

民商法

实务技能手册

PRACTICAL HANDBOOK
Civil and Commercial Legal Skills

高杉 Legal

执业思维 — 尽职调查 — 合同审查 — 法律检索
文书写作 — 请基方法 — 诉讼仲裁 — 法务指引

高杉峻

主 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

*** 执业思维**

法律人的知识管理、稳健成长、商业价值、自我营销的经验之谈。

*** 尽职调查**

房地产项目、拟抵押工业设备、知识产权并购交易尽职调查要点。

*** 合同审查**

甲乙双方不同视角下的合同审查要点以及多种常见条款的示范分析。

*** 法律检索**

法律检索的标准流程、检索式应如何运用、检索报告应如何书写。

*** 文书写作**

诉讼文书的写作及排版要点、诉请如何设计、证据清单如何制作。

*** 请基方法**

请求权基础分析方法理论体系及玻璃娃娃、共饮责任等案例研习。

*** 诉讼仲裁**

证据准备与交换、举证、质证、诉讼文件的管理及商事仲裁技巧。

*** 法务指引**

法务成长指南及印章管理、广告素材审核、企业互联网舆情应对。

民商法实务技能手册

PRACTICAL HANDBOOK
Civil and Commercial Legal Skills

上架建议：法律实务·民商法



中国法制出版社
官方微信



高杉 Legal
微信公众号



麦读
官方微信

ISBN 978-7-5216-0127-5



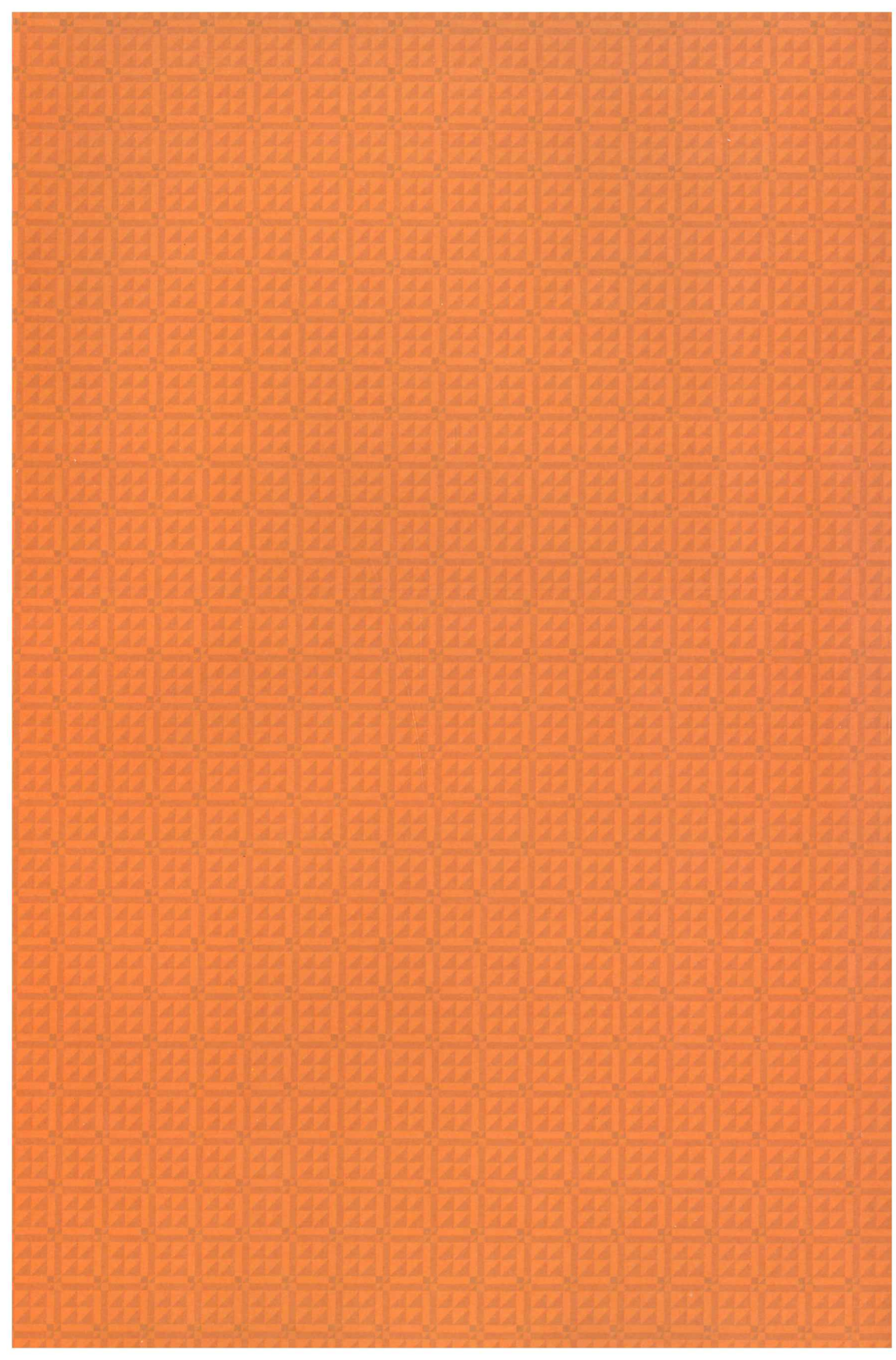
9 787521 601275 >

定价：116.00元



高杉 Legal

民商法实务技能手册



民商法实务技能手册

PRACTICAL HANDBOOK

Civil and Commercial Legal Skills

高杉峻 主编

撰稿人名单

熊定中	崔琦	方向东	陈淦	冯兢	任耀龙
黄胜	郭旭航	徐海谋	孟恩海	刘乃进	高杉峻
邱静	陈汉	王忻	陈晓峰	曹会杰	林盛
施荣	张健	周杰	林伟江	黄琳娜	郑玮
朱庆育	吴香香	韩蛟	王亚新	王业坤	许建添
袁培皓	李立坤	柏钦涛			

评审团成员

柏钦涛	曹会杰	曹志勋	陈 淦	陈 汉	陈现安
崔 琦	董 庶	方向东	冯 兢	冯明辉	高杉峻
高 翔	葛黄斌	韩 冰	黄琳娜	黄 胜	李迎春
刘乃进	雷 霆	梅丽鹏	乔 茜	秦悦民	屈子建
沈 诚	田朗亮	田 璐	王 静	王 军	王 潇
王新锐	王雅琼	韦 剑	熊定中	许海波	杨静安
杨元庆	姚明斌	袁晶晶	曾大鹏	张 健	张 敏
赵国庆	赵俊杰	郑 睿			

自序

2014年1月19日,「高杉LEGAL」微信公众号发表了第1篇文章《民商法实务书单》,至今已持续发布1000余篇民商法实务文章。这1000余篇文字,系从各地法务、律师、法官投稿的近万篇文章之中,由高杉LEGAL评审团根据双向匿名的评审机制,臻选而出,全面覆盖了合同法、公司法、担保法、物权法、诉讼仲裁等常见的各个民商法实务领域。

而民商法实务技能领域的稿件,一直是「高杉LEGAL」文章评审与发布的中中之重。原因有三:一是尽职调查、合同审查、法律检索、文书写作等实务技能,既是法律行业入门刚需,也需要法律人终身修炼;二是国内极少有法学院在课堂上讲授实务技能;三是国内大部分律所关于实务技能的入职培训体系并不完善。

此次《民商法实务技能手册》的出版,正是从「高杉LEGAL」已经发布的百余篇涉及实务技能主题的稿件中,精选出47篇而成,并分类为执业思维与知识管理、尽职调查、合同审查及起草、法律检索、文书写作、请求权基础分析方法、诉讼与仲裁、法务指引八个板块,以便读者体系研习。

不过需要向之前已经购买《民商法实务精要》系列的读者特别说明的是,此次入选《民商法实务技能手册》的篇目,有超过半数此前已经收入了《民商法实务精要》。当然,此次汇编出版,所有入选文章的作者均已结合最新法规和实践,对文章做了全面增订。

最后,还要特别感谢「高杉LEGAL」评审团的全体成员,是你们的认

真评审和辛勤付出,塑造「高杉 LEGAL」、《民商法实务精要》和《民商法实务技能手册》的文章品质。

如读者对「高杉 LEGAL」有任何建议,或发现本书的错漏之处,请添加我的个人微信号:gaoshanlawyer,即可交流讨论。

高杉峻

2019年3月

目 录

执业思维 与知识管理	3	法律人的商业价值 熊定中
	18	法律职业知识储备与管理 崔 琦
	39	律师如何自我营销 熊定中
	45	律师助理成长的十条要诀 方向东
	52	律师个人知识管理经验谈 方向东

尽职调查	63	尽职调查实用网站及 APP 最新汇总(2018) 陈 淦
	80	房地产法律尽职调查经验谈 方向东
	89	房地产项目尽职调查清单实务分析 冯 兢
	107	对拟抵押工业设备的法律尽职调查 任耀龙
	112	以获得技术为主要目的的并购交易中知识产权尽职调查 要点 黄 胜

合同审查 及起草	121	合同审查的十条准则 方向东
	133	业主视角下国际品牌酒店委托管理合同审查要点 郭旭航
	145	合同示范条款:送达条款 徐海谋 孟恩海
	150	对赌条款分析与设计 ——以中国司法实践为背景 刘乃进
	166	借条范本及借条书写注意事项 高杉峻
	171	离婚协议范本及使用注意事项 邱 静
	186	遗嘱起草指要 陈 汉

法律检索	193	民商事案件法律检索标准流程 高杉峻
	200	法律调研,律师的基本功 王 忻
	206	检索式,让检索更容易 陈晓峰
	217	法律检索的术与道 曹会杰
	226	法律检索报告如何撰写 林 盛
	232	完美的商标查询与检索应该怎么做 施 荣

文书写作	241	民商事案件律师诉讼文书写作指要 高杉峻
-------------	-----	-------------------------------

	246	民事起诉状撰写指引	张 健
	254	保留所有权买卖合同纠纷中出卖人的诉讼请求设计	周 杰
	265	再审申请书撰写原理及指要	林伟江
	276	调解协议的写法	黄琳娜
	287	民事案件证据清单制作指引	张 健
	292	法律文件排版格式指引	郑 玮
	296	邮政特快专递面单填写指引	张 健

请求权基础 分析方法	305	请求权基础理论	朱庆育
	317	请求权基础方法案例研习之一 ——以“玻璃娃娃案”中未成年人的责任能力为考察重点	吴香香
	334	请求权基础方法案例研习之二 ——以“失物招领社案”为例	吴香香
	355	共饮者责任的请求权基础及裁判思路探析	韩 蛟

诉讼与仲裁	373	举证责任如何分配	王亚新
	387	民事案件质证指引	张 健

- 394 **庭前证据交换的实务指引**
王业坤
- 411 **场外金融衍生产品纠纷之证据准备**
许建添
- 426 **诉讼文件管理指引**
张 健
- 430 **商事仲裁中的证据指引**
——律师在商事仲裁案件中的证据准备要点
袁培皓
- 436 **律师办理商事仲裁案件的四大技巧**
袁培皓
- 444 **民间借贷仲裁实务要点与思考**
——从仲裁员视角出发
李立坤

法务指引

- 457 **怎样做好一名法务**
柏钦涛
- 466 **企业印章管理指引**
陈晓峰
- 475 **广告及公关营销素材审核指引 2.0 版**
熊定中
- 484 **互联网时代舆情事件反应体系建设报告**
——泛法务大风控体系建设报告之一
熊定中

执业思维与知识管理

法律人的商业价值

熊定中*

一、前言

严格来说,本文的主题更像是属于法务的内容。作为律师,笔者之所以来分享这方面的想法,主要是因为自身也同时担任一些公司的外部法务主管,实质上承担了许多公司内部法务主管的职责,如制定和把控企业内部风险控制流程等。所以,日常考虑的问题与公司法务非常接近。

不久前,威科在北京举办了一场国内的互联网法务大会。笔者受邀参加了此次会议,感觉受益匪浅。阿里巴巴集团的法务总监慎凯先生做了一个很精彩的发言,甚至还将阿里内部的法务组织大架构图展示出来,并结合这张可以拿去卖钱的图,对其法务部门的工作范围和战略规划介绍了一番。

听完他的发言,笔者感触很深。我们现在经常提及的法律人,应该是自20世纪80年代开始重新组成的这样一个群体。可以说,在20世纪80和90年代,法律界是法学家的天下,大家都在听学界大师如江平教授解读当时的法律。而后近二十年,律师界的人物则各领风骚——不仅在许多有社会影响力的案件中,而且在很多商业模式的架构创新中,涌现出一大批顶尖的律师。但接下来的新时代,结合慎凯先生的介绍和自身近年来的感受与思考,笔者认为可能属于法务人员,法律人的世界会变成法务

* 北京清律律师事务所主任,清华大学互联网法律与政策研究中心秘书长,电子邮箱:xiangdingzhong@tsinglaw.com。

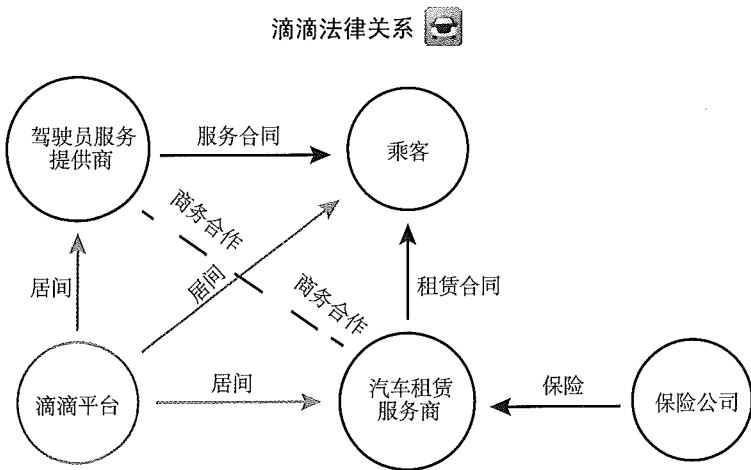
的天下。

为什么这么说？因为商业和法律的结合是大势所趋和时代潮流，对此，位于商业一线的顶尖企业的法务人员比学者、律师更有发言权。这也正是本文要讲的主题——法律人的商业价值。

二、法律人如何理解商业逻辑？

如果要提到商业，首先需要澄清一下，本文的内容与大家在机场书店看到的成功学“鸡汤”是有本质区别的，笔者不是在普及成功学。虽然本文写的是商业问题，但实际上，这是一个美学的问题。

在校读书时，我们曾把王泽鉴教授的《民法学说与判例研究》奉为圣经。该书所阐述的请求权基础理论为我们展现了一种至美的思辨逻辑。看到这种思辨逻辑，我们一定会产生一种对法律专业的美感的向往，所以笔者经常开玩笑说，美即正义。至少在学校的时候，我们都觉得法律就代表正义。而在工作之后，我们接触到的是这样的法律关系：



上图是笔者根据现有的公开协议和规则所归纳的滴滴法律关系结构图（以下提到的很多其他公司的商业产品，都是根据公开文件倒推出来法律关系，不涉及任何公司的商业秘密）。如上图所示，滴滴和驾驶员服务提供商是居间关系，乘客和驾驶员之间有服务合同等，他们之间有各自的

法律关系。这是一个典型的商业产品的法律关系结构图。这样的关系结构应该不是滴滴的董事长或者 CEO 有意设计的,对他们来说,只想解决一个痛点——大家打不到车却有很多车在路上空跑。如何去解决这个痛点,是产品经理的事情。而在有了商业解决方案后,如何去搭建配套的法律关系结构,就是企业法务需要解决的问题了。

滴滴的法律关系其实很简单,没有太多的复杂结构(在实践中,汽车租赁服务商和驾驶员服务提供商通常是两个不同的主体,如果通过查看他们之间的合同,或者去工商机关查阅档案,发现对他们控股的企业是同一个,那就是另外一个话题了)。上图遵循了设计商业产品法律关系结构的基本原则,即我们通常所说的奥卡姆剃刀定律——简洁。

我们在为商业产品设计法律关系结构时,核心目的之一是增加交易的安全性。无论是为公司审查合同,还是出具法律意见、提供法律咨询,都需要提高风险控制水平——降低交易的风险,提高交易的安全性。这是法务和律师面临的同样问题。交易的安全性分为两类:一是交易本身的安全性,即合法性;二是交易结果的安全性,即除了交易本身合法之外,最后还要能安全地获得交易的结果。如何增加交易的安全性?治标的方法是使展现每个法律风险的文件更周密,如使合同的条款表述更精确、结构更严谨,以增强法律风险的可控性。那么治本的办法呢?我们首先要有一个常识:只要有法律关系,就有风险。因此,治本的办法就是减少法律关系。一个复杂交易将涉及一整套法律文件,如果内容差不多的话,签五个合同一定比签两个合同的风险概率高。虽然上图中滴滴还可以加入租赁、劳务等法律关系,但法律关系加得越多,出问题的可能性就越大。

对此,大家可以理解为,美 = 效率 + 安全。一个更有效率、更加安全的交易才是漂亮的交易。这一美学概念在法律关系上的具体实现就是简洁而有效的法律设计。

三、法律人为什么要理解商业逻辑?

如果说前些年这个问题还是个问题的话,那么近两年,至少在顶级的企业,尤其是互联网企业里,这已经不是一个问題,而是一个基本要求了。慎凯先生在会上说了一句有趣的话:“我不和你们律师比专业,不比对于

法律条文的熟悉程度,但是在商业一线上,没有人比得过我们。”这是公司法务独特的优势,他们在商业上更有发言权,但这也是法务不得不为的事。

(一) 法务面临的痛点

1. 在传统意义上,法务部门是一个后台部门。法务部门不产生利润,公司法务经常吐槽自己在企业里是边缘人物。

2. 法务部门是一个资源消耗部门,同人力、财务等部门一样,是企业的支援部门,需要企业付出成本。既然需要支出成本,则天然受到想挣钱的公司老总们的抵触——不是每个企业家都会想到要法律走在前面。

3. 法律人有天然回避风险的本性。企业日常经营中,对于商业项目,业务部门关注的是企业能有多少利润、个人能有多少绩效,而法务部门则考虑是否合法、风险多少。因此,法务部门可能会否决某个合同或项目,而与业务部门发生冲突。

(二) 转机的时代

现状如此,在互联网迅猛发展的背景下,有没有法律人的转机? 有没有法律人的春天?

1. 新产品的合规

这是一个新兴的重点领域。需要说明的是,这里的“产品”是广义的,是一种商业模式,不是特定的实物产品。

在此,以 360 和百度的不正当竞争案件为例。360 安全卫士某天突然上线了一个新功能,即 360 用户在电脑上用百度进行搜索时,360 会在搜索页面给百度的广告插标,提示用户这是推广,并有“可能存在虚假链接”等表述。当时《互联网广告管理暂行办法》尚未实施,无须标注付费搜索广告,因此百度以此及其他一些理由诉 360 不正当竞争,案件最终一直诉到最高人民法院。

本文不讨论这个案例的法律争议本身,而关注其反映的三个有趣的要点:流程、权限、工作。

第一,日常流程中,360 软件新增这个功能的时候业务是否提前通知了法务? 第二,如果业务告知了法务,法务是否有权驳回这样一个看上去

是技术改进的申请？第三，如果最后公司负责人决定不管是不是违法、是否有风险都要做，法务要不要配合、如何配合？

从公开信息来看，360 在做此产品时法务似乎是不知道的，可能即使知道也无权驳回，但最终法务部门却需花费极大的人力物力去处理这个案件。如果法务事先知晓并充分准备，结果是不是就可能不一样了？毕竟被动应战与主动出击是有很大区别的。

上述所说第三点涉及“商业决定”的概念，如果最后是公司负责人决定要做，那么律师和法务能做什么？假如一个合同可给公司带来 5000 万元的预期利润，但合同有很多风险，面对 2000 万元的风险和 1 亿元的风险，公司负责人的商业决策是否会不同？法律人在此应提示公司负责人风险是什么以及发生风险的大致概率，其职能是提供充分的信息、展现全部的操作路径以及相应的结果，从而让公司负责人的商业决定更加客观、理性，至少是对信息进行充分评估后才作出权衡（而不是拍脑袋）。此即法律人的商业价值所在。

这里提示一下：除非某个商业决定违反刑事法律，否则法律人不要轻易下结论说这件事违法、不能做，要打开思路，充分考虑各种可能的路径，思考有没有在合法框架内实现的方法。

2. 营销方式的合规

2015 年《广告法》修订实施后，推广方式的合法性成为广告企业和快消企业的重要问题，也是这些公司的法务经常需处理的咨询问题。

如 iPhone 6s 的一个广告语“唯一的不同，是处处都不同”，曾引起了极大争议，在全国各地都有职业索赔人向工商部门投诉。这句话读起来有点怪，因为至少 iPhone 6 与 iPhone 6s 在大小上就是一样的。从公开途径听闻苹果公司内部对此广告语是存在异议的，但最后还是采用了。公司的商业决策点可能是：如果这句话那么深入人心，可能使销量提升，而预估处罚是可以承受的，那么就认罚吧。

再如，广州恒大队曾在足球比赛时临时换了球衣上的广告，大家都知道这是违约的，但是如果法务或律师给出了风险评估，认定违约责任在可承受范围内，商业决定可能就是做。

(三) 法律人的新战场

以前的法务更多是在审合同,现在则出现了很多的项目和产品的开发需求,有更大的发挥空间。

1. 高频次需求

笔者刚入行时给三星(中国)的首席法律顾问做助理,当时三星要在中国建一个船厂,这个事情很可能几十年都不会发生一次,需要律师提供专项法律服务,法务的价值不突出。但如一个广告文案明天就要上线,或者明天公司要做商业产品上的技术改进,来不及聘请律师,只能求助于内部法务:第一,这事情能不能做?第二,如果不能做,怎么改?第三,如果无法改,风险是什么?对于这种高频次的需求,法务可以有很高的参与度。

2. 多产品线领域

目前中国的新兴行业发展十分迅猛,出现各种新型商业产品,涉及社会方方面面,而立法未及时跟进,导致法律的模糊地带很多,如网约车业务已经非常成熟,滴滴已经估值几百亿美元,如此大体量的市场仍在争论合法性问题,在互联网时代之前难以想象。对于这些新兴行业的、多产品线的公司如BAT[即百度公司(Baidu)、阿里巴巴集团(Alibaba)、腾讯公司(Tencent)],需要熟悉商业规则的法务人员为新产品出谋划策。

3. 违法责任问题

在两个领域特别明显:一个是高风险领域,如互联网金融,这个大家都了解。另一个是监管升级的领域,典型的如广告领域。在2015年修订的《广告法》出台时,有许多公司请笔者去做培训,因为以前没有出现花几百块钱做了一个广告最后被罚几十万元的情形。对广告合法性的判断,极具技术含量,是最让人头疼的问题。业务是无法判断的,这是对法务的挑战,也是机遇。

4. 开拓市场

盈利 = 营收 - 成本,这是很简单的公式。在传统意义上,营收的事情是业务部门做的事情,法务能做到的就是降低成本:一是保证营收模式合法。如果新的营收模式违法导致公司被吊销营业执照,根本就不用谈盈利了。二是降低违约风险。

在新时代的背景下,部分走在前沿的公司如一些大型互联网企业的

法务已公开承认,现在他们的法务部门不仅仅是成本部门,实际上也在创造广义上的盈利,为企业开拓市场提供了有力帮助,甚至通过参与立法来争取公司的行业地位。

四、商业价值背后的逻辑是什么?

(一)商业逻辑是什么

商业逻辑是为实现某种商业目的,基于特定逻辑构建的体系。商业逻辑的发展阶段如下表:

互联网时代的商业逻辑	4.0	招财宝……
高阶的商业逻辑	3.0	期货交易为代表的非即时交易
复杂的商业逻辑	2.0	一般等价物为中介的商品交换
简单明快的商业逻辑	1.0	原始社会以物易物

原始社会的商业目的无须赘言。一般等价物的商业目的是什么? A 有衣服 B 有食物, A 想要 B 的食物但 B 并不想要 A 的衣服,此时 A 需要有中间物(货币)去换取 B 的食物。后来发展出了期货交易,它的商业目的是让企业锁定原材料价格,使未来支出可控,如钢材的价格会产生波动,但就特定订单来说是以固定价格进行交割,从而控制了成本。虽然后来期货成了一种金融产品,但这跟初始商业目的无关。

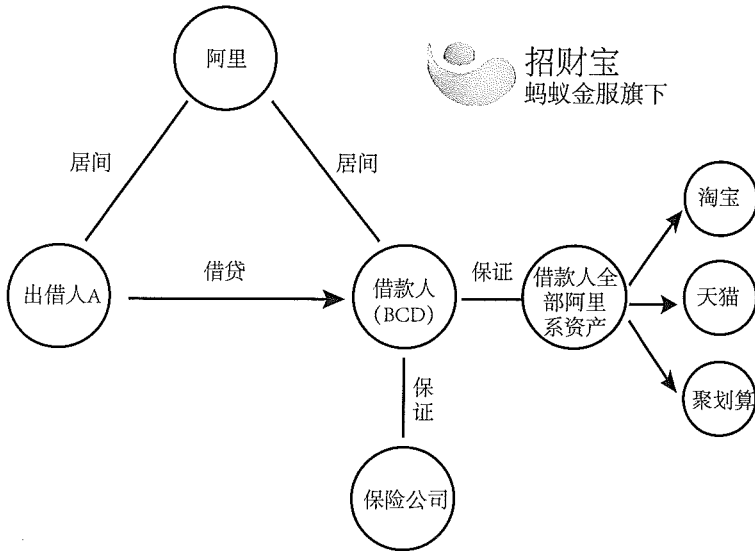
本文重点探讨互联网时代的商业逻辑,将以支付宝的一个理财产品招财宝为例。如果不认真阅读招财宝的用户规则,会认为它和一般的银行理财产品没有任何区别,但笔者认为这是一个非常值得研究的案例。

在此之前,我们先通过伊索寓言《太阳和北风》明确什么是一个成功的“商业模式”。北风和太阳的目的都是让人把衣服脱掉:北风是想通过大风把人的衣服吹掉,结果它的目的没有达到;而太阳的手段是晒,人一热就自己脱了衣服,达到了目的。太阳不是像北风那样直接想把人的衣

服脱了,而是引导人的行为让他自己脱了衣服,这才是一个成功的“商业模式”。商业目的的实现必须通过引导用户的行为。所以,商业模式的搭建是引导用户行为,使用户按照预设的行为模式去行动,从而实现商业目的。

(二) 商业逻辑举例分析

下面我们来分析招财宝的商业逻辑。下图是招财宝的法律关系结构图:



1. 本质法律关系

可见,这个理财产品实际上是借贷法律关系。由出借人(购买招财宝的用户)借钱给不特定的借款人,阿里作为居间服务人确定借款人,用户在招财宝里购买的每5000元,阿里有可能将其借给了1个人,也有可能借给了10个人,借款人需要用自己所有阿里系的资产做保证,同时保险公司给予还款担保,这就是产品的结构。在商业目的上,产品所针对的借款人是淘宝店主,由于一般淘宝交易的货款在第三方支付平台被监管1天至7天后才支付店家,这就意味着在资金的监管期里,店主的资金需求可能无法满足,而招财宝可以使网店有足够的现金流去支撑其正常运作

和扩张。

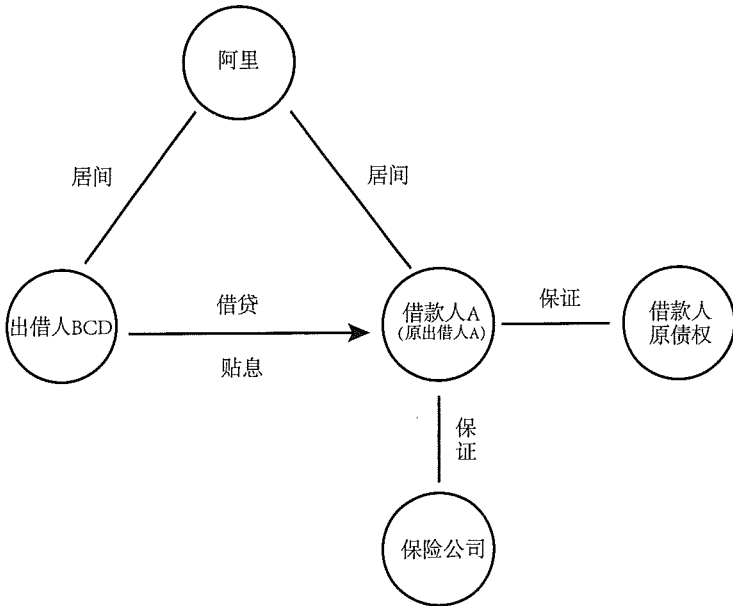
实现这个商业目的一定要通过这样的模式吗？如果我们使用最简单的模式，即阿里借钱给淘宝店主，表面上来看这种法律结构才最符合奥卡姆剃刀原则。但是，如果这样设计，首先阿里需要银行资质，其次这将会影响阿里自己的资金链，这无疑背离了这个产品的商业目的。所以，阿里采用了动用社会资金、只提供居间服务的模式。

2. 法律结构

这个结构如何正常运转？核心是需有足够多的出借人和足够多的资金。出借人的理想是：高回报、有保障、随时可以清偿。高回报是业务人员需要解决的需求，而后两个商业需求则实际上由法务解决。对债权的保障最简单的是担保，用保险公司提供还款保证，这一点一般法律人都可以想到。“随时可以清偿”才是这个产品最精妙之处，下面我们来仔细研究。

如果要实现这个目的，法律人最先想到的是在合同中约定出借人有随时要求还款的权利，但网店店主借钱是为了进货或运营，如果出借人随时要求还钱，店主可能无钱归还，这不符合招财宝的商业目的。那么，阿里能否用自己的资金给店主借款？这又回到之前的问题，会影响阿里的资金链，且如果招财宝发展迅猛，阿里的资金可能也无法满足需求。这就是为什么银行的理财产品多有六个月或一年的锁定期，但如果招财宝能够满足出借人随时清偿的要求，将能吸引更多用户购买。

阿里想出了一个规则来满足这一商业目的——变现。下图是分析用户协议得出的变现结构图：



此前借贷关系中的出借人 A 在此图中变成了借款人 A, 当 A 点击“变现”的时候, 并非解除原来的债权债务关系, 而是发起了一笔等额的新借款, A 用原债权作为这次新借款的保证, 同时还有保险公司担保。如果不仔细阅读用户协议, A 可能不会认为这是一笔新借款, 但对于 A 来说, 所拿到的这笔钱是借款还是赎回款有区别吗? 原债权到期后系统会直接将钱给新出借人, A 不用还新借款。而原债权的债务人淘宝店主, 到期后归还借款即可, 不影响资金使用。

招财宝通过两组借款法律关系满足了出借人可随时清偿的用户需求, 也实现了商业目的: 足够多的人借款, 足够多的人变现。就此来说, 暂时可能没有更好的法律结构设计了。

因此, 我们常说法律人要不忘记初心。初心是什么? 是商业目的。我们需要始终记住一定要完成客户的商业目的, 围绕这个需求来搭建商业结构。

3. 反向工程和现实顺序

上述是从招财宝的用户规则中倒推出法律结构, 对于法律人来说, 通

过现有的法律文本,倒推出其法律规则,再进一步倒推商业规则和商业目的,这种“反向工程”是很好的学习过程。从这个倒推过程我们也能感受到设计这个法律结构的难度,体会作为设计者的法律人的不易,而实际工作中法律人所面临的恰恰是这种从无到有的过程:公司负责人需要解决某个用户痛点,业务部门据此设计商业产品后,才要求法务通过法律结构设计和文本来实现商业目的。

五、如何在商业产品中搭建法律结构?

(一)合作所涉及的问题

开发一个商业产品不是公司单个部门的事情,而是需要公司内部各部门合作,因此在为商业产品搭建法律结构前,法务需要想清楚以下几个问题:

1. 合作对象

和谁合作?设计商业产品的产品经理。这是广义的产品经理,它有三个层级:调研人员、具体项目负责人、企业 CEO。在业务界,狭义上的产品经理是第二层级,但是对于法律人来说,以上都是合作对象。

2. 合作目的

一起合作干什么?合作的目的是不是防范风险,企业的根本属性是盈利,法务需要做的是要降低违法成本,降低实现商业目的所需成本。

3. 合作领域

哪些产品是法律人可以介入的领域?大致有三种:前台产品,即直接面向付费方、增加营收的产品,如美团、滴滴;后台产品,即内部风控、降低成本的产品,这是传统的法律人的领域,如提高效率的 ERP 之类的软件;营销产品,如线上线下广告、推广活动、促销活动等,涉及许多法律模糊地带。

4. 合作内容

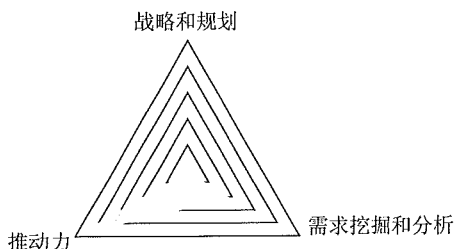
具体合规要做什么?如果把一个具体项目看作一个产品,如电视台的新产品《奔跑吧兄弟》综艺节目,涉及多个环节的合规:从商业立项到具体商业计划和决策再到执行。

在此需提示的是,法律人不是产品经理,法律人理解产品商业逻辑,是为了基于这一商业逻辑来搭建法律逻辑,辅助产品经理更好地实现商业目的,而不能基于法律人固有的法律逻辑去设计商业结构。例如,从韩国引进《奔跑吧兄弟》综艺节目,产品经理需要考虑获得授权、执行场地租赁、艺人聘用、节目制作、产品推广、售卖广告各环节,这是产品经理的逻辑线;法律人需要根据这个商业逻辑来考虑各环节涉及的法律问题,如版权转让、租赁合同、聘用合约等,并根据所面临的问题综合使用各种部门法,而非单独基于法律体系如行政法、民法、公司法等去设计法律文本。

(二)不同产品经理的配合方式

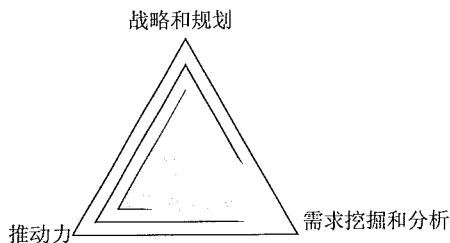
广义的产品经理分为三个层次,有相对应的不同合作方式。这里借用一个产品经理交流网站上的描绘图来具体说明。

第一,调研人员。



调研人员主要负责推动执行落实商业计划,在此层面上,法务无须从零设计法律结构图,只需根据已经成型的商业结构选择适用合适的法律文本,如起草、审核交易相关合同、公开文件等。这是法律人的传统领域。

第二,具体项目负责人。



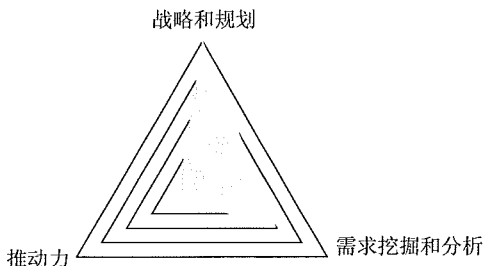
具体项目负责人将商业目的肢解成商业需求,在这个层次以前较少有法律人参与,但现在正逐渐改变。这是本文讨论的重点,也是三个层次合作方式中新时代法务最有价值、最不可取代的领域。

作为清华大学教育基金会的法律顾问,笔者遇到过一个产品设计的需求:基金会做了一个仅面向清华校友的微信募捐平台,这种针对特定人的募捐是合法的,但这个募捐在互联网上是公开的,如何解决对募集公开性的限制?在整个设计过程中笔者与产品经理一起梳理平台的每一个页面,包括需求文档、目的。比如,在某一页,笔者建议加一栏,用户需填写清华大学入学年份及曾就读院系,以保证募捐的对象只针对清华校友。这些法律人从合规角度出发的设计思路,产品经理不会考虑。如果法律人没有从设计阶段开始参与,那么产品设计结束可能就直接投放使用了。如果投放前发现不合规,还需要重新修改产品的设计架构,成本很高。

再如,前述 360 与百度的案件,如果 360 的法务从产品设计阶段即开始参与,设计免除或者减轻责任的方案,可能就能避免或减轻企业的败诉成本。

法律人需意识到,在产品的设计阶段如果业务人员不主动告知,法律人如何知道有这个产品,又何谈合规呢?一个问题是不是法律问题,这本身就是一个法律问题,需要法律人来判断。但现实中通常都是由业务人员自己判断是否需要法务的帮助,从而使许多法律问题并未进入法务的审核流程,而由业务人员无意中自行处理了。因此,法律人应该把法律意识灌输到业务层次,促使业务人员养成主动在产品初始阶段即寻求法务帮助、向法务提需求的习惯。

第三,企业 CEO。



到企业 CEO 这一层面,法律人主要是进行重大战略规划中的合规性审查,如前述三星建船厂需要尽职调查,跨国企业需要如何规避美国对中国产品禁运的法律意见。这种专项的需求低频次且需要大量人力物力投入,现阶段这个业务形态已经很成熟了,也有很多优秀的法律人,本文不在此展开讨论了。

六、法务的明天会怎样?

有一本书叫《法律人的明天会怎样》,内容虽然稍显偏激但提出了有意义的问题。我们正在见证互联网和人工智能的高速发展,如果一个律师助理耗费半天时间进行的复杂法律检索,可以依靠程序仅用十秒解决,那么律师助理的岗位可能被裁撤;人工智能进一步发展,许多资深律师的工作可能也会被取代。我们法律人的价值何在?法律人还能从事什么样的工作呢?

在笔者看来,至少在可以预想的将来,我们上面所讨论的理解商业逻辑,并搭建与之配套的法律结构以实现商业目的,是程序无法取代的。多年前会计用算盘来算账的时候,可能并不能想到拨一天算盘才能完成的工作量,现在用 Excel 等软件可一秒完成。但是会计这个行业就消失了吗?没有,只不过评判优秀会计的标准从原来的拨算盘是否快变成了是否能熟练使用软件,更进一步,是否能设计好财务架构。

法律人同理,如前述判断一个问题是不是法律问题,法律人可以主动发掘业务的法律需求,而机器则很难使人意识到所面临的是一个法律问题。最近笔者为某企业代理应对一批职业打假人起诉的案件,诉讼中发现职业打假人在起诉前即有许多迹象,如拨打公司客服电话投诉套话并录音取证。据此,笔者对公司的流程提出建议,如客服部门需频繁处理某个问题时,应及时反映到法务部,由法务作出统一的解释,而非客服自己发挥,以免日后成为对公司不利的证据。这就是法律人可以通过设计流程机制来体现其商业价值之处。当然,可能某一天也会出现关于流程机制的自动程序,即设定某些事情在触发到某种特定情况时即进入法律流程,但如能有这种程序,也必然是法律人参与创造的。因此,如果法律人

能尽量发掘自身的商业价值,紧随甚至开创时代潮流,就不会被这个时代所抛弃。

幸而,许多业界一流的法务提到他们已在向此方向努力,法务部门正在加强与企业调研人员、具体项目负责人的合作,更多地参与到项目中,也有越来越多的法律人投身于开发法律产品的商业一线,将法律逻辑直接应用到商业产品中。这些,都让人觉得法律人的明天仍是光明的。

法律职业知识储备与管理

崔琦*

一、知识储备与管理的必要性

(一)与时俱进

近年来,无论在诉讼还是非诉领域,立法、司法解释、案例、规章、行政机关和司法机关的意见、各地规范性文件、协会自治规则、以保代培训为代表的各种窗口意见,海量、密集颁布并不断更新。我国法律法规的更新周期已经从传统的八年至十年缩短为三年至五年甚至更短。例如,证监会于2014年10月颁布《上市公司重大资产重组管理办法》,后于2016年6月就该办法的修改出台了征求意见稿,2016年9月8日正式公布了修订版本。由此可见,一部部门规章的有效期限可能已不足两年。这就要求从业人员在知识和专业上要能够与时俱进。过去那种法学院毕业以后通过司法考试即可高枕无忧、靠经验办事、吃一辈子老本的观念已经不能适应法律行业现阶段的发展。

虽然最高人民法院、最高人民检察院三令五申地方法院、检察院不得制定司法解释性质文件,但事实上各地司法机关甚至它们的内设机构颁布了各种会议纪要、意见、指南、疑难解答等文件。这些文件数量庞大,在实践中往往比法律法规和司法解释对诉讼起到更为直接、重要的指导作用。另外,会计师协会、律师协会、银行业协会、证券业协会、基金业协会、银行间交

* 先声药业法务总监,微信号:cuiqi5080。

易商协会等行业自治组织发布的自治规则,以及中国证券登记结算有限责任公司(以下简称中证登)、全国中小企业股份转让系统有限责任公司(以下简称股转公司)等企业发布的内部业务规则、问题解答、指引,也同样在实践中发挥了重要的“类监管”和指挥作用。“政出多门,九龙治水”是目前法律行业客观存在的事实,是否合理、能否改变是另外一个话题,但这样的实际情况使得实践对于知识储备和管理的要求越来越高。

(二) 提高工作效率

法律工作具有层次性。如果我们能做好储备,并管理好之前的工作成果,在日后处理相同或类似业务时,能够极大地提升效率、节省时间。

(三) 优化客户体验

律师日常注意知识储备和管理,在会议中或者即时答复客户问题时,不需要翻查资料,能够脱口而出,可以极大地提升客户对自己的好感和信任度。

“脱口而出”的内容,是一名律师在对相关行业、纠纷细节、交易架构充分了解和熟悉的基础上,根据客户需求整理提炼出的精华,而不是照本宣科、法条和案例的简单堆叠。有人说,学法律的人不过是记性好、会死记硬背而已。甚至有人误以为律师就应该对所有法条滚瓜烂熟,背得越熟练说明水平越高,反之则是不称职。适当的识记当然必不可少,但律师毕竟不是数据库、复读机,除常用和关键性法条之外,没有必要以追求背诵法条为荣,否则北大法宝、威科先行等数据库岂不成了中国最大的律所?(此处仅作举例,没有对上述两家公司的不敬之意。)

二、知识储备

知识储备是管理的前提,没有充足的储备也就谈不上管理。以下是个人在知识储备方面的几点经验:

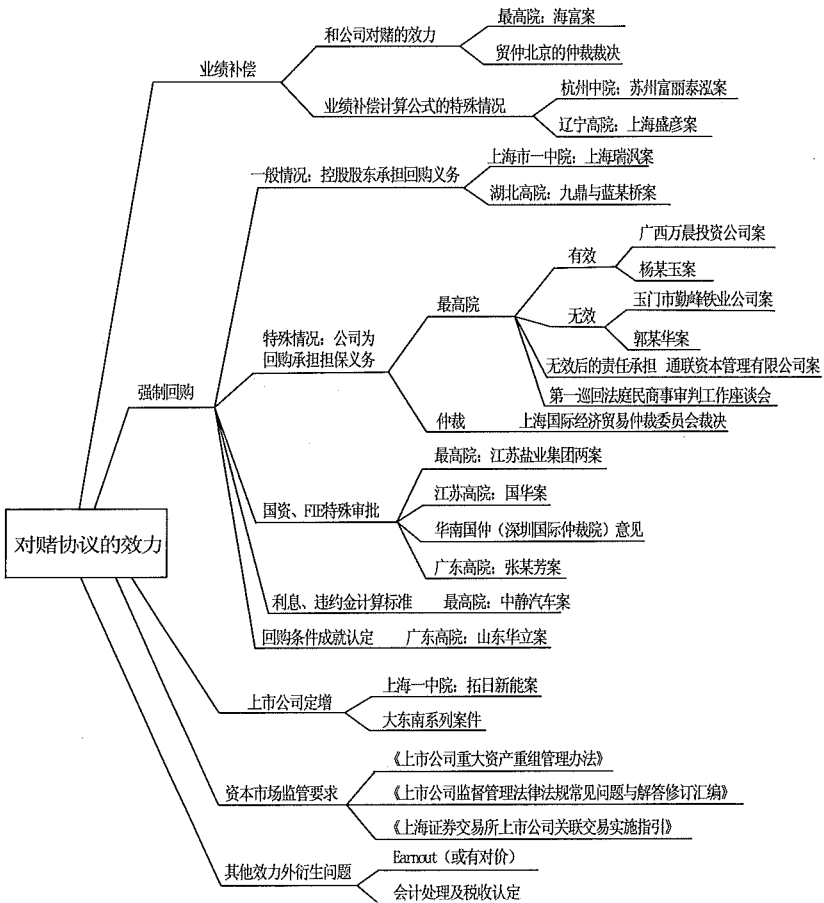
(一) “一条道走到黑”

该标题和后续出现的标题在本文中都没有任何贬义。律师在处理现有法律问题时,不能仅仅满足于解决当前问题,还要秉承“一条道走到黑”的精神,将该问题的来龙去脉、上下游知识点及相关领域全部厘清理

顺,并且持续保持高度关注、随时更新。

以下以涉及对赌协议的诉讼纠纷为例,对知识储备进行说明,同时印证知识储备和管理的必要性。

“对赌协议”的英文表述为 Valuation Adjustment Mechanism (VAM), 翻译为“对赌协议”则充分体现了中文的玄妙,一个“赌”字让人怀疑它是人人唯恐避之不及的洪水猛兽、封建社会的残留、资本主义社会的糟粕、企图毒害社会主义花朵的毒瘤。实际上,VAM 直译为“价格调整机制”,语义中性、没有感情色彩,在境外市场也是很常见的操作,主要目的是弥补投资人与公司创始人之间信息不对称的风险。



当律师与客户谈及对赌协议时,一般律师都会提到海富案[最高人民法院(2012)民提字第11号],也都能给出此案的简单结论——“与股东赌可以,与公司赌无效”。但如果律师只能谈到这些,对客户而言是不及格的表现。这是因为,一方面,海富案审判层级之高、影响力之大使其公开程度极高,即便不是法律行业从业人员也可以轻松获取信息,客户在提问之前很可能已经看过海富案的相关资料乃至判决全文、专家评析等;另一方面,海富案的终审判决由最高人民法院在2012年11月作出,关于对赌协议纠纷的司法实践在海富案之后又有很多新发展。

而与之相反,一个知识储备和管理出色的律师,会以海富案为起点,与客户继续沟通,单就对赌协议中的业绩补偿纠纷,就至少有以下三点可以补充:

1. 海富案的判决结论在仲裁领域已经被突破。中国国际经济贸易仲裁委员会于2014年审理了由通商律师事务所代理的仲裁案件[(2014)中国贸仲京裁字第0056号仲裁裁决],参照《证券法》关于公司公开发行债券时“最近三年平均可分配利润足以支付公司债券一年利息”的标准,考虑到公司在投资人根据对赌协议投资前是一人公司、业绩补偿计算标准相对合理等特殊情况,裁决控股股东与公司就业绩补偿承担连带责任,谨慎地认可了出资人和公司对赌的效力。

2. 依据对赌协议中的业绩补偿计算公式,如果接受投资的公司利润为负,则法院可能在计算业绩补偿时将利润调整为零,以免出现业绩补偿额过度超过投资额的情况。杭州中院作出的(2014)浙杭商终字第2488号判决(苏州富丽泰泓投资企业与杭州中宙科技有限公司、浙江中宙光电股份有限公司合同纠纷案)可作参考。

3. 如果按照股权投资协议中的补偿条款计算出的股权补偿款为负,依据意思自治原则,则法院可能无法支持原告就业绩补偿款的诉讼请求。辽宁高院作出的(2015)辽民二初字第00029号判决[上海盛彦投资合伙企业(有限合伙)与宋某新公司增资纠纷案]可作参考。

在业绩补偿问题之外,还能够延伸出以下问题:

1. 关于上市时间对赌、溢价强制回购的纠纷,法院倾向于支持原告根据协议约定,要求公司控股股东或实际控制人在条件成就之时,按照约

定的年化收益率(常见为8%~12%),加上本金,扣除公司已支付分红,回购投资人的股份的请求。上海一中院作出的(2014)沪一中民四(商)终字第730号判决(上海瑞沅股权投资合伙企业与连云港鼎发投资有限公司等股权转让合同纠纷案)、湖北高院作出的(2013)鄂民二初字第00012号判决[苏州周原九鼎投资中心(有限合伙)与蓝某桥、宜都天峡特种渔业有限公司、湖北天峡鲟业有限公司其他合同纠纷案]可作参考。

2. 特殊情况下,就目标公司能否为投资人和控股股东之间的股权回购提供担保的问题,涉及《公司法》第16条第2款公司为股东担保的程序问题,以及系股东之间股权转让还是对第三人的股权转让的区分,包括最高人民法院在内的各级法院的态度差异较大。持否定态度的有玉门市勤峰铁业有限公司、汪某峰、应某吾与李某平、王某刚、董某股权转让纠纷案[最高人民法院(2012)民二终字第39号],郭某华、山西邦奥房地产开发有限公司股权转让纠纷案[最高人民法院(2017)最高法民申3671号];持肯定态度的有广西万晨投资有限公司、陈某官股权转让纠纷案[最高人民法院(2016)最高法民申2970号],陈某梅与杨某玉、赤峰双源矿业有限公司股权转让纠纷案[最高人民法院(2014)民申字第1141号]。就无效后的责任分担,在通联资本管理有限公司、成都新方向科技发展有限公司与公司有关的纠纷案[最高人民法院(2017)最高法民再258号]中,最高人民法院认为,投资方未能尽到要求目标公司提交股东会决议的合理注意义务,导致担保条款无效,对协议中约定的担保条款无效自身存在过错。而目标公司在公司章程中未规定公司对外担保及对公司股东、实际控制人提供担保的议事规则,导致公司法定代表人使用公章的权限不明,法定代表人未经股东会决议授权,越权代表公司承认对原股东的股权回购义务承担履约连带责任,其对该担保条款无效也应承担相应的过错责任。投资方、目标公司对《增资扩股协议》中约定的“连带责任”条款无效,双方均存在过错,因此目标公司对原股东承担的股权回购款及利息,就不能清偿部分承担二分之一的赔偿责任。

2017年2月,上海国际经济贸易仲裁委员会对一起案件作出的裁决中进一步认可了在目标企业股东或其指定方需要向投资机构回购目标企业股权并支付股权转让款时,目标企业就上述股东的付款义务承担连带

担保责任,该类条款约定有效。

最高人民法院第一巡回法庭副庭长张勇健在2018年4月18日《贯彻落实党的十九大精神 开创巡回区民商事审判工作新局面——在第一巡回法庭民商事审判工作座谈会上的讲话》中提及:“在有限责任公司股权转让过程中,目标公司以其自有资产对股权转让款承担支付义务或担保责任,其他股东表示同意或经股东会决议的,可以认定为有效。股权受让方在此过程中滥用股东权利给公司、其他股东造成损失,或损害公司债权人利益的,应当按照公司法等有关法律的规定承担相应法律责任。”这在某种意义上也是现阶段最高人民法院的谨慎表态。

3. 涉及外商投资企业、国有企业的纠纷,如果尚未经过相关审批,法院可能认定对赌协议尚未生效,无法支持原告要求履行合同的诉讼请求。最高人民法院作出的(2016)最高法民申410、474号两份裁定,分别维持了(2015)苏商终字第0010号判决(南京诚行创富投资企业与江苏省盐业集团有限责任公司合伙协议纠纷、股权转让纠纷案)、(2015)苏商终字第00163号判决(上海阳亨实业投资有限公司与江苏省盐业集团有限责任公司、李某股权转让纠纷案),认为国有资产重大交易,应经国有资产管理部门批准,合同才生效。两案中的江苏省盐业集团有限责任公司系江苏省国资委独资的国有企业,其因对外重大投资而签订的案涉股权买卖合同需经国资管理部门审批后,合同才能生效。

江苏高院作出的(2013)苏商外终字第0034号判决(国华实业有限公司与西安向阳航天工业总公司股权转让纠纷案)认为,私募股权投资(Private Equity, PE)以股权受让方式投资并约定回购条款时,股权受让与股权回购是两个股权转让行为,如投资时外商投资主管部门在批文中仅阐明同意股权转让,未明示同意回购条款,则要求回购时尚需就回购事项签署股权转让协议并再次报外商投资主管部门审批。未获审批通过,回购条款不生效。

特别需要注意的是,华南国际经济贸易仲裁委员会(现深圳国际仲裁院)就上述问题与江苏高院持有相反意见。华南国际经济贸易仲裁委员会认为,外资审批仅与对赌协议中的股权转让条款的效力有关,与对赌协议中的其他条款(如业绩补偿条款、溢价回购条款)无关,因此不能因对

赌协议尚未经过外资审批而认定协议整体未生效。广东高院作出的(2014)粤高法民四终字第12号判决(张某芳、深圳一电实业有限公司与旺达纸品集团有限公司、林某师民间借贷纠纷案)亦持类似观点。

需要明确的是,在2016年年底开始全面推进的外商投资备案制改革,将负面清单以外的原本需要事先审批的外商投资企业股权变更事项改为了事后备案制,因此今后类似案件的裁判尺度是否应作出相应的调整,以及《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》的相关条款是继续适用还是作出相应的修改,有待进一步观察。

4. 在涉及股权回购支付的利息和违约金计算标准方面,最高人民法院在中静汽车投资有限公司与上海铭源实业集团有限公司股权转让纠纷案[最高人民法院(2015)民二终字第204号]的判决中对此作出了回应:第一,回购实质上是在双赢目标不能达成之后对投资方权益的一种补足,而非获利,故其回购条件亦应遵循公平原则,在合理的股权市场价值及资金损失范围之内,不能因此鼓励投资方促成融资方违约从而获取高额赔偿;第二,非金融机构原则不能适用罚息;第三,在已有回购利息条款补偿投资方的前提下,同时主张违约金且标准过高,法院可以依法予以调整。

5. 在回购条件成就的认定方面,广东高院作出的(2015)粤高法民四终字第224号判决(山东华立投资有限公司与新加坡LAURITZKNUDSEN ELECTRIC CO. PTE. LTD.股权转让合同纠纷案,最高人民法院第二批“一带一路”建设典型案例)认为,《股权转让协议》的内容是附事实条件的股权转让,即只有在目标公司改制成为股份有限公司后,股权回购的条件方能成就。同时进一步认为,《股权转让协议》将股改作为协议生效的先决条件,且没有约定无法完成股改时目标公司原股东的回购责任,和一般股权投资估值调整协议(也即一般的对赌协议)中将股改作为双方预设的经营目标有所不同。

6. 在上市公司定增时,由公司、控股股东、实际控制人或第三人承诺保底收益也属于广义上的对赌。就此产生的纠纷,法院视承诺主体的不同,裁判结果上亦有明显的尺度差异。在拓日新能(SZ002218)定增纠纷案中,上海一中院作出的(2013)沪一中民四(商)终字第574号判决(浙江省宁波正业控股集团有限公司与上海嘉悦投资发展有限公司与公司有

关的纠纷上诉案)认可了控股股东和实际控制人承诺效力。在大东南(SZ002263)相关定增纠纷案中,经过发回重审的绍兴中院作出的(2015)浙浙商重字第1号判决(李某与浙江大东南集团有限公司合同纠纷案)和杭州中院作出的(2014)浙杭商初字第46号判决(浙江大东南集团有限公司与沈某祥合同纠纷案)否定了控股股东作出的承诺效力,理由是后者承诺保底收益可能违反《证券法》第77条之规定,构成操纵市场。浙江高院作出的(2015)浙商终字第144号判决(李某娟等诉大东南集团有限公司合同纠纷案)则推翻了前述(2015)浙浙商重字第1号判决,认定保底条款并不违反法律、行政法规的强制性规定,且承担补偿责任的系股东而非上市公司本身,并不损害上市公司及其他人利益,这也在另一个层面反映了司法领域对于该类疑难问题裁判尺度的不统一。浙江高院作出的(2013)浙商外终字第115号判决(华某芳与杨某新委托理财合同纠纷案)则认可了第三人作出的承诺效力。

作为本话题的延伸扩展内容,实际上,即便在境内资本市场,早在海富案之前,业绩补偿也已是常见的操作方式,且已经成为监管鼓励乃至要求的必备内容。除首次公开募股(Initial Public Offerings, IPO)阶段监管仍然要求清理对赌之外,前述提及的《上市公司重大资产重组管理办法》第35条明确要求,在上市公司重大资产重组过程中,采取收益现值法、假设开发法等基于未来收益预期的方法对拟购买资产进行评估或者估值并作为定价参考依据的,交易对方应当与上市公司就相关资产实际盈利数不足利润预测数的情况签订明确可行的补偿协议。监管部门甚至连上述情况下补偿计算的方式都已经给出:^[1]

当期补偿金额=(截至当期期末累积承诺净利润数-截至当期期末累积实现净利润数)÷补偿期限内各年的预测净利润数总和×拟购买资产交易作价-累积已补偿金额;

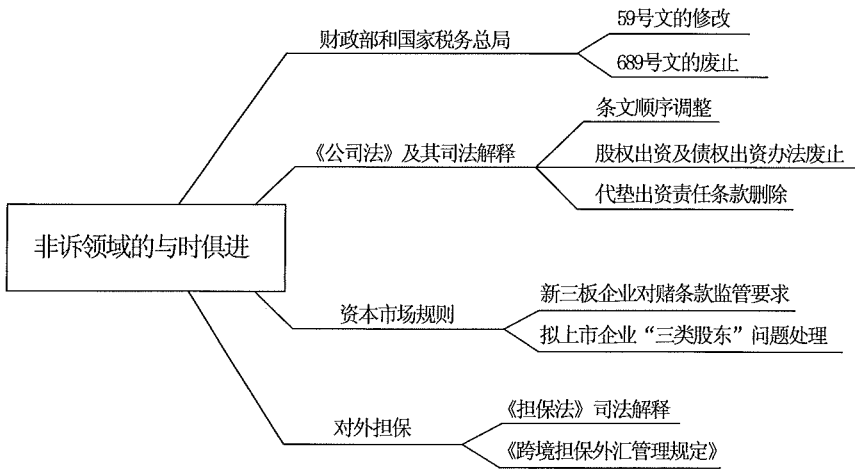
当期应当补偿股份数量=当期补偿金额/本次股份的发行价格;

[1] 《上市公司监督管理法律法规常见问题与解答修订汇编》,载中国证监会网站, http://www.csrc.gov.cn/pub/newsite/ssgsjgb/ssbssgsjgfgzc/ywzx/201509/t20150918_284146.html, 有删节,最后访问日期:2018年5月6日。

当期股份不足补偿的部分,应现金补偿。

与之类似的,《上海证券交易所上市公司关联交易实施指引》(上证公字[2011]5号)第八章亦明确规定,对于上市公司拟购买关联人资产的价格超过账面值100%的重大关联交易,上市公司应提供拟购买资产的盈利预测报告,以现金流量折现法、假设开发法等基于未来收益预期的估值方法对拟购买资产进行评估并作为定价依据的,上市公司应当与关联人就相关资产实际盈利数不足利润预测数的情况签订明确可行的补偿协议。

以上介绍了诉讼领域知识储备“一条道走到黑”的思路。非诉领域情况类似,需特别注意法律法规的修改与前后衔接。



例如,财政部和国家税务总局于2009年颁布了关于特殊税务处理的59号文,后继2014年的109号文已经将股权收购或资产收购占标的的75%下调到了50%,而59号文其他条款并无变动。如果缺乏后继关注和不断的学习,就容易出现不应出现的低级错误。类似的,还有国家税务总局7号公告对其698号文的修改等。当然更进一步的,国家税务总局公告[2017]37号已经全文废止了698号文并对7号公告作出了修改。

又如,《公司法》于2013年作出重要修正,随后最高人民法院出台司法解释修改三部公司法解释,上述法律和司法解释的部分条款有删减,如