星瀚律師事務所
RICC & CO.

星瀚法律研究

LEGAL STUDY

2023年年度精选

本期推荐

2022年舞弊案件平均案值182万元！2022年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告（节选）

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

有人模仿我的脸，还要用我的声音赚钱？——聊聊商品化权中的形象权

固定总价合同中清单漏项时，价格如何调整、损失如何赔偿？

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

为什么控制权纠纷总在“抢夺证照章”？公司证照返还纠纷争议焦点有哪些？

行使合同解除权竟构成抽逃出资？——看待股权投资协议不能局限于合同法思维

目录 CONTENTS

「重点推荐」

2022 年舞弊案件平均案值 182 万元！2022 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告（节选） P01

「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 P06
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 P10
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） P15
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） P23
“X 分钟看完电影”是精炼还是侵权？视频平台为何也难辞其咎？ P28
公司有权查我的聊天记录吗？从案例看用人单位收集工作手机、电脑中数据的合法性 P31
一场蓄谋已久的调价计划：UNITY 下载收费方案是否违反相关法律法规？ P34
AI 绘画第一案：认定 AI 画作属于“作品”是否为时过早？ P39
AI 炼丹炉 VS AI 仇杀队：是创作还是洗稿？——TRIK 疑似侵权事件的法律分析 P42

「政策解读」

独立董事“不独立”？上市公司独立董事制度改革相关规则解读	P47
浅析融资租赁公司收取服务费、手续费的最新监管规定与审判口径	P57
上海人社局更新“社平工资”和“最低工资”，一键收藏这些受影响的数据	P60
全球首部生成式人工智能法规落地，新产业如何应对新要求？	P64
民企反舞弊力度再加码——浅析《刑修（十二）》（草案）对司法实务的影响	P69
从沪杭两地直播合规指引看直播电商监管趋势	P74

「内控反舞弊」

直播带货暗流涌动，品牌方员工常见舞弊行为有哪些？	P78
收取贿赂、虚假流量……浅析 MCN 机构员工常见舞弊行为	P82
平台方在直播业务中地位强势，如何识别舞弊行为？	P86
直播电商领域的企业如何构建反舞弊制度	P89

「文娱体育」

打造爆款，等来的是流量还是传票？细数公众号内容侵权风险点	P93
浅析韩国官方电竞标准合同对我国电竞行业的经验启示	P98
自媒体账号归属何方？主播达人与 MCN 机构纠纷下账号归属的探讨	P102
在体育纠纷中，如何准确主张适用自甘风险规则？	P109
有人模仿我的脸，还要用我的声音赚钱？——先聊聊商品化权中的形象权（上）	P114
主播达人解约后，账号交接如何变更实名认证？	P120
明星直播带货、发布“种草”视频，构成商业广告代言吗？	P124
有人模仿我的脸，还要用我的声音赚钱？——再议商品化权中的形象权（下）	P129
明星代言接洽中，需要注意哪些事项？	P134

「商事争议解决」

如何判断股东是否完成出资义务？ P138

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 P143

你需要了解的股权回购：权利性质和行权期限 P147

为什么控制权纠纷总在“抢夺证照章”？公司证照返还纠纷争议焦点有哪些？ P153

行使合同解除权竟构成抽逃出资？——看待股权投资协议不能局限于合同法思维 P158

「星瀚建工」

中标后另行签订合同，哪些情形属于背离招投标文件实质性内容？ P162

建设工程存在黑白合同，工程款如何结算？ P166

合同变更或无效时，下浮率如何适用？ P171

建材价格波动风险自担，承包人能否主张调整合同价款 P175

措施项目费包干，工程量改变后费用金额调整吗？ P178

固定总价合同中清单漏项时，价格如何调整、损失如何赔偿？ P181

浅析工程造价中规费应当如何负担 P184

「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） P188

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） P191

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） P194

代持股还原的税务策略：如何还原代持股更合理？ P197

资本公积转增股本：个税该缴还是不该缴？ P200

下游已抵扣=虚开犯罪？——再论虚开增值税专用发票罪的构成 P204

私募股权投资基金哪种形式更节税？——以所得税成本角度探究 P208

合伙型基金热点问题探讨（一）：自然人合伙人个税如何计算？ P213

重点推荐

2022 年舞弊案件平均案值 182 万元！
2022 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告（节选）

汪银平、邵洋、岑晓娴

当前，我国经济发展进入新常态,转型升级的内在要求使企业内部控制和反舞弊工作显得尤为重要。内控、合规不仅是国家在政策法规层面上提出的要求，也有越来越多的企业自发地走上反舞弊的道路。一个企业的内部控制制度是否健全,直接关系到企业的经营管理质量和效益,也关系到企业的持续发展能力。完善内部控制、预防和制止舞弊行为,成为了大部分企业必须直面的问题。

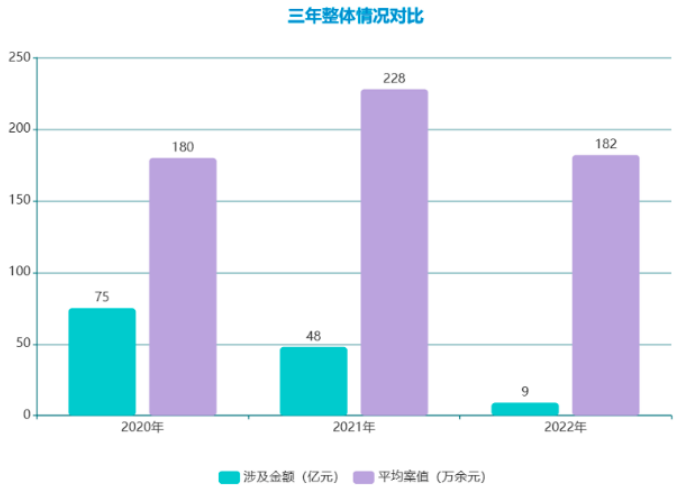
作为专业从事内控与反舞弊法律服务的机构，上海星瀚律师事务所企业内控与反舞弊法律中心长期关注并研究舞弊犯罪及其司法审判情况。每年上半年，我们会针对常见的职务侵占、挪用资金、非国家工作人员受贿、侵犯公民个人信息、利用计算机实施舞弊等重点舞弊刑事处罚罪名，选取上一年度全国 31 个省（自治区、直辖市）的刑事判例进行详细数据分析。

本文为《2022 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》节选（以下简称“报告”）。尽管整体数据较之 2021 年有明显的下降，但在报告中，仍有一些现象值得企业、从业者重视：

近三年舞弊案件平均案值平均超 196 万余元

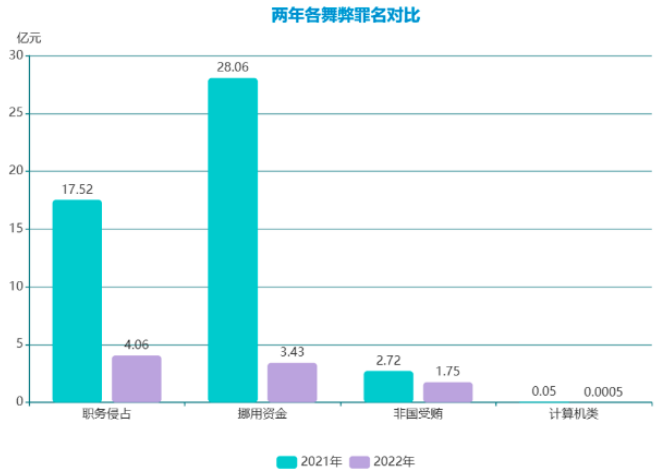
2022 年，经过司法裁判的企业员工舞弊案件共 499 例，共涉及被告人 535 人，均较 2021 年统计的数量下降 78%。

在案件金额的平均值方面，**2022 年舞弊案件的平均案值为 182 万余元，**较 2021 年统计的 228 万余元下降 20%，但仍然比 2020 年统计的 180 万余元增长 1%。



职务侵占案人数最多、金额最高

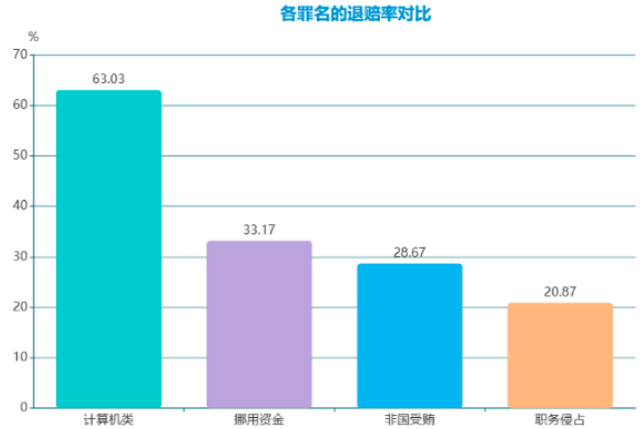
在 2022 年中，依据舞弊罪名进行统计，**职务侵占案件涉及的被告人最多，为 369 人，占总数的 69%。**挪用资金案件被告人共 84 人，占总数的 16%，非国家工作人员受贿案件被告人共 79 人，占总数的 15%，计算机类舞弊犯罪案件被告人共 3 人，占总数的 0.5%。而从涉案金额来看，**职务侵占案件的涉案金额也是最高的，达 4.06 亿元，占比 43.9%**。



案件退赔率降低

2022 年舞弊案件涉及金额总计 9 亿余元，较 2021 年的 48 亿余元下降 88%，与 2020 年的 75 亿元相比更是大幅缩减。**其中有 2.47 亿元的损失在一审判决前得到了退赔，占总金额的 27.45%**。该数据较 2021 年度的 46.87%有大幅的下降。

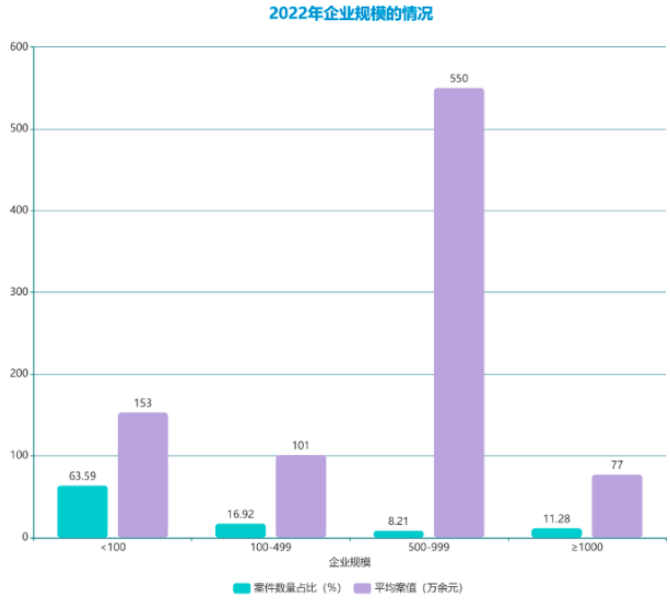
如前文所述，职务侵占案是在统计的四个罪名中人数最多、涉案金额最高的，但该罪的退赔率却是最低的，有 347 名被告人进行了全额或者部分退赔，占总人数的 64.86%。**退赔金额共 8349.36 万元，占总金额的 20.87%。**这也进一步提示企业需对员工职务侵占造成的损失引起重视，在内控建设上尽早预防舞弊发生的可能。



中大型规模企业需警惕大额舞弊

报告将企业规模以企业的人员数量作为划分标准，划分成小于 100 人，100-499 人，500-999 人以及 1000 人以上四类。能够查询到企业人数的判例中，100 人以下企业案件数量为 124 起，占比 63.59%、平均案值 153 万余元；100-499 人企业案件数量为 33 起，占比 16.92%、平均案值 101 万余元；500-999 人企业案件数量为 16 起，占比 8.21%、平均案值 550 万余元；1000 人以上企业案件数量为 22 起，占比 11.28%、平均案值 77 万余元。

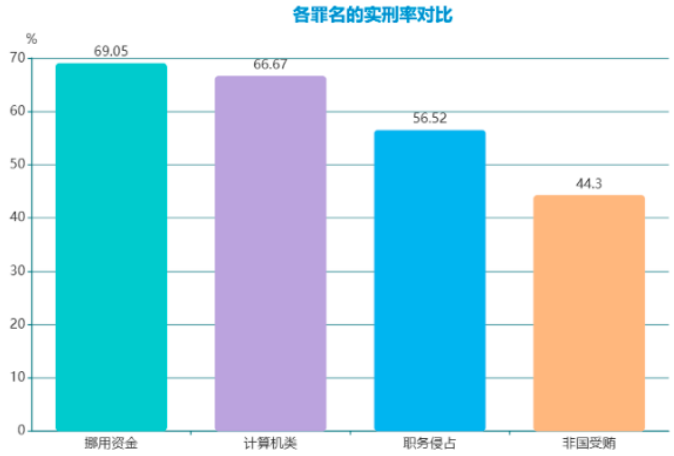
相较于 2021 年统计的数据，**2022 年度 500-999 人企业案件平均案值大幅上升 10 倍左右，**主要是由于其中某案件的被告人挪用了被害单位用于购买铜材的资金人民币 6640 万元用于认购、申购理财产品，案值巨大。



缓刑率有所上升

《报告》对舞弊人员的量刑也做了统计。根据《中华人民共和国刑法》的相关规定，对被判处拘役、三年以下有期徒刑的被告人可以宣告缓刑。在报告统计的判例中，**适用缓刑的有 231 人，占比 43.26%，**较 2021 年度的 38.71%有所增加。舞弊犯罪人员平均被判处刑期为 1 年 6 个月，低于 2021 年度的 1 年 8 个月。

具体到各项罪名，挪用资金案件的实刑率为 69.05%；计算机类舞弊案件的实刑率为 66.67%；职务侵占案件的实刑率为 56.52%；非国家工作人员受贿案件的实刑率为 44.30%。值得注意的是，计算机类舞弊案件的实刑率较之 2021 年有大幅上升。



结语

鉴于合规不起诉制度的推行，同时，在疫情防控常态化、裁判文书公开程度降低的背景下，从公开渠道能获取的与舞弊相关的刑事裁判文书数量日益减少，这也给企业内控与反舞弊数据分析工作带来了新的挑战。我们认为，数字只是一个信号，更重要的是在数据背后所呈现出的现象和趋势。

星瀚企业内控与反舞弊法律中心撰写报告的初衷在于希望通过数据分析，进一步思考如何发现舞弊行为、固定舞弊犯罪线索、合规地开展舞弊调查、与司法实务有效衔接等问题，使得所有从业人员在企业内控与反舞弊领域中取得收获。今后，中心也将继续深入探索，通过不同形式为读者提供更多有价值的专业内容。。

报告说明

1.判决书来源

报告所基于的裁判文书是通过第三方案例数据库整理而成的，其数据源为中国裁判文书网等权威网站。所涉裁判文书的判决时间范围为 2022 年 1 月 1 日起至 2022 年 12 月 31 日止。判决文书的搜集时间为 2023 年 3 月 31 日。根据以上原则，本次调研共计获得 499 份有效裁判文书，被告人 535 人。

2.统计指标说明

为了准确揭示舞弊犯罪人员以及相应犯罪的特征，分析现实因素对舞弊犯罪的影响，本报告从舞弊案件总体查处情况、被害企业情况、犯罪人员情况、舞弊行为模式、司法刑罚情况等五个方面进行统计和分析：

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

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

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

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

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

（本文首发于 2023 年 10 月 30 日）

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。

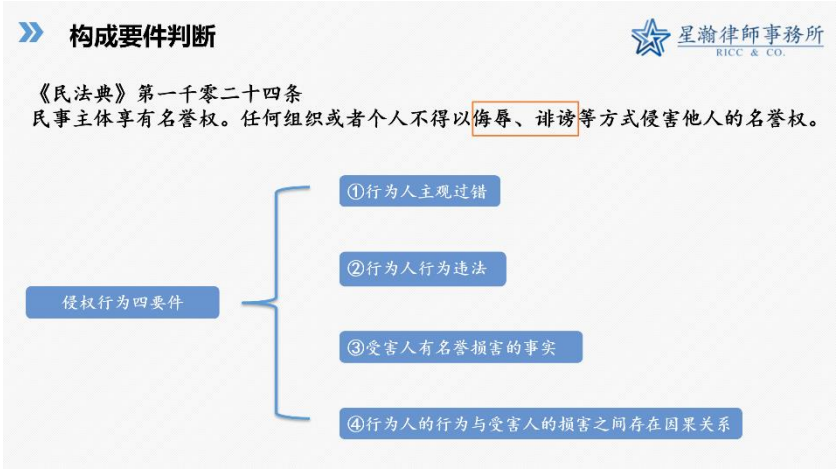
（二）确认管辖法院

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程度的容忍义务**。

（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，应及时采取的三项措施

（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。

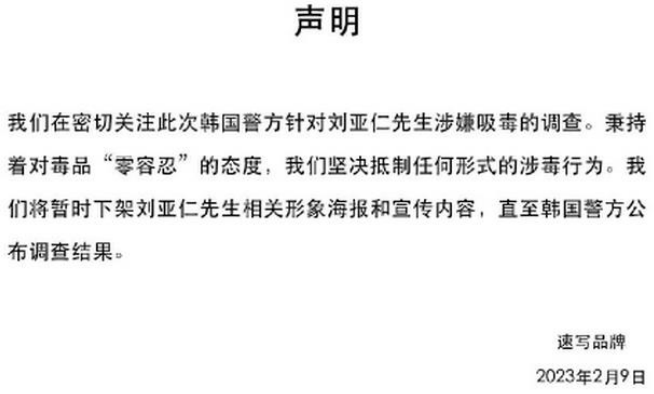
具体到现在的企业、法人主体，我们也注意到，企业往往还未形成足够的证据留存意识与维权意识，对法人名誉权侵权认定标准的理解也存在偏差。对名誉权维权的诉讼流程的进一步了解和普及，仍是身处当下互联网环境中每一个企业的必修课。

（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

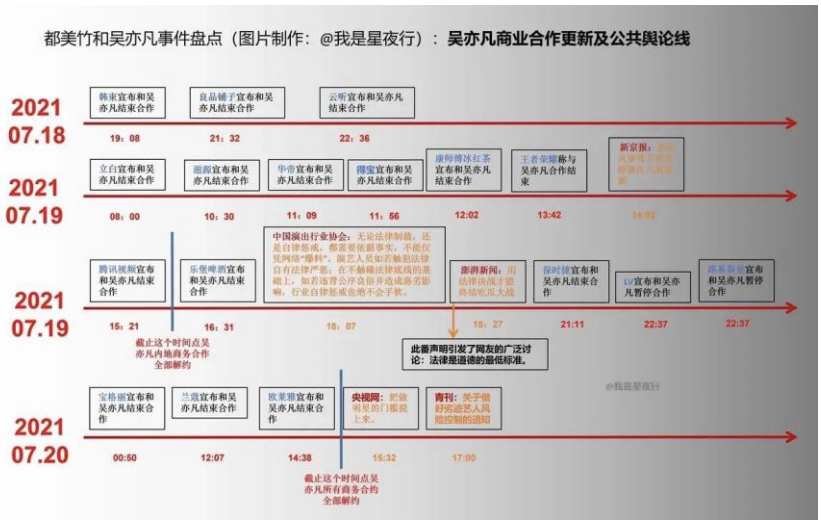
（品牌官微发布的声明）

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

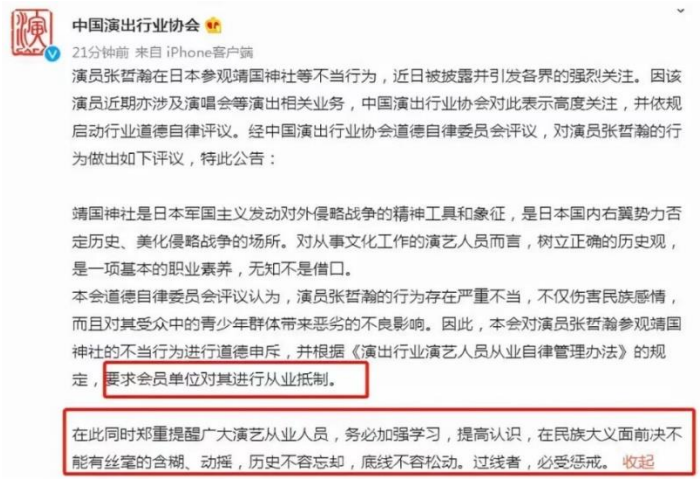
从大家较为熟悉的郑某、吴某某、罗某某事件中，我们可以看出，舆论危机事件发生时，品牌方的反应既有相同点，也有所差异。具体如下

（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，只要在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，品牌方有权选择等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

新疆广汇,处罚通知

2023-02-17 10:46:40

篮协纪律与道德委员会字〔2023〕1号

新疆广汇篮球俱乐部有限公司：

基于中国篮球协会仲裁委员会的转报，就运动员周琦提出新疆广汇篮球俱乐部有限公司（以下简称“新疆广汇”）涉及违规的情况，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，并经中国篮球协会纪律与道德委员会审议，认定：

新疆广汇利用所获准的注册资格，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；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；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；新疆广汇未按照注册、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。

基于上述，新疆广汇严重违反《中国篮球协会注册管理办法》，构成注册违规。

根据《中国篮球协会纪律准则和处罚规定》第七条、第五十九条和第六十九条和《中国篮球协会注册管理办法》第一百六十五条等相关规定，对新疆广汇作出如下处罚：

一、对新疆广汇予以通报批评；自处罚决定作出之日起一年内，限制注册新运动员，即在前述期限内，除2022-2023赛季已经完成有效注册的国内运动员外，不得注册新增的其他国内运动员（含预注册运动员），禁止参加或进行国内运动员转会交流；

二、新疆广汇在同期内进行整改，以符合《中国篮球协会注册管理办法》和相关管理规定的要求。

中国篮球协会纪律与道德委员会

白念恩（签字）

2023年2月17日

抄送：中篮联（北京）体育有限公司

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。

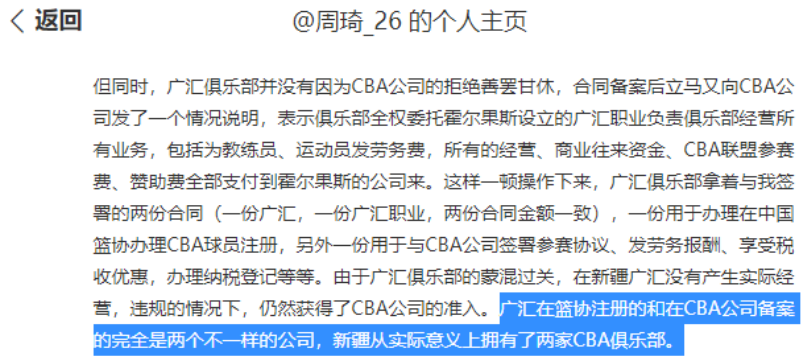
笔者认为，《处罚通知》中的相关表述，实际表达的是新疆广汇发薪主体并非其在篮协处的注册主体即新疆广汇。**事实上，根据《篮协注册管理办法》以及 CBA 联赛相关要求，新疆广汇应当已经承诺通过其银行账户向球员支付薪酬，且不会通过非俱乐部法人主体代发薪酬。**根据《篮协注册管理办法》第 4 条规定，赛事参与者申请注册应遵守所申请参加赛事的相关竞赛规程。根据《2021-2022 赛季 CBA 联赛球员选秀、工资帽、聘用及交易管理规

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查”。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）

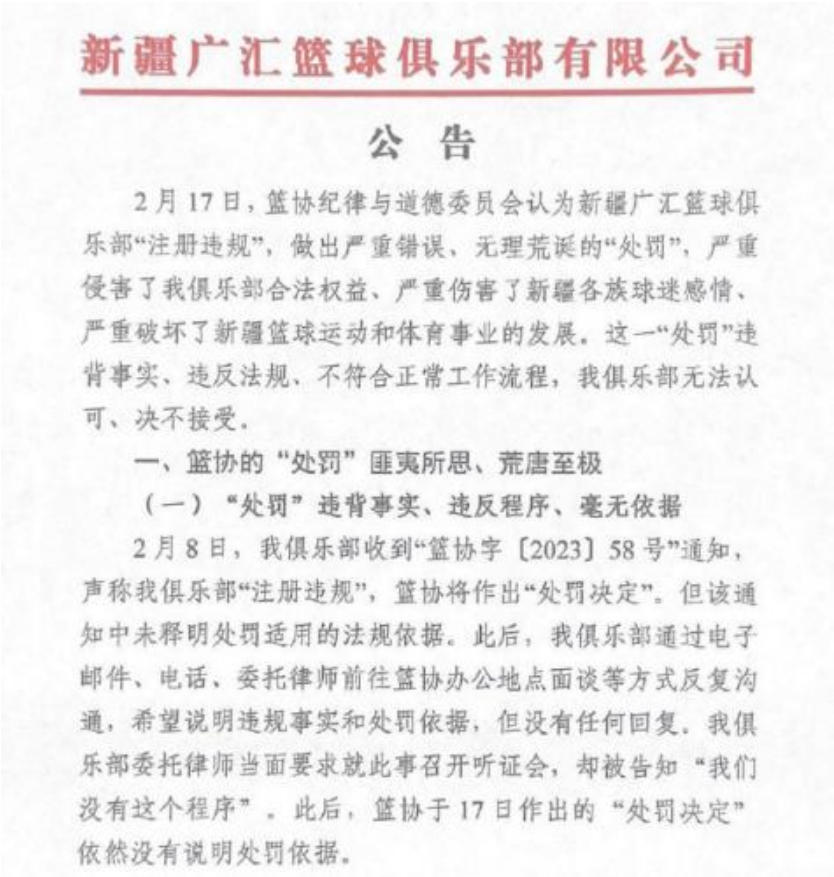
篮协处罚新疆广汇程序是否合规？
——新疆广汇退出 CBA 事件系列法律分析（二）

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”。但该通知中未释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说明材料后的 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询问、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）

“x 分钟看完电影”是精炼还是侵权？视频平台为何也难辞其咎？

陈欣皓、虞杨、屈思敏

在“注意力经济”时代，万物皆可短视频，即使是长达 2 小时的电影，也能被剪辑成短视频，让人们能在短则五六分钟、长则十几分钟的时间里快速看完一部电影，并且完全不会错过其中的精彩情节。然而，就像快餐总是存在健康隐患，“x 分钟带你解读电影”类型的短视频亦存在侵权风险，不论是上传者还是短视频平台都难辞其咎。今年年初，上海徐汇法院审结了一起电影解说类短视频信息网络传播权侵权纠纷案。本文，我们将带大家一起解读这起案件的判决书。

基本案情介绍

本案原告是案涉电影作品的合法权利人，经过合法授权，原告获得了案涉电影在中国境内的发行权与点播权。被告 K 平台是国内著名短视频平台。原告在 K 平台上搜索出大量包含案涉电影作品的短视频（以下简称“被诉视频”），内容均为案涉电影作品的片段剪辑，再配上语音概括情节、解析剧情。被诉视频的部分上传用户拥有百万粉丝，部分被诉视频的播放量达百万次、千万次。原告曾向 K 平台发送律师函要求平台对上述短视频采取措施，K 平台没有及时处理。

原告主张，K 平台侵害原告对案涉电影作品享有的信息网络传播权。K 平台不能提供上传者身份信息，应承担直接侵权责任；即使不构成直接侵权，平台未及时采取预防侵权合理措施也应当构成帮助侵权。被告 K 平台则抗辩称，被诉视频均属于对案涉电影作品的合理引用，不构成侵权；K 平台已经尽到了法律规定的注意、管理义务，因此不构成间接侵权。

最终，审理法院认为：

1.被诉视频构成对原告享有的案涉电影作品信息网络传播权的侵权。

2. K 平台未能提供部分用户信息导致原告无法向实际侵权人主张权利，由此造成的损失应当由 K 平台承担。对于提供了用户信息的被诉视频，综合考虑多方面因素后法院认为，**K 平台负有较高的注意义务，但 K 平台未能尽到较高的注意义务，对部分被诉视频的侵权事实构成应知，存在过错，应承担帮助侵权责任。**

从案件事实和裁判结果来看，本案并非一起复杂疑难案件。本案的审理法院对于电影解说类短视频是否构成合理使用，以及短视频平台是否构成侵权的论述和裁判，具有一定的参考价值，值得我们进一步解读。下文将就以上两个争议焦点依次展开。

剧情梗概型短视频明显超出合理引用的必要限度

针对原告的主张，被告抗辩称，被诉视频是上传用户作个人研究和欣赏用途，且被诉视频时长较短，未完整使用案涉电影作品，属于适当引用，因此不构成侵权。被告抗辩的主要法律依据为我国《著作权法》第 24 条第（一）、（二）项：

在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名或者名称、作品名称，并且不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益：

（一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；

（二）为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已发表的作品；

实践中，这两种合理使用行为也是短视频侵权纠纷中的上传用户大多采用的抗辩理由。上传用户认为其制作这类短视频，仅仅是出于自己的兴趣爱好，为了个人娱乐与欣赏；且一部电影时长 1~2 小时，而短视频可能不到 10 分钟，对电影片段的使用是少量的，无法完全替代电影作品本身。这些理由听起来似乎有些道理，但从本案法院的裁判中我们可以看到，这样的抗辩实则软弱无力。

对法条的认识不能局限于文字表面，而应当透过文字理解法条背后的逻辑。**第 24 条规定的合理使用行为，实际上是通过牺牲著作权人的有限利益来满足社会公众对私有的智力成果的使用需求，以追求“利益平衡”的理想状态。**因而我们在解释合理使用行为的构成条件时不能脱离和偏离上述实质目的。

对于第一种使用行为，条文十分简洁，仅规定了使用行为的动机，即为了个人学习与研究。对动机的考察不应当仅局限于行为人的内心自认，而应当考察行为人的外在行为。若不考察外在行为，对动机进行限制是无意义的，因为只有外在行为能够对他人产生实质影响。具体到本案，根据 K 平台的上传规则，上传用户可以设置短视频的可见范围为“个人”或“公开”。**若如 K 平台所称被诉视频仅为个人欣赏学习，那么其外在行为表现应当是设置为本地上传，但被诉视频的可见范围都是“公开”，外在行为与内心动机不一致，这显然不属于个人研究与欣赏用途。**

对于第二种使用行为，关键在于对“适当引用”的解释。“适当”不等于“适量”，即不能仅仅考察“引用量”的多少，还应当综合作品类型、行为性质、引用的必要性等多方面因素。本案中，虽然与案涉电影时长相比，被诉视频中剪入的电影片段时长很短，**但案涉电影属于喜剧类型的剧情片，制片团队精心编排的喜剧情节与笑点是这类电影中最吸引人、最有卖点的部分，而被诉视频以剧情梗概的方式解说案涉电影，将电影最吸引人的部分展现出来，可能导致实质替代案涉电影作品，影响作品的正常使用，已然超过合理使用的限度，因此亦不构成适当引用。**

短视频平台的过错认定与注意义务

随着 Web3.0 的快速发展，平台在法律上的注意义务与责任承担问题受到越来越多的关注。我们在“胖虎打疫苗案”中，也与大家讨论了 NFT 数字作品平台的注意义务与责任承担问题（点击阅读：《都想“避风”，谁做“港”？网络侵权纠纷中平台的责任承担》）。对于短视频平台而言，其同样要遵守最高人民法院《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）和《信息网络传播权保护条例》对平台义务的规定。

《规定》第 8 条规定，应当从网络服务提供者的过错认定其是否承担帮助侵权责任。若网络服务提供者对用户侵害信息网络传播权行为是明知或应知的，则网络服务提供者存在过错。可见，**在用户行为侵害信息网络传播权的前提下，如何认定平台明知或应知是责任认定的关键。**《规定》第 10~14 条特别列举了几种视为平台明知或应知的情形。结合本案具体情形：

1. 对于播放量较大的上传视频，平台负有较高的注意义务，若上传视频侵权而平台未及时采取预防侵权措施，视为平台应知，存在过错。本案中，其中一位上传用户的粉丝量达到 200 余万人，其上传的被诉视频播放量分别达到千万与百万，可见传播力和影响力极大。

K 平台对于粉丝数量极高的用户、播放量极高的视频应当尽到更高的注意义务。

2. 平台提供付费推广服务的，视为平台从上传视频中直接获得经济利益，平台应负有较高的注意义务，若上传视频侵权而平台未及时采取措施，则平台存在过错。本案中，调取的数据显示，内容相同的被诉视频，粉丝量相当的用户之间播放量相差悬殊，且同一用户内容有关联的被诉视频之间播放量也相差悬殊。对此，原告认为是因为这些视频使用了 K 平台的付费推广服务，并提供这些用户使用付费推广服务的后台记录作为证据。K 平台虽然反驳称被诉视频未使用付费推广服务，但却未能提供直接证据，而根据相关服务协议，K 平台是有能力提供证据的。K 平台无法对上述现象做出合理解释，应承担不利后果，存在过错。

判断 K 平台是否存在过错、是否尽到了应尽的注意义务，要回到具体的案件事实中综合多方面因素做出认定。一方面，法院承认了平台面对海量的用户上传视频不可能做到全部审查，这一要求也缺乏法律依据；“关键词屏蔽”无法有效防止侵权行为，不能仅凭这一点为由认定平台没有尽到注意义务。另一方面，对于上传视频侵权与否平台是否负有更高的注意义务，不能仅考察案涉作品是否知名、是否热门，而还要结合播放量和粉丝量综合判断。平台提供付费推广服务不能仅停留在协议层面，而应当实实在在付诸于行动，尽到较高的注意与管理义务。

短视频平台应当合法收集与管理用户真实身份信息

在本案审理过程中，除了信息网络传播权侵权相关的责任认定外，争议焦点中还涉及用户的个人信息收集与使用。其逻辑在于，被诉视频侵权，直接的侵权人其实是用户而非平台，平台仅仅是网络服务提供者，可能承担帮助侵权责任或不承担侵权责任。

由于平台的特殊性，法律规定平台仍需要证明被诉视频为用户提供而非平台提供，平台仅提供网络服务。证明方式为平台能够提供被诉视频上传者的真实身份信息。根据《网络安全法》的规定，网络服务平台在与用户签订服务协议时应当要求用户提供真实身份信息，也即：在我们新注册一个平台的账号时，平台有权向我们采集真实身份信息。**这一规定的目的之一在于，当侵权行为发生时，权利人能够通过平台确定实际侵权人，从而能够向实际侵权人主张权利。**本案中，K 平台未能提供部分被诉视频上传用户的真实身份信息，导致原告无法向实际侵权人主张权利，因此法院认定 K 平台要承担相应的责任。

随着国家对个人信息的保护越来越重视，平台作为网络服务提供者，除了在预防侵权方面要依法及时采取措施维护权利人合法权益，也要做到合法、合规地管理用户个人信息。

关于个人信息的收集与管理、信息出境（尤其是个人信息出境），我国在立法上有哪些规定？平台如何做到合法合规地收集与使用个人信息？对于这些问题，后续我们将会在其他案件的判决书解读中为大家进一步分析与解读，请大家持续关注哦！

（本文首发于 2023 年 5 月 10 日）

公司有权查我的聊天记录吗？
从案例看用人单位收集工作手机、电脑中数据的合法性

虞杨

2023 年 4 月，有一则新闻引起大众的关注：

湖北一家公司在例会上以“找内奸”为由，提出要查看员工手机，员工林女士因拒绝配合被认为是“内奸”，因此被强行辞退，并且没有获得赔偿。据悉，林女士已经申请劳动仲裁。

该则新闻一经发布，就在网上引起激烈讨论。广大的打工人们表示强烈愤慨的同时，又惴惴不安：公司是否有权监控、查看发给员工的工作手机、工作电脑？平时吐槽上司的聊天记录不会被曝光吧？

用人单位为工作需要为员工配备的工作手机、工作电脑等，属于用人单位的资产。那么用人单位是否可以未经员工同意自行或强行获取工作设备中的数据呢？本文将结合几个法院判例进行分析。

一、工作设备产生的数据属于谁？

随着现在电子化办公和移动互联网越来越普及，绝大多数员工在公司配备的工作手机、工作电脑上都会安装通讯工具、社交软件，既用来处理工作事务，也免不了用作接打私人电话、微信聊天等个人用途。工作和生活的边界越来越模糊。那么在工作设备上产生和存储的聊天记录、通话录音、个人账号等数据，是否也跟随设备的所有权归用人单位所有？笔者认为并不尽然。

《民法典》在第四编第六章“隐私权和个人信息保护”中，对自然人的隐私和个人信息进行了定义和相关规定：

第一千零三十二条：自然人享有隐私权。任何组织或者个人不得以刺探、侵扰、泄露、公开等方式侵害他人的隐私权。隐私是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。

第一千零三十四条：个人信息是以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息，包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。

用人单位的确享有工作设备的所有权，但是劳动者利用该工作手机或工作电脑，在工作、生活、人际交往中形成的通话、聊天记录、私人交易记录、快递信息等数据、信息，属于个人隐私，享有未经本人许可，不被他人非法侵扰、知悉、收集、利用和公开的权利；存储的账号密码、身份证照片、住址信息、银行账户信息等为个人信息，除非法律或行政法规另有规定，未经本人同意不得处理。

二、用人单位可否擅自调取、收集工作设备上的隐私数据或个人信息？

从管理的角度，用人单位对劳动者履行工作职责进行管理监督，可以理解，但应当在合法合理的限度内行使权利。除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织和个人不得实

施窃听他人私密活动、处理他人私密信息等行为。

2022 年 2 月 23 日，北京市第二中级人民法院在(2022)京 02 民终 1072 号判决书中，明确用人单位不应在未经劳动者充分知情、同意的情况下收集隐私数据。该案中，用人单位擅自将员工的工作电脑中已经删除的数据进行恢复，并采集相关内容作为证据，试图证明员工存在违纪行为。但该等恢复数据、采集数据的行为，构成对劳动者个人信息的不当使用，亦违背了个人信息保护的核心要旨。法院认为用人单位使用不当手段收集的证据不具有合法性，否认该组证据的效力。

同样，2021 年 5 月 31 日上海市第一中级人民法院在（2020）沪 01 民终 3040 号判决中提到，用人单位擅自恢复工作手机上的电话录音，未取得劳动者的明确同意，法院对该证据的合法性不予认可。

但在 2021 年 2 月 3 日广东省中山市中级人民法院作出的（2020）粤 20 民终 6958 号判决中，却作出了对用人单位有利的裁判结果。该案中，用人单位通过在员工的工作电脑中安装了监控软件，调取了员工的微信聊天记录，证明员工存在侵害商业秘密的行为。**法院认为，“公司在工作时间对员工工作电脑进行监控，并未达到严重侵害员工个人权益的程度。”**看似这个案例的裁判思路与前两个案例不同，但笔者注意到判决书中提到公司为员工配置了专门的 QQ 账号和微信账号，员工离职时均需将相关账号密码交回公司或注销。**该微信仅为工作事务沟通所用，公司调取工作微信的记录，基于用工管理需要，具有一定合法性。**

以下列表汇总上述判决观点：

案号、审理法院、判决日期	观点
(2022)京 02 民终 1072 号 北京二中院 2022 年 2 月 23 日	未经劳动者充分知情、同意的前提下，用人单位从工作电脑中擅自恢复员工已删除数据并采集作为内部处分依据及证据的行为，构成对劳动者个人信息的不当使用。
（2020）沪 01 民终 3040 号 上海一中院 2021 年 5 月 31 日	用人单位对劳动者进行管理监督，应在合法合理的限度内行使权利。未告知并取得明确同意的情况下，用人单位对工作手机通话录音，法院对该证据的合法性不予认可。
（2020）粤 20 民终 6958 号 广东中山中院 2021 年 2 月 3 日	用人单位为劳动者专门配置工作微信、QQ，仅为工作沟通使用。用人单位在工作时间对工作设备监控并调取聊天记录，未严重侵害员工个人权益。

三、企业如何合法对劳动者履行工作职责进行管理监督？

上述案例中，笔者注意到法院对个人隐私和个人信息未作明显区分。《民法典》第四编第六章将“隐私权”与“个人信息”并列作为标题，其二者在定义上是有区别和重叠的。

个人信息是用于识别自然人身份的各种信息；而隐私则是自然人的私人生活安宁和不愿为他人知晓的私密空间、私密活动、私密信息。二者在概念和内涵上存在交叉重叠的部分，既存在联系，又有区别。隐私权作为一种法律上的权利要受到绝对的保护，而个人信息只是

一项人格权益，并不是一项独立的权利。由此，**隐私权的保护程度高于个人信息的保护程度，在它们二者重合时，应优先适用隐私权保护规则，实现更高程度的保护。**（王利明，2021 年 2 月）

以上北京二中院和上海一中院的案例中，用人单位收集的是个人微信聊天记录、个人通话录音等数据，其中既包括个人信息，又有该数据中包含的不愿为他人知晓的私密信息。对于用人单位而言，该数据中包含的私密信息对于庭上举证更重要、更有价值。因此，法院需要以隐私权保护的标准考量用人单位行为的合法性。

《民法典》列举了五类侵害隐私权的具体行为，以及一条兜底条款。用人单位通过恢复数据、监控录音录像等方式收集员工个人微信聊天记录、通话录音，应当属于法条列举的第五类“处理他人的私密信息”的范畴。那么用人单位在处理隐私或个人信息的方式是否合法就至关重要了。

用人单位合规监督的手段有哪些？

参考中山中院的判例，如果**用人单位为员工专门配置了工作手机号、微信、QQ 等通讯工具，用于处理工作事务的沟通，客观上可以与员工私人的通讯工具区分开**。那么在工作通讯手段中的记录在很大程度上就脱离了个人隐私的范畴，用人单位以用工管理的名义规范处理相关数据，具有一定合法性。**为增加合法性基础，用人单位在劳动合同中最好再明确约定和告知，**如工作微信仅可用于处理工作相关事务等。

如果劳动者使用的是个人的通讯软件，则相关聊天记录、朋友圈截图、电话录音、录像等可能就属于隐私或个人信息的范围。对于属于隐私部分的数据，包括隐私与个人信息重叠部分，《民法典》第一千零三十三条规定，除法律另有规定或者权利人明确同意外，任何组织或者个人不得实施侵害隐私权的行为。获得员工明确同意是用人单位监控行为的合法性前提。如果仅属于个人信息，如前所述，隐私权的保护程度高于个人信息的保护程度，根据《个人信息保护法》规定，**取得个人同意，或为订立、履行合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需，用人单位方能对个人信息进行处理。同时用人单位应当遵循合法、正当、必要和诚信原则，最小化收集数据以实现管理目的。**

四、结语

用人单位通过技术手段收集劳动者微信聊天等通讯记录，多发于劳动合同纠纷、侵害商业秘密、不正当竞争等案由的案件中。在实现管理目的的同时需要兼顾保护劳动者个人信息和隐私权的权益，用人单位应通过合法性、正当性、合理性三方面对信息处理行为予以审查，在劳动合同、规整制度、保密协议等法律文件层面做到事前防范，充分告知并取得劳动者明确同意，避免陷入合法性缺失的尴尬境地。

（本文首发于 2023 年 6 月 6 日）

一场蓄谋已久的调价计划：Unity 下载收费方案是否违反相关法律法规？

吴晴霞

引言

Unity 突发重磅新闻，Unity 强势死扛调价原则，Unity 迫于压力又决定重新进行商议。最近 Unity 的每一步举动可谓是都牵动了全球游戏开发人员的注意力。这种密集的毫无预兆的重磅决策，可谓是把 Unity China 【优三缔科技（上海）有限公司】)在中国发行团结引擎的新闻给淹没了。

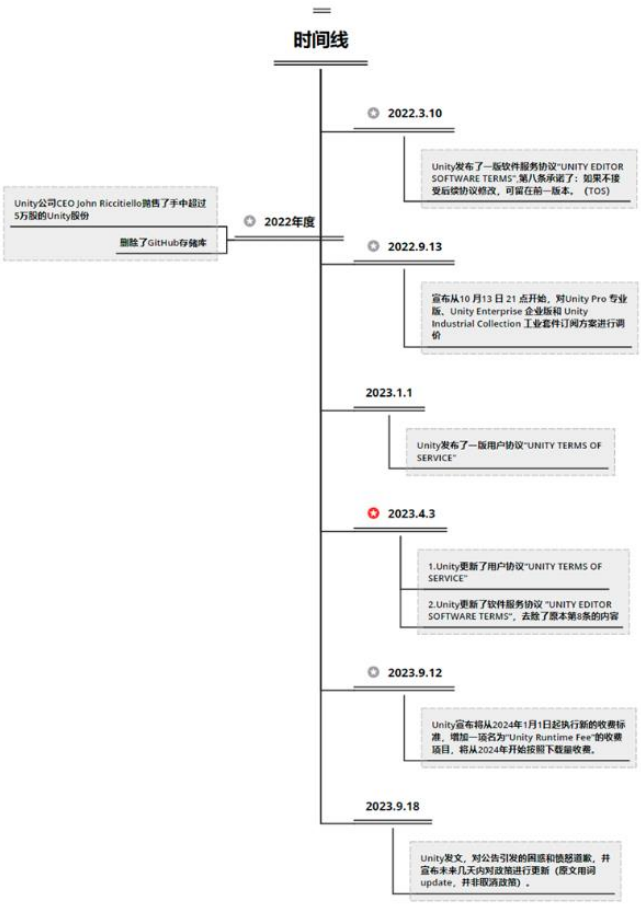
确实，Unity 母公司这一系列的操作，似乎很难让人们和他们在境内的“厂牌”想要宣扬的“团结”联系起来。

抛开商业博弈不谈，作为一名律师，我想要换一个角度看看 Unity 这一突发调价的操作，是否有违反相关法律法规的风险，开发者们是否还有自救的机会。（基于各国法律法规的差异性极大，例如澳大利亚对于消费者有格外严格的保护措施，因此我们站在一个综合的角度进行一个启发性的讨论）。

Unity 作为一家全球领先的知名企业，调价并非“拍着脑袋”随意做出的决策，早从去年 4 月开始，其法律团队似乎已经开始着手做了一系列的准备，修复了原有的一些 BUG。因此从法律上，各研发厂商怕是很难直接阻挡他们这一措施，可谓是给厂商在法律上做了一个“经典案例”。**其他厂商想要涨价前，不妨先看看你们的终端协议，有没有像 Unity 那样面面俱到吧。**

不过，即使 Unity 已经在协议上做了充足的准备，依然难掩一些潜藏的法律风险，后续是否会引发系列诉讼，让我们拭目以待吧。

下文我们将主要探讨**合同违约、隐私保护、反垄断相关的问题**，看看 Unity 的价格调整是否在法律的迷宫中找到了自己的位置，还是只是一场短暂的游戏变革。再看看若 Unity 不顾各游戏厂商的意见一意孤行的情况下，厂商们是否能找到救济方式。



一、是否存在合同违约

1、原始条款的冲突

我们可以在 Unity 的官网上找到一系列的法律文件，其中最重要的是《用户协议》（“UNITY TERMS OF SERVICE”），可以将他理解为主协议。而我们下文提到的另一份《软件服务协议》“UNITY EDITOR SOFTWARE TERMS"可以视为他的补充协议，两份协议都具有法律效力。

2022 年 3 月 10 日，Unity 发布了一版《软件服务协议》“UNITY EDITOR SOFTWARE TERMS”,第八条对于协议修改的约定如下：**如果更新条款对您的权利产生不利影响，您可以选择继续使用任何当年版本的 Unity 软件。更新后的条款将不适用于您使用当年版本，除非并且直到您更新到下一个年度版本的 Unity 软件（TOS）。**

但根据于用户协议（UNITY TERMS OF SERVICE）的约定，**Unity 保留不时修改这些条款(包括，附加条款)的权利，而无需事先通知。如果 Unity 修改这些条款，他将在网站上发布修改内容，或以其他方式向开发者提供修改通知。在 Unity 发出修改通知后，若继续访问或使用“产品”，即表示同意受修改后条款的约束。如果不能接受修改后的条款，唯一的追索权是停止使用服务。这里显然并没有给开发者试用旧条款停留在原始版本的权力。**

2、最新的条款赋予 Unity 任意调价的权利，并覆盖了原始条款的问题

Unity 删除了原《软件服务协议》“UNITY EDITOR SOFTWARE TERMS”第八条的全部

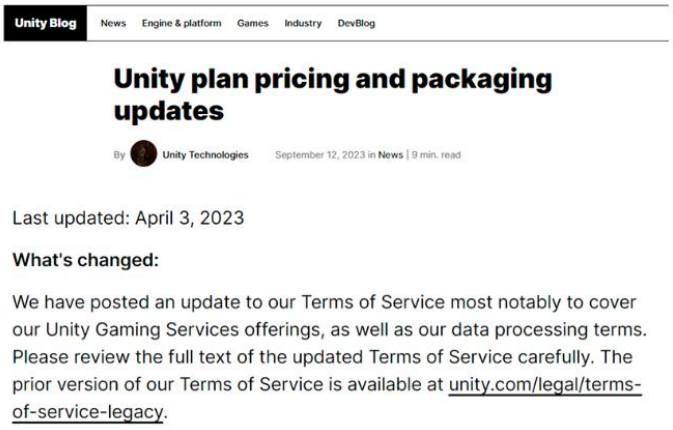
规定，并且在新的《用户协议》（“UNITY TERMS OF SERVICE”）中明确赋予了自己任意修改合同、修改产品价格、增加收费项目的权力：

①2.1 注册、购买、使用都表示用户同意并接受了相关协议，且受其约束

②9.1 条-Unity 有权任意修改增加、修改相关费用（包括以在网站上公式的方式）

③23 Unity 有权在任何时候以任何方式修改协议、修改报价方案。

基于此，Unity 在官网公告增加收费项目，修改原有订阅模式的行为确实完全符合他和开发者之间订立的协议，完全遵守了合同法的规定（他甚至还提前几个月进行了公告，给大家预留了准备的时间；并在新协议伊始列明了给出了旧协议的链接，从形式上来说非常的合规且人性化）。


Unity Blog News Engine & platform Games Industry DevBlog

Unity plan pricing and packaging updates

By Unity Technologies September 12, 2023 in News | 9 min. read

Last updated: April 3, 2023

What's changed:

We have posted an update to our Terms of Service most notably to cover our Unity Gaming Services offerings, as well as our data processing terms. Please review the full text of the updated Terms of Service carefully. The prior version of our Terms of Service is available at unity.com/legal/terms-of-service-legacy.

有些开发者或许会问，**我是否可以根据当时第八条的约定，要求停留在旧版本而不接受新的收费方案呢？**

答案是几乎不可能，但仍留有一线希望。

要回答这个问题，我们首先要注意到 Unity 各项协议皆约定适用美国加州的法律。这里要引入一个英美法系中关于 Promissory Estoppel【承诺禁止反悔】的概念。

加州法律下承诺禁止反悔请求的要素[1]是：

(1)在其条款上明确和明确的承诺;

(2)被允诺人的信赖;

(3)信赖必须是合理的和可预见的;

(4)主张禁止反悔的一方必须因其信赖而受到损害。

Unity 的行为看起来是符合上述 4 个要素的。但开发者们也不必高兴的太早。因为这一承诺禁止反悔原则是基于英美法系下的衡平法。简单理解就是当你没有任何的依据时，你拿出公平、正义的原则，要求法院认定合同里的条款无效，以此来支持你。但很显然这一认定困难重重，而 Unity 在最新协议里对于协议条款变更的条款显然更强而有力。但笔者还是很

[1] US Ecology, Inc. v. State of California (2005) 129 Cal.App.4th 887, 901; Joffe v. City of Huntington Park (2011) 201 Cal.App.4th 492, 513; see also Aceves v. U.S. Bank N.A. (2011) 192 Cal.App.4th 218, 225.

期待未来是否有“愤怒”的开发者以此来提起诉讼的。

二、Unity 是否有可能违反 CCPA/GDPR

基于 Unity 暂时未公布他们测算下载量的原理，这个答案目前还无法确认。

根据 Unity 的官方问答，他们将会使用自由的数据模型来测算下载量（Proprietary Data Model），并非由接入的开发者将下载数据汇总给 Unity，而是由 Unity 在引擎中加入某种插件，由其后台的数据模型进行一个估算。并且 Unity 还承诺仅就首次下载收费，**这就意味着 Unity 的插件还必须具有分辨是否首次在同一设备下载的能力。这就让人不得不对 Unity 是否会收集设备所拥有的唯一识别码产生好奇。**

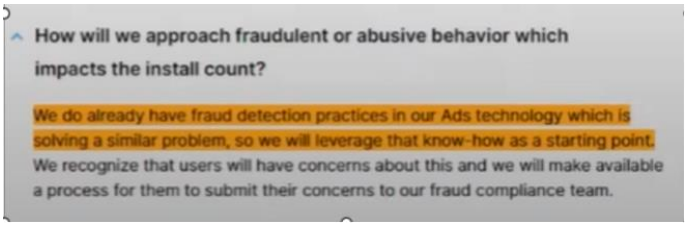
笔者翻了一下目前 Unity 在公开文件中的表述，发现他尚未披露数据模型的实现原理。在此情况下，若在未经终端游戏用户同意的情况下获得了设备唯一识别码，无论是 unity 直接收集，还是要求游戏厂商分享给它，都可能会有违反各国数据保护法的嫌疑（包括 GDPR、中国个保法等）。与此同时，游戏的运营厂商作为被终端用户所知晓的数据控制者，若没有或无法对这次收集或者分享行为进行合理化的目的解释和合法性基础阐释，那游戏厂商们也会面临法律风险，这也是部分开发商要求 Unity 公开他的数据模型的理由。

除了数据合规风险外，这种数据模型的另一大问题在于如何论证数据的准确性、防止恶意下载。

目前的数据模型依然是个“黑盒”，Unity 除了自身承诺外无法证明他们数据的可靠性。

而安装量准确与否，决定权在 Unity 手里，开发者无法核对，也无法阻止竞争对手恶意刷安装量（云手机\模拟器\群控等手段。）

基于此，若后续双方对于下载量产生分歧，开发者理应在新的协议中要求以自身后台数据、或是第三方审计结果为准。同时，这一点是否能在技术上实现，也有待专业技术人员解答。



（图为 Unity 官方的回复）

三、Unity 这一行为是否涉嫌不正当竞争

较难证明。

这点从最近躺赢的 unity 竞品如虚幻引擎（UE5）、COCOS 等就能看出。目前各国对于互联网领域市场支配地位的认定一直比较谨慎。在海外经常被反垄断诉讼的大都是苹果、谷歌、微软这样企业（甚至都鲜有胜诉判决），Unity 作为一个开发工具，即使拥有非常高的市占率，但是却很难说他们具有市场支配力。

笔者后记

电子游戏和传统业务不同，并非是那种一手交钱一手交货的单纯的 B2C 交易模式，而是大量存在着 free to play 的业务模式，以及部分类似于 X-Box 那种包月的模式。

但我们可以看到这次的调价却没有对各种类型的游戏进行区分，无差别的采取安装收费【CPI】的模式，作为陪伴着游戏开发者们多年的 Unity，仿佛以一种没有考虑到复杂的业务模式的高傲姿态进行调价时，无疑是雪上加霜。

以一个场景举例：开发者出于对 Unity 的信任，使用他们的引擎制作游戏已经长达几年的时间，已经进入到了最终上线前的准备阶段，面对这突如其来的变动，那些缺乏开发能力的中小开发者（大量存在于 Unity）社区中，似乎只能选择在新政执行后向 Unity 公司付款。那对于那些原本没有将引擎成本纳入开发成本的公司来说，无疑会对他们的商业模式造成巨大影响（例如大 DAU 的产品、依靠广告变现类的产品等），这种影响在买量成本越来越贵的今天，无疑就显得更“令人奔溃”。这也就不难理解为何 Unity 此举为何会引发这波如此之大的舆情。

在 Unity 岌岌可危的财务状况下，这一举措本身无可厚非，也是大势所趋。笔者大胆猜测，这场纠纷最终可能以 Unity 降低价格，更多维地考虑到开发者们不同业务模式进行多重模式的收费而告终。我相信如果 Unity 愿意多一些沟通，多一些体谅，开发者们也并非对于收费完全不可接受，他们不可接受的，可能是这种一刀切的收费策略、含糊不清的测算标准、毫无征兆的突然调整。Unity 这一波操作，无疑给后续想要调整收费模式的公司上了生动的一课。

同时，作为一名法律从业者，也再一次印证了在分析某一问题时，也不能只顾法律合规上的风险，舆情也是要充分考虑在内的，对于商业模式、产品、行业、政策的综合思维也显得尤为重要。

（本文首发于 2023 年 9 月 25 日）

AI 绘画第一案：认定 AI 画作属于“作品”是否为时过早？

屈思敏

引言

2023 年 11 月 27 日，由北京互联网法院审理的全国“AI 文生图”著作权纠纷第一案一审判决作出，引起人工智能行业与法律行业从业者及学者的热烈讨论。早在今年 8 月底，北京互联网法院依法公开开庭审理本案，并通过中央广播电视总台新闻中心对庭审过程进行了全媒体直播，案件中涉及的技术与法律问题彼时已然引起全网热议。

基本案情与判决要旨

原告在 AI 绘图软件 Stable Diffusion 上输入提示词并设定参数，最终生成了涉案图片，并将涉案图片发布在了某社交平台上。随后原告发现被告未经许可，在其发布的一篇网络文章中使用了涉案图片作为文章配图，并且截去了涉案图片上原有的某社交平台专属水印。原告遂以被告侵犯其对涉案图片享有的著作权为由将被告诉至法庭。

根据一审判决书，笔者梳理了本案的判决要点：

1、涉案图片符合作品的定义，属于美术作品，受到著作权法保护

- 涉案图片符合“智力成果”要件。从构思到选定涉案图片的整个过程，体现了原告的智力劳动，如设计人物呈现方式、选择并安排提示词的顺序、设置相关参数、选定符合预期的图片等。
- 涉案图片符合“独创性”要件。**原告选择并安排提示词、设置画面参数等过程体现了原告个人的选择与安排；原告对提示词、参数不断进行调整的过程，体现了原告的审美选择和个性判断。**
- 原告每次调整个别提示词和参数后，人工智能模型都生成了不同的图片。涉案图片并非“机械性智力成果”。
- 人利用人工智能模型生成图片时，不存在两个主体之间确定谁为创作者的问题，本质上，仍然是人利用工具进行创作。

2、原告（涉案图片创作者）是涉案图片的作者，享有涉案图片的著作权

- 人工智能模型本身无法成为著作权法上的作者。
- 人工智能模型设计者的智力投入在创作工具的生产上，而不是涉案图片上；且该软件的协议约定，设计者对输出内容不主张相关权利。
- 涉案图片是基于原告的直接智力投入，原告是涉案图片的作者。

3、被告侵害原告对涉案图片享有的署名权和信息网络传播权

- 被告未经许可，将涉案图片作为配图发布在其网络账号中，使公众可以在其选定的时间和地点获得涉案图片，侵害了原告对涉案图片享有的信息网络传播权。
- 被告截去涉案图片中署名水印的行为，侵害了原告的署名权。

判决背后的价值与思考

在上述判决要点中，最受争议的当属认定 AI 画作属于著作权法意义上的作品。值得一提的是，北京互联网法院早在 2018 年就对人工智能生成物的作品属性进行过裁判。在 2018 年的“菲林诉百度”一案[1]中，就数据库根据用户输入的关键词而生成的分析报告是否属于著作权意义上的作品，一审法院认为：

“软件用户仅提交了关键词进行搜索，应用‘可视化’功能自动生成的分析报告亦非传递软件用户思想、感情的独创性表达，且分析报告系某数据库利用输入的关键词与算法、规则和模板结合形成的，某种意义上讲可认定某数据库‘创作’了该分析报告。由于分析报告不是自然人创作的，因此，即使某数据库“创作”的分析报告具有独创性，该分析报告仍不是著作权法意义上的作品。”

该案的判决结果与“AI 文生图案”的一审判决结果截然相反。那么，这是否意味着，人工智能发展到今天，人工智能生成物已然构成“作品”，受著作权法保护？“AI 文生图案”一审判决认定涉案图片属于作品是否恰当？基于“AI 文生图案”一审判决结果认定我国著作权法保护人工智能生成物是否为时过早？

我们认为，**本案一审判决认定 AI 画作属于作品，并非是宣告了我国著作权法保护人工智能生成物。本案实际上具有一定的个案性，**并不能代表当前及未来人工智能创作环境中普遍出现或可能出现的争议与纠纷。

结论背后所隐藏的一以贯之的原则与宗旨，才是判决书中最有价值的内容。

1、对作品的认定仍然强调“人”的智力投入，这与“菲林诉百度案”的判决是保持一致的。著作权法的著作权的立法初衷是鼓励“人”的创作，体现在本案中，法院认为涉案图片“不是通过搜索引擎调用已有的现成图片，也不是将软件设计者预设的各种要素进行排列组合”，不是“机械性人工智能”，而是原告利用了人工智能模型进行智力劳动，最终体现了人的智力成果。对涉案图形的认定，实际上是在鼓励人们使用最新的技术工具去创作，以促进作品创作和人工智能技术的发展。

2、人工智能无法成为著作权法下的作者。一审法院反复强调了原告是在**利用**人工智能生成图片，还通过“绘画—照相机—智能手机”的技术进步路径类比“画笔—人工智能模型绘画”的路径。这均说明在本案中 Stable Diffusion 被视作了一个纯粹的创作工具。但过分强调其工具性是否在一定程度上导致规避了对人工智能在 AI 画作生成过程中贡献度的讨论，进而夸大人在 AI 画作生成过程的独创性呢？这也值得我们进一步思考。

3、人工智能模型设计者/开发者不直接享有生成物的著作权。一审法院明确指出，人工智能模型设计者的智力劳动对象为“人工智能模型”，而非生成物。这与“菲林诉百度案”的判决也是一致的，“根据现实的科技及产业发展水平，若在现行法律的权利保护体系内可以对此类软件的智力、经济投入予以充分保护，则不宜对民法主体的基本规范予以突破。”

4、本案中被告使用涉案图片的具体行为之一，是截去了涉案图片中原有的专属水印后用于其原创文章中。暂且不论涉案图片是否构成作品，故意隐藏图片来源的行为本身就表现出一定的“坐享其成”之意图，不为社会与法律所鼓励。**版权意识在人工智能时代更应当引起我们的重视。**

[1] （2018）京 0491 民初 239 号民事判决书。

作为全国“AI 文生图”第一案，本案必将引发业内外诸多讨论。除争议焦点外，还有许多问题亦值得思考：如何认定创作过程中的人的智力投入？是否需要一个认定标准？不论何种程度的键入提示词、设置参数行为均能被视做智力劳动吗？以提示词描述他人享有著作权的美术作品，由此生成的 AI 画作是否构成作品？若构成作品，是否构成对他人作品的抄袭？

本案目前仍在上诉期内，案件是否会进入二审仍未可知，我们也将持续关注案件进展。

（本文首发于 2023 年 11 月 30 日）

AI 炼丹炉 VS AI 仇杀队：是创作还是洗稿？
——TRIK 疑似侵权事件的法律分析

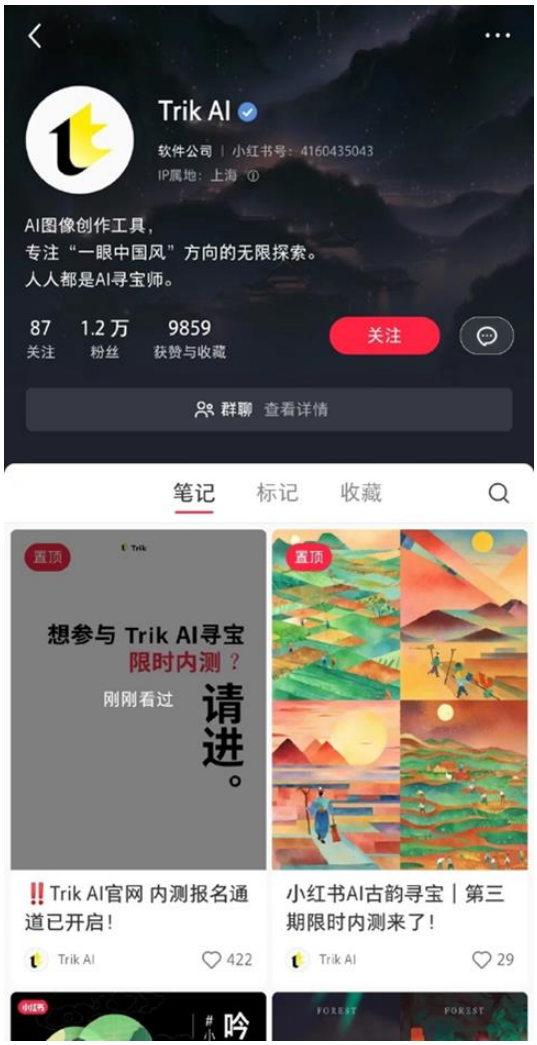
陈欣皓、屈思敏

近期生成式人工智能（AIGC）领域的法律热点，除了第一份有关文生图 AI 生成物的侵权判决之外，还有一个热点“瓜”：部分注册了小红书平台账号的画师称，一款名为“Trik”的 AI 图像创作软件未经著作权人许可，擅自使用著作权人已发表的作品训练 AI。本文将以 Q&A 的形式，对该事件进行简要法律分析。

1. 瓜是什么？

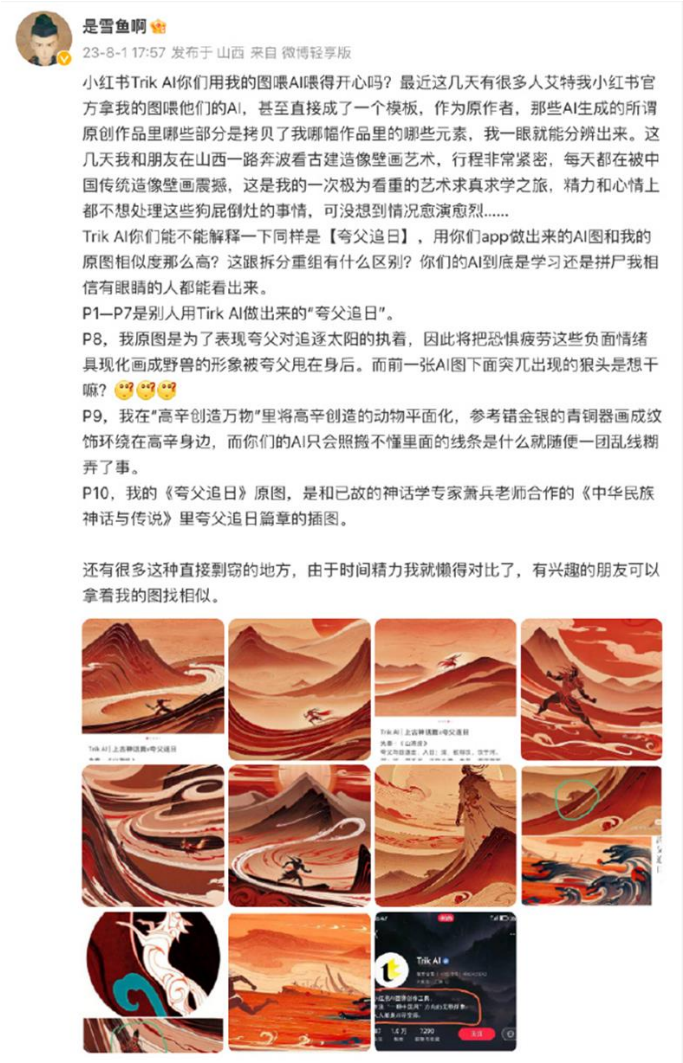
AI 图像创作软件 Trik 的小红书认证账号“Trik AI”发布了一系列中国风的 AIGC 画作，并在 shanguangshipin.com 网站上，提供“Trik”APP 的下载服务。

为便于分析，除特别说明，文章所称“Trik”及“Trik AI”均指代 Trik 应用。



然而，众多曾在小红书上发表过中国风原创美术作品的画师却发现，“Trik AI”账号发表的所谓 AIGC 画作，在构图形式、画作使用元素等要素上，都与画师原创的画作近似，并且

由于 AI 无法理解部分画作内容的创作意图，所以产生了很多张冠李戴的低级错误。画师因此开始质疑小红书将其享有著作权的作品“喂”给 AI“炼丹”，也即作为 AI 算法的训练数据。

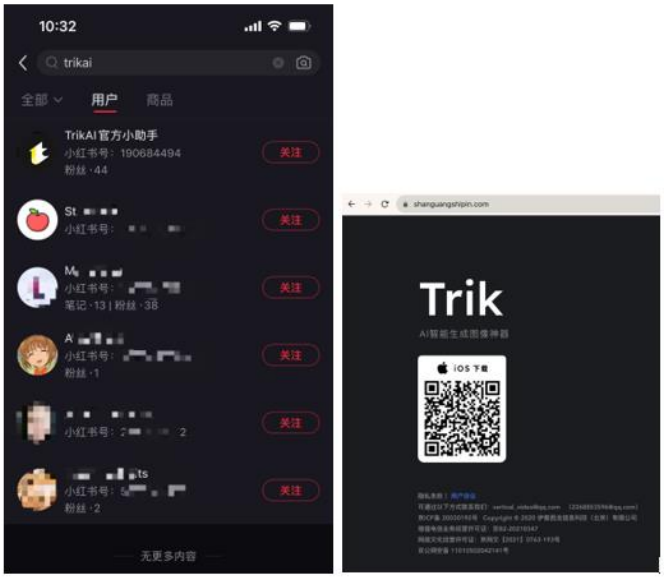


同时，相关人员在翻阅小红书的用户协议后发现，**协议约定：用户许可小红书免费使用其作品，并可将相关权利转授权第三方。**

在小红书、微博等平台喊话 Trik AI 和小红书无果后，部分画师决定起诉小红书及 Trik 的开发公司。

2. 目前的现状？

舆论持续发酵后，目前已无法在小红书平台检索到“Trik AI”账号；但仍可通过其他用户发布的笔记看到 Trik 生成的内容。同时，目前也已无法通过 shanguangshipin.com 网站提供的二维码，在苹果 App Store 应用商店中下载 Trik。



据网络报道，小红书及 Trik 的运营方已私下联系部分画师。但对于画师要求公开赔礼道歉的诉求，两方均未予以明确回应。

3. Trik 的运营方，在法律上属于什么角色？

根据《生成式人工智能服务管理暂行办法》（“暂行办法”）第二十二条，利用生成式人工智能技术提供生成式人工智能服务（包括通过提供可编程接口等方式提供生成式人工智能服务）的组织、个人，系“生成式人工智能服务者”。我们认为 Trik 的运营方即属于上述**生成式人工智能服务提供者**。据 shanguangshipin.com 网站显示，网站的备案主体为伊普西龙信息科技（北京）有限公司。

4. Trik 未经著作权人授权，是否可以使用其已发表的作品作为 AI 训练的数据？

暂行办法对生成式人工智能服务提供者规定了如下义务：

第四条 提供和使用生成式人工智能服务，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德和伦理道德，遵守以下规定：

（三）尊重知识产权、商业道德，保守商业秘密，不得利用算法、数据、平台等优势，实施垄断和不正当竞争行为；

第七条 生成式人工智能服务提供者应当依法开展预训练、优化训练等训练数据处理活动，遵守以下规定：

（一）使用具有合法来源的数据和基础模型；

（二）涉及知识产权的，不得侵害他人依法享有的知识产权；

通过上述规定不难理解，对于生成式人工智能服务提供者所使用的训练数据，暂行办法规定数据来源应当合法，且不得侵犯他人依法享有的知识产权。**如果 Trik 确实未经授权使用了他人依法享有著作权的作品，可能会构成对权利人的侵权。**

5. Trik 未经著作权人授权使用他人作品的行为，可能构成对于权利人哪些著作权利的侵权？

著作权是一项法定权利，对于权利人享有的著作权利，《中华人民共和国著作权法》（“著作权法”）第十条进行了明确的约定。经过我们初步判断，**Trik 的行为可能会构成对于权利人如下权利的侵权：**

- 署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利；
- 修改权，即修改或者授权他人修改作品的权利；
- 保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利；
- 信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的权利；

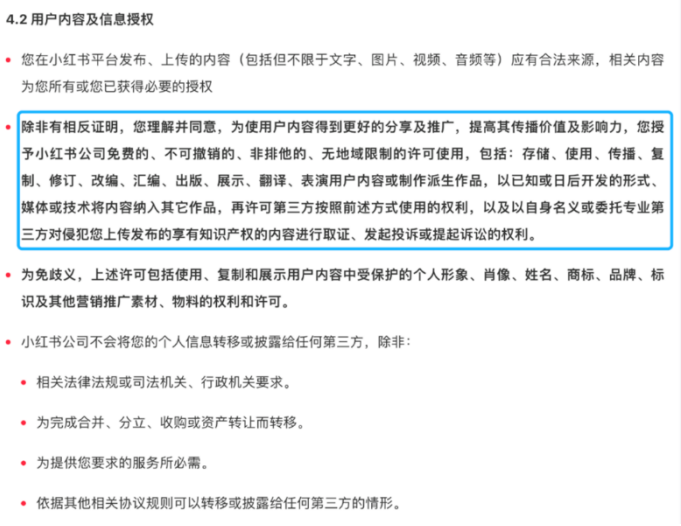
6. Trik 是否一定需要与小红书平台合作，才可取得画师的作品？

不需要。小红书是一个开放平台，任何人注册之后都可以在小红书平台浏览、获得其他用户发布在平台上的作品，故 **Trik AI 完全可以不通过与小红书平台达成合作协议等形式，而通过公开途径获得画师的作品。**

虽然通过公开渠道查询，Trik AI 的开发者与小红书的运营主体之间并没有股权上的关联，然而，有画师反映，为了扩大 Trik 知名度，小红书对在平台发布 Trik 生成图的用户予以流量鼓励，如分发“薯券”（类似于平台商城代金券）等。小红书与 Trik AI 之间是否存在协议上的合作关系，有待在诉讼过程中由法院进一步查明。

7. 小红书用户协议中有关取得画师许可的约定是否有效？

若小红书平台将画师的作品“转许可”予 Trik AI，其合同依据主要为小红书用户协议的第 4.2 条。根据小红书目前公示的用户协议（2023 年 7 月 15 日更新、2023 年 7 月 22 日生效），第 4.2 条约定了“用户内容及信息授权”：



4.2 用户内容及信息授权

- 您在小红书平台发布、上传的内容（包括但不限于文字、图片、视频、音频等）应有合法来源，相关内容为您所有或您已获得必要的授权
- 除非有相反证明，您理解并同意，为使用户内容得到更好的分享及推广，提高其传播价值及影响力，您授予小红书公司免费的、不可撤销的、非排他的、无地域限制的许可使用，包括：存储、使用、传播、复制、修订、改编、汇编、出版、展示、翻译、表演用户内容或制作派生作品，以已知或日后开发的形式、媒体或技术将内容纳入其它作品，再许可第三方按照前述方式使用的权利，以及以自身名义或委托专业第三方对侵犯您上传发布的享有知识产权的内容进行取证、发起投诉或提起诉讼的权利。
- 为免歧义，上述许可包括使用、复制和展示用户内容中受保护的个人形象、肖像、姓名、商标、品牌、标识及其他营销推广素材、物料的权利和许可。
- 小红书公司不会将您的个人信息转移或披露给任何第三方，除非：
  - 相关法律法规或司法机关、行政机关要求。
  - 为完成合并、分立、收购或资产转让而转移。
  - 为提供您要求的服务所必需。
  - 依据其他相关协议规则可以转移或披露给任何第三方的情形。

目前产生较大争议的条款，即该条的第二款（蓝框标识）。

从法律性质上来说，用户协议属于《民法典》第四百九十六条规定的当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的**格式条款**。

对于格式条款的效力，《民法典》第四百九十六条和第四百九十七条分别进行了规定：

第四百九十六条规定，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

也即，若小红书作为提供格式条款的一方未尽提示义务，用户可以主张与其有重大利害关系的条款不成为合同内容。

第四百九十七条规定，有下列情形之一的，格式条款无效。其中第二类情形：提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；

也即，即使小红书尽到了提示义务，但若用户协议的内容“不合理地”免除或减轻提供格式条款一方（即小红书平台）的责任、加重对方（即用户）责任、限制对方主要权利，则该条款无效。

相信在本案的后续诉讼过程中，小红书是否就争议条款尽到提示义务，以及该条款是否属于“不合理条款”，将会成为审理的焦点。

结语

在本次事件发酵之后，众多画师都通过在小红书平台停更等方式，表达了自己的不满。有媒体也发出呼吁，通过“文生图”第一案，使用 AI 者的利益受到了保护，而 AI 背后的千千万万权利人的利益，又该如何来保护？这个问题，有待于审判机关作出一个回答，我们也将持续关注包括该案在内的 WEB3.0 行业的各项法律问题。

（本文首发于 2023 年 12 月 13 日）

政策解读

独立董事“不独立”？上市公司独立董事制度改革相关规则解读

李真

国务院办公厅于 2023 年 4 月 14 日发布了《国务院办公厅关于上市公司独立董事制度改革的意见》（以下简称《改革意见》），对上市公司独立董事制度相关方面的改革进行了规定。同日，中国证券监督管理委员会（以下简称“证监会”）发布了作为《改革意见》配套规则的《上市公司独立董事管理办法（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》），就上市公司独立董事制度的具体细化规则向社会征求意见。

独立董事制度作为上市公司规范化治理的重要一环，《改革意见》及《征求意见稿》在独立董事的选任、职责履行、监督管理等方面做出了更新规定，本文进行分析及解读如下，供贵司参考。

一、《改革意见》及《征求意见稿》主要规定内容

上市公司独立董事制度已有较长的发展历程，2001 年证监会发布《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》，明确规定上市公司需建立独立董事制度，并对独立董事的职能、选任等方面做出了规定。2022 年证监会发布了《上市公司独立董事规则》（与《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意见》统称“旧规”），系证监会对于既往独立董事相关规则的集合式梳理，从独立性要求、任职条件、提名、选举和更换程序、独立董事职权、履职保障等多方面全面完善了上市公司独立董事制度。

本次《改革意见》为上市公司独立董事制度更新进行了提纲挈领式的规定，为改革指明了重点方向。《征求意见稿》（《改革意见》及《征求意见稿》以下统称“新规”）则在《改革意见》基础上进行了细化，对方向性意见进行了具体的规定，落实到了实际措施。新规主要内容如下：

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
明确职责定位	独立董事作为上市公司董事会成员，对上市公司及全体股东负有**忠实义务、勤勉义务**，在董事会中发挥**参与决策、监督制衡、专业咨询**作用，推动更好实现董事会定战略、作决策、防风险的功能。	第三条 独立董事对上市公司及全体股东负有**忠实与勤勉义务**，并应当按照……规定，认真履行职责，在董事会中发挥**参与决策、监督制衡、专业咨询**作用，维护公司整体利益，尤其要关注中小股东的合法权益不受损害。	独立董事的职能定位及具体职责长期以来存在一定模糊的空间，而清晰的职责范围是切实履职的前提。 新规在既往实践的基础上对独立董事的职责进行了总结并提炼了要点，独立董事应当履行参与决策、监督制衡、专业咨询的作用，其中监督作用是独立董事职责的核心体现。
	更加充分发挥独立董事的**监督作用**，根据独立董事独立性、专业性特点，明确独立董事应当	第十七条 独立董事应当按照法律、行政法规、中国证监会和公司章程的规定，认真履行以下职责：	

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
	特别关注**公司与其控股股东、实际控制人、董事、高级管理人员之间的潜在重大利益冲突事项**，重点对**关联交易、财务会计报告、董事及高级管理人员任免、薪酬等关键领域**进行监督，促使董事会决策符合公司整体利益，尤其是保护中小股东合法权益。	…… （二）**对关联交易、财务会计报告、董事及高级管理人员任免、薪酬等上市公司与其控股股东、实际控制人、董事、高级管理人员之间的潜在重大利益冲突事项进行监督**，促使董事会决策符合公司整体利益，尤其是保护中小股东合法权益。	独立董事的监督重点在于与上市公司及其控股股东、实控人、董监高的潜在重大利益冲突，主要体现在关联交易、任免及薪酬等方面，这些方面是利益输送损害股东利益相对多发的领域，独立董事的监督作用将促使上市公司规范化运营，维护中小股东利益。
优化履职方式：搭建有效履行平台	鼓励上市公司优化董事会组成结构，**上市公司董事会中独立董事应当占三分之一以上**，……。	第五条 **上市公司独立董事占董事会成员的比例不得低于三分之一**，且至少包括一名会计专业人士。	新规对包括董事会席位、董事会下设的各专门委员会机构及人员构成方面提出了细化要求，保证了独立董事履职职责的前提。
	上市公司董事会应当设立**审计委员会，成员全部由非执行董事组成，其中独立董事占多数。**	上市公司董事会应当设立**审计委员会。**审计委员会成员应当为**不在公司担任高级管理人员的董事，其中独立董事应当占多数**，并由会计专业的独立董事担任召集人。	
	在上市公司董事会中逐步推行建立**独立董事占多数的提名委员会、薪酬与考核委员会**，负责审核董事及高级管理人员的任免、薪酬等事项并向董事会提出建议。	上市公司根据需要设立提名、薪酬与考核、战略等相关专门委员会。**提名委员会、薪酬与考核委员会中独立董事应当占多数并担任召集人。**	
	审计委员会承担**审核公司财务信息及其披露、监督及评估内外部审计工作和公司内部控制等职责**。财务会计报告及其披露等**重大事项应当由审计委员会事前认可**	第二十五条 上市公司董事会审计委员会负责**审核公司财务信息及其披露、监督及评估内外部审计工作和内部控制，**下列事项应当经**审计委员会全体成员过半数同意后，提交董事会审**	上市公司财务造假是证券市场的顽疾，本次改革明确了审计委员会人员构成及事前监督的职责。 人员上，充分强调外部人员任职，独立董事占

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
优化履职方式：前移监督关口	后，再提交董事会审议。	议： （一）披露财务会计报告及定期报告中的财务信息、内部控制报告； （二）聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所； （三）聘任或者解聘公司财务负责人； （四）因会计准则变更以外的原因作出会计政策、会计估计变更或重大会计差错更正； （五）法律、行政法规、中国证监会及公司章程规定的其他事项。 ……	据多数席位，在人员构成层面保证审计委员会独立履行职责。 职责上，审计委员会以较强的专业性对公司财务信息及内控履行监督职责，对于上市公司财务影响重大的信息，审计委员会则需履行事前审查职责，若其发表否定性意见，意味着该议案在提交董事会前即被否决，而审计委员会通过后该等事项同样需提交董事会（及根据章程等规定进一步提交股东大会）审议，即以事前审议+多级审议的程序性规定保障重大财务事项的合规性。
	建立全部由独立董事参加的专门会议机制，关联交易等潜在重大利益冲突事项在提交董事会审议前，应当由独立董事专门会议进行事前认可。	第二十八条 上市公司应当定期或不定期召开全部由独立董事参加的会议（以下简称独立董事专门会议）。本办法第十八条、第十九条第一款第一项至第三项所列事项，应当经独立董事专门会议审议。…… 上述事前认可事项主要包括关联交易、承诺变更及豁免、提请召开临时股东大会及董事会、公开向股东征集股东权利等。	专门会议是本次改革的创新之举，专门会议仅由独立董事参加，从制度上保证了独立董事发表的意见独立、不受干扰。 专门会议对于可能发生利益输送的重大方面事前认可，履行事前监督程序。
	独立董事应当具备履行职责所必需的专业知识、工作经验和良好的个人品德，符合独立性	第六条详细规定了违反独立性要求的亲属、持股、任职、重大业务往来等任职禁止的具体情形。	独立董事的独立性首先体现在任职资格上，新规对于任职资格及监督程序提出了更高的要

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
强化任职管理	**要求，**与上市公司及其主要股东、实际控制人存在亲属、持股、任职、重大业务往来等利害关系（以下简称利害关系）的人员不得担任独立董事。		求。 独立董事是否符合任职资格很大程度上依赖其个人承诺，聘任之前的系统报送大多流于形式，在实务中也出现了不符合任职资格但仍成功上任的独立董事。 新规此次改革明确证监会及交易所有权对独立董事的任职资格进行审查，从规定的表述上，交易所承担的是实质性审查工作而非形式审查，对于拟任职的独立董事而言，可能意味着承担更加严格的证明责任。
	建立独立董事**资格认定制度**，明确独立董事资格的申请、审查、公开等要求，审慎判断上市公司拟聘任的独立董事是否符合要求，**证券监督管理机构要加强对资格认定工作的组织和监督。**国有资产监督管理机构要加强对国有控股上市公司独立董事选聘管理的监督。	第十一条 ……**提名委员会**应当对被提名人任职资格进行审查，独立董事候选人经提名委员会全体成员过半数同意后，方可提交董事会。…… **证券交易所依照规定对独立董事候选人的有关材料进行审查**，审慎判断独立董事候选人是否符合任职资格并有权提出异议。……	
	拓展优秀独立董事来源，适应市场化发展需要，**探索建立独立董事信息库，**鼓励具有丰富的行业经验、企业经营管理经验和财务会计、金融、法律等业务专长，在所从事的领域内有较高声誉的人士担任独立董事。	第十六条 **中国上市公司协会开展上市公司独立董事信息库建设和管理工作。**上市公司可以从独立董事信息库选聘独立董事。	独立董事信息库的设立是本次改革创新之处。实践中，独立董事“不独立”一定原因在于独立董事多是公司控股股东或大股东提名，熟人任职之下履职时免难掣肘。独立董事信息库可以一定程度上缓解这种局面，也为想要实际发挥监督作用的实干型独立董事提供了更多机会。
	优化提名机制，支持上市公司**董事会、监事会、符合条件的股东**提名独立董事，鼓励投资者保护机构等主体依法通过	第九条 上市公司**董事会、监事会、单独或者合计持有上市公司已发行股份百分之一以上的股东**可以提出独立董事候选人，并经股东	明确独立董事提名人要求，且差额选举实行累计投票制度，利好中小股东提名及选举独立董事。

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
改善选任制度	公开征集股东权利的方式提名独立董事。	大会选举决定。	
	上市公司股东大会选举独立董事**推行累积投票制**，鼓励通过差额选举方式实施累积投票制，推动中小投资者积极行使股东权利。	第十二条 上市公司股东大会**选举两名以上独立董事的，应当实行累积投票制。**鼓励上市公司实行差额选举，具体实施细则由公司章程规定。……	
	建立提名回避机制，上市公司提名人不得提名**与其存在利害关系的人员或者有其他可能影响独立履职情形的关系密切人员**作为独立董事候选人。	第九条 ……提名人**不得提名与其存在利害关系的人员或者有其他可能影响独立履职情形的关系密切人员**作为独立董事候选人。	明确提名人与独立董事候选人存在特定关系的回避制度，保证独立董事提名环节的独立性。规定定义了两种需要回避的情形，其一为存在利害关系，《征求意见稿》中并未对其进行明确的定义，根据《改革意见》中对于“利害关系”的界定，主要对应《征求意见稿》第六条规定的影响独立性的亲属、持股等关系。另一回避情形为“影响独立履职情形的关系密切人员”，新规却并未对此情况进行进一步说明，从规定看应为与“利害关系”程序并列、可能导致丧失独立性的兜底情形，但具体的适用标准尚需实践检验。
	建立独立董事**独立性定期测试机制**，通过独立董事自查、上市公司评估、信息公开披露等方式，确保独立董事持续独立履职，不受上市公	第六条 ……独立董事应当**每年对独立性情况进行自查**，并将自查情况提交董事会。上市公司**董事会应当每年对在任独立董事独立性情况进行评估并出具专项**	独立董事任职的持续监督，从事后监管程序方面保证独立性。

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
	司及其主要股东、实际控制人影响。	**意见，与年度报告同时披露。**	
加强履职保障	健全上市公司独立董事履职保障机制，上市公司应当从**组织、人员、资源、信息、经费等**方面为独立董事履职提供必要条件，确保独立董事依法充分履职。	第三十四条至第三十八条详细规定了上市公司及相关人员应当为独立董事履行职责提供必要的工作条件、人员支持、经费支持，为其履行职责提供资料及信息等具体方面。	从组织、人员、资源、信息、经费等基本履职条件上为独立董事履职提供必要保障，同时履职障碍报告制度强化了对上市公司的外部监督，一定程度上能够缓解独立董事作为公司外部人员信息不对称导致的履职障碍。
	落实上市公司及相关主体的独立董事履职保障责任，丰富证券监督管理机构监管手段，**强化对上市公司及相关主体不配合、阻挠独立董事履职的监督管理。**畅通独立董事与证券监督管理机构、证券交易所的沟通渠道，健全独立董事履职受限救济机制。	第三十七条 …… 独立董事依法行使职权遭遇阻碍时，**可以向公司董事会说明情况，要求公司董事、高级管理人员等相关人员予以配合，并将受到阻碍的具体情形和解决状况记入工作记录。仍不能消除阻碍的，可以向中国证监会或者证券交易所报告。** 独立董事履职事项涉及应披露信息的，上市公司应当及时办理披露事宜，上市公司不予披露的，独立董事可以直接申请披露，或者向中国证监会、证券交易所报告。 中国证监会和证券交易所应当畅通独立董事沟通渠道。	
	鼓励上市公司为独立董事**投保董事责任保险**，支持保险公司开展符合上市公司需求的相关责任保险业务，降低独立董事正常履职的风险。	第三十九条 上市公司可以**建立独立董事责任保险制度**，降低独立董事正常履行职责可能引致的风险。	“康美药业”案件后独立董事承担的赔偿金额之高令资本市场哗然，职业保险制度是鼓励独立董事正常履职的积极举措，体现出对独立董事履职风险的关注。
	压紧压实独立董事履职	第二十九条 独立董事**每年**	日常履职方面，新规主

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
严格履职情况监督管理	责任，进一步规范独立董事日常履职行为，**明确最低工作时间，提出制作工作记录、定期述职等要求，确定独立董事合理兼职的上市公司家数，**强化独立董事履职投入。	**在上市公司的现场工作时间应不少于十五日**。 第三十条 ……独立董事**应当制作工作记录**，详细记录履行职责的情况。 第三十二条 独立董事应当向上市公司股东大会**提交年度述职报告，**对其履行职责的情况进行说明。…… 第八条 独立董事**原则上最多在三家境内上市公司担任独立董事**……。	要从工作时间、工作形式等方面对独立董事任职提出了更高的要求。同时，新规将独立董事兼职家数从原来的五家下调至三家，强制要求独立董事将有限的精力集中，一定程度可以避免“蜻蜓点水式”任职。
	证券监督管理机构、证券交易所通过现场检查、非现场监管、自律管理等方式，**加大对独立董事履职的监管力度**，督促独立董事勤勉尽责。**发挥自律组织作用**，持续优化自我管理和服务，加强独立董事职业规范和履职支撑。	第四十一条 中国证监会依法对上市公司独立董事及相关主体在证券市场的活动进行监督管理。 证券交易所、中国上市公司协会依照法律、行政法规和本办法制定相关自律规则，依法对上市公司独立董事进行自律管理。 ……	事后监督方面，新规将独立董事的履职情况纳入上市公司持续督导的组成部分，引入交易所、上市公司协会的自律监管，多形式、多层次、多举措加大了对独立董事履职的监管力度。
健全责任约束机制	按照**责权利匹配的原则**，兼顾独立董事的董事地位和外部身份特点，明确**独立董事与非独立董事承担共同而有区别的法律责任**，……体现过罚相当、精准追责。结合独立董事的**主观过错、在决策过程中所起的作用、了解信息的途径、为核验信息采取的措施等情况综合判断，**合理认定独立董事承担民事赔偿责任的形式、比例和金额，实现法	第四十四条详细规定了独立董事**行政责任的具体判断标准**，包括在决策过程中所起的作用、信息途径、知情后的态度及措施等。 第四十五条规定了**可认定独立董事不存在主观过错的判断标准**，包括审议过程、上市公司故意隐瞒及阻碍履行职责等方面。	因独立董事独立性使然，其更多起到外部监督作用，并不实际参与企业管理，履行职责很大程度上依赖公司向其披露的资料。因独立董事履行职责的受限性，需要为其设置不同于内部董事的责任认定方式。 本次新规在行政责任认定层面确立了专属独立董事的判断标准及豁免标准，在豁免标准则上大体与《最高人民法院

《改革意见》规定内容		《征求意见稿》规定内容	解读
方面	规定内容		
	律效果和社会效果的有机统一。		关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第十六条确立的民事责任豁免标准相当，使得行政责任与民事责任认定标准实现了一定程度的接轨。

二、本次改革亮点

本次改革对既往的独立董事规则做出了较大的调整和创新，相较旧规而言，本次改革的亮点集中体现在：

1.选聘全流程保证独立董事独立性

独立董事“不独立”是既往制度运行过程中的关键问题，“人情董事”导致了“花瓶董事”的现象。本次《改革意见》及《征求意见稿》中即对独立董事提名、选举、持续管理等选聘的全流程保障了独立董事任职的独立性。

任职资格方面，建立独立董事资格认定制度，强调独立董事不得与上市公司及其主要股东、实际控制人存在利害关系。**在提名选聘方面，**要求提名委员会对独立董事的任职资格进行审查，推行累积投票制选举独立董事，推动中小股东积极行权。探索建立独立董事信息库，拓宽独立董事候选人遴选渠道。**在持续管理方面，**建立独立性的定期测试和披露机制，保证其能够持续独立履职。

2.强化独立董事履职保障

受制于其本身的独立地位，独立董事并不直接参与上市公司管理，对上市公司经营信息的获取一定程度上依赖经营管理层提供的信息。针对独立董事履职难的问题，《改革意见》及《征求意见稿》中提出了一系列创新举措。

在组织结构方面，搭建独立董事有效履职平台，完善独立董事占多数的董事会审计、提名、薪酬等专门委员会组织，建立全部由独立董事参加的专门会议机制。在具体监督措施方面，前移监督关口，财务会计报告及其披露等重大事项在董事会审议前应当由审计委员会事前认可，关联交易等潜在重大利益冲突事项应当由独立董事专门会议事前认可，强化关键领域监督力度。**在资源方面，**强调上市公司在组织、人事、信息披露、费用等方面给予独立董事履职保障，强化对相关主体不配合、阻挠独立董事履职的监督管理。

3.建立履职监督机制，压实独立董事责任

针对“蜻蜓点水”式履职的情况，本次改革对独立董事日常履职、事后监督、责任承担等多个方面进行了创新规定。**在日常履行方面，**规定独立董事最低履职天数、履职记录、兼职家数由旧规的五家下调至三家等，从制度层面保障独立董事履职时间和精力。监督方面，

证监会对独立董事任职资格、日常履职具有监督的职能，同时明确交易所及上市公司协会承担自律监管工作，加大对独立董事任职的监督力度。**责任承担方面，**明确独立董事承担与非独立董事共同但有区别的责任，明确独立董事承担行政责任及免除责任的具体判断标准，为证券监督管理机构采取行政监管措施提供裁量依据。

三、对上市公司的建议

（一）做好制度衔接及更新工作

本次新规发布是对既往独立董事制度大刀阔斧的改革，对于上市公司而言，需要及时熟悉新规，做好公司董事会秘书等信息披露义务人及独立董事的培训工作。

本次《改革意见》发布后，证监会同步发布《征求意见稿》，上海证券交易所同步发布修订后的主板及科创板上市规则及自律监管指引，深圳证券交易所同步修订后的中小板及创业板上市规则及自律监管指引文件，北京证券交易所同步发布《北京证券交易所股票上市规则（征求意见稿）》《北京证券交易所上市公司持续监管指引第 1 号—独立董事（征求意见稿）》。前述文件均作为《改革意见》的配套规则予以发布，对独立董事制度做出了相应调整。前述规则目前均尚处于征求意见阶段，但因作为提纲式意见的《改革意见》已经发布并实施，上市公司应当保持对新规的敏感性，区分不同上市板块及时完成对公司现有公司章程、三会议事规则、独立董事管理等内控制度的更新及信息披露工作，做好制度衔接。

（二）完善组织机构

上市公司应及时根据新规对现有组织机构及其人员构成进行相应调整，主要在于：

1. 董事会成员中独立董事人数至少应当占三分之一，其中应当有会计专业人士；
2. 董事会下设的审计、提名、薪酬与考核委员会中独立董事应当占多数并担任召集人；
3. 设立全部由独立董事组成的专门会议，并在公司内控制度中增加对于专门会议的召集、表决等程序的规定。

（三）为独立董事履职提供必要保障

1. 提供**必要的工作条件、人员、经费、资料支持**，可指定董事会秘书或主要信息披露义务人专门负责与独立董事的对接沟通工作，为独立董事履职及时提供必要的资料；
2. **建立独立董事履职工作档案管理制度，**详细记录独立董事出席、表决等履职情况，对于工作记录中的重要内容，公司可提示独立董事签字确认。工作档案应当妥善管理备查，并**应当至少保存十年**；
3. 及时发出会议通知并提供会议材料，保证独立董事知情权，并及时履行信息披露义务；
4. 对公司董事及高管人员进行必要培训，强调其对于独立董事履行职责的配合义务，不得拒绝、阻碍或者隐瞒，不得干预其独立行使职权。

（四）加强对独立董事的监督工作

独立董事的外部监管力度加强，也对公司内部运作的合规提出了更高的要求，上市公司应自觉加强对独立董事的内部监督管理工作，主要在于：

1. **加强独立董事任职资格管理。**对于不符合独立性标准、不具备专业能力、兼职家数超出规定要求的候选人，应当及时予以撤换。公司应当对独立董事任职资格进行事先调查，并可要求候选人提供证明材料、填写调查表、出具承诺函等进行核查；
2. **注意选任程序合规性。**提名阶段，需关注提名人是否具有应当回避的情形，并进行自查；选举阶段，对于差额选举的，应当实行累积投票制；
3. **督促独立董事切实履行职责。**对于重大事项及潜在重大利益冲突事项，上市公司可督促独立董事及时出具事前认可意见及做出专门会议决议；督促独立董事按时出席会议、进行现场工作、参加培训等；对于公司经营中的其他事项，公司亦可事先征询独立董事意见。

（本文首发于 2023 年 4 月 25 日）

浅析融资租赁公司收取服务费、手续费的最新监管规定与审判口径

阮靄倩、章浩杰

今年 3 月份，上海高院、上海金融法院相继就融资租赁公司规范收取手续费、服务费的问题发布了书面意见。此前融资租赁公司无论是为了增加融资租赁合同项下的收益、亦或是为了解决一些诸如贴息等费用的入账问题，均会采用收取咨询服务费的方式处理。但这部分服务费、手续费是否合规、如何收取、是否会被认定为“砍头息”，是否会被用来抵扣未付租金等一直是融资租赁案件审理过程中的核心争议焦点。而近期网传的《纪要（征求意见稿）》同样涉及服务费问题。我们将结合最新的监管规定、最新公开的司法判例以及《纪要（征求意见稿）》的内容，解读融资租赁公司收取服务费、手续费的最新实务口径，为融资租赁公司合理化收取费用提供处理思路和建议。

一、 现有司法层面上并未禁止融资租赁公司收取服务费

2023 年 3 月份上海高院和上海金融法院先后发文，虽然都提到了服务费，但两个文件规范的内容存在巨大差别。**上海高院在《关于司法服务保障经济社会高质量发展的若干意见》中规范的是以服务费名义变相收取高额利息的行为，也就是综合计算利息后超出年化 24%的任何服务费均得不到支持，**“*5.缓解中小微企业融资难题……规范商业银行、融资租赁公司、保理公司、典当公司、小额贷款公司等金融机构和市场主体的经营行为。****严格审查以服务费、咨询费等各类费用为名变相收取高额利息的行为，对超出法律法规允许范围的利息部分，依法不予保护***”。

而**上海金融法院在《上海金融法院审判工作情况通报（2022）》中则更注重服务费收取是否提供了实质服务，**“*2022 年上海金融法院审结的融资租赁合同纠纷中涉及服务费、咨询费的案件共 31 件，在诉讼中，双方就服务费抵扣租金争议较大。融资租赁公司在放款时直接扣除服务费屡见不鲜，但相比较融资金额，其占比和绝对金额均不高。****相关纠纷集中在融资租赁公司是否实际提供服务、提供的服务内容是否与收取的服务费相匹配以及服务费抵扣本金后利息如何重新计算等问题***。*为规范融资租赁市场经营秩序，降低直接融资成本，****融资租赁行业需进一步规范服务费收取标准，进而为融资人提供优质的融物融资服务***”。

由此可见，无论是上海高院还是上海金融法院均未对融资租赁公司收取服务费进行禁止。事实上根据原银保监会发布的《融资租赁公司监督管理暂行办法》的规定，融资租赁公司亦可以经营“*（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*”。

二、 监管层面上对于金租公司和商租对私业务的服务费收取合规要求更高

一方面，中银协此前针对金租公司发布过《关于规范金融租赁公司服务收费的倡议书》，在《倡议书》中提到*“经济咨询服务收费遵循质价相符的原则，****如未能向承租人提供实质性服务、带来实质性收益或提升实质性效率，原则上不向承租人收取费用***。*不将本应由金融租赁公司承担的职责、提供融资租赁服务中的应有内容转化为有偿服务，不将经营成本以费用形式转嫁承租人，不将本应自行承担的服务费用转嫁给承租人。”*虽然受限于协会本身规范的范围，该文件仅系中银协发布的一个倡议文件，不具有任何强制性，但这个倡议却与网传

《纪要（征求意见稿）》的观点不谋而和。

另一方面，在部分地方金融监管部门对属地涉个人融资租赁业务的相关规范指引中也要求，对于对私业务直接内扣服务费又未在合同中明示利率，不得将服务费计入融资总成本中计算年化综合融资成本，*“在计算客户融资总金额时，相关合同约定的融资金额中包含、但在实际放款时已扣除的保证金、首付款及管理费、服务费、手续费等服务性收费，应当从融资金额中扣除”*。

三、 现有公开判例中，各地法院对于服务费的审查口径存在较大差异，大部分公开判例支持融资租赁公司收取服务费用，但仍有部分判例对服务费进行了调减

我们以“融资租赁合同纠纷”、“服务费/咨询费/手续费/管理费”为条件检索近几年法院审结的公开判决，我们注意到因法院级别与承租人类型不同，审判口径差异较大，但大部分公开判例仍支持融资租赁公司收取服务费用。以上海金融法院为例，2022 年公示上网的相关案例共 45 个，涉及服务费收取的案例均最终认可了相关费用的收取。主要理由是：服务协议合法有效且经承租人确认、转账账户与出租人指定收款账户不一致且出租人否认收到相关款项或综合计算服务费后利率未超过合理范围等。

对于支持服务费用的案例，我们选取了一些法院观点，作为参考：

1、综合计算服务费后利率仍在合理范围内，未支持承租人扣减的主张。在(2022)沪 74 民终 196 号一案中，法院认为虽然融资租赁公司未证明实际提供过服务，但由于**服务费实际发生于融资租赁过程中，故相关费用支出视为承租人的融资成本，综合计算后的利率未超过合理范围，故未支持承租人要求以服务费抵扣租金的主张**。

2、承租人书面认可服务费收取，法院未支持其扣减未付租金的主张。在（2022）浙 0203 民初 9194 号一案中，法院认为**承租人出具了《确认书》、《同意书》，明确认可了出租人的相关行为，故不应从剩余租金中扣除服务费用。**

当然随着法院对服务费合理性的关注度逐年增加，法院的判例中也开始出现了一些不支持服务费用的案例，我们也选取了一些法院观点，作为参考：

1、手续费属于变相利息，应予以扣减。在（2022）沪 0109 民初 7232 号一案中，**法院**认为**出租人收取的手续费属于变相利息，增加被告融资成本，故应予以在租金中扣减**。

2、未能证明提供实质性服务，也未能证明服务“质价相符”。在（2022）沪 0101 民初 26102 号一案中，**法院**也同样认为**出租人未能举证证明代收服务费冲抵租赁物转让价款的合理性，因此酌情将服务费在未付租金中予以抵扣**。

3、约定的服务内容属于出租人应尽工作，不应单独计费，综合计算后年利率已超过 24%，故扣减服务费。在(2020)沪民申 1157 号再审裁定书中，上海高院认为《融资租赁咨询服务协议》约定的服务内容属于合同签订和履行中的应尽工作，不应单独计收服务费用。

四、 从征求意见稿看将来服务费收取的合规方向

虽然实务中对于服务费的收取目前仍争议较大，但从现有监管口径和审判口径出发，事实上对公业务中目前认可服务费收取的比例仍更高，即使法院认为服务内容系出租人本应承担的缔约成本，但仍可能将其视为“承租人的融资成本”综合计算利率，仅对超过 24%的部分进行扣减。但在对私汽车融资租赁业务等涉及个人客户的案件中，法院否定服务费的比例

则相对较高，且即便承租人未出庭答辩也存在法院主动审查服务费收取的合理性或出租人主动以已收取的服务费抵扣租金的情况。

从近期网传的《纪要（征求意见稿）》来看，其同样认可融资租赁公司可以收取部分名目下的服务费，纪要列举主要集中在“推荐选定租赁物、结汇、进出口报关等与租赁物买卖合同有关的服务”。从审理思路上看，最高院倾向于认为本应由承租人负担的营业成本，由于融资租赁合同的签订转嫁给融资租赁公司，这部分服务费收取合情、合理、合法。但融资租赁公司为开展融资租赁业务本身就需要承担的包括“策划融资方案、业务咨询、行业竞争分析、流程优化改进、财务规划咨询、管理咨询、起草合同文本、筹集融资资金等服务”均不得转嫁承租人。如果最终征求意见稿落地将基本否定回租模式下收取服务费的可能。但由于目前《纪要（征求意见稿）》尚未定稿发文，在这种情况下，鉴于提供咨询服务的举证责任主要在出租人一方，我们仍建议出租人尽可能留存一些服务成果。若服务费金额较高，可以另行要求承租人签署单方确认书或采取第三方支付的方式。

（本文首发于 2023 年 4 月 26 日）

海人社局更新“社平工资”和“最低工资”，一键收藏这些受影响的数据

杨轶菡、徐玉莹

上海市人力资源和社会保障局 2023 年 6 月 28 日发布通知，上海市 2022 年度全口径城镇单位就业人员平均工资（下称“社平工资”）为 12,183 元/月（增加 787 元/月）；6 月 30 日发布通知，上海市月最低工资标准调整至 2,690 元/月（增加 100 元/月），小时最低工资标准调整至 24 元/小时（增加 1 元/小时）；前述调整均自 2023 年 7 月 1 日起实施。

“社平工资”和“最低工资标准”是劳动人事实务中经常被提及的名词。根据相关法律法规规定，社平工资和最低工资金额的调整会在劳动关系解除、社保缴纳、病假工资、工伤待遇、劳动仲裁等多方面影响用人单位管理成本和劳动者基本权益。

本文以上海市为例，对受到社平工资及月最低工资标准调整影响的主要条目进行归纳汇总。

一、受社平工资影响的主要条目

1. 社平工资影响劳动关系解除中的经济补偿金和赔偿金的计算

(1) 法定经济补偿金封顶数额：

项目	金额	计算方式
封顶计算基数	36,549 元	12,183 元/月×3
封顶总额	438,588 元	12,183 元/月×3×12

说明：根据《劳动合同法》第四十七条，用人单位在解除或终止劳动合同依法应当支付经济补偿的情形下，补偿金计算基数为劳动者的月工资，当劳动者的月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度社平工资的三倍时，经济补偿金封顶计算基数为**社平工资的三倍**，支付经济补偿的**年限最高不超过十二年**。

(2) 违法解除劳动合同赔偿金封顶数额：

项目	金额	计算方式
封顶总额	877,176 元	438,588 元×2

说明：《劳动合同法》第八十七条“当用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照上述第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。”

(3) 解除劳动关系一次性补偿收入免税金额上限：

项目	金额	计算方式
免税上限	438,588 元	12,183 元/月×12×3

说明：根据《关于个人所得税法修改后有关优惠政策衔接问题的通知》（财税〔2018〕164 号）第五条，“个人与用人单位解除劳动关系取得一次性补偿收入（包括用人单位发放的经济补偿金、生活补助费和其他补助费），在当地上年职工平均工资三倍数额以内的部分，免征个人所得税”。

2. 社平工资影响劳动者病假工资的上限

劳动者的病假工资高于社平工资的，用人单位可按社平工资 12,183 元/月计发。

说明：根据《上海市劳动局关于加强企业职工疾病休假管理保障职工疾病休假期间生活的通知》（文件拟到期日 2026 年 8 月 15 日）第五条，“职工疾病或非因工负伤待遇高于本市上年度月平均工资的，可按本市上年度月平均工资计发。”

3. 社平工资影响劳动者工伤保险待遇中的具体支付条目

(1) 因工死亡丧葬补助费标准：

项目	金额	计算方式
丧葬补助金	73,098 元	12,183 元/月×6

说明：根据《上海市工伤保险实施办法》第四十三条，从业人员因工死亡，其近亲属可按从业人员因工死亡时六个月的上年度社平工资的标准领取丧葬补助金。

(2) 一次性伤残就业补助金和一次性工伤医疗补助金：

致残五至十级，两项款项支付标准一致，如下：

伤残情况	金额	计算标准
五级伤残	219,294 元	12,183 元/月×18
六级伤残	182,745 元	12,183 元/月×15
七级伤残	146,196 元	12,183 元/月×12
八级伤残	109,647 元	12,183 元/月×9
九级伤残	73,098 元	12,183 元/月×6
十级伤残	36,549 元	12,183 元/月×3

说明：根据《上海市工伤保险实施办法》第四十条、第四十一条，劳动者遭受工伤后，提出与用人单位解除劳动关系或劳动合同期满终止的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。

注：经工伤人员本人提出与用人单位解除劳动关系，且解除劳动关系时距法定退休年龄不足五年的，不足年限每减少一年，一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金递减 20%，但属于《劳动合同法》第三十八条规定的情形除外。

(3) 生活护理费标准：

生活护理需求程度	金额	计算标准
生活完全不能自理	6,092 元/月	社平工资的 50%
生活大部分不能自理	4,874 元/月	社平工资的 40%
生活部分不能自理	3,655 元/月	社平工资的 30%

说明：在用人单位已经缴纳工伤保险的情况下，根据《上海市工伤保险实施办法》第三十八条，工伤人员已经评定伤残等级并经鉴定委员会确认需要生活护理的，按照三个不同等级对应的标准由工伤保险基金支付生活护理费。如未缴纳工伤保险，则由用人单位按待遇标准支付。

4. 社平工资影响劳动者的社会保险及公积金的缴费基数

(1) 社保缴纳基数的上、下限：

上限：36,549 元/月（社平工资的 3 倍）；

下限：7,310 元/月（社平工资的 60%）。

(2) 公积金缴存基数的上、下限：

上限：36,549 元/月（12,183 元/月×3）；

下限：2,690 元/月（自 2023 年 7 月 1 日起实施的最低工资标准）

说明：根据上海市住房公积金缴费相关规定，本市职工和用人单位的住房公积金缴存基数上限以本市上年度全市职工月平均工资的 300%为标准；下限以本市上年度最低工资标准。

二、受最低工资标准影响的主要条目

注：“月最低工资标准”不含劳动者个人依法缴纳的社会保险费和住房公积金，也不包括劳动者延长工作时间的加班费、夏季高温津贴、中夜班津贴及有毒有害等特殊工作环境下的岗位津贴以及伙食补贴、上下班交通费补贴、住房补贴。

1. 最低工资标准影响工资支付的下限

(1) 试用期工资下限：2,690 元/月。

说明：根据《劳动合同法》第二十条：“劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。”

(2) 依法扣除工资后的应支付工资下限：2,690 元/月。

说明：根据《工资支付暂行规定》第十六条，因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可按照劳动合同的约定从劳动者本人的工资中予以扣除，但扣除后的剩余工资部分不得低于最低工资标准。

(3) 实行计件工资或提成工资等工资形式的工资下限：2,690 元/月。

说明：根据《最低工资规定》第十二条，“实行计件工资或提成工资等工资形式的用人单位，在科学合理的劳动定额基础上，其支付劳动者的工资不得低于相应的最低工资标准。”

(4) 企业停工停产超过一个工资支付周期的工资支付下限：2,690 元/月。

说明：根据《工资支付暂行规定》第十二条，非因劳动者原因造成单位停工、停产超过一个工资支付周期的，若劳动者提供了正常劳动，则应支付给劳动者的劳动报酬不得低于当地的最低工资标准。

2. 最低工资标准影响病假待遇及病假工资基数的下限

项目	金额下限	计算方式
最低病假待遇	2,152 元/月	2,690 元/月×80%
最低病假工资计算基数	2,690 元/月	月最低工资标准

说明 1：根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第 59 条，职工患病或非因工负伤治疗期间的病假工资或疾病救济费（即，“病假待遇”）不能低于最低工资标准的 80%；根据《上海市劳动保障局关于病假工资计算的公告》第一条，职工疾病或非因工负伤休假待遇低于本企业月平均工资 40%的，应补足到本企业月平均工资的 40%，企业月平均工资的 40%低于当年本市企业职工最低工资标准的 80%，应补足到当年本市企业职工最低工资标准的 80%。

注：疾病休假工资或疾病救济费最低标准不包括应由职工缴交的养老、医疗、失业保险费和住房公积金。

说明 2：根据《上海市劳动保障局关于病假工资计算的公告》第二条，病假工资计算基数分别按“劳动合同有约定从约定”、“用人单位与职工代表通过工资集体协商”、“无任何约定时参考劳动者本人所在岗位正常出勤月工资的 70%”三种原则进行确定，但不论适用哪个原则，“最低病假工资基数”均不能低于最低工资标准。

注：病假工资=计算基数×计算系数×病假时间。

3. 最低工资标准是判断劳动仲裁是否适用“一裁终局”的前提条件之一

项目	金额上限	计算方式
适用“一裁终局”	32,280 元	2,690 元/月×12

说明：根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第四十七条、《人力资源社会保障部 最高人民法院关于劳动人事争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见（一）》第十条，仲裁裁决涉及追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等，对单项裁决金额不超过当地月最低工资标准十二个月金额的，劳动人事争议仲裁委员会应当适用终局裁决。

综上，社平工资并不仅仅是反映社会发展程度和人民生活水平的经济学术语，最低工资标准也不仅仅是保护劳动者的基本生存权益保障，它们在劳动法的司法实践中起着不可或缺的作用。对于用人单位而言，应持续关注各类涉及劳动者工资、社保、福利待遇的最新政策，确保用工合规，降低用工风险。对于劳动者而言，则应依据法律法规及政策规定，合法维权。

（本文首发于 2023 年 7 月 6 日）

全球首部生成式人工智能法规落地，新产业如何应对新要求？

吴晴霞

引言：

随着人工智能（Artificial Intelligence，简称 AI）技术的迅猛发展和广泛应用，生成式人工智能（Generated Content AI，简称 AIGC）作为人工智能技术的重要领域之一，已经成为社会和经济发展中的关键驱动力，随着技术的加速发展，生成式人工智能不断催生新场景、新业态、新模式和新市场，赋能千行百业。与此同时，其暴露出的安全风险也引发了各国监管部门的广泛关注，意大利、德国、法国、西班牙等多个国家的数据保护监管机构对 ChatGPT 表达担忧或发起调查。

国家网信办联合国家有关部门对于相关内容，也密集的发布了一系列的规定，例如：

《网络信息内容生态治理规定》于 2020 年 3 月 1 日起施行；

《互联网信息服务算法推荐管理规定》于 2022 年 3 月施行；

《互联网信息服务深度合成管理规定》于 2023 年 1 月施行；

国务院在《国务院 2023 年度国家立法工作计划》中也预备提请全国人大常委会审议《人工智能法》草案。

2023 年 7 月 13 日，国家网信办联合国家有关部门公布了《生成式人工智能服务管理暂行办法》（以下简称《办法》）。《办法》是我国促进生成式人工智能健康发展和规范应用的专门立法，界定了生成式人工智能技术的基本概念，规定了生成式人工智能服务提供者的制度要求，为生成式人工智能的健康发展指明了方向。

1. 原则及亮点：鼓励创新、适度监管、释放积极信号

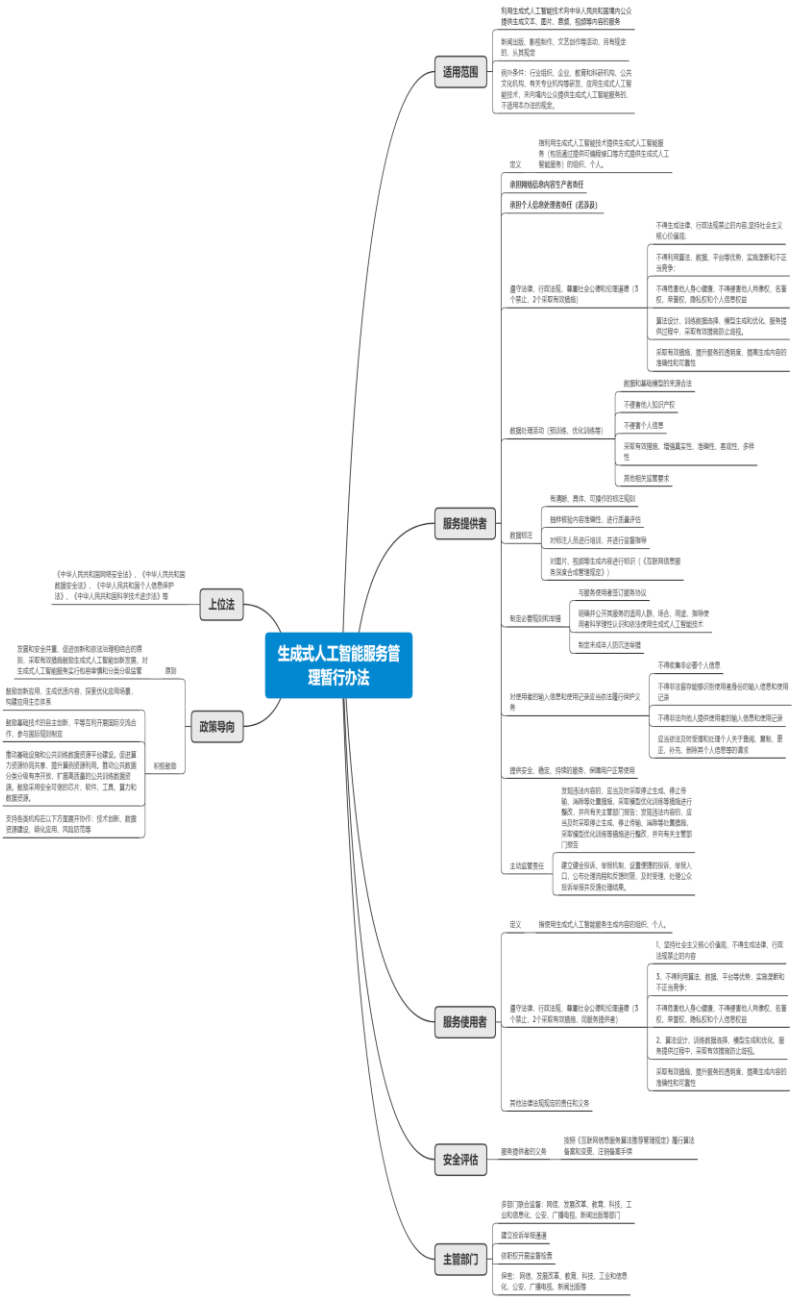
在笔者看来，本《办法》有许多的亮点。首先，在全文短短二十四条的规则内，多次使用了“鼓励”、“发展”、“促进”这种积极的词汇，**在多条规定内都表达了鼓励创新（包含底层技术层到应用层，特别是自主创新）；鼓励协作共享；鼓励国际合作等内容，向市场展现了我国监管层面对于支持人工智能技术和应用发展决心。**

除此之外，《办法》中还多次用到了“等”字，在多个条款中并未框定一个的范围，**从政策上给技术发展和应用层发展留出了空间，也给未来执法带来了更多可解读的灵活性。**

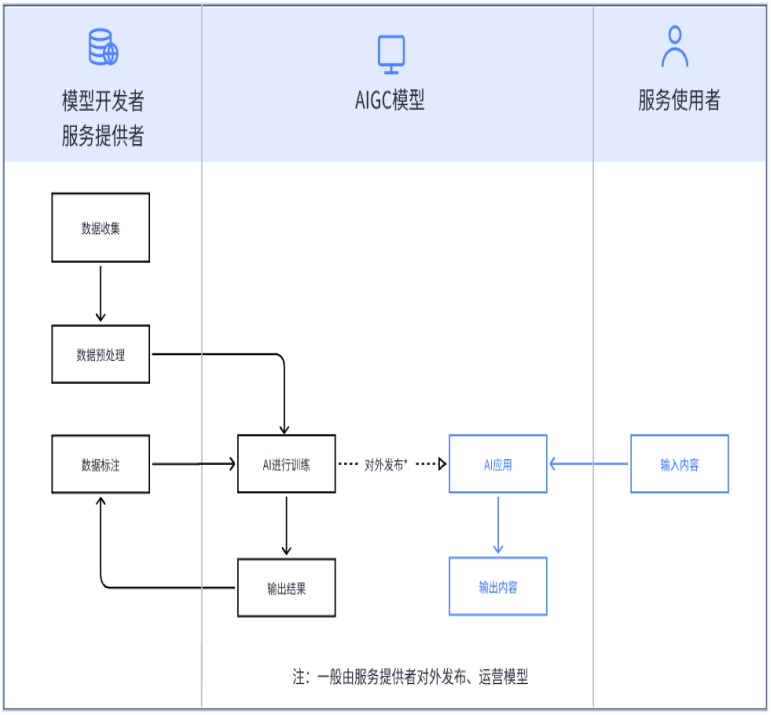
《办法》中还给出了分级分类管理的原则，倡导更为积极和精细化的管理原则。笔者分析，对于后续的立法动态来说，我国监管部门也可能采取类似于欧洲人工智能草案（尚未通过）管理模式，进行高低风险的分级，贴合产业和业务实质进行管理。

更为重要的是，对于人工智能所可能引发的安全风险、数据来源风险、产出内容风险等合规难点，《办法》也明确了权责，列明了服务提供者应当承担的主体责任，并提供了部分解决方案和思路。

笔者对《办法》归纳如下图，建议读者一键收藏这一“太长不看版法条汇总”。



为了更好的理解《办法》中所涉及到的主体之间的关系，下图简单的梳理了一下 AIGC 模型及应用的流程。



2. 适用范围

《办法》明确规定，利用生成式人工智能技术向中华人民共和国境内公众提供生成文本、图片、音频、视频等内容的服务（以下称生成式人工智能服务），适用本办法。

因此，不论服务者公司经营地或是服务器是否位于中国境内，只要所生成的服务向中国境内的公众开放，就会落入《办法》的适用范围。例如 OpenAI 旗下的产品只要下中国境内的公众开放，一样会收到《办法》的监管。

除此之外，《办法》并为对于应用层是直接或是间接通过“封装”的形式提供服务（所以将 Chat gpt 接入自有产品向公众提供服务也不能规避风险哦），而是将判断标准落到了是否向公众提供服务这个维度。**换而言之，不论公司是以何种方式提供 AI 服务的，只要是以内部研发、内部自用为前提，并未向公众开放的，都暂不受《办法》的监管。**

但值得注意的是，即使不受《办法》管辖，在内部适用是也要注意遵守其他法律法规的要求，遵守知识产权、网络安全、个人信息保护等相关规则。

3. 服务提供者的责任和义务

《办法》明确了服务提供者者的法律地位：网络信息内容生产者责任、个人信息处理者责任，并基于此强加一些义务，包括但不限于要求服务提供者开展必要举措保护知识产权、保护人格权、保护个人信息等第三方的合法权益，进行信息的内容向上向善管理，信息真实性、准确性管理，开展商业和市场秩序管理。

其中值得注意的是，本次《办法》对于服务提供者的责任和义务做了分级分类，分为了**必须要遵守的禁止性要求**和**提供有效措施（并不对结果做要求）**两个层面。

- **遵守的法律法规的禁止性要求**

互联网不是法外之地，各监管机构对互联网，特别是互联网内容生产者，一直处于强监管、强关注的状态。这次在《办法》里列明的这些内容其实并非新的要求，而是融合了已经发布了的法律法规进行再次的强调。

《办法》进一步表明了“技术中立”不能成为企业不对技术生成的内容承担责任的抗辩理

由，要求进一步向“技术向上、技术向善”发展。而对于人工智能的“创造者”，也就是服务提供者来说，监管也认为其应该代表“机器”承担主体责任，应当受到所在地法律的管辖，遵守已有的法律法规。这一点，在这个节点几乎在全球都达到了共识，也在本管理办法中再次明确了这一点。

总结来说，对于内容有：

- 不得生成法律、行政法规禁止的内容,坚持社会主义核心价值观，不得生成煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度，危害国家安全和利益、损害国家形象，煽动分裂国家、破坏国家统一和社会稳定，宣扬恐怖主义、极端。主义，宣扬民族仇恨、民族歧视，暴力、淫秽色情，以及虚假有害信息等;
- 不得利用算法、数据、平台等优势，实施垄断和不正当竞争；
- 不得危害他人身心健康，不得侵害他人肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权和个人信息权益；
- 不得收集非必要个人信息，不得非法留存能够识别使用者身份的输入信息和使用记录，不得非法向他人提供使用者的输入信息和使用记录。

➢ **提供有效措施的义务**

主要明确了服务提供者需要额外采取的举措，这一点也是需要服务提供者需要特别注意的，企业应当尽快配合《办法》提出的要求，做好内部体系建设、治理和文件制定工作，具体规定如下：

- 规则上

1) 制定防止歧视的措施；
2) 提升服务透明度，制定提高内容准确性和可靠性的措施；
3) 数据标注--制定并公示清晰的标注规则，人员培训和监督规则，定期的数据标注质量评估报告；
4) 与注册的使用者签订服务协议；（这里特别提到了注册使用者，实务上监管可能会提出未注册的游客不得使用服务的要求）
5) 正确适用的引导性规则，明确并公开其服务的适用人群、场合、用途，指导使用者科学理性认识和依法使用生成式人工智能技术；
6) 制定未成年防沉迷举措；
7) 制定投诉、举报机制，并设立便捷入口。

- 技术上：

1) 保证服务的安全、稳定、持续；
2) 要有发现违法内容的能力，并能够采取措施进行整改；
3) 要有优化内容质量，提高准确性和可靠性的能力。

➢ **前置性要求**

与征求意见稿不同的是，《办法》并未一刀切的要求所有服务提供者都进行备案。但是根据第 17 条的规定，并结合《互联网信息服务算法推荐管理规定》《具有舆论属性或社会动员能力的互联网信息服务安全评估规定》《互联网信息服务深度合成管理规定》，**提供具有舆论属性或者社会动员能力的生成式人工智能服务的，应当开展安全评估，履行算法备案手续。**

4. 服务使用者的责任和义务

虽然管理办法中没有赘述，但根据《办法》第 4 条的规定，服务使用者也并不能以使用的是 AI 生成的内容、或是“不知情”为由来逃避法律法规的监管。

例如，服务使用者转载基于深度合成服务制作发布的新闻信息的，应当依法转载互联网新闻信息稿源单位发布的新闻信息。

结语

如何在技术创新与公共利益之间、在发展与安全之间取得平衡，是生成式人工智能等新技术、新应用向全人类提出的时代性挑战。《办法》作为全球范围内首部专门针对生成式人工智能的立法，迈出了第一步，各国立法也在紧锣密鼓的推进中。巧合的是，在《办法》颁布的同一天，就有消息称美国联邦贸易委员会（FTC)已对 OpenAI 公司展开全面调查，理由是该公司涉嫌违反消费者保护法，将个人名誉和数据置于危险之中。作为企业来说，在发展技术的同时，也应当同时关注全球立法、执法动态，做好合规的前瞻性布局，才能以更小的成本，更好地应对动态的监管环境。

（本文首发于 2023 年 7 月 17 日）

民企反舞弊力度再加码——浅析《刑修（十二）》（草案）对司法实务的影响

冯笑

2023 年 7 月 25 日，《刑法修正案（十二）》草案首次提请十四届全国人大常委会第四次会议审议，《草案》一共 8 个条文，修改了 7 个罪名。相较于《刑法修正案（十一）》草案内容涉及到 20 余个罪名、《刑法修正案（十一）》正式稿涉及到 40 余个罪名而言，本次《草案》涉及到的《刑法》条款并不多，但却全部都是与舞弊行为相关的罪名，且进行了非常大的调整，值得业内所有人的重视。

因草案尚处征求公开意见阶段，正式的修正案内容仍有可能微调（《刑法修正案（十一）》正式出台后较之于《刑法修正案（十一）》草案有非常多的变化），且日后必然还要出台相应的司法解释，本文仅结合目前《草案》的内容进行分析，供读者参考。

《草案》中涉及到对 7 个罪名的调整，从调整方向来看，可分为两类：**第 1-3 条的内容反映国家扩大对民营企业内部舞弊行为的刑事打击范围，第 4-7 条则体现出加大对行贿行为的打击力度。**

《草案》反映国家扩大对民营企业内部舞弊行为的刑事打击范围，加强对民营企业的保护力度

首先，我们看下《草案》前三个条款涉及的三个罪名，现行《刑法》条文和《草案》调整后的相关规定：

现行《刑法》条文	《刑法修正案（十二）》草案
第一百六十五条【非法经营同类营业罪】 国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。	**第一百六十五条【非法经营同类营业罪】** 国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。 **其他公司、企业的董事、经理有前款行为的，依照前款的规定处罚。**（新增）
第一百六十六条【为亲友非法牟利罪】 国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，有下列情形之一，使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金： （一）将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的；	**第一百六十六条【为亲友非法牟利罪】** 国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，有下列情形之一，使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金： （一）将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的；

（二）以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的； （三）向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。	（二）以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的； （三）向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。 **其他公司、企业的工作人员有前款行为，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。（新增）**
第一百六十九条【徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪】 国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。	**第一百六十九条【徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪】** 国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。 **其他公司、企业直接负责的主管人员有前款行为，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。（新增）**

这三个罪名规定于《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的“妨害对公司、企业的管理秩序罪”章节，系在 1997 年《刑法》初次修订时候就规定在《刑法》中，至今已有 26 年。在这 26 年中，这三个罪名的条文没有进行过任何改动，常年以来，就这三个罪名，在实务中存在的问题在于：

1、国家对不同性质的企业保护力度不一致，因为这几个罪名的犯罪主体是特殊主体，只能是国有公司、企业内部人员才能构成本罪，如果该行为发生在国有公司、企业之外的公司、企业，不能以本罪名认定，这就导致这几个罪名的适用范围非常狭窄。

这在司法实务界多年来是存在异议的，以非法经营同类营业罪为例，张明楷教授在其《刑法学》中也指出：从立法论上来说，应当将本罪主体扩大到其他公司、企业的董事、经理，并且不应当限于董事、经理，而应包括其他可能利用职权为自己谋取利益的管理者。但在司法实务中，案件办理要严格根据“罪刑法定”的原则，民营企业内部出现类似行为，只能具体分析该行为过程中是否存在职务侵占、行受贿行为，考虑追究相应的刑事责任，而不能以非法交易同类营业罪、为亲友非法牟利罪认定。

2、追诉量刑标准的不完善，在 2010 年时，最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》中规定了这几个罪名的第一档追诉标准，但多年以来国家层面没有就第二档量刑标准明确规定，部分省市规定了本辖区范围内的第二档量刑标准。还是以非法经营同类营业罪为例，涉案金额在 10 万以上则达到追诉标准，上海市检

察院在《关于本市办理部分刑事犯罪案件标准的意见》规定了第二档量刑标准，设定为 50 万元以上（追诉标准金额的 5 倍）。

本次《草案》的亮点在于，将上述罪名的犯罪主体范围，从国有公司、企业的人员扩展到包含其他公司、企业的人员，大大扩展了民营企业内部舞弊行为的范围。在以往，民营企业内部典型的职务犯罪行为无非就是职务侵占罪、非国家工作人员受贿、对非国家工作人员行贿、挪用资金等几个典型的罪名。全国人大常委会法工委刑法室负责人在答记者问中也提到：近年来民营企业内部人员腐败问题多发、易发，主要表现在侵占、挪用、受贿和背信等方面，其中背信方面反映较为集中、突出的是非法经营同类营业、为亲友非法牟利等行为……需要与时俱进完善相应法律制度，适应保护民营企业的实践需要。

由此可见，相较于以往，国家进一步提高了对民营企业产权和企业家权益保护的力度，进一步对民营企业进行了平等保护。

《草案》体现出国家加大对行贿行为的打击力度

《草案》的第 4-7 条涉及的罪名都是行贿类罪名，我们先看下现行《刑法》条文和《草案》调整后的相关规定：

现行《刑法》条文	《刑法修正案（十二）》草案
第三百八十七条【单位受贿罪】 国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，索取、非法收受他人财物，为他人谋取利益，情节严重的，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，处五年以下有期徒刑或者拘役。	**第三百八十七条【单位受贿罪】** 国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，索取、非法收受他人财物，为他人谋取利益，情节严重的，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，处三年以下有期徒刑或者拘役；**情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑**（新增）。
第三百九十条【行贿罪的处罚规定】 对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，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。 行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。	**第三百八十九条【行贿罪的处罚规定】** 对犯行贿罪的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，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。 **有下列情形之一的，依照前款的规定从重处罚：** **（一）多次行贿、向多人行贿的；** **（二）国家工作人员行贿的；** **（三）在国家重要工作、重点工程、重大项**

	目中行贿的； **（四）在组织人事、执纪执法司法、生态环保、财政金融、安全生产、食品药品、帮扶救灾、养老社保、教育医疗等领域行贿的；** **（五）为实施违法犯罪活动而行贿的；** **（六）将违法所得用于行贿的。（新增）** 行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对调查突破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。”
第三百九十一条【对单位行贿罪】 为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。	**第三百九十一条【对单位行贿罪】** 为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；**情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金**（新增）。
第三百九十三条【单位行贿罪】 单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的，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，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚。	**第三百九十三条【单位行贿罪】** 单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的，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，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；**情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金**（新增）。因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚。

从《草案》上述 4 条的修改内容来看，体现了对相关罪名量刑适当性调整和加重：

1、单位受贿罪、单位行贿罪

（1）这两个罪名的调整来看，降低了第一档刑期的最高刑期，使得单位受贿罪、单位行贿罪的第一档量刑标准同自然人受贿罪、行贿罪的第一档量刑标准基本一致，同时也将更加合理。以现行《刑法》规定来看，根据《刑法》第 393 条，单位对国家工作人员行贿的最高刑期是 5 年，根据《刑法》第 164 条，单位对非国家工作人员行贿罪的最高刑期是 10 年，这样的规定其实是存在明显的不公平的。

（2）新增第二档刑期，使得本罪的最高刑罚**由有期徒刑 5 年调整为有期徒刑 10 年**。

之所以调高单位受贿罪、单位行贿罪的量刑标准，也有一个原因就是它们和自然人受贿罪、行贿罪的量刑差距太大，自然人受贿罪的最高刑期可为无期徒刑或者死刑，自然人行贿罪的最高刑期可为无期徒刑，而依据现行《刑法》规定，单位受贿罪、单位行贿罪的最高刑期只有 5 年。在司法实践中，对于很多单位受贿、单位行贿的案件，只要行为人存在自首、坦白、退缴违法所得等从轻、减轻情节的，最终量刑还会更轻，基本都不会以 5 年量刑。例如：自然人行受贿 1000 万元的，法定刑都在 10 年以上，如果没有自首、立功等减轻处罚情节，最低刑期也是 10 年；但单位行受贿 1000 万元的，本身法定刑期就在 5 年以下，实践中被判处两年以下、一年以下、甚至缓刑都是可能的。这就使得很多以单位名义完成行受贿行为的案件，与单纯的自然人行受贿案件相比，在量刑上显示极不均衡。

关于对单位行贿罪的调整理解，可以参照上述两个罪名的调整分析，不再展开分析。

2、行贿罪的处罚规定

根据《草案》的规定，行贿罪的量刑调整为“3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”“3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金”“10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产”，就与受贿罪的量刑档次相互基本一致。

在现行《刑法》规定体系下，行贿罪和受贿罪的部分处罚轻重倒置，例如：受贿罪的第一档刑期为 3 年以下有期徒刑或者拘役，行贿罪的第一档刑期为 5 年以下有期徒刑或者拘役。

同时，《草案》还单独指出了 6 种情形下，对于行贿罪是要从重处罚，也体现国家对行贿行为加大打击力度。而且这 **6 种情形采用列举式方式，**没有采取一项兜底规定“其他应当从重处罚的情形”。

全国人大常委会法工委刑法室负责人在答记者问中也提到：在保持惩治受贿犯罪高压态势的同时，加大对行贿行为惩治力度，妥善把握查处行贿的政策尺度，扭转有的执法办案人员重受贿轻行贿的观念。

结语

实际上，本次《草案》虽然涉及到的条款内容不多，但调整的都是很实质性的内容，且对于企业反舞弊行为都有所裨益。我们后续一方面要关注《刑法修正案（十二）》正式出台后是否会再有所变动，另一方面要关注后续司法解释的规定（时间可能会比较长，2021 年 3 月《刑法修正案（十一）》施行，但其中调整的很多罪名的量刑标准至今仍未出台相应的司法解释）。

（本文首发于 2023 年 8 月 7 日）

从沪杭两地直播合规指引看直播电商监管趋势

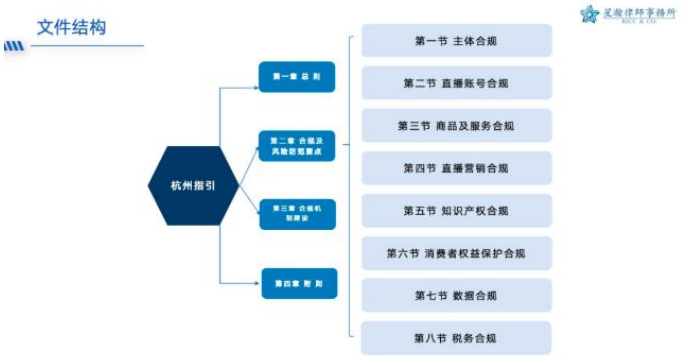
李凤翔

直播电商行业的迅猛发展态势，通过今年双 11 期间的电商数据可见一斑：据星图数据统计，2023 年双 11 期间全网电商 GMV 同比+2.1%，其中综合电商 GMV 同比-1.1%，而直播电商平台 GMV 则同比增加 18.6%，增幅显著。

2023 年，也有多地下发了针对直播电商行业的支持政策。例如 2023 年 3 月，深圳市商务局印发《深圳市推进直播电商高质量发展行动方案（2023-2035 年）》，立志 2025 年实现深圳直播电商销售额超过 3000 亿元，带动深圳网络零售经济实现质的飞跃。北京市商务局在同月下发《关于鼓励开展网络促销、直播电商活动培育壮大网络消费市场的通知》，鼓励电商平台、直播平台、特色直播电商基地、直播（电商）服务机构、商贸流通企业在京举办网络促销、直播带货等相关活动。并对相应企业、平台提供政策支持。

与行业发展相伴随的，是监管机构的关注与监管政策的完善。近日，“电商之都”杭州的杭州市司法局发布了《直播电商产业合规指引（征求意见稿）》**（以下简称“《直播电商指引》（征求意见稿）”）**，向社会公开征求意见。11 月初，上海市市场监督管理局下发了 2023 年修订版的《上海市网络直播营销活动合规指引》**（以下简称“《上海直播营销指引》”）**。今天，我们就通过对两份文件中重点内容的解读，来梳理直播电商的合规要点及未来监管趋势。

一、沪杭两地直播合规指引整体概览



本次《上海直播营销指引》是在 2022 年上海市市场监督管理局发布的《上海市网络直播营销活动合规指引》基础上进行的修订，整体基本沿用了 22 年版本指引的内容，修订幅

度不大，在条款数量上仍旧是五章、29 条，从主体合规、商品/服务合规、直播营销合规几方面提供合规指引。**与杭州《直播电商指引》征求意见稿相比，《上海直播营销指引》更强调对消费者权益的保护，杭州《直播电商指引》征求意见稿则涵盖了更多方面的内容、更强调从行业参与主体、行业从业者角度提供多方面的合规指引。**因此在整体内容上，杭州《直播电商指引》征求意见稿还专设一章“合规机制建设”，以求引导直播电商从业者建立事前、事中、事后全流程的合规机制。

此外，两文件中有不少内容来源于 2021 年国家互联网信息办公室、公安部等多部门联合下发的《网络直播营销管理办法（试行）》的相关规定，可以看作当地对《网络直播营销管理办法（试行）》的细化。例如在适用范围方面，《网络直播营销管理办法（试行）》第二条规定“在中华人民共和国境内，通过互联网站、应用程序、小程序等，以视频直播、音频直播、图文直播或多种直播相结合等形式开展营销的商业活动，适用本办法”。本条规定解释 了“网络直播营销”的定义。此次沪杭两地合规指引也基本引用了前述规定中的表述来定义网络直播营销活动。同时，两文件均将《网络直播营销管理办法（试行）》第二条中“开展营销”这一表述进一步解释为“推销商品或服务”，使得概念含义更加明确。

二、主体合规与直播账号合规

主体合规部分，沪杭两地指引均明确直播电商从业者不得要求平台内经营者（商家）签订“最低价协议”。此外，23 年修订版的《上海直播营销指引》较 22 年版本增加了三方面内容，分别为：

1、在消费者权益保护方面要求直播营销平台“建立有效的投诉、举报受理和处理机制”；

2、新增直播营销平台应建立和实施互联网广告业务的承接登记、审核、档案管理制度，对网络直播营销活动的信息进行保存；

3、新增直播营销平台应加强个人信息保护的要求。

值得一提的是，**杭州《直播电商指引》（征求意见稿）第八条对直播营销平台信息保留义务的要求较《上海直播营销指引》更加明确与细化，**包括：

（一）直播视频，保存时间自直播结束之日起不少于三年 ；

（二）商品和服务信息、交易信息，保存时间自交易完成之日起不少于三年 ；

（三）网络直播营销活动构成广告的，还应查验并登记广告主的真实身份、地址和有效联系方式等信息，建立广告档案并定期查验更新，记录、保存广告活动的有关电子数据，保存时间自广告发布行为终了之日起不少于三年 。

此外，杭州《直播电商指引》（征求意见稿）中的直播视频保留义务不仅仅针对直播营销平台，指引第五条也明确要求直播电商从业者直播视频保存时间应自直播结束之日起不少于三年。可见当地监管层面对直播营销平台、直播电商从业者的信息留存义务格外关注。

针对主播，杭州《直播电商指引》（征求意见稿）与《上海直播营销指引》均明确“自然人主播应年满十六周岁，十六周岁以上但不满十八周岁的自然人申请成为主播的，应经过监护人同意。”实际早在 2021 年《关于加强网络直播规范管理工作的指导意见》中，已明确了前述规定。杭州《直播电商指引》（征求意见稿）还进一步提示外籍自然人主播在中国境内开展网络直播营销活动的，应依法取得就可许可等相关许可。

除直播营销平台、平台内经营者（商家）、直播间运营者（直播电商从业者）、主播、主

播服务机构的主体合规要求外，**杭州《直播电商指引》（征求意见稿）还专设了一节内容，明确直播电商从业者的直播账号合规要求，其中第十一条列明了直播账号信息负面清单。**负面清单的内容参考了《互联网用户账号名称管理规定》第八条的内容，并在这一基础上有所扩充。

三、商品及服务合规

在商品及服务合规层面，两地指引均以负面清单形式明确了不得以网络直播形式推销的商品、服务。但两地指引在负面清单的细节规定上稍有差异。**杭州《直播电商指引》（征求意见稿）明确将海南离岛免税代购类商品或服务及涉及“双减”政策的教育培训服务列入负面清单，**《上海直播营销指引》则在指引第十一条、针对跨境营销单独进行规定，要求平台内经营者、直播间运营者、主播从事跨境零售进口商品直播营销时，经销商品应在财政部、国家发改委等部门公布的“跨境电子商务零售进口商品清单”范围内，同时应以方便消费者认知的方式履行告知义务，具体义务范围包括：

（一）相关商品符合原产地有关质量、安全、卫生、环保、标识等标准或技术规范要求，但可能与我国标准存在差异，消费者自行承担相关风险。

（二）直接购自境外的商品可能无中文标签，消费者可通过网站查看商品中文电子标签，以便准确选购。

（三）消费者购买的商品仅限个人自用，不得再次销售。

此外，23 年修订版的《上海直播营销指引》在负面清单中还增加了“有关部门明令暂停进口、销售的商品”一项。令人联想到日本排放核污水后，海关总署明令自 2023 年 8 月 24 日起全面暂停进口原产地为日本的水产品（含食用水生动物）。似有针对时事、调整指引内容之意。

四、直播营销合规

直播营销合规层面，两指引均从坚持正确导向、反不正当竞争、知识产权保护、不得虚假宣传、依法有奖销售、消费者保护等多个角度进行了规范。涵盖内容包括禁止恶意营销；应明码标价、价格合法；规范广告发布、禁止违法广告等内容。在消费者保护层面，两指引均强调了对未成年人及老年人作为特殊消费者的权益保护以及对消费者知情权和选择权的保护。

知识产权合规层面，《上海直播营销指引》强调从事网络直播营销活动不得侵犯他人知识产权，杭州《直播电商指引》（征求意见稿）则在此基础上进一步提出直播电商从业者应注意保护自有知识产权，并特别针对“数字人”直播作出知识产权保护指引，提出“直播电商从业者应及时通过著作权登记、商标注册等方式保护数字人主播的形象、名称、技术信息、合成素材等内容，并与服务商签署合同明确数字人主播相关知识产权及其他合法权益的归属，以真人形象为基础的数字人主播形象、声音还应事先取得相关自然人的充分授权。”结合今年亚运会时“数字人”点燃杭州亚运会主火炬的场景，可以感受到 杭州对新技术及数字经济的重视。另外，广东省知识产权局曾在 2021 年 10 月制定发布《直播电商知识产权保护工作指引》，为直播电商行业的知识产权保护、侵权防范及维权流程等提供了详细指导，其他各地的直播电商从业者在进行知识产权合规时亦可参考。

此外值得关注的是，杭州《直播电商指引》（征求意见稿）将数据合规作为“合规及风险防范要点”下的单独一节、针对数据合规提出了数条规定，尽管规定内容均来源于《个人信息保护法》，但依旧可以感受到，数据合规在直播电商行业合规体系中的重要性愈发凸显。

五、税务合规

伴随着“金税四期”的上线，税务合规在各行各业都是大势所趋，直播行业更不例外。此次沪杭两地直播电商合规指引中都含有税务合规的内容，但也均为原则性规定、并无相应细化。

其实，**直播行业的税务监管，在国家互联网信息办公室、国家税务总局、国家市场监督管理总局于 2022 年 3 月印发的《关于进一步规范网络直播营利行为 促进行业健康发展的意见》（以下简称“《意见》”）中体现的更为明显。**《意见》明确网络直播平台、网络直播服务机构应当依法履行个人所得税代扣代缴义务，并提出两个“不得”——网络直播平台、网络直播服务机构“不得通过成立网络直播发布者“公会”、借助第三方企业或者与网络直播发布者签订不履行个人所得税代扣代缴义务的免责协议等方式，转嫁或者逃避个人所得税代扣代缴义务”；“不得策划、帮助网络直播发布者实施逃避税。”**《意见》还提出，对网络直播发布者开办的企业和个人工作室，原则上采用查账征收方式计征所得税。**同时，意见明确各部门将深化协同共治、加强信息共享。网信、税务部门、市场监管部门建立完善部门信息共享机制，共享网络直播发布者认证登记等直播营利信息。**从以上规定内容看，各部门信息互通是大趋势，税务合规监管将愈发细化、深入。**网络直播者开展的企业及个人工作室、网络直播平台、网络直播服务机构也仍将继续成为税务监管协查的重点对象。

结语

其实，除上海、杭州两地外，深圳、沈阳、温州等多地也曾针对直播电商行业下发合规指引或其他地方性文件。直播电商行业面临的，一面是政策的大力扶持，一面是监管的愈发全面、严格。加之行业竞争进入深水区，合规经营已是直播电商行业得以稳健发展的必由之路。目前，杭州《直播电商指引》尚为征求意见稿，正式文件尚未发布。我们也将与各位读者一起，继续关注直播电商行业的监管动态。

（本文首发于 2023 年 11 月 21 日）

内控与反舞弊

直播带货暗流涌动，品牌方员工常见舞弊行为有哪些？

毛佳颖

序言

“直播+电商”，是将直播与电商相融合产生的新型销售模式，由 MCN 机构及主播在渠道平台以直播形式向消费者推广品牌方的商品，并达成营销目的。自 2016 年，由淘宝、京东、蘑菇街等传统电商平台开始探索直播带货新模式起，经历了由平台方携手 MCN 机构共同推动电商行业发展的成长期，抖音、快手、小红书等内容平台相继推出直播功能的快速发展期等，直播电商的覆盖面及渗透率持续提升，到 2020 年，直播电商的成交金额已突破万亿元。

在短短数年内，各大渠道平台及品牌方相继布局直播业务，提供带货服务的 MCN 机构及各类直播服务供应商如雨后春笋般涌现，明星、网络红人乃至企业主也纷纷加入直播带货行列。然而，在直播行业欣欣向荣、直播带货产业链迅速发展壮大的背后，直播带货行业在制度建设上仍处于有待完善的阶段，巨额的利润驱使下，大量的舞弊行为滋生于企业管理制度的空隙之间。

基于此，星瀚微法苑特推出**「直播领域反舞弊」**系列。本系列文章的前三篇将分别基于品牌方、MCN 机构及直播平台三个环节，立足于典型案例，从实务角度出发探讨常见的员工舞弊行为以及刑事规制的可行性；第四篇将从宏观层面介绍直播电商领域品牌方、MCN 机构和平台方共通的反舞弊制度建设机制，以及各方在制度设计和优化中的关键点。**本篇将首先介绍作为直播产业链前端的品牌方员工常见的舞弊行为模式。**

一、品牌方员工常见舞弊行为模式

品牌方处于直播业务产业链的上游，其基本业务模式为：品牌方企业内部作出以直播带货形式促销或展开推广的决定后，由品牌方内部负责电商运营的市场部门通过供应商招标或直接联络相关负责人等形式，接洽相关的 MCN 机构，向 MCN 机构提出直播需求，并提供需要直播推广的产品样本，由 MCN 机构进行选品和安全检测后为品牌方直播带货，以实现促进销售或向消费者推广产品的目的。

此外，部分品牌方会将其电商平台业务外包给专业电商代运营公司，由代运营公司再行联络对接 MCN 机构，对品牌方的产品进行直播推广。

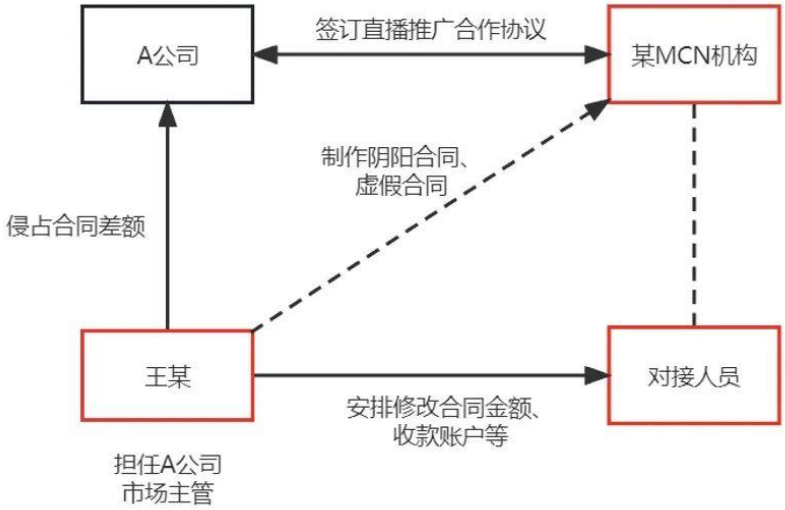
1、侵占类舞弊行为

1）与 MCN 机构恶意串通，侵占公司财产

在实务中，品牌方内部员工舞弊高发于有权对接外部供应商的市场部门，**其基本行为模式为与 MCN 机构恶意串通，通过虚增合同交易价格、虚设直播服务项目或关联交易等行为，侵占公司财产。**

例如，在(2021)沪 0107 刑初 1470 号案例中，行为人利用其负责公司市场推广的职务便利，在联系 MCN 机构签订直播推广协议的过程中，与 MCN 机构方人员恶意串通，虚增合

同交易价格，隐瞒实际价格，并从公司实际支付的合同金额和 MCN 机构约定价格的差额中抽取回扣：



基本案情：被告人王某于上海 A 有限公司担任市场主管期间，利用其负责市场推广的职务便利，在联系经纪公司签订直播推广合作协议的过程中，安排人员采用修改合同标的额和收款账户等方式，制作阴阳合同和虚假合同，侵吞 A 公司支付的差额款共计人民币 32.26 万元。

法院认为，被告人王某系公司工作人员，利用职务上的便利，将本单位钱款非法占为己有，数额较大，其行为已构成职务侵占罪。

评析：品牌方在电商平台上推广产品并接洽直播机构带货的工作一般由其市场部门负责，而不同品牌方赋予相关员工的权限不同，对于规模较大、制度较完善的品牌方，负责洽谈的员工就其所商议的报价，需要经过层层审批，且在签订直播推广合作协议前，往往具有完善的合同评估和审核流程，不会出现直播服务协议与市场价格偏差过大的情形；而对于中小型品牌方或初创型企业，有时会存在制度不完备、法务部门人员不足、员工权限过大等问题，例如**本案中员工王某作为市场主管，在与 MCN 机构对接的过程中，不仅有权直接同供应商进行洽谈和签订合同，甚至可以直接安排人员修改合同金额、收款账户等，反映出 A 公司合同审核制度尚存在优化空间。**

2）伪造 MCN 机构合同及印章，侵占公司财产

在部分合同审核制度及财务制度不甚完备的小型、初创型企业，甚至存在**员工利用负责公司运营的职务便利，伪造知名 MCN 机构的直播合作合同与公章，将直播合同款项占为己有**的情况。相关员工往往会**伪造其与知名 MCN 机构的商业洽谈记录、报价单、合同等，并以其联络到知名主播为公司产品带货为名，侵占公司备用金，或催促公司将直播合同款项转入其伪造的合同中所指定的账户**（如该舞弊员工的关联公司账户），侵占公司财产。

典型案例：（2020）浙 0108 刑初 61 号

基本案情：被告人王某某在杭州 A 某公司任职期间，利用负责公司运营的职务便利，通过伪造相关公司印章，虚构与知名 MCN 机构杭州 B 某电子商务有限公司、杭州 C 某科技有限公司的直播合作合同，并将 A 某公司给付的直播合同款项 39 万元据为己有，法院经审理查明认定其构成职务侵占罪。

2、受贿类舞弊行为

利用负责直播业务招标的职务便利，收受参与投标的直播机构贿赂。

在直播电商领域，品牌方相关员工作为采购端，具有向 MCN 机构招标、决定直播业务采购、监督直播过程、验收直播销售成果等权限；因此，部分品牌方市场部门员工可能利用其负责公司直播业务招标活动的职务便利，向参与投标的第三方代运营公司或 MCN 机构索取或收受好处费，或私下约定返点、回扣等，并为其在招投标活动中提供不正当竞争优势。

二、品牌方外包代运营公司员工舞弊行为模式

除了品牌方直接联系对接 MCN 机构外，部分品牌也会选择将其电商业务外包给第三方代运营公司，由代运营公司为其经营线上电商板块，包括提供线上营销推广、店铺运营及维护、消费者售前及售后服务等。实践中，此类代运营机构的员工可能会滥用其代理人身份，利用其负责与品牌方与 MCN 机构沟通、对接的职务便利，伪造直播需求、虚设直播费用，与外部广告商勾结虚构合同，从而侵占公司支付的直播费用。

典型案例：（2020）沪 0101 刑初 887 号

基本案情：Y 公司为代运营公司，为多家国内国际品牌运营淘宝、天猫等电商平台的旗舰店。被告人裘某某于 2019 年 12 月入职上海 Y 科技发展集团有限公司担任电子商务运营总监，负责 W 商贸有限公司天猫官方旗舰店的运营工作。

2020 年 1 月 17 日，被告人裘某某利用上述职务之便，通过伪造 W 公司品牌对接人陈某某的电子邮件，向公司申报虚假直播费，由公司转账支付给 R 广告(上海)有限公司人民币 37 万元。R 广告公司将资金经实际控制人黄某某的个人银行账户流转，于同日、1 月 20 日向裘某某浦发银行账户转账合计 329,300 元。

2020 年 3 月 12 日，被告人裘某某利用上述职务之便，再次伪造陈某某的电子邮件及相关直播协议，向公司申报虚假直播费，由公司转账支付给 R 广告公司人民币 96,922 元。同日，R 广告公司将资金经黄某某的个人银行账户流转，向裘某某浦发银行账户转账 87,230 元。

法院认为，被告人裘某某身为公司工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物占为己有，数额较大，已构成职务侵占罪。

评析：在本案中，Y 公司为品牌方 W 公司的电商平台代运营机构，裘某某作为 Y 公司的电子商务运营总监，具有较大的职务权限：对上游，其掌握与品牌方负责人陈某某对接的权限，具备虚构沟通邮件、伪造直播协议的舞弊空间；对下游，裘某某有权联络、选定 MCN 机构供应商，在接洽过程中，其可能与供应商恶意串通，签订虚假合同或拟定阴阳合同，再利用供应商的实控人或员工进行资金流转套现，从而实现侵占公司财产的目的。

三、刑事规制

1、职务侵占罪

行为人若以非法占有为目的，利用其职务便利，实施上述虚构交易价格、隐瞒实际价格，将公司财物占为己有的行为，且数额较大，则根据《刑法》第二百七十一条第一款的规定，行为人涉嫌构成职务侵占罪。

根据《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）》（以下简称“《立案追诉标准（二）》”）的规定，公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额在三万元以上的，应予立案追诉。

若行为人被认定为职务侵占罪，且MCN机构员工存在与其勾结并共同从中获利的行为，则 MCN 机构员工虽然不是该单位的工作人员，仍可能构成“与公司、企业或者其他单位的人员勾结，利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利，共同将该单位财物非法占为己有”，以职务侵占罪的共同犯罪追究刑事责任。

2、非国家工作人员受贿罪

行为人若利用其职务上的便利，实施上述索取他人财物或非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为，且数额较大，则根据《刑法》第一百六十三条的规定，行为人涉嫌构成非国家工作人员受贿罪。机构方人员作为行贿方，则可能涉嫌构成对非国家工作人员行贿罪。

根据《立案追诉标准（二）》的规定，公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，或者在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有，**数额在三万元以上的**，应予立案追诉。

以上为直播电商领域中，作为直播产业链前端的品牌方员工涉嫌舞弊的常见行为模式介绍。本系列文章的下一篇将为大家介绍直播产业中，作为内容输出和资源整合端的 MCN 机构员工涉嫌舞弊的常见行为模式，敬请关注。

（本文首发于 2023 年 8 月 28 日）

收取贿赂、虚假流量……浅析 MCN 机构员工常见舞弊行为

毛佳颖

一、背景介绍

直播电商是将直播与电商相融合产生的新销售渠道，由品牌方或网红主播在渠道平台以直播形式向消费者推广商品，并达成营销目的。其基本业务流程为：由品牌方直接向主播或通过 MCN 机构提出需求并提供货源，MCN 机构在与上游品牌方沟通需求并通过选品确认货源后，将货源分发给其孵化或已签约的主播，由主播在内容平台或电商平台对需求端的消费者进行内容输出，促成消费者对带货商品的消费。品牌方需要向主播支付基础的营销推广费（即“坑位费”），并根据在直播间带货的订单销售额，按双方约定的比例进行佣金抽成。

其中，MCN 机构处于产业链的中游，除了为企业匹配合适的主播并策划直播服务外，视其业务方向和业务规模，还可能承担受众群体开发、内容创作、创作者协作，并协助主播进行内容分发、传播和资源整合等工作。

一般而言，MCN 机构在直播电商领域的主要职能包括：

其一，作为直播经纪人，负责运营、维护直播间，处理直播推广的主要事务；并通过合同、培训、内部规章等手段，对主播的直播行为进行规范和管控。

其二，作为人才孵化器，扶植新兴团队或个人进入直播带货行业，挖掘有一定受众技术和直播潜力的主播，或培养并选拔出新人主播，提升其市场竞争力。

其三，作为内容策划者，为品牌方提供主播推荐、广告投流等整合营销方案。此外，部分 MCN 机构还提供包括广告策划、联名产品设计、综艺引流等营销策略在内的全方位产品推广服务。

同明星与经纪公司的关系类似，不同规模的 MCN 机构和不同粉丝体量主播之间也存在着相对商业地位的差异和博弈。由于直播行业的马太效应与规模效应，大量的粉丝群体及消费者集中于少量头部主播；而与此同时，各大电商平台都在扶植、发展一批具备平台特色的直播间。

因此，MCN 机构在培养和孵化主播的路线上，也分化出了不同的路径：一部分 MCN 机构手握此类明星、头部主播的经纪合同，其工作也以头部主播为重心，围绕其打造一系列的运营及 IP 建设，借助头部主播的强大影响力，吸引品牌方与其展开业务合作；另一部分则签约大量小主播或有潜力的新人主播，为其提供数据引导、市场分析、个人形象塑造等一系列量身打造业务，并为品牌方提供营销方案设计、主播推荐等，确保品牌方能够找到合适的平台和主播为其带货，从中收取佣金、广告费用等利润。

二、MCN 机构员工常见舞弊行为模式

1、受贿类舞弊行为：利用职务便利，收取品牌方员工贿赂，为他人谋取利益

行为模式：行为人作为 MCN 机构的招商人员，负责特定品类产品的招商计划制定、品牌方运营管理、品牌方入驻谈判和新商户拓展等工作。品牌方为获取更好的合作机会，如推荐优秀的主播、提高商品的曝光率等，**向行为人支付好处费，或许诺抽成、返点，**行为人在收受品牌方等的贿赂后，为其谋取不法利益。

由于头部主播具有直播流量大、成交额高、且能够以自身信誉为产品背书等特点，其招商竞争较为激烈，一些品牌方通过正常渠道无法进入头部主播直播间，通常会采取行贿 MCN 机构内部有可能影响选品的员工的手段。

例如，据媒体报道，某知名直播带货主播的招商团队员工在公司任职期间，利用其负责滋补品类招商的职务便利，收受合作方巨大利益，中饱私囊，给公司造成巨大经济损失与名誉损害；公安机关以其涉嫌非国家工作人员受贿罪正式立案侦查，并对其进行刑事拘留。

此类受贿舞弊行为在以新媒体广告投放和电商平台直播领域屡见不鲜，受贿者在进行商务谈判时，往往利用了双方谈判地位的不平等，利用其对直播合作的达成与否、直播推广的选品和排期等具有较大的决定权限来向交易相对方索取贿赂，而品牌方出于对头部主播巨大流量效益的追求，选择向其行贿，以获取不正当竞争优势。

2、职务侵占类舞弊行为：利用负责公司采购等职务便利，侵占公司财产

行为模式：行为人利用其担任MCN机构采购部门主管的职务便利，通过**虚构采购项目、内外勾结虚构合同价格并侵占差价、侵占公司的采购备用金及报销金等形式**，侵占公司财产。

例如，在杭州市一起刑事案件中，某知名 MCN 机构员工利用其负责公司设备采购、发放及出入库管理的职务便利，通过窃取公司库存设备、开具价格虚高发票、侵占合同差价及退款、冒用公司名义签订采购合同等行为，侵占公司财产 15 万余元，被判处有期徒刑 9 个月。[1]

3、诈骗类舞弊行为：使用欺诈手段，骗取合作品牌方的财物

(1) 为实现合同指标而虚假刷量，骗取品牌方直播费用

行为模式：类似于广告投放合作，MCN 机构与品牌方的直播合作协议，往往会基于直播的点击量、观看人数及实际销售额等数据进行结算，若直播推广未实现双方约定的效益，则品牌方可能根据合同，拒绝支付尾款，或要求主播和 MCN 机构退还预付款等。部分 MCN 机构员工为实现合同指标，通过**外部刷单公司进行刷单、刷流量等行为，制造虚假流量骗取品牌方支付的直播推广费用**。

实践中，此类通过虚假刷量完成合同指标实施诈骗的案件频发，并且在互联网上形成了大量的灰黑产业链。据报道，某电商平台有大量包括“直播观看”“直播服务”等关键词的商品，根据某网店客服介绍，花 50 元可以在某直播平台买 100 个在线观看人数，花 20 元可以在某直播间买 1 万个观看人数。

而部分黑灰产商开发的机器刷单软件，不仅可以为直播间提供自动发言、刷观看人数、刷购买量、刷冲榜热度等服务，还能够实现自动注册、自动养号，并模拟真人观众的操作，规避平台封禁。

例如，在某电商平台大促期间，品牌方与某 MCN 公司合作进行直播带货，直播间数据极好，产生了大量的销售额；然而，当合同约定期限结束、品牌方支付尾款后，该些订单确

[1] 参见：（2020）浙 0108 刑初 330 号

出现了大量退货的情况，退货比例甚至达到90%以上，经后续调查发现直播间的流量均是刷单带来的虚假数据。

上述直播代运营方为完成合同指标而虚假刷单、刷流量的行为，可能涉嫌构成《刑法》第二百二十四条规定的合同诈骗罪。

典型案例：(2019)京刑终20号

基本案情：2016年7月，被害单位A某科技有限公司（以下简称A某公司）与被告单位深圳B某网络科技有限公司（以下简称B某公司）签订《信息服务合同》，约定由B某公司为 A 某公司推广三款软件，并以用户下载量或用户激活量为基础进行结算。在履行上述合同的过程中，B某公司商务部主管被告人廖某1及该公司媒介部员工被告人廖某2伙同重庆C某科技有限公司（以下简称C某公司）商务部员工被告人杨某，利用C某公司手机群控软件模拟真实用户对相关软件的下载、安装、打开、使用等行为，虚增软件用户数量，骗取被害公司自2016年11月至2017年2月的推广费用共计人民币1247万余元。

法院认为，被告人廖某1、廖某2、杨某均明知被害单位推广相关软件需要真实用户，仍通过手机群控软件虚拟用户冒充真实用户，骗取被害单位款项，主观上均具有非法占有被害单位财物的犯罪故意。被告单位 B 某公司在与被害单位签订合同后，没有按照合同约定履行推广义务，反而通过 C 某公司制造虚增假量的方式骗取被害单位推广费用，**由于虚增的假量根本无法实现合同目的，客观上致使被害单位直接遭受经济损失。**被告单位及被告人在履行合同的过程中，虚构事实、隐瞒真相，骗取被害单位公司财物，其行为均已构成合同诈骗罪。

(2) 冒充特殊身份或夸大自身能力，承诺“保量带货”“明星主播带货”等，骗取品牌方财物

行为模式：部分MCN机构或直播行业从业人员，利用明星主播的影响力，**冒称有能力联系到明星主播进行带货；或是利用“保量带货”等名义，吸引品牌方与其签订合作合同，**并骗取高额的保证金。

例如，杭州市滨江区的吉某通过成立某直播运营公司，对外谎称拥有大量签约主播，并向品牌方承诺“保量带货”，称投产比可以达到5倍，如交5万元保证金，三个月内达到25万元销量，以高额回报率骗取品牌方与其签订直播合同。经查，吉某所称的签约主播均为虚构，对外呈现的直播数据也均为虚假数据，其实际用于投入直播的运营成本极低，无法实现承诺的带货效果，签约的200余名品牌方中，无一客户实现合同约定的销售额。

杭州市滨江区人民法院一审判决吉某因犯合同诈骗罪、虚开发票罪、虚开增值税专用发票罪，数罪并罚，被判处执行有期徒刑十五年，并处罚金185000元。

典型案例：(2022)渝0238刑初57号

基本案情：2020年8月至同年11月5日，被告人王某担任某知名抖音直播带货团队主播W某的助理，负责日常视频策划、商务对接、直播带货策划等工作。王某认识欲请W某直播带货的被害人张某 2、周某、杜某后，私下分别联系三被害人，谎称自己可以找主播、明星直播为三人带货，夸大自身能力，获取被害人信任后，**虚构事实，以找主播、明星直播**

带货、打造网红 IP、刷白名单等为由，并以签订合同、口头约定等手段骗取三被害人的钱财共计 97.5 万元。

评析：该类舞弊行为常见于 MCN 机构内部人员，利用其能够接触到主播并具有特定工作权限的便利，私下联系品牌方员工，并谎称其有权联系明星主播等进行带货，通过夸大自身能力、虚构事实的手段，骗取品牌方的财产。此外，外部人士亦有可能实施此等诈骗行为，通过虚构合同、印章、营业资质等，冒充 MCN 机构员工与品牌方进行合作接洽，以虚假身份与品牌方签订直播业务合作合同，或骗取高额“介绍费”等。因此，品牌方在与直播机构进行商务对接时，可以**严格审查合同对接方的身份是否真实，资质是否有效、完整，**以防止利益被侵害的风险。

（3）冒充知名主播，骗取 MCN 机构签约金

除品牌方外，MCN 机构也有可能成为诈骗行为的受害者，部分不法分子可能伪造简历、虚构顶流主播身份，或冒用知名主播名义，骗取 MCN 机构以较高的待遇与其签约。例如，在杭州滨江区一起合同诈骗案中，犯罪嫌疑人方某在应聘某 MCN 机构时，在本人并无直播经验的情况下，自称曾是某知名平台顶流主播，并伪造个人用于先前平台的银行账户流水，欺骗 MCN 机构与其签订艺人独家经纪合同，并以购买所需设备为由骗取 MCN 机构的签约金共十万余元。

以上为直播电商领域中作为直播产业链中游的 MCN 机构员工常见舞弊行为模式的介绍。可以看出，无论是 MCN 机构本身，还是与其合作的品牌方，都有可能因该些舞弊行为而面临财产损害的风险，值得引起企业的重视。

本系列的下一篇文章将为大家介绍直播产业中，作为直播平台方员工的常见舞弊行为及法律规制。

（本文首发于 2023 年 9 月 4 日）

平台方在直播业务中地位强势，如何识别舞弊行为？

毛佳颖

一、背景介绍

在直播电商领域中，直播平台扮演着举足轻重的角色。一方面，它们承担着整合功能，具有包括为品牌方与主播提供内容平台和流量池，管理入驻品牌方并提供良好的电商销售和直播环境等职责；另一方面，它们又具有展示功能，直接面向消费者，通过数据分析为直播间赋予排名、推荐权重，并以此为基础向用户推广相关直播和商品。品牌方和 MCN 机构需要依托平台的流量和技术服务进行直播并吸引消费者，平台方则从中收取广告费和佣金。

直播带货的主要平台媒介分为内容平台和电商平台：

内容平台如抖音、快手、小红书等，此类平台的主要业务并非网络购物，而是通过短视频、图文社区等形式，将用户群体扩展到一定规模后，才开始经营直播电商业务；其优势在于能够通过用户的兴趣关键字进行精准投放，满足消费者兴趣发现、购物体验升级以及性价比购物的需求。

电商平台如淘宝、京东、拼多多等，其优势在于客观、专业的信息，丰富的商品品类，以及完善的物流和售后体系。用户通常带着明确目的和需求进入直播间，由平台方负责按需为直播间进行推流，进行需求和商品的匹配；相对而言，电商平台的用户更加注重商品的价格、质保及售后等因素。

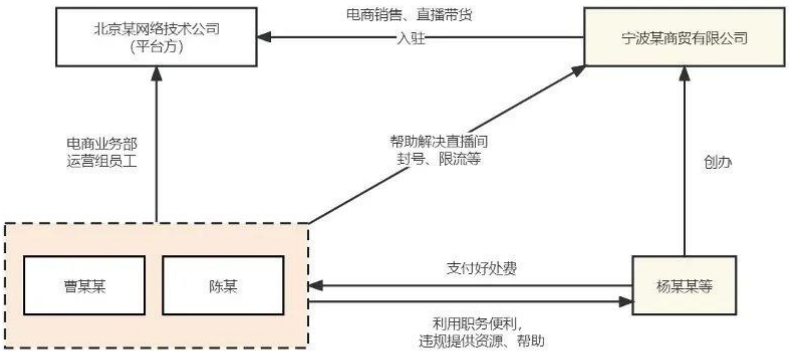
由于平台方在直播电商业务流程中的相对强势地位，如直播部门相关负责人可能掌握对直播间权重、流量、等级排名等的设置权限，以及对直播内容的审核权以及直播间的封禁、解封权等，也为部分不法分子提供了寻租的空间，以下将对直播电商领域中平台方常见的员工舞弊行为模式及典型案例进行阐述。

二、平台方员工常见舞弊行为模式

1、职务类

1）利用负责电商平台品牌方入驻和管理工作的便利，收取品牌方的好处费，为其谋取不正当利益

典型案例：(2021)京 0108 刑初 1666 号



基本案情：2019 年 6 月，被告人曹某某入职北京某网络技术有限公司电商业务部服务商运营组，隶属北京某科技有限公司，负责某小店品牌方的入驻和管理工作。2018 年 5 月，被告人陈某入职某网络技术公司电商业务部服务商运营组任组长，隶属某科技公司，负责某小店品牌方的入驻和管理工作。

2019 年 11 月至 2022 年 10 月期间，**二人多次向被告人杨某某收取好处费，并为其牟取不正当利益，或通过杨某某向其他品牌方索取好处费，并为上述人员在某平台的商业运营活动违规提供帮助（如帮助解决直播间账号封号、限流等问题，并为其提供带货达人资源、协助其加入精选联盟等）。**

法院认为，被告人曹某某、陈某身为非国有公司工作人员，利用职务便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大，其行为均已构成非国家工作人员受贿罪；被告人杨某某为谋取不正当利益，给予非国有公司工作人员财物，数额较大，其行为已构成对非国家工作人员行贿罪。

评析：由于平台方在直播产业链中处于较强势的地位，品牌方和主播都依赖于其庞大的用户流量和推荐机制，以提升销售额和销售转化率，平台的排行榜、广告位和推荐权重存在激烈的竞争，而平台的带货达人、精选联盟等可分配的空间有限，且评级制度相对不透明，也由此滋生了寻租空间；由于相关电商业务负责人往往具有较大的职务权限，不仅能够修改账户权重、排行，为直播间增加流量，还能够违规为直播间卖家修改或删除差评、解除封号等，故品牌方或主播为谋取竞争优势，可能向平台方相关员工支付“入门费”或“好处费”等，以换取不正当的利益。

2）利用担任直播商务主管，与合作单位洽谈业务、管理平台主播排位变更等职务便利，收受合作方贿赂

典型案例：(2018)京 0108 刑初 1174 号

基本案情：被告人胡某某于 2016 年 6 月至 2017 年 9 月，在担任某信息技术（北京）有限公司运营经理、某个人直播商务主管期间，利用与合作单位洽谈业务、管理平台主播排位变更等职务便利，收受北京某文化传播有限公司、上海某文化传媒有限公司共计人民币 367,002.22 元。证人证言证实，被告人作为负责签约合作机构的运营人员，会在**引入机构的时候收取“入门费”，在合作机构进入某平台后，从某平台每月分给机构的利润分成中固定抽取一定比例的好处费；此外，还通过为主播“打点关系”为公司提供更多的直播资源，并要求支付好处费或抽成。**

法院认为，被告人胡某某身为公司工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大，其行为已构成非国家工作人员受贿罪。

3) 利用担任平台直播运营总监的职务便利，向平台主播索要好处费

典型案例：(2019)粤 0106 刑初 1964 号

基本案情：2015 年至 2016 年期间，被告人周某某利用担任广州某某计算机科技有限公司直播运营总监，全面管理直播平台工作的职务便利，伙同某某公司员工被告人杨某、何某

以封停充值链接、取消代理资格为要挟，或是以直接打压公会经营的方式，向下属充值代理或公会负责人、平台主播等多人索要好处费。

法院认为，三被告人作为某某直播平台运营人员，利用职务上的便利，共同或单独索取他人财物，数额巨大，其行为均已经构成非国家工作人员受贿罪。

2、诈骗类

除了广为人知的各大主流直播平台外，市场上还存在着大量非正规的小型直播平台，表面上经营正常直播业务，实际上系以直播为名实施诈骗。

例如，部分打着“直播平台”旗号的犯罪团伙，在互联网上违规搭建直播平台，通过交友软件有目标性的拉人并引流到其运营的直播间，获取被害人信任后，通过设置任务引导被害人参与主播 PK、后台控制 PK 结果等方式，诱使被害人在平台充值打赏主播，骗取被害人财物。

直播电商的消费者和从业者应当谨慎甄别此类以直播平台名义实施诈骗行为的不法分子，选取正规的直播平台进行消费，避免遭受财产损失。

三、刑事规制

1、非国家工作人员受贿罪

行为人若利用其负责平台直播业务并有相关管理权限的职务便利，实施上述索取他人财物或非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为，且数额较大，则根据《中华人民共和国刑法》第一百六十三条的规定，行为人涉嫌构成非国家工作人员受贿罪。

根据《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）》的规定，公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，或者在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有，**数额在三万元以上的**，应予立案追诉。

2、诈骗罪

《中华人民共和国刑法》第二百六十六条：“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；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；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。本法另有规定的，依照规定。”

以上为直播电商领域中，平台方员工常见舞弊行为模式的介绍。可以看出，在平台方员工舞弊的情形中，以职务类舞弊行为较为常见，此类行为一般高发于品牌方与拥有商家入驻、直播排期等管理权限的平台方员工之间。

至此，本系列文章已经对品牌方、MCN 机构、直播平台三类在直播产业链中扮演不同角色的企业员工常见舞弊行为进行了分析；在本系列的最后一篇文章中，将针对上述舞弊行为所反映出的制度问题，就企业反舞弊制度设计与优化提出相应的建议，敬请关注。

（本文首发于 2023 年 9 月 11 日）

平台方在直播业务中地位强势，如何识别舞弊行为？

毛佳颖

序言

“直播+电商”，也即直播带货这一新型电商销售模式，自 2016 年至今也已逐步从萌芽尝试阶段走向百花齐放的成熟阶段。各大商家、平台以及广大的消费者，通过电商平台利用互联网科技，搭建的商家和消费者的桥梁，享受了极大的便利。然而，行业运营模式虽经数年打磨已逐渐成熟，但行业制度的成熟与规范并非瓜熟蒂落，通过对实务中舞弊现象的分析可以看出，目前直播电商行业仍然存在不少的制度缺口，存在较大的舞弊空间。

根据新闻报道及相关裁判文书的调研发现，无论是上游的品牌方、还是中游的平台方和 MCN 机构，都存在各式各样的舞弊现象，或侵占公司财产、或收受贿赂，极大影响了公司的声誉，也给公司造成了巨大的经济损失。因此，如若能够有效地设计和优化制度，一方面能够在源头上减少舞弊情况的出现，另一方面能够在舞弊发生后的处理中更加游刃有余。**本文将从宏观层面，介绍直播电商领域品牌方、MCN 机构和平台方共通的反舞弊制度建设机制，并兼顾各方在制度设计和优化的关键点，以初步呈现出直播电商领域反舞弊制度建设的“点”与“面”。**

一、员工人事管理反舞弊机制构建

通常而言，舞弊行为人多为公司内部员工，所谓家贼难防，如若公司内部员工与外部人员进行勾结，利用其职务便利以及对公司内部制度的熟悉，进行损害公司利益的舞弊行为，其隐蔽性和调查难度将攀升。因此，有效的员工人事管理反舞弊制度的设计与优化，则为重中之重。

员工手册及规章制度

完善和优化员工手册内容，并补充反舞弊相关的协议。由于直播电商领域电子设备使用的频率较高，很多业务洽谈、数据分析、项目实施都依托于手机、电脑、移动硬盘等设备的使用，因此应进一步规范该些电子设备的使用规范，如统一提供并要求员工在工作时使用公司提供的工作手机、工作电脑等，提前约定电子设备的权属和使用权限等反舞弊相关内容。如若后续发生舞弊问题，则可以据此展开具体的反舞弊调查工作。

反舞弊专项制度与政策

除基础的员工手册和部门规范等制度外，公司可以与员工签订反舞弊相关的专项协议，如反商业贿赂协议、保密协议、竞业限制协议等，预先与员工约法三章，告知其若实施舞弊行为，则可能需要承受的不利后果，以及针对其舞弊行为，公司享有的相关调查的权限。同时，该类协议的约定，也为后续公司通过司法路径解决问题，提供相应的依据。

针对性警示教育与培训

有效的反舞弊警示教育与培训，能够及时劝阻潜在的舞弊人员，放弃其舞弊的念头及计划，悬崖勒马，从而减少舞弊现象的发生。通过在直播电商领域中不同岗位工作权限及内容的设定，有针对性的、不同频次的定期开展反舞弊警示教育与培训，起到防范于未然的作用。

例如，就品牌方和 MCN 机构方，商务拓展人员（Business Development）是舞弊的高发岗位。因此，相较于其他岗位的人员，针对商务拓展人员的反舞弊警示教育与培训需更加全面与频繁。

二、交易对手管理反舞弊机制构建

在众多直播电商领域的舞弊案件中，无论是品牌方、还是 MCN 机构和平台方，舞弊人员通常会通过引入其实际控制的关联公司作为所在公司的交易对手，并虚设该关联公司为中间交易环节，而后通过低价与所在公司洽谈业务后高价转包给终端实际交易对手，或低价与终端实际交易对手洽谈业务后高价销售往其所在公司，以从中赚取差价，侵占公司财产。因此，对交易对手的选定和管理，是反舞弊机制设计的一大要点。

反舞弊/反商业贿赂协议

明确与交易对手签订反舞弊或反商业贿赂协议，具体内容可以依据同交易对手的合作情况，进行相关约定。例如，明确约定如若违反舞弊/反商业贿赂协议，则立即与之终止合作，并要求违约方承担协议约定的违约责任，如支付违约金等，并可以约定在后续的业务合作中将不再考虑该公司等的惩戒制度。

一方面，该反商业贿赂协议可以向交易对手表明公司的立场，减少交易对手员工以向公司行贿为由的舞弊行为，而对公司造成的不利影响。另一方面，该反商业贿赂协议，也可用作后续惩治舞弊行为的协议依据之一。

反舞弊信息披露制度

除签订反舞弊或反商业贿赂协议外，还可以进一步约定关联关系、利益冲突等反舞弊信息的披露条款与重大陈述不实的违约责任，即要求交易对手进一步披露其是否与公司内部员工存在一定的关联关系，与公司是否存在何种程度的利益冲突等，并要求其对其所做的承诺承担相应的责任。

该披露制度便于公司掌握员工与交易对手之间的关联关系，用以判断是否可能存在舞弊现象的可能，同时也能够在发生舞弊时，用作追究该交易对手责任的基础之一。

关联关系调查制度

在对外要求交易对手进行反舞弊信息披露的基础上，对内可以进一步对重点的交易对手展开关联关系调查，以有效识别未披露或异常关联交易。通常而言，关联关系是舞弊行为进行的纽带，快速锁定员工与交易对手及其项目主要负责人之间的关联关系，可以在一定程度上排查公司潜在舞弊“危险信号”，以确保公司能够准确掌握交易对手的真实情况。

结合对实务案例的梳理，较为常见的关联关系人，受限于社交圈的关联度和信任度，**主要可分为四个类型：亲属类关联关系人、同学类关联关系人、同事类关联关系人、以及同乡类关联关系人。**针对不同的关联关系人，公司则需要通过不同的调查方式进行确认和锁定。

三、业务流程管理反舞弊机制构建

业务洽淡的背景调查

业务合作的起始点为保证达到公平、公正、公开的结果，通常会采取招投标或类似招投标的方式进行。例如，在直播电商领域，品牌方对 MCN 机构的选取过程，或是头部的 MCN 机构对品牌方提供的待售产品的选品过程，均为类似招投标模式的评选活动，即通过评审员对参与者提交的服务方案或产品样品进行评审后，决定最终合作选取的对象。

但可能存在部分评审员直接与参与者存在关联关系，或者收受舞弊人员的贿赂而为部分参与投标者谋取不正当的利益，因此，针对参与投标者的背景调查则较为必要。

具体而言，**公司可以通过对参与投标者自身的资质、提供的服务方案条件、行业的口碑及经验等进行调查，**以判断评审结果是否合理。例如，在同等条件下，大部分参与的 MCN 机构，都提供各种不同方式的 5%返点的情况下，最终选择了一家无返点，甚至账期付款条件极为苛刻的 MCN 机构进行合作，那么除非有更合适的理由，否则该家 MCN 机构极有可能存在异常的情况。

异常业务数据的分析

除合作前期对交易对手业务背景的调查外，在后续业务合作过程中，对业务数据也应及时进行分析，以判断是否存在异常情况。例如，在以流量为付款条件的直播服务过程中，直播的流量数据极高，但实际成交的数量却极少，则极有可能存在 MCN 机构工作人员虚假刷流量的情况。无论是 MCN 机构内部自查防止员工舞弊影响品牌声誉，还是品牌方防止直播费用被骗取，亦或是平台方对平台运营环境的维护，都需要在日常业务的进行中，制定异常业务数据的分析制度，以发现舞弊现象并及时进行处理与挽损。

四、财务流程管理反舞弊机制构建

财务是舞弊人员实施侵占公司财产的必经之路。如若为侵占公司财产类的舞弊行为，多数情况下需要在财务流程上进行一定程度的造假和掩饰，以骗取公司的钱款。根据调研显示，部分员工因负责直播运营的职务便利，通过伪造报销支出等方式，虚报直播实际支出费用，并通过报销程序将钱款套出。甚至有员工直接通过虚报合同的金额，而要求公司对超出合同约定的金额向交易对手付款，以获取相应的回扣。

因此，**一方面公司需要将财务和业务的系统进行对接和互通，**避免因无法同步互通而给舞弊人员仅通过信息差即可套取钱款的舞弊空间；另一方面，**公司可以强化业务过程中财务支付和报销流程的审核，重点审核合同和财务凭证的真实性、有效性、合规性，要求对异常的报销事项作出必要说明并提供相应的凭证，**以增加舞弊人员的舞弊成本。

若经内部审核，发现存在侵占公司财产数额较大的情形，可及时根据相关制度对舞弊人员采用内部处理措施，进行民事追偿救济或采取刑事手段追究其刑事责任。

五、举报线索管理反舞弊机制构建

举报往往是舞弊现象发现的一个重要线索，因此构建畅通的对内、对外的举报通道，可以有效地增加发现舞弊线索的可能性。例如，开通专门的举报热线、举报邮箱等渠道，对内部员工、外部交易对手及其他第三方（如部分外部人员存在冒充公司员工进行诈骗的行为，其他第三方公司往往会误以为是被冒充公司所欺骗，而向被冒充公司进行举报或投诉被冒充公司）进行提供和公开，以接受可能的举报线索、发现潜在的舞弊行为，或预防因舞弊现象的扩大而造成更严重的不利后果。

结语

通过直播电商领域反舞弊制度的设计与优化，即员工人事管理制度、交易对手管理制度，以及业务与财务流程的管理制度的构建，能够增加舞弊人员的舞弊成本，一定程度上预防和减少舞弊现象的发生。结合举报线索管理制度的构建，能够进一步提高公司监察部门、合规部门对该类舞弊现象发现的敏感度。同时，基于前述的制度构建，在业务合作与开展的过程中处处留痕，为后续的可能涉及的仲裁申请、民事救济，甚至是刑事控告，预先做好充足的证据材料准备，以更好地应对与处理该些舞弊问题。

（本文首发于 2023 年 9 月 19 日）

文娱体育

打造爆款，等来的是流量还是传票？细数公众号内容侵权风险点

胡至浩、刘玥习

“葛优躺”曾是 2016 年的网络热词，是当时许多新媒体文章中的常见配图。但随着葛优老师开展了其肖像权维权行动，“葛优躺”逐渐成为了各公众号或图文创作者不敢碰的“伤疤”。近期，昆明航空因 7 年前的文章配图而向葛优发布致歉声明，“葛优躺”也再度冲上热搜。据查询，截至 2023 年 3 月 22 日，以葛优为关键词检索到的相关裁判文书共 600 份，涉及 544 起案件，赔偿金额高达 759.4392 万元。

“葛优躺”事件侧面反映出平台审查力度的加大以及公众维权意识的增强，而这也让公众号的运营和创作愈发需要关注合规问题。为此，我们总结了在公众号内容创作中，创作者未获授权而使用第三方素材的不同情形以及各不同情形对应的侵权风险，欢迎“对号入座”。

一、拿来主义不可取

1. 搜索引擎上找到的内容直接拿来用行不行？

不行。

大部分创作者往往在百度等搜索引擎中找到了合适的内容后就直接复制、粘贴到文章内使用。但是，即便这些内容能够在公共平台上直接搜索到，却并不意味着已经进入公共领域，更不意味着创作者可以直接将其作为自己创作的素材。**创作者仍然需要尊重其中的合法权利，对内容的可使用范围进行查明，若需授权方可使用的，在使用之前应当获得权利人的授权。**

以图片内容为例，在搜索引擎的结果页面中一般并不会标记图片的权属来源、可以使用的范围，属于权属不确定状态，如果直接使用这部分图片，被认定为侵权的可能性极高。同时，**即使是在一些专业的图片网站内，可能也只标明了基础版权信息，在使用时还需要格外注意该图片是否可以商用、是否有限定使用范围等。**在授权范围内正确使用素材，才可以避免侵权风险的发生。

2. 表情包、影视剧截图直接拿来用行不行？

不行。

最常见的表情包，往往是由美术形象/摄影照片+文字组成的。其中，可能包含的权利元素有美术形象的美术作品、摄影照片的摄影作品、文字的文字作品、艺术字体的美术作品等。如下图：

虽然我们可以在与朋友聊天时自由使用表情包，但当将表情包放在公众号文章中使用时，

因为**面向的是不特定公众，使用行为的性质就发生了变化。公众可以在其选定的时间和地点获得该表情包，可能构成对于作品著作权中信息网络传播权的侵害。**

此外，还有一类特殊的表情包——影视剧截图。影视剧截图是影视作品动态画面中截取出的一帧静态画面，从本质上来说是影视作品的组成部分，因此影视作品的著作权人有权对此主张权利。

那么，如果已经获得了影视公司的许可，应该就可以放心使用影视剧截图了吧？

答案依旧是不行。

一般而言，被拿来作为表情包的影视剧截图都会包含人物形象等元素，是双重权利的复合体，既包含了著作权内容，也包含了演员自身的肖像权内容：当图像（包括影视剧截图、海报、照片等）中自然人的形象（不限于正脸、侧面或是背影）具有可识别性时，该自然人就对其享有肖像权利。**因此即使获得了影视公司的许可，在使用之前仍然需要获得肖像权人的许可，不能以照片属于剧照而否定表演者享有的肖像权。**[1]

当一幅图片包含了多项权利内容时，对该幅图片的使用需要取得多重许可。这应该引起内容创作者们的重视，以免自己在不经意间侵犯了第三方的合法权益。

3. 聊天记录、社交媒体截图直接拿来用行不行？

不行。

聊天记录、社交媒体截图包含的元素更多——这意味着可能涉及的权利内容更多、权利归属也更为复杂，更容易侵权。

在很多公众号文章中，创作者会使用聊天记录、社交媒体（如微信朋友圈、微博、小红书等）的截图作为配图，这些图片与表情包、影视剧截图相同，都需要注意避免前述著作权/肖像权侵权。同时，聊天记录、社交媒体截图是以图片为载体的多种元素的集合，可能侵害到他人权利的情形更多。如下图：

[1] 冯小刚与中移在线服务有限公司肖像权纠纷一审民事判决书，案号：(2022)京 0491 民初 13504 号

可以看到，在这张示范的社交媒体截图中，同时涉及了多项元素，包括博主 ID、头像中的美术形象、发布图片中的摄像照片与艺术字，还有发布的文字。其中涉及的权利内容有名称、美术作品、摄影作品、肖像、文字作品等等。**虽然博文是该博主发布的，但上述这些权利内容的权属人很可能分别属于不同人，如摄像照片的拍摄者、美术形象的绘制者等，而需要取得各权利人的许可。**

除此之外，由于元素的丰富，此类截图中还可能涉及各类人格权利。

例如在聊天记录截图中，由于聊天的私密性，公开的聊天记录可能侵犯他人的隐私权利。

又例如在社交媒体截图中，可能涉及对其他主体的吐槽、评价，如果措辞用语倾向性明显，不符合合理评价的一般标准，具有明显的主观故意，同时降低了相关个人/公司的社会评价，对个人生活或者公司商誉产生了负面影响，这种行为也可能构成名誉权的侵权。[2]

既然直接使用网络素材有如此高的风险，那么将网络素材标明出处或者通过修改、调整等方式进行“转化使用”，是否就可以有效避免侵权风险呢？在下文中，我们将结合不同的“转化使用”方式，为各位读者分析不同情形下的侵权风险，以供各位读者参考。

二、转化使用亦当心

1. 转载时标明了出处行不行？

不行。

没有获得作者的授权擅自转载他人已发表的文字、图片内容，即使标明了出处，仍然构成侵权。

转载时标明出处仅是避免了对作者署名权的侵害。但转载行为使公众可以在其选定的时间和地点获得该篇文章，仍然会构成对于信息网络传播权的侵害。相反，如果获得了转载授权，却在转载时未标明出处，相当于将他人的作品作为自己的作品来传播，构成对于作者署名权的侵害。

2. 转载时作出了免责声明行不行？

不行。

我们经常可以在公众号文章末尾看到“文章转载分享，不做商业用途，如有侵权，请联系删除”“图片来源于网络”此类免责声明，其行为逻辑为：创作者在明知存在侵权风险的情况下，试图通过免责声明来先转载、后付费，从而免于承担侵权责任。

先转载、后付费是纸媒时代的惯例。然而，对互联网创作者而言，国家版权局在 2015 年发布的《关于规范网络转载版权秩序的通知》就已明确规定，互联网媒体转载他人已发表作品不适用报刊转载法定许可[3]，必须经过著作权人许可并支付报酬，并应当指明作者姓名、作品名称及作品来源[4]。因此，**即使作出了免责声明的转载，也构成侵权责任，除非经过著**

---

[2] 易宏志与上海廉泉企业管理咨询有限公司名誉权纠纷民事二审民事判决书，案号：(2021)沪 01 民终 2300 号。

[3] 《国家版权局办公厅关于规范网络转载版权秩序的通知》第二条第二款：“报刊单位与互联网媒体、互联网媒体之间相互转载已经发表的作品，不适用前款规定，应当经过著作权人许可并支付报酬。”

[4] 《国家版权局办公厅关于规范网络转载版权秩序的通知》第一条第一款：“互联网媒体转载他人作品，应

作权人许可（并支付报酬）。

3. 自己重新制作、修改加工后再发布行不行？

视修改加工的情况。

当创作者准备就热点问题创作公众号文章时，经常会发现许多类似主题的文章可供参考借鉴，但在参考借鉴中需要注意方式和尺度。

这个问题的关键在于内容表达是否近似。

如果只是因受到了他人文章的启发，以自己的巧思创作了一篇全新的内容，这种行为一般不会构成侵权。但是，如果仅是在他人内容的基础上调整文字语句顺序、替换部分词语，关键性表达部分高度一致，这种行为实际上就是俗称的“洗稿”，本质上属于未经著作权人同意，使用他人作品的侵权行为。[5]

同样的，当重新制作、修改加工的对象是图片时，如果与他人图片相似度过高，也仍然可能被认为是以重新拍摄制作方式实质性地再现他人作品，构成侵权。因为对于摄影作品而言，其受保护的对象就是作者的独创性表达，即作者对拍摄要素及其造型、人物姿势与表情、场景布置等拍摄对象的安排以及包括距离、方位与角度在内的拍摄构图，光影与明暗等拍摄方式的选择。[6]

4. 转换内容形式（文字、音频、视频等）使用行不行？

不行。

以前段时间特别火的读诗推送为例，创作者会在公众号文章中插入一段诗歌朗读的音频（或者视频等其他形式），在未获诗歌版权人许可的情况下，如此使用万万不可行。

的确，这样的使用方式从一定程度上降低了被维权的可能性（因为音频或视频的检索难度比文字高很多）；但是，**只要是未经著作权人许可使用，无论如何改变该作品的表现形式，都无法改变侵权的性质。**

同时需要提示的是，如果使用的音频或视频也并非由自己录制的，而是直接使用他人制作的录音录像制品，也会构成对于录音录像制作者以及表演者的权利的侵害。这仍然是多重权利、多重许可原则的体现。

5. 设置链接、二维码放入他人内容行不行？

不行。

除了直接在文章中放入图文、音视频内容外，一些公众号文章可能会插入链接（或者二维码等），通过链接即可跳转到第三方网站，获取他人内容。

有人可能认为网站是由第三方运营，即使存在侵权也不应该由其承担侵权责任。但从司法实践来看，即使该网站由第三方运营，但文章发布者（设置链接者）在应当知道被链接网

当遵守著作权法律法规的相关规定，必须经过著作权人许可并支付报酬，并应当指明作者姓名、作品名称及作品来源。法律、法规另有规定的除外。”

[5] 郑忠华与北京字节跳动科技有限公司、彭燕侵害著作权纠纷一审民事判决书，案号：(2020)京 0491 民初 9373 号。

[6] 广州开古互联网科技有限公司、广州陶陶居有限公司等不正当竞争纠纷二审民事判决书，案号：(2021)粤 73 民终 1579 号。

站提供涉案作品存在较大侵权可能性的情况下，未对授权情况进行核实即向用户提供了被链接网站，对用户进行主动地推荐，并采取发布免费搜索观看的模式吸引用户点击，在主观上存在侵权的故意；在客观上帮助了侵权内容的传播，具有一定的过错，应当承担相应的侵权责任[7]。

拿来主义不可取，转化使用亦当心。通过前文的梳理不难发现，对公众号内容创作者而言，其在创作过程中需要注意的侵权风险是多方面、多角度的。这需要创作者建立起基本的侵权防范意识。毕竟，如果侵犯了他人合法权益，面临的不仅是内容的下架、平台的处罚，还需要支付金钱赔偿，并可能遭遇舆论风险及用户的抵制。

因此，在创作过程中，创作者应当严守法律的底线，尽量做到内容合规。**在秉持着多重权利、多重许可的原则下，审慎对待他人内容，注意各项内容的权利归属和来源，也可以通过合法许可、授权联动等多种方式，与其他权利人共同创作新的巧思、碰撞出不一样的火花。**

（本文首发于 2023 年 4 月 12 日）

[7] 北京律政信息技术有限公司、湖北合码信息科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷民事一审民事判决书，案号：(2022)鄂 11 民初 99 号。

浅析韩国官方电竞标准合同对我国电竞行业的经验启示

崔贤姬

2023 年是中国电竞行业具有里程碑意义的时间点，因为电竞成为了杭州亚运会的正式项目，电竞入亚为整个行业带来新的市场风口。但与此同时，电竞圈近几年频繁发生“选手公开讨薪”“选手擅自离队”“俱乐部要求巨额赔偿”等事件，中国电竞行业在壮大过程中仍需不断完善保障选手基本权利的法律环境，以此让选手能够更加集中精力投入到自我提升的良性发展氛围。

谈到保障选手基本权利的机制，除赛事方的赛事规则及参赛协议、政府部门的监管规定外，俱乐部与选手签署的合同是至关重要的。而韩国作为职业电竞起步较早的国家，在经历一系列事件后于 2020 年出台了官方电竞选手标准合同，这意味着韩国电竞在规范化道路上又迈进了一大步。

本文将介绍韩国官方电竞选手标准合同的概况，并试提出其给中国电竞带来的启示。

一、韩国官方电竞选手标准合同概要

电竞选手标准合同使用指南是由韩国的文化体育观光部和公平交易委员会共同制定后，再由韩国文化产业振兴院于 2020 年 10 月发行的，主要包括：

1. 标准合同的使用指南概要
2. 电竞职业选手标准合同使用指南
3. 电竞青训选手标准合同使用指南
4. 青少年电竞选手及青训选手标准附属协议使用指南
5. 各类标准合同模板

该册子中主要篇幅集中在标准合同的使用指南，使用指南针对每个条款的设定宗旨、条款内容的可调整范围、选手或者俱乐部分别需要考虑的要点都有详细的说明，旨在防止选手或者俱乐部恶意或者错误使用标准合同。

二、出台背景——Kanavi 事件

很多人可能会好奇韩国政府为何颁布电竞选手标准合同，甚至如此详细地提示签署各方需注意的要点。实际上，标准合同及使用指南的出台是有背景事件的，那就是轰动韩国电竞圈子的 Kanavi 事件，Kanavi 是英雄联盟的打野选手，之前是在韩国 GRF 俱乐部，现在 JDG 俱乐部效力。我们简单回顾一下事件的发展过程。

2019 年 10 月 16 日，韩国电竞俱乐部 GRF 的前教练 CvMAX 公开揭露表示：

GRF 租赁 Kanavi 选手到 JDG，时长 1.5 年，转会费 6 亿韩元，年薪 2 亿韩元。之后 JDG 对 Kanavi 很满意，经过 5 个月后，JDG 通知 Kanavi，想要让 Kanavi 正式转会过来，签约 3-5 年，Kanavi 向 CvMAX 求助， CvMAX 让 Kanavi 不要回复微信，否则就违反俱乐部规定。第二天， GRF 代表赵圭南就找到 Kanavi 并威胁说他的行为就是私联其他战队，所以赵圭南可以让 Kanavi 永远都打不了职业联赛，以此威胁 Kanavi 必须和 JDG 签约，Kanavi 认为 5 年太长，但赵圭南持续进行威胁直至签约，赵圭南拿到了 10 亿韩元的转会费。

该事件轰动了整个韩国电竞圈子，甚至引起韩国法律圈，乃至政府部门的注意。期间Kanavi 与 GRF 俱乐部的合同也被浮出水面，被网友称之为“奴隶协议”，就是这份协议里涉及了很多俱乐部对选手的不公正条款，最终推动韩国政府制定标准合同，同时，韩国电竞协会也成立了公正委员会，所有电竞相关人员随时可以向公正委员会就行业内不公正行为进行投诉处理。

三、“Kanavi 合同”的争议条款及标准合同对比

Kanavi 合同中涉及的争议条款重点有四个内容，主要是俱乐部认为选手存在过错而随时解除合同并追究选手违约责任的条款以及合同解除后知产归属的问题。

Kanavi 合同	标准合同
① 选手因病住院超过 30 天以上或患重大疾病时，俱乐部有权随时解除合同，且选手 1 年内不得与新的俱乐部签约。 ② 俱乐部认为选手表现不佳时，可随时解除合同。 ③ 俱乐部无法与选手取得联系的，可随时解除合同，选手应当赔偿 5000 万韩元并返还已支付的报酬。 ④ 合同终止后，选手如需使用俱乐部的相关知识产权时，应当支付所有前期成本。	① 如任何一方违反合同约定，守约方有权要求违约方 30 日内纠正其违约行为，逾期仍不改正的，有权解除合同并要求对方承担赔偿责任。但违约行为已无法纠正的，可立即解除合同。 ② 选手因开展比赛活动而患病、负伤或因非选手个人原因导致无法持续选手活动的，属不可抗力情形，可终止合同。但俱乐部可以向选手支付剩余合同期相应的全额或部分报酬。 ③ 合同终止后，俱乐部应返还选手姓名、艺名、肖像等与个人标识相关的知识产权，如俱乐部为该等知识产权的创作投入较大成本的，经与选手协商后可继续使用知识产权。

“Kanavi 合同”中可以看出，**俱乐部的解除权利非常之大，可以说俱乐部有权随时单方面无理由解除合同，**在此情况下，选手还可能**需要赔偿巨额违约金**。同时，选手如需继续使用俱乐部的相关知识产权时，还应当支付所有的前期成本。这里面视为不合理的因素是选手个人标识相关的知识产权，**选手离开俱乐部后不得使用个人标识的要求本身可能严重影响了选手个人的基本权利，**比如选手的艺名或者个人 IP 形象、商标等，而且也不利于选手到其他俱乐部继续发展。

而标准合同里对双方的解除权做了对等性的调整，也就是给予双方 30 日的宽限期。而且**如果选手因开展比赛等活动而患病负伤或者非个人原因导致无法持续选手活动的，均视为不可抗力情形，合同终止后，选手无需承担高昂的违约金，俱乐部可以支付剩余合同期间内的相应报酬。**当然，剩余的报酬并非强制性必须要支付的，但使用指南明确提到，支付相应的报酬有助于提升俱乐部的对外形象。有这一句提示，相信大部分的俱乐部还是会支付相

应的剩余报酬，这就保障了选手因客观情况退役后过渡期间的生活支出，非常人性化。另外，**关于与选手个人标识相关的知识产权，合同终止后俱乐部原则上是应当要返还给选手的，但俱乐部对该等知产贡献较大的，可经与选手协商后继续使用，**这正好解决了选手的痛点，也保障了原俱乐部的使用权，相对合理。

四、标准合同中的其他亮点条款

除了争议条款以外，标准合同中还有一些亮点条款：

- **禁止性条款**

第一项不得服用药物、第二项不得进行假赛赌博等，不仅选手需要自觉禁止，俱乐部也不得要求选手进行这些行为。第三第四项就比较特殊，就是上述事件是因为俱乐部前教练公开揭露而引发的，而且 GRF 的赵代表仍在持续控诉前教练 Cvmax 和 Kanavi 损坏其名誉权，所以标准合同就强调了不得进行损害名誉权的行为，而且该事件还涉及了私联其他战队的情节，也特此强调了选手不得私自接触其他战队的条款。

- **未成年保护**

为保障未成年人的权利，标准合同里面还是强调了俱乐部与未成年选手签署合同时，必须征得法定代理人的同意，否则视为合同无效的条款。该条款也与上述事件有关，因 Kanavi 当时与 JDG 第一次签署合同时，满 18 周岁，但未满 19 周岁，按照韩国的法律规定，未满 19 周岁的均视为未成年，所以韩国舆论认为 JDG 的合同无效，这里面还涉及要适用中国法还是韩国法的准据法问题，但实际上 JDG 合同效力按照中国法律是没有问题的。

同时，**标准合同要求俱乐部要保障未成年选手的基本权利，**例如未成年人的自由选择权、学习权、人格权、健康权、睡眠权、休息权以及每日练习等活动的时间上限等。其中 15 岁以下的青少年选手每周练习时限以 35 小时为限，15 岁以上者则以每周 40 小时为限。未成年选手的父母或法定代理人也可以向俱乐部任意要求提供包括合同、奖金结算等信息。

- **争议解决**

俱乐部与选手发生纠纷，且无法协商一致的：

①可通过电竞公正委员会解决；

②无法自行协商，或通过电竞公正委员会亦无法解决的，可选择提起仲裁或向法院提起诉讼。

上述事件后，韩国电竞协会成立了公正委员会，主要是为了迅速解决纠纷，也可以视为电竞协会搭建了一个社会监督机构，关于电竞的任何纠纷或者不公正事件都可以向公正委员会进行投诉解决，该委员会是由体育部门的工作人员、行业内专家、法律工作者等组成，人员构成上相对多样，尽力维护其公正性。

- **权利等转让（租借或转会）**

俱乐部在权利等转让情形发生前，须征得选手的同意。以往的俱乐部可以擅自决定选手的租借或转会，但上述事件发生后，舆论认为租借或转会，尤其跨国转会会对选手来带来重大影响，应当征得选手的同意。

- **青训选手参赛限制**

青训选手在未签署正式选手合同之前，只能参赛一次，俱乐部应当支付选手活动相对应的报酬。该条款主要是遏制俱乐部实施名为 “青训选手”，实为“正式选手”的方式实现利益最大化的不正当行为。

五、对我国电竞行业的启示

通过韩国官方电竞标准合同的出台背景、出台过程及标准合同内容也可以看出，电竞行业的发展是离不开社会各界的共同努力，包括俱乐部、游戏项目方、直播平台、选手、主播等电竞行业人员及电竞爱好者发现问题，政府相关部门及电竞行业协会等机构及时介入并做全方位协调工作，再加上法律工作者也积极参与行业规则及法律文书的制定等。

回看国内电竞，近几年中国电竞发展呈欣欣向荣之势，上海、北京、成都、海南、杭州等的地方政策相继推出、各地电竞协会亦有所作为，制度及规范建设有条不紊，但仍需各届共同努力建设更加细分化及统一化的规则。

（本文首发于 2023 年 6 月 14 日）

自媒体账号归属何方？主播达人与 MCN 机构纠纷下账号归属的探讨

胡至浩、冀希泮

在流量时代，网络平台的自媒体账号作为主播达人与粉丝紧密联系的渠道，主播达人的自媒体账号坐拥的大量粉丝，意味着巨大的流量价值。

因此近些年来，不时在网上可以看到主播达人们与其 MCN 机构/经纪公司的“大战”。前有“李子柒”、“翔翔大作战”与经纪公司的“爱恨情仇”引发了轰轰烈烈的舆论讨论，后有抖音千万粉丝级别的吃播博主“大胃王浪味仙”一案历经二审终于在前段时间落下帷幕，该案中法院最终判定“大胃王浪味仙”的账号属于经纪公司，但“浪味仙”的艺名归属于达人。自媒体账号已经成为了主播达人与 MCN 机构/经纪公司纠纷时“兵家必争之地”。

那么自媒体账号有哪些特性？法院在判定账号归属的时候又会考虑哪些因素？下文将逐一展开分析。

一、揭开自媒体账号的面纱

自媒体账号具有其特殊性，笔者概括为三点：第一，法律性质上自媒体账号属于一种虚拟财产；第二，自媒体账号的用户账号受限于平台规则，只享有使用权，账号归属之争本质上是账号使用权之争；第三，账号带有强烈的人身属性，在外观上高度依赖主播达人。

1. 一种虚拟财产

根据我国《民法典》第一百二十七条规定：“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。”无争议的是，主播达人的自媒体账号在法律性质上是一种虚拟财产，应适用民法典的相关规定予以规制。实践中，大部分法院认为，账号权属之争的背后，实质上是账号所代表的市场经济价值的归属之争。在“浪味仙”一案[1]中，法院认为，对于抖音、快手账号而言，注册行为本身并不当然产生市场经济价值，账号只有通过使用而吸引了一定的粉丝和一定的市场影响力，才具有市场价值。

2. 受限于平台规则的使用权

较为特殊的是，自媒体账号中数据的存储与传播必须依托于平台服务，用户和平台之间有高度的相互依赖关系，因此用户对该账号所享有的权利义务受相关注册协议和平台协议的约束，而几乎所有的平台服务提供商都会在协议中规定“用户仅享有使用权，所有权属于平台”。如有判决书[2]中提到：“用户因对账号的个性化使用、运营、投入，而对账号上由此所添附的财产性内容享有财产性权益，但账号与平台难以分割，脱离平台，账号对用户而言没有使用价值，因此，用户不能因其享有的财产性权益而成为账号的所有权人，但用户可根据用户协议约定享有账号使用权”。所以，自媒体账号归属之争，实际上是自媒体账号“使用权”之争，用户、MCN 机构、平台服务提供商各自对账号享有一部分权利，也都受到一定的限制。

---

[1] 重庆市高级人民法院（2022）渝民终 859 号

[2] 浙江省安吉县人民法院 (2021)浙 0523 民初 4848 号

3. 带有人格要素的外观

网络平台账号往往还具有很强的人身属性。一方面，在外观上：自媒体账号往往涉及大量达人的姓名、艺名、肖像，如“大胃王浪胃仙”、“李子柒”、“翔翔大作战”；另一方面，在内容上：自媒体账号内容的制作也高度依赖达人，账号产生的经济价值主要基于的是账号对外表现的达人本人的劳动、智力成果和个人魅力，而非背后运作的经纪公司。

自媒体账号的上述特点在各判决中均可一见，但随着司法实践的发展，笔者发现法院在判定自媒体账号归属时，往往基于上述特点而呈现出不同的价值倾向，从而使得账号归属的判定呈现出复杂、多变的状态。

二、司法实践中有关账号使用权归属的考量因素

在账号使用权纠纷中，法院会根据**事实情况**和**原被告的主张**来考虑多方面因素，例如合同约定、账号的人身性外观、初始注册人、实名信息绑定/认证人、账号与 MCN 的关联性强弱、账号的实际运营和管理、换绑操作的难度和可能性等。笔者对上述因素进行总结和分类，账号使用权归属的主要考量因素可以概括为三个“who”：

第一个“who”：合同约定账号属于谁；

第二个“who”：外观上看账号属于谁；

第三个“who”：接受平台服务的用户是谁。

（一）第一个“who”——达人和 MCN 机构约定账号属于谁

达人与 MCN 机构签署的协议可能涉及内容制作、流量推广、商业宣传、接洽广告、商务谈判等内容，通常机构提供的合同中都会约定自媒体账号的管理权限和使用权归属、运营负责主体以及账号的收益分成等。在司法实践中，由于未有对自媒体账号的财产权属针对性的法律明文规定，法院一般会尊重民事主体的意思自治，审查双方协议中是否有约定账号归属的条款，根据当事人之间的约定来认定账号归属。例如在王某与某公司网络服务合同纠纷一案[3]中，法院认为：王某作为《账号权属协议》一方当事人，应履行依据有效的合同所应承担的义务，对订立合同的后果应有预期，该协议明确约定涉案账号所有权归属某公司所有，属于某公司财产。

然而鉴于自媒体账号的复杂的法律关系，法院往往要平衡达人、MCN 机构、平台、粉丝用户等多方，“合同约定”在该类案件中也仅是一个参考因素，法院还会主要考量下面两方面因素。

（二）第二个“who”—— 外观上看账号代表谁

由于自媒体账号兼具人身属性，从保护账号的经济价值、用户对账号达人的个人信赖与喜爱等角度出发，法院也会考量账号的外观因素，也即外观上看账号代表谁。

[3] 北京互联网法院 (2022)京 0491 民初 23342 号

1. 达人外观

在账号归属约定不明的情况下，法院往往会考虑账号的人身属性。如在翔翔大作战一案[4]中，法院认为，网络直播经济具有自身的特点，相关账号的内容创作亦高度依赖于主播，账号所产生的经济价值与主播本人的创作、形象和用户喜爱密不可分……因此在双方协议对于账号权属并未明确约定的情况下，考虑到案涉网络账号已与主播个人身份信息相绑定，具有一定的人身属性，在合同解除或终止时，相关网络账号的使用权宜归属主播个人。

由于账号的强人身属性，甚至即使合同中约定了账号归属于公司，也不排除可能因其人身依附性过强或达人在缔约时处于弱势地位等理由而被判定归属于达人。例如在构美公司与李某合同纠纷案[5]中，法院认为淘宝直播账号系以李某名义申请开通，带有明显的人身属性。虽然合同约定所申请的账号所有权、使用权等归构美公司所有，但合同书大部分内容均是李某的义务，其明显处于缔约的弱势地位。因此，构美公司要求李某交付直播账号密码，不予支持。

2. 账号的 MCN/公司外观

同样是账号的外观因素，也可能存在账号的外观更多呈现为 MCN 机构/公司的情况。

如果账号的名称和内容中明显出现了公司注册的商标、字号、宣传信息，并且该账号由公司始终控制账号或主导账号的运营等。在这种情况下，如该账号未与个人绑定、双方约定了账号归属公司，法院可能会支持该约定。

例如在广州狮之谦服装有限公司与杨某合同纠纷一案[6]中，一审法院基于双方协议约定公司拥有案涉社交媒体账号的所有权和使用权，且公司系该账号中所涉品牌商标的所有权人，认定案涉账号所有权和使用权归公司所有。

自媒体账号的“人身属性”使得它比其他虚拟财产多了一些特殊性，社会公众对于账号外观存在一定的信赖，这是法院在裁判时不可回避的因素之一。

（三）第三个“who”—— 接受平台服务的用户是谁

接受平台服务的用户即账号的实际权利人，在接受平台约束的同时，理应对账号享有财产权益。近年来，法律层面上对互联网用户，尤其是账号的用户实名制的要求越来越高。2017 年 6 月 1 日实施的《中华人民共和国网络安全法》、2022 年 8 月 1 日实施的《互联网用户账号信息管理规定》、2021 年 8 月 30 日实施的《网络表演经纪机构管理办法》等规定的出台和实施都不断强调互联网用户要“一人一号实名认证”，这也使得接受平台服务的用户是谁这一因素变得愈发重要。

一般来说，“人、证、号”应当是一致的；但在实践中，由于各平台规则的不同（比如有些平台只在用户要开通直播打赏或带货服务时才要求实名认证）以及账号实际注册/认证情况的不同（比如有些机构会使用自己员工的账号注册），可能出现“人、证、号”三者不一致的情形。在这种情形下，法院可能会考虑的因素包括：初始注册人、实名认证人、平台协议以及换绑的可操作性和难度等。

---

[4] 北京市第三中级人民法院（2022）京 03 民终 8800 号

[5] 江苏省宿迁市中级人民法院 (2019)苏 13 民终 4102 号

[6] 广东省广州市中级人民法院（2018)粤 01 民终 10473 号

1. 初始注册人

各平台一般规定平台拥有账号的所有权，账号的使用权归属于初始注册人，相关权益亦属于初始注册人所有，详见下列常见平台的用户协议中约定。

平台名称	平台协议	内容
微信	《软件许可及服务协议》	7.1.2 微信账号的所有权归腾讯公司所有，用户完成申请注册手续后，仅获得微信账号的使用权，且该使用权仅属于初始申请注册人。同时，初始申请注册人不得赠与、借用、租用、转让或售卖微信账号或者以其他方式许可非初始申请注册人使用微信账号。非初始申请注册人不得通过受赠、继承、承租、受让或者其他任何方式使用微信账号。
抖音	《“抖音”用户服务协议》	3.4 您在“抖音”中的注册账号仅限于您本人使用，未经公司书面同意，禁止以任何形式赠与、借用、出租、转让、售卖或以其他方式许可他人使用该账号。如果公司发现或者有合理理由认为使用者并非账号初始注册人，为保障账号安全，公司有权立即暂停或终止向该注册账号提供服务，并有权永久禁用该账号
快手	《快手软件许可及服务协议》	2.2 快手账号的所有权归北京快手科技有限公司所有，用户完成申请注册手续后，所注册快手账号仅限您本人使用。
小红书	《小红书用户服务协议》	2.3 由于您的账号关联您的个人信息及小红书平台商业信息，您的账号仅限您本人使用。未经小红书公司同意，您直接或间接授权第三方使用您账号或获取您账号项下信息的行为无效。如小红书公司判断您账号的使用可能违反法律法规、危及您的账号安全及/或小红书平台信息安全的，小红书公司可拒绝提供相应服务或终止本协议。小红书公司有权视情况封禁或注销、回收该账号，由此带来的包括但不限于内容、虚拟财产清空等损失由您本人及该账号使用者自行承担。

一般情况下，法院多会尊重“用户协议”对初始注册人权益的约定。

如在北京你我他创星文化传媒有限公司与许某合同纠纷一案[7]中，法院认为：许某的涉案快手涉案账号为其在与你我他公司合作前注册，该快手账号应归许某自身所有。又如在杭州快火文化传媒有限公司与王某合同纠纷一案[8]中，法院认为：涉案两个微信号确系原告工作人员注册，被告应当予以返还，而因涉案抖音账号注册人均为被告王某本人，原告要求其返还的依据不足。

[7] 北京市朝阳区人民法院 (2021)京 0105 民初 13512 号

[8] 浙江省杭州市钱塘区人民法院 (2022)浙 0114 民初 1681 号

2.实名认证人

若初始注册人与实名认证人不一致，要如何判定账号的归属？在这种情况下，法院会综合考虑上述因素，并着重考察平台协议的内容与双方合约的情况。各个平台对于实名认证规则的规定有所不同，如下：

平台名称	协议名称	内容
抖音	《实名认证服务协议》	2.1 为对申请实名认证的账号进行审核和安全验证，你同意使用公司提供的实名认证服务，即公司通过身份证件信息验证、人脸信息对比核验你的身份，以确保账号实际使用人和账号实名认证认为同一人
微信	《微信视频号运营规范》	6.2 视频号可以进行认证，认证主体同意认证即视为同意遵守《微信视频号运营规范》和《视频号认证服务条款》，认证后该视频号视为认证主体使用，相关权利义务由该认证主体承担。视频号的认证主体应对视频号的管理员和运营者进行管理，并对他们的行为承担责任。未进行认证的视频号，由创建时的微信账号主体承担该视频号的相关权利义务
小红书	《实名认证服务协议》	您提交的资料和信息是作出认证结果的重要依据，任何资料和信息的变更将可能影响认证结果，您应当在资料和信息变更时及时提出补充认证申请，否则，小红书公司有权拒绝或终止提供本服务
	《小红书用户服务协议》	6.4 服务变更、中断、终止 如发生下列任一种情形，小红书公司有权不经通知而中断或终止向您提供服务： 根据法律法规您应提交真实信息，而您提供的个人资料不真实、或与注册时信息不一致由未能提供合理证明。

例如在抖音账号的案件中，目前《抖音用户协议》和《实名认证服务协议》仅规定了账号的使用权归属于初始注册人，并未明确指出抖音账号的“实名认证人”为账号使用权人。因此对抖音账号而言，“初始注册人”的优先级大于“实名认证人”，在“初始注册人”与“实名认证人”不一致时，法院更有可能会认为账号使用权应归属于“初始注册人”。例如在青岛末那识文化传媒有限公司、李某物权确认纠纷一案[9]中，法院认为，抖音公司约定账号的使用权属于初始注册人，账号使用权人的“初始注册人信息、注册手机号、实名认证信息”等应当均为同一人……末那识公司使用其所持有的手机号码初始注册完成抖音账号信息，系通过事实行为取得抖音账户的使用权，其作为该抖音账号初始注册的手机号码的持有人应当享有该抖音账号的使用权。2020 年 7 月案涉账号才以李某名义进行了实名认证，实名认

[9] 山东省青岛市中级人民法院 (2023)鲁 02 民终 3845 号

证时间明显晚于抖音账号注册时间，李某亦无证据证明抖音公司已明确约定抖音账号的“实名认证人”即取得账号使用权，故不能仅以实名认证人认定账号使用权权属。

与抖音不同的是，微信视频号的规定却更多的倾向于认为“实名注册人”的优先级高于“初始注册人”。尽管微信平台在《软件许可及服务协议》中约定了账号的使用归属“初始注册人”，但在视频号的《微信视频号运营规范》却规定了“视频号的认证主体认证后该视频号视为认证主体使用，相关权利义务由该认证主体承担。”实际上暗含了在微信的视频号账号中“实名认证”的层级高于“初始注册人”的规则，那么若在微信视频号的账号权属纠纷中，法院可能会因此得出不同的结论。

3.解绑、换绑操作的难度和可能性

如账号权属因司法裁判变更，那必然会面临账号换绑的问题，因此有些法院也会考虑变更平台账号注册信息或实名认证信息在技术层面的可操作性，综合决定账号使用权归属。

如在广州神狼文化传播有限公司与陈某合同纠纷一案[10]中，法院认为：根据北京微播视界科技有限公司的回复意见，抖音账号的实名认证信息亦非不可更改。因此，陈某请求判决案涉抖音、快手账号归其所有，理据不足，本院不予支持。又如在义乌抖动文化传媒有限公司与周某合同纠纷一案[11]中，法院认为：关于被告提出的“抖音账号一经实名认证后无法变更”的抗辩，经本院与北京市微播视界科技有限公司核实，抖音账号经过法院确权判决后，可以进行变更处理，故涉案抖音账号已由被告实名认证并不影响本案的处理。

国家互联网信息办公室于 2021 年 2 月 22 日开始实施的《互联网用户公众账号信息服务管理规定》的第十一条规定，“公众账号生产运营者向其他用户转让公众账号使用权的，应当向平台提出申请。平台应当依据前款规定对受让方用户进行认证核验，并公示主体变更信息。”据此，公众账号的使用权应当可以转让，但需要经过向平台申请和平台核验的步骤。目前各大平台是否可以操作账号解绑换绑仍未有明确定论，但是根据前述案例所示，抖音平台在规定了“实名认证暂不支持解绑、换绑操作”的前提下，仍存在通过司法裁判解绑换绑的可能性。

在实践中，一起纠纷往往并非仅存在单方面或者一边倒的因素，而是达人与 MCN 机构各占几方面因素的复杂情况。如在星果公司诉魏某合同纠纷一案[12]中，上诉人诉称，案涉抖音账号记录的内容均为上诉人出镜、出声的作品；与著作权本身类似，与上诉人身份、名誉等息息相关。但同时，账号的注册手机号和身份证信息绑定者出现分离，而在实际使用中，注册手机号只起到接收验证码作用，可以随时更换；绑定身份证信息者才是真正的责任者、应获收益者。然而法院认为，尽管涉案账号中视频内容均为达人演唱歌曲类，包含大量的达人肖像、声音等个人信息，但基于争议抖音账号系双方签订协议用星果公司员工手机号注册，在双方合作使用期间，魏某为星果公司出具了抖音账号归属权说明，法院认定该抖音账号权属应为星果公司所有。其本质是，法院认为达人与 MCN 的反复约定+初始注册人＞账号人身外观+实名认证人。

[10] 广东省广州市中级人民法院 (2021)粤 01 民终 4018 号
[11] 浙江省义乌市人民法院 (2020)浙 0782 民初 8757 号
[12] 辽宁省沈阳市中级人民法院 (2022)辽 01 民终 1889 号

综合来看，由于个案的特殊性、各法院的倾向性以及平台政策的变动，以上三方面因素（合同约定账号属于谁、外观上看账号属于谁、接受平台服务的用户是谁）在实践中可能会呈现不同的位阶顺序。这也导致，在司法实践中，法院对账号使用归属权的认定具有很强的灵活性和策略性，高度依赖于原被告律师的主张和证据组织。

三、实践操作建议

基于上文，可以发现：自媒体账号使用权归属的判定是一个复杂的过程。首先原被告律师根据对其有利的事由进行主张，然后法院将这些主张的事实分成几类因素，最后法院在这些因素之间权衡用户、平台、达人、MCN 机构等多方的利益，综合各方面因素来判定账号使用权的归属。

因此，对于自媒体账号归属，我们提出以下几点实践操作建议：

1. 协议约定：实践中，达人和 MCN 机构应注意协议中的账号权属、运营管理权利、合同期限、违约责任的分配和承担等细节的约定，尤其是“未雨绸缪”约定好合同终止后账号的交接和归属。

2. 账号注册：达人和 MCN 机构在注册申请时，建议关注各入驻平台的相关协议，尽量将风险降到最小化，维护自身的权利。建议关注初始注册人和实名注册人的相关手续和信息，比如绑定的手机号、提交的实名注册人信息等。

3. 及时寻求律师的帮助：实践中主张哪些有利因素，都是原被告律师博弈的结果，而法院也会根据代理律师的主张，结合证据材料与案件事实来审查和判断。因此我们建议，在遇到类似问题前，先咨询专业律师，进行合理的规划；在遇到类似的问题时，第一时间寻求专业律师的帮助，保存证据并争取自己的合法权益最大化。

（本文首发于 2023 年 8 月 15 日）

在体育纠纷中，如何准确主张适用自甘风险规则？

徐元昊

杭州亚运会如火如荼开展，点燃了全民健身的热情。而在健身、运动的过程中，人们难免彼此碰撞、造成伤害，并可能最终走向诉讼维权。在此类案件中，是否适用自甘风险规则、免除侵权责任通常成为双方争议的焦点。2023 年 6 月 21 日，最高人民法院首次发布了涉体育纠纷民事典型案例，其中案例二（下称“齐某泰拳案”）、案例四（下称“白鲨号案”）[1]特别就《民法典》第 1176 条“自甘风险”条款的理解与适用展开论述。结合最高院于 2022 年 5 月、2023 年 8 月发布的典型案例十（下称“宋某羽毛球案”）、案例十五（下称“张某篮球案”）[2]，笔者认为，最高院通过前述案例为法律工作者处理类似案件提供了相对明确的思路。

一、什么是“自甘风险”？

自甘风险系侵权法项下的法律规则，通常指受害人自愿承担可能性的损害而将自己置于危险环境或场合，造成损害的行为人不承担责任。

在《民法典》生效以前，我国在《侵权责任法草案》中尝试确立自甘风险规则。如杨立新教授主持起草的《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》第 29 条第 3 款对体育活动里面之侵权责任加以特殊规定：“*参加或者观赏具有危险性的体育活动，视为自愿承担损害后果，适用本条第 1 款的规定，但行为人违反体育运动管理规则，故意或者重大过失造成损害的除外。*”[3]然而，后续正式颁布施行的《侵权责任法》《民法通则》《民法总则》之中，并无成文的自甘风险条款，给后续司法实践适用该条款带来一定困难。

在这一时期的司法实践中，法院通常还是将自甘风险作为一项法律原则加以适用。如 2003 年“吴某诉刘某”案中（或称其为“石景山足球案”），原、被告利用午休时间与其他数名同学在学校操场上踢足球。原告作守门员，被告射门踢出的足球经过原告手挡之后，打在原告左眼，造成伤害。原告以刘某和所在学校为共同被告起诉，请求人身损害赔偿。北京石景山区法院认定，足球运动具有群体性、对抗性及人身危险性，出现人身伤害事件属于正常现象，应在意料之中，足球运动中出现的正当危险后果是被允许的，参与者有可能成为危险后果的实际承担者，而正当危险的制造者不应为此付出代价。刘某的行为不违反运动规则，不存在过失，不属侵权行为。[4]不过此时由于缺乏成文法条的指引，各地司法实践对于自甘风险原则的理解与适用存在较大差异。

2020 年 5 月，《民法典》正式通过，其第 1176 条正式确立了自甘风险规则：

自愿参加具有一定风险的文体活动，因其他参加者的行为受到损害的，受害人不得请求其他参加者承担侵权责任；但是，其他参加者对损害的发生有故意或者重大过失的除外。

---

[1] （2019）粤民终 635、636 号

[2] （2021）沪 01 民终 732 号

[3] 杨立新等，《中华人民共和国侵权责任法草案建议稿及说明》，法律出版社

[4] 赵毅，《体育侵权中受害人同意和自甘风险的二元适用———由“石景山足球伤害案”引发的思考》，武汉体育学院学报

活动组织者的责任适用本法第一千一百九十八条至第一千二百零一条的规定。

本条第二款指向了其他条款：《民法典》第 1198 条主要是经营场所、公共场所的经营者、管理者或者群众性活动的组织者的安全保障义务，第 1199 条至第 1201 条主要是教育机构的教育管理责任。

然而在《民法典》生效后的司法实践，依然受过往裁判思路的影响，仍然存在一定的法律适用错误、裁判思路分歧。这也是最高院先后多次发布相关典型案例的原因所在。

二、典型案例对于体育领域相关纠纷的指导意义

1．明确了认定致害人是否存在故意或重大过失的评判标准与参考因素

一般而言，在涉及自甘风险规则的体育领域案件中，对于致害行为、因果关系、损害后果的认定标准与一般侵权案件比较接近、也较少出现分歧。然而，认定体育领域相关纠纷致害人是否存在故意或重大过失的标准，则与一般案件不同，也容易产生分歧。因此，笔者认为前述典型案例最重要的指导意义，在于明确了在体育领域相关纠纷中处理、分析这一问题时的评判标准与参考因素。

(1) 体育领域相关纠纷通常不适用类似案件的一般标准

此类案件中，法院通常会结合相关竞赛规则、运动规则来评价致害人的具体行为，适当放宽行为人的注意义务标准，必要时还会听取裁判员等体育专家的意见。如青岛中院认为，“如日常活动中发生此种冲撞，通常可考虑行为人构成重大过失，但基于竞技体育中注意义务标准的不同”。[5]上海一中院在“张某篮球案”中也明确，“篮球比赛是具有高度对抗性和风险性的体育竞赛活动……人的体力、智力存在上限，参赛者不可能做到每一个决定、每一个动作都合理规范……因此，应当将此种情况下参赛者的注意义务限定在较一般注意义务更为宽松的范围内……不能用平时的一般合理人标准去评判赛场上的每位参赛者”。

这一裁判思路在海事等特殊纠纷中也得到了确认。广东高院在“白鲨号案”中曾强调，“本案为体育竞技过程中产生的碰撞事故，不同于一般的船舶碰撞侵权行为纠纷，不宜以违反避碰规则即构成过错和侵权进行认定，而应充分关注体育竞技中的正当风险和竞技活动的特殊性”。

(2) 未违反运动规则、不属于犯规的致害行为——“宋某羽毛球案”

此类行为通常属于相关运动的正常技术动作或对抗动作，符合运动的竞技环境和固有惯例，由此带来的风险可以认为属于该类运动的固有风险。如“宋某羽毛球案”，涉诉致害行为是：*被告周某接到原告宋某的回球后迅速杀球进攻，宋某在在发球线位置直立举拍防守未果、被羽毛球击中右眼。*案涉致害行为属于羽毛球运动的正常技术动作，该行为带来的击中、击伤运动员的风险也属于羽毛球运动中难以避免、较为常见的风险。因此，法院认定“周某杀球进攻的行为系该类运动的正常技术动作，不存在明显违反比赛规则的情形，故不应认定其存在重大过失。”

[5] （2021）鲁 02 民终 5046 号

实践中，大量案件也采取了同样的裁判思路。如王某、宁某等健康权纠纷一案，该案涉及致害行为是：*原告王某、被告宁某在参加足球运动时，为了争夺球权而奔跑争夺、发生碰撞，宁某倒地受伤*。青岛中院结合足球运动的规律认为，“按照足球比赛紧张激烈的竞技环境和固有惯例，身体的碰撞在所难免，王某在赛中将身体优势转化为竞技优势符合足球运动的竞技环境和固有惯例”，最终认定王某的行为属于一般过失，不承担赔偿责任。[6]类似案例还可参考（2021）京 03 民终 19480 号、（2021）沪 0107 民初 8668 号等案。

(3) 违反运动规则、属于犯规的致害行为——“白鲨号案”“张某篮球案”

侵害人存在犯规、恶意犯规等违反运动规则的行为，是否足以认定侵害人存在故意或重大过失？司法实践中存在较大分歧。

部分法院认为，违反运动规则、属于犯规或者恶意犯规的致害行为，造成的风险已经超出受害人可以合理预见的体育运动固有风险，应当推定致害人存在故意或重大过失。如成都中院在类似案件中强调，“自甘风险规则的适用应以恶意犯规为限，即加害人恶意犯规时，由于其具有违反体育精神的恶意，违背体育运动的基本价值追求，主观上存在过错，不能适用自甘风险规则，加害人应对其造成的伤害承担相应侵权责任”。[7]上海闵行法院在类似案件中也有相似的说理倾向。[8]

而最高院则明确支持了“白鲨号案”与“张某篮球案”中的裁判思路，即“不能简单地将体育竞技运动中参赛者犯规时的主观心理状态与一般侵权行为构成要件中作为主观要件的故意或者重大过失划等号”。**换言之，致害行为即使构成体育运动犯规、恶意犯规，也仅是认定致害人存在故意或重大过失的考量因素之一，法院还应结合其他因素综合认定。**

“白鲨号案”与“张某篮球案”涉及的致害行为均属于各自运动中典型的犯规、恶意犯规行为：“白鲨号案”涉及的致害行为属于违反《国际帆联帆船竞赛规则 2013-2016》的普通犯规行为。“张某篮球案”涉及的致害行为则属于国际篮联规则体系下的“违反体育运动精神的犯规”（即违体犯规），通常可以简单理解为恶意犯规。

对于此类犯规、恶意犯规行为，广东高院、上海一中院均不约而同的强调，应结合相关因素综合认定致害人是否存在故意或重大过失，致害人是否违反竞赛规则是其中一个重要的要素。广东高院认为，“应结合**比赛的固有风险、比赛的激烈程度、犯规者的技术水平、犯规者对规则的熟悉程度、犯规动作的意图等因素**对致害方的主观意图进行综合分析判断。”上海一中院则将篮球运动中的技术犯规、违体犯规情形也纳入了这一裁判思路进行审理，综合考量了**其他参赛者的具体行为、体育活动的种类特性、体育活动的举办规格、体育活动的开展目的等因素**，最终认定被告韦某行为虽构成违体犯规，但仅构成一般过失，不应当承担侵权责任。[9]

结合两案判决原文，笔者认为未来在处理相关案件时，针对致害人故意或重大过失认定问题，需要着重就以下内容展开论述：（1）致害人的行为及其犯规动作意图；（2）案涉体

[6] （2021）鲁 02 民终 5046 号

[7] （2021）川 01 民终 23435 号

[8] （2021）沪 0112 民初 6703 号

[9] 韩朝炜，《4 个步骤准确适用“自甘风险”规则》，上海高院微信公众号

育活动的项目种类、活动类型，以及活动的激烈程度、举办规格、专业水平等具体情况，是否能以平时的一般合理人标准去评判致害人；若为专业/职业体育活动，参与者的注意义务相对较高，若为群众/学校体育活动，相关注意义务则会相对降低；（3）致害人的技术水平，以及对于规则的熟悉程度、对风险的防范准备等，即其对于损害后果是否有认知能力与防范能力；（4）体育活动开展目的与社会影响，相关运动是否有助于全民健身战略、青少年和学校体育发展，是否需要司法机关在合理范围内予以适当保护等。

2．明确区分自甘风险规则与活动组织者的安全保障义务、教育管理责任

实践中部分法院对自甘风险规则适用范围认识错误，进而适用自甘风险规则、免除了活动组织者的安全保障义务、教育管理责任。如高某与东北电力大学生命权、身体权、健康权纠纷案中，吉林市船营区人民法院便适用自甘风险规则免除了东北电力大学责任。[10]针对这一问题，最高院通过“齐某泰拳案”重申了《民法典》第 1176 条第 2 款的规定，即相关文体活动的组织者应当按照《民法典》第 1198 条至第 1201 条规定，承担安全保障义务人责任、教育机构责任，无权援引自甘风险规则进行抗辩。

3．明确自甘风险规则的法律后果

在《民法典》生效以前，由于缺乏明文规定，各地司法机关对于自甘风险规则的法律性质与法律后果认识不一。因此，实践中存在法院明确适用自甘风险规则后，依然判决致害人赔偿受害人部分损失，或者兜底适用公平原则判决致害人部分承担受害人的损失。[11]这一裁判思路一直影响到《民法典》生效以后的部分案例。如李某、南某等健康权纠纷案中，鄄城县法院在明确适用自甘风险规则后，依然认为根据公平原则，被告对原告的损失可进行适当赔偿。[12]

针对这一问题，最高院通过“白鲨号案”“宋某羽毛球案”“张某篮球案”系列典型案件，重申了自甘风险规则的法律后果，即免除具有一定风险的文体活动中参加者一般过失的侵权责任。同时，最高院在公布“张某篮球案”时特别强调了其典型意义，即*“贯彻社会主义核心价值观的理念要求，**在裁判中打破了‘有损必有赔’的思维模式，避免脱离具体事实情况和法律原意的‘和稀泥’做法，**回应了人民群众对公平正义的期待”*。

4．明确自甘风险规则项下的“损害”类型

根据典型案例，可以认为自甘风险规则项下的“损害”类型包括人身、财产损害。其中，“白鲨号案”涉及的是船舶碰撞造成的财产损失，主要为游艇修复费用。而“宋某羽毛球案”与“张某篮球案”则涉及人身损害，主要包括医疗费、护理费、交通费、营养费、住院伙食补助费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。

---

[10] （2021）吉 0204 民初 362 号

[11] 刘茂梁、刘清宇，《论<民法典>中自甘风险的适用范围与认定标准基于 92 份判决的实证考察》，盐城师范学院学报

[12] （2021）鲁 1726 民初 3001 号

虽然典型案例就自甘风险规则适用的主要观点分歧进行了明确，但实践中仍有一些问题有待在司法实践中予以解决、明确，比如教练员、裁判员是否属于文体活动的“参加者”？参加者作出“自愿参加”的意思表示时是否需要具备民事行为能力？。此外，“具有一定风险的文体活动”的理解与范围也有待明确，如游泳等非身体直接对抗的体育项目，掰手腕等传统体育项目，信鸽、赛马等人类间接参与的体育项目，以及热气球、机器人格斗等新型的文体活动，相关场景是否能够适用《民法典》第 1176 条规定也有待进一步明确。

（本文首发于 2023 年 9 月 28 日）

有人模仿我的脸，还要用我的声音赚钱？
——先聊聊商品化权中的形象权（上）

田潇雨

“你这瓜保熟吗？”

这大概是文娱司法近期动态中最热门的“瓜”了。9 月 25 日，成都互联网法庭开庭审理了**全国首例影视剧台词声音权纠纷案**。该案的原告正是这句台词的表演者孙红雷先生。涉案游戏中，不仅有“你这瓜保熟吗？”这句台词及原版声音，游戏中核心人物形象、服饰均与孙红雷在《征服》中饰演的“强哥”十分雷同。据此，原告孙红雷主张，**两被告公司构成对其声音权益的侵犯**。同时，因该游戏中自己的人格元素被塑造成了打架、寻衅滋事的坏人形象，**构成对其一般人格权的侵犯**。

该案中，尽管孙红雷是通过自然人的声音权及一般人格权寻求救济，但无论是其本人、被告游戏公司还是吃瓜群众都明确知晓，孙红雷作为知名演员，**被告对于其声音及形象的使用核心目的在于盗用孙红雷的知名度**，以吸引更多玩家。此时的“声音权”所保护的权利已经不再是一般社会公众的声音，**更多的是基于声音的可识别性创造出的商业价值，也就是文章标题中的“商品化权”**。

看到这里，相信绝大多数朋友已经产生了类似这样一些疑问：

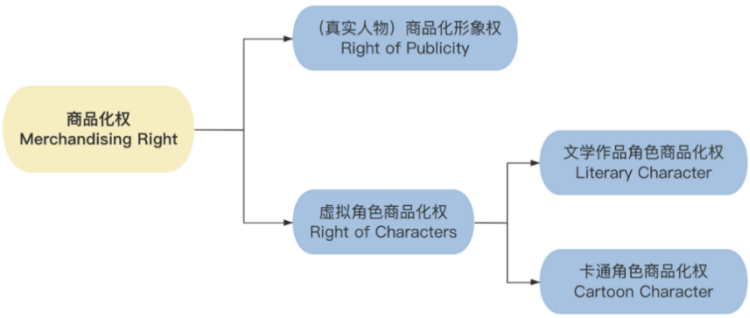
的确，“商品化权”在我国目前并不是一个法定的权利或权益，但随着商品经济和文化娱乐产业的快速发展，以及互联网技术的推波助澜，**影视、动漫、游戏、小说、体育等作品中涉及到的虚拟角色、人物形象、姓名名称、作品元素以及与明星、公众人物甚至 KOL 直接相关的肖像、口头禅、标志性动作等元素在短时间内能够快速吸引流量，从而产生商业价值**。

而当这些元素、形象、名称等可以产生商业价值时，经济纠纷也往往随之出现。于是，司法实践在解决争议的过程中对于“商品化权”的态度经历了从“质疑商品化权”到“理解商品化权”最终到“保护商品化权”的过程。既然如此，让我们先从第一步开始——理解商品化权。

什么是商品化权？

“商品化权（Merchandising Right）”这一概念于 1953 年首次在美国“海兰案”[1]中被提出。审理该案的弗兰克法官指出：除了独立的隐私权，每个人还应该就其肖像的形象价值享有权利，尤其是许多知名公众人物，**他们并不会因为自己的肖像被公开而导致隐私权被侵犯，但会因为自己不能授权他人使用自己的肖像或阻止他人随意使用自己的肖像而受到利益损害**。

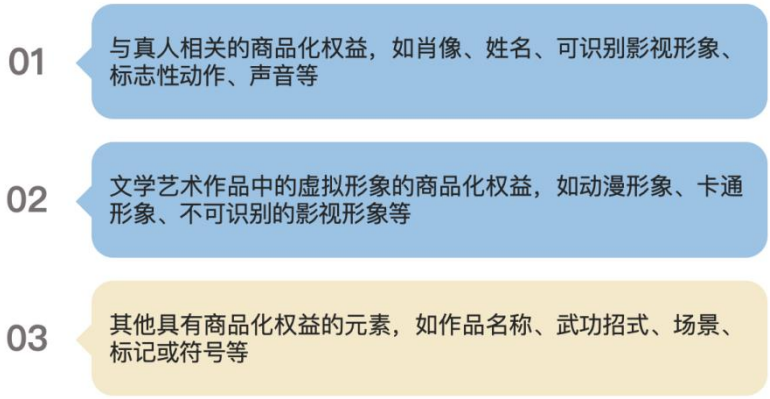
这一观点很快得到了美国各界的认同，商品化权（Merchandising Right）也根据当时频繁被应用于商业领域的对象，被分为了**“形象权（Right of Publicity）”**和**“虚拟角色商品化权（Right of Characters）”**。其中，**前者主要是指真实人物的形象，实践中多被称为“商品化形象权”；而后者又分为文学作品形象（Literary Character）的商品化权和卡通角色（Cartoon Character）的商品化权**。至于影视作品中由真人扮演的虚拟角色，则需要根据演员形象能否被识别而确定保护方式。



而当“商品化权”这一概念进入国内，并经过诸如“邦德 007BOND”案[2]、“乔丹”案[3]、“超级女生”案[4]、“Alexander Wang”[5]以及金庸武侠案等一系列案件的丰富，“商品化权”已经成为了一个较为宽泛的概念——将能够产生流量和创造公众需求的文字、标志、名称、人物形象、美术形象、语言或这些内容的组合用于商品或服务上，从而为权利人或被许可使用人带来一定的商业利益。

综合来看，可以分为以下三类：

[1] Haelan Laborateries Inc. v. Topps Chewing Gum, Inc
[2] (2011)高行终字第 374 号
[3] (2018)最高法行再 32 号
[4] （2008）湘高法民三终字第 47 号
[5] （2018）京行终 1982 号



本文将详细介绍第一类，与真人相关的商品化权益，即商品化形象权。其余两类会在商品化权的系列文章中逐一展开，敬请期待~

什么是商品化形象权？

作为商品化权中的一个具体权项，商品化形象权的定义同样万变不离其宗。根据世界知识产权组织（WIPO）1994 年发布的《角色商品化报告》中的定义，商品化形象权是指与真实人物（主要是明星、运动员等公众人物）身份相关联的姓名、肖像、外形、声音等可以产生商业化利益的元素。简单来说，**就是自然人对于其身份进行控制或获得收益的权利**。这项“权利”从隐私权中分离出来，逐渐发展为与“隐私权”相独立的“权利”。区别于“隐私权”所保护的人格利益，而更多的具有了财产权属性。

基于前述定义，不难得出商品化形象权具有如下特点：

1、 商品化形象权仅保护享**有一定知名度的公众人物**。只有具有一定的知名度，才有利用该公众人物形象的商业价值，相应的商业利益才能获得法律保护。

2、 商品化形象权保护的对象是**特定主体的身份特征**，包括肖像、姓名、声音、昵称、签名、口头禅、形体、姿势等。

3、 社会公众可以**通过上述身份特征准确定位到该特征的主体**，这里同商标的“指示产品来源”的功能有异曲同工之妙。大家熟悉的包括……

4、 商品化形象权**保护的客体是基于前述身份特征产生的商业性价值**，而非传统人格权保护的人格利益。

通常，形象的利用方式可分为两种：**其一，是权利人对其自身形象的商业性利用。**比

如将自身形象、姓名用于商品的外观、品牌，以利用自身形象促进商品的交易，比如体操运动员李宁创立了“李宁”运动品牌；**其二是权利人将其形象权许可或转让给他人使用，以收取许可费获利。**这是目前较为常见的利用方式，其中包含大家熟悉的商业广告、明星代言及衍生品生产。

满足什么条件可以获得保护？

前文中，我们为大家分析了商品化形象权的定义与特征。换个角度分析，一个形象要素，需要符合什么条件才可以获得保护呢？我们认为，需要满足以下条件：

第一，形象要素应具有一定的知名度。商品化权益保护的是一种商业号召力，意味着只有当相应形象要素具有影响力以及“吸粉”的能力时，才具有商业化使用的价值和意义。

第二，主张权利的主体应与相应形象要素之间具有稳定的指代关系。换句话说，社会公众在接触到该形象要素时能够快速的关联到其主体。**这一要件主要针对除姓名权、肖像权之外的间接性形象要素的可识别性**，比如只要听到“哎呦不错哦”这句口头禅就会想到周杰伦。需要注意的是，在此前备受关注的“乔丹”案[6]中，法院对“指代关系”的程度进行了说明：这一**关系虽不需要达到“唯一对应”，但至少应该做到不是“临时的”或“部分公众知悉的”，且能够形成相对稳定的对应关系**。

第三，足以使相关公众混淆或认为有关联关系。这一要件与《反不正当竞争法》第六条中的混淆行为相似。但其核心在于：**其一，避免相关公众误以为公众人物为某一产品或服务代言或背书**；其**二，避免公众人物基于形象要素产生的商业利益被侵犯。**

被侵权时如何寻求救济？

当我们讨论到权利的保护时，自然就会讨论被侵权时的救济问题。尽管我国目前暂时还没有商品化形象权的法律定义，但司法实践也逐渐开始认可来自个人投资、宣传和努力打造、演绎出的形象所具有的商业价值。

结合目前司法裁判口径，涉及真人商品化形象权侵权的案件，往往可通过以下三种方式获得保护：

1、对于**能够直接识别权利主体的形象元素**，即肖像权、姓名权、声音权，《民法典》中的**人格权仍是权利人寻求救济的首选**，且绝大多数现有判决中，权利人均以某一项具体权利+一般人格权主张权利。当然，主张一般人格权侵权的前提在于被告对于形象的利用使得权利人社会评价降低。同时，在这一保护方式下，除经济损失外，权利人还可以主张精神损害赔偿。

从《民法典》中关于前述权利的具体表述来看，除对自然人“人身自由”、“人格尊严”提供保护外，同样能够基于自然人人格权侵权逻辑保护真人形象的商业价值。从司法实践来看，法院在审理公众人物人格权侵权案件时，**如涉及利用明星形象要素进行商业宣传、吸引公众或引起混淆的情况，同样会被认定为侵权**。

如在鹿晗诉星派餐饮公司一案[7]中，北京互联网法院认为，涉案店铺将鹿晗的肖像制作成推荐人用于产品首页，使公众误认为鹿晗与该餐饮店销售的商品存在代言关系或合作关系，

[6] （2016）最高法行再 27 号判决书
[7] （2021）京 0491 民初 21843 号

侵犯其肖像权。

除直接反映权利人自然样貌外，**能够反映出饰演者体貌体征并与饰演者具有可识别性的角色形象同样可以作为肖像权保护**。如在章金莱诉蓝港在线公司[8]人格权纠纷一案中，二审法院经审理认为原告章金莱（艺名：六小龄童）所饰演的“孙悟空”形象，虽是基于古典文学所创作，并进行了艺术化处理，但该形象与章金莱个人的五官特征、轮廓、面部表亲密不可分。因此 ，认定章金莱饰演的“孙悟空”完全与其个人具有对应关系。**因此，当某一角色形象与自然人之间具有一一对应关系时，该形象仍应属于肖像权的保护射程**。

值得注意的是，部分法院认为，如为具有一定知名度的公众人物，其对于公众使用其肖像进行评价应具有一定的容忍义务，当然，需要以合理范畴为限。如在鞠婧祎与沁瑜文化公司、微梦创科公司一案[9]中，法院认为，该案中被告并非以营利为目的使用其肖像，并特别指出鞠婧祎作为演艺圈公众人物，对社会公众就其公开发布的照片进行评价理应负有一定的容忍义务，被告虽未经原告同意使用其肖像，但并未对原告的肖像进行任何丑化、贬损，且于庭审前已经删除，故法院最终认定不构成肖像权侵权。**这里的“评价”通常既包含结合公共事件的新闻评价，也包含合理限度的社会评价**。

2、对于需要通过指代关系间接识别的形象元素，如口头禅、背影、姿势、笔名等，当擅自使用前述元素造成消费者混淆或误认的，则可通过《反不正当竞争法》第六条获得保护。

诚然，想通过第六条获得保护就需要满足一定的前提条件。在“NBA 商标侵权及不正当竞争纠纷”[10]一案中，广东高院指出：如果相关形象特征或商业标识知名度不够，相关公众无法将之与权利主体建立起相对稳定的对应和指向关系；或者虽有一定知名度但相关商品化运用的领域与原有领域相差太远，不容易导致相关公众产生联想或误解；又或者使用行为在必要限度内，没有明显不当攀附他人商誉恶意和掠夺他人交易机会等损害后果的，均不属于反不正当竞争法的规制对象。而在该案中，NBA 识别元素客观上已经在中国境内形成了可识别和稳定的指向性，权利人美商公司对该识别元素集合进行的长期运营及事实上已在游戏领域进行的商业化使用，构成了主张商品化权益的完整基础。同时，被告的使用行为也超出了必要范围，且足以引起市场混淆，故构成不正当竞争。

3、如第三方将商品化形象元素注册为商标或作为商标使用的的，则可**主张“在先权利”通过商标法获得保护**。亦或者，**如权利人已经将形象元素注册为商标，当被告对于相同或近似形象元素进行商标性使用时，可主张商标侵权**。

例如，在前文提到的“乔丹”案中，法院提出：姓名权是自然人对其姓名享有的人身权，姓名权可以构成《商标法》第 32 条规定的在先权利，但该特定姓名应符合具有知名度、相关公众使用该特定名称指代该自然人以及特定名称与自然人之间建立了稳定的对应关系的构成要件。

特别需要注意的是，相较于前述两种保护路径，商标法提出了“在特定领域具有较高知名度的要求”。这与商标不得跨类保护的原则相类似，至于是否类似，需要结合消费群体、消费渠道以及实际提供的产品或服务综合判断。

如在“王大仁 Alexander Wang”商标异议案[11]中，北京高院明确：Alexander Wang 作为

[8] （2013）一中民终字第 05303 号
[9] （2020）沪 0116 民初 7640 号
[10]（2017）粤民终 1395 号
[11]（2018）京行终 1982 号

著名的美籍华裔服装设计师，在争议商标申请日之前在服装界内已经具有较高的知名度。而争议商标不仅完整包含了 Alexander Wang（王大仁）的姓名，且该商标核定使用的商品类别与王大仁赖以知名的“服装”在消费群体、销售渠道等方面存在较为密切的联系，易使相关公众产生联系，从而对商品的来源产生混淆或误认。

10 月 13 日，本文开端提到的全国首例影视剧台词声音权纠纷案宣判，成都互联网法庭认为，二被告未经过孙红雷同意、也未取得孙红雷许可使用的影视作品著作权人授权同意，在开发、制作、运营的游戏中使用其声音，**构成声音权侵权**。但是，法院审理后认为，游戏中的人物形象指向的是影视剧中的角色形象，而非孙红雷本人，**一般公众的理性认知不会将该反派角色认定为对孙红雷本人的社会认识与评价，因此判决该行为不构成一般人格权侵权**。作为全国首例影视剧台词声音权纠纷，相信该案也会成为我国商品化权利保护方面的重要案例。下期文章我们将为大家分享商品化形象权的前端保护路径，期待各位的持续关注哦。

（本文首发于 2023 年 11 月 6 日）

主播达人解约后，账号交接如何变更实名认证？

胡至浩、冀希泮

10 月 31 日，微信、微博、抖音、快手、小红书等多家互联网平台陆续宣布，将分批次、分阶段引导粉丝量 50 万以上的自媒体账号对外展示实名信息，账号注册主体为个人类型的将显示注册人真实姓名，机构类账号显示企业、机构名称，相关实名信息可在账号资料页进行查看。对未按要求实名的大 V 账号限制其流量和收入，包括推荐流展示限制、热搜展示限制、广告分成限制、打赏收入限制等。

实名认证信息，已经从平台后台移向了前台。对于主播达人和 MCN 机构而言，账号的实名认证信息也已经从单纯的账号归属层面，上升到了对公众和粉丝的吸引和信赖层面。而因为有账号实名认证规则的存在，当账号权属存在纠纷、经处理后面对账号交接问题时，实名认证的变更该如何操作？如账号交接时一方不予配合实名认证变更，另一方该如何操作？

在《自媒体账号归属何方？主播达人与 MCN 机构纠纷下账号归属的探讨》一文中，我们已经探讨了账号归属的问题。本文将针对上述问题，就账号的交接变更的实操路径进行介绍和探讨。

一、平台规定

目前，各大主流互联网平台的公开规则中均不支持实名认证的变更。具体如下：

平台名称	相关规定名称	规定内容
抖音	抖音用户服务协议	3.5 您在注册、使用抖音账号时，应提供真实、准确、合法、有效的身份证明材料及必要信息……您理解并同意，出于安全性和身份识别（如账号或密码找回申诉服务等）的原因，您可能无法修改初始注册信息、实名信息及其他验证信息
	实名认证相关问题解答	问：如何取消/修改实名认证？ 答：抖音账号实名认证暂不支持取消与更换，如果需要解绑实名，你可以选择注销实名账号，注销成功后可在新账号实名
快手	实名认证相关问题解答	问：实名认证能更改吗？ 答：实名认证信息仅用于平台直播、活动提现、身份验证等操作，为确保身份信息的真实有效，暂时无法进行解绑或换绑。
小红书	实名认证服务协议	·信息变更 您提交的资料和信息是作出认证结果的重要依据，任何资料和信息的变更将可能影响认证结果，您应当在资料和信息变更时及时提出补充认证申请，否则，小红书公司有权拒绝或终止提供本服务。
	相关问题解答	问：实名认证可以变更吗？

		答：根据小红书实名认证相关规则，-个身份信息仅可认证一个账号；一旦认证成功，不支持变更/取消。
微信视频号	视频号身份验证规则	完成「视频号身份验证」后身份信息不能取消、更换，请谨慎选择用来验证的身份信息。
微博	相关问题解答	问：为什么证件绑定后无法修改、解绑？ 答：为了保护广大微博用户的账号安全，为了避免盗号者盗取用户的微博后恶意更改其账号证件信息，微博账号在绑定证件后不支持解绑和更换证件。

那在解约后，如一方不予配合变更账号实名认证，是否账号权利方就束手无措了？

二、司法实践

（一）司法裁判

1. 司法裁判逐渐倾向支持账号可进行实名认证变更

通过公开判决书可知，虽然不同法院对于能否变更账号实名认证存在不同的理解，但是近年来的司法裁判口径也在逐步发展变化，更多的倾向于支持账号的实名认证变更。

在 2019 年的天 X 公司与王 X 合同纠纷一案1中，法院认为：“虽然双方在协议中明确约定账号所有权归天 X 公司，但案涉账号已绑定王 X 的个人身份证，且账号登记注册施行实名制的前提下，不宜更换，也不得随意变更，且返还账号不具有可操作性，故对天 X 公司的该项诉讼请求，本院不予支持。”

而在 2020 年的抖 X 文化传媒有限公司与周 X 合同纠纷2一案中，法院认为：“关于被告提出的‘抖音帐号一经实名认证后无法变更’的抗辩，经本院与北京市微播视界科技有限公司核实，抖音账号经过法院确权判决后，可以进行变更处理，故涉案抖音账号已由被告实名认证并不影响本案的处理。”

又如在 2021 年的神 X 文化传播有限公司与陈 X 合同纠纷3一案中，法院认为：“根据北京微播视界科技有限公司的回复意见，抖音账号的实名认证信息亦非不可更改。因此，陈 X 请求判决案涉抖音、快手账号归其所有，理据不足，本院不予支持。”

可以看出，**即使平台规定中不支持实名认证变更，在法院核实的情况下平台实际上可以根据相关法定事由或执行司法机关、行业主管机关依法作出的指令对确需修改实名认证信息予以协助修改**4。随着法院与平台之间沟通的深入，法院对于实名认证的态度已经转变为可以变更。

2. 司法裁判曾参照《互联网用户公众账号信息服务管理规定》要求账号变更需经申请、核验、公示，但新规中并未有相同的要求

另一方面，法院在支持实名认证变更的同时，也会强调账号的转让需参照《互联网用户

---

1 (2019)吉 2401 民初 5123 号
2 (2020)浙 0782 民初 8757 号
3 (2021)粤 01 民终 4018 号
4 参考浙江天平公众号：《员工“出借”个人信息帮公司认证抖音账号，离职后能要求注销吗？》，https://mp.weixin.qq.com/s/wG5AatRWXN1UOswOgf6Umg

公众账号信息服务管理规定》。

如在广州互联网法院 2022 年之前审理的一则案例中提到：“网红经纪公司虽然约定了主播应向其交接案涉账号密码，但未明确交接的期限和方式，也没有经短视频平台同意，并履行账号主体变更公示。参照《互联网用户公众账号信息服务管理规定》对账号转让的要求，账号转让应当向平台提出申请。平台要对受让的用户进行认证核验，并公示主体变更信息。擅自转让账号被平台发现后，平台是会暂停提供服务的。”5

《互联网用户公众账号信息服务管理规定》自 2021 年 2 月 22 日开始实施，该规定第十一条明确:“公众账号生产运营者向其他用户转让公众账号使用权的,应当向平台提出申请。平台应当依据前款规定对受让方用户进行认证核验，并公示主体变更信息。”

根据此条，账号的实名认证可以变更，但需要经过向三个步骤：

(1) 向平台申请

(2) 平台核验

(3) 平台公示

然而，**各大平台目前并没有公开规则明确主播达人账号实名认证变更的申请、核验、公示步骤。**

2022 年，国家互联网信息办公室下发《互联网用户账号信息管理规定》，该规定自 8 月 1 日起开始实施，对一般的互联网用户账号信息相关规范予以明确。在该规定中关于实名认证的仅有第七条及第九条两条。

第七条 互联网个人用户注册、使用账号信息，含有职业信息的，应当与个人真实职业信息相一致。

互联网机构用户注册、使用账号信息，应当与机构名称、标识等相一致，与机构性质、经营范围和所属行业类型等相符合。

第九条 互联网信息服务提供者为互联网用户提供信息发布、即时通讯等服务的，应当对申请注册相关账号信息的用户进行基于移动电话号码、身份证件号码或者统一社会信用代码等方式的真实身份信息认证。用户不提供真实身份信息，或者冒用组织机构、他人身份信息进行虚假注册的，不得为其提供相关服务。

不难看到，新出台的《互联网用户账号信息管理规定》中并未像《互联网用户公众账号信息服务管理规定》中明确三个步骤。这可能是由于监管层面对公众账号的考量与对一般大众用户账号的考量并不相同。笔者推断，在相关新规出台之前，各大平台将继续维持现状，即公开规则不支持实名认证变更但同时可根据相关法定事由或执行司法机关、行业主管机关依法作出的指令对实名认证信息予以协助修改。

（二） 司法执行

如果法院判决之后，如果一方当事人未主动履行生效法律文书确定的义务，另一方当事

[5] 参考最高人民法院公众号：《谁来保护“你”，我的短视频账号？》，https://mp.weixin.qq.com/s/5qKhdJJ_liMXyQ32_z2pSg

人可以向法院申请强制执行。

如天津滨海区法院曾处理过一起强制执行的案例6，因传媒公司未主动履行生效法律文书确定的义务，李 X 向法院申请强制执行。法院受理后，第一时间向被执行人发出了执行通知书，但其未予理会，甚至无法联系。办案团队经多方查找，辗转联系到被执行人释法明理，要求其将李 X 抖音账号从某抖音工会后台退出，但被执行人仍多次以忘记公会密码、申请人账号已注销等理由拖延执行。为确保妥善高效解纷，承办法官郝金亮即联系短视频平台，询问案件的可执行性及相关流程，并在平台协助下，将李 X 抖音账号脱离该工会，该案得到了圆满解决。

三、实名认证变更的具体操作流程

综合上述分析，在目前互联网平台不支持平台内直接变更实名认证的情况下，根据现有公开判例，账号权利方可以采取的方式如下：

第一步，向相对方提起诉讼，请求返还账号或者请求确认账号归己方所有；

第二步，在诉讼过程中，法院可能会发出协查函向平台确认是否可以变更账号主体等实名信息，或者也可以通过在先案例向法院证明，平台可以在司法机关依法作出的指令下对实名认证信息予以协助修改，使法院确认实名认证信息存在变更的实操可能性；

第三步，取得胜诉判决，判令相对方将账号归还或者确认账号归属于己方；

第四步，如相对方拒不履行账号信息变更义务，可以向法院申请执行。

<table>
<tr><th>第一步</th><th>第二步</th><th>第三步</th><th>第四步</th></tr>
<tr><td>原告起诉</td><td>平台沟通确认</td><td>取得法院判决</td><td>申请强制执行</td></tr>
<tr><td>诉情类型一：
原告请求返还涉案账号</td><td rowspan="2">可由法院发出协查函要求平台回复，确认是否可以变更账号主体等实名信息</td><td>判令被告须将涉案账号及相应密码归还原告</td><td rowspan="2">如果相对方不履行账号信息变更的义务，法院可以强制执行</td></tr>
<tr><td>诉请类型二：
请求判决确认涉案帐号归原告所有</td><td>确认涉案帐号的相关权利归属于原告</td></tr>
</table>

随着自媒体行业的发展，自媒体账号的法律纠纷也日益增多，司法和规范对于自媒体账号的认知也日渐成熟。在前面几篇文章中，我们已针对账号归属、账号交接问题进行了分析。后续，我们将继续关注自媒体账号相关的各类法律问题，也期望为各位读者提供更多专业法律分析与实务建议。

（本文首发于 2023 年 11 月 13 日）

6 参考天津滨海新区法院公众号：《强制退会！滨海新区法院高效执结首例抖音主播退会案》，https://mp.weixin.qq.com/s/YFv3PuRmrAi07vwXJ_dHOA

明星直播带货、发布“种草”视频，构成商业广告代言吗？

李凤翔、金宬

传统视野下的广告代言行为往往指知名主持人、演员或歌手受品牌方邀请、委托，为其经营的商品或服务拍摄代言宣传片或平面物料，并将前述物料在双方约定期限内进行投放。广告作为桥梁，将品牌的详细信息广而告之；而知名代言人则作为背书，增强消费者对品牌的信任度。

新媒体时代，广告的形式日新月异，代言人范围日益扩张，不局限于传统的知名主持人、艺人、歌手，网络红人、Key Opinion Leader（KOL）或 Key Opinion Customer（KOC）等也都可能成为代言人（为方便讨论，以下我们将上述代言人统称为“明星”），代言人参与广告代言活动的方式也逐渐多样化。对广告代言活动的监管与法律规制更是日益完善，是否被认定为广告代言人，将直接关系到相关主体在这一商务活动中需要承担的责任与义务。那么，面临各类新兴的广告商务活动，如何认定明星行为是否已构成广告代言？本文将结合当下的不同商务广告活动情形，就此展开探讨。

一、广告代言的法律定义

《广告法》第二条第一款规定：“在中华人民共和国境内，商品经营者或者服务提供者通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者服务的商业广告活动，适用本法。”第五款则规定：“本法所称广告代言人，是指广告主以外的，在广告中以自己的名义或者形象对商品、服务作推荐、证明的自然人、法人或者其他组织。”因此，《广告法》体系中的“广告代言人”基于商业广告活动而产生，要清晰理解广告代言的法律定义，首先就要厘清商业广告的定义。换言之，如果商业广告都不构成，更无从谈起“广告代言”了。

（一）商业广告的定义

根据前文所引用的《广告法》第二条第一款的规定，《广告法》定义中“商业广告”包含四项必要构成要件：

（1）地域限定：发生在中华人民共和国境内；

（2）主体限定：必须是商品经营者或服务提供者；

（3）目的限定：为了直接或间接地介绍、推销其经营的商品或提供的服务；

（4）载体限定：必须通过一定的媒介和形式。

从市场监督管理部门规制商业广告活动的执法实践来看，执法机关在认定相关内容是否属于商业广告时也主要依赖以上要件。其中第（3）点尤为重要，即关注相关内容的实质目的。

（二）广告代言人的定义

明确什么是“商业广告”后，我们再来看什么是“广告代言人”。首先，《广告法》第三十八条对“广告代言人”设置了两方面的准入门槛：

（1）需年满十周岁；

（2）三年内无“虚假代言”前科。

除以上准入门槛外，根据《广告法》第二条规定，**广告代言人的构成要件主要包括以下内容：**

（1）**主体要件**：必须是广告主以外的自然人、法人或者其他组织，也就是说如果白敬亭为自有品牌“GOODBAI”推荐、证明，因其本人是该品牌企业的股东及实际控制人，而不属于广告代言人；

（2）**行为要件**：必须是以自己的名义或形象对商品或服务作推荐、证明。这里包含了

两条信息，首先是代言人要对商品或服务进行推荐、证明。其次，必须是以本人的名义或形象，这要求代言人在广告中具有可识别性，且以自己独立的人格作推荐、证明；这一点主要用于区别“广告代言人”和“广告表演者”。

（3）**隐形要件**：需为广告主委托代言产品（服务）的推荐、证明活动才构成广告代言活动，因此，普通消费者自发在大众点评上对所使用的商品或服务进行点评、推荐的行为不构成广告代言活动。

对于行为要件的理解，可以综合各地执法机关发布的代言合规指引具体解读。比如上海市市场监督管理局制定发布的《商业广告代言活动合规指引》（以下简称“《上海市指引》”）中认为，“对于一些知名度较高的主体，如：在广告中将身份信息予以明确标示的，如姓名、职业等，对消费者表达自己对产品的推荐、证明，影响消费者购买选择的，属于以自己的名义，利用自己的独立人格进行广告代言；知名文艺工作者、知名体育工作者、专家学者、‘网红’等明星艺人、社会名人等，因其具有高度身份可识别性，虽然广告中未标明身份，但公众通过其形象即可辨明其身份的，属于利用了其独立人格，以自己的名义或形象进行广告代言”。北京市市场监督管理局发布的《北京市明星广告代言行为合规指引》（以下简称：“《北京市指引》”）以及厦门市市场监督管理局发布的《厦门市商业广告代言活动合规指引》也有类似规定。**从实务部门对行为要件的理解来看，行为人在推荐时是否表明身份、是否利用了自己独立的人格，行为人是否具有相当的知名度是其综合评判广告代言人的重要参考。**这些问题在具体广告活动中如何影响明星的商务广告合作？我们结合实践中常见的几种商务情形在下文分别讨论。

二、几种可能涉及“代言”的典型商务情形

（一）品牌代言人

传统商业术语中的广告代言人指品牌方与明星签订正式的《广告代言合同》，明星为品牌方所指定的产品拍摄相应的宣传广告物料，并将前述物料在双方约定期限内进行投放。代言范围通常有“全品牌代言人”“系列产品/服务代言人”“某一特定新产品/新服务代言人”，上述限定代言范围的用语一般会出现拍摄的物料中，作为明星署名的一部分。部分知名品牌方为了和更多明星合作，还会推出各种“品牌大使”“品牌挚友”等新的合作身份。

虽然“品牌大使”“品牌挚友”等称呼对明星而言或别有意义，但在法律定位上，该类商务活动中明星的行为及身份已具备代言人要件，均属于《广告法》意义上的广告代言人。此外**多地出台的《代言指引》中，也均将“品牌挚友”“品牌大使”“品牌体验官”等非典型商业“代言人”署名方式纳入“广告代言人”身份中。**

（二）综艺节目中的商务合作

1.口播

综艺节目中的明星商务合作模式主要有明星在综艺节目中的口播。比如《脱口秀大会》节目中，脱口秀演员将赞助商的产品揉进他的脱口秀段子里，就属于典型的口播商务。

对节目内广告进行口播的节目嘉宾或主持人既不是广告主，又在签署演出合作协议过程中直接或者通过节目方间接地接受了广告主的委托（一般指合同中的商务条款），以自己的名义或者形象在节目中对赞助方的产品或服务进行了推荐、证明，则其身份明显符合广告代言人的构成要件。因此，**明星在综艺节目中进行口播，也易被认定为一种广告代言行为**。

2.广告小剧场

综艺节目中，除明星口播外，插播广告小剧场作为新型明星商务合作模式在近年来逐渐流行。

同样以《脱口秀大会》为例，**部分脱口秀演员会参与节目中广告小剧场的演出，以广告表演的形式向大众展示、推荐赞助商的产品。这种情况下，参演艺人是否构成广告代言人，**

抑或只是广告表演者？

《上海市指引》给出了答案：“含有商业植入广告的综艺节目中，参与的明星艺人、社会名人等，以自己的名义为植入的商品、服务进行了推荐、证明（如通过创意中插、情节设计等广告形式），符合广告代言人的定义，应当履行广告代言人的法律责任和义务。”**执法部门认为，虽然此时的明星作为广告情境的表演者，但其仍然具有独立的人格，以自己的名义进行了推荐、证明，构成广告代言人**。这一结论的基础在于，首先，参与演出的明星具有明显的可识别性，能够被大众准确识别，如果广告方仅需要广告表演者展示该商品或服务，完全可以寻找一位不具有识别性的广告演员，明星在此广告中作为广告表演者的身份不是必需的；其次，在综艺节目中的广告小剧场参演广告的明星也是综艺节目的嘉宾，即便明星没有在小剧场单独署名，其在综艺节目中的署名也可以使得观众明确明星身份。此时明星在该广告中不仅本身形象具有识别度，且已经进行了署名，故应当被认定为广告代言人。

3.对赞助产品的必要使用

如果明星仅仅是在综艺节目中单纯使用相关赞助产品，不涉及任何广告推荐口播或刻意的推荐行为，将难以被认定为相关赞助产品的代言人。

比如在《五十公里桃花坞》节目中，众多明星在做饭环节实际上使用了赞助商的厨房用品，但由于该节目是以“慢生活”为主题的社交类综艺节目，做饭属于节目必要环节，且通过镜头语言能够看出，除非单独的口播环节，明星们在使用过程中没有刻意突出品牌 Logo，也没有针对其进行推荐、介绍，则在该类广告植入中，只有明确进行口播的明星可能构成“广告代言人”，仅单纯使用了赞助商产品进行必要炊事活动的其他明星不属于广告代言人。同样地，如果只是在综艺节目场景中放置产品物料或在节目中间插入产品广告，也不属于明星代言行为。此外，实践中，不参与口播商务的艺人也往往会出于避免违反现有代言的竞品条款、被误认为代言人而尽量避免与赞助品牌的同框，就此还需结合明星现有代言产品的具体约定进行分析。

（三）影视剧中的商务合作

影视剧中的明星商务合作除了明确的代言外，主要还有结合剧情的道具植入、影视剧中插广告小剧场。**与综艺节目不同的是，明星在参与影视剧中的商务广告合作时，无论是参与中插广告小剧场的广告表演还是直接在影视剧中对赞助方提供的道具使用行为，往往都是以剧中的角色形象出现的。**结合《上海市指引》中的规定：“在广告中将身份信息予以明确标示的，如姓名、职业等，对消费者表达自己对产品的推荐、证明，影响消费者购买选择的，属于以自己的名义，利用自己的独立人格进行广告代言……如果广告中没有标明身份，公众也难以辨别其身份，则不是以自己的独立人格进行商品或服务推荐，该种情形可以认为属于广告表演，而不是广告代言”。可以发现，**“是否以自己名义或形象、利用自己人格进行推荐、证明”是辨别影视剧中的明星商务是否构成“广告代言”的核心。**

1.电视剧中插广告小剧场

在电视剧中插广告小剧场中，虽然演员往往以电视剧角色的服化道形象进行广告演出，但由于影视角色不可能以自己独立的人格推荐赞助商品，故实际上仍然是演员在脱离剧情故事的情况下，利用自己的独立人格参与广告活动。其次，如果存在演员未在中插广告小剧场中署名情形，影片的片尾卡司也会明确该角色形象的演员署名。故，我们认为演员如直接或通过第三方与品牌方达成了商务合作协议，属于受品牌方——广告主委托的自然人（演员出演广告小剧场一般均为商务合作），则极大概率构成“广告代言人”。此外，**《北京市指引》也明确规定了“明星以扮演的影视剧角色在广告中对商品或者服务进行推介”的，构成广告代言。**因此，在参与此种类型的商务广告工作时，仍然建议艺人以“广告代言人”的审核义务严格约束自身，完成代言人应尽的广告审查义务。

2.赞助商品作为道具使用

在电视剧中设置相关产品作为道具，通过在剧中展现，并利用演员的台词、表演进行介绍的情形是否是属于广告代言。目前，尚未找到明确案例支持，但通过对上述相关规定的分析，我们认为除非该广告植入明显与主要剧情脱节，一般不构成广告代言。主要原因为，为保证影视剧制作、推广能够顺利进行，创作团队往往需要邀请明星参演以及寻求广告赞助。这属于两种不同且不可避免的工作。在这种情形下，广告植入应当属于剧组赞助的一部分。**如果该赞助产品在剧中出现的场景及同框演员所为此进行的表演与故事剧情、人物设定不相违背，同时，演员未通过直接或间接的方式接受品牌方的委托，则演员只是在履行其表演义务，完成演员的工作，不宜认定为广告代言人，作为广告表演者更为适宜**。但如果影视剧上映后，相关演员与广告主合作，以“某某（角色名或演员名）同款”的名义进行宣传，生产、传播带有该角色或演员形象的宣传物料，则实际上已经脱离了剧本故事和演员的表演工作，不属于电视剧表演中不可分割的一部分，可以认为由演员利用其独立的人格，以自己的名义或形象进行推荐、证明。

（四）其他一次性的商务推荐活动

伴随着互联网及自媒体的发展，除以上较容易辨别的商务代言活动，明星参与的商务活动形式也呈现出多样化态势。那么我们来看一看下面这些活动中，参与的明星是否构成“广告代言人”。

1.直播间推荐

近年来，直播带货俨然发展成了一个新兴行业，其热度之高，也吸引了众多明星加入其中。除邀请明星至直播间参与某特定产品介绍外，也有部分明星长期稳定参与商业直播带货，其在直播间推荐的产品已不局限于某单个品牌，而更向专业的带货主播靠拢。邀请明星参与的直播带货活动，其最为明显的目的即为利用明星的高知名度及其个人影响力，影响消费者作出是否参与消费的决定，其效果显著，也造就了当下的“粉丝经济”。

明星在参与商业直播带货时，有时并不直接与品牌方签订合作协议，而是通过与第三方签订整体的合作协议，由第三方选定相关品牌方与明星进行合作直播。这种模式下，明星的身份的确是广告主以外的自然人，且其在以销售产品、吸引消费者购物的直播间出现并参与对相关产品的推荐活动，即便明星没有直接地、明示地推荐、证明产品，也应当认定为“以自己的名义或形象推荐、证明相关商品或服务”。问题在于，此时明星是否属于“受广告主委托”？我们倾向于认为：属于。即便明星未与品牌方直接签订合作协议，但其与第三方签订合作协议，由第三方代为将相关产品引入其参与直播活动的直播间，客观上应属于授权第三方与品牌方达成代言合作协议。综上，对明星参与商业直播带货，我们倾向于认为应也属于明星的广告代言活动。

2.网络平台的种草、翻包视频

伴随着消费水平和认知水平的提升，消费者意识到“代言”仅是一种吸引大众关注的营销手段，对于广告代言的态度愈发理性。因此，相比于明星在大众面前推荐、证明的“代言”产品，明星们“无意间”露出的私人物品更能够吸引粉丝和其他消费者。邀请明星录制种草、翻包视频正是在这种趋势下应运而生的新型营销模式。

在这一商业模式中，受邀请的明星仍然是广告主以外的群体，并受品牌方——广告主委托，在种草、翻包过程中为品牌方的产品进行了推荐、证明。明星的代言价值仍然存在，因此，这种看似“新颖”的广告营销模式本质上仍然是“广告代言”活动。

当然，如果是真实的明星自用物，且明星并未与该商品的经营者或其他第三方针对该商品推荐签署任何商业合作协议，只是在对外发布的 vlog 视频或者在与粉丝互动中，单纯地向粉丝分享自己平时的爱用好物，无明显的品牌露出，则不属于商业广告代言，明星也不属于“广告代言人”。

3.知名博主、KOL 创作内容中的广告

近年来，互联网自媒体的发展造就了一批批知名博主、UP 主、大 V（以下统称“博主”），更造就了无数 KOL、KOC。因博主、KOL、KOC 在其领域范围具有相当影响力，且合作费用远低于流量艺人，也成了相关品牌方钟爱的合作对象。

博主们接到品牌方的合作邀请之后，往往将广告内容穿插在自己创作的内容中向粉丝发布。在这种模式下，博主属于广告主以外的自然人、法人或者其他组织，品牌方——广告主委托了该博主对其产品或服务进行推荐。博主知名度虽然没有流量艺人知名度高，但也具有了一定的可识别性，且其平台主页以及内容创作页必然也标注有该博主的网名或者艺名，而其行为实际上构成以自己的名义或形象推荐、证明品牌方——广告主经营的产品或服务。因此，此时该博主在广告活动中的地位属于品牌产品的“广告代言人”。除此之外，实践中博主们往往会在自己创作内容的评论区展示相关产品的专有购买链接。该链接作为广告主与博主之间联系的证明，实际上也成了执法部门在认定其推广是否为“广告代言”的补强证据。

三、结语

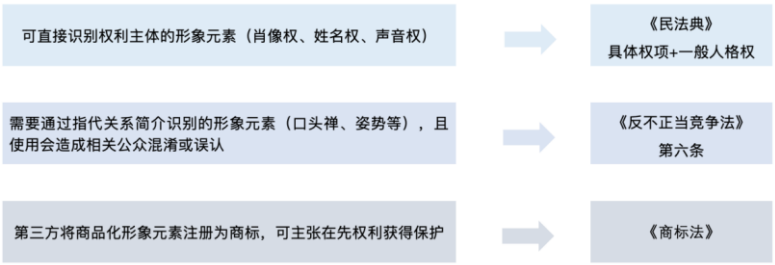
不同于商业语境下的“代言人”，法律定义中的“代言人”实际涵盖了更广的范围。此外，明星在参与商务广告合作过程中，除了常见的广告代言人身份，亦可能构成代言人之外的其他广告参与者身份。不同身份所应承担的法律责任不同，面临的法律风险也各不相同。这几个不同身份的广告活动参与主体共同或各自都面临着怎样的合规风险，我们留待之后的文章继续探讨。

（本文首发于 2023 年 11 月 27 日）

有人模仿我的脸，还要用我的声音赚钱？
——再议商品化权中的形象权（下）

田潇雨

在《有人模仿我的脸，有人用我的声音赚钱？——聊聊商品化权中的形象权》的上篇里，我们说到商品化形象权是具有一定知名度的公众人物、对于其可识别身份特征进行商业使用以获取收益的权利。结合现有法律规定及司法裁判口径，商品化形象权的保护方式主要分为以下三种：



当知名人物通过前述三种方式寻求法律救济时，更多的是希望对其在使用过程中投入付出与努力所打造的可识别性形象元素所承载的财产性权利予以保护。然而，除了事后救济，在事先确权以充分行使权利的同时避免权利行使过程中“陷阱”同样值得关注。本篇文章继续和大家聊聊商品化形象权的前置保护措施。

确权阶段——一步快，步步快

知名人物具商品价值的形象元素可通过商标权、著作权、外观设计专利权等知识产权获得保护。然而，无数经验和教训告诉我们，知识产权确权的核心在于“抢”，否则稍不留意，权利就会落在其他抢注人手中。那么在“抢”之前，到底应该抢什么呢？

1、 知名人物的姓名、标志性动作、口头禅、声音、肖像等元素可注册为商标

将可识别性形象元素注册为商标是最常见且有效的保护方式。主要原因在于：**其一，商标权与商品化形象权的核心要件之一均为“指示来源”；其二，两种权利经过一定时间的使用均可产生一定的商业价值。**实践中，知名人物将包含姓名、艺名、角色名等名称注册为商标的情况早已屡见不鲜。但值得关注的是，像声音、动作、身形（或身体部位）这类具有间接指向性的元素，同样可申请注册商标，且相应元素具有的商业价值完全不亚于名称或肖像。这里就不得不提到此前 NBA 球星科怀·伦纳德与 NIKE 的商标纠纷。2011 年，伦纳德与 NIKE 公司达成合作，成为该公司乔丹品牌的代言人。签约后，伦纳德以自己的标志性大手为素材，并将字母“KL2”融合在内，设计出了一款具有代表性的“大手”LOGO，NIKE 随即推出了印有该 LOGO 的冠军别注款球鞋。2018 年，伦纳德结束了与 NIKE 的合作，转签新百伦。然而，当他意识到该 LOGO 的重要性想要收回自行授权使用时，NIKE 公司已抢先一步将其注册为了商标，该案最终以伦纳德败诉告终。更加讽刺的是，随着该案的宣判，这款印有

大手 LOGO 的球鞋也成为绝版，售价暴涨。

商标申请过程中除了保证及时性外，**申请类别及申请主体同样需要注意，**以保证将相对完整的权利掌握在实际使用人手中，避免出现“李子柒”商标的困境。

2、 知名人物的肖像、标志性动作、卡通形象、影视剧照等可进行著作权登记

相较于商标权，知名人物将以上形象元素进行著作权登记前，往往需要经过一个前置环节——授权。主要原因在于前述元素需要通过一定载体呈现后方可商业利用，而这种载体大部分情况下需要借助第三方。例如，肖像需要通过拍摄照片还原，卡通形象需要设计绘画，影视剧照同样基于影片拍摄，在此过程中，完成拍摄、绘画、摄制的主体享有相应作品的著作权。即便作品内容系对知名人物的反映，但通常情况下，如无事先约定，则需要从作品的著作权人手中获取权利后再进行登记。

3、 印制于商品包装、鞋帽服饰等产品上的知名人物可识别性元素可申请外观设计专利

这种保护方式乍一看似乎有些别出心裁，但下面这个成功案例相信大家绝不陌生。

著录项目 | 主视图 | 说明书附图 | 全文图像 | 法律状态 | 同族 | 引证

被引证

申请号	CN200930300466.3
申请日	2009.02.11
申请人所在国家/地区/组织	CN
代理人	程新敏
代理机构	贵阳中新专利商标事务所
外观设计洛迦诺分类号	19-08
公开号（授权）	CN301124177D
公开日期（授权）	2010.01.27
申请人（授权）	贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司
设计人	陶华碧
发明名称（授权）	瓶贴（老干妈香辣脆油辣椒）

使用状态参考图

除商品包装外，《专利法》第四次修改后将外观设计专利的保护客体从产品整体拓展到了产品局部，这一变化使得服装设计的外观设计保护更为便利。基于此，对于知名设计师或拥有主理品牌的明星来说，即可将印有可识别性形象元素的鞋帽服饰、包袋等局部设计通过外观设计权予以保护。**特别需要注意的是，仅具有新颖性的设计可申请专利，因此正式提交专利申请之前，应对具体设计内容予以保密。**

授权阶段——一步坑，步步坑

实践中，有关于商品化形象权的授权许可很少会以独立授权协议的形式出现，而是散见于各种冗长、复杂的《演艺经纪合同》、《演员聘用合同》、《综艺录制合同》等各类合同的不同条款中。稍不留意，便会失去对形象权的控制。

下面，我们就以商品化形象权商业开发程度较高的演员为例，列举一些常见“坑”的避坑指南。

避坑指南一——著作权授权≠形象权授权

根据我国著作权法的规定，影视剧作为视听作品著作权由制作者，即由出品方享有。据此，演员与出品方在签署演员聘用合同时，通常都会明确约定影视剧正片、花絮、预告片、剧照等作品的著作权归属于出品方，且演员同意出品方在上述作品中使用其肖像、声音等。

尽管如此，签署同意合同中的著作权条款并不等于一并签署了肖像权、声音权等形象权的“卖身契”。根据《民法典》第一千零一十九条第二款的规定：未经肖像权人同意，肖像作品权利人不得以发表、复制、发行、出租、展览等方式使用或者公开肖像权人的肖像。不难看出，肖像权与著作权是两个完全相互独立的权利，著作权人对作品的使用仍需事先征得肖像权人的许可。摄影作品亦是如此，即便拍摄者享有摄影作品的著作权，但其对该作品的使用需要以不侵犯被拍摄者的肖像权为前提。

避坑指南二——“衍生品开发”需谨慎

实践中，一旦合同文本涉及授权内容，“衍生品”、“衍生品开发”这类表述就会暗戳戳地藏在某一条款中。实际上，“衍生品”是一个极为宽泛的概念，可以涵盖一切基于作品本身的二次商业化开发。**即便使用，也需要对“衍生品开发”做穷尽式列举。**

如在杨洋与云南白药公司肖像权纠纷一案[1]中，一条关于“甲方（出品方）有权将影片所涉及的元素，包括但不限于人物造型、肖像改编为其他形式或开发与影片相关的衍生产品……，乙方成员同意甲方在该衍生产品中使用乙方成员姓名、个人资料、在影片中的剧照、肖像或声音，但甲方无需另行向乙方支付任何费用……”的表述，就让演员杨洋无偿成为了云南白药的代言人。该案中，法院认为“电影衍生品”一般是指对电影中的元素进行开发并加以商业化运作而获得的产品。从电影衍生品产业发展的现实情况来看，几乎所有电影元素都可以通过任何类型的产品进行商业化开发，即“电影衍生品”是一个非常宽泛的概念。基于此，法院最终认定因杨洋已经签署确认了“衍生品开发”的无偿授权，故出品方有权将其剧照授权云南白药进行商业宣传。

因此，留意形象权授权条款中关于“衍生品”的内容，避免因无偿、被动代言给自身商

[1] (2018)京 0105 民初 44608 号

品化形象权带来的损失。

避坑指南三——授权期限需明确

无论是录制综艺、影视剧过程中的授权，还是代言或联名合作的授权，均需要事先明确授权期限。相较于影视剧制作，超期限授权的坑在代言或联名合作中较为常见。

如在刘昊然与上海上美化妆品公司肖像权纠纷一案2中，演员刘昊然与被告公司签订代言合同，由其代言“一叶子”面膜，代言期限两年。合同明确约定：代言期限届满后不再续约时，上海上美公司有 2 个月的清理期，以便被告公司停止使用、收回或销毁所有涉及到刘昊然的广告及产品。然而，授权期限届满后两年，原告依然可在线上、线下购买到印有其肖像的产品。诉讼中，尽管被告以“内部已销毁相关产品及物料”“无法控制经销商”等理由抗辩，但因其负有销毁市场上所有设计刘昊然产品及物料的义务，故构成侵权。

尽管《民法典》第一千零二十二条规定，任何一方当事人可以随时解除肖像许可使用合同，但是应当在合理期限之前通知对方。**为保证期限届满后及时收回授权，建议一并明确被授权方及经销商超期限使用的违约责任，同时要求对方承担维权开支。**

避坑指南四——广告植入≠广告代言

广告植入属于品牌对节目本身赞助的对价，相当于节目或影视剧制片方为该品牌打了广告、进行了背书。而广告代言则完全是知名人物个人对产品进行的推荐、背书，正式确认代言合作之前往往需要经过详尽的品牌背调，两者具有完全不同的法律效果。实践中，不少演员已经遇到了“广告植入”的“大坑”。

如在张予曦与山东赫姿生物科技公司网络侵权责任纠纷一案3中，张予曦因录制《闺蜜好美》综艺节目签署了《广告植入协议》等协议，约定节目制作方可在节目中植入品牌赞助方广告。后节目制作方授权蓝色星空公司对该节目进行广告招商，该公司与被告达成了合作。然而，被告不仅在节目中进行了广告植入，还擅自在其经营的天猫、拼多多店铺中使用了张予曦的肖像，制造出张予曦为其化妆品代言的假象。

而在柳岩与深圳市冠鸣服饰公司等肖像权纠纷一案4中，被告对于原告肖像的使用就更加“巧妙”了。该案中，柳岩与节目出品方签订了《<阳光姐妹淘>录制嘉宾聘请合同》，其中约定因节目需要录制的原告海报、宣传片、语音等宣传物料的知识产权归出品方所有，出品方可自行及/或授权他人使用。后经品牌方授权的广告招商公司居间介绍，节目出品方与被告达成合作，**约定被告作为该综艺节目的指定合作伙伴，可在节目中进行广告植入，且可在授权范围内使用相关素材，但对授权内容的使用均不得脱离“节目指定合作伙伴”而单独使用，即其使用方式不得超出节目赞助/植入广告范畴。同时，授权方明确要求被告在使用节目素材时不得进行任何形式的加工或修改。**然而，这些看似严谨的授权条件同样让被授权方有机可乘。**该案中，被告的使用方式的确没有脱离节目本身，亦没有对素材进行任何加工和修改，且在图片上显著注明了“本期嘉宾”“糖粒联合推广合作伙伴节目指定大码内衣品牌”等字样，但其并非将该素材用于节目广告植入，而是大量用于其天猫店铺中。此外，被**

[2] （2022）京 03 民终 4613 号
[3] （2022）京 0491 民初 12183 号
[4] （2022）粤 1302 民初 14278 号

告使用的图片中仅有柳岩个人，且在其产品的宣传位置比较突出，足以让消费者误解柳岩代言其产品，构成肖像权侵权。

将授权内容落于纸面固然重要，但实践中被授权方超范围使用授权素材的方式也是千千万万。因此，**建议通过单独签署形象权授权协议的方式逐一明确具体授权内容、范围、期限，严格限制被授权方的使用权限。**

另外需要强调的是，绝大多数出品方都会委托第三方公司对外进行广告招商，前述两个案件亦是如此，在此过程中**无论是出品方还是被授权方，都需要严格审查各环节签署的授权协议，保证在后授权范围小于等于在先授权。**

结语

抢先申请或登记，把握主动权是保护商品化形象权的第一步。了解授权过程中可能存在的风险是有效行使商品化形象权的关键一步。这些隐藏在协议深处的不平等条款不仅会失去对自己肖像、声音等形象权的控制，还会因为被动代言竞品导致违约风险。对于演员来说是如此，对于需要签署经纪合同、授权协议的 KOL、UP 主、大 V 等公众人物来说亦是如此。除明确授权范围、授权使用方式外，在必要的情况下也可以考虑通过限制出品方对剧照、花絮等作品的使用方式，避免不当使用、恶意剪辑产生负面评价或社会舆情，尽可能将商品化形象权的利用和开发权掌握在自己手中。

（本文首发于 2023 年 12 月 52 日）

明星代言接洽中，需要注意哪些事项？

金成

上一期《明星直播带货、发布“种草”视频，构成商业广告代言吗？》文章中，我们讨论了明星的哪些商务合作属于广告代言活动，从广告合规视角出发，为大家讲解了《广告法》意义上“代言人”的内涵与外延，实际上与明星团队所认知的“代言人”存在一定的差别，并列举了比较常见的法律意义上的“广告代言”活动。从这篇文章中，不难发现，法律意义上的“代言”行为认定范围较为广泛，这也就要求明星在多种商务活动中，都需要竖立起自己作为代言人的风险审查意识，以降低自身的法律风险。

本期文章，我们就将详细为大家阐述明星在“广告代言”活动中，会遇到哪些风险，需要注意哪些事项，讨论明星“广告代言”的合规路径。

一、明星代言活动负面清单

（一）不允许参与代言活动的明星负面清单

在讨论明星代言的风险前，我们首先需要厘清，“代言人”的准入门槛，即哪些明星不具备参加“广告代言”活动的资格。

《广告法》第九条规定：“广告不得有下列情形……（二）使用或者变相使用国家机关、国家机关工作人员的名义或者形象……”第三十八条第二、三款规定：“不得利用不满十周岁的未成年人作为广告代言人。对在虚假广告中作推荐、证明受到行政处罚未满三年的自然人、法人或者其他组织，不得利用其作为广告代言人。”

综上，从《广告法》的规定来看，以下自然人、法人或其他组织不得作为“广告代言人”：

1. 国家机关及其工作人员；
2. 不满十周岁的未成年人；
3. 在虚假广告中作推荐、证明受到行政处罚未满三年的自然人、法人或者其他组织。

此外，根据市场监管总局、中央网信办等七部门印发的《关于进一步规范明星广告代言活动的指导意见》，以下两类明星不适宜作为“广告代言人”：

1. 发表过错误政治言论或者其他违背社会主义核心价值观言论造成恶劣社会影响的；
2. 存在吸毒、赌博、酒驾、强制猥亵、偷漏税、诈骗、证券内幕交易等违法犯罪行为造成恶劣社会影响的。

以上两类明星如进行相关广告代言活动，则相应广告根据事实情节，按《广告法》分别以“相关广告妨碍社会安定、妨碍社会公共秩序”及“相关广告违背社会良好风尚”处理。

（二）明确不允许明星代言的产品负面清单

根据《消费者权益保护法》《广告法》的相关规定，我们可将各类产品或服务分为“禁止生产、销售的产品或提供的服务”“禁止发布广告的商品或者服务”“禁止通过大众传媒宣传的商品或者服务”“禁止利用代言人推荐、证明的产品”“允许代言的产品”，除了最后一类外，前序分类的产品或服务均属于广告代言人不得代言的产品范畴，具体如下：

序号	产品分类	具体产品或服务
1	禁止生产、销售的产品或提供的服务	毒品、仿真枪、淫秽物品、国家命令淘汰的产品、枪支、弹药、管制刀具、人体器官、赌博、色情服务、非医学需要的胎儿性别鉴定等
2	禁止发布广告的商品或者服务	麻醉药品、精神药品、医疗用毒性药品、放射性药品等特殊药品，药品类易制毒化学品，以及戒毒治疗的药品、医疗器械和治疗方法，军队特需药品、军队医疗机构配置的制剂，烟草，野生动物及其制品等
3	禁止通过大众传媒宣传的商品或者服务	处方药、特定全营养配方食品、母乳替代制品禁止在大众传播媒介（含互联网）发布商业广告
4	禁止利用代言人推荐、证明的产品	医疗、药品、医疗器械，保健食品

（三）因不允许“特殊主体推荐”而限制明星代言的产品负面清单

除以上法律严格限制广告或禁止代言人推荐、证明的产品或服务外，《广告法》限制部分产品或服务在广告中利用“利用科研单位、学术机构、技术推广机构、行业协会或者专业人士、用户的名义或者形象作推荐、证明”。对于此类产品或服务，由于法律严格禁止“以用户的名义或形象推荐、证明”，而广告代言人的主要义务为使用代言产品并以自己的名义或形象推荐、证明，实质上是将代言人身份建立在用户身份之上，故该规定实质上限制了明星对此类产品的代言。故，虽然《广告法》没有明确规定禁止代言，但根据文义解释，结合执法部门对相关问题的答复，此类产品应推定为不允许代言的产品。

此类产品或服务主要分布在《广告法》第二十一条、第二十四条、第二十五条、第二十七条规定中，具体如下：

1. 农药、兽药、饲料和饲料添加剂；
2. 教育、培训服务；
3. 招商等有投资回报预期的商品或者服务；
4. 农作物种子、林木种子、草种子、种畜禽、水产苗种和种养殖产业。

以上负面清单为明星在接洽商务活动，确认合作前应当全面核查的内容，首先确保自身不在代言明星负面清单内，其次确认所接洽产品或服务不属于禁止代言范畴，否则可能因违法代言而为自身或相关合作方招致行政处罚，并引起较大负面舆情。比如，2022 年，陈伟霆代言帕特猫粮品牌，行政执法部门依据《广告法》第二十一条对相关品牌进行处罚，引起大范围讨论。

二、明星对广告主应尽的审查义务

《广告法》并未明文规定广告代言人对广告主的身份审查义务，虽法律并未明确规定该等强制性要求，但广告主的真实身份信息，是否具有生产、经营相应产品的资质，企业市场声誉、风评等也均属于明星接洽商务合作前不可忽视的审查工作范围。

（一）广告主身份、资格审查

明星在接洽商务合作时，应当确认广告主的真实名称、地址和有效联系方式，这是一切

合作的基础。其次，应当确认广告主具有拟委托推荐、证明的产品或服务的生产、经营资格，取得相应的营业执照或行政许可，比如审查拟合作的食品经营企业，是否持有《食品经营许可证》。上述身份、资格审查应当审查原件，以确保上述信息的真实性。

（二）广告主市场声誉、风评

确认上述信息后，代言人应当全面核查广告主目前的实际经营情况，包括但不限于广告主历史涉诉信息、行政相关信息，是否完整享有相关相关产品的相应权利，广告主近期是否因故卷入重大负面舆论等。上述信息虽不属于代言人的法律义务，但属于可能影响代言人的合作方重要信息，故代言人在接洽合作时，应当对此有全面了解。

三、明星对代言产品或服务应尽的审查义务

根据《广告法》第五十六条第二、三款规定："关系消费者生命健康的商品或者服务的虚假广告，造成消费者损害的，其广告经营者、广告发布者、广告代言人应当与广告主承担连带责任。前款规定以外的商品或者服务的虚假广告，造成消费者损害的，其广告经营者、广告发布者、广告代言人，明知或者应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布或者作推荐、证明的，应当与广告主承担连带责任。"基于该规定，明星应当对拟合作产品进行审查，具体如下：

1. 审查商品或服务是否客观存在。如果广告宣传的商品或者服务是虚假的，则该广告为虚假广告。根据《广告法》第五十六条第二、三款规定，代言人可能面临行政处罚。

2. 审查商品的性能、功能、产地、用途、质量、规格、成分、价格、生产者、有效期限、销售状况、曾获荣誉等信息，或者服务的内容、提供者、形式、质量、价格、销售状况、曾获荣誉等信息，以及以及与商品或者服务有关的允诺等信息。审查以上信息后，才能够确认后续广告主提供的相应宣传广告物料是否与实际情况相符。

审查以上产品信息，首先是为了确认产品是否符合生产要求、是否为合格产品；其次是为了掌握产品真实信息，以便在后续确认广告宣传物时，识别广告内容是否真实。

四、明星对代言产品或服务的使用义务

根据《广告法》第三十八条规定："广告代言人在广告中对商品、服务作推荐、证明，应当依据事实，符合本法和有关法律、行政法规规定，并不得为其未使用过的商品或者未接受过的服务作推荐、证明。"这意味着，明星一旦确认与广告主合作，应当对拟代言产品进行实际使用，履行代言人的使用义务。

《广告法》未对使用的程度进行规定，但根据一般常识和实践经验，该种使用应当符合一般消费者的使用程度，结合市场监管总局、中央网信办等七部门发布的《关于进一步规范明星广告代言活动的指导意见》（以下简称"《指导意见》"），具体如下：

首先，代言人应当在代言期间内，以合理的频率、频次持续使用代言商品；如某面膜产品的代言人，如一般消费者的使用频率或该类产品的建议使用频率为每周一次，则代言人应当以该频率实际使用。

其次，对于产品技术迭代速度较快的商品，代言人如果仅使用了某一代次的商品，则不得为该品牌其他代次商品代言。比如，代言人如果只使用了 iphone13 代次的系列产品，则不得代言 Apple 品牌其他代次产品。

另外，虽然《指导意见》提到明星对于婴幼儿专用或者异性用商品代言的，应当由明星近亲属充分、合理使用该产品。但考虑到近几年出现过明星代言异性专用产品被处罚的案例，且异性专用产品与婴幼儿专用产品不同，法律规定禁止利用婴幼儿作为代言人，但专用于某一性别的产品可以另觅能够使用产品的代言人，故不建议明星代言异性专用产品。

五、明星对现有广告内容应尽的审查义务

此外，明星在拟定合作意向后，应当对广告主现有的主要广告物料进行审查，重点包括广告内容的真实性和合法性。此项审查工作并不完全出于代言人的广告审查义务，也是因为代言人和广告主之间紧密的合作关系，如广告主因相关违法广告受到行政处罚，代言人亦可能受到波及。故，建议明星对拟合作广告主的主要现有广告进行审查，如发现问题，及时与广告主沟通，并确保代言前夕相应问题均得到妥善处理，以避免后续因广告物料产生问题、而使明星社会评价被波及。一般审查思路参考如下：

1. 广告内容是否与商品信息相符合，涉及引证内容的，是否真实可验证；
2. 广告内容所涉相应行政许可信息保持一致；
3. 广告内容是否存在损害国家形象和利益的情形；
4. 广告内容是否可能危害社会安全或违背社会良好风尚；
5. 广告内容是否存在使用绝对化用语、医疗用语或易混淆用语等。

结语

以上内容仅为明星在接洽商务合作、广告代言等合作时，需要注意的风险内容及一般合规思路。然而，实践中合作接洽时的风险防控仅仅是商务合规工作中的开端。合作过程中的物料审查才是合规工作中的重头戏。下一期，我们将展开讨论，合作过程中（代言期限内），明星对相关广告宣传物料的合规思路。

（本文首发于 2023 年 12 月 11 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。但如果有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。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 2023 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**，公司应当及时办理法定**减资**程序或者**由其他股东或者第三人缴纳相应的出资**。在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前，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相应责任的，人民法院应予支持。	**《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**，发现股东未按期足额缴纳出资的，**应当**向该股东发出书面**催缴书**，催缴出资。 公司依照前款规定催缴出资，**可以**载明缴纳出资的**宽限期**；宽限期自公司发出出资催缴书之日起，不得少于六十日。宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，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**丧失其未缴纳出资**的股权。 依照前款规定丧失的股权应当依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权；**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**未按期足额缴纳出资，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

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。但不论如何，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。

你需要了解的股权回购：权利性质和行权期限

崔岩双、李煦

在 PE/VC 投资中，股权回购条款是投资人的安全垫，同时也是创始人的达摩克利斯之剑。股权回购条款通常约定在满足一定条件时，投资人有权要求目标公司或目标公司其他股东（通常为创始股东）以约定价格回购投资人所持股权，为投资人设置退出机制，并非《公司法》规定的异议股东回购请求权。

本文所探讨的对象，是基于股权回购条款产生的、以其他股东为回购义务人的股权回购权。因为对于目标公司回购股权，现阶段行权存在公司法上的限制。如《九民纪要》要求法院“审查是否符合公司法关于‘股东不得抽逃出资’及股份回购的强制性规定，判决是否支持其诉讼请求”；最高院最高（2020）最高法民再 350 号亦判决：“尽管 2012 年 3 月 30 日的《协议书》是双方当事人的真实意思表示，但协议中关于财神岛公司回购股份的约定不属于公司法第七十四条和财神岛公司章程所列举的情形，不符合公司法关于资本维持的基本原则，广华投资企业请求财神岛公司收购其股权的条件并不具备。”

一般而言，股权回购条款通常会明确投资人行使回购权的情形。但司法实践中，交易双方约定的股权回购条款各不相同，个案中对于股权回购权的性质及行权期限的认定也存在差异。因此，**对投资人来说，这种认定上的差异将导致其行权风险；对其他股东而言，投资人行权期限的不确定也将导致公司的股权结构和资金状况长期处于一个不稳定的状态，不利于公司的经营发展。**因此，确定股权回购权的性质及行权期限，是一个亟需解决的热点问题。

对于股权回购的行权期限，实践中的约定条款各不相同。就权利性质来看，有的回购条款设计上具有明显的形成权性质、有的条款却具有请求权性质；就行权期限来看，有的条款约定回购义务人的义务履行期限、有的条款约定投资人的权利行使期限、有的条款对这二者都没有做出明确的约定。**本文拟以回购条款约定的回购条件触发时间点为分界线，探讨回购条件触发前、回购条件触发时、投资人行权后各方的法律关系，并据以分析股权回购权的性质以及行权期限。**

一、实践中回购条款的设计

（一）权利性质的设计

1、约定具有形成权性质

（2021）京民终 418 号案件中，当事人约定：**“如港 X 旅房车公司不能按照本协议约定实现并表的，港 X 旅房车公司有权选择继续合作或退出**；如港 X 旅房车公司选择退出并要求郝某回购的，郝某应按照本次增资款 1.5 倍的价格回购港 X 旅房车公司持有的叁 X 捌公司的全部股权。”从该条款表述来看，投资人具有“继续合作”或“退出”的选择权，其一经选择，则双方的权利义务关系即固定下来。法院判决也做出了形成权的认定，且认定投资人的“退出（要求回购的权利）”因其选择继续合作而消灭。

2、约定具有请求权性质

（2020）京民终 549 号案件中，案涉《补充协议一》约定：“如果玖 X 公司 2015 年 12 月 31 日前未实现公开发行上市或被整体并购，**则投资方可要求原股东回购投资方持有的公司股权**。”可“要求”原股东回购，是具有请求权特征的典型条款设计，一审和二审法院也

都认为案涉股权回购权为请求权，并适用诉讼时效的规定。

（二）行权期限的设计

1、约定回购义务人的义务履行期限

（2021）最高法民申 7328 号案件中，双方《投资协议》第 6.4 条约定：“若目标公司在 2018 年 4 月 30 之前，未能完成与其他收购方的并购重组或收购方对目标股权的收购价格低于 12%/年的溢价率，**则东 X 怀新合伙企业有权要求紫 X 公司在 2018 年 5 月 30 日之前**按照 12%/年的溢价对东 X 怀新合伙企业所持目标股权进行回购。”

2、约定投资人的权利行使期限

（2018）津民终 441 号案件中，双方补充协议“赎回权利（回购）或退出”约定：“出现如下事项，任意增资方有权单独或共同要求融资方股东通过适当的安排赎回其持有的部分或全部股权：1.公司融资后的三个会计年度（含 2013 年）内，任何一个会计年度审计后实现的净利润未能达到 5000 万元，在每一年度审计报告完成后两个月内增资方有权行使赎回权。**若两个月内增资方未行使赎回权，则增资方当年度享有的赎回权自动终止。**2.融资方在增资方增资完成后 36 个月内未能实现首次公开发行股票并上市（IPO）。在上述期限届满之日起的两个月内增资方有权行使赎回权。**若在上述期限届满之日起的两个月内增资方未行使赎回权，则增资方根据本协议享有的赎回权自动终止。**”

3、对权利行使和义务履行都未做出约定

实践中，还有的股权回购条款仅仅约定了回购条件，但是对权利行使和义务的履行期限都没有明确约定。如在（2020）沪民申 1297 号中，双方《股权转让投资协议》第 4.2 条仅约定“如标的公司一年半内上市无进展或没有任何并购和投资盈利，经双方协商，甲方按投资金额加上一年的贷款利息进行回购股权，乙方即退出。”

二、回购权的性质认定及行权期限的确定

无论回购条款如何设计，投资人与创始股东或公司签署投资协议并实缴出资后，即成为公司股东，并在工商登记在册，有的投资人也会事实上参与公司的治理经营。

因此，在回购条件触发前，投资人和其他股东一样，与公司的关系受公司法调整；同时，其与其他股东存在合同关系，受投资协议的约束。

实践中，回购条件触发前的争议较少，大多数的争议发生在在回购条件触发时及投资人行权后，而回购权的权利性质及行权期限成为多数争议中的核心问题。

（一） 回购条件触发时

实践中，当事人的回购条款设计各不相同，导致法院对股权回购权的性质及行权期限认定存在差异。如从上述（2021）京民终 418 号、（2020）京民终 549 号法院不同的判决结果来看，股权回购权的性质似乎需结合当事人订立的条款内容综合考虑。**然而，笔者认为，回购条件触发时，投资人享有“继续经营”还是“退出公司”的选择权，而这种选择权的权利性质是确定的，为形成权。**

1、权利性质：“继续”还是“退出”的选择权其性质为形成权

从权利行使效果来看，如投资人主张继续，不行使回购权，则其将继续作为股东参与公司的经营管理；如投资人主张退出，回购权成功行使，则必将导致投资人与回购义务人以及公司的关系发生转变：**第一，投资人将与回购义务人订立新的合同，即股权转让合同，回购义务人需以约定的价款受让投资人的股权；第二，投资人通过将其股权转让给回购义务人，退出标的公司，不再享有股东地位和股东权利。**

对于新的股权回购合同的订立，如依请求权路径分析，则投资人系在决定行使回购权时，向回购义务人发出一个要约，合同的成立则有赖于回购义务人对该要约做出承诺。在合同订立的一般情况下，受邀人可以意思自治，对是否做出承诺做出选择；然而，鉴于当事人之间的回购条款约定对回购义务人的强制约束力，回购义务人负有基于合同的“强制缔约义务”，并没有其他选择权。

通过上述分析，我们可以看出：**投资人能够按照自己的意愿、以单方的意思表示产生变动原法律关系的效果，事实上可以根据其单方意思表示使得双方订立一个新的股权回购合同，而回购义务人没有选择权。这恰恰是形成权的特征。因此，无论当事人的条款内容如何表述，就性质而言，在行权条件成就时当事人这种“继续还是退出”的选择权为形成权。**

然而，法院对于权利性质的裁判倾向是尽量避免使用“形成权”的概念，而是将论述的重点放在当事人是否仍有权行使这种选择权。如在（2018）津民终 441 号案件中，天津高院认为投资人已经按照协议约定的期限、方式向义务人行使了回购权，故支持了其回购权的行使；而在（2021）京民终 418 号案件中，北京高院认为在行权条件成就后，以实际行动表明其选择继续合作，因此不能再行使回购权。

2、选择权的行权期间：除斥期间

由于形成权为支配权，长期不行使将导致双方的权利义务处于不稳定的状态，因此应当适用除斥期间的规定，裁判难点在于除斥期间长度的确定。

（1）除斥期间的起算点

根据《民法典》第一百九十九条的规定：“法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间，除法律另有规定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算。”应以投资人知道或应当知道回购事由发生时作为除斥期间的起算点。

（2）除斥期间何时届满？

对于除斥期间何时届满，尚缺乏统一的标准。**原则上，当事人可以约定除斥期间。**当事人在约定时，应明确行权期间何时届满、超越行权期限行权的法律后果等。如约定明确，法院一般也会支持当事人的意思自治。如在（2018）津民终 441 号案件中，法院认为：“海达公司于 2017 年 8 月 4 日收到海王星公司 2016 年度的审计报告，并分别于 2017 年 9 月 27 日通过 EMS、2017 年 9 月 29 日通过电子邮件向王翎羽、陈星、胡秀芳、故里合伙寄送了《股份赎回通知函》，符合各方在补充协议四中约定的两个月权利行使期限。”

而在当事人没有约定除斥期间的情况下，笔者认为：

第一，现阶段可以考虑参考适用有关法律对于除斥期间的规定：

法律名称	法条规定	期间长度
《公司法》	第七十四条 有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权： （一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的； （二）公司合并、分立、转让主要财产的； （三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。 自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，**股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。**	90 日
《民法典》	第一百九十九条 【除斥期间】法律规定或者当事人约定的撤销权、解除权等权利的存续期间，除法律另有规定外，自权利人知道或者应当知道权利产生之日起计算，不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定。存续期间届满，撤销权、解除权等权利消灭。	未明确
《民法典》	第五百四十一条 【债权人撤销权除斥期间】**撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。**自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。	债权人撤销权除斥期间为 1 年
《民法典》	第五百六十四条 【解除权行使期限】法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。 法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，**自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。**	无约定的情形下，解除权行使期限为 1 年

第二，期间的确定应根据个案情况综合考虑。如在(2020)沪民申 1297 号案件中，法院认为：“合理期间的确定应依据诚实信用、公平原则，综合考量公司经营管理的特性、股权价值的变动，合同的目的等因素。从权利的性质及行使的后果出发，股权回购权的行使期间应短于合同解除权的行使期间。”

（二）投资人行权后

如投资人选择继续作为公司股东参与经营，则双方权利义务关系没有改变；但是，**投资人基于该条件产生的形成权因行权而归于消灭，如无新的回购事由出现，则投资人不得再主张回购股权。**如在（2021）京民终 418 号案例中，法院认为：“港 X 旅房车公司在 2019 年 3 月本已向郝某主张了股权回购。**但是，2020 年 4 月 9 日叁 X 捌公司 2020 年第四次股东会作出的决议显示，港 X 旅房车公司又选择了继续合作而不是退出叁 X 捌公司。港 X 旅房车**

公司对叁 X 捌公司 2020 年第四次股东会决议作出的确认，改变了其 2019 年 3 月作出的股权回购的意思表示。据此，港 X 旅房车公司要求郝刚回购其持有的叁 X 捌公司股权的诉讼请求，不应得到支持。”

而若投资人选择退出公司，则双方的权利义务关系发生转变。本部分也主要讨论投资人选择退出公司后的权利性质和行权期间。

1、权利性质：请求回购义务人履行新合同权利义务的请求权

投资人选择退出公司后，将与回购义务人缔结股权转让合同，股权转让的价款即为投资人和回购义务人在股权回购条款中约定的价款。

基于此，投资人选择“退出”之后，产生了一项新的权利：基于股权转让合同而产生的价款给付请求权。

2、行权期间：诉讼时效

同回购条件触发时的选择权不同，投资人对于法律关系的变更不再存在支配力，只能请求回购义务人履行，性质上属于请求权，应当适用诉讼时效的规定。诉讼时效长度法律有明确规定，因此，裁判难点仅在于诉讼时效起算点的确定。

《民法典》第一百八十八条第二款规定：“诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。”

《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第四条规定:“未约定履行期限的合同，依照民法典第五百一十条、第五百一十一条的规定，可以确定履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算；不能确定履行期限的，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算，但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的，诉讼时效期间从债务人明确表示不履行义务之日起计算。”

结合上述规定，笔者认为，诉讼时效的起算点应当分情况讨论。

（1）当事人对义务履行期有明确的约定

如果当事人约定了义务履行期，诉讼时效应以约定的履行期限届满之日为起算点。

如在（2017）晋民申 2538 号案件中，山西高院就认为：“被申请人应于 **2010 年 1 月 17 日**前回购再审申请人的股权，在被申请人未履行回购义务的情况下，依据《中华人民共和国民法通则》第一百三十五条、第一百三十七条的规定，原审法院认定再审申请人诉请被申请人回购股权的诉讼时效于 **2012 年 1 月 16 日**届满，……并无不当。”

（2）当事人对义务履行期没有约定

如果当事人对义务履行期没有约定，诉讼时效应从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。

如在（2020）京民终 549 号案例中，北京高院认为：“深圳创 X 公司及深圳红 X 公司回购请求权的诉讼时效，应当从回购义务人履行股权回购义务的期限届满之日起开始计算，但《补充协议二》中仅约定了股权回购请求权的行使条件，未就回购义务的履行期限作出约定，且亦无法通过合同法相关规定进一步明确履行期限，故若玖美公司未能于 2015 年 12 月 31 日前上市，深圳创 X 公司及深圳红 X 公司在上述日期后可随时要求回购义务人进行回购，根据在案 2017 年 11 月 27 日张东旭律师向玖 X 公司及高某丽发送的《律师函》，可以确认深圳创 X 公司与深圳红 X 公司要求高某丽、玖 X 公司见函十日内履行回购义务，欧阳华永

律师针对上述《律师函》的复函亦表明玖 X 公司与高某丽对此做出了回应，并未明确表示不履行回购义务，**因而本案诉讼时效期间应从二被上诉人给予的宽限期届满即高某丽、玖 X 公司收到前述《律师函》满十日之次日开始计算**。”

结语

笔者认为，股权回购权在不同的阶段呈现出不同的特征。在回购条件成就时，投资人享有退出还是继续的选择权，此权利为形成权，适用除斥期间的规定；如投资人选择退出公司，则产生新的权利义务关系，基于该关系、投资人请求回购义务人回购的权利为请求权，适用诉讼时效的规定。对股权回购权性质的认识不清，导致司法实践中许多法院在裁判时自相矛盾，一方面认为投资人需在合理期限行权，否则权利消灭，赋予股权回购权典型的形成权特征；一方面又将股权回购权认定为请求权，适用诉讼时效的规定。应厘清回购条件触发时及投资人行权后的权利性质并统一有关裁判标准，才能更好地促进股权融资市场发展。

（本文首发于 2023 年 4 月 10 日）

为什么控制权纠纷总在“抢夺证照章”？公司证照返还纠纷争议焦点有哪些？

李凤翔、刘玥习

一、 公司证照返还纠纷：股东控制权纠纷

2020 年当当网股权争议时，李国庆抢章事件沸沸扬扬。直至今日当我们谈论起公司控制权纠纷时，仍不免想到这个例子。事实上，该事件并非孤例，证照章抢夺往往与公司控制权纠纷伴随而生，在近年来更有愈演愈烈之势。本文将结合这一现象，具体分析控制权纠纷与证照章抢夺之间的关联，以及民事诉讼中“证照返还之诉”的诉讼要点。

（一）为何公司控制权纠纷总会涉及证照章抢夺？

在公司法层面，法定代表人制度带来的所有权和经营权分离，使得公司更加具有独立性，但同时，由于我国独特的印章制度，两权分离也使得证照章成了公司直接控制权的象征。

基于此，公司的印章及证照在实践中被认为代表了公司的意志，对外形成了可以信任的“外观”，**对印章及证照的掌控从某种程度上讲确实意味着掌握了公司的直接控制权，持有人或间接控制人可以说因此获取了对外交易上的形式便利。同时，这种“形式便利”不仅在对外交易上产生影响，在公司控制权争夺的过程中也发挥着实质作用，例如，即使具有控股股东身份，在未持有证照章的情况下办理公司工商变更登记也将面临现实客观的障碍。又比如，未控制银行 U 盾很可能就无法对外付款，甚至难以发放人员工资、进行收益分配……**

综上，当我们发现证照章的作用与意义后，便不难理解为何控制权争议中总会发生“抢章”事件了。那么，“抢章”抢的是什么？是不是就是公章呢？被抢章后，可以通过诉讼主张对方的责任吗？该类诉讼的争议焦点又是什么？这些是我们接下来要回答的问题。

（二）公司证照包括哪些？

尽管在《民事案件案由规定》中，所规定的证照章返还之诉的案由名为“公司证照返还纠纷”，但在控制权纠纷中，证照返还之诉涉及的范围远远广于狭义的“公司证照”，概括而言可分为公司印章、公司证照及其他对于公司拥有特殊意义的动产三类，具体包括：

1.公司印章

在公司证照返还纠纷中，公章总是首当其冲。但除公章外，财务专用章、发票专用章、法定代表人人名章、公司合同章都属于我们此处所谈的“公司印章”。甚至个别公司还会制作项目专用章、部门专用章等，也包括在这一范围之内。

2.公司证照

公司证照首先指公司营业执照，此外还包括特许经营或批准文书（针对特许经营行业、中外合资企业、中外合作企业等特殊企业）、银行开户许可证等。

3.其他对于公司拥有特殊意义的动产

除前文所述的证照、印章外，还有些“特殊”物品，对公司经营、控制权掌握往往也具有关键意义，其同样可以成为“公司证照返还之诉”的标的。比如银行 U 盾、财务账册、会计凭证、土地使用证、公司的档案、机密文件等等。

二、 公司证照返还纠纷：五大争议焦点

当一方在控制权争议中进行了“抢章”行为后，另一方在制定应对策略时常会想到公司证照返还之诉，为此，我们总结了该类诉讼的五大常见争议焦点：

（一） 哪个法院有管辖权？

实务中对公司证照返还纠纷的管辖有两种观点：

第一种观点认为，公司证照返还纠纷系损害公司利益纠纷，属于最高人民法院在《民事案件案由规定》中规定的“与公司有关的纠纷”，因此应该适用《民事诉讼法》第二十六条规定，由公司住所地人民法院管辖。

第二种观点认为，公司证照返还纠纷实际上是侵权纠纷，因此应该适用于《民事诉讼法》第二十八条规定，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

实际裁判中，法院更倾向于认可第二种观点。以上海市为例，就目前检索到的裁判案例看，上海市一中院、二中院以及高院基本都认可第二种观点，即案件为侵权纠纷，应由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。事实上，该类案件的侵权行为地也往往是公司所在地。

（二） 适格原告：谁有权代表公司提起诉讼？

《公司法》第三条规定，公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。证照章等都属于法人财产，因此虽然抢夺证照章大多发生在公司控制权之争过程中，但提起公司证照返还之诉的适格原告原则上仍是公司，而不是参与争夺的其中某一方股东或者管理层人员。由此引发的问题是，提起证照纠纷之诉的公司往往已处于无章状态，在以公司名义起诉立案时存在困难。此时，谁可以代表公司提起证照章返还之诉呢？

1. 法定代表人

法定代表人作为最基础的公司意志代表机关，是法人当然的诉讼意志代表，因此在公司证照章缺失的情况下，法定代表人可以代表公司签署起诉状并履行相应的诉讼行为。

此外，由于证照纠纷也常发生在股东和持有证照章的法定代表人之间，如果股东通过股东会决议直接任命了新的法定代表人，即使因公章缺失而暂无法办理工商登记变更手续，但只要股东会决议合法有效，法院一般也都认可新任法定代表人可以代表公司提起诉讼。

2. 股东

股东是否可以直接提起股东代表诉讼呢？

抢夺证照章侵犯公司的合法权益，满足《公司法》第一百四十九条和第一百五十一条的规定，因此股东在特殊情形下可以以自己的名义向人民法院提起诉讼。但需注意的是，提起股东代表诉讼需要满足一定的前置程序，即需要以书面形式向监事/董事提出起诉申请，监事/董事明确拒绝或收到请求 30 日内未提起诉讼。股东代表诉讼的前置程序是法定强制性义务，只有存在情况紧急不立即诉讼，公司将会受到不可弥补的损害时，才可免除前置程序。但实务中，大多数股东都无法提供充分证据证明存在免除前置程序的例外情形，其直接起诉面临极高被驳回起诉的风险。

同理，根据前述规定，公司监事（监事会）也存在代表公司提起该类诉讼的空间。

3. 证照章保管者

虽然没有法律明确规定，但如果不涉及所有权，而只是保管争议，也有法院在裁判时支持公司证照管理制度中规定的证照章保管者有权请求返还证照章。例如合肥市中级人民法院

审理的(2017)皖 01 民终 5878 号一案中，法院认为，公司印章属于公司所有，本案是因公司证照返还引起的纠纷，其实质是股东之间对公司内部治理权的控制和主张，与公司印章的所有权无关，而是公司内部基于印章交给谁保管引起的纠纷。根据《公司公章、财务章及营业执照等证件管理办法》规定，将财务章交由王某某保管，故一审原告对此具有诉的利益，是本案的适格原告。

4. 清算组

根据《公司法》第一百八十四条，清算组在清算期间可以行使公司职权，可以代表公司参加民事诉讼活动。在公司进入清算程序后，清算组应当接手并保管公司证照，如果此时侵权人拒不交还，清算组也可以代表公司提起证照返还之诉。

（三） 被告是否为无权占有人？

对于公司中谁有权保管证照章，我国法律并没有明确规定，现实中应当以公司章程等公司相关规定为准。实践中，保管公司证照章的人员也不尽相同。因此，在公司证照返还纠纷中，也需以持有人非法侵占证照章为前提。

1. 谁为有权占有？

在证明非法侵占之前，我们首先对证照章的有权占有人进行分类，以便于各位读者有更清晰的理解：

第一，在法律和公司章程都没有相关规定的情况下，法定代表人代表法人行使职权，对外是公司意志的当然代表，故法定代表人保管公章属于其权限范围，符合公司意志。

第二，公司可以通过公司章程、股东会决议等方式对公司证照章的管理作出明确规定，而依据这些方式获得公司授权的人也就依法享有占有证照章的权利。

以上两种是常见的证照章有权占有人。除以上两种外，也有一些裁判案例将“特殊的”占有方认定为证照章有权占有人。例如：

(1) 有法院认为，在公司股权争议并未作出最终认定的情况下，控制公司经营管理的实际出资人有权占有该公司的相关证照（例如山东省青岛市中级人民法院审理的(2019)鲁 02 民终 8272 号案件）。

(2) 有法院认为，如果公司将证照交给当事人作为债务的担保，那么在债权清偿之前，债权人有权占有该证照（例如贵州省高级人民法院审理的(2016)黔民终 472 号案件）。

2. 谁为无权占有，或有权占有何时变为无权占有？

毋庸置疑，任何未经有权占有人允许而持有公司证照的行为都为无权占有，但公司证照返还纠纷的核心还是公司控制权之争，绝大多数纠纷甚至发生在有权占有人之间。前文中“特殊的”有权占有方毕竟是特殊的个案情况，我们更需要关注的是前两种常见的有权占有何时变为无权占有。

对于公司章程约定或股东会决议的被授权者而言，如果公司修改了章程或者作出了新的有效决议，其获得的授权自然变为无效，其有权占有也就变成了无权占有。

那么，法定代表人在什么情况下为无权占有呢？

首先，如果公司已经通过公司章程、股东会决议等方式对公司证照章管理作出明确规定，那么法定代表人相对于明确获得了授权的被授权者而言，就是无权占有人。

其次，与适格原告中的情况类似，如果股东通过有效的股东会决议任命了新的法定代表人，法院一般也都认为相对于新任法定代表人而言，原法定代表人为无权占有人。

综上，原有权占有人变为无权占有人往往是因为公司通过了新的决议，而在此情形下，决议是否合法有效也会成为案件争议焦点。

针对该问题，如果事实较为清楚、简单，且双方仅在证照返还之诉中提出，法院一般会通过判断决议作出的程序是否合法、合规，从而对于案涉决议的效力作出初步认定。（例如浙江省宁波市中级人民法院审理的(2021)浙 02 民终 4176 号案件）

但如果案涉决议较为复杂或章程规定应当另案诉讼或仲裁，或者当事人一方已经就决议效力提起了其他诉讼，在另一案件的最终裁决未作出时，法院一般认为该决议效力待定，因此决议内容尚不能被直接认定为有效。（例如江苏省无锡市中级人民法院审理的(2021)苏 02 民初 333 号案件）

（四） 举证：被告是否事实占有？

公司证照返还纠纷的案件中，被告是否事实上占有公司证照也是一个关键争议点。一般而言，原告可以通过提供保管证照章的记录（照片、聊天记录等）作为证据加以证明，法院也会根据被告的职务或者公司的制度文件判断证照章保管人。比如，如果没有相反的证据，法院一般认可实际负责公司运营的法定代表人应当持有公司证照。此外，原告还可以通过提供证照使用情况陈述或者诉讼、工商登记记录等证明被告的事实占有。

（五） 返还范围

就证照返还之诉的返还范围，前文已对公司证照范围详细介绍，故不再重复。仅提出一个较为特殊的问题——如果已经补办了新的证照章，是否还可以要求侵占方返还被侵占的公司已失效的原证照？

深圳中院审理的(2018)粤 03 民终 18672 号案件中，深圳中院认为“从保护交易安全、保障市场有序管理的角度，即使公司已领取了新的证照及印章，仍然不改变原文件作为证照的属性，公司仍是原营业执照、公章、财务专用章、发票专用章的合法所有人，仍有权要求徐某返还。”因此，就法院的裁判倾向而言，考虑到公司证照的公示作用和商业属性，即使已经补办了证照，也仍然可以要求侵占方返还被侵占的已失效的公司原证照。

三、 公司证照返还纠纷：还能做些什么？

（一） 持有证照方能做些什么？

控制权争议中，持有证照一定不是持有方的最终目的，其实质仍是要通过控制证照换取控制权争议中的优势地位，甚至实际获取公司控制权。因此，持有证照的一方应首先检视自己的持有是否具有相应的合法化依据，维持自己已抢占的“先机”。如果没有，是否可通过公司决议、相关制度甚至更换公司相关人员的方式将持有合法化？进而再去考虑所持有的证照、资料在其控制权争议中可发挥的作用。当然，除此之外，持有方也要做好证照章的保管工作。

（二） 失去证照方能做些什么？

对失去证照方而言，除提起诉讼外，报警也是常见应对方式。但由于证照纠纷的商业属性，警方一般很难实质介入。除诉讼、报警外，**失去证照方还可以考虑挂失补办、企业内部告知、对外发布公告等方式，尽量减少证照章失控对己方及公司的实质影响**。需特别指出的是，**诉讼并非必然是失去证照方的最佳选择**，具体的应对方式必须结合案件的实际情况加以制定，并不存在通用可复制的应对模板。

综上，证照章抢夺往往是控制权争议中的一环。控制权争议作为复杂的商事争议，获取证照章并不意味着就获得了最终的“胜利”，但证照章对该类争议的意义也是不言而喻的。对当事人而言，更需要对案件有综合的筹谋及全面的考量，不因一时之得失而使案件进程偏离既定轨道。

（本文首发于 2023 年 4 月 18 日）

行使合同解除权竟构成抽逃出资？
——看待股权投资协议不能局限于合同法思维

于赓琦

连续创业者小红开了一家科技公司（**“红科公司”**）。公司发展势头甚好，有了上市规划。小红拟引进财务投资人小蓝，小蓝同意溢价增资成为小股东，不参与公司经营，出资额一笔付清。为了平衡这种信息不对称的地位，并给自己留一个“反悔”的机会，小蓝与红科公司、小红在投资协议中约定当合同签订后的初期出现某些根本违约情形时，小蓝有权单方解除投资协议并取回投资款。

本次交易的特殊性在于，投资协议中约定小蓝支付投资款的前提之一是红科公司办理完毕小蓝入股的工商变更——这本是小蓝为了维护自身权益而争取的优势条款，但实际操作中反而可能对投资协议的解除造成阻碍。

前述场景抽象自笔者代表某项目跟投方、审阅领投方起草的交易文件时遇到的真实情况，反映了股权投资中相对常见的一类问题，即交易文件解除时应多大程度考量《公司法》关于公司“资本维持原则”的规制。该项目中，相关交易文件条款原文为：

“协议解除后，本协议各方应本着公平、合理、诚实信用的原则返还从对方得到的本协议项下的对价、尽量恢复本协议签订时的状态（其中，公司应向投资者返还其已缴付的投资款并按该投资款每年 12%的利率向投资者支付利息，自该等款项从投资者付至公司账户之日起算至该投资款全额返还至投资者账户之日截止）。”

鉴于“先完成工商登记再支付投资款”的交易方式，假设接受该条款，小蓝行使合同解除权将面临的主要问题可论述如下。

一、小蓝一旦支付投资款，存在无法单靠解除投资协议取回投资款项、否则构成抽逃出资的法律风险

小蓝是通过认购新增注册资本的方式将投资款直接付给红科公司的，一旦合同解除，其需要将款项从红科公司取回。此时，因小蓝已经是工商登记的股东，其取回行为在外观上存在“抽逃出资”嫌疑——虽然这种合同解除后的“恢复原状”基于投资协议明确约定而看似具备合法性，但未必具备足以对抗公司外部债权人的效力，故难以被法院认可。

相关案例如(2020)最高法民终 223 号海南天然橡胶产业集团股份有限公司、海南华阳投资集团有限公司新增资本认购纠纷、买卖合同纠纷中，最高院表明观点：“公司以资本为信用，公司资本一经增加，非依法定程序不可随意变更…不能以目标公司的履约瑕疵要求返还其已经工商变更登记的出资。”

广州市中级人民法院(2020)粤 01 民终 9899 号王蕊、杨艾瑛与公司有关的纠纷中，投资人以认购新股方式入股目标公司，并已办理完毕工商登记，后投资人以目标公司原股东存在转移公司资产等违约情形使合同目的无法实现为由，起诉要求解除增资协议并返还出资。法院以投资人“提出的诉讼主张等同于撤资”、“所支付的增资款在协议签订并经实际履行后已转化为目标公司的资本，依法不可随意撤回，即便拟退出目标公司，也应依照法定程序，通过股权转让、减资等方式处理”，未支持投资人诉请。

相对的，即便投资人已经以股东身份参与公司经营，只要没办理工商变更，仍有机会根据合同约定取回“出资款”。如(2019)最高法民申 1738 号韩梧丰、邬招远公司增资纠纷案件中，虽然投资人已将自己写入公司章程（该章程未在工商部门备案）并实际参与股东会及董事会会议，最高院仍认为“案涉增资款尚未在工商登记部门办理变更登记，该增资款对公司债权人尚未产生公示效力，公司债权人尚无需要保护的信赖利益，投资人依约定条件解除案涉《增资协议》并请求返还投资款，并不涉及因抽逃出资或不按法定程序减资损害公司债权人利益的问题”。

二、小蓝能否取回投资款，受其工商登记之“股东”身份的影响

从上述案例可知，小蓝之所以难以通过行使解除权而直接取回投资款，与合同约定的股东身份取得时点无关，而应是由其基于工商登记而具备对世效力的“对外”股东身份决定的。在办理工商登记之前，司法机关仍主要依据合同法思维评价小蓝行使解除权的行为，即只要小红或红科公司的违约行为达到了足以使得合同目的无法实现的程度，原则上应支持小蓝解除合同并取回投资款的要求。一旦完成了相关工商登记，对外部债权人的保护就上升到第一位，小蓝的投资款只能通过红科公司减资或小红回购等方式实现。

这种认定的理论依据可以参考 2019 年 11 月 8 日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（**“《九民纪要》”**）第 5 条，最高院在其中传达了“投资人与目标公司对赌的，未经目标公司减资程序，不得要求目标公司回购其股权”的司法观点。该条虽然仅针对投资人与目标公司“对赌”的情形，但对赌触发而要求目标公司向投资人支付回购价款，与投资人解除投资关系并收回投资款，其实质类似，故均将面临是否损害外部债权人利益、构成抽逃出资的“灵魂拷问”。

按照最高院的逻辑，小蓝经工商登记为股东后，外部债权人即享有相应信赖利益。此时如放任小蓝不经减资程序通知债权人而将投资款取回，就使得外部债权人丧失了知情权及基于《公司法》第一百七十七条要求公司提前清偿债务或者提供担保的权利，构成“未经法定程序将出资抽回”[1]的抽逃出资行为。

对于小蓝实质上难以行使这种合同明确约定之权利的别扭情况，最高院也作出了解释：“人民法院在这个问题上只要表明我们的裁判思路即可。这样，投资方采取什么方式，他会有相应的办法，知道怎么做”[2]。

三、如果各方约定了仲裁管辖，可能出现变数，但仍存在很强的不确定性

小蓝之所以无法直接通过解除合同取回投资款，直接依据在于最高院通过《九民纪要》表达了这种行为可能构成抽逃出资的司法观点——该观点反映在为数较多的司法案例中。这种观点是基于最高院对公司法精神的理解，但其实并没有非常明确的法律条文支撑，且在本文所述的“合同解除”情形下，其论证逻辑并非无懈可击，这就给仲裁实务中带来了一些余地，如：

第一，实务操作中，公司做增资工商变更时既可以提交验资报告（登记实缴金额），也可以不提交验资报告（不登记实缴金额）。在未登记实缴金额且小蓝工商登记的出资期

[1] 见《最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）》第十二条。

[2] 见《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》第 120 页。

限未届满时，外部债权人对小蓝的实缴金额似难称具备明确的信赖利益，此时是否考虑将尊重意思自治的法益暂且置于保护外部债权人利益之上；

第二，即使认为外部债权人有前述信赖利益，鉴于小蓝是溢价出资，溢价部分不会体现在工商登记信息上，故该信赖利益应仅限于注册资本对应部分，而不应延至溢价（计入资本公积）部分；

第三，即使认为前述信赖利益应延至资本公积，股东与公司的钱款往来也可以有多种形式（比如借款、往来款、支付违约金等），并不是股东从公司拿钱就是抽回投资款，应当根据个案交易实质而定。

对于第一种观点，逻辑上似乎有道理，但如其成立，则每次增资都不提交验资报告、不如实登记实缴情况的公司反而享有投资者有机会灵活取回投资款的优势地位，这似乎不符合基本的诚信原则。对于第二种观点，学术理论层面确有争议，但同时应注意，最高院曾作出明确回应："有观点认为.....我们认为，这一观点在现行法下是不能成立的.....投资方作为目标公司的股东的情况下，无论基于什么原因，都不能从公司资本公积金中拿走金钱"[3]。对于第三种观点，笔者认为如个案中明确约定钱款性质不是投资款、且投资人能够较大程度的证明无抽逃出资嫌疑，或许可有转机，此时的处理难度应当主要集中在对后一问题的"实质重于形式"的论证。

四、无论是否约定仲裁管辖，小蓝均可通过更加科学的条款设置争取相对稳定的权利救济

前文已述，小蓝经工商登记后若想解除合同并取回投资款，比较行之有效的途径为红科公司做定向减资或小红回购其股权。对于后一种途径，因属于一种相对纯粹的民事行为，仅在合同中约定即可产生确定的法律效力且有机会强制执行。对于前一种途径，公司做定向减资通常需要所有股东在股东会决议中表决通过，法院基于此为"公司自治"领域不加干涉，但并不排斥小蓝在投资协议中约定小红和目标公司配合减资的义务并为其设置相应的违约责任。有鉴于此，文首的合同条款可以通过增加如下内容，使得即使小红利用大股东地位干扰小蓝通过减资取回投资款，小蓝也有机会转而通过要求小红回购的路径获得权利救济：

...为保证投资者全额取得该等投资款及利息，如届时投资者已成为公司工商登记的股东，则创始股东承诺届时将签署并促使公司各董事、其他股东等签署令投资者满意的关于公司减资的文件（包括但不限于董事会决议、股东会决议、减资公告、清算报告以及市场监督管理部门等政府部门不时要求提供的必要和合理的文件等，如公司以定向减资的方式回购投资方全部/部分股权的，前述股东会决议应该取得全体股东一致同意）。创始股东进一步承诺将促使前述减资事项所需要履行的登记和备案等手续尽快完成。如公司未在投资者要求的期限内完成前述手续，或通过前述减资后投资者所获金额不足前述投资款及利息总额的，差额应由创始股东通过货币方式补足，届时投资者如仍持有公司股权，则应在收到全部补足款项后将所持公司股权转让给创始股东。

[3] 见《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》第 119 页。

五、回到最初的问题：小蓝能否解除合同？

本案中因为小蓝是一次性出资，既然难以取回出资，那么讨论能否解除合同已意义不大。但假如在另一个时空中，小蓝是分两笔出资，第一笔出资后红科公司配合办理工商变更，第二笔出资前红科公司或小红发生了根本违约情形，小蓝行使解除权，此时应如何认定？

笔者认为在这种情况下：第一，在条款对合同目的、解除事由等约定的很清楚的前提下，投资协议（的一部分）经小蓝的书面通知送达解除，解除后小蓝不需再支付第二笔投资款（其第二笔投资款对应的权利义务亦消灭），但无权直接取回第一笔投资款；第二，协议解除后，红科公司有义务通过减资等方式将小蓝第二笔投资款对应的新增注册资本“恢复原状”，但是基于尊重公司自治原则，小蓝难以通过诉讼或仲裁方式强制红科公司这样做；第三，前述事项完成之前，小蓝似仍应基于工商登记的认缴金额和出资期限对外部债权人承担相应的或有责任。

类似观点可见于上海市第一中级人民法院(2019)沪 01 民终 11265 号上海富电科技有限公司与西北工业集团有限公司等公司增资纠纷案件。

（本文首发于 2023 年 8 月 14 日）

星瀚建工

中标后另行签订合同，哪些情形属于背离招投标文件实质性内容？

沈奇、叶天

在建设工程招投标过程中，投标人中标后需与招标人另行签订书面合同。为确保招投标的公平公正以及维护投标人的合法利益，现行法律对中标后签订的书面合同内容有着较为严格的限制，即该合同内容不得背离招标文件和投标人的中标文件中的实质性内容。关于实质性内容的界限如何认定，目前法律并无明确规定。故实务中由此引发的纠纷数量较多，双方往往争执不下，法院也缺乏清晰的认定标准。

一、法定的实质性内容范围

所谓“法定的实质性内容范围”，指的是现行法律中关于实质性内容的条款所确定的范围。目前涉及实质性内容的条款主要有《招标投标法实施条例》第五十七条第一款、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二条第一款、《民法典》第四百八十八条，具体内容如下：

法条名称	法条内容
《招标投标法实施条例》第五十七条第一款	招标人和中标人应当依照招标投标法和本条例的规定签订书面合同，**合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款**应当与招标文件和中标人的投标文件的内容一致。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。
《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二条第一款	招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的**工程范围、建设工期、工程质量、工程价款**等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。
《民法典》第四百八十八条	承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关**合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等**的变更，是对要约内容的实质性变更。

以上法条关于合同实质性内容均有规定，虽然《招标投标法实施条例》第五十七条第一款与《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二条第一款表述不同，但内涵基本是一致的，**就建设工程施工合同而言，均限定于工程范围（标的）、建设工期（履行期限）、工程质量（质量）、工程价款（价款）等合同内容**。就《民法典》第四百八十八条而言，其确定的内容则更为广泛，**将履行地点和方式、违约责任和解决争议方法也纳入合同实质性内容范畴**。笔者认为《招标投标法实施条例》第五十七条第一款与《建工司法解释（一）》第二条第一款并未将建设工程施工合同实质性内容完全限制，仅是将一些核心条款进行了列举，在《民法典》作为上位法且更为细化的情形下，应当将履行

地点和方式、违约责任和解决争议方法作为建设工程施工合同的实质性内容。况且这些条款也直接影响到投标人的投标判断及意愿，从招投标公平公正角度考虑，也应当将其予以纳入。

虽然依据上述法条，已能够对相当数量的建设工程施工合同条款是否属于实质性内容作出初步判断，但仍不足以完全解决实务中的争议。原因在于并非只要合同条款对上述实质性内容进行变更，就一定属于背离招投标文件的实质性内容情形。实务中合同条款变更招投标文件内容情形繁多复杂，既有对上述法条规定的实质性内容进行变更，也有对其他的内容进行变更，不同情形下法院认定的结果也不一致。法院在作出具体认定时，并未机械地依据上述法律规定，而是针对案情，从不同角度综合考虑，下文将对最高人民法院判决的相关案例展开分析。

二、实务中背离实质性内容的合同条款认定

1、承包人放弃因发包人导致的工期延误索赔权利、增加自身违约解除合同情形，系对招标文件中有关违约责任约定的细化与完善，应当有效

在 (2021)最高法民申 5098 号案件中，最高人民法院认为：“建设工程施工合同应以招标投标文件为依据，但合同当事人可以根据具体情况，通过平等协商的方式，在合同中对招标投标文件予以具体细化。中建二局通过施工合同约定放弃了因发包人原因造成工期顺延情况下承包人就相关费用及损失向发包人提出补偿或索赔的权利，同意增加因承包人违约解除合同的情形，属于其对自身民事权利的处分。上述违约条款不属于可能限制或排除其他竞标人参与竞争的实质性条款，是双方就招标文件中有关违约责任约定的细化与完善，不违反法律、行政法规的强制性规定，中建二局以此为由主张案涉施工合同无效，于法无据，不应支持。”

在本案中，最高人民法院认为合同条款未背离实质性内容的理由在于该违约责任条款相较于招投标文件内容，**仅加重了承包人的义务，不会限制或排除其他投标人参与竞争，**故属于双方对招投标文件中有关违约责任约定的细化与完善。这是因为中标人的投标方案相较于其他投标人通常更为优惠，其中标后自愿在该基础上继续让利，通常不会影响到招投标的公平竞争。由此可见，合同条款变更内容是否影响到其他投标人公平参与竞争是背离实质性内容的一个重要判断标准。

2、工程款支付方式作为工程价款的重要内容，若变更导致承包人义务明显加重，应当认定合同无效

在（2017）最高法民终 437 号案件中，其认为：“诉争 2013 年 11 月 26 日签订的《施工协议》系针对案涉同一工程项目另行签订的协议，没有经过备案，该协议约定的竣工时间早于协议签订时间，并不真实，且付款方式改为“主体结构十五层以下暂不付款”，亦即主体结构十五层以下由承包人垫资施工，改变了备案合同关于发包人支付预付款和进度款的约定，明显加重了承包人的义务，对苏中集团的利益影响较大。因此，一审判决认定该《施工协议》属于与备案合同实质性内容矛盾的黑合同，违反《中华人民共和国招标投标法》第四十六条第一款的强制性规定而应认定为无效，并无不当。”

在(2019)最高法民终 1093 号案件中，其亦认为：“《总包补充协议》与中标的《建设工程施工合同》相比，**工程款支付方式由预付款加进度付款改为承包人全垫资施工。而款项支**

付方式系工程价款的重要内容，因此，应认定《总包补充协议》构成对中标合同的实质性变更，根据《中华人民共和国招标投标法》第四十六条的规定，该协议无效，对双方当事人不具有法律约束力。”

上述合同条款变更实质系工程价款的变更，属于《招标投标法实施条例》第五十七条第一款及《建工司法解释（一）》第二条第一款规定的实质性变更内容，关系到合同双方基本的权利义务。除了要考虑其他投标人的公平竞争外，承包人基于招投标文件的合法利益也应当予以保护。与上文中的(2021)最高法民申 5098 号案件相比，虽然同样是加重承包人的义务，但其程度有所不同，一个仅是承包人放弃了某情形下追究违约责任的权利，另一个则涉及到双方之间基本的权利义务，其认定结果也截然不同。

3、固定单价承包模式下，双方根据协商确定的工程量调整合同总价，并未背离招投标文件的实质性内容。

在（2018）最高法民终 153 号案件中，最高人民法院认为：“虽然案涉投标价、中标价、合同价并不完全相同，但一方面，投标价格 12669.7 万元、中标价格为 11900 万元以及合同约定价格 11776.24 万元三个价格之间并无特别巨大的悬殊，另一方面，由于合同总价是根据固定单价计算得出，有关工程量需要双方磋商确认，故经双方协商确定最后价格并无不妥。因此，本案固定单价、固定总价的表述以及价格的调整并不属于《招标投标法》第四十六条第一款规定的招标人和中标人再行订立背离合同实质性内容的其他协议的情形。”

在固定单价承包模式下，投标人一般根据招标人确定的暂定工程量进行单价报价，完工后按照实际工程量进行结算，投标人之间的竞争主要体现在单价金额的高低。在投标及签订合同过程中，合同总价仅是暂定价，只要固定单价不变更，基于双方暂定的工程量调整合同总价，并未影响到其他投标人的公平竞争，系双方协商细化的结果。

4、固定价格合同中，将配套工程加入施工范围不违反《招标投标法》第四十六条和《招标投标法实施条例》第五十七条的规定

在（2017）最高法民再 249 号案件中，最高人民法院认为：“地质大队和琼山建筑公司按照招投标文件签订了《建设工程施工合同》并在住建部门办理了备案，该合同约定工程价款为 15816541.39 元，无论工程是否有变更，或工程量是否有增加或减少，工程价款均不得变更。小区道路、园林绿化等属于案涉职工住宅楼的配套工程，虽然在招标投标文件中未体现，《建设工程施工合同》将这些配套工程列入施工范围并不违反《招标投标法》第四十六条和《招标投标法实施条例》第五十七条的规定。”

本案中招投标时虽然对小区道路、园林绿化等配套工程有所遗漏，但后续承包人同意将其纳入《建设工程施工合同》约定的施工范围。**该施工内容的变更未影响到合同总价的金额，不会限制排除其他投标人的竞争。**基于该合同采用固定价格模式，承包人对该模式的风险应当有所预见，后其仍同意将配套工程纳入施工范围，也未额外加重承包人的施工义务。

5、发包人为后续施工提供资金保障，不构成实质性内容变更

在最高人民法院(2020)最高法民终 457 号案件中，最高人民法院认为：“2015 年 3 月 16 日《补充协议》是为解决拖欠工程进度款问题而达成的协议，且协议第 2 条明确载明鸿远务

川分公司支付工程进度款 5000 万元而非“工程预付款 5000 万元”，上述约定支付款项虽然超出了当期应付工程进度款金额，但实为鸿远务川分公司为后续施工提供资金保障所作的承诺，并不构成对中标合同中工程范围、工期、工程质量及工程价款等实质性内容的变更。”

从合同目的实现角度，发包人拖欠支付工程进度款违约在先，为了确保后续施工正常进行，向承包人作出了提供资金保障的承诺，该变更实质在于为了合同顺利履行。

三、结语

建设工程施工合同条款是否背离招投标文件的实质性内容，目前并无一个明确的判断标准。正如《国际商事合同通则》在注释中提出“对于什么能构成实质性变更，无法抽象确定，必须视个案的具体情况而定”，故除依据《招标投标法实施条例》第五十七条第一款、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第二条第一款、《民法典》第四百八十八条规定外，实务中还应结合案件具体情形，从招投标公平竞争、保护合同主体权利及合同履行等角度来进行认定。

（本文首发于 2023 年 5 月 30 日）

建设工程存在黑白合同，工程款如何结算？

沈奇、陈子翔

实践中存在黑白合同，所以存在黑白合同的结算问题

《招标投标法》第四十六条 招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。

为规范招标投标的秩序、维护其他投标人的利益，《招标投标法》禁止在中标合同之外另行签订背离中标合同的内容。由此引申出白合同之外另行签订的合同是否有效的问题。由于工程结算是建设工程施工合同的关键性问题，本文聚焦于结算探讨存在黑白合同时，进行工程结算的依据。

一、《招标投标法》对黑合同中结算条款的影响及其适用范围

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称“《解释一》”） 第二条 招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。

《解释一》 第二十三条 发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持，但发包人与承包人因客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化而另行订立建设工程施工合同的除外。

（一）工程价款属于实质性内容，原则上变更无效，不能作为结算依据

《招标投标法》第四十六条属于效力性强制性规定，结合《民法典》第一百五十三条共同构成了认定背离合同实质性内容的无效规范。但是由于“合同实质性内容”并不明确，实际上黑合同中除了实质性内容，还包含大量的非实质性内容。因此，**黑合同并非全部无效，而仅是其中的实质性内容无效**。正是由于实质性内容的不明确，司解回避了黑合同的效力问题，只是明确将中标合同作为结算的依据。**一般情况下，作为结算依据的工程价款属于实质性内容，**无正当理由背离中标合同的工程价款是无效的，不能作为结算依据。

（二）允许变更的但书的适用范围

《解释一》第二十三条的但书明确客观情况发生了招投标时难以预见的变化属于正常的变更。

从文义和体系解释的角度，第二条是一般性规定，第二十三条是对于非强标工程的特殊规定，但书明确规定在第二十三条中，没有体现在第二条内。但书只适用于非强标工程，而不适用于强标工程。

但是从立法目的解释的角度，现解释一第二十三条脱胎于《2018 年解释二》第九条。非强标工程单列一条是为了解决和统一实践中关于非强标工程中各种处理方案，明确非强标工程的结算依据是中标合同。但是依据《解释一理解与适用》记载的立法背景，征求意见稿没有但书规定，出台后对于该条争议极大，不少意见认为应当以实际履行的合同作为结算依据。

为了平衡中标人与其他投标人的利益，在维护其他中标人利益保留以中标合同为结算依据的前提下，增加了但书规定，而该但书规定有利于中标人在特殊情况下变更合同内容。但书规定实非立法有意给予的非强标工程中中标人的特权，亦无排除强标工程中中标人变更合同的权利。

结合情势变更原则的法理基础看，在客观情况下发生了不可预见的变化，双方可以协商变更合同。但书背后的法律逻辑是自然的，而非解释一建构的。解释一并不属于建构性规则，而只是一般性的宣誓性规定。立法理由亦认为情势变更是但书的逻辑基础，“本条规定的客观情况发生了在招标投标时难以预见的变化实质上属于上述情势变更的范畴”。

因此，《解释一》第二十三条但书背后的法理逻辑，同样适用于强标工程和非强标工程。

符合但书的条件，黑合同不构成对白合同的实质性变更，仍然有效可以作为结算依据，在此不再展开，可点击阅读《中标后另行签订合同，哪些情形属于背离招投标文件实质性内容？》。

（三）非强标工程中签订黑白合同时的结算依据

签订黑白合同一般是为了规避法定的强制招投标。在一般情况下，双方在中标合同之外另行对工程价款这一实质性内容另行约定的，该约定不能作为结算的依据。

在非强制招投标的情形中，也存在发包人招投标签订中标合同，又另行签订黑合同的情况。《2018 年解释二》的出台首次明确和统一了该问题，以中标合同为结算依据，而非以实际履行的合同为结算依据。其背后的逻辑在于：

第一，《招标投标法》立法目的在于规范招标投标活动，而并未区分是否强制招投标，非强标工程属于招投标活动就应当受其规范。

第二，并未侵犯契约自由，非强标工程招标人可以选择招标签订合同，也可以选择不招标签订合同。在解释出台明确将中标合同作为结算依据后，若招标人不希望以中标合同作为结算依据，可以不进行招投标。

第三，维护其他投标人的利益。禁止另行签订背离中标合同实质性内容的规范，是为了维护招投标的秩序和其他投标人的利益。

综上，《2018 年解释二》统一了非强标工程签订黑白合同时的结算依据，明确以中标合同为结算依据，而非以实际履行合同作为结算依据，《解释一》继承了该观点。

二、白合同作为结算依据时，以白合同有效为前提

依据司解除非强标工程的特殊情况外，均以中标合同这一白合同为结算依据。其隐含的逻辑前提是黑合同中的工程价款这一实质性内容因背离中标合同而违反法律效力性强制性规定无效，因此黑合同不能作为结算依据。但是，作为结算依据的合同必须是有效合同，如果白合同存在其他特殊情形违反了其他效力性强制性规定而归于无效，显然无法作为结算依据。因此，在依据《招标投标法》确定黑合同中工程价款条款无效的同时，必须审查白合同的效力。

在（2017）黔民初 158 号案例中，法院认为：上述司法解释的规定是为了维护建筑市场公平竞争秩序，防止当事人通过签订“黑白合同”作为不正当竞争的手段，损害国家、社会公

共利益和个人利益。**但在理解适用上述司法解释时，应特别注意中标合同有效是认定“黑合同”无效的前提。**

三、黑白合同均无效时，工程款的结算依据

《2018 年解释》 第十一条 当事人就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量合格，一方当事人请求参照实际履行的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同结算建设工程价款的，人民法院应予支持。

《解释一》 第二十四条 **当事人**就同一建设工程订立的数份建设工程施工合同均无效，但建设工程质量**合格**，一方当事人请求参照实际履行的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。

实际履行的合同难以确定，当事人请求参照最后签订的合同关于工程价款的约定折价补偿承包人的，人民法院应予支持。

（一）以实际履行的合同为依据

1、主体

第一，本条的当事人一般指建设工程的发包人和承包人，同样适用于承包人违法分包转包给第三人的情形。但是，当事人一词将其局限于合同的相对性，不含发包人和第三人的情况。

第二，同一个工程项目的各份合同前后主体相同，承包人中途退场，由第三人另行承包签订合同不属于阴阳合同的范畴。

第三，请求按照实际履行的合同结算的主体是无效合同的双方当事人，不仅承包人有权主张，发包人也有权主张。《2004 年解释一》仅规定了承包人的权利，实践中出现了承包人认为其有选择权，既可以主张按照实际履行的合同结算，也可以主张司法鉴定。《解释一》将其明确为一方当事人意味着，发包人也有权主张按照实际履行的合同结算，此种情形下的阴阳合同必须按照实际履行的合同结算。

2、主张权利的基础——结算与折价补偿

《2018 年解释》的表述为“结算建设工程价款”，而《解释一》的表述为“折价补偿”。其转变的依据在于立法对于请求权的厘清和民法典的立法转变。

在黑合同和白合同均无效的情况下，无效合同的结算依据应当遵守《民法典》总则部分第一百五十七条无效法律行为后果的处理，工程施工属于不能返还的情形，“不能返还的，应当折价补偿”。折价补偿是施工合同无效后结算的总则。《民法典》第七百九十三条明确了折价补偿的依据为合同关于工程价款的约定。《解释一》第二十四条明确了在存在多份无效合同的情况下，以哪一份合同为依据。

从《民法典》第一百五十七条到七百九十三条，到《解释一》第二十四条共同组成了黑白合同无效情况下结算的法律依据。以实际履行的合同为依据确定折价补偿款，其法理基础在于合同无效后的不当得利返还请求权，而非合同有效前提下的合同履行请求权。

3、折价补偿的范围

黑白合同均无效的情况下，以实际履行的合同为依据仅限于其中工程价款的部分。这意味着只能就工程价款方面参照实际履行的合同，合同中关于工期损失、逾期付款等违约责任的约定，不能作为参照。合同约定无效又无法定主张权利的依据则无权主张相关的权利，因此要避免黑白合同均无效的情形，以免期待的权利落空。

4、合格的理解

第一，在黑白合同均无效的情况下，主张工程款本身是主张不当得利返还。其要件要求对方没有法律依据而取得不当利益。“取得利益”的要件在《解释一》中表现为“工程合格”。

第二，立法将该要件明确为“合格”而非“竣工验收”。因为考虑到实践中存在承包人中途退场、烂尾楼等情况，工程质量合格是客观的，而竣工验收本身是人为控制的程序性要求。

综上，**黑白合同无效时，应当以实际履行的合同中关于工程款价款的约定作为确定工程款的依据。**这是立法明确作出的选择，此外在适用过程中还要注意主体要件、明确请求权基础、注意参照的范围和得利要件的理解。

（二）实际履行合同难以确定的情形

虽然在签订黑白合同的情况下，双方存在多份合同，但是根据双方履行过程中留下的蛛丝马迹确定的实际履行的合同往往最能反映双方的真意，因此立法选择了将实际履行的合同中关于工程款的约定作为确定工程款的依据。但是也存在无法确定实际履行的合同的情况，或者不同的合同中的条款均有履行的情况。

1、确定实际履行的合同的方法

第一，通过施工范围确定。工程中经常存在后期设计变更和规划调整的情况，可以通过实际施工的范围比照各合同中的施工范围，确定实际履行的合同。

第二，通过工期确定。如果黑白合同的工期不同，那么工程进度调整的同时，签证的情况也会变化，可以按照签证的日期确定实际履行的合同。

第三，通过质量标准确定。如果存在不同的质量标准、施工标准，可以依据标准确定实际履行的合同，但是黑白合同中存在不同质量标准的情况较少。

第四，通过价款支付方式、期限、数额确定。黑白合同中往往价格是不一样的，那么依据价格每一阶段支付的工程款数额也不一样，可以依据已实际支付的数额和时间倒推实际履行的合同。

工程情况复杂，确定实际履行的合同方法不能穷尽，应当穷尽合同履行中的各种蛛丝马迹。

2、参照最后签订的合同

对于不同合同中的条款均有履行的情况，实际上即为不能确定实际履行的合同，应当适用参照最后签订的合同，这是立法对于不同处理方案作出的最后选择。

在无法确定实际履行的合同时，存在各种处理方案。《解释一》征求意见稿曾另有三种方案，但最终未予采纳，予以简要介绍。

第一，A 合同履行了一部分，B 合同履行了一部分，认为两部分共同构成了一个新的合同 C，应按照 C 合同履行。因建设工程施工合同为要式合同，该意见未被采纳。

第二，结合缔约过错、已完工质量、利益平衡的因素分配两份或以上合同间的差价确定折价补偿款。该方案法院的自由裁量权过大。

第三，在同意第二种意见的基础上，若折价补偿款与约定工程价款差距较大，鉴定用市场信息价格兜底。市场价计算往往比较高，会出现规避其他方案直接适用市场价情况。

在最高院明确司法倾向的前提下，出现无法确定实际履行的合同的情况，适用最后签订的合同即可，不再有争议。

综上所述，在强标工程和非强标工程中签订黑合同，作为结算依据的条款若背离中标合同的实质性内容均因《招标投标法》第四十六条而无效，不能作为结算依据。若白合同中的结算依据不存在其他影响效力的事由，在有效的前提下，应当作为结算依据。若黑白合同中的结算条款均无效，在工程质量合格的前提下，应当参照实际履行的合同结算，无法确定的按照最后签订的合同结算。

（本文首发于 2023 年 6 月 26 日）

合同变更或无效时，下浮率如何适用？？

沈奇、陈子翔

一、引言

不同的工程款计价方式中都有适用下浮率的可能。下浮率本身是收取工程款的施工方事先约定给予对方的让利。下浮率=（原始价格-现在价格）/原始价格*100%。但是，在合同履行过程中，履行情况会发生各种变化。比如工程量发生变更，新发生的工程量是否在约定的下浮率适用范围之内？比如合同解除，施工至一半，此时应付工程款并不等于约定的合同价款，能否适用下浮率？比如合同无效，满足法定条件参照适用合同约定的工程价款约定，下浮率是否在此之列？下浮率并无相关法律规定，其本质上是双方关于工程款自行做出的约定。问题在于合同并未对各种特殊情况下是否下浮做出明确的意思表示。接下来将逐步讨论上述问题。

二、工程变更时下浮率的适用

工程因为设计、业主要求、地质等各种特殊情况在合同履行过程中都会发生变更。本质上是合同的变更，而建设工程合同本身是要式合同，其变更的部分也应当是要式的。因此，变更一般以签证等书面文件记载了工程变更的内容以及各方的意思表示来证明变更意思的成立及生效。但是，签证最多记载了工程变更的情况，不会就工程款的计价方式进行声明，或者就计价方式在变更情况下的特殊适用做出另行约定。此时，变更的工程量对应的工程款是否属于主合同约定的下浮率的适用范围就有争议。

1、下浮率条款的文义理解

主流的判例认为合同在约定时未明确表示下浮率适用于增减工程量的，主张下浮没有依据，对于变更部分工程量不适用下浮率。其审判思路是对于《建设工程解释（一）》第十九条的直接适用，对于计价方式有约定的，按照约定进行结算。而变更的情形并未约定，因此不能适用约定的下浮率。案例参考（2017）苏民终 812 号、（2012）沪一中民二（民）终字第 3236 号、（2018）内 04 民终 6142 号、（2021）新 22 民终 518 号。

2、对下浮率条款的扩大解释

因变更工程属于约定的案涉工程范围之内，故应当适用约定的下浮率，见（2022）粤 02 民终 1328 号。本案法官认为下浮率的约定及于整个案涉工程，只要变更的工程量在案涉工程范围之内就可以适用约定的下浮率。对此审判思路笔者持否定态度，下浮率属于计价方式的一部分，是合同签订时对于已知的工程量计算或估算工程款的计价约定，体现了承包方明确的让利的意思表示。这种放弃自身部分利益的意思表示，以明确知晓工程量或此时已知的大致工程量对价。对于不能预见的工程变更，如法官将下浮率适用于这一部分的意思表示，则意味着当事人对于未见的工程量达成了让利的合意，这显然不符合意思自治的基本原则。合同约定的工程范围并不代表着工程量和施工要求，在这个过程中，如发包方提高施工要求，增加工程量显然都属于约定的成本范围。但是这种变更已经超出了下浮率约定时让利对价的界限。

3、对于变更部分计价方式的单独约定

除了对于主合同中关于下浮率条款的理解，在处理这类纠纷时，还应当审查和注意变更时关于计价方式的约定或主合同中明确的关于变更部分价格的约定。存在这样两种特殊情况：第一，主合同中对于变更部分的计价明确约定据实结算或按照定额计算。在变更部分明确约定了对应的计价方式的情况下，就不应当适用主条款中的下浮率。第二，在形成签证等书面文件的过程中，另行签订了补充协议，对于变更部分的价款进行了约定，或者明确对是否下浮进行了约定。见（2021）粤 01 民终 7356 号。因工程漏项，在工程清单中无量无价，事后签证时双方补充约定了价格 45 元/㎡（含下浮），并明确对下浮的情况做出了约定。

综上，下浮率适用于变更部分的工程必须有明确的意思表示，要么约定在合同关于计价的主条款中，要么关于变更部分的计价方式中明确约定。对于发包方来说，如希望下浮适用于变更部分工程，应当注意明确约定下浮条款。

三、合同无效时下浮率的适用

合同无效，下浮率的约定归于无效。但是《民法典》第 793 条特别规定，合同无效但工程合格的，可以参照关于工程价款的约定折价补偿。下浮率是否属于第 793 条“关于工程价款的约定”的涵摄范围呢？存在争议。在法律层面，是对于 793 条规定的法律解释问题；在最高法的司法解释层面，这一存在并未明确；部分地方高院出台的解释明确合同无效时可以参照适用下浮率的约定。

1、无效时参照适用下浮率条款

民法典 793 条脱胎于原建工解释一，虽有变更，但参照的对象“无效合同中关于工程价款的约定”没有改变。合同中具体哪些条款属于可以参照适用的条款，下浮率的约定是否在其语义范围之内？早有争议，亦有解答。《山东高院民一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》：可以将合同中关于工程价款、付款时间、工程款支付进度、下浮率、质保金等约定条款作为折价补偿的依据。其中就明确提到了下浮率。《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》：合同约定的工程价款、付款时间、工程款支付进度、下浮率、工程质量、工期等事项作为考量因素的，应予支持。山东高院的解答仍然有效，但江苏高院的解答已经失效。现今全国范围内明确对于 793 条中“关于工程款价款的约定”具体指哪些条款作出规定的，只有山东高院。

认为建设工程施工合同无效时，下浮率条款可以作为折价补偿的依据，其适用路径为：首先适用 793 条，其次认为下浮率在 793 条“关于工程价款的约定”射程之内，结论依据无效合同中关于下浮率计算折价补偿款。

（2021）最高法民申 1940 号（案例 1）：最高法认为让利条款（下浮率）属于结算条款，鉴定机构按照《建设工程施工合同》约定的结算方式认定工程造价并无不当。该判决将 793 条所定义的条款抽象为结算条款，认为下浮率条款属于结算条款的子集，因此下浮率条款在 793 条的语义范围之内。

2、无效时不适用下浮率条款

（2020）最高法民终 849 号（案例 2）：最高法认为承包协议系无效合同，其中关于工程总价下浮 5%的约定亦归于无效。一审判决根据公平原则及案涉工程的实际情况，对工程总价未予下浮，处理亦无不当。

比较案例 1 和案例 2，笔者认为并非最高院作出了两个矛盾的判决，也不能机械地认为最高院内部关于该问题有两个矛盾的观点，一个认为无效时下浮率应当适用，一个认为不应当适用。第一，案例 2 明确指出下浮率的约定是无效的。问：在案例 1 中下浮率的约定是否有效？答：当然无效。建设工程施工合同全部无效时，下浮率条款有什么理由单独有效？而许多文章在讨论下浮率时，都区分情形比较：A 情形下浮率有效可以参照适用，B 情形下浮率无效不能参照适用。是错误理解了民事法律行为的效力和 793 条。适用下浮率条款并非因为其有效，不适用下浮率条款也不是因为其无效。793 条的适用是在合同无效的背景下讨论合同部分条款参照适用的问题，其统一的前提就是下浮率条款无效。若下浮率条款有效，则无 793 条适用的余地了。

在无效的情形下为什么要参照适用无效的合同条款，这个问题较为复杂，本文不予讨论。但是，793 条的适用过程就是参照适用无效条款的作业。其问题在于下浮率条款是否属于“关于工程价款的约定”，其次该约定是否应当在无效时被参照适用。

关于第一个问题下浮率条款是否属于“关于工程价款的约定”，本文认为，从基本的语义理解，现有的行业习惯，既往的司法判例。答案都是肯定的，下浮率条款本质上跟商场打折促销一样。标的商品 100 元，关于价款的约定就是 100 元。标的商品原价 100 元，打 8 折，关于价款的约定就是 80 元。下浮率只不过透明化的价格的计算过程，而 80 元的价款约定是经过下浮率计算的结果。二者是不可分割的。在文义理解上，不应当将下浮率从工程价款的约定中剥离出来，至少笔者认为这是一种不恰当、不合理的限缩解释。

关于第二个问题该约定是否应当在无效时被参照适用。我们应当回到 793 条的文义，即便第一个问题的答案是肯定的，也不意味着下浮率条款必须被适用。793 条的文义表达是可以参照，而不是应当参照。可以参照意味着，法官享有自由裁量权，根据案件本身的具体情形考虑，是否参照适用。毕竟合同本身是无效的，而 793 条的折价补偿请求权本身并非合同请求权并不以双方合意作为请求权的基础。其本身属于不当得利请求权，在不当得利的框架下寻找一个计算折价补偿的标准，法律给出了示范性的非强制性意见。在不当得利的框架下，下浮率的存在与合意或合同无关，只是一个未被法律作出有效无效等效力性评价的客观存在。

关于自由裁量权参考的因素，是一个难以预测和判断的问题。当裁量的理由趋向于抽象的民法公平原则和不被揭示的案件具体情况（案例 2），判决失去了参考的价值，行为也失去了坐标。司法工作者不必深究于自由裁量的标准，因为没有用。但是从立法的角度，除了由于现实情况过于复杂无法预测亦无法例举，因此无法规定为应当，那么就只能规定为可以，将问题在个案中交给法官解决。

再见一例，（2020）最高法民终 337 号。合同约定固定总价 A，下浮 5%。一审鉴定价格 B，下浮 5%。二审改判，依据鉴定价格给付，不适用下浮率条款。最高法认为：“该结算条款采用包干价格，双方达成下浮合意的前提条件为“在此总价”，即包干的价格基础上。本案通过司法鉴定确定工程价款，改变了下浮合意的前提条件，故对于福建九鼎关于工程总造价

不应下浮 5%的主张，本院予以支持。”笔者认为，这个改判就充分考虑了案件实际情况条件的变化，尽管下浮率是关于工程价款的约定，但是在本案中不应当适用。

3、无效时，调整下浮比率

如前所述，在 793 条的适用中，法官享有自由裁量权，下浮率作为一个客观标准，只是一个不具有强制性效力的参考坐标系。法官可以全部参照适用，可以完全不参照适用，自然也有权进行调整部分参照适用。

（2021）最高法民申 6087 号最高院认为：本案中，当事人虽约定以政府职能部门核定造价为基础下浮 32%结算工程价款，但据顺洋公司与赣基公司、贺超群之间另案民事判决的记载，顺洋公司系以借款的方式向赣基公司、贺超群预付工程款并按月计收利息，且双方还约定赣基公司、贺超群需承担相应的税费，故经综合衡量各方当事人的权益以及导致案涉建设工程施工合同无效的过错程度等因素，二审判决在保留发包人总造价 7%合理利润的基础上，酌情确定发包人应按双方均认可的结算造价下浮 7%向赣基公司、贺超群支付案涉工程价款，系裁量权的合理行使，处理结果相对公平。

四、结语

下浮率在工程量变更的情形中，应当注意在工程总计价方式中明确下浮率的适用范围是否涉及后续变更，或者在变更时明确约定变更部分工程量的计价方式。下浮率在合同无效的情形中，在文义上“关于工程价款的约定”包含下浮率，即下浮率在无效时可以作为折价补偿的依据，但是是否下浮法官根据案件的实际情况仍享有自由裁量权。

（本文首发于 2023 年 8 月 9 日）

建材价格波动风险自担，承包人能否主张调整合同价款

沈奇、叶天

实践中常见的建设工程施工合同往往约定建材价格波动风险由承包人自行承担，即合同价格不因市场价格波动而予以调整。在此前提下，如果遭遇**市场大幅波动**的突发情况，承包人能否主张调整合同价款，本文将对较为常见的几种情形进行分析。

一、建材价格上涨，承包人能否主张依据情势变更调整合同价款

发包人与承包人签订建设工程施工合同后，若发生建材价格大幅上涨情形，承包人往往依据《中华人民共和国民法典》第五百三十三条或《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释(二)》第二十六条，即情势变更之规定请求变更合同内容。情势变更制度是指合同依法成立后，客观情况发生了无法预见的重大变化，致使原来订立合同的基础丧失或者动摇，如继续履行合同则对一方当事人明显不公平，因此允许变更或者解除合同以维持当事人之间的公平。实践中双方的争议焦点主要体现在建材价格的上涨是属于正常的商业风险，还是属于可引起情势变更制度适用的“重大变化”。

在最高人民法院（2019）最高法民申 5829 号案件中，重庆建 X 集团主张根据情势变更原则和主管部门的相关规定，就价格涨幅超过 5%的部分应据实调整为由荣 X 环保公司自行承担。最高人民法院则认为，“案涉《建设工程施工合同》专用条款第 11.1 条约定，市场价格波动不调整合同价格，即市场价格上涨的风险由重庆建 X 集团承担。**合同签订后，市场价格确实因政策或市场环境的变化存在上涨的情况，但重庆建 X 集团作为专业、理性的建筑工程施工企业是在仔细研究了招标文件的全部内容并综合考虑相应的商业风险和成本变动后才向荣 X 环保公司投标，其在明知案涉工程限定造价 1.5 亿元的前提下理应将建筑材料的市场环境以及价格变化纳为其是否投标以及如何投标应考虑的商业风险因素中。**《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释(二)》第二十六条系对合同法上情势变更原则所做的规定，该条强调的客观情况是当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的非商业风险，继续履行将会对一方明显不公平或不能实现合同目的，**本案中建筑材料价格上涨应属于重庆建 X 集团在投标和签订合同时应合理预见的商业风险，且上涨幅度并未超过市场价峰值，**因此不应适用《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释(二)》第二十六条的规定，原审法院适用法律并无不当，重庆建 X 集团的该项申请再审理由不能成立。”在该案件中，最高人民法院结合重庆建 X 集团的主体身份、认知程度以及建筑材料价格上涨幅度，综合认定不应适用情势变更之规定。

《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》第三条规定，在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意衡量风险类型是否属于社会一般观念上的事先无法预见、风险程度是否远远超出正常人的合理预期、风险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的“高风险高收益”范围等因素，并结合市场的具体情况，在个案中识别情势变更和商业风险。故建材价格涨跌幅度仅作为一个重要的参考因素，并不能完全据此作出认定。

二、建材价格上涨，政策调价文件能否成为材料价差调整依据

建材价格上涨往往会影响到工程的正常施工，为了维持稳定，各地的住建部门往往会发布相应的价格风险管控通知，建议双方协商签订补充协议，合理分担相关风险，那么承包人能否以此为依据主张调整合同价款？

在（2019）最高法民申 3386 号案件中，最高人民法院认为，“工程延期开工期间，水泥价格发生了双方在签订合同时无法预见的大幅上涨。吉林省住房和城乡建设厅 2011 年 12 月 1 日下发的吉建造[2011]18 号文件第二条规定：‘由于今年水泥市场价格上涨幅度较大，比 2010 年同期涨幅超过 50%，发、承包双方在招投标和签订合同过程中无法预测。发、承包双方合同中对水泥价格未明确风险范围和超出风险范围未明确调整办法的，工程结算时可以按工程投标期信息价格为基数，水泥结算差价 10%以内部分由承包人承担，超过 10%以上部分由发包人承担，签订补充协议协商解决。’**该文件虽系行业指导性文件，不能直接作为人民法院审理案件的法律依据，但可以作为人民法院审理案件的参考。**”由此可见，各地住建部门发布的政策调价文件并非法律规范，其对于行业纠纷的解决主要起到一个指引作用，故不能直接作为承包人主张的法律依据。但政策调价文件的出现意味着建材价格发生了重大变化，超出了正常的波动范围，对建筑行业产生了广泛的影响。在此情形下，法院可以此作为参考，权衡该重大变化是否属于正常的商业风险范围，进而决定是否适用情势变更之规定。

三、疫情期间建材价格上涨，承包人能否以不可抗力为由主张调整合同价款

从各地的司法实践来看，疫情属于不可抗力。根据《中华人民共和国民法典》第五百六十三条、第五百九十条，不可抗力的法律后果在于赋予当事人解除合同的权利以及部分或者全部免除因不能履行合同而产生的责任，并不包含合同变更，当事人不能直接依据不可抗力变更合同内容。但由于不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况，其与情势变更的适用情形存在重合或类似的地方，故不能排除承包人依据情势变更主张权利的可能性。

在《中华人民共和国民法典》施行之前，有观点认为，根据《最高人民法院关于适用＜中华人民共和国合同法＞若干问题的解释（二）》第二十六条，法律已明确规定情势变更的适用情形不包括不可抗力。《中华人民共和国民法典》施行后，第五百三十三条取消了“非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化”这一规定。

因此，如果疫情期间建材价格上涨，虽然承包人不能以不可抗力为由主张调整合同价款，但如果符合上述情势变更的适用条件，其仍然可以主张相关权利。

此外，根据《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》第 2 条，承包人也可尝试依据公平原则主张建材供应商调整买卖合同价款，进而降低己方风险。

四、发包人违约导致工期延误，承包人能否主张根据该期间产生的材料价差调整合同价款

建设工程施工合同虽然约定任何情形下建材价格上涨的风险由承包人承担，但在该风险系因发包人违约导致时，不应机械地适用该规定。首先，从双方的意思表示来看，建材价格上涨的风险应指双方正常履行合同情况下所遭遇的商业风险。若发包人违约导致工期延误，无疑会导致承包人承担建材价格波动风险的期间延长，与双方意思表示内容不符。其次，发包人作为违约方，承包人有权依据合同约定或法律规定追究其违约责任，在此情形下，承包

人无需为其违约行为所导致的不利后果买单。例如在最高人民法院（2019）最高法民申 5628 号案件中，最高人民法院认为，“原审认定因交通局、沿黄公司的原因造成了工期延误，工期延误也带来了五强公司工程材料成本增加，原审法院认定交通局、沿黄公司对延误工期造成施工材料价格上涨、成本增加负有责任，有事实依据。**此外，《招标文件》虽然对正常施工工期内材料价格波动风险的承担作出了约定，但该约定并不适用于因发包方原因导致的工期延误期间的材料款调差，以双方当事人可以预期的合理风险负担约定调整单方违约造成的损失扩大，显然有违公平、有悖逻辑。”**故如因发包人违约导致工期延误，其应自行承担该期间产生的建材价格波动风险，承包人有权主张调整合同价款。

五、结语

建设工程施工合同无论采取固定总价模式，还是采取固定单价模式，建材价格的风险一般都由承包人承担。考虑到建筑行业利润率较低，为了行业的稳定和发展，承包人自担风险的范围应当有所限制。目前虽然有一些规范文件或政府文件对此有所规定，但其不具有相应法律效力，承包人仅能通过一些法律原则主张权利，其利益难以得到充分保护，法院审理相关类案也无具体裁判标准，期待后续立法有所完善。

（本文首发于 2023 年 8 月 29 日）

措施项目费包干，工程量改变后费用金额调整吗？

沈奇、叶天

措施项目费对于任何一个工程来说都是不可或缺的一部分支出，关系到工程能否顺利完工。由于签订合同时难以精准预估措施项目费的金额，实践中业主往往将该费用的风险转移至承包人处，即采用包干的形式固定措施项目费的金额。在此前提下，若施工过程中工程量发生了变化，项目措施费是否应当随之调整往往争议较大，本文将对此进行分析。

一、措施项目费的定义与内容

措施项目费并不单指某一项费用，而是一系列具体费用的统称。根据《建筑安装工程费用项目组成》（建标〔2013〕44 号），措施项目费是指为完成建设工程施工，发生于该工程施工前和施工过程中的技术、生活、安全、环境保护等方面的费用。**具体内容包括：安全文明施工费、夜间施工增加费、二次搬运费、冬雨季施工增加费、已完工程及设备保护费、工程定位复测费、特殊地区施工增加费、大型机械设备进出场及安拆费、脚手架工程费。**由此可见，措施项目费并非直接形成工程实体，但确是形成工程实体必不可少的一部分支出。

此外，根据《房屋建筑与装饰工程工程量计算规范》（住房和城乡建设部公告第 1568 号），措施项目费又可依据工程量计算规则的不同分为单价项目措施费与总价项目措施费。单价项目措施指可以直接量化的项目措施，费用通常按照单价乘以工程量予以确定，具体有脚手架工程、混凝土模板及支架（撑）、垂直运输、超高施工增加、大型机械设备进出场及安拆、施工排水、降水；总价项目措施指无法量化的项目措施，费用通常按照项予以确定，具体有安全文明施工、夜间施工、非夜间施工照明、二次搬运、冬雨季施工、地上、地下设施、建筑物的临时保护设施、已完工程及设备保护。

二、措施项目费因工程量变化是否调整的具体情形

1、措施项目费包干所对应的工程范围

关于措施项目费包干所对应的工程范围，目前有两种观点，一种观点认为措施项目费包干所对应的仅是合同约定范围内的工程，另一种观点则认为措施项目费包干所对应的是全部工程。二者区别在于前者认为措施项目费包干的基础在于双方签订合同时所确定的施工范围，后者则认为无论施工范围有无变更，包干的措施项目费均应覆盖工程施工全过程。

《建设工程工程量清单计价规范》（住房和城乡建设部公告第 1567 号）第 9.3.2 条规定，“工程变更引起施工方案改变并使措施项目发生变化时，承包人提出调整措施项目费的，应事先将拟实施的方案提交发包人确认，并应详细说明与原方案措施项目相比的变化情况。拟实施的方案经发承包双方确认后执行，并应按照下列规定调整措施项目费：……如果承包人未事先将拟实施的方案提交给发包人确认，则应视为工程变更不引起措施项目费的调整或承包人放弃调整措施项目费的权利。”根据该规定，措施项目因施工方案改变发生变化时，承包人有权提出调整措施项目费，而施工方案正是基于施工范围和施工内容而定。因此，**措施项目费即使包干，发包人与承包人协商确定的基础也应当是合同签订时所确定的工程施工范围**。例如在（2019）云民终 1077 号案件中，云南省高级人民法院就认为，“关于大理十

二建司主张的措施费应否支持的问题。本院认为，案涉合同第 23.2（4）约定“措施费包干使用，不得调整。”该约定的措施费包干，系指合同约定的工程范围对应的措施费包干，是双方真实意思表示，大理十二建司对此也无异议。虽然案涉总工程价款超过了合同约定的暂定价，但施工范围没有超出合同约定范围，不存在措施费调整的问题。”

2、措施项目费因工程变更是否调整

如上所述，虽然措施项目费包干所对应的工程范围应当是合同签订时所确定的工程施工范围，但措施项目费并不一定因工程变更而予以调整，这取决于工程变更的具体类型。在工程施工过程中，工程量发生变更十分常见，有些是**基于突发的各种情况导致工程量相较于合同签订时有所变化**，有些则是**基于发包人额外的施工要求或设计变更导致的工程量变化**。就前者而言，通常属于施工过程中的正常风险，并不导致施工范围发生实质变化，如何承担取决于双方约定的合同价格形式。若为单价合同，则工程量变更的风险由发包人承担，若为总价合同，则工程量变更的风险由承包人承担。

但无论采用哪种合同价格形式，在前者工程量变更情形下，包干的措施项目费均不因此而调整。**就后者而言，无论是发包人超出合同约定提出的施工要求，还是设计变更，均会导致施工范围发生变化，且该变化是双方签订合同时无法预见的。在此情形下，工程量发生变更，即使措施项目费包干，也应当予以调整。**例如在（2019）最高法民申 1422 号案件中，最高人民法院认为，“地铁集团对于钻空桩、刷围墙、交通疏散道施工、施工围挡增加、降水停工导致混凝土上涨、抢险费用、马镫钢筋、工人村残值等争议项目的工程量，主张已经包含在合同总价款当中，但上述工程量的变更，均有第三方监理单位出具的工程签证单予以确认，地铁集团在《工程结算单》中对工程增量也有所确认，不能认定上述争议项目的工程量已包含在合同总价款之内。对于没有工程签证单的增加措施费投入项目，在《工程结算单》中，地铁集团工程一处和监理单位对于此项费用均持“同意”意见，也可以认定该项费用是在合同总价之外实际发生的项目费用。因此，地铁集团关于不予支付工程增量价款的申请再审理由，不能被支持。” 因此，在施工范围内工程量发生变化，措施项目费不予调整，但倘若施工范围发生了实质变更，措施项目费应当予以适当调整。

3、措施项目费因工程量清单缺项是否调整

实践中措施项目费往往基于工程量以及措施项目的数量来确定，因此即使措施项目费包干，当总工程量清单或措施项目清单存在缺项时，承包人一般主张调高措施项目费金额。常见的有两种情形，**一种情形是发包人招标过程中提供的工程量清单或措施项目清单有所缺漏，未涵盖工程施工或措施项目的全部内容，进而导致承包人仅对清单载明的施工内容及措施项目进行报价；另一种是承包人根据招标图纸及施工内容自行编制工程量清单及措施项目清单，但由于自身失误，导致一些必须施工的内容或措施项目产生缺漏，**两种情形均会导致措施项目费计算基数及金额较实际偏低。

就第一种情形而言，发包人作为招标文件的提供单位，其应当确保其内容的准确性和完整性。当其提供的工程量清单存在缺项情形导致措施项目费发生变化时，根据《工程量清单计价规范》第 9.5.3 条规定，“由于招标工程量清单中措施项目缺项，承包人应将新增措施项目方案提交发包人批准后，按照相关规定调整合同价款”，措施项目费应当予以调整。至于

第二种情形，该措施项目费发生变化的原因在于承包人自身的疏漏或过错，相关风险应由其自行承担，除非发包人同意变更，否则措施项目费一般不予调整。

4、未完工程措施项目费是否调整

措施项目费包干情形下，其对应的是工程所有措施项目产生的费用。若工程顺利完工，则发包人应当全额支付，但若是工程无法顺利完工，承包人仅施工其中一部分，相关措施项目费应如何计取。实践中主要有两种计取方式，**一种是按照承包人实际投入金额予以确定，另一种是按照已完工程量所占总工程量比例，乘以措施项目金额予以确定。**例如在（2019）最高法民终 1357 号案件中，最高人民法院认为，“首先，从红 X 公司制作的《红 X 红 X 烟草（集团）有限责任公司曲靖卷烟厂打叶复烤易地技术改造及新建烟叶仓库项目场地平整工程（一期）施工招标控制价》中载明的内容看，工程单价不包含措施费、规费和税金，因此一审法院以单价乘以工程量的计算方式未含上述费用，故以此判决红 X 公司应给付工程款金额有误，应予纠正。但因景 X 公司未完成合同约定的工程，无法按照合同约定计算相关费用，景 X 公司又未举出证据证明措施费、规费的具体金额，故本院参考措施费、规费、税金所占工程投标总造价的比例，结合景 X 公司实际完成的工程量，酌定红 X 公司应给付的措施费、规费、税金为 3000000 元。”

在（2019）最高法民终 346 号案件中，最高人民法院亦认为，“关于基本措施费问题，中 X 公司上诉认为其于退场前，已经完成全部基本措施的施工，采用工程款比例扣减基本措施费错误。经查，中 X 公司所称的道路、宿舍、食堂等施工均属临时措施，该费用包含在合同总价范围内，不单独计取，也未单独扣减。对于单独计取的措施费，以中 X 公司未完成工程量占合同工程量的比例予以扣减，符合《分包合同》合同专用条件第 8 条的约定。中江公司在未完成全部工程量的情况下，主张全部工程范围内措施费缺少依据，本院不予支持。”由此可见，司法实践中，措施项目费包干情形下，除非承包人能充分证明措施项目费的实际投入，否则法院倾向于按照已完工程量所占总工程量比例进行计算。

三、结语

措施项目费包干并不意味其金额固定不变，作为辅助或支撑工程顺利完工所必须支出的费用，其金额应当取决于工程量基数及具体措施项目。当二者发生变化时，需要视不同情形决定是否对措施项目费予以调整，从而平衡发包人与承包人之间的权利义务，减少施工争议的发生。

（本文首发于 2023 年 10 月 24 日）

固定总价合同中清单漏项时，价格如何调整、损失如何赔偿？

沈奇、陈子翔

引言

在工程施工的招投标过程中，如双方约定采用固定总价的计价模式，承包人一般会依据发包人的施工图和工程量清单，作为判断工程总量和工程总价的依据。工程量清单记载了完成施工图所需要的施工内容。工程量清单漏项即清单记载的施工内容不能覆盖施工图。这会导致承包人在计算工程总价时未将必须实施的工程量计入，进而实际付出的工程量大于约定的工程量而导致损失。因此，在合同磋商过程中如果发生工程量清单漏项将给承包人带来损失。

清单漏项时价格调整的法定规范

1、《工程量清单计价规范》

《工程量清单计价规范》“9.5 工程量清单缺项”对漏项时的价格调整作出了相应的规定：

9.5.1 合同履行期间，由于招标工程量清单中缺项，新增**分部分项工程**清单项目的，应按照本规范第 9.3.1 条的规定确定单价,并调整合同价款。

9.5.2 新增分部分项工程清单项目后,引起**措施项目**发生变化的，应按照本规范第 9.3.2 条的规定，在承包人提交的实施方案被**发包人批准**后调整合同价款。

9.5.3 由于招标工程量清单中**措施项目**缺项，承包人应将新增措施项目实施方案提交**发包人批准**后，按照本规范第 9.3.1 条、第 9.3.2 条的规定调整合同价款。

依据上述规定，缺项导致新增分部分项工程的，无须批准，应当依规调整。而措施项目都应当由承包人提出修改方案后提交发包人批准，即变更合同价款必须达成合意。

2、《建设工程施工合同示范文本》

《建设工程施工合同示范文本》（GF—2017—0201）“1.13 工程量清单错误的修正”规定：

除专用合同条款另有约定外，发包人提供的工程量清单，应被认为是准确的和完整的。出现下列情形之一时，发包人应予以修正，并相应调整合同价格：

（1）工程量清单存在缺项、漏项的；

（2）工程量清单偏差超出专用合同条款约定的工程量偏差范围的；

（3）未按照国家现行计量规范强制性规定计量的。

《建设工程施工合同示范文本》只笼统规定了缺项漏项时应当调整价格，但是并未给出调整的标准。

3、法定规范存在的问题

第一，现有的清单漏项价格调整规范效力层级低。《工程量清单计价规范》和《建设工程施工合同示范文本》都是住房和城乡建设部发布的国家标准，效力层级只是部门规范性文件。

第二，未明确价格调整与固定总价合同的关系。虽然上述规范明确了可以调整价格，但是在固定总价模式下，与价格不变的内涵存在冲突。规范未梳理二者之间的关系。

第三，标准不明确适用艰难。《建设工程施工合同示范文本》中规定措施项目需要双方协商达成合意才可以调整合同价格，实际上形同虚设。

合同框架下约定的价格调整

由于法定规范的缺位，对于工程量清单漏项时的价格调整只能诉诸于合同规范。但是，由于发包人的强势地位，约定往往形成了对承包人不利的条款。即因工程量清单漏项导致的价格风险由承包人承担，不能主张变更价格，贯彻固定总价的思路。由于法定规则缺席导致的合同权利义务失衡，法官倾向于诉诸民法基本的公平原则和诚信原则调整倾斜的权利义务。

1、作为义务的“提供完备工程量清单”和“审核工程量清单”

责任的承担来自于对义务的违反。发包人承担价格调整后的补足工程款责任来自于对“提供完备工程量清单”义务的违反。承包人承担价格调整不能后的损失自担来自于对“审核工程量清单”义务的违反。

发包人提供完备工程量清单的义务来自《工程量清单计价规范》的规定：“4.1.2 招标工程量清单必须作为招标文件的组成部分，其准确性和完整性应由招标人负责。”作为招标人的发包人，在招投标时应当明确自身的需求，提供完整的工程量清单。**如果未尽该项义务导致工程量清单漏项，固定的合同总价只对应发包人提供的工程量清单，对于漏项部分不属于合同范围，发包人应当承担价格调整的不利后果。**类似的判例有：(2016)辽民终 216 号、(2016)苏民终 1151 号。

承包人审核工程量清单的义务并无法定依据。但是**承包人在磋商合同的过程中，接受固定总价的约束就应当审慎审核图纸和工程量清单，即便发包人提供的材料有漏项，在合同签订前该问题也是承包人可以预见的，**由于承包人自身的过失未发现这种错误，就应当对自己的失误负责，无权推翻在发包人给出图纸和工程量清单前提下自主计算的固定价格。类似的判例有：(2020)皖民终 1128 号、(2020)皖民终 1128 号。

2、免除发包人义务约定的效力

由于在招投标过程中发包人处于优势地位，发包人往往在约定固定总价的时候，要求承包人去承担全部的价格风险。比如，要求承包人签订承诺书“承包人已完全查阅图纸和工程量清单，保证不主张工程量清单漏项”；在招投标文件和合同中明确约定“发生清单漏项时不调整合同价格”

对于这种条款的效力裁判的意见并不一致。

有支持的如（2015）吉民申字第 137 号：《建设工程工程量清单计价规范》GB50500-2003 规定：“本规范中以黑体字标志的条文为强制性条文，必须严格执行。”但该规范中的黑体字条文部分，并无工程清单与实际不符合由制作方负责的强制性规定，对此情况，南方航空公司的《招标文件》中进行了约定。即“投标人参照施工图纸核对工程清单，如认为工程量清单有误，可以进行修改，如不作修改，将视为同意工程量清单，如中标，在签订合同价款时不予调整。”而中建总公司于 2004 年 3 月 21 日对南方航空公司就本工程出具的《投标文件》中的投价表示同意，并认可按上述图纸和合同履行相关义务。双方于 2004 年 4 月 16 日签订的《施工合同》、南方航空公司的《招标文件》及中建总公司出具的《投标文件》，均系双方的真实意思表示，对本案双方当事人均具有约束力。

有反对的如（2016）苏民终 1151 号：本案工程采用工程量清单计价方式通过招投标签订合同作为计算工程造价的依据，《建设工程工程量清单计价规范》系国家建设主管部门对工程量清单计价方式的规范文件，根据其中强制性条文第 3.1.2 条规定，采用工程量清单方式招标，工程量清单必须作为招标文件的组成部分，其准确性和完整性由招标人负责。本案建设工程施工合同第 23.2 条 C 款条款约定如工程量清单存在漏项、错误、特征及工作内容描述不准确则由××承担不利后果的约定与该强制性条款相冲突，故不应作为双方的结算依据，一审鉴定机构对上述因工程量清单漏项、错误及描述不准确引发的争议按照实际发生情况进行调整的处理方式符合工程量清单计价规范的强制性规定。

两种意见的冲突点在于《建设工程工程量清单计价规范》关于发包人义务的规定是否属于强制性规定。其法律适用为依据《民法典》第一百四十三条（原《合同法》第五十二条）违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。从这个角度考虑条款的效力可能存在问题，简要来说是效力层级的问题，《建设工程工程量清单计价规范》效力层级过低。

笔者认为还有两个思路，第一是基于《民法典》第四百九十七条格式条款无效的情形第二项：“提供格式条款的一方不合理地免除或减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利”。发包人对于合同的这种安排显然意图在于免除自身责任，加重对方的价格风险。但是问题在于格式条款的证明。**第二是基于《民法典》第五百零六条免责条款的效力，承包人可以主张发包人故意提供不完整的工程量清单或者在提供工程量清单时存在重大过失，在这种情况下其不能主张免除自身提供完备工程量清单的法定义务。**但是，可能在主观要件的证明尚存在一定的存在。现有的实践中并无此讨论，抛砖引玉可资借鉴。

承包人在价格调整不能后的损失——缔约过失责任

在（2016）皖 12 民终 228 号案例中二审法院认为：如安徽建工集团认为阜南开发区管委会在招投标过程中故**意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况给其造成损失，**可另案处理。公开的裁判文书只记载了上诉人主张认为工程量清单漏项，一审未予计算属于法律适用错误。并未看到上诉人提出了缔约过失的主张，但是根据二审法院的说理，可以窥见，二审庭审过程中代理人应当提出了类似的意见。

前段“合同框架下约定的价格调整”关于义务的讨论是在合同的框架之下，但是应当意识到的一个问题是招投标的过程处于合同磋商阶段，双方并未成立建设工程施工合同法律关系，相关的权利义务尚未发生。在合同磋商阶段围绕工程量清单的提供和审核义务尚不落入合同成立后双方形成的法律关系。在处理基于建设工程施工合同关系的工程款给付请求纠纷时，适用上述义务在逻辑上不周延，对于前合同义务的违反应当承担的是缔约过失责任而非违约责任。在承包人主张工程量清单漏项的问题时，或可基于《民法典》第五百条主张缔约过失责任。

小结

《工程量清单计价规范》和《建设工程施工合同示范文本》中关于工程量清单漏项的规定难以约束合同双方。发包人可以通过约定加重承包人对于工程量清单的审核义务，承包人也可以从格式条款或者免责条款效力角度对此提出抗辩否认相关条款的效力。当发生清单漏项时，法官考虑损失的分配，实际是审核和考察发包人对于清单完备性义务的履行程度和承包人对于清单审核义务的履行程度。笔者认为清单漏项属于磋商阶段的问题应当于缔约过失责任的框架中适用法律。

（本文首发于 2023 年 11 月 28 日）

浅析工程造价中规费应当如何负担

沈奇、陈子翔

规费定义、计取和缴纳

1、规费一般由五险一金和工程排污费构成

《建设工程工程量清单计价规范》4.5 一章对规费做出了具体规定。

4.5.1 规费项目清单应按照下列内容列项：

①社会保险费:包括养老保险费、失业保险费、医疗保险费、工伤保险费、生育保险费;

②住房公积金；

③工程排污费。

4.5.2 出现本规范第 4. 5. 1 条**未列的项目，应根据省级政府或省级有关部门的规定列项。**

2、规费是工程造价的一部分

依据《建设工程工程量清单计价规范》1.0.3 工程造价由分部分项工程费、措施项目费、其他项目费、**规费**和税金组成。规费属于工程造价的一部分。

规费是施工主体应当向行政机关支付的费用，属于施工主体的成本。作为人工费支出的社保费在需要雇佣人工劳动生产的商品都属于商品成本的一部分，但是往往不会在商品的售价中明确列出，尽管卖方在定价时会考虑这一人工成本。卖方未将社保费列明为商品价格构成的一部分，则社保费通常不会成为买卖双方议价的要素。购买一个“蛋糕”，买方不会主张在本次交易中不计员工社保费的均摊，卖方也不会主张增加本次交易中社保费的均摊。这种隐形的成本往往在定价时由卖方自行均摊在每一个商品的成本里面。

但是在建设工程中，规费是列明在价格构成中的一个要素。尽管规费可能是政府指定的固定费率，双方亦有可能对规费做出区别于指定费率的特别约定，比如约定建设单位不负担本次交易中的规费。在自由交易中，商品成本和商品价格往往是基于双方的意思自由约定的。由于在工程施工过程中政府规定了规费的固定费率，不可避免地存在双方要去对于这一固定费率作出改变性的约定。关于规费计价的矛盾和冲突就体现在这一过程中。

3、规费的计取

规费本身是施工企业从事工程施工依法应当支付的成本。由于法律规定，规费成为工程款构成中必须明确的一部分。其计取数额通常由建设主管部门发布文件确定一个统一的费率，各地不同。

4、规费的缴纳模式

作为隐形成本的规费之所以要明确成为工程造价的一部分，其目的是为了避免负担成本的一方在议价过程中将社保费用作为减价的筹码，降低成本损害职工社会保障的权利。因此规费的缴纳通常具有强制性。一般的规费缴纳模式为：由政府在工程施工前先向建设单位收取规费，而后才能发放施工许可证。现在，很多地方放开了规费缴纳的强制性，其规费缴纳的模式为：政府不强制建设单位缴纳，由施工单位自行按照实际情况向政府支付，再依据合同约定的费率从建设单位处获得工程款抵销相应的成本支出。

规费在结算时的争议点

规费的不可竞争性：约定不计取、约定下浮

《建设工程工程量清单计价规范》3,1.6 规费和税金必须按国家或省级、行业建设主管部门的规定计算，不得作为竞争性费用。

依据该项规定，规费通常被理解为不可竞争性的费用，具体可以理解为在招投标过程中每一个投标人的规费费率都是统一的，不可以竞争性地下浮、降低，且不论是否招投标都应当按照当地的费率标准计算规费。

但是，现有的司法判例都认为，约定不计取规费、下浮规费的约定有效。见（2019）最高法民申 3110 号、（2020）最高法民申 1963 号、（2021）最高法民申 203 号、（2021）最高法民申 2480 号。

第一，关于规费的约定是双方的真实意思表示。规费本身是施工单位的成本，双方约定成本的分担是交易过程中可以自行决定的意思。

第二，该真实意思表示不违反法律、行政法规的强制性规定。《建设工程工程量清单计价规范》的发文主体是住房和城乡建设部，属于部门规范性文件，不属于法律或行政法规。因此不存在违反法律、行政法规层面的效力性强制性规定的情况。

第三，成本负担主体转移的约定不影响费用的实际支出。成本负担只是从建设单位移转到施工单位，并不意味着政府无法收取规费，施工单位仍要支付。政府仍然有权收取规费，且可以通过行政手段强制。

因此，从成本负担的角度考虑，规费由谁来支出应当是由双方自行约定的范围，行政规定不应当介入。且目前许多地区已经逐步开始试行规费作为可竞争性费用。

未实际缴纳规费能否主张计入工程款？

规费本身是施工单位为工程而支出的成本，而工程款中包含建设单位支付规费的约定将施工单位的成本负担移转至建设单位。建设单位是否应当为施工单位负担未实际支出的成本？将规费计入工程造价由建设单位负担，本质上是施工单位成本的移转，如无实际支出确实没有负担的道理。但是，各地关于规费的法定规范并不一致，实际上更加复杂。

第一，现有的规费计取方式大多不据实结算，而是采取统一费率计提。统一费率计提意味着建设单位负担的施工单位的成本并非实际成本，而是分担部分成本。规范性文件要求建设单位承担部分的规费成本，并非要求建设单位承担全部成本。

第二，施工单位的规费成本并不指向一个工程。规费中的五险一金指向的是人，而施工单位与个人形成劳动或劳务关系所指出的成本并不一定全部消耗在一个工程上，而是摊销在各个工程上，并且个人的所有劳动并不指向工程，可能指向施工单位本身的行政性事务或单位指派的其他事务。建设单位对于规费成本的负担应当理解为部分的摊销。而该摊销是按费率比例计算的。

第三，从法律关系上看，施工合同中通常并不约定施工单位缴纳规费的义务，而建设单位支付工程款（包含规费）的义务并不附上述条件。施工单位无缴纳规费的合同义务，亦无所谓存在履行义务顺序，不存在先履行抗辩权或同时履行抗辩权。建设单位主张施工单位实际缴纳规费建设单位才应当负担规费的观点突破了意思自治的界限。在双方对规费有约定情况下，未附条件的义务不应当增设条件。有疑问的是双方在合同中并未对规费作出约定，施

工单位基于规范文件主张建设单位负担法定规费义务，而建设单位以条件未成就抗辩如何认定？本文认为规范性文件中的法定义务未附条件，亦不应设置条件。大多数规范性文件均采取统一费率计提，这种模式下的法定义务显然未附条件。例外的是上海地区，上海市住房和城乡建设管理委员会关于社会保险费取费和缴交核付办法的通知沪建建管【2017】899 号规定："施工现场作业人员社会保险费由施工总包单位按月凭缴纳社保凭证向建设单位申请核付，按实结算。"

综上，应当从约定义务和法定义务两个层面审视。**规费计取的约定优先，如无约定，适用本地规范性文件除明确据实结算以外，都不应当以实际缴纳为给付条件。**

但是，**值得注意的是在《建设工程工程量清单计价规范》明确规定的规费范围之外的其他类似规费，**在（2016）最高法民终 687 号案例中施工单位主张的建筑管理费和定额测定费并不属于法定的规费范围。双方在合同中未就该具体规费成本的负担作出约定。而地方规范性文件并未规定建设单位负担该笔费用的义务，其中定额测定费已经取消，且本案的合同无效。在这种情况下施工单位主张的建设单位负担规费既无法定依据亦无约定依据。鉴定机构认为除非施工单位提供实际缴纳的凭证，否则不予计取。笔者认同（2016）最高法民终 687 号案件以实际缴纳为规费计入工程款的依据。其理由在于此时施工单位主张由建设单位负担规费并非基于任何成本移转和负担的约定，而是施工单位付出的成本融入了不可逆转的工程中，合同无效后不能返还的，建设单位应当予以折价补偿。这种情况下施工单位的请求权基础是不当得利请求权，当然以建设单位的实际获益，施工单位的实际支出损失为条件。

因此，**主张实际缴纳为规费给付要件的应当有这样两种情况：存在有效的以实际缴纳为条件的约定或法定义务或者基于不当得利请求权主张实际损失。**

实际施工人作为自然人能否收取规费

有观点认为，规费的缴纳主体必须是企业。而实际施工人作为自然人无法缴纳规费，因此不能在主张工程款时计算规费。

笔者认为，实际施工人虽无法直接缴纳规费，但是**存在间接缴纳的情况，即实际施工人不直接向政府给付，而是向第三人给付后，由第三人向政府给付相应的规费。**这种情况下，**实际施工人实际支出了规费，应当按照相应的费率计算规费。**比如通过企业挂靠，社保费用实际由实际施工人支付，再如农民工自行缴纳农村社会保险，费用由实际施工人支付给农民工。这种观点是以实际缴纳规费，则建设单位应当依法支付规费为基础的。(2022)民再 168 号持此观点：规费作为工程造价的一部分，基于承包人实际缴纳社会保险费等规费的情况依法依规由建设单位或发包人负担。但是实际施工人已实际交纳的社会保险费等规费，依法予以支持。

未取得规费证书是否应当计取规费？

实践中存在大量的自然人实际施工人承揽工程的情况，而规费中的五险一金依法只能由企业负担。而自然人不仅不能实际缴纳规费，且无法取得规费证等规费计取标准。在自然人作为实际施工人向前手主张工程款时，规费是否属于工程造价的一部分争议甚大。工程款给付义务人通常的抗辩有：自然人无法缴纳规费、未取得规费证、未实际缴纳规费等。当然就

规费证缺失的问题，也存在法人主体未取得的情况，有鉴定机构以法人非本地企业，未取得本地规费缴纳资质为由不计规费的。

规费证中记载的规范计取费率本身是行政机关对于建设单位负担规费义务的设定，是法定规范的一种，并非规费计取的唯一依据。笔者认为在没有规费证的情况下，应当考察约定义务以及其他的法定规范。以（2017）辽 02 民终 5061 号、（2015）辽审一民再字第 16 号该两项案例中最终均以另一法定标准替代取费费率。按照辽宁省建设工程造价管理总站辽建价发（2008）6 号《关于施工企业规费计取标准核定有关问题的通知》第三条规定："未取得规费计取标准的施工企业，规费计取统一调整为：取费基数按人工费加机械费之和，费率按综合系数 2.86%计取"。

而在（2019）最高法民申 5453 号案件中，法院认为双方对于规费并无合同的约定，实际施工人未取得规费证，此时即便主张计取规费亦无任何取费标准，宁夏回族自治区并无类似于辽宁省规定在无取费标准时的统一计取规范。因此，在没有任何法定或约定义务的情况下，不应当计取规费。

结语

建设单位负担的规费给付义务源自于自合同约定或法律规定。**关于规费的法律规定均不属于效力性强制性规定，因此当事人可以通过约定进行优先变更，双方关于规费的约定具有最高的效力。**在缺乏约定的情况下则应当审视法律设置的法定义务，由于缺乏高位阶的法定规范，关于规费负担的规定我国各省市均有大量不同的规范性文件，且形成了不同的计取和管理模式，因此法定义务具有极大的差异性和多样性。不可避免地导致了最高人民法院判决的关于规费的判例存在极大的矛盾和差异，因为最高院的法官会延续本地一二审法官的思路，且不熟悉本地的区域性规范难以认定区域性的法定义务。笔者认为考虑规费纠纷应从"约定—法定"的路径入手，在无约定的情况下应当依据各省区域性的规范性文件具体认定法定义务。

（本文首发于 2023 年 12 月 25 日）

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是指有为他人虚开、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的。
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、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。
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、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。

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《最高人民检察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，其征收本质实际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、让他人为自己虚开、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实法益。

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）

代持股还原的税务策略：如何还原代持股更合理？

崔岩双、李煦

在商业领域，各类主体因各种原因存在一种常见的“股权代持”或“代持股”情形，即实际出资人（隐名股东）出于特定的商业目的，选择不以自己的名义而是以他人或其他组织（显名股东）的名义作为股东登记在股东名册并办理公司工商登记。

然而，出于法律规定或经营的需要，有时隐名股东会要求“显名”。譬如，在企业首次公开发行股票时，我国法律出于保护不特定多数投资者的需要，要求发行人股权结构清晰、且股份不存在重大权属纠纷。这就需要股权代持还原，将登记在显名股东名下的股权“还原”至隐名股东名下。本文探讨的即是代持股还原的税务处理问题。

一、原理剖析：代持还原是否系应税事项？

1、法律视角：股权代持的实质

在股权代持关系中，当事人往往会通过《股权代持协议》约定一些核心条款：譬如，名义股东代实际出资人在股东名册上显名；标的股权和投资收益由实际出资人享有；名义股东需接受实际投资人的指示，代其行使公司法与章程授予的股东权利。

正确认识股权代持关系，需要分别理解股权代持下的公司法和民法关系。

就公司法的视角来看，公司以股东名册记载的名义股东为股东，名义股东就是真正的股东，可以行使股东权利。相反，实际出资人因未被记载于股东名册上，股东身份不为公司所确认，不得直接向公司主张任何股东权利。

而**就民法视角来看，**实际出资人与名义股东存在合同关系，主流观点认为双方构成委托合同关系，实际出资人得通过委托名义股东从事特定行为，间接行使股东权利。若名义股东违反合同约定，实际出资人只能追究名义股东的违约责任。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）第二十四条规定：有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无法律规定的无效情形，人民法院应当认定该合同有效。根据该条，有限责任公司的代持股关系及实际出资人的投资权益受公司法保护。

2、税务视角：是否需要缴纳个税

根据《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》第三条的规定，股权转让是指个人将股权转让给其他个人或法人的行为。同时，根据该管理办法第四条的规定，个人转让股权，需以股权转让收入减除股权原值和合理费用后的余额为应纳税所得额，按“财产转让所得”缴纳个人所得税。

也就是说，如“认名义股东，不认实际代持”，则代持股还原的操作模式完全符合上述规定第三条第（一）项规定的“出售股权”，属于个人所得税应税事项。

然而，剖析股权代持的实质，我们可以看出：隐名股东是出资的实际缴纳者，并通过委托名义股东间接行使股东权利。**代持还原仅仅是将代持的股权变更至实际出资人名下，代持**

人并未在本过程中获得任何经济收益，也就不应该缴纳“所得税”。在实务中，也存在经于税务机关沟通后，不征收个人所得税的案例。

二、实践操作：如何进行代持股还原？

（一）按照股权转让处理

1、按公允价格足额缴纳所得税

实践中，大部分的股权代持还原都是依照股权转让的规定处理的。譬如，迈 X 仪表股份有限公司在相关发行上市材料中披露：

非代持还原的股权转让定价依据为参照公司 2016 年 11 月末的净资产，经相关转让方和受让方沟通协商确认，定价公允，本次股权转让受让方已支付全部股权转让价款，不存在任何纠纷或潜在纠纷。

2016 年 12 月，沈某将股权转让给孙某某、杨某某、葛某某、唐某某、赵某某、陈某、吴某某，已经缴纳个人所得税 462.68 万元。该股权转让包含代持还原及非代持还原的股权转让两部分，其中代持还原涉及的股权转让因转让目的系解除代持，恢复被代持方的实际股东身份，被代持方与代持方双方确认无需支付对价，但相关方仍按照同次股权转让价格缴纳了相应的个人所得税；非代持还原的股权转让部分也已经足额缴纳相应的个人所得税。

2、基于“正当理由”赋予较低对价减少应税额

《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》第十三条规定：

符合下列条件之一的股权转让收入明显偏低，视为有正当理由：

（一）能出具有效文件，证明被投资企业因国家政策调整，生产经营受到重大影响，导致低价转让股权；

（二）继承或将股权转让给其能提供具有法律效力身份关系证明的配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹以及对转让人承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人；

（三）相关法律、政府文件或企业章程规定，并有相关资料充分证明转让价格合理且真实的本企业员工持有的不能对外转让股权的内部转让；

（四）股权转让双方能够提供有效证据证明其合理性的其他合理情形。

如满足上述条件，可以与税务机关沟通协商，低价（甚至以 0 元的对价）“转让”标的股权。如上海 X 德实业股份有限公司披露：

因本次股权转让系**代持股权的代持人变更或还原，因此工商档案记载的本次股权转让协议所涉及的价款各方均未实际支付**。2016 年 10 月，经与公司当地税务主管部门沟通，因股权转让方陆某某于 2014 年去世，由陆某某之子陆 xx 向当地税务主管部门申报了陆某某 2007 年的股权转让涉及的个人所得税，补缴税款及滞纳金并取得了税务主管部门出具的完税证明文件；**孙某某、张某分别向当地税务主管部门申报了本次股权转让所涉及的个人所得税，应纳税额为 0 元，经当地税务主管部门确认，上述股权转让价格较低但符合《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告 2014 年第 67 号）中关于“有正当理由”的规定。**

（二）按照经济实质处理

1、与税务机关沟通

就经济实质而言，代持股还原中实际出资人并未取得任何收益，本不应缴纳个人所得税。因此，如就经济实质与税务机关协商，并获得税务机关同意，有不征个人所得税的可能性。如贵州振华新材料股份有限公司披露：

2016 年 1 月，发行人对振华集团体系内职工股份代持事项进行了清理：若实际权益人不属于国有企业中层以上管理人员及其配偶，属于适格股东，由委托持股人直接向实际权益人还原以解除委托代持关系。

代持还原的实质是实际权益人直接与受托持股人终止委托持股关系，故未实际发生股份转让，双方签署的股份转让协议仅为办理股份过户登记之用，所约定价款无需实际支付，不产生应税所得，不涉及个人所得税缴纳。

2、通过司法判决确认

如就代持关系取得有效的司法判决，则更容易获得税务机关的认可。譬如，南京冠 X 科技股份有限公司就采用了通过司法判决确认的方法：

由于张某某与费某某、范某某并非直系亲属，上述解除股权代持相关事项难以在税务上得到认可，因此经相关自然人协商，决定采取司法判决的方式对历史上曾经存在的股权代持关系进行确认。根据南京市玄武区人民法院于 2017 年 10 月 19 日作出的（2017）苏 0102 民初 6272/3 号《民事判决书》，“本案中，原、被告于 2012 年 5 月 15 日签订的股权代持协议系当事人真实意思表示，内容没有违反法律、行政法规的强制性规定，协议合法有效。”“2 名代持人作为被告辩称：对原告诉称的代持股事实及诉请请求均不持异议，现愿意将利润分配款返还给原告。”

三、建议

从代持关系的实质上看，代持还原过程不存在任何收益，实际持有人并未发生变更，基于实质课税的原则，代持还原本不应缴纳个税。然而，税务机关在实务中更为普遍的做法是将代持还原定性为一般的股权转让，依照《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》征收个人所得税。因核实法律形式背后的经济实质较为困难，如果税务机关将代持还原无须缴纳个税作为普遍的做法推广，可能会出现“伪代持关系”从而偷逃税款的征管漏洞，从而导致一系列税收风险。

因此，对于代持股还原的问题，笔者建议在保留好真实、完整的代持证据的前提下，与税务机关沟通：

第一，如代持符合《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》第十三条规定的情形，可尝试与税务机关沟通，以较低、甚至 0 元的对价转让股权，以减轻对应的个税扣缴义务；

第二，如代持不符合上述办法第十三条的规定，则建议通过司法诉讼、仲裁的形式，获得公信力较高的判决或裁定，更便于获得税务机关认可。

（本文首发于 2023 年 6 月 12 日）

资本公积转增股本：个税该缴还是不该缴？

崔岩双、李煦

引言：对于资本公积转增股本自然人股东是否要缴纳个税的问题，一直是税法领域众说纷纭的争议问题。因现行文件有关规定存在模糊之处，实践中对有关文件的理解和适用也存在较大的争议，本文试图从现行文件规定、税法原理和典型案例三个方面分析，以期对该问题（本文仅讨论此问题，不涉及资本公积转增股本的其它税务问题）剖析清晰。

一、从现行文件规定上看

对于资本公积转增股本是否需要缴纳个税，现行主要规定在以下的几个文件中：

编号	文件名称	规范内容
1	《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发〔1997〕198 号)	近接一些地区和单位来文、来电请示，要求对股份制企业用资本公积金转增个人股本是否征收个人所得税的问题作出明确规定。经研究，现明确如下： 一、股份制企业用资本公积金转增股本不属于股息、红利性质的分配，对个人取得的转增股本数额，不作为个人所得，不征收个人所得税。 二、股份制企业用盈余公积金派发红股属于股息、红利性质的分配，对个人取得的红股数额，应作为个人所得征税。
2	《国家税务总局关于原城市信用社在转制为城市合作银行过程中个人股增值所得应纳个人所得税的批复》（国税函〔1998〕289 号）	二、《国家税务总局关于股份制企业转增股本和派发红股征免个人所得税的通知》（国税发［１９９７］１９８号）中所表述的“资本公积金”是指股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金。将此转增股本由个人取得的数额不作为应税所得征收个人所得税。而与此不相符合的其他资本公积金分配个人所得部分，应当依法征收个人所得税。
3	《国家税务总局关于进一步加强高收入者个人所得税征收管理的通知》（国税发〔2010〕54 号)	（二）加强利息、股息、红利所得征收管理 1.加强股息、红利所得征收管理。重点加强股份有限公司分配股息、红利时的扣缴税款管理，对在境外上市公司分配股息红利，要严格执行现行有关征免个人所得税的规定。加强企业转增注册资本和股本管理，对以未分配利润、盈余公积和除股票溢价发行外的其他资本公积转增注册资本和股本的，要按照“利息、股息、红利所得”项目，依据现行政策规定计征个人所得税。
4	《关于将国家自主创新示范区有关税收试	三、关于企业转增股本个人所得税政策 1.自 2016 年 1 月 1 日起，全国范围内的中小高新技术企

	点政策推广到全国范围实施的通知》（财税〔2015〕116 号）	业以未分配利润、盈余公积、资本公积向个人股东转增股本时，个人股东一次缴纳个人所得税确有困难的，可根据实际情况自行制定分期缴税计划，在不超过 5 个公历年度内（含）分期缴纳，并将有关资料报主管税务机关备案。
5	《国家税务总局关于股权奖励和转增股本个人所得税征管问题的公告》（国家税务总局公告 2015 年第 80 号）	非上市及未在全国中小企业股份转让系统挂牌的中小高新技术技企业以未分配利润、盈余公积、资本公积向个人股东转增股本，并符合财税〔2015〕116 号文件有关规定的，纳税人可分期缴纳个人所得税；非上市及未在全国中小企业股份转让系统挂牌的其他企业转增股本，应及时代扣代缴个人所得税。

根据国税发〔1997〕198 号、国税函〔1998〕289 号及国税发〔2010〕54 号等文件的规定，股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金转增股本由个人取得的数额，不作为应纳所得征收个人所得税，而与此不相符合的其他资本公积金分配个人所得部分转增股本的，应当依法征收个人所得税。同时，财税〔2015〕116 号及国家税务总局公告 2015 年第 80 号文件间接确定在全国中小企业股份转让系统挂牌的企业（其属于非上市的股份有限公司）以股票发行溢价形成的资本公积转增股本的，可以适用国税发〔1997〕198 号及国税函〔1998〕289 号文件的政策。

然而，上述文件形成时间较早、语义上也有很多规定不清的地方，造成了一些理解和适用上的争议，**尤其是对国税函〔1998〕289 号中“股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金”存在不同理解**。譬如，“股份制企业”是否包括未上市的股份有限公司？尚未股改的有限责任公司经过股改后是否属于**国税函〔1998〕289 号文中的股份制企业**？再如，从原理上看，非股份有限公司的资本溢价转增股本行为是否与**股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金转增股本是否原理相同**？

上述理解当然都有解释的空间。然而，从相关规定上看，明确的确实只有股份制公司公开发行中（上市）形成的资本溢价转增股本不征收个人所得税。

二、从税法原理层面剖析

在剖析资本公积转增股本是否应征收个人所得税之前，我们需要先从会计记账视角分析一下所有者权益这一会计科目。

所有者权益，又称企业净资产、股东权益，由实收资本（股份有限公司为实收股本）、资本公积、其他综合收益、盈余公积和未分配利润五部分组成。其中，其他综合收益由特定资产的计价变动而形成，不得用于转增资本（或股本），因此仅考虑盈余公积、未分配利润和资本公积转增实收资本或股本的情况。

对于盈余公积和未分配利润转增实收资本或股本，需要征收个人所得税，在资本市场领域和税务实践操作都没有较大争议。这是因为，盈余公积和未分配利润都是投资者进入公司后，从公司“赚取”的收益，按利润转增股本，从而按股息征收个税是符合税法征税原理的。

而资本公积转增资本（股本），则存在争议。资本公积由资本溢价（股本溢价）和其他资本公积组成。在现在的会计准则下，其他资本公积主要由未实际实现的收益组成，某种意义上来说也是股东从公司“赚取”的利益，征收个税也有一定的道理。

问题是，资本溢价（股本溢价）本就是新加入的投资者投入的成本。对于原股东来说，其没有额外的成本投入，公司增资，股份增值，其获取了“收益”，对其征收个人所得税还有一辩的余地。但是，对于新加入的投资者而言，其没有获得任何收益，对其征收个税完全不符合税法原理。

而企业所得税对此问题的规定是符合税法原理的，《国家税务总局关于贯彻落实企业所得税法若干税收问题的通知》（国税函〔2010〕79 号）中明确规定：**“被投资企业将股权（票）溢价所形成的资本公积转为股本的，不作为投资方企业的股息、红利收入，投资方企业也不得增加该项长期投资的计税基础。”也正因如此，对资本溢价转增股本的个税处理才更具争议性。**

三、从典型案例上解读

从公开信息中获取的案例可窥见此问题的实务处理方式。如江苏科 X 新材料股份有限公司在公开转让说明书提到了其增资过程。归纳如下：

第一，对于公司股改前的未分配利润和盈余公积如实代扣个税；

第二，对于股改后溢价增资形成的资本公积没有缴纳个人所得税；

第三，对于股改前溢价增资形成的资本公积，也未缴纳个税，因：

（1）相关法律法规并未明确针对有限公司阶段溢价增资形成的资本公积在股改后转增股本是否需要缴纳个人所得税作出明确规定。

（2）主管税务机关在税务处理时未要求就此部分缴纳个人所得税且出具了无违规证明。

针对其股改后溢价增资形成的资本公积，根据国税函〔1998〕第 289 号的规定，股份制企业股票溢价发行收入所形成的资本公积金，将此转增股本由个人取得的数额不作为应税所得征收个人所得税。**如扩大解释，溢价发行可以理解为公开发行、也可以理解为非公开发行。**从这个意义上理解，公司股改后溢价增资形成的资本公积不缴纳个税，亦可解释；但对股改前溢价增资形成的资本公积以“法律未规定需要缴纳”为理由不缴纳，确实有些贻笑大方，因除税法规定了无需缴纳个税的特定情况外，其他情形均需缴纳个税。

然而，该主管税务机关对公司出具了无违规证明，说明税务机关认可公司的操作和解释。这也体现实践中对有关规定理解的不一致，对于资本公积转增股本是否需缴纳个税尚未形成一个统一的标准。

结语

在 2023 年全国两会上，全国政协委员、香江集团董事长翟美卿提交了一份名为《关于优化投资领域个人投资者个人所得税政策的建议》的提案，该提案直指企业在“股改”过程中以高于注册资本的溢价形成的资本公积转增资（股）本，相对应的个人所得税处理问题，认为该问题的税收政策存在地区性执行差异，这削弱税收制度的公平性，也可能阻碍资本市场的健康发展。

该提案中的建议如下：

一、与现行企业所得税、以及股份制企业的处理原理相一致，无论是有限责任公司的资本溢价转增注册资本，还是股份制企业的资本溢价转增股本，均不视为股息、红利的分配，暂不征收个人所得税，亦不增加投资的计税基础。

二、如果仍需征税，则明确因个人本人实际出资而形成资本公积溢价部分，本质上为原个人投资者的原始资本投入，不征收个人所得税；因企业转增他人溢价投入部分而获得额外份额的个人投资者，如果需征税，应考虑允许其在转增资本时点暂不征收个人所得税，纳税时点适当递延，以缓解投资者现金压力。

三、统一地方税务机关对该事项的征收操作，允许地方税务机关根据实际情况，准予分期或递延缴纳税款，减轻地方税务机关执法风险。

笔者认为，这一提案既道出了企业家的心声，也符合税法原理及税收征收的实际，对于该问题的定纷止争具有参考价值。

（本文首发于 2023 年 7 月 24 日）

下游已抵扣=虚开犯罪？——再论虚开增值税专用发票罪的构成

崔岩双、李煦

A 企业为“不露痕迹”地“套现”，与 B 企业虚构不存在的业务，并向 B 公司支付“业务费”，再由 B 企业扣除相应票点后将钱款转给 A 企业指定的账户提现。就上述业务，A 企业接受了 B 企业为其开具的增值税专用发票，并用于进项抵扣；同时，B 企业未就该业务另行虚开进项票，而是根据上述增值税专用发票上记载的金额，足额缴纳了税款。

在上述案例中，AB 企业之间不存在真实业务，实施了虚开行为；并且，下游受票方 A 企业也将虚开的进项发票用于抵扣。似乎，A 企业已构成虚开犯罪。

但是，在开票方 B 企业足额缴纳税款的情形下，是否可以直接简单认定 A 企业构成虚开犯罪呢？笔者认为有待商榷，故以此文探讨该情形下虚开是否入罪问题。

一、定罪虚开需有“虚开结果”：国家增值税款遭受损失

（一）虚开定罪要求国家税款遭受损失

虽然“国家增值税款损失”之构成要件并未列明在虚开增值税专用发票罪的刑法条文罪状中，但是虚开入罪需以国家税款遭受损失为要件，已基本形成共识。

近年来，最高人民检察院、最高人民法院结合实际情况，以答复、指导案例、复函等方式，多次强调：**不以抵扣税款为目的，未造成国家增值税损失的虚开行为不以虚开增值税专用发票罪论处**，如：

1、《最高人民检察院关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》

6.……注意把握一般涉税违法行为与以骗取国家税款为目的的涉税犯罪的界限，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，依法作出不起诉决定的，移送税务机关给予行政处罚。

2、《全国法院经济犯罪案件审判工作座谈会综述（2004 年）》

……尽管上述第二、三两种观点对虚开增值税专用发票犯罪性质的认识有异，但得出的结论一致，都认为行为人主观上不具有偷、骗税目的，客观上也不会造成国家税款流失的虚开行为不应以虚开增值税专用发票犯罪论处。

3、《上海市高级人民法院刑庭、上海市人民检察院公诉处刑事法律适用问题解答》

9.如何掌握虚开增值税专用发票罪与非罪的界限：虚开增值税专用发票罪是整顿规范市场经济秩序中应予重点打击的犯罪。这一犯罪的基本特征是,行为人明知自己的虚开或者非法抵扣行为会造成国家税款的流失，仍然实施虚开或者非法抵扣的行为。不具备这一主客观事实特征，不能认定本罪。

因此，构成虚开增值税专用发票罪，需以国家税款遭受损失为前提。

2、遭受损失的须是国家增值税税款

对于虚开犯罪保护的法益究竟为何，理论界和实践都存在争议：有认为是增值税发票管理秩序的，有认为是国家税收利益的，也有认为是增值税抵退计征机制的。

然而，无论如何，虚开犯罪保护的法益一定是围绕“增值税”这一客体来确定的。因此，虚开犯罪给国家造成的损失，一定是增值税税源的损失。如造成其他税源的损失，则虚开专票仅仅是偷逃其他税源的手段行为，以偷逃其他税源为目的的虚开增值税专票行为，如满足逃税罪的构成要件，应以逃税罪论处。此观点可以参阅笔者的系列文章：《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？》

二、定罪虚开需从“整体考虑”：一体考量损失数额

（一）增值税本质：链条税

增值税是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，是一个“间接税种”，在流通环节中，缴税主体并不是最终承担税款的主体。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。环环相扣后，其征收本质实际上为增值税为最终的消费者所承担。

增值税的计税核心在于“税款抵扣制度”，具体如下：

1、以每一生产经营环节发生的货物或劳务的全部销售额为计税依据，按适用税率先计算销项税；

2、对于生产经营活动中，投入物料的已纳税款允许抵扣，计算进项税；

3、增值税的实质是以生产经营活动中新增的增值额为征税对象。

举例如下（为便于计算，假设增值税税率为 10%）：

甲公司生产某货物，将其以 110 万元（价税合计，不含税价为 100 万元）的价格出售给乙公司，为乙公司开具专票；

乙公司以 132 万元（价税合计，不含税价为 120 万元）的价格出售给丙公司，并为丙公司开具专票，同时将从甲公司处获取的进项票用于抵扣，实际缴纳 2 万元（12-10）增值税，为货物增值产生的税款（120-100）*10%。

最终丙公司以 154 万元的价格（价税合计，不含税价为 140 万元）出售给最终消费者，同时将从乙公司处获取的进项票用于抵扣，实际缴纳 2 万元（14-12）增值税，为货物增值产生的税款（140-120）*10%。

图解如下：

因此，忽视增值税的链条性质，割裂地看待国家增值税款损失，与增值税的本质相违背。

（二）增值税负担：最终消费者

如前所述，增值税是一种流转税、间接税，其税负由最终消费者承担，生产、经营各环节的纳税人缴纳的增值税税款为其当期销项税额（销售金额*税率）扣减当期进项税额（其购买商品或服务所对应的上游销售者开具的专用发票中的税额）后的金额，即：**增值税应纳税额=（销项额-进项额）×税率**。

综上，增值税是由最后一个环节的消费者承担的；必须综合整个增值税链条，才能正确认定并计算国家税款损失。

三、回归案例：国家增值税款遭受损失了吗？

在粗浅理解增值税原理之后，我们再回看本文开头引入的案例。

从增值税原理来看，B 企业收到的 A 企业“业务费”系价税合计金额，其中的增值税款为 B 企业该笔义务对应的销项税，已进行申报缴纳。A 企业在支付“业务费”时，取得了进项发票，其将该进项进行抵扣并不会使国家增值税税款遭受损失。**因此就该笔业务而言，在 B 企业申报缴纳销项税之后，国家增值税款就不可能遭受损失。**

从实际税款计算来看，国家增值税款也未遭受损失。仅就 A 企业来看，在没有真实业务发生的情况下，其确实取得了不该取得的进项票并用于抵扣。实务中许多检察院和法院以 A 企业取得进项票为依据，计算国家增值税款的损失：即进项额×税率。然而，在 A 企业抵扣的同时，B 企业也向税务机关申报缴纳了税款。就该笔业务，B 企业申报缴纳的增值税为：销项额×税率。**因此，综合整个增值税链条来看，A 企业抵扣的进项税款金额就是 B 企业已向国家申报缴纳的销项税款额，就该笔虚构的业务而言，国家增值税税款亦未遭受任何损失。**

结语

虚开增值税专用发票罪的法条罪状比较简单，仅具有“虚开行为”即可入罪。然而，虚开增值税专用发票与国家增值税税收利益，在罪名设立之初就存在逻辑关联，入罪必须以国家增值税税款损失为导向。

上世纪我国推行增值税制度，在“以票控税”之初，发票防伪功能不足、发票管理水平不高，导致虚开增值税专用发票犯罪成本极低。不仅用伪造的增值税发票抵扣难以被揭穿，上游开票方不就下游抵扣的税款缴纳增值税也不易被察觉。**这就导致“票比人民币值钱”的乱象。**在罪名设立之初，产生了很多以虚开增值税发票为业、为诸多企业提供虚开的专用发票的“典型犯罪人”。这些“典型犯罪人”给国家税款造成了巨额损失，虚开增值税专用发票罪主要以其为惩罚对象，罪责刑设立是较为合理的。

然而，随着时代的发展，尤其是电子化时代的到来，伪造增值税专用发票、妨碍增值税专用发票管理已经越来越困难了，以虚开增值税专用发票为业的“典型犯罪人”和“野蛮虚开”越来越罕见。现如今，许多行为人虚开增值税专用发票，并不是为了直接用于抵扣骗取国家税款：有“对开环开”虚构经营业绩的；有“如实代开”取得实际业务方无法开具进项票的；也有像本案一样，虚开是为了逃税套现的。**这些行为与上述“典型犯罪人”对法益的侵害性完全不在同一个量级，虚开犯罪罪责刑已难以相适应。但是，正是因为虚开增值税专用发票罪简单的罪状，导致虚开犯罪“入罪容易出罪难”的现状。**

笔者认为，在现行立法下，更应提高办案人员税法水平，纠增值税实质，厘清增值税原理，综合整个增值税链条考量是否增值税发票虚开入罪问题。

固然，如对增值税损失计算采“整体论”，会加大侦查办案难度；但是，不能因为查证难度大，就含混定罪标准、背离犯罪构成要件实质，使增值税专用发票的虚开犯罪在司法实践中陷入罪责刑不相适应的囧境。

（本文首发于 2023 年 10 月 16 日）

私募股权投资基金哪种形式更节税？——以所得税成本角度探究

崔岩双、李煦

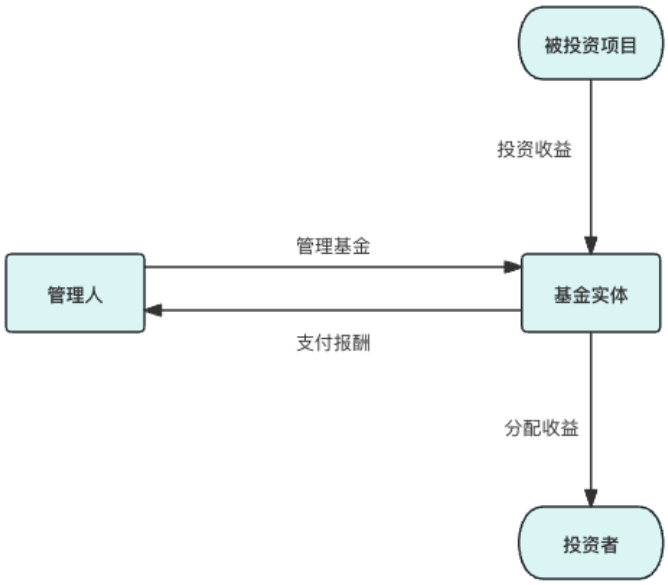
《私募投资基金监督管理条例》第二条规定：“在中华人民共和国境内，以非公开方式募集资金，设立投资基金或者以进行投资活动为目的依法设立公司、合伙企业，由私募基金管理人或者普通合伙人管理，为投资者的利益进行投资活动，适用本条例。”

可见，私募股权投资基金是一种集合投资工具：众投资者将资金委托管理人进行管理，管理人将募集的资金用于投资活动（一般以基金的形式组织和进行专业化运作），并向投资者分配投资收益。

私募股权基金组织形式多样，常见的有公司型、合伙型、契约型基金等。不论组织形式为何，如获取投资收益，就可能涉及所得税的缴纳问题。因此，不同组织形式的私募基金，在相同的投资策略下，会因税收成本不同而收益不同。本文拟就不同形式的私募投资基金的所得税成本差异问题作出探讨。

一、私募股权投资基金的运作机制

私募股权投资基金在运作中主要涉及投资者、管理人、基金实体和被投资企业四方主体。投资者募集资金后，投资人依据法律规定，对募集的基金资产进行有效管理，获取投资收益，并存放在基金实体账户中。上述投资收益，部分用于支付管理人报酬等后，以分红等形式向投资者分配收益。具体如下：



在上述运作机制中，实际产生了三种“收益”：**第一，基金实体从被投资企业获取的投资收益；第二，投资者从基金实体获得的分配收益；第三，管理人从基金实体获取的报酬。**本文主要讨论前两种收益。

根据“税收中性”原则，税收应尽可能不给纳税人或者社会带来其他的额外损失或负担。

因此，就私募股权投资基金，基金实体本身仅作为一种便于专业化运作的工具，不以营利为目的，实际收益方系基金实体背后的投资人，故最理想的税制应该具有以下特点：

1、基金实体从被投资企业获取投资收益时，纳税义务应尽可能低、甚至不承担税负。

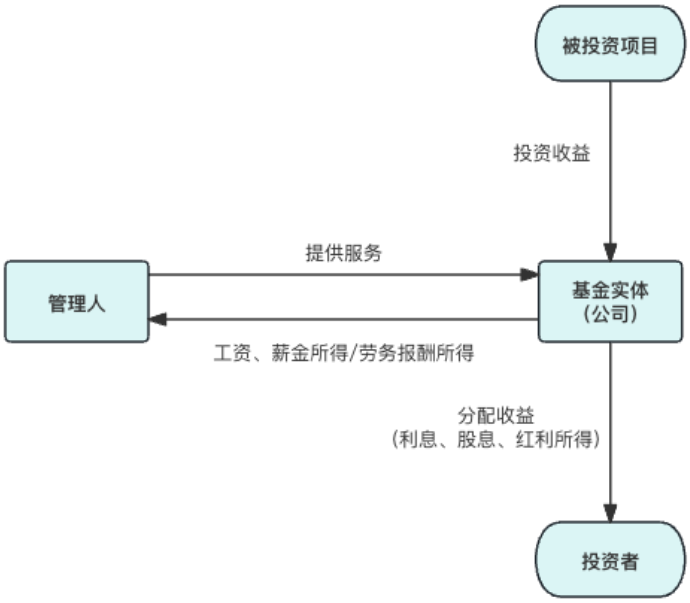
2、投资者就取得的收益纳税，且与其不通过基金而直接从事该等投资的税负趋同。

3、管理人就其专业化劳动取得的报酬纳税。

二、不同组织形式私募股权投资基金涉税情况

（一）公司型基金

公司型的私募股权基金以有限责任公司或股份有限公司的形式设立，投资者为基金公司的股东；管理人受股东委托管理基金公司，可以持股也可以不持股。基金公司以股权投资的方式对外进行投资，后续获得投资收益以股息红利的形式向投资者进行分配。投资人本金以股权转让、减资或清算方式回收，或以委托贷款方式先行回收。具体如下：



由此可以看出，公司型基金在税收层面是非常“不经济”的：基金实体从被投资企业获得投资收益时，**就收益部分会被征收企业所得税**（股息、红利符合条件时可免税[1]）；基金实体将投资收益分配给投资者时，**对自然人投资者而言，又要被征收个人所得税；对企业投资者而言，就利息部分又会被征收企业所得税**（同上，股息、红利符合条件时可免税）。因此，就税收成本而言，公司型基金适用面不是特别广泛。

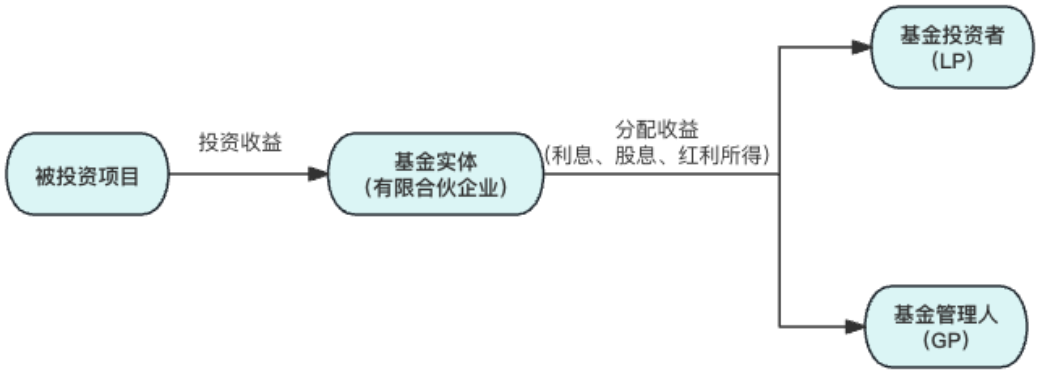
（企业所得税税率适用一般税率，不考虑特殊情形）

[1] 《中华人民共和国企业所得税法（2018 修正）》第二十六条 企业的下列收入为免税收入：
（一）国债利息收入；
（二）符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益；
（三）在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益；
（四）符合条件的非营利组织的收入。

	基金实体	自然人投资者	企业投资者
利息	25%	20%	25%
股息、红利	✗（符合条件时）	20%	✗（符合条件时）
股权转让、减资退出等	25%	5%-35%	25%

（二）合伙型基金

合伙型私募股权投资基金是目前最为广泛适用的一种基金形式，一般以有限合伙的形式设立。基金管理人作为普通合伙人（GP）执行合伙事务，基金投资者则作为有限合伙人（LP），不参与合伙企业管理。随后，基金管理人作为执行事务合伙人操控该有限合伙对外进行投资，获取的投资收益按照合伙协议的约定在各合伙人之间进行分配。具体如下：



因为有限合伙企业并非企业所得税的纳税人，合伙型基金无需就获取的投资收益缴纳企业所得税。合伙基金按照“先分后税”的原则，先分配应纳税所得额，再各自缴纳相应的税款。[2]具体而言：

就利息、股息、红利，自然人投资者根据国税函【2001】84 号文[3]的特别规定，作为投资者个人的利息、股息、红利收入，适用 20%税率交税。而对于企业投资者，作为其生产、经营所得，按照 25%的企业所得税率交税。

就上述以外的其他投资收益（如股权转让收益），自然人投资者需比照“个体工商户的

[2] 《财政部、国家税务总局关于合伙企业合伙人所得税问题的通知》财税(2008)第 159 号
三、合伙企业生产经营所得和其他所得采取“先分后税”的原则。具体应纳税所得额的计算按照《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》（财税[2000]91 号）及《财政部 国家税务总局关于调整个体工商户个人独资企业和合伙企业个人所得税税前扣除标准有关问题的通知》（财税[2008]65 号）的有关规定执行。

[3] 国家税务总局关于《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》执行口径的通知 国税函〔2001〕84 号
二、关于个人独资企业和合伙企业对外投资分回利息、股息、红利的征税问题
个人独资企业和合伙企业对外投资分回的利息或者股息、红利，不并入企业的收入，而应单独作为投资者个人取得的利息、股利、红利所得，按“利息、股息、红利”所得，按“利息、股利、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。以合伙企业名义对外投资分回利息或者股利、红利的，应按《通知》所附规定的第五条精神确定各个投资者的利息、股利、红利所得，分别按“利息、股息、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。

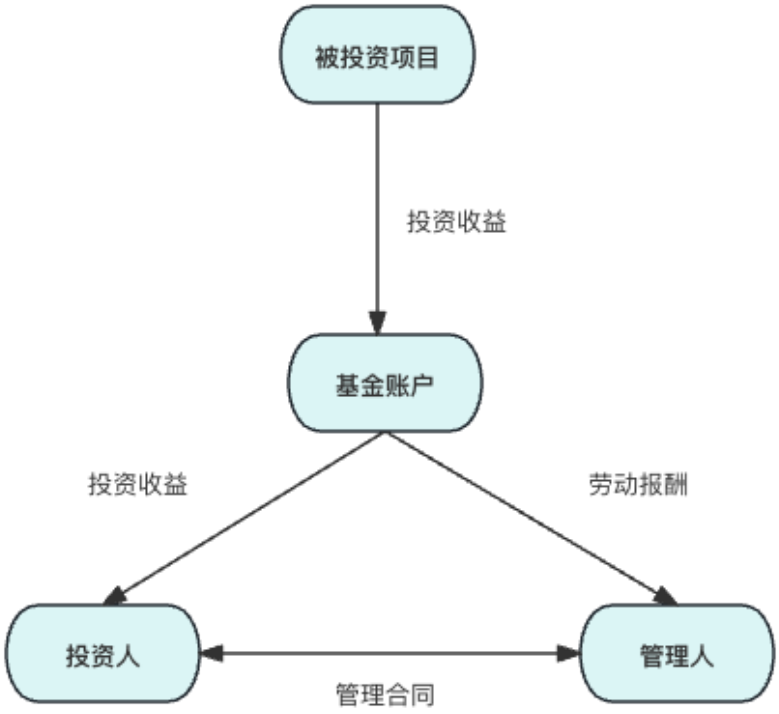
生产经营所得”应税项目，适用 5%-35%的五级超额累进税率[4]；企业投资者需按投资收益所得缴纳 25%的企业所得税。

	基金实体	自然人投资者	企业投资者
利息	✗	20%	25%
股息、红利	✗	20%	25%
股权转让、清算等	✗	5%-35% （如以转让合伙份额实现收益，则为 20%）	25%

综上，合伙型基金在税收基本符合税收中性原则，也正因如此得到了较为广泛的适用。

（三）契约型基金

契约型基金指的是，不就基金单独成立一个法律实体，而是投资者与管理人签订管理合同、并将资金统一存放在托管账户中，由管理人对外投资并获取投资收益，并按约定的比例分配给投资者。具体如下：



[4] 财政部、国家税务总局关于印发《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》的通知财税〔2000〕91 号 第四条 个人独资企业和合伙企业(以下简称企业)每一纳税年度的收入总额减除成本、费用以及损失后的余额，作为投资者个人的生产经营所得，比照个人所得税法的“个体工商户的生产经营所得”应税项目，适用 5%～35%的五级超额累进税率，计算征收个人所得税。

因契约型基金不是一个法律实体，在基金层面不征收所得税。投资人的投资收益，依据《企业所得税法》和《个人所得税法》等相关法律法规办理。

从税收中性来看，契约型基金完全满足税收中性原则，在税收上存在优势。然而，根据有关规定，契约型基金的投资范围受限；并且，契约型私募基金属于“第三类投资人”，在上市时存在一定障碍。

三、小结

通过上述分析可以看出，在所得税领域，公司型基金不满足税收中性原则，尤其是对自然人投资者而言，存在双重征税的负担。**合伙型基金和契约型基金在基金层面不征税，符合税收中性原则，且合伙制基金在适用范围等方面优于契约型基金。**因此，目前，私募股权基金通常采取有限合伙制。

不过，公司型基金也不是毫无优势：**如果私募股权基金主要收入来源为股息和红利，公司型基金在基金层面、以及企业投资人均可享受居民企业之间股息和红利免税的优惠条件。**然而，有限合伙型私募基金中的企业投资人却无法享受这种免税待遇，面临较高的税收负担。

因此，在设立私募基金时，需综合考量基金的主要收入结构及投资人的法律形式，充分权衡不同基金形式的优缺点，才能最大化各方的投资回报。

（本文首发于 2023 年 11 月 20 日）

合伙型基金热点问题探讨（一）：自然人合伙人个税如何计算？

崔岩双、李煦

在上一期文章《私募股权投资基金哪种形式更节税？——私募股权投资基金所得税成本探究》中，我们得出结论：合伙型基金在基金层面不征所得税，符合税收中性原则，在实践中也得到了较为广泛的适用。

本期文章我们进一步讨论对合伙型基金的自然人合伙人而言，如何计算个人所得税的问题（与创投企业相关的优惠政策将另行探讨）。

一、合伙型基金的“穿透式征税”

（一）“穿透式征税”的前世今生

2000 年，《国务院关于个人独资企业和合伙企业征收所得税问题的通知》（国发〔2000〕16 号，下称“16 号文”）正式实施，揭开了合伙企业“穿透”征收所得税的序幕。该通知明确指出：“为公平税负，支持和鼓励个人投资兴办企业，促进国民经济持续、快速、健康发展，国务院决定，**自 2000 年 1 月 1 日起，对个人独资企业和合伙企业停止征收企业所得税，其投资者的生产经营所得，比照个体工商户的生产、经营所得征收个人所得税**。具体税收政策和征税办法由国家财税主管部门另行制定。”

2000 年 9 月 19 日，《关于印发关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定的通知》（财税〔2000〕91 号，下称“91 号文”）主要针对个人投资者，就投资者个人生产经营所得计算办法、个人独资企业/合伙企业的投资者应纳税所得额计算等问题作出了规定。

2001 年 1 月 17 日，《国家税务总局关于<关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定>执行口径的通知》（国税函〔2001〕84 号，下称“84 号文”）对 91 号文作出了补充规定。

在 2006 年《合伙企业法》将法人和其他组织纳入合伙人范围的背景下，2008 年《财政部、国家税务总局关于合伙企业合伙人所得税问题的通知》（财税〔2008〕第 159 号，下称“159 号文”）确定了“先分后税”的重要纳税原则，并详细说明了应纳税所得额计算、各合伙人应纳税所得额分配方法等具体问题。

根据上述文件，合伙企业的穿透征税已经是税务机关征税的一项“基本规则”，“合伙企业取得所得即合伙人所得”已经是实操中的“普遍共识”。合伙型基金作为合伙企业的一种，自然也要适用上述穿透式征税规则。

（二）合伙企业的“先分后税”原则

159 号文第三条规定：

“合伙企业生产经营所得和其他所得采取“先分后税”的原则。”

第四条规定：

“合伙企业的合伙人按照下列原则确定应纳税所得额：

（一）合伙企业的合伙人以合伙企业的生产经营所得和其他所得，按照合伙协议约定的分配比例确定应纳税所得额。

（二）合伙协议未约定或者约定不明确的，以全部生产经营所得和其他所得，按照合伙人协商决定的分配比例确定应纳税所得额。

（三）协商不成的，以全部生产经营所得和其他所得，按照合伙人实缴出资比例确定应纳税所得额。

（四）无法确定出资比例的，以全部生产经营所得和其他所得，按照合伙人数量平均计算每个合伙人的应纳税所得额。

合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人。”

根据上述原则，合伙企业取得生产经营和其他所得后，首先按照上述规定确认可归属于各合伙人的部分，接下来再按照有关规定确认应当缴纳的所得税。

在基金领域，即使是双层“嵌套式”基金，也需“穿透”。以下述投资链条为例：甲（自然人）-A 有限合伙基金-B 有限合伙基金-被投资项目。根据上述规定，B 基金经营所得和其他所得，将按照“先分后税”的原则，确认 A 基金应纳所得税额；在 A 基金层面，再按照“先分后税”的原则确认甲应当缴纳的个人所得税。

二、合伙型基金中自然人合伙人的个人所得税

（一）取得利息、股息、红利所得的个人所得税缴纳

84 号文第二条规定：

“二、关于个人独资企业和合伙企业对外投资分回利息、股息、红利的征税问题

个人独资企业和合伙企业对外投资分回的利息或者股息、红利，不并入企业的收入，而应单独作为投资者个人取得的利息、股利、红利所得，按“利息、股息、红利”所得，按“利息、股利、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。以合伙企业名义对外投资分回利息或者股利、红利的，应按《通知》所附规定的第五条精神确定各个投资者的利息、股利、红利所得，分别按“利息、股息、红利所得”应税项目计算缴纳个人所得税。”

《个人所得税法》第三条规定:

“（三）利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得和偶然所得，适用比例税率，税率为百分之二十。”

根据上述规定，自然人投资者直接投资获得的利息、股息红利，按照 20%的税率缴纳个人所得税。

（二）取得经营所得时的个人所得税缴纳

91 号文第四条第一款规定：

“个人独资企业和合伙企业(以下简称企业)每一纳税年度的收入总额减除成本、费用以及损失后的余额，作为投资者个人的生产经营所得，比照个人所得税法的‘个体工商户的生产经营所得’应税项目，适用 5%～35%的五级超额累进税率，计算征收个人所得税。”

结合 84 号文第二条的规定，即除利息、股息、红利所得之外，自然人投资者的经营所得和其他所得等，都应比照“个体工商户生产、经营所得”缴纳个人所得税。

上述文件颁布时，当时的《个人所得税法》第二条第二项即为“个体工商户的生产、经营所得”；而现行《个人所得税法》第二条第（五）项，仅将“经营所得”列入个人所得税应当缴纳范围。同时，《个人所得税法实施条例》第六条第（五）项规定：“经营所得，是指：1.个体工商户从事生产、经营活动取得的所得，个人独资企业投资人、合伙企业的个人合伙

人来源于境内注册的个人独资企业、合伙企业生产、经营的所得；……”

因此，法条虽有变迁，但 91 号文“个体工商户生产经营所得”项目所指向的就是现行《个人所得税法》第二条第（五）项的经营所得。

具体而言，《个人所得税法》第三条第（二）项规定：经营所得，适用百分之五至百分之三十五的超额累进税率。

级数	全年应纳税所得额	税率（%）
1	不超过 30000 元的	5
2	超过 30000 元至 90000 元的部分	10
3	超过 90000 元至 300000 元的部分	20
4	超过 300000 元至 500000 元的部分	30
5	超过 500000 元的部分	35

（三）退出基金时的个人所得税缴纳

1、基金清算

91 号文第十六条规定：

“企业进行清算时，投资者应当在注销工商登记之前，向主管税务机关结清有关税务事宜。**企业的清算所得应当视为年度生产经营所得**，由投资者依法缴纳个人所得税。”

根据上述规定，如基金清算，自然人投资者退出基金，则按照生产经营所得，以 5%-35%的超额累进税率缴纳个人所得税。

2、转让基金份额

除私募基金产品清算以外，通过转让合伙私募产品份额方式退出基金也越来越普遍。然而，转让基金份额，是按照“个体工商户生产经营所得”还是“财产转让所得”征收个人所得税？18 年个税实施条例出台以前，上述问题一直存在争议，直到《个人所得税法实施条例》第六条第八项明确：

“（八）财产转让所得，是指个人转让有价证券、股权、**合伙企业中的财产份额**、不动产、机器设备、车船以及其他财产取得的所得。”

因此，转让合伙财产份额应按照“财产转让所得”征收个税，已成定论。

《个人所得税法》第三条第（三）款规定：

“利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得和偶然所得，适用比例税率，税率为百分之二十。”

因此，如通过转让合伙基金份额的方式退出基金，税率为 20%。

三、有关纳税义务发生时间

159 号文第三条第二款规定：

“前款所称生产经营所得和其他所得，包括合伙企业分配给所有合伙人的所得和企业当年留存的所得（利润）。”

亦即，“先分后税”下的“分”不需要实际分配利润。合伙企业的生产经营所得等，无论是否实际分配给合伙人，合伙人都应将其计入应纳税所得额。该政策出台在 2008 年，当

时合伙企业普遍以普通合伙的形式存在，合伙人对合伙企业高度控制，合伙企业确认所得与合伙人确认并取得所得基本同步，该政策适用较为合理。然而，在有限合伙越来越普遍的当下，许多自然人投资者实际上对合伙企业缺乏控制，合伙企业确认所得到自然人投资者确认并取得所得，周期较长，故纳税义务的发生时间合理性从政策制定角度值得商榷。

然而，根据现行立法及实操口径：**合伙企业确认所得，则合伙人也确认所得，自然人合伙人纳税义务发生时间即为合伙企业确认所得的时间，这对自然人合伙人来讲也是个税缴纳中需注意防范的风险点之一。**

（本文首发于 2023 年 12 月 18 日）

星瀚知产

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中。

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]

[1] 浅谈伦敦西区的音乐剧（下），露边社微信公众号，2020-11-07

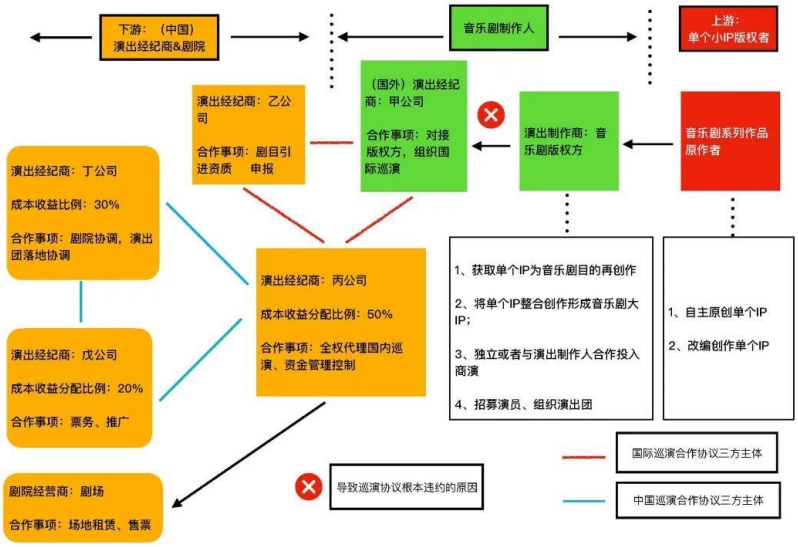
[2] 解密“伦敦西区”音乐剧的制作与营销模式，文化产业评论微信公众号，2016-04-10

[3] (2016)沪 0101 民初 5322 号判决书

（一）案件背景

若干年前有一部风靡海外的音乐剧曾与中方演出机构进行商演合作，但在演职人员到达中国进行一次试演后，所有的工作人员全部离境并拒绝接下来的商演。而当时剧院和票务放已经出票，销售良好，但最后因为国外演出团队拒演，致使大规模的退票，不但辜负了中国观众的厚望，也使得共同承担演出任务的中国公司蒙受重大损失。因合作协议根本性违约，各方主体也就本合作协议诉诸法院寻求赔偿。

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。



本案中的商演由两个合作体系完成，对应两份合作协议。商演项目的合作主体包括甲、乙、丙、丁、戊。音乐剧版权方创作音乐剧作品，但并未加入商演合作协议中。本音乐剧商演合作项目的两份合作协议分为：1）以甲公司为核心签署合作协议，一方面承上对接上游音乐剧大 IP 的版权方，一方面启下对接所有演出经纪商（本案中特指中国演出的经纪商）；2）以丙公司为核心签署的合作协议，作为中国演出的经纪商主导者，管理国内音乐剧落地演出的其他外包机构。

本案中发生争议并诉至法院的协议是中国的三家演出经纪商的协议（蓝色连线）。但本协议根本性违约行为出现在其上游协议中，即：红色连线的三方协议发生根本性违约导致的。而从本案细节和各方报道来看，本案国外演出团队拒演的理由是国外版权方认为演出的客观条件未满足其和演出经纪商（甲公司）之间的约定。因此本案中发生争议的协议是两个案外协议违约共同带来的连锁后果。

（二）针对本案争议焦点的知识产权合规建议

1. 签署多方协议。从判决书披露的细节来看，本案违约的症结在于甲公司作为商业制作人未妥善承担其承上启下的责任。承上：与版权方的合同中明确演出细则，并将细则披露给中国合作方。启下：配合并协调中方按照版权方演出细则执行。如果以甲公司为核心的协

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（戏剧作品，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	音乐	作曲人，音乐作品的作者（著作权）		
3		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	舞台表演	导演，戏剧作品的作者（著作权）		
6		演员，表演者权的权利人（邻接权）		
7	舞蹈	编舞者，舞蹈作品的作者（著作权）		
8		演员，表演者权的权利人（邻接权）		
9	舞台设计	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		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的依据。但是，下文中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）	音乐剧制作商 （被审查人）
音乐剧制作商（审查人）审查细则	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 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	/
音乐剧演出经纪商（审查人）审查细则		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、专利权授权和商标权注册检索（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，仅次于因转让获取的作品的经济价值。

-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的作品的经济价值。

-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。笔者结合自己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“文言一心”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。“文言一心”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“文言一心”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

[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	条件	执行结果	执行主导者	算法	数据库	执行法律后果归属
1	人工智能——弱人工智能	50米内见绿灯	原速通行	人——人通过代码给机器制定规则，机器执行规则	显性编程	标签化数据	人
2		50米内见红灯	减速				
3		20米内见红灯	刹车				
4		20米内见路面大坑	刹车				
5		20米内见路面小坑	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	1-6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）：人吸收人工智能
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）	可以使用非标签化数据	人（学习规则的制定者）：人吸收人工智能

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。

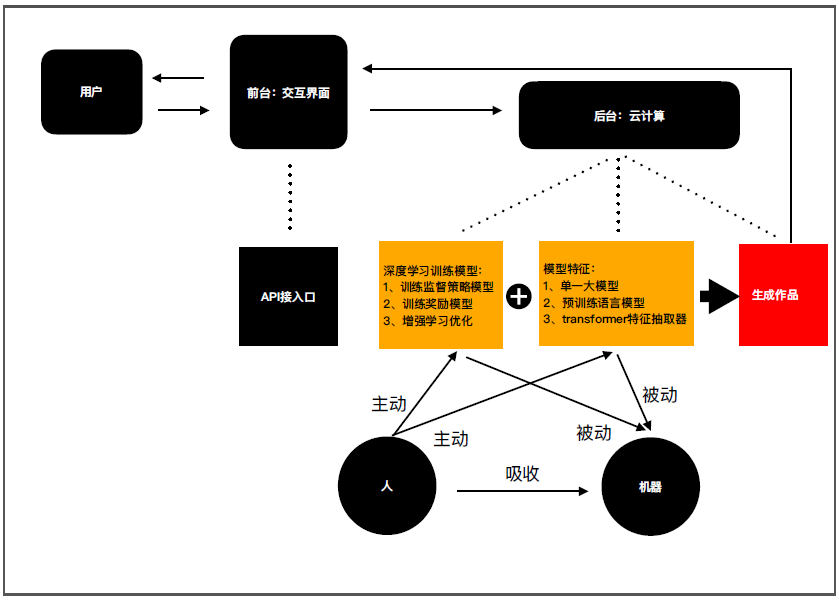
三、以 ChatGPT 技术下无人作品形成的过程确认著作权归属

（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

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

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者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：

[5] (2019)粤 0305 民初 14010 号

“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看找到对作品的“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的结论。

（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”

[6] (2018)京 0491 民初 239 号判决书

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。

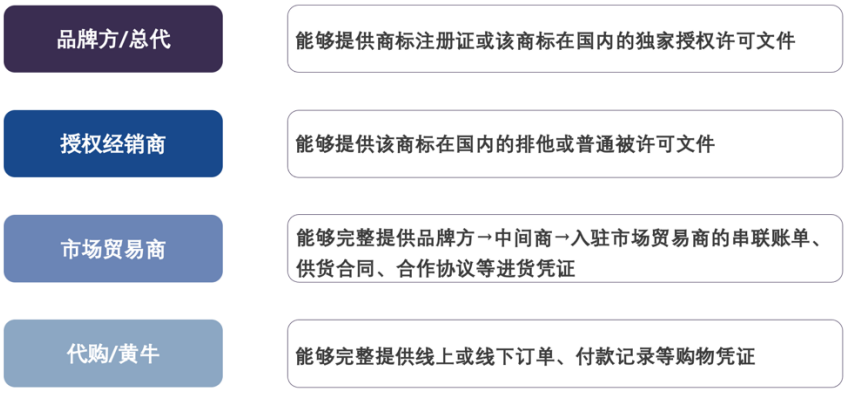
（本文首发于 2023 年 2 月 21 日）

“平行进口”抗辩有用的话，还要商标授权干嘛？

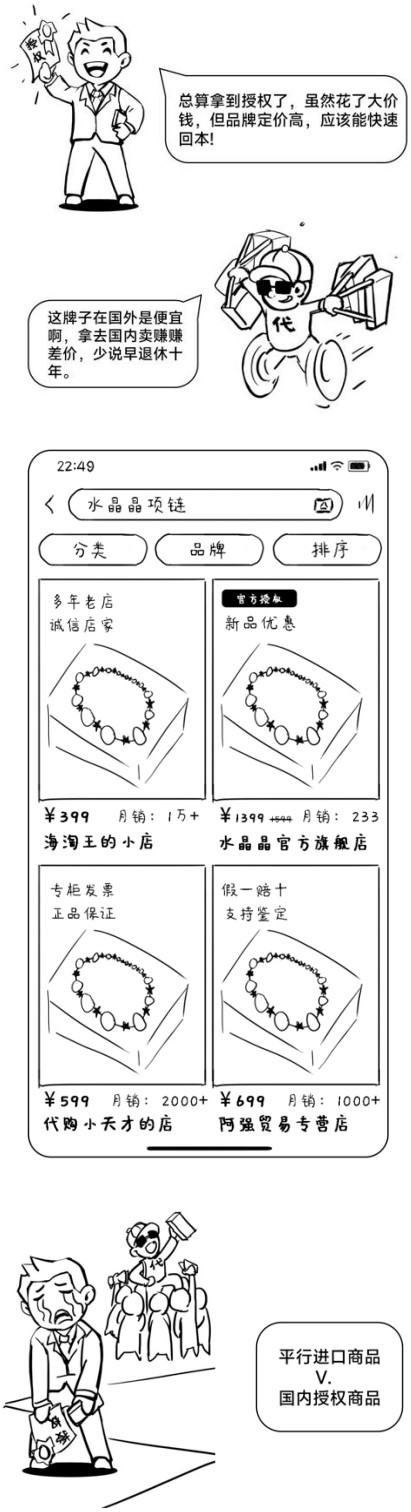
田潇雨、王洁敏

随着各大电商平台内入驻商家多样性地提升，消费者被赋予了更多选择的空间。从前只能趁出国游千里迢迢“人肉”带回的境外商品，现在不仅动动手指就能送货上门，消费者还能在众多货源中选择最物美价廉的一款。然而，在电子商务全新的生态圈内，**跨境商品**的出现使得不同类型商家所经历的悲欢也并不相通。一般来说，电商平台内的入驻商家主要包括以下几种类型：

结合不同平台规则，以上四种类型的商家若希望在电商平台销售商品，则需要满足如下入驻条件：



不难发现，**以获得商标授权与否为标准**，品牌方、授权经销商与市场贸易商、代购被自然划分成了两个“派系”。对依法享有商标专用权的商家来说，**其所销售商品的定价除商品本身的价值外，还附加了商标的价值**。而商标价值的积累往往伴随着品牌宣传、营销活动、售后服务等方面的资金投入。相反，对于仅获得商品所有权的另一类商家，**主要通过购买和销售商品盈利**，无需在商标经营方面花费任何心思。与此同时，不同国家和地区的科技水平、生产成本、关税政策等差异，造成了商品价格的差异。而市场经济中，理性市场主体追求利润最大化，这一差异为市场贸易商、代购商们提供了获取更大利润的空间。由此，平行进口商品得以进入国内市场，这样一段故事就此展开：

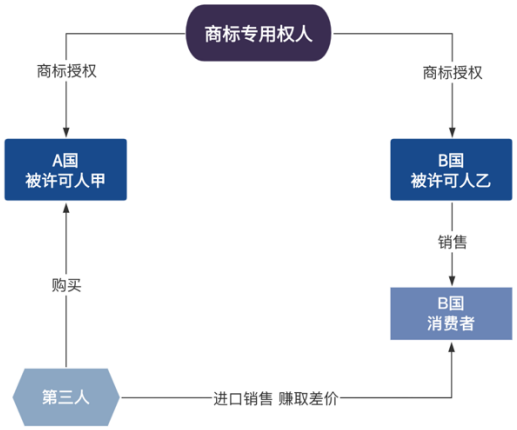


实际上，品牌方或授权经销商面对的竞争环境往往比小故事更加复杂。除了需要不断打击隐藏在各销售渠道中的假货，还需要探索一条路径能够有效控制构成商标侵权或不正当竞争的平行进口商品。

什么是商标法中的平行进口？

尽管平行进口商品早已大量涌入国内市场，但我国目前对于平行进口的法律概念并没有

明确的界定。根据国际商标协会（INTA）[1]及相关判例中的解释，商标法中的平行进口是指**在国际贸易中，当某一商标获得两个以上的国家或地区保护时，未经商标注册专用权人或被许可方的同意，第三人通过海关将境外生产或销售的合法贴附商标的商品进口到本国境内并进行销售的行为。**（图示如下）这里的**第三人**通常包括海外代购、海外电商或国内电商。



结合前述定义，当面对权利方的“盘问”，第三人若主张平行进口抗辩，则需要满足以下要件，否则可能构成商标侵权或走私：

1、 **第三人销售的跨境商品是具有合法来源的正品。**这一要件是跨境商品构成平行进口商品，从而避免落入商标民事侵权或刑事犯罪的基础。

2、 **第三人销售的跨境商品与境内商品为同源商品。**这里的“同源”主要是指跨境商品所贴附的商标与境内商品的商标为同一权利人所有。因此，第三人在境外购买的商品必须是由该商标权人生产或授权生产的商品。**值得一提的是，若国外品牌方未通过领土延伸在国内注册商标的，国内授权经销商或总代理商可在代理关系确认后，尽快以代理公司为主体在境内申请注册商标，以对抗平行进口抗辩。**

3、 **第三人进口的跨境商品未获得商标权利人授权。**根据平行进口的定义，平行进口商品是为在出口国销售而包装生产的，而非在进口国销售，故第三人在进口国的进口及销售行为均未经授权。但由于商标权利用尽规则的存在，这种未经授权的二次销售并不被法律所禁止。

4、 **跨境商品以合法方式进口而非走私入境。**这一要件要求第三人根据国内相关法律规定依法完成报关手续。

实践中，平行进口商品的销售商需要提供采购合同、发票、运输单据、进口通关手续、出入境检验检疫材料等全套商业文件，形成完整证据链以证明其满足前述要件。然而，平行进口能无条件作为商标侵权的有效抗辩吗？**答案是否定的。**

平行进口商品的商标侵权认定规则

商标的基本功能在于指示商品来源、保证商品品质以及传递品牌形象。基于对注册商标

[1] https://www.inta.org/fact-sheets/parallel-imports-gray-market-goods/

的信赖，商标的识别功能可以节约消费者的搜索成本。商标权人将某商标贴附于商品并将其投入市场后，该商品与商标、商品装潢等多种要素发生紧密联系，并于商标权人的商誉形成了专属的对应关系。

尽管我国现行法律、法规并未对侵权认定规则予以明确，但是结合商标法的基本原则及现有裁判规则，**平行进口商品侵权与否应当以该商品是否损害商标基本功能、是否与境内商品存在实质性差异为核心要素**。具体来看：

1、 擅自翻译英文标识构成商标侵权

在百威诉厦门古龙进出口公司商标侵权纠纷一案[2]中，被告古龙公司虽能够证明入境货物为平行进口商品，但其在报关单及检验检疫申报材料中使用了“卡罗娜”作为产品名称和标识。针对被告上述行为，浙江高院认为，首先，**被告在报关及检验检疫的文件上使用的“卡罗娜”标识具有识别商品来源的作用，属于商标性使用**。其次，该使用行为虽不会造成消费者混淆，但原告多年来坚持使用“科罗娜”、“卡罗娜·爱科拉”作为“CoronitaExtra 加图形”的中文音译商标，且相应商标经长期宣传推广已经在中国市场有一定的知名度，**被告擅自翻译英文标识的行为影响了原告的商标使用策略，妨碍了原告对商标权的支配权**，故构成侵权。

2、 擅自在商品上加贴中文商标/磨损产品识别码构成商标侵权

与前述百威案类似，联合多梅克公司等诉长沙百加得酒行商标侵权纠纷一案[3]中，被告在法律并无强制要求经营者翻译商品外文商标的情况下，擅自在瓶身上加贴商标权人的中文“百龄坛”商标，**影响了原告的经营策略，损害了权利人在商标不使用方面的权益**。

除此之外，被告故意磨去产品识别码，主观上有隐藏商品来源，将其与国内生产、销售的同类酒产品相混淆的恶意。法院认为，**该行为一方面损害了消费者通过商标识别商品来源的权利，另一方面妨碍了权利人对产品质量的控制与追踪管理，故构成商标侵权**。

3、 进口、销售不符合我国强制质量标准的商品构成商标侵权

因不同地域消费者的差异化需求，同一商标权人或经其授权制造、销售的产品可能也会根据消费者需求及强制性标准对商品本身或包装作出调整。而在吉励贝食品公司诉安徽洋品行电子商务公司等商标侵权纠纷一案[4]中，被告进口的糖果虽为经权利人许可生产、销售的正品商品，但该糖果中含有食品添加剂双乙酸钠。根据我国《食品安全法》等相关规定，**涉案糖果属于超范围使用食品添加剂的食品**。而该商品使用了与原告相同的商标，**因消费者无法准确识别商品来源，故其基于该糖果对品牌产生的否定性评价将直接指向商标权人，从而破坏了权利商标商品质量保证功能和商誉，对原告的注册商标专用权造成实质性损害**。

4、 擅自改变商品包装、分装商品构成商标侵权

而在不二家食品公司诉钱某等商标侵权纠纷一案[5]中，被告未经许可，擅自将原告的商

[2] （2020）浙民终 326 号
[3] （2016）湘 01 民初 1463 号
[4] （2018）京 0101 民初 13472 号
[5] （2015）杭余知初字第 416 号

品分装到不同包装盒，且该包装盒与原告的有明显差异。虽商品为正品，不会产生消费者混淆的直接后果，但是**商品包装除了发挥保护与盛载商品的基本功能外，还发挥着美化商品、宣传商品、提升商品价值等重要功能**。被告擅自分装的行为不仅不能起到前述作用，反而会降低相关公众对权利商标的“好感度”，从而损害涉案商标的商誉。

5、 超出“合理使用”限度使用注册商标构成侵权

在菲拉格慕公司诉寇莎国际品牌管理公司一案[6]中，深圳市中院认为，**就商标合理使用的问题，应以使用行为是否必要，使用人是否善意且使用方式是否合理以及是否会造成相关公众的混淆和误认**。尽管被告销售的商品系通过国外买手公司从菲拉格莫公司在意大利展厅处采购取得的正品，且其经销模式为买手制百货商场，可以适当、合理的方式告知消费者其所销售的商品品牌。但是，被告在店面招牌、宣传册、广场宣传海报中对原告注册商标的使用方式**足以导致相关公众误认为两者之间有授权、赞助等关系**，同时考虑到原告公司商标的知名度，被告的使用行为已经超出必要限度，构成商标侵权。

需要强调的是，如权利方在第 35 类企业经营、企业管理等服务类别中注册了商标，如平行进口商在其开设的店铺店招中单独使用权利方注册商标的，可能被认定为服务商标侵权。

尽管在法律规定暂时空缺的情况下司法判例提供了较为明确的指引，但在对平行进口商品是否构成商标侵权进行认定的过程中，司法机关还是会以商标基本原则为核心，结合具体案情个案讨论。

此外，**《天津市高级人民法院关于涉平行进口商标侵权纠纷案件的审判指引（试行）》**（2020.12.21 发布）指出“进口商品与国内商标权利人销售的商品存在“实质性差异”，主要指进口商品在投放市场后，其商品信息、包装装潢、商标标识等原有状态被改变，使消费者无法获知进口商品的真实来源，足以影响消费者购买商品的意愿或者对商标权益造成其他损害的，依法认定构成商标侵权。”而**原告对存在“实质性差异”负有举证责任。**

平行进口商品不正当竞争的认定规则

正如前文所述，平行进口行为源于商标权人分割市场，实施差异价格策略，平行进口商利用跨境差价降低销售成本的行为符合市场规律，是自由竞争的必然结果，不具有反不正当竞争法上的可责性。

然而，**若平行进口商违背诚实基本原则和商业道德的行为，以损害其他经营者的合法权益或扰乱社会经济秩序的，将会被认定为不正当竞争**。

在前述菲拉格慕一案中，被告与原告均销售“SALVATOREFERRAGAMO”的商品，属于同业竞争关系。而**被告在未获得任何商标授权、经销权或与原告存在合作经营的情况下**，在其官网、宣传册中宣称其与全球超过 300 家奢侈品牌合作，其中包括原告。**前述宣传内容易使相关消费者误解为原告与被告之间建立了品牌入驻关系**，涉案店铺是原告在涉案商场内开设的专卖店，**宣**传内容与事实严重不符，属于虚假宣传，其不正当地利用了菲拉格慕品牌的声誉以提升其自身经营档次和影响力，从而取得了不正当的竞争优势。

[6] （2018）粤 03 民终 11861 号

同样，在维多利亚秘密商标侵权一案[7]中，被告仅是经销从原告维多利亚公司的母公司处购进的库存产品，在并无证据证明其为该品牌的特许或委托代理商，亦无证据证明对该商标享有使用的权利的情况下，对外宣传其系 VICTORIA'S SECRET 中国总行销公司及中国区品牌运营商，并开展对外招商特许加盟宣传。前述行为同样被法院认定为虚假宣传的不正当竞争行为。

结语

不同市场主体对平行进口商品的态度亦有不同，消费者觉得妙，品牌方觉得卷，进口商觉得赚，这也是平行进口商品在司法实践中存在争议的主要原因。既要保护权利方的独占权又要保证消费者的选择权，既要促进市场良性竞争又要规制不正当竞争。然而，平行进口商在赚取利润的同时需要尊重品牌方的合法权利及市场规则，“平行进口”抗辩不能成为永远的保护伞。

（本文首发于 2023 年 4 月 17 日）

[7] (2014)沪高民三(知)终字第 104 号

不当获取商业秘密但尚未对外泄露，难道就无法确定损害数额了吗？虚拟“许可使用费”或可一试！

黄璞虑、徐琎

引言

硬核公司是一家技术密集型企业，高薪聘请了员工**艾学习**参与研发大数据技术。由于该技术一旦研发成功，能为公司带来一定的竞争优势，因此**硬核公司**决定以商业秘密保护该技术，并与**艾某**签订了保密协议。然而一年后，**艾某**提出了离职，并在离职前将其研发过程中接触的全部文件私发给了自己的网盘。公司通过监测软件发现了**艾某**的发送行为，但**艾某**称，其仅发送给了自己的网盘，目的只是为了个人学习使用。目前，**硬核公司**也没有证据证明**艾某**实际使用了该商业秘密或泄露给任何第三方。

那么，在没有使用和对外泄露的情况下，如何确定艾学习侵犯商业秘密给公司造成的损失呢？进一步看，如果解决不了定损的问题，会不会影响刑事层面能否构成“情节严重”，从而是否构成犯罪的问题？民事层面，又是否会造成损害赔偿的诉请难以得到支持呢？

上述行为人以不正当手段获取商业秘密，但尚未对外披露、使用的行为，在司法实践中被称为**“持有型”侵害商业秘密**行为。一般而言，侵害知识产权案件中以“原告的实际损失、被告的侵权所得、参照许可使用费”的方式确定损害数额。前述案型中，前两类计算方式难以证明，只能依托“许可使用费”。然而，由于商业秘密的特殊性，对外许可商业秘密一定程度上又会导致贬损商业秘密的非公知性、影响保密措施的有效性，从而降低商业秘密的价值本身，因此商业秘密实际许可使用情形相对较少，使得参照实际发生的许可使用费确定损害赔偿数额的方式在商业秘密侵权案件中亦难以发挥作用。

由此导致的问题是：行为人虽然不法取得了商业秘密，但没有对外披露、使用、允许他人使用，甚至自己也尚未使用，所以仅从表面上看很难认定存在实际损害，在刑事案件中似乎也难以达到“情节严重”的标准，在民事案件中也容易被误解为没有可“填平”的损害。此种被告尚未获得收益、原告亦难以举证其损失，且没有实际订立的商业秘密许可使用合同来提供可参照的实际许可使用费，在侵犯商业秘密的刑事案件中如何确定损害数额，并进一步影响是否定罪及是否量刑，以及在民事案件中确定损害以便影响赔偿数额，都成为了司法实践中的难题。

一、 虚拟“许可使用费”的司法尝试

值得注意的是，“持有型”侵害商业秘密行为更为隐蔽。有时候行为人已经向他人发送了商业秘密，只是难以取得外发的证据；也有的时候，行为人取得商业秘密后伺机待发，如果一段时间后仍没有东窗事发，再按照计划向他人对外发送商业秘密，所以侵害行为被发现时，还没有实施使用、披露的行为。但他们一旦实际使用、披露了权利人的商业秘密，将对权利人造成严重且难以弥补的损害，因此，不能因为尚未造成实际的侵权损害或不当收益，就放任此类行为的存在，不对其进行相应的打击、惩戒。

2020 年《最高院、最高检察关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（三）》第五条也持类似观点。其规定，前述“以不正当手段获取权利人的商业秘密，尚未披露、使用或者允许他人使用的”的持有型侵害商业秘密行为，权利人的损失数额可以

根据该项商业秘密的“**合理许可使用费**”确定。那么，如何 “合理”地认定“许可使用费”呢？是否该商业秘密必须实际对外许可使用过，才能参照确定“合理许可使用费”呢？

其实不然。在我国司法实践中，存在评估机构以假定权利人对外许可第三人使用商业秘密能虚拟地获得多少“许可使用费”为判断依据，评估出虚拟许可使用费用以定损的各类案例。该方法使得没有实际对外许可的情况下，成功适用虚拟的“合理许可使用费”确定损害结果，判定行为人行为构成侵犯商业秘密犯罪：

在绍兴市中级人民法院审理的“俞某等侵犯商业秘密罪”一案[1]中，法院认为，行为人虽尚未对外规模销售，但其行为造成的损失客观存在，尽管评估得出许可使用费损失价值是一种假设，但该假设由原始凭证以及相关财务资料为依据，仍具有一定的参照性。因此，法院采纳了评估机构评估确定的许可使用费，并且定损结果符合法律规定的“情节严重”损害数额，最终认定被告的行为构成侵害商业秘密罪。类似地，在宁波市中级人民法院审理的“音王电声”案[2]中，行为人不正当获取商业秘密后，也尚未对外披露。法院认为，此类侵权行为对权利人的损失在于许可侵权人使用商业秘密的机会几乎丧失，因此采纳评估机构的结论，在该技术没有实际对外许可的情况下，依据评估出的数额，虚拟了一个合理的许可使用费，并以此作为定罪的依据之一。

二、 如何确定可参考的虚拟“许可使用费”？

评估机构一般采用最常见的三类资产评估方法确定虚拟许可使用费，即**成本法、收益法、市场法**。其中，并非所有的评估方法都适用于本文所述的“持有型”侵害商业秘密案型，且各类评估方法的考量重点各有侧重，且均与一般有形财产的估值方法不同。

1.成本法——不适用于尚未使用、披露商业秘密的“持有型”行为

成本法是指，在现实条件下重新建造一个评估对象所需的全部成本，即，商业秘密的全部研发成本，并扣除商业秘密的技术折旧成本。

在“音 X 电声”案中，评估机构同时采用了成本法和收益法两种方法评估涉案商业秘密。其中，若以研发商业秘密投入的全部成本计算，该商业秘密的虚拟许可价值为 1143.5 万元，而以收益法计算，该商业秘密的虚拟许可价值为 182 万元。法院明确指出，由于商业秘密尚未实际使用，侵权行为未造成商业秘密被公众所知悉，因此，商业秘密的商业价值没有全部丧失，不宜以商业秘密的研发成本评估许可使用价值。

综上，**成本法适用于商业秘密完全暴露的情形，**而在“持有型”侵害商业秘密行为中，由于商业秘密并未泄露、使用，因此不宜采用成本法确定可参考的虚拟“许可使用费”。

2. 收益法——需考量技术对收益的贡献率，及密点对技术的贡献率

收益法是指，根据知识产权的贡献原则，通过销售收入分成率将因知识产权而产生的收入从产品的全部收入中“分离”出来，并将知识产权未来收益折现，从而得到知识产权评估价值的方法，公式如下图所示：

[1] 参见（2015）浙绍刑终字第 874、875 号刑事判决书。
[2] 参见（2021）浙 02 刑初 35 号刑事判决书。

$$P=K\times M\times \sum_{i=1}^{n} R_i / (1+r)^i$$

其中：

P为知识产权评估价值；Ri为评估基准日后第i年预期销售收入；

K为商业秘密占比商业价值的贡献率；M为涉案密点占比商业秘密的贡献率；

n为收益其期；i为折现期；r为折现率。

收益法是知识产权价值评估中最主要的方法，但并非权利人的全部收益均可作为商业秘密的许可价值。具体而言，在“音王电声”案中，鉴定机构对涉案技术进行收益法评估后，进一步对被评估的技术之于整体技术的贡献度进行了评估，考量了商业秘密剩余经济寿命期、折现率、技术分成率、技术贡献度和未来收益期内的收益额等等因素；在“俞科等侵犯商业秘密罪”一案中，评估机构也首先计算了行为人违法获取的维生素 E 生产工艺线路之于权利人所享有的维生素 E 整体生产商业秘密的权重占比，从而确定了商业秘密合理的商业价值。

总的来说，使用收益法计算商业秘密的虚拟许可费价值，**需要有较为充分的证据和数据，从而准确考量商业秘密技术贡献率、所涉泄密范围在商业秘密中的贡献率以及商业秘密的经济寿命、收益额、折现率等因素，通过前述数据虚拟出涉案商业秘密的未来收益，**得到更科学合理的商业秘密许可使用费估算结果。

3. 市场法——主要应考量技术效果、技术成本是否近似

市场法是指，将评估对象与市场上已有的类似产品或技术进行对比以确定评估对象价值。

在浙江某公司侵害商业秘密案中[3]，浙江韦宁资产评估有限公司认为，航天拓 X 公司所采用的技术与权利人公司所用技术在**产能、产品及综合成本**上均接近，因此参照了该公司已登记的专利及专利技术许可合同，认定了涉案商业秘密的合理许可使用费。

诚然，在市场上寻找到与涉案商业秘密高度近似的技术方案、权利类型且经备案的合同，绝非易事。因此，在适用市场法时，主要应考虑技术效果、技术成本是否近似，劣后考虑技术方法。举例而言，商业秘密和专利虽然不是一种权利类型，但如果二者能实现高度近似的技术效果，则专利的许可使用费就可以用于推定商业秘密的许可使用费；又如，计算机软件著作权的授权许可费，虽然类型上属于著作权许可，但也是一种技术类许可，因此也可作为参考许可费标准之一。

除前述方法外，由于市场法是一种参照市场近似产品或技术的较为粗糙的方法，因此还应当将市场活动中涉及的各类参考因素纳入考量：例如，当侵权人与权利人是竞争对手关系时，由于商业秘密权利人一般不会许可给竞争对手使用，因此需一定程度提高许可使用费的参考数额；又如，在持有型商业秘密侵害案中，从法理上普通许可使用费相对独占许可使用费更符合定损的参考标准，如果同类技术在市场上只有独占许可使用费，考虑到普通许可使用费往往低于独占许可费，则评估时可在市场独占许可使用费的基础上，酌减数额予以定损。

[3] 案件来源：https://mp.weixin.qq.com/s/o1IHuJ7zBe1ArUhdVXQ2FA

三、 刑事案件如何更合理地适用虚拟“许可使用费”？

诚然，通过评估机构评估得出的商业秘密许可费是存疑的，根据“有利于被告人”原则，存疑部分应当作有利于被告人的解释。但该解释方法并非排除适用“虚拟许可费”，而意味着在用评估得出的虚拟许可使用费进行定罪后，在量刑时应当比照同等数额的真实发生的许可使用费进行量刑酌减，从轻量刑。

此外，适用虚拟许可使用费进行量刑时，还需要考量行为人的主观状态、客观方面。从动机上看，如果行为人本身是为了不正当获取商业秘密而进入权利人公司，则该行为人主观恶性严重，应在量刑时予以考量从重。除持有行为外，有的行为人还会为了使用商业秘密实施积极的准备行为，例如购买了原材料、生产设备、组织业内人士准备组建新公司等，这些客观方面也会与行为人的主观状态互相印证，在虚拟“许可使用费”的评估范围内酌情加重。

四、 如何在民事案件中参照适用虚拟“许可使用费”？

民事案件中，当无法证明原告的实际损失、被告侵权获益或对外实际发生的许可使用费时，还可以适用法定赔偿确定赔偿数额，其证明难度和说理要求更为简单，因此，在“持有型”商业秘密民事侵权案件中，通常不会舍近求远地适用虚拟许可使用费确定赔偿数额，而采用效率更高、简单便捷的法定赔偿认定赔偿数额。

根据司法实践来看，即使是在刑事案件中法院已认可的虚拟许可使用费，在民事案件中也不一定会被直接采纳。音王电声公司在刑事判决后，另行向宁波市中级人民法院提起了关联民事诉讼[4]。然而，虽然在刑事案件中法院采纳了评估机构的鉴定报告，确认涉案商业秘密虚拟许可费价值为 182 万元，但民事审判中，法院认为，民事损害赔偿应以“补偿为主、惩罚为辅”为裁判准则，由于侵权行为并未造成涉案技术的商业价值实际上丧失，因此不应以此为基数主张民事案件中的实际损失。

前述案件仅意味着虚拟许可费目前并非当然地会被民事案件审理法官所支持，但并不意味着民事“持有型”侵害商业秘密案件就无法获得损害赔偿。在最高院审理的“大连倍通诉崔恒吉”侵害技术秘密民事案件中[5]，行为人崔某在离职前，将其工作中所接触的公司机密通过邮件外发给自己的私人邮箱，法院认为，该行为客观上可能会给权利人造成损害，虽然这些损害难以通过证据证明，但并不意味着损害不存在，法院最终以法定赔偿的方式判决侵权人承担了赔偿责任。

正如最高院所述，行为人不正当取得商业秘密的行为，本质上仍会使权利人的商业秘密陷入丧失控制的风险，权利人为维护该商业秘密，需要花费更多的时间、金钱、精力，且完全丧失了许可行为人使用商业秘密的可能性，这些损失已然实际发生，法院不能仅仅因为无法证明损害数额而不予置评。从举证要求来看，刑事案件要求达到“排除合理怀疑”，而民事案件只要求“高度可能性”，既然刑事案件都可以以虚拟许可费评估损害后果，则民事案件中允许将鉴定机构对虚拟许可费的评估结果作为参考依据，从而确定对权利人造成的损害范围，酌情确定判赔数额，亦符合法理。作为权利人方，可尝试尽可能地提交殷实的证据，证明评估结论的合理性，即使不能使法院以许可使用费为由确定基数，也可以一定程度上作为法定赔偿的考量因素之一，影响判赔数额的认定。

---

[4] 参见(2021)浙 02 民初 1093 号民事判决书。

[5] 参见(2021)最高法知民终 1687 号民事判决书。

五、 结论

首先，持有型商业秘密犯罪中，如果商业秘密是侵害人以不正当手段获取的，那么可以以“虚拟许可使用费”作为刑事案件的定损依据。

虚拟许可使用费可以资产评估的方式确定，其中，“成本法”不适用于持有型侵犯商业秘密行为模式，“收益法”和“市场法”只要满足条件，并有相应的数据支撑，就都能够使用。实践中也可以把后两种方法结合起来确定损害数额。

至于定罪量刑如何罚当其罪，由于最终评估得出的数据是虚拟的，基于“有利于被告人原则”，在确定具体量刑时可考虑酌减从轻。此外，量刑的轻重还要考虑被告人的主观意图，客观上是否实施了准备行为等多种因素，这样才能罚当其罪。

最后，在“持有型”商业秘密民事侵权案件中，因法定赔偿计算方式更为简易，法院目前尚不倾向于用虚拟许可费作为计算依据，即使是刑事案件中法院已认可的评估结果，民事案件也有可能不被采纳。但持有型侵害商业秘密行为实质上也会对行为人造成损害，且从法理上来看，民事案件中参照适用虚拟许可使用费定损并无不当，因此，将虚拟许可使用费作为考量因素，酌情确定民事案件的侵权损害赔偿数额，未来或亦有可能成为一种商业秘密民事案件的定损定赔方式。

（本文首发于 2023 年 5 月 29 日）

论“AI 孙燕姿”的诞生——生成式人工智能中的知识产权

周文洁

引言

“AI 孙燕姿”突然成为爆款仿佛打开了新娱乐的大门，孙燕姿味儿的唱腔可以客串到周杰伦的歌曲中，让听众体会一把口齿清晰的听觉享受，也可以串门到陶喆歌曲中走一波 R&B 风格，也不排除可以到各大广场舞神曲中串一把味。年初的时候，网友们已经着实被 ChatGPT 惊吓了一波，感叹人工智能的发展已经到了可以立即取代人的地步。这一波“AI 孙燕姿”似乎又为人工智能挽回些许好感，好像它也能造福我们的世界，让娱乐变得更加简单和廉价。其实这两波人工智能带来的热潮都只是深度人工智能世界的开端，两者的底层技术具有高度相同之处，因此而产生的法律问题也有高度重叠性。

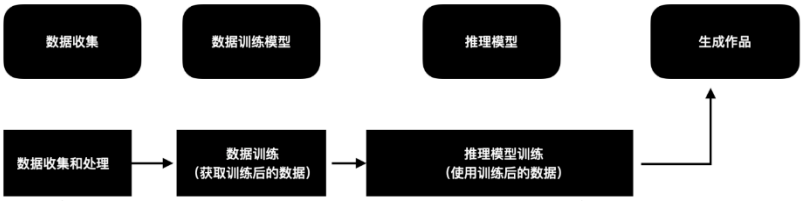
2023 年 5 月 20 日发布的《生成式人工智能服务管理办法（征求意见稿）》已经对包括 ChatGPT 和“AI 孙燕姿”在内的生成式人工智能产品研发者、利用生成式人工智能产品提供服务者的行为进行约束，立法已经覆盖生成作品的所有阶段，所有的技术使用主体都应当对创作素材的应用和生成产品的过程进行合规。本文着眼于探讨人工智能产品及其生成过程在知识产权上的潜在法律风险。

一、“AI 孙燕姿”的作品生成方式

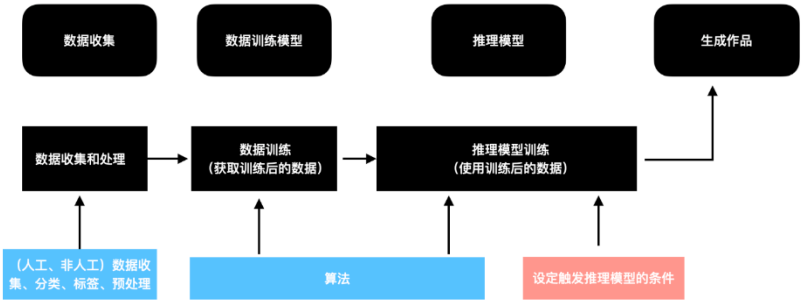
各大音乐平台上的爆款“AI 孙燕姿”音乐作品由孙燕姿的声线“合成”了其他歌手演唱的歌曲，带来“旧瓶装旧酒”的新体验。不少听众听的上头以后一直催更 up 主，甚至点歌指定歌手和歌曲。有不少技术大佬也提供了实现“AI 孙燕姿”演唱不同作品的制作方法，甚至提供数据和素材，供广大催更群众“自给自足”、“自娱自乐”。从技术背景上看，“AI 孙燕姿”新作品的实现需要用到：1）孙燕姿的声线；2）原歌曲的人声；3）原歌曲的背景音乐，三种素材。而实现作品的方式，其实也非常简单，无非是：1）制作孙燕姿的 AI 人声；2）替换原唱的人声；3）合成作品。

（一）ChatGPT 与“AI 孙燕姿”作品生成方式的相似性

“AI 孙燕姿”和 ChatGPT 生成作品过程的技术底层逻辑有相似之处，都是对现有数据的收集（收集孙燕姿的作品，并提取人声的干声、切割，作为训练素材备用），再进行数据训练（使用干声素材进行演唱训练），再进行推理模型训练（将其他歌手的歌曲中的人声部分提取出来以后，替换成前一步训练后的干声），最后生成“孙燕姿”味儿的任何作品。也就是通过以下三个模块实现生成作品：

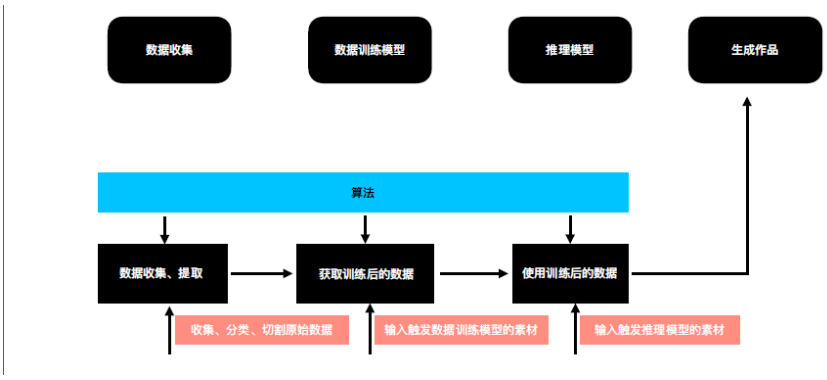


而 ChatGPT 生成作品对于客户端来说操作更加简单，因为训练过程都由 ChatGPT 产品的研发公司主导，完成了从最早的数据处理、收集到数据训练，再到推理模型训练的全部流程，因此用户只需要输入简单的关键词作为触发作品生成的条件即可获取作品（生成过程如下图所示）：



（二）“AI 孙燕姿”作品生成的技术路径（与 ChatGPT 的不同之处）

创作出“AI 孙燕姿”的作品使用到的创作软件包含两个步骤，第一步是“训练”模型，第二步是“推理”模型。第一个步骤必须满足收集原始数据这一前提条件（即：孙燕姿真人演唱中的声音素材），再使用收集的数据进行“炼丹”，训练出接近孙燕姿的声线模型。然后进入第二个步骤，使用第一个步骤中训练获得的可识别音色模型对另一作品中的原声声线进行替换。经合成后形成最后的生成作品。笔者在下文中将使用到的图片和说明都是来自于 b 站某技术大佬的科普视频，用以说明人工智能作品生成的过程[1]。生成过程概览如下图所示：

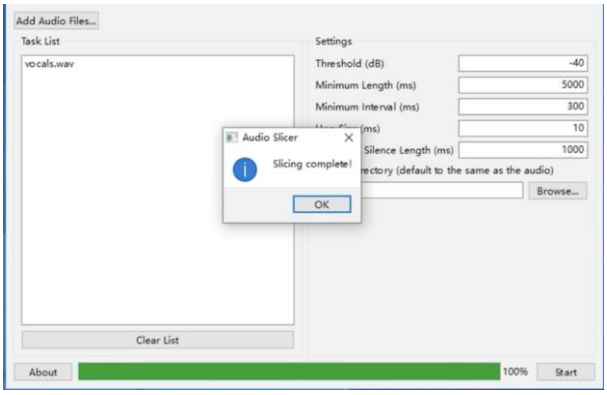


1、数据收集

A. 收集孙燕姿演唱的歌曲中带伴奏的原声，分割伴奏和原声，提取人声（干声）

[1]AI 干货老铁，AI 孙燕姿怎么做-制作教程，https://www.bilibili.com/video/BV1hs4y137dQ/?spm_id_from=333.1007.top_right_bar_window_default_collection.content.click&vd_source=f448f76288dce334fa0284a769fbab54

B. 将干声进行切割，一般切割成不超过 10 秒的小块

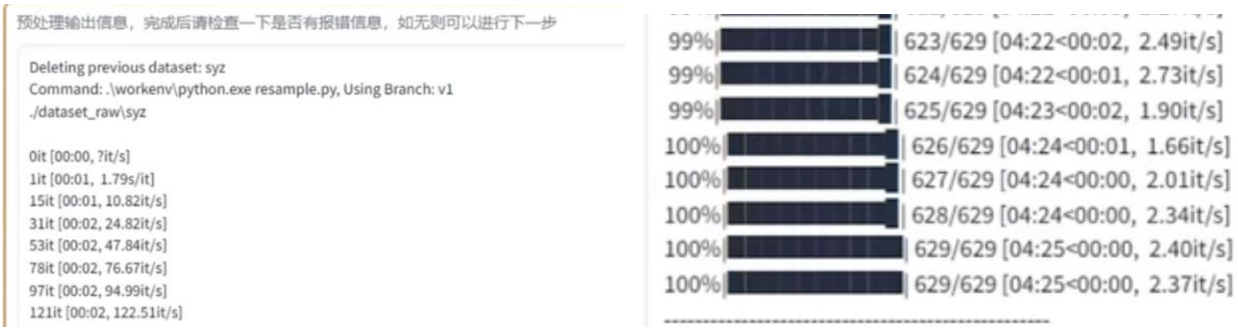


C. “Vocals”文件将被分割成若干个小的干声文件（为后续干声训练模型使用）

2、数据训练模型

A. 准备数据集：使用一款具有训练创作功能的软件整合包，下载以后将上一步中切割好的音频素材的文件夹拖入整合包中的数据文件夹中。启动整合包后，下图中的数据集可以自动被识别出来。再选择“vl”作为训练输出分支。点击“数据预处理”。

B. 识别数据集：这一过程是将原始数据变成后续“训练模型”和“推理模型”可以识别的张量数据。待进度条加载到 100%，预处理完成。



C. 设置参数，写入配置文件：点击“写入文件”选定待训练模型（选定已经经过预处理、待训练的声音模型）

注意：

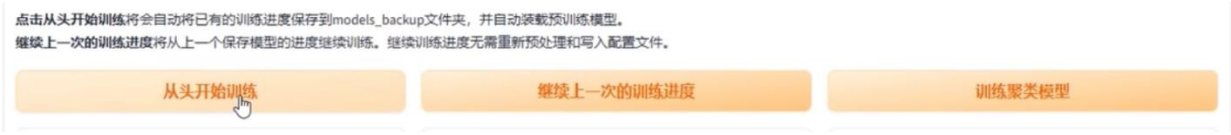
1）训练过程中，设置每隔 200 步生成一次评估日志；

2）训练过程中，设置每隔 800 步保存一个模型（如果没到 800 步，无法生成一个模型！）；

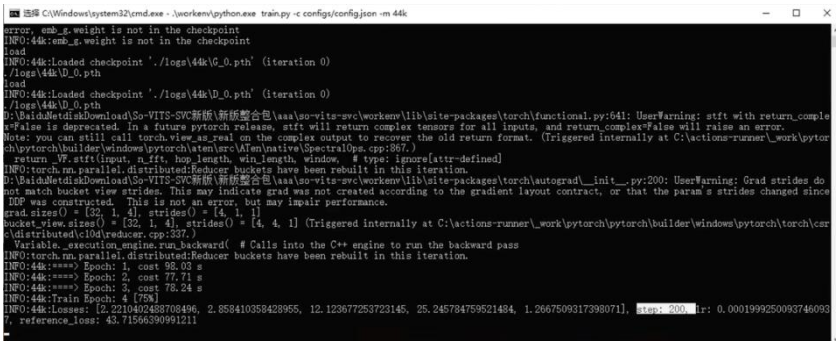
3）训练过程中，按照硬盘容量设置保存的模型数量，一个模型占有 1G 的空间（自动保存满 10 个模型后，超出的模型将被删除，因此不会占用过多硬盘空间）；

4）批量大小的数据，按照显卡配置进行设置，设置成小于显卡内存的数字（例如：12G 内存可以设置成 6，如果内存只有 4G 就别玩这个了！）。

D. 开始训练：点击“从头开始训练”



E. 训练中的数据读取：检查训练模型的数量和质量，获取若干个用于后续推理使用的模型



注意：

1）开始训练后，弹出的黑框，先报错，再正式开始训练；

2）注意每一步的训练质量，“step 200”显示的“loss”数值是每 200 步训练得出的训练成果；

3）“loss”数值一般超过 30 都表示和歌手原声差距较大，小于 30 会比较接近原声，数值越低越接近原声，数值到达个位数已经具有很高的使用价值和商业价值；且数值一般不可能达到“0”（代表训练出歌手原声）

4）以每 800 步产生的一个模型得到的“loss”值判断该模型的训练质量，如果对数值满意可以停止训练，直接进行下一步的推理使用。

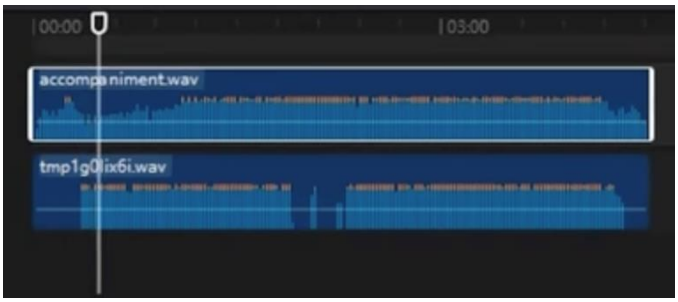
3、模型推理（使用“数据训练模型”训练后获取的模型）

A. 选定训练后的模型（音色），加载模型。提前收集待替换的歌曲，并按照第 1 步的方法分离伴奏和干声，将干声拖入“单个音频上传”

B. 音频转换：点击“音频转换”，将训练后的音色替换原歌手的干声音轨

4、生成作品

打开视频/音频编辑软件，分别将待替换歌曲的伴奏，以及上一步经过训练的音色模型进行合并，得到最终的生成作品（暂不考虑移调和修音等音乐技术处理）。

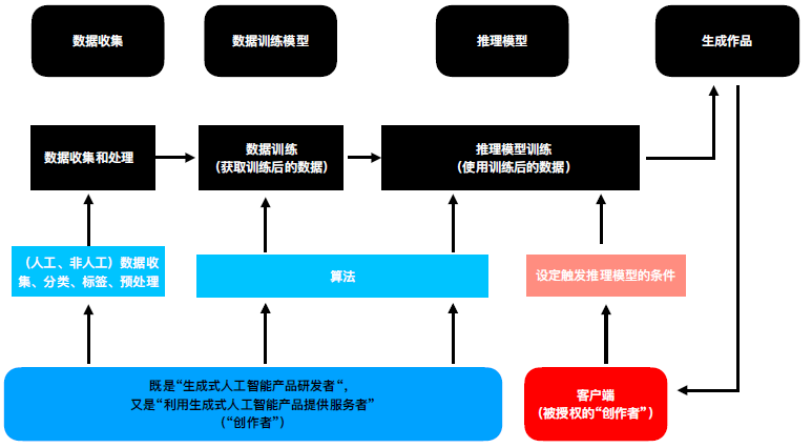


二、“AI 孙燕姿”生成作品的独创性

纵观整个作品生成过程，相比之前的 ChatGPT 几乎“全自动”式的生成作品方式，“AI 孙燕姿”的作品需要创作者更多的能动性。从直观上看，创作过程更加复杂了，而 ChatGPT 只需要简单输入几个关键词即可生成长篇的文字作品。

（一）类比 ChatGPT 生成作品的独创性

笔者在之前的文章中已经对 ChatGPT 的生成环节进行分析，而 ChatGPT 生成作品的创作者也在对应创作环节给予独创性的“贡献”，如下图所示：

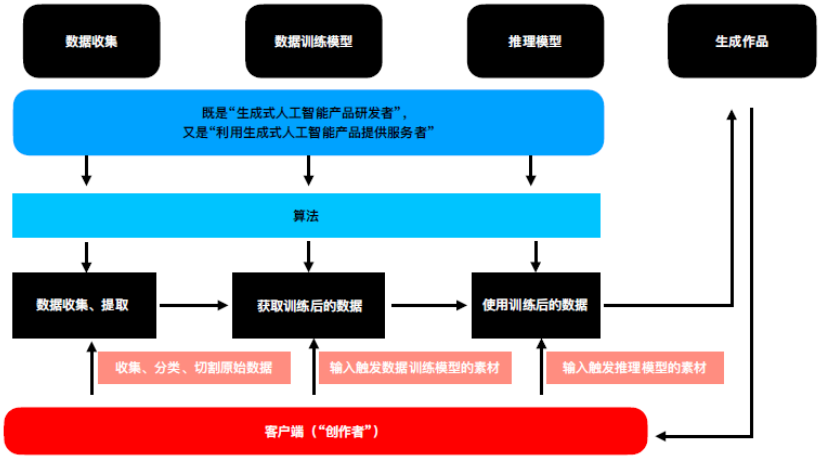


按照笔者在《人的智能 VS 人工智能，ChatGPT 生成作品的著作权如何归属》一文提出，对独创性的认定逻辑，应当采用英国法下的“劳动力、技能、判断”为标准，评价哪些主体对于最后的生成作品给予足够的“独创性”贡献，这些贡献除了让作品本身满足著作权法意义下“作品”之外，还使得“贡献者”得以获取“作者”的身份。回顾 ChatGPT 生成逻辑，也正因为客户端输入的内容对原创性要求较低，且贡献较少，不满足“最低限度”的贡献。所以笔者认为 ChatGPT 生成作品的著作权应当归属于 ChatGPT 产品的研发公司工作，作为法人作品保护，只不过实践中类似产品开发者往往会在使用条款中把产生的作品的著作权自动授权给用户。

（二）“AI 孙燕姿”生成作品的独创性（与 ChatGPT 的不同之处）

相比之下，从“AI 孙燕姿”生成作品的创作过程来看，创作者经过“判断”选择了某一个歌手的声线，并进行模型训练，全程监督训练步骤付出了一定的“劳动力”，并“判断”最适合的模型（“loss”值最低的模型）用于作品生成。上述创作者对作品的“贡献”已经足以满足“最低限度”的“独创性”。且，不同的模型训练者选取不同的素材，设定不同的参数，经历不同的时长进行训练，必然也会产生出和其他训练者相比具有“独创性”的个性化训练模型。

同时，创作过程中，“训练者”使用到多款软件的辅助：提取人声、切割原始数据的软件；同时具备训练模型和推理模型的创作软件；音频视频制作软件。特别是训练出孙燕姿音色模型的创作软件，确实对最后的作品给予一定的贡献，但最后作品中凝结的独创性，来自于创作者筛选和投喂给软件的素材，软件在这一过程中仅仅起到“工具”的作用。



从著作权法角度来看，生成作品应当被认为是“改编作品”，而生成作品中的素材即为原作品。在厘清人工智能生成作品的过程和独创性的基础上，下文将继续探讨，“AI 孙燕姿”类的人工智能产品到底包含哪些知识产权，以及归属于哪些权利人。

三、“AI 孙燕姿”生成作品中的知识产权和归属

对于满足了“独创性”的作品，应当如何区分权利性质和权利人身份，仍然需要回顾创作路径，识别创作路径中的素材才能进行分析：

-素材收集：“孙燕姿”演唱的作品中的干声；

-数据训练模型：经过训练后的“AI 孙燕姿”的干声；

-模型推理：其他歌手演唱的作品，并切割成干声和伴奏两个音轨，以“AI 孙燕姿”的干声替换其他歌手的干声；

-生成作品：合并了“AI 孙燕姿”的干声和其他歌曲的伴奏两个音轨。

因此，需要分析生成作品中的两个音轨中分别包含哪些知识产权可保护的对象，即可成为权利定性和权利人归属认定的关键。

1、著作权

其他歌手演唱的作品中的歌词（文字作品，原曲的词作者是权利人）、旋律（音乐作品，原曲的曲作者是权利人）都是著作权法意义上的作品。

2、邻接权（表演者权）——原歌手（被替换的原歌手的干声音轨）的演唱”

很多听众会认为，即然被替换成训练后的干声，那就根本就找不到原唱的表演，何来表演者权？这里需要引入一个关于“音色”在音乐学和物理学上的常识。音色是由基音及其波段（泛音）构成的，每位歌手音色的特征，都像标签一样有识别度，可以与歌手本人直接对应起来。比如想到孙燕姿的音色，大多数的听众都会有一种相似的感受，正是基于孙燕姿发声时的基音和泛音的特别组成方式，才使得她的音色明显区分于其他歌手。但除了本身的发声方式带来的声音效果之外，要完成音乐表演，演唱者仍然需要对乐句进行细化处理：呼吸的气口、断句的方式、每个乐句强弱的音乐走向、颤音的长度和幅度，每首歌的细化处理方式是每个歌手独有的。也需要歌手根据个人对歌曲的理解，结合音乐和歌词的意义，进行个性

化理解和处理。而在前文中提到的替换，只是单纯的“音色”替换，演唱方式仍然保留了原唱者在演唱时的细化处理。比如，早期的歌手惯用的演唱方式是大幅度的颤音，并且早期的歌曲也较多长线条（长音）的旋律，一旦替换成“AI 孙燕姿”的干声，听觉效果上，虽然有接近孙燕姿的音色（基音+泛音），但却仍然保留了早期歌手那种标志性的大幅度颤音。而原唱歌手的乐句处理方式也一并被保留下来。读者也可以作如下验证：自己演唱一首歌曲以后，将训练后的孙燕姿音色模型替换成自己演唱的音轨，最后的人声中必然会同时感受到自己的演唱方式和孙燕姿音色。

由此可见，原歌手的表演（细化处理等演唱方式）仍然在人工智能生成作品中可以找到。“AI 孙燕姿”并不是孙燕姿在唱，而是人工智能让“AI 孙燕姿”和原歌手一起唱，因此原歌手仍然享有表演者权。

特别注意：原歌手的演唱能被直接识别出因而享有表演者权，但孙燕姿本人有没有表演者权？答案是否定的。“AI 孙燕姿”的干声是通过对孙燕姿原声的干声进行训练而得到，根据前文的“训练模型”过程也可以看出，由算法主导进行声音训练时，存在一个训练结果参数“loss”值，数值越小越接近原声，但正常情况下，是不可能训练出“0”数值的模型。因此，“AI 孙燕姿”的干声在技术上和法律上都不可能等同于孙燕姿的干声，并不是孙燕姿本人在演唱，孙燕姿本人在生成作品中并不具有表演者身份。

3、反不正当竞争法下的混淆行为

（1）擅自使用有一定影响的姓名（《反不正当竞争法》第六条第（二）项）

大量视频、音频网站上的“AI 孙燕姿”作品的高流量，建立在原作者和原演唱者、孙燕姿本人的高知名度的基础上。由“AI 孙燕姿”演唱周杰伦的歌曲，更多给听众带来“双厨狂喜”的欣赏体验。歌曲演唱者和标题中“孙燕姿”三个字的知名度已经足够让听众点开音频、下载音频，直接创造流量和经济利益。同时，知名度毫不逊色的“周杰伦”，或者“方文山”也会让听众愿意为这种“新”的作品而买单。“AI 孙燕姿”作品在流通过程中同时负载着这些有相当影响力的人名，引人误解和混淆。

（2）孙燕姿的音色：其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为（《反不正当竞争法》第六条第（四）项、《民法典》第一千零一十七条）

孙燕姿本人的音色，极具辨识度。如果经过训练后的音色模型可以非常接近本人的声音，替换后的“翻唱作品”可以与其孙燕姿本人的演唱紧密连接起来，听众已经可以把“AI 孙燕姿”的作品当作孙燕姿“翻唱”其他作品的平替，低“loss”值的训练模型的听觉效果几乎可以以假乱真，引起混淆的后果。

4、人格权

上文《反不正当竞争法》下的混淆行为，是因为被混淆的对象本身具有知名度而应当受到保护。如果失去“知名”这一前提的条件，光训练出的音色本身能否成为《民法典》中的保护对象？即：孙燕姿本人能否主张出现在“AI 孙燕姿”中的音色模型侵犯自己的“声音”权利。

由于在“模型训练”中，几乎不可能存在“loss”为 0 的训练模型使用在作品中，所以训练出的音色并不代表本人真实的音色，无法成为《民法典》下人格权的保护对象。但是，未经本人许可，使用其原声进行音色模型训练的行为确实有侵犯人格权之嫌，这个问题需要以数据合规的路径加以规制，不属于知识产权合规范畴，本文不作展开。

结语

生成式人工智能产品的特点是，同时包含“人”的贡献、由人研发出的“人工智能”的贡献。因此结合了“人”和“人工智能”的产品并不是“无人”产品，而包含了多作者多作品的“多人”产品。多作品，往往带来多种权利的重叠，那么“在后”的作品必定要让位于“在先”作品。本文从技术角度解释人工智能作品在生成过程中，包含的多种权利，但本文只解决了权利性质和归属的问题，即：“原告”立场的思考，包括：权利人是谁？依什么权利基础提起诉讼？本文并没有对“被告”的抗辩立场展开，相关问题留给读者继续思考。

（本文首发于 2023 年 7 月 4 日）

专利无小事，浅析专利发明、设计人的署名问题

左由章

问题提出：最近笔者在接待发明人咨询职务发明的署名权问题时，有感于署名问题实际上涉及到职务发明认定、专利权属、专利奖励和报酬等多个问题，属于专利管理和纠纷中的一个疑难问题。不少企业、管理者和研发人对这个问题认识不足，容易引起纠纷。现就专利发明、设计人的署名问题进行梳理并发表一点个人见解，以期能对企业专利管理有所裨益。

发明、设计人身份确认

讨论署名权问题的前提是发明、设计人的身份确认。依据《专利法》第十三条：所称发明人或者设计人，是指对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。在完成发明创造过程中，只负责组织工作的人、为物质技术条件的利用提供方便的人或者从事其他辅助工作的人，不是发明人或者设计人。这从正面列举和反面排除的方式确定了发明人或者设计人的身份实质要件即**对发明创造作出实质性贡献的人**。在部门规章或者法院判例中对认定发明、设计人身份有具体的规则，具体规则后面会详述。

署名权性质

依据《民法典》第八百四十九条：完成技术成果的个人享有在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利和取得荣誉证书、奖励的权利。这是对于研发人员对于研发成果的署名权，荣誉权和财产权的法律规定。依据民法典的规则，人身权属于不可转让的权利。**即使研发成果属于职务成果或者该成果发生转让的，发明、设计人的署名权不可转让或者剥夺。**

署名权如何行使

依据《专利审查指南》的规定，发明人应当是个人，请求书中不得填写单位或者集体，例如不得写成“××课题组”等。发明人应当使用本人真实姓名，不得使用笔名或者其他非正式的姓名。发明人可以请求专利局不公布其姓名。提出专利申请时请求不公布发明人姓名的，应当在请求书“发明人”一栏所填写的相应发明人后面注明“（不公布姓名）”。

署名权纠纷问题产生

在专利局的审查程序中，审查员对专利请求书中填写的发明人是否符合该规定不作审查。因此，发明人的署名权落实就存在落空的可能。在现实中，有很多情况下导致实际发明人和申报发明人不一致。比如，有些企业没有职务发明成果认定及发明人申报程序，在很多时候申报的发明人和实际作出创造性贡献的人员不一致；也有些企业因为研发员工的离职，对其在职期间的研发成果申请专利时未列为发明人；也有的委托开发合同，约定的成果所有权人是委托人，相应的发明人未列受托开发人员；也有些企业未能考虑相关署名权合规，以未作出实质性贡献的高管人员作为发明人申报。

➢ **危害性**

由于署名权属于人身权，不能被剥夺和放弃，并且不受诉讼时效限制。如果未能对署名问题进行合规安排，很有可能给企业埋下隐患。比如，在企业上市时发生专利权属，署名权纠纷则很有可能导致上市进程受阻。在发生署名权纠纷的同时，一般都会有发明、设计专利的奖励和报酬的纠纷。这些纠纷如果公开，一方面会对现有研发人员的稳定性带来影响，同时也给带来不好的社会形象，不利于企业的声誉。

发明、设计人判断规则

发明人、设计人的署名权是基于其对发明创造的实质性贡献。在判断相关人员是否属于发明人或者设计人应当依据专利法及实施细则的规则。参考 2020 年 6 月国家知识产权局发布的《专利行政纠纷调解办案指南》的规定，有关署名权的判断逻辑是以下三步法：

1. 存在专利法意义上的发明创造，包括发明、实用新型或外观设计专利或专利申请；

2. 发明人或设计人应当是所述发明创造的实际参与人；

3. 发明人或设计人对发明创造的实质性特点作出了创造性贡献。

这 3 个判断逻辑中，最难的是第三项，即对发明创造的实质性特点作出了创造性贡献。它可以细分为以下 2 点：

➢ **实质性特点**

理论上，发明创造的实质性特点，对于发明和实用新型而言，是指与作出发明创造时已有的技术相比，发明创造在技术方案的构成上所具有的本质区别，它不是在已有的技术基础上通过逻辑分析、推理或者简单试验就能够自然而然得出的结果，而是必须经过创造性思维活动才能获得的结果。对于外观设计而言，是指外观设计与现有设计或者现有设计特征的组合相比，应当具有明显的区别。

实践中，**发明创造的实质性特点应理解为专利申请文件或者专利文件中当事人声称的技术改进，对这一技术改进作出创造性贡献的人都应当认定为发明人或设计人。**在根据专利文件或专利申请文件无法确定所述技术改进之处时，以整体技术方案为准，对在技术方案的任何一部分作出创造性贡献的人，均为发明人或设计人。

➢ **创造性贡献**

这里不同于《专利法》 第二十二条第三款规定的“创造性”，对发明创造的实质性特点作出“创造性贡献”，是指**发明创造的参与人对于该发明创造相比已有技术的改进的作出起主要作用，**例如提出技术构思、提出验证构思可行性的方案、提出修改构思的方案等。

在对创造性贡献作出认定时，应当分解所涉及专利技术方案的实质性技术构成。提出实质性技术构成并由此实现技术方案的人，是对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。

判断当事人是否对发明创造作出创造性贡献，应当基于技术本身，仅仅负责项目组织、人员调配、资金划拨、实验操作、设备购买、资料收集、文献检索等，不能认为对实质性特点作出了创造性贡献。

纠纷处理方式

发生了署名权纠纷怎么处理呢？第一种是请求管理专利工作的部门进行调解。依据《专利法实施细则》第八十五条的规定，除专利法第六十条规定的外，管理专利工作的部门应当事人请求，可以对下列专利纠纷进行调解：

(一)专利申请权和专利权归属纠纷；

(二)发明人、设计人资格纠纷；

(三)职务发明创造的发明人、设计人的奖励和报酬纠纷；

(四)在发明专利申请公布后专利权授予前使用发明而未支付适当费用的纠纷；

(五)其他专利纠纷。

对于前款第(四)项所列的纠纷，当事人请求管理专利工作的部门调解的，应当在专利权被授予之后提出。

第二种方式就是通过诉讼方式解决争议。按照知识产权案件管辖的规定，这类案件也是视为专利类案件，由专门法院管辖。

怎么避免纠纷

署名权纠纷的产生源于企业对研发管理流程的缺失或者不规范，因此要解决这类问题应该从源头做起，即做好研发管理的合规。根据笔者的经验，这类署名权纠纷如果在专利申请阶段就能确定适格发明、设计人，后续的争议就比较小。另外，如果能在研发成果完成后，专利申报前由实际参与的研发人员就研发成果的实际贡献比例进行约定，也能避免研发人的署名权和后续可能引发的奖励、报酬相关的纠纷。具体的研发管理流程和制度可以根据企业的实际情况设定，建议企业跟专利律师进行深入交流并作出相应的制度和流程安排。

（本文首发于 2023 年 7 月 11 日）

星说破产

什么是破产清算？

星瀚破产管理人团队

导言

解散—清算—注销登记是市场主体退出市场的必经之路，是市场主体完整生命的最后一环。然而，部分市场主体因内部治理机制失灵或资不抵债等原因无法通过或等不到通过自行清算走完最后一公里。此时，由司法机关等第三方介入的强制清算及破产程序（含破产清算、破产重整、破产和解）就成了相关利益主体最后的选择和救济方式。

基于此，星瀚微法苑特别设立**「星说破产」**专栏，聚焦前述机制，由上海星瀚律师事务所的破产管理人团队结合实务经验，以问答形式对相关程序的常见疑问作出解答，旨在**协助市场主体合规退出市场或重获新生，助力债权人追回债权、投资人顺利退出，各利益主体通过参与司法程序实现自身权益最大化。**

什么是破产清算？

概述

破产清算是指当企业法人（下称“债务人”）达到破产宣告的界限后，由司法机关依法宣告其破产，并对其总财产进行变价，而后利用变价所得的财产在全体债权人之间进行分配的程序制度。宣告破产的标准为债务人资不抵债，即债务人的资产确实不足以清偿全部债务。债务人通过破产清算程序后最终退出市场、归于消灭。也就是说，破产清算程序解决的是在债务人丧失清偿能力的情况下，对全体债权人进行公平清偿的问题。相比债权人分别追债，破产清算作为集体性程序对债务人的债务进行统一处理，减少了单个债权人为追债分别支出的成本，而债权人则需要在这个程序中与其他债权人一起分配债务人剩余的财产，在债务人资产不足以覆盖全部债务的情况下，无法足额清偿的剩余债务将被免除。

参与主体

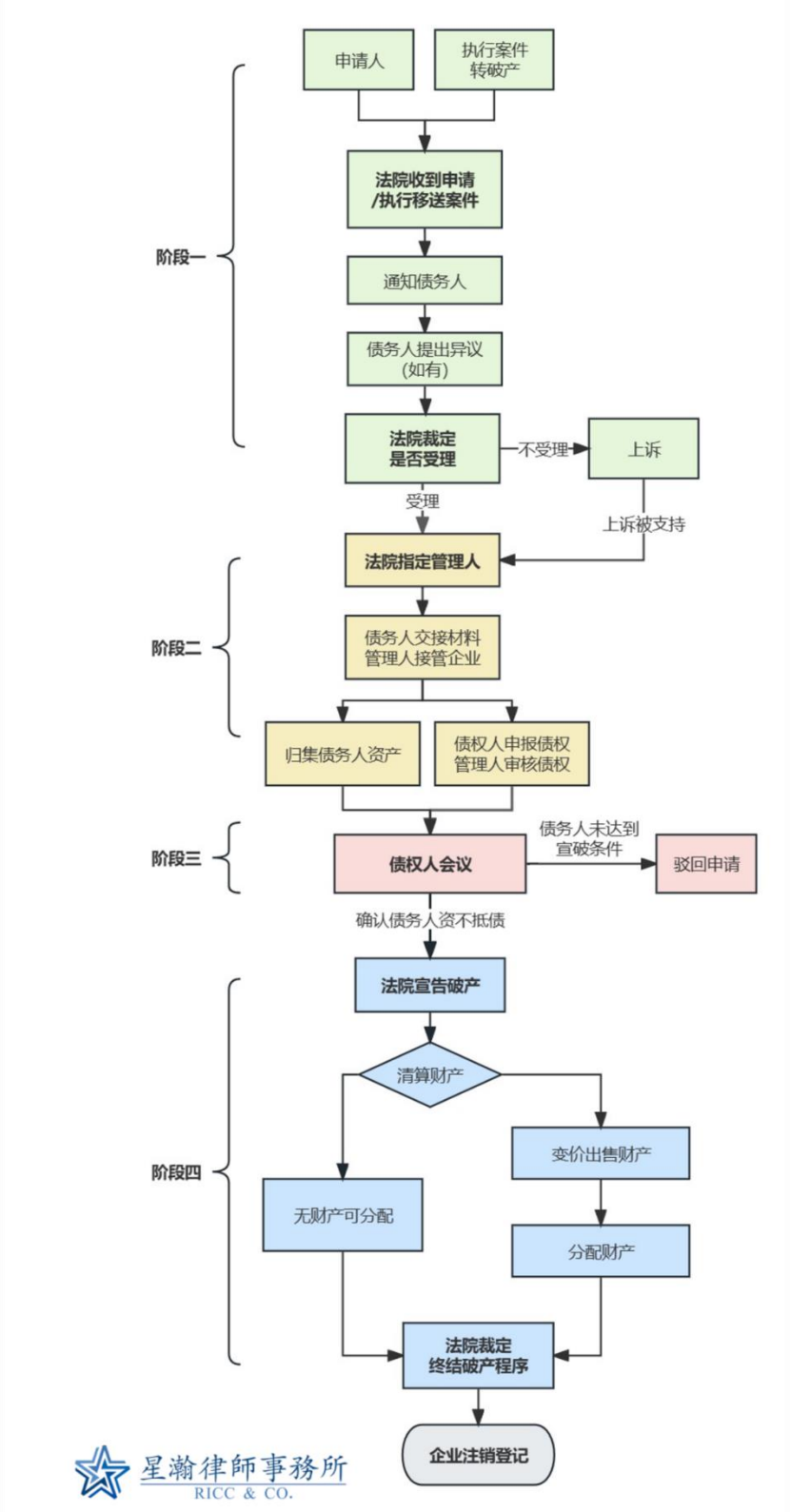
整个程序将由众多主体共同参与，包含债务人、债务人的出资人、实控人、高管及员工（如有）、债权人、债务人的对外应收主体、受理破产清算的司法机关、司法机关指定的管理人（一般由律师、会计等专业人员担任）、以及银行、市场主体监管单位、税务机关等。

持续时间

整个流程的持续时间受众多因素影响，包括债务人资产的多少及类型、债权人的多少及债权复杂程度、债务人及投资人的配合程度、债务人财产变价方案执行的难易程度、衍生诉讼的进程、对外投资的处理等。整个流程短则几个月，长则以年为计算单位。

破产清算流程

破产清算整体流程可以分为四个阶段，分别为破产申请阶段（阶段一）、法院受理与接管阶段（阶段二）、债权人会议阶段（阶段三）、以及破产宣告阶段（阶段四）。具体流程参考下图：



（本文首发于 2023 年 10 月 19 日）

什么是破产重整？

星瀚破产管理人团队

概述

破产重整是指针对可能或已经具备破产原因但又有维持价值和再生希望（即重整价值）的企业（下称**“债务人”**），经由各方利害关系人的申请，在法院的主持和利害关系人的参与下，进行**业务上的重组**和**债务上的整理**，以帮助债务人摆脱财务困境、恢复营业能力的破产预防程序。

程序价值及意义

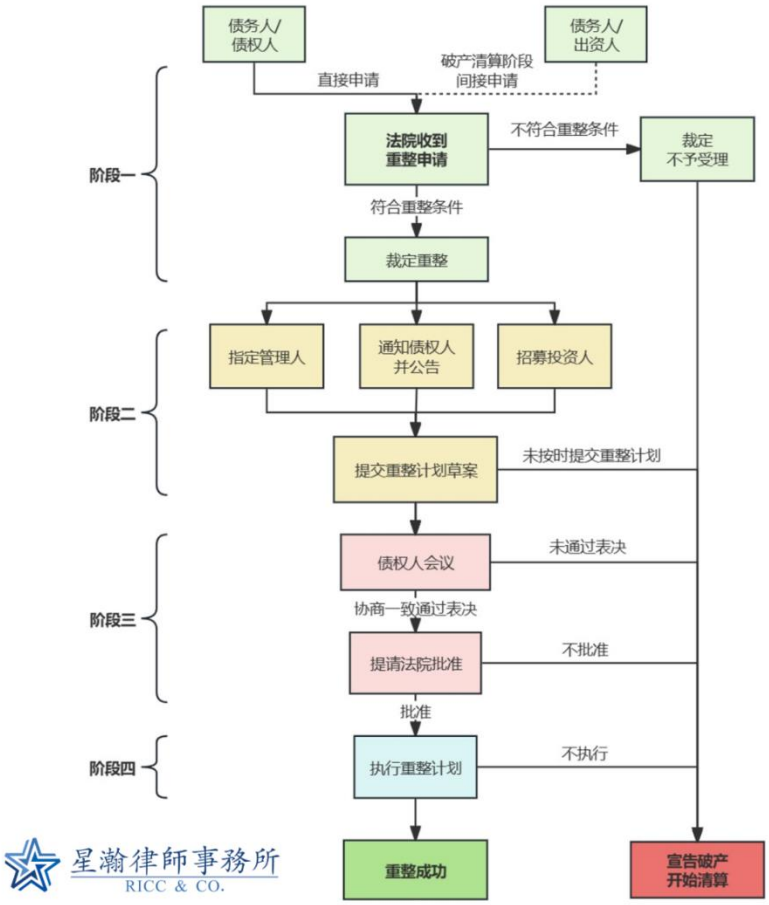
综合来说，破产重整程序融合了对**债务人**困境挽救与债权人债权清偿的双重功能，为濒临破产的企业增加了一次恢复生机的机会。同时，若债务人重整成功，将有效避免一旦进入破产清算所导致的债权清偿比例过低这一现象的产生，一定程度上减少了**债权人以及投资人**的损失。其次，大部分破产重整案件是通过引入新的外部投资人达成重整计划，投资人往往以相对较低的投入，获得扩大企业规模的机会，该举实现了把资源有效配置给更高效的市场主体的**市场资源再配置**；而债务人继续营业也在一定程度上减少了社会财富的损失和因债务人破产而转为失业人口的数量，对**社会整体利益**起到了积极作用。

程序的适用性

当然，并非所有企业都适合通过破产重整程序再获新生，法院在受理阶段会对重整原因及债务人情况进行识别审查，根据债务人的资产状况、技术工艺、生产销售、行业前景、重整后的社会影响、各方重整意愿等因素，综合判断债务人是否具有挽救价值以及继续经营的可能性。也因此，通过破产重整程序重获新生的企业往往是资产价值较高、社会影响较大的大型企业或上市公司等市场主体。

破产重整流程

与破产清算程序类似，破产重整整体流程也可以分为四个阶段，分别为重整申请阶段（阶段一）、法院受理阶段（阶段二）、债权人会议阶段（阶段三）、以及重整计划认可与执行阶段（阶段四）。具体流程参考下图：



（本文首发于 2023 年 10 月 26 日）

什么是破产和解？

星瀚破产管理人团队

概述

破产和解是指已经具备破产原因的企业（下称“债务人”）为了避免破产清算，由**债务人**提出和解申请及和解协议草案，经过债权人会议讨论通过后交由法院认可，用于解决债权债务关系，**保留债务人主体资格，继续进行营业**的破产预防程序。

程序的独特价值

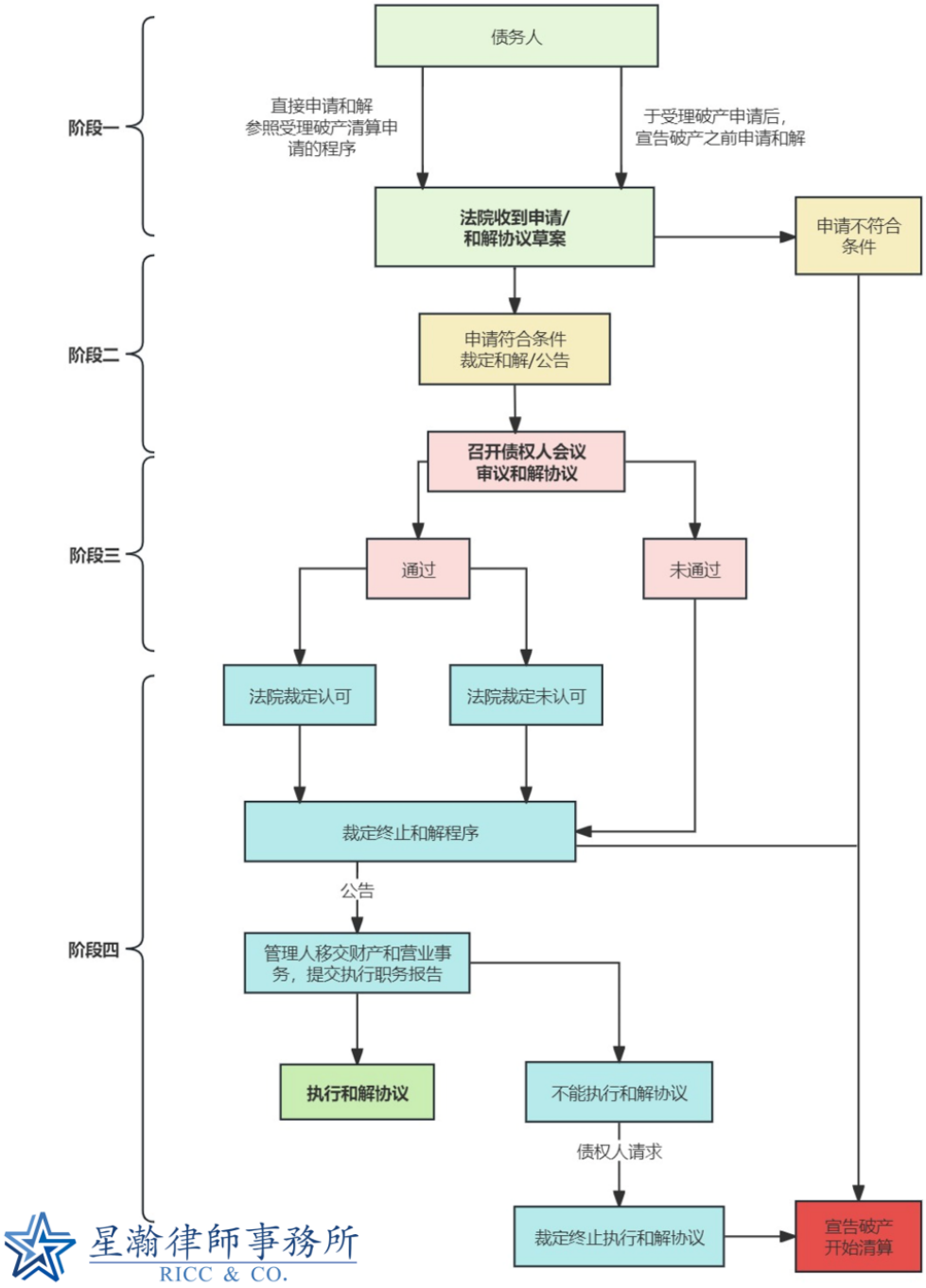
破产和解与破产重整同样是避免**债务人**走到破产清算的再建型法律程序。于濒临破产的企业而言，多了一个**多元化处理债务**问题、**妥善解决债权债务纠纷**以及**赋予企业再生机会**的可能性。而且，相较于破产重整，破产和解有其独特的程序优势。破产和解程序具有时间短、成本低、效率高的特点。这是因为破产和解中和解协议的达成相对简单，一般由**债务人及债权人**双方作为谈判主要对象，参与主体谈判和缔约受限少，充分尊重各方之间的意思自治；还因为在破产和解实务中，在债权人会议认可的情况下，还可以减少债务人资产评估等环节，降低破产成本。

程序的适用性

破产和解具有其独特优势，但并不是说所有濒临破产企业都可以通过破产和解获得重生。债权人数量、债务人财产情况、债务人的潜在偿付能力等都会影响破产和解达成的可能性。另外，在和解协议缔结过程中还要考虑具有优先权的担保权人行使担保物权与处置担保物的问题，和解协议裁定确认后的执行与监督问题等。因此，需要债权人和债务人综合判断破产和解的可能性以及和解协议达成后实现债权人和债务人双重利益最大化的可能性。

破产和解流程

破产和解整体流程可分为四个阶段，分别为和解申请阶段（阶段一）、法院受理阶段（阶段二）、债权人会议阶段（阶段三）、和解协议认可与执行阶段（阶段四）。具体流程请参考下图：



星瀚律師事務所
RICC & CO.

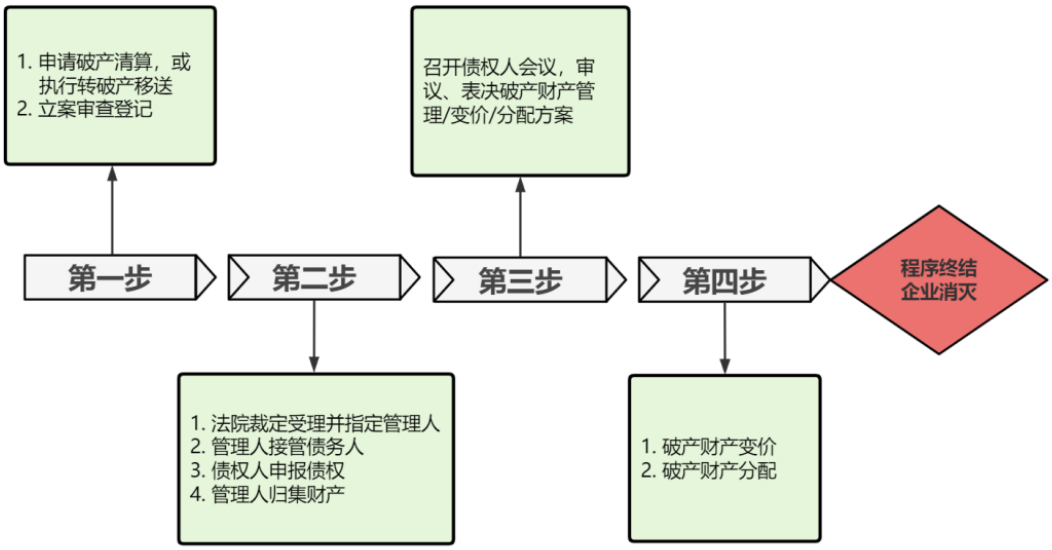
（本文首发于 2023 年 11 月 2 日）

破产清算、破产重整及破产和解程序的区别与转化

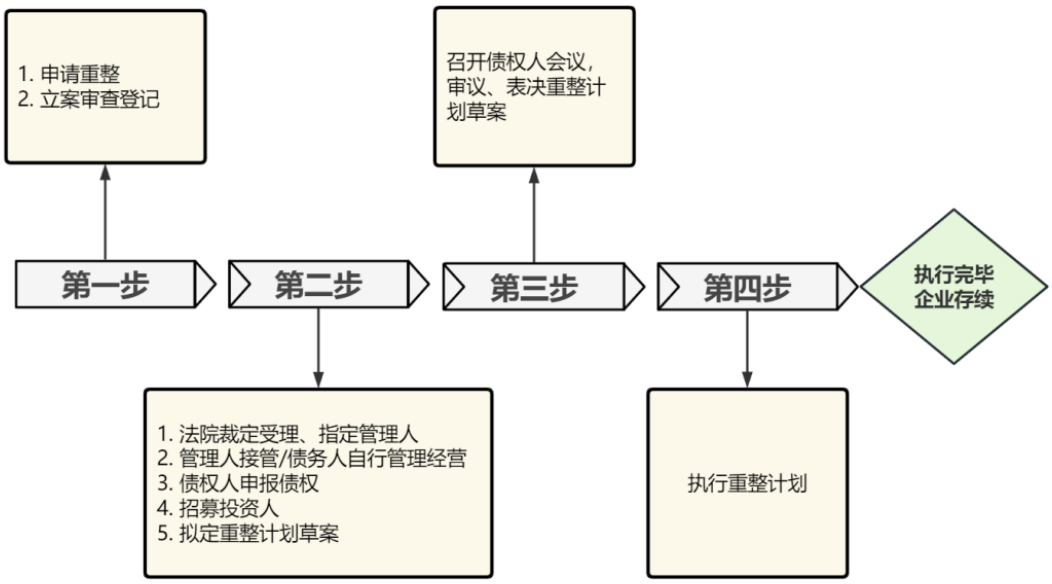
星瀚破产管理人团队

前文我们就破产清算、破产重整及破产和解三类破产程序分别进行了介绍。破产程序的根本目的都是解决在债务人丧失清偿能力的情况下如何公平清偿债务的问题，为发挥债务人最大价值、减少对其他利益主体的影响、节省程序成本，《企业破产法》根据债务人不同的运营情况、经营规模及资产负债构成设计了三类破产程序。三类程序承担着不同的功能，也因此在申请主体、申请条件、操作流程等方面存在着较大差异。实践操作中，因破产重整及破产和解适用条件较高，两类程序在进行中可能因债务人不再满足适用条件、方案未获通过等原因转化为破产清算程序，债务人最终归于消灭。后者亦有可能在流程中因申请人申请转化为前两类程序，债务人最终得以持续运营。

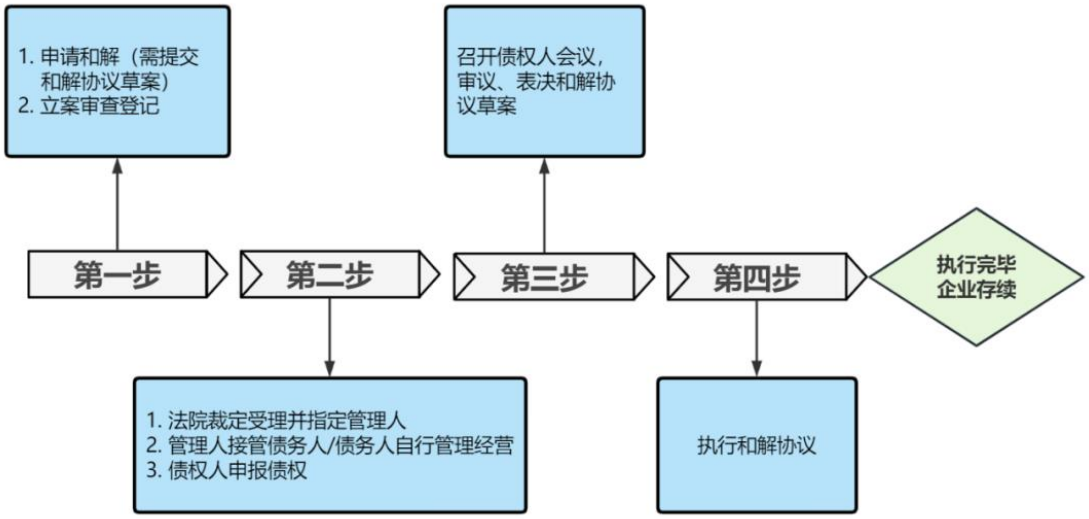
三类程序的基本流程



（图一：破产清算的基本流程）



（图二：破产重整的基本流程）

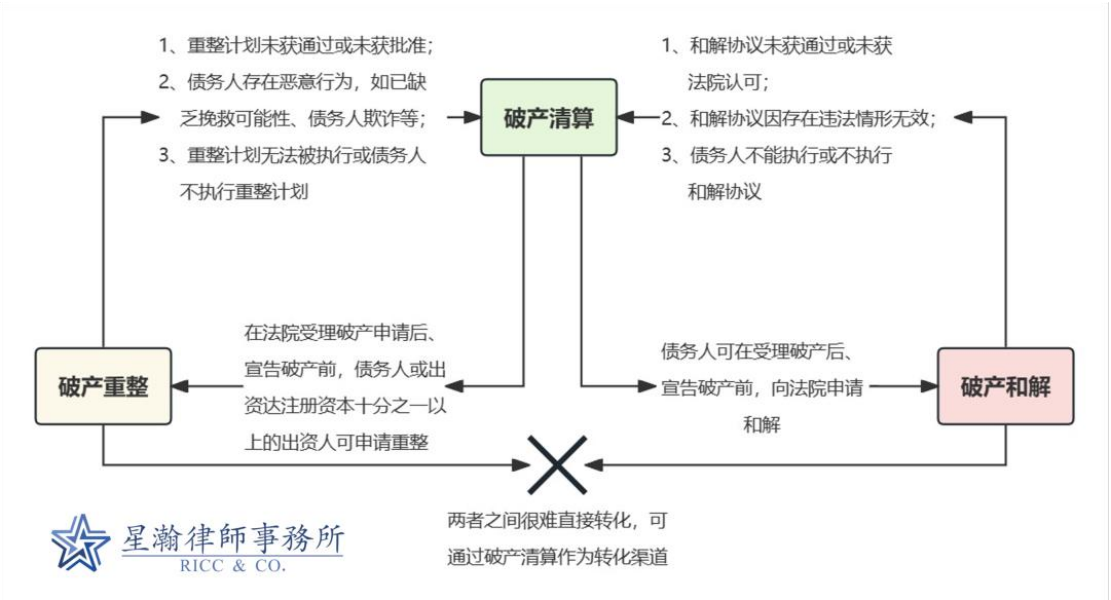


（图三：破产和解的基本流程）

三类程序的主要区别

	破产清算	破产重整	破产和解
申请条件	① 债务人无法清偿到期债务 ② 资产不足以清偿全部债务 ③ 明显缺乏清偿能力 ④ 明显丧失清偿能力的可能		
	①+② 或 ①+③	①+② 或 ①+③ 或 ④	①+② 或 ①+③
申请人	✓ 债务人、债权人	✓ **直接申请重整**：债务人、债权人 ✓ **在破产清算阶段申请重整**：债务人、持有债务人注册资本 1/10 以上的出资人	✓ 只能是债务人
功能	通过宣告债务人破产，由破产管理人接管债务人，对债务人财产进行清算、评估、处理，**实现对债务人集体性的分配清偿**，可以清偿的范围限制于债务人的财产，债务人于全部财产分配后归于消灭	具有营业重组及债务整理的双重属性。通过调动各方利害关系人、引入新投资人，积极预防破产，共同拯救陷于经营困境的企业，**从根本上恢复债务人的生产经营能力**，维持企业正常的生产经营秩序，实现企业价值最大化	债务人通过与全体无担保债权人协商，就偿债方案、债务减免协商一致达成和解协议。通过**延缓债务履行期限、减免债务数额，使债务人摆脱经济困难、免于破产清算**

三类程序的相互转化



（本文首发于 2023 年 11 月 9 日）

什么是强制清算？

星瀚破产管理人团队

概述

强制清算是指企业解散时没有在法定期限内自行组织清算，公司**债权人、股东、董事或者其他利害关系人**向人民法院提出申请，请求指定清算组进行清算的法律程序。公司强制清算十分强调清算程序，必须严格**依照法定程序**进行，其目的在于有序结束公司存续期间的各种商事关系，合理调整各方法律主体的利益，维护正常的经济秩序。

公司清算可以分为解散清算和破产清算，强制清算属于解散清算的一种，是在自行清算不能的情况下启动的一项司法清算程序。暂不讨论自行清算，当公司出现如下事由，可以向人民法院申请强制清算：

1.公司解散**逾期不成立**清算组进行清算的；

2.虽然成立清算组但**故意拖延**清算的；

3.违法清算可能**严重损害**债权人或者股东利益的；

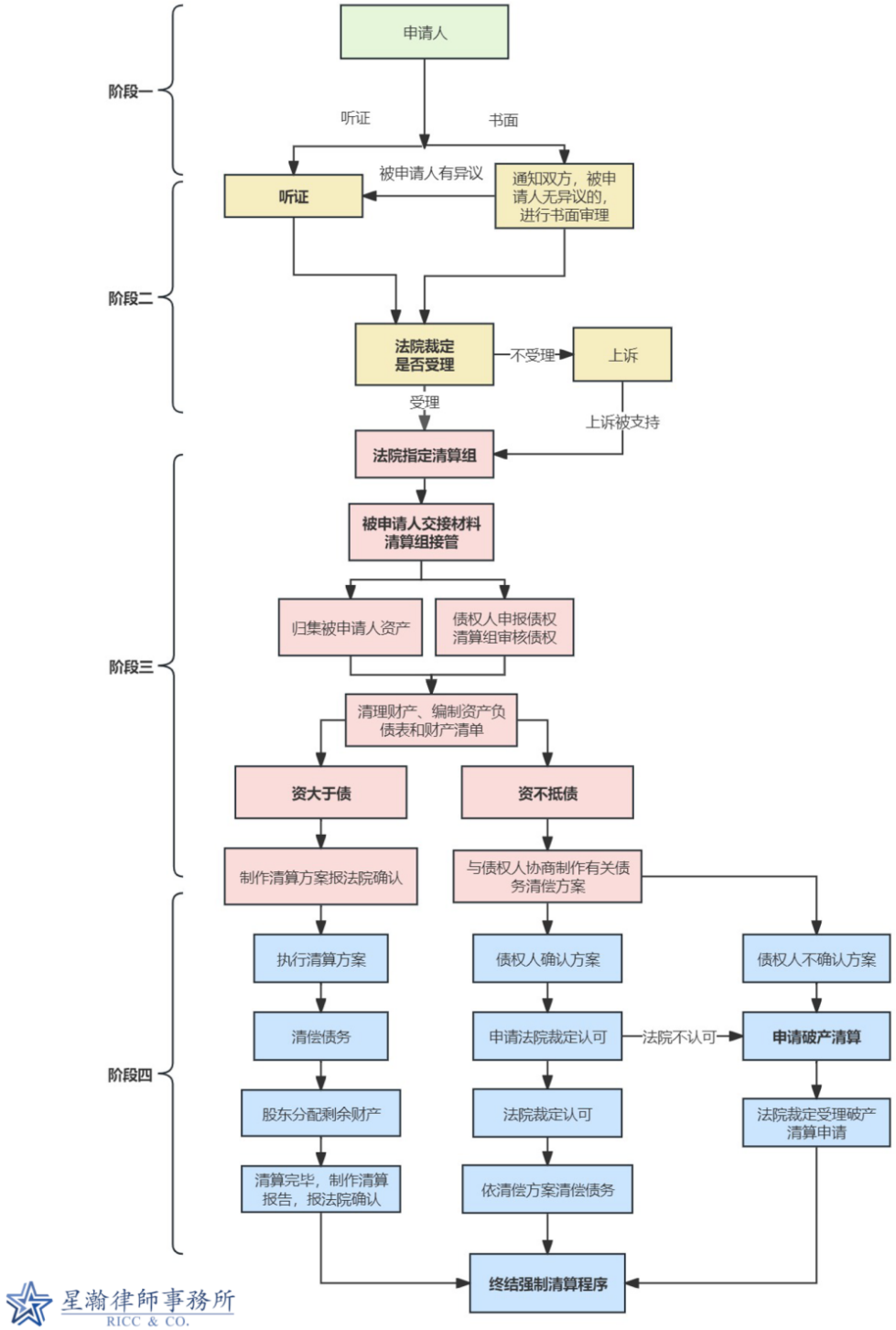
4.依法**被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销**；

5.公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的。

国有企业在加快剥离非主营业务和低效无效资产、深入推进“僵尸企业”处置工作的大背景下，强制清算成为**国有企业**退出市场、结构调整的重要手段。另外，强制清算也是公司股东**解决股东纠纷**通常会选择的路径，一种情况是部分股东为了免除自己的股东责任而申请公司强制清算，另一种情况是股东达成和解后以强制清算终结程序来结束股东纠纷。

强制清算流程

强制清算整体流程主要可以分为四个阶段，分别为强制清算申请阶段（阶段一）、法院受理阶段（阶段二）、清算组接管与制作清算方案阶段（阶段三）、执行清算方案阶段（阶段四）。具体流程参考下图：



（本文首发于 2023 年 11 月 23 日）

破产清算、强制清算及自行清算的区别

星瀚破产管理人团队

清算是指在市场主体消灭前，为终结主体现存的财产和其他法律关系，依照法定程序，对主体的财产和债权债务关系进行清理、处分和分配的法律行为。清算是市场主体合规退市的必经流程，主要方式包括自行清算、强制清算和破产清算三大类，前文我们已分别就强制清算及破产清算进行了介绍。三类程序中，自行清算是由主体自行组织完成，实际操作中受到的限制和约束较少，而后两种清算方式因由司法机关介入完成，需遵守更严格的流程及要求。本文通过下图对三类程序进行比较，以协助市场主体理解不同退出方式：

	自行清算	强制清算	破产清算
根本目的	全面梳理主体现存债权债务关系、分配剩余资产	同自行清算，有时也被用以解决主体决策失灵的僵局或已未实际经营但未注销的困境	公平清偿债务保障债权人权益
适用前提	主体出现法定或约定的解散事由，比如： 经营期限届满； 全体出资人决定解散； 主体被吊销执照/被责令关闭或被撤销； 出资人不满法定人数； 主体设立目的已无法实现或已经实现	主体已出现法定或约定的解散事由但未在法定期限内自行组织清算的	主体不能清偿到期债务，且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的
适用条件	资可抵债	资可抵债	资不抵债
申请主体	主体内部自行清算，一般由决策机关发起	债权人、出资人、董事或者其他利害关系人	债权人、债务人、清算义务人
清算组/管理人构成	有限责任公司：由股东组成； 股份有限公司：由董事或者股东大会确定的人员组成； 合伙企业：由全体合伙人指定的合伙人或第三人	公司股东、董事、监事、高级管理人员； 律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所； 社会中介机构中具有相关专业知识并取得执业资格的人	有关部门、机构的人员； 律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所； 具备相关专业知识并取得执业资格的人员

（本文首发于 2023 年 12 月 7 日）

谁可以申请破产清算、强制清算

星瀚破产管理人团队

破产申请是拟破产企业自身（下称“债务人”）或者其利害关系人向法院提出的请求依照破产程序对债务人宣告破产以此实现清偿债务目的的诉讼请求。本文重点聚焦破产清算申请。破产清算申请作为破产程序的第一步，对后续债务人能否进入清算流程具有重要影响。同样，强制清算的申请也需要由权利人向法院提出。本文向大家介绍破产清算申请人以及强制清算申请人的主体类型及申请条件。

破产清算申请主体

序号	破产清算申请主体	申请条件
1	债务人（即破产企业自身）	债务人满足法定破产条件，即不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的
2	债权人	债务人不能清偿到期债务
3	依法负有清算责任的人	企业法人已解散但未清算或未清算完毕，资产不足以清偿债务的

以上三类为最常见的破产清算申请人，此外，根据《企业破产法》相关规定，**商业银行、证券公司、保险公司等金融机构如果满足法定破产条件的，国务院金融监督管理机构也有权向法院提出对该金融机构进行破产清算的申请。**

实践中，因《企业破产法》未明确赋予职工债权人申请破产清算的权利，对于**职工债权人**能否直接申请破产亦存在争议。部分地方法院通过发布适用于当地的破产审判规范类文件明确赋予职工债权人申请破产清算的权利。如上海市高级人民法院在其发布的《破产审判工作指引》（沪高法〔2021〕257 号）中明确规定“*债务人拖欠职工工资等劳动债权的，职工可以向人民法院申请债务人破产*”。而江苏省高级人民法院则在其发布的《破产案件审理指南（修订版）》（苏高法电〔2017〕794 号）中规定“*职工债权性质上也是债权，企业破产法并未禁止职工债权人申请债务企业破产，为维护职工权益，规范市场退出，应当依法保障职工债权人申请企业破产的权利*”。此外，江苏省高级人民法院还在其指南中明确，债权人申请债务人破产的，需确保其债权已到期，如债权未到期的，对于相关申请不予受理，因“*债务履行期是债务人的期限权益，无法定或者约定事由不得限制或剥夺*”。

同时，以上两个地区高院均在文件中明确，遇到债务人欠缴税款、社会保险费用或者法定住房公积金的情形，**税务部门、人力资源和社会保障部门或者住房公积金管理部门等国家机关**亦可以向法院申请债务人破产。

强制清算申请主体

与破产清算不同，对于强制清算，不同申请主体的申请条件都是一致的，即**“法人的清**

算义务人未及时履行清算义务”。参考公司型债务人的申请条件，主要包括以下三种情形：

1. 公司解散逾期不成立清算组进行清算的；

2. 虽然成立清算组但故意拖延清算的；

3. 违法清算可能严重损害债权人或者股东利益的。

根据《民法典》《中华人民共和国公司法》及其司法解释相关规定，当发生以上情形时，**法人的主管机关、利害关系人或者公司债权人、股东、董事**均有权向法院申请指定清算组进行清算，即启动强制清算程序。其中，**公司债权人**不限于破产清算申请主体要求的到期债权的债权人，未到期债权的债权人亦有权提出申请；**公司股东**则不受持股比例的限制，持股比例小的股东亦有权提出申请；对于其**他利害关系人**，根据司法判例观点，主要包括**公司职工**等其他可能会参与法人资产分配的主体。

（本文首发于 2023 年 12 月 14 日）

申请破产清算需要提供哪些材料？

星瀚破产管理人团队

前文《谁可以申请破产清算、强制清算》中，我们对破产清算申请人及强制清算申请人的主体类型和申请条件进行了介绍，即谁有权在什么情况下申请清算。本文我们将进一步就申请人在提起破产清算申请时需要提交什么材料进行介绍，根据《企业破产法》第八条规定，**“向人民法院提出破产申请，应当提交破产申请书和有关证据。破产申请书应当载明下列事项：（一）申请人、被申请人的基本情况；（二）申请目的；（三）申请的事实和理由；（四）人民法院认为应当载明的其他事项。债务人提出申请的，还应当向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况”。**具体到实践中，因各类型申请主体的申请条件以及能够获取到的信息不同，不同主体提交的申请书中载明的申请事实及理由，以及对应证据材料均有所区别。对于债务人主体申请自身破产的，要求提交的材料一般更加详细、具体。

除上述规定外，为便于操作，各地区对破产申请应提交的资料做了更为具体明确的规定。本文将结合上海地区法院、破产管理人协会等主体发布的文件及本团队实践经验，对三类主要破产申请人在上海地区提起破产清算的申请材料进行介绍，包括债权人、债务人（指破产主体自身）、清算转破产企业中负有清算责任的人。具体内容详见下表：

<table>
<tr><th>申请人
申请材料</th><th>债权人</th><th>债务人</th><th>依法负有清算责任的人</th></tr>
<tr><td>破产清算申请书</td><td colspan="3">需载明申请人及被申请人的基本信息、申请事项、申请的事实和理由
注：债务人申请自身破产的，因申请人与被申请人一致，无需额外载明被申请人基本信息</td></tr>
<tr><td>申请人主体资格证明</td><td>自然人：身份证；
法人/非法人组织：营业执照/组织机构代码证、法定代表人或主要负责人的身份证明书</td><td>债务人的股东会或股东大会、董事会（外商投资企业）同意其申请破产的文件（如股东决定、股东会决议）</td><td>清算责任人的基本情况或者清算组成立的文件</td></tr>
<tr><td>债务人主体资格证明及
最新工商登记材料</td><td>债务人企业信用信息公示报告，或工商内档等</td><td colspan="2">企业法人营业执照副本/组织机构代码证、法定代表人身份证明书及工商注册登记材料</td></tr>
<tr><td>基础事实类材料</td><td>债务人存在到期债务的材料，证明债务发生的事实、债权性质、数额以及财产担保（如有）</td><td>/</td><td>债务人解散以及清算组组成的证明材料</td></tr>
</table>

债务人资不抵债的证明	债务人不能清偿债权人**到期债务**的证据，常见的包括债权人申请对债务人强制执行但因债务人无财产可供执行法院出具的终结本次执行裁定书	**债务人的财务资料，主要包括以下三类：** ➢ 债务人的审计报告、资产负债表或资产评估报告； ➢ 债务人至破产申请日的资产状况明细表。包括有形资产、无形资产、对外投资情况、资金账户情况等； ➢ 债务人的债权、债务及担保情况表。应列明债务人的债权人及债务人名称、住所、债权或债务数额、发生时间、催收及担保情况等； **如债务人已经过内部清算的，无需提交上述财务资料，提交清算报告即可**
职工相关材料	如系职工债权人的，需提供**职工代表大会或工会同意的文件**	**债务人的职工名单、工资清册、社保清单及职工安置预案。**债务人为国家出资企业的，职工安置预案应列明拟安置职工的基本情况、安置障碍及主要解决方案、稳定因素评估及应对措施等，并报对债务人履行出资人职责的机构备案
债务人诉讼/仲裁材料	/	债务人所涉诉讼、仲裁、执行情况及相关法律文书
主管机关审批类材料	/	如债务人申请破产需要主管机关批准、审批或者备案的，需提交主管机关批准、审批或者备案的文件

（本文首发于 2023 年 12 月 21 日）

申请强制清算需要提供哪些材料？

星瀚破产管理人团队

本文我们将进一步就申请强制清算时需要提交的材料进行分析。根据最高人民法院发布的**《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》（法发{2009}52 号）**第 7 条规定，公司债权人或股东申请强制清算时，需要提交清算申请书，载明申请人、被申请人的基本情况和申请的事实与理由。同时需要根据不同的申请理由配套提供对应证据材料。在该条规定基础上，部分地区法院对申请材料做了进一步细化规定，以上海地区为例，上海市高级人民法院在其发布的**《公司强制清算案件立案受理的若干规定》**中规定：

第六条“人民法院立案庭应当在收到申请人提交的公司清算申请后二日内对以下事项材料进行初步审查：

（一）清算申请书。申请书应当载明申请人、被申请人的基本情况，以及申请的事实和理由；

（二）被申请人发生解散事由的有关证据材料；

（三）申请人对被申请人享有债权或者股权的有关证据；

（四）申请人以被申请人具有《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（二）》第七条第二款第（二）项或者第（三）项情形为由提起申请的，应当提交被申请人故意拖延清算或者违法清算的有关证据；

（五）人民法院认为应当提交的其它有关申请材料。

申请人提交的材料符合前款审查要求的，立案庭应予以预立案，案号为“(××××)××民×(商)清(预)字第×号”。”

据此，相较破产清算，强制清算不以债务人出现资不抵债的财务状况作为申请条件，故申请人无需提交对应财务资料或执行不到债务人资产等相关证据，前期准备难度相对较低。且强制清算不要求债权人的债权为到期债权。但因强制清算的申请条件与债务人自身的解散进程有关，外部债权人较难获得债务人内部资料，一般只能通过间接证据证明债务人存在强制清算的情形，对债权人的证明要求较高。

本文结合上海地区法院、破产管理人协会等主体发布的文件及本团队实践经验，就不同的强制清算情形，对申请人在上海地区提起强制清算的申请材料进行介绍。具体内容详见下表：

申请人 申请材料	法人的主管机关、债权人、公司股东、董事或其他利害关系人
强制清算申请书	需载明申请人及被申请人的基本信息、申请事项、申请的事实和理由。
申请人主体资格证明	**自然人：**身份证； **法人/非法人组织：**营业执照/组织机构代码证、法定代表人或主要负责人的身份证明书、法定代表人或主要负责人的身份证复印件。
被申请人主体资格证明	**对于外部债权人：**企业信用信息公示报告，或工商档案等； **对于公司股东等内部人员：**营业执照/组织机构代码证明。

基础事实类材料	**对于外部债权人：**申请人享有债权的材料，比如合同、借据、确认债权的生效判决书等； **对于公司股东/董事：**申请人享有股东或董事资格的材料，比如工商内档（建议提交全套）、企业报告、公司章程等。
被申请人已发生解散事由的证据材料	**被申请人自愿解散的**：被申请人决定解散主体的股东会（股东大会）/合伙人决议，或者被申请人的公司章程、企业公示信息、营业执照等能够证明被申请人经营期限届满的证据； **被申请人被强制解散的**：登记主管机关吊销营业执照、责令关闭、撤销主体的决定书或人民法院解散公司的民事判决书。
被申请人存在强制清算适用情形的证据材料	**被申请人逾期未成立清算组：**自解散事由出现之日起 15 日内未成立清算组并开始清算的，属于逾期。一般企业成立清算组开始自行清算的，会在企业信用公示系统披露公示。故债权人可以提交被申请人的企业公示信息说明没有关于清算组的信息；也可以提交与被申请人沟通要求说明清算情况但对方未回应的相关材料。股东则可以提供与其他股东沟通解散清算但对方未回应或拒绝配合的相关材料，用以说明已穷尽内部救济手段仍无法开展自行清算；
	已成立清算组但故意拖延清算的：如被申请人清算组正常履行清算职责的，需按照法定程序依次通知债权人、发布公告、编制资产负债表等；且在不存在特殊事由如涉及未结诉讼或对外投资/大型不动产等难以变价的资产的情况下，清算组工作时间不得持续较长（长短由法院根据被申请人类型及财产复杂程度判断）。故申请人可提交材料证明清算组未按照流程履行清算职责，或清算组成立较长时间清算流程仍未完结；
	已成立清算组但违法清算的:需提交清算组存在违法清算行为且可能严重损害申请人利益的相应证据；如清算组未确认债权人债权进行资产分配，或未按照章程约定向股东分配剩余资产的。
其他材料	**被申请人其他股东的身份材料：**当申请人是公司股东的，部分法院要求申请人同步提交其他股东的身份材料。如果是法人的，需要国家企业信息公示系统报告、工商档案或营业执照复印件；如果是自然人的，需要身份证复印件或者口卡； **情况说明书：**上海地区法院会要求提交一份额外的情况说明（法院有模板文件），内容关于**公司财务资料保存情况、申请人是否参加清算组、是否同意先行垫付清算费用**。

（本文首发于 2023 年 12 月 28 日）

星瀚人文

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**刘玥习**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，但玥习还是**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）

再次出发，与星同行——记星瀚 2023 年团建

去年猝不及防的上海封控，让星瀚的旅游、团建不得不被迫按下暂停键，今年，我们再次踏上征途。3 月 31 日，上海星瀚律师事务所全所同事前往武汉，和武汉分所同事共同开启了 2023 年度为期三天两晚的团建活动。

工作年会，虽迟但到

武汉团建的第一个环节是姗姗来迟的 2022 年度工作会议。会议上，**高级合伙人汪银平律师**为大家介绍星瀚 2022 年度业务数据情况；**星瀚运营管理负责人宋佳**带大家回顾过去一年的运营工作，并作新一年度工作展望、制度宣导；**主任卫新律师**作主任致辞。

颁奖环节穿插其中，2022 年度的各大奖项一一揭晓，再次**恭喜所有获奖的优秀星瀚人！**

晴朗运动会，天晴心也晴

晴朗运动会是星瀚团建的保留节目之一。考虑到同事们前往武汉当天已经经历了早起的考验，就不在体力上为难大家，本次运动会我们主打脑力运动，分为三轮：狂飙、排排站接龙、缘来是你——你能猜到是什么游戏吗？

狂飙，我们飙的是演技，又名，你来比划我来猜。有些题目，一起来看看同事们的“演技”如何吧！

排排站接龙，该游戏要求同事们站成一排，前一位说名词，后一位以“我 X 过”的形式进行接龙，以此类推。一开始大家都以“苹果”“香蕉”等词语小心试探，熟悉规则后，平常很好相处的同事挖起坑来绝不手软，“美女”“爱情”“手铐”……过程中金句频出，爆笑不断。

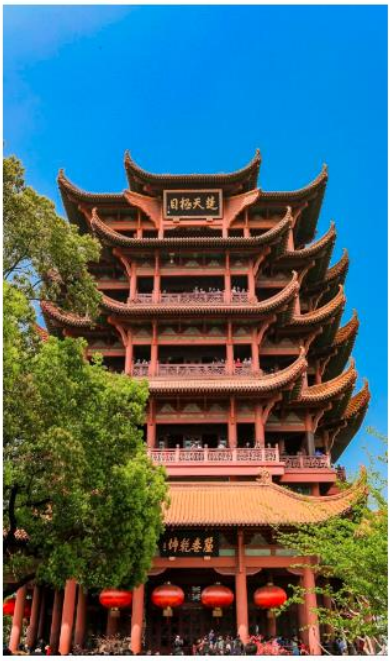
因为这次团建不仅有刚加入的新同事参加，还有之前一直是“网友”的武汉同事加入——**缘来是你，**是一个可以快速认识同事的游戏，也是整场游戏的高潮。规则很简单就是音乐

暂停后要快速、准确地说出对方组员的名字——只是规则一经宣布，台下便立即炸开了锅，同事们纷纷开始“补课”熟悉自己的对手。在游戏中也使出了戴帽子、戴口罩、换衣服等手段，把自己“伪装”起来。

本次晴朗运动会我们以星座分组，经过三轮“厮杀”，最终**双子、天秤、射手成为本年度的最强星座**。

一样的路，看不一样的风景

来到武汉，怎能不登**黄鹤楼**。尽管天气炎热，但不少同事还是攀到了最高点，领略曾经在课本中学到的“晴川历历汉阳树，芳草萋萋鹦鹉洲”。除了让书本照进现实，品尝网红雪糕、寄明信片也成为了打卡项~



到了下午，我们又来到了东湖开启**星瀚露营 2.0**。和上次的碳火铁架烧烤相比，这次设备有所升级，但依然感谢星瀚的烧烤达人们，为同事们的饱腹作出巨大的贡献。烧烤完，有的同事在草坪上玩起了飞盘，大汗淋漓；有的同事坐在天幕下，打牌、桌游、聊天；还有的同事来到皮划艇基地，同心协力，泛舟湖上，好不惬意……

第二天，同事们又兵分两路：一组前往户部巷体验**过早**文化，热干面、牛肉面、豆皮、藕粉……一路逛吃，一边觉得吃不下了，一边又想再尝两口；另一组同事则来到**湖北省博物馆**，感受历史文化的沉淀，欣赏编钟表演的震撼。

与星同行

从今年开始，星瀚会给入职 5 周年、10 周年的同事颁发纪念奖杯、纪念金币。因为这是第一次“与星同行”的活动，一下子颁出了 27 人。很多五年以上，十年未满的同事也只能按五周年发放纪念品。**“成长”“突破”“朋友”“感恩”……一个个关键词串联起了星瀚人与星瀚的记忆，回忆起来，都仿佛就在昨天。当然，我们也更期待未来的故事……**

星瀚相信，所谓优质人生，就是做喜欢的事，和喜欢的人在一起。前路无常，愿我们一路同行。

（本文首发于 2023 年 4 月 7 日）

阳光、沙滩……永远热烈，永不停歇

今年，星瀚一年一度的境外旅游传统终于续上了！

有这么一个地方，它既是泰国最大的海岛，又是泰国最小的府——这一次，我们一起踏上“安达曼海上的一颗明珠”普吉岛。

萨瓦迪卡~

来到泰国，怎能不去海边？别急，我们第一站先在内陆感受一下普吉岛的风土人情。

奈涵海滩隐藏在普吉岛最南端的绿色山丘和几个小岛之间，相对来说是一个比较小众的景点。**神仙半岛上高挑成排的棕榈树，沿着绵延的海岸线，吹着微风，再凌乱的心情也会在这一刻恢复平静。**虽然没能赶上日落时分，有些可惜，但依然美图倍出~

普吉镇的老街也是让不少同事流连忘返的地方。这里有不少电视剧、电影的取景地，看到这些熟悉的场景，泰剧迷的 DNA 是不是动了；这里有很多不起眼的小店，售卖各式有意思的本土小物件；这里还有平价米其林美食、网红冰淇淋、质感咖啡店，爱吃的小伙伴绝对不能放过这个打卡机会。有人说，普吉镇是上帝打翻的调色盘，彩色的老房子、镇上第一家旅店、鲜花墙……**这一次我们放下工作，学习泰国人“zai yan yan”（慢悠悠）的生活节奏，漫步在这个多巴胺小镇，尽情享受浪漫的泰式风情~**

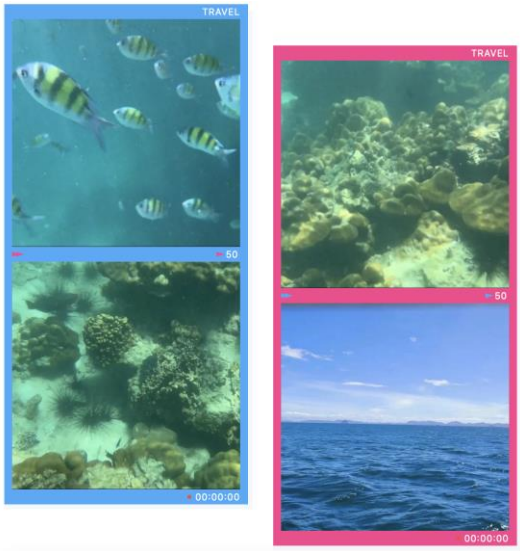
当然还有**夜市**文化，这个城市的热闹与欢乐在这一刻达到了顶峰……

一起乘风破浪

在大部队会合的第二天，我们便一起乘坐快艇向大小皮皮岛进发，一路上海风吹拂，海天一色的美景尽收眼底。远观燕子洞、猴子沙滩、在帝王岛的白色沙滩上，点一杯冰沙、放松身心……我们此行可不仅仅是“玩水”那么简单，还有**一些惊险刺激在等待我们——浮潜**。

在翡翠泻湖周围环绕着高耸的石灰岩悬崖，一些水性佳且大胆的同事选择在船头跃入海中，还有几位男律师向大家展示了 201B，溅起的水花波及到了还在船尾挣扎的同事们。

在出发前，我们就听领队和导游说不会游泳的浮潜更好玩，小编亲测是真的，因为你会拥有仿佛自己学会游泳的成就感和蜜汁自信，还能和同伴建立起过命的“学友”交情。**一起徜徉在果冻海，近距离和珊瑚、海胆、鱼群接触的奇妙体验值得一试。**



酸酸辣辣甜甜

因为在出海时已经喝了很多海水，许多同事表示已经足够半年份的盐分摄入，那美食上我们就来体验不一样的口感吧！椰子、芒果、榴莲、山竹，在普吉，实现水果自由不是梦；前往拉威海鲜市场，新鲜的石斑鱼、足有半臂长的皮皮虾、个头超大的海螺、再加上地道的咖喱蟹，海蟹大餐自由也轻松 get~当然还有冬阴功汤、咖喱鸡、菠萝炒饭、椰子冰沙……这些泰餐常客一个都不能少！

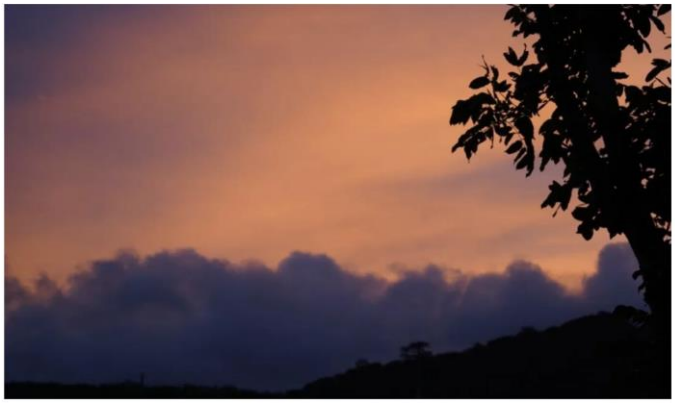
卫律师曾想凭一己之力、一身反骨挑战导游的“喝酒不能吃榴莲”言论，被身边的同事们纷纷阻止，还是要提醒大家美食虽好，点到为止哦~

旅程中总有惊喜

（我们特别为生日最近的两位 9 月寿星准备了惊喜~生日快乐用泰语怎么说？）

（在大部队会合的第一晚，碰巧旁边几桌是来自深圳的律师同仁，我们以歌会友~）

（大部分同事们还躺在酒店，卫律师和左律师已经从卡伦跑到了芭东……）



（免税店外的晚霞依然很美~）

（最美不是下雨天，是曾与你一起躲过雨的屋檐）

卫律师在回程的朋友圈中说道，**我们偶尔休息，仿佛是在理想世界追求任性的自由，以便之后在现实的世界里艰难的选择时，心里能有一些慰藉。**

普吉岛的夏天永不落幕，就像星瀚人的热爱永远在路上，愿你我永远自由又灿烂！

本文配图来自每一位星瀚人的朋友圈，特别鸣谢田潇雨律师在旅行中的辛苦拍摄~

（本文首发于 2023 年 9 月 15 日）

卫新：要自由也要归属感，运营驱动下的“面向未来的律师事务所”

本文根据卫新律师在「开言第八季·日新为道」上的演讲整理而成

一家面向未来的律师事务所，应该有自由的个体，也有温暖的运营。

各位开言的朋友，下午好。我是卫新。很高兴来到开言，和大家分享一下星瀚的故事。

前几天，我在上海和一位红圈所的合伙人交流，他问我：卫律师，为什么你选择在 30 岁的时候自己开一家律师事务所，而不是简单地换个平台？

面对这样的问题，我竟然一时语塞，不知从何说起。我想这个朋友可能正面临职业选择，想听一些过来人的经验。但是，他的问题却是对我的拷问——人生总会面临一些底层的、深刻的、难以回答的问题，因为它会引起内心深处的自我探索。

星瀚，已经成立了十三年，但要坦诚地回答为什么创办星瀚，得从我的职业生涯说起。

2002 年，我从华东政法大学法律系毕业，当时拿到了上海市浦东新区人民法院的 offer，在正式开启法院的工作前，我想找一份短期实习，很偶然的情况下，我看到一家房地产公司正在招聘法务，这是一家刚刚开始创业的公司，如果算上我，全公司也才 7 个人，但就是这种创业的氛围打动了我，我后来决定放弃法院的 offer，加入这家公司。

到底打动我的原因是什么？我想，和传统、严肃的法院相比，我更向往创业公司的自主性和创造力。可以说，年轻气盛、自负骄傲的我，放弃了一条充满确定性的法律人成长之路，而选择了充满不确定的自由之路。**在按部就班与自由之间，我选择了自由。**

我在这家创业公司工作了三年，见证了它从最初的 7 个人发展到几百人的规模，我自己也从公司的法务成长为副总，公司的运营管理，包括市场、人事、行政、IT、法务乃至财务，都由我分管。

但在 2005 年，我决定回归专业，辞职去做一名律师。为什么要放弃非常稳定的职位和高薪？因为创业公司已经是成熟公司，作为高管你要履行职责，但很多事情你无能为力，尤其是业务的选择和作为，你能做的，就是不停的协调沟通。

我觉得，我正在失去那个主动清晰的自我。而做个自我拥有、靠本事吃饭的律师，可以让我找回自己，找回动力。

2005 年，一进入律师行业，**我就感受到了扑面而来的自由**。

我当时有个很惊讶的观察：同事们居然可以在上班时间商量点奶茶，然后选一个人跑腿去买？这可是工作时间！这样的事情，在公司文化里是不可想象的。但是在律所，没有人管你，没有报表、没有横向的部门沟通，没有繁琐的制度、流程、表单。业绩为王、搞定客户为王。我觉得我的带教律师不够专业，我就可以独立。我觉得律所的平台不好，我就可以换个律所，只要你业绩好，你就可以是合伙人，独立的合伙人，想怎么样就怎么样。而我，就是那个业务做得很好的合伙人。

2010 年，我离开了那个给我很高自由度、让我过得很舒适的律所，创办了星瀚。

我的这次选择，不再是为了自由，因为一旦按下了创业的开始键，就陷入不再随心所欲的深渊，这是我一开始工作时就见识过的不自由模样。我想，在座的很多主任，也同样知道。

但是，这次我为什么要这样选呢？因为，**那个充满自由的律所环境，我并不喜欢**。自由主义创造了以自我为中心的一群人，每个律师都是理性的自利主义者，对公共事务冷漠，做好自己的业务就行了，没有人真正关心别人的需求，你的声音也很少被人认真对待。

自由很好，但个人主义带来的忧伤、失落、孤独和冷漠也如影随形。我开始怀念在公司里的生活，那种整体感、归属感在律师行业显得弥足珍贵。

同时，我组建了自己的团队，我希望我的团队成员是个紧密的社群，有共同的愿景、密切的链接、彼此的责任。我不希望，我培养出来的年轻人，也是孤独的存在，随时可以斩断关系，扭头离开。但在当时的律所里，我看到很多合伙人，几乎每年都在失去助理。

就这样，在律师执业后的第五年，我创办了星瀚律师事务所，我把她定义为**一家面向未来的组织**，我想在一个新的起点实践我的很多理想，那时候，并没有“运营驱动”这样清晰的表述，我定义这是一家“**员工幸福、部门健全**”的精品所，充满了归属感和连接的情怀。

我的职业经历，一定不是个案，是沃泽尔教授说的“后现代的自我”，代表了现代年轻人的困境。年轻人追求自由，把个人主义作为信仰，即使自由有时候让人陷入相对主义、自恋主义的泥潭。但我个人坚信，集体主义战胜不了自由主义，尤其是咱们的律师行业。

现代人要面临的困境，是**我们不能放弃自由，但同时又必须面对和处理自由带来的那些问题**。我的职业选择，就是这种困境的缩影。最终我选择了去**重构一个组织形态，以实现年轻人“既要、又要”的理想**，这构成了我创业的底层动力。我认为，任何组织的战略都要回答和处理这些问题。

接下来，我就从星瀚的运营实践来谈谈我们怎么处理这些问题。

运营塑造新的分工

刚才讲到，律师上班时间能出去买奶茶，真是自由啊。但当时我也有个疑问，**为什么是律师出去买？这样的工作难道不是应该秘书做的吗？**

我做律师的第一家律所，只有一个非业务人员，行政兼出纳。所以，我进律所的第一个月，就是建议招人，我把我之前公司的秘书小谢推荐给律所主任，我说，我来推荐一个前台，可以做很多事，关键工资要求也不高。实际上，她在给我当秘书时的职级和薪资，比律所前台高出很多。但我告诉她，我个人会给她补贴，这个行业需要她。

小谢后来成为了我团队的法务秘书，2010 年我成立星瀚律师事务所的时候，小谢是星瀚的第 0 号员工，律所每一个员工都是她经手招聘的。我记得，有位加入星瀚的同学曾经分享，当时她已经拿到了其他律所和银行的 offer，而她决定毁约加入星瀚的原因，就是人事通知她来面试的那通电话。

当时她接到电话的时候，正好在一个商场里，周围很嘈杂，她听不清楚，但人事小姐姐特别耐心，连续说了好几遍，还问她要不要等会到安静的地方再打。之后还给她发了通知短信，有具体时间和路线。面试当天的早晨，她又收到了提醒的短信。这个同学说，她当时就觉得这家律所不一样，特别周到、细致，业务肯定不会差。

2010 年我们招的第一批实习生，后来都成为了星瀚发展的骨干力量。而那时候，无论是知名度、业务量，星瀚未必有实力招到这样的人才，但是因为有了专门的职能团队，把公司里招聘职能的基本要求迁移到律师行业，星瀚的人才招募就获得了加持。

我们以为，在律师这个行业里，作业方式天然是个体的，是高度依赖人的专业技能的，业务的专业化和分工，背后需要推动律师放弃选择权。而**运营的协作，本来就是律师行业的短板和空白**，律师要么很少做，要么做得不专业。而运营职能的加入，比如星瀚成立时就有的市场人员、IT 人员、客服人员塑造了新的分工，天然地丰富了组织的连接和依存，让星瀚展现出一种不一样的气质，在同行眼里，充满了活力和新鲜感。

运营创造共同资产

她不做业务，却是星瀚拿点数的高级权益合伙人。目前，她是星瀚最红的人，智合、律新社的运营培训，她都是重磅讲师，我记得大鱼找宋佳直播对谈的次数，也远远超过我。

宋佳就是我们从 2010 年招聘的第一批华政实习生中自主培养的，毕业时她已经拿到世界 500 强公司的高薪 offer，是被我的“理想主义”+“忽悠主义”留在了星瀚。宋佳在星瀚 10 多年，做了很多创新，比如建立了星瀚的自媒体矩阵。

我记得微信公众号刚刚出来的时候，宋佳找到我，说要做“星瀚微法苑”，一定要坚持周一到周五发原创文章，而且不发律所新闻，只发干货研究文章。必须形成稳定输出，让关注的受众觉得有价值。

这对于当时我们只有 20-30 人律所，是极其困难的。于是，宋佳带领的市场部就参与到每个业务部门的培训、律师对外的讲座、部门的案例讨论会等活动中去，有时活动一结束，培训讲课的内容就成了一篇干货文章，不需要律师自己再写。

这些年，星瀚的微信公众号、微博、知乎、今日头条等自媒体，大大提高了星瀚的美誉度、也给我们带来了实在的案件。星瀚的市场部有一套具体打法，这里不细说了，大家可以请教宋佳。

这里还要特别介绍一下我们运营体系和业务部门共同研发的**“内控和反舞弊”**法律产品，这个产品是星瀚目前在市场上最有影响力的业务。

星瀚每年都要举办内控反舞弊行业峰会，而且是付费的，今年是第五届，报名的企业有 500 多家，我们最后筛选了 350 家来到现场。这个活动是星瀚的自主 IP，不需要任何第三方机构加持，每年还会有不少科技企业赞助，整个活动完全由星瀚运营体系自主完成。不仅如此，我们还建立了相关社群，都是由星瀚自主运营。

目前，星瀚的内控反舞弊业务高速增长，单一客户付费超千万。而这个产品从设计、营销、渠道到资源整合，都有运营的参与，有不少头部客户也是运营直接对接和转化的。

律师追求自由的趋势，带来了原子化的个人发展，它源于律师行业极高的流动性——律师换所是非常容易的事，律师与律所的关系不具有稳定性，可以随时解构。

而要让这种关系稳定，就需要形成共同的资产，就像夫妻之间有了孩子，就有了羁绊和归属感。这种资产不是一笔入股金，而是结构化的、新生的。

如果说律所运营的 1.0 是从无到有，提高分工的效率，那么律所的运营 2.0 时代，就是共创律所的共同资产，这里面运营的作用是主动的、引领性的、不可分割的。就像我们的内控反舞弊产品一样。

运营构建价值标准

星瀚去年加入了一位年轻的合伙人，他离开原来的律所，有个很重要的原因是招聘不到优秀的人才。

他是做涉外业务的，业务正在起步阶段，他说，这些年律所业务收入还行，但是已经收不到“五院四系”的简历了，他好不容易去母校多方推荐找了一个特别优秀的同学，实习三个月下来也非常好，想要留用。但是他觉得留不住，原因是办公室里氛围不行，没有积极向上的年轻律师，他的助理每次留在律所加班做业务都显得很孤独，没有年轻人可以交流。而他作为合伙人哪怕一直在办公室，也不能解决小朋友的归属感。

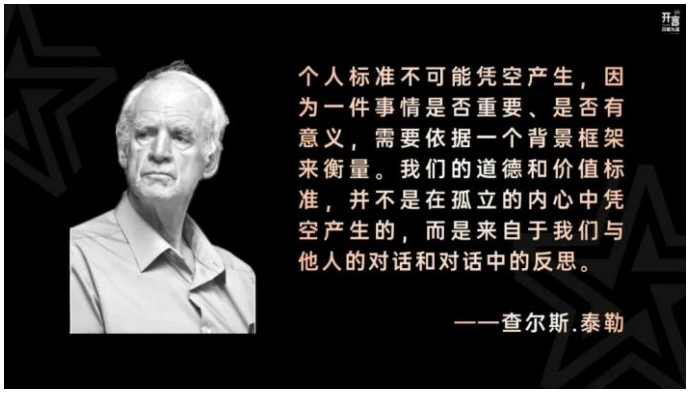
他觉得，优秀上进的年轻人不会选择他，这是他个人再努力塑造小环境也无法改变的。而他自己，同样也需要一个更加有归属感、积极向上的环境。

我们引进这个合伙人之后，他的助理迅速和同期留用的应届生形成了小圈子，她参加了律所新人培训，有不同的专业律师进行指导，晚上加班有小伙伴一起去吃饭，互相探讨专业问题。他们这一期同学还引领了律所的飞盘文化，每个月星瀚的奇思妙想会、家庭日、社团活动，她都来参加，感受律师的另一面。

我想，每个组织都在树立自己的文化。但在高度自主化的律师行业，这种组织文化常常显得“假大空”，因为追求自由的律师有自己的评判标准。和其他律师合作，只要他觉得对，就可以了；服务客户，只要他觉得自己尽力了就可以了。律师可以铁肩担道义，可以选择隔岸观火，可以充满实用主义，也可以彰显英雄主义。

个人主义的标准，尼采和萨特说了，其实也没有什么标准，自己负责就好了。哪怕是别人并不认同，还可以选择离开，这不是规章制度可以约束的。但人生下来就具有社会性，我们是父母的儿子，是学校的学生，是组织的一员。我们无法完全摆脱对人与人之间的依恋关系、深刻的归属感的向往。就像我们参加新则的新空工坊，也是找一种组织的归属感。

查尔斯.泰勒教授说，个人标准不可能凭空产生，因为一件事情是否重要、是否有意义，需要依据一个背景框架来衡量。我们的道德和价值标准，并不是在孤立的内心中凭空产生的，而是来自于我们与他人的对话，和对话中的反思。



所以，我认为，**组织的文化，实质就是这个社群的背框架景和价值标准，**如果没有人员去塑造、没有资源投入、没有有形的对话和对话中的反思，最多是一种自欺和传销。而星瀚的运营，就是这个价值标准的构建者。

星瀚的运营体系，通过实实在在的行动，为星瀚人塑造了一个鲜明标签：热爱法律的技术派。这体现在星瀚所有的对外输出上，包括每个律师的名片背面，也体现在对内评价、合伙人晋升、业务取舍中。

这位新加入的合伙人很快就融入这样的背景与价值标准中，正因如此，他已经和数据合规、金融方向的合伙人形成大量合作，业务比加入前增长了 1 倍。

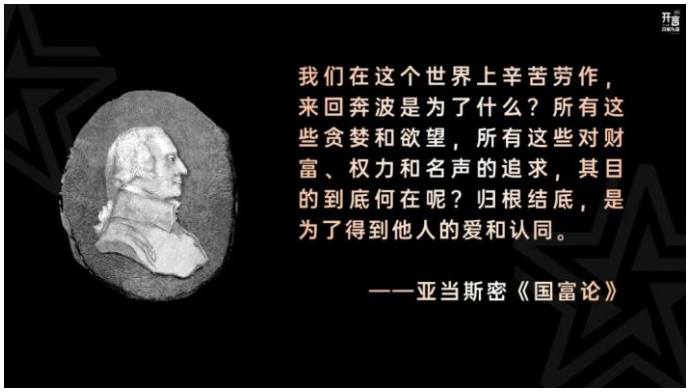
一家律所的运营体系究竟意味着什么？

它可以是各种非业务的职能，在比较优势的经济规律下，给律所带来更成熟的分工，提高效益和产能。

它可以是根植于法律行业后的新的创造能力，是那个与律师组合后能够产生更大收益的特殊变量，它给行业赋能，也在悄悄改变行业的格局。

它更可以是在追求自由的律师行业中，克服个体的内卷、冷漠、迷茫、孤独的所在社群的背景与价值标准，是孤独的法律人寻找归属感的努力，就像亚当斯密在《国富论》说的：

我们在这个世界上辛苦劳作，来回奔波是为了什么？所有这些贪婪和欲望，所有这些对财富、权力和名声的追求，其目的到底何在呢？归根结底，是为了得到他人的爱和认同。



我想，一家面向未来的律师事务所，应该**有自由的个体，也有温暖的运营**。

自洽与纠结

大家可能听出来了，我是一个特别追求意义感的人，马克斯·韦伯说，人是悬挂在自己编织的意义之网上的动物。理想主义如我，一定要为现实中的行动编织一个自洽的意义。如果没有意义，没有“应该如此”，我就无法说服自己去做那些事。

现实中，我又是纠结的，我既热爱自由，又追寻认同。**我希望用理念去影响世界，又必须实现商业上的成功。**外界都觉得星瀚的运营很有特色，都希望和星瀚一样，打造一支运营团队，赋能律所品牌、助力律师发展。

道理都对，然而，运营给律所带来的是成本还是效益、运营的边际贡献如何衡量、如何重构传统的利润分配格局，依旧是难题和痛点。我们的行业还很不成熟，要形成理念的共识谈何容易。如果把时光退回 2010 年，如果能提前知道做了十几年，知道将会面临如此艰难的局面，我还会不会去开一家理想主义的律师事务所，而不是选择一条更简单的路线？

当我回顾这些从事律师和创办律所的日子，欢笑、失意、成功、挫折，前尘往事随风散尽之后，留下的竟然还是如云锦绣——我是多么幸运。

我很幸运，能够遇见星瀚的合伙人，抛下高薪和安逸，和我耐着寂寞一起创业。他们有人离开了又回来，成为我最重要的支持；有人说，不需要挖我了，只要我做律师，就会留在星瀚。

我很幸运，遇见星瀚的很多律师，心怀理想、彼此扶助，做热爱法律的技术派。

有人工作久了就有一种虚无感，感受不到意义。虚无的成因有二，一是将所做的事视为客体，二是花费的心血不够。然而你看，那些拥有自己天地的人，他们的王国从哪里来。他们是生活的主人，一路上都是心血。

所以回答刚才那个问题，我还是会坚持我的选择。我的工作不是客体，它给我带来了意义感。人生的路，若是赛道，赢是很重要的事。但人生是一场比赛吗？如果我们太在意竞赛，也许就本末倒置了。

“本”才是最要紧的事，你心里有了这件要紧事，就不会感到纠结了。

“本”就是你要成为什么样的人。

歌德说，理论是苍白的，但生命之树常青。如果要赢，就要用理想主义赢下来。做一个有实践精神的理想主义者吧。

（本文首发于 2023 年 12 月 22 日）

保存 2023，在经历，在变好

《卫新：风雨过后未必有彩虹——2022 年度律所主任的回顾与展望》是 2023 年星瀚微法苑发布的**第一篇文章**。卫律师说：“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。”一年即将过去，这一年里，你有什么收获吗？又有什么令你难忘的事发生吗？**星瀚技术派们的 2023 年度报告已生成，一起下滑查收吧！**

第一篇章：技术派

这一年，星瀚共组织、举办、参加所内外活动**百余场**。秋天是收获的季节，星瀚也由此开启了一年中最忙碌的时刻：

自在虹桥国际中央商务区内建立虹桥中央法务区的建设方案发布伊始，星瀚便积极启动上海星瀚（虹桥国际中央商务区）律师事务所的筹设工作，**7 月**完成装修、**8 月**上中旬取得执业许可证、并于 **8 月 28 日**正式投入办公，**9 月**举行开业典礼。“坚持一体化协作，打造高质量的同城分所”是我们的目标。

（特别的推杆仪式，虹桥分所正式成立啦！）

（虹桥分所的绝佳景观位，欢迎大家到虹桥分所坐坐~）

10 月，企业内控与反舞弊第五届行业峰会如约而至，现场集结了来自全国各地 **350 多位**企业负责人、内审、监察、合规、风控、法务、财务、人事、IT 等从事企业内控与反舞弊实务的专业人士，所处行业领域覆盖消费品、制造业、高新科技、互联网、房地产、医疗医药、文化传媒、金融、能源等，是迄今为止规模最大、与会人数最多的一届。

11 月，首届星瀚杯“走进企业的法律课”公益大赛圆满落幕。本次大赛历时 **44 天**，共有 **102 组、221 位**同学报名参加比赛，其中 **31 组、共 74 位**同学入围复赛；经过激烈的竞争与角逐，最终 **8 组**同学闯入总决赛。（ps.后续会有大赛赛题解析和冠亚季军的同学采访，大家记得关注哦~）

第二篇章：和喜欢的一切在一起

这一年，星瀚的各类文化活动也搞得有声有色：

1 月，星瀚年会别出心裁地在 Live House 中举办，主题定为“一期一会 乐动星声”，谁是你心目中的最佳麦霸？

（从《孤勇者》到《恋爱 ing》）

（经典大合唱《夜空中最亮的星》）

星瀚的常规团建、旅游也在今年恢复“更新”。**3 月，**全所同事前往武汉，和武汉分所同事共同开启了为期三天两晚的团建活动。

（来到武汉怎能不登黄鹤楼？）

（2.0 版露营在武汉）

（主打脑力比拼的晴朗运动会上，双子、天秤、射手成获得“最强星座”称号，不服的星座们我们明年再战！）

9 月，我们又一起踏上了“安达曼海上的一颗明珠”普吉岛。吹着海风、走过绵延的海岸线，又漫步在多巴胺的普吉镇老街，尽情享受浪漫的泰式风情~

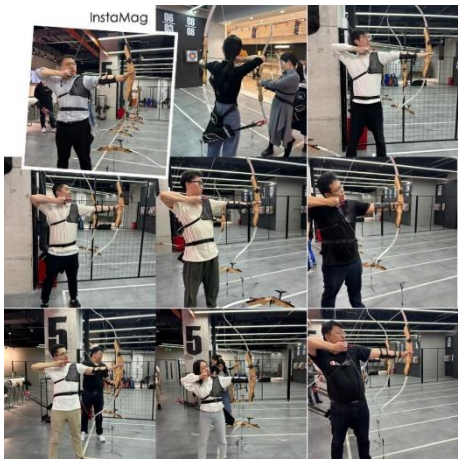
（阳光、沙滩是海岛的主旋律~）

（大部分同事们还躺在酒店，卫律师和左律师已经从卡伦跑到了芭东……）

（徜徉在果冻海，体验一次惊险刺激的浮潜，和珊瑚、海胆、鱼群来一次近距离接触~）

期待来年和伙伴们再次踏上旅程！

星瀚各个社团也没闲着，一年中共组织了 **30 余次**社团活动，动静皆宜，总有一款适合你！



（星瀚运动社不仅有风雨无阻的周四羽毛球之约，还体验了射箭的乐趣）

（飞盘、徒步，星瀚飞徒社可兼得）

（星瀚读书观影社的活动排期已到明年）

（星瀚美食社，圣诞大福制作现场）

明年会有新的社团产生吗？你又会加入哪个社团呢？

当然不能错过的还有**每月一次**的奇思妙想汇！论“精致律师是如何养成的”获得**本年度最高上座率**~

第三篇章：专业亲切 温暖欢乐

作为一家“面向未来的律师事务所”，不断创新是我们的节奏：在公众号保持日更的基础上，我们还进军了视频领域……不仅在专业上精益求精，我们也希望让每一位星瀚人感到幸福——在这里，“专业亲切、温暖欢乐”不是一句简单的口号，而是渗入在每一天的工作与生活中……

（《薅羊毛聊判决》第一季完结撒花~）

（《解忧星声》又名律师围观《令人心动的 offer5》正在热播中，欢迎大家移步视频号（星瀚微法苑）、B 站（星瀚律师）、小红书（星瀚小星同学）观看哦）

（为大家组装端午福利的运营同事们）

（星瀚的前台·圣诞版从不让人失望~）

今年，星瀚**第一次**给入职 5 周年、10 周年的同事颁发纪念奖杯、纪念金币。“成长”“突破”“朋友”“感恩”……是属于星瀚人与星瀚的独家记忆。

不知道明年的“与星同行”仪式上又会出现哪些同事的身影呢？**下一个五年、十年，希望也能继续同行~**

2023 年进入最后倒计时，今天是本年度星瀚微法苑最后一次更新，**日迈月征，朝暮轮转，感谢这一年的陪伴。愿所遇皆欢喜，所得皆如愿，我们 2024 见！**

（本文首发于 2023 年 12 月 29 日）

热爱法律的技术派

上海总部：021-5109 6488
上海虹桥：021-5227 0637
武汉分所：027-8771 8809

BD@ricc.com.cn

星瀚客服

星瀚微法苑