

2020

合同·商事争议特刊



企业合同管理 与商事争议解决



星瀚律師事務所
RICC & CO.

目 录

◆ 民法典与企业管理篇

民法典发布后，企业业务文本如何避免“格式条款”危机	01
民法典时代，企业如何应对违约方终止合同请求权	05
民法典保证合同的 7 点重大修改	10
合同起草与审核实务技巧（课件分享）	15
民法典带来的企业合同体系重构（课件分享）	20

◆ 商事争议解决篇

从身陷囹圄到获赔 4 亿，技术派律师如何完成股权纠纷大逆转	29
抢夺公章不够体面？但这才是股东争议法律化的序幕	35
拒做“傻白甜”，企业能从腾讯 VS 老干妈事件中获得什么启示？	39
为什么“小黄人”判赔 500 万，“小猪佩奇”却只赔 25 万？	48



民法典 与企业管理

星瀚：热爱法律的技术派

民法典发布后，企业业务文本如何避免“格式条款”危机

上海星瀚律师事务所主任律师 卫新

商业社会中，一些企业因日常高频的业务，预先制定一些合同模板，提供给交易相对方，这是非常常见的。这些预先设定的条款也受到法律的调整，应在合理的范畴内。但当双方产生合同纠纷时，这些条款是否会被认定为“格式条款”而无效，是实务中的争议焦点。例如，某广告公司与项目搭建商签订《品牌活动搭建服务合同》，付款条款为：“在品牌方支付款项后的 30 天内由搭建商开具发票，广告商于收到发票后的 90 天内付款。如果品牌方未支付费用的，搭建商无权主张搭建费”。

该类合同通常由公司法务部门提供模板给业务员，由业务员发送给相对方。合同订立过程中，搭建商未对模板作出任何修改；合同履行完毕后，广告商以品牌方未付款为由拖欠搭建商搭建费。此时，搭建商能否主张付款条件为格式条款而否定其效力？

本文将结合《民法典》有关格式条款规定的变化要点，分析企业应如何避免常用的业务合同模板被认定为格式条款。

《民法典》对格式条款适用与效力的厘清

现行法律体系中有关格式条款的规定，主要由《合同法》第 39 条和第 40 条，以及《合同法司法解释（二）》第 9 条和第 10 条进行调整。该立法体系存在一定的缺陷：

一是条款效力存在冲突。《合同法司法解释（二）》第 9 条规定，违反《合同法》第 39 条规定者可撤销，但《合同法》第 40 条规定的条款效力却是无效。撤销权的行使以条款有效为前提，与“条款无效”的效力认定相互矛盾。并且，撤销权的行使有一年除斥期间限制，影响相对人的保护。

二是格式条款无效的认定情形过于宽泛，未充分考虑合同订立的商业背景。部分格式条款尽管在形式上加重相对方义务，减轻己方责任，但结合其内在商业逻辑理解，该项条款约定是存在合理性的，因此不能一概认定其效力为无效。

《民法典》的相关规定就上述问题进行了厘清：

《民法典》第四百九十六条

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

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

《民法典》第四百九十七条

有下列情形之一的，该格式条款无效：

- （一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；
- （二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；
- （三）提供格式条款一方排除对方主要权利。

以上条款清晰地呈现出了格式条款效力审查的三个层次：

首先，判断系争条款是否属于格式条款。

根据《民法典》第 496 条第 1 款对格式条款的定义，“预先拟定、反复使用”是格式条款具备的形式特征，“订立合同时未与对方协商”是格式条款具备的实质特征。我们认为，无论条款被单次使用或重复使用，只要由当事人一方事先制定条款或提供合同文本，订立时与对方未进行磋商或毫无磋商余地的，就应当落入格式条款范畴。

其次，判断格式条款是否成为合同的内容。

根据《民法典》第 496 条第 2 款的规定，提供格式条款一方未尽提示说明义务的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。换言之，该格式条款被视为在合同中不存在，和没写入合同的法律效果是一样的。与原有立法相比，未尽提示说明义务的格式条款效力不再是可撤销的，而是从根本上无法成为合同内容的一部分，更不涉及条款效力的问题。

最后，判断格式条款是否构成无效的法律情形。

《民法典》第 497 条关于格式条款的无效规定了三种情形，其中第一项和第三项情形与原《合同法》的规定保持一致。《民法典》第 497 条第 2 项规定，“提供格式条款一方不合理

地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利的，该合同条款无效。”该项规定与之前相比，增加了“不合理”的限定，使得部分基于特殊商业背景订立的减轻己方责任、加重相对方义务的格式条款有了生存空间。

企业应对格式条款效力审查的三道防线

公司作为商业交易中提供合同模板的一方，如何避免其提供的业务文本在司法裁判中被认定为无效的格式条款，需提前设置以下三道防线：

第一，体现协商过程，避免系争条款被定义为格式条款。格式条款的核心特征在于订立合同时，提供业务文本一方未与相对方协商沟通。为显示合同订立过程中双方的平等协商地位，公司法务可以在与对方往来邮件中使用“根据双方之前多次沟通的结果，拟定如下模板……”等表述，或者在其他沟通渠道中注意留痕，以表明相对方就拟定的条款享有磋商余地。

第二，扩大提示和说明义务范围，避免条款不能成为合同的内容。与《合同法》第 39 条相比，《民法典》第 496 条新增“与对方有重大利害关系的条款”规定，将提示和说明义务的范围进一步扩张。根据不同的合同性质，付款期限、违约责任、管辖约定等条款都有可能成为“重大利害关系条款”。

尤其在软件用户协议中，用户只面临“同意”或“不同意”两种选择，不存在协商空间。这就要求《用户协议》的制定方，一方面扩大提示和说明义务范围，用下划线、加粗、斜体等方式突出强化所有涉及对方重大利益的条款，另一方面补充设置有关用户协议的问答，帮助用户更好地理解协议内容，充分表达制定方企图与用户沟通、向用户解释条款内容的意愿，从而避免条款被剔除出合同内容。

第三，交待合同背景，证明格式条款内容的合理性。当格式条款成为合同内容的一部分，也并不意味着该条款必然有效，还有可能被认定为“不合理地减轻己方责任，加重相对方义务”而导致条款无效。换句话说，若该格式条款“减轻己方责任、加重相对方义务”的约定具备合理性，则该条款有效。因此，证明格式条款内容的合理性成为关键。

例如，企业与供应商订立反舞弊条款，通常会约定供应商的配合调查义务、编制自查和说明报告的义务等，看似加重了供应商合同履行的负担。但事实上，优选供应商入库，本

身给供应商带来更多的商业合作机会和商业优待。在此处使供应商负担更多对企业的诚信义务，符合商业对等原则，不可谓不合理。故应对未来可能面临的合理性审查，企业需事先在合同中对合同订立的背景、所处行业的商业逻辑、隐含的商业优待等做充分的阐述，以证明条款订立内容的合理性所在，避免条款被认定为无效。

结语

《民法典》重新调整格式条款的部分规定，消除了原有立法存在的缺陷，构建起逻辑清晰的效力审查层次。

为适应《民法典》带来的立法变化，企业应当主动了解，并及时结合自身情况对合同体系做出相应调整。通过主动协商、扩大提示说明义务和交代合同背景等举措，设置应对格式条款效力审查的三道防线，尽最大可能保证企业对外订立的合同条款的有效性。

民法典时代，企业如何应对违约方终止合同请求权

上海星瀚律师事务所主任律师 卫新

从《九民纪要》第 48 条到《民法典》第 580 条第 2 款，有关违约方终止合同请求权的表述一再改动，给商业社会中的合同履行带来影响。法律是否真正赋予了违约方解除合同的权利？企业应如何设计合同来预防交易相对方提出的违约方解除合同的风险？

本文将从《九民纪要》发布后的首个违约方解除权案例出发，结合相关法律规定及实务经验，为企业修订合同、适应新法变化提出几点法律建议。

《九民纪要》后的违约方解除权第一案

重庆学生小奕，因其优秀的唱跳才艺被某演艺公司选中，两年前受邀来到上海，成为一名接受公司专业培训的练习生。

小奕的父母作为监护人替小奕与演艺公司签订了长达 11 年的《艺人合同》。然而在履行一年多后，小奕便决定继续回到原籍学习，并于 2018 年 8 月正式向公司提出解约。

由于双方协商未果，小奕诉至法院请求判令解除合同，理由是公司存在教唆未成年人外出喝酒、在节目中抹黑艺人形象和违反教育部有关借读规定等行为，构成根本违约。但审理中法院对于上述事实均未予认定。

一审法院认为，双方合同合法有效，并且公司也根据合同履行了相关义务，不构成根本违约，驳回了小奕的诉请。小奕不服一审判决，提起上诉。

二审过程中，适逢《九民纪要》出台，其中第 48 条规定：

违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：

- (1) 违约方不存在恶意违约的情形；
- (2) 违约方继续履行合同，对其显失公平；
- (3) 守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。

人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。

于是，上海市一中院首次适用《九民纪要》第 48 条违约方起诉合同解除的规定，认为：第一，小奕为专心学业参加高考而不履行合同，不属于恶意违约的情形；第二，若继续履行合同，必然影响小奕的学业，进而影响其人生道路发展，对其显失公平；第三，小奕早已返回原籍就学，合同已近两年未实际履行，且缺乏继续履行的现实基础。在此情形下，演艺公司仍拒绝解除合同，有违诚实信用原则。故二审法院认定小奕符合违约方解除条件，改判合同解除。

合同僵局的司法实践及比较法处理

对于持续性合同中因重大原因变更导致合同履行受阻，有解除权的守约方拒不解除，以致合同陷入僵局的情况，我国立法上原无相关规定。司法实践中，各级法院常通过将《合同法》第 110 条第 1 款第 2 项的抗辩权解释为“解除权”，予以类推适用；或者依据诚实信用原则对个案进行裁判，破解合同僵局，比如 2006 年最高法公报的冯玉梅案。但由于欠缺上位法依据，法院为实现个案正义而援引的合同法第 110 条，在裁判说理过程中显得十分牵强。

对此，我们可以从国外的立法实践中找到借鉴。比如德国法规定了继续性合同的重大事由终止权来化解合同僵局。《德国民法典》第 314 条第 1 款规定：“合同当事人任何一方可以由于重大原因而通知终止继续性债务关系，无须遵守通知终止期间。在考虑到单个案件的全部情事和衡量双方利益的情况下，将合同关系延续到所约定的终止时间或延续到通知终止期间届满之时，对通知终止的一方来说是不能合理地期待的，即为有重大原因。”因此，该条款赋予合同当事人在丧失长期关系信赖基础，或继续维持有违诚信原则的情况下，基于“重大原因”终止合同关系的权利。

民法典关于破解合同僵局的立法博弈

弥补上位法空缺，化解合同僵局的难题，是民法典编纂过程中的重要任务，也一直是颇

具争议的理论问题。早在民法典一审稿和二审稿时期，“违约方诉请解除合同的权利”被置于民法典的合同解除体系之下，引发学界的激烈争论。但是，迫于“违约方解除权”所面临的道德性及正当性压力，立法者不得不在民法典三审稿时删除了这一规定。等到《民法典》草案上会前夕，该条款被置于第 580 条第 2 款重新提交审议。本次调整将该条款续接在《合同法》第 110 条之后，体系上属于违约责任范畴，不再局限于对“持续性合同”的调整，并回避敏感的“解除”字眼，改采“终止合同权利义务关系”的缓和表述。

《民法典》第五百八十条：

当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：

- （一）法律上或者事实上不能履行；
- （二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- （三）债权人在合理期限内未请求履行。

有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

结合《民法典》第 580 条第 2 款的立法背景，对照《合同法》第 110 条和《九民纪要》第 48 条的规定，我们认为需注意以下几点：

第一，民法典一改草案和《九民纪要》使用的“违约方解除”等相关表述，采用“终止合同权利义务关系”的概念，其法效果有待明确。理论上，“合同权利义务终止”往后发生效力，无溯及力。对于合同终止前双方已经履行的部分，是否可以适用合同解除对应的法律效果，或者应当适用其他何种法律效果，未予明确。

第二，民法典承继《合同法》第 110 条的规定，强调履行不能的客观事实，《九民纪要》则同民法典一审、二审稿保持一致，还强调“违约方是否恶意”、“守约方是否有违诚信”等履行不能的原因；

第三，《民法典》和《九民纪要》之规定为违约方通过诉讼摆脱债的关系提供法律依据。若不严格限制其法律适用，易将大量非金钱义务通过违约方请求法院终止合同关系的方式，转化为损害赔偿等金钱义务予以替代。

合同僵局的现实成因

要理解法律规定背后的逻辑，首先需要思考合同僵局的现实成因。我们认为，造成“合同僵局”的原因主要有如下几点：

1. 当事人间违约责任约定的缺失

实践中，当事人间对于非金钱义务不履行的违约责任往往未事先明确。若守约方行使解除权，对方依据合同约定需履行的非金钱义务将转化为损害赔偿义务。但是，守约方所遭受的实际损失通常难以确切评估或量化，也难以举证证明。因此，拥有解除权的守约方不愿主动解除合同，致使双方陷入合同僵局。

2. 法院对违约责任的法定调整

违约金的适用以填补损害为原则，故法院对于当事人约定的违约金数额拥有一定自由裁量权。即使当事人事先约定了高额违约金，考虑到违约行为与实际损失很难对应折算成金钱债务，该违约金仍有被法院调整的可能。如此一来，守约方便丧失了通过行使解除权，追究对方违约责任的动力。

3. 当事人为摆脱合同展开的利益博弈

有效的合同对于当事人具有同等拘束力，但双方想摆脱合同关系的急迫性并不相同。当违约方急于摆脱合同，手握解除权的守约方便会利用这一点与对方展开利益博弈，迫使违约方妥协并接受己方提出的方案。因此，合同僵局也有可能是商业博弈的环节。

企业的合同应对方案

《民法典》和《九民纪要》的规定，在特殊情形下赋予了违约方摆脱合同的主动权，促使违约方应当承担的非金钱义务向违约损害赔偿的金钱义务转化。

为防止违约方滥用权利，逃避非金钱义务的履行，我们认为，守约方有必要在合同违约责任部分提前筹划，规避实际损失难以界定的风险。

鉴于《民法典》第 585 条第 2 款的“违约金调整”条款，相较于《合同法》第 114 条的规定，给予法院更多“违约金调整”的自主决定权，意味着当事人间事先约定的意定违约金

拥有更多被法院支持的可能性。因此，我们提出如下建议：

1. 针对性的违约责任条款设计

经双方协商同意，可以对违约方“请求法院终止合同权利义务”的行为本身约定特殊的违约金，并且不影响其他违约责任的承担。通过这种针对性违约金条款的设计，能从侧面抑制违约方主动寻求摆脱合同。

2. 针对主给付义务设置更完整的违约责任层次

对于非金钱义务，根据不同的违约程度，设置替代履行标准、迟延履行金和一次性违约金等多种违约责任层次，从而在法院判令终止合同权利义务后，为原给付义务的履行不能提供相应的、明确的对价标准。

3. 明确从给付义务、附随义务的违约责任

对于合同的从给付义务和附随义务，如提供发票、配合公司证照章交接等，也要提前约定违约金、迟延履行金等明确具体的违约责任，避免因违约方终止合同权利义务关系，导致守约方事后无法证明其实际损失，难以向对方主张。

4. 约定结算和清理条款

根据《民法典》第 567 条规定：“合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力”。因此，有必要在解除条款之外，对已经履行的部分独立制作结算和清理条款，提前对当事人间合同终止后的利益状况作出安排。

结语

《民法典》和《九民纪要》的规定，在法律层面为违约方摆脱合同僵局提供了可行路径。同时也需警惕，违约方的该项权利有被滥用和扩张的风险。为应对违约方逃避原合同义务，守约方损失难以界定的情况，我们建议在合同中预先设置完善的违约责任体系，以期最大程度保障守约方利益。

《民法典》保证合同的 7 点重大修改

上海星瀚律师事务所资深律师 徐沁芳

2020 年 5 月 28 日,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)颁布,并将于 2021 年 1 月 1 日起实施。其中典型合同分编中增加了保证合同一章,我们就《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法司法解释》)《民法典》为大家做了对比、梳理以及解读如下:

1. 保证合同的独立性条款无效

《担保法》	《民法典》
第五条 担保合同是主合同的从合同,主合同无效,担保合同无效。担保合同另有约定的,按照约定。 担保合同被确认无效后,债务人、担保人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。	第六百八十二条 保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的,保证合同无效,但是法律另有规定的除外。 保证合同被确认无效后,债务人、保证人、债权人有过错的,应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

此前《担保法》规定当事人可以约定保证合同的效力独立于主合同,主合同无效不影响保证合同的效力。《民法典》实施后,保证合同都需要符合担保的从属性要求,且只允许法律规定除外情形,当事人自行约定无效。如果主合同无效,担保合同亦无效,当事人只能根据过错情况请求过错方承担相应责任。

2. 保证责任约定不明,为一般保证

《担保法》	《民法典》
第十九条 当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照连带责任保证承担保证责任。	第六百八十六条 保证的方式包括一般保证和连带责任保证。 当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照一般保证承担保证责任。

这一条修改可谓是保证合同最重大的变化。此前根据《担保法》规定，保证方式约定不明的，按连带保证承担保证责任，《民法典》实施后，将变更为按一般保证承担责任。

连带保证是指保证人和债务人对债务承担连带责任，而一般保证是指债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任。一般保证相比连带保证最大的区别在于，一般保证人对债权人享有先诉抗辩权，也就是说，在主债务未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，一般保证人有权拒绝承担保证责任。但先诉抗辩权的行使也存在例外情形，如债务人下落不明，且无财产可供执行或人民法院已经受理债务人破产案件等。

3. 一般保证先诉抗辩权的例外情形修改

《担保法》	《民法典》
第十七条 当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。 一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。 有下列情形之一的，保证人不得行使前款规定的权利： （一）债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的； （二）人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的； （三）保证人以书面形式放弃前款规定的权利的。	第六百八十七条 当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。 一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外： （一）债务人下落不明，且无财产可供执行； （二）人民法院已经受理债务人破产案件； （三）债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力； （四）保证人书面表示放弃前款规定的权利。

上文我们提到，在主债务未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，一般保证人有权拒绝承担保证责任，这也就是先诉抗辩权，这次《民法典》中行使先诉抗辩权的例外情形有所修改，还增加了“债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力”作为例外情形。

4. 保证期间约定不明的，为六个月

《担保法》	《民法典》
第二十五条 一般保证的保证人与债权人 未约定 保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起 六个月 。	第六百九十二条 保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。
第二十六条 连带责任保证的保证人与债权人 未约定 保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起 六个月 内要求保证人承担保证责任。	债权人与保证人可以约定保证期间，但是 约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月 。
《担保法司法解释》	
第三十二条 保证合同约定的保证期间 早于或者等于 主债务履行期限的，视为 没有约定 ，保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。 保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。	债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。

此前，很多债权人为了尽可能长时间的保障债权的实现，约定“保证期间自主债务履行期限届满之日开始起算，直至主债务本息还清时为止”，按照《担保法司法解释》第 32 条的规定，这类约定视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起二年。但《民法典》最新的规定中删除了上述表述，我们认为，这种情况下并不是对当事人继续自行约定“保证期间直至主债务本息还清时为止”的认可，而应视为约定不明，适用六个月的保证期间，不再是两年。

5. 一般保证诉讼时效起算点修改为“从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起算”

《担保法司法解释》	《民法典》
第三十四条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的， 从判决或者仲裁裁决生效之日起 ，开始计算保证合同的诉讼时效。	第六百九十四条 一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的， 从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起 ，开始计算保证债务的诉讼时效。
连带责任保证的债权人在保证期间届满前要求保证人承担保证责任的，从债权人要求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证合同的诉讼时效。	连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

根据《民法典》的规定，除非例外情形，一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任。而原来的司法解释规定保证合同的诉讼时效起算点为“判决或者仲裁裁决生效之日起”与上述先诉抗辩权中债权人与债务人之间的债务须经强制执行仍不能履行的规定并不一致，因为判决或仲裁裁决生效并不能直接得出债务人无法履行债务的结论，本次《民法典》对此进行了优化，“保证人拒绝承担保证责任的权利消灭”的情形，例如“债务经强制执行仍不能履行”导致先诉抗辩权的消失，或者出现先诉抗辩权的例外情形，这种情况下保证人拒绝承担保证责任的权利消灭。

6. 事先约定禁止转让债权的，债权人转让债权需经保证人书面同意方可对保证人发生效力

《担保法》	《民法典》
第二十二条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的， 保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。 保证合同另有约定的，按照约定。	第六百九十六条 债权人转让全部或者部分债权， 未通知保证人的，该转让对保证人不发生效力。
《担保法司法解释》	
第二十八条 保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证债权同时转让，保证人在原保证担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人 事先约定仅对特定的债权人承担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。	保证人与债权人 约定禁止债权转让 ，债权人未经保证人书面同意转让债权的，保证人对受让人 不再承担保证责任。

原《担保法》规定，债权转让后，保证人在原保证范围内继续承担保证责任。《民法典》有所修改，调整为未通知保证人，对保证人不发生效力。也就是说，以后债权转让不仅要通知债务人，还需通知保证人。但这并不意味着保证责任因此消灭，应当认为保证责任此时处于待定的状态，若债权人未履行通知义务，保证人无需承担保证责任；若事后债权人通知了保证人，则保证人应对债权受让人承担保证责任。

如果债权人与保证人之间已有禁止债权转让的约定，但债权人又进行债权转让的，除非另外取得保证人书面同意，否则保证责任消灭。

7. 保证人向债务人追偿权可约定排除

《担保法》	《民法典》
第三十一条 保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿。	第七百条 保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

根据《担保法》的规定，保证人承担保证责任后可以向债务人追偿，这属于法定权利，但《民法典》新增了“当事人另有约定除外”，也就是说，当事人可以自行约定排除这种追偿权。

小结

《民法典》中关于保证合同的保证范围、第三人加入债务对保证责任的影响、多个保证人对保证份额未明确约定情形下保证责任的承担等问题都有一定的调整，不论是作为债权人、保证人还是债权的受让人，都需及时关注相关规定的变化，在进行民事活动时合理预判相应责任及风险。

合同起草与审核实务技巧

智能时代下的法务合同技能实务



卫新 | 2019.06.27

合同条款是风险管理的一种方式



案例讨论

第三条业绩承诺及补偿

- 1.1 汽车网承诺 2015 年、2016 年公司经审计后净利润分别为 650 万、900 万。
- 1.2 如果汽车网在 2015 年度、2016 年度没有达到上述业绩承诺，差额部分由陈先生现金补足。
- 1.3 上述业绩承诺补偿在 新材料年度审计报告批准报出日起 30 日内完成。

《合同法》第一百二十五条规定：

“当事人对合同条款的理解有争议的，**应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则**，确定该条款的真实意思。”

- 合同工作就是以当下书面文字的确定性，来消除未来发生争议后的不确定性，预先管理风险

实务技巧一：合同审核诉讼化

将可能发生的相对方违约或者阻碍合同目的实现的情形进行诉讼模拟，判断合同是否有效保护己方的权益实现，从而修订和完善合同内容。



合同审核诉讼化



合同审核诉讼化

第九条 乙方未按本合同约定期限付款的，甲、乙双方同意按下列第 ____ 款内容处理。

- 一、每逾期一日，乙方应向甲方支付逾期未付款的 ____ % 的违约金，合同继续履行。
- 二、乙方逾期未付款，甲方应书面催告乙方，自收到甲方书面催告之日起的 ____ 日内，乙方仍未付款的，甲方有权单方解除合同，并书面通知乙方，自收到通知之日起的 ____ 日内乙方未提出异议，合同即行解除。甲方可从乙方已付款中扣除乙方应向甲方支付逾期未付款 ____ % 的违约金，余款返还给乙方，已付款不足违约金部分，乙方应在接到书面通知之日起 ____ 日内向甲方支付。若乙方违约给甲方造成经济损失的，甲方实际经济损失超过乙方应支付的违约金时，实际经济损失与违约金的差额应由乙方据实赔偿。

合同审核诉讼化

三、每逾期一日，乙方应向甲方支付相当于总房价款金额的0.5%的赔偿金。逾期超过十五日的，甲方有权单方解除合同，并书面通知乙方。甲方选择解除合同的，除逾期日至通知日，乙方应支付的逾期未付款的赔偿金外，乙方还应一次性向甲方支付相当于房价款20%金额的违约金。甲方可从乙方已付款中直接扣除赔偿金。违约金，余款返还给乙方，已付款不足违约金部分，乙方应在接到书面通知之日起三日内向甲方支付。甲方不选择解除合同的，不影响甲方要求乙方按照每日总房款金额的0.5%的标准支付赔偿金给甲方。若乙方违约，双方确定甲方的所有直接、间接的经济利益、时间精力、精神损失均为甲方的实际损失，包括但不限于房屋市场波动的可得利益的损失、可预期的租金利益的损失、甲方前期各个阶段为房屋出售所花费的各种人力物力损失、中介费、公证费、以及解决双方争议而已签署合同约定的律师费、法院诉讼费、保全费，以及为房屋出售、争议解决所花费的时间精力的损失。

相对方的抗辩

程序性抗辩

合同效力

先诉抗辩权、同时履行抗辩权

违约情形的举证

违约金数额

推广服务案例

商业模式

甲方委托乙方有效推广iOS版抖音短视频以及火山小视频软件，服务费计算方式为每月有效数据×单价，结算单价为抖音1.8美元/CPA、火山2美元/CPA。具体价格可视情况调整，汇率以每月首末日的平均值为准，结算货币为人民币。

合同期内，乙方应当保证软件真实下载和有效激活，甲方应当提供平台数据并支付价款。委托期自2017年7月19日起1年。

付款时，乙方应于每自然月前五日提交上月统计数据，甲方核对无误后发送结算单及开票要求，乙方收到后三个工作日内开票，甲方于每月15日前确认发票并于次月15日前向乙方指定银行账户转账。

履行过程中若有一般违约的，守约方仅有权要求纠正并消除后果；若有根本违约的，守约方有权解除合同并要求对方赔偿一切直接、间接损失。若乙方存在数据作弊的，则构成根本违约，甲方有权单方解除合同并要求其支付已发生费用两倍的违约金。

总结

合同审核极易进入文本陷阱，成为脱离实际的文字工作，
案例化、诉讼化能够迅速直击合同要点，
更加直观，推动谈判，提示风险。

- 写一份民事起诉状
- 准备一份证据清单
- 模拟一份对方的答辩状

合同起草和审核的冲突

客户

你们的律师合同改的太多了，
对方很不高兴，
业务都不能做了。



律师

客户太不尊重我们的劳动了，
也没有任何风险意识，
我们改的条款完全没有采纳。

解决方案：沟通

充分沟通 & 沟通成本

- 律师主动
- 模式结构化

律师业务模式



定义问题
明确需求



寻找方法
解决问题



追踪效果
持续改善

合同审核流程



合同背景调查结构化



行业背景

- 涉及的业务有没有资质要求？
- 涉及业务的行政主管部门是哪些？
- 涉及业务是否需要行政许可、备案，相关流程和手续如何？
- 主管部门对行业有何限制，相关法规和近期监管要点？
- 有何交易惯例？
- 合同中交易术语的含义？
- 是否存在规避监管或者法律的操作？



法务调研为主，客户沟通为辅

操作背景——为什么要请律师/法务看合同



任务分担

完成业务环节的一个工具（工作任务的分担、管理风险）



责任替代

律师看过了，未来有风险有人背锅



决策顾问

了解对方的意图，听取风险管理建议

操作背景——谁在和我们对接合同业务

合同相关的直接业务人员

- 第一需求：业务成交
- 第二需求：任务分担、责任替代
- 沟通优势：更了解业务的实际模式和需求
- 沟通劣势：掩盖风险



财务、法务、行政

- 主要需求：任务分担、责任替代
- 沟通优势：更关注责任和风险，是缓冲和桥梁
- 沟通劣势：不能够全面反映业务模式

高管或老板

- 主要需求：任务分担、决策顾问、责任替代
- 沟通优势：直接决策者
- 沟通劣势：要求特别高，可能根本不关心合同文本

操作背景

- 合同版本提供方是谁？
- 目前业务磋商进展如何？
 - 业务刚刚有个意向，看看这个合同草稿
 - 业务的主要内容已经谈妥，进入实质的合同磋商阶段，有很多细节还有谈判的空间
 - 合同的商务条款和细节已经明确，需要通过合同确定下来
 - 这份合同大概需要多久完成？这份合同的重要程度如何？
- 这份合同的阶段如何？
 - 框架合同阶段，先形成合作意向，具体细节可以再行签署后续合同
 - 之前已经签署了意向书、框架合同，目前合同属于正式文本，不能和之前的协议矛盾
 - 需要签署一份补充合同，之前的合同情况有变化，需要变更或补充
- 合同的地位和审核目的如何？
 - 对方的地位很强势，这份合同是标准版本，很难修改。对方强势，提示风险，便于我方决策
 - 对方较弱势，我们把握核心要点，进行谈判，抓大放小
 - 对方比较弱势，这份合同只是对方提供的样本，我们随便改，尽量对我方有利
 - 合同尽量合理公平，对特别不利的要保护我方利益，也不能太过分
- 律师/法务在合同环节扮演什么角色？
 - 直接与对方法务人员谈判/提供修订意见，由业务人员沟通
 - 合同如果有争议，决策者是谁？
 - 是多次反馈有谈判空间，还是一次反馈？

商业背景



星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

➢ 合同的内容与谈判商定的内容是否一致？有没有商业的Term Sheet？

• 标的、价格、期限、标准等商业要素（不合理的做提示）

• 违约责任、担保责任条款核对（明确是否谈过）

• 管辖、争议解决方式、适用法律、保密、通知、不可抗力等法律要素

➢ 合同涉及的税务成本如何？发票如何安排？合同是否存在避税的安排？

➢ 交易对方的实力如何？之前合作的情况如何？

➢ 对方的履约能力，诚信情况，是否需要增加增信手段？

➢ 对方为何使用现在合同的主体，我方对主体有何要求？

商业背景



星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

➢ 确定核心商务条款？

• 标的和计价条款、支付条款、履约期限等商业条款

• 担保条款、违约条款等重要的法律条款

• 是否要准备Checklist？（复杂的长篇幅的重要合同）

• 口头确定核心业务条款

• 邮件简单提示不合理的核心条款

➢ 是否需要先和对方进行一些核心条款的谈判，再修改合同的细节？

• 建议：先解决商务条款；再沟通法律条款

• 管辖、争议解决方式、适用法律、保密、通知、不可抗力等法律要素

总结



星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

▲ 没有最完美的合同，只有最合适的合同。

▲ 合同形成的过程应当促进成交，而不是相反。

▲ 法律的生命不在于逻辑，而在于经验，结构化、智能化是未来的方向。

星瀚常年法律顾问



星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

▲ 日常法律咨询

▲ 日常合同审核与拟定

▲ 拟定及发送律师函

▲ 涉及日常业务经营事项的书面法律意见（可提供给第三方）

▲ 重要交易决策的尽职调查与案例调研

▲ 行业政策分析与新规解读

▲ 民商事纠纷前期咨询与谈判调解

▲ 星瀚开放日与星瀚定期法律培训讲座

▲ 法务和风控人员指导与培训

星瀚常年税务顾问



星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

▲ 现行税收法律、法规、规章的咨询

▲ 最新税收政策的分享和释疑

▲ 企业办税实务问题指导

▲ 税收自查指导及税务稽查应对指导

▲ 企业税收风险诊断及风险控制建议

▲ 企业集团重大决策与交易的涉税指导

▲ 税收筹划的意见与建议

▲ 业务相关的税收统筹与安排建议

▲ 其它涉税筹划相关的咨询服务

提问交流
THANK YOU



【星瀚网法务】
— 分享专业干货
【星瀚答疑】
法律咨询、预约律师、
运动报名 —



邮箱：weixin@ricc.com.cn
网址：www.ricc.com.cn
地址：上海市长宁区路1193号来福士广场T3办公楼7层

民法典带来的 企业合同体系重构

卫新 主任律师



2020.06.23

目 录



民法典
编纂概述



民法典对于格式条款
适用与效力的厘清



从违约方解除权到履行不能
的权利义务终止请求权



企业合同体系的
应对之道

民法典的制定历程



第一次《民法典》起草
由全国人大常委会组织
1957年中断

第三次《民法典》起草
全国人大常委会法制委员
会成立民法起草小组
1982年宣布解散

第四次《民法典》起草
全国人大常委会决定恢复
《民法典》起草，成立民
法起草工作小组
2004年搁置

1954年

1962年

1979年

1986年

1998年

2014年

第二次《民法典》起草
1964年7月完成《民法草
案（试拟稿）》
1964年中断

颁布《民法通则》

第五次《民法典》起草
十八届四中全会明确提出
编纂《民法典》

民法典的编纂历程



2014年10月

党的十八届四中全会决定
提出启动立法任务
编纂民法典

两步走
第一步：出台民法总则
第二步：
编纂民法典各分编，并将
修改完善的各分编草案同
民法总则合并为完整的民
法典草案，由全国人民代
表会审议。

2016年6月

民法总则草案首次提请全
国人大常委会审议，标志
着民法典编纂工作正式进
入立法程序。

2017年3月

民法典编纂完成了关键的
“第一步”，
作为民法典开篇之作的民
法总则，获十二届全国人
大五次会议表决通过。

民法典的编纂历程



2018年8月

民法典编纂迈出“第二
步”，各分编草案首次提
请十三届全国人大常委会
第五次会议审议，其中包
括6编共1034条。

2018年12月、2019年4月、2019年6月、
2019年8月、2019年10月，十三届全
国人大常委会第七次、第十次、第十一
次、第十二次、第十四次会议对各分编
草案进行了审议。

截至2019年12月，各分编草案均已完
成了两次审议，其中，人格权编草案、
侵权责任编草案和婚姻家庭编草案完成
了三次审议。

2019年12月23日

“完整版”中国民法典草
案首次亮相。

十三届全国人大常委会第
十五次会议现场，一本本
《中华人民共和国民法典
（草案）》摆放在与会人
员面前。

2020年5月

5月28日，《中华人民共
和国民法典》经全国人民
代表大会表决通过。
6月1日，官方版正式发布。

民法典的编纂历程



法律是滞后于现实生活的

成文法典需要开放的学术环境和成熟的立法技术

成文法典需要强势的立法动员能力和强大政治自信作为支撑的

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

民法典的编与纂

《中华人民共和国民法典》共7编、1260条

第一编	总则	第五编	婚姻家庭
第二编	物权	第六编	继承
第三编	合同	第七编	侵权责任
第四编	人格权		附则

《民法典》生效后，《婚姻法》、《继承法》、《民法通则》、《收养法》、《担保法》、《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》、《民法总则》同时废止。

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

民法典的编与纂

《民法典》1260个条文中：
“原文保留” 现行法规定的约有457个条文
“非实质性修订” 约有409个条文
“实质性修订” 约有246个条文
“新增” 约有148个条文

新增
11.7%

实质性修订
19.5%

非实质性修订
32.5%

保留
36.3%

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

“官方” 亮点

01
见义勇为免责

02
小区共有场所
收入归业主

03
禁止高利放贷

04
保护个人信息

05
界定夫妻共同
债务

06
增加遗嘱形式

07
守护头顶上的
安全

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

企业关注

- **总则编**：《民法典》总则编共10章、204个法条。所有法条均从《民法总则》承袭或修订而来。其中，有183个法条完全沿用了《民法总则》的规定，有21个法条根据《民法总则》的规定修订而来。
- **合同编**：《民法典》合同编共3个分编、29章、526条。其中，有112个法条在原有条文基础上作出实质性修订；还有70个法条系《民法典》完全新增。
- **担保**：担保主要在两个部分体现，分别是《民法典》合同编第十三章保证合同、以及物权编第四编担保物权。保证合同章节共22条，，担保物权分编共72条。
- **九民纪要**：2019年11月8日出台的《九民纪要》，纪要包含十二个部分、共130条内容。

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

目 录

民法典
编纂概述

民法典对于格式条款
适用与效力的厘清

从违约方解除权到履行不能
的权利义务终止请求权

企业合同体系的
应对之道

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

案例

品牌方

《广告活动搭建合同》

广告公司

项目搭建商

付款：
在品牌方支付款项后的30天内由搭建商开具发票，广告商收到发票后的90天内付款。
如果品牌方未支付费用的，搭建商无权主张搭建费。

法务部—业务员

对接人

该条款由广告公司的法务部提供给业务员，业务员通过邮件发给搭建商，搭建商未做任何修改，盖章后返还广告商。

案例

品牌方

广告公司

项目搭建商

法务部一业务员

对接人

合同履行完毕后，品牌方拖欠广告公司费用，广告公司亦未支付搭建商合同款，双方沟通了1年多。后搭建商诉至法院，要求广告公司付款，广告公司以未达到约定的付款条件进行抗辩。

搭建商是否可以主张付款条件为格式条款而否定其效力？

原合同法规定

第三十九条

采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

第四十条

格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

最高院司法解释

最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）

第九条

提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款关于提示和说明义务的规定，导致对方没有注意免除或者限制其责任的条款，对方当事人申请撤销该格式条款的，人民法院应当支持。

第十条

提供格式条款的一方当事人违反合同法第三十九条第一款的规定，并具有合同法第四十条规定的情形之一的，人民法院应当认定该格式条款无效。

原立法缺陷



撤销权与条款无效产生混乱



条款无效的范围过于宽泛不利于保护商业模式

民法典

第四百九十六条

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

第四百九十七条

有下列情形之一的，该格式条款无效：

（一）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；

（二）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；

（三）提供格式条款一方排除对方主要权利。

民法典带来的变化

撤销权与条款无效产生混乱

↓

先看格式条款是否成为合同的内容

↓

再看是否构成无效的法律情形

条款无效的范围过于宽泛不利于保护商业模式

↓

无效情形除台则规定外提供了二个层次

↓

（1）不合理免除、减轻责任，加重、限制对方主要权利；

（2）排除对方主要权利

企业合同的应对之道

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

法务避免公司制定的业务模版在诉讼时被认定为格式条款三道防线

1

避免“订立合同时未与对方协商”的实质认定标准

2

扩大提示和说明义务，避免条款不能成为合同的内容

3

对合同的背景、行业的商业逻辑、隐含的商业优待做充分的阐述

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

目录

民法典
编纂概述

民法典对于格式条款
适用与效力的厘清

从违约方解除权到履行不能
的权利义务终止请求权

企业合同体系的
应对之道

案例

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

上海一中院公布的“违约方解除合同”第一案

《艺人合同》

17岁重庆高二学生
小奕

上海经纪公司

- 2年多前与上海公司签约，履行不久便决定继续回原籍学习
- 2018年提出解约，起诉至法院，所提出的解约事由（引诱喝酒、违反教育部规定、活动中对艺人抹黑）法院均未认定
- 一审判决合同不解除
- 二审援引九民纪要第48条，撤销原判，改判《艺人合同》解除

九民纪要中的违约方解除权制度

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

48.【违约方起诉解除】
违约方不享有单方解除合同的权力。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：
（1）违约方不存在恶意违约的情形；
（2）违约方继续履行合同，对其显失公平；
（3）守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。
人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。

破解“合同僵局”的司法实践

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

司法实践早就有类似通过赔偿损失代替继续履行的诉求，2006年的冯玉梅案，并大量援引南京中院的说理。

第一百一十条
当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：
（一）法律上或者事实上不能履行；
（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
（三）债权人在合理期限内未要求履行。

立法博弈

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

一审稿

二审稿

三审稿

第三百五十三条
有下列情形之一的，当事人可以解除合同：
（一）因不可抗力或者其他客观原因致使不能实现合同目的；
（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
（五）法律规定的其他情形。
以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人在合理期限之前通知对方后可以随时解除合同。
合同不能履行致使不能实现合同目的，解除权人不得解除对方对对方明显不公平的，对方可以向人民法院或者仲裁机构请求解除合同，但是不影响其责任的承担。

第三百五十三条
有下列情形之一的，当事人可以解除合同：
（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；
（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
（五）法律规定的其他情形。
以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人在合理期限之前通知对方后可以解除。
合同不能履行致使不能实现合同目的，有解除权的当事人不行使解除权，造成适用权力对对方显失公平的，人民法院或者仲裁机构可以根据对方的请求解除合同，但是不影响违约责任的承担。

第五百六十三条
有下列情形之一的，当事人可以解除合同：
（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；
（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；
（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；
（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；
（五）法律规定的其他情形。
以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

风云突变的民法典表决稿

第五百八十条

当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：

- （一）法律上或者事实上不能履行；
- （二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- （三）债权人在合理期限内未请求履行。

有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

条文对比

1
解除权
VS
合同权利义务终止

2
履行不能的事实
VS
履行不能的原因

3
非金钱义务
VS
金钱对价

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

“合同僵局”的现实成因

违约责任约定缺失

违约责任的法定调整

摆脱合同的博弈

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

应对方案—防止滥用

设置更完整的违约责任

从义务、附随义务

违约金调整条款的对比

非金钱义务
(替代履行标准、迟延履行金、其他违约责任)

针对性的违约责任设计

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

法条对比

合同法 第一百一十四条

当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，**当事人可以请求**人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，**当事人可以请求**人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

民法典 第五百八十五条

当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构**可以根据当事人的请求**予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构**可以根据当事人的请求**予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

目录

民法典
编纂概述

民法典对于格式条款
适用与效力的厘清

从违约方解除权到履行不能
的权利义务终止请求权

企业合同体系的
应对之道

民法典的编纂是几十年来中国民商立法、司法实践与思考的系统性汇总，企业需要根据自己的商业模式和业务流程，对企业的合同管理体系进行配套升级。

卫新 主任律师



企业的合同管理体系



内部法务
+外部律师



业务+法务+主管
+财务+业务执行+合同管理



- 常规业务：业务模板、海外翻译模式、总部模板沿用、客户拿来主义、网络文库
- 特殊业务：定制化文本

合同管理的核心方法论



合同定位商业化

合同背景定制化

合同组织结构化



合同审核诉讼化

合同应诉可视化

合同管理体系化

先有商业
后有法律服务

卫新 主任律师



合同文本服务于业务目标
合同文本是企业管理风险的重要环节

卫新 主任律师



附录



关于星瀚



星瀚民法典培训



合同体系重构专项



负责人介绍

PART 01

关于星瀚



创新驱动 综合解决

上海星瀚律师事务所是一家一体化运营的精品律师事务所，业务领域涵盖公司、金融、商南、刑事、涉外、财税、知识产权、劳动人事、家事、房产、行政、海关等，能够为客户提供一站式、综合性的法律解决方案。

星瀚各业务团队坚持专业化发展，由在该领域专业领先的合伙人、资深律师领衔，律所根据案件的专业特点指派对应团队承办，在跨专业领域的案件中指定多部门合作办理，确保客户获得优质、专业的法律服务。

星瀚律师事务所人才辈出，群星荟萃。他们有的是业内翘楚、律师协会专业委员会的专家、课题负责人；他们有的在司法系统、行政系统、境外公司、大型企业、金融机构拥有多年的工作经验；他们有的在社会上担任人大代表、政协委员、法学会理事、法学院院长、教授、博导等职务……星瀚的专业人员兼具深厚的理论功底、丰富的实践经验和宽阔的国际化视野，对每一个诉讼、非诉项目均百分百投入，具有极致的责任心。

一体化运营



星瀚律师事务所始终坚持一体化运营，全所执行相同的制度，接受统一的管理。业务流程规范、严谨，律师代理的每一个案子均在行政部登记，录入电子系统，接受利益冲突查询，由客户服务部全程跟踪，律所至今保持零投诉的优秀记录。

此外，星瀚律师事务所拥有智能化的共享知识库，知识库由专门的分管合伙人统筹管理，定期更新，并与业务学习会相结合。这样的机制是高品质服务的有力保证。

星瀚律师事务所也是国内少数设有独立市场部的律师事务所，市场部的设立使得我们具备良好的商业意识和卓越的洞察力，擅长应对行业与行业的跨界、商业与法律的交叉，不仅提供法律知识，更能协助客户实现商业目标。

跨地域、国家化发展



为了迎合行业需要，向客户提供跨区域的法律服务，我们在南京、武汉设立了分所，在北京、大连等城市设有代表处，并与英国、新加坡、澳大利亚、韩国、日本、美国、德国、以色列、南非等世界各地的知名律师事务所保持良好的合作。

近年来，我们的合伙人、资深律师分别访问或接待过伦敦海事仲裁中心、英国高等法院、英国最高法院、新加坡国际仲裁中心、新加坡海事处、香港国际仲裁中心、韩国海上安全裁判庭、韩国驻沪领事馆、以色列驻沪领事馆、韩国连锁经营产业协会、澳洲商会、美国商会等机构，具备国际化的资源和统筹能力。

此外，星瀚律师可以用中文、英文、韩文、日文作为工作语言，为全球客户提供法律服务。

业务领域



行业领域



律所荣誉

上海市优秀律师事务所，并被评为“上海市十佳律师事务所”称号
上海市司法行政工作先进集体
上海市文明单位
上海市“青年文明号”
上榜国际法律权威刊物《亚洲家》(CHAMBERS ASIA PACIFIC) 和 LEGAL 500
多次获得入选全国涉外律师人才库和上海市涉外律师人才库

荣誉证书

上海星瀚律师事务所
被评为2015-2016年度“上海市优秀律师事务所”，
并授予“上海市十佳律师事务所”称号。
特此证书。
上海市司法局
2017.03.01

文明单位
Model Unit

上海市人民政府
Shanghai Municipality

青年文明号

Chambers
AND PARTNERS

LEGAL 500

PART 02

星瀚民法典培训

培训背景

《中华人民共和国民法典》颁布，2021年起施行，共7编、1260条

第一编
第二编
第三编
第四编

总则
物权
合同
人格权

第五编
第六编
第七编

婚姻家庭
继承
侵权责任
期限

《民法典》生效后，《婚姻法》、《继承法》、《民法通则》、《收养法》、《担保法》、《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》、《民法总则》同时废止。

《民法典》带来的变化

《民法典》1260个条文中：

- “实质性修订”将有246个条文
- “新增”将有148个条文
- “原文保留”现行法规定的约有457个条文
- “非实质性修订”约有409个条文

33%12%19%36%

■新增
■实质性修订
■保留
■非实质性修订

企业应重点关注

总则

《民法典》总则编共10章、204个法条。所有法条均从《民法总则》承袭或修订而来。其中，有183个法条完全沿用了《民法总则》的规定，有21个法条根据《民法总则》的规定修订而来。

合同编

《民法典》合同编共3个分编、29章、526条。其中，有112个法条在原有条文基础上作出实质性修订；还有70个法条系《民法典》完全新增。

担保

担保主要在两个部分体现，分别是《民法典》合同编第十三章保证合同、以及物权编第四分编担保物权。保证合同章节共22条，担保物权分编共72条。

九民纪要

2019年11月8日出台的《九民纪要》，纪要包含十二个部分、共130条内容。

星瀚培训内容

培训对象	培训课时	培训内容	培训目标
企业管理层	3课时	• 民法典编章情况概述 • 民法典亮点提炼 • 民法典给企业经营、融资、管理、发展带来的影响 • 企业合同管理体系和经营发展的配套升级	企业管理层通过此次培训可以全面了解民法典的重点内容、核心变化，尤其是民法典给企业运营带来的影响及企业可以采取的应对之策。
企业法务	6课时	• 民法典给企业法务工作带来的影响 • 合同编详解：变化、案例、应对之策 • 担保部分详解：变化、案例、应对之策 • 总则详解：变化、案例、应对之策 • 企业合同管理体系升级建议 • 合同审核与风险控制的核心方法论（合同组织结构化、合同审核诉讼化等）	企业法务通过此次培训可以了解合同管理、审核与企业风控的核心方法论，熟悉民法典给日常工作带来的影响与变化，获得具有实操性、前瞻性的建议，并直接应用到日常工作中。
企业员工	2课时	• 民法典编章情况概述与亮点介绍 • 民法典给日常工作带来的影响 • 员工应当具备的法律常识和风控意识	为企业员工提供普法性培训，帮助企业员工提升法律素养，降低企业经营风险和运营成本。

每课时时间不少于45分钟。可以根据客户需求配置课程。

PART 03

合同体系重构专项

星瀚律师事务所
XINGHAN & CO.

合同体系重构的背景

1

民典典出台

民法典的编纂是几十年来中国民法立法、司法实践与思考的系统性汇总。
企业需要根据自己的商业模式和业务流程，对企业的合同管理体系进行配套升级。

2

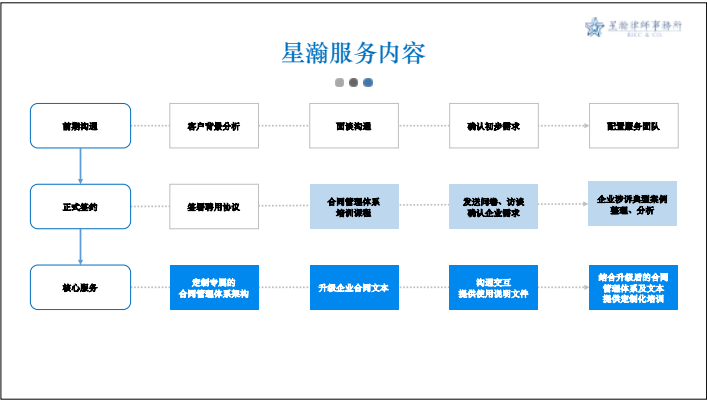
企业发展的需要

合同文本服务于业务目标；
合同文本是企业风险管理的重要环节。

3

体系化重视的提升

合同的作用不应流于表面，合同若要发挥真正的作用，应当与企业的组织架构、管理流程、展业模式等紧密联系。



星瀚优势

前沿

全面结合民法典、九民纪要等新法规及立法动态，提供先进的企业合同管理体系升级服务。

务实

星瀚擅长应对行业与行业的跨界、商业与法律的交叉，注重提供扎实、可靠的法律解决方案，旨在助力客户实现商业目标。

专业

作为一家一体化运营的精品律师事务所，星瀚各业务板块紧密结合，能够兼顾企业合同体系的全领域，负责人卫新律师对合同法领域有着深刻的研究和丰富的实务经验。

星瀚服务特色

定制化

星瀚的企业合同管理体系升级服务为定制化产品，结合客户所在的行业、展业模式、风控需求、展业周期等综合因素，设计专属客户的企业合同管理体系并提供配套合同文本。

系统性

星瀚的企业合同管理体系升级服务不是就事论事的合同进行个别修订，星瀚认为，合同作为企业日常经营管理和风险控制的重要工具，应当结合企业的审批、盖章等流程以及企业组织架构的实际情况予以系统性的优化，真正服务于商业。

全环节

为了确保定制化和系统性的效果，星瀚的服务将涵盖众多环节，包括概括性的培训与咨询、特定的沟通和洽谈、分析客户的涉诉情况、定制化的文书起草、优化和使用说明会、培训等，形成以管理体系为纲，辅以培训、文本予以实现的全过程。

PART 04

负责人介绍



卫新律师，毕业于华东政法大学法律系，上海星瀚律师事务所创始人、高级合伙人，专业从事公司金融类法律服务。

卫新律师担任华东政法大学兼职教授、华东政法大学兼职硕士生导师、华东政法大学校友会常务理事、华东政法大学校友会理事、上海政法学院校外硕士生导师、上海海事大学法律硕士专业研究生校外指导教师。

值得一提的是，卫新律师多年担任华东政法大学《合同法实务》课程授课教师，该课程计入学分。

卫新律师亦为上海市长宁区政协委员、上海市青联委员、上海市长宁区青联常委、上海市知联会委员、上海市律协宣传委副主任、上海市律协体育法业务委员会副主任。

联系卫新
电子邮箱: weixin@wcc.com.cn
工作语言: 中文、英文

卫新律师在商业诉讼领域的代表案例有:

- 石XX诉圣奥股东权利纠纷案，胜诉获赔4亿元;
- 兴业银行诉济南钢铁保兑仓案，胜诉获赔2亿元，入选最高院指导案例;
- “东方跨世公司”诉程XX承认新加坡仲裁裁决案，胜诉不予执行仲裁裁决;

卫新律师在投融资及公司法务服务方面的代表案例有:

- “主办集合阅读平台”ONE 一个”与华创股权投资法律服务专项;
- 主办“华东影业公司”与博纳、阿里多轮融资法律服务专项;
- 为上海石化、陕西广播公司进驻上海自贸区提供全程法律服务。

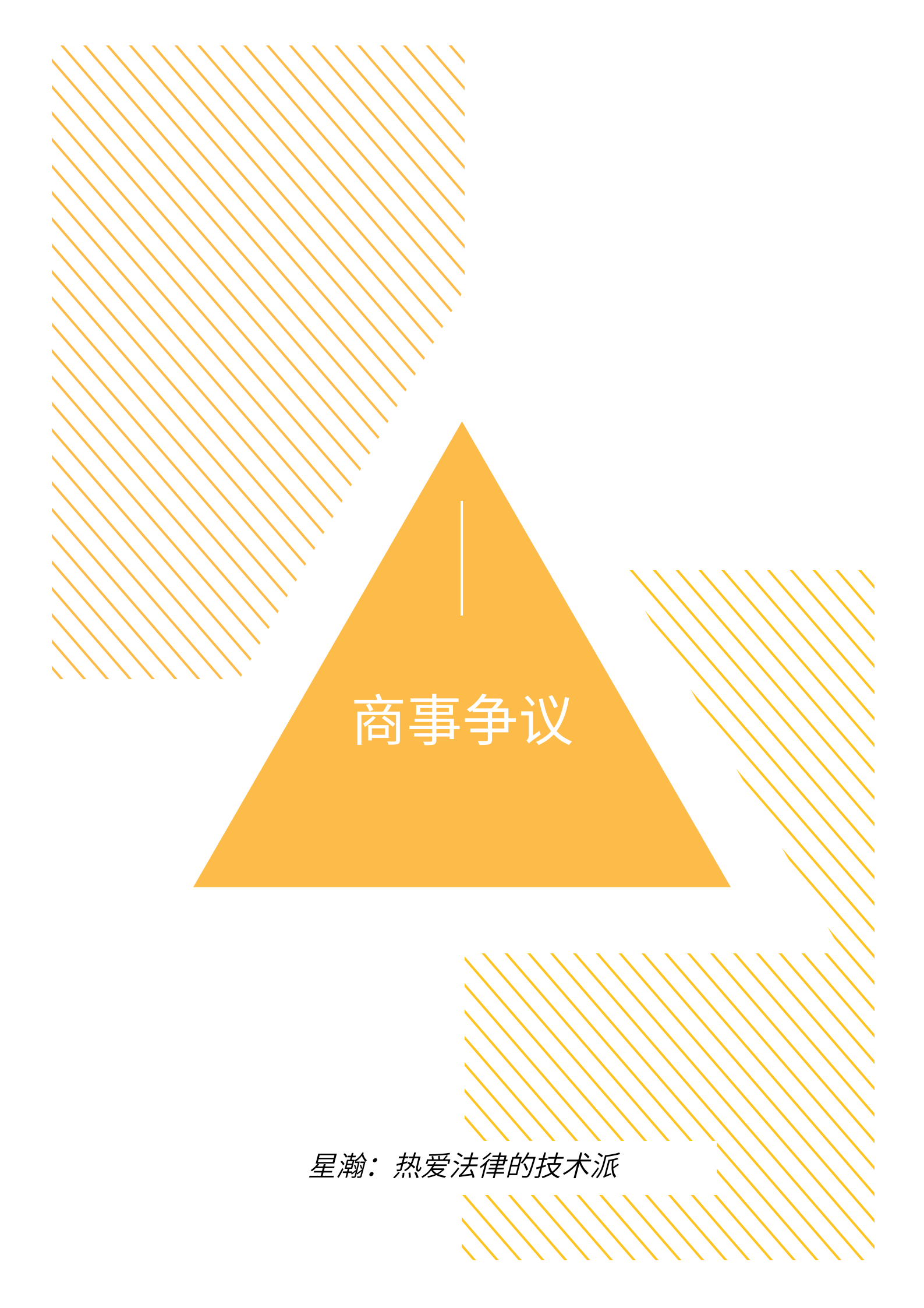
卫新律师在金融资本领域的代表案例有:

- 代表国内多家银行、金融机构、融资租赁公司、商业保理公司进行金融类资产处置诉讼、价值超数亿元人民币;
- 代表国内某大型企业参与价值近三亿的飞机融资租赁项目;
- 为多个金融租赁公司提供融资租赁项目架构设计、风险评估和合同谈判。

卫新律师在文创、医疗、体育行业具有专长:

- 为电影《后会无期》、《万万没想到》、《乘风破浪》提供法律服务;
- 为博爱医院、和睦家医疗、睿立儿科、齐鲁制药等机构提供法律服务;
- 担任上海市体育局常年法律顾问。

卫新律师曾参与撰写《藏在合伙人模式》一书。



商事争议

星瀚：热爱法律的技术派

从身陷囹圄到获赔 4 亿，技术派律师如何完成股权纠纷大逆转

智合法律新媒体 林戈

2015 年，一场持续了 6 年之久的诉讼——“SA 公司股东纠纷系列案件”尘埃落定，原告胜诉，获得 4 亿元赔偿，这是当时国内股东权益纠纷中自然人股东获得赔偿额最高的案件之一。原告施先生与代理其案件的星瀚律师团队对于这样的结果该是欣慰的。

这场诉讼交易关系复杂，涉案金额巨大，历经上海市一中院一审、上海市高院二审、最高人民法院再审，极具社会影响力。施先生的代理律师对我国公司法律体系有着充分理解，其在案件承办中所运用的诉讼策略十分具有创造性。对于星瀚商事诉讼团队而言，本次案件的办理亦具有里程碑式的意义。

时至 2018 年，虽然对于这一案件本身的讨论逐渐归于平静，但该案主办律师及其团队实则代表了中国律师行业中的新生力量。于是我们通过对这一案件的讨论来管中窥豹，还原案件的办理过程，解读这家事务所对于公司商事诉讼业务的思考以及他们未来的战略规划。

法律、商业与人性的较量

卫新至今仍然记得他与施先生第一次会面时的场景，虽然已经过了多年，施先生失落中带着坚定的神情仍让他记忆犹新。

那时的施先生刚被中国北方一个地级市的法院宣判无罪而获释，一年的看守所岁月令这个身材魁梧的山东汉子看起来颇为憔悴。

他神色凝重地说，他被诬告了，出狱之后发现公司被贱卖，多年的打拼转瞬成空，他希望聘请律师取回原本属于他的一切。

这是一个令人唏嘘的故事。

上海 SA 公司是一家集橡胶化学品生产、科研、贸易为一体的综合性企业集团。

2007 年，持有上海 SA 公司 50%以上股权的大股东刘某有意向香港某集团转让上海 SA 公司的部分股权，在施先生不知情的情况下，其他股东与受让人私下达成了转让合意。

此后，大股东刘某召集股东会，告知施先生，打算利用股权优势径直通过股东会决议。但在股东会上，施先生主张对转让股权行使优先购买权，阻碍大股东的对外转股方案。

两方立场的尖锐对立造成了矛盾的产生。以刘某为代表的大股东在法律精英的指导下进行了双管齐下的精心设计。

一方面，大股东们将股权交易拆分为若干个资产交易，利用新设的江苏 SA 公司以各种隐蔽手段进行利益输送，以几乎低于资产价值一半的价格向江苏 SA 公司转让上海 SA 公司

的资产，致使上海 SA 公司成为空壳，最终通过承继上海 SA 公司的江苏 SA 公司向香港某集团转让股权。

另一方面，他们通过诬告施先生致使其被采取强制措施一年，由此排除施先生的表决权、知情权、撤销权和异议股东回购请求权。在施先生无罪释放出狱时，股权转让已经全部完成，香港某集团已成为江苏 SA 公司股东，并办理了工商变更登记。彼时，上海 SA 公司已被掏空，原上海 SA 公司的大股东们与香港某集团均获得大量利益，但施先生的股东利益却严重受损。施先生向上海 SA 公司监事会要求起诉以挽回损失，但上海 SA 公司并未作出任何回应。

万般无奈之下，施先生在 2009 年找到卫新，希望卫新担任他的代理律师。

施先生的故事讲完了，卫新开始快速地分析案情。卫新认为，施先生在情理上是站得住脚的，利益受损理应得到法律救济；但他也不无犹疑。不仅因为他的对手将是非常强大的精英律师团队和层层交错的利益网，而且通过理性分析，本案要想胜诉的难度巨大：

首先，本案所涉及的资产交易均被拆分、隐藏，完整的交易真相难以还原，施先生的权益受到侵犯的证据难以搜集；

其次，由于刘某等大股东事先经过了严密的设计，本案中的单个资产交易均符合净资产的价格，并且由于涉及大量的知识产权、商业秘密、市场地位、商誉等隐形资产的利益输送，说服法院认定损害结果及赔偿范围有着较高的难度；

再者，本案涉及的当事人众多，光被告就多达十多人，各方之间的关系错综复杂；

最后，由于我国公司法的相关制度缺乏细致的、可操作性的规定，确立维权的请求权基础存在难度。

例如，大股东利用“资本多数决”作出决议，将公司资产低价转让给关联公司，表面上损害公司利益，实质上损害小股东的利益，施先生是否有提出直接赔偿请求的主体资格；再如，大股东利用股东优势地位，规避小股东的优先购买权，通过股东会决议，将公司资产低价转入排除了施先生股份的关联公司后，再行与第三人进行股权转让，在这种股东会决议有效的情况下，是否构成滥用股东权利损害股东利益。凡此种种，都构成了本案的争议焦点。

不仅如此，交易完成之后，香港某集团又再次进行对外交易，交易对手涉及国际知名机构，撤销交易的可能性微乎其微，这一对外交易使得本案的难度剧增，背景愈发复杂。

虽然情势颇为不利，但最终，卫新还是决定带着星瀚的商事诉讼团队拿下这个案子，与施先生同舟共济。卫新说：“尽管在处理复杂的、困难的事情时会有看似无能为力的时刻，但如果能通过通盘的考虑、整体的筹划、条分缕析地制定诉讼策略并最终化解案件的难点，这也正是我们成为律师的初心。”

用专业和策略化解案件难点

这样的大案注定了过程的漫长和艰辛。卫新和星瀚商事诉讼团队将大量的时间花在了案件的研究梳理中；于此同时，卫新心里明白，SA 公司股东权益纠纷一定会是一场持久战，而且会派生出多层诉讼，构成系列案件。要取得胜利，一定要做到：始终将专业放在第一位、具备全局性的思考、体现技术派律师的素养、充分结合理论与实践。

无论是在施先生遴选律师的阶段、还是委托后沟通案件细节的过程中，卫新从未夸大任何会令案子走向乐观或悲观的因素，始终以高度清醒的头脑、但不失人文情怀的状态向施先生介绍法律的规定、类似的判例、推演可能出现的情形和律师已经预设好的应对方案。卫新的办案风格就如他的爱好下围棋一样，习惯性地看远一点、看深一点、想得周延一点，也正因如此，无论该案的办理过程中遇到了多少困难，卫新始终是施先生的信心来源。

卫新和星瀚商事诉讼团队在梳理了复杂的案件之后，推导并制定了多个诉讼方案，通过模拟和缜密地思考，卫新强调：在承办高难度的商事诉讼案件过程中，不能追求一步到位和速战速决，不能太过在意一城一池的得失；一定要有步骤地推进，不能过早暴露己方的意图。必要的时候还需要“合纵连横”，尽可能争取更广泛的盟友和支持。像这样的案子，律师的每一个判断与取舍，都关系到案件的进展，因此，理解客户和对手至关重要。

从 2009 到 2011 年，星瀚律师团队率先采用迂回策略，指导施先生以资产转让合同系串通损害第三人的权益，通过合法形式掩饰排除施先生优先购买权的非法目的为由，将 SA 公司 10 名股东及公司资产受让方作为被告提起了 4 件股东派生诉讼，主张资产转让合同无效。这一诉讼主张符合了一些当年参与了交易，但在江苏 SA 公司丧失了管理权的小股东的目标。

虽然上海市一中院以公司资产转让为公司内部行为，公司股东及公司均不属于独立第三方，不符合合同无效情形为由驳回诉讼，但在此过程中，上海 SA 公司、江苏 SA 公司和香港某集团的整个交易过程得以还原，并搜集到大量证据，破解了本案侵权证据难以固定的难点。

2012 年，施先生以大股东滥用股东权利损害小股东利益为由提起股东损害赔偿诉讼。自承接案件到梳理事实、设法查找证据，卫新虽然走得艰难，但每一步都在预判之中。但是不同于此前的以退为进、弃卒保车，此轮诉讼要说服法官、真正为当事人施先生赢得权益，因此，卫新和星瀚商事诉讼团队将技术派律师的风格发挥到了极致：

他们做了案情摘要、可视化图表、利益人关系图示、SA 系公司转让流程示意图、SA 系公司资产结构图等，每一层利害关系、每一笔资产交易、每一个节点所存在的问题都被清晰还原，做到了真正意义上的庭审可视化；

一审时，他们先后提交了三份代理词。在第一份代理词中，提纲挈领地对案件的争议焦点以及施先生遭受的损失进行了阐释；第二份代理词旨在针对本案涉及系列交易安排的整体性进行了还原，以证明上海 SA 公司资产被低价转让的事实；第三份代理词则将施先生的

诉讼请求展开说明，细致、完整地计算了施先生的经济利益损失；

该案的文书材料装满整整两个拉杆箱，所有的证据清单、质证意见都经过字斟句酌和极其精细地打磨，每一个观点都有注释和证据索引……

在秉持匠人精神的卫新和星瀚商事诉讼团队的努力下，上海市一中院支持了施先生的主张，判决 SA 公司 10 名股东赔偿施先生的损失及利息。

刘某等十名股东不服一审判决，向上海市高院提起上诉。其理由是，本案的实质是施先生对其他股东作出的决议持有异议，并不属于滥用股东权利和恶意串通的关联交易。

是否滥用股东权利的标准，应是看股东会决议的内容和实质是否违背了诚实信用原则，并侵犯了其他股东的利益。要想打赢二审，必须证明本案十名股东被告行为的侵权性和违法性。卫新通过详实的证据证明，SA 系公司的交易行为之间存在完整性，是基于“同一目的”，看似彼此独立，实际上互为前提和因果，在价款转让上，存在两个标准，导致施先生的股权价值受损。而且，其资产转让价格严重低于净资产。可以说，在二审中，卫新将该案每一项交易的目的、参与主体的动机都进行了还原。

最终，卫新成功说服了上海市高院，维持了一审判决。

2014 年，本案的被告股东又以一二审判决错误认定施先生的诉讼主体资格、本案已过诉讼时效、赔偿额范围计算有误为由，向最高人民法院提请再审，以及向上海市人民检察院申请监督，请求提出抗诉。在卫新和星瀚律师团队的有效抗辩下，被告股东的申请均遭驳回。

从 2013 年到 2015 年，由于被告未依法履行判决，施先生申请强制执行，最终取得股权赔偿金、利息等费用共计约 4 亿元。至此，本案尘埃落定。

面对如此复杂的法律关系和案件事实，卫新和星瀚的商事诉讼团队坚持理论和实践相结合——不仅理解法律的精神，还寻找外部专家、学者的支持，努力让每一个观点都有强大的理论支撑。在此基础上，综合应用各种诉讼工具与手段，凭借对现行诉讼模式和司法运行模式的深刻理解，选择最优路径，这才有了取得胜利的可能。

优秀的商事诉讼律师是法律市场的稀缺资源

“SA 公司股东纠纷系列案件”在卫新的执业生涯中，是历时最长、最为复杂、也是印象最深刻的案件之一。在其背后，同学情谊、知遇之恩、亲情后盾、权力光环、甚至男女情愫都与经济利益、公司政治交织在一起，演化成一场场阴谋、阳谋、诉讼……

卫新说：“这几年，中国公司股权类的纠纷数量直线上升，无数怀揣梦想的创业者一面打拼事业，一面按照同样的剧本重复着‘共患难易、同富贵难’的故事。”而他作为专业律师，参与到了这样的一个个案件中，无论是“点火”还是“熄火”。

在当前的法律服务市场，商事诉讼纠纷愈发复杂，客户的需求日益多元，而且眼光愈发

敏锐，其要求的是法律服务的深度和实际效果，对商事诉讼律师的专业度、创造力、大局观要求甚高。

事实上，律师的诉讼业务和非诉业务并非是纵向切割的，而是横向联系的，两种业务的思维模式通常会相互促进。一名优秀的商事诉讼律师，不仅应当对公司股东权益、治理结构、财务会计制度、公司并购重组等方面的整体理论体系有着精准的把握，还要能够在纷繁复杂的案情中提炼出关键要素，从而制定诉讼策略。不同水平的律师，从不同的策略出发，其结果很可能南辕北辙。可以说，在每一个诉讼案件和非诉交易项目背后，都需要律师的创造性劳动。

不仅如此，商事诉讼律师还需要具备对商业世界的洞察力、缜密的逻辑思维和灵活的应变能力，并能以良好的表达能力与客户充分沟通。只有律师与客户之间互相理解，配合默契，才能取得良好的结果。

在互联网时代和中国“大众创业，万众创新”的风口上，星瀚在公司治理、股权结构、合伙人制度等方面已有许多实践和思考。在提供法律服务的过程中，对于目标公司的创始人个人、创始团队的人合机制、公司治理的调查变得越来越重要。在为创业团队设计独特的合伙制度、股权激励制度、退出制度的同时，星瀚还研发了动态的股权机制，研究创业心理学、创业情商、互联网巨头的合伙人制度。

在问及未来规划时，卫新说，从2018年1月1日开始，星瀚的公司部与金融部将进行合并，淡化部门界限，以业务标签和产品为导向；合并后的大部门会在已有公司和金融业务的优势下，重点拓展新型组织与商业公司的结合、数据的商业应用与合规、无边界的合伙人模式、区块链商业场景应用等相关领域，并不断尝试新的方向，研究新的课题。

这样一来，星瀚的业务管理会更加扁平。不仅如此，商事诉讼中的专业性要求也能和非诉业务中各行业的技术特点相互融合，从而提高协作的效率和灵活性。

在现代律所管理中，专业化是极为重要的一环，很多律所都有了部门化的划分。但高端的商事业务往往交叉重叠，业务与业务之间相互联系。为避免出现在单个领域内的专业效率提升但整体服务效率下降的情况，这种淡化部门之间的界限，以标签和产品为导向的模式就完全能够理解了。

打造精品律所，做热爱法律的技术派

在此前针对星瀚发展道路的报道《在规模化、精品化之外，中国律所是否存在第三条发展道路？》中，我写道：“星瀚的定位是一家‘精品所’，其对‘精品所’的定义是具有创新能力的、能够为客户提供综合解决方案的律师事务所，而与业界通常理解的主打个别业务领域不同。”

现代公司希望律师能够提供综合性的解决方案，贯穿民商事、刑事、行政法律，因此，要想在大所、强所环绕的市场中占据一席之地，“锻造精品服务和精英律师”就成为了星瀚发展的内核，追求“人无我有”、“人有我优”，做一家具有创新能力的、能够为客户提供综合解决方案的律师事务所是星瀚的必然归宿。

自创立以来，星瀚就专注于商事领域的法律服务，律所人均创收平均每年以 50% 的速度持续增长。究其原因，卫新说：“首先要归功于星瀚律师的专业能力，以及星瀚的运营体系给予律师们的支持。其次，星瀚的品牌溢价和客户层次亦在逐年攀升。”

采访时，卫新说：“星瀚的价值观是‘致力于做一家精品律师事务所，热爱法律的技术派’。”

年轻人在选择要加入的律所时，除了我们通常能够想到的薪酬福利、培训机制、晋升通道之外，还会考虑团队氛围和工作环境。

星瀚自成立以来在组织模式上就颇具创新精神。不同于传统公司制律所的“层级鲜明、分工明确”，星瀚更追求成为一个灵活而敏捷的大团队，创新、高效、能够积极应对市场的变化和客户的需求。团队成员之间信息共享、彼此信任、获得赋能，星瀚希望律师们能够在它的平台上得到自己需要的资源，同时发挥各自所长，推动星瀚的发展。

星瀚所的管理者也非强势领导者，“园丁式的管理”是星瀚高级合伙人们的共识。“园丁式管理”是要让星瀚成员能够自己发光、发热，管理者们要做的是缔造组织环境、维系组织氛围。从现状看，星瀚专业亲切、温暖欢乐的氛围深入人心；星瀚的创新能力、用法律技术为客户解决问题的能力亦得到客户认同。SA 公司股东纠纷系列案件的最终胜诉也受益于这样的组织和文化。

结语

我们关注当前市场中基业长青的顶部大所，更要观察新生代律所的现状与未来。律师行业正处于大变革、大增长、大竞争的关口，大国崛起必有大所振兴，千帆竞渡，百舸争流，我们想通过自己的视角看到更多的案例，发现下一个法律圈内的“独角兽”。

“SA 公司股东纠纷系列案件”只是星瀚代理的众多案件之一，我们透过对一个案件的报道，来折射出这家年轻律所的创始人的风格、团队的专业度、创新力以及他们对自身未来的规划。

今年，星瀚的南京分所和武汉分所开幕；上海总部也将开启吸纳具有专业深度及创新精神的律师及团队的步伐。星瀚目前已明确了“创新驱动、综合解决”的发展方向，也即坚持产品创新、组织创新、模式创新，为客户提供更深层次的价值。

只要方向有了，路径对了，正处于加速中的星瀚离他们自己期待的成功，也就不远了。

抢夺公章不够体面？但这才是股东争议法律化的序幕

上海星瀚律师事务所 卫新律师 阮霭倩律师（2020-04-27）

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



1. 能控制公司的人，往往才是股东纠纷中能笑到最后的人

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

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

在我们的办案经历中，每个股东纠纷的背后都有数个系列诉讼，包括：知情权诉讼、公司决议效力诉讼、公司证照章返还诉讼、损害公司利益诉讼、损害股东利益诉讼、强制解散

清算之诉等等。一个诉讼的平均审限（一审+二审）往往需要 1-2 年的时间，这一连串的诉讼打下来，股东需要花费的时间成本可想而知。而且很多股东矛盾严重激化时，还会通过各种刑事举报的手段设法让对方被追究刑责，从而获取股权之争的胜利。

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

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

2. 只有公章+营业执照+法人才算实际法律控制

很多人都会误认为公司的控制权属于大股东，这种想法太过简单。我们处理的很多股东纠纷中，都是小股东（股权比例可能都不足 10%）掌握着公司的公章、营业执照，担任公司的法人代表，把大股东逼到“绝境”。比如我们曾遇到的一个案子，小股东就是公司法人，发生矛盾后直接抢夺了公司公章、财务章、银行 U 盾，阻止公司发放员工工资、对外签署合同，造成公司面临巨大的业务危机和公众信任危机，大股东被逼到“绝境”后不得不妥协，收购了小股东的股份。我们也曾碰到过有些股东在抢夺公司公章后，通过对外签署合同进行利益输送；或者在外面新设公司，随意将原公司的资质转让给自己新设的公司。

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

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

3. 公章被抢，遗失申明和报警的用处有多大？

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

2020年4月26日早9:34，李国庆伙同5人，闯入当当网办公区，抢走几十枚公章、财务章，公司已经报警。

特此严正声明：当当网以及关联公司公章、财务专用章失控期间，任何人使用该公章、财务专用章签订的任何合同、协议以及具有合同性质的文件或其他任何书面文件，公司将不予承认。公章、财务章、财务部门章即日作废。

当当网业务照常进行，员工及管理团队一如既往、努力为读者提供优质服务。

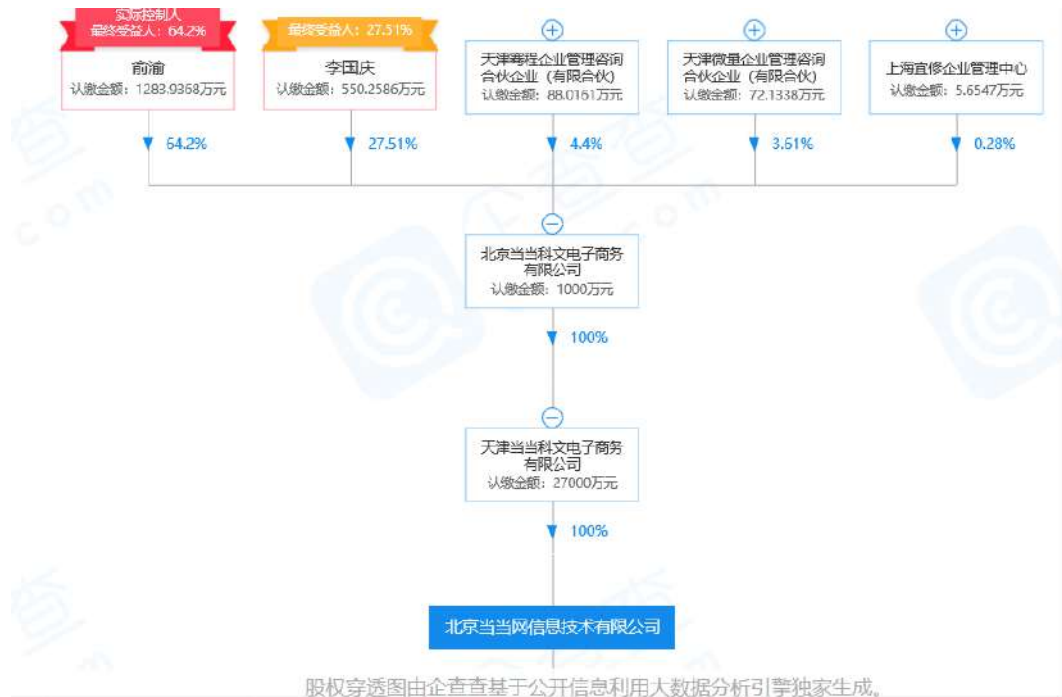
当当网宣布遗失公章明细如下：

（当当网申明）

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

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

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



4. 抢完章的李国庆可以全面接管当当吗？抢章事件带给股东们的启示

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



对于法代这个关键职务，俞渝是很有准备的，以北京当当网信息技术有限公司为例，2019年2月14日，公司的法定代表人就由李国庆变更为俞渝。目前相关报道仅显示李国庆是抢了公章和财务章，营业执照应当还在俞渝的控制下。也就是说，工商登记的法定代表人、营业执照和公章中李国庆只占了一个。虽然实务操作中，法定代表人、公章、营业执照

相分离的情况下，俞渝对章进行挂失后补刻相对还是比较容易的；但目前矛盾激化到满城风雨，所有人都知道章并非“遗失”，而是“被抢”，这种情况下，公安机关是否会直接备案俞渝挂失后补刻的新章，我们认为还是存疑的。

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

我们看到很多文章已经在唱衰李国庆，认为他的“抢章”是无脑行为，但事实上，抢夺公章可能无法取得公司控制权，但反过来恰恰会严重影响原控制人的控制权。从公司目前登记的股权情况来看，俞渝是公司的法人、实际控制人，李国庆原是被一味压制的一方。我们预估，也正是由于李国庆小股东地位，又失去了公司控制权，所以导致在和俞渝的股东争议中严重不利，甚至权益主张被无视。但此次李国庆通过抢章以及后续在新章备案上预计会给俞渝设置障碍，或许能够让李国庆在谈判桌上重新找到一些筹码，回到可能的均势地位。

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

李国庆的这次抢章事件也给广大公司的股东敲响了警钟。

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

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

拒做“傻白甜”，企业能从腾讯 VS 老干妈事件中获得什么启示？

上海星瀚律师事务所 卫新律师 赵晓波律师（2020-07-02）



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

深圳市腾讯计算机系统有限公司与贵阳南明老干妈风味食品销售有限公司、贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司服务合同纠纷执行实施类执行裁定书

发布日期：2020-06-29

浏览：631次



广东省深圳市南山区人民法院 民事裁定书

(2020)粤0305执保1106号

原告：深圳市腾讯计算机系统有限公司，住所深圳市南山区粤海街道麻岭社区科技中一路腾讯大厦35层，统一社会信用代码：91440300708461136T

法定代表人：马化腾，任总经理。

委托诉讼代理人：王小敏，北京市炜衡（深圳）律师事务所律师。

被告：贵阳南明老干妈风味食品销售有限公司，住所贵州省贵阳市双龙航空港经济区龙洞堡见龙洞路138号，统一社会信用代码91520191MA6GK93D1K。

法定代表人：陶华碧，任总经理。

被告：贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司，住所贵州省贵阳市南明区龙洞堡见龙洞路138号，



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

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



（源：QQ 飞车官方微博）

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

贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司

声 明

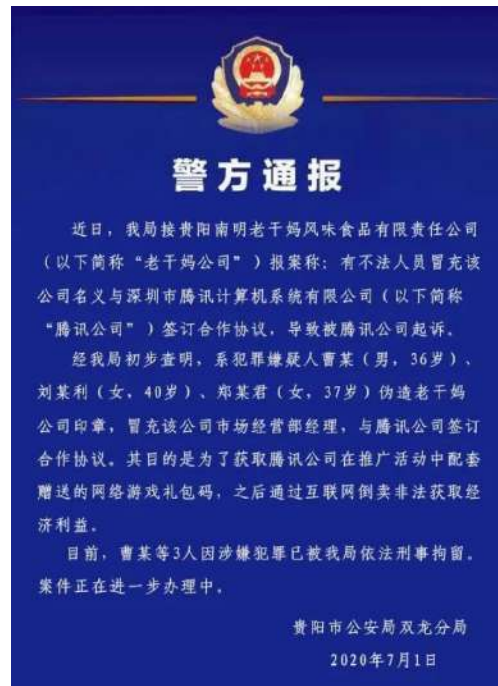
2020 年 6 月 10 日，我司接到深圳市南山区人民法院委托贵阳市南明区人民法院送达的相关法律文书。深圳市腾讯计算机系统有限公司（以下简称“腾讯公司”）以服务合同纠纷为由起诉我司并申请财产保全。收到上述文书后，我司给予高度重视并立即开展调查。经核实，我司从未与腾讯公司或授权他人 与腾讯公司就“老干妈”品牌签署《联合市场推广合作协议》，且我司从未与腾讯公司进行过任何商业合作。

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

贵阳南明老干妈风味食品有限责任公司

2020 年 06 月 30 日

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



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

一、涉嫌刑案，索要合同款必须先刑后民吗？

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

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

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

二、“先刑后民”中，企业如何维权？

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

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

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

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

三、民事层面，企业如何维权？

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

（一）伪造签章的合同一律无效吗？

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

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

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

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

1. 权利外观要件，即行为人行为在客观上具有代理权的表象。
2. 主观因素要件，即合同相对人善意且无过失地相信行为人有代理权。

就权利外观，《指引》主要包含 9 个因素：

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

就主观部分，《指引》主要指出 5 个因素：

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

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

（二）当合同无效时，企业是否还有其他维权途径？

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

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

不过,采用“不当得利”主张经济利益返还,实务中难点颇多。

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

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

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

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

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

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

四、企业如何防范此类事件发生



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

（一）合同磋商阶段

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

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

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

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

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

（二）合同履行阶段

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

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

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

为什么“小黄人”判赔 500 万，“小猪佩奇”却只赔 25 万？

上海星瀚律师事务所 黄璞虑律师（2020-08-04）



一直以来，知识产权侵权案件，尤其是美术作品、摄影作品等著作权侵权案件中，法院判决赔偿数额较低，“赢了官司却赔不到钱”的情况早已屡见不鲜。

例如今年七月，余杭区法院依原告主张适用法定赔偿，判决“小猪佩奇”的侵权人赔偿著作权人 25 万经济损失（包含律师费、公证费等合理费用）。这是因为，原告对于自己的美术作品“小猪佩奇”在被告盈利中所作的贡献、自己的实际损失等难以证明，无法给出具体的计算方式，无奈只能请求法院“法定赔偿”；而根据现行《著作权法》规定，法定赔偿的数额本身较低，由人民法院根据侵权行为的情节，判决五十万元以下的赔偿，且往往不会顶格赔偿。

而几乎是同一时段，一份江苏中院全额支持“小黄人”著作权人全部诉请，判赔数额高达 510 万的判决书，却引发了全网热议，让“小猪佩奇”区区 25 万数额相形见绌。为什么同样都是动画形象构成的美术作品，同样都是未经著作权人许可，在自己的商品上使用该作品进行销售，差距竟如此之大？“小黄人”的著作权人又有什么诉讼招数，能摆脱版权侵权赔偿数额低的阴影？接下来，笔者就从大获全胜的“小黄人”案入手，对版权侵权索赔时举证方法及企业智力成果日常管理中的注意要点进行梳理。

诉讼阶段：举证策略如何制定，企业才能高额获偿

1. 多渠道获取被告的违法所得

根据《著作权法》第 49 条规定，法院确认损害赔偿数额需从原告实际损失、被告违法所得、侵权行为情节等角度考量。一般情况下，由于原告仅为美术作品的著作权人，举证证明其实际损失存在难度，因此“违法所得”往往成为了获取高额赔偿的关键。

在“小黄人”案件中，原告通过案外第三方获取了被告董事的微信，并对其朋友圈所转发的一篇关于“涉案产品 3 个月销量 1500 万”的文章进行了公证，以此作为初步证据证明被告产品的销售情况。被告未提交证据反驳文章真实性，因此被告承担举证不利的后果。法院通过被告销售时间进行推算，认为既然三个月销量达 1500 万，那么成比例计算，16 个月共计销售额达 8000 万。同时，从判决书来看，原告公证了被告出厂价、供货价之间的不同价格。其中，出厂价是指生产商出厂的价格，而供货价与出厂价相比，其销售利润至少超过 20%，将销售额 8000 万乘利润率 20%，远超过原告所请求的 500 万赔偿，法院由此支持了原告的全部诉请。

由此可知，高额赔偿诉讼的关键技巧在于，须证明被告的总销售金额。以销售金额为基准的情况下，可以通过多种不同的逻辑获得高额赔偿。

本案这一诉讼技巧可以为类似侵权诉讼带来许多启发。比如，在证明被告违法营业总额时，考虑到眼下越来越多的企业会选择线上“软文”的方式进行推广，无论是公众号文章、新闻通稿抑或公司首页，都可能明确记载被告涉案产品的违法经营额。因此可以对被告相关新闻进行网络检索，不放过其“自吹自擂”的蛛丝马迹，以此作为初步证据倒逼被告证明自己的真实经营情况。此外，如果被告仅通过电商平台进行销售，一般会在销售页面留下本月销量的信息。虽然电商销量存在虚增可能，但是被告只有拿出自己的财务报表才能质证虚假。考虑到披露财务报表经常会给被告带来版权侵权案之外的麻烦，所以被告一般不会提出财务报表，使得公开的销量成为定案依据。按照本判决所提出的推算逻辑，原告亦能够以该月的销售量乘以被告实际销售时间，推算被告的违法营业额。只有被告明确否认并提交实际销售报表的情况下，该推算才有可能被推翻。

又如，本案被告公司是一家负责生产、经销的企业，为尽可能推广产品，其通过多个渠道将负责人的联系方式予以公开。由此，原告得以了解到该厂家不同渠道的不同单价，推测出被告每件单品利润率不低于 20%，违法所得超 500 万。那么，如果另案中上述证明方式难以实现，又该如何取证证明被告的利润率呢？也还有其他方法，例如可以请求当地的行业协会配合，了解该行业平均利润；或请求法院帮助出具被告在当地纳税情况的调查函等方式，对其利润进行取证和推导。更甚之，可以通过中国知网、行业数据等公开检索工具，对该侵权产品当时当地售价进行调研，得出法院可采信的数据，倒逼被告自行举证。若被告拒绝举证，则以原告计算方式确定被告违法所得。

2. 巧妙选择被告与管辖

事实上，本案之所以凯旋而归，与原告正确选择被告、管辖法院的努力密不可分，二者对提高赔偿数额亦具有重大实践意义。

首先，本案六位被告中除了无锡味能公司是零售商外，三位为生产商，两位是特定案件

中有可能被认定为生产商的商标权人。事实上，零售商往往受制于进货渠道，无法获取高额销售利益。并且，零售商还可能以“合理来源”进行抗辩，认为自己在不知情的情况下销售侵权产品不承担赔偿责任，徒增原告的举证难度。相反，生产商、经销商等上游企业，往往可以取得该产品绝大部分利润，且主观上明知自己无权使用涉案作品。因此，“擒贼先擒王”，在著作权侵权案件中，应当尽可能以生产厂商作为被告，以提升高额赔偿的可能。

其次，若本案仅以生产商为被告，则根据管辖权原则，应当由河北或广东法院审理。但根据笔者团队一贯的办案经验，每次诉讼前对法院判赔数额进行调研，发现江苏中院判赔情况确实更为理想。因此笔者推测，原告诉讼团队亦进行了类似调研，确定了判决结果更为有利、赔偿数额通常更高的法院，并以拉入零售商的方式得到了最有利于原告的管辖，即由苏州中院管辖。

3. 运用获取惩罚性赔偿的举证思路

虽然现行《著作权法》尚未规定惩罚性赔偿，但本案法院在赔偿计算时，却将其定性为“惩罚性”。考虑到最新《著作权法》草案有惩罚性赔偿规定，同样属于知识产权法体系的商标法、商业秘密中也已有类似惩罚要件；2021 年即将生效的《民法典》亦规定，故意侵害他人知识产权情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。因此，著作权侵权中确立惩罚性赔偿是我国法律发展的必然，实践中也有法院采取了相应的审理方向。故而，对于如何举证才能请求法院多倍赔偿，也具有一定参考价值。

虽然目前法律与草案规定各不相同，但一般而言，适用“惩罚性赔偿”需满足两个要件：主观上要具有恶意，客观上要达到情节严重，即造成了严重的损害后果。

法院认为，被告千尺雪公司销售侵权产品数量极大、范围较广，已经构成了情节严重的程度；另一方面，被告在明知“小黄人”形象不属于自己公司原创的情况下，以自己修改的“小黄人”形象进行了著作权登记，并在广告中强调“小黄人”以进行推广。甚至，在法院发出行为保全禁令后，依然在线上销售侵权产品，其主观上具有明显恶意。

因此，原告在举证请求法院适用惩罚性赔偿时，应当对被告主观状态、客观损害结果进行举证。主观方面，如果被告存在明知知识产权为他人所有仍加以利用、拒不履行行为保全裁定、掩盖被诉行为、伪造毁灭证据等行为，则符合主观要件；情节方面，如果被告完全以侵权为业，或具有被诉行为持续时间长、区域范围广、数额巨大等情况之一的，则符合客观结果要件。

诉讼之前：作品如何管理经营，才能提升赔偿数额

1. 著作权许可使用合同管理

本案中，法院除了以违法所得计算数额外，还按照原告所主张的应获得许可费标准二倍计算实际损失。由于原告先前与其他企业签订了与本案高度相似的许可费合同，约定以年发票净额的 4%收取著作权授权许可费，因此许可费至少 320 万元。但如果仅要求被告赔偿 320 万，则会形成鼓励“先侵权”，待到被原告发现后“再付费”的悖论。因此，法院以两倍许可费计算，认为原告诉请较为合理。

一般情况下，法院认为，只有假设被告以正当商业模式与原告签订合同所约定的使用费，才是原告的实际损失。因而，如果原告提交的许可使用合同，其针对的具体产品、行为、时间、范围与被告在本案中相应的侵权行为差异过大的话，那么法院就很难不打折扣地参考原告许可使用的费率。本案的特殊之处正是在于，原告所举证的许可费合同中，签订的使用对象与本案涉案产品如出一辙——都是儿童乳制品。因此原告的许可费合同对法院认定赔偿额至关重要。

由此可知，著作权许可使用合同应当作为企业内控重点之一，可按如下方式管理：

一方面，将对外签署的全部许可使用合同按照许可使用的不同产品、使用范围、签署时间等进行归纳整理，针对不同个案举证符合相应侵权行为的许可合同，提高法院采信可能；另一方面，在满足前述条件的合同中，还需要比对授权可获金额，以提高诉讼赔偿额。具体来说，假设同样授权在乳制品上使用作品，原告对 A 公司以固定金额收费，对 B 公司则以营业额费率收费，在 C 公司侵权经营额较高的情况下，选择以费率收费的许可使用合同举证，对原告更有利。

2. IP 作品商业价值管理

能获得 500 万的赔偿数额，也离不开原告美术作品形象自身的商业价值和知名度。”小黄人“形象自 2010 年作为配角首次出现于动画电影《神偷奶爸》，随后，由于该形象受到极高关注，为其陆续制作了几部“小黄人”电影作品。环球公司通过不断以“小黄人”形象进行作品创作、商业宣传的苦心经营，使“小黄人”的衍生产品受到世界各国影迷的追捧，该美术作品的商业价值与日俱增。由此，法院在考量被告主观恶意、原告实际损失时，亦会因“小黄人”自身的市场热度而裁判更高额的赔偿。

相比之下，“葫芦娃”的“打假”诉讼显得有些相形失色。通过对“葫芦娃”几次诉讼判赔数额的粗略统计，即使是上了热搜的王祖蓝 cos“葫芦兄弟”“也不过判赔 10 万，更不消说其他如销售印有“葫芦娃”形象商品的常见侵权行为了，其赔偿数额往往不会超过 1 万元。究其原因，还是因为“葫芦娃”没有新作品加持提高曝光，商业宣传上也乏善可陈，使得葫芦娃这一 IP 的价值实质上在逐渐降低。由此，对于具有上述类型著作权的企业，如何对该形象、作品进行宣传营销，使之在市场上家喻户晓、名满天下，也是企业不得不关注的功课之一。

“小黄人”案大获全胜，与原告公司的 IP 管理及诉讼策略的选择分不开。事实上，不同著作权侵权诉讼的策略都会因个案进行一定程度的调整。笔者团队也经历过大量著作权诉讼，通过对此类胜诉判决的复盘、研究，形成了一套应对著作权案件的诉讼和索赔方法，无论是对诉讼前的内控管理、运营建议，抑或是诉讼时的策略和举证思路，都以最大化客户利益为出发点，在遭遇侵权时尽力争取最高赔偿，在日常管理中全方位为知识产权保驾护航。

热爱法律的技术派

电话：86 21 - 5109 6488

邮箱：bd@ricc.com.cn

地址：上海市长宁路1193号长宁来福士广场T3办公楼7层



星瀚客服



星瀚微法苑