

NEWSLETTER

中 伦 律 师 简 报
深度观察



中倫律師事務所
ZHONG LUN LAW FIRM

主题公园融资方案和增信措施 001 /

大型综合主题乐园项目工程
建设的法律难点探析 008 /

企业合规三部曲(二)
---合规的三大功能价值 017 /

网红主播与MCN机构之间
常见争议分析与风险防范 024 /

商业秘密保护之路,
员工、原单位、新单位应何去何从? 032 /

主题公园融资方案和增信措施

作者：原挺、唱毅、马思聪



2021年9月20日北京市通州区环球影城主题公园盛大开业, 这里将成为北京又一个必去的打卡点。南有长隆动物世界、东有迪士尼乐园, 北有环球影城, 全国的超大型主题公园越来越红火。作为环球影城项目公司的法律顾问, 笔者团队在三年前完成了项目融资全套融资文件的起草、谈判和定稿, 并在融资交割后持续跟进服务。看到曾经日夜奋战制作法律文件所对应的项目美轮美奂的呈现在眼前, 感叹现代人类社会的高度合作化和执行力。

这样一个几百亿投融资的大型主题公园, 需要合理的资本结构来为资源整合搭好框架。首先, 资本结构的股权投资端由掌握项目核心资源的发起人投入。由于主题公园需要大面积的土地和完善的周边配套设施, 项目所在地的政府会扮演重要的角色, 不论其是否在项目中直接持股。品牌和技术是主题公园成功的关键, 就像环球影城这样具备很强吸粉能力的文化符号能成为主题公园的灵魂。有了基础设施和发起人的准备工作, 发起人就需要考虑如何安排资本结构中的另一端债务融资了, 这将是本文讨论的重点。当然, 也有的主题公园在股权投资端安排了更多的财务投资人, 以降低杠杆率和减小偿债压力, 也在项目收益不佳时分担风险, 但在项目成功的情况下财务投资人的资本回报要求一般高于债务融资。

由于项目的工程浩大, 耗资惊人, 建设和运营的周期也很长, 做好财务测算是主题公园寻求融资的第一步。财务测算中成本端通常需要留有一定空间, 以备项目遇到变动因素导致延期的情况下工程延期或成本增加。在收入预测端, 既要参考同一品牌主题公园在其他国家或地区的收入情况, 也要评估东道国本地的消费能力, 做好定价策略和调价机制。有了财务全景图, 股东和项目公司即对项目总投资和资本金之间的债务资金缺口有了预算, 我们将在下文逐步展开融资的方案和增信措施。

第一部分\ 融资方案

债务融资的方案总的来说分为两种,其一是**向金融机构申请融资**,其二是在**资本市场向投资人筹集资金**。资本市场进行的筹资主要是以债券发行或资产证券化的方式,但对于新项目而言,刚刚组建的项目公司难以满足作为发行人的法定要求,需要等到项目进入运营期再做安排。进入运营期后,项目的现金流趋于稳定,项目公司可以请评级公司对公司的偿债能力进行评级,然后通过券商将债券出售给公开市场的投资人或以私募债的方式定向出售给特定投资人。项目公司还可以将园区的未来收益(通常定义为收费收益权)打包成风险隔离的资产包进行证券化,成熟的案例有华侨城欢乐谷主题公园门票专项资产管理计划、海昌海洋公园门票资产支持专项计划等。但2019年证监会的口径将不具有垄断性和排他性的入园凭证等未来经营性收入排除在资产证券化基础资产的范畴之外,后续政策如何演进还有待观察。如果进入运营期的主题公园项目公司希望将公司债券出售给中国境外投资人,则需要全面符合债券发行地(比如香港)当地的证券法律和交易所规则。本文不就资本市场的筹资展开进一步阐述,而主要谈谈金融机构的融资方案。

项目公司向金融机构的融资也通常被叫做间接融资,意思是金融机构依靠自身信用在市场上筹集了闲置资金,然后自行挑选可行的项目来提供融资。银行资金是首要选项,因为主题公园项目所需的资金量往往超过单一金融机构的授信额度,而需要多家银行组建银团来联合提供融资。非银行的金融机构也可以在设备融资和应收款保理等角度为主题公园提供资金支持。

1、项目融资贷款

主题公园从土地开发到工程建设过程所需资金的贷款可以归入工程项目贷款,这是大型银行熟悉的中长期融资产品。由于项目从零起步,银行在建设期承担的风险并不比股东小,因此银行往往希望发起人给予建设期的全额担保,也就是说项目完工后银行才能释放股东的保证责任,而在没有建设完工并进入商业运营的情况下,银行有权向发起人追索项目公司的债务。该安排的合理性主要取决于发起人的实力和信誉。对于享誉全球的大品牌企业或政府背景的大型公司,其完成项目并顺利进入运营的能力强,经验成熟,银行对于股东担保的依赖度和强制性都偏弱;而对于不具备这样实力的发起人,也许发起人的信用担保都不足以让银行安心。

项目贷款是在建设期发放投入项目建设,

并在运营期分期收回。发放的进度和条件通常与项目的真实用款需求相匹配,但银行会要求股东的资本金先于贷款资金到位,分为全部到位和同比例到位两种情况。而股东的资金除了以资本金的方式注入,有时还有一些变通的模式。比如股东的资金由资本金和股东贷款两部分组成,银行会要求股东贷款从属于银行贷款,也就是大家通常看到的银行贷款债务被称为“高级债务”的原因,讲的就是其与股东贷款及其他债务之间的优先顺位。又比如股东的资金有可能在银行发放贷款前已经垫付了一部分用于项目建设,这部分能否被银行贷款置换常常是项目公司非常关心的问题,但置换的边界通常是留一部分股东垫付款及资本金在项目中作为铺底,以确保银行贷款的风险得以缓冲,目的还是避免过高的杠杆率。

贷款资金的收回需要根据财务模型对于园区预期收入测算来安排,通常银行给予主题公园的授信期间都超过8-10年,因为减去三年左右的建设期,园区通过五年的运营收入清偿所有长期负债的难度比较大,而且园区在运行一段时间后还有可能做设备的升级改造,二次资本投入会进一步拉长还款周期。

园区项目融资的资金成本与园区的市场认可度紧密相关。对于国际一流的主题公园,其园区产品的知识产权收益比较高,创意能力强,这

是其长期维持人流量和园区收入的保障,因此更容易吸引金融机构的授信,在资金成本的谈判上也更有优势。但由于银行的资金成本也是随着市场波动,资金成本的计算通常会盯住某一基准利率来浮动,在资金成本严重偏离基准利率的情况下双方还有可能需要重新协商利率调整方案。

项目融资贷款的币种主要由项目资金需求及园区收入币种决定。在中国境内设立的主题公园门票收入都是人民币,为了匹配还款来源,贷款可全部以人民币为基准来计价,即使部分贷款可能是以外币发放。外币发放的贷款往往是为了对应项目的对外支付要求,比如支付境外知识产权提供方特许权使用费。只要项目资金用款和项目收益回款的货币不能完全对齐,跨期金融交易就会存在汇率风险。汇率风险可以通过汇率掉期等方式来对冲,也有可能由项目公司自行承担,这对于银行来说也是长期融资产品需要重视的敞口,因此贷款全部以人民币计价是相对稳妥的做法。

2、非银行金融机构融资

由于主题公园的游乐设施众多,价值高使用年限长,采购大型游乐设施所需的资金也可以向融资租赁公司来筹集。如果项目建设初期已经安排了全盘的项目融资,游乐设施的采购

资金已经纳入到初次建设资金预算中, 游乐设施也通常会被银行要求设置抵押担保。但项目进入运营期且贷款还款进入后期, 游乐设施的更新或置换所需资金可以借助融资租赁公司的力量。

融资租赁公司通常要求与游乐设施供应商及项目公司共同签署三方采购协议, 由融资租赁公司作为买方, 在设施交付及安装后成为所有权人, 并与项目公司达成融资租赁法律关系, 收取租金来收回其采购款和资金收益, 比如北京市朝阳区的摩天轮就曾安排过融资租赁的模式来筹资。虽然融资租赁公司在租赁期内持有游乐设施的所有权, 其融资金额只占游乐设施采购价格的一定比例, 但游乐设施的再处置市场并不大, 而且成本高, 二手游乐设施价值减去其物流成本后的残值有可能不足以覆盖融资款, 因此, 项目公司在向融资租赁公司筹资采购游乐设施时需要充分展示主题公园的健康现金流状况, 减少金融机构对租赁物处置的顾虑。

除了游乐设施, 主题公园另一块吸引金融机构的招牌就是前文提及过的园区门票收益。不论该收益权是否能得到资本市场的认可, 很多以应收账款为融资对象的金融机构还是会基于对园区客流量和市场前景来给予融资。当然, 和融资租赁一样, 保理融资也是在有银行项目融资贷款或贷款后期替代融资工具进场的情

况下发挥作用, 否则项目融资银行掌握园区所有现金流账户, 如何切分出保理融资的余量需要金融机构之间进行协商。

第二部分\ 增信措施

主题公园债务融资的增信措施分为两大类, 一是项目所在国法定的物权担保, 在项目资产上设置担保权确保金融机构的优先权益; 二是项目交易相关方提供的合同承诺, 既包括政府的也包括上下游合作企业的支持性承诺。

1、物权类担保

作为基础设施建设的的项目融资, 项目自身的资产是融资最直接的担保物。价值最显著的担保物包括土地、房屋建筑、游乐设施和项目公司股权, 相对而言价值变动大一些的担保物包括园区门票收益权、收入账户及主题公园的知识产权。

就土地使用权而言, 在中国, 土地及其地上建筑物的权属是统一的, 但主题公园的情况可能更加复杂, 比如, 主题公园中的酒店在建成后房地统一权证抵押给银行通常是可行的, 但有些附属建筑设施可能不能办理房产证, 这种情况需要和当地的房管部门沟通, 确定担保物的

范围;另外,主题乐园的土地不一定是自持土地使用权,而有可能是从政府或发起人租赁而来,这也使得主题乐园的土地使用权抵押更为复杂。

游乐设施的抵押主要问题在于抵押资产的定期更新,因为设备分批到位,银行可能会要求到位设备尽快登记抵押权,项目公司需要在游乐设施更新过程中不时更新抵押登记。为避免过于频繁的操作,市场惯例是每隔一定期限内更新一次登记。

门票收益权的质押担保纳入未来应收账款质押的范畴,可在中国人民银行征信中心的网站上完成登记,但该应收款是未来的权益,只有主题公园持续有效运营才有价值。落实到资金管控,金融机构会通过收入账户的监管来盯住现金流,包括了流入和流出两个端口。在流入端,金融机构可能还会关注除了园区门票之外的其他资金,比如酒店、餐饮、物业、纪念品等全方位的服务收入。在流出端,除了主题公园设施更新所需的投入,其日常运营中的开支也很大,金融机构与项目公司会就运营项目建立预算管理和调整机制。

主题公园使用的知识产权很广泛,对于其自由知识产权可进行权利质押,但如果其知识产权并非自有,而是通过许可使用的方式获得,情况将会较为复杂。我们将在第2部分展开。



2、第三方增信

主题乐园的上下游合作方非常多,我们从几个主要方面来探讨该类增信的安排。放在首要位置的是我们上文提及的提供知识产权的发起人,金融机构希望确保项目对主题公园一系列商标、版权、logo和新创意的充分授权和持续使用,在发起人与作为借款人的项目公司在知识产权合作方面出现问题时,信贷的风险指数将大大提高。如果能够获得发起人的支持函,或者项目公司将其在知识产权使用协议项下权利转让给金融机构,对于金融机构来说是重要的保障。

对于大型工程项目,完工风险都是金融机构的首要风险。因此项目公司在工程总承包合同项下的权益也可能转让给金融机构,采用的

方式是让与担保,在项目公司出现问题时金融机构可以安排其他公司作为新业主来承接本项目,并要求工程方继续履约。

前文也提到主题公园需要当地政府的多方面支持,比如周边道路的配套,电力供应,安全保障等,甚至还有可能因为带动周边就业及产业链发展而获得税收优惠或财政补贴,金融机构有时希望把一些项目公司从政府得到承诺或实惠落实到纸面,请政府出具支持协议,这样的安排往往需要经历拉锯的谈判协商,因为并没有标准化的操作可参考,只能根据项目具体情况量身打造。

总结:

主题公园是个综合性服务工程,包含的不仅仅是传统的游乐设施,还有多元的品牌、文化、新消费时尚和娱乐平台,金融机构和主题公园企业可以共商新融资模式,在传统的融资方案和增信措施上增添新的元素,加强主题公园无形资产的融资能力,借用主题公园的品牌号召力打通整个供应链的融资需求。☒



原挺
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2045
yuanting@zhonglun.com



唱毅
顾问
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2126
changyi@zhonglun.com

大型综合主题乐园项目工程建设的法律难点探析

作者：张炯、张文靖、张丽娜



2021年9月20日,北京环球影城正式开园,环球影城是继迪士尼之后,中国内地引进的又一国际化超大型主题乐园项目。而大型主题乐园的工程建设法律问题,由于其投资高、体量大、技术复杂、参与方众多等特点,在合约架构、采购模式、造价、工期、质量等方面凸显出复杂性和多样性。本文拟从主题乐园项目工程建设的法律难点出发,抛砖引玉,以期为此类项目投资提供更多的思考。

第一部分\ 合约规划——纵横交错的网状结构

在任何工程建设项目开展前,如同工程本身的结构框架一样,业主首先需要通盘考虑如何搭建项目的合约架构,例如,采用施工总承包、工程总承包还是委托代建模式?哪些工程是总承包商自施的,哪些由专业化的分包商实施,哪些材料设备需要甲供?这些事项既是工程问题,也是法律问题,通过合同体系的提前规划,铺展开工程管控的整体图景。

对于主题乐园项目而言更是如此,其往往基于不同的主题,被划分成若干标段,标段自身设计和施工的特殊安排、不同标段之间的纵横联系,成为合约规划的重难点之一。以下从两个方面进行探讨:

1. 设计及顾问服务的合约规划

主题乐园设计的好坏不仅影响施工的质

量、进度和造价,更重要的是会直接影响终端用户的感受,对于工程建设而言至关重要。

首先,关于境外设计单位的引入。鉴于主题乐园项目很可能引入国际成熟品牌(如环球影城、迪士尼等),在这种情况下,业主在很大程度上会依赖于境外设计单位的创意和经验,而受限于我国有关设计资质和境外主体参与特定设计环节的规定,境外设计院一方完成全部设计又存在合规障碍,必须与境内设计院合作。这就使得业主需要充分考虑通过何种方式签约来实现境外设计团队对项目的参与,是按照概念设计与方案设计、初步设计、施工图设计不同设计阶段分别签约,还是采用联合体模式或设计咨询模式。

其次,关于总设计人与专业设计人的关系。主题乐园项目往往规模大、专业多,既要实现整体设计效果的统一,又要照顾到不同主题设计的特殊性,而市场上很难找到一家设计单位深谙所有专业领域,需要机电、消防、园林景观、小市政、室内设计、弱电、幕墙等大量专业设计人与总设

计人进行配合、协调。因此,如何将总设计人与专业设计人的设置纳入合约安排,这不单需要从工程管理和实施进行考虑,还要从合法合规角度进行论证。到底是总设计人是牵头负责人,各专业设计人作为总设计人的分包单位,由总设计人统筹管理及协调;还是由业主直接发包专业设计,总设计人提供协调与配合,根据项目情况和业主工程管理需要,必须要给予妥善安排。

再次,关于专业顾问单位的参与。由于主题乐园涉及的技术标准和参数非常复杂,业主往往需要委托第三方顾问(如艺术顾问、声学顾问、灯光顾问、景观顾问、厨房顾问、造价顾问、项目管理顾问等),参与设计及之后的施工环节并提出专业意见,必要时,需要采用境外技术指导单位作为专项顾问。就专项顾问与总设计人、专业设计人之间的关系,也需要在各自的合约中作出特别安排。

最后,关于设计深度及与施工的衔接。就主题乐园这种对设计标准及个性化高度追求的项目而言,国外类似项目的设计深度一般会在接近施工图深度就开始进行施工招标了,业主很难把每个细节都在设计中交代清楚,而会提出大量的复杂而详细的技术标准,承包商深化设计的工作量和深度远超一般工程。然而,尽管强调设计施工一体化的工程总承包在我国已经推行了多年,但就现阶段的建筑市场而言,绝大多数承包商仍

然秉持着施工总承包的思想在实施工程总承包项目。

因此,在我国建设主题乐园项目,业主需要充分考虑工程项目特点与建筑市场现状,慎重选择工程发包模式,图纸深度到底做到多深进行发包,是采用工程总承包还是施工总承包。尤其在业主对于工程总承包管理缺乏经验的情况下,图纸深度不够就进入施工阶段,项目可能会产生标准偏离、造价突破、工期难控等问题。

2. 工程施工及采购的合约规划

施工与采购的安排是工程合约规划的重头戏。相比住宅、写字楼、酒店等建筑工程,主题乐园项目的特点在于娱乐功能突出、配套设施复杂且技术标准较高。因此,如何划分工程包、发包给哪些单位、材料设备有哪些特殊要求、最终建立何种发包模式等问题,对业主来说至关重要,需要提前规划并至少在合约架构中解决以下问题:

第一,关于标段的划分及总承包商的确定

考虑到主题乐园体量较大、每个主题标准不同、施工周期同步并行的需求,业主一般会按照不同的主题来划分标段,当然,也可能将技术类似或空间相近的主题合并为一个标段。

需要注意的是,根据《民法典》《建筑法》及配套规范性文件,法律禁止肢解发包,即禁止将应当由一个承包单位完成的建设工程分解成若

干部分发包给不同的承包单位。单位工程是法定的最小发包单位,实务中多指一个建筑物或构筑物,且同时具备结构独立和功能独立的特征。就主题乐园项目而言,游乐设施与建筑物的物理关系复杂:有的在建筑物内部、有的穿过建筑物或与其联结、有的则完全独立于建筑物。鉴于这种多元化的建筑形态,如何认定“单位工程”具有一定复杂性和解释空间,需要具体问题具体分析,避免构成肢解发包。

第二,关于专业分包及独立分包的选择

对于同一主题而言,会涉及诸如消防、电梯、弱电、精装修、楼宇自控、演艺布景、骑乘设备安装等不同的专业工程,基于禁止肢解发包的要求,一个单位工程项下的专业工程,依法必须要通过总承包商分包给专业分包商,不能由业主直接发包。

但这些专业工程对主题乐园建造标准、工期和造价等目标的实现至关重要,而在目前的建筑市场环境下,绝大部分总承包商对于此类专业工程的实施和管理还需要大量经验积累,业主希望能自行发包。国际工程实践中,业主大多通过“指定分包”实现诉求,但指定分包是被我国相关规范性文件明令禁止的行为。那么,在面临法律要求和市场需求不一致的情况下,如何在现行法律框架下实现业主对专业分包商的有效管控,也成为困扰市场主体的一大难题。

实务中,合规的做法是,业主在总包工程发包时,将专业工程以“暂估价”形式纳入总包范围,在后续暂估价采购时,由总包负责采购和确定专业分包商。因此,如何保证总承包商在暂估价采购中合理地选定专业分包商和进行价格控制,是总承包施工合同中需要重点考虑的问题。对于法定必须招标的主题乐园项目,就更为复杂。

当然,对于一些独立性比较强的专业工程,例如,景观工程、道路工程、市政工程、独立商铺等,在法律允许范围内,业主可根据管理需求考虑是否在总包工程之外单独发包,形成若干与总包工程平行的独立承包工程。

但是,独立承包商的引入,会增加标段内的工程实施主体,业主不仅需要关注独立承包商与自身分包单位之间的关系,还需要考虑独立承包商与总承包商、专业分包商之间的配合与协调,在合同体系中对各方工作界面、彼此权利义务、交叉施工的影响、交叉索赔的处理等给予细化。工程管理难度和法律风险的考虑也需要做更细致的安排。

第三,关于甲供材料及设备的安排

法律并未禁止业主供应(“甲供”)材料设备,实践中也广泛存在甲供方式。因此,对于一个单位工程而言,受限于禁止肢解发包的要求,材料设备的安装仍应纳入总包的工程范围,但材料设备本身原则上可以由业主自行采购。



对于主题乐园而言,特别典型的是骑乘设备。由于不同主题项下骑乘设备的技术标准有很大的差异,尤其是引入境外主题的,基于前期合作协议及知识产权保护等要求,业主可能需要向境外特定的供应商采购,甚至希望由这些供应商直接实施安装工作,但是,受制于禁止肢解发包及施工资质管理的法律规定,供应商直接安装面临重大的合规障碍。因此,合规做法是,将此类设备作为甲供设备,交由总承包商的专业分包商进行安装,但本土的施工企业对这类设备安装的经验可能并不充分,也可能存在技术理解不到位的情况,而为保障安装品质和技术理念的实现,设备供应商需要派出强大的团队提供安装的技术

培训和指导。因此,需要在相应的采购合同、总包合同、分包合同中厘清各方责任界面。

需要注意的是,甲供材料设备的范围可能受到地方政策的限制。例如,北京市禁止甲供“涉及施工质量的结构材料及重要的功能性材料、设备”¹。因此,在主题乐园项目合约规划时,还需要结合地方政府的政策要求,确定可以甲供的材料设备范围。

第四,关于乙供材料设备的采购问题

首先,业主对总承包商自行采购的重要材料设备,通常会有品牌、规格、型号等技术标准的

1.北京市住房和城乡建设委员会《关于进一步规范北京市房屋建筑和市政基础设施工程施工发包承包活动的通知》(京建发[2011]130号)规定:“涉及施工质量的结构材料及重要的功能性材料、设备,应当由施工单位采购。”

要求,但需要注意避免构成“指定供应”。此外,对于暂估价材料设备,与专业工程类似,业主需要在总承包合同中设置相关采购制度,确保总包在暂估价招标/采购时对供应商、质量和造价的合理控制。

其次,如前所述,主题乐园项目可能同时存在不同标段,每个标段有不同的总承包商,而对于不同标段的钢材、电缆等通用材料设备及IT类设备设施,业主往往有统一的技术标准需求,但由于不同的总承包商会有各自的供货渠道,供应商的不统一或将导致货物造价的不一致、货物最终标准的差异以及增加运营管理的难度。对此,能否从总包合同层面进行顶层设计,为各标段嫁接桥梁,以实现同一类别工程货物采购的统一性,需要市场主体在现有法律框架下创新和探索。

第二部分\ 核心问题——工程建设的三驾马车

造价、工期和质量同样是主题乐园项目工程建设中最核心的三大问题。在合约规划完成后,业主需围绕上述核心问题,把工程管理思路、项目建设目标、风险分配原则反映到合同条款的字里行间,以合同为纲,指导工程的全流程建设。以下从三个方面进行介绍:

1. 造价:计价方式与调价机制的统一

首先,关于价格形式。建设工程合同的价格形式不拘泥于单一模式,可以是固定总价合同或固定单价合同,也有兼具总价和单价合同特征的情况,并没有绝对优劣之分,适合工程实际、图纸深度及管控需求的才是最佳选择。

对于主题乐园项目而言,由于工艺特殊,而且大量标准可能来自境外,如果承包商在报价阶段简单地按一般项目考虑,可能会忽略很多对报价有关键影响的细节,而这些细节可能导致造价中涉及的人材机等含量和单价高于普通建设工程的定额含量和信息价。业主在编制招标文件和招标控制价时需要综合考虑、清楚交代,避免出现招标控制价不足以覆盖市场合理价格、引发“低价中标、高价索赔”或大幅超出预算的被动局面。

其次,关于调价机制。合同价格的调整方式同样灵活多变,一般需要考虑市场价格波动、法律变化、工程变更等的调价安排。

就市场价格波动而言,主题乐园项目建设周期较长,需要在施工合同中对价格波动的调价范围、幅度、周期和公式等给予细化,以免履约过程中产生争议。特别是人工费,由于主题乐园特定工艺及做法(如塑石假山搭建、演艺布景构件安装、游客可见区域的主题装饰等)的需求,此类

工作的人工费往往在工程量清单中会给予专门约定,且多为固定不调价格,与普通人工费的价格波动机制区分设置。

就工程变更而言,主题乐园一般设有多个标段,发生变更时,除遵循“有相同价,按照相同价;有类似价,参考类似价;无相同或类似价,根据约定组价”的通常变更计价原则外,其他标段的清单价格,也可以为业主在变更计价缺乏依据时提供参考,甚至可以通过约定嵌套至相应的合同文件中。

再次,关于价款支付。针对预付款、进度款、结算款、质保金的支付,业主需要结合商业诉求和财务安排,在计量计价、付款条件、发票开具、付款账期、逾期责任等方面给予落实。此外,随着



《保障农民工工资支付条例》的施行,业主还应在施工合同中,充分考虑人工费用与其他工程款的分账支付机制,保障农民工工资的开发。

总之,价格管理及成本控制不仅是商务问题,更是法律问题。在合同编制过程中,关于计价原则、计量方式、工程变更、工程索赔、工程款的审核和支付、工程结算等机制的安排,最能体现业主的商务诉求如何转化为法律文件。

2. 工期:静态设置与动态管控的结合

工期对主题乐园建设的重要性不言而喻,一旦工期延误,主题乐园延期开业导致的损失可能非常大。因此,业主在工期的控制上需要注意:

首先,关于工期设置。主题乐园项目与普通房屋建筑项目不同,会涉及骑乘等特殊设备设施的调试、试运行以及园区的试运营问题,需要特别考虑相关阶段与竣工验收的关系、实际竣工的认定标准以及缺陷责任期、质量保修期的安排等。

其次,关于工期顺延。工期顺延侧重动态管理。主题乐园项目的工程包划分复杂,各专业工程穿插进行,对于一个工期延误事件是否构成关键线路的影响有其自身的特点。整个施工期间,需要适时地对各种工期延误事件进行分析,根据实际情况适时对关键线路的变化进行跟踪。

此外,一旦影响工期,不但会造成工期顺延,还会衍生出停窝工等各种经济损失赔偿以及

因延期导致的价格波动风险,可谓牵一发而动全身,故业主需要随时综合评判,妥善处理工期延误及由此引发的索赔事宜。

3. 质量:法定标准与合同标准的联动

首先,关于质量标准。主题乐园特别强调满足游客体验,这种特殊需求通过一整套特殊的技术条件和要求体现在合同中,如骑乘设备的特定技术规格、建筑外观的精美细节、演艺布景的音响及灯光效果、室内温湿度及环境需求等。因此,法定验收合格的标准只是主题乐园项目达到的基本质量标准,更为重要的是要满足合同约定的复杂技术指标。

在国际大型主题乐园项目中,为保证世界各地乐园品质的统一性和高标准,开发方通常会有一套非常精细的品控要求,而且对艺术细节极为关注,这对精细化作业和管理尚存薄弱环节的本土施工企业无疑提出了重大的挑战。

因此,在施工合同签署阶段,对技术标准和要求的专业化审核非常重要。尤其是,引入境外主题的,还需要考虑境外技术标准的有效落地:一方面,相关标准应避免与国家、地方及行业强制性标准产生冲突;另一方面,需要关注技术标准重难点的实现和品控的有效落实。对此,业主一般委托相应的工程顾问提供专业指导意见,将开发方的技术标准提前吃透,并落实到设计任务

书、工程技术规范等各类工程文件中。同时,还要尤其注意在施工前期的设计交底工作,务必要让承包商对该技术标准的难点和特殊之处充分理解。最后,在施工过程中,业主还可能会委派专门的技术总监和艺术指导,对工程细节进行现场管理,承包商应给予配合,这些都需要在合同中给予充分关注。

其次,关于验收机制。不同于工业项目,主题乐园项目的部分设备设施,除需要进行设备的单机调试、联动调试、试运行外,还要进行主题乐园特有的内部压力测试和试运营,才能投入正式运营。因此,工程施工合同和设备采购合同中,需要对各验收环节(包括调试、专项验收、竣工验收、试运行验收、内测验收、试运营验收)设置、所有权及风险的转移时点、竣工标准与相关验收的关系、后续验收不合格对前期验收的影响等给予明确。

再次,关于质量保修。由于主题乐园正式运营后,涉及不特定社会公众的人身和财产安全,除了常规质量保修外,主题乐园还需要进行定期的质量检查及设备设施维护。因此,业主也应给予关注,并在合同中落实,确保主题乐园的安全运营。

综上,对于主题乐园项目,其建造标准复杂、参建单位众多、工程体量巨大,工程法律风险

防范难度大。如何通过设计与施工阶段的合约规划,将纵横交错的法律关系条分缕析?如何适应我国建筑领域强监管的体系,进行多元、立体的合约体系构建?如何在建设工程合同中,将造价、工期和质量控制的措施安排妥当?在这一过程中,不仅要考虑商务需求和管理模式,也要关注法律风险分配的合理性和可控性。诸此等等,无处不考验业主智慧。毫无疑问,通过法律前置安排,提前建立全流程法律风险防范体系,并在工程管理过程中全面引入法律风控,必将有助于业主落实其工程管控思想,最终实现工期、质量和造价的全面控制。☞



张炯
合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2223
zhangjiong@zhonglun.com



张文靖
非权益合伙人
公司业务部
北京办公室
+86 10 5957 2466
zhangwenjing@zhonglun.com

企业合规三部曲(二) ——合规的三大功能价值

作者：郭宁华、吴冠辰



当下竞争激烈、监管复杂的时代背景下,任何一次重大违法、违规行为不仅仅会使企业信誉、利润遭受巨大损失,甚至可能会导致企业遭受最严厉、最致命的打击——被剥夺经营资格、资质。

在第一篇文章《企业合规三部曲之一——“规”的内涵探究》中,笔者对合规中“规”所映射的范围进行探究,试图帮助企业厘清什么是合规。本篇文章中,笔者将分析构建一个完备的合规体系可为企业带来何种利益,进而剖析合规的三大功能价值。

第一部分\ 合规的底线价值: 企业永续经营的“压舱石”

2021年5月初以来,A电商平台对平台内的经营者进行了强力整治行动。几乎每年的大规模促销活动前后,A平台都会启动合规整治行动,但今年整治行动的力度和范围是近年来最大、最广的一次,大批中国跨境电商卖家的平台账号、店铺被永久封禁。

据市场调研机构Market Pulse在7月初的统计,大约有300个中国跨境电商卖家遭遇封禁处理,涉及年度销售额超10亿美元。据南方周刊报道,¹本次“封号事件”中,被封禁的中国跨境电商卖家实际上超过5万家,累计造成行业损失金额预估超千亿元人民币。此次封号事件所产生的影响前所未有,众多处于行业领先地位的跨境电商公司在A平台上的所有投入清零,部分企业在A平台上的未提取款项及未售出货物的还被

进一步冻结。

本次封号事件的原因并不是本文讨论的重点。A平台的规则是很清晰的,即平台对所有评论违规行为都实行零容忍政策。但是跨境电商行业的从业者普遍认为不采取“刷单”“好评返现”等灰色手段则无法将生意做大,因为更多的好评就意味着更靠前的页面排序,也就意味着更高的消费者转化率。但事实是否真的如此?细细梳理本次大规模封号事件,让笔者感到惊奇的是,有一家跨境电商公司N却在本次封号事件中存活下来。

翻看N公司招股说明书及其创始人、高管在公开场合的讲话,不难看出合规意识已深深植入在N公司的企业价值观之中:

“.....在消费电子行业中,参与企业在遵循法律法规和产品标准的前提下进行自由的市场化竞争.....”

1. 南都周刊,最后访问时间为2021年9月21日,链接:<http://www.oeeee.com/mp/a/BAA-FRD000020210903599772.html>

“发行人严格遵守经营所在地的相关法律法规，制性相关质量标准的各项规定……”

“在品牌全球化中要做出两个尊重和一个坚持，第一个尊重：尊重用户；……第二个尊重，尊重市场规则，不被短期利益诱惑……，坚持长期主义……”

“当你只有一个篮子的时候，你就只有一篮子鸡蛋，犯规的事不能干……”

N公司成为大规模封号事件中的幸存者并非侥幸，而是企业重视合规管理的必然结果。其实控人及高管均清晰地认识到“大家都做的事情”不等于“我们要做的事情”，短期牟利行为极有可能带来长远的不良后果。这种认识在业界是难能可贵的。很多企业在听到要构建合规体系时的第一反应往往是“大家都是这么操作的，我们能怎么办？”“大家都是违法的，所以我们应该也没问题的，法不责众！”然而，在现实的商业世界中，不存在所谓的“法不责众”或“大而不能倒”的情形。事实上，**企业越壮大，溃塌式风险对企业致命打击越是不能承受之轻！不合规正成为企业的阿喀琉斯之踵。**

当前快速变化的监管环境正在给企业带来了诸多不可知、不可控的风险，**对于企业而言，在危机来临的时候，有效运转的合规体系是抵御风险非常重要的一环，而企业构建合规体系正是以确定性的合规管理应对不确定的外部环**

境。A平台封号事件可以带给我们的启示并不局限于跨境电商行业，这一事件揭示了合规的底线价值——**合规可使企业抵御溃塌式风险带来的致命打击，合规是企业永续经营的“压舱石”。**

第二部分\ 合规的安全价值： 企业健康经营的“安全阀”

1.一条举报线索牵引出的D公司大规模内部反腐行动

2019年1月17日，D公司在内部发布《反腐败公告》宣布：内部腐败给公司造成的损失预计超10亿元人民币，并表示“腐败的范围比想象要大得多”。D公司在上述公告中陈述，腐败主要集中在供应链领域，部分员工的腐败行为使得公司的采购价格高于业界合理价格20%以上。我们可以从已公开的法院生效判决²中一窥本次D公司内部反腐行动的细节：

被告人吕某和伊某同为D公司的采购经理，2016年上半年，两人商议后，决定由伊某出面向供应商W公司总经理林某索取“好处费”，金额为采购货款额的5%。林某考虑后表示同意，并安排W公司财务人员在每月收到D公司货款后支付

2.一审判决：(2019)粤0305刑初1160号；二审判决：(2019)粤03刑终2660号

“好处费”。经法院审理查明,2016年7月至2018年8月期间,W公司共向被告转账人民币362万元。被告人吕某利用其职务便利,帮助W公司获得了大量采购订单。在吕某的帮助下,W公司销售额从原本的月均21.5万元飙升至月均364.8万元。

根据一条举报线索,D公司顺藤摸瓜,通过内部稽查、审计等途径发现了大批涉腐败人员并移交司法处理。笔者认为,D公司能够根据一条举报线索迅速发现并整治企业内部的巨额腐败行为,除却企业采购价格过高、引人注意之外,更深层次的原因是D公司的企业合规体系发挥了作用。

D公司虽然总部在中国大陆,但其作为一家海外业务占比80%且北美市场占比40%的企业,所需遵从的外部合规义务还包括其业务开展地的属地法律法规等,而且欧美等国家对商业贿赂的监管更为严厉、处罚后果更为严重。虽然笔者无法获知D公司(非上市公司)在反商业贿赂合规体系的具体情况,但根据笔者的经验判断,D公司应具备完备的内部反商业贿赂合规体系,否则其难以从一条举报线索出发,迅速发掘出整个供应链领域内的腐败事实,因为反商业贿赂管理制度的一个重要环节就是快速对举报线索做出回应。首先,企业在反商业贿赂领域要建立举报体系,并设定内部举报和外部举报

机制。其次,在接到举报后,企业要制定调查方案并组织调查,视情况对调查结果予以公布。笔者认为,D公司本次内部反腐行动基本符合前述标准处理流程。

检索D公司此次内部反腐行动的相关资料,笔者发现很多文章对D公司抱有批评的声音。批评者认为出现如此重大的腐败事件是D公司内部廉洁管理上存在的疏漏所致。然而,笔者恰恰抱有相反观点,腐败是不可能被“消灭”的,一个公司能做的是将腐败控制在最低水平,并通过建立反商业贿赂领域的合规体系将贪腐风险控制边界之内,通过体系化的管理制度和管理动作及时、及早发现贪腐风险,对风险源头有效回溯并形成制度性保证。

D公司案例体现了合规的安全价值——合规是企业健康经营的“安全阀”——的第一个层面,即在合规风险尚未发生之时,通过对企业和员工的经营行为设置边界,确保经营活动都在安全边界之内,对违规风险、越界行为进行预测、防范,监督、改正违规和越界行为,回溯风险根性并形成制度性的保证。

2.Q公司“企业合规无罪抗辩中国第一案”

2011年至2013年9月,Q公司6名员工为推销配方奶粉,通过拉关系和支付好处费等手段,从兰州市多家医院的医务人员处非法获取孕产

妇姓名、手机号等公民个人信息。2016年，兰州市城关区人民法院一审³认定这6名员工的行为构成侵犯公民个人信息罪。

在该案的一审程序中，Q公司通过提供材料说明公司内部已建立禁止员工侵犯公民个人信息的合规管理体系，从而举证本案中的被告人非法获取孕产妇手机号等行为属个人行为，而不代表公司行为。Q公司的主张被一审法院予以采纳。一审判决作出后，6名被告人以本案属单位犯罪为由提起上诉，但二审法院在二审刑事裁定书⁴中维持一审判决，认定Q公司不构成单位犯罪，驳回上诉。

值得关注的是二审法院认定Q公司不构成单位犯罪的说理——“单位犯罪是为本单位谋取非法利益之目的，在客观上实施了由本单位集体决定或者由负责人决定的行为。**Q公司政策、员工行为规范等证据证实，Q公司禁止员工从事侵犯公民个人信息的违法犯罪行为，各上诉人违反公司管理规定，为提升个人业绩而实施犯罪为个人行为。**”

本案的争议焦点之一是6名被告作为Q公司的员工向医务人员行贿获取公民个人信息的行为究竟构成个人犯罪还是单位犯罪。最高人民法院下发的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》明确了单位犯罪的两大构成要件，分别是“以单位犯罪实施犯罪”和“违法所得归

单位所有”。

陈瑞华教授对此案的看法⁵是：Q公司规模巨大，对于像Q公司一样雇员数千人至数万人的企业，其最高决策层或管理层对这6名员工的行为既没有授权实施，也未曾听取过他们的汇报，公司未有追求某种危害社会的结果。但是否可能存在Q公司对其员工的犯罪行为存在过失责任或者间接故意责任？Q公司是否对员工的管理存在疏忽，例如没有相关的规章制度，没有对员工进行培训等？

根据Q公司向法院提交的情况陈述、公司内部合规文件、员工在线合规性测试问卷、公司高管证人证言等材料，均可看出Q公司明确禁止员工非法收集个人信息，并特别要求禁止员工向医务人员提供资金以获取个人信息。6名被告作为Q公司的前雇员，均参加过关于禁止向医务人员付款或非法获取公民信息的合规培训并通过了相关测试。

具体而言，Q公司要求参与项目的医师签署《医师倡议书》并不允许员工私自收集公民信息，Q公司在其《Q公司政策与指示》、《Q公司宪章》、《关于与保健系统关系的图文指引》、员工培训教材中均明确规定不允许员工直接或者间接地以推销婴幼儿奶粉为目的，未经正当程序

3. (2016)甘102刑初605号

4. (2017)甘01刑终89号

5. 陈瑞华,《企业合规基本理论》(第二版),法律出版社,2020.

和经公司批准收集公民信息,要求员工参加并通过在线合规性测试等。可以看出,Q公司的抗辩是基于其内部的合规管理体系,通过向法院举证公司已就禁止员工非法获取公民信息制定合规管理计划、已尽到其应有的注意义务,成功证明自身已履行了对员工的管理责任,对员工的犯罪行为不存在过失责任或者间接故意责任,进而实现了公司责任与员工责任的切割。

Q公司的案例对于企业的启示揭示了企业合规的安全价值——企业健康经营的“安全阀”——的第二个层面,即在合规风险已经发生之时,企业可通过已建立合规管理体系这一事实,证明自身已尽到对员工的管理责任,排除公司的间接故意或过失责任,从而有效隔离、切割公司责任和员工责任;在无法隔离、切割公司责任和员工责任时,公司也可以通过举证相关的内部合规管理情况和要求,达到减轻或者免除公司责任的效果。

第三部分\ 合规的激励价值: 企业提升营商能力的“小红花”

2021年3月以来,深圳市宝安区成立了全国第一个区级企业合规建设委员会,由区委副书记、政法委书记等多位领导牵头,设立刑事合

规、行政合规、信用合规、行业合规共4个合规小组。

引起笔者注意的是宝安区提出的“信用合规”。在信用合规工作中,宝安区率先在全国范围内推进了信用标准化建设,对重点领域建立企业信用档案,推行企业信用分级分类监管;鼓励企业建设合规体系,在经过相关的评定程序后将合规企业列入“3A信用企业名单”⁶。在此名单内的企业可使用“信易贷”服务,目前该项目已累计授信企业381家,授信金额为1.14亿元人民币;名单内企业还可使用“信易租”服务,即免押金租赁办公设备,该项目已累计为599家守信企业提供服务,累计免除押金共计7499.5万元人民币。

2021年8月,深圳司法局公开发布通告,就《关于推进城市合规体系建设的指导意见(征求意见稿)》(“《指导意见征求意见稿》”)向社会各界广泛征求意见。该征求意见稿的第二十三条“建设诚信长效机制”章节体现了宝安区在信用合规领域的相关实践,“完善守信激励和失信联合惩戒措施清单……推动商业银行等金融机构在融资服务、信用风险管控等事务中应用公共信用产品。完善公共信用指标体系、综合监管责任体系、评价及联合奖惩体系……形成诚信建

6.3A:公共信用A级,纳税A级,海关AEO高级认证企业名单

设长效机制。”

结合深圳宝安区在信用合规领域的实践情况和深圳司法局《指导意见征求意见稿》的内容,笔者认为,在不远的将来,一个具备企业合规体系的公司或组织,在被认定为信用优良并纳入“管理白名单”后,将享受到诸多“信用红利”带来的激励。值得特别指出的是,这一措施对中小型企业或许有着更加深远的影响,因为在这一体系下,中小型企业可以通过构建合规体系增强自身信用,提升其在金融机构的可信度,进而在一定程度上解决中小型企业“融资难”的问题。

深圳市宝安区的实践揭示了合规的激励价值——合规是企业提升营商能力的“小红花”,即合规不仅仅是在帮助公司防御外部风险,同时也可以为企业带来正向的激励价值。企业构建自身的合规体系后可享受到“信用红利”,获得在商业社会中的“通行证”,企业合规体系的完善程度将会成为消费者选择企业、交易相对人选择合作伙伴的重要参考和指南。

结语:

完备的合规体系为企业带来的底线价值在于实现企业对外部风险的“可知、可控”,使得企业可以通过确定性的合规管理应对不确定的外部环境,抵御溃塌式风险带来的致命打击。同

时,合规也具有安全价值,一是在风险尚未发生之时,通过对企业和员工的经营活​​动设置边界,确保经营活动都在安全边界之内;二是在风险已经发生之时,通过完备的合规体系证明企业已尽到对员工的管理责任,从而有效隔离、切割公司责任和员工责任,减轻甚至免除企业责任。最后,完备的合规体系还是企业具备良好信用的标志,合规给企业带来激励价值,使得企业可以享受来自“信用红利”的正向激励。

在《企业合规三部曲》的最终篇,笔者将阐述企业该如何构建自身完备的合规体系。✉



郭宁华
非权益合伙人
争议解决部
深圳办公室
+755 3325 6959
guoninghua@zhonglun.com

网红主播与MCN机构之间 常见争议分析与风险防范

作者：段海燕、卢子颖、王程凯

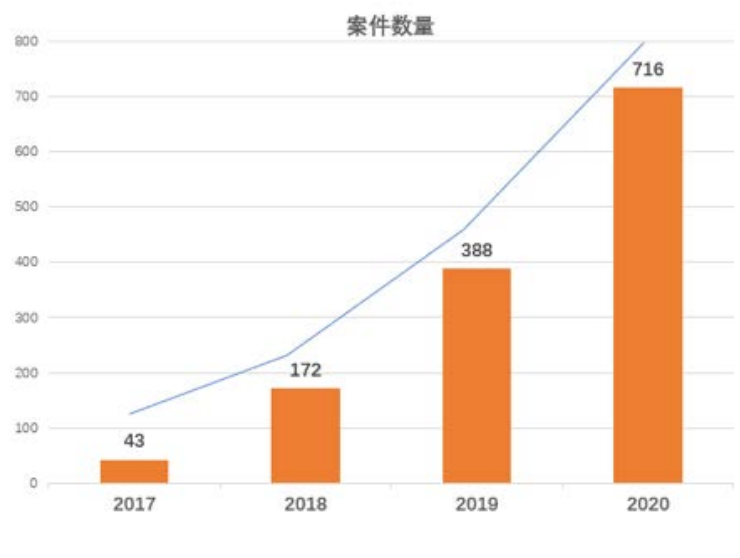


近年来,互联网技术的发展催生了网红经济以及电商直播等新型的商业模式。在这新兴经济蓬勃发展的过程中,俗称为“公会”的MCN(Multi-channel Network)机构(即:网红经纪公司)是不可或缺的推力。随着行业发展的不断深化,部分MCN机构的职能也已发生扩展,从原本“仅作为对接内容生产者和推广平台的中介”,升级为“能够利用自身资源为网红提供生产支持等专业化服务的孵化器”。随着身份的转变,MCN机构对于旗下网红主播的孵化所投入的成本也大大增加,因网红违约导致双方合作无法继续进行,也给MCN机构造成损失。在此背景之下,围绕“网红跳槽”而产生的争议日益增多。为尽可能避免相关争议的产生,本文梳理了网红经济较为领先的北京、湖南、浙江、江苏等地有关网红主播与MCN机构之间的争议,分析了现行司法裁判尺度,并提出相关建议,以期在相关立法滞后的现状下尽可能明晰双方权利义务的边界。

第一部分\ 网红主播与MCN机构之间的争议 现状

1、争议数量

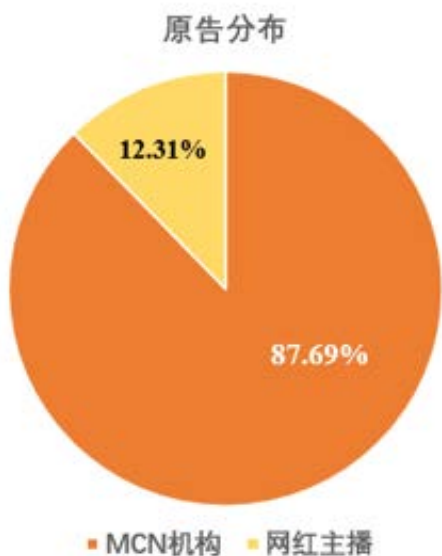
依据可查询司法裁判文书的公开资源¹,自2018年起,全国范围内发生的相关争议数量开始连年成倍增长。案件争议数量增长的趋势与我国2017年至2020年直播电商市场规模的变化趋势基本一致。2017年,相关争议数量仅为43件;2018年,相关争议数量为172件,涨幅高达300%;2019年,相关争议数量上升至388件,较上一年增长了125%;2020年,相关争议数量为716件,较上一年增长了84.54%。



1. 通过威科先行法律信息库对包含“网红”、“经纪”等关键词的裁判文书进行检索,结果显示2017年至2020年全国范围内相关裁判文书的数量总额。

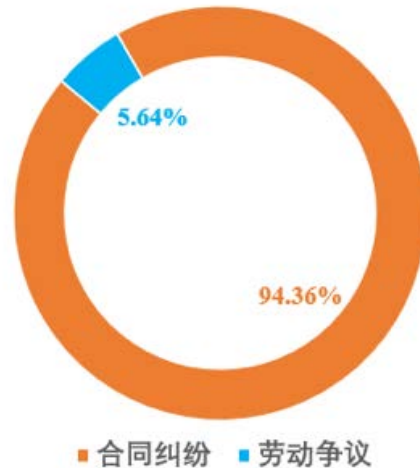
2、权利主张主体

以北京、湖南、浙江、江苏等四个省市为例²，MCN作为原告提起诉讼程序的案件数量为171个，占比87.69%。在MCN机构作为原告的所有案件中，其中99.4%的原告诉求均包括要求网红支付违约金。另外，在3.6%的案件中，MCN机构还请求确认直播账号或其他社交平台账号归属于MCN机构。网红作为原告起诉的案件数量为24个，占比12.31%。网红的诉求主要为要求确认双方存在劳动关系，并支付相应的薪酬福利待遇（包括：工资、未休年假补偿、加班费等）。从数据上可以看出，网红主播这一方违约引起了较多争议，MCN机构一方主要为被动维权。这与传统劳动关系中的“因劳动合同履行、解除产生纠纷，劳动者被动维权”的局面明显不同。



3、争议案由

在北京、湖南、江浙等地，主张权利的一方当事人自认为属于“合同纠纷”并以该案由起诉的案件数量为184个，占全部争议数量的94.36%；当事人自认为属于“劳动争议”并以此为案由起诉的案件数量为11个，占比5.64%。值得关注的是，即使原告以“合同纠纷”起诉，在近30%的案件的审理中，法院对“网红及MCN机构之间是否属于劳动关系”这一问题进行了实质审查。³由此可见，网红主播与MCN机构之间的争议处理无法回避劳动关系处理的因素。



²通过威科先行法律信息库以“网红”、“经纪”为关键词对北京市、湖南省、浙江省、江苏省等四个地区的相关裁判文书进行检索。经筛选，共获取样本案例195个，本文的数据分析均基于前述样本案例进行。
³同脚注2

第二部分\ 主要争议焦点的司法裁判分析

1、法律关系的定性

实践中,绝大部分网红主播与MCN机构之间签署的是“合作协议”、“演艺经纪合同”或“独家经纪合同”。由此可见,网红主播与MCN机构之间主要的合作模式外观上属于平等民商事主体之间的合同关系。然而,司法裁判对于MCN机构和网红主播之间法律关系的定性,基于MCN机构与网红主播的合同约定内容不同,存在一定分歧。

当存在下述约定和情况时,网红主播与MCN机构属于平等民商事主体之间的合同关系,不属于劳动关系。以北京、湖南、浙江、江苏等四地的判决为例,持此观点的判决占比约为96.92%,属于当前的主流观点。⁴该观点的主要理由为:

(1)从收入来源看,网红主播的收入主要来源于通过第三方网络平台吸引粉丝获得的“打赏”或者“分红”等,并非直接来自于MCN机构,网红的收入来源不具备劳动关系下“工资”的特征(即:工资来源于用人单位)。

(2)从人身隶属关系看,网红主播有权自由确定直播内容以及形式、直播时长、直播场所等,MCN机构大多不予干预或限制。因此,网红

主播对MCN机构的人身隶属性明显弱于劳动关系中员工对用人单位的人身隶属性。

(3)从MCN机构的业务范围看,MCN机构仅从事经纪中介服务,即:仅为网红主播提供培训、宣传、演艺活动的机会,MCN机构本身并无相应的直播业务。因此,网红的工作内容并非MCN机构业务的组成部分。

而在另外几种情况下,法院也可能倾向于认定网红主播与MCN机构之间构成劳动关系,而非平等民商事主体之间的合同关系。该观点的主要理由如下:

(1)MCN机构对网红主播进行人事管理(包括考勤、奖惩等)。例如,明确约定每天直播时长,并且网红主播的收入直接与其直播时长挂钩;再如,网红主播因故未能参与直播,需要向MCN机构请假,并且收入会相应扣减。由此可见,MCN机构与网红之间存在管理与被管理的关系。

(2)MCN机构为网红主播提供工作场所及设备,甚至要求网红主播必须在MCN机构限定的场所内进行直播活动。由此可见,网红主播的劳动力依附于MCN机构提供的生产资料,具有人身隶属性。

(3)直播活动的收益直接归属于MCN机构。通过直播平台获得的收入直接归属于MCN机

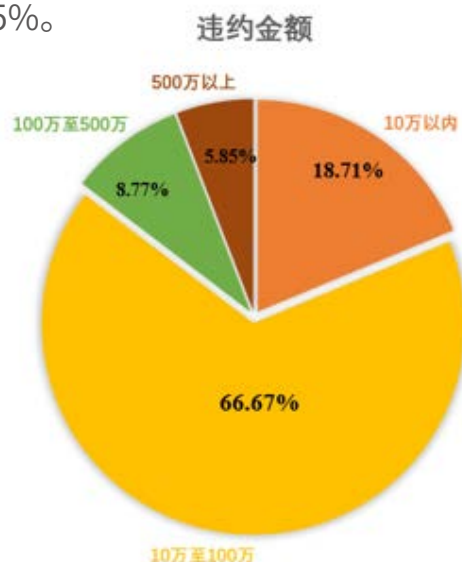
4.同脚注2

构,再由MCN机构向网红主播分配。由此可见,网红主播的个人收入或报酬来源于MCN机构。

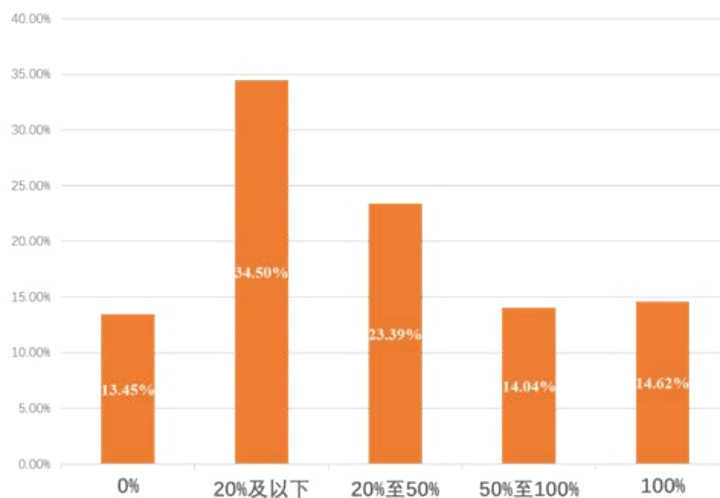
基于上述定性上的分歧,我们认为,在处理网红主播与MCN机构之间的争议时,应当结合劳动关系认定的要素、网红主播与MCN机构间签订的具体协议内容进行分析,并做好两种不同定性下的应诉准备。

2、违约金的标准

在目前检索到北京、湖南、浙江、江苏等地的相关案例中,MCN机构要求网红主播承担的违约金额从数万元至上千万不等。其中,请求金额在10万以内的案件数量为32个,占比约为18.71%;请求金额为10万至100万的案件数量为114个,占比为66.67%;请求金额为100万至500万以内的案件为15个,占比约为8.77%;请求金额为500万以上的案件数量为10个,占比约为5.85%。



从判决结果看,MCN机构的违约金诉求被全额支持的案件数量为25个,占比14.62%;诉求被全部驳回的案件共23件,占比13.45%。此外,部分支持的案件为123个,占比71.93%。其中,支持的金额为请求金额的50%以上的案件共计24个,占比为14.04%;支持金额为请求金额的20%至50%的案件共计40个,占比为23.39%;支持金额为请求金额的20%及以下的案件为59个,占比34.50%。⁵由此可见,多数情况下,法院支持的违约金金额不超过MCN机构主张金额的50%。影响法院认定违约金金额的主要因素包括:网红主播的履约时间、网红主播的影响力、网红主播在MCN机构服务期间的获利、网红主播收入的稳定性及经济承受力等。



5.同脚注2

3、直播账号的归属

根据目前检索到的北京、湖南、浙江、江苏等地的额195个案件中,涉及直播账号归属的争议数量仅为7件,占全部案件的3.6%。虽然相关争议目前并不多见,但是由于拥有上百万、千万粉丝的直播账号是最重要的生产工具,因此,关于该账号归属的争议将会成为网红主播与MCN机构的常见争议。

对于直播账户归属问题,MCN机构一般会与网红主播约定账号归属于MCN机构,但是,在司法实践中仍有不同裁判观点。多数裁判观点认为,相关直播账号应当归属于网红主播个人。主要理由为:相关账号是通过网红主播或其亲属的身份证开具、经过网红主播实名制认证,具有较强的人身属性。少数裁判观点认为,相关账号属于MCN机构所有。理由为双方关于账号归属的约定属于双方真实意思表示,对双方具有约束力。**由此可见,针对直播账户归属的认定,多数法院突破了民商事关系下“意思自治”的原则,放大了账号本身的人身属性。**

此外,个别案件中,网红主播主动提出要求MCN机构为其“转会”。对此,有裁判观点认为,考虑到一旦支持网红主播关于“转会”的诉求,将会增加网红主播违反竞业限制约定的可能。因此,对于仍处于竞业限制期内的网红主播,即使认定网红主播拥有账号的所有权,也不支持

其提出的要求将直播账号转会的诉求。

第三部分\ 风险防范措施建议

1、明确约定法律关系

MCN机构与网红主播建立合作关系之初可以基于各自的目的及需求进行充分协商,并通过签订书面协议的方式对双方的权利义务进行约定。根据目前的实践,MCN机构与网红主播所签署的合同均为兼具居间、代理、行纪等特征的经纪合同。但是,随着MCN机构发展模式的变化,尤其是MCN机构主动孵化网红主播这一模式下,网红主播与MCN机构之间的“单纯提供中介服务”的合同关系有所淡化。在此趋势下,**MCN机构与网红主播更需要明确自身的需求及目的,从而确定双方拟建立的法律关系(平等民事主体之间的合作关系或劳动关系)。**

如果双方签署合作协议,则应尽可能量化双方的权利及义务,对收益分配方式、知识产权的权属进行清晰的约定,并明确双方的违约责任。如果双方签署劳动合同,则应当满足《劳动合同法》第十七条关于劳动合同必备条款的规定。

2、谨慎选择合作方式

MCN机构与网红主播签署书面协议后,在双方实际合作过程中应当注意采取符合法律关系的合作方式。如果MCN机构与网红主播之间建立的是经纪服务合同,则MCN机构在合同履行过程中应尽可能降低对网红主播的管理强度,弱化双方之间人身上的从属性。换言之,MCN机构应当避免采取对网红主播进行考核、考勤、奖惩等等明显具有用人单位管理特征的措施。同时,MCN机构与网红主播之间的收入分配也应当尽可能不与主播的工作时长、出勤天数等直接关联,而与直播活动的成果或收益(如观看人数、销售额)等挂钩。如果双方建立的是劳动关系,则MCN机构应当依法制定配套的劳动人事管理制度,并依据相关制度对网红主播进行管理;同时,MCN机构也应当履行作为用人单位的其他法定或约定义务。

3、清晰筹划账号权属

根据目前的司法实践尺度,尽管MCN机构与网红主播之间对直播账号权属存在约定,但主流观点认为基于直播账号有较强的人身属性这一特征,不能单纯依照合同约定将账号认定为MCN机构所有。基于此,根据双方的合作模式不同,可以考虑在合作之初采取降低账号与网红直播之间人身上的关联性的措施,如通过他

人(即:非网红本人)的身份证件注册相关账号等。但是,需要注意的是,各个网络平台对于账号的管理与归属都有相应规则,账号归属问题除了双方约定之外往往还要受到平台规则的约束。目前大多数平台均账号实名制且使用人必须为初始注册人,甚至明确不得转让。因此,降低账号的人身属性的措施是否能够实现有待商榷。此外,MCN机构主张账号归属权的背后实际的目的是防止网红主播离开MCN机构后直接带走流量并从事与MCN机构竞争的行为,为了达到这一实际目的,MCN机构与网红主播应当对竞业限制义务及其违约责任进行清晰的约定。

4、合理确定违约金额

由于网红主播参与直播活动等义务具有人身性质的给付义务,并不能强制要求其履行,因此,在出现违约情形时,需要根据双方约定的违约条款进行追责。由当前的司法实践可见,双方约定的违约金需要具有合理性,具体考虑因素包括:MCN机构投入的成本、合同剩余履行期限内的预期可得利益损失、网红主播本身的偿付能力等。另外,如双方建立的是普通的民商事合同关系,则将来通过诉讼程序维权时,根据《诉讼费用交纳办法》的规定,相应的诉讼费用将依据原告诉求金额按一定的比例计算。因此,MCN机构主张违约金额时,也应当充分考虑当前司

法实践在同类案件中支持违约金的大致幅度，从而合理提出诉求以降低维权成本。

5、全面考虑诉讼策略

虽然目前司法实践中主流观点认为MCN机构与网红主播之间属于平等主体之间的合作关系，但是，在有个别情况下，仍无法排除司法机关通过审查MCN机构与网红主播之间的合作或管理方式，进而认定双方属于劳动关系的可能。一旦被认定为劳动关系，相关争议将适用劳动关系特殊的法律程序以及时效。根据《劳动争议调解仲裁法》的规定，劳动争议需经过劳动仲裁的程序，且适用一年的特别时效。在原告直接起诉至法院的情况下，如双方的法律关系被认定为劳动关系，则相关诉求存在被法院以“未经仲裁前置程序”而直接驳回的可能。考虑到前述法律关系认定的不确定性，一方在维权过程中应当全面、充分考虑劳动仲裁以及民事诉讼等两种不同的维权路径，并做好相应的应诉准备。☞



段海燕
合伙人
合规与政府监管部
北京办公室
+86 10 5957 2043
duanhaiyan@zhonglun.com

商业秘密保护之路， 员工、原单位、新单位应何去何从？

作者：顾萍、贾媛媛、伍波、崔晓霞



2021年9月3日,北京证券交易所成立,旨在坚持服务创新型中小企业,尊重创新型中小企业发展规律和成长阶段,从而推动经济增长、促进科技创新。在各个领域,高新技术越来越受重视,企业间的投资、并购、合作等也更多将技术团队的知识产权作为重要考虑因素之一。因此,在企业以技术为核心进行投资、并购或合作时,厘清知识产权的边界、权属以及及时识别风险并有效应对就尤为重要。尤其,近年来商业秘密类侵权案件频发,核心团队技术人员离职导致的核心技术流失等问题被越来越多的科技型企业或科研机构所关注。

本文将以前离职员工在原单位与新单位的工作流转为脉络,厘清不同阶段商业秘密的归属、可能涉及的侵权法律问题,并提供应对策略。

第一部分\ 商业秘密的产生及侵犯



根据裁判文书网等公开数据库来看,大多数商业秘密侵权案都是因员工离职导致,结合上图来看,案件争议焦点也主要集中在不同阶段:(1)第一阶段,员工在原单位之时,主要涉及商业秘密的产生和权利归属,以及侵犯商业秘密的行为;以及(2)第二阶段,员工入职新单位后,主要涉及侵犯商业秘密的行为。

1. 第八百四十七条 职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者非法人组织的,法人或者非法人组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。法人或者非法人组织订立技术合同转让职务技术成果时,职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。
职务技术成果是执行法人或者非法人组织的工作任务,或者主要是利用法人或者非法人组织的物质技术条件所完成的技术成果。

2. 第六条 执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位,申请被批准后,该单位为专利权人。该单位可以依法处置其职务发明创造申请专利的权利和专利权,促进相关发明创造的实施和运用。
非职务发明创造,申请专利的权利属于发明人或者设计人;申请被批准后,该发明人或者设计人为专利权人。

1. 第一阶段【原单位-员工】

(1) 商业秘密权利的产生和归属

根据我国现行《民法典》第八百四十七条¹、《专利法》第六条²、《科学技术进步法》第二十条³、《促进科技成果转化法》第十九条⁴、《著作权法》第十八条第一款⁵、《集成电路布图设计保护条例》第九条第二款⁶、《计算机软件保护条例》第十三条⁷、《植物新品种保护条例》第七条第一

利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造,单位与发明人或者设计人订有合同,对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的,从其约定。

3. 第二十条 利用财政性资金设立的科学技术基金项目或者科学技术计划项目所形成的发明专利权、计算机软件著作权、集成电路布图设计专有权和植物新品种权,除涉及国家安全、国家利益和重大社会公共利益的外,授权项目承担者依法取得。

项目承担者应当依法实施前款规定的知识产权,同时采取保护措施,并就实施和保护情况向项目管理机构提交年度报告;在合理期限内没有实施的,国家可以无偿实施,也可以许可他人有偿实施或者无偿实施。

项目承担者依法取得的本条第一款规定的知识产权,国家为了国家安全、国家利益和重大社会公共利益的需要,可以无偿实施,也可以许可他人有偿实施或者无偿实施。

项目承担者因实施本条第一款规定的知识产权所产生的利益分配,依照有关法律、行政法规的规定执行;法律、行政法规没有规定的,按照约定执行。

4. 第十九条 国家设立的研究开发机构、高等院校所取得的职务科技成果,完成人和参加人在不变更职务科技成果权属的前提下,可以根据与本单位的协议进行该项科技成果的转化,并享有协议规定的权益。该单位对上述科技成果转化活动应当予以支持。

科技成果完成人或者课题负责人,不得阻碍职务科技成果的转化,不得将职务科技成果及其技术资料和资料据为己有,侵犯单位的合法权益。

5. 第十八条 自然人为完成法人或者非法人组织工作任务所创作的作品是职务作品,除本条第二款的规定以外,著作权由作者享有,但法人或者非法人组织有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内,未经单位同意,作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。

6. 第九条 由法人或者其他组织主持,依据法人或者其他组织的意志而创作,并由法人或者其他组织承担责任的布图设计,该法人或者其他组织是创作者。

7. 第十三条 自然人在法人或者其他组织中任职期间所开发的软件有下列情形之一的,该软件著作权由该法人或者其他组织享有,该法人或者其他组织可以对开发软件的自然人进行奖励:

(一) 针对本职工作明确指定的开发目标所开发的软件;
(二) 开发的软件是从事本职工作活动所预见的结果或者自然的结果;
(三) 主要使用了法人或者其他组织的资金、专用设备、未公开的专门信息等物质技术条件所开发并由法人或者其他组织承担责任的软件。

款⁸等法律规定,员工在职期间为完成本职工作或主要利用本单位的物质技术条件完成的成果的权属原则上归单位享有。

因此,一些企业员工固有的“我做的研发,我得出的科研成果,在我脑子里的东西,我当然可以随使用”的观点是错误的,如果与单位没有另外约定,这些技术成果很可能属于原单位。

需要说明的是,在当前鼓励技术创新、万众创业、技术成果转化的大背景下,前述法律从立法条文的修订变迁过程中,逐渐放宽了职务成果的权利归属、权利处置或使用限制。比如,科技部于2020年10月12日印发的《赋予科研人员职务科技成果所有权或长期使用权试点单位名单》的通知,赋予共计40个大学或科研院所科研人员职务科技成果所有权或长期使用权。

但仍能确定的是,若单位通过包括劳动协议、保密协议等在内的规章制度将员工完成本职工作或主要利用单位提供的物质技术条件完成的技术成果作为技术秘密进行保护⁹,该技术成果又符合商业秘密的构成要件¹⁰,可以为单位带来经济价值或竞争力,比如某种化工产品的生产工艺、软件源代码、设备或零件装配技术等,那么员工虽然参与了研发、掌握了该种工艺或成果,在其任职期间或离职后基于保密义务也不能随意复制、使用在原单位工作期间完成或接触的技术成果。否则,有可能存在商业秘密



侵权风险。

(2) 可能的侵犯商业秘密的行为

很多情况下,因商业秘密侵权行为的隐秘性,员工在原单位就职期间就可能已经实施了侵犯商业秘密的行为,但原单位往往只能在员工跳槽去新单位之后,才可能发现自己的商业秘密被侵犯。因此,为了使原单位预防或及时制止员工可能的侵权行为,识别员工在职期间的哪些行为构成商业秘密侵权,具有重要意义。

8. 第七条 执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质条件所完成的职务育种,植物新品种的申请权属于该单位;非职务育种,植物新品种的申请权属于完成育种的个人。申请被批准后,品种权属于申请人。

9.《促进科技成果转化法》第四十二条第一款和第二款规定,“企业、事业单位应当建立健全技术秘密保护制度,保护本单位的技术秘密。职工应当遵守本单位的技术秘密保护制度。企业、事业单位可以与参加科技成果转化的有关人员签订在职期间或者离职、离休、退休后一定期限内保守本单位技术秘密的协议;有关人员不得违反协议约定,泄露本单位的技术秘密和从事与原单位相同的科技成果转化活动。”

10.《反不正当竞争法》第九条,本法所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。

员工在职期间的行为	可能构成商业秘密侵权的风险
>员工违反规定私自复制记载商业秘密的材料,例如复制图纸、代码等	可能落入《反不正当竞争法》第九条第一款第一项“以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密”之规定,而侵犯原单位商业秘密。
>员工不仅私自复制上述商业秘密材料,还将商业秘密披露给他人、允许他人使用或自己私自使用这些商业秘密	可能落入《反不正当竞争法》第九条第一款第二项“披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密”、第三项“违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密”之规定,而侵犯原单位商业秘密。
>若第三人与员工勾结,在第三人授意或利益引诱下,员工私自复制上述商业秘密材料	该第三人有可能落入《反不正当竞争法》第九条第一款第四项“教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密”;员工侵权风险同表格第一项。
>第三人从上述员工处获取商业秘密后披露或使用等行为	可能落入《反不正当竞争法》第九条第三款“第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为,仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的,视为侵犯商业秘密。”之规定,而侵犯原单位商业秘密。 例如:如在“香兰素”案件中,前员工傅某于在职期间将其掌握的与“香兰素工艺”相关的技术秘密拷贝在U盘中,卖给第三人;随后,从原单位离职、与第三人合作、进行香兰素的生产、销售,侵犯原单位的商业秘密,法院认定傅某实施了以不正当手段获取、披露、允许他人使用涉案技术秘密的不正当竞争行为以及使用涉案技术秘密的侵权行为,不仅要承担1.59亿的民事赔偿还需承担相应的刑事责任。

2、第二阶段【员工-新单位】

大多数涉及离职员工的商业秘密侵权案件中,涉案商业秘密均为离职员工在原单位任职期间产生或固定,因此离职员工到新单位后,并不涉及商业秘密权属的认定,本部分主要分析离职员工与新单位有可能涉及的侵权行为。对于员工来说,如果为了在新单位获得更好的待遇,而披露或使用从原单位获取的图纸、代码等技术秘密,可能存在商业秘密侵权风险。同样,新单位在引入新员工时,如果直接使用了新员

工提供的图纸、代码等,甚至以获取竞争对手的技术秘密为目的而引入该员工,则有可能构成商业秘密侵权。

- 对离职员工而言,若员工将获取的原单位商业秘密在新单位使用、或披露给新单位、或允许新单位使用,则有可能落入《反不正当竞争法》第九条第一款第二项“披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密”、第三项“违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他

人使用其所掌握的商业秘密”之规定,而侵犯原单位商业秘密。

• **对新单位而言**,分以下两种情形:

-若员工获取商业秘密基于与新单位达成的计划而离职,或者说员工离职是由于新单位的接洽并给出了一定的丰厚条件,或者说新单位出于某种目的想使用某一特定竞争对手的商业秘密并接洽、招聘该竞争对手的特定在职员工,则新单位有可能侵犯原单位商业秘密,落入《反不正当竞争法》第九条第一款第四项“教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密”的范围。

-若新单位虽未实施教唆等参与到员工获取原单位商业秘密的行为,但明知或应知离职员工掌握了原单位的商业秘密,仍对离职员工掌握的原单位的商业秘密进行披露或使用或允许他人使用,则新单位有可能侵犯原单位商业秘密,落入《反不正当竞争法》第九条第三款“第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为,仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的,视为侵犯商业秘密”的范围。

关于新单位未实施教唆、引诱、帮助离职员工获取原单位商业秘密的情况下,如何判定新单位是否“明知或应知”离职员工实施了前述行

为,需要结合多种因素进行判断。比如,新单位明知离职员工为同行业竞争者的前员工,仍然使用该员工所披露的、新单位并不掌握的技术;又比如,某一领域的市场竞争者相对确定,新单位雇佣了具有同行业经验的离职员工且该员工在新单位工作期间使用了新单位并不掌握的技术,则新单位即便没有参与到离职员工获取原单位商业秘密的行为中,但应当知悉前述技术有可能是离职员工从原单位掌握的技术,其使用该技术的行为有可能涉嫌侵犯了原单位的商业秘密。

因此,不管是离职员工还是单位,都要有商业秘密保护意识,确定商业秘密的权利归属和使用范围,理清商业秘密的范围和界限。一方面,员工和新单位不应当存在侥幸心理,企图通过使用他人的技术秘密来节省研发成本和时间,这样极有可能侵犯原单位商业秘密、承担更严重的侵权责任;另一方面,原单位也需要识别可能发生商业秘密侵权的情况,采取必要预防措施,来避免商业秘密受到非法侵害而影响其市场经营活动。

第二部分\ 侵犯商业秘密的法律責任

依据2019年修订的《反不正当竞争法》第27条的规定¹¹，按照具体侵犯商业秘密的行为性质、程度等因素，侵犯商业秘密的法律責任可以分为民事責任、行政責任和刑事責任。

1、民事責任

从責任主体的角度进行划分，商业秘密侵权民事責任包括离职员工和聘用该员工的新单位的民事責任。

11. 第二十七条 经营者违反本法规定，应当承担民事責任、行政責任和刑事責任，其财产不足以支付的，优先用于承担民事責任。

責任主体	可能承担的法律责任
离职员工	离职员工侵犯原单位商业秘密的，原单位可以依据《反不正当竞争法》第17条的规定，主张离职员工侵犯其商业秘密，并要求离职员工立即停止非法使用其商业秘密，并赔偿原单位因其侵权行为造成的经济损失。如果离职员工与原单位曾签署过保密协议，离职后侵犯原单位的商业秘密则构成法律責任竞合的情况，原单位可以按照自身的意願及追責难易程度，选择追究离职员工的違約責任，要求离职员工支付違約金等。
离职员工入职新的单位	<p>新单位如果明知或应该知道员工曾以不正当手段获取原单位商业秘密，并允许员工在工作中使用，或新单位指示其他员工使用其带来的原单位的商业秘密，将被认定为共同侵犯原单位商业秘密的行为。对于新单位而言，法院一旦认定侵权成立，很可能会颁发禁令禁止新单位继续使用原单位的商业秘密、新单位还需要赔偿原单位的经济损失，以及原单位因制止其侵权行为付出的合理开支，包括不限于律师费等。</p> <p>如果离职员工与新单位恶意侵权，并且侵权行为情节严重，法院还可能适用惩罚性赔偿，按照权利人实际损失或侵权人侵权获利的1-5倍确定赔偿数额，加重其民事赔偿责任。值得注意的是，近年来我国法院对商业秘密的保护力度越来越大，针对侵犯商业秘密的民事行为的判赔额也出现大幅提升。</p> <p>例如在“香兰素”案件中，王某作为宁波王龙公司的法定代表人，用现金、股权等方式引诱原告前员工傅某等人实施泄露原告技术秘密的侵权行为，侵权恶意较深、侵权情节恶劣、并且在诉讼中存在妨碍举证和不诚信诉讼情节，最高人民法院作出了1.59亿的史上最高额赔偿，这无疑彰显出最高院对企业商业秘密保护的决心和力度。</p>

下表我们列出了近几年各地法院所作出的部分高额判赔商业秘密侵权案件。

年份	案件名称	判赔额(包括合理开支)
2021	中华化工诉宁波王龙公司、王龙集团商业秘密侵权案, 简称“香兰素”案——最高人民法院(2020)最高法知民终1667号	1.59亿
2020	江南环保公司诉江苏科行环保公司等商业秘密侵权案——南京市中级人民法院(2019)苏01民初2893号	9600万
2020	广州天赐诉安徽纽曼商业秘密侵权案——最高人民法院(2019)最高法知民终562号	3040万
2017	同方威视诉北京君和商业秘密侵权案——北京市高级人民法院(2017)京民终398号	500万

2、刑事责任

侵犯商业秘密的行为可能在被追究民事侵权责任的同时, 被国家公诉机关追究刑事责任。例如, “香兰素”案民事二审宣判的同时, 法院也将案件材料、线索提供给公安机关处理, 追究具体侵权行为人以及公司直接负责的主管人员的刑事责任。

2020年9月最高检和公安部联合发布《关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》, 2020年12月26日全国人大常委会通过了《刑法修正案(十一)》, 降低了侵犯商业秘密罪的入刑标准、提高了侵犯商业秘密罪的法定量刑:

	原规定	现规定
《关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》	第七十三条 【侵犯商业秘密案(刑法第二百一十九条)】侵犯商业秘密, 涉嫌下列情形之一的, 应予立案追诉: (一) 给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上的; (二) 因侵犯商业秘密违法所得数额在五十万元以上的; (三) 致使商业秘密权利人破产的; (四) 其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。	第七十三条【侵犯商业秘密案(刑法第二百一十九条)】侵犯商业秘密, 涉嫌下列情形之一的, 应予立案追诉: (一) 给商业秘密权利人造成损失数额在三十万元以上的; (二) 因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的; (三) 直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的; (四) 其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。

	原规定	现规定
《刑法》	<p>第二百一十九条第一款【侵犯商业秘密罪】有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：</p> <p>（一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；</p> <p>（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；</p> <p>（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。</p>	<p>第二百一十九条第一款【侵犯商业秘密罪】有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：</p> <p>“（一）以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；</p> <p>“（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；</p> <p>“（三）违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。</p>

上述规定，将侵犯商业秘密罪的立案追诉的金额标准由原来的50万元降低到30万元，使得侵犯商业秘密罪的入刑门槛得到了大幅降低；将原《刑法》中的“给商业秘密的权利人造成重大损失”及“造成特别严重后果”的条件，分别用“情节严重”及“情节特别严重”进行替换，使得侵犯商业秘密罪这一结果犯降格为情节犯¹²，使得侵犯商业秘密尚未造成重大经济损失即被抓获的侵权人也可能受到《刑法》的制裁，并且在量刑幅度方面，将法定量刑最高刑期从7年提升到了10年。

由此可见，从我国的立法层面看，无论是从入罪门槛，还是侵犯商业秘密罪的法定刑期上，我国《刑法》都显著加强了对企业商业秘密的刑事司法保护力度，以及对侵犯商业秘密的行为进行严厉打击。

3、行政责任

侵犯商业秘密行为的行政责任，其法律依据是《反不正当竞争法》第21条的规定：“经营者以及其他自然人、法人和非法人组织违反本法第九条规定侵犯商业秘密的，由监督检查部门责令停止违法行为，没收违法所得，处十万元以上一百万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上五百万元以下的罚款。”

侵害商业秘密的行政法律责任主要有：停止违法行为以及处以行政罚款。责令停止违法行为是一种重要的行政处罚形式，具体而言责令侵权人停止使用商业秘密，包括停止正在使用该商业秘密进行的商品生产行为和停止销售

12. 王志远：“侵犯商业秘密罪保护法益的秩序化界定及其教义学展开”，载《政治与法律》2021年第6期，第52页。

该商品的行为。行政罚款是一种对侵权行为人的经济制裁方式。

根据上述规定,离职员工、新单位侵犯企业商业秘密尚不构成犯罪的,我国市场监督管理机关可以**依法没收其违法所得;还可以根据情节严重程度,对离职员工、新单位处以10万元以上500万元以下罚款。**

第三部分\ 企业遇到商业秘密侵权纠纷时难点及要点

1、秘点范围的确定

在企业遭受商业秘密侵权纠纷后,如何梳理、确定企业可以在诉讼中主张的商业秘密“秘点”尤为重要,既是商业秘密案件的核心,也是维权过程中的难点。梳理过程涉及图纸、设备、研发资料、代码等技术资料的收集和整理,更重要的是如何从这些复杂的技术资料中提炼出可以满足商业秘密构成要件的法定要求的“秘点”。这不只是一项法律工作,同样是一项技术工作。梳理和确定“秘点”时,需要考虑“秘点”的大小,“秘点”过大或过小都可能导致企业最终的诉讼目的不能实现,如果“秘点”过大,有可能很难通过鉴定机构的现有技术查新,或者在诉讼过程中被对方所提供的“公知性”证据击破;

而如果“秘点”过小,涉嫌侵权的技术信息稍作修改或规避(实践中,被告往往会进行修改),则可能不能满足“同一性”的要求。

在实务中,我们经常会发现企业技术人员仅专注于技术角度,梳理的商业秘密“秘点”难以满足诉讼案件的需要。因此,建议企业聘请专业的知识产权律师与企业技术人员相互配合,从技术和法律两个角度,对企业的“秘点”进行梳理、确定。

2、技术方案可视化

一般而言,商业秘密案件具有很强的技术性和专业性,与传统的民商事侵权案件相比,商业秘密案件中的技术内容往往较难理解、裁判者很难直观感受、把握具体商业秘密案件中相关技术点的功能以及技术效果。而被告所采用的技术点与权利人主张的“秘点”是否构成相同或实质相同往往是庭审的争议焦点和案件审理的难点。由于文字信息的表达局限性、单一性,裁判者很难仅凭文字材料理解技术的要点,而甄别被告所采用的技术点与权利人主张的“秘点”之间的相同点和不同点则更为困难。

在实务中,为了向合议庭充分说明“秘点”的特点、技术效果等,建议采用图形、动画、流程图等方式,对秘点进行可视化展示,以便合议庭的理解。

3、权利人的关键证据缺失

大多数商业秘密侵权纠纷是由前员工违法获取、披露、使用原单位的商业秘密引发的，商业秘密侵权行为从发生到被发现，一般都会经历较长时间，往往原单位直到在市场上发现了与自己企业相同或相似的产品才意识到商业秘密可能已经被侵犯。因此，商业秘密维权的滞后性导致权利人维权过程更为艰难，由于时间久远，权利人公司可能已经发生重组、合并等公司变更，曾经与涉案员工共事的其他员工、负责人可能已经离职。权利人对于证据的收集和固定不够及时是商业秘密案件中难点和痛点。在一些案件中，权利人往往无法提交完整的研发证据材料来证明权属和商业秘密范围、无法提交与员工及合作对象之间的协议来证明知识产权归属约定或者员工及合作对象有机会接触或获取商业秘密，导致商业秘密维权陷入困境。

因此，从我们实务经验出发，建议企业重视日常文件管理工作，具体而言可以建立体系化的文档管理体制，对涉及企业商业秘密的技术，从立项、研发过程文件、研发会议记录等进行全流程的记录、存档，并且相关负责人进行签字确认，以避免在后续维权时，企业与离职员工就商业秘密的权属发生争议。另外，一些企业对企业商业秘密未采取合理、适度的保密措施，导致法院审理后认定企业没有采取合理保密措施而败

诉，因此，对于“企业采取的相关保密措施”的证据，建议企业与员工签订保密法律文件，具体包括保密协议、竞业限制协议、员工手册、保密承诺函、知识产权权属协议等等。

4、侵权行为取证难

由于知识产权具有无形性，导致知识产权类侵权案件取证很困难。在知识产权案件中，商业秘密侵权案件尤其是如此。企业的商业秘密一般是企业的核心价值，而侵犯商业秘密绝大多数是故意侵权，离职员工对企业的商业秘密很熟悉，因而侵权时会格外小心；而离职员工获取商业秘密后，将商业秘密带到新企业去使用时，新企业通常也不会公开场所展示或使用新入职员工带来的技术窍门。因此，权利人往往很难直接取证侵权行为，案件中证明侵权可能性时，一般需要从多个角度收集证据，从而相互印证，来证明侵权行为，从而满足立案的要求，例如，新公司的产品与企业产品功能、结构等雷同。

根据我们的经验，在前期起诉环节，我们建议聘请专业的调查公司配合律师进行调查方案的设计，进行起诉前的证据调查，根据我们的经验，可以对新公司的官网、产品销售平台、销售商等进行初步调查，从而尝试获取相关产品、产品说明书或操作手册等。另外，对于一些涉及工艺流程或参数的商业秘密案件，在起诉后，我们

建议申请法院进行调查取证或进行现场勘验进一步固定侵权证据。

5、商业秘密案件定案难度大

商业秘密案件原告胜诉率低、定案难度大也是商业秘密案件的特点。商业秘密的构成需要同时满足“秘密性”、“价值性”、“保密措施”等构成要件。在司法实践中，法院通常对“价值性”的审查及要求不高，而“秘密性”及“保密措施”是法院审理的重心，也是权利人维权中的风险点。一般而言，被告通常会竭尽全力举证证明权利人主张的商业秘密不具备“非公知性”，权利人没有采取保密措施或采取的保密措施不合理，实务中商业秘密案件成案率很低也是这个原因。另一方面，商业秘密案件中“非公知性”、“同一性”的结论一般需要用到鉴定意见，而在原、被告提交的鉴定意见结论往往完全不同，甚至一审、二审、再审法院委托的鉴定也可能出现结论不一的情况，这样造成了商业秘密案件定案难度大。

因此，企业在维权过程中，建议聘请专业的知识产权团队评估确定可行的维权方案，例如，考虑商业秘密维权、专利侵权维权或主张权属纠纷等。

结语

在国家鼓励创新、保护商业秘密、打击侵权行为的大背景下，传统的“我脑子里的东西，就属于我”的观点与当前的司法实践存在极大偏差，极易引起侵权风险，亟须纠正。企业在预防和应对商业秘密侵权中，仍有很多问题亟需解决。我们建议企业重点关注因员工离职、入职而引发的商业秘密侵权风险。如发生纠纷，建议尽早在法律专业人士的介入下，搭上当前知识产权保护的快车，更好的在前期准备阶段搜集到对己方有利的证据，更好的维护自己作为权利人或者被诉侵权人的合法权益。☞



顾萍
合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2089
guping@zhonglun.com



贾媛媛
非权益合伙人
知识产权部
北京办公室
+86 10 5957 2342
jiayanyuan@zhonglun.com



中伦研究院出品

特别声明:以上所刊登的文章仅代表作者个人观点,不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权,不得转载或使用该等文章中的任何内容,含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨,欢迎与本所联系。