



SEVEN DIMENSION
LAW FIRM
七方律师事务所

七方法研

学无止境·方有未来

2022年第1期 共13期

目录

民商纵横

- 01 实际施工人是否可以主张农民工工资? -----/席绪军
- 07 工程价款优先受偿权如何确认实现? -----/朱好婕
- 13 借用资质的实际施工人诉权之我见-----/甘雯雯
- 18 法律本该一身正气
——江歌母亲诉刘暖曦生命权纠纷案述评 -----/张春球
- 25 《担保函》的常见问题解读 -----/吕小萌

家长里短

- 29 出轨在离婚诉讼中的司法认定
——也谈山东高院普法文章 -----/胡晓萍

罪与罚

- 33 生物识别信息在侵犯公民个人信息罪中的定位 -----/张佰乐
- 38 如何在“黄金37天”开展有效辩护?
——以“债权人被借贷人反套路”的案件为例 -----/傅建平、张佰乐

公司治理

- 45 《公司法（修订草案）》修改意见及建议 -----/周松涛
- 69 扑朔迷离的股东资格之争
——让与担保与股权转让之甄别 -----/郑华
- 76 对《公司法（修订草案）》中人格否认制度的理解和建议 -----/七方民商法团队
- 84 遨游“元宇宙”，请系好数据安全带
——企业网络安全审查规则与规则 -----/王晓鹏

财税金融

- 92 论“名保实贷”合同效力之司法认定 -----/孙志勇
- 101 出借股票账户，后果很严重 -----/李伟锋、陈江松

聚焦劳动法

- 106 员工为父奔丧，公司以旷工为由解除被认定违法 -----/谢亦团
- 110 一文搞懂员工年终奖发放的12大问题 -----/李华平
- 119 公司破产清算，劳动者权益该如何救济？ -----/郑华、李书静

知产知否

- 124 电商平台侵权责任之司法适用 -----/孙志勇



实际施工人是否可以主张农民工工资？

作者：席绪军

【案例】

建设单位与 A 公司签署合同，将某建设工程项目中的装配式家具采购安装部分发包给 A 公司实施，A 公司与 B 公司签署了安装劳务分包合同，合同约定自 2020 年 4 月开始安装，当年 6 月底交付安装成果，B 公司安装人员于 7 月上旬撤场，A 公司已经支付合同约定价款的 97%。2021 年春节前，突然出现一些自称是农民工的人员提出 B 公司拖欠支付其工资，前往当地基层政府要求 A 公司支付农民工工资，未获得基层政府的认可，遂有两名自称班组承包人甲和乙以实际施工人的名义起诉至当地基层法院，将建设单位、建设项目总承包单位及 A 公司作为被告，要求各被告承担连带支付农民工工资义务。

甲和乙的代理人认为 B 公司没有建筑安装企业资质，故 A 公司存在违法分

包的行为，A 公司与 B 公司的合同无效。因此，甲、乙班组可以依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称“司法解释一”）的规定，突破合同相对性，要求将发包人建设单位、总承包单位及分包人 A 公司承担连带支付劳务工程款的义务。同时，甲、乙还提出按照《保障农民工工资支付条例》（以下简称“农民工工资条例”）第三十条第三款的规定：“分包单位拖欠农民工工资的，由施工总承包单位先行清偿，再依法进行追偿。”，要求 A 公司履行先行清偿义务。

实际施工人是否是农民工，是主张工程款，还是主张农民工工资？他们分别是基于什么法律关系来主张？本文结合案例与法律规定来予以分析。

【实际施工人是基于什么法律关系突破合同相对性？】

一、必须在建设工程施工领域中存在“司法解释一”规定的实际施工人概念。

由“司法解释一”的规定可知，在建设工程施工合同纠纷中，由于存在合同无效导致产生的实际施工人，可以突破合同相对性，将有效总包合同的发包人和承包人作为被告，向其主张转包人或违法分包人拖欠的工程款。发包人也同样可以突破合同相对性来向承包人、分包人和实际施工人主张，要求其承担质量连带责任。因此，认定实际施工人的前提之一就是必须在建设工程施工领域内。

案例中的装配式家具的安装不属于建设工程，不属于建设单位发包的建设工程范围内，建设单位并没有与建设项目的总承包单位签署发包合同，家具的安装工作内容也不在建设工程施工许可证认定的施工范围内，故案例的纠纷工作内容不属于建设工程范畴。

二、存在无效合同时，实际在建设项目现场从事施工的主体才是实际施工人，如果中间存在多重转包或者违法分包行为，中间环节的转包人和违法分包人都不是实际施工人。

“司法解释一”第一条规定：“建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，认定无效：（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；

（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。”

“民法典”第七百九十一条第二款、第三款规定：“总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完

成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人。禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。”

根据“司法解释一”的规定，有资质但超越资质承接项目的，签署的施工合同无效。根据“民法典”的规定，转包一律无效，即使转包给了资质更高的

施工单位，也是如此。甚至发包人都不同意承包人转包给第三人，承包人也支解工程后再分包给不同的第三人。分包则分为合法分包和违法分包，禁止再分包行为，即使再分包的施工企业有资质，也属于无效合同，此时的实际施工企业也是法律规定的实际施工人，因此，实际施工人未必一定就是无建筑业企业施工资质的主体。

班组承包人能否成为实际施工人呢？实践中存在以所谓的内部承包协议来规避违法分包的认定，违法分包人将施工任务完全的交给班组承包人来组织实施，包括施工人员的招募、管理和工





资的发放，都由班组承包人来承担，违法分包人并不承担现场的施工管理工作。而企业内部车间班组的生 产责任制承包则是在企业内部为了奖勤罚懒，奖励先进的生产管理措施，企业仍然承担职工的劳动人事管理责任，班组承包人和班组成员仍然与企业存在劳动关系。而建设工程实践中，建筑企业并没有与班组承包人形成劳动关系，其与班组承包人签署的所谓内部承包协议或者班组承包协议，实质就是建筑劳务的再分包行为。因此，笔者认为，班组承包人可以成为实际施工人的代表，作为实际施工人主张相应的合法权益，或者说实际施工人可以是 以自然人包工头为首的施工队（班组）。

案例中，该家具安装工作作为承揽业务发包给了 A 公司，但该家具安装工作无需承揽人有建筑业企业资质，故 A 公司将其中的安装劳务工作交由 B 公司实施，并不违反法律规定。甲、乙无权以实际施工人的名义向建设单位、总承包单位和 A 公司主张工人工资，或者说甲、乙不具备建设工程领域实际施工人的法律地位。

综上，建设工程的实际施工人还是基于建设工程发承包合同关系来突破合同相对性的，只不过是 由于发承包合同无效的法律后果导致的，其基础法律关系还是建设工程施工合同关系，案由也是建设工程施工合同纠纷。

【农民工主张工资是基于什么法律关系？】

一、农民工主张工资权益是基于劳动关系中的劳动者获得报酬的权利。

在“农民工工资条例”出台之前，建筑业大量的使用农民工，但是建筑企业与农民工之间形成的是 什么法律关系，从未明确过。在计划经济时代，国有的建筑企业施工队伍的工人都是与企

业存在劳动关系的职工，改革开放之后，企业转变经营和用工方式，建筑企业不再与农民工建立劳动关系，而是采取将建筑劳务外包给包工头带领的 施工班组，人员由包工头招募和管理使用，企业只与包工头进行劳务工程款的结 算，此举虽然减轻了企业的用工压力，

但由于建设单位建设资金不足、施工企业挪用工程款等多种因素导致农民工无法从包工头处拿到工资，引发大量的农民工讨薪事件，造成社会不稳定现象频发。

“农民工工资条例”第二十八条规定：“施工总承包单位或者分包单位应当依法与所招用的农民工订立劳动合同并进行用工实名登记，具备条件的行业应当通过相应的管理服务信息平台进行用工实名登记、管理。未与施工总承包单位或者分包单位订立劳动合同并进行用工实名登记的人员，不得进入项目现场施工。”因此，农民工与建筑企业之间形成的是劳动合同关系，主体是农民工个人，主张工资也应当有农民工本人来向企业主张。

二、农民工主张的拖欠工资的合法途径。

1. 农民工可向有关行政管理部门举报用人单位的拖欠农民工工资的行为，并要求行政机关予以处理。

根据“农民工工资条例”第七条的规定可知，该条例是各行政管理部门查办督办拖欠农民工工资违法行为的法律依据。第六章“法律责任”则明确规定用人单位存在相关违法行为时，由各行

政执法部门对其进行行政处罚。行政机关可以根据“农民工工资条例”责令有清偿义务的单位，先行履行清偿义务，再向责任单位或自然人追偿。

2. 农民工也可以向人民法院起诉主张各责任单位履行支付或者先行清偿义务。

根据“农民工工资条例”第二条规定：“本条例所称农民工，是指为用人单位提供劳动的农村居民。”，由此规定可知，权利主体为提供劳动的农村居民，任何单位或包工头都不能代农民工主张工资，如是城镇居民为建筑企业提供劳动主张报酬，则应当通过劳动仲裁和诉讼来依法主张用人单位拖欠的工资，而不能援引“农民工工资条例”主张权益。

案例中，甲是城镇居民，乙虽是农村户籍，但已来上海工作十几年，在上海办理居住证，并在上海购房购车，根据国务院《居住证暂行条例》第三条：

“居住证是持证人在居住地居住、作为常住人口享受基本公共服务和便利、申请登记常住户口的证明”，乙已经不符合“农民工工资条例”中对农民工的定义，其已经享受城镇居民的待遇。甲、乙都没有为用人单位提供劳动，都是作

为劳务合同再分包人的面目出现的，其主张的是几十万元的劳务费，而非其农民工工资。因此，甲、乙主张A公司先

履行农民工工资的清偿义务，没有事实和法律依据。



综上，农民工是作为劳动者来主张工资的，依据的是劳动法律关系，并非劳务分包合同关系，虽有法律规定的先行清偿义务主体，但农民工必须符合法律规定的主体条件，并证明提供劳动和欠付工资的法律事实。

由此可见，实际施工人是不能在同一个案件中同时主张农民工工资的，二者适用的法律关系不同，且权利主体也不同，没法在同一个案子中同时主张，只能是由不同的权利主体分别主张。



席绪军 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方建设工程与房地产法律服务部 主任
上海律协建设工程与基础设施业务研究委

员会 委员

上海市工商联房地产商会法律分会委员

中国商务部国际经济合作局评标专家

注册一级建造师

注册监理工程师

注册投资咨询工程师

业务领域：建设工程、房地产、经济纠纷

联系方式：136 4172 0676



工程价款优先受偿权如何确认实现？

作者：朱好婕

工程价款优先受偿权如何确认实现是实务中经常遇到的难题，本文以最高院发布的第30批指导性案例之六【案号(2019)最高法民终255号】为例，结合实践经验，向各位略作介绍。

案情简介

2013年6月26日，河南恒和置业有限公司（以下简称“恒和公司”）与中天建设集团有限公司（以下简称“中天公司”）签订《恒和国际商务会展中心工程建设工程工程施工合同》，约定由中天公司对位于洛阳市洛龙区开元大道的恒和国际商务会展中心工程（以下简称“案涉工程”）进行施工，竣工之日为2015年12月，双方在合同中对工期、工程价款、违约责任等其他有关工程事项进行了约定。合同签订后，中天公司进场施工。施工期间，因恒和公司拖欠工程款，2013年11月12日、11月26日、2014年12月23日中天公司多次向恒和公司送达联系函，请求恒和公司立即支付拖欠的工程款，按合同约定支付违约金并承担相应损失。

2014年4月、5月，恒公司与德汇

工程管理（北京）有限公司（以下简称“德汇公司”）签订《建设工程造价咨询合同》，委托德汇公司对案涉工程进行结算审核。2014年11月3日，德汇公司出具《恒和国际商务会展中心结算审核报告》。恒和公司、中天公司和德汇公司分别在审核报告中的审核汇总表上加盖公章并签字确认。

2014年11月24日，中天公司收到通知，河南省焦作市中级人民法院依据恒和公司其他债权人的申请将对案涉工程进行拍卖。2014年12月1日，中天公司向河南省焦作市中级人民法院提交《关于恒和国际商务会展中心在建工程拍卖联系函》中载明，中天公司系恒和国际商务会展中心在建工程承包方，自项目开工，中天建设集团有限公司已完

成产值 2.87 亿元工程，中天公司请求依法确认优先受偿权并参与整个拍卖过程。中天公司和恒和公司均认可案涉工程于 2015 年 2 月 5 日停工。

2018 年 1 月 31 日，中天建设集团有

限公司向河南高院提起诉讼，请求解除其与恒和公司之间签订的《建设工程施工合同》并请求确认恒和公司欠付中天建设集团有限公司工程价款及优先受偿权。

裁判结果

一审法院判决确认河南恒和置业有限公司欠付中天建设集团有限公司工程款 288428047.89 元及相应利息（以 288428047.89 元为基数，自 2015 年 3 月 1 日起至 2018 年 4 月 10 日止，按照中国人民银行公布的同期贷款利率计付），且

中天建设集团有限公司在工程价款 288428047.89 元范围内，对其施工的恒和国际商务会展中心工程折价或者拍卖的价款享有行使优先受偿权的权利。恒和公司不服一审判决，向最高人民法院上诉。二审法院驳回上诉，维持原判。

律师分析

上述案例中，恒和公司在一审和二审皆提出中天公司行使案涉建设工程价款优先受偿权超过法律规定期限的抗辩理由，主张法院应驳回中天公司对于工程价款优先受偿权的诉请。

恒和公司提出双方合同约定的案涉工程竣工之日为 2015 年 12 月，根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第四条的规定，中天公司最迟应于 2016 年 6 月对案涉建设工程行

使优先受偿权。但中天公司自约定的竣工之日至提起本案诉讼期间，一直未就案涉工程主张过优先受偿权。根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》第二十二条明确规定，承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限为六个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起算。即使将中天公司关于《审核报告》应作为双方结算依据的主张成立，则本案发包人应当给付建设

工程价款之日应为《审核报告》标明的日期即 2014 年 11 月 3 日，至迟不应超过 2015 年 2 月 5 日停工之日。中天公司行使优先受偿权的除斥期间截止日期应为 2015 年 5 月 3 日或 2015 年 8 月 5 日之前。

恒和公司认为根据最高人民法院的相关判例，建设工程价款优先受偿权的行使期限属于除斥期间，且承包人需在法定期限内通过诉讼的方式予以主张。中天公司于 2017 年 4 月 26 日提起本案诉讼，已经超过 6 个月的法定期限。中天公司未在 6 个月除斥期间内以诉讼方式主张优先受

程价款优先受偿权的方式。对此，本文分为以下两个问题探讨：

一、工程价款优先受偿权是否必须通过诉讼或仲裁确认？能否以发函方式行使？

司法实践中对于该问题存在争议。一种观点认为行使工程价款优先受偿权必须通过诉讼或仲裁程序。该优先权不仅涉及承包人与发包人之间的债权债务关系，更可能影响发包人其他债权人的权益，而该优先权系法定权利，属于法律直接赋予当事人享有的，目前就此优先权尚不存在登记等公示制度，其他债权人难以获知，更难以采取合理措施来保障自己的合法权益。通过审判机构的审查机制，可以很大程度上有效避免发包人与承包人之间恶意串通、损害他人利益。

《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第 18 条就明确规定，承包人通过提起诉讼或申请仲裁的方式，主张建设工程价款优先受偿权的，属于行使建设工程价款优先受偿权的有效方式。承包人通过发函形式主张建设工程价款优先受偿权的，不



偿权，其优先受偿权主张不应得到支持。

探究中天公司在除斥期间内是否主张过优先受偿权这个问题的根本在于中天公司的书面发函行为是否属于行使工

认可其行使的效力。

通过审判程序确认工程价款优先权，可有效保障程序严谨公正，但同时也存在耗时长、司法资源浪费以及当事人不愿诉讼或疏于诉求的问题，导致该制度一直处于“休眠”状态。

另一种观点则认为允许承包人采取发函宣示、协商折价、申请法院拍卖等非诉讼方式行使工程价款优先受偿权，可以有效激活该优先权制度的作用，通过有助于节约司法资源、减少当事人成本、更高效地化解矛盾。

《民法典》第八百零七条规定承包人可以与发包人协议将建设工程折价或者请求法院依法拍卖。据此可以看出，工程价款优先权的实现方式并不限于诉讼或仲裁。在不违反法律强制性规定的情况下，我国法律允许发包人、承包人就建设工程价款优先受偿权协商，承包人也可直接向人民法院申请依法拍卖。上述案例的裁判结果也明确了承包人可以通过发函等方式行使工程价款优先受偿权。

因此，优先受偿权的行使既可以通过

诉讼或仲裁，也可以通过非诉讼方式。为了防止发包人与承包人恶意串通、逃避其他债权人的债务，法院可加大对双方达成的调解协议的真实性的审查，重点审查工程款数额是否真实合理，竣工记录等相关材料是否存在伪造。



二、在执行阶段，承包人能否通过非诉讼途径实现工程价款优先权？

当承包人收到法院即将执行所建工程的通知时，无疑可以通过诉讼或仲裁的方式主张工程价款优先受偿权及案涉工程款具体金额。若未经纠纷解决程序，承包人能否直接向执行机构主张工程价款优先受偿权呢？

在上文中已经提到承包人无论是通过诉讼方式还是非诉讼方式均可主张工

人价款优先受偿权，执行阶段也不例外，但是该优先权能否得到执行机关确认得以直接实现需要根据具体情况而言。

一方面，工程价款优先受偿权的认定涉及到工程价款优先受偿的范围以及其他债权人的实体权益，若执行机构对这些实体问题直接裁判有悖审执分离的基本原则，有“自审自执”之嫌。

另一方面，若执行机构在执行过程中直接认定建设工程价款优先受偿权，如当事人有异议，也没有充分救济的措施和途径。

此外，若涉及到优先权部分的具体金额，执行机构亦需另行委托审计机构或鉴定机构进行审计或鉴定，势必影响执行效率。

为了避免上述种种问题，目前司法实践中法院在执行阶段收到工程价款优先受偿权申请时，一般分两种情况处理：若经审查承包人提供的建设工程材料均合法有效，既足以证明被执行人欠付工程款具体金额且被执行人对该金额无异议的，同时未发现存在承包人与被执行人恶意

串通、损害他人合法权益的情况下，法院应准许承包人优先受偿。

若是无法满足上述全部条件，执行机构无法直接判断承包人是否可以优先受偿以及优先受偿的具体金额，承包人仍需另行起诉，待产生诉讼结果后执行机构再继续执行分配程序。

我们仍以上述案例为例，承包人中天公司于2014年11月24日收到河南省焦作市中级人民法院对案涉工程的拍卖通知，于2014年12月1日，向该院提交《关于恒和国际商务会展中心在建工程拍卖联系函》，请求依法确认对案涉建设工程的优先受偿权。2015年2月5日，中天公



司对案涉工程停止施工，并于2015年8月4日向恒和公司发送《关于主张恒和国际

商务会展中心工程价款优先受偿权的工作联系单》，要求对案涉工程价款享有优先受偿权。因书面发函通知系行使工程价款优先受偿权的方式之一，且中天公司是在6个月除斥期间内向执行法院主张优先受偿权的，并未超过法定期限，故发包人恒和公司主张的中天公司未在6个月除斥期间内以诉讼方式主张优先受偿权，其优先受偿权主张不应得到支持的上诉理由不能成立。

本案中，虽然中天公司是在2018年1月31日提起诉讼，此时已明显超过除斥期间，但并不影响中天公司已在除斥期间

内行使了建设工程价款优先受偿权。

由于恒和公司对于案涉工程价款金额有异议、双方无法达成一致，执行法院亦不能“以执代审”直接判断，故仍需中天公司另行起诉，待诉讼结果出来后，执行法院再继续执行分配程序。

目前，关于工程价款优先受偿权尚有许多存在争议以及需要完善的部分，诸如特别程序在执行阶段的具体适用、与其他权利竞合时序位、是否需要登记及登记的作用等等。工程价款优先受偿权制度实行过程中的诸多困惑和难题，有待诸位更深入的探讨和研究。



朱杼婕 律师

上海七方律师事务所 律师

七方建设工程与房地产法律服务部

律师

业务领域：建设工程房地产、商事

仲裁、企业合规

联系方式：138 1614 2289

借用资质的实际施工人诉权之我见

作者：甘雯雯

笔者在之前的文章中浅析了最高人民法院民一庭于2022年1月7日在微信公众号上发表的原创文章：《建工解释（一）》第四十三条规定的实际施工人不包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人，这一观点的发布使得建设工程施工纠纷中适用《建工解释（一）》第四十三条的情形少之又少，借用资质的实际施工人被明确排除在适用情形之外。

同一天，最高人民法院民一庭在微信公众号上发布如下文章：

最高法院民一庭：借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿

原创 最高法院民一庭 最高人民法院民一庭

2022-01-07 11:20

文章认为

没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与发包人签订建设工程施工合同，在发包人知道或者应当知道系借用资质的实际施工人进行施工的情况下，发包人与借用资质的实际施工人之间形成事实上的建设工程施工合同关系。

该建设工程施工合同因违反法律的强制性规定而无效。

《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿

承包人。”

因此，在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

工人是否有权请求发包人支付工程价款一直存在不同认识。最高人民法院民一庭在文章中明确了借用资质的实际施工人有权请求发包人就工程价款折价补偿的一个前提条件是：发包人知道或者应当知道建设工程系借用资质的实际施工人进



审判实践中，对于借用资质的实际施工人进行施工。

典型案例

最高人民法院民一庭的这一观点有审判实务的支撑，在此前的司法审判实践中已有适用，相对成熟，比如：最高人民法院（2019）最高法民终1350号“陈某与阜阳创伤医院、阜阳民生医院、江西建工第四建筑有限责任公司建设工程施工合同纠纷案”。

案情简介：2015年5月26日，医院

与江西四建签订一份《建设工程施工合同》，合同签订后，案涉工程由陈某以江西四建的名义进行实际施工。江西四建委派项目经理杨某进行现场管理，两医院支付的工程款均汇入合同约定的江西四建的账户，再由江西四建支付给陈某。案涉工程于2018年2月24日开始综合验收，经建设、施工、设计、勘察、监理单位等验

收合格，并已交付使用。庭审中，江西四建、陈某均申明双方系挂靠关系，陈某系案涉工程实际施工人。两医院对此不持异议。

法院认为：陈某与江西四建之间形成挂靠关系。在处理无资质的企业或个人挂靠有资质的建筑企业承揽工程时，应进一步审查合同相对人是否善意、在签订协议时是否知道挂靠事实来作出相应认定。如果相对人不知晓挂靠事实，有理由相信承包人就是被挂靠人，则应优先保护善意相对人，双方所签订协议直接约束善意相对人和被挂靠人，此时挂靠人和被挂靠人之间可能形成违法转包关系，实际施工人可就案涉工程价款请求承包人和发包人承担相应的民事责任；如果相对人在签订协

议时知道挂靠事实，即相对人与挂靠人、被挂靠人通谋作出虚假意思表示，则挂靠人和发包人之间可能直接形成事实上的合同权利义务关系，挂靠人可直接向发包人主张权利。即无论属于上述何种情形，



均不能仅以存在挂靠关系而简单否定挂靠人享有的工程价款请求权。

结合上述的案例，再来研究最高人民法院民一庭的原创文章，我们可以将借用资质的实际施工人区分为两种情形：

一、发包人知道或者应当知道建设工程系借用资质的实际施工人进行施工

在此种情形下，借用资质的实际施工人与发包人之间从某种程度上来说已经达成了建设工程施工的合意，直接形成

事实上的合同关系，虽然出借资质人与发包人之间的建设工程施工合同无效，但是借用资质的实际施工人在建设工程验收合格的前提下，可以请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

二、发包人不知道建设工程系借用资质的实际施工人进行施工

这种情形下，笔者认为，实际施工人与出借资质人之间的关系应认定为转包关系而非借用资质（挂靠）关系。

承包人与实际施工人之间究竟是挂靠关系还是转包关系在司法审判实务上一直有争议。笔者认为，两者的区别可以从实际施工人介入工程项目的时间点加以区分。如果在工程承接之前或者承接之时，实际施工人就已参与投标、合同订立等缔约磋商阶段的活动或者实际操纵工程项目，应认定为借用资质；如果实际施工人是在发包人不知情、承包人与发包人签订建设工程施工合同之后才与承包人达成由实际施工人负责施工的合意的，应认定为转包。

若认定出借资质人与实际施工人之间存在一层转包关系而非挂靠关系，这种情形下的一层转包则可以参照最高人民

法院民一庭发表的上一篇文章的观点，适用《建工解释（一）》第四十三条的规定：“实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

值得一提的是，这两种情形下，实际施工人的请求权基础是不同的，向发包人主张的工程价款范围亦不同。情形一，实际施工人可以直接请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿；情形二，实际施工人仅在法院查明发包人欠付转包人建设工程价款的数额后，在发包人欠付建设工程价款范围内受偿。

律师提醒

最高人民法院民一庭的文章所表达的观点，意味着借用资质的实际施工人在向发包人请求参照合同关于工程价款的约

定折价补偿之时必须举证证明发包人知道或者应当知道借用资质的事实。结合上文所述，可以从以下情形着手认定：借用



资质的实际施工人前期是否直接联系发包方？是否直接参与招投标和建设工程施工合同的订立？是否向发包人披露建设工程由其实际施工？

对于发包人而言，则应该回避参与实际施工人借用资质挂靠施工的行为实施过程。施工过程中，严格遵守合同相对性，明确合同履行的相对方为承包人而非实际施工人，避免被法院认定为发包人默认或者知晓实际施工人借用资质挂靠施工。

最高人民法院民一庭两篇原创文章所发表的观点，初看是对建设工程领域借用资质的实际施工人的工程款请求权的进一步规范，实际对建设工程合同纠纷中发包人如何抗辩也有很大影响，下期笔者将从发包人视角分析个中风险及如何防范。

如有不同观点，欢迎交流指正。

*本文部分内容转自“最高人民法院民一庭微信公众号”。



甘雯雯 律师

上海七方律师事务所合伙人

七方建设工程与房地产法律服务部 律师

业务领域：民商事、建设工程与房地产、
企业合规

联系方式：135 6475 028

法律本该一身正气

——江歌母亲诉刘暖曦生命权纠纷案述评

2022年1月10日，青岛市城阳区人民法院对原告江秋莲（江歌母亲）与被告刘暖曦（原名刘鑫）生命权纠纷案作出一审判决：被告刘暖曦于判决生效之日起十日内赔偿原告江秋莲各项经济损失496000元及精神损害抚慰金200000元，并承担全部案件受理费。

案件回放

2016年11月2日下午，陈世峰（刘鑫前男友）了解到刘鑫独自在家，便前往大内公寓201房间，要求与刘鑫见面，刘鑫得知是陈世峰后，便通知江歌赶快回家为其解围。江歌匆忙赶回家后提出报警，但被刘鑫阻止，刘鑫的理由是，她居住在江歌的公寓，按照日本法律不合法。

当日下午15点03分，独自在家刘鑫听见有人按门铃，担心被外人发现自己住在江歌的公寓，便向江歌求助解决办法。

15点09分，刘鑫发现门外按门铃的人是陈世峰，便给江歌发信息，要她快回来替自己解围。江歌得知后意识到可能出现的风险，提出报警，但再次被刘鑫阻止。

16点15分，江歌回到大内公寓，在帮助刘鑫解围后，江歌陪同刘鑫走出公寓，江歌要去上课，刘鑫要去打工，两人同行到地铁站。

16点33分，刘鑫和江歌到达地铁站，陈世峰尾随在后。在乘坐地铁过程中，陈世峰一直近距离尾随刘鑫，同时给刘鑫发微信，以公开其不雅照

片隐私为要挟，但其要求遭到了刘鑫的拒绝，可陈世峰并没有停止尾随。

17点04分，陈世峰继续跟随刘鑫，进入电车，前往刘鑫打工目的地。18点左右，陈世峰尾随刘鑫到达打工地点，站在门口不肯离去。

为了让陈世峰死心，刘鑫与打工店的林某沟通好，让林某冒充男友。18点10分，刘鑫当面向陈世峰介绍林某为其男友，陈世峰因此怒火中烧离开打工店。被激怒的陈世峰在19点04分向刘鑫发出了最后通牒，称“如果你跟他好了，我会不顾一切。”

随后，陈世峰开始为行凶杀人做准备，购买了刀具和高度威士忌酒。

当日22点57分，陈世峰回到东中野车站，于23点至23点40分左右，在江歌家附近踩点，寻找合适藏身的地方，最终选择在公寓的三层藏身，等待刘鑫的到来。

刘鑫对于陈世峰的暴力非常担心和害怕。23点，刘鑫打工结束。在打工回家路上，刘鑫看到了陈世峰刚才极具威胁的留言，刘鑫向陈世峰回应，询问陈世峰的真实目的如何，但两人并未谈妥。



23点13分，为了避免单独会面的危险，刘鑫发信息向江歌求助。

23点31分，刘鑫收到了来自陈世峰的语音留言，在陈世峰的语音背景中传来了电车轨道的声音。因为陈世峰家附近没有电车，只有江歌家位于轨道附近，刘鑫判断出，陈世峰就在江歌家附近。

为了保证自己不受伤害，避免自己落单，刘鑫连续给江歌发去多个信息，确定了和江歌会合在地铁站A3出口，但并没有向江歌透露陈世峰可能埋伏在其公寓附近的事情。

江歌在地铁站等待刘鑫大约一个小时后，两人一起向公寓走去。此时刘鑫清楚知道陈世峰埋伏在附近，时刻保持警惕。0点15分，二人一起上楼，刘鑫走在前面，她察觉到陈世峰可能藏身在三楼，便快速掏出钥匙冲向201房间，江歌紧随其后。

刘鑫进入房间后，江歌的一只脚已经跨入房门。根据陈世峰的供述，江歌被刘鑫从里面推出，随后刘鑫将

房门锁死。陈世峰用暴力控制了江歌，按压门铃持续敲击房门。非常害怕的刘鑫此时报警，在警方的录音中，刘鑫曾对门外陈世峰说：“把门锁了，你不要骂了。”

听到这句话后，绝望的陈世峰将行凶目标转向江歌，向江歌捅刺了11刀。零点17分40秒左右，在刘鑫报警后1分38秒时，江歌发出最后一声惨痛的尖叫。

江歌终因左颈总动脉损伤失血过多，经抢救无效死亡。

江歌遇害后，江秋莲与刘暖曦因江歌死亡原因及过错等产生争议，刘暖曦还通过网络方式对江秋莲发表过刺激性言语，如刘暖曦在新年来临之际向江秋莲发送“阖家团圆”等不当言语。江秋莲遂向法院提起诉讼，请求判令刘暖曦赔偿江秋莲死亡赔偿金、丧葬费、误工费、交通费、住宿费、签证费等各项经济损失及精神损害抚慰金，共计2070609.33元，并承担全部诉讼费用。



法院认为

法院审理认为，刘暖曦作为江歌的好友和被救助者，对于由其引入的侵害危险，没有如实向江歌进行告知和提醒，在面临陈世峰不法侵害的紧迫危险之时，为求自保而置他人的生命安全于不顾，将江歌阻挡在居所门外被杀害，具有明显过错，应当承担相应的民事赔偿责任。综合考量本案的事发经过、行为人的过错程度、因果关系等因素，法院对江秋莲主张的有证据支持的各项经济损失 1240279 元，酌情支

持 496000 元。本案中，江歌在救助刘暖曦的过程中遇害，江秋莲失去爱女，因此遭受了巨大伤痛，后续又为赴国外处理后事而奔波劳碌，而刘暖曦在事发后发表刺激性言论，进一步伤害了江秋莲的情感，依法应承担精神损害赔偿。法院根据行为情节、损害程度、社会影响，酌情判令刘暖曦赔偿江秋莲精神损害抚慰金 200000 元。

律师评析

刘暖曦仅仅是见死不救吗？

假如凶手是江歌的前男友，刘暖曦见死不救，对其至多是道德谴责。但本案中刘世峰是刘暖曦的前男友，其本来意图是向刘暖曦索命，江歌为她挡了刀，等于救了她一命，其死亡危险是由刘暖曦关门闭锁的行为造成，那就不是简单的道德义务，而是法律责任了。基于民法诚实信用基本原则和权利义务相一致原则：在引入侵害危险、维持危险状态的人，负有采取必要合理措施以防止他人受到损害的安全保

障义务；在形成救助关系的情况下，施救者对被救助者具有合理的信赖，被救助者对于施救者负有更高的诚实告知和善意提醒的注意义务。本案中，作为被救助者和侵害危险引入者的刘暖曦，对施救者江歌并未充分尽到注意和安全保障义务，具有明显过错，理应承担法律责任。

如果刘暖曦仅仅是见死不救，确实无法用法律惩罚她。她当年敢对江歌妈妈说自己没错，并向江秋莲发送刺激性言论，她的底气可能就在于此，她自以为是懂法

的，见死不救至多是道德谴责，法律奈何不了她。不过她对法律还是一知半解，且毫无良知和道义可言。面对失去爱女的江秋莲，刘暖曦非但不积极弥补自己的过错，反而恩将仇报用不当言论刺激江歌妈妈，可见愚蠢和恶毒往往是孪生兄弟。

如果当时刘暖曦能真诚道歉，积极抚慰江歌妈妈，但凡不说那些刺激江歌妈妈的话，求得原谅，江秋莲或许也不会起诉刘暖曦。在危机时刻的怯懦可以理解，但在危机消失后的恶毒则无法原谅。



本案裁判依据

本案属于侵权之诉。在侵权之诉中，法院需要论证的重点是被告刘暖曦有没有过错及过错之大小，进而引用《民法典》第 1165 条【过错责任原则】。然而，过错并非过于自信或者疏忽大意这

么简单，过错本质上是一种法律化的道德评价，且在不同的个案中有不同的内涵。

在本案中，值得赞扬之处在于，法官恰如其分地平衡了评价和法律推理

之间的关系，以避免出现泛道德化的裁判。一方面，结合案情，引入道德标准认定被告存在过错；另一方面，只判决被告承担经济损失的 40%即次要责任。换句话说，如果仅从道德角度出发，可以给被告极度否定的评价，但是，从法律层面考量，由于造成江歌死亡的直接原因是第三人陈世峰的犯罪行为，故被告刘暖曦承担的民事责任不应超过 50%。

而 20 万的精神损害赔偿，虽已是国内判例的顶格边际，但笔者认为还有空间。因为区区 20 万，无论如何也不能弥补一个妈妈在痛失爱女后还要遭受

来自被施救者的二次伤害所要承受的精神负担。



本案现实意义

江歌妈妈针对本案判决曾讲过这样一段发人深省的话：如果胜诉，我会教育孩子们不要做刘鑫那样的人；如果败诉，我会教育孩子们不要做江歌那样的人。这是一个近乎绝望母亲的肺腑之言。在现实生活中，我们往往习惯于明哲保身，习惯于事不关己高高挂起，江歌的义举显得尤为难能可贵……

当他人危险来临，或身陷困境，我

们是出手相救还是隔岸观火；我们教育下一代，是袖手旁观还是见死不救，是坚守道德底线还是放任自流……

正如本案法官在判决书最后如是说：扶危济困是中华民族的传统美德，诚信友善是社会主义核心价值观的重要内容。江歌作为一名在异国求学的女学生，对于身陷困境的同胞施以援手，给予了真诚的关心和帮助，并因此受到

不法侵害而失去生命，其无私帮助他人的行为，体现了中华民族传统美德，与社会主义核心价值观和公序良俗相契合，应予褒扬，其受到不法侵害，理应得到法律救济。刘暖曦作为江歌的好友和被救助者，在事发之后，非但没有心怀感恩对逝者亲属给予体恤和安慰，反而以不当言语相激，进一步加重了他人的伤痛，其行为有违常理人情，应予谴责，应当承担民事赔偿责任……

法律是最低的道德，司法裁判守护的是社会道德底线。我们之所以对一个年轻、善良生命的离世充满了惋惜，对救助者及其亲人所承受的种种诋毁和攻击充满了不平和愤怒，正是基于对人伦道德底线的坚守，对正义的信仰。让为善者获得尊敬，不辜负其带给世界的温暖；让作恶者受到惩戒，必让其付出应有的法律代价。



张春球 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与投融资法律服务部 律师

中国中小企业协会调解中心 调解员

业务领域：公司商事 诉讼与争端解决

联系方式：158 0056 0008

《担保函》的常见问题解读

作者：吕小萌

明峰公司与金富公司第一次合作，虽然合作之前明峰公司已经调查过金富公司的情况，并没有什么问题，但明峰公司还是希望金富公司能够以自有资产为双方的合作提供担保。金富公司很爽快地答应了，没几天就向明峰公司出具了下面这份《担保函》。拿到《担保函》后，明峰公司又犯嘀咕了：这《担保函》怎么跟常见的担保合同不太一样？这样担保有效力吗？

明峰公司针对《担保函》提出了几个问题，我们就顺着这些问题来看看《担保函》存在哪些问题，以及该如何修正、调整。

担保函

致：明峰公司

2022年1月25日，贵司与我司签订了《意向合作协议》，我司自愿为《意向合作协议》约定的相关义务承担连带责任：

一、我司在“玉富公司”所持有的20%股权及相应收益对我司在《意向合作协议》的履约提供连带责任担保。

二、本《担保函》保证期间为：从本担保函签订并生效之日起，至《意向合作协议》项下的全部事项履行完毕之日止。保证期间内本《担保函》不可撤销。

三、本《担保函》的内容已取得我司所需的各项授权和批准（我司章程和担保事项的内部决策文件详见附件）。本《担保函》未经我司所需的各项授权和批准的事项，不成为我司减免履行本《担保函》项下的承诺事项的理由，由此而产生的法律责任由我司承担。

四、本《担保函》一式两份，贵我双方各执一份，均具有同等的法律效力。经我司法定代表人或其授权代表签字并加盖我方公章后即生效。

担保人：金富公司（盖章）

法定代表人（签字）

2022年1月29日

附件：1、我司章程；

2、担保事项的【股东会决议】。



一、可以用自有股权提供连带责任担保吗？

《民法典》第四百四十条规定：债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：（一）汇票、本票、支票；（二）债券、存款单；（三）仓单、提单；（四）可以转让的基金份额、股权；（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；（六）现有的以及将有的应收账款；（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。可见，股权作为一种权利，其担保价值的实现只能是将股权出质，而出质本来就是设定担保物权的一种方式，因此，以股权设定担保实质上就是将股权进行出质。

而《民法典》第六百八十六条规定：保证的方式包括一般保证和连带责

任保证。保证方式没有约定或约定不明确时，推定为一般保证。所以一般保证和连带保证是不同的保证方式，担保人承担责任的轻重是不同的。区分保证合同中约定的保证方式是一般保证还是连带责任保证，主要看合同的具体约定。在保证人承担补充性责任的情况下，应认定为一般保证；若债务人和保证人承担同等、同层次责任的情况下，应认定为连带责任保证。上述的《担保函》明确了以股权“提供连带责任担保”，因此金富公司选择的保证方式为连带责任担保，这是毫无争议的。

因此，金富公司可以用自有股权提供连带责任担保。

二、股权质押担保需要登记吗？

《民法典》第四百四十三条规定：以基金份额、股权出质的，质权自办理出质登记时设立。金富公司出具了《担保函》，明峰公司也接受了《担保函》，可以视为双方签订了质权设立合同。但该股权并未办理质押登记，根据法律规定可知该质权尚

未设立。这个时候明峰公司应该怎么做呢？明峰公司应当要求金富公司在《担保函》中增加关于未按期办理质押登记的违约责任条款，并根据情况催告金富公司及时向工商行政管理部门申请办理出质设立登记，因为金富公司作为股权出质人负有

向工商行政管理部门办理出质登记的义务，如果金富公司没有办理并且经过明峰公司催告后仍不办理股权质押登记，那显

然是恶意违背《担保函》的约定，存在违约行为，明峰公司可以依约追究金富公司的违约责任。

三、保证期间约定得明确吗？

《民法典》第六百九十二条规定：保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，不发生中止、中断和延长。债权人与保证人可以约定保证期间，但是约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定；没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起六个月。债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。

《担保函》中金富公司为担保责任设定的保证期间是“从本担保函签订并生效之日起，至《意向合作协议》项下的全部事项履行完毕之日止”，这个约定

是否明确呢？按照原《担保法司法解释》第32条的规定：保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务还清时为止等类似内容的，视为约定不明。因此

《担保函》中金富公司承诺的保证期间“至全部事项履行完毕之日止”也属于约定不明的情形，这样一来保证期间只有六个月，对债权人明峰公司来说非常不利。所以明峰公司应当与金富公司沟通，将保证期间设定为一个明确的时间，如“保证期间为自主债务履行期限届满之日起2年”。由于金富公司承担的是连带责任保证，那么明峰公司作为债权人，要在保证期间请求保证人承担保证责任，否则过了保证期间后，其不能再要求保证人承担保证责任。

四、金富公司为自己担保需要股东会决议吗？

公司为股东、实际控制人提供担保，必须经股东会或者股东大会决议，那么公司自身作为债务人为自己提供担保，还需要这么操作吗？如果公司是为自己的债

务提供担保，公司章程又没有特殊约定的话，一般不需要经过决议程序，因为公司是为自己的债务担保，此时并不是无偿为他人提供担保，不会对公司的财产造成损

失。不过上市公司有个特殊情形：《公司法》第一百二十一条之规定，上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之三十的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。可见，上市公司向他人提供担保金额超过公司资产总额 30%的，应当由股东大会做出决议，并经出席会议的股东所持表决权 2/3 以上通过。



逐条分析下来就可以发现，对于接受担保的明峰公司一方来说，如果不加审查就同意并接受了《担保函》的全部内容，可能造成担保物权未被设立、保证期间过短、担保责任模糊不清的问题。这样看来，一份小小的《担保函》也是大有乾坤的，尤其是近年来《九民会议纪要》、《民法典》、《民法典担保制度司法解释》对担保制度进行了重大调整，公司对外担保的程序、担保人主体资格的认定、担保方式、诉讼时效起算、保证期间的认定等都发生了变化，不管是作出担保的一方还是接受担保的一方，都应当审慎对待与担保相关的法律文件，严格把控因瑕疵担保、错误担保或无效担保带来的法律风险。



吕小萌 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与财税法律服务部律师

业务领域：股东纠纷、股权纠纷、刑民

交叉法律事务

联系方式：188 1783 8201

出轨在离婚诉讼中的司法认定——也谈山东高院普法文章

作者：胡晓萍

2022年1月2日，山东省高级人民法院官方微信公众号发布了一篇题为《不能仅以“出轨”为理由，请求离婚》的文章，激起千层浪，引发巨大争议。虽然几小时后山东高院就删除了该文，但话题热度持续攀升。新浪微博热搜榜的数据显示：截止1月3日下午，该话题阅读量已达9.9亿人次。



这篇文章引发热议的主要内容如下：

一、抓到出轨证据，是否能证明属于法律规定的“同居行为”？

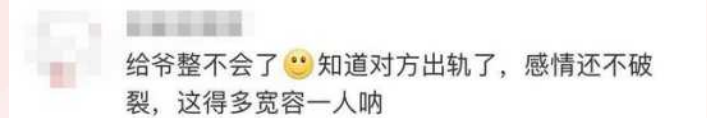
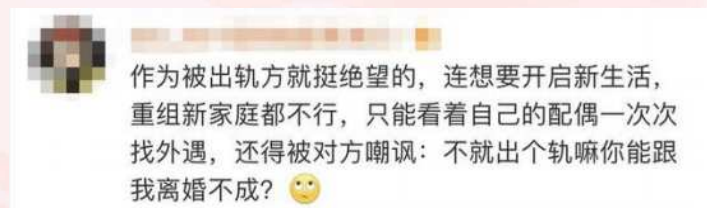
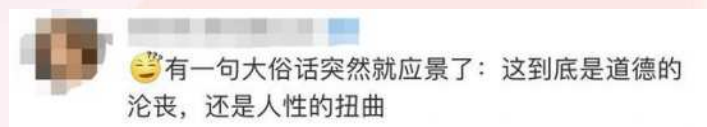
对于什么是“重婚”，大家都比较清楚，基本上没有争议。但是对于法律规定的“同居行为”，却存在不少争议。有网友问：我抓到了丈夫出轨的证据，到法院起诉离婚，法院竟然判决不准离婚，为什么？法律不是规定，配偶与他人同居，法律允许离婚吗？

那是因为你的证据仅证明你的配偶存在不忠诚行为，但是你没有证明你配偶与他人同居，更没有证明你们感情破裂。

面对司法实践中的争议，2020年12月29日最高人民法院出台了《民法典·婚姻家庭编》司法解释，该司法解释明确规定：“与他人同居”的情形，是指有配偶者与婚外异性，不以夫妻名义，持续、稳定地共同居住。

根据该司法解释：虽然出轨婚外异性，但是没有长期、稳定的共同居住，就不能认定为同居行为，就不能以此作为起诉离婚的理由，更不能以此作为要求离婚损害赔偿的条件。也就是你抓到你的配偶出去和别的异性开房证据，但这不属于长期共同居住，不能以此要求离婚。

对此，网友们的评论留言“炸”了：



还有网友联想到 2021 年终大瓜王力宏事件，内涵表示“王力宏你怎么不早点发”……



事实上，山东高院的这篇文章在法理上并没有错，也在一定程度揭示了法院判



决离婚难的事实。但“不能仅以出轨为理由请求离婚”这个标题太不严谨，文中对法条的表述也过于机械，作为省一级法院的官方微信公众号，为博眼球如此草率，笔者认为其错有三：

第一，“不能请求离婚”与“不能判决离婚”是两个概念。前者是个人权利的主张，即公民是否有权向法院提起离婚诉讼；后者是离婚权利的实现，即法院是否认定符合判决离婚的条件。一方出轨，另一方当然有权请求离婚，别说“出轨”了，哪怕夫妻双方只是感情不和，任何一方也都有权提起离婚诉讼。

第二，法院判决离婚的根本标准是“感情确已破裂且调解无效”，因此，即便“出轨”与“重婚或与他人同居”等离婚法定情形存在一定区别，但民法典之后，法院基于出轨而判决离婚甚至支持损害赔偿的概率都有上升。

第三，退一步说，即便第一次起诉法院没有因“出轨”判决离婚，这次诉讼也是有意义的，是后续离婚的必要条件。民

法典第 1079 条最后一款明确：“经人民法院判决不准离婚后，双方又分居满一年，一方再次提起离婚诉讼的，应当准予离婚”。

山东高院的这次普法，既与大众朴素的世界观产生冲突，又刺痛了部分“恐婚”族的敏感神经，引发“事故”也就不足为怪了。

司法实践中，离婚案件中涉及出轨的法律后果包括四种情形：（1）认定夫妻感情破裂，准予离婚；（2）判决出轨方支付离婚精神损害赔偿；（3）依据照顾无过错方原则，判决被出轨一方适当多分得财产；（4）以上三种均被驳回，即不准予离婚，不支持离婚损害赔偿，不支持多分财产。其中前三种情形约占此类案件的 30%。

从获得支持的理由来看，案件中一般存在婚内多次通奸或与婚外异性生子；存在承诺书、保证书、协议书、微信记录、报警记录等证据，或法庭上有当事人自认事实等。

从支持赔偿的数额来看，有协议约定、



从支持的案例来看，支持比例较大的证据主要有两种：一是与婚外异性生子；二是有保证书、协议书等具有自认或真实意思表示效果的文件。而普通的照片、视频甚至开房记录，都很难成为支持损害赔偿的依据。

三、赔偿金额普遍不高

民法典之后，若出轨情节严重，无过错方可以适用民法典第 1091 条第五项的兜底条款，要求离婚损害赔偿。但法院判决赔偿的金额普遍较低，大多在 1-3 万元之间。2021 年 11 月北京海淀区人民法院判决的一起离婚案件中，男方婚内多次出轨，被判支付 6 万元精神损害赔偿金，已属金额较高的判例。

综上，面对出轨，建议婚姻中的无过错方根据自身不同情况，分别采取“急办”或“缓办”的策略。

若无过错方掌握了过错方出轨的有力证据，过错方因心虚而愿意在财产等方面做出较大让步时，鉴于前文结论，建议无过错方“急办”，即在律师的帮助下，

抓紧时间起草对己有利的财产约定协议，之后再选择是否离婚。

若无过错方只是听闻过错方出轨，或不掌握出轨的有力证据，则不建议无过错方摊牌，那样只会“打草惊蛇”，使无过错方之后的调查取证难上加难。此时应“缓办”，尽力隐忍并做个有心人，时刻注意搜集相关证据，待证据较为充足后再行主张。



结语：

在目前的法律体系下，出轨的法律后果依然畸轻。因此，在出轨离婚救济中，应秉持“重财产、轻过错”的原则，将主要时间和精力放在财产证据的收集上，比如能证明过错方婚内财产种类、数量的证据，过错方隐藏、转移、变卖、毁损财产或伪造债务的证据，过错方向第三人赠与财产的证据等等，以便最大限度地多分财产。而用以证明一方存在过错的证据，无过错方不应太过纠结，更不建议花费巨资聘请私家侦探，否则很可能得不偿失甚至触犯刑律，带来不必要的麻烦。



胡晓萍 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方家族律师团队主办律师

上海市律协婚姻家庭业务研究委员会
委员

上海市徐汇区民法典宣讲团成员

上海市女律师联谊会副秘书长

上海市徐汇区女律师联谊会理事

业务领域：婚姻家庭 私人财富管理与
传承

联系方式：18616910916



生物识别信息在侵犯公民个人信息罪中的定位

作者：张佰乐

人工智能的快速发展，使得指纹验证、刷脸支付、声音解锁为代表的生物识别技术被广泛应用，在给人们带来便捷的同时亦隐藏着诸多风险，比如指纹与人脸数据被公开出售从而引发入户盗窃等、声纹伪造通过微信验证窃取财产等。由于指纹、人脸、虹膜等个人生物识别信息属于“敏感个人信息”，具有唯一指向性、可识别性、可复制性等属性，一经泄露造成的损害后果不可逆，因此，明确个人生物识别信息属于司法解释中哪个层级的公民个人信息，才能更好地发挥刑法对其规制和保护的力度。



个人生物识别信息现行规定存在的问题

一、目前我国尚未出台生物识别信息专门的立法或文件，而是散见于《网络安全法》、《民法典》以及《个人信息保护法》，并且大多将“个人生物识别信息”内含于“个人信息”之中进行统一的规定，没有凸显出个人生物识别信息属于“敏感个人信息”的特殊性。

二、2020年10月1日生效的GB/T 35273-2017《信息安全技术个人信息安全规范》以列举的方式将个人生物识别信息列为个人敏感信息，包括个人基因、指纹、声纹、掌纹、耳廓、虹膜、面部识别等。而2021年1月22日生效的《人民检察院办理网络犯罪案件》规定：“生物识别信息，是指计算机利用人体所固有的生理特征（包括人脸、指纹、声纹、虹膜、DNA等）或者行为特征（步态、击键习惯等）来进行个人身份识别的信息。”二者对个人生物识别信息内涵的表述缺乏一致性。

三、2021年6月17日生效的《最高人民法院 最高人民检察院公安部关于办

理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》规定：“非法获取、出售、提供具有信息发布、即时通讯、支付结算等功能的互联网账号密码、个人生物识别信息，符合刑法第二百五十三条之一规定的，以侵犯公民个人信息罪追究刑事责任。”至此，个人生物识别信息被刑法加以规制，但是根据《2017年司法解释》第五条第一款第三、四、五项规定，刑法对公民个人信息的保护力度由高到低可分为三个层次：公民行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息为第一层级，且仅限于以上四种信息，不具有开放性；住宿信息、通信记录、健康生理信息、交易信息等其他可能影响人身、财产安全的公民个人信息属于第二层级；除前述之外的公民个人信息属于第三层级。那么，生物识别信息属于哪个层级的公民个人信息？上述二者之间的衔接缺乏明确性。

上述法律、法规、司法解释以及意见等对生物识别信息的表述的差异性导致司法适用的混乱，针对刑法对生物识

别信息的特殊保护，有必要进行合理解释并通过有关文件对其加以明确。

个人生物识别信息归属于司法解释第二层级更具合理性

第一种观点认为，生物识别信息属第一层级中的“征信信息”，理由是：生物识别信息作为以电子或其他方式记录的、能够单独识别特定自然人身份的自然人身份识别信息，从信息类型的种属关系上，根据《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》第四条的规定，属于个人信用信息中的个人基本信息。而进一步，根据《征信业管理条例》第二条，征信业务是指对企业、事业单位等组织的信用信息和个人的信用信息进行采集、整理、保存、加工，并向信息使用者提供的活动。由此，有权单位对包括“人脸信息”、指纹等在内的个人生物识别信息进行采集、整理等而来的信息，也就成为征信信息的一种类型，而征信信息则属于《解释》中第1档信息类型的追诉标准。

本文认为，上述认定逻辑显然存在

问题。其一，《个人信用信息基础数据库管理暂行办法》第四条的确规定，“个人信用信息包括个人基本信息、个人信贷交易信息以及反映个人信用状况的其他信息。”但这并不意味着，其中的个人基本信息等同于个人信用信息，进而是征信信息的一种类型。征信信息也被称为个人的“经济身份证”，主要包含以下几种信息：基本信息、信贷信息、非金融负债信息、公共信息、查询信息，通过体现个人在经济活动中的信用状况，作为金融机构在向用户提供服务时评估其信用能力的核心依据。可见，与经济信用相关是征信信息的本质特征。其二，基本信息作为个人信用信息的组成部分，是基于反映信用状况的信息只有与个人基本信息相结合，才能达到“反映特定自然人活动情况”的标准，构成一条完整的公民个人



信息。如果基本信息等同于征信信息的逻辑成立，那么除生物识别信息之外，公民姓名、年龄、出生日期、手机号码等联系方式作公民个人基本信息岂不都成为征信信息的一种类型，解释论上恐怕很难成立。其三，生物识别信息虽然属于敏感个人信息，与行动轨迹信息、通话内容、财产信息、征信信息相比，在隐私性上还是存在明显差异，而且公民对外披露或者允许他人获取的可能性也有所降低。其四，《2017年司法解释》规定第一层级仅限于公民行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息，不具有开放性。而且《信息安全技术个人信息安全规范》中将个人生物识别信息置于个人财产信息、个人健康生

理信息之后，置于个人身份信息和网络身份标识信息、其他信息之前，从位置的排次也能判断出生物识别信息的层级所在，因此，没有必要将其强行纳入第一层级的个人信息种类。

第二种观点认为，生物识别信息不属于解释中第（三）项或第（四）项的任一种类，只能通过第（五）项的兜底性规定予以规制。理由为：生物识别信息不属于“健康生理信息”，因为《信息安全技术个人信息安全规范》将“生物识别信息”与“健康生理信息”规定为两种相互并列的公民个人信息类型。若将前置法上有互斥关系的两对概念解释为刑法上的种属关系，不仅有违逻辑，更破坏法秩序的统一性。

结语

本文同意生物识别信息不应通过健康生理信息纳入刑事保护，这里的健康生理信息一般与公民的身体健康、医疗就诊等相关，与生物识别信息存在实质区别，亦认同刑法以罪刑法定为原则，不能为扩张处罚而盲目扩大解释的做法。其一，排除生物识别信息属于“健康生理信息”并不意味着其不能纳入第（四）项入罪，因为解释第（四）项的核心在于“可能影响人身、财产安全”。其二，从法益侵害性上讲，由于生物识别信息作为各种软件登录、认证、支付的工具，如果与其他信息相关联，如个

人身份证、银行卡、出行信息、行动轨迹、消费信息等，一旦信息泄露，风险不可估量。司法实践中，也的确存在利用非法获取的人脸信息制作成动态视频，破解人脸识别验证程序，实施盗窃、信用卡诈骗等犯罪行为，可见，生物识别信息符合解释第（四）项中“其他可能影响人身、财产安全”的要求。其三，非法获取、使用公民生物识别信息与侵犯住宿信息、通信记录、健康生理信息、交易信息的危险性基本相当，作为同一层级的信息种类处理可以达到不枉不纵、量刑均衡的目的。

因此，现行刑事司法评价体系下，非法获取、出售或者提供公民生物识别信息500条以上的，可能构成情节严重，以侵犯公民个人信息罪定罪处罚较为合理。



张佰乐 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部
律师

上海律协刑诉法与刑事辩护业务研究
委员会干事

业务领域：刑事辩护、刑事合规、

刑民交叉业务

联系方式：13681605614



如何在“黄金 37 天”开展有效辩护？ ——以“债权人被借贷人反套路”的案件为例

作者：傅建平、张伯乐

“生命诚可贵，爱情价更高，若为自由故，两者皆可抛”，著名诗人裴多菲这首《自由与爱情》更多强调的是一种精神自由。这首诗对于身陷囹圄的人而言或许感触更深，因为一旦涉嫌犯罪被限制自由，不仅精神自由受制，行动自由严重受限。辩护律师基本职责，就在于根据案件事实和法律规定，为犯罪嫌疑人、被告人提出无罪、罪轻或者免除刑事处罚的法律意见，从而使犯罪嫌疑人或被告人尽早获得自由。

前些年，“高利贷”、“套路贷”盛行，严重扰乱了国家金融管理秩序和正常的民间借贷关系，严重损害了人民群众的合法权益，社会影响极其恶劣。近年来，在党和国家高度重视下，司法机关陆续出台了系列刑事政策和相应的司法解释，严厉打击有关犯罪，有关犯罪分子得到了相应的处罚。与此同时，部分借款人试图逃避债务，滥用司法资源，假借“打击套路

贷”之名，将合法的债权人当作诈骗犯罪嫌疑人予以举报，诬告陷害，严重扰乱了正常的司法秩序，也与我国打击“套路贷”诈骗犯罪的初衷相悖。

面对此类案件，辩护律师如何在最短的时间内还原真相，让无罪的人免受刑事追究，提供有效辩护，是一个值得探讨的问题。笔者以近年来七方刑事团队成功办理的两起出借人被借款人“反套路”的案件（其中一个案件的当事人已以“无犯罪事实”为由被公安机关撤销立案，另一个案件的当事人也已“事实不清、证据不足”为由被采取取保候审措施。本人仅以撤销案件为例，与大家分享一下办案体会。

【案情简介】

王某某于 2007 年通过朋友介绍认识李某某，并借钱 100 万元给其用于开办工厂，之后陆续还清。2009 年 12 月至 2011 年底，李某某、愈某某（系李某某儿子）以厂房动迁、资金紧缺为由再次向王某某



借钱，基于上次的信任基础，王某某从身边亲朋好友筹集钱款 600 万分 18 次出借于（通过转账和现金）二人。2012 年 11 月 15 日，李某某将多年的借条撕毁并扣除王某某的贷款后向王某某出具《借款补充协议书》以及 600 余万的《历年借款清单》。

2014 年 4 月 29 日，李某某、俞某某以书面形式确认结清了此前所借的 600 万元，当日，俞某某再次向王某某借款 300 万元，李某某对该笔借款提供担保。2014 年 8 月 12 日，李某某、俞某某共同再次向王某某借款 20 万元。2014 年 8 月 30 日，二人又向王某某借款 35 万元。后因李某某、俞某某未按期归还上述借款，王某某遂将李某某、俞某某二人诉诸法院，并以夫妻共同债务为由将俞某某的妻子也作为被告起诉至一审法院。

李某某、俞某某辩称，收到王某某 300 万、20 万转账之后，已经以转账及现金的方式还给原告，300 万元的借条是在意识不自主的情况下所签。关于借款 35 万，其中 25 万已经归还，尚欠 15 万元未归还，且双方未约定利息。关于王某某所称之前

借款 600 万元，根本不认可。经过一审判决李某某、俞某某败诉。李某某、俞某某并未提起上诉，俞某某的妻子以该债务并非夫妻共同债务为由上诉至二审法院，二审法院维护原判，该案已进入执行阶段。此后，李某某等人突然于 2019 年以王某某涉嫌“套路贷”诈骗其 600 余万元为由向上海市某区公安分局控告，该区公安局于 2019 年 9 月 3 日以涉嫌诈骗罪对王某某刑事拘留。

【办案流程时间表】

2019 年 9 月 3 日，王某某因涉嫌诈骗罪被某区公安分局刑事拘留；

2019 年 9 月 5 日，七方刑事团队傅建平律师接受王某某亲属委托担任王某某侦查阶段的辩护人；

2019 年 9 月 6 日、9 月 17 日，辩护律师两次会见王某某；

2019 年 9 月 25 日，向上海市公安局某区分局递交《取保候审申请书》，同时向某区人民检察院提交《不予批准逮捕法律意见书》；

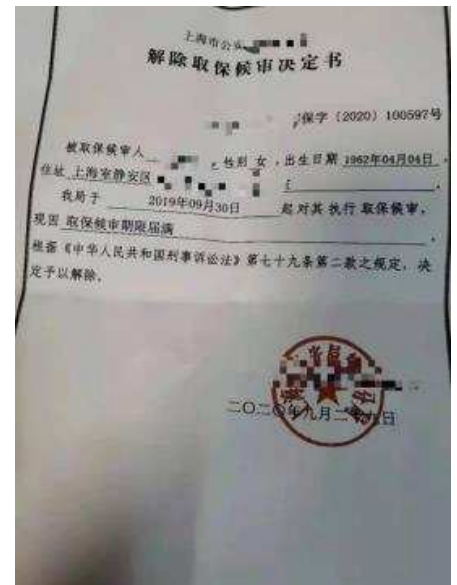
2019年9月30日，上海市公安局某区分局作出“人民检察院不批准逮捕，公安机关需继续侦查”的《取保候审决定书》，将王某某释放，出时出具《释放证明书》。

2020年9月29日，因取保候审期限届满，经辩护人帮助，王某某申请，上海市公安局某区分局出具《解除取保候审决定书》；

2021年8月23日，经辩护人帮助，王某某向该公安分局递交撤销案件决定申请书；

2021年10月21日，王某某再次向该公安分局递交撤销案件的申请书；

2021年12月16日，上海市公安局某区分局以王某某“没有犯罪事实”为由，向王某某出具《撤销案件决定书》。





【办案心得与体会】

一、辩护律师应及时通过委托人迅速了解案件的初步信息

通过与委托人初次见面，辩护人了解到两个重要的信息：一是犯罪嫌疑人与控告人因民间借贷纠纷且经过法院依法审理，经过二审，该案已进入执行阶段；二是控告人与犯罪嫌疑人交往十多年，关系较好，且有多次借贷关系，存在着“借了还，还了借”的情况。此外，控告人报案时间恰好是我国严厉打击“套路贷”诈骗犯罪的重要时期。综合上述信息，傅建平律师提出质疑，是否存在债务人抓住出借人与债务人之间多年债务不断滚动、证据难以保全这一可能，而以“套路贷”诈骗为由，从而达到逃避债务的目的？据此，傅建平律师建议委托人找到原来的代理律师调出民事案件的案件资料，然后对相关资料进行消化、分析，找出案件的争议点，为第一次会见犯罪嫌疑人作充分准备。

二、辩护律师应及时会见犯罪嫌疑人了解案件基本情况

侦查阶段犯罪嫌疑人被刑事拘留后，除了从委托人或者亲属处获取简单的案件情况外，律师会见便是了解案情的最重要、甚至是唯一渠道。本案中，辩护律师根据与委托人初步沟通获得的信息，结合民事案件材料，第一时间与犯罪嫌疑人王某某依法会见。首先，辩护律师向犯罪嫌疑人重申，希望其实事求是地向辩护人陈述案件事实，重点了解其与控告人认识的时间、经过、钱款往来情况；其次，辩护律师向犯罪嫌疑人了解了公安机关讯问的问题，以此来推断公安机关侦查思路和方向，并再次强调应实事求是地向公安机关陈述客观事实，告知其相关权利；最后，根据办案经验和掌握了解的情况，告知其相关权利和初步辩护思路，让其心中有数。经过辩护人的专业指导，犯罪嫌疑人对案件事实和法律规定有了清晰的认识，消除了紧张感。辩护人通过会见，结合对之前民事案件材料的分析，也有了明确的辩护思路，确定对本案作无罪辩护。

三、辩护律师应结合办案时间



三、辩护律师应结合办案时间，通过不同渠道向司法机关及时提出书面辩护意见

虽然刑事诉讼法明确规定，犯罪嫌疑人被采取逮捕措施后，犯罪嫌疑人、辩护律师可以向司法机关提出申请取保候审措施。然而，司法实践中，犯罪嫌疑人最快、最有可能被采取取保候审的最佳时机，却是所谓的“黄金三十七天”，即公安机关的最长拘留时间 30 天，加上检察机关审查批捕时间 7 天，在这 37 天之内辩护人既可以向公安机关提出取保候审申请，也可以向检察机关提出不予批准逮捕的法律意见。辩护人应根据会见情况及办案经验，结合案件事实，及时跟进案件进程，递交无罪亦或是罪轻的辩护意见，以免错过良机。同时，要与承办警官或者检察官电话沟通意见书内容，最大限度的让承办人了解并接纳。

具体到本案，辩护人向公安机关和检察机关提出如下辩护意见。

其一，王某某与李某某、俞某某相识已久，作为借钱方的李某某等人被“套路”

的概率较小，双方存在真实的借贷关系。首先，王某某与李某某之间存在较深的信任基础；其次，王某某有充足的款项来源，且得到李某某本人的确认；最后，诉讼之前，李某某和俞某某书面认可借款。

其二，王某某与李某某、俞某某之间合法的民间借贷关系经过民事诉讼，得到一审、二审生效法律文书的确认，并没有证据证明王某某在诉讼过程中存在虚构事实、隐瞒真相的行为，误导法院作出错误的判决，根据“一事不再理”的基本司法原则，本案不宜作为刑事案件处理。

其三，虽然在庭审过程中对相关借款金额与借款事实予以否认，但一审判决后，作为借款人的李某某与俞某某并没有提起上诉，仅仅是俞某的妻子以并非夫妻共同债务为由提起上诉，足以证明李某某与俞某某对借款事实是予以认可的。

其四，李某某、俞某某二人十多年从未报警，却在民事判决生效后向公安机关报案谎称被诈骗，实则是利用“扫黑除恶”大背景下进行“反套路”行为。

令人遗憾的是，公安机关以种种理由拒不收取辩护律师的取保候审申请书，继续提请检察机关批准逮捕。辩护人及时跟进了解申请逮捕的时间，第一时间通过网上平台上传委托材料并联系承办检察官、递交不予批准逮捕的法律意见书。通过沟通和努力，最终，检察院机关采纳了辩护律师的意见，做出不予批准逮捕的决定书，犯罪嫌疑人被取保候审。

四、辩护律师应及时关注案件后续进展，要求司法机关案件性质明确性，切实维护当事人的合法权益

司法实践中，被取保候审的犯罪嫌疑人经过一年后，且没有发现犯罪事实的情况下，大部分公安机关做出解除取保候审决定，也有少部分公安机关不了了之，没有给当事人一个明确说法；解除取保候审决定后一年，且没有发现新的犯罪事实之后，不少公安机关为避免被追责和国家赔偿，并不主动做出撤销案件的决定，甚至对当事人提出申请撤销也置之不理，严重地侵害了当事人的合法权益，甚至影响到其他合法权益的行使。比如本案中，因为

公安机关未对王某某是否有犯罪事实作出明确撤销案件决定之前，王某某在民事案件的执行权利就无法得到保障。

最高人民检察院和公安部联合印发的《〈关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定〉的通知》第二十五条规定：“在侦查过程中，公安机关发现具有下列情形之一的，应当及时撤销案件：（一）对犯罪嫌疑人解除强制措施之日起十二个月以内，仍然不能移送审查起诉或者依法作其他处理的”，以及根据《公安机关执法细则》中对撤销案件条件的规定，即经过侦查，发现所立案件具有下列情形之一的，应当撤销案件：（5）经济犯罪案件，经立案侦查，对犯罪嫌疑人解除强制措施后十二个月，仍不能移送审查起诉或者依法作其他处理的。本案中，申请人自2020年9月29日被解除取保候审至今快满12个月，期间申请人未有任何违法违纪行为，公安机关无任何新的证据证明本人涉嫌犯罪，故申请人已满足上述规定中公安机关应当撤销案件的条件。



有人说，刑事辩护律师就如医生，“偶尔去治愈，常常去帮助，总是去安慰”深以为然。本案历时两年多，公安机关才给当事人一个撤案决定书，实属不易，但也算幸运。深以为，作为辩护律师，不仅仅需要专业知识，更重要的是要有职业精神，认真、及时地办好每个案件，不仅仅是对客户的最好回馈，也是对法治进步最好的推动。



傅建平 律师

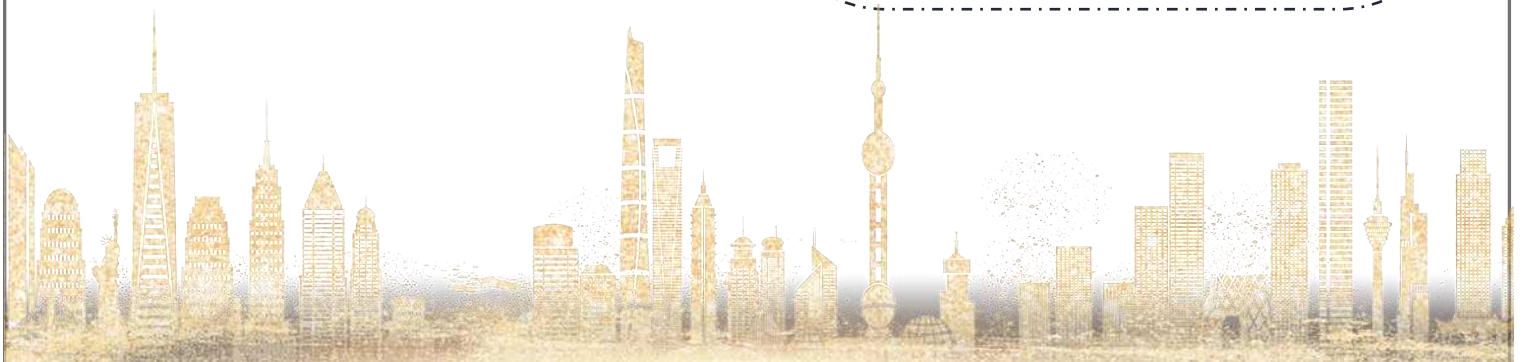
上海七方律师事务所 主任

上海市法学会刑法学研究会理事
上海律协刑事诉讼与刑事辩护业务
研究委员会副主任

上海市普陀区十五届政协委员
华东政法大学文伯书院校外导师
华东政法大学法律硕士专业学位论
文答辩委员会委员

执业领域：刑事辩护、企业刑事合
规、刑民交叉法律实务

联系方式：15201718516





《公司法（修订草案）》修改意见及建议

2021年12月24日，《中华人民共和国公司法（修订草案）》（以下简称“《公司法（修订草案）》”或“修订草案”）经第十三届全国人大常委会第三十二次会议审议后，向社会公开征求意见。笔者现就以下七个方面问题提出修改意见及建议。

作者：周松涛

一、股权转让方未届缴资期限责任问题

《公司法（修订草案）》第八十九条 届缴资期限的股权的，由受让人承担缴纳第一款规定：“股东转让已认缴出资但未 该出资的义务。”这条是新增内容，现行

《公司法》没有相关规定。《公司法司法解释三》第十八条规定：“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条第二款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。”这里只规定了已届出资期限下转让方的责任，未届缴资期限下的责任则未涉及。

未届缴资期限下的责任承担问题历来有争议，尤其是转让方的责任，有观点认为不应当承担责任，有观点认为应当承担责任，还有观点认为应当有条件的承担

责任。修订草案这条新增内容明确由受让方承担缴资义务，言下之意是转让方无需承担缴资义务，这符合第一种观点。这样规定有利于转让方，符合转让方退出不再与公司有责任牵连的诉求，尤其在无偿转让的情况下，转让方得以无后顾之忧地退出似乎十分合理。但是遇到不诚信的转让方，则将可能被其利用，给公司债权人带来隐患。在公司高额负债后，不诚信的转让方可利用缴资期限未届至的优势将股权转让给明显不具有偿债能力的受让方，将缴资责任转嫁，从而依据该条规定可以逃避责任，这对于债权人将是极为不利的。此外，如果受让方不知情，则受让方利益也将严重受损。所以，不加任何条件地免除转让方缴资责任并不妥当。



许勤勤、常州市通舜机械制造有限公司、周洁茹与青岛铸鑫机械有限公司加工合同纠纷案，是这一问题的典型案例。青岛铸鑫公司（卖方）与常州铸仑公司（买方）签订了机器设备购销合同。在卖方提供设备后不久，买方常州铸仑公司的数名股东（出资均未实缴）即无偿将股权转让给许勤勤。许勤勤在公司拖欠货款一年多后申请注销常州铸仑公司。卖方起诉常州铸仑公司支付货款，并要求许勤勤以及转让股东承担连带清偿责任。最后法院判决许勤勤承担连带清偿责任，其他转让股东在原各自认缴出资范围内承担连带清偿责任。这个案例被最高院列为 2020 年全国法院十大商事案例之一，说明其极具代表性，也表明最高院对此问题所持的观点，即未届出资期限的原股东（转让方）应当对公司债务在其原认缴出资范围内承担连带责任。该案件中，买方原股东在公司负债不久后即将股权全部转让给偿付能力不足的许勤勤一人，具有恶意逃避

债务之嫌，如果免除原股东出资义务的话，则原股东恶意目的将得逞，债权人将因此受损。故此，法院判决原股东担责符合公平、公正的原则和理念。对照该案例，如果此次修订草案仅规定由受让方承担缴资义务的话，将与法院观点相悖。

以此来看，该条款是否就应当修改为受让方承担缴资义务、转让方承担连带责任呢？稍作分析，我们会发现如此规定也有问题。转让方转让股权就希望与公司不再有任何责任牵连，尤其是股权在无偿转让情况下，转让方没有任何所得，如果公司债务还是在受让方入股后才形成，此时要转让方承担连带责任确实不公平，而且有违权利义务对等原则。转让方在退出股权后无法控制和预见公司负债的风险，被动承担连带责任，这将造成转让方的恐慌，破坏交易的安全性与稳定性。因此，无条件地规定转让方需承担连带责任也不妥当。





两种方案均不妥当，那怎样规定才合适呢？笔者认为，为避免两种方案的弊端，需要作出折中规定，即有条件地规定转让方的连带责任。这里的条件就是债务的形成时间。当债务形成于股权转让之前，转让方要承担连带责任，因为债务是在转让方作为股东时产生的，转让方对此应当有担责的预期及潜在的责任，其因为该负债也享有间接利益，同时为避免转让方恶意转嫁责任，此时要求其承担连带责任公平合理。当债务形成于股权转让之后，转让方不承担连带责任，因为债务在受让方作为股东时产生，由受让方承担理所应当，转让方没有享有该债务所带来的利益，同时也为转让方能够安全、可控地退出公司，此时仅要求受让方承担连带责任公平合理。用债务形成时间作为责任的分界不失为解决这一问题的好方案。而且这种方案也常见于公司收购的合同约定中，说明这是双方博弈下综合平衡利益的结果，符合双方诉求，也是经过实践证明行之有效的实用方案。

从外部债权人角度而言，如果债权人因基于公示信息信赖原股东而与公司发生交易，则在股权转让后仍能追索原股东连带责任，符合商事外观主义下债权人的预期；如果债权人因基于公示信息信赖新股东而与公司发生交易，则在股权转让后仅能追索新股东连带责任，同样符合债权人的预期。所以，这一方案也符合债权人的利益。

当然，上述方案成就的另一前提是出资责任的加速到期，这在修订草案中也有新规定，在此不赘述。综合上述分析来看，在出资责任加速到期的情况下，对于股权转让方是否承担连带责任，以债务形成时间为界作出区分，似乎是一个于各方均公平合理的折中方案，建议修订草案第八十九条第一款可依此作出修改。





二、股东失权制度

《公司法（修订草案）》第四十六条规定：“有限责任公司成立后，应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳出资，或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的，应当向该股东发出书面催缴书，催缴出资。”

公司依照前款规定催缴出资，可以载明缴纳出资的宽限期；宽限期自公司发出

这是一条创新性的规定，在原来司法解释股东除名规定的基础上更进一步。

《公司法司法解释三》第十七条第一款规

定：“有限责任公司成立后，应当向该股东发出书面催缴书，催缴出资。宽限期届满，股东仍未缴纳出资的，公司可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。”

依照前款规定丧失的股权，公司应当在六个月内依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权。”

定：“有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返



还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。”司法解释这条规定是开创之举，非常值得肯定，但不足之处在于其将条件限定于未履行出资义务或抽逃全部出资，对于部分缴资的或没有全部抽逃的则不适用，这无疑给“懂法”的股东留下了空间，股东只要实缴一部分出资，就不用担心被除名了。而修订草案弥补了这个漏洞，股东如未足额缴纳

第一，比照上述司法解释，修订草案似乎遗漏了抽逃出资的情形。抽逃出资比不缴出资更具恶意，更应当用失权来惩治，建议增加抽逃出资的适用情形。

第二，宽限期自发出催缴书之日起算似有不妥，不符合《民法典》第一百三十七条所规定的“以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效”，应当调整为自对方收到之日起算才合理。试想如果因为邮寄出了问题，通知 30 日后才送达股东，则宽限期实际减半，这对于将宽限期设置成不低于 60 日的良苦用心实在是大

出资，将丧失未缴纳部分的股权，这样就迫使股东必须足额缴资，仅缴一部分无法逃避追责。不仅如此，修订草案还增加了适用范围，在作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额时，也适用失权规则，这大大压缩了不诚信股东弄虚作假的空间。这两点无疑是修订草案进步的地方，但这条规定还有不足之处，主要存在以下几点问题，需要修改和完善。



打折扣，更何况还存在股东根本没有收到通知的可能，不知情的情况下直接失权违



背了设置催告程序的意义。所以改为自送达之日起算更为合理。股东失权的时点也类似，通知发出时失权改为送达时失权更为合理。

第三，“宽限期届满，股东仍未缴纳出资的，公司可以向该股东发出失权通知，通知应当以书面形式发出，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。”以此表述来看，失权在程序上由公司直接发出通知就可以了，不需要召开股东会作出决议或者通过诉讼由法院来确认。程序要求如此之低，恐怕工商管理部门在受理股权变更登记时很难接受，除非出台相应明确的配套规定。但即便有配套规定，工商管理部门为避免自身被牵连诉讼也很可能会拒绝仅以一纸通知作变更处理，如此则将倒逼公司仍然回到股东会决议或发起诉讼。与其在实务中倒逼，还不如法律明确规定应该通过股东会决议或者法院判决来作为失权工商登记的前置程序。

第四，承接第三点，股东失权如果需要通过股东会作出决议的方式来决定，自然应当规定未按期缴资的股东回避表决。但有一个极端的情况可能会发生，就是所有股东都没有按期实缴的话，此时将没有股东可以行使表决权。如果回到目前草案的规定，仅需公司通知即可失权的程序，也将遇到所有股东都失权的尴尬。这种情况并非不可能出现，当公司被管理层控制时就有可能发生。在此等无法通过股东会决议方式决定的情况下就应当设置为通过诉讼方式解决。

第五，草案规定只说“该股东丧失其未缴纳出资的股权”，但丧失的股权不会凭空消失，这部分股权去了哪里、归谁名下？草案没有明确。但是从第三款“依照前款规定丧失的股权，公司应当在六个月内依法转让，或者相应减少注册资本并注销该股权”的表述来看，似乎该丧失的股权先到了公司名下。若此则应当明确表述暂由公司承接该股权，否则工商管理部门即便在确认股东丧失股权后也并不清楚



应当登记于哪个主体名下，更不可能缺位（无主体）登记。

第六，草案规定向股东催缴出资和通知失权的主体是公司，但公司的意志通常体现为大股东、实际控制人的意志。如果未缴出资的就是大股东、实际控制人，那公司将极有可能不发催缴通知和失权通知，那么对于已经完成实缴出资的中小股东而言，如何维护权益将成为问题。除了催告公司外如果没有其他有效路径，那这

条规定的实际效用将大大降低。解决这一问题最好的路径就是赋予股东代表诉讼的权利，中小股东可以请求监事会、董事会提起诉讼，无果情况下直接以自己名义起诉。如此一来，大股东、实际控制人才会有所忌惮，一旦败诉就有可能因失权而失去控制地位甚至股东资格，迫使其必须按期实缴全部出资。只有这样，这条规定才能真正发挥威力，也才真正能够落实立法者的本意。





三、股权转让制度

《公司法（修订草案）》第八十五条对现行《公司法》第七十一条关于有限公司股权转让的内容作出了修订，主要体现

明确行使优先购买权的同等条件对于减少纠纷无疑是非常有必要的，《公司法司法解释四》第十八条已有规定：“人民法院在判断是否符合公司法第七十一条第三款及本规定所称的‘同等条件’时，应当考虑转让股权的数量、价格、支付方式及期限等因素。”此次将该司法解释的成熟内容上升为法律更具效力和权威性。

股权对外转让征得其他股东半数以上同意的要求为什么删除，是在原来基础上放开了对外转让吗？是对有限公司人合性要求的大幅度降低吗？笔者认为并非如此。现行《公司法》要求必须经其他股东过半数同意，很多人认为，当同意的股东未过半数时，股权就不能对外转让了，这是一个误区。按照第七十一条第二款的规定，如果不同意的股东超过半数时，他们就应当购买股权，如果不购买，

在两点，一是明确了行使优先购买权同等条件的具体内容，二是删除了征求其他股东半数以上同意的要求。

就要视为同意转让。这样一来，不购买的股东又转到了同意的阵营，于是同意的数量又会超过半数，对外转让的障碍就得以排除。如果不同意的股东购买了股权，那与行使优先购买权达到了同样的效果，转让方仍然可以套现退出。所以这个过半数同意就显得很鸡肋，最终结果与不设置这一环节似乎没多大差别，既然如此，就没必要保留。而且现行规定第二款中只是说不同意的股东应当购买，而并没有如第三款说得那么明确必须按照同等条件，尽管从法理和逻辑来推也应当理解为同等条件，但没有明确规定还是给实际适用带来了一定的争议，删除后该问题也就不复存在了。

上述两点是修订草案进步的地方，在此基础上笔者认为还有以下几个问题需要解决。

第一，目前的制度设计有利于转让方，其他股东由于信息不对称而博弈成本大大高于转让方。当转让方只是有对外转让的意向或者仅仅与外部拟受让方达成初步转让意向时，就向其他股东发出通知，其中的数量、价格、支付方式等转让条件未必是最终结果甚至未必真实，此时让其他股东必须在 30 日内决定是否按照同等条件购买，这样的博弈难度非常高。他们没有议价空间，只有按此条件购买或放弃两种选择，也没有法律授予的进一步获取详细交易信息或进一步核实权利，这样带来的结果，他们可能接受了一个外部拟受让方最终未必会接受的转让条件，或者因为怀疑而错过期限。如果转让方不诚信，还有可能发出虚假信息，甚至通过多次发出信息反复测试其他股东的承受力，而其他股东所面临的则是在真真假假中的猜测和煎熬，完全处于被动和不利的地位。为了避免这种情况，平衡各方利益，笔者建议应当要求转让方在发出通知前必须与外部拟受让方签订附条件的转让

合同，约定在没有股东行使优先购买权情况下合同必须履行，该合同须随附于通知一并发送给其他股东，以此提高转让条件的真实性和确定性，增加转让方做假的难度，避免其启动该程序的随意性和反复性。



第二，《公司法司法解释四》第二十条设置并赋予了转让股东“反悔权”，当其他股东提出优先购买股权的要求后，转让股东可以拒绝转让。司法解释创设了“反悔权”，是对《公司法》的突破，而且违背了诚信原则和禁反言原则，在法理上也说不通，更会架空优先购买权。修订



草案有必要作出明确规定，在其他股东提出优先购买股权的要求后，转让股东应当按照通知中所述的条件将股权转让给该股东，不得反悔。

第三，对于隐名股东要求显名的问题，《公司法司法解释三》第二十四条第三款规定：“实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。”《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民会议纪要》”）规定：“实际出资人能够提供证据证明有限责任公司过半数的其他股东知道其实际出资的事实，且对其实际行使股东权利未曾提出异议的，对实际出资人提出的登记为公司股东的请求，人民法院依法予以支持。公司以实际出资人的请求不符合公司法司法解释（三）第24条的规定为由抗辩的，人民法院不予支持。”这里可以看出，对于显名条件，《公司法司法解释三》要求必须经公司其他股东过半数同意，《九民会议纪要》退了一步，仅要求其他股东过半数知道，并且对

隐名股东实际行使股东权利未曾提出异议。综合起来，就是要其他股东过半数明确或默示同意。这样规定原本是建立在现行《公司法》股权对外转让需其他股东过半数同意的基础上，修订草案将该同意权内容删除后则该基础就不复存在了，那么隐名股东要求显名的上述条件还能继续成立吗？笔者认为不能简单地同步删除，因为有限公司的人合性仍然需要维护，优先购买权就是这一需求的集中体现。股权对外转让虽然摆脱了同意权的束缚，但仍然受制于优先购买权，公司人合性有此作为屏障。而隐名股东要求显名过程中，其他股东无法行使优先购买权，因为此时显名股东只是要将股权返还给真正的享有人隐名股东，并不是类似股权转让的交易，没有交易价格，也就无从谈起同等条件，自然也就不存在优先购买权。那在无法通过优先购买权保障公司人合性的情况下，就不能轻易废除其他股东过半数同意这一限制措施，笔者认为，在研究出更好的处理方案之前，保留现有措施仍不失为妥当方式。



四、公司人格否认制度

公司人格否认的制度源于 2005 年对《公司法》的修订，主要体现在第二十条：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。/公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。/公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，

逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”尤其是第三款，规定了股东的连带责任。这是一个重大突破，在股东有限责任的一般原则上形成了例外，当股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任严重损害债权人利益时，法院得以据此判令股东承担连带责任。但是“道高一尺魔高一丈”，有些人滥用行为并不发生在股东与直接持股的公司之间，而是发生在其所控制的多家公司



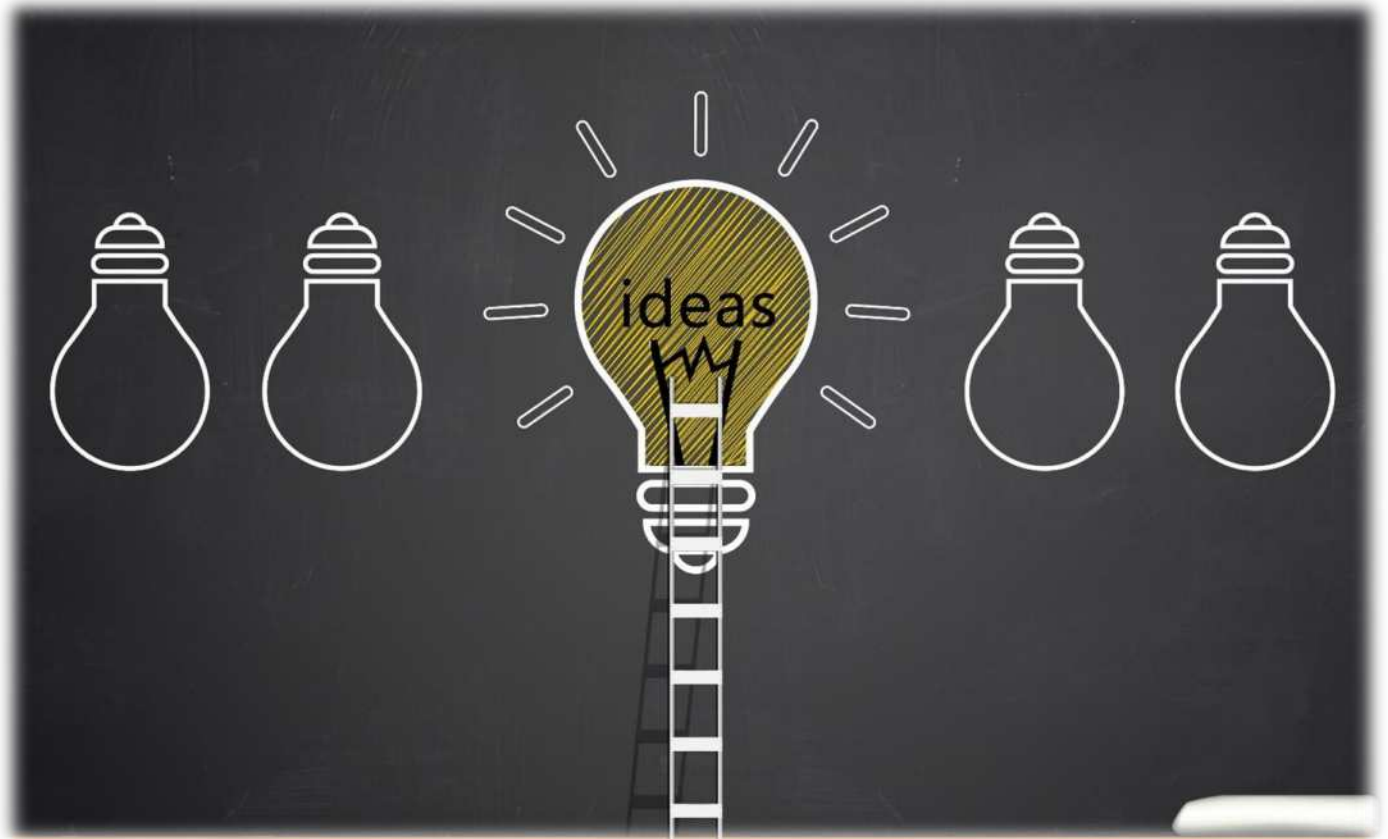
司之间，以此来规避该规定，这一度给法院在法律适用上造成困难。而在个案中，如果不判定关联公司承担连带责任，将产生明显不公的结果。于是 2013 年最高人民法院发布了 15 号指导案例，树立了横向公司人格否认的范例。该案例对此后的审判产生了明显的示范效应，发布前后的审判实践发生了较大的变化。依据李建伟教授的实证研究，有大量公司人格否认案件得到法院支持，其中有不少案件属于非顺向公司人格否认（顺向否认指上述法条所规定的情形，即要求股东为直接持股的公司承担连带责任；非顺向否认指要求子公司为母公司承担连带责任，或者受同一控制的公司之间承担连带责任）。大量司法实践判例突破了现行法律规定，说明现行规定已不适应现实需要，急待修改。此次《公司法（修订草案）》对此问题作出了回应，将原条文整合后在第二十一条增加了第二款的新内容：“公司股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任何一个公司的债务承

担连带责任。”这样就把非顺向的关联公司纳入了人格否认体系，大大拓展了这一制度的适用范围。届时法官再也不用以参照适用的方式援引原二十条第三款了，而是可以理直气壮地直接适用该修订内容。

在此次修订之前，最高人民法院为了指导公司人格否认案件的审理，在 2019 年 11 月出台的《九民会议纪要》中已就此问题作出了较为详尽的规定。该纪要不仅对如何理解和适用公司人格否认制度作了说明，还列举了股东滥用行为的几种典型情形，包括人格混同、过度支配与控制、资本显著不足等。其中在过度支配与控制部分就涉及了非顺向公司人格否认的内容：“控制股东或实际控制人控制多个子公司或者关联公司，滥用控制权使多个子公司或者关联公司财产边界不清、财务混同，利益相互输送，丧失人格独立性，沦为控制股东逃避债务、非法经营，甚至违法犯罪工具的，可以综合案件事实，否认子公司或者关联公司法人人格，判令承担连带责任。”以此作为过渡阶段的审判指

导，一定程度上解决了法官没有法律条文可供直接适用的问题。此次修订草案在正式通过后将结束过渡局面，但笔者认为会

议纪要中的内容表述详尽、说理充分、指导性很强，完全可以继续作为适用修订内容时的有益补充。



笔者对于修订草案上述添加内容还有两点修改建议。

第一，修订草案在上述添加内容中对于责任主体只规定了股东，似乎遗漏了实际控制人。笔者认为实际控制人是必不可少的，因为很多时候真正会玩弄法律的人，自己往往并不出任股东，而是隐藏在背后实际控制公司。如果该条文遗漏了实际控制人，那么真正的罪魁祸首将得不到惩治，届时要么法律的重拳击不中违法者

的要害，要么迫使法官又只能采取参照适用、扩大适用的方式援引法律。在利用关联关系损害公司利益的条文中就把实际控制人和控股股东一同列为了责任主体，既然如此，公司人格否认连带责任的主体也应当有实际控制人，因为两者在本质上都是一种侵权行为。更何况上述会议纪要的规定中就有实际控制人，修订草案此处

没有道理不列入。主体的重要性是第一位的，如果疏漏了主体将造成法律的盲点，也给不法者提供了空间，所以将实际控制人列入责任主体范围实属必要。

第二，“公司股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任何一个公司的债务承担连带责任”，这一表述存在重大的欠缺，提取句子主干可以发现，承担连带责任的仅仅是受控于股东的各公司，而不包括股东自身。那是否就意味着该股东就可以不用承担连带责任了？有人可能会说，股东连带责任在第一款中已规定，第二款就不需要重复了。是这样吗？《公司法(修订草案)》第二十一条第一款的内容是：“公司股东

滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”这句话确实明确了股东须承担连带责任，但是此情形为原有条文已规定的顺向人格否认的情形，并不包括第二款所涉及的非顺向否认的情形。上下两款规定的情形不同又分款表述，主体不能混为一谈。因此，非顺向人格否认情形下确实遗漏了股东的连带责任，恐怕这并非立法者的本意。新增的该款内容应当调整表述，股东以及各受其控制的公司都应当承担连带责任。此外，如上所述，实际控制人也应当列入责任主体。



五、简易减资制度

《公司法（修订草案）》第二百二十一条规定：“公司依照本法第二百一十条第二款的规定弥补亏损后，仍有亏损的，可以进行简易减资，但不得向股东进行分配，也不得免除股东缴纳股款的义务。简易减资不适用前条第二款的规定，但应当在报纸上或者统一的企业信息公示系统公告。”

公司简易减资后，在法定公积金累计额超过公司注册资本前，不得分配利润。”

这是修订草案新增的条文，在原有减资制度基础上推出了简易减资的新制度。这一制度旨在简化减资手续，使公司注册资本与实际资本更相符合，有利于公司交易对象（减资后的交易对象）识别公司责任承担能力，这些方面应当说具有积极意义。

简易减资简化了减资程序，但仍有几项限制：1) 前提条件是公司已经依照第二百一十条第二款的规定弥补亏损后仍有

亏损，即公司先使用任意公积金和法定公积金弥补亏损后继续使用资本公积金弥补，但仍有亏损；2) 公司不得向股东进行分配，也不得免除股东缴纳股款的义务。这句话说得不够清晰，但应当理解为公司不得向股东退还减资部分的出资，也不得免除股东对于剩余注册资本的缴资义务；3) 在报纸上或者统一的企业信息公示系统上公告；4) 减资后，在法定公积金累计额超过注册资本前，不得分配利润。综合来看，这几项限制或者说条件要实现并不困难。

除去这几项限制外，“简易”主要体现在两点：1) 程序上公司无需通知债权人，公告没有明确时间要求；2) 实体上债权人不能要求公司清偿债务或提供担保。这两点高度关联，核心在于债权人的实体权利受到限制。这是对原有减资制度（或者说在修订草案下为一般减资制度）的重大调整，甚至可以说是颠覆，因为原制度之所以要明确规定公司减资就必须按照

债权人要求清偿债务或提供担保，就是为了避免公司股东通过减资方式降低公司的偿债能力，减轻自己的出资责任，损害债权人利益。简易减资制度将这一点废除不是对原制度的颠覆吗？有人会说，这属于形式减资，只是在形式上减小注册资本，实质上不向股东退还出资，不降低公司净资产，所以没有影响公司的偿债能力。对于这样的说法，笔者只能认同一半。的确，公司实质减资将退还股东部分出

笔者认为，形式减资对于减资前的债权人利益是有重大影响的。因为，债权人是基于对公司原有注册资本的信赖而与公司发生交易，在其视角来看，公司注册资本就是公司责任财产和偿债能力的基础，即便注册资本未必实缴，但是公司在特殊情况下仍有可能发生出资期限加速到期而有助于债权实现。尤其是此次修订草案第四十八条作出新规定：“公司不能清偿到期债务，且明显缺乏清偿能力的，公司或者债权人有权要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资”，这

资，公司净资产及责任财产将因此降低，对于债权人而言显然不利；而形式减资只是在注册资本账面金额上降低，公司不退还股东任何出资、不分配任何财产，与实质减资有着本质区别。所以最高院曾有公报案例，债权人追加减资股东承担连带责任，法院基于公司系形式减资而未予支持。但是以此为由，就得出凡是形式减资必定不会损害债权人利益的结论则是片面的。



比《九民会议纪要》所规定的条件更为宽松，此等情况下公司股东须按照原注册资本加速到期实缴出资，债权人因此有实现债权的保障。但是，在简易减资制度下，债权人未被通知，大概率错过公司减资公告，不论债权人是否知晓，公司都不需要向债权人清偿债务或提供担保，则债权人

无法阻止公司减资，结果是债权人丧失了减资部分加速到期追索股东出资责任的权利，这对于债权人的利益怎能说没有影响？笔者认为，不仅有影响，而且影响巨大，同时这一制度还有损商事外观主义以及基于外观所构成的债权人的信赖利益，并且极有可能造成出资加速到期制度被架空，枉费了立法者制定草案第四十八条的好意。简易减资制度有利方面是方便了

公司减资，弊端则是易被不诚信的公司和股东所利用损害债权人利益，在整个社会的诚信体系还不够完善的现实状况下，总体衡量似乎弊大于利，此阶段推出这一制度并不是合适的时机。目前公司通过现行一般减资制度可以实现减资，并无过多障碍与繁琐，如果仅为公司便利而造成公司、股东、债权人利益失衡似乎得不偿失，因此简易减资制度暂缓推出为宜。



六、简易注销制度

《公司法（修订草案）》第二百三十五条规定：“公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务，经全体股东承诺，可以通过简易程序注销登记。”

通过简易程序注销登记，应当通过统一的企业信息公示系统予以公告，公告期

这是修订草案新增的条文，在公司一般注销登记制度的基础上增加了简易注销制度。这是国家持续优化营商环境的需要，进一步便利公司的设立和退出，更大程度地激发市场活力，有利于经济发展。现有的注销登记制度较为繁琐、严格，大量“僵尸”企业无法正常、快速地退出市场，造成社会资源和行政管理资源的浪

但是从条文的表述来看，还有几处问题有待改进。

第一，修订草案该条文第一款列明了适用简易注销程序的条件，即 1) 公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务，2) 经全体股东承诺。笔者注意到国务院于 2021 年 7 月 27 日颁布的将于 2022 年 3 月 1 日生效的《市场主体登记管理条

例》第三十三条第一款规定：“市场主体未发生债权债务或者已将债权债务清偿完结，未发生或者已结清清偿费用、职工工资、社会保险费用、法定补偿金、应缴纳税款（滞纳金、罚款），并由全体投资人书面承诺对上述情况的真实性承担法

限不少于二十日。公告期限届满后，未有异议的，公司可以在二十日内向公司登记机关申请注销公司登记。

公司通过简易程序注销登记的，全体股东应当对注销登记前的债务承担连带责任。”

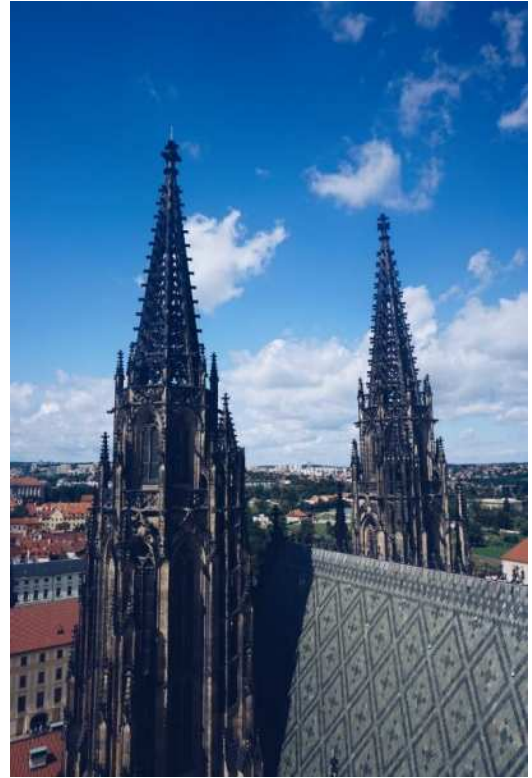
费，给投资主体带来了顾虑，影响了市场活力。为解决此类问题，推出简易注销制度非常有必要。这与前文所提到的简易注销制度不同，简易注销制度在程序的便捷性上较一般注销制度有很大提升，对于增强市场活力、优化营商环境有着重要而积极的作用。所以笔者非常乐见这一制度随草案通过，造福于市场。

例》第三十三条第一款规定：“市场主体未发生债权债务或者已将债权债务清偿完结，未发生或者已结清清偿费用、职工工资、社会保险费用、法定补偿金、应缴纳税款（滞纳金、罚款），并由全体投资人书面承诺对上述情况的真实性承担法



律责任的，可以按照简易程序办理注销登记。”条例先《公司法（修订草案）》一步，已经规定了简易注销程序，其中的条件除了未发生债权债务或已清偿外，还有未发生或者已结清清偿费用、职工工资、社会保险费用、法定补偿金、应缴纳税款（滞纳金、罚款），这与国家市场监督管理总局于2021年12月28日发布的《企业注销指引（2021年修订）》中规定的简易注销流程适用对象是一致的。从合理性上来看，条例和指引规定的条件更完善也更合理，建议修订草案按此条件作补充完善，否则将来会出现下位法违反或突破上位法规定的问题。

第二，修订草案该条只规定了在一定条件下可适用简易程序，但并没有说明具体简化掉的程序有哪些，是不是包括该章节前面条文所规定的清算程序？如果仅从条文之间的关系来看，并不能得出这一结论。笔者认为，整个注销程序最为繁琐的恐怕就是清算程序，如果不是简化清算程序，而仅仅简化其他流程的话，这个简易注销程序就没有太大意义和价值。但是



从上述法律条文以及现行《公司登记管理条例（2016修订）》和即将生效的《市场主体登记管理条例》中都找不到答案。最后笔者在《企业注销指引（2021年修订）》随附的流程图中得到了印证（见下图），所简化的程序就是清算程序。修订草案中的简易注销程序如来源于此或者与此不悖的话，应当明确表述所简化的程序究竟为何。同时，考虑到条文的完整性，建议在“公司解散和清算”章节中加入一般注销程序相关的内容，否则在这一内容缺失的情况下直接规定简易程序，不仅显得突兀，而且也不完整、不合理。



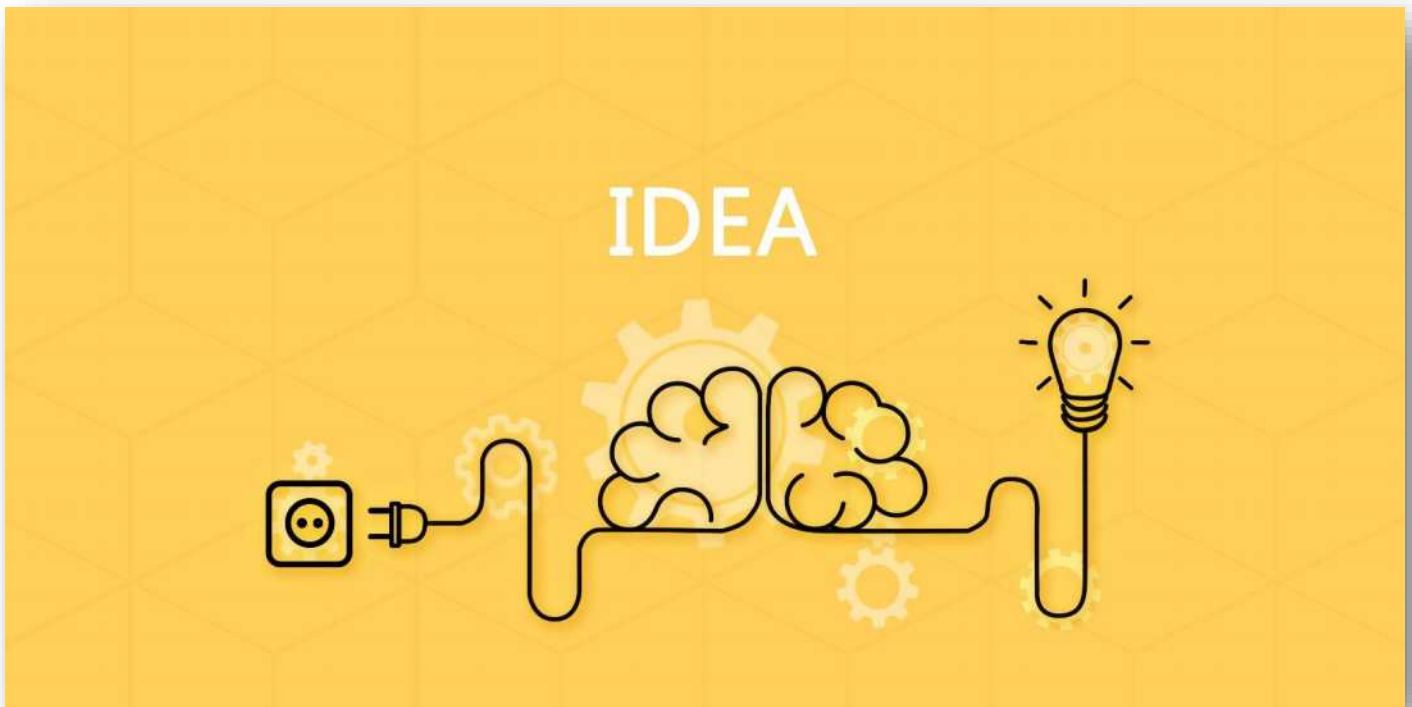
七、股东代表诉讼制度

股东代表诉讼是指当公司拒绝或怠于通过诉讼追究公司治理机构成员或公司外第三人对公司所负的责任时，股东以自己的名义为了公司利益提起的诉讼。英美法系国家称之为“股东派生诉讼”，大陆法系国家称之为“股东代表诉讼”“股东代位诉讼”。我国《公司法》于2005年修订时，新增并确立了股东代表诉讼制度。这一制度极具价值，以一种程序保障机制给予了中小股东通过司法途径保护

自己利益的机会。当公司的大股东、实际控制人、董监高或外部第三人侵害公司利益时，中小股东在公司的间接利益必然也受到侵害。此时如需通过诉讼追责的话，通常适格的原告应当是直接受损方即公司，但是往往公司受控于大股东、实际控制人、董监高，由他们来操控公司起诉自己是难以实现的，原告的缺位导致公司的直接利益以及中小股东的间接利益无法得到保障。为解决此问题，股东代表诉讼

制度应运而生，股东在经过前置程序无法启动诉讼时得以另辟蹊径，以自己的名义代表公司发起诉讼。因此，这一制度是中

小股东制约大股东、董监高的关键手段和利器，是公司治理机制、监督机制中十分重要的一环。



此次修订草案维持了这一制度，对现行《公司法》第一百五十一条作了局部修改，并增加了第四款，形成了第一百八十八条。就该条文，笔者认为有以下几处问题有待改进和解决。

第一，对于可以发起诉讼的原告股东，修订草案未作修改，仍然是有限责任公司体制下的股东和股份有限公司体制下连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上股份的股东。前者没有问题，有限

公司的所有股东都有权起诉。后者有一定问题，连续持股 180 日的期限限制是否合适值得商榷。不论是公司成立时间不足 180 日，还是股东取得股份后即发现侵权事项，股东都要等待最长半年之久后才能起诉，不利于侵权行为的及时制止以及合法权利的及时保护。借鉴德国法 3 个月的设置似乎更为合理。

第二，修订草案将前置程序中被请求主体由监事会、不设监事会的有限公司的

监事改为了仅保留监事会，将董事会、不设董事会的有限公司的执行董事改为了仅保留董事会。这一修改是否意味着凡是不设监事会、董事会的公司，就不需要前置程序了呢？笔者以为，公司仅设置监事、董事的，其职权与监事会、董事会相近，仍可以作为前置程序中的被请求主体，删除没有必要也不具有合理性。这里还需要考虑一种情况，此次修订草案还规定了公司可以不设置监事会或监事，在此情况下股东是否还需要向董事会或董事提出请求？这需要条文给出明确答案。

第三，实务中，侵害公司利益的主体除了董监高外最常见的是大股东、实际控制人，他们应当被明确列入。尽管该条文第三款中的“他人”可以解释为包括大股东、实际控制人在内的董监高以外的所有人，但是“他人”的表述容易让人直观地理解为公司外部人员。为免争议，有必要将大股东、实际控制人明确写明。此外，实务中还常见法定代表人侵害公司利益的情形，将其列入也有现实需要。从立法



者本意来看，已明确规定法定代表人只能由董事长、执行董事或者经理担任（不设董事会的公司，由董事或者经理担任），据此法定代表人不是董事就是高管，已经囊括在第一款的主体中了，没有必要单独列入。但是实务中仍然大量存在非董事、非高管人员担任法定代表人的情况，这些人往往自己就是大股东、实际控制人或者受其控制的人员，他们损害公司利益时，其身份并非董监高，而是法定代表人，如不将其列入恐有疏漏。所以，笔者建议将大股东、实际控制人、法定代表人等内部人员与董监高一并列入，这样更为明确，更能发挥该条文的警示和威慑作用。



第四，该条文增加了第四款：“本条第一款、第二款所称的董事会、董事、高级管理人员、监事会、监事，包括全资子公司的董事会、董事、高级管理人员、监事会、监事。”股东代表诉讼延伸到了全资子公司层面，即当全资子公司的董监高侵害子公司利益时，母公司的股东可以发起代表诉讼。这就解决了实务当中发起双

重代表诉讼缺乏法律依据的困境，为法律救济打上了补丁。但是这里的表述还不够明确。股东应当向母公司的监事会（或监事）、董事会（或董事）提出诉讼请求，还是向子公司的监事会（或监事）、董事会（或董事）提出请求，或者是两者都需要？这部分程序必须要明确，否则会给出带来问题和争议。

综上所述，笔者以律师视角，结合实务经验，对《公司法（修订草案）》提出以上不成熟的意见和建议，谨供立法机关参考，希望有助于该法的进一步修改和完善。



周松涛 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方公司与财税法律服务部 主任
上海律协税务业务研究委员会 委员
法务会计师

业务方向：公司股权、公司治理、并购重组、
商业谈判、商业诉讼、税务

联系方式：18621368850



扑朔迷离的股东资格之争 ——让与担保与股权转让之甄别

作者：郑华





司法实践中，尤其是在《九民纪要》与《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保解释》）实施后，股东资格确认之诉成为原股东反击债权人的诉讼策略，让与担保情境下的股东资格大战，关键还在于如何界定股权让与担保与转让之区别。

谁是真正的股东？

案情：

A(集团)有限公司与 A 房地产项目开发有限公司(以下简称地产项目公司)、方某、第三人李某股东资格确认纠纷中，地产项目公司原由 A(集团)有限公司 100%持股，案外人朱某某系实际控制人。2008 年，因为地产项目公司缺乏资金所以向第三人李某借款 4500 万元，借款同时李某担心地产项目公司无力偿还，所以将 A(集团)有限公司持有的地产项目公司股权作为“抵押担保”，实际上仍由 A(集团)有限公司对地产项目公司进行管理。此后，李某想让地产项目公司还钱，所以朱某某找到方某借款。方某因地产项目公司有房产所以同意借款，并签订《在建房地产代销合同》约定借款共计 10,086 万元。地产项目公司与方某于 2010 年 4 月 23 日签署

《在建房地产代销合同》载明，“地产项目公司将 90%股权转让给方某作为抵押”；A(集团)有限公司与方某于 2010 年 5 月 12 日签订的《协议书》载明，“方某受让地产项目公司李某 90%股权至方某名下后，地产项目公司自设立之日起的债权、债务均由 A(集团)有限公司享承……”；A(集团)有限公司与李某于 2010 年 5 月 12 日签订的《备忘录》，载明：“李某接到 A(集团)有限公司指令将地产项目公司形式上持有的 90%股权转让给方某，李某表示同意……”。同年 6 月，地产项目公司完成股东变更备案登记。同年 9 月 18 日，李某与方某签订《补充协议》，载明，“……李某同意方某本补充协议确认的欠款 3000 万元延至 2010 年 10 月 31 日前归还



李某，并自股权转让之日起至还款之日止，该 3000 万元按 2%/月计算利息给李某”。

而后，因地产项目公司项目开发遇到问题，各方就上述钱款及协议履行产生争

一审结果：判决驳回原告 A(集团)有限公司的诉讼请求。

一审认定方某与刘某之间形成的股权转让合意，刘某通过《补充协议》确认其已收方某股权转让款的情况、将股权转让给方某并办理变更登记手续，故方某已经实际取得地产项目公司 90%股权。结合方某自 2011 年起在地产项目公司项目的开展中，代表公司参与沟通、推进，积极为项目筹措资金等，一审法院认为从方某登记成为地产项目公司股东之后的行为来看，方某行使了地产项目公司股东、法定代表人的职责。

二审结果：撤销一审民事判决，将案件发回重审。

二审认为方某作为地产项目公司的债权人名义上受让股权并办理股权变更登记，并非是股权转让，而是为实现债权而设定的股权让与担保。同时，案外人刘某某持有地产项目公司 10%的股权，由于

2019 年 10 月，A(集团)有限公司提起诉讼：要求确认被告方某持有的被告地产项目公司 90%股权归原告所有并完成股权变更登记。



地产项目公司与方某之间的让与担保行为，不得影响其他股东的权利，一审法院应核实刘某某对让与担保的知晓及认可情况。

如何判断是股权转让还是让与担保？

首先，判断当事人之间达成的合意系让与担保还是股权转让。

股权让与担保在商事审判实践中最为常见的模式是有借贷合同的让与担保，往往表现为当事人签订借贷合同，同时签订股权转让合同，并且办理了变更登记。

一是，是否约定了让与担保条款。《民法典担保解释》第六十八条规定了让与担保条款及其处理规则“债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，债务人不履行到期债务，债权人有权对财产折价或者以拍卖、变卖该财产所得价款偿还债务的，人民法院应当认定该约定有效。当事人已经完成财产权利变动的公示，债务人不履行到期债务，债权人请求参照民法典关于担保物权的有关规定就该财产优先受偿的，人民法院应予支持……”如果当事人协议中的条款系上述约定的，应当认定为“让与担保”。当然当事人囿于自身的法律知识，如果采用“抵押”、“质押”等非标准表述，但是在履行过程中将股权转让给债权人的；或者约定“债务人不履行到期债务，财产归

正如上述案例中，原告以股权让与担保为由主张确认股东资格，而被告（债权人）抗辩为股权转让。在此情况下，可以从三个方面来考察双方真实的意思表示：

债权人所有的”，虽然该约定会被认定无效，但是不影响当事人有关提供担保的意思表示的效力，同样适用让与担保的处置规则。

二是，审查出借资金和股权转让款的构成。当双方没有约定让与担保条款时，审查借贷资金和股权转让款的构成及支付情况将成为认定的重点，这里就包括审查股权转让合同中约定的对价（是否为零或远远低于实际价值）、是否实际支付了股权转让款、出借资金的数额及出借时间等。如虽然约定了股权转让款，但变更登记后，转让人长时间未主张权利，此时股权转让更应认定为借贷合同的担保。

三是，判断是谁在实际行使股东权利、参与公司经营管理。在让与担保的一般情况下，原股东仍旧负责公司经营管

理、实际行使股东权利，债权人往往不实际参与公司经营管理，仅仅对公章、账户进行控制或作为法定代表人形式上履行签字权。但提醒大家注意，该条不能作为判断是否成立让与担保的唯一条件，正如案例中所体现，在某些特殊情况下，基于

其他法律关系或双方约定，债权人也可能实际行使股东权利或参与公司经营管理。还是应综合考虑是否达成真实股权转让合意，否则债权人无权以实际行使股东权利、参与公司经营管理为由主张其已取得股东资格。



其次，判断是否已实际出借款项。

债权人是否实际出借资金，是让与担保对应的主债权是否成立的重要依据，如果未履行借款义务，原股东有权提起诉讼确认其享有股东资格。同时，提醒大家注

意两类特殊情形，一是在债权人与股东签订借款合同、让与担保合同后，通过收购标的公司债权且未经股东确认的情况下，收购款不能认定为出借资金；二是防范在

债权人与标的公司签订借贷合同，与原股东签订让与担保合同的情况下，债权人与

标的公司“手拉手”虚假诉讼，侵害原股东权益的情形。

最后，还需考察债权人是否已经处分了股权。

即使在当事人之间成立让与担保法律关系的情况下，原股东是否能成功确认股东资格，变更股权登记，还需要考察争议股权目前的状态。如果第三人基于信赖及商事外观主义，已经从债权人处受让股权，且满足善意取得的认定标准，那么原股东丧失股东资格。根据司法实践案例，此时，原股东提起股东资格确认之诉，人

民法院不予支持。再如，当债权人未经原股东同意，将股权质押给他人的，质权人满足善意取得认定标准的，原股东提起股东确认之诉的，对于其请求确认股东资格的诉讼请求，人民法院可予支持，但是未经质权人同意的，对于原股东变更登记诉讼请求，人民法院不予支持。





结语

纵观司法实践，人民法院并不鼓励股东资格“名实分离”的情形。但是当事人如确有需要，通过股权让与担保方式获得融资借款甚至渡过公司难关时，建议大家还是要通过书面协议方式明确让与担保条款，合理运用补充协议等方式，明确多份协议尤其是内容冲突条款之效力。对于资金转账也应明确其性质，备注清晰系“借款”还是“股权转让款”，避免产生

风险和争议。此外，让与担保法律关系下，对于债权人而言，有时取得股权并非债权人的最优选择，如当公司已经经营困难，存在破产风险的，债权人“股权转让”的主张，实际上否定了自身债权人地位，当股权已无价值，债权人实际权益无法实现，此时，认可让与担保，通过破产程序、获得部分清偿，也许是债权人更实际的选择。



郑华 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方劳动法律服务部 律师

上海市闵行区劳动人事争议委员会兼职仲裁员

上海市闵行区职工维权律师志愿团律师

上海市闵行区马桥镇、新虹街道总工会法律顾问

上海市徐汇区枫林街道普法宣传团讲师

业务方向：劳动法、公司业务、家族法律服务

联系方式：13482439658

对《公司法（修订草案）》中人格否认制度的理解和建议

作者：李剑

2021年12月24日，第十三届全国人大常委会审议《中华人民共和国公司法（修订草案）》（以下简称“修订草案”）后公开向社会征求意见。

本所周松涛律师就修订草案中股权转让制度连续发表解读文章，本文也籍此对修订草案中的人格否认制度谈点看法，抛砖引玉，继续讨论本次公司法修订话题。



公司人格否认法条修订内容

现行法	修订草案
<p>第二十条第3款</p> <p>公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。</p>	<p>第二十一条</p> <p>公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。</p> <p>公司股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任何一个公司的债务承担连带责任。</p>

一、修订草案在否认公司人格保护债权人利益上有重大突破，在股东纵向承担连带责任基础上，规定了关联公司横向相互承担连带责任。

1、从股东纵向承担连带责任到关联公司横向承担连带责任。

关于“公司人格否认”，现行公司法第二十条第3款规定的主要内容是“公司股东不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任严重损害公司债权人利益，否则股东应当对公司债务承担连带责任”，俗称揭开公司“面纱”，这一规定旨在突破公司股东以出资为限的“有限责任”原则，使股东对公司债务承担连带责任。根据该条规定，股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的，债权人在起诉公司时可以将股东列为被告，要求股东对公司债务承担连带责任。

但是，如果同一股东同时设立或控制多家公司时，滥用公司法人独立地位损害公司债权人利益时，就很难适用第二十条保护债权人利益。

这次公司法修订草案第二十一条第2款，在原有第二十条规定的基础上，新增了“公司股东利用其控制的两个以上公

司，实施了滥用公司法人独立地位和股东有限责任的行为，各公司均应当就每一个公司的债务承担连带责任”。

根据这一规定，如果公司股东同时设立两个以上的公司，或者公司股东同时也是其他公司的实际控制人，如果公司股东或实际控制人有滥用公司法人独立和股东有限责任的行为，严重地损害了公司债权人的利益，则不仅仅公司股东需要对公司债务承担连带责任，几个横向关联的关联公司也需要对公司债务承担连带责任。

也就是说，今后债权人如果认为股东有滥用公司法人独立地位或股东有限责任损害利益的，在起诉公司时，可以将关联公司一起列为被告追究其连带责任。

因此，修订草案在原有股东纵向承担连带责任基础上，为关联公司横向承担连带责任提供了法律依据。

2、对修改草案第二十一条第2款的修改意见

应增加公司实际控制人控制多家关联公司的情形，可以修改为：公司股东或实际控制人利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任何一个公司的债务承担连带责任。

很多情况下，实际控制人通过协议和安排，隐匿在多家关联公司的背后，利用

公司法人独立地位和股东有限责任损害债权人利益，这对市场交易秩序造成了更严重的破坏。因此，如果仅仅局限于工商登记显示的关联公司的“股东”，而不将实际控制人纳入规制范围，不仅不能更好的保护债权人利益，反而更容易让实际控制人钻法律的空子，破坏市场交易秩序。



二、修订草案未能涵盖的公司人格否认问题

1、本次修改草案在否认各人格问题上，删除了一人有限公司的专章规定，关于一人有限公司人格混同举证责任倒置的规定当然也被取消，所保留的第三条和修订的第二十一条不能解决实务中的公司人格否认损害债权人利益的其他问题。

在修订草案出台前，让我们来看看《九民纪要》所归纳的三种综合认定否认公司人格的考虑因素：

<p>人格混同</p>	<p>(1) 股东无偿使用公司资金或者财产，不作财务记载的；(2) 股东用公司的资金偿还股东的债务，或者将公司的资金供关联公司无偿使用，不作财务记载的；(3) 公司账簿与股东账簿不分，致使公司财产与股东财产无法区分的；(4) 股东自身收益与公司盈利不加区分，致使双方利益不清的；(5) 公司的财产记载于股东名下，由股东占有、使用的；(6) 人格混同的其他情形。</p>
<p>过度支配与控制</p>	<p>(1) 母子公司之间或者子公司之间进行利益输送的；(2) 母子公司或者子公司之间进行交易，收益归一方，损失却由另一方承担的；(3) 先从原公司抽走资金，然后再成立经营目的相同或者类似的公司，逃避原公司债务的；(4) 先解散公司，再以原公司场所、设备、人员及相同或者相似的经营目的另设公司，逃避原公司债务的；(5) 过度支配与控制的其他情形。</p>
<p>资本显著不足</p>	<p>股东实际投入公司的资本数额与公司经营所隐含的风险相比明显不匹配。股东利用较少资本从事力所不及的经营，表明其没有从事公司经营的诚意，实质是恶意利用公司独立人格和股东有限责任把投资风险转嫁给债权人。</p>

从上表中可以看出，就“人格混同”所列的综合认定公司人格否认的因素，其法条依据是基于现行公司法第三条，股东通过上述系列行为侵犯了公司作为企业法人的独立财产权，使公司丧失了法人的独立财务意志，沦为股东非法敛财或逃避债务的躯壳。



就“过度支配与控制”和“资本显著不足”所列的综合认定公司人格否认的因素，已经被本次修订草案吸纳，从母子公司的关联性，突破到公司股东实际控制的其他横向关联的公司之间，一旦公司股东利用其控制的多家公司实施了损害债权

人利益的行为，各关联公司应当相互承担连带责任。

但是，在实务中，债权人举证责任过重，不利于构建诚实信用的市场交易秩序，也不利于保护债权人合法权益。

公司法以法人独立、股东有限责任为原则，人格否认为例外，因此债权人的利益保护仍然面临困境。目前的司法实务中，如果债权人起诉公司人格否认，需要初步举证公司在人员上、业务上和财务上存在混同，法院才会启动司法审计来查明是否存在人格否认。即使是人员和业务的混同，随着债务人股东弄几个员工、近亲属穿几件“马甲”，债权人要找到人员和业务混同的证据已经非常困难，更何况是公司核心商业秘密——财务混同的数据，债权人是根本无法获得相关证据的，因此债权人的举证责任太大，难道基本上没有举证的能力。

2、建议在修订草案中第三条增加一款作为第3款，关联公司之间存在人员交叉混同、业务交叉混同的，各关联公司有义务证明彼此之间的财产和财务意志是独立的。这样，结合修订草案第二十一条第2款，可以更好地规范交易秩序，保护公司和债权人双方的利益。

修订理由如下：

第一，实务中公司人格否认方式和手段的“形式合法化”，需要一定程度的举证责任倒置来保护债权人合法权益，进而构建诚实信用的市场交易秩序。

公司人格否认的手段和方式，已经不再局限于公司股东和公司财产直接混同的情形，更多的是股东作为实际控制人完全隐匿的公司背后，通过代持、协议控制等方式安排一些员工、达到法定退休年龄的近亲属担任工商登记的股东和法定代表人，实际上人员混同、业务交叉混同，

财务上不直接进行财产混同，而是利用关联交易进行利益输送，将公司的经营风险利用股东有限责任转嫁给债权人。

因此，如果债权人举证证明几家公司人员和业务存在交叉混同的情形，此种情况下，应当将几家关联公司财产独立和财务意志独立的举证责任分配给关联公司，如果查明实际控制人的，实际控制人亦应当举证其所控制的多家关联公司的财产和财务意志是独立的。

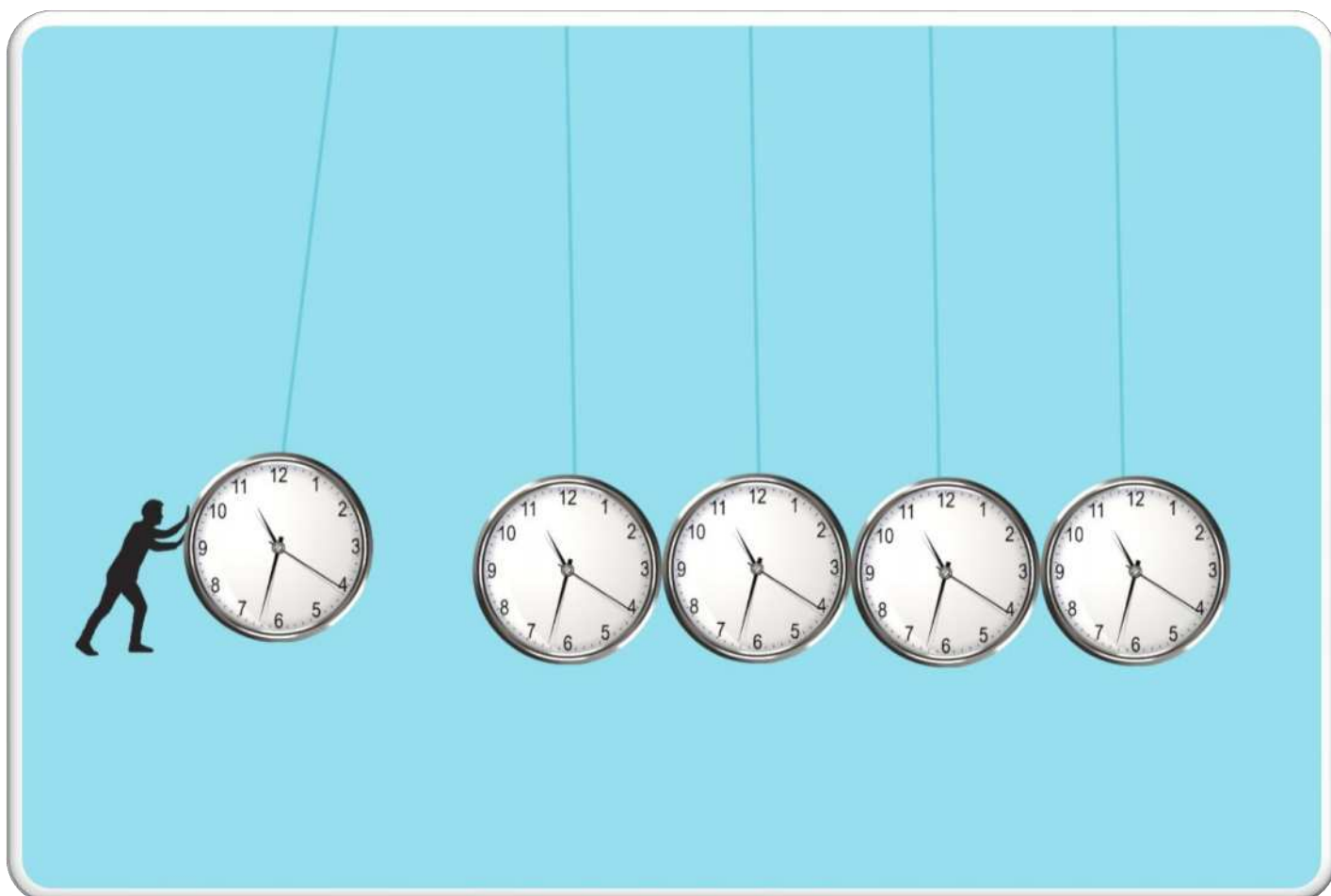


第二，通过举证责任的分配，倒逼市场主体诚信经营，建立独立且完善的财务制度和公司决策管理制度。

公司法和公司登记管理条例没有禁止同一股东或实际控制人不可以设立和控制多家关联公司，同样的，股东或实际控制人应当根据公司法的要求，保证公司

具有独立的财产和独立的财务意志，这是股东和实际控制人的法定义务。

因此，在几家关联公司存在人员、业务交叉混同的情况下，将财产独立和财务意志独立的证明责任分配给几家关联公司和股东、实际控制人，可以倒逼公司股东和实际控制人合法合规、诚信经营。



第三，弥补现行公司法删除一人有限公司人格否认举证责任倒置的不足。

一人有限公司的股东只有一个自然让或一个法人股东，基于公司的人员、业务和财务完全受一个股东的支配，现行公司法将公司人格否的举证责任分配给公司和股东，有利于督促一人有限责任公司规范管理和诚信经营。

实务中，有很多的夫妻股东公司，实际上与一人有限公司无异，往往存在财产

混同的情形，但现行公司法并没有要求此类公司的人格否认实行举证责任倒置，同样不利于保护债权人利益。

修订草案将一人有限公司专章删除的同时仍应考虑债权人合法权益的保护问题。因此，在公司不能清偿到期债务，债权人举证公司存在人员和业务交叉混同的，应当要求公司和股东举证其彼此间财产的独立性和公司财务意志的独立性。

以上浅见，抛砖引玉，欢迎交流讨论！



李剑 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

上海律协公司与商事业务研究委员会委员

业务方向：公司商事、诉讼与争端解决

联系方式：13817279229

遨游“元宇宙”，请系好数据安全带（二） ——企业网络安全审查规则与规则

作者：王晓鹏

引言

去年我们曾经结合《数据安全法》，从宏观的角度，就我国的网络与数据信息安全保护的立法背景、立法现状进行了一个介绍分析。

文章发表后不久，2021年12月28日，国家互联网信息办公室、发改委、公安部、国安部等十三个部委办就联合出台了全新修订的《网络安全审查办法》（以下称“《审查办法》”），这部联合部门规章对于网络安全审查的必要性、网络安全审查的客体与对象、实施网络安全审查的具体规则和流程进行了专门规定。随着2022年2月15日，《审查办法》正式生效，不仅是互联网企业，所有的境内企业，在互联网安全领域都将承担更为严格的安全审查义务。

本文作为企业网络数据安全合规系列文章之一，将以《审查办法》为主，从相关法律法规的微观角度继续为您解析我国的网络安全审查制度。



网络安全审查的法律依据有哪些？

《国家安全法》(以下称“《国安法》”)第五十九条规定：“国家建立国家安全审查和监管的制度和机制，对影响或者可能影响国家安全的外商投资、特定物项和关键技术、网络信息技术产品和服务、涉及国家安全事项的建设项目，以及其他重大事项和活动，进行国家安全审查，有效预防和化解国家安全风险。”

从《国安法》的规定可以看出，如果企业在网络和数据处理领域的活动涉及到国家安全，那么网络安全审查将上升为国家安全审查，必不可少，《国安法》的原则性规定之下，其他相关法律法规、部门规章也都规定了具体的网络安全审查义务：

《网络安全法》第三十五条规定：“关键信息基础设施的运营者采购网络产品和服务，可能影响国家安全的，应当通过国家网信部门会同国务院有关部门组织的国家安全审查。”

《数据安全法》第二十四条规定：“国家建立数据安全审查制度，对影响或者可

能影响国家安全的数据处理活动进行国家安全审查。”

上述两部法律的安全审查重点各有侧重，《网络安全法》关注数据处理活动的安全审查，包括数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等；而《网络安全法》的审查重点是关键信息设施的运营者的采购活动，更关注的是特定主体的软硬件采购层面的网络安全。

除此以外，还有国务院《关键信息基础设施安全保护条例》第十九条规定：“运营者应当优先采购安全可信的网络产品和服务；采购网络产品和服务可能影响国家安全的，应当按照国家网络安全规定通过安全审查。”

而此次新修订的《网络安全审查办法》第二条第一款也规定：“关键信息基础设施运营者采购网络产品和服务，网络平台运营者开展数据处理活动，影响或者可能影响国家安全的，应当按照本办法进行网络安全审查。”。

网络安全审查的对象有哪些？

根据上文所述的法律法规、部门规章等，结合《审查办法》第十条的规定，我国网络安全审查的重点对象主要有三种：

第一种是：《审查办法》第十条第（一）项至第（四）项规定的：审查关键信息基础设施运营者采购网络产品和服务，是否存在影响或者可能影响国家安全的因素。



这里应注意，并不是关键信息基础设施经营者从事的所有网络产品和服务都要进行网络安全审查，只有核心的产品和服务才有此必要，比如中国移动采购存储数据的服务器、购买使用网络云服务、开发管理软件等活动。

第二种是：《审查办法》第十条第（五）项规定的：审查核心数据、重要数据或大量个人信息被窃取、泄露、毁损以及非法利用、非法出境的风险。

什么是“核心数据、重要数据”？根据《数据安全法》第二十一条第二款：“核心数据”，主要指关系国家安全、国民经济命脉、重要民生和重大公共利益等的数据；”

又根据 2021 年 11 月 14 日，国家网信办公布的《网络数据安全条例（征求意见稿）》第七十三条第（三）项，重要数据是指：“一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能危害国家安全、公共利益的数据。主要包括以下七类数据：一是未公开的政务数据、工作秘密、情报数据和执法司法数据；二是出口管制数据，出口管制物项涉及的核心技术、设计方案、生产工艺等相关的数据，密码、生物、电子信息、人工智能等领域对国家安全、经济竞争实力有直接影响的

科学技术成果数据；三是国家法律、行政法规、部门规章明确规定需要保护或者控制传播的国家经济运行数据、重要行业业务数据、统计数据等；四是工业、电信、能源、交通、水利、金融、国防科技工业、海关、税务等重点行业和领域安全生产、运行的数据，关键系统组件、设备供应链数据；五是达到国家有关部门规定的规模或者精度的基因、地理、矿产、气象等人口与健康、自然资源与环境国家基础数据；六是国家基础设施、关键信息基础设施建设运行及其安全数据，国防设施、军事管理区、国防科研生产单位等重要敏感区域的地理位置、安保情况等数据；七是其他可能影响国家政治、国土、军事、经济、文化、社会、科技、生态、资源、核设施、海外利益、生物、太空、极地、深海等安全的数据。

如果企业存储上述核心数据、重要数据，就要绷紧网络安全弦，如果处理上述数据可能涉及到国家安全，应该主动提请网安部门进行网络安全审查。

第三种是《审查办法》第十条第（五）项规定的，审查企业在上市过程中，是否存在关键信息基础设施、核心数据、重要数据或者大量个人信息被外国政府影响、控制、恶意利用的风险。特别是《审查办法》第七条，还强调：“掌握超过100万用户个人信息的网络平台运营者赴国外上市，必须向网络安全审查办公室申报网络安全审查。”

关于企业赴国外上市的网络安全审查义务，业内都称“滴滴条款”，滴滴在2021年6月30日赴美上市对我国网络安全审查制度造成的重大影响，在本系列上一篇文章中已经做了相应的阐述，再次不再赘述，本文只是想再次给企业提个醒，滴滴的教训不可谓不深刻，国家确保网络数据安全的决心不可谓不强大，企业未来发展一定程度，准备赴国外上市融资之前，一定要做好网络安全审查关，消除数据泄露的风险，以免给自身带来不必要的麻烦。



企业在香港上市是否要强制进行网络安全审查？

滴滴事件已经过去了半年，经过半年多的审查，滴滴公司也在 2021 年 12 月 3 日发布公告称：“公司即日起启动在纽交所退市的工作，并启动在香港上市的准备工作。”滴滴上市，兜兜转转，画了一个大圈从起点又回到了起点，那么问题来了，为什么滴滴选择在香港上市？企业在香港上市，是否不需要强制网络安全审查呢？

《审查办法》中只是对于特定企业（掌握超过 100 万用户个人信息的网络平台运营者）赴国外上市强制要求进行网络

安全审查，单单从《审查办法》来看，那这些“头部互联网平台”在香港上市是不需要强制审查的。

我们也应该注意，2021 年 11 月 14 日，网信办公布了《网络数据安全条例（征求意见稿）》（以下称《条例（征求意见稿）》）其中第十三条第（三）项规定：“数据处理者赴香港上市，影响或者可能影响国家安全的”应当按照国家有关规定，申报网络安全审查。

对比《审查办法》，国务院的《条例（征求意见稿）》一旦正式颁布实施，效

力上属于行政法规，位阶高于《审查办法》，《条例（征求意见稿）》特别就企业赴香港上市进行了专门规定，这也体现了国家对于企业赴港上市可能引起的国家安全风险的重视。但是，《条例（征求意见稿）》对于赴港上市的网络安全审查，表述与《审查办法》第十条第（五）项类似，也是一种附条件审查，即如果赴港上市不影响或者没有影响国家安全风险的，无需进行网络安全审查申报，换言之，目前的立法中，对于企业赴港上市并无强制审查之规定。

四、网络安全审查提交的材料及流程介绍

根据《审查办法》第八条，企业申报网络安全审查，应当向网络安全审查的组织机构——网络安全审查办公室提交以下材料：“（一）申报书；（二）关于影响或者可能影响国家安全的分析报告；（三）采购文件、协议、拟签订的合同或者拟提交的首次公开募股（IPO）等上市申请文件；（四）网络安全审查工作需要的其他材料。”

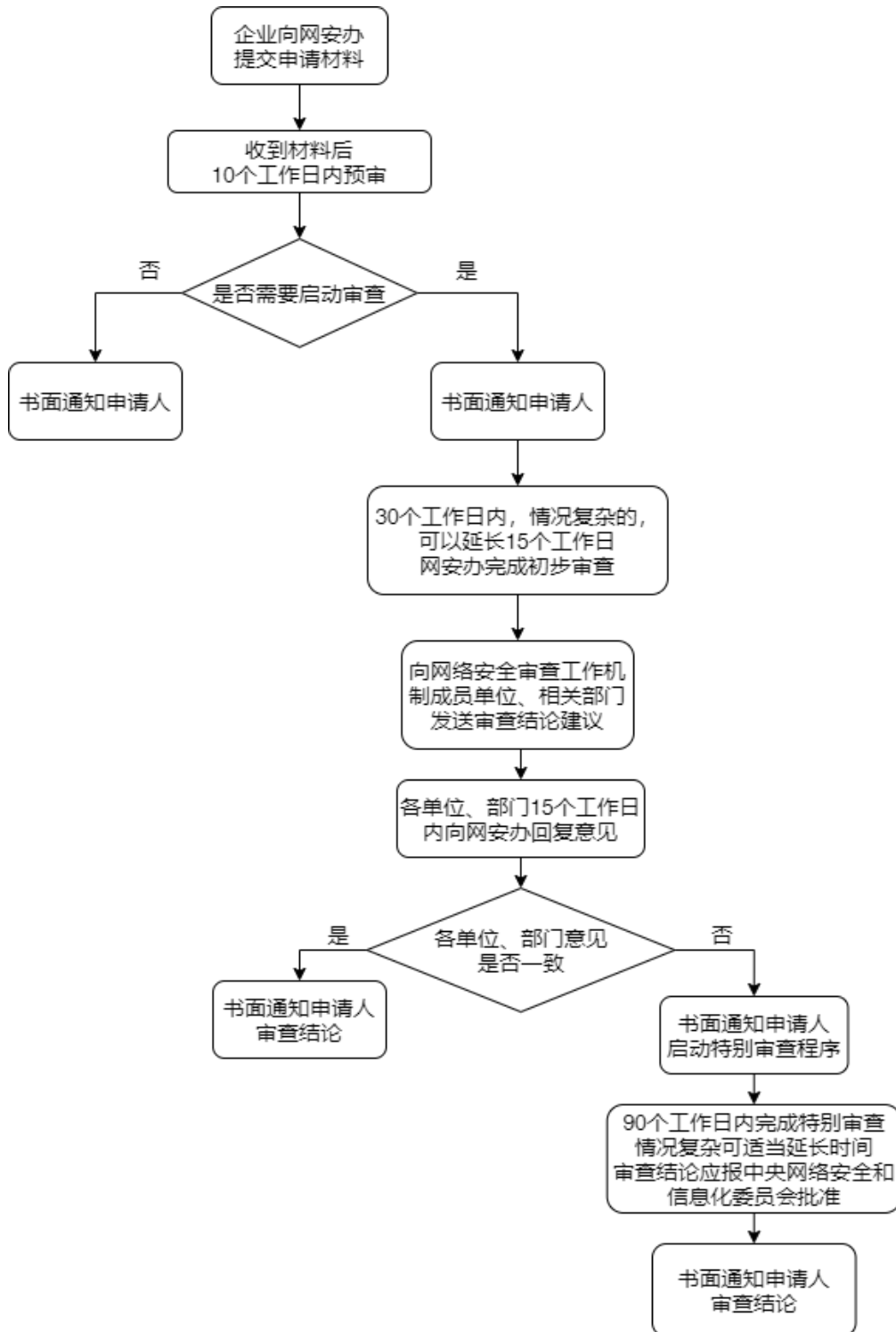
但是笔者还是要提醒有类似需求的企业，虽然目前的立法中，企业在赴港上市时不需要主动申报网络安全审查，但是也不意味着企业可以不履行数据安全义务和国家安全义务。根据《审查办法》第十六条，网络安全审查工作机制成员单位，如果认为企业的网络产品、服务、数据处理活动影响或者可能影响国家权的，仍然可以依一定的程序主动启动对企业的审查程序，因此，建议企业在赴香港上市之前仍然要自行判断，是否会影响国家安全，把好第一关。

其中第（二）项、第（三）项材料，企业应围绕《审查办法》第十条中列举的风险情形进行有针对性的准备提交，比如：准备上市的企业，需要准备公司章程、发起人协议、发起人姓名或者名称，发起人认购的股份数、出资种类及验资证明、招股说明书、代收股款银行的名称及地址等资料；从事关键信息基础设施运营的企业应当提交采购文件、协议以及拟签订的合同，还应当要求产品和服务提供者配合

网络安全审查，包括承诺不利用提供产品和服务的便利条件非法获取用户数据、非法控制和操纵用户设备，无正当理由不中

断产品供应或者必要的技术支持服务的书面承诺或协议。

企业提起申请后，具体审查流程参见下面的流程：





结语

随着《网络安全审查办法》在一个月后正式生效，特定企业从事特定的行为；或者企业准备赴国外上市、赴港上市之前，都要事先绷紧网络安全弦。网络安全，数据安全已经上升到了数据主权和网络安全的高度，企业切记做好风险评估，并做好风险处置预案，依法依规及时上报材料，申请审查，以确保相应的商业活动合法合规，避免不必要的损失。

王晓鹏 律师

上海七方律师事务所 管理合伙人

七方企业合规法律服务部 主任

上海市创优中小企业人才服务中心 讲师

徐汇区《民法典》宣讲团讲师

业务方向：侵权损害赔偿纠纷、合同纠纷、
不良资产处置

联系方式：17621356262



论“名保实贷”合同效力之司法认定

作者：孙志勇

笔者曾在某微信公众号看到《“名保实贷”合同效力之司法认定》一文，该文以（2020）沪74民终515号上诉人焦某某与被上诉人杉德商业保理有限公司、原审被告上海博司生物科技有限公司、解某某等其他合同及担保合同纠纷一案为研究对象，对商业保理公司以保理为名实际为借贷法律关系的合同效力问题进行了

分析。该文在案件判决书所阐述内容之外，进一步反映了该案中主审法官对相关问题的思考以及有关心证的形成过程，使我们得以更清楚了解法官的判决逻辑。作为该案上诉人代理人，对该文中关于“名保实贷”合同效力的认定问题，提出一些不同的看法，以作商榷。

【案情简介】

(1) 上海博司生物科技有限公司（以下简称博司公司）与杉德商业保理有限公司（以下简称杉德保理公司）签订了一份《保理合同》，约定博司公司以其某《商品采购合同》项下500万元应收账款进行保理融资，杉德保理公司提供保理融资款350万元。

(2) 焦某某及博司公司法定代表人解某某作为保证人分别与杉德保理公司签订了《保证合同》，为《保理合同》项下融资款提供连带责任保证。

(3) 焦某某作为抵押人与杉德保理

公司签订了《抵押担保合同》，以其房产为《保理合同》项下融资款提供抵押担保。

(4) 杉德保理公司在签订《保理合同》时明知博司公司不存在500万元应收账款，其经办人员参与了博司公司《商品采购合同》的拟定，并明确需要该《商品采购合同》是为了应对监管部门的检查。

后杉德保理公司起诉要求博司公司归还融资款，要求焦某某、解某某承担连带保证责任，要求焦某某承担抵押担保责任。

关于涉案合同效力，一审法院认定涉案《保理合同》无效，但《保理合同》隐藏的借款合同关系有效，《保证合同》《抵押担保合同》有效，二审法院对该判决予以维持。

对“名保实贷”的合同效力，该文认为“对于借贷法律关系效力的判断，可从是否构成职业放贷人以及是否违反金融安全要求与监管政策的安排两个角度进行分析认定”，对此笔者完全认同，但对



该文从这两个角度所分析得出的结论，笔者认为有值得商榷之处。

一、违反金融安全要求与监管政策导致违反公共秩序的，合同无效

该文认可商业保理公司直接从事借款交易，与监管部门的要求相违背，并对金融市场的稳定与安全造成不良影响。但对于商业保理公司提供贷款业务，基于金融安全与相应监管政策的要求，借款法律关系应无效的观点，该文认为，“从现有法律、法规规定来看，认定该类合同无效尚缺乏明确依据”。笔者认为，其实不然。

且不说我国《银行业监督管理法》对任何单位和个人未经批准以发放贷款为日常业务活动作出了禁止性规定，就该违

反金融安全与监管政策的行为，是否违背公序良俗也是需要审查的。我国《合同法》第52条第（4）项规定，损害“社会公共利益”的合同无效；之后，我国《民法总则》用传统民法上的“公序良俗”代替了“社会公共利益”，在第153条第2款明确规定了“违背公序良俗的民事法律行为无效”，《民法典》第153条第2款沿用了这一规定。

所谓公序良俗，包括公共秩序和善良风俗两个方面。因为立法者不可能预见一

切损害国家利益、社会公共利益和道德秩序的行为而作出详尽的禁止性规定，而且，《民法典》第153条第1款将违法无效中的“法”限定为法律和行政法规，因此立法者设立该条第2款，以弥补禁止性规范的不足。

在司法实践层面，最高人民法院通过个案裁判的方式，将违反行政规章或国家政策的合同效力认定理由，转换为是否构成“损害社会公共利益”，进而认定合同效力。

最为典型的案例为（2017）最高法民终529号案件（该案审判长为最高人民法院原常务副院长江必新），最高人民法院在该案民事裁定书中认为，当事人签订的《信托持股协议》明显违反了中国保险监督管理委员会《保险公司股权管理办法》第八条关于“任何单位或者个人不得委托他人或者接受他人委托持有保险公司的股权”的规定，损害了社会公共利益，依法应认定为无效。就为何会损害社会公共利益，法院还从该规定的规范目的、内容实质，以及违反的危害后果等方面进行了

综合分析。另在（2017）最高法民申2454号案件民事裁定中，最高人民法院认为，根据相关监管规定，要求拟上市公司股权必须清晰，约束上市公司不得隐名代持股权，系对上市公司监管的基本要求，否则如上市公司真实股东都不清晰的话，其他对于上市公司系列信息披露要求、关联交易审查、高管人员任职回避等等监管举措必然落空，必然损害到广大非特定投资者的合法权益，从而损害到资本市场基本交易秩序与基本交易安全，损害到金融安全与社会稳定，从而损害到社会公共利益，因此法院依据《合同法》第52条第（4）项等规定，认定涉案诉争协议无效。

而在上海，上海市高级人民法院在（2016）沪民申2374号案件民事裁定中认为，《中国（上海）自由贸易试验区商业保理业务管理暂行办法》系根据国务院相关政策制定，区内商事主体开展商业活动应遵守该《管理办法》，二审法院结合民法基本原理及商业惯例等因素，依据该《管理办法》第六条“从事商业保理业务

的企业不得从事发放贷款或受托发放贷款等业务”的规定，认定卡得万利保理公司和佳兴公司之间名为保理实为借贷之借款关系无效，并无不当。

在司法政策层面，最高人民法院在总结过往案例裁判经验的基础上，于 2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）中对有关违背公序良俗行为无效的认定作出了指导性规定。

在《九民纪要》第 30 条及第 31 条，均明确列举了涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等规定的内容属于“公序良俗”的范畴，涉及上述内容的强制性规定属于效力性强制规定，对于违反的规章内容涉及上述公序良俗的，应当认定合同无效。

最高人民法院还认为，在考察违反政策是否违背善良风俗时，也要考察政策的规范对象究竟是禁止从事某类交易行为，还是对某一方主体的资格进行限制，或者是某一类交易的场所、时间、数量等进行限制，从而参照适用前述有关违反规章是

否违背善良风俗判断规则来进行相应的判断。

最高人民法院审委会刘贵祥专职委员在本次会议的讲话中也明确指出：要辩证处理民商事审判与行政监管的关系，要深入研究各种行政监管规范对民商事合同效力及履行的影响，要充分尊重监管规定和交易规则，依法支持监管机构有效行使监管职能。

可见，虽然法律规定将认定行为无效的依据限定为法律和行政法规，但在政策实务中也同时注重规定内容，包括规章、监管政策等对行为效力的实质性影响，尤其在金融安全、市场秩序等领域，要充分考虑社会公共利益，此时认定合同无效，不是因为该行为违反了规章或者监管政策，而是因为违背了公序良俗。

在司法理论层面，虽然意思自治是民事活动最基本的特征，也是民法的内在精神和灵魂，但是，普遍观点都认为，民事主体的意思自治必须以公法提供的公共秩序为基础。

意思自治属于私法领域，公共秩序属

于公法领域，两者在社会生活中不可避免会产生冲突。有观点认为，“如果片面强调当事人的意思自治，放任当事人以意思自治来逃避和逾越公共秩序，不仅会加重行政管理的成本，而且会引发司法权与行政权的冲突”“如果国家一方面用公法期待人民一定的作为或不作为，另一方面又赋予与此相反的法律行为完全的效力，不惜以公权力强制执行，将会出现价值或政策的矛盾”。

因此，公共秩序对意思自治进行适当约束，是完全必要的，其目的是确保国家和社会的整体秩序不被破坏，维护最大多数人的共同利益，确保不为公法上的违法者在私法王国提供庇护。《民法典》第153条的规定，正是遵循这样的理论，通过适当限制意思自治的方式，不仅将公法引入私法领域，而且为行政规章、政策进入私法领域打开了通道。

关于公共秩序的概念，民法学界一般采取类型化研究的方式，而“危害国家政治、经济、财政、税收、金融、治安等秩序类型”的行为一般被认定为是违反公共

秩序的行为类型。

具体到本文中商业保理公司名为保理实为借贷的借款关系的效力，也要从商业保理公司的发展以及国家对商业保理公司的监管规定来进行分析。

所谓保理，是一项以应收账款转让为前提的综合性融资服务，我国最早开展保理服务的也是商业银行。而对非银行机构开展保理业务的实践始于2012年，为了维护市场经济金融安全，监管部门从试点到逐步推开，对商业保理公司的设立、经营规则、风险控制等方面进行了严格的监督管理。

2012年6月，商务部发布《关于商业保理试点有关工作的通知》（商资函〔2012〕419号），同意在天津滨海新区、上海浦东新区开展商业保理试点。为加强监管，商务部于2015年3月还发布了《商业保理企业管理办法（试行）》（征求意见稿），但未正式颁布。2018年5月，商务部发布《关于融资租赁公司、商业保理公司和典当行管理职责调整有关事宜的通知》（商办流

通函〔2018〕165号），自2018年4月20日起，商业保理公司业务经营与监管规则的职责划归银保监会。2019年10月，银保监会印发《关于加强商业保理企业监督管理的通知》（银保监办发〔2019〕205号），该文是银保监会自正式监管商业保理企业后发布的第一份针对商业保理业务的系统性监管文件。

上述文件是国家层面对商业保理业务进行监管的全部规定。这些监管规定无一例外地明确，商业保理公司不得从事发放贷款或受托发放贷款等金融活动。这是国家对商业保理公司等类金融机构所作出的明确的禁止性规定，是国家金融监管规定的重要内容。如果任由全国近3万家商业保理公司、融资租赁公司进行发放贷款等金融活动，必将对国家金融安全和社会稳定带来严重的安全隐患。

因此，在商务部、国家银保监会等监管部门针对商业保理公司作出了明确的监管规定，禁止其从事发放贷款等金融业

务的情况下，司法机关针对商业保理公司发放贷款的行为，应当认定该行为违背公序良俗而无效。该文认为“从现有法律、法规规定来看，认定该类合同无效尚缺乏明确依据”值得商榷。如果司法机关确认商业保理公司放贷行为的效力，将使监管部门的规定成为一纸空文，这种司法权与行政权的冲突，加重了行政管理的成本，必将严重影响行政部门监管职能的行使。

另外，该文还表示，认定合同有效，“并不意味着司法面对保理商的不合规行为无从作为。金融商事裁判过程中，可通过裁判仅支持保理公司主张的本金及与贷款利率水平相当的利息，并不予支持保理手续费等相关费用的方式，间接实现规范保理公司合规水平的司法延伸作用”，然而，仅支持本金及与贷款利率水平相当的利息，这不正是合同无效后果吗？如果法院认定合同有效，双方关于借款合同约定是双方的真实意思表示，那法院又应当以什么理由不根据合同约定来裁判呢？

二、商业保理公司反复多次向不特定对象出借款项构成职业放贷人

其从事的借贷行为应依法认定无效

该文表示，“对于职业放贷人的认定需在前期累积一定的判决数量，因涉及时间较长，可能出现后案推翻前案结论一类同案不同判的情况，故处理此类金融商事案件持谨慎态度更为妥当”，这一观点值得商榷。在当前司法实践中，对于职业放贷人的认定，由于出借行为的非公开性，当事人的确需要查询到一定数量的法院案件数来证明放贷人的反复多次出借行为，但按照该文的逻辑，如果法院考虑认定职业放贷人导致合同无效可能出现的与之前案件存在同案不同判现象，就持谨慎态度不予认定职业放贷人，那所谓的职业放贷人就始终不可能得到认定，《九民纪要》第 53 条关于职业放贷行为无效的规定也就是一句空话。

另外，该文还表示：“保理公司作为准金融机构，其本身即具有融通资金的功能，其超限经营的行为与完全不具有融资功能的生产性企业实行借贷行为具有较大差异，因此，即便保理公司签订的合同

被认为构成民间借贷的次数达到相关规定标准，也不宜将保理公司认定为职业放贷人”，这一观点笔者更无法认同。商业保理公司融通资金的功能，是其通过提供保理服务来实现的，而不是通过放贷行为来实现的。商业保理公司的身份不应是其从事非法业务的“挡箭牌”，恰恰相反，作为类金融机构，商业保理公司更应当严格守法经营，维护正常的金融秩序，对其违法经营行为更应当依法审查。况且，在司法实践中，法院认定保理合同无效的标准非常严格，基础交易合同无效不会导致保理合同无效，保理程序瑕疵不会导致保理合同无效，只有在商业保理公司以保理为名存在放贷故意的情况下，才有可能被法院认定为保理合同无效。在此情形之下，让有着本应被更严监管的商业保理公司，在认定职业放贷人时却有着比其他企业更为宽松的标准，这样的司法导向是不正确的，等于变相鼓励商业保理公司以保理为名行企业借贷之实。而且，商业保理公

司的借贷行为是为了获取收益而从事的一种经营行为，也不同于一般企业从事民间借贷的一般性、偶发性的临时拆借行为，应当受到更严格的监管。

对于认定职业放贷人的标准，该文也认为，不宜比非法放贷刑事案件所规定的标准更宽泛。根据 2019 年 7 月最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部印发的《关于办理非法放贷刑事案件若干问题的意见》，“经常性地向社会不特定对象发放贷款”，是指 2 年内向不特定多人（包括单位和个人）以借款或其他名义出借资金 10 次以上，也就是说，达到该标准即可以构成刑事犯罪。具体到本案中杉德保理公司的放贷行为而言，该文中以相应民事判决书所涉案件的立案时间，而非案件事实中所涉及的出借行为时间来统计是完全错误的，事实上，现有证据可以证明在 2016 年 11 月至 2018 年 5 月一年半时间内，杉德保理公司至少存在向不特定对象出借款项 11 次的行为，属于系统化、规模化的反复多次出借款项，该数量已经超过《关于办理非法放贷刑事案件若

干问题的意见》所规定的 2 年内 10 次的标准，完全符合《九民纪要》第 53 条关于职业放贷人的认定标准，其借贷行为应当认定无效。

另外，该文认为“目前在商事案件中以构成职业放贷人为由认定借款合同无效仅为极个别案例”的观点也不准确，这不应当是后续法院不予认定的理由，而且即使是极个别案例也不代表该案例的认定是错误的。

早在《九民纪要》之前，最高人民法院对反复多次向不特定人出借款项的行为效力已经形成了较为明确的观点，在（2017）最高法民终 647 号案件中，最高人民法院认为：“根据本案查明的事实，高金公司贷款对象主体众多，除了本案债务人德享公司以外，高金公司于 2009 年至 2011 年间分别向新纪元公司、金华公司、荟铭公司、鼎锋公司和顺天海川公司等出借资金，通过向社会不特定对象提供资金以赚取高额利息，出借行为具有反复性、经常性，借款目的也具有营业性，未经批准，擅自从事经常性的贷款业务，属

于从事非法金融业务活动”，因此，根据《银行业监督管理法》第 19 条及《合同法》第 52 条第（5）项的规定，认定案涉《借款合同》无效。而且，最高人民法院还认为，高金公司所从事的经常性放贷业务，已经超出其经营范围，而金融业务活动系国家特许经营业务，因此根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第 10 条规定也应当认定案涉《借款合同》无效。在（2019）京民终 322 号案件中，北京市高级人民法院也认定，作为被上诉人的中安融金（深圳）商业保理有限公司多次对外出借资金，涉及多宗诉讼案件，借款对象

具有不特定性，出借行为具有反复性，因此认定“中安融金公司向外出借款项的行为属于超越经营范围从事了国家特许经营业务，即银行业金融机构的业务活动，其行为扩大了借贷风险、破坏了正常的金融秩序，违反了法律效力性强制性规定。故本案《借款及保证协议》中关于借款合同部分的约定应认定无效”。另外，上海市高级人民法院在（2016）沪民申 2374 号案件，以及上海市浦东新区人民法院在（2018）沪 0115 民初 36585 号、（2018）沪 0115 民初 89356 号等多起案件中，均认定商业保理公司所从事的借贷行为无效。



孙志勇 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方知识产权法律服务部 律师

上海律协知识产权业务研究委员会

委员

业务方向：知识产权、合同法

联系方式：18918887908



出借股票账户，后果很严重

作者：李伟锋 陈江松

日前，中国证券监督管理委员会上海监管局（上海证监局）公布的两则行政处罚决定书引起广泛关注：李某、李某鑫二人因出借自己的证券账户，分别被罚款 5 万元、3 万元。这也是新修订的《证券法》（简称“新《证券法》”或“《证券法》”）

自 2020 年 3 月 1 日起施行以来，监管部门首次对个人出借证券账户开出的罚单。

这两起案件也再次为投资者敲响警钟：别轻易出借自己的股票账户，否则后果很严重！

出借证券账户的法律规定

证券账户记载投资者持有的证券种类和数量，是投资者进行证券交易的基

础，也是监管部门对证券交易活动进行监督管理的重要抓手。因此，《证券法》

对证券账户实名制作了严格的规定。该法第一百零六条规定,“投资者应当与证券公司签订证券交易委托协议,并在证券公司实名开立账户”;第一百零七条规定,“证券公司为投资者开立账户,应当按照规定对投资者提供的身份信息进行核对。……投资者应当使用实名开立的账户进行交易。”第一百五十七条第二款规定:“投资者申请开立账户,应当持有证明中华人民共和国公民、法人、合伙企业身份的合法证件。国家另有规定的除外。”

出借证券账户,有违证券账户实名制的要求,可能扰乱市场秩序,不利于监管。2005年版的《证券法》第八十条规定:“禁止法人非法利用他人账户从事证券交易;禁止法人出借自己或者他人的证券账户”。新《证券法》第五十

八条规定:“任何单位和个人不得违反规定,出借自己的证券账户或者借用他人的证券账户从事证券交易”。与修订前相比,出借证券账户的禁止范围从“法人”扩大到了“任何单位和个人”。可见,个人出借股票账户也是违法的。而且,法条的表述是“任何单位和个人”,也就是说,父子兄弟姐妹之间出借账户也是违法的。

上述法条中的“违反规定”,目前尚无相关立法解释及司法解释。一般认为,借出的账户被用于违法活动的,可以理解为“违反规定”,最常见的有以下几种:

- ①将账户出借给不得进行证券投资的人员,如证券从业者、监管部门工作人员;
- ②将账户出借给场外配资活动的用资方;
- ③借出的账户被用于内幕交易、操纵市场等非法交易行为的。

二、出借证券账户的行政责任

《证券法》第一百九十五条规定:“违反本法第五十八条的规定,出借自己的证券账户或者借用他人的证券账户从事证

券交易的,责令改正,给予警告,可以处五十万元以下的罚款。”在本文一开头就提及的那两起案件中,上海证监局查明李

某存在以下违法事实：2009年8月至调查日（2021年1月21日），在上海开诚投资有限公司（以下简称“开诚投资”）董事长李某1、副总经理刘某等人的安排下，开诚投资股东李某将本人华泰证券账户出借给开诚投资使用。涉案期间内，李某账户有2791万元资金直接或间接来源于开诚投资，并由刘某在开诚投资办公场所操作“李某”账户交易“厦工股份”等多只证券，买入金额累计2708.98万元。截至调查日，上述买入证券均已卖出，卖出资金由开诚投资继续用于投资其它证券标的。

上海证监局认为，李某的上述行为违反了《证券法》第五十八条“任何单位和个人不得违反规定，出借自己的证券账户

或者借用他人的证券账户从事证券交易”的规定，构成《证券法》第一百九十五条所述违反规定出借自己的证券账户的行为。上海证监局决定，责令李某改正，给予警告，并处以5万元罚款。（参阅《中国证券监督管理委员会上海监管局沪〔2021〕13号行政处罚决定书》）

李某鑫案的案情与此雷同。

参考上述两个案件，监管部门认定的出借证券账户行为具有以下特征：①账户由出借方开立，并交付给借入方使用；②账户内的证券交易由借入方决策并实施；③账户内资金来自于借入方，并由借入方支配。

总结起来，就是一句话：账户的控制权由户主转移至他人，即为“出借”。

三、出借证券账户的民事责任

根据《证券法》第五十三条至第五十五条的规定，内幕交易、操纵市场、老鼠仓行为造成他人损失的，应承担赔偿责任。一旦借出的账户被人用于上述非法活动，出借人可能要承担赔偿责任等侵权责任。但因内幕交易、操纵市场、老鼠仓引起的

民事诉讼在实践中比较少见，笔者在此也就不赘述了。

实践中，与出借股票账户关系最密切的，当属场外配资活动——所有的场外配资，皆涉及账户出借。场外配资合同一般被认定为无效（参见《九民纪要》第86

条、87条), 合同各方应返还根据该无效合同取得的财产, 并按照过错承担责任。

在账户出借人即配资合同当事人(出资方)的情况下, 处理起来比较简单。(参见拙文《借钱炒股? 违法配资或让你万劫不复!(下篇)》)比较特殊的是, 出借账户者并非出资方的情况。去年, 浙江温岭法院就处理了这么一起案件:

庄某出本金 3200 万元, 李某作为配资的出资方提供一定比例资金及 5 个股票账户供庄某炒股。这 5 个股票账户的所有者分别为娄某、刘某、张某 1、张某 2、王某。此后, 李某悄悄修改了这 5 个股票账户的密码, 并拒不归还庄某本金。庄某遂诉至法院, 要求李某及娄某、刘某、张某 1、张某 2 返还保证金及利润。

庭审中, 5 名股票账户所有者辩称, 他们并非适格被告, 法院应裁定驳回原告的起诉。他们表示, 原告庄某跟被告李某之间虽然签订合作协议、附件和还款计划书, 但在这 3 份文件中, 5 名股票账户所有者均没有签字确认过。他们对这 3 份文件, 事实上也是完全不知情的。

但法院认为, 依照新证券法第五十八条的规定, 任何单位和个人不得违反规定, 出借自己的证券账户。上述 5 人明知自己证券账户出借给他人从事证券交易, 对此存在过错, 同时他们均应知晓汇入其证券账户的保证金并非本人所有, 其实际控制占有原告庄某的相关财产, 该过错与被告李某无法向原告方返还部分的损失存在因果关系, 故其对此损失应承担赔偿责任, 赔偿的范围以其证券账户收到保证金及该账户产生相应的利润为限。

最终, 法院判李某归还庄某 3400 万元本金、利润以及相应利息, 股票账户所有者张某 1、娄某、刘某、张某 2、王某分别对被告李某不足清偿部分在 1300 万元、700 万元、500 万元、250 万元、750 万元及其相应的利息范围内承担赔偿责任。【参阅浙江省温岭市人民法院(2019)浙 1081 民初 8069 号民事判决书】

本案中, 张某 1 等 5 名账户所有者并不是配资合同的当事人, 对配资活动一无所知, 也未从中牟利, 但他们仅仅因为出借股票账户, 就背上了巨额的赔偿责任,

可算是无妄之灾了。

除了民事责任和行政责任，若将账户借给别人从事操纵市场、内幕交易等犯罪行为，账户所有者还可能承担刑事责任。

总之，出借股票账户风险巨大，广大投资者切莫以身试法。如果炒股确实挣不了钱，不妨销户，以免徒增烦恼，甚至惹来法律纠纷。



李伟锋 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方民商事和金融法律服务部 主任
上海律协民事业务研究委员会 委员
上海市消费者权益保护委员会公益律师团
成员

业务方向：家族律师、金融证券、
合同纠纷

联系方式：18917905291



陈江松 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师
七方民商事和金融法律服务部
研究员

业务方向：家族律师、金融证券、
合同纠纷

联系方式：13045642139



员工为父奔丧，公司以旷工为由解除被认定违法

作者：谢亦团



2022年1月10日，上海市高级人民法院召开新闻发布会，向社会通报了十起上海法院弘扬社会主义核心价值观典型案例。其中“男子为父奔丧遭辞退案”入选其中，该案例也获得了《2021年全国法院系统优秀案例》一等奖。笔者拟对这一劳动争议案例进行解析，希望对用人单位利用规章制度进行用工管理时有所启发。

案情简介

王某于2008年4月7日进入上海一家物业公司担任保安。双方签有多份书面劳动合同，最后一份劳动合同期限为2015年3月16日至2020年3月17日，王某作息为做二休一。公司请假制度规定：员工请事假一天由主管领导审批，连续二天由行政事务部（办公室）审



批，连续三天以上(含三天)由公司总裁(总经理)审批；累计旷工三天以上(含三天)者，视为严重违反公司规章制度和劳动纪律，公司有权辞退，提前解除劳动合同并依法不予支付经济补偿。王某签名确认签收并学习了上述文件。

2020年1月5日晚上，王某的妹妹打电话告知王某父亲病危，王某立即向主管请假，主管让王某第二天去办理请假手续。1月6日上午，王某递交了请假单，保安队长李某和小区经理吴某都签了字。1月7日上午，王某接到吴经理的电话，称公司未批准其请假，王某乘车返回上海途中又获悉父亲去世。于是王某将此事告知了主管李某，李某让王某安心回家办理父亲后事，王某连夜赶回了老家。之后，公司未再联系过王某，也未催告王某返岗。王某办理完丧事后于1月14日下午返回公司准备上班(早上7点至晚上7点)，公司告知当天不用上班，于次日开始正式上班。

2020年1月31日，公司向王某出具《解除劳动合同通知书》，

通知内容为：王某，你于2020年1月5日向公司提出1月6日-1月13日的事假申请。根据公司的规定，请事假连续三天以上的，需报集团公司领导审批。但你在未经审批同意的情况下，自1月6日起即擅自离职回安徽老家，直至1月15日才返岗，按照公司考勤管理规定应视为旷工。即使扣除3天丧假，你的旷工天数也已达到累计三天以上(含三天)的标准，是严重违反公司规章制度和劳动纪律的行为，公司有权辞退，提前解除劳动合同并依法不予支付经济补偿。有鉴于此，公司现通知你解除劳动合同关系，你在公司的最后工作日为1月30日，双方劳动关系自1月31日起解除。

王某认为公司的解除是违法的，申请劳动仲裁要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金10万余元。



裁判结果

劳动争议仲裁委员会认定公司解除违法，裁决公司支付王某违法解除劳动合同赔偿金 7.5 万余元。公司不服，起诉到法院，一审、二审公司均败诉。



律师评析

本案主要涉及王某回家办理丧事请假未获批准的情况下，能否认定为旷工，公司以旷工三日解除的理由是否成立。

一、用人单位通过民主程序制订规章制度，并进行公示和告知后，对劳动者具有约束力，劳动者应当遵守服从。

作为用人单位具有用工自主权，可以制订规章制度对劳动者进行用工管理。本案中，物业公司提供的规章制度，经过民主程序制订，王某签收确认学习了公司的有关文件。因此，公司规定旷工三日以上，可以解除劳动合同并且无需支付补偿符合劳动合同法的规定。

二、未出勤并不等同于旷工，只有劳动者无正当理由的缺勤才构成旷工。

正常情况下，劳动者请事假未获批准的，可以认定为旷工，但在某些特定情况下，即使请假未获批准，也不能认定为旷工。

本案中，根据王某工作时间，1月6日至14日期间，应出勤日期为6、8、9、11、12、14日。王某于2020年1月5日得知父亲病危后，告知了主管，并于1月6日上午填写了请假申请单，并由主管和物业经理的签字，虽然最终并未获得总经理的批准，但1月6日缺勤系公司急于及时行使审批权所导致，况且1月7日在回家途中得知请假未获批准的情况下，立即乘车返回上海，可知王某并不存在旷工的主观故意，所以1月6日不应当认定为旷工。7日其父病亡后，事假转换为法定的3天丧假。根据王



某提供村委会的证明其父于1月7日死亡，12日下葬，即11日、12日请事假是为父亲办理丧事，符合中华民族传统人伦道德和善良风俗，并非无故缺勤，所以不应当认定为旷工。因此，公司主张王某旷工三日并不成立，其解除属于违法解除。

三、用人单位根据规章制度对劳动者进行用工管理时，除了合法合理，遵守诚实守信外，也应当符合社会主义核心价值观。

用人单位固定具有用工自主权，可以利用规章制度对劳动者进行用工管理，合法是最基本的要

求，即其用工管理行为应当符合劳动合同法的相关规定；诚实守信是基本原则，自然也应当遵守；同时应当符合社会主义核心价值观。

本案中，公司作为管理者虽然对劳动者的请假申请具有审批权，但在明知王某为父奔丧的情况下，对王某的请假不予批准，显然并未尽到普通人之善良义务，也未做到尊重民俗，体恤员工。弘扬中华民族传统美德，促进家庭和睦、社会和谐是社会主义核心价值观之一，公司的行为不仅是违法的，也有违社会主义核心价值观。最终只能自食其果。



谢亦团 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方劳动法律服务部 主任

上海律协劳动与社会保障业务

研究委员会 委员

上海市徐汇区公共法律服务中心

值班律师

上海市普陀区人民法院特邀调解员

上海市闵行区职工维权志愿团成员

专业领域：劳动法、合同法

联系方式：13585507739



一文搞懂员工年终奖发放的 12 大问题

作者：李华平

岁末年初，每年到这个时候接到来自员工、企业 HR，企业老板等有关年终奖发放的咨询都不在少数。员工盼、老板愁，年终奖到底有没有？发不发、发多少，企业到底怎么搞？你有他的全都有，为啥就是我没有？这些大家都非常关心的有关年终奖发放问题，本文通过常见的 12 个问题，通过一问一答的方式来分析，希望对您有所帮助：

在解答问题前，先分享一个好消息：2021 年 12 月 31 日，财政部、税务总局发布《关于延续实施全年一次性奖金等个人所得税优惠政策的公告》（财政部 税务总局公告 2021 年第 42 号）和《关于延续实施外籍个人津补贴等有关个人所得税优惠政策的公告》（财政部 税务总局公告 2021 年第 43 号），对年终奖的个人所得税缴纳的优惠政策进行延续。



财政部 税务总局关于延续实施全年一次性奖金等个人所得税优惠政策的公告

财政部 税务总局公告 2021 年第 42 号

为扎实做好“六保”工作，进一步减轻纳税人负担，现将延续实施有关个人所得税优惠政策公告如下：

一、《财政部 税务总局关于个人所得税法修改后有关优惠政策衔接问题的通知》

(财税〔2018〕164号)规定的**全年一次性奖金单独计税优惠政策，执行期限延长至2023年12月31日**；上市公司股权激励单独计税优惠政策，执行期限延长至2022年12月31日。

二、《财政部 税务总局关于个人所得税综合所得汇算清缴涉及有关政策问题的公告》(财政部 税务总局公告2019年第94号)规定的免于办理个人所得税综合所得汇算清缴优惠政策，执行期限延长至2023年12月31日。

特此公告。

财政部 税务总局

2021年12月31日



财政部 税务总局关于延续实施外籍个人津补贴等有关个人所得税优惠政策的公告

财政部 税务总局公告 2021 年第 43 号

为进一步减轻纳税人负担，现将延续实施有关个人所得税优惠政策公告如下：

《财政部 税务总局关于个人所得税法修改后有关优惠政策衔接问题的通知》（财税〔2018〕164号）规定的外籍个人有关津补贴优惠政策、中央企业负责人任期激励单独计税优惠政策，执行期限延长至 2023 年 12 月 31 日。

特此公告。

财政部 税务总局

2021 年 12 月 31 日

问题 1：年终奖是劳动报酬，还是福利？

解答：年终奖是带有奖励性质的劳动报酬，并不是福利。奖金属于劳动报酬的一部分。一般情况下，企业根据自身生产经营情况和经济效益，结合员工在当年度的工作绩效等情况，根据劳动合同约定、规章制度规定或自主决定发放一定数额的奖金予以一次性奖励。由于是全年一次性奖励，在计算个人所得税时，可根据个人所得税计税的优惠政策，实行单独计税。



问题 2：年终奖和 13 薪，有什么区别？

解答：年终奖是奖励性质的劳动报酬，主要与企业的盈利状况以及员工的工作绩效有关，根据考核来确定；13 薪，顾名思义，是指员工一年工作满 12 个月，多发一个月工资，简称“13 薪”，有的企业有“14 薪”甚至更多，该薪水往往不与绩效挂钩，而是直接与工作时间长短挂钩。尽管都有激励性质，但实际上 13 薪在发放条件上并不与考核为前提。当然，有的单位明确约定“13 薪”同样是需要根据工作业绩考核才能获得，则此时的“13 薪”实质上是年终奖的概念。

问题 3：年终奖发不发，是企业单方面可以随意决定吗？

解答：年终奖属于劳动报酬的一部分。劳动报酬属于劳动合同内容的必备条款，企业和员工在劳动合同中对劳动报酬应当要进行约定。如果劳动合同中对年终奖的发放有明确约定的，则企业应该按照约定履行劳动合同内容。企业不能以发不发年终奖是企业可以自行决定而随意取消。变更劳动合同内容，需要与员工协商一致为前提。

如果劳动合同中没有约定，但是在薪酬管理制度等规章制度中对年终奖的发放标准、发放条件等有明确规定的，该规章制度同样能够成为员工主张年终奖的合法依据。同样地，企业不能单方面决定不执行规章制度中规定的有关年终奖的内容。年终奖属于劳动报酬，涉及到员工切身利益的规章制度，如果需要进行修改或废止，需要通过民主程序进行，企业同样不得随意取消。

当然，如果企业和员工就年终奖问题，在劳动合同中没有约定，在规章制度中也没有规定，那么确实企业对于是否发放年终奖是完全拥有自主权的，企业可以根据实际经营情况决定年终奖的发还是不发，发多还是发少。



问题 4：企业以往每年都有发年终奖的惯例，但今年突然不发了，行不行？

解答：如前所述，企业发放年终奖，一是依据劳动合同约定，二是根据规章制度的规定。如果有约定或规定，那么企业发放年终奖的惯例应当一以贯之，不能随意取消。

争议比较大的是在没有发放年终奖的约定或规定的前提下，企业以往每年都发了，已经形成惯例了，企业突然不发了到底违不违法？实际上，惯例并不能成为企业必需发放年终奖的依据。在没有约定或规定的情况下，企业可以选择打破惯例，不发年终奖，这并不违反法律的规定。

尽管打破惯例并不违法，但是正常经营的企业一般不会也不愿选择这么做。试想，以往员工都在年底有领取年终奖的心理预期的，甚至有的员工都已经做好了如何使用年终奖的计划，突然说没有了，这对员工的工作积极性的打击是非常大的，企业必将面临人才流失、人心涣散等不利局面，企业不是不知道这种用工风险和增加潜在的用工成本。很多时候，企业突然取消年终奖的惯例也是不得已而为之。

问题 5：老板给其他员工都发了年终奖，就不发给我一个人，行吗？

解答：企业如果没有发放年终奖的规定，但在实际履行的时候发放向其他员工发放了年终奖，唯独不发给极个别员工，此种情形相对比较少见。一般情况下，未领取到年终奖的员工需要自身进行反思和检讨。

如果发生争议，裁审部门一般会审核企业不予发放的理由以及合理性问题，如果企业能够列举出该名员工在工作中存在着过错等工作绩效存在问题等情形，则员工的主张不会得到支持。当然，企业在发放年终奖时，需要遵循同工同酬的基本原则，对员工的绩效进行考核，而不是

任性随意为之，员工在相同时间相同岗位取得相同绩效的，应当获得相同报酬。

问题 6：员工手册中规定了员工享有年终奖，但没有规定具体的发放条件和发放数额，怎么办？

解答：首先，员工手册上规定了员工享有年终奖，企业则应当根据员工手册执行。由于员工手册中没有规定具体的发放条件和发放数额，企业在发放条件和发放数额上具有高度的自主权，实践中有关年终奖的发放条件和发放数额都是由企业来确定的。当然，由于年终奖属于劳动报酬的一部分，企业应当按照同工同酬的原则制定年终奖考核及分配办法。

如果发生争议的，裁审部门一般会要求企业提供年终奖的考核办法、发放条件和发放标准等证据，通过证据来审查企业是否存有恶意侵害员工合法权益的情形，同时会一并审查企业年终奖的考核办法、发放条件的合理性问题。

问题 7：企业规定“在发放年终奖之前离职的员工，不享有年终奖”，该规定是否合法？

解答：这个问题在实务中争议很大。有观点认为，企业明确规定了在发放年终奖时必须在职，这属于获得年终奖的条件，该规定并不违反法律、行政法规强制性规定，是有效的。员工在没有获得年终奖之前自己辞职，也就丧失了获得年终奖的条件，企业无需支付其年终奖；

也有观点认为，年终奖是对员工整个年度提供劳动的奖励性劳动报酬，由于发放年终奖的时间一般在次年的第一季度甚至是第二季度，如果员工是在次年第一季度离职的，员工在发放年终奖之前离职并不影响



其应当获得上一年度的年终奖，企业的规章制度规定的内容属于“免除企业责任、排除员工权利”条款，属于无效条款，员工应当可以获得年终奖。

个人认为，对于此类情况应当具体情况具体分析。一般情况下企业可以按照规章制度的规定执行，即员工在发放年终奖之前离职的，企业可以不予发放年终奖。但是，如果由于企业的原因致使员工获取年终奖的条件不能成就的，这种情况应当认定为员工满足了领取年终奖的条件，企业应当发放。例如，双方劳动合同于当年12月31日期满，由于企业的原因劳动合同不续签的，即使此时企业尚未发放年终奖而员工离职，员工依然享有年终奖。再如，企业在临近发放年终奖前单方面解除员工劳动合同的，当裁审部门认定了企业解除劳动合同是违法的，此时尽管员工在发放年终奖前离职，由于不可归责于员工的原因，会认为企业是故意阻却发放年终奖条件的成就，员工仍然可以获得年终奖。又如，员工是应为严重违纪被解除劳动合同的，企业解除劳动合同被认定为合法，此种情形，员工主张年终奖则不会被获得支持。因此，不能一概而论。

问题 8：员工年中离职，是否享有当年度的年终奖，可否进行相应的折算？

解答：一般地，员工年中离职，其主张当年度的年终奖是不会得到支持的。当然，假如企业的劳动合同或规章制度中有明确约定可以根据实际工作时间进行折算的除外。





问题 9：三期女员工在发放年终奖时处于休假中，企业是否可以不发其年终奖？

解答：企业不能因为女职工处于怀孕、生育、哺乳的原因，降低其工资性收入。年终奖属于劳动报酬的一部分，尽管三期女职工处于休假之中，企业仍应按照年终奖考核办法对其进行考核，并发放相应年终奖。

问题 10：员工发生工伤，在发放年终奖时处于停工留薪期内，企业是否可以不发其年终奖？

解答：员工因工作遭受事故伤害或者患职业病需要暂停工作接受工伤医疗的，在停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由企业按月支付。工伤员工尽管处于停工留薪期内，企业仍应按照年终奖考核办法对其进行考核，并发放相应年终奖。

问题 11：企业根据发放条件和发放标准计算，员工刚好落入“一元陷阱”内，能否要求企业少发奖金而避免多缴个人所得税？

解答：确实，根据现行的全年一次性奖金单独计税的规则，存在多发年奖金而扣除个人所得税后员工实际所得减少的问题。这样的年终奖陷阱区间有六个，分别是 36000 元~38567 元，144000 元~160500 元，300000 元~318334 元，420000 元~447500 元，660000 元~706540 元，960000 元~1120000 元。

为了避免企业多发奖金而员工实际少拿奖金的情形，企业在发放年终奖的时候应尽量避免“一元陷阱”。当根据企业的发放条件和发放标准计算落入“一元陷阱”的，建议通过书面方式告知员工，调整发放年

终奖的金额，使得员工少缴纳个人所得税而实际多获得税后所得，保障员工利益。

问题 12：员工与企业就年终奖发放发生争议，仲裁时效怎么算？

解答：如前所述，年终奖属于劳动报酬的一部分，因此发生劳动争议的适用特殊时效，不受一年普通时效的限制。即在劳动关系存续期间以及劳动合同解除或终止后一年内，员工均可以提起劳动仲裁向企业主张在工作期间企业未及时足额支付的年终奖，不仅仅是当年度或上一年度的年终奖。对于年终奖发生争议的，员工需要举证有年终奖的约定或规定的证据，企业需要提供年终奖考核办法、考核程序和发放依据等证据。

李华平 律师

上海七方律师事务所 首席合伙人
上海律协劳动与社会保障业务研究委员会
副主任

全国律协劳动与社会保障法专业委员会
委员

上海市总工会法律顾问团成员
华东政法大学文伯书院校外导师
上海社科院法学所硕士生实务导师
浙江农林大学法律硕士实务导师
《劳动报》劳权周刊专家点评律师
业务领域：劳动法、企业法律顾问、
法律培训

联系方式：13917749521





公司破产清算，劳动者权益该如何救济？

作者：郑华、李书静

后疫情时代，全球经济、政治与社会发展均呈现出诸多新的特点和趋势，当前国内一些行业、企业的生产经营也面临着重大挑战。当企业资不抵债或明显缺乏清偿能力时，根据《中华人民共和国破产法》（以下简称破产法）规定，企业或企业的债权人，可向人民法院提出重整或破产清算申请。每逢年关将至，无法拿到工资的劳动者往往会集体向单位讨薪，此时群体性劳动争议案件便会显著增加，有的甚至对地区社会稳定造成不良影响，而当企业面临破产或已经进入破产程序时，劳动者权益该如何保障，破产法及相关法律中都有哪些救济路径呢？希望读完本文，广大劳动者们能学会运用法律武器维护自身的合法权益！



一、破产企业职工合法权益的程序性保护

1. 提交职工安置预案及工资支付、社会保险费用缴纳情况

根据破产法第八条规定，债务人提出申请的，除了向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告外，还必须提交职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况，否则，人民法院将裁定不予受理该破产申请。这是对在劳资关系中处于弱势地位的劳动者倾斜保护原则的重要体现。同时，制定职工安置方案应符合劳动法、劳动合同法等相关法律法规的规定，企业应对职工的基本情况如工作年限、劳动合同起止期限、工资标准、三期女职工或职工工伤等进行详细调查与梳理，并对工资支付情况、社会费用缴纳情况予以统计说明。

2. 职工安置方案须经民主程序

根据《劳动合同法》第四条规定“用人单位在制定、修改或者决

定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。”作为债务人的企业在制定职工安置方案时须经过民主程序即听取职工意见、诉求并经职工代表大会或者全体职工讨论，与工会或者职工代表平等协商确定方案。此外，方案制定好后还必须履行公示告知程序，如通过会议公布、邮件群发、公示张贴等方式公开，确保职工均知晓安置方案。

3. 劳动债权豁免申报，异议可直接提起诉讼

破产法第四十八条明确规定，债务人所欠的劳动债权无需申报，



而是由管理人调查后列出清单并予以公示。职工如对清单记载有异议的，可以要求管理人更正；管理人不予更正的，职工可以向人民法院提起诉讼。这样的程序保障，大大节约了劳动者主张自身合法权益的时间成本，对于人民法院受理的企业破产申请，劳动者对工资、医疗、经济补偿等费用存在异议的，无需经历仲裁前置，可直接向人民法院起诉，开设了劳动者权益的保障的绿色通道。

二、破产企业职工合法权益的实体性保护

1. 劳动债权优先清偿

破产法明确规定，破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，第一顺序清偿劳动债权。所谓劳动债权包括破产人所欠职工的工资、医疗、伤残补助与抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的经济补偿金。此外，根据《最高人民法院印发〈全国法院破产审

4. 保障职工知情参与权

在破产管理清算的过程中，还要充分保障职工的知情权和参与权，职工代表有权发表意见、提出建议。如破产法第五十九条和第六十七条就规定，债权人会议应当有债务人的职工和工会的代表参加，对有关事项发表意见；债权人委员会由债权人会议选任的债权人代表和一名债务人的职工代表或者工会代表组成。

判工作会议纪要〉的通知》27条规定，债务人欠缴的住房公积金，按照债务人拖欠的职工工资性质清偿。

2. 限制“董监高”清偿标准，涉诉工资须实质性审查

在保障普通职工劳动债权优先受偿的基础上，现行法律法规重点对“董监高”的工资清偿标准和范围进行了限制。根据破产法第一百一十三条的规定，董、监、高人



员的工资应按照企业职工的平均工资计算；另《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》中对于董、监、高利用职权获取的绩效奖金等非正常收入都应当予以追回。该处对董、监、高人员工资标准的特殊规定实际上也与《公司法》中董、监、高人员的忠实勤勉义务相互对应，均体现了对普通职工的劳动债权的特殊保护，避免普通职工权益受损、讨薪无路。

同时，在司法实践中，对于已经进入破产清算程序或者濒临破产的企业高管依据加盖公章的文件或合同主张高额工资或经济补偿金，而用人单位也未作相应抗辩的情况，为防止当事人之间恶意串通，通过诉讼方式侵犯普通职工或其他债权人的合法权益，人民法院应严格审查双方当事人诉讼行为及背后的动机，并对证据的真实性进行严格查证。即便高管的薪酬标准已经过董事会决议，但相关决议

内容存在违反法律、行政法规之无效情形的，也不能作为非善意高管主张薪酬的依据。（参见上海市第一中级人民法院涉高管劳动争议案件审判白皮书典型案例五）

3. 欠薪保障金垫付制度

随着对劳动者尤其是农民工欠薪问题的日益关注，各省市为根治欠薪问题，纷纷出台多项制度措施，保障劳动者工资支付到位。以上海为例，2007年上海市建立了企业欠薪保障金筹集和垫付制度。当企业宣告破产、解散或者被撤销进入清算程序，且欠薪事实已由企业或企业清算组织确认，或已经人力资源和社会保障行政部门或者劳动争议处理机构查实，企业无力或暂时无力支付欠薪的，被欠薪的劳动者本人可以申请由保障基金垫付欠薪。这里的欠薪，不仅包括企业应当支付而未支付给劳动者的工资，还包括解除、终止劳动合同时应当支付而未支付给劳动者的经济补偿金。



结语：企业面临资不抵债状况或进入破产程序后，企业的董监高以及控股股东、大股东等更应当“站好最后一班岗”，妥善处理好职工安置工作及工资等劳动债权的清偿工作，切实维护职工的合法权益。从广大劳动者出发，大家应依法理性维权，通过正当法律途径保障自身的合法权益，杜绝群体性劳资矛盾突发事件发生，劳资双方共同努力，维护社会和谐稳定。



郑华 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人
七方劳动法、公司与破产清算法律服务部
律师

上海市破产管理人协会预备会员机构代表
劳动人事争议委员会 兼职仲裁员

闵行区人民法院 特邀调解员

闵行区职工维权律师志愿团 律师

徐汇区枫林街道普法宣传团 讲师

执业领域：劳动法、公司业务、
家族法律服务

联系方式：13482439658



李书静 实习律师

上海七方律师事务所 实习律师
七方劳动法、公司与破产清算法律服务部
实习律师

业务方向：劳动法、公司业务
家族法律服务

联系方式：15262875288



电商平台侵权责任之司法适用

岁末，上海市高级人民法院发布了 2021 年第三批参考性案例（第 121-126 号，共计 6 个案例），其中第 123 号案例为上海美询实业有限公司诉浙江淘宝网络有限公司等网络侵权责任纠纷案，该案经过一审、二审，最终法院认定原被告三方均存在过错，其中浙江淘宝网络有限公司作为电商平台，也应承担相应的侵权责任。该案中有关平台侵权责任的构成、初步证据的审核标准等问题，值得认真研究。

一、案情简介

2019 年 4 月 30 日，被告苏州美伊娜多化妆品有限公司（以下简称美伊娜多公司）作为权利人向被告浙江淘宝网络有限公司（以下简

称淘宝公司）投诉，认为原告上海美询实业有限公司（以下简称美询公司）在淘宝网络平台上销售的美伊娜多品牌化妆品是假货。

5月3日，淘宝公司通知美询公司限期申诉。

5月5日，美询公司申诉并提交网店购销合同书、发货单、抬头系唐某的发票，同时备注唐某与被投诉店铺间的关系等材料。淘宝公司以购销合同不完整、发票显示的购买方非网店经营者、发货单未盖章为由，要求补充提交材料。美询公司后续未再提供材料或进行说明。

5月6日，淘宝公司依据平台自治规则认为美询公司的申诉不成立，随后对美询公司店铺进行了处罚。

在此过程中，淘宝公司未向美伊娜多公司告知应向有关部门投诉或者向人民法院起诉。

美询公司认为，其不存在售假行为，美伊娜多公司系恶意投诉；淘宝公司对美伊娜多公司的恶意投诉未尽任何证据审查，亦在未对美询公司申诉材料进行审查的情况下，直接实施扣分和删除产品链接等处罚，严重损害了美询公司的合法权益；请求判令美伊娜多公司撤销投诉并赔偿美询公司经济损失人民币120万元，淘宝公司撤销处罚并承担连带责任。



二、裁判结果

一审法院审理认为，美伊娜多公司提供的非正品投诉资料与客观事实不符，投诉行为存在重大过失，其与美询公司受处罚并遭受损失具有一定因果关系，依法应承担相应的侵权责任；淘宝公司在收到

申诉材料后未对投诉人进行转送及告知、未及时终止处罚措施，对损失的扩大亦负有责任。法院酌定损失5万元，美伊娜多公司、淘宝公司分别承担60%和40%，故判令美伊娜多公司撤回投诉，赔偿美询

公司损失 3 万元；淘宝公司赔偿美询公司损失 2 万元，恢复美询公司的网店积分及保证金。

一审判决后，美询公司及淘宝公司均不服，分别提起上诉。

二审法院审理后，认定淘宝公司与美伊娜多公司均构成侵权，酌定损失 20 万元，并按照三方的过错程度改判美伊娜多公司、淘宝公司、美询公司分别承担 50%、30%、

20% 的责任，判令美伊娜多公司赔偿美询公司损失 10 万元，淘宝公司赔偿美询公司损失 6 万元，淘宝公司恢复美询公司的网店积分 24 分和保证金 2500 元。



三、案件分析

本案作为一起典型的涉电商平台知识产权保护案件，可以对各方行为进行认真分析和评价，比如美伊娜多公司存在错误投诉行为，美询公司售卖涉案投诉商品存在不当行为，且在淘宝公司给予补正机会时未积极补正等，本文对此均不作分析。

本文着重分析案件中淘宝公司作为电商平台的法律责任问题，具体而言，是淘宝公司在收到美询公司的申诉材料后，因认为美询公司的申诉不成立而未将该申诉材

料转送美伊娜多公司，且未终止相应必要措施的行为是否构成对美询公司的侵权。

一、电商平台责任的法律规定

最为直接的规定是《电子商务法》第 42-43 条，以及《民法典》第 1195-1196 条，即通常所称的“通知与移除”规则。

根据规定，电商平台在接到权利人的通知（应当包括侵权行为的初步证据）后，“应当及时采取必要措施，并将该通知转送平台内经营者；未及时采取必要措施的，对



损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任”；而在接到平台内经营者不存在侵权行为的声明（应当包括不存在侵权行为的初步证据）后，“应当将该声明转送发出通知的知识产权权利人，并告知其可以向有关主管部门投诉或者向人民法院起诉”，且电商平台“在转送声明到达知识产权权利人后十五日内，未收到权利人已经投诉或者起诉通知的，应当及时终止所采取的措施”。

从以上通知与反通知的规定可以看出，电商平台在收到平台内经营者的声明后，“应当”将该声明转送权利人，告知其维权渠道。但与收到权利人通知未及时采取必要措施会有明确的法律后果不同，不管是《电子商务法》还是《民法典》，对电商平台未转送声明，以及未终止必要措施的法律后果，都没有明确规定。

二、电商平台“应当”转送不侵权声明而未转送，是否必然要承担相应法律责任？

换句话说，“应当”转送不侵权声明，其性质是不是一项法定义务？如果是法定义务，那违反了就应当承担责任；如果不是，则是否应当承担责任还需要具体分析。

反通知条款中的“应当”，其性质其实可以参照通知条款中的“应当”来理解。在通知条款中，接到权利人合格通知后，电商平台“应当及时采取必要措施”，作为“避风港”规则，这一规定的核心，是为了豁免电商平台可能的侵权责任，及时采取必要措施是一项“免责条件”，也就是说，只要电商平台及时采取了必要措施，即使平台内经营者存在侵权，电商平台也无需承担责任。

而且，在另外一种情况下，比如电商平台收到了权利人的通知，未及时采取必要措施，但事后查明平台内经营者并不存在侵权，因为电商平台侵权以平台内经营者存





在直接侵权为前提，此时的电商平台当然也不侵权，因此也不会因为“未及时采取必要措施”而需要承担法律责任。

所以通知条款中的“应当”，其实质是一项“免责条件”，而不是一项“法定义务”。与之相对应的反通知条款中的“应当”，包括应当转送、应当终止采取的必要措施，同样也不应被理解为是一项法定义务。本案中，法院也认为：电商平台“应当”转送不侵权声明，该“应当”二字不应理解为一种真正的、可以被独立诉请要求履行的、独立的义务，而只是一种提示性的、注意性的规定。

由此，电商平台如未依法转送不侵权声明，并不必然需要承担责任，是否承担责任还需要根据侵权责任的构成要件，适用过错归责原则来认定。

三、淘宝公司对美询公司不侵权声明中“初步证据”的审核标准过高，构成侵权

淘宝公司认为其未转送声明、未终止必要措施具有正当性，一是其有权对投诉、申诉材料进行形式审查，排除明显不构成知识产权侵权的通知和明显不能证明被通知人行为合法性的反通知。二是在本案中美询公司提供的发票中显示购买方为唐某，无法与涉案店铺关联，因此美询公司的申诉不构成初步证据，提交的不侵权声明并非有效的不侵权声明。

各方都认可淘宝公司作为电商平台对投诉、申诉材料有形式审查的权利，因此焦点在于美询公司提交的申诉材料是否构成“初步证据”？

这就涉及“初步证据”的证明标准问题。法院认为，电子商务争议中有关不侵权声明“初步证据”的证明标准应该低于民事诉讼中的高度盖然性标准，宜采用“一般可能性”标准，即对初步证据进行





形式审查，仅排除明显不能证明行为合法性的证据。

其理由是，其一，对不侵权声明的审查是终止必要措施与否的前置程序，故电子商务平台经营者同样应基于审慎合理的原则对不侵权声明所附证据进行审查；其二，立法采用“初步证据”的表述，证明标准应与“初步”相当，不应过高；其三，从通知与反通知的制度设计来看，对初步证据进行审查是启动转送的前置程序，而非对侵权与否的实体裁断，故其证明标准应低于民事诉讼证明标准。

的确，权利人向电商平台发送通知时附上初步侵权证据，是相对容易的，但是平台内经营者发送不侵权声明时，要提供证据证明自身不侵权本身就很难，如果标准过高，这种审查实际上代行了法院司法裁判的功能，考虑到反通知在《电子商务法》和《信息网络传播权保护条例》中的作用完全不一样，因此在《电子商务法》中对不侵权声明的审查标准不应过高。

与本案二审法院观点相同的，还有浙江省高级人民法院，其在2019年12月23日发布的《涉电商平台知识产权案件审理指南》第13条规定：“电商平台经营者应当对通知和反通知是否具备形式要件进行审查，并排除明显不构成知识产权侵权的通知和明显不能证明被通知人行为合法性的反通知。电商平台经营者选择提高对通知和反通知的审查标准的，应当承担因审查判断错误而导致的法律责任”。

本案中，美询公司提供的发票中显示购买方为唐某，但其同时提供了唐某系美询公司股东的相关材料，依据“一般可能性”证明标准，在美询公司提供初步证据后，其不侵权声明应为有效。淘宝公司因提高审查标准导致认为不侵权声明无效，从而未告知美伊娜多公司应向有关部门投诉或向人民法院起诉，且未依法及时终止已采取的必要措施，应当承担相应责任。



四、淘宝公司在审查中有违中立原则，存在过错

法律并未因权利人与被投诉人的角色不同而对“初步证据”的认定标准作出区别规定，电商平台在审查相关侵权通知或不侵权声明及所附初步证据时，应秉持中立原则，适用相同标准，平等对待。

本案中，法院认为淘宝公司对不侵权声明的证据审查标准明显高于侵权通知的审查标准，有违公平，实际对美询公司依法维护权利设置了不合理的条件，存在过错。

具体表现在，美伊娜多公司的投诉材料存在严重瑕疵，被投诉商品与美伊娜多公司提供的检测报告并不能关联，但淘宝公司未认真核实投诉是否准确，之后在美询公司提出不侵权声明后也未转送，对投诉材料中的瑕疵一直未予发现，法院经审查认定美伊娜多公司构

成错误投诉。与之相比较而言，淘宝公司对美询公司提交的初步证据审查标准过高，两者标准不一，其继续维持有关必要措施并对美询公司作出处罚，给美询公司造成巨大损失，具有明显过错，应当承担相应侵权责任。

事实上，在收到权利人的侵权通知后，大部分电商平台为了规避自身的侵权风险，基本都会采取相应的必要措施，从而使得侵权通知达到了与诉前禁令相当的效果，但与诉前禁令相比，无疑其成本更低、效率更高，更受权利人欢迎。因此，从审查标准来看，电商平台对权利人的侵权通知除形式审查外，更应该进行一定程度的实质审查，其审查标准绝不应比对反通知的审查标准更高。

总之，作为电商平台，对平台内知识产权问题的治理，既是权利也是责任。平台应该严格根据法律规定，平衡权利人、平台、平台内经营者、消费者等各方利益，公正平等地对待各方当事人，确保依法合规经营。



医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：陈江松、赵发航、吕新雅、朱好婕、王睿

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：www.7-dimension.com

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼C、D座