



# 七方法研

2024年

3期

总第27期

民商纵横 | 诉讼中如何有效利用城市建设档案——席绪军

财税金融 | 意外保险时效期间法律问题研究——管杰

聚焦劳动法 | 离婚诉讼中分割股票、期权实务分析——胡晓萍

学无止境 · 方有未来

## 民商纵横

诉讼中如何有效利用城市建设档案-----	01
演唱会门票“一经售出，概不退换”是否合法？-----	07

## 家长里短

离婚诉讼中分割股票、期权实务分析-----	12
-----------------------	----

## 公司治理

《新公司法》下存量公司注册资本认缴变实缴的应对-----	16
私募基金未完成清算，投资人损失如何认定-----	21

## 财税金融

意外保险时效期间法律问题研究-----	26
新《公司法》施行下的三大涉税焦点解读与应对策略-----	31

## 罪与罚

“私家侦探”业务刑事合规分析-----	36
---------------------	----

## 聚焦劳动法

浅议劳动者申诉权利与用人单位用工管理权的冲突与平衡-----	41
协议解除劳动合同中“别无争议”条款的效力分析-----	47

## 依法行政

上海地区“国有土地上房屋征收”政策问答-----	52
--------------------------	----

## 知产知否

员工离职后商业秘密保护司法实践分析-----	62
------------------------	----

# 目 录

## 诉讼中如何有效利用城市建设档案

作者：席绪军

住房和城乡建设部于2024年3月22日发布《住房和城乡建设部关于新形势下进一步加强城市建设档案管理工作的通知》（以下简称新通知），新通知指出城市建设档案（以下简称城建档案）是城乡建设活动的真实记录，是城市规划、建设、治理工作的一项重要内容，是城乡建设高质量发展和人民群众生命财产安全的重要保障。做好城建档案管理工作，是住房和城乡建设部的一项法定职责。新通知要求建立事前告知、事中指导、事后信用监管以及责任追究的城建档案管理工作机制，加强常态化监督检查，及时发现问题、处理问题，坚决杜绝“重结果轻过程，只承诺不监管”，以及档案不完整、不真实、不移交等问题发生，切实把城建档案作为城市规划、建设、治理的一项重要工作任务抓好抓实，充分发挥城建档案在城市建设高质量发展中的支撑和保障作用。

作为执业律师在处理建设工程纠纷案件中，要充分利用城建档案资料，通过城建档案查清案件事实，并找到能够支持印证本方主张的材料作为证据。本文结合通知及《城市建设档案管理规定》（以下简称档案规定）的要求，对诉讼实践中利用城建档案的经验和体会做一个分享。

### 一、城建档案有哪些工程档案？

城建档案是指在城市规划、建设及其管理活动中直接形成的对国家和社会具有保存价值的文字、图纸、图表、声像等各种载体的文件材料。城建档案包括房屋建筑及市政工程改建、扩建、修缮维护、加装电梯等涉及结构装修改造

的档案资料，不包括在建、停建、缓建工程的资料。

档案规定第五条明确城建档案馆重点管理的各类城市建设工程档案：1. 工业、民用建筑工程；2. 市政基础设施工程；3. 公用基础设施工程；4. 交通基础设施工程；5. 园林建设、风景名胜建设工程；6. 市容环境卫生设施建设工程；7. 城市防洪、抗震、人防工程；8. 军事

工程档案资料中，除军事禁区 and 军事管理区以外的穿越市区的地下管线走向和有关隐蔽工程的位置图。

对于承接的工程纠纷案件，可以初步判断是否属于城建档案管理的工程范围，即使当事人自己可以提供资料，也需要考虑档案资料是否与其提供资料是一致的，一般来说档案资料的真实性更容易为审理法院所采信。



## 二、工程参建各方的城建档案责任

《建设工程质量管理条例》第十七条：“建设单位应当严格按照国家有关档案管理的规定，及时收集、整理建设项目各环节的文件资料，建立、健全建设项目档案，并在建设工程竣工验收后，及时向建设行政主管部门或者其他有关部门移交建设项目档案。”第五十九条：“违反本条例规定，建设工程竣工验收后，建设单位未向建设行政主管部门或者其他有关部门移交建设项目档案的，责令改正，处1万元以上10万元以下的罚款。”

档案规定第六条：“建设单位应当在工程竣工验收后三个月内，向城建档案馆报送一套符合规定的建设工程档案。凡工程建筑档案不齐全的，应当限期补充。”档案规定第七条：“对改建、扩建和重要部位维修的工程，建设单位应当组织设计、施工单位据实修改、补充和完善原建设工程档案。凡结构和平面布置等改变的，应当重新编制建设工程档案，并在工程竣工后三个月

内向城建档案馆报送。”

由以上规定可知，在工程案件中，只要工程竣工验收已超过半年的，则一般在工程所在地的城建档案馆中是可以查询到相关工程档案资料的。

新通知规定：工程建设单位对建设工程档案移交工作负总责，要将其纳入合同管理、工程监理、施工管理的各个环节，明确工程竣工图编制单位，及时将变更洽商落图。督促勘察、设计、施工、监理等单位及时完成建设工程文件资料归档工作，定期查验建设工程文件资料的归集情况。建设单位在组织建设工程竣工验收时，工程建设单位要查验建设工程档案的完整性、齐全性和真实性，对于建设工程档案不符合验收要求的，应及时整改，并将符合归档要求的建设工程档案及时移交城建档案馆（室）。

工程建设、勘察、设计、施工、监理等单位要对各自形成的工程文件资料收集、整理、立卷以及其真实性和完整

性负主体责任，要建立健全建设工程项目档案管理制度，落实领导负责制和档案人员岗位责任制，设专人专岗专职负责建设工程档案工作，要与工程建设同步完成工程文件资料整理、归档和竣工

图编制工作。勘察、设计、施工、监理等单位在工程建设单位组织工程竣工验收时，要将符合归档要求的建设工程档案交付工程建设单位。

### 三、城建档案管理部门的管理责任

档案规定第三条：“城市建设行政主管部门应当设置城建档案工作管理机构或者配备城建档案管理人员，负责全市城建档案工作。城市的建设行政主管部门也可以委托城建档案馆负责城建档案工作的日常管理工作。”切记，城建档案馆与某地城市档案馆不是同一个机构，城建档案馆是专业档案资料的单独管理机构。

档案规定第八条：“列入城建档案馆档案接收范围的工程，城建档案管理机构按照建设工程竣工联合验收的规定对工程档案进行验收。”由此规定可知，档案管理机构要按照规定对档案进行严格验收，对于不符合档案要求的资料应当要求重新整理后提供，避免档案不真实。

### 四、案例分享

第一个案例是山东某地的工程纠纷案件，笔者申请法院调查令去城建档案馆调取档案材料时，工作人员拒绝在提供的档案资料上加盖档案馆公章或者档案资料专用章，只提供无印章的复印件，我们提出无法作为合法有效的证据提交法庭，工作人员表示根据本馆规

定，不向律师提供加盖印章的档案资料，如果法官有质疑，可以请法官来馆核实档案资料的真伪，在其中一份资料中笔者发现竟然只有各方单位盖章和签字，资料正文中的竣工日期全为空白，落款处的日期也为空白，笔者当即向工作人员提出该点，认为该资料应当严格

审核而不能作为档案资料收取，工作人员表示其只负责提供查询而不负责审核。很显然他们是收而不审，理而不管，该档案资料既不真实也不完整，这样的档案资料完全起不到档案的作用。有趣的是，这样的复印件提交法庭后，被告代理律师直接认可真实性，法庭也对真实性予以认可采信，可见这是当地的实操做法，很难想象如果是笔者提出不认可对方提交的无盖章档案资料复印件的真实性，法官就真的要去城建档案馆核实吗？

第二个案例是上海某区的别墅买卖合同纠纷案件，笔者代理购房人主张开发商修改了规划，而没有按照合同约定告知购房人，要求开发商承担约定解除

合同的违约责任，购房人提出退房赔偿损失。庭审中开发商表示没有修改规划，而是按照设计文件施工的，并主动提供按照实际状况修改的设计文件加盖竣工图章的竣工图作为证据。笔者坚决申请法院调查令去该区的城建档案馆调取了竣工图，竟然出现了两个版本的竣工图，档案馆内的竣工图则是在原设计文件上加盖竣工章形成的图纸，很显然开发商没有如实按照变更申报规划审批。但是令人震惊的是，一审法院竟然无视开发商提交的竣工图与档案竣工图不一致的情况，以没有构成根本违约为由驳回了约定解除的诉请，而不是以约定解除的事由不成立驳回诉请，该案上诉后，二审法院维持一审判决。

### 五、城建档案资料调取需专业判断，不是所有的资料都有作用

城建档案资料非常多，前往调取时，应当提前做好功课，知道需要调取的资料是哪些，这需要一定的专业知识作为判断的基础，可以请教相关专业的专家。以笔者代理的某个涉及钢结构防

火涂料施工质量纠纷案件为例，此时需要调取的不仅仅有涂料的施工验收资料，还需要调取产品资料，及消防防火试验的资料，需要知道在哪个分部分项工程验收资料中寻找。《中华人民共和

《产品质量法》第二条第三款：“建设工程不适用本法规定；但是，建设工程使用的建筑材料、建筑构配件和设备，属于前款规定的产品范围的，适用本法规定。”涂料产品是有质保期的，超过质保期的，不能再使用，已经使用的，

超过质保期的，则需要重新涂刷涂料。材料质保期和工程保修期不同的，以先到期的期限为准，作为重新涂刷的期限依据，建议约定涂料施工的工程保修期不超过涂料的质保期，相对比较合理。



### 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

注册一级建造师

业务方向：建设工程、房地产、经济纠纷

联系方式：136 4172 0676

## 演唱会门票“一经售出，概不退换”是否合法？

作者：沈艳邱

近年来，随着大众对文化娱乐需求的日益增长，演唱会市场越发火热，闲暇时光，和家人、朋友、爱人看一场演唱会，似乎成为越来越多消费者的日常消遣，很多热门歌手的演唱会门票更是一票难求。然而，越发热闹的演出市场与居高不下的消费者投诉形成鲜明对比，黄牛倒卖、虚假宣传、退票困难等问题屡见不鲜，特别是演出开始前的退换问题已经成为很多消费者维权困难的主要因素，各大社交平台上“抢票难、退票更难”的吐槽比比皆是。本文通过具体案例，探讨分析演唱会门票不能退换的原因，“短期阶段性退票”、“不退不换”的规则是否合理？



## 一、案例简介

小张通过某 APP 购买了一张偶像的演唱会门票，哪知公司临时安排小张出差，而出差的时间正好和演唱会冲突，小张不得不作出退票决定，结果打开购票 APP，该订单显示“退款服务已停止”。小张很困惑，明明距离演唱会正式开始还有半个月的时间呢。于是他咨询了客服，在线客服回复：“请关注【演出详情页购票须知】，若展示‘不支持退票’则不支持退票……”小张这才发现订单首页有一个“购票须知”，

约定了阶段退票规则，即购票后 48 小时内可以无条件办理退票，购票三日至五日内退票需收取 20% 的手续费，购票第六日起不再受理任何形式的退换货。小张既气愤又奇怪，一方面他认为这一退票规则是违背消保法第二十五条“七天无理由退货”之规定的，另一方面他发现该购票平台上绝大部分的演唱会、音乐剧等门票都制定了诸如此类的阶段退票规则。既为维权又为解惑，小张寻求了律师的专业咨询。

## 二、案例分析

尽管小张尚未诉诸法院，但其实已经有多多个类似案例在法院判决，归纳总结相关案例，不难发现争议焦点主要是“消费者在网络平台购买的演唱会门票是否适用七天无理由退货”之规定？而法官主流观点是“演唱会门票不适用七天无理由退货规则”。

这一观点似乎和大众的认知不相符合，同样是网购，演唱会门票怎么就不

适用了呢？

法官主流观点解答这一问题，是从“七天无理由退货”这一规则的立法目的出发的。

《中华人民共和国消费者权益保护法》第二十五条规定：“经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起七日内退货，且无需说明理由。”之所以有

这一规定，是因为考虑到通过网络销售的商品，消费者在正式收到之前难以实际体验或判断商品是否与网络描述一致，所以七天无理由退货制度，本质上是为了解决消费者在决定购买商品之前对于商品的认知和判断不受到约束的问题。

但演唱会门票并非传统意义上的“商品”，它的性质类似于票据，是一种观演凭证，在售卖环节，消费者就可以通过网络描述了解到演出时间、人物、地点、内容等重要信息，不会因为购买在前、收取门票在后而影响消费者对演出信息的认知，也不会存在下单时认知和判断受到约束，出现与实际收取门票后体验或判断不一致的问题。因此，演唱会门票不属于《中华人民共和国消费者权益保护法》第二十五条中适用七天无理由退货的“商品”。

此外，一些法官认为演唱会门票之所以不可以随意退换，还因为它具有时效性、专业性、有限性的特征，若允许任意退换，将会对经营者的经营带来很

大不利影响，所以票务经营者根据自身经营需要，约定不支持退票，不存在严重偏离公平原则而加重消费者责任的情形。

除了上述两个理由外，法院是否支持演唱会门票“一经售出，概不退换”还要看票务经营者是否尽到合理提示义务。

小张的这个案例，购票平台在售票环节以加红加粗的形式告知了消费者退票规则，并且在结算环节消费者须点击同意的《订票服务条款》中亦包含不支持七天无理由退票的条款，该条款亦是作了显著标志的，那两者结合，可以视为购票平台尽到了合理提示义务，消费者应当知道自己所购门票是不允许退换的。倘若购票平台没有尽到合理提示义务，那“不退不换”规则很有可能变成加重消费者责任、损害消费者利益的霸王条款，这与《中华人民共和国消费者权益保护法》第二十六条之规定相违背，法院大概率也不会支持。

### 三、律师观点

从是否适用七天无理由退货规则角度以及商家是否合理告知消费者角度来分析演唱会门票的退换问题，本律师其实是认可目前的主流观点的，但以此合法化演唱会门票“不退不换”规则，本律师还是认为有所偏颇，一定程度上有加重消费者责任、损害消费者利益的嫌疑，因为虽然购买演唱会门票不会出现认知与实际收取门票后体验或判断不一致的问题，但网购本身出现的一些状况是客观存在的，比如消费者网购门票时看错演出地点、演出时间等等，此种情况一律不退不换，其实并不公平和合理。

在查询此类案子相关资料时，本律师发现目前的购票平台，简单粗暴的设置“不退不换”规则的相对较少，绝大部分都会设置“阶段性退票”规则，但这一规则看似合理，其实非常形式化，因为很多票务经营者在设置“阶段性退票”规则时，把允许退票的周期设置得

非常短，而大部分时间是不允许退票的，比如购票后24小时内无条件退票，购票后24小时到48小时之间退票需收取20%手续费，超过48小时则停止退票。这样的规则，虽然开了退票的“口子”，但依然无法解决消费者的实际问题，所以相关投诉仍然居高不下。

本律师认为，演唱会门票虽然不同于其他的“网购商品”，但网上购票也不同于实体店买东西，一刀切地“不退不换”既无法解决问题，还可能加剧矛盾，长此以往，不利于演唱会市场的蓬勃发展。

因此，演唱会门票是否可以比照车票设置“阶段性退票”规则，将允许退票的期限放宽，以距离演出时间长短来设置演唱会违约金比例，这样既能最大限度保障消费者的权益，也能最小可能损害票务经营者的利益，两者之间达到平衡。

#### 四、结语

随着演唱会市场的不断成熟，包括退票在内的相关规则也会越来越完善，但无论如何发展，消费者作为理性、谨

慎的成年人，购票前熟读“购票规则”等内容，是应该且必需的，只有了解规则，方能减少损失。



#### 沈艳邱 律师

上海七方律师事务所 律师

七方律师事务所劳动法律部 律师

业务方向：劳动法、消费者权益保护法、

民商事诉讼

联系方式：18721371593

## 离婚诉讼中分割股票、期权实务分析

作者：胡晓萍

随着社会经济的不断发展，夫妻共有财产不再局限于存款、房产等传统类型的财物，股票期权等兼具人身和财产属性的权利也成了共有财产包含的范围。但无论是之前的《婚姻法》，还是现行的《民法典》，均未对股票期权这一新型财产形式在离婚纠纷中如何分割作出明确规定，司法实践中亦缺乏统一的裁判规则，本文拟对相关内容进行梳理和探讨。

### 一、何为“股票期权”？

根据中国证券监督管理委员会 2016 年发布的《上市公司股权激励管理办法》第 28 条规定，股票期权是指“上市公司授予激励对象在未来一定期限内以预先

购买本公司一定数量股份的权利。激励对象获授的股票期权不得转让、用于担保或偿还债务。

可见，股票期权具有三个特征。

**1. 人身性。**股票期权是一项由公司针对特定个人授予的、旨在激励或表彰特定个人工作表现的制度，股权激励计划中往往约定该权利由员工个人专属，或约定不得转让、质押或以其他方式处置。

限，就可享有以约定价格购买公司股票的权利。这是一种建立在附条件和附期限的股票买卖合同之上的期待权，受法律的支持和保护。

**2. 期待性。**股票期权授予协议签订后，如被授权人达到合同约定的条件和期

**3. 不确定性。**未来的股份价格不确定，行权与否也不确定。

## 二、股票期权的三个阶段

从员工通过激励协议被授予股票期权，到其真正通过股票期权取得经济收益，通常有授予、兑现、行权三个环节，因此整个股票期权的状态分为以下三个阶段：

### 1. 授予后至兑现前的等待期

员工在等待期内尚未真正取得股票，需持续满足被授予股票期权的条件或者完成公司另行设定的业绩考核要求，通常也无法获得股票期权的任何收益，等待期通常为3-5年。

### 2. 兑现后至行权前的行权期

员工在行权期内可按照其与公司约定的条件和形式，通过支付行权价款（也可能是零对价）取得股票期权对应的股票，此时期权转化为“可行权期权”，当然，员工也可根据自身及股票价格情况决定放弃行权。

### 3. 行权后的持有期

在员工与公司完成行权程序后，员工即持有了真正的股票，并可以通过处分股票的方式获取对应的收益。

## 三、股票期权属于夫妻共同财产吗？

这个问题是离婚财产分割时的核心问题，需根据股票期权三个阶段所处的不同时间（结婚前、离婚后还是夫妻关系存续期间）进行具体分析：

1. 婚前授予并在婚前完成行权的股票期权通常属于个人财产，而婚内授予并在婚内完成行权的股票期权通常属于夫妻共同财产，对此司法实践中应无疑义。

2. 婚前授予但在婚内行权获得的股票，由于夫妻一方需要在婚内付出相应的努力并达到一定业绩方可行权，而一方在为企业发展辛勤劳动的同时，另一方通常



相应地负担了更多的家务劳动或者在其他方面为家庭作出贡献。因此，对于在等待期与婚姻关系存续期间重叠的期间产生的“可行权期权”及其经行权而获得的财产权益应认定为夫妻共同财产。

3. 婚前或婚内授予但在离婚后才完成行权获得的股票，等待期、行权期与婚姻存续期间有所重叠，通常认为，正是因为夫妻一方在重叠的时间内为公司服务或作出有价值的贡献才能使得最后股票期权得以行权，因此在等待期、行权期与

婚姻存续期间重叠期间所产生的“可行权期权”及其经行权而获得的财产权益应认定为夫妻共同财产。

总的来说，考虑到股票期权的人身性、期待性和不确定性，在其是否作为夫妻共同财产的认定上，应本着尊重婚后所得共有制、保护家务劳动价值、保护婚姻共同体中弱势一方的财产权益等原则及精神，并结合股票期权取得时间、婚姻存续期间、行权时间以及行权价款来源等因素综合考量。

#### 四、股票期权收益的分割规则

司法实践中，离婚案件中涉及股票期权收益的，通常有以下五种分割规则：

1. 若授予与行权资格的获得均在婚前的，股票期权收益为一方个人财产，离婚时不予分割。

2. 若授予与行权资格的获得均在婚内的，股票期权收益为夫妻共同财产，离婚时比照婚内收入进行分割。

3. 若等待期跨越结婚前、结婚内、离婚后的任意两个阶段的，股票期权收益的

部分为夫妻共同财产，部分为一方个人财产，根据重叠比例、各方贡献、婚姻时长、婚内状况等综合确定分割比例。

4. 具体分割方式上，由于股票期权具有较强的人身属性，法院一般采用判决受激励的一方给予配偶方相应价值的货币补偿。

5. 对于离婚案件中股票期权已达到行权条件但当事人未实际行权的情形，实

践中，各地法院多以该等期权具有不确定性、实际权利尚不存在、尚未获得财产权益等原因，对该等期权不作处理，并告知当事人待行权后另行主张。

### 结语

股票期权作为一种新型财产性权益，在夫妻离婚时如何处理，是实务中非常复杂的问题。为避免两败俱伤，建议夫妻合理利用各种辅助性工具如婚前财产协议、婚内财产协议等进行安排衔接，提前做好风险防控。



### 胡晓萍 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人

上海市律协婚姻家庭专业委员会 委员

上海市女律师联谊会 副秘书长

第七届上海市优秀女律师

普陀区首届优秀女律师

普陀区人民法院特邀调解员

业务方向：家事法、私人财富管理

联系方式：18616910916



## 《新公司法》下存量公司注册资本认缴变实缴的应对

作者：李剑

新修订的《公司法》第二百六十六条第二款规定了存量公司，除另有规定外，出资期限应当逐步调整至本法规定的五年期限以内；对于出资期限、出资额明细异常的，市场监管局可敦促其调整。新《公司法》生效在即，存量公司准备好了吗？

### 一、存量公司注册资本的可实缴周期

新修订的《公司法》（为表述方便，称“新《公司法》”）颁布前，根据国家市场监管总局2024年2月6日公布的“国务院关于实施《中华人民共和国公司法》注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）”第三条规定，对于存量公司设置三年过渡期，即存量公司应当在2024年7月1日至2027年6月30日期间将出资期限

调整至新《公司法》规定的五年认缴期限，理论上说，存量公司应当在2032年6月30日前完成注册资本的实缴义务。虽说三年过渡期的规定还仅仅是征求意见稿，但笔者认为，这个过渡期三年的规定在正式公布时大概率还是保持的，存量公司必须做好三年过渡期内完成注册资本认缴调整准备。

## 二、存量公司注册资本的出资形式

新《公司法》第四十八条规定，股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价，法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。

用以出资的非货币资产应当具备合法性、可估值和可转让的特性，根据《公司法》第四十九条第二款的规定，股东以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

新《公司法》第九十八条规定，股份有限公司的发起人应当在公司成立前按

照其认购股份全额缴纳股款。发起人的出资，适用本法第四十八条、第四十九条第二款的规定。

特别要注意的是关于股权和债权的出资，实际上早在2022年3月1日国家市场监督管理总局公布的《市场主体登记管理条例实施细则》第十三条就规定，市场主体“依法以境内公司股权或者债权出资的，应当权属清楚、权能完整，依法可以评估、转让，符合公司章程规定”。本次《公司法》修订，明确了股权和债权作为非货币财产可以用以出资，使得股权和债权的出资成了法定的出资形式，而作为非货币财产的出资，仍然应当具备“合法性、可估值和可转让”的特征。

## 三、存量公司股东注册资本认缴变实缴的处理

新修订的《公司法》实施在即，存量公司注册资本的实缴，根据公司不同情况选择不同的方式予以处理。网上很多人总结了五种方式：一是缴足出资；二是股权转让；三是注销公司；四是减资；五是变更出资形式。

第一种方式缴足出资，如果股东不缺

钱，把注册资本金存入公司公账就好，没有讨论的必要，不算是一种方式。

第二种方式股权转让，转给谁呢？除非找到有实力且对公司的主营业务以及公司核心团队感兴趣的投资方，采用股权融资的方式解决注册资本问题，否则，根据新《公司法》第八十八条规定，股东转

让已认缴但未届出资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；已届出资日期尚未出资而转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围承担连带责任。根据该条规定，通过股权转让方式来规避股东出资责任，等于将未出资的风险转嫁给了受让方，我相信没有人愿意成为一个接盘侠的，因此，这种方法很难实现。当然，不排除有股东将公司股权转让给老人的做法，这种做法不是真实意思的股权转让，既不可取更不道德。

第三种是注销公司，这种方式主要适合登记设立后并未实际开展经营的公司，或者是登记设立后公司不存在任何负债的公司，由于公司未经营或无任何负债，公司可以通过股东会决议解散——自行清算——注销的方式使公司消亡，从而解决股东的出资责任问题。

注销登记有普通注销和简易注销两种程序模式。两种注销模式均会涉及股东出资和对公司债务的承担问题。根据《市场主体登记管理条例实施细则》第四十六条和第四十八条的规定，实行普通程序注销登记的，需要提交“清算报告、负责清理债权债务的文件或者清理债务完结的

证明”，实现简易程序注销登记的，需要提交“全体投资人承诺书”。“清理债务完结的证明”和“全体投资人承诺书”，实质上都是要求股东对公司潜在的未了债务承担因注销登记造成债权人损失的清偿责任。

因此，注销公司这种方式应当慎之又慎，建议由会计事务所和律师事务所的专业人士介入予以指导。

第四种和第五种方式，我们以一个认缴期限至 2038 年 5 月 31 日、认缴资本 3000 万目前尚未实缴到位的公司来讨论注册资本如何处理的问题，可以区分三种情况：

（一）注册资本虚高，股东实力和公司业绩均达不到 3000 万的情况，此类公司数量不少。此种情况，大大增加股东的出资责任，比较合适的方式通过减资处理，但是，公司应当按照法定的减资程序进行，否则亦不能实现股东规避出资的责任风险。

根据新《公司法》第二百二十四条规定，公司实质性减资的，股东会应当经代表三分之二以上表决权的股东作出减资的股东会决议、应当编制资产负债表、应

当编制财产清单，同时在决议减资作出之日起十日内通知债权人，并在决议作出之日起三十日内在报纸上或国家企业信用信息公示系统中予以公告。

关于减资的金额，不能过度减资，比如将 3000 万骤减至 100 万。过度减资将面临穿透公司面纱否认公司法人格继续追究股东责任的风险。根据《九民纪要》，确立的防止资本显著不足可能损害公司债权人的原则，过度减资如果导致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的，表明股东在利用较少资本从事力所不及的经营活动，显然没有从事公司经营的诚意，实质上是恶意利用公司独立人格和股东有限责任将投资风险转嫁给债权人。如何认定是否属于过度减资，则要在具体的案例中具体分析公司状况作出正确的减资策略。

（二）股东累计实际投入的资金相当或超过 3000 万，但注册资本却未缴足的情况。

这种情况在 2014 年 3 月 1 日之后登记设立的中小微私营有限责任公司中是非常普遍的情况，对公司股东的风险是巨大的。一方面，公司登记的注册资本未实

缴到位，另一方面，股东通过借款、垫付设备和材料款，甚至垫付员工工资等方式对公司投入巨额资金，但是当公司出现债务履行不能时，债权人却可以根据新《公司法》第五十四条规定，要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资，即出资加速到期。如果公司资不抵债被债权人申请进入破产程序，未出资股东还将面临被破产管理人起诉追究出资责任的风险，股东抗辩实际投入资金已超过其出资义务的，但是，股东对公司的借款、垫资款不能被认定为出资，股东只能去申报债权，真是赔了夫人又折兵。

针对此类情况，笔者建议：一是股东所投入的全部资金应当优先满足认缴注册资本的出资义务，除了转账要备注清楚“注册资本金”外，要求公司依法签发股东出资证明书等，完成出资义务前绝对不以借款和垫资等方式投入经营资金。二是在公司债务可控的情况下，在过渡期内提前规划，根据新《公司法》第四十八条出资形式的调整，综合利用货币出资、股权出资、债权出资、知识产权出资等多种可转让的财产形式完成出资义务。股东变更出资形式时，由于非货币财产的出资根据

公司法的规定需要评估作价以核实财产，因此应当聘请有资质的第三方机构对股权基准日的价值、债权价值、知识产权的价值进行评估，为尽可能减少未来对评估作价的争议和纠纷，建议尽量委托公司注册地高级人民法院司法鉴定系统入库的资产评估公司予以评估作价，这一点非常重要。

总之，存量公司为实现在法定期限内完成实缴出资义务，必然会或多或少涉及到股权融资、减资、变更为非货币财产出资等多种出资方式，而这每一种方式都涉及税务、财务、法律等综合知识的运用，为规避不必要的风险，村里公司尽量在专业机构和专业人士的指导下完成注册资本的调整。



### 李剑 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方战略规划与发展部 主任

上海市律协公司与商事专业委员会 委员

业务方向：公司法、法律合规、商事仲裁与诉讼

联系方式：138 1727 9229



## 私募基金未完成清算，投资人损失如何认定

作者：张睿

目前在司法实践中，对于私募投资基金合同纠纷，投资者在维权过程中通常会遇到两个问题：其一，投资者损失的认定是否以基金产品清算为前提；其二，投资者的具体损失如何计算。对此，各地裁审机构（包括仲裁与法院）目前未形成统一的裁判规则，这就在一定程度上影响了司法裁判的公信力，也给投资者维权产生了一定的困惑。在私募基金产品到期未完成清算的情况下，仲裁及法院对于投资人损失的确定主要存在两种截然相反的观点。

**裁判角度一：私募产品到期但未完成清算，此时投资人的损失无法确定。**

持这一观点的法院认为，即便因私募基金管理人存在违约或侵权等情形，导致投资人利益受损，但无论管理人系因何种原因造成投资者的损失，在基金未完成清算、未明确投资人不能兑付损失的情况下，基金收益分配的条件尚未成就，此时投资人的损失数额无法确定。在损失尚未确定的情况下，赔偿的基础则不存在，而基金持有人作为合格投资者，在投资之前及之中，管理人对投资者已经做了风险告知及定期披露义务，投资人应对基金投资风险有充分的认识承受能力，对清算未结束之前的这一期间，投资人应给予充分的理解与容忍。因此，法院通常会不予受理、驳回起诉，或者驳回投资者诉讼请求。



**裁判角度二：私募产品到期但未完成清算，此时可推定投资人损失已产生。**

持这一观点的法院认为，在私募产品到期后管理人迟迟不进行清算的前提下，投资人产生损失已基本成定局。若仅因未清算不对投资者的损失进行确认，则可能会导致管理人加剧拖延履行清算义务，会给投资人造成更大的损失。基金的清算结果是认定投资损失的重要依据而非唯一依据，法院在应综合考虑管理人未完成清算的原因、底层资产的客观情况下，有其他证据足以证明投资损失的，则法院可以依法认定其损失，譬如，基金的底层资产已经暴雷，底层项目债务人已进入破产程序，合同约定的案涉基金权益基本无法实现正常的变现，基金清算处于停滞状态，此时可认定投资人损失已经产生。按此思路，则可以避免投资人的多次诉累，同时也有利于敦促管理人勤勉尽责。

对于上述两种司法裁判角度，笔者更倾向于第二种，司法实践中私募产品到期未清算可能基于多种原因，是否给投资人进行损失确认要综合考虑私募管理人的履职情况以及底层项目资产的实际情况。

## （一）私募管理人存在过错

1. 管理人违反适当性义务或未按约定进行投资的，则不应再继续关注基金的清算情况，应直接判定私募基金管理人存在重大过错，对投资人造成一定的损失，投资者可以主张解除合同，要求管理人返还投资本金并赔偿损失。

2. 私募基金管理人在基金的募、投、管、退阶段未尽到勤勉义务的，基金虽未经清算，私募管理人仍需承担向投资者赔偿损失。譬如，在发行基金产品前，未对标的公司及相关方尽职调查或尽调严重不到位的；投后未对基金的资金流向进行核实的；在基金退出阶段，管理人在底层

资产不能及时变现的情况下未及时司法救济的，管理人怠于履行清算义务，则认定管理人未尽到勤勉义务，应对投资者的损失承担赔偿责任，而无须等待清算完毕。若管理人积极维权，基金投资合同已经进入诉讼阶段，尚未达到因无可供执行的财产而终本的情形，此时可以认定投资人损失暂不能确认。又如，私募管理人已启动清算程序，但基金底层项目破产、底层资产已无可变现的可能，在这种情况下，没有必要继续等待清算的结果，应及时认定投资者的实际损失。

## （二）私募管理人不存在过错

私募基金未完成清算并不能归责于管理人，且管理人亦不存在其他过错情形的，对于此，应属于商业风险，投资人对

此应给予充分的理解与容忍，并承担相应风险，这种情形，在未完成清算下，法院可直接驳回投资者诉讼请求，投资人在清

算完成后再行提起诉讼。

基金未完成清算的，裁审机构若支持投资人的损失，可在裁判文书中阐明管理人向投资人实际偿付了全额赔付后，若在后续的基金清算程序中存在投资人可分

配的利益，管理人可在投资人已实现全额赔付后根据其赔偿金额在剩余的可分配利益中获偿。

本文有限，就私募基金损失认定规则，可在之后的文章中继续介绍。



### 结语

从私募管理人角度而言，对于新募基金应当严格且全面地履行适当性要求，同

时对于正在运行中的基金应更加注重其投前尽调、投后管理和信息披露工作，并

尤为注重工作留痕和档案管理，即便日后出现退出障碍，管理人面对投资者的维权可以提供充分的勤勉尽责证据以及合规证据。

对于投资者，自身权利受到侵害时，应尽早收集相关证据，如管理人对投资者是否履行合格投资者认定程序，基金投向是否符合合同约定，必要情况下，要及时

起诉管理人进行维权。需要特别提示的是，投资者最好在法律专业人士的指导下进行诉讼，法律专业人士在综合分析案件基础上会有一个明确的判断，进而更好地确定诉讼请求，是以损害赔偿进行起诉还是先行起诉管理人履行清算义务，以避免让投资人出现诉累。



### 张睿 律师

上海七方律师事务所 合伙人  
七方民商事与金融法业务部 律师  
七方家事与财富管理业务部 律师  
上海市律协基金专业委员会 委员  
业务方向：商事诉讼，婚姻家庭、  
私人财富管理

联系方式：15902145818

## 意外保险时效期间法律问题研究

作者：管杰

意外保险的诉讼时效是多久？是按保险合同中约定的时效？还是按保险法中规定的二年？是不是向保险公司主张保险金了就能中断诉讼时效？本文通过真实案例中告诉你可能以前一直搞错的真相。

### 【基本案情】

2018年9月15日，王某为自己投保了某保险公司的意外险产品，保险单显示：投保人和被保险人均为王某、受益人为法定；意外身故保险金额100万元；争议解决方式：提交深圳仲裁委员会仲裁。

2018年10月8日，王某自驾车在高速公路行驶时，与防护栏发生碰撞侧翻后起火，当场死亡。事故发生后，交警大队出具了道路交通事故证明，确认了王某发生此事故并死亡的证明，司法鉴定认定王某生前存在高血压性心脏肥大，陈旧性心梗的基础疾病，同时也给出了王某有生前呼吸道烧伤征象，符合烧死的特征的结论。

王某继承人在事故发生后第一时间报案，并于2018年10月23日在保险公司的询问笔录上签名，但因保险公司迟迟未作理

赔，多次向保险公司催告并于2021年3月18日保存了催促保险公司理赔的通话录音。

另一方面，由于王某生前存在大量债务，王某的5位法定继承人均被判决在继承王某的遗产范围内承担清偿义务，并已在无锡市梁溪区法院进入执行程序。梁溪区法院在执行阶段向保险公司发出《协助执行通知书》，要求保险公司将理赔款打入梁溪区法院账户。2021年1月5日，保险公司对《协助执行通知书》提出了执行异议，拒绝支付保险金。

2022年12月5日，王某的5位法定继承人向保险合同约定的管辖机构深圳国际仲裁院提起仲裁，要求保险公司支付意外保险金100万元及逾期利息损失。

保险公司在仲裁阶段提出时效抗辩，主张王某继承人的仲裁时效已经经过，梁溪法院的执行通知并不能产生中断王某继承人的仲裁时效，因此，仲裁时效应从保险公司第一次向王某继承人调查之日起即 2018 年 10 月 23 日开始起算，至 2022

### 【裁判主旨】

仲裁庭认为，对于王某继承人的仲裁时效是否已经经过，首先，本案的诉讼时效应为几年？《仲裁法》第 74 条规定：

“法律对仲裁时效有规定的，适用该规定，法律对仲裁时效没有规定的，适用诉讼时效的规定。”涉案合同签订于《民法总则》生效之后，虽然《保险法》第 26 条规定：“人寿保险以外的其他保险的被保险人或受益人，向保险人请求赔偿或给付保险金的诉讼时效为二年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。”但《保险法》的二年诉讼时效本质上和《民法总则》生效后调整的三年诉讼时效都属于一般诉讼时效，故基于新法优于旧法的原则，本案应适用三年的诉讼时效。其次，

年 12 月 5 日已经超过了保险合同约定且保险法规定的“人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人，向保险人请求赔偿或者给付保险金的诉讼时效期间为二年”，所以保险公司不承担保险金赔付责任。

仲裁时效是否中断？何时中断？《民法典》第 195 条规定：“有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：（一）权利人向义务人提出履行请求；（二）义务人同意履行义务；（三）权利人提起诉讼或者申请仲裁；（四）与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第 11 条规定：“下列事项之一，人民法院应当认定与提起诉讼具有同等诉讼时效中断的效力：……

（五）申请强制执行；……”虽然上述法条未对申请强制执行主体作出明确限制。但本案中，梁溪区法院虽在执行阶段向保

险公司发出《协助执行通知书》，但执行的申请并非王某继承人提起，而是王某生前债权人提起，《民法典》第195条规定应当由“权利人”提起诉讼，因此具有同等中断时效效力的申请强制执行也应由“权利人”提起，并由此对该“权利人”产生时效中断效果。因此，案外人提起的强制执行效力并不能中断作为被执行人的王某继承人对保险公司的仲裁时效。但王某继承人于2021年3月18日向保险公

司催讨保险金的通话录音可以作为中断时效的依据。因此，无论是从事故发生时2018年10月8日还是签署保险公司的询问笔录时2018年10月23日，均未超过3年时效，至提起仲裁之日（2022年12月5日）也未超过3年时效。

仲裁庭最终裁决，保险公司向王某继承人支付意外保险赔偿金及逾期利息损失。



### 【律师评析】

本案的主要争议焦点主要在于：

1、执行法院向保险公司发出协助执行的通知是否中断被执行人对保险公司的仲裁时效？

2、仲裁时效是否已经过？

对于第1点，中断诉讼时效要求当事人主动作为、积极主张权利，“躺在权利上睡眠”或怠于行使其权利并不能中断时效，这是时效制度的核心要义，设立诉讼/仲裁时效的本意在于敦促权利人在法律规定的期间内及时行使权利，因此，产生时效中断的情形应由权利人本人提起。本案中王某继承人作为王某生前债务的另案被执行的义务主体，执行法院向保险公司发出协助通知，并不是王某继承人主动所为，而是被动承受。执行法院向保险公司发出《协助执行通知书》的同时，王某继承人依旧可以向保险公司主张支付保险金，但王某被继承人并未提出，可见，进入到执行阶段并未构成对王某继承人主张权利的客观障碍。所以，仲裁庭对于王某继承人的仲裁时效不因执行法院发

出的《协助执行通知书》而中断认定正确，执行庭的行为只代表申请执行人的权利主张，并不能代表被执行人的权利主张。

对于第二点，《保险法》第26条规定：“人寿保险以外的其他保险的被保险人或受益人，向保险人请求赔偿或给付保险金的诉讼时效为二年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。人寿保险的被保险人或者受益人向保险人请求给付保险金的诉讼时效期间为五年，自其知道或者应当知道保险事故发生之日起计算。”鉴于《保险法》作为民（商）事单行法的最近一次修正发生在2015年，其中第26条第一款适用人寿保险以外的其他保险险种的时效为二年，不同于该条第二款适用于人寿保险的特别时效规定，其性质实际上与《民法通则》规定的二年普通时效无异，根据新法优于旧法的原则，本案发生在《民法总则》施行后，延续至《民法典》生效后，而《民法典》有关普通时效的规定延用了《民法总则》三年时效的规定，《最高人民法院关于适用〈中华



《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一条规定：“民法总则施行后诉讼时效期间开始计算的，应当适用民法总则第一百八十八条关于三年诉讼时效期间的规定。当事人主张适用民法通则关于二年或者一年诉讼时效期间规定的，人民法院不予支持”。可见，请求保护民事权利的时效期间由民法总则统一规定为三年，民法总则施行后不再适用二年或者一年时效期间。此处“法律另有规定的，依照其规定”，应当按照有利解释原则进行解释，即法律对三年以上诉讼时效另有规定的，依照其规定，并不包括二

年和一年诉讼时效的法律规定。民法总则与保险法之间属于新法与旧法的关系，保险法关于二年诉讼时效期间的规定与民法总则关于诉讼时效的规定相冲突，按照新法优于旧法的法律适用原则，应当适用民法总则的规定。

而时效期间的法定性并非属于任意性条款，可以由当事人通过约定予以避让适用，即使双方的意外保险合同中有条款按照保险法的规定原文约定了二年的仲裁时效，仍不能作为时效经过的依据，故本案仍应适用三年的仲裁时效期间。



### 管杰 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方公司与财税法律业务部 律师

上海市律协数据合规与网络安全专业委员会 委员

徐汇区汇调人民调解委员会 兼职调解员

中国企业评价协会高级企业合规师

业务方向：动拆迁补偿共有纠纷、

公司股权纠纷、民商事合同纠纷

联系方式：19821802660

## 新《公司法》施行下的三大涉税焦点解读与应对策略

作者：严佩珊

新《公司法》将于2024年7月1日正式施行，随着新法实施，公司的税务管理也会受到相应影响。税务管理不仅关乎企业优化经营，也涉及法律风险，本文将围绕“出资时限、出资形式、简易注销”三大新法亮点带来的涉税问题展开分析，以期为实务应用提供有益建议。

### 一、出资时限：“五年内缴足”的涉税风险提示

#### 【法条原文】

**第四十七条** 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。

#### 【法条解读】

新《公司法》完全扭转了股东出资“认缴制”的规定，转而确立“实缴制”，要求有限责任公司股东应当自公司成立之日起五年内缴足出资，否则经董事会决议，股东逾期未缴纳出资的股权在公司发

出失权通知之日起即告丧失。该条规定不但适用于新设立的公司法主体，还适用于存量公司，至于存量公司完成实缴的过渡期是否也为“五年”，暂无规定，具体实施办法要等国务院后续出台。

#### 【涉税风险提示】

对于存量公司，“高额认缴”注册资本的情况非常普遍，导致在适用新《公司

法》时可能会出现“水土不服”，即股东在过渡期内难以填平原来“高额认缴”下

尚未缴纳的注册资本。可以预见在未来一段时间，为避免股东权益丧失，大量公司将通过“减资”来降低注册资本，从而缓解股东的实缴压力，让股东顺利度过“认缴—实缴”的缓冲期。减资过程中，如果减资部分实际上“尚未缴纳”，股东和公司通常不产生税务问题，但如果是“已缴出资”的减资，则要重点关注个人或企业所得税可能涉及的风险：

对于自然人股东，根据《国家税务总局关于个人终止投资经营收回款项征收个人所得税问题的公告》第一条规定，自然人股东在减资后收回的款项属于个人所得税应税收入，应按照“财产转让所得”计算缴纳。具体计算公式为：应纳税所得额=个人取得的股权转让收入、违约金、补偿金、赔偿金及以其他名目收回款项合计数-原实际出资额及相关税费。也即，如果因为公司经营期间股权升值，导致“减资后收回的款项>原股东出资时的投入额及税费”，那么股东需要就超出部分缴纳个人所得税，反之，如果“小于或等于”

则无须缴纳个人所得税。

对于企业股东，从减资中取得的财产应区分为投资收回、股息所得和投资资产转让所得，这三部分中只有“投资资产转让所得”需要缴税。具言之，投资收回是指企业初始出资的部分，不涉税务问题；股息所得相当于被投资企业累计未分配利润和累计盈余公积金按减少实收资本比例计算的部分，属于免税收入。除以上两部分外的剩余部分，即为**投资资产转让所得**，按《国家税务总局关于企业所得税若干问题的公告》第五条规定，应计入**股东应纳税所得额缴纳税款**。

此外，应注意不同的减资方式会产生不同的税务影响。根据新《公司法》第二百二十四条规定，减资分为等比例减资和定向减资。一般而言，**等比例减资**是指前后公司股东所持有的股份比例相同，所减少的仅仅是实缴资本，而股东减资所取得的财产则为投资成本的收回，不涉税务问题。**定向减资**则较为复杂，即非等比例减资，举一例以示之：如A、B、C三个股东

投资设立一个公司，比例分别是 70%、20% 和 10%。假设该公司的公允价值是 1000 万。A 定向减资实现 C 退出后，该公司的股权比例变成 A 占 77.8%，B 占 22.2%，股东持股比例发生了明显变化。在理想状况下，如果 C 通过减资退出从该公司实际拿走 100 万，则存续股东在定向减资前后的权益没有发生变化，仍属于公允减资。但如果 C 从该公司退出时拿走的金额大于或者小于 100 万，则极有可能被税务机关认为

存在“不公允减资”，进而对于其中“存在明显利益输送”的问题开展税务调查。

对于企业税务风险规避而言，除了需按要求出具企业股权公允价值的评估报告，还应为定向减资属于“正常交易行为”积极准备材料并配合调查，及时向税务机关证明公司减资并非避税举动，而是各股东间公平协商的结果，不存在“不公允”的情况发生。

## 二、出资形式：非货币出资的涉税风险提示

### 【法条原文】

**第四十八条** 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。

### 【法条解读】

新《公司法》新增了“股权”“债权”两种非货币出资形式，该规定早在《公司法解释三》(2020 修正) 第十一条以及《市

场主体登记管理条例实施细则》第十三条第三款中便已出现，新《公司法》则是在法律层面对这两种出资形式予以固定。

### 【涉税风险提示】

股东以股权、债权出资，存在若干税收优惠和减免政策。如果股东是企业，根

据《关于非货币性资产投资企业所得税政策问题的通知》，需要缴纳企业所得税。

具言之，企业应首先对非货币资产进行评估，再按评估后的公允价值扣除取得本公司股权、债权时的成本后的余额，加上每年确认的转让投资的股权、债权的所得，来逐年调整并缴纳企业所得税。同时，企业可以享受5年的递延纳税政策，也即在不超5年期限内，分期均匀计入相应年度的应纳税所得额。但若企业在5年内转让或投资收回的，则应一次性计算缴纳企业所得税。此外，如果企业符合特殊性税务处理还可以适用特殊性税务处理递延纳税，不过5年内分期均匀确认和特殊性税务处理只能择一适用。

如果股东是自然人，则需要按“财产转让所得”缴纳个人所得税。根据《关于个人非货币性资产投资有关个人所得税政策的通知》，对个人股权、债权出资的，应按评估后的公允价值确认股权、债权转让收入，然后减除取得该股权、债权的成本及合理税费后的余额为应纳税所得额。确认收入实现的时间为非货币性资产转让、取得被投资企业股权时。自然人股东一次性缴税有困难的，同样可以适用递延纳税政策，这一点上与企业所得税的处理相似。

### 三、简易注销程序的涉税风险提示

#### 【法条原文】

**第二百四十条** 公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务的，经全体股东承诺，可以按照规定通过简易程序注销公司登记。

通过简易程序注销公司登记，应当通过国家企业信用信息公示系统予以公告，公告期限不少于二十日。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公司登记，股东对本条第一款规定的内容承诺不实的，应当对注销登记前的债务承担连带责任。

### 【法条解读】

第二百四十条为新增规定，通过股东承诺的方式加快公司注销，有效提升了经营不善的公司退出市场的效率。该制度也并非创新，早有“前身”，其源于《关于全面推进简易注销登记改革的指导意见》

《关于开展进一步完善企业简易注销登记改革试点工作的通知》《市场主体登记管理条例》，并吸收了《公司法解释二》第二十条第一款规定。

### 【涉税风险提示】

企业注销并不意味着法律责任的逃避，若企业经营期间存在偷逃税、欠税、未缴税等情形的，即使企业已经注销，税务局也有可能穿透已注销的企业，向原股东追缴税款。新《公司法》更是为税务机关追缴税款提供了直接依据，有效提醒了股东企图采用快速注销公司逃避税款的

做法并不可行，股东需对其承诺不实的内容承担连带责任。但针对“股东承诺不实”这一要件，是否需要区分故意和过错，目前尚无规定，留待进一步明确，这就要求股东要自觉做好风险控制，在做出承诺前，进行全面的债务自查，避免因疏忽大意导致未来承担连带责任。



#### 严佩珊 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方公司与清算业务部 律师

上海市律协企业法律顾问专业委员会 委员

业务方向：公司法、商事诉讼、  
企业重整与清算

联系方式：18221035988



## “私家侦探”业务刑事合规分析

作者：张伯乐

“私家侦探”被形容为“跨在法律界碑上的人”或“游离在法律边缘的特殊职业”，现实生活中，一般作为律师事务所和商务咨询公司的补充。然而，国内的“私家侦探业”较难形成行业标准和职业准则来规范调查员的行为，“私家侦探”使用的不少调查手段属于违法行为，且行业准入门槛低，这一行业越发无序与混乱。近日，上海市奉贤区人民法院审理了一起侵犯公民个人信息罪案件。涉案“私家侦探”以“情感咨询”“商务调查”为名，采取安装GPS、跟踪、蹲守、偷拍等方式，侵犯、泄露他人隐私和个人信息，最终被以侵犯公民个人信息罪判处有期徒刑。

## 【基本案情】

2021年9月至2023年6月，董某为牟取非法利益，注册成立上海某信息咨询有限公司，在网上发布“私家侦探”“婚姻调查”等广告招揽“客户”。“客户”下单后，自己或者指使马某、赵某，采取在车辆上安装移动GPS、跟踪、蹲守、偷拍等手段获取目标人员的行动轨迹、活动

地点等，甚至通过他人查询开房记录，并将上述信息非法提供给委托的“客户”。期间，董某等人共非法获利10万余元，其中马某参与两笔跟踪“调查”非法获利2万余元；赵某参与两笔跟踪“调查”非法获利6千元。

## 【裁判要旨】

董某用“商务调查”对自己进行包装并标注“24小时跟踪、定位”等字眼在网络上招揽业务。受人委托后通过全程跟踪、安装电子设备等获取记录目标对象的行动情况，比如当天去过何处、停留时间、

是否与人见面、与何人见面等，通过蹲守、跟踪确定被害人不同时间段的地理位置及实时动态情况。董某等人行为指向的对象属于行踪轨迹，构成侵犯公民个人信息罪。

## 【案件分析】

私家侦探指政府机关以外从事民事商事调查服务的人，其服务内容主要以财产调查取证、人员信息调查、人员行踪调查、网络诈骗调查、婚姻调查为主。因为，我国民事诉讼中的基本举证原则是“谁主张谁举证”，提出主张的当事人需要承担举证的义务；在刑事案件报案初期和刑事自诉案件中，也需要当事人承担初步的

举证责任，故而催生“私家侦探业”的发展。

然而，该行业之前已被公安部明令禁止！

1993年9月7日，公安部发布《关于禁止开设“私人侦探所”性质的民间机构的通知》，通知如下：

1、严禁任何单位和个人开办各种形式的“民事事务调查所”“安全事务调查所”等私人侦探所性质的民间机构。

2、对现有“私人侦探所”性质的民间机构要认真清理，会同工商行政管理部门予以取缔。禁止以更换名称、变换方式等形式，继续开展类似业务。

3、要加强对公安系统内部人员的管理教育，禁止公安机关、武警部队的任何单位（包括公安、武警的院校、协会、学会）和个人（包括离退休人员）组织或参与“私人侦探所”性质的民间机构的工作。

“私家侦探”获取的个人信息受多部法律保护！

《刑法》第二百五十三条之一规定：违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。……

两高《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条规定：刑法第二百五十三条之一规定的“公民个人信息”，是指以电子或者其他

方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。另外，《民法典》《个人信息保护法》《网络安全法》都对“个人信息”的含义作出了明确的规定。

第五条 非法获取、出售或者提供公民个人信息，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百五十三条之一规定的“情节严重”：

……

（三）非法获取、出售或者提供行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息五十条以上的；

（四）非法获取、出售或者提供住宿信息、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五百条以上的；

（五）非法获取、出售或者提供第三项、第四项规定以外的公民个人信息五千条以上的；

（六）数量未达到第三项至第五项规定标准，但是按相应比例合计达到有关数量

标准的；

(七) 违法所得五千元以上的；

.....

前述案件中，董某等人对目标对象进行跟踪、拍照，侵犯的正是公民个人信息中的“行踪轨迹”信息。行踪轨迹信息是指能够反映特定自然人在一定时期行为及活动状况的连续性信息，具有地理空间性、实时动态性等特征，即与地理空间相联系，带有活动属性，与公民的生命、健康、财产、隐私等息息相关。董某等人受委托后，通过全程跟踪、安装电子设备等获取并记录目标的行动情况，如当天去过何处、停留时间、是否与人约会等。这些信息关联了目标对象不同时段的地理位置及实时动态情况，甚至关联了当事人的

人身安全，属于侵犯公民个人信息的犯罪行为。

另外，实践中，“私家侦探”的机构或个人在业务推广、调查方式、信息使用等方面，普遍存在违法行为。在业务推广方面，为了招揽业务，通常会夸大其调查能力，这就涉嫌虚假宣传，甚至构成诈骗；在调查手段上，有“私家侦探”会采用跟踪、偷拍、窃听甚至侵入住宅等方式获取被调查对象行踪及相关证据，还会通过窃取、购买等手段获取调查对象的个人信息；在信息的使用上，如若故意散播公民信息，则可能涉嫌侵犯他人隐私。若将相关信息用于要挟被调查者给付金钱或其他利益的，则可能涉嫌敲诈勒索。

### 【小结】

委托“私家侦探”有风险：“私家侦探”的调查手段可能涉及侵犯隐私、侵犯公民个人信息等违法犯罪行为。委托人对私家侦探的犯罪行为，如有相关证据表明双方对可能存在的非法调查行为存在共谋，存在“知情”或“应当知情”的，委托人也应承担相应的法律责任。

收集“个人信息”应规范：收集个人信息应遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意，不得违

反法律的一般禁止性规定、不得侵害他人合法权益、不得违反社会公共利益和社会公德。否则，有关“证据”不能作为判决的依据或被依法排除。

加强“个人信息”的保护：公民个人应提高对快递地址、手机号码、定位信息等的保护意识和安全防范意识。同时，妥善保管银行卡、身份证、电子银行认证介质等，不向他人随意透露银行卡号、账户密码、安全码、身份证号、短信验证码、指纹等重要信息，防止被不法分子窃取利用，造成财产损失。



张佰乐

上海七方律师事务所 合伙人

七方刑事辩护与合规法律服务部 副主任

上海市律协刑诉法与刑事辩护专业委员会 委员

联系方式：13681605614

## 浅议劳动者申诉权利与用人单位用工管理权的冲突与平衡

作者：陈春雨

用人单位制定规章制度时，囿于规则的不周延性与高度概括性的性质，通常通过“原则+具体行为列举”的模式对职工的行为规则进行规制，而针对这类触犯规则的行为所作出的处分结果往往需要结合后果严重性、行为恶劣程度等因素综合考量，实践中用人单位规定的处分行为可以划分为两至三个等级，包括书面警告、记过处分以及解除劳动合同。当职工的违纪行为后，公司往往需要对违纪行为的严重程度进行主观判断才能确定相应的处分结果，若结果不合理，用人单位可能面临处理结果难以服众问题、用人管理的权威性遭受挑战，或者直接面临违法解除劳动合同的法律风险。本文将以上海地区一则劳动合同纠纷案为例，从劳动法的角度出发，详细探讨用人单位在用人管理中的法律合规问题，为用人单位提供用工管理的法律指导和风险防控建议。

### 一、案例回顾与分析

#### 【基本案件事实】

原告张某系 A 公司的员工，其从 A 公司处离职后，以 A 公司违法解除劳动合同为由提起劳动仲裁及诉讼。据原告陈述，其在职期间，有人匿名在公司内部举报原告直属领导顾某与另一位经理霍某存在不合规行为，顾某怀疑该匿名信系原告所发，于是利用职位优势对其采取了一系列不公正的职场措施。其

多次向人事部门及主管进行申诉，均无果，遂通过电子邮件向公司高层及员工群发投诉，随后被公司解除劳动合同。被告辩称原告在邮件中对顾某和霍某提出了未经考证的私人指控，该指控包括顾某与霍某存在不合规行为、两人对原告进行了职场霸凌、原告向被告进行申诉但被告不予理会，且顾某与霍某向原告进行了私人打击报复。被告认为上述指控事实未经考证，且原告大范围群

发私人控告邮件，严重扰乱了被告的管理秩序，对顾某和霍某的个人声誉造成了不良影响，被告认为其行为违反了《员工手册》“建立和谐的工作氛围……任何违背上述原则的行为，如吵架、辱骂他人、诋毁他人名誉以及其他伤害他人的行为和举动都是公司所不允许的。根据情节轻重程度，公司给予违纪处分”，根据《员工手册》“适用解除劳动合同处分的情形”第8项“违反公司工作礼仪，破坏和谐工作环境，在公司场所斗殴、谩骂、赌博、吸食毒品的”及第16项“其他严重违反公司劳动纪律并给公司重大损害的”之规定，被告解除了与原告的劳动合同，该解除行为系合法解除。

法院对原告向被告处众多员工连续群发投诉邮件的事实、被告指控顾某和

霍某存在不合规行为这一主张无法提供相关证明，以及被告以原告的行为违反《员工手册》“适用解除劳动合同处分的情形”为由单方解除劳动合同的事实进行了确认。

### 【法院认为】

法院认为，原告在职期间就其在工作中受到不公正地对待向公司众多员工群发电子邮件，其目的是维护自己的劳动权利和个人名誉，但原告却采取向不特定的、与其无利害关系的其他员工群发电子邮件的方式显然不当，对被告的正常工作秩序确实产生不良影响。被告根据《员工手册》“建立和谐的工作氛围”的规定对原告作出相关处理并无不当。但被告对劳动者不当行为的处理亦应从合情、合理和合法的角度考虑。被告《员工手册》中对原告上述行为有三种处理方式，即《员工手册》“适用书面警告处分的情形和行为”中的“违反公司工作礼仪，破坏和谐工作环境，在公司内吵闹，有大声喧哗或粗言秽语等不文明行为的”、“适用记过处分的



情形和行为”中的“违反公司工作礼仪，破坏和谐工作环境，针对公司同事发表虚假、恶意、侮辱或者中伤性的言论的”、“适用解除劳动合同处分的情形”第8项“违反公司工作礼仪礼仪，和谐工作环境，在公司场所斗殴、谩骂、赌博、吸食毒品的”及第16项“其他严重违反公司劳动纪律并给公司重大损害的”。而原告上述违纪行为并不符合被告《员工手册》“适用解除劳动合同处分的情形”第8项、第16项规定的违纪情形，被告据此直接解除与原告的劳动合同属于适用处罚方式不当，被告可根据原告的不当行为可适用其他方式处罚，而非解除劳动合同。因此，法院确认被告违法解除了与原告的劳动合同。

### 【案情分析】

首先，本案涉及职工的申诉利益与用人单位的管理秩序平衡之问题。劳动者享有合法的申诉权，但申诉方式应当合理、适当，不得影响企业的正常运营和工作秩序。本案原告本意为了维护自己的合法劳动权益，但手段过激，扰乱

了被告的用人管理秩序，其公开控诉顾某与霍某的不合规行为系无法提供证据证明的、未经考证的言论，实际上给单位的管理秩序和被控诉人员的名誉都造成了不良影响，因此用人单位有权对其行为采取处分措施。实践中，职工在工作场所拉横幅，教唆、组织、带领其他员工消极怠工、罢工，以及在公司内外公开散布虚假言论等行为都属于不正当扰乱用人单位管理秩序的行为。因此遇到自己遭受不公正职场待遇的情况下，劳动者应当通过合法途径，如与用人单位协商、向用人单位组建的工会或者职工代表以及单位内部建立的申诉渠道投诉，或者通过向外寻求专业法律人士的建议等合理方式维护自身劳动权益。其次，本案涉及劳动合同的解除条件是否满足的问题。用人单位作出单方解除劳动合同的决定，应当有明确的法律、规章制度依据和充分的证据支持。本案被告以原告违反《员工手册》规定为由解除劳动合同，但根据其《员工手册》可以直接解除劳动合同的情形

之规定，原告的行为并没有斗殴、谩骂、赌博、吸食毒品等行为，且被告未能举证证明原告的行为给被告造成了重大损失，因此其未能提供足够证据证明原告的行为符合《员工手册》中规定的解除劳动合同的条件，因此判定被告违法解除劳动合同。

## 二、企业用工管理合规风险与律师建议

### 【用工管理风险之惩罚的合理性问题】

本案被告的解除劳动合同行为之所以违法，原因在于其作出的处罚结果过重，超出了原告违纪行为应当承担的处罚比例。造成这一结果的原因，一方面在于被告未遵循比例原则。这里的比例原则是指用人单位作出的处分行为应当与职工的违纪行为严重程度、对公司造成的影响程度相适应。用人单位在对职工进行处罚时，必须确保处罚措施与违纪行为的性质、情节及其对企业的影响成比例，不能畸轻畸重。单位在制定处罚措施时，应当充分考虑职工的违



纪行为是否严重到足以影响企业的正常运营，以及该行为是否对企业的声誉、经济利益等造成了实质性损害。处罚措施应当旨在纠正职工的不当行为，而非单纯地进行惩罚；另一方面，之所以产生这样的结果，在于被告未能建立有效的内部职工申诉与纪律调查机制。对于原告一系列的控诉，被告本应当采取合理的手段对其主张的实施展开调查，而非默认顾某对其开展不公平的职场对待，且在原告对其遭受不公正待遇进行申诉时，应当及时处理、调查事实，并对相关人员采取相应的处分措施，而非置之不理，直到职工采取其他过激的方式影响企业的用工管理秩序。另外，用人单位作出处罚决定时应当遵循程序公正、公开的原则，确保职工有机会陈

述自己的观点和提供证据。用人单位应当建立一套完善的处罚程序，包括调查取证、听取职工意见、作出处罚决定、通知职工等步骤，并确保整个过程的透明度和公正性。

### 【律师建议】

(1) 建立有效的沟通、申诉和纠纷处理机制

用人单位应当建立有效的沟通渠道，鼓励职工通过正常途径反映问题和提出建议，避免因沟通不畅而导致的劳动争议；同时，建立快速响应机制，对职工的申诉和建议给予进行反馈和处理；此外，建立公正透明的申诉和纠纷处理机制，充分听取劳动者的意见，确保职工的合法权益得到及时有效地保护，其中包括用人单位在作出处罚决定后，应当告知职工有权提出申诉，并为其提供申诉渠道。用人单位应当建立公正的申诉处理机制，对职工的申诉进行认真审查，并在必要时重新调查或调整处罚决定。

(2) 建立完善的调查取证机制

用人单位除了在规章制度中明确规定各种违纪行为的处罚标准，这些标准应当与违纪行为的性质和严重程度相匹配之外，还应当明确处罚程序，确保职工在面临处罚时能够充分行使自己的权利，并建立严格的调查取证机制，确保处罚决定建立在充分、确凿的证据基础之上。用人单位应当收集与违纪行为相关的证据，包括但不限于书面证据、证人证言、监控录像等，并在必要时可以邀请第三方进行调查。(3) 审慎决定处罚结果用人单位在作出处分决定之前，应当充分考量职工是否存在违纪行为、违纪行为对单位造成的影响与损害结果是否与该处罚结果适用的情形相符，确保解除合同的决定有充分的法律依据，避免草率作出决定；另外，用人单位应当妥善保管与职工的书面沟通记录、合同文本、规章制度等证据，以备不时之需。这些证据在劳动争议中可能成为关键的法律依据。

【结语】通过对上述劳动合同纠纷案的深入分析，我们可以看到，用人单

在对职工进行处罚时，应当遵循比例原则，确保处罚的合法性与合规性。用人单位应当制定明确的处罚标准，建立严格的调查取证机制，并保障职工的申诉权利。只有这样，才能在维护企业秩

序的同时，保护职工的合法权益，构建和谐劳动关系。在实践中，用人单位应当结合自身实际情况，不断完善处罚制度和程序，促进企业的健康发展。



陈春雨

上海七方律师事务所 实习律师

业务领域:劳动法、公司法、

企业法律顾问

电话:177 4973 3383

邮箱:ccy@7-dimension.com



## 协议解除劳动合同中“别无争议”条款的效力分析

作者：周晓蕾

为规避员工离职后的法律风险，公司在和员工所签署的《协商解除劳动关系协议》中往往约定：双方经协商一致解除劳动合同，除本协议中约定的内容外，双方之间别无其他任何争议。此类“别无争议”条款签署后，公司向员工支付协商解除劳动关系协议中约定的款项，员工理论上不得再通过仲裁或司法途径向公司主张其他权利。此种约定看似是一种防止争议的有效方式，但在实际操作中有关此兜底条款并非绝对有效。

**【案情简介】** 张某于 2009 年 9 月 16 日入职 A 公司工作，岗位为质检员，工资标准为 2,890 元/月。2022 年 11 月 9 日，张某向其部门领导发送微信提出协商解除劳动合同。2022 年 11 月 16 日，张某和 A 公司签订《劳动合同解除协议》，约定双方于 2022 年 11 月 16 日解除劳动合同，A 公司给予张某 88,158 元作为补偿，该补偿金包含了依照法律规定和双方约定应给予张某的全部补偿，除此之外公司无需再支付任何其他费用或补偿，张某确认在签署此协议前已对相关法律及此协议进行了认真和全面的了解，并自愿接受本协议约定的补偿方案。公司按照协议向张某支付了款项。

张某于 2022 年 12 月 14 日申请仲裁，要求公司支付 2022 年 4 月 1 日至 4 月 30 日期间工资差额。2023 年 1 月 10 日、1 月 12 日，张某与公司人事经理蔡某有如下微信沟通记录：“我有三件事情，第一：我 4 月份工资没给扣了我 5 天年假……”“工资我们会在 2 月发工资的时候补给你……”“工资补发你凭口说，到时候又

赖账？”“我微信上已经说了，不是证据？我什么时候忽悠你了”“拖了两个月了”“我说我阳了，等我恢复了，过两天回复你……工资我承诺了，2 月发工资补给你”。

**【裁判结果】** 劳动人事争议仲裁委员会经审理裁决对张某的请求不予支持，张某不服向法院起诉。一审法院认为，根据张某与公司人事经理蔡某在 2022 年 1 月的微信聊天记录，蔡某明确回复会在 2023 年 2 月发工资时将 2022 年 4 月工资补发给张某，而该聊天记录发生时双方已经签署《劳动合同解除协议》，故张某主张其 2022 年 4 月工资差额并未包含在调解协议约定的补偿金额中，具有高度盖然性，本院予以予以采纳。企业停工停产的第一个工资支付周期，应按照劳动合同约定的工资标准支付劳动者工资报酬，现公司已支付张某的 2022 年 4 月工资 859.20 元，存在差额，应予补足。

### 【法律分析】

一、在协商解除协议中约定“双方别无其他任何争议”劳动者是否还能另行主

## 张其他权利？

劳动者能否另行主张权利需考虑以下几个方面：**协议内容的合法性**。协议内容必须符合法律法规。如果协议中涉及的条款违反法律强制性规定，则即使签署了协议，这些条款也可能被视为无效。例如，如果员工未进行伤残等级鉴定，员工对于不同伤残等级应享受的一次性伤残就业补助金的数额并无预期，员工在此种情形下与公司就一次性伤残就业补助金的数额的约定或员工自愿放弃一次性伤残就业补助金的约定可能无效。**协议签订的自愿性**。协议必须在双方自愿的基础上签署。如果员工能够证明协议是在胁迫、欺诈、重大误解等非自愿情况下签署的，员工有权主张协议无效或撤销。实践中，某些公司的离职协议书是文件模板，员工为了顺利离职进入新公司不得不签署该份格式文件。协议中的**“别无任何争议”条款是否涵盖了员工后续主张的具体权利**。如果员工后续主张的权利不在协议的确切范围内，员工仍有权利主张。本案中，公司人事经理蔡某通过微信明确向张某



表示会在 2023 年 2 月发工资时将 2022 年 4 月工资补发给张某，在该聊天记录发生时双方已经签署《劳动合同解除协议》。法院认为张某主张的 2022 年 4 月工资差额并未包含在调解协议约定的补偿金额中具有高度盖然性。实质性审查后，法院判决公司应支付张某 2022 年 4 月的工资差额。员工在和公司签署协商解除协议并约定别无争议后，如果后续还想维护自己的其他权益，可以从以上三个方面进行考虑。

### 二、签署“别无其他任何争议”协商解除协议后，劳动者主张其他权利可能存在什么风险？

有公司在协商解除协议中明确规定“劳动者后续若有任何针对公司的仲裁或举报行为，对公司造成经济或名誉损失的，劳动者应退回协商达成的经济补偿”，劳动者后续维权行为是否会触发这一条款？如果员工的主张被仲裁机构或法院支持，说明员工的权利主张是有法律依据的。在这种情况下，要求员工返还补偿费用的请求不会得到支持。如果员工的主张未被仲裁机构或法院支持，同时协议中明确约定了员工不得再提起任何争议，否则应返还补偿费用，理论上公司可以要求返还。仲裁机构和法院在认定返还金额方面会基于公平原则及案件具体情况进行裁判。员工对公司投诉多与社保缴纳相关，公司因员工的社保投诉而进行了补缴，能否要求员工退回协商解除协议获得的社保补偿有两种观点。一种观点认为，公司在依法履行缴纳社会保险的义务后，费用返还条件已成就。基于公平原则，员工应

返还相应的社保补偿款。在(2017)京01民终1673号案中，公司补缴了员工相应的社保费用，法院在无法区分出社保补偿和离职补偿的具体金额情况下，结合员工工资标准、工作年限、社保补缴情况等因素酌定返还金额。当社保补偿金额约定明确的，很有可能裁判部门就直接裁判了。另一种观点，对“举报、投诉退款”的方式限制员工投诉社保缴纳的做法给予否定性评价，不能依据该约定要求员工退还协商补偿。不同地区对于劳动者投诉后，是否退回已支付社保补偿的裁判口径不一。

### 【法律建议】

虽然签署“别无任何争议”协议在解除劳动合同时可以减少未来争议，但并不能完全剥夺员工在法律上的正当权益。如果员工能够提供充分的证据证明其合法权益受到侵害，劳动仲裁机构或法院仍然可能支持其权利主张。需要注意，此时员工的举证证明责任较重。员工可以参考上文中提到的“协议内容的合法性、协议签订的自愿性、协议中的别无任何争议条款是否涵盖了员工后续主张的具体权利”三

大角度进行考虑。至于公司想追责员工的出尔反尔的行为，并提起诉讼要求员工返还已获得的补偿费用，通常只有在协议明确约定且员工确实违反协议的情况下才有可能。员工应当尊重双方协商确定的事由，随意反悔对公司进行仲裁、投诉，违背了诚信信用原则，也可能会涉及返还协商补偿的风险。

劳动合同解除是一项涉及劳动者权益的重大决定，签署“别无任何争议”协

议并不意味着劳动者完全放弃所有权利。劳动者应仔细审阅协议内容，确保自身权益不受损害，并在签署前咨询专业的法律意见。若签署后发现问题，及时寻求法律途径解决可能存在的争议。劳动者的权利应当得到充分尊重，而用人单位也应当履行法定义务，共同维护良好的劳动关系和社会稳定。



周晓蕾

上海七方律师事务所 实习律师

业务领域: 劳动法

电话: 137 0168 1984

邮箱: zxl@7-dimension.com



## 上海地区“国有土地上房屋征收”政策问答

作者：廖潇歌

引言：自上个世纪 90 年代以来，上海市主要以拆迁、征收的方式不断推进旧区改建，随着“365 危棚简屋改造”、“成片二级旧里以下房屋改造”等旧区改建的结束，“两旧一村”作为重要的民生工程与民心工程将成为未来一段时期本市城市更新的重要组成部分。

## （一）房屋征收流程

### Q1. 房屋征收的流程到底是怎样的？

A1. 笔者认为，上海地区房屋征收主要分为三大阶段（意愿征询阶段、签约阶段、协议生效后阶段）八大步骤（意愿征询、房屋评估机构选定、补偿方案的拟制和听证、征收决定及补偿方案公示、房屋初评结果及房地产市场评估均价公示、签署附生效条件的补偿协议、补偿协议生效、征收补偿决定及执行）

**特别提示：**《上海市国有土地上房屋征收评估管理规定》（沪房规范[2018]5号）第八条规定“...旧城区改建房屋征收范围内的被征收人、公有房屋承租人的改建意愿的同意比例达到90%以上的，房屋征收部门应当将房屋征收评估项目在市估价师协会网站上发布...”也即旧城区改建项目的房屋评估启动时间点可以提前至意愿征询比例达90%之后。

## （二）安置协议签约主体

### Q2. 谁是签约人？

A2. 《上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则》（上海市人民政府令第71号，以下简称沪府71号令）第二十三条规定，房屋征收补偿协议应当由房屋征收部门与被征收人、公有房屋承租人签订。被征收人、公有房屋承租人以征收决定作出之日合法有效的房地产权证、租用公房凭证、公有非居住房屋租赁合同计户，按户进行补偿。被征收人以房地产权证所载明的所有权人为主，公有房屋承租人以租用公房凭证、公有非居住房屋租赁合同所载明的承租人为准。

**特别提示：**被征收人以房地产权证所载明的所有人为准，包含土地使用权证、临时土地使用权证、“85”普查、建房批文、有相关材料证明在1981年以前已经建造并用于居住的房屋等材料。

### Q3. 公有居住房屋被纳入征收范围，承租人过世的，该如何处理？

A3. 《关于贯彻执行〈上海市国有土地上房屋征收与补偿实施细则〉若干具

体问题的意见》（以下简称沪房管规范征[2012]9号）第四条规定，房屋征收范围内的公有居住房屋承租人死亡的，由本处有本市常住户口的共同居住人继续履行租赁合同；无共同居住人的，其生前有本市常住户口的配偶和直系亲属可以继续履行租赁合同。

继续履行合同者有多人的，应当自行协商确定承租人。房屋征收决定作出前，各当事人之间仍未协商一致的，由征收范围内的房屋征收评议监督小组组织协商。协商一致的主体作为补偿协议签约主体；协商不一致的，由公有房屋出租人根据《关于印发公有居住房屋变更、分列租赁户名的若干规定的通知》（沪房管法〔2009〕396号）的规定，按“先配偶次子女，后父母再其他”的顺序书面确定公有房屋承租人。

若无符合继续履行租赁合同资格人员，则房屋出租人有权收回房屋，由房屋出租人与征收部门签订补偿协议。

**Q4、公房承租人过世在册户籍人员在无授权的情况签订补偿协议，该协议**

**是否有效？**

A4. 首先，应需符合“继续履行租赁合同资格”的条件及代理人需参与了如递交材料、有沟通告知痕迹等征收过程；其次，该补偿协议内容需符合征收法规及该征收基地征收补偿方案的规定要求，作为针对整户的补偿，不存在损害该户合法权益的情况；再次，没有无效的法定情形。

**Q5. 被征收人（产权人）之一去世，其余产权人是否满足三分之二多数同意就可以共同委托代表签约？**

A5. 《民法典》第三百零一条规定，处分共有的不动产或者动产以及对共有的不动产或者动产作重大修缮、变更性质或者用途的，应当经占份额三分之二以上的按份共有人或者全体共同共有人同意，但是共有人之间另有约定的除外。

故，产权人之一去世的，若其余占份额三分之二以上的按份共有人达成一致意见的，则可直接委托其中一人（原则上）为签约代表；若为共同共有



的，则应当征询其法定继承人的意见并委托签约代表。

### （三）征收补偿方案

**Q6. 如何正确理解各征收项目的征收补偿方案？**

A6. 沪府 71 号令第十五条规定，征收补偿方案应当包括：房屋征收与补偿的法律依据；房屋征收的目的；房屋征收的范围；被征收房屋类型和建筑面积的认定办法；房屋征收补偿方式、标准和计算方法；补贴和奖励标准；用于产权调换房屋的基本情况和选购方法；房屋征收评估机构选定办法；房屋征收补偿的签约期限；搬迁期限和搬迁过渡方式、过渡期限；受委托的房屋征收事务所名称；其他事项等 12 项内容。

特别提示：征收补偿方案征求意见稿公布后，相关部门将召开座谈会，听取被征收居民对补偿方案初稿的意见，并设立意见箱以供居民提出书面意见。通常在征求意见期间，各区相关职能部门对居民代表提出的评估价格、房源信息、奖励科目等热议问题会作出说明和解释。项目律师也会参与座谈会并就居民的疑问进行解答。

### （四）补偿利益构成

**Q7. 居住房屋的征收补偿利益如何构成？**

A7. 71 号令第二十七条规定，征收居住房屋的，应当根据不同情况，给予被征收人、公有房屋承租人补偿、补助，具体包括：

（一）被征收房屋的房地产市场评估价格=被征收房屋的房地产市场评估单价×被征收房屋的建筑面积。被征收房屋的房地产市场评估单价低于评估均价的，按评估均价计算。（俗称砖 1）

特别提示：若为公房，评估价 80% 归承租人，20% 归出租人。

(二) **价格补贴**=评估均价×补贴系数(通常为 0.3)×被征收房屋的建筑面积。(俗称**砖 2**)

(三) **特定房屋类型**(旧式里弄房屋、简屋以及其他非成套独用居住房屋)的套型面积补贴=评估均价×补贴面积(不超过 15 平方米建筑面积)。(俗称**砖 3**)

(四) **居住困难户的保障补贴**=折算单价×居住困难户人数×22 平方米-被征收居住房屋补偿金额。(俗称**多一块砖**)

(五) **搬迁费和临时安置费**  
对按期签约、搬迁的被征收人、公有房屋承租人,房屋征收部门应当给予奖励,具体奖励标准由各区(县)人民政府制定。

## **Q8. 非居住房屋的征收补偿利益如何构成?**

A8. 71 号令第三十四条规定,征收非居住房屋的,应当对被征收人、公有房屋承租人给予以下补偿:

(一) 被征收房屋的市场评估价格;

(二) 设备搬迁和安装费用;

(三) 无法恢复使用的设备按重置价结合成新结算的费用;

(四) 停产停业损失补偿(通常按照被征收房屋市场评估价的 10%确定)。

被征收人、公有房屋承租人按期搬迁的,应当给予搬迁奖励。具体奖励标准由区(县)人民政府制定。

## **Q9. 如何保障居住困难户的利益?**

A9. 71 号令第三十一条规定,按照本市经济适用住房有关住房面积核定规定以及本条第二款规定的折算公式计算后,人均建筑面积不足 22 平方米的居住困难户,增加保障补贴,但已享受过经济适用住房政策的除外。增加的保障补贴可以用于购买产权调换房屋。第三十二条规定了优先住房保障的申请和审核,具体由区(县)住房保障机构进行认定。比如徐汇区房管局于 2022 年 11 月制定的《居住困难户认定和保障补贴办法》。

**特别提示:**关于居住困难,是指在他处房屋内人均居住面积不足法定最

低标准的情况。在《2020年上海市高级人民法院关于房屋征收补偿利益分割民事纠纷研讨会会议纪要》出台前，居住困难户的认定标准为“人均建筑面积低于（含）15平方米”。而2020年上海高院的会议纪要指出：“法定最低标准面积的认定，应按照房屋调配当时的公房政策所规定“居住困难”的面积标准。”因此相比于之前的居住困难认定标准，此次会议纪要所定的居住困难标准更加严格。

### （五）补偿利益分配

#### Q10. 公有住房房屋中承租人的共同居住人如何认定？

A10. 71号令第四十四条规定，征收居住公有房屋的，承租人所得的货币补偿款、产权调换房屋归公有房屋承租人及其共同居住人共有。第五十一条规定，“共同居住人”是指作出房屋征收决定时，在被征收房屋处具有常住户口，实际居住生活一年以上（特殊情况除外），且本市无其他住房或者虽有其他住房但居住困难的人。

关于他处有房，上海市高级人民法院发布的《关于房屋动拆迁补偿款分割民事案件若干问题的解答》（沪高法民一〔2004〕3号，以下简称《上海高院解答》）第三条第二款规定，“他处虽有住房但居住困难的情况，是指在他处房屋内人均居住面积不足法定最低标准的情况。这里所指的他处房屋的性质，仅限于福利性质取得的房屋，包括原承租的公有房屋、计划经济下分配的福利房、自己部分出资的福利房，房款的一半以上系用单位的补贴所购买的商品房，公房被拆迁后所得的安置房（包括自己少部分出资的产权安置房），以及按公房出售政策购买的产权房等。”

#### Q11. 视为同住人的情形有哪些？

A11. 《上海高院解答》第五条第一款规定，有下列情形之一的人，也视为同住人：

1、具有本市常住户口，至拆迁许可证核发之日，因结婚而在被拆迁公有住

房内居住的，即使居住未满一年，也视为同住人。但其在该处取得拆迁已补偿款后，一般无权再主张本市其他公房拆迁补偿款的份额；

2、一般情况下，在本市无常住户口，至拆迁许可证核发之日，因结婚而在被拆迁公有住房的居住满五年的，也视为同住人，可以分得拆迁补偿款；

3、在按拆迁公有住房处有本市常住户口，因家庭矛盾、居住困难等原因在外借房屋住，他处也未取得福利性房屋的；

4、房屋拆迁的，因在服兵役、读大学、服刑等原因，户籍被迁出被拆公有住房，且在本市他处也没有福利性房屋的。

## Q12. 不能视为同住人的情形有哪些？

A12. 《上海高院解答》第五条第二款规定，有下列情形之一的人，不能被视作同住人，无权分得公有住房拆迁补偿货币补偿款：

1、将本来享有的他处公有住房权利予以处分，居住在被拆公有住房房屋



的；

2、本来获得单位购房款补贴后有能力和购房而不购房，仍居住在被拆公有住房房屋的共同居住人；

3、已在本市他处公有房屋拆迁中获得货币补偿款。

## Q13. 在公房内居住的未成年人问题如何解决？

A13. 对在公房内居住的未成年人实际承担监护义务的人，可以就该房屋的拆迁补偿款适当多分。承租人或同住人允许他人未成年子女在自己承租的公房内居住的，一般可认定为属于帮助性质，并不当然等于同意该未成年人取得房屋的权利份额。因此，在这种情况下



下，该未成年人无权主张分割房屋拆迁补偿款，除非其能够证明其居住权并非基于他人的帮助而取得。

当事人对该未成年人入住的相关问题另有约定的，依约定处理。

### **Q14. 私房征收，在册户籍人员和实际使用人是否有份？**

A14. 私房的权利基础是所有权，征收利益归产权人所有，但需安置房屋使用人（指实际占用房屋的单位和个人）。私房征收在具体分配征收补偿利益时需考虑被征收房屋的性质和来源，住房、生活以及安置对象在征收安置时的不同身份、实际居住情况等具体因素予以确定。

被征收房屋的居住部分的评估价格、签约搬迁奖励费、基地奖、无不予认定建筑面积奖、非居住部分价值补偿款均应按认定的被征收人员的产权份额予以分配。在一般原则下，被征收房屋居住部分的价格补贴、套型面积补贴、搬家补助费、设备移装费、装饰装修补偿应由房屋实际居住产权人享有。

私房内有在册户籍人员，并不代表一定能获得征收利益，要根据具体情况，看征收时是否考虑了户籍在册人员因素。一般来说，目前在私房征收中只有托底保障情况下，非产权人的户籍人员才能拿到相应的补偿。如果没有房屋使用人，即没有人在私房内居住，则奖励补贴可以在户籍人员之间分配，特殊情况下，也可以在产权人之间分配。

### **（六）房屋建筑面积及房屋类型认定**

#### **Q15. 如何认定被征收房屋的建筑面积？**

A15. 沪房管规范征[2012]9号第六条规定，对于已经登记的房屋，其建筑面积一般以房地产权证书和不动产登记簿的记载为准；房地产权证书和不动产登记簿的记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿为准。

对于未经登记的房屋，以相关批准文件记载的建筑面积为准，实际建筑面积小于相关批准文件记载的建筑面积

的，以实际建筑面积为准。相关批准文件未记载建筑面积，或者虽无批准文件

A16. 承租的公有非居住房屋，以房屋租赁合同记载的建筑面积为准。

房屋类型	公寓	独立住宅 (花园住宅)	新里住宅	新工房 (有电梯、成套)	新工房 (无电梯、成套)	新工房 (无电梯、不成套)	“两万户” 新工房	旧里住宅	简屋
换算系数	2.06	1.83	1.82	2.00	1.98	1.94	1.65	1.54	1.25

但有相关材料证明在 1981 年以前已经建造并用于居住的房屋，以房屋行政管理部门认定的房屋调查机构实地丈量的建筑面积为准。

**Q16. 承租的公有非居住房屋的面积如何认定？**

**Q17. 认定房屋类型的依据是什么？**

A17. 房屋类型根据《关于修订〈上海市房屋建筑类型分类表〉的通知》（沪房〔90〕规字发第 518 号）、《关于调整本市房屋建筑类型分类的通知》（沪房地资市〔2003〕141 号），以房产产籍资料记载的房屋类型为准。

**Q18. 如何认定非居住房屋？**

A18. 沪房管规范征〔2012〕9 号第七条规定，“非居”按下列认定：

（一）原始设计为非居住房屋，延

**Q19. 承租的公有居住房屋如何认定建筑面积？**

A19. 承租的公有居住房屋，以租用公房凭证所记载的建筑面积为准；租用公房凭证记载的是居住面积的，按下表所列的换算系数计算建筑面积：

续至房屋征收决定作出时仍作为非居

住房屋使用的，应当认定为非居住房屋；

（二）公有房屋承租人与公有房屋出租人签订了公有非居住房屋租赁合同，建立了公有非居住房屋租赁关系的，可以认定为非居住房屋；

（三）房地产权证书和房地产登记簿记载的权利人为单位，可以认定为非居住房屋，但其房屋性质明确记载为居住或者实际用作职工或者职工家庭居住使用的除外；



### Q20. “居改非”如何认定？

A20. 原始设计为居住房屋，经市或者区（县）房屋行政管理部门批准居住房屋改变为非居住用途的，除有特别规定以外，可以认定为非居住房屋。但在2001年11月1日以前，已经以居住房

屋作为经营场所并领取营业执照的，可以认定为非居住房屋；在2001年11月1日以后，以居住房屋作为经营场所并领取营业执照，未经市或者区（县）房屋行政管理部门批准居住房屋改变为非居住用途的，不认定为非居住房屋。



廖潇歌 律师

七方律师事务所副主任、高级合伙人

徐汇区人大代表

上海市律协国资国企专业委员会委员

北海国际仲裁院仲裁员

业务方向：城市更新（不动产征收）

城市管理（市场监管）行政执法

公共法律服务（社区治理）

联系方式：13611936047



## 员工离职后商业秘密保护司法实践分析

作者：孙志勇

4月17日，上海三中院和上海知产法院共同发布了2015-2023年商业秘密案件审判情况，在其审理的商业秘密民事案件中，因员工离职而引发的纠纷占比近90%，商业秘密刑事案件则占100%。4月24日，上海徐汇法院发布2014-2024年其商业秘密案件审判情况及7起典型案例，该7起案例均与前员工有关。

可见，商业秘密保护的重点，与员工管理密切相关。我们在工作中也经常接到类似咨询，员工带着公司的商业秘密离职了，公司该怎么办？从救济方式来看，公司当然可以通过民事诉讼、行政投诉，甚至刑事报案等方式来维护自身权益，由此会涉及管辖、证据、鉴定、程序等诸多问题。但是，如果公司未有周全准备，仅仅在此时才想到怎么办，那可能为时已晚。

针对商业秘密保护，主动预防泄露风险远比事后被动维权重要，而且，主动管控是事后维权的重要前提和基础。只有完善的管理制度和事先准备，才能有效防范泄密问题发生，也才能在救济维权过程中做到事半功倍，不至困难重重。因此，在维权之前，有着良好的商业秘密保护意识和有效的保护措施至关重要。

## 一、公司认为的商业秘密不一定是法律意义上的商业秘密

公司在运营过程中会产生许多商业信息，有些内部事项或信息，一旦泄露会给工作造成被动或者损失，但这些信息是否就属于公司的商业秘密，还需要根据法律对于商业秘密的定义来判断，秘密性、价值性、保密性三个要件，缺一不可。

比如，个别员工的工资，特别是针对普通员工而言，即使公司明确规定员工应当对其工资进行保密，不得向其他员工泄露，但是，个别员工的工资并不是整个公司员工的工资体系，在公司不能证明这些信息价值性的情况下，通常难以认定这些信息具有商业价值。还比如，公司普通员工的人事变动信息，这些信息对于公司参

与市场竞争并不具有价值，不能为公司带来竞争优势和经济利益，通常也难以认定这些信息属于法律所保护的商业秘密。

通常而言，商业秘密应以市场为依托。无法直接运用于公司参与市场竞争的信息，不能为公司带来竞争优势和经济利益，因不符合商业秘密的价值性特征而不属于商业秘密，即使采取了保密措施，其可能属于工作秘密或一般内部信息。因此，公司首先应当对运营中产生的企业信息是否属于商业秘密作出识别和判断，严格界定商业秘密的具体内容和范围。特别在启动维权时要做好评估工作，不是所有的秘密信息都属于商业秘密。

## 二、牢固树立“无保密措施即无秘密”的观念

对于商业秘密，如果权利人自身都没有采取保密措施加以保护，那法律也就没

有必要对其进行保护。缺乏商业秘密保护意识、保密措施落后且碎片化，是实践中

权利人维权困难、甚至维权失败的重要原因。

在商业秘密维权过程中，为打击侵权行为、减轻权利人的证明责任，实践中采用了降低“合理保密措施”认定标准的方式，审查标准由从严趋向从宽；2019年《反不正当竞争法》更是对举证责任作了重大调整，减轻了权利人的举证责任，但“权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施”仍然是维权的前提条件。

至于保密措施是否合理，应当遵循主客观一致的原则。一项合理的保密措施，应当在主观上能够体现权利人对该秘密有保密意愿，换言之，保密措施应当是有意识的、主动的作为，不能是消极的；在客观上应当能够被识别，也就是说，员工清楚地知道这些商业信息在公司是存在保密措施的，而且在正常情况下，这些措施是能够防止商业秘密被泄露的。

### 建立完善的商业秘密保护体系

加强员工保密工作管理、完善保密体系，不仅是为了事后维权，更重要的是防

止商业秘密被泄露。因此，要从员工入职、在职、离职等全过程，从协议、场所、载体等多方面完善保密体系，并加强教育培训，强化员工保密意识。在协议方面，应在员工入职时与员工签署保密协议，或者在劳动合同中明确保密条款，约定保密信息的范围、员工使用保密信息的方式等等。未作协议约定或约定不当，则可能对侵权行为是否成立产生重要影响，进而影响维权的可能性。比如，员工在工作中为工作便利，将公司商业秘密发送至个人电脑或邮箱的行为，是否构成侵犯商业秘密，则取决于公司保密制度中对此类行为是否作出禁止性规定。因为员工基于工作职责和权限，合法获得商业秘密，并不存在以不正当手段获取商业秘密的情况，而员工又未对外披露、使用或许可他人使用该商业秘密，则难以认定其行为构成侵权；只有在公司保密制度中对此类行为作出明确禁止性规定的情况下，员工该行为才具有不正当性。除了协议约束之外，加强对场所、载体等方面的物理隔离，也是保护商业秘密的重要手段。比如指定涉密区域

处理涉案文件材料，利用内部网络处理商业秘密时，给每位员工分配独立账号，根据最小必要授权原则给予不同员工不同的查看、使用权限，禁止或限制使用U盘、移动硬盘等外部存储介质，利用技术手段充分管理和控制办公网络，对频繁浏览和下载商业秘密的行为建立预警机制等等，在员工离职时要做好脱密管理，及时要求

员工归还涉密设备、文件资料和其他涉案载体，不得私自留存或备份。另外，要做好商业秘密保护培训，让员工了解公司的保密规定和保密措施，明确其自身的权利、责任和义务，强化员工的保密合规意识，既防范商业秘密泄露，也为事后救济提供重要支持。

#### 四、合理约定违反保密义务的损害赔偿責任

如何确定赔偿数额也是商业秘密侵权纠纷中的难点问题之一，特别是在非法获取型侵权纠纷中，由于商业秘密尚未被披露或使用，损害后果难以评价，但其行为确实使权利人的商业秘密面临被泄露的风险。实践中，虽然主流观点不认可在保密协议中约定违反保密义务违约金条款的效力，但双方约定违反保密义务损害赔偿计算方式或数额的，法院通常认为这是权利人与侵权人在协议中就侵权责任的方式、侵权损害赔偿数额作出的协商约定，是双方就未来可能发生的侵权损害赔

偿达成的事前约定，因此人民法院在确定损害赔偿数额时，可以作为重要参考因素。上海知产法院在今年发布的典型案例3中持同样观点，该案中，公司在《员工守则》中规定，如果员工违反保密义务，应向公司支付5个月的工资作为违约罚款，法院在确定赔偿数额时，就是综合涉案商业秘密的类型、内容、数量，涉案侵权行为的性质、情节、后果并参考公司《员工守则》中有关员工违反保密义务的罚则规定来确定的。因此，合理约定损害赔偿責任对推进救济维权也具有积极作用。

## 律师提醒

所谓“不打无准备之仗”，对商业秘密维权而言，尤其如此。良好的保密意识、合理的保密措施和完善的保密制度，是做好维权工作的重要基础和条件，也只有如此，在面临商业秘密被侵犯时，才能知道“怎么办”。



孙志勇 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

七方知识产权业务部 主任

联系方式：18918887908



# 医者仁心 律者思方



主 编：王晓鹏

编 辑：吕新雅、朱好婕、苓玉姣、刘永琴

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：[www.7-dimension.com](http://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A、C、D座