



星瀚律師事務所
RICC & CO.



星瀚法律研究

LEGAL STUDY

2024年第一季度

本期推荐

《刑修（十二）》正式出台，再析对民企反舞弊的影响

假测评真拉踩，商业言论的底线究竟在哪儿？十问十答了解互联网诋毁的应对方法

《民法典合同编通则司法解释》实施后，员工和供应商恶意串通舞弊行为的民事追偿新路径

新《公司法》专栏

新《公司法》语境下，与目标公司进行股权回购对赌如何实施？

新《公司法》明确“公司成立5年内缴足出资”，干股股东如何应对？

新《公司法》颁布后，国有企业对外投资的风险防范要点提示

新《公司法》下资本公积出资是否会受影响？投资人应怎样应对？

新《公司法》下“董监高”责任义务的五大主要变化之解析与应对

从除名到失权：新《公司法》为维护公司资本充实的重新构造

新《公司法》对债权人进行坏账追偿的五大影响

目录 CONTENTS

「热点评析」

《刑修（十二）》正式出台，再析对民企反舞弊的影响	P01
浅论《纽约时报》诉 OPENAI 案之诉讼走向	P08

「公司法实务指南」

新《公司法》语境下，与目标公司进行股权回购对赌如何实施？	P13
新《公司法》明确“公司成立 5 年内缴足出资”，干股股东如何应对？	P17
新《公司法》颁布后，国有企业对外投资的风险防范要点提示	P21
新《公司法》下资本公积出资是否会受影响？投资人应怎样应对？	P26
新《公司法》下“董监高”责任义务的五大主要变化之解析与应对	P30
从除名到失权：新《公司法》为维护公司资本充实的重新构造	P34
新《公司法》对债权人进行坏账追偿的五大影响	P40

「星瀚文娱」

一文带你回顾上一年度文娱行业 15 大典型案例	P43
请回答 2023！文娱行业监管再回首	P49
明星、艺人代言合作期间的合规要点：《广告法》视角下的探讨	P54
假测评真拉踩，商业言论的底线究竟在哪儿？十问十答了解互联网诋毁的应对方法	P58

「星瀚体育」

最具参考价值的 12 个中国体育行业热点大盘点	P64
上一年度中国体育行业重点政策法规都在这一篇	P70
人民法院案例库“上新”了哪些与体育有关的案例？	P75

「星瀚建工」

固定总价合同未完工，工程如何结算？	P83
-------------------	-----

「商事争议解决」

《合同编通则司法解释》施行后，连环交易中的第三人是否还能主张代为清偿？	P88
《民法典合同编通则司法解释》实施后，员工和供应商恶意串通舞弊行为的民事追偿新路径	P92
“好聚好散”怎么就这么难？离职/违规被辞员工拒不返还所持激励股权情境下的解决路径	P96

「星瀚人文」

从《繁花》到“繁花”，闲话上海文化与海派律师	P102
荧光闪烁，皆如所愿	P108
卫新：迷茫疑虑的氛围更检验个人底色	P116

热点评析

《刑修（十二）》正式出台，再析对民企反舞弊的影响

冯笑

2023年7月25日，《刑法修正案（十二）》草案（以下简称“《草案》”）首次提请十四届全国人大常委会第四次会议审议。2023年12月29日，《刑法修正案（十二）》（以下简称“《刑修（十二）》”或“《修正案》”）由中华人民共和国第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过并公布。《刑修（十二）》一共8个条文，修改了7个罪名，相较于《刑法修正案（十一）》涉及到40余个罪名而言，本次《修正案》涉及到的《刑法》条款并不多，从调整内容来看可分为两类：第1-3条的内容是惩治民营企业内部腐败犯罪，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条则是涉及惩治行贿犯罪，体现出加大对行贿行为的打击力度。

一、《刑修（十二）》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

今年7月份《草案》公布后，我们看到了新增内容，此次《刑修（十二）》正式公布，其条款内容与《草案》内容又有所调整，以前三个条款为例，比对如下：

现行《刑法》条文	《刑法修正案（十二）》草案	《刑法修正案（十二）》
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）	第一百六十五条【非法经营同类营业罪】 国有公司、企业的董事、监事、高级管理人员，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、监事、高级管理人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，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	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	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，致使国家利益遭受重

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。	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。 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）	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从自己的亲友经营管理的单位采购商品、接受服务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、提供服务的； （三）从自己的亲友经营管理的单位采购、接受不合格商品、服务的。 其他公司、企业的工作人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，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）	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，徇私舞弊，将公司、企业资产低价折股或者低价出售，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）

此前，我们提到：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，从1997年《刑法》初次修订至今的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。

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10万元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）。

从现行《刑法》条文到之前《草案》内容再到《刑修（十二）》内容的改动来看，以下内容需要我们重视：

1、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。本次《修正案》内容体现了“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”。

2、就“非法经营同类营业罪”，此前的犯罪主体不仅限于“国有公司、企业”，而且范围只有“董事、经理”，《草案》内容对此没有调整，但新出的《刑修（十二）》对此进一步改动，**明确了公司内部的范围为“董事、监事、高级管理人员”，**根据《公司法》的规定，高级管理人员是指：公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。这样就使得本罪名的主体范围进一步扩大，对相关企业反舞弊工作更有帮助。

3、就“为亲友非法牟利罪”，《草案》内容仅新增了“从国有公司、企业的人员扩展到包含其他公司、企业的人员”一款，但《刑修（十二）》中对于罪状描述进一步扩大：按照现行《刑法》的规定，只有以不符合市场的价格采购、销售商品或者采购不合格商品才可能构罪；按照修正后的规定，**对象从“商品”扩大到了“商品+服务”，**同样对相关企业反舞弊工作更有帮助。

4、就“徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪”，《草案》的内容和《刑修（十二）》的内容在文字上虽然有所不同，但内容一致，仅新增了“从国有公司、企业的人员扩展到包含其他公司、企业的人员”一款。

5、上述三个罪名都是特殊主体犯罪（单位内部人员），但对内部人员的范围规定还不一样，分别表述为“董事、监事、高级管理人员”、“工作人员”、“直接负责的主管人员”，之所以如此规定，也是与完成相应罪名的客观行为相匹配的。以“非法经营同类营业罪”为例，要达到“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”的情形，行为人往往职位、级别较高，并非任何公司内部的工作人员都能完成；而“为亲友非法

牟利罪”中，任何公司内部员工都可能完成采购、销售行为。这一点要求我们在办理案件中，面对不同的罪名要留意具体的主体范围。

6、考虑到上述罪名在此前的司法解释相对较少，加之不在公安机关管辖范围以内，这几个罪名在将来司法实务中如何适用会是一个很重要的问题，例如“直接负责的主管人员”如何明确界定、“为亲友非法牟利罪”中新增条款的“违反法律、行政法规规定”如何理解、各个罪名的第二档第三档量刑标准的参照依据等问题，这些都对于业内的我们也提出了更高的要求，我们需要进一步以国家对于国家工作人员的相关规定为指导进行研究，并积极关注后续相关司法解释。就相关司法实务研究，我们也会在跟进、完善过程中与大家实时交流。

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

二、《刑修（十二）》体现出国家加大对行贿行为的打击力度

就此次《修正案》中4条设计行、受贿的罪名，《草案》和《刑修（十二）》的内容基本相同，仅在部分文字表述有所调整，参见如下：

现行《刑法》条文	《刑法修正案（十二）》草案	《刑法修正案（十二）》
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	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	第三百九十条【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

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。	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。”	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，从重处罚： （一）多次行贿或者向多人行贿的； （二）国家工作人员行贿的； （三）在国家重点工程、重大项目中行贿的； （四）为谋取职务、职级晋升、调整行贿的； （五）对监察、行政执法、司法工作人员行贿的； （六）在生态环境、财政金融、安全生产、食品药品、防灾救灾、社会保障、教育、医疗等领域行贿，实施违法犯罪活动的； （七）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、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。	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。
--	--	--

通过上述表格对比可知：

1、单位受贿罪、单位行贿罪

这两个罪名，《草案》和《刑修（十二）》内容相同，都是仅新增了第二档量刑标准，文字表述上也相同，所以在此一并分析。

（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合理的。

（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，根据我们检索到的裁判文书，实践中被判处两年以下、一年以下、甚至缓刑都是有的。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》以及《刑修（十二）》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可能存在轻重倒置问题，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，体现国家对行贿行为加大打击力度。在正式的《修正案》中，被调整为 7 种情形，但这 7 种情形中的第 4-6 种情形其实就是之前《草案》中的第 4 中情形，只是在文字表述上做了一个拆分。与《草案》相同的是，**这 7 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”，也完全明确了“从重处罚”条款的适用。**

《刑修（十二）》将于 2024 年 3 月 1 日起施行，熟悉《刑法修正案》的人看到这个日期会觉得有些眼熟，之前的《刑法修正案（十一）》正是在 2021 年 3 月 1 日起施行的。值得注意的是，单位受贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪这三个罪名中，都新增了第二档量刑标准，但具体的量刑标准还有待于后续司法解释的出台，具体出台时间我们会第一时间关注，有规定后我们也会第一时间和大家分享，欢迎大家持续关注！

（本文首发于 2024 年 1 月 2 日）

浅论《纽约时报》诉 openAI 案之诉讼走向

吴晴霞、汪震薇

一、案情概况

2023 年 12 月 27 日，纽约时报对 OpenAI 和微软提起侵权诉讼，指控 OpenAI 和微软未经许可使用数百万篇纽约时报文章训练 ChatGPT 模型，包括开发 ChatGPT 和 Copilot 等人工智能产品，要求销毁所有涉及纽约时报新闻作品的 ChatGPT 或其他大型语言模型和训练集，并赔偿数十亿美元。¹

二、案情前后时间线

1、2023 年 4 月：纽约时报就与微软、OpenAI 进行接触，表达了对其知识产权使用的担忧，并且探索友好的解决方案，以建立商业协议和技术护栏。

2、2023 年 8 月初，《纽约时报》更新服务条款，禁止将新闻报道和图片等内容用于开发任何软件程式，包括训练机器学习或人工智能系统。

3、2023 年 12 月 19 日，根据 openAI 后续发布的单方声明，openAI 与《纽约时报》在这一天进行了最后一次沟通并取得建设性的进展。谈判的重点是围绕 ChatGPT 中的实时展示和归属标记，建立高价值的合作伙伴关系。

4、2023 年 12 月 27 日，《纽约时报》向纽约南区联邦地区法院提交诉状申请陪审团审判，并在该诉状中详细陈述 OpenAI 和微软及其产品实施的版权侵权行为。

5、2024 年 1 月 8 日，OpenAI 在官方博客上发布一份声明，针对近期《纽约时报》提起的不正当竞争诉讼进行了首次正式回应，从 4 个方面反驳《纽约时报》的诉讼。

6、2024 年 1 月 17 日，在达沃斯世界经济论坛年会上，openAI 首席执行官奥特曼回应称，AI 并不需要《纽约时报》等新闻出版商提供大量训练数据。

三、《纽约时报》的主张

（一）事实与理由

1、ChatGPT 使用的训练素材侵权：OpenAI 承认，与其他低质量来源的内容相比，包括来自《纽约时报》在内的高质量内容，对于训练 GPT 模型来说更重要、更有价值。诉状称微软和 OpenAI 在训练大模型时使用了《纽约时报》作品，并且其多个产品中包含了《纽约时报》的作品。²

2、必应、ChatGPT 插件截取网站流量：微软通过与 OpenAI 合作，将 OpenAI 的 GPT 商业化，并将其与自己的必应搜索相结合。不同于传统搜索引擎只显示网页摘要，必应搜索引擎页面上的“合成”搜索结果可以直接回答用户查询，并且可能将《纽约时报》报道中广泛的

¹ <https://news.bloomberglaw.com/ip-law/openai-faces-existential-threat-in-new-york-times-copyright-suit>.

² OpenAI 的 GPT-2 的训练数据集包括一个名为 WebText 的 OpenAI 内部语料库，其中有 Reddit 社交网络用户发布的 4500 万个链接的文本内容，这些是公认的高质量网络内容。WebText 数据集的链接被 OpenAI 通过网络抓取，其中包含了大量《纽约时报》内容。《纽约时报》的 NYTimes.com 域名是 WebText 数据集中数量最多的 15 个域名之一，并被列为 WebText 数据集中第五个“顶级域”，拥有 333,160 个条目；而在 GPT-3 中权重最高的用于训练的数据集 Common Crawl 中，《纽约时报》网站域名 www.nytimes.com 域名是最具代表性的专有来源之一（排名第三，仅次于维基百科和美国专利文献数据库），Common Crawl 数据集包含至少 1600 万条独特的内容记录来自《纽约时报》的 News、Cooking、Wirecutter 和 The Athletic 等板块。

内容进行释义和直接引用。对于《纽约时报》而言，这种方式实际意味着替代，**用户无需访问其网站就可以使用他们的内容**，这将导致商业利益受损。

3、人工智能捏造事实造成误导：ChatGPT 在难以甚至无法给出明确结论时会捏造无法识别的事实，给出错误的结论，这样的“幻觉”是一种机器现象，用户难以分别“幻觉”和真实回复。ChatGPT、Bing Chat 捏造的关于《纽约时报》的报道，损害了《纽约时报》的声誉。

3

（二）诉讼主张

基于上述事实和理由，《纽约时报》请求法院对各个被告作出如下判决：

1、判定《纽约时报》法定赔偿金、补偿性赔偿金、恢复原状、不当得利返还以及其他法律或衡平法可能提供的救济；

2、永久禁止被告从事文书中指控的非法、不公平和侵权行为；

3、根据《美国法典》第 17 卷 503(b)条，判决销毁所有 GPT 或其他大语言模型以及包含《纽约时报》创作作品的训练集；

4、判决相应的费用、开支和律师费；以及法院认为适当、公平公正的其他救济。

四、openAI 的回应

2024 年 1 月 8 日，OpenAI 直接在官方博客上发布声明，针对近期《纽约时报》提起的不正当竞争诉讼进行了首次正式回应，其主要观点有以下四点：

（一）正在和新闻机构合作并探索新的机会

OpenAI 称其目标是支持健康的新闻生态系统，成为良好的合作伙伴，并创造互利的机会。基于这一点，OpenAI 与新闻机构建立了伙伴关系，以实现以下目标：帮助记者和编辑处理繁琐的任务、对 AI 模型在非公开内容层面进行训练、在 ChatGPT 中实时展示内容并进行归属标记，为新闻出版商提供与读者连接的新方式。

（二）使用公开可用的互联网材料训练 AI 模型是合理使用

1、使用公开可用的互联网材料训练 AI 模型是合理使用，这一原则对创作者公平，对创新者必要，对美国竞争力至关重要。

2、训练 AI 模型是合理使用的原则得到了广泛的学者、图书馆协会、民间社会团体、初创公司、领先的美国公司、创作者、作者等的支持，其他地区和国家，包括欧洲联盟、日本、新加坡和以色列，也有允许在受版权保护的内容上训练模型的法律——这对 AI 创新、进步和投资是一种优势。

3、openAI 在为出版商提供简单退出流程方面引领了 AI 行业，以防止（爬虫）工具访问他们的网站，而且《纽约时报》在 2023 年 8 月采用了这一简单退出流程。

³ 例如，用户给了 Bing Chat《纽约时报》一篇名为“有益心脏健康的饮食方式”的链接，要求其摘录出“15 种最有益心脏健康的食物”，Bing Chat 向用户列举了 15 种有益心脏健康的食物，还包括适量的红酒。事实上《纽约时报》的文章并没有列出这 15 种食品中的 12 种。而且《纽约时报》的最新报道得出的结论是，红酒不利于心脏健康。

（三）“反刍”是 openAI 正在努力消除的罕见错误⁴

1、“反刍”问题是一个错误，openAI 在 2023 年 7 月发现问题后已经采取了相关措施来限制这一错误，但《纽约时报》故意操纵 openAI 的模型来再现他们的文章是对我们技术的不适当使用，违反了 ChatGPT 使用条款。

2、AI 模型学习的范围包括每种语言、文化和行业。因为模型从人类知识的巨大总和中学习，任何一个领域——包括新闻——都是整体训练数据的一小部分，任何单一数据来源包括《纽约时报》对模型预期的学习都不重要，造成的损害是极其有限的。

（四）《纽约时报》隐瞒完整事实

1、openAI 在和《纽约时报》的最后一次沟通中已经取得了如下进展：《纽约时报》将获得与现有和新读者联系的新方式，而 ChatGPT 的用户将获得对他们报道访问的授权。

2、《纽约时报》举出的反刍证据来自多年前的文章，这些文章已在多个第三方网站上传播。看来他们故意操纵提示，经常包括文章的长篇摘录，以便让我们的模型产生“反刍”。但 openAI 已经在限制反刍工作中取得了有效进展，《纽约时报》的诉讼毫无根据。

3、openAI 仍希望与《纽约时报》建立建设性的合作关系，通过实现 AI 的变革潜力，帮助提升新闻机构产生高质量新闻的能力。

五、相关法律依据

（一）“合理使用”原则

1、法律规定：Copyright Act (17 U.S.Code§107 -Limitations on exclusive rights: Fair use) 中规定为了新闻报导 (News Reporting)、学术研究、教学等目的而合理使用(Fair Use)版权作品不是侵犯版权的行为。

2、司法实践：对合理使用行为的判定基于个案审查原则(case-by-case)，没有非常详细的标准。一般而言，法官会从以下四个方面进行分析和判断。⁵

（1）使用的目的和性质，包括该等使用是否具有商业性质或为非营利教育目的；⁶

（2）版权作品的性质；

（3）版权作品被使用的部分和内容所占整体的比例；

（4）使用对版权作品在其潜在市场和作品价值的影响。

本案中，《纽约时报》在诉状中列出了在第四个要素上对纽约时报公司有利的证据，该证据证明了这些复制版本对市场产生的不良影响：Open AI 公司和微软公司提供免费的复制版文章，严重影响了《纽约时报》的订阅收入。

（二）类案与法院态度

1、输出端侵权问题：2023 年 1 月，艺术家萨拉·安德森（Sarah Andersen），凯利·麦克

⁴ 反刍 (Regurgitation) 是指在特定的情况下 ChatGPT 会向用户吐露自己的训练数据。来自谷歌、华盛顿大学、加州大学伯克利分校等研究机构人员发现，当发出“永远重复 xxxx 词”的指令时，ChatGPT 就会在输出一段重复词之后，随机吐露一些训练数据。比如让 ChatGPT 一直重复“company”这个单词，ChatGPT 就会在连续多次重复后泄露出一家真实的公司信息，包括其电子邮件和电话号码。研究人员透露，只需花费 200 美元对 ChatGPT 进行输入查询，就能提取出几兆字节的训练数据。

⁵ 四个方面均符合要求才能构成合理使用，作品是否公开发表不影响判断。

⁶ 即复制版本的“转换性” (transformativeness)。

南 (Kelly McKernan) 和卡拉·奥尔蒂斯 (Karla Ortiz) 对 Stability AI、Midjourney 和 DeviantArt 提起诉讼。但是从美国法院的态度来看, 原告证明输出内容的版权侵权难度可能更大。在输出内容本身是否可版权保护性方面, 美国版权局已经收到多起生成式人工智能生成作品的版权注册申请, 为此, 该机构于 2023 年 3 月发布了“含有人工智能生成元素的作品”的版权注册指南, 澄清了对于含有人工智能的作品进行审查和注册的政策。

2、社交媒介向传统媒体付费问题:

2014 年, 在中国, 正在崛起的今日头条被《广州日报》告上法庭, 其后多个新闻机构、门户网站跟进。事件双方的矛盾与如今 AI 与新闻媒体之间的如出一辙。该案最终以今日头条大力购买版权而逐渐平息, “合作”是张一鸣摆出的路径。两年后, 今日头条覆盖的媒体已达 3700 余家, 每年在版权采购商的投入超过 15 亿元。

2021 年初, 澳大利亚政府立法要求脸书向澳大利亚纸媒进行新闻付费, 因为社交媒介使用了传统媒体的内容、又抢走了传统媒体的广告费。脸书的反制是, 宣布不再允许澳大利亚人用脸书分享新闻链接。最终事件以澳大利亚政府修改法案告一段落。澳大利亚政府做出“退一步”的决定, 距脸书“拉黑”澳大利亚的举措只有五天。

六、诉讼走向预测

(一) 现有观点

1、《纽约时报》胜诉: 认为该案证据充足,⁷如果 OpenAI 能够无偿地使用《纽约时报》的内容来训练自己的产品, 会破坏传统媒体对于产生新闻的投资和收益生态, 从而破坏整个新闻市场。

2、《纽约时报》败诉: 认为所谓的充足证据只是《纽约时报》人为操纵的结果, 这些**通过检索增强 (Retrieval-Augmented Generation, RAG) 得到的证据**难以重现,⁸这意味着 GPT-4 生成内容和原文几乎一样, 在人为操作下属于正常情况。

3、双方和解: 在 AI 愈加成为各个行业不可阻挡的趋势后, 一些创作者决定与 OpenAI 就训练 GPT 产品的内容达成协议, 选择每月获得一笔可观的版权费, 而不是发起法律诉讼, 本案亦可能导向这种妥协的结果。

(二) 笔者观点

本案诉讼走向产生争议的关键在于, 生成式人工智能服务提供者使用的训练模型, 对于**受版权保护内容的使用程度尚处于灰色地带**, 《纽约时报》主张训练是复制行为, 而 openAI 主张训练是学习行为, 双方在法律空白下各执一词, 导致诉讼走向难以定论。

⁷ 《纽约时报》提供了 100 多个 GPT-4 输出内容和《纽约时报》报道文章高度相似的例子, 还详细说明了 OpenAI 训练数据来源的偏好和权重, 以证明了《纽约时报》的内容是 OpenAI 用来训练 ChatGPT 的关键来源。

⁸ 斯坦福教授吴恩达认为, 向像 GPT 这样的生成式 AI 提出一个提示, 其实是在设置一系列参数, 这些参数决定了它的输出范围和限制。在这些限制下, 它尝试产生最可能的回复。当《纽约时报》长篇累牍地提供这些文章段落时, 实际上是将 GPT-4 限制到只能生成与《纽约时报》原故事极其接近的内容上, 归根结底是由于 RAG 的机制存在, 才会出现“反刍”的现象。

1、关于模型训练

本案中，诉讼根据 1976 年《版权法》（17 U.S.C. § 101, et seq.）产生。

在模型训练阶段，如果 ChatGPT 将大量《纽约时报》报道内容作为训练源喂给官方模型，则**可能涉及对版权作品复制权的侵害**，因为其需要在对应网址下载后将版权作品源源不断地输入模型中，而《纽约时报》部分报道内容需要付费阅读。

在模型应用阶段，根据相关研究以及原告的诉状部分展示内容，可推测利用模型产出的“反刍”现象存在与训练源高度相似的可能性，涉及落入复制权和改编权的控制范围。但若 openAI 能够证实这一证据的获取系《纽约时报》的刻意设计，引导 ChatGPT 的“反刍”现象出现，则这一“高度相似”可能不予认定。即便“反刍”现象难以证实，《纽约时报》作为原告证明输出内容的版权侵权难度依然很大。

因此，笔者认为《纽约时报》难以证明 openAI 在模型训练、应用阶段侵犯其版权。

2、关于数据爬取

本案原告《纽约时报》在网站推出“付费墙”功能，通过免费阅读的广告收入以及收费阅读的订阅收入来盈利。但必应聊天和 Browse with Bing 结合了 ChatGPT-4 模仿人类表达的能力，必应用户可以直接阅读搜索结果中的《纽约时报》文章自然语言摘要内容，从而无需访问《纽约时报》的网站，自然也无需使用“付费墙”功能。

传统的搜索引擎的搜索结果一般只显示两到三行文章的报纸网站摘要内容，用户要阅读还是要打开报纸网站，所以能和付费墙兼容。但必应聊天和 Browse with Bing 这两个功能的出现使平衡被打破。用户无需访问网站就能获得他们的内容会使他们拿不到广告收入以及收费阅读的订阅收入。

笔者认为，即使 openAI 已经付费购买“付费墙”中的《纽约时报》付费内容（何况这一点犹未可知），但 openAI 所获取的权利范围仅限于非盈利性的个人阅读，将付费内容作为训练素材的行为属于一定程度的“数据挖掘”，同时存在侵犯作品复制权、改编权以及汇编权等相关权利的风险。

因此，笔者认为 openAI 通过爬取付费数据进行免费提供的行为构成针对《纽约时报》的不正当竞争行为。

（本文首发于 2024 年 1 月 29 日）

《公司法》 实务指南

新《公司法》语境下，与目标公司进行股权回购对赌如何实施？

于赓琦

新《公司法》对于公司定向减资所需的法定程序进行了明确规定，对于“投资人与目标公司进行股权回购对赌”这一问题产生深远影响。面对这种局面，投资人还能否、如何实现回购目标呢？本文中，笔者将基于相关规定及司法、商业实践，提出一些可供参考的应对思路。

一、与公司进行股权回购对赌的相关规定及司法观点

在国内的 PE/VC 领域，投资人为解决与目标公司、创始股东间信息不对称的问题，其常见需求是为目标公司约定业绩指标或上市时间指标，如未达成，则通过相对方回购股权或进行金钱/股权补偿的方式进行估值调整。对于基础的法律适用问题，《九民纪要》已经给出了结论性的意见。简单而言：投资人与公司创始股东之间的对赌只涉及平等商事主体间的法律关系，按合同约定履行即可。但涉及与目标公司对赌时，需一并考虑是否违反《公司法》强制性规定的问题。

只考虑股权回购这一类对赌方式的话，现行《公司法》相关规定主要是第三十五条（股东不得抽逃出资）、第一百四十二条（公司可因减少注册资本而收购本公司股份）。《九民纪要》结合现行公司法及“海富案”“瀚霖案”“华工案”等相关典型案例所确定的司法观点，认为与目标公司对赌有效，但在执行层面，如需目标公司回购股权的，公司必须先履行减资程序、再进行回购；对于目标公司是否主动配合进行减资程序的问题，司法选择不干预，交由公司自治¹。

《九民纪要》发布后，司法实践中基本沿用前述观点，逾四年的时间中，市场已基本接受了“公司回购必先减资”的操作流程。但对于具体的操作方式，实践中出现了一些分歧：在公司回购语境下的减资往往是一种定向减资，其结果是只有部分股东可以从公司取得减资款，各股东持股比例也较减资前有了变动。其面临的首要问题是，减资决议是经三分之二以上多数决即可通过，还是必须经全体股东一致决通过？这个问题的答案会对投资人向目标公司行使回购权的成功率产生直接影响。

对于这个问题，部分司法观点认为定向减资的决议需要全体股东一致同意、而不是现行公司法第四十三条规定的三分之二以上表决权股东同意。也有部分观点认为不能对现行公司法第四十三条进行过于随意的限缩解释。这就使得投资人对于能否回购成功的预期面临了较强的不确定性。

如在上海市一中院（2018）沪 01 民终 11780 号华某某诉上海圣甲虫电子商务有限公司决议纠纷案中，一审法院认为定向减资只需三分之二以上多数决，然而二审法院则认为如只需经三分之二以上表决权的股东通过即可做出不同比减资决议，实际上是“以多数决形

¹ 这种观点可见《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》第 117 页。《全国法院民商事审判工作会议纪要》中的相关规定为：“投资方请求目标公司回购股权的，人民法院应当依据《公司法》第 35 条关于“股东不得抽逃出资”或者第 142 条关于股份回购的强制性规定进行审查。经审查，目标公司未完成减资程序的，人民法院应当驳回其诉讼请求。”

式改变公司设立时经发起人一致决所形成的股权架构，故对于不同比减资，在全体股东或者公司章程另有约定除外，应当由全体股东一致同意”。

然而，这种观点在文义上突破了现行公司法的规定，毕竟是较为大胆的。在上海市高院(2018)沪民申 1491 号吕某与上海鸿洋船舶有限公司、霍某公司决议效力确认纠纷中，再审法院上海市高院即认为“注册资本的增减必然涉及具体股东出资额及出资比例的变化，若强求（定向减资决议）达成一致意见才能对注册资本进行增减，显然有违公司法第四十三条规定的初衷。”

对于这个问题，将于今年 7 月 1 日正式实施的新公司法第二百二十四条第三款给出了明确规定：“公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外。”即倾向于前述上海市一中院的观点，认为有限责任公司定向减资需经过全体股东的合意方可进行（股份公司则章程规定即可）。

二、新《公司法》实施后，定向减资相关风险的应对思路探讨

前文已述，一旦“定向减资需经全体股东合意”被法律确认，既有的享有回购权的投资人将面临更加难以要求公司回购股权的风险。对于这种风险，我们从投资人（回购权人）视角探讨一些可行的措施或思路。

思路一：要求公司全体股东在投资交易文件或相关文件中预先同意对赌条件触发时目标公司做定向减资

这种方式的依据在于，新公司法并未规定定向减资必须在股东会层面得到全体股东一致同意。为此，可尝试在签交易文件时就要求全体股东签署附条件同意定向减资的条款（有限责任公司）、或要求将相关条款加入公司章程（股份有限公司）。届时如对赌条件触发，哪怕股东会层面只有三分之二以上决议通过，如按法律条文规定也应认可减资决议的效力。此时公司依法履行法定的公告、通知义务即可，也不涉及损害外部债权人利益的问题。

这种方式的主要风险在于：第一，随着新公司法的实施将近，市场监督管理部门可能遵循新的材料审核标准，届时只提供三分之二以上股东签署的定向减资决议是否能完成工商变更办理还是未知数，如果届时不能办理，极端情况可能需要通过诉讼或仲裁确认定向减资决议的效力；第二，有限责任公司的语境下，对于公司有多轮投资人的情况，各轮投资人或将相互掣肘，使得任何一轮均难以独自通过定向减资回购退出——一方面，后轮投资人可能主张自身未签署定向减资承诺而对抗前轮投资人的回购主张，另一方面，前轮投资人的股权受让方也可能对后轮投资人的回购主张不予认可——这就要求投资人在交易文件中作出更加精细化的约定，并在投后管理中随时关注各轮投资人权利情况的变化。

思路二：通过向责任方主张目标公司未按期回购的违约金来减少己方损失、或促使责任方尽快推进减资/回购进度

一些投资机构的交易文件中，在约定目标公司承担回购义务的同时，会约定目标公司有义务尽快减资、否则应承担相应的违约责任。更有甚者，会直接为目标公司的该项违约责任

约定一笔金额等同于回购价款的违约金，希望将对赌问题完全转化为违约责任的承担问题。

对此笔者认为，《九民纪要》要求目标公司减资后才能实施回购，其主要目的在于通过增加对目标公司的约束，保护外部债权人的信赖利益，而并非意在对投资人合同权利进行不合理的限制，《九民纪要》不应成为目标公司避免承担对赌义务的“避风港”。目标公司在签订其作为股权回购义务主体的协议时，理应隐含了一种“在对赌条件触发时应协调各股东，促成定向减资程序”的承诺。届时如未实现这种承诺，必然给投资人的信赖利益造成损害，故要求其承担违约责任，在笔者看来是有合理性的。

然而，如果将违约金金额约定的十分高，甚至与回购价款基本相当，不免有实质上“抽逃出资”之嫌。如果通过约定合理数额的“滞纳金”，则或可理解为其目的并非套利退出，而是在于促使目标公司早日推动相关定向减资程序的执行。这在笔者看来并无明显的法律瑕疵，在实务操作中应有尝试价值。

相关案例如北京市高级人民法院(2021)京民终 495 号张某某等与南京钢研创业投资合伙企业（有限合伙）股权转让纠纷中，北京市高院沿用一审法院北京市三中院的观点，认为对于“目标公司如未按期履行股权回购义务即承担违约责任”²的约定有效且可执行。针对目标公司“支付逾期回购违约金相当于投资方变相抽逃出资”的抗辩，法院的回应可归纳为：**第一，《公司法》对“抽逃出资”的规制是为了保护公司债权人的利益。本案中目标公司支付违约金，并不导致公司注册资本的减少，亦不必然导致债权人利益受损；第二，目标公司签订合同时应当对己方能否履行相应的义务有合理预期并如实履行，其未能及时履行减资程序违反了合同的附随义务，应承担因此而产生的迟延履行违约责任。在笔者看来，这里应该还有隐含的第三点：对赌协议约定的违约金在形式上类似于滞纳金，且数额上并不明显过高。**

思路三：将对赌价款“转化”为担保责任

这种思路的整体操作方式是：通过要求目标公司为创始股东的回购义务承担连带保证责任，使得对赌条件触发后投资人有机会直接通过诉讼方式要求目标公司不经减资地承担保证责任，目标公司随后再（有权）向回购义务人追偿。

笔者对于这种思路始终保有疑虑。原因在于，投资人之所以在法律的重重阻碍下仍要选择目标公司作为对赌主体，正是因为创始股东往往没有那么强的经济实力。所以不难想见，目标公司在承担了连带保证责任后，能够全额追偿的概率将十分有限。如此一来，投资人似乎通过这种方式、在外部债权人不知情的情况下完成了投资款的抽出，实质上造成了一种类似于“抽逃出资”的结果。

然而，实务中仍然不乏要求目标公司承担连带保证责任的诉求被法院支持的案例，而且相关案例在《九民纪要》出台后仍有出现。这说明至少在无进一步司法指导性观点的当下，这种操作方式是可行的，而且或许是投资人得以从目标公司处实现对赌价款收回的最直接方式，具有较强的实务价值。

除了知名的“瀚霖案”中最高院作为再审法院作出“逆转裁判”、肯定目标公司为创始股东回购义务承担连带担保责任的有效性外，《九民纪要》后的案例如北京市三中院(2020)京

² 该案件中的违约金约定为投资人要求回购之日后的 60 日届满后，按回购总价款的日/万分之三计算，折算成年化利率约 11%。参见北京市高级人民法院(2021)京民终 495 号二审民事判决书。

03 民终 7314 号蒋某某等与重庆佰纳投资中心（有限合伙）股权转让纠纷中，一审法院混淆了目标公司承担回购义务与连带担保责任的区别，对于投资人要求目标公司承担连带担保责任的诉请不予支持，认为目标公司未完成减资程序，不得支付回购款项；二审法院则依据对赌协议中的明确约定支持了投资人的诉请，并在判决书中写明“**目标公司承担保证责任后，有权向创始股东追偿**”。

三、结语

前述三种应对思路中，第一种是基于新公司法规定提出的尝试性方案，后两种是基于现行公司法提出的方案，目前看来在新公司法实施后应仍有实用价值（后两种思路的实质在于尽可能的绕开被认定为“回购义务”的定性）。

笔者提出三类应对思路，并非意为为投资机构提供“投机取巧”的方案，而是为投融资各方探讨一种可落地的交易架构或模块化的法律工具，增强各方的可预期性。笔者认为正是这种可预期性，有益于激发商业创新和市场繁荣。

（本文首发于 2024 年 1 月 16 日）

新《公司法》明确“公司成立5年内缴足出资”，干股股东如何应对？

李凤翔、陈楚翘

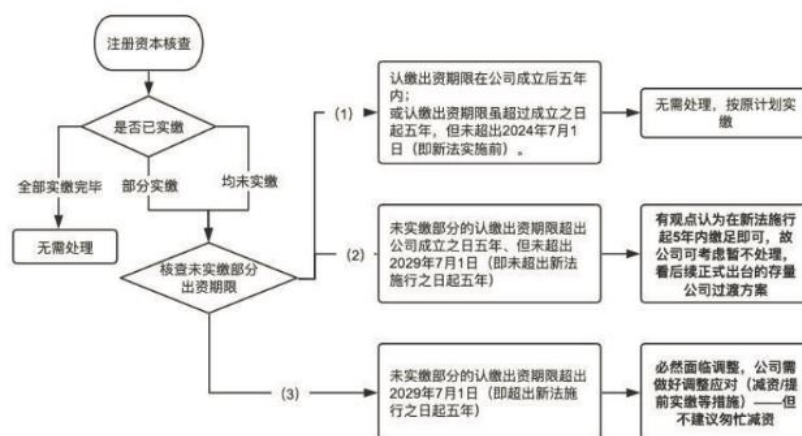
新《公司法》将在今年7月1日正式生效实施，届时将对公司的资本制度、治理结构等方面带来重大变化。其中，新《公司法》将“注册资本认缴登记制”更改为限期缴足的规定，引起了各方热议、尤其受到公司股东的关注。

在商事活动中，有一种股东被称为干股股东。干股并非法律概念，而是一种通俗说法，指股东未实际出资（货币出资）而取得的股权。股东获得干股的常见情形包括股东以技术、经营资源投入公司获取股权，或者股东身为对公司具有特殊贡献的管理层、技术骨干，受到干股奖励。因此，各方股东同意，干股股东无需出资。

在完全认缴制下，公司的出资期限往往设计为几十年甚至上百年。干股股东不会面临着急迫的出资责任。但新《公司法》限期缴足的规定，将打破干股股东的原有法律预期，面临现实出资的问题。因此，本文将对新《公司法》下干股股东的出资责任以及应对之策，提出一些思考和方向。

一、新《公司法》下，认而未缴的股东将面临在“五年缴足”的出资责任

根据新《公司法》规定，自2024年7月1日起，新设立公司的注册资本认缴出资期限不得超过五年，且已设立的存量公司同样适用前述限期认缴规定。但存量公司如何调整出资期限、适应新规，目前仍有较大争议。市场监管总局也暂未出台具体的配套措施。根据学界学者观点以及市场监管总局官网发布的《完善认缴登记制度 营造诚信有序的营商环境》一文，我们总结如下：



（上图来自《上海星瀚律师事务所关于新<公司法>的特别提示》一文，如需完整内容，请扫描文末二维码添加“星瀚小星”为好友）

如上图所示，目前学术界多数观点认为，应当给予存量公司最大期限利益、如存量公司出资期限未超出2029年7月1日（即新法施行满五年），则在存量公司现有的出资期限内实缴完毕即可。按照该观点，出资期限在2029年7月1日前的公司，均可先暂不处理、以待

后续正式出台的存量公司过渡方案。相反，出资期限超出 2029 年 7 月 1 日的公司，在新《公司法》施行后，必然面临调整。但具体如何调整实施，目前也仅有市场监管总局“为存量公司设定一定年限、较为充裕的过渡期，分类分步、稳妥有序进行调整”的原则性描述，并无定论。可预见的是，因有新《公司法》“成立后五年内缴足”的规定，即使给予存量公司期限利益，该期限利益预估也不会超出 2029 年 7 月 1 日，认而未缴的股东需要意识到新法对自己带来的影响、提前应对。

二、干股股东的“不出资”约定有效，但不得对抗《公司法》

干股股东实际不出资而享有股权、由其他股东缴纳全部注册资本（实际出资的股东以下称“实际出资人”）的约定在司法实践中是有效的。比如最高院的一起经典案例（(2011)民提字第 6 号）中，三位股东约定，公司的全部注册资本由一个股东投入，而三股东分别占有约定份额的公司股权，且另行分配公司盈利。对此，最高院认为，该约定系股东对各自掌握的经营资源、投入成本及预期收入进行综合判断的结果，是股东的真实意思表示，不违反法律和行政法规的规定，属于合法有效。但是，**干股股东是在股东名册以及工商注册的登记股东，享有股东权利的同时，也要承担股东责任。**根据《公司法》规定，股东以认缴出资额为限承担出资责任，干股股东也不例外。比如深圳市中级人民法院(2018)粤 03 民终 949 号案例中，龙 X 计算机公司与杜某、舒某共同设立了万向公司，因杜某、舒某作为员工对公司有特殊贡献，约定二人享有干股、无需出资。龙 X 计算机公司又将其股权转让给龙 X 集团有限公司，万向公司因亏损、股东会决议解散，龙 X 集团有限公司要求杜某、舒某缴纳出资，二人抗辩持有的是干股无需出资，但法院未予采纳。

1、出资期限届满后，干股股东不得对抗董事催缴

如前文所述，在新《公司法》下，公司股东均将面临限期缴足出资的规定。假设实际出资人未按时出资，导致该干股股东因新《公司法》下的“催缴失权制度”被董事会决议失权时，其是否可以提出异议、主张全体股东已一致同意干股股东不出资，董事会无权作出失权决议呢？

我们认为，干股股东实际不出资的约定，既系股东之间分担出资额的约定，也系干股股东与公司之间达成的由第三人（即实际出资人）履行出资义务的约定，但该约定并不能免除干股股东本身的出资义务、不能导致出资义务的转移。如第三人未履行出资义务的，在《公司法》层面上的相应后果仍应由干股股东承受。故干股股东不能以第三人未履行出资义务为由主张免除其身作为股东应履行的出资责任。**新《公司法》下，公司有权向干股股东催缴，且董事会有权作出失权决议。**

2、出资加速到期时，干股股东不得对抗外部债权人

根据新《公司法》第五十四条规定，即使股东的出资期限未届满，只要公司有不能清偿的到期债务，已到期债权的债权人有权要求股东提前缴纳出资。同样的，在面对外部债权人出资加速到期的主张时，我们也认为，干股股东不能够以该出资义务实际内部约定由第三方（实际出资人）承担、而主张免除自身责任。股东出资是对公司不能清偿对外债务的信用担保和承诺。而干股股东实际不出资的约定，系干股股东与其他股东、与公司之间的出资安排，

不得对抗对公示注册资本具有合理信赖和预期的债权人。因此新《公司法》下，**债权人有权要求加速到期干股股东的出资责任**。其实，以往司法实践中也发生过类似案例，比如惠州市中级人民法院(2021)粤 13 民终 3291 号一案中，当公司财产不足以清偿债务时，债权人请求追加未出资的股东为被执行人，该股东抗辩：股权系奖励给员工的干股，其不应承担出资义务，但法院并未支持，仍追加该股东为被执行人、要求其在出资范围内承担补充赔偿责任。

三、干股股东的应对之策

1、要求实际出资人按新《公司法》出资

对于干股股东而言，应对“注册资本限期缴足”新规**最直接的方式**自然是与**实际出资人协商变更原有约定，要求实际出资人在新《公司法》下的限期内缴足出资**。但实践中大量干股股东并不会与实际出资人就出资义务的承担进行书面约定、甚至对双方的权利义务、股权结构都缺乏具体约定。因此，借助新《公司法》出台，干股股东可以此为契，与实际出资人签署书面协议，明确实际出资人的出资期限以及违约责任、避免实际出资人在出资后主张干股股东因未出资不享有股权。比如前文所述的最高院经典案例（2011）民提字第 6 号，实际出资的股东在出资后，向法院提起诉讼，主张干股股东的全部股权归实际出资人所有。最终该主张因各方已有书面约定且该约定合法有效而被最高院判决驳回。其次，如干股股东实际承担了出资义务的，也可通过协议进行内部追偿。

2、将投入转为非货币财产作价出资

虽然我们定义干股是指未实际出资而取得的股权。但是，未出资不等于没有任何“对价”的付出。干股股东通常将自己的技术能力、经营资源等投入到公司、以“换取”相应股权，但前述“对价”因无法直接作为货币被计入注册资本，故才有了实践中的干股约定。

但是，《公司法》认可的出资方式并非仅有货币，非货币财产也可同样作为出资，本次新《公司法》还明确了股权、债权可以作为对公司的出资。根据新《公司法》第四十八条的规定，如股东的投入能够满足“用货币估价”以及“依法转让”的两个属性，股东可将非货币财产作价出资。

当股东以非货币财产出资时，我们建议：**第一**，非货币财产满足“用货币估价”的属性，这不意味着评估作价是股东履行非货币财产出资义务的前提条件，但我们仍**建议聘用第三方机构对投入进行评估，以真实有效的评估金额认定出资金额**。否则，当公司的债权人向法院主张股东未全面履行出资义务时，股东将难以提供有效证据证实非货币财产的价值，法院可能进而认定股东出资瑕疵。**第二**，“依法转让”既要求非货币财产权属转移至公司名下，也要求交付公司实际使用。**第三**，如章程原本约定系货币出资、后续变更为非货币财产出资的，因涉及出资形式的变更，仍应经全体股东一致同意且经工商变更登记，否则，该等变更出资形式难以对抗其他股东以及外部债权人。比如江苏省无锡市中级人民法院(2021)苏 02 民终 464 号案件，法院认为，股东将货币出资更改为以知识产权出资，以上调整行为，不得对抗已经形成的债权，故要求股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿部分向债权人承担补充赔偿责任。

3、定向减资

在完全认缴制下，部分公司意图通过高额的注册资本彰显企业信用，将注册资本设计得高达亿元、甚至上百亿元，此时干股股东所持股权对应的认缴额极高，再加上新《公司法》限期缴足的规定，将施加给干股股东巨大的出资压力。干股股东可以请求公司召开股东会进行减资或者就其所持有的股权进行定向减资。**需提示的是，如定向减资，将导致干股股东所持股权比例下降，影响其对公司事项的表决权以及收益分配权，因此干股股东可以和公司其他股东达成协议，约定不按持股比例分红、表决时一致行动，以保障自身权益。**此外，减资仍需注意合规操作流程，以避免构成违法减资、导致干股股东承担的出资责任仍按照减资前的认缴额认定。

4、其余可能操作方式的探讨

除上述方式外，我们也曾考虑过其他的操作方式，例如由**第三人代持股权**，干股股东与实际出资人约定，由实际出资人代持干股，在实际出资人缴足干股对应的出资额后，实际出资人将代持的干股转让给干股股东。此时，干股股东无需承担出资责任，除非实际出资人瑕疵出资。但该方案具有明显的风险，即在实际出资人代持干股时，干股股东并非《公司法》下的“股东”，不享有任何股东权利。且实际出资人转让股权的，不知情的相对方可以善意取得该股权，干股股东则仅能主张违约责任。故在以该方式操作时，仍需结合实际情况加以具体设计。

另外，就现行法律体系来看，《公司法》的适用主体仅限于公司，不包括合伙企业。因此，干股股东也可以考虑**以合伙企业作为持股平台间接持有公司股权**。此时，干股股东也不会直面股东的出资义务，其系根据《合伙企业法》的要求、向合伙企业进行出资，而《合伙企业法》目前并未对出资期限进行修订。但是，一方面难以排除后续《合伙企业法》会参考新《公司法》的体系进行对应调整，另一方面，合伙企业对公司的出资义务并不因此而免除。且如选择由实际控制人担任合伙企业执行事务合伙人、干股股东担任有限合伙人的模式，干股股东其实也会失去对合伙企业的控制权。

最后，无论是股东用一定对价换取股权，还是接受他人赠与而取得股权，在对价难以被《公司法》所认可的背景下，干股本身具有法律风险。这种法律风险的化解在根源上需要考虑到交易双方本质的合作模式，并非有固定的公式可以套用。我们也建议，在面对“送干股”方式的邀请时，当事人应当多加判断，审慎思考。意识到股东出资责任的存在、了解新《公司法》对股东出资责任的强化规定，并在合作前期设定好合作方式，而非待问题产生之后再被动应对。

（本文首发于 2024 年 1 月 24 日）

新《公司法》颁布后，国有企业对外投资的风险防范要点提示

周徐乐

近年来，国有企业与合作方合资成立项目公司进行投资经营的场景越来越常见。相较于普通市场主体，国企在对外投资过程中需要考虑更多层面的问题，比如国有产权权益保护条款是否具备，是否能够通过投后管理实现国有资产的保值增值等。新修订的《中华人民共和国公司法》（以下简称“新《公司法》”），给企业的治理和运行带来了新的变化，也对国企合资公司的设立和管理提出新的要求。本文将结合新《公司法》的修订要点，整理国有企业在对外投资过程中需要注意的内容，以供读者参考。

一、合作方的出资风险

国企作为投资方，对于合作方的选择至关重要。除了履行自身出资义务，合作方的出资义务如何履行，也会对其他股东产生牵连关系。

合作方不按时出资

根据新《公司法》的规定，有限责任公司的注册资本从完全认缴制转变为限期认缴制，公司应当自成立之日起5年内完成实缴，该规定对于已经成立的存量公司同样适用。针对这一变化，如果合作方未配合按时完成实缴的，对公司内的国企股东而言，可能会带来如下风险：

1、合作方完全不出资，导致国企无法出资

《国有企业参股管理暂行办法》第十二条第一款规定，国有企业作为参股股东与其他股东共同出资新设企业，**不得对其他股东出资提供垫资，不得先于其他股东缴纳出资**，另有规定的除外。在合作方未履行出资义务的情况下，国企不能先行出资，则当合作方逾期未出资，可能会导致国有企业“被动”违反出资义务。

根据公司法第二百五十二条的规定，公司股东未按期出资，由登记机关责令改正，可以处以五万元以上二十万元以下的罚款；情节严重的，处以虚假出资或者未出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。由于国企对外投资所涉及项目通常而言金额较大，可能会引发对公司甚至主管人员的行政处罚风险。

2、合作方出资不到位，国企及委派董事的连带责任

若合作方未按照公司章程规定足额缴纳出资，依照公司法第五十条的规定，设立时的其他股东在该股东出资不足的范围内承担连带责任。公司法第五十一条新增董事的催缴义务，有限公司的董事会应当核查股东出资情况并对未按约实缴股东发出书面催缴通知，未催缴的董事对公司损失负有赔偿责任。因此，国企股东除了履行自身出资义务，还需要密切关注合作方的出资义务履行情况，避免公司及派出董事承担连带责任。

3、合作方经历股东失权后的兜底责任

新《公司法》第五十二条确立了股东失权制度，股东未按期足额缴纳出资，经公司发出书面催缴通知后，仍未在宽限期内缴纳的，董事会有权通过决议宣告股东失权。股东失权后，其认缴的股权有三种处理方式：转让、减资后注销、六个月内未转让也未注销的，其他股东按各自出资比例缴足出资。因此，合作方未实缴的股权，在经历股东失权程序后，既未转让，也未减资注销的，有兜底缴纳出资的责任。

综上所述，合作方完全不出资或出资不到位，都会给国企股东，甚至主管人员、委派董事带来影响。结合《国有企业参股管理暂行办法》第十二条第二款的要求，其他股东未按约定缴纳出资的，国有企业应当及时了解情况，采取有效措施防范风险。**对此，我们建议可以在股东协议中，针对合作方的出资义务约定专门的违约责任，督促合作方按约履行。同时，对于国有企业因合作方原因对外承担的出资责任，有权向合作方追偿。此外，还可以在协议中设置担保条款，要求合作方以一定财产担保出资义务的履行，如未按约履行，其他股东有权将担保财产拍卖、变卖，完成实缴出资。**

合作方盲目扩张，出资期限加速到期

新《公司法》第五十四条规定，公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。相比原来关于股东出资加速到期的规定，本条仅要求公司具备“到期不能清偿债务”的情形，而不要求到达“明显缺乏清偿能力”的程度，即事实上不能清偿，因此，股东出资期限加速到期的门槛有了大幅度的降低。

如国企在对外投资时，仅仅是参股股东，或者虽是控股股东但对公司经营管理不掌握控制权时，合作方在经营策略上的冒进和盲目扩张，往往容易导致对外债务无法及时清偿、债权人主张股东出资加速到期的情况。此时，已认缴出资但未届出资期限的国企股东，就会突然面临需要提前缴纳出资的问题。考虑到国有企业的资金使用通常需要提前安排和规划，尤其部分已经有预算的决策事项需要调整，可能会在短期内形成资金调配的压力。甚至部分国有企业在对外投资时，还会和被投方约定，在合资公司达成某些条件后，国有企业才会履行自己的出资义务。在这种情况下，面对出资加速到期情形国有企业的突发压力将更加明显。

对此，我们建议可以从两个方面提前做好上述风险的预防：

第一，加强对合资公司经营管理的干预及监管。国企公司治理的一项特色是实行“三重一大”制度，即对于重大决策事项、重要人事任免事项、重大项目安排事项和大额度资金使用事项，由党组织、公司内部治理机构对各自职责权限内的“三重一大”事项作出集体决策。在国企参股公司，可以要求在股东会、董事会等治理机构对涉及“三重一大”事项拥有一票否决权，避免合资公司在重大经营战略上的方向失控。《国有企业参股管理暂行办法》第十条亦规定通过投资协议或章程、议事规则等文件明确特定事项的否决权，避免对参股股权管理失控，有效维护国有股东权益。

第二，合理设置注册资金规模。合资公司注册资金的设置应当切合公司当前阶段的实际经营需要，并考虑各股东的实缴能力，国企股东对于合资公司的出资尽量一次性实缴到位，避免出现被迫加速到期的突发情况。如后续需要加大投资，可提前制定资金计划，并按计划通过定向增资或各股东等比例增资的方式来实缴增资解决。

二、 合资公司的内部治理风险

董事的选任和委派

新《公司法》通过简化股东会职能、允许公司采用单层治理结构（即可以不设监事会，在董事会下设审计委员会替代）、放宽董事会法定职权、取消董事会人数上限等举措，突出了董事会在公司内部经营管理、监督的核心地位。因此，董事会席位的争取及人员选派将是国企对外投资参股过程中的重要内容。

结合《国有企业参股管理暂行办法》第八条的规定，达到一定持股比例的参股投资，**原则上应当享有提名董事的权利**。该办法第二十二條进一步对委派人员资格提出了详细的要求，“国有企业及其各级子企业领导人员在参股企业兼职，应当根据工作需要从严掌握，一般不跨级兼职，不兼“挂名”职务。确需兼职的，按照管理权限审批，且不得在兼职企业领取工资、奖金、津贴等任何形式的报酬，不得获取股权和其他额外利益；……参股投资主体及其各级控股股东领导人员亲属在参股企业关键岗位任职，应当参照企业领导人员任职回避有关规定执行”。因此，合资公司董事的委派应当遵循职级回避和亲属回避的相关规定，以便在公司中正常履行职务。

然而，新《公司法》第七十一条规定，股东会可以决议解任董事，决议作出之日解任生效。本条赋予股东会对董事无因解除的权利。在国企参股公司中，若国企不享有控股股东地位，则其他合作方理论上可以通过股东会决议解任国企委派董事，以达到掌握公司控制权的目的。**对此，我们建议国企股东可以在出资协议中约定不能随意解任委派董事及违约责任，或者在章程中规定国企股东对解任委派董事的一票否决权，来避免失去董事会席位。**

此外，新《公司法》第七十三条参考股份公司的规定，增加了有限公司董事会开会有效的人数及表决票的限制，即董事过半数出席方可举行会议，决议应当经全体董事过半数才能通过。对于合资有限公司而言，董事会一般兼有国企委派董事和外部董事，当董事数量过多且代表不同方利益时，容易因意见不一致迟迟无法作出有效决议。因此，建议合资公司在设立时合理设置董事会席位，避免公司陷入经营管理的失控状态。

合作方中途转让退出的风险

新《公司法》第八十四条取消了有限公司股权对外转让的限制，股东对外转让股权，不再需要经股东会过半数表决通过。但新《公司法》也给股权的对外自由转让预留了出口，即可以通过章程约定给股权对外转让加以限制。

我们认为，有限公司本身具备较强的人合性特征，且国企对外投资挑选合作方的过程中，《国有企业参股管理暂行办法》第七条要求必须事先对合作方充分展开尽职调查，经评估选择资信好的合作方进行合作。若允许合作方在公司设立后自由转让股权，可以不经国企参股股东的同意，直接引入其他第三方，那么事先对合作方的尽职调查将毫无意义，且不利于合资公司作长远稳定的发展计划。因此，**建议在合资公司设立时，在章程中对股权对外转让做出限制性规定，例如限制合作方在一定年限内不能对外转让股权、限制合作方只能将股权转让**

让给国企指定的第三方等。若合资公司已经设立，双方可以就该事项进行协商，并在章程中增加相应的限制规定。

三、 股东退出机制的风险防范

《国有企业参股管理暂行办法》对“参股股权退出管理”设置专章，其中第二十四条规定，“除战略性持有或培育期的参股股权外，国有企业应当退出 5 年以上未分红、长期亏损、非持续经营的低效无效参股股权，退出与国有企业职责定位严重不符且不具备竞争优势、风险较大、经营情况难以掌握的参股投资。”国企股东在投资时应当充分考虑退出路径及可操作性，如何安全实现退出是投资风险防范、维护国有资产权益的重要手段。

股权转让退出的风险责任

新《公司法》第八十八条规定，股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；**受让人未按期足额缴纳出资的，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。**

股权转让是国企股东退出的常见方式。本次新《公司法》的修订，加强了瑕疵股权转让人的责任，对于未届出资期限的股权转让，由受让人承担出资义务，若受让人未按期缴纳出资的，转让人需承担补充责任。**因此，我们建议国企股东作为转让一方，可以在股权转让协议中约定，因受让人未按期实缴造成转让人承担补充责任的，转让人有权向受让人追偿，并要求受让人承担相应的违约责任。**另须注意的是，国企股东的股权转让还需要遵循《企业国有资产交易监督管理办法》中产权转让的特别规定，履行必要内部审批流程，进行审计评估，并进场交易。

减资退出的风险责任

新《公司法》第二百二十四条规定，公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外。也就是说，新《公司法》明确规定原则上只允许股东等比减资，定向减资需要有限公司全体股东另行协商一致约定。理由在于，定向减资会打破公司设立时各方一致同意形成的股权架构，造成部分股东的持股比例被动增加。若公司处于亏损状态，这部分股东承担的风险也相应增加，有损于股东利益。

然而，定向减资在实务中的应用非常普遍，尤其在投融资领域，是股东实现退出的有效机制。**应对这一变化，我们认为，可以在股东协议中对投资人减资退出事项做出预先同意，并约定届时各股东的无条件配合表决义务及对应违约责任。**至于定向减资的表决规则，实务中存在争议，有观点认为，应当经全体股东一致同意¹，也有观点认为，应当严格依公司法第六十六条的规定，经三分之二以上表决权的股东通过²。我们认为，既然允许股东就是否可以定向减资做出特别约定，那么定向减资的表决规则也应当可以一并约定，投资人在投资协议中，可以根据各方表决权情况，就表决规则及配合表决的对象进行事先安排和协商。关于

¹ 参见上海市第一中级人民法院（2018）沪 01 民终 11780 号华某诉上海某某电子商务有限公司公司决议纠纷案。

² 参见上海市高级人民法院（2018）沪民申 1491 号吕某与霍某等公司决议效力确认纠纷案。

新《公司法》生效后，投融资领域应对定向减资新规的处理，我们也曾经发布过专业文章予以探讨，欢迎各位读者进一步阅读：《新公司法语境下，与目标公司进行股权回购对赌如何实施？》

此外尚有争议的是，国有股东以定向减资方式退出是否需要进场公开交易。我们认为，定向减资和股权转让存在一定差别：从对象上看，定向减资具有单向性，而股权转让有明确的交易相对方；从对价上看，定向减资并非是以正常的出售价格对外公开竞价，会更多地考虑资产净值和投资回报率。实践中，减资要进场挂牌往往难以操作，因此我们倾向于认为定向减资无需进场交易。

需要注意的是，国资委在其网站关于“国有股东能否通过定向减资方式退出，是否需要进场交易”的答复中提到一种特殊情况，即如果国有股权拟全部转让，但企图通过国有股权定向减资实现退出后，该公司再以增资等方式引入新的股东，来规避进场交易的，“国有股东退出所投资公司原则上应当采取股权转让的方式进行”。因此，国企股东通过定向减资退出参股公司，再以增资方式引入新股东的，实质上仍属于国有股权转让，应当按照“股权转让”方式，依据《企业国有资产交易监督管理办法》的规定进场交易，不能通过减资方式规避进场交易。

四、结语

随着新《公司法》的出台，国有企业对外投资的投前和投后管理也面临新的变化和调整。设立时的出资安排、合资公司的内部治理以及股东的退出机制是需要关注的核心问题，面对新的变化，我们可以结合国有企业的特性和内部管理规定，采取及时有效的应对措施和调整方案，实现国有资产的保值增值，避免国有资产流失。

（本文首发于 2024 年 1 月 31 日）

新《公司法》下资本公积出资是否会受影响？投资人应怎样应对？

李真

引言

在投融资领域，资本公积是常见的概念，投资人增资进入目标公司的一般均为溢价出资，通常所占股权比例很少，注入的投资款绝大部分都会进入目标公司的资本公积。这样的局面是投资人与目标公司原股东博弈的结果，增资会稀释原股东所占股比，但目标公司又希望吸引更多的投资款发展业务，资本公积在此时充当了原股东与投资人之间博弈的工具，具有重要的意义。

新《公司法》对股东实缴出资做出了期限上的限制，同属股东出资范畴，法律对资本公积金则缺乏相关规定。本文即结合司法实践中的做法，探究出资视角下公司法对资本公积的规制¹。

一、何谓资本公积

新《公司法》第二百一十三条规定，公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款、发行无面额股所得股款未计入注册资本的金额以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他项目，应当列为公司资本公积金。该条位于“第十章 公司财务、会计”章节，且仅针对股份公司，对于有限公司则并无相关规定。

资本公积主要是一个会计概念。根据《企业会计制度》的相关规定，资本公积是所有者权益科目，投资者投入的资本中在其认缴的注册资本以内的部分作为实收资本入账，超出认缴的部分计入资本公积，即“资本（股本）溢价”。除了资本（股本）溢价，资本公积还包括接受捐赠资产、拨款转入、外币资本折算差额等。

简单而言，不论有限责任公司还是股份有限公司，资本公积是股东出资超出其认缴的注册资本（股本）范围的资本，股东投入公司后构成公司资产。

二、资本公积是否适用新《公司法》限期实缴规则

（一）原则上资本公积出资仅为约定义务

一般认为，股东的出资义务有约定义务与法定义务之分，注册资本这种带有强公示性质的出资义务即为法定义务。违反法定出资义务的，按照《公司法》第四十九条及《公司法解释三》第十三条的规定，未实缴注册资本的股东需要对公司、债权人承担相应的责任。

新《公司法》第四十七条规定，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。从条款本身的文义进行狭义理解，公司法该条款限期出资规则也仅针对注册资本，并不包括资本公积。

虽同属出资领域，资本公积属于“沉默的资本”，一般约定在投资者与目标公司及其他股东签署的投资协议中，作为约定义务存在，法律亦欠缺对资本公积出资的强制性规定。股

¹ 股份公司与有限公司的规定存在一定差异，但并无本质差别，本文主要针对有限公司进行讨论。法律术语为“资本公积金”，会计术语为“资本公积”，为方便讨论，本文并不做资本公积金及资本公积的用语区分。

东如果未按照协议约定缴付资本公积需要按照约定承担违约责任,但**约定义务转为法定义务则需要具备一定条件,资本公积的出资亦并不当然类比注册资本进行规制。**

（二）未实缴资本公积股东的责任承担

按照《公司法解释三》第十三条的规定,债权人有权要求未实缴出资的股东承担补充赔偿责任。司法实践中,对于债权人能否要求未足额缴纳资本公积的股东承担补充赔偿责任,主流观点持否定态度,总体上以“是否对外公示”为责任承担标准。**未经公示的,未实缴资本公积的股东无需对债权人承担补充赔偿责任,是否公示以公司章程作为判断标准。**

如在北京二中院做出的(2021)京02民终14616号案件中,股东对公司(债务人)溢价增资,在《增资扩股协议》中约定了增资款计入实收资本和资本公积的比例,但前述约定并未反映在公司章程中。股东已实缴注册资本,但并未缴足全部的资本公积。债权人在执行程序中申请追加未实缴资本公积的股东为被执行人。法院认为,**公司法及司法解释对于股东的出资义务主要根据公司章程确定,本案中债务人的公司章程仅记载注册资本,而未载明股权认购价格的相关情况。作为资本公积出资依据的《增资扩股协议》并未经登记备案,不具有公示效力。因此股东无需因此对公司债务不能清偿部分向债权人承担补充赔偿责任。**

而由上述观点反推,如果在公司章程中约定了股东应当缴纳的资本公积金,或者约定了股东出资作价,可以计算得出其应缴纳的资本公积金,该部分出资义务就由股东之间的特殊约定转变为与注册资本具有类似地位的法定出资义务,具有公示对抗效力,从而成为公司履约的一种法定担保,债权人据此可产生信赖利益,可以要求未实缴资本公积的股东承担补充赔偿责任。

因此,可以对新《公司法》第四十七条规定进行扩张解释,股东溢价出资形成的资本公积金与注册资本实际并无本质区别,**如果在公司章程或者对外公示中显示股东的资本公积金,可以认为属于该条规定的“出资额”,股东仍然需要按照新《公司法》的规定限期缴足,否则可能承担未实缴出资的相关法律责任。**

三、资本公积的返还限制

在投资协议解除的情景下,股东已经按照投资协议的约定投入资本公积后,出于某种原因解除投资协议,已经实缴的注册资本部分需要履行减资程序自不必说,如果股东仅要求返还资本公积的部分,是否可以要求返还,是否需经过减资程序?

最高院(2019)最高法民申1738号案件中,投资人对公司溢价增资,并按照增资协议的约定支付完毕包括资本公积金在内的全部投资款项。后因公司迟迟未进行工商登记及存在其他违约事项,投资人起诉要求解除投资协议并返还全部投资款。法院认为,**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投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。**

浙江高院在(2011)浙商终字第36号案件中,投资人以溢价对公司增资,按约支付了资本公积金,后要求解除投资协议并返还已支付的资本公积金。投资协议签署后,投资人签署了公司章程并办理了工商登记,**成为对外公示的股东(资本公积部分并未在公司章程及工商登记中显示)**。法院支持了解除投资协议的诉讼请求,但并未支持返还资本公积金。法院认为,

资本公积是公司的财产，属于公司所有，股东不得任意要求公司予以返还。资本公积同属公司资本范畴，是公司的资本储备，返还将导致公司资本规模减少，损害公司财产和信用基础，损害公司债权人利益。根据公司资本维持原则，公司应维持与其资本额相当的实有资产，股东不得抽逃出资。类似的观点也可在最高院做出的(2013)民提字第 226 号案件中得到体现。该案中，**资本公积在公司章程中进行了记载，已经完成工商登记**。公司董事会决议通过将股东的资本公积转变为股东借款的形式将该部分金额返还给股东。法院认为，资本公积金出资后不能抽回，也不得变相抽逃，因此认定该董事会决议无效。

由上述裁判规则可知，投资款的返还不同于一般的协议解除，受到合同法及公司法的双重规制。司法实践中同样形成了以公示为标准的返还规则，但与未实缴出资责任判断标准不同的是，此处的“公示”并不特指资本公积金记载在章程或通过其他形式对外公示，而是投资事项本身是否经过公示。**如果投资人已经登记为公司的股东，在缴纳资本公积金之后想要取回，均需遵守公司法关于减资的程序性规定，经过股东会决议通过，并履行通知债权人、公告等规定。**

如果未经法定减资程序股东抽回资本公积金的，按照新《公司法》第二百二十六条，股东应当退还其收到的资金，给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。同时，还可能涉及《公司法解释三》第十四条规定的对债权人补充赔偿责任。

四、关于资本公积出资的相关建议

新设公司及新出资股东应谨慎确定公示范围及形式

新《公司法》第四十六条规定，公司章程应当载明股东出资额，该处的出资额根据法律本身的规定，仅指注册资本，大部分企业也并不会再对外披露资本公积金额。但实践中，有部分企业会将出资作价写入公司章程，或者在增资的股东会决议中写明出资作价及投资款计入资本公积的金额。

司法实践中的观点均以章程作为判断资本公积是否经过公示的依据。笔者认为，以是否形成公示作为责任判断的核心在于债权形成时债权人是否有对公司资本状况产生信赖利益的合理基础，而不应仅仅拘泥于公示形式。如果通过经工商登记备案的股东会决议，或者公司向债权人提供了投资协议、财务报表等文件可以显示资本公积情况的，债权人同样可以基于这样的信息披露形成对公司资本充实的合理信赖，从而可以向未实缴资本公积的股东追究出资责任。

因此，公司在报送对外公示文件及业务开展过程中，需要谨慎确定公司资产状况公示的范围和形式，必要时应当请律师协助审查。

存量公司及存量股东未缴资本公积的处理建议

(1) 对于存量公司及存量股东而言，如果在新《公司法》施行前已经通过一些形式对外公示过公司的资本公积状况，则依然受到新《公司法》限期实缴规则的调整，未在期限内完成实缴的股东仍然可能涉及出资责任问题。

关于存量公司及存量股东如何调整至符合新法规定的问题，市场监督管理局发布的《完善认缴登记制度 营造诚信有序的营商环境》提到“为避免新设公司和存量公司适用注册资本法律制度的不一致，……研究为存量公司设定一定年限、较为充裕的过渡期，按照新《公司法》要求，分类分步、稳妥有序调整存量公司出资期限调整至新《公司法》规定的期限以内。”如果未实缴股东仍然有实缴意愿及能力的，可以等待后续的具体规则出台做相应调整。除此外，股东还可以考虑定向减资等合规方式提前进行调整。

（2）如果此前资本公积并未经过公示，亦未出现公司资产不足以清偿债务的情况，此时股东的资本公积出资义务尚处于约定义务范畴，即便出资期限不符合新《公司法》的规定，该等约定也是有效的，股东可以继续按照协议约定履行。但需注意，如果股东已经工商登记，已经缴付的资本公积金仍需经过减资程序取回。

投资协议中设置投资款返还的违约责任

一旦投资人变更登记为目标公司的股东，即便发生协议解除事项，投资人已经投入的资本公积金也需要通过繁琐的减资程序取回。这种情况属于定向减资，新《公司法》第二百二十四条第三款已经明确，不按照股东出资比例相应减少出资额的，有限责任公司需经全体股东另行约定。因此，定向减资需要经过全体股东一致决议方能生效。但投资人既然已经选择解除投资协议，很大可能已经同目标公司其他股东产生了不可调和的矛盾，通过减资程序取回在实际操作中很难实现。

因此，可以在投资协议中约定因目标公司或者创始股东严重违约等原因致使投资协议解除的，目标公司及其他股东应当配合完成投资人减资事项，其他股东应当预先在协议中同意表决通过减资决议，并在违约责任条款中约定目标公司及股东违反前述配合义务应当承担的违约责任。

此种处理方式类似目标公司回购情形下投资人如何合法获得回购款项的问题，实际将投资协议解除后的一系列程序要求和法律后果转化为投资人对目标公司和其他股东的违约之债，在目前的司法实践中亦获得了一定支持。（对定向减资相关风险的应对思路，团队在之前的系列文章中已有论述，详见《新<公司法>语境下，与目标公司进行股权回购对赌如何实施？》）。笔者认为，资本公积的处理方式可以参考，具有一定实践意义。

资本公积的缴纳与规制因欠缺法律的明确规定，司法实践中的裁量尺度也并不统一。新《公司法》实施后，股东出资将面临更为严格的限制，该种限制将在何种程度上对出资中资本公积部分产生影响仍然需留待日后的司法实践检验。笔者在此也提醒投资人，应当意识到资本公积出资可能带来的出资责任和相关法律风险，在投资谈判时充分沟通，合理设定投资预期，谨慎确定投资方案。

（本文首发于 2024 年 2 月 6 日）

新《公司法》下“董监高”责任义务的五大主要变化之解析与应对

李凤翔、边晨

引言：为满足公司规模扩大和资本市场发展所提出的专业化和效率化的需求，本次《公司法》修订对公司内部治理制度进行了重大改革，将公司法人治理结构制度从“股东会中心主义”逐步向“董事会中心主义”过渡。为实现这一目标，新《公司法》对董事、监事及高级管理人员（指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员）（下合称“董监高”）赋予了更多权利，同时为压实公司治理的相关责任，也对董监高的责任义务进行了强化。新《公司法》中涉及董监高赔偿责任的法条就多达 11 条，较现行《公司法》（2018）增加了近一倍，实质增加了董监高的履职风险。对此，本文选取了新《公司法》下董监高责任义务的五大主要变化进行分析解读并提供应对思路，旨在帮助董监高理解自身权责变化、提高合规意识、有效防范履职风险。

变化一：强化了董监高维护公司资本充实的责任

新《公司法》通过施加义务或要求对损害结果承担赔偿责任的形式，要求董监高对公司成立、公司减资、利润分配等运营过程中涉及资本变化的环节进行把控

新《公司法》第五十一条新增了董事会催缴义务，要求公司设立后由董事会负责对股东的出资情况进行核查，如发现股东存在未按期出资的情形，应当发出书面催缴书进行催缴，**如董事会未及时履行催缴义务且给公司造成损失的，负有责任的董事需承担赔偿责任。**

为配合催缴义务的履行，**新《公司法》第五十二条为董事会配套了股东失权制度**，即如股东在收到催缴通知后在催缴书记载的宽限期届满后仍未履行出资义务的，董事会有权经决议后发出失权通知，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。**失权制度是本次董事职责的一项重大变化**，与此前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）（下称“《司法解释》三”）第十七条规定的**除名制度**相比，新《公司法》将公司催缴义务的承担主体明确为董事会，赋予董事会作出失权决议的职权，将解决方案从除名变更为更合理的按未缴纳份额进行失权。需要注意的是，该条催缴义务仅限于董事会，不包括高管及监事。

上述失权制度是否能够参照除名制度同时适用于股东抽逃出资的情形尚不明确，但新《公司法》第五十三条同时规定了股东抽逃出资情形下董监高需要承担责任的情形。根据规定，如股东抽逃出资且给公司造成损失的，负有责任的董监高应与股东一同承担连带赔偿责任，该条通过承担赔偿责任的形式要求董监高对出资后的资本状态进行把控，这也是新《公司法》中唯一明确董监高承担连带责任的条款。该条规定系在司法解释（三）第十四条基础上进行的强化，与后者相比，本条规定将监事纳入责任主体范围，并将承担责任的主体由“协助抽逃”变更为“负有责任”的人员，也就是说，即使董监高未采取积极的协助行为，但其应察觉未察觉，或已察觉但未采取行动阻止的，都有可能被认定为对股东抽逃出资的行为负有责任，实质上降低了承担责任的要求。需要注意的是，本条并未对董监高在发现股东存在抽逃出资后应当采取何种措施或应对方式作出明确规定。

此外，新《公司法》第二百一十一条及二百二十六条还规定了对于公司违法向股东分配利润及违法减少注册资本的情形，负有责任的董监高应与股东一起承担赔偿责任。

变化二：完善了董监高的忠实及勤勉义务

新《公司法》对董监高忠实勤勉义务的基本标准进行了细化，确立了一般性的行为准则，增加了实践中的可操作性及可援引性。同时将监事纳入违反忠实义务具体行为的规制范围，并对包括关联交易、获取公司商业机会等在内的相对禁止行为的规制方式进行了完善

新《公司法》第一百八十条对董监高履职的两大原则性义务即忠实及勤勉义务的内涵进行了细化，明确**忠实义务**指“应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益”，也就是要求董监高履职以公司利益为先。而**勤勉义务**是指“执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”，即董监高履职时应当善意、注意、合理的相信其行为符合公司最佳利益。两大义务通过消极及积极两个角度对董监高的履职行为提供了一般性的行为准则。

其次，新《公司法》对违反忠实义务的行为进行了拆分细化，根据性质区分为**绝对禁止行为**（规定于新《公司法》第一百八十一条，内容无实质性变更）及**相对禁止行为**（规定于新《公司法》第一百八十二条至一百八十四条，分别为关联交易、获取公司商业机会、经营同类业务），并将监事纳入规制范围，使其与董事及高管承担同等的责任义务。对于相对禁止行为，建立了事前报告制度，即相关事项需事前报告公司决议机关，如经决议通过的，可以操作执行。而决议机关则不再限定为股东会，公司章程可自行在股东会及董事会中二选一。如决议机关确定为董事会的，关联董事不得参与相关表决。

对于关联交易行为，限制的交易范围在原有直接交易的基础上，增加了间接交易，并将与董监高关联主体的交易行为一并纳入规制范畴，关联主体一般包括近亲属、董监高/近亲属直接/间接控制的企业、以及可能导致公司利益转移的其他关联关系。且本次规定未将交易金额作为限制标准，也就是说无论金额大小，均需通过审议批准。

对于获取公司商业机会的行为，新增了一项豁免事由，即如该商业机会是公司不能利用的，董监高无需经过审批制度即可使用。反过来说，只要法律、行政法规和章程没有限制公司利用某商业机会的，即使董监高以公司实际没有能力或者没有意愿为由主张不违反限制规定，该主张也较难获得支持。

变化三：新增了董事及高管因执行职务致损对第三人的赔偿责任

新《公司法》突破法人内部追偿原则，要求符合条件的董高直接对第三人承担赔偿责任，增加了董高的履职风险

根据新《公司法》第一百九十一条规定，如董高执行职务给他人造成损害的，由公司承担赔偿责任，但如董高存在故意或重大过失的，也应对第三人承担赔偿责任。该规定在立法层面突破了公司法内部规则及现行法律的基本原则：新《公司法》第十一条第三款规定“法定代表人因执行职务造成他人损害的，由公司承担民事责任。公司承担民事责任后，依照法律或者公司章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿”，该规定与《民法典》第一千一百九十一条规定的用人单位工作人员损害赔偿机制一致，即“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故

意或者重大过失的工作人员追偿”。前述规定都要求法定代表人、工作人员承担责任系由公司/单位承担责任之后进行追偿，而新《公司法》第一百九十一条对董高承担责任的规定则突破了该等顺序要求，在修订过程中引起了巨大讨论。

此外，该规定限制的**主体范围**为董事及高管，不包括监事，而其中的**第三人**主要指公司债权人等，不包括公司股东。承担责任的**主观要件**则限定在故意及重大过失，即如董高只具有一般过失则无需对第三人承担责任。需要注意的是，根据《公司法》规定（新《公司法》一百八十八条及现行《公司法》一百四十九条），如董监高在执行职务时违反法律、行政法规或章程的规定且给公司造成损失的，无论主观如何，其仍需对公司承担赔偿责任。此外，该规定未明确董高承担的责任类型，是与公司一起承担连带责任，还是按照过错程度承担按份责任或补充责任，若从该条规定的立法目的出发，为保障债权人利益不可能让公司及董高按份承担责任，否则债权人可能受偿的金额可能更少，实践中更大可能是参照新《公司法》一审稿的规定，要求董高与公司承担连带责任。

变化四：强调了董高履职的独立性

新《公司法》新增了“事实董事”及“影子董高”两类认定规则，将符合条件的控股股东及实际控制人纳入董监高责任义务的规制范围。对于实际执行公司事务的控股股东、实际控制人，即使未担任董事，仍需与任职董事一样承担忠实勤勉义务；对于违反独立性接受指示损害公司或股东利益的董高，需要与指示人一起对损失承担连带责任

根据新《公司法》第一百八十条第三款规定，公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，相当于事实董事，应与任职董事一样承担忠实勤勉义务。根据新《公司法》第一百九十二条规定，如公司的控股股东、实际控制人指示董事、高管从事损害公司或者股东利益的行为，其实质地位作为董高背后的影子成员，虽未直接实施损害行为，但应与董高一起承担连带责任。

以上规定针对的责任主体均为公司的控股股东及实际控制人，其实质是在滥权股东规制路径之外借道董事规制路径，对两类具有控制地位的主体进行规制，避免其滥用控制地位损害公司或中小股东利益。同时，相关条款亦对董高的履职独立性进行强调，要求董高在履职时避免受到实控主体的影响，严格遵守忠实勤勉义务，一切行为以实现公司利益为最高目的。

变化五：加强了董事在清算阶段的责任

新《公司法》明确公司董事为清算义务人，并将默认清算组成员由股东变更为董事，如董事不及时履行清算义务且给公司或债权人造成损失的，需要承担赔偿责任

新《公司法》第二百三十二条规定，公司满足特定解散条件的应该进行自行清算，由公司董事作为清算义务人，后者需要在清算事由出现之日起十五日内组成清算组。而清算组默认由董事组成，不过公司章程可另行规定，公司亦可通过股东会决议另选他人。董事作为清算义务人不及时履行清算义务成立清算组且造成损失的，如因未及时成立清算组导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，或在清算开始前对个别债权人进行清偿的，需要承担赔偿责任。该条规定将董事认定为公司清算义务人，其标准与《民法典》第七十条认定法人清算义务人的标准一致，即“法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人”“清算义务人未及时履行清算义务，造成损害的，应当承担民事责任”。该规定主要考虑董事负

责执行公司事务，对公司运营情况更加了解，由董事继续负责清算事宜更有利于保持公司事务执行的连续性。

此外，除上述未及时履行清算义务的赔偿责任外，新《公司法》第二百三十二条对清算组成员规定了**怠于履行清算职责**的赔偿责任，如清算组成员给公司造成损失的，对公司承担赔偿责任；如因故意或者重大过失给债权人造成损失的，对债权人承担赔偿责任。需要注意的是，该条规定的责任主体限定为清算组，如董事未被认定为清算组成员的，其仍作为清算义务人，承担清算义务人未及时履行清算义务的责任。

应对建议

通过以上变化可以看出，新《公司法》从公司成立到运营、清算的各个阶段均对董监高赋予了更高的职权，也施加了更重的责任与义务，董监高的履职风险也相应提升。对此，我们建议：

对于董监高群体：

1. 关注履职责任，提高责任意识。在实际履职时，应注意定期核查公司财务报表，视情况聘请第三方机构对股东出资进行核实，对催缴股东出资等履职凭证进行留存，关注减资、利润分配等公司重大流程的合规合法性，如发现职责相关议题的及时提请董事会讨论表决。
2. 注重履职独立性，遵守忠实勤勉义务。同时注意公司行为对第三方的影响，避免对第三方利益造成损害。
3. 相关人员亦可要求公司购买责任保险，提前对履职风险进行适当规避。
4. 对于挂名“董监高”，应及时与实际执行职务的人员或公司实控人了解包括股东出资在内的公司情况，如需要的可尽快解除任职。

对于公司法人：

1. 更新章程并细化规定：对于新规规定可以自行约定的涉及董事会职权的内容，如清算组成员构成等，公司应注意结合新规对相关约定进行系统性核查及更新，确认是否需要变更。
2. 完善董监高履职流程及要求：公司应妥善保管董监高履职相关证明，确保对履职董监高的保护。因法规中明确如董监高违反公司章程且给公司造成损失的，应承担赔偿责任，对此，公司可在章程中将对于董监高的重点履职要求及行为义务进行罗列，如有需要的可在除章程外的内部规则中进一步明确。

（本文首发于 2024 年 2 月 27 日）

从除名到失权：新《公司法》为维护公司资本充实的重新构造

李凤翔、陈楚翘

前言

无论是《公司法解释三》的除名制度还是新《公司法》下的失权制度，均来源于德国民商法。在德国民商法体系下，二者在适用前提、法律后果上有明显的区别，但我国呈现出不加区分而混用的状态，这也导致很多学者撰文激烈辨析二者的区别，力图正本清源。由于新《公司法》将于 2024 年 7 月 1 日施行，两个制度已在中国予以本土化改造，因此本文我们不去讨论比较法上二者立法旨意、适用情形的区别，更着眼于思考，在现行《公司法解释三》已有除名制度且司法适用多年后，新《公司法》为什么没有直接吸收除名制度，而是重新构造股东失权制度。通过前述疑问，有利于更深入地了解，从除名到失权，立法者如何重新维护公司资本充实，以及在失权制度下，董事会、出资股东以及其他股东如何承担各自的法律责任。

一、除名制度：哑炮式法律武器

（一）除名制度的立法目的

对于瑕疵出资的股东，立法者意图通过逐步强硬和严厉的法律效果强制股东履行出资义务，以维护公司资本充实：《公司法解释三》第十三条、第十四条规定了未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资的股东补缴出资责任，第十六条允许公司限制未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资股东的利润分配权、新股优先认购权、剩余财产分配权等财产性权利，第十七条则规定最严厉的除名制度，通过“不出资就除名”倒逼股东出资。如果股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经催告后仍未缴纳或者返还，该股东可以被公司强制性地剥夺股东资格并被驱逐出公司，后续公司通过减资或者由其他股东/第三人缴纳出资（其他股东/第三人从而取得股权）的方式，最终维护公司资本充实性、真实性，并间接维护公司债权人利益。

比如在经典案例(2014)沪二中民四（商）终字第 1261 号中，持有公司 99%股权的大股东抽逃了全部出资款 9900 万元，公司召开了股东会会议，持有公司 1%股权的小股东通过股东会决议成功将大股东除名。因此，除名制度是一个具有超强攻击力的法律武器，一旦适用，可以把中弹股东“炸飞”，让其直接“消失”在公司中。

（二）除名制度的实务困境

如经典案例呈现，除名制度有利于维护公司资本的真实、维护公司的经济价值并实现公司治理的自治。但是，《公司法解释三》在设计除名制度时，一方面为缓和除名制度法律效果的严苛性，在适用要件上做了严格限制，仅限于“未履行出资义务或者抽逃全部出资”，避免大股东利用控制地位排除异己，另一方面，在具体的操作环节上，又留白过多，致使实务对除名制度的操作路径具有诸多争议。总之，现行的除名制度在实务适用上有诸多困境：

要件	具体内容	实务困境
适用要件	未履行出资义务或者抽逃全部出资	适用狭窄 易被股东规避
前置要件	经公司催告 且在合理期间仍未缴纳或者返还出资	合理期间、缴纳/返还 出资等有争议
决议要件	以股东会决议	决议和诉讼的关系、 表决权比例等有争议
后续变动	减资；由其他股东或者第三人缴纳相应的 出资	减资、转让均无法实 现如何处理
法律责任	被除名股东对债权人承担补充赔偿责任	/
救济措施	被除名股东请求确认该除名行为无效	/

首先，股东只要缴纳极少出资款或者抽逃绝大部分出资，就能逃避除名制度的适用要件，因为《公司法解释三》要求股东“未履行出资义务或者抽逃全部出资”，才能认定股东根本性违反出资义务，进而适用除名制度。该适用要件过于狭窄，极易被股东规避。比如最高人民法院(2022)最高法民再 215 号案件中，虽然事实认定股东认缴出资额 5,940 万元，确认抽逃出资 5,420.2 万元，属于抽逃绝大部分出资的情形，但最高院认为，解除股东资格的方式相较于其他救济方式更为严厉，也更具有终局性，所以除名制度的适用场合应限定在股东未履行出资义务或者抽逃全部出资的情形，而未全面履行出资义务或者抽逃部分出资的股东不适用除名制度。最终，最高院撤销了原二审、一审判决，未认定解除股东资格的股东会决议合法有效。除名制度作为“全有全无”的设计模式，不能泛滥于所有的瑕疵出资情形，但过于严苛适用，实际上不利于保护公司、公司其他股东以及外部债权人的利益。

其次，即使股东的瑕疵出资满足《公司法解释三》规定的适用要件，在公司催告后，如股东仅缴纳或者返还部分出资的，公司再召开股东会将该股东除名，该除名决议具有争议。(2016)沪 01 民终 9059 号案件中，股东抽逃全部出资款 560 万元后，经公司发函催告，股东仅还款 5,000 元，因此公司召开了股东会，决议解除该抽逃出资股东的股东资格。在确认股东会决议效力的诉讼案件中，该股东又还款 2,295,000 元。一审上海市浦东新区人民法院、二审上海市第一中级人民法院均认为该股东的行为不属于抽逃全部出资，因为该股东先后还款合计 230 万元，其抽逃出资的错误已得到部分改正，最终法院没有认可除名决议的效力。我们认为，股东在催告后还款 5,000 元，明显为规避除名的适用要件，实际上并无向公司返还出资的意思表示，公司有权通过股东会决议的形式解除其股东资格。至于该股东在诉讼中又还款 2,295,000 元，因为公司已做出有效的除名决议，除名作为公司解决内部纠纷的一种机制，法院应当维护公司内部治理的秩序效力、不当过分干涉公司的自由意志，除非公司事后追认该股东的还款行为。但受限于《公司法解释三》对除名制度的设计，除名制度在具体适用时常引发此类争议。

最后，如股东一分未缴或者抽逃全部出资，公司先行通过诉讼的方式要求股东出资、再作出除名决议，公司意图穷尽所有手段去追责股东的举动也可能导致后续的除名决议无效。在(2022)最高法民再 215 号案件中，最高人民法院认为，公司已通过诉请股东返还抽逃出资的方式进行了权利救济，并在生效判决中得到支持，若本案认可公司通过解除股东资格的方式再行权利救济，对股东而言属于双重惩罚，亦会产生两份生效判决相互矛盾的后果。因此，最高院不予认可除名决议的效力。由此，也产生疑问，该判决是否意味着公司以诉讼方式要求股东履行出资义务与公司作出除名决议，只能二选一。

综上，一旦股东小部分出资或抽逃绝大部分出资，或在公司催告后缴纳或返还过部分出资，或公司对股东提起出资诉讼后又主张除名的，此时且不论除名决议程序争议（譬如合理期限究竟要多长、除名决议通过的表决权比例要求究竟是二分之一还是三分之二以上、被除名股东是否享有表决权），除名制度在实体上就存在诸多适用上的争议。因此，**虽然除名制度具有很强的攻击力，但在大多数情况下难以发挥其作用，只是哑炮式的法律武器。在现行《公司法解释三》规定下，除名制度较难实现其立法旨。**

二、失权制度：新《公司法》对维护公司资本充实的重新构造

如前文所述，除名制度因其法律效果的严苛性致使适用上的局限性，因此，新《公司法》通过第五十一条、五十二条重新安排了失权制度。我们将除名制度和失权制度进行对比，具体如下表：

要件	除名制度	失权制度
适用要件	未履行出资义务或者抽逃全部出资	未按期足额缴纳出资
前置要件	经公司催告且在合理期间仍未缴纳或者返还出资	公司催告：发出书面催缴书，宽限期不得少于六十日
决议要件	股东会决议	董事会决议
通知规则	/	自失权通知发出之日起，股东丧失其未缴纳出资的股权
后续变动	减资；由其他股东或者第三人缴纳相应的出资	减资或转让，六个月内未减资或转让的，其他股东足额缴纳相应出资
法律责任	被除名股东对债权人承担补充赔偿责任	/
救济措施	被除名股东请求确认该除名行为无效	股东接到失权通知之日起三十日内，向法院提起诉讼
适用对象	有限责任公司	有限责任公司、股份有限公司

从上述表格可以看出，在新《公司法》体系下，失权制度是现行除名制度的迭代，将原有的直接解除股东资格的法律效果调整为按未出资的股权比例收回股权的法律效果，且精细化设计了失权的操作路径。失权制度致使董事、出资股东以及其他股东面临新的法律责任。因此，我们将站在这三个主体的视角，解析三个主体在失权制度下各自的法律责任以及适用上的注意事项。

（一）董事会：承担核查、催缴出资责任且不应局限于“未按期足额缴纳出资”

从除名到失权，适用要件的演变

法规	适用要件
《公司法解释三》	未履行出资义务或者抽逃全部出资
《公司法（草案一）》	未按期足额缴纳出资，或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的
新《公司法》	未按期足额缴纳出资

从上表可以看出，在设计失权制度的适用条件时，新《公司法》先后删除了除名制度的抽逃出资以及草案中的非货币财产出资不实的要件前提。该举动也引发了学术界对于股东抽逃出资、非货币财产出资不实时，董事会能否决议股东失权的讨论。学术界部分学者认为此举是立法者的有意为之，且根据文义解释，应当解读为抽逃出资、非货币财产出资不实不能适用失权制度。相反，也有学者认为，从举轻以明重的解释来看，抽逃出资、非货币财产出资不实的股东主观过错更严重，股东更应当被剥夺股权。就该问题，我们倾向于认为，在目前较为保守的司法实务中，除非立法者在相应司法解释中明确支持抽逃出资、非货币财产出资不实可以适用失权，法院较难突破新《公司法》下的文义解释支持董事会直接剥夺抽逃出资、非货币财产出资不实的股东的股权。

但是，无论抽逃出资、非货币财产出资不实是否可适用失权制度，都不意味着董事会在前述情形下无核查、催缴义务。新《公司法》将公司治理结构从“股东会中心主义”转变为“董事会中心主义”并大大强化了董事会的资本充实责任，公司设立后的所有股东出资行为，董事会均有核查、催缴义务。一方面，新《公司法》第五十三条第二款规定，股东抽逃出资的，“负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任”，该表述改变了《公司法解释三》认定的责任主体为“协助抽逃出资”的范围，此时“负有责任”的董事是否包括消极不作为的董事呢？我们认为，在某些特殊案情下可以做扩大解释，这种解释未超出文义解释的范围。另一方面，对于非货币财产出资，董事会还应当独立于股东做出商业判断，判断股东的非货币财产是否高估作价、股东是否将出资财产交付给公司使用或者股东是否办理权属移转登记手续等。

因此，**董事会发现股东抽逃出资或非货币财产出资不实的，不能当然认为其不负有核查出资责任而放任股东。**我们建议，董事会应当向该股东发函询证，要求股东就出资瑕疵进行说明，如果董事会对股东的说明仍存有疑虑，可以参照新《公司法》失权规定，发出书面催缴书，要求股东在不少于六十日的宽限期内返还或补足出资。

（二）出资股东：勿意图利用失权逃避出资责任，因失权不应等于免除出资责任

从除名到失权，除名/失权股东责任的演变

法规	除名/失权股东责任
《公司法解释三》	在减资或者其他股东或者第三人缴纳出资之前，公司债权人请求相关当事人承担相应责任，人民法院应予支持
《公司法（草案一）》	/
《公司法（草案二）》	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
《公司法（草案三）》	/
新《公司法》	/

从公司法草案的几经调整来看，失权股东是否应对公司或者债权人承担出资或者赔偿责任，立法者在设计时有过明显的纠结和摇摆。最终新《公司法》没有规定，看似豁免了失权股东的相关责任。此时通常理解为：倘若让股东在失权后承担出资责任，似乎违背“权利义务相一致”的原则。

但是，我们也认为，倘若股东因自己的不法行为豁免出资责任，将变相让股东逃避出资责任：当公司经营不善时，股东可以指示自己委派的董事将自己失权，此时公司减资或出资责任移转至不具有出资意愿或者出资能力的其他股东身上，将损害其他股东以及债权人的利益，违反失权制度的立法本意。对于失权股东的法律责任，德国法规定，丧失股权并不免除股东的出资责任，甚至惩罚该股东同时丧失已经缴纳出资的股权。因为学界认为，股东享有股权，并基于股权由此享有在过去持续期间内对公司的表决权以及特定情况下的控制权或分红权，但股东却未支付对价、履行出资义务。因此，即使股东丧失股权，也不应免除其债务，否则违反公平原则，也无法起到维护资本充实、惩罚违背诚信行为之作用。参照前述制度设计，虽然新《公司法》尚未明确失权股东要对公司或者债权人承担法律责任，但我们认为，出资股东切不可认为其可利用失权制度逃避出资责任，后续司法实践处理、出台的相关司法解释将有可能就失权股东对公司及债权人的法律责任作出进一步回应。

（三）其他股东：对新《公司法》规定的强制性补足出资责任，可以抗辩责任后置

新《公司法》第五十二条规定，对于公司收回的股权，应当依法转让或者减资并注销该股权，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。在公司经营不善、存在负债时，通常其他股东和第三人不愿意受让股权，此时公司可以减资，但要么债权人提出异议、要求提前清偿或者提供担保，致使无法推进减资，要么未书面通知债权人，完成减资后仍应依据新《公司法》的第二百二十六条规定恢复原状，恢复原状后、因该股东已被失权，如按照失权制度的规定设计，则应由其他股东按照出资比例缴纳相应出资。因此，相较于《公司法解释三》的规定，有理由认为新《公司法》实际强制其他股东对收回股权的出资款承担兜底的补足责任。

这一规定虽然有利于维护公司资本充实以及债权人利益，但本质上有违股东的有限责任，因为股东超越了其认缴的出资额为限对公司承担责任。我们认为，为维护有限责任制度，其他股东的补足出资责任应当是最后的兜底措施，即在穷尽所有手段后仍不能补足收回股权对应的出资款时，方能要求其他股东补足出资。

比如，前手股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的，根据新《公司法》第八十八条规定，由后手股东承担出资义务，如后手股东未按期足额缴纳出资的，前手股东对后手股东的出资承担补充责任。此时，公司收回后手股东的股权，前手股东仍应对后手股东的出资承担补充责任（前提是失权不免除后手股东的出资责任）。参照德国法，如果股东存在权利前手，则所有的权利前手均承担出资责任（权利前手在缴足出资后取得相应的股权）。如果不存在权利前手或者无法从权利前手处获得出资款，公司可将该股权公开拍卖。在上述途径仍然不能将股权对应的出资额补足时，其他股东才负有补足出资的义务。因此，虽然新《公司法》没有明确规定相比前手股东，其他股东对失权股东出资上的后位补足责任，但结合新

《公司法》第八十八条等法条予以体系解释，有认定其他股东在补足出资责任上的后位性的可能。

综上，从除名到失权，立法者通过重新构造失权制度的适用要件、操作路径减少了失权制度的适用争议，有利于维护公司资本充实，保护债权人利益。但失权制度也给公司的董事会、出资股东以及其他股东带来新的责任和义务，任何一方都不能简单地解读失权制度的法律效果：董事会不能认为其仅对“股东是否按期足额缴纳货币出资”负有核查、催缴义务，出资股东不能因为新《公司法》没有规定其失权后的法律责任就认为其失权后就可以“高枕无忧”，其他股东也不必过于担忧其补足出资责任。

本文中，不少观点系我们结合现行除名制度及德国法下股东失权的法律构造，对失权制度在实务中可能面临的场景及问题进行的探讨。因失权制度系新《公司法》在我国的重新构造，实务中的观点不一，后续的实践操作尚有待进一步观察、分析，我们也期待各位读者可以与我们一同交流、研究。

（本文首发于 2024 年 3 月 5 日）

新《公司法》对债权人进行坏账追偿的五大影响

徐沁芳、陈楚翘

回顾 2023 年，在文娱领域的司法裁决中，我们见证了数个引人瞩目的里程碑案件，从首个“虚拟数字人”著作权侵权案到首例影视剧台词声音权纠纷案，再到首个 AI 生产图片著作权侵权案。与此同时，亦有此前备受关注的“持久战”在 2023 年落下帷幕。这些案例不仅反映了数字化时代下法律挑战的多样性，也在知识产权、合理使用和平台责任等方面提供了深刻的思考和观点。债务人公司到期不能清偿债务、债权人如何更进一步求偿的复杂疑难商事争议解决案件，星瀚有着多年的诉讼经验和深入的实务研究。律所内部专设了坏账追偿小组，就债权人的追偿路径形成《坏账追偿手册》，主要三大追偿方向：一是主张人格混同；二是对股东主张出资责任；三是债权人主张债务人恶意转移公司财产的法律责任。

2024 年 7 月 1 日，新《公司法》即将施行，对债权人向债务人公司追债产生重大影响。本文将从五个角度分析新法施行给坏账追偿带来的影响，有利于债权人理顺对应收账款的追偿路径、诉讼策略。

一、对认而不缴的股东，出资加速到期有了更有力的法律依据

2013 年修正的《公司法》规定完全认缴制、取消出资期限要求，致使市场出现大量对注册资本认而不缴的企业，也引发大量债权人要求股东出资加速到期的诉讼案件。关于债权人能否要求股东提前出资的问题，《九民纪要》规定，在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人要求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。只有两种情形除外：1)公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；2)在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

新《公司法》第五十四条规定，公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。

相比《九民纪要》，新《公司法》的效力层级更高，债权人要求股东提前出资有了更明确的法律规定。其次还有两点明显的调整：一是对于股东出资加速到期的法律要件予以放宽，从要求债务人具备破产原因（不能清偿到期债务的，且明显缺乏清偿能力的）调整为不能清偿到期债务即可。二是对于出资加速到期的法律效果采取了“入库规则”，即股东提前缴纳的出资应当归入公司的责任财产，而非优先清偿于个别债权人。

此时债权人可能会产生疑问，如果起诉要求股东出资，是否就让其他债权人“搭便车”？这一点实际上可以通过技巧在诉讼实务中实现，保障债权人追债的性价比。并且，由于出资加速到期的条件放宽，债权人有可能将债务人与股东一并列为基础债权债务诉讼案件的共同被告，诉请债务人承担债务、股东出资加速到期、在债务人不能清偿的部分承担补充赔偿。此时，一个诉讼案件、一次诉讼程序能够一次性追偿欠债公司和股东两方的法律责任，将大大节约债权人追偿的时间、人力以及金钱成本。当然这一点在法院立案层面能否实现，还有待检验。

二、转让股东不当然豁免出资义务

债权人追索股东责任，不仅仅限于当前的股东，还会着手追究前手转让股东。此前，根据《公司法解释三》第十八条，仅限于转让股权时实缴期限已经到期的股东需承担责任。对于出资期限未到的转让股东，法院通常会综合各种因素（包括股权转让时间点、股权转让对价、股权转让双方的关系）综合判断股东是否存在通过转让股权逃避出资责任的恶意，因此判断是否要求转让股东承担责任，具体可见《股东能否通过转让股权豁免出资义务？》一文。

新《公司法》第八十八条第一款规定，股东转让未届期股权的，由受让股东承担出资义务；受让股东未按期足额缴纳出资的，转让股东对受让股东未按期缴纳的出资承担补充责任。

因此，新《公司法》厘清了未届期股权转让后的出资义务分配问题，即由受让股东承担，但转让股东也不能脱责；如受让股东在认缴出资期限到期后仍不缴纳的，转让股东承担补充责任。此时引发一个问题，在受让股东未能缴纳出资且适用加速到期制度时，债权人能否同时依据新《公司法》要求转让股东加速承担补充责任？有学者认为，加速到期后未出资不属于未按期缴纳出资，因此债权人不能要求转让股东加速承担补充责任。我们倾向于认为，股东出资是公司的责任财产，基于资本效率最大化的原则，法律允许股东以约定出资期限的方式留有空间，但是法律另外规定的除外。而法定加速到期可以认为是一个除外规则。因此，法定加速到期后未出资的，也应归入“未按期缴纳出资”的情形，转让股东仍应承担补充责任。且转让股东承担补充责任本身就是为了避免股东以转让股权的形式逃避出资，若允许转让股东享有出资期限利益，仍留给股东以转让股权方式逃避出资的空间。关于本条规定最终的司法口径和实务运用，我们也拭目以待。

三、抽逃出资责任范围扩大到“负有责任的董监高”

股东抽逃出资的，《公司法解释三》第十四条第二款规定，协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人应当与该股东承担连带责任。

新《公司法》第五十三条第二款规定，股东抽逃出资给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。

此处系新《公司法》对董监高承担连带责任的唯一规定，可见对抽逃出资这类恶意侵害公司财产的行为，新《公司法》要给予严厉打击和惩处。且细读后会发现，新《公司法》有两点细微的变化：一是责任主体的限定词表述从“协助抽逃出资”调整为“负有责任”；二是增加了监事的责任。至于实际控制人，根据新《公司法》第一百九十二条亦可要求其与董事、高管承担连带责任。

四、可要求违法减资的股东退还资金、恢复原状

对于股东违法减资的，无论是现行《公司法》还是司法解释，都没有规定股东的法律责任。实务中对该问题的解决思路是**认定违法减资实质上与抽逃出资无异，类推适用抽逃出资规定，要求股东在违法减资范围内承担责任**。但有观点认为，若股东并未实际撤回出资，公司减资前与减资后的财产未发生变化，未导致公司对外承担责任的财产减少或偿债能力下降，因此违法减资不应类推适用抽逃出资的法律规定。

新《公司法》第二百二十六条规定，违反本法规定减少注册资本的，股东应当退还其收到的资金，减免股东出资的应当恢复原状；给公司造成损失的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

根据新《公司法》的规定，股东实际取得违法减资款项的，应向公司返还财产，也就是适用“入库规则”，不再参照适用现行《公司法》司法解释的规定优先清偿给个别债权人。其次，没有实际取得违法减资款项的，股东继续按违法减资前的认缴出资额承担责任。而且，根据新《公司法》第二百二十五条规定，公司减少注册资本弥补亏损的，公司不得向股东分配，也不得免除股东缴纳出资或者股款的义务。因此，即便股东“形式减资”，也不能减免出资责任。

五、追完欠债公司，还可以追股东控制的其他公司

我们办案过程中发现，债务人逃避债务的一种常见方式是移转公司的收入和利润，将公司收入和资产转移到其他没有欠债的关联公司主体中。但是，限于公司的有限责任制度，债权人很难直接向欠债公司的关联公司主张权利。对此，《九民纪要》规定，控制股东或实际控制人控制多个子公司或者关联公司，滥用控制权使多个子公司或者关联公司财产边界不清、财务混同，利益相互输送，丧失人格独立性的……**可以综合案件事实，否认子公司或者关联公司法人人格，判令承担连带责任。**这也是我们常说的横向人格混同。坏账追偿小组此前就利用《九民纪要》的该规定为债权人追索股东的关联公司，成功为债权人追回了千万元的损失。（具体见《星瀚代理光明集团旗下公司在人格混同系列案件中胜诉》）

新《公司法》第二十三条第二款规定，股东利用其控制的两个以上公司滥用法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。

此次新《公司法》将横向人格混同责任上升到法律层面，将有利于规制股东的前述恶意逃避债务的行为。

综上，本文中提及的转让股东、抽逃出资股东、违法减资股东的法律责任，新《公司法》并没有规定债权人是否有权直接向前述股东主张出资责任，这有待于后续出台的司法解释予以进一步回应。也有观点认为，新《公司法》意识到股东出资是公司的责任财产，债权人代位主张后，出资财产也应该归于公司所有。因此，如若债权人有权向转让股东、抽逃出资股东、违法减资股东主张出资责任，法律效果应当同股东出资加速到期一致，适用入库原则。我们认为，适用入库原则后，债权人更需要通过专业律师衔接好基础债权诉讼与出资追偿诉讼的关系，避免入库原则影响到债权人的追偿结果。但无论如何，新《公司法》为债权人提供了更广阔的维权路径，有利于持续优化营商环境。

（本文首发于 2024 年 3 月 27 日）

星瀚文娱

一文带你回顾上一年度文娱行业 15 大典型案例

星瀚文娱体育法律中心



回顾 2023 年，在文娱领域的司法裁决中，我们见证了数个引人瞩目的里程碑案件，从首个“虚拟数字人”著作权侵权案到首例影视剧台词声音权纠纷案，再到首个 AI 生产图片著作权侵权案。与此同时，亦有此前备受关注的“持久战”在 2023 年落下帷幕。这些案例不仅反映了数字化时代下法律挑战的多样性，也在知识产权、合理使用和平台责任等方面提供了深刻的思考和观点。

2023 年，星瀚文娱体育法律中心为客户每月整理并发送文娱体育行业观察，本文我们从中筛选了最具参考价值的 15 个典型案例。希望这份合集能为各位提供一个全面了解 2023 年文娱司法发展的窗口，为业内同仁和关注文娱法律的读者提供洞见和启发。

1、绕开防沉迷机制鼓励未成年人代练王者荣耀，构成不正当竞争（3 月）

被告北笙公司运营的“代练帮”平台以返现和专区设立等手段诱导包括未成年人在内的用户，进行商业化游戏代练交易。经法院审理，北笙公司利用商业化代练交易扰乱市场秩序，损害游戏机制、实名制和“防沉迷”规定，侵害用户权益。法院认定北笙公司构成不正当竞争，要求立即停止服务，并赔偿两原告经济损失 80 万元，以及维权费用 18.5 万元。

微评

该案件反映了在数字化时代，特别是游戏行业，维护游戏市场秩序和保护未成年人利益的必要性。判决为游戏产业树立了一道法律界限，警示了平台运营者应重视未成年人保护并遵守相关法律法规的责任。

2、杭州互联网法院判决首例涉“虚拟数字人”侵权案（4月）

2023年4月，杭州互联网法院审理了首个“虚拟数字人”侵权案。法院认为虚拟数字人作为一种人工智能技术的具体应用，仅是作者进行创作的工具，不具有作者身份。但同时，虚拟数字人 Ada 系真人驱动型数字人，该形象具有独创性，属于美术作品。未经许可使用 Ada 形象的视频构成著作权侵权。最终，法院认定涉案视频侵犯了原告的信息网络传播权，同时构成不正当竞争。

微评

本案判决首次对于虚拟数字人从创建到使用过程中涉及的多方主体的著作权或邻接权进行界定，厘清了虚拟数字人的表演者权归属，彰显了依法保护打造和驱动虚拟数字人背后的知识产权的价值取向。

3、“捧一踩一”，网红直播带货“翻车”判赔20万（4月）

该案系关于直播带货涉嫌商业诋毁的典型案。淘宝直播主播“雪梨_Chérie”有1700多万粉丝，影响力极高。其在推介“帮宝适拉拉裤”时发表关于竞争品牌的负面、误导性评价，误导观众，构成商业诋毁。同时，法院认定直播运营平台以及直播账号的注册主体应承担连带责任。

微评

在“直播带货”逐渐成为主流营销模式的当下，无论是“头部网红”带货还是明星代言，都应适度、客观的对自身商品进行如实客观地推介。此外，该案也对直播活动的经营者以及主播的MCN机构提出了注意义务，避免因主播侵权而承担法律责任。

4、“今日油条”侵权“今日头条”？抖音一审败诉（4月）

2023年4月，广州知产法院对备受关注的“今日头条”诉“今日油条”侵权及不正当竞争纠纷案作出判决，驳回了抖音的全部诉请。法院认为两者的商标在构成要素上并不相似，不存在混淆或侵权。尽管“今日头条”是常用词汇，但在餐饮领域并不存在与抖音公司的直接竞争，也未造成驰名商标的损害。

微评

虽然对驰名商标进行特殊保护是必要和正当的，但是，对于驰名商标的特殊保护，应当基于利益平衡原则合理划定保护界限，避免对市场自由和公平竞争空间的随意挤压。

5、金庸诉《此间的少年》案终审判决，《此间的少年》构成著作权侵权和不正当竞争（5月）

2016年，金庸将江南告上法庭起诉《此间的少年》侵权，被誉为“同人作品”第一案。该案一审判决后原被告均提起上诉。2023年5月，广州知产法院对该案作出终审判决。经审

理认定，金庸原著中的 60 多个人物组成的人物群像在角色名称、性格特征、人物关系、人物背景等都体现了金庸的选择、安排，属于著作权法保护的“表达”。《此间的少年》多数人物名称、主要人物性格、人物关系与金庸涉案小说有诸多相似之处，存在抄袭剽窃行为，侵害了涉案作品著作权；同时，2002 年首次《此间的少年》出版时将书名副标题定为“射雕英雄的大学生涯”，借助《射雕英雄传》的影响力吸引读者，构成不正当竞争。

微评

该判决结果实现了此类案件的三个突破，具有极高的借鉴价值。**其一，实现了文学作品“表达”概念突破**——将事件的发生、发展的先后顺序、人物设置等具体化情节纳入表达之内；**其二，人物形象“整体化”认定突破**——一定数量的人物角色组成的人物群像体现了作者的选择、安排，属于著作权法保护的“表达”；**其三，社会需求与法律限制的平衡突破**——因案涉作品是一部文学水准较高的同人作品，且与原告的作品分属不同文学作品类别，读者群亦有所区分，故而综合考虑了著作权法的直接目的和最终目的，判定不停止侵害，但需支付费用。

6、网易诉《三国志·战略版》一审判赔 5000 万（5 月）

2023 年 5 月，《率土之滨》诉《三国志·战略版》著作权一案宣布一审结果。广州互联网法院认定，《三国志·战略版》构成著作权侵权，判令对方需停止侵权，并赔偿 5000 万元。经审理，《三国志·战略版》创设了大量的游戏规则，建立了新的游戏整体架构，网易公司主张《三国志·战略版》游戏停运的要求被依法驳回。据悉，被告公司已经提起上诉。

微评

近年来，以游戏规则、游戏玩法为著作权保护核心的争议案件层出不穷，但游戏规则、玩法和机制本身属于思想层面的产物，该案首次开创性地将游戏规则认定为著作权法保护“表达”，具有一定的创新价值，该案的判决结果也引发了各界的讨论和思考。

7、全国首例网游诉游乐园 IP 侵权案宣判，法院判令被告赔偿盛趣游戏 160 万元（5 月）

2023 年 5 月，上海市浦东新区法院就盛趣游戏起诉的“龙之谷”“华昌龙之谷”乐园侵害《龙之谷》商标权作出一审判决。该案中，被告在游乐园内部显著位置标示“龙之谷”字样，在宣传中突出使用前述字样，并以前述文字组合为名注册公众号和微博账号等行为侵害了盛趣游戏的《龙之谷》注册商标专用权。最终，法院认定构成侵权，判令被告立即停止侵权、赔偿 160.3 万元。

微评

本案是网络游戏行业针对主题乐园未经许可擅自使用知名游戏名称构成商标侵权的典型案件，对于具有较高市场价值的 IP 全方位、多角度的知识产权维权具有示范作用。

8、有期徒刑四年+罚金 2000 万元！全国最大“吃鸡”游戏外挂形式案件一审公开宣判（7 月）

2023 年 6 月，昆山市人民法院对被告人何某良、王某端非法销售《和平精英》“鸡腿”外挂程序刑事案件进行一审公开宣判。经审理查明，2018 年 9 月至 2021 年 1 月期间，两被告人通过境外聊天软件与境外游戏外挂运营团队勾连，通过搭建网站，采用比特币交易结算等

方式，向国内外玩家销售针对腾讯公司旗下《和平精英》《PUBG MOBILE》游戏的“鸡腿”外挂程序，从中获利近人民币三千万元。最终，法院对两被告人均以侵犯著作权罪判处有期徒刑四年，并处罚金人民币二千万元，同时追缴违法所得及孳息。

微评

网络游戏空间不是法外之地，此类未经授权获取、修改网游内存数据架设外挂程序的行为破坏了网络游戏的正常操作流程和正常运行，损害了网络游戏著作权人的利益、信誉的行为，同样需要在现实世界中承担法律责任，情节严重的，还将触及刑事犯罪的红线。

9、2000 万没了？二审法院改判《奶块》对《我的世界》不构成侵权（8 月）

2023 年 8 月，广州知识产权法院公布了网之易诉华多、虎牙侵犯游戏著作权一案的二审判决，认定《奶块》不构成对《我的世界》著作权侵权或不正当竞争，撤销了判赔网之易 2000 万元的一审判决，并驳回网之易的全部诉讼请求。二审法院认为，《奶块》与《我的世界》游戏元素组合所形成的多个要素系统并不完全相同，且两款游戏在玩家角色设定、游戏特色系统、游戏任务设置等均不同，玩家以此为基础的游戏体验也不相同，故难以认定《奶块》整体抄袭了《我的世界》游戏玩法规则。

微评

《我的世界》是第一人称沙盒游戏的代表，但在知名游戏逐渐代表其品类的趋势下，一定程度的“致敬”符合商业运作规律，在“致敬”不等于“照搬”且不涉及“搭便车”的情况下，法律将尊重和保护这种商业运行的规律。

10、泡泡玛特因阿迪新疆棉事件推迟合同履行，被判赔金额超 1687 万元（8 月）

2023 年 8 月，泡泡玛特公司与阿迪达斯公司申请撤销仲裁裁决民事裁定书公开。2021 年 1 月，泡泡玛特与阿迪中国签订协议授权阿迪中国使用其商标设计、制造、销售、推广双方联名产品，2021 年 3 月因阿迪抵制新疆棉事件曝光，泡泡玛特多次提出推迟履行合作协议，阿迪中国遂提起仲裁程序。裁决认为，阿迪抵制新疆棉事件是普通舆情，不应影响双方的合同履行，泡泡玛特行为构成根本违约。

微评

该案一经公开即受到社会各界广泛关注和讨论。从情理上来说，泡泡玛特因支持国家和考虑民族感情而拒绝与抵制新疆棉的阿迪达斯履行合作协议是完全合理、正义的；但从合同履行的角度来说，确实是泡泡玛特迟延履行合同义务，违约在先。对于泡泡玛特来说，虽然因为证据不足承担了相应的法律责任，但也在另一层面赢得了社会公众的认可和尊重。

11、“你这瓜保熟吗？”——全国首例影视剧台词声音权纠纷宣判（10 月）

2023 年 10 月，成都互联网法院对全国首例影视剧台词声音权纠纷案当庭宣判。经审理，二被告未经孙红雷本人同意，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，构成声音权益侵权，最终判决二被告向原告孙红雷赔礼道歉并赔偿原告经济损失 3 万元。

微评

本案是全国首例影视剧台词声音权纠纷案。虽声音的可识别性相较于肖像来说较弱，但在民法典中，声音权参照肖像权保护的规定。在过去的司法实践中，声音权侵权集中在商标等著作权方面，而这次则是人格权，这一案件也将为后续的商品化形象权保护带来一定的参考价值。（点击阅读：《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）》《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）》）

12、优酷诉喜马拉雅案二审改判：喜马拉雅未构成侵权（10月）

2023年10月，优酷指控喜马拉雅等公司侵犯作品信息网络传播权案二审宣判。优酷拥有综艺《圆桌派》第三、第四季的信息网络传播权。其发现喜马拉雅名下软件中有用户上传了相关节目音频内容，遂提起诉讼。一审法院认定喜马拉雅应承担帮助侵权的责任。后喜马拉雅提起上诉，二审法院认为喜马拉雅并不具有明确知晓或应当知晓的情况。其算法推荐与人工推荐有所区别，不能自然推断其知晓侵权内容的存在。因此，二审法院改判喜马拉雅未构成侵权。

微评

算法技术发展背景下，传统的“通知-删除”规则确立的网络服务提供者的注意义务难以有效应对网络版权侵权行为。算法推荐第一案提出算法推荐服务提供者应承担较高的注意义务，但并未就注意义务之界定提出具体标准。而本案中，**法院首次明确：算法推荐技术不必然突破避风港原则。**

13、“米芝莲”侵权“米其林”判赔1000万元（11月）

2023年11月，湖北高级人民法院就商标权和不正当竞争纠纷案作出二审判决，驳回上海米芝莲餐饮管理有限公司的上诉，并维持原判。判决要求米芝莲立即停止侵权，并赔偿1000万元。法院认为“米芝莲”在粤语中对应“MICHELIN”，尽管“MICHELIN”中文翻译之一为“米其林”，但有相关报道和词典认定“米芝莲”经长期宣传、具有一定影响力，应予以保护。上海米芝莲的商标使用行为淡化了米其林公司的商标，具有主观恶意，构成对商标权的侵害。此外，米芝莲公司将“米芝莲”作为企业字号，故意借用他人商誉，造成不正当竞争，须停止该字号使用。

微评

驰名商标较之普通商标而言，积淀了更多的劳动付出，凝结了更高的商誉，具有更高的价值，故法律给予驰名商标更严格的保护。本案的判决，打击了意图利用外国商标的不同译名攀附驰名商标的不正当竞争行为。

14、AI生成图片著作权侵权第一案宣判（11月）

2023年11月，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。原告李某使用AI生成涉案图片后发布于小红书平台，被告未经许可，发布文章配图使用了原告该AI生成的图片，原告遂起诉。一审法院认为，从原告构思涉案图片起，到最终选定涉案图片止，原告进行了一定的智力投入，比如设计人物的呈现方式、选择提示词、安

排提示词的顺序等。涉案图片体现了原告的智力投入，具备了“智力成果”要件，应受到著作权法的保护。

微评

自生成式人工智能诞生之日起，其版权归属问题一直引发热议。不少观点认为，该案尝试探索了一些有关 AI 生成内容的规则，但判决只能立足于对个案中的争议定分止争，在无法通过制定专门法律对 AI 生产内容的法律属性、权利义务进行明确之前，暂时不宜给与著作权法上的作品保护。

15、“爱马仕主题公寓”侵权判赔 200 万，“爱马仕”获认驰名商标予以跨类保护（11 月）

2023 年 11 月，爱马仕与山东沪港建业房地产开发有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案判决公布。一审法院经审理认定爱马仕商标构成驰名商标，沪港建业公司销售“沪港中心爱马仕主题公寓”，在公众平台大量使用“爱马仕”、“HERMES”等商标进行宣传等行为侵犯爱马仕商标权，且构成不成的竞争。被告提起上诉，二审法院驳回上诉维持原判。

微评

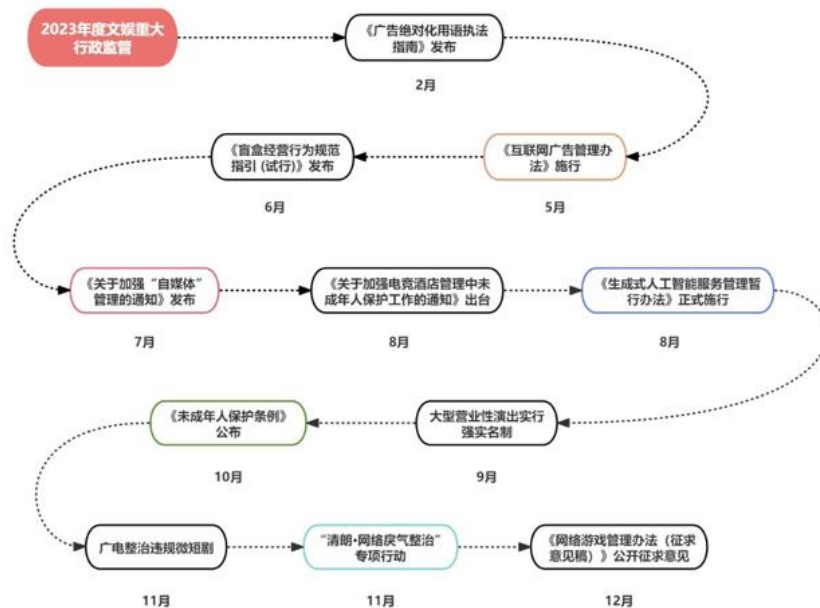
本案中法院通过支持爱马仕商标认驰并予以跨类保护，有力地制止了侵权人的商标侵权行为，有效践行了我国目前强化知识产权保护、严惩恶意侵权人的司法政策方向，对于类案裁判具有指导意义。

2023 年的文娱司法典型案例合集中，我们见证了法律在不断变革的文娱领域中的应对和塑造。未来，我们期待着与各位一起面对文娱产业的发展与挑战，分享更具前瞻性的典型案例。如需获取《2023 年度星瀚文娱行业观察合集》可扫描下方二维码添加“星瀚小星”（riccxing）为好友。下期我们将为大家带来 2023 年度文娱行业行政监管汇总，敬请期待！

（本文首发于 2024 年 1 月 8 日）

请回答 2023！文娱行业监管再回首

星瀚文娱体育法律中心



2023 年，繁花盛开，霓虹闪烁。文娱行业自疫情中复苏，并以其盎然的生命力蓬勃发展。行政监管部门也在这一年针对广告宣传、新兴业态、未成年人保护等多个方面，出台了一系列的政策和法规，并采取了相应的措施。这些监管举措体现了行政部门对市场监管和社会治理的重视，为企业和个人提供了更加明确的行为准则，也为文娱行业的健康发展注入了活力。2023 年，星瀚文娱体育法律中心为客户每月整理并发送文娱体育行业观察，如需获取《2023 年度星瀚文娱行业观察合集》可添加“星瀚小星”（ricc-xing）为好友。在此，我们将上一年度文娱行业的重点法规、监管事件为各位读者进行简要盘点，以期与各位读者一起，更好地了解文娱行业的监管发展趋势。

1、二月：市场监管总局发布《广告绝对化用语执法指南》

2023 年 2 月 25 日，市场监管总局发布《广告绝对化用语执法指南》，为市场监管部门开展广告绝对化用语监管执法提供指引。

《指南》针对《广告法》第九条第三项规定的广告绝对化用语，结合广告监管执法实践，围绕执法有关难点、热点问题作出回应。一是进一步厘清法律适用边界，避免机械化“一刀切”式执法。二是进一步明确执法监管一般原则，《指南》要求在执法中要结合广告内容和具体语境，进行整体把握和判断。三是进一步规范自由裁量权，细化依法不予处罚以及依法减轻、从轻、从重处罚的情形。（来源:市说新语）

微评：《指南》避免了先前对绝对化用语“一刀切”式执法，在可以证明真实性、表述客观真实的前提下，允许广告主宣传自身产品或服务的特点；但仍需提示广告主对绝对化用语审慎使用。

2、五月：《互联网广告管理办法》施行

2023 年 5 月 1 日，市场监管总局修订发布的《互联网广告管理办法》正式施行。《办法》共三十二条，体现了“监管与发展并重”的原则，对公益广告、链接广告、软文种草、弹出广告、直播带货、未成年人保护等热点问题进行了积极地回应。（来源：市场监管半月沙龙）

微评：《互联网广告管理办法》进一步明确了“互联网广告”的定义范畴，并且对互联网广告的行为规范进行了细化，例如，在医疗及“三品一械”广告方面，办法明确“禁止以介绍健康、养生知识等形式，变相发布医疗、药品、医疗器械、保健食品、特殊医学用途配方食品广告。”此外，《办法》对互联网广告平台的审核义务作出了可从轻、减轻或者不予行政处罚的规定，对软文种草广告必须明确标识的规定、将直播营销中涉及的广告行为纳入监管体系等等，都值得互联网广告相关主体注意。

星瀚律师在 2023 年结合文娱领域行业特点与现行法规的要求，针对明星、艺人、主播等主体进行的广告行为，发布《明星直播带货、发布“种草”视频，构成商业广告代言吗？》及《明星代言接洽中，需要注意哪些事项？》等专业文章，后续在广告合规领域，也会继续有专业输出。各位读者如有需要，亦可关注。

3、六月：市场监管总局发布《盲盒经营行为规范指引（试行）》

2023 年 6 月 15 日，市场监管总局印发《盲盒经营行为规范指引(试行)》，为盲盒经营划出红线，推动盲盒经营者加强合规治理。为规范盲盒经营行为，维护公平竞争的市场秩序，保护消费者合法权益，维护社会公共利益，《指引》具体从四个方面予以规范：制定负面销售清单，明确信息披露范围，鼓励建立保底制度，完善未成年人保护机制。（来源：国家市场监督管理总局官网）

微评：近年来，盲盒产品受到众多青睐，也凸显了大量问题。《指引》积极推进企业落实主体责任，明确禁止盲盒经营中出现赌博等内容，倡导理性消费、反对食品浪费，强调知识产权保护，并特别规定未成年人保护相关内容，对盲盒市场的健康发展起到了重要作用，相关从业者也需密切关注。

4、七月：中央网信办发布十三条要求加强自媒体管理

2023 年 7 月 5 日，中央网信办发布《关于加强“自媒体”管理的通知》，从十三个方面对加强“自媒体”管理，要求压实网站平台信息内容管理主体责任、健全常态化管理制度机制。具体要求包括了严防假冒仿冒行为，加强信息真实性管理，加大对“自媒体”所属 MCN 机构的管理力度、限制违规行为获利等。（来源：中央网络安全和信息化委员会办公室）

微评：《通知》要求自媒体平台 and 属地管理部门落实责任，旨在通过斩断违规获利渠道，遏制各项违规营利行为，营造良好的自媒体监管生态，也反应出监管层面对自媒体平台从严监管的趋势。

5、八月：文化和旅游部、公安部出台《关于加强电竞酒店管理中未成年人保护工作的通知》

2023 年 8 月 9 日，文化和旅游部、公安部出台了《关于加强电竞酒店管理中未成年人保护工作的通知》。

《通知》共十五条，坚持包容审慎和“小切口”监管。一是明确业态属性。根据电竞酒店容易产生未成年人沉迷网络问题的特点，将其定性为不适宜未成年人活动的场所。二是明确监管依据。三是建立事中监管制度。四是加强协同监管。同时，《通知》要求地方各级文化和旅游行政部门、公安机关应当会同相关部门，建立电竞酒店未成年人保护协同监管机制，加强信息通报、线索移送、执法联动等工作，引导督促经营者严格落实实名登记、设置未成年人禁入标志、禁止违规接待未成年人等要求，依法查处违规经营行为。（来源：中华人民共和国文化和旅游部）

微评：近年来，电竞酒店行业快速发展，但同时也存在接纳未成年人等引发社会关注的问题。《通知》根据最有利于未成年人原则，严禁电竞酒店违规接待未成年人，切实加强了电竞酒店管理中未成年人保护工作，促进了行业健康有序发展。

6、八月：《生成式人工智能服务管理暂行办法》正式施行

2023年8月15日，由国家互联网信息办公室等七部门联合发布的《生成式人工智能服务管理暂行办法》正式施行。在适用范围上，《办法》规定，AIGC服务提供者利用AIGC技术向中国境内公众提供生成文本、图片、音频、视频等内容，将落入监管范围。《办法》促进发展，鼓励生成式人工智能研发创新；划定底线，推动生成式人工智能向上向善；细化责任，构建生成式人工智能治理体系；强化披露，明确生成式人工智能监管手段。（来源：新华网、互联网教育国家工程研究中心）

微评：2023年是生成式人工智能技术飞速发展的一年。监管政策也往往与与技术进步、行业发展相伴随。《生成式人工智能服务管理暂行办法》是我国首部针对生成式人工智能产业的规范性政策，其强化风险治理，突出分级分类监管，明确了服务提供者作为的内容安全主体责任，鼓励生成式人工智能技术与应用的创新发展。相关责任主体应当注意内容安全、数据安全、个人信息保护、知识产权保护、产品合规、监管手续等各方面的监管要求。

2023年12月，四位画师宣布已起诉社交媒体平台小红书及小红书旗下“TriK”软件的主体公司，称小红书推出的AI绘画图片生成模型TriK更新的图片与其作品相似，平台涉嫌将各画师作品提供给AI学习，侵犯了其合法权益。后续，案件将如何走向、监管政策又会怎样回应此类争议，值得我们关注与思考。

7、九月：大型营业性演出实行强实名制

2023年9月13日，文旅部及公安部联合发布《关于进一步加强大型营业性演出活动规范管理促进演出市场健康有序发展的通知》，该文件适用于观众人数在5000人以上的大型营业性演出活动，并明确了大型演出活动要实行实名购票和实名入场制度，每场演出每个身份证件只能购买一张门票，购票人与入场人身份信息保持一致。除此之外，文件规定了演出举办单位应当建立大型演出活动退票机制，设定合理的梯次退票收费标准，演出举办单位面向市场公开销售的门票数量不得低于核准观众数量的85%。（来源：中华人民共和国文化和旅游部官网）

微评：在演出市场爆火的2023年，强实名制的出台基本断绝了黄牛在二级市场倒卖门票的机会。对于演出举办单位而言，则应当严格落实相关责任，注意强实名制、退票机制，并注意对变更演出内容、假弹假唱、对外公开放票数量限制等问题的合理把控。

8、十月：《未成年人网络保护条例》公布

2023 年 10 月 16 日，国务院总理李强签署国务院令，公布《未成年人网络保护条例》。《条例》已于 2024 年 1 月 1 日起施行。

《条例》共 7 章 60 条，主要内容包括：一是健全未成年人网络保护体制机制；二是促进未成年人网络素养，明确将网络素养教育纳入学校素质教育内容；三是加强网络信息内容建设，禁止任何组织和个人对未成年人实施网络欺凌行为；四是保护未成年人个人信息；五是防治未成年人沉迷网络，规定网络游戏服务提供者建立、完善预防未成年人沉迷网络的游戏规则，对游戏产品进行分类并予以适龄提示。（来源：央广网）

微评：我国第一部专门性的未成年人网络保护综合立法《未成年人网络保护条例》已正式开始实施。《条例》在整治不良弹窗热搜信息、严防网络欺凌、保护个人信息、构建预防网络沉迷防治体系、杜绝非法“戒瘾”恶性事件等方面作出了明确规定。对于网络平台等网络服务提供者提出了全面且必要的要求。

9、十一月：两万多部微短剧被下线，广电总局整治违规微短剧

2023 年 11 月的央视报道显示，自 2022 年以来，广电总局持续开展网络微短剧治理工作，针对部分内容呈现低俗同质化的问题，下线了两万多部微短剧，有效净化了行业生态。针对网络微短剧内容良莠不齐、运营模式乱象频出的现象，广电总局持续开展治理工作，并发布多项管理措施。各网络平台也相继开展对违规微短剧和相关账号的清查处置工作。下一步，广电总局将从 7 个方面加大管理力度、细化管理举措，包括加快制定《网络微短剧创作生产与内容审核细则》；研究推动网络微短剧 App 和“小程序”纳入日常机构管理等。（来源：央视新闻）

微评：微短剧风潮兴起，成了眼下网络视频的“新风口”。广电总局自 2022 年 11 月下旬起，组织开展了“小程序”、短视频平台等网络微短剧专项整治工作，至 23 年底，已下线大量含有色情低俗、血腥暴力、格调低下、审美恶俗等内容的微短剧。该举措净化微短剧行业生态，促使微短剧行业健康发展。也体现出监管层对于新兴业态的关注。

10、十一月：网信办围绕社交、短视频、直播启动为期 1 个月的“清朗·网络戾气整治”专项行动

2023 年 11 月 17 日，中国网信网网站公布《关于开展“清朗·网络戾气整治”专项行动的通知》。中央网信办决定即日起在全国范围内启动为期 1 个月的“清朗·网络戾气整治”专项行动。其中重点提到了集中整治 7 类突出问题：“网络厕所”“开盒挂人”行为；借社会热点事件恶意诋毁、造谣攻击；污名化特定群体、煽动地域对立；斗狠 PK 等低俗不良直播行为；有组织地恶意辱骂举报他人；编造网络黑话、恶意造梗；煽动网上极端情绪。（来源：中央网信办）

微评：自 2021 年起，中央网信办每年在全国范围内均会开展多次“清朗”专项活动。2023 年亦不例外，23 年 3 月，国家网信办副主任牛一兵在国务院新闻办举行的发布会上便介绍了 2023 年“清朗”系列专项行动将面对的 9 大重点问题。23 年 11 月的该次专项行动尤其针对网络戾气，并再次强调要求压实平台责任。清朗行动的要求体现出监管层面当下的关注重点与治理方向，值得每一位自媒体从业者予以关注。

11、十二月：国家新闻出版署发布《网络游戏管理办法（征求意见稿）》公开征求意见
2023 年 12 月 12 日，国家新闻出版署发布《网络游戏管理办法（征求意见稿）》。

《意见稿》拟规定包括网络游戏不得设置每日登录、首次充值、连续充值等诱导性奖励；网络游戏出版经营单位不得以炒作、拍卖等形式提供或纵容虚拟道具高价交易行为；所有网络游戏须设置用户充值限额，并在其服务规则中予以公示，对用户非理性消费行为，应进行弹窗警示提醒等。公众在 2024 年 1 月 22 日前可通过相关途径和方式提出反馈意见。（来源：微博@新浪游戏）

微评：《网络游戏管理办法（征求意见稿）》中，不得设置每日登录、首次充值、连续充值等诱导性奖励，不得以炒作、拍卖等形式提供或纵容虚拟道具高价交易行为等规定，导致当日各大游戏公司市值暴跌，更引发行业热议。该《办法》尚在征求意见中，官方也以正面答复、发布版号等方式予以回应，后续正式下发的《网络游戏管理办法》会如何规定，尚未可知，但游戏行业仍应当积极做好事先合规工作和应对方案。

2023 年，文娱重大行政监管汇总中，我们耳闻了演出市场的人声鼎沸，目睹了人工智能等新兴业态的迅猛发展，也见证了行政监管对文娱行业的回应与指引。2024 年，我们将继续怀揣赤子之心，与各位一起见证文娱行业的发展与挑战，关注解读新的、重大的监管举措。

一年一瞬，江湖再见。

（本文首发于 2024 年 1 月 15 日）

明星、艺人代言合作期间的合规要点：《广告法》视角下的探讨

李凤翔、金宸

本期文章我们依旧从《广告法》的角度来探讨，品牌背调完成、艺人与品牌方有意合作，双方自磋商合作协议起至合作协议到期这段时间（“代言合作期间”），艺人一方需注意的合规问题。由于艺人的各项商务合作中，以正式商务代言合作的持续时间更长、合规风险更高，故我们仅以正式的商务代言合作为例来进行探讨。

一、合同磋商中应注意的重点条款

（一）确认肖像授权具体方式及范围，确保享有含艺人形象之物料的审核、最终确认权

“人格权授权”条款是商务代言合同中的重要条款之一，一般包括产品平面图片、视频、文案等社交媒体图文中的“人格权元素”的授权使用期限、地域、范围、方式、使用要求等。《广告法》角度“人格权授权”条款的合规思路重点包括以下内容：

（1）代言人应确保合同明确，授权使用范围必须为合同项下双方明确约定的代言产品。避免品牌方在未经过背调、合规审查的非代言产品，甚至是法律禁止代言产品上擅自使用代言人形象。

（2）代言人应确保合同明确授权使用方式，比如，应明确约定或通过书面确认、补充约定，其人格权元素仅能使用在合同项下某具体产品包装或容器、某具体的产品宣传推广活动的宣传展板中等等，确保每一类型的含代言人形象的宣传物料均经过代言人确认。

（3）代言人应确保合同明确了物料具体使用要求，其中比较重要的是代言人应确保对含有其人格权元素的全部宣传物料有审核、最终确认的权利。通常，代言人对该条款会较为强势，如代言人处于相对弱势的谈判地位，可在约定中给予一定让步，但至少要保证代言人对品牌方设计和使用的物料具有一定的话语权。

该条款属于代言人应当着重注意的条款，其保障的是后续合作过程中，代言人对含有其人格权元素的宣传物料的合规控制权。一方面含有代言人人格权元素物料的合规严重影响其本人的法律风险，另一方面品牌方本身是否会因不合规物料而招致行政处罚、口碑受损，都与代言人本人的商业风险密切相关。毕竟，代言人作为公众人物，良好的口碑亦是其商业价值的基础之一。

（二）确认艺人、工作室、品牌方官方微博、抖音等社交平台发布文案、图片、视频数量及相关物料的保留期

通常，经过代言人法务团队或律师团队审核、确认过的宣传物料（如宣传图片、社交平台文案、宣传视频等）所涉法律风险较低，但考虑到部分艺人的议价能力和谈判地位不足，可能导致仍存在部分风险，或因相关政策、法规修订而产生新的法律风险。故艺人方应对相关发布物料的种类数量及保留期有明确约定，以便在代言结束之后，艺人团队能够约束、督促品牌方在除撤期内及时下架相关物料。

（三）确认因产品导致的行政处罚及其他负面事件时，品牌方的违约责任

即便代言合同或后续合作备忘录中明确约定了相关物料的审核、确认、发布程序，亦不能完全规避法律风险，当发生纠纷时，违约条款的重要性便不言而喻了：

从《广告法》合规角度而言，违约责任条款最为重要的内容是：明确品牌方超范围使用含有艺人“人格权元素”的内容，未经艺人许可擅自发布产品宣传物料之相关责任。该等物料如存在法律风险，轻则可能因宣传语违规而导致品牌方自身受到行政处罚、引发负面舆情；重则可能因涉及虚假广告导致代言人承担连带责任。由于一旦涉及虚假广告，代言人所面对的法律风险极大。而实践中，不少品牌旗下产品种类丰富，如品牌方随意使用含有艺人形象的物料在代言范围之外的产品上，代言人承受的法律风险将显著提升，故对应的违约条款必须要审慎考虑、严格约定。

此外，根据《广告法》第三十八条第三款规定，对在虚假广告中推荐、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。该条文明确规定了涉虚假广告的代言人三年内不得再次进行商业代言，这对于代言人商业价值的打击几乎是毁灭性的。因此，设置“品牌方未经艺人许可、擅自发布产品宣传物料应承担违约责任”之条款的重点并不只在于事后如何追究品牌方违约责任，更是为了以尽量提高品牌方违约责任的方式起到事前严格约束其遵守、履行相应合同义务，防止品牌方擅自发布未经艺人审核或同意的物料。

二、合同签订前应确认的合规事项

（一）再次确认代言范围，确保代言范围内产品真实情况

一般经过多轮磋商、洽谈后，双方合作意向基本确定。那么在正式合同签订前，建议艺人团队“返璞归真”，就以下基础但重要的代言信息，再次与品牌方复核、确认：

由于各品牌常有以新产品发布为契机签署新代言人之情，以便官宣新代言人同时还能宣传新产品。因此，双方磋商时可能存在部分新产品尚未完成产品上市合规流程的情况。至洽谈结束预备签约的阶段，艺人团队应当对此类新产品的上市合规手续进行确认、复核：例如品牌方新产品的质检程序、注册备案程序、功能是否有对应证明文件等。如化妆品的抗衰新成分，是否获得官方、权威检测报告，证明该成分确有抗衰功能。

（二）尚未上市，但属于代言范围内的未来产品，明确权责划分，确保品牌商完成产品合规工作

对于品牌方计划研发或在研发中，并将于代言期内上市的新产品，代言人应当在合同签订前确认该未来产品是否包含在其代言产品名单或代言范围内。从风控角度，一般建议明确剔除于代言产品名单外。如果代言人签署的是品类代言合同，即艺人系某一类产品代言人，无论该产品是否在合同签订时已经生产，代言期内上市的产品一般也含在艺人所代言产品名单中。故，艺人应当与品牌方之间应就双方权责明确约定。同时，艺人要严格注意相关新产品的成分、新功能，避免产生虚假宣传的风险。

三、履行过程中的合规事项

（一）物料审核

正式商业代言中，艺人往往需要为合作方拍摄平面宣传图、宣传视频，以及参加相应的宣传活动，所涉工作种类繁多，在这一过程中所涉及的宣传物料需要逐个审核。

1、含有艺人肖像、姓名的平面宣传海报、产品同框图等平面宣传图片的物料审核

一般来说，含有艺人肖像、姓名的平面宣传图片的用途较广，其功能主要包括：在商场、地铁、户外等处悬挂巨幅海报宣传品牌，在社交平台、电商渠道的宣传、展示品牌定位或产品性能，在品牌方线下发布会及其他宣传活动中作为宣传背景展示等。

此类平面宣传图片一般可以分为两类关注，一类是品牌概念宣传图，这类图片往往不以宣传产品为主要目的，而主要宣传品牌定位，图片整体相对简约、信息较少，风险较低；另一类则为产品宣传图，往往用在线上、线下销售渠道中，含有大量产品信息，风险相对较高。

含有艺人肖像、姓名的图片物料审核一般需关注以下几方面：

（1）图片内广告宣传语所涉信息的真实性

所涉信息的真实性，一般指应当符合《广告法》第八条规定，且不违反《广告法》第二十八条关于虚假广告的规定。

《广告法》第八条：“广告中对商品的性能、功能、产地、用途、质量、成分、价格、生产者、有效期限、允诺等或者对服务的内容、提供者、形式、质量、价格、允诺等有表示的，应当准确、清楚、明白。广告中表明推销的商品或者服务附带赠送的，应当明示所附带赠送商品或者服务的品种、规格、数量、期限和方式。法律、行政法规规定广告中应当明示的内容，应当显著、清晰表示。”

以常见广告举例：普通食品广告应确保其未宣传保健功能；产品广告不得宣传其没有的成分或者对其成分含量进行虚假宣传，造成消费者误解等。

（2）图片内广告宣传语的合法性

所涉广告语的合法性，一般指应当确保广告语不含有《广告法》第九条、第十七条、第二十条、第二十三条等条文所规定的情形。其中最为常见的是“绝对化用语”“滥用医疗用语及易混淆用语”等。

以上举例仅仅为代言人广告物料合规审核中的沧海一粟，具体实践中的情况往往千差万别，需要逐个甄别。

2、含有艺人形象的宣传视频

含有艺人形象的官方宣传视频主要用于品牌微博或其他社交媒体官宣代言人、品牌线下门店宣传使用、品牌官方线上门店首页及产品详情页宣传使用。

主要涉及的信息可能有：艺人口播内容，产品特点、功能展现等。审核内容一般与平面图片审核重点相近，但由于视频的制作流程相对比较复杂，审核工序也比较多，需要艺人团队尽早介入，以便更早把控风险因素。

如各方商讨之后完成的分镜初稿，可交由艺人团队审核，此时可以从源头上把握风险因素，如涉及相关风险，也可及早替换。

上述内容往往经过至少两轮审核，审核确认后，再推进拍摄，能够极大程度上避免宣传片拍摄完成之后，才发现相关法律风险而造成需要重新拍摄或重新剪辑的时间成本及相关损失。

3、所附宣传文案内容的合规

一般图片之外的宣传文案往往指艺人团队发布或转发的微博、小红书、抖音等社交媒体上的文字内容。由于艺人团队很可能因为其发布行为构成《广告法》所规制的广告发布者，应当对其发布的文字内容承担相应责任。故建议艺人团队在与品牌方联动发布官宣内容时，亦对宣传文案进行审核。

（二）代言过程中的充分使用义务

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。因此，代言人除需要监督、约束品牌方严格把控广告物料合规之外，其自身的使用义务也应当给予高度注意。我们在《明星代言接洽中，需要注意哪些事项？》一文中已经初步对代言人充分使用义务进行了相应说明。此处我们重点强调的是使用周期相对较长的产品，代言人需要在代言期间内持续使用。

与零食、首饰等无固定使用周期的产品不同，类似护肤品、手机等使用周期比较长且需要稳定使用的产品，需要代言人在代言期间内以稳定、常规的频率进行使用。例如，我们可以看到很多艺人发布微博时，微博小尾巴会显示其使用的是所代言的手机。这也是艺人们保留已履行代言产品使用义务的记录方式之一。综上所述，**对于使用周期长且需要稳定使用的产品，代言人应当谨慎履行其充分使用义务，并保留好相关使用痕迹，以规避相关法律风险。**

四、结语

实际上，艺人在代言期间需要注意的事项众多且复杂。若抛开单一角度而言，如何防范、处理竞品清单所涉法律风险和所引起的法律纠纷，如何保障代言人在其代言期间的代言利益，如何防范及处理国际品牌涉政负面新闻的舆情和法律风险等等问题均是艺人应当考虑周全的内容；若仍仅从《广告法》角度来讨论，代言人的注意事项也并没有结束，比如代言人的什么行为会导致其构成其他广告主体身份、需要履行其他广告主体义务，亦需要艺人重点关注。这一点，我们暂且留待后续继续讨论。

（本文首发于 2024 年 3 月 20 日）

假测评真拉踩，商业言论的底线究竟在哪儿？

十问十答了解互联网诋毁的应对方法

田潇雨

前言

经过了时代红利下蓬勃且野蛮的发展，自媒体行业已经步入了一个更为复杂和多元的阶段，如同一片波诡云谲的大海。在这片广阔的海域中，自媒体博主们化身勇敢的航海家，通过直播开箱、产品测评等方式，驾驭着他们的“网红船”，带着品牌方重要使命，乘（冲）风（击）破（销）浪（冠）。

然而，随着自媒体这条航线的日益繁忙，一些博主为了争夺更多的流量和关注度，开始使出各种“奇招”。这些招式中，有的相对比较直接且能够被消费者察觉。例如，在介绍产品时夸大自家产品效果、捏造事实公然贬低竞品。而另有一些招式，正在这片海域中暗潮涌动，让消费者和同业竞争者频频触礁。为了让大家身临其境，请看漫画。





如图所示，这类博主先是以“专业测评博主”自称，并在各平台主页附上“分享专业知识”、“分享好物”、“无广无代理”等类似的 Tag，以强调其所发布内容的客观性及公正性。而实际上，一旦细品其测评方法、深究其盈利模式，即可发现该博主似乎已经超出了一般公众或普通消费者的范畴，属于应当受到法律规制的经营者。同时，其所发布的“测评内容”也应被认定为“营销推广文章”或“对比广告”。

接下来，本文将结合实务中经常碰到的问题，以问答的形式聊聊商业言论的底线以及互联网诋毁的应对策略。

Q1：自媒体博主在什么情况下会构成商业诋毁？

“商业诋毁”规定在《反不正当竞争法》第十一条：经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。根据前述规定以及目前的司法裁判口径，商业诋毁的侵权认定通常需要考虑以下四个要件：

- 1、实施不正当竞争行为的主体属于经营者且与原告存在竞争关系。
- 2、通过所发布的内容能够明确行为人所诋毁的对象，如在标题、内容中明确提及被诋毁对象，或虽未明示，但在画面中露出了被诋毁对象的产品名称、商标等使得消费者能够准确定位品牌的信息。
- 3、行为人所发布并传播的信息为虚假或误导性信息。

4、相应行为损害了竞争对手的商业信誉、商品声誉。因商业信誉、商品声誉是一个相对主观且抽象的概念，如要求被侵权人证明其遭受了实质性损害及损害的程度显然不合理。因此，实践中如行为人所发布的内容足以使相关公众产生误解，降低竞争者的商业信誉或商品声誉，进而影响消费者的决定时，即属于商业诋毁行为。例如，当行为人在测评时使用夸大、捏造、贬损等方式对竞争者的产品进行了引入误解的描述或评论，将存在较大概率被认定为对竞争对手的商业信誉及商品声誉造成损害。

Q2：自媒体博主算“经营者”吗？如何认定竞争关系？

首先，关于“经营者”的认定。根据《反不正当竞争法》第二条第三款“本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织”可知，自然人和法人都可以是经营者。司法实践中，法院采取了较为宽泛的认定标准——不论主体资格如何，只要从事或参与了商品宣传、销售或提供服务等市场行为¹，或者间接存在与经营相关的利益²，均属于法律规定的经营者。基于此，互联网平台中常见的通过直播带货或通过商品橱窗推介、销售产品的自媒体博主同样属于经营者。

其次，竞争关系应包括直接竞争和间接竞争。直接竞争关系比较好理解，即同行业或同经营范围的企业之间的竞争。而间接竞争关系虽发生在非同业竞争者中，但因两竞争者的客户群体具有高度重合性，其中一方经营者的行为很可能给同业经营者造成损害，且该经营者能从损害对方的行为中获得经济利益，因此同样需要受到反不正当竞争法的规制。

回到刚才的漫画，小美虽为自媒体博主，但其通过发布内容、直播互动等方式为自己获取流量，进而为与 B 品牌存在竞争关系的 A 品牌推广带货变现，获得经营相关利益，基于前述分析同样属于竞争者。

Q3：什么是“虚假或误导性”信息？

“虚假信息”可以直接按照字面意思理解，即内容不真实或与实际情况不符的信息。结合目前的司法裁判口径，“虚假信息”不仅包括可以通过举证证明与真实情况不符的信息，亦包括无法通过举证证明其真实性的信息。后者常见的情形为，如产品测评过程中对于某一项结论的得出需要基于专业实验或具有资质的第三方机构进行检测，当该测评博主跳过这一步骤直接得出结论时，则存在较大概率被认定为“虚假信息”。

漫画中的小美如无法举证证明“B 品牌添加了会烂脸的化学品”，其相应表述应被认定为“虚假信息”。

“误导性信息”通常包括两种情形：

第一，不公正、不准确、不全面的信息。例如，在新疆雪 X 果园诉西安彩 X 星球³一案中，被告公司在直播中称原告生产的面包“颜色实际上是染出来的”。事实上，原告所使用的

¹ 重庆指南针建材诉重庆市建筑材料协会案（案号：（2019）渝 01 民终 1026 号），重庆一中院明确：“不论主体资格如何，只要其从事或参与了商品生产、经营或者提供服务的市场行为，均应认定为反不正当竞争法上的经营者。”

² 城乡统筹发展研究中心诉中盛国际案（案号：（2017）京 0108 民初 48314 号），北京市海淀区人民法院指出：“虽然涉案主体不直接从事经营活动，但间接地存在与经营相关的利益，也属于经营者。”

³ 陕西省高级人民法院(2021)陕民终 392 号

“植物炭黑”是一种符合国标的食品添加剂，被告刻意强调“染色”，目的在于利用消费者对于食品添加剂的抗拒心理，影射原告食品劣质、不健康。相应表述即属于误导性信息。

第二，未有定论的信息。若经营者故意将未定论的状态作为已定论的事实来进行宣传散布，导致公众产生误解，造成竞争对手商誉贬损的，同样属于捏造、散布虚伪事实的行为。

Q4：针对不同行业或不同主体，侵权认定标准有区别吗？

不同行业 and 不同主体的侵权认定标准都略有不同。

从行业角度讲，相较于食品、化妆品等消费者明知众口难调、千人千色的产品，数码产品或家用电器作为价格相对较高且在选购前需要事先做一定“功课”的产品，消费者对于具体品牌的选择会更加依赖于具有一定专业性、技术性人员的推介，特别是在该领域具有一定流量及影响力的博主，其所发表的观点将对公众产生较大的影响，因此法律对其提出了更加严格的要求。

从内容发布者的身份来讲，相较于一般社会公众或普通消费者，法律要求具有一定粉丝量和影响力的测评类博主负有较高的注意义务，此类人群所发布的内容，对测评产品的评论、批判必须是基于正当目的，不得误导公众或侵犯其他经营者的合法权益。另外需要强调的是，如测评博主本身与某品牌存在合作关系，其所发布的同类产品横向测评内容属于《广告法》第二条规定的比较广告，此时，其在介绍、评价产品时应当负有更高的注意义务。

Q5：法院会依据什么计算赔偿金额？

根据《反不正当竞争法》第十七条第三款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第二十三条规定，因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，可以按照以下方式计算：

- 1、按照其因被侵权所受到的实际损失确定；
- 2、实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定；
- 3、以上两项均难以确定的，由法院五百万元以下的赔偿额范围内酌定；
- 4、赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。

尽管有前述法律规定，但在商业诋毁类案件中，原告的损失及被告的获利通常都难以量化，实践中，法院会综合原告涉案商品品牌的知名度、销售规模，被告不正当竞争行为的性质、持续时间、主观过错及后果，原告为制止被告不正当竞争行为所支付的合理开支等因素，酌情确定赔偿金额。

Q6：法院会依据什么计算赔偿金额？

商业诋毁类案件属于侵权类案件，通常仍需适用“原告就被告原则”，但互联网侵权案件因无法快速确认侵权人所在地而具有一定特殊性。因此，实践中关于互联网商业诋毁案件的管辖有比较大的争议。除常规的向被告所在地法院起诉外，也可尝试向原告所在地法院起诉。以原告所在地确认管辖法院的适用以下法律规定：

1、《民事诉讼法》第二十九条规定，因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。

2、民诉法解释第二十四条规定，民事诉讼法第二十九条规定的侵权行为地，包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。

3、民诉法解释第二十五条规定，信息网络侵权行为结果发生地包括被侵权人住所地。

因此，当案件涉及直接通过互联网实施商业诋毁行为，且侵权结果亦直接发生在网络环境时，从诉讼成本及便利性角度考虑，可尝试先以原告所在地确认管辖法院。

Q7：除了商业诋毁，还能主张什么权利？

尽管本文重点介绍了商业诋毁的维权路径，事实上，网络诋毁行为可能同时构成不正当竞争和法人名誉权侵权。两种维权路径的核心区别如下：

	商业诋毁	名誉权侵权
诉讼主体	被告系经营者，且与原告存在直接或间接的竞争关系。	无实质性要求
侵权行为认定	1、编造、传播虚假信息或误导性信息； 2、行为应有特定指向对象。	1、以侮辱、诽谤等方式侵害他人的名誉权。具体来讲： - 侮辱包括通过言语、图片、视频等形式对他人人格进行贬损； - 诽谤包括捏造虚假事实丑化他人人格，损害他人名誉。 2、行为应有特定指向对象。
侵权结果认定	原告无需证明存在实际损失，仅需证明被告行为足以损害其商业信誉及商品声誉即可。	损害结果包括：经济损失以及侵权人社会评价降低。其中，社会评价降低的认定，司法实践中通常考虑以下几点： 1、是否为不特定第三人所知晓； 2、是否具备向第三人传播的可能性； 3、是否导致继发性事实、公众的评价及反馈。

Q8：如何揭开侵权博主互联网 ID 的面纱？

当理清侵权情形决定要通过诉讼维权时，相信不少原告将会面对这样一个问题——我应该诉谁？通常可以分为以下两种情形处理：

1、如侵权内容的发布者为企业，一般可以在该账号的主页中查询到运营主体信息，以实际运营的公司为被告即可；

2、如内容发布者个人，通常需要以内容发布平台为被告提起信息披露之诉，法院审查后会向平台开具协查函，要求平台提供该用户的注册信息。

需要说明的是，即便为信息披露之诉，案件受理后法院仍会对侵权事实及证据进行实质性审查。因此，在信息披露阶段就需要进行充足、详尽的案件准备。

Q9：诉讼时间太久了，还有什么快速可行的方法吗？

若以效率优先、尽快消除负面影响为原则，可以综合评估实际侵权行为后以商业诋毁、名誉权侵权或违反广告法为由向内容发布平台发起投诉，要求平台及时删除、下架已发布侵权内容。

若既希望侵权人能够依据法律规定受到一定的处罚，又避免耗费太多诉讼成本，可以在明确内容发布者的主体身份信息后以商业诋毁或违反广告法为由进行行政投诉举报。

另外，2024年3月15日，中央网信办在2024年“清朗·优化营商环境—整治涉企侵权信息乱象”专项行动中，明确将散布传播涉企虚假不实信息、蓄意造谣抹黑企业的网络侵权行为列为重点整治对象。如符合前述范围，同样可考虑向中央网信办举报中心致函举报。

Q10：既然商业言论有这么多“枷锁”，岂不是“发言即侵权”？

如前文所诉，公正的测评类博主也好、带货的测评类博主也罢，因其自带流量及影响力，法律要求其负有高于普通消费者的注意义务，对转载的信息或所发布的内容进行审慎审查具有必要性。然而，网络空间具有传播迅捷的特点，如果要求内容发布者对所表达言论的客观真实性进行完全的核实和调查，既不现实，也不符合互联网传播的规律。因此，法院在审理此类案件时也会综合考虑其所发表的言论是否有基础事实予以支撑，不能以“评论即诽谤”、“批评即侮辱”一概而论。

例如，在上海二中院审理的“美食博主发文吐槽餐厅”一案⁴中指出“被告就店铺物品、装潢、餐品外观等做事实陈述，虽未实际到店，且系通过其他消费者的照片作出评述，但所涉照片确实在案涉店铺内拍摄，所述事实亦基本真实，即便有所偏差也不至曲解程度而根本影响法人的正当经营利益。”同时，被告虽在评论中使用了“TMD”、“认定是雷”、“那坨食物”等负面词汇，但并不足以使原告经营形象受损，对其经营利益影响甚微，难以认定构成侮辱。以此说明了商业言论的尺度。

除此之外，在小米科技诉知名数码博主名誉权侵权一案⁵中，法院明确强调：知名企业对于社会评论及舆论监督同样负有一定的容忍义务，且企业知名度越高，容忍义务也就相对更高。

另外需要注意的是，在未取得侵权“实锤”的情况下，品牌方应当谨慎采取措施，以免过度行权引起反效果。在(2020)辽02民终5033号案例中，辽宁省大连市中院认为，在未提供充分证据认定侵权事实时，向对方发送律师函的行为已经超出维权警告的正当界限。基于此，为避免承担败诉后果或引起负面舆情，应谨慎采取维权措施。

结语

综合来说，自媒体博主的测评内容是否构成侵权，需要根据言论的真实性、博主的注意义务、是否会产生误导消费者进而损害品牌方的合法权益综合判断。但与此同时，品牌方作为面向社会公众的商事主体，对于合理的社会评论及舆论监督也负有相应的容忍义务，切勿过度行使权利而产生负面舆情。

（本文首发于2024年3月26日）

⁴ （2021）沪02民终7550号

⁵ （2021）川7101民初130号

星瀚体育

最具参考价值的 12 个中国体育行业热点大盘点

星瀚文娱体育法律中心

2023 年，星瀚文娱体育法律中心为客户每月整理并发送文娱体育行业观察，如需获取《2023 年度星瀚体育行业观察合集》可添加“星瀚小星”（ricc-xing）为好友。本文我们从筛选了最具参考价值的 12 个中国体育行业热点事件。希望这份合集能为各位提供一个全面了解 2023 年体育行业发展的窗口。



1、新《体育法》正式生效并实施

2023 年 1 月 1 日，新修订《中华人民共和国体育法》正式施行。这是《体育法》自 95 年颁布施行后的第一次全面系统修订，由原来的 8 章 54 条增至 12 章 122 条，内容涵盖全民健身、青少年和学校体育、反兴奋剂、体育产业、体育仲裁等多个方面。《体育法》是我国体育领域唯一一部专门法律。以新《体育法》为坐标原点，中央与地方也陆续推动相关法规、规章、规范性文件的立、改、废、释工作，构建我国体育法治体系的“四梁八柱”。

微评

新修订的《体育法》是对过去 27 年中国体育行业发展过程中所面临的重点问题的集中总结与回应，以新《体育法》此次新增的四个章节为例：（1）反兴奋剂单独成章，体现了我国对反兴奋剂工作的高度重视，也让人联想到著名游泳运动员兴奋剂抗检风波；（2）体育产业章节在立法过程中的“从无到有”，反映出社会对于发展体育产业、刺激体育消费的呼声，从这个角度看，“村超”“村 BA”的爆火可谓恰逢其时；（3）旧《体育法》的体育仲裁条款长期未能落地，而单项运动协会内设“仲裁委员会”的独立性与公正性时常遭受外界的质疑，加强体育仲裁机构建设必要性凸显；（4）监督管理章节将“熔断”制度正式纳入法律条文，并设置了高危险性体育项目赛事行政许可，无疑是对甘肃白银马拉松事故的一次立法回应。读者们结合新《体育法》这一“主线”，再来回顾 2023 年度中国体育行业的热点事件，可能会获得更为深刻的认识。

2、中国体育仲裁委员会成立并完成第一批体育仲裁案件审理

2023 年 2 月 11 日，中国体育仲裁委员会在京召开成立会议暨第一届委员会第一次全体会议。另据新华社 2023 年 11 月报道，中国体育仲裁委员会已依法依规完成第一批体育仲裁

案件、共计 3 件的受理审理工作，案件类型涉及参赛资格纠纷、解除青训协议和比赛技术纠纷。

微评

1995 年《体育法》第三十三条便已经规定了“体育仲裁”制度。然而在这 27 年中，我国并未建立符合《立法法》《仲裁法》基本要求的体育仲裁机构，而是由部分单项运动协会在体内设立“仲裁委员会”等内部争议解决机制，但其中立性、公正性也常受质疑。在这一时期，部分体育纠纷因争议解决机构缺失、当事人难以合理维权，建立体育仲裁委员会必要性凸显。中国体育仲裁委员会的成立与第一案的诞生，是中国体育事业法制化建设的里程碑式的事件。同时，我们也应当认识到，我国体育仲裁制度仍处于初创阶段，存在较大的发展空间。

3、新疆广汇男篮、周琦重返 CBA

2023 年 2 月 17 日，中国篮球协会对新疆广汇篮球俱乐部有限公司发出处罚通知，宣布自处罚决定作出之日起一年内，限制新疆广汇注册新运动员，禁止参加或进行国内运动员转会交流。新疆广汇后续声明、质疑篮协处罚，并宣布退出当赛季比赛、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，认为篮协处罚公正、客观。3 月 16 日，CBA 联赛发布公告，称经相关各方深入沟通并报中国篮协批准，同意新疆广汇恢复参加 2022—2023 赛季 CBA 联赛。8 月 18 日，中国篮球协会发布微博，称经新疆广汇、广东宏远友好协商，周琦加入广东宏远，赵睿加入新疆广汇。此次风波暂告一段落。

微评

2023 年度，新疆广汇与周琦之间的纠纷，一时间沸沸扬扬，各方均有被“情绪”裹挟的态势。体育事业的发展和体育产业的市场化，必然带来各种纠纷，中国体育人更需要建立规则、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。具体法律问题的讨论与分析，可以参考“星瀚微法苑”此前发布的各篇文章：《篮协能否用兜底条款处罚新疆广汇？》《篮协处罚新疆广汇程序是否合规？》《新疆广汇男篮退出 CBA 联盟事件的反思——以周琦合同为视角》

4、“村 BA”热度持续，“村超”火爆全网

2022 年夏日，台江县“村 BA”突然出圈、成为全国知名体育赛事品牌。2023 年 3 月，贵州推动赛事升温升级、乘势举办首届贵州省“美丽乡村”篮球联赛总决赛，并于 8 月举办第二届“美丽乡村”篮球联赛。前有“村 BA”，后有“村超”。“村超”是贵州榕江（三宝侗寨）和美乡村足球超级联赛的简称，自今年 5 月 13 日开场，持续至 8 月结束。“村超”热度持续攀升，带动榕江县暑期的酒店预订量暴增，7 月逢赛事举办日的房间几乎被预订一空。

微评

“村 BA”“村超”无疑是对新《体育法》第七十条第一款、第七十三条第二款的现实呼应，是“体育搭台、经济唱戏”理念的有效实践，也是体旅融合发展、推动乡村振兴的绝佳典范。据统计，榕江自去年以来累计吸引游客 733.1 万人次，实现旅游综合收入 81.13 亿元；台江

在 2023 年前三季度接待游客 468.51 万人次，旅游综合收入 54.25 亿元。无怪乎国家体育总局高度重视“村 BA”“村超”的案例，于 5 月份发布《关于推进体育助力乡村振兴工作的指导意见》，将“黔东南‘村 BA’‘村超’体育旅游线路”列为“2023 年国庆假期体育旅游精品线路”，并将“村 BA”“村超”评选为“首批群众‘三大球’精品赛事案例”。

5、一兆韦德被爆出陷入经营困境

2023 年 5 月，知名健身连锁品牌一兆韦德被爆资金紧张。5 月 23 日，一兆韦德宣布完成首轮 1.15 亿融资。同年 6 月，浙商财团参与一兆韦德纾困事宜并成立“瑞竑健身”。据媒体报道，瑞竑健身承接了部分一兆韦德门店。另据企查查显示，一兆韦德创始人金宇晴因多起服务合同纠纷案件，被多地法院执行限制消费令。2023 年 12 月 23 日，瑞竑健身发布通告，称 2024 年 1 月 1 日起，原一兆韦德会员需预约入场，多数集中于上午时段。

微评

一兆韦德不是个例。根据《2022 年中国健身行业数据报告》，2022 年主流城市的健身俱乐部的倒闭率为 13.3%，净增率为-10.34%；健身工作室的倒闭率为 16.01%，净增率为-12.48%。而根据上海市单用途预付卡协会对“12345”市民服务热线中涉及体育健身行业预付费投诉情况的统计，2023 年截至 11 月 30 日，投诉件数已经达到 39,225 件，比此前两年投诉之和还要多出接近 4,000 件。这种现象反映出的是体育领域预付费消费市场机制的系统性失灵，在缺乏资金监管的情况下，这种经营模式几乎不可持续，一旦会员续费意愿降低或者经营环境发生变化，资金链便容易断裂。正因如此，北京、上海在 2023 年度也在监管层面拿出了各自的解决方案，尝试对预收期限、金额进行合理限制。

6、最高人民法院首次发布涉体育纠纷民事典型案例

2023 年 6 月 21 日，最高人民法院首次发布“涉体育纠纷民事典型案例”。此次发布的典型案例，内容涵盖未成年运动员劳动关系的认定、多元化解涉众型体育行业矛盾纠纷、侵害赛事组委会特殊标志专有权、体育赛事转播应获得合法授权、帆船比赛中发生的碰撞适用“自甘风险”规则等八个方面。

微评

“一个案例胜过一打文件”，最高人民法院此次发布的涉体育纠纷民事典型案例有助于统一司法机关对于相关纠纷中的法律适用与说理思路、进而实现同案同判，也有助于加强体育法制宣传、指导群众日常生活。以“自甘风险”规则为例，即使是在《民法典》生效以后，各地司法实践也存在较大差异、甚至法律适用错误。最高院典型案例强调：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考量。一定程度上厘清了自甘风险规则的适用标准。（具体法律问题的讨论与分析，可参考文章：《在体育纠纷中，如何准确主张适用自甘风险规则？》）同时需要认识到，此次典型案例仍有未涉足领域，对一些长期悬而未决的法律问题亦未一锤定音，期待后续更多案例的发布。

7、“运动科技第一股”Keep 上市

2023 年 7 月 12 日，“运动科技第一股”Keep 正式登陆港交所。招股书显示，Keep 总计发售 1083.9 万股股份，发售阶段每股定价 28.92 港元。根据灼识咨询报告，在运营数据方面，Keep 在 2020 年、2021 年和 2022 年度平均月活跃用户分别为 2970 万、3440 万和 3640 万。2023 年上半年，Keep 平均月活跃用户为 2955 万人，同比下滑 21.57%；平均月度订阅会员数为 301.7 万人，同比下滑 17.68%。截至 1 月 8 日收盘，Keep 股价为 7.45 港元/股，总市值 39.16 亿港元，较上市首日市值缩水约 73.89%。

微评

Keep 的上市之路并非一帆风顺，两次折戟后，第三次闯关的 Keep，终于叩开了港交所大门，成为“运动科技第一股”。Keep 的成功，在一定程度上享受到了疫情期间线上健身、居家健身需求增长的红利。而在后疫情时代，随着户外运动、线下运动的需求增长，不可避免的对 Keep 的业务产生了一定的影响。同时，Keep 的股价波动也从侧面体现了市场对于相关体育产业的疑虑。另一方面，国家、地方逐步通过立法、政策加强对于体育产业的扶持力度：如新修订的《体育法》专设“体育产业”章节，而上海临港片区管委会于 2023 年发布《中国（上海）自由贸易试验区临港新片区促进体育产业发展若干政策》给予资金支持。

8、足坛反腐“新风暴”

自 2022 年 11 月 26 日中国国家男子足球队原主教练李铁接受调查以来，2023 年期间，中国足协主席陈戌源、国家体育总局副局长杜兆才等人陆续接受调查。2023 年 8 月 2 日，最高人民检察院发布消息称李铁涉嫌受贿、行贿、单位行贿、非国家工作人员受贿、对非国家工作人员行贿案，由咸宁市人民检察院依法提起公诉。9 月 26 日，最高人民检察院发布消息称陈戌源涉嫌受贿案，由黄石市人民检察院依法提起公诉。近期，杜兆才、陈戌源、李铁在央视反腐专题片《持续发力 纵深推进》中供述贪腐问题，披露了更多黑幕。

微评

犹记 2009-10 年足坛反复风暴，中国足协副主席南勇、杨一民、谢亚龙等人先后落网，中国球迷欢欣鼓舞，认为中国足坛能够拨乱反治。“秦人不暇自哀，而后人哀之”，然而李铁等后人并未引以为戒，反而重蹈覆辙。根据央视节目介绍，李铁早在 2015 年担任主教练之时便涉嫌假球、操纵比赛。而央视反腐专题片将处于足协反腐“新风暴”中心的被查人员排成了经典的 4-4-2 阵容，更让中国球迷觉得讽刺与无奈。李铁等人固然是咎由自取，但这一事件也反映出中国足球在管理、制度等方面存在诸多漏洞和不足。新修订《体育法》第一百一十二条对运动员、教练员、裁判员营私舞弊、弄虚作假行为进行了特别规制。同时笔者认为，应当进一步完善立法、建立公众监管机制，此外可参考美国、德国、韩国的相关立法经验，针对体育领域赌球、操纵比赛等违法行为通过刑法予以规制。

9、篮球 MCN 野球帝与旗下 9 位达人发生争议

2023 年 9 月 6 日，篮球 MCN 野球帝官方发布的一纸公告：因为在利益分配方面存在分歧，9 位元老级别的野球帝师傅与野球帝经过双方的讨论后，选择重新签订合同。9 月 13 日

晚，篮球 MCN 野球帝官方发布声明，就旗下 9 位前达人的收入情况、合约情况、账号归属权、商单合作情况首次对外公开做了披露。声明指出，9 位达人 3 年多来从野球帝获取收入逾 2000 万，并在声明中附带了部分证据截图。9 月 14 日，部分达人就野球帝 9 月 13 日发布的公告进行了回应。

微评

作为一个早在 2014 年就注册成立的自媒体账号，野球帝孵化了多位头部达人，并成为了篮球领域的知名厂牌。然而，此次纠纷无疑给这个自媒体巨头带来了不小冲击。野球帝与达人的纠纷背后，反映出自媒体生态中的一系列问题。MCN 机构与达人之间的利益分配以及各自权利义务等方面的问题，都成为了双方引发纠纷的隐患。双方权利义务的边界如何厘定、如何根据达人的平台的成长订立合乎法律规则与商业逻辑的合作方式，值得我们进行更深入的思考。

10、上海获选为奥运会资格系列赛的主办城市

2023 年 10 月 12 日，国际奥委会执行委员会召开新闻发布会，宣布上海和布达佩斯获选为奥运会资格系列赛的主办城市。这是一项全新的将体育与城市文化相结合的节日型系列赛。本届系列赛分为两站，在 2024 年巴黎奥运会之前举行，将是决定自由式小轮车、霹雳舞、滑板和攀岩的运动员能否获得 2024 年巴黎奥运会参赛资格的重要一步。奥运会资格系列赛每站为期四天。上海站将于 2024 年 5 月 16 日至 19 日在黄浦滨江拉开帷幕，随后布达佩斯站将于 6 月 20 日至 23 日在国家行政大学举行。

微评

此次上海成功申办奥运会资格系列赛，是上海继成功举办世博会、进博会等国际大型活动后又一次在国际舞台上大放异彩，也是继 2022 北京冬奥会、2022 杭州亚运会之后又一次国际体育盛会。此次赛事并标志着上海在国际体育领域的影响力和地位进一步提升。同时，2023 年 11 月，上海市人大正式通过《上海市体育发展条例》，专设“体育赛事”章节，并在第三十条第二款、第三款明确本市体育赛事工作方向，为上海在大型体育赛事方面的发展增添助力。

11、中国短道速滑集体发声拒绝网暴

2023 年 12 月 10 日，2023-2024 赛季国际滑联短道速滑世界杯北京站在首都体育馆圆满落幕。林孝俊在比赛中与刘少昂相撞后受伤，引发冰迷们激烈讨论，部分运动员及教练受到攻击和诋毁。12 月 14 日，林孝俊再次更新了社交媒体，透露了自己的伤情、呼吁抵制网络暴力。随后，武大靖、任子威、刘少昂、刘少林、范可新等多位名将也集体发文，呼吁大家共同抵制网络暴力，共同营造健康的短道速滑文化。

微评

中国短道速滑队的集体发声，是对网络暴力的明确抵制。营造健康的短道速滑文化需要所有人的共同努力，中国短道速滑队的这一行动，不仅是对自身权益的维护，更是对整个体

育界的一次启示。我们期待更多的运动员和冰迷加入到抵制网络暴力的行列中来，共同营造健康和谐的体育文化氛围。

12、白银越野案一审宣判

2023 年 12 月 15 日，黄河石林山地马拉松百公里越野赛公共安全责任事件案一审宣判。甘肃省白银市白银区人民法院依法对负责运营赛事的甘肃晟景体育文化发展有限公司工作人员张小燕、吴世渊、张正吉、郑世荣及上海赛客信息科技有限公司员工王耀祥 5 名被告人以大型群众性活动重大安全事故罪分别判处有期徒刑五年六个月至三年不等有期徒刑。甘肃省兰州市城关区人民法院同步对该事件涉及的职务犯罪案件一审公开宣判，依法对负有赛事监督管理职责的景泰黄河石林大景区管理委员会原主任丁柯涯、原副主任罗文涛分别处以相应刑罚。

微评

此次一审宣判是对这起悲剧的司法追责的一个重要进展，判决表明了司法机关对公共安全事件的零容忍态度。（具体法律问题的讨论与分析，可以参考“星瀚微法苑”此前发布的文章：《从体育法角度解读黄河石林越野赛的责任与监管》《正义终将审判——甘肃马拉松组织者之法律责任分析》《当马拉松演变为“全民运动”时，一旦发生损害后果，责任如何承担？》）作为对于白银越野赛事件的回响，新修订《体育法》直接将体育赛事活动“熔断机制”纳入正式条文：**体育赛事活动因发生极端天气、自然灾害、公共卫生事件等突发事件，不具备办赛条件的，体育赛事活动组织者应当及时予以中止；未中止的，县级以上人民政府应当责令其中止。**此外，新修订《体育法》重新构建了高危险性体育项目的监督管理体制：在原有的“经营高危险性体育项目”审批之外，增设了“举办高危险性体育赛事活动”的行政许可，国家体育总局随后也发布了相关监管细则进一步对此指导完善。

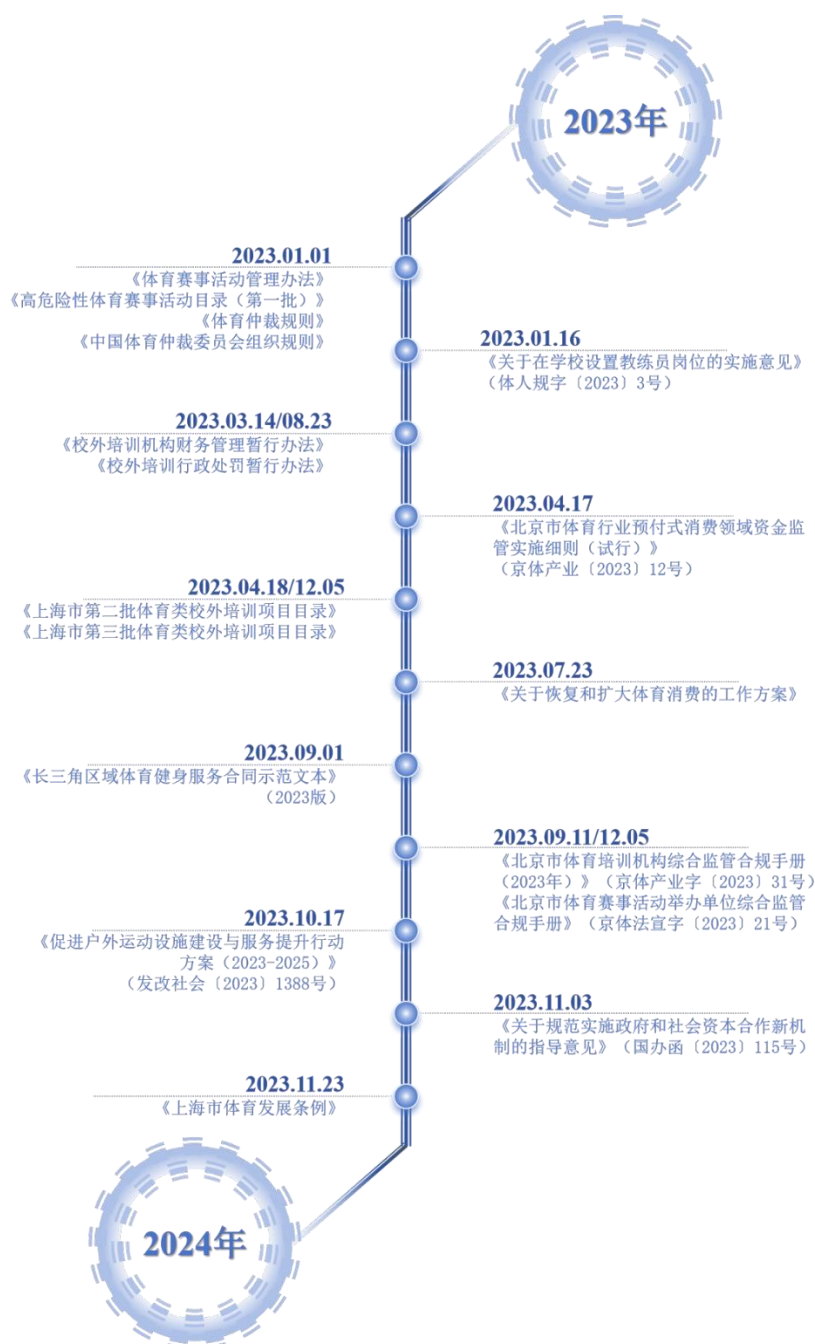
2023 年是《体育法》实施的开局之年，我们见证了体育事业、体育产业以及体育法治建设的不断变革与发展。2024 年，中国体育行业发展的势头不减，仅仅是刚刚过去的半个月便有足协改革、最高院发布典型案例等热点新闻，我们期待着与各位一起面对体育产业的发展与挑战，分享更具前瞻性的热点事件。下期我们将为大家带来 2023 年度体育行业行政监管汇总，敬请期待！

（本文首发于 2024 年 1 月 17 日）

上一年度中国体育行业重点政策法规都在这一篇

星瀚文娱体育法律中心

2023 年是新修订《体育法》正式施行的开局之年，同时也是体育行业自疫情中复苏、蓬勃发展的一年，中央、各地纷纷通过立法、修规、制定政策等方式，落实《体育法》新规内容、明确市场主体行为准则，同时刺激体育消费、推动体育产业发展。2023 年，星瀚文娱体育法律中心为客户每月整理并发送文娱体育行业观察，如需获取《2023 年度星瀚体育行业观察合集》可添加“星瀚小星”（ricc-xing）为好友。在此，我们将上一年度体育行业的重点法规、政策为各位读者进行简要盘点，以期与各位读者一起，更好地了解体育行业的政策法规发展趋势。



1.《体育赛事活动管理办法》《高危险性体育赛事活动目录（第一批）》

2023年1月1日,《体育赛事活动管理办法》以及《高危险性体育赛事活动目录（第一批）》与新修订《体育法》同时生效并实施。《体育赛事活动管理办法》由国家体育总局修订,新增了1章17条,修订重点内容包括:细化“高危险性体育赛事活动许可”的申请条件、审批程序、监督检查等规定;从志愿者、保险、举办与转播、“熔断”机制、广告等方面完善赛事活动组织要求。《高危险性体育赛事活动目录（第一批）》由国家体育总局等七部门制定并发布,列举了6大类18个小项的高危险性体育赛事活动,包括潜水、航空、登山、攀岩、滑雪登山、汽车摩托车六大类。

微评

2022年新修订的《体育法》于2023年1月1日起实施,其中有37处涉及“体育赛事”或“体育赛事活动”,就体育赛事规范管理增加了多项新规。白银越野案发生后政府部门对高危险性体育赛事活动加强了监管。新规生效后,符合列入《目录》中的高危险性体育赛事活动名称和条件的,必须按照《体育法》与《办法》规定向县级以上地方人民政府体育行政部门提出申请。

2.《体育仲裁规则》《中国体育仲裁委员会组织规则》

2023年1月1日,《体育仲裁规则》以及《中国体育仲裁委员会组织规则》与新修订《体育法》同时生效并实施。新修订《体育法》第九十三条规定,“国务院体育行政部门依照本法组织设立体育仲裁委员会,制定体育仲裁规则”。因此,《体育仲裁规则》《中国体育仲裁委员会组织规则》均由国家体育总局制定并发布,前者共8章78条,主要规定了体育仲裁受案、管辖、审理等程序性规定;后者共5章27条,主要规定了体育仲裁委员会的职能与组织架构。

微评

在体育仲裁领域,《体育仲裁规则》相当于体育仲裁中的“民事诉讼法”,对《体育法》程序性规定进行了细化,是体育仲裁参与者必须掌握的基础内容。如《体育仲裁规则》明确规定了仲裁合意的要求:将“仲裁协议”明确为合同中的仲裁条款或其他书面形式的仲裁意思表示,确定仲裁协议独立性原则;也以现实需求为导向,将体育赛事报名表、参赛协议或竞赛规程中的体育仲裁条款作为申请体育仲裁的依据;同时规定体育仲裁委员会有权对仲裁协议的存在、效力以及仲裁案件的管辖权作出决定,避免因管辖权争议造成不必要迟延。

3.《关于在学校设置教练员岗位的实施意见》（体人规字〔2023〕3号）

2023年1月16日,国家体育总局、中央机构编制委员会办公室、教育部、人力资源和社会保障部等四部门为落实《体育法》规定,联合出台了《关于在学校设置教练员岗位的实施意见》,部署学校教练员岗位设置工作,明确规定了岗位设置、岗位职责、职称体系、任职条件、岗位聘用等内容。《意见》适应范围包括义务教育阶段学校、普通高中、职业院校、普通高校。第三条“岗位设置”提出:“学校可根据工作实际,设立专(兼)职教练员岗位。有条件的地区可以通过购买服务方式,与相关专业机构等社会力量合作向学校提供体育教育教学服务,缓解体育师资不足问题。确有必要设立专职教练员岗位的学校,在核定的编制和专业技术岗位总量及结构比例内设置,专岗专用,纳入专业技术岗位进行管理。”

微评

《意见》旨在落实《体育法》第三十一条第二款“学校可以设立体育教练员岗位”的规定。同时需注意“体育教师”与“学校体育教练员”在岗位设置、职称、职责等方面的差异。学校体育教练员主要承担学生体育运动专项技能、体能训练和体育后备人才选育工作，承担学校体育赛事活动组织、学校运动队训练竞赛管理、运动损伤防护康复等知识技能传授，以及学校体育社团、体育俱乐部的建设管理等工作。

4.《校外培训机构财务管理暂行办法》《校外培训行政处罚暂行办法》

为落实“双减”政策，教育部等五部门于2023年3月14日发布《校外培训机构财务管理暂行办法》，教育部又于8月23日发布《校外培训行政处罚暂行办法》。《校外培训机构财务管理暂行办法》从财务管理体制、资金筹集、资金营运、资产和负债管理、收益分配、财务清算、财务监督等方面对校外培训机构的财务管理活动作出规定。《校外培训行政处罚暂行办法》则对校外培训行政处罚的实施机关、管辖、处罚程序、执行等程序性事项以及违法行为、法律责任实体性规定予以归纳、明确。

微评

此次规范的校外培训机构主要指面向3至6岁学龄前儿童、中小學生开展校外培训的机构，提供体育项目培训的机构亦在适用范围内。《校外培训机构财务管理暂行办法》要求，校外培训机构应当从多角度、各环节规范内部财务管理活动，包括建立健全内部财务管理体制和各项财务管理制度、对所有业务收支等实施预算管理、依法筹集资金、规范权益分配、依法落实法人财产权等。《校外培训行政处罚暂行办法》针对擅自举办校外培训机构、超范围培训、扰乱行业生态、管理混乱等行为制定了明确的处罚规则。

5.《北京市体育行业预付式消费领域资金监管实施细则（试行）》（京体产业〔2023〕12号）

2023年4月17日，北京市体育局等多部门于联合印发了《北京市体育行业预付式消费领域资金监管实施细则（试行）》，对在北京市行政区域内开展体育服务业务，且在运营中采取先交费、后服务的预付费经营模式的法人、非法人组织或者个体工商户的预收资金活动进行进一步监管及要求。细则主要有四部分内容：一是确定体育行业经营者备案要求；二是对不同类型的经营者确定了不同的预收资金存管比例；三是引导体育行业的诚信经营、良性发展，建立预收资金存管比例动态调整机制；四是明确了存管模式、拨付规则、工作时限以及各方责任等。

微评

近年来，体育领域预付费消费模式接连“暴雷”，各地希望有关部门加强监管的呼声不断。在这个背景下，北京市制定并发布了《实施细则》。该细则亮点颇多，此处简要介绍两点：一是限制预收费期限，要求“经营者发售的预付卡期限不得长于场地租赁期限，且不得早于预付卡服务期开始前1个月收取费用”；二是分级分类加强资金监管，如预付卡期限为3个月及以内的，应将40%的预收资金作为存管资金；预付卡期限为3个月至1年的（包括1年），应将80%的预收资金作为存管资金；预付卡期限超过1年的，应将100%的预收资金作为存管资金等。

6.《上海市第二批体育类校外培训项目目录》《上海市第三批体育类校外培训项目目录》

为落实《上海市校外培训机构基本服务条件指引》（沪教委规〔2022〕3号）、《上海市体育类校外培训机构设置标准》（沪体规文〔2022〕2号）规定，继2022年9月21日发布《上海市第一批体育类校外培训项目目录》后，上海市体育局分别于2023年4月18日、12月15日发布《上海市第二批体育类校外培训项目目录》以及《上海市第三批体育类校外培训项目目录》，明确具体体育项目开办体育类校外培训所需的各项专业性标准。

微评

《目录》及配套说明性材料，是加强上海市体育类校外培训监管的重要依据，内容涵盖排球、壁球、车辆模型、棋牌、钓鱼、飞镖、街舞、室内冲浪、室内模拟机滑雪等共计52类传统及新兴体育项目。同时，说明性材料对培训场所、基本情况、组织机构、从业人员、培训内容和规划等事项提出了具体要求，有助于指导市场主体办理相关行政许可。

7.《关于恢复和扩大体育消费的工作方案》

2023年7月23日，国家体育总局发布《关于恢复和扩大体育消费的工作方案》，要求进一步恢复和扩大体育消费，充分发挥体育在扩大内需、助力构建新发展格局上的重要作用。

微评

《工作方案》列举了“加大优质体育产品和服务供给”“丰富体育消费场景”“夯实体育消费基础”三大项16小项主要措施，内容包括：组织开展促消费活动，鼓励举办体育消费季、线上体育消费节、发放体育消费券等；加大高质量赛事供给，全面恢复线下体育赛事，大力发展职业赛事等；提升场地设施质量，推动构建国家步道体系，加强足球场地、乒乓球台等小型设施建设等；促进体育消费新业态，打造户外运动与乡村等融合发展、推动智慧体育场馆建设等；加强体育标准建设，重点推动冰雪运动、体育赛事、全民健身、体育场所开放以及高危险性体育项目等标准的制修订工作等。

8.《长三角区域体育健身服务合同示范文本（2023版）》

为引导和规范体育健身行业经营者依法签约、规范履约，维护消费者的合法权益，促进长三角体育健身行业健康有序发展，江、浙、沪、皖四地体育局、市场监督管理局在《上海市体育健身行业会员服务合同示范文本（2021版）》的基础上联合制定了《长三角区域体育健身服务合同示范文本（2023版）》，自2023年9月1日起，长三角区域内的体育健身行业经营者可以参照本示范文本订立合同。

微评

该《示范文本》作为政府部门完善预付消费的风险预警机制的一环，配合预付式消费领域资金监管文件，增加体育健身领域消费者权益的保护力度，内容包括收费项目、收退费方式与流程、停/转/补/退会员卡的要求与流程、违约责任等。同时，《示范文本》统一了“7天冷静期”的要求，同时针对长三角区域人员流动频繁、健身企业跨省市连锁经营的特点，倡导实现“一卡通用”。此外，《示范文本》沿用《上海市体育健身服务合同示范文本》创设的余额计算方式，尝试统一长三角消费者的退费标准。不过需注意，该《示范文本》仅适用于体育健身会籍类健身服务，不包含私教等课程类健身服务。

9.《北京市体育赛事活动举办单位综合监管合规手册》（京体法宣字〔2023〕21号）、《北京市体育培训机构综合监管合规手册（2023年）》（京体产业字〔2023〕31号）

2023年，北京市体育局加强了体育领域监管合规手册的制定工作，先后于9月11日、12月5日发布了《北京市体育培训机构综合监管合规手册（2023年）》、《北京市体育赛事活动举办单位综合监管合规手册》，明确了体育培训、体育赛事活动举办两项体育产业重点内容的合规监管要求，对引导市场主体形成稳定预期、优化营商环境、激发市场活力起到了重要作用。

微评

《北京市体育培训机构综合监管合规手册（2023年）》包括经营、从业人员、消费者权益保护、安全生产、消防、卫生、广告发布、特种设备使用安全等八大项、三十小项合规注意事项，涉及高危风险性体育项目经营、预收费、信息公示、游泳场所卫生、广告真实性等具体合规要求。《北京市体育赛事活动举办单位综合监管合规手册》包括办赛、大型活动安全、价格行为、安全生产、消防、卫生、地下空间利用、广告宣传、纳税、特种设备使用安全等十项合规注意事项。

10.《促进户外运动设施建设与服务提升行动方案（2023-2025）》（发改社会〔2023〕1388号）

2023年10月17日，国家发展改革委等部门关于印发《促进户外运动设施建设与服务提升行动方案（2023—2025年）》的通知，要求各部门贯彻落实《中共中央办公厅 国务院办公厅关于构建更高水平的全民健身公共服务体系的意见》，深入实施《户外运动产业发展规划（2022—2025年）》，认真组织落实《促进户外运动设施建设与服务提升行动方案（2023—2025年）》。

微评

《方案》主要包括“推动户外运动产业绿色发展”“加强户外运动场地设施建设”“提升户外运动服务供给质量”“促进户外运动产业创新发展”四大项、二十一小项具体举措。亮点举措包括：构建国家步道体系，构建“三横四纵”网络，研究大运河国家步道建设方案；完善山地户外运动设施，支持使用未利用地、废弃地、边远山地等建设山地户外运动项目；完善户外运动安全救援机制，形成政府主导、社会团体参与的应急救援体系；**创新土地供应方式，鼓励利用集体建设用地、“四荒”（荒山、荒沟、荒丘、荒滩）土地发展户外运动产业，完善长期租赁、租让结合、弹性年期出让等供地新方式；**激发民营户外运动企业发展活力，全面落实公平竞争政策制度，依法保护户外运动民营企业土地使用权、场地经营权和知识产权等经营权益等。

11.《关于规范实施政府和社会资本合作新机制的指导意见》（国办函〔2023〕115号）

2023年11月3日，国家发展改革委与财政部制定《关于规范实施政府和社会资本合作新机制的指导意见》，对已经实施十年的“政府和社会资本合作（PPP）”管理机制进行改革，建立了政府和社会资本合作新机制，提出了“准确把握新机制的总体要求”“规范推进建设实施”“切实加强运营监管”“加大政策保障力度”四大项、十八小项要求。

微评

PPP 模式常见于大型体育场馆的建设、运营项目，对于改善公共服务、拉动有效投资、加强公共体育设施建设发挥了重要的作用。但实践中，也出现了隐性地方债、决策不透明、评估不合理等问题。此次《指导意见》不仅将“体育项目”列为“支持民营企业参与的特许经营新建（含改扩建）项目”以及“应由民营企业独资或控股的项目”，还包括以下改革重点：强调 PPP 项目应聚焦使用者付费项目，不因采用政府和社会资本合作模式额外新增地方财政未来支出责任；PPP 项目全部采取特许经营模式；加强审批程序要求，严格审核特许经营方案、公平选择特许经营者、严格履行投资管理程序等；建立常态化信息披露机制，将项目建设内容、中标结果、协议主要内容、运营考核结果等非涉密信息及时向社会公开。

12. 《上海市体育发展条例》

2023 年 11 月 23 日上海市人民代表大会常务委员会发布《上海市体育发展条例》，该《条例》是上海市体育领域第一部综合性、基础性的地方性法规，将于 2024 年 1 月 1 日起施行。共 12 章 69 条，分为总则、全民健身、青少年和学校体育、竞技体育、体育赛事、体育产业、体育组织、体育设施、保障措施、监督管理、法律责任和附则等内容。《条例》主要内容包括：落实全民健身战略，加快构建更高水平的全民健身公共服务体系；深化体教融合，促进青少年全面健康成长；深挖产业价值，加快推进都市特色体育产业体系建设；聚焦社会关注，优化体育市场监管模式。

微评

就市场监管而言，《条例》重点加强了对于体育领域预付费模式的监管要求：体育健身行业经营者以预收费方式开展经营活动的，应当在经营服务场所、网络经营页面的显著位置公示体育健身服务项目内容、收费标准、经营场地租赁期限等信息，并以书面形式告知消费者预收资金用途和管理方式、余额查询渠道、退费办法等内容，提示预付费风险。此外，经营者还需要按照本市有关规定，合理设定预收金额和可兑付的服务期限、次数。

（本文首发于 2024 年 1 月 22 日）

人民法院案例库“上新”了哪些与体育有关的案例？

李凤翔、徐元昊

2月27日，最高人民法院召开新闻发布会，宣布人民法院案例库正式上线并向社会开放。公众注册登录后就可以查阅。根据最高法要求，法官在审理案件时必须检索查阅案例库，参考入库同类案例作出裁判。这对于促进统一裁判规则和尺度，避免“同案不同判”，保障法律正确、统一适用无疑具有重要意义。笔者对于首批上线案例进行检索，筛选了17件与体育有关的纠纷案件，现将其主要裁判要旨汇总、分类如下，与读者分享。

一、合同纠纷

曾某诉武汉某健身管理有限公司服务合同纠纷案

入库编号：2023-07-2-137-003

案号：（2021）鄂0104民初109号

裁判要旨：

合同约定履行地变更能否解除合同问题。消费者与经营者在签订合同时，若对履行地有明确约定，经营者应在约定地点为消费者提供商品或服务。**当出现门店撤离或者搬迁时**，双方订立合同时环境、地点均发生变化，经营者实际上已无法继续履行服务，且该变化增加了消费者的履约成本，消费者有权拒绝更换合同履行地并有权要求依法解除合同。

二、自甘风险原则相关案件

曾某甲诉曾某乙、某发型店生命权、身体权、健康权纠纷

入库编号：2023-07-2-001-004

案号：（2021）渝03民终862号

裁判要旨：

对于因参加文体活动导致的人身损害，其他参加者以自甘风险规则主张免责的，应当综合审查文体活动是否具有一定风险、受害人是否自愿参加、导致受害人人身损害的其他参加者是否具有故意或者重大过失等因素。受害人经行为人反复邀请后选择参加文体活动的，只要邀请行为不存在胁迫等违背受害人意愿的情形，应当认定受害人属于自愿参加文体活动。文体活动的参加者在活动中因其他参加者的动作导致人身损害的，应审查判断该行为**是否属于该类活动中的正常行为**，**致害行为符合该类活动的一般特征**，且受害人未能举证证明行为人在活动中存在故意或者重大过失情形的，不应认定行为人的行为具有过错或者重大过失。

张某诉韦某生命权、身体权、健康权纠纷案

入库编号：2023-07-2-001-005

案号：（2021）沪01民终732号

裁判要旨：

竞技性体育比赛中，参赛者的违体犯规行为致其他参赛者人身损害的，能否适用自甘风险规则主张免责，应当着重审查其犯规行为是否构成侵权法上的故意或者重大过失。违反比赛规则可作为判断行为人是否存在故意或者重大过失的重要参考因素，**但不能将体育竞技中**

的犯规简单地等同于侵权法上的故意或者重大过失。参赛者的犯规行为是为了进行正常防守而非针对其他参赛者人身的，应当综合考虑涉案体育活动的对抗性程度、体育比赛的具体规格等因素，结合促进体育运动发展的目的考量，认定参赛者的犯规行为是否构成重大过失或者故意。

吴某某诉张某某、李某、某某青少年体育俱乐部、某财产保险股份有限公司北京市分公司生命权、身体权、健康权纠纷一案

入库编号：2023-14-2-001-002

裁判要旨：

1. “自甘风险”的认定。所谓“自甘风险”，是指“被害人原可以预见损害之发生而又自愿冒损害发生之危险，而损害结果不幸发生”的情形。随着社会的不断发展，为增强体质、促进健康，未成年人参加对抗型体育运动培训已成为普遍现象。如跆拳道这类对抗型体育运动，其训练、比赛本身即存在一定的受伤风险性，参与者处在不确定的危险之中，参与过程中出现的“正当危险”后果在一定程度上应当是被允许或容忍的。在《中华人民共和国民法典》颁布之前，未成年人在诸如跆拳道对打训练的体育活动中受伤，能否要求对练者或参加者、训练或培训场馆以及组织者承担赔偿责任，各地司法实践处理不一。民法典明确了“自甘风险”规则后，给此类纠纷处理提供了法律依据，使相关各方主体的责任承担更加公平合理，责任范围更加清晰明了。

2. “自甘风险”的责任承担应综合考虑各方面因素加以确定。“自甘风险”作为一项抗辩事由，通常会产生减轻或免除加害人赔偿责任的后果。对应到未成年人参与者，要充分考虑“受害者”和“受害者”参与体育活动的年龄、意愿、心智、训练经验、运动经历、受伤原因、主观过错等因素；同时，对于组织者或培训机构，尤其要充分考虑其资质、场地条件、教练员专业水平、对抗训练安排的合理性、安全保障义务、主客观过错、伤害发生后的应急处理等因素。综合以上，人民法院应当结合实际、公平合理地确定各方责任承担范围及比例。“自甘风险”规则的妥善适用，既可合理分配责任，也可实现对损害结果的预防，在裁判规范、行为导向上都具有积极意义，亦是践行社会主义核心价值观的有力体现。

蔡某某诉龚某甲、龚某乙、崔某生命权、身体权、健康权纠纷案

入库编号：2023-16-2-001-006

案号：（2023）闽05民再19号

裁判要旨：

足球运动属于具有一定风险的文体活动范围。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，属于“自甘风险”，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。

三、安全保障义务&教育、管理职责

刘某某诉上海某体育文化传播有限公司经营场所的经营者责任纠纷案

入库编号：2023-14-2-370-001

裁判要旨：

1. 极限运动场馆内提供的活动设施均有一定风险，但各个项目的风险等级、活动方式、注意事项等各不相同。对此，经营者应**针对性地予以特别提示**，而非格式化或形式主义的一般提示。对于年龄限制等重要的提示内容，须通过醒目、有效的渠道传达到未成年人的监护人或陪同人，**确保风险告知达到具体、充分、有效的程度**。

2. 经营者责任的范围和程度与其风险防范能力相适应。而风险防范能力又与其专业知识经验、服务对象特点以及项目危险程度等密切相关。因此，对于低龄消费者，经营者应对其参与极限运动项目进行风险评估，严格执行准入门槛，采取完善的安全保障措施。消费者自身亦应增强自我保护意识，充分了解项目特点，服从经营者的劝诫和指导。

黎某明诉大埔县某学校、大埔县某医院教育机构医疗损害责任纠纷案

入库编号：2023-16-2-376-003

案 号：（2021）粤 14 民终 2071 号

裁判要旨：

1. 责任的承担问题。根据《中华人民共和国侵权责任法》规定，无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当承担侵权责任；但是，能够证明尽到教育、管理职责的，不承担侵权责任。限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担侵权责任。按照本条规定，“限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担责任。”根据此条，学校或者其他教育机构承担责任必须具备以下条件：**一是限制民事行为能力人在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到“人身损害”；二是“学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责”**。根据侵权责任法第6条第1款的规定，行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。本条中“学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责”属于过错行为，所以本条规定采用的原则是过错承担责任的原则。

2. **在学生和学校均无过错的情况下，适用公平责任妥善解决校园体育伤害赔偿问题，系对未成年人的特殊优先保护。**《民法典》第一千一百八十六条规定，受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，依照法律的规定由双方分担损失。所谓公平责任，也称衡平责任或者公平分担损失，是指在受害人和行为人对损害的发生都没有过错的情形下，根据实际情况由双方公平地分担损失。根据本条的规定，受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失。这里的“实际情况”，主要包括以下两种情况：**一是受害人受到的损害程度**。损害应当达到相当的程度，如果不分担损失将使受害人遭受比较严重的损失，并且有悖于法律的公平理念，客观上需要通过一定的方式予以适当的弥补；如果损害是微不足道的，则没有必要分担损失。**二是当事人的经济状况**。当事人的经济状况，主要是指当事人的经济实力和负担能力。“**分担损失**”不是“**平均承担**”，**经济实力、负担能力强的，应当多分担一些；经济实力、负担能力差的，可以少分担一些**。从某种意义上讲，校园体育伤害具有偶发性和难以预防的特征，因体育伤害引发的诉讼和纠纷，触动的不仅仅是学生的安全利益，也触动着学校安全管理的敏感神经。因此，法院审理此类案件要依法特殊、

优先保护未成年人权益，还要充分考虑个案的特殊情况，将校方责任控制在合理限度之内，实现学生及学校的双重保障。

王某诉某滑雪场生命权、身体权、健康权纠纷案

入库编号：2024-07-2-001-001

案 号：（2021）京 03 民终 13644 号

裁判要旨：

滑雪场作为滑雪场地的经营者、管理者，应当具备滑雪行业要求的相关专业资质和管理能力，其对安全保障注意义务的履行应高于普通人的标准，即**要达到与其专业管理能力相匹配的程度**。滑雪场未按照客运索道相关国家标准的要求履行相应的安全保障义务的，应当对损害结果承担相应责任。

四、知识产权纠纷

迈克尔·杰弗里·乔丹与国家工商行政管理总局商标评审委员会、乔丹体育股份有限公司“乔丹”商标争议行政纠纷案

入库编号：2019-18-3-029-001

案 号：（2016）最高法行再 27 号

裁判要旨：

1. 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规定的在先权利。外国自然人外文姓名的中文译名符合条件的，可以依法主张作为特定名称按照姓名权的有关规定予以保护。

2. 外国自然人就特定名称主张姓名权保护的，该特定名称应当符合以下三项条件：（1）该特定名称在我国具有一定的知名度，为相关公众所知悉；（2）相关公众使用该特定名称指代该自然人；（3）该特定名称已经与该自然人之间建立了稳定的对应关系。

3. 使用是姓名权人享有的权利内容之一，并非姓名权人主张保护其姓名权的法定前提条件。**特定名称按照姓名权受法律保护的，即使自然人并未主动使用，也不影响姓名权人按照商标法关于在先权利的规定主张权利。**

4. 违反诚实信用原则，恶意申请注册商标，侵犯他人现有在先权利的“商标权人”，以该商标的宣传、使用、获奖、被保护等情况形成了“市场秩序”或者“商业成功”为由，主张该注册商标合法有效的，人民法院不予支持。

亚组委诉某置业公司、某科技公司侵害特殊标志专有权纠纷案

入库编号：2023-07-2-164-002

案 号：（2021）浙 0109 民初 12877 号

裁判要旨：

特殊标志是指经国务院批准举办的全国性和国际性的文化、体育、科学研究及其他社会公益活动所使用的，由文字、图形组成的名称及缩写、会徽、吉祥物等标志。《中华人民共和国体育法》第五十二条第一款规定，在中国境内举办的体育赛事，其名称、徽记、旗帜及

吉祥物等标志按照国家有关规定予以保护。擅自将特殊标志设置为互联网广告搜索关键词的行为构成侵权，侵权人应当承担相应责任。

某体育场有限责任公司诉某烟花集团股份有限公司、浏阳市某烟花有限公司、北京市某烟花有限公司著作权权属、侵权纠纷案

入库编号：2023-09-2-158-034

案号：（2009）一中民初字第4476号

裁判要旨：

1. 对建筑作品著作权的保护，主要是对建筑作品所体现出的独立于其实用功能之外的艺术美感的保护，只要未经权利人许可，以剽窃、复制、发行等方式对建筑作品所体现出的艺术美感加以不当使用，即构成对建筑作品著作权的侵犯，而不论此种使用是在著作权法意义上的作品中，还是工业产品中，亦即不受所使用载体的限制。

2. 在确定被诉侵权行为是否为合理使用时，应当考虑的因素包括：使用的目的和性质、作品的性质、作为一个整体的著作权作品被使用的量和实质部分、使用效果对著作权作品的潜在市场和价值的影响。“对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像”的适用应当符合如下条件：第一，从适用的对象看，应限定为设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品；第二，从使用方式看，应限定为临摹、绘画、摄影、录像等平面复制的行为；第三，从作品使用的效果看，不能不正当地影响某体育场公司作品的价值或者潜在市场。

3. 著作权法规定的复制，是指以一定方式将作品制作一份或者多份的行为。具体到建筑作品而言，因为建筑作品本身的表现形式为建筑物或构筑物，属于三维结构。因而与建筑作品有关的复制，应当限于从立体到立体的复制及从立体到平面的复制。涉案国家体育场属于建筑作品，被诉侵权产品高度模仿国家体育场建筑作品，两者构成实质性相似，对被诉侵权产品的制造和销售构成对国家体育场建筑作品的复制和发行，因此，被诉侵权人应当承担停止侵权和赔偿损失的责任。

某公司诉某运动器材有限公司侵害商标权纠纷

入库编号：2023-09-2-159-030

案号：（2018）沪0115民初53351号

裁判要旨：

1. 曾因涉嫌侵害他人其他商标而被警告，后签署和解协议承诺不再从事侵权活动，但再次通过线上、线下多种渠道销售侵权产品，且产品还存在质量问题，此种行为符合惩罚性赔偿关于“恶意”和“情节严重”的适用要件。

2. 被告拒绝履行证据披露义务已构成举证妨碍，法院根据被告微信宣传的内容，足以证明侵权商品的销售量，被告对其宣传内容不能举证否定真实性的，应当支持原告主张；对于侵权商品的单位利润，可以结合案外同类产品与被告的自认酌情确定。

某网络有限公司诉某信息技术有限公司、某体育文化发展有限公司网络不正当竞争纠纷案

入库编号：2023-09-2-182-007

案 号：（2019）京 73 民终 2989 号

裁判要旨：

经营者未经授权通过直播浏览器嵌套他人网页以主播“陪伴式”直播的方式，将他人享有独家信息网络传播权的视频节目进行直播，获取不当商业利益，损害其他经营者利益的，应当认定构成不正当竞争。

迈某某·杰某某·乔某诉原国家工商行政管理总局商标评审委员会、第三人某某体育股份有限公司商标争议行政纠纷案

入库编号：2023-09-3-029-034

案 号：（2015）知行字第 332 号

裁判要旨：

肖像权所保护的“肖像”应当具有可识别性，其中应当包含足以使社会公众识别其所对应的权利主体，即特定自然人的个人特征，从而能够明确指代其所对应的权利主体。**如果请求肖像权保护的标识不具有可识别性，不能明确指代特定自然人，则难以在该标识上形成依法应予保护，且归属于特定自然人的人格尊严或人格利益。**如果当事人主张肖像权保护的标识并不具有足以识别的面部特征，则应当提供充分的证据，证明该标识包含了其他足以反映其所对应的自然人的个人特征，具有可识别性，使得社会公众能够认识到该标识能够明确指代该自然人。

某（北京）文化传媒股份有限公司诉某联赛有限责任公司、上海某文化传播有限公司滥用市场支配地位纠纷案

入库编号：2023-13-2-184-001

案 号：（2021）最高法知民终 1790 号

裁判要旨：

体育赛事组织者基于其组织赛事、依据法律法规规定取得的独家经营赛事资源的民事权利所呈现的独家性和排他性属于权利自身的内在属性。**由该权利内在的排他属性所形成的“垄断状态”本身，并非反垄断法预防和制止的对象。**体育赛事组织者行使其独家经营赛事资源的权利时进行公开招标投标，其他经营者据此取得该独家经营的授权，实质上是公平竞争的结果，原则上不宜认定该经营权的独家授予属于滥用市场支配地位的行为。

五、其他纠纷

德拉甘·可可托维奇诉上海恩渥餐饮管理有限公司、吕恩劳务合同纠纷案

入库编号：2022-18-2-139-001

案 号：（2020）沪 01 民终 3346 号

裁判要旨：

1. 国际单项体育组织内部纠纷解决机构作出的纠纷处理决定不属于《承认及执行外国仲裁裁决公约》项下的外国仲裁裁决。

2. 当事人约定，发生纠纷后提交国际单项体育组织解决，如果国际单项体育组织没有管辖权则提交国际体育仲裁院仲裁，该约定不存在准据法规定的无效情形的，应认定该约定有效。国际单项体育组织实际行使了管辖权，涉案争议不符合当事人约定的提起仲裁条件的，人民法院对涉案争议依法享有司法管辖权。

李某诉某足球俱乐部有限公司追索劳动报酬纠纷案

入库编号：2023-07-2-186-013

案 号：（2021）内 01 民终 6248 号

裁判要旨：

《中华人民共和国体育法》第九十二条第二款将《中华人民共和国仲裁法》规定的可仲裁纠纷和《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》规定的劳动争议排除在体育仲裁范围之外，明晰了体育仲裁的范围。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第十五条规定，劳动者持用人单位的工资欠条直接提起诉讼，诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的，无需经过仲裁前置程序。**因此，运动员追索劳动报酬纠纷应纳入人民法院民事案件受案范围。**

可以看出，此次相关案例主要集中在自甘风险、安全保障义务以及知识产权领域，而近些年在体育赛事转播等领域影响较大但学术界仍存在分歧的一些案件尚未被正式纳入案例库。未来，我们也会持续关注，并为读者带来

（案例源：人民法院案例库）

（本文首发于 2024 年 3 月 12 日）

星瀚建工

热爱法律的技术派

固定总价合同未完工，工程如何结算？

沈奇

一、问题的提出

发包人与承包人约定采取固定总价的计价方式，在合同履行过程中，由于发包人或者承包人原因致使合同解除，此时工程通常未完工，承包人与发包人如何就已完工工程进行结算？虽然《中华人民共和国民法典》第 806 条规定：“合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支付相应的工程价款”，但司法实践中固定总价合同未完工工程如何按照约定结算仍存在较大争议。

二、固定总价合同未完工程的结算方式

1、各地人民法院的裁判规则

由于固定总价合同未完工程结算争议较大，实践中又有多种裁判标准，各地高院对此发布了一些解答或指南，具体见下表：

序号	法院	内容
1、	北京市高级人民法院	《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第 13 条 建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，承包人未完成工程施工，其要求发包人支付工程款，经审查承包人已施工的工程质量合格的，可以采用“按比例折算”的方式，即由鉴定机构在相应同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数确定发包人应付的工程款。
2、	山东省高级人民法院	《山东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》第 4 条第 3 款 工程尚未完工的，合同约定固定总价，承包人要求支付工程款的，对于能够确定已完工工程占合同约定施工范围比例的工程，应以合同约定的固定价为基础按比例折算；无法确定已完工比例的，双方对工程造价有争议的，可将争议部分工程造价委托鉴定。

3、	重庆市高级人民法院、四川省高级人民法院	《重庆市高级人民法院、四川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》第 15 条 建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，在未全部完成施工即终止履行，已施工部分工程质量合格，承包人要求发包人支付工程价款的，可以采用“价款比例法”的方式，由鉴定机构根据工程所在地的建设工程定额及相关配套文件确定已完工程占整个工程的比例，再用合同约定的固定总价乘以该比例确定发包人应付的工程价款（即：已完工部分工程价×已完工部分定额价/定额总价）
4、	四川省高级人民法院	《四川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疑难问题的解答》第 25 条 约定工程价款实行固定总价结算的建设工程施工合同在未全部完成施工即终止履行，承包人已施工的工程质量合格，承包人要求发包人支付工程价款的，由双方协商确定已施工的工程价款，协商不成的，由鉴定机构根据工程设计图纸、施工图纸、施工签证、交接记录等资料以及现场勘验结果对已完成工程量占合同工程量比例计算系数，再用合同约定的固定价款乘以该系数确定发包人应付的工程价款。
5、	河北省高级人民法院	《建设工程施工合同案件审理指南》第 12 条 建设工程施工合同约定工程款实行固定价，如建设工程尚未完工，当事人对已完工程造价产生争议的，可将争议部分的工程造价委托鉴定，但应以合同约定的固定价为基础，根据已完工工程占合同约定施工范围的比例计算工程款。即由鉴定机构在同一收费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数，确定工程价款。当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的，人民法院不予支持。

6、	湖北省高级人民法院	《湖北省高级人民法院民事审判工作座谈会会议纪要》第 32 条 如果工程未完工，承包人请求结算工程款的，区分情况处理： （1）已完工程质量不合格的，由承包人进行修复，修复后质量合格的，可以请求支付工程款，修复后质量仍不合格的，承包人请求支付工程款的，不予支持； （2）已完工程质量合格的，合同约定以单价包干方式计价的，按照包干单价和已完工程量计算工程款；合同约定以总价包干方式计价的，若工程未完工系承包人原因导致，按合同约定的取费标准鉴定未完工部分，以总包干价减未完工部分造价计算工程款；若工程未完工系发包人原因导致，按照建设行政主管部门颁发的定额及取费标准据实结算。
7、	江苏省高级人民法院	《江苏省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南（2010）》第 7 条 在工程没有全部完工的情况下，有两种不同的方式来确认工程款，一是根据实际完成的工程量，以建设行政主管部门颁发的定额取费，核定工程价款，并参照合同约定最终确定工程价款；此时，对工程造价鉴定不涉及到甩项部分，只须鉴定其完工部分即可。二是确定所完工程的工程量占全部工程量的比例，按所完工程量的比例乘以合同约定的固定价款得出工程价款。此时，对工程造价鉴定涉及到甩项部分，即对涉案工程总造价进行鉴定。第一种方法较为经济，也是较为常用的一种方法，一般用于工程没有总体竣工验收；第二种方法鉴定费用较高，一般用于工程竣工验收合格。上述两种方式均具有一定的合理性，应尽量寻求双方当事人意见的一致，如无法取得一致时由人民法院酌情确定。

上述裁判观点均采用比例计算法，根据计算比例的方法，可以分为工程量比例计算法和工程价款比例计算法。**工程量比例计算法**指的是以已完工工程量占全部工程量的比例乘以合同约定的固定价款得出工程价款，即**工程价款=已完工工程量/全部工程量×固定总价**；而**工程价款比例计算法**则指的是在同一标准下计算已完工工程价款及全部工程价款，并按照已完工工程价款占全部工程价款比例乘以合同约定的固定价款得出工程价款，即**工程价款=已完工工程价款/全部工程价款×固定总价**。

此外，司法实践中还存在工期鉴定算法，即以已完施工工期与全部应完施工工期的比值作为计价系数，再以该系数乘以合同约定总价进行计价，**工程价款=已完施工工期/全部应完施工工期×固定总价**。该计算方法的依据在于将工程与固定总价作为一个整体，根据合同

约定的工期计算出承包人平均每天完成的工程量所对应的工程价款，再乘以实际施工天数计算出工程价款。由于存在固定的施工顺序，每个阶段所对应的施工内容并不一样，施工天数与已完工工程量并无直接联系，故按照工期计算得出的工程价款可能与实际已完工工程价款差距较大。对于一些难以确定已完工工程范围或施工界面的案件，例如承包人退场时双方未固定已完工部分，后续承包人进场施工后导致原施工范围无法确定，则可以尝试采用工期鉴定算法计算工程价款。

2、各地人民法院的裁判规则分析

固定总价合同约定的固定总价指完成合同约定范围内工程量以及为完成该工程量而实施的全部工作的总价款，除建设单位增减工程量和设计变更外，工程价款一律不予调整，施工过程中产生的材料价格风险及工程量风险均由承包人承担。因此，**在固定总价前提下计算未完工工程价款需要充分尊重合同双方的意思表示，不能直接按照合同约定取费标准计算已完工程价款。**虽然未完工工程量可以确定，但固定总价下的工程量是一个整体，未完工部分无法脱离全部工程单独计算价款。

各地法院采用的比例算法正是考虑到上述固定总价合同这一特点，但工程量与工程价款比例算法还是存在一定的区别。**工程量比例算法认为固定总价对应全部工程量，工程风险已全部分摊，故可将固定总价除以全部工程量算出所谓的“工程量单价”，再乘以已完工工程量计算出工程价款。**这一计算方法相较于直接计算已完工程价款，兼顾了合同双方关于固定总价的约定，使得最终的工程价款相对较为公平，但也存在一定的不足之处。就建筑行业而言，土建部分往往成本较高、利润较低，如果合同约定施工范围包括土建部分+安装、装修部分，承包人一般会整体考虑工程的利润，意图通过完成全部工程以获得预期利润。由于装修和安装部分通常在土建部分施工完毕后进行，所以未完工工程一般都是土建部分未完成或土建部分已完成、安装及装修部分未完成。此时，由于土建部分成本较高，若直接按照工程量比例算法计算，所依据的“工程量单价”计算方式可能会导致承包人无法取得预期利润，这样既与合同双方当时的约定有所出入，对承包人来说也不够公平，不利于保护承包人及施工人员的合法利益。

工程价款比例算法在一定程度上可以解决工程量比例算法的不足，即使承包人出于拿下工程及总体利润考虑将土建部分报价降低，也可以通过同一取费标准恢复。因此，关于同一取费标准，采用当地政府部门发布的定额是合理的，定额作为政府指导价，既反映了当地建筑行业的平均价格，也符合《中华人民共和国民法典》第五百一十一条第（二）款的规定，例如重庆市高级人民法院、四川省高级人民法院、江苏省高级人民法院就明确将工程所在地的定额作为取费标准。湖北省高院则认为应按照合同约定的取费标准作为鉴定依据，该方式实则与工程量比例算法差别不大。

三、最高人民法院的裁判观点

在（2014）民一终字第69号公报案例中，最高人民法院对此进行了详细的说理，认为对于约定了固定价款的建设工程施工合同，双方未能如约履行，致使合同解除的，在确定争议合同的工程价款时，既不能简单地依据政府部门发布的定额计算工程价款，也不宜直接以合同约定的总价与全部工程预算总价的比值作为下浮比例，再以该比例乘以已完工程预算

价格的方式计算工程价款，而应当综合考虑案件实际履行情况，并特别注重双方当事人的过错和司法判决的价值取向等因素来确定。

在该案中，最高人民法院除对鉴定的计算方法进行分析进而选定计算方法外，还将双方当事人的利益平衡和司法判决价值取向作为重要参考因素。首先，违约方不应解除合同而获利，最高人民法院通过计算违约方即建设单位实际为完成该工程所应当支出的价款金额，发现一审采用的“以合同约定的总价与全部工程预算总价的比值作为下浮比例，再以该比例乘以已完工程预算价格”的方式会导致违约方获得额外利益，明显与立法目的不符。其次，违约方也不应由此承担不合理的损失，在该案中最高人民法院认为如采用工期鉴定法，会导致计算结果明显高于已完工工程相对应的定额预算价，虽然违约方中途解除合同必然导致增加交易成本，但该计算结果对违约方来说也明显不公。最终，最高人民法院采用依据政府部门发布的定额计算已完工工程价款的鉴定结果，认为“此种处理方法既不明显低于合同约定总价，也不过分高于合同约定总价，与当事人预期的价款较为接近，因而比上述两种计算结果更趋合理。另外，政府部门发布的定额属于政府指导价，依据政府部门发布的定额计算已完工程价款亦符合《合同法》第六十二条第二项“价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行”以及《民法通则》第八十八条第四项“价格约定不明确，按照国家规定的价格履行；没有国家规定价格的，参照市场价格或者同类物品的价格或者同类劳务的报酬标准履行”等相关规定，审理此类案件，除应当综合考虑案件实际履行情况外，还特别应当注重双方当事人的过错和司法判决的价值取向等因素，以此确定已完工程的价款。”

结语

关于固定总价合同未完工工程的结算方式，司法实践中存在较大争议，无论是工程量比例算法，还是工程价款比例算法，亦或是工期鉴定算法，均无法完全复原合同双方当时的全部意思表示，无法做到绝对的公平。因此，应当在依据各鉴定方法得出的计算结果基础上，综合考量合同双方的过错、利益平衡及司法判决的价值取向，作出尽可能符合合同双方预期和公平原则的判决。

（本文首发于 2024 年 2 月 19 日）

商事争议解决

《合同编通则司法解释》施行后， 连环交易中的第三人是否还能主张代为清偿？

周徐乐、李煊苇

实务中常见连环交易情形，例如甲向乙出售商品，乙再将商品转售给丙，若乙未履约向甲支付货款，丙为避免甲迟延交货影响自己的交易，能否替代乙支付货款，并要求甲交付货物。又如，甲将自有商标授权给乙，乙转授权给丙，在乙未履约支付授权使用费的情形下，丙能否替代乙支付费用，以避免自己的商标授权有效性受到影响。若允许前述情形下合同以外的第三人丙代为履行，是否适用《民法典》第五百二十四条第三人代为履行（清偿）规则，本文将对此展开讨论，以供读者参考。

一、“具有合法利益的第三人”认定的泛化趋势

《民法典》第五百二十四条第一款规定，“债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。”

本条确立了第三人代为履行的规则，在一定程度上突破了债的相对性。一方面，该条允许第三人介入债的关系；另一方面，在第三人介入债的关系时，只要能够证明其对债务的履行具有合法利益，即有权向债权人作出履行，而债权人不得拒绝。该制度的设立目的是通过打通债务履行壁垒，促进债权人、债务人之间既已缔结的存量债权债务及时清结，避免和消灭“僵尸债务”，简化相关方之间的法律关系。

究有疑问的是，如何认定“第三人对履行该债务具有合法利益”。

（一）既有裁判观点：债权人同意是共性前提

通过检索司法案例不难发现，“具有合法利益”的标准在实践中已呈泛化认定之势。

例如，在陈某红与B公司特许经营合同纠纷案¹中，A公司是奈良小鹿品牌的所有权人，其将品牌授权给B公司。而后，B公司又将品牌转授权给陈某红。在实际履行过程中，均由A公司向陈某红直接提供品牌指导和咨询服务，且陈某红对A公司的履行未提出异议。但陈某红认为B公司未按约定履行合同义务，要求解除合同并退还授权费。法院认为，“陈某红对合同签约主体及奈良小鹿品牌经营资源主体分别为B公司及A公司是明知的，且陈某红从未拒绝A公司履行涉案合同义务，应视为原告接受了A公司代为履行。A公司实际履行了《授权合同》中B公司应当提供的服务，A公司作为品牌所有方对履行《授权合同》具有合法利益，且本案不属于根据债务性质、合同约定或者法律规定的不能由第三人代为履行的情形。因此，A公司为陈某红提供的服务构成第三人代为履行”。可见，法院认为品牌所有人对于转授权合同的履行具有合法利益，允许代为履行。

又如，在贺某、孟某某追偿权纠纷案²中，贺某向信用社借款20万元，但到期无力偿还。孟某某作为该信用社工作人员，需遵守该信用社关于要求各社贷款收回率100%的规定，于是在未能与贺某取得联系的情况下，孟某某代为归还了贷款本息，后向贺某提起追偿权诉讼。

¹ 参见上海市知识产权法院（2022）沪73民终306号判决书。

² 参见河南省南阳市中级人民法院（2021）豫13民终278号判决书。

法院认为，“由于贺某未能偿还贷款，会导致孟某某无法完成信用社的关于要求各社贷款收回率100%的规定，将导致孟某某利益受损，故而孟某某有权代债务人向债权人履行债务”。可见，因内部管理规定而遭受不利益的第三人，也会被认为属于“具有合法利益”的第三人。

再如，在谢某菲与某华公司职工破产债权确认纠纷案³中，原告谢某菲以个人名义向案外人借款用于支付某华公司的职工工资。法院认为，“谢某菲作为某华公司法定代表人之女，从法律上并无为某华公司垫付职工工资及社保的义务。某华公司进入破产清算程序前，由于经营不善，无法支付职工的工资及社保费用，由政府部门协调解决。第三方垫付的行为，并不影响破产企业的清偿能力和清偿范围，也不损害其他债权人的利益。谢某菲的垫付行为，优先保障了某华公司职工的权利，该行为导致企业对职工债务的消灭，由此产生新的债权与原来的职工债权应当具有同等地位，故谢某菲垫付的款项应认定为对某华公司的职工债权，应当优先清偿”。本案中，谢某菲作为公司法定代表人的近亲属，允许代为支付职工工资，并享有职工债权人的地位，在破产程序中优先受偿。

综观上述案例，我们会发现，法院倾向于宽泛认定“合法利益的第三人”，包括第三人基于业务关系、基于内部追责而代为履行，或第三人代为履行债务无害于各方当事人，能够产生良好社会效应的，法院都倾向于适用《民法典》第五百二十四条保障第三人的利益。并且，上述案例存在的共性前提是：债权人同意并接受第三人的履行或清偿。但问题在于，若债权人基于某种原因不愿接受第三人履行的，是否还能适用“第三人代为履行”规则强制要求债权人接受第三人的履行？以上案例均无法给出答案。

（二）司法观点：“法无禁止即可为”

除了上述裁判观点外，最高人民法院主编的《〈中华人民共和国民法典〉合同编理解与适用（一）》中也提到，第三人代为履行属于民事行为，而对于民事行为“法无禁止即可为”，因此只要第三人履行债务的目的合法或者不违反法律法规或规章的禁止性规定，即可认定第三人对履行该债务具有合法利益⁴。

对此，有从事一线审判工作的法官亦认为，最高院采用“法无禁止即可为”的开放理解是契合于我国对于第三人代为履行制度的立法目的与实际需要的，只有保证合法利益概念的开放性，才能更好地应对实务中不断出现的新类型案件⁵。

二、《民法典合同编通则司法解释》的限缩趋势

《民法典合同编通则司法解释》（以下简称“《合同编通则司法解释》”）第三十条第一款规定，“下列民事主体，人民法院可以认定为民法典第五百二十四条第一款规定的对履行债务具有合法利益的第三人：

- （一）保证人或者提供物的担保的第三人；
- （二）担保财产的受让人、用益物权人、合法占有人；

³ 参见江苏省无锡市中级人民法院（2020）苏02民终2419号判决书。

⁴ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《〈中华人民共和国民法典〉合同编理解与适用（一）》，北京人民法院出版社出版，2020年，第422页。

⁵ 参见袁东筱：《第三人单方自愿代为履行制度的体系化解读》，载《江苏省法学会民法研究会2021年论文集》。

- (三) 担保财产上的后顺位担保权人;
- (四) 对债务人的财产享有合法权益且该权益将因财产被强制执行而丧失的第三人;
- (五) 债务人为法人或者非法人组织的, 其出资人或者设立人;
- (六) 债务人为自然人的, 其近亲属;
- (七) 其他对履行债务具有合法利益的第三人。”

本条是对《民法典》第五百二十四条中“对履行债务具有合法利益的第三人”的细化解释, 列举了六种常见的“具有合法利益”第三人类型, 并添加第七项兜底条款。

最高院编著的《〈民法典合同编通则司法解释〉理解与适用》(以下简称“《理解与适用》”)一书中, 对本条“合法利益的构成”进行了详细阐述, 首先, **明确“合法利益”是因债务人履行债务而实现的利益, 并非因第三人代为履行而产生的利益。**换言之, 合法利益是在第三人代为履行前已经产生, 而且将因债务人履行债务行为而实现, 而不能是第三人代为履行后才产生的利益。**其次, 合法利益通常应当具有权益性质, 而不宜仅仅是经济损失之避免。**比如, 在货物连环买卖中, 第三人丙径行向其买受人乙的上游买家甲交货, 以期上游买家甲按时付款, 避免影响自己的合同利益。但是, 最高院认为, 此处第三人丙的利益尚不足以构成本条规定所讨论的“合法利益”。考虑到上游买家甲对该货物的质量是否合格以及交付后的维修、维护等问题存在顾虑, 第三人丙可能难以完成此项工作, 赋予此处第三人以代为“履行权”, 第三人获得的并非特定权益, 而是经济损失之避免, 而且合同的相对性也使在法律上难以认定丙与乙间合同的履行利益受羁于乙与甲合同履行不畅之阻碍⁶。

我们认为, 根据《合同编通则司法解释》对“具有合法利益的第三人”的具体列举, 结合最高院《理解与适用》对“合法利益”的解释, **未来司法实践对于“合法利益的第三人”的认定应当会更加谨慎, 相比原来认定泛化的趋势有所限缩。**理由在于, 尽管《合同编通则司法解释》第三十条第一款第七项为兜底条款, 但兜底条款的适用应当与其他列举情形具有“相当性”, 应具有和财产、人身相关的特定权益, 不宜无限制扩张认定。并且, 根据最高院《理解与适用》的观点, 连环交易中单纯经济损失的避免, 不属于“合法利益”的范畴。因此, 既有的裁判观点可能面临调整。

三、第三人代为履行规则的厘清

我国《民法典》第五百二十四条的“第三人代为履行(清偿)”, 又称“代位清偿”, 具备两种法律效果: 第一, 第三人享有清偿权, 即便债务人对第三人清偿提出反对, 债权人亦不得拒绝受领。如果债权人无正当理由不受领给付, 则构成受领迟延。第二, 债权人受领第三人履行后, 发生法定的债权移转, 第三人取得相当于债权人的地位。如果债权设有担保等从权利, 则此类权利一并移转给第三人。

由于“第三人代为履行”制度赋予第三人单方面介入他人之间债权债务关系的强大效力, 而不问债权人是否同意, 因此, 为避免任何第三人过分干预他人间法律关系而不当影响他人利益, 必须将有资格代为履行的第三人, 限制在具有“合法利益”的范围之内。

我们认为, 第三人代为履行规则应是有关债务人尊严和债权人利益之间的权衡, 而不是以牺牲债的相对性, 来鼓励第三人通过代为清偿而获取利益。尤其在债权人不同意的场合,

⁶ 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室编著:《民法典合同编通则司法解释理解与适用》, 人民法院出版社, 2023年, 第349页。

此时如果对具有合法利益的第三人进行扩大解释的话,可能会与债之关系当事人的意愿产生内在冲突⁷,也即债权人和债务人可能基于某种原因并不希望第三人代为履行,但法律却强迫债权人必须接受第三人的履行。因此,无论是类型化或是界定合法利益的具体内涵,都应是对合法利益进行目的性的限缩⁸。

当然,对“合法利益”的限缩,并不代表“无合法利益的第三人”不能代债务人向债权人进行清偿。《民法典》第五百二十四条第一款并未正面规定无合法利益的第三人可否进行清偿,如果进行反面解释,只能得出无合法利益的第三人不享有清偿权的结论。不享有清偿权仅意味着第三人不能享有等同于债权人的地位,即债权不发生法定转移,但不等于禁止第三人进行清偿。如果债权人同意,自然应允许无合法利益的第三人代为清偿。

因此,在连环交易场合,我们不必寻求通过“有合法利益第三人代为履行”规则,来承认第三人清偿的有效性和向债务人的追偿权,避免使债权人陷入被迫同意的境地。如果仅是为了避免经济利益损失,只要债权人同意,可以作为无合法利益的第三人进行清偿,再以不当得利向债务人进行追偿即可。

四、结语

综上所述,面对错综复杂的现实案件情况,不宜通过对“合法利益”的扩张,使第三人清偿被无限纳入《民法典》第五百二十四条的规制中,而应当允许并承认无合法利益第三人清偿的有效性,合理分流,回归“合法利益”的本来面貌。尽管过往司法实践具有宽泛理解的趋势,但我们仍可以期待《合同编通则司法解释》的出台对往后的司法实践有进一步的指引和完善。

(本文首发于 2024 年 2 月 26 日)

⁷ 参见高圣平、陶鑫明:《论第三人代为清偿的法律适用——以〈民法典合同编通则解释〉第 30 条为分析对象》,载《社会科学研究》2024 年第 1 期,42-55 页。

⁸ 参见石兴熠、楚道文:《民法典视野下第三人代为履行规则的适用探析——基于对 103 份裁判文书的分析》,载《北京政法职业学院学报》2023 年第 3 期,77-84 页。

《民法典合同编通则司法解释》实施后， 员工和供应商恶意串通舞弊行为的民事追偿新路径

周徐乐

员工舞弊的一种常见情形是与外部供应商串通，以不合理价格“低买高卖”或虚设中间环节等手段来恶意抬高采购价格，从中获取暴利。东窗事发后，企业的第一反应往往是追究员工的刑事责任，但即便员工认罪认罚，事情也尚未结束，公司还需要处理与供应商之间的合同问题。一方面，公司可能面临供应商催讨货款，另一方面，公司因高价采购所遭受的经济损失需要向供应商进行追讨。但原有的民事追偿路径存在一定困难，实务中公司挽回损失的情况并不理想。本次《民法典合同编通则司法解释》的出台，为公司向员工、供应商追偿提供了新的思路。

一、“恶意串通”追偿路径的老大难问题

《民法典》第一百五十四条规定，行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。本条是针对员工与供应商串通舞弊行为，公司向供应商追偿的典型路径。然而，该条款在具体适用过程中通常存在以下问题。

（一）对串通主体的不同观点

《民法典》第一百五十四条涉及的主体有“行为人”、“相对人”和“他人”。根据案例检索结果，我们发现实务中不同的法官对于这三个主体的指代对象，有着不同的理解。

有观点认为，“行为人”和“相对人”是签订合同的当事人，“他人”必须是合同当事人以外的第三人。例如，在A公司与B公司委托纠纷案¹中，A公司主张其股东李某与B公司恶意串通，抬高价格，导致合同价格远高于市场价格，故合同无效。法院认为，首先，恶意串通是指**合同订立的当事人双方在主观上具有共同意思联络与沟通，意图通过签订合同损害他人利益**；其次，该规定中的第三人是指**合同相对方以外的第三人，而非合同相对方，即合同履行结果将损害合同以外其他人的利益**。案涉合同系A公司与B公司签订，即便有“恶意串通”也应发生于A公司与B公司之间，且损害的应为两公司以外的国家、集体或者第三人利益。因此，A公司的主张缺乏事实与法律依据，不予采信。

也有观点认为，恶意串通既可以存在于双方当事人之间，也可能发生在一方当事人与相关第三人之间，不应局限于“行为人与相对人”这一表达。例如，《中华人民共和国民法典释义及适用指南（上）》第154条释义中提及一则案例，“甲公司生产的一批产品质量低劣，卖不出去，甲公司找到乙公司负责采购的业务人员向其行贿，二者相互串通订立该产品的买卖合同，乙公司将其以合格产品买入。甲公司与乙公司采购人员相互勾结签订合同，损害乙公司利益的行为就属于恶意串通的民事法律行为。”²可见，这一案例中，乙公司作为合同当事人一方，也被认为是受到损害的“他人”，而实施舞弊的员工个人，也可以是法条中串通的“行为人”。

我们认为，造成两者观点分歧的原因在于是否将员工和公司的意思表示相区分。若认为

¹ 参见(2021)鄂08民终473号判决书。

² 黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义及适用指南（上）》，中国民主法制出版社2020年7月版。

员工的行为能代表公司意志，则公司就是实施串通行为的当事人，不可能成为被损害的客体。但若认为员工的舞弊行为是员工个人行为，独立于公司意志，则员工是恶意串通的行为人，公司是因串通而受到损害的第三人。

（二）对恶意串通的证明要求高

因恶意串通导致合同无效的法律行为，需符合以下构成要件：（1）具有损害的恶意：当事人明知其所实施的民事法律行为将造成他人损害而故意为之；（2）行为人和相对人之间须有串通：双方均为故意且有意思联络；（3）客观上损害了他人的合法权益；（4）恶意串通和损害结果之间有因果关系。其中，对于行为人和相对人的主观恶意及串通行为最难认定。

一方面，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民事诉讼法司法解释》）第一百零九条规定，“当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明，以及对口头遗嘱或者赠与事实的证明，人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的，应当认定该事实存在。”可见，恶意串通事实的证明，不同于普通民事案件“高度盖然性”的证明标准，需要达到“排除合理怀疑”的程度，使人民法院确信该待证事实存在。这种证明标准，和刑事证明标准相对齐，对于当事人的举证要求非常高。

另一方面，受有损害的公司收集证据上处于弱势地位。不同于刑事案件中证据收集主要依靠公权力机关的调查取证，民事案件当事人只能依靠自己的力量来收集证据，普通民事主体可利用的调查手段非常有限。并且，恶意串通行为本身具有隐蔽性，公司往往无法获得双方进行意思联络的直接证据。

基于以上两点原因，在我们检索到的案例中，绝大部分案例，法院均是以原告没有充分证据证明存在恶意串通行为而驳回诉讼请求。

实务中，常见公司通过举证公司向其他供应商采购同类商品的价格、商品的市场行情价格等，来证明案涉合同交易价格的畸高，推断出存在恶意。但就串通行为而言，公司需要进一步提供能证明员工和供应商有意思联络的证据，常见如员工收取供应商好处费的转账记录，员工和供应商恶意加价的沟通记录，员工涉嫌刑事犯罪的报案材料和刑事法律文书等。但由于举证需达到“排除合理怀疑”的证明程度，法院通常会审查上述转账记录、沟通记录、刑事案件材料和案涉合同是否有直接关联性和对应性，如果无法证明员工收取好处费是为促成该笔交易，或者员工舞弊行为涉嫌犯罪还未判决，又或者刑事笔录、刑事判决中未明确提到案涉交易事实的，都可能出现举证不能的情况。

二、《民法典合同编通则司法解释》对“恶意串通”认定的新变化

《民法典合同编通则司法解释》第二十三条前两款规定，“法定代表人、负责人或者代理人与相对人恶意串通，以法人、非法人组织的名义订立合同，损害法人、非法人组织的合法权益，法人、非法人组织主张不承担民事责任的，人民法院应予支持。法人、非法人组织请求法定代表人、负责人或者代理人与相对人对因此受到的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。”

本条是对《民法典》第一百六十四条第二款的细化解释³。前两款明确规定代理人与相对人恶意串通订立的合同，受损害的法人、非法人组织不承担民事责任，即合同的法律效果不归属于被代理人，以及若给被代理人造成损失的，代理人和相对人对损失承担连带责任。须值注意的是，本条仅讨论法律效果的归属问题，本身并未就恶意串通的合同效力问题作出明确规定。但通说认为，应根据《民法典》关于无权代理的规则认定合同效力。⁴

此外，第二十三条第三款新增关于“恶意串通”举证的指引性规定，即“根据法人、非法人组织的举证，综合考虑当事人之间的交易习惯、合同在订立时是否显失公平、相关人员是否获取了不正当利益、合同的履行情况等因素，人民法院能够认定法定代表人、负责人或者代理人与相对人存在恶意串通的高度可能性的，可以要求前述人员就合同订立、履行的过程等相关事实作出陈述或者提供相应的证据。其无正当理由拒绝作出陈述，或者所作陈述不具有合理性又不能提供相应证据的，人民法院可以认定恶意串通的事实成立。”

本款不仅降低了“恶意串通”证明标准，还新增出庭陈述制度。对于受损害的法人、非法人组织来说，只要其提供的证据，结合法院综合考虑其他因素，证明有存在恶意串通的高度可能性即可。本条同时赋予法院极大权限，可以要求代理人甚至相对人出庭接受盘问。原因在于，恶意串通通常不会留下书面证据，很难客观发现，当庭发问和相互对质有利于法官挖掘案件细节、发现隐藏背后的事实真相。

三、员工和供应商恶意串通舞弊行为民事追偿的新路径

从既往案例来看，存在不少公司同时使用《民法典》第 154 条和第 164 条第 2 款来主张损害赔偿的情况。由于该两条法律规定对“恶意串通”的认定均适用《民事诉讼法司法解释》第 109 条的规定，因此法院在审理和认定过程中也存在混同说理的情况，且其结果往往以“原告证据不足以证明存在恶意串通”为理由驳回诉请。因此，实务中对于这两个条款长期处于混用的状态，两个条款的界限并不清晰。

我们认为，《民法典》第 154 条是恶意串通的一般规则。恶意串通行为表现形态多样，诸如代理权滥用、诈害债权行为、无权处分、一物数卖、骗取担保、规避法律、串通拍卖、串通投标等。⁵《民法典》第 164 条第 2 款是关于代理权滥用这一恶意串通行为的特别规定，在符合相应条件前提下应优先适用，只有在没有特别规定情况下，才直接适用第 154 条的一般条款。

尤其在员工和外部供应商串通订立损害公司利益的合同场合，相比于《民法典》第 154 条，直接适用《民法典》第 164 条第 2 款对公司而言更有优势。

首先，《民法典》第 164 条第 2 款可以回避《民法典》第 154 条对恶意串通主体指代不明的问题。我们可以不必纠结于讨论，因受损害的“他人”是否一定要是合同以外的第三人的问题。《民法典》第 164 条第 2 款中“代理人”即实施舞弊行为的员工，“相对人”即与公司订立合同、与员工串通的外部供应商，不存在语义理解上的歧义。

³ 《中华人民共和国民法典》第一百六十四条第二款：“代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，代理人和相对人应当承担连带责任。”

⁴ 最高人民法院民事审判二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2023 年版，第 274 页。

⁵ 王利明：《体系化视角下的恶意串通规则》，载《法律科学》2024 年第 1 期。

其次,《民法典》第 164 条第 2 款对于合同效力的处理相比第 154 条更为灵活。《民法典》第 154 条直接规定恶意串通订立的合同无效,但《民法典》第 164 条第 2 款代理人和相对人串通订立的合同效力,应根据无权代理的规则来认定:若被代理人不予追认,则合同无效;若被代理人予以追认的,构成有权代理,但不影响向代理人与相对人主张连带损害赔偿责任。在相对人不能履行或不完全履行的情况下,令相对人承担违约责任比承担缔约过失责任更有利于保护债权人的利益。尤其在设定担保的场合,担保合同因主合同无效而无效,债权人往往难以寻求救济。⁶因此,赋予被代理人追认与否的选择权,更能保护其自身利益。

最后,由于《民法典合同编通则司法解释》第 23 条减轻了被代理人对“恶意串通”证明责任,又新增法院主导的出庭陈述制度,因此从举证角度考虑,《民法典》第 164 条第 2 款对于代理权滥用的特别规定,比直接适用第 154 条恶意串通一般条款将更为有效。

四、结语

本次《民法典合同编通则司法解释》第 23 条降低了恶意串通的证明标准,将《民法典》第 164 条第 2 款和第 154 条在认定标准上区别开来,使得《民法典》第 164 条第 2 款从恶意串通的一般规则中独立出来。在员工和供应商恶意串通,订立合同损害公司利益的场景下,《民法典》第 164 条第 2 款可以作为一项单独的请求权提起,不仅可以绕开第 154 条在适用上的固有难题,还更能保护被代理人的合法利益。

(本文首发于 2024 年 3 月 18 日)

⁶ 最高人民法院民事审判二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2023 年版,第 274 页。

“好聚好散” 怎么就这么难？

离职/违规被辞员工拒不返还所持激励股权情境下的解决路径

沈刘杰

一、 引言

“股权激励”是资本市场炙手可热的一项工具，公司常态化的股权激励不仅可以激励现有员工，更是成为吸引高端人才所必不可少的手段。截至 2024 年 2 月 22 日，上海证券交易所、北京证券交易所及深圳证券交易所网站显示的有关股权激励的上市公司公告多达 25,072 个，其火爆程度可见一斑。与此同时，股权激励也是一把双刃剑，一旦处理不好离职/违规被辞员工的激励股权收回问题，轻则使公司陷入讼累，重则因股权不清晰干扰上市、融资进度，影响公司整体的战略规划。

实践中，各大企业采取的股权激励方案大致可以分为两类：第一类为实股激励，如股票期权、限制性股票、员工持股计划等；第二类为虚拟股权激励，如虚拟股票、股票增值权、账面增值权等。虚拟股权激励是不为员工办理相关工商登记的激励方式，虚拟股的收回是一个相对单纯的合同法问题，本文不再过多讨论。而在实股激励模式下，一旦为员工办理工商登记，为了提高股权收回的可行性，就有必要结合激励方式，在持股平台构建、股权激励协议条款设置、退出事项发生后的应对等方面多下功夫。

本文将区分持股平台为公司及合伙企业的两种情境，试图就自行离职/违规被辞员工（下称“**离职员工**”）拒不返还所持激励股权的行为提出相应的解决路径。文章最后也将为拟采用实股激励方式的企业就本文所讨论的潜在风险提供条款设置建议，以增加股权激励实施风险的可控性。

二、 持股平台为公司的情境

基于员工重要性、公司战略规划等因素的不同，实施股权激励的公司（下称“**目标公司**”或“**公司**”）可能将本公司股份/股权直接授予一些需要参与公司经营决策的核心高管，也可能另设员工持股平台公司（下称“**平台公司**”）作为本公司股东，在该平台公司层面实施股权激励，将员工登记为平台公司的股东。

该种情况下，如员工拿到激励股权后存在违规或违约行为，公司能否通过司法途径顺利收回激励股权，主要受公司章程或股权激励协议中是否对于相关事项有明确约定的影响。如有明确规定，公司或有权受让激励股权的主体有机会通过起诉直接要求被激励员工“归还”股权。

（一） 股权激励协议对离职员工退出股权激励存在明确约定

倘若股权激励协议明确约定员工离职情形下公司或第三人（通常是公司实控人或管理层人员）有权回购所涉股权的，公司或第三人依据该等协议诉请该员工转让股权或要求确认公司相关决议效力的主张通常会得到法院的支持。

北京市第一中级人民法院课题组于《人民司法》（2023 年第 13 期）发布了《涉股权激励民事案件常见争议裁判规则研究——以劳动争议为视角》¹文章，前述课题组在文章中指出，股权激励协议中的强制回购或转让条款原则上有效，但如果违反《公司法》强制性规定²的，则可能无效。因此，公司在回购被激励对象股份的情况下，应当根据《公司法》的相关规定³将所回购股份及时进行减资处理或者将股份用于员工持股计划或者股权激励。而如约定被激励对象将激励股权转让给公司指定主体（如创始股东）而非公司回购的退出方式，则不受前述公司法强制规定影响。

相关案例见下表：

案名及案号	协议条款	法院判决情况
《许某、湖北某公司与许某、湖北某公司等与公司有关的纠纷申请再审民事裁定书》 (2015)民申字第 3426 号	《协议书》约定： 许某因（ 非年龄、身体原因 ） 提前离职或辞职离开公司 ，则应将所持有的全部股份按提出辞职时公司每股净资产价格转让给在职执行董事。	一审判决离职员工将回天公司股份转让予公司在职董事 ⁴ ，二审维持原判，再审驳回了离职员工的再审申请。
《朱某与陈某股权转让纠纷二审民事判决书》 (2017)苏 05 民终 5673 号	员工持股协议及补充协议约定： 陈某出现 与鹿城银行协商一致，终止或解除与鹿城银行订立的劳动合同等情形 时，应将其持有的股权转让与鹿城银行的其他员工或由鹿城银行决定是否回购。	一审判决离职员工名下的股权归原告朱某（鹿城银行指定的员工）所有，离职员工应协助办理股份变更手续，朱某应根据员工持股协议向离职员工支付股权转让款；二审判决维持原判。

（二） 平台公司章程对离职员工退出股权激励存在明确约定

倘若平台公司的初始章程提前就员工离职情形下公司有权回购所涉股权进行约定的，因其体现了全体股东的一致意志，公司或第三人的主张通常会得到法院的支持。

倘若平台公司的初始章程未就相关事宜提前进行约定，而是事后通过资本多数决的方式于章程中添加关于强制退股的约定，则存在被法院认定为无效，或者仅对同意的股东有效，而对反对、弃权或者未参与投票的股东则不发生法律效力的可能性。

相关案例见下表：

¹ <https://mp.weixin.qq.com/s/hAuYvRbHwWKG14WtO1vUcQ>。

² 《公司法》第 142 条：公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：（一）减少公司注册资本……（三）将股份用于员工持股计划或者股权激励……

³ 同上

⁴ 鉴于暂未于公开渠道检索得一审判决，该判决主旨根据微信公众号“法商之家”文章《2015 年公司法十大典型案例 | 经典案例》摘得。

案名及案号	章程条款	法院判决情况
《姜某与烟台某公司股权转让纠纷二审民事判决书》 (2014)烟商二终字第 355 号	公司章程条款： 股东因退休、解聘、调出、亡故等原因 离开公司时，应将股权转让给其他股东 。受让股东由公司董事会确定，在无股东受让的前提下，拟转让的股权可以向股东以外的人转让。股东因刑事犯罪或发生公司法第二十条、第二十一条情形的，丧失其公司股东权，按以上条款转让其股权。	判决确认公司要求离职员工转让股权的董事会决议合法有效，驳回离职员工的诉请。
《游某与上海某公司、周某公司决议效力确认纠纷一审民事判决书》 (2014)浦民二(商)初字第 3128 号	持股平台股东会制定的《股权管理办法》规定： 纳印公司系由纳尔公司部分高级管理人员、核心技术人员、中层管理人员等出资设立的有限责任公司……公司设立的目的和主要的职能是：持有纳尔公司的股权，通过管理持有的纳尔公司的股权，实现对纳尔公司相关人员的中长期股权激励。 自本办法生效之日起至纳尔公司首次公开发行的股票上市之日起 12 个月内，激励对象若发生 因主动与纳尔公司解除劳动合同的…… 激励对象承诺按照原始认购股权价格并加算 8%年利率（不计复利，并扣除历年分红部分）将其持有的全部公司的股权转让给公司股东会认可的其他股东或第三人，激励对象作为公司股东的一切权利终止。	判决本案离职员工持有的股权归第三人所有，持股平台应根据判决办理相应的工商变更登记手续，离职员工应予以配合。

（三） 公司与离职员工未签订相关协议/文件或相关协议/文件约定不明确

在离职员工与企业不存在股权激励协议等相关文件，或相关协议或文件中对于回购事项约定得不完整的情况下，公司要求离职员工强制转股将存在一定的困难性。这种情况下，目标公司面临的实质上是一个股东除名或股东失权问题，能否实现主要受员工是否实缴出资以及是否存在抽逃出资影响，目标公司将面临较重的举证责任和前置义务。

三、 持股平台为合伙企业的情境

合伙企业同样是员工持股平台常采用的模式之一，相较于设立有限公司持股平台的模式，设立合伙企业（主要是有限合伙）作为持股平台的主要优势之一在于能够确保公司实控人对于持股平台的控制力（通过担任平台 GP 的方式）。

该种情况下,针对拒不退伙的离职员工提起诉讼的主体主要是作为持股平台的有限合伙企业,在一些案例中⁵,所涉协议约定的有权受让该等离职员工合伙份额的人员也可以作为起诉主体。前述主体可以通过诉讼途径请求法院确认离职员工退伙并协助办理所涉工商变更登记手续。

(一) 合伙协议对离职员工退出股权激励存在明确约定

《合伙企业法》对当然退伙和除名退伙有明确的规定,因此:(1)若合伙协议约定员工资格为合伙人须具备的资格的,合伙企业可以依据当然退伙的相关规定⁶诉请法院确认拒不退伙的合伙人退伙并协助办理工商登记;(2)若合伙协议约定员工提前离职或与公司解除劳动合同关系为除名事由的,合伙企业可以依据除名退伙的相关规定⁷诉请法院确认拒不退伙的合伙人退伙并协助办理工商登记。

相关案例及协议条款详见下表:

案名及案号	协议条款	法院判决情况
主张离职员工除名退伙		
《蒋某、广州某合伙企业等合伙企业财产份额转让纠纷民事二审民事判决书》 (2021)粤 01 民终 3593 号	合伙协议条款: 全体合伙人同意,合伙企业财产份额的管理需遵守《财产份额管理办法》的约定,发生《财产份额管理办法》约定的除名事由的合伙人 退伙 。 《财产份额管理办法》条款: 合伙人发生如下任一情形的,须将其持有的合伙企业相关财产份额转让给青木公司控股股东指定的主体:.....2、合伙人持续持有合伙企业相关财产份额的前提之一系合伙人需在某公司(含某公司控制企业及分支机构,下同)服务满五年..... 如合伙人因任何原因导致其在青木公司服务未满五年的,包括但不限于主动自公司离职、被公司辞退等,该部分未满五年服务期届时对应的合伙企业财产份额需全部进行转让。	一审法院驳回了离职员工关于确认其仍享有合伙企业财产份额的诉求;二审法院裁定驳回上诉,维持原判。

⁵ 如《关某、介某等合伙协议纠纷、合伙企业财产份额转让纠纷民事一审民事判决书》((2020)粤 0191 民初 20670 号)。

⁶ 《合伙企业法》第 48 条:合伙人有下列情形之一的,当然退伙:.....(四)法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格.....退伙事由实际发生之日为退伙生效日。

⁷ 《合伙企业法》第 49 条:合伙人有下列情形之一的,经其他合伙人一致同意,可以决议将其除名:.....(四)发生合伙协议约定的事由。对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人接到除名通知之日,除名生效,被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的,可以自接到除名通知之日起三十日内,向人民法院起诉。

《广州某合伙企业、兰某退伙纠纷二审民事判决书》 (2018)粤 01 民终 7204 号	合伙协议及补充协议条款： 如该有限合伙人在被投资公司或其子公司 任职未满 2 年 （自本协议签署之日起至批准离职日），有限合伙人应当自提出书面离职申请日起 30 日内一次性转让其所持有的合伙企业的所有股份，普通合伙人以其实缴出资金额和同期银行存款利息合计金额购买该有限合伙人转让的本合伙企业中的股份。	二审法院判决撤销一审判决，确认离职员工退伙并应协助办理工商登记。
主张离职员工当然退伙		
《梁某与陕西某合伙企业(有限合伙)退伙纠纷二审民事判决书》 (2022)陕 03 民终 1443 号	合伙协议条款： 有限合伙人具有下列情形之一的，当然退伙：...（5）有限合伙人因不再符合西咸新区某公司或陕西某公司股权激励对象的相关标准、条件和要求；（6）有限合伙人 离职，不再是西咸新区某公司或陕西某公司的正式在册员工...	一审判决确认离职员工退伙并应协助办理退伙所涉工商变更登记；二审驳回上诉维持原判。

（二） 合伙协议对离职员工退出股权激励无明确约定

在企业与离职员工不存在股权激励协议、合伙协议等相关协议/文件，或相关协议/文件中未约定离职员工的退出安排，又或只在股权激励协议中作出了该等约定，且员工不符合《合伙企业法》第 48 条第（一）至（三）项及第（五）项、第 49 条第（一）至（三）项情形的情况下，当然退伙及除名退伙理论上较难得以直接适用。

但是鉴于作为员工持股平台的有限合伙的设立目的在于员工激励，倘若员工离职后仍持有该等有限合伙的份额，似乎不符合该等有限合伙的设立目的，合伙企业有机会据此尝试依据《合伙企业法》第 48 条第（四）项“法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格”的规定主张员工当然退伙。

相关案例如“《张某与北京某资产管理中心(有限合伙)退伙纠纷二审民事判决书》((2019)京 02 民终 15005 号)”中：

一审法院认为《合伙协议》虽未明确约定康博迈瑞中心的合伙人必须具备博奥检验公司的员工身份，但《合伙协议》及补充协议均约定设立合伙企业的目的为“作为博奥检验公司员工间接持有该公司股权的持股平台和载体”，根据协议约定的内容分析，在张某已经与某公司解除劳动关系的情况下，张某不再是某公司的员工，则不再是某中心实施员工股权激励计划的对象，应属于“合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格的情形”，应认定张某与某公司解除劳动关系产生了当然应从某中心退伙的情形。

二审法院并未对一审法院前述论述作出消极评述，主要就一审法院在当事人的劳动争议未经劳动争议仲裁委员会仲裁的情形下直接判定张某与某公司劳动关系解除予以纠正并因此撤销一审判决。

四、 曲突徙薪，防范未然

基于前文分析，员工持股计划虽好，但倘若企业未能事先与员工约法三章、未雨绸缪，则企业极有可能在违规或离职员工拒不退出股权激励的纠纷中承受不利的法律后果。

最后，我们为拟采用员工持股计划的企业就本文所讨论的潜在风险提供了如下条款设置建议，以求控制股权激励实施风险：

1. 明确相关持股平台之设立目的即为员工股权激励

明确持股平台的设立目的有助于在出现事先未预料到的情形时，有机会通过目的解释来说明为什么需要对员工激励股权进行调整或收回。

企业可在股权激励协议或者相关持股平台的章程或合伙协议中约定如下条款：“本【公司/合伙企业】设立的目的和主要的职能是：作为【某公司】员工间接持有【某公司】股权的持股平台和载体，通过管理持有的【某公司】的股权，实现对【某公司】相关人员的中长期股权激励”等。

2. 弱化股权激励协议的劳动合同附件属性，尽可能避免相关争议被法院认定为劳动争议

目前司法实践对于员工股权激励相关的纠纷属于劳动争议还是合同纠纷存在不同的观点。若案件被定性为劳动争议，则案件需先经劳动仲裁程序，裁判机构的专业方向未必匹配。

有鉴于此，为尽可能凸显股权激励关系相较劳动关系的独立性，企业可在股权激励协议或者相关持股平台的章程或合伙协议中约定如下条款：“【某公司】、【持股平台】与员工根据《民法典》、【《公司法》/《合伙企业法》】等适用法律、法规的相关规定签署本协议，本协议签署主体均系平等法律主体”，并尽可能避免直接引用劳动合同条款、公司规章制度等条款。

3. 明确约定员工应强制股转的情形并做加粗显示

如前文介绍，在相关书面文件明确约定员工违规或离职情形下公司有权回购所涉股权时，公司或第三人依据该等协议诉请离职员工转让股权的主张通常会得到法院的支持。同时，对相关条款进行加粗显示也可以在一定程度上抑制员工违反契约精神的行为。

企业可在股权激励协议或者相关持股平台的章程或合伙协议中约定如下条款：“为免疑义，鉴于本【持股平台】系【某公司】为中长期激励员工设立的持股平台，倘若员工存在如下情形之一的，【某公司】有权回购员工所持股份或要求员工将所持股份转让予【某公司】指定的第三人：(1)因任何原因，员工不再是【某公司】正式员工的，包括但不限于主动自公司离职、被公司单方辞退等；(2)员工给公司造成严重损失的；以及(3)员工违反法律规定受到刑事处罚的”等。

4. 明确约定强制股转情形下的交易对价

在就前述纠纷进行案例检索的过程中，我们同样注意到实践中存在诸多离职员工虽然同意退出股权激励，但与企业就股权激励退出价格产生争议的案例。

为避免相关纠纷，企业可在股权激励协议或者相关持股平台的章程或合伙协议中将股权激励退出价格约定为“激励对象获得所持股权时实际支付的对价”，又或增加合理的资金占有成本，如此可提前防范离职员工在发生纠纷时主张企业按过高价格回购的不合理主张。

（本文首发于 2024 年 3 月 19 日）

星瀚人文

热爱法律的技术派

从《繁花》到“繁花”，闲话上海文化与海派律师

Joy

岁末年初之际，《繁花》相关的各类话题霸榜微博、小红书、微信号，街头巷尾都在热议王家卫导演的首部电视剧作品。有着《繁花》小说的 IP 加持，有着胡歌、马伊琍、唐嫣、辛芷蕾等一众明星的加入，再加上多年未见的沪语版电视剧光环，《繁花》的影响力可见一斑。所以敏锐的星瀚市场部在元旦假期前就提议结合《繁花》主题推出一档视频节目，我想了三秒，结论是：“可以，我们从《繁花》出发，闲话上海文化，引申到海派律师的传承与创新。”

就这样，2024 年的第一场“星瀚聊天局”在 1 月 5 日晚上开播，预订不到和平饭店和剧中“至真园”的原形“苔圣园”，我们就选择了“红鹭”的原形“鹭鹭”。不过预订直播场地的波折远远比不上嘉宾人选的确定，对于一家员工平均年龄 32 岁的律所来说，要找到五位对 90 年代的上海有记忆的同事着实不易，最后只能阅历不够、颜值来凑，感谢沈奇律师、唐元庆律师、李菁经理和阮霁倩律师对直播节目的大力支持！



我们眼中的《繁花》

我们喜欢《繁花》是因为生动的人物塑造。每个人的身边都有一个阿宝，在时代的机遇之下从“阿宝”变身“宝总”，可能在又一个浪潮之下重新回归“阿宝”；我们的身边也总少不了汪小姐，唐律师说，这是学生时代音量高八度的“呱噪”女同学，但又忍不住被她的直率、真诚、愣愣的冲劲所打动；玲子也是很亲切的上海女生形象，说话如唱歌般动听，精明、能干，就算是“敲人家竹杠”还嘴上振振有词，实际上却是知世故但不世故，“作”是因为有感情，看透了之后就潇洒离场，没有一点拖泥带水。也许，唯独李李对我们来说陌生了一些，这个不一样的老板娘是氤氲在空气里的不确定，叫你既想避开、又忍不住好奇，阮律师禁不住说：“这风情万种太叫人痴迷”，你看，上海女生就喜欢这种有气质、有腔调的美。



所以，我们喜欢《繁花》也是因为“繁花”的美，剧中的光影、调色、服化道的细节，以及每一个配角都叫人啧啧称奇。2024 年，最好的祝福应该就是愿每一个宝宝都能拥有自己的爷叔（YA-SO），爷叔的每一个眼神都是一段往事，与阿宝之间这段亦师、亦父的关系实在动人，教你讲派头、有噱头、看苗头，也告诉你要帮你托底、建好你的逃生通道。沈律师对**范大将军**的演技称赞有加，90 年代也是范志毅叱咤风云的时期，他的义气、他的强悍外表和柔软内心都形成了戏里戏外的互文。李菁分享说，剧中**范总**的风趣幽默令她印象深刻。初登场的范总让人以为他是墙头草、势利眼，但越往后看，越发现范总对有知遇之恩的那些人是如此肝胆相照，真应了范总最爱说的那句“都是朋友”，范总是值得交的真朋友。王家卫很会拍男人，他的镜头之下，以前有黎耀辉、周暮云，如今有阿宝、陶陶、葛老师、杜红根、魏总……王家卫也很会拍女人，过去有苏丽珍、阿菲，如今除了玲子、汪小姐、李李之外，还有卢美琳、潘经理、金花、雪芝……回味起来，每一个都精彩。

因此，我们还喜欢《繁花》里面这些角色背后的故事，那些故事里，也满是我们的时代回忆。



我们的 90 年代

年轻人看电视剧《繁花》时总禁不住问，90 年代的上海真是如此吗？当时上海人的衣食住行究竟是什么样子呢？唐律师说，这其中是有脉络的。唐律师小时候还是一个凭票供应

的年代，放开之后大家的餐桌美味得到改善；吃得好了，接下来就是穿得好，温饱问题解决后，00年代大家开始解决“住”的问题；等“住”的问题解决了，大家就开始买车，于是2010年之后，马路上的车子越来越多。

关于“衣”，《繁花》伊始，爷叔给阿宝定制西装的画面叫人印象深刻，改头换面之后的胡歌帅气逼人，期间对于面料、剪裁、人穿衣的讲究很有上海人的特点，主打一个精致。李菁说，在她小的时候，妈妈最欢喜给她翻行头，每天都要穿不一样的小套装、搭配不一样的配饰，极具心思和时髦感。《繁花》里面的时尚感所言不虚，大家疯抢“三羊牌”的画面也是很有上海特征了，时至今日，上海人依旧对新店开业有着那么些“人来疯”。

关于“食”，唐律师和沈律师是公认的食客。黄河路，去过，就是这么霓虹闪烁，当然，至真园的装修也确实有些夸张，红鹭和金美林更加贴近真实的记忆。进贤路，也去，唐律师说：“老板娘的眼里我就是小阿弟，吃什么，不是我说了算的，是她们看着安排的，老板娘让我吃什么，我就吃什么。”除了市区的美食之外，上海郊野之间也有不少资深食客的心头好。还记得《繁花》里面玲子和宝总跑去朱家角开股东大会吗？沈律师说，给大家推荐上海奉贤区的青溪古镇，也是一个别有风味的地方。

关于“住”，宝总有他的和平饭店长包房，普通上海人也有他们的石库门、亭子间、公寓房。阮律师说，里弄里最快乐的时光就是大家烧晚饭的时候，一路走来，谁家今天吃什么都清清楚楚，嘴甜叫声人，就能把家家户户的美食都尝遍。李菁遗憾于缺少这样的回忆，殊不知，住在电梯公寓房的她又是里弄同学们的艳羡对象，谁的童年里不爱乘电梯玩呢？

关于“行”，宝总、汪小姐出入总是桑塔纳，但对普通人家来讲，是不是要出租车出行，还是要算一算的，挤着去坐雪芝的13路才是常态。当然，这不影响大家对桑塔纳的感情，当年虽然要价20万元，但是结实、耐用，在上海学车，都是从桑塔纳起步的。

在对衣食住行的回忆里不难看出时代的发展变迁，大家的经济条件不断提升，能够享受到的物质生活也日新月异。但记忆中的90年代依旧是甜的，或许就是因为当时的我们都无惧无畏，永远相信明天会更好、新的世纪会更好，有着那份想要永葆的纯真、热情和勇气吧！



（唐律师、阮律师的 90 年代与 20 年代）



（沈律师、李菁的 90 年代与 20 年代）

新时代的海派律师

这样的上海文化之下，孕育着怎样的海派律师呢？

海派律师有着很强的规则感。《繁花》的小说原著主角之一沪生就是一名律师，到了电视剧里虽然不出现，但剧中也不乏律师的身影。开篇宝总车祸之后，律师这一身份就被提及；此后证券市场的监管合规当中，又有律师的元素。上海本身就是一个边界感很强的城市，大家天然地讲规则、讲秩序，海派律师对专业度、对法治精神有着很高的追求。

海派律师有着精益求精的品质。李菁作为星瀚的人事负责人，在她的观察中，觉得律师们的穿着打扮都很精细；材料整理都很规整。“就以沈律师为例，不仅要体现专业素养，还在文档的格式、排版等很多细微之处都有执着的要求。”沈律师笑说：“因为我当年的带教就是这样的，很细致，所以我也就成了这样。”可见海派律师的言传身教。

海派律师的视野广阔，立足上海、辐射长三角、放眼全世界。“海纳百川”一直是上海城市精神中的重要内核，开放、多元、包容、国际化也自然成为了海派律师的文化特征。唐律师是星瀚虹桥分所的负责人，常常接待全国各地的、尤其是长三角的律师前去交流走访，唐律师也说，现在的他希望依托虹桥中央法务区和虹桥国际中央商务区的优势，与全国律师加强联系和交流，海派律师不是上海律师，而是要汇聚全国、乃至全球的优秀同行一道，将法律专业服务做深、做好。

海派律师永远都有创新精神，勇立潮头、站在时代的最前沿。《繁花》当中的宝总、范总、汪小姐等等，他们都是时代的宠儿，他们在机遇之下敢闯敢拼、探索创新、不断变革，这是生活在上海的人们的群像面貌，也是海派律师的特点。当晚，宣传海报中的“神秘人”卫律师终究因为工作原因缺席直播，但他坚持研究新领域、探索新行业、创新解决方案的风格就是很典型的海派律师。如今，海派律师们也在积极拥抱数智化时代，将法律和科技紧密结合。相信还有更多的海派律师的闪光点、新亮点会被不断挖掘、展现。





对我来说，《繁花》里最熟悉的镜头莫过于位于桃江路、汾阳路、岳阳路三角地带的普希金雕像，屏幕上出现了一句话：“一切都终将过去，而那过去了的，都会成为美好的回忆”。我们如今所经历的每一天都是未来美好回忆的一部分，走过时常常“不响”，但回看时却将处处“回响”。



（本文作者的 90 年代与 20 年代）

（本文首发于 2024 年 1 月 19 日）

荧光闪烁，皆如所愿

2024 年 2 月 2 日，上海星瀚律师事务所举办年会。本次年会的主题是“荧光闪烁，皆如所愿”，由工作年会及娱乐年会两部分组成。Dress code 定为“英伦校园”，对于这个风格，卫律师穿了标准三件套来“拆招”，而身着卫衣的汪律师则表示：“总不能穿个格子裙吧。”



今天，跟随小编一起回到欢乐、魔幻的那天吧～

走过 2023

工作年会上，上海星瀚律师事务所财务经理杜项瑶为大家介绍了星瀚 2023 年度的业务数据情况。星瀚运营管理负责人宋佳带大家回顾了过去一年运营部门工作情况，并表示星瀚运营团队会更高效、更精准地为律所发展助力。最后，星瀚创始人、主任卫新律师作年度总结和新一年的展望。

卫律师强调，在充满疑虑无措的大时代，唯有做好自己，做正确的事，坚持思考，更加职业，更加市场化，积极主动才是星瀚人的选择。





作为每年年会的保留项目之一，星瀚各年度奖项也在当晚公布：

年度优秀客户服务：公司金融部、刑事部

年度优秀诉讼项目：某公司高管损害公司利益责任纠纷案、某公司破产纠纷案

年度优秀非诉讼项目：《上海市体育发展条例》立法草案专项、某网络科技有限公司境内外融资专项

年度技术派：徐沁芳、许康、崔岩双、杨轶菡、张博超

年度优秀新人：朱思懿、沈卫栋、毛佳颖、徐璿、陈乐乐、陈子翔

年度优秀运营：李菁、孙洁、哈力切、王雪程

年度合作奖：杨晖、李凤翔、邵洋、顾晓静、黄璞虑、阮霭倩、胡增瑞

年度卓越贡献奖：丁绍宽、黄璞虑、赵晓波、李凤翔、沈奇、边晨、陈楚翹、唐元庆





律师变法师



为了配合年会现场浓浓的魔法气息，这次娱乐年会，我们玩了一些不一样的：



所有星瀚人在签到时领取入学通知书，化身魔法师，而其中有 10 位黑魔法防御师，魔法师们要通过招生办工作人员给出的提示，加之修炼魔法课程，找出这十位黑魔法防御师。而黑魔法防御师们则需要完成入学通知书上的指定任务，并同时隐藏好自己的身份。一举一动都可能成为暴露自己的线索~



魔法课程 1：变形课（又名：copy 不走样）



魔法课程 2：草药课（又名：快问快答）



魔法课程 3：黑魔法防御课（又名：我有你没有）



魔法课程 4：算术占卜（又名：24 点）



事实证明，无论是律师还是法师，星瀚人都是“规则达人”，虽然在初听规则时，大家都一脸迷茫，但随着魔法课程的推进，大家渐渐悟出了其中的门道，沉浸其中。

而“黑魔法防御师”们的表现也不容小觑，在完全不知情的情况下，拿到身份卡，意味着他们要更快地理解规则、选择最有利的作战方式。一些防御师的表现让台下招生办的工作人员都不禁感叹：太强了！

Lumos 群“星”闪烁

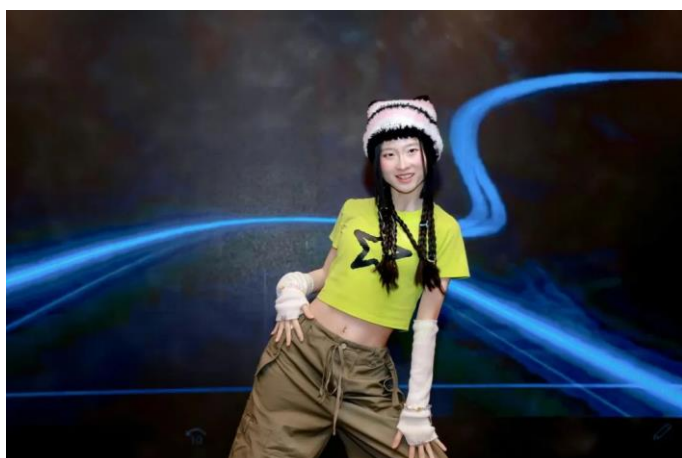
娱乐年会自然也少不了精彩的节目穿插其中，来看看今年又有哪些歌王、舞后闪亮登场～



（给你一瓶魔法药水，开启这段魔法旅程）



（年会现场首次出现的弹唱舞台）



（动感酷炫的 Shooting Star）



（年会与《解忧星声》的梦幻联动）

令人期待的幸运抽奖环节也不会缺席，手机、iPad、AirPods、华为手表、胶囊咖啡机、家居大礼包……超多奖品，好运共享～



愿新的一年，每一位星瀚人都能够在自己热爱的工作和生活中尽情闪耀！也祝大家烟火向星辰，所愿皆成真！

（本文首发于 2024 年 2 月 7 日）

卫新：迷茫疑虑的氛围更检验个人底色

本文根据卫新律师在2024年2月2日星瀚年度工作会议上的主任致辞整理而成



岁末年初的电视剧《繁花》很火，我看了最深的感触就是两个字——“不响”。对我而言，或许内心希望“不响”，但每年的这个时候，作为主任，总归还是要响一响。说一些为难自己、为难别人的话。

我先说说我们星瀚的2023年。大家知道，2023年，中国的GDP增速是5.2%、上海的GDP增速是5%，我们星瀚的成绩呢？前面财务部在回顾业务数据的时候大家都看到了，总创收的增速是25.28%，人均创收的增速是12.4%，所以从某种程度上说，可以称之为“量质齐升、跑赢大盘”。为什么能够取得这样的成绩，我觉得星瀚人做对了几件事情：

1、星瀚律师具备攻坚克难的能力。我们发现，2023年度的收款中，有大量疑难、复杂案件胜诉之后的风险代理费用，这也再次印证了，星瀚一直是解决复杂商事争议的专家型律所。

2、星瀚的品牌商誉长期正面。星瀚一直很注重律所品牌建设和客户满意度，我们的使命就是成为客户心目中“高效、负责的伙伴”。过去一年里，很多客户和同行都对我们持续给予正面的评价和反馈，这让我们继续蝉联“上海市优秀律师事务所”荣誉，连续八年的“上海市优秀”是一块金字招牌。

3、星瀚持续高质量的客户积累。2023年，星瀚在各行各业中拥有的优质客户、头部客户、明星客户持续增长，代表案例不断涌现，这是律所最宝贵的共同资源。在重大招标、入库项目中，我们经常看到跨部门、跨团队的组合，不同团队的星瀚律师为同一客户提供各自领域的法律服务已经成为非常显著的趋势，我们正在向客户展现星瀚综合性、一站式的解决问题能力。

4、星瀚保持重用年轻人的风格。2023年，星瀚授薪律师、授薪助理的规模依旧在显著扩大，我们对优秀人才的晋升、加薪也没有停止。这彰显了星瀚以及星瀚合伙人们的社会责任担当以及对未来长远发展的信心。

5、星瀚的适度规模化探索。2023 年，我们新设了一家同城分所——星瀚虹桥国际中央商务区律师事务所，继续适度规模化的探索之路。星瀚武汉分所保持了业绩增长的态势。星瀚全年没有发生违规投诉、没有明显的人才流失，管理方面合规，财务状况健康。



总体而言，星瀚的每一步都走得非常稳，但稳的背后也有危机与挑战。

警惕“少年暮气”

无论是基于星瀚的内部数据还是整体的行业信息，我们都能洞察到显著的内卷趋势——外资客户流失、客户预算降低、同行的报价也在普遍下调。在此背景下，星瀚的中坚力量有一些“少年暮气”，有些同事对这样的内卷“不理解、不适应、不应付”。

星瀚的平均年龄才 32 岁，星瀚合伙人的平均年龄是 38 岁，我们还是一家“少年律所”。大家可以在法律服务产品的研发、业务流效率提升、宣传工作中投入更多的想法、时间，但很遗憾，过去一年，我们的新产品计划进展缓慢，有些律师发声也不多，不主动推介自己，看起来，星瀚的律师都比较 I。少年人应该充满活力、带动氛围、主动求变，而不是被氛围尘封，“少年暮气”看上去好像是走向成熟，但实则丢失了年轻人最宝贵的“勇气”，这是我们要警惕的。

理解行业的结构性变化

可是大家要理解，律师行业的供给已经出现结构性变化，**其中最大的变量就是人数激增**。2016 年，全国律师人数还是 32.8 万人，但截止到 2022 年底，短短六年中，全国律师人数就翻了一倍、达到 65 万人，每年律师增加 5 万人将成为常态。但中国律师的产值并没有实现同比例增长。

供给增加势必导致竞争的加剧，根据新则创始人大鱼所说的，竞争加剧之后带来的结果就是律所的分化、极化。那么分化、极化怎么体现呢？**我们都知道，法律服务可以大致分为**

三个市场——疑难复杂项目（高端非标）、一般型案件（常规综合）、流量&批量项目（批量公共），对三个市场客户、要求、打法完全不同。

当下，这三个市场的发展趋势，我认为是这样的：

- 高端非标业务：要求越来越高，充分考验跨专业协同、对行业的深度了解、差异化能力与资源，客户追求结果导向。而且僧多粥少，案件数量下降；
- 常规综合：客户要求又快又好，同时收费下降，有降级为批量案件的趋势；
- 批量公共：价格极其敏感，需要全方面竞争流程和效率，但数量和需求持续上升。

此外，我们不仅面临同行的竞争，还要面临企业法务部、法律咨询公司、法律发包平台的竞争。很多商事客户已将律所作为企业内部降本增效的方案，要求用律师比用内部员工的成本更低，这与过往心态是不同的。

星瀚不得不在这样的结构性变化下作出思考和应对。高端非标业务和常规综合业务是目前星瀚业务结构中的主要版块，我们的优势在于成本结构相对合理、组织相对完整，具有一定的抗冲击能力，从而可以将危机延后。我们要做出应对：对于高端非标的疑难复杂案件领域，需要做深、做专、做强，把我们的壁垒进一步提高。我们还不够强，需要强到竞争对手难以复制。同时，在需求持续增长的领域，做出一定的探索和尝试，提高内部服务的效能，看看精品所有没有新的市场可能性。

我们的核心措施是二个：

1、组织变革。必须通过更加深入的分工、合作，实现更大范围的人与资源协同，产生更高效率的业务流；星瀚过往的成功经验源于此，未来的机会也在更符合人性、符合客户需求和时代特征的组织变革。

2、法律科技。推动社会进步的力量是科技和商业，法律科技对律所管理效率、业务效率的影响正在变得举足轻重，新的一年，星瀚会在法律科技、IT 部门建设方面加大投入，我们会有大动作。

在迷茫与失落的变局下做一个积极主动的人

变局之下的人们很容易陷入迷茫与失落；这个时候，我想对年轻的星瀚同事们说，你们要更加职业化，职业化就是：

- 少关心潜规则、多理解正规则。
- 职场是完成工作的地方，每个岗位有每个岗位的职责，大家分工合作，交接顺畅，把事情做好是第一要务。
- 分工不清楚的，就要说清楚，平级不能解决的，就找上级定清楚。不要因为人情世故，让事情办砸了。
- 谦受益、满遭损。
- 犯了错就要认，不要期望当然的被包容；犯了错就要改，不要因为不理解这是错，而坚持错误。
- 同样，不要因为不理解，而忽视他人的感受。
- 这些，是陌生人、甚至互相不认同、不喜欢的人可以一起合作的基础。

- 交朋友在职场是锦上添花，“花”是添头，“锦”才是最重要的，“锦”就是高效负责地做好自己的事。



我想对星瀚的合伙人们说，大家要更加积极主动。积极主动就是：

- 对于老板、对于为自己负责的人，讨论别人应该做什么调整没有意义，能调整一二的只有我们自己。世界不会来适应我们，只有我们去适应世界。千万别嘴里念着：我该怎么办，心里却念着世界应该如何怎样才对。
- 不要欺骗自己，更不要原谅自己竟然意识不到自己正在欺骗自己。
- 每一个业务的合伙人都是律所事业的引擎，只有我们有蓬勃的动力，才能带动年轻的同事，成就共同的愿景。



繁花似锦、热闹喧嚣的氛围中，高歌猛进并不是多么了不起的事；迷茫疑虑的氛围中，个体如何面对，如何选择，才是检验个人底色的真时刻。关键是你想成为什么样的人？“默

然忍受命运暴虐的毒箭，或是挺身反抗人世无涯的苦难，这两种行为，哪一种更高贵？”**躺平还是创造，这是一个问题。**想清楚自己的人格选择，那些功利的计算、付出的不确定，就变得不那么重要了。如此看来，言语“不响”、内心坚定、行动果敢、充满勇气，是当下的宝贵品质。**在疑虑无措的时候，唯有做好自己，做正确的事，坚持思考，更加职业化，更加市场化，积极主动才是星瀚人的选择。**与各位共勉。



没有人说过，坚持是件轻松的事，但是也没有人说过，因为不轻松就可以不坚持。
让我们期待并走进崭新的 2024 年，祝愿大家新春快乐、龙年大吉！

（本文首发于 2024 年 2 月 23 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