

华诚律谈

二〇二一年上半年刊

华诚律谈编委会 编著



目录

▶ 知识产权

- 1、有展览权，“在线展览”就安全了吗？——疫情之下的作品“展览权”思……3
- 2、新《著作权法》下游戏企业的机遇与挑战……7

▶ 公司商事

- 1、名为股权转让实为借款的协议，不发生股权转让效力……14
- 2、借款协议无效，如何认定为其担保的股权转让合同的效力？……17
- 3、民法典对借款合同领域带来的新变化……20
- 4、公司章程中严格限制股权转让且约定股权回购的条款有效吗？……24

▶ 网络安全与数据保护

- 1、DEPA：数字经济的全球规则新样本……27
- 2、形成全社会“共建共治共享”的治理生态……29
- 3、“游戏无罪？童年万岁！”——浅谈游戏行业未成年人保……31
- 4、平衡个人信息权益保护与合理利用——对《个人信息保护法（草案）》修改的建议……34

▶ 破产与清算

- 1、公司不清算，股东并非无条件对公司债务承担连带清偿责任……36
- 2、《民法典》合同编总则若干新规则对企业破产的实践影响……39
- 3、刍议如何通过公司章程设计预防公司僵局……48

知识产权篇

有展览权，“在线展览”就安全了吗？ ——疫情之下的作品“展览权”思索

作者：吴月琴 谢怡

2020年，疫情无情地改变了世界，但生活仍要继续，文化和艺术如各大艺术基金会、美术展览馆、画廊等仍通过各种创新形式，包括线上网页、公众号、微信小程序等多媒体互动方式，展出了各类主题的美术作品，继续给人们以精神食粮和慰藉，为生活带来了特别的体验。

“在线展览”的出现令人惊喜，它解决了疫情期间展馆限流或是不能开放，亦或是人们难以出行等问题。然而，这一形式也带来了著作权相关法律问题的进一步思考——拥有美术作品馆藏原件的美术馆、展览馆，是否自然可以将原件展览权延伸至“在线展览”？

根据《著作权法》第十条，“展览权”是指公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利。“信息网络传播权”是指以有线或者无线方式向公众提供，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的权利。根据法律条文的字面含义判断，“线下展览”的形式无疑属于作品展览权的内涵。而“在线展览”是展览权内涵的延伸，还是因涉及到了网络的因素而被纳入信息网络传播权的范围？在美术作品的原件所有人与著作权人二者相分离的情形下，“在线展览”是归于展览权内容而属于作品原件所有人的权利范畴，还是归于信息网络传播权的内容而属于著作权人的权利范畴？

对此，本文基于对法律法规以及裁判案例的分析进行讨论和研究。

一、原件展览权跟随物权转移

著作权保护的是权利人的智慧成果，物权保护的则是权利人对物享有的直接支配和排他的权利。美术作品是权利人将自己的创作通过载体表达出来的一种物。如此，美术作品既落入了物权保护的领域，也落入了著作权保护的领域。当物权发生变动的时候，无论此物的所有人是谁，都不会动摇它的创作人是谁。由此，出现了著作权与物权相分离的情况。

依据《著作权法》的规定，美术作品的著作权与物权是相分离的，物权的变动不会导致著作权的变动。著作权权能中的“展览权”是跟随着作品原件一起转移的，由原件所有人享有。这一特殊规定是因为美术作品原件是唯一的，当美术作品原件所有权发生转移，著作权人对原件展览权行使会发生一些困难和冲突。权衡之下，规定原件展览权由原件所有人享有，原本属于著作权人的展览权也归于原件所有人，是物权对于著作权的限制，体现了保护文化传播、实现作品价值的理念。

在茅盾手稿著作权纠纷案中 [1]，二审法院南京市中级人民法院在判决中明确，“著作权客体的无形性决定了其表达方式需借助一定的形式或载体予以表现或固定，因此作品与载体具有非同一性。而且，作品与载体的权利归属是可以分离的，两者基于不同的法律关系发生权利变动，相互之间也不必然存在一致性”。2020年新修订的《著作权法》第二十条规定，“作品原件所有权的转移，不改变作品著作权的归属”。可见，美术作品的著作权并不随美术作品原件的转移而发生变化，美术作品原件所有者获得物权的同时，并不当然享有该作品的著作权。

二、“在线展览”属于展览权、还是信息网络传播权范畴？

“在线展览”是归于展览权内容而属于作品原件所有人享有，还是归于信息网络传播权而属于著作权人的权利范畴？目前有两种截止相反的观点。

观点一：“在线展览”属于展览权范畴

这种观点认为，“在线展览”属于对原件图像或照片的展出，即使是在公众号上面对公众，也是原件的所有权人在行使展览权的范围，只要展览的一方证明自己主观上没有恶意，也没有获取经济利益的意图，客观上并未给著作权人造成不良影响，在此情况下其“在线展览”行为应视为对其所有权的正当行使。

在张某某与韩某著作权权属、侵权纠纷一案^[2]中，韩某购买了张某某制作的花束，拍照发布在其朋友圈，张某某认为韩某的这一行为侵犯了其著作权中的信息网络传播权。针对此争议焦点，二审法院山东省济南市中级人民法院认为，韩某将涉案花束拍照后上传到微信朋友圈的行为，不属于《著作权法》规定的信息网络传播行为。因为其朋友圈的人数是特定的、有限的，韩某所发布的内容的受众仅限于特定群体，传播范围非常有限，并且韩某主观上没有恶意，也没有获取经济利益的意图，客观上并未给张某某造成不良的影响，在此情况下韩某的行为应视为韩某对花束的所有权的正当行使。法院另称，即便其是面向社会公众展示其购买的花束，仍属于行使展览权的范畴，也未侵犯张某某的著作权。

根据本案的裁判理由，原件所有人在朋友圈展示原件的照片属于展览权的范畴，即便是面向社会公众展示其购买的花束，仍属于行使展览权。从一般的推理来看，在公众号上的展示因为面向的是不特定的公众，那么应当包含在“面向社会公众展示”的情形中。根据该案的裁判逻辑，如果美术作品的原件所有人在公众号上展示美术作品，只要主观上没有恶意，也没有获取经济利益的意图，客观上并未给著作权人造成不良影响，在此情况下这一行为应视为对其所有权的正当行使，也应当是属于行使展览权的范围，没有侵犯著作权人的著作权。该案的裁判在业界仍有一定的争议。

观点二：“在线展览”不属于展览权范畴

展览权是美术作品所有者或购买者最为重视的权利之一，也是物权人合理使用其所有物的一种方式，但其行为的合法性本质上是作品物权赋予的，所以，美术作品所有人展览权的行使仅限于作品原件，而不包括复印件。

在茅盾手稿著作权纠纷案中，法院认为，“经典拍卖公司将手稿电子照片的数据信息上传至互联网，供公众任意浏览、复制、下载、打印、传播，侵害了信息网络传播权。”该案中，拍卖公司并非涉案手稿的“原件所有人”，只是受委托的拍卖方，且上传网络展示的手稿照片也非“作品原件”，而是“电子复制件。”法院在判决中强调了，美术作品所有人展览权的行使仅限于作品原件，并不包括复印件。上传网络展示的作品的照片也非“作品原件”，而是电子复制件。根据该案的判决逻辑，“在线展览”中所展出的“作品”就不能认定为是美术作品原件所有人展览权的行使。这种情况下，如果展览承办方没有获得著作权人对信息网络传播权的

授权，会被认定为展览承办方侵犯著作权人的信息网络传播权。

综上，“在线展览”的权利归属问题，从张某某与韩某著作权权属、侵权纠纷一案与茅盾手稿著作权纠纷一案的裁判逻辑出发，能够推导出两种截然不同的结论。依据茅盾手稿案的裁判逻辑，张某某与韩某案件的朋友圈照片便是电子复制件，并非美术作品的原件，韩某发布朋友圈的行为便不再是展览权的行使，而是信息网络传播权的范畴，应归属于著作权人享有。

三、“在线展览”若属于信息网络传播权，原件所有人能否主张作品的合理使用

“在线展览”若被认定属于信息网络传播权范畴，未被著作权人授予该权利的作品原件所有人，能否基于《信息网络传播权保护条例》第七条主张作品的合理使用？我们认为，大部分“在线展览”的形式并不能落入“合理使用”的范围之中。

《信息网络传播权保护条例》第七条规定了，特定的主体主张对作品合理使用的条款，即“图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等可以不经著作权人许可，通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品，不向其支付报酬，但不得直接或者间接获得经济利益。当事人另有约定的除外”。根据北京中文在线数字出版股份有限公司与被告南宁市兴宁区图书馆侵害作品信息网络传播权纠纷一案^[3]的裁判理由，这些特定主体合理使用他人数字作品**必须满足对服务对象的限制**。

从服务对象来看，第七条对于服务对象是有空间地域限制的，即在该馆馆舍内，从文义上理解，“馆舍”是一个物理空间，即实体的场馆建筑，馆舍内服务对象即指身处该实体建筑内的人。超出该空间地域范围的，则其服务对象将无限扩大，对著作权人和相关权利人的合法权益会造成损害，就不能适用该条款的规定。“在线展览”的形式是通过互联网提供展览服务，公众号的公开形式表明了这一“展览”的服务对象是不特定的公众，已经远远超出了场馆实体建筑内参观展览的人，服务对象无限地扩大了。因此，“在线展览”从这一角度就不能够满足“合理使用”的条件。

四、线上展览的合规风险提示

1. “在线展览”属于信息网络传播权的范畴

如上分析，从法条文义解释，展览权概念中，“公开陈列”，这一行为的主体是展览方，参观展览的人只能到达指定的展览地点来参观，展览地点是由展览方来决定的。而信息网络传播权概念中，“公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”，表明了公众可以自己选择时间和地点，地点是不特定的。“在线展览”这一形式中，公众可以自己选择时间，在自己的手机上，即“个人选定的地点”，获得作品。因此，仅从法条内容判断，“在线展览”应当属于信息网络传播权的范围。

著作权法规定了作品原件的所有人仅享有对原件的展览权。而“在线展览”的形式决定了其所展出的作品只能是原件的复印件。展览承办方即使是原件的所有人，“在线展览”也不符合对展览权的行使。

无论从概念的对比还是已有裁判看，我们倾向于认为，“在线展览”应认定为信息网络传播权的范畴。如果公众号仅仅依靠标题中写明“在线展览”来主张这是对展览权的行使的这一观点被支持，那么会导致这种方式被效仿，来规避侵犯信息网络传播权的法律责任。

2. “在线展览”不能被认为是合理使用

《信息网络传播权保护条例》第七条，对于合理使用的证明需要达到三个标准：（1）向本馆馆舍内服务对象提供；（2）展出的是合法出版的数字作品；（3）不得直接或者间接获得经济利益。“本馆馆舍内服务对象”被限制在物理概念内。

“在线展览”由于是在公众号上进行，其服务对象是不特定的公众，远远超出了美术馆、博物馆等场馆物理概念中的服务对象。并且，合法出版的数字作品需要得到著作权人的授权。因此不能支持“在线展览”是合理使用的主张。

3. 展馆举办线上展览的合规提示

展馆在进行美术作品展览时，应当注意美术作品著作权与物权相分离的情形。对于没有获得物权的美术作品，应当与著作权人签订完备的授予著作权的合同，以确保展览的整个过程，包括宣传等活动都在被授权的范围内进行。对于已经获得物权的美术作品，展馆应当注意避开对展览权以外的著作权的侵犯，在必要的情形下，仍然应当与著作权人签订授予相关著作权的合同，避免风险隐患。

新事物的出现很容易涉及到各项权利的模糊边界，导致法律风险的存在。因此，美术展览活动的主办方、运营方应对于作品各种授权的获得进行严格把控。涉及线上展览的形式，一定要确保获得信息网络传播权的授权。由此，方可放心为大家带来“美”的盛宴。

注释：

[1] 江苏省南京市中级人民法院 (2017) 苏 01 民终 8048 号民事判决书

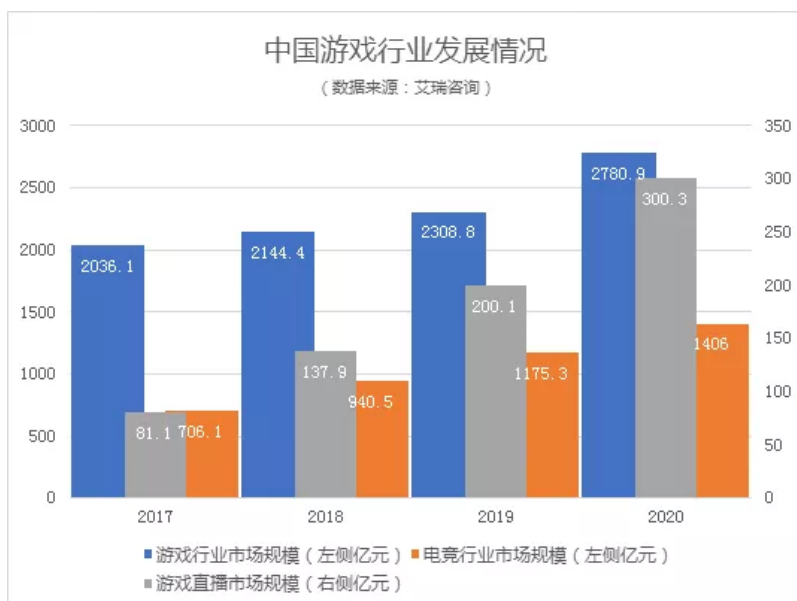
[2] 山东省济南市中级人民法院 (2017) 鲁 01 民终 998 号民事判决书

[3] 广西壮族自治区南宁市中级人民法院 (2014) 南市民三初字第 208 号民事判决书

新《著作权法》下游戏企业的机遇与挑战

作者：吴月琴 季晓锋

我国游戏行业发展迅速，游戏行业市场规模稳步提升，带动电竞行业与游戏直播市场规模不断扩大，游戏行业知识产权保护逐渐深化。本文从6月1日开始生效实施的新《著作权法》切入，预设游戏企业面临的六类知产保护具体场景，分别结合新法变化提出维权与合规建议。



一、新《著作权法》与游戏行业相关的规定变化概览

我们将与游戏相关的修改条归纳如下：

· 变更“电影及以类似摄制电影的方式创作的作品”类型为“视听作品”，取消“以类似摄制电影”的创作方式，扩大作品范围。

· 新增除电影、电视剧作品以外的视听作品的权属认定规则，规定当事人约定优先，无约定的，由制作者享有著作权。

· 新增合作作品的著作权行使规则，规定合作作者可以经协商一致行使权利；协商不一致的，不能阻止其他合作作者行使除转让、出质、许可专有使用以外的权利。

· 新增职务作品的作品形式“示意图”，示意图可以构成职务作品受到法律保护。

· 变更广播权的权利内容，明确无线转播行为受到广播权的规制。

· 变更职务作品发表权的保护期限，由发表之日起变更为创作完成之日起。

· 在复制权的行为模式中新增“数字化”。

· 细化避开或者破坏权利人技术措施的侵权行为的行为模式；细化故意删除或者改变作品的侵权行为。

· 新增惩罚性赔偿规定；提高著作权侵权的赔偿限额。

· 新增作品登记规定，著作权人可以向国家著作权主管部门认定的登记机构办理作品登记。

下文我们将结合这些变化，分析对游戏企业知识产权的影响。

二、游戏的作品性质与权属

场景一：玩家通过操作游戏产生连续动态画面，是否构成作品？权属归谁？

条文链接：

第三条本法所称的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果，包括：

……

（六）视听作品；

分析解读：

新《著作权法》将作品类型中的“电影与以类似摄制电影的方式创作的作品”变更为“视听作品”，变化在于取消以摄制方式创作作品的限制。此前关于游戏连续动态画面是否能受到法律保护的争议，焦点在于其是否属于著作权法所规定的法定作品类型。北京市高级人民法院《侵害著作权案件审理指南》第 2.14 条与广东省高级人民法院《关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》（以下称《广东高院网游案件指引》）第 17 条均已明确，运行网络游戏产生的连续动态画面，符合以类似摄制电影的方法创作的作品构成要件的，受到著作权保护。新法实施后，视听作品的构成要件不再要求作品是以类似摄制电影的方式创作的，游戏连续动态画面只要是独创性表达，即可通过视听作品加以保护。

明确了游戏连续动态画面的作品性质后，未来关注的焦点将聚焦到作品权属问题上。对于玩家是否有可能对游戏的连续动态画面主张著作权，存在不同观点。一种观点认为游戏连续动态画面体现的是游戏开发者对人物角色、情节走向等要素的独创性，玩家参与游戏所表现出的画面均是预先设定好的，不会超出厂商的预设，因玩家操作不同而导致的画面偏差并不构成实质差别，玩家没有加入新的独创性要素，因此不享有著作权。另一种观点认为，游戏的连续动态画面体现的是玩家的个性化判断和操作，玩家是该画面的创作者。^[1]

参考《广东高院网游案件指引》第 20 条的规定，若游戏画面系游戏程序根据游戏用户操作指令、按既定规则调用游戏开发商预先设置的游戏元素自动生成，该用户操作行为不属于创作行为，不影响对游戏画面的定性判断。若游戏为用户预留创作空间并提供创作工具，游戏用户在游戏预设的视听表达范围以外创作了其他表达元素，相关创作成果符合作品构成要件，该游戏用户作为相关创作成果的作者享有相应著作权。

根据上述规定，可以认为一般情况下游戏开发商是游戏连续动态画面的著作权人，玩家对其操作游戏产生的游戏画面不能主张著作权。但存在例外情况，若开发商的游戏性质属于可为玩家预留创作空间的游戏，则玩家也能通过独创性表达成为作者。在此情况下若作品构成视听作品，还须考虑视听作品的权属规则与合作作品的权利行使规则。

合规建议：

游戏开发商应对自身开发的游戏类型进行判断，明确玩家在游戏游玩过程中是否可能在预设的试听表达效果以外进行独创性创作。为与玩家就游戏画面视听作品的权利归属产生争议，企业可考虑通过预先声明的方式，明确与玩家间的著作权归属，并就企业是否可以获得玩家创作作品的著作权授权进行约定。

此外，需要注意的是，对于某些给用户预留创作空间较大的游戏，用户存在其创作的内容违法或侵犯他人权利的可能。因此，建议开发该类游戏的企业就相关风险向玩家提示，并明确由其自行承担，与企业无关。

场景二：玩家经过许可在直播平台进行游戏直播，直播画面是否构成新的作品，权属归谁？

条文链接：

第 17 条视听作品中的电影作品、电视剧作品的著作权由制作者享有，但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权，并有权按照与制作者签订的合同获得报酬。

前款规定以外的视听作品的著作权归属由当事人约定；没有约定或者约定不明确的，由制作者享有，但作者享有署名权和获得报酬的权利。

第 14 条第 2 款合作作品的著作权由合作作者通过协商一致行使；不能协商一致，又无正当理由的，任何一方不得阻止他方行使除转让、许可他人专有使用、出质以外的其他权利，但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。

第 12 条在作品上署名的自然人、法人或者非法人组织为作者，且该作品上存在相应权利，但有相反证明的除外。

分析解读：

游戏的直播画面是否构成新的作品，关键在于判断直播画面是否属于新《著作权法》规定的作品类型或者符合独创性表达的作品特征。通常情况下游戏直播画面以游戏运行的连续动态画面为主要内容，同时可能包含游戏直播者的解说、直播者的动作表现，在游戏赛事直播过程中还可能包含直播平台的主持画面、赛事现场画面、玩家现场表现、游戏赛况等内容。游戏直播画面充当了运行中游戏的承载载体，直播平台通过网络信息传播等方式将具体的画面及音频呈现在观看者的手机、电脑、电视屏幕上。因此，游戏连续动态画面本身的独创性配合以直播画面作为表达载体，可以构成作品，且应被归于视听作品的类型加以保护。

游戏直播画面与单纯游戏连续动态画面的区别在于是否有玩家的动作与解说、赛事赛况与现场画面、直播平台的主持与剪辑等因素加入到画面内容之中。由于直播以游戏运行画面为主要内容，直播画面的作品性质不会改变。焦点是直播画面的作品权属问题，关键在于判断直播参与者是否进行独创性创作，在画面中加入了独创性因素，这需要视具体情况分类。第一种，直播仅仅是客观地记录玩家操作游戏的过程，将游戏开发者预先设计好的场景内容表达出来的同时没有新增新的独创性内容。第二种，直播中加入了玩家或直播者的解说，需具体分析其解说内容是否具有独创性，如果具有独创性，则其解说与游戏画面能够共同构成的新的视听作品。第三种，直播平台对电竞赛事进行直播，需具体分析直播平台对整个赛事过程是否加入独创性因素，进一步判断是否构成新的视听作品。^[2]

参考《广东省高级人民法院关于网络游戏知识产权民事纠纷案件的审判指引（试行）》第 19 条的规定，游戏主播个人进行的，以自己或他人运行游戏所形成的游戏连续动态画面为基础，伴随主播口头解说及其他文字、声音、图像、动画等元素的直播画面，符合以类似摄制电影的方法创作的作品构成要件的，应予保护。若直播画面伴随的主播口头解说及其他元素仅系对相关游戏过程的简单描述、评论，不宜认定该直播画面独立于游戏连续动态画面构成新的作品。

对于前述的后两种情形，由于可能涉及到多个作品以及各作品间的关系问题，玩家、直播平台和游戏开发商间的权属问题会较为复杂，并存在认为共同创作出新的视听作品，且属于除电影、电视剧作品以外的视听作品的可能。根据新《著作权法》第 17 条第 2 款，非电影、电视剧作品的视听作品，权属由当事人约定，若没有约定或者约定不明确的，由制作者享有。若玩家直播过程中加入了独创性的解说、动作等要素，将与游戏开发商共同成为新的视听作品的制作者。直播平台进行独创性剪辑、取舍，也能与玩家和游戏开发者共同成为作品的制作者。

当玩家、直播平台与游戏开发商成为视听作品的共同作者时，将牵涉到新《著作权法》第14条关于合作作者行使权利的新规定。合作作者可以就权利行使方式进行协商。风险在于，若合作作者不能协商一致，任何一方不能阻止其他合作作者行使除了转让、出质、许可专有使用以外的权利，权利行使的空间非常大，可能对游戏开发商带来不利影响。

合规建议：

游戏开发商在许可玩家与直播平台进行游戏直播、赛事直播时，应通过用户协议、直播协议等方式明确各作品间的关系，明确各自的作品权属，并就可能产生的新的视听作品的权属进行约定。若游戏开发商同意与玩家或者直播平台共同创作合作作品，应事先约定可能产生的合作作品的权利行使范围。

三、应对游戏侵权问题

场景三：直播者或者直播平台未经许可对游戏内容进行网络直播，游戏开发商能否主张侵权？如何主张？

条文链接：

第10条第11项：广播权，即以有线或者无线方式公开传播或者转播作品，以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利，但不包括本款第十二项规定的权利；

分析解读：

当游戏运行中的连续动态画面构成作品时，网络游戏直播行为是否属于侵权行为，侵犯了何种著作权权利是实践中的难点问题。在“网易公司诉华多公司‘梦幻西游网游直播’案”中，广东高院指出：游戏直播不属于无线广播，且游戏直播并非先接收到无线广播的作品继而通过信息网络进行传播，而是直接向公众传播作品的行为，故也不属于广播权调整控制的另两种行为，属于“应当由著作权人享有的其他权利”。^[3]

新《著作权法》将广播权由原来的“以无线方式公开广播或者传播作品，以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品”修改为“以有线或者无线方式公开传播或者转播作品”。旧法规定的行为模式包括两类：一是对任何作品，以无线的方式进行传播或者广播；二是对初始传播方式为无线广播的作品，以有线的方式进行传播或者转播。旧法对初始以有线方式进行传播的作品，不纳入广播权保护的范畴，游戏直播行为涉及到通过互联网有线传播的方式传播游戏作品，不属于旧法广播权调整的范围。新法规定的广播权行为模式不再将作品根据初始传播方式进行分类，对于所有作品，只要是通过对有线或者无线的方式进行传播或者转播，都纳入广播权保护的范畴。笔者认为，游戏直播行为应属新法规定的“通过有线方式公开传播或者转播作品”，游戏作品的著作权人可通过主张广播权维护自身权益。现实操作中的问题在于，游戏开发商如何及时发现未经授权的网络直播行为，如何及时制止，这涉及网络直播平台的合理义务。

在网络游戏直播行为是否侵犯广播权问题之外，另一个问题是未经许可的网络游戏直播能否构成合理使用？不同学者有不同观点，王迁教授认为需要考虑转换使用的可能性，观看直播者的目的可能不是欣赏直播的画面，而是学习操作的技巧和方式，转换了作品的功能，可以构成合理使用。《网络游戏知识产权保护白皮书》指出，主播的解说与平台的剪辑等工作仍然达不到转换性的高度，网络游戏直播仍以游戏画面为核心内容，不能构成合理使用。

维权建议：

鉴于该问题仍存在一定分歧，新《著作权法》在广播权的适用上尚待检验，因此企业应做最全面的准备。我们认为，企业可以通过与直播者、直播平台的协议事先明确直播行为的性质，最大限度维护自身权益。

而对于已经侵权的直播行为，游戏开发商则应及时采取措施，维护自身权利。

场景四：游戏企业发现架设“私服”行为，是否有更多可以主张的权利基础？如何主张侵权？如何维护自身权益？

条文链接：

第 10 条第 5 项：著作权包括下列人身权和财产权：

（五）复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的权利；

第 49 条为保护著作权和与著作权有关的权利，权利人可以采取技术措施。

未经权利人许可，任何组织或者个人不得故意避开或者破坏技术措施，不得以避开或者破坏技术措施为目的的制造、进口或者向公众提供有关装置或者部件，不得故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务。但是，法律、行政法规规定可以避开的情形除外。

本法所称的技术措施，是指用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品或者通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件。

第 51 条未经权利人许可，不得进行下列行为：

（一）故意删除或者改变作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播、电视上的权利管理信息，但由于技术上的原因无法避免的除外；

（二）知道或者应当知道作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播、电视上的权利管理信息未经许可被删除或者改变，仍然向公众提供。

分析解读：

私服，即私自架设的服务器，是未经许可非法获得服务器端安装程序之后设立的网络服务器。违法行为人直接获取游戏数据资源并以此盈利。从以往司法实践看，最高法、最高检、公安部《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》第 12 条已将利用“私服”复制游戏素材牟利行为定性为侵犯著作权罪。4 月 26 日上海警方通报称侦破全国首例“三端互通”侵犯网络游戏著作权案，犯罪嫌疑人提取正版游戏素材、修改游戏代码、上线盗版游戏非法牟利，涉嫌侵犯著作权罪。^[4]

私服侵犯游戏作品著作权的行为模式一般表现为复制游戏数据、截取游戏素材，新《著作权法》赋予著作权人有力的数据保护手段。一方面，新《著作权法》新增视听作品的作品类型，肯定了游戏企业对具有独创性的游戏画面作品具备权益基础。另一方面，新《著作权法》在复制权的行为模式中新增“数字化”，明确了复制游戏作品的行为，可以被认定为侵犯复制权。新《著作权法》实施后，明确了游戏画面的作品性质，明确了通过数字化侵犯复制权的行为方式，游戏企业主张侵权损害赔偿与追究行为人刑事责任都有了更加明确的法律依据。

其次，正版网络游戏厂商会在游戏启动界面或者游戏结尾处标注厂商名称等权利管理信息，而盗版私服游戏往往仅截取部分正版游戏素材与数据加以利用，在私服中删除了权利人的权利管理信息。根据新《著作权法》的规定，删除权利管理信息的行为构成著作权侵权，游戏著作权权利人可依此要求行为人承担侵权责任。

此外，新《著作权法》细化了故意避开或者破坏权利人所采取的技术措施的行为模式。大多数情况下游戏开发者会对游戏软件采取技术措施使他人无法获取、阅读、复制其软件数据。当游戏符合计算机软件作品类型

时，权利人为避免他人获取软件数据所采取的技术措施也受新《著作权法》的保护。私服架设者获取游戏素材进而建立私服的前提便是避开或者破坏开发商设置的技术措施，以复制相关游戏素材。权利人可以依据新《著作权法》第 49 条要求私服架设者承担侵权责任。

维权建议：

游戏企业应首先确保享有相关作品的著作权以及相关权利，在符合独创性的视听作品、美术作品中设置水印进行署名，添加权利管理信息。针对开发的游戏软件，若构成计算机软件作品，应采取必要技术措施避免软件数据被他人截取，以便采取多元手段维权。在发现私服侵权行为后及时固定证据，采取保全措施。

场景五：游戏企业遇到著作权侵权案件，主张民事赔偿有哪些新规则？赔偿范围有哪些新规定？

条文链接：

第 54 条侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人因此受到的实际损失或者侵权人的违法所得给予赔偿；权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的，可以参照该权利使用费给予赔偿。对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。

权利人的实际损失、侵权人的违法所得、权利使用费难以计算的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五百元以上五百万元以下的赔偿。

分析解读：

新《著作权法》对著作权侵权案件损害赔偿的范围作了如下规定：第一步，按照实际损失或者违法所得计算；若难以计算，第二步，按照权利使用费计算；第三步，对情节严重的侵权行为，给予上述费用 1 倍以上 5 倍以下赔偿。若上述费用均难以计算的，由人民法院酌情判定 500 元以上 500 万元以下赔偿，赔偿上限由原来 50 万元大幅提升至 500 万元。

维权建议：

为避免损失难以计算的情形，企业应在日常经营过程中明确记录其通过经营游戏软件、授权专有使用、授权直播等业务获得的收益。同时，在侵权发生时，应尽可能固定侵权方恶意侵权证据，以便主张惩罚性赔偿从而更好地维护自身权利。

四、游戏企业员工创作作品的合规问题

场景六：游戏开发商职工为完成工作任务，利用企业提供的物质技术条件创作出游戏地图、道具示意图、结构示意图，开发商能否主张权利，如何保护自身利益？

条文链接：

第 18 条第 2 款：有下列情形之一的职务作品，作者享有署名权，著作权的其他权利由法人或者非法人组织享有，法人或者非法人组织可以给予作者奖励：

（一）主要是利用法人或者非法人组织的物质技术条件创作，并由法人或者非法人组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、示意图、计算机软件等职务作品；……

第 23 条第 2 款法人或者非法人组织的作品、著作权（署名权除外）由法人或者非法人组织享有的职务作品，其发表权的保护期为五十年，截止于作品创作完成后第五十年的 12 月 31 日；

分析解读：

司法实践过程中已有判例明确游戏示意图可以构成作品，受到法律保护。深圳中院判《穿越火线》游戏地图为图形作品的示意图。[5] 该案中法院指出：游戏场景地图的白盒设计是较为重要的部分，其独创性在于对游戏地图的路线、掩体设计（包括掩体位置、大小和高度）、空间、距离、高低、方位、区段等体现游戏进程的设计，而上述要素包括掩体高度、空间距离、高低等又必须与游戏角色能力（数值数据）相配合，引导玩家有意识的发现设计策划布局的游戏线路，体现游戏设计的玩家对抗性和趣味性，从而实现游戏预设目标，可作为作品保护。

游戏开发商对游戏地图等示意图享有著作权，不仅需要防范企业外部未经许可进行复制使用等侵权行为，也需要对企业内部职工创作示意图进行管理。原《著作权法》在职务作品中没有列明示意图的作品形式，其价值未被正式认可。新《著作权法》将示意图列入职务作品的具体形式，表明立法者对该种形式的职务作品加以重视，督促企业关注分派给职工的工作内容的性质，明确用人单位与职工的权责，减少与避免相关纠纷。

职工在工作过程中创作出具有独创性的示意图，而游戏开发商未予重视的风险在于，新法将职务作品发表权的保护期限由发表后 50 年提前至创作完成后 50 年。职工在创作完成后，开发商就可以主张权利，及时避免职工提前泄露产品内容，以及应对核心员工跳槽引发的游戏核心内容权属纠纷。

合规建议：

游戏开发商在日常分派工作任务过程中应明确工作内容和要求并进行记录，及时了解职工创作的具体内容以及工作进度，定期要求反馈。企业应告知职工所设计创作的内容的具体性质，告知员工在离职后对相关作品的保密义务和法律后果。另一方面，对新入职的游戏设计员工应采取履历审查，充分了解其在入职前是否存在已经确定权属的职务作品。

结语

游戏行业的持续发展离不开法律法规的多方保护。立法者为游戏行业献上一份新《著作权法》，用得好则事半功倍，用不好则玉石俱毁。新法实施对游戏行业既是机遇，也是挑战，只有善用规则者能够顺水推舟，到达更广阔的天地。

注释：

[1] 参见中国版权协会与上海交大知识产权与竞争法研究院：“网络游戏知识产权保护白皮书”。

[2] 参见“版权理论与实务杂志”微信公众号：“游戏直播画面中的著作权法律问题研讨会综述”。<https://mp.weixin.qq.com/s/Q6dips539f56zFjVOZkQ1A>

[3] 参见“广州网易计算机系统有限公司与广州华多网络科技有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷上诉案”，广东省高级人民法院 (2018) 粤民终 137 号民事判决书。

[4] 参见“知产力”微信公众号：“新法修订后首例‘视听作品’刑事样板案，或开启游戏行业强知产保护”。https://mp.weixin.qq.com/s/PuxwbKIM_IhsQ8vp9bopyQ

[5] 参见广东省深圳市中级人民法院 (2017) 粤 03 民初 559 号民事判决书。

公司商事篇

名为股权转让实为借款的协议，不发生股权转让效力

作者：周雪爽律师团队

实践中，股权转让交易行为中经常会出现的一种情况：双方签订股权转让合同，但并未及时交付股权，而是约定了回购期，其目的在于一方获得借贷资金，另一方获得出借利息。

在这种情形下，双方当事人的法律关系究竟是股权转让还是民间借贷呢？本文通过最高院的典型案例来作解读分析。

以案说法

案例：李金喜诉刘忠山等民间借贷纠纷案【（2016）最高法民终 435 号】

裁判要旨

名为股权转让实为借款的《股权转让协议》，因当事人的真实意思为借款，《股东转让出资协议》属股权担保性质，所以并不产生股权转让协议的效力。

基本案情

2012年6月21日，李金喜、刘忠山签订《股权转让合同》，约定李金喜作为出让方将其持有的嘉元公司5%的股权转让给刘忠山，价款为2亿元。两年内李金喜有回购权，李金喜未回购转让的股权前，已收取的股款视为借款，以月息2.1%按季支付利息。两年内若未回购股权，则该股权永久归刘忠山所有。双方实际转让的股权数以李金喜实际收款为准，核定比例。在回购期间内，该转让股权暂不办理股东、股权变更登记手续。股东权利仍由李金喜行使，股东义务亦由李金喜承担，盈亏均归李金喜。刘增、张王在作为履约保证方达成协议。

合同约定的两年期内，刘忠山向李金喜支付股款1.75亿元，两年期满后支付0.25亿元，共计2亿元。两年期内，李金喜支付利息0.43亿元，两年期满后支付利息0.31亿元，共计0.74亿元。

法院判决

法院认为：股权转让法律关系中，作为出让人，合同目的系出让其所有的股权以取得股权的对价；作为受让人，合同目的系支付股权对价，以取得相应的股权，享有目标公司资产收益、参与重大决策和选择管理者等股东权利。而民间借贷法律关系中，作为出借人，合同目的系出借本金，在借款期限届满后取回本金及相应利息；作为借款人，合同目的系向出借人借得本金，在借款期限届满后返还本金及相应利息。在本案中，当事人的行为不具备股权转让法律关系的特征，应当将民间借贷法律关系作为本案的基础法律关系审理。

1、关于利息。股东转让法律关系中，股权出让款一般应予及时结清，双方当事人无须对利息作出约定。约定利息及利息的数额，是民间借贷法律关系的主要特征。在本案中，当事人双方约定，“李金喜未回购所转

约定利息及利息的数额，是民间借贷法律关系的主要特征。在本案中，当事人双方约定，“李金喜未回购所转让的股权前，已收取刘忠山的股权转让价款，视同李金喜借贷刘忠山的款项，以月息 2.1% 按季支付利息，即在每季的 30 日前支付上季利息”，该条款的约定，显然是将股权出让款作为本金并据此计算利息。在合同的履行过程中，双方亦依约结算并给付了相应的利息。

2、关于拟转让股权的份额和价金。在股权转让法律关系中，拟转让的股权份额和价金是明确、具体的，而在本案中，虽《股权转让合同》约定李金喜将其持有的嘉元公司 5% 股权转让给刘忠山、转让对价为 2 亿元，拟转让的股权份额从表面上看明确、具体，但合同第 6 条第 2 款约定，“双方实际转让的股权数以李金喜实际收款为准，核定比例”，实际上本案合同并未确定转让股权的明确份额和价金，而是以刘忠山实际支付给李金喜的款项另行核定。该约定与股权转让法律关系的特征及其交易惯例不符，亦不符合常理。

3、关于拟转让股权的交付。双方签订的合同约定，“在回购期间内，该转让股权暂不办理股东、股权变更登记手续。股东权利仍由李金喜行使，股东义务亦由李金喜承担，盈亏均归李金喜”，股权转让合同的合同目的之一在于及时获得目标公司的股权，从而实现买受人对目标公司的股东权利，因此，即时交付股权，是股权转让合同的重要特征之一。本案《股权转让合同》签订之时，李金喜未即时约定办理股权工商变更登记的时间，而是约定履行期间届满，李金喜丧失所谓回购权之日起一个月内办结股东、股权的工商变更登记，该约定亦与股权转让法律关系的特征及其交易惯例不符，该股权实质应为李金喜对刘忠山履行还款责任的担保。

……

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。

区分股权转让和民间借贷

界定名为股权实为借款，应进行以下逻辑研判：

首先，带有回购条款的股权转让合同的性质。从双方的合同目的及真实意思表示分析。股权转让的合同目的及真实意思表示是公司股东依法将自己的股份让渡给他人，使他人成为公司股东的民事法律行为。民间借贷合同的目的主要是融资和收益。如果转让人的合同目的不是通过股权转让取得股权转让款，而是通过出具股权转让收条后，未实际转让股权所有权的情况下，先行取得受让人支付的名义上的股权转让款作为借贷资金并支付利息，那么实质上股权转让并未实际发生，转让人是为了获取一定时间内一定数量的资金的使用权，受让人仅仅得到股权转让的“空头支票”。故当事人双方的真实意思表示并非转让股权而是借贷资金。

其次，从合同相关内容上分析。实践中，股权转让合同应具备如下条款：1、法律主体资格、股权转让的背景、意思表示和合同标的条款；2、目标公司介绍；3、转让方持股数量、所占比例，转让的股份和权益内容；4、受让方情况；5、双方的权利义务；6、股东会决议情况，其他股东对于转让方转让股权的意思表示和行为表现等。如果合同中未明确约定具体转让持有的股权份额和价款，未明确双方权利义务，未载明其他股东对于转让方转让股权的意思表示，则合同内容严重缺失，不符合股权转让合同的形式要件和实质内容。而民间借贷关系中，必然会涉及合同关系中对于利息、还款期限等的约定，约定利息是民间借贷关系的主要特征。反观股权转让关系中，股权转让款一般及时结清，无需对利息作出约定。

最后，从双方的实际履行行为分析。由于双方收条约定内容不够详尽，从双方实际履行行为亦可判断其法律行为的性质。一般情况下，入股后，股权受让人依法享有基本的经营决策权、知情权、监督权等对于投资企业的经营管理，如果受让人与转让人签订股权转让协议，该协议中并没有对于受让人实际参与或者管理被投资企业事务的约定或受让人事实上并不参与上述的管理的，一般会被认定为借贷关系；在名为投资实为借贷的情况下，受让人并不履行法定出资程序，即作为股东或者合伙人进行工商登记。工商登记一般是法定出资程序的重要一环，出资后其作为股东的身份会依法进行登记公示，这种履行了法定出资程序的一般是股权转让关系。如果只是名为股权转让，但仅是利用受让人的资金，并没有进行工商登记的，则民间借贷关系可能性较大。

综上，对名为股权转让，实际上双方合同目的是为了融资和收益，合同内容符合民间借贷借款收息的合同要素，且已经实际履行了借款收息的行为的，应认定为实为民间借贷法律关系。

实务指引

名为股权转让实为民间借贷是指以投资入股作为外在表现形式，而实质形成的是民间借贷权利义务关系的民事行为。因投资入股形成的法律关系与民间借贷法律关系在资金性质、主体权利义务承担、主体地位、资金来源、资金用途等方面存在区别。

1、股权转让关系中，股权受让人支付股款的对价为目标公司的股权，合同有效存在的情况下不得要求返还股款，更不得要求支付利息；相反，民间借贷关系中，出借人可根据合同请求偿还借款、支付利息。受让方是否承担公司经营风险、是否约定投资到期退出、股权转让价格是否合理、是否办理了股权变更登记、是否存在其他担保、是否另行签订《借款合同》，将成为法院判断合同性质为股权转让或是民间借贷的关键。其前提为存在明确的合同约款，对合同的履行情况进行充分举证，因而在交易安排上，选择此类以股权转让为名的合同提供借款对于债权人而言有一定的风险。

2、对于此类名为股权转让，实为融资借款，股权转让仅仅系作为向出借人“质押”形式为借款进行担保的情形下，对于固定收益的约定可能超过法律规定的民间借贷的利率范围，法院在审理该类案件时可能会涉及到对于“回购价款”也就是利息部分的主动调整。如果该利率超过《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》规定的年利率36%上限的，超过部分会被认定为无效。例如，2019最高法民申4490号案例中，法院认为，“因双方之间系民间借贷关系，故《合作协议》中750万元保底利润的约定，实为双方对利息的约定，而该利率已经超出了法律允许的范围，故原审依据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，将案涉借款利率调整为24%适用法律并无不当。”

借款协议无效，如何认定为其担保的股权转让合同的效力？

作者：周雪爽律师团队

在融资活动中，除正常的股权抵押融资外，经常出现以股权转让为担保的融资方式。那么，借款协议无效后，因履行担保义务而签订的股权转让合同的效力应当如何认定呢？

以案说法

案例：张德俊与赵晓平、山东省企业托管经营股份有限公司股权转让纠纷【最高院（2012）民提字第117号】

裁判要旨

为借款提供担保事前签订受让人未知的股权转让协议，在借款协议已被生效判决确认为无效时，股权转让协议并不必然无效。股权转让协议虽因借款协议而派生，但股权转让协议显然属于另一法律关系，其内容亦不为我国法律法规所禁止，因此，借款协议的无效不能必然地导致股权转让协议无效，股权转让协议的效力应当依据其本身的效力要素进行审查和认定。

基本案情

2005年5月，托管公司与含章公司、赵晓平等共同签订《借款协议》，约定托管公司借款500万给含章公司；赵晓平以其持有的托管公司股权对上述借款提供担保；如含章公司不能按时还款，则赵晓平的股权转让款应首先用于归还含章公司欠托管公司的款项。赵晓平全权委托托管公司转让上述股份，并事先签订空白股权转让协议书。

借款到期后，含章公司仅向托管公司偿还了10万元，余款未还。

2007年6月，托管公司将赵晓平所持股权转让给张德俊，张德俊支付了股权转让款。

2007年6月24日、25日，赵晓平在《齐鲁晚报》刊登声明，称没有转让所持有托管公司股权的意愿和计划，现在不委托托管公司转让上述股权。

托管公司向中院起诉，请求判令含章公司偿还借款500万元及利息，赵晓平等履行担保责任。2007年11月，中院作出判决，认定该借款行为无效。

由于各方对案涉股权转让协议产生争议，张德俊提起诉讼，请求确认其与赵晓平、托管公司的股权转让行为有效，张德俊具有股东资格。

本案经山东省高级人民法院、最高人民法院审理，最后判决该股权转让协议有效。

法院判决

纵观本案事实，借款协议明确约定由赵晓平以其持有托管公司的全部股份对含章公司的借款及违约责任提供质押担保。

本案股权转让协议的合法性、有效性涉及诸多方面，包括赵晓平对托管公司的授权是否合法存在、股权转让程序是否合法、借款协议无效是否必然导致股权转让协议无效以及股权转让协议本身的效力问题。

1、关于赵晓平的授权。

根据本案查明的事实，赵晓平在借款协议中明确授权托管公司在含章公司不能按时归还借款时转让其公司股份并优先用于归还借款，相关各方还事先签订了股权转让协议以便执行。至托管公司实际办理转让股份时，赵晓平不仅未承担担保责任，而且从未撤回对托管公司的上述授权。2007年6月19日的会议纪要虽记载了赵

晓平不再继续提供担保的事实，但不能构成对托管公司转让赵晓平股份授权的撤回。托管公司在办理本案股权转让事宜时，赵晓平的授权依然合法存在。赵晓平于2007年6月24日、25日在《齐鲁晚报》上刊登声明称“自本声明之日起，现在不委托托管公司以每股1.26元或任何价格转让上述股权”，该声明发生在股权转让行为发生之后，不能影响此前已经发生的股权转让行为的效力。

2、关于股权转让程序。

托管公司的章程规定了公司股东转让公司股份时其他股东享有的优先购买权，托管公司在办理转让赵晓平股份事宜时，事先向公司其他所有股东发出了购买股份的通知，同时也办理了解除股份质押手续，因此，托管公司在办理转让赵晓平股份事宜时履行了公司内部程序，符合公司章程及相关法律的规定，本案股权转让在程序上没有瑕疵。

3、关于借款协议与股权转让协议的关联性。

本案借款协议属于企业之间的借贷，已被生效判决确认为无效。本案股权转让协议系因借款协议而派生，两者之间存在一定的关联性，但股权转让协议显然属于另一法律关系，其目的与宗旨不同于借款协议，其内容亦不为我国法律法规所禁止，因此，借款协议的无效不能必然地导致股权转让协议无效，股权转让协议的效力应当依据其本身的效力要素进行审查和认定。

4、关于股权转让协议的效力。

股权转让协议的效力涉及协议主体、客体及内容三个方面。从主体看，赵晓平合法拥有托管公司股份，有权依照法律和公司章程的规定以特定价格转让其股份；托管公司作为目标公司和受托方，有权同时亦有义务依据公司章程和委托人的委托办理股权转让事宜；张德俊作为受托人，在公司其他股东未行使优先购买权时，有权依照公司章程的规定购买转让方拟转让的股份。本案并无证据证明其受让股份存在恶意，张德俊受让股份的资金来源于公司其他股东本身并不为法律法规或者公司章程所禁止。从客体看，本案股权转让方所转让的股份并非为法律所禁止的转让物。从内容看，赵晓平在股权转让协议中事先填好了转让方、拟转让的股份数额、转让价格、违约责任、争议解决方式，承诺拟转让的股份未设定任何抵押、质押等担保物权，并在转让方处签字、盖章，构成了确定的要约，一旦受让人承诺，股权转让协议即告成立。本案股权转让协议之内容，正是因受让方张德俊的合法、有效承诺而确定的。由于协议内容系转让方和受让方的真实意思表示，亦不为我国法律法规所禁止，股权转让协议第八条还明确约定“本协议自三方签字盖章之日起生效”，故本案股权转让协议已于2007年6月22日发生法律效力。一、二审判决认定本案股权转让协议无效缺乏事实和法律依据，依法应予纠正。

此外，股权转让的价格是否合理也是衡量股权转让协议效力的因素之一。但因无评估机构对股权转让时的股份价值进行评估，本院目前尚难以认定本案股权转让价格是否合理。何况，价格是否合理，是否存在差价损失的争议不是本案审理范围，本院对此事实不予审理。双方对此存在争议，可另循法律途径解决。

实务指引

1、从担保人角度看，仅签署担保合同，在借款合同被认定无效时，担保合同也被认定无效，此时无需履行担保责任。而担保人如果与借款人签署了附条件生效的股权转让协议，这样只要条件满足，股权转让协议便生效，就必须履行。

2、从股权受让人角度看，可以签署股权转让协议来保障自己的借贷风险。当发生还款纠纷时，及时行权，这里需注意股权转让程序的合法性，应当符合公司章程以及相关法律的规定。

3、股权转让协议效力的认定应当综合各方面因素考虑。首先股权转让程序应当符合公司章程以及相关法律法规的规定；其次，应当从股权转让协议的主体、客体及内容等方面出发判断其效力；股权转让协议价格合理与否也是判断效力的一项重要内容。

民法典对借款合同领域带来的新变化

作者：邱庭

从合同法^[1]到民法典合同编，借款合同相关规定变化较小。但从实务角度分析会发现，在我国审判实践中，凡属金融借款合同纠纷的，法院基本都依照合同约定处理，而发生在自然人之间的借贷，则多依照合同约定，同时参照适用民间借贷司法解释来处理。进一步检索发现，不同时期法院的裁判逻辑以及对债权人、债务人采取法律保护的倾斜程度会有所变化。用通俗的话说，相同的案情，若放在2015年民间借贷司法解释^[2]刚颁布的时间进行裁判，案件可能是一种判法，若放在2019年下半年，即九民纪要^[3]发布之后，很可能又是另外一种判法。这一点，相信经常接触此类业务的法律实务工作者可能会更有感触。今天本文撷取民法典合同编中最常见的借款合同，从法律对债权人、债务人利益平衡保护的角度，谈一谈民法典对借款合同领域带来的新变化，以期抛砖引玉：

一、“宜粗不宜细”的民法典制定思路在借款合同领域中的体现

虽然从合同法到民法典合同编，借款合同从条文数量和内容上看，变化并不大，但民法典中关于借款合同的规定融合了金融借款、民间借贷（自然人借款），仍然奠定了我国借款合同领域民事法律规范的框架与基石。如前所述，法院在审理金融借款合同纠纷时，涉案合同为主要裁判依据，而在自然人之间发生的借款合同纠纷，更多的则是适用民间借贷司法解释的有关规定。究其原因，会发现在金融借款合同纠纷中，涉案合同往往是厚厚一本，其内容相对完备，权利义务更为明晰，因此，法院在很大程度上会更加尊重当事人的意思自治。而发生在自然人之间的借款合同，即使是标的额高达几千万，当事人所签订的借款合同仍旧是薄薄的一页纸或者两页纸，当然，这与我们的市场交易习惯有关。从这一角度在审视民法典中关于借款合同的规定，会发现这样的立法趋势，即在民法典制定过程中，遵循着“宜粗不宜细”的总体制定思路，其背后的主要原因是：在我国法治建设过程当中，最广泛接触借贷合同纠纷当事人、最能从债权人债务人利益平衡保护角度考虑法律适用问题的，无疑是我国的审判机关，因此，从实际解决问题的角度出发，也为保持我国民事法律制度的稳定性，民法典“宜粗不宜细”的制定思路能够为公众所接受，也是具有一定合理性的。

综上，可以将民法典中的借款合同章理解作为一种框架性的规定，其是在为商业银行法^[4]、贷款通则^[5]以及最高人民法院就民间借贷纠纷案件审理发布司法解释留有具体落实和填充的空间。

二.对民间借贷司法解释^[6]高利率的反思

从2015年6月23日民间借贷司法解释的出台，到2019年最高人民法院又新发九民纪要，直至2020年5月民法典的正式通过以及2020年8月20日修订后民间借贷司法解释的正式施行，这一过程中，最明显的体会是，法律对债务人的保护程度有所加强，相对而言，对债权人的保护力度呈下降趋势，主要表现为以下几点：

第一，民法典否定高利放贷行为的效力，这一规定将直接导致了高利放贷相应的担保也无效；

第二，民法典规定借款期限约定不明的，借款人可以随时返还，但前提是贷款人需先履行催告义务，这一规定无疑对债权人行权设置了许多障碍；

第三，民法典规定夫妻共同债务，原则上需要满足“共债共签”这一要件；

第四，民法典规定保证方式没有约定或者约定不明的，视为一般保证；

第五，2020年8月20日修订施行的民间借贷司法解释，将以前的以24%和36%为基准的两线三区的

规定，变为以银行间同业拆借中心每月 20 日发布的一年期贷款市场报价利率（LPR）的四倍为标准。此外，仔细研读九民纪要中关于借款合同的表述 [7]，再结合民法典中借款合同的新变化，可以看出立法者似乎对此前借贷司解的反思。但总体上，仍使得对债权人、债务人的法律保护处于一个动态的平衡状态。

三、从案件争议点分析如何应对民法典中借款合同的变化

民法典中借款合同领域的变化，体现了法律保护的利益天平逐渐从债权人偏向到了债务人。对此，结合审判实践会发现，在民间借贷纠纷案件审理过程中，“真实性的问题”往往成为案件的争议点之一，如债权人证明其是采用现金交付的方式，在未经法庭允许的情况下，将一千万元现金背进法庭现场；又如当事人为证明签章的真实性，多次申请笔迹鉴定，而几次鉴定得出的结果并不相同，就其中细节的描述更是存在矛盾，甚至是截然相反的情况，此时，真实性的问题便成为了困扰案件审理的难题和争议焦点。因此，为确保债权人能够顺利主张借款债权，需提示相关主体在参与借贷活动时，务必要采用书面形式签订借款合同或借条，并确保其在内容至少包括：借款双方主体、借款金额、借款期限、借款方式、借款用途、期内利息标准及支付时间（如有）、逾期利息标准，更为完善的还包括违约责任及争议解决方式等。从防范风险的角度出发，企业无论是作为债权人还是债务人，都应当防止账目不清、责任不清等混乱现象的发生，避免到了诉讼环节，会因企业账目不清而导致风险自担。

四、民法典中借款合同章具体条文解读

第六百六十七条借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。【本条源自合同法第一百九十六条】既规范金融借款合同，也规范民间借贷合同。

第六百六十八条 借款合同应当采用书面形式，但是自然人之间借款另有约定的除外。借款合同的内容一般包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等款。【本条源自合同法第一百九十七条】增加“一般”二字，更具合理性；另外，规定采用书面形式是因为条款内容一般比口头更加全面、准确，与此同时，书面意味着需要签署，程序上更加郑重；从诉讼的角度出发，书面形式也能够降低举证成本。但自然人之间借款既可以采用书面形式也可以采用口头形式，当事人可以根据合同是否有偿等具体情况选择订立合同的形式。

第六百六十九条 订立借款合同，借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况。【本条源自合同法第一百九十九条】

第六百七十条 借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。【本条源自合同法第二百零条】根据民间借贷司法解释第二十七条的规定，借据、收据、欠条等债权凭证载明的借款金额，一般认定为本金。预先在本金中扣除利息的，人民法院应当将实际出借的金额认定为本金。而且一旦进入诉讼环节，“利息在本金中”核心是举证问题。表面上看起来，似乎是谁主张谁举证，但实际上，不管是否就预扣发生争议，出借人都需要对已经足额出借款项承担证明责任。

第六百七十一条 贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。借款人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。【本条源自合同法第二百零一条】

第六百七十二条 贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期提供有关财务会计报表或者其他资料。【本条源自合同法第二百零二条】将“等资料”改为“其他资料”是由于等内等外，在案件中经常有争议，因此，改为“或者其他”更为准确。

第六百七十三条 借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者

解除合同。【本条源自合同法第二百零三条】违反约定用途，既是缔约时的欺诈，也是缔约后的违约。

第六百七十四条 借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。【本条源自合同法第二百零五条】本条规定排除了第五百一十一条中“（四）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间”的规定。

第六百七十五条 借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。【本条源自合同法第二百零六条】内容上看，相对保护债务人。至于何为合理期限，需个案判断。

第六百七十六条 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。【本条源自合同法第二百零七条】民间借贷司法解释第二十九条借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率 24% 为限。未约定逾期利率或者约定不明的，人民法院可以区分不同情况处理：（一）既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率 6% 支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持；（二）约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。

第六百七十七条 借款人提前返还借款的，除当事人另有约定外，应当按照实际借款的期间计算利息。【本条源自合同法第二百零八条】结合民法典第六百六十七条使用的术语为“返还借款”的内容，可以看出民法典在制定过程中统一了用语。

第六百七十八条 借款人可以在还款期限届满前向贷款人申请展期；贷款人同意的，可以展期。【本条源自合同法第二百零九条】应注意对保证的影响。民法典第六百九十五条第二款规定，“债权人和债务人变更主债权债务合同的履行期限，未经保证人书面同意的，保证期间不受影响”。

第六百七十九条 自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时成立。【本条源自合同法第二百一十条】民间借贷规定为实践而非诺成，系为保护出借人，本质上是给了出借人口头同意之后的反悔权。根据合同的成立是否须交付标的物为标准，在概念上确立诺成合同与实践合同的区分。民间借贷既然是实践而非诺成，从逻辑上来说，提供借款就应当是成立要件而非生效要件。根据民间借贷司法解释第十六条第二款 被告抗辩借贷行为尚未实际发生并能作出合理说明，人民法院应当结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等事实和因素，综合判断查证借贷事实是否发生。从此条内容中，我们可以推断此类案件审理过程中法院对不同种类证据的态度，从而引导当事人从证据效力上合理筛选、组织证据。

第六百八十条 禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。【本条源自合同法第二百一十一条】禁止高利放贷，是对 2015 年发布的民间借贷司法解释过高利率的一种反思；同时体现了保护债务人的倾向，另外，本条中的“利息”，仍应解释为“借期利息”，不包括“逾期利息”。

注释：

1、此处“合同法”指的是《中华人民共和国合同法》1999 年（已废止），下文均同。

- 2、《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2015〕18号）
- 3、《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）2021/05/28
- 4、《中华人民共和国商业银行法》于1995年施行，2003年、2015年两次修订。
- 5、《贷款通则》由中国人民银行于1996年8月1日发布并施行。中国人民银行令〔1996〕2号
- 6、同前注2，法释〔2015〕18号

7、《全国法院民商事审判工作会议纪要》中关于借款合同的表述：“人民法院在审理借款合同纠纷案件过程中，要根据防范化解重大金融风险、金融服务实体经济、降低融资成本的精神，区别对待金融借贷与民间借贷，并适用不同规则与利率标准。要依法否定高利转贷行为、职业放贷行为的效力，充分发挥司法的示范、引导作用，促进金融服务实体经济。”

公司章程中严格限制股权转让且约定股权回购的条款有效吗？

作者：周雪爽律师团队

前言

有限责任公司是人资两合性的公司且偏向人合性，其天然属性就决定了相较于股份公司其必然对股权转让有所限制，但限制与禁止的边界何在。以公司股权回购的方式使股东有可能退出公司是否为法律所允许？例如，某有限责任公司在章程中规定，入股职工因调离本公司，被辞退、除名、自由离职、退休、死亡或公司与其解除劳动关系的，其股权由公司回购，这种章程条款是否有效？本文将围绕公司章程效力对上述问题予以分析。

一、严格限制股权转让的公司章程合法有效

（一）公司法允许公司章程以意思自治的形式对股权转让加以限制

《公司法》第七十一条第四款规定“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定”。按照公司法的规定，公司章程可以对股权转让另行规定，此款作为《公司法》第七十一条的兜底性条款，赋予了公司章程限制股权转让的权力，充分的考虑了有限责任公司的人合性，尊重了公司章程的权威性，保障了公司股东的决策性。

（二）公司章程限制股权转让系公司自治权的体现

公司章程是公司成立之时，由发起人共同制定的，是其真实的意思表示，依据《公司法》的规定，章程对公司、董监高以及股东都有限制力。全体股东都应当遵守公司章程，股东作为理性经济人，对股权转让的约定是对公司经营交易的自我安排，而且作为公司的原始股东，在制定公司章程时是基于契约自由而放弃自己股权自由转让的权利，是为其真实的意思表示，符合其投资预期，当公司章程本身不违反我国公司法的强制性规定，股东在订立章程时遵循意思自治舍弃自身权利，也是有效的。因此，公司章程做出该种限制性转让体现了公司章程的自治权。

（三）严格限制股权转让的公司章程并未逾越意思自治与法律强制的界限

如果公司章程绝对禁止股东以转让股权方式的退出公司，那么这就属于禁止性转让条款，否则就属于限制性规定，换言之，区分禁止和限制股权转让的标准就在于是否给予股东以退出公司的途径。而限制股权转让并不违反公司法的强制性规定，只要从整体上看公司章程规定了股东在一定条件下可以转让其股权，就只能认定章程对股权转让有较为严格的限制，而且从结果看也不存在禁止股权转让，股东依旧可以在不违反公司章程的情况下自行对股权进行处分。因此，严格限制股权转让的条款系限制性条款，符合公司法授权范围。

二、公司章程约定回购条款有效，法律并未禁止公司约定回购股东股权

股权回购是指在一定情况下，股东与有限责任公司在自主协商一致的基础上达成股权转让协议，公司向股东支付相应的协议费用，从而将股东所持股权的相应价值纳入公司所有，公司随后根据法律法规进行相应的处置。

1、首先，我国《公司法》规定，股份公司可在减资、合并、员工股份奖励、为保护异议股东等情况下回购股份。毫无疑问，针对上述情形有限公司也有回购股权的必要。此外，由于有限责任公司的特殊性，还存在以下需求。如果股东出于各种原因想退出公司，通常选择有三，即将股权转让第三方、行使解散公司请求权或与公司约定回购。但是，因为有限责任公司的股权相较于股份有限公司的股份难以自由流通，而公司解散又存在显著弊端，所以在实践中，为了既保持公司存续又便于股东收回投资，针对欲退出的股权进行约定回购就成了最佳方案，

这在近年来风投热潮中尤为重要。

2、其次，按照公司实施回购行为的权利基础，可以将股权回购分为法定回购和约定回购。法定回购是指我国《公司法》第74条的异议股东股权回购请求权，即特定情况下公司回购股权的义务，该规定是为了保护中小股东权益。约定回购是指依公司章程在回赎条件满足时，公司回购股东所持的股权，且对股权处理做出适当安排的行为。

我国公司法并不禁止约定回购，理由如下：相较于股份公司，公司法未从原则规定层面对有限责任公司约定回购做出禁止。公司法对股份公司的股权回购明确规定了股份公司原则上不得收购本公司股份，但对有限责任公司股权回购的表述为“有下列情形的，可以请求公司收购”，但对以上情形之外公司是否可以回购股权并未明确规定，依据私法“法无禁止即可为”和“尊重当事人意思自治”的原则，在上述法定情形之外亦允许股权回购。最高人民法院在司法解释中也肯定了这种观点，《公司法解释（二）》中规定，在出现公司僵局时基于企业维持原则，无论何种公司都可以为了继续经营而进行股权回购，即该司法解释允许在公司司法解散诉讼中回购股权。

三、以案说法

案例一：基本案情 & 争议焦点

在第96号指导案例“宋文军诉西安市大华餐饮有限公司股东资格确认纠纷案”中，大华公司章程第十四条规定“公司股权不向公司以外的任何团体和个人出售、转让。公司改制一年后，经董事会批准后可在公司内部赠予、转让和继承。持股人死亡或退休经董事会批准后方可继承、转让或由企业收购，持股人若辞职、调离或被辞退、解除劳动合同的，人走股留，所持股份由企业收购……”，第六十六条规定“本章程由全体股东共同认可，自公司设立之日起生效”。该公司章程经大华公司全体股东签名通过。

其案件焦点问题在于大华公司的公司章程中关于“人走股留”的规定，是否违反了《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）的禁止性规定，该章程是否有效？

法院判决

法院生效裁判认为：第一，大华公司章程将是否与公司具有劳动合同关系作为取得股东身份的依据继而作出“人走股留”的规定，符合有限责任公司封闭性和人合性的特点，亦系公司自治原则的体现，不违反公司法的禁止性规定。第二，大华公司章程第十四条关于股权转让的规定，属于对股东转让股权的限制性规定而非禁止性规定，宋文军依法转让股权的权利没有被公司章程所禁止，大华公司章程不存在侵害宋文军股权转让权利的情形。大华公司基于宋文军的退股申请，依照公司章程的规定回购宋文军的股权，程序并无不当。

案例二：基本案情 & 争议焦点

汽运公司系原桦甸市汽车运输公司于1999年6月改制设立的股份合作制企业。出资协议约定，企业管理实行入股自愿、投资共负、风险共担、利益共享的原则。实收资本为220,000.00元，其中：职工95人以现金113,000.00元作为首届股东大会选举基本股，其余107,000.00元由新当选的董事会成员补齐。董事会成员除持有2股基本股外，董事长另持有57股股份，副董事长另持有22股股份，董事会其他董事另持有3股股份。在企业有效经营期限内职工调离或退出时，不予退股，只允许内部转让或继承，经董事会批准后办理有关手续。

2007年10月，李斌被选任为公司董事长并为法定代表人。2012年5月，公司董事换届选举，李斌不再

任公司董事及董事长职务。汽运公司于2012年6月委托吉林方正会计师事务所有限公司对董事换届时公司的财务状况和经营状况进行了审计，其资产总额为3,331,861.55元，负债总额为1,289,824.22元，所有者权益（股东权益）为2,042,037.33元。汽运公司董事换届后修改制定的现章程规定：“董事每届任期为三年，届满后可以连选连任。落选董事会成员，持股人必须交回除应配股以外的股份，由公司收回，另配给新当选董事会成员。从本届董事会成员开始至今后董事会成员必须从公司购买股权，股权数额与第一届董事会持有数额相同。”2012年7月13日，汽运公司召开股东代表大会，会议决议不同意上届董事提出对公司资产进行评估的要求，上届董事与新任董事按原始股价（每股1,000.00元）进行交接除应持有的以外的股份。2013年1月9日，李斌诉至法院，请求判令汽运公司以每股13,600.00的价格回购李斌57股股份，给付李斌股金775,000.00元，诉讼费用由汽运公司承担。

本案的争议焦点在于该公司章程的效力，约定落选董事会成员必须交回除应配股以外的股份是否有效？

法院判决

一审法院认为，企业改制时所形成的出资人协议，是包括李斌在内企业全体职工共同的意思表示，符合法律行政法规的规定，出资人协议合法有效。该出资人协议及相关方案和会议记录，明确了公司任职的董事、副董事长、董事长所应持有的股份比例。根据出资人协议第五条的约定，结合原章程第三十一条及现章程第十五条的规定，李斌离任公司董事长，应将除普通股东所持股份外的股份交回公司，由公司收购。汽运公司应当履行收购并给付原告价款的义务。因公司章程对股权收购价格未作规定，出资协议也未作约定，股权收购又系股权转让的一种形式，应体现股权的现实价值，故按公司董事换届时财务审计报告体现的企业净资产额确定每股股份的合理价格，予以支持原告请求的价款，符合我国民事法律的公平原则。李斌按审计报告中的资产总额计算请求每股股份的价格系属不当，其股价差额，原审法院不予支持。汽运公司股东代表大会决议的上届董事与新任董事按原始股价转让除应持有以外的股份，因股价已升值，按原始股价转让，显失公平，有损李斌的合法权益，不予采纳。二审法院维持原判。

四、经验总结

根据既往经验，为降低风险，有如下建议：

（一）有限责任公司公司章程可以对股权转让进行限制，在法定情形外设置公司股权回购条款，该类条款在同时满足以下条件的情况下，合法有效：

- 1、不违反公司法等法律强制性规定；
- 2、不侵害第三人合法权益；
- 3、所有股东签字同意；
- 4、明确股权回购（转让）价格的计算方式，需公平合理。

（二）对于依靠股东的人力资本作为公司运营基础的公司来讲（设计院、会计师事务所等），为激励人才为公司奉献青春，并防止其离开公司与公司展开同业竞争，可以在公司章程中规定股东因退休、解聘、调动等原因离开公司时应将股权转让给其他股东，无法协商一致时，股东会确认的股东有权受让该股权。

网络安全与数据保护篇

DEPA：数字经济的全球规则新样本

作者：高富平

一、背景

世界贸易组织（WTO）一直被视为是具有特权的多边贸易管制机制的代表。但自本世纪初，各国越来越多地将重点转向双边或区域性特惠贸易协定（PTA）；同时，本世纪始数字化对国际贸易产生了深度影响，于是数据成为国际贸易协定的新内容，本世纪出现了许多双边或地区性协定涉及数字贸易条款。据统计，2000年以来有近 350 份 PTA 涉及数字贸易。

美国是最先在贸易协定中加入数据条款的国家。2004 年，美国先与新加坡签署自由贸易协定，后与智利、巴拿马、韩国签订类似协定，之后，美国开始构建《跨太平洋伙伴协定》（TPP）。2017 年美国退出 TPP，转向《北美自由贸易协定》（NAFTA），2018 年重新签署《美国 - 墨西哥 - 加拿大协定》（USMCA），在先前工作的基础上增加了新的数据相关规定，该协定于 2020 年 7 月 1 日生效。另外，2019 年美国和日本达成了一项数字贸易协议，该协议以 TPP 条款为基础，并纳入了 USMCA 中增加的关键要素。

在 2018 年之后，国际社会诞生了三份有影响力的区域性贸易协定：

《全面和进步跨太平洋伙伴关系协定》（Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership，简称 CPTPP），此协定是 2017 年美国退出 TPP 后，剩余 11 国继续完成未竟事业所达成的。2018 年，CPTPP 生效，签署国为除美国外的其他 11 个原 TPP 成员国，即澳大利亚、文莱、加拿大、智利、日本、马来西亚、墨西哥、新西兰、秘鲁、新加坡和越南。

《区域全面经济伙伴关系协定》（Regional Comprehensive Economic Partnership, RCEP），该协定由中国等亚洲国家共同发起，以促进地区自由贸易为主要目的。谈判始于 2012 年，协议在 2020 年 11 月签署，有 15 个成员国：澳大利亚、文莱、柬埔寨、中国、印度尼西亚、日本、老挝、马来西亚、缅甸、新西兰、菲律宾、新加坡、韩国、泰国和越南（印度 2020 年在签署前退出）。

《非洲大陆自由贸易协定》（The African Continental Free Trade Agreement，CFTA），协定于 2018 年签署，是在三个区域经济共同体谈判基础上形成非洲范围的自由贸易协定（FTA），旨在促进非洲内部贸易，为未来建立大陆关税同盟铺平道路。

在 2020 年，国际社会出现两个专门致力于数字经济的国际协定。一个是智利、新西兰和新加坡于 2020 年 6 月 12 日签署的《数字经济伙伴关系协定》（Digital Economy Partnership Agreement, DEPA）；另一个是新加坡与澳大利亚于 2020 年 8 月 6 日签署的《新澳数字经济协议》（Singapore-Australia Digital Economy Agreement，DEA，是具有约束力的数字协议）。

二、《数字经济伙伴关系协定》（DEPA）简介

2020年6月12日，智利、新西兰和新加坡政府在网上使用电子签名签署了《数字经济伙伴关系协定》，该协议是第一个在数字贸易问题上建立新方法和合作、促进不同制度之间的互操作性并解决数字化带来的新问题的协议。

DEPA，简称德帕，目的是加强数字领域的合作，建立解决数字贸易问题的国际新方法，探索数字经济的新领域，如数字身份、电子支付、跨境数据流和人工智能。协定的谈判于2019年5月启动，三国贸易部长举行会议，讨论了如何最大限度地发挥数字化对经济的贡献，以及如何利用数字化时代贸易带来的机遇。最终确定制定这一领域的国际规则，确保我们的企业和消费者更容易利用数字贸易机会，同时保护公共和私人利益。

DEPA共16个模块，其中包括：商业和贸易便利化；数字产品及相关问题；数据问题；更广泛的信任环境；企业和消费者信任；数字身份；创新和数字经济；中小企业合作；数字包容（Digital inclusion）；透明度。在这些模块中提出一些基本原则用以解决数据经济和贸易的问题，这些原则包括：（1）使用电子设备；（2）国民待遇和不歧视数字产品；（3）便利跨境业务的记录存档，包括电子发票和促进电子支付；（4）个人数据保护；（5）网络安全；（6）在线消费者保护，包括承诺致力于消除未经请求的广告信息（垃圾邮件）；（7）保护安全的数字身份；（8）实施人工智能的道德治理框架；（9）自由数据流；以及（10）通过确保接入开放互联网解决数字鸿沟和数字包容问题。

三、《数字经济伙伴关系协定》（DEPA）的意义

DEPA具有里程碑意义，为数字国际贸易新时代塑造全球规则提供了样本。它在促进全球一体化数字经济方面具有开创性意义，对未来的展望为进一步的贸易谈判指明了道路。最重要的是，它的模块化方法使它比传统的全面贸易协定更具可扩展性和灵活性。它建立了一种合作机制，通过这种机制可以涵盖人工智能等技术的新用途。此外，由于DEPA缺乏报复性措施的规定，而且无法以传统贸易协定的方式执行，因此它有助于进行更大的创新和更具开拓性的做法。

DEPA承诺建立一套数字经济体系，支持创新，并在本国和全球建立信任。DEPA国家认识到，没有互联网用户的信任，就没有数字经济。因此，DEPA包括两个旨在建立信任的模块，其中管理垃圾邮件和保护个人数据，同时，DEPA认为数据流是全球性的，各个国家的隐私规则不足以保护人们的隐私，因此需要国际合作来支撑强有力的保护框架和原则，包括透明度、数据质量和问责制。DEPA还包括一些条款，推动在新兴问题上的合作，例如数字经济竞争政策上采取共同的做法。

DEPA建立了一个超越CPTPP承诺的国家间数字贸易管理框架，指出了确保志同道合的贸易伙伴达成高标准协议的途径。DEPA对其他希望加入的国家开放，为其他国家成为数字议程的一部分提供了一个机会。2020年12月，加拿大宣布将寻求加入DEPA。

形成全社会“共建共治共享”的治理生态

作者：高富平

在互联网平台上，一些营销号信奉“流量为王”的丛林法则，不以创作、分享为目的，而是通过虚假不良信息，藐视法律法规、破坏公序良俗，更对青少年身心健康造成了极大的负面影响。“两会”期间，不少人大代表和政协委员建议加大网络诽谤惩罚力度，对此已经形成了广泛的社会共识，下一步仍有待以推动社会信用体系建设，来继续增大恶意营销号的违规成本和夯实网络服务平台的监管责任。

网络并非法外之地，关于网络信息内容的规范，我国已经逐渐搭建起比较完备的法律体系，对于平台等网络服务提供者、营销账号运营主体等相关主体权利、义务、责任进行了规定。2011年修订的《互联网信息服务管理办法》、2017年的《网络安全法》、2020年的《网络信息内容生态治理规定》以及2021年2月生效的《互联网用户公众账号信息服务管理规定》等已经共同搭建起法律框架。2020年7月9日，国家互联网信息办公室发布《关于开展2020“清朗”未成年人暑期网络环境专项整治的通知》，其中重点之一就是严格清查处置恶意营销等违法违规账号。

在法律日益健全、网络执法不断强化的今天，网络生态仍然令人堪忧。我们需要思考其深层的原因，在继续加大法律执法力度同时，形成全社会“共建共治共享”的治理生态。营销账号治理是网络治理的一部分，维护清朗网络空间，营造积极和谐的网络竞争秩序，打造积极向上的网络文化，单靠一方的力量难以实现，需要账号运营主体、网络服务平台、行业自律组织、监管部门、网络用户共同努力。

账号运营主体是该账号信息内容的首要责任人。《互联网用户公众账号信息服务管理规定》对此已经作了非常明确的规定。网络账号运营主体应当积极履行相关法律法规规定的义务，依法、文明、规范运营账号，以优质信息内容吸引公众关注订阅和互动分享，维护账号良好社会形象。

网络用户应当对自己发布的内容负责。在网络环境中，关于信息内容的责任奉行“谁发布，谁担责”原则。网络用户首先不要随意发布不实、有害、违法的信息，其次要提升自身鉴别水平，不信谣、不传谣，自觉抵制恶俗信息内容，依法行使举报权利。针对网络侵权现象，《民法典》第1194条到第1197条对权利人维护民事权益的程序进行了专门规定。网络用户（包括其他账号运营主体）发现自己的合法权益受到侵害的，有权通知网络服务平台采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。同时网络用户可以积极向有关部门投诉或者向人民法院提起诉讼，以维护自己的合法权益。

公众账号信息服务平台不是网络信息内容的责任主体，但仍是信息内容及其公众账号的管理主体，需要负担管理责任。因此，平台应当履行信息内容的管理主体责任，建立健全并严格落实信息内容管理制度，并积极采取措施有效落实平台协议、规则。平台要管理、监测网络账号发布的信息内容，对恶意营销账号依法依规采取警示提醒、限制账号功能、暂停信息更新、停止广告发布、关闭注销账号、列入黑名单、禁止重新注册等处置措施，保存有关记录，并及时向网信等有关主管部门报告。

网信办等网络监管部门是网络环境治理的公共监督管理部门，享有执法检查 and 行政处罚权力，对网络信息内容的清晰负有监督职责。在目前，行为和责任主体明确的情形下，有关部门应当加强执法力度，依法对恶意营销账号发布的违法、不良信息内容进行监管和处罚。各级网信部门同有关主管部门建立协作监管机制，监督指导网络服务平台和账号运营主体依法依规从事相关信息服务活动。对于恶意营销的行为，采取法律规定

的约谈、警告、责令限期改正、责令暂停信息更新等措施。

网络治理的复杂性在于网络的虚拟性、隐蔽性、网络行为跨地域和迅捷性，单纯依赖政府监督难以根治网络顽疾，需要营造良好生态环境。因此，行业自律组织是依法治理恶意营销账号的重要一环。首先账号运营主体要合作，采取一致规则和行动，形成行业自律组织或机制，制定网络信息内容生态治理行业规范和自律公约，建立内容审核标准细则，开展网络信息内容生态治理工作。其次，要在政府与用户、政府与账号运营者之间发挥桥梁作用，使用户检举或举报行为有通道，使其权益维护有通道，最终对平台、账号运营者解决不了的问题和严重危害社会秩序、公序良俗甚或国家安全的行为，由政府采取严厉措施绳之以法。

网络营销号出现的不良现象归根结底反映了现实社会少数人追名逐利、媚俗攀附、泄愤恶搞的心态，治理网络营销号归根结底需要不断丰富网民的精神世界，培育崇德向善的社会风气。也许，社会文化的风清气正，才是网络信息内容环境得以改善的根本。

“游戏无罪？童年万岁！”——浅谈游戏行业未成年人保护

作者：吴月琴 何鑫

引言

2021年6月1日，伴随着第71个国际儿童节的到来，新修订的《未成年人保护法》（以下简称“《未保法》”）正式生效，其中引人瞩目的是新增了对未成年人个人信息保护的条款，明确保护未成年人个人信息，并对网络处理未成年人个人信息提出合规要求。

同日，北京青少年法律援助与研究中心就腾讯公司运营的“王者荣耀”游戏侵害未成年人权益，向北京市第一中级人民法院提起公益诉讼。公益组织对游戏行业的关注，正凸显了未成年人这一特殊群体之于游戏企业的重要程度。基于此，本文拟分析游戏行业未成年人个人信息保护等相关六大问题，并提出合规建议。

一、保护规则和用户协议问题

《儿童个人信息网络保护规定》（以下简称“《保护规定》”）要求网络运营者应设置专门的儿童个人信息保护规则和用户协议。^[1]而更精细化的问题是，游戏企业是否需要设置面向未成年人版本的保护规则和用户协议，还是仅需在通用文本中嵌入专章即可？

对此，游戏企业可具体结合发行游戏的主要受众区分，对于主要受众为未成年人的游戏，游戏企业应尽可能提供专门的未成年人个人信息保护文本。对于主要受众并非未成年人的游戏，则在通用文本中嵌入专门章节即可。

此外，鉴于年满十四周岁的未成年人，《个人信息安全规范》明确企业可由其明示同意的方式获得授权。^[2]因此，对于保护规则和用户协议的用语，我们所熟知的“清晰易懂”等要求应当与未成年人的认知能力相匹配。同时，根据未成年人的认知能力，可以设计易于儿童理解和引起其兴趣的保护规则与用户协议（如漫画、动画等形式）结合文字提供。

二、未成年人玩家识别问题

识别游戏玩家中的未成年人群体是开展合规工作的前提。对于主推国内市场的游戏企业来说，基于未成年人防沉迷的相关要求，其可以通过建立用户实名注册系统，同时对接公安部身份查询中心实现对未成年人玩家的识别。在此有两点需要提示，第一，在进行实名验证过程中，游戏企业应当在必要范围内要求玩家提供个人信息。通常来说，进行实名认证仅提供姓名与身份证号即可，但部分游戏企业存在超出必要限度收集个人信息的情况，如要求玩家提供身份证照片以进行实名验证，由于涉及人脸信息，该种收集存在着一定合规风险。第二，在进行实名验证后，对于玩家提供的个人信息，若无继续处理的必要，应及时删除或匿名化处理，仅保留是否为未成年人的标签即可。

而对于有出海计划的游戏企业来说，若游戏发行国一方面未落实类似实名认证的强制要求，另一方面对未成年人个人信息保护提出较高要求，则此时对于游戏企业来说则面临如何识别未成年人玩家的问题。对此，游戏企业应首先确认发行国对于儿童识别的具体要求，如美国《儿童在线隐私保护法》（COPPA）则根据服务是否面向儿童进行区分，对服务经营者提出了用户的识别筛选要求等。其次，选择适当的方式要求玩家提供个人信息以便进行未成年人玩家的识别。其中，游戏企业可结合发行国相关要求与行业普遍实践确定验证方式，如输入生日信息或直接选择是否为未成年人等。最后，与前述相一致，在验证之后，对于无继续处理必要的个

人信息，应采取删除等当地要求的其他措施对个人信息进行处置。

三、监护人有效授权获取问题

对于不满十四周岁的未成年人，《未保法》等均要求处理其个人信息应当征得其父母或其他监护人同意。^[3]对于游戏企业来说，则面临着如何确保屏幕面前点击同意的是小朋友的监护人而不是“机智”的小朋友难题。

《个人信息告知同意指南（征求意见稿）》建议游戏企业可以采取短信验证、电话验证、邮箱验证、超链接验证等措施进行验证。参考域外经验，COPPA 实施细则提出可以由监护人签署同意表、进行人脸识别、回答知识性问题等方式验证监护人身份，从而确保获得监护人的有效授权。

上述措施在一定程度上可以为前述有效授权问题提供参考，但有些措施则可能存在有效性的疑虑，如电话验证，若不通过人工方式验证则其有效性将大打折扣，而通过人工方式验证，则可能产生大量不必要的经营成本。我们认为，游戏企业可结合商业实际从上述措施中选取可行且切实有效的验证措施，如识别出未成年人玩家后即要求其填写监护人邮箱，然后通过发送确认链接方式获取授权等。此外，需要提醒的是，对于基于验证目的收集的个人信息，如验证后无继续保留的必要，则应及时进行删除或匿名化处理。

四、特殊保护措施问题

对于未满十四岁未成年人个人信息进行保护所应采取的特殊措施，《未保法》、《保护规定》等在企业内部管理层面提出了更高的保护要求。综合现有法律法规及标准要求，我们建议游戏企业应在现有的内部管理体系上做到以下几点：

- (1) 设专人负责儿童个人信息保护工作；
- (2) 严格实施儿童个人信息访问控制制度，严格限制无权限的访问、处理，同时落实审批制度并进行记录；
- (3) 采取技术措施，避免违法复制或下载儿童个人信息；
- (4) 建立未成年人监护人投诉及行权机制，确保及时响应监护人投诉行权，如涉及第三方的，积极向监护人提供协助。

五、游戏平台内容管理问题

北京青少年法律援助与研究中心对腾讯公司的一项指控则为“游戏人物信息涉及过于暴露，网站及社区存在大量色情、低俗等不适宜未成年人阅读的内容。”^[4]可见，内容管理是目前游戏企业开展未成年人保护合规工作的重要内容。

对此我们建议，首先，游戏企业应当对其提供游戏类型及内容进行评估，并进行适龄提示。对于主要面向未成年人提供的游戏，应当避免出现色情、暴力等危害未成年人身心健康的内容。其次，对于主要面向成年人提供的游戏，应当结合未成年人玩家的识别结果，对不适宜向未成年人展示的内容进行屏蔽，同时应在游戏介绍页面对可能影响未成年人身心健康的内容以显著方式进行提示。最后，对于存在社交或聊天功能的游戏，可以通过设置敏感词屏蔽等措施，过滤不良信息，同时保存有关记录，必要时向有关部门报告。

六、未成年人防沉迷问题

《关于防止未成年人沉迷网络游戏的通知》等法规对防止未成年人沉迷网络游戏向游戏企业提出要求，除前述的实名认证、内容管理等要求外，游戏企业还应遵守并做到以下内容：

- (1) 限制未成年人游戏时长，工作日每日累计不超过 1.5 小时，法定节假日每次累计不超过 3 小时；
- (2) 落实“游戏宵禁”，在每日 22 时至次日 8 时不向未成年人玩家提供游戏服务；

(3) 可以设置无需实名注册的游客体验模式，但体验时间不得超过 1 小时，每次体验间隔不少于 15 天，且游客模式下不提供充值或消费服务；

(4) 限制未成年人消费额度，不提供与其民事行为能力不符的付费服务。建议游戏企业以适当方式在未成年人玩家进行付费时向其监护人告知。同时应在游戏内消费界面提示消费应理性合理；

(5) 积极与家长、学校及社会组织开展合作，加强对未成年人引导，保护其身心健康。

结语

作为从小学一直在打游戏到现在的资深玩家，笔者始终认为，游戏从不带有什么原罪。对于孩子来说，游戏与汽车模型、玩偶或者其他玩具一样，都只是他们的童年玩伴。真正存在问题的，可能是家长引导的缺位、学校教育的缺位或者是游戏企业工作的缺位等等，所以重要的是如何让包括游戏企业在内的社会各界在其职责范围内承担责任，给孩子们营造一个安全、和谐的游戏环境，让他们能在游戏中快乐、在快乐中学习、在学习中成长。

注释：

[1] 参见《保护规定》第八条。

[2] 参见《个人信息安全规范》5.4 d)

[3] 参见《未成年人保护法》第七十二条。

[4] 《社会组织对腾讯公司提起未成年人保护民事公益诉讼》，<https://mp.weixin.qq.com/s/Pmz0twsCA-FoY3mSJ-a7jA>。

平衡个人信息权益保护与合理利用 ——对《个人信息保护法（草案）》修改的建议

作者：高富平

◇为了更加有效地保护个人，应当将信息处理者的告知（信息主体知情）作为一般原则，而将同意（尤其将同意理解为授权使用）建立在个人自由、自愿甚至有对价基础上，切实地保护个人权益。

◇规定了单独同意等于变相地同意了概括式同意，赋予概括式同意法律效力。过渡依赖同意，区分出单独同意和同意，反而使同意被泛化地应用于各种场景，这可能导致同意成为个人信息滥用行为的保护伞。

◇匿名化可以作为信息处理者的安全保障措施，而将去标识化规定为去除个人信息与个人相关联引发的风险，将其作为遵循个保法规定的前提下进行个人信息分享或流通（对外提供）的安全机制，并规定相应的限制信息处理者使用行为并再（重）识别的义务，为我国数据要素市场建设预留合法通道。

个人信息保护法（下称个保法）产生于20世纪70年代（前网络时代）。这个时期，个人信息范围、种类和应用场景是有限的，个人信息由谁使用通常也是可知晓、可控制的。今天，人类社会进入万物互联的泛在网络时代，数字化生存成为基本生活方式，无所不在的网络和传感器源源不断地产生关于个人的数据，这些数据成为观察和分析个人、赋能商业活动、社会治理、科学研究的资源。在这样背景下，产生于70年代的个保法基本原则是否可以适用于个人信息（或个人数据，下同）保护，是值得反思的。尤其是，2020年12月，欧盟推出新数字经济战略，在更新数据保护制度的情势下，我们更应当审慎地对待源自于域外的个保法制度。这里从如何平衡个人信息权益保护与促进个人信息利用角度，谈几个观点：

一、个人对个人信息处理不享有决定权或支配权

2021年4月30日全国人大公布的《中华人民共和国个人信息保护法（草案二审稿）》（下称《草案》）第1条明确个保法是通过“规范个人信息处理活动”来“保护个人信息权益”，实现“促进个人信息合理利用”目的。但问题在于如何保护个人信息权益，且如何在保护的同时又促进个人信息合理利用。

笔者认为，个人信息保护是保护个人信息权益，而不是个人信息本身，个人信息不是个人可支配、可决定的对象，也不是保护的对象（参见高富平《个人信息处理中个人权益保护》载《学术月刊》2021年第2期）。从法律性质上，个人信息属于信息范畴，而信息自由是人类文明进步和民主社会默认的基本制度，不能因为信息与个人有关就赋予个人以支配权或决定权。域外个保法的确根源于个人数据自决权理论，但其本身仍然是在宪法或基本权利层面，是个人自治或个人事务自决的一种延伸表达，而不能转化为个人信息处理决定权，更不易理解为绝对权。个人信息处理决定权与个人信息属于社会可用信息是相悖的，与人类文明进步和民主制度相悖，对社会发展和整体利益维护具有极大的破坏性。一旦确认个人对个人信息处理的决定权，那么所有使用个人信息的主体都需要征得个人的同意，与个人交互或谈判时便会产生巨大社会交易成本，人为地制造社会运行成本，不利于社会福祉的改善。

二、同意不宜作为合法处理个人信息的一般原则

《草案》第13条属于个人信息处理的合法性基础规定，但是第二款“本法其他有关条款规定处理个人信息应当取得个人同意，但有前款第二项至第七项规定的情形的，不需要取得个人同意”规定的后果使我们很容易得出同意是个人信息处理合法性的一般原则。同意的一般化极容易导致同意上升为一种权利。从2012年《关

于加强网络信息保护的决定》之后，所有的法律都规定个人信息处理应当“明示处理个人信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意”，而没有任何例外规定。这导致同意几乎成为企业最好用的合规工具，同意清单越来越长、越来越全，用户点击同意意味着承认企业使用个人信息的合法性。但是，在同意与交易或服务捆绑的情形下，同意根本起不到保护个人权益的效果。本来，第13条第一款是模仿GDPR合法性基础规定的，但是如果有了第二款规定，那么反而使同意居于优越于其他合法性基础的效果，成为信息处理者可以利用的兜底合法性条款。

为了更加有效地保护个人，笔者认为应当将信息处理者的告知（信息主体知情）作为一般原则，而将同意（尤其将同意理解为授权使用）建立在个人自由、自愿甚至有对价基础上，切实地保护个人权益。

三、严格限定同意要件，但建议删除“单独同意”

关于同意，世界各国的总体趋势是限缩同意适用范围或场景，而将个人权益保护的重点放在个人信息使用（处理）行为规制上，而不是形式上的同意。因此，GDPR规定了非常严格的同意要件：同意必须是明确、积极的行为，必须是基于数据主体的自由意志作出的；当处理行为存在多个目的时，数据主体须对每一个目的均表示同意。但是，GDPR并不崇尚同意，甚至对于敏感信息（特殊数据）也并非都要求强制同意，有些是不得公开、不得识别，只有健康数据、性生活、性取向才是以同意前提条件（GDPR第9条）。但是，《草案》提出了单独同意，且将敏感信息规定为需要单独同意。

在笔者看来，同意本来就是针对特定范围和特定目的，本身就属于“单独”。规定了单独同意等于变相地同意了概括式同意，赋予概括式同意法律效力。过渡依赖同意，区分出单独同意和同意，反而使同意被泛化地应用于各种场景，这可能导致同意成为个人信息滥用行为的保护伞。

四、废除匿名化信息不属于个人信息规定，建立单一的去标识制度

从现有技术和行业实践来看，真正做到匿名化后的数据（经过处理无法识别特定自然人且不能复原）需要达到将个人信息转化为抽象信息或知识，而这样的信息就不再具有识别个人的分析价值，不再属于数据资源。问题在于在大数据环境下匿名化的数据具有可再（重）识别可能性，只要允许获得匿名数据的主体继续收集数据，那么再（重）识别就不是一个问题。因此，将匿名化信息视为不受个保法调整将不利于个人信息权益保护。

实际上，国际社会更多地将匿名化、假名化看作是去标识技术处理的不同技术而已，且将去标识理解为“以减少数据集中与特定个人相关联信息的风险”的一种措施，即防范个人信息处理对隐私的侵害，尤其减少处理中的信息泄露对个人安全的危害风险。因此，匿名化可以作为信息处理者的安全保障措施，比如需要删除个人信息时，可以作匿名化处理而不彻底清除信息，而将去标识化规定为去除个人信息与个人相关联引发的风险，将其作为遵循个保法规定的前提下进行个人信息分享或流通（对外提供）的安全机制，并规定相应的限制信息处理者使用行为并再（重）识别的义务，为我国数据要素市场建设预留合法通道。在笔者看来，确立个人信息去标识化路径可以实现个人信息分享或流通利用，是我国《个保法》唯一能够超越GDPR，促进数据经济发展的现实出路。

破产与清算篇

公司不清算，股东并非无条件对公司债务承担连带清偿责任

作者：周雪爽律师团队

公司经营过程中，尤其是中小微企业存续周期短、经营不善这样的情况屡见不鲜。经营不善无法继续经营后，有的公司对现状采取了置之不理的态度，导致产生了所谓的“僵尸公司”。这样的公司对外欠付了一定的债务，债权人在实现债权上存在很大的困难，于是诞生了职业债权人，他们以强制清算之诉起诉到法院，要求公司股东对公司债务承担连带清偿责任。

在司法实践中，有些小股东不实际经营公司，也不掌握公司财务账册等主要文件，那么他们是否需要履行作为股东的清算责任呢？

以案说法

作为小股东而言，在不实际参与公司经营的情况下，一般也不会直接管理公司的财产、账册、重要文件等，因此如果公司大股东不及时组织对公司进行清算、怠于履行清算义务时，小股东直接启动清算程序客观上会存在一定的障碍。

对此，2019年7月3日，《全国法院民商事审判工作会议》（《九民纪要》）中指出，在认定此类问题时，首先需要准确界定“怠于履行清算义务”。《九民纪要》强调，“怠于履行清算义务”是在能够履行清算义务的前提下，故意拖延、拒绝履行清算义务，或者因过失导致无法进行清算的消极行为。

基于这个理解，以下2种情形，就不算是“怠于履行清算义务”：

1、股东举证证明其已经为履行清算义务采取了积极措施

例如，请求其他股东组成清算组，但被拒绝的；股东已经聘请了律师，签订了协议，代为处理清算事宜，但未能清算的。

（2019）浙民申 4266 号案例中，法院考虑到股东已为履行清算义务采取了积极措施，已向法院另行提出了强制清算申请，据此驳回了债权人的诉讼请求。

2、股东举证证明其既不是公司董事会或者监事会成员，也没有选派人员担任该机关成员，且从未参与公司经营管理。

（2020）最高法民申 5659 号案例中，最高法院认为，“科技园公司作为电力电子公司持股 5% 的股东，没有证据显示其选派人员担任电力电子公司董事会或监事会成员，亦没有证据显示其参与该公司经营管理。原审判决据此认定科技园公司不具有能够履行清算义务而拒绝或拖延清算从而导致电力电子公司的主要财产、账册、重要文件灭失的过错行为，进而驳回凯奇公司要求科技园公司对电力电子公司债务承担连带清偿责任的请求，并无不当。”

《九民纪要》认为，要分析“怠于履行义务”的消极不作为与“公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算”的结果之间有无因果关系。假如没有因果关系，股东也不应对公司债务承担连带清偿责任。例如，在公司经营过程中、公司解散事由发生前出现导致公司无法进行清算的情形，就可以认定消极不作为的行为与无法清算的结果之间不存在因果关系。

(2018)苏01民终10179号案例中，南京中级法院认为，“在南京六合区法院受理了港中旅南京公司对恒鑫隆公司的强制清算申请后，刘波、彭彪虽未能提供恒鑫隆公司的全部财务资料，导致清算组无法对恒鑫隆公司全面清算，但二人未能提供全部财务资料的原因系恒鑫隆公司的财务资料于2010年4月9日曾被盗，刘波对此已提供了相关证据予以证明。港中旅南京公司现无证据证明刘波、彭彪等人故意制造被盗事故，刘波、彭彪对财务账册被盗不具有可归责性，故不能全面清算的原因并非因刘波、彭彪怠于履行清算义务的行为所导致，港中旅南京公司对恒鑫隆公司的债权不能实现与刘波、彭彪怠于履行清算义务之间不具有法律上的因果关系。”

这里需要注意的是，无因果联系可以不承担清算赔偿责任，但相关举证责任应当由清算义务人承担。

(2014)沪二中民四(商)终字第1520号案例中，上海市教育委员会提供多份法院裁判文书、审计报告、破产清算工作报告以及其他案件的执行情况等证据，用以证明其属的破产的科教公司在被吊销营业执照之前便已经债务缠身、资不抵债、歇业以及无财产可供执行的事实，其是否履行清算和保管义务与债权人未获得清偿的债权损失之间无因果关系。

《九民纪要》进一步明确了股东承担责任的诉讼时效，确定了诉讼时效的起算点。

公司债权人请求股东对公司债务承担连带清偿责任，股东以公司债权人对公司的债权已经超过诉讼时效期间为由抗辩，经查证属实的，法院依法予以支持。债权人要求股东对公司的债务承担连带责任，当然应以该债权确定，公司不能清偿为前提。而且，股东的连带清偿责任，本质上只是一种补充责任，应当以债务人公司的财产作为第一顺位主张权利。

股东承担责任的诉讼时效起算点，从公司债权人知道或应当知道公司无法清算之日起计算。根据往常的实践做法，一般是公司债权人申请对公司进行强制清算、法院作出无法清算的裁定之日起计算诉讼时效。

实务指引

小股东应如何规避相应的风险：

- 1、当公司出现法定解散事由时，公司股东应积极履行应尽的清算义务，并保存好相关证据，降低自身被债权人追究责任的风险；
- 2、最好不要做挂名股东，如果实在没办法必须做挂名股东，建议要求持有股份尽量低，注册资本尽量少。签订借名持股协议，要求必须实缴注册资本且不得抽逃；
- 3、谨慎选择有限责任公司的合作股东，聘请专业律师写好股东合作协议或章程，明确约定小股东的权利和解散公司的事项；
- 4、在公司章程或股东会决议中规定公司或控股股东有按期向公司所有股东提交财务报表的义务，并明确约定每位股东的知情权行使条件和公司的配合义务；
- 5、密切关注公司的实际经营情况，定期行使股东知情权，必要时委托专业的律师、会计师查阅财务账册；
- 6、要设法掌控、保管好公司的财务账册、主要资产和重要文件。

对债权人的风险提示：

当公司被违法注销，不能清偿债务时，应关注股东等清算义务人是否在法定期限内积极勤勉地履行了清算义务，是否因怠于履行清算义务而导致公司的主要财产、账册、重要文件等灭失而使公司无法进行清算。如果存在上述情形，债权人可以要求清算义务人对公司债务承担相应的清偿责任，以提升自身债权受偿的机率，保护自身合法利益。

需要注意的是，债权人还应关注时效问题，需关注公司“法定清算事由出现”的情形。

《民法典》合同编总则若干新规则对企业破产的实践影响

作者：钱军亮 朱小芬

2020年5月28日，第十三届全国人民代表大会第三次会议审议通过了《中华人民共和国民法典》，这是新中国第一部以法典命名的法律，是我国全面推进依法治国进程中的一个标志性事件。《民法典》由总则、物权、合同、人格权、婚姻家庭、继承、侵权责任七编和附则组成。本次编纂不仅将原先《民法总则》、《物权法》、《合同法》、《担保法》等法律中经过长期实践已经成熟的制度纳入到法典中，还将经过司法实践形成普遍认可的规范、以及针对法律空白所创设的相关制度纳入到法典中。除了新制定的人格权编以外，整个《民法典》对原先规范修订篇幅最大，创设新规范最多的莫过于合同编，该编构建了规范约定之债的基本法律制度。

我国没有单独制订商法典的立法计划，《民法典》将成为民商事领域的基本法律，其他的民商事特别法都将以单行法的形式存在。这也意味着，《民法典》将适用于所有民商事法律关系。而破产法作为解决债权债务关系、维护微观市场正常运行、挽救债务人的重要商事法律，在其所规制的破产程序中有众多的法律关系和具体问题需要适用到《民法典》。尤其重要的是，作为破产法要解决的核心问题，债务人出现破产原因后的整体债务清偿与《民法典》合同编所规范的约定之债存在着天然的必然联系。本文将从破产实务的视角来探讨《民法典》合同编通则中创设的若干新规则对企业破产实务的影响。

一、《民法典》合同编总则与破产法的关系概论

（一）合同编通则具有债法总则的地位

我国的《民法典》没有采取二十世纪德国法开创的五编制民法典的结构，相应的也没有债法这一编。与五编制民法典中债法编内容类同的规范，我国《民法典》将其拆分在了合同编和侵权责任编之中。其中，合同编列为第三编，侵权责任编列于最末的第七编，相隔甚远。五编制民法典中的债法编设有债法总则和分则，合同和侵权责任的个别规范都规定在分则中。在我国的《民法典》编撰过程中，对于是否要制定债编和债法总则曾发生过长期激烈的争论，虽有众多学者倡议制订债编和债法总则，或至少制订债与合同编，但最终立法机关决定不设置债法总则，取而代之的是合同编，在合同编中规定有关债的规则，使合同编通则发挥债法总则的功能。^{〔1〕}

《民法典》在合同编总则中纳入了债法总则的规则，包括债的分类，如规定了金钱之债、选择之债、按份之债和连带之债，债的履行规则，区分了债权债务与合同权利义务的概念。此外，合同编单设了第三分编准合同，将不当得利和无因管理纳入规范。《民法典》第468条规定，“非因合同产生的债权债务关系，适用有关该债权债务关系的法律规定；没有规定的，适用本编通则的有关规定，但是根据其性质不能适用的除外”。这些规则的确立让合同编的通则具有巨大的包容性，实质上发挥着债法总则的体系整合功能。^{〔2〕}

（二）合同编总则在破产程序中适用于一般的债的法律关系

合同法规范的内容是合同之债的发生、效力、履行、消灭、责任等问题，通常的约定之债都应适用《民法典》合同编的规则。而破产法的最重要功能之一就是解决债务人不能清偿到期债务时，如何使得全体债权人获得公平的保护。债务人进入破产程序时，意味着普通债权人已经不可能按照合同获得完全的清偿。鉴于债的平等性，在债务人无法履行到期债务时，破产法建立了一套特殊的债的清偿的规则。但是在破产程序中，关于债权的确认，就需要适用到合同的订立、效力、违约责任等规则，管理人在代表债务人行使债权、保护债务人的财产时，也将适用到关于合同的履行、保全等法律规范。诚然，破产法对于破产程序中基于债权人平等保护的原则有一

系列自身体系范围内特殊的债的规则，如破产法下的撤销权，无效规则等，但《民法典》合同编中与这些特殊规则并无冲突的债法规则，在破产程序中应予适用当无疑问。研究《民法典》中债的规则的变化对破产实务具有现实意义。

二、选择之债在破产实务中需注意的问题

（一）《民法典》建立的选择之债规范内容

选择之债对应的概念是单纯之债，存在数个给付，可以选则其中之一为给付标的的债就是选择之债。选择之债最重要的问题是关于给付的特定。依传统民法的通说，选择之债的特定有三种方法，分别是：一依合同，二依选择，三依给付不能。^{〔3〕}《民法典》第 515、516 条用两个条文创建了选择之债的规则，（1）当事人有约定或者存有交易习惯的，依约定或习惯；（2）无约定或习惯的，选择权归属于债务人；（3）有选择权的一方，须在约定期限或在债务履行期届满前行使选择权，经催告仍未行使的，选择权转移至对方；（4）可选择标的的发生不能履行的情形的，选择权人不得选择该标的，除非该不能履行的情形是对方造成的。《民法典》遵从传统民法的理论将无约定或习惯时的选择权赋予债务人，是因为选择与债的履行相关，而债的履行主要是债务人方面的问题，将选择权赋予债务人，将有利于债的履行。^{〔4〕}

（二）选择之债在破产法下之意义

在破产受理时选择权行使期限已到期的情形下，若选择权已经行使，债的标的已经确定的，则选择之债已经转换为单纯之债，在进入破产程序后与其他债权的行使要求别无二致。若破产受理时选择权行使期限到期，但有权选择一方尚未行使选择权的，在破产受理之后是否可以经催告，由合同的相对方行使选择权？实务中经常会出现可选择的合同标的价值存在差异的情形，如合同标的为金钱或者实物，在选择权行使时实物价格上涨远超金钱的价值时，选择权若在债权人一方的，债权人必定会选择实物。届时就算债务人无法交付实物，债权人也可依违约责任要求债务人按照实物的价值予以损害赔偿。而当选择权在债务人一方时，债务人必定选择价值较低的金钱作为履行标的。此时，若债务人进入破产程序，因债务人不得进行个别清偿，无论选择权人选择的标的是金钱还是实物，通常情况下债务人只能在破产财产变价后以现金进行清偿。尽管如此，选择何种标的，对于债权金额的确定却是有影响的。按上列，如债权人选择价值较高的实物，虽债务人不得向债权人交付该实物以作个别清偿，但此时债权人可以依实物的价值作为其债权金额向管理人申报。故而，债务人虽进入破产程序，选择权的行使对申报债权金额的确定仍有实际意义。尤其是选择权属于债权人一方时，债权人可依自己判断选择有利于己的标的，以此确定申报债权金额。此时选择权的行使，仅关系到债权金额的确定，不会影响债务人的财产变动，也不会造成其他对破产程序或者利益相关方的不利影响。因而，进入破产程序后，仍宜赋予当事人在民法下的选择之债的选择权。

（三）破产程序中行使选择权的注意事项

虽笔者主张债务人破产后，仍保留合同当事人在民法下的选择权。但进入破产程序后，债务的到期时间、债的清偿方式均会发生变化，这些破产法下的特殊规则会对选择之债的选择权行使产生一定影响。主要有以下几个方面的问题值得注意：

（1）按《企业破产法》规定，未到期债权在破产申请受理时视为到期。该规定的目的在于公平地清偿所有的债权，可以使得所有债权人在破产程序开始后公平的参与，行使表决权在内的各项权利。^{〔5〕}同样道理，债务人进入破产程序后，若继续允许选择权人按原合同约定的期限或者在债权到期日行使选择权，必将

三、连带共同保证人内部追偿规则对破产实务的影响

(一)《民法典》对连带债务人内部追偿规则的设定

《民法典》合同编总则第 517 至 521 条规定了按份之债和连带之债的规则。按份之债和连带之债均系多数人之债，多数人之债均有对外和对内效力之分。在连带债务方面，多数债务人的对内效力主要表现为追偿权（求偿权）。一般而言，追偿权是由于清偿了他人实质上应负担的债务后，该实际清偿之人有权向他人请求偿还的权利。除了连带债务人之间的追偿权外，还有保证人因清偿债务对主债务人的求偿权等。^[6]《民法典》第 519 条第 2 款规定，“实际承担债务超过自己份额的连带债务人，有权就超出部分在其他连带债务人未履行的份额范围内向其追偿，并相应地享有债权人的权利，但是不得损害债权人的利益。其他连带债务人对债权人的抗辩，可以向该债务人主张”。争议颇多的是本条与第 700 条的适用关系，《民法典》第 700 条规定，“保证人承担保证责任后，除当事人另有约定之外，有权在其承担责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但不得损害债权人的利益”。但该条却未规定存在多个连带保证人的情况下，个别保证人清偿了债务，能否向主债务人以外的其他连带保证人行使追偿权。申言之，在第 700 条没有言明共同连带保证人之间能否互相追偿时，能否适用第 519 条第 2 款的规定赋予共同连带保证之间互相追偿权。要解释这个问题，首先要看一下关于此制度的立法沿革。《担保法》第 12 条规定，“已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额”，继而在《担保法》司法解释第 20 条中进一步规定为，“连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约定的，平均分担”。由此明显可见，《担保法》是允许连带共同保证人之间互相追偿的，而《民法典》合同编分则的保证合同中却并未保留原《担保法》和司法解释关于连带共同保证人之间的追偿权规定。此究竟是立法机关改变了原先的规则，还是立法机关认为可以适用通则的第 519 条规定，而不必在第 700 条中赘述了？

目前为止，关于上述问题争论的完整阐述尚不多见。最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编的民法典理解与适用丛中列举了一些反对和赞同的观点可资借鉴。反对说的理由主要有：其一，各担保人无共同担保的意思，相互追偿缺乏法理依据，也有违担保人为债务人提供担保的初衷；其二，担保人互相追偿后，还可以向主债务人追偿，程序上费时费力不经济；其三，每个担保人在设定担保时应当意识到自己的风险，除非做出特别约定，否则不应给其向其他担保人追偿的权利；其四，担保人之间的份额难以确定；其五，《民法典》第 392 条完全承袭了《物权法》第 176 条，没有规定混合担保的担保人之间相互有追偿权。同理可以认为《民法典》第 700 条也没有赋予连带共同保证人之间有互相追偿权。其六，《民法典》第 700 条特意删除了《担保法》第 12 条中关于共同连带保证人之间的追偿权，说明立法机关对担保之间不得追偿的观点是一以贯之的。赞同说的主要理由是：其一，保证合同是合同编分则，分则没有规定的，应当适用通则；其二，各共同保证人之间的内部关系是一种特殊关系，各保证人之间的利益需要平衡。而该书的作者观点采纳反对说，认为共同保证人之间如无约定，应无追偿权。^[7]

反对说的理由虽多，但主要是认为各保证人之间对于追偿无约定，各自应承担债务的份额难以确定，以及互相追偿将影响债务清偿的效率。笔者认为，这些理由均经不起深入推敲。首先，追偿权是一种法定的权利，本就不需要当事人之间约定，法律是否在特殊关系的主体之间赋予追偿权，考虑的是各方利益的平衡、效率、公正问题，而不是当事人之间的约定。因此，探讨的前提原本便不存在约定的情形，如当事人之间已有约定，该问题也就无需讨论了。其二，制度设计时，效率和公平是要兼顾的，有时又会是一对矛盾，但不应偏颇于某

一方面。反对说因效率问题否定共同连带保证人之间的追偿权，但当主债务人无力清偿时，倘若 A 保证人与债权人有关联甚至串通，债权人不向其主张权利，而仅仅向 B 保证人进行追讨，如果 B 保证人清偿了全部债务，却又无法向 A 保证人追偿，就会发生最终的债务在多个共同连带保证人之间不公平的分担，且选择向何哪家保证人主张的权利完全交在债权人手中，极易发生道德风险。其三，关于所谓各保证人所应承担债务份额如何确定的问题。《民法典》第 519 条规定，“连带债务人之间的份额难以确定的视为份额相同”。在主债务人无力清偿的情况下，所有共同的连带保证人的偿债地位应该是相同的，若无特殊约定，可以推导出所有连带保证人之间承担等额债务的结论。因此，笔者认为《担保法》司法解释规定连带共同保证的保证人承担保证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担，没有约定的，平均分担，该制度设计兼顾了效率和公平，不会发生保证人向其他共同连带保证人追偿后，保证人之间循环追偿或者再分别向主债务人追偿的情况。2020 年 11 月 9 日，最高人民法院民二庭公布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉担保部分的解释》（征求意见稿）第十三条关于共同担保的规定也对这个问题做出了解释，即“担保人之间未对承担担保责任后的责任分担问题作出约定，但是构成连带共同担保，承担了担保责任的担保人依照民法典第五百一十九条之规定，请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分的损失的，人民法院应予支持”。虽然该解释仍处征求意见阶段，但可以洞悉最高院中至少有部分人是支持赞同说的观点的。

（二）连带共同保证在破产法下的互相追偿权行使问题

当债务人进入破产程序，保证人如何向债务人行使追偿权的问题，《企业破产法》第 51 条已经给出了答案，“债务人的保证人或者其他连带债务人已经代替债务人清偿债务的，以其对债务人的求偿权申报债权。债务人的保证人或者其他连带债务人尚未代替债务人清偿债务的，以其对债务人的将来求偿权申报债权。但是，债权人已经向管理人申报全部债权的除外”。据此，主债务人进入破产，某一保证人已经向债权人清偿了超过自己应当承担份额的债权时，可首先向管理人申报债权，破产财产不足清偿范围内，可以再根据民法的规定向其他共同连带保证人追偿其应当承担的份额。

当保证人进入破产程序时，《企业破产法司法解释（三）》虽通过第 4、5 条规定了债权如何申报和确定的原则，但这两条规定仅限于债权人与债务人、债权人与保证人之间的外部关系，没有涉及连带共同保证人内部在破产情况下如何申报和确认债权。笔者认为，在连带共同保证的情况下，倘若某一保证人进入破产程序，债权人和其他的共同连带保证人基于债权和追偿权都可以申报债权，但不能同时申报。债权人已经申报了债权的，其他共同连带保证人不能再基于追偿权就重复的债权金额进行申报，若债权人没有申报债权的，则其他共同连带保证人在债务人不能履行债务时其所应分担的债务份额内，可申报债权。

三、连带共同保证人内部追偿规则对破产实务的影响

（一）《民法典》关于代位权的新规定

《民法典》第 536 条增加一项关于代位权的新规定，即“债权人的债权到期前，债务人的债权或者与该债权有关的从权利存在诉讼时效期间即将届满或者未及时申报破产债权等情形，影响债权人的债权实现的，债权人可以代位向债务人的相对人请求其向债务人履行、向破产管理人申报或者作出其他必要的行为”，之前的《合同法》及其司法解释未曾作出过如此规定。本条规定在债权人的债权尚未到履行期限的情形下，如果债务人怠于主张其对次债务人的权利而导致债权人的权益可能受损，尤其在次债权将于罹于诉讼时效，或者次债务人破产未及时向其申报债权时，债权人有权代债务人向次债务人请求履行或者申报破产债权。

（二）现行破产法下的相关规定

《企业破产法》在第46条规定，“未到期的债权，在破产申请受理时视为到期”，但这里的“未到期债权”指的是债权人和破产的债务人之间的债权。当和债权人没有直接债权债务关系的次债务人进入破产，而债权人对债务人的债权尚未到期时，是否可以视为该主债权已到期，进而基于代位权由债权人代表债务人向次债务人的管理人申报债权？鉴于这其中隔了两层债权债务关系，而《企业破产法》第46条是出于解决债权申报、债权人行使权利的便利性以及清偿的公平和效率角度考虑的，显然第46条不能解决上述涉及主债权未到期时如何行使代位权的问题。笔者类比破产法下相似的规范发现，《企业破产法》司法解释三关于保证债权有一项规定，“主债务未到期的，保证债权在保证人破产申请受理时视为到期”。根据民法主从债务关系的原理，主债权没有到期时，自然保证债权也未到期，但当保证人进入破产程序后，破产法规定保证债权可以提前到期，并由债权人向保证人申报债权。因此，出于破产程序的要求，相关联的两个债权，一个已经到期，一个未到期，或者两个均未到期的，在申报和确认债权时可以使得相应未到期的债权提前到期。只是目前在《企业破产法》的制度层面上，没有现成的条文能够直接推理出当次债务人破产时，主债权未到期的，债权人为了保全债权，可否径直向次债务人的管理人申报债权。显然，《民法典》扩充了债权人代位权的内容，为债权人在此情形下行使代位权提供了依据，也填补了破产法下的空白。

（三）管理人在接受主债权人基于代位权的债权申报审核时的注意事项

当次债务人进入破产程序后，管理人在收到主债权人的债权申报时，不仅需要审核债务人与进入破产的次债务人之间的债权债务关系，还要审核主债权人与主债务人之间的债权债务关系。在审核确认债权过程中，需要注意以下问题：

（1）所确认的债权应当是主债务人与次债务人之间的债权。主债权人与主债务人之间的债权审核仅作为主债权人是否有权代表主债务人向次债务人申报债权的条件，而非所确认的债权。

（2）管理人收到主债权人的申报后，出于审慎要求应当函告主债务人并向其询证。如果主债务人相应向管理人申报了债权，管理人应当告知主债权人，此时代位权行使的条件便不满足，管理人应将主债务人作为债务人企业的债权人，相应确认其债权。

（3）《民法典》的代位权行使效果沿袭了《合同法》司法解释，没有采用“入库规则”，旨在鼓励债权人积极主动行使代位权。^{〔8〕}因此，在破产财产分配时，管理人应直接向申报的主债权人分配财产。但如果在分配之前，主债务人也进入破产程序的，则管理人不能直接向主债权人分配财产，此时应适用“入库规则”，根据《民法典》第537条后段和《企业破产法》司法解释的相关规定，由主债务人取得分配的财产后，再通过主债务人的破产程序向主债权人进行清偿。当保证人进入破产程序时，《企业破产法司法解释（三）》虽通过第4、5条规定了债权如何申报和确定的原则，但这两条规定仅限于债权人与债务人、债权人与保证人之间的外部关系，没有涉及连带共同保证人内部在破产情况下如何申报和确认债权。笔者认为，在连带共同保证的情况下，倘若某一保证人进入破产程序，债权人和其他的共同连带保证人基于债权和追偿权都可以申报债权，但不能同时申报。债权人已经申报了债权的，其他共同连带保证人不能再基于追偿权就重复的债权金额进行申报，若债权人没有申报债权的，则其他共同连带保证人在债务人不能履行债务时其所应分担的债务份额内，可申报债权。

五、撤销权规则与《企业破产法》中撤销权的关系

(一)《民法典》关于撤销权的修改

《合同法》第74条规定了三类债务人的行为可被撤销：(1)债务人放弃到期债权；(2)债务人无偿转让财产；以及(3)债务人以明显不合理的低价转让财产。此次《民法典》将原来《合同法》关于撤销权的第74条规定分解成了三条，第538和539条分别扩充了可被撤销的债务人的行为，除了将放弃到期债权改为债务人放弃债权外，还增加了(1)债务人放弃债权担保；(2)债务人无偿处分财产权益；(3)恶意延长到期债权的履行期限；(4)以明显不合理的高价受让他人财产；以及(5)为他人的债务提供担保，大大扩充了债权人行使撤销权的范围，有利于保障债权人权益的实现。

(二)破产法下的撤销权与民法撤销权的关联

在民法下，债的保全的撤销权是为了保护特定债权人的债权实现而设立的一项制度。与之不同的是，破产法下撤销权的设立旨在纠正债务人在进入破产程序前的法定期间内的不当财产处分行为，为贯彻公平清偿的原则，通过撤销权制度恢复债务人的责任财产。因此，《企业破产法》关于撤销权的两个条文即第31和32条是设置在债务人财产这一章节之下的。虽所属不同法律体系，两者却也有相同之处，即通过撤销债务人的特定的有害债权行为，最大程度的保障债权人权益的实现，只是在权利行使的主体、撤销的行为内容、不当行为做出的时间、除斥期间等方面存在区别。

《企业破产法》第31条规定了五种可被撤销的债务人的行为，分别是：(1)无偿转让财产；(2)以明显不合理的价格进行交易；(3)对没有财产担保的债务提供财产担保；(4)对未到期的债务提前清偿；及(5)放弃债权。其中第(1)、(2)、(5)项与原《合同法》规定的债权人可以行使的撤销权的内容基本一致，意即原《合同法》第74条规定的三种可被撤销的债务人的不当行为全部被包括在了《企业破产法》第31条的五项内容中。关于两个法律制度下的撤销权的关系如何，是否可以平行的行使，还是被吸收的关系，最高法院在《企业破产法》司法解释二中给出了回答。^[9]先不论司法解释的规定是否合理，从条文可以看出司法解释制订者的思路是：《合同法》第74条的三种可被撤销的行为已经被包含在《企业破产法》第31条中了，进入破产程序后，管理人作为全面接管并负责债务人财产保管、清理、估价、处理和分配等事务的专门机构，理应由其行使撤销权，由管理人行使撤销权后最终受益的还是全体债权人。如果继续保留债权人《合同法》下的撤销权，将导致权利竞合，各债权人之间利益冲突，降低效率，影响破产程序统一顺利进行^[10]。但如果管理人怠于行使撤销权，司法解释仍然认可债权人在破产程序中依据《合同法》行使撤销权，但追回财产归入债务人财产。可见司法解释认为两项撤销权是各自独立的，但在一定情况下，行使后的效果是相同的，因此在破产程序中应首先由管理人行使破产法下的撤销权，管理人怠于行使时，债权人才可以行使《合同法》下的撤销权。

(三)《民法典》修改撤销权内容后与《企业破产法》的衔接

基于以上的阐述，《民法典》将债的保全中原先可以被撤销的债务人行为由三项增至八项。其中有四项是未能包括在《企业破产法》第31条之中的，分别是：(1)债务人放弃债权担保；(2)债务人无偿处分财产权益；(3)恶意延长到期债权的履行期限；及(4)为他人的债务提供担保。意即债务人在破产受理前一年内的这几种行为，管理人是无法基于破产法而行使撤销权的，只有债权人可以依据民法行使撤销权。按此，《民法典》生效后将面临债务人的部分不当行为仍按《企业破产法》和司法解释的规定，由管理人优先行使撤销权，而上述四项行为只能由债权人行使民法撤销权，很可能出现管理人和债权人平行行使破产法和民法下的撤销权的窘境。

民法撤销权与破产撤销权的法理基础是相同的，只是处于不同的程序之中，在直接保护个别债权还是全体债权上存在区别而已。据此，民法撤销权与破产撤销权针对的债务人不当行为应该基本是一致的。2006年颁布的《企业破产法》由于受到时代和经验的局限，撤销权的设置显然存在不足，而《民法典》修订的撤销权规则显然更加科学。笔者注意到，已经有学者呼吁在《企业破产法》的修订过程中，吸纳《民法典》的合理规定，完善破产制度。^[10]

六、债权转让规则对破产实务的影响

（一）《民法典》对债权转让规则的新规定

《民法典》第545条在原来《合同法》第79条的基础上增加了一款，“当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人”。因社会进步，交易频繁，债权具有让与性^[11]。随着金融的发展，在担保、信托、保理、托收、资产证券化、P2P等诸多领域都需借助于债权的转让来实现其交易。^[12]原《合同法》第79条仅规定了除依法律法规禁止、合同性质或者当事人约定不得转让三种情形外，其他债权可以转让。出于交易明晰、简化财务会计手续、避免履行对象差错、保护抵销利益等原因，实践中存在大量的双方当事人约定权利和义务不得转让的合同，这就使得债权的流动性大打折扣。从金融和资产证券化业务角度而言，作为底层资产的大量债权合同，尤其是金钱债权，如果要求受让人或者资产购买方逐一审查合同中是否约定禁止转让条款，无疑将大大降低资产流转效率，给受让方增加交易成本和风险。所幸《民法典》关注到了这个问题，在第545条增加了一款规定，此款规定可以理解为三层含义：（1）如果转让的是非金钱债权且受让人是善意的，则转让合同有效，受让人取得债权，债务人不得向受让人主张债权禁止转让的抗辩；（2）如果转让的是非金钱债权且受让人明知或应知存在不得转让约定的，则债务人有权向受让人主张债权禁止转让的抗辩；（3）如果转让的是金钱债权，无论受让人是否善意，转让合同有效，受让人取得债权，债务人不得向受让人主张债权禁止转让的抗辩。

（二）破产程序中涉及债权转让问题的注意事项

在当事人之间约定不得转让债权的情形下，如果让与人将债权转让给受让人，嗣后让与人进入破产程序，则让与人的管理人和让与人的其他债权人（第三人）都可能提出债权转让无效的主张，这往往是在破产实务中，对于债权转让效力所产生的争议所在。除了依据破产法和民法撤销权的规定外，管理人或者第三人也会因原合同存在不得转让约定而主张转让无效。依《民法典》545条第2款采取的对抗主义，违反不得转让约定的债权转让不影响转让人和受让人之间债权转让的合同效力。^[13]意即管理人或者第三人不得依《民法典》545条第1款之规定，因原合同存在不得转让之约定而主张债务人在破产受理前将债权转让给受让人的行为无效。

此外，管理人在接管破产企业后，部分债权人可能不是原始债权人而是债权受让人，此时管理人在审核债权申报时，应依《民法典》第545条之规定，即使原合同中存在不得转让条款，管理人不应直接否定该债权。若是金钱债权，管理人不得因此行使抗辩权，而应根据其他内容审核确定该债权。若是非金钱债权，法律规定债务人行使抗辩是一种权利而非义务，若要求管理人去查明申报的债权人在受让债权时是善意还是恶意，恐对管理人的要求过高。笔者认为，若原债权人没有重复申报债权或通过其他方式提出异议，且管理人在接管破产企业后没有掌握债权受让人明显恶意的证据，则管理人可不必提出抗辩。当然，在管理人审查债权转让文件，对于该文件本身的真实性和效力存在疑问时，管理人可以通过询证等方式向原债权人了解情况，以此作为判断的辅助。

七、不定期合同的任意解除权规则对破产实务的影响

(一)《民法典》对于不定期合同解除的新规定

有一类合同是以持续履行债务为内容的不定期合同，有的也称不定期的持续合同、或继续性合同，其主要特点是根据合同内容，不是一次的给付就可以完结的，而是继续的实现，时间因素在债的履行上居于重要地位。该类合同以继续性作为或不作为为其内容，随着时间的经过，在合同当事人间产生新的权利义务。^[65]原《合同法》在分则中的若干典型合同中，如租赁合同、保管合同、仓储合同，对于这类不定期的合同有关于任意解除权的规定，此次《民法典》在债编通则以一般性的规范规定了不定期合同的解除权。《民法典》第563条第2款规定，“以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人在合理期限之前通知对方后可以解除”。赋予不定期合同任意解除权的原理在于，一个人不能永久或者长时间的受缚于合同，否则将有违个人的自主决定。区别于服务合同下，解除方行使任意解除权需要赔偿对方的损失，但无需在合理期限之前通知对方，行使不定期合同的解除权需提前合理期限通知对方，但解除方一般无需承担赔偿责任。^[66]此外，合同编分则中除了保留原《合同法》中几种特定合同的任意解除权规定外，又增加了物业服务合同、合伙合同以及人格权编中肖像许可使用的不定期合同的任意解除权。

(二)破产法中关于合同解除的规定

企业进入破产程序后，无论作为债权人还是债务人，关于合同的解除均不应排除民法相关规定的适用，唯《企业破产法》有一条关于解除权的特别规定，第18条，“人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同。管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行；但是，对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同”。《企业破产法》的这条规定是按照合同双方是否均未履行完毕合同主要义务来进行区分的。一方已经履行完毕，而另一方尚未履行完毕的合同，当破产企业作为债务人时，则合同相对方的债权人仅可在破产程序中通过债权申报获得破产法下的清偿；而当破产企业为债权人时，管理人可代表破产企业向合同相对方主张债权。这两种情形虽然仍可适用民法关于合同解除的规定，实务中一般不太会发生合同解除的情况。而对于破产受理前成立，破产受理后双方均未履行完毕的合同，也称“待履行合同”的继续履行或者解除，破产法将选择权赋予了管理人。待履行合同需要管理人以破产财团增值、债权人权益最大化为目的进行价值判断，进而做出继续履行或者解除的判断。^[67]

(三)破产程序中对于不定期合同的处理

根据上段所述，破产实务中的解除权问题主要集中于待履行合同，笔者在这里也将主要观察不定期的待履行合同的解除权。

首先，《民法典》中关于不定期合同的任意解除权与《企业破产法》第18条规定的待履行合同的解除权，应理解为一般法和特别法的关系。民法的不定期合同的任意解除权是同时赋予合同双方当事人的，任何一方均可依此条以提前通知的方式解除不定期合同。而《企业破产法》第18条的继续履行或者解除待履行合同的权力，只在管理人一方，对方当事人（债务人企业的合同相对人）并无选择权。当待履行合同同时是一个不定期的双务合同时，若对方当事人要求行使任意解除权解除合同，而管理人要求继续履行合同，则应优先适用破产法的规定，对方当事人应当继续履行合同，但是可以要求管理人提供适当担保。

再者，当管理人行使不定期合同的任意解除权时，既可依民法也可依破产法行使。虽然《企业破产法》第53条规定，管理人依本法解除合同的，对方当事人因合同解除产生的损害赔偿请求权可申报债权，但该损害赔偿债权是否得以确认，仍须依民法的规定判断损害赔偿是否成立。一般而言，依《民法典》第563条第2款行使不定期合同的任意解除权的，管理人只要提前合理时间通知对方，无须承担损害赔偿责任。这里的合理期间，当事人有约定从约定，无约定但有特别规定的，按照特别规定，如《民法典》第948条（物业服务合同）规定提前60日通知解除。〔18〕《企业破产法》第18条所规定的，管理人自破产申请受理之日起二个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内未答复的，视为解除合同，也可以视为一种合理期间。合理期间的目的在于给与对方当事人合理的合同解除善后时间。因此，管理人行使任意解除权时，提前合理时间通知对方的，不成立损害赔偿，相对方也无权依《企业破产法》第53条主张不定期合同解除后的损害赔偿债权。

八、结语

《民法典》合同编通则包罗了债法总则的众多规则，限于篇幅，本文仅挑选了其中的六个新规定讨论其对破产实务的影响。实际上，还有大量一般债法与破产法结合和交叉的问题，值得我们持续关注和研究。

注释：

〔1〕王利明：《论民法典合同编发挥债法总则的功能》，载《法学论坛》2020年第4期。

〔2〕石宏：《合同编的重大发展和创新》，载《中国法学》2020年第4期。

〔3〕史尚宽：《债法总论》，中国政法大学2000年1月第1版，第268页。

〔4〕郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学2004年3月修订2版，第214页。

〔5〕王卫国：著《破产法精义》，法律出版社2007年7月第1版，第135页。

〔6〕郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学2004年3月修订2版，第401页。

〔7〕《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2020年7月第1版，第1393至1396页。

〔8〕石宏：《合同编的重大发展和创新》，载《中国法学》2020年第4期。

〔9〕《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第十三条破产申请受理后，管理人未依据企业破产法第三十一条的规定请求撤销债务人无偿转让财产、以明显不合理价格交易、放弃债权行为的，债权人依据合同法第七十四条等规定提起诉讼，请求撤销债务人上述行为并将因此追回的财产归入债务人财产的，人民法院应予受理。相对人以债权人行使撤销权的范围超出债权人的债权抗辩的，人民法院不予支持。

〔10〕《最高人民法院关于企业破产法司法解释理解与适用》，人民法院出版社，2013年9月第1版，第222页。

〔11〕王欣新：《民法典债权人无偿行为撤销权对破产撤销权的影响》，载《人民法院报》2020年9月24日第007版民商审判。

〔12〕郑玉波：《民法债编总论》，中国政法大学2004年3月修订2版，第401页。

〔13〕朱虎：《禁止转让债权的范围和效力研究：以〈民法典〉规则为中心》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020年第5期。

〔14〕朱虎：《禁止转让债权的范围和效力研究：以〈民法典〉规则为中心》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020年第5期。

〔15〕王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年3月第2版，第156页。

〔16〕朱虎：《分合之间：民法典中的合同任意解除权》，载《中外法学》2020年第4期。

〔17〕袁一格：《论破产法中待履行合同的解除》，载《企业合规论丛》第3辑，第139页。

〔18〕朱虎：《分合之间：民法典中的合同任意解除权》，载《中外法学》2020年第4期。

刍议如何通过公司章程设计预防公司僵局

作者：李慧荣

公司法理论与实务界最经典的一句话，莫过于“公司章程另有约定的除外”了，这句话也是公司股东们通过章程自主约定而对企业进行有效、灵活的管理的一大法宝。对于公司经营中令股东和董事们都比较头痛的“公司僵局”情形，能否通过“公司章程另有约定”而进行预防呢？笔者试图从公司僵局的含义及常见类型、形成原因及章程设计预防公司僵局的要点等三个方面来探讨一二。

一、公司僵局的含义与常见类型

1. 公司僵局的含义

所谓“公司僵局”(corporate deadlock)，一般是指公司在存续运行中由于股东、董事之间矛盾激化而处于僵持状况，导致股东会、董事会等公司机关不能按照法定程序作出决策，从而使公司陷入无法正常运转，甚至瘫痪的状况。一般来说，公司僵局大都出现在有限责任公司，尤其容易发生在股东较少的有限责任公司，股东人数和持股比例相差无几，从而使得无法根据公司法的相关规定做出相应的决策，从而使得公司的决策无法进行。

2. 公司僵局常见类型

一般认为，公司僵局分为股东僵局和董事僵局两大类：（1）**股东僵局**，指由于股东之间的严重分歧，在连续两次股东会上无法形成有关公司经营的有效决策，并且因此可能导致对公司造成实质性损害；（2）**董事僵局**，指由于董事之间的严重分歧，在连续两次董事会上无法形成有关公司经营的有效决策，并且因此可能导致对公司造成实质性损害。其中，还有一种特殊类型，即由于股东僵局而引起的董事僵局，指在董事任期届满时，由于股东之间的严重分歧，连续两次股东会均无法选出继任董事，并因此导致董事会无法达到形成有效经营有效决策的人数。

二、公司僵局形成的原因分析

根据实务经验来看，公司僵局常见形成原因可归纳为以下几种：

1. 公司的股权结构设计不合理。

通常在股东较少的有限责任公司里，持股人往往持股比例相对均衡，甚至不乏相同持股比例，譬如常见的50%：50%或者各占三分之一的股权结构。在前述股权架构下，若未对股权比例与表决权比例做分离设计或者特殊约定，在公司经营过程中，如持股人在经营理念和经营策略上无法形成一致的意见，加之有限公司本身就带有较强的人合性特征，当股东双方或着多方当初成立公司的信任破灭，关系出现僵化的时候，由于各自所持股权无法确保按照己方意愿形成有效的决策，进而会使公司的经营陷入僵局状态并持续。

2. 股东或董事表决机制设计不合理。

如果公司章程规定股东会或董事会决议须经全体一致同意或赋予个别股东或董事一票否决权（俗称的“成事不足败事有余条款”，实践中对董事一票否决权设置存在争议），则由于无法形成一致意见或个别股东/董事行使一票否决权也会导致决议无法通过，从而使公司陷入僵局。

3. 股东或董事人员失联或失踪。

实践中可能出现股东或董事由于各种原因下落不明、失踪或长期杳无音讯，导致股东会或董事会无法正常

召开，公司决议无法形成而造成的公司僵局。

4. 股东和董事的道德风险。

实践中可能出现由于利益的纷争或其他原因大股东或董事私自扣留公章，股东或总经理擅自携带公司执照从人间蒸发等等人员道德风险因素而造成的公司僵局。

从表面上来看，公司僵局是由于股东或者董事之间的矛盾或者对立冲突导致公司决策机制失灵而形成，但究其形成的本质原因，还是因为公司的制度问题，现行的公司法有效的保护了公司股东权益和公司自身利益，同时也给公司的运营带来了一定风险和挑战，而这些因素正是导致公司僵局发生并持续的根本原因。我国现行公司法的制度安排和公司组织机构的封闭性是公司僵局形成的温床。

三、公司章程设计预防公司僵局的要点

公司僵局出现后，无论对公司还是对股东都会带来极大的损失，而且也违背了股东当初成立公司时的初衷，虽然法律上已经确立了公司僵局出现后的司法救济途径，但由于公司僵局所带来的损失已经无法弥补，故而股东们在公司成立之初就应当对公司可能出现的僵局问题加以预防。公司章程是公司成立之初股东之间一个公司合同，具有契约性，而我国公司法赋予了股东在制定公司章程时较大的自治空间，因此，在制定公司章程时，股东应当根据自身的情况充分利用，通过科学合理的设计表决权制度和公司的治理结构，以尽可能避免公司僵局出现。从实践来看，我们主要通过通过在章程中约定如下的条款来预防公司僵局：

1. 根据公司情况设计多元化表决权机制。

根据公司法规定，公司的重大决策事项要获得股东会过半数表决权通过，特别重大的事项，如修改公司章程、增减公司注册资本等必须获得股东会表决权三分之二以上通过才能实施，而一般的经营决策事项则需交由董事会进行表决，获得董事会过半同意方可实施。如果股东或董事之间发生了激烈的矛盾和冲突，并采取完全对抗的态度，那么任何一方可能都无法形成这种过半数或者三分之二的表决多数，决议的通过变得几乎不可能，于是形成了公司僵局。常见的几种表决权制度如下所示，其核心为将股权比例与表决权制度进行分离设计，而非保持完全一致，突破股东因股权比例多寡而享有相应的表决权的一元结构，公司创始人或者股东们可以结合公司和自身实际情况酌情选用：

A 限制表决权行使机制。即由公司章程规定，一个股东持有的股份达到一定比例时，减少其投票权的数额。对控股股东的表决权加以限制，防止其利用资本多数决制度，侵害少数股东的合法权益。

B 特定事项 / 重大事项特殊表决权机制。即交由股东会表决的特定事项必须经包括特定的股东在内的股东同意方可通过，而非简单的采用公司法规定的过半数或者三分之二绝对多数表决机制，在一定程度上可避免小股东在重大或者重要事项决策中其合法权益无法得到保障。譬如在公司章程中约定公司发生 500 万元以上的资产处分时须经包括某股东在内且超过半数以上表决权同意通过方可执行。

C 表决权回避机制。所谓股东表决权回避，亦称表决权排除制度，是指股东会表决时，与决议事项有特别的利害关系的股东应当回避，不得就该决议事项行使表决权，也不能由他人代理其行使表决权。所谓董事表决权回避，是指董事会通过某项决议时，与该项决议有特别的利害关系的董事应当自行回避，不得行使表决权。如关联交易，为股东、董事提供担保、与公司进行自我交易等都应当在章程中加以具体、明确的规定。

延伸：《公司法》规定的股东表决权限制或回避情形：

A 公司为股东或公司实控人提供担保，须经股东会决议，该股东或该受实际控制人控制的股东不得参与表决（见《公司法》第 16 条规定）。

B 董事、高级管理人员与公司进行自我交易或利用职务便利从事同业竞争行为，须经公司股东（大）会的同意，董事不得表决（见《公司法》第 148 条规定）。

C 未履行出资义务或抽逃出资的股东在股东会除名决议上没有表决权。

关联法条：

《公司法》第 42 条（股东的表决权行使）、第 43 条（股东会的议事方式和表决程序）等。

2. 合理分配公司的控制权。

如股东为两方的，可以在章程中约定一方担任董事长的，另一方委派的董事可以占多数；双方的董事人数相等时可以以公司的名义聘请中介机构出面委派独立董事；又如，对于不设董事会的公司，一方担任执行董事的，另一方担任总经理，并明确执行董事无权聘任或解聘总经理等等。

关联法条：

《公司法》第 42 条（股东表决权行使）、103 条（股东表决权）、104 条（重大事项的股东大会决议权）等。

3. 设置最终决定权机制。

章程中可以赋予董事长在出现表决僵局时可以行使最终的决定权，也可以规定在董事会出现表决僵局时，可以将此事项交由股东会表决等。通过此种方法来改善董事僵局。

关联法条：

《公司法》第 37 条（股东会的职权）、103 条（股东表决权）、46 条（有限责任公司董事会的职权）、108 条（股份有限公司董事会的职权）等。

4. 明确约定公司解散事由。

《公司法》第 43 条规定：“股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。”当股东会决议解散不能达成时，约定解散显得十分重要，股东可在章程中规定法定事由以外的其他解散事由，该事由一旦出现，公司即归于解散。如此一来，可在很大程度上避免在公司僵局情形下，仅能通过个别股东向法院提起公司解散诉讼而解决公司僵局之难。

关联法条：

《公司法》第 43 条（股东会的议事方式和表决程序）、第 180 条（公司解散原因）、第 182 条（请求法院解散公司）、《公司法解释（二）》第 1 条（可请求解散公司诉讼情形）。

5. 明确特殊情形下股东退出公司机制。

《公司法》第 71 条规定了有限责任公司的股权转让程序和条件，该款条文从表面上来看，为有限责任公司股东通过股权转让退出公司提供了两种途径，一种是自由向公司其他股东转让，另一种是征得公司其他股东同意的情况下，向公司股东以外的人转让，但是由于有限责任公司具有较强的人合性特征，其设立以股东相互之间的信任为基础，再加上有限责任公司的股权转让缺乏像股份有限公司股票转让的公开交易市场，其转让难度无形中大幅度增加。所以在实践中，大多数情况下，公司股东以外的其他人，并不愿意通过受让股权的形式加入公司，有限责任公司股东的股权转让只能通过内部转让的形式得以实现。而在公司陷入僵局时，这种内部转让的途径也被阻断了，将直接导致了公司僵局情形下股东无法通过对外转让股权而退出公司，使公司僵局处于持续状态。

倘若公司章程事先约定，当发生特定情形或者在公司陷入僵局时，小股东有权要求控股股东以约定的或以

以合理的价格收购股权，或者通过公司回购一方股东的股权并进行减资从而化解股东矛盾，将会给僵局情形下部分股东退出公司提供清晰、可操作的路径。该等约定是股东之间意思自治范畴，一经载入公司章程即对股东各方、公司产生约束力。该约定是股东、公司之间形成的股权预期转让或回购的法律关系，一旦条件成就，符合条件的股东就有权要求其他股东或者公司按照约定条件收购其股权，不想继续参与经营的股东可以顺利退出公司，而公司也能得以继续存续，破解公司僵局。

关联法条：

《公司法》71条（有限责任公司股权转让的条件与程序）、《公司法解释四》第16条（自然人股东因继承发生变动时优先购买权行使限制）。

总体而言，在我国公司法放松管制、尊重公司自治的语境下，通过对公司章程中的任意性条款的明确约定可以弥补、修正公司法关于公司治理机制预设的默认规则；从公司的实际情况出发，通过公司章程合理确定股东、董事等各方权利义务可以在一定程度上有效避免公司僵局的发生；或者在公司僵局产生时触发章程约定的特定机制，从而为公司走出僵局困境提供相应的制度支持。


四、总结


诚如法学家汉密尔顿所言：“如果缺乏协议，对僵局的任何补救方案都不能完全令人满意”。对于公司僵局而言，“防范于未然”——积极借助公司章程中任意性条款的约定，科学合理地设计表决权制度和公司的治理机构等，才是对公司僵局最好的预防。



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

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

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