

# 2022

# 星瀚法律研究

## LEGAL STUDY

## | 本期推荐

《地方金融监督管理条例》征求意见稿解读  
再评国内首部密室剧本杀管理规定  
共同犯罪情形下的受贿金额认定——以非国家工作人员受贿罪为例  
颜值即正义的今天，商品的外观如何保护？

## | 热点聚焦

从冬奥会看体育赛事转播各方的权利如何保护  
从“A股最大造假案”看上市公司舞弊情况  
“国民零食第一股”再曝商业贿赂案，民企反腐道阻且长  
疫情防控期间，企业劳动关系管理要点与建议

# 目录 CONTENTS

## 「政策解读」

《地方金融监督管理条例》征求意见稿解读	P01
叮！您有一封《互联网算法推荐管理规定》阅读指南，请查收	P04
再评国内首部密室剧本杀管理规定	P07
新规生效！最新非法集资司法解释有这些亮点	P12
国企如何做好合规管理？来看看中央及部分地方国资委的规定吧	P17

## 「聚焦疫情」

疫情防控期间，企业劳动关系管理要点与建议	P20
疫情当前，热心援助时这些合规问题你知道吗？	P28
特殊期间，上海制订政策助力企业渡过难关	P31

## 「内控与反舞弊」

从“A股最大造假案”看上市公司舞弊情况	P33
“国民零食第一股”再曝商业贿赂案，民企反腐道阻且长	P37
共同犯罪情形下的受贿金额认定——以非国家工作人员受贿罪为例	P40

## 「星瀚海事」

海事事故调查报告与责任认定书不具有可诉性是否已成定论？	P44
海上货物运输中承运人货损免责事由认定之驾驶或管理船舶中的过失	P47

## 「星瀚知产」

从冬奥会看体育赛事转播各方的权利如何保护	P50
颜值即正义的今天，商品的外观如何保护？	P56
我的颜值我做主——浅析商品的外观保护	P61

## 「星瀚人文」

卫新：克服内卷的方式是让自己成熟起来	P66
星潮来袭，未来可期	P70
律师都是天生的段子手？	P81
从最佳听众到最佳讲师到蜕变之路	P85

# 《地方金融监督管理条例》征求意见稿解读

阮霭倩、李冰凌

2021年12月31日，央行出台了《地方金融监督管理条例》，一石激起千层浪。因为就在前不久的10月份，银保监会还在官网回复对于融资租赁公司、商业保理企业异地经营没有明确监管要求，2个月后央行就给出一个明确的监管要求“原则上不得跨省级行政区域开展业务”。虽然《条例》目前还在征求意见阶段，但已经让融资租赁公司、商业保理公司等地方金融组织感受到了前所未有的危机感。那如何理解这个征求意见稿，最终国家政策口径要走向何方，跨省业务何去何从，我们结合天津、上海、北京这三地率先出台的地方条例，以及银保监会此前对地方金融组织监管口径，浅谈一下对此次《地方金融监督管理条例》征求意见稿的理解。

## 一、 跨省业务并非简单“一刀切”，界定标准尚有待明确

此次《条例》社会反响最激烈的当属第十一条对跨省业务的限制条款。我们先来看一下《条例》原文：“地方金融组织应当坚持服务本地原则，在地方金融监督管理部门批准的区域范围内经营业务，原则上不得跨省级行政区域开展业务。地方金融组织跨省开展业务的规则由国务院或授权国务院金融监督管理部门制定”。从《条例》原文来看，其实此次监管政策的表述还是给部分地方金融组织留了道口子，并不是简单的表述为“禁止开展跨省业务”，而是使用了“批准的区域范围内”、“原则上不得”，也就是**跨省业务并没有严格禁止**，并且《条例》也明确关于跨省开展业务的规则会由国务院或授权国务院金融监督管理部门另行制定，可见之后对跨省业务会有配套细则出台。

另外，如何界定跨省业务也值得特别关注，比如融资租赁业务中就会涉及到多方主体，出卖人所在地、承租人所在地、租赁物实际使用人所在地、租赁物所在地，当这些所在地不一致时，是**择一界定还是以承租人或租赁物所在地界定跨省也存在极大的不确定性**。如果可以择一界定那对于融资租赁公司而言在业务模式也会带来一些可变通操作的空间。此外，银保监10月的窗口指导意见中还提到“反向保理”以及“承租人或出卖人为集团内关联企业的融资租赁业务”，这些业务是否会继续保留口子，也有待进一步明确。

其实融资租赁公司、商业保理公司等归类为地方金融组织，早在19年天津地方条例出来时就已经明确，目前将7类地方金融组织同类监管，对于跨省业务占大头的地方金融组织而言的确杀伤力极大，毕竟**很多地方金融组织前几年是响应各地自贸区优惠政策纷纷落地**，而这些自贸区又集中在经济发达的省市，如果只能在当地展业，其实不利于一些偏远地区的中小微企业融资，这也将背离第五次金融工作会议“服务实体经济”的初衷。

## 二、 地方金融组织的设立门槛进一步明确，牌照化管理更值得关注

除了跨省业务限制外，我们认为《条例》更值得关注是第十一条中地方金融组织的设立门槛被进一步明确，除区域性股权市场外，设立其他地方金融组织，应当经省级地方金融监督管理部门批准并颁发经营许可证，地方金融组织应当持经营许可证办理营业执照。要知道虽然在2018年发改委就将融资租赁、商业保理、小额贷款、资产管理等企业列入重

点监管对象，但对于融资租赁、商业保理这些金融组织实际设立上除了个别省份，诸如江西省增设了经营许可证的审批，其他各地仅是在市场监管局审批流程前前置了一道会商机制，设立门槛上始终没有上位法支撑。此次《条例》的进一步明确，意味着各地方金融组织正式进入牌照化管理阶段，这是 18 年银保监会收编后长达 4 年迈出的最实质性一步。

而结合此次对跨省业务的限制趋势，届时牌照化管理是否会进行分类、分区域值得重点关注。参考此前银保监会和央行对于小额贷款公司的管理思路，对于全国性展业的小额贷款公司可以通过申请互联网小额贷款牌照进行线上全国展业，未来这一监管思路也可能延伸到其他地方金融组织。

此外，考虑到存在较大比例的融资租赁、商业保理企业设立在各地自贸区，自贸区的牌照是否能够实现一定的突破，也是监管需要考量的。毕竟在 20 年出台的上海地方条例中就提到会推动在自贸区试点金融产品创新、业务创新和监管创新。因此对于地方金融组织牌照化管理后，如何分类监管，是否会根据企业实际情况做差异化设计也值得期待。

### 三、进一步强化控股股东、实控人、董监高的责任，大幅提高处罚门槛

除了牌照化管理外，此次《条例》中也能看到对各地方金融组织的股东、董监高监管要求进一步强化。比如在地方金融组织的一些变更事项上，就进行了严格的限定，此次《条例》明确涉及 5% 以上股权的股东、实际控制人变更时，同样需要经过地方金融监督管理部门的批准，而这在此前一些地方条例中仅是要求进行备案，且《条例》明确对地方金融组织的审批权限需由省级进行不得下放。另外《条例》还提及会对董、监、高的任职条件进一步出台细则明确。而对于股东的注册资本监管也将更加加强，明确将督促股东完成履行补充资本的义务。

值得注意的是，无论是地方的规定，还是此次《条例》，都在强化控股股东、实控人、董监高的责任。我们注意到此前就有地方出台建议控股股东或实控人出具书面承诺，承担剩余未清偿债务风险责任，并将相关承诺情况定期公示。此外，《条例》大幅提高了处罚门槛，从 19 年天津地方条例的 100 万的处罚上限，到 20 年上海地方条例的 250 万，到 21 年北京地方条例的 300 万，增幅显著。此次《条例》更是一下子抬高到 500 万的处罚上限，并且如违法所得较高，更可以处违法所得十倍的罚款，违法成本骤增。另外，《条例》还增加对董监高可以采取市场禁入措施，可以说康美药业案件后，对于地方金融组织的董、监、高的责任也将进一步从高、从严。

### 四、地方金融组织需要重视评级，未来或将成为展业创新的一大门槛

这两年，各地地方金融监管部门陆续对辖区内的地方金融组织开展非现场监察或现场检查，各地也要求地方金融组织定期报送相关数据。在金融监管政策尚不明确的时候，这些数据可能只是监管指标，但一旦进行牌照化管理后，这些监管数据和监管评级也将成为地方金融组织的未来展业创新的一个重要考察因素。以上海为例，目前被评级的 500 多家融资租赁公司中，评级为 A 级的融资租赁公司比例仅为 16%，B 级的融资租赁公司比例也仅为 18%，其余均只有 C、D 级。上海金融监管局就明确未来在展业创新层面会更倾向于评级高的企业。如果牌照化管理后对业务区域会进行区分，从监管态度上看也势必会同样

依赖于评级。因此，如何将地方金融组织的合规体系建设好，评级得到提升或维持，也将是新的一年各地方金融组织需要重视的重点工作。

## 五、 总结

2022 年对于金融从业者而言必然是非常特殊的一年，今年会召开第六次全国金融工作会议，这将为后面五年的金融发展方向定下明确的政策监管口径。在 2017 年第五次全国金融工作会议上，主线是防范金融系统性风险，在这个背景下，成立了国务院金融稳定发展委员会、将融资租赁、商业保理等公司的监管统一移交给银保监会、出台了包括资管新规等监管规定，而此次《条例》也是在这个背景下将系统性风险细化到属地化防控。2022 年整体防控风险的基调不会改变，但如何鼓励创新，更好解决中小微企业的融资难的问题，将会是此次会议的一大议题。此外统一规则口径，取消各地不合理的监管套利，也会是中央此次关注的重点。在这个背景下，对于部分能够切实解决中小微企业融资难问题的金融业务我们认为监管最终还是留下一定的发展窗口和过渡期。

（本文首发于 2022 年 1 月 10 日）

## 叮！您有一封《互联网算法推荐管理规定》阅读指南，请查收

加强数据合规、保护信息安全，这是我国互联网信息领域的明确导向；算法安全作为其中的重要一环，更是受到了社会各界的足够重视。早在去年9月17日，网信办就印发《关于加强互联网信息服务算法综合治理的指导意见》，对算法领域的管控治理作出了提纲挈领的概述。近日，国家网信办等四部门联合发布《互联网信息服务算法推荐管理规定》（以下简称《规定》），为算法综合治理中的**算法推荐领域**提出了全新要求。

**算法推荐**是指利用生成合成类、个性化推送类、排序精选类、检索过滤类、调度决策类等技术向用户提供信息。在互联网信息技术高度发达的如今，算法遍布每一位用户生活的各个角落；而与此同时，算法又是一把双刃剑，在为我们带来方便、快捷享受的同时，由算法引发的侵害用户权益问题也层出不穷。

《规定》共六章三十五条，将自2022年3月1日起正式施行。作为一部具有针对性的算法推荐规章制度，同时也是信息保护的落地政策之一，《规定》为算法推荐领域带来了新的规制与挑战。

那么在本次新规之下，企业又当如何应对？本文中，我们为企业梳理了《规定》的重要内容，并将在文末提出相关建议。

### 禁止大数据杀熟，不得实施价格歧视

“大数据杀熟”对于大部分企业或是消费者而言，都不是一个陌生的名词——日常交易中，某些企业利用大数据分析等技术手段，搜集、掌握包括但不限于消费偏好、消费习惯、收入水平等个人信息，并在此基础上，对不同群体进行差别定价，向熟客收取比新客更高的费用。这种价格歧视行为，被形象地称作大数据杀熟。

对大数据杀熟，去年年初正式生效实施的《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个保法》）首次作出了明确的法律规定：根据《个保法》第二十四条、第六十六条，个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。违反该规定处理个人信息，情节严重的，将会被没收违法所得，并处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款；同时，可以责令暂停业务或停业整顿、吊销业务许可或者营业执照。至于直接责任人员，则将被处十万元以上一百万元以下罚款，并且被禁止担任董监高或个人信息保护负责人。

而此次，《规定》**第二十一条写道**：算法推荐服务提供者向消费者销售商品或者提供服务的，应当保护消费者公平交易的权利，**不得根据消费者的偏好、交易习惯等特征，利用算法在交易价格等交易条件上实施不合理的差别待遇等违法行为**。显而易见，在《个保法》的基础上，《规定》第二十一条作出了重申，再次对大数据杀熟和价格歧视表达了反对乃至禁止的立场。

### 定期审核算法机制，不得诱导用户沉迷

“游戏卡关，就给玩家放点水，导致玩家像中毒一样停不下来；反复浏览某件商品，就显示两件八折、三件七五折的优惠，诱导浏览者进行消费……”诸如此类，诱导用户沉迷、过度消费的算法模型，已被互联网用户诟病许久。

此前，防沉迷系统、限制未成年人每日游戏时长等相关政策的落地，蕴含了对上述现象行为的防范意识。在本次新规中，《规定》**第八条**更是明确表示：算法推荐服务提供者应当**定期审核、评估、验证算法机制机理、模型、数据和应用结果等，不得设置诱导用户沉迷、过度消费等违反法律法规或者违背伦理道德的算法模型**。这条规定从正反两方面，对诱导用户的算法设置作出了进一步的详细规制，并向企业提出了更高、更严格的要求。

### 确保信息公平透明，杜绝水军刷榜控评

刷榜、控评，注册虚假账号，进行流量造假；雇佣网络“水军”，“蹭热点”、制造话题；引导粉丝互撕谩骂、挑动对立，扰乱“饭圈”秩序……数不胜数的乱象相互勾连、互为策应，遍布互联网的各个角落；它们扭曲真实用户的声​​音，扰乱网络舆论环境，令信息纷乱庞杂、真假难辨。

事实上，流量造假、网络水军等项目已经形成了产业链。一些算法推荐服务者在平台日常运营中，也会有意以算法影响网络舆论、操纵舆论，以此开展营利业务。对此，去年12月，中央网信办召开了全国网信系统视频会议，部署开展“清朗”专项行动，整治打击流量造假、黑公关、网络水军，对损害网民合法权益，破坏公平竞争的市场秩序的举措进行专项整治。

承接“清朗”行动，本次《规定》作出的应对措施主要集中在第十四条：算法推荐服务提供者**不得利用算法虚假注册账号、非法交易账号、操纵用户账号或者虚假点赞、评论、转发，不得利用算法屏蔽信息、过度推荐、操纵榜单或者检索结果排序、控制热搜或者精选等干预信息呈现**，实施影响网络舆论或者规避监督管理行为。譬如雇佣“水军”刷量、刷榜等流量造假，利用虚假账号大量控评等行径，都在本条的涵盖范围内。

同时，《规定》第十二条鼓励算法推荐服务提供者综合运用**内容去重、打散干预**等策略，并优化检索、排序、选择、推送、展示等规则的透明度和可解释性，避免对用户产生不良影响，预防和减少争议纠纷。

### 履行告知义务，提供关闭选项

无孔不入的推荐、广告如同网络牛皮癣，让用户不胜其扰。在部分社交软件中，用户很难找寻到关闭此类推荐的按钮，甚至平台压根没有设置关闭按钮；或是虽有关闭选项，但只能关闭一段时间；又或者是选择了关闭之后，广告还会继续出现。

针对烦人的广告推荐，《规定》第十六条作出了新的要求，算法推荐服务者应履行告知义务，并且应当以**显著方式告知用户其提供算法推荐服务的情况**。

更重要的是，《规定》第十七条表明，算法推荐服务提供者应当向用户提供不针对其个人特征的选项，或者向用户**提供便捷的关闭算法推荐服务的选项**。用户选择关闭算法推荐服务的，算法推荐服务提供者**应当立即停止提供相关服务**。也就是说，算法推荐服务应当是可



以被用户选择关闭的，并且是能被立即关闭，而非“阳奉阴违”、“假模假式”，与用户的选择相背而驰。

### 履行监督管理，落实法律责任

新规的推行离不开相关监督管理工作的落实。《规定》由国家网信部门负责统筹协调，其宗旨在于推动算法推荐服务公正公平、规范透明，促进算法推荐服务向上向善，营造更加清朗的网络空间；从而规范互联网信息服务算法推荐活动，维护国家安全和社会公共利益，保护公民、法人和其他组织的合法权益。

《规定》中有专门章节阐述相关法律责任，企业若是违反相关法律规定，将受到严厉制裁。

#### 基于以上法律规定，我们为企业提出以下建议：

- 1、坚持主流价值导向，落实算法安全主体责任，建立健全**算法机制机理**，进行**定期审核、评估、验证**。
- 2、加强信息安全管理，建立健全用于识别违法和不良信息的**特征库**。同时，在企业内部**设立专门的部门**，负责网络信息监管；发现违法信息的，应当立即停止传输，采取删除等处置措施，并向**网信部门和有关部门报告**。
- 3、加强**用户模型和用户标签管理**，不得将违法和不良信息关键词记入用户兴趣点或者作为用户标签并据以推送信息。
- 4、依照相关规定，严格履行**备案手续**。具有舆论属性或者社会动员能力的算法推荐服务提供者，还应定期开展**安全评估**。

算法治理并非朝夕之功。《互联网算法推荐管理规定》仅是算法治理的一个侧面，数据合规还有很长的路要走；在鼓励行业协会制定相关行业标准的同时，国家在立法层面也将会更多法律细则出台。

（本文首发于 2022 年 1 月 12 日；特别鸣谢范思玥）

# 再评国内首部密室剧本杀管理规定

卫新、胡至浩

2022年1月13日,上海市文化和旅游局印发了《上海市密室剧本杀内容管理暂行规定》(以下简称“新规”)。这是继2021年11月17日公布向社会征求公开意见后,正式颁布新规,意味着密室剧本杀将于2022年3月1日起正式进入监管时代,而上海市也成为了全国首个将密室剧本杀纳入备案管理的城市。

关于2021年11月17日公布的《上海市密室剧本杀内容管理暂行规定》(征求意见稿)(以下简称“征求意见稿”),笔者已经在《国内首部密室剧本杀备案管理规定评析》进行解读,并结合与专家学者、从业者的讨论,向市文旅局反馈意见。本文将在此聚焦于新规对密室剧本杀文化业态经营单位的监管要求以及带来的实质影响,并对新规的修改作简要评析。

## 一、管谁? 密室剧本杀文化业态经营单位

【第二条 本规定所称的密室剧本杀文化业态是指根据一定的故事剧情,提供剧本、机关密室、实景场地中的一种或多种,以逻辑推理为主,供消费者之间互动或消费者与场所工作人员互动的文化体验形式。本规定所称的**密室剧本杀文化业态经营单位是指以营利为目的,从事前述密室剧本杀文化业态的经营主体。**】

根据新规第二条中对密室剧本杀文化业态的定义,其中明确提及“场所工作人员”,再结合新规其他条款以及征求意见稿中呈现的立规意图,可以明确**新规的监管对象是密室剧本杀的线下经营实体。**

评析:与征求意见稿相比,新规在实际效果上并无区别,新规中将“经营场所”修改为“经营主体”仅是在立规语言上更为准确。

## 二、管什么? 密室剧本杀文化业态经营单位的内容和活动、未成年人保护机制

### 1、密室剧本杀文化业态经营单位的内容和活动

【第五条 密室剧本杀文化业态经营单位应当建立健全内容自审制度,配备内容审核人员,实施相应的技术监管措施,对**经营中使用的剧本、设置的场景、提供的服装和道具等内容和活动**进行自查与管理,保障内容和活动的合法性。】

结合新规第四条至第十一条,可以明确**新规监管的是“密室剧本杀文化业态经营单位的内容和活动”。**

那么,什么是“密室剧本杀文化业态经营单位的内容和活动”?

根据第五条、第六条条款,可以看出“**内容**”是指“**经营中使用的剧本、设置的场景、提供的服装和道具等**”。同时,结合第九条,可以得出监管的“**剧本**”包括“**故事背景、剧情、角色介绍、人物对白**”。

而“**活动**”并未有条款进行明确的含义指向。在第七条中监管要求中可以发现对“**活动**”的监管主要聚焦在包括“**表演、游戏方式**”在内的“**行为**”。但是从文义和体系解释角度,结合第八条、第十三条,可以认为“**活动**”是指**经营过程中,包括提供剧本、机关密室、实景场地、服装道具,以及消费者之间互动、消费者与场所工作人员互动等整个经营活动。**

评析：对比征求意见稿中监管对象为“密室剧本杀内容”而监管方式仅针对“剧本”，文旅局在征求意见后意识到了“密室剧本杀内容”、“剧本”含义模糊的问题，在新规中给出了一个明确的含义且并未忽略场景、服装、道具等密室剧本杀重要元素，再将“行为”从“内容”中剥离放入“活动”中，并以“活动”兜底。可以说，新规对密室剧本杀内容的理解更为深入与合理。

## 2、未成年人保护机制

**【第八条 密室剧本杀文化业态经营单位应当建立健全未成年人保护机制，注重保护未成年人身心健康。对不适宜未成年人参与的密室剧本杀活动，经营单位应当在显著位置或活动前予以提示，并不得允许未成年人进入。】**

新规要求设置未成年人保护机制，实际上仍然是对于密室剧本杀文化业态经营单位的内容和活动的监管，只是着重针对其中不适宜未成年人参与的密室剧本杀活动，而对经营单位是否设置该机制进行监督检查。对于经营单位而言，建立健全未成年人保护机制需要做到：

### ①对密室剧本杀活动自审、分级

需要注意，自审、分级的对象并非单纯的剧本、服装、道具，而是包括了工作人员行为等、更大范围的活动。目前在密室行业内，密室逃脱产业平台曾出台过《EGA 实景游戏恐怖指数》，该指数在一定程度上可以作为密室分级的参考之一。但也显而易见的，其针对的内容仅为密室，且仅仅局限于恐怖这一纬度，而忽略了包括内容价值观等的其他纬度。因此，结合新规第十三条，文旅局以及相关行业组织如何制定行业标准、经营单位如何自审，都将成为接下来行业内的重点话题。

### ②显著提示

经营单位应当对不适宜未成年人参与的密室剧本杀活动予以显著提示，显著提示的方式为在显著位置提示或在活动前提示。从实践操作角度，显著位置提示的方式可以为在预订线上平台、店内装潢陈列、密室剧本清单等以显著标明；活动前提示则建议以书面形式明确告知并取得消费者承诺。

### ③消费者未成年核验

新规要求经营单位不得允许未成年人参与不适宜未成年人参与的密室剧本杀活动。经营单位即需要做到，对于此类密室剧本杀活动，在消费者参与活动前进行未成年核验。

此处需要提示的是，未成年核验的方式应当合理避免身份证号码登记，否则可能面临个人信息保护的高合规要求。而对于可能出现的未成年人不得入内和预订锁场的两难局面，经营单位在做到显著提示的前提下，可以考虑以定金、押金等方式降低自身风险。

评析：该条规定在征求意见稿中并未出现，系新规新增的条款。在影视、游戏等主流文娱行业未进行内容分级的情况下，新规引入未成年人保护机制，可谓大胆创新。以前段时间《原神》人物造型改动风波为例，由于游戏无内容分级而导致内容创作的自由度和审美性的降低，导致了大量玩家的不满。因此，该未成年人保护机制实际上对密室剧本杀文化业态健康发展和内容创作的一项重要保护。

## 三、怎么管？自审、备案、日常监督检查

### 1、自审

**【第五条 密室剧本杀文化业态经营单位应当建立健全内容自审制度，配备内容审核人员，实施相应的技术监管措施，对经营中使用的剧本、设置的场景、提供的服装和道具等内容和活动进行自查与管理，保障内容和活动的合法性。】**

经营单位应当“建立健全内容自审制度”、“配备内容审核人员”、“实施相应的技术监管措施”。从实际操作角度考虑，经营单位可能需要：

- ①由专人接受相关行业培训负责内容审核；
- ②建立内容自审制度，在密室剧本杀内容的购买阶段、测本阶段、对外经营阶段开展自审（尤其是在购买阶段，有效的自审能够降低经营风险）；
- ③配备监控措施；
- ④开展工作人员行为培训教育；
- ⑤建立消费者反馈渠道等。

评析：相较于征求意见稿，新规对经营单位自审的要求实质上并未改变，经营单位将可能因此而增加一定的人力时间成本或财务成本，但在自审的对象上，因如上文所述新规对监管对象的明确，经营单位能够更有针对性的开展自审，增加了实践可操作性。

## 2、备案

**【第九条 密室剧本杀文化业态经营单位应当自剧本上架之日起 30 日内，将自审后的剧本向所在区文化和旅游局备案登记，并提交以下材料：**

- （一） 剧本备案登记表；
- （二） 营业执照复印件；
- （三） 剧本（含故事背景、剧情、角色介绍、人物对白）；
- （四） 版权合法性声明。

**第十条 剧本的故事背景、剧情、角色、对白等内容发生实质性变化的，密室剧本杀文化业态经营单位应重新报送备案。】**

据此，经营单位应当将剧本先行自审，并在剧本上架经营之日起 30 日内，将剧本向所在区文化和旅游局备案登记。

首先，应当提示**经营单位备案登记的期限应当自开始对外经营起算**。“上架”是指货物摆上货物架进行销售。而在密室剧本杀文化业态中，常见有以“新本开箱”或“新本测试”招徕熟客开展的交易。笔者认为，虽然经营单位直接与熟客开展的交易监管起来较为困难，但是从合规和低风险角度出发，此类交易也应当视为“上架”，建议经营单位以此时间点计算期限及时向区文旅局备案。

其次，**经营单位应当注意，备案提交的剧本应当包含故事背景、剧情、角色介绍、人物对白**。在密室剧本杀文化业态中，同一基于不同的用途往往有多种版本，比如梗概本、故事本等，可能仅包含故事背景、剧情、角色介绍、人物对白的一种或几种。而根据新规的条文意思，作为备案提交材料的剧本均应当包括这些元素。从实践操作来说，一般的 DM/NPC 手册+玩家剧本一般即能满足该要求，但经营单位仍然应当在备案时避免遗漏元素致使未能通过备案而下架。

最后，**若剧本的故事背景、剧情、角色、对白等内容发生实质性变化的，经营单位应当就该剧本重新提交备案**。

评析：对比征求意见稿，新规在备案的规定上有了长足的进步，解决了征求意见稿中备案期限不明确、备案剧本含义不清晰的问题，大大增加了经营单位的可操作性，降低了经营单位面临的监管不确定性。但同时，新规并未就通过平板设备授权线下店家使用线上剧本等情形给出明确的备案指引，此类剧本如何备案仍需要文旅局通过实践明确。

### 3、日常监督检查

【第十一条 文化旅游行政部门应加强对密室剧本杀文化业态经营单位的日常监督检查，在检查中发现违反本规定第六条和第七条的，应当指导经营单位立即下架有关剧本，相关违规情形消除后再予上架；发现有其他违法违规情形的，及时移送相关行政部门处理。】

新规对日常监督予以了明确，但对经营单位来说，**在内容层面，新规出台后的检查应当与目前的执法检查方式并无太大区别**：对于剧本，核查店内是否经营涉嫌违法违规的剧本，若有则要求立即下架；对于道具、场景，视察经营场所是否存在涉嫌违法违规之处，若有则要求店家立即整改并开展教育。而**对于新增的未成年人保护机制要求，则可能增加对预订线上平台、店内装潢陈列、密室剧本清单、书面承诺、在场消费者等的检查**。

评析：新规与征求意见稿此处最大的不同在于，新规删除了原来有关违规剧本备案的规定。但同时，新规的第四条仍然保留了“违规剧本清单”的规定。这应当是因为文旅局意识到了密室剧本杀活动的违规，不一定意味着剧本内容的违规。这对于合法合规经营的店家而言，无疑消除了因其他违规经营店家而导致剧本无法上架经营的风险。

新规出台后，对于密室剧本杀的监管方式是以自审、备案、日常监督检查三步展开的。在实际操作中，**剧本内容在上架前由经营单位自审，上架后由经营单位向区文旅局备案登记，而区文旅局负责在日常监督检查和备案过程中对内容进行审查，发现涉嫌违法违规的剧本，将列入“违规剧本清单”并追究经营单位的责任，再通过日常监督检查将经营中的“违规剧本”下架；发现涉嫌违法违规的经营活动，则将直接针对经营单位予以指导、管理、处罚**。

同时，经营单位应更加关注到内容的违规风险。由于现在购买内容的主要渠道为线上平台以及线下展会，店家在购买前往往往仅有线下展会有机会通过“上车”测评提前接触到剧本，**店家最终取得的剧本是否与测评时一致、是否会涉嫌违法违规、涉嫌违法违规的法律后果如何承担**，这些问题都是先前行业中剧本购买、授权环节所忽略的，而在新规出台后应当予以关注的。

## 四、有什么要求？内容十不得与行为四不得、市场经营要求

### 1、内容十不得与行为四不得

【第六条 密室剧本杀文化业态经营单位经营中使用的剧本、设置的场景、提供的服装和道具等内容不得含有以下情形：

- （一）违反宪法确定的基本原则的；
- （二）危害国家统一、主权或者领土完整的；
- （三）危害国家安全，或者损害国家荣誉、利益的；

(四)煽动民族仇恨、民族歧视，伤害民族感情或者侵害民族风俗、习惯，破坏民族团结的；

(五)违反国家宗教政策，宣扬邪教、迷信的；

(六)宣扬淫秽、色情、赌博、暴力以及与毒品有关的违法犯罪活动，或者教唆犯罪的；

(七)扰乱社会秩序，破坏社会稳定的；

(八)违背社会公德或者民族优秀传统文化的；

(九)侮辱、诽谤他人，侵害他人合法权益的；

(十)法律、法规、规章和国家规定禁止的其他内容的。

**第七条** 密室剧本杀文化业态经营单位在经营活动中不得有以下行为：

(一)表演、游戏方式恐怖、残忍、暴力、低俗，摧残工作人员或消费者身心健康；

(二)利用人体缺陷或者以展示人体变异等方式招徕消费者；

(三)以虐待动物等方式进行表演；

(四)法律、法规、规章和国家规定禁止的其他行为。】

此处新规与征求意见稿并无实质性差别，新规对内容与活动的要求参照了现有对出版物、娱乐场所、营业性演出等的相关规范。对于密室剧本杀从业者，尤其是受监管的经营单位，应当深刻理解“内容十不得”和“行为四不得”，并在创作、改编、发行、购买、经营等环节严加把控，以免带来不必要的损失。

## 2、市场经营要求

【第十二条 密室剧本杀文化业态经营单位应坚守生产安全、内容安全底线，守法经营、公平竞争，积极配合政府有关部门依法实施的监督管理，自觉接受社会监督，及时处理投诉举报。】

该条为新规新增，对经营单位提出了市场经营中的六项要求，其实际是对密室剧本杀文化业态中目前现存的各类问题作出了提示，例如经营中的人身健康安全问题、内容违规问题、不正当竞争问题等。经营单位应当在经营活动中避免这些问题，并且应对行政部门的监督管理、接受社会监督、处理消费者等的投诉举报。

虽然新规在落地实践上可能仍然存在一定挑战，例如对版权的保护、对各种形式的剧本的监管适用等。但是，此次新规的出台，大量修正了征求意见稿中存在的问题，体现了文旅部门积极回应密室剧本杀文化业态的实际需求，进一步深入了解该新型文化业态的努力，是值得肯定的。我们希望，在历经了疫情的低潮后，经营单位能够更好地应对新规的出台，而文旅、消防等多部门的规范与监管也能进一步助力密室剧本杀文化业态的健康发展。

(本文首发于 2022 年 1 月 17 日)

# 新规生效！最新非法集资司法解释有这些亮点

冯笑、王洁敏

2022年2月23日，刑法学法律人士的微信朋友圈，满满被非法集资司法解释（最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释）刷屏，之所以如此，是因为本司法解释对于相关罪名的追诉量刑标准进行了修改。

2010年，最高院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中对于涉案罪名的追诉量刑标准作了具体规定，两高一部在2014年出台的《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的解释》、在2019年出台的《关于办理非法集资刑事案件若干问题的解释》并未对具体追诉量刑标准进行改动。

那么，最新司法解释究竟修改了什么地方？我们就结合2010年解释和2022年解释对比来捋一捋。

## 一、制定背景及生效时间

众所周知，2021年3月1日起正式施行了《刑法修正案（十一）》，刑修十一对非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪刑法条文作了重大修改（增加非法吸收公众存款罪第三档法定刑，提高集资诈骗罪最低法定刑等），对两罪的定罪量刑产生重大影响，但在对应的司法解释出台之前，也就是2021年3月1日至今，对于非吸、集诈的案件办理，并没有与刑修十一修改后相对应的司法解释，能够适用的仍然只有2010年解释。对此，最高人民法院刑三庭负责人表示，结合经济社会发展状况和司法实践，相关解释迫切需要修改完善，并对有关定罪量刑标准进行适当调整，进一步明确有关法律适用争议问题。

巧合的是，本解释的生效时间为2022年3月1日，与刑修十一生效的时间间隔刚好一年。

## 二、非法吸收公众存款罪行为方式的修改

关于非吸行为方式，在前后两个司法解释中均放在第一、二条，我们将其比对阅读：

2010年解释	2022年解释
第一条 ..... (一) 未经有关部门 <b>依法批准</b> 或者借用合法经营的形式吸收资金； (二) 通过媒体、推介会、传单、 <b>手机短信</b> 等途径向社会公开宣传； .....	第一条 ..... (一) 未经有关部门 <b>依法许可</b> 或者借用合法经营的形式吸收资金； (二) 通过 <b>网络</b> 、媒体、推介会、传单、 <b>手机信息</b> 等途径向社会公开宣传； .....

1、最新的解释将“依法批准”的表述换成了“依法许可”，依据《最高法刑三庭相关负责人就非法集资刑事司法解释答记者问》，其认为如此修改“更能凸显法治思维，表述更准确”；

2、最新的解释将新增“网络”宣传形式，并将“手机短信”形式修改为“手机信息”形式，也是对社会发展的一个适应性调整。

2010年解释	2022年解释
第二条	第二条
..... (八)以投资入股的方式非法吸收资金的; (九)以委托理财的方式非法吸收资金的; .....	..... (八)以 <b>网络借贷</b> 、投资入股、 <b>虚拟币交易</b> 等方式非法吸收资金的;(九)以委托理财、 <b>融资租赁</b> 等方式非法吸收资金的; (十)以提供“ <b>养老服务</b> ”、投资“ <b>养老项目</b> ”、销售“ <b>老年产品</b> ”等方式非法吸收资金的; .....

1、在非吸的行为模式中新增“网络借贷”、“虚拟币交易”、“融资租赁”、“养老服务及产品”等方式，是对近年来不断发生的类似非吸案件所做的针对性调整，也体现出国家对此类非吸犯罪行为严厉打击的态势。

### 三、非法吸收公众存款罪量刑标准的变更

刑修十一施行前后，《刑法》条文中本罪的刑罚设置如下：

	刑修十一施行前	刑修十一施行后
入罪档	3年以下有期徒刑或者拘役 并处或者单处2万-20万罚金	3年以下有期徒刑或者拘役 并处或者单处罚金
第二档	3年-10年有期徒刑 并处5万-50万罚金	3年-10年有期徒刑 并处罚金
第三档	无	10年以上有期徒刑 并处罚金

在刑修十一施行前，本罪对应的是2010年解释的规定，仅有两档刑期，且具体追诉量刑标准中自然人犯罪和单位犯罪的量刑标准不一致。2022年解释作出的改动主要如下：

	2010年解释	2022年解释
入罪档 (3年以下)	个人：非吸数额20万元以上、非吸对象30人以上、给存款人造成直接经济损失金额10万元以上； 单位：非吸数额100万元以上、非吸对象150人以上、给存款人造成直接经济损失金额50万元以上。	(不再区分自然人犯罪和单位犯罪处罚标准) 非吸数额100万元以上、非吸对象150人以上、给存款人造成直接经济损失金额50万元以上； 非吸数额50万元以上或给存款人造成直接经济损失金额25万元以上，同时具有以下情节之一：曾因



		非法集资受过刑事追究的, 二年内曾因非法集资受过行政处罚的, 或造成恶劣社会影响或者其他严重后果的
第二档 (3-10年)	个人: 非吸数额 100 万元以上、非吸对象 100 人以上、给存款人造成直接经济损失金额 50 万元以上; 单位: 非吸数额 500 万元以上、非吸对象 500 人以上、给存款人造成直接经济损失金额 250 万元以上。	非吸数额 500 万元以上、非吸对象 500 人以上、给存款人造成直接经济损失金额 250 万元以上; 非吸数额 250 万元以上或给存款人造成直接经济损失数额在 150 万元以上, 同时具有以下情节之一: 曾因非法集资受过刑事追究的, 二年内曾因非法集资受过行政处罚的, 或造成恶劣社会影响或者其他严重后果的
第三档 (10 年以上)	无	非吸数额 5000 万元以上、非吸对象 5000 人以上、给存款人造成直接经济损失金额 2500 万元以上; 非吸数额 2500 万元以上或给存款人造成直接经济损失数额在 1500 万元以上, 同时具有以下情节之一: 曾因非法集资受过刑事追究的, 二年内曾因非法集资受过行政处罚的, 或造成恶劣社会影响或者其他严重后果的

#### 四、非法吸收公众存款罪积极退赃退赔情节的设置

在刑修十一施行后, 对本罪新增一款条文“在提起公诉前积极退赃退赔, 减少损害结果发生的, 可以从轻或者减轻处罚。” **本解释第 6 条对此予以相应的明确:**

在提起公诉前积极退赃退赔, 减少损害结果发生的, 可以从轻或者减轻处罚; 在提起公诉后退赃退赔的, 可以作为量刑情节酌情考虑。

非法吸收或者变相吸收公众存款, 主要用于正常的生产经营活动, 能够在提起公诉前清退所吸收资金, 可以免于刑事处罚; 情节显著轻微危害不大的, 不作为犯罪处理。

对依法不需要追究刑事责任或者免于刑事处罚的, 应当依法将案件移送有关行政机关。

有两个要点需要掌握:

1、此处提及的一个时间点为“提起公诉前后”, 在之后的很多案子中, 这一条款可能与认罪认罚制度相结合适用;

2、在提起公诉前积极退赃退赔, 减少损害结果发生的, 可以“从轻或者减轻处罚”;“减轻处罚”可以降低处罚, 这对当事人积极退赃能够有很强的激励作用。

## 五、集资诈骗罪量刑标准的变更

刑修十一施行前后，本罪的刑罚设置如下：

	刑修十一施行前	刑修十一施行后
入罪档	5 年以下有期徒刑或者拘役 并处 2 万-20 万罚金	3 年-7 年有期徒刑 并处罚金
第二档	5 年-10 年有期徒刑 并处 5 万-50 万元罚金	7 年以上有期徒刑或者无期徒刑 并处罚金或者没收财产
第三档	10 年以上有期徒刑或者无期徒刑 并处 5 万-50 万罚金或者没收财产	无

在刑修十一施行前，本罪对应的是 2010 解释的规定，三档刑期，且具体追诉量刑标准中自然人犯罪和单位犯罪的量刑标准不一致。2022 年解释作出的改动主要如下：

	2010 年解释	2022 年解释
入罪档 (3-7 年)	个人：集资诈骗数额 10 万元以上； 单位：集资诈骗数额 50 万元以上。	(不再区分自然人犯罪和单位犯罪处罚标准) 集资诈骗数额在 10 万元以上
第二档 (7 年以上至无期)	个人：集资诈骗数额 30 万元以上； 单位：集资诈骗数额 150 万元以上。	集资诈骗数额在 100 万元以上； 集资诈骗数额在 50 万元以上，同时具有以下情节之一：曾因非法集资受过刑事追究的，二年内曾因非法集资受过行政处罚的，或造成恶劣社会影响或者其他严重后果的
第三档 (原量刑 10 年以上至无期)	个人：集资诈骗数额 100 万元以上； 单位：集资诈骗数额 500 万元以上。	无

## 六、明确非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪罚金刑的标准

刑修十一施行后，这两个罪名的罚金刑规定如下：

	非吸	集资
入罪档	并处或者单处罚金	并处罚金
第二档	并处罚金	并处罚金或者没收财产
第三档	并处罚金	无

在刑修十一施行之前，罚金刑的幅度是写在刑法条文中的，但刑修十一修订后，删除了原罚金刑的幅度，因此刑修后的罚金幅度是需要进一步明确的，现在司法解释第九条中得到了明确：

	非吸	集资
入罪档	5 万-100 万罚金	10 万-500 万罚金
第二档	10 万-500 万罚金	50 万以上罚金或者没收财产

第三档	50 万以上罚金	无
-----	----------	---

### 七、非法集资犯罪与传销活动犯罪的竞合问题

司法实践中，有的案件通过传销手段向社会公众非法吸收资金，往往会同时存在涉嫌传销活动犯罪、非法集资犯罪下的罪名。两高一部于 2013 年颁布施行的《关于办理组织领导传销活动刑事案件适用法律若干问题的意见》（公通字〔2013〕37 号）中指出：以非法占有为目的，组织、领导传销活动，同时构成组织、领导传销活动罪和集资诈骗罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

2022 年解释第 13 条也再次明确：通过传销手段向社会公众非法吸收资金，构成非法吸收公众存款罪或者集资诈骗罪，同时又构成组织、领导传销活动罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

（本文首发于 2022 年 3 月 1 日）

# 国企如何做好合规管理？来看看中央及部分地方国资委的规定吧

王恺杰

## 引言

2021年12月3日，国务院国资委召开中央企业“合规管理强化年”工作部署会，会议要求，力争通过一年时间推动企业合规管理工作再上新台阶。为贯彻前述会议精神及工作部署，越来越多的央企、国企，在2022年度启动了新一轮的合规管理体系建设工作。

在合规管理具体工作的开展上，国务院国资委于2018年11月2日发布的《中央企业合规管理指引（试行）》[国资发法规（2018）106号，以下简称《央企合规指引》]，为各级央企提供了一项权威指引和行动提纲；与此同时，我们也关注到，不少省、市一级的地方政府国资委，也相应出台了面向所属国企的《合规管理指引》。

笔者选取并细致梳理、对比了国务院国资委及广东省、湖北省、河南省、上海市、重庆市政府国资委的现行政策，结合笔者过往经验及对合规的理解，试为读者分析解读各级国资委关于合规管理的政策要求。

## 一、国务院国资委对央企合规管理的政策解读

国务院国资委对央企合规管理的政策要求，集中体现在《央企合规指引》中；相应地，我们对中央层面的合规管理政策解读，也是以《央企合规指引》作为蓝本展开。

### 1.1 合规管理的基本要素

目的	有效防控合规风险，具体说来，是防控企业及其员工因不合规行为，引发法律责任、受到相关处罚、造成经济或声誉损失以及其他负面影响的风险。
对象	包含企业及其员工的经营管理行为。
环节	包含制度制定、风险识别、合规审查、风险应对、责任追究、考核评价、合规培训等。
四项原则	全面覆盖：覆盖全业务领域、全体部门及员工、全流程； 强化责任：明确全员合规责任，主要负责人承担第一责任； 协同联动：合规管理须与法律风险防范、监察、审计、内控、风险管理等工作统筹； 客观独立：客观评价、处理，独立履责。

### 1.2 合规管理职责

董事会主要承担合规管理基本制度、战略规划及有关重大事项的批准、决定职责；

监事会主要承担监督职责；

经理层主要承担对合规管理具体制度、措施、计划的执行职责；

要求设立合规委员会，承担合规管理的组织领导和统筹工作；

合规管理负责人的主要职责：组织制订战略规划、参与重大决策、领导开展工作、重大事项汇报及合规管理年度报告的组织起草；

确立法律事务机构或其他相关机构作为合规管理牵头部门，负责合规管理工作的具体落实。

### 1.3 合规管理重点

重点领域	市场交易（突出反商业贿赂、反垄断、反不正当竞争，规范资产交易、招标投标等活动）； 安全环保； 产品质量； 劳动用工（健全完善劳动合同管理制度）； 财务税收（健全完善财务内部控制体系）； 知识产权（加强对商业秘密和商标的保护）； 商业伙伴（促进商业伙伴行为合规）； 其他需重点关注的领域。
重点环节	制度制定环节；经营决策环节； 生产运营环节；其他需重点关注的环节。
重点人员	管理人员；重要风险岗位人员； 海外人员；其他需重点关注的人员。

### 1.4 合规管理运行

与合规管理的环节相对应，包含六个方面：

建立健全合规管理制度、建立合规风险识别预警机制、加强合规风险应对、建立健全合规审查机制、强化违规问责、开展合规管理评估。

### 1.5 合规管理保障

包括六个方面的具体保障措施：

合规考核评价、合规管理信息化建设、合规管理队伍、合规培训、合规文化、合规报告制度。

## 二、地方国资委对合规管理的政策解读

对比《央企合规指引》，各地地方政府国资委对所属国企提出的合规管理要求，主要是在合规管理重点领域、合规管理运行机制、合规管理保障方面，提出了进一步的具体要求或细化。以下主要介绍广东省、湖北省、河南省、上海市、重庆市政府国资委的相应地方政策。

### 2.1 地方国资委对合规管理重点领域的补充

基准线：《央企合规指引》提出的七项合规管理重点领域	市场交易；安全环保；产品质量；劳动用工； 财务税收；知识产权；商业伙伴。
广东省国资委：《广东省省属企业合规管理指引（试行）》2020.03.03	新增：投资管理、合同管理、债务管理、资本运作、工程建设、租赁性资产、出口管制。

湖北省国资委：《省出资企业合规管理指引（试行）》2021.02.07	新增：公司治理、合同管理、投融资及担保管理、工程建设、礼品与商务接待、社会捐赠与赞助。
河南省国资委：《河南省省管企业合规管理指引》2021.11.23	对比《央企合规指引》无变化。
上海市国资委：《上海市国资委监管企业合规管理指引（试行）》2019.01.21	对比《央企合规指引》无变化。
重庆市国资委：《重庆市市属国有企业合规管理指引（试行）》2019.11.01	新增：配合执法。

## 2.2 地方国资委对合规管理运行机制的补充

基准线：《央企合规指引》提出的六项合规管理运行机制	合规管理制度、合规风险识别预警机制、合规风险应对、合规审查机制、强化违规问责、合规管理评估。
广东省国资委	新增：建立合规联席会议机制。
湖北省国资委	新增：建立合规联席会议机制、建立合规举报和调查问责机制。
河南省国资委	新增：建立合规举报和调查问责机制。
上海市国资委	新增：建立举报机制、建立容错免责制度。
重庆市国资委	新增：建立健全合规论证机制、建立合规成果转化机制。

## 2.3 地方国资委对合规管理保障措施补充

基准线：《央企合规指引》提出的六项合规管理保障措施	合规考核评价、合规管理信息化建设、合规管理队伍、合规培训、合规文化、合规报告制度。
广东省国资委	新增：完善激励约束机制。
湖北省国资委	新增：完善激励约束机制、建立经费保障机制。
河南省国资委	新增：落实领导责任。
上海市国资委	无补充。
重庆市国资委	新增：收到监管制度后同步给合规管理牵头、内控审计、纪检监察、责任追究等部门阅知。

## 三、总结

中央和各地地方政府国资委关于合规管理的政策要求，主要聚焦在整体规划及个别重要事项的提要；在具体事项的落实上，则有待于企业主体根据自身的需求及客观情况，打造合适的合规管理体系及具体规则。

（本文首发于 2022 年 3 月 21 日）

# 疫情防控期间，企业劳动关系管理要点与建议

严程程、臧嘉仪

## 一、新冠肺炎疫情初期的纲领性文件

2020年1月24日（除夕夜），人社部办公厅《关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》（以下简称“5号文件”）主要提及：

①隔离治疗期、医学观察期、政府实施隔离或紧急措施不能提供正常劳动的职工，企业应当支付此间的工资，并不得随意辞退和裁减。劳动合同在此期间到期的，自动顺延。

②企业停工停产在一个工资支付周期内的，按劳动合同规定发工资；超过一个周期，提供正常劳动，工资不低于当地最低工资标准；未提供正常劳动，发生活费。

③仲裁时效中止，审限顺延。

“5号文件”之后，其他各省份也陆续发布了地方性通知，下文主要列举湖北省和武汉市的相关通知。

2020年1月25日，湖北省人社厅办公室关于转发《人力资源社会保障部办公厅关于妥善处理新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间劳动关系问题的通知》的通知，主要提出：人社部办公厅上文件提及的生活费标准，按不低于劳动合同履行地职工最低月工资标准的70%执行。

2020年1月28日，武汉市人社局、三会（总工会、企业联合会/企业家协会、工商业联合会）《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间维护劳动关系稳定工作的通知》，主要细化“5号文件”精神：

①加强劳动合同管理：不得随意解除，到期顺延。

②肺炎患者、疑似病人、密切接触者在隔离治疗期或医学观察期，以及因政府实施隔离措施或采取其他紧急措施导致不能提供正常劳动的企业职工，企业应当视同其提供正常劳动并支付正常工作时间的工资；停工停产一个工资支付周期内，按约定支付正常工资；超过一个周期，可根据职工提供劳动的情况，按新协商的标准支付；没安排工作的，按不低于最低工资标准的70%支付生活费。

③倡导“同舟共济，共克时艰”集体协商：企业可与职工协商采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时等方式稳定工作岗位，尽量不裁员或者少裁员；企业可申请实行综合计算工时制度。

④合理安排职工休息休假：不能休假的按规定给予补休并落实工资。企业在停工停产期间，可以优先考虑安排职工年休假。

⑤强化疫情防控和职工劳动保护：口罩、卫生消毒。

⑥加强劳动争议预防调处：及时调解化解纠纷；时效中止；审限顺延。

⑦做好服务指导和监测处置工作：用工监测、突发处置、风险防范。

2020年2月7日，人社部、三会《关于做好新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》（以下简称“8号文件”）指出：凝心聚力、共克时艰；灵活处理用工问题；减轻企业负担，加强指导服务。

2020年2月8日，湖北省人社厅、三会转发了“8号文件”的通知。

2020年2月11日，武汉市人社局、三会发布了关于做好“8号文件”相关工作的通知：认真落实属地管理责任，加强研判与防范因疫情引发的劳动关系领域新的风险，对重大劳动关系事件，必须第一时间向当地党委、政府和有关职能部门报告。

## 二、涉新冠肺炎疫情劳动争议案件适用的司法文件

**疫情之后，各地高院陆续发布了涉疫情劳动争议案件的指导意见，比如：**

2020年2月10日，浙江高院规定：劳动者不遵守政府防控措施，导致被隔离治疗或接受医学观察，该期间劳动报酬的，一般不予支持。

2020年3月3日，南京中院规定：统一裁审适用法律尺度；多元化纠纷解决机制；停工停产的工资发放、生活费按比80%；医护人员工伤待遇等。

2020年4月13日，上海高院规定：坚持协商求同、平衡保护、稳定劳动合同关系、促进劳动合同协作履行的原则；推动多元共治、加大调解力度解决劳动争议纠纷；调岗降薪、延迟支付工资的合理适用；“共享用工”的法律关系认定等。

2020年4月21日，广东高院规定：劳动者不遵守疫情防控规定导致被隔离治疗或医学观察，该期间工资报酬，不予支持。延迟复工期间，通过电话、网络等方式提供正常劳动的，工资正常支付；使用带薪年假、自设福利假的，按相关假期工资支付；未提供劳动的，按合同标准支付，超过一个工资支付周期，按最低工资80%支付生活费。员工富余单位将劳动者借至缺工单位共享用工的，不改变借出单位与劳动者间的劳动关系。用人单位因受疫情影响延迟发放工资未超过30天，或未依法及时缴纳社会保险费，劳动者以此为由解除劳动合同并请求经济补偿的，不予支持。劳动者因患新冠肺炎死亡不属于工伤，按规定支付丧葬费和供养亲属抚恤金等。

2020年4月29日，北京高院的下列规定对各地司法实践有一定的参考借鉴意义：

①劳动者在试用期内因客观原因不能返岗上班，用人单位可采取灵活的试用考察方式考核劳动者是否符合录用条件。无法灵活考察的，协商顺延试用期，不违反只能约定一次试用期的精神。

②除经协商一致降低劳动报酬外，用人单位安排劳动者在家上班或灵活办公，一般应视为劳动者正常出勤，对劳动者要求支付工资差额请求应予支持。

③新型冠状病毒感染的肺炎患者、病原携带者（无症状感染者）、疑似病人、密切接触者在其隔离治疗期间或医学观察期间，由用人单位按劳动者正常工作期间工资待遇中基本工资、岗位工资等固定构成部分支付，可以不支付绩效、奖金、提成等劳动报酬中非固定构成部分以及与实际出勤相关的车补、饭补等款项，但不得低于本市最低工资标准。有证据证明劳动者本人不遵守政府防控措施导致被隔离治疗或接受医学观察无法提供劳动的，用人单位可以比照事假处理。

④依据《职工带薪年休假条例》规定，对当年（或跨1个年度）具体休带薪年假的方案，由用人单位根据生产、工作的具体情况，并考虑劳动者本人意愿统筹安排，未要求用人单位必须与劳动者协商一致才可决定如何安排休带薪年假。



⑤疫情防控期间客观存在劳动报酬计算标准不明确等情形，因用人单位和劳动者对疫情防控期间工资待遇的计算标准存在合理认识偏差，需要经过仲裁或者审判机关审理等才能确定是否构成拖欠的，此种情形下用人单位不存在恶意或重大过失，故对劳动者要求用人单位支付解除劳动合同经济补偿的请求一般不予支持。

⑥用人单位应加强特殊时期对劳动者的人文关怀，用人单位能够举证证明劳动者经催告、劝导无效或以其他非正当理由拒绝返岗的，可依据劳动合同法第39条第2项的规定依法解除劳动合同。

2020年8月25日，江苏高院规定：统筹安排年休假，原则上应当征求劳动者本人意愿。确因疫情影响未能征求的，不予支持劳动者未休年休假工资报酬之请求。可按劳动合同或规章制度对工作岗位进行合理调整，发生争议的，用人单位对调整的合理性承担举证责任。**劳动者因单位在疫情期间存在《劳动合同法》第38条第1款前3项情形解除劳动合同，请求支付经济补偿的，应结合用人单位受疫情影响的实际情况，综合考虑其拖欠劳动报酬、调整工作岗位、未依法缴纳社会保险等情形的主观恶意、违法程度以及当地政策等因素审慎认定。**

2020年7月10日，人社部和最高院也联合发布了一批涉新冠肺炎疫情的劳动争议典型案例，这对全国各地司法实践起到了很好的指引作用。

①**用人单位能否以新冠肺炎疫情属不可抗力为由中止劳动合同：**不可抗力是民法的一个法定免责条款，劳动合同主体并不适用，否则会直接影响劳动者的生存权，不得以此为由中止履行劳动合同。

②**劳动者以处于居家观察期为由拒绝提供正常劳动如何认定：**疫情期间，县级以上地方人民政府根据疫情防控需要作出的疫区封锁、交通检疫、停工停业停课以及密切接触者集中定点隔离等措施，均在法律授权范围内。物业公司从小区管理角度采取的“居家观察”防范措施，不属于不能提供正常劳动的法定情形。企业对超过一个工资支付周期不能提供正常劳动的职工发放生活费应与其协商，但并未规定必须达成一致方可发放生活费。

③**新冠肺炎疫情期间，如何支付因工滞留湖北劳动者在企业停工停产期间的工资待遇：**劳动者虽未返岗且不能通过其他方式提供正常劳动，但其滞留行为是为完成用人单位所安排的工作内容导致，应视为提供了正常劳动，在超过一个工资支付周期期间应按正常劳动领取工资。

④**如何理解“一个工资支付周期”，正确发放未及时返岗劳动者工资待遇：**“一个工资支付周期”只有理解为一个时间长度，才符合相关规定的内涵。2020年2月3日至3月2日为丁某未返岗的第一个工资支付周期，2020年3月3日至3月9日则超过一个工资支付周期。故对于丁某2月10日至3月9日期间的工资待遇，应采取分段核算的方法，扣减机械公司已支付金额后，机械公司应支付工资待遇差额3227.8元(6000元÷21.75天×16天+1540元÷21.75天×5天-1540元)

⑤**受疫情影响，用人单位部分停工停产的，能否按照停工停产规定支付工资待遇：**因公司各部门工作具有相对独立性，其所依赖的复工条件并不相同，公司部分停工的安排并非针对某一一人，而是无差别地适用于部门所有劳动者，不存在主观恶意。用人单位通过短期停工停产发放生活费的方式，比解除劳动合同支付补偿的处理方式，既降低了成本，维

护了劳动关系稳定，也为下一步复工复产提供了人力资源保障，是一种择优选择；而从劳动者角度，虽然一定时期内的收入下降，但减轻了用人单位压力，让其能够渡过难关，稳定了自身的就业岗位，双方各得其利。

**⑥受疫情影响延迟复工复产期间，用人单位是否有权单方面安排劳动者休带薪年休假：**《职工带薪年休假条例》和《企业职工带薪年休假实施办法》均规定，单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。“8号文件”也规定，对不具备远程办公条件的企业，与职工协商优先使用带薪年休假、企业自设福利假等各类假。从上述条款可知，用人单位有权统筹安排劳动者带薪年休假，与劳动者协商是用人单位需履行的程序，但并未要求“必须协商一致”。无论劳动者是否同意，企业都可以在履行协商程序后统筹安排带薪年休假。

**⑦员工借出企业无法继续履行协议，“共享用工”如何处理：**“共享用工”是指员工富余企业将与之建立劳动关系的员工借调至缺工企业工作，员工与借出企业的劳动关系不发生改变，借入企业与借出企业签订协议明确双方权利义务关系。“共享用工”属于特殊情况下的灵活用工方式，在法律主体认定、劳动报酬支付、社会保险缴纳等方面还存在制度盲点，但需要明确的是，借出企业不得以营利为目的借出员工，也不得以“共享用工”之名，进行违法劳务派遣，或诱导劳动者注册个体工商户以规避用工责任。劳动者在企业停工停产等特殊情况下，自主选择为其他企业提供劳动，不属于“共享用工”，应根据相关法律和政策认定是否建立“双重劳动关系”。

### 三、武汉中院辖区内涉新冠肺炎疫情的劳动争议案件适用要点梳理

#### （一）劳动报酬相关

##### 1.疫情期间的工资支付适用《工资支付条例》第十二条

5号文件基于此也明确指出：企业停工停产在一个工资支付周期内的，按劳动合同规定发工资；超过一个周期，提供正常劳动，工资不低于当地最低工资标准；未提供正常劳动，发生活费。

##### 2.员工疫情期间线上灵活办公的，工资如何发放

国家实行最低工资保障制度，员工提供劳动的，无论线上或线下，用人单位支付的工资不得低于当地最低工资标准。2021年9月1日起，湖北省全日制就业劳动者月最低工资标准按区域划分为四档：2010元；1800元；1650元；1520元。非全日制小时最低标准依次为：19.5元；18元；16.5元；15元。

**3.疫情期间企业降薪的，须就降薪事宜提供民主协商且公示告知的考核制度予以证明，或证明就降薪事宜与员工协商一致，否则承担举证不能的后果。**

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第四十四条规定，因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。

**4.疫情防控期间，劳动者以用人单位未及时足额发放工资，主张解除劳动合同并要求支付经济补偿金的，需证明用人单位存在拖欠工资的主观恶意。**

5.用人单位因经营困难延迟发放工资，须与工会或职工代表协商一致，否则构成拖欠工资。

## （二）劳动合同解除相关

6.用人单位因疫情原因未能及时复工复产，劳动者以申请劳动仲裁的方式解除劳动合同或用人单位口头解除劳动合同，双方之间的解除方式符合《劳动合同法》第40条第3项客观情况重大变化之情形，用人单位应该支付经济补偿金。

7.用人单位以疫情期间工作内容不饱和为由解除劳动合同，非法定事由，属于违法解除，须支付赔偿金。

8.个体工商户因疫情倒闭致使劳动关系不能继续履行，已注销登记的个体户经营者承担经济补偿金的支付义务。

9.面对新冠疫情突发的公共卫生事件，物业公司、医疗器械公司作为肩负防疫责任的保产保供单位，其组织员工投入防控工作，属于企业用工自主权的行为也是疫情防控的工作要求，不属于延长工作时间，也无需与员工协商一致，员工无其他正当理由，均应遵守企业安排积极到岗工作。员工未到岗提供劳动，也未请假获批，其行为已严重违反公司的考勤制度和抗议企业员工最基本的劳动纪律，公司以旷工为由解除劳动关系，符合法律规定。

10.非疫情防治需要提前复工的劳动者，拒绝提前复工的，不属于旷工。

11.用人单位虽未发出书面的解除通知，但已告知员工公司即将解散，随后解散了工作平台，其行为让员工无法继续工作，相关高管传达的意思已具备解除劳动合同的意思表示，构成违法解除。

12.用人单位因疫情停止经营，与员工达成《劳动关系解除协议书》，协议中关系到劳动者切身利益的事项均以下划线予以重点提示，且文义不存在歧义。协议对双方权利义务的处分作了兜底性约定，并作重点提示，并不违反法律规定。员工提供的证据不能证明其在签订时存在认识缺陷，或协议约定权利义务明显不对等以致超过法律允许的限制，以重大误解或显失公平为由撤销协议的，不予支持。

13.用人单位因疫情处于停产歇业状态，劳动者申请劳动争议仲裁主张经济补偿金，视为其作出了解除双方劳动关系的意思表示。疫情系不可抗力，受此影响，企业处于停工停产状态长达数月。劳动者以公司未及时支付上述期间的工资、停缴上述期间的社保为由主张解除劳动关系经济补偿金，不予支持。

## （三）确认劳动关系相关

14.劳动关系已建立，用人单位在疫情后未通知员工复工，也未明确作出解除劳动关系的行为，该期间确认存在劳动关系。用人单位不得以劳动关系事实解除为由拒绝发放工资和支付补偿金。

## （四）年休假相关

15.劳动者因新冠疫情滞留在家，并非自愿休年休假，公司将疫情滞留期间计作年休假于法无据，应依法支付未休年休假工资。

## （五）社会保险相关

**16.个体工商户因疫情经营困难注销致使劳动者中断就业，用人单位未为劳动者缴纳失业保险的，由经营者赔偿失业保险待遇损失。**

## 四、疫情防控期间企业劳动关系管理建议

### 1.避免新冠肺炎治愈者的就业歧视问题。

《劳动法》第3条：劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬和休息休假的权利。《传染病防治法》第16条：任何单位和个人不得歧视传染病人、病原携带者和疑似传染病人。

如员工已治愈或者已排除传染病嫌疑的，用人单位不得拒绝员工返岗，否则构成就业歧视，需承担赔礼道歉、赔偿损失、支付精神抚慰金等法律责任。

**2.企业因受疫情影响导致生产经营严重困难的，应当高度重视与劳动者的协商，协商结果是否一致很大程度上不会影响用人单位行使用工自主权，但是协商过程的有无，会直接导致单位的相关行为是否合法。**

如上文所述，人社部和最高院发布的典型案例2和6中提及，生活费的发放和年休假的统筹安排均强调用人单位与劳动者的协商程序，但并未要求必须协商一致才能实施。

用人单位应当对受疫情影响导致生产经营严重困难承担证明责任，并尽可能采取调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时、调剂休息日等方式变更劳动合同，稳定工作岗位，不得滥用第四十条第三项赋予的解除权，该项解除权在实际运用中也需有协商的前置程序。

**3.企业因疫情停工停产或员工因疫情不能到岗的情形，短时间内可能仍会存在，单位应理顺此类情形的管理思路，避免被动应付员工的诉求。**

（1）企业因疫情停工停产的，可根据工作需要，安排有条件的员工灵活办公，或直接安排员工待岗。工资可按与劳动者重新协商一致的数额发放；无法协商的，按下列法定标准发放：

一个工资支付周期内，按劳动合同约定的标准正常发放工资；超过一个工资支付周期，提供劳动的，按不低于最低工资标准的数额支付；未安排工作的，湖北按最低工资标准的70%支付生活费。

（2）企业未停工停产，但因疫情导致生产经营困难，涉及调岗降薪或延迟发放工资等与劳动者切身利益相关的事项，必须经过民主协商和公示告知程序，尽量先行与工会或职工代表大会协商一致。

（3）企业正常经营，员工因疫情不能到岗，工资如何发放：

①如属于新冠肺炎患者、疑似病人、密切接触者这三类人群，隔离治疗期间和医学观察期间，正常支付工资。解除隔离后仍不能到岗的，按病假处理。

②如属于政府实施的紧急隔离措施，导致不能提供正常劳动的普通职工，正常支付工资。

③如属于小区物业防控需要的居家观察或自我要求的居家观察，按提供劳动的情况协商发放工资或生活费，不属于①和②中必须正常发放工资的法定情形。

总之，因疫情不能到岗的员工，如能安排员工通过电话、网络等方式灵活居家正常办公的，正常发放工资；如居家工作内容不饱和，可协商工资数额，不低于最低工资标准；如不能安排员工居家办公的，经协商后优先安排年休假或企业自设福利假（如寒暑假），如无法冲抵，可参考如下措施：休息日调休；协商一致待岗，并明确待岗工资；按事假处理。

#### （4）员工因疫情居家办公期间的工资核算

居家办公期间，单位通常觉得员工的工作不饱和，员工往往认为居家办公更忙碌。但客观上，居家办公期间效率可能降低，一些出外勤等工作无法完成，员工的薪资构成中含有绩效工资、提成等非固定部分，用人单位根据绩效考核核算绩效工资、提成等导致工资降低的情形合理合法。

**4.员工因工作原因被隔离在外地的，企业应当按照正常出勤支付隔离期间的工资，不得以年休假冲抵或按事假论处。**

劳动关系的本质属性是人身依附性和从属性，劳动者以用人单位的安排为前提，因工被隔离在外，单位应当正常支付工资。至于隔离期间能否安排员工工作，需结合员工的实际情况协商处理，因工作原因滞留外地无法提供正常劳动，要充分考虑无法提供劳动的正当性，并与劳动者能够提供正常劳动而未提供正常劳动的情形相区别。

**5.疫情期间，“共享用工”应运而生，既有利于降低疫情给原用人单位造成的经济损失，也有利于劳动者享有更多的薪资待遇、职业体验与能力拓展等，但企业需谨慎运用。**

不具备劳务派遣资质的原用人单位绝不能向借用单位收费，否则会被认定违法劳务派遣而遭受处罚。原用人单位和借用单位不得以“共享用工”之名，进行违法劳务派遣，或诱导劳动者注册为个体工商户以规避用工责任。

**6.疫情期间，劳动关系趋于不稳定，企业和员工都可能解除劳动关系的冲动，但二者的行为路径并不相同。**

劳动者只需提前30日以书面形式通知用人单位就可解除劳动合同，且辞职信无需经过单位的批准或同意。但劳动者一旦递交辞职信，无论主动或被动，便已完成其解除劳动合同的意思表示，除非用人单位同意，劳动者不享有单方撤销的权利。

用人单位如需解除劳动合同，第一需有明确的法律解除依据，不能想当然解除；第二需有证据证明违规事实的存在，口说无凭；第三需有通知工会或职工代表大会的解除程序；第四解除通知需送达给员工。

疫情期间，鼓励企业与劳动者共担责任、共渡难关，优先通过调整薪酬、轮岗轮休、缩短工时、调剂休息日等方式协商变更劳动合同，稳定工作岗位。如企业必须解除，也需依法依规进行，避免违法解除给企业增添过多的赔偿负担。

（本文首发于 2022 年 3 月 29 日）

## 疫情当前，热心援助时这些合规问题你知道吗？

近期，上海新冠疫情严重，虽然不如 2020 年初遭遇疫情那么措手不及，出现口罩、防护服等医疗物资大量短缺的问题，但小区、校园、办公楼等区域长时间的封闭管理，也已严重影响到了市民的正常生活。基于此，社会各界纷纷伸出援手，捐赠大量资金与短缺物资。

捐赠方式与渠道丰富多样，但是捐赠行为真的空有一番热忱就可以了吗？在热心援助的背后，企业和个人还有捐赠行为的合法合规问题需要重视。本文将结合相关法规、税务新规，对捐赠资质及方式、捐赠后的监督、税费抵扣等问题进行分析。

### 一、什么是慈善募捐、慈善捐赠、慈善专项基金以及慈善信托？

在展开正式分析前，有几个概念需要区分：

慈善捐赠，这是一种广义上的捐赠方式，是所有的自然人、法人和其他组织基于慈善的目的，都可以自愿、无偿赠与财产的慈善活动，捐赠人可以通过慈善组织捐赠，也可以直接向受益人捐赠。

慈善募捐，是指以慈善组织为主体，面向社会公众或面向特定对象开展财产募集，再由慈善机构对捐赠的财物及物资进行归集与统筹分配。常见的慈善组织主要包括基金会（如 XX 爱心慈善基金会）、社会团体（如 XX 红十字会）和社会服务机构等。慈善组织的成立有两种方式，一种在设立时直接向县级以上人民政府民政部门申请登记为慈善组织，另一种则是在设立后向民政部门申请认定。

**可以看出，两者的本质区别在于，募捐原则上需要依托有资质的慈善组织，捐赠则不需要。**

除了这两种常见的捐赠方式以外，还可以设立慈善专项基金或者设立慈善信托。

设立慈善专项基金，是指在基金会或社会团体基本账户下设立专项基金财务科目，按照捐赠人的意愿，专款专用捐赠款项，这种方式下捐赠人可以对特定捐赠进行命名，并具有一定的参与度。

设立慈善信托，则是指捐赠人作为委托人基于慈善目的，将其捐赠的财产委托给信托公司或慈善组织，按照捐赠人的意愿，以受托人名义进行管理和处分，开展慈善活动的行为。

### 二、个人和企业能否自行组织慈善募捐？

在厘清了慈善募捐和慈善捐赠的本质区别后，我们来讨论个人或企业自行组织慈善募捐是否合规的问题。

根据《慈善法》的规定，只有取得公开募捐资格的慈善组织才可以发起公开募捐，个人或者企业如果希望自行开展公开募捐的，必须与具有公开募捐资格的慈善组织合作，由该慈善组织开展公开募捐并管理募得款物。

但个人或企业通常会选择以在校友会、朋友圈等发起募捐的方式自行在特定人群中进行定向募捐，是否也需要具有可公开募捐的慈善组织资质呢？

《慈善法》中虽然规定慈善组织以外的其他组织可以开展力所能及的慈善活动，且对于社会大众的慈善行为是支持且鼓励的，但并没有对没有公开募捐资质的个人与其他组织能否组织定向募捐予以明确规定，仅在第 101 条以及 107 条中提到：不具有公开募捐资格的组织或者个人开展公开募捐的，由民政部门予以警告、责令停止募捐活动，且募捐的财产应当退还捐赠人，且并处二万元以上二十万元以下罚款；若存在假借慈善名义或者假冒慈善组织骗取财产的，由公安机关依法查处。

因此这种情形下，涉及的群体较广且存在较大的不确定性，仍然具有被认定为非法募捐甚至涉嫌违反刑法的可能，建议个人或企业在自行募捐时与慈善机构展开合作，最大程度地确保对募集款项进行审慎的财务管理，按照募集用途合理、公开、透明的使用。

### 三、募捐和捐赠时的注意事项

1.个人和企业可以结合捐款金额的大小、捐款意愿以及自身参与度的考量，选择合适的捐赠方式。直接捐赠的方式对于捐赠人来说参与度最高，也可以最精准最高效地达到捐赠的目的，但直接捐赠受赠方（如个人、医疗机构等）在通常情况下无法向捐赠人开具可抵扣的捐赠票据，因而捐赠人无法享受公益性捐赠税前扣除。而间接捐赠的方式在很大程度上依赖于慈善组织的执行能力，若慈善组织存在执行效率低下，信息披露不充分的情形，则会很大挫伤捐赠人的积极性与信赖度，因此捐赠人可以考虑以定向捐赠的方式在捐赠协议中明确约定捐赠款项用途或受益人等事项，以确保专款专用。

2.捐赠人也要注意自身权利的保障以及捐赠的后续监督。捐赠人在捐赠资金时，应当在打款时备注款项的性质，如希望用于专项或指定单位的，也可一并备注清楚。且相应的捐赠打款凭证我们也建议妥善保存，以便后期作为税前抵扣的凭证，并作为后续监督、核查捐赠款物管理使用情况的凭证。

3.后续捐赠款物的监督。捐赠人可以要求与慈善组织或者受赠人签订捐赠协议，在协议中对募捐程序、款物用途、信息公开、结余款项处理等作出具体约定；也可要求慈善组织或者接受捐赠的企业、社会组织提供查询、复制其捐赠财产使用的有关资料，分立单独的账户对捐赠款项进行统一管理；若慈善组织违反捐赠协议约定的用途，滥用捐赠财产的，捐赠人也有权要求其改正，在拒不改正的情况下也可以向民政部门投诉、举报或者向人民法院提起诉讼。

4.捐赠人如果是国有企业，则要注意要符合内部规章制度的要求，履行内部审批手续，还要报国资委进行备案，国有上市公司还应按照上市规则在一定条件下履行董事会或者股东大会决策等流程，并按期及时进行信息披露。

5.而作为受赠人或者慈善组织，则应当及时向捐赠人告知募捐情况、募得款物的管理使用情况，严格按照募捐方案或者捐赠协议使用获得的捐赠款物，并做好相关的信息公开披露工作。

### 四、个人和企业捐赠的税费抵扣问题

本轮疫情的突然爆发始终牵动着社会各界人士的心，但由于我国很多针对疫情捐赠的税收政策，如财政部、税务总局公告 2020 年第 9 号文等，执行到 2021 年就没有继续延



续，个人和企业的捐赠目前只能通过《个人所得税法》和《企业所得税法》的相关规定进行公益性捐赠税前扣除。

那针对此次疫情，在什么情况下可以进行税费抵扣，具体是怎么抵扣的呢？

**1、个人或企业具有税前扣除的需求的，需要通过具有“公益性捐赠税前扣除资格”的公益慈善组织进行捐赠，并且在捐赠后需要取得《公益事业捐赠统一票据》。**

具有“公益性捐赠税前扣除资格”的公益慈善组织一般包括基金会、社会团体和社会服务机构等。想要了解受赠公益组织是否具有相关资格，个人或企业可以直接向受赠公益组织进行确认，也可以直接查询相关部门的名单公告，如《财政部 税务总局 民政部关于2020年度——2022年度公益性社会组织捐赠税前扣除资格名单的公告》（财政部 税务总局 民政部公告2020年第46号）。但由于名单的发布可能存在一定的滞后性，个人或企业可以在查询名单后再与该受赠组织进行二次确认。

个人或企业在捐赠后应当及时向受赠组织索要捐赠票据。尚未开票的也可请受赠组织予以补开，但需要注意的受赠组织是否有逾期不予补开的规定，并且如果间隔时间较长，该项捐赠可能无法通过税务机关的审核。

但如果是直接捐赠的情况，受赠方一般不属于“公益性捐赠税前扣除资格”的公益慈善组织，而只是个人或机构，通常无法向捐赠人开具可抵扣的捐赠票据，因而此时捐赠人无法享受公益性捐赠税前扣除。

**2、个人或企业的税费抵扣限额以及捐赠支出金额根据《企业所得税法》和《个人所得税法》等相关法律法规予以确定。**

根据《企业所得税法》和《关于公益性捐赠支出企业所得税税前结转扣除有关政策的通知》（财税〔2018〕15号文）的规定，企业通过公益性社会组织或者县级（含县级）以上人民政府及其组成部门和直属机构，用于慈善活动、公益事业的捐赠支出，在年度利润总额12%以内的部分，准予在计算应纳税所得额时扣除；超过年度利润总额12%的部分，准予结转以后三年内在计算应纳税所得额时扣除。

根据《个人所得税法》及《关于通过公益性群众团体的公益性捐赠税前扣除有关事项的公告》（财政部 税务总局公告2021年第20号）的规定，企业或个人通过公益性群众团体用于符合法律规定的公益慈善事业捐赠支出，捐赠额未超过纳税人申报的应纳税所得额30%的部分，可以从其应纳税所得额中扣除；国务院规定对公益慈善事业捐赠实行全额税前扣除的，从其规定。

个人或企业如果是以货币性资产进行捐赠的，以实际收到的金额确认捐赠额；如果是非货币性资产捐赠，以其公允价值确认捐赠额。一般而言，个人或企业以股权、房产进行捐赠的，以其股权、房产的财产原值确认捐赠额；以股权、房产之外的其他非货币性资产进行捐赠的，以非货币性资产的市场价格确认其捐赠额。

疫情当前，各方守望相助本是好事，但也要小心切勿好心办坏事。

（本文首发于2022年3月30日）

# 特殊期间，上海制订政策助力企业渡过难关

岑晓娴

上海新一轮的新冠疫情爆发，除了对市民的正常生活造成了一定的影响，对企业而言也面临着不小的挑战。连日来，上海除“打好疫情阻击战”之外，备受关注的还有中小企业的复工复产和经济压力。

为此，3月28日，上海市人民政府办公厅印发了《上海市全力抗疫情助企业促发展的若干政策措施》，围绕经济运行监测、市场保障供应、财税金融支持、企业复工复产等方面助企纾困，全力支持相关行业和企业克服困难、恢复发展，努力用最小的代价实现最大的防控效果，提出了若干政策措施。本文为大家简单梳理该文件的主要内容。

## 税收类

### 1. 实施大规模增值税留抵退税

对小微企业以及按照一般计税方式纳税的个体工商户，存量留抵税额于2022年6月底前一次性全额退还，增量留抵税额自2022年4月1日起按月全额退还。

制造业、科学研究和技术服务业、电力热力燃气及水生产和供应业、软件和信息技术服务业、生态保护和环境治理业、交通运输仓储和邮政业等行业企业，存量留抵税额于2022年年底前全额退还，增量留抵税额自2022年4月1日起按月全额退还。

### 2. 加大减税降费政策力度

该措施重点面向中小微企业和个体工商户，加大力度实施一批税收优惠政策：

小规模纳税人：阶段性免征增值税

小型微利企业：年应纳税所得额超过100万元但不超过300万元的部分减半征收企业所得税

小型微利企业和个体工商户：减免资源税、城市维护建设税、房产税、城镇土地使用税、印花税（不含证券交易印花税）、耕地占用税和教育费附加、地方教育附加等“六税两费”，并在国家规定减免幅度内顶格执行。

中小微企业：加大设备器具税前扣除力度

科技型中小企业：研发费用加计扣除比例提高到100%

制造业中小微企业：2021年第四季度实施的延缓缴纳部分税费政策延续实施6个月

服务业：延续增值税加计抵减政策

### 3. 延长申报纳税期限

对按月申报的纳税人，延长申报纳税期限至3月31日。如受疫情影响在2022年3月内办理申报仍有困难的，可以向税务机关申请延期。纳税人可通过电子税务局网上进行申请；申请延期申报的，纳税人还可向各区税务局办税服务厅申请。对符合延期缴纳税款条件的，依法准予延期缴纳税款的，最长期限不超过3个月。

## 租金类

对于承租国有房屋从事生产经营活动的小微企业和个体工商户，2022 年减免 3 个月租金。被列为疫情中高风险地区所在的街镇行政区域或因落实防疫要求严重影响生产经营的，可再免除 3 个月租金，全年合计免除 6 个月租金。同时，也鼓励大型商务楼宇、商场、园区等各类市场运营主体与租户友好协商，为实体经营的承租户适当减免租金。符合条件的承租人可以向房屋所属国有企业、行政事业单位进行咨询并提出申请。

## 劳动人事类

为了更好地稳企援岗，上海市将继续实施 1% 的失业保险缴费费率政策，下调 20% 工伤保险行业基准费率。

鼓励受疫情影响无法正常开展生产经营的企业、社会组织可以为从业人员开展与主营业务相关的线上职业培训，并给予补贴。同时，进一步规范和发展如共享用工等新就业形态，推动灵活就业社会保障。

## 困难行业复工复产

疫情期间，遭受影响最大的行业莫过于**餐饮等生活服务业**。对此，除了引导电商、外卖等互联网平台进一步下调服务费标准，降低服务佣金、店铺押金、宣传推广等线上经营成本。对此，在 3 月 2 日，饿了么平台曾宣布投入 2000 万元现金，对 1-2 月被列为疫情中高风险地区的全国 87 个区县所有的商家减免至少 15 天佣金，3 月 1 日后新增的中高风险地区商家，也将享受相同的佣金减免举措。而美团平台在 3 月 1 日发布的六项举措中提及，对中高风险地区经营困难的中小商户，实行佣金减半优惠，且减半后每单 1 元封顶。

另外，对餐饮、住宿、家政等生活服务业小微企业免费提供 3 个月的云服务、移动办公服务等。

**旅游业方面**，旅游服务质量保证金暂退比例由 80% 提高到 90%，并开展保险代替保证金试点。

**零售业中**，为保证市民的正常生活，大力支持批发市场、超市卖场、电商平台、城市生活物资配送等保供企业正常运行，畅通省际与市内运输绿色通道，加大主副食品货源组织。

除了以上政策外，对于零售、餐饮行业、机场港口、冷链等重点岗位从业人员按照防疫要求定期开展核酸检测费用予以全额补贴支持，对防疫消杀的支出，给予补贴支持；对抗疫一线的医务人员、参与社区疫情防控工作的社区工作者发放临时性工作补助等。

（本文首发于 2022 年 3 月 31 日）

## 从“A股最大造假案”看上市公司舞弊情况

岑晓娴

2021年，康美药业这位曾经的“药业大佬”随着一审判决书的公开重回公众视线。首先，我们先来回顾一下康美药业财务造假案：

- 2018年10月15日晚，上市公司舞弊情况、计算机类舞弊案件数量增加引关注；
- 2018年12月28日，中国证监会向康美药业发布《调查通知书》；
- 2019年4月30日，康美药业发布《关于前期会计差错更正的公告》；
- 2019年5月17日，中国证监会通报调差进展，称已初步查明康美药业披露的财务报告存在重大虚假；
- 2019年8月16日，中国证监会对康美药业作出处罚及禁入决定；
- 2020年7月，康美药业原实际控制人马某某因涉嫌违规披露、不披露重要信息罪被公安机关采取强制措施；
- 2021年11月1日，广东省佛山市人民检察院指控马兴田犯违规披露、不披露重要信息罪、挪用资金罪、操纵证券市场罪，向佛山市中级人民法院提起公诉。
- 2021年11月12日，广州中院作出一审判决，康美药业股份公司须赔偿证券投资者损失24.59亿元，原董事长、总经理马兴田及5名直接责任人、正中珠江会计师事务所及直接责任人将承担全部连带赔偿责任，13名相关责任人员按过错程度承担部分连带赔偿责任；
- 2021年11月17日，康美药业原实际控制人马兴田因操纵证券市场罪、不披露重要信息罪等罪数罪并罚，被判处有期徒刑12年，并处罚金120万元；其他责任人员11人，因参与相关证券犯罪被分别判处有期徒刑并处罚金。

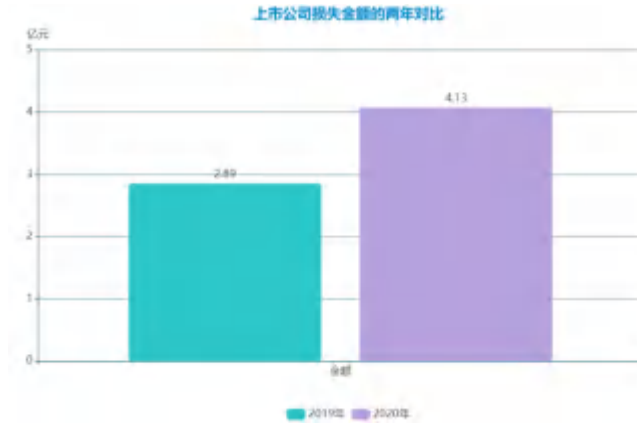
至此，这例A股最大造假案暂告一个段落。

康美药业财务造假案无疑是资本市场中一起标志性案件，不仅创下金额最大、人数最多，也开启了首例全国首例证券集体诉讼的先例。这在打开今后投资者维权新格局的同时，也让大家将目光放到了上市企业的舞弊现状上。本文将结合《2020年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》，与读者一同探讨上市企业反舞弊现状。（说明：根据裁判文书的公开进度，每年第二季度可基本获悉上一年度的公开案例，因此，《2021年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》拟于今年9月发布。）

### 上市公司舞弊案件总体情况

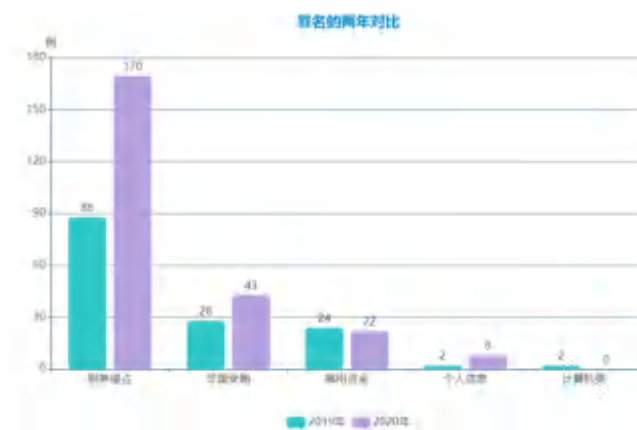
2020年度，在涉及舞弊案件的企业中，上市公司共243个，占比为6.13%。2019年度的数据为上市公司144个，占比4.52%。

2020年度，经司法查处的舞弊案件共给上市公司造成4.13亿元损失，其中数额最大的案件涉及职务侵占1.64亿元人民币，发生在金融业内。



### 上市公司舞弊案件具体罪名分布

职务侵占罪共 170 例，挪用资金罪共 22 例，非国家工作人员受贿罪 43 例，侵犯公民个人信息罪 8 例。在统计的案例中，并未有在上市公司中查处的计算机舞弊案件。

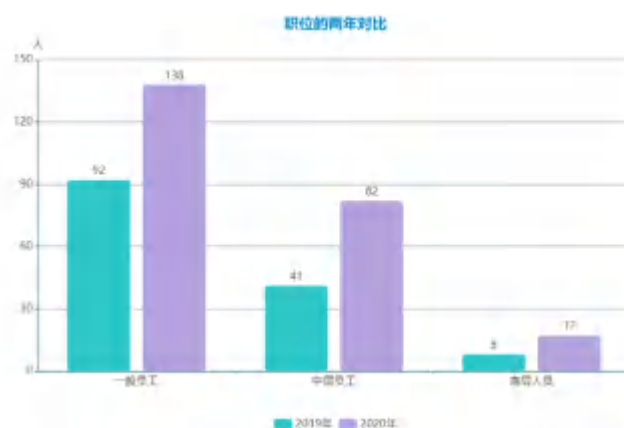


具体到各项罪名中，职务侵占行为给上市公司平均造成损失 214 万元，上市（控股）公司平均造成损失 137.34 万元，非上市公司平均损失 122.94 万元。挪用资金罪中，上市公司平均损失 154.9 万元，上市（控股）公司的平均涉案金额为 167.10 万元，非上市公司的平均

涉案金额为 330.3 万元。非国家工作人员受贿罪中，上市公司员工的平均受贿金额为 58.57 万元，非上市公司员工的平均受贿金额为 78.51 万元。

### 中高层人员涉嫌舞弊数量占比上升

2020 年度，在与上市（控股）公司有关的舞弊刑事案件中，一般员工有 138 人，占比 58.23%；中层员工有 82 人，占比 34.6%；高层人员有 17 人，占比 7.17%。



我国上市公司内部控制信息披露内部控制缺陷分为财务报告相关内部控制缺陷与非财务报告内部控制缺陷，由于非财务报告内部控制的审计不是强制的，这就导致了企业披露的内部控制缺陷以财务报告内部控制缺陷为主。

上市公司执行内部控制规范体系存在的主要问题集中在三个方面：

- 1.信息披露形式的合规性，包括：未能应披尽披、未在指定渠道披露独立报告、披露内容要素不完整、信息不一致；
- 2.信息披露的有效性，包括：评价报告内容不详实、评价报告与审计报告结论逻辑不一致、缺陷信息披露；
- 3.内控体系的建设与执行，包括：事前标准设计不健全不合理、事中措施执行不到位、事后评估实施不主动、缺陷整改不到位。

从导致重大缺陷和非标准审计意见的原因来看，上市公司资金被实际控制人侵占、未按行政处罚要求及时更正会计差错（重述报表）、缺乏有效资产管控、违规担保等问题，仍是上市公司需努力提升内部控制的重点领域。其中对上市公司资金管理出现缺陷居于榜首。<sup>1</sup>

在这起 A 股历史上最大造假案公开之前，对上市企业内控监管大多还是以采取警示或者责令改正的监管措施为主，像康美药业这样面临行、民、刑事处罚“大满贯”的情形并不多见，但可以预见，今后对上市企业的监管会越来越严格。

从上市公司自身来看，应当加强董监高等“关键少数”的认识，自觉承担上市公司的法定义务，压实主体责任，增强其责任意识；明确内控自我评价的责任主体并强化内控自我评价的各级责任，从而不断完善内部控制体系。

<sup>1</sup> 参考《上市公司 2019 年执行企业内部控制规范体系情况蓝皮书》。

从监管层面来说，应当尽快完善内部控制信息披露要求，进一步细化相关规则，将披露范围扩大至非财务报告内部控制。整合、创新监管机制和手段，并且针对频频爆发的内控重灾区问题强化监督与问责，提升内控监管的效果。

## 结语

上市公司财务信息披露的真实、准确和完整是市场健康发展的基础，大股东、实际控制人和董事、监事、高级管理人员要讲真话、做真账，维护信息披露制度的严肃性。康美药业的例子值得所有企业、从业者引以为戒。星瀚企业内控与反舞弊法律中心也会持续关注上市企业的舞弊情况，致力于理论与实务分析，揭示舞弊人员以及舞弊犯罪的特征及特点，为完善企业治理机制、内控体系建设，有效预防和调查员工舞弊行为，促进上市企业良性健康发展提供参考意见。

（本文首发于 2022 年 1 月 24 日）

# “国民零食第一股”再曝商业贿赂案，民企反腐道阻且长

岑晓娴

继去年爆出员工私自盗卖公司废纸箱事件后，三只松鼠近期又再度因商业贿赂事件进入大众视野。

根据公开的裁判文书<sup>1</sup>显示，2016年9月至2020年10月间，被告人张某某利用其担任三只松鼠股份有限公司辅材部负责人、辅材部高级专家等职务便利，非法收受宁国市城南印刷厂等六家业务单位所送钱款，共计1885365.32元，在日常业务开展等方面提供帮助。在张某某被抓前就已经因涉嫌职务违法而停职，且到案后如实供述、认罪认罚，最终张某某因非国家工作人员受贿罪被判处有期徒刑三年，宣告缓刑五年，并处罚金人民币5万元。对于已退出的违法所得188.6万元予以没收，上缴国库。

在稍早前公开的另一篇裁判文书<sup>2</sup>中，2014年12月，程某入职三只松鼠，2017年12月至2019年12月，程某在担任“三只松鼠公司”鼠小野产品特种队队长和产品供应链中心辣条部负责人期间，利用职务上的便利，伙同被告人程某某、黄某二人或者单独授意供货商提高供货价，并从中索取回扣，共计5302377.7元，其中，程某个人实际所得共计4088177.7元，被判处有期徒刑三年，并处罚金40万元。

而之前靠废纸箱不良获利的蒋某也曾收受北京龙金亿劳务服务有限公司法定代表人王某(另案处理)所送现金279042元及价值429000元的华晨宝马牌轿车一辆，共计价值708042元。<sup>3</sup>舞弊手法层出不穷，但企业查处舞弊的决心也不容小觑。结合《2020年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》，我们可以发现以下现象：

## 管理岗位人员舞弊案件高发

与2019年相比，管理岗位的舞弊人员增长幅度较大，位列排名第一，在数量上已多于销售岗位的人员。而技术岗位排名从第三位下降到第五位。管理（经理）岗和销售岗，依然是舞弊案件最高发的岗位，在2020年度数据中，其总数占有所有岗位发案数的63.99%。



<sup>1</sup> (2021)皖0203刑初171号

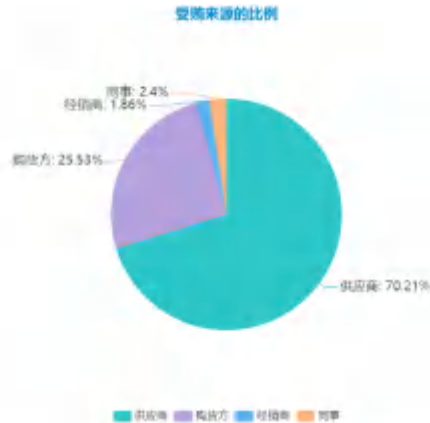
<sup>2</sup> (2021)皖0203刑初52号

<sup>3</sup> (2021)皖0203刑初28号



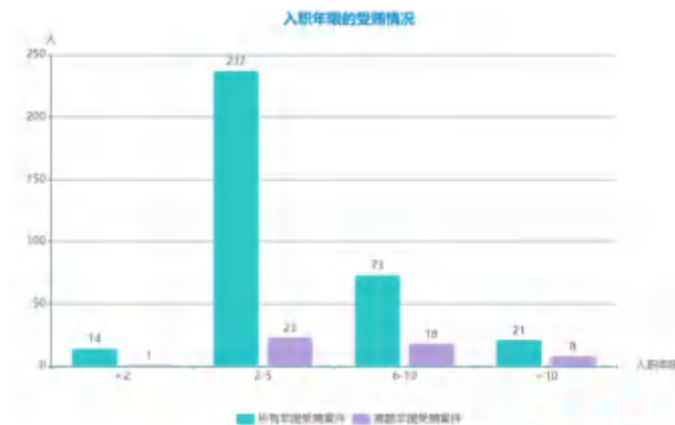
### 非国家工作人员受贿多发于供应商行贿

在有效的 332 件案例中，人均受贿金额为 80.86 万元，个案受贿金额最多为 2600 万元，人均受贿金额和个案最高受贿金额较去年都有了较大幅度的上升。非国家工作人员受贿来源有供应商、购货方、经销商、同事。上图显示，非国家工作人员受贿的主要来源是供应商，占比 70.21%，来源于购货方的占比为 25.53%，来源于同事和经销商的占比较小，分别为 2.4% 和 1.86%。这说明了采购环节受贿类舞弊行为多发。



### 入职 2-5 年的员工需警惕

在所有经统计的非国受贿案件中，入职年限两年内人员 14 人、入职 2-5 年人员 237 人、入职 6-10 年人员 73 人、入职 10 年以上人员 21 人。而在受贿金额超过 100 万元的高额非国受贿案件之中，入职年限两年内人员 1 人、入职 2-5 年人员 23 人、入职 6-10 年人员 18 人、入职 10 年以上人员 8 人。



自 2020 年三只松鼠开启史上最严反贪行动起，截止至 2021 年 12 月，三只松鼠廉洁部发布监察月报 123 份，涉案员工或被开除，或被移送司法机关，不难看出三只松鼠大力反腐的决心。亡羊补牢，犹未为晚，企业也可以从中得到一些内控管理上的启发：

#### 1. 优化岗位职责权限设置并定期审查

根据《2020 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》，入职年限大于五年的人员，其平均受贿金额远超入职年限较短的人员。这是因为随着入职时间增加，员工在公司内部的职位和工作都趋于稳定，开始接触重要的交易或往来，也就有了行受贿的条件。建立轮岗机制就显得尤为重要，特别是采购岗位，以此对内外勾结所造成的舞弊进行制约。对贪腐高发的管理、销售等岗位所涉账目进行定期财务审计，核查相关责任人的钱款流向等事项。

## **2.严格落实内部相关制度管理**

企业可对内部流程运作设定具体的授权和审批流程，权责细化到各级人员，在办理具体经济业务时，未经授权和批准，员工不得擅自经手处理。在供应商选择上，应强化供应商选择过程的透明度，例如增加公示期制度，以确保采购的公平性。针对程某授意供货商提高供货价，从中收取回扣的舞弊手法，如若三只松鼠可以建立价格数据库，定期将公司采购价进行对比。同时，整体对采购供应等环节定期进行分析回顾、综合比对，或许能更早发现异常情形，更大程度减少损失。

## **3.畅通内部举报渠道，积极自查**

“发现难”是民企反腐公认的困难之一，企业可鼓励内部员工举报舞弊行为，对核实确认的举报行为予以奖励。根据三只松鼠廉洁部公开的信息，截至 2021 年 12 月，共核定廉洁违规事项 269 次，奖励员工 288 次。不仅如此，三只松鼠还开发了针对伙伴端的松鼠云造 APP 和针对员工端的松鼠廉行 APP，以此规范员工的出差，依赖技术手段来预防或是发现查处舞弊也是企业可以采取的途径。

## **结语**

民企反腐从“家丑不可外扬”到如今的“自曝家丑”，经历了一个漫长的过程。越来越多的企业意识到，商业贿赂不仅虚增了企业的运营成本、侵蚀了利润，还损害了企业的经营环境、商业声誉，严重制约了企业的发展。对舞弊行为零容忍已是目前大部分企业的态度和决心。星瀚企业内控与反舞弊法律中心致力于理论与实务分析《2021 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》拟于今年 9 月发布，在此期间我们也会持续关注企业的舞弊情况，揭示舞弊人员以及舞弊犯罪的特征及特点，为完善企业治理机制、内控体系建设，有效预防和调查员工舞弊行为提供参考意见。

（本文首发于 2022 年 2 月 22 日）

# 共同犯罪情形下的受贿金额认定——以非国家工作人员受贿罪为例

冯笑

随着我们办理的职务犯罪案件数量增多，也遇到很多容易在司法实务中引起热议的难题，深刻体会到理论和实践的差异。这些热议点中，有行为定性、被害人界定的问题，会直接关系到案件定性（如我们发表过的《员工从相对方处收取好处费的舞弊行为如何定性？》一文，是关于定性职务侵占亦或非国家工作人员受贿的区分），也有犯罪金额的认定问题，虽然不影响案件定性，但对案件的影响力往往不亚于定性上的争议（如我们发表过的《职务犯罪中犯罪成本的认定及扣除问题》一文，便是关于涉案金额的认定问题）。

近来，有很多企业都会和我们咨询一个问题，他们办理的一些舞弊案件里——多名员工涉嫌共同受贿、且受贿金额达数百万元（在2021年《刑法修正案》（十一）施行前，本罪名涉案金额100万元以上的，相应的量刑标准为5年以上有期徒刑），部分涉案人员被判决适用第二档刑罚，部分人员却被判决适用第一档刑罚，甚至有些案件还适用缓刑，这让企业觉得和办案初期的预想不同，也与很多职务侵占罪共同犯罪的刑罚适用不太一致。诚然，这种共同犯罪情况下受贿金额的认定问题，在实务中也往往会成为控辩双方甚至检法双方存在争议的问题，甚至于有一些案件里，检察院对于法院的判决不服还会提出抗诉启动二审，笔者结合我们的办案经验及本罪的立法原理，在此就这一问题和大家进行探讨。

**正文开篇前，我们可以先看三个定性相同、情节类似、处理结果不同的案例<sup>1</sup>：**

## **案例一：**

甲、乙、丙三人分别系某地产集团公司的营销中心主任、总经理、副总经理，在职期间具备经手某商场某项目招标的职务便利，A公司为求中标，事前向甲等三人约定行贿200万元并支付到甲指定账户，甲、乙、丙三人经过内部分配，分别到手金额为100万元、60万元、40万元。随后，甲等三人在明知A公司相关产品及销售数据不符合集团公司招标条件的情况下，合谋违规让该公司中标。

该案件中，甲等三人被认定构成非国家工作人员受贿罪，系共同犯罪，三人均对受贿200万元负责，因涉案金额超过100万元，对三人均适用第二档刑罚，但乙、丙的量刑比甲稍轻。

## **案例二：**

甲、乙、丙三人分别系某地产集团公司的营销中心总经理、经理、职员（三人系一个独立团队），在职期间该团队具备经手某商场某项目招标的职务便利，A公司为求中标，事前向甲等三人约定好行贿200万元并支付至甲指定的账户，甲然后按照三人的内部约定分给乙60万元、丙40万元，自己分得100万元。甲等三人随后在明知A公司相关产品及销售数据不符合集团公司招标条件的情况下，甲安排乙和丙暗箱操作，违规让该公司中标。

---

<sup>1</sup> 因篇幅有限，均将相关司法实践案例进行改编归纳。

该案件中，甲等三人被认定构成非国家工作人员受贿罪，系共同犯罪，三人均对受贿200万元负责，但甲被认定为主犯（因涉案金额超过100万元，适用第二档刑罚），乙、丙被认定为从犯（涉案金额虽超过100万元，但对其减轻处罚，最终适用第一档刑罚）。

### 案例三：

甲、乙、丙三人分别系某地产集团公司的营销中心主任、总经理、副总经理，在职期间具备经手某商场某项目招标的职务便利，A公司为求中标，找到甲向其行贿200万元，甲收到款项后向乙、丙分别转账60万元、40万元，让乙、丙二人在各自主管领域给予帮忙，经过三人各自的暗箱操作，使得该公司违规中标。

该案件中，甲等三人被认定构成非国家工作人员受贿罪，甲对受贿100万元负责（适用第二档刑罚），乙、丙分别对60万、40万元金额负责（适用第一档刑罚）。

上述三则案件都是共同犯罪，甲乙丙三人实际获利金额也一致，但每个案件的认定结果、量刑依据都有所不同，下文也会对每个案件的认定依据进行简要分析。

## 一、非国家工作人员受贿罪中金额的认定标准，可参照受贿罪中金额认定标准的相关规定及司法实践操作

关于共同受贿案件中金额认定问题，最高人民法院研究室《关于共同受贿案件中受贿数额认定问题的研究意见解读》（以下简称“研究意见”）已经进行了比较深入的解读，该意见虽然不是司法解释，但系最高院研究室<sup>2</sup>出台、且具有很强的实操指导性。笔者进一步检索了一些司法实践判例，发现这一意见在很多司法判例中也得到法院的认可。但因为该解读系针对受贿罪，并非针对非国家工作人员受贿罪，所以，我们需要解决的首要问题就是：非国家工作人员受贿罪中金额认定问题，可否参照该解读意见？

需要说明的是，对于职务犯罪的相关研究，无论是国家机关、权威部门的立法、司法解释、最高院指导案例以及相关研讨意见，亦或是刑法学界学者的理论研究，长久以来都主要集中在国家工作人员的职务犯罪上面，例如贪污罪、挪用公款、受贿罪等，单独在非公职人员职务犯罪上面进行研究的数量相对较少。鉴于受贿罪和非国家工作人员受贿罪这两个罪名的立法精神、行为模式大体上都是一致的，最大的区别在于行为主体、量刑幅度有所不同，因此这两个罪名的很多疑难问题研究结果是可以共同参考使用的，包括本文谈及的受贿金额认定问题，上述研究意见可以在处理非国家工作人员受贿罪的案件中参考使用。

## 二、受贿金额的认定，首先应遵循共同犯罪“部分实行全部责任”原则

共同犯罪是刑法总则中的一个基本问题，鉴于单个行为共同组成了一个整体的犯罪行为，并由该整体行为造成了一定的犯罪后果，因此在我国刑法通说中，有着“部分实行全部责任”原则一说，共同正犯人只要实施了部分行为，就需要对全部结果承担刑事责任。

非国家工作人员受贿罪作为《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中的一个罪名，对刑法总则中关于共同犯罪的基础规定肯定是要遵循适用的。本罪名的共同

<sup>2</sup> 最高人民法院研究室，系最高人民法院内设机构之一，主要职责包括：起草司法解释及有关组织、协调、编纂等工作；参与立法活动，研究、征集对法律、法规、规章草案的意见；对下级人民法院和有关部门提出的法律适用问题进行答复；办理或协调办理涉港、澳、台法律事务；负责少年法庭、司法统计和综合性调查研究工作；负责指导性案例的编纂。

犯罪情况下，各行为人往往具有共同受贿的主观意志，在受贿意志的支配下利用各自职务便利实施了为他人谋取利益的行为，各自的行为相互结合对公司的管理秩序进行了妨害，因此，每个受贿人员原则上都应对全部的受贿金额负责，这一点从本罪名的法理上是可以理解的。

最高人民法院研究室《关于共同受贿案件中受贿数额认定问题的研究意见解读》也指出：**作为原则，对于共同受贿犯罪，应当根据其参与或者组织、指挥的共同受贿数额量刑。**前文提到的判例一就是对“部分实行全部责任”原则的贯彻，甲、乙、丙等三人均为公司的领导人员，明知行为人的行贿额为 200 万元，共同实施了为他人谋利行为，且三人之间的地位、作用没有显著差异，因此三人均对 200 万元负责，不区分主从犯，均适用第二档刑罚。

在司法实践中，关于本罪名共犯情形是否全部适用这一原则是存在争议的，提出异议者的观点主要在于：

1、从理论角度而言，非国家工作人员受贿罪不同于传统的人身暴力犯罪，在人身犯罪中，最能够体现行为危害性的是对被害人造成的伤害，每个参与人的行为都与最终危害结果有直接因果关系，很难区分单个行为人对被害结果承担责任的占比，因此按照“部分行为共同责任”的原则追究各行为人的刑事责任无可厚非。但受贿案件与此不同，本罪的侵犯客体主要是国家对公司、企业以及非国有事业单位、其他组织的工作人员职务活动的管理制度，在共同犯罪中，每个人的获利金额能够反映行为人在全案中的作用和地位有所不同，因此让所有人都对整个受贿金额负责，在某些情形下可能违反罪刑相适应原则；

2、从理论角度而言，非国家工作人员受贿罪也不同于职务侵占罪、盗窃罪等大多数直接以犯罪金额作为量刑依据的罪名，在职务侵占罪、盗窃罪的情形下，行为人实施犯罪行为后所获取的金额即为非法所得金额，因此所有行为人在事前、事中对于共同犯罪金额均有主观故意。而非国受贿罪中行为人的犯罪行为主要是为他人谋利，这一犯罪行为不能直接转化为固定金额的受贿款，同样的违规谋利行为在不同案件中带来的受贿款也未必相同，各受贿人在事前也未必知道确切的受贿金额，在事后也未必知道每个人实际的受贿金额，让行为人为自己所不知道、无法预想到的全部受贿金额承担刑事责任，可能会违反罪刑相适应原则；

3、从实践角度而言，在很多共同受贿案件中，各行为人实际到手金额差别很大（比如有人分得数百万元甚至数千万元，有人仅分得数十万元），而犯罪金额是本罪名的最重要量刑标准（在最新的量刑标准出台之前，涉案金额是否超过 100 万元直接关系到行为人是否有空间争取取保、缓刑），因此要让仅获利数十万元的行为人和获利数百万元、甚至数千万元的行为人基于同一个量刑标准规范量刑，会大大影响司法权威性。

正因如此，我们看到很多司法实践判例或者裁判文书中，没有完全按照这一原则进行认定，而是依法进行了相应的变通，使之符合罪刑相适应原则。

### 三、受贿金额的认定，同时需要遵循罪刑相适应原则

在司法实践中，考虑到严格适用“部分实行全部责任”原则可能会导致罪刑不适应，所以在一些个案上会有灵活调整，主要表现在两个方面：

1、对共同犯罪的行为人区分主从犯，对于主犯按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚，对于从犯从轻或者减轻处罚，以达到罪刑相适应原则；

例如前文提到的案例二，甲乙丙三人虽系共同犯罪，但乙丙二人职位低于甲，在整个行为过程中居于从属地位、次要作用，且获利金额均不超过 100 万，如果要乙丙二人按照全案金额承担刑事责任，对乙丙二人存在量刑过重的情况，因此该案中认定乙丙二人为从犯、予以减轻（降档）处罚。

但是这种按照区分主从犯的方式也并非能够解决所有问题：

例如有一些共同犯罪案件中，虽然各行为人实际受贿金额差别很大，但他们的作用、地位区分不明显，难以区分主从犯；

例如在《刑法修正案（十一）》正式施行后，本罪的量刑标准由两档调整为了三档，在有的案件中，全案金额应适用第三档刑期，对于受贿金额很小的行为人即便认定从犯适用减轻处罚，依法也在第二档刑期量刑，依旧可能导致罪刑不相适应。

2、虽然是共同犯罪，但各行为人只对自己受贿金额负责，不对全案金额承担责任，以达到罪刑相适应原则；

那么，在什么情况下可以按照这种方式呢？研究意见里提出：**作为例外，对于难以区分主从犯的受贿犯罪，行贿人的贿赂款分别或者明确送给多人，且按照个人实际所得数额处罚更能实现罪刑相适应的，可以按照其个人所得数额处罚。**

例如前文提到的案例三，甲乙丙三人的职位都比较高，也都在自己的职责范围内参与了为行贿人谋利的行为，因此相互之间没有很明显的从属或者领导关系，但该业务最初系甲接手，乙丙二人最终获取金额占比也不大，因此该案件中乙丙仅对自己受贿的金额负责。

此外，2016 年四川省成都市中院审理的龚某、胡某受贿案- (2016)川 01 刑终 512 号也是对这一适用方式的体现：

该案中，其中一节涉嫌共同犯罪的事实（行贿人向胡某行贿 20 万元，胡某分给龚某 1 万元），一审法院认定：龚某并不清楚胡某收受周某 20 万元的事实，客观上其仅分得 1 万元，另 19 万元贿赂款因为胡某的隐瞒而完全超出了龚某的认识范围，两人没有形成共同受贿 20 万元的主观故意，故超出部分应由胡某单独负责。

一审宣判后，检察院对这一判决结果不服，提出抗诉（成金检公诉刑抗(2016)3 号）称：一审属于错误的运用主观故意认识因素、认识内容理论认定案件事实，龚某、胡某共同收受周某好处费系共同犯罪，应根据共同受贿的 20 万元数额处罚，一审判决对龚某量刑畸轻。

二审法院认为：龚某在事前并不知道胡某向周某收取 20 万元，表明该 20 万元的收取不是二人共谋受贿后的结果；龚某在为周某提供便利的过程中，实际收取金额为 1 万元，自身只有受贿 1 万元的主观故意，因此不应对受贿 20 万元负刑事责任。

因此，共同犯罪作为刑法总则的基本规定，虽然有其适用原则，但在个罪、个案的适用上均需要掌握原则性和灵活性的统一，对于非国家工作人员受贿罪更是如此：原则上每个行为人应对全部受贿金额负责，但在一些个案上，会给部分行为人认定从犯或者让部分行为人只对自己受贿金额负责，以达到符合罪刑相适应的原则的目的。

（本文首发于 2022 年 3 月 9 日）

# 海事事故调查报告与责任认定书不具有可诉性是否已成定论？

李洪伟、黄美春

海事事故调查报告与责任认定书是否具有可诉性一直是业内存在争议性的问题。2021年12月31日，最高人民法院民四庭印发的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》（以下简称《2021年涉外商事海事审判纪要》）第89条对此问题进行了回应，具体内容如下：

【海上交通事故责任认定书的不可诉性】根据《中华人民共和国海上交通安全法》第八十五条第二款“海事管理机构应当自收到海上交通事故调查报告之日起十五个工作日内作出事故责任认定书，作为处理海上交通事故的证据”的规定，海上交通事故责任认定行为不属于行政行为，海上交通事故责任认定书不宜纳入行政诉讼受案范围。海上交通事故责任认定书可以作为船舶碰撞纠纷等海事案件的证据，人民法院通过举证、质证程序对该责任认定书的证明力进行认定。

此纪要公布后，有观点认为，海事事故调查与责任认定行为是否具有行政可诉性问题已有定论，海事事故调查报告与事故责任认定书不属于行政诉讼受案范围。

为理解89条之适用，笔者撰写本文试与读者进行探讨。

## 一、问题的由来

最高院民四庭在2019年5月20日项交通运输部海事局进行复函，明确“依据行政诉讼法及司法解释有关规定，行政机关行使行政职权过程中作出实际影响行政相对人权利义务的行为，均属于行政诉讼受案范围，法律另有规定除外。目前我国交通事故责任认定书不仅对有关事实进行确认且对当事人的责任进行了分配，实际影响了行政相对人权利义务，在民事诉讼中作为处理交通事故案件的证据，并不能成为阻碍行政相对人向人民法院提起行政诉讼的理由。公安机关交通管理部门制作的交通事故认定书之所以不可诉，是因为《道路交通安全法》第七十三条作出了特别规定予以排除。将水上交通事故责任认定书排除行政诉讼受案范围没有法律依据。”我们注意到《中华人民共和国海上交通安全法》在上述复函日期后的2021年4月29日修订，2021年9月1日开始实施，上述提及的八十五条第二款即在本次修订中加入，因此，民四庭之前的复函，因为有了《中华人民共和国海上交通安全法》的明确规定，民四庭认为调查报告和责任认定书不可诉有了明确的法律依据。

## 二、本文尝试探讨和分析的若干具体问题

### （一）就海上交通事故与船舶污染事故出具的共同事故调查报告是否不具有行政可诉性？

根据《海上船舶污染事故调查处理规定》第十一条规定，船舶因发生海上交通事故造成海洋环境污染的，海事局对船舶污染事故的调查与船舶交通事故的调查同时进行，并且，实践中往往对海上交通事故与船舶污染事故调查结果进行合并，出具一份事故调查报告作为两项调查的共同报告。此类共同报告同时包含海上交通事故与船舶污染事故的责任

认定，并不仅是《2021年涉外海事审判纪要》第89条所规定的海上交通事故责任认定行为，此时，此条规定能否作为认定该共同事故责任认定行为行政可诉性的法律依据？

值得注意的是，《海上船舶污染事故调查处理规定》第二十一条：“船舶污染事故当事人对事故认定不服的，可以在收到《船舶污染事故认定书》之日起15日内，向船舶污染事故调查处理机构或者其上级机构申请一次重新认定。”该条规定表明，当事人有权对船舶污染事故责任认定行为申请重新作出。根据《2021年涉外海事审判纪要》的意见，海上交通事故责任认定行为不属于行政行为，行政相对人即事故当事人无法对该行为申请行政复议或提起行政诉讼，更不可能申请行政机关重新作出。实际上，《海上交通安全法》也未规定行政当事人可以申请重新认定。可见，法律法规对海上交通事故责任认定行为与船舶污染事故责任认定行为的认定似乎并不相同，那么，《2021年涉外海事审判纪要》第89条能否适用于包含船舶污染事故责任认定的共同事故调查报告，还需进一步探讨。

## （二）包含对事故责任人明确处理建议的事故调查报告实质上已经对公民、法人或者其他组织权利义务产生实际影响。

支持海事事故调查报告或责任认定书不属于行政诉讼受案范围的主要理由是海事事故调查与责任认定行为不是法律责任分配的认定，对行政相对人的权利义务并不直接产生实际影响，故不具有行政可诉性。多数海事事故调查报告主要包括事故基本情况、事故原因、事故责任认定和安全管理建议，如前述观点所言，该事故责任认定通常仅对涉事船舶的主次责任进行划分，并不涉及任何处置相关责任人权利义务的内容。但是，部分特别重大海事事故的调查报告还会出具对事故责任人的处理建议，部分处理建议中，交通运输部或交通运输部海事局成立的调查组直接认定责任方违反具体的法律规定，建议下属海事局作出具体处理决定，对当事人的权利义务处置作出了非常明确具体的建议。以《青岛“4·27”船舶污染事故调查报告》

（<https://www.msa.gov.cn/page/article.do?articleId=93D989DA-CA4B-4BBC-919A-8857DE4505DF>）为例，交通运输部会同生态环境部、农业农村部及山东人民政府成立调查组出具调查报告，报告中明确建议由行政层级较低的青岛海事局按照相关规定做出行政处罚。

下属海事局并没有对特别重大海事事故的组织调查权，尽管调查报告中的措辞是“建议”，但下属海事局会接受上级机关组织调查组报告之明确处理建议是大概率事件，调查报告实质上已经构成对公民、法人或者其他组织权利义务产生实际影响。

## （三）行政诉讼审判实践在其他事故调查领域的案件中的意见或许可以作为前述问题的参考。

1、《生产安全事故报告和调查处理条例》规定，人民政府负责成立调查组对事故进行调查，出具事故调查报告，并对报告作出批复，当事人就调查报告及其批复提起的行政诉讼同样面临报告批复对行政相对人不具有法律效力、并非最终行政行为、仅为事故处理的证据等抗辩。



2、最高人民法院在（2018）最高法行再 127 号案认为：县级人民政府对一般事故调查报告的批复，虽从形式上看是上级行政机关对下级行政机关所作，但其认定了事故责任，且这种认定具有公定力和约束力，对公民、法人或其他组织的合法权益可能产生不利影响，故根据上述规定所作批复具有可诉性……62 号批复构成针对特定主体就特定事项作出的行政处理决定，已对再审申请人的权利义务直接产生实际影响，该批复构成可诉的行政行为，属于人民法院行政诉讼的受案范围。

3、最高人民法院在（2018）最高法行申 2613 号案中明确提出：要防止“一刀切”，不宜泛化认定相关实际影响而将批复一律纳入行政诉讼的受案范围，亦不可片面限缩援引司法解释上述规定而将批复一律拒之门外。要结合案件的具体情况，看是否对当事人的实体权益产生重要影响和侵害，是否存在明确设定或者改变其权利义务的情形，是否确有必要对在此环节所作的行政行为的实体、程序合法性单独进行审查判断，从而对不同表现情形的批复之可诉性作出科学合理的界定。

可见，行政诉讼司法实践中，针对事故调查报告具有不同情形，行政可诉性的认定并不以特定文件形式而一刀切认为所有事故调查报告均不具有行政可诉性，关闭权利义务受到实际影响的当事人通过法定程序维护其正当权益的大门。

## 总结

1、理解：按照纪要现在的内容，不可诉为常态，可诉为例外。纪要明确表示在适用中存在的问题需及时层报最高人民法院民四庭，后续纪要存在被再次调整的可能性。

2、观点：海上交通事故与道路交通事故相比，复杂程度更高，涉及利益方更多，在事故调查报告及责任认定书的可诉性问题上，与类比适用道路交通事故责任认定书的处理方式相比，我们认为，类比适用《生产安全事故报告和调查处理条例》的处理方式，会更符合实际情况。

（本文首发于 2022 年 2 月 28 日）

# 海上货物运输中承运人货损免责事由认定

## 之驾驶或管理船舶中的过失

李洪伟、黄美春

### 一、问题提出

对于海上货物运输中承运人责任期间内货物发生的灭失或者损坏,《海商法》第五十一条第一款明确规定十二项承运人可援引的免责事由,其中,部分免责事由因涉及海上航行、船货管理等具有较高复杂性、专业性的问题,当事人在具体案件中援引或抗辩此类免责事由存在一定的困惑难度。就《海商法》第五十一条第一款第一项“船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失”(以下简称“驾驶或管理船舶中的过失”),本文尝试通过现有裁判文书总结法院认定此项承运人货损免责事由的裁判思路与尺度。

### 二、法院裁判思路

参考现有案例,认定是否构成驾驶或管理船舶中的过失免责,通常需要审查:1、是否属于船长、船员、引航员或者其他受雇人的过失行为;2、货损原因是否属于船员、引航员或者其他受雇人驾驶或管理船舶范围内的行为或事项,明确排除与船舶适航与管货有关的事项,在驾驶或管理船舶中的过失与管货过失共同导致货损的案件中,法院还可能进一步区分管货过失对货损的作用比例,以确定承运人可免责与不可免责的比例。

### 三、法院认定船长、船员、引航员或者其他受雇人过失的尺度

根据《海商法》第五十一条第一款第一项的规定,承运人主张免责仅限于船长、船员、引航员或者其他受雇人的过失,并未限制必须是重大过失,可排除的是船长、船员、引航员或者其他受雇人等的故意行为。最高人民法院在“smartlisa”轮案[(2019)最高法民申2021号]中的认定提供了对过失的进一步理解:“案涉事故发生的直接原因和主要原因为船长的失职行为和引航员的处置不当,不符合上述海商法规定的承运人免责情形。”该案《水上交通事故调查结论书》中载明的船长的失职行为和引航员的处置不当,具体为:1、船长失职,未按规定落实船舶进港各项安全措施,船舶进港航行时长时间离开驾驶台,在船舶发生险情和处置过程中不在岗;2、引航员处置不当,在下达航线指令后,没有对下达指令进行校核,船舶发生险情时处置不当。按照该意见,上述船长的失职行为和引航员的处置不当已超出驾驶船舶中的过失范畴,那么,是否表明船员失职行为均将排除在驾驶过失范畴之外,裁定书并未过多展开,但可以表明的是最高人民法院对船员过失的认定作了一定限缩,可排除的不再仅限于船员的故意行为。

船员过失的认定需要承运人举证,证明货损是由船员过失行为导致、该船员行为属于过失。在部分事故原因较为清晰的碰撞、触礁等典型海事事故导致货损的案件中,基于船员驾驶或管理船舶的过失通常是事故发生的主要原因,法院往往根据承运人提供碰撞事故调查报告、责任认定书、航海日志、海事声明及救助报告等证据即可认定构成船员过失。在极个别

案件中，基于特殊的现实情况，法院对承运人的举证要求也有降低可能，通过全案事实排除故意推定过失的成立。例如，“北机”轮案[(2005)桂民四终字第2号]中，因海事部门未对事故原因和责任作最终结论，广西壮族自治区高级人民法院认为，各方均认可案涉船舶发生碰撞事故是不争的事实，无论责任应归于碰撞船舶中的哪方，在没有证据证明船舶碰撞是承运人故意所为的情况下，北海海事法院推定案涉船舶碰撞系因船长、船员等在驾驶船舶中的过失造成，符合本案客观事实。

#### 四、法院区分驾驶或管理船舶行为与船舶不适航、管货过失的尺度

货损发生的原因是否属于船员、引航员及其他受雇人对船舶的驾驶或管理行为的认定中，当事人通常对单纯的船舶驾驶或其他航行操作行为没有较大争议，当事人的争议焦点主要集中于货损原因涉及船舶适航或管货义务等不可免责事由的情形，以下分别总结法院在具体案件中区分驾驶或管理船舶过失与船舶不适航、管船过失的意见与尺度。

##### （一）驾驶或管理船舶过失与船舶不适航的区分

《海商法》第四十七条规定承运人在船舶开航前和开航当时应当谨慎处理，使船舶处于适航状态，运人违反适航义务，不得援引免责条款。实践中，部分承运人船舶适航义务的履行实际由船员执行，船员的过失行为也可能导致船舶不适航，因此，船员驾驶或管理船舶过失免责的认定需要区分该船员行为是否构成船舶不适航。法院就此问题的认定尺度可从争议较多的航行计划制定过失类案件中分析。

在“联盟9”轮案[(2017)辽72民初395号]，大连海事法院认为，“根据《中华人民共和国船员条例》第二十四条规定船长有决定船舶航次计划的权力，船舶航次计划应包括制定计划航线，故未制定计划航线属于船长的管船过失，不属于承运人义务，不构成船舶开航前和开航当时不适航”。此意见主要从行为归属的角度区分是否属于船员过失还是承运人的过失，但是，船员过失与承运人过失并非是完全没有交叉的范围，船员过失也可能导致船舶不适航，构成承运人对适航义务的违反。就该案当事人主张船员未制定计划航线构成不适航的上诉主张，辽宁省高级人民法院在二审[(2019)辽民终1521号]中从该船员过失行为是否严重到使得船舶不适航的角度进行了具体分析，法院审查后认为，“案涉船舶在涉案航行过程中系根据引航员指定的航行路线和航区的其他船舶航行情况进行的航行，且我国是港区内强制引航国家，在我国港区内必须由引航员引航航行，船舶制定的航行计划在我国港区内航行并不能发挥作用，亦不能对抗引航员的引航指令，故案涉船舶在涉案航行过程中未制定航行计划并不属于不适航情形”。

可见，基于船员行为可能导致船舶不适航，即便导致货损的船员行为属于驾驶或管理船舶中的过失行为，也可能导致船舶不适航，因此，认定驾驶或管理船舶过失免责成立与否，仅从行为或义务归属角度区分是不够的，需要具体审查船员过失行为是否严重到使得船舶不适航。

##### （二）驾驶或管理船舶过失与管货过失的区分

《海商法》第四十八条规定，“承运人应当妥善地、谨慎地装载、搬移、积载、运输、保管、照料和卸载所运货物”，承运人须对管货过失导致的货损承担赔偿责任。承运人援引

驾驶或管理船舶过失免责，区分货损原因是管船过失还是管货过失是当事人的主要争议焦点之一。

当船员驾驶或管理船舶的过失与管货过失均对货损发生有原因力的情形下，有法院意见认为需区分管货过失对货损发生的作用比例，承运人以驾驶或管理船舶过失为由主张的免责范围不包括该比例范围内的责任。例如，上海市高级人民法院在“尤利”轮案[(2014)沪高民四(海)终字第119号]中，绑扎系固缺陷与“尤利”轮船长在面临台风“梅花”时的驾驶船舶过失共同导致了涉案货损的发生，酌定绑扎系固缺陷对涉案货损的发生起到20%作用，实际负责货物绑扎的承运人对该部分责任不可主张免责，最高人民法院在该案再审中维持此认定[(2016)最高法民申1602号]。

而在无法区分货损原因属于驾驶或管理船舶过失还是管货过失的情形下，有法院观点认为，承运人须举证证明已妥善履行其应负的管货义务，否则不能免责。例如上海市高级人民法院在“达飞塔尼亚”轮案[(2002)沪高民四(海)终字第35号]中认为，该案关键是查明本次事故发生的原因是管船过失还是管货过失，因承运人未能充分完成其已妥善履行对集装箱系固、积载的管货义务的举证责任，不能主张免责。

当货损发生于驾驶或管理船舶过失导致的事故处理或救助过程的情形中，也存在对驾驶或管理船舶过失与管货过失的区分争议。在“德明”轮案[(2013)大海商外初字第3号]中，船长、船员驾驶船舶过失导致船舶触礁搁浅事故，在船货救助过程中1号货舱内的货物全损，大连海事法院认为，即使因救助措施进一步扩大了货损程度和范围，只要救助措施合理，搁浅造成货舱破损进水而损坏货物的原因力没有中断，就不能认定为承运人的管货过失，承运人有权主张免责。在“东方先锋”轮案[(2013)海商初字第129号]中，船舶发生碰撞事故后，承运人负责卸载货物至驳船并转卖，货物在驳船转运期间全损，北海海事法院认为，货损发生在承运人委托和管理的驳船上，船员驾驶碰撞事故船舶中的过失不适用于驳船上发生的货损，承运人无法证明其已对驳船上的货物尽到妥善管货义务，应对货物在驳船上发生的损失承担赔偿责任。上述两则案例表明，对事故救助期间的货损，法院通过考察驾驶或管理船舶过失导致的事故对货损发生的原因力是否中断判定驾驶或管理船舶过失与管货过失的区分，也不会对原因力作过多的延申，防止承运人在事故后逃避应尽义务或放任损失的扩大。

## 五、总结

法院对驾驶或管理船舶中的过失免责的认定，需要明确导致货损的船员行为确属于过失行为且属于驾驶或管理船舶范围内的行为，如果船员的行为导致船舶不适航，即便驾驶或管理船舶中的过失成立，承运人也无法主张免责，如果船员行为被认定为管货过失或与管货过失共同导致货损，承运人的免责比例也将相应扣减。

(本文首发于2022年3月28日)

# 从冬奥会看体育赛事转播各方的权利如何保护

卫新、胡至浩、徐元昊

## 引言

2022年2月4日，北京冬奥会盛大开幕，吸引了大量观众通过电视、网络等渠道观看。但是冬奥会等体育赛事是如何被制作成大家看到的节目画面的，法律又是如何对其进行保护的呢？以下将介绍奥运会等体育赛事的转播模式、赛事转播的法律保护并对现有案例予以简评。

## 一、奥运会等体育赛事的转播模式

首先，国际奥委会作为奥林匹克赛事的组织者，享有包括奥运转播权在内的与奥运会有关的所有权利。《奥林匹克宪章》第7条中规定：“奥运会是国际奥委会的专属财产，国际奥委会拥有与奥运会有关的所有权利，尤其是但不限于与以下方面有关的所有权利：（i）奥运会的组织、开发和营销；（ii）授权拍摄供媒体使用的奥运会静态和动态图像；（iii）奥林匹克运动会视听记录的登记；以及（iv）通过现在已知或将来开发的任何方式向公众广播、传输……的包含奥运会视听记录的作品或信号。”<sup>1</sup>《奥林匹克宪章》第48条亦明确规定：“国际奥委会采取一切必要措施，确保不同媒体对奥运会进行最全面的报道，并尽可能让世界上最广泛的观众观看奥运会。有关媒体报道奥运会的所有决定均属于国际奥委会的权限。”<sup>2</sup>

为了实现第48条中的全面报道和广泛观看，确保奥运赛事电视转播的制作水平，国际奥委会组建了OBS（Olympic Broadcasting Services），奥林匹克广播服务公司，作为奥运会主转播商。其主要职责为：1.制作广播电视国际公共信号；2.为持权转播商提供奥运会转播所需的设施和服务。

持权转播商是指通过与国际奥委会签署了转播协议而取得授权，能够在指定地域范围内播放、展示和传播奥运会的广播媒体组织，与TOP计划（The Olympic Partnership Programme）合作伙伴、国际奥委会全球授权商、国际奥委会全球供应商及奥组委赞助商，并称为“奥林匹克合作伙伴”。他们在主转播商提供的公用信号基础上进行二次加工，添加演播室包装、片花、本国语言的评论员解说等。我国的独家持权转播商即我国的中央电视台（CCTV），2014年CCTV取得了2018-2024年的独家转播权。<sup>3</sup>

本届冬奥会赛事，CCTV分授权了中国移动咪咕、腾讯、快手、北京冬奥纪实频道、上海五星体育频道、广东体育频道，作为中国大陆地区的传播媒体。<sup>4</sup>也就是通过这些媒体，让我们能够随时随地观看冬奥会的点点滴滴。

可以看出，奥运赛事转播模式大体如下：

<sup>1</sup> Olympic Committee, Olympic Charter, <https://library.olympics.com/>

<sup>2</sup> Olympic Committee, Olympic Charter, <https://library.olympics.com/>

<sup>3</sup> IOC, IOC awards 2018-2024 broadcast rights in China, <https://olympics.com/ioc/news/ioc-awards-2018-2024-broadcast-rights-in-china>

<sup>4</sup> 中央广播电视总台，中央广播电视总台关于第24届冬季奥林匹克运动会版权保护的声明，<http://news.cctv.com/2022/01/25/ARTIUxzx99e8tmbOlkVgiCX7220125.shtml>

国际奥委会负责奥运赛事的组织举办，奥林匹克广播公司 OBS 负责对赛事现场活动摄制并制作成公用信号，持权转播商对公用信号二次加工后向公众实况转播。

对于一般体育赛事而言，转播模式也与奥运会基本类似，不同之处在于：一般体育赛事并不制作公用信号，这是由于一般体育赛事的传播范围和渠道并没有奥运会那样广泛。

因此，在体育赛事转播中涉及的法律主体主要为：

**赛事组织者**，组织举办赛事，将赛事的采集、传播权利向下授权。

**赛事画面制作者**，对赛事活动现场进行采集，对赛事画面进行加工、制作成节目画面。

**赛事画面传播者**，向公众传播赛事节目画面。

## 二、体育赛事转播的法律保护

在归纳了体育赛事的转播模式后，如何保护体育赛事转播各方的权利是行业内最为关注的问题，而我国司法实践以及法学界也对此一直讨论不休。笔者在此简要梳理如下。

### （一）赛事组织者的法律保护

体育赛事组织对体育赛事转播享有什么权利？

以奥运会为例，奥委会在《奥林匹克宪章》中写明其享有赛事的全部权利，包括赛事的组织、传播、开发等。一般而言，赛事组织者，无论是赛事组委会、赛事公司或者是相关协会等，都会在协会章程等类似文件中写明其享有赛事转播权。

但是，在我国现行法律框架下，并没有所谓“赛事转播权”这一权利的相关规定。体育赛事活动也并非文学、艺术和科学领域的智力成果且无法复制，难以受到《著作权法》的保护。这意味着，如果有人未经许可对体育赛事活动的现场进行了转播，且此人并非赛事组织方（比如赛事协会）的成员，那么由于协会章程等文件对非协会成员并不具有约束力，赛事组织者可能仅可借由物权（对赛事场地的占有）而禁止此人入场，而没有办法对转播行为进行追诉。

这显然是有悖于常识的。赛事组织者为赛事的举办投入了大量的金钱、时间、人力等，应当对赛事享有商业权益，而“赛事转播权”则是其中的重中之重。在司法实践中，法院也普遍对此予以认可。

而在学界，为保护赛事组织者的“赛事转播权”，存在着多种学说，例如赛场准入说、企业权利说等，但是或多或少都存在一些问题。

好在，2021年10月23日发布的《中华人民共和国体育法（修订草案）》（征求意见稿）中第四十七条规定：“未经体育赛事活动组织者等相关权利人许可，不得以营利为目的采集或者传播体育赛事活动现场图片、音视频等信息。”这意味着，该条款正式通过时，赛事组织者的“赛事转播权”即有了权利基础。

而在当下，赛事组织者寻求现行法律对“赛事转播权”的保护，可以通过建立合同关系来追究违约责任。

一般而言，建立合同关系需要有明确的合同主体和意思表示，因此公告等对不特定对象的文件往往难以被认定为合同。故而，赛事组织者需通过购买门票、赛场准入告知等方式与观众等赛事相关人员建立合同关系。

当然，该途径也有其欠缺。由于合同关系是相对权而非绝对权，其难以对世产生普遍效力，所以若某人未经许可采集或者传播体育赛事活动画面，但是赛事组织者并未与此人建立合同关系，则难以追究其违约责任。

## （二）赛事画面的法律保护

由于在实践中，赛事节目画面的制作者往往也是传播者，例如 CCTV 既是奥运会赛事节目画面的制作者，也向公众传播赛事节目画面，而 CCTV 的分授权媒体则可能仅为赛事节目画面的传播者。因此，对于赛事节目画面的制作者和传播者的法律保护往往合二为一，聚焦于两者的客体——赛事画面的法律保护。

### 1. 赛事直播画面的可版权性

对于赛事节目的法律保护，其争议焦点围绕于直播/实况转播的赛事节目画面的可版权性，即直播/实况转播的赛事节目画面是否构成视听作品（原“以类似电影的方式摄制的作品”、“类电作品”）。这是因为，若赛事节目的制作方式与影视作品一致，即先行摄制、再进行后期剪辑制作后、再播出，那么在满足独创性要件的情况下可以构成视听作品，无需过多讨论。但是，直播/实况转播的赛事节目画面的制作方式并不相同，其是对赛事活动现场设置多机位进行即时拍摄后，由导播当场选取画面，同步予以播出。这就使得**直播/实况转播的赛事节目画面（下称“赛事直播画面”）需要单独讨论构成作品的两个要件：1.独创性；2.固定性。**

#### （1）赛事直播画面的独创性

虽然在学界中对于体育赛事画面的创作空间是否足够尚存争议，但在目前的司法实践中，主流观点是认可赛事节目如果在机位设置、镜头切换、画面选择、剪辑等方面能够反映制作者独特的构思，是可以满足独创性要件的，笔者也倾向于该观点。

例如，在新浪凤凰网中超案<sup>5</sup>中，北京高院认为：“如制作者在机位的设置、镜头切换、画面选择、剪辑等方面能够反映制作者独特的构思，体现制作者的个性选择和安排，具有智力创造性，可认定其符合著作权法规定的独创性要求”。

又例如，在咪咕联通女排案<sup>6</sup>中，上海浦东新区人民法院认为：“涉案排球赛事节目通过机位的设置、镜头的选取、捕捉、切换和衔接，慢动作的回放、故事的塑造等，充分体现了创作者在其意志支配下对连续画面的选择、编辑和处理，彰显了节目制作过程中的人格因素，属于文学艺术领域具有独创性的表达”。二审法院也对此予以认可。

但是，笔者需要指出，新浪凤凰网中超案中北京高院对于“独创性有无”的论述是有所失当的。实际上对于是否构成作品的独创性要件判断，其核心在于“独创性高度是否足够高”，北京高院将“独创性的有无”与“高低”的对立是对独创性标准的一种误解。<sup>7</sup>

<sup>5</sup> 北京新浪互联信息服务有限公司与北京天盈九州网络技术有限公司不正当竞争纠纷，再审案号：(2020)京民再128号，二审案号：(2015)京知民终字第1818号，一审案号：(2014)朝民(知)初字第40334号

<sup>6</sup> 中国联合网络通信有限公司安徽省分公司等与著作权权属、侵权纠纷，二审案号：(2021)沪73民终687号，一审案号：(2020)沪0115民初51653号

<sup>7</sup> 王迁，体育赛事现场直播画面著作权保护若干问题——评“凤凰网赛事转播案”再审判决，《知识产权》2020年第11期

## （2）赛事直播画面的固定性

目前司法实践的主流观点是支持体育赛事直播/实况转播形成的连续画面能够满足作品构成的固定性要件，但是关于该问题的争议随着新浪凤凰网中超案而愈发热烈。笔者认为新浪凤凰网中超案再审判决的观点有待商榷，而在理论上赛事直播画面可能难以满足作品的“已固定”要求。

### 1) 议新浪凤凰网中超案 “信号可以视为介质”观点

北京高院在再审判决中认为：信号可以视为满足电影类作品定义“摄制在一定介质上”要求的一种介质。笔者对此不敢苟同。

《著作权法实施条例》第4条第11项规定：“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，是指摄制在一定介质上，由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，并且借助适当装置放映或者以其他方式传播的作品”。该条规定明确了视听作品或类电作品的“固定”要件是以“摄制在一定介质上”为标准的。

北京高院论述其观点的理由是：考虑到信息存储传播技术的进步，信息存储更加快捷、存储介质更加多元，对“介质”也应作广义解释。但是，若“信号”可以视为满足“固定”要件，那么就几乎意味着可以删除《著作权法》中作品的“固定”的要件。北京高院此处认可的“信号”是指体育赛事广播的公用信号，实际上只是一种“传播介质”而非“存储介质”<sup>8</sup>，其物理性质为电磁波。如果电磁波可以被视为被固定的“介质”，光波、声波、脑电波等是否也可以被视为固定的“介质”？任何的信息都是通过光波、声波等方式传递，然后在人类大脑形成脑电波被感知的，那么任何作品都可以被视为“已固定”了，这显然是荒谬的。

### 2) 赛事直播画面能否满足固定性要件

在司法实践中，以新浪凤凰网中超案、咪咕联通女排案为代表的主流意见均认可赛事直播画面可以满足固定性要件。在上述两案中，法院提到了“随摄随播”或“边录边播”即符合固定性要件。

那么，“随摄随播”、“边录边播”是什么？两者一样吗？为什么法院认为符合固定性要件呢？

实际上，“随摄随播”与“边录边播”或者“边播边录”没有区别，都是指直播或实况转播中，一边摄制一边传播的行为。按照文义或者常理推断，既然摄制了，直播或实况转播画面肯定一边也被录制（存储）在了硬盘或者云端等介质上，那当然就符合视听作品关于“摄制在一定介质上”的固定性要件了！

其实不然。在未经许可同步转播的侵权行为发生之时，体育赛事画面内容实际上并未被固定在介质上，还没有能够形成作品。简单类比于即兴创作的口述作品，口述者在说出第一个单词之时，这个单词（类比于赛事节目的一帧画面）已经被直播/实况转播和侵权了，但《著作权法》并不保护一个单词。因此，笔者认为，随摄随播并无法满足固定性要件。

在2021年的聚力A8中超案<sup>9</sup>中，可以看到上海知产法院明确论述了：“少数意见认为，直播形成的连续画面不属于《著作权法》(2010年修正)意义上的类电影作品……涉案足球赛事节目直播形成的连续画面仅属于在播放同时进行同步摄制的边播边录，并不符合已固定的

<sup>8</sup> 王迁，论现场直播的“固定”，《华东政法大学学报》2019年第3期

<sup>9</sup> 深圳行云跃动网络科技有限公司与上海聚力传媒技术有限公司著作权权属、侵权纠纷，二审案号：(2021)沪73民终130号，一审案号：(2019)沪0115民初45689号



要求。”而在新浪凤凰网中超案的二审判决书中，北京知识产权法院也认为此类随摄随播并不符合固定性的要件。

可见，在固定性要件上，司法实践中也存在少数意见认为赛事直播画面难以满足。从法学理论角度出发，笔者也倾向于少数意见。

根据上述分析，在目前司法实践的主流观点中，认可赛事节目画面的独创性与固定性，认为可以构成视听作品；少数意见认为，体育赛事的直播/实况转播画面是否满足固定性有待商榷。

而从保护赛事画面制作者的角度出发，笔者认为，《著作权法》下视听作品的保护力度大、保护范围全面且符合司法实践的主流观点，毫无疑问是最优的救济途径。

但即便管辖法院可能是倾向于少数意见的，现行《著作权法》仍然为赛事直播画面提供了另一条保护路径。

## 2. 赛事直播画面的另一条版权保护路径——广播组织权

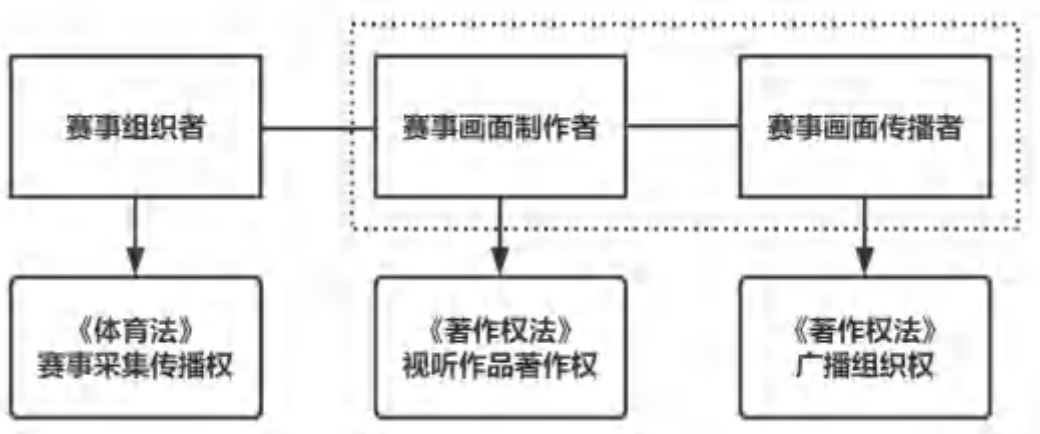
《著作权法》第四十七条规定了广播组织权：“广播电台、电视台有权禁止未经其许可的下列行为：

- （一）将其播放的广播、电视以有线或者无线方式转播；
- （二）将其播放的广播、电视录制以及复制；
- （三）将其播放的广播、电视通过信息网络向公众传播。”

可见，广播组织权赋予了电视台通过“播放”控制“传播”的权利，其并不以“固定”作为保护的前提，也即其保护的客体是体育赛事现场直播的转播等广播。同时，随着《著作权法》（2020年修正）的生效，广播组织权控制的行为从原先的转播、录制进一步扩张到了互联网传播。

这意味着，对于赛事直播画面的传播者（以冬奥会为例即 CCTV）而言，无论赛事直播画面是否构成作品，都可以行使其基于“播放”而享有的广播组织权，有效控制有线或无线方式、互联网的盗播或盗录的侵权行为。

综上所述，在《体育法（修订草案）》正式通过的情况下，体育赛事转播的各主体寻求法律保护的主要路径如下：



赛事组织者，在《体育法（修订草案）》正式通过的情况下，可以寻求《体育法》关于禁止未经许可采集、传播赛事活动信息权利的保护，禁止未经许可的赛事转播，并可能追究其侵权责任。当然，在现行法律框架下，笔者建议赛事组织者通过门票、购票须知、入场须知等方式，在可能的情况下与赛事观众或其他相关人员建立合同关系，以确保盗录/盗播行为发生时能够多一道保障。

赛事画面制作者与赛事画面传播者往往共同聚焦于赛事节目画面的法律保护，其可以主张赛事画面构成《著作权法》下的视听作品。对于预先录制的赛事画面，当然可以构成视听作品。而对于赛事直播画面，根据司法实践主流意见，也可以构成视听作品。若法院倾向于少数意见，认为赛事直播画面难以构成视听作品（甚至录像制品），则可以通过广播组织权进行保护。当然，若在《著作权法》难以规制的情况下，不正当竞争法仍然可能为体育赛事提供兜底性的补充保护。<sup>10</sup>

## 结语

冬奥会正如火如荼地进行着，以 CCTV 为代表的媒体转播与报道使每一位观众全方位、多角度地领略选手的个人实力、体育的竞技魅力以及中国的大国风采。而赛事转播作为体育赛事商业价值上的明珠，赛事组织者、赛事画面制作者和传播者如何通过法律保护自身权益也随着体育赛事的发展而越发重要。

最后祝福第 24 届冬奥会圆满成功，奥运健儿取得佳绩，祝愿我国体育赛事产业蒸蒸日上！

（本文首发于 2022 年 2 月 10 日）

---

<sup>10</sup> 阮开欣，体育赛事的不正当竞争法保护问题研究，  
<https://mp.weixin.qq.com/s?src=3&timestamp=1644302239&ver=1&signature=8P6BITP5YXRJ30N9huP8t-SZW8O6vvE21-1kmpA0K2f-rvPAS8wIjmil1Dc1aRbJC8ArsFcRujanHPYtRzV-nDnbCyyLUkHXPNIIN-312P0KH18vUTe7c5860G6cLp0gHhR5tDLFskD-W8r2Fpd8QiQ==>

# 颜值即正义的今天，商品的外观如何保护？

田潇雨、王洁敏

商品质量固然重要，但在颜值即正义的今天，越来越多的企业愿意把更多的精力和成本投入在商品的外观设计上。毕竟，一个吸睛的商品外观设计将会瞬间拥有提升品牌形象、提高商品价值甚至改变商品功能的超能力。

然而，在商品同质化问题日益突出的市场竞争中，富有美感、外形出众的商品几乎都难逃被模仿的厄运。这种搭便车的抄袭、模仿行为将极大程度地稀释商品的独特性及显著性，使得原本应该一枝独秀的商品被快速湮没在了无数同类商品中，这无论对于商品的竞争力还是品牌形象都是致命伤害。

有鉴于此，大胆猜（脑）测（补）不少品牌方在进行产品设计、营销推广之前可能都会与公司法务或外聘律师发生这么一段对话：

**品牌方：**我们斥巨资请专业公司包装设计的新产品马上要投入市场了，我现在最担心的就是它的“模仿者”太多，降低我们的市场竞争力不说，仿制品质量差还会影响公司口碑。这次我准备来他个先发制人，提前采取保护措施，有什么建议吗？

**律师：**商品外观的设计属于知识产权的保护范畴，常见的保护方式包括外观设计专利、实用艺术品、立体商标以及商业外观。

**品牌方：**还不少呢！快详细说说。

**律师：**信息量太大，咱这次先说说外观设计专利和实用艺术品，立体商标和商业外观请听下回分解~

## 外观设计专利

先从外观设计专利说起吧。单从字面来看商品的外观设计一定与外观设计专利权有着紧密的关联，确实如此，但想要获得外观设计专利权需要满足一定的法定条件。现行《专利法》第二条第四款明确：“外观设计是指对产品的整体或者局部的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适用于工业应用的新设计”。简单来说，**外观设计专利保护的客体是富有美感的新设计**，包括“富有美感”和“新设计”两个要件。

“富有美感”这个要件看起来就很抽象且主观，多美才算美？谁觉得美才是美？根据《专利审查指南》，**富有美感关注的是产品的外观给人的视觉感受，而不是产品的功能特性或者技术效果**。简单来说，“富有美感”的目的旨在强调外观设计专利的保护客体与发明或实用新型专利保护客体的本质区别。基于此，我们可以得出前面两个问题的答案：只要外观设计具有某些独特的视觉特性，能够吸引消费者注意力，且消费者觉得不丑即可，并不需要对产品的外观设计提出多么高的美学要求。实践中，也几乎没有因不够美而被驳回或无效的外观设计专利。当然，如果考虑到产品的销量和消费者颜控的特点，还是要尽量设计的美丽一点。

再来看“新设计”这个相对来说比较具体的概念。到底什么才算“新”呢？《专利法》告诉我们，“**新设计**”=**不属于现有设计+不属于抵触申请**<sup>1</sup>。外观设计专利无需经过实质性审查，

<sup>1</sup> 抵触申请，是指没有任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申

当申请人提交的设计不属于明显的现有设计或抵触申请时，几乎都能被授予专利权。但这里一定要注意，不少权利人可能在提交专利申请之前已经埋下了专利被宣告无效这颗定时炸弹。实践中，为提前“热场”，**权利人可能会在设计完成之初，提交申请之前就通过微博、官网、公众号，甚至召开新品发布会等方式迫不及待地将新产品公之于众，这将直接导致外观设计专利因不满足新颖性的要件而被宣告无效。**此前 Crocs 洞洞鞋引以为豪的外观设计专利就是因为是在申请日前发布在了官网上而被欧盟法院宣告无效的。**这个悲伤的故事告诉我们，“未申请不公开”是每个专利申请人应牢记的口号。**

还需说明一点，外观设计专利保护的客体是产品的形状、色彩、图案或者其结合的新设计，且这一设计能够被用于批量工业生产。这里的批量生产既包括机械化生产也包括手工生产，但是采用手工生产的，应保证每一个产品外观仅存在细微的差别，不会使一般消费者认为是不同的产品或设计。

### 实用艺术品

顾名思义，实用艺术品兼具“实用”与“艺术”的双重属性，横跨在外观设计专利权和著作权之间，这一概念源自于《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》。虽然我国的《著作权法》以及《著作权法实施条例》还未对实用艺术品的保护作出明确的规定，但实践中，当实用艺术品满足以下两个要件时，便可作为美术作品获得著作权法的保护。

**第一，实用艺术品应具备最低限度的独创性以及较高程度的艺术性。**独创性是实用艺术品受著作权法保护的基本要求，即该作品由作者独立创作完成并且能够体现出作者创造性劳动的成果。关于艺术性，这里所要求实用艺术品应具有的艺术美感完全不同于外观设计中的“富有美感”，甚至也不同于一般美术作品关于“美感”的要求，**而是需要达到较高的艺术创作高度，具有欣赏价值，可以让相关公众将其视为艺术品。**

如在法国轩尼诗公司诉广东卡拉尔等公司著作权侵权一案<sup>2</sup>中，广州知产法院以及广东省高院明确“实用艺术品应具有较高美感，至少使一般公众将其视为艺术品的要件。涉案‘Paradis 瓶子’相关形状、线条设计相互呼应，呈现了作者的选择、设计、布局等创造性劳动，整体造型简洁、典雅、优美，具备美术作品的艺术创作高度，富有欣赏价值，可以使一般公众将之视为艺术品。综上所述，涉案“Paradis 瓶子”构成受我国著作权法保护的美术作品。”

Paradis 的瓶身到底有多美呢？看下图：

---

请，并记载在申请日以后公告的专利文件中。

<sup>2</sup>（2017）粤 73 民初 3414 号、（2019）粤民终 1665 号



轩尼诗 Paradis 酒瓶

那么问题来了,为什么要对实用艺术品的艺术性设立那么高的门槛呢?正如前文所提到的,实用艺术品兼具实用品与艺术品的属性,为明确专利法与著作权法保护的界限,我们需要将是否具有“美感”或“审美意义”作为一个实用工业品是否可以纳入美术作品获得保护的重要标准。外观设计专利权与著作权在权利的取得方式、保护期限等方面均存在重要的区别:前者须经授权取得,后者自动取得;前者仅能获得 15 年的保护期,后者可获得 50 年以上的保护期。如在实用艺术作品艺术性要件判断上过于宽松,相信绝大多数外观设计权利人都会立即放弃缴纳年费,转身投奔著作权,最终将导致外观设计专利制度形同虚设,本来以保护文化领域中的创作成果为目的的著作权法将重心偏移。

第二,实用艺术品的实用性及艺术性应能够在物理或观念上相分离。既然作为美术作品来保护,著作权法也提出了条件:只保护实用艺术品的艺术美感。因此在判断是否符合保护要件时,应当将实用艺术品的实用性及物理性相分离。分离的方式分为两种,一种是物理上的拆分,即将整体相互拆分开可独立存在即可。如下图中的花型台灯,将灯泡从灯罩中取出即可实现实用性与艺术性的物理分离。



另一种则是观念上的分离,实践中通常是指对实用艺术品的艺术部分进行改动和设计后不会影响其使用功能的实现。只看文字比较抽象,我们借助案例来理解。在深圳都市之

森公司诉广州甲丁贸易公司等著作权纠纷一案<sup>3</sup>中，广州知产法院对涉案“迷你甲虫包”的实用性与艺术性是否能够分离时阐明：“本案中，涉案‘迷你甲虫包’具有艺术美感的部分主要在于包正面三条车缝线、向外鼓起类似甲壳虫背部的形状设计，同时背包的实用功能体现在收纳物品时可向外鼓起，达到扩充收纳的目的。如果涉案‘迷你甲虫包’造型正面不使用三条车缝线、向外鼓起类似甲壳虫背部的设计，则达不到扩充收纳的目的，即涉案‘迷你甲虫包’造型的艺术美感与实用功能是不能相互独立，其艺术美感无法与扩充收纳的实用功能相分离。”



涉案“迷你甲虫包”

如果满足以上两个要件，则可以考虑通过实用艺术品获得著作权法的保护，但是需要注意的是，即便作品一经创作完成即可自动获得保护，还是应尽早进行版权备案登记，获得权属证明。

**品牌方：**等等，外观设计专利权和实用艺术品只能二选一吗？

**律师：**当然不是啦~每个制度保护的侧重都有所不同，外观设计专利强调的是产品外观的美感和创新，以鼓励创新；实用艺术品保护的是外观的较高水准的艺术美感，以促进高水平的智力创造。两种保护方式各有特点，公司可以结合自身需求、产品特点、成本投入等方面综合考虑。我将两种保护方式的差异通过表格展现出来了，可以对比看看。

	外观设计专利	实用艺术品
保护对象	工业产品的设计，包括工业产品的色彩、形状、图案及其结合。	玩具、家具、饰品等具有实用功能并有审美意义的平面或者立体的造型艺术品。 <sup>4</sup>
授权条件	具有新颖性，即不属于现有技术及抵触申请。	具有独创性以及较高程度的美感，且作品的实用性与艺术性能够相分离。

<sup>3</sup> （2020）粤 0105 民初 27959 号、（2021）粤 73 民终 4650 号

<sup>4</sup> 暂无具体概念，著作权法第三次修订最新送审稿（2013）中，对实用艺术品的界定是“玩具、家具、饰品等具有实用功能并有审美意义的平面或者立体的造型艺术品”。

授权方式	向国家专利行政部门提出申请,通过初步审查,办理登记后即可获得授权。	作品创作完成后即获得著作权,无需履行任何手续。版权登记备案后可获得著作权证书。
保护期限	自申请之日起十五年。	作者为自然人,保护期限为有生之年+过世后五十年。 作者为法人或者非法人单位,保护期为五十年,截止于作品首次发表后第五十年的12月31日。
维持费用	需每年缴纳年费,未按时缴纳年费则视为放弃权利。	不需要缴纳年费。
保护范围	保护范围较窄,侵权方必须是在相同产品上使用相同或近似设计。	保护范围较宽,只要是相同设计,未经授权任何形式的使用均可能构成侵权。

(本文首发于2022年3月15日)

# 我的颜值我做主——浅析商品的外观保护

田潇雨、王洁敏

在上一文《颜值即正义的今天，商品的外观如何保护？（上）》中，我们介绍了商品的外观可以通过外观设计专利、实用艺术品、立体商标以及商业外观获得保护，并就外观设计专利和实用艺术品两种保护方式的具体表现形式以及需满足的条件展开分析。本文将继续介绍其余两种保护方式。

**品牌方：**关于商品外观的专利权和著作权保护我们已经了解的差不多了，再来说说其他两种保护方式吧。

**律师：**好嘞！不过在开始之前要强调一点，这里所指的商品外观不仅包括商品本身的造型或设计，同样包括商品外包装的设计，符合条件的，同样能够通过前述四种方式获得保护。

## 立体商标

立体商标即三维标志，是指仅由三维标志或者含有其他要素的三维标志构成的商标。这个三维标志既可以是商品本身的形状，也可以是商品的包装物或者其他三维标志。<sup>1</sup>仅从定义来开，想申请一个立体商标似乎并不复杂，其实不然。相较于平面商标，立体商标的注册申请有着更为严苛的审查标准。除了需要满足其他平面商标注册时的“显著性”要件外，还需要满足另一个特有要件，即“非功能性”。

### 1、立体商标应具有“显著性”

关于立体商标的“显著性”，《商标审查审理指南》（以下简称“《指南》”）将其解释为“商标应当具备的足以使相关公众区分商品或服务来源的特征”。但实践中对于商标是否具有显著性的判断，绝对不是一句话这么简单。

商标取得显著性的方式分为两种：一种是天生丽质型，该商标一经设计完成即获得了固有显著性；另一种则是勤能补拙型，这一类型的商标通常需要经过后续的宣传、推广、使用来获得显著性。然而，实践中能够被认定为具有固有显著性的商标几乎是凤毛麟角。那究竟如何判断一个立体商标是否具有显著性呢？需要分情况来看：

（1）固有显著性。立体商标的固有显著性程度取决于其使用方式。通常情况下，立体商标的使用包含以下三种方式：用作商品本身的形状、用作商品的包装以及用作商品的装饰。三种方式中，只有作为商品的装饰使用，使得相关公众认为该三维标志与指定商品无直接关联时，才可能认定该立体商标具有固有显著性。如在圣·托斯公司立体小熊商标一案<sup>2</sup>中，北京高院认为：由类似气泡状几何图形组成的立体小熊商标与其指定注册的第18类箱包等商品以及第25类服装等商品并无直接关联，从商业认知和使用形式来看相关公众能够将其认定为商标标识，故该三维标志具有固有显著性。

<sup>1</sup>参见《商标审查审理指南》（2021）第六章 三维标志商标的审查审理一节

<sup>2</sup>（2014）高行（知）终字第3866号



而在其他两种使用方式下，相关公众看到该三维标志时，通常会将其认知为“商品本身的形状”或“商品的包装”，属于对商品特点的直接描述，而非指示商品来源。但实践中，以商品本身或商品包装作为三维标志申请注册商标的情形又占绝大多数，而因为缺乏固有显著性，这些商标往往都会有一段“商标注册申请予以驳回”的惨痛经历。

(2) 获得显著性。一次失败不等于一直失败，《指南》为不具有固有显著性的商标提供了第二次获得显著性的机会——有充足证据证明此类立体商标经过长期或广泛使用起到了区分商品来源的作用，可以取得显著性。同时明确，判定某个标志是否经过使用取得显著性特征，应当综合考虑下列因素：

- ① 相关公众对该标志的认知情况；
- ② 该标志在制定商品或服务上实际使用的时间、使用方式、同行业使用情况；
- ③ 使用该标志的商品或服务的销售量、营业额及市场占有率；
- ④ 使用该标志的商品或服务的广告宣传情况及覆盖范围；
- ⑤ 使该标志取得显著特征的其他因素。

经使用获得显著性的判断关键在于商标知名程度的认定。通常情况下，如果商标使用者可以证明全国范围的相关公众对使用在特定商品上的某一标志已经广为知晓，且能够在商标和商品来源之间建立起唯一对应关系，则可以认定该商标具有获得显著性。

## 2、立体商标应具有“非功能性”

有关立体商标“非功能性”的要求规定在《商标法》第十二条：以三维标志申请注册商标的，仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，不得注册。同时，《指南》对以上三种“功能性”的情形做了细化性规定：

### (1) 商品自身的形状具有功能性

《指南》将“仅由商品自身性质产生的三维形状”解释为：为了实现商品固有的目的和用途所必须采用的或通常采用的三维形状。这里借用一下《指南》给出的示例：汽车轮胎。



众所周知，轮胎这一商品之所以呈现出有一定宽度的立体圆环形状是为了实现支撑车辆、接触地面以及保证车辆正常行使的功能。因此，当这种三维形状被指定使用在“轮胎”这一

商品上时，一旦允许其成为商标注册，权利人将获得这种立体圆形的市场垄断地位，从而使其他轮胎制造商不得在商业活动中使用这种三维形状，故应禁止此类三维标志的注册。

### （2）实用功能性

《指南》将“为获得技术效果而需有的商品三维形状”，即三维形状的实用功能性解释为：**为使商品具备特定功能，或者使商品固有的功能更容易地实现所必须使用的三维形状。**

如为之宝制造公司立体商标案<sup>3</sup>中，北京高院明确：尽管 ZIPPO 商标已经具有一定的知名度，但若要将打火机的三维形状作为立体商标注册，仍应对其非功能性进行判断。整体来看，涉案形状的方盒设计便于携带，上盖存在有利于安全，铰链连接实现单手操作的方便性，圆角及微拱实现了按压时的舒适、避免刮蹭，各个关键特征均属于为获得技术效果所必须具有的形状，具有功能性。**如果同行业的其他竞争者需要选择具有类似性能的打火机时就不可避免的会使用被异议商标的关键特征。**



### （3）美学功能性

同样，《指南》也对三维形状具有美学功能性赋予了解释：**为使商品的外观或造型具有美学价值，进而实质性地影响消费者的购买意愿所使用的三维形状。**简单来说就是促使消费者激情下单的关键因素在于三维形状（可能是商品本身或商品包装）美丽的外形和独特的设计，至于这个商品的提供者是谁，消费者根本不在乎。此时，就可以认定为这一三维形状具有美学功能性。

此处可以借助开平味事达调味品公司立体商标案<sup>4</sup>来理解，北京一中院详细阐释了何为“美学功能性”。其指出：**对立体商标美学功能性的认定应综合考虑“美感”与“实质性价值”两个要素，而商品的“实质性价值”通常由相关公众的购买行为体现。**涉案立体商标为制定颜色的方形瓶，指定使用商品为食品调味品，因此对涉案三维标志的美学功能性进行判断时，应以购买者的购买意图作为判断主体。如果购买者在决定购买哪种食用调味品时，主要考虑的是该商品的包装，则可以认定这一方形瓶设计具有美学功能性。但结合相关公众的一般认知可以看出，**对于食用调味品这一类商品，购买者所关注的通常是其商品本身的质量、生产厂商等要素**，至于其采用的包装本身虽然可能在一定程度上影响购买者的购买行为，但显然并非决定性因素。

<sup>3</sup> (2015)高行（知）终字第 4355 号

<sup>4</sup> (2012)一中知行初字第 269 号



需要强调的是，如果立体商标被认定具有功能性，即便经过长期使用也不能获得注册。那究竟为什么要给立体商标设置这样一个限制呢？难道那种具有便携、防风功能的打火机，那种看一眼就忍不住要立即下单的可爱公仔都不配获得保护吗？当然不是！**《商标法》保护的是商品的识别功能为商标所有人带来的利益**，而对于这些具有功能性和艺术性的商品来说，《专利法》和《著作权法》已经能够为其提供足够的保护空间了，如果再将其纳入到《商标法》的保护范围中，专利和著作权制度中为权利人设置的独占保护期将在相当程度上落空。因为一旦专利权和著作权的保护期限届满，权利人便会立即通过注册商标获得无期限地保护，这显然不合理地占用了共有资源，使得竞争者处于不合理的竞争劣势。

### 商业外观

“商业外观”（Trade Dress）一词来源于美国，通常包括指产品的外形或者形状、产品的包装、在产品或其包装上使用的颜色或者设计等组合，强调商品外观的整体印象。虽然我国并没有相应的概念，但这一保护客体被纳入在《反不正当竞争法》的保护范畴内。《反法》第六条第一款规定，经营者不得擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识，从而引人误认为是经营者与他人的商品或者与他人存在特定联系。

基于前述规定，商品的外观若想要获得《反法》保护，则首先需要满足“有一定影响”这一要件。根据3月22日刚刚生效的《反法司法解释》第四条之规定，“有一定影响”的标识应当“具有一定的市场知名度”和“具有区别商品来源的显著特征”。

首先，“具有一定的市场知名度”为商品的外观提出了可识别性的要求，标识的市场知名度越高，其所具有的可识别性就越高。而标识提高市场知名度最行之有效的方法就是通过长期的经营、宣传、推广等活动使该标识为相关公众所熟知。鉴于此，《反法司法解释》第四条第二款明确，在判断标识的知名度时，应综合考虑中国境内相关公众的知悉程度、商品销售的时间、区域、数额和对象，宣传的持续情况、程度和地域范围，标识受保护的情况等因素。

其次，商品的外观还应“具有区别商品来源的显著特征”。其本质在于知名标识在市场中获得了一定的认可度之后，消费者能够通过商品的外观识别商品的来源。特别需要注意的是，商业外观与商标不同，无论商品的外形设计如何新颖、独特，都无法获得固有显著特征，而必须通过使用获得显著性。因为商品设计与商品来源之间的联系无法天然建立，即使最独

特的设计也只能吸引消费者的注意力而不能自动地指示产品来源。这一要件在《反法司法解释》第五条中也有所体现。

综上可得，反不正当竞争法所保护的法益是经营者基于其具有一定影响的商业外观所衍生出的竞争性法益，而该法益被侵害的主要方式是造成消费者混淆，因此，反法并没有主动赋予经营者积极的专有性权利，而是通过规制混淆行为达到对经营者的保护。

**品牌方：**原来一个商品在投放市场销售之前可以事先采取这么多保护措施，我们这就去准备起来，把能申请的都先申请一遍！

**律师：**且慢……为商品制定全面的知识产权保护方案是有必要的，不过不同保护机制的保护期限、启动条件以及成本均有所不同，比如外观设计设计保护期限短，外观设计和实用艺术品的保护门槛高，商标续展需要支付费用等。建议在选择保护方式的时候还是应结合欲推广商品的特点、公司发展需求等方面综合判断。

（本文首发于 2022 年 3 月 23 日）

## 卫新：克服内卷的方式是让自己成熟起来

本文根据卫新律师在上海星瀚律师事务所2021年度工作总结会议上发表的主任致辞整理而成



各位同事：

大家好！又到了每一年度总结的时候。过去一年中，行业内外谈“内卷”非常多。我们的客户在咨询业务和商业模式的时候，会说“内卷”；在律师同行内部交流时，也谈“内卷”。比如，律师的加班越来越多，不少律师的年度工作时间已经达到了3000小时，而客户的要求还在持续提高，以前只是要求客户的邮件必须当天回复，现在客户的微信要是10分钟不回复，客户就会觉得律师缺乏投入度；比如，不少律所频繁迁址、豪华装修，提升在租金和装修方面的投入，但收费越来越低，管理越来越难；又比如，很多律师都会提到竞争压力大，有老同事和我说，涌入律师行业的人员越来越多，某些专业领域、行业领域已经高度同质化，由此带来的案源压力很大……

的确，星瀚在2021年度取得了非常亮眼的成绩，但是到了2022年1月1日，一切归零、重新开始。在新的一年里，我们如何克服内卷？就此，我想分享一些和钱没关系的事情。

### 做正确的事，帮有道理的人

2021年，我担任仲裁员，全年仲裁了近三十件案子，除了二次边裁之外，其他担任的都是首仲。在担任仲裁员的过程中，我一方面感慨于我们法律从业者的责任心和专业素养还需要持续加强；另一方面，我看到了律师的选择和案件结果之间的关联。有的律师技术不行，有的当事人有违诚实信用，二者都会带来不利的裁判结果。但相对而言，当当事人有违诚实

信用原则的时候，即使律师业务精湛，案件的结果也常常是失败的。作为居中裁判者和法律人，最终指引我的还是良知和共情。

星瀚成立十周年的时候，一位非常重要的客户伙伴分享说，我喜欢担任原告的律师：“卫新律师说他偏好做原告的代理，因为原告往往是弱者，当然，原告作为弱者一方并不表示其就具有天然的正义。我们不知道他这样说是否可以归类为政治正确或法理正确，但是我们对表达出的同情心、正义观，我们是感到心服和心安的，所以，这也是我们选择卫新律师的重要理由。”的确，**尊重诚实信用，用我们的技术去帮助有道理的人，这是我的价值选择，也应当是星瀚法律人的价值选择。**

在星瀚的优势领域中，无论是企业内控与反舞弊、融资性贸易还是股权类的争议解决，我们都会关注我们帮助的对象是否真实受到损害、诉求是否具有合理性，**我们的法律技术优势要用来帮助他们挽回损失、争取正当的权益，也正是因为坚持这样的理念，我们得到了合理的商业回报，也得到尊重与信任。**

我想和大家说的是，不是为了争取每一个业务机会都要去“卷”的，逐利而“卷”，违心而事，往往精疲力竭，收获寥寥。即使商业，也要有所取舍，重义笃行，往往才是财富密码。每个人都有选择的自由，在我们的选择中，就是技术派也要做正确的事情，帮助有道理的人。

### 合作要共赢，要互相尊重

星瀚一直强调我们的使命是成为客户心目中高效负责的伙伴，所以星瀚对同事们的服务要求非常高，我们订立服务反馈的标准、做满意度调查、进行结案确认的考核，我们不仅要大家提供法律专业的价值，也要提供商业价值、情绪价值……

在这样的高要求下，我们一直保持良好的口碑。但是，对于“客户满意”这个标准，我们的同事也难免遇到挫折。比如在过去的2021年，有客户表达说，比之律师提供的文本和服务的客观事实，服务的“感觉”更重要，客观上，我们年轻同事在此方面确有欠缺，我们需要有反思和改进。我们常常自我揶揄“客户爸爸”，“爸爸”的需求，总要千方百计满足，需要我们在细节上“卷起来”。

不过，今天是内部总结会，我更想强调，客户服务是重要的。但是，尊重也同样重要，**伙伴是彼此给予的认同。**客户的需求可以方方面面，但同样不能越界。

在我们星瀚人的心里，文本是否重要？重要。事实是否重要？重要。**我们的根本价值还是用法律专业解决问题，客户对这样的根本价值要与我们有共识，客户认同法律、认同律师工作，合作才能取得双赢。**

我们从事的是法律服务行业，无论如何，服务都应当有基本的态度，如果确实无法与客户达成共识，我们也要做到诚恳沟通、好聚好散；而下一次，大家要记得，**价值认同是合作共赢的基础。**让自己变得有价值的这种“卷”是值得的，为迎合没有基础价值认同的人，所付出的“卷”是徒劳的。



### 成熟的人，温和与坚强可以共存

2021 年度，专项整治毫无疑问是律师行业的重点工作，星瀚在此方面的表现非常优异。我们要感谢运营的同事，星瀚运营的服务能力很强，很多任务还没等分工，运营的同事就会主动落实；也要感谢我们的律师、律师助理，是大家一直以来的技术派风格使得星瀚一直保持着合规经营、做到了可持续发展。我们一贯的内部管理要求，与主管机关专项整治的合规要求是重叠的，我们没有“历史”的包袱，并不需要因此花费更多的额外成本，这也保证了星瀚 2021 年取得良好的业绩增长。

面对“内卷”，比之“躺平”，我们更有**笃信并长期笃行的**：

**我们相信，业务技术水平、解决问题的能力对客户选择律师越来越重要，做热爱法律的技术派是一件正确的并且要一直坚持的事情；**

**我们相信，行业一定会越来越透明，客户对专业的识别度也会越来越高；**

**我们相信，通用业务的利润会越来越低，有门槛、有难度的业务才更有价值；**

**我们相信，利益分配应该与价值相关，而且会越来越合理。**一个律师“搞定”案源、“搞定”客户，就能取得高收益的时代已经不存在了；这是一个年轻人才辈出，只要刻苦踏实、技术精湛、有着正确的价值观，就会获得合理回报的时代。所以，无论外部还是内部，我们都要坚持专业、分工合作，协同才能产生更大的价值。

我告诉我自己：**如何克服内卷？就是要让自己成熟起来。**

如果内心不够成熟，情感有些脆弱，为了弥补这些不足，就会要从创收、地位、关系、证书、资历中来获取力量。

人与人之间的交往，如果缺乏真正的理解和同情，我们往往会把自己包装成特别强势的样子，充满了控制感和胜负欲。但如果只有体谅、唯唯诺诺，缺乏勇气，我们就变得没有原则，困在无法表达、无法实现自己想法和愿望的委屈中。

追求外在的证明和人际关系中的赢家，又或是受委屈的状态，恰恰是人的“不成熟”，也是焦虑和内卷的源头。回顾过去的 2021 年，我们每次抱怨焦虑、抱怨周围的人“卷”，是不是正是这种不成熟在作祟。

我相信这个世界的资源和机会足够丰富，大家都可以找到适合自己的专业、信任自己的客户、能够长远发展的平台，而我们要做的，是成为成熟的人。

我理解的成熟的人，就是：理解他人、理解世界，充满勇气，是敢作敢为和体谅他人的一种平衡。如果我们足够成熟，就会乐于聆听、善于沟通并勇于面对。当我们拥有了这样的平衡，自然也就不必也不会焦虑了。

熟悉我的同事都知道，我是比较温和的人，我总跟同事们强调要反求诸己，理解他人。新的一年里，我要与大家共勉的是：成熟的人，温和与坚强可以共存。

祝大家新年快乐！



（本文首发于 2022 年 1 月 27 日）



## 星潮来袭，未来可期

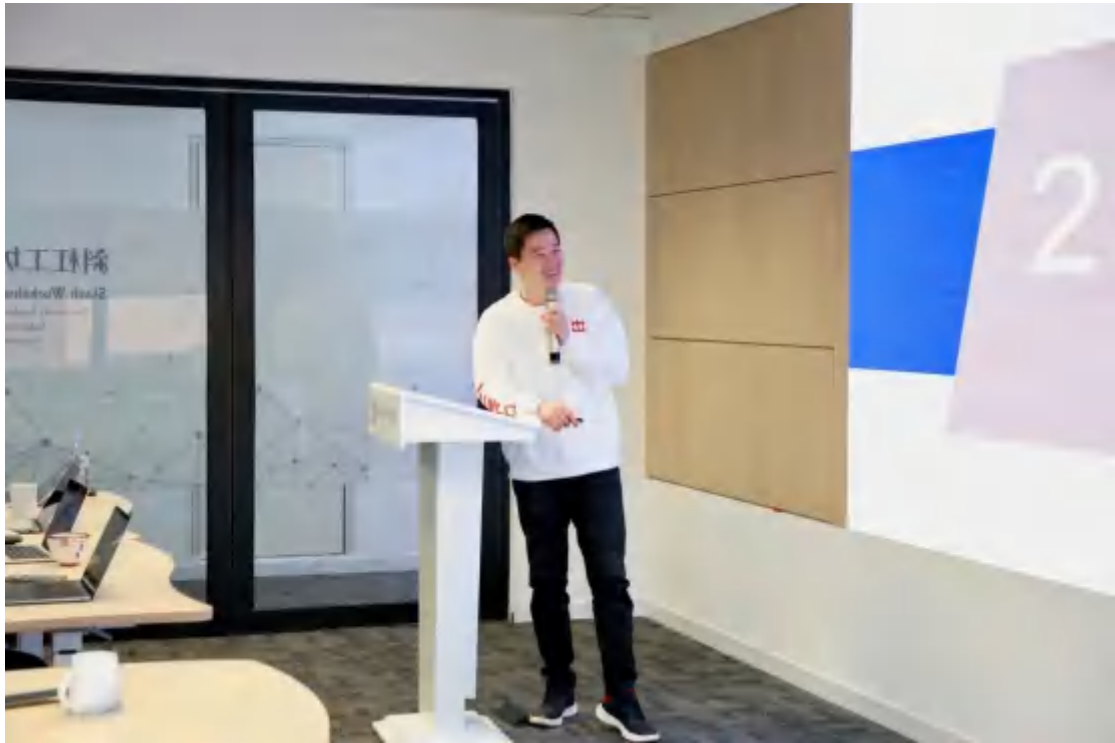
2022年1月21日，上海星瀚律师事务所举办年会。本次年会的主题是“星潮来袭，未来可期”，由上午的工作年会及下午的娱乐年会及晚宴三部分组成。

### 愿温和与坚强并存

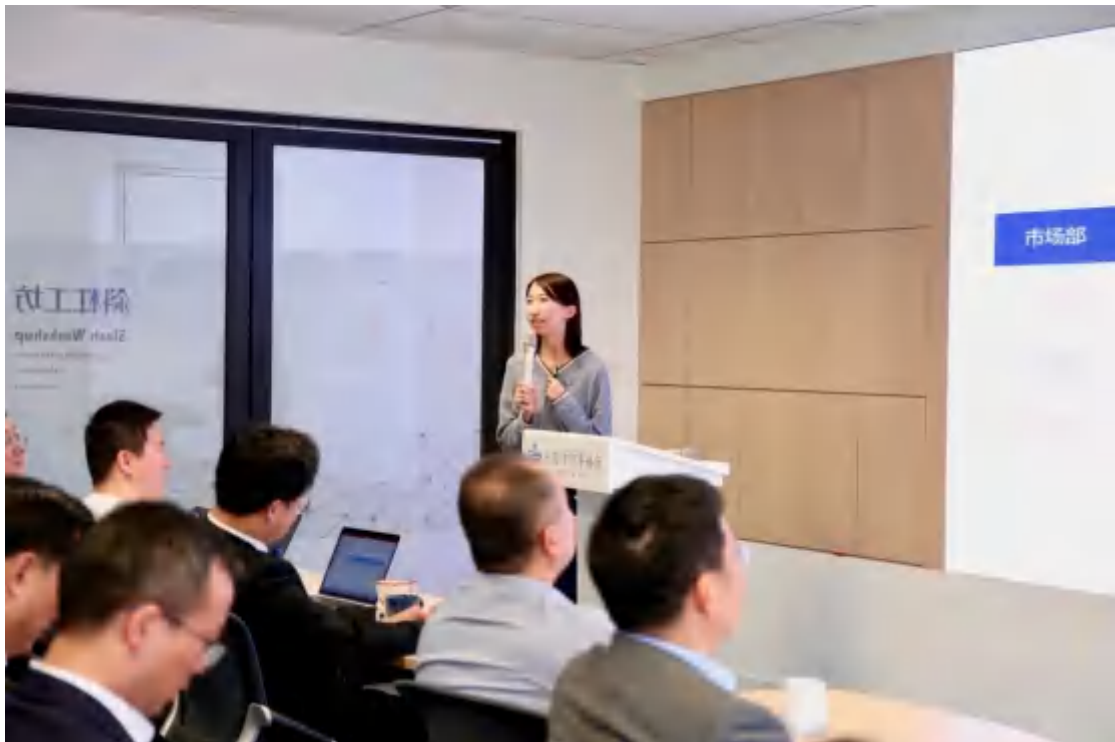
工作会议伊始，**党支部书记、执行主任丁绍宽律师**总结了2021年度星瀚党支部的工作情况。丁律师表示，新的一年，他将带领党支部积极投身法援公益，以党建促所建，迎来星瀚更好的明天。



随后，**高级合伙人汪银平律师**为大家介绍了星瀚2021年度业务数据情况。汪律师指出，过去一年中，无论是律所总创收还是人均创收，都保持了增长态势。汪律师对星瀚的“产品化、强运营”战略加以强调，期待在新的一年里，全所各部门间能继续紧密合作，为客户提供综合性的解决方案。



宋佳作为星瀚运营管理负责人带大家回顾了过去一年市场、财务、行政、法务秘书、人事部门的点滴贡献，并作新一年度工作展望。此外，宋佳还进行了制度宣导：星瀚将持续加强业管维度的底线管理、做好律所数字化建设、优化律所客户管理和产品制度。



最后，卫新主任作年度总结和主任致辞，谈及行业环境、选择的自由与对抗内卷的方式，谈道“我理解的成熟的人，就是：理解他人、理解世界，充满勇气，是敢作敢为和体谅他人的一种平衡。成熟的人，温和与坚强可以共存。”

### 表演，我们是认真的

本场年会的 dress code 是“国潮”元素，同事们为了扣题也是下了一番工夫，有的“盛装出席”，也有的在配饰上“费尽心机”……



娱乐年会上共有 9 组同事献上了精彩纷呈的表演，尽管排练可能或多或少占用了大家一些空余时间，但对待表演大家都拿出了工作般严谨的态度，绝不马虎。和大家说一个小插曲，因为时间原因，最后的大合唱比原计划提前演出，大家得知消息后的第一反应不是任务即将结束的喜悦，而是：我还没来得及开嗓！



(开场舞瞬间点燃全场气氛)



(丁绍宽律师献唱后来)



(来自小 chen 们的新人观察日记)



(“心之所动，且就随缘去吧~”)



(一场动静结合的 T 台秀)



(关于 2021 年的那些事儿~)



(舞艺高超的盛青再次登场)



(永远年少，永远少年)



（今年家里的亲戚长辈又准备了什么样的“关心”呢~）

### 蹭一蹭这份实力和运气

观看表演之余，也穿插了若干星瀚年度奖项的公布：

优秀客户服务奖：刑事部为某上市高新科技企业提供的综合法律服务

优秀非诉讼项目奖：某境外公司员工舞弊案

优秀诉讼项目奖：某房地产公司系列股东纠纷

年度特别贡献奖：丁绍宽、杜頊瑶

年度优秀运营奖：李菁

年度优秀新人奖：哈力切、洪璐

年度飞跃进步奖：冯恬、杨轶菡、虞杨、谭文辉

年度合作奖：丁绍宽

年度优秀讲师奖：李凤翔、赵晓波

年度优秀作者奖：崔岩双、黄璞虑

年度优秀社团奖：桌游剧本杀社、羽毛球社

年度优秀星瀚人：沈大力

年度优秀团队奖：企业内控与反舞弊法律服务中心







晚宴时当然也少不了最令人期待的幸运抽奖环节，笔记本电脑、手机、iPad、Go Pro、投影仪、咖啡机……诸多奖品花落各家。



正如卫律师所说,“这个世界的资源和机会足够丰富,大家都可以找到适合自己的专业、信任自己的客户、能够长远发展的平台,而我们要做的,是成为成熟的人。”新的一年,星瀚将不忘初心、成人达己,坚持做热爱法律的技术派。也祝大家新的一年,心想事成,虎年大吉!

(本文首发于 2022 年 1 月 28 日)

## 律师都是天生的段子手？

在 2021 年度的星瀚娱乐年会上，9 组同事精心准备了不同形式的节目，跳舞、唱歌、小提琴演奏、T 台秀……经过公平、公正、公开的现场投票，《新人观察日记》获得了全场超过半数的支持率，荣获“最受欢迎表演”奖。



《新人观察日记》的两位表演者边晨和陈楚翘是星瀚“2021 界星际特工”，当时在结业仪式上，除了专业展示，边晨也分享了实习期间的“观察日记”，现在想来也是本次节目的小预演。

很多人都觉得律师们个个能说会道，在法庭上唇枪舌战毫不怯场，在熟悉的同事面前表演更是手到擒来，真的是这样吗？

### 生活不易，小 chen 卖艺

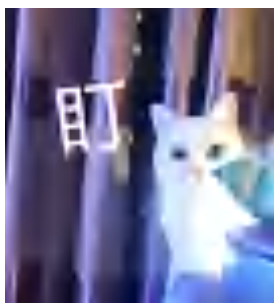
谈及是怎么想到要表演脱口秀的，两人一致表示是“被逼的”。“我和楚翘坐在李凤翔律师和苏宇吉律师（请把两位“罪魁祸首”的大名打在公屏上）对面，我俩空余时间打打嘴仗、损损对方，二位律师在对面听得不亦乐乎，力荐我俩本色出演搞个语言类节目。迫于对方的‘权势胁迫’，再加上确实没有唱歌跳舞的特长和 T 台走秀的气质，语言类节目自然而然成为了我俩的唯一选项。”

主题很好确定，脱口秀就是要逗观众笑，逗观众笑最简单的办法就是引起共鸣。作为律所内部年会节目，引发共鸣就很简单，只要找到大家的共同点：身边的同事和共同的职业属性。因此，两人的第一步是先罗列了一个可以“吐槽”的同事名单。“选择标准是在律所内部有一定知名度以及有比较突出的特质作为素材，重点是还要是我俩熟悉的同事，不然下不

了手（所以这个名单其实不是很长）。”“写的过程中为了精炼，又删掉了很想讲的可爱前辈（比如温柔活泼的阮霭倩律师），最后稿子里提到的律师其实比我们最初设想的要少~”

职业属性方面，主要是从新人角度出发，吐槽完别人吐槽自己，也是两人入职第一年的真实感受，这一块素材特别多，写稿速度也明显提升。“本来还想从职业的角度，讲讲律师和其他行业的区别，但这块太难了，我俩知难而退，特把这个 idea 留给下次想表演的资深律师们~”

回忆整个写稿的过程，是有趣、难忘又痛苦的。边晨说，因为稿子一度写不出来，她和楚翘出现了宁愿加班也不想写稿的抗拒心理。“所以我们试图通过在不同地方写稿寻找灵感。”在表演前一周的周末，她们相约去苏律师家写稿，一直到零点才离开——当天成果：苏律师家的猫雪碧很可爱，单方面和雪碧建立了深厚感情。



（来自雪碧的凝视）

除了要感谢苏律师（的猫），还有一个人也功不可没。“我们的稿子都会拿给盛青看，请盛青从观众角度给点意见。由于我和楚翘的讲话风格不一样，经常容易对一个点的表述方式产生争执，盛青的意见也能帮我们快速决断。”边晨说，“我们最终版的稿子有许多盛青的修改，盛青是我们稿子的第三作者。”



（三位作者合影）

## 我们是生活的记录者

既是从日常取材，自然少不了两人在工作时的认真观察，两人调侃、模仿两手抓，抛出的梗连老板都不放过，让同事们纷纷想要爆灯。边晨说：“其实不是我们观察能力强，而是**律师们特点都很鲜明**，想到某位律师，ta 的人设就已经在脑子里建立起来了，我们只是把这些特点用轻松的方式表达出来。”“有了表演任务后就观察地更认真了~”楚翘说，“自从我们的‘创意脱口秀’上了节目单，我们每天碰到好玩的梗就会打趣说：‘嗯，把这个记到脱口秀的小本本上！’（然并没有）”

虽然准备的过程十分艰辛，但两位小 chen 同学对自己的表现还是相当满意的，都表示对于获得“最受欢迎表演”这个奖项还是在意料之中的，而且在表演后也收获了很多同事的夸奖（以及老板的红包）。

边晨说：“印象最深的是雷萍萍律师在表演结束第二天给我发了我们表演的照片，说看到就很开心，并评价我俩很有喜感，表演很有氛围感。我理解的氛围感是现场大家放松和熟悉的氛围。”而楚翘则表示：“**我们只是生活的记录者，各位律师是生活的表演者**”。



## Q&A 时间

**Q：以后有机会还愿意和对方搭档吗？**

**晨：**哈哈哈哈哈不会，已解绑。虽然平时我俩玩的很好，但写稿的时候我们的风格完全不一样，熟悉的说话和表达方式也不一样，写稿的过程中有很多次意见不和，经常需要彼此说服，但可能正是这样才能写出一篇有说服力的稿子，所以没办法不和陈楚翘搭档，要是不搭档肯定坚持不下来。

**陈：**会的！毕竟除了边晨，也没人和我组搭档了……

**Q:有什么想和自己的搭档说的吗?**

**陈:** 如果一定要说点矫情的话,就是很幸运吧,能遇到我的搭档,无论是这次准备节目中还是平时相处,我都会有胆怯的时候,她总是在我身边鼓励我、安慰我。

**晨:** 川普很可爱,不用纠正~

边晨说,脱口秀节目是一个需要观众实时反馈和互动的节目,在表演之前她和楚翘最担心的就是大家不笑。好在表演的过程中,同事们很捧场,听到同事们的笑声给了她们很大的自信。“我们这个节目的效果是大家一起营造的。节目内容大家可能会忘记,但**节目的氛围和感觉会一直留在大家的印象里。**”

根据小编的不完全随机抽调,多数同事把票投给了这一节目的主要原因便是“贴近日常,有共鸣”。这也正是星瀚一直想要传递给大家的,不仅是专业,还有温暖和亲切。律师逻辑清晰、巧言善辩不假,但成为段子手更重要的一点是:做生活中的有心人~

(本文首发于 2022 年 2 月 25 日)

## 从最佳听众到最佳讲师的蜕变之路

在星瀚，隐藏着不少明星讲师：除了讲课频次高、授课内容广的卫新律师，注重实务前沿的汪银平律师，娓娓道来的阮霭倩律师，能把“专业书”讲成“武侠小说”的周晓鸣老师，热情洋溢的黄璞虑律师……一批新鲜力量也在崛起中。他们除了在日常工作中，应客户要求提供讲座、培训，也承担起了内部培训的任务。

星瀚始终重视对于年轻人的培养，每一个在星瀚实习过的同学都会对贯穿整个实习期间的培训课程印象深刻，课程内容从基础技能到法律实务，让大家在实习期间更全面、立体地了解律师职业和不同类型的法律工作。在星瀚 2021 年度评优中，李凤翔律师和赵晓波律师获得了“年度优秀讲师”的称号。你有听过她们的课吗？



### 风格各异

凤翔律师主要为实习生们讲述「法律调研」的课程。她结合自己的工作经验，将调研工作拆分为“问题-搜集-筛选-整理”四个部分，详细地为实习生们讲解了法律调研的具体步骤。除了传授作为一名实习生或律所新人在工作时可以掌握的技巧外，凤翔律师在课程培训中也总忍不住“夹杂私货”——分享一些自己对律师工作的看法及见解。不过凤翔律师也表示虽然已经在所里参加过很多次新人培训工作，也获得了“年度优秀讲师”，但仍感觉自己的技艺还不够娴熟、经验尚浅，还是不断精进自己的讲课能力。





晓波律师的讲课风格偏向**结合实务案例、解决问题导向型**。根据讲课主题，她会对实务案例进行改编，在讲课时引导听众思考解决问题的多种路径和方式，比较优劣性后，选择适当的路径。作为「法律文书」这一课程的讲师，晓波律师的课程也会更加特别一些。讲课前她会给实习生们布置一个小作业，需要在课程开始前按照案情和证据拟写一份法律文书。在讲述完法律文书应有的规范及注意事项后，晓波律师便会拿出大家的课前作业一一讲评，与大家互动，分析问题关键以及之后的改进之处。



### 青出于蓝

两位新晋最佳讲师都表示星瀚的培训体系非常完善，除了对新人会安排一系列的培训课程外，也会有很多资深律师在每周五的学习会上分享自己的专业知识、最新研究。因此，有幸听过律所很多律师的分享，可以说各有千秋，从每个人身上都能学到很多。

最近卫律师连续几周（最近受疫情影响被迫中断）和大家分享合同审核实务课程，即使对凤翔律师来说审核合同已不算难事，但仍然会有新的心得与体会。再比如她刚进入星瀚的时候，法律调研课程由阮霭倩律师主讲，阮律师会布置课前作业，上课时他们发现阮律师认真查阅了每个人的课前作业，彼时作为一名“小白”，对于律所、律师如此投入到新人培训当中是非常感动的。

让晓波律师印象最深刻的是她之前的带教律师的一次分享课程，很有人格魅力，特别细致认真，讲课的内容也并不着眼于某一个具体问题的解决，而在于引导一种发散性、周全性的思维方式，有趣、有料、有用。那次培训不仅进一步激发了她对律师工作的兴趣，想来也为晓波律师之后的讲师之路奠定了基础。

同样的，不少实习同学也在听过凤翔律师、晓波律师及其他讲师们的课程后认识到了自己的不足，找到了应该努力的方向，抑或是对律师职业产生了更多的敬畏，看到了一个全新的世界。



## 寄语时间

如同凤翔律师、晓波律师一样，不少星瀚人都是从毕业实习起进入星瀚，在星瀚完善的带教、培训机制下成长起来的。律所也会组织适合各阶段发展需求的课程内容以及建立全面的内训和外训体系。从第一次接到讲课任务的忐忑不安，到现在的从容应对，被问到有什么建议和寄语可以送上时，凤翔律师积极地为星瀚打起了广告：**欢迎实习生来星瀚实习，这里有很多讲的比我更好的律师帮助你更深入地了解律师行业！**

晓波律师则将自己带教律师的一句话送给大家：**没有小案子，只有小律师——天下大事，必作于细；律师之路，必先于易。把小案子当大案子办，小中见大，摒弃不在乎小案子、不愿办小案子的心态。**

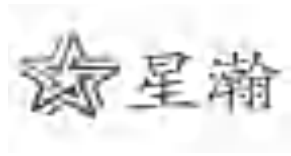


在成为最佳讲师前，她们也曾是坐在台下的听众，满怀着对律师工作的憧憬。谈到这一身份转化的最大感受，可以用四个字概括——**薪火相传**。


正如凤翔律师所说，在刚入职时，律所的很多新人培训课程是由我们的前辈律师上的，后来慢慢更换到我们来做新人培训。同时，很多听过我们培训的同学成为了我们的同事，我想，之后“他们”也会成为“我们”，有种火炬传递的感觉。

**不知道下一棒又会交到谁的手中呢？**

（本文首发于 2022 年 3 月 25 日）



热爱法律的技术派

 上海总部：021-5109 6488  
武汉分所：027-8771 8809

 [BD@ricc.com.cn](mailto:BD@ricc.com.cn)



星瀚客服



星瀚微法苑