

# 华诚律谈

二〇一七年刊

华诚律谈编委会 编著



# 目录

## ▶ 知识产权

- 1、天方娱谈第二弹之：详解游戏中的著作权保护问题·····3
- 2、网红奶茶背后的无奈·····7
- 3、浅议专利审查指南关于无效宣告程序中的修改的新规定·····9
- 4、FENDI：平行进口已经忍了，你还跟我说要合理使用，臣妾办不到啊!!! ·····12
- 5、《专利审查指南》中关于无效程序中权利要求修改的新规则增加了专利无效的不确定性·····14

## ▶ 公司商事

- 1、广告违法案件的应诉抗辩攻略·····17
- 2、外商以技术使用权出资的法律思考·····21
- 3、从《电子商务法》（草案二次审议稿）探析电子商务平台“新义务”·····27

## ▶ 文化娱乐

- 1、声优都是怪物吗？——浅谈电子游戏中的配音声音权 ·····29
- 2、从艺人吸金力解读国内融资新方向——“资产证券化” ·····32
- 3、文化部新规出台，能否有效遏制网络游戏内的诱导消费？·····35
- 4、《战狼2》的资本饕餮盛宴——玩转“票房保底发行”的法律思考·····37

## ▶ 破产与清算

- 1、务实看待法院“执行案件转破产审查” ·····42
- 2、简易注销，简化的是政府行政程序，强化的是企业诚信和责任·····46
- 3、上海部分企业破产案件将实行专属管辖·····47
- 4、在强制清算中探索清算和解——以某保健品公司强制清算案为样本分析·····48

## 知识产权篇

### 天方娱谈第二弹之：详解游戏中的著作权保护问题

作者：张晋源

#### 游戏

近日，关于金正男遇害的新闻甚嚣尘上，但广大 80 后同胞却纷纷表示他们关心的问题在于，为什么 1988 年出生的嫌疑人被称为“中年”女子。虽然 80 后们都不认老，但是眼看着今年高考考生的平均出生年份已经逼近了 00 年，我们不得不承认，一直习惯于被称为“80 后的年轻人”已经不再年轻，伴随着游戏产业发展的 80 后群体，已经依靠他们从上学时期就养成的“游戏”习惯，成为了目前游戏市场的消费主力，并撑起了中国游戏市场广阔的未来前景。



但是，想做出一款让人们心甘情愿花钱的游戏真的很难，所以深受追捧、大获成功的游戏或文化作品中的人物、桥段、形象、特殊技能和关系架构非常容易被第三方“借用”，这样不仅可以搭便车快速吸引人气，还能在短时间内获得投资收益，这种坐着赚钱的方式简直轻松不费力。孰不知，此种不劳而获的行为不仅严重侵犯了这些经典人物、形象等内容创作主体的著作权，还影响了游戏市场的公平竞争，打击了游戏从业人员的创造积极性。不过，游戏作品本身没有一套统一的标准进行侵权认定，更多的是通过将游戏的表现方式，如代码、美工等，与我国《著作权法》中第三条的内容进行对应从而获得保护。本文将着重整理哪些游戏中的元素可以受到《著作权法》的保护。

#### 一、游戏中可单独受著作权法保护的元素

##### 1、可作为美术作品保护的元素

游戏吸引玩家的卖点之一就是精良的画面和具有特色的人物形象，因此美工是游戏开发中投入资金和人力非常多也非常重要的部分，因此游戏中的美术作品必须获得法律的保护。通常游戏中的美术作品可能包括游戏界面、场景、道具装备、角色造型、地图设计等，具体判断游戏中的某一元素是否构成美术作品，除确认其属

于一种表达而非思想外，还应当强调对于作品美术造型、动画效果等设计上具有的独创性，在确认某种元素是否属于美术作品进而受到《著作权法》的时应当考虑以下 3 个方面：

(1) 是否具有能够区别于同类型作品内容的独创性；

(2) 对于同种类游戏都会涉及到的游戏元素（例如地图场景、服装类型），应有证据证明该游戏元素并非源于公有领域的惯常表达；

(3) 不属于功能性设置的布局。游戏通常会设置“开始、退出、保存、组队”等内容的游戏界面布局，在韩国泡泡堂诉腾讯 QQ 堂侵犯著作权、不正当竞争纠纷案中，法院认为腾讯采用的与韩国泡泡堂一致的登录、等待等界面内容属于功能性设置，在整体画面感存在较大区别的前提下，不认为腾讯属于侵权。



但需要指出的是，游戏角色的造型属于美术作品，仅使用游戏作品角色的名字，并未使用具体的形象和场景一般不认为是侵权。如果主张游戏人物的造型构成美术作品的，应当分别明确角色形象中具体包含的元素，如面部、身体、五官、肤色和武器搭配等特征是否具有独创性。在《我叫 MT》一案中，法院就从服装及武器上对人物形象进行比对，认为存在纠纷的五个游戏形象在武器与服饰的造型风格方面差异较大，未构成实质性近似，被诉游戏中的人物形象并未使用原告的独创性表达，因此未支持原告有关人物形象著作权侵权的主张。因此在有侵权行为发生时，不能仅仅依据外在造型进行大致上的判断，应当结合游戏角色的属性、技能等特征综合考量，越有个性、突出特征的人物角色，因为具有高度的独创性，所以越容易受到较强的著作权法保护。

## 2、可以作为音乐作品保护的元素



目前随着人们对音乐的识别性和鉴赏要求的提高，很多游戏都以音乐作为卖点吸引粉丝，甚至在游戏中显著提示“建议佩戴耳机体验游戏”。音乐能够增强游戏的可玩性和情感表达，并且不同场景的背景音乐都独立的构成游戏的元素，但是在游戏内容侵犯著作权的案件中，主张音乐作品侵权的

案例较少，具体的处理方法通常参考电影作品中的音乐作品保护方法，在此不再赘述。

## 3、可以作为文字作品保护的元素

游戏的源代码和目标代码（即源代码的结果）属于计算机软件，落在《著作权法》第三条作品描述范围内。那么游戏中的背景介绍、角色简介、故事架构以及人物和装备名称能否构成文字作品从而受到保护呢？主要应当考虑以下 2 点：

(1) 对于文字内容是否存在作者的取舍、选择、安排和设计从而具有独创性，并且不属于民间普通或常

用的词组或短语。

(2) 文字内容能否完整的表达作者的思想情感、传达一定信息。如果不能给予读者一个确切的意思，无法实现文字作品的基本功能，则不应认定其有创作性。



在《我叫 MT》一案中，法院就认为，“我叫 MT”这一动漫名称不具有独创性，因为“我叫……”属于现有表达，不能表达完整的思想，至于“哀木涕”等人物也是对于英文单词 MT 的中文翻译，在不知晓动漫《我叫 MT》的情况下难以知晓该名称所表达的含义。

#### 4、可以作为电影或视听作品保护的元素

游戏中具有类似电影作品特征的元素包括两种，一种是剧情衔接或起始时由游戏开发商事先制作好的影视或动漫场景；一种是根据玩家的操作从而发生变化的连续画面。对于预先制作好的短片和画面著作权应当归属开发商所有，对于玩家操作而形成的游戏画面，由于玩家只是在预设的规则、情景和结局可能性之间提供连接，虽然具有一定的创造性和自主发挥，但并不能超出开发商对游戏画面的预设并做出修改，也并未增加不属于游戏开发商预设的内容，因此玩家的行为并不具有作品创作的征，游戏的连续画面构成累死电影的作品，著作权归属于开发商。



#### 目前游戏作品维权面临的问题

游戏作品中除了上述能够单独抽离出来受到《著作权法》保护的元素外，还有自身比较独特的，难以按照上述标准进行划分的元素，即游戏规则和玩法。但是通常认为创意属于思想范畴，无法取得著作权保护，而且从整个行业和市场发展的角度来看，不能阻止其他游戏开发商进行同类型游戏的开发，例如现在拥有庞大玩家受众的“MOBA”类游戏，如果阻止其他开发商进行类似游戏的开发，那么将形成 LOL 或 DOTA2 一家独大的情形，极度不利于游戏市场的发展。



在暴雪娱乐诉上海游易著作权侵权及不正当竞争一案中，法院也认定《炉石传说》的卡牌与套牌组合不属于具体的表达方式，不受到著作权法的保护。但是，游戏的规则和玩法是游戏的核心内容，也是游戏开发商智慧的集中，一款具有独特玩法的游戏，即使采用较为粗糙的游戏画面也能吸引大量的核心玩家，如果不对开发者进行保护显然不利于游戏市场的创新。

此外，游戏还与其他影视作品不同的是其更新、修改的便利性和快捷性，开发商发布游戏之后，可以通过对游戏进行更新，从而将内容进行快速、完全的修改。那么在由于侵权被诉之后，侵权方迅速将涉嫌侵权的文字、画面、



人物造型进行修改，那么法院是否能够以停止侵权为由，继续要求修改之后的游戏下架？如果不能，侵权方已经通过抄袭、搭便车的方式分割了原创开发商的市场，该种损失能否仅通过赔偿款弥补？如果能够通过跟风抄袭的方式吸引一批玩家，即使被判赔偿，仍然完成了游戏运营的受众积累，相信很多公司会愿意变相支付这一笔“授权费”，但对于原创公司来说，其辛苦设计的游戏内容却难以带来对应的收益，那还有谁愿意继续投入高昂的开发费，为玩家开发更优质的游戏呢？在此，我们建议游戏开发商尽量将游戏玩法和规则具象化的与美术、音乐、文字、类电元素相结合，在侵权出现后通过合理的公证手段对侵权证据进行固定，最终通过诉讼达到保护自身合法权益的目的。

## 网红奶茶背后的无奈

作者：宦青



黄牛价炒到 100 元 1 杯也要喝到的奶茶，读者一定能猜到那是最近的网红奶茶“喜茶”。然而现在大红大紫的“喜茶”，却早在 2012 年便开始初露头角，那时这杯奶茶还被叫做“皇茶”，直至 2016 年 3 月才更名为“喜茶”。那是什么让早已红遍大街小巷的“皇茶”，愿意舍弃多年建立起的品牌，改头换面为“喜茶”？

### 一、“皇茶”二字难以注册为商标

根据世界知识产权组织对商标定义，“商标是能够将一家企业的商品或服务与其他企业的商品或服务区别开的标志。商标是受保护的知识产权。”因此，商标的核心要素之一便是其区分商品或服务来源的功能，而这一特性也被称之为“显著性”。而中国《商标法》中对商标这一不可或缺的特性也做出了相关的规定，根据《商标法》第十一条的第二款，“下列标志不得作为注册：（二）仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的”。

在“皇茶”这一案例中，“皇茶”二字中的“茶”字表示的是奶茶类商品的主要原料，而“皇茶”二字则体现了商品的质量，可使消费者联想到御用、进贡、皇帝使用的高品质茶饮，无法起到区分商品来源的功能。因此，“皇茶”二字使用在第 30 类的“茶、冰茶、茶饮料”及第 32 类的“奶茶”等相关商品上，缺乏显著性，无法注册商标。



虽然，《商标法》第十一条也规定了“前款所列标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。”，即虽然有些标志先天不足，但经过使用取得显著特征且便于识别的，仍有机会作为商标注册。然而，这一后天取得显著性的过程往往是漫长而艰难的，并且在这一过程中，这些标识的所有人无法享有“注册商标”相应的法律权利也无法受到相应的法律保护。

### 二、舍弃已有品牌“皇茶”为明智之举

事实上，由于无法注册商标这一软肋，“皇茶”在维权的过程中遇到了巨大的阻力。据不完全统计，含“皇茶”二字，在第 30、32、43 类相关的商品服务项目上申请注册的商标至少有 366 件，而其中已核准注册的至少有 136 件。由于“皇茶”二字尚不能核准注册，创立“皇茶”品牌的企业深圳美西西餐饮管理有限公司根本无法作为注册商标去阻止他人注册或使用“皇茶”相关的商标。



如以未注册驰名商标或以《反不正当竞争法》的相关规定为依据去维权，往往需要付出更多的时间精力。商标权利上的缺失使“皇茶”在维权的道路上步履维艰，舍弃原有品牌既是无奈之举，也是及时止损的明智之举。

### 三、新品牌“喜茶”商标注册的现状



据不完全统计，自 2016 年年起，深圳美西西餐饮管理有限公司在相关的商品服务项目上申请注册含“喜茶”二字的商标为 27 件，其中 3 件已通过初审，1 件已核准注册，其余仍处于待审的状态。至少这一次，在改头换面的同时，企业开始重视商标权利的获取。

### 四、对其他企业的启发

在企业急于发展、推广、营销的同时，相关法律权利的获取与维护不容忽视。尤其“商标”这一具备“圈地”性质的权利，有时必须走在品牌树立的前头，否则在面对雨后春笋般的山寨者时只能是无可奈何。

本文图片来源于网络

## 浅议专利审查指南关于无效宣告程序中的修改的新规定

作者：陈剑华

我国《专利法》第 33 条规定，申请人可以对专利申请文件进行修改。《专利法实施细则》第 69 条第 1 款规定，在无效宣告请求的审查过程中，发明或者实用新型的专利权人可以修改其权利要求书，但是不得扩大原专利的保护范围。

允许专利权人在无效宣告程序中进行修改的原因是，在专利授权后，有可能发现新的相关现有技术，从而导致被授权的技术方案缺乏创造性（亦即，权利要求的保护范围过大），也可能是因为申请人或专利代理人的撰写不当或疏忽，导致专利文件中存在笔误或可以澄清的错误，因此需要给予专利权人以修正错误的补救途径，以保护其合法权益。

另一方面，由于专利权的保护范围以权利要求的内容为准，授权公告的权利要求书具有公示性，因此，对专利文件的修改不能损害社会公众的信赖利益，需要兼顾和平衡专利权人和包括无效请求人在内的社会公众的利益。

2001 版《审查指南》及其后的版本都规定，“修改权利要求书的具体方式一般限于权利要求的删除、合并和技术方案的删除”，并规定“权利要求的合并是指两项或者两项以上相互无从属关系但在授权公告文本中从属于同一独立权利要求的权利要求的合并。在此情况下，所合并的从属权利要求的技术特征组合在一起形成新的权利要求。该新的权利要求应当包含被合并的从属权利要求中的全部技术特征”。2006 版和 2010 版审查指南还进一步限定，“在独立权利要求未作修改的情况下，不允许对其从属权利要求进行合并式修改”。

2017 年 4 月 1 日起施行的新修改的审查指南将上述“一般限于权利要求的删除、合并和技术方案的删除”的规定修改为“一般限于权利要求的删除、技术方案的删除、权利要求的进一步限定、明显错误的修正”，并明确“权利要求的进一步限定是指在权利要求中补入其他权利要求中记载的一个或者多个技术特征，以缩小保护范围”。即，除了将原来实务中允许的“明显错误的修正”进行明文化之外，删去了只允许在对独立权利要求进行修改的情况下对其从属权利要求进行合并式修改的规定，取而代之以“在权利要求中补入其他权利要求中记载的一个或者多个技术特征”。举例而言，如果独立权利要求 1 包含技术特征 A、B 和 C，引用权利要求 1 的从属权利要求 2 包含附加技术特征 M、N，同样引用权利要求 1 的从属权利要求 3 包含附加技术特征 X 和 Y，按照之前的规定，必须在对独立权利要求 1 进行修改（例如，加入其他从属权利要求中记载的技术特征 D）的情况下，才允许将权利要求 2 和 3 合并为包含附加技术特征 M、N、X 和 Y 的新的从属权利要求 2。这样的规定显然不合理且无必要。

根据新修改的审查指南，在不超出原说明书和权利要求书记载范围的情况下，例如可以在独立权利要求 1 中加入附加技术特征 M 或 N，在权利要求 2 中加入附加技术特征 X 或 Y，形成下面所述的新的权利要求 1～3。

权利要求 1：包含特征 A + B + C + M

权利要求 2（引用权利要求 1）：包含特征 N + X

权利要求 3（引用权利要求 1）：包含特征 X + Y

亦即，新修改的审查指南将 2001 版审查指南后不断趋严的合并式修改的限制实质上恢复至 1993 版审查指南的“将某项或者某些项权利要求中的部分技术特征写入新的权利要求中，新的权利要求通常是一项独立权利要求”的状态（参见 2001 版审查指南第四部分第三章第 5.3 节）。

实际上，相对于美欧等其他国家在专利授权后有多种修改途径可以利用，在我国，专利授权后只能在无效宣告程序中进行修改，且权利要求修改方式非常严格，而修改方式的限制可能会导致专利权人无法做出相应合理的修改而面临专利权被宣告无效或缩小至不合理范围的风险。实践中，专利权人呼吁应当放宽专利文件修改的方式，特别是我国很多申请人撰写专利申请文件的能力相对不高，这方面的问题更加突出，不利于保护真正的发明创造，会大大挫伤国内申请人创新的积极性。

此次审查指南修改草案征求意见过程中，对于是否应当允许专利权人将说明书特征补入权利要求书存在两方面的意见。一些观点认为，应进一步放开修改方式，允许根据说明书和附图修改权利要求书，其理由主要是美国的司法判例和欧洲异议程序均允许如此，并且这样修改并不超出原授权文本的范围而不会损害权利要求的公示性。但相反的意见认为，通过引入说明书中的内容可能导致该专利权无法被宣告无效，使得权利人始终处于不败之地，权利人通过修改所形成的技术特征组合方案可能是无效请求人或他人在此之前未考虑到的，允许此类修改会造成审查程序的浪费。综合考虑了有关意见后，国家知识产权局进行了如上所述的修改，以有利于提升专利质量，促进专利的使用和运营。

需要指出的是，在满足无效宣告程序中的权利要求修改原则的前提下，允许采取何种修改具体方式其实无关高深的理论问题，更多地取决于国家政策导向和专利权人与社会公众之间的权益平衡。本次审查指南修改中关于增加对商业模式创新中的技术方案专利保护的规定即是一例。

实践中，专利复审委员会和最高法院都作了突破审查指南规定的审查决定和司法判决。

在亨特博士实验室有限公司请求宣告深圳微芯生物科技有限责任公司第 03139760.3 号发明专利权无效一案中，涉案专利的权利要求 1 如下：“1. 一种具有分化和抗增殖活性的苯甲酰胺类组蛋白去乙酰化酶抑制剂，其特征在于，该化合物的结构通式如下所示：通式 I（略）”。口头审理时，专利权人提出将权利要求 1 中的马库什化合物修改为仅说明书中记载的实施例 2 的具体化合物。专利权人主张这种修改属于并列技术方案的删除。而无效请求人则认为上述修改方式并非并列技术方案的删除，修改方式和时机不符合专利审查指南的规定，不应被允许。对此，专利复审委员会在其第 24591 号无效决定中认为，上述实施例 2 的具体化合物的制备、确认以及用途和使用效果在说明书中已经清楚、完整地予以公开，并且是本专利唯一既给出了制备方法又确认了活性效果的具体化合物，所属领域技术人员通过阅读本专利说明书，根据该说明书所记载的内容应当可以获知，上述实施例 2 的化合物是本专利的发明核心所在。并且认为，尽管专利权人对权利要求 1 所作的上述修改不属于并列技术方案的删除，但是，修改后的具体化合物不仅在专利说明书中有明确记载，而且其属于本专利的发明核心所在。如果允许专利权人进行上述修改，则能够更加充分地体现专利制度鼓励发明创造的立法本意，并且有助于专利确权程序在评判专利的技术贡献时聚焦发明实质；同时，鉴于修改后的具体化合物在专利说明书中已被作为专利核心内容公开并在其保护范围之内，允许上述修改也不会带来公示性方面的问题；因此，上述修改并不违背专利审查指南对修改方式进行限制的初衷，应可以作为例外情形而被接受。

最高人民法院在其（2011）知行字第 17 号行政裁定书中认为，专利权人在无效宣告阶段将权利要求书中配方比例 1 : 10-30 修改为 1 : 30 不属于典型的并列技术方案的删除，但鉴于 1 : 30 这一具体比值在原说明书中已明确举例示出，且是其推荐的最佳剂量比，基于公平的考虑因素，允许这种“非一般性”的特殊修改方式存在。

由此可见，在个案实际操作中，专利复审委员会和最高人民法院在不影响授权权利要求的公示性和可预测

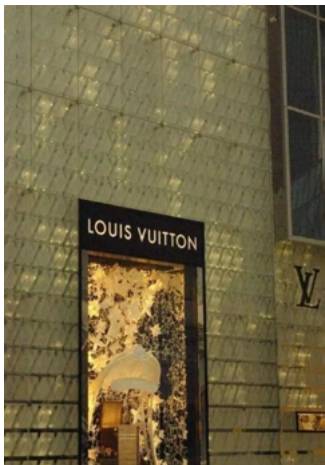
性的情况下，对审查指南关于无效宣告程序中的权利要求书修改方式的规定作了扩大性解释，以更好地保护专利权人的合法权益，实现个案的实质正义。

鉴于上述专利审查和司法实践中的突破性审查决定和判决，以及审查指南关于无效宣告程序中的权利要求书修改方式的规定重新转向放宽的趋向，并考虑到相对于其他国家，我国专利权人在专利授权后的修改途径和机会上仍然明显偏少的情况，有理由相信，在今后的审查指南修改中，对专利授权后的权利要求修改方式的限定很可能会进一步适当放宽。考虑到专利权人和社会公众之间的利益平衡，并考虑到审查资源目前的状况，笔者认为，允许专利权人根据说明书中公开的内容对授权权利要求中的技术特征作直向性进一步限定的修改（例如，“具有 A 和 B 的装置”修改为“具有 A 和 b 的装置”）应该是一个可考虑的方向。

## FENDI：平行进口已经忍了， 你还跟我说要合理使用，臣妾办不到啊！！

作者：刘一舟、汪华韵

众所周知，中国大陆地区的国际品牌奢侈品价格达到了超国际水平，其中不仅有消费税的客观原因，也存在品牌方区域定价策略的因素。



高冷的国内专柜价格为其他商家创造了商机，通过平行进口的方式（即从商品价格更低的国家进口同品牌商品）获取更高的利润。而这一做法无疑会影响品牌方的国内收益，但鉴于商标权利用尽原则（即商标权人售出附有其商标的商品后便不能再干预商品的后续市场流通），品牌方未必能够对平行进口商主张商标权利，往往只能“宝宝心里苦，但宝宝不说”。

然而有些商家未免得了便宜还卖乖，以销售正品之名踩过了界，傍起了名牌。面对品牌方的质疑，商家还会挺直腰板反诘道：我卖的正品，对商标是合理使用。意大利著名奢侈品牌 FENDI 就遇到商家平行进口后傍名牌的烦心事。各位看官不禁要问，既然卖正品不违法，又何来傍名牌一说？且待下文细细道来。

意大利 FENDI 公司享有第 18 类皮革和包类、第 25 类服装以及第 35 类的企业经营等类别上的“FENDI”商标。昆山奥特莱斯某商家经营多个奢侈品牌的服装服饰、配饰及其相关配套服务，销售的产品就包括进口的“FENDI”品牌包具配饰。该商家在店铺的招牌、店内装潢、外墙指示牌等处单独使用了“FENDI”商标标识，甚至无视了 FENDI 公司依据商标权利提出的交涉要求。FENDI 公司再也不能坐视不理，平行进口我已忍，合理使用孰能忍？

一言不合，FENDI 公司便与昆山奥特莱斯及涉案商家对簿公堂，而被告方毫无意外地将商标合理使用作为挡箭牌。关于正当使用商标标识的行为，上海知识产权法院曾给出三个要件：1、使用只是为了说明或者描述自己的商品；2、使用出于善意；3、不是作为自己商品的商标使用。标准是有了，争议却仍然存在，案件一审判决结果让 FENDI 公司的心凉了半截。

一审法院认为被告方的行为仅是为了说明合法转售的商品的真实来源，并不构成对“FENDI”商标权的侵犯。

二审中，FENDI 公司将诉讼重点专向注册在服务类别上的“FENDI”商标，进而祭出了秘密武器——咨询公司出具的专业调查问卷，以证明消费者产生了混淆误认：多数消费者认为被告方与原告存在关联关系（如直营店或授权店）。

上海知产法院在二审审理时对其判定商标合理使用的标准进行了补充：

- 1、使用行为是善意和合理的，并未将他人商标标识作为自己商品或服务的标识使用；
- 2、使用行为是必要的，仅是在说明或者描述自己经营商品的必要范围内使用；

3、使用行为不会使相关公众产生任何混淆和误认。法院最终认定，在店招中单独使用 FENDI 商标标识用以指示店铺，相关公众施以一般注意义务，普遍情况下均会混淆误认，故被告方构成商标侵权和不正当竞争的侵权竞合。

至此，上海知产法院解答了出售正品缘何也算“傍名牌”的问题，是不是有些颠覆传统认知呢？无独有偶，近期低调奢华的汽车品牌奥迪也遇到了汽修店的疯狂假冒，北京知产法院认为被告大量、突出的使用多个品牌

方注册商标的方式，显然意图表明其服务与“奥迪”品牌具有某种联系，明显超越了描述经营服务范围的需要，超过了合理使用的范围，系表明来源的商标使用行为，且易造成相关公众混淆。奥迪公司的权益终得保护。

纵观本案一、二审的反转剧情，FENDI 维权成功的关键点有二：一是全面的商标布局，在商品的相关服务类别注册了防御商标，使得其商标权的保护范围得以延伸至店招上的商标标识使用行为；其二是抓住了商标合理使用的边界——混淆误认。本案中，被告方的主观意图是否善意、以及其使用行为是否必要并不能非常直观地判断，但相关公众混淆误认的侵权后果却无可辩驳。而这一关键因素也帮助法院结合在案其他证据建立了被告方攀附 FENDI 品牌商誉的内心心证。

而对于处于被告方地位的经营者，则需尽到合理注意义务，谨慎使用他人商标标识。在具体操作方式上，可以将指示来源的商标性使用行为转化为描述性使用行为，避免造成混淆误认。

## 《专利审查指南》中关于无效程序中权利要求修改的新规则增加了专利无效的不确定性

作者：汤国华

当一项授权专利被提起无效请求后，专利权人有机会主动修改权利要求，缩小或者放弃部分权利，使得权利更加稳定而难以被宣告无效。但是，专利权人对权利要求的修改不能扩大原专利的保护范围（专利法实施细则第 69 条）。

今年 4 月 1 日起实施的《专利审查指南》中，对于无效程序中专利权人对权利要求的修改方式相对于指南修改前的规定有所放松，相信是跟近年来法院基于对专利法及其细则的解读和相关判决、以及公众指南对权利要求修改的规定过于严苛的抱怨有关。

新的指南中，除了删除权利要求、删除权利要求中的并列技术方案，专利权人针对专利无效请求对专利权利要求做的修改方式还可以是对权利要求的进一步限定、以及明显错误的修正（指南第四部分第三章 4.6.2）。指南进一步解释，权利要求的进一步限定是指在权利要求中补入其他权利要求中记载的一个或者多个技术特征，以缩小保护范围。

根据上述解释，对（独立）权利要求的进一步限定不仅包括将某个从属权利要求中的部分技术特征添加到独立权利要求中，而且还包括将若干个从属权利要求中的部分或者全部特征同时添加到独立权利要求中。

例如下面这种情形（其中，权 1 为独立权利要求，权 2 和权 3 分别各自从属于权 1）：

权利要求书（修改前）	权 1：主题 A，特征 a。 权 2：主题 A，特征 b，c。 权 3：主题 A，特征 d，e。
无效请求人提出的理由和证据	对比文件 1 公开了特征 a 的主题 A，权 1 相对于对比文件 1 不具备新颖性。 对比文件 2 公开了特征 b 和 c 的主题 A，权 2 相对于对比文件 1 和 2 不具备创造性。 对比文件 3 公开了特征 d 和 e 的主题 A，权 3 相对于对比文件 1 和 3 不具备创造性。
权利要求书（修改后）	修改一：权 1：主题 A，特征 a，b。 修改二：权 1：主题 A，特征 a，b，d。

以此为例，我从两个方面讨论新的修改规则对无效审查不确定性的影响。

### 一、权利要求的修改可能超出了原申请范围，从而需要基于专利法第 33 条进行审查

仅看修改前的权利要求，权 1、权 2、权 3 的三个技术方案分别是：

权 1：主题 A，特征 a

权 2：主题 A，特征 a，b，c

权 3：主题 A，特征 a，d，e

可见，不论是修改一的技术方案（包含特征 a, b），还是修改二的技术方案（包含特征 a, b, d）均与原权利要求记载的技术方案不同。修改一实际上是把原权 2 的技术方案进行了拆分，修改二则是将权 2 的部分附加技术特征和权 3 的部分附加技术特征进行了组合，从而得到一个全新的技术方案。如果，修改一 / 二的技术方案在原权利要求书中没有记载，那么就需要看修改后的技术方案在专利说明书中是否记载或者可以从其中毫无疑问的确定，以确定修改是否符合专利法第 33 条的规定。

然而，当专利权人在无效程序中权利要求提出修改之后，复审委是否应当主动对修改是否符合专利法第 33 条进行审查，指南中并无规定。如果复审委不主动审查，作为对立面的请求人，必然会提出修改超范围的异议，这相当于增加了新的无效理由，这是其一。

其二，不管复审委主动审查还是应请求人提出而基于专利法第 33 条进行审查，由于修改超范围并非简单的法律问题，而是牵涉到说明书、技术方案、以及对所属领域技术理解的复杂问题，另外考虑到专利权人提出修改的时机（例如，在无效口头审理的当日提出修改，甚至在口头审理之后提出修改），在实体问题上，将增加审查的难度和不确定性，在程序上，将造成复审委以及请求人一方的被动局面，复审委是否应当给予请求人针对修改再一次的答辩机会，甚至再一次的口头审理？这是个问题。

## 二、权利要求的修改将带来新的无效理由，并增加无效理由的不确定性

在无效程序中，针对专利权人对权利要求所做的除了删除方式以外的修改，请求人一方是可以增加无效理由的，这并不受专利法实施细则第 67 条规定的一个月期限所限。新《专利审查指南》第四部分第三章 4.2 节具体规定如下：

### 4.2 无效宣告理由的增加

……

(2) 请求人在提出无效宣告请求之日起一个月后增加无效宣告理由的，专利复审委员会一般不予考虑，但下列情形除外：

(i) 针对专利权人以删除以外的方式修改的权利要求，在专利复审委员会指定期限内针对修改内容增加无效宣告理由，并在该期限内对所增加的无效宣告理由具体说明的；

可以理解，由于无效请求的对象 / 客体发生了实质性变化，如果不给予请求人一方补充无效理由的机会，显然是有失公平的。但同时应当注意到，对于修改后的权利要求，无效请求人此时仅限于增加无效理由而不能增加无效证据。也就是说，请求人并不能进行补充检索以期获得与修改后技术方案更接近的新对比文件作为无效证据，而只能以基于已经提交的证据对修改后权利要求提出“新”的无效理由。

继续以上面这个案例为例，假设修改二（包含特征 a, b, d）被允许（该技术方案在专利说明书中有记载或者能够毫无疑问的确定），那么请求人可以针对修改后权利要求的新颖性或者创造性提出意见，但是由于不能提交新的证据，可以预见，请求人只能将对对比文件 1（公开特征 a）、对比文件 2（公开特征 b）和对比文件 3（公开特征 d）这三篇现有技术结合来评价修改后权利要求的创造性。

可见，一方面，由于实际的专利权利要求书可能复杂得多，那么修改方式也将有多种可能，因而导致新的无效理由以及现有证据的新的结合方式的更多可能也随之而来；另一方面，由于修改可能产生了新的技术方案，而请求人又没有机会补充检索更好的对比文件，因此将造成请求人的被动局面。面对这种情况，作为请求人而言，只有在提出无效请求的当初，对权利要求可能的修改做各种预判，并基于预计的各种修改，做好充分的检

索以寻求更好的对比文件，才可能应对因修改导致的复杂局面。

### 总结

审查指南修改前，在无效程序中，专利权人基本只能以放弃部分权利的方式修改权利要求，因此无效程序的走向，对于各方来说具有较强的可预期性。新的指南实施后，由于修改方式的放松，带来了修改是否符合专利法 33 条、是否被允许的问题，以及复审委是否有依职权对此进行审查的问题；而修改结果的不确定性的增加，又带来无效理由的增加以及无效证据重新利用的问题，这也导致无效程序的走向更加不可预期。这也迫使请求人对某项专利向复审委提出无效宣告请求时，需要做更多的更为充分的工作。

## 公司商事篇

### 广告违法案件的应诉抗辩攻略

作者：吴月琴

新《广告法》实施以来，快消、零售行业面临严峻考验：一方面因涉嫌虚假宣传、广告侵权等不正当竞争行为面临行政立案查处，另一方面遭受职业投诉人的“团队作战”、滥诉与索赔。2016年，上海市共查处各类虚假违法广告案件2802件，罚没款8556万元，分别比上年增长37%和46%，均为历史新高。快消、零售企业应对广告违法案件调查，主要可从以下角度进行应诉抗辩。

#### 一、责任主体抗辩

《广告法》规制参与广告活动各个环节的广告主体，包括广告经营者、广告发布者、广告代言人、电信业务经营者、信息网络服务提供者、公共场所管理者。不同的法律主体，承担的法律 responsibility 不同。

如：广告主应当对广告内容的真实性负责。广告经营者、广告发布者应依法查验广告主的资质、经营范围等证明文件，核对广告内容。广告代言人不得为其未使用过的商品或者未接受过的服务作推荐、证明。公共场所管理者、电信业务经营者、互联网信息服务提供者对明知或者应知利用其场所、信息传输、发布平台发送、发布违法广告的，应予以制止。

虚假广告案件的应诉抗辩中，企业应首先厘清自己在广告活动中的主体地位。广告主对其虚假广告给消费者造成的损害依法承担民事责任。广告经营者、广告发布者不能提供广告主的真实名称、地址和有效联系方式的，应先行赔付。对于关系消费者生命健康的商品或服务的虚假广告，或者明知、应知虚假广告仍提供广告服务、造成消费者损害的，广告经营者、广告发布者和广告代言人应与广告主承担连带责任。

在互联网环境中，互联网信息服务提供者仅提供信息网络通道服务，对违法广告发布没有掌控能力，按照“避风港”原则，接到权利人的有效通知后及时采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施，即可免责；互联网信息服务提供者如同时兼具广告发布者、广告经营者等身份的，法律责任承担具有复合性。以魏则西案为例，百度的搜索推广（竞价排名）服务如定性为“广告”，百度作为广告发布者，则应对医疗广告主资质及医疗广告内容承担事先审查义务。没有履行该资质审查义务，百度应与广告主对给消费者造成的损害承担连带责任。反之，如百度仅为信息服务提供者，在“明知或者应知”情况下对违法广告履行删除链接等制止义务即可。

#### 二、管辖权异议

企业在收到有关违法广告案件的立案通知时，也应考虑有关执法机关是否对本案享有合法有效的管辖权。

《广告法》第二条规定了广告法的适用范围为“中华人民共和国境内”。随着广告传播的全球化，如争议广告的广告主、广告经营者、广告发布者、广告代言人、互联网服务器等均不在中国境内，广告仅仅可在位于中国境内的网络终端播出，中国执法机关对此类广告活动是否可以行使管辖？这就涉及到广告违法行为发生

地的判定。

如：2016年法国欧洲杯球场出现了海信（Hisense）品牌广告——“海信电视·中国第一”。该广告随着球赛直播及转播，辐射全球。一种观点认为该行为涉嫌违反我国《广告法》。《广告法》中的“境内”应包非法广告危害结果发生地；另一种观点认为此类广告的受众群边界并不明显，中国可视为危害结果发生地，但很显然并不是唯一的危害结果发生地，全球所有可能收看广告的地区均称为危害结果发生地。一个广告行为可由数百个国家、部门管辖，很显然不合理、也不可行。因此，中国的市场监管部门实施监管就不恰当。从中国执法部门目前尚未对该案立案查处来看，中国行政管辖权的认定更倾向于合理边界。

关于互联网广告案件的地域管辖。鉴于网络的特殊性，依据国家工商总局的有关规范性文件，对网络广告经营活动的监管，以经工业和信息化部网站许可、备案信息中的网站主办者所在地为准，由工商机关对网络广告经营活动进行监管。对无备案信息的网站，由网站IP服务器所在地工商机关管辖。综上，李金喜作为出让人，其合同目的不是通过转让股权取得股权转让价款，双方约定回购权的目的在于根据煤炭市场价格规避风险，是一方以获得借贷资金，另一方以出借资金获得利息为目的，股权仅作为借款的一种担保形式，在李金喜不能按照约定支付本金及利息时，刘忠山可获得该股权，刘增、张王在对李金喜履行合同义务承担连带保证责任。本案《股权转让合同》名为股权转让，实为民间借贷。

### 三、艺术性修辞抗辩

《广告法》第四条规定，广告不得含有虚假或者引人误解的内容，不得欺骗、误导消费者。实践中，为了增强艺术感染力和感官冲击力，广告通常会大量使用各种夸张甚至虚构的表现元素做修饰。这就涉及到“虚假广告”与“合理修饰性夸大”的界限与甄别。一般而言，合理的艺术性夸大宣传并不会被认定为虚假广告。以理性消费者的角度去考虑，若该艺术修饰的程度并不会引人误解，则属于合法的广告内容。因此，企业在涉及虚假广告诉争中，也可从广告内容本身角度进行说理与抗辩。

在佳洁士案中，佳洁士广告使用了“看得到的炫白笑容，只需一天”等用语。法院查明，根据当事人提供的第三方试验根据，涉案牙膏在使用七天后，才起到美白牙齿的功效。上述广告用语，显然对产品的起效时间进行了夸大。而索芙特案中，“索芙特玫瑰香薰香浴露”的产品标签上印有“令肌肤细致饱满，水嫩剔透自然呈现”



等宣传语，有消费者向法院起诉，认为该广告语“夸大产品功效、欺骗消费者”，属于虚假宣传。法院认为，该宣传语虽对涉案产品具有一定的美化作用，但从日常生活常理来看，并不足以形成对产品性能的夸大，也不至于误导、诱使消费者购买该产品。因此，涉案宣传语不构成虚假宣传，判决驳回原告的诉讼请求。

### 四、举证责任抗辩

违法广告的行政诉讼案件，行政机关（被告）与行政相对人（企业，原告）在行政诉讼中承担的举证责任不同。根据《行政诉讼法》第三十二条的规定，“被告（处罚机关）对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件”。换言之，处罚机关应当对处罚的事实依据和法律依据承担举证责任。具体到广告案件，处罚机关如果认定某个广告系虚假广告，须能证明涉案的广告内容确有虚假内容。

以联合利华案为例，联合利华因销售某洗发水广告语：“14天强韧深层修复”、“只需14天，秀发回复活力强韧，尽情释放美丽”受到上海市工商局卢湾分局行政处罚。行政诉讼中案件的主要争议焦点在于举证责

任的分配。联合利华认为：“原审改变行政诉讼举证责任分配原则，要求上诉人承担对广告用语真实性、准确性的证明责任，于法无据”。二审法院认为，“行政机关负有证明具体行政行为合法的法定举证责任，但在其举证达到一定的程度后，转由广告主负有证明其广告真实、准确的责任”。

企业在发布广告前，广告主完全可以进行公证，或以书证、物证或视听资料等证据形式保留下来。在实践中，若使用第三方机构报告，则企业可从机构身份和资质、调取报告全文、出具方提供或认可、报告的调查目的、统计方法、样本选取、适用范围等因素综合审查，提出抗辩，供各方查证。若企业不能证明其广告语真实，没有履行确保其广告内容真实的基本义务，则应承担举证不能的后果。

## 五、职业投诉人抗辩

消费维权类案件，职业投诉人频频投诉、举报或信访，缠诉，起诉后撤诉，有时甚至运用媒体施压，滥用行政司法资源。投诉主体呈现商业化、团队化、职业化特点，往往利用惩罚性赔偿为自身牟利，甚至借机对商家敲诈勒索。

职业投诉人，是否属于法律意义上的“消费者”。对此，工商总局发布《消费者权益保护法实施条例（征求意见稿）》第二条提出，“金融消费者以外的自然人、法人和其他组织以营利为目的而购买、使用商品或者接受服务的行为不适用本条例”。职业投诉人如若越过索赔的合理度底线进行敲诈勒索，可能构成刑事犯罪的范畴。

若企业遇到有敲诈勒索行为的职业投诉人（如有索要封口费、屡次纠缠滥诉）等情形，可以进行对话录音或运用监控录像等进行证据固定。同时，企业间可以形成联盟，建立“职业投诉人”黑名单。对于此类投诉人发起的投诉与诉讼，企业可以向受理部门及法院提出对投诉人/原告的消费身份及诉争目的的正当性与合法性提出质疑与抗辩。

## 六、广告费用计算抗辩

消费维权类案件，职业投诉人频频投诉、举报或信访，缠诉，起诉后撤诉，有时甚至运用媒体施压，滥用行政司法资源。投诉主体呈现商业化、团队化、职业化特点，往往利用惩罚性赔偿为自身牟利，甚至借机对商家敲诈勒索。

退一步说，假定企业已存在违法广告、需承担法律责任的情形，还可针对违法行为轻重、行政处罚责任大小进行抗辩，这就涉及到广告费用的认定。

### 1、广告费用难以计算



在 Kimi Lin 童星代言清风品牌案中，清风提出：虽然 Kimi 广告、出席演出活动形式众多，但由于实际悬挂含有 Kimi Lin 的广告代言人形象的广告版数量无法精确统计、当事人自行创意设计当事人涉案广告、无创意费用等原因，实际广告发布费用无法计算。在广告费用难以计算的情形下，依据《广告法》第五十八条，处十万元以上二十万元以下的罚款。清风公司最终被处以十万元行政处罚。

### 2、广告费用明显偏低或没有广告费用

若证据证明确广告费用偏低或确无广告费用，如淘宝网店发布宣传内容，或广告载体性质决定无广告费用（本人微博、微信等自媒体平台发布广告），则企业可依据过罚相当原则以及工商广字 [1999] 第 89 号提出抗辩，要求按照情节轻微、较低数额予以处罚。对于没有广告费金额的，实践中，往往依据工商总局《关于在查处广

告违法案件中如何确认广告费金额的通知》第4条认定，即首先根据备案、公布的广告收费标准确认；若未备案的广告收费标准，比照违法当事人同类广告的收费标准确认。

## 七、程序违法抗辩

依据《行政处罚法》、《行政诉讼法》等相关法律法规，行政执法应当遵守法定程序，即严格按照法定的方式、步骤、顺序、期限等实施。行政机关如违法法定程序，企业可以程序违法抗辩。

执法人员从事行政执法活动时，应当向当事人出示证件。没有取得行政执法资格的人员不得从事行政执法活动，协助执法的人员只能按照规定从事相关辅助工作，不得单独执法。调查取证程序中，如调查人员未按《行政处罚法》规定需由2名以上执法人员组成，并出示有效合法的执法证件，则企业可依据该数量要求、出示证件等不合要求提出抗辩。

行政机关现场检查的范围、要求提供的资料以及查封扣押的对象，都必须与其调查的事件或者查处的违法行为直接相关，不得任意扩大范围，否则企业可以拒绝。若执法人员未明确要求提供的材料与违法行为间的直接相关性，并未给予充分时间准备材料，则企业可提出调查取证程序违法抗辩，拒绝行政部门不合法、不合理的要求。

在浦江县市场监督管理局2015年一起涉及行政执法程序违法案中，行政相对人提出“被告对本案处罚立案是在2015年9月24日，却在2015年9月18日就集体讨论作出处罚意见，显然程序严重违法，是钓鱼执法；其次，被告在执行过程中，一名执法人员在执法时未出示执法证件；另一名出示的是场执法人员执法证是技术监督局的执法证件，其没有工商执法权。因此，被告的执法程序严重违法，其作出的处罚决定也应予以撤销。”

无论抗辩策略或技巧如何，最好的情况仍是没有诉争。从防患于未然角度，我们建议企业应在日常工作中重视对广告的合规性审查，注意合理的修饰性夸大与虚假广告的甄别。面对职业投诉人的滥诉，也应及时固定证据，提出合理质疑。企业若进入行政投诉或法院诉讼程序，也可从责任主体、管辖异议、举证责任、广告费用计算、程序违法等多方面抗辩，以最大化地维护公司合法利益。

## 外商以技术使用权出资的法律思考

作者：吴月琴

随着国家对知识产权的日益重视，特别是公司法的规定，为以知识产权出资提供了更为便利的条件。然而在实践中以知识产权出资仍是存在不少问题，尤其是外商投资者以技术使用权出资设立公司的情形。是否能以技术使用权出资设立公司？公司如何防控因技术成果被无效或价值严重贬损带来的风险？以技术使用权出资是否会对公司上市造成实质性障碍？本文通过梳理目前学界观点、法律规定以及实践案例等方式，一一回应上述问题，并针对该些问题提出自己的应对建议。

### 一、问题的提出

#### （一）案例：外方投资人仅以技术使用权出资

案例 1：澳大利亚煤矿设备制造公司 L 公司拟与中国某大型煤矿集团所属上市公司 C 公司共同出资设立中外合资经营企业。L 公司考虑到其在中国境内已设立的全资子公司及控股公司等多个主体对其技术的使用需求，拟仅以其技术使用权对合资企业出资；中国内资企业 C 公司以货币方式出资。案例 2：美商 M 公司在基础通讯技术方面的研发取得重大突破，其研究成果具有广泛的应用前景，拟推广应用于多个行业和领域。该公司计划与中国多个行业的龙头企业商谈合作，以其技术使用权出资，设立多个合营公司。这些新公司专门从事其技术在各特定行业的具体实施和应用。

#### （二）问题小结

上述两个案例均涉及到外方出资人仅以技术使用权出资。实践中，有关这一出资方式可能引发如下问题：

第一，外商的这一出资方式是否符合中国法律和法规的规定，能否被中国的政府主管机关批准和登记？

第二，接受投资的合营公司如发生出资人以技术使用权重复投资问题、技术出资价值严重贬值影响资本维持问题、技术使用权如何清偿债务问题等等，应如何防范该出资方式可能带来的风险？

第三，拟上市的合资公司只拥有技术使用权，是否会对其上市造成实质性障碍？

外方投资人仅以技术使用权出资存在上述问题，那么公司应当采取何种措施防控风险，《公司法》等相关法律法规应当建立何种配套机制监管这类出资方式。下文将通过对上述问题的一一回应，较为详细地论述本文对管控该类出资方式可能引发相关风险的思路与建议。

### 二、以技术使用权出资存在的分歧

占有、使用、收益和处分四项权能构成了所有权的全部内容。以技术使用权出资，最基本的特征是出资技术不发生权利的全部转移，出资人仅向合营公司让渡技术所有权下的“用益权”，合营公司对技术成果仅享有一定期限和一定范围的使用权。因此，技术使用权出资，形成了出资人 / 许可人与合营公司 / 被许可人间的多重法律关系。

#### （一）学术界对于技术使用权出资的观点陈述

对于是否能以技术使用权出资，学术界主要分成反对与支持两派观点，具体观点如下：

##### 1. 反对以“技术使用权”作为出资方式的观点

反对派的理由与依据主要是：

第一，与移转财产权的要求相违背，导致缴纳的出资额无法确认。《公司法》第二十八条规定，“以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。”然而，技术使用权的“过户”是无法也没有必要“办理

转移手续”。由于技术所有权无法变更或登记公示于被投资的公司名下，则出资人以技术使用权对公司的出资处于不确定状态，也无法对抗善意第三人。

第二，与公司法的资本维持原则相冲突。资本维持原则，要求公司在存续过程中，应维持与其资本总额相当的财产，防止公司资本的实质性减少，维持公司偿债能力。《公司法》第三十六条规定，“公司成立后，股东不得抽逃出资。”但技术使用权的出资一般采取签订许可合同的形式，约定许可期限或约定在一定的条件下，许可方可以收回许可，这实质上相当于允许出资人变相抽回其出资。

第三，与公司“财产独立性”要求相冲突。公司是以其全部财产对于公司的债务承担责任的，因此，公司必须拥有独立的财产权。而作为出资的技术使用权并不是独立、完整的财产权，公司对该技术不能享有最终处分权。一旦公司发生债务纠纷或进入破产清算程序，则该项出资如何实现对公司债务的担保功能？债权人可否以及如何对该技术使用权主张权利，从而实现债权。

第四，产生同业竞争。因出资人仅以其技术使用权出资，如果是采用普通实施许可或者排他实施许可的方式，其仍然可以就该技术成果自己使用或许可他人使用的权利，如此一来，可能造成多个企业之间同时使用该技术成果并形成生产同一产品的竞争局面。

综上所述，反对派认为“技术使用权”属于经营功能很强而偿债功能不足的出资方式，从公司法视角尤其是保护公司利益以及债权人利益考虑，应被排除在法定的出资方式之外。

## 2. 支持以“技术使用权”作为出资方式的观点

支持派的理由与依据主要是：

第一，知识财产是“权利束”的组合。技术成果无形性的特点，决定了其各项权能具有一定的独立性。一项技术成果可在一定时空条件下为若干主体共同利用；在各项权能分割的情况下，若干主体可对同一技术成果享有不同的权能；在不同地域内，若干主体可在各自获得授权的范围内对同一技术成果行使权利。因此，技术使用权可以分割出来由所有权人进行投资。

第二，技术使用权具有资本属性，该项权能一旦与货币、实物相作用就能为各出资人创造新的价值。正如土地使用权可以出资，技术使用权亦可成为出资内容。

第三，技术出资本质上是一种权利出资，新设公司需要占有的是使用技术成果的权利而非技术成果本身，得到技术所有权或者技术使用权都可以达到此目的。

第四，“在技术贸易中，由一方把自己专利技术的所有权真正转让给另一方的情况非常少见；希望得到先进技术的人，通常也只想得到有关技术的使用权，很少有人会去买别人的专利，因为买专利要比只取得使用权的花费多得多。”

综上所述，支持派认为，公司法作为企业组织法应顺应知识产权资本化的趋势，在出资制度上进一步容纳知识财产的多样化和灵活性，认可技术使用权的出资方式。

## 3. 观点小结

关于能否以“技术使用权”作为出资方式，两派的争议本质上涉及宏观上的价值冲突问题，即技术所有权人的利益与公司及其债权人利益的保护优先性问题。

### （二）技术使用权出资的法律规定——技术使用权出资的合法性

#### 1. 《公司法》及其相关法律的规定

《公司法》第二十七条对股东出资方式的规定，采用列举式与概括式相结合的表述方法，“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外”。

法律、行政法规有关出资方式的禁止性规定仅出现在《公司登记管理条例》第十四条第二款和《公司注册资本登记管理规定》第五条第二款，即“股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资”。

《关于外商投资的公司审批登记管理法律适用若干问题的执行意见》第十点进一步确认了《公司法》上述出资方式的规定适用于外商投资企业。

可见，在现行《公司法》和外商投资企业法律体系下，外方出资人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权以及其他可用货币估价并可依法转让的非货币财产出资。虽然法律没有禁止外方出资人以技术使用权出资，但也没有以列举的方式从立法上明文肯定这一出资方式。实践中，外商技术投资项目可能因法律规定的模糊性而在审批中遇到障碍。

## 2. 其他法律文件的规定

2005年《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十六条第三款明确当事人可以约定投资技术成果的使用权比例，“当事人对技术成果的使用权约定有比例的，人民法院可以视为……”。这一司法解释是从合同法的视角对技术出资问题进行了解释。

上述最高院的司法解释，从合同法的视角规定了出资人可以对技术成果使用权比例作出约定，这一表述间接表示了出资人可将“技术使用权”作为出资方式成立企业，即可以推断出法律认可“技术使用权”出资之意。。。

司法解释的效力层级不高，适用范围具有特定性，实践中恐难作扩充性解释和适用。因此，外方出资人引述该司法解释作为技术使用权出资合法性的依据，似乎不够充分。

## 3. 小结

从上述《公司法》及相关法律文件的规定可以看出，外方出资人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权以及其他可用货币估价并可依法转让的非货币财产出资。但也没有以列举的方式从立法上明文肯定这一出资方式。

我国对外商投资的行业和领域，由商务主管行政机关根据外商投资的产业政策进行审查和批准。对于外方出资人以技术使用权出资，目前由于缺乏明确的成文法律规定，商务主管行政机关采取个案审查和审批。同时，由于法律没有禁止性规定，实践中有地区商务主管行政机关予以批准的先例，因此，笔者认为外方出资人可以进行积极有益的尝试，可就具体投资项目事先商询当地商务主管行政机关，或咨询当地的律师事务所。

从长远看，为顺应市场经济的发展需要，公司法改革的趋势必会对技术出资的权利类型设立更具开放性的规则，认可以知识产权使用权（包括技术使用权）出资的合法性。

## 三、公司以技术使用权出资对上市的影响

在以技术使用权出资的实务操作中，因相关技术有被无效的可能，因此对发行人公司而言存在重大不利变化的风险，该问题不仅常常困扰投资者及企业，也为企业下一步的上市融资增加了不确定因素。

### （一）法律的具体规定

《首次公开发行股票并上市管理办法》（2015年修订）第三十条规定“发行人不得有下列影响持续盈利能力的情形：（五）发行人在用的商标、专利、专有技术以及特许经营权等重要资产或技术的取得或者使用存

在重大不利变化的风险；”

《公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第1号——招股说明书(2015年修订)》第二十八条规定“发行人应披露的风险因素包括但不限于下列内容：……(四)技术不成熟、技术尚未产业化、技术缺乏有效保护或保护期限短、缺乏核心技术或核心技术依赖他人、产品或技术面临被淘汰等；”

从上述规定看来，首先，发行人公司应当如实充分披露相关信息的义务；其次，发行人公司“顺利上市的一个重要前提条件是，其在用的商标、专利、专有技术以及特许经营权等重要资产或技术的取得或者使用不存在重大不利变化的风险”。

## (二) 具体案例展现

豫光金铅2002年7月11日披露的《河南豫光金铅股份有限公司首次公开发行股票招股说明书》中提及“技术风险：公司目前铅冶炼的生产工艺和技术水平在国内领先，关键技术已经达到国际先进水平。但股份公司所使用的主要技术，股份公司并不拥有其所有权，且不独家拥有使用权，技术容易扩散，技术领先的优势存在被同业追赶的风险；同时，公司的科研投入及科技开发能力尚需进一步提高，因在短期内对铅冶炼核心技术的研究难以有较大的突破将可能对公司未来的发展带来一定的风险。”

从上述案例可以看出，“只要尽到如实充分披露相关信息的义务，公司拥有核心技术的使用权同样是被认可的”。

## 四、公司对技术使用权出资方式的风险控制

由于技术资本区别于现金资本和实物资本的特殊属性，以技术使用权对公司的出资存在一定的“缺陷”或法律障碍。因此，合营公司在接受外方出资人的技术使用权出资以及日后的资本运营过程中，可从如下方面对该出资方式进行一定的风险防范与控制。

### (一) 审查出资涉及的技术有无权利瑕疵

首先，出资人必须是技术的所有权人，且未在该技术上设定任何权利负担。出资人应当出具其享有该权利的证明文件，应当提交该工业产权的权利证明或者有关技术资料，包括专利证书、有效状况的证明文件及其技术特性、实用价值、发展前景、实施条件等方面的技术资料，作为出资合同的附件。其次，用于出资的技术应具有稳定性，如技术有可能会被第三人提出权利要求，或已获得专利授权的技术，有可能被撤销或无效，则可能导致该出资无效。因此，合营公司应要求出资人作出相应的权利承诺或保证；最后，对于接受出资的国外技术，合营公司宜审查该技术是否已在我国受到有关法律的保护。

### (二) 审查用于出资的技术其市场价值和商业化程度

包括该项技术是否具有实用性，先进性？是否属于朝阳技术？市场前景怎样？经济寿命如何？是否已授权多个主体进行使用？

### (三) 对拟出资的技术使用权进行价值评估

以技术使用权出资最大的挑战就是如何定价，因此找到适当和权威的资产评估公司对其价值进行评估至关重要。投资各方应当通过协议方式或共同委托第三方评估该技术使用权的价值，确定该使用权的价格，并出具公司登记机关认可的评估报告。

### (四) 取得出资人关于技术可靠性和可持续性使用的承诺

即出资人在以技术使用权出资后，应依照约定提供相关技术资料和咨询、培训服务；保证提供的资料完整、

可靠；保证用于出资的技术适于合营公司的应用；承诺其有后续改进技术成果的反馈义务，并就反馈后续改进技术的具体步骤以及不能反馈后续改进技术时的补救做出明确约定。

#### （五）对许可使用条款进行有利于合营公司利益最大化的安排

技术的许可使用年限应当不少于所投资公司的经营期限。由于技术使用权的价值具有不确定性，为防止技术的所有权人许可他人使用该技术，从而贬损合营公司获得的技术使用权的价值，合营公司应取得技术的排他或独占性的许可使用权，而非普通的许可使用权。同时，应约定出资人一旦成为公司股东即受到竞业禁止义务的限制，无权转让该技术的所有权，无权再使用该项技术或者许可他人使用，与合营公司竞争。

上述内容的审查以及相关协议条款的设计具有高度的专业性，建议委托知识产权专职律师对此开展尽职调查，草拟和审查合同，出具法律意见书。

### 五、公司法建立配套机制的初步设想

知识产权资本化，具有经济和法律两个层面的意义。现行公司法上的一整套制度框架主要是在货币或者有形财产出资主导时代成熟的。作为随着经济发展衍生的新型出资方式，如技术使用权的出资，在现行公司法律体系和基本制度下运行，存在一定的“缺陷”或法律障碍，亟待现行法律作出一定的修改，为其提供一个理想的制度规范。

在对知识产权出资进行相关的法律制度设计时，发挥知识产权权利人的积极性的同时，也应同时注意保护其善意相对人，比如以非技术出资的股东利益，公司的利益以及公司的债权人的利益。从这一角度，笔者设想，知识产权出资的制度设计这一规范至少涵盖或解决：第一，在公司的设立阶段，出资权利的法定种类范围；技术使用权出资的价值评估、出资者的设立责任以及重复出资问题等。第二，在公司的运营阶段，技术使用权出资的价值波动与公司资本制度间的冲突问题。第三，在公司的破产清算阶段，如何对出资的技术使用权进行处理，参与债务清偿或剩余财产分配的问题。

笔者建议，从如下方面对技术使用权的出资方式进一步规范、引导和监督：

#### （一）扩充权利出资的法定类型范围

对《公司法》第二十七条的出资方式进行开放性解释，明确技术出资权利出资类型具有多样性，权利人可以技术权利的权项之一出资：可以专有权、或者是专有权之一部分，可以某种使用权或者以某种使用权的一定比例出资。

#### （二）完善评估、出资责任规则

完善有关技术使用权出资的资产评估制度，减少后续纠纷。

完善技术使用权出资者的竞业禁止制度，对出资者出资后转让技术或重复出资作出禁止性或限制性的规定，规定相应的不利法律后果或罚则。对公司存续期间如技术使用权资本价值发现大幅波动，若属于股东出资不实，严格执行《公司法》第二十八条以及第三十一条的规定，由出资人承担资本填补义务，公司设立时的其他股东对其承担连带责任。

#### （三）完善技术登记及备案制度

为了减少双方的交易成本，促进交易的顺利进行，现有的登记及备案制度需要进一步的完善，比如部分转让专有权怎样登记、部分转让使用权怎样备案、技术共有关系的法律确认与保障等等。

#### （四）对知识产权出资年检

出于对公司资本维持原则的考虑，《企业年度检验办法》应当明确规定，公司登记主管机关每年对企业年

检时，必须对公司和外商投资企业作为注册资本组成部分的知识产权进行检验，公司和外商投资企业的年检报告必须体现接受投资的知识产权的运作状况。

#### （五）定期审查技术使用权现有价值

工商行政管理机关加强监管，可以通过登记、年检等手段，对用作出资的技术使用权进行定期审查，发现许可期限短于公司经营期限的、用作出资的技术使用权严重贬值的、以及公司负债后运用该知识产权清偿债务等问题，要求技术出资人续签合同、补交差额及承担有关责任，公司设立时的其他股东对其承担连带责任。

## 六、结语

在实务操作中，外商投资者可以通过技术使用权出资成立公司，但因技术成果有效状态及其价值存在不确定性，因而公司需要从审查该技术成果有效性、商业化与市场化程度等事项，并且通过第三方机构对该技术成果价值进行评估等方式对技术使用权出资形式进行事先管控。正确处理好以技术使用权出资在实践中的运用情况，不仅需要公司自身进行风险监管，更加需要公司法等相关法律制定相应规定。

文中所参考法律法规等内容以当时规定为准。

## 从《电子商务法》（草案二次审议稿） 探析电子商务平台“新义务”

作者：高泽

### 《中华人民共和国电子商务法（草案）》

2016年12月，全国人大常委会第二十五次会议对于《中华人民共和国电子商务法（草案）》进行了审议，2017年11月，在原草案的基础上，全国人大常委会第三十次会议又对《中华人民共和国电子商务法（草案二次审议稿）》进行了审议。值得关注的是，为加强消费者权益保护，草案二次审议稿进一步强化了对于电子商务经营者、特别是平台经营者的义务规范，并从如下几个方面进行了增改：

#### 一、除原有的审查注意义务之外，新增了电子商务平台报送经营者信息和配合监管的义务。

草案二次审议稿第二十三条第二款在原先草案第十九条，“电子商务平台应当对申请进入平台的经营者的身份、行政许可等信息进行审查、登记”的基础上，增加了“电子商务平台经营者应当按照规定向工商行政管理部门、税务部门报送平台内经营者的身份信息和经营信息”以及“电子商务平台经营者应当配合工商行政管理部门，为应当办理工商登记的经营者办理工商登记提供便利”这两项义务。

#### 二、从禁止虚假宣传，全面履行承诺、承担运输风险，禁止对用户注销设置不合理条件，对自营商品或者服务承担提供者责任以及对于竞价排名应特别标识这五个方面细化了电子商务经营者特别是平台经营者的义务规范。

电子商务经营者不得以虚假宣传、虚构交易、编造用户评价等方式侵害消费者的知情权（草案二次审议稿第十八条）。电子商务经营者应当按照承诺或者与消费者约定的方式、时限向消费者交付商品或者服务，并承担商品运输中的风险和责任（草案二次审议稿第十九条）。电子商务经营者应当明示用户注销的方式和程序，不得对用户注销设置不合理条件（草案二次审议稿第二十一条）。电子商务平台经营者对其标记为自营业务的商品交易或者服务交易依法承担商品销售者或者服务提供者的责任（草案二次审议稿第三十二条）。电子商务平台经营者应当根据商品或者服务的价格、销量、信用高低等多种方式向消费者显示搜索结果；对于竞价排名的商品或者服务，应当显著标明“广告”（草案二次审议稿第三十四条）。

#### 三、对平台经营者修改服务协议和交易规则进行了限制，完善了电子商务合同订立、履行规范。

草案二次审议稿第二十九条增加了电子商务平台经营者修改平台服务协议应当公开征求意见，并提前公示修改内容的规定，同时要求电子商务经营者应当清晰、全面、明确地告知用户订立合同的步骤、注意事项、下载方法等事项，以便用户能够便利、完整地阅览和下载（草案二次审议稿第四十三条）。

#### 四、要求电子商务平台对于其知道或者应当知道的平台内经营者侵犯知识产权的行为，及时采取必要措施，否则将对损害扩大部分承担连带责任。

草案第五十三条原先规定，电子商务平台“明知”平台内经营者侵犯知识产权的，应当依法采取删除等必要措施。考虑到“明知”的证明难度，为打击电子商务平台上的知识产权侵权行为，草案二次审议稿将相关规定修改为“电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者侵犯知识产权的，应当采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施；未采取必要措施的，与侵权人承担连带责任”（草案二次审议稿第三十九条）。同时，对于电子商务平台经营者接到通知但未及时采取必要措施的情况，规定平台应当对损害扩大部分

承担连带责任（草案二次审议稿第三十六条第二款）。

### 五、将“电子商务争议解决”单列一章，要求电子商务经营者应当建立便捷、有效的投诉、举报机制，并保存原始合同和交易记录。

草案二次审议稿第五十二条规定了电子商务经营者应当建立便捷、有效的投诉、举报机制，及时受理并处理投诉、举报的义务，第五十五条规定了在电子商务争议处理中，电子商务经营者应当提供原始合同和交易记录，如果无法提供或者拒绝提供的，应承担相应的法律责任。

第三方平台对市场的主导作用是我国电子商务发展的显著特点之一。从我国的立法来看，目前第三方交易平台的主要责任包括合同责任、广告发布者责任以及第三方责任，法院在争议审理的过程中，本就会对于网络交易的商品是自营商品还是平台商品进行区分对待，以确认案件基础的法律关系。2003年出台的《消费者权益保护法》规定，网络交易平台提供者不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的，消费者有权要求网络交易平台进行赔偿。2015年出台的《食品安全法》规定，网络食品交易第三方平台提供者未对入网食品经营者进行实名登记、审查许可证，或者未履行报告、停止提供网络交易平台服务等义务的，使消费者的合法权益受到损害的，应当与食品经营者承担连带责任。

本次电子商务法草案二次审议稿在此基础上，新增了平台报送信息和配合监管义务，对于电子商务平台法律责任进行系统化的梳理和规范，通过限制平台经营者对于服务协议和交易规则的修改权，降低了平台经营者利用其市场地位不合理地为用户创设义务的可能性。同时，通过要求电子商务经营者建立有效、便捷的投诉举报机制，预先化解可能形成诉讼的法律争议，针对消费者举证难的问题，规定由电子商务经营者提供原始合同和交易记录，切实降低了消费者维权举证的难度。就知识产权保护方面而言，草案二次审议稿将“明知”改为“应知”，加重了平台对于平台内知识产权侵权行为的管控责任，降低了被侵权方的举证难度，而规定平台对于侵权行为未及时采取有效措施将对损害扩大部分承担赔偿责任，又对平台应对知识产权侵权问题反馈的及时性和有效性提出了新的挑战。

从平台的角度来讲，在未直接参与交易的情况下，其法律定位主要在于信息审查、管理和发布，并“协助”消费者维权，为降低自身风险，平台可以考虑收取相应的责任保证金，以作为确保平台商户向平台提交有效、准确信息，全面履行与消费者合同之间的履约保证。平台应对平台收集的数据信息，尤其是与交易有关的数据信息进行有效管理，并做好安全保密措施，借助大数据分析，对于可能发生的争议，争议多发、高发产品，以及存在不诚信情况的“高危”商户作出预警。对于在平台上交易的商品和提供的服务，平台应根据商品特性制定相关信息保存制度，并结合诉讼时效等因素，确定相关信息的保存期限和保存计划。

## 文化娱乐篇

### 天方娱谈之第三弹：声优都是怪物吗？ ——浅谈电子游戏中的配音声音权

作者：金易文

电子游戏作为现如今广受欢迎的娱乐项目，以其可以为受众提供的丰富的感官刺激而得以长盛不衰。而早期电子游戏实际上是无声的。

#### 阴极射线管娱乐装置



1947年1月25日汤玛斯·T·史密斯二世与艾斯托·雷曼提出《阴极射线管娱乐装置》的设计专利申请，该设计用八颗真空管（电子管）来模拟飞弹对目标发射，因为当时并没有如今先进的电脑图形演示技术，所以飞弹锁定目标发射过程，需要以单层透明版画覆盖於萤幕上进行演示。而且演示操作的旋钮，用于发射同时的还可以调整飞弹的航线与速度。该专利于1948年12月14日正式颁布，自此电子游戏的雏形终于问世。

#### 灵魂 CV



而随着科技的发展，声音这一元素早已融入电子游戏中，并起着越来越不可忽视的作用，有时甚至还会对整个游戏是否受欢迎起到决定性的影响。声音不仅可以以更直接更便利的方式分享游戏中某一角色的心情，表达出该角色某一时刻的喜、怒、哀、乐，使得游戏内涵更加丰富，一些资深声优还可以仅仅通过声音的变化，赋予游戏角色截然不同的属性，甚至网友自娱自乐的所谓“灵魂 CV”，也成了游戏中一道亮丽的风景。

诚然，在这些游戏中，这些声优的声音具有非常强的独特性，可以和姓名、肖像一样起到人格标识的作用，并且从技术角度而言，声纹和人的指纹、掌纹等身体特征一样，都具有唯一性、稳定性的特征，声纹识别（用仪器对人的说话声音所做的等高线状纪录，根据声音波形中反映讲话人生理及行为特征的声音参数，进行身份识别的技术）也已被广泛应用于诸多领域但是，随着科技的发展，不仅仅是窃听器、录音机，电脑互联网技术和声音合成技术的出现，客观上削弱了声音的独特性。

如以目前发展迅速的声音合成技术为例，通过一种程序先对个人的声音进行分析，通过对原始声音文件进行处理提取出数字特征，通过将上述数字特征分解成相关参数，在进行嫁接或直接合成出模拟声音，可以达到以假乱真的效果，如市面上某地图软件中的明星语音包，即是以此种技术手段实现的。

上述技术的实现，虽然在一定程度上优化了娱乐体验，但是从法律角度而言，实际上加剧了对声音权利侵害的现实性。此外，亦有一些商家，因缺乏声音技术合成的资本，转而通过以模仿别的声优或明星的声音的方式对其产品或服务进行宣传。如某游戏厂商声称其制作的手游由另一款手游原班配音人马打造，但是实际上均是通过模仿该游戏声优的声音实现的。

那么，对于此类侵权形式，实际上可以分解为两个层面来进行分析：

首先，合成、模仿他人声音的行为构成了对他人声音权这种人格权利的伤害。其典型案例即是对于某些具有鲜明特色的声音的刻意模仿丑化，如将热门电视剧、电影的画面进行剪辑拼接，再刻意模仿这些电视剧里面的人物的声音对其进行恶搞配音，这种刻意模仿及丑化特定影视人物特有声音的行为，很明显属于对声音人格权的侵害。此外，即使不对上述特有声音进行丑化，仅通过合成、模仿的形式对该声音进行“重现”，亦构成对声音人格权的侵害，因其破坏了该特有声音的权利人与上述声音的独特关联。并且，在上述两种情况下，即使不将上述合成、模仿后的声音或视频片段进行商业化利用，也不影响侵权行为构成的认定。

然而，就目前国内的法律制度及法律环境而言，似乎无法对该类“声音权”形成完善的保护。从立法层面上来看，我国关于声音权的民法保护仍然处于立法真空状态。如《民法通则》只是规定了生命健康权、姓名权与名称权、肖像权、名誉权、荣誉权等六种具体人格权，最新出炉的《民法总则》第 109 条也仅规定了“自然人享有生命权、健康权、身体权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权、婚姻自主权等权利。”而《侵权责任法》对“民事权益”只采取列举的方式，没有明确包括声音利益在内的一般人格利益是否属于“民事权益”。理论界及司法实践中对侵害声音利益是否构成民事侵权仍然存在争议。可以看到，虽然肖像权的确立，是基于照相机技术的发明，但是虽然录音机已经进入社会公众视野并广泛使用了上百年，至今声音权却仍未在我国被作为一项独立的具体人格权在立法上被确认，从而导致了声音利益受到侵害时，司法实践中很难找到具体的法律依据对其进行切实有效的救济和保护。在司法实践中，法院通常会援引一般人格权对声音利益予以救济。一般人格权是指自然人享有的，概括人格平等、人格独立、人格自由、人格尊严全部内容的一般人格利益，属于兜底性条款。

同时，随着市场经济的发展，声音作为听觉类人格标识的商业利用价值日益凸显，声音侵权不仅侵害了自然人的人格权益，还侵害了声音所体现出的财产利益，也即将声音商业化产生的利益的权利——声音许可专有权。由此，当声音体现出财产利益时，自然人可以转让或者许可他人使用自己的声音，而合成、模仿他人声音的行为亦构成了对他人声音许可专有权这种商业化权益的侵害。但是，我国立法对声音所体现出的财产利益能否依法转让亦没有明确。就电子游戏而言，如果游戏运营商未经声优授权许可，通过合成软件合成声优声音，或找人模仿该声优的声音，实际上已经损害了该声优的声音许可专有权，造成了该声优就其声音授权给商业主体的预期利益的损害。

此外，从受众的角度而言，如果某公司将上述模仿的声音进行商业化利用，在未将该模仿的事实告知消费者群体的情况下，很可能造成消费者的误解，误认为该声优、明星与该公司具有合作关系，误导了消费者，侵犯了消费者的知情权，并且客观上达到了不正当竞争的效果，亦存在违反《广告法》、《消费者权益保护法》以及《反不正当竞争法》的风险。即使该公司在其产品、广告界面（通常是手机 APP、手游、视频广告、广播广告）加入“该声音非明星本人，系合成”文字或语音说明作为免责条款，在上述终端的使用环境下，实践中也很难证明已经对消费者起到足够的提醒义务。

综上，虽然随着技术日新月异的发展，合成声音已经可以达到无法分辨真假的的地步，众多模仿声音的“特形”配音演员也不断精益求精地磨练自身的模仿功底，但是，无论从规避对明星本人的一般人格权及声音许可专用权，还是从消费者知情权的角度考虑，我们认为，企业在决定使用合成、模仿的声音进行商业活动前，还是应当考虑到声音权侵权的风险，避免未经明星、声优授权而通过合成、模仿其声音进行商业目的的使用。如之前提到的市面上某地图软件的做法，就值得参考，其在经过明星授权后，派工作人员跟随该明星贴身录音长达几个月的时间，通过大量原始声音文件为蓝本制作出的声音效果可以说几乎已与真人无异，并且也无侵权之虞，是值得推广的一种双赢的商业模式。

## 天方娱谈第四弹之 从艺人吸金力解读国内融资新方向 —— “资产证券化”

作者：钱逸文

2015年，中国首个互联网消费金融资产证券化产品“京东白条”挂牌并在民间引发热议，在银行信贷收紧的大背景下，资产证券化正被普遍认为是盘活中国资本存量的金融新（zuihou）方（dao）向（cao）。

虽然资产证券化项目在国内金融圈内已颇为活跃，但对于不少企业而言仍然相对神秘。就此，本文将结合两个艺人案例，为大家揭开这个金融市场新宠的神秘面纱。



### 什么是“资产证券化”？

资产证券化，又被称为ABS（Asset Backed Securitization）。简而言之，就是拿“资产项目”从资本市场借钱。

那么，什么样的资产可以成功实现证券化进行融资呢？

答案非常粗暴，就是这笔资产必须产生“现金流”。反过来说，那些资产之所以要实现证券化，就是要解救其本身缺乏流动性的问题，通过证券化改善流动能力，转化成流动性高的证券。

从这点来看，ABS和贴现的概念有些类似，我们拿着尚未到期的定期存款去银行折价成现金，成本是预期到期的本息和折换得现金之间的差额。而ABS的出现，将简单贴现的外延加以延伸，以期更加广泛多样地满足融资和出资方的不同需求。

### 如何实现“证券化”

如何实现“证券化”

在金融业内，有一个以林志玲作为蓝本的ABS方案非常著名，虽然结果不了了之，但却非常生动解构了证券化的过程。



所谓“证券化林志玲”，并不是直接将林志玲姐姐估价融资。所谓能够产生现金流的资产，说的是她未来的收入，换言之，就是林（原始权益人，Originator）把她未来的演艺收入转移给一个专门成立的“特殊目的载体”（SPV，也是本案中实质的证券发行人），而后，SPV将以这些收入为基础向投资者发行证券。由此一来，证券投资者可以分享林的未来演艺收入，而林志玲姐姐则得到证券投资者购买证券的钱，提前拿到了未来演艺收入。其中，ABS的一个重大特征，就是为了防止破产风险危及本案资产，设立一个具有“破产隔离”目的的SPV，资产风险转移出来，实现与发行人处风险的隔离。

### “鲍依债券”——IP 资产证券化的经典操作



英国著名摇滚音乐人大卫·鲍依不仅创造了诸多被摇滚乐迷传颂的经典传奇风格，也是在资产证券化市场上发行债券的音乐家第一人，率先将当时普遍不认可具有现金流实现能力的唱片相关的知识产权发行债券，也成为至今在资产证券化市场也非常著名的 IP 案例。

97 年，因卷入税务纠纷急需现金，大卫将自己的 25 张唱片的未来销售和许可费、版税收入等作为基础资产，对外发行 10 年期利率 7.9% 总额度为 5500 万美元的债券，史称“鲍伊债券”，此举带动了资产证券化突破至 IP 领域，除著作权以外，专利权、商标权等知识产权也相继出现资产证券化的成功案例，为文化行业打开融资新方向。

### 什么是“资产证券化”？



相比美国高达 25% 的 ABS 市场占比，尚处于初期阶段的中国与其差别悬殊，尚不足 1%。

而从中国目前的情况来看，由于银行信贷多为企业贷款和城投基建导致银行资产长时间被锁定且风险集中，银行方面事实上急切地需要将这部分的信贷资产证券化来盘活资本。

今年年初，国家层面也再度在 PPP 项目上释放积极信号，发改委和证监会联合下发通知，限各省在 1 个月内交出首批计划证券化融资的传统基础设施 PPP 项目。此外，在上海自贸区融资租赁业务中我们也开始看到 ABS 的活动，大胆预测，如果国家层面能在顶层设计上扫清障碍，解决监管分割的同时，进一步优化投资者的结构和产品设计（提高流动性），国内 ABS 的体量势将有一个井喷式的增长。

## 文化部新规出台，能否有效遏制网络游戏内的诱导消费？

作者：张晋源

在之前的天方娱谈中，我们对游戏道具随机抽取的营销方式之合法性进行了分析，认为以随机抽取道具的方式吸引消费者在游戏内进行消费的方式不尽合理。果不其然，《文化部关于规范网络游戏运营加强事中事后监管工作的通知》（以下简称《通知》）于今年5月1日正式开始实施，对于游戏内以随机抽取方式提供虚拟道具和增值服务的行为进行了约束。

等级	概率
≤15级时	3星80%，4星20%
16~30级时	3星60%，4星30%，5星10%
31级~40级时	3星30%，4星50%，5星20%
41级~60级时	4星30%，5星50%，6星20%

《通知》第二条第六项、第七项、第八项以及第九条规定，网络游戏运营企业采取随机抽取方式提供虚拟道具和增值服务的：

(1) 不得要求用户以直接投入法定货币或者网络游戏虚拟货币的方式参与

W&B：该规定从某种程度上限制了游戏用户在游戏内的非理性消费，如关于运营商不得要求用户直接投入法定货币的方式参与随机抽取的规定，用意是防止用户在为了获得相关虚拟道具时过于便利的进行充值从而获得抽取机会，通过附加限制条件给予用户进行抽取的次数可以一定程度上遏制冲动消费，保护游戏用户的财产安全。

(2) 应当在官方网站或随机抽取的页面公示虚拟道具和增值服务的名称、性能、内容、数量及抽取或者合成概率

W&B：对虚拟道具和增值服务的详细情况以及合成概率进行公示，可以帮助消费者理性看待参与随机抽取活动的必要性和收益性，如果合成概率过低，有可能会令部分用户放弃消费。

(3) 对于拟通过随机抽取获得的道具和增值服务，应当同时提供其他兑换或直接购买的途径

W&B：对于某些游戏内比较具有吸引力的虚拟道具和增值服务，要求运营商提供其他可以进行兑换（例如采用游戏内其他虚拟道具进行相应比例的兑换）或直接购买（使用游戏虚拟货币）的途径为用户提供了其他合理获取的途径，例如少量尝试随机抽取，未能获得的情况下通过直接购买或完成游戏任务获得其他道具进行兑换，从而获得该虚拟道具或增值服务。此种规定可以合理控制用户的金钱投入，有效控制冲动消费的投入比例。

(4) 不得向用户提供网络游戏虚拟货币兑换法定货币或者实物的服务（网络游戏将终止运营的除外）

W&B：目前很多游戏之所以可以吸引众多游戏用户为了获取某些虚拟道具，从而在游戏内投入大量金钱，是因为此类虚拟道具何以在游戏外兑换成高额的法定货币。例如某射击类游戏，游戏内的一把非常稀有的枪支

或匕首的交易价格可以达到近 12 万人民币。因此，要求运营商不得提供兑换的服务可以一定程度上降低用户获取某些虚拟道具的需求度。

《通知》还从实名认证、个人信息保护、未成年人保护等角度对网络游戏的运营活动加强了监管，但是目前看来，运营商仍然可以通过其他手段进行某种程度的规避从而继续以随机抽取的手段吸引消费者持续投入资金。比如针对上述第（3）款的规定，一些运营商提供的其他兑换途径仍然以充值作为基础。比如另行兑换所需要的道具只有在进行随机抽取未能获得相应虚拟道具的情况下获得，如果想达到兑换的标准则需要进行更多次的随机抽取。而针对以上第（4）条的内容，尽管运营商不能提供兑换法定货币的服务，但是目前有很多依托于此类游戏的交易网站会对相关的游戏道具提供交易服务，此类比较出名的网站，每天关于虚拟道具的交易流水都可以达到一个令人惊讶的数字。此外，自该《通知》发布后，很多游戏并没有完全的参照执行，具体的惩罚力度还需要在后续的相关案例中体现。

## 《战狼2》的资本饕餮盛宴 ——玩转“票房保底发行”的法律思考

作者：吴月琴

电影行业存在一个“631”定律：能够在院线上映的电影，60%是亏损的，30%盈亏平衡，只有10%营利。由于票房仍是国内电影90%的收入来源，投资成败仍靠全数押宝“票房”。票房保底发行应运而生。这到底是一场资本赌博，还是一剂行业良药？

今夏爆款纯爷们电影《战狼2》自上映以来，票房一路高歌猛进，据猫眼电影统计，截止8月13日18点31分36秒，《战狼2》总票房突破45亿元，随后继续上涨，不仅稳居国产电影第一，还成功杀入了全球电影票房TOP100，打破了多项华语电影票房纪录，成为中国电影史上最赚钱的电影。《战狼2》火热的背后，票房保底发行浮出水面。



### 一、“票房保底发行”的前世今生

国内电影的保底发行，始于2013年《西游降魔篇》，华谊兄弟8800万元保底；盛于2016年的《美人鱼》，和和影业牵头保底18亿元票房，创下天价保底。之后相当一段时间的保底发行，均是“十保九败”，惨淡收局。

票房保底发行，是指发行方给予制片方（包含投资方）电影票房承诺，即使票房收入低于承诺金额，发行方仍根据约定向制片方支付保底收益；如高于承诺金额，发行方根据约定的分配方案，以更高的阶梯度比例结构分享票房收益。

以《铁道飞虎》为例，如票房低于10亿，制片方可获得3亿票房保底金（需跟影片各投资方分账）；票房在10亿至12亿元区间部分，制片方和发行方二八分账；12亿元以上的部分，双方五五分账。也就是说，不管《铁道飞虎》的票房如何，耀莱影视及影片投资方已稳拿3亿收益。通过保底发行，影片投资风险后移到发行环节，投资方的回款周期也大大缩短。

根据《<战狼2>发行合伙协议》，电影开拍前就获得了北京文化和聚合影联8亿票房的保底，吴京旗下的登峰国际提前保证了2.17亿的收入，落袋为安。保底金额共分五期付款，付款时间从协议生效的15个工作日开始一直延续到影片上映后的三个月，保证了制作方电影拍摄、制作与宣发期间的资金费用，让吴京可以在电影制作中不计成本只求完美。

## 二、“票房保底发行”约定的性质

票房保底发行又称票房对赌，“赌”性条款，是否会有合法性问题？

从市场角度看，保底发行交易模式的产生有其合理性和必然性。通过保底发行，制片方可以降低风险，并迅速回笼资金投入下一个电影项目的制作；发行方也借此争取到优秀影片项目，提升自身的发行规模，并收获更多的票房收益。对于无数急于向市场证明自己的民营影视公司来说，重金参与保底是他们争夺爆款电影宣发权的背水一战。在电影制作能力并不完善的情况下，高昂的保底金额决定了其在与五大发行公司的较量中拿到热门电影内容资源。

从合同角度看，保底发行是发行方与制作方之间签订的票房补偿承诺，如确为当事人的真实意思表示，也不违反法律法规的禁止性规定，应认定保底发行约定合法有效；不论是在周星驰控股的威盈公司诉华谊兄弟合作创作合同纠纷还是上海艺言堂与北京剧角映画文化公司合同纠纷这两个保底发行协议相关纠纷案件中，法院对涉案双方签署的保底发行协议的合法性均没有质疑。

从金融角度看，保底发行，类似于发行方向制作方买入了“看涨期权”，通过支付承诺票房金额对应的保底收益（“权利金”），获得买入票房收益分成的权利。在成熟的美国电影市场，2010年华尔街就推出了电影期权产品，投资者可以预测票房收入，通过购买期权来对冲风险。如果不看好该电影票房，购买看跌期权；反之，可购买看涨期权。

## 三、“票房保底发行”的新玩法

票房保底发行，早期仅仅是制片方和发行方参与的合作安排。现如今票房保底发行融合了各类金融主体，运作方式亦愈发复杂，资金杠杆一再加码，并衍生出各种新玩法。

### 1、拍片前保底+分期付款

大部分保底发行都是完片后保底，而《战狼2》的保底更为特别，早在剧本创作阶段就获得了保底方的青睐。北京文化在保底发行协议中约定：保底金额一共通过5期付款：前4期由北京文化支付，累计1.4亿；最后一笔7759万元、6000万元的宣发费用由聚合影联支付。这种分期付款的方式减轻了发行方资金压力，同时发行方有较长的时间根据影片的进度考虑是否减少或增加投入。



### 2、保底发行+其他版权收益



发行方如只有独家发行权，票房保底承诺风险较大。为降低风险，发行方会要求向制作方买断版权。如：电影《我不是潘金莲》虽然没有达到保底票房，但发行方文投控股通过票房分账之外的其他权益收回了投资，如互联网版权、海外、返税、衍生授权、游戏授权等的回报收益。

### 3、二级市场定增 + 购买票房收益权

2015 年热门影片《港囧》就采用了上市公司二级市场定增方式来做票房保底。香港上市公司欢喜传媒定向增发 5.2 亿港元用于制作电影，由宁浩或徐峥完成。徐峥以 1.75 亿港元认购该公司 19% 股份。之后，徐峥的真乐道公司作为《港囧》影片的制作方和第一出品方，以人民币 1.5 亿元价格向欢喜传媒销售了影片 47.5% 的票房收益权。由此，无论电影《港囧》的票房收益如何，徐峥方已完成了人民币 1.5 亿元投资的收回，实际上起票房保底效果。同时，随着《港囧》票房的大获成功，徐峥作为上市公司的股东，又从二级市场股价飙升中获益。

### 4、发行基金组局保底 + 增加资金杠杆



一个独立的发行公司资金一般有限，往往难以在短时间内垫付足够的保底资金，因此虽然签有保底协议，但往往是在影片下线回款后按保底协议约定付款。通过保底基金的模式可以整合更多的投资方，在电影上映前能够筹集足够的保底资金支付给电影的出品方，同时通过保底基金还能够将更多的行业资源整合在一起，共同做好电影的发行。

《美人鱼》项目中，由于导演出品方周星驰的号召力，发行方对影片票房预测为 25 亿元，并据此与周星驰签下了 16 亿元 -18 亿元的票房保底协议。为筹集保底资金，和和影业为主保底方（背后出资人是五矿信托）发起基金，投资人通过认购基金份额成为联合保底方。最终，光线传媒、龙腾艺都、星美集团参与联合保底发行《美人鱼》。此外，星辉与和和还找来联瑞作为执行发行方，麦特传媒作为宣传方。这相当于把整个发行环节切成了保底和执行发行两个部分。

《火锅英雄》中保底发行采用的是契约型基金，设置为结构性产品。一部分为优先级，一部分为中间级，一部分为劣后级，这使得劣后级的参与方有机会通过资金杠杆撬动更大的收益率。

### 5、票房证券化吸引散户资金

“票房证券化”，即以未来的票房收益为担保，将电影从前期准备、拍摄到宣发全过程的所需资金，做成标准化的理财或信托产品，进行融资。传出票房作假丑闻的《叶问 3》，其投资方快鹿集团，动用了其旗下电影发行和金融融资两方数十家公司——由关联公司合禾影视作为电影发行方，设立以票房收益权为标的的基金融资；通过控股的神开股份和十方控股两家上市公司，购买影片收益权；通过关联的上海中海投金控公司、东虹桥公司为基金提供担保；通过关联的 P2P 平台金鹿财行融资，吸引广大散户资金。这样，快鹿左手通过 P2P 吸收资金，右手投入电影投资；旗下上市公司再收购票房收益权。只要票房大卖，上市公司的股价就能获得拉升，就可以弥补作假票房成本以及 P2P 融资成本。由此，一条完整的“互联网金融+影视”的链条清晰显现。

## 四、票房保底协议的法律纠纷

票房保底协议，因牵扯了巨大经济利益，必然容易出现法律纠纷。

#### 1、保底分成的“票房收入”约定不明确

在2015年《西游降魔》票房分账纠纷一案，制片方崑盈公司与发行方华谊兄弟约定对赌票房5亿，发行方支付制片方8800万保底金。发行方对于超出5亿票房的部分享有70%的票房收益权。最终《西游降魔篇》票房高达12.48亿元。双方争议焦点之一是关于票房分红的《补充协议二》是否有效，如果有效，约定的保底分成——票房达5亿是指代全国总票房，还是指代华谊公司实际取得的票房收入。最终，法院认为原告崑盈公司无法举证证明补充协议二成立并生效而判决其败诉，制片方丧失了额外8610万的收益分成。

#### 2、保底收益支付条件约定不明确

保底收益支付的条件，是电影剧本创作完成之时，还是电影拍片完成，亦或是电影获得公映许可证等，应当约定清晰，否则也会引发争议。在上海艺言堂公司诉北京剧角映画文化公司其他合同纠纷中，争议焦点之一是《保底协议》约定的第二期保底收益付款条件，是原告取得“龙标”（即《电影片公映许可证》片头）还是原告取得《公映许可证》。法院经审理认为，该《保底协议》中明确约定“待甲方书面通知乙方本片获得国家新闻出版广电总局为本片签发的《公映许可证》后5个工作日内，乙方须向甲方支付第二期院线保底收益1,400万元”。据此，保底收益支付条件的许可证名称及签发机构，指向明确，因而不存在歧义。

#### 3、保底影片涉及侵权等纠纷

《战狼2》上映前，《战狼1》的投资人之一的武汉传奇人影视艺术有限公司对吴京名下的北京登峰国际文化传播有限公司提起侵犯作品改编权及不正当竞争之诉，请求北京市海淀区人民法院判令其停止侵权并赔偿1000万元经济损失，以及在影院、电视台、视频网站等全线停止播放《战狼2》。近期上映的电影《三生三世十里桃花》也涉嫌著作权抄袭风波。由此，如保底对象影片，在签订保底发行协议后，发生侵权纠纷或其他争议，危及影片不能上映或上映后有下线之虞，保底发行方是否可以行使不安抗辩权，是否有权要求制作方积极采取有效措施、降低风险？是否有权要求提前解除己方的保底承诺，并且不承担任何法律责任？这往往可能引发争议。

#### 4、保底影片主创团队变更（包括主角变化）

在粉丝文化的强势背景下，如果主创团队变化或者主角中途变化，可能影响艺术水准，或者会降低票房号召力，这些都会大大影响票房收益。如《速度与激情7》主演保罗沃克拍摄途中车祸身亡。在此情况下，票房保底发行协议中是否存在相应的调整条款，例如保底方是否享有替换角色的建议权，是否有权中止合同或者变更保底条款等，这些具体的条款安排对于避免纠纷至关重要。

#### 5、保底影片不能完片，不能上映或按时上映

影片还可能因文化内容审查等政策原因不能上映或者不能按时上映。如电影《无人区》历经4年审查，修改5次，最终才得以在电影院上映，远远晚于之前约定的公映日期。电影《一步之遥》发行方投入了将近1000万的费用用于举行首映典礼（电影第一次上映之前举行的仪式），包括记者的往返机票、食宿等，但因该电影未过审查，导致首映庆典取消。由此引发的票房收益不理想或收益为零，票房保底发行条款是否仍要继续履行？一方是否可依据情势变更原则，要求解除或减轻责任？甚至要求制作方承担比例过错责任？

#### 6、保底合同存在无效情形

《合同法》第五十二条规定，恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的合同无效。以前文的《叶问3》

的票房保底协议为例，投资方快鹿集团，以控股的上市公司神开股份、十方控股与自己旗下的电影发行公司签订票房收益权协议（即自己为自己保底，左口袋的钱换到右手口袋）。

这样的保底作局，如其目的就是借助票房大卖，拉升股价。由此，二级市场的投资者，可能主张保底双方存在恶意串通、要求法院判决双方的保底合同无效。

## 五、票房保底协议的建议

### 1、保底方应对影片票房进行科学合理测算与估计

《美人鱼》的保底发行方，在综合考虑了自有院线和影院的票房能力、上映档期、排片率、上座率、主创影响力、粉丝群体、题材属性等多个因素，运用大数据模型推演，最终测算《美人鱼》的最低票房为 26.5 亿元，在精准估算出风险临界值后，敢于抛出 18 亿的天价保底，既保证以资金优势获得优质影片的发行权，同时也享受到高额利润。但如果保底票房预计不合理，则可能导致发行方血本无归。博纳影业投资 10 亿保底《封神传奇》，该片票房却不到 3 亿元。

### 2、保底发行协议应进行完备的条款设计

双方当事人应当对合同的主要条款（如保底方式、保底承诺的前提 / 生效条件、保底款项的支付安排、票房的具体分账方法、解除情形、违约责任、政策变化、知识产权归属、保密义务等）进行明确细致的约定。

制片方不能因为电影被保底就放松警惕，对协议中的票房分红的定义、保底收益的交付时间和条件、以及不能按时付保底收益的违约责任一定要规定明确。发行方对于可能因制片方原因责任导致票房损失的情形要写入协议中，比如影片本身侵权纠纷、影片不能上映或者不能及时上映、影片因主创团队变更、主角变化等最终未制作完成 / 或艺术水准等，要求制片方承担一定的责任。

### 3、保底协议双方可考虑有风险调整条款设计

保底发行协议，一般可设置票房估值调整条款，以缓冲因估计不准导致双方实际利益差距过大、利益失衡的极端情形，以维系今后长期合作的良好基础。典型的有：

回购票房收益权：“保底发行”协议也可约定如果票房低于约定的幅度范围内，保底发行方可要求出品方 / 制作方回购票房收益权。影片《绝地逃亡》的票房并不理想，制作方唐德公司发布公告向保底方回购了 15% 的票房收益权，以减轻发行方的压力。

提高制片方分成比例：与上述情形相反，当票房数远远超出保底数时，制片方可要求重新调整分红比例，适当增加其的收益。以电影《西游降魔篇》为例，其保底票房为 5 亿，最终却达到了 12.48 亿，发行方独享超出 5 亿票房的 70% 票房收益权。制片方在电影公映、票房数值出来后才要求重新调整分成比例，往往丧失了谈判主动权。因此，在签订保底发行协议时，制片方可要求票房超出一定数额时，适当增加制片方的分成比例。

## 破产与清算篇

### 务实看待法院“执行案件转破产审查”

作者：蔡炳辉

日前，最高院印发了《关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》，说的是对于资不抵债或者虽然资可抵债但明显缺乏清偿能力的被执行人，可以通过法院案卷移送的方式，将对被执行人的执行程序转化为破产程序。笔者作为从事破产事务多年的律师，在认真研读该《指导意见》后，掩卷而思，却只能审慎的认为，《指导意见》构思的愿景非常丰满，但现实却可能很骨感：

#### 一、《指导意见》仍需待其他配套制度的落实

《指导意见》第3条规定：“执行案件移送破产审查，由被执行人住所地人民法院管辖。在级别管辖上，为适应破产审判专业化建设的要求，合理分配审判任务，实行以中级人民法院管辖为原则、基层人民法院管辖为例外的管辖制度。中级人民法院经高级人民法院批准，也可以将案件交由具备审理条件的基层人民法院审理。”

目前破产实践上，对于企业破产案件的审理，多数仍按最高院于2002年颁布的《关于审理企业破产案件若干问题的规定》第2条、第3条规定实施级别管辖，即“基层人民法院一般管辖县、县级市或者区的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件”、“中级人民法院一般管辖地区、地级市（含本级）以上的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件”。而多数企业注册登记于区县一级，故多数企业破产案件实际上由基层法院审理。

虽然最高院于2016年下发了《关于在中级人民法院设立清算与破产审判庭的工作方案》，要求北京、上海、天津、重庆四个直辖市的一个中级人民法院以及河北、吉林、江苏、浙江、安徽、山东、河南、湖北、湖南、广东、四川等11个省的省会城市和副省级市中级人民法院在2016年7月底设立清算与破产审判庭，其余省（区）省会城市和副省级市中级人民法院于2016年12月底前完成清算与破产审判庭设立工作。但据笔者了解，在各地中级人民法院设立专门破产审判庭的工作并不顺利，目前还有很多地方中级人民法院未设立专门破产审判庭。

由此，当执行法院按照《指导意见》向被执行人所在地中级人民法院移送破产审查时，未设立专门破产审判庭的中级人民法院大概不会接受移送，而执行法院想向基层法院移送时，因为《指导意见》规定接受案件移送的“原则上是中级人民法院”，故基层法院大概也不会接受移送。

因此，《指导意见》的落实实施，实际上需要《关于在中级人民法院设立清算与破产审判庭的工作方案》的先行落地实施，而有关在各中级人民法院设立专门破产审判庭的工作，即是一项破产案件审理的司法改革，也是一项涉及法官的人事改革，其中涉及法官员额的调配，也涉及法官在专门办理破产案件下对法官的特殊考核办法等，这些都需要花时间去协调、去细化、去解决。

综上，笔者认为要全面打通、打顺《指导意见》中规定的移送通道，还有一段路要走。

## 二、“执行转破产”非执行法院主动移送，需取得被执行人或申请执行人书面同意，而被执行人或申请执行人的意愿将不会很强烈

“如果在执行案件中，执行法院发现被执行人存在破产原因，便可移送被执行人所在地破产审查，那倒极有可能大比例增加破产案件，执行法院可能出于执行案件的“结案”，而将具备破产原因的被执行人移送破产审查。然后，人民法院开展的涉及当事人纠纷工作，均以当事人先行申请为前提，“执行转破产”也不能例外。

《指导意见》第2条规定，执行法院将执行案件移送破产审查时，“被执行人或者有关杯执行人的任何一个执行案件的申请执行人书面同意将案件移送破产审查”。因此，执行法院在将执行案件移送破产审查时，必须先行取得被执行人或者申请执行人的书面同意，否则执行法院不得移送破产审查。

### (1) 被执行人移送破产审查的意愿有多大？

如果把1986年颁布的《企业破产法（试行）》也视为具有现代意义的破产法，则从其实施至2007年新《企业破产法》的实施，至今已有30年的破产法立法与实践。然而，就笔者接触的范围看，多数人对“企业破产”知之甚少，即使知道“企业破产”是怎么一回事，也是把“企业破产”当作一种不得已的举措。因此，笔者认为，除非被执行人“不得已”，否则被执行人并不会轻易同意将执行案件移送破产审查。

被执行人“不得已”的情形也大抵只有以下2种：

①被执行人法定代表人等有关人员在执行案件中被持续采取限制措施，工作、生活受到了影响。在被执行人偿债无望的情况下，执行法院对被执行人法定代表人等有关人员采取的执行措施不会解除，而被执行人破产清算后，该等限制措施将被解除。出于摆脱执行法院所采取的限制措施的需要，被执行人存在将执行案件转破产审查的意愿。然而，这一意愿在实务中要打些折扣，有一部分被执行人在被采取限制措施时便变更了法定代表人和管理人员。

②被执行人经营已无法开展，被执行人法定代表人等有关人员疲于应对债权人逼债。相对于执行法院采取的限制措施，有些债权人采取的催债措施对于被执行人有关人员的压力，可能有过之而无不及。在这种情况下，被执行人有关人员可能会借助破产清算这一程序，向债权人表明被执行人确已无财产可供清偿而其并无责任的立场，从而摆脱债权人的追债。

然而，在被执行人面对前述情形而“不得已”求索于“执行转破产”时，被执行人也会考虑，当进入破产程序时，企业将被管理人接管，企业的所有一切将被摊开在法院、管理人及所有债权人面前，如果企业有什么不合法、不合规之处，被执行人有关人员可能还需承担责任。因此，在这样的考虑面前，可能还要降低一些被执行人“执行转破产”的意愿。

因此，笔者认为，即使被执行人满足破产原因也不会积极寻求“执行转破产”。被执行人只有在一种情况下存在寻求“执行转破产”的主动性，即被执行人存在重整机会，但住所地法院不受理或者怠于受理被执行人破产重整申请，被执行人因此先行向执行法院申请转破产审查，而后在破产案件受理后再申请转重整程序。但这种类型的被执行人应该不会多。

### (2) 申请执行人将被执行人移送破产审查的意愿有多少？

在思考题述问题时，便不得不分析各种不同类型的债权人的不同的利益诉求，不同的利益诉求决定了是否向执行法院表达“执行转破产”的意愿：

①对于对企业特定财产享有担保权的人，除非在执行案件中不能实现担保权（或者法院由于一些特殊原因一直未能对担保财产进行拍卖）、或者担保权被不公平对待（如优先权受偿顺序或可行使优先权的债权数额有误等），否则这类债权人不会寻求“执行转破产”，毕竟从效率上看，执行效率要高于企业破产的效率，这类债权人可以在执行程序中较早的拿到清场款。

②对于普通债权人（包括不能就企业担保财产获得全额清偿的债权人），在执行程序中，执行法院将按对企业财产采取保全措施或执行措施的先后顺序进行清偿，因此虽然同为普通债权人，但保全在先的债权人将先获得清偿。因此，采取保全措施的债权人将存在寻求的“执行转破产”的利益驱动，其可以通过“执行转破产”而打破按保全措施先后进行清偿的规则，使自己同采取保全措施在先的债权人一样，在破产程序中获得同等比例的清偿。

③对于普通债权人（包括不能就企业担保财产获得全额清偿的债权人），如对企业特定财产行使优先受偿权的债权存在问题，也是普通债权人寻求“执行转破产”的利益驱动之一，如企业突然为原本没有担保的债权提供担保，在执行程序中，这种债权可以得到优先清偿，但如果可以通过“执行转破产”，迅速将执行程序转为破产程序的，则这类债权将因《企业破产法》的特殊规定而无效（《企业破产法》第31条规定，在法院受理破产申请之前一年内，企业为无担保债务提供担保的行为可以撤销），普通债权人将仍可就该特定财产获得清偿。

④对于所有债权人而言，如不信赖被执行人的财产情况、经营情况或者有关人员在管理被执行人期间的操守，债权人将存在“执行转破产”的意愿，通过将被执行人移送“破产审查”，使债权人得以在破产程序中了解、核查、检验被执行人的经营行为及其有关人员的职务行为。通过破产程序，一方面可以取回被转移、隐匿或不适当处分的财产，以补充向债权人清偿；一方面也或许可以通过破产程序而转而追究有关单位或人员责任，如最高人民法院《关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若干问题的意见》第16条便规定：“人民法院在审理债务人人员下落不明或财产状况不清的破产案件时，要从充分保障债权人合法利益的角度出发，在对债务人的法定代表人、财务管理人员、其他经营管理人员，以及出资人等进行释明，或者采取相应罚款、训诫、拘留等强制措施后，债务人仍不向人民法院提交有关材料或者不提交全部材料，影响清算顺利进行的，人民法院就现有财产对已知债权进行公平清偿并裁定终结清算程序后，应当告知债权人可以另行提起诉讼要求有责任的有限责任公司股东、股份有限公司董事、控股股东，以及实际控制人等清算义务人对债务人的债务承担清偿责任。”

但实务中，也不得不看到债权人的前述意愿或者利益驱动将受下列因素的影响：首先，破产程序较为冗长，一旦“执行转破产”债权人将在较长一段时间之后才会获得清偿；其次，破产程序是一个多方参与的程序，管理人、审计机构等服务中介机构将参与进来，可能产生比执行费用还多的破产费用，而这些费用最终也是债权人“买单”；另外，执行程序是一个相对封闭的程序，债权人也就这些了，一旦“执行转破产”，其他一些或有债权人也将参与进来，将摊薄既有债权人的受偿额；再者，虽然按《企业破产法》规定，破产案件费用以破产企业财产支付，债权人无需支付，但在一些破产案件之中，确也要求作为申请人的债权人先行垫付相关破产费用，而债权人垫付的破产费用在日后能否收回却又不确定；最后，破产程序是对债权人概括清偿的程序，个别债权人并不会因提起“执行转破产”程序而使得其债权在破产程序中获得优惠的对待，因此，债权人之间，对于是否提起“执行转破产”多会有“搭便车”的心态，而这种心态的即表现为提起“执行转破产”的惰性。

由此可见，虽然申请执行人在“执行转破产”中，相比较于被执行人，具有较多的利益驱动点，但也存在较多影响申请执行人启动“执行转破产”的因素。

### 三、执行法院很难向被执行人、申请执行人充分释明执行程序、破产程序的优劣利弊

由此可见，虽然申请执行人在“执行转破产”中，相比较于被执行人，具有较多的利益驱动点，但也存在较多影响申请执行人启动“执行转破产”的因素。

如执行法院如同被执行人、申请执行人的法律顾问一样，将前述被执行人、申请执行人在执行程序、破产程序中的不同境遇、不同考虑点，在被执行人已经具备破产原因时，向被执行人、申请执行人进行充分的剖析，相信被执行人、申请执行人可以作出理性的举动，一些被执行人、申请执行人可能由此同意“执行转破产”。

但是，执行法院不是法律顾问。执行法院除了处理这批执行案件，还有其他很多案件，执行法院难以在单个执行案件上耗费太多的时间和精力。再者，所谓释明执行程序与破产程序的优劣利弊，是以执行法官了解破产程序相关规定及实务相关操作为前提，而执行法官疲于办理繁多的执行案件，恐怕也多不涉足破产案件。

因此，当执行法官认为被执行人已具备破产原因，而向被执行人、申请执行人征询是否同意“执行转破产”时，估计多数也仅仅停留于征询，而不会在两者的取舍上与被执行人、申请执行人做过多的交流。

而当被执行人、申请执行人不知道“执行转破产”是否对自己更有利时，为什么要申请“执行转破产”？

综合以上，笔者认为《指导意见》在解决执行案件“执行难”问题、解决供给侧改革背景下“僵尸企业”问题、解决破产案件立案难问题，均是相当有益的探索，且其规定较为细致，实务中便于操作。但如上述分析，借由《指导意见》，而大面积出现“执行转破产”案件，恐怕难以实现。

## 简易注销，简化的是政府行政程序，强化的是企业诚信和责任！

作者：沈一凡

### 一、关于全面推进企业简易注销登记的指导意见

近日，国家工商总局出台《关于全面推进企业简易注销登记的指导意见》（工商企注字[2016]253号），决定自2017年3月1日起，在全国范围内全面实行企业简易注销登记改革，对领取营业执照后未开展经营活动（未开业）、申请注销登记前未发生债权债务或已将债权债务清算完结（无债权债务）的有限责任公司、非公司企业法人、个人独资企业、合伙企业，可自主选择申请适用简易注销程序。



根据《指导意见》，企业在申请简易注销登记时只需提交

(1) 《申请书》，(2) 《指定代表或者共同委托代理人授权委托书》，(3) 《全体投资人承诺书》（强制清算终结的企业提交人民法院终结强制清算程序的裁定，破产程序终结的企业提交人民法院终结破产程序的裁定），(4) 营业执照正、副本即可。不再提交清算报告、投资人决议、清税证明、清算组备案证明、刊登公告的报纸样张等材料。



看到这里，常年饱受企业注销难困扰的吃瓜群众们啧啧称赞，一片拍手叫好，为政府的简政放权点赞，同时幻想着不用再奔波于工商税务间，不用再折腾办理那些烦人的税务清算手续，不用再准备这个那个这些那些决议、证明等文件材料了。然而，这种想法未免有些“图样图森破”了！

全面实行简易注销，实质上更加强化企业的诚信义务和法律责任。将原登记机关的审查责任转化为企业的自身承诺，并将此作为政府部门实施后续监督管理的依据。若企业在简易注销登记中隐瞒真实情况、弄虚作假的，登记机关可以依法做出撤销注销登记等处理，在恢复企业主体资格的同时将该企业列入严重违法失信企业名单，并通过国家企业信用信息公示系统公示，有关利害关系人可以通过民事诉讼主张其相应权利。对恶意利用企业简易注销程序逃避债务或侵害他人合法权益的，有关利害关系人可以通过民事诉讼，向投资人主张其相应民事责任，投资人违反法律、法规规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 上海部分企业破产案件将实行专属管辖

作者：蔡炳辉

近日，上海市高级人民法院下发了《关于开展跨行政区划民商事案件集中管辖改革试点的公告》。按公告要求，自2017年5月1日起，上海法院将对部分企业破产案件实行专属管辖，具体如下：

1、自2017年5月1日起，原属于上海市第一、第二中级人民法院管辖的企业破产案件，由上海市第三中级人民法院管辖；

2、自2017年5月1日起，原属于闵行、徐汇、黄浦、杨浦人民法院管辖的企业破产案件，由上海铁路运输法院管辖；

3、在2017年5月1日之前，上述法院已受理未审结的破产案件，仍由上述法院审理。

按以上公告，在2017年5月1日后，对注册地或主要办事机构所在地在闵行、徐汇、黄浦、杨浦区的企业破产案件（包括破产清算、破产重整和破产和解案件），将由上海铁路法院专属管辖。而对于企业资产超过4亿的，原归属于一中院、二中院管辖的企业破产案件（包括破产清算、破产重整和破产和解案件）将由三中院管辖。而对于注册地或主要办事机构所在地在浦东、静安、长宁、虹口、普陀、宝山、嘉定、青浦、松江、金山、奉贤、崇明的企业破产案件，仍由这些法院管辖。

需要留意的是，《企业破产法》规定了申请破产的两种方式，即（1）企业在不能清偿到期债务且资不抵债时，自行申请破产；及（2）企业不能清偿到期债务时，外部债权人申请企业破产。而最高人民法院在2017年2月6日发布的《关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》则对破产申请的提起进行了进一步的规定，即执行法院可以在满足一定条件时将被执行人移送破产审查（即执行转破产案件）。对于前述执行转破产案件，上述公告则明确规定不在三中院、铁路法院所专属管辖的破产案件之列。

综上，目前上海法院对企业破产案件的管辖权，示意如下：

破产申请类型	债务人注册地或主要办事机构所在地	企业财产数额	管辖法院
债务人自行申请破产，及债权人申请债务人破产	闵行、徐汇、黄浦、杨浦	4亿元以下	铁路法院
债务人自行申请破产，及债权人申请债务人破产	浦东、静安、长宁、虹口、普陀、宝山、嘉定、青浦、松江、金山、奉贤、崇明	4亿元以下	浦东、静安、长宁、虹口、普陀、宝山、嘉定、青浦、松江、金山、奉贤、崇明
债务人自行申请破产，及债权人申请债务人破产	全市各区	4亿元以上	三中院
执行转破产案件	全市各区	4亿元以下	全市各区基层法院
执行转破产案件	浦东、徐汇、长宁、闵行、金山、松江、奉贤	4亿元以上	一中院
执行转破产案件	黄浦、静安、杨浦、虹口、普陀区、宝山、嘉定、青浦、崇明	4亿元以上	二中院

## 在强制清算中探索清算和解 ——以某保健品公司强制清算案为样本分析

作者：蔡炳辉 朱小苏

### 一、案件背景

某保健品公司注册于上海市浦东新区，主要经营范围为销售婴幼儿保健品，股东 14 名，均为自然人，其中 7 名为显名股东，另 7 名为隐名股东，隐名股东股权均由大股东代持。在某保健品公司生产经营过程中，股东之间逐渐产生矛盾，特别是在 2005-2007 年期间大股东主导一次数额较大的投资失利后，多数小股东走到了与大股东的对立面，大、小股东争吵不断。此时，大股东一方合并持有某保健品公司 55% 左右股权，为某保健品公司实际控制人，小股东一方由 11 名小股东组成，合计持股 45% 左右，不实际控制某保健品公司。

而在某保健品公司经营过程中，出于一些特定的原因和背景，与保健品生产相关的土地、厂房、机器设备、GMP 认证、注册商标和保健品生产批文又分别放在了另外三家企业名下，该三家企业与某保健品公司紧密关联。且某保健品公司签发给小股东的股权证书，也注明股权包含对该三家关联企业的权益。该三家企业同在大股东的实际控制下。

小股东为维护其于某保健品公司及另三家关联企业的利益，围绕某保健品公司，分别先后对保健品公司提起了劳动仲裁、股东知情权诉讼、股权确权诉讼等诉讼，而为了达到某些效果或目的，小股东亦向税务部门举报大股东在控制某保健品公司期间的税务问题。但该些行动，并未实现小股东的权利主张，大、小股东之间的争议也并未弥合，反而更因如此而水火不容。

随后，小股东以某保健品公司已陷入僵局为由，申请法院解散某保健品公司，试图以清算组为平台实现对某保健品公司财务情况的清理，从而查明大股东有关问题及小股东具体的权益数额。上海市浦东新区人民法院（“浦东法院”）经审理后，判决某保健品公司解散。后因某保健品公司未能在法定期限内组成清算组，浦东法院再受理了小股东提出的强制清算申请，并指定成立了某保健品公司清算组。

### 二、股东在公司清算中和解的契机

在某保健品公司强制清算一案中，大、小股东因之前的积怨、诉累，已经水火不容，按他们的共同说法，便是“相互不能见面，见面就吵架”。似乎，大、小股东之间的和解机会并不存在。但就本案而言，只要双方回归理性，便会发现和解决才能保全各自利益：

(1) 对大股东而言，某保健品公司为在上海乃至全国较早涉足婴幼儿保健品行业的企业，且公司运营时注重品牌塑造，一直以某一品牌开展业务，公司及大股东在婴幼儿保健品行业内具有一定知名度。如某保健品公司被清算关闭，公司在长久经营中积累的商誉将损失殆尽，而大股东在该行业的声誉也将受到影响。如某保健品公司不被清算关闭，则在合适的时机，完全可以重塑品牌。

(2) 对大股东而言，如果双方不能和解，则某保健品公司的清算只是一个起点，另外三家关联企业也无法独善其身。在某保健品公司较早之前的运营过程中，虽然大股东已有意无意的将土地、厂房、商标、保健品生产批文等优质资产注入到另外三家关联企业名下，但某保健品公司签发给小股东的股权证上已注明该股权包含对该三家关联企业的权益，因此，在某保健品公司清算过程中，如小股东诉求不能得到满足，小股东必将维权扩展到该三家关联企业之上。如此，即使某保健品公司最终被清算关闭，大股东却也未必能保住该三家关联

企业。

(3) 对小股东而言，无论是之前提起的股东知情权诉讼、股东确权诉讼，还是目前提起的解散清算案，其根本目的在于保全其在某保健品公司及三家关联企业中应有的权益。只要小股东目的能够实现，主要问题解决了，之前的积怨应可放在次要位置。而在优质资产已注入另外三家关联企业的情况下，小股东想通过对某保健品公司的常规清算一次性实现权益，将很难达到，如果按部就班的发展下去，小股东可能需要对三家关联企业一家一家的提起的股权确权诉讼，而后一家一家的申请清算，这将是极其耗时、耗力的事情，且因时间过长，而三家关联企业均在大股东控制之下，这样一套“按部就班”下来，结果未知。因此，如果能借助某保健品公司清算程序，以某种公允的方式衡量并实现小股东权益，小股东一般会考虑和接受。

因此，虽然大、小股东之间进行了长达几年的诉争，但从双方各自利益点上看，清算和解对双方而言，将是双赢的结局，或者说将是对双方损失最少的方式。

### 三、在清算中探索股东清算和解的有利条件

在浦东法院审理小股东提起的公司解散之诉时，浦东法院也曾组织调解，但最终没有调解成功。事实上，在清算过程中探索股东清算和解，所寻求目标与当时法院组织的调解无异，均是寻求较为快捷、经济的解决方案。而在清算过程中探索股东清算和解途径，则多了以下有利条件：

(1) 相对宽松的期限条件。按《公司法》相关司法解释规定，强制清算应当在6个月内完成，如有特殊情况的，可以向法院申请延长清算期限。实务中，强制清算案件较多无法在6个月内办结，而向法院申请延长清算期限，法院一般也会准许。换言之，因清算案件的复杂性，法院对清算案件期限的容忍度要比一般诉讼案件期限的容忍度要高一些。本案中，因优质资产已注入另外三家关联企业，故在之前诉讼中，仅在某保健品公司范围内寻求和解方案是不可能达成的，而正因为有了相对宽松的时间，使得清算组可以在理清某保健品公司与三家关联企业关系的同时，在更大的范围内探寻大、小股东之间可能的和解方案。

(2) 法院适度介入，体现司法威严。强制清算与股东自行清算不同，强制清算在法院组织之下进行，如公司实际控制人或其他责任人员不配合清算，导致公司无法清算或无法全面清算的，则公司实际控制人或其他责任人员将向公司债权人、其他股东承担法律责任。因此，公司实际控制人或其他责任人员出于避免该法律风险，一般会配合清算组清算工作。本案中，每当清算工作遇到关键节点，法院也会通过召集股东大会和通知谈话的形式，进行相关协调和引导。因此，本家中虽然大股东尚存在一些对抗清算的情形（特别在清算工作开展初期），但在总体上，还是配合清算组进行了对某保健品公司、三家关联企业的审计工作和资产评估工作。

(3) 多途径探寻公司价值。可以说所有由股东提起的强制清算案件，均是因为股东对公司价值存在较大分歧。在强制清算过程中，清算组一般聘请会计师事务所协同对公司资产、负债情况进行清理，以探寻公司的真实价值。本案中，会计师事务所对某保健品公司、三家关联企业财务情况进行了合并审计，但最终因相关财务资料的欠缺，而无法出具无保留意见的审计报告。但事实上，该情形对小股东而言已是结果，可以想象，纵使小股东启动其他程序再开展审计工作，也不大可能产生其他更乐观的审计结果。故，清算组另辟蹊径，委托资产评估公司对某保健品公司、三家关联企业的资产进行了价值评估，并以股东大会决议文件的形式对企业的对外负债数额进行限定和分配，以此探寻企业价值。

(4) 清算组的促进作用。相比较于法院在诉讼中的调解，清算组可以更有针对性的促进和解工作。因为清算组通过开展清算工作，已相当了解公司相关情况，了解大、小股东之间矛盾的来龙去脉，了解大、小股东的大致想法和意图，甚至了解大、小股东的性格脾气。因此，当有机会撮合股东清算和解时，清算组便是最合

适的“中间人”，可以向大、小股东“讲事实、摆道理”，充当大、小股东沟通的媒介。本案中，大、小股东和解方案的协调工作，主要便由清算组在中间协调完成。

#### 四、股东清算和解的法律依据

一般而言，公司强制清算后，需形成清算方案，将公司财产分配完毕后，便注销公司。但因公司具有人和性，如公司股东又愿意一起经营公司，公司解散事由消失了，却也不一味追求注销关闭公司。最高院《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》第18条便规定：“公司因公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现，或者股东会、股东大会决议自愿解散的，人民法院受理强制清算申请后，清算组对股东进行剩余财产分配前，申请人以公司修改章程，或者股东会、股东大会决议公司继续存续为由，请求撤回强制清算申请的，人民法院应予准许”，第19条又规定：“公司因依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销，或者被人民法院判决强制解散的，人民法院受理强制清算申请后，清算组对股东进行剩余财产分配前，申请人向人民法院申请撤回强制清算申请的，人民法院应不予准许。但申请人有证据证明相关行政决定被撤销，或者人民法院作出解散公司判决后当事人又达成公司存续和解协议的除外。”可见，公司清算是因为公司出现了解散事由，而在公司解散事由消失时，由公司解散而引起的清算同样可以消失。

在某保健品公司清算一案中，虽然已由浦东法院作出公司解散判决书，但根据前述会谈纪要第19条规定，如股东又达成公司存续和解协议的，清算申请人仍可以向法院申请撤回清算。因此，在某保健品公司清算一案中，股东仍可以清算和解，仍可以向法院申请撤回清算。在该点上，清算组经向浦东法院请示，浦东法院也予以认可。

#### 五、股东清算和解方案的拟订

在股东相互不信任的情况下，股东和解方案只能由清算组拟订。

在某保健品公司清算一案中，优质资产已注入另外三家关联企业，公司自有财产已非常有限。因此，由某保健品公司向股东分配利润、收购小股东股权或通过减资退股的方式将股东权利折现给小股东等常规的和解方案，在本案中均行不通。基于本案的具体情况，唯有变现另外三家关联企业财产或将股权转让给第三人，才有可能促成股东和解。但在该案中，因另外三家关联企业债务情况并不明确，而股东要从所变现财产中获得分配，只能在三家关联企业清偿所有债务之后，这样，小股东在财产变现中能获得多少分配并不确定，而另一方面大股东出于后续经营的考虑也不大愿意出售资产。故经与大、小股东多次磋商，基本定下股权转让的股东和解途径。

同样，鉴于优质资产已注入另外三家关联企业，而某保健品公司向股东签发的股权证注明股权包含对该三家关联企业权益，故在拟订股权转让方案时，需将股东持有的某保健品公司股权及另外三家关联企业股权合并转让。至于各个股东在某保健品公司、三家关联企业的持股比例，因存在隐名持股的情形且股东之间曾就持股比例发生争议，故在拟订股权转让方案之前，显名股东、隐名股东均需先行对各股东持股比例进行书面确认。

本案中，某保健品公司及三家关联公司债务情况并不明确，而在股权转让模式下，受让人实质上要承接公司债务，故对于外部债务的处理，也成为拟订和解方案的重点。在本案中，经与大、小股东协商，由大股东对公司债务进行承诺和担保，小股东不负责公司债务但在股价上做一定让步，这样便取得了大股东、小股东、受让人三方利益的平衡点。

当然，以上仅是针对某保健品公司的具体案情而需处理的一些关键细节，不同案件，不同案情，在寻求和解方案时将会有不同的考虑和其他更为合适的操作方式。

#### 六、某保健品公司强制清算一案带来的启示和思考

### （1）重视股东清算和解

公司强制清算与企业破产清算基本属于同一范畴，均是通过清算的方式，概括了结公司所缔结的所有法律关系。两者的主要区别在于，强清中的公司财务状况要优于破产清算中的企业，强清企业资可抵债，而破产清算企业资不抵债。

然后，纵使对于资不抵债的破产企业，在企业尚有挽救可能时，《企业破产法》仍给予破产企业重生的机会，即破产企业可以申请重整或和解。实践中，法院对于是否宣告企业破产也是慎之又慎，均会再次向企业及其债权人确认是否尚有重整机会，如确无重整机会，法院才作出破产宣告裁定。相比较而言，强制清算企业要比破产企业更有挽救价值，强制清算企业财务情况较为健康，强制清算企业与银行、上下游企业关系相对稳定；强制清算企业保有相对稳定的职工队伍，可以维持企业正常生产和管理。与企业破产清算不同，如企业因股东争议而进去清算程序，一般便预示着企业存在较好的经营价值，因此才会引发股东相互争夺，而只要股东间争议不至于导致公司经营长期停滞，企业价值就仍然存在。而如股东间矛盾一旦调和，则企业原有的经营价值便得重现。因此，相比较于《企业破产法》对宣告企业“死亡”的审慎态度，理应更为慎重的对待强制清算企业的“重生”问题。

故笔者认为在公司强制清算程序中，清算组在根据《公司法》进行各项清算工作时，如同法院询问破产企业是否存在重整可能，应当征询股东对于清算和解的意见。如有任何一方股东表现出和解意愿的，不管该意愿是书面的还是口头的，也不管该意愿是一种概括表示还是具有和解细节的意思表示，清算组均应当将该和解意愿反馈给其他股东方。这在相互置气的股东眼里，极有可能被认为是一种友好的表示，极有可能由此开启和解大门。

### （2）善用清算组议事机制

最高院《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》对清算组的议事机制进行了规定，即对于相关清算事务的审议，经全体清算组成员过半数决议通过。清算组议事机制是一种集合意见以作出有效决定的机制，可以促进清算工作的顺利开展。而除此之外，清算组会议还兼具以下两种功能：

1、清算组会议是信息披露及沟通的平台。股东之间之所以发生争议，多数情况下是大、小股东对于企业经营情况、财务情况认知不对称所致，通过清算组会议这个平台，可以使大、小股东信息对称，排除一些误解、疑虑，使双方处于平等地位，增加双方磋商、和解的机会。因此，当股东也是清算组成员时，股东应当同其他清算组成员平等的获得相关清算信息，而当股东不是清算组成员时，清算组在讨论相关重要事项时，可以要求股东列席。

2、清算组会议是创造股东和解机会的平台。当清算组对清算中重要事务进行审议时，如审议事项为变现公司重要资产、讨论公司财务审计报告或者是否提起某项重大诉讼等，该事项的议定将基本确定公司清算走向，公司是“死”是“活”、大股东是否会面临更多“麻烦”、小股东可以在多久之后可以得到多少分配，大致可以估量。因此，当股东参与（或列席）讨论该等重要清算事务时，也是促进股东和解的良机，股东在这样一些重大决断之前，极有可能萌生和解意愿。

### （3）灵活确定清算和解范围

为适应激烈而复杂的市场竞争，企业经营模式可能也会变得相对复杂。如在本案中，某保健品公司与另外三家关联企业便分别掌握不同环节的生产要素，而在组织生产时相互协调，相向而行。这种现象在企业破产领域已多有发生，如企业合并破产、合并重整，便是因为企业之间存在无法切割的关联（或者说存在人格混同），

而导致唯有合并破产、合并重整方能解决企业本应的财产问题、债权债务问题。

在设计清算和解方案时，也需要考虑清算公司与其他关联企业的关系，如股东的部分权益与关联企业相关，则和解方案就不得不考虑突破清算公司的界限，而涉入另外的关联企业。在股东方有意和解的前提下，将和解方案涵盖其他关联企业并不困难，比之合并破产、合并重整要方便得多，毕竟凡关联企业，大、小股东合并持股数一般在关联企业享有多数表决权，通过行使表决权一般就可以解决和解方案中所涉及的关联企业问题。

#### （4）依法维护债权人权益

毋庸置疑，清算程序不仅仅是公司股东的事情，也与外部债权人利益息息相关，且按《公司法》规定，在公司清算时，债权人债权受偿在先，只有清偿债务后还有剩余财产的，股东才能分配剩余财产。那么在股东达成和解协议，使公司继续存续的情况下，公司作为承担债务的主体将继续存在，债权人是日后继续向公司主张债权还是公司应在股东达成和解之时清偿债权？

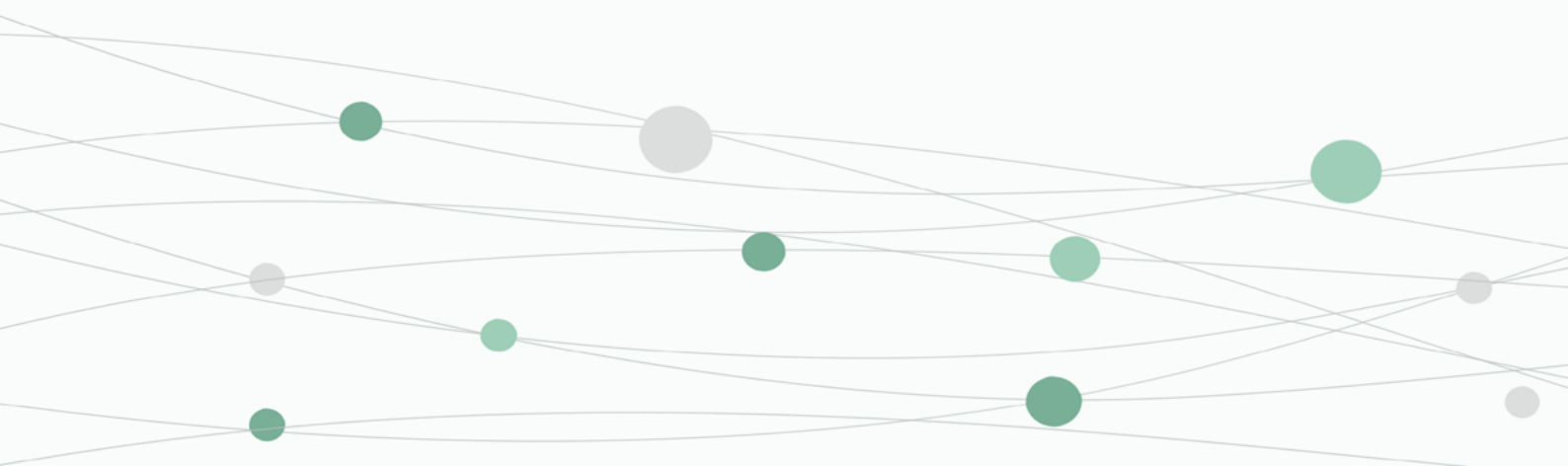
对此，笔者倾向于认为：对于未申报的债权，可以按公司与债权人之间既有约定处理，不一定需在股东达成和解时清偿；对于已申报的债权，公司应当予以清偿；对于尚未解除的双务合同，债权人可以要求公司提供担保。如公司不清偿债权，或者不提供担保的，法院应不接纳股东清算和解方案，清算程序应继续进行。主要理由为：

第一、在公司清算时，清算组负有通知债权人申报债权的义务，但债权人是否申报债权以及是否及时申报债权，决定权在于债权人，如债权人怠于申报债权的，相应法律后果由债权人自行承担。故，只要清算组适当履行了债权申报的通知义务，则对于未申报的债权，在股东达成和解协议时，可不予处理，债权人可在往后再向公司主张。而对于已经申报的债权，考虑到公司清算的核心目标便是向债权人清偿债务，这个目标，在法院裁定终结清算程序之前均不会改变，故只要债权人坚持公司清偿债务，公司便应当予以清偿，而不应受股东达成和解协议的影响。而对于双方均未履行完毕的双务合同，因公司清算属于可能影响公司履约能力的重大事件，按《合同法》规定，合同对方应当享有不安抗辩权，故如合同对方提出要求，公司应当提供相应的履约担保。

第二、在公司正常清算情况下，债权人债权将全额受偿，如股东达成清算和解并进而终结清算程序时，反而不全额清偿债务，有悖常理。况且，股东达成清算和解，意味着股东将从清算和解中获得比清算更多的利益，而在正常清算情况下，纵使股东对公司享有权益，也需在满足债权人权益后才能事项，故在股东实现自身权益之前，全额保全债权人利益，也是题中之义。


第三、在企业破产重整程序中，债权人对是否准予企业重整具有表决权，即使法院行使职权强行批准重整计划，也须充分保障债权人应有利益。以此为比照，在股东达成清算和解使得公司“持续”的强制清算程序中，也应确保债权人的应有利益，而债权人在强制清算中的应有利益便是债权得到全额清偿。


当然，在以上所述之外，也应该看到对公司债权的处理，也将是股东是否能够达成清算和解的因素之一。如所有债权人一致要求公司全额清偿债权，则股东和解便有可能因此难产。因此，在实践中，清算组，尤其是公司股东，应向债权人披露股东清算和解方案相关情况，在上述原则之下，与债权人灵活协商安排公司债权清偿事项，换取债权人及法院对股东清算和解方案的支持。



地址：上海市长乐路989号世纪商贸广场26楼

网址：[www.watson-band.com.cn](http://www.watson-band.com.cn)

 (86-21) 5292-1111;(86-21)6350-0777

 (86-21) 5292-1001;(86-21)6273-6366