

2022

# 星瀚法律研究

LEGAL STUDY

## | 本期推荐

【重磅】《违反反舞弊条款类案件数据分析报告》发布

【重磅】《内外勾结型串通投标类舞弊行为数据分析报告》发布

疫情期间房租减免问题，看这一篇就够了

员工利用关联关系损害公司利益案件中“关联关系”该如何认定

## | 坏账追偿专栏

债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（一）

债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（二）

实控人利用关联交易损害公司利益，债权人能否向参与交易的关联公司追偿？

股东抽逃出资，却狡辩是借款？看法院如何裁判

# 目录 CONTENTS

## 「热点评析」

除了半年报主播营利情况，“直播新规”还有哪些合规新举措？	P01
新体育法草案公布，对比一审稿究竟发生了哪些变化？	P04
NFT 交易的本质是什么？从“NFT”第一案谈起……	P06
从“网易云音乐诉腾讯音乐不正当竞争”谈在线音乐平台常见纠纷：音乐版权与 UI 设计	P10
影帝“被携手”，影视剧剧照是否能制作成为数字商品 NFT？	P19

## 「聚焦疫情」

快问快答：居家办公常见法律问题	P24
快问快答：疫情期间常见税务法律问题	P27
疫情期间房租减免问题，看这一篇就够了	P31

## 「坏账追偿」

债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（一）	P35
债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（二）	P37
实控人利用关联交易损害公司利益，债权人能否向参与交易的关联公司追偿？	P43
股东抽逃出资，却狡辩是借款？看法院如何裁判	P47

## 「内控与反舞弊」

企业最关心的职务犯罪，最新《立案追诉标准（二）》有这些亮点	P50
谁动了给客户的“奶酪”？——职务侵占罪中公司赠品价值的认定	P56
【重磅】《违反反舞弊条款类案件数据分析报告》发布	P61
【重磅】《内外勾结型串通投标类舞弊行为数据分析报告》发布	P64

## 「企业关联关系调查」

员工利用关联关系损害公司利益案件中“关联关系”该如何认定	P66
“飞单”规制之法律实务困境探析	P74
虚设中间交易环节型侵占单位财物案件中“关联关系”的认定	P80
员工通过虚设中间交易环节侵占单位财物该如何认定犯罪金额	P86

## 「星瀚人文」

你知道吗？你身边的大白可能是……	P93
变化的工作方式，不变的初心	P97
复工之后，我们要……	P99

# 热点评析

# 除了半年报告主播营利情况，“直播新规”还有哪些合规新举措？

陈欣皓、徐逸威

网络直播长盛不衰、开枝散叶，行业规模的持续扩大背后乱象丛生，前有薇娅、雪梨等头部主播偷逃税款，近有 3.15 晚会曝光男运营冒充女主播欺骗粉丝“大哥”，三月下旬国家网信办更是把打击网络直播乱象放在了十项“清朗”行动的首位。

3 月 25 日，国家网信办联合税务总局、市场监管总局制定了《关于进一步规范网络直播营利行为促进行业健康发展的意见》。该《意见》针对网络直播乱象提出了平台管理、商品营销和税务管理三方面的监管要求。网络直播平台、主播及其 MCN 机构面对渐趋细致的法律规范，应当预先建立适应合规需要的管理机制。星瀚律师对于《意见》做如下解读，供业内主体参考。

## 一、应对主播身份进行动态巡查确认

《意见》要求网络直播平台每半年应向省级网信部门和税务机关报送网络直播发布者的个人身份、直播账号、网络昵称、取酬账户、收入类型及营利情况等信息。

目前直播平台对主播的实名认证仅要求表面一致，即主播仅需在注册账号时提供与所留身份信息相符的手机号、身份证及其他证明主播身份的材料进行实名认证。至于认证完成后，实际的主播是否与认证人一致，大多没有进行有效、持续的监管、规范。主播借用他人身份信息注册直播账号进行直播，若行为失范，则直播平台难以追责，甚至可能承担监督过失责任。

产生主播非实名的原因主要包括：

(1) 由于大部分直播平台均要求主播签约 MCN 机构或“公会”后才能进行直播，而一旦主播和 MCN 机构发生纠纷，其实名绑定的账号无法和 MCN 机构或者“公会”解约，因此会产生借用他人身份直播的情形；

(2) 如“德某色”、“周某怡”等头部主播，为实现更长的直播时长或者培养团队中的新人主播，会采取开设“二台”的直播模式，实则是由多个主播共同经营同一直播账号，取得的直播收益打入指定账户后再由其根据约定分配。

这些情况都增加了新规下直播平台履行申报义务的难度和法律风险。

我们建议：直播平台应严格进行定期动态巡查，对主播身份是否与后台留存信息一致进行截图存证，形成人像信息、后台身份信息、取酬账户信息三位互相印证的实名模式。在技术条件允许情况下，可以在主播登录账号时设置人像识别模式。对于身份存疑的情况，应当要求主播、MCN 机构进行合理说明并在每半年的信息报表中显著标识，对于多次违反的主播、MCN 机构，依据平台协议予以处罚。而对于因主播与 MCN 机构间的“解绑”纠纷，直播平台也可及时发现及时化解。

针对多名主播共同经营同一直播账号的情形，应当要求新主播加入前完成后台身份登记验证，直播平台应根据其政策，要求主播、MCN 机构进行整改，或合理探索多个账号登录同一直播间的新型运营模式。

而对于 MCN 机构，应当对签约主播的定期访谈、书面留痕，确保主播行为符合平台、

监管机构要求。此外，MCN 公司内部对于留存的访谈记录也要及时汇总、归档，避免因行业人员流动性大导致资料缺失。

## 二、细化直播带货的准入、限制、违规处罚规则

对于网络直播平台，无论其是否是推荐商品、服务的提供者，或者仅为商家提供链接接入服务，在新《意见》语境下都承担监管义务，为防范相关商业风险，我们建议网络直播平台建立如下监管规则：

第一，**在准入方面，根据主播账号分级规范授予营销资格**。直播平台可以根据主播在该平台的直播时长、粉丝数量、运营方向、是否受过处罚等要素建立信用评价体系，在主播达到一定层级后方允许接入商业链接的插件，并且根据评价等级高低建立阶梯式保证金担保规则，建构激励高质量信息内容供给的直播账号信用评价体系。

第二，**比价需书面留痕**。《意见》要求采用价格比较方式开展促销活动的，应以文字形式显著标明销售价格、被比较价格及含义。我们建议直播平台、主播采取书面形式设计比价模块，其内容应通过包括但不限于显著区别于直播间主色调的颜色、字号、下划线等方式提示消费者注意，并将该电子模块在直播前提交平台审查存证。

第三，**进一步加强对于直播带货委托方的审查**。《意见》提出“不得在知道或者应当知道直播带货委托方或其他第三方存在违法违规或高风险行为的情况下，仍为其推广、引流。”这就意味着对于直播带货的委托方，除了需按照此前的规定对其资格资质、产品质量等进行核实并在实际使用后再进行商品推介外，还应当对于委托方的其他风险尽到合理审查核实义务，通过提高对于带货产品的准入门槛，进一步维护消费者利益，减少因直播产生的消费者纠纷。

## 三、对直播账号分级分类管理

《意见》再次强调了对直播账号分级分类管理的重要性。我们注意到，在 2021 年 2 月国家网信办、广电总局等联合印发的《关于加强网络直播规范管理工作指导意见》中就提出，建立直播账号分类分级规范管理制度。

具体而言，不同层级类别的直播账号的区分应体现在如下两点：

第一，对直播打赏服务区分设限，根据账号等级不同，对单个虚拟消费品、单次打赏额度合理设置上限，对单日打赏额度累计触发相应阈值的用户进行消费提醒，必要时设置打赏冷静期和延时到账期；

第二，依据主播账号分级规范设定具有营销资格的账号级别，依法依规确定推广商品和服务类别。

对于 MCN 机构而言，我们建议在与主播签署经纪合约时，应当与主播就经营直播账号的所属类别层级进行书面确认，约定对主播的运营、推广、包装等不应超出所对应层级的限制。同时可以与主播约定激励机制，定期更新合同中的定级，建立科学的分级模式，并随之变更运营措施、利润分配比例，才更有利于主播与 MCN 机构的合作，使整个行业良性发展。

## 四、应依法纳税，平台需协助税务部门核查应纳税额

《意见》明确：“不得策划、帮助网络直播发布者实施逃避税。”直播平台、MCN 机构

应依法为主播代扣代缴个人所得税。

针对实践中存在的主播以设立企业或工作室的方式与相关方开展合作，本次《意见》中亦有规定，“网络直播发布者开办的企业和个人工作室，应按照国家有关规定设置账簿，对其原则上采用查账征收方式计征所得税。”

同时我们也注意到，《意见》也提出“引导网络直播发布者规范纳税、依法享受税收优惠”。在直播行业各个主体做好自身合规的情况下，可以合法享受包括税收优惠、行业补贴等在内的各项优惠政策。

星瀚律师将持续协助直播平台、MCN 机构及主播的业内主体根据新政策进行业务转型、合规调整，共同为行业良性发展提供助力。

（本文首发于 2022 年 4 月 6 日）

# 新体育法草案公布，对比一审稿究竟发生了哪些变化？

徐元昊

2022年4月18日，体育法修订草案第二次审议稿提请十三届全国人大常委会第三十四次会议审议。去年10月，十三届全国人大常委会第三十一次会议对体育法修订草案进行了初次审议，在广泛征求意见后，二审稿更加积极地回应了人民群众对于体育事业的新要求与新期待，并针对多项社会关切问题作出了规定。那么，体育法二审稿相较于一审稿究竟作了哪些主要修改呢？

## 1. 取消国家体育节，设立体育宣传周

一审稿第八条曾将每年的8月8日（即全民健身日）设置为“国家体育节”，并引发了社会热议。而作为对于社会关切的回应，此次二审稿将一审稿第八条整体移动至第十五条，取消了“国家体育节”的表述，并将全民健身日所在的那一周确定为“体育宣传周”。

## 2. 保障弱势群体参与体育活动的权利

保护老幼病残等弱势群体参与体育活动的权利是一审稿的一大特征。而此次二审稿在此基础上进行了进一步的完善：如二审稿第二十三条特别规定“各级人民政府应当采取措施，为未成年人、老年人、残疾人安全参加全民健身活动提供便利和保障。”第二十九条新增第二款规定“病残等特殊体质学生的体育科目考核，应当充分考虑其身体状况。”第八十一条新增第二款规定“公共体育场地设施的设计和建设，应当符合国家无障碍环境建设要求，有效满足残疾人、老年人等特定群体的无障碍需求。”

## 3. 强调学校应提供充分的体育课程及资源

一审稿第二十五条、第三十条规定，学校必须开设体育课、配备合格的体育教师，并保证体育课时不被占用。但根据征求意见以及学校体育的现状，学校体育工作者不应仅仅满足于解决体育课“有无”的问题，而是需要解决体育课、体育资源是否充分、齐备的问题，特别是在体育类校外培训机构（特别是针对义务教育阶段）受到监管政策影响的情况下。因此，二审稿第二十六条、第三十一条特别作了调整，规定学校必须“开齐开足”体育课、“配足”合格的体育教师，“确保”体育课时不被占用。

## 4. 关注退役运动员转业、就业、创业

为退役运动员提供就业、创业帮助与保障是保障运动员合法权益工作的重要环节。为了不让运动员“流汗流血又流泪”，二审稿第四十五条特别规定“各级人民政府加强对退役运动员的职业技能培训，为退役运动员就业、创业提供指导和服务。”第三十一条第三款也特别强调“学校优先聘用符合相关条件的优秀退役运动员从事学校体育教学、训练活动。”

## 5. 增设“体育产业”章节

随着市场的不断发展，体育产业不断涌现出新的业态，带来了许多治理难题。这时人们



发现现行《体育法》缺乏对于体育市场、体育产业的规定，希望立法机构在修法的过程中能够增设相应条款。一审稿公布后，人们发现一审稿并未设置独立的章节，仅在第十条等有限条款中提及了体育产业的有关内容。为此，许多专家学者提出了自己的意见。作为对于社会关切的回应，此次二审稿特别增设了“第七章 体育产业”章节，并就体育服务、体育制造、职业体育制度建设、区域体育产业协调互动、体育产业人才培养等关键问题做出了规定。

## **6. 调整体育仲裁受案范围**

体育仲裁是此次体育法修法的重点内容，而体育仲裁的受案范围及管理机构则是体育仲裁制度的核心内容。

结合各国实践经验，体育仲裁的受案范围有广义狭义之分，狭义受案范围仅包括反兴奋剂纠纷、运动员注册纠纷、运动员参赛资格纠纷、运动员转会纠纷等，广义受案范围则在狭义范围的基础上包括经纪合同纠纷、转播权合同纠纷、赞助合同纠纷等。一审稿第七十六条对于体育仲裁的受案范围的规定较为简单，对于运动员注册等纠纷则没有作出规定。而二审稿则回应了这些问题，在第八十九条第一款中将“运动员注册、交流发生的纠纷”纳入体育仲裁的受案范围。此外，考虑到法律衔接问题，二审稿第八十九条第二款调整了表述，但仍然将商事仲裁与劳动仲裁排除在体育仲裁的范围之外。

## **7. 调整体育仲裁的管理机构**

一审稿第七十七条规定，“中华全国体育总会依照本法组织设立体育仲裁委员会，指导其制定体育仲裁规则。”但此次二审稿第九十条则规定由“国务院体育行政部门”直接依法设立体育仲裁委员会、制定体育仲裁规则。同时，二审稿删去了仲裁员资格、仲裁庭组成程序、回避程序、审限及延长程序等具体规定，相关事项应当由体育总局在“体育仲裁规则”中予以明确，保证新《体育法》的稳定性。

以上是对于《体育法草案（二审稿）》修改内容的简单解读。我们相信，在社会各界的努力下，新《体育法》能够妥善回应各方关切、处理好体育产业面临的各类问题，并为中国体育事业的健康、长远发展提供充分的法律保障。

（本文首发于2022年4月25日）

# NFT交易的本质是什么？从“NFT”第一案谈起……

陈欣皓

杭州互联网法院就“胖虎打疫苗”NFT数字商品侵害作品信息网络传播权纠纷作出了一审判决，成为了NFT数字商品领域的第一份成文判决书，虽然该判决是否生效暂未可知，却已在业内引发了广泛讨论，同时有一份被隐去了部分当事人信息的判决书版本在网络流传。笔者详细拜读了该份判决书，对于在诉讼参与者、法官的共同努力下，形成了这么一份精彩的判决书深感敬佩；同时，笔者也对于判决中一些将对于NFT数字商品领域造成影响的话题跃跃欲试。本文尝试讨论其中的第一个问题：**NFT交易的本质，是否仅是一项买卖合同关系？**

网传判决书相关原文：

当一件数字作品复制件以NFT形式存在于交易平台上时，就被特定化为一个具体的“数字商品”，NFT交易实质上是“数字商品”所有权转移，并呈现一定的投资和收藏价值属性。

对于数字作品而言，当其复制件存储于网络空间，通过一个NFT唯一指向而成为一件可流通的商品时，就产生了一项受法律保护的财产权益。NFT数字作品持有人对其所享有的权利包括排他性占有、使用、处分、收益等。NFT交易模式本质上属于以数字化内容为交易内容的买卖合同关系，购买者所获得的是一项财产权益，并非对一项数字财产的使用许可，亦非对一项知识产权的转让或许可授权。

从NFT数字作品交易模式来看，NFT数字作品作为交易客体时既是作为作品又是商品，其既有其作为数字作品的著作权，也有其作为“数字商品”的所有权。前已所述，NFT交易模式下产生的法律效果是所有权的转移。

从上述判决书的原文来看，法院通过三段层层递进的论述，认定NFT交易模式的法律效果是“数字商品”所有权的转移，而此处的“数字商品”指的是通过一个NFT唯一指向的、存储于网络空间的数字作品复制件。

笔者非常赞同在NFT的交易中必然包含了上述的“数字商品”所有权的转移，而笔者的疑问在于，NFT交易是否仅包含了该所有权的转移，也即一个买卖合同关系，未发生相应“数字作品”著作权利的许可？

可能不尽然。

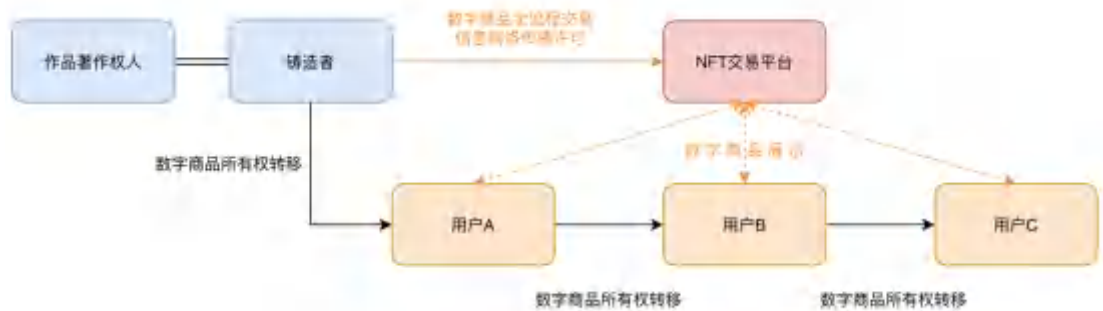
因为，购买者在后续通过NFT交易平台进行“数字商品”的转赠、二手交易等处分为时，势必将会在NFT交易平台上构成对于“数字作品”的信息网络传播行为，而作为该信息网络传播行为的“承载方”，NFT交易平台势必需要“数字作品”的著作权利人进行信息网络传播权许可，或审查“数字商品”所有权人是否具有信息网络传播权的许可。

需要注意的是，在本案判决书中，没有涉及到“数字商品”的二手交易，但从笔者引用的第二段原文中，判决肯定了“数字商品”的所有权人具有相应的处分权和收益权。

那么，“数字作品”的著作权利人是在何时，通过何种方式，以谁为被许可方，许可了信息网络传播权呢？

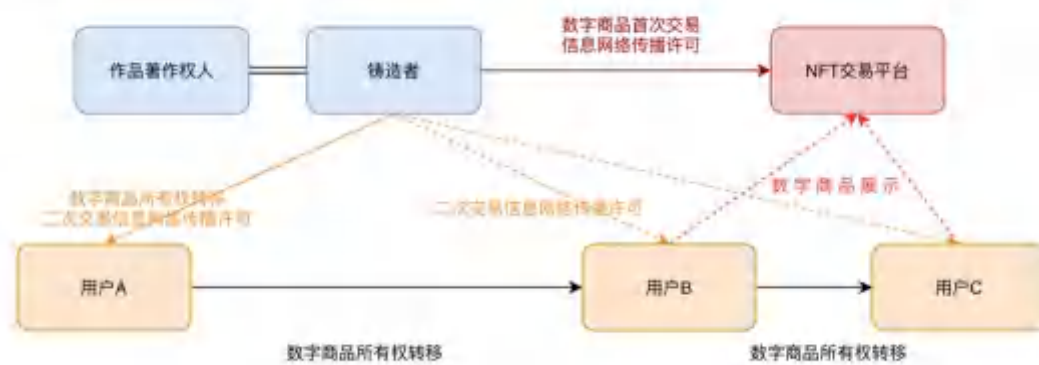
第一种可能的模式：

“数字作品”的著作权人，在将“数字商品”上架时，授予了 NFT 交易平台一项对于“数字作品”的信息网络传播权许可，不仅是为了“数字作品”的著作权人一手出售“数字商品”，同时也为了后续“数字商品”的所有权人能够不侵权地进行后续的分行为；并且，只要该 NFT 对应的“数字商品”未被销毁，“数字作品”的著作权人就不得终止或撤销该项信息网络传播权许可。



第二种可能的模式：

“数字作品”的著作权人，在 NFT 的铸造过程中、在智能合约上，写入了一项对于该 NFT 所对应的“数字商品”实时所有权人的、有限的信息网络传播权许可，也即对于“数字商品”的所有权人，“数字作品”的著作权人许可其为了后续处分“数字商品”的用途，在特定的 NFT 交易平台上可行使“数字作品”的信息网络传播权。该许可由智能合约自动执行，并与“数字商品”所有权的转让同时完成。



当铸造者确实拥有“数字作品”著作权时，上述两种模式在实际效果上并无不同，都可以保障“数字商品”的所有权人在指定的 NFT 交易平台行使处分权。

但若发生与本案类似的铸造者并非“数字作品”的信息网络传播权人时，两种模式的区别将对“数字商品”的所有权人产生重大影响。

第一种模式下，由于 NFT 交易平台丧失了“数字作品”的信息网络传播权，将不得在平台上继续展示“数字作品”，以及与“数字作品”实质性相似的“数字作品”复制件以及“数字商品”。此时，“数字商品”的所有权人的所有权并未遭受任何影响，却由于缺少“数字作品”的信息网络传播权而事实上丧失了对于“数字商品”的处分权，相应也就丧失了获得处分收益的权利。

并且，由于铸造者系对于 NFT 交易平台进行许可，导致此时“数字商品”的所有权人不问向铸造者还是平台还是交易的上手进行追偿，都存在较大难度。



而在第二种模式下，如果因铸造者没有“数字作品”的信息网络传播权而导致无法履行智能合约而违约，作为智能合约的相对方，“数字商品”的所有权人可以**直接依据智能合约追究铸造者的违约责任**，从而一定程度上减少自身损失，同时也使铸造者因其过错承担责任。



在此，笔者无法为 NFT 交易平台选择商业模式，但如果 NFT 交易遵循的是第二种模式，那么 NFT 的交易本质，也就不仅仅包含对于“数字商品”所有权的转移，也发生了“数字作品”的部分著作权，也即信息网络传播权的许可。

上述的论述适用于目前主流的，以美术作品、摄影作品、模型作品等视觉类 NFT 数字商品。当然，小部分以音乐作品、视听作品为基础发行的 NFT 数字商品，因其在后续销售的展示过程中，可以无需将完整作品进行信息网络传播，从而无需“数字作品”著作权人额外的许可。

如果读者强忍着笔者晦涩、枯燥的文字看到这里，又恰巧是 NFT 交易、发行的从业者，一定会问一个憋了很久的问题：上面的道理我都懂了，那我应该做些什么？

最显著的一定是业内主体的用户协议，以及铸造过程中、购买页面、购买过程中的法律文件，需要根据商业模式选择的不同进行大范围的完善：

而另一个将会产生影响的，也是一些非平台模式、自行发行“数字商品”的主体非常关心的问题，NFT 交易完成后，作为销售方，应当按照什么税种、什么税率来履行纳税义务？如果按照第一种模式，仅产生“数字商品”所有权的转移，该怎么纳税？而第二种模式中，还存在著作权许可时，会对税种和税率造成影响吗？

囿于篇幅限制，本文暂且对于“NFT 第一案”所引起的第一个问题展开探讨，后续，笔者还计划对于“NFT 交易，是否仅需要信息网络传播权？”、“将侵权 NFT 数字作品打入地址黑洞是否广泛适用”、“判决中对于损害赔偿的认定是否漏了什么？”等问题进一步探讨。

后续笔者也将开展有关 NFT 相关话题的直播，也欢迎感兴趣的读者继续关注，在直播中，笔者也会回答与本案有关的问题。

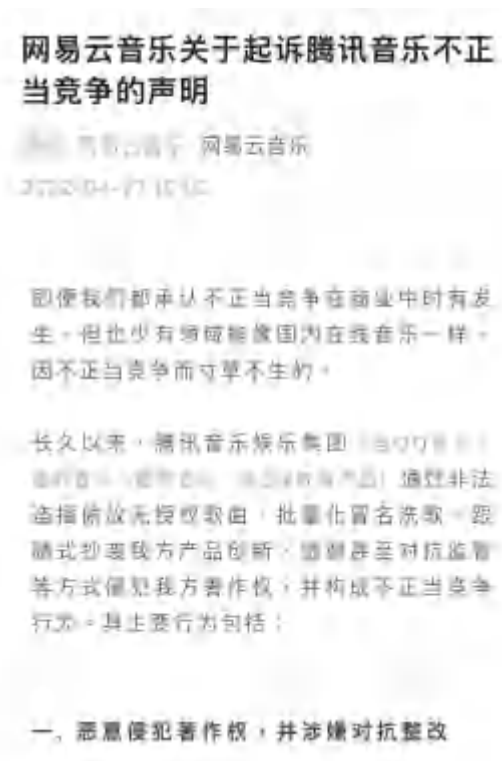
（本文首发于 2022 年 5 月 9 日）

# 从“网易云音乐诉腾讯音乐不正当竞争”谈在线音乐平台常见纠纷：音乐版权与 UI 设计

卫新、胡至浩

近期，一则“网易云音乐诉腾讯音乐不正当竞争”的词条登上微博热搜，引起广泛关注。

起因是网易云音乐发布了《网易云音乐关于起诉腾讯音乐不正当竞争的声明》<sup>1</sup>（下称“《声明》”），直指腾讯音乐娱乐集团（含 QQ 音乐、酷我音乐、酷狗音乐、全民 K 歌等产品）的四项“罪状”：“盗播无授权歌曲”、“偷放无授权歌曲”、“批量化冒名洗歌”、“跟随式抄袭产品创新”。就此，腾讯音乐娱乐集团品牌公关负责人陈默在朋友圈予以非正式回应。



图片来源：网易云音乐



图片来源：澎湃新闻

众所周知，腾讯音乐与网易云音乐是中国位居前二的在线音乐平台，两家占据了 90% 以上的市场份额，网友纷纷调侃是“二哥告了大哥”。

那么“二哥”到底以什么理由告了“大哥”，“大哥”又回应了些什么呢？借讨论此事件，本文将向大家主要介绍在线音乐平台中的常见纠纷：音乐版权与 UI 设计。

**网易云音乐“告状”之一：QQ 音乐通过“分区域播放”功能盗播网易云音乐方作品**  
网易云音乐在《声明》中称：QQ 音乐屡次在未获授权情况下，上架其热门作品，更是

<sup>1</sup> 网易云音乐关于起诉腾讯音乐不正当竞争的声明，网易云音乐，来源：“网易云音乐”微信公众号

在网易云音乐提起维权后，针对性地只在其日常监测区北京、上海、广州、杭州等地区下架相关作品，但在其他监测、维权能力弱的地区，如天津、山东济南、浙江宁波等地区仍可继续盗播、偷放。

### **律师观点：**

据笔者联系外地的朋友测试，《声明》发出后，在浙江宁波地区，QQ音乐已经无法播放网易云音乐在《声明》中提及的《世间美好与你环环相扣》（柏松）等歌曲。可以想见，其他地区的“分区域播放”行为也已取消。

“分区域播放”从技术角度来看并没有什么难度，但却能够有效降低被发现侵权的风险。因为，互联网公司及其分支机构大多设于北京、上海、杭州、广州等互联网行业发达地区，而常见的互联网侵权监测地点也均在这些地区，在这些地区下架可能侵权的作品可以大大降低被监测到侵权的可能性。同时，对于权利人来说，每增加一个监测地点都要相应增加不少成本，该项“骚操作”可谓“经济高效”。

从法律角度而言，《声明》中所称的“分区域播放”无授权歌曲，其本质即未经著作权人许可使用作品，构成侵权的可能性较高。同时，“分区域播放”是在收到了维权通知后的持续行为，且采取了规避维权监测的措施，可能存在较高的侵权故意且情节较为严重，不排除在权利人主张的前提下适用惩罚性赔偿的可能性。

### **网易云音乐“告状”之二：QQ音乐通过“导入外部歌单”功能偷放网易云音乐方作品**

网易云音乐称：针对无授权歌曲，QQ音乐开发复制其平台歌单链接再导入的功能，即可实现原置灰不能播放歌曲的重新播放和下载。

### **腾讯音乐非正式回应**

对于盗播、偷放无授权歌曲，腾讯音乐相关负责人似乎并没有作正面的回应。在其朋友圈中，配上了网易云音乐在授权到期后向公众打包销售周杰伦全曲库的截图，该案在历经法院审理后，网易云音乐被判侵权并赔偿损失85万元<sup>2</sup>，意指网易云音乐的著作权侵权事迹。

### **律师观点：**

说实话，笔者作为一个双APP使用者在此之前并不知道有该项功能，在看到《声明》之后，经过亲测，发现“导入外部歌单”功能实际上是：通过在线音乐平台的歌单分享功能取得歌单链接，粘贴到该功能下，即可将分享的歌单导入QQ音乐中。

根据《声明》，原本在QQ音乐显示“无音源”不能播放的歌曲，只需要将其加入歌单再分享，将分享得到的包含y.qq.com（即QQ音乐的域名）的歌单链接复制到“导入外部歌单”的“粘贴歌单链接”处导入，就可以重新播放和下载。

据笔者亲测，在《声明》之后，以“导入外部歌单”功能播放无音源歌曲的操作已无法实现。

若《声明》所述属实，那意味着：用户可以通过“导入外部歌单”功能，在不需要经过

---

<sup>2</sup> 腾讯音乐娱乐科技（深圳）有限公司与杭州网易云音乐科技有限公司、杭州乐读科技有限公司录音录像制作者权权属纠纷一审民事判决书，案号：(2018)粤0391民初802号

外部在线音乐平台的情况下，即可播放和下载无授权歌曲。那么，“导入外部歌单”功能可能与网络服务提供商设立链接跳转播放不同（虽然这也构成信息网络传播权侵权），在该在线音乐平台的曲库中可能确存有无授权歌曲的音源，或者该在线音乐平台可能系通过嵌入相应的歌曲音源文件 URL 等类似技术方式实现的“盗链”。

从法律角度而言，《声明》中所述的“导入外部歌单”功能偷放作品，其本质也是未经著作权人许可使用作品，该行为构成侵权的可能性较高。

### 网易云音乐“告状”之三：腾讯音乐批量化对无授权热门歌曲冒名洗歌，恶意截流

网易云音乐称：腾讯音乐旗下 QQ 音乐、酷狗音乐、酷我音乐针对无授权作品制作大量冒名、洗歌作品，误导用户播放。

#### 腾讯音乐非正式回应

对于冒名洗歌的“告状”，腾讯音乐相关负责人也并没有作正面的回应。其朋友圈中配上了在网易云音乐中搜索酷狗音乐合作艺人的作品《一路生花》的部分结果，即在网易云音乐上也存在多个《一路生花》的翻唱、改编版本，似乎意指网易云音乐存在冒名、洗歌现象。

#### 律师观点：

洗歌一词实际上是音乐行业借鉴了文字行业中洗稿一词，指对其他人的原创内容进行篡改、删减，使其好像面目全非，但其实最有价值的部分还是抄袭的<sup>3</sup>。洗歌常见的操作有重新编曲、不更改和声而仅在乐句中弱拍处修改旋律等。当用户在音乐 App 上搜索热门歌曲时，看到的大量相同或者类似名称的推荐结果，那往往就是所谓的冒名、洗歌作品。

虽然冒名、洗歌的性质和影响都十分恶劣，构成侵权的可能性非常高，但追究冒名、洗歌的法律责任却较为困难。

#### 1、冒名、洗歌作品与被侵权作品“实质性相似”认定难

《著作权法》上的侵权认定遵循“接触+实质性相似”的原则，但音乐作品的“实质性相似”认定（“抄袭”认定），并无一个法定的或者行业公认的标准，网上曾流传的“8 小节原则”、“6 小节原则”或是“4 小节原则”，都不是法定标准。原因非常简单：如果采用以连续多少个小节的相似为标准，那么只要改写最后一个小节就可以规避侵权，这个标准自然毫无意义。

因此，在司法实践中，法官与律师作为非音乐专业人士，往往也需要依靠音乐专家的专业意见或出庭作证，对比乐谱、旋律、和弦、节奏、乐器、织体、结构、风格、动机等等元素，并且剔除出其中的公有元素、通用表达或“不是特别独特或罕见的组合方式”<sup>4</sup>来综合判断，才有可能认定是否构成抄袭。这使得著作权人的维权需要通过漫长的诉讼程序并负担高昂的成本。这也是为何冒名、洗歌产业如此猖獗的原因之一。

#### 2、在线音乐平台与冒名、洗歌作者构成共同侵权认定难

而要追究在线音乐平台方对冒名、洗歌作品的法律责任的障碍更大。冒名、洗歌作品的

<sup>3</sup> <https://baike.baidu.com/item/%E6%B4%97%E7%A8%BF/20862574?fr=aladdin>

<sup>4</sup> Katy Perry 《Dark Horse》一案中地方法院与第九巡回法院的观点，可参见 <https://www.wlf.org/2022/04/26/wlf-legal-pulse/dark-horses-joyful-noises-and-the-building-blocks-of-musical-expression/>



制作者绝大多数情况下并非在线音乐平台，仅是用户将这些作品上传到了平台上，难以证明平台与这些冒名、洗歌作品的制作有所关联。这意味着一般情况下在线音乐平台并非直接实施侵权行为的主体，无法适用《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第四条规定的“共同侵权”条款；除非在线音乐平台与上传者存在如签约音乐人等更紧密的合作关系，才可能构成“共同侵权”。

### 3、对于平台上冒名、洗歌作品，在线音乐平台可能构成教唆、帮助侵权

《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第七条中规定了网络服务提供者的“教唆侵权”或“帮助侵权”。

[第七条 网络服务提供者在提供网络服务时教唆或者帮助网络用户实施侵害信息网络传播权行为的，人民法院应当判令其承担侵权责任。

网络服务提供者以言语、推介技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励网络用户实施侵害信息网络传播权行为的，人民法院应当认定其构成教唆侵权行为。

网络服务提供者明知或者应知网络用户利用网络服务侵害信息网络传播权，未采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，或者提供技术支持等帮助行为的，人民法院应当认定其构成帮助侵权行为。]

在 2011 年，摩登天空与 VeryCD 一案<sup>5</sup>中，法院就认定用户上传资源链接与网站分类编排模式相对应的，网站构成帮助侵权。又如在腾讯音乐与荔枝 App 一案<sup>6</sup>中，网络服务提供者在收到了权利人的《通知书》、授权文件及侵权作品清单后，未采取必要措施的，网络服务提供者构成帮助侵权。

因此，要追究在线音乐平台对于冒名、洗歌作品的责任，可以参考《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》，根据其用户协议、搜索结果、内容政策、涉案作品首页位置、分类选项、推荐页面、排行榜页面、侵权预防措施、侵权通知处理、涉案作品知名度及数量等实际情况，进行取证、分析，主张教唆侵权或帮助侵权。

### 网易云音乐告状之四：长期对网易云音乐的视觉设计、产品功能、创新机制等进行抄袭

网易云音乐称：QQ 音乐、酷狗音乐、酷我音乐抄袭网易云音乐黑胶播放页设计，酷狗音乐、QQ 音乐抄袭网易云音乐“一起听”功能，酷狗音乐抄袭网易云音乐“云贝推歌”功能设定及界面设计。

### 腾讯音乐非正式回应

腾讯音乐对该事项作出了非正式的正面回应。在朋友圈中，配上了 QQ 聊天界面中类似“一起听”功能的截图、酷狗在 2015 年申请的“跟听”相关发明专利<sup>7</sup>以及“音乐推”相关发明专利<sup>8</sup>，意指相关功能为自己先行研发设计。

除此之外，朋友圈中还指出网易云音乐也跟随式上线了酷狗的“无缝播放”功能，并表示“相关证据早已留存，相关诉讼也早已陆续发起”，不排除腾讯音乐可能已经对网易云音乐提起了相关专利侵权的诉讼。

<sup>5</sup> 案号：(2011)徐民三(知)初字第 174 号

<sup>6</sup> 案号：(2020)粤 0391 民初 3729、3731、3733-3740、3742-3744 号

<sup>7</sup> <http://epub.cnipa.gov.cn/patent/CN105554522A?8kt2YOWWXQBD=1651051173996>

<sup>8</sup> <http://epub.cnipa.gov.cn/patent/CN104883619A?8kt2YOWWXQBD=1651051407244>

## 律师观点：

### ① QQ 音乐、酷狗音乐、酷我音乐抄袭网易云音乐黑胶播放页设计

网易云音乐提出其已注册黑胶播放页相关设计专利。据查询发现网易云音乐确有注册多项外观设计专利，其中以 2019 年 9 月 9 日申请的名为“显示屏幕面板的黑胶打碟图形用户界面”的相关外观设计专利<sup>9</sup>较为成熟。

但是，从法律角度而言，UI（User Interface，用户界面）设计的外观设计专利侵权问题较为复杂。其中涉及到该外观设计专利权的保护范围认定、外观设计是否构成相同或相似认定等问题，需要通过司法实践方能予以认定。

例如在 2021 年上海知识产权法院判决的小豹招聘 App 一案<sup>10</sup>中，法院从上至下依次对图形界面的搜索栏、信息介绍栏、功能选项、热门筛选条件、信息列表以及底部功能选项等设计及其布局的设计要点予以比对，最终认为被控侵权界面与涉案专利设计整体视觉效果不同亦不近似。

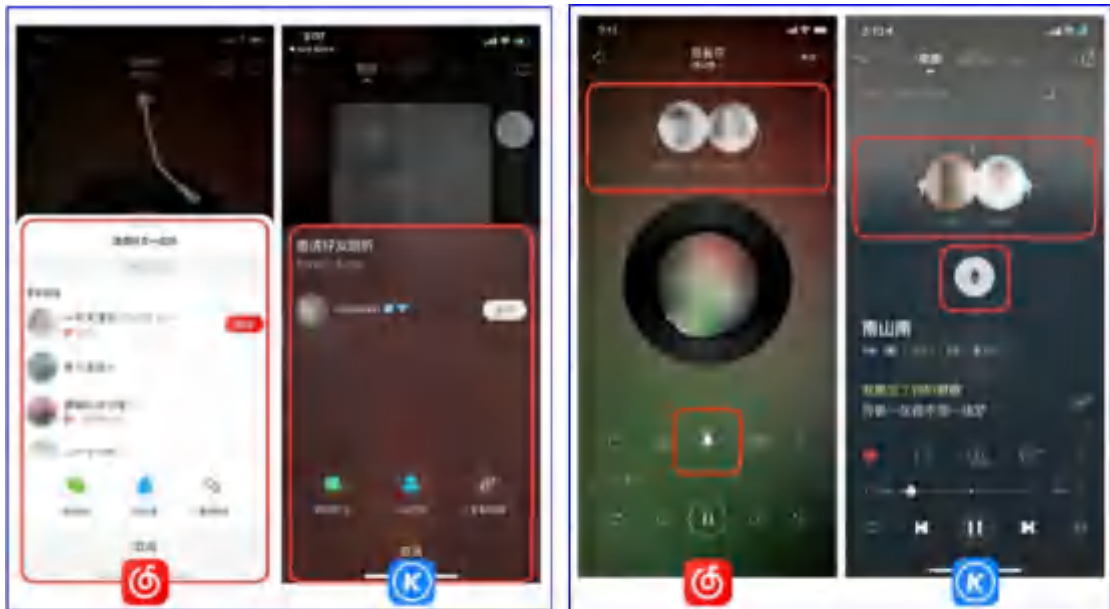
### ② 酷狗音乐、QQ 音乐抄袭网易云音乐“一起听”功能 & 酷狗音乐抄袭网易云音乐“云贝推歌”功能设定

网易云音乐在《声明》中称：酷狗音乐、QQ 音乐抄袭网易云音乐“一起听”功能以及酷狗音乐抄袭网易云音乐“云贝推歌”功能设定，并详细列举了各产品类似功能的上线时间。

从法律角度而言，网易云音乐并没有在“一起听”和“云贝推歌”两项功能上强调自己的专利权利，可以猜测若提起诉讼，可能的主张为不正当竞争侵权。但是，若被告能够举证其享有在先权利，那么其构成不正当竞争侵权的可能性较低。

### ③ 酷狗音乐抄袭网易云音乐“一起听”&“云贝推歌”界面设计

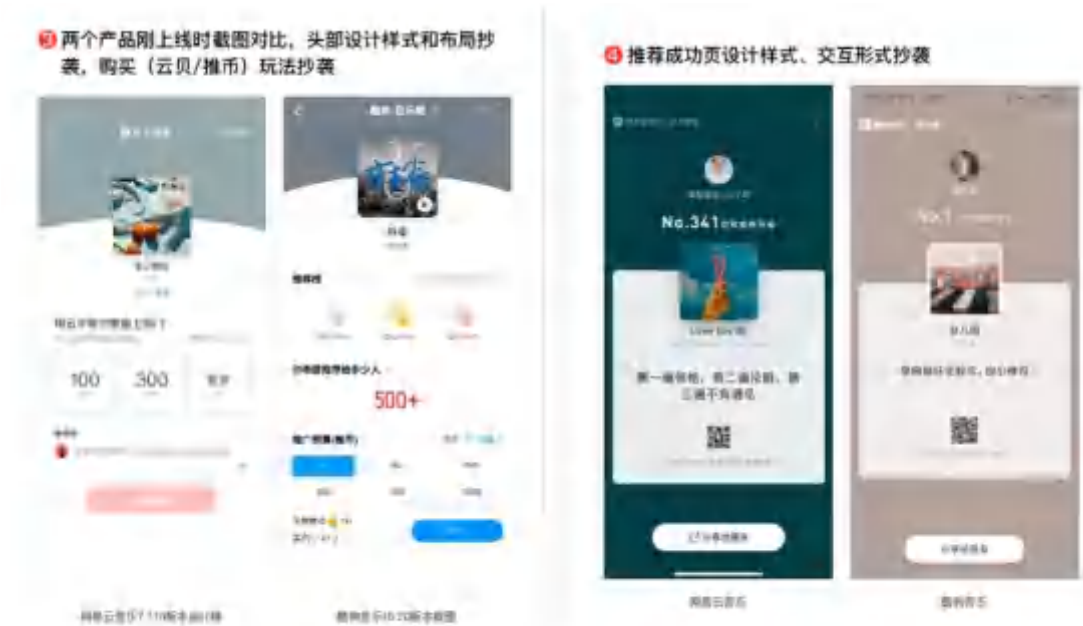
网易云音乐称：在界面设计上，酷狗音乐的“跟听”对网易云音乐的“一起听”，“音乐推”对网易云音乐的“云贝推歌”进行像素级的抄袭。



网易云音乐“一起听”与酷狗“跟听”对比

<sup>9</sup> <http://epub.cnipa.gov.cn/patent/CN307192304S>

<sup>10</sup> 上海知产法院首例涉图形用户界面（GUI）外观设计专利侵权纠纷案宣判，上海知识产权法院，来源：“上海知产法院”微信公众号



酷狗音乐“音乐推”功能抄袭网易云音乐“云贝推歌”

图片来源：网易云音乐

在 2021 年年初，网易云音乐就曾发布《关于给酷狗音乐“山寨办”团队申请年终奖励的建议》<sup>11</sup>一文，内涵酷狗音乐致敬“一起听”、“云贝推歌”功能的设计样式与交互形式。在 UI 设计层面，此次《声明》系网易云音乐时隔一年后的旧事重提。

其实，不单单是在线音乐行业，UI 设计的纷争在各个行业领域早已屡见不鲜。

例如在美国开展的、赔偿金额高达 5 亿美元的苹果与三星之间的专利纠纷中，苹果就对三星提起了侵犯其多项专利（包括 UI 设计相关专利）的诉讼。

在国内早些时候，奇虎软件曾在 UI 设计上尝试进行外观设计专利维权<sup>12</sup>，看客影视<sup>13</sup>、神马搜索<sup>14</sup>也尝试过以主张汇编作品进行著作权维权，但并未取得成功。而近年来，金山软件就趣输入 UI 设计成功开展外观设计专利维权<sup>15</sup>、腾讯就微信 App 视觉设计成功开展著作权及不正当竞争维权<sup>16</sup>、快手就快手 App 视觉设计成功开展不正当竞争维权<sup>17</sup>等案例，显示出国内法院开始重视起了对 UI 设计的保护。

UI 设计，实际依托于产品的展示界面，往往同时包含图片、文字等多项要素。因此，无论是 UI 设计中的元素或是其整体，若符合《著作权法》中作品的构成要件，均可单独作为作品受到保护。同时，UI 设计也往往符合《专利法》中外观设计专利的定义。

但事实上，UI 设计整体要构成《著作权法》下的作品的难度较高。

<sup>11</sup> 网易云音乐：关于给酷狗音乐“山寨办”团队申请年终奖励的建议，网易云音乐，来源：“网易云音乐”微信公众号

<sup>12</sup> 案号：（2016）京 73 民初 276 号

<sup>13</sup> 案号：（2018）渝 01 民终 470 号

<sup>14</sup> 案号：（2017）粤 0106 民初 11928 号

<sup>15</sup> 上海知识产权法院对两起涉图形用户界面（GUI）外观设计专利侵权案作出一审判决，上海知识产权法院，易嘉、张凌辰，来源：“上海知产法院”微信公众号

<sup>16</sup> 首例 | 微信截图生成软件构成著作权侵权及不正当竞争，深圳市中级人民法院，来源：“深圳市中级人民法院”微信公众号

<sup>17</sup> 案号：（2018）京 0108 民初 51773 号

其主要原因在于功能性要求与独创性表达的冲突。App 产品的 UI 设计要实现简明、易懂、好操作的功能性要求，不可避免地采取大量通用的惯常设计与表达，限缩了产品设计者独创性选择的空间，《著作权法》所追求的个性化表达与 UI 设计所追求的用户快速接受的功能性要求产生矛盾，导致 UI 设计难以满足著作权法的独创性要求。<sup>18</sup>虽然在微信截图生成软件构成著作权侵权及不正当竞争<sup>19</sup>一案中，腾讯主张构成美术作品成功，但细看判决可以发现，法院认为构成美术作品的是包括了“微信表情、微信支付图标、微信红包详情页、微信红包气泡、微信图标”的整体，其中有部分可能超出了一般 UI 设计的范畴。而在快手 App 一案<sup>20</sup>中，法院就认为，界面排布方式为通用表达、功能和标签名称的表达空间有限、界面设计选择有限，UI 设计整体难以构成独创性表达。

因此，不难理解，对于大部分的 UI 设计而言，要通过《著作权法》予以保护都是较为困难的，但仍然要根据实际情况来具体判断。例如，对于构成连续动态画面的 UI 设计，《著作权法》中的视听作品或许能够给予更好的保护。

正因如此，从全球范围来看，将 UI 设计作为外观设计专利进行保护是一种主流选择。

但是在我国，UI 设计的外观设计专利保护仍然存在一定困难。

第一，我国《专利法》未脱离载体产品限定。虽然我国《专利法》将外观设计的定义<sup>21</sup>最终落脚于“新设计”，但立法者在分解该定义时依然将“产品”视为不可缺少的载体，专利审查部门也更倾向于外观设计专利保护的客体是产品而不是设计。这也导致开发者不能单独针对图形用户界面申请外观设计专利，而必须将图形用户界面与一定的产品相结合。<sup>22</sup>相比于海外，如欧盟直接将“图形符号”视为产品，申请外观设计时仅需单独提交图形用户界面的视图即可，无需提交使用该图形用户界面的产品视图。而美国的外观设计专利虽然在申请时依然需要依赖产品，但在进行侵权判定时，并不以载体产品为限定。<sup>23</sup>

第二，免费下载行为可能构成非生产经营的侵权抗辩事由。

但值得庆幸的是，在趣输入一案<sup>24</sup>中上海知识产权法院认为“因手机外形属于惯常设计，对外观设计的整体不产生实质性影响”，将 UI 设计与产品进行了剥离，并充分考虑了图形用户界面产品领域的特点及该领域的行业发展规律，认为“仅提供应用软件已成为引发侵权最主要的原因”，最终认定构成侵权。可以看到在司法实践中，法院已经意识到 UI 设计的外观设计专利保护难点，并尝试予以解决。

而在著作权与专利权之外，仍然还有一条反不正当竞争的路径可以保护 UI 设计。在快手 App 一案<sup>25</sup>中，北京市海淀区人民法院认为：被告 App 同为通过互联网产品提供服务的经营者，直接使用快手 App 的界面设计，显然系未付出任何劳动故意截取他人利益的“不劳

---

<sup>18</sup> 观点集萃 | APP 视觉设计的知识产权保护，人大版权，高雅文，来源：“人大版权”微信公众号

<sup>19</sup> 同前注 16

<sup>20</sup> 同前注 17

<sup>21</sup> 《中华人民共和国专利法》第二条：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于工业应用的新设计。

<sup>22</sup> 同前注 18

<sup>23</sup> 转引自大邦 | 浅议 GUI 外观设计专利保护，大邦法律评论，郜少毅、孙成、李蓉，来源：“大邦法律评论”微信公众号。参见论图形用户界面外观设计专利侵权认定，电子知识产权，2018 年 05 月，何培育、马雅鑫。See 35 U.S.C.A. § 289: “Whoever during the term of a patent for a design, without license of the owner, (1) applies the patented design, or any colorable imitation thereof, to any article of manufacture for the purpose of sale, or (2) sells or exposes for sale ...”

<sup>24</sup> 同前注 15

<sup>25</sup> 同前注 17

而获”行为，违反了诚实信用原则和公认的商业道德，违反了《反不正当竞争法》第二条之规定。可见司法实践中已有认定 UI 设计构成不正当竞争侵权的判例，在确有直接使用权利人界面设计或造成混淆的情形属实的情况下，涉案 App 方可能存在一定的侵权风险。

回到此次事件，虽然《声明》中使用了“抄袭”的字眼，但是否会以著作权作为请求权基础暂时无法确定。仅从《声明》中的截图来看，该等界面设计的部分或整体能否构成《著作权法》下的作品存疑，有待司法实践的认定。而在未注册外观设计专利的情况下，也或可尝试主张不正当竞争侵权。

### 在线音乐平台的竞争核心：音乐版权

在线音乐平台纠纷的根源在于知识产权的垄断性。

如果说 UI 设计的垄断是争取用户黏度的重要方式，那么在线音乐市场的竞争核心还是音乐版权，没有消费者愿意使用音源不足的在线音乐平台。几年前找一首歌要辗转几个音乐 App 的局面，正是在线音乐独家版权所致。

在行政部门的努力下，我国音乐独家版权的局面有所改变。在 2018 年 2 月，腾讯音乐与网易云音乐相互授权音乐作品达到各自独家音乐作品数量的 99%以上。而仍未互相授权的那 1%的音乐作品，即成为各平台差异化竞争和引流的利器<sup>26</sup>。即便在 2021 年 7 月，腾讯音乐和网易云音乐因市场监督管理总局的处罚，各自解除其音乐独家版权协议，但实际上仍然在音乐版权上激烈的竞争。不难发现，仍然有一些音乐仅能在腾讯音乐或网易云音乐收听，例如周杰伦的大部分歌曲仅在腾讯音乐有音源，又如《声明》中提及的《世间美好与你环环相扣》（柏松）等仅在网易云音乐有音源。

这就使得在线音乐平台可能去通过一定的技术手段向用户提供未经许可的作品，或者为用户上传的涉侵权作品提供便利，以此来吸引更多的用户。

分区域播放、导入外部歌单等通过一定技术手段向用户提供未经许可的作品的行为，往往具有一定的隐匿性，不易发现而便于处理，这使得权利人的维权成本因此上升。同时，此类行为对于取得了授权的在线音乐平台可能持续地产生较大的分流损失。所以，有权方往往采取固定证据-发布声明的方式，迫使侵权方迅速下架相关功能，降低其实际损失并取得舆论上的优势。

而冒名、洗歌等用户上传涉侵权作品及在线音乐平台为上传涉侵权作品提供网络服务的行为，其可诉讼性相对较低。原因有三：

第一，在取消了音乐版权独家授权协议的情况下，在线音乐平台不一定享有诉讼权利。

第二，赔偿金额无法覆盖维权成本。如上文所分析，由于涉及音乐专业问题，权利人追究侵权作品制作者的法律责任需要负担较高的维权成本。同时，权利人所能取得的赔偿金额也不够高，以 2022 年 4 月 21 日北京市高级人民法院发布的《关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》第 3.2 条规定为例，复制、发行、在线播放的基本赔偿标准为每首音乐作品的赔偿数额一般不少于 600 元。

第三，追究在线音乐平台的法律责任很大程度上依赖于在线音乐平台自身的过错。

这些都导致了冒名、洗歌行为的可诉讼性较低。因此，在线音乐平台之间更愿意在该问

---

<sup>26</sup> 音乐流媒体平台的内容生态之争，人民邮电报，赵乐瑄，[https://www.cnii.com.cn/gxxww/rmydb/202107/t20210723\\_295865.html](https://www.cnii.com.cn/gxxww/rmydb/202107/t20210723_295865.html)

题上互相“打口水仗”而未有实质的法律措施。

当然，冒名、洗歌行为的影响与性质如此恶劣，甚至目前已经发展到有公司以此为业，以流水线方式生产冒名、洗歌作品，赚得盆满钵满的地步，对音乐产业造成了极大的损害。对此，笔者认为，当同一侵权主体多次、反复地实施侵权行为时，赔偿金额无法覆盖维权成本的问题自然也不复存在，权利人应当对那些专业从事制作冒名、洗歌作品的主体加以关注，采取整体性的维权措施。

### 小结

当下，在线音乐平台之间内部的竞争压力、音乐行业上下游的合作压力、视频流媒体的外部压力都愈发加剧，面对各种形态的问题与纠纷，如何在其中找到平衡点，促进行业的健康有序发展应当是在线音乐平台共同的目标。

需要再次明确，上述均为在假设双方陈述属实的前提下对法律问题展开的学术讨论，并非结论性的法律意见。

另外值得一提的是，此次《声明》系在未取得生效法律文书的前提下发出，若陈述有所偏差，也有可能构成《反不正当竞争法》第十一条规定的编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉的行为。

最后，希望此次事件能够激发在线音乐市场的活力，增加音乐行业知识产权保护意识，推进音乐产业的进一步发展。

（本文首发于 2022 年 5 月 23 日）

## 影帝“被携手”，影视剧剧照是否能制作成为数字商品 NFT？

陈欣皓

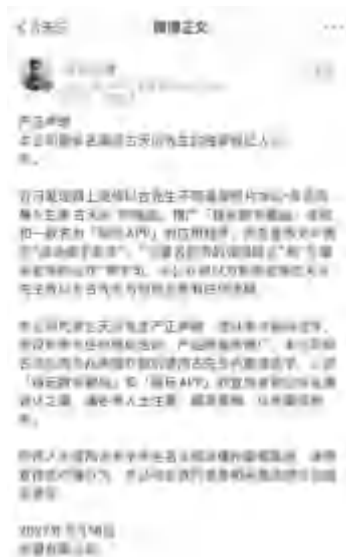
结论速览：

影视剧版权方可否与合作方进行影视剧推广合作——可以，但仅限影视剧本身的合作。

影视剧版权方可否制作含有演员肖像的衍生品（包括数字商品 NFT）——不一定，要看合同约定。

近期，数字商品 NFT 领域又发生了一起存在较大争议的事件。某数字藏品平台发布了带有“反贪风暴 5 主演 古某某 携手 X 玩 乐藏其中”的宣传图片，宣称“该平台成功携手影帝，正式启动品牌战略……”，同时，该平台还顺势推出了内容为古某某在该影视剧中剧照的数字商品 NFT，用户在完成相关平台任务（包括为平台介绍新用户且新用户需消费满一定金额；用户自身在平台消费满一定金额等）后，可获得该数字商品 NFT。

该公告发出后，不仅引发了 NFT 圈的热议，也惊动了“被携手”的影帝。影帝于 6 月 16 日通过微博回应称，其并未与 X 玩平台进行合作，也未授权该平台使用其肖像、姓名。



该回应发布后，第二天，该平台发布《严正声明!!》，回应称其“拥有《反贪风暴 5：最终章》（主演：古天乐）影视剧照正版授权，并对外公开了由安徽联美文化创意有限公司出具的《授权证书》，称“活动一切权益均获得合法授权”，且将如期进行后续活动。



同日，东方影业出品有限公司与华策影业（天津）有限公司共同出具声明，称东方影业为电影《反贪风暴 5：最终章》唯一版权方，华策影业为内地发行方，其均未与安徽联美文化创意有限公司、杭州链街科技有限公司、“X 玩”平台进行合作或授权，要求侵权方立即停止侵权。



## 严正声明

近日，东方影业出品有限公司（以下简称“东方影业”）及华夏影业（天津）有限公司（以下简称“华夏影业”）（以下合称为“我们”）发现第三方公司在未获得我们授权许可的情况下，擅自对外展示销售《反贪风暴5：最终章》主题、古天乐、郭晋安用于品牌的产品包装，宣传推广等广告物的正版权，并以“反贪风暴5：最终章”的推广推广“畅玩”、“畅玩数字藏品”活动和一款名为“畅玩APP”的应用程序。是次我们发表《严正声明》如下，以正视听：

东方影业为电影《反贪风暴5：最终章》于全世界唯一授权拥有者，而华夏影业为电影《反贪风暴5：最终章》于内地发行的授权方，我们从未与融创、杭州融创科技有限公司、安徽联美文化创意有限公司合作，亦没有授权融创使用《反贪风暴5：最终章》主题、古天乐、郭晋安影视剧进行任何推广。在此我们严正声明：上述“畅玩”、“畅玩数字藏品”、“畅玩APP”和相关公司与我们无任何关系，出现任何纠纷以及触犯法律法规均与我们无关。请各界人士注意，提高警惕，谨防受骗。

对于在未经授权/许可的情况下，擅自以“反贪风暴5：最终章”影视剧、推广“畅玩”、“畅玩数字藏品”活动或“畅玩APP”的应用程序的行为，侵犯他人知识产权，我们表示遗憾，并要求侵权方立即停止任何侵权行为及删除所有令人误会、不实的信息。

我们对此保留一切法律权利追究上述问题对我们所造成的任何损害后果。

特此声明！

东方影业出品有限公司

2022年6月17日



华夏影业（天津）有限公司

2022年6月17日



截至6月18日，X玩平台仍能检索到相应宣传文章，且文章中均包含古某某肖像及姓名。

对于本次纠纷中所涉及的平台是否构成了对于古某某的侵权，相信不日自有司法机关的判决予以公断。其他数字商品 NFT 平台或者发行商希望能够合规取得影视剧版权方的许可发行相关数字商品 NFT，需要注意哪些授权合规问题呢？

### Step 1 找准影视剧著作权人

我国著作权法规定著作权人包括作者和其他依照本法享有著作权的自然人、法人或者非法人组织。对于作者的认定，在作品上署名的自然人、法人或者非法人组织为作者。而对于影视剧作品中“出品方”、“摄制方”、“监制方”众多，到底哪个才能算是“署名”的一方呢？

一般而言，在影视剧正片放映完毕、片尾字幕临近结束的位置，会有一个明确的版权方归属的字幕。就本次争议涉及的《反贪风暴5：最终章》来说，其在字幕中就明确标明，电影的版权所有人（著作权人）为东方影业出品有限公司。



因此，如果向 X 玩平台出具授权证书的安徽联美文化创意有限公司并没有取得源自东方影业出品有限公司的授权，那么联美文化出具的该份授权证书也就是无效的。

以笔者的实务经验来看，X 玩平台作为被授权人，对于授权方是否具有对应的授权资质，是具有较高的审查义务和注意义务的。且即使被授权方尽到了足够的审查义务，一旦发生先手授权链条无效或“断裂”，被授权人的审查义务也不足以抗辩其可能存在的侵权行为。

## Step 2 确认制作、发行数字商品 NFT 所需授权并取得权利人许可

制作一个以某演员在影视剧中扮演的角色为主要内容、且注明影视剧名称及演员名称的数字商品 NFT，不仅仅需要取得影视剧著作权人的许可，还需要取得该演员的肖像权、姓名权许可。

一部分演员会在签署的演员合同中制作宣传品、衍生品所需的肖像权、姓名权等人身权利许可授予版权方，只要该衍生品的生产和销售不违反演员已经签署的代言合同。在此情况下，版权方在授予合作方相应著作权许可时，也就可以转授权对应演员的肖像权、姓名权等人身权利。

而像古某某这样的“影帝”，一般不会轻易将肖像权、姓名权许可予版权方统一行使，而是采取版权方接到相应商务需求后，再与演员就收益分配达成一致后，由版权方或由演员经纪公司与合作方签署相应的人身权利许可协议。

## Step 3 确认己方行为未超出许可范围

取得许可仅仅是制作相应数字商品 NFT 的开端，在制作、发行的全过程中，被授权人也要时刻注意自己的行为是否超越了许可范围。

在本次争议中，假设安徽联美文化创意有限公司出具的授权证明是一个有效的授权，X 玩平台的行为也可能超出了授权范围。

根据授权证明的全文来看，不难得出一个比较明确的结论，也即被授权方的行为、产品应当与影视剧本身相关，而不得突出演员本身与产品之间的关联性。同时，授权证明还明确对于“剧照”的线上使用仅限于微信群、微信朋友圈、天猫、京东电商平台、抖音、快手直播平台。显然目前 X 玩平台用于微信公众号文章以及数字商品 NFT 交易平台的使用行为，已经超出了上述许可范围。

因此，在合同未履行完毕前，被授权方都应当时刻绷紧合规之弦，避免侵权。

## 结语

数字商品 NFT 交易平台数、交易量、商品量在今年内剧增，各种玩法层出不穷，部分玩法的合法性和合规性可能存在瑕疵，平台和商品的质量也良莠不齐，更有许多不法分子通过违法手段迅速割韭菜跑路。这是每个行业成长的必经之路，但行业能否持续和成长，也正是从业者在面临这些困境时的心态和行为所决定的。作为一个希望这个行业能够良性发展的旁观者，我们殷切希望从业者能够遵循正确的价值导向，为了行业长远发展考虑，能够自发抵制劣币驱逐良币的短视行为，合规经营。

（本文首发于 2022 年 6 月 20 日）

# 聚焦疫情

# 快问快答：居家办公常见法律问题

杨轶菡

小长假已过，上海大部分非保障机构或企业的员工都因不同层级的疫情管控措施而继续“足不出户”，在疫情防控常态化阶段已慢慢减少的居家办公模式，又再次被催热。虽然现阶段我国并没有针对居家办公模式进行系统、具体的立法和规范，但无论是外部条件的促使，还是内部劳动观念的转变，都使得居家办公这一新的劳动模式在快速运作和发展，并产生各类问题。本文我们以快问快答方式，为企业居家办公管理的常见法律问题做一梳理。

## 1. 用人单位在什么情况下适用居家办公？

### TIPS：充分评估 区别对待

在 2020 年疫情期间，针对受疫情影响职工不能按期到岗的情况，人社部《关于做好新型冠状病毒感染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》（〔2020〕8 号）就建议“有条件的企业可安排职工通过电话、网络等灵活的工作方式在家上班完成工作任务”。因此，用人单位需提前对居家办公的岗位、周期、人员范围、是否具备适当的劳动条件、是否具备对员工考核管理的条件等进行评估，并做出明确的区分安排。并且，根据居家办公模式对员工劳动报酬、工作地点等劳动合同实质性条款产生影响的不同程度，考虑是否需要与员工进行劳动合同变更的个别磋商或集体协商。

基于前述居家办公的软硬件条件要求，对于无法以“居家”形式提供劳动、完成工作的，我们也建议用人单位及时采取全部或部分停工停产的方式降低企业运作成本，以保存实力迎接“复工”的到来。

## 2. 居家办公可以要求员工考勤吗？

### TIPS：利用工具 多维管理

居家办公模式，导致工作场所与生活场所、工作时间与生活时间的混同，故劳动时间的有效界定成为了困扰。如果给予劳动者更多的自主权来安排工作时间，其也许获得了工作时间的自由化，但可能会削弱团队的统一管理和协同；居家办公工作时间的碎片化，也一定程度影响工作效率和及时工作时间；劳动时间的不固定或实际延长，又一并影响对劳动者休息权利的保障，引发加班纠纷。居家准点打卡但没有完成任何工作任务的情况下，是消极怠工，还是旷工？

综合上述困扰可见，考勤的核心不在于几点、在哪里打卡，而在于劳动者是否在合理时间内完成相应的工作任务。针对居家办公的模式，用人单位更应当重视和明确考勤制度，但不能仅仅通过远程考勤的方式来记录和确认工作时间，我们建议还要结合考勤时间内完成的有效工作任务，如采取提交工作计划、日报、项目进度表、在线会议、线上工作响应制度、SAAS 等多种工具来综合管理员工的实际到岗和工作时间、在线监督工作状态。

另外，值得提醒的是，岗位如有符合不定时工时制条件的，用人单位应当依法申请不定时工时制审批并向相关员工公示；已获批非标准工时制的企业，则要注意在审批期限届满前及时续批。

### 3. 居家办公的劳动报酬如何给付？

#### **TIPS: 原则不变 协商变更**

根据人社部及各地的相关规定和司法裁判指导,企业安排劳动者通过居家办公方式完成相应工作的,应视为劳动者正常出勤,即按原劳动合同约定的正常标准发放劳动报酬。

考虑到居家办公期间,企业原有运营也存在非正常状态,工作量的减少,工作强度的降低,上下班在途时间的免除,企业运营资金的短缺等等,均属可能出现的状况。在发生前述变化的情况下,用人单位应当依据《劳动合同法》第三十五条、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》(法释〔2020〕26号)第四十三条,与劳动者协商变更劳动报酬的标准。

### 4. 居家办公情况下的工伤认定？

#### **TIPS:防患未然 积极取证**

据不完全统计,居家办公引发的劳动争议在2020年疫情前鲜有发生,疫情催热的居家办公模式,也引出了关于居家办公意外受伤算不算工伤、居家办公突发疾病死亡是否属于工伤等争议。我们都熟悉工伤认定的三个要素(工作时间、工作场所、与工作有关),也了解视同工伤的三种情形。在员工集中管理的情况下,用人单位可以直接对意外事件及时取证和处理,但在居家办公的情况下,受空间、技术等限制,用人单位的管理难度成倍增加,用工风险大大升高。

《工伤保险条例》第十九条第二款、《工伤认定办法》第十七条,均规定“职工或者其近亲属认为是工伤,用人单位不认为是工伤的,由该用人单位承担举证责任。”故用人单位除了及时足额为员工缴纳工伤保险,还应当就居家办公辅以更具有可操作性的管理和制度。我们建议:(1)在执行居家办公前,参考职业安全标准对员工居家办公的具体地点进行书面确认,了解员工“工作场所”。(2)结合本文问题2所涉的考勤及考核管理保全员工“工作时间”及“是否与工作有关”的证据。(3)在出现难以界定是否属于工伤的事件时,更应当及时提交工伤备案,避免延误申报,扩大由用人单位承担的工伤待遇支付范围和金额。

### 5. 居家办公期间对员工劳动纪律和职业道德等用工管理？

#### **TIPS:常态管理 合理有据**

居家办公因其形式上的特殊性,给用人单位的管理方式带来了新的挑战,但这并不妨碍用人单位仍应当依法依规对员工的劳动关系进行管理,而员工在居家办公期间,同样应服从公司管理、遵循劳动纪律和职业道德。

我们援引(2021)京01民终2234号民事判决书所涉案例给企业管理做一启发。该案员工在居家办公期间未能及时回应公司的工作要求,经多次警告后仍然未能勤勉履职,最终被用人单位解除劳动关系。二审法院终审判决用人单位解除劳动关系合法。裁判观点归纳摘录如下:

(1) 劳动者完成劳动任务,遵守劳动纪律和职业道德,是对劳动者的基本要求,即便在规章制度未作出明确规定、劳动合同亦未明确约定的情形下,如劳动者存在严重违反劳动纪律或职业道德的行为,用人单位可依上述规定与劳动者解除劳动合同。

(2) 因为疫情导致企业经营效益、办公方式等多方面变化而引起用人单位对管理方

式的调整，在合理的范围内，劳动者应接受此种调整。

(3) 在案证据显示，员工在居家办公期间，多次、长时间不回应公司的工作要求，违反了劳动者基本的劳动义务；在公司警告之后，员工仍然不能严格遵守公司的管理规定，甚至在多次警告之后，仍然不能勤勉履行职责。员工的上述行为已经严重违背职业道德，严重违法劳动纪律，使得公司与其建立劳动关系的目的落空，公司与其解除劳动关系，合理合法。

## 6. 居家办公期间的商业秘密保护？

### TIPS: 权限细化 技术升级

前文讨论到用人单位在评估居家办公适用范围时应考虑软硬件条件，其中很重要的板块是远程办公将允许员工在原经营场所以外的范围使用企业各类信息，对企业知识产权（包括但不限于商业秘密）的保护、各类信息的安全，均带来隐患。

对此，企业不仅要对原有的保密措施查遗补缺，还应当针对居家办公的特点进一步细化和强化对员工的保密义务要求。并根据企业的经营特点和信息保护需求提升保密管理的技术，采取设置多级权限，加强后台监管，严格信息传输流程等方式降低商业秘密泄露的风险。

最后，综合上述常见问题，我们建议企业在实施居家办公模式前，应当制订相关的规章制度作为管理依据，以应对居家办公所可能出现的劳动争议纠纷。居家管理制度应当至少包含以下内容：

- (1) 适用范围；
- (2) 申请和/或审批流程；
- (3) 居家办公具体管理规定：如工作地点披露、工作响应时限、工作内容考核方式、保密义务履行、职业操守强化等；
- (4) 变更及取消居家办公审批的决定权。

（本文首发于 2022 年 4 月 7 日）

## 快问快答：疫情期间常见税务法律问题

崔岩双

自 2022 年 4 月以来，上海大部分非保障机构或企业的员工都因不同层级的疫情管控措施而足不能出户，很多企业的正常经营都已受影响。很多企业咨询疫情期间的纳税申报、税款缴纳、税收优惠政策等问题，现就相关问题做一梳理。

### **Q1:因疫情原因不能准确计算税额不能按时进行纳税申报怎么办？**

#### **TIPS:申报期已延长，如有困难仍可再申请延长**

上海市税务局鉴于疫情影响，分别在 2022 年 3 月 15 日及 2020 年 4 月 1 日及时发布了延长 3、4 月份申报纳税期限的通告，并通知纳税人如在申报期限内办理申报仍有困难的，可以依法向税务机关申请办理延期申报。

延长申报期的措施在上海市解除疫情防控措施之前肯定会一以贯之，但如在已延长的申报期内仍有困难的，可申请延长。

相关依据：《税收征管法》第二十七条【1】、《税收征管法实施细则》第三十七条【2】  
需要提醒注意的是：

- 1、纳税人提出延期申请的途径：可以通过电子税务局或办税服务厅申请；
- 2、经批准延期申报仍需要预缴税款。

根据《税收征管法》第二十七条，核准可以延期申报的纳税人应按照上期实际缴纳的税额或者税务机关核定的税额预缴税款。如对缴纳税款有困难的，还需申请延期缴纳税款。

### **Q2:如果因为经营困难无法缴纳税款，怎么办？**

#### **TIPS:可以申请延期缴纳税款**

---

【1】《税收征管法》第二十七条纳税人、扣缴义务人不能按期办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表的，经税务机关核准，可以延期申报。

经核准延期办理前款规定的申报、报送事项的，应当在纳税期内按照上期实际缴纳的税额或者税务机关核定的税额预缴税款，并在核准的延期内办理税款结算。

【2】《税收征管法实施细则》第三十七条纳税人、扣缴义务人按照规定的期限办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表确有困难，需要延期的，应当在规定的期限内向税务机关提出书面延期申请，经税务机关核准，在核准的期限内办理。

纳税人、扣缴义务人因不可抗力，不能按期办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表的，可以延期办理；但是，应当在不可抗力情形消除后立即向税务机关报告。税务机关应当查明事实，予以核准。



根据《税收征管法》第三十一条【3】、《税收征管法》第四十一条【4】等规定，纳税人因有特殊困难，不能按期缴纳税款的，可以申请延期缴纳税款。特殊困难包含两种情况，一种为指因不可抗力，导致纳税人发生较大损失，正常生产经营活动受到较大影响的；另一种为当期货币资金在扣除应付职工工资、社会保险费后，不足以缴纳税款的。

需要提醒注意的是：

- 1、纳税人可以通过电子税务局提出延期缴纳税款的申请；
- 2、纳税人需要延期缴纳税款的，应当在缴纳税款期限届满前提出申请。

### **Q3:在疫情期间未按期申报会受到税务行政处罚吗？**

**TIPS: 对未按期申报的纳税人由主管税务机关根据本市疫情防控情形实施免于行政处罚的决定**

税总发【2020】14号文中规定对受疫情影响逾期申报或逾期报送相关资料的纳税人，免予行政处罚，相关记录不纳入纳税信用评价。故受疫情影响未按期申报的纳税人不需担心收到行政处罚的问题。

如行政复议、听证等因疫情影响未能在法定期限内提起的，申请期限也自影响消除之日起继续计算。

总而言之，纳税人的合法权利不会因疫情而受到影响。

### **Q4:对房屋、土地因疫情被政府应急征用的企业，有什么税收优惠政策吗？**

**TIPS:对房屋土地被政府应急征用的企业，缴纳房产税、城镇土地使用税确有困难的，可以减免相应的房产税和城镇土地使用税**

根据沪府办规〔2022〕415号文的规定，如企业的房屋、土地因疫情被政府应急征用，该企业在缴纳房产税、城镇土地使用税确有困难的，可以通过电子税务局或办税服务厅向主管税务机关提出申请减免相应的房产税和城镇土地使用税。该优惠政策的有效期至疫情结束后再顺延3个月。

---

**【3】** 《税收征管法》第三十一条纳税人、扣缴义务人按照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的期限，缴纳或者解缴税款。

纳税人因有特殊困难，不能按期缴纳税款的，经省、自治区、直辖市税务局、地方税务局批准，可以延期缴纳税款，但是最长不得超过三个月。

**【4】** 《税收征管法实施细则》第四十一条纳税人有下列情形之一的，属于税收征管法第三十一条所称特殊困难：

- (一) 因不可抗力，导致纳税人发生较大损失，正常生产经营活动受到较大影响的；
- (二) 当期货币资金在扣除应付职工工资、社会保险费后，不足以缴纳税款的。

计划单列市税务局、地方税务局可以参照税收征管法第三十一条第二款的批准权限，审批纳税人延期缴纳税款。

**Q5:对主动为租户减免租金的企业，有什么税收优惠政策吗？**

**TIPS:同 Q4**

主动为租户减免租金的企业与房屋、土地因疫情被政府应急征用的企业享有相同的房产税及城镇土地使用税税收优惠政策。

**Q6:小微企业在疫情期间的税收优惠政策可以享受吗？**

**TIPS:好多呀，只能把主要的罗列一下~**

一、有关小微企业的增值税留抵退税政策

根据财政部 税务总局 2022 年第 14 号公告规定，加大小微企业增值税期末留抵退税政策力度，将先进制造业按月全额退还增值税增量留抵税额政策范围扩大至符合条件的小微企业【5】（含个体工商户，下同），并一次性退还小微企业存量留抵税额。

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。

需注意：

1、需符合下列条件的小微企业才可以申请享受该项优惠：

- （一）纳税信用等级为 A 级或者 B 级；
- （二）申请退税前 36 个月未发生骗取留抵退税、骗取出口退税或虚开增值税专用发票情形；
- （三）申请退税前 36 个月未因偷税被税务机关处罚两次及以上；
- （四）2019 年 4 月 1 日起未享受即征即退、先征后返（退）政策。

2、符合条件的纳税人需提出申请才可以享受，申请可通过电子税务局或办税服务厅提出

二、有关小型微利企业的企业所得税减计应纳税所得额的优惠政策

根据国家税务总局 2022 年第 5 号及财政部、国家税务总局 2022 年第 13 号公告、对小型微利企业【6】自 2021 年 1 月 1 日至 2022 年 12 月 31 日，对小型微利企业年应纳税所得额不超过 100 万元的部分，减按 12.5%计入应纳税所得额，按 20%的税率缴纳企业所得税；年应纳税所得额超过 100 万元但不超过 300 万元的部分，减按 25%计入应纳税所得额，按 20%的税率缴纳企业所得税。

需注意：

- 1、申报即享，无需申请，无需备案，相关资料留存备查即可。

---

【5】财政部 税务总局公告 2022 年第 14 号公告中的小微企业和微型企业，按照《中小企业划型标准规定》（工信部联企业〔2011〕300 号）和《金融业企业划型标准规定》（银发〔2015〕309 号）中的营业收入指标、资产总额指标确定。

对于工信部联企业〔2011〕300 号和银发〔2015〕309 号文件所列行业以外的纳税人，以及工信部联企业〔2011〕300 号文件所列行业但未采用营业收入指标或资产总额指标划型确定的纳税人，微型企业标准为增值税销售额（年）100 万元以下（不含 100 万元）；小型企业标准为增值税销售额（年）2000 万元以下（不含 2000 万元）；中型企业标准为增值税销售额（年）1 亿元以下（不含 1 亿元）。

【6】小型微利企业是指从事国家非限制和禁止行业，且同时符合年度应纳税所得额不超过 300 万元、从业人数不超过 300 人、资产总额不超过 5000 万元等三个条件的企业。

- 2、该小型微利企业与增值税留抵退税优惠政策中的认定标准有差异。
- 3、无论按查账征收方式或核定征收方式的小型微利企业均可享受该企业所得税优惠政策。

### 三、有关加大小微企业设备器具税前扣除的优惠政策

根据财政部、国家税务总局 2022 年第 12 号公告，中小微企业【7】在 2022 年 1 月 1 日至 2022 年 12 月 31 日期间新购置的设备、器具，单位价值在 500 万元以上的，按照单位价值的一定比例自愿选择在企业所得税税前扣除以促进中小微企业设备更新和技术升级，持续激发市场主体创新活力。

需注意：

- 1、企业选择适用上述政策当年不足扣除形成的亏损，可在以后 5 个纳税年度结转弥补；
- 2、该优惠政策无需申请，申报（包括预缴申报）即享，相关资料留存备查。
- 3、享受该优惠的设备、器具，是指企业购置的除房屋、建筑物以外的固定资产。

### 四、小规模纳税人阶段性免征增值税

根据财政部、税务总局 2022 年第 15 号公告，增值税小规模纳税人适用 3%征收率的应税销售收入，免征增值税；适用 3%预征率的预缴增值税项目，暂停预缴增值税。该优惠政策的执行期限为自 2022 年 4 月 1 日至 2022 年 12 月 31 日。

需注意：应根据纳税人取得应税销售收入的纳税义务发生时间进行判断是否能适用该优惠。如纳税义务发生时间在 2022 年 4 月 1 日至 12 月 31 日的，方可适用免税政策，若纳税义务发生时间在 2022 年 3 月 31 日前的，则应按照此前相关政策规定执行。

### 五、有关小微企业的“六税两费”减免政策

根据国家税务总局 2022 年第 3 号及财政部、国家税务总局 2022 年第 10 号公告对增值税小规模纳税人、小型微利企业和个体工商户按照 50%税额幅度减征资源税、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”。

该税收优惠政策适用期间为 2022 年 1 月 1 日至 2024 年 12 月 31 日。

需注意：

- 1、纳税人自行申报享受减免优惠，不需额外提交资料。
- 2、纳税人符合条件但未及时申报享受减免优惠的，可依法申请抵减以后纳税期的应纳税费款或者申请退还。对申请抵减以后纳税期的应纳税费款的，系统将在纳税人下次申报时，自动抵减同税费种的应纳税费款。

（本文首发于 2022 年 4 月 11 日）

---

【7】 适用该优惠政策的中小微企业的认定标准详见财政部、国家税务总局 2022 年第 12 号公告

# 疫情期间房租减免问题，看这一篇就够了

徐沁芳、汪钰玲

新冠疫情爆发后，很多房屋租赁合同的履行不可避免地受到各地政府防控措施的影响，作为承租人首要关注的便是能否减免租金。2022年4月10日，上海高院最新发布了关于租金减免的相关问答，本文将以上海地区政策为例，介绍上海市政府关于租金减免的一系列政策以及出租人、承租人在进行租金减免时如何操作。

## 一、国有房屋租金减免相关政策解读

### （一）相关政策

#### 1、上海市全力防控疫情支持服务企业平稳健康发展若干政策措施 2020.02.07

（九）减免企业房屋租金。中小企业承租本市**国有企业的经营性房产**（包括各类开发区和产业园区、创业基地及科技企业孵化器）从事生产经营活动的，先免收**2月、3月两个月租金**；**鼓励**大型商务楼宇、商场、园区等各类市场运营主体为实体经营的承租户减免租金。

#### 2、上海市全力抗疫情助企业促发展的若干政策措施 2022.3.28

（七）减免**小微企业和个体工商户**房屋租金。**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年免除3个月租金**，2022年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经营活动的，**再免除3个月租金、全年合计免除6个月租金**。……**鼓励**大型商务楼宇、商场、园区等各类市场运营主体在协商的基础上，为实体经营的承租户适当减免租金……

#### 3、上海市国有企业减免小微企业和个体工商户房屋租金实施细则 2022.03.31

实施主体	上海市、区国资委监管的市属、区属国有企业集团（含委托监管企业）及纳入合并报表范围内下属企业。	
减免对象	最终签约租赁主体是从事生产经营活动的小微企业和个体工商户。	
减免期限	第一档	所有地区内的 <b>最终承租方</b> ， <b>2022年免除3个月租金</b> 。最终承租方在2022年租期不满一年的，根据租期按比例享受免租。
	第二档	租赁合同存续期间，2022年被列为疫情中高风险地区所在的街镇行政区域内的 <b>最终承租方</b> ，或按有关部门防疫要求 <b>被封控、停业、征用房屋</b> 的 <b>最终承租方</b> ，以及 <b>全年经营亏损</b> 的最终承租方， <b>经出具上述任一证明材料</b> ， <b>2022年再免除3个月租金</b> 。最终承租方在2022年租期不满一年的，根据租期按比例享受免租。

## （二）政策解读

比较 2020 年和 2022 年的减免政策，不难发现 2022 年租金的减免力度相较于 2020 年是更大的，均是针对国有产权房屋的租金减免。对于非国有产权房屋，都是建议、鼓励减免，并无硬性规定。

根据上述政策，减免对象限于从事生产经营活动的小微企业和个体工商户。小微企业参照《统计上大中小微型企业划分办法（2017）》《关于印发〈金融业企业划型标准规定〉的通知》（银发〔2015〕309 号）划型标准认定。我们在此列举几个行业对于小微企业的认定标准供大家参考：

行业名称	指标名称	计量单位	小型	微型
批发业	从业人员(X)	人	$5 \leq X < 20$	$X < 5$
	营业收入(Y)	万元	$1000 \leq Y < 5000$	$Y < 1000$
零售业	从业人员(X)	人	$10 \leq X < 50$	$X < 10$
	营业收入(Y)	万元	$100 \leq Y < 500$	$Y < 100$
餐饮业	从业人员(X)	人	$10 \leq X < 100$	$X < 10$
	营业收入(Y)	万元	$100 \leq Y < 2000$	$Y < 100$

此外，减免对象租赁房屋限于从事生产经营活动这类主体，这意味着使用权房、集体用房或者住宅不属于《实施细则》的减免对象范围。

## 二、非国有房屋，是否可以申请租金减免？

### （一）经营性租赁

不难看出，上述政策主要是针对国有企业作为出租方的情形，那么非国有企业作为出租方或者不符合上述政策条件的承租人是否可以申请租金减免呢？对此，上海高院及最高院均发布了相关文件，我们先看对于商业地产租金减免问题的意见：

根据 4 月 10 日发布的《上海高院关于涉疫情合同纠纷案件适用法律的 12 个问答》，承租非国有房屋用于经营，如受疫情影响房屋无法正常使用或虽然疫情并未影响承租人实际占有使用房屋，但对营收产生重大减损的，可依据公平原则酌情调整租金。承租人申请租金减免时需尽可能提供“因疫情影响房屋无法正常使用”或者“营收产生重大减损”的材料，以实现租金减免或者延期支付。如疫情并未影响承租人实际占有使用房屋，仅基于疫情期间客流减少等原因造成承租人营业收益受到影响的，一般不免除承租人的租金给付义务。

### （二）居住性租赁

对于租赁房屋用来居住的承租人，申请租金减免需尽可能提供“因出租人主动限制或房屋所在地采取管控措施等导致承租人实际无法使用房屋”的相关材料。根据上海高院意见，如因出租人主动限制或房屋所在地采取管控措施等导致承租人实际无法使用房屋，承租人提出减免租金请求的，一般予以支持。如疫情不影响承租人居住使用房屋，且承租人不存在感染新冠肺炎住院治疗或被隔离等无法使用房屋的客观情形，承租人提出减免租金请求的，

一般不予支持。

总体来说，承租人申请租金减免前，应首先判断双方在合同中是否有约定，若有约定，依约定执行。若事先并未约定，对于产权人是国有企业的，根据政策规定应由最终承租方享受减免。对于产权人不是国有企业的，则可参照上述政策规定评估后申请减免。

### 三、次承租人亦有权申请减免租金

根据上述政策规定，次承租人在满足一定条件时亦有权申请减免租金。由于合同具有相对性，一般流程是最终承租人先向二房东提出租金减免申请，再由二房东向大房东申请租金减免。若涉及国有产权房屋的，应由实际经营主体享有减免权益。这其中由于涉及大房东、二房东和实际承租人三方，实际承租人申请租金减免过程需要注意问题更多。

首先，大房东对于二房东的转租合同是否知情或者应当知情、大房东对于转租是否提出异议、这些问题将决定转租的效力和二房东是否构成违约以及二房东是否有权向大房东主张减免租金。若二房东的转租存在瑕疵的，如实际上未经大房东同意进行了转租，此时二房东以自己名义去向大房东争取减免租金，如大房东拒绝的，则二房东还需综合考虑违约责任与拟减免租金金额的情况。

其次，在合法转租中，若大房东不同意减免租金或以二房东尚未向次承租人减免租金、尚未遭受损失为由拒绝减免的，则二房东可以保留好对次承租人进行租金减免的过程性文件，如将次承租人遭受的损失情况、拟减免租金情况及时书面通知大房东。嗣后，二房东可再行向大房东主张，如大房东仍然拒绝，那么，可以通过法院诉讼实现权利。

### 四、申请租金减免的具体操作方式

#### （一）承租人如何申请租金减免

对于租赁国有产权房屋且符合《实施细则》规定的租金减免条件的承租人，可以按照《实施细则》规定的流程进行申请办理，即根据产权人制定的房租减免审批制度提交材料；对于不符合《实施细则》减免条件的承租人，应当结合政策规定评估是否符合减免的条件，并与出租人积极主动进行沟通协商。具体包括：

1、**明确租金减免要求：**主动向出租人明确自身租金减免要求，包括要求减还是免、减多少、免多少、减免期间等等。

2、**提供相应材料：**承租房屋是国有产权人的，可以依据上述《实施细则》提供相应材料；承租房屋是非国有产权人的，参照上述系列问答即指导意见中的相关条件准备材料，具体来说，对于商业用房承租人申请租金减免需尽可能提供“因疫情影响房屋无法正常使用”或者“营收产生重大减损”的材料；对于居住房屋承租人申请租金减免需尽可能提供“因出租人主动限制或房屋所在地采取管控措施等导致承租人实际无法使用房屋”的相关材料。

#### （二）出租人如何应对租金减免

除作为上述《实施细则》中规定的国有出租人外，其他出租人是没有减免租金的法定义务的，但疫情当下，各地政府出台的政策也均鼓励有能力的出租人积极承担社会责任，这既能稳定承租人与出租人之间的房屋租赁关系以实现共赢，也能避免出租人卷入诉讼风险之中。对于有意愿减免租金的出租人，我们建议采取如下应对措施：

**1、要求承租人明确减免租金的请求：**如果承租人的请求未予明确和固定，后续出租人的减免审核以及双方之间的协商无从谈起，因此，出租人应当要求承租人对其请求予以明确和固定。

**2、要求承租人提供相应证明材料：**为避免承租人“搭便车”行为，证明材料包括承租人的业态、租赁房屋的使用情况、受限制情况、损失情况、复工情况、承租人主体的材料如营业执照、真实性承诺书，承租人经营情况、损失情况相关证明材料，以及如果是转租的，实际经营的次承租人的情况、承租人和实际经营次承租人签署的同意减免租金的协议等等。

**3、向承租人明确，**出租人会依据承租人请求及提供的材料，进行反馈答复。但在出租人同意免租前，**承租人应按合同约定按时足额支付租金。**

疫情之下，若出租人同样受到较大影响，实打实地减免租金对于出租人而言可能存在较大压力。这种情况下，出租人亦可和承租人协商采取其他替代性方案，以共同度过难关，例如将租金的支付周期延后、将减免的租金均摊在整体的租期内、协商长期租赁利益层面的优惠和调整、调整租金的递增率，或给予其他形式的优惠、权益或补偿。在承租人与出租人就租金减免问题进行沟通协商期间，双方应尽量采取书面形式，注意留痕，为未来可能的诉讼服务。

#### 四、结语

大房东、二房东、次承租人，各方利益相关，一荣俱荣，一损俱损，建议各方共同友好协商，毕竟商户的实际经营利益才是租赁链条上的源头之水，唯有各方共克时艰，才能确保稳定的租金收益、维护各方长远利益。

（本文首发于 2022 年 4 月 13 日）

# 坏账追偿



# 债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（一）

卫新、徐沁芳

在注册资本认缴制下，股东可以自由确定出资时间和期限，也因此出现一些为了逃避股东出资责任，将出资期限设置得特别长的情况，有的股东将出资期限设定为100年，有的设置在经营期限最后一天，有的甚至超过公司的经营期限。在公司债权人债权迟迟无法实现时，债权人是否就只能坐等出资期限到期再向股东追偿？或是只能在破产清算程序中才能加速到期？对于这种认缴期限畸长，没有出资诚意的情况，有什么破解之道？

九民纪要发布以来，运用九民纪要第6条股东出资加速到期突破债务人无力清偿的局面成功追索股东的案例逐渐增加，接下来我们将会发布系列文章，来探讨债权人如何成功实现股东出资加速到期。

## 一、出资加速到期的法律依据是什么？

在九民纪要出台前，我国法律和司法解释对于“股东出资加速到期”进行明文规定的情形只有两种，分别是：（1）公司破产；（2）公司解散清算。《九民纪要》的出台对于“股东应否加速到期”的问题作出了突破性解释，在原有的破产、清算的法定情形基础上，又增加了两种情形，为债权人的权利救济提供了新的思路与路径：（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；（2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，上述2种情形除外。

本文将结合案例就第一种情形的适用进行分析。

## 二、拿到法院的执行裁定书就可以认定出资加速到期？

《九民纪要》中支持出资加速到期的第一种情形是：公司作为被执行人的案件，①人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，②已具备破产原因，但不申请破产的。也就是说需要同时满足①+②两个条件才行。那么法院出具的执行裁定书是否能够直接符合上述条件呢？答案是否定的。

### ➤ 案例解析

在(2020)沪0115民初84836号上海××文化创意有限公司与北京××信息技术有限公司等损害公司债权人利益责任纠纷中，法院从资产不足以清偿生效判决之债、明显缺乏清偿能力两个方面展开论述债务人公司具备破产原因：

**其一，资产不足以清偿生效判决之债。**第三人（债务人）经执行，亦未发现其它可以执行的有效财产，已被纳入失信被执行人名单，同时被限制其高消费。申请执行人即本案原告亦不能提供第三人可供执行的财产线索，第三人资产已然不足以清偿生效判决之债务。

**其二，明显缺乏清偿能力。**第三人被吊销营业执照，其被吊销的原因是成立后无正当理由

由超过六个月未开业，或者开业后自行停业连续六个月以上。基于此，**第三人被吊销营业执照后，已经不具备经营主体资格，丧失因继续经营的可期清偿能力**，故第三人对生效判决之债务明显缺乏清偿能力。

**其三，股东到庭情况。**法院向相关股东邮寄送达，均因原地址查无此人或迁移新址不明被退回，后公告方式向相关股东送达，但两者均未到庭，亦未发表任何书面意见。故由此产生的不利后果，由股东自行承担。基于上述分析，法院认为**第三人无财产可供执行，被吊销营业执照长达两年之久，认定第三人对生效判决之债务明显缺乏清偿能力，已具备破产原因。**

通过我们检索到的案例来看，目前的主流裁判观点和上述案例一致，也就是说除了执行裁定，依然要从是否具备破产原因的角度来综合判断是否符合出资加速到期的条件。

### 三、应该如何判断是否符合加速到期条件？

#### （一）执行法院是否按照法定程序穷尽财产调查措施

首先，要判断执行裁定是否已按照法定程序采取必要的财产调查措施，以此判断是否属于人民法院穷尽执行措施无财产可供执行的情形。

#### （二）是否具备破产原因

根据《破产法》司法解释一的规定，出现资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力情形之一的，法院应当认定具备破产原因。那么什么情况下可以认定资产不足以清偿全部债务？什么情况下又属于明显缺乏清偿能力呢？

**资产不足以清偿全部债务**是指债务人的资产负债表，或者审计报告、资产评估报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债。

**债务人账面资产虽大于负债，但存在下列情形之一的，应认定明显缺乏清偿能力：**

- （一）因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务；
- （二）法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务；
- （三）经人民法院强制执行，无法清偿债务；
- （四）长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务；
- （五）导致债务人丧失清偿能力的其他情形。

可见，根据法律规定和司法解释，严格来看，并不是一个执行裁定就能直接构成出资加速到期的。虽然我们也看到一些裁判案例中，法院并未对是否具备破产原因展开说理，而是简单根据执行裁定认为符合出资加速到期情形，但多方面综合审慎判断是否能够出资加速到期仍是目前的主流裁判观点。

作为债权人，需要尽量搜集能够证明债务人已经停业、长期亏损、经营地址异常、被吊销营业执照等情形，以增加被认定具备破产原因的成功率。**一般在认定是否具备破产原因时，会综合以下情形来判断：**

- （1） 公司及其股东已经失联，涉及大量诉讼；
- （2） 注册地址已由他人使用，无具体经营地址及其他联系方式；
- （3） 因联系不上公司登记的住所，公司被市场监督管理局列为经营异常；
- （4） 诉讼过程中，对方明确表示公司资产不能偿还对外债务；

- (5) 公司年报信息中资产负债数据认定企业负债大于资产；
- (6) 公司法定代表人下落不明；
- (7) 公司已经停止经营；
- (8) 公司受到行政处罚被吊销营业执照；
- (9) 经法院传唤，无正当理由拒不到庭，例如：股东失联且陷入大量诉讼，法院无法邮寄送达，公告送达后仍未到庭。

#### 四、股东如何抗辩？

结合我们检索案例的情况，股东的抗辩一般有以下几种：1、出资未到期，享有期限利益，不应出资加速到期；2、已经完成实缴出资义务；3、公司仍有清偿能力。其中第1种情形我们已经在前面分析过，第2种股东已完成实缴出资的抗辩往往认定较为复杂，我们将另外单独进行分析，此处重点分析股东抗辩公司仍有清偿能力的情况。

#### 根据案例检索情况，股东可能提供如下材料证明公司具备清偿能力：

- (1) 提供公司资产负债表、审计报告或资产评估报告，证明公司资产大于负债，具备清偿能力；
- (2) 提供公司另案生效判决，证明公司对外享有确定债权，具备清偿能力；
- (3) 提供公司与案外人的合同，证明公司尚在持续经营之中，对外具有可期待收益；
- (4) 提供股东著作权证书、专利权证书、商标权证书、APP运行截图及其用户统计情况等，证明公司处于运营状态、拥有核心知识产权、具有较高的市场价值等。

**此时股东是否就可以摆脱出资加速到期的境地呢？在面临败诉的情况下，股东亦有很大可能为了逃避债务而提供虚假的合同，这种情况下将存在一定审查难度。**

在沈××与××文化产业投资发展有限公司、花×珍等股东损害公司债权人利益责任纠纷一案中，债务人拒绝提供审计报告，虽然股东主张债务人有基金管理费的收入，但在收取费用期间，却没有向债权人清偿；此外，除案涉债务之外，债务人还存在384万元的债务未能履行，法院综合以上事实认定债务人没有清偿能力。

在杨建×、中国电×股份有限公司××分公司执行异议之诉一案中，债务人提供了其持有3件有效注册商标及6件计算机著作权的材料，**但法院认为该部分知识产权最终价值多少，需在执行程序中予以解决，判令股东对债务人公司不能清偿部分的债务在未出资范围内承担补充赔偿责任，并未加重其民事责任。**在该案中，法院因无法核查相关无形资产价值，判决由股东对债务人的不能清偿部分承担补充赔偿责任，因为法院认为这是一种补充赔偿责任，执行过程中亦可继续执行债务人财产，因而没有加重股东责任。实际上执行程序中股权、无形资产的处置，往往比较困难，如果法院审查认为债务人财产流动性差、无法变现的，亦可认定其明显缺乏清偿能力。

在上海××净化科技有限公司与车××、邵××股东损害公司债权人利益责任纠纷中，股东提供债务人公司财产照片、购销(加工)合同、施工预算表证明债务人公司具有可供执行的财产，现存放于公司厂房内，具体地址位于山东省××工业园区内，不存在不能清偿债务的情形。原告认为仅以被告提供的财产线索不足以说明债务人资可抵债。**法院认为，被告提供明确的财产线索，原告亦无证据证明被告提供的线索不真实，亦即相当于被告主动申报财产用于执行，原告即应首先通过恢复执行程序，根据被告提供的财产线索申请法院执行，只**

**有在穷尽执行措施仍无法偿付债务后，原告方可提起本案之诉。**原告可在申请执行且证明被告提供的财产线索不真实，并认定穷尽执行手段债务人仍无财产可供执行后另行起诉。

该案中，法院认为被告提供执行线索证明清偿能力，原告无法证伪时，应首先通过执行程序救济，穷尽执行措施无法偿付后，再另行起诉。对于该案法院裁判意见，值得进一步探讨。在被告提供了执行线索后，由执行法院对可执行财产进一步确认，可以认为在执行程序中确实财产线索真实性更易核查和尽快执行落实，但对于被告提交的执行线索的审查，是否均应一概要求先转由执行程序确认方能裁判？我们认为，对于在本案中被告提供的相关业务合同、预算表，应从证据真实性、合法性和关联性三个方面进行审查，必要时可与案外人确认，从合同签订时间、合同内容、双方实际履行情况等方面审查合同真实与否，并对其中的可期待收益予以审查，对于相关设备，亦可到现场查看，而不应将相关证伪责任全部分配给原告方。

## 五、结语

综上，当债权人发现债务人无力清偿债务时，除了考虑执行转为破产程序，还有另一条路可以走，即审查股东出资是否到位，进而要求股东以未缴付的出资金额为限承担补充赔偿责任。

在债权数额少于债务人股东的未缴付金额，且债务人的对外债务也并未达到不可挽回的情况下，如果选择破产，诉讼周期和诉讼成本都较高，也会直接将债务人推向难以挽回的境地，而选择要求债务人股东出资加速到期，可以更加高效、经济地实现救济，最大限度地维护个体债权人的利益。当然，如果债务人公司拥有较高的重整价值时，直接选择进入整体破产程序亦是一种较好的选择，债权人可以综合个案具体情况综合选择最为适合的方式。

（本文首发于 2022 年 5 月 17 日）

## 债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（二）

卫新、徐沁芳

此前我们在《债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（一）》一文中介绍了债权人如何运用《九民纪要》第6条的规定，主张债务人无财产可供执行、已具备破产原因但不申请破产，从而实现债务人股东出资加速到期。本文将介绍第二种出资加速到期的方式，即债务人及股东“在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限”，从而实现加速到期。

### 一、案例分析：(2019)沪02民终10503号



一审法院认为，王某与A公司存在借贷关系，借款到期后A公司（债务人）仅归还部分款项，应承担剩余款项及利息的支付义务。另外，股东曲某、郭某的认缴出资期限已届满，应在各自未出本息范围内对A公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。故一审判决：A公司返还王某65万元及利息；股东曲某、郭某对A公司的付款义务承担补充赔偿责任。郭某对一审判决不服，上诉于上海二中院。

二审中，郭某提交了一份新证据，系A公司的企业信用信息公示报告，**该报告显示郭某的认缴出资时间为2045年11月4日**，公示时间为2018年3月27日。郭某据此认为认缴出资期限未届满，其不应对A公司的付款义务承担补充赔偿责任。

上海二中院认为，注册资本认缴制下，股东虽依法享有期限利益，然债权人亦享有期待权利。涉案借款发生于2015年12月，借款到期日为2016年12月，此时工商载明A公司股东的认缴出资期限为2018年12月31日，也就是说，在A公司未按时还款的情况下，王某可以期待2018年12月A公司股东认缴期限届满时以股东出资获得还款。**因郭某延长认缴出资期限系在A公司债务产生后，且未经王某同意，实质上损害了王某作为债权人的期待利益，故郭某的补充赔偿责任不能免除。**综上，二审判决驳回上诉，维持原判。

#### 案件分析：

我们先来回顾一下《九民纪要》第6条规定的可以成就“股东应否加速到期”的2种情形：（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；（2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股

东出资期限的。

本案是上海二中院运用《九民纪要》第6条规定的第二种加速到期情形的典型案例。首先法院对于仅有工商公示系统中公司自行填报的出资期限并不认可，因为该出资期限并未在工商备案的章程见到。其次，即使上述出资期限的变更是真实的，A公司股东在明知公司债务已于2016年12月到期，2018年12月31日出资期限即将届满，却在2018年3月进行出资期限延长，具有在出资期限即将到期前恶意延长出资期限的恶意，最终法院认为该出资期限对债权人不产生效力，股东应在原出资期限到期后履行出资义务，本案审理之时该出资期限已经届满却未履行，股东应在其认缴出资金额范围内承担补充赔偿责任。

## 二、债务产生后，延长出资期限导致股东出资加速到期的法理基础

股东出资义务实质上可以认为是公司对股东享有的债权，股东出资期限届满时，即债权履行期限届满时。股东未按期缴纳出资时，根据《公司法解释（三）》第十三条的规定，公司或者其他股东可以请求其向公司依法全面履行出资义务。但往往债务人公司并不积极主动向股东追偿，在股东恶意延长出资期限、进行股东会决议时亦不会加以干预，导致股东向公司出资的期限被无限延长。

此时，债权人有权撤销债务人公司这种放任股东延长债务履行期限的行为。根据民法典第五百三十八条的规定，债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者**恶意延长其到期债权的履行期限**，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院**撤销**债务人的行为。

因此，债权人可以撤销债务人股东为逃避债务恶意延长出资期限的行为。但还需要注意的是，这种撤销只能针对债务产生后股东延长出资期限的行为。也就是说，债权人可以要求债务人股东按照**债权债务发生时公示的股东出资期限**履行出资义务。而如果是债务形成前股东延长出资期限的行为，不能撤销，因为债权人对此并无信赖利益。并且，如果债务发生时公示的出资期限尚未届满，债权人亦不能仅凭债务人股东存在恶意延长出资期限这一点来主张股东出资立即加速到期，因为这会损害债务人股东的出资期限利益。债权人可以进一步分析债务人是否符合“经法院强制执行无财产可供执行、已具备破产原因但不申请破产”的情形，从而实现出资加速到期。

例如在(2021)浙06民终352号一案中，法院认为债务人公司通过股东会决议或其他方式延长出资期限的，本质上是对股东恶意延长出资期限行为的否定，也就是说，只是要求股东按照原来规定的期限出资。债务人在原股东转让股权过程中将第二期认缴出资期限从2033年7月2日变更为2033年7月31日，但按照原出资期限之规定，**原股东的第二期出资期限远未届至，二人仍保有对原出资期限的期限利益**，因此债权人要求原股东的第二期出资义务加速至当下的请求，法院未予支持。该案表明债权人的撤销权应当是有限度的，应以债权债务发生之时其可以预见的债务人股东出资期限要求股东履行出资义务。

## 三、“债务产生”的标准如何认定

主张撤销债务人股东恶意延长出资期限的行为，还有一个非常关键的前提条件，就是要求这种延长出资期限的行为发生在**债务产生后**。那么，**债务产生的标准是什么**？是债务履行期限届满之时，还是法院作出生效裁判之时？是双方签订合同之时，还是一方已经履行完毕

主要合同义务之时？如若双方对于债务是否存在产生争议，债务产生时间又该如何认定？

我们认为，债务是否产生不以是否作出判决为要件，应以债务形成时间为准。至于双方对债权债务是否形成产生争议时，并不影响债权形成的认定，只要当时已有初步证据证明其主张成立即可，不应苛以过高的要求。但债务产生到底应该以履行期限届满之时为准，还是以合同签订时为准？抑或是一方已经履行完毕主要合同义务之时？这一点值得探讨。

我们暂未在损害债权人利益责任纠纷或执行异议之诉的案件中找到对应案例。但我们发现在减资纠纷中存在同样的问题，或可供参考。根据《公司法》的规定，公司需要减少注册资本时，应当在作出减资决议之时十日内通知债权人，而债权人的标准是什么并未有明确定义。

在（2020）沪民再 28 号一案中，上海高院再审认为，合同是债发生的原因，因此**买卖合同签订之日，即债权债务关系发生之时。至于债权尚未到期或者债权数额尚未明确，均不影响 B 公司作为债权人的身份。**由此可见，债权尚未到期或者债权数额尚未明确，并不影响债权人的身份。

在（2019）苏 0402 民初 920 号一案中，原告和被告公司签订了三方监管协议，原告系负责资金监管银行，需履行对保证金的资金监管义务，后因工程项目取消，工程建设单位申请返还保证金，但发现保证金已不在保证金账户内，于是担保公司及银行承担了连带还款义务。银行则主张对担保公司的追偿权，遂涉诉。银行主张担保公司股东在债务形成后恶意延长出资期限，应当出资加速到期。银行认为，其与担保公司签订合同的时间为债权债务形成时间，但法院认为，**在签署协议和交付保证金时银行对担保公司并未直接享有债权，双方并不存在债权债务关系。只要银行按约履行监管义务，不可能形成本案债务。**担保公司对银行债务形成的条件，是银行不能按协议要求进行监管，擅自为担保公司办理解付保证金，造成资金流失，致使工程建设单位无法收回担保金。**因此担保公司股东在 2014 年 11 月延长出资期限时，案涉债务尚未形成，担保公司作出延长出资期限至 2029 年 11 月 1 日的决议不违反法律强制性规定，其股东在出资义务尚未到期的情况下转让股权，不属于出资期限届满而不履行出资义务的情形。**

从该案可以看出，债权债务形成的时间点仍要结合债权债务形成的具体原因判断，本案中银行对担保公司的追偿权并非合同一经签署即发生，亦非必然源自合同约定，具体应审查追偿权形成时间。而若是简单的借款合同，我们认为应以一方履行完毕支付借款的时间作为债权债务的形成时间，而无需苛求履行期限届满。因为在一方履行完毕主要合同义务后，另一方应当对债权产生以及在约定期限还款有相当的预见。《九民纪要》将加速到期期限的适用条件缩在“债务产生后”，旨在审查债务人股东有无明知债务存在，却恶意延长出资期限的情形。当债务人及股东对债务有可预见性、应当知晓的情况下，应认为债权人已经履行合同主要义务之时为债权债务形成之时。

#### 四、结语

综上，债权人在追索债务人无果后，符合以下两种情形之一的，可以尝试向未出资的股东追偿：（1）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；（2）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。需要注意的是，当符合上述条件时，债权人可以要求债务人股东承担的

责任为，以认缴未实际出资的金额为限承担补充赔偿责任。也就是说，应首先由债务人进行清偿，穷尽执行措施债务人仍无法清偿的，股东才会承担补充赔偿责任。

保护股东出资期限利益和保障债权人利益两者之间的平衡，始终是司法裁判的重点和难点。《九民纪要》已对此进行了较过去更进一步的规范，但在具体个案中的取舍和平衡依然存在价值排序和个案考量。后续我们将对“债务追偿”这一话题持续展开探讨，欢迎大家关注。

（本文首发于 2022 年 6 月 2 日）



# 实控人利用关联交易损害公司利益，债权人能否向参与交易的关联公司追偿？

卫新、周徐乐

债务人无力清偿到期债务，债权人发现该公司的实控人利用自己控制的其他公司，通过关联交易转移债务人公司责任财产时，债权人能否向该实控人控制的关联公司进行追偿？

在上述案例模型的前提下，本文拟通过对法律规定的解读以及对实务案例的分析，为债权人突破“债的相对性”，进一步向债务人的关联公司追偿提供一些思路。

## 一、 债权人向关联公司追偿的请求权基础

《公司法》第 21 条规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”从行为类型来看，实控人利用关联交易转移债务人财产，损害公司利益，符合上述规定。但根据该条规定，承担损害赔偿责任的主体仅限于实施关联交易的股东、实控人、董监高，并不包括参与该关联交易且受有利益的关联公司。

在现有的多数案例中，债权人一般将实施关联交易的实控人（或控股股东、董监高）、参与关联交易的关联公司作为共同被告，要求实控人与关联公司承担连带责任。司法实践中，对于上述规定的责任主体范围亦未作扩张。但我们检索到有案例参照适用该规定，认定被同一实控人控制的关联公司因不当关联交易承担侵权责任，例如最高院(2014)民提字第 111 号一案。从法院裁判说理来看，单独的《公司法》第 21 条是认定实控人承担责任的请求权基础，但无法成为关联公司承担连带责任的直接法律依据，需借助于“共同侵权”来实现债权人向关联公司的追偿。

例如，在 (2017)赣 04 民初 251 号一案中，恒×公司以债权受让方式获得对债务人江×化工厂的债权，该债权已经由九江中院判决确认，判决生效后一直未被履行。但债务人江×化工厂实控人通过关联交易，将公司名下房产和土地无偿转移至关联企业名下。法院认定此行为损害了债务人利益，已构成不正当关联交易，并且在其已不能履行到期债务的情况下，也损害了其债权人的合法权益，法院判决股东对公司债权承担连带偿还责任。同时，法院认为，在《公司法》仅以第二十一条规定利用关联关系侵权的责任主体为股东、实控人，但未包括共同被控制的关联公司的情况下，应参照适用该规定认定共同被控制的关联公司的侵权责任。根据《侵权责任法》第八条关于共同侵权的规定，关联公司应当在其无偿接受的房产和土地价值范围内对债务人的债务承担连带责任。

## 二、 关联公司构成“共同侵权”的司法认定

《民法典》第 1168 条规定：“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”通说认为，共同侵权的构成要件有以下四点：1.侵权人存在共同侵权行为；2.多个侵权人之间存在意思联络且具有过错；3.造成损害结果；4.侵权行为和损害结果间存在因果关系。

具体到本文讨论的案例模型，司法实践对于关联公司是否成立“共同侵权”的认定主要聚焦于以下三个问题：

### （一）关联方及关联交易的认定——新旧公司法的对比

对应“存在侵权行为”这一要件的认定，需要判断关联公司与债务人之间是否存在不当的关联交易。而不当关联交易的判断，以与关联方发生关联交易为前提。故对于“关联方”的认定成为首要解决的问题，债务人与其关联方发生的交易即可以理解为关联交易。

结合现行《公司法》的规定以及目前新发布的《公司法草案》，我们将关联方的范畴进行了整理：

关联方	现行公司法	公司法草案新增
本体	控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员；	董事、监事、高级管理人员的近亲属；
衍生主体	控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员直接或间接控制的企业，以及具有可能导致公司利益转移关系的主体；	董事、监事、高级管理人员的近亲属直接或者间接控制的企业；

可以看到，本次《公司法草案》第 183 条首次将董事、监事、高级管理人员的近亲属及其直接或间接控制的企业纳入了关联方的范畴，进一步扩大了关联交易的规范范围。

### （二）不当关联交易的认定

法律并不禁止相关主体之间开展关联交易，但缺乏正当性交易会损害公司、甚至外部债权人的利益。因此，需要对关联交易的“正当性”进行审查，判断相关主体是否构成侵权。

由于同类案例较少，因此本文对于“不当关联交易”的认定，部分地参照以现行《公司法》第 21 条为请求权基础，由公司或股东代表起诉控股股东、实控人、董监高等利用其关联关系损害公司利益的相关案例。两者的不同之处在于，前者是外部债权人为了维护自身利益提起的侵权之诉，后者是公司内部为了维护公司利益提起的损害赔偿之诉。但由于均是利用关联交易作为侵权手段，故在“不当关联交易的认定”上具有一致性，可予参考。

经调研，法院通常会从以下方面对不正当关联交易进行审查：

#### 1. 交易是否符合公司内部制度要求（程序合规）

虽然《公司法》未规定关联交易必经的内部程序，但公司往往会通过公司章程、股东会决议等方式对关联交易的进行控制。在司法实践中，关联交易是否经过必经程序也会成为判断“正当性”的一项因素，且是“正当性”的必要不充分条件。

例如，在（2019）浙 01 民终 9301 号一案中，法院认为，根据《公司法司法解释（五）》第一条规定，履行法定程序不能豁免相关主体对关联交易赔偿责任。本案的关联交易未经得股东会同意，即使康×公司的股东对关联交易知情并同意，也不能作为豁免关联交易赔偿责任的理由和依据。

## 2. 交易的实质内容是否公允

对于关联交易内容的审查，主要集中在交易模式是否符合商业常理、交易价格是否合理等内容的判断。例如就同一物品互为买卖、虚设中间环节赚取利差等会被认为是有违商业常理的，无偿转让、价格未经评估且与市场、其他同类第三方差异过大，都易被认定为价格有失公允，从而否定该关联交易的正当性。

## 3. 交易是否正常履行

即便关联交易在程序和实质内容上均具备正当性，但若交易未得到正常履行，导致双方实际权利义务不对等，也会被认定缺乏正当性。

例如，在最高院(2014)民提字第 111 号一案中，债务人向关联公司转让土地使用权、厂房，虽转让价格合理，但关联公司作为受让方未实际履行付款义务，且债务人向其开具足额发票以虚构其支付全部对价的事实，故法院认定其交易构成不当关联交易，应在虚构已付但实际未付的范围内承担连带责任。

## 4. 交易是否通过合法途径达成

从现有案例来看，不当关联交易的表现形式不仅包括订立合同，还包括其他利益转移途径，例如实控人通过遗失补证方式将债务人资产转移至关联公司名下（参见：(2017)赣 04 民初 251 号）、通过虚假诉讼方式签订以物抵债和解协议来转移资产（参见：(2019)最高法民终 20 号）。

缺乏正当性的关联交易，损害公司、甚至外部债权人的利益，性质上属于侵权行为，同时也能证明交易双方、实控人存在主观上的意思联络，尤其是在明知公司不能清偿到期债务前提下，关联公司仍参与交易转移责任财产，具有主观可归责性。须注意的是，从现有案例来看，关联公司的主观过错，不一定要达到需和实控人、债务人恶意通谋以逃避债务的程度，但至少需对其行为将导致债务人公司的责任财产减少是明知的。

### (三) 损害债权人利益的认定

实控人利用不当关联交易向控制的其他关联公司转移利益，降低了债务人公司的偿债能力，也间接损害了债权人的利益，造成侵权损害后果。**当债权已到期，未获清偿时，一般可以认定“损害债权人利益”，不必达到需事先经判决确认或经强制执行仍不能清偿的程度。**

例如，最高院(2014)民提字第 111 号案件，债权产生于 2004 年 5 月 14 日，约定还款到期时间为 2005 年 12 月底，该债权到期未获清偿。债务人于 2006 年 5 月 30 日与关联公司签订《土地使用权转让协议》。最高院认为，案涉土地使用权交易构成不当关联交易，损害了债务人的利益，并且在债务人不能履行到期债务的情况下，也损害了该公司债权人的合法权益。

### 三、 关联公司承担的侵权责任性质

民法典第 1168 条规定，“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”可以看到，共同侵权的侵权人对受害人承担的是连带责任，即受害人有权向共同侵权人中的任何一人或者数人请求赔偿全部损失，而任何一个共同侵权人都有义务向受害人负全部的赔偿责任。进一步理解，侵权人承担的**责任范围**限于因侵权行为给受害人造成的全部

损失，侵权人承担的**责任方式**是连带，即在各侵权人之间不分先后，受害人有权向任一侵权人主张全部损害赔偿。

具体到本文所讨论的案型，法院对于关联公司应当承担的“责任范围”，一般认定为“关联公司因关联交易所获得的利益”，该等利益以不超过债权人的到期债权为限；对于关联公司应当承担的“责任方式”，通常认定该关联公司和债务人、其他侵权人处于同一顺位的连带责任。但也有个别案例认定关联公司承担的是补充连带责任，即在债务人不能清偿时才承担连带责任，其责任顺位劣后于债务人。

#### **四、 结语**

债务人及其关联公司在同一实控人的操纵下，通过不正当关联交易共同侵害债权人利益的，债权人可以通过“共同侵权”之诉向实控人、关联公司追偿。“不当关联交易”是认定是否构成侵权的关键，债权人可以从关联交易的程序是否合规、内容是否公允、履行是否正常等方面进行举证，证明交易本身的非正当性，从而要求相应主体承担连带责任，进一步挽回损失。

（本文首发于 2022 年 6 月 7 日）

# 股东抽逃出资，却狡辩是借款？看法院如何裁判

卫新、徐沁芳、赵昕

债权人追索债务人的方式之一，便是追究债务人股东的出资责任，比如股东出资后又抽逃出资的；或者股东没有履行实缴出资义务，且符合出资加速到期情形的。在债权人追究股东出资责任时，股东往往抗辩已经完成实缴出资，不存在抽逃出资。

《公司法司法解释三》第十二条列举了三种较为常见的抽逃出资情形，其中一种是“通过虚构债权债务关系将其出资转出”。所谓虚构债权债务，较为常见的便是虚构借款，将股东已经缴纳的出资抽逃。本文将结合已有判例探讨司法实践中如何区分抽逃出资与正常的股东借款。

## 一、法院会对借款的真实性进行审查以判断是否为抽逃出资

一般来说，法院会首先从**是否签订书面的借款合同、是否经过合法的决策程序、是否约定合理的借期与利息、是否提供担保**等方面对借款的真实性进行审查。如果借款关系是虚假的，通常会被认定为抽逃出资。

### 1.金额较大、未签订书面借款合同，易被认定为抽逃出资

如果出借的款项金额较大或者借款双方均为公司法人，依照常理双方应当签订借款合同而未签订的，法院倾向于认定借款关系虚假，实为抽逃出资。在(2018)最高法民再 328 号一案中，公司股东在**验资后第三日**便将 3500 万元出资从公司账户转出，股东主张上述款项是借款并**提供了借条**，法院则认为**如此大笔的借款没有书面借款合同明显不符合常理**。在(2020)粤 01 民终 21676 号一案中，宇 x 公司股东中 x 公司收到宇 x 公司汇款 1600 万元并主张上述款项为宇 x 公司向股东发放的借款，法院亦认为如此大金额的借款且发生在公司法人之间，却并未签订书面借款合同，也不合情理。最终法院均认定上述“股东借款”为抽逃出资。

### 2.借款未通过股东会决议，易被认定为抽逃出资

根据相关判例，无论是抽逃出资还是股东借款，所涉及金额一般较大。如果股东主张案涉款项为股东借款的，法院一般会审查借款是否经过股东会决议批准，没有经过批准易被认定为抽逃出资。值得注意的是，即便公司章程中没有约定股东借款需要进行股东会决议，法院一般也认为**大笔资金的出借为公司治理的重要事项，理应由股东会进行决定**。同样在(2020)粤 01 民终 21676 号一案中，被告股东中 x 公司上诉称宇 x 公司章程并未规定股东向公司借款必须要有股东会决议，一审法院对案涉借款的定性错误。二审法院对此认为，1600 万元的款项超过公司注册资本的一半，对于如此重大的款项出借，且出借给占股达 70%的大股东，公司内部并未经过任何审批流程或决议程序，与常理不符。最终驳回了中 x 公司的上诉。

### 3.即便存在借款合同，法院也会对借款的合理性进行审查

随着时代的发展，部分股东在抽逃出资时也会采取一些掩盖措施，譬如签订一份虚假的借款合同。所以即便股东与公司签署了借款合同，法院也会从金额、利息、行为发生时间、是否提供担保、行为主体等方面审查借款的合理性，从而判断案涉款项是否是以借款形式达到抽逃出资的目的。在(2021)鲁 01 民终 8535 号一案中，法院认为，从金额上看，中 x 公司作为股东从天 x 公司借出的款项几乎占其全部出资额；从利息上看，借款合同虽然约定利息

标准但无利息支付方式；从行为发生时间上看，借款均发生在出资当日；从担保上看，中 x 公司未就借款提供任何担保；从行为主体上看，借款事宜由中 x 公司派往天 x 公司的两位人员自行办理……综上，法院最终认为中 x 公司抽逃出资的意图十分明显。

#### **4.真实的股东借款不视为抽逃出资**

如果案涉借款已经经过股东会决议批准，签署了书面的借款合同并计入财务账册，甚至股东就此提供担保或已经按时还款的，一般法院会认定为真实的股东借款。在(2019)粤民终 1609 号一案中，法院认为，各股东的借款经过了股东会议决议，签署了书面的《借款协议》，也记入了财务账册，合法有效。在(2021)京民终 500 号一案中，股东与公司签订了《借款协议》，随后偿还了部分款项，同时股东以其持有的公司 70%股权质押，为案涉借款提供担保。上述借款虽然没有经过股东会决议，但公司另一股东在《股权质押合同》上也予以签名，实质上追认了这笔借款。法院从借款协议、还款情况、担保情况、另一股东已经追认等方面综合认定上述借款合法有效。

## **二、借款关系虚假但已经归还借款，一般不构成抽逃出资**

司法实践中也存在一种情形，案涉款项在出借之初的确没有签署借款合同、没有经过股东会决议或存在其他符合抽逃出资外观的情形。但截至诉讼发生之日，款项已经归还，一般也不构成出逃出资。根据《公司法司法解释三》第十二条规定，相关股东行为除符合列举的情形外，还要对公司权益造成损害，前者为形式要件，后者为实质要件。在款项已经归还的情况下，一般未给公司权益造成损害（即减损公司资产，降低公司的偿债能力），不符合实质要件。

在(2021)沪 03 民终 11 号一案中，股东对公司出资 1600 万元并完成验资。后公司账户向第三人转账 1600 万元，股东辩称转出款项系股东从公司借出用于偿还自身欠第三人的债务，出于方便直接从公司账户转入第三人账户，其后股东已经向公司归还借款。法院认为案涉借款没有《借款合同》、《股东会决议》、公司账目或其他证据证明转出款项性质为股东借款，符合认定抽逃出资的形式要件。但同时股东提供了相应银行流水，证明在公司股东出资实缴的截止时间 2013 年 11 月 10 日前，股东转入公司的款项已经远超 1600 万元。法院认为上述行为未对公司权益造成侵害，也不构成抽逃出资。

## **三、股东主张已经打款归还借款的，法院一般会对打款用途进行审查**

股东除抗辩案涉借款为股东借款外，也可能抗辩案涉借款已经归还或自己已经补缴出资，并举证对公司打款的银行流水。针对上述抗辩，法院一般会对转账凭证的交易摘要、公司的财务凭证记载以及双方整体交易情况等方面审查打款的性质，判断其是否是对案涉借款的偿还或对出资的补缴。

### **1.公司记账凭证为股东还款且财务负责人认可的，法院认定已经还款**

在(2020)沪 7101 民初 229 号一案中，被告股东分 7 次对公司进行打款，共计 50 万元，交易摘要“汇款”。公司在其他应收款明细账中前 6 次记载为“股东还款”，第 7 次记载为“向股东借款”；记账凭证中前 6 次记载为“股东还款”，第 7 次记载为“向股东借款”。公司财务负责人对此出具情况说明，称其上述第 7 次记账均系笔误，实际应为“股东还款”。法院最终根据 7 次公司记账凭证与公司财务负责人出具的情况说明，认可股东 7 次打款均为“股东

还款”，全部借款偿还完毕，不构成抽逃出资。

## **2.公司向股东出具收款收据载明“还款”且无证据证明股东能够控制公司财务，法院认定已经补缴出资**

在(2015)金义商初字第 6906 号一案中，被告股东委托他人分两次向公司现金存款 120 万元、100 万元。法院向银行调取的凭证上注明交易摘要为货款，但公司开具给被告股东的收款收据中注明为股东还款，加盖了公司的发票专用章确认，并有公司三位财务人员的签字确认。同时，公司是由另一股东（同时为公司法定代表人）负责管理，被告股东没有在公司任职，也不参与公司的管理，公司也未证明被告股东可以控制公司财务。故法院对原告公司出具给被告股东的上述收款收据予以认定，最终认为被告股东已经归还出资。

## **3. 打款性质没有相应记载且双方往来款频繁的，法院不认可部分打款为补缴出资**

在(2020)沪 02 民终 4176 号一案中，上诉股东提出已补足出资，具体的付款情况为 2009 年 2 月 6 日至 2009 年 5 月 13 日期间陆续划入公司 131 万，2010 年 5 月 20 日分别出资 344 万元、25 万元，2009 年 2 月 20 日出资 15 万元。

法院认为，根据公司银行账户流水信息的记载，股东自 2009 年 2 月 17 日至 2014 年 9 月期间共计向公司转入 18,030,000 余元，并从公司转出 17,120,000 余元，款项相抵，仅多出 91 万元差额；且二者之间存在频繁、大量的款项往来，金额各异，股东从这些款项中抽取 475 万元作为补缴出资并无依据，相应的付款用途也不能证明是补缴注册资本金。法院最终不认可股东已经补缴出资。

## **四、结语**

综上所述，当股东从公司以借款名义获得一笔资金时，敏感的债权人往往能够察觉异常，进而以股东存在抽逃出资向股东追索。股东抗辩实际是其向公司借款时，法院会从以下几个方面裁判：

1、首先对借款的真实性进行审查：从公司与股东之间是否签订书面的借款合同、是否经过合法的决策程序、是否约定合理的借期与利息、是否提供担保等方面对借款的真实性进行审查。

2、如果借款虚假，但股东已经归还相应款项的，法院通常倾向于认为未减损公司资产，降低公司的偿债能力，并不会追究股东的出资责任。如果借款虚假，而股东也未及时还款，导致公司权益受损的，案涉借款容易被认定为抽逃出资，股东需承担相应的抽逃出资责任。

3、如果借款真实，股东主张自己已经向公司归还借款的，仍需举证证明打款性质为还款。

对于债权人来说，若借款虚假，债权人可以要求股东在抽逃出资本息范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任，且协助抽逃出资的其他股东、董事、高管或者实控人也需要承担一定责任。若借款真实，只要股东尚未偿还，债权人亦可提起代位权诉讼来挽回损失。

可见，债权人执行案件本终后，并不是最终的结束，有策略的谋划能够为债权人最大程度追回损失。

（本文首发于 2022 年 6 月 14 日）

# 内控与反舞弊



## 企业最关心的职务犯罪，最新《立案追诉标准（二）》有这些亮点

冯笑

2022年4月29日，最高人民法院、公安部联合发布了修订后的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（以下简称“《立案追诉标准（二）》”），将于2022年5月15日生效，这是在2010年5月发布原《立案追诉标准（二）》（公通字〔2010〕23号）、2011年11月出台原《立案追诉标准（二）的补充规定》（公通字〔2011〕47号）后第一次全面修订。

关于职务犯罪，在去年《刑法修正案（十一）》施行之后，我们就知道相关罪名的量刑标准很可能会进行调整，所以一年多以来，我们一直在等待相应解释、标准的公布。本次《立案追诉标准（二）》的出台，也意味着，自从2016年两高发布《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕9号）后，相关职务犯罪的标准再次进行了较大的调整。

### 一、常见职务犯罪追诉标准的调整对比

以职务犯罪中最为典型的职务侵占罪为例，在《刑法修正案（十一）》出台后，职务侵占罪的量刑档次由2档调整为3档（具体表现为：入罪第一档刑期从5年以下调整为了3年以下，第二档刑期从5年以上调整为3-10年，新增第三档刑期10年以上至无期徒刑），因此大家都在等待第三档量刑标准的公布，对于第一档、第二档的量刑标准，在过去一年多以来，仍然只能按照既有的2016年《贪污贿赂司法解释》规定的“6万元”、“100万元”进行适用。在2020年7月份《刑法修正案（十一）》草案提请审议时，我们就认为本罪的第一档追诉标准也可能会调整的，当时写到“职务侵占罪‘数额较大’的标准（即追诉标准）不排除调整的可能性，本次草案中对于侵犯民营企业财产的几个行为的规制，总体上都是加大惩罚力度的，如果本罪名‘数额较大’的标准保持不变，那么构成本罪名第一档的行为，量刑实际上是减轻了的”。（参见：《刑法修正案（十一）》草案对反舞弊司法实务的影响解读（一））

因此在本《立案追诉标准（二）》发布之后，我们也在第一时间进行关注，发现职务侵占罪的追诉标准果真不然进行了向下的调整，且常见的如商业贿赂、挪用资金等涉及到的罪名追诉标准也都进行了相似的调整。

结合最新《立案追诉标准（二）》的规定，常见职务犯罪的新旧立案标准可见下表：

《刑法》条目	罪名	原追诉标准	新追诉标准
第163条	非国家工作人员受贿罪	6万元	3万元
第164条第1款	对非国家工作人员行贿罪	个人犯罪：6万元	个人犯罪：3万元
		单位犯罪：20万元	单位犯罪：20万元
第271条	职务侵占罪	6万元	3万元
第272条	挪用资金罪	超过三个月未还、进行营利活动：10万元	超过三个月未还、进行营利活动：5万元

		进行非法活动：6 万元	进行非法活动：3 万元
--	--	-------------	-------------

上图中标黄的为追诉标准调整之处，很显然，除了非国家工作人员行贿罪中单位犯罪情形以外，其他的追诉标准统统降低了一半数额。

## 二、常见职务犯罪追诉标准调整的理解

### 1、产权平等保护时代精神的体现

以职务侵占罪为例，我们在此看下《立案追诉标准（二）》施行前后，职务侵占罪与贪污罪的追诉标准<sup>1</sup>的对比。

《立案追诉标准（二）》施行前		
罪名	追诉标准	量刑幅度
贪污罪	3 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金
职务侵占罪	6 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金

《立案追诉标准（二）》施行后		
罪名	追诉标准	量刑幅度
贪污罪	3 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金
职务侵占罪	3 万	3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金

由此可见，仅从法律规定上而言，职务侵占罪和贪污罪的第一档数额标准、量刑幅度将一致。这里回顾一下职务侵占罪此前的追诉标准，根据 2016 年两高《贪污贿赂司法解释》第 11 条的规定，职务侵占罪中的“数额较大”的数额起点，按照该解释关于贪污罪相对应的数额标准（3 万元）规定的二倍执行，所以此前职务侵占罪的追诉标准是 6 万元。即：考虑到国家工作人员和非国家工作人员的区别，在当时还是认为职务侵占罪的入罪门槛要比贪污罪高的。

依据此次《立案追诉标准（二）》的最新规定，让我们再将范围扩大到其他罪名：

罪名	入罪标准	罪名	入罪标准
贪污罪	3 万元	职务侵占罪	3 万元
受贿罪	3 万元	非国家工作人员受贿罪	3 万元
行贿罪	3 万元	对非国家工作人员行贿罪	3 万元（自然人犯罪）
挪用公款罪	超过三个月未还、进行营利活动：5 万元	挪用资金罪	超过三个月未还、进行营利活动：5 万元
	进行非法活动：3 万元		进行非法活动：3 万元

<sup>1</sup> 贪污罪的每一档量刑标准均分别设置“数额标准”和“情节标准”，职务侵占罪仅设置有数额标准，为方便比对，此处仅列贪污罪的数额标准。

很显然，正如最高人民法院、公安部有关部门负责人答记者问所述：《立案追诉标准（二）》对非国家工作人员受贿罪等 5 种非国家工作人员职务犯罪的立案追诉标准，采用与受贿罪等国家工作人员职务犯罪相同的入罪标准，对国企民企、内资外资、中小微企业等各类市场主体予以同等司法保护，充分体现和落实产权平等保护的時代精神。

### （二）与刑修十一及后续相关司法解释的衔接

在《刑法修正案（十一）》出台后，我们在《浅谈刑事新规对民营企业保护力度的加强》一文里提到：刑修十一对侵占公司财物、商业贿赂类型的职务犯罪刑罚配置进行调整，加大对民营企业的保护力度。在《立案追诉标准（二）》出台之前、当时对此的理解，主要还是基于刑修十一对职务侵占罪等罪名新增了第三档量刑标准，此次《立案追诉标准（二）》对于第一档追诉标准的降低，同样能够体现刑修十一对于加大民营企业保护力度的修法精神。

同时，在最高人民法院、公安部有关部门负责人答记者问中，还提到“结合‘两高’近期正在研究起草的 6 件司法解释，对非国家工作人员受贿案等 25 种案件的立案追诉标准进行了调整，与目前司法解释最新稿的规定保持一致，加快推动相关司法解释的出台”，这里就透漏出后续还会有相应的司法解释，毕竟《立案追诉标准（二）》仅仅是规定了第一档追诉标准，新增的第三档量刑标准如何认定，原来的第二档量刑标准是否调整、如何调整，这些内容都有待于后续司法解释的细化规定。

## 三、从业人员注意事项

在《立案追诉标准（二）》马上将生效（施行日期为 2022 年 5 月 15 日）、后续相关司法解释也将陆续出台的情况下，无论是企业还是从事反舞弊的相关专业人士，需要预先关注以下几点：

### 1、入罪门槛的降低

在《立案追诉标准（二）》出台后，我们就注意到业内很多人士都在关注、转发该标准，还有人问“公安机关真的会查 3 万元这么小金额的案子吗？”

我们可以给出确切的答复：追诉标准确实降低了，公安机关当然是按照新规进行案件办理，而且我们可以补充的是，在 2016 年两高《贪污贿赂司法解释》施行之前，原《立案追诉标准（二）》对职务侵占罪的追诉标准是“五千元至一万元”，上海市高院 2014 年施行的《关于常见犯罪的量刑指导意见实施细则》中规定的职务侵占罪的追诉标准是一万元，以前的金额标准都比 3 万元低，也没有影响到案件的办理，所以不用怀疑《立案追诉标准（二）》的实用性。

目前立法层面已经体现出国家对于民营企业领域职务犯罪的严打态势，将来的实务也将会证实这一点。

### 2、案件办理的规范

入罪门槛的降低在一定程度上可以理解为案件办理难度降低，但是随着门槛降低，可能导致的一个后果是案件数量的增多，毕竟我们也见到过很多满足职务侵占行为方式、但涉案金额达不到 6 万元的案件，这就要求业内人员对于案件办理要有着更高标准的规范性要求，只有前期将案件办理踏实，才能使案件顺利走入刑事程序。

在实务中，很多人都会抱怨说职务犯罪案件很难报案，经常遇到经侦工作人员不受理案件，就我们所接触的案件来看，很多案件是有控告方自己都没有整理好报案文书、证据材料

因素在内的，无法给办案人员明确的侦办方向、初步的调查线索，毫无疑问会增加案件的办理难度。因为公安机关办理经济犯罪案件，不仅有着保护民营企业合法权益的要求，同样也有着不得以刑事手段插手经济纠纷的规范办案要求，所以公安机关对于案件的受理、立案势必会更加审慎。

可见，随着入罪门槛的降低，要想将案件顺利办理下去，对于前期案件的规范性办理要求只会更高。

### **3、保持对后续司法解释的关注**

前文已经提到，这一《立案追诉标准（二）》只规定了相关罪名的第一档追诉标准，并不涉及相关罪名的第二档、第三档量刑标准，在很多案件中，无论对于行为人还是被害单位，第二档、第三档标准可能更加重要，直接关系到案件的严重程度、行为人的刑事责任大小、企业所能取得的反舞弊成效等。

其次，以职务侵占罪为例，在 2016 年两高《贪污贿赂司法解释》中，规定职务侵占罪第一档、第二档的量刑标准分别参照贪污罪第一档、第二档的二倍、五倍进行认定。而现在《立案追诉标准（二）》的出台，实际上等同于废止了“参照二倍进行认定”的条款，那么第二档当然也不排除调整的可能。

鉴于此，我们要对后续司法解释保持持续性的关注，第二档、第三档标准对于案件办理的影响，不亚于追诉标准带来的影响。

### **4、加强企业内部的反舞弊宣导**

长久以来，民众的一般认知里，非国家工作人员和国家工作人员实施职务犯罪行为，追诉标准、量刑幅度都是不同的，而现在在追诉标准已经基本一致的情况下，企业可以在日常管理和培训中，对员工强调当前相关罪名适用了更为严格的、同国家工作人员一样的追诉标准，警示员工切勿贪图违法利益走上犯罪的歧途。

## **四、关联职务犯罪追诉标准的调整对比**

职务犯罪不限于典型的职务侵占、商业贿赂等罪名，还有一些诸如串通投标、隐匿会计账簿、背信损害上市公司利益、虚开发票等等行为，都可能伴随发生于单个职务犯罪过程中，这一情况在我们的办案实践中也经常遇到。此次《立案追诉标准（二）》中除了对于常见职务犯罪追诉标准的调整，其他可能和职务犯罪相关联的罪名，追诉标准也有一定调整、增删、细化，笔者将相关罪名新旧追诉标准以表格形式进行列举，以供后续案件办理参考使用。

《刑法》罪名	罪名	建立司法解释标准【二】	新立司法解释标准【二】	对比说明
罪状修改一	职务侵占罪	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	无变化
罪状修改二	职务侵占罪	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	无变化
罪状修改三	职务侵占罪	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	无变化
罪状修改四	职务侵占罪	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	无变化
罪状修改五	职务侵占罪	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	无变化
罪状修改六	职务侵占罪	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	无变化
罪状修改七	职务侵占罪	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	无变化
罪状修改八	职务侵占罪	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	无变化
罪状修改九	职务侵占罪	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	无变化
罪状修改十	职务侵占罪	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	《刑法》第二百七十一条第一款：职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。	无变化

以隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务报告罪为例：舞弊人员利用职务之便侵占公司财物的过程中，可能会使用一些虚假发票、收据入账，事后为了应对公司的调查，会对账目实施作假甚至隐匿真实的账簿等行为。不管行为人是出于何种目的，只要实施了隐匿账簿的行为，都可能构成本罪。

以保险诈骗罪为例：本罪名中行为人所直接侵犯的对象是保险公司的财产，在现实生活中，存在着保险公司员工与外人相互串通，通过编造虚假的保险事故、故意造成保险事故、利用职务便利查勘定损时进行虚假描述、实施诈骗等行为。

以虚开增值税专用发票罪为例：在职务侵占犯罪中有一种典型的场景，单位内部人员收取货款后不如实入账，或者实际交易价格与合同价格不符，为了瞒过公司，通过虚开发票的形式以掩盖实际收取的货款，从而达到职务侵占的目的。

以串通投标罪为例：串通投标罪的行为模式，既包括投标人之间的相互串通，也包括投标人与招标人之间的相互串通，在后者这一行为模式中，往往会存在舞弊行为——招标人一方的负责人员利用招投标项目过程中掌握的便利，为投标人提供帮助，使得投标人以不正当方式中标，该负责人员的目的可能在于收受贿赂，也可能在于从项目施工中获取利益。

限于篇幅，本文不再对各个罪名依次展开。

上述相关情形均存在实务判例，此外，我们目前也在对反舞弊相关罪名进行法律法规汇编，除了会对常见的职务犯罪进行整理，也会对关联的罪名及其发生于职务犯罪的场景进行搜集汇总。

（本文首发于 2022 年 5 月 10 日）

# 谁动了给客户的“奶酪”？——职务侵占罪中公司赠品价值的认定

汪银平、陆盛青

现如今商家为带动消费，往往会以强大的赠品阵容来吸引客户，如先行发放代金券、买多少送多少等。但这种时候也有内部员工趁机动了歪脑筋，通过种种手段将本应当给到客户的福利收入囊中，或是肆意“薅公司羊毛”。实务中在该类构成职务侵占的犯罪中，如何认定被侵占的代金券或实物商品赠品价值一直存有疑义，如员工利用职务便利，侵占了公司用来赠送给客户的粽子代金券，侵占金额是按照代金券的面额计算，还是按照内部采购价格计算？笔者经检索相关案例，对于职务侵占案例中被侵占的赠品价值问题进行了裁判思路的梳理，以供实务参考。

## 一、问题的提出

### （一）一般职务侵占案件中犯罪金额的认定

职务侵占罪作为侵害财产类案件，与盗窃罪一样本质上都是非法占有他人财物，故犯罪数额认定基本规则是一致的，可以参照适用盗窃罪的有关规定。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》的规定，**对于盗窃数额的认定，被盗财物有有效价格证明的，根据有效价格证明认定；无有效价格证明，或者根据价格证明认定盗窃数额明显不合理的，应当按照有关规定委托估价机构估价。**这是赃物价值认定的基本规则。另外，《人民法院案例选》收录的（2009）锡刑二终字第92号案例也基本确立了实务审判中**按照实际损失确认职务侵占罪数额**的裁判思路。

因此，我们可以推论，赠品类金额认定，**首先看是否有有效价格证明以确认实际损失金额，如价格不明或价格证明明显不合理时，再通过价格鉴定认定实际损失金额。**但问题在于，市场经济之下，同样一件商品，即便同一时间点也会有多个价格标准，如内部采购或生产的成本、对外标准化的销售价，或者说对于特殊大客户的折扣价，在发生财产损失时应当以哪个价格标准确定实际损失金额呢？

### （二）赠品的范围

实务中赠品的发放形式多种多样，有公司从市场上采购的消费券、代金券等直接可以兑换成商品的有价证券赠送给客户，有直接采购实物商品赠送给客户的形式。为便于讨论和理解，笔者根据**赠品的来源和使用方式**，将赠品分为如下几种情形，并分别选取相关案例进行讨论。

赠品类型	来源	使用方式
代金券	本公司发放的	购买本公司产品/服务时抵扣销售金额
	公司外部采购的	购买第三方产品时抵扣销售金额
实物商品	本公司生产	直接取得商品
	公司外部采购的	直接取得商品

## 二、代金券的价值认定

实务中，用作赠品的代金券，其发放和使用场合一般分为两种，一是本公司发放的，用

于购买本公司产品或服务时抵扣，二是公司外购的代金券，用于持有者在购买第三方产品时抵扣。

### 1、本公司发放的代金券，用于购买本公司产品/服务时抵扣

#### ➤ 案例一<sup>1</sup>：根据实际发放的代金券面值认定犯罪金额

● **基本案情**：被害单位是一家生产销售电子产品的企业，为开拓线上市场，向公司客户赠送京东 E 卡代金消费券，客户持该卡可等价购买公司的产品。被告人杜某某利用负责销售业务的职务之便，通过编造虚假受赠客户信息资料等手段，套取公司的京东 E 卡，经司法专项审计，被告人杜某某经手领取的京东 E 卡价值计 291100 元，实际发放 28350 元。

● **辩护意见**：被告人杜某某及其辩护人对本案审计金额提出异议，认为审计报告存在遗漏之处。

● **法院观点**：经查，审计报告中的部分邮箱记录无法证明实际发放京东 E 卡的金额，故表明，审计结果关于被告人杜某某等人实际发放京东 E 卡价值的审计结果并不准确，不排除被告人杜某某等人通过微信等其他方式发放京东 E 卡或者已经实际发放京东 E 卡而邮箱记录并未记载的可能。故，对被告人及辩护人上述辩护意见，本院予以采纳，根据存疑有利于被告人的原则，本院酌情对被告人杜某某从轻处罚。

#### ➤ 案例二<sup>2</sup>：以代金券的销赃获利金额认定犯罪金额

● **基本案情**：被告人三人均为某公司手机销售负责人，鲁某代表销售部门到公司领手机代金券，每张面额为 200 元人民币，可用来购买公司生产的手机。在清点过程当中，鲁某发现有 600 张代金券（面额共计人民币 120,000 元）编码重号，遂将重号代金券交给主管陈某甲。陈某甲以每张 100 元人民币的价格贩卖出 300 张代金券，非法获利 30,000 元人民币。鲁某利用剩下 300 张代金券低价购得手机，又将手机高价卖出，获利 7,400 元人民币，与陈某甲五五分成，每人各分得 3700 元。

● **公诉机关指控**：被告人的职务侵占的金额为 12 万元（**笔者注**：即按照 600 张代金券每张 200 元的面额计算侵占数额）

● **辩护意见**：**犯罪金额不应以代金券的面额价值计算，应以获利金额认定**，涉案代金券是在内部使用的，流通的范围有限，只有实际使用其面额才得以实现，在本身价值无法查证的情况下，应当以其获利金额认定。即鲁某的以实际销售的金额 7,400 元、陈某甲为 33,700 元（300,000+3700）

● **法院观点**：**关于职务侵占罪中定罪金额如何认定的问题**。本院认为，本案中的代金券系公司派发给员工的优惠券，具有福利和促销的双重功能，该代金券的价值是需要通过后续的系列行为才能实现的价值。对被害单位而言，不是现有的财产权受损，而是一种将来有可能的财产损失。在该代金券未实际使用前，被害单位并不存在财产损失。故本案中的定罪金额应以代金券的销赃获利金额进行认定为宜。……故被告人陈某甲的职务侵占罪的定罪金额为人民币 3,7400 元，被告人鲁某职务侵占被害单位财产金额为人民币 7,400 元，因鲁某侵占的金额未达到 2 万元以上的职务侵占罪的定罪标准，故对公诉机关关于被告人鲁某构成职务侵占罪的指控本院不予支持。

<sup>1</sup> (2019)粤 0307 刑初 1490 号

<sup>2</sup> (2015)深宝法龙刑初字第 758 号



## 小结|案例评析

案例一和案例二的代金券模式相同，均为公司自己发行的用于购买自己生产的产品的代金券，但二者认定犯罪数额的方式完全不同，前者按照实际发放的代金券面值计算犯罪数额，后者按照销赃获利金额认定。

笔者认为，在该种情形下应当以案例一中，即以代金券面额认定犯罪金额。原因在于该种模式下代金券本身并无价值，即便行为人对其非法占有，公司也并不当然发生损失，仅在代金券被兑换、被使用时，公司才产生与代金券面额相等的商品销售款的损失，故在该种情况下，职务侵占代金券的金额应当按照使用的面额进行计算。

奇怪的是在案例二中，法院说理部分与笔者前述观点相似，却得出了截然相反的观点。该案中被告人将被侵占的代金券进行了两种处理，一半是直接将代金券低价变卖，后续由购买代金券者自己在购买手机时进行抵扣使用。根据法院说理观点，该部分“对被害单位而言，不是现有的财产权受损，而是一种将来有可能的财产损失。”按照常理，花钱购买了代金券的消费者其必然是打算去进行购买手机的行为，只要公司未采取相应限制手段限制购买，其损失的可能性极高，但受案情披露内容限制，我们无法得知该 300 份代金券的兑换情况，换言之，此时无法确认多少公司损失，故法院就将销赃获利金额作为犯罪金额认定，实务中，部分法院在无法确认公司损失的案件中会按照该种思路进行裁判。另但外 300 张代金券已被被告人先行使用兑换成手机，此时根据法院说理观点，“代金券的价值是需要通过后续的系列行为才能实现的价值”，则被告人在兑换掉 300 张代金券时就已实现了该代金券的抵扣销售款价值，公司就已产生 6 万元销售额损失时（200 元/张\*300 张），为何该部分还按照销赃金额进行认定？笔者认为结合案情，法院说理部分与其结论存在矛盾之处。

## 2、公司外部采购的代金券，用于购买第三方产品/服务时抵扣

### ➤ 案例三<sup>3</sup>：按照公司获取代金券的价值认定犯罪数额

● **基本案情：**被告人徐某担任某广告公司销售人员，2012 年 3 月，某餐饮公司委托广告公司发布广告，并约定以现金、代金券、充值卡的方式支付广告费，徐某利用收取某餐饮公司广告费职务之便，侵占券面价值共计 49000 元的代金券，时候将代金券变卖钱款据为己有。

● **辩护意见：**因徐某所在的公司通常将代金券以 7-8 折的折扣对外销售，故徐某所侵占的代金券的价值亦应当按照前述折扣计算

● **法院观点：**经查，餐饮公司所支付的广告费由现金、代金券及充值卡组成，代金券以其面值数额体现了广告公司所应获取的价值。至于广告公司以何价格销售代金券，不影响徐某犯罪数额的计算。

## 小结|案例评析

案例三是公司是从外部以一定的对价采购代金券的情形，该种情形下法院按照公司获取代金券的成本认定犯罪金额。该处成本是指，公司为取得该代金券所付出的对价。可以注意到，案例三中对于公司来说取得代金券的成本即等于代金券的面值。虽该案例中代金券的取得不完全是用于赠送的情形，但与我们讨论的话题根本的一致性在于，取得该代金券时公

<sup>3</sup> （2013）江法刑初字第 01156 号

司即已付出了成本，只要代金券被他人非法占有，公司即已造成了损失，至于行为人在非法占有后如何使用代金券（如向第三方处进行兑换，第三方亦不会有损失）也不影响公司已发生的损失金额，即不影响犯罪金额的认定。

### 三、实物赠品的价值认定

另一类赠品为公司直接以实物形式进行发放，不需要通过代金券的购买抵扣的形式获取，如可直接赠送给客户的化妆品小样试用装，或是办理充值业务赠送粮油米面等，根据实务商品来源的不同，前者为以本公司生产的商品作为赠品发放的情形，后者为将外部采购的商品作为赠品发放的情形。

#### 1、本公司生产的商品作为赠品发放

##### ➤ 案例四<sup>4</sup>：按照商品成本价认定

● **基本案情：**被告人鲍某、唐某、徐某经分别事先预谋，利用鲍某、唐某担任化妆品专柜营业员的职务便利，侵吞其保管的化妆品赠品，共计价值人民币 120552.60 元，后由被告人徐某予以销赃，所得赃款被 3 名被告人共同分花。

● **辩护意见：**辩护人认为本案相关估价鉴定结论缺乏客观依据。

● **法院观点：**上海市价格认证中心卢湾分部依据相关法律法规并采用成本法作出的估价鉴定结论依法有据。

#### 小结|案例评析

在公司自己生产的商品作为赠品的案例中，因该类商品本身没有具体的销售价格，故需要进行价格鉴定，现价格认定方法有市场法、成本法等，对于该案中的化妆品小样本身就没有相应的市场价，故按照成本价认定公司损失为应有之义。

#### 2、外部采购的商品作为赠品发放

##### ➤ 案例五<sup>5</sup>：按照代金券采购成本计算

● **基本案情：**被害单位对续保业务客户，可赠予其数额不等的会员卡兑换券，客户可以持此券到集团旗下其车型相应的 4S 店兑换等额的代金券，购买各种产品和维修保养服务。被告人么某冒用他人车辆信息，私自填写会员卡兑换券，用兑换券到集团公司旗下 4 家 4S 店兑换成代金券，再用代金券换取苹果手机等各种物品和车辆维修保养服务。被告人么某私自开具会员卡兑换券总面值为 449300 元，实际使用会员卡兑换券面值 340686 元，被害单位按照实际使用的会员卡兑换券面值的 70% 支付了四家 4S 店 238480.2 元。

● **法院观点：**被害单位为购买被告人么某所骗取的物品支出 221374.9 元，为被告人么某所骗取的车辆维修保养服务支出 10777 元，合计 232151.9 元。

● **笔者注：**基本案情中单位所主张的按照兑换券面值的 70% 支付 4S 店的价格 238480.2 元与法院观点中所认定的被害单位支出的 232151.9 元与大致相等（为兑换面值的 68%），即可理解为法院按照受害单位实际支出金额认定犯罪金额。

#### 小结|案例评析

该种情形其实与公司从外部购买代金券情形类似，4S 店面对假代金券所兑换给被告人

<sup>4</sup> (2007)沪一中刑终字第 785 号

<sup>5</sup> (2017)冀 0291 刑初 64 号

的苹果手机等商品，均为 4S 店从外部采购而来，但根据 4S 店和集团公司的协议关系，支付该采购成本的应为集团公司即被害单位，故当员工通过虚假代金券侵占 4S 店的赠品时，实际侵害的是被害单位对商品的所有权，此时被害单位损失的是采购商品的成本，而无关该商品在正常市场中的市价，亦或是被告人的销赃获利金额。

### 结语

情形	赠品类型	来源	取得方式	价值认定方法
1	代金券	本公司发放的	购买本公司产品/服务时抵扣销售金额	代金券面值
2		公司外部采购的	购买第三方产品时抵扣销售金额	内部采购价
3	实物商品	本公司生产的	直接取得商品	生产成本
4		公司外部采购的	直接取得商品	内部采购价

通过对上述四种赠品发放情形的案例梳理，笔者倾向性认为，法院在职务侵占赠品案的赠品价值认定中，大多遵循着一条基本裁判规则：**即本质是按照公司为取得被侵占赠品所付出的对价认定侵占金额**。而根据公司所付出对价的时点不同，所损失的金额需要具体认定：如是在取得代金券/商品时付出对价，则为内部采购成本；如是在代金券被使用时才付出对价，此时所损失的金额为与代金券面额相等的销售价格。故应当在个案认定中仔细分析公司所付出对价的时点，以认定侵占的金额。

以上为笔者通过相关案例梳理进行的思考，以供读者参考。在实务中各地法院可能根据案件具体情形有不同的裁判思路，应具体进行个案分析。

（本文首发于 2022 年 6 月 21 日）

## 【重磅】《违反反舞弊条款类案件数据分析报告》发布

汪银平、张雪燕、周巧沁

反舞弊条款通常意义上是指企业为有效预防、规制舞弊行为的发生而在同交易对手的业务文本、相关管理制度中设置的规制商业贿赂行为及后果的条款。实务中常见的“廉洁协议”“反腐败/反商业贿赂条款”“廉政承诺书”等都属于该条款的范畴。

随着近年来舞弊行为危害日益严重，以及与此同时反舞弊浪潮的不断推动，反舞弊条款在民商事领域的应用更加广泛。通过统计历年违反反舞弊条款类案件的司法裁判文书，相关案件的数量变化趋势也可以在一定程度上反映出反舞弊条款在民商事领域的逐步泛化，具体如下图所示：



随着反舞弊条款在商业活动中广泛应用，与反舞弊条款有关的争议也频繁发生，法院针对其中部分争议也持有不同的观点，造成商事主体在签订反舞弊条款时有所疑虑。司法实务中对于违反反舞弊条款类案件的审理思路和裁判要点，有助于帮助企业更加有效地设置反舞弊条款，起到更好的事前预防、事后追诉作用。

本报告所基于的裁判文书是通过第三方案例数据库整理而成的，其数据来源为中国裁判文书网、北大法宝网、法信网、威科先行法律库等权威网站。其中所涉判决书的判决时间范围为 2009 年至 2021 年（2021 年的判决书可能因法院未完全上传等因素，故相应数量为不完全统计的结果），共计获得 71 份有效判决书；本报告的全部数据分析工作将基于这 71 篇裁判文书具体展开。

本报告目录如下：



报告显示，违反反舞弊条款类案件的争议焦点主要集中于反舞弊条款的效力问题、触发反舞弊条款的事实认定问题、违约金认定问题及违反反舞弊条款对主合同的影响问题上。针

对上述焦点问题，报告以相关法律依据为基础，结合司法裁判进行了具体分析，初步得出以下结论：

在反舞弊条款的效力问题上，从立法角度来看：公司之间签订反舞弊条款行为本身并非合同无效、可撤销等使得合同效力存在瑕疵的事由，**若相关合同的签订没有其他影响合同效力的因素出现，则相关反舞弊条款应当合法有效。**但需要注意的是，**若独立的反舞弊条款是合同双方基于“舞弊行为”签订的，或主营业务合同是合同双方基于“舞弊行为”签订的，或主营业务合同存在其他影响合同效力的事由，则相应反舞弊条款的效力都有可能受到影响；**从司法角度来看：通过梳理本文所涉的案例，在具体对反舞弊条款效力进行认定的42个案例中，**有39个案例中法院认定相关反舞弊条款合法有效，有2个案例中法院认定相关反舞弊条款无效，有1个案例中法院认定相关反舞弊条款部分有效、部分无效。**可以看出，在司法裁判实务中，**在反舞弊条款没有其他效力瑕疵的情况下，法院倾向于认定相关条款合法有效，甚至倡导设立相关的反舞弊条款。**但也存在法院认定反舞弊条款无效或部分无效的的情形，从案例中主要能总结出以下两个法院认定相关条款无效的理由：**一是认定相关反舞弊条款为格式条款，且存在格式条款无效的事由；二是因合同一方未履行相关手续，造成双方间所有的合同均无效。**针对反舞弊条款可能被认定为格式条款进而被认定无效的情况，报告也对反舞弊条款的订立进行了具有针对性的提示。

在触发反舞弊条款的事实认定问题上，通过梳理本文所涉的案例，报告对法院结合案件证据对违约责任认定的情况总结如下：**1、若有相关刑事判决书、起诉书、公安侦查材料等证据证明舞弊行为的存在，在反舞弊条款没有效力瑕疵的情况下，法院一般会直接认定实施舞弊行为的合同当事方承担违约责任；2、部分法院认为对案件中违约责任的认定必须根据相关的生效刑事判决作为前提，若没有相关刑事判决书等材料证明舞弊行为的存在，对其他相关证据不予参考；3、在没有相关刑事判决书等材料证明舞弊行为存在的情况下，部分法院会结合案件的其他证据，综合判断是否存在违约的舞弊行为。**报告还具体梳理了案例中成功证明违约责任存在的证据及举证不足以证明违约行为存在的案例中所举证据，供后续办理案件中予以参考。

在违约金认定问题上，通过本文所涉的案例来看，法院对违约金的认定态度不尽相同，基本有以下几种认定态度：**1、直接依据条款约定认定违约金；2、综合各种因素对条款约定的违约金进行酌减；3、认为违约方未对合同相对方造成实际损害，因此无需支付违约金；4、因为反舞弊条款并未约定违约金，故认定违约方无需支付违约金。**总结来说，大部分法院认为我国违约金制度的性质是“以补偿为主，以惩罚为辅”，虽然总体上认可反舞弊条款设置违约金的必要性，但也认为过高的违约金有可能造成新的商业道德风险，所以法院在违约金认定方面的主要观点是：**综合考虑各项因素后在条款约定违约金的基础上进行酌减。**

在违反反舞弊条款对主合同的影响问题上，通过梳理本文所涉的案例，我们发现主张对方违反反舞弊条款的当事方不一定是原告方，被告方常常在反诉中主张原告违反反舞弊条款的约定，或通过主张原告违反反舞弊条款的约定作为己方暂未履行业务合同但无需承担相应违约责任的抗辩理由。对于这种情况，法院一般基于相关条款的具体内容进行认定：**若在职务合同之外直接签订独立的反舞弊协议，且业务合同中没有约定反舞弊条款中的被违约方可以实际取得业务合同中的先履行抗辩权，法院一般会对被违约方的主张进行另案处理，并且这一主张也不能成为被违约方不履行其在业务合同中义务的抗辩理由；若反舞弊条款作为业务合同的一部分或作为业务合同的附件或附则进行设置，违反相关约定能够触发业务合同的先履行抗辩权甚至合同解除权；或是反舞弊条款中明确将“解除或终止双方业务合同”或“被违约方实际取得先履行抗辩权，或可以延期履行相应义务”作为违约责任承担方**

式，则被违约方能够以合同相对方违反舞弊条款为理由来抗辩其不应当承担因不履行业务合同义务而产生的违约责任。

综上所述，本报告着眼于对历年违反反舞弊条款类案件公开裁判文书进行具体分析，聚焦于上述司法实践中与反舞弊条款相关的焦点争议，通过可视化方法全面展现了违反反舞弊条款类案件的整体情况，并对相关法律规定进行了梳理，归纳分析司法实践中的裁判观点，以期能够为反舞弊条款的设置提供些许有效参考意见，为与反舞弊条款有关焦点争议的后续解决提供预测的方向。

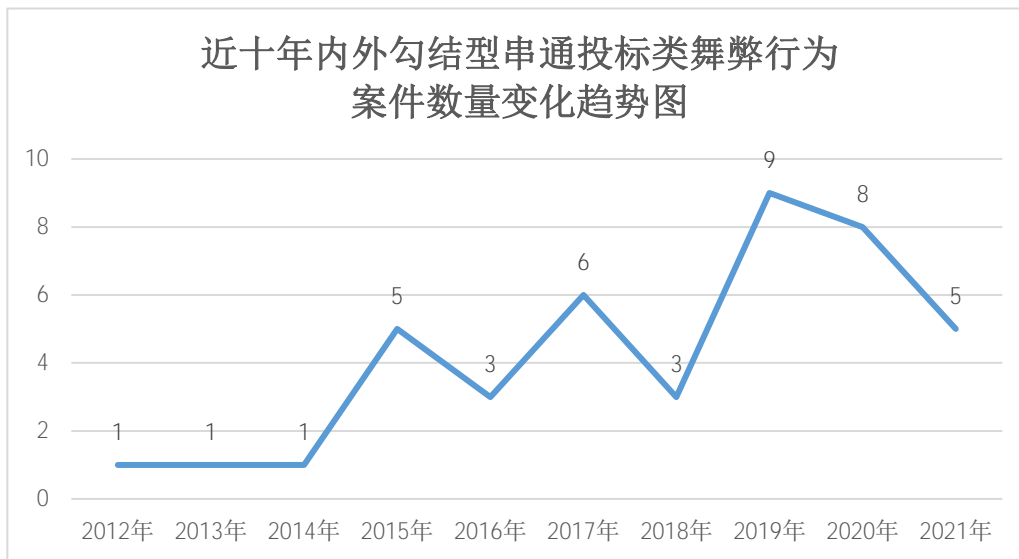
（本文首发于 2022 年 6 月 22 日）

## 【重磅】《内外勾结型串通投标类舞弊行为数据分析报告》发布

汪银平、张雪燕、冯禾坤

招标投标活动，是市场经济下常见的供应商选取机制之一，需遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则，通过充分有效的市场竞争，择优选取最适合该项目的供应商，以提高企业经济效益，实现招标者和投标者互利共赢的局面。然而，一些不法分子则通过围标、串标、陪标、轮标、控标等多种违法方式，对招标投标活动进行改头换面，使看似公开、公平、公正的招标投标活动，沦为不法分子的“唐僧肉”。

通过对全国近十年可公开查询的裁判文书的检索，**相关案件数量自 2014 年起总体呈上升趋势**（2021 年裁判文书可能因疫情等原因暂未上传完全，具体数据如下图）。该类舞弊行为在全国范围皆有发生，以东部沿海地区的案例居多；常涉及企业核心管理岗位、工程部门核心岗位、招投标项目相关岗位。除串通投标罪外，过半数以上同贿赂类犯罪相关，且可能涉及招投标的全过程；此外，“**关联关系**”是该类舞弊行为可识别的危险信号，上述案例中，外部投标人与内部舞弊人员存在关联关系的案件占总案件数的二分之一。



内外勾结型串通投标类舞弊行为对企业具有严重的危害性。**其一，隐蔽性强。**该类舞弊行为通过人情、贿赂等手段，破坏企业的免疫系统，使舞弊病毒如入无人之境、畅通无阻。**其二，损失巨大。**该舞弊行为直接通过内部舞弊人员获取招标信息、量身定做招标条件，造成巨大经济损失。**其三，影响恶劣。**该类舞弊行为容易导致大面积员工的腐化和优质供应商的流失，使得企业利益受到持续影响。仅根据上述裁判文书，受该类舞弊行为影响的项目标的额，就高达 55.59 亿余元人民币，涉案行受贿金额高达 1.23 亿余元人民币。

本报告所基于的裁判文书是通过第三方案例数据库整理而成，主要数据来源为中国裁判文书网、北大法宝网、威科先行法律库等权威网站；所涉及裁判文书年份区间为 2012 年至 2021 年，共计有效裁判文书 42 份。本报告具体目录如下：



**针对犯罪主体资格**，《刑法》中主体资格认定较为广泛，不仅涉及单位，也包括实施串通投标行为的自然人。其中，所涉及的岗位，除常规的招投标项目负责人外，评审员、工程部门相关人员、行政管理核心人员等，都符合犯罪主体的资格。所触及的范围较广，涉及招投标的全过程，包括招标项目内部设立、公开对外招标、投标、评标、开标等环节。并且，**半数的舞弊人员与投标人存在关联关系**，因此对投标人开展关联关系调查，对预防该类舞弊行为将发挥着重要作用。

**针对常见舞弊形式**，该类舞弊行为主要可分为六个常见类型：**泄露信息类、量身定做类、故意放纵类、虚构篡改类、强行排他类，以及贿赂评标委员会成员类**。而“关联关系”多为该类舞弊行为的引信，内部员工常通过存在关联关系的外部企业确保“肥水不流外人田”，或是外部投标企业顺藤摸瓜寻求存在关联关系的内部员工的帮助。“关联关系”作为利益寻租的沃土滋生舞弊，在企业自身未有足够力度监管和人事制度的支持下，内部员工极容易经不住“关联关系”带来高回报舞弊诱惑，而最终打开“潘多拉魔盒”。因此，“**关联关系**”是企业亟需有效把握和利用识别的危险信号。

**针对犯罪金额的实务认定**，“直接经济损失数额”的认定在实务中仍较为模糊，但仍有部分裁判文书对该认定进行讨论，并具有一定的参考价值。相较而言，“中标项目金额”则是多数案例采用的入罪标准，其更为普遍、直观和客观，并有具体的裁判文书对金额的认定标准展开讨论。

**针对受舞弊行为影响的主合同问题**，项目的取得意味着合同的签订，因此该类舞弊行为通常会对主合同产生一定影响。具体而言，是否有相应证据证明舞弊行为的存在，将影响到主合同效力的认定。在过错责任认定的问题中，根据不同的案情，过错责任并不一定由存在行贿等非法手段的投标人全部承担。此外，主合同费用支付、逾期付款等结算问题，也会因履行阶段、合同约定等存在一定的差异。

如上简述，本报告基于近十年内外勾结型串通投标类舞弊行为已公开的裁判文书，通过对裁判文书中数据及内容的分析和提取，结合相关法律法规，对该类舞弊行为的整体情况进行介绍、对常见舞弊形式展开梳理，并对司法实践中该类舞弊行为相关案件的争议焦点和实务观点进行剖析，为企业应对内外勾结型串通投标类舞弊行为提供一定的理论基础和实务数据参考。

（本文首发于 2022 年 6 月 29 日）



# 企业关联 关系调查

# 员工利用关联关系损害公司利益案件中“关联关系”该如何认定

汪银平、周巧沁

序言：

公司在经营的过程中，其合法权益可能会受到来自各方的侵害，其中来自于公司内部员工利用关联关系损害公司利益的行为，由于侵害手段隐蔽、取证困难等特点，导致公司在遭受一定经济损失时，很难有效维护其自身合法权益。笔者从经手的案例中发现，员工在公司任职期间曾利用其关联公司同公司维持十余年的关联交易，给公司造成逾亿元的损失。

员工利用关联关系损害公司利益的行为严重威胁着公司的财产安全和治理运营。基于此，**排查公司供应商、经销商、客户等相关主体和内部员工的关联关系，发现和杜绝异常关联交易，是企业内部反舞弊、减少损失的重要工作内容**。本所在企业反舞弊调查工作中积累了丰富的关联关系合规调查经验，特推出系列专题研究和专门法律服务产品：**【企业交易对手关联关系调查】**。

员工利用关联关系损害公司利益，通常是指公司员工在任职期间违反法定义务或公司管理规定等，利用关联关系进行关联交易、飞单等损害公司利益的行为。该类案件与商业行为密切相关，导致司法机关在针对个案审查中对公司利益衡量缺乏统一标准；同时，遭受利益损害的企业在维护自身合法权益时，面临举证难等痛点。现本文以上海市历年相关裁判文书为例，对员工利用关联关系损害公司利益案件中“关联关系的认定”的裁判要点进行梳理、提炼和总结，并结合办理案件相关经验，在“认定关联关系”的举证方面给出实务上的操作建议。

## 一、典型案例以及实务观点

结合相关法律规定，通过对上海市历年相关案例的分析梳理，可以将规制员工损害公司利益行为的法律依据分为以下三类：

➤ 以《中华人民共和国公司法》（以下称《公司法》）及相关司法解释作为依据

《公司法》第二十一条规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”；第一百四十七条规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产”；第一百四十八条规定：“董事、高级管理人员不得有下列行为：（一）挪用公司资金；（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（四）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（七）擅自披露公司秘密；（八）违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司

所有”；第一百四十九条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（五）》第一条规定：“关联交易损害公司利益，原告公司依据民法典第八十四条、公司法第二十一条规定请求控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员赔偿所造成的损失，被告仅以该交易已经履行了信息披露、经股东会或者股东大会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序为由抗辩的，人民法院不予支持”。

➤ 以《中华人民共和国劳动合同法》（以下称《劳动合同法》）作为依据

《劳动合同法》第二十九条规定“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务”；第三十九条第二项、第三项规定“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：……（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的”；第九十条规定：“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任”。

➤ 以《中华人民共和国刑法》（以下称《刑法》）作为依据

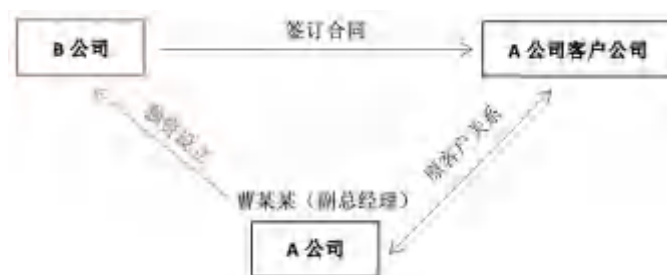
《刑法》第二百七十一条第一款规定：“公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金”。

总体而言，《公司法》及相关司法解释主要规制公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员损害公司利益的行为；《劳动合同法》《刑法》规制的主体为公司、企业等单位的员工（不区分员工职务身份）损害公司利益的行为。

### （一）以《公司法》相关规定为依据规制员工损害公司利益的行为

#### 案例一：曹某某损害公司利益责任纠纷案

被告曹某某作为 A 公司的副总经理，未经 A 公司同意，利用 A 公司的商业机会，于 2014 年 10 月私自以其独资的 B 公司的名义与 A 公司的客户公司签订 LED 产品购销合同和技术咨询服务合同，剥夺了 A 公司的商业机会，损害了 A 公司的利益。



经法院审理查明，依据《公司法》第二十一条之规定，认定曹某某作为 A 公司副总经理，存在利用关联关系损害公司利益的行为，依据相关法律规定判决曹某某将相关合同收入及相应利息归还 A 公司，并承担相应的赔偿责任。

在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为“B 公司在同 A 公司的客户公司签订购销合同时，曹某某系该公司 100% 股东，且担任法定代表人，故曹某某对其利用其关联关系

损害了 A 公司利益的行为应为明知”。<sup>1</sup>

### 案例二：叶某某与宋某等损害公司利益责任纠纷案

原告叶某某认为被告宋某在运营其成立的 A 公司、B 公司、C 公司等企业过程中均存在损害 X 公司利益的行为，具体表现为其利用职务之便，通过导入客户资源、提供免费服务、关联交易的方式向其运营设立的 C 公司输送利益，向其运营设立的 A 公司无偿借款，从而严重损害了 X 公司的利益。



经法院审理查明，宋某仅为 A 公司、B 公司、C 公司的名义股东，且无证据证明宋某是 A 公司、B 公司、C 公司的实际控制人，因此难以认定宋某存在利用关联关系损害公司利益的行为，故法院依据相关法律规定判决驳回原告的诉讼请求。

在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为“叶某某主张宋某利用职务之便及关联关系向 A 公司、C 公司输送利益，但其提供的证据尚不足以证明上述主张”。<sup>2</sup>

通过上述案例可以看出，在以《公司法》相关规定为依据规制员工损害公司利益的行为时，证明员工与外部公司存在关联关系主要通过证明员工持有外部公司的股权实现。在证明员工持有外部公司股权时，应当关注员工与外部公司之间是否存在代持股协议，因为员工可据此抗辩其与外部公司不存在关联关系。同时应当注意，此种情况下，只有当员工为公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员时，才能结合其特殊身份认定其与外部公司之间存在关联关系，从而对其相关行为予以规制；若是普通员工，则需要选择其他法律依据对其相关行为进行规制。

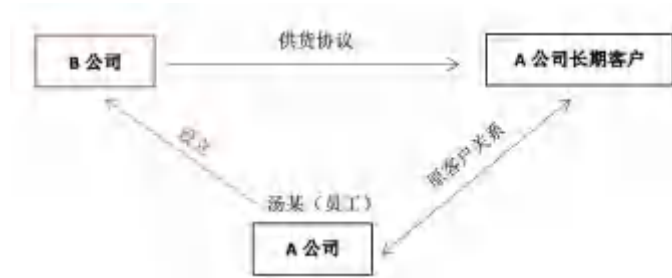
## (二) 以《劳动合同法》相关规定为依据规制员工损害公司利益的行为

### 案例一：A 公司与汤某劳动争议案

被告汤某在 A 公司任职期间设立 B 公司，并以 B 公司名义私自与 A 公司的长期客户公司签署供货协议，向该客户公司供应原本属于 A 公司销售的产品，攫取本应当由 A 公司获得的经济利益。

<sup>1</sup> 上海浦东新区人民法院（2016）沪 0115 民初 48534 号民事判决书

<sup>2</sup> 上海第一中级人民法院（2021）沪 01 民终 4196 号民事判决书

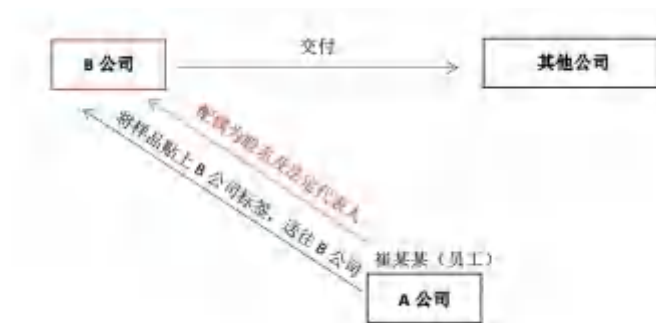


经法院审理查明，依据《劳动合同法》第二十九条、第九十条，认定被告汤某在劳动关系存续期间，存在利用关联关系掠夺 A 公司商业机会的行为，违反了劳动者在劳动关系存续期间负有的忠诚义务和不竞业义务，并依据相关法律规定判决汤某承担对 A 公司经济损失的赔偿责任。

在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为“被告汤某在劳动关系存续期间设立与 A 公司相同经营范围的公司，并利用职务便利，以该公司名义与 A 公司的客户签订产品销售合同获取利益，属于利用职务便利掠夺 A 公司商业机会的故意行为”，即实质上认定了被告人汤某利用关联关系损害了公司利益。<sup>3</sup>

#### 案例二：A 公司与崔某某劳动合同纠纷案

被告崔某某在 A 公司任职期间，私自将 A 公司所生产的产品上本应印有 A 公司商标和货号的外观标签，更换为印有 B 公司商标和货号的外观标签，且该外观标签上印有的 B 公司的联系电话为被告崔某某的联系电话，被告崔某某将 A 公司的产品更换外观标签后，供货至其他公司，严重损害了 A 公司的利益。



经法院审理查明，被告崔某某的妻子丁某某持有 B 公司 90% 股份，并担任 B 公司的法定代表人，且 B 公司的经营范围涵盖了 A 公司的所有经营内容，因此认定被告崔某某的上述行为属于严重违反用人单位规章制度的行为及严重失职行为，依据《劳动合同法》第三十九条，A 公司与崔某某解除劳动合同的行为合法，判决驳回崔某某要求 A 公司支付违法解除劳动合同赔偿金的诉讼请求。

在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为“被告崔某某未经 A 公司同意，将其妻作为法定代表人和股东的 B 公司的标签贴在 A 公司生产的样品上，然后将样品交付其他公司，

<sup>3</sup> 上海市嘉定区人民法院（2016）沪 0114 民初 5230 号民事判决书

其行为已经违反了劳动者对用人单位应尽的忠诚义务，违背了诚实守信原则和公序良俗”，实质上认定了被告人崔某某利用关联关系损害了公司利益。<sup>4</sup>

通过上述案例可以看出，以《劳动合同法》相关规定为依据规制员工损害公司的行为时，证明员工与外部公司存在关联关系可以从以下两点切入：**一是证明员工持有外部公司的股权；二是证明员工亲属持有外部公司的股权。**在此种情况下，即使员工不具备担任公司特定职务的身份，如其利用上述关联关系损害公司利益，公司可以依法追究其相关民事责任。

综合上述以《公司法》《劳动合同法》相关规定规制员工损害公司行为的案件，可以看出以民事手段规制员工损害公司行为时，**法院对于“员工是否存在关联关系”的认定集中于对“员工或其亲属是否持有外部公司股权”这一事实因素的认定。**而针对“员工属于外部公司实际经营者/实际控制人”这一实践中经常存在的情形，目前上海地区在损害公司利益责任纠纷案件涉及关联关系的认定的审理思路和裁判要点，仍然秉持着“在确定关联关系时应以是否存在直接或间接控制作为限定条件，不宜过于宽泛地划定关联关系”，因此针对该种情形的认定相对保守、审慎。**总体而言，更加倾向对工商档案、股权代持协议等形式上的关联关系进行认定。**

### （三）以《刑法》相关规定为依据规制员工损害公司利益的行为

#### 案例一：杨某、张某某等职务侵占案

被告人杨某在担任 A 公司采购员期间，利用负责 A 公司及其子公司 B 公司钢材采购的职务便利，与 X 公司销售业务员被告人张某某、Y 公司副总经理被告人褚某某、Z 公司采购员被告人潘某某预谋，由杨某设立 C 公司、D 公司等交易环节，由张某某操作将 C 公司、D 公司纳入为 X 公司向 A 公司出售钢材业务的转销单位，享受与 A 公司相同的优惠待遇。后杨某通过 C 公司、D 公司从 X 公司购入钢材后，通过 Y 公司、Z 公司，最终将钢材加价出售给 A 公司及 B 公司，赚取差价。



经法院审理查明，C 公司、D 公司均由被告人杨某设立并负责经营，其与其母亲分别担任上述两家公司的法定代表人。被告人杨某通过 C 公司、D 公司截留、侵吞 A 公司、B 公司的钢材采购款，依据《刑法》第二百七十一条第一款，认定其行为已构成职务侵占罪。

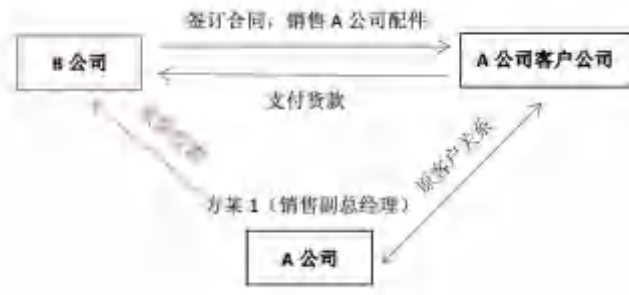
在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为**“有关的证人证言、被告人供述等证据证实，杨某为截留、侵吞 A 公司钢材采购款而设立了 C 公司、D 公司，其还擅自使 C 公司、D 公司进入 A 公司、B 公司的采购环节，进而从中获取了涉案钢材的进销差价”，实质上认定了被告人杨某利用关联关系实施侵占单位财物的行为。**<sup>5</sup>

<sup>4</sup> 上海市普陀区人民法院（2020）沪 0107 民初 6184 号民事判决书

<sup>5</sup> 上海市嘉定区人民法院（2017）沪 0114 刑初 218 号刑事判决书

### 案例二：方某 1 职务侵占案

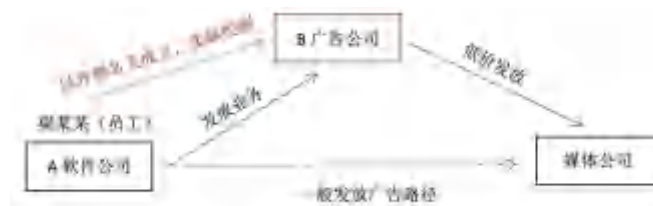
被告人方某 1 利用自己担任 A 公司销售副总经理的职务便利，擅自以自己参与经营的 B 公司的名义，与 A 公司客户签订买卖合同销售 A 公司配件，后以 B 公司名义收取客户支付的货款，严重损害了 A 公司的利益。



经法院审理查明，虽然从公司工商登记等材料来看，被告人方某 1 与 B 公司不存在关联关系，但通过证人证言互相印证，可以证明被告人方某 1 为 B 公司的实际经营者，并且其通过 B 公司非法占有 A 公司钱款，依据《刑法》第二百七十一条第一款，认定其行为已构成职务侵占罪。<sup>6</sup>

### 案例三：梁某某职务侵占案

被告人梁某某在 A 软件公司任职期间，以其外甥唐某某、马某某的名义注册成立 B 广告公司、C 公司，在 2009 年至 2012 年期间，被告人梁某某利用负责 A 软件公司广告业务选择与投放的职务便利，虚设中间环节，将公司的广告业务发放给 B 广告公司，再由 B 广告公司以较低的价格发放给多家媒体公司，从中赚取差价，并将钱款汇入其实际控制的个人账户及 C 公司等公司账户，严重损害了 A 软件公司的利益。



经法院审理查明，被告梁某某在任职期间以其外甥名义注册成立 B 广告公司、C 公司，且实际取得上述两公司的控制权，其向本单位隐瞒 B 广告公司、C 公司系其实际控制情况，利用职务上的便利，虚增中间交易环节，将本单位钱款非法占为己有，数额巨大，依据《刑法》第二百七十一条第一款，认定其行为已构成职务侵占罪。

在本案的“关联关系认定”上，人民法院认为“被告梁某某于涉案期间注册成立以其外甥唐某某、马某某为法定代表人的 B 广告公司、C 公司，并向 A 公司隐瞒其系 B 广告公司、C 公司的实际控制人，利用其职务便利，擅自增加广告业务投放中间环节，将广告业务发放

<sup>6</sup> 上海市金山区人民法院（2020）沪 0116 刑初 1070 号刑事判决书

给 B 广告公司，再由 B 广告公司以低价发放给多家媒体公司，从中牟利”，实质上认定了被告人梁某某利用关联关系实施侵占单位财物的行为。<sup>7</sup>

通过上述案例可以看出，以《刑法》相关规定为依据规制员工损害公司行为时，证明员工与外部公司存在关联关系可以从以下几点切入：一是证明员工持有外部公司的股权或担任相关职务；二是证明员工为外部公司的实际经营者/实际控制人；三是证明员工的亲属持有外部公司的股权或是实际经营者或是实际控制人。

综合上述以《刑法》相关规定规制员工损害公司利益行为的案件，可以看出以刑事手段规制员工损害公司行为时，法院对于“员工是否存在关联关系”的认定要素更加注重实质认定，只要能够证明员工可以对外部公司具备一定程度的控制力，即可认定员工与外部公司之间存在关联关系，简而言之更加倾向对实质上的关联关系进行认定。

## 二、关联关系认定的举证要点

举证证明是否存在关联关系,是认定员工利用关联关系损害公司利益的前提。通过上述案例的裁判观点可见，关联关系通常体现为持股关系、家族关系和朋友关系，其中，民事领域的认定，主要体现在员工本人及其亲属名下或实际控制的公司；刑事领域的认定则较为宽泛，包括员工本人、其亲属或其他关联关系人名下、实际控制或实际经营的公司。然而，员工舞弊行为模式日益呈现隐蔽性、复杂性，在关联关系的认定上单纯通过直接持股关系或家族关系已陷入困境，如何证明是否存在直接或间接控制成为认定关联关系的关键。

### （一）针对员工本人关联公司的关联关系调查之举证要点

员工本人关联关系主要表现为两大类型：一是员工名下公司（即员工担任法定代表人、股东、高管身份的公司）；二是员工实际控制、实际经营的公司。

其中，最为直观有力的证明，即员工在该关联公司任职、持有股权等直接关联的情形。对于该类情形，可以直接通过企业工商内档、国家企业信用报告等工商档案信息予以证明。此外，根据案例中裁判观点显示，除上述直接关联的情形外，企业工商内档中的部分信息（诸如该员工曾共同参与设立该公司，并在工商档案中留存个人手机号、邮箱、住址等个人信息），若能基于个案案情有效地被挖掘，并与在调查中发现的线索进行联系，对关联关系的认定也能起到一定的补强作用。

除上述情形外，实务中更为常见、隐蔽的员工本人关联关系可能存在股权代持、未任职或持股但参与实际经营等情形。该类情形仅从工商档案信息等公开信息无法直接证明存在关联关系，因而需要在上述基础上，进一步深挖，包括通过关联诉讼、实地调查、以及下述外围关系调查等合法合规方式，依法获取证据，证明员工同该公司存在股权代持、实际控制或实际经营的关联关系。例如，在证明员工为外部公司的实际经营者/实际控制人时，可以通过证明员工掌握外部公司的公章、银行卡、银行账户、U 盾等与公司经营密切相关的物品或信息，以及证明员工在外部公司对外负责交易洽谈、对内负责指令管理的方式进行，员工的电子邮箱、外部公司的员工证言、外部公司商业伙伴的证言、外部公司的即时通讯群聊及内部邮件均可以作为证明上述情况的举证材料。

并且，如果掌握员工或外部公司的账户和资金线索，在依据民事手段规制员工损害公司

<sup>7</sup> 上海市徐汇区人民法院（2016）沪 0104 刑初 1138 号刑事判决书



利益行为时，可以依据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条第二款“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集”的规定，申请法院对员工与外部公司的资金情况进行深入调查。

## （二）针对员工亲属或其他关联关系人公司的关联关系调查之举证要点

结合对实务案例的梳理，较为常见的关联关系人，受限于社交圈的关联度和信任度，主要可分为四个类型：亲属类关联关系人、同学类关联关系人、同事类关联关系人、以及同乡类关联关系人。不同类型的关联关系人可以采用不同的调查和证明手段。以下分别举例说明：

其一，亲属类关联关系人，是较为常见的一类关联关系人，是因社会观念和秩序建立起较高的关联度和信任度的关联关系人。该类关联关系人具体可以通过姓氏的相同、籍贯的相近、年龄的差距、住址的雷同等多类信息，来综合推断是否存在亲属关系、属于何种亲属关系：

其二，同学类关联关系人，也是实务中多发的关联关系人，因为该部分多为同龄人且交际较早、较深，更易形成信任度和关联度。对于该类关联关系人，可以通过年龄的相仿、从事的领域的相近、各类场景的互动进行剖析、判断和确认：

其三，同事类关联关系人，则是在踏入社会后接触较多的，从事同一领域、存在较多利益交错的关联关系人。针对该类关联关系人，则可以根据其入职前的简历、入职后的员工信息表提供的任职信息的内部档案，结合各类渠道留存的公开信息等进行匹配、调查和搜寻：

其四，同乡类关联关系人，主要建立在户籍制度的基础上，通常用于补强前三种关联关系的关联程度和关联可能。

当然，上述关联关系调查的方式在不同案件中具有不同的作用。在推动员工关联关系调查的道路上，它们相辅相成、融会贯通，都可能成为打开关联关系调查任督二脉的关键之处，起到推波助澜的点睛之笔，进而促使关联关系调查真相大白，最终实现为公司挽回相关利益损失的目标。

（本文首发于 2022 年 5 月 25 日）

# “飞单”规制之法律实务困境探析

汪银平、冯禾坤

## 一、飞单乱象的背景介绍

“飞单”一词最早源于银行业，通常是指银行业务员利用客户对其任职银行的信任，向客户兜售非其任职银行的产品，从中赚取高额佣金提成。随着经济社会的发展，“飞单”的外延也逐渐扩张，大到数千万的服务业务机会，小至数百元的家电维修订单，都存在着类似现象，因而“飞单”逐渐成为了该类现象的统称。其通常表现为，公司员工在其任职期间，利用职务上的便利，采取隐瞒、欺骗等行为，将本属于公司的商业机会非法转移至其他公司（以下称“飞单公司”），以从中谋取不正当利益的情形。

飞单最直接的危害，即是商业机会被非法转移而导致的经济损失。不乏有公司因飞单严重而导致门店营业额为零的现象。<sup>1</sup>不仅如此，在客户被隐瞒真实交易相对方而误认为与公司发生经济往来时，飞单公司产品的质量将严重影响到公司的声誉和口碑。然而，通常情况下飞单公司的产品质量或服务内容会存在一定的问题，因此，如若未能及时处理飞单现象，将使公司在毫不知情的情况下被安以“莫须有”的罪名，从而丢失市场声誉和客户口碑。同时，飞单的猖獗也会严重影响公司正常管理秩序。

鉴于上述危害，对飞单的司法处理态度，相关判决书中明确载明，“飞单明显是严重违反劳动纪律和职业道德的行为”<sup>2</sup>。但实际上，飞单的现实治理情况并不容乐观。飞单乱象的背后，有其实务治理中的难言之隐。其一，发现难。飞单为内部员工作案且客户流动属正常现象，因而行为较为隐蔽，公司较难察觉。根据案例显示，飞单的东窗事发，多为飞单公司“爆雷”后，被隐瞒、欺骗的客户向毫不知情的公司要求解决问题之时。其二，举证难。一定程度上，举证难是由于飞单的隐蔽性使公司知情较晚，进而导致证据严重缺乏、时间较为仓促。因此，虽然因飞单而产生的刑事案件、民事纠纷众多，但最后多以证据不足、证据不合法等原因而不了了之。

但针对上述飞单治理的痛点，公司就只能听之任之、束手无策、无法解决和应对吗？答案显然是否定的。本文将以上海地区近些年的典型案例为例，从裁判文书中剖析实务观点及相应的举证要点，并据此尝试提出解决应对之道。

## 二、典型案例的要点分析

### （一）刑法领域：以马某、沈某职务侵占案为例<sup>3</sup>

#### 1、案情简介

被告人马某系 A 公司销售总监，在与客户接洽中，未如实介绍 A 公司产品变更后的替代产品，而是利用职务上的便利，授意其下属沈某伪造各类证明，利用 A 公司员工身份、公司邮箱和电话等，谎称 A 公司因上市等原因需要改变合作模式，虚构多家飞单公司为 A 公司关联公司或渠道公司等事实，用以隐瞒、欺骗客户，致使 A 公司原有客户将相关业务转

<sup>1</sup> (2020)沪 02 民终 1599 号

<sup>2</sup> (2021)沪 01 民终 3040 号

<sup>3</sup> (2019)沪 0104 刑初 799 号

移至飞单公司，导致 A 公司失去原有客户的相关业务。随后，被告则从飞单公司以服务费形式谋取非法利益。法院经审理后认为，马某和沈某利用职务便利，侵吞公司财产，应依照《刑法》第二百七十一条第一款<sup>4</sup>以职务侵占罪论处。



## 2、要点分析

本案的争议焦点之一是被告人转移的业务是否属于公司的业务。仅有当被转移的业务为公司业务时，该业务所产生的可期待收益才有可能被认定为属于公司的“既得利益”，才能符合职务侵占罪中的“本单位财物”的构成要件。根据裁判文书显示，主要包括两大认定要点：一是保持合作关系的原有客户。该客户为 A 公司稳定合作的客户，如若无被告马某之行为，客户仍会持续与 A 公司合作。二是客户对 A 公司的高度信任。产品变更不为客户中止与公司合作的原因，客户与公司合作的关键为对公司的信任。从本案可见，客户至始至终都认为其仍在同 A 公司合作，这与大部分飞单表象是一致的。简而言之，如非被告人隐瞒、欺骗行为，该客户将仍与 A 公司合作。因此，该类被转移的业务可以被认定是归属于 A 公司的业务。

本案的争议焦点之二是犯罪金额的认定。由于交易并未实际发生于 A 公司和客户之间，因此犯罪金额的认定就需要相应的标准。根据刑法谦抑性原则，由于以往合作方式为按业务量收取服务费，本案最终认定受损金额为公司与客户之前业务往来中最低服务费费率进行计算。可见，该类犯罪的犯罪金额认定，可能体现为公司的最低利润率、最低收费率等标准。

除上述争议焦点外，被告人系公司员工，符合“单位工作人员”的身份要求；利用员工身份及权限、公司设施等，符合“利用职务上的便利”；非法转移相关业务，将公司财物占为己有，数额已达入罪标准。综上，法院依法判处被告人犯职务侵占罪。

### (二) 劳动法领域：以 B 公司与吴某劳动合同纠纷案为例<sup>5</sup>

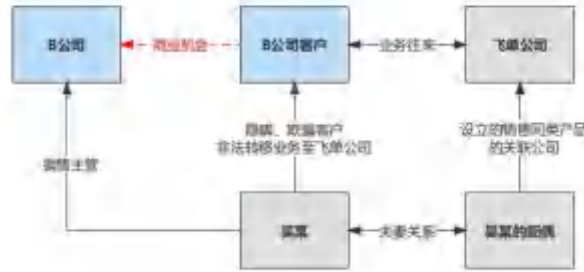
#### 1、案情简介

被告吴某系 B 公司销售主管，其利用职务之便，采取隐瞒、欺骗等手段，多次将 B 公司的客户非法转移至其配偶设立的销售同类产品的关联公司，导致公司业务减少、经营收入减少。吴某采取的隐瞒、欺骗手段主要包括谎称其配偶的公司和 B 公司为关联企业、虚构 B 公司已将产品全部授权给其他公司等事实，骗取客户信任，以非法转移 B 公司的业务。法院针对该部分事实经审理认为，被告吴某的行为违反忠实义务，利用职务之便非法转移客户，

<sup>4</sup> 《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第一款

<sup>5</sup> (2020)沪 0114 民初 1919 号

损害公司利益，B 公司可以依照《劳动合同法》第三十九条<sup>6</sup>解除与吴某的劳动合同。同时，因公司负有管理义务但未能及时制止飞单行为，也应承担一定责任，故吴某应赔偿 B 公司部分损失金额。



## 2、要点分析

首先，法院认为飞单行为违反劳动者应负有的忠诚义务，公司可以依此与飞单者解除劳动关系并向其求偿。

其次，对于赔偿责任问题，法院认为，公司具有受害人和加害人的管理者的双重身份，未能及时制止被告违反忠诚义务，亦应承担一定责任。

最后，提供行业的一般利润率不足以证明与该部分客户发生业务的利润率，因此若仅提供一般利润率，存在举证不充分的问题。

### （三）公司法领域：以 C 公司与杨某损害公司利益责任纠纷案为例<sup>7</sup>

#### 1、案情简介

杨某系 C 公司经理，其配偶在其任职期间为甲公司股东、法定代表人，乙公司股东，且甲、乙公司与 C 公司经营同类业务。C 公司据此向法院起诉，认为杨某违反了《公司法》第一百四十八条第五项<sup>8</sup>，实施了竞业禁止行为，要求将其收入归入 C 公司。C 公司以无法自行收集证据为由，未提交杨某实施竞业禁止行为的相关证据。法院经审理认为，根据 C 公司工商登记信息，杨某系 C 公司高管。但，杨某是否利用职务便利谋取商业机会、相关的商业机会是否属于 C 公司，杨某是否通过欺骗、隐瞒等手段致使 C 公司放弃该机会或将该机会谋取给甲、乙公司等待证事实，C 公司承担举证责任但并未举证证明。若上述情况得以证实，C 公司还需进一步对杨某为甲、乙公司谋取的利益或给 C 公司造成的损失，承担举证责任。由于 C 公司对上述事实均无初步证据印证，法院未支持 C 公司诉求。

#### 2、举证要点

虽然该案最终未得到法院支持，但很好地阐明了法院在考量该案的裁判要点。

其一，员工身份特定，需为董事、高级管理人员；

其二，飞单公司经营的业务需与公司所经营的业务为同类业务；

其三，应举证证明商业机会应属于公司；

其四，应举证证明员工利用职务便利谋取该商业机会；

<sup>6</sup> 《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条

<sup>7</sup> (2020)沪 02 民终 9979 号

<sup>8</sup> 《中华人民共和国公司法》第一百四十八条第五项

其五，应举证证明飞单公司的获利情况或公司因此而遭受的损失情况。

此外，若员工提出该飞单公司系公司股东会或股东大会同意而设立并提供相应决议，公司则需提供证据来推翻该份决议，否则将无法得到法院支持。

### 三、 举证要点的应对策略

通过对上述案例的剖析，飞单治理的举证要点和难点，主要集中为以下四个方面：

其一，证明被非法转移的业务或商业机会属于公司；

其二，证明员工利用职务上的便利非法转移公司业务或商业机会；

其三，非法转移公司业务或商业机会后公司的损失或飞单公司的获利；

其四，证据需满足关联性与合法性的要求。

#### （一）公司业务或商业机会的举证应对要点

根据上述案例可见，公司业务或商业机会包括原有客户和新进客户两大类型。两大类型的举证应对有所不同。

针对原有客户类型的商业机会，可以通过客户入库审批流程的相关材料、公司与客户之间的邮件沟通往来、公司同客户的历史交易情况，来举证证实该业务或商业机会应当归属于公司。

针对新进客户类型的商业机会，可以结合公司的经营范围与客户需求的匹配度、公司针对该客户所投入的洽谈成本、公司同客户之间的邮件沟通往来、抑或是否存在试样寄送等情形，以证明该业务或商业机会公司并未拒绝且应当归属于公司。

此外，通过对上述案例的分析，不难发现，舞弊人员通常通过虚构事实、隐瞒真相等手段来欺瞒公司客户，以实施飞单，谋取公司业务或商业机会。因此，对于大多数终端客户而言，其仍认为其交易对手为原公司，而非飞单公司，故绝大多数终端客户对于舞弊人员的飞单行为并没有包庇的故意心理。据此，公司可以通过与终端客户进行有效的沟通和有针对性的访谈，收集相关证人证言、往来账目、终端客户与飞单公司负责人员或舞弊人员的往来邮件等极为有利的证据材料，用以证明该被转移的业务或商业机会属于公司。

#### （二）利用职务上的便利的举证应对要点

利用职务上的便利，也为飞单现象举证的核心关键之一。若非因职务便利谋取商业秘密，则可能仅是市场上客户的正常流动。常见的利用职务上的便利谋取公司业务或商业机会的情形，主要为借员工权限获取公司客户信息、借员工身份之便虚构事实、隐瞒真相，以欺骗、隐瞒等手段诱导客户转移业务。

针对上述情形，公司可以在多角度准备证据以应对举证要求：

其一，提供员工的权限说明的相关材料，如部门组织架构、岗位职责、内部会议记录、内部邮件往来等，以证明该员工有权知悉该客户信息且明知该客户属于公司。

其二，梳理员工与客户工作邮箱中的往来邮件。多数员工为取得客户信任，仍需以公司工作邮箱进行洽谈，而该部分电子数据的梳理，将有助于证实员工利用职务便利，虚构事实、隐瞒真相，非法转移业务的事实。

其三，其他关于该员工利用职务之便的证据。根据实际的业务模式，提供能够证明员工

权限、身份或经手公司事项等事实的证据，证据形式无论是电子或是纸质皆可。

### （三）犯罪金额或赔偿数额的举证应对要点

犯罪金额的认定影响定罪和量刑，赔偿数额的高低则会影响公司损失利益的挽回情况，因而针对该金额的举证对结果有着直接的影响。根据上述裁判文书显示，主要考虑的标准为两方面：一是公司预期利益，二是飞单公司实际获利。

对于公司预期利益，根据原有客户类型业务和新进客户类型业务，可提供不同的举证要点。针对原有客户类型业务，可以提供过往与其交易往来的数据，经有效梳理后形成证据，予以证明。针对新进客户类型业务，则可以尝试提交公司该类产品的利润率或同期公司与同类产品的客户的交易数据，以证明公司预期利益的具体范围。如若仅提供行业一般利润率，则可能会存在证据不充分的问题。

相较于公司预期利益，飞单公司实际获利情况较难获取，但并不意味着无计可施。除员工自愿承认和飞单公司配合提交外，由于飞单公司多为同员工存在关联关系的公司，因此可以尝试通过在员工工作电脑或工作邮箱中寻找相关证据，进而判断飞单公司的实际获利情况。

### （四）证据关联性与合法性的举证要求

除上述三点举证要点外，提供证据的关联性与合法性是举证证明的基础。上述乙公司与杨某损害公司利益责任纠纷一案，因乙公司未能提供符合举证要点的证据材料，而导致其诉求无法得到法院支持。<sup>9</sup>无法提供具有足够关联性且符合合法性要求的证据，同样也将在诉讼中惨遭滑铁卢。

针对证据的关联性要求，在某损害公司利益责任纠纷案中，虽已证明被告高管、商业机会等相关事实，但由于仅提供了员工与涉嫌飞单公司的支付宝的收款记录，并未提供关联性更强的证据证明收取款项的交易对手信息、利用职权谋取商业机会等证据，导致法院无法支持公司诉请。<sup>10</sup>

针对证据的合法性要求，在某劳动合同纠纷案中，公司为证明涉案员工的飞单行为，提供了员工工作手机的通话录音和聊天记录，但由于未证明事先告知涉案员工运用该手机会被录音，事后也未取得涉案员工的明确同意，导致证据的合法性不予被认可。<sup>11</sup>

因此，事实的真相固然重要，但以合法、合规的方式收集证据，并根据案情有效的梳理出关联性、证明力强的证据，方才能在诉讼进行中游刃有余。

## 四、总结

综上所述，对飞单的治理在法律上有着充足的法律依据，包括但不限于《刑法》、《劳动合同法》、《公司法》。如何合理、有效地运用现有证据，选择最有利的诉讼策略，实为重中之重。虽然飞单在实务治理中具有发现难、举证难的痛点，但并非束手无策。如若能在飞单问题东窗事发后，清晰关键证据的收集要求，明确核心问题的调查方向，辅以信息化技术和现代化工具的设备支持，亡羊补牢仍为时未晚。当然，除事后补救外，从上述案件可见，

<sup>9</sup> (2020)沪02民终9979号

<sup>10</sup> (2019)沪01民终11641号

<sup>11</sup> (2021)沪01民终3040号

飞单现象多表现为公司员工与其关联关系人内外联手损害公司利益。因此，对飞单的预防在一定程度上也可谓有迹可循。不妨尝试，定期或适时的对确有必要的岗位员工开展适当的关联关系调查，用以预防常见、多发的关联关系类型的飞单现象。

（本文首发于 2022 年 6 月 1 日）

# 虚设中间交易环节型侵占单位财物案件中“关联关系”的认定

汪银平、周巧沁

公司内部员工利用关联关系损害公司利益的行为表现形式中，利用职务便利，通过关联公司虚设中间交易环节以截留交易差价是较为常见的行为模式之一。这一利用关联关系损害公司利益的行为模式，通常根植于相关员工负责公司上下游业务的基础之上，往往侵占金额数量巨大，且直接影响到公司的商业机会及商业声誉，可能给公司造成不可逆的侵害。

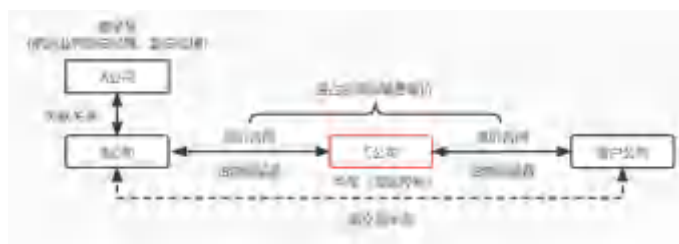
对于员工通过该种模式对公司造成严重侵害的行为，一般依据《中华人民共和国刑法》（以下称《刑法》）第二百七十一条第一款“公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金”的规定，认定该行为构成职务侵占罪，但在实务认定的过程中，存在着以下难点：员工通过这一模式侵占公司财产的行为具有隐蔽性和欺骗性，难以认定其与提供中间交易环节的公司存在关联关系。

现本文以相关裁判文书为例，对员工利用关联公司虚设中间交易环节以侵占公司财产的刑事案例的裁判要点进行梳理、提炼和总结，并结合办理案件相关经验，在该类型案件的“关联关系认定”的举证方面给出实务上的操作建议。

## 一、典型案例及实务观点

### 案例一：高某某、余某职务侵占案

被告人高某某在担任 A 公司航运业务部经理、副总经理期间，利用负责为 A 公司、B 公司对外招揽业务、洽谈合同、结算运费的职务便利，伙同被告人余某，以 C 公司为名义上的中间商，虚设中间交易环节，对本公司隐瞒真相后将货物运输费差价 306717.23 美元予以侵占。



法院经审理查明，被告人余某为 C 公司的实际经营人，同被告人高某某具有密切关系。被告人高某某、余某以非法占有为目的，共同利用高某某身为公司工作人员的职务便利，将本单位钱财占为己有，数额巨大，依据《刑法》第二百七十一条第一款，其行为均构成职务侵占罪。

在本案行为模式认定上，人民法院认为：“没有证据表明 C 公司在涉案相关业务中起到实质性的中介作用，再结合运费差价主要由被告人高某某、余某瓜分的事实，足以认定被告人高某某伙同余某从中虚设交易环节，从而将本应归属于本单位的钱财非法占为己有”，即实质上认定了被告人高某某、余某利用关联关系以虚设中间交易环节的方式实施了侵占公司

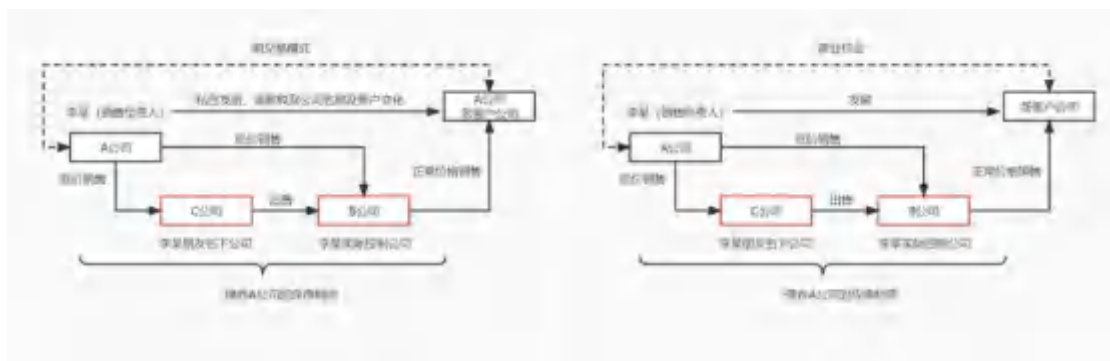


财物的行为。

在实务中，以上述模型虚设中间交易环节以侵占公司财物的情形最为常见。提供关联公司的被告人在协助实施这一类型的职务侵占行为后，常以“设置的中间环节并非被告人利用关联关系虚设的交易环节，而是中介公司提供居间服务的环节”进行抗辩，本案中，被告人余某提出的抗辩理由即为：“C公司是中介公司，寻找到需要运输货物的货主后将B公司船的情况、运输价格等介绍给货主，达成一致后签订协议，再由C公司与B公司签订对应的协议，价格会比C公司与客户公司间签的协议价格低，差价就是C公司赚取的利益”。但经法院审理认为：“针对每一笔海运业务均有C公司与租船方签订的合同、C公司与B公司签订的合同，除运费不同外，合同主要内容均相同，且相关证言证明，相关揽货业务合同的洽谈、确立是由被告人高某某操作的，相关业务合作方不与余某接触，余某在合同缔结过程中无实际作用，承运业务最终由A公司、B公司承担，运费差价也主要由被告人高某某、余某瓜分”，从而驳回了余某的上述抗辩，确认了上述模式属于利用关联关系虚设中间交易环节的职务侵占行为，而非独立的居间行为。<sup>1</sup>

### 案例二：李某职务侵占案

李某在担任A公司销售负责人期间，利用职务上的便利，将A公司电子元器件以低于A公司同期销售价格销售给B公司或C公司（该公司再出售给B公司供其对外销售），后通过B公司向A公司的老客户公司及A公司新发展的客户公司销售，从而侵吞A公司的应得利润。



经法院审理查明，B公司为李某实际控制的公司，C公司系李某朋友的名下公司。被告人李某身为公司工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额巨大，依据《刑法》第二百七十一条第一款，其行为已构成职务侵占罪。

在本案的关联关系及行为模式认定上，人民法院认为：“被告人李某于担任A公司销售负责人期间，利用职务上的便利，私自盖章发函给A公司老客户谎称收款公司名称及银行账户发生变化，或利用A公司销售负责人的业务优势发展新客户，并采用将A公司电子元器件以低于A公司同期销售价格销售给其实际控制的B公司或其朋友的C公司（该公司再出售给B公司供其对外销售），从而侵吞A公司的应得利润”，即实质上认定了被告人李某利用关联关系以虚设中间交易环节的方式实施了侵占公司财物的行为。<sup>2</sup>

<sup>1</sup> 上海市浦东新区人民法院（2019）沪0115刑初3414号刑事判决书

<sup>2</sup> 上海市黄浦区人民法院（2021）沪0101刑初95号刑事判决书

### 案例三：B 公司、孔某职务侵占案

孙某 2 在 B 公司担任法定代表人、董事长期间，利用其在 B 公司原材料采购中的决定权，安排 B 公司从 A 公司高价购买煨后焦，具体表现为孙某 2 在明知 B 公司能够直接从 C 公司和 D 公司购买煨后焦的情况下，为谋取私利，虚增了由 A 公司从上述两公司购买煨后焦而后再销售给 B 公司的中间环节。

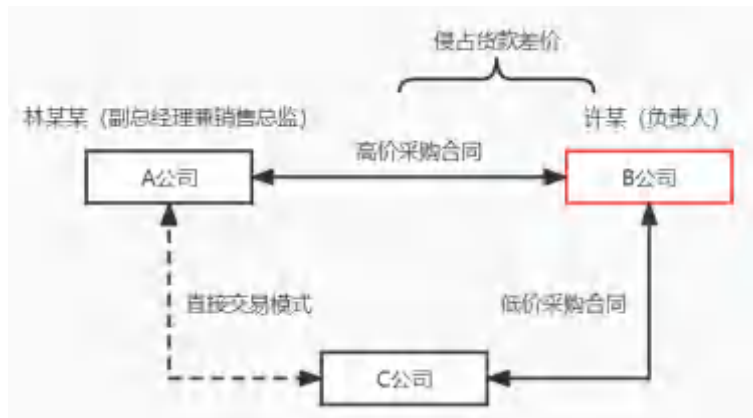


经法院审理查明，孔某系孙某 2 的配偶，A 公司为孔某实际经营的公司。孔某以非法占有为目的，伙同孙某 2 利用职务上的便利，将本单位的财物非法占为己有，数额特别巨大，依据《刑法》第二百七十一条第一款，其行为已构成职务侵占罪。

在本案的关联关系及行为模式认定上，人民法院认为：“孔某与孙某 2 系夫妻关系，二人相互勾结，利用孙某 2 任 B 公司法定代表人、董事长的便利，采取虚增环节等方法，使 B 公司向 A 公司多支付 19883656.83 元”，即实质上认定了被告人孔某伙同孙某 2 利用关联关系以虚设中间交易环节的方式实施了侵占公司财物的行为。<sup>3</sup>

### 案例四：林某某、许某职务侵占案

林某某在 A 公司担任副总经理和销售总监期间，利用负责“LED 显示系统采购项目”的职务便利，在采购过程中，向 A 公司领导谎称 B 公司系 C 公司的代理商，采购 LED 大屏必须通过 B 公司才能进行，欺骗 A 公司领导与 B 公司签订了高价采购合同，之后 B 公司以低价与 C 公司签订了采购合同。



<sup>3</sup> 辽宁省辽阳市中级人民法院（2021）辽 10 刑终 125 号刑事判决书

经法院审理查明，许某为 B 公司股东，林某某系许某朋友，林某某在上述项目的采购过程中与许某商议通过 B 公司来采购 C 公司的 LED 大屏。林某某作为 A 公司的副总经理和销售总监，在“LED 显示系统采购项目”的采购过程中，未尽到公司高管忠实、勤勉义务，利用职务之便与许某合谋通过虚设中间环节的方式侵占 A 公司支付的货款，数额巨大，依据《刑法》第二百七十一条第一款，其行为均构成职务侵占罪。

在本案的关联关系及行为模式认定上，人民法院认为：“第一，B 公司作为交易环节为被告人林某某、许某共谋引入并实际控制，该交易环节的运作依赖两被告人的职务便利，获利由两被告人实际占有，受两被告人实际支配；其二，被告人林某某、许某引入 B 公司的目的，是为了截留商业利润归个人瓜分，而不是归 B 公司所有，故被告人林某某、许某实属假借公司外壳，以中间交易环节之名，行牟取个人利益之实，其行为不具有正当性”，即实质上认定了被告人林某某伙同许某利用关联关系以虚设中间交易环节的方式实施了侵占公司财物的行为。<sup>4</sup>

在该案判决书中，人民法院详细论述了虚设中间交易环节与正常交易环节的不同之处：“企业经营的目的是赚取利润，成本最小的经营方式是与客户单位直接联系，以实现利润的最大化。但在现代市场经济中，受专业细化、信息不对称以及资源占有量等因素的制约，企业经营往往难以与客户单位直接发生关系，此时就需要中间环节的辅助，这是市场经济发展的必然产物。中间环节的出现，有利于促进市场交易，增加社会财富，其本身并不具有刑事违法性。在虚设中间交易环节型的职务侵占中，中间环节本无存在的价值和必要性，行为人却利用职务之便将其实际掌控的第三方公司强行引入交易环节，目的是通过增加所属企业负担成本将截留的企业利润据为己有”。总结来说，若是中间增加的交易环节目的并非在于为中间公司赚取利润，而在于为中间公司背后的控制人截留上下游交易利润，致使中间公司沦为他人截留、侵占利益的工具，可以将增设此类中间交易环节的行为定性为“虚设中间交易环节”。

## 二、虚设中间交易环节型侵占单位财物案件“关联关系”存在的特点及原因

从上述案例及相关裁判案例来看，在虚设中间交易环节型侵占单位财物案件中，关联关系的存在有以下特点：第一，极少部分员工利用自己名下公司虚设中间交易环节；第二，员工主要以其实际控制或实际经营的公司来虚设中间交易环节，此外也存在利用配偶实际控制或实际经营的公司、朋友名下公司来虚设中间交易环节的情形；第三，员工还可能利用业务伙伴任职的公司来虚设中间交易环节。

结合虚设中间交易环节型侵占单位财物案件自身的特点，以及实务中“员工利用关联关系”呈现出的趋势，可以分析出上述特点出现的两大原因：第一，随着公司对于供应商公司及客户公司进行关联关系排查的力度加大，员工对于与其存在工商档案、代持股协议等形式上具有关联关系的公司，显示出更加谨慎的态度，一般不会将具有该类型关联关系的公司直接置于本公司与商业伙伴的交易环节之中；第二，员工在利用与其亲属、朋友存在关联关系的公司进行虚设中间交易环节型职务侵占行为时，也显示出了更加谨慎的态度，对于亲密程度更高的配偶，一般只利用其实际控制或实际经营的公司虚设中间交易环节，而对于亲密程

<sup>4</sup> 安徽省肥西县人民法院（2019）皖 0123 刑初 450 号刑事判决书

度相对较低的朋友，则存在利用其名下公司虚设中间交易环节的情况。

### 三、虚设中间交易环节型侵占单位财物案件“关联关系认定”的举证要点

针对上述在虚设中间交易环节型侵占单位财物案件中关联关系存在的特点，我们在对该类型案件举证，以证明相关员工利用关联关系进行职务侵占行为时可以参考以下四个举证要点：

**第一，可以对本公司商业伙伴进行访谈，从中获取开展中间交易环节的公司名称及其负责人员姓名等信息。**在部分案件中，公司是通过其商业伙伴发给员工的邮件发现员工存在“利用关联公司虚设中间交易环节”这一行为的，部分公司的交易伙伴在邮件中表达了为何不能直接交易的疑问，体现出公司的商业伙伴一般是与关联公司直接进行交易的对象，并且对于这类型职务侵占行为没有包庇的故意心理。因此，相关商业伙伴的证人证言、往来账目、与关联公司负责人员的往来邮件是该类型案件中极为有力的证明材料；

**第二，关注员工本人及其亲属、朋友甚至同学等在企业工商内档、国家企业信用报告等工商档案信息中名下公司的情况。**虽然在该类型案件中，员工基本不会使用与自己存在形式关联的公司作为开展中间交易环节的公司，但在员工本身没有能力对其他公司具备一定程度的控制力时，使用亲属、朋友的名义注册成立公司或利用亲属、朋友、同学已经成立的公司开展中间交易环节是实务中经常出现的情形。因此，仍然应当关注这类形式上的关联关系证据，但要将排查范围从员工本人扩展到其亲属类关联关系人、同学类关联关系人、同事类关联关系人、同乡类关联关系人（此处详见之前推送的《员工利用关联关系损害公司利益案件中“关联关系的认定”研究——以上海市历年相关裁判文书为例》一文）；

**第三，关注员工本人及其亲属、朋友较为隐蔽的实质关联关系，在存在初步线索后可通过报案由公安机关予以查证。**在该类型案件中，大多数员工会利用自己实际控制或实际经营的公司以及自己的亲属、朋友实际控制或实际经营的公司作为开展中间交易环节的公司，员工与这类型公司之间的关联关系存在隐蔽性，可以通过查询员工本人及其亲属、朋友的关联诉讼和外围关系、走访与上述人员可能存在关联关系的公司、对相关员工进行访谈、调取相关员工工作电脑中的电子数据等方式得出初步线索，而后向公安机关进行报案，公安机关将根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十条第三款<sup>5</sup>、第一百一十二条<sup>6</sup>、第一百一十五条<sup>7</sup>的规定，接受报案并对相关材料进行审查，在刑事立案之后开展侦查，过程中针对此类较为隐蔽的实质关联关系可以通过调取银行流水、询问相关证人、调取相关电子数据等方式进行证明。

**第四，关注员工业务对接人员或存在业务往来的人员。**上述案例也提示我们，在关联关系排查力度日益加大的今天，不仅要对员工及其亲属、朋友的关联关系进行排查，还要关注

<sup>5</sup>《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十条第三款：“公安机关、人民检察院或者人民法院对于报案、控告、举报，都应当接受。对于不属于自己管辖的，应当移送主管机关处理，并且通知报案人、控告人、举报人；对于不属于自己管辖而又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后移送主管机关。”

<sup>6</sup>《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十二条：“人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案，并且将不立案的原因通知控告人。控告人如果不服，可以申请复议。”

<sup>7</sup>《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十五条：“公安机关对已经立案的刑事案件，应当进行侦查，收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料。对现行犯或者重大嫌疑分子可以依法先行拘留，对符合逮捕条件的犯罪嫌疑人，应当依法逮捕。”

员工业务对接人员或存在业务往来的人员，这些人员间因为业务关系而存在着密切的交流往来，很有可能利用各自的职务便利以及各自公司的业务范围共同完成虚设中间交易环节型职务侵占行为。针对这类型的关联关系，可以通过调取相关往来邮件、与有关公司核对账目等方式取得初步证据，在报案后通过公安机关调取本公司员工与关联人员的银行流水、即时通讯数据等方式予以证明。

（本文首发于 2022 年 6 月 8 日）

# 员工通过虚设中间交易环节侵占单位财物该如何认定犯罪金额

汪银平、冯禾坤

虚设中间交易环节型侵占单位财物的案件在司法实务中屡见不鲜。该类行为模式主要表现为：公司内部员工利用职务上的便利，通过与其存在关联关系的外部公司，虚设中间交易环节，从中截留公司交易差价。由于该类行为模式的隐蔽性高、举证难度大、危害程度大，其令公司在实务治理过程中头痛不已。但事实上，若能够精准地把握该类行为模式定罪的要害，并以此为中心，进一步合法合规、精准有效地收集相关证据，不难最终实现有效维护企业合法权益。

为阐明虚设中间交易环节型侵占单位财物模式的实务治理，此前已推出多篇文章对其涉及的法律依据、举证要点、以及关联关系的认定等展开全面详尽的分析和解读。对该类侵占模式的实务治理，除前述内容外，对具体犯罪金额的认定亦是不可或缺。如何有效的举证认定犯罪金额，既会影响定罪，也会影响到最终的量刑和挽回损失的数额。最高人民检察院在关于办理民营企业职务侵占犯罪典型案例中表示，“对虚增交易环节类型的职务侵占案件，要注重从被害单位查实行为人职权内容、与客户的正常交易模式、成交价格等证据，从涉案交易对象查实虚增交易环节后的异常交易模式、成交价格等证据，并锁定行为人在异常交易中发挥的作用、“低买高卖”价差利得的流向，综合认定职务侵占犯罪事实，精准认定犯罪数额。”<sup>1</sup>据此，本篇文章将主要聚焦于虚设中间交易环节行侵占单位财物案件中，犯罪金额的具体认定在裁判中的实务观点和举证要点。

## 一、典型案例及实务观点

### （一）采购端虚设中间交易环节型侵占单位财物模式的犯罪金额认定：采购款差价

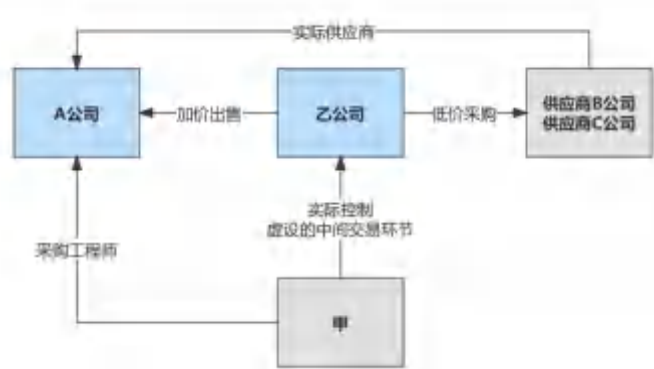
#### 案例一：甲涉嫌职务侵占罪一案<sup>2</sup>

##### 1、案情简述

甲系 A 公司采购工程师，其利用其负责产品采购、供应商引入及订单分配等职务便利，虚设采购中间交易环节，以其个人实际控制的乙公司从 B 公司、C 公司等渠道采购 A 公司所需产品后，再加价出售给 A 公司。经审理查明，法院认为，甲侵占了 A 公司多支付的采购款差价人民币 49 万元。

<sup>1</sup> 最高人民检察院发布 6 件检察机关依法办理民营企业职务侵占犯罪典型案例之三：D 科技公司营销中心总监张某某、经理罗某某职务侵占案

<sup>2</sup> (2021)沪 0115 刑初 5076 号



## 2、观点分析

甲利用其负责 A 公司采购的职权，虚设其实际控制的乙公司为中间环节，阻断了 A 公司与供应商 B、C 公司的直接交易。而后，甲通过乙公司先行向 B、C 公司采购，再加价销售至 A 公司，从中侵占采购款差价。

正常的公司采购环节应考虑产品价格和产品质量的平衡，即以尽可能实惠的价格购买到尽可能优质的产品。在本案中，甲利用其负责采购的职务便利，在可以直接从供应商 B、C 公司采购 A 公司所需要的产品之前提下，将其个人实际控制的乙公司强行引入作为中间环节，先行通过乙公司从供应商处采购后，再加价出售给 A 公司，增加了 A 公司采购的成本，这并非正常的公司采购交易行为。并且，乙公司的强行引入，未能给甲所任职的 A 公司带来更多利益，而是导致 A 公司为此多支付了采购款差价，但采购的仍为相同的产品。而该部分采购款的差价，则被甲实际控制的乙公司所截留。据此，甲引入该采购环节的根本目的是利用其负责产品采购、供应商引入及订单分配等的职务便利，虚设采购中间环节，以侵占 A 公司的采购款差价，该环节中的乙公司可以视为甲从事侵占单位财物犯罪行为的犯罪手段，而非正常的市场交易主体。

法院经审理认定，“甲利用其负责产品采购、供应商引入及订单分配等职务便利，虚设采购中间环节，以其个人实际控制的乙公司从供应商 B、C 公司等采购 A 公司所需产品后，……，加价出售给 A 公司，侵占 A 公司多支付的采购款差价人民币 49 万余元”。<sup>3</sup>据此可知，该实务观点认为，利用职务便利，虚设采购中间交易环节，而产生的采购款差价为公司财物，因而该职务侵占行为的犯罪金额应为多支付的采购款差价。

经对国内近三年裁判文书案例的分析，各地采购端虚设中间交易环节型侵占模式的犯罪金额认定较为统一，基本与案例一中所分析的一致，皆采用采购款的差价作为犯罪金额认定的标准。<sup>4</sup>

**(二) 销售端虚设中间交易环节型侵占模式的犯罪金额认定：截留的销售款差价或虚设中间公司因此而取得的利润**

**案例二：山某涉嫌职务侵占罪一案<sup>5</sup>**

<sup>3</sup> (2021)沪 0115 刑初 5076 号

<sup>4</sup> (2020)苏 0505 刑初 216 号；(2021)沪 0115 刑初 3220 号；(2021)辽 10 刑终 125 号；(2021)沪 0113 刑初 229 号；(2021)浙 0110 刑初 586 号

<sup>5</sup> (2020)沪 0115 刑初 5288 号

## 1、案情简述

山某系 D 公司销售经理，其利用负责产品销售的职务之便，对外谎称其实际控制的丙公司为 D 公司代理商，要求 E 公司、F 公司等 D 公司客户将款项支付至丙公司账户。随后，以丙公司的名义，低价向 D 公司采购产品后再加价销售至 E、F 公司等。经审理查明，法院认为山某侵占了截留的销售款差价人民币 1,196,484.69 元。



## 2、观点分析

山某利用其负责销售的职务便利，通过其实际控制的丙公司低价向 D 公司采购产品后再销售至 E、F 公司等处，虚设丙公司为中间环节，从而阻断了 D 公司同客户 E、F 公司等直接交易往来，从中截留销售款差价。

根据本案证据材料显示，相关证人证言证实，山某在对外销售时，均称其实际控制的丙公司为 D 公司在某地区代理商，要求 E、F 公司通过丙公司对 D 公司的产品进行采购。而在对内联络时，则以避税等理由欺瞒 D 公司将订单转移至丙公司。在正常的市场交易中的中间交易环节的本质在于为公司的经营赚取更多的利润，而非增加交易成本。而山某谎称丙公司为 D 公司代理商的行为，利用职务之便在交易中强行引入为中间环节，并非正常的市场交易中旨在为公司赚取更多利润的中间环节。相反，该行为在 D 公司本可以直接同终端客户直接交易的情形下，虚增了不实代理商，恶意阻断公司与客户间的直接交易，增加了公司销售的负担成本，而该负担成本则通过虚设的中间环节所截留。若无该虚设中间环节阻断交易和截留款项，D 公司不应负担该成本，理应收取因该虚设中间环节而被截留的销售款差价，故该被截留的销售款差价应为公司财物。因此，山某侵占的犯罪金额为虚设中间环节所截留的销售款的差价。

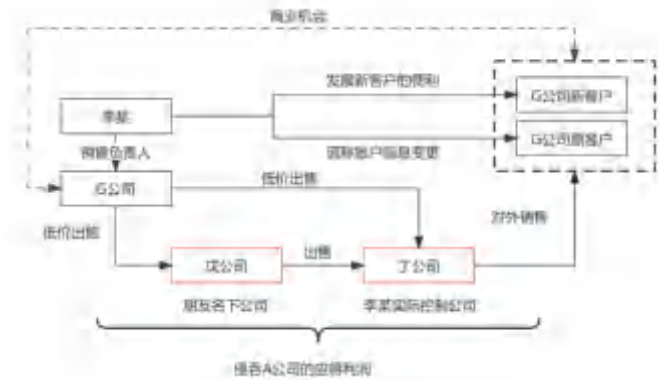
### 案例三：李某涉嫌职务侵占罪一案<sup>6</sup>

#### 1、案情简述

李某系 G 公司的销售负责人，其利用对接客户的职务便利，对 G 公司的原客户谎称因收款信息变化而需支付至其实际控制的丁公司账户；利用其发展新客户的职务便利，将新客户介绍与丁公司进行交易往来。随后，李某将 G 公司的产品以低于同期销售价销售至丁公司或朋友的戊公司（戊公司再出售至丁公司），再由丁公司对外销售。经审理查明，法院认为李某的行为侵吞了 G 公司应获利润共计人民币 2,588,315.39 元（即丁公司因此所获得的利润）。

<sup>6</sup> (2021)沪 0101 刑初 95 号





## 2、观点分析

李某利用其职务便利，通过其实际控制的丁公司和朋友的戊公司，实施对 G 公司产品的低价采购后再销售，虚设丁公司为中间环节，阻断 G 公司同原客户和新客户的直接交易，从中赚取对外销售的利润。

本案中，李某“私自盖章发函给 G 公司老客户谎称收款公司名称及银行账户发生变化，或利用 G 公司销售负责人的业务优势发展新客户”的欺瞒行为的目的在于，“将 G 公司电子元器件以低于 G 公司同期销售价格销售给其实际控制的丁公司或其朋友的戊公司（该公司再出售给丁公司供其对外销售）”这一中间交易环节强行引入，“从而侵吞 G 公司的应得利润”。<sup>7</sup>引入丁公司、戊公司的行为，阻断了 G 公司与其新老客户之间的正常直接交易，进而将部分 G 公司对外销售产品的利润利用该虚设中间交易环节转移至李某实际控制的丁公司处。因此，法院认为，被转移的该部分利润，即丁公司因李某利用职权虚设中间环节的行为所获得的利润，应属于 G 公司的应得利润，为 G 公司的公司财物。**因此，李某的职务侵占行为的犯罪金额为其实际控制的丁公司因其职务侵占行为而取得的利润。**

综合案例二、案例三，以及国内近三年的案例，销售端虚设中间交易环节型侵占模式的犯罪金额认定多数采用案例二的观点，即虚设中间环节所截留的销售款的差价；<sup>8</sup>少量案例采用案例三的观点，即虚设交易环节的公司因侵占行为而取得的利润。<sup>9</sup>

<sup>7</sup> (2021)沪 0101 刑初 95 号

<sup>8</sup> (2019)沪 0115 刑初 3414 号；(2021)粤 0305 刑初 72 号；(2021)浙 02 刑终 241 号；(2021)闽 0212 刑初 241 号

<sup>9</sup> (2021)沪 0101 刑初 95 号

## 二、举证要点及应对策略

基于上述对案例的分析可知，实务观点对犯罪金额的认定，主要采用两大观点：其一，销售款或采购款的差价；其二，虚设交易环节中间公司因侵占行为而获得的利润。基于此，在针对此类员工舞弊行为案件调查时，可以从以下几个方面考量：

### （一）舞弊人员的职务便利的举证要点

无论是采购端，还是销售端，公司都需要举证证明该舞弊人员利用其职务上的便利。

根据上述案例显示，证明职务便利的主要证据材料包括，劳动合同、工资表、岗位职责、公司组织人员架构图、岗位情况说明书等。具体而言，劳动合同、工资表、岗位职责等证据材料可以证明该舞弊人员同公司存在劳动关系，且任职于某个岗位，进而通过岗位情况说明书等证据材料，证实其负责销售、采购或其他领域，在犯罪行为所涉及的领域存在职务上的便利。上述证据材料，通常可从公司人事档案归档的材料中获得，或从其实际履职业务内容方面着手。

### （二）舞弊人员同中间环节关联关系认定的举证要点

无论是甲个人实际控制的乙公司、山某实际控制的丙公司，还是李某实际控制的丁公司和其朋友的戊公司，都体现出虚设中间环节的关联关系认定的举证证明之重要性。

通常而言，关联关系主要体现为舞弊人员名下公司、其亲属和朋友名下的公司，以及其业务伙伴所任职的公司等。但随着舞弊人员反侦查意识的增强，直接用名下或亲属、朋友名下的公司的情况越来越少，这无疑增加了举证的难度。但这并不意味着关联关系认定调查无计可施，仍可以从以下几方面对关联关系展开进一步排查：

**其一，对本公司商业伙伴进行访谈，从中获取开展中间交易环节的公司名称及其负责人员姓名等信息。**由于公司商业伙伴多为同受舞弊人员欺瞒的公司，一般对员工舞弊行为无包庇故意心理。因此，通过对商业伙伴的访谈，可以得到相关证人证言、中间公司与商业伙伴直接往来邮件等极为有力的证据材料。

**其二，关注舞弊人员及其亲属、朋友、同学等名下企业工商登记信息等。**舞弊人员虽不使用其名下公司，但使用其亲属、朋友、同学的名义注册公司的却大有人在。因此，应将排查范围扩展至其亲属、朋友和同学等关联关系人名下的公司情况。

**其三，关注舞弊人员及其亲属、朋友较隐蔽的实质关联关系，在存在初步线索后可通过报案由公安机关予以查证。**由于关联关系的隐蔽性，公司可以通过查询舞弊人员及其亲属朋友的关联诉讼和外围关系、走访可能存在关联关系的公司、对相关人员进行访谈和工作电脑的电子取证等方式得出初步线索后，向公安机关进行报案，公安机关将根据我国《刑事诉讼法》的规定<sup>10</sup>，接受报案并对此进行审查，并在立案后进行侦查。针对此类较隐蔽的实质关联关系，公安机关可通过调取银行流水、询问证人、调取电子数据等方式进行查证。

**其四，关注舞弊人员的业务对接人员或存在业务往来的人员。**除舞弊人员的亲属、朋友外，其业务上的对接人和联系人，由于存在较为密切的往来，很可能成为侵占行为的共犯。因此，可通过调取往来邮件、与有关公司核对账目等方式取得初步证据，在报案后通过公安机关调取舞弊人员与关联人员的银行流水、即时通讯数据等方式予以证明。

（上述举证要点详见《虚设中间交易环节型侵占单位财物案件中关联关系的认定——以

<sup>10</sup> 《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百一十条第三款、第一百一十二条、第一百一十五条

相关裁判文书为例》一文)

### (三) 涉案终端客户或供应商与公司的往来关系的举证要点

通过对上述案例的分析可知,证明虚设中间环节所截留的差价或中间公司因侵占行为所获利益利润为公司财物的核心关键,是举证公司同涉案终端客户或供应商的往来关系。

针对原有终端客户或供应商的往来关系举证,可以通过入库审批流程的相关材料、公司与终端客户或供应商之间的邮件沟通往来、公司同客户或供应商的历史交易情况等,以举证实该业务往来原应直接属于公司。

针对新进终端客户或供应商的往来关系举证,可以结合公司与终端客户或供应商供求的匹配度、公司同终端客户或供应商之间的邮件沟通往来、亦或是否存在试样寄送等情形,以证明该业务往来原可以直接发生在公司与新进终端客户或供应商之间,但由于舞弊人员的中间公司的强行引入,而阻却了直接的业务往来。

### (四) 涉案犯罪金额认定的举证要点

对犯罪金额的认定,公司需要提供舞弊人员涉案业务的相应业务材料和财务凭证,以证明真实交易的存在且公司财物因此被侵占的事实。

#### 1、业务材料

根据实务案例显示,无论是采购端,还是销售端,业务往来的材料都是涉案金额认定的证据材料中的重中之重。具体而言,主要的业务往来材料,包括但不限于销售合同或采购合同、报价单、各类销售或采购的货物明细表、公司订单系统中的订单、业务交流往来的电子邮件等。针对上述材料,通常而言,公司可以根据实际情况在常规业务存档的纸质档案或电子数据库中,检索、梳理相关的业务往来材料。

#### 2、财务凭证

交易中的财务凭证是证明真实交易存在的重要证据之一,也是证明犯罪金额具体认定的核心关键。具体而言,主要的财务凭证材料,包括但不限于公司收款或付款的审批表、汇款申请单、银行电子回单等记账凭证相关材料,公司财务系统中的财务数据,交易中开具的增值税发票、对账单,银行交易明细表等。针对上述材料,公司同样可以根据实际情况在常规财务记账存档的纸质档案或电子数据库中进行检索、梳理和汇总。

#### 3、电子数据

公司日常的业务和财务的存档是获取上述证据材料的常规来源之一。除此之外,在裁判文书中,随着电子数据信息的广泛使用,员工的工作邮箱和工作电脑等电子设备中的电子数据逐渐成为了该类证据材料的重要来源之一,且该类证据在实务中出现的频率也越来越高。

针对业务材料而言,大量的业务往来材料,如合同、报价单、货物明细表极有可能以电子邮件的形式存储于相应员工的工作邮箱中;或者是以电子文件的形式,存储于相应员工的工作电脑等设备中。而该部分证据材料则可以通过有效的电子数据分析的方式来实现电子取证。

针对财务凭证而言,从实务观点中不难总结出,销售款差价和采购款差价为犯罪金额认定的核心关键,但差价的计算意味着需要获取中间公司的业务信息,而这部分业务信息通常无法通过公司日常的财务归档材料中获取,因此可能存在举证难的问题。但事实上,部分舞弊人员实际控制的中间公司的业务信息可能存储于员工的工作电脑、邮件数据等电子数据之中。例如,日常往来的对账单、增值税发票,告知已付款的汇款申请单等。而该部分证据材

料，同样可以通过电子数据分析的方式实现电子取证。

**因此，合法合规、精准有效地对上述电子数据进行收集和固定、镜像制作、数据分析和梳理汇总，切切实实关系到是否能够最大化地挽回公司损失的利益。**

### 三、总结

经对近几年国内虚设中间交易环节型侵占单位财物的案例分析及观点提炼可知，针对采购端虚设中间交易环节型侵占模式，**实务观点主要采用虚设中间环节导致公司多支付的采购款差价作为涉案金额认定的标准；针对销售端，实务观点则存在两种观点，即虚设中间环节所截留的销售款的差价和虚设中间公司因侵占行为而取得的利润，前者为多数。**

针对犯罪金额认定的举证要点，主要集中在业务材料和财务凭证材料。两类证据材料的来源，**除常规的公司业务或财务管理的存档外，员工工作邮箱和工作电脑中的电子数据也是重要来源之一，并且出现频率越来越高。因此，对该来源的证据价值应愈来愈重视。**

当然，关联关系的认定除是举证要点之一外，其也是该类型侵占行为的案发关键。通过实务治理中显示，该类型侵占行为多为内部员工与外部关联关系人联手而为，**因此有效的开展定期、事后的关联关系排查，是发现此类侵占行为的重要调查手段之一。**

（本文首发于 2022 年 6 月 15 日）

# 星瀚人文

热爱法律的技术派

## 你知道吗？你身边的大白可能是……

往年的3月律师生活是什么样的？是穿梭在各个法院立案、开庭；是忙碌着接待一个又一个客户；又或许是趁着初春的好天气，和家人朋友好好享受周末时光……但在刚刚过去的这个3月，我们都过得不平凡。一场疫情“倒春寒”给上海带来了刺骨的凉意，但也让人感受到了温暖——在战“疫”的关键时刻，星瀚人也在用自己的方式肩负起社会的责任与担当，积极参与到疫情阻击战中，用实际行动共同守“沪”。

### 脱下律师袍，穿上防护服

当大家都在居家办公时，某个午后，应该都刷到了这样一条朋友圈「今日份工作：学会应对健康云和手机型号不兼容的问题」住在本次疫情重灾闵行区的“净土”中的阮霭倩律师前前后后已做了8次核酸，在这个过程中她发现小区缺少志愿者，很多大爷大妈年纪很大，但依然自告奋勇担任志愿者。“想到自己年纪轻轻、身强力壮，更不好意思在家躺平了，于是就报名做志愿者啦～”

因为是志愿者中的“年轻人”，阮律师主要的工作是辅助老年人设置健康云的二维码。“记得碰到一个老人，可能因为手机型号原因，怎么都设置不了健康云，他很着急，我也很着急。”但是，没有什么事情是重启不能解决的，如果还有那就断网重连，终于完成了登记。阮律师说，几天志愿者做下来，因为一直站着维持秩序，腰酸背痛、口干舌燥的，工作量不比平时小，越发感觉到大白们的不容易，毕竟他们需要一个小小区一个小区连轴转，比志愿者更辛苦。“我们小区最近一次核酸还是宁波援助上海的大白来做的，其实还是蛮感动的。”



孙建英参加了社区疫情防控第二轮抗原检测试剂发放的志愿者活动。她说自己在大学期间也参加过很多次的志愿者活动，但是工作后一直没机会，碰上这次的疫情来势汹汹，也希望自己能尽一点微薄之力。不过还有一个比较特别的原因：当全上海开始“全家插”时，不知道是什么原因，她那户的抗原检测试剂被遗漏了。“我记得很清楚，当时我是从下午3点一直等到天黑，也没等来志愿者……就觉得一首歌最能体现我当时的心情——天都黑了你都没来过没来做（坐），戏都完了眼都没眨过没哭过，完美的剧情错过……所以想着当志愿者是不是可以从源头领到抗原检测试剂哈哈。”于是，当天下班之后，孙建英就去报到了。

实际参与其中后，孙建英发现自己家并不是个例。当她做志愿者拎着物资路过时，总会有居民问她，他们那边什么时候发，因为不清楚他们那户具体是由哪个志愿者负责，她也只能摇头。等到她完成了自己的任务，还有很多住户没领到试剂。回到站点后，她便主动请缨再跑一趟，于是她一个人骑着小电驴又完成了四栋楼的不发，此时已经晚上 10 点半了……

孙建英说，志愿者都很不容易，大部分志愿者都是步行挨家挨户的发放物资，期间几乎也是不喝水的。也是在做了志愿者后才知道领不到物资的主要原因，除了事发突然没有做好完全的准备，也更因为志愿者人手不够。



### 星瀚与你齐心抗疫

除了律师们到所在社区贡献自己的一份力量，星瀚也注意到了因疫情影响正处于困境的中小企业，于本周开启了线上公益法律咨询。相较于线下的志愿服务，线上的公益咨询更加灵活机动，更多的律师积极参与其中。

我们综合每位律师的专业领域，进行了排班。每天一早，小星都会在群中发布并介绍当天的值班律师。这一周中，大家关注最多的问题包括，疫情期间是否可以安排无薪假、由于疫情无法前往异地提供服务可能面临违约、公司内部合规治理……星瀚律师对待每一个问题都尽心尽力，有时被艾特到的律师可能因为正在开会、通话等原因没能及时回复，其他律师也能积极补位；在一位律师做出解答后，也会有其他律师从不同角度进行补充，收到了一致好评。

张晓婧律师说，线上法律咨询是自己力所能及的事情，同时自己也有机会接触更多案例，

一举两得。

目前，越来越多的企业加入到了公益咨询群中，尽管后续响应防控要求，所有同事都开始了居家办公，但星瀚的线上咨询会一直继续……



### 正义温暖的法律人

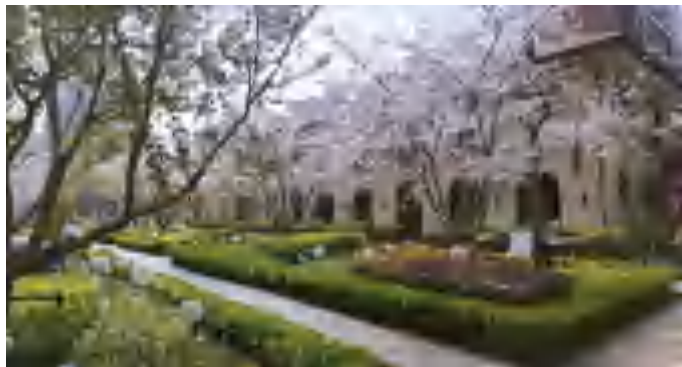
前两周，华政封闭管理 14 天物资紧缺的消息一出，作为华政校友的黄璞虑律师、岑晓娴等便第一时间进行了捐款，黄璞虑律师还在同事群里进行号召，希望能将众多绵薄之力汇聚，一起帮助母校渡过难关。尽管疫情将身体阻隔，但从不能阻隔心的距离。

被安排值班的运营同事在过去的几周里也是身兼数职，不仅要完成自己的工作，还要帮助封闭在家的同事。除了工作中的帮助，由于一些同事毫无征兆的被临时封闭，住得近的同事下班后还兼职起了“外卖员”，为他们送菜和生活必需品。





这样的故事还有很多，也有忙碌于志愿服务等律师因抽不开时间拒绝了小编的采访。阮律师也透露自己都是利用周末去做志愿者的，因为工作日依然安排了很多电话会议与线上开庭——这个3月虽然我们居家办公，但并不比平常轻松。



（来福士楼下的樱花开了~）

“海压竹枝低复举，风吹山角晦还明”，我们始终相信春会暖，花会开！等疫情结束后，也欢迎大家来星瀚坐坐，一起喝喝茶，聊聊诗和远方……

（本文首发于2022年4月1日）

## 变化的工作方式，不变的初心

居家办公 1 个月，你的工作有什么变化吗？其实从 2020 年武汉疫情爆发以来，不少人已经逐步适应了各类线上会议、电话会议，今天一起来看看几位同事们的线上办公心得体会～

### 做好事前准备

市场部的高玲日常有大量的客户拜访对接工作，受疫情影响这些工作都不得不转为线上，她表示这一次的居家办公较之之前没有那么措手不及，所以也没有特别需要适应的地方（OS：我麻了，哈哈）。



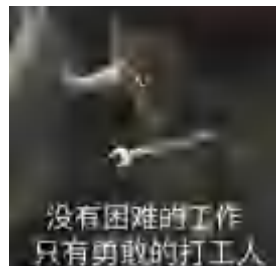
不过，与线下会议相比，在线会议确实存在一些不便之处，比如没有办法及时传递实物。这就要求与会各方在会议开始之前，务必事先做好准备：

- 1、事先确认好议题及议程；
- 2、根据议题和议程事先准备好会议上需要用到的物料，尤其是重要的书面文件；
- 3、对物料进行事先查看、标记、分类、同步交互。

这样一来，在线会议时可以省却大量的索引时间和沟通时间，进而促进会议的效率和质量，同时也让对方感受到你的专业与真诚。

### 线上会议，氛围很重要

除了日常与客户的对接，平时走两步就能说上话的同事，也只能依靠社交软件进行沟通。一位不愿透露姓名的美女律师提到，一般单线的话就打电话或微信语音；多线的话，多用腾讯会议、微信群聊的语音功能。因为大部分人在家不太修边幅（可能只有我），都不太愿意开摄像头，所以最大的区别就是没办法看到对方的眼睛和表情，特别是在多人会议的情况下，如果大家都静音听我一个人讲，互动感会很弱，经常会想：大家有没有听到我的声音，有没有听懂我的意思，大家会不会觉得讲的不好，甚至，我的这句话会不会太冷漠……



针对这个问题，我们睿智的老板可能也有同感，所以在每周五早晨的读书会，都会要求打开摄像头，这也是她一周中见到除家人以外的人的唯一机会（感谢读书会的各位同仁哈哈）……而且大家都会解除静音，整个交流的氛围也非常好，也促使她在周五早上会早起10分钟画两根眉毛（防止解封后手艺衰退无法见人）。但是这种形式的适用范围有限，仅供非工作的内部会议参考。

关于这一点，元昊律师也有同样的感受。他说，线上会议、电话会议的方式和平时没啥区别，一般会使用腾讯会议或者微信语音，软件最近也没更新功能。但是线上会议、电话会议和线下会议的感受差别还是挺大的，比如说在业务会中，看不到大家的微表情；再比如在公司股东会过程中，会议主持人的程序掌控力明显更强、可以从技术手段上规避部分股东的恶意搅局，但是也对存证、取证提出了更高的要求（关于取证问题，大家可以咨询律所的取证专家）。

### 线上开庭有利有弊

开庭方式的转变也是不能不提的一点。早在互联网法院设立之初，线上开庭就收获了各方的强烈关注，在疫情影响下，线上开庭也已成为律师开庭的常见方式。节省通勤时间、操作便利是线上开庭最为明显的优势，如果没有线上开庭的普及，在当下这种形势下，法院的庭审工作根本无法进行。“网络和科技的进步让线上开庭成为可能也成为潮流，庭审的参与者，特别是疫情区域的庭审参与者，因此能够继续推进庭审的进行，以及裁判、调解的进行，律师也是受益者。”上周刚刚结束一场线上开庭的李洪伟律师说，“对于庭审中证据真实性争议不大的案件，采用线上开庭的方式，能够增加庭审的效率，提高律师的工作效率。但就证据真实性有争议的案件，线上开庭因为其自身的特点，并不恰当。”

不仅如此，线上开庭还极受软件及网络的限制。网卡了、网没了、麦克风收音不好等等原因都会影响律师的发挥，所以提前做好设备、网络测试十分关键。在李洪伟律师看来，仪式感是司法审判的表现形式之一，线上开庭的定位应当是补充和特列，还是更喜欢当面与高手过招。



变化的是工作方式、地点、开庭的形式，但星瀚人的专业和技术、成为客户高效负责的伙伴的使命不会改变！

（本文首发于2022年4月15日）

## 复工之后，我们要……

最近一次走进长宁来福士 T3 的办公室是 3 月 31 日，卫律师和值班的运营同事复核了居家办公期间必备的办公用品和优盾、印鉴，以确保正常发工资、缴纳社保公积金、加盖电子章等事宜。我们巡查了办公室的环境，整理了茶水间的冰箱，给同事们桌上的花花草草浇了水……最后，在一阵大雨中离开办公室。那一天，长宁来福士除了 B1 的盒马，其他商铺都在清理柜台，走在其中能够明显感觉到暂停键即将被按下，距离彼时的画面，如今已过去两个多月的时间……我们复工啦！

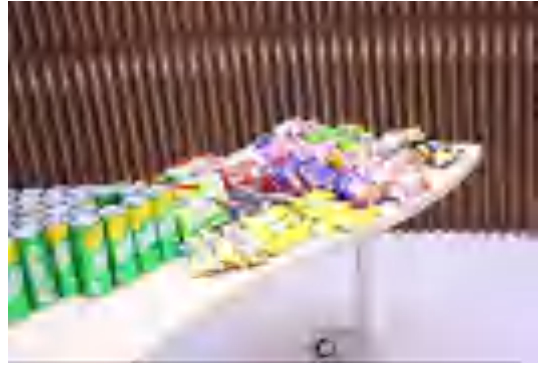
复工之后，我们重新回到长宁来福士，走进 T3 的时候想在 Manner 带一杯咖啡上楼，如果羊角面包刚好出炉，那就再加一个软糯松香的新鲜面包。



进入办公室，我们和亲切温柔的前台小姐姐问好，看到前台小姐姐的笑容，仿佛可以扫去一切阴霾。



前台的另一角是市场部提前准备好的复工惊喜。



赶紧试着抢救我们的花草，希望他们的生命力可以顽强一些。把落在 Molly 和小甜豆身上的灰拂去，和他们 say hi,真是好久不见。

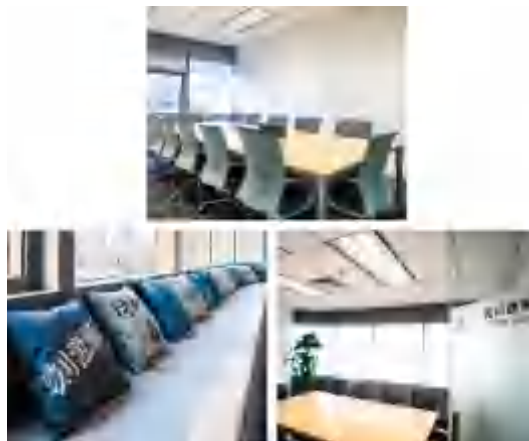




将办公桌整理一下，把居家办公时带走的用品物归原处，来投稿参加星瀚最美工位的评选吧！



然后捧着我们的笔记本电脑去会议室，跟亲爱的伙伴们来一次线下拥抱，会议室选在哪里好呢？想念“无问西东”的阳光、也想要“寻人起势”的宽敞、还想坐坐“斜杠工坊”的窗台沙发、以及刚刚改造过的“刻意练习”也很是惬意。



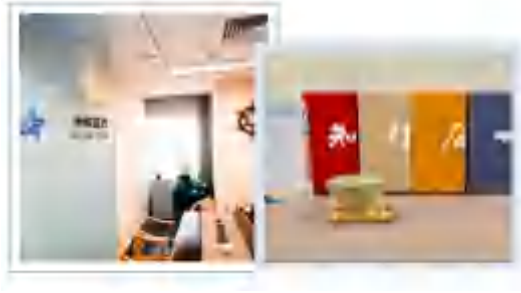
会议结束，定下计划，安排好日程，迅速处理那些要跟同事们碰面说的遗留事务。叮叮，午餐时间到。虽然长宁来福士几乎是美食荒漠，但是这么久没来，还是有很多想吃的，还有很多想和同事们见面聊的。想去蛙三点一锅蛙蛙，还要配上很多很多烧烤；想去 Maki House 点海鲜饭，想念芥末酱油和刺身的味道；到太食兽吃冬阴功和虾饼也不错，泰式的气息是夏天的感觉；当然还有性价比之选潮界，干炒牛河、湿炒牛河、牛肉丸汤粉，每一个都想吃一遍……



午餐结束后要去钟楼边的草坪散步，尽情地享受太阳。本来也可以在草坪上躺一躺，不过温馨提示，很可能被卫律师在办公室透过窗户看到。

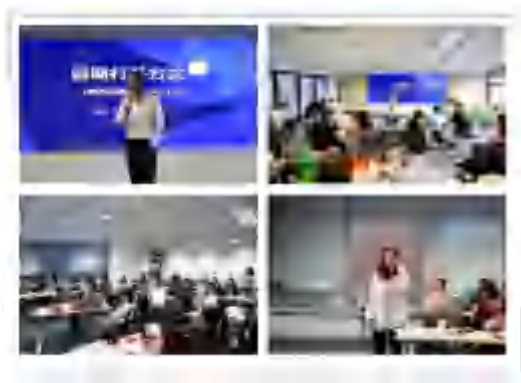


下午的时光里一定是忙不完的案子、打不完的电话、开不完的会议……忙里偷闲的时候可以来一杯奶茶，也可以是健康又纯粹的柠檬红茶，或许，还可以是合伙人们带来的新茶。对了，欢迎客户来找我们，一起到“诗和远方”喝茶。



我们线下的星瀚开放日也要启动起来，没想到，距离上一次举行面向客户的线下活动会时隔五个月。商事争议、公司法、体育法、反舞弊、股权投资融资、知识产权、劳动人事、税务法律……好多好多话题，相信大家在线上听的时候一定不过瘾，在线下，有真人版的律师、有交流沟通的契机、还有好看又好吃的茶歇。

星瀚自己的文化活动线下版也要全面开启，三月、四月、五月的奇思妙想汇都是线上版，线下版一定格外激动人心。仿佛已经闻到了炸鸡和披萨的香气，听到了可乐打开时的快乐和澎湃，还有萦绕在耳边的同事们的欢声笑语。



接下来，是漂流和出游的好时间，我们的“新奇探索社”社长早就摩拳擦掌了；我们的运动社预订了半年的羽毛球场地，到时候就可以在现场挥拍了；还有“美食研习社”的厨艺不再只是云展示，做好的美食可以分享给所有的同事们；“桌游剧本杀社”的活动也可以面对面进行，这一次，我们能看清对方的表情，休想逃过我们的火眼金睛；还有读书会，在封楼传言之下依然雷打不动读着书的读书会，也终于可以领到线下实体书……

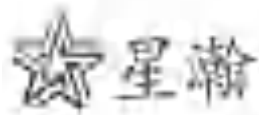





晚上的时光也是有趣的。想念卫律师的“问候”了吗？那句亲切的“XXX，最近在忙什么”就要出现了，这一次，是想约着卫律师详聊一下案子，还是依然酷酷地和他说“不好意思，我在忙”？还有云喝酒的伙伴们，这下是真的可以小酌怡情了，如果天气不那么热的话，可以坐在室外吹吹微风，欣赏长宁来福士在晚间变身宠物天堂。

尽管在封控的日子里有很多困难与艰辛，但我们依然向往复工后的生活，在忙碌中保持精致，在专业里体现亲切，在霓虹灯下依然市井与烟火，在边界感和秩序中终将自由美好、生机勃勃。

（本文首发于 2022 年 6 月 10 日）



热爱法律的技术派

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

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



星瀚客服



星瀚微法苑