

星瀚法律研究

LEGAL STUDY



2023年第一季度

本期推荐

遭遇“抄袭风波”，应当如何维权？——从“满江红”案看网络名誉权侵权之诉
知名影帝涉嫌吸毒被查，品牌方如何应对代言艺人舆论危机
篮协能否用兜底条款处罚新疆广汇——新疆广汇退出CBA事件系列法律分析
人的智能VS人工智能，ChatGPT生成作品的著作权如何归属

商事争议解决专栏

如何判断股东是否完成出资义务？

新《公司法》修订背景下，如何巧用“股东失权”制度打破股东僵局

目录 CONTENTS

「热点评析」

遭遇“抄袭风波”，应当如何维权？——从“满江红”案看网络名誉权侵权之诉	P01
知名影帝涉嫌吸毒被查，品牌方如何应对代言艺人舆论危机	P05
篮协能否用兜底条款处罚新疆广汇——新疆广汇退出 CBA 事件系列法律分析（一）	P10
篮协处罚新疆广汇程序是否合规？——新疆广汇退出 CBA 事件系列法律分析（二）	P18

「商事争议解决」

如何判断股东是否完成出资义务？	P23
新《公司法》修订背景下，如何巧用“股东失权”制度打破股东僵局	P28

「星瀚税法」

以偷逃其他税源为目的的虚开专票能构成虚开增值税专用发票罪吗？（一）	P32
以偷逃其他税源为目的的虚开专票能构成虚开增值税专用发票罪吗？（二）	P35
以偷逃其他税源为目的的虚开专票能构成虚开增值税专用发票罪吗？（三）	P38

「星瀚知产」

音乐剧全产业链中的知识产权合规实务	P41
人的智能 VS 人工智能，ChatGPT 生成作品的著作权如何归属	P48
伸出一双有形的手，抓住一张无形的网——企业知识产权合规审查流程和审查规则	P55

「涉外投资」

从中国女子在日本买岛一事，浅谈日本的土地投资	P64
考虑对日投资前，企业需要了解的基本	P68
购置日本房产前，这些“坑”要避免	P61

「星瀚人文」

卫新：风雨过后未必有彩虹——2022 年度律所主任的回顾与展望	P78
一期一会，乐动星声	P84
这个寒冬幸好还有我们的温暖相遇	P94

热点评析

遭遇“抄袭风波”，应当如何维权？ ——从“满江红”案看网络名誉权侵权之诉

李凤翔、沈卫栋

引言

1月29日，电影《满江红》官方微博晒出电子诉讼平台截图并表示“部分用户通过网络平台捏造有关电影《满江红》的不实信息并大量传播，严重危害了影片的合法权益，现正式对以下造谣者提起诉讼。”即时，“满江红片方起诉造谣者”的字条便登上了微博热搜。随后，四位微博大V纷纷回应片方，几度登上热搜。30日，电影《满江红》官方微博再次发文称“没有接受采访，已在诉讼流程中。追究到底，还原真相”。一时间，各大社交平台就此掀起了讨论热潮。

一直以来，文娱法律服务都是星瀚律师关注和擅长的版块，在这次事件中，我们也细心地观察到，《满江红》的电影片方在采取诉讼维权手段时，相关流程的合理性存在一定争议；其中的有关内容已然引发网友质疑。

那么，如果希望通过诉讼手段进行网络名誉权维权，应当注意哪些诉讼程序上的要点呢？除诉讼外，又是否有其他途径可以降低影响？借此机会，我们结合前述问题浅要梳理下网络名誉权侵权的维权路径。

一、名誉权侵权的诉讼维权要点

（一）明确诉讼主体

文娱领域中，发起网络名誉权侵权诉讼是受侵权方维权的常见方式。例如，2023年1月20日，《人民法院报》便发布了致歉人就其在微博上发布针对赵丽颖的造谣侮辱、诽谤言论而致歉的公告。如果去人民法院公告网检索，也会发现众多明星、公众人物都曾采取诉讼方式进行名誉权侵权的维权。

如果希望通过诉讼手段展开维权，原、被告是谁呢？在自然人网络名誉权侵权案件中，我们当然能够想到，受侵权方是自然人本人。但如果受侵权方是法人或非法人组织，那么原告主体的选择也是需要考量的。例如，《满江红》官方微博公布的截图中显示的原告天津猫眼微影文化传媒有限公司，实际是电影的发行方。

我们也注意到，《满江红》引起舆论关注的焦点之一，就是其展示的立案信息截图中显示出的部分被告的名称为涉嫌侵权行为的网友的“用户名”，而非用户的真实姓名。民事诉讼的被告应当明确，社交媒体平台上使用的**昵称、域名或者账号ID**，即使是具有较高的流量和知名度的大V，依然无法作为明确的被告被法院所认可。值得注意的是，如果被告是明星或者公众人物的，在诉讼过程中也应当使用该公众人物的真实姓名，而非艺名。

实践中，通常的操作是先起诉涉案的网络平台，要求平台向原告披露涉侵权主体的真实用户信息，一般平台在这一诉讼过程中即会提供相关信息，原告再根据平台提供的信息调取涉侵权行为用户的身份信息，追加其为被告或再行提起名誉权侵权之诉。至此，才正式进入了是否侵权的正式审理阶段。在起诉涉侵权用户时，如相关微博/言论已经删除的，也有原告会选择将平台列为共同被告，要求平台披露相关微博/言论的浏览量、评论量等数据，以便于判断涉案言论的影响大小（例如(2022)京0491民初10124号、(2021)京04民终436号）。同

样地，如果平台经原告主张而未能及时对相关侵权内容采取措施导致侵权范围扩大的，也会有原告一并将平台列为共同被告、要求平台承担相应责任（例如(2021)京 0491 民初 17952 号）。

《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定（2020 修正）》
第三条 原告起诉网络服务提供者，网络服务提供者以涉嫌侵权的信息系网络用户发布为由抗辩的，人民法院可以根据原告的请求及案件的具体情况，责令网络服务提供者向人民法院提供能够确定涉嫌侵权的网络用户的姓名（名称）、联系方式、网络地址等信息。网络服务提供者无正当理由拒不提供的，人民法院可以依据民事诉讼法第一百一十四条的规定对网络服务提供者采取处罚等措施。
原告根据网络服务提供者提供的信息请求追加网络用户为被告的，人民法院应予准许。

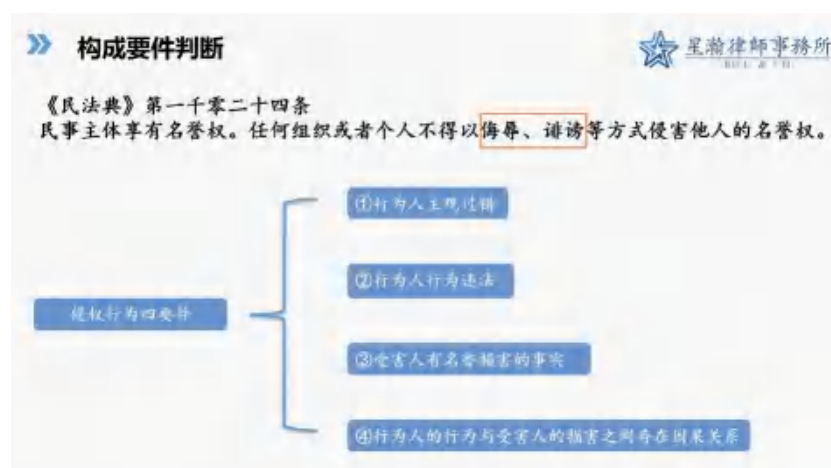
（二）确认管辖法院

原、被告确认后，管辖的确认也是诉讼程序的关键一环。目前，根据《民事诉讼法》与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》的相关规定，对网络侵权行为，侵权行为地或者被告住所地人民法院具有管辖权。其中，侵权行为地包括**侵权行为实施地**与**侵权结果发生地**；侵权行为实施地包括被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地；侵权结果发生地包括了**被侵权人住所地**。

因此，互联网名誉权侵权案件作为网络侵权案件的一种，其管辖法院的选择还是相对较广的。

此外，根据《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第二条第（七）项规定，北京、广州、杭州互联网法院集中管辖所在市的辖区内应当由基层人民法院受理的在互联网上侵害他人人身权、财产权等民事权益而产生的纠纷。因此，若相关互联网名誉权侵权案件的管辖属于北京、广州、杭州地区基层法院管辖的，则将由当地的互联网法院集中管辖。互联网法院的特殊性在于集中管辖互联网相关案件、审理的同类型案件更多，其庭审方式以在线庭审方式进行，且案件的受理、送达、调解、证据交换、庭前准备、庭审、宣判等诉讼环节一般也应当在线上完成。

（二）是否构成名誉权侵权的法律判断



《民法典》第一千零二十四条规定“民事主体享有名誉权。任何组织或者个人不得以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉权”。名誉是对民事主体的品德、声望、才能、信用等的社会评价。名誉权是指公民或法人就其自身属性和价值所获得的社会评价，享有的保有和维护的具体人格权。

司法实践中，名誉权侵权行为的表现形式往往是当事人进行了“侮辱”“诽谤”行为，导致受侵害方社会评价降低、人格受辱。其中，侮辱是指当事人在发表言论、进行意见表达时，以暴力或其他方式贬损他人人格，毁损他人名誉。而诽谤聚焦在当事人进行事实描述时，是否存在捏造、虚构不实信息或散布虚假信息的行为。

以《满江红》为例，片方认为相关的“大 V”捏造了不实信息，如正式进入审理阶段，法院在审理时需要结合相关大 V 的言论以及相关事件的客观事实进行综合判断。需说明的是，如果要求法官在名誉权纠纷的案件审理过程中逐一判断相关事实是否存在绝对客观的真实性、借以判断当事人是否“捏造事实”，不仅造成司法成本的消耗，也为法官设置了较高的证明难度。因此，在事实的真实性存疑且无法得到有力证明时，大部分的法院逐渐采用了一种“事实的相对真实性”的判断标准。此时，法官将判断一般人（一个“合理第三人”）**基于被告的角度，结合被告所能接触到的相关信息或者所处环境，是否能够客观自然地形成其所表述的认知、是否经合理查证后有合理理由确信其言论的真实性。**如果作为理性的社会一般人，基于被告所处的立场，无法较为清晰地得出其存在侵权内容所言的信息；那么法院会倾向于认定被告构成“捏造事实”。

同时，值得注意的是，企业的法人名誉权和自然人的名誉权也有差异。法人名誉权不仅要受到公民言论自由的约束，也同样要受到社会群众的言论监督、消费者批评意见等不同方面的限制。因此法人名誉权中针对诽谤与侮辱的成立条件相比个人名誉权的成立条件势必具备更高的要求。简言之，法人主体应当对社会媒体平台上自由表达的负面评价具备更高层次的容忍义务。

（三）非诉维权途径的并行

由于诉讼活动的周期相对较长，时间成本较高，当发生名誉权侵权行为时，起诉未必能够及时满足被侵权方的维权需求。而涉嫌侵权的言论也可能未等到诉讼就已被删除、屏蔽，此时，非诉阶段的前期处理也就格外重要。如果前期未及时取证，后续的维权便增添了障碍。同样地，如果可在前期即对相关侵权言论采取措施，也就能够更加及时地降低侵权行为带来的社会影响，抵制社会舆论的发酵与蔓延。

因此，在后续的微法苑文章中，我们也将对各个平台目前的侵权投诉渠道、各平台在面对侵权投诉时的差异等进行了详细的汇总梳理，欢迎各位读者进一步关注。

二、遇到网络名誉权侵权时，应及时采取三项措施

（一）及时进行证据固定

在名誉权侵权案件中，证据的固定与留存相当重要。因此，企业在遭遇网络名誉权侵权时，首先应当针对侵权网站、页面、文章或者视频等进行第一时间的留存，基于公证技术的发展，目前对网络侵权行为证据的固定已有多种线上公证方式，受侵权方可以利用公证处等机构开发的线上 APP（例如权利卫士、存证云、公证云等等），快捷而便利地进行证据固定

工作。

值得一提的是，在进行证据固定过程中，除对侵权内容本身进行固定外，同样需要注意固定能够证明因被告的侵权行为造成的社会评价降低与因此带来的经济损失的相关证据。例如在侵权行为发生后，受侵权方社会评价显著降低的证据等。

证据的固定越及时，越高效，证据与案件事实的联系越紧密，其带来的证明力就越强。

（二）及时与社交媒体平台（网络服务提供者）进行交涉与沟通。

如上所述，诉讼是有时间过程的。若《满江红》确实径行以用户名为被告名称进行起诉，未按照通常路径处理，或许也是因为其急切希望向舆论展现出维权的决心、而又难以等待漫长的前期诉讼流程。因此，名誉权侵权案件中，受侵权方在维权前期与平台的沟通、非诉阶段的处理也格外重要。事实上，现有的主流社交媒体平台，也都已经设立了相关的沟通反馈渠道。

我们也建议有较高名誉权维权需求的相关企业梳理各个平台的维权渠道、沟通方式，以便于在发现侵权内容后第一时间与相关平台取得联系，告知平台方自身的诉求。尽可能地在第一时间降低负面影响，也便于维权方决定后续处理方式。

（三）及时准备立案所需的相应材料，适时进行声明。

面对影响较为广泛的侵权言论，在采取非诉处理方式的同时即可同步准备诉讼材料。同时，由于网络言论在网络上的舆论发酵与扩散之快；为了平息在各大社交媒体平台中针对不实内容的再度转载，权利人也可适时发布声明，借以澄清事实、表明自己的维权决心和捍卫自身合法权利的态度。但发布声明其实也是一件“技术活”，合适的表达可以帮助权利人有效消除影响。但若表达不当，甚至可能带来负面效应，激起更大的舆论风波。《满江红》或许也正是这样一个样例。

结语

从《满江红》的事例中，我们不难发现，在当下的网络环境中，不论是企业还是 KOL、娱乐明星，甚至是普通网民，都会不时产生名誉权的维权需求。然而由于网络自媒体平台发酵速度之快与诉讼本身的时间消耗之大，也给受侵害方本身的维权之路造成一定阻碍。因此，在事态发酵的前期与当下，受侵害方如果能够及时地采取相应的补救措施，将舆论的不良影响降至最低，不仅对其本身的社会印象予以维护，在后期的诉讼过程中，也可以减少因舆论带来的压力。

具体到现在的企业、法人主体，我们也注意到，企业往往还未形成足够的证据留存意识与维权意识，对法人名誉权侵权认定标准的理解也存在偏差。对名誉权维权的诉讼流程的进一步了解和普及，仍是身处当下互联网环境中每一个企业的必修课。

（本文首发于 2023 年 1 月 31 日）

知名影帝涉嫌吸毒被查，品牌方如何应对代言艺人舆论危机

赵晓波

2月8日，韩国媒体发文称，该国一位三十多岁的实力派男演员涉嫌吸毒被查，消息引爆社交网络，引发不少猜测。很快，韩国演员刘亚仁通过经纪公司表述，他正在配合警方，接受关于违法使用异丙酚的调查，并称“很抱歉让大家担心了。”相关话题持续发酵，“刘亚仁确认吸毒”亦冲上了热搜第一。随后，刘亚仁代言的服饰品牌“速写”发布声明，暂时下架刘亚仁先生的形象海报及宣传内容。

声明

我们在密切关注此次韩国警方针对刘亚仁先生涉嫌吸毒的调查。秉持着对毒品“零容忍”的态度，我们坚决抵制任何形式的涉毒行为。我们将暂时下架刘亚仁先生相关形象海报和宣传内容，直至韩国警方公布调查结果。

速写品牌
2023年2月9日

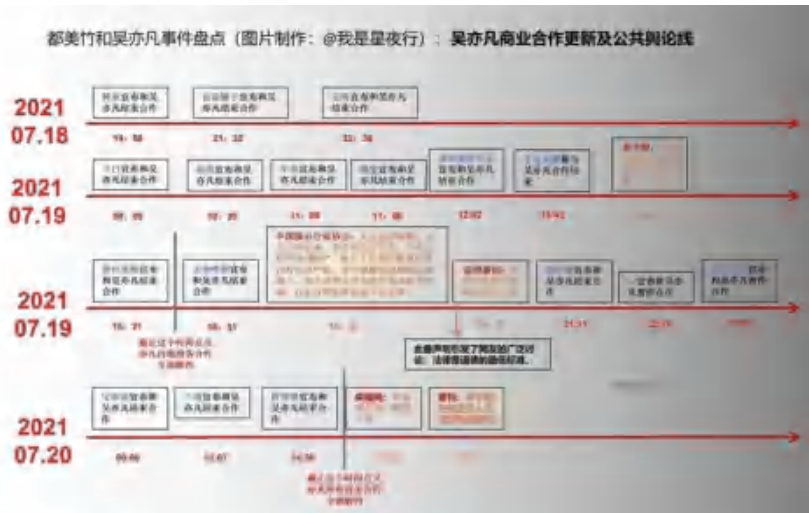
（品牌官微发布的声明）

艺人陷入负面舆情时，品牌方该如何管理与艺人之间的代言关系？出现舆论危机事件如何应对？如何在尚无确凿证据时减少自身风险？本文我们将对典型舆论事件中，品牌方的应对措施及难点进行一定程度的归纳总结，以期对品牌方的艺人代言管理提出可供参考的法律建议。

一、品牌方应对舆论危机的核心异同点

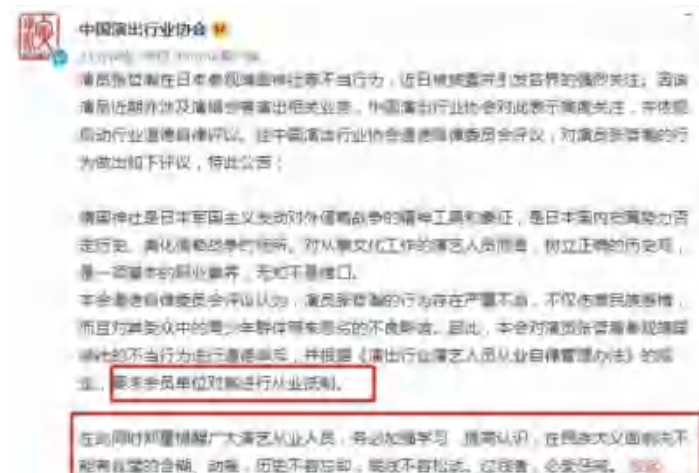
从大家较为熟悉的郑某、吴某某、罗某某事件中，我们可以看出，舆论危机事件发生时，品牌方的反应既有相同点，也有所差异。具体如下

（1）**品牌方发布公告时间段同一：**就吴某某事件而言，有17家品牌宣布与吴某某终止合作，而时间段均集中在2021年7月18日至20日三天内。也就是说，在代言艺人陷入舆论危机时，品牌方基本秉持这共进退的特性。



(图片来自网友统计)

(2) **参照的风向标集中:** 负面舆情发生后, 各种新媒体平台往往会第一时间迅速发声, 抢占舆论热点。就品牌方而言, 有必要第一时间了解并引导舆论动向, 此类风向标往往体现在: 党政官媒、警情通报、行业协会或主管部门公告、艺人代言的其他品牌方反应。



(3) **采取的法律手段同中有异:** 不管品牌方就劣迹艺人所采取的法律措施, 还是国内代言艺人在国外品牌方发布的分裂言论后所采取的法律措施, 主流的都集中在解约、终止合同层面。但我们发现, 就同一事件, 部分品牌方还是会作出差异化的反应。例如吴某某事件中, 在大多数品牌发布公告称结束合作时, LV 及路易威登发布公告的内容仅为暂停合作。同时, 本次刘亚仁涉嫌吸毒事件中, 品牌方速写目前采取的措施为下架物料, 对代言合同后续履行及效力问题暂未予以置评。我们相信, 这种外化动作之所以有差异, 往往与合同约定的品牌方所享有的法律权利密不可分。

二、品牌方应对舆论危机的两大难点

在“人人都有麦克风”的情况下, 旁观者与事实真相之间除了天然的物理间隔, 还横隔着巨大的“信息差”。针对代言艺人, 一旦有第三方的负面爆料, 短时间内极有可能形成舆

论漩涡，而不明真相的公众有可能会要求品牌方履行社会责任，尽快终止与艺人的代言合作。这时品牌方往往会陷入难题，如何响应公众诉求、如何处理品牌与艺人的代言关系。

1. 难点之一：舆论事件是否会出现反转无从判断

“后真相时代”的到来，使得反转新闻成为网络常态，很多事件真假难辨，多次发生反转。品牌方基于维护自身品牌形象考虑，一方面需要考虑公众意见，快速响应，将品牌与艺人一定程度的进行切割；另一方面也需要考虑或有的舆情反转，避免品牌方响应公众需求，径行采取解约措施后事件反转，置自身于不义之地。

2. 难点之二：品牌方是否享有约定或法定解除权难以判断

随着《演出行业演艺人员从业自律管理办法》等行业自律性规范的出台，品牌方与艺人签署的广告代言合同中往往会约定有艺德条款，即艺人承诺不会实施违反法律法规、行业自律政策或公序良俗的行为。同时会约定艺人违反前述承诺时，品牌方享有合同约定的解除权。即使在合同未约定类似解除条款情形下，一旦代言艺人被行业协会或主管机关认定为劣迹艺人、采取行业封杀措施，品牌方也会以因无法继续使用艺人形象代言而导致合同目的不能实现为由，要求解除代言合同，即此时品牌方享有法定解除权。但前述约定或法定解除权仅在艺人被认定为劣迹艺人时，方可适用。

艺人仅陷入负面舆论危机事件本身，尚且不足以使得品牌方享有合同约定或者法定的解除权。基于危机公关处置的快速响应原则，品牌方此时又不得不在短时间内快速回应公众需求，对事件予以说明。此时如何处置品牌方与代言艺人的合同关系将是一大难点，品牌方径行解约，反倒可能会让自己成为违约解除方。

二、品牌方应对舆论危机的三大建议

考虑到舆论危机的以上难点，我们建议品牌方至少可以从以下两个方面来把握舆论危机的主动权，避免艺人代言问题进一步影响品牌形象：第一，是事件发生时，把握三大风向标所透露的潜在信息，以便对事件本身做个基本面的预判；第二，是未雨绸缪在代言合同洽谈阶段，完善艺人禁止性行为的范畴并设置动态调整、可选择的违约责任承担方式。具体如下：

1. 关注三大舆情风向标

（1）官媒报道及警情通报

值得参考的官方媒体一般有如人民日报、央视、新华社、人民网、新华网、紫光阁、共青团中央、中国新闻网等。同时，如果艺人的行为或构成行政处罚及刑事犯罪的，相关派出所往往会在第一时间发布警情通报，披露最新的调查情况。

（2）行业协会、行业主管部门的意见

根据《演出行业演艺人员从业自律管理办法》之规定，中国演出行业协会作为行业自治组织，有权评议、认定艺人是否属于劣迹艺人，是否对其采取封杀措施。一旦该等行业协会或相关行业主管部门公开发文、点名批评艺人，甚至对其采取从业抵制。此时，品牌方采取解约行动将更有底气。

（3）艺人代言的其他品牌反应

知名艺人往往代言有多个品牌，从代言某个单品、某条产品线，到代言某个子品牌，甚至是全线全球范围代言人。对于品牌方而言，可以参考与自身状态类似的其他品牌的反应，以及该品牌作出应对措施后的舆情情况，来综合评估自身措施。

2. 在合同层面，完善艺人禁止性行为的情形列举

现有的代言合同项下，对于艺人实施哪些行为会被认定为“劣迹艺人”，代言合同中的约定已相对成熟。一般采用“列举+概括式兜底”的模式，列举的禁止艺人实施的行为通常包括但不限于实施违反法律法规或公序良俗的行为、发表反动或分裂祖国言论、违反国家主管部门及行业协会的规定及要求等。

近几年，随着艺人直播带货频繁翻车、艺人代言的金融小贷类 app 暴雷、艺人近亲属被执行、被认定为老赖，甚至部分艺人深陷传销门等情况的发生，我们往往还会建议品牌方进一步扩展艺人禁止性行为的范围，至少需要包括：（1）艺人经纪公司、艺人关联方（近亲属、同组合成员等）实施的相关不当行为的，将视同认定艺人本人实施禁止性行为；（2）艺人违反《中华人民共和国广告法》或相关法律法规，或生产、销售、推广假冒伪劣产品，或虚假代言，引发负面舆论的；（3）艺人已被官方媒体点名批评、或被行业主管部门或行业协会点名批评、被立案追诉、或艺人舆论危机登上“热搜”并引发大量负面评价等情形。

3. 在合同层面，设置多层次、可选择的艺人违约责任

（1）增加交叉违约的约定

对于知名艺人，品牌方的一个重要考虑因素是该艺人是否代言竞品，故在签约时有必要要求艺人方披露其已代言的相关品牌，避免竞品冲突。顺着这个思路，我们亦可以在代言合同中约定交叉违约条款。

交叉违约是指本合同项下的债务人违反其他合同项下义务，可视为债务人对本合同违约，债权人据此可以采取相应的反制措施（宣布债务提前到期或要求追加担保），避免或减少由此可能导致的损失。交叉违约属于预期违约，即不以本合同项下已实际发生违约行为为要件，只要合同义务履行期限届满前，发生可能导致债务人偿债能力下降或偿债意愿受阻的情形，均可以视为违约行为已发生，其实质是债务履行的客观情形或保障条件已发生重大不利变化。**如果约定了交叉违约条款，品牌方就可以在其他品牌方声明与该艺人因劣迹行为/舆情解约时直接采取类似措施，最大程度上降低品牌方本身的举证责任及法律风险。**

（2）视情节选择适用下架物料、中止/终止履约等法律手段

考虑到舆论事件中，事实及法律层面会存在反转的可能性，为免使得品牌方陷入被动局面，建议在代言合同中为品牌方设置阶段化、可选择的违约责任追责方式。

以吴某某事件为例，在境内公安及司法机关尚未对其事件定性的情况下，与其他品牌选择终止合同相比，LV 品牌方当时采取的是“暂停履行合同”的措施。如若后续事实出现反转，则 LV 在该事件中将获得更多的回旋空间。以本次刘亚仁事件为例，品牌方“速写”目前也仅选择了下架物料这一措施，而未对合同履行及效力作出任何决策。

为增加品牌方后续的主动性，我们建议在代言合同中约定品牌方在舆论危机情况出现后，除解除/终止合同外，亦有权选择暂停/中止履行合同，暂停期内，品牌方有权下架涉艺人的宣传物料。同时，暂停期在相关事由/影响消除后，品牌方有权选择按比例延长合作期限或等比例酌减合作款项。

综上，对于品牌方而言，做好合作艺人的前期尽调、制定和完善好艺人舆论危机条款、密切关注舆情风向标，对于品牌形象及代言合同的顺利履行都至关重要，有助于化被动为主

动，应对或有的舆情风险。后续，我们还将分期向大家科普艺人代言 title 及权限范围、艺人代言常见法律纠纷及争议焦点、代言冲突/异业合作/竞品排查/公关解约，专业的法律条款该注意哪些？

（本文首发于 2023 年 2 月 14 日）

篮协能否用兜底条款处罚新疆广汇

——新疆广汇退出 CBA 事件系列法律分析（一）

卫新、徐元昊

一、新疆广汇退出 CBA 事件

2023 年 2 月 17 日，中国篮球协会（“篮协”）发布《中国篮球协会纪律与道德委员会关于对新疆广汇篮球俱乐部有限公司的处罚通知》（“《处罚通知》”），宣布自处罚决定作出之日起一年内，限制新疆广汇篮球俱乐部有限公司（“新疆广汇”）注册新运动员，禁止参加或进行国内运动员转会交流。

2 月 18 日，新疆广汇发布《严正声明》，主张其不存在违规情形，篮协未释明处罚决定依据的具体条文以及认定的违规事实，要求篮协立即撤回此次处理决定。

2 月 28 日，新疆广汇发布《公告》，针对《处罚通知》内容提出全面抗辩，主张其不存在阴阳合同、欠薪等违规情形，认为篮协无权判定新疆广汇是否构成“人格混同”，质疑篮协适用兜底条款进行处罚缺乏公信力，并宣布退出本赛季比赛、退出 CBA 联盟。

3 月 1 日，周琦发布微博，回顾了其与新疆广汇之间的纠纷过程，指出新疆广汇在实际经营、国际转会过程中存在混用关联公司主体的情况，质疑新疆广汇实际上拥有了两家 CBA 俱乐部，并认为篮协的此次处罚是公正、客观的判断。

乱花渐欲迷人眼，一时间各种言论甚嚣尘上，一些阴谋论也层出不穷。笔者认为，应当放下情绪、回归法律，客观理性的分析《处罚通知》的事实与法律依据。该事件涉及的体育法律问题众多，笔者将通过系列文章逐一剖析。本文首先讨论此次事件中公众热议的焦点之一：**篮协是否在用兜底条款处罚新疆广汇？这种处罚是否缺乏依据？**

（注：本文以“新疆广汇”指代新疆广汇篮球俱乐部有限公司，以“广汇职业”指代新疆广汇职业篮球俱乐部有限公司，“广汇篮球”指代上述关联机构的组合。）

二、《处罚通知》是否没有释明处罚依据？

新疆广汇在《严正声明》及《公告》中强调篮协未释明处罚决定依据的具体条文以及认定的违规事实，《处罚通知》究竟有没有包含这些内容？

事实上，《处罚通知》包含的信息量并不小，其正文由四部分构成：

中国篮球协会纪律与道德委员会关于对新疆广汇篮球俱乐部有限公司的处罚通知



1. **基础信息。**《处罚通知》在第一部分明确，中国篮协纪律与道德委员会（“篮协纪律委”）系调查机构及处罚决定机构，新疆广汇系此次处罚对象，而本次处罚则是因为中国篮球协会仲裁委员会（“篮协仲裁委”）收到了运动员周琦的举报。

2. **违规行为。**《处罚通知》在第二部分总结了新疆广汇的违规行为，即“严重违反《中国篮球协会注册管理办法》，构成注册违规”，并详细列举了四项具体行为，包括：（1）“未经注册机构批准，将其实际运营、管理等核心业务转由非注册主体之关联公司开展”。（2）“在组织机构（公司高管、工作人员、实际办公场所、联系方式等）、财务管理、业务经营、俱乐部注册和准入等方面，新疆广汇与其关联公司存在人格混同”。（3）“新疆广汇提交的准入评估文件（2019-2020、2020-2021 和 2021-2022 赛季）中，混入具名为其关联公司文件”。（4）“未按照注册、赛事准入等规定要求，聘用教练员、工作人员，亦未按照相关法律、法规要求，承担对运动员薪酬支付的义务”。

3. **法律依据。**《处罚通知》援引四则条款，分别是《中国篮球协会纪律准则和处罚规定》（“《篮协纪律处罚规定》”）第 7 条、第 59 条、第 69 条，以及《中国篮球协会注册管理办法》（“《篮协注册管理办法》”）第 165 条。其中，《篮协纪律处罚规定》第 7 条是对于处罚种类的列举条款，其他三条则是中国篮协认为新疆广汇违规行为触犯的具体条款，《篮协纪律处罚规定》第 69 条以及《篮协注册管理办法》第 165 条属于典型的兜底条款。

4. **处罚内容。**根据《处罚通知》援引的《篮协纪律处罚规定》第 7 条规定，对于新疆广汇作出了三项处罚：一是“通报批评”；二是“限制注册新运动员”，为期 1 年；三是“禁止参加或进行国内运动员转会交流”，为期 1 年。

综上，笔者认为《处罚通知》对违规的行为事实和法律依据已经做了充分的披露。

三、 新疆广汇提出了哪些抗辩事由？

新疆广汇在《严正声明》与《公告》中，从实体、程序两个角度进行了全面抗辩。其中，**实体抗辩主要包括以下五项：**

1. 篮协的规范中没有相关具体规定，篮协适用兜底条款没有依据、缺乏合理性。
2. 新疆广汇自 2019 年委托关联公司发放薪酬，CBA 联盟知情，相关主体是否构成“人格混同”不应由篮协认定，也不违反具体规定。
3. 新疆广汇于 2019 年申请变更参赛主体，后因疫情原因中断，依旧以原主体参赛。出现两个主体并非恶意。
4. 新疆广汇连续 3 个赛季完成 CBA 联赛注册准入，当下才说注册违规有悖常理。
5. 新疆广汇不存在欠薪问题，周琦的薪酬问题已有法律裁判。

程序抗辩包括以下两项：

1. 中国篮协未事先向新疆广汇说明违规事实和处罚依据。
2. 中国篮协未事先召开听证会。

本文将围绕实体抗辩进行分析，在后续系列文章中，笔者将结合救济渠道、救济程序等事项对新疆广汇的程序性抗辩进行分析。

四、 篮协认定新疆广汇存在的违规事实究竟是什么？

1. 新疆广汇是否因欠薪而被处罚？

网络上有大量观点围绕新疆广汇与周琦的纠纷展开分析，其中欠薪问题亦被作为此次处罚的原因之一。然而笔者认为，该观点受到了新疆广汇、周琦微博内容的影响，是对《处罚通知》的误读。

《处罚通知》提到，新疆广汇“未按照相关法律、法规要求，承担对运动员薪酬支付的义务”。这一表述确实可能被公众解读为欠薪。此后，新疆广汇与周琦的回应进一步加深了这种认识：新疆广汇在《公告》中特别强调其不存在欠薪问题；周琦在其个人微博中也回应，称新疆广汇存在欠薪情况。

然而结合《处罚通知》内容及援引条款来看，该解读并非《处罚通知》的本意。《篮协注册管理办法》第 170 条、《篮协纪律处罚规定》第 45 条专门就俱乐部欠薪问题进行规定。按照《篮协注册管理办法》第 170 条规定，新疆广汇应当享有一个月的处理期限，若期限届满后俱乐部仍未解决欠薪问题的，才会受到对应处罚。《篮协纪律处罚规定》第 45 条规定俱乐部直至“下次或下一赛季注册开始前仍拖欠”才会受到对应处罚。换言之，如果篮协纪律委认为新疆广汇存在欠薪问题，应直接援引《篮协注册管理办法》第 170 条、《篮协纪律处罚规定》第 45 条相关规定，并将责令新疆广汇在一个月内解决欠薪问题。而《处罚通知》中并无此等内容。

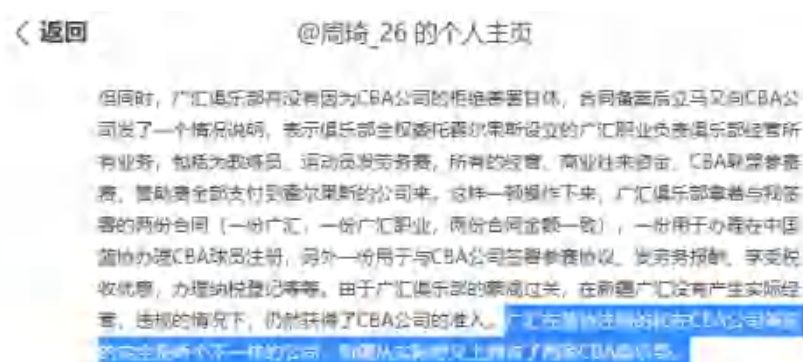
笔者认为，《处罚通知》中的相关表述，实际表达的是新疆广汇发薪主体并非其在篮协处的注册主体即新疆广汇。事实上，根据《篮协注册管理办法》以及 CBA 联赛相关要求，新疆广汇应当已经承诺通过其银行账户向球员支付薪酬，且不会通过非俱乐部法人主体代发薪酬。根据《篮协注册管理办法》第 4 条规定，赛事参与者申请注册应遵守所申请参加赛事的相关竞赛规程。根据《2021-2022 赛季 CBA 联赛球员选秀、工资帽、聘用及交易管理规

定》(“《CBA 管理规定》”)释义,该文件是“CBA 联赛竞赛规程重要组成部分”。根据《CBA 管理规定》第 2 条规定,俱乐部(包括相关责任人)、球员在签订《聘用合同》及办理注册手续的过程中,须提交《诚信承诺书》(详见附件三),并恪守诚信原则。换言之,根据新疆广汇的回应,其应当已经向 CBA 联赛提交了《诚信承诺书》并做出相关承诺。根据《CBA 管理规定》所附格式文本,俱乐部应当明确承诺以下内容:(1) 保证向 CBA 联盟提交的所有信息及材料真实且无隐瞒。(2) 球员所有薪酬都由俱乐部银行账户支付,不得以任何现金或现金替代形式发放的薪酬。(3) 不会通过俱乐部股东、俱乐部关联公司、个人账户等非俱乐部法人主体向球员支付的薪酬。不会接受球员以任何现金或现金替代形式发放薪酬的要求。此外,俱乐部同时承诺,“如有违反自愿接受中国篮协、CBA 联盟的处罚。”

因此,笔者认为篮协此次处罚暂不涉及欠薪问题,《处罚通知》所指违规行为应当是新疆广汇的发薪主体并非其在篮协处注册的主体。

2. 新疆广汇是否因实控多家 CBA 俱乐部而被处罚?

周琦在微博中曾提到“新疆从实际意义上拥有了两家 CBA 俱乐部”的情况。那么,新疆广汇此次是否因实控多家 CBA 俱乐部而被处罚?



就新疆自治区而言,理论上可以拥有多家 CBA 俱乐部。根据《篮协注册管理办法》第 9 条规定,“每个省级区域最多只能有三家 CBA、和或 WCBA、和或 NBL 俱乐部成年队参赛。”事实上,北京(北京控股、北京首钢)、广东(东莞大益、广州龙狮、深圳马可波罗)、山东(青岛国信、山东高速)、江苏(南京同曦、苏州肯帝亚)、浙江(宁波町渥、稠州金租、浙江东阳光)都同时拥有多家 CBA 联赛俱乐部。如果新疆自治区真的拥有了多家 CBA 俱乐部,这对于西北篮球而言可能还是件好事,并不必然构成违规。因此,周琦微博中所强调的,应当是新疆广汇实际控制了多家 CBA 俱乐部。

与中国足协的管理规定相似,篮协对于职业俱乐部的投资方主体资格有一定限制,禁止同一家投资人实控多家 CBA 俱乐部。《篮协注册管理办法》第 13 条规定,同一投资方不得同时成为同一赛事中的两家或两家以上职业俱乐部或专业运动队的股东。根据《中国篮球协会俱乐部股权转让暂行管理办法》第 5 条第(三)项规定,“CBA 联赛俱乐部的任何股东不得再以任何形式成为其他 CBA 联赛俱乐部以及其他 NBL 联赛俱乐部的股东”。换言之,若新疆广汇的投资人实控了两家 CBA 俱乐部或成为两家 CBA 俱乐部的股东,将构成违规。

然而结合现有信息，笔者认为新疆广汇并不涉及该种违规情形。篮协之所以禁止同一投资人实控多家 CBA 俱乐部，是因为篮协担忧多支受控于同一实控人的 CBA 俱乐部之间可能存在违规转会、利益输送、操纵比赛等相关情况，从根本上破坏体育竞赛的公平性。根据目前披露的事实来看，新疆广汇实际上并未同时经营多支 CBA 队伍，不存在前述违背竞技公平性的风险。此外，周琦在其微博中也只提及广汇职业系新疆广汇实际控制，并未提到第二支队伍的存在。因此，新疆广汇应当不涉及实控多家 CBA 俱乐部的问题。

综合前两点分析，笔者认为，篮协纪律委此次处罚新疆广汇所依据的核心事实，是其认为新疆广汇在注册、监管的过程中使用了其他主体的文件、信息，存在注册主体与实际经营主体不完全一致的情况。

五、新疆广汇违规了吗？

新疆广汇是否违规，需要回答两个问题：一是篮协的处罚决定是否有规则依据？二是新疆广汇的抗辩理由是否能够成立？

1. 篮协的处罚决定是否有规则依据？

新疆广汇在《严正声明》与《公告》中反复强调篮协未能释明其所依据的具体规定，篮协适用兜底条款处罚缺乏合理性。笔者认为该观点存在误导，《篮协纪律处罚规定》第 59 条才是篮协做出此次处罚的核心依据，《篮协纪律处罚规定》第 69 条、《篮协注册管理办法》第 165 条则为增强处罚合理性而援引的兜底条款。

条款	内容
《篮协纪律处罚规定》 第 59 条 (注册违规及处罚)	注册单位如违反《中国篮球协会赛事注册管理办法》有关规定，提供注册信息不一致、不真实、不完整、不准确，出现虚报年龄、阴阳合同、瞒报变更注册申请等，一经查实，视情况给予违规注册单位警告、通报批评、核减竞赛经费、取消注册资格直至限制转会和引进外籍运动员的处罚。责令违规运动员更正年龄等信息，给予停赛 1 次或 1 年注册资格的处罚，情节严重影响恶劣者，给予三年内禁止以任何身份参与中国篮协主办的各级各类赛事的处罚。
《篮协纪律处罚规定》 第 69 条 (未列明行为)	本规定未列明的违规、违纪行为,包括运动员、教练员、技术官员和工作人员在赛前或赛后，场内或场外的各种违规、违纪行为，纪律部门有权参照本规定给予处罚。对其他违反《中国篮球协会章程》、《中国篮球协会竞赛管理办法暨实施细则》、《中国篮球协会裁判员管理办法暨实施细则》、《中国篮球协会经纪人管理办法(试行)》、《中国篮球协会注册注册管理办法》等有关管理规定的行为，由纪律与道德委员会依据有关规定进行处罚。 有关规定未明确的，纪律与道德委员会可视违规、违纪行为的情形、情节及危害后果，参照本规定酌情给予处罚。

《篮协注册管理办法》 第 165 条	对职业俱乐部、专业运动队、教练员和运动员违反本办法的其他行为，中国篮协将视具体情况给予停止直至取消注册资格、禁止其参加一切由中国篮协主办的比赛等处罚。针对外籍或境外运动员或教练员的违规行为，中国篮协还将视情况照会相关国家篮球协会和亚篮联、国际篮联给予相应处罚。
--------------------------------------	---

如前文第四节第 1 点所述，俱乐部“通过其银行账户向球员支付薪酬，且不会通过非俱乐部法人主体代发薪酬”是其在准入时做出的重要承诺。因此，新疆广汇通过广汇职业代发球员薪酬属于“提供注册信息不一致、不真实、不完整、不准确”的情形，同理，通过广汇职业聘用教练员、工作人员，将广汇职业的信息、材料放入准入评估文件、注册文件中亦属于以上情形，篮协有理由适用《篮协纪律处罚规定》第 59 条加以处罚。

虽然第 59 条没有罗列“注册主体不得与经营主体不一致”这样的具体情形，但不能简单的认定篮协的处罚没有依据、套用兜底条款。笔者认为，法律规范具有一定的滞后性，不能将现实中的非典型违法行为完全囊括，因此，法律通常会规定一些原则性、兜底性条款，抽象概括出违法行为的一般特征，以弥补具体规定的不足。一般而言，适用兜底性的处罚条款应当满足以下条件：一是其他法律、规范对此未作出明确规定。二是相关行为具备违法性或不正当性。三是相关行为具有现实危害性。

笔者认为，注册主体与实际经营主体不一致的行为，具备违法性与不正当性，应当受到一定程度的限制，即使篮协适用兜底条款，亦合规合理。

一方面，根据《篮协注册管理办法》，注册主体的实际经营能力是篮协、CBA 联赛在准入核准时的重要考察内容，变更实际经营主体是对注册内容的实质性变更，应向原注册单位披露并申请变更登记。《篮协注册管理办法》第 14 条至第 19 条特别规定了职业俱乐部、专业运动队首次注册的相关条件。其中，《篮协注册管理办法》第 15 条规定“中国篮协技术部将对俱乐部进行准入评估，对俱乐部的软件、硬件等设施开展实地考察”。第 16 条列明了职业俱乐部的准入条件，其中第（七）至（十）项实际上是对于注册主体经营能力的要求，包括拥有和租赁经营场地、设施，设置竞赛训练、市场开发、财务管理等内部机构并配备专职人员，制定运动员文化、技能培训计划，组建好成年队及青年队等。第 17 条则列明了职业俱乐部准入时应当提交的材料，包括股东资信证明、验资报告、部门设置及管理制度、运动员和教练员注册信息及聘用合同、经营场地设备情况说明及相关证明材料等。

另一方面，如果放任此类行为，将在一定程度上架空监管措施，损害竞赛的公平性。由于实际经营主体并未在篮协注册备案，其股权转让不受限制，那么理论上俱乐部实控人可以通过转让经营主体的股权实现俱乐部控制权的转让，而同一投资人也可能通过委托经营的形式实质上控制多家 CBA 俱乐部，这将架空《中国篮球协会俱乐部股权转让暂行管理办法》等相关规定。事实上，新疆广汇与广汇职业在股权结构等方面存在显著差异：新疆广汇的股东包括新疆广汇房地产开发有限公司（持股 97.4373%）以及新疆广汇实业投资（集团）有限责任公司（持股 2.5627%），广汇职业的股东为孙广信个人（持股 100%），系一人公司。此外，此类委托经营的模式还可能在一定程度上规避 CBA 联赛对于俱乐部财务核算以及工资帽的限制，破坏联赛财务公平。

2. 新疆广汇的抗辩理由在法理上是否能够成立？

除了欠薪、兜底条款等理由外，对于新疆广汇提出的其他抗辩理由，基于笔者个人了解到的现有公开信息，亦不能成立。

关于CBA联盟已经知情认可、新疆广汇已提交了变更申请系疫情原因没有完成的抗辩，不能成立。根据周琦微博内容显示，广汇篮球向CBA联盟提交的与广汇职业签署的球员合同并未得到CBA联盟的认可，最终以与新疆广汇签署的球员合同进行注册。结合周琦微博内容，变更参赛主体不仅需要提交申请，还需要取得CBA联盟其他参赛单位的表决通过。目前，中篮联（北京）体育有限公司登记股东依然为新疆广汇，新疆广汇的变更申请并未完成。根据《篮协注册管理办法》《2022-2023赛季CBA联赛球员选秀、工资帽、聘用及交易管理规定》等相关规定，篮协注册登记属于典型的准入审核、事前审批，新疆广汇不能“先斩后奏”，其变更申请并未完成，未发生法律效力，无论是否因为疫情，都应先保持合规，在完成变更登记后再行调整。

关于三个赛季已完成CBA联赛注册、当下裁判违规不合理的抗辩，亦不能成立。从法理上说，完成CBA联赛注册准入不等同于确认新疆广汇不存在注册违规行为，更不意味着篮协不能事后纠错、进行处罚。参考工商登记制度，市场登记机关事后发现申请人提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得市场主体登记的，亦可以撤销市场主体登记并施以行政处罚。

综上所述，笔者认为篮协处罚决定有规则依据，新疆广汇的抗辩理由无法成立。

六、中国体育需要法治

面对篮协的《处罚通知》，新疆广汇选择了退出CBA，球迷和社会被强烈的情绪所裹挟：一方面是新疆提出的“巨额投入”“管办不分”“惊人签字费”以及CBA中间业务利益输送等内容，令人愤怒郁闷；另一方面是周琦控诉留洋之路上俱乐部欺骗威胁、违背承诺，运动员权益被践踏，令人同情唏嘘，仿佛上演了一场娱乐圈的“吃瓜大戏”。

笔者认为，这样的情绪煽动和吸睛传播，都不利于中国体育事业的发展。中国体育不需要情绪，需要法治。体育事业的发展和体育产业的市场化，必然带来各种纠纷，中国体育人需要建立规则、尊重规则，保护产权、完善机制。而社会公众也要保持理性和客观，不被情绪误导，相信专业人士、相信法律。

当然，规则有滞后性，不可能预先规定的万无一漏，而且实践中总有人希望“绕开”规则，这就需要监管者和裁判者进行识别，兼具原则性和灵活性，既保护创新和自主性，又对规避行为进行辨别和否定评价。这种情况下，“兜底条款”是非常有效的法律工具。在这一点上，笔者支持篮协的处罚决定，这样的判例一旦形成，能够起到规范作用，填补成文规则的缺陷。但笔者也认为，兜底不能成为“口袋条款”“万能条款”，规则需要与时俱进、及时释明，合理的管理参与者的预期。在这个层面上，中国体育的立法、修规应当“加速”。

此外，篮协的《处罚通知》虽符合法理要求（仅根据笔者掌握的当下公开信息，属于个人判断），但仍有商榷之处。比如在处罚通知中采用“人格混同”的用语：在一个法律文件中，使用一个专有术语，应当采用其通用的理解。“人格混同”在中国法下，通常的联想是《公司法》项下的行为与责任，对应的法后果是连带责任的承担。而篮协在《处罚通知》中以此指代注册主体采用关联公司的信息和材料违规注册，显然不符合第一感知，容易造成误

导，这也难怪新疆广汇借题发挥。另外，如果新疆广汇披露属实，CBA 联盟对新疆广汇关联公司发放薪酬是知情的，并向其支付参赛费用，这样的信息应当及时通报篮协。篮协的处罚虽在法理上合规，但在情理上，如此长时间的违规未及时处理，亦确实需要改进。

（本文首发于 2023 年 3 月 7 日）

篮协处罚新疆广汇程序是否合规？ ——新疆广汇退出 CBA 事件系列法律分析（二）

卫新、徐元昊

在昨日的文章中，笔者分析了中国篮球协会（“篮协”）处罚新疆广汇篮球俱乐部有限公司（“新疆广汇”）的实体事实与理由。文中提及，新疆广汇在《严正声明》与《公告》中还提出了两项程序性抗辩：

1. 篮协未事先向新疆广汇说明违规事实和处罚依据，未履行告知义务。
2. 篮协未召开听证会，未保障其陈述、申辩的权利。

令人遗憾的是，新疆广汇没有依据体育法规的合理途径进行救济，而是选择了退出 CBA 这样一种过激方式。本文中，笔者将对新疆广汇事件涉及的法律程序问题进行分析。

新疆广汇篮球俱乐部有限公司

公 告

2月17日，篮协纪律与道德委员会认为新疆广汇篮球俱乐部“注册违规”，做出严重错误、无理荒诞的“处罚”，严重侵害了我俱乐部合法权益、严重伤害了新疆各族球迷感情，严重破坏了新疆篮球运动和体育事业的发展。这一“处罚”违背事实，违反法规，不符合正常工作流程，我俱乐部无法认可，决不接受。

一、篮协的“处罚”匪夷所思、荒唐至极

（一）“处罚”违背事实、违反程序、毫无依据

2月8日，我俱乐部收到“篮协字〔2023〕58号”通知，声称我俱乐部“注册违规”，篮协将作出“处罚决定”。但该通知中未阐明处罚适用的法规依据。此后，我俱乐部通过电子邮件、电话、委托律师前往篮协办公地点面谈等方式反复沟通，希望说明违规事实和处罚依据，但没有任何回复。我俱乐部委托律师当面要求就此事召开听证会，却被告知“我们没有这个程序”。此后，篮协于17日作出的“处罚决定”依然没有说明处罚依据。

新疆广汇提出两项程序抗辩是否成立？

1. 篮协纪律处罚的基本流程是什么？

（1）根据《中国篮球协会纪律准则和处罚规定》（“《篮协纪律处罚规定》”），对于一般纪律处罚事项，基本流程如下：

① 立项调查。对于比赛运行过程中各类违规行为，相关方需要在违规、违纪事件发生48小时之内提交的证据和说明材料，纪律部门依规决定启动调查程序。对于严重的违规、

违纪而未书面报告的事件，纪律部门可以依职权直接调查、核实，待核实违规、违纪情况后直接作出必要的处罚。

② **处罚。**一般而言，纪律部门应当于收到证据和证明材料后的 72 小时内做出处罚决定。若涉及听证程序，期限可以延长至召开听证会后的 72 小时内。若情况紧急，可以实施预防性处置。

③ **通知。**处罚须以正式文件的形式印发，并在赛事官方网站或主办单位官方网站发布，处罚决定按处罚通知公布之日起执行。同时，纪律部门工作人员须通过主管赛事部门以书面、电话、传真、邮件或其他形式通告相关主体确认处罚及处理结果。

(2) 根据《中国篮球协会纪律与道德委员会工作办法》(“《篮协纪律委工作办法》”) 的规定，对于涉及篮协纪律委专项组的特别事项，基本流程如下：

① **立项审查。**篮协纪律委可以依申请（包括申诉、控告、举报）决定立项审查，也可以依职权主动对可能存在的违纪违规行为为立项审查。

② **成立专项组。**针对操纵比赛、赌球、腐败、受贿、伪造变造文件等事项，经篮协纪律委主任或副主任审查认为确有必要的，应当成立专项组或专案组。若篮协纪律委决定以专项组形成立项调查的，应当及时书面告知有关各方。

③ **专项组调查。**专项组可以采取走访问、调取书证、查看录像、实地查验、电子取证等方法查明案件事实，并且在调查过程中视情况决定是否举行听证会。听证会原则上不公开举行。举行听证会的，专项组应当提前以书面形式通知相关单位或个人。听证会可以通过视频会议等远程方式进行。专项组调查期限不受前述 72 小时限制。对于申诉类案件，审查期限自专项组成立之日起计算，一般不超过 15 日，必要时可以延长至 1 个月。

④ **处罚决定。**专项组应当在查明案件事实的基础上撰写调查报告和处理建议，经篮协纪律委讨论并经中国篮协主席办公会议核准后作出决定。

⑤ **处罚通知。**决定书应由篮协纪律委主任签署或盖章印发。篮协纪律委应当及时以书面方式将处理决定告知被调查当事人，可以视情况当面宣布或以挂号邮件、电子邮件、电子传真等方式告知，也可以通过中国篮协官网或中国篮协新闻发布会公布。决定自告知或公布之日起生效。

此外，《篮协纪律处罚规定》及《篮协纪律委工作办法》等规定还对回避、申诉等工作流程作出了明确规定。

2. 篮协是否应当事先向新疆广汇说明违规事实和处罚依据？

根据《篮协纪律处罚规定》第 10 条以及《篮协纪律委工作办法》第 23 条至第 31 条的有关规定，篮协纪律委的告知义务较为有限，仅需要告知相关主体成立专项组（如适用）、举行听证会（如适用）以及处罚、处理结果、处理决定。因此，从篮协纪律委的工作程序来讲，篮协已经通过发布《中国篮球协会纪律与道德委员会关于对新疆广汇篮球俱乐部有限公司的处罚通知》(“《处罚通知》”) 的方式履行了告知义务。

另外笔者也注意到，新疆广汇在《公告》中披露，篮协于 2 月 8 日向新疆广汇送达“篮协字[2023]58 号”通知。若该通知内容与《处罚通知》内容一致，笔者认为即使在篮协规则未明确规定的情况下，篮协在事实上已经事先向新疆广汇说明了违规事实和处罚依据。

3. 篮协是否应当召开听证会？

《体育法》与《中国篮球协会章程》（“《篮协章程》”）并未就单项协会的纪律处罚设置强制性的听证程序。根据《篮协纪律处罚规定》第9条以及《篮协纪律委工作办法》第25条的规定，召开听证会的启动权在于篮协纪律委专项组，而非当事人申请后强制启动。

笔者注意到，《篮协纪律委工作办法》第24条规定，“本会决定以专项组形成立项调查的，应当及时书面告知有关各方”。《处罚通知》也明确提及“中国篮球协会纪律与道德委员会立案并成立专项组对相关方开展调查、核实”工作，对此新疆广汇并未提出异议。可以推测，本次篮协的调查程序是成立了专项组，并通知了新疆广汇。在调查过程中新疆广汇进行陈述、申辩的具体情形与内容没有公开，笔者无从评价。而新疆广汇之所以如此强调需要举行听证程序，是希望有面对面的机会、场合进行充分的陈述、申辩，而这样的模式、诉求是否已经通过调查中的沟通实现，是由篮协纪律委专项组进行主观判断的。笔者认为，即使在本阶段没有举行听证，按照体育法规则，新疆广汇期待的这种面对面摆事实、讲道理的模式依然有实现的路径。

4. 篮协处罚程序是否适用《行政处罚法》相关规定？

根据《行政处罚法》第44条之规定，行政机关在作出行政处罚决定之前，应当告知当事人拟作出的行政处罚内容及事实、理由、依据，并告知当事人依法享有的陈述、申辩、要求听证等权利。同时《行政处罚法》第63条规定，行政机关拟作出“限制从业”等较重的行政处罚决定，应当告知当事人有要求听证的权利，当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。

但是，篮协此次做出的处罚决定是否属于行政处罚？结合学界观点¹，参考相关司法实践对于中国足球协会相关处罚权的界定，笔者认为，篮协此次处罚并不属于行政处罚而是行业自律惩戒措施，不适用于《行政处罚法》的相关规定。

（1）篮协系体育社会组织而非“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织”

根据《体育法》第65条、《篮协章程》第2条之规定，篮协属于体育社会组织而非行政机关。虽然，《行政处罚法》第19条规定“法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚”，并且《体育法》第65条第2款规定“全国性单项体育协会负责相应项目的普及与提高，制定相应项目技术规范、竞赛规则、团体标准，规范体育赛事活动”，但相关授权较为宏观，并未明确授予中国篮协行政处罚权限，不能据此直接认定篮协获得了法律法规授权、具有行政处罚权。（参考案例：（2020）京03行终704号）相反，律师协会则得到了《律师法》第46条第（六）项的明文授权。

（2）篮协的处罚权限更多的来源于相关成员准入时作出的自我约束承诺而非行政权

根据《中国篮球协会注册管理办法》第16条、第17条规定，俱乐部在首次注册时便承诺“遵守《中国篮球协会章程》，接受中国篮协的领导与管理”。同时，《篮协章程》第59条第1款规定，“本会设立纪律与道德委员会，负责处理篮球组织、人员与比赛纪律、道德等相关事项。”换言之，相关主体在准入、加入篮协时作出了相关自我约束承诺，并赋予了篮协相应的管理及处罚权限。

¹ 邓小兵，王阿丽：《中国足协处罚权研究》

（3）篮协的纪律处罚种类明显区别于行政处罚

根据《篮协纪律处罚规定》第7条（处罚种类）之规定，篮协针对个人违规行为的处罚包含警告、通报批评、罚款或核减经费、取消参赛资格、限制进入比赛馆或比赛场地、收回奖项、终身禁赛、移送司法机关处理等十四项；针对组织单位违规行为的处罚包含警告、通报批评、罚款、核减和/或追缴赛事经费、扣减保证金、取消参赛资格、限制注册新运动员、在指定场地进行比赛、进行无观众比赛、取消比赛成绩并记为0:20负等十九项。与之对应，《行政处罚法》规定的处罚种类仅六项，两者之间也有明显的区分。

综上所述，笔者认为在法理上，新疆广汇提出两项程序抗辩不能成立，篮协纪律委调查、处罚的程序合规。

新疆广汇还有哪些救济途径？

若新疆广汇最终未退出CBA联赛，根据现有《体育法》及篮协相关规定，其目前还有三条救济申诉渠道：

1. 向篮协纠纷解决委员会提起申诉

根据《篮协章程》第59条第2款之规定，篮协“设立纠纷解决委员会，负责处理具有管辖权的纠纷。”根据《中国篮球协会纠纷解决委员会工作规则》（“《工作规则》”）第5条规定，纠纷解决委员会受案范围包括“受影响人对中国篮球协会下设专项委员会（以下简称‘专项委员会’）的处罚决定不服且允许向纠纷解决委员会申请的”。

根据《工作规则》第12条规定，对专项委员会作出的处罚决定不服而申请的，自处罚决定公布之日起**7日内**提出申请。故本次事件中广汇篮球需在2023年2月24日前提出申请。申请后，根据《工作规则》第54条规定，对专项委员会的处罚决定不服而申请的案件，合议庭应当于审理程序开始之日起**3个月内**作出裁决。

不过，本次事件中，处罚通知于2023年2月17日发布，而纠纷解决委员会于2023年2月22日设立，本次事件可能涉及与《中国篮球协会仲裁委员会工作规则》衔接适用的问题，但笔者认为该程序是可以适用的。

2. 向体育仲裁委员会提起体育仲裁

2023年1月1日，经过修订后的《体育法》正式生效。其中，新《体育法》第91条正式规定，“国家建立体育仲裁制度，及时、公正解决体育纠纷，保护当事人的合法权益”。此外，新修《体育法》通过第95条将原先单项协会下设仲裁委员会等机制定性为“内部纠纷解决机制”，明确了内部纠纷解决机制与体育仲裁委员会之间的程序衔接关系。此次篮协设立纠纷解决委员会正是呼应了《体育法》的此项新规、逐步完善行业规范体系。2月11日，体育仲裁委员会在北京成立，标志着中国体育仲裁制度正式建立。**因此，考虑到《处罚通知》于2月17日发布，新疆广汇因此是可以向体育仲裁委员会提起体育仲裁。**

虽然目前我国体育仲裁受案范围较为狭窄，但本案符合《体育法》第92条所列具体受案范围，可以提起体育仲裁。基于《体育法》第96条、《工作规则》第4条等相关规定以及“用尽内部救济”的基本原则，新疆广汇若对篮协纠纷解决委员会裁决不服的，可以提起体育仲裁。若篮协纠纷解决委员会程序过分拖延，新疆广汇亦可以依据《体育法》第95条第2款、《体育仲裁规则》第14条之规定直接提起体育仲裁。

根据《体育仲裁规则》第 13 条规定，对体育社会组织、运动员管理单位、体育赛事活动组织者的处理决定或者内部纠纷解决机制处理结果不服的，当事人可以自收到处理决定或者纠纷处理结果之日起 **21 日内** 申请体育仲裁。根据《体育仲裁规则》第 55 条规定，仲裁庭将于组庭后的 **3 个月内** 作出裁决。

体育仲裁的仲裁庭组成兼具独立性和专业性，正好能呼应新疆广汇在声明中提出的对篮协诸多质疑，应该是本次事件比较公正合理的争议解决方案。

3. 法院撤裁

根据《体育法》第 98 条规定，若俱乐部对于体育仲裁结果不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起 **30 日内** 向体育仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决。具体撤裁理由包括七项，分别是：

- （一）适用法律、法规确有错误的；
- （二）裁决的事项不属于体育仲裁受理范围的；
- （三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反有关规定，足以影响公正裁决的；
- （四）裁决所根据的证据是伪造的；
- （五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- （六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的；
- （七）裁决违背社会公共利益的。

上述撤销理由主要是法律审、程序审，而不涉及体育领域的专业事实认定，这样既确保了法院对体育仲裁机构的监督权、充分保障了当事人权益，也对法院的审理范围做了科学合理的界定。

回顾近年来的体育纠纷，有一个“怪现象”：一些当事方一旦被处罚，不进行正常申诉抗辩，而是直接“掀桌子”、退圈不玩了。笔者认为，不仅需要对中国体育产业价值、市场主体参与意愿还不够高的深层次原因进行思考，还要重视体育领域的规则体系建设，尤其是纠纷解决机制的建设工作。**因此，建立多元化的体育争议解决机制，是体育事业发展、体育产业进步的关键保障。**

建立健全一套包含协商、调解、仲裁、裁判的多元化的体育领域争议解决机制，具有十分重大的意义。这套多元化机制涵盖的范围应该既包括兴奋剂管理、运动员注册与交流、竞技体育纠纷等专业体育纠纷，还应涉及体育产业、体育设施、体育赛事、体育合同、体育经纪等其他体育相关领域纠纷。多元化的体育争议解决机制，有助于在一定程度上打破体育行业的内部化，界定和保护产权，促进体育产业的市场化，消解社会纠纷矛盾，保障体育产业健康发展。

很遗憾，新疆广汇与篮协的注册纠纷没有成为中国历史上第一个体育仲裁案件，但是笔者相信，未来一定会有更多的体育从业者相信规则、尊重规则、运用规则。

（本文首发于 2023 年 3 月 8 日）

商事争议解决

如何判断股东是否完成出资义务？

徐沁芳、赵昕

根据《公司法》的相关规定，公司股东应当全面履行出资义务。自 2014 年实施注册资本认缴制以来，成立公司时股东不需要立即对公司进行出资，只需要在章程约定的最后期限之前进行出资即可，股东依法享有相应的出资期限利益。但现实情况中，很多公司已经资不抵债，但股东出资迟迟没有到位。根据《九民纪要》的规定，债权人可以主张股东出资期限加速到期，要求股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿部分承担补充赔偿责任。此时，股东可能抗辩，我已经为公司经营垫付很多钱款，出资义务早已履行完毕；或者还有可能，股东确实支付了出资款，但第二天就将出资转出，以上情况股东都不能当然免除责任。本文将结合司法案例分析，如何判断股东是否完成出资义务？股东主张已经完成出资的各种理由是否成立？

一、货币出资

以货币出资的，一般法院会综合审查验资报告、银行转账凭证、公司财务账册记载情况、公司资产负债表、出资证明书、工商档案等材料，来判断股东是否履行出资义务，其中验资报告证明力最高。但如果明确证据能够推翻验资报告的，也可能认定股东未履行出资义务。没有履行验资手续、仅有银行转账流水的，法院还会综合审查转账的性质。

（一）验资报告证明股东完成出资效力最高

虽然注册资本认缴制下，股东在设立公司时已经不需要取得验资报告，但检索相关案例发现，在判断股东是否已经实缴出资时，**验资报告仍旧为法院进行认定的核心依据**。在（2020）沪民申 2367 号一案中，股东申请再审称二审法院仅以一份《验资报告》认定其他股东已经履行出资义务，认定事实错误。再审法院则认为，原审中公司提供了股东五次实缴出资的验资报告，法院据此认定公司实收资本人民币 1,600 万元，并无不当。

除验资报告外，**法院还会结合转账凭证审查股东是否履行出资义务**。在（2019）最高法民申 624 号一案中，再审申请人认为公司股东存在抽逃出资行为，**再审法院则认为验资报告和转账凭证可以证明，股东已向公司缴纳了认缴出资额**，并无未实缴的情形。同时，工商登记信息有时也能被法院采纳用以佐证股东已经履行出资义务。在（2014）沪一中民二（民）终字第 1524 号一案中，债权人主张原股东在未缴纳出资的情况下转让股权，应当对公司不能清偿债务承担补充责任。法院则认为受让股东已将出资款转入验资账户并**取得验资报告、通过了工商注册部门的审核备案登记**，出资义务已经由受让股东代为履行。

（二）有明显证据与验资报告冲突的，股东应当进一步举证

部分案件中被告股东向法院提交了验资报告证明已经履行出资义务，但同时存在其他与验资报告有着明显冲突的证据，此时股东应当进一步举证，否则应承担举证不能的责任。

在（2020）沪 02 民终 9010 号一案中，仅有《验资证明书》与《验资报告》证明四位股东出资到位，但没有相应的入账凭证，同时公司当年资产负债表实收资本一栏所填金额也和公司注册资本金额存在差异。法院认为上诉人对四名股东是否履行出资义务已经提供产生合

理怀疑的证据，并要求四名股东进一步举证且说明存在差异的原因。

在(2019)鲁 03 民终 785 号一案中，**股东提交银行现金缴款单、验资报告和出资证明书以证明完成实缴**。法院向银行调取了银行进账单，银行进账单记载的出资人却不是案涉股东。法院认为，银行进账单是股东出资最原始、最直接的证据，故公司已经提供对股东履行出资义务产生合理怀疑的证据，而**股东提供的证据并不能推翻银行进账单**，最终被判决补缴出资。

（三）没有进行验资的，结合转账凭证、公司财务账册等综合判断

前文已经提及，注册资本认缴制下，取得验资报告并不是设立公司所必须，大部分股东在出资时也不会进行验资，此时法院会结合转账凭证、公司财务账册等材料综合判断股东是否实缴出资。

1.转账备注“往来款”、金额不一致、存在多笔转账，不能认为已经出资

在(2021)苏 02 民终 881 号一案中，股东为证明实缴出资的事实，提供了向公司转账的银行流水。其中，银行流水备注为“往来款”而非“投资款”；转账金额为 200 万元，但股东认缴金额仅 100 万元；股东与公司间往来转账较多，200 万元只是其中一笔。法院认为，该笔转账流水并不能单独证明股东已经履行出资义务，且股东未能提供公司财务账册、企业年度报告等证据予以佐证，最终认定股东并未实缴出资。

2.备注“投资款”或“股金”、无其他异常情形，认定完成出资

在(2020)黔 0402 民初 6373 号一案中，股东分两笔向公司转账“投资款”100,000 元、150,000 元，其后又向公司转账“股金”250,000 元，公司均于转账当日向股东出具收款收据，三笔款项均未进行验资。股东举证“银行支付凭证”、“银行转账凭证”、“公司出具的收据”以证明上述事实。法院认为，根据《公司法》规定，验资程序不是认定股东是否实际出资的必须程序，如果股东有证据证明其对公司的实际出资达到其认缴金额，亦可以认定股东完成出资义务。本案中**股东分三笔向公司转账，并有收款收据予以佐证，能证实股东已经实际履行了出资义务**。

3.备注“投资款”、公司以实收资本做账，认定完成出资

在(2021)沪 02 民终 4754 号一案中，股东向公司转账时的备注为“投资款”，公司财务账簿及会计报告中将该款作为实收资本记账。法院认为，**股东对公司负有出资义务，其向公司转账时注明用途为“投资款”，公司将该款作为实收资本记载于财务账簿及《资产负债表》具有合理性，所以股东已经完成出资**。

二、债权出资

债权出资是另一种比较常见的出资方式，根据《中华人民共和国市场主体登记管理条例实施细则》第十三条的规定，以债权出资的，应当权属清楚、权能完整，依法可以评估、转让，符合公司章程规定。债权出资具体又分为以对目标公司的债权进行出资和以对第三人的债权进行出资。

（一）股东以对目标公司的债权进行出资

股东以对目标公司的债权出资的，法院会对债权债务关系的真实性做审查，再结合股东会决议、工商登记材料等判断“债转股”是否已经履行必要手续。。

在（2020）最高法民终 303 号一案中，法院首先根据股东提交的三份付款回单和目标公司向股东出具的《债权债务确认书》认可了债权的真实性，而后又根据目标公司的临时股东会决议和工商登记材料、企业信用信息公示报告认定，股东对目标公司债转股增资事宜已经在工商局登记备案，股东相应出资已经完成。

在(2020)鲁 05 民终 1662 号一案中，股东举证借款协议和付款凭证（附言“借款”）以证明借款的真实性，法院也查明股东曾通知目标公司将上述借款转为注册资本金并且目标公司回函同意，法院据此认为股东已经完成出资。

（二）股东以对第三人的债权进行出资

股东以对第三人的债权出资的，法院会从出资方式是否经过股东会决议、债权的交付情况与实现情况等方面判断股东是否完成出资。

1.有股东会决议，债权已经交付，认定完成出资

在(2017)川 0106 民初 2485 号一案中，股东会决议已经载明股东以第三人的债权出资，股东和目标公司也签署了《债权转让协议》。目标公司在取得债权后又租赁了第三人持有的场地和设备，并约定以其持有的债权抵扣应付的租金。鉴于以上事实，法院认为股东已经完成出资义务。

2.有投资协议和出资证明书，债权已经实现，结合企业公示信息，认定完成出资

在(2021)新民再 147 号一案中，法院查明第三方用持有的设备和经营权来抵扣欠付股东的货款，《投资协议》中则约定股东以第三方的设备和经营权进行出资。同时，《企业信用信息公示报告》也载明股东认缴和实缴的出资方式均为“债权”。最后，目标公司曾向股东出具《出资证明书》，也认可已经接收第三方的实物资产并投入运营。法院认为虽然公司抗辩上述出资方式与公司章程约定的不一致且实物资产并未经过评估，但还不足以认定公司未履行出资义务。

三、实物出资

股东以实物进行出资的，法院会结合验资报告、资产评估报告、公司经营状况等材料审查出资时股东对实物是否具有所有权，出资后该实物是否已经交付至公司。

1.股东从第三人处获得“在建工程”，在成立项目公司后以“在建工程”出资，项目公司在股东前期投入的基础上继续建设，认定完成出资

在(2019)沪民再 2 号一案中，项目公司章程显示股东以前期投入的方式出资，验资报告显示股东以实物出资。股东提交了立项申请、批复文件、建设工程规划许可证等材料证明工程的前期立项、初期建设由第三人进行，后第三人将上述前期投入划转给股东，建设工程规划许可证的核发对象变更为股东。法院认为，项目公司成立时，股东已经取得“在建工程”框架结构部分的建设许可证并完成前期拆旧、动迁、土地补充及三通一平工作，项目公司在此基础上继续建设，所以股东已经以“前期投入”完成出资。

2.有资产评估报告和验资报告，股东用以出资的实物与公司日常经营的业务密切相关，认定完成出资

在(2019)沪 02 民终 1841 号一案中，法院认为，出具评估报告的资产评估公司为专业机构，评估报告内容详尽，可信度较高。同时，公司主要从事建筑工程施工活动，而股东作价

出资的实物如钢管、电缆、吊车等与公司业务直接相关。最后，验资报告显示公司自成立起正常经营且有盈利，若股东未进行出资则无法开展经营活动。出于以上原因，法院认定股东完成出资。

四、知识产权出资

实物中股东用作知识产权出资的一般为“专利”、“专有技术”和“商标”等，使用知识产权出资的原则上需要在股东出资协议、章程中明确约定，且最好事先评估价值。

1.评估和验资报告显示知识产权出资，公司章程和工商登记记载货币出资，知识产权未投产，法院不认可股东以知识产权出资

在(2020)黔 01 民终 6401 号一案中，虽有资产评估报告书和验资报告证明股东以一种知识产权作价出资，但公司章程和工商登记材料均显示股东出资方式应为货币。法院认为，“货币出资”已在公司章程中明确约定且通过公司登记机关进行公示，如果需要修改出资方式应当通过股东会决议，且公司未将案涉知识产权投入使用，最终法院认定股东没有完成出资。

2.《设立协议》约定专利出资，公司章程约定货币出资，股东不是专利权人，专利价值未经评估，出资义务未完成

在(2020)浙 01 民终 4508 号一案中，各股东在《设立协议》里约定以知识产权包括专利作价出资，但公司设立后公司章程又改为以货币出资。法院认为，公司章程修改在后，所以出资方式以公司章程约定为准。加之根据实用新型专利证书，该股东仅是实用新型的发明人之一而非专利权人，并无专利的财产处分权，该专利也为评估作价。法院综合以上情况认定股东未完成出资。

3.股东以知识产权出资但未将权属转移至公司名下，认定出资未完成

在(2021)粤 01 民终 30725 号一案中，股东主张已经将专利技术按约定方式登记在公司的控股子公司名下，但法院认为未登记在公司名下，不能认定已履行出资义务。

4. 专利权属已经移交，但其他股东就作价金额产生争议，负有出资义务的股东应当进一步举证

在(2014)二中民终字第 04761 号一案中，负有出资义务的股东举证一份评估报告证明专利价值七千余万，其他股东举证另一份评估报告证明专利价值仅一百余万。法院要求负有出资义务的股东进一步举证，但该股东没有申请再次评估。故法院判决其承担举证不利的后果，认定未完成出资。

5.以专有技术出资，法院会从秘密性与专有性，是否进行评估与验资，是否移交，是否投产等方面进行考量

在(2020)苏 0507 民初 2059 号一案中，法院认为该专有技术已在中国专利网公开，不具备秘密性；公示的专利权人为他人，不具备专有性。此外，因专有技术没有明确的权属登记机构，所以要综合考虑评估与验资情况、是否实际移交，以及是否实际生产等因素。鉴于股东未能举证证明其履行了适当的手续使得公司能够实际掌握这项技术，法院认定股东未完成出资。

6.《合资协议》、公司章程均约定以专有技术作价出资，具有交接书和评估报告，有关权力部门批复确认，认定出资完成

在(2016)沪民申 1609 号一案中，《合资协议》和公司章程中均约定外方股东以专有技术

作价出资，同时具备专有技术投入交接书和评估报告，上海市外资委也对专有技术作价出资一事作了批复确认，法院认定股东完成出资。后股东以个人名义向国家知识产权局申请专利是股东的权利，不能推翻已经完成出资的事实。

五、小结

虽然注册资本认缴制下股东履行出资义务不再需要取得验资报告，但并非所有股东对公司的转款都能被认定为对公司注册资本的实缴。

对于负有出资义务的股东，在实缴出资时需要注意将转账备注为“投资款”、“股金”等明确指向出资的用途，同时要求公司提供收款凭证、出资证明书等证明材料。如果出资后又将出资款转出，则有构成抽逃出资，也不能当然免除出资责任。

如果是债权出资，则分为两种情况。股东以对目标公司的债权进行出资的，需要确保债权真实，债权出资的方式要经过股东会决议，最好在工商登记时也予以明确。股东以对第三人的债权进行出资的，除需要股东会决议通过、在工商登记材料中明确外，也要考虑债权的交付方式（包括签署债权转让协议、通知债务人等）和债权能否最终实现。

如果是实物出资，股东最好能够聘请专业机构对出资实物进行评估和验资。

如果是知识产权出资，首先出资协议/设立协议和公司章程中需要明确约定知识产权的出资方式，其次最好聘请专业机构评估知识产权的价值，最后需要将专利权属登记至目标公司名下。如果用以出资的知识产权没有法定登记机关的，则要做好交付工作，确保公司能够自行应用该知识产权进行生产经营。

另一方面，追究股东出资责任的主体，可能是公司的其他股东、公司本身或者债权人，当股东抗辩已经完成出资，则可以从转账时间、转账金额、转账凭证的备注是否合理、公司财务账册记载是否合理、股东与公司间是否存在其他款项往来、是否有抽逃出资等方面尝试提出合理怀疑，从而要求股东进一步举证。

如果股东的出资方式不是货币，追究股东出资责任的主体可以根据股东具体的出资方式从不同角度提出合理怀疑。股东以债权出资的，相关主体可以主张债权是虚假的，债权出资没有经过股东会决议批准、没有进行工商登记，对第三人的债权没有交付或根本不能实现等。股东以实物出资的，相关主体可以主张实物未经评估或没有交付使用等。股东以知识产权出资的，相关主体可以主张出资方式与《出资协议》或公司章程约定的方式不一致，知识产权未进行评估，未被登记或交付至公司，公司未将该知识产权投产使用等。

（本文首发于 2022 年 1 月 10 日）

新《公司法》修订背景下，如何巧用“股东失权”制度打破股东僵局

于赓琦

小红与小蓝是一对“相爱相杀”的商业伙伴，两人开了一家红蓝有限责任公司（“红蓝公司”）。从公司名可见，红是大股东，蓝是小股东。在平行时空中，宿命一般，两人总会因种种因缘际会，逐渐“相看两厌”。

公司法二审稿于 2022 年 12 月 30 日发布，并已于 2023 年 1 月 28 日结束征求意见，共收到社会各界两万五千余条意见。本次修订的一大“亮点”是增设了“股东失权”条款。虽然正式法律的出台时间尚未可知，但不同平行时空的小红和小蓝们已经迫不及待的开始了围绕股东失权条款的攻防。

现行法	公司法草案二审稿
《公司法解释三》第十六条：股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合理限制，该股东请求认定该限制无效的，人民法院不予支持。 《公司法解释三》第十七条：有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。 在前款规定的情形下，人民法院在判决时应当释明，公司应当及时依法定程序变更注册资本并由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在办理变更注册资本或者变更其他股东或者第三人缴纳出资手续之前，公司债权人依照本规定第十三条或者第十四条请求相关当事人承担补充责任的，人民法院不予支持。	《公司法（修订草案）》第五十一条：有限责任公司成立后，董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按照所认缴的出资缴纳，应当书面通知其在合理期限内缴纳，逾期仍未缴纳的，应当书面通知解除其股东资格，并报登记机关备案。 公司依照前款规定解除股东资格，可以限制该股东行使期限，期限自公司发出书面通知之日起，不得少于三十日。宽限期届满，股东仍未缴纳出资义务的，公司可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳的出资的权利。 依照前款规定丧失出资权利的股东应当依法转让，或者相应减少注册资本并注销该出资；六个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。 股东未缴纳出资而转让出资，受让人知道或者应当知道该股东丧失出资权利的，应当承担补充责任。

时空一：小蓝已全额出资或未至出资期限，小红逾期未出资或抽逃出资

首先，不论在现行法还是二审稿下，小蓝均有权要求小红出资并向小蓝承担违约责任（如有约定），且假如红蓝公司还有另一个发起人 A，小蓝还有权要求 A 承担连带责任。

现行法下小蓝依据的主要是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（“《公司法解释三》”）第十三条，二审稿下还可依据《公司法（修订草案）》第五十条、第五十二条。但应注意，二审稿相关规定与《公司法解释三》规定并不能完全等同，仍存在进行法律解释的需要。

在此基础上，如果小蓝不期待小红出资，而是希望妥善利用相关制度，以小股东的身份单方面“除掉”小红的股权，争取夺得红蓝公司的控制权，则会面临种种问题，如：

1.能否“除权”？

不论是现行法还是二审稿下，如果小红并未完全未出资或抽逃全部出资，小蓝都无权直接“除掉”小红的股东身份。

现行法下，小蓝原则上只能依据《公司法解释三》第十六条对小红未缴或抽逃部分出资

对应的股东权利进行合理限制，且这种限制应只针对小红的股东“自益权”¹。但是如果小蓝特别讨厌小红，愿意冒一些败诉风险的话，倒也不是不可以直接召开股东会将其除权，并准备好应对小红随之提起的公司决议效力确认之诉或公司决议撤销之诉——小蓝的这种操作有“(2018)京02民终12476号”、“(2016)最高法民申237号”等案例的支撑。

二审稿下(第五十一条)，小蓝根据小红未缴比例将其除权的计划有了明确的法律依据，不需要冒那么高的败诉风险了。此外，虽然二审稿并未规定对于抽逃出资的股东能否除权，但小蓝聘请的律师通过“举轻以明重”的论证，想必可以将存在抽逃出资行为的、“更坏的”小红也纳入除权条款的规制范围。然而，解决了“能否”的问题后，小蓝还将面临如何除权的问题。

2. 如何“除权”？

现行法下，小蓝需要通过红蓝公司名义催告小红出资或返还出资，小红在合理期限内仍不履行义务的，小蓝可以通过召开股东会决议将小红“除权”。在这个过程中，小蓝会面临以下主要困难：

第一，小蓝作为小股东，很可能不控制公司公章，如何以公司名义催告？这个困难或许可以通过一些迂回方式解决：如小蓝提议召开股东会临时会议（假设小蓝持股超过10%），并通过送达会议议案的方式催告小红出资。

第二，如完成催告后小红仍未出资，召开股东会作出除权决议时是否应允许小红投票？此时应理解为小红需回避表决（但仍有权参会），因为从逻辑上，如需要小红表决同意自己被除权，则除权制度本身存在的意义就丧失了。该观点有上海市第二中级人民法院于2018年9月28日发布的《2013—2017年公司决议案件审判白皮书》中的法院观点、及相关司法案例支持。

二审稿下，红蓝公司的董事会应对股东出资情况进行核查，发现小红未按期足额缴纳出资的，应当向该其发出书面催缴书并载明宽限期；宽限期届满，公司可直接通知小红除权，除权生效之日为通知发出之日。这种情况下，小蓝同样会面临相关问题：

第一，小蓝作为小股东，很可能只在红蓝公司董事会提名了少数董事（“蓝方董事”），甚至一个董事席位都没有。如此，蓝方董事能否不以董事会身份而是以董事个人身份发出催缴书？又或，小蓝自身能否作为股东进行这种法定的催缴程序？对于这个问题，二审稿并未给出答案，实务中或将面临争议。

第二，如催缴完成，小蓝手中又有公司公章，是不是不经股东会决议就可以通知小红除权？此时如果小蓝有自己的常法律师，律师可能会建议谨慎起见、走一个股东会决议的程序，如此方能体现对小红的除权行为代表了“公司意志”。

¹ 相关观点可见于“(2019)吉24民终1742号”案件，法院相关论述为：“出资人成为公司股东后，根据其享有股东权利的内容及目的，可将股东权分为自益权和共益权。自益权是股东为获得自身利益而行使的权利，如利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等。共益权是股东以参与公司经营管理为目的或以个人利益为目的兼有为公司利益而行使的权利，如临时股东会召集请求权、表决权、质询权等。根据《中华人民共和国公司法》及相关司法解释的规定，利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等自益权原则上应受到是否实缴出资的限制，表决权等共益权原则上不应受到是否实缴出资的限制。同时，《中华人民共和国公司法》和相关司法解释也赋予公司可通过章程等形式作出另行不同规定。”

3. 除权如何善后？

小红被除权后，小蓝还不能办庆功宴，因为战争尚未完结。股东失权后，对应股权成为“无主股权”，该无主状态不可长期维持，应尽快通过注销股权或变更持股主体的方式解决。为了促使各方尽快解决无主股权问题，现行法及二审稿分别设置了配套的激励条款，这将使得小红小蓝的攻防关系产生一些“变数”。

现行法下（《公司法解释三》第十七条第二款），无主股权问题只能通过红蓝公司“定向减资”或“其他主体实缴无主股权相应出资”两种方式解决。在解决前，失权股东、公司发起人、有过错的其他股东/董事/高管/实际控制人仍将面临被红蓝公司的债权人追责的风险——小红和小蓝仍是绑在一根绳上的蚂蚱。此时如果通过定向减资方式解决，不少地区的工商部门都会要求提供小蓝签署的减资决议，否则无法办理减资的工商变更登记，这导致外部债权人仍可以“不知情”为由，要求小蓝就公司债务不能清偿的部分与小红承担连带责任；如果通过其他主体实缴出资方式解决，小蓝需要自行实缴出资或者找外部第三人出资，且在小红不配合签署相关材料时，小蓝仍难以说服工商部门办理相关工商变更登记（工商可能将其理解为小红对于小蓝/外部主体的股权转让而要求提供股转协议）。以上种种，导致即使被除权，小红仍会保有一些谈判筹码。小红此时或许会提出以合理价格退出红蓝公司。

二审稿下，无主股权问题需要通过红蓝公司“定向减资”或“无主股权依法转让”（二审稿并未明确要求实缴）解决，如果公司未在六个月的法定期限内解决无主股权问题，则无主股权对应的出资义务转由小蓝承担。这使得小蓝如不及时促使问题解决，反而要直接承担无主股权的出资义务。至于出资义务转由小蓝承担后、小红是否、如何承担相关义务或责任，又或六个月内的责任分配如何，二审稿并未明确规定。这种情况下，如果小蓝不介意自身出资，则其可能会将时间拖到六个月后，从而便于办理工商变更。如果小蓝资金不足或者找不到外部投资人，则小红就有充分的机会与小蓝谈判，争取以一个较好的条件退出公司。

4. 如何办理工商登记？

假如小红被除权后，不再配合签署任何相关文件，在现行法下，小蓝会发现自己即使控制了红蓝公司的章证照，也很难办理相关的工商变更。工商部门的窗口老师可能会提出以下顾虑：第一，除权的合法性涉及实体问题的判断，工商部门仅作形式审查，难以作出实质认定；第二，被除权主体未同意被除权，仍有提起相关诉讼推翻除名决议的可能性；第三，窗口老师很少遇到合伙人除名的办理，缺乏标准化流程指引。

对于第一个问题，小蓝可以通过红蓝公司聘请律师事务所进行核查并出具书面的法律意见，“协助”工商部门进行实体认定；对于第三个问题，小蓝也有沟通、说服的可能性。唯独面对第二个问题，小蓝犯了难：小红在收到除权通知后，尚可通过提起公司决议效力确认之诉或公司决议撤销之诉救济自身权利——对于前者的时效/期间利益，法无明文规定，部分裁判机构认为其不适用诉讼时效²，小红似乎这辈子随时可以起诉；对于后者，其适用“自

² 如“（2019）苏 01 民终 7814 号”案、“（2019）鲁 04 民终 2879 号”案中，法院均认为确认之诉不适用民事诉讼时效。

决议作出之日起六十日”的除斥期间³。如此一来，小蓝不得不等待小红主动发起诉讼，或说服红蓝公司其他股东（如有）主动“制造”一个诉讼，并期待着当地的工商部门能够依据小蓝的胜诉判决配合办理工商登记。

二审稿下，小蓝同样会面临前述“问题二”，相关困境不会有本质区别。

时空二：小红已全额出资或未至出资期限，小蓝逾期未出资或抽逃出资

在这种情形下，双方角色互换，面临的法律风险与时空一类似，但基于持股情况不同、出资义务的轻重不同，双方的谈判地位可能会不同。此时对于小蓝而言，因为红蓝公司非其控制，或许就没有意向继续完成出资，以免自身资产经由红蓝公司被小红控制。对于小红，如果追求的是将小蓝除权的效果，则在二审稿语境下，其或许并不在意通过协商谈判取得小蓝的配合，而是更愿意在发出除权通知后拖延时间至六个月以后——此时出资义务转由小红承担，小红对公司进行平价出资即可。

除此以外，如果小红、小蓝均未至出资期限，且小红持有红蓝公司三分之二以上股权，小红可能会考虑控制股东会作出提前出资并修订章程的决议，并以此为由谋求将小蓝除权。这种股东会决议可能涉及利用控股股东地位损害小股东权益，从而面临被认定为无效的法律风险⁴。

时空三：小蓝、小红均存在逾期未出资或抽逃出资情形

不论是现行法还是二审稿，都未禁止自身也未出资的股东要求其他未出资股东出资，所以该时空中，可能会出现小蓝、小红互相起诉/反诉要求对方出资的情况。

对于是否能互相除权的问题，逻辑上来看应当不可以，因为除权的股东会中，小蓝、小红均需要回避表决，从而无法作出股东会决议。这种观点也在“（2020）粤 19 民终 11525 号”等案件中得到印证。此时，双方可能不得不坐下来好好谈，又或是利用其他手段进行操作。

总结

总体而言，二审稿使得小红和小蓝们在面临股东僵局时有了更多、更有可操作性的救济渠道，但与此同时也遗留了一些法律解释的余地。以上时空中，小红、小蓝还可能引入第三方（红蓝公司的外部债权人、又或其他股东），对对方施加其他压力，从而使得情况变得更加复杂。但无论如何，笔者相信，提前研究并理解法律规定的小红和小蓝们总能在利益平衡的基础上，使得己方获得更好的商业效益。

（本文首发于 2023 年 2 月 27 日）

³ 《公司法》第二十二条第二款：“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。”

⁴ 可参考“（2017）沪 01 民终 10122 号”案件判决书中的相关表述。

星瀚税法

以偷逃其他税源为目的的虚开专票能构成虚开增值税专用发票罪吗？（一）

崔岩双、李煦

1994年初，我国开始推行增值税制度。然而，因当时的技术疏漏，增值税专用发票多为手写，为违法分子提供了可乘之机。各地陆续爆发了许多骇人听闻、导致国家税款大量流失的税案。

在这种背景下，两高在1994年6月紧急出台司法解释，将虚开行为以投机倒把罪论处；1995年，全国人大又光速以单行刑法的方式设立虚开增值税发票罪。并且，秉持一种必须严肃处理、痛击该类虚开增值税发票行为的强硬态度，立法者为此罪设下了和诈骗罪相当、最高为死刑的法定刑（后死刑被予以废除，现行刑法中最高法定刑为无期徒刑）。

因此，虚开增值税发票罪是为打击骗取抵扣税款问题、滞后性地、“赶鸭子上架”应运而生的一个法律条款。在立法当时，行为人虚开增值税发票就是为了利用增值税发票制作成本低、核实难从而“空手套白狼”虚开，通过销项未交、进项抵扣骗取国家税款。然而，因技术手段的进步，现已无法实现“野蛮虚开”，但现实中出现了一种以偷逃其他税源为目的的虚开增值税发票行为，即交易双方都依照有关规定缴纳和抵扣增值税税款，并未导致国家增值税税款的损失，但都导致了国家其他税源流入减少。

这种以偷逃其他税源为目的的虚开增值税发票行为，构成虚开增值税专用发票犯罪吗？本文拟从虚开增值税发票罪虚开行为、虚开目的、虚开结果的角度，就上述以偷逃其他税源为目的的虚开增值税专用发票行为是否构成虚开增值税专用发票罪进行探讨，以拓宽思路。

一、从虚开行为角度

构成虚开增值税发票罪，行为人首先应具有虚开行为。从历年对虚开增值税专用发票罪的立法文本来看，除1994年司法解释将虚开行为界定在“非法为他人代开”以外，刑法都将虚开行为划分为为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开四种，罪状比较简单，给刑法条文适用留下了巨大的解释空间。在本公众号发表的系列文章《“我这样算是虚开增值税专用发票吗？”——参考答案在这里》中，对此做出了详细介绍。

颁布时间	文件名称	文件性质	对虚开增值税发票罪的规定
1994.6.3	《关于办理伪造、倒卖、盗窃增值税专用发票刑事案件适用法律的规定》	司法解释	为了保障税制改革和经济建设的顺利进行，依法惩处伪造、倒卖、盗窃发票的犯罪分子，特作如下规定： 二、以营利为目的，非法为他人代开，虚开发票金额累计在五万元以上的，或者非法为他人代开，虚开增值税专用发票抵扣税额累计在一万元以上的，以投机倒把罪追究刑事责任。
1995.10.30	《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》	单行刑法	虚开增值税专用发票为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开增值税专用发票行为之一罪。
1997	《中华人民共和国刑法》	刑法	第二百零五条虚开增值税专用发票为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一罪。
现行	《中华人民共和国刑法》	刑法	第二百零五条虚开增值税专用发票为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一罪。

二、从虚开目的角度

虽然刑法条文没有明确主观目的这一构成要件，但从近年来发展的一些司法解释文件来看，已经肯定了虚开行为需具有骗取国家税款目的。如 2020 年《最高人民法院关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》就明确提出：“对于有实际生产经营活动的企业为虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为，不以虚开增值税专用发票罪定性处理。”因此，“主观上并无骗取抵扣税款的故意”已经成为“虚开增值税专用发票罪”的出罪条件。

要厘清“骗取抵扣税款”的故意，需先理解增值税的原理。增值税是指以商品和劳务在流转过程中产生的增值额作为征税对象而征收的一种流转税。在进入最终流通环节之前，环环征税、环环抵扣直至进入消费环节，因此在每一个销售环节上，销售方均按照该环节上的法定增值额进行纳税申报，具体的计算方式为销项税减去进项税。环环相扣后，其征收本质上为增值税为最终的消费者所承担。综上，对于增值税而言，只有在下游受票方已进行抵扣，但上游销售方未缴或少缴税款的情况下，才会造成国家增值税税款的流失。

故要构成虚开增值税的犯罪，行为人虚开的目的一定是“骗取抵扣税款”，而非“偷逃税款”。

刑法中的“骗取”需以非法占有为目的，使用欺骗方法，骗取他人数额较大财物的行为。虚开增值税发票犯罪中的“骗取”税款，隐含着一种诈骗行为，即以非法占有本不属于自己的“抵扣税款”为目的，使用了欺骗的方法--虚开发票，骗取了国家税款。而“偷逃税款”的行为模式为采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报不缴纳应缴纳的税款。无论是从当事人的主观恶意还是违法行为的客观危险性来看，“骗取抵扣税款”与“偷逃税款”都截然不同。许多人对于这一非法目的理解不够深刻，将两者混为一谈，这就产生了界限上的混淆。

“骗取抵扣税款”与“偷逃税款”在主观目的上存在着本质区别，这也是两罪中的行为人同样导致国家税款损失，但逃税罪最高法定刑仅为七年以下有期徒刑，但虚开增值税专用发票罪最高法定刑为无期徒刑的原因。虚开增值税发票犯罪中的“骗取抵扣税款”，隐含着一种诈骗行为，从虚开增值税发票罪的法定刑与诈骗罪的法定刑相比较来看，二者的量刑情节也是均衡的，如下：

	虚开增值税专用发票 (《刑法》第二百零五条)	诈骗罪 (《刑法》第二百六十六条)
第一档	虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金	诈骗公私财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金
第二档	虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金	数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金
第三档	虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产	数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产

所以，在适用虚开增值税发票罪时，要严格注意其主观目的是“骗取抵扣税款”还是“偷逃税款”，如无“骗取抵扣税款”的目的，不能构成虚开增值税发票罪。

三、从虚开结果角度

对虚开增值税发票罪的构成要件是否包含“需实际导致国家税收遭受损失”存在两种截然不同的观点，因此理论界存在虚开增值税发票罪构成行为犯还是结果犯之争；在行为犯内部，又存在着“实施行为需具有骗取国家税款之主观目的”还是“需具有国家税收遭受损失的客观危险”即可，存在着虚开增值税发票罪是目的犯还是危险犯之争。笔者将在本系列的后续文章中对此问题进行探讨。

笔者认为，不论采取哪种观点，虚开增值税专用发票罪的危害结果应系虚开增值税专用发票所致的“抵扣税款”问题，也即只有在上游销售方未缴或少缴税款的情况下，下游受票方进行抵扣而导致国家“抵扣税款”损失的情况下才可认定为虚开增值税专用发票罪。

结合上述分析，以偷逃其他税源为目的虚开增值税发票，确实具备虚开行为；然而，从虚开目的来看，行为人不具有“骗取抵扣税款”的目的；从虚开结果来看，国家税源损失也不是因“抵扣税款”问题导致的。对于这种行为，不应认定为虚开增值税发票罪，应以逃税罪定罪更为妥当。

（本文首发于 2023 年 2 月 6 日）

以偷逃其他税源为目的的虚开专票能构成虚开增值税专用发票罪吗？（二）

崔岩双、李煦

在上期文章《以偷逃其他税源为目的的虚开专票能构成虚开增值税专用发票罪吗？

（一）》中，笔者从虚开增值税专用发票罪的虚开行为、虚开目的、虚开结果三个角度，对以偷逃其他税源为目的的虚开专票行为是否构成虚开增值税专用发票罪进行了探讨。本期文章将从具体案例出发，继续深入地探讨分析以偷逃其他税源为目的而虚开专票行为的性质。请看如下案例：

A 公司为避免向股东直接分红缴纳个税，于是和 B 公司虚构交易并虚开增值税发票，B 公司收款后扣除相应增值税税款及手续费后将余款返还至股东账户，从而偷逃个人所得税。

我们可以发现，在上述案例的增值税环节中，双方都依照相关法律法规缴纳税款和抵扣，并未导致国家税款损失。但综合整个案情来看，当事人的行为导致了国家其他税源——个人所得税的流入减少。固然，从客观情形上看，当事人具有虚开增值税发票的行为。但是，这种以偷逃其他税源为目的的虚开专票行为，构成虚开增值税专用发票犯罪吗？

在分析上述案件之前，我们先来看两则司法实务判例。

芦某兴案

案情概要

1997 年 7 月至 1998 年 12 月，被告人芦某兴挂靠宁波旭 X 联运有限公司(以下简称旭 X 公司)，并获取了全国联运业货运统一发票(以下简称联运发票)和浙江省宁波市公路集装箱运输专用发票及浙江省公路货运专用发票等运输发票。为少缴应纳税款，芦某兴先后接受虚开的表明营业支出的联运发票、浙江省宁波市公路集装箱运输专用发票及浙江省公路货运专用发票等运输发票共 53 张，价税合计人民币 6744563.77 元，并将上述发票全部入帐，用于冲减其以旭 X 公司名义经营运输业务的营业额，实际偷逃营业税 200379.25 元，城建税 14026.55 元，企业所得税 333965.41 元，合计偷逃税款 548371.21 元，且偷逃税额占其应纳税额的 30% 以上（被告另有为他人虚开发票行为，本文仅分析为自己虚开的上述案情）。

作案手段

行为人将虚开的发票入账，用于冲减经营运输业务的营业额，以达偷逃其他税款的目的。

实务观点

浙江省高级人民法院二审认为：……行为人必须具有抵扣税款的故意。虽然虚开抵扣税款发票罪是行为犯，只要行为人实施了虚开用于抵扣税款的发票就可构成犯罪，至于是否已将发票用于抵扣税款，不影响虚开抵扣税款发票罪的成立，但行为人若没有抵扣税款的故意，即使实施了虚开抵扣税款发票的行为，也不能以虚开抵扣税款发票罪定罪处罚。……本案中，所有用票单位都是运输企业，均不是增值税一般纳税人，无申报抵扣税款资格，因此本案被告人为别人虚开或让别人为自己虚开的发票在运输企业入账后，均不可能被用于抵扣税款。被告人芦某兴主观上明知其所虚开的运输发票均不能用于抵扣税款，客观上使用虚

开发票冲减营业额的方法偷逃应纳税款，其行为符合偷税罪的构成要件，而不符合虚开用于抵扣税款发票罪的构成要件。

上述判决实际上也强调了被告人的虚开目的必须是骗取抵扣税款。其从本案中所有的用票单位都无申报抵扣税款资格这一客观事实出发，认定本案开票行为客观上不存在骗取国家抵扣税款的可能，从而逆推出行为人的主观故意为少缴纳税款，而非骗取抵扣税款，因而认定其构成偷税罪。

纵观本案，行为人存在虚开行为，但并未将虚开的发票用于抵扣，且其虚开目的为偷逃其他税源，因而法院不认定其构成虚开增值税专用发票罪。

杨某勇案

案情概要

2015年7月至10月间，被告人杨某勇经张某和李某介绍，利用其实际控制的亳州市苇X贸易有限公司和亳州市地X升贸易有限公司，在未实际经营沥青、燃料油的情况下，采取虚构货物交易、变更货物品名的方式，从上游企业山东龙X化工公司、江苏艾X石油化工有限公司、泰州申X石油化工有限公司、泰州市龙X物流有限公司、泰州凯X通石化有限公司、大连海X石油化工有限公司等公司获取沥青增值税专用发票，向下游企业上海佳X石油化工有限公司、上海天X石油化工有限公司、淄博龙X化工有限公司、泰州中X商贸有限公司等公司开具燃料油增值税专用发票，从中牟取利益。杨某勇实际控制的苇X公司和地X升公司为他人虚开增值税专用发票合计826份，价税合计10829.830142万元，虚开税款合计1573.5650599万元，致使消费税偷逃4223.1248724万元，从中获利117.628499万元。

作案手段

本案被告杨某勇实为“变票人”。杨某勇以其实际经营的苇X公司和地X升公司与上、下游公司签订虚假的购销合同，从上游公司取得虚假开具的沥青增值税专用发票，通过“变票”向下游公司虚假开具燃料油增值税专用发票，使得下游公司从生产燃料油公司“转变”为流通燃料油公司，从而实现逃避缴纳消费税的目的。

实务观点

自本案提起公诉以来，历经了多次上诉、发回。安徽省亳州市中级人民法院在（2017）皖16刑初17号、（2018）皖16刑初1号中都认为，杨某勇构成虚开增值税发票罪；而在（2019）皖16刑初27号中的第三次一审中，法院改变了其观点，认为杨某勇的行为构成逃税罪。

（2019）皖16刑初27号判决书中，法院主要观点有三：

（一）虚开增值税专用发票罪要求行为人主观上具有骗取国家税款目的

虽然刑法对虚开增值税专用发票罪采用的是简单罪状描述，但构成本罪要求行为人主观上具有骗取国家税款目的，更符合立法时立法者对本罪的认知，也更符合罪责刑相适应原则。

（二）杨某勇主观上不具有骗取国家税款目的

就本案而言，杨某勇的“变票”行为有通过虚构交易环节，且在虚构的交易环节中虚假开具增值税专用发票并进行抵扣的行为。但**杨某勇通过“变票”向下游公司虚开增值税专用发票并不是为了利用增值税专用发票的抵扣功能从国家骗取税款，而是为了帮助下游公司从生产燃料油公司“转变”为流通燃料油公司，进而逃避缴纳消费税，即上述虚构交易环节、虚开增值税专用发票、“变票”的行为，都是最终实现逃避缴纳消费税的手段。**

（三）本案客观上不存在国家增值税税款被骗取的情形

下游公司从杨某勇公司取得的虚开的增值税专用发票用于抵扣，因其抵扣的税款是其在上一个交易环节所缴纳的增值税，因此在**增值税专用发票整个流转线条上不存在增值税被骗的结果，即国家税款实质上没有被骗取。**

因此，**杨某勇虽然实施了虚开增值税专用发票的行为，但其主观上不具有骗取国家税款的目的，客观上也没有造成国家税款被骗取，其行为不构成虚开增值税专用发票罪。**杨某勇的行为致使消费税偷逃达 4223.1248724 万元，已远超应纳税额百分之三十以上，符合逃税罪的构成要件，应以逃税罪追究刑事责任。

纵观本案，行为人存在虚开行为，甚至已经将虚开的发票用于抵扣。**但是，从虚开目的来看，行为人虚开目的为偷逃其他税源；从虚开结果来看，在增值税环节也没有使得国家税款遭受损失。**因此，法院不认定行为人构成虚开增值税专用发票罪，而以逃税罪论处。

本案分析

通过上述二案，我们可以明显看出，实践中法官越来越支持构成虚开增值税专用发票罪在虚开目的和虚开结果上存在限缩条件。芦某兴案中，法院创造性地提出“行为人需有抵扣税款的故意”这一构成要件；杨某勇案中，法院更是详细论述了虚开增值税专用发票罪的立法目的，强调构成该罪，行为人的虚开目的是骗取抵扣税款、且虚开结果是国家增值税税款被骗取。

在上述分析的基础上，我们再来回顾本文开篇提出的案例。该案中，当事人存在虚开行为，此无异议。然而，就虚开目的来看，当事人的虚开目的不是为了骗取国家税款，而是偷逃应缴纳的个人所得税；从虚开结果来看，A 公司股东本应缴纳个税，但实际未缴纳个税就取得了“分红”，导致国家应收的个人所得税遭受了损失。

因此，对于此种以偷逃其他税源为目的的虚开增值税发票行为，与为骗取抵扣增值税税款的虚开增值税专用发票行为在社会危害性上有显著不同，如亦认定为构成虚开增值税专用发票罪，不符合虚开增值税专用发票罪的立法目的，应以逃税罪定罪更为妥当。

（本文首发于 2023 年 2 月 20 日）

以偷逃其他税源为目的的虚开专票能构成虚开增值税专用发票罪吗？（三）

崔岩双、李煦

通过本系列前两篇文章《以偷逃其他税源为目的的虚开专票能构成虚开增值税专用发票罪吗？（一）、（二）》的分析，对于以偷逃其他税源为目的的虚开专票行为不应构成虚开增值税专用发票罪、如构成逃税罪等其他犯罪应以实际罪名论处，我们已经做出了较为详细的分析和论述。然而，当我们回归虚开增值税专用发票罪的本质，会发现下述问题依然悬而未决：在《刑法》相关条文并没有在虚开目的和虚开结果上对构成虚开增值税专用发票罪进行限制的情况下，通过虚开目的和虚开结果对虚开增值税专用发票罪的适用范围做限缩性解释，其定罪依据和正当性何在呢？本期文章将从虚开增值税专用发票罪保护的法益和虚开增值税专用发票罪的性质角度，尝试解答上述问题。

一、虚开增值税专用发票罪保护的法益

张明楷教授认为：“即使是形式的法益概念，也具有立法批判功能，只不过这种批判是通过解释论表现出来的……学者们在解释论上对虚开增值税专用发票罪提出的限制条件，就是因为虚开增值税专用发票罪的保护法益并不只是发票管理秩序，而是包括国家的增值税财产利益。”¹可见，确定虚开增值税专用发票罪保护的法益是为该罪定性的前提。笔者认为，虚开增值税专用发票罪实际上侵犯了税收征管秩序和国家税款安全双重法益。

（一）税收征管秩序

从刑法文本上看，《刑法》第二百零五条规定：……虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，是指有为他人虚开、为自己虚开、让他人為自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。

从文义解释，《刑法》将上述四种虚开行为当作处罚对象，保护的法益即位税收征管秩序。所谓税收征管秩序，包括征收对象、税率、纳税期限、征收管理体制等内容，虚开专票行为侵犯的是其中增值税专用发票的管理制度。

（二）国家税款安全

然而，税收征管秩序只是虚开增值税专用发票罪保护的表层法益，国家税款安全才是本罪真正需要保护的深层法益。

第一，从虚开增值税发票罪的历史沿革来看，其立法目的显然是防止国家税款大量流失。1994年初，国家开始推行增值税制度，但当时国家监管手段差，许多不法分子瞄准增值税发票管理上的疏漏，爆发了许多导致国家税款损失上十万、上百万元的税案。于是，两高就在1994年6月紧急出台司法解释，以“保障税制改革和经济建设的顺利进行，依法惩处伪造、倒卖、盗窃发票的犯罪分子”为目的，规定虚开行为以投机倒把罪论处。随后1995年10月，全国人大就以“惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票和其他发票进行偷税、骗税等犯罪活动，保障国家税收”为目的，紧急出台了单行刑法，设虚开增值税发票罪，对这

¹ 张明楷：《刑法学（第六版）》，法律出版社2021年第六版，第80页。

种乱象进行管制。可以看出，最初对虚开增值税发票进行规制，目的就是“以票管税”，惩治以虚开为手段骗取国家税款的行为。

第二，从有关规定的体系解释上看，也可得出虚开增值税发票罪囊括了骗取国家税款的法益要件。1997年《刑法》第205条第二款规定：“有前款行为骗取国家税款，数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”这一规定第一次将“骗取国家税款”囊括进虚开增值税发票罪的法条中。然而，205条第一款刑法文本中规定的三个量刑情节都没有与骗取国家税款产生联系。那么，第二款的骗取国家税款的行为是否只是虚开增值税发票罪的行为加重犯呢？笔者认为，虽然《刑法》第205条对本罪的实行行为表述为虚开增值税专用发票，没有涉及骗取国家税款的内容，但有关司法解释，如1996年10月17日最高院《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》就将骗取国家税款的行为和结果都一并包含在本罪的构成要件之中。因此，骗取国家税款不是行为加重犯，而是构成虚开增值税发票基本犯所需的条件。虽然2005年修改刑法将该条第二款删去，但该做法显然也是为了迎合废除死刑的大趋势，而非改变该条的立法旨意。²

综上，虚开增值税专用发票罪侵犯了税收征管秩序和国家税款安全双重法益，税收征管秩序为表，国家税款安全才是本罪保护的真正法益。

二、虚开增值税专用发票法律性质

对于虚开增值税专用发票罪的法律性质，学界对构成虚开增值税发票罪是否需要“导致国家税收遭受损失”这一实害结果存在不同的观点；而在不要求本罪构成实害结果的学者内部又存在着本罪“行为人实施行为需具有骗取国家税款之主观目的”还是“需具有国家税收遭受损失的客观危险”两种不同的观点，即存在着是目的犯还是危险犯之辩。

（一）是否要求实害结果：危险犯与实害犯之争

由于虚开增值税专用发票罪的法条没有规定实害结果，且就文本来看，只要为虚开行为即构成犯罪，故实践中大多数法官都持本罪为行为犯的观点。但是，近年来越来越多的学者认定本罪应为实害犯。

如张明楷教授就将其观点从“抽象危险犯”转变为“实害犯”。其通过法教义学的解释，通过如下三个理由指出：“认为本罪是实害犯而不是危险犯，才可能有利于本罪的认定。”³

第一，本条的原第2款规定：“有前款行为骗取国家税款，数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”显然，如果骗取国家税款没有达到数额特别巨大的，仍然适用第1款。这便表明第100款规定的是实害犯。《刑法修正案(八)》虽然删除了原第2款规定，但只是为了废除本罪的死刑而删除的。而且，删除该款规定后，就意味着对于骗取国家税款数额特别巨大的行为，也只能适用第1款。

第二，第1款规定的行为包括虚开可以用于骗取出口退税的发票，可是刑法第204条却规定了骗取出口退税罪，但没有规定骗取增值税罪，所以，骗取增值税或者说利用虚开的增

² 参见陈兴良：《虚开增值税专用发票罪：罪名沿革与规范构造》，载《清华法学》，2021年第1期，第25-26页。

³ 张明楷：《刑法学（第六版）》，法律出版社2021年第六版，第1059页。

值税发票抵扣增值税的行为，只能适用第 205 条第 1 款，这也表明虚开增值税专用发票罪是实害犯，而不是危险犯。

第三，如果将虚开增值税专用发票罪理解为抽象危险犯或者行为犯，就意味着不管行为人是否抵扣增值税，所受处罚完全相同，这明显不符合罪刑相适应原则。概言之，由于本罪实际上是诈骗犯罪，而且是实害犯，所以行为人主观上必须具有骗取增值税款等税收财产的故意与非法占有目的。因过失而误开、错开增值税等发票的，不成立本罪。

（二）主观目的还是客观行为：目的犯和危险犯之辩

行为犯说认为，只要行为人着手实施犯罪并达到法律所要求的程度就是完成了犯罪行为。行为人有无偷逃税的目的、行为人有无实际骗取、抵扣税款，并不影响犯罪的认定。

而目的犯和危险犯，虽然也都认为行为人是否实际骗取、抵扣了税款不影响虚开增值税专用发票的认定，但都在“行为犯”的基础之上，添加了一些构成要素。

其中，危险犯从客观行为本身的危险性出发，要求以具有一定的法益侵害的危险行为作为构成要件要素。因此，构成虚开增值税专用发票罪，不仅应当具有符合构成要件的虚开行为，而且这种行为还应当具有对于法益侵害的危险性。对于虚开增值税专用发票罪而言，其侵犯的法益有二：税收征管秩序和国家税款安全。对于前者，存在虚开行为则必然侵犯；而对于后者，则只有当事人开具的发票有可能被用于抵扣骗取国家税款、具有导致国家税款安全遭到侵害的可能时，才构成犯罪。这也是对开、环开等犯罪不被认为构成虚开增值税专用发票罪的原因所在。

而对于目的犯说，虚开增值税专用发票罪，属于目的犯中“短缩的二行为犯”情形。本罪实际上包含两个行为：第一个是刑法规定的构成要件行为，即虚开行为；第二个行为是附带的行为，即骗取抵扣税款。行为人构成犯罪不需要实施第二个行为，但是，主观上需要具有实施第二个行为的目的。由于刑法没有将骗取抵扣税款为目的写入虚开增值税专用发票罪的罪状中，因此，本罪属于非法定的目的犯。之所以在目的上对本罪做出限缩性解释，主要是从目的解释出发，认为立法机关将虚开增值税专用发票设置为犯罪，主要是为了惩治那些为自己或为他人偷逃、骗取虚开增值税专用发票的行为。

诚然，我国刑法在罪状上将虚开增值税专用发票罪规定为行为犯，但是无论从实践角度还是学理角度解读，都会发现虚开增值税发票罪的立法已经与社会发展需要相背离，很多司法裁判案例以“因客观上未造成国家增值税税款损失”不认定犯罪，遵循刑罚谦抑性和罪刑责相适应的基本原则，认为在增值税发票管理手段和能力大幅提高的情况下，不能按照立法初期的标准认定犯罪，否则会导致刑罚的不当适用，最终导致刑法权威的减损。

（本文首发于 2023 年 3 月 13 日）

星瀚知产

热爱法律的技术派

音乐剧全产业链中的知识产权合规实务

周文洁

舶来品音乐剧真正走入中国观众视线在本世纪初，2002 年上海大剧院引入百老汇原版音乐剧《悲惨世界》，这对于很多中国观众来说是第一次近距离的感受音乐剧的魅力。音乐剧在中国市场发展短短 20 年左右，从最早整部引进原版剧，到现在的改编剧、原创剧，音乐剧市场也呈现百花齐放的样态。过去的 20 年，音乐剧经过摸索已经形成完整的产业链，音乐剧创作和演出合作过程中参与的主体越来越多样化，从大机构，到中小机构，甚至个人。但是音乐剧法律服务，特别是音乐剧中包含的知识产权法律服务，仍然少有专业的法律从业者涉足，也缺少案例和法律实务经验的积累。因此目前法律服务从业者似乎还无法给各类音乐剧参与者提供成熟的风险提示建议和合规意见。音乐剧作品都是大投入大制作的项目，且属于知识产权密集型项目。本文旨在为音乐剧项目中的各种参与者，提供音乐剧全产业链中的知识产权合规审查的初步法律建议。

另外，音乐剧后续衍生的产业链，如：录音、录像制品和发行、非剧院性质的演出等，并不在本文讨论范围之内。

一、合规背景：从音乐剧创作和合作模式看知识产权合规的基本要素

（一）合作协议性质：多方协议 v. s. 双方协议

笔者曾经在从事授权行业的法律服务过程中，处理过知识产权合规事务以及相关合同审查事务，包括：外国著名品牌和形象通过授权进入中国并进行商业化使用，比如，将国外知名品牌和动画形象引入中国后进行儿童剧的开发。此类合作模式与中国音乐剧市场一直以来的海外引进剧的合作模式非常相似。授权协议一般采用多方协议，较少出现双方协议。过去中国演出市场上的海外引进剧合作比较常见的模式也是采纳多方协议。将中外合作各方一并拉入合同，合同中的设定权利义务关系，让协议各方均充分知晓，比起一对一的双方协议更能起到互相约束和增加信任的作用。

也有法律从业者提出应当避免签署多方协议，否则一旦有一方行为出现履约瑕疵会影响到多方的履行甚至多方合作协议的根本性违约。这种说法主要考虑存在个别合作方履行瑕疵的情况下，仅惩罚单个违约方并修复其违约行为，尽可能维持整个项目的正常推进。笔者认为，多方合作项目本身就是牵一发而动全身的运作，即使合作各方分别签署双方协议，整个项目也会因其中一份协议的违约而导致无法达成目的。如果分别签署多份双方协议，在解决每份协议的争议时，对法官和律师来说，办案难度将更大，因为需要多个案外人出庭才能审理查清事实。因此，笔者认为大项目，包括音乐剧项目的合作，采用多方协议，并尽可能把合作条件细化，相关条件应当让项目参与者同时知晓，可以起到多方互相监督牵制的目的，更容易促成合同的推进。即使出现一方违约的情况下，其他主体均可以根据协议参与争议解决或协助谈判。

（二）音乐剧项目合作协议的签约主体：音乐剧中小 IP 的作者 v. s. 音乐剧大 IP 制作商 v. s. 音乐剧演出经纪商

音乐剧早在上个世纪八十年纪已经风靡欧美地区，目前世界上最引人注目的两大音乐剧演出圣地分别在伦敦西区和百老汇。笔者早年在伦敦读书时，在学校附近就看到不少音乐剧剧场。国外音乐剧的演出模式是，一部剧在一个固定的剧院演出，演出时间短则几个月，长则几年甚至十几年。这样的制作和演出模式使得前期打磨一部剧成了费心费力的工作。伦敦西区的音乐剧制作模式是，由音乐剧制作人囤积大量 IP，制作人在购买前先对音乐剧的主题有一个构想，再围绕着自己的构想购买、改编剧本、音乐作品等单个小 IP，形成音乐剧的大 IP 后组织商演并盈利。欧美地区的音乐剧在进入主流剧院演出之前，一般会经过一些小剧场的试演，对剧本和内容进行进一步打磨，直到作品磨合到比较成熟的阶段，并由主流演出市场的剧院、投资机构、商业机构等助力，才能最终实现进入大城市的大剧院，开始日常化演出。¹

由此可见，音乐剧的积累旷日持久，音乐剧制作人是这个项目的中间力量。但是不同规模的音乐剧，它的制作人的职能定性以及工作范围在实务中也有区别：1）对于**小型音乐剧的制作人**来说，通常在创作音乐剧的同时，也一并进行商演的管理和资金运作，并在票务、演出管理等事务上与外包公司进行合作，例如：伦敦西区音乐剧《发胶星梦》²；2）对于**大型音乐剧的制作人**来说，由独立的两个主体分担两个职能，即：**演出制作商**——负责音乐剧的创作、改编、排演等艺术类和创意类工作；**演出经纪商**——负责音乐剧商演的融资、票务、宣传、剧场、演出管理等职能（例如：百老汇经典音乐剧《芝加哥》，音乐剧版权方和国际巡演公司分别承担演出制作商和演出经纪商的职能，两者同属于音乐剧制作人范畴。）

音乐剧制作人作为音乐剧项目的核心主导人，在合作签约过程中作为核心签约主体，具有承上启下的职能。

承上（通过签署版权转让协议、授权协议等）：对接上游单独的小 IP 的版权人，购买或取得授权，为了音乐剧的目的对单个作品进行再创造，即：收集、改编并打包重组获得的单个小 IP，从而形成音乐剧大 IP。

启下（通过签署商演协议）：对接下游市场的参与者（演出经纪商、剧场）将整合而成的音乐剧大 IP 进行商演和价值变现。

特别参与主体：投资人。音乐剧项目除了以前述三者的参与为必要之外，也可以在任意合作环节纳入资本合作。对于投资人注资的风险防控和合同审核，根据投资人所处的音乐剧产业链中的不同环节，进行风险防控和合规审查。比如：在音乐剧制作环节注资的时候，投资人可以视同音乐剧制作人的身份分别对上下游参与者和作品，进行知识产权调查和商业条款的合规审查；在音乐剧商演环节注资的投资方，视同音乐剧商演经纪人的身份对上游音乐剧制作商的作品进行调查并进行商务条款的合规审查。

二、目前中国音乐剧项目合作中的签约模式和知识产权合规特点（以某引进剧的合同纠纷案为例）³

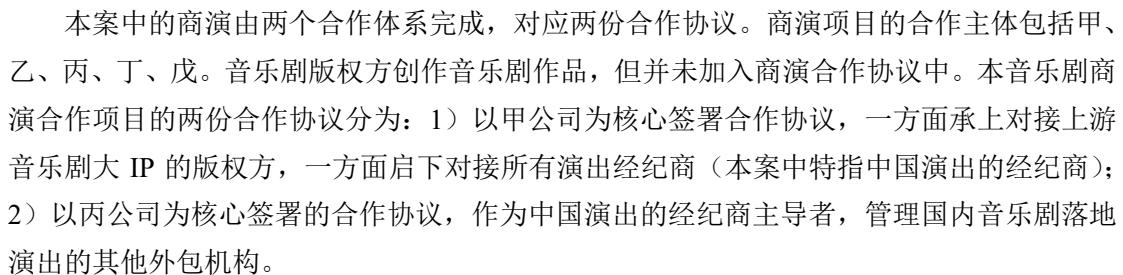
（一）案件背景

¹ 浅谈伦敦西区的音乐剧（下），露边社微信公众号，2020-11-07

² 解密“伦敦西区”音乐剧的制作与营销模式，文化产业评论微信公众号，2016-04-10

³ (2016)沪 0101 民初 5322 号判决书

笔者就法院在判决书中披露的合作协议细节,将本音乐剧合作项目中的合作模式和签约形式作如下梳理。



（二）针对本案争议焦点的知识产权合规建议

43

议将上游音乐剧版权方一并纳入协议，并细化演出规则，也能预防或避免下游演出经纪商的违约行为。

2. 知识产权尽职调查应当先于合同谈判。从本案争议中可以看出，下游主体缺少对上游主体的知识产权尽职调查，会直接带来整个项目的执行失败。在签署合同时，商务谈判和商务条件达成的前提必须是对知识产权有充分的调查和了解，评估知识产权是否会给合作带来限制和阻碍，并以知识产权评估结果来确定商务合作条件。大型文化类项目签约时，签约方会将眼光更多的放在合同表述的修改上，却忽略起草协议前的知识产权尽职调查的工作。商业合作者往往认为，只要作品本身已经具有良好的市场口碑，就不会存在知识产权合规风险。其实，居于知识产权权利归属链条上的任何主体，下游主体必然对上游主体的行为承担法律后果，因此任何下游主体在参与签约时，都应当对所有上游主体之间一次甚至多次的知识产权的权利转移和归属进行逐一审核确认。

三、音乐剧合作协议中的知识产权以及相关合同的合规审查细则

（一）音乐剧中的知识和产权及其权利归属

音乐剧要素	单个IP的版权者 (小IP著作权人)	音乐剧制作商 (音乐剧作品权利人)	音乐剧演出经纪商 (音乐剧作品权利人使用人)
1 剧本	文字作品的作者 (著作权)	前述小IP作品改编、 招聘演员、组织演出、 形成音乐剧大IP (原创 作品，作者是音乐剧导演或音乐剧制作商)	1、全盘接受音乐剧制作人的音乐剧大IP，对大IP进行商业运作； 2、商业运作职能：募集资金、管理资金、组织演出团队、演出协调、场地租赁、票务管理、推广等
2	作曲人，音乐作品的作者 (著作权)		
3 音乐	作词人，文字作品的作者 (著作权)		
4	编曲人，音乐作品的作者 (著作权)		
5	导演，戏剧作品的作者 (著作权)		
6 舞台表演	演员，表演者权的权利人 (邻接权)		
7	编舞者，舞蹈作品的作者 (著作权)		
8 舞蹈	演员，表演者权的权利人 (邻接权)		
9	布景：美术作品的作者、雕塑作品的作者 (著作权)		
10	道具：美术作品的作者、雕塑作品的作者 (著作权)		
11 舞台设计	灯光设计：很难单独形成著作权意义上的作品		
12	海报设计：美术作品的作者，摄影作品的作者 (著作权)		
13 音乐剧名称	/	商标权	
14 运用于演出的有创造性方法或道具，如：场景切换、幕间切换的方法以及装置	/	专利权	

（二）知识产权尽职调查

上文图表列举了负载在音乐剧大 IP 中所有应当被审查的对象，下文针对这些对象提出了审查思路。这些思路和规则除了可以让音乐剧合作协议的签约者调查上游知识产权权利瑕疵以外，也同时提供基于调查的结果而进行合作议价依据。但是，下文列举的审查要点不符合或者不能完全符合签约方要求时，并不会必然导致无法签约，而是可以借此进行议价或增加额外的限制和条款，作为谈判杠杆调整双方的谈判地位，拟定更合理的合作价格，以更公平的方式促成合作进行。

	单个IP的著作权人 (被审查人)	音乐剧制作人 (被审查人)
音乐剧制作人 (审查人) 审查规则	对于音乐剧中包含的单个小IP作如下审查： 一、如果是原创作品： 1、著作权权利人资质； 2、不侵权承诺（承诺原创、承诺权利无瑕疵） 3、侵权纠纷检索	/
音乐剧演出经纪商 (审查人) 审查规则	二、如果是非原创作品： 1、著作权权利归属文件； 2、著作权权利归属性质和限制条件； 3、著作权权利的内容； 4、著作权权利的使用方式和细则； 5、著作权侵权纠纷历史	对于音乐剧大IP作如下审查： 1、著作权权利归属文件； 2、著作权权利归属性质和限制条件； 3、著作权权利的内容； 4、著作权权利的使用方式和细则； 5、著作权侵权纠纷检索 6、专利权授权和商标注册检索（如有）

1、权利主体的资质审查

（1）针对音乐剧中包含的单个小 IP

A.如果系**自主创作的作品**，应当审查：作品是否是否已经公开？应当要求作者在合同中承诺作品系自主创作并不存在权利瑕疵；

B.如果系**非原创的作品**，应当审查：是否通过授权改编、委托创作、转让的方式获得？再创作时是否已经取得来自原作者的改编权，以及改编后作品是否有进行商演的权利？能否出具相关合同和承诺书证明前述事实？

C.如果系**职务作品**，应当审查：公司作为作品的权利人是否取得员工创作的作品的全部著作权？公司是否对员工是否有绝对的控制权？双方劳动合同中是否有知识产权归属声明？应当要求创作的公司承诺作品系自主创作并不存在权利瑕疵；

D.如果**包含可以以商标权、专利权进行保护的对象**，是否已经提交申请，是否已经取得注册或授权？

（2）针对音乐剧大 IP

E.作品或部分作品是否已经公开或传播？应当在合同中承诺作品系自主创作并不存在权利瑕疵，或承诺改编的作品与上游单个 IP 权利人之间不存在权利归属争议；

F.制作音乐剧前是否对于上游小 IP 的权利瑕疵进行过调查或取得相应的无瑕疵承诺？应要求音乐剧制作人出具每个小 IP 的权利归属文件或无瑕疵承诺；

2、权利内容审查

（1）针对音乐剧中包含的单个小 IP

单个小 IP 的权利人应当保证，交付给音乐剧制作人的作品上的权利，包括《著作权法》中所有著作权及邻接权的权利，最核心的权利内容包括：修改权、改编权、表演权。

（2）针对音乐剧大 IP

音乐剧演出经纪商应当保证，从音乐剧制作商处取得的作品的商演权利包含《著作权法》中所有著作权及邻接权的权利。最核心的权利内容是表演权。

3、权利获取方式和权利的性质

除了自主创作以外，还会出现授权、转让、委托创作三种常见的知识产权获取方式。

A. 转让。法律风险较小，以此获取的作品价值较高。但**仍然需要审查转让合同中的作品内容和权利内容，特别是关于人身权的归属是否做了约定。**传统著作权法理论上否认人身权可转让性，但是著作权法实践上，如果有合同明确约定转让人身权内容，法院也会支持。

B. 许可授权。三种授权方式对作品的控制力有明显区别，需要审查相关合同中的授权条件、权利使用限制、授权性质等，并依此确定原权利人对作品的控制力以及作品的经济价值。

-**独占许可授权：**法律风险较小，以此获取的作品价值较高，仅次于因转让获取作品的经济价值。

-**排他许可：**法律风险较小，以此获取的作品经济价值较高，次于因独占许可获取作品的经济价值。

-**普通许可：**法律风险较大，以此获取的作品经济价值较低。

C. 委托创作。审查委托合同中对权利内容和归属的约定，特别是人身权（署名权、发表权、修改权、保护作品完整权）的约定。同时，调查委托创作的作者是否独立完成创作，委托合同中对于受托人的抄袭行为是否有额外的救济手段（比如：对于作品抄袭给委托人造成的损失规定惩罚性赔偿）。

特别情形：音乐剧基于其他系列 IP 作品改编而成。如：电视剧改编、游戏改编、电影改编等。音乐剧制作商需要同时审查两个层级的权利归属，即：上一级系列 IP 的权利归属情况（针对电视剧作品权利人、游戏作品权利人、电影作品权利人），以及上上一级个别小 IP 的权利归属情况（系列 IP 中的个别 IP 是否原创获得？还是以委托创作、转让、授权的方式获得？）

4、权利行使的方式和细则

本文引用的案例争议发生，在于演出细则没有被执行而导致的违约。可以从判决书中推测出，演出细则制定在上游的音乐剧制作商和演出经纪商之间，显然合同细则并没有体现在下游的演出经纪商之间的合作协议中，除了合作过程中接洽沟通帮助落实演出细则之外，在订立合同之初，也可以通过知识产权合规审查方式尽可能排除来自版权方的阻碍。

比如本案的甲公司和制作商签约时指定的演出细则，可以：1）在甲公司与下游演出经纪商之间合作时，**全部公开给下游合作方**，下游合作方在协商合作事项时，也可以**以合同附件的形式**将版权方在原合同中的细则同步告知下游合作者，避免上下游合同之间因信息不对称而连锁违约导致的损失；2）下游其他演出经纪商和甲公司、音乐剧制作商同时签约，上

游的知识产权使用细则可以在多方协议中同步告知签约主体，避免多方信息不对称造成的连锁违约结果。

5、侵权纠纷历史检索

对音乐剧中的参与主体或者权利主体进行尽职调查后，应在签约主体所在国家和即将演出的国家进行诉讼调查，查询该音乐剧或相关版权人是否有正在争讼的情形或者诉讼历史，并对争讼的事实进行针对性的深入调查或者设定额外的限制条款排除可能的类似争议。

四、知识产权合规细则适用的场景

（一）海外引进音乐剧

1. 海外原版引进剧：国内合作者承担国内演出经纪商的角色，需要对接国外演出经纪商、国外版权人，建议签订三方或多方协议将相关主体一并引入协议，并对音乐剧中包含的大、小 IP 一并进行调查、议价、签约。

2. 改编的海外音乐剧：国内合作者对于制作的中文版承担制作商和演出经纪商的角色。制作商与上游海外音乐剧制作上对接并接纳其大、小 IP 进行改编和再创作，以音乐剧制作商的角色与海外版权方签约并做出原剧中所有知识产权的尽职调查。中文版演出经纪商仅需对接中文版制作商签约。

（二）本土原创音乐剧

音乐剧制作商对接上游单个小 IP 的作者积累作品，获取改编、表演等权利后整合成音乐剧大 IP 国内演出。国内演出经纪商对接制作商承办商演。

（三）本土音乐剧整剧出海

音乐剧制作商对接上游单个小 IP 的作者积累作品，获取改编、表演等权利后整合成音乐剧大 IP 国内演出。音乐剧制作商接洽国外演出经纪商，国内制作商应当与所有的国外经纪商签订多方协议，确定演出细则。

结语

涉及音乐剧的知识和产权服务和相关合同合规服务，属于较为小众的法律服务领域。音乐剧法律服务和音乐剧一样，都在摸着石头过河。法律服务经验跟不上市场发展的脚步，使得音乐剧合作项目中的签约主体承担较大的法律风险。笔者结合自身多年的外国品牌服务经验，特别是比较接近音乐剧合作方式的授权行业的法律从业经验和知识产权从业经验，对音乐剧项目参与主体给予一些简单的帮助，希望投石问路，尽可能保护这一广受欢迎的新兴娱乐产业。

（本文首发于 2023 年 2 月 7 日）

人的智能 VS 人工智能，ChatGPT 生成作品的著作权如何归属

周文洁

引言：ChatGPT 霸屏一个月，相比新技术带来的振奋人心，网络上更多弥漫着忧虑情绪。继 OPEN AI 的产品火爆网络之后，百度于 2 月 14 日宣布，3 月将正式公布国产 ChatGPT 产品“文心一言”，随即，携程、财经日报客户端、大众日报客户端宣布将成为“文心一言”首批生态合作伙伴。主流文创、娱乐媒体强势入局 ChatGPT，催生了各自行业内的革命和更新换代。“文心一言”作为生成式 AI，必将“创作”诸多文学、艺术、科学作品，本文写作于国产 ChatGPT 产品“文心一言”正式问世前，着眼于 ChatGPT 底层技术，从人工智能技术更迭的角度，结合著作权法中作品和作者认定的方法，提出适用于 ChatGPT 时代下的认定作品归属的判定标准。

一、适用于“无人”作品的作者认定方式——作品客观认定法

目前对人工智能产生的作品的归属的判断方式，主要集中在从作者身份进行分析，即：以主观标准来审视作品。比如，美国法下，否认了除人类以外的作者身份，也就有了猴子不能成为作者的判决¹。笔者认为，以作者身份来判断著作权作品归属并非有效的方法，因此本文将以“作品”的产生过程为研究对象，对作者的身份进行定性，并试图以此方法为 ChatGPT 技术产生的作品的归属问题提出实务中的解决方案。

（一）客观标准识别作品中的独创性贡献

在著作权法中，作者和作品是互相作用、“双向奔赴”的两个元素。作品的形成源于作品中凝结了足以使作品存在的独创性安排，作者身份的确认源于作者对作品独创性的贡献。作品如果脱离创作背景，片面强调以“创作者”的角度出发，割裂地研究创作者和作品归属问题，则与著作权法立法本意相违背。特别是在人工智能创作过程中，明显缺少直接“作者”的情形下，如果严格按照过往“作者本位”的思路，排除无直接“作者”的“作品”，其结果是遏制创作，抹杀作品的创作价值和经济价值。

以著名的“猴子拍照”案为例，一位英国摄影师为了拍摄野居的猴子的真实状态，深入猴子聚居地，通过对环境的研究，对猴子生活的了解，将照相机设置在便于捕捉猴子生活形态的位置，任由猴子摆弄，最后留下多枚猴子在摆弄相机时不小心按下快门而形成的猴子自拍照。这些照片因为缺少拍照者，而被认为是无人作品所以可以自由流通。维基百科也将该照片以无人作品进行使用。在相关争议中，美国法院否认了本案中猴子可以成为作者，直接导致的后果是作品缺少作者，并允许作品自由流通，而不能有权利人对其主张收益。美国法下，仍然以作者身份的定性为认定作品先决条件，法院判决认为只有自然人才能成为作者，在此基础上，由自然人创作的作品才是著作权法意义上的作品。

笔者认为作品的形成应当以作品为本位进行研究，使用客观化的判断标准，排除主观的、不确定的因素，因此笔者倾向于英国法下对于“独创性”的更加具像化的判断标准，即在著名的 *Ladbroke v.s. William Hill* 案件中确立的**体现独创性的具体要素：Labour（劳动力），Skills（技能），Judgements（判断）**。实务中，采纳该判断的标准可以不单单从作者的角度

¹ 吴哲冕，摄影作品中著作权主体的认定——以“猴子自拍照”为例，法制博览. 2016(04)，9-12

度出发，即：不仅仅判断是以“谁”付出了劳动力、技能、判断，从而来认定作者的身份。也可以反过来，以作品中是否凝结了创作者的“劳动力、技能、判断”来判断作品是否存在。笔者认为这一方法可以颠覆“先作者，再作品”的判断方式，保护了“无人”作品中仍然贡献了“劳动力、技能、判断”的创作者的利益。

（二）排除非独创性贡献

结合前述客观认定法，回到“猴子自拍案”中可以看到，摄影师设置了相机的角度，以自己的摄影技术，对设置相机的位置进行选择，对采光进行判断。猴子拍照并形成摄影作品的环节中，猴子只做了按下快门的机械动作，并未达到前述标准下最低限度的“劳动力、技能、判断”，只是通过按下快门“固定”作品，机械的、简单的“固定”动作并非为创作作品目的付出的“劳动力、技能、判断”，所以猴子按下快门的动作对于最后作品的贡献，并未达到“独创性”的标准，猴子不能作为摄影作品的作者。但是作品本身仍然存在，作品中依然凝结了摄影师对于背景、焦距选择、曝光选择、相机位置设置等为了创作目的而付出的“劳动力、技能、判断”，因此该作品的形成是源于摄影师的独创性贡献加上猴子的“固定”。照片因摄影师的前述贡献而最终成为摄影作品的唯一作者。

另外，关于满足独创性的门槛，同样英国法下的“Cramp v.s. Symthson”案件中，提出了只要满足“最低限度的技能”，即视为满足独创性的标准。²前文提到的“固定”作品的主体能否成为著作权法意义上的作者。笔者认为，这个取决于“固定”过程中作出的贡献能否达到作品形成中所需要的最低程度的“劳动力、技能、判断”，英国著名判例 Walter v.s. Lane 对此进行了回答。本案中，一场即兴演讲，演讲者的话语，由现场的记者使用速记方法逐字逐句记下后，记者能否成为作者？法院判决认定记者的作者身份。演讲者对于即兴演讲内容的安排贡献了“独创性”安排，但记者在对演讲内容进行逐字逐句的记录时，必须使用到“缩写、标记、符号”等速记的技能，并且最后的成文中，记者对于口语化的演讲词进行断句，加注标点，使得原本口语化的表达因为记者付出的这些“劳动力、技能、判断”变成被固定的书面作品，该作品摆脱了原本口语中一些语法、断句不严谨之处，更适合书面阅读。因此，记者已经不只是一个简单的“固定”者的角色。换言之，如果放一个录音设备将演讲内容记录下以后，自动生成文字，不做任何修改，最后形成的这篇演讲稿被“固定”以后，著作权自然只归属于演讲者，录音和自动生成的文字没有凝结额外的“劳动力、技能、判断”，而且可以想象，因此而产生的作品与原本经过记者重新断句、润色后的作品相比，可读性更低，价值更低。由此可见，“固定”者的付出低于“独创性”的最低标准，“固定”者无法取得作者身份。

总结：英国法下独创性的判断思路是：“最低限度”的“劳动力、技能、判断”减去“低于最低限度的其他贡献（“固定”）等于存在著作权法意义上的“作品”。在此前提下，再识别凝结在“作品”中的“劳动力、技能、判断”的贡献者，即为作者。结合前述理论，下文将从人工智能技术更迭和作品生成的角度识别凝结在作品中的来自作者的贡献。

² 万琦，论英国版权法上的独创性，知识产权，2017（11），94-100

二、人工智能技术更迭过程中的“无人”作品归属

ChatGPT 并非新技术，而只是聊天机器人技术改良。早在 2016 年，已经出现了一位女性机器人“索菲亚”，她可以以人的口吻与人自然的、无障碍交流。也有“微软小冰”之类的聊天软件和机器人，能够进行人机对话。但之前的聊天技术是个别企业开发的个别产品，而现在的 chatGPT 则是让这种技术走向普通大众，但这些产品背后的底层技术有较大的相似性。并且，该技术引起大量讨论的原因是其区别于过去的主流的分析型 AI(弱人工智能)，第一次变身为生成型 AI(强人工智能)，更加直接的模拟人的思维，并产生更符合人的使用意图的产品。

总的来说，人工智能技术是机器模拟人的行为的过程，其技术更迭的顺序是从“人工智能”，到“机器学习”，再到“深度学习”。³

1. 以自动驾驶人工智能技术为例

人工智能本质上来说，是机器模仿人的行为和思考的过程。自动驾驶技术的发展见证了从人到机器的思考逐渐进阶的全过程。比如：最初级的人机交互方式，是通过人直接输入代码，给予机器指令，让车辆遇见红灯时实现“停车/减速”的行为结果；但是，路况复杂，并不是只有红灯才需要停车或减速，也有可能遇上其他障碍使得车辆必须停止或者减速。所以人类的编程给机器传达指令，尽可能穷尽所有必须停车或减速的情形并通过代码“告诉”机器，使得相关情形出现时，车辆自动做出相应的反应，是最早的人工智能运作方式，但这种低效率完全无法满足自动驾驶的汽车能够像“老司机”一样安全上路。所以需要让机器通过无数次的模拟训练达到“老司机”的应变标准。而这里的模拟训练，就是从“人工智能”走向“机器学习”，再走向“深度学习”的突破性步骤，即：给予机器自我学习的“算法”，也就是一种学习规则，让机器根据人设定的学习规则长期、反复自我学习。模拟“新司机”到“老司机”的思考、训练和行为。由此可见，机器的行为结果，事实上来源于机器的自我学习和判断，但是判断过程和判断依据的给予者仍然是“人类”，所以人工智能产生的行为结果不能归属于机器，而是可以间接归属于制定学习规则的“人”。

人工智能技术	场景	执行结果	执行主导者	算法	数据源	执行逻辑结果归属
1 人工智能 ——弱人工智能	50米内见红灯	原速通行	人——人通过代码给机	线性编程	标签化数据	人
2	50米内见红灯	减速	器制定规则；机器执行			
3	20米内见红灯	刹车				
4	20米内见障碍物大车	刹车				
5	20米内见障碍物小车	低速通过				
6	50米内有行人通过	减速				
7 机器学习 ——弱人工智能	1-8中情形中任意一种或多 种情形	机器可以选择刹车或 减速或原速通行	机器——机器学习规则 (人给机器制定的学习 规则)	机器学习算法 如：监督学习、 非监督学习、强 化学习	标签化数据	人(学习规则 的制定者)； 人验收人工智 能
8 深度学习 ——逐渐走向 强人工智能	模拟司机的思维对任何情形 通过自我学习进行识别、分 类、判断	以司机的身份，命令 机器对汽车进行刹车 或减速或原速通行	机器——机器学习规则 (人给机器制定的学习 规则)	深度学习算 (如：神经网络 语言模型)	可以(使用非标 准化数据)	人(学习规则 的制定者)； 人验收人工智 能

2. 以 ChatGPT 软件应用在论文写作中为例（类比自动驾驶技术）

关于 ChatGPT 技术，被讨论最多的是，已经有许多学生使用该技术进行论文写作。也有许多大学出台规定，将 ChatGPT 技术生成的论文视为学术抄袭。所以建立在前述自动驾

³ 人工智能之机器学习，达谷智能微信公众号，2022-10-27

驶人工智能技术发展的基础上，本文以使用 ChatGPT 技术形成一篇“人工智能下的知识产权保护”小论文的过程对生成作品的著作权归属进行讨论。

此处以小论文自动生成技术来类比无人驾驶技术，是因为两者都属于深度学习范畴，无人驾驶使用的算法是“神经网络语言模型”进行机器的自我学习和训练，类比到 ChatGPT 技术生成小论文过程，使用的算法是“预训练语言模型”进行。前者是模拟司机“看到”的路况并“思考”，进行路况判断和行为调整。而后者是模拟论文写作者“阅读”并“思考”与论文有关的文字表述，再为了论文创作的目的进行段落调整和语言修饰，最后生成整篇文章。两种深度学习的算法都已经摆脱了早期的“标签化数据”的处理方式，即：无需将所有数据和语料先进行分类、贴上标签，再让机器对经过标签的数据按照设定的自我学习算法进行训练和执行。深度学习环境下，颠覆了原本的机器学习只能处理标签化数据的弊端，现在机器能通过其他手段自主获取并归类任何没有经过标签的数据。

在 ChatGPT 技术形成论文的过程中，文章的直接创作者是“人工智能”。论文的直接作者并非输入条件的用户，因为用户设定的条件对于最后形成的作品贡献非常低，相当于本文开头“猴子自拍案”中“猴子”的角色，用户按照自己设置的条件触发 ChatGPT 软件下经过深度学习的结果并加以“固定”——ChatGPT 生成作品。按照前文的推理，抹去用户的作者身份是合理的，但是作品并不会因为直接作者不是“人”而不存在。相反的，作品从形式上看间接来自于人，促成论文作为作品存在的“劳动力、技能、判断”来自于 ChatGPT 软件的设计者设定的算法（学习规则）和语料库等机器深度学习的必要要素，但是必须排除用户作为“固定”者的付出，因其低于独创性的最低要求。

这里讨论的生成的小论文仅限于一次性输入关键词可以直接产生的短篇作品。但长篇的论文需要以不同的关键词、多层次、逐步深入进行写作。比如：先向 ChatGPT 请求生成一级标题的提纲，再请求二级和三级标题的提纲，再每个小标题下分别以不同的关键词进行深入检索生成独立的段落。最后再将所有步骤中生成的结果拼接在一起，这一过程也包含了用户的“劳动力、技能、判断”。显然，这种创作过加中，人的贡献大大增加，已经不能被定性为“固定”者的角色。相比短篇小论文的情形，长篇论文创作过程中，最后作品中凝结的“劳动力、技能、判断”同时包含了用户赋予的和人工智能赋予的。这种情况下，笔者认为当用户在使用软件生成论文过程中自己的贡献被凝结在作品中的成果足够多的时候，用户和人工智能可以属于“共同作者”。但最后用户使用“共同”创作的文章，其中也涉及到软件生成的部分，如果未经过软件开发者的许可，确有抄袭之嫌。因此各大高校将此类“生成+拼接”的论文认定为“学术抄袭”也确有著作权法意义上的合理性。

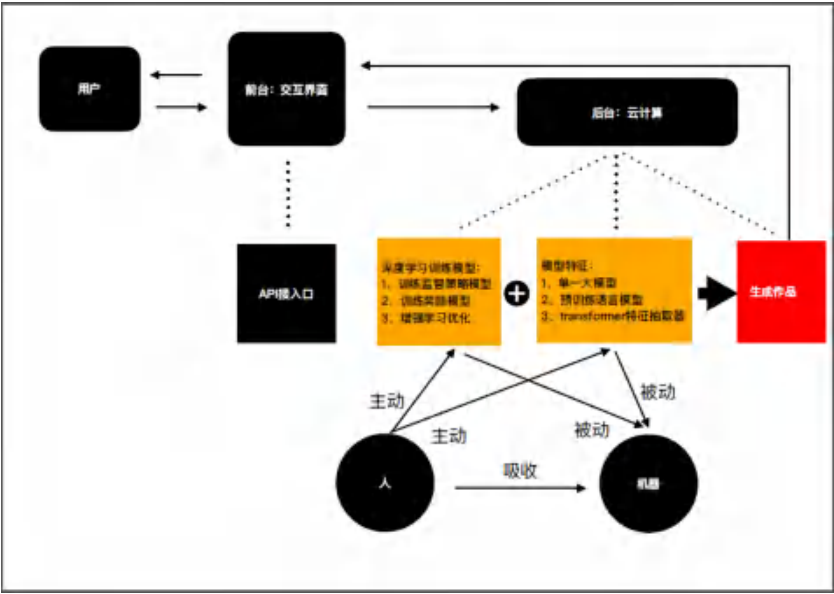
三、以 ChatGPT 技术下无人作品形成的过程确认著作权归属

（一）ChatGPT 技术⁴生成作品的创作过程

ChatGPT 软件运行生成的作品如果按照传统著作权作品归属的标准来判断，作品没有作者；又因为没有作者，作品被定义为没有权利主体，而无法主张维权和赔偿，即：诉讼主体也不存在。但是人工智能的存在是以人创造的“代码”和“算法”为前提，而且如果人工智能创作了著作权法意义上的作品，可以说，这些代码和算法在最初被人“创作”之时，就是

⁴ 谢春生，计算机：ChatGPT 深度拆解，华泰睿思微信公众号，2023-02-10

包含了未来独立创作具体作品的目的。人赋予机器的智力成果，以后续机器自主创作作品为目的，并实际创作了作品。虽然是通过机器的自我学习实现了创作结果，但是这种间接的创作并不切断软件开发者和最终的作品中凝结的因编写代码和算法而付出的“劳动力、技能、判断”之间的联系。



从创作流程中可知，生成的作品直接来自于机器，但机器的创作直接来自于人设置的学习规则，且该学习规则包含了创作的目的。人为了让机器可以创作作品，而“主动”付出了“劳动力、技能、判断”，对机器进行“深度学习”的训练，受制于人设定的学习规则和学习过程，机器最后“被动”的产生作品。所以作品生成“被动”而“直接”地来自于机器，但“主动”而“间接”而“唯一”地来自于人。

笔者认为 ChatGPT 生成的作品本身凝结了软件开发为了软件能实现创作功能而贡献的“劳动力、技能、判断”，因此而生成作品的具有独创性，作品本身存在。在此基础上，也能找到间接创作的“人”的贡献，可以确认其作者身份。ChatGPT 生成的作品不能因不满足直接创作者的“自然人”的身份而被否定，ChatGPT 直接生成的作品的经济价值可以因间接创作的贡献而归属于软件开发者。

总结：结合前文给出的英国法下认定作品和作者的标准，以及 ChatGPT 软件运行生成作品的过程，“ChatGPT 软件开发者付出劳动力、技能、判断”减去“用户设定条件触发”等于“生成作品”。因”作品“存在，识别到其中的“劳动力、技能、判断”来自于软件开发者的“唯一”的贡献并最终凝结在作品中。所以 ChatGPT 软件技术下的“无人”作品的作者为软件开发者。

（二）我国案例中适用“无人”作品客观认定法

在“某互联网公司诉某科技公司”案中⁵，被告使用了由原告的人工智能生成了一篇新闻报道而被诉侵权。法院对于涉案文章的归属的论证过程中，先分析了文章创作的过程，即：

“原告组织包含编辑团队、产品团队和技术开发团队在内的主创团队运行 Dxx 软件生成包含涉案文章在内的财经新闻类文章。涉案文章的生成过程主要经历数据服务、触发和写作、智能校验和智能分发四个环节。在上述环节中，数据类型的输入与数据格式的处理、触发条件的设定、文章框架模板的选择和语料的设定、智能校验算法模型的训练等均由主创团队相关人员选择与安排。涉案文章的创作过程与普通文字作品创作过程的不同之处在于……涉案文章生成作出的相关选择与安排和涉案文章的实际撰写之间存在一定时间上的间隔”。这一陈述与本文提出的作品的客观认定法完全符合，即：从涉案文章中凝结的“选择与安排”（相当于“劳动力、技能、判断”），先确定作品本身在著作权法意义上存在，并在该基础上再讨论凝结在作品上的这些“劳动力、技能、判断”由谁赋予。

在前述推理基础上，法院再从作品生成过程来寻找对作品的“贡献者”：“如果仅将 Dxx 软件自动生成涉案文章的这两分钟时间视为创作过程，确实没有人的参与，仅仅是计算机软件运行既定的规则、算法和模板的结果，但 Dxx 软件的自动运行并非无缘无故或具有自我意识，其自动运行的方式体现了原告的选择，也是由 Dxx 软件这一技术本身的特性所决定。因此，从涉案文章的生成过程来分析，该文章的表现形式是由原告主创团队相关人员个性化的安排与选择所决定的，其表现形式并非唯一，具有一定的独创性。”这一段论证可以简单的概括为：作品没有上一级创作者，但有上上一级创作者。后者在前者的创作过程中使用到的“劳动力、技能、判断”直接决定作品的存在，以及存在具体形式。

根据上文的底层技术分析和法律分析来看，本案判决选择了以作品客观认定法进行独创性判断方法。整个创作过程虽然是通过软件“间接”生成作品，但是法院肯定了软件编写时，程序员设定的“数据输入、触发条件设定、模板和语料风格取舍上的安排与选择”也是凝结于最后作品中的决定性要素。如果程序员在编写时更改任何设定的要素，将生成另外一篇同样具有独创性的作品，确认了软件开发者对最后生成的作品作出的“唯一”性贡献。本案判决于 2020 年，以现在的 ChatGPT 底层技术来看，仍然适用，可见当时法院承认无人作品的可保护性是相当前卫和大胆结论。

（三）建议：实务中 ChatGPT 技术生成作品的著作权归属——按照法人作品保护

在北京某律师事务所诉北京某网络科技公司的案件中⁶，北京互联网法院否认了人工智能产生的作品可以被著作权法保护，理由是：该作品没有作者，法人也不能成为生成作品的作者，所以否认了作品在著作权法意义上的可保护性。但是法院却认为作品可以进入流通领域：“虽然分析报告不构成作品，但不意味着其进入公有领域，可以被公众自由使用。分析报告的产生既凝结了软件研发者（所有者）的投入，也凝结了软件使用者的投入，具备传播价值。如果不赋予投入者一定的权益保护，将不利于对投入成果（即分析报告）的传播，无法发挥其效用。”但是，对于作品流通后的收益，由于法院已经否认了软件创作者的“著作权人”身份，自然也否认其获得因作品流通而获取收益的权利，并且给予进一步的解释：“对

⁵ (2019)粤 0305 民初 14010 号

⁶ (2018)京 0491 民初 239 号判决书

于软件研发者（所有者）来说，其利益可通过收取软件使用费用等方式获得，其开发投入已经得到相应回报。”

本案中，法院否认了法人可以作为作者的情形，同时又确认了作品可以产生收益，但无法确认受益人，也就是：存在利益，但不存在利益的承受者。这样的认定方法架空了“作者”的权利，不但与法理冲突，实务上也没有说服力。根据《著作权法》第十一条第三款的规定：“由法人或者非法人组织主持，代表法人或者非法人组织意志创作，并由法人或者非法人组织承担责任的作品，法人或者非法人组织视为作者。”结合 ChatGPT 技术，该软件具有创作作品的功能和目的，用户自行设置条件生成的作品，仍然受制于软件开发者（法人）对语料库、算法的安排与选择，最后形成了作品所必要的“劳动力、技能、判断”。这种思路也与上文中“某互联网公司诉某科技公司”案的作者认定方式一致，即：ChatGPT 在软件公司的组织下，为了创作作品的目的而开发，软件公司通过修改算法和扩充语料库等手段，可以直接控制生成结果，并控制作品的质量，生成作品可以直接由法人负责，所以笔者认为 ChatGPT 技术生成的作品按照法人作品保护才是最合理的途径。

结语

笔者认为这次 ChatGPT 技术引发全网恐慌是来自于对“卷”的担忧。原本在“人卷人”的时代，已经出现了巨大就业和行业竞争，人和人之间卷“学历”、卷“经验”，卷“能力”，已经让人感到内耗。但 ChatGPT 把“卷”文化突然快速推向了 2.0 时代，即：“人工智能卷人”的时代正式到来。

通过本文的技术更迭的论述其实可以预判到，不久的将来，必然会出现“卷”文化的 3.0 时代，即：“人工智能卷人工智能”。即使同样在开发 ChatGPT 技术，不同的公司可以使用不同的算法、不同的数据标签方式，不同规模的语料库，不同的算力，必然会生成不同质量的作品，低质量的生成作品会被高质量的生成作品替代。笔者认为对于此技术的恐慌大可不必，因为大多数体验过的用户对其评价为“有点东西，但不多”。ChatGPT 生成的作品只是表面上符合“作品”的样态，但作品本身往往经不起推敲，因为会出现“一本正经的胡说八道”的情况。

所以从创作价值来看，笔者认为 ChatGPT 技术“间接”生成的作品的价值远低于人“直接”创作的作品，所以也不会轻易出现人被机器人取代的情况。

（本文首发于 2023 年 2 月 21 日）

伸出一双有形的手，抓住一张无形的网

——企业知识产权合规审查流程和审查规则

周文洁

说起知识产权合规审查，实务中可能会引发两个“良心”拷问：知识产权需要查吗？比如，常见的品牌联名合作，合作双方的心态可以用一句话概括：我有我的品牌故事，你有你的品牌故事，所以我们在一起能有新的故事。联名合作合同签署时，双方一般只会关注“我们的故事能有多精彩”，我们合作能增加多大的业务量，如何制定授权使用费以及利润分配规则。但如果你的品牌不真正属于你，而我的品牌也无法真正属于我，这种合作无法续写故事，而只能造成事故。

笔者在过往的文章中多次提及知识产权尽职调查和知识产权合规的概念，每篇文章都是从单一行业切入对特定商业经营环境中出现的智力成果进行知识产权法意义上的分类，也就是先把实际经营中出现的可保护对象分别贴上著作权、专利、商标、商业秘密等标签进行分门别类。本文侧重于对这些贴了标签的来自合作者的知识产权保护对象给予风险识别的方法并建立有效的保护机制，对知识产权在实务中的落地保护提供具体路径和方法指引，且本文设计的这套机制普遍适用于大多数企业的知识产权合规管理和各类以知识产权为核心的商业合作项目。

一、知识产权合规审查实务中的现状

传统知识产权合规中最大的、也是尴尬的问题是，几乎没有合作者真正了解对方的无形资产实际上是否具有价值，以及具有多大的价值。产生这种局面的原因有两个，第一是对知识产权在合作中的地位认知不足，双方都不认为本合作是完全建立在知识产权基础之上开展的，而认为只是一个商业合作，知识产权只是拉拢彼此的“契机”，即使合规审查也只审查商业条款或者除知识产权外的其他法律风险，在合作者眼中，知识产权似乎是无关痛痒、不会威胁合作的因素，即使产生影响，这种看不到摸不到的东西，也没多大的能耐。而造成这个想法的根本原因并不是经营者对于知识产权问题的忽视，而是在合作洽谈和协议签署的初期，几乎是业务部门全权主导，“促单”是当时唯一的目的，业务部门能接触到、并谈下一个有一定知名度的品牌方已经很不容易，还要因为知识产权这种“无形资产”颠覆谈判进展，这在业务部门眼中可谓本末倒置。所以在合同审查实务中，其实法务部门面对的是来自业务部门这样的“天然敌对者”。如果说对非知识产权的条款进行挑刺和纠错，业务部门还能“姑且”理解能忍耐，但在知识产权设关卡阻止合同达成或者拖延合同流程，几乎所有的业务部门都不能容忍。

笔者也经历过知识产权合规审查中来自业务部门的直接质疑，因此本文的出发点是出于对商业利益最大化和法律风险最低化的综合考量，放下传统合同合规审查中业务部门和法务部门的对立态度，以达成“促单”且“风险最低”的双重目的。

二、高低风险两级审查机制和审查规则

合同签署前，业务部门只有“促单”一个目的，销售的思维就是：风险是以后的事情，不是眼前的事情，眼前只需要考虑利益。法务部门的考虑方式是：只要有风险就一定要提出

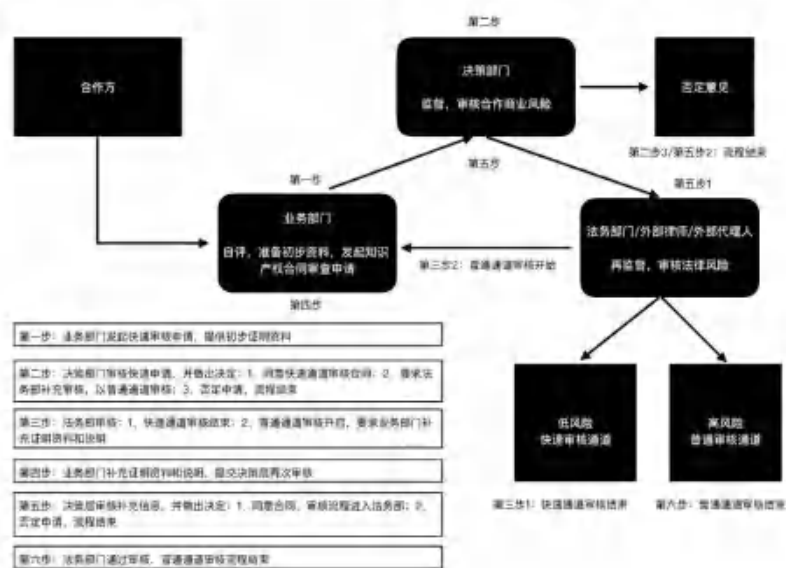
质疑，甚至阻止。业务和法务的极限拉扯，是“眼前的利益”和“以后的风险”之间的博弈。特别是对于知识产权问题，业务部门更是认为无足轻重，因为即使后续出现侵权，业务部门也不会成为“责任主体”，更何况侵权并不是一定会发生，法务部如果因知识产权所带来的可能性障碍而阻止合同签署，对于业务部门来说，这种“敌对”的行为基本不可能被他们理解和接受。

（一）合同审查流程

对于普通合同审查的流程，实务中常用的路径是：业务到法务，再到财务等其他相关部门，最后由决策层审核通过盖章。但真正左右合同通过与否以及合同最终版本的“三巨头”其实是业务部、法务部、决策层。普通合同审核流程可以采用前述审核路径，而知识产权合规审查并不适用这种方式，只能引入决策层作为法务审核的前置环节对知识产权问题从一个管理者角度提前预判并影响后续法务的审核态度。如果失去决策层作为第三方的提前干涉，让知识产权的潜在争议过早得在业务和法务之间进行拉扯，会让审核流程进入死局。业务部门送审到法务部的合同出现知识产权瑕疵即使被退回业务部，也会让业务部无法修改和接受，他们觉得这些风险不但不一定会发生，即使风险发生，以一个业务人员在签约当下的视角，也确实也很难理解为什么一个看不见摸不着的知识产权带来的潜在威胁，竟然可能会完全颠覆之前所有的商务谈判成果。

笔者认为，知识产权相关的合规审核必须提前引入决策层，即：潜在风险责任主体，以纯商业角度和公司经营角度对合同中的对方的知识产权价值进行评判。如果决策层认为商业上的风险属于低风险，视同愿意接受潜在风险。在此基础上，法务部即使判断出知识产权的重大瑕疵，只需要做提示和预警，而无需提出修改建议，直接让合同通过审核。但如果决策层也预见到合同本身的风险较高，超过本身可控范围，或者不愿意承担该风险后果，则可以直接驳回业务部门的合作请求，或者要求法务部进行补充审核以后再次决策是否继续执行。提前引入决策者后，流程僵持过程中可以出现破局者，并且知识产权潜在风险发生之前，让决策者知情并由其自主选择是否愿意承担风险也已经起到了风险防控的目的。

针对高风险合作和低风险合作，笔者为企业的知识产权合规审查流程分别设计了普通通道和快速通道两级审核方式：



特别注意：本流程在业务部门、决策部门、法务部门之间最多循环两次。每个部门的流程角色不能跳过，流程必须往前进行不可倒退。所有流程中，只有在第二步，决策层有唯一一次要求法务部提供实质性法律意见的机会。否则法务部只做形式审查，排除明显瑕疵、或微调合同措辞，只提出风险质疑而不否决或退回合同。

（二）适用场景

本文设计的双通道审核机制原则上适用于著作权、专利权、商标权的合作和合同审查，但是涉及不正当竞争行为的，由于权利人和保护对象之间的关系并不如同前述权利一样直接对应，因此快速通道显然并不适合此类合作合同的审查，而只能选择普通通道审理。

另外，常见的涉及知识产权审查的合作合同包括：品牌联营、品牌授权或转让、活动冠名、活动赞助、投融资和并购（特别是针对以轻资产为核心的目标项目和企业）。

（三）审查规则

1、一查——查权利（知识产权尽职调查）

笔者结合前述双通道审核机制，列举了审核流程中每一步的审核内容和审核细则如下：

阶段	审核目的	审核细则	审核结论
业务部门（市场部、销售部等）			
快速通道审核 第一步	为快速通道审核目的进行资料收集和自查，贯穿在正常谈判过程中	以下每一项都需要有书面资料： 1、签约主体资质 2、知识产权证书 3、知识产权权利人和签约主体的一致性（或者权利转移链条完整）	是否具备条件 提起快速审核 请求
快速通道审核 第二步	启动快速通道审核流程	1、合作方及其核心知识产权高价值说明： 说明品牌知名度、技术高价值，并提供完整的自查资料（从商务角度）； 2、应当以快速通道的审核其他理由（如：品牌/技术/合作者本身具有的高知名度和影响力的相关证明）	请求启动快速 通道审核
普通通道审核 第四步	合作应当批准	1、法务部门在第三步的普通通道中审核的结论； 2、业务部门针对法务部的审核结果，提供需要决策后批准合作的补充理由（如：压低合作成本，提高收入、有短期快盈利的可能性可以弥补部分权利的缺陷）	请求批准合作
决策层（或决策人、风控管理）			
快速通道审核 第二步：决策一	合作低风险	1、信誉良好的知名合作者，品牌高知名度，技术高价值，业务部门提交的资料无明显商业风险； 2、非知名合作者，或者业务部门提交的资料有限能，有一定程度的商业风险，但公司决策层认为风险适中，愿意承担	同意法务部以 快速通道审核
快速通道审核 第二步：决策二	合作高风险，但降低风险后仍有合作的可能性	1、合作者或者合作涉及的知识产权较为知名，或有一定价值，但仍然可以预见到一定程度的商业风险，风险较高或者公司不愿意承受； 2、建议法务部补充其他审核细节进一步降低风险。	要求法务部进 入普通通道审 核
快速通道审核 第二步：决策三	合作高风险	1、合作者或者合作涉及的知识产权知名度不够，价值不够，合作可能会损害本公司和品牌形象； 2、公司不愿意承担该风险； 3、商业角度预判风险无法克服 4、其他。	流程结束
普通通道审核 第五步：决策一	商业风险适中	1、可期待盈利超过法律风险； 2、公司愿意承担风险。	同意通过
普通通道审核 第五步：决策二	风险过高	1、合作者或者合作涉及的知识产权知名度不够，价值不够，合作可能会损害本公司和品牌形象； 2、公司不愿意承担该风险带来的法律后果； 3、其他。	流程结束

阶段	审核目的	审核细则	审核结论
快速通道（与标准合同匹配，与标准匹配）			
快速审核通道 第三步	针对第三步决策 一：形式审查后 批准	确认第一步中合同内容与相关证明材料一致性； 在此前提下，进一步确认下列细节是否符合授权期间的约定： 1. 知识产权有效期限 2. 知识产权保护的对象、权利使用的范围 3. 保护区域 4. 其他必要信息 注意：法务仅提示风险后通过，或者以承诺条款换取审核通过	审核完毕，通过
普通通道审核 第三步	针对第三步决策 二：补充查询合作 方本身的信息 和知识产权相关 信息	普通通道补充查询内容（可选）： 1. 所有将出现在包装、标签上的文字标识都进行商标近似检索； 2. 所有将出现在包装、标签上的图形标识都需要说明创作时间、创作主体、创作形式（自创、委托创作等）、图形第一次公开时间和公开平台。并就上述事实尽可能提供客观书面证明； 3. 产品外观和三维图形，必须提供外观专利申请文件。如果没有申请，可以进行外观专利检索； 4. 产品的核心技术，需要进行专利检索； 5. 代码，作为商业秘密保护的非公开技术，证明创作者身份、权利人对知识产权的直接控制力、保密方式等； 6. 权利归属链条出现瑕疵的情况下，要求业务部门协同合作方进一步补充其他有证明力的书面文件； 7. 合作方或合作所涉知识产权的诉讼历史检索，确认是否存在可能影响本次授权的历史争议和正在进行的争议； 8. 其他可能影响授权的争议	审核完毕，移交审核结果移交业务部门
普通通道审核 第六步	针对第五步决策 一：形式审查后 批准	1. 第三步中查出的仍然存在的风险提示，如果无法规避，制定严格的承诺条款，并制定加重的惩罚措施，以此换合同的通过。 2. 原则上不修改合同。如必须改，仅作细节、措辞修改。 注意：法务不否决合同，仅提示风险后通过。或者以承诺条款换取审核通过	审核完毕，通过。

2、二调——调合同

第一步业务部门在自查、收集资料中发现明显的瑕疵，可以直接作为压低合作成本、增加合作收益的谈判依据。**第一步的审查内容应当在业务部门初步接洽合作方的时候循序渐进的获取。**获取这些信息的过程也可以帮助业务部门确定合作方以及相关知识产权的商业价值，并借此调整双方合作条件。所以第一步可以视为法务前置审核的内容，前置审核无明显瑕疵的情况下可以直接采用快速通道通过审核。这一步不但帮助业务部门了解合作方，也可以为双方确定合作条件提供谈判筹码，更能够加快后续合同审查的速度。知识产权调查过程中出现的任何瑕疵，并不当然的否定合作无法达成，而是可以调节双方的谈判地位。

如果进入到第三步的普通通道审核，审核结果反馈到业务部门以后，业务部门可以再做补充说明，认为预期商业利益可以克服法律风险，申请决策层审批通过该合同。在决策层愿意接受商业风险的情况下，法务在第六步也只需要做形式审查即可通过，或者要求加入承诺条款，并规定加重的赔偿责任，不再做其他实质性审查和重大修改。

3、必须以普通通道审核的重大瑕疵——权利归属链条断裂

快速通道的审查原则是适当容忍知识产权的瑕疵，并且善意的相信合作方会排除可能的阻碍，未来风险发生的概率适中。快速审查的原则是以决策层从商业角度考虑后对风险的“容忍”换取合作达成。但是容忍的前提是合作者的善意和重大风险点的排除。**检验重大风险点的标准是：合作方是否对其名下的知识产权是否有绝对控制权。**

笔者设计本机制特地将权利归属链的审核提前至业务部门签约前的自查阶段，因为在商业洽谈时，授权链的完整性是洽谈过程中的基础，以及初步合作定价的依据。虽然传统知识产权授权链的审查一般都由后续法务部进行的，但前期谈判基础以及相互间的谈判身份（比如谈判地位的强弱等）确定以后，才能形成合理的谈判结果和合作方案。如果已经确定了合同方案和定价方案，在流程审查中才发现权利归属的链条断裂，再进行价格调整，想要完全颠覆前面的谈判成果，再进行调整几乎不可能。

所以第一步中突出的初步证明资料是为了业务部门能自主排除商业上和法律上的重大风险点。决策层在获取该信息后可以自主选择：是对其他非重大风险容忍以达成“促单”，还是进一步了解知识产权的价值为了进一步的价格博弈。

特别注意：品牌联营、品牌授权或转让等金额较低的商业合作只要排除重大风险都可以按照快速通道审核。但其他场景下，特别是**投融资、公司并购等重大交易的情形下，必须以知识产权为核心资产的项目和公司进行整体估值，所以必须使用普通通道审核确定知识产权的稳定性和商业价值。**

三、以具体案件检验双通道审查机制和审查规则

笔者选取一起知名的著作权侵权争议对本审核机制进行说明。本案是因动画片中的形象进行授权再使用而引发的争议。授权对象是围绕着一系列超人形象的影视剧，就影视剧中大热的形象进行二次开发使用，比如：舞台剧、游戏、动画片等，授权合作过程中出现了两位权利人争夺著作权的现象，并且拉锯战旷日持久，而且涉及到不同法域的判决。本文从授权合同安全审查的角度对本案中涉及的著作权归属问题进行解读，并给予法务合规审查方法的初步指引。

案件背景

本案源于上个世纪中叶，甲国的埃尔法制作公司开发了一系列超人形象的动画片，在电视台播放后广受好评。并且这股超人的风潮不光席卷甲国，也让超人形象在其他国家的儿童群体拥有非常高的知名度。当时的埃尔法制作公司的法定代表人张三在 70 年代与乙国的李四一共制作开发了两套超人系列动画片。张三和李四签订过一份《授权合同》（以下简称“老合同”），若干年后张三的后人张四发布了一份《致歉信》，追认了《老合同》中的《超人一》和《超人二》的著作权归属，即：除了甲国以外，该影片的著作权归属于李四。因为这份“诡异”的《致歉信》，广东高院在审理某超人系列的影片的著作权侵权问题时，将其作为《老合同》的证据链，直接追认了《老合同》的存在和真实性（广东高院的判决后被最高院确认，（2011）民申字第 259 号）。而《老合同》本身因为签字、盖章真实性问题，内容合法性问题，分别在甲国和乙国都有争议性判决，甚至对超人影片的著作权归属问题在中国也有不同的判决。本案认定的证据以及法院对证据的认定如下：

针对第二部的情形二：要求法务部以普通通道审核方式进行深入知识产权审核，法务部要求业务部门补充提交证明文件或者进行说明，如：来自最早的超人动画片的制作者出具的其他授权说明，并确定具体的授权范围（哪些影视作品、哪些著作权形象、授予哪些权利、授权区域、授权时间等）。

第四步：业务部门根据法务部的详细审核结果，进行补充和说明

业务部门根据法务部的审核意见向合作方要求补充信息，再一次提供更新后的证明材料并向决策层说明合同应当批准。如：例举国内已经有许多版权方胜诉的案例、通过与对方谈判调低合作成本足以中和风险等。

第五步：决策层再次审核

决策层根据补充的资料和业务部门的说明，从商业利益和公司经营角度判断是否容忍风险。如果不容忍，授权终止。

第六步：再次审核后通过

如果上一步中决策层容忍风险，则法务部审核通过合同，或者附条件让合同通过（如：增加承诺条款）

特别注意：知识产权权利人身份不明确直接触发普通审查程序，调查侵权历史后即使本授权可判为高风险，在决策层愿意承担潜在风险的前提下仍可以准予授权合同履行。

以知识产权合规审核的角度解读本案中的法律适用

业务部门提交的《老合同》、《致歉信》、法院胜诉判决无法直接证明其拥有充分的著作权利基础。本授权属于高风险合作，必须通过普通通道严格审查授权链条。法务合规审查中必须质疑的要点以及可以向业务部提出的补充证明如下：

质疑点一：1）非中国法判决不予用以考虑权利转移合法性，中国法个案判决也不直接认定为符合授权要求，**必须通过其他来自于原权利人的书面授权证明补充形成证据链**；2）内容2与内容4矛盾之处，说明诉讼中李四的版权方自身也不确定《老合同》中自己享有的权利性质。

补充证明：其他书面协议、来往邮件、聊天记录，进一步佐证来自于原权利人的授权存在，且授权范围、时间、地域与《老合同》一致。

质疑点二：1）目前以影视剧的方式开发原动画形象是在原有形象中添加新元素应当视为“改编”，“改编权”不在原始授权范围之内。且《老合同》中对授权使用的原动画形象未列举具体内容或确定具体范围；2）《致歉信》只能追认到《老合同》中部分影片，对于无关的影片和影片中的动画形象，法务部应当不认可李四的版权方作为著作权人的身份。**影片著作权的授权不等于影片中的形象设计也一并授权。**

补充证明：提供授予“改编权”的授权文件。确定授权使用的动画形象的具体内容或具体范围。

结语

本文将知识产权合规审查作为合同审查中的一个特殊门类进行制度设计和流程设计。传统合同审查方式中，法务部已经被视为“麻烦制造者”，而到了知识产权合规环节，因为知

知识产权本身制度的特殊性，并不是大多数法务都能把控好这项无形资产本身的价值，因此知识产权本身也会被大多数法务视为“麻烦制造者”。

本文为非知识产权专业背景的法务、律师、经营者提供基础的知识产权合规的基础审查思路。但知识产权合规审查不同于普通合同审核，需要其他知识产权工作者加入本流程中，对权利的稳定性 and 价值进行管理和评估。如果说早年的企业知识产权管理中，经营者还在考虑知识产权合规审查到底需不需要，那么现在更多已经认识到知识产权价值的经营者更想了解怎么查，查什么。希望本文设计的审查机制能给各位经营者和非知识产权专业的法律人一些初步的指引，也欢迎读者们多多沟通交流。

（本文首发于 2023 年 3 月 23 日）

涉外投资

从中国女子在日本买岛一事，浅谈日本的土地投资

马政钧

中国女子在日本买岛

近日，一中国女子通过社交媒体发布了一段称自己数年前在日本冲绳县购入一座无人岛的视频后，在国内社交媒体上广为流传。视频中，女子称该岛通过家族企业的名义购入，今后会将该岛用于观光业或出售。该视频通过国内媒体相继报道后又经日本媒体转载，成为热门话题在日本社交网络上引起热议。由于该视频能给出的信息有限，有些日本网友在不明原委的情况下，在网上纷纷留言称，国人购买日本无人岛是入侵日本领土，需要日本政府介入。围绕中国女子购买日本无人岛一事，日本网友及部分媒体的声音引起了日本政府重视。

日本政府发言人，内阁官房长官松野博一在 2 月 13 日举行的例行记者会上被问及冲绳的无人岛被买走一事。松野答说，被买走的冲绳县无人岛名为屋那霸岛，该岛不是有领海基线的国境离岛，也不属于有人国境离岛、地域离岛。因此出售该岛所有权的交易不属于《重要土地等调查法》的调查对象。同时，松野表示日本政府会持续关注相关动向。其后，在对该岛的不动产登记情况进行调查后，发现该岛的所有人为注册在东京，主营业务为与中国进行商业及不动产投资的公司。该公司现在拥有屋那霸岛 51% 的土地所有权，其余为村庄、个人或日本国有土地。



（图为女子称购入小岛的航拍截图）

投资日本无人岛和山林

从这件事可以看出投资对象的日本不动产，既可以是城市房屋及土地，也可以是日本的无人岛或山林。但在进行土地投资时需要注意日本的相关法规。前文中提到的《重要土地等调查法》为 2022 生效的法律，规定在自卫队或核电站等重要基础设施的 1 平方公里圈和靠近日本国境的离岛为“注视区域”，政府可以自行调查土地所有权人的姓名、国籍等相关信息。尤其在重要程度更高的“特别注视区域”内发生一定面积以上的土地交易时，买主有事先向政府申报姓名和国籍的义务。开头提到的屋那霸岛不属于法律限制交易对象，因此只要符合日本法律规定的前提，能否购买无人岛与买家的国籍无关。（注：在现实中，卖家往往会出于各种考量和顾虑而不愿意将无人岛出售给外国人。）

据悉在日本确实有合法的无人岛交易中中介存在，买家主要为日本人，中介也会向外国人买家出售无人岛。另据日本媒体相关报道，日本现有 6800 多座无人岛，符合出售条件的只有区区 100 座左右。由于无人岛的环境本不适合人类居住，符合交易条件的寥寥无几。一座座无人岛就像散落在大海的繁星，是否有连接陆地的交通，岛上除了山之外是否有平地，是否有沙滩等都是决定无人岛是否符合市场交易的重要因素。当然，除了上述要素之外，能不能找到土地所有人，也就是无人岛的土地所有权须在明确的情况下才能进行交易。

投资日本无人岛和山林须注意的问题

在购买无人岛前，需要考虑哪些问题呢？首要问题就是**基础设施**，由于无常住居民，饮水、供电、煤气等各方面都没有现成的基础设施，前期需要投入大量资金来进行建设。另外无人岛往往没有解决交通问题，开拓水上或空中交通需要与交通公司协商或自行解决。

土地所有人能否在岛上自由建造房屋或设施呢？答案是需要视情况而定，如要用到有树林的土地需要确认这片土地有没有事先被地方政府规划用途，根据《都市计划法》的规定，树林大多被划入市街化调整区域，不能用建设用途，原则上不允许盖建筑物。还有一种情况为岛上的树林被农林水产大臣或都道府县知事指定为起到防灾作用的“保安林”时，则无法砍伐树林，意味着即使是土地所有权人也无权对土地进行任何开发。此刻，细心的读者已经发现，无人岛交通不便，基础建设花费高，土地用途不自由等种种短板，造成价格比城市土地便宜非常多。因此如果考虑投资无人岛，事前没有充裕的资金和明确的土地规划及可行性方案，在买下无人岛后的各种支出将远远超出当初的买入价格。

最后，日本是一个自然灾害多发的国家，台风或暴雨造成山洪，泥石流会给岛上的设施和住民带来灾难，无法及时逃难。既然无人岛有那么多问题，**海边钓钓鱼，潜水抓个大龙虾总没问题吧？答案还是否定**，也许这片海域可能位于当地的渔业协会所划定的渔业权范围内，如不向渔业协会缴纳入会费及每年的会员费，而直接对属于渔业权对象的鱼类或龙虾进行捕捞将招来警察调查，面临罚款。



（图为日本法拍网站上的山林拍卖信息）

上文介绍了无人岛，接着介绍山林。在日本的法拍网站上可以看到几千平米的山林以人民币数十万元的价格被拍卖。低价的理由主要是这些土地的所有人因无力还债等原因，造成土地被法拍执行。另一个原因是地理位置不佳及用途受到法律限制，造成这些土地作为投资对象的价值不高，并且与前文提到的无人岛有同样问题存在。在拥有山林后，如不妥善管理自己的土地，有可能招来纠纷甚至面临诉讼风险。

例如，《土地基本法》第二条规定根据土地的特点应当优先公共福祉，土地所有人对土地的使用和管理承担责任。土地所有人对实现土地的合理使用和管理承担法律上的责任。假设土地上有一片竹林，阳春三月的雨后春笋陆续破土而出好不喜人，然而土地所有人忘了及时去收割竹笋。此后竹笋生竹子，竹子生竹笋生生不息，最后竹笋把相邻土地上的建筑、埋藏在土地下的管道、管线给捅了个窟窿了，土地所有人疏于管理，只能自行赔偿对方。假设土地上的生态环境特别好，有一窝野猪在此安了家，活泼的小猪时不时下山把农民种在田里的白菜给拱了。这种情况在日本，虽然法律上无明确规定责任所属，按照习惯由土地所有人承担责任，必须自己掏钱驱赶野猪或花钱找猎人来除兽害。



（图为野外露营）

近两年由于户外露营的风靡，对“拥有一座属于自己的小山”这一想法的人在变多，也可能与日本网络上的买一座离家不远的小山，周末开车和家庭成员一起露营共享天伦的视频火爆有关。在自己山上进行露营时特别要注意火种，如果不慎引起失火即使烧掉的是自己的树林，如果森林火灾造成公共危险，例如火灾威胁到山下居民的安全时，将会被《森林法》第二条追究刑事责任。

总结

本文用小篇幅初步介绍了投资日本无人岛和山林须注意的一些问题。除此之外还会有税金、土地权利瑕疵、与当地政府间的沟通等多种问题存在。由于这些土地的评估价值较低，在日本这个拥有土地就要交税的国家，低廉的固定资产税是其一大优点。当然，外国人大举

买入日本土地被作为负面信息由媒体大肆报道宣传，日本政府出于安全保障的观点，将来有可能通过立法限制土地出售给外国人。

注：本文不构成投资建议。

（本文首发于 2023 年 2 月 28 日）

考虑对日投资前，企业需要了解的基本

马政钧

前言

上次提到在日本符合法律法规的情况下，海岛和山林也能成为土地投资的对象。近年来的对日投资，特别是 ICT、医疗、养老、制造、观光这 5 大领域成为当下的热门。除日本本土市场对这些领域有大量需求之外，日本政府通过对这些领域提供资金扶持、福利待遇，例如给予永久居住权等方式吸引了大批外国经营投资人才，这些势必将会在后疫情时代带来新的投资机会。

本文面向企业，简单介绍对日投资中在日本设立网点的方法，供参考。

在现行的日本法律下，外国企业在日本设立网点大致有常驻代表机构、分支机构、子公司，这三种常见的形态各有利弊。

常驻代表机构

常驻代表机构是外国企业为了今后在日本正式开展经营活动，实施准备性、辅助性工作而设立的机构。

优点

常驻代表机构的优点在于不需要办理相关注册手续。因为手续便捷，适合外国企业能迅速开展部分业务。

缺点

虽然常驻代表机构可以在日本开展诸如市场调查、收集信息、采购物品、广告宣传等活动，但**不能进行直接的经营活动**。另外，常驻代表机构一般不能以其名义开设银行账户及租赁写字楼，只能由外国企业的总部或常驻代表机构的代表等个人作为代理人成为租赁合同的当事人。

分支机构

外国企业如果在日本开展持续性的业务，诸如贸易业务等必须要在日本进行注册（参考日本公司法第 818 条）。为了合法开展经营活动，在日本至少要办理以下手续：

- （1）注册委任后的驻日代表
- （2）注册分支机构
- （3）注册日本法人
- （4）注册合伙企业

其中，**设立分支机构是外国企业在日开展业务的最佳选择。**

优点

在日分支机构在拥有办公场所、代表人的基础上，在日本法务局做了相关事项的备案后就可以开展业务。此外，在日本法律上分支机构没有独立的法人资格，一般情况下分支机构在开展活动过程中所发生的债权债务的责任最终直接归属于外国企业。相比日本常驻代表机构，驻日分支机构可以以其名义开设银行账户，租赁房屋。

缺点

分支机构为外国企业在日开展业务的网点，但其业务内容是履行外国总部做出的决策，通常并不独立作决策。因此做出经营决策需要获得总部批准，容易延误时机。

子公司（日本法人）

外国企业在日本设立子公司（日本法人）时，要在日本公司法中所规定的股份公司（日语：株式会社），联营公司（日语：合同会社）的形态中选择一个。虽然公司法也承认合名公司和合资公司的法人资格，但是这两种形态下出资人要承担无限责任，而不是有限责任，所以现实中这两种形态几乎不怎么被使用。

优点

日本采取“准则主义”，只要符合法律规定即可注册公司设立日本法人。子公司（日本法人）与外国母公司属于独立的法人，对子公司（日本法人）在经营活动中发生的债权和债务，母公司仅在法律规定的范围内承担相应的责任。外国企业还可以利用其在日本的子公司进行对日投资，如与日本企业或投资公司等共同设立合资公司或出资参股日本企业。

缺点

相比其他两个形态，设立手续相对复杂且需要投入一定的成本。每年需要向监管当局提供要求的材料和办理相应的手续，因此维持法人运营的成本也大于别的网点形态。

相较于股份公司，联营公司对外国公司更有利。

股份公司和联营公司的出资人仅承担出资额度相等的责任，但和股份公司相比，**联营公司在订立章程上的自由度更高**。从法律监管上不同于股份公司，没有关于年度财务会计审计的法律法规，因此**可通过公司章程规定财务会计报表的编制和批准方式，也无需公示年报**。原则上，联营公司的股东需要执行经营业务，但可通过制定条款来指定执行业务的股东。例如大家耳熟能详的苹果，谷歌等跨国巨头在日本的法人都是采用联营公司的形态来运营。

下面我们来说说在日本设立分支机构和法人的流程（常驻代表机构无需注册，不在此列）。

分支机构

在管辖地的法务局注册成立分支机构后，便可在日本开展相关业务。但外国企业注册分支机构时，必须以经营活动的内容为准，选择相应的日本法人进行注册。在进行注册前可以参照外国企业的公司章程、设立证明、注册证明等进行调研，在准备好相关事项后，根据日本公司法第 933 条的规定，确定外国公司特有的注册事项（具体包括分支机构的所在地、在日本的代表人、分支机构设立日期、资产负债表的公告方式等）。

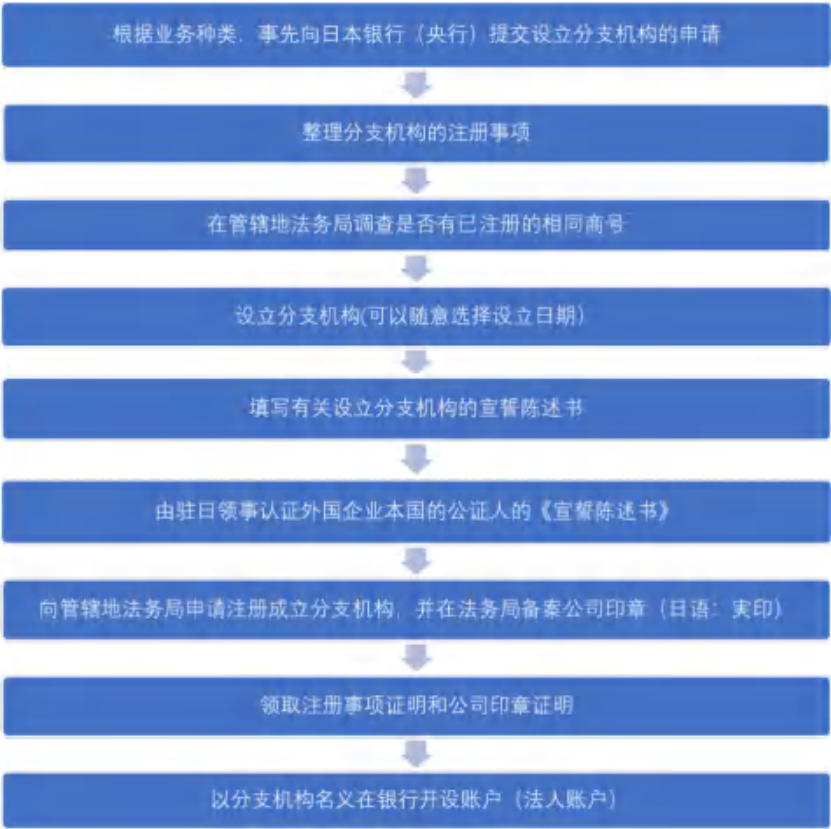
需要注意，在注册成立分支机构时需要提交有注册事项的证明文件，该证明文件必须是由外国企业所在国拥有相应许可权的机关出具的文件，也可以本国的公证人在驻日使领馆等认证的注册事项的《宣誓陈述书》来代替以上文件，以简化注册的流程。

注意：

***所需文件根据各公司的实际情况而定。**

***若使用外国企业本国开具的外语证明文件来进行注册申请时，需提供必要部分的日文译本。**

设立分支机构手续的基本流程

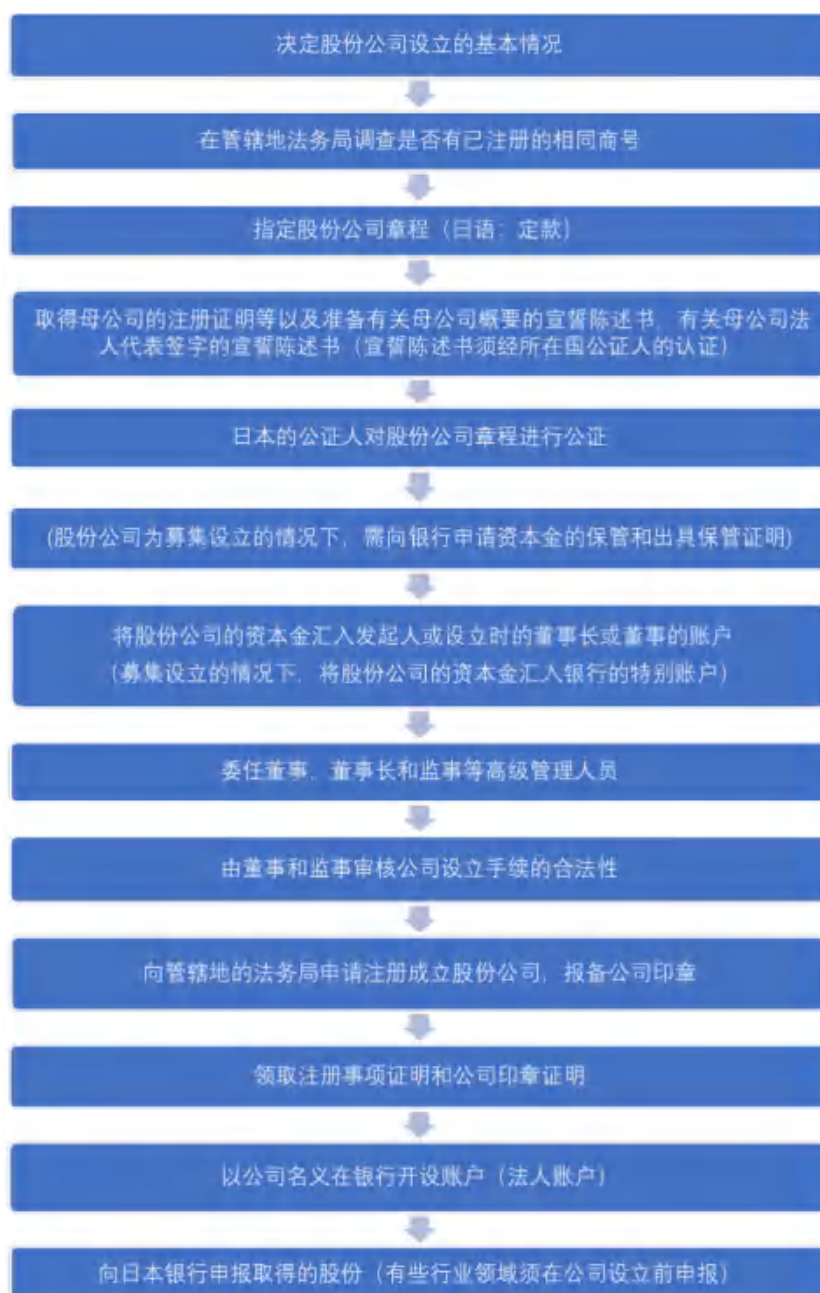


***在银行开户时需要使用到印章，一般为了避免印章的混同使用，会特意制作银行用印章。**

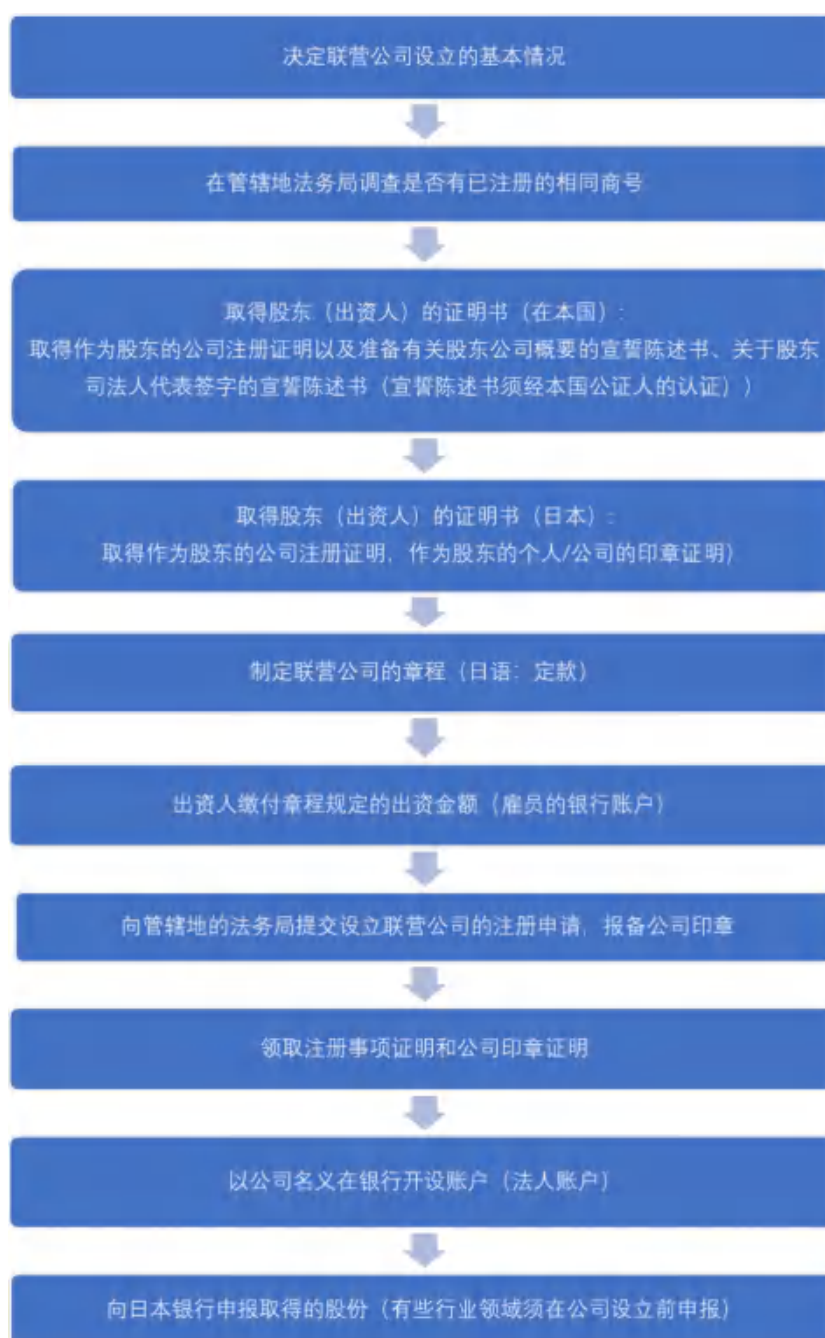
子公司（日本法人）

设立子公司（日本法人）须在法务局进行注册。申请注册之日即为设立日期，即日起可以开展经营活动。办理子公司（日本法人）设立手续所需的部分证明文件要在外国企业所在国准备。如：证明外国企业概要的文件、证明外国企业法人代表代表权限的文件、证明外国企业代表签字是否属实的文件、证明子公司（日本法人）的董事等就任者（如有）亲笔签名的文件等。通常在日本办理子公司（日本法人）的公司章程认证手续时需要提交下述外国企业的公司章程、设立证明、注册证明等官方文件以及经外国企业所在国公证人公证的《宣誓陈述书》，《签名证明书》等。子公司（日本法人）公司章程的认证手续会用到该类文件。此外，在委托金融机构对子公司（日本法人）的资本金进行保管和开具保管证明时，也需要该类能够证明外国企业确定设立子公司（日本法人）的文件。在子公司（日本法人）的资本金全额汇入委托的金融机构所指定的特别账户后，由该金融机构出具资本金保管证明。申请成立注册时可能需要经认证的公司章程和资本金保管证明。所需文件根据各公司的实际情况而定。

设立股份公司手续的基本流程



设立联营公司手续的基本流程



总结：以上是对外国企业在日本设立网点的形态和各种方式的简要介绍。当然除了本篇提到的在日本设立网点之外，还有通过直接或间接的出资方式投资日本。由于近年来日本加强了监管，尤其是个别领域需要注意法律风险，关于如何不通过在日设立网点的直接或间接投资方法将在以后的文章中进行探讨。

（本文首发于 2023 年 3 月 14 日）

购置日本房产前，这些“坑”要避免

马政钧

前几期聊了在日本投资土地及外国企业在日本开设网点的方法、网点形态选择，这期聊一聊在个人投资日本时比较火爆的题材——**购置日本房产时需要注意的问题**。

随着以美联储为首的各国央行大幅加息，一直实行零利率甚至是负利率的日本，日元汇率在 2022 年就像坐了过山车一样一路下跌，一度曾跌至二十几年来的最低点。以东京为首的大都市圈良好的房屋租售比和日元贬值下相当“实惠”的房价，对有计划购置日本房产的人来说是一个难得机会。然而一些专门面向中国买家的房产中介利用语言壁垒和信息不对称，以及中国买家普遍不熟悉日本法律和房产交易习惯及特点，通过虚假承诺、伪造文书、虚假信息等方式，使中国买家受骗上当成为“接盘侠”。去年下半年，有一则“500 余人日本炒房数亿投资款或打水漂”的消息攀上互联网热搜，提醒买家留意投资日本房产的风险，投资日本房产并不像房产中介等机构所描述的绝对不会吃亏的“蔷薇色的梦想”。在此笔者总结了一些在打算购置日本房产时需要注意的地方供参考。

首先简要地列出日本不动产相关的法律法规，由于日本不动产相关的法律众多且复杂，主要法律法规整理如下表：

1. 关于土地使用的相关法律	● 都市计划法 ● 国土利用计划法
2. 关于建筑物建造的相关法律	● 建筑基准法（新建、改建时） ● 普及、促进长期优良住宅的相关法律（公寓） ● 促进都市低碳化的相关法律
3. 规范不动产公司的相关法律	● 住宅地建筑交易行业法 ● 促进公寓管理优化的相关法律
4. 规范不动产广告的相关法律	● 住宅地建筑交易行业法 ● 不动产标示相关的公平竞争规约
5. 不动产买卖与不动产租赁合同相关的法律	● 民法 ● 借地借家法（租赁） ● 住宅地建筑交易行业法 ● 宅建行业法 ● 消费者合同法
6. 权利关系的相关法律	● 民法 ● 区分所有法（公寓） ● 公寓顺利改建等相关法律 ● 借地借家法（租赁）
7. 不动产登记的相关法律	● 不动产登记法
8. 公寓管理的相关法律	● 区分所有法 ● 促进公寓管理优化的相关法律
9. 关于住宅瑕疵（缺陷）等的相关法律	● 民法 ● 住宅地建筑交易行业法 ● 促进住宅确保品质的相关法律 ● 确保特定住宅瑕疵担保责任等的相关法律

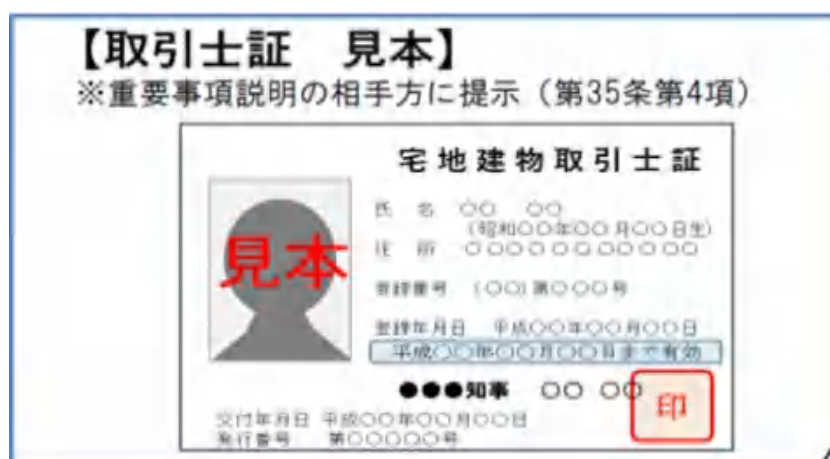
购置日本房产前需要确认的事项

1、中介是否持有不动产交易的相关资质

日本《宅建行业法》规定，不动产交易必须由在政府注册，拥有资质的不动产公司来进行。拥有资质的不动产公司必须安排持有“宅建士”资格的人员常驻。在签订房产买卖合同前，必须由“宅建士”对买家就“重要事项说明书”所记载的房产权利相关事项、交易条件等相关事项进行说明。在选择不动产中介时，应当首先向对方确认有无这两项资质。



【不动产公司交易资质（东京都）】



（宅建士资格证）

2、土地属性是否有瑕疵，特别是有不可重建的限制(日语：再建築不可)

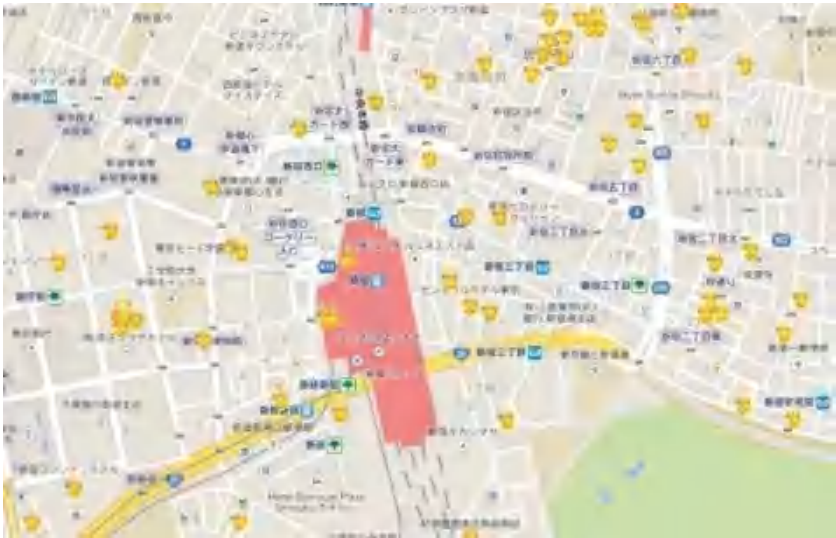
直面翻译为，这块土地上的房屋不可重建。往往附有这个条件的不动产价格会便宜很多，原因是这种类型土地的用途很少，所以作为资产价值不高。由于日本的银行几乎不会对这种

条件的不动产提供贷款,因此,表面上看这种类型的不动产价格相当便宜,但需要全款购买。往往全款买房的外国买家就容易成为无良房产中介的“目标”。

不可重建的原因有很多,其中最常见的原因和房屋不符合“接道义务”有关。所谓“接道义务”,是指日本《建筑基准法》规定,“建筑物须与一条4m以上宽度的道路相接壤超过2m以上”。若道路本身宽度不足4m,则房屋只能建在道路中心线后退2m的位置。如果这块土地不符合这一“接道义务”,将无法通过建造确认申请,因此会被评估为“再建筑不可”土地。为什么会有这样的土地出现?因为不符合规定的建筑多数都是在《建筑基准法》施行前(1950年)所建,多以老房为主。这种房屋最大的隐患在于发生火灾后,由于道路过于狭窄,消防车辆无法通过。而日本是一个台风、地震等自然灾害多发的国家,在考虑购入不可重建的房屋时需要三思而行。

3、凶宅(日语：心理的瑕疵物件)

当遇到二手房低于周边房屋均价时需要留个心眼,向中介询问清楚价格便宜的原因。有一种可能的情况是:屋内曾发生过凶杀或自杀、老人孤独死等“事故”,日语称作“心理的瑕疵物件”。《宅建行业法》第47条规定,代理销售“心理的瑕疵物件”的房产中介有义务向买方告知这间是凶宅,告知的范围包括凶宅上下左右房间。有的房产中介隐瞒或是通过将该房屋在出售前先出租一段时间,这样就可算做买家不是直接购入“心理的瑕疵物件”,来规避法律上的规定。相反,有些买家并不忌讳,而中介通过隐瞒情况可以提高房价扩大自己的收益,因此不论是避开这种问题房产或刻意找凶宅来压低房价的买家可以通过一些日本网站来查询,输入房产地址后就会在地图上显示结果。



(专业网站标注在地图上有问题的房屋)

4、房屋质量瑕疵(日语：物理的瑕疵)

房屋质量问题包括、漏水、倾斜、白蚁、土地污染、土地中的障碍物等。一些房产中介为了规避责任,故意不告知买家或者买家没有询问下就不主动告知,还有一些中介会在房屋买卖合同中设立免责条款。一旦办理完房产登记后,中介会主张合同免责。对此,买家在和中介交涉时,可以要求对方通过书面将已认知的质量瑕疵全部告知买家,并删除买卖合同中,

中介方的免责条款来预防纠纷。此外买家也可以要求中介为房屋参保住宅买卖瑕疵保险。一旦买家发现质量瑕疵后，所花费的修缮费用可以由保险来覆盖。

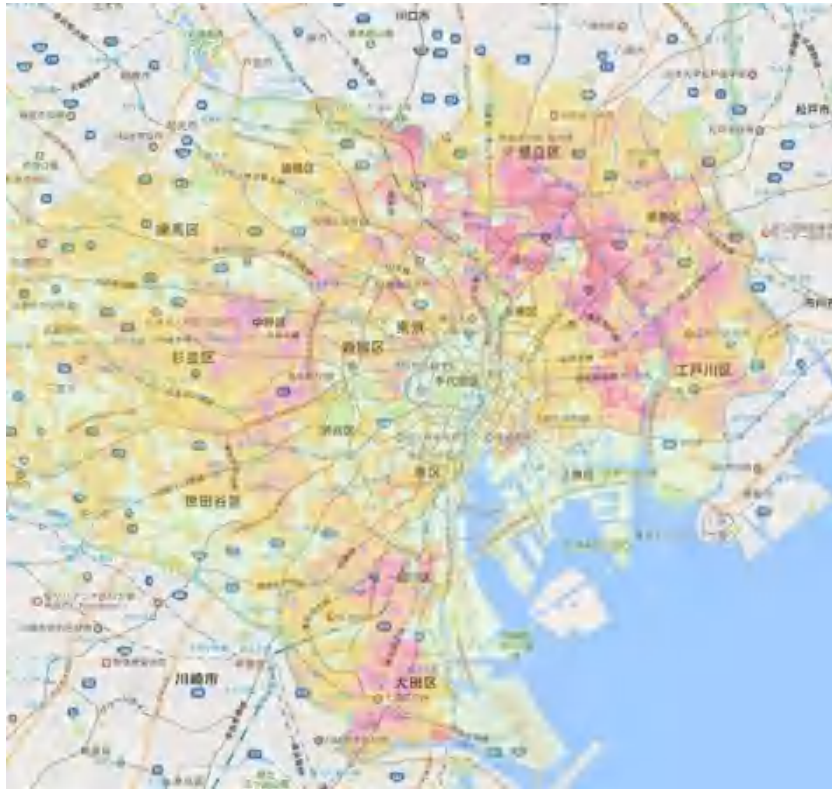
**由于篇幅关系，关于房屋质量瑕疵还有很多注意点，在此不深入展开，今后将另行整理后分享给大家。*

5、周边环境问题（日语：環境の瑕疵）

挑选房产时，应当了解周边的环境。例如周边有下表情况将会影响到房产今后的价值。

现象	设施
侵犯眺望权、采光权	附近将要建造高楼等
心里忌讳	墓地、监狱、风俗店（多为色情场所）、殡仪馆等
有危险的地区	储气、储油罐、高压电线铁塔、处理危险品的工厂、储藏危险品的设施、黑社会的事务所等
发生排烟或恶臭	工厂、污水处理厂、垃圾焚烧厂、饲养场、火葬场等
发生噪音或震动	机场、铁路车库、航空基地、有大型车辆出入的物流仓库等

要避免中介没有如实告知周边环境问题而购入存在风险的房屋，可以参考应对房屋质量瑕疵的方式，通过书面让中介告知周边环境情况和删除买卖合同中的中介方的免责条款。在条件允许的情况下，笔者建议买家直接去当地考察一下情况，感受一下周围的住民给人的感受；如果没有条件前往当地的，可以通过 Google Maps 等地图软件来直接确认房屋周边环境。特别需要注意的是，日本是一个自然灾害较多的国家，需要考虑台风、地震所带来的直接灾害和次生灾害。例如沿河、靠海的地区容易受到海啸和台风过后带来的水害影响。结合“重要事项说明书”的记载内容和日本各当地方政府会发布一个“灾害地图”，可以通过地图预判房产所在地区受灾后的影响。



（东京 23 区灾害地图：颜色越深，因台风等造成的强降雨时越容易发生重大灾害）

6、公寓管理委员会（日语：マンション管理組合）

如果打算购置公寓，会遇到与公寓管理委员会（简称管委会）打交道的问题。管委会相当于国内的业主委员会，不同于国内业主委员会成员多以小区为单位组成。日本多以楼为单位，一栋楼里的业主从几户、几十户至上百户。管委会采用私的自治原则从业主中选出代表组成理事会对公寓进行管理。关于管委会的参加资格，日本法律上不限于居住的所有人，投资人，也就是房东也可以加入，而且是强制加入无法随时退出管委会。理事会决定公寓的管理规则和管理公共部分的打扫和维护等各种事项。**需要注意理事会制定的公寓管理规则中是否有不利于房产运用的条款**，例如：室内不得饲养宠物、不能翻新房屋、不能演奏乐器、不能用做民宿经营等限制。此外，**有些管理规则中还会有非常苛刻的规定**。如，不得在自家阳台晾晒衣物、翻新房屋需要所有邻居同意。这些在选购房产前需要仔细确认。再者，**理事会决定公寓修缮计划和修缮金的用途**，应当向中介获取过去的修缮记录和修缮金使用状况报告，确认修缮金的余额是否充足，公寓是否按照当初的计划进行修缮维护。公寓没有被很好地维护和保养，今后的房产价值将大打折扣，在遇到自然灾害时会有更大的风险。

总结

以上谈了六点购置日本房产时的注意点，供大家参考。由于不动产相关的法律繁多，规则复杂，外加日本独特的文化。买家在选购日本不动产时应多搜集信息，切莫盲信中介单方面的描述。另外投资房产需要大量的资金或需要动用杠杆。投资失败，特别是投资国外房产失败，今后的维权将会变得很艰难，所以事先搜集信息和管理风险是根本。

（本文首发于 2022 年 3 月 28 日）

星瀚人文

热爱法律的技术派

卫新：风雨过后未必有彩虹——2022 年度律所主任的回顾与展望

卫新

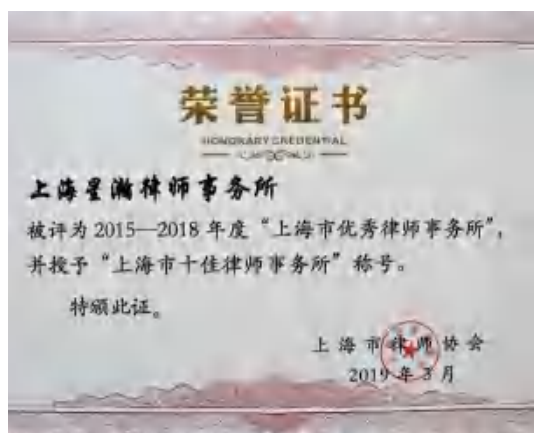
许美静有首老歌：“阳光总在风雨后，请相信有彩虹”。看起来，属于 2022 年的风雨之路总算走到了终点，疫情政策的转向似乎把整年波折纷扰的剧情推进到了“结局篇”。于是，知名财经作家在年终秀的讲坛上领着数千名观众高喊起来：“滚蛋吧，2022！”。周遭的人群一边在病痛中煎熬，一边看着各种媒体亦正亦邪的年终回顾，憧憬着 2023 年的新生。但是，乌云之上未必是晴空，风雨过后不一定有美好的天空。

既然到了年终回顾与新年展望的时候，就要真诚、理性，清醒头脑、擦亮眼睛、扪心自问，风雨过后未必有彩虹，但也许有清朗和真相。

风雨之中看清真相

作为一个生活和工作在上海的 80 后，以往读书、求职、创业的经历，虽有些小坎坷，倒也一路顺遂。人只要努力，最后的结果总归不错，付出就会有回报，我已经习惯了这个有逻辑、讲道理的世界。

2002 年我放弃法院的 offer，去了方兴未艾的房地产行业，没日没夜的辛苦开启了良好的职场起步；2005 年决定做一名律师，业务和客户每年都几何级增长，是中国经济增长和上海城市发展的势能；2010 年创业星瀚律所，充满了雄心壮志，想着用年轻的思维和科学的企业运营改变传统的行业，虽然理想主义少不了碰壁，但好在赶上了法律服务业高速增长的红利期。10 年下来，也做到了“上海十佳律所”，有了稳定的组织和良好的品牌效应。2020 年武汉疫情，中国经济增速降到 2.2%，但星瀚业务增长了 15%；2021 年，上海律师业的增长和规模创造了历史，星瀚增长 35%，更可喜的是人均创收增长了 8%，量质齐升。疫情前二年的故事，似乎证明了律师是个“逆周期”行业，经济好或不好，生意都是好的。我想，我的大多数同行都是带着这个信念进入 2022 年的，继续扩大规模、增加投入、争夺人才……



但众所周知，2022 年的故事完全不同。律师的业务领域，除了破产，全线下跌。上海的封控以及后续全国的严控，锁住了忙碌的律师，更是改变了整个司法系统运转的节奏：看守所严控，律师见不了当事人；公安机关受理控告和侦办案件受到各种限制；法院各种延期、互联网庭审，立案和执行更难了。律师长期纠结于：哪个法院是否允许哪个区域的律师进门，能进几个人，到底需要连续几天的核酸，需要提前几天去当地；线上庭审的效果能不能把事情说清楚；自己被封控了，对手律师阳了，法官被隔离了，到底要不要开庭，仿佛一桌既对抗又合作的牌桌，却永远凑不齐人……

惜时如金如我，在 2022 的执业中，被这样愚蠢而低效的问题折磨着；性格温和如我，也忍不住咒骂，斗志也被来回消磨。很多同行告诉我，今年的数据很难看，年底想冲一下，却“团灭”了，不过即使有人办公，也没业务。有一些优秀的年轻人离开这个行业了，法学毕业生都去考公务员了。

更困难的是我们的客户，裁员、停止业务、放弃投资。一个债权人追索我的客户，几个月后居然没有声音了，我打听之后才知道他已经被他的债主们逼的跑路了。客户的法律问题集中在裁员补偿、租金减免、居家薪酬、封控对应的商业责任承担，有的客户甚至放弃追索债权，因为打赢了官司也要不到钱。法律保障在客户心里越来越苍白，牵动他们神经的是突发的新闻和政策发布会。2022 年中国经济的增长预计会下降到 3% 以内，我们第一次会低于周边的国家，包括越南、马来西亚、印度，甚至巴基斯坦和孟加拉国。

这就是 2022 年风雨中的真相，律师行业并不会逆周期，这些年里中国律师的好日子，是因为赶上了中国市场经济发展的高速列车。制度经济学家总结，一个国家经济的发展有三个阶段——放松管制、增加投资、司法跟进。因此，律师业是顺着经济周期发展，而且还有滞后性。国内最优秀的合伙制律所大多是 90 年代中后期成立的，正是“92 南巡”之后创业热潮后的产物。律师是司法体系中最敏感、最微观的生态，它对体制的依存度较小，维护私权和保护人格的市场需求才是律师发展的沃土。一个律师文化盛行的城市，看上去冰冷、繁琐、没有人情味，实际上却最讲规则、最重权利、最有边界感。当索要执法依据的市民一次次碰壁、当随便什么人穿上大白、蒙上口罩，权力就没了边界；当一个法条可以被随意解释作为强制的工具；当企业和个人求助法律、寻求救济变成徒劳和无奈，以维权和反言为天职的律师业务，怎么会不凋敝、下行。**律师业是接触型服务业，无论线上工具怎么发展，律师展业还是需要和客户有真实的触点。**2022 年服务业是受伤最重的行业，我想，统计一下律师 2022 年接受的新委托业务，就能知道接下来的艰难。

张维迎说，中国经济重启需要企业家，而企业家需要稳定的预期，而不是间歇性的政策扶持。稳定的预期哪里来，还是要依赖于法治。在当下，我真正体会了读书时代轰轰烈烈的把“法制”变为“法治”，这一字之差，把工具化、目的化的法律转变为系统、环境、至高的存在，是多么可贵。2022 年的律师业务虽然下行，但还不至于太糟，因为我们有滞后性。我们还在服务老客户、承办前几年的老业务，但 2022 年最大的影响是市场的预期和法治的信心。2023 年律师的业务会好吗？我看好的概率不大。最大的原因是律师业的滞后性，2022 年的不景气会反映在 2023 年。此外，市场的信心恢复需要时间，疫情的反复充满不确定，更重要的是法治的信念需要更多的时间和作为来重塑，有时候，打消疑虑比平地重建更困难。

风雨之中才知可贵

2022 年我有一个被告众多的涉外股权纠纷的案件，过程令人印象深刻。这个案件 21 日立案后经过一次庭前谈话，主要进程都在 2022 年。作为原告方，我们十分焦虑，因为被告一直在用各种方法拖延时间，正好也遇到了疫情。上海封控结束后，主审法官组织证据交换，双方的证据都是整箱的，十分繁多。为了赶回疫情耽误的进度，主审法官安排了早上 9 点起一整天的时间。但到了下午 4 点，我想这一次无论如何也弄不完了，没想到，主审的女法官却没有结束的想法。我几次看见她中断庭审安排家事，包括安排家人替代她去接送孩子，就这样，法官和律师们饿着肚子推进案件。虽然已经筋疲力尽，但各方律师都充分的发言，而法官也始终耐心倾听、忠实记录，展现了极高的职业素养。直到晚上 10 点，我们终于完成了这次庭审。走出法院的时候，看着城市星光，我已经感觉不到饥肠辘辘，只有感慨和慰藉，这是我执业经历中最漫长的一天庭审，**无论案件结果如何，我都感谢敬业的法官和对面的同行，在如此低效、充满借口的时段里，我们放弃了个体的舒适，共同演绎了充满了职业尊严感的一幕。**

这个故事没有结束，12 月 7 日法院又组织了一次 10 个小时的庭审；12 月 22 日又进行了一次线上谈话。线上谈话正好是上海大规模感染的高峰，我们两位律师全阳了，法官助理也阳了，主审法官穿着法袍一个人在空荡荡的法庭里，据说整个法院也没有多少人了。经历了这些，2022 年最后一个工作日，我们收到了法院的判决书。我不知道，法官的判决是不是在阳性的时候写的，但合议庭一定经历了巨大的困难、付出了卓绝的努力。我感同身受，因为为我所写的二十几页的代理意见，是在我阳了后的第三天。

星瀚的半年会议上，我曾经说，生活的正常比非常更重要、更可贵。回顾 2022 年，非常时期的许多非常之举，更值得被记住、被珍惜：我们的律师为了完成客户托付的工作，用尽各种办法保持服务的姿态，在小区即将被封或者正在被封的时候，有人翻墙、有人连夜出走，有人漂泊在外十多天不回家，有人数天住在律所；我们奔波在全国各地，和各地的防疫政策“明争暗斗”，我们不停的“解释”、“辩论”，有人真的成功把外地“三天三检”解释成上海的核酸记录也可以算进去，有人写了无数的承诺书终于完成了工作。12 月有一位秘书因为没阳，戴着 N95 每天来上班，哪里有缺就补上，为阳了的律师提供支持；阳康的运营同事把孩子留给父母照顾，回到律所坚守……**躺平和抱怨也许是 2022 年最合理的姿态，但是星瀚人不愿意被困住，仍然奋力挣脱。过去一年的数据在诉说这份努力和坚守。**

2022 年行业很卷、客户需求在下降，但星瀚仍然有不少新的客户，他们来源于我们长期布局、始终创新的领域，来源于我们对客户痛点的理解，来源于我们不断磨练的技术水平。风雨之中好客户可贵，律师的真本领、差异化更可贵，2022 年那些习惯了有老客户的稳定需求、没有创新的律师可能开始难了，但这样的风雨也让我们可以加速知道哪些是有竞争力的关键能力。2023 年即使会好，新的增长也一定不在旧领域、旧模式。



坚守的法官、奋斗的执着、创新的思维、互助的情谊，这些构成 2022 年的可贵，是风雨之上真正的晴空。当世道繁荣平顺，你也许看不见这些点滴，但经历风雨之后，你也许会明白那些才是最珍贵的。

风雨之中方显本色

2022 年，是我工作以来在办公室时间最少、居家最长的一年。相比过往的岁月，**2022 有三个特别的要素被放大：家庭的责任、书籍的陪伴、跑步的习惯。**

上半年上海封控、12 月疫情爆发、以及时常发生小区管控，让人把焦点转回家庭。家人的温暖和相守是这些时间里最重要的内容，好丈夫、好父亲、好儿子是我重要的角色。2022 年多了很多家人相处的时间，我陪太太度过她丧父的艰难时光、陪母亲求医问药做了膝关节的手术、陪小女儿厮磨嬉戏度过她的幼小衔接。太太在大学任职，常常要守校、值班，一去数日，我就担负起带娃的职责，室内的活动无法进行，我就带着她在中山公园前学轮滑、玩滑板。11 月去厦门开庭，虽然疫情政策让人头疼，但二天的庭审中有一个间隙，我还是赶着高铁去了太太的老家泉州看望家人，一天三检只能稍坐三个小时……跨年的那天，女儿突然告诉我在她心里的排名已经上升到第一，让我觉得 2022 年有了另一份满意的成绩单。

2022 年读书是我最好的独处方式。在获取信息方面，读书并不是最有效率的。但是，读书目的不仅在于知道更多，还在于提升思考复杂问题的能力。2022 年星瀚读书社、我组织的“小星读书会”没有因为疫情而终止，我和小伙伴们一起读了刘擎的《西方现代思想讲义》、布鲁斯·沃勒的《优雅的辩论》、张维迎的《博弈与社会》……我希望，自己始终是个读书人，不仅仅因为读书已经成为生活方式的一部分；还在于读书人“迂腐”的坚信：有一些应然世

界中的原则，要高于现实世界中的得失。尤其在纷扰复杂的 2022 年，这样的迂腐给了我很多力量。

2022 年跑步的习惯还在延续，但疫情让这个过程很有趣。iWatch 上的锻炼指数刚刚齐头向上，又不得不按下暂停键、掉头向下。我记得那些苏河步道的清晨、中秋月夜下的脚步、阳康不久的慢跑，那些在风里、雨里、阳光里奔跑的自己，是我永不停歇的倔强。

2022 年有很多困难和不得已，诸多无奈之下，人的选择才能看出底色。人生是完整的、动态的，我们有各种各样的角色和责任，面对困难的环境和不确定的生活，我们在工作、家庭、社区、朋友圈里的作为，反映了我们如何获得力量、如何思考和表达，如何真正活得健康、活得正直。人的素质，不在言语，而在作为，在极深极深的内里。对于一个企业也是这样，星瀚这个组织在 2022 年也有失落、也有焦虑，也有困难，但**星瀚有理想、有担当，我们相信有些原则高于得失**。我们没有降薪，没有强制休年假，所有的居家的同事都享受全勤待遇，我们无法跨省旅游，就在市内组织烧烤和露营，我们在法学生就业最惨淡的年份坚持招聘了 9 位应届生，我们在母校华政 70 岁生日时继续捐资助学，“星瀚微法苑”发布了 238 篇原创文章，我们坚守律所运营的正常，我们相信年轻人，我们面对市场冲击，仍然坚持技术派的风格。风雨之中方显本色，星瀚珍视伙伴、关注人文，与时逐而不责于人，因为星瀚这家律所的底色是创新和长期主义。当我们把时间放长，过去的 2022 年就成了考验和承诺，应该被怀念。



2023 年终于来了，虽然我们有最美好的愿望。但理性告诉我，2023 年不会乾坤倒转，还会很困难，外部的环境不一定转好，尤其是明年上半年，充满了不确定，甚至比 2022 年更难，我们要有更大的担当和更清醒头脑。

好在今年过年很早，三年来，我们终于可以在中国人最重要的节日里自由的流动，和家人团聚。我希望，那样的团聚能给予我们温暖，抚慰我们的情绪，春节的合家欢聚也能给予我们新一年奋进的信心。

丘吉尔说，“勇气是人类最重要的一种特质，倘若有了勇气，人类其他的特质自然也就具备了。”风雨之后未必有彩虹，但经历了风雨的我们，应该有更多的勇气。

祝大家新年快乐，元气满满，永葆健康、热爱、智慧和勇气。



（本文首发于 2023 年 1 月 3 日）

一期一会，乐动星声



2023年1月13日，上海星瀚律师事务所举办娱乐年会。本次娱乐年会的主题是「一期一会，乐动星声」，顾名思义，本次年会主要分为说和唱两个部分。今天，小编带大家回顾一下当日的精彩～

星瀚嗨唱会

本场年会的 dress code “我是歌王”，亮片、牛仔、红色、蓝色都是工作组给出的小 tips，来看看哪位同事还没开口就已经有了歌王的风范～





今年的嗨唱会看点多多：
 星瀚权益合伙人们悉数登场亮嗓
 这些同事们竟如此深藏不露
 热舞与劲歌金曲更配喔

6 个表演组共演绎了 7 首歌曲，歌曲跨度从《羞答答的玫瑰静悄悄地开》到新晋爆曲《孤勇者》，一起来猜猜谁才是星瀚歌王。



（你是电 你是光 你是唯一的神话）



（意想不到的小酒窝组合）



（舞技高超的盛青年会限时返场）



（大家表示有铿锵玫瑰的 feel～）



（合伙人中唯一记住了歌词的宋佳老师带来《无眠》）



（幸好没错过星瀚颜值巅峰的《牧马城市》）



（无论是“战吗 战啊”还是“L-o-v-e”都相当洗脑）

一起看烂漫星光

在歌曲中除了穿插精彩的舞蹈表演，星瀚年会的保留节目「回顾与展望」自然也少不了。



与星瀚相伴走入第 11 个年头的合伙人**金秀福律师**，见证了星瀚与不少星瀚人的成长。金律师说 2022 年是她加入星瀚的第十年，她回忆，面试时她和卫新律师说，希望星瀚成为她人生中最后一个职场。与星瀚 10 年的约会中，犯过错，失落过，但也有奋斗和骄傲。2022 年经历了疫情的无情，但也感受到了客户的温情，她希望大家把所有的不容易都留在 2022，用最好的状态迎接充满希望的 2023 年。



“隔离”是 2022 年刚加入星瀚公司金融部的**刘巧习**的年度关键词。由于从境外回国，她的 2022 年是从隔离开始的，也是在这个时期她参加并顺利通过了星瀚的线上面试。她与我们分享了一个克服紧张的小方法：眼前看到的都是虚拟人，面试官只不过是配音演员——不过也有后遗症，就是她至今也没能想起是哪些律师面试了她。尽管 2022 中有 1/3 的时间都在隔离、疫情带来了很多痛苦与困难，但巧习还是感谢星瀚与部门同事带给她的温暖与帮助，相信我们永远都有越来越好的热情与能力。



法务秘书**王晓云**喜欢在朋友圈中记录自己丰富多彩的生活，快乐的回忆满满。晓云说，疫情三年告诉我们，可能很多计划会因为各种原因被搁置，但是仍然要做好随时迎接各种突如其来的挑战的准备，走好当下的每一步，踏踏实实，累积和沉淀都将造就更美好的自己。



2022 年是刑事部的**冯禾坤**正式“外来务工”的第一年，他逐渐认识到自己已不再是需要拿着好成绩向父母、老师炫耀的小孩子，而是在**做好本职工作的基础上，定期反思并调整，如何能为客户、团队带去更多的价值**。未来的一年可能还会遇到很多的问题与困难，但他也相信在星瀚这个大家庭中，更多的将是惊喜与好奇。



造星合伙人**沈奇律师**因为希望在业务上有所突破，走专业化的道路，他带领团队加入了星瀚，至今已有一年半的时间。他认为，客户的需求是多样化的，为增加客户的黏性，需要律师能为客户提供综合性的法律服务——而星瀚恰好有这样专业化的氛围，律师和团队之间可以相互合作、相互成就，尽管当时做出改变的决定很难，但现在回头来看，他做出了正确的选择。



武汉分所的**沈大力律师**、**曾曙光律师**也来到了现场，沈大力律师作为代表分享了武汉分所的 2022。这一年，武汉分所团队成员人数在扩大、专业能力持续提升、业务领域不断拓展、对外交流合作有所深化。创收每增加一百万，武汉分所就会组织一次烤全羊聚餐，2023 年这一奋斗目标不会止步，他也期待新的一年能有更多的机会和总部同仁一起成长、进步。



晚餐时当然也少不了最令人期待的幸运抽奖环节，iPad、Switch、划船机、咖啡机、拍立得……今年人人有奖，好运加倍。



年会在全场合唱《夜空中最亮的星》中结束，相信每个人在过去的 2022 年都有很多不易，我们希望通过歌声与欢乐忘却那些困难。向前看，新的一年，祝大家都能成为更好的自己！

（本文首发于 2023 年 1 月 20 日）

这个寒冬幸好还有我们的温暖相遇

2010 年，星瀚成立，每年招录应届毕业生的惯例延续至今；并在 2017 年启动“星辰计划”，应届同学在为期三个多月的实习时间里，接受新人培训、完成带教安排的工作、参加星瀚丰富多彩的文化活动……每一位“星辰计划”的成员们都会收获颇丰。

今天，我们来看看最新一期“星辰计划”的成员们在这段实习生活中都有哪些难忘的时刻。



理由千万条，热爱是首位

提起为什么选择星瀚，同学们给出了类似但又不完全相同的答案——最吸引他们的无疑是星瀚亲切温馨且专业的文化氛围。

李煦说，星瀚是一个非常有温度的律所。星瀚错落有致的工位，斜杠工坊、无问西东等等会议室的名字，都充满了想象力，给人以非常温馨的感觉。对此，可能是所有人中加班时间最长的陈子翔也有相同的感受，他说，星瀚的开放式小岛工位是我选择星瀚的理由。开放的小岛是不规则的，不规则意味着多元、包容和开放。朱珂廷说，星瀚的名字本就带有美感和格局，能给人留下深刻印象。

星辰计划中，也会有一些“跨界”实习生，他们虽然不学法，但他们选择进入律所继续自己的专业。财务部实习生冯尧说，当秋招进行得如火如荼时，星瀚的蓝色 logo 映入了她的眼帘，虽然本身对律所非常陌生，但因为自己从小喜欢看悬疑破案的影视作品，所以特别有想要了解律师这个职业的欲望。



另一位财务实习生**张颢澄**说律所是她众多实习经历中未涉及到的领域，在搜索后发现星瀚在财税内控领域也很突出，是一个有利于自身成长的地方，而且在面试过程中了解到的工作内容以及职业的规划是非常适合且契合自己的。



一路迎接挑战，收获成长

对两位财务实习生而言，实习期间印象最深的便是这次科研成果展示考核。冯尧说，过去并没有太多机会当众做 pre，很感谢杜頊瑶老师在考核前后给予她的帮助和指导，这次考核使我得到了一次锻炼自己和展示自己的机会，也对律所企业文化有了更深的了解，相信以后可以做得更好。张鲮澄在来星瀚的第二天就收到了会有最终考核的通知。“第一反应是我能讲出什么内容？”在脑海演练了无数遍也不敌台上五分钟带来的实感，通过其他伙伴们的精彩分享，也意识到了自己的不足，需要进一步锻炼逻辑表达能力以及在专业上需要更加深入的钻研。

朱珂廷说实习阶段的工作多但并不杂乱，大多数的都是围绕一个个具体的案件展开，每一项工作都是不同尝试与挑战。对他而言印象最深的，是团队代理的一起最高法发回重审的案件。该案件线上开庭正好是上海疫情最严重的期间。团队律师冒着已阳与将阳风险依然坚持完成了两天的线上开庭，深刻体会到律师职业的责任心与意志力。



包蓉说，对于实习生而言，审合同这项工作，不仅考验法律功底，还要在合同审查这一过程中结合当事人的需求、法律的规定，根据交易目的、交易背景对合同文本进行分析。刚开始接触审合同时，审查一份不到 10 页的合同往往需要花费 2-3 小时的时间。现在，她已逐步掌握了审合同的一些方法论，能够做到在保证质量的前提下提高效率，快速审查顾问单位发来的合同。



同样被“学生思维”所困的徐银池回忆说，第一次审合同的时候，左边打开工具书，右边对照着合同，像找不同一样，凡是见到遗漏的、错误的统统都标出来。审完自己还挺满意的：第一次审合同竟然找到了这么多不对的地方！但后来，她也渐渐明白**作为一名律师，将正确的法律规则应用于客户的具体问题只是一个开始，律师的思维终点是为客户解决实际问题。**



曾接触过名誉权侵权案件的**沈卫栋**在这次实习中又碰到了新难题，案件中所涉及的演艺经纪类合同是他没有了解过，针对此类综合性较强的合同性质认定让他犯了难。在穷尽了自己所有的方法后，还是处于一知半解的状态，他决定向律师请教。李凤翔律师对他的问题逐一进行了思路的引导，并且明确了需要继续深入的地方。将他从局限的思路中抽离出来，更宏观地看到了案情的全貌，也让他更通透地理解了一个正确的思路应该如何被思考和展开的。

李煦参与了《以偷逃其他税源为目的的虚开专票能构成虚开增值税专用发票罪吗？（一）》一文的撰写，这个问题本身就比较复杂，涉及税收和法律的学科交叉，并且要钻研很深的理论层问题，对她而言是个不小的挑战。“经过这次工作，我了解到了更深层的税法知识，也锻炼了自己法律知识的运用能力。**最关键的是，当自己的努力被肯定，那一瞬间的成就感是无可比拟的。**”



陈子翔分享了他起草法律意见书的经验。案件时间跨度长，涉及证据多、法律关系又极其复杂。在这个过程中，他充分认识到了**律师需要拥有从繁杂证据材料中精准获取信息的能力；也认识到输出写作与思维运行之间的深刻关系**。面对复杂的法律关系，在思考后似乎找到了答案却无法精准表达，就像在浓雾中亮起的灯塔，而良好的写作能力便是驶向它的船。

提交前嘴上说着“看完就交”，心里却反复默念“再看亿遍”——相信很多人都和屈思敏一样在发送文件前有一样的心路历程。她在起草收购协议的过程中，不仅对交易文件的构成和内容有了更多的认识和理解，也学习了如何站在律师的角度为客户考虑问题，同时也锻炼自己对工作中细节的严谨态度，例如保证格式一致、杜绝错别字等。



大四就曾在星瀚实习过四个多月的**徐璿**应该是本期星辰计划中实习时间最长的同学，再次回到星瀚实习的她已是研三。在协助处理一起诉讼案件时，她经历了第一次面对客户、带领客户前往工信部调取备案主体、地址等信息；也第一次全程了解如何请求法院协助，开具调查令，要求域名注册商出具网站现有的实际使用人信息（当时看到结果显示不是本案当事人，非常激动！）；还在刑事部邵律师的帮助下，第一次直观感受了网站 ip 地址如何抓取。抽丝剥茧，不仅最终向法院证明当事人并无侵权行为，也增加了自己的技能树！



榜样的力量

星瀚会为每一位实习同学指定带教，布置日常工作、提供专业指导与支持。这些带教们自然也成为了他们接触最多、印象最深的律师。在科研成果展示会上，我们很惊喜地发现，每一位同学的身上都有了自已带教的影子……

李煦的带教是崔岩双律师。“崔律师是一个法律功底深厚、能力非常出色的律师，和她讨论案件的时候，我经常能受益匪浅。在工作之外，崔律师也是个很温柔的人。”

陈欣皓律师算是带领屈思敏进入律师职业的第一位老师。“如果要举办「情绪稳定大赛」，在我心目中陈律师就是冠军！不论遇到简单还是棘手的案子，陈律师总是能沉稳冷静地应对，并发挥出自己十分的专业能力帮助客户解决问题。“陈律师的这份认真与严谨也感染了我，使我在工作中时常提醒自己：**案件没有大小，要以认真负责的态度对待每一个案件。**”

在朱珂廷看来，“其疾如风、其徐如林、侵略如火、不动如山”是对张敏律师最好的形容。“在处理案件时，张律师总能第一时间梳理出案件事实、把握住核心争议焦点。每次案件进程与张律师的预判基本一致。张律师能超高效完成文书写作，庭审中胸有成竹地发问设问。”

徐银池也表达了对金秀福律师的崇拜与感激：“我在平时的工作中会日常感叹，老师怎么想到的！怎么做到的啊！”当感到自己的能力不如同期的实习生，陷入自我否定时，金律师也会鼓励她：“**要学会接受自己的普通，但也不要忘记你身上的闪光点。**”

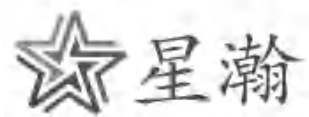
“黄璞虑律师是一位严谨负责、业务能力过硬的好律师，同时也是一位谦逊好学、乐善好施的好带教。”徐琨说，“相信大家从星辰计划的点评现场也能看到，黄律师对各领域专业问题都非常好奇，且愿意将自己的经验分享给大家。平时工作中，黄律师也常常边工作边带教，很多时候**将任务交给我并不一定能减少他的工作量，但他非常愿意让我尝试各种工作，提升我的能力。**”团队中的其他律师、律师助理在她眼里也都是“宝藏女孩”，能有幸在pulu团队实习，在专业技能方面，每天都能学到新知识，发现自己的不足，并锻炼和完善自己；在生活方面，大家亦师亦友，互相关切、互相鼓励，让工作变得富有意义。



卫新律师在科研成果展示会的最后说，每年到了这个时候，对他而言也是既高兴又紧张。无论结果如何，同学们能在星瀚交到朋友、学到知识，这段美好的实习经历都会成为未来的财富。

进入星瀚实习，是一个双向选择的过程，是属于我们彼此的幸运。加油吧，每一位热爱法律的技术派！

（本文首发于 2023 年 2 月 10 日）



热爱法律的技术派



上海总部：021-5109 6488

武汉分所：027-8771 8809



BD@ricc.com.cn



星瀚客服



星瀚微法苑