

企业法律顾问

2020年第4期（总第82期）



长三角企业法律顾问协会联席会议与会代表合影

上海市企业法律顾问协会 主办

协会活动集萃



▲ 2020年8月12日至13日，长三角企业法律顾问协会联席会议暨扩大会议在杭州召开。图为会场场景



▲ 8月7日下午，市经信委在上海市企业法律顾问协会会议室召开第三期上海市经济和信息系统央企法总论坛。市经信委政策研究和法规处处长刘新宇出席会议并主持论坛。协会领导强志雄，市经信委法律顾问吕毅及部分央企法总出席了本次论坛。



▲ “多亏你们协会老师给了我及时贴心的法律援助，使我们在较短的时间内追回了百万巨款的损失，我真是太感谢你们了！”受到协会帮助的海徐泾宾馆原经理谢女士前来协会赠送锦旗



▲ 7月31日下午，协会在德恒上海律师事务所举办了《中外合资企业解散清算法律实务》研讨会。德恒上海律师事务所管理合伙人秦韬律师与现场约20名相关领域的企业代表分享交流了中外合资企业解散及清算法律实务经验。



▲ 8月10日下午，协会在德恒上海律师事务所举办了《新证券法下企业境内上市融资法律实务》研讨会。邀请了德恒上海律师事务所高级合伙人、资本市场资深律师王雨薇团队的杨颖超和王浚哲律师作分享。

▶ 8月19日，协会和上海市中小企业服务中心联合举办了两场专题讲座。《新冠疫情下的国际商贸合同法律问题》由德恒上海律师事务所秦韬律师主讲（左）；《合规管理体系建设实践及法务与合规的关系》北京德和衡衡律师事务所企业合规与风控业务部主任陶光辉律师（右）主讲



长三角企业法律顾问协会联席会议在杭州召开

2020年8月12日至13日，长三角企业法律顾问协会联席会议暨扩大会议在杭州召开。上海市企业法律顾问协会、浙江省企业法律顾问协会、江苏省企业法制工作协会、安徽省企业法律顾问协会负责人出席会议；黑龙江省国有企业法律顾问协会、吉林省企业法律顾问协会、辽宁省企业法律顾问协会、天津市企业法律顾问协会、内蒙古自治区企业法律顾问协会、台州市企业法律顾问协会负责人参加了扩大会议。长三角绿色生态一体化建设执委会法规组副组长姚俊儒、浙江省长三角标准技术研究院院长邓铭庭、浙江省中小企业协会会长蔡章升、律新社CEO王凤梅、炜衡律师事务所高级合伙人章晓科、中国企业法律顾问网负责人赵德坤受邀列席会议。

会议主要就长三角协会间的合作理念、机制、路径做了进一步探讨交流和内容深化。

会议认为，在当前形势下，协会工作亟需转型升级，要一改传统单一的仅针对法律顾问群体的培训形式，转变为为各类所有制企业、相关政府部门提供全面的法律服务新模式。长三角协会间要利用地域优势，进一步拓展走访考察类学习交流互动，并在专家资源、培训资源等方面逐步进行整合，实现共享。

会议听取了长三角绿色生态一体化建设执委会法规组副组长姚俊儒关于示范区整体情况介绍和相关工作计划。他指出，法律顾问协会对各自省（市）法治建设发挥了重要作用，希望协会能在执委会开发公司法律顾问选聘、示范区企业绿色发展共同体联盟筹建、执委会相关制度建立等方面积极建言献策，提供相关法律支持。

浙江省中小企业协会会长蔡章升也从中小微企业角度出发，介绍了受经济下行趋势和疫情影响，企业所面临的现实困境。他表示，协会应正确认知当前经济形势，有针对性地发挥作用，要以产业引领为导向，项目资本运营为重点，把社会资源、法律资源做有效整合。

会议还就长三角协会间的深度合作模式作了重点讨论，并且在多方面形成共识：一是除固有的全国性会议和长三角联席会议外，可根据需要，以碰头会的形式在协会相互间开展常态化工作交流；二是探索建立长三角法务社群、企业社群（如：长三角法总联谊会），增强协会与企业和企业与企业间的粘合力；三是研究创设例如长三角协会微信公众号等自媒体平台账号，宣传、发布协会联合活动讯息；四是逐步建立起长三角协会资源库，在企业服务、会员服务等方面进一步形成合力；五是酝酿成立长三角一体化中小企业法律服务中心，协同服务长三角地区企业；六是探索长三角协会深化合作新模式，发挥资源优势，提升协会法律服务能力。

会议明确，要按照中央充分发挥国内超大规模市场优势，逐步形成以国内大循环为主体，国际国内双循环相互促进的新发展格局的有关要求，以法律服务为落脚点，逐步将长三角协会一体化工作融入到长三角区域一体化工作中去。

在会上，与会者听取了浙江省长三角标准技术研究院院长邓铭庭作了关于团体标准编制的相关介绍，还就近期工作情况做了简要交流分享。

会议提议第十届全国地方企业法律顾问协会论坛由吉林省企业法律顾问协会主办，在长春市召开。与会者着重研究了召开第十届全国地方企业法律顾问协会论坛的议题，以及落实广州论坛倡议设立“全国联盟”后的具体举措，与会者一致认为：健全全国联盟的相关工作将有利于汇聚企业法务声音、传播法务精神、提升法务贡献，为全国企业法务和相关法律人士提供专业的学习、交流、资源分享平台，为优化法治化营商环境，防范企业法律风险，提高企业运营水平和核心竞争力助力。

会议进一步明确，本次长三角企业法律顾问协会联席会议扩大会议商议的有关事项均为提议，将提交第十届全国地方企业法律顾问协会论坛审议。



要闻导读

- 1 长三角企业法律顾问协会联席会议在杭州召开

协会动态

- 4 第三期上海经信系统央企法总论坛在协会举办
- 5 协会举办《新冠疫情下的国际商贸合同法律问题》和《合规管理体系建设实践及法务与合规的关系》专题研讨会
- 6 协会举办线上《民法典》合同编和物权编专题讲座
- 6 “新时代背景下涉外法治人才培养”论坛圆满召开
- 7 协会举办《中外合资企业解散清算法律实务》研讨会
- 7 协会举办《新证券法下企业境内上市融资法律实务》研讨会

法宣之窗

- 8 “七五”的足迹
——上海市经济和信息化系统“七五”普法工作巡礼

依法治企第一线

- 13 浅谈智能科技时代的法务管理 黄超焕 姜茂坤
- 18 混合所有制改革目的是实现国企机制创新 薛兴华



21 国企产权转让的“进场交易前准备”与“产权交易具体流程”

——以上海联合产权交易所交易规则为例

周 颐 沈彦炜

专题报道

26 一面锦旗背后的故事

法 符

热点研究

27 灵活用工劳动者的职业安全

何永强

社会观察

30 “良品铺子”创业的启迪

沈 栖

31 苏东坡是怎么死的?

吴兴人

法眼观象

33 外观主义法理下的电商平台经营者直接侵权责任研究

李 擘

封面 长三角企业法律顾问协会联席会议与会者合影

封二 长三角企业法律顾问协会联席会议暨扩大会议、第三期上海市经济和信息化系统央企法总论坛、《中外合资企业解散清算法律实务》研讨会等场景

封三 “长三角一体化的今天与明天”——四党支部联合举办党日活动剪影

封底 上海市企业法律顾问协会、市经信委政策研究和法规处、市国资委政策法规处、长三角一体化示范区执委会政策法规组党支部的党员参加党日活动时合影

第三期上海经信系统央企法总论坛 在协会举办

为了解央企在“七五普法”中的实际成效，同时为“八五普法”提供建议，8月7日下午，市经信委在上海市企业法律顾问协会会议室召开第三期上海市经济和信息化系统央企法总论坛，市经信委政策研究和法规处处长刘新宇出席会议并主持，协会副会长兼秘书长强志雄，市经信委法律顾问、北京观韬中茂（上海）律师事务所律师吕毅及部分央企法总代表共计14人出席本次论坛。

刘新宇首先代表市经信委对与会领导和法总的莅临表示欢迎，并就此次论坛的召开背景和研讨重点做了相关介绍。

作为此次论坛的承办方，强志雄在简要介绍了协会的基本情况和相关工作后表示，希望通过此次论坛的交流能够促进各方加深了解，加强合作。

在随后的交流中，与会代表们先后对各自企业的基本情况和在“七五普法”中的相关经验做法进行了交流发言。

中国石油天然气股份有限公司西气东输管道分公司总法律顾问、企管法规处处长傅文奎表示，公司重视合规管理，法务通过事前介入、参与公司重大决策等方式有效实现了风险防控，公司各种法律纠纷、违规现象得以大幅降低，此外，公司还会定期分层次地举办普法培训讲座并纳入考核。

中航工业上海航空电器有限公司纪检审计法务部部长汤洋介绍，公司设立总法律顾问制度，并提出了法务工作“五融合”的目标，要求法务工作要与全面依法治国、公司转型升级、公司运营管理、科技创新工作及国际化经营相融合，通过法务工作的及时跟进和介入，实现对公司合同、制度、重大决策等事项的全审核。

中国海诚工程科技股份有限公司法务部经理王庭玉在会上表示，从合约到法务到风控再到内

控，公司通过暴露的问题反思制度的设定，从而引入事前资信调查，设立法务的一票否决制等规定，同时建立起法律库、律师库、案件库、法律事务平台等，以实现法务工作对公司业务的反哺。

上海电力股份有限公司政策与法律部副主任、法律服务共享中心主任徐祺琪在分享中说到，公司设有法律服务共享中心，通过中心工作，实现公司本部去机关化，做到专门顾问一对一介入项目，负责争议解决、重大项目风险防控等工作。

中海石油（中国）有限公司上海分公司法务经理翟芳介绍，公司法务工作与业务相结合，由相关领导牵头成立法宣工作组，带领生产部门与职能部门开展联合普法活动，包括结合当下法宣热点开展法律培训、定期楼宇普法宣传等，同时公司还通过新媒体技术，让员工可以随时随地，多种形式接受普法教育。

4805集团党群工作部部长助理浦庄宁表示，为进一步强化集团全体职工的法律意识，“七五”普法初期，公司成立了由党委书记担任组长的七五普法工作组，并制定了七五普法宣传规划，明确党委书记为党委中心组及干部普法学习责任人，党支部书记为各部门职工普法教育责任人。此外，规划还对普法参加对象、具体内容、实施步骤及考核标准等做了相关要求，并得到了有力执行。

中国石油上海销售公司企业管理处高级主管孔祥桥也在发言中表示，为贯彻“七五”普法精神，提高员工工作水平，公司建立依法治理体系，完善相关制度，加强风险管控，在抓好关键少数的同时，通过“互联网+法宣”的形式，定期对全体员工开展法律学习培训活动，组织普法测试。

中国石化上海高桥石油化工有限公司法律事务科副科长王晓也在交流中提到，公司建有普法联

络员队伍，利用在线教育平台，结合公司生产经营需要，每月组织总、子公司员工开展普法教育。此外，公司还通过每月的“公众开放日”实现地企联动，并积极与外部企业开展法治工作交流，多措并举提升普法实效。

吕毅律师在总结点评时建议，对内，公司法务

需要积极打开业务及其他部门通道，确保将法务工作渗透到公司每一项工作中；对外需要借力，与外部律师一起合作，利用彼此所长，提升法务的内在价值。

会上，企业各方还就“八五”普法规划交换了各自想法并提出了积极建议。

协会举办《新冠疫情下的国际商贸合同法律问题》和《合规管理体系建设实践及法务与合规的关系》专题研讨会

8月19日，协会和上海市中小企业服务中心联合举办了《新冠疫情下的国际商贸合同法律问题》和《合规管理体系建设实践及法务与合规的关系》两场专题讲座。

上午的讲座邀请了德恒上海律师事务所管理合伙人、资深涉外律师秦韬就《新冠疫情下的国际商贸合同法律问题》为与会者作了专题讲解。

秦律师指出：目前新冠疫情对国际商贸合同的影响已严重凸显，如供货方缺乏足够员工从事生产经营合同履行行为；停工期限延长和大部分地区的严格的人员管控、货物流动管控；部分地区的最严格管控措施导致合同履行不能；国际物流障碍，海关检验检疫举措，交付迟延或无法交付，原辅料和设备及零配件供应中断，价格上涨导致合同履行成本上涨等问题严重阻碍了国际经贸活动的正常往来，原定商贸合作与跨国合同履行会遇到这样那样的实际问题，相关经贸纠纷不可避免。如何提前防范可能出现的履约风险，如何最大程度地保障中方权益，如何妥善有效处理涉外合同及纠纷等相关问题，秦律师应用《民法总则》《合同法》《民法典》等法律和规则对受新冠疫情影响的合同履约不能是否能认定为不可抗力着手，对涉疫情国际合同纠纷处理及涉

疫情国际合同的具体法律适用作了深入的解析，最后提出了最佳的解决国际纠纷的途径。

下午的讲座由北京德和衡律师事务所企业合规与风控业务部主任陶光辉律师就《合规管理体系建设实践及法务与合规的关系》与会员们对话，分享了他的真知灼见。

陶光辉律师指出企业合规建设，尤其是国有企业的合规管理体系建设，是一个管理体系的搭建、策划与实施的工作。这个工作的性质，与传统的法律工作最大的区别就是，合规体系建设，是一个过程管理方法；传统法律工作，是一个法律适用方法。可以说，企业法务部也需要转型。在方法论和操作层面，都需要转型。唯有改变过去的思维模式，适应合规管理、内部控制的不同思路要求，才可将合规管理体系建设工作按公司要求予以推动。这其中，当然少不了外部机构的协助。尽管有一些行业先行者可提供借鉴，但毕竟每个企业的战略、文化与经营管理行为都是有差别的。故归根结底，我们还是要掌握基本原理和内在方法。随后，陶律师引用许多典型案例及知名公司成熟体系为学员们做了生动介绍。

本次两场讲座吸引了众多的会员冒着酷暑顶着烈日来到现场学习听讲，气氛活跃热烈。

协会举办线上《民法典》合同编和物权编专题讲座

7月17日和8月13日两天，协会在线上分别举办了《民法典》合同编和物权编解读专题讲座。协会邀请了上海市企业法律顾问协会监事、华东政法大学民商法博士、硕士生导师、副教授刘竞元老师为大家解读民法典合同编和物权编修改、增加的主要条文内容。百名学员参加了两场线上讲座。

合同作为调整平等民事主体之间财产关系和人身关系的重要工具，在民商事活动中发挥着重要作用。本次民法典合同编在原来的合同法基础上进行了全方位的升级，共有三个分编，共计526条条文，几乎占据了民法典1260个条文的“半壁江山”，可谓“浓墨重彩”。针对合同编，刘老师主要从民法典和合同编的体系框架切入，重点解读了新增的条文内容和修改亮点，让大家对合同编有了一个体系性的理解。

物权编作为最重要的民事基本制度之一，是产权保护的重要基石之一。刘老师针对物权编中的若干突破性亮点进行了重点解读——譬如，此次将土地经营权物权化，承包经营权人可以将其承包期内的土地使用权进行流转或者设立抵押进行融资，如



《民法典》合同编

刘竞元

华东政法大学副教授、硕士生导师、法学博士

此便可以在保证农民不失地的前提下，促进农村经济活跃，增加农民收入，为农村土地这一重要生产要素入市提供了基础和保障；又如，作为物权的居住权在此次修订中正式入典，为我们提供了租赁之外一种更为稳定、长久的使用权，从而缓和所有权与使用权之间的紧张关系，充分发挥住宅的使用价值，有助于进一步丰富和完善住房产权制度体系，满足大众对住房的丰富需求。

刘老师细致专业的授课，获得了与会人员的好评。

“新时代背景下涉外法治人才培养”论坛圆满召开

2020年7月24日下午，“新时代背景下涉外法治人才培养”圆桌论坛成功举办，论坛由上海对外经贸大学法学院和海华永泰律师事务所共同举办，我协会副会长熊晨曜受邀参加。

论坛以新时代对涉外法治人才的具体需求、新时代涉外法治人才的培养路径、如何利用好国内国际两个资源充分培养涉外法治人才三个议题为中心进行了充分的讨论。交流中，熊晨曜副会长围绕企业对涉外法治人才的具体需求展开讨

论。他提出经过近几年的努力，涉外法治人才培养方面已取得良好开端，但涉外法治人才不仅要了解涉外法律规则，更要对新时代背景下国际规则进行解读，要培养和增强合规意识，注重专业精神的坚守，与时俱进，因此对专业意识的培养对涉外法治人才储备具有重要意义。参会的专业律师、专家及学者均表示要不断提高涉外工作法治化水平，为培养具有家国情怀和世界眼光的优秀涉外法治工作者而奋斗。

协会举办 《中外合资企业解散清算法律实务》研讨会

7月31日下午，协会在德恒上海律师事务所举办了《中外合资企业解散清算法律实务》研讨会。本次研讨会协会邀请到了德恒上海律师事务所管理合伙人秦韬律师。秦律师结合近年来成功的实操项目，与现场约20名相关领域的企业代表分享交流了中外合资企业解散及清算法律实务经验，专题研讨外商投资企业解散清算，特别是中外合资企业强制清算中包括中外股东权益保护等系列法律问题。

会上，秦律师从企业解散清算的法律框架切入，结合企业解散清算项目流程中的相关概念与法律实务，让在场的企业代表对企业的解散清算有了一个感性的认识。秦律师还提到，受国际金融危机与世界经济衰退影响，针对中外合资企业

的清算和解散方面的法律规定尚不完善，因此，很多合资企业在实施清算时就会陷入僵局。对此，最高人民法院于2009年11月4日召开了公司强制清算案件工作座谈会，进一步明确了公司强制清算案件的原则，细化了有关程序和实体规定，对其中的主要问题作了探讨和研究，达成了共识。另外，秦律师还总结了强制清算项目中的办案要点和中外股东权益保护等疑难问题，诸如清算前和清算中的攻防，中外股东合资争议解决、外资非正常撤离跨国追诉等，为企业把控该类项目实务操作中的关键事项和重点难点问题提供了思路。

最后，本次研讨会在热烈探讨的氛围下圆满结束，秦律师专业的讲解获得了与会嘉宾的一致好评。本次线下研讨会圆满成功。

协会举办 《新证券法下企业境内上市融资法律实务》研讨会

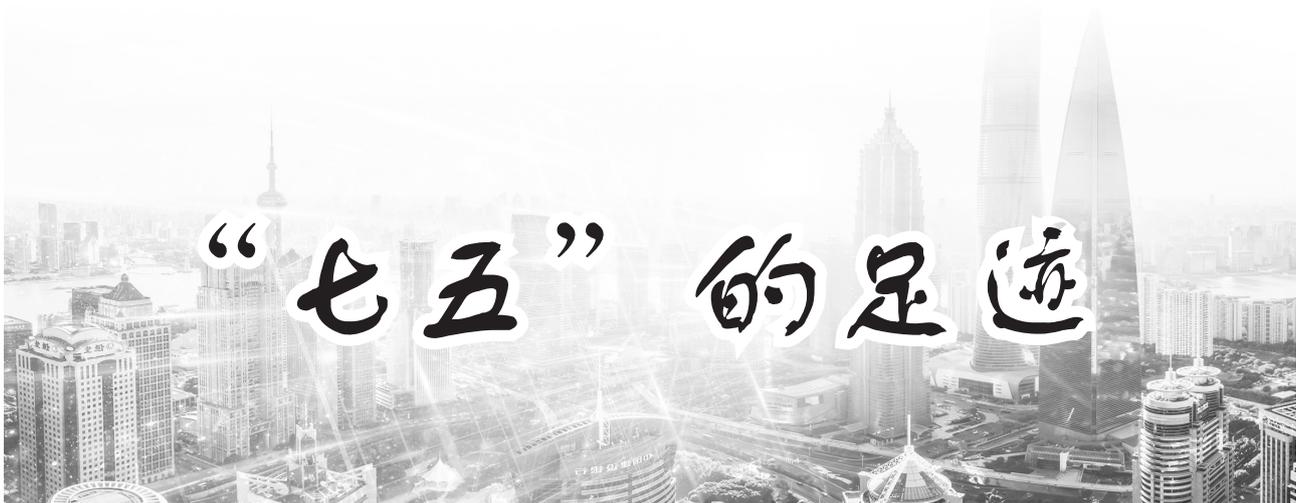
8月10日下午，协会在德恒上海律师事务所举办了《新证券法下企业境内上市融资法律实务》研讨会。本次研讨会协会邀请到了德恒上海律师事务所高级合伙人、资本市场资深律师王雨薇团队的杨颖超和王浚哲律师作分享。两位律师结合新《证券法》的主要变化，与现场约20名相关领域的企业法务人员分享交流了在当前环境下企业境内上市的基本条件、流程等一系列法律问题。

会上，两位律师表示，作为资本市场的“根本大法”，《证券法》的此次修订作出了一系列新的制度改革完善，包括：全面推行证券发行注册制度；完善证券交易制度；进一步强化信息披露要求；完善投资者保护制度；落实“放管服”要求，

取消相关行政许可；显著提高证券违法违规成本；扩大《证券法》的适用范围等等，这些制度的改革和完善意味着我国资本市场的法治化、市场化进程又向前迈出了一大步、为中国资本市场全面深化改革奠定了坚实的法律基础，也为中国资本市场的健康有序发展提供了制度保障。

随后，两位律师针对企业境内上市的基本条件、流程、尤其是对股东与股权、资产完整性、业务独立性、公司治理机制、经营合规性等重点法律问题作细致剖析。

最后，本次研讨会在热烈探讨的氛围下圆满结束，两位律师专业的讲解获得了与会嘉宾的一致好评。



——上海市经济和信息化系统“七五”普法工作巡礼

2016—2020，这是我国第七个法治宣传教育五年规划实施阶段。自“七五”普法以来，上海市经济和信息化系统（以下简称“经信系统”）坚持抓重点、强基础、补短板，促提升，紧紧贴紧产业和信息化高质量发展和不断优化营商环境的要求，把普法依法治理与依法行政、依法治企、依法治校紧密结合，不断拓展法治宣传的深度和广度，不断探索创新普法的方式方法，一步一个脚印把经信系统“七五”普法规划落实落地。回望经信系统“七五”普法历程，处处亮点纷呈，篇篇鼓舞人心。

一、以习近平总书记全面依法治国新理念新思想新战略为指引，强化顶层设计

（一）健全系统开展“七五”普法的组织保障

“七五”普法伊始，市经济和信息化工作党委、市经济信息化就强化经信系统贯彻落实“七五”普法做出系统顶层设计。在国家、本市“七五”普法规划出台后，及时向系统单位印发系统规划，细化目标、任务、要求。及时调整经信系统法治宣传教育领导小组名称和成员，体现

从“法制”到“法治”理念的转变。在系统层面，按照普法工作三级网络架构，重新梳理系统单位“分管领导、普法工作负责人、普法联络员”通讯信息，建立系统联络员微信圈，确保普法工作部署的及时性，也增强了系统单位之间普法工作交流，进一步通畅了普法信息传递脉络。系统单位相应建立实施“七五”普法机制或机构，进一步完善本单位普法组织架构。

（二）学习贯彻习近平总书记关于全面依法治国重要论述

“七五”普法进程中，全系统自始至终把宣传好、实践好习近平总书记关于全面依法治国新理念新思想新战略作为重大政治责任抓紧抓实，着力营造学习贯彻习近平总书记关于全面依法治国新理念新思想新战略的良好氛围。在系统年度普法工作要点中，要求各单位把习近平总书记关于全面依法治国的重要论述作为重要学习内容，强调读原文，悟原理，切实学懂弄通习近平新时代中国特色社会主义思想，认真把握法治宣传教育的基本定位、重大任务和重要措施，用习近平新时代中国特色社会主义思想武装头脑、指导实践、推动工作。让系统广大干部职工全面了解和

掌握依法治国的重大意义和整体要求，增强厉行法治的积极性和主动性，更好地发挥法治的引领和规范作用，

（三）落实《党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责规定》

在制度上，根据《党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责规定》，制定细化方案。同时强调领导干部学法一定要安排有专门时间，专门内容，确保各级领导干部带头学法学法形成制度化常规化。机关层面在已建立了党委中心组学法制度的基础上，注重结合经信系统面临的形势和任务，自觉把贯彻学习落实习近平总书记系列讲话精神与研究出台产业政策相结合，并且带头学习、带头宣讲、带头落实，为提升经信系统法治建设和依法治理水平奠定了坚实的基础。系统单位的领导班子在学习贯彻习近平总书记系列讲话精神与学法学法紧密结合上也亮点纷呈。如中国航油物流公司先后制定了《企业主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责实施细则》。上海航空测控技术研究所建立并实行领导干部任前“法治谈话”制度，强化新任干部的法律意识和法治思维。

（四）深入开展社会主义法治文化建设

在《关于加强本市社会主义法治文化建设的意见》出台后，制定了细化实施方案。明确了经信系统加强社会主义法治文化建设的主要任务：明确各单位主要负责人要主动关心法治文化建设情况，要做到重大问题亲自过问、重点环节亲自协调、重要任务亲自督办。二是切实把社会主义法治文化建设融入到经信系统各领域的文化建设之中，培育以法治文化为基石的机关文化、企业文化和校园文化。三是进一步拓展法治文化建设阵地，丰富法治文化表现形式。四是注重实践，把社会主义核心价值观融入法治文化建设当中，体现在依法治理各个环节。五是加强法治文化人才队伍建设。努力培养一批素质优良、富有创新能力的法治文化人才，为全系统法治文化建设提供智力支持和人才保障。

二、以社会主义法律体系和党内法规普法为基础，树立法治理念

截止2019年底，经信系统共有归口单位121家。其中中央在沪单位101家，直属单位20家。党员7万多名，职工数近23万。在行业覆盖面大、单位规模不一的情况下，全系统扎实开展社会主义法律体系和党内法规学习，尤其抓住“关键少数”。

（一）宪法学习方面

全系统坚决贯彻落实党中央、上海市委关于深入开展宪法学习宣传教育活动的系列决策部署，坚持在“四个学”上下功夫，即一是列入普法要点，领导干部先行学。市经济和信息化工作党委第一时间召开党委会，传达学习《中共中央关于深入学习宣传和贯彻实施〈中华人民共和国宪法〉的意见》，强调要按照中央和市委要求，认真抓好学习宣传和贯彻实施。举行市经济信息化工作党委中心组联组学习会，邀请上海社会科学院法学研究所副所长殷啸虎教授，为党委中心组成员、系统各单位中心组成员、机关党员干部作《增强宪法意识，全面推进依宪治国》专题讲座。还将宪法学习宣传列入年度普法要点，要求系统各单位充分认识宪法修改的重要意义，全面准确领会和把握这次宪法修正案的精神实质。二是依托宪法宣讲，单位职工认真学。系统各单位陆续邀请市宪法宣讲团成员华东政法大学副校长陈晶莹教授、上海立法研究所副所长郑辉教授、华东政法大学刘松山教授、上海财经大学徐继强教授等专家作100人以上规模专题宪法宣讲。及时下发了《深入学习宣传宪法宣讲提纲》，



要求系统单位按照提纲内容,做到学习全覆盖。三是人手一册宪法,全员覆盖身边学。系统单位积极征订宪法单行本,确保各单位人手一册,便于系统干部职工学习宪法内容。通过宪法宣教,进一步增强系统干部职工的宪法观念,激励和教育干部职工提高宪法意识,培育宪法信仰,做到忠于宪法、遵守宪法、捍卫宪法。四是讲述宪法故事,融入生活体会学。开展“尊崇宪法、学习宪法、遵守宪法、维护宪法、运用宪法”宣传教育活动。系统单位积极参加司法部、国家网信办、全国普法办发起的“我与宪法”微视频征集活动和第六届浦江法韵公益广告大赛。从报名作品中选取了5家企业的7件微视频上报,其中3件作品获得表彰。这些作品通过讲述宪法知识点和宪法故事,引导系统党员干部群众切实增强宣传和贯彻实施宪法的自觉性和主动性。此外,在历年“12.4”国家宪法日和宪法宣传周活动中,系统单位开展了丰富多彩的宪法宣传活动,如江南造船(集团)有限责任公司每年举办为期一周的“我学宪法 弘扬法治精神”专题展览。系统中职校通过开展国旗下宪法讲话、组织十八岁成人仪式宣誓等,不断提升中职校学生宪法学习效果。

(二) 党内法规学习方面

全系统重点学习宣传《中国共产党廉洁自律准则》《中国共产党纪律处分条例》《中国共产党党内监督条例》《关于新形势下党内政治生活的若干准则》等各项党内法规,通过学习使系统党员干部树立“法定职责必须为、法无授权不可为”的意识,争做党章党规党纪和国家法律的自觉尊崇者、模范遵守者、坚定捍卫者。

(三) 法律法规学习方面

系统层面组织系统普法培训,如邀请了市政府法制办罗培新副主任、市高级人民法院徐卓斌博士等,向系统法治教育部门负责人和联络员作专题培训,组织系统单位进行普法经验交流等方式,使得普法工作人员能够把握普法之势,熟悉依法治企之道,增强了做好普法工作的责任心和使命感。系统

单位结合行业特点和职工需求,开展如电力、通信、石油、无线电、安全生产、信息安全、节能、青少年保护、保密、劳动、招投标、合同、知识产权等与本单位工作相关的法律法规。还注重将社会主义核心价值观融入法律法规宣传工作。在开展普法过程中,增加了道德教育、爱岗敬业、遵章守纪、尊老爱幼等方面典型的挖掘和宣传任务,以充分发挥法律的规范作用和道德的教化作用。

三、以依法行政和依法治企为抓手,提升法治水平

(一) 注重立法过程中普法

在产业和信息化领域地方性法规、规章和规范性文件等起草制定过程中,秉持公开开放的态度,对社会关注度高、涉及社会公众切身利益的文件出台前,进行充分的调研论证,广泛听取公众意见。把立法过程变为普法的过程,推动政府立法科学化、民主化建设。“七五”普法期间,围绕产业和信息化重点工作,先后开展了《上海市供用电条例》《上海市社会信用条例》《上海市促进中小企业发展条例》等地方性法规的制定或者修订。积极开展了《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国核安全法》《中华人民共和国中小企业促进法》《中华人民共和国无线电管理条例》等法律法规宣贯。根据上位法的修订,及时开展《上海市盐业管理若干规定》《上海市无线电管理办法》等政府规章的修订。这些文件的出台适时顺应了形势,对促进上海经济发展,规范市场秩序起到了很好的配套保证作用。

(二) 推进实施普法责任制

“七五”普法以来,经信系统坚持将“谁执法谁普法”“谁主管谁普法”“谁服务谁普法”责任制落实到位,确定了重点宣传普法的法律法规规章、责任部门、普法对象和实施要求。同时要求市经济信息化委执法部门、有关执法单位与执法相关的企业,积极落实普法责任清单,注重在执法过程中普法,注重以案释法,推进行政执法规范化

建设,转变执法理念、规范执法行为,聚焦执法管理中的实际问题和管理相对人的法治需求,通过不断健全工作制度,做到寓普法教育于执法和管理之中,切实体现法律的力度与温度。系统具有社会服务职能的单位在开展日常业务中,积极承担社会责任,注重对公众进行普法。如中国石化销售股份有限公司上海石油分公司全面压紧压实“谁的业务谁普法”责任制。上海烟草(集团)有限责任公司明确权责,形成全覆盖的上海烟草工商业普法体系。

(三) 规范重大行政决策和政策后评估

根据《上海市重大行政决策程序暂行规定》,制定了《上海市经济和信息化委员会重大行政决策程序实施办法》,确保重大行政决策的科学性、民主性和合规性,进一步规范决策流程和环节分工。还制定了《上海市产业和信息化政策评估工作方案》,通过开展政策后评估,掌握政策实施情况,及时对政策内容进行调整。该案例荣获了第九届上海市依法治理优秀案例。

(四) 开展涉企政策法规服务

以企业需求为导向,加强企业政策法规方面的服务,从2017年开始,编辑《产业促进政策选编(2017版)》,2018年对部分内容予以重新修订,推出《产业促进政策选编(2018版)》并在线上进行推介。依托上海市企业服务云,建立政策知识库,便于企业对政策的查询和检索。开设法律服务栏目,为企业咨询、诉讼、调解等提供服务渠道。还注重发挥外聘法律顾问作用,搭建与企业沟通平台,围绕稳增长促转型、产业投资基金等主题,开展了多次走进企业政策宣讲活动,将普法与法治建设有机地融合。今年疫情以来,按照全市部署,系统内开展疫情相关普法宣传,及时向系统单位下发《应对疫情中央及本市支持性政策汇编》,为系统单位防疫抗疫,复工复产提供指引性政策。

(五) 持续推进企业合规管理

系统企业将依法治企,合规经营作为企业发展重中之重。在持续深入推进企业合规建设中,涌现了一些特色做法:上海航天技术研究院针对企业经



营管理活动中的重大、疑难等法律问题,以合同法、公司法、劳动人事、知识产权、外层空间等五个专业组为抓手,通过集体会商、专题意见书等形式,发挥团队优势,促进企业商业思维和法律思维的深度融合,有效保障了企业依法合规经营。上海电力股份有限公司在推进依法治企过程中,强化法务共享中心体制机制建设,制定并发布中心《工作规则》《案件代理管理规定》《案件代理激励规定》梳理配套业务流程图,形成《基于共享模式的现代国有企业法律服务平台建设》管理创新成果。中国电力工程顾问集团华东电力设计院有限公司结合实践,举办“境内外经营合规管理”“不忘初心、牢记使命——依法治企”“境外投融资业务法律风险防范”“工程总承包法律风险防范”系列法律专题培训讲座,以解析法律政策为切入点、实务案例为基础,深入细致地分析、总结了生产经营和国际担保、保险方面的常见法律问题、风险处理方法及防范等内容等。上海诺基亚贝尔股份有限公司通过组织开展“诚信日”活动,进行“合规英雄”的推荐评选,定期更新企业的合规网页、发送合规通讯,及时将相关法律法规、公司决策、警示案例等信息传递给员工,强化员工诚信行事的意识,指导员工合规行事。

随着我国进一步加快改革开放步伐和实施“一带一路”倡议,合规经营也是近年来企业开展法治宣传的重头戏,并且得到普遍呼应,形成了许多好的做法。比如:中石油华东销售公司着力培育全员

树牢“合规立身”的理念，在组织全员合规培训的基础上，编制了《诚信合规手册》，100%的员工都签订了合规承诺书。

（六）打造“法律进企业”品牌活动

2017年，市经济信息化委首次会同市法宣办、市司法局、市国资委，联合举办了上海市企业法务技能大赛。大赛已连续举办三届，今年即将举办第四届。大赛采用不同的表现形式，充分展现全市企业法治建设水平和企业法务工作者风貌。大赛办赛规模逐年扩大，不仅吸引了在沪央企、地方国企积极参与，还得到本市民企、外企的积极响应，同时在长三角地区产生了积极影响。国网上海市电力公司及所属单位连续三届在大赛中获得一等奖。实践证明，大赛之所以深受企业的重视和欢迎，是因为企业通过大赛找到了抓手，调动了全市企业学法的热情，用法的自觉；找到依法治企相互学习、相互交流的共享平台，促进了依法治企的不断进步，体现了让法律真正走进企业。目前大赛已被命名为“上海市社会主义法治文化品牌活动。”

四、以汇集普法资源和创新形式为载体，夯实普法效果

“七五”普法以来，在传统普法宣传基础上，全系统注重因地制宜，利用“互联网+普法”的途径，采取新形式、新媒体开展各类普法活动。

在系统层面，由市经信系统法宣办牵头，举办“央企法总论坛”。邀请外聘法律顾问和企业法总围绕“央企法律综合风险防范对策和建议”“企业法务在参与和保障单位中心工作中的作用”“后疫情时代企业合规与普法”等多个主题进行探讨和研究。还组织系统单位跨行业、跨系统进行走访交流，取长补短，共享普法资源。

在系统单位，国网上海市电力公司搭建高校平台，深化校企合作，创建青年法学会品牌活动，开辟“青工讲堂”交流分享经验。中国石化销售股份有限公司上海石油分公司围绕公司生产经营，每月始终坚持开展一期普法讲坛，编写一期《法律

风险提示》，将法律风险预警机制纳入常态化管理。还在加油站开设“法律小课堂”，将法律常识普及到基层站长和员工。中国电信股份有限公司上海分公司通过微学院APP组织全体在岗员工，开展了全员宪法专题学习。还通过培训传导的方式，为区局普法小教员及相关人员进行《侵权责任法》宣贯，就近年来高发的风险事件处置应对予以指导。中国航发商用航空发动机有限责任公司通过建立“专家讲堂”，坚持定期邀请知名学者和资深专家为员工进行授课，涉猎内容涵盖了法律、科技、人文、社科等各个领域，帮助全体干部和员工拓宽视野、提升素质、增强能力。中核集团上海浦原有限公司与地区合作联合主办“全民国家安全教育日之核安全周”系列活动，加深了人民群众对核安全的了解和重视。中船第九设计院有限公司设立“学法日”，不间断地组织员工学习与公司业务紧密的法律法规。系统中职校结合青少年特点，把工作重心放在普法的针对性和系统性上，除了采取线上与线下相结合方式，推送中国普法、法治上海等公众号内容，向师生宣讲《中华人民共和国未成年人保护法》《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》等法律法规等“规定动作”，同时3所学校也结合学校实际，开展“自选动作”，如开设“廉政法律社”学生法律社团、制作《清荷法苑》内部刊物、开展“同伴教育”主题活动等。

“七五”普法喜结硕果，“八五”即将扬帆起航。

面对新形势新任务，市经信系统将结合“八五”普法规划谋划和《民法典》实施为契机，对标国家和本市普法新要求、新部署，把宣传和实施法律的过程变成系统干部职工自我教育、自我提高的过程；坚持普法与法治实践相结合，让系统干部职工认识到自己是法治建设的主体，正确认识法治、理解法治，主动参与法治、维护法治；坚持深入推进经济和信息化领域法治建设，把依法治理贯彻到各项工作，站在新的历史起点上再接再厉，砥砺前行，精准发力，续写“八五”普法新篇章。

浅谈智能科技时代的法务管理

○ 黄超焕 姜茂坤



随着时代的发展、技术的进步，人们日益感受到了“互联网+”带来的各种生活便利。近些年来，随着大数据的应用，利用人工智能技术的产品或服务逐步出现并日渐增多。这些智能科技产品极大地丰富了和替代了原有的生活或工作方式。从人类驾驶汽车到无人驾驶汽车，从人类战斗机到无人战斗机，甚至人工智能产品引领医疗等领域革新。

在国家层面，世界各国纷纷出台支持智能科技创新和发展的政策。我国政府也提出大力发展智能科技的目标。在2018的工作报告中，我国政府再一次明确强调人工智能给中国带来的历史机遇，并提出加强新一代人工智能研发应用，在医疗、养老、教育、文化、体育等多领域推进互联网+，大力发展智能产业，拓展智能生活领域和范围。

作为旅游服务行业的驴妈妈旅游（以下简称：驴妈妈）企业的法务管理人员，现将驴妈妈利用智能科技产品、提高法务管理效能的一些感受和心得，分享给大家，愿对大家有所启发。

一、智能科技时代的特点

与前智能科技时代相比，日益增多的智能化产品，正悄然影响和改变着我们的生活和工作方式，从而使智能科技时代呈现出新的特点：

（一）数据成为最具价值的资源

随着信息技术和人类生产生活不断融合，互联网快速普及，全球数据呈现爆发式增长，几乎所有的人类活动都会留下数字足迹，从而贡献更多的原

始数据以供分析。百度可以看到你在搜索什么，微博知道你在分享什么，淘宝对你的购物习惯了如指掌；大数据对经济发展、人民生活、社会方式、国家治理等产生了重大的影响。因此，数据将成为智能科技时代最具价值的资源。

（二）智能科技时代对人才提出了新的要求

与前智能科技时代相比，智能科技时代对人才提出了新的需求。一些简单的、重复性、机械性的工作和程式化工作会被智能科技产品所取代。比如，停车场里的收费员、门卫保安，将被安防机器人取代；简单的会计从业人员，被财务机器人取代；货车司机，将因无人驾驶汽车的使用而被取代；外语翻译人员，将被翻译AI软件取代……

但是，在一些既需要专业能力，又需要创造能力的工作岗位，以及在既需要多领域的理解能力又需要沟通合作能力的工作岗位，因为智能科技产品目前或者将来较长的一段时间内，尚不太可能出现能够取代这些岗位的产品。因此，具有多方面创造能力的人才，将成为智能科技时代的人才需求的新热点。

（三）智能科技时代呈现出合作共享、留痕可追溯、更新升级加快等特点。

现有产业利用人工智能新技术，衍生或进化出新的形态，两者是合作共生的合作关系。通过人工智能技术的连接，快速提高社会闲置资源的利用效率，提升价值流通速率，实现社会上的共享经济样态。比如，零售业没有被互联网和人工智能技术所

击垮，而是适当地利用了人工智能新技术，创造了所谓“新零售”这种合作共享的经营样态。

在互联网、大数据的背景下，一切行为都将变得可量化、可分析、可追溯。保留一定期限的网络日志成为每个网络运营者的法定义务，区块链技术的应用更使“不可篡改”的“可追溯”成为可能并变成现实。人工智能技术充分利用大数据资源，恰当地利用分析和归纳等多种方法，改变着原来的生活方式和商业模式，并且不断地推陈出新，加速更新和迭代。流程或结构的进一步优化周期日渐缩短，可谓“日新月异”。这些合作共享、留痕可追溯、更新升级加快等特点，是前智能科技时代所不曾出现的。

二、业务发展的智能化带动着法务管理的智能化

法务作为企业内部的职能部门，为业务的发展提供法律方面的支持和保障。因此，法务的工作和管理也必须密切关注智能科技背景下的业务的发展，才能真正做到为业务赋能，为业务提供法律支持和保障。

在OTA（Online Travel Agency）旅游服务行业，人工智能科技的发展成果，得到了迅速的应用和普及。如移动定位服务、移动支付、移动信息服务、个性化推送、语音搜索、位置服务等等。

在旅游景区的智能入园方面，从最初的窗口买票、人工检票，发展到网络预订、现场取票，再到扫码购票手机验证，以及线上购票刷脸入园，这些智能科技的应用，使得全域旅游服务AI升级方案的落地。游客只需在线上或线下刷脸购票，入园时便无需再出示门票与身份证。人脸识别闸机会自动对游客脸部进行扫描确认，只需1秒便可快速进入景区。对于购买多日票、需要反复入园的游客，只需要一次人脸绑定，即可实现多次人脸识别。对于传统的购票、验票、入园等方式，智能科技产品节省了大量的时间，使游客享受到了更多的方便。在《2019中国智慧文旅5G应用白皮书》中，中国

联通和腾讯联合发布，5G网络的“高速率、低时延、大连接”特性以及与人工智能、高清视频、AR/VR等先进技术的融合，将为游客提供完全沉浸式的在线旅游体验。

作为全国旅游服务领头羊之一的驴妈妈旅游，是最早引入智能科技服务于旅游的企业之一。驴妈妈全力结合旅游全产业链优势，整合各方资源，潜心打造了一套集人脸智能识别、智慧导览导视、无人酒店、智能和智慧景区、大数据管控平台等内容为一体的智慧景区建设系统。驴妈妈还全面创新升级旅游服务、营销和管理，推动旅游生态系统高效、可持续发展。驴妈妈还与中兴通讯、中国联通等战略合作，布局“5G+旅游”，探索“5G+智慧旅游”的创新应用场景和解决方案，为游客带来充满惊喜的体验，也将为智慧城市、智慧目的地等在智慧旅游、供给侧改革进行新的探索。驴妈妈还与河南省文化和旅游厅等签约“一部手机游河南”，使智慧旅游更早更多地惠及更多的游客。

旅游业务在飞速地智能化发展，作为服务于业务的法务部门，自然应当更多地为智慧旅游或智能旅游服务产品，提供优质的智能化的法务支持。尤其是，作为旅游服务互联网企业的法务部门，更应紧紧与智能科技的更新迭代一起快速优质地为业务发展赋能，为企业创造更多的经济效益，促进企业的快速稳定地发展。

法务管理也只有与业务同步智能化发展，才能与业务管理一起，共同创造价值，共同促进企业经济效益的提高和促进社会的进步。

三、智能科技大幅提升了法务管理的效率

法务管理可细分为合同管理、仲裁与诉讼管理、合规管理、人员管理、预算管理等等。在法务管理的这些细分领域，智能科技在法务管理的效率提升均有所展现。

（一）合同管理

合同管理是法务管理的基本内容。随着智能科技的发展，合同的签订与管理吸收了智能科技的成

果,在合同签订和管理阶段,建立起了专业的合同管理系统,支撑起合同的全生命周期管理。

电子签约是将线下的纸质合同实现“去纸化”。签约双方采用国家认可的可靠电子签名技术,在第三方电子合同订立系统中进行在线签约。电子合同的法律效力目前已获得了最高院、工信部、公安部、国家工商总局、商务部的认可。依据《中华人民共和国电子签名法》的规定,通过可靠的电子签名技术订立的电子合同,完全可以替代纸质合同,具有书证的法律效力。可以预言,随着互联网技术、区块链技术的发展和运用,电子合同将越来越成为互联网、智能化时代的普遍签约形式。

驴妈妈较早地通过第三方签约平台“法大大”,引进第三方电子签约平台技术,完善自有的电子签约平台,减少人工审核的量,提高智能审核的质,实现了企业与游客合同签订的电子化,完成了从纸质合同签约到电子合同签约的过渡。在合同管理过程中,驴妈妈还不断地运用智能科技成果,优化现有的合同模板,智能自动地实现区分合同标的和合同主体组织的分类,健全合同库数据的完美对接,进一步完善合同电子归档处理功能,健全大数据下电子合同的索引、查阅功能。通过电子签约的智能合同管理系统,有效地简化了签约流程,减少了双方签约耗时,降低了合同丢失的几率,提高了合同归档效率,极大地提高了合同签订与管理的效率。这些效率的提高,智能科技的贡献可谓“居功甚伟”。

(二) 仲裁与诉讼管理

驴妈妈通过建立智能的专业仲裁和诉讼案件管理系统,完善了诉讼案件电子报批流程,优化了案情描述模块。同时,还建立健全了案件电子检索、智能风险提示功能。建立不同类别的诉讼案件类别自动进行电子识别和区分。通过这些智能化的管理,将重大案件风险与经营决策衔接,对重大风险和重点环节进行特别提示和提前报告,提高了仲裁与诉讼的管理效率,降低了人为失误的法律风险。

对于仲裁或诉讼中的证据公证需求,与传统的公证方法相比,智能科技的发展也带来了公证方式

的变化。比如,已经有公证处,运用移动互联网技术推出了随时随地的公证服务,大大方便了知识产权诉讼中的图片或网页等内容公证,取得了极好的法律效果。

随着区块链技术的发展,区块链技术的“不可篡改”特性,可有效地解决证据被篡改的难题。近段时间,一些互联网法院公布的案例中,已经出现了采信利用区块链技术取得的证据的判决。

智能科技的发展,将继续在仲裁与诉讼管理中发挥作用。企业在法务管理过程中,也将会更积极主动地运用智能科技成果服务于法务工作和业务发展。

(三) 合规管理

借助智能科技的合规管理产品,运用监管的大数据平台,建立大数据下的公司合规体系。通过合规智能报警系统,可实现实时识别企业风险源。建立企业云平台一体化解决方案,通过电子平台整合决策体系、财务体系、风控体系、审计体系、业务体系、绩效体系,实现企业全面的合规管理,进而将合规管理嵌入业务流程,确保每项业务的合规审查,提高了合规管理的覆盖率和效率。

驴妈妈借助智能的监管和刑事合规案件搜索系统,针对所处旅游行业的模式和特点,认真梳理、全面总结企业合规管理方面存在的风险点,针对重点领域、重点人群、重点岗位等实施“精准合规管理”,针对性编制合规管理指南、手册、注意事项、合规问答等等,采取灵活多样的形式,营造“企业合规”的文化氛围。

(四) 人员管理

智能科技成果的引入和运用,将法务人员从原来的重复性、法律技术要求不高的繁杂工作中解放出来,提高了法务工作的效率和质量。这就可达到法务人员管理的优化,进而实现对法务人员的精细化管理,实现“精兵简政”的良好效果。

另外,随着智能科技的应用,对于法务人员的管理,也从单一性向多面性转变,着力提高法务人员的业务管理能力和沟通技巧,通过提供不同专业、不同业务领域的专业培训,大力提高法务人员

持续学习的能力，培养法务人员的复合专业法律解决能力。

（五）预算管理

预算管理是法务管理的重要内容，随着智能科技的应用，可以减少法务人员编制、控制法务部门成本。同时，做好法律智能科技成果的购置预算，及时利用最新的智能科技成果，减少简单性、重复性的法务预算，还可提升法务人员的工作效率。通过预算管理，利用最新的法律智能科技成果，提高法务人员的工作绩效，进而改善法务人员的福利待遇。另外，通过预算智能管理系统，还可完善法务部门预算电子报批流程，使法务部门预算管理更加透明、清晰。

除上述法务管理内容外，还有法律事务管理阶段、法律风险管理等法务管理内容。这些法务管理的效率也随着智能科技的应用得到了提高。

四、智能科技对法务管理提出了更高的要求

（一）智能科技产品对于法务人员的学习和研究能力提出了更高的要求

智能科技作为新生事物，对于国家和社会的方面产生着影响。从国家法律方面而言，在飞速发展的智能科技面前，法律本身具有的“滞后性”表现得更加明显。前智能科技时代的法律，是在智能科技产品尚未出现的情况下，根据当时的状况而制定的法律。智能科技产品的出现和应用，给现行的法律适用提出了一些挑战。比如，在法律主体认定方面，目前存在的人工智能产品，属于智能科技快速发展中的产品，有些已经具备“自主学习”的能力，可以预见，在不久的将来，完全可以达到“自主行动”的能力，甚至可以说是“电子人”。对于这些具备自主意识和行动能力的智能科技产品，对法律的行为主体和责任主体立法带来了新的挑战。

诸如此类的因智能科技的发展而提出的法律挑战并不少见。又如，在网络合同、智能合同对合同法的挑战方面，当事人未经过“面对面”的洽谈，签订合同存在是否真实的认定难题；在智能时代对

人格权、数据财产权的挑战方面，智能科技对数据的大量使用，数据的人格价值和财产价值的保护问题。在侵权法方面，自动驾驶中的驾驶员若不存在，如何判断驾驶人的过错。在知识产权归属方面，运用智能科技产生的作品是否需要著作权法加以保护等等。

不难看出，智能科技的发展，在提高了法务人员的工作效率和管理效率的同时，也出现了因智能科技产品而引出的一系列法律问题。这就对于法务人员的学习和研究能力提出了更高的要求。有人说，法律专业人员需要“终生学习”。这种说法并不夸张。随着智能科技的发展，法务团队的学习能力和研究能力显得尤为重要。法务管理应该预测到这一点，并采取有效的措施，使法务人员满足智能科技时代的更高要求。

在目前的智能科技发展阶段，至少在以下几个法律问题方面，值得我们企业法务管理人员去思考 and 探索：

第一，隐私权的保护问题。智能科技的发展，与大数据的收集和利用有着密不可分的关系。正如当代著名的民法学家王利明教授所言，大数据记载了我们过去发生的一切，现在发生的一切，并能准确地预测我们的未来。现代社会的人就好像“裸奔”一样，我们的一切都有可能被他人“监视”，并且时刻可能暴露在“第三只眼”之下。不仅窃听到了我们心中的‘TA’，还有我们的社交关系网。随着数据收集和分析方式越来越先进，成本越来越低廉，大规模的数据收集已成为常态，并越来越难以置度外。这些，都进一步加剧了智能科技产品对个人隐私的威胁。人工智能的应用在很大程度上需要借助大数据分析和处理技术，我们法务人员应当积极学习和研究与数据和隐私密切相关的法律适用规则，规范和防止企业在智能应用过程中的数据非法收集、泄露、贩卖等非法行为，从而促进所在企业，尤其是互联网企业的合规和长远发展。

第二，人格权保护问题。现在很多智能科技系统把一些人的声音、表情、肢体动作等植入内部系

统,使所开发的智能科技产品可以模仿他人的声音、形体动作等,甚至能够像人一样表达,并与人进行交流。但是,如果未经他人同意而擅自进行上述模仿活动,就有可能构成对他人人格权的侵害。此外,人工智能还可能借助光学技术、声音控制、人脸识别技术等,对他人的的人格权客体加以利用,这也对个人声音、肖像等的保护提出了新的挑战。

第三,知识产权的保护问题。从实践来看,智能机器人已经能够自己创作音乐、绘画。甚至,机器人写作的诗歌集也已经出版。这些音乐、绘画、诗歌等作品对现行知识产权法提出了新的挑战。例如,百度已经研发出可以创作诗歌的机器人,微软公司的人工智能产品“微软小冰”已于2017年5月出版人工智能诗集《阳光失了玻璃窗》。在日本,机器人创作的小说甚至还通过了日本文学奖的初审。有的机器人甚至会谱曲、作画,这些作品已经可以在市面上销售。这就提出了一个问题,即这些机器人创作作品的著作权究竟归属于谁?是归属于机器人软件的发明者?还是机器的所有权人?还是赋予机器人一定程度的法律主体地位从而由其自身享有相关权利?

第四,侵权责任的认定问题。智能科技引发的侵权责任问题很早就受到了学者的关注,随着智能科技应用范围的日益普及,其引发的侵权责任认定和承担问题将对现行侵权法律制度提出越来越多的挑战。无论是机器人致人损害,还是人类侵害机器人,都将是一种新的法律责任形态。尤其是,智能机器人也会思考,如果有人故意挑逗,惹怒了它,它有可能会主动攻击人类,此时是否都要由研制者负责,这就需要进一步的学习和研究。

以上这些智能时代下的法律难题,自然就对我们的企业法务人员的法律学习和研究能力提出了更高的要求,同时,也对我们的法务管理提出了人员管理方面的新要求。

(二)智能科技对企业合规管理提出了更高的要求

随着互联网技术、云计算技术和快速增长的数

据量的推动下,智能科技已在越来越多的领域得到应用。为完成任务,智能科技产品在大量地搜集、存储和分析数据,为经济发展和生活便利带来更多利好的同时,一些不法分子,也在悄然利用着智能科技,从事着一些新型的智能犯罪行为。

现实生活中,利用智能科技和数据信息违法犯罪的案例,并不少见。如果说山东“徐玉玉”案,是当下智能科技时代犯罪分子利用数据信息犯罪的典型案例,那么,更多的,可能是并未引起社会足够警醒和重视的普通案例。

今年年初,北京市朝阳区人民法院就作出了一个因信息安全而引起的民事赔偿案例。该案的大致案情是:北京的申女士在某公司负责行政工作,通过某旅游服务手机APP帮同事下单预订了北京飞嘉峪关经西安转机的机票。时隔不久,申女士收到一条署名“东方航空”的手机短信,告知其因飞机起落架故障西安到嘉峪关的航班取消,让她联系客服办理改签或退票。在对方诱骗之下,申女士开通了支付宝“亲密付”功能和银行卡的网银功能,先后被转走近12万元。事后,申女士将某旅游服务企业和支付宝(中国)网络技术有限公司一并诉至法院,要求两公司连带赔偿经济损失并赔礼道歉,赔偿精神损害抚慰金1万元。

北京市朝阳区人民法院对此案作出一审判决,认为某旅游服务企业在信息安全管理落实方面存在漏洞,未尽个人信息的保管及防止泄露义务,判决某旅游服务企业赔偿申女士经济损失5万元并赔礼道歉。

此案的用户信息安全问题,是近些年来,网络安全数据安全合规管理的一个缩影。随着智能科技的飞速发展,违法犯罪分子也在利用着智能科技的发展成果,进行着违法犯罪活动。这就对我们企业,尤其是互联网企业,提出了更高的法务合规管理的更高的要求。例如,在该案中,首先,诈骗分子是在知悉申女士个人信息及航班信息的前提下实施的精准诈骗,暴露出旅游服务企业的用户信息遭到泄露的问题。而在法院审理过程中,该旅游服务企业

其内部员工授权进行访问涉案订单的人员范围、访问敏感信息的授权记录、监控情况、操作记录、内外部传输审批情况均未提交证据举证。此外，法院审理中还发现，在大量机票退改签短信诈骗被媒体报道后，该旅游服务企业对于订单信息的保护反而从2014年的二级加密保护降低为2018年的一级不加密传输。

从技术发展和权利保护而言，智能科技对数据信息的大量利用，使得互联网企业的法务合规管理对保护数据的安全，变得愈加重要。随着人工智能系统越来越多地被整合到基础设施、生产制造、商业运营和日常生活中，在医疗、交通、金融、娱乐、购物、执法等各个领域得到应用，特别是与物联网（IoT）和相关的生物物联网（Bio-IoT）的相互融合，关于个人的基因、面孔、财务、偏好等数据将无处藏匿，无所不在的数据捕获和优化对数据信息的隐私和安全构成了威胁。

智能科技的发展和应用，对我们企业提出了更高的合规管理要求，从而避免使我们企业遭受经济损失和声誉损失。

五、结语

在互联网技术和云计算技术的大背景下，在大数据的基础上，人工智能技术的发展和运用，促进了企业业务的智能化快速发展。业务的智能化发展带动和促进了法务管理的智能化。智能化的法务管理提高了法务管理的效率，同时，也对法务管理提出了法务人员学习能力和合规管理等新的要求。智能科技时代的法务管理既要提高法务工作的效率，又需要持续地学习和研究新的法律问题和技术安全问题，才能做到为企业的快速发展持续赋能，体现出企业法务管理对企业发展的不可或缺的价值。

（作者单位：上海景域文化传播股份有限公司法律合规中心）

混合所有制改革目的是实现国企机制创新

○ 薛兴华

中央全面深化改革委员会第十四次会议上，审议通过了《国企改革三年行动方案（2020—2022年）》等重要文件。今后3年是国企改革关键阶段，国务院国资委已确定落实三年行动方案的改革方向目标，主要包括：完善中国特色现代企业制度，加快建立健全市场化经营机制，进一步完善以管资本为主的国有资产监管体制；积极稳妥

分层分类深化混合所有制改革，特别是要推动混合所有制企业深度转化经营机制，充分发挥非国有股东的积极作用，实现国企适应市场竞争和现代企业制度的机制创新目的。

一、混改需要改变对民营企业的认识误区

深化混合所有制企业改革的主要目标是提高

国有企业竞争力，实行引入非公有资本入股参股或控股的产权多元化改革，成为混合所有制企业，以解决国有资本难以流动、国有企业市场竞争力不足的问题。近年来，国有企业改革虽然取得很大成效，但还存在一些对民营企业的认识误区，需要在未来三年的行动方案实施过程中加以纠正。

（一）转变观念消除对民企的偏见

《中共中央、国务院关于营造更好发展环境支持民营企业改革发展的意见》，明确支持和鼓励民营资本依法参与国有企业混合所有制改革；除国家明确规定应当由国有资本控股的领域外，允许民营资本控股。民营经济已经成为我国公有制为主体多种所有制经济共同发展的重要组成部分。当前，国家出台许多政策法规，大力支持民营企业改革创新和优化重组，鼓励民营企业因地制宜聚焦主业加快转型升级，支持民营企业参与国企混改，国资监管部门和国有企业需要转变观念，尽快消除对民营资本和民营企业的偏见。

（二）重新认识国资不能控制民营问题

在混改国有公司中，最大国有股东的持股比例过高，导致“一股独大”现象的发生，成为影响公司健康运行与发展的关键问题。中共中央、国务院《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》明确，对混合所有制企业，探索建立有别于国有独资、全资公司的治理机制和监管制度。对国有资本不再绝对控股的混合所有制企业，探索实施更加灵活高效的监管制度。

混改企业引入民营资本，往往只能做小股东，对国有大股东形不成制衡，最终只能是被国资所控制，从而造成民营的权益得不到保护，已成为民营参与国企混改的最大担忧。一些政府监管部门和国企负责人认为如果国资不能控制民营，就会导致国资流失，这也成为国企负责人混改动力不足的重要原因。在资本市场出现割裂和股权绝对倾斜的作用下，制度性障碍会对高度集中股权造成限制，在实际运营与发展中缺乏完善的约束机制，容易造成对引入中小股东合法利益的损害，国有高管人员

存在资源分配不公、利益输出和腐败风险。实行现代企业制度，民营可以在混改企业控股完全符合公司法和相关法规的规定。

（三）重新构建市场竞争秩序的需要

发展混合所有制经济改革的主要目标仍然是推进单一所有制领域的开放，允许非公有资本进入这些单一所有制领域，重新构建公平开放的市场竞争秩序。我国国有经济长期以来存在单一所有制领域，不对非公有资本开放；许多垄断性行业，民营企业很难进入。如果混合所有制改革改变单一所有制领域，不从机制体制和建立现代企业制度改革，那么混合所有制改革就难以取得实质性突破。应当看到，民营企业参与国企混改是新形势下深化国企改革的突破口，也是机制体制创新和优化企业治理结构的需要。

二、国企混改的重点是深度转化经营机制

推动混合所有制企业深度转化经营机制，重点将转入市场化机制改革，积极稳妥分层分类深化混合所有制改革，是贯彻落实《国企改革三年行动方案》的重点。今后国企混改将坚持社会主义市场经济改革方向，围绕转化经营机制目标，向主业主责范围外深化，向战略性投资方向深化，向经营机制深化，向垄断企业内部深化，向集团公司整体上市深化，向管理层股权激励深化，加快实现从‘管企业’向‘管资本’转变。

（一）健全市场化经营机制

国有企业混改的主要目的是让国有企业走向市场，真正成为公平竞争的市场主体。针对国有企业走向市场后暴露出来的结构不合理、机制不适应、社会负担重、历史包袱多等问题，实施混改就是要增强国有企业引入非公有资本的力度，主要是引入国内民间资本和外资参与国有企业的改组改革，以健全市场化经营机制和发展生产力。国有企业通过并购重组的方式，与民营企业实现有机融合，推动混合所有制企业深度转化经营机制，充分发挥非国有股东的积极作用。在行业内具有领先地位的国有



企业，可以选择与本企业和技术、市场、产品等领域能够形成良好协同效应的民营企业作为并购标的；处于成熟期或衰退期的企业，可考虑通过并购民营企业进入新的业务领域。国企混改有利于激发企业活力和创新能力，加快建立现代企业制度，善于运用法律手段保障国有资产的安全。从国资监管看，今年的政府工作报告指出，要完善国资监管体制，今后三年转换国有企业经营机制，提升国有企业经营效率，探索实施更加灵活高效的监管制度还需要加快国资监管体制的改革。

（二）建立完善现代企业制度

国企与民营、外资等社会资本成立合资公司的混改企业，需要建立完善的现代企业制度，这是有别于一成不变传统国企的管理体制。发挥公司章程的重要作用，进一步理清混改企业党委（党组）、董事会、经理层、监事会等各治理主体的权责边界，完善公司治理结构，落实董事会职权，加快建立各司其职、各负其责、协调运转、有效制衡的公司治理机制。大力推进经理层成员任期制契约化管理和职业经理人制度，推动国有企业积极统筹运用各类中长期激励政策，着力提高企业活力和效率。

（三）提高国有资本市场化程度

通过国有资本做强做优做大，实现国有资本与其他资本公平竞争，为非国有资本公平竞争营造良好环境。我国进一步扩大开放、加快国际化进程及完善市场经济、增强市场配置资源的决定性作用，对国有企业混改和国有资本提高市场化程度提出明确要求。具有充分竞争领域的混改企业上市，通过

资本化、证券化等方式优化国有资本配置，可以提高国有资本收益。深化混合所有制企业改革的主要目标是提高国有企业竞争力，实行让非公有资本入股参股或控股的产权多元化改革，就是为了解决国有资本难以流动、国有企业市场竞争力不足的问题。

三、解决好引入外部投资者困难的问题

目前，一些竞争性领域的国有企业实施混改，面临引入外部投资者困难的问题，需要按照《国企改革三年行动方案》政策方针，积极探索适合本企业的混改实施方案，探索解决好引入外部投资者困难的问题。目前，很多传统行业的国有企业，主营业务缺乏竞争力，效益差、冗员多、历史包袱重，对非国有资本的吸引力很弱。部分大型国有企业在集团公司层面推行产权多元化存在很多困难，对拟进入的投资者资金数额要求过高，难以找到合适的投资者；效益较差以及社会负担较重的，外部投资者不愿意参与整体改制；许多大型国有企业主要业务板块已经多元化、主营业务已经整体上市，外部投资者基本不愿意再在集团公司层面实施多元化，实现集团层面混改难度很大。

混合所有制是国有企业改革的创新实践，发展过程中存在着许多新的问题。重要的一点就是如何使独资企业和控股企业的管理模式适应股份制企业的管理，通过深化治理体系实现混合企业的有效管理，这是解决引入外部投资者困难的有效途径。国有股份和民营股份之间的混合，需要在现有政策法规环境下平衡各方利益。如果在合作上，仅仅强调国有资本保值增值，而引入民营股份的利益无法得到保障，就对民营资金没有吸引力；反之，如果过分让出国有股份的利益，会导致国家利益受损，国有资产变相流失。对此，可以按照现代企业制度的要求，参照股份制公司运行模式，收益和风险等问题依照股份比例进行分担，确保民营资本中小股东的利益，促进混改企业的可持续发展。

（作者系江苏省法制工作协会副会长）

国企产权转让的“进场交易前准备”与“产权交易具体流程”

——以上海联合产权交易所交易规则为例

○ 周 颐 沈彦炜

2020年是“国企改革三年行动”起步之年，国资委要求进一步完善以管资本为主的国有资产监管体制，对国资改革对优化国有资本布局、深化混合所有制改革也提出了更高要求，因此，国有企业产权转让成为了当前不少国企深入改革时面临的新课题。

根据《企业国有资产交易监督管理办法》，企业国有资产交易应当在依法设立的产权交易机构中公开进行，国家法律法规另有规定的从其规定。本文以上海联合产权交易所交易规则为依据，假设“国有控股企业甲有限公司中，国有公司A、国有公司B、非国有公司C分别占股40%、20%和40%，现国有公司B拟转让其持有甲有限公司股权的情况应如何操作”为例，梳理一下国有企业产权转让的“进场交易前准备”与“产权交易具体流程”这两个基本且重要的问题，以便有这方面需求的企业掌握。

第一部分：国企产权转让的“进场交易前准备”

一、交易审批前，转让方国有公司B应当做好哪些准备？

1. 内部决策

按照公司章程和企业内部管理制度进行决策，形成书面决议。国有股东委派的股东代表，应当按照本办法规定和委派单位的指示发表意见、行使表决权，并将履职情况和结果及时报告委派单位。

2. 可行性研究

按照企业发展战略做好产权转让的可行性和方案论证。产权转让涉及职工安置事项的，安置方案应当经职工代表大会或职工大会审议通过；涉及债权债务处置事项的，应当符合国家相关法律法规的规定。

3. 受让方情况搜集与产权转让行为的法律意见书

根据《企业国有资产交易监督管理办法》，转让方B公司应当履行向国资委等机构报批，受让方基本情况与相关法律意见书是审查的必备要件。

二、交易审批前，标的公司甲应当做好哪些准备？

标的公司甲其他股东A、C之书面意见（放弃优先购买权）并根据章程作出相应书面决议。

三、交易审批，具体应当如何操作？

1. 若转让方公司B为国家出资企业的，由国资监管机构负责审核。其中，因产权转让致使国家不再拥有所出资企业控股权的，须由国资监管机构报本级人民政府批准。

2. 若转让方公司B为国家出资企业的子企业，应根据国家出资企业制定的产权转让管理制度，确定审批管理权限。其中，对主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域，主要承担重大专项任务子企业的产权转让，须由国家出资企业报同级国资监管机构批准。此外，转让方为多家国有股东共同持股的企业，由其中持股比例最大的国有股东负责履行相关批准程序；各国有股东持股比例相同的，由相关股东协商后确定其中一家股东负责履行相关批准程序。

四、审计与评估

1. 审计

产权转让事项经批准后，委托会计师事务所对转让标的企业进行审计。涉及参股权转让不宜单独进行专项审计的，应当取得转让标的企业最近一期年度审计报告。

2. 评估

对按照有关法律法规要求必须进行资产评估的产权转让事项，应当委托具有相应资质的评估机构对转让标的进行资产评估，产权转让价格应以经核准或备案的评估结果为基础确定。

需要说明的是，采取非公开协议转让方式转让企业产权，转让价格不得低于经核准或备案的评估结果。但评估亦可以最近一期审计报告作为依据：

以下情形按照《中华人民共和国公司法》、企业章程履行决策程序后，转让价格可以资产评估报告或最近一期审计报告确认的净资产值为基础确定，且不得低于经评估或审计的净资产值：

（一）同一国家出资企业内部实施重组整合，转让方和受让方为该国家出资企业及其直接或间接全资拥有的子企业；

（二）同一国有控股企业或国有实际控制企业内部实施重组整合，转让方和受让方为该国有控股企业或国有实际控制企业及其直接、间接全资拥有的子企业。

值得注意的是，就上海市企业国有资产评估而言，应以2020年6月出台的《上海市企业国有资产

评估核准备案操作手册》之规定为准。

五、进场交易，必须公开吗？

不是的，即便是“进场交易”，在产权交易机构进行的产权转让可以采取公开转让和非公开协议转让两种方式：

（1）公开转让是指，转让主体在履行相关决策或批准程序后，通过产权交易机构发布转让信息、公开转让产权的交易方式；

（2）非公开协议转让是指，产权转让主体在履行相关决策或批准程序后，通过产权交易机构与受让方签约成交，获得交易鉴证的交易方式。

那么，哪些情形的产权转让可以采取非公开协议转让方式呢？

（一）涉及主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域企业的重组整合，对受让方有特殊要求，企业产权需要在国有及国有控股企业之间转让的，经国资监管机构批准，可以采取非公开协议转让方式；

（二）同一国家出资企业及其各级控股企业或实际控制企业之间因实施内部重组整合进行产权转让的，经该国家出资企业审议决策，可以采取非公开协议转让方式。

就上海市而言，上海市国有资产监督管理委员会于2020年1月发布了《企业国有产权协议转让审批办事指南》，依据《企业国有资产交易监督管理办法》第二章第三十一条、《关于促进企业国有产权流转有关事项的通知》第二条，对于符合“申报条件”（涉及主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域企业的重组整合，对受让方有特殊要求，企业产权需要在国有及国有控股企业之间转让的）的企业，审批企业国有产权在国有及国有控股企业之间非公开协议转让的情形。若材料符合国资委要求的，国资委将在15个工作日内作出批准决定并通知领取批文。

企业国有产权在国有及国有控股企业之间非公开协议转让审核时，上海国资委要求的文件见表1。

表1

序号	提交材料名称	原件/复印件	份数	纸质/电子报件	要求
1	拟采取非公开协议转让的请示	原件	2	纸质	加盖公章
2	产权转让的有关决议文件	原件	1	纸质	
3	产权转让方案	原件	1	纸质	
4	采取非公开协议方式转让产权的必要性以及受让方情况	原件	1	纸质	
5	转让标的企业的审计报告、资产评估报告及其核准或备案文件（根据规定，可以不对相关国有资产进行评估的，可以仅提供企业审计报告）	原件	1	纸质	
6	产权转让协议	原件或复印件	1	纸质	复印件需加盖公章
7	转让方、受让方和转让标的企业的国家出资企业产权登记表（证）	复印件	1	纸质	均应加盖公章
8	产权转让行为的法律意见书	原件	1	纸质	
9	标的企业其他股东意见	原件	1	纸质	标的企业有两个以上股东的，需提交其他股东意见
10	其他必要的材料	原件或复印件	1	纸质	复印件需加盖公章

第二部分：“产权交易具体流程”

以如前假设作为基础，梳理国有企业产权转让交易流程见图1。

一、信息预披露

企业国有产权转让时，因产权转让导致转让标的企业的实际控制权发生转移的，转让方应当在转让行为获批后10个工作日内，通过产权交易机构进

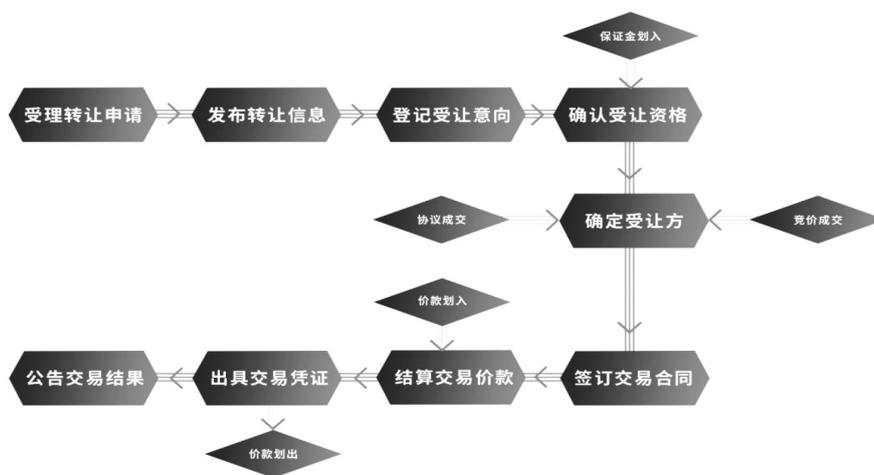


图1 产权转让交易流程

行信息披露，时间不得少于20个工作日。

二、转让方信息披露内容与期限

1. 披露期限

企业国有产权转让正式披露信息时间不得少于20个工作日。因产权转让导致转让标的企业的实际控制权发生转移的，应当进行信息披露，时间不得少于20个工作日。

转让底价高于100万元、低于1000万元的企业国有资产转让项目，信息披露时间不少于10个工作日；转让底价高于1000万元的企业国有资产转让项目，信息披露时间不少于20个工作日。

信息披露以产权交易机构官方网站发布信息披露公告的次个工作日为起始日；信息披露期按工作日计算，遇法定节假日以政府相关部门公告的实际工作日为准。

2. 披露内容

转让方披露信息包括但不限于以下内容：

- (1) 转让标的基本情况；
- (2) 转让标的企业的股东结构；
- (3) 产权转让行为的决策和批准情况；
- (4) 转让标的企业最近一个年度审计报告和最近一期财务报表中的主要财务指标数据；
- (5) 受让方资格条件；
- (6) 交易条件、转让底价；
- (7) 企业管理层是否参与受让、有限责任公司原股东是否放弃优先受让权；
- (8) 竞价方式、受让方选择的相关评判标准；
- (9) 其他需要披露的事项。

总之，需要根据产权转让信息披露申请书-国有（2020版）的要求披露内容。

但是，这里需要关注以下几个问题：

一是企业国有产权公开转让的转让底价如何确定？企业国有产权转让价格应以经核准或备案的评估结果为基础确定。首次正式信息披露的转让底价，不得低于经核准或备案的评估结果。降低转让底价后重新披露信息的，新的转让底价低

于评估结果的90%时，应当经转让行为批准单位书面同意。

二是企业国有产权转让交易资格条件设置应如何设置？企业国有产权转让原则上不得针对受让方设置资格条件，确需设置的，不得有明确指向性或违反公平竞争原则，所设资格条件相关内容应当在信息披露前报同级国资监管机构备案，国资监管机构在5个工作日内未反馈意见的视为同意。

三是什么是交易保证金？如何设置交易保证金？交易保证金是指在产权交易过程中，产权交易主体承诺遵守市场规则和交易约定，在发生违约行为时作为赔偿相关主体的经济保证。

产权转让项目中，转让方设定的交易保证金金额，一般不超过转让标的转让底价的30%。

四是产权转让项目中交易价款的支付方式有几种？产权转让项目中交易价款支付方式有一次性付款和分期付款两种方式。交易价款采用一次性付款的，原则上应在交易合同生效之日起五个工作日内一次付清。交易价款采用分期付款的，首付金额应不低于总价款的30%，并在交易合同生效之日起5个工作日内支付；其余款项应当提供转让方认可的合法有效担保，并按同期银行贷款利率支付延期付款期间的利息，付款期限不得超过1年。

五是信息披露期间，转让方（增资方）不得擅自变更信息披露公告中公布的内容，由于非转让方（增资方）原因或其他不可抗力因素导致可能对转让（增资）标的价值判断造成影响的，转让方（增资方）应当及时调整补充披露信息内容并相应延长披露时间。

六是信息披露期间，意向受让方（意向投资人）可以到联交所查阅信息披露公告所涉内容的相应材料，经转让方（增资方）同意，意向受让方（意向投资人）可以复印相关材料。

三、竞价

产权转让项目竞价方式包括网络竞价、权重报价、拍卖、招投标及其他竞价方式。

1. 网络竞价

网络竞价是指产权转让信息发布期满，产生两个及以上符合条件的竞买人时，由联交所依据信息披露公告的相关约定，通过联交所网络竞价系统，组织竞买人竞争转让标的的行为。网络竞价的方式主要包括多次报价、一次报价、开放式报价。

2. 权重报价

权重报价是指在联交所的组织下，按照转让方在信息披露公告中公布的权重分值体系，对竞买人响应的受让条件形成分值，将权重分值最高者确定为受让方的竞价方式。适用权重报价交易方式的情形包括：

(1) 转让方为寻求战略合作伙伴，转让部分产(股)权后仍保持对转让标的实际控制的产权交易项目；

(2) 涉及上市公司控股权间接转让的项目；

(3) 职工安置人数较多、债权债务处置金额较大、对受让主体有特殊要求的复杂产权交易项目；

(4) 转让方报经其出资监管企业同意的项目。

3. 拍卖

拍卖是指产权交易机构及拍卖机构接受转让方的委托，在产权转让信息公告及拍卖公告规定的时间与场所，按照一定交易规则公开叫价竞购，最后由最高应价的买受人竞得拍卖标的的一种竞价交易方式。

4. 招投标

招投标是指在上海联交所的组织下，招标代理机构依据转让信息公告及相关规定编制招标文件及投标邀请书，由评标委员会对意向受让方的投标文件进行评审并确定最终中标人的竞价交易方式。

四、产权交易合同条款

产权交易合同条款包括但不限于：

(1) 产权交易双方的名称与住所；

(2) 转让标的企业的基本

情况；

(3) 转让价格、付款方式及付款期限；

(4) 产权转让的方式；

(5) 转让标的企业职工有无继续聘用事宜，如何处置；

(6) 转让标的企业的债权、债务处理；

(7) 产权交割事项；

(8) 合同的生效条件；

(9) 合同争议的解决方式；

(10) 合同各方的违约责任；

(11) 合同变更和解除的条件。

五、产权交易凭证

产权交易凭证，是指产权交易机构为产权交易各方出具的证明企业国有产权通过产权交易机构履行相关程序后达成交易结果的凭证，通常作为相关权属变更的合法依据之一。产权交易双方签订产权交易合同(增资协议)，受让方(投资人)依据合同约定将产权交易价款交付至联交所结算账户，且交易双方支付交易服务费用后，联交所在3个工作日内出具产权交易凭证。

六、产权公告

产权交易机构在出具产权交易凭证后，将交易结果通过网站对外公告，公告内容包括转让标的名称、转让标的评估值、转让底价、交易价格等，如图2所示。

项目编号	G32020SH1000087
标的名称	烟台迈百瑞国际生物医药有限公司3.39%股权
转让标的评估值	2889.317001 (万元)
转让底价	7053.750000 (万元)
交易价格	7053.750000 (万元)
成交日期	2020-06-28

图2 烟台迈百瑞国际生物医药有限公司3.39%股权

(作者单位：北京盈科(上海)律师事务所)

一面锦旗背后的故事

□ 法 符

八月中旬的一天，尽管空气中弥漫着蒸人的暑气，却没能挡住上海徐泾宾馆原经理谢女士前来协会赠送锦旗的脚步，当协会法律服务部高部长接过写有“企业卫士、法务高参”红底金字的锦旗时，谢女士由衷地说道：“多亏你们协会老师给了我及时贴心的法律援助，使我们在较短的时间内追回了百万巨款的损失，我真是太感谢你们了！”，那么这面锦旗的背后隐藏着什么故事？这还要从几个月前说起：今年四月初，谢某夫妇通过上海市企业服务平台联系到了协会，次日就上门向协会咨询老师倒出了心头的苦水，原来他们俩是上海徐泾宾馆（下称“该宾馆”）经营权转让的投资人，于2019年年底与该宾馆的房东和原经营者（下称“该转让方”）分别签订了经营权转让合同和长达十年的房屋租赁合同，并支付了占比80%的首期经营权转让费132万元、2020年上半年房租39万元和房屋租赁押金8万元，这三项费用合计近人民币180万元，此后的几个月里他们对该宾馆又投入了10多万元的装修费用，在完成工商营业执照的变更和对该宾馆内部房间修缮一新后，作为该宾馆新主人的他们满心喜欢地原以为可以正当开张营业了，但意外事情发生了：在递交该宾馆消防条件审核后，他们接到了上海市青浦区消防救援支队于2020年4月8日出具的《不同意投入使用、营业决定书》，其中明确指出该宾馆建筑结构与布局存在消防安全问题，故给予不同意该宾馆投入使用、营业的意见。此后徐某夫妇在咨询青浦区消防救援支队，并与该宾馆房东沟通后了解，导致该宾馆在公安前置消防安检审核不通过的最主要原因是在本次经营权转让前原经营



者擅自对该宾馆做了加层改建，即在未取得建筑施工许可的情况下，将原有产证上登记的三层楼房屋加建为四层楼房屋，将建筑面积从原有的741平方增加至1200平方……等等，进而导致经营权受让方无法将该宾馆特许经营许可证变更至其本人名下。为此，徐某夫妇以实现合同目的为理由与转让方和房东多次交涉，要求他们要么对该房屋的违建情况进行整改以达到符合消防要求，要么解除经营权转让合同，并同时解除房屋租赁合同，但遭到了对方种种理由的拒绝，双方一时都陷入了僵局。因为该

起纠纷涉及经营权转让和房屋租赁两个不同法律关系，且相互密切联系，就这样不经意间就将谢某夫妇拖入一场涉及百万巨资的纠纷漩涡，但又一筹莫展，遂找到本协会寻求法律援助。协会咨询老师针对该案情为其仔细梳理了纠纷双方的法律关系，分析主要矛盾和解决问题的方法和途径，一边抓紧时间为他们起草了该宾馆经营权转让合同解除通知书，一边牵线协会特邀委相关律所派出业务精湛的律师担任该案的诉讼代理人，为他们制定了详尽的诉讼策略，且为减少纠纷解决的成本，采取“能和解尽量和解和区别对待不同矛盾主体”的策略，会

同当事人与对方多次沟通疏解，耐心做各方当事人的思想工作，在多方合力的作用下最后促成纠纷各方达成和解协议：受让方立即向法院撤诉，同意于2020年7月1日解除宾馆经营权转让合同，同时退还房东租赁房屋；转让方同意收回转让权，退还经营权转让费130万元；房东收回房屋，并退还受让方房屋押金8万元。至此谢某夫妇终于拿回了投资款合计138万元，从协会与相关律所的介入干预，历经自起诉之日起短短二个多月，一场涉及百万巨款的经济纠纷被化解了，演绎了协会充当企业卫士的又一曲赞歌。

灵活用工劳动者的职业安全

□ 何永强

近日，国务院办公厅印发《关于支持多渠道灵活就业的意见》强调，个体经营、非全日制以及新就业形态等灵活多样的就业方式，是劳动者就业增收的重要途径，对拓宽就业新渠道、培育发展新动能具有重要作用。

在互联网时代，灵活就业不仅仅是困难群体的被动选择，也是一些有能力、有一技之长者的主动选择，互联网平台为这些人赋能之后，他们可以成长为新时代的“新个体户”。除了我们熟知的滴滴、美团等，目前数字文化平台也创造了大量不同于传统就业的工作形态，比如，泛娱乐的直播、游戏直播、电商直播等，还有网络文学平台等。互联网时代的新型灵活就业呈现出与原来不同的特征，它们依托技术平台进行无接触经济活动，并能最大限度激发个人潜能。智联招聘

最新的一项关于新型灵活就业的调查显示，电商平台、生活配送、生活服务、微商平台、知识服务、自媒体、直播平台、共享出行司机等八类灵活就业企业需求增长迅速，需求人数同比增长82%，存在较大的劳动力缺口。

虽然通过灵活用工模式增加了经济发展和就业率，但目前灵活就业人员面临最大的困境是社会保障严重缺失，这已然成为一个社会问题。

案例一

白先生加入了由某公司开发的“好厨师”网络平台，成为一名全职网约厨师，每月五千元工资，每接一个订单还会有相应提成。但这家公司却迟迟没有与他签订劳动合同，也没有为他缴纳

社会保险。白先生与之有相同遭遇的7人申请劳动仲裁，要求确认劳动关系，并赔偿双倍工资等损失。二审结果：法院认定李先生与平台公司之间有劳动关系，但并不代表所有注册的闪送员与平台之间均具有劳动关系。

案例二

李某自行下载闪送APP，自行注册成为“闪送员”，自行购买配送车辆，抢单从事快递配送服务。无底薪，每单配送受益的80%归其所有。闪送平台对李某工作量、在线时长、服务区域不存在限制和要求，但对每单配送时间有具体规定，如有超时、毁损，有罚款。快递员不得同时为其他平台提供服务。“闪送”平台为快递投保商业保险。2016年7月24日，李某在进行闪送业务时发生交通事故。李某诉请要求确认与平台公司存在劳动关系。仲裁裁决：双方无劳动关系。一审判决：双方存在劳动关系。

案例三

亿心宜行公司与孙某签订《e代驾驾驶员合作协议》，由公司向孙某提供代理驾驶送车服务的信息，由孙某为客户提供代理驾驶服务。2014年3月26日，亿心宜行公司解除与孙某的合作协议。为此，双方对其是否构成劳动关系产生争议。法院认为双方之间的关系不符合劳动关系的特征，不属于劳动关系。

我国的法定社会保险是以劳动者和用人单位之间建立劳动关系为基础的，而灵活用工，特别是基于平台用工中的网约工，由于目前该类用工人员基本都与平台通过合作、承揽、劳务、居间等方式约定双方之间的权利义务关系，再加之目前司法实践中对该类用工关系认定上的反复和分歧，以至于将灵活用工人员处于一个用工灰色地带，法定社会保

障更是无从谈起。

为此，人社部在2018年两会期间和2018年第三季度新闻发布会上两次提及适时建立新业态从业人员职业伤害保障和工伤保险制度。2019年7月成都市人民政府办公厅发布《关于促进新经济新业态从业人员参加社会保险的试行实施意见》明确：使用非全日制从业人员的，按灵活就业人员参保办法参加城镇职工基本养老保险和基本医疗保险。同时参加工伤保险；与从业人员签订民事协议的，按灵活就业人员参保办法参加城镇职工基本养老保险和基本医疗保险。10月，浙江省人力资源和社会保障厅发布的《关于优化新业态劳动用工服务的指导意见》中也明确：积极探索新业态从业人员职业伤害保障机制。新业态从业人员可以按规定先行参加工伤保险。并鼓励引入商业保险。积极引导新业态企业和从业人员参加医疗、人身意外伤害等商业保险，为新业态从业人员提供保障。12月4日，李克强总理在国务院常务会议中又再次提出：启动新业态人员职业伤害保障试点。各地要着眼稳就业大局，出台更多支持新增就业岗位的措施，抓紧清理取消不合理限制灵活就业的规定。

平台网约工，是近几年出现的新兴灵活用工模式，在此之前，用人单位使用灵活用工的常见模式包括：劳务派遣、劳务外包、非全日制用工、实习生和见习生、兼职与自由职业者以及聘用退休人员等。对于这些用工模式，在是否成立劳动关系以及社会保障方面，我国相关法律、法规根据实际情况已在不断完善不断“打补丁”。

劳务派遣、非全日制用工已经被纳入到《劳动合同法》调整范围，本市《关于规范劳务派遣用工若干问题的意见》规定，“用工单位以承揽、外包等名义，按照劳务派遣用工形式使用劳动者的，按照《派遣规定》处理”，杜绝了利用假外包真派遣的方式逃避法律责任的行为。

实习生，尤其是大学生实习，是否与单位存在劳动关系，一直有很大的争议。司法实践中大部分观点认为实习生在实习单位实习期间的身份仍然是

在校学生，他们不具备劳动法规定的劳动者主体资格，因此不符合工伤保险条例规定的受偿主体资格。2010年最高院公报刊登的郭懿诉江苏益丰大药房连锁有限公司劳动争议一案中，法院对用人单位雇佣大中专在校学生明确地表达了观点：（1）劳动者已年满19周岁，符合《劳动法》规定的就业年龄，具备与用工单位建立劳动关系的行为能力和责任能力；（2）已完成了全部学习任务，明确表达了求职就业愿望；（3）实习期间所从事的劳动与其他正式工人并无差别，实习单位也是按照劳动者对其进行管理、考核的，因此应当视为学生与实习单位之间建立了劳动关系。即使本市司法实践中并未将实习生归入劳动关系行列，但是为了弥补社会保障的欠缺，《上海市普通高等学校学生校外实习暂行规定(2010修正)》规定：推行大学生人身保险制度，在校大学生可参加人身保险。在保险期间，学生发生人身意外伤害事故，由保险公司按规定给予经济补偿。

对于兼职或自由职业者，《劳动争议司法解释（三）》规定：企业停薪留职人员、未达到法定退休年龄的内退人员、下岗待岗人员以及企业经营性停产放长假人员，因与新的用人单位发生用工争议，依法向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳动关系处理。即，劳动者与兼职单位建立的用工关系符合劳动法的规定、原用人单位和兼职单位对劳动者的兼职行为无异议、履行行为具备劳动关系构成要件，符合劳动关系基本特征，在一定条件下，兼职关系也可能被认定为劳动关系，受劳动法的保护。本市高院《关于审理劳动争议案件若干问题的解答》规定，从事自由职业人员在为单位提供属于民事劳务过程中发生的纠纷，不属于劳动争议，劳

动争议处理机构不予受理。但是登记为自由职业的人员被单位录用，并符合标准劳动关系的条件的，劳动争议处理机构可以确认其与该单位存在劳动关系。因单位未为该类人员缴纳社会保险费期间而给劳动者造成的有关损失，劳动者可以要求用人单位缴纳。

用人单位聘用退休人员，虽然与退休人员之间不存在劳动关系，但本市《关于实施〈上海市工伤保险实施办法〉若干问题的通知》中“本市用人单位聘用的退休人员发生事故伤害的，其工伤认定、劳动能力鉴定按照《实施办法》的规定执行，工伤保险待遇参照《实施办法》的规定由聘用单位支付”的规定，也让退休人员吃了一颗定心丸。

灵活用工的初衷是对传统用工模式的补充，但是并不意味着灵活用工劳动者因为不固定而没有保障，灵活用工模式下个人与用人单位仍然可能成立劳动关系，个人与用人单位之间是否成立劳动关系的根本在于双方的“合作”模式是否符合劳动关系的法律特征，而不在于当事人对双方法律关系的“主观认识”。即使双方确实不成立劳动关系，但单位仍然应当按照相关规定保障劳动人员的职业安全。

（作者单位：上海原韵企业管理咨询有限公司）



“良品铺子”创业的启迪

□ 沈 栖

受疫情影响，我国经济发展速度有所缓慢。然而，有些企业则是化“危”为“机”，依凭扎实的市场基础持续前行，在原有的水平上有了新的增长点。零食行业的“良品铺子”便是一个范例。

“良品铺子”于2006年由杨红春创办。大学毕业后，杨红春的事业人生从广东顺德科龙电器公司一线销售起步。结识原乐百氏集团董事长何伯权后，这位企业家的一个想法——“把全世界的零食搬到顾客家门口，是一件可以把小生意做成大生意的事”——使他对零食创业有了冲动。但他并没有仓促投资，而是花了整整一年半时间进行市场调研：一是走遍广州、武汉的大街小巷，考察每家零食店，有哪些货，哪些货旺销，价格比对；二是花18万元机票钱，跑了20多个省，了解货源，跟零食厂家建立广泛联系。

2006年8月23日，“良品铺子”的第一家店在武汉市开业。从当年的6家店、2007年的25家店、2010年的360家店，一路到2019年的2300多家店，今年尽管受疫情冲击，还是新增添了近百家。杨红春无疑是一位成功的企业家，“良品铺子”堪为我国零食行业的翘楚。

杨红春的事业心源于他的使命感。他创办“良品铺子”的使命感，用自己的话说，就是“为寻常百家提供价廉物美的零食，丰富他们的物质生活”。开业当天，杨红春亲自站柜台，并带领店员在店门口请行人免费试吃，听取食客的意见反馈；随着布局扩大，他要求每个分店每月上报改进意见



良品铺子[®]
BESTORE

书；每年的公司工作会议集中讨论的议题之一就是零食“优胜劣汰”的清单。杨红春恪守的信条是：“企业只能做对的事，在产品研发和设计上追求极致。”多年来，“良品铺子”货源尽可能丰足，品种尽可能多元，质量尽可能一流，价格尽可能低廉，赢得越来越多食客的青睐，日渐形成和提升企业的声誉，当口碑积累到临界点，自然就爆发出来了——“良品铺子”有了同行难以比肩的轰动效应。

打造一家制度先进、持续创新的企业，企业家首先亟需树立一个明确的价值观。杨红春的企业价值观就是：“做最高品质的零食，把它做得最好吃、最安全、最放心。”在零食这个行业，倘要有竞争力，除了用低价手段争夺大众市场，根本的一条是做强品质。2009年，“良品铺子”内部曾出现了“质量”与“价格”之争，有合伙人执意性价比，而杨红春坚信创业的初心：良心的品质，大家的铺子。最终杨红春决定把“高端零食”作为未来10年的战略发展方向，并随即组建了“健康食

品研究院”，将产业链的价值提升和放大，带给百姓以健康的生活方式。从2017年到2019年，“良品铺子”进入以“质量为主、价值至上”的三年系统调整期，杨红春踌躇满志地说：“用三年的‘慢’，来获得未来七年的‘快’。”企业达到了预期目标，“质量为主，价值至上”赢得了企业规模和效益比翼发展。

一个有希望、有志向的企业，一定有自己的长远目标和发展愿景，尤其是民营企业更应如此。我国的民营企业发展大体有三种模式：一是基于私人关系的原始组织，靠的是血缘、地缘；二是基于机器式运作的初级组织；三是建立在价值观基础上的智慧型组织。“良品铺子”即是第三种模式，其“智慧型组织”得益于全体员工的智慧和心力。提起自己的员工，杨红春自豪地说“我们公司的员工个个都能上台讲话，有自己的

见识。”员工的精神面貌也反映在业绩里，如2019年1-9月，“良品铺子”单店销售额相比之前都有明显的提升，在生意难做的大背景下，这又是组织的战斗力在发挥作用。值得一提的是，经过全体员工的努力，截止去年9月份，“良品铺子”已解决了门店四大痛点问题，其中排名第一问题就是“活动过于频繁，次数多、形式多、易出错”。

杨红春用了14年时间带领“良品铺子”冲击百亿销售额，名列我国零食行业前茅。“良品铺子”的傲人业绩雄辩地证实了这一点：倘若企业家越纯粹，越是把使命、价值、愿景当作自己及全司上下共同的信仰，那么，这个企业将走得越稳健、越远……

（作者系上海作家协会会员、东方网特约评论员）

苏东坡是怎么死的？

□ 吴兴人

今年2月全国人大常委会通过了《关于全面禁止非法野生动物交易、革除滥食野生动物陋习、切实保障人民群众生命健康安全的决定》，以及野生动物保护法。5月至7月全国人大常委会对“一决定一法”进行执法检查，在全国31个省（区、市）实现全覆盖。执法检查形成的报告说，我国疫源疫病监测防控制度基本落实。初步构建起陆生野生动物疫源疫病预警和监测体系。见此消息，不由得联想起苏东坡是怎么死的话题。

苏东坡在被贬官儋州，即今日的海南岛时，他经常食蝙蝠。他曾写过《闻子由瘦》一诗记曰：“五日一见花猪肉，十日一遇黄鸡粥。土人顿顿食薯芋，荐以薰鼠烧蝙蝠。”可见，在宋代就有岭南人吃“薰鼠烧蝙蝠”习惯。而老鼠和蝙蝠，在内地是很少有人敢吃的。

苏东坡为什么要吃老鼠和蝙蝠呢？某种程度上讲，与他豪放性格有关，也与他爱美食有关。他性格豪放，别人不敢吃的东西他敢吃，他特别喜欢研究吃喝，“东坡肉”是他的创造发明。东



坡肉，又名滚肉、东坡焖肉，是眉山和江南地区特色传统名菜。东坡肉的主料和造型大同小异，主料都是半肥半瘦的猪肉，码得整整齐齐的麻将块儿，红得透亮，色如玛瑙，夹起一块尝尝，软而不烂，肥而不腻。东坡肉在苏菜、浙菜、川菜、鄂菜等菜系中都有，且各地做法也有不同，有先煮后烧的，有先煮后蒸的，有直接焖煮收汁的。苏东坡写《闻子由瘦》这首诗时，正被贬在儋州所作，生活困顿，无“东坡肉”可食。为了改善自己的生活，增加营养，苏东坡大胆尝试，经常吃老鼠和蝙蝠。

后来苏东坡遇赦北还，到了常州，不久生了病，六十六岁死于肺炎。陆以湜《冷庐医话》载：“苏文忠公事，可惋叹焉。建中靖国元年，公自海外归，年六十六……发热不可言，齿间出血如蚯蚓者无数，迨晓乃止，困惫之甚。细察病状，专是热毒根源不浅……二十七日上燥下寒，气不能支，二十八日公薨。”苏东坡的症状，有两大明显之处：一是“发热不可言”，二是“气不能支”。也就是说，苏东坡发病时，一是热毒高烧，二是呼吸困难。《冷庐医话》记载的苏东坡症状，跟如今“新冠肺炎”症状似乎有点靠近。

其实，苏东坡自己懂点中医，经常为他人处方看病。元祐五年正月，杭州爆发了严重的瘟疫，当地医生都一筹莫展，苏东坡亲自开了一剂名叫“圣散子”的药方，百姓喝药防疫，“所全活者，至不可数”。所以民间欢呼“天降苏知州救民于危难”，一时名动天下，苏轼俨然成为文学与医学俱

绝的跨界专家学者大师。就在他从海南归来甚至在生病期间，慕名找他开药方的粉丝还络绎不绝（当然也有是借此求字的）。有如此大的名望架着，苏东坡当然硬挺着，也不愿请别的医生看病。生病后的第三天，大画家米芾设宴款待苏轼。筵席十分丰盛，除猪鸡鸭鱼等普通荤食外，还有其他山珍海味。殊不知，此时苏轼已是病号，当时已在发烧，本不打算多吃，无奈盛情难却，生怕伤了老朋友的面子，勉强吞下不少酒肉肴饌。自己又处方服用人参、茯苓、黄芪等温补补药，结果适得其反，还坚持认为自己开的药方是绝对正确的，拒绝别的医生和药方，连他的好友钱世雄提供的特效药也不吃，居然自信地说：“此而不愈，在天也！非吾过矣”，结果过了几天就死了。

随着人类活动的不断加剧，对自然环境的干扰程度也逐渐增加，很多野生动物的生存空间受到了极大的挤占，甚至很多野生动物沦为人们的“盘中餐”。这此过程中，病毒为了生存，本来对人体没有多大影响的病毒，不得已使自身基因发生突变，改变了适应侵入人体细胞的性状，从而使人体受到感染。因此很多以前人们闻所未闻的病毒，越来越呈现在人们的眼前，使人类社会反过来受到了影响。如果提前找到这两个宿主对于预防治疗新型肺炎意义重大，在2003年SARS爆发的时候，之所以有很好的防治效果就是因为找到了中间宿主果子狸，禁止与果子狸的密切接触，才是真正的断了源头。

我们不要再犯苏东坡的错误了。千百年来，人类已经驯养了鸡鸭牛羊，还有老猪兄弟和江河里的各种鱼类，人类吃的东西已足够了，但有人还爱找些新鲜的、刺激的东西，残杀蝙蝠和各种野生动物，来满足自己的口福之欲。有的人还以吃野味来炫富。所以，根据科学家得出的新的研究结论，希望人类拒绝食用野生动物。再也不要吧蝙蝠等野生动物端上餐桌了。你们不吃野生动物，既是对自然的保护，更是对自己的保护。

（作者系《新民晚报》评论员）

外观主义法理下的电商平台经营者直接侵权责任研究

○ 李 擘

网络时代,通过互联网等信息网络销售商品或者提供服务的交易模式已经深入到社会经济生活的各个领域。在此大背景下,各种类型的电商平台如雨后春笋般应运而生,使得网络交易呈现出欣欣向荣的气象。但是,在电商平台蓬勃发展的同时,随之而来的各类涉及电商平台的知识产权侵权纠纷也层出不穷。

一、电商平台经营者的不侵权抗辩

所谓电商平台,是指在电子商务中为交易双方或者多方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务,供交易双方或者多方独立开展交易活动的网络平台。所谓电商平台经营者,如“天猫(www.tmall.com)”“京东(www.jd.com)”等,主要为交易各方提供平台服务;所谓平台内经营者,如开设在这些平台上的“××官方旗舰店”,直接销售商品或者提供服务。笔者认为,将电子商务经营者区分为电商平台经营者与平台内经营者的实益主要在于可以区分各主体应当承担的法律责任,因为网络服务提供者与网络用户所承担的法律责任尤其是侵权责任是不同的,网络服务提供者在遭遇权利人的侵权指控时,往往可以以自己并非是被控侵权商品或者服务的销售者而援引“避风港规则”来抗辩,而网络用户则不行。

所谓“避风港规则”,简言之就是在互联网环境下法律并不苛求网络服务提供者在事前对利用其提供的网络服务所传播的内容承担主动审查义务,因此“避风港规则”也被称为“一般不负事前审查义务规则”。据此规则,作为网络服务提供者的电商平

台似乎天生便可对侵权指控免责,至少是不构成销售被控侵权商品的直接侵权。而事实上,自“避风港规则”引入我国以来,在知识产权侵权案件中被诉的电商平台经营者通过援引“避风港规则”抗辩实现全部免责或者免除赔偿责任的案例也确实比比皆是。但是,由于“避风港规则”带有功利主义弊端,为了平衡权利人、网络服务提供者、社会公众的利益,法院在某些特定情形下会课以网络服务提供者更高的注意义务,要求其施加对知识产权合法性的主动审查,并认定其事前就应当知道侵权事实的存在,这就是“避风港规则的例外”。

“避风港规则的例外”其实依然是在“是否应负审查义务”的逻辑架构内讨论问题,其着眼点在于电商平台经营者未尽审查注意义务,从而通过一种迂回的方式判定侵权。如果要认定电商平台经营者的行为而构成直接侵权,“避风港规则的例外”就无能为力了,法院需要寻求其他可用的法律原则来处理该问题。笔者发现,近年来在一些判定电商平台经营者直接侵权的典型案件中,法院开始尝试运用民商法领域的外观主义,先对主体在交易活动中的法律地位进行判定,而后再评价其应承担的相应法律责任。因此,认识和探讨外观主义原则在此类案件中的适用变得十分具有现实意义。

二、外观主义与其适用要件

虽然外观主义在知识产权领域中较少被提及,但是它却是民商法领域中的一项重要法律原则和基础理论。外观主义肇始于欧洲大陆的日尔曼法,后

经德国私法学者继承发展后得以体系化。1906年,被后世学者称为外观主义理论奠基人的德国学者莫瑞茨·维斯派彻提出,“行为人对于成文法规或交易观念上之一定的权利、法律关系、其他法律上视为重要要素之外部要件事实为信赖,以致为法律行为时,如其要件由于其信赖保护受不利益人之协助而成立者,其信赖应受法律保护。”维斯派彻的观点扼要概括出了外观主义的概念。所谓外观主义,亦称权利外观责任、外观主义法理或外观主义原则,其基本概念是指当名义权利人的行为所表现出来的构成某种法律关系的外观,或者有关权利公示所表现出来的构成某种法律关系的外观,导致第三人对于该种法律关系产生信赖,并出于此信赖而为某种民事法律行为时,即使有关法律关系的真实状况与第三人主观信赖的外观状况不符,只要该第三人的主观信赖合理,其据以做出的民事法律行为效力就受到法律的优先保护。简言之,外观主义是“以交易当事人行为之外观为准,而认定其行为所生之效果也”。从外观主义的概念可知,其重在保护第三人的信赖利益,从而维护交易安全,促进交易效率。

由于外观主义体现出的是“当权利外观所表征的内心意思与真实意思不符时,法律侧重于对信赖权利外观的相对方的保护”,因此它突破了以意思表示主义为中心的法律行为理论及其制度。正是基于此,外观主义也可以被视为是意思表示主义的例外,其适用必须符合以下几个构成要件:

一、存在三方参与的交易关系

外观主义的主要作用是用于判定民商事交易活动中各方主体的法律地位,此处的交易活动应狭义理解为商品、服务或者其他财产标的的买卖,而不能做扩大化解释。另外,虽然在真意保留场合中外观主义也可仅涉及行为人和相对人两方,但是在本文所探讨的主题下适用外观主义的情形必须涉及三方主体,即交易关系的名义主体、实际主体和第三人,三方之间涉及两种或者两种以上的法律关系。

二、存在外观事实

此处的外观事实是与真实事实相对应的事实,指的是在交易中能为第三人直接感知的能够构成某种特定法律关系的事实状态。外观事实的存在是适

用外观主义的前提和基础。

三、存在外观事实的可归责性

该要件要求可归责之人与引发的外观事实之间存在因果关系,因此该要件亦被称为本人与因。

四、存在合理信赖

此处的信赖是指第三人基于信赖外观事实而为一定的法律行为,而构成合理信赖必须要符合以下条件:首先,第三人主观上应具有善意,其并不知道或并不应当知道真实的事实状态,并且其对于外观事实的信赖是基于一般理性人的普通认知标准;其次,第三人必须已经基于外观事实做出了法律行为,如订立了买卖合同;再次,外观事实与法律行为之间必须存在基本的因果关系,即第三人之所以做出某种法律行为是基于其对外观事实或称表象的确信而产生的信赖。

综合上述概念可知,外观主义实际上是一项在特定场合权衡实际权利人与外部第三人之间利益冲突所应遵循的原则,其要求对于外部人依据对于交易对方权利外观之信赖而为之民事行为的效力予以认可,对于外部人因此取得的民事权利予以保护。适用外观主义的法律后果是外观事实取得真实事实状态的地位,以此来保护已做出相应法律行为的第三人的信赖利益,外观事实被推定或拟制为真实的事实状态,只要符合本人与因和合理信赖要件,均须受到外观的约束,本人应承担基于外观事实而发生的法律后果。在我国,民事立法上的表见代理制度、物权善意取得制度等均体现了外观主义原则,而外观主义在商法中的运用则更为广泛,涉及商事登记、股权代持、票据行为、商事表见等多项制度。近年来,随着互联网电子商务的盛行,外观主义原则也在司法实践中被运用到认定交易主体的责任上,因为本质上电商交易亦属于商事交易范畴,外观主义完全有其适用空间。以下,笔者将选取几个近年来发生的涉及电商平台经营者侵权责任判定的典型案例,从外观主义法理角度加以详细分析。

三、销售标记平台自营的商品时平台经营者的侵权判定

在不同类型电商平台里,销售商品的电商平台

一直以来占据着主要位置。在此类电商平台的商品交易活动中,存在着电商平台经营者、平台内经营者、消费者三个主要主体。其中,电商平台经营者为交易双方提供网络经营场所、交易撮合、信息发布等服务,平台内经营者通过在电商平台上开设网店销售商品或者提供服务,消费者通过登录电商平台在具体网店内购买商品或者服务。在此情况下,平台内经营者作为商品的销售者自无疑义,当发生所售商品侵犯知识产权时其理应承担直接侵权。但是,当网店所售商品上被标记了平台自营字样时,情况一下子变得复杂起来,司法实践中呈现出两种不同的观点。

第一种观点,坚持依据客观事实即真实的事实状态来构建案件事实并做出相应法律评价。在胡祥年诉北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司网络购物合同纠纷一案中(以下简称“京东自营案”),原告胡祥年因认为其在京东商城网站(www.jd.com)上所购买的标记为京东自营的产品存在问题而起诉网站平台经营者北京京东叁佰陆拾度电子商务有限公司(以下简称“京东电子商务公司”),京东电子商务公司辩称涉案产品属于京东自营,该京东自营商品的销售者为北京京东世纪信息技术有限公司(以下简称“京东信息公司”),京东电子商务公司仅作为网络平台提供者,未参与买卖行为,应由销售者承担责任。法院审理后认定涉案商品的销售者应为京东信息公司,京东电子商务公司并非适格被告,因此驳回了原告的起诉。

第二种观点,从保护相对人的信赖利益角度出发以外观事实来构建案件事实并做出相应法律评价。此观点的基础是区分客观事实和法律事实,法律事实是符合法律要件或者法律规范的据以做出评价的案件事实,是相对的事实而非绝对的客观事实。在株式会社DHC诉纽海电子商务(上海)有限公司等侵犯商标权及不正当竞争纠纷一案中(以下简称“1号店自营案”),原告株式会社DHC在“1号店”网站(www.yhd.com)上发现有涉嫌侵犯其注册商标专用权的商品在售,而该涉案商品上标记了“1号店自营”字样,原告遂将“1号店”网站的运营商即

主办单位纽海电子商务(上海)有限公司(以下简称“纽海商务公司”)等诉至法院。法院审理后,依据外观事实从保护交易相对人的信赖利益角度出发,最终认定“1号店”网站平台经营者纽海商务公司为被控侵权产品的销售者,从而判决其承担直接侵权责任。

值得注意的是,《电子商务法》施行后,该法第三十七条明确规定电子商务平台经营者对其标记为自营的业务依法承担商品销售者或者服务提供者的民事责任,而该条文也可以被视为是外观主义原则在规范电子商务交易中经营者责任时的规则体现。

四、通过团购平台销售商品或服务时平台经营者的侵权判定

团购平台是继B2B、B2C之后兴起的另一种互联网电子商务平台,其经营模式可归入广义的O2O(Online To Offline,即线上到线下)电子商务模式中。何为网络团购?根据中国电子商务研究中心的定义,网络团购是通过互联网渠道将具有相同购买意向的消费者组织起来,向厂商进行大宗购买的行为。与消费者自发组织团购不同的是,网络团购通常是由团购网站发起并组织团购,即团购网站通过寻找适宜的产品提供商将其纳入团购网络,再通过网站发布商品或服务团购信息,设定商家的交易条件,吸引消费者购买。消费者购买团购后,商家通常是在线下向消费者提供现实中的商品或服务,而之后由商家和网站相互结算。

大多数团购网站充当着第三方交易平台的角色,提供的是平台服务即网络技术服务。但是,笔者发现,当发生团购商品或服务被认定侵犯知识产权时,团购平台反而较传统的B2B、B2C电商平台更容易被认定为商品或服务的销售者而承担直接侵权责任。究其原因,是因为网络团购交易的外观事实更容易让交易相对人认为团购商品或服务的销售者为团购平台,因此在涉及团购网站的侵权案件中,团购平台经营者经常被认定为被控侵权商品或服务的销售者,从而承担了直接侵权责任。

当然,如同上文中的京东自营案和1号店自营

案一样，在司法实践中法院对于团购交易中平台经营者的法律地位问题亦存在过分歧，如完美（中国）有限公司与优乐互联（北京）信息技术有限公司侵害商标专用权纠纷一案（以下简称“完美案”）。完美案的基本事实并不复杂，优乐互联（北京）信息技术有限公司（以下简称“优乐公司”）是团购网站“可可团”（www.cocotuan.com）的平台经营者，权利人完美（中国）有限公司（以下简称“完美公司”）经调查发现“可可团”团购网站上销售了侵害其商标专用权的商品，而优乐公司辩称被控侵权商品系由与其签订了《可可团商家合作协议》的平台内经营者临海市邦尼森贸易有限公司（以下简称“邦尼森公司”）所销售，其仅系为邦尼森公司提供平台服务，而在被控侵权商品的公证购买页面及线下物流快递单上均显示了被控侵权商品的商家信息为邦尼森公司。

一审法院基于在案的外观事实认定被告优乐公司是被控商品的销售者。一审法院认为，涉案侵权商品的购买过程及送货过程中显示的购买涉案侵权商品的网站名称为“可可团”，网址为“www.cocotuan.com”，该网站由优乐公司开办经营。消费者是在该网站页面上订购产品，然后通过支付宝等方式向优乐公司支付货款，显然该买卖关系中对外出卖方即为优乐公司。且优乐公司不仅在销售商品信息的网页上显著标注了自己的“可可团”中文标识，同时还根据网上货物的销量金额向第三方收取相应的费用，也能进一步确认优乐公司至少为共同的销售者。在认定被告为被控侵权商品的销售者后，一审法院进而判决其应当承担直接侵权责任。

二审法院的观点与一审截然相反。二审法院坚持依据客观事实来认定谁是实际上的销售者。二审认为，优乐公司在原审期间提交的证据证实了被诉侵权产品实际是由邦尼森公司销售的，优乐公司并非被诉侵权产品的销售者。“可可团”是在网络商品交易活动中为交易双方或多方提供网页空间、虚拟经营场所、交易规则、交易撮合、信息发布等服务的起到中介作用的信息网络系统，因此其经营者自然可以适用“避风港规则”免责，不构成商标侵权，

于是二审法院撤销了一审判决，驳回了完美公司的全部诉讼请求。完美公司不服，对该案申请了再审。

笔者认为，二审在判定谁是销售者时完全忽略了交易相对人（即商品购买者），无视可被交易相对人所感知到的外观事实，而仅从优乐公司与邦尼森公司之间的内部协议和文件就判定外部交易关系中的商品销售者当然为邦尼森公司。如果认同此种观点，则交易相对人的信赖利益根本无从得到保护。完美案的再审法院显然注意到了上述问题，其在再审判决中纠正了二审的适用法律错误，撤销了二审判决，维持了一审判决。

无独有偶，在上海三联（集团）有限公司、上海三联（集团）有限公司吴良材眼镜公司诉上海汉涛信息咨询有限公司、无锡清清视界眼镜有限公司等单位侵害商标权纠纷及不正当竞争纠纷一案中（以下简称“吴良材案”），法院认为，虽然上海汉涛信息咨询有限公司（以下简称“汉涛公司”）在其经营的团购网站“大众点评网”（www.dianping.com）上对被控侵权的团购商品和商户具体信息进行了介绍，明确了案涉团购产品和服务的具体提供者，但从其以自己名义收取团购产品与服务的货款，以团购券形式提供提货凭证，并直接从消费者支付的款项中抽成获利等情况综合判断，可以认定汉涛公司参与了该团购活动，是提供团购产品服务的具体商户的合作销售者，从而判决其承担直接侵权责任。

五、结语

外观主义诞生于民商法领域，并在商事裁判中发挥着重要作用，但是诚如本文所述，外观主义同样可以在知识产权侵权裁判中发挥作用，帮助法官从外观事实入手构建案件事实，分析被告在被控商品或服务交易中的法律地位，从而解决接下来的侵权责任判定问题。笔者相信，外观主义所固有的规范交易秩序、平衡各方利益的功能，亦将在电子商务领域中发挥巨大作用，促进电子商务持续健康发展。

（作者单位：北京市集佳律师事务所上海分所）

长三角一体化的今天与明天

——四党支部联合举办党日活动剪影

为纪念中国共产党建党99周年，深入开展“四史”学习教育活动，7月16日，上海市企业法律顾问协会党支部、市经信委政策研究和法规处党支部、市国资委政策法规处党支部、长三角一体化示范区执委会政策法规组党支部联合举办“长三角一体化的今天与明天”专题党日活动。在活动中，党员们通过参观康力电梯党建长廊、参观青浦新农村建设成果、共同举行党支部工作交流，听取长三角一体化远景介绍，深切感受到长三角一体化发展的重要意义，对今后长三角一体化发展前景充满信心，纷纷表示这样的“四史”教育非常直观，富有感染力，激励我们更加坚定地走好新时代长征路。



▲ 习近平总书记关于长三角一体化发展的指示引领着长三角地区实现高质量的一体化发展方向



▲ 听取长三角一体化发展的规划与前景介绍



▲ 在长三角一体化示范区执委会召开了党建座谈会。会上，示范区执委会政策法规组党支部禹潇、市经信委政策研究和法规处党支部张浩、市国资委政策法规处党支部强颖、市企业法律顾问协会党支部周佳贤先后畅谈了参观学习体会并介绍了各支部的工作。



▲ 党员们参观了青浦新农村建设成果。荷花莲藕池塘，成片水杉，蛙稻米良田，青砖白瓦农舍，给全体党员和积极分子留下了深刻的印象。



▲ 参观康力电梯股份有限公司艰苦创业，创造辉煌的历程



▲ 党员同志在认真观看康力电梯公司的党建长廊



▲ 市经信委政策研究和法规处、市国资委政策法规处、市企业法律顾问协会、长三角一体化示范区执委会有关领导在参加党日活动时合影留念。



上海市企业法律顾问协会、市经信委政策研究和法规处、市国资委政策法规处、长三角一体化示范区执委会政策法规组党支部的党员参加党日活动时合影