纷，导致两败俱伤的后果，本文将对相关条款和问题进行探讨。

### 一、案情简介

A 公司与 H 购物中心签订《H 购物中心租赁合同》，约定 H 购物中心将位于商场 1 楼的 G 区租赁给 A 公司经营咖啡店。双方约定，租赁面积为 1655 平方米（建筑面积，含公摊），租期自 2019 年 1 月 1 日起至 2023 年 12 月 31 日止，每月租金为 390,000 元。合同签订后，双方按约开始履行合同。

2019 年 5 月，A 公司提出，其曾经在办理相关许可执照时发现，合同约定面积与实际面积不符，经其自行测量，实际承租面积为 1241 平方米，与合同约定的面积存在约 400 平方米差异，因此，要求 H 购物中心按照 1241 平方米调整租金，否则拒绝支付租金。

对此，H 购物中心多次与 A 公司商讨解决方案但无果，H 购物中心遂委托笔者团队将 A 公司诉至法院，请求法院确认解除双方签订的租赁合同，并要求 A 公司支付拖欠的租金及占有使用费等费用。

庭审过程中，A 公司提起反诉，主张因 H 购物中心实际租赁面积与合同约定面积严重不符显示公平，要求撤销合同。

### 二、案例分析

承租人能否以租赁房屋面积不符合约定为由，主张拒付、减付租金？对于该问题，目前《合同法》及相关法律规定并无明确规定。在各地司法实践中，《北京市高级人民法院关于审理房屋租赁合同纠纷案件若干疑难问题的解答》（2013）中进行了明确解答：“实践中应区分以下情形处理：

（1）租赁房屋是当事人双方认可的特定房屋，合同约定的租金标准为固定数额，出租人依约交付该特定房屋，承租人在合理期限内未提出异议，其又以合同约定面积与实际面积不符为由主张拒付、减付租金的，不予支持，但租赁合同存在《合同法》第五十四条规定的可撤销情形的除外。

（2）租赁房屋需要依据合同约定的面积来确定具体范围，租金数额与租赁面积直接相关，承租人以合同约定面积与实际面积不符为由，依据《合同法》第一百一十一条规定要求出租人承担减付相应租金等违约责任的，可予支持。”

北京市的很多判例都采用了上述文件的处理思路。我们也对上海市的类似案例进行了检索，经分析总结，在上海地区的司法实践中，法院一般考虑：

**1.承租人在签署租赁合同前是否对房屋现状进行确认。**如租赁房屋为现状交付，或双方在签署《租赁合同》前承租人已到现场进行确认过，此时法院会倾向于认为承租人早已对房

屋现状有所了解，在此基础上，承租人提出面积存在差异，无法履行合同的，缺乏合理性。相反，如果承租人在签署合同前并未了解房屋现状，而是先签署合同，后去核实，那么，法院会综合考虑出租人是否在租赁过程中存在欺诈，或承租人是否未履行审慎义务等进行判断。

2.双方约定的租金是否与租赁面积直接相关。在【案号：(2016)沪0117民初9851号、(2019)沪0117民初7058号】两案中，虽然租金不是整数的固定数额，但约定租金与房屋租赁面积无直接关联，因此，法院更倾向认为面积差异不影响合同履行，故未支持承租人减付租金的请求。而相反，在【案号：(2017)沪0120民初17012号】的案例中，双方约定租金以每平方米单价计算，这一计算方式明显与租赁面积直接相关，因此，针对因面积差异承租人多支付的租金，法院认为出租人应当予以返还。

3.承租人是否在“合理期限”内向出租人提出异议。在【案号：(2019)沪0116民初6875号】案例中，承租人虽然提出了异议，但是在租赁房屋装修完毕，办理完营业执照后经营一段时间才提出，对于承租人来说，在装修或办理营业执照之时均可以对租赁房屋实际面积有所了解，然而在“应当”了解到实际面积之时未提出任何异议、后续再提起时，法院倾向认为已超出“合理期限”。相反，在【案号：(2017)沪0120民初17012号】中，承租人在签订租赁合同后，装修之时便发现面积差异，随后立即向出租人提出异议，在出租人拒绝处理后，立即停止装修并搬离租赁房屋，直接向法院起诉请求法院撤销双方签订的《租赁合同》，因此，法院结合双方合同约定及合同实际履行情况，认定承租人在“合理期限”内提出了异议，最终支持了承租人一方的诉讼请求。

在本文案例中，首先，双方在签订合同前，A公司已多次前往H购物中心实际查看租赁房屋现状，且双方签订《房屋交接确认书》，再次对涉案房屋租赁面积进行确认，A公司对房屋现状已有了解。其次，合同约定租金为固定数额，租金数额与租赁面积无关，同时，在面积问题上，双方在合同中明确约定1655为建筑面积，且含公摊面积，而A公司测量的1241平方米仅为实际使用面积，后续经司法鉴定，确认含公摊面积的租赁面积与合同面积基本相同。最后，A公司在装修以及办理产证时未及时对面积部分提出任何异议，反而在经营一段时间后提出，超出了“合理期限”。综上，法院最终未支持A公司撤销合同的请求。

### 三、律师建议

在本案办理过程中，我们检索了大量案例，发现商业地产租赁过程中“面积争议”频繁发生，不乏因单个纠纷而引发连锁反应，甚至出现多个承租人集体解约的情况。而此类案件的结果往往与租赁合同中“租金条款”“租赁面积”等的具体表述相关联，因此，为减少纠纷诉累，我们建议出租人：

在签署租赁合同前，请承租人现场查验租赁房屋，对房屋现状进行书面确认，并保留相关凭证。

在租赁合同拟制中，注重重点条款表述的严谨合规。如在设定租金数额时，应结合租赁房屋现状及产证信息，充分考虑是否要与租赁房屋面积关联的问题，切记盲目设定租金数额；

在表述租赁面积时，应在合同中明确进行定义，如“建筑面积”、“实际使用面积”、“套内面积”等等术语，一字之差，所代表的含义就明显不同，最好对相关术语进行充分说明，确保合同双方达成合意。

在合同履行期间，针对承租人提出的异议，不要急于回复书面信函，应在综合评估处理方案及各方案带来的法律风险后，审慎处理。

2020年第二季度

# 政策解读

星瀚法律评论

## 票房分账收入可增加 11%！多项举措扶持电影行业

陈欣皓、史梦吉

2020 年 5 月 14 日，财政部、税务总局、国家电影局发布多项举措，为电影行业各单位减负，支持电影行业复苏：

湖北省自 2020 年 1 月 1 日至 2020 年 12 月 31 日免征国家电影事业发展专项资金；其他省、自治区、直辖市自 2020 年 1 月 1 日至 2020 年 8 月 31 日免征国家电影事业发展专项资金；

自 2020 年 1 月 1 日至 2020 年 12 月 31 日，对纳税人提供电影放映服务取得的收入免征增值税；

对电影行业企业 2020 年度发生的亏损，最长结转年限由 5 年延长至 8 年；

自 2020 年 1 月 1 日至 2020 年 12 月 31 日，免征文化事业建设费。

在减免上述税费和专项资金后，院线、影院、电影制作方能够进行分成的“票房分账收入”可预计可增加 8%至 11%，将极大缓解目前电影行业的困境。

### 1.减免电影专项资金

国家电影事业发展专项资金（“电影专项资金”），系指对外营业出售电影票的影院、影城、礼堂等经营性电影放映单位，应按其电影票房收入的 5%缴纳的电影专项资金。电影院应当按月向省级电影专项资金管理委员会缴纳电影专项资金，并按照 4:6 的比例分别缴入中央和省级国库。电影专项资金将按照每年的预算，用于资助影院建设和设备更新改造、少数民族语电影译制、重点制片基地建设发展等用途。

2019 年度，中央补助地方的电影专项资金的金额就达到 9.74 亿余元。财政部、国家电影局免除湖北省 1 年、其他地区 8 个月的电影专项资金，相当于实质减少了电影院需要对外支付的成本。

律师点评：

电影院免交电影专项资金后，可以分的钱自然就多了。不仅是影院，院线及电影制作方的收入都有望增加。

但另一方面，由于电影专项资金是根据预算制进行统筹安排，并且财政部于 2019 年就已发布《财政部关于提前下达 2020 年中央补助地方国家电影事业发展专项资金预算的通知》（财教[2019]158 号），向各省拨付了相应资金。那么在减免了电影院应当缴纳的电影专项经费之后，又如何来解决已支出以及仍待支出的补贴的问题？

### 2.免征增值税、文化事业建设费

“营改增”之后，包含广播影视服务在内的现代服务业的增值税税率统一为 6%，也即电影院需按照其销售电影票收入的 6%缴纳增值税。同时，上述需缴纳的电影专项资金的金额一并计入增值税的应税金额中。

然而，若电影院依据《财政部 国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通

知》(财税〔2016〕36号)附件2第一条第(六)项的规定,申请按照增值税简易计税方案进行计税的,则电影放映服务收入的税率可按照3%进行计算。但由此带来的弊端则是3%税率的增值税专用发票不得用于抵扣。

而文化事业建设费,则是针对电影院的广告收入,按照3%为比例征收的一项行政收费。2019年4月3日,李克强总理主持常务会议,决定:至2024年底对中央所属企事业单位减半征收文化事业建设费,并授权各省(区、市)在50%幅度内对地方企事业单位和个人减征此项收费。2019年6月12日,上海市财政局、中国上海市委宣传部发文,对归属上海市地方收入的文化事业建设费,按照缴纳义务人应缴费额的50%减征。也即本次免除的文化事业建设费,对应的是电影院广告收入1.5%的金额。

律师点评:

无论是增值税还是文化事业建设费的减免,都是进一步扶持电影行业复苏,减少影院支出、增加电影行业各方收入的举措。以万达院线在2019年4月25日公布的2018年度的年报为例,其境内的票房收入为79.8亿元,广告收入为25.2亿元,若以该数据进行计算(仍按一般纳税人6%税率计算电影放映收入),今年可以免交增值税5.07亿元,文化事业建设费3700余万元。这部分的收益,可由行业内参与的各方共享,弥补相应亏损。

### 3. 亏损结转年限从5年延长至8年

首先,该政策针对的对象是电影行业企业,包括电影制作、发行和放映等企业,但不包括通过互联网、电信网、广播电视网等信息网络传播电影的企业。

其次,亏损结转年限延长,有利于减轻电影行业企业在所得税范畴内税负压力,企业今年因疫情影响所遭受的亏损,可以在此后8年进行结转,用以抵消当年的利润,也即在未弥补2020年所遭受的损失前,后续8年的利润部分均无需缴纳企业所得税(按照25%征收)。

律师点评:

这一条无疑是提振整个行业信心的利好政策,对于制作公司来说,如仍有结余资金或者投资人青睐给予投资的,可以先行开展电影的制作等工作,因此所带来的亏损,可在更长的时间内进行结转,也即以未来的盈利预期来抵消目前的亏损。但也应当注意,不得滥用该优惠政策,在今年度虚增或故意多做亏损,将该部分亏损结转至后续年度,以达到免交、少交企业所得税的违法目的。

## 结语

目前电影的摄制工作在做好防疫的前提下已经逐步恢复;从目前的多方报道来看,随着境内的疫情进一步被控制,电影院也将在不久的将来重新开放。再加之本次的政策扶持,电影行业有望迅速复苏。

一般而言,电影的主控方或主控方委托的宣发单位与院线签订的合同中,都会约定影片票房分账收入=净票房收入-院线和影院分成,而此处的净票房收入,又指的是放映所获得的总票房收入-国家电影专项资金-增值税及附加。可以看出,电影院所需缴纳的电影专项资金和增税税及附加都被免除后,实际不仅仅电影院的压力减少,电影的制片方、投资方都将

从中受益。

曾被誉为“最强春节档”的 2020 年春节档电影，除了《囧妈》提前“出圈”转为网络上映外，其余电影均尚未定档，而真人版《花木兰》等新片也跃跃欲试，可以想见，在影院重新开门迎客后将是如何百花齐放的局面。当然最后也要提醒各位，戴好口罩，严格遵守防疫措施，安全观影。

## 融资租赁监管新规发布，给企业合规划重点了！

徐沁芳

近日，银保监会正式下发《融资租赁公司监督管理暂行办法》（以下简称“《办法》”），其内容对融资租赁企业的业务开展产生了重大影响，对企业的合规经营提出了高要求，不合规者将直接面临关停风险。

本文对本次新规的监管要点进行梳理分析，文末也附上目前融资租赁行业法律体系供企业了解学习。

### 一、正式稿与征求意见稿对比

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

- 1、针对融资租赁公司业务的负面清单，新增了银保监会或地方金融办禁止开展的业务或活动；
- 2、融资租赁公司进口租赁物涉及配额、许可等管理的，原来规定由租赁物购买方或产权所有方办理相关手续，现在放开允许当事人另行约定办理手续的主体；
- 3、对融资租赁公司关联交易提出细化要求，要求关联交易应定价公允；
- 4、过渡期适当延长，征求意见稿规定不晚于 2021 年 12 月 31 日，正式稿调整为不超过三年，且地方金融办可以根据实际情况适当延长过渡期安排。

### 二、新规 7 个要点解读

#### 1、业务范围

《办法》第五条规定，融资租赁业务范围包括：

- （一）融资租赁业务；
- （二）租赁业务；
- （三）与融资租赁和租赁业务相关的租赁物购买、残值处理与维修、租赁交易咨询、接受租赁保证金；
- （四）转让与受让融资租赁或租赁资产；
- （五）固定收益类证券投资业务。

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

#### 2、负面清单

《办法》第八条规定，融资租赁公司不得有下列业务或活动：

- （一）非法集资、吸收或变相吸收存款；

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

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

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

### 3、租赁物范围

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

### 4、租赁物所有权及租赁物登记

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

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

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

### 5、监管指标

《办法》明确融资租赁业务的几项监管指标，租赁资产和其他租赁资产比重不得低于

60%，风险资产总额不得超过净资产的 8 倍，固定收益类证券投资上限为 20%，集中度指标上限遵循单一客户不超过 30%、单一集团不超过 50%、单一关联方不超过 30%、全部关联方不超过 50%。

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

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

## 6、分类监管

《办法》按照经营风险、违法违规情形将融资租赁公司划分为正常经营、非正常经营和违法违规经营等三类，其中非正常经营类主要是指“失联”[1]和“空壳”[2]等经营异常的融资租赁公司。地方金融监管部门督促非正常经营类企业整改。非正常经营类企业整改验收合格的，可纳入监管名单；拒绝整改或整改验收不合格的，纳入非正常经营名录，劝导其申请变更企业名称和业务范围、自愿注销。

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

## 7、过渡期

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

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

## 总结

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

附：融资租赁行业法律体系

法律层级	发布时间	发布部门	法律规定
法律	1999 年	全国人大	《合同法》第十四章
法律	2020 年	全国人大	《民法典》第十五章 (2021 年 1 月 1 日生效)
部门规章	2014 年	银监会	《金融租赁公司管理办法》 (简称《金租办法》)
部门规范性文件	2013 年	商务部	《融资租赁企业监督管理办法》 (简称“商务部文”)
部门规范性文件	2020 年	银保监会	《融资租赁公司监督管理暂行办法》
司法解释	2014 年	最高院	《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》

注释：

[1]根据《融资租赁公司监督管理暂行办法》第四十五条规定，“失联”是指满足以下条件之一的融资租赁公司：无法取得联系；在企业登记住所实地排查无法找到；虽然可以联系到企业工作人员，但其并不知情也不能联系到企业实际控制人；连续 3 个月未按监管要求报送月报。

[2]根据《融资租赁公司监督管理暂行办法》第四十五条规定，“空壳”是指满足以下条件之一的融资租赁公司：未依法通过国家企业信用信息公示系统报送并公示上一年度年度报告；近 6 个月监管月报显示无经营；近 6 个月无纳税记录或“零申报”；近 6 个月无社保缴纳记录。

## 《网络直播营销行为规范》正式生效，直播带货的“紧箍咒”来了！

赵晓波、陈欣皓

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

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

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

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

《规范》对网络直播营销中的各行为主体提出了具体要求。我们梳理如下：

### 一、商家：亮证亮照经营、履行广告主的应尽义务，特殊商品需合规销售

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

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

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

二、主播：实名认证，禁止虚假宣传，禁止主播引导用户私下交易，禁止数据造假。

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

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

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

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

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

本次出台的《规范》，亦根据直播营销平台类型的差异性，区分规定了各类平台的主要义务：

1、电商平台类的网络直播营销平台经营者的主要义务在于对平台内商家资质和经营范围的监管，平台应当加强对入驻本平台内的商家主体资质规范，督促商家公示营业执照及与其经营业务有关的行政许可信息；这一点与传统的网上购物平台的监管并无差异。

2、内容平台类及社交平台类网络直播平台的主要义务均在于避免主播与用户达成线下交易，这一点系基于网络直播的特征而提出的有别于线下交易、其他非直播线上交易的规定。

其中，内容平台类的网络直播营销平台经营者应当加强对入驻本平台的商家、主播交易行为规范，防止主播采取链接跳转等方式，诱导用户进行线下交易；社交平台类的网络直播营销平台经营者应当规范内部交易秩序，禁止主播诱导用户绕过合法交易程序在社交群组进行线下交易。

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

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

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

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

2020年第二季度

# 星瀚人文

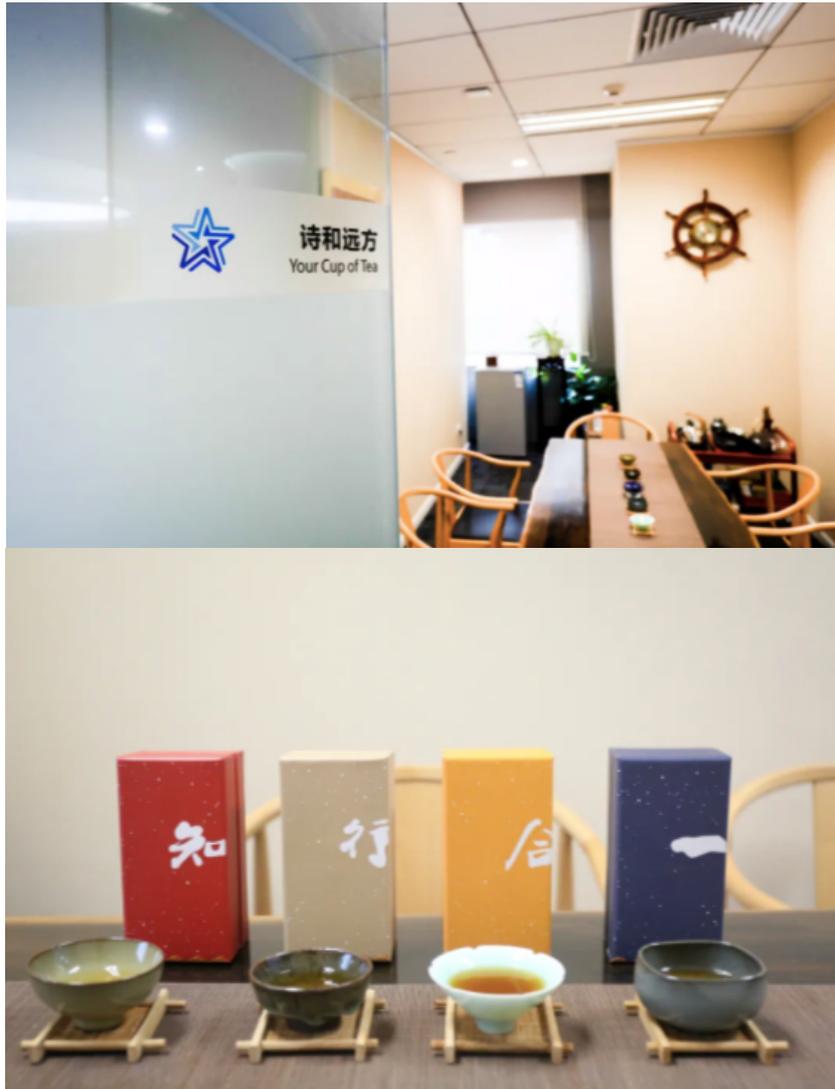
星瀚法律评论

## 来时的路，远方的光，朋友的茶

宋佳、郭昕

卫新律师说：“文人爱茶，因为茶似乎是一种修身养性的道具。但星瀚人爱茶，是因为一种态度：当面对复杂的冲突、艰涩的历程、未知的结局时，律师更需要宁静的心、透彻的理、和温润的手。”

秉承着这份态度，星瀚专设茶室，名为“诗和远方”；定制了一套茗茶周边，名为“知行合一”……每一个星瀚人都拥有自己与茶的故事。



### 来时的路

不少星瀚人的家乡都盛产茶叶。比如，汪银平律师来自盛产惠明茶的丽水景宁，苏宇吉律师来自盛产白茶的安吉，卫新律师的太太来自人人都是“懂茶帝”的福建泉州……

“茶叶大户”苏律师的朋友圈里时不时会出现一些茶叶信息，按照她的说法，很多城市人梦寐以求的乡野之景在安吉并不稀奇，几乎家家户户都有一两个小茶园；做得大了，甚至可

以承包一座山头，过上令人艳羡的茶园生活。

“我小时候还采过茶呢！虽然是被我奶奶利诱的……”说起采茶，苏律师表示这并没有想象中美好，“采茶其实很辛苦的，要爬山，要晒太阳，遇上天气不好，可能还得淋雨挨冻；外加这项工作是机械单一的手工劳动，说实话有点无聊。”

尽管采茶于苏律师而言并不新鲜，但她外省的大学同学们去安吉旅游时，却都愿意去苏律师家尝试一番。虽不是真做勤勤恳恳的“采茶女”，却可以晃悠晃悠爬个山，摘些茶叶权当休闲，还能享受和朋友一起漫步乡野的愉悦之情。



### 远方的光

卫新律师说，他喜欢喝茶，最初是因为一个人。“每年假期，我来到她的故乡，会去高山的农家寻些好茶来。我喜欢那种真真切切、素素淡淡、与天地接引而外在于人情物欲的事物。”

当客户和卫律师交流公司的近况，谈起来来往往的伙伴、起起落落的历程时，卫律师会泡上一壶茶；当卫律师约着同事谈话，以那句“最近怎么样”作为开场时，他会顺势递上一杯茶；当卫律师独自思考、回顾展望之际，他也会给自己泡一杯茶，感慨“独自弄清茶，何似在人间。”

一个人爱茶之后，其经历的每一个故事里似乎都不会少了那杯茶。茶，是办理曲折案件时的陪伴者；是创新与试错之时的见证者；是独处时的友人、又或者就是那份寄情于物的情怀。更多的时候，茶很简单，是再日常不过的习惯，以及不知道该说什么、做什么时的“喝杯茶吧”。

### 朋友的茶

茶叶甘醇，甚是美好。让茶叶散发芳香的秘诀，一方面靠门道，高手过招，讲究细节。按照蔡宗秀律师的说法“好茶的韵味需要好的容器才能衬托出来，绿茶就要用玻璃杯来冲泡，普洱用紫砂南瓜壶，岩茶要用盖碗儿……”另一方面，靠共饮之人，一出手、一开口，就知

道是不是同道中人。与契合的人聊天品茶，时间总是过得很快，倏忽间，感受到人与人之间的磁场碰撞。

汪银平律师的不少朋友都是“越喝越熟”的，发现大家都爱喝茶后，就有了更多的共同话题，自然而然地也就越聊越多、越聊越深，甚至还开始互相给自己家乡的茶叶带货。“我跟一个朋友，现在我喝他们家乡的福鼎白茶，他喝我们家乡的景宁惠明茶。”



### 尾声

今年，有不少朋友都陆续收到了星瀚的“知行合一”周边，我们精选了四款好茶，同星瀚的朋友们分享。此前因为疫情影响，我们仅能借助快递将一片心意赠送到您的手上。但伴随着最近恢复生机，欢迎大家来星瀚坐坐，一起喝喝茶。

“这世上有三样东西不能辜负，来时的路，远方的光，朋友的茶。”



# 聚焦专业，打造优秀的法律服务产品

汪银平

[本文根据上海星瀚律师事务所高级合伙人汪银平律师在星瀚年度工作总结会议上的发言整理而成。]



我们刑事部的企业内控与反舞弊法律服务产品一直在各种场合被介绍，在星瀚所的层面上，大家都觉得这是一个很具有代表性的产品。

## 一、为什么要做法律服务产品

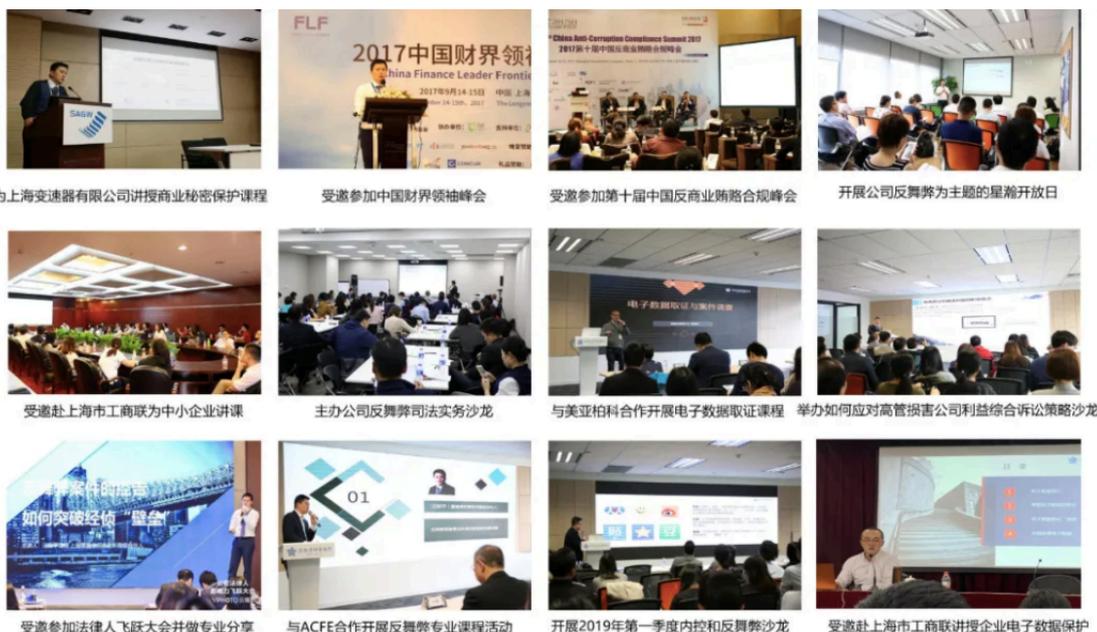


我先来和大家分享一下我做法律服务产品的初心。起初，我的首要想法就是专业聚焦；集中自己的精力，而不是开放式地应付各类需求不一、维度不同的案件。当我们决心做产品了，在某种程度上就是“逼迫”自己的资源、精力、科研、宣传都集中在一个细分领域，与之对应的，个人和团队对该细分领域的理解程度、专业水平等也会更具有优势。

事实上，我们的客户都很智慧、有着宽阔的眼界和丰富的经验，多数客户都能判断自身的需求和律师的匹配度，所以，也只有专业才能赢得客户的信任。这就是我要说的打造法律服务产品的第二个意义，更容易被客户识别。

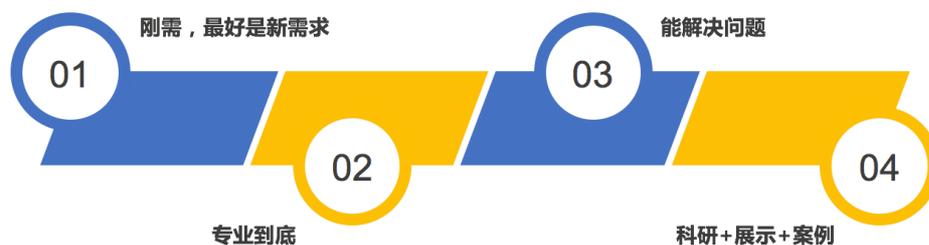
就以企业内控与反舞弊法律服务产品为例，我们的很多客户是通过讲座论坛、线上文章等方式了解到我们的。当他们产生了相关领域的需求之后，他们既有的律师团队可能无法提供解决方案，于是客户就在线上搜索、跟朋友打听，进而关注到我们。我们的科研输出形成了很好的宣传效应和专业背书，当客户找到我们的时候，纵然其之前可能已经跟很多优秀的团队都谈过了，但是依然会有不少仅谈了一轮就决定聘请我们的例子，因为我们确实具有专

业优势。大家要相信，当我们的专业度足够高，自然就会被客户看到，并且得到尊重和认同。



打造法律服务产品的第三个意义是整合资源，这是我在开始了产品打造之后的意外惊喜。很多律师在做产品的初期可能感到迷茫，觉得自己缺少很多东西，无论是专业、技术还是目标客户群体。但是只要静下心来、专心去做，就会渐渐发现，资源是会向专业的人聚拢的。在我们做了企业内控和反舞弊法律产品之后，就有很多技术公司来跟我们联络，计划打造科技类产品；有专业的学会来与我们对接，一起策划该细分领域的研究会；也会有国际律所、国际协会联系我们，一同进行全球化的拓展等。所以，专业是产品的生命之源，一个有生命力的法律服务产品会很顺理成章地整合资源、产生强大的势能。

## 二、如何打造法律产品



接下来，我就来说说如何打造法律服务产品，换言之，也是讲讲一个优秀的法律服务产品应当具备的特征。

首先，这个产品一定要符合客户的刚需，而且最好是新需求。通过和客户的密切沟通以及对市场的观察判断，大家可以锁定到这样的产品。

进而要做的就是专业到底。就像我之前说的，专业之于产品是最为重要的，一定要在这个细分领域中做深入、做透彻，不要给自己留有余地。

因为只有将专业进行到底，才能为客户提供切实有效的解决方案，帮助客户解决问题不仅是客户的核心诉求，也是律师团队的价值所在。

最后，这个产品要能够被看见，就少不了科研工作并且对外展示，包括发表文章、分析案例、举办讲座等等。我想，优秀法律服务产品一定是同时具备这四个特征的。



### 三、产品融合 体系化发展

在岁末年初的时候，律所层面上对各部门的产品计划进行了收集与汇总，我很欣喜地看到，同事们的产品方向都很新颖且彼此之间都具有很强的合作空间。

“创新驱动 综合解决”是星瀚所的发展战略，作为一家同事关系非常紧密的一体化律师事务所，紧密合作、高效协同是星瀚的显著优势。在新的一年里，我们要继续将这一优势发挥好，产品之间充分联动、多维度合作，形成产品生态圈，一起为客户创造价值。

## 律师的夏日记忆

星瀚运营采编

夏至节气将至，气温开始飙升，空调、冰饮、树荫，这是夏天的打开方式；而暑气、暴雨、烈日，这也是夏天的打开方式。当提起夏天，律师们脑海中涌现的是？我们采访了几位律师，这是他们的夏日记忆。

@蔡宗秀律师

那是一个七月份的尾巴，上海户外平均气温 40 度，我们出差去海南三亚做一个不良资产处置相关的收购项目，两个人带了防晒喷雾防晒霜防晒衣帽子阳伞……浩浩荡荡就奔过去了。

一出机场，热浪扑面而来，等车来的那十分钟，出了一身汗，感觉自己就像一颗蛋筒冰激凌，融化了一地……

盘点资产期间一直在户外行走，地面热风扬起的尘土，亚热带炙热的阳光和紫外线，一天结束回酒店洗干净，发现镜子里的自己，黑了一个色度。

此外，热带的蚊子能咬穿丝袜和衬衫，蚊不叮在机场过安检被没收之后没有及时补货是非常愚蠢的前车之鉴，望周知。好了，客户在哪里，我们就在哪里，项目在哪里，我们就在哪里。七月底的海南，一月底的哈尔滨，非诉律师，无所畏惧~

@赵晓波律师

记得某年夏天做一个房产租赁合同纠纷的案子，我们的客户是业主，由于承租人长期不支付租金，于是委托我们去现场勘探一下承租人的实际情况，并要求承租人限期搬离。

于是，另一位主管律师和我在一个艳阳高照的上午，来到了那条街，进行现场勘探，张贴搬离公告。在去现场勘探之前，朴素的我以为我们的客户只是一个房子的业主，只需要张贴一个房子的搬离公告即可。

到了现场才知晓，原来那整条街都属于我们的客户，承租人又把房产转租给了 N 个小商贩。于是，整个上午我们一直在频繁地张贴公告，像发传单似的向各个次承租人说明情况、进行搬离公告。

现在回想起来，那大概是我这辈子离成为包租婆（的房产）最近的一次。

@韩葳萍律师

夏天出差办案时，最惊险刺激的莫过于上船，这可能是海事律师的专属执业经历。很多时候，船并不是乖乖停在岸边等你上去，而是远远地停在锚地，需要先坐小快艇上去，有时候甚至需要坐着小快艇去追逐航行中的船舶。

说到这里，你脑海中的画面一定是蓝天白云，海滩快艇。但是对不起，走错片场了！因为每一次登船都是取证、保全等的关键时刻，心中紧张不说，还要克服晕船、狂风甚至暴雨等恶劣条件，夏天这种疾风骤雨的天气，分分钟变身“灾难片”现场。我们团队王勇律师有一

次坐在快艇上足足颠了半个小时，颠得怀疑人生。而我，基本每次上船都会被江风吹到颈椎病发作。

不过上船次数多了，我们都自诩是见过大风大浪的人。但即使再见过大风大浪，同事们在上船之前都要互相叮嘱一句“注意安全”。

@文迪律师

夏天的记忆与一个神奇的案子有关。这个案子案情相对比较复杂，我方当事人分别作为原告和被告，前后开了大概六七次庭，对方每次都来四个人，两个当事人上庭两个人旁听。第一次开庭是我们做原告的案子，开一半把法警开来了，然后开完庭两个旁听的还上来打了我一下（可惜只打到了肩膀）；第二次开庭是我们做被告的案子，法官把法槌上的铁皮给槌掉了，然后法警又来了；第三次开庭开始，法警会直接在开庭前站在法庭门口。多次开庭，和法警已然脸熟。

每次开完庭对方当事人都会情绪过分激动，以至于后来每次笔录都是法官把我带到隔壁空法庭签的，签完后我再跟法官从法官通道出去……也是从这个案子突然 get 到律师工作的“危险度”~

@徐沁芳律师

夏天的上海常遇台风，虽然上海自带“结界”，但被台风扫射到还是会暴雨倾盆。记得有一次去冒着超强台风去普陀法院，到了法院附近的地铁站，从出站到法院门口还有一段距离，但风雨已经往站口里面涌了，打车打不到，自行车更是骑不得，我只好硬着头皮打起形同虚设的伞往法院走去，当时心里还挺佩服自己，不是冲到雨下的勇气，而是选了这么一个好天气……

一公里多的路从来没觉得这么艰难，走到第一个路口，看到一辆电瓶三轮车，我忍不住招手，但是车开的太快，大哥没听到我的呼叫声就扬长而去……手里的伞也东摇西晃支撑不住。走到第二个路口，竟然遇到了第二辆摩的，我顾不得平时的矜持，赶紧扯开了嗓子叫住了师傅，总算搭上了这趟去往法院的豪华座驾，车顶有蓬，边上有防雨的帘子，虽然在那段还在施工的路上走得颠簸了些，我还是赶在约定的时间到达了法院~

在很多人的印象中，律师们似乎总是西装革履，穿梭在各个高档写字楼之间，冬暖夏凉，一边品着咖啡一边处理着几个亿的大项目。但对律师而言，自己只是“帮当事人解决问题的人”，为了达到最好的案件结果，他们奔波在见客户、去司法机关、去行政机关、和对方律师 battle 的路上，有时甚至需要上山下海、连轴工作，这份责任也从不因案件大小而打折，但求尽心尽力、从一而终。

# 律师如何快速了解行业？

朱晔明

不少人已经注意到，“法律服务的专业化”是近些年律师行业的整体趋势，也是不少律师个人转型的发展目标。

通常来说，“专业化”可以分为两个维度，一是业务领域的精深，如股权投资、争议解决、刑事合规等；二是对特定行业的锚定化拓展，如教育行业、泛娱乐业、金融保险业等等。

但不论选择哪一个发展方向，都离不开“商业思维”的塑造，只有知悉客户所处行业的商业惯例、盈利模式、常见痛点等，才能真正地为客户提供全面、专业、有实操性的法律服务方案，从而协助客户实现商业目标。

本文将从“信息定位”、“信息获取”、“如何利用好信息”三方面介绍行业调研的思考框架，如有不足，欢迎大家共同探讨！

## 一、信息定位

不同行业，根据其所处的发展阶段、产业结构、政策导向不同，其商业模式和法律服务的需求也有所不同。

为了给客户提供更干货、更有针对性的服务，需要从“法律+商业”两个维度来进行行业切入。

### 1、法律部分

了解行业的新法新规和政策导向作为宏观监管意向，往往是行业的“风向标”，例如“鼓励”、“倡导”、“大力发展”某个行业，往往伴有优惠政策和简政放权；也可能是对特定行业加强监管、收紧口子，会对行业中各企业的合规工作、商业交易带来新的难点和挑战。而新出台的、具体的法律法规就更不必说了。除具有行业针对性的法律法规外，通过科研为客户进行延展性也非常有必要——以《民法典》为例，不少行业锚定型律师，已经以专业文章或直播授课的方式，带来了“民法典出台后，融资租赁行业如何应对？”等定制内容。

了解行业的争议情况利用第三方大数据分析软件，甚至是可视化图表，可以快速对行业争议情况形成宏观了解。把握争议地域分布、争议数量变化趋势之外，尤其要注意典型的、新型的争议类型，通过进一步分析成因、研判案例，为客户的风险防控提供更有力方案。

不论是影视行业还是全行业，最常见的争议类型均是股权转让纠纷，比例均远远高于排名第二的类型，其中影视行业公司股权转让纠纷占比约四成，而全行业股权转让纠纷也占一半以上。

影视行业数量排名第二和第三的争议类型为股东知情权纠纷和股东资格确认纠纷，而全行业发生的股东资格确认案件比例大于股东知情权纠纷。

此外，影视行业与全行业趋势则不尽相同。例如，除上述类型外，影视行业更常见的争议类型依次为公司决议纠纷、损害公司利益责任纠纷、股东出资纠纷等；而从全行业来看，更常见的争议类型依次为股东出资纠纷、股东损害公司债权人利益责任纠纷、公司清算纠纷等。

这些案件类型的差异说明，影视行业在过去几年中仍处于新兴、发展阶段，因而在投资、出资相关方面发生的争议较多，而在全行业数据中，由于包括了其他发展较为成熟、甚至走向衰落的行业，涉及到的清算或由债权人提起的案件就相对更多。

（节选自《娱乐业潜力无限？娱乐律师的“疫后影视行业”探秘》）

## 2.商业部分

HOW-这个行业的链条是如何运转的？从源头到终点都有哪些环节？ WHY-这个行业的存在是因为它提供了什么价值？ WHO-这个行业中不同环节的企业扮演了怎样的角色？在商业交易和谈判协商中，谁更相对具有话语权？ WHAT-行业中不同立场的企业，分别有怎样不同的利益诉求？

术业有专攻，律师对于行业的知识把握并不要求像投行、咨询公司那样深入，而是为了结合客户行业的特性，更好地辅助法律工作。

以企业内控反舞弊为例，制造业和批发零售业作为典型的供产销行业，经营过程中涉及大量的采购与销售业务，在业务洽谈、合同签订、指定收付款、资金流转和循环等环节涉及大量经办人员，舞弊行为以行受贿为典型；而在信息技术服务业为代表的互联网公司，高发的舞弊行为则以计算机类犯罪为主；教育培训行业则以侵犯商业秘密为典型……

## 二、信息获取

在明确了要调研的目的和方向之后，该去哪里进行信息搜集呢？主要有两类途径。

### 1.文献途径

搜索引擎：掌握前沿的新闻资讯、行业概况是基础；

券商：券商是了解行业动态，行业市场信息，行业投资信息，行业基本面最直观，最专业，最权威的渠道，如：广发证券、申万宏源证券、国金证券等；

第三方咨询机构：各大咨询公司会不定期公开行业的市场分析报告，而且完整性和专业度较高，可以帮助律师快速搭建对于行业的商业逻辑和思维框架，如：德勤、麦肯锡、贝恩、艾瑞咨询、易观智库等；

另外有一些金融数据服务机构和互联网平台提供免费的行业研究报告下载，如彭博、万得、企鹅智库等；

行业垂直自媒体：不少行业垂直公众号已经沉淀了非常多不错的内容，可以长期关注；

政府网站信息：政府发布的信息，最为权威精准，不仅能帮助律师了解行业的宏观经济环境，也可以查询到相关权威数据，如国家统计局、工信部、巨潮信息网、中经网等。

### 2.社交途径

除了静态的纸面信息，我们还有丰富的社交类信息获取机会。如，

客户：成为客户的商业伙伴，意味着在法律之外，也和客户多聊聊商业。今年突发的疫情，使不少行业受到了冲击，但也有一些行业借此契机迎来转型，你是否有关心客户公司的成长情况？是否倾听了客户的商业规划？你提供的法律服务，是否真正切中了客户的需求？是否跟上了客户商业发展的进步？

业内专业人士：包括但不限于行业内的资深从业者、投行从业者、券商等从业者，这类一线从业者往往保持着辛辣的眼光和敏锐的嗅觉，补充完善律师对行业的理解。

活动：参与行业性活动，论坛、峰会，和更多业内人士面对面，聆听他们对行业发展的研判和思考。例如，在经济下行、加强监管的背景下，“合规”成为汽车金融业的热议话题，

业内企业面临着怎样的痛点？如何通过资金、技术、渠道进行破局？法律如何在此过程中为汽车金融企业提供助力？

### 三、如何利用好信息

虽然是在“研究”行业，但如果把真正的“亮点”理解为对行业了解得多深（只是“诗外的功夫”），那就本末倒置了，更重要的，是在于将研究结果与法律专业相结合，提出些更具有建设性的、更深入的、更有针对性的建议、意见、解决方案——这才是法律专业人士所应当呈现给客户的价值。

你可以：

1. 在接待客户时，聊聊对行业的理解，作为实力展现的一部分，而不是用法律术语敷衍或“忽悠”客户；
2. 在为客户提供合同审核、融资并购、股权激励、商业谈判等服务时，贴合行业特性和痛点，提供更强有力的定制化解决方案；
3. 以公众号文章、专业特刊、每月速递等形式，将研究成果呈送给客户；
4. 以线下沙龙、讲座、研讨会的形式，让客户现场聆听研究成果；
5. 结合最前沿的行业发展趋势，寻找新的法律服务需求点，设计创新法律服务产品等。

### 总结

拥有扎实、稳健的法律专业功底，自然是极好的，但如果还能理解客户的商业模式、站在客户的角度思考，不仅能更好地为客户实现商业目标，也给了客户多了一个选择你的理由！这不正是我们所追求的，一种差异化的竞争优势吗？

热爱法律的技术派



上海总部：021-5109 6488

南京分所：025-5881 1373

武汉分所：027-8771 8809



BD@ricc.com.cn



星瀚客服



星瀚微法苑