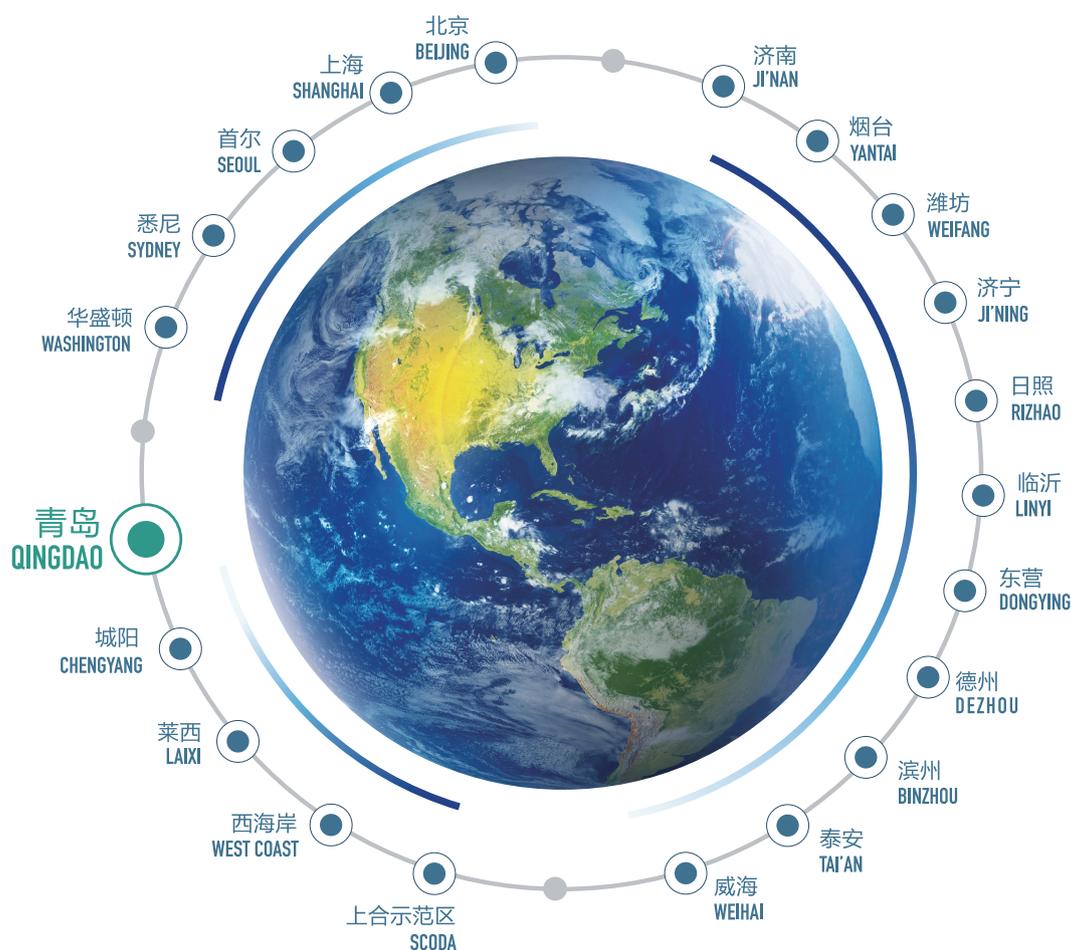




文康律师事务所成立于一九九五年，凭借扎实勤勉的工作作风和力求卓越的专业品质，在业界赢得了良好口碑，是一家享有较高知名度和美誉度的大型综合律师事务所。

文康在青岛、济南、烟台、潍坊、济宁、日照、临沂、东营、德州、滨州、泰安、威海、青岛西海岸、上合示范区、城阳、莱西和北京、上海、首尔、悉尼、华盛顿等地设有办公室或分支机构，现有执业律师及其他专业人员五百余名，工作语言包括中文、英文、韩文、日文等。文康致力于为客户提供高效专业的法律服务，业务范围涵盖二十余个领域，文康客户来自海内外数十个国家和地区，遍布各行各业。

文康秉承“务实敬业、做今日事，合作致胜、创百年所”的理念，收获了广泛赞誉。2005年入选首批“全国优秀律师事务所”，是山东唯一一家荣获“全国文明单位”的律师事务所，获得“山东省文明律师事务所”“山东省著名商标”“青岛市优秀律师事务所”“青岛市文明单位标兵”“青岛名牌”等荣誉称号，长期受到钱伯斯、《商法》杂志、ALB、IFLR、LEGAL500等国际知名排行机构的关注和认可。



部分荣誉 Achievements & Honors

全国文明单位 全国优秀律师事务所

Chambers
AND PARTNERS

Zhang Jinhai : Corporate/Commercial: Shandong (PRC Firms) Eminent Practitioners
Zhang Zhiguo : Corporate/Commercial: Shandong (PRC Firms) Band 1
Gao Liangchen : Shipping: Northern China (PRC Firms) Band 3
Wang Li : Corporate/Commercial: East Coast: Shandong (PRC Firms) Highly recommended lawyer
Wincon Law Firm : Band 1 for Corporate/Commercial: East Coast: Shandong (PRC Firms)
Band 3 for Shipping: Northern China (PRC Firms)
张金海: 业界贤达 (公司/商事业务领域, 山东地区)
张志国: 第一等律师 (公司/商事业务领域, 山东地区)
高良臣: 第三等律师 (海事海商领域, 中国北方)
王莉: 推荐律师 (公司/商事业务领域, 东部沿海山东地区)
文康律所: 公司/商事领域, 东部沿海山东地区, 第一等律所; 海事海商领域, 中国北部地区, 第三等律所

 THOMSON REUTERS®
ASIAN LEGAL BUSINESS

Excellent Law Firm (Northeast China)	中国优秀律师事务所 (东北地区)
China Fastest Growing Firms	中国十五佳成长律所
Circum-Bohai Sea Area Firms	环渤海地区律师事务所
Shandong Law Firm of the Year	年度山东地区律师事务所大奖
Maritime Law Firm of the Year	海事海商律师事务所年度大奖
M&A Rankings (Firms to Watch)	并购领域值得关注的律师事务所
China Legal Service Awards	中国法律服务大奖
Client Choice Top 20 Lawyers in China: Li Peng	最受客户青睐20位中国顶级律师: 李鹏
Circum-Bohai Sea Area Rising Lawyers: Yu Peipei	环渤海地区律师新星: 于佩佩

IFLR 1000

Law Firm of the Year	年度最佳律师事务所
Top Tier Firm for Financial and Corporate	金融与公司业务领域 第一梯队律所
Highly regarded : Li Tao, Fan Zheng, Wang Li	高度推荐: 李涛 范征
Rising Star: Yuan Xueli, Hao Han	飞跃之星: 原雪丽 郝涵

CHINA BUSINESS 商
LAW JOURNAL 法

Law Firms of the Year (Shandong)	年度卓越律所 (山东)
Best Overall Law Firms (Shandong)	卓越综合实力律所 (山东)
China Business Law Awards: Shipping	海事海商领域 卓越律所大奖
China Business Law Awards: Insurance & reinsurance	保险与再保险领域 卓越律所大奖
Deals of the Year: 2012/2019/2020	年度杰出交易 2012、2019、2020
Rising Stars: Zhang Hong	律师新星: 张红
The A-List The Visionaries (PRC Law) : Yin Qifeng	The A-List 法律精英 睿见领袖: 殷启峰

The
LEGAL
500

Shipping: Leading firm (PRC Firms)	海事海商 中国领先律所
------------------------------------	-------------

ENR
Engineering News-Record

30 highly recommended Chinese Team
60 highly recommended Chinese lawyer of Engineering Industry: Yin Qifeng
最值得推荐的30家律师团队
最值得推荐的中国工程法律60位专业律师: 殷启峰

Asiac
insider

Best International Civil & Commercial Litigation Firm – China
Best Shipping & Maritime Law Specialist (China): Gao Liangchen
最佳国际商事诉讼律师事务所-中国区
中国区最佳海事海商法律事务专家-高良臣

 界面™
jiemian.com

TOP100 Law Firm	界面金榜律师事务所100强
China Best Employer Award	界面金榜最适合工作的律师事务所
Best Law Firm Leader: Zhang Zhiguo	最佳律所领军人物: 张志国
The Best Lawyer: Tang Yiwei Zhang ning	最佳律师: 唐仪伟 张宁
Rising Lawyer: Luan Ke	新锐律师: 栾珂

 知产宝
IPHOUSE

TOP10 IP Litigation Team: Zhao Jijun	十佳优秀知识产权诉讼专利团队: 赵吉军律师团队
--------------------------------------	-------------------------

文康致力于向客户提供全方位的法律服务。文康律师在各业务领域内各有专长，能够保证法律服务的专业化，并可随时相互支持和紧密协作，充分满足客户跨领域的业务需求。



政府法律事务
Government-related
Legal Services



房地产与建筑工程
Real Estate & Construction



公司与并购
Corporate M&A



破产、重组与清算
Bankruptcy & Restructuring



争议解决与诉讼
Dispute Resolution & Litigation



保全与执行
Preservation & Execution



证券与资本市场
Securitisation & Capital Markets



私募股权投资
PE/VC



银行、金融
Banking & Finance



保险
Insurance



外商投资
Foreign Investment



国际贸易
International
Trade



海事、海商、海关
Maritime & Customs



知识产权
Intellectual Property



劳动
Labor & Employment



刑事
Criminal Compliance



婚姻家庭及财富传承
Family and Matrimonial &
Wealth Inheritance



医疗法律事务
Health Care



政府和社会资本合作项目
PPP



涉外及移民
Foreign Affairs & Immigration

目录

CONTENTS



文康动态

News & Honor

001

文康新闻	002
文康荣誉	006

立法前沿

Legislative forefront

011

关于内地与香港民商事判决相互认可和执行民商事判决的实务分析 田刘柱/薛航	012
--	-----

专业研究

Professional research

016

地产与建工 输血造血并举 化解利益冲突 助力困境项目破局 殷启峰/孙筱颖	017
城市更新 经营性房屋征收中承租人独立补偿请求权探析 吴亚轩	022

争议解决 债权人对部分连带债务人免除债务的情形与效果	王济晓/陈荟敏	026
争议解决 股东如何抗辩免于履行清算义务的连带清偿责任	王佳佳	031
争议解决 质证要点解析之一人公司审计报告	韩鹏/刘佳琳	034
破产重整 管理人对职工债权审查认定的工作思路	李淑英	039
知识产权 知识产权合规体系助力上合示范区创新发展	张政国	042
银行金融 理财产品投资者维权路径浅析——定融产品篇	高科	046
股权投资 当股权投资遇上IPO—股东特殊权利如何处理	赵振斌/朱晓娜	050
股权投资 有限合伙企业的普通合伙人到底承担的是什么责任?	赵春旭/侯宇杰	057
企业合规 从《中央企业法律纠纷案件管理办法》看企业法律纠纷案件管理的术与道	殷启峰/杨亚男	060
公司治理 一致行动人协议的效力认定和解除权的行使	于巧	064
数据合规 数据资产“入表”, 所涉法律合规问题探讨	马清泉	068
供应链金融 探究融资性售后回租法律性质及风险审查	王生	072
供应链金融 酒店未来收入可否叙做保理业务?	元伟娜/霍丽如	077
医疗法律事务 一起医疗损害责任纠纷的办案思路	王兴荣/闫玉芳	080
能源与环境 “平价时代”下的光伏电站转让的法律风险与防范	赵志佳	083
刑事合规 犯罪综合治理视阈下检察机关在自贸区中的职能发挥探究	李瑞敬	086
婚姻家庭 离婚案件不同情形下公司股权分割的不同处理方式	张丽丽	093
保全与执行 无益拍卖情形下, 拍卖行为是否可以被撤销?	李英/赵晓菁	097
保全与执行 财产保全错误的认定及责任承担	曹丰晓	100
劳动与就业 用人单位应对劳动仲裁案件十大误区及风险提示系列之一“劳动仲裁”一裁终局“案件	陈敬敬	102
影视娱乐 网络主播与MCN公司间的法律关系与角色定位	丁鹏飞	104

国际视野 Global view

109

跨境投资 境外直接投资 (ODI) 备案Q&A	郝涵	110
国际贸易 浅析《联合国国际货物销售合同公约》在中国的适用	田刘柱/陈晓军	117

文康
动态



正青春，向未来，为提升青年律师的综合素养，2023年6月，文康青工委举行“青年律师发展沙龙”“卡内基专场培训——应对职场压力，平衡工作与生活”两场主题活动，邀请文康资深律师及卡内基专业培训人员针对律师的执业困惑及职场压力排解进行分享，助力青年律师奋发成长。



为推动青岛市法律服务行业高质量发展，6月13日，全市法律服务工作会议召开，市司法局党委书记、局长邓焕礼出席会议并讲话，市司法局党委委员、副局长刘春颖主持会议。文康律师事务所主任张志国参加会议并分享了文康坚持专业立所、做大做强的发展经验和对律所主任责任担当的观察与思考。



为深入推进民事庭审优质化改革，畅通青年法官与律师间的交流渠道，加强法律职业共同体建设，有效推动司法公信力提升和法治环境持续优化。6月25日，临沂高新技术产业开发区人民法院、文康（临沂）律师事务所联合组织开展的要素式审判“模拟法庭”活动，在临沂高新技术产业开发区人民法院综合审判庭精彩上演。

6月28日，青岛市政协副主席刘光桦一行到访文康律师事务所，开展学习贯彻习近平法治思想系列活动之律师行业发展与法治政府建设调研活动。座谈会由市政协社会和法制工作办公室主任宋希民主持，市司法局党委副书记、副局长刘文建介绍了青岛市律师行业发展与法治政府建设情况，文康律师事务所主任张志国，文康党委书记高良臣，文康党委委员、政策研究中心主任史新立，文康环境与资源专业委员会主任王红艳分别汇报了律所参与法治政府建设的情况。



8月15日，全国人大常委会法工委刑法室副主任许永安率调研组到文康（临沂）律师事务所开展专题调研，省人大常委会法工委副主任刘源、市人大常委会副主任徐仲圣，市人大常委会法制委员会主任委员、市人大常委会法工委主任韩纪伦等陪同。全国人大代表、文康临沂所党支部书记、主任程萍，赵怀环、吴玉华、高存雷热情接待调研组一行并参加座谈。



8月23日，青岛仲裁委员会办公室党组书记、主任王振东，党组成员、副主任于永志、常江、齐菁，仲裁二处处长牟海戈，综合处处长郭瑞，仲裁发展处四级主任科员左梦雪莅临文康律师事务所交流座谈，文康合伙人会议主席张金海，监事会主席殷启峰，党委书记高良臣，高级合伙人王群、李涛，合伙人陈晓军热情接待并参与座谈。



10月21日，泰安市司法局律师工作科科长杨明杰、泰安市律师协会会长郭桂林带领泰安市律师协会研学班一行莅临文康律师事务所考察座谈。青岛市司法局法律服务管理处处长杨电科，青岛市律师协会副会长侯文武，文康事务所合伙人会议主席张金海，事务所主任张志国，监事会主席殷启峰，管委会委员王群热情接待，王群律师主持座谈。



7月5日下午，海信集团高级副总裁陈维强，纪委书记、法务与知识产权部总经理刘振顺，法务与知识产权部副总经理蔚丽华，法务与知识产权部主任李静到访文康律师事务所座谈交流，文康律师事务所主任张志国，高级合伙人赵吉军、苏源、宫宏伟等律师热情接待并参加座谈。



为庆祝中国共产党成立102周年，文康党委以“赓续红色血脉 传承建党精神”为主题，精心策划开展了“七个一”系列庆祝活动，以参观学习筑牢信仰之基，以红色跑步行初心使命，以重温誓词坚定理想信念，以专题党课把稳思想之舵，以集体学习补足精神之钙，以联学共建凝聚发展合力，以表彰先进提升宗旨意识，在新时代新征程展现新担当新作为，以高质量党建引领文康所高质量发展。



7月15日，文康律师事务所2023年度第二次全体合伙人会议在济南市鲁能希尔顿酒店举行，来自青岛总部及济南、烟台、潍坊、济宁、日照、临沂、东营、德州、滨州、泰安、威海及青岛西海岸、上合示范区、城阳、莱西等各地办公室的合伙人及特邀嘉宾参加。



7月7日下午，文康律师事务所第三届专业委员会召开2023年第二次全体主任会议，会议由高级合伙人、管委会委员李涛主持，监事会主席殷启峰分享专委会工作经验，事务所主任张志国总结发言，文康各专委会主任、副主任及秘书长通过线下或线上方式参与并作半年工作总结。



7月18日，中铁现代物流科技股份有限公司董事长王渭一行到访文康律师事务所座谈交流，文康合伙人会议主席张金海、高级合伙人高亚威、合伙人黄锡亭等律师热情接待并参加座谈。

7月，文康律师事务所组织律师积极为“春蕾女童”奉献爱心，共捐赠善款51600元，资助71名初中、高中春蕾女童。自青岛市实施“春蕾计划”以来，文康已连续多年为“春蕾女童”奉献爱心，至今已累积捐款达437500元，资助女童658名，帮助她们继续学业、追逐梦想。



8月8日，浙江诺力亚律师事务所党支部书记、主任项坚民，党支部副书记、副主任王敏，副主任段利明、吴莉琴，合伙人陈凌波、邹敏，行政主管马芳芳，政府业务团队秘书王莹莹到访文康律师事务所座谈交流，文康事务所主任张志国，高级合伙人、管委会委员高良臣、王群，行政总监袁椰热情接待并参与座谈。

8月14日，文康青年工作委员会举办优秀委员表彰大会，青岛办公室孙国瑞、赵徽平、张振、李笑、徐冰中慧、孙筱颖，济南办公室齐迪，西海岸办公室许浩浩、由静、王浩，潍坊办公室张天真，城阳办公室李京，上合示范区办公室夏艺，日照办公室刘翰、秦文婷，莱西办公室刘芳欣、孙秀萍，临沂办公室陆琳，东营办公室王文涛、马翠苹，德州办公室刘韬，滨州办公室李肖蒙、赵文波等24位律师获评“优秀委员”。



为进一步落实司法部党组对广大律师提出的“五点希望”，10月29日至30日，文康律师事务所召开“律师事务所管理与律师执业规范化提升专项行动”工作动员部署会，组织全体律师员工深入学习青岛市司法局、青岛市律师协会《律师事务所管理与律师执业规范化提升专项行动工作方案》等文件精神，动员部署律师事务所管理与律师执业规范化提升专项行动贯彻落实相关工作。10月30日下午，文康律师事务所开展“党委书记讲党课”、律师职业道德培训和执业纪律专题培训、爱国主义教育系列活动，由高级合伙人周青林主持，全体党员、律师参加。



11月2日下午，文康律师事务所与中国海洋大学法学院捐赠签约仪式于中国海洋大学法学院举行。中国海洋大学教育基金会秘书长刘召芳，法学院院长桑本谦，法学院副院长李晟，法学院办公室主任王雅婕，文康创始合伙人、文康公益慈善基金会理事长殷启峰，文康高级合伙人王群，合伙人于文娟等出席签约仪式。



11月3日上午，建纬研究院院长、中国建设工程造价管理协会常务理事兼专家委员会副主任、国家住房和城乡建设部建筑市场监管司法律顾问朱树英莅临文康律师事务所开展业务交流，文康事务所主任张志国、监事会主席殷启峰，高级合伙人许征、田冰、王英，合伙人张政国、肖佳玲，律师孙筱颖、史振娇热情接待并参加座谈。



11月17日下午，文康律师事务所主任张志国，高级合伙人、管委会成员田刘柱，副主任汪啸，高级合伙人董军峰、唐仪伟、于巧、陈吉峰、徐焕，律师马清泉等一行十余人到访建纬律师事务所交流学习，建纬研究院院长朱树英、建纬所党总支副书记、管委会成员魏来、建纬太原办公室主任张晓玲、建纬所高级合伙人徐黄哲、顾增平、青工委主任俞斌等热情接待并参加座谈交流。



11月24日下午，文康律师事务所召开2023年临时合伙人会议，由管理委员会和监事会做七年工作述职报告，合伙人会议主席张金海主持会议。会议选举产生第十一届管理团队。



11月27日，浙江和义观达律师事务所主任胡松松、管委会主任朱利军、监事会监事长许肖辉，管委会副主任杜晶、干科威，管委会委员刘建军、王向宇到访文康律师事务所交流，文康合伙人会议主席张金海，管委会委员田刘柱、李涛、栾珂，行政总监袁椰，青工委主任姜知泰热情接待并参加座谈。



7月27日，司法部召开律师行业党建工作先进典型表彰会，全国律师行业97个先进基层党组织和100名优秀共产党员、60名优秀党务工作者受到表彰。文康律师事务所党委书记高良臣荣获“全国律师行业优秀共产党员”称号。

为深入贯彻落实习近平总书记关于退役军人工作重要论述，激励广大退役军人奋进新征程、建功新时代，中共山东省委宣传部、山东省退役军人事务厅、山东省军区政治工作局2023年“齐鲁最美退役军人”选树宣传活动产生了10名“齐鲁最美退役军人”人选。山东省滨州市律师行业党委副书记、文康（滨州）律师事务所党支部书记、主任王宝军被授予“齐鲁最美退役军人”称号。

6月19日，青岛市司法局举办“迎七一”全市司法行政系统“深化作风能力优化营商环境”先进事迹报告会暨“五星级基层党组织”命名表彰仪式。市司法局党委书记、局长邓焕礼，党委副书记、副局长刘文建，党委委员、副局长王新锋、傅强出席。文康律师事务所党委书记高良臣代表中共山东文康律师事务所委员会接受表彰。



8月11日，青岛仲裁委员会召开了仲裁员表彰暨经验交流会议，对2022年度“十佳仲裁员”、“办案之星”、优秀仲裁裁决书、优秀仲裁案例的获奖人员进行了通报表彰并颁发荣誉证书。文康律师事务所合伙人会议主席张金海编写的政府投资合同纠纷案例被评为“优秀仲裁案例”。

6月，青岛市大数据发展促进会对“2022-2023年度优秀会员单位”和“2022-2023年度先进工作者”进行通报表彰，文康律师事务所被评为优秀会员单位，庞安娜律师被评为先进工作者。

7月，青岛市发展和改革委员会公布了50家列入2023年市级技术先进型商务服务企业库的企业名单，文康律师事务所成功入选。

青岛市南区召开“专精特新”培育律所发布会，公布了评选出的12个“专精特新”领域20家培育律所名单，文康律师事务所在商业风险处置领域入选市南区“专精特新”培育律所。

7月6日，由滨州市委宣传部、滨州市委政法委、滨州市司法局等单位主办的“向人民报告 新时代政法英模故事分享会暨滨州市青年普法志愿者法治文化基层行”活动举行。滨州市委书记、滨州市人大常委会主任宋永祥，省公安厅党委副书记、常务副厅长张月波，省高院党组副书记、副院长王闯，省委政法委副书记刘树元，省检察院党组成员、副检察长蒋万云，省司法厅二级巡视员张允明出席活动，刘树元与滨州市委副书记梁金光分别致辞。文康律师事务所高级合伙人、文康（滨州）律师事务所主任王宝军作为英模人物受邀到场并展示个人先进事迹。



7月6日，由山东大学检察理论研究中心主办、青岛市人民检察院承办、胶州市人民检察院协办的“2023上合示范区检察理论与实务研讨会”召开，文康合伙人张政国受邀出席研讨会作交流发言，其撰写的《知识产权合规体系助力上合示范区创新发展》专业文章荣获论文一等奖。



7月13日，由青岛市大数据发展管理局指导，青岛华通集团、青岛市城阳区人民政府、开放群岛（Open Islands）开源社区、中国信息通信研究院云计算与大数据研究所共同主办的“2023首届公共数据运营大会”在青岛举办，文康律所网络安全与数据合规专委会主任马清泉律师受邀参加。开放群岛开源社区青岛站正式揭牌，文康律师事务所成为青岛站首批成员单位。

7月18日，山东省律师协会印发《关于对全省参加“1+1”中国法律援助志愿者行动等项目的律师予以表扬的通报》，文康（德州）律师事务所副主任盖晓华律师荣获山东律师公益事业特殊贡献奖。



9月19日，青岛市市南区工商联、区检察院、区司法局联合举办“深化作风能力优化营商环境”——企业合规管理及涉案企业合规第三方监督评估机制培训会暨市南区企业合规法律服务团发布仪式。会上，市南区工商联为市南区涉案企业合规第三方监督评估机制专家库的成员代表现场颁发聘书。文康高级合伙人王群、田冰、魏慎礼，合伙人李瑞敏入选市南区涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员名录库。

市南区司法局公布了市南区企业合规法律服务团名单并颁发聘书，文康律师事务所入选市南区企业合规法律服务团。区企业合规法律服务团成员单位分别与市南区女企业商会、市南区青年企业家商会等5家商会结对签约，王群律师代表文康律所参加签约仪式。

9月9日至10日，山东省第十次律师代表大会在济南召开，大会选举产生了山东省律师协会第十届领导班子。文康律师事务所主任张志国、文康临沂所主任程萍、文康东营所主任杜众华当选为常务理事，文康滨州所主任王宝军当选为理事。



9月27日下午，山东省律师行业党委召开会议，会议传达了《中共山东省司法厅委员会关于公布省律师行业党委组成人员的通知》，文康（滨州）律师事务所党支部书记、主任王宝军出席会议，并被任命为新一届山东省律师行业党委委员。



10月，青岛市城市更新和城市建设法律服务团公布了城市更新和城市建设法律服务专业领域的优秀论文、案例获奖情况，文康律师事务所殷启峰、翟长胜律师撰写的《城市更新中地方政府隐性债务防范与化解》，王红艳律师撰写的《青岛市市南区城市更新疑难法律问题研究》，王译萱、马清泉律师撰写的《城市历史街区“元宇宙”建设与法律问题探析》三篇论文荣获一等奖；王英、孙筱颖律师撰写的《城市低效工业用地的盘活——以政策与应用场景为视角》，王译萱律师撰写的《工业上楼，向上拓展空间》，王群、许崇辉律师撰写的《城市地下空间开发利用的发展及建议——以青岛轨道交通TOD为视角》三篇论文荣获二等奖；由王博律师撰写，许征、高亚威、马洁律师分别代理的两件合同纠纷案例荣获三等奖。

10月，胶州市人民政府办公室发布《关于聘请胶州市人民政府法律顾问的通知》，聘请14名律师为政府兼职法律顾问，组成法律顾问团，为市政府提供法律咨询和服务，聘期为2年。文康律师事务所高级合伙人、副主任张宁受聘为胶州市人民政府兼职法律顾问。

10月，青岛市政府购买法律服务督促惠企政策落实工作联席会议办公室在全市范围组织开展了“2022年度十大惠企法律服务案例和十大惠企法律服务团队”典型选树活动，评选出2022年度十大惠企法律服务案例和十大惠企法律服务团队，文康律师事务所惠企法律服务团队助力企业发展的案例获评“2022年度十大惠企法律服务案例”。

10月16日，中共青岛市委、青岛市人民政府下发《关于授予丁阔等人2023年“青岛拔尖人才”称号的决定》，全市294人入选2023年度“青岛拔尖人才”，文康律师事务所党委书记、高级合伙人高良臣获此殊荣。

10月21日至22日，中华全国律师协会知识产权专业委员会2023年业务交流会在深圳举办。全国律协知识产权专业委员会委员、青岛市律师协会知识产权委员会主任、文康高级合伙人赵吉军律师受邀在交流会上做主题演讲，组织并主持了专利圆桌讨论，张瑜律师、华杰律师参加了相关交流研讨活动。赵吉军律师承办的技术秘密侵权纠纷案在交流会上荣获中国律师“十大优秀诉讼案例奖”。



11月9日，青岛大学法学院召开2023年度导师培训及合作导师师生见面会，宣布合作导师及师生双选名单，并为合作导师颁发聘任证书。文康律师事务所创始合伙人殷启峰，高级合伙人李涛、田冰、赵振斌、赵春旭、魏慎礼受聘为青岛大学法学院研究生校外合作导师，聘期为三年。



11月16日，由青岛市南区委政法委、市南区法学会主办，文康律师事务所、山东劳谦律师事务所协办的浮山湾法治论坛举行，会上成立首批青岛市南区法学会劳动法律专家顾问团。文康律师事务所副主任、高级合伙人、文康（上合示范区）律所主任张宁受聘担任劳动法律专家顾问团首席法律咨询专家，合伙人马进松、陈敬敬、刘泽辰，律师王丽玮、张晓雨受聘担任顾问团首席法律咨询专员。

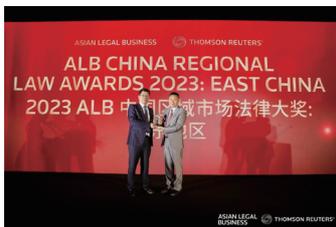
11月，2020-2023年度青岛律师代理申诉表彰大会在青岛市中级人民法院举行。会议对十名“2022-2023年度青岛市优秀代理申诉法律咨询专家”进行了表彰，文康律师事务所王博律师获评该荣誉。会议公布了“2020—2023年度青岛市律师申诉再审十大典型案例”，文康黄锡亭律师代理的《臧某、某集团有限公司与青岛某房地产开发公司借款合同纠纷申诉再审案》、孙文祎律师代理的《某煤矿与某运输公司分期付款买卖合同纠纷申请再审案》、王博律师代理的《陈某、K公司诉Y公司、修某、第三人某部队房屋租赁合同纠纷申请再审案》、赵吉军和张瑜律师代理的《某燕窝公司与国家知识产权局商标申请驳回复审行政纠纷申请再审案》、门姿含律师代理的《于某浩与青岛某设备公司、第三人青岛某铜业公司等案外人执行异议之诉申请再审案》共五起案例入选。



THOMSON REUTERS
ASIAN LEGAL BUSINESS
 年度山东地区律师事务所
 Shandong Law Firm of the Year



THOMSON REUTERS
ASIAN LEGAL BUSINESS
 中国十五佳成长律所
 China Fastest Growing Firms



8月18日，2023ALB中国区域市场法律大奖：华东地区颁奖典礼举行，文康律师事务所凭借卓越的专业品质、良好的业界口碑和强劲的综合实力荣获“年度山东地区律师事务所大奖”，事务所主任张志国、高级合伙人王群参加颁奖晚宴，张志国主任代表文康上台领取奖杯。



7月27日，权威法律媒体《亚洲法律杂志》(ALB)公布了2023ALB中国区域法律大奖：华东地区入围名单，文康律师事务所凭借在华东地区卓越的专业品质、良好的业界口碑和强劲的综合实力荣获11项提名。



8月21日，国际知名法律媒体ALB《亚洲法律杂志》公布了2023ALB China 十五佳成长律所榜单，文康律师事务所凭借专业的法律服务能力和规模化、品牌化的突破发展再次荣登该榜单。

2023ALB中国:华东地区
文康入围奖项

年度华东地区律师事务所
年度山东地区律师事务所(获奖)

年度华东地区资本市场律师事务所
年度华东地区争议解决律师事务所
年度华东地区海事海商律师事务所
年度华东地区地产建工律师事务所
年度华东地区破产重组律师事务所
年度华东地区财富管理律师事务所

2023ALB中国:华东地区
律所入围奖项

年度华东地区管理合伙人: 张志国
年度华东地区女性律师: 王群
年度华东地区争议解决律师: 李鹏

11月16日，国际知名法律评级机构《The Legal 500》公布2024年度亚太一大中华区律所榜单。文康律师事务所海事海商业务板块凭借杰出的业务实力、良好的专业口碑再次入选“海事海商”(Shipping)领域“领先事务所”(Leading Firm)。





文康荣获 金融和企业 第一梯队律师事务所(山东)

8月9日, 国际知名法律媒体《国际金融法律评论》(IFLR1000) 公布了2023-2024年度IFLR1000中国榜单, 文康律师事务所凭借专业的法律服务能力、卓越的客户口碑位列山东省“金融和企业”领域 (Financial and corporate) 第一梯队 (Tier1), 高级合伙人李涛、范征律师荣登企业并购领域“高度推荐”榜单, 合伙人原雪丽律师荣登“后起之秀”榜单, 这是文康及文康律师第四次荣登该榜单。



李涛
高级合伙人



范征
高级合伙人



原雪丽
合伙人



王莉
高级合伙人

文康荣获 年度最佳律师事务所(山东)

9月27日, 国际法律评级机构《国际金融法律评论》(IFLR1000) 公布了2023年度 IFLR1000 中国奖 (IFLR1000 China Awards 2023) 获奖者名单。文康律师事务所荣获山东地区“年度最佳律所”, 这是文康第二次荣获该榜单。高级合伙人王莉律师入围山东地区金融和企业领域“年度最佳律师”和“最佳飞跃之星”榜单。



10月31日, 《商法》(China Business Law Journal) 公布了商法卓越律所大奖2023区域奖项——“卓越综合实力律所”。文康律师事务所凭借专业服务和突出业绩荣获山东地区“卓越综合实力律所”大奖, 这是文康连续5年荣登该榜单。



12月12日, 知名法律媒体《商法》(China Business Law Journal) 正式公布了“The A-List 法律精英2023-2024: 睿见领袖”榜单。凭借卓越的专业能力、高度的市场认可、出色的客户口碑, 文康律师事务所创始合伙人殷启峰荣登榜单。



立法
前沿



关于内地与香港民商事判决相互认可和执行民商事判决的实务分析

WINCON
LEGAL
INSIGHT



田刘柱

在海商海事、投融资、公司治理、境内外商事争议解决等法律事务领域具有专业的法律知识和丰富的实践经验。现担任青岛仲裁委员会仲裁员；青岛市律师协会海事海商委员会主任；山东省法学会海洋法研究会理事；青岛市律师协会会员服务委员会副主任。



薛航

主要从事的业务领域为公司治理、民商事争议解决及保险纠纷等

近年来，内地与香港之间的企业相互投资呈现逐年增长的态势，香港对内地的直接投资一直位居其对外投资接受地的首位，同时越来越多的内地企业也选择赴港进行投资、并购以及开展经贸合作。然而，在这过程中，各方当事人不可避免地会产生争议。因此，如何保护各方当事人的合法权益以及如何采取有效的争议解决措施成了各方当事人最为关注的问题。而法院判决的有效执行是司法程序中重要的关键环节，不仅事关司法权威和司法公信力的维护，更事关人民群众合法权益的实现。自香港回归以来，香港与内地同属一国但分属不同法系，两地在法律制度、司法程序、司法理念等方面存在诸多差异，因此，也不可避免地存在着因同属一国但分属不同法域所产生的区际法律冲突。而为解决民商事判决互认领域的上述法律冲突和实现民商事判决在两地间的自由流通，两地在“一国两制”方针和香港基本法的引领下，积极探索构建具有中国特色的相互认可和执行民商事判决制度，并为此作出系列立法上的尝试和努力。

2023年11月10日，香港特区政府宣布《内地民商事判决（相互强制执行）条例》（第645章）及《内地民商事判决（相互强制执行）规则》于2024年1月29日生效，其正式实施意味着最高人民法院和香港特区政府于2019年1月18日签订《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》正式生效也将指日可待。而待上述规范性文件生效后，无论在案件适用范围和适用条件上，还是在具体审查程序和互认执行力度上，较以往都有极大提高，同时这对当前两地建立更加全面的民商事判决相互认可和执行机制、减少当事人就同一争议在两地重复提出诉讼、为当事人的利益提供更全面的保障等都具有十分重要的实践价值和现实意义。

一、立法发展脉络的梳理

1. 2006年7月14日，最高人民法院和香港特区政府签订并于2008年8月1日生效的《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》（下称2008年安排）。

2. 2008年8月1日，最高人民法院和香港特区政府依照《2008年安排》订立第597章《内地判决（交互强制执行）条例》（下称597章）。《2008年安排》及《597章》均于2008年8月1日开始生效，成为香港和内地跨境执行案件的主要法律依据。

3. 2019年1月18日，最高人民法院和香港特区政府签订了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》（下称民商事判决安排）。该安排旨在建立内地与香港民商事判决相互认可和执行的制度性全面设计，完善该领域法律规则衔接，有效减少两地重复诉讼、增进两地民众福祉，且将于最高院发布司法解释并经香港特区政府完成相关程序后生效。

4. 2022年10月26日，根据两地签署的《民商事判决安排》，香港立法会宣布通过第645章《内地民商事判决（相互强制执行）条例草案》（下称执行条例）。

5. 2023年11月10日，香港特区政府公布《内地民商事判决（相互强制执行）规则》（下称执行规则）及《执行条例》于2024年1月29日生效，而《执行规则》系为配合《执行条例》下订明机制的运作，由高等法院首席法官根据《执行条例》第35条予以订立。《执行规则》的条文所涵盖的事宜包括关乎根据《执行条例》提出申请及执行已登记判决的常规及程序，以及须根据《执行条例》缴付的费用等。

至此，香港为落实上述安排已基本完成本地立法程序的转化，最新的内地与香港的民商事判决相互认可和执行制度的落地实现指日可待。

二、内地与香港民商事判决相互认可和执行制度的规则适用

（一）《民商事判决安排》的适用范围

1. 《民商事判决安排》适用于的案件范围

《民商事判决安排》第1条规定“内地与香港特别行政区法院民商事案件生效判决的相互认可和执行，适用本安排。刑事案件中有关民事赔偿的生效判决的相互认可和执行，亦适用本安排。”此外《民商事判决安排》第2条对何谓“民商事案件”作出了明确界定：“本安排所称民商事案件，是指依据内地和香港特别行政区法律均属于民商事性质的案件，不包括香港特别行政区法院审理的司法复核案件以及其他因行使行政权力直接引发的案件。”同时，该安排第3条对不适用于本安排的案件予以明确，暂被排除的案件类型包括：内地审理的赡养、兄弟姐妹之间扶养、解除收养关系、成年人监护权、离婚后损害责任、同居关系析产案件及香港审理的应否裁判分居的案件，继承案件、遗产管理或者分配的案件，部分知识产权案件及部分海事海商案件，确定选民资格、宣告失踪或死亡、认定限制或者无民事行为能力案件，破产（清盘）案件，确认仲裁协议效力、撤销仲裁裁决案件，认可和执行其他国家和地区判决、仲裁裁决的案件。同时，该安排又保持了开放灵活的态度，第28条规定，两地今后可对排除案件判决的认可和执行签署补充文件。

根据《民商事判决安排》第1、2、3条的规定，内地与香港法院民商事案件的生效判决及刑事案件中有关民事赔偿的生效判决的相互认可和执行适用于该安排，并以列举的方式明确了该安排不适用的案件范围。此外，还应注意的是，该安排第31条规定，有关婚姻家庭纠纷案件判决的相互认可和执行的适用范围，需依照《婚姻家庭判决安排》第3条的规定进行确定。

2. 《民商事判决安排》适用于的判决范围

第一，《民商事判决安排》适用的判决种类。因两地立法技术、法律用语的差异，内地和香港法院就民商事案件作出的判决书种类名称也存在较大差异，《民商事判决安排》采取列举的方式明确了适用判决书种类。《民商事判决安排》第4条第1款规定：“本安排所称‘判决’，在内地包括判决、裁定、调解书、支付令，不包括保全裁定；在香港特别行政区包括判决、命令、判令、讼费评定证明书，不包括禁诉令、临时济助命令。”

第二,《民商事判决安排》适用于生效判决。《民商事判决安排》第4条第2款规定:“本安排所称‘生效判决’: (一)在内地,是指第二审判决,依法不准上诉或者超过法定期限没有上诉的第一审判决,以及依照审判监督程序作出的上述判决; (二)在香港特别行政区,是指终审法院、高等法院上诉法庭及原讼法庭、区域法院以及劳资审裁处、土地审裁处、小额钱债审裁处、竞争事务审裁处作出的已经发生法律效力判决。”

两地相互认可和执行的需为“生效判决”是该制度的一项基本要求,在普通法系一般表述为判决终局性及不可推翻性要求。制度建立之初,因内地存在审判监督程序,申请认可和执行的内地法院判决曾被香港法院认为不具有终局性。《民商事判决安排》采取生效判决的用语,不仅是从司法实务角度的考虑,更体现了香港对内地审判监督程序的逐步认可、两地对判决终局性标准认识的统一。

(二) 相互认可和执行的适用条件

1. 受理互认申请的管辖权法院

为便于当事人行使权利,《民商事判决安排》第7条对互认申请管辖法院问题进行了规定,即若在内地申请认可和执行香港法院判决的,向申请人住所地或者被执行人住所地、财产所在地的中级法院提出,申请人应当向其中一个法院提出,向两个以上有管辖权的法院提出申请的,由最先立案的法院管辖。若在香港申请认可和执行内地法院判决的,向香港高等法院提出。

2. 相互认可和执行的申请期限

《民商事判决安排》对认可和执行的申请期限并未明确规定,而仅规定,依据被请求方法律规定确定申请认可和执行的期限。

3. 申请认可和执行应当提交的材料

为确保相互认可和执行申请具有较强操作性,《民商事判决安排》第8条对申请需要提交的材料作出了明确列举,具体应当包括以下内容:申请书;经作出生效判决的法院盖章的判决副本;作出生效判决的法院出具

的证明书,证明该判决属于生效判决,判决有执行内容的,还应当证明在原审法院地可以执行;判决为缺席判决的,应当提交已经合法传唤当事人的证明文件,但判决已经对此予以明确说明或者缺席方提出认可和执行申请的除外;身份证明材料,其中申请人为自然人的,应当提交身份证件复印件,申请人为法人或者其他组织的,应当提交注册登记证书的复印件以及法定代表人或者主要负责人的身份证件复印件。上述身份证明材料,在被请求方境外形成的,应当依据被请求方法律规定办理证明手续。最后,应当注意的是,若向内地人民法院提交的文件没有中文文本的,应当提交准确的中文译本。

4. 相互认可和执行的判决内容

《民商事判决安排》亦采取列举的方式明确相互认可和执行的判决内容。但值得特别关注的是,根据《民商事判决安排》第16、17、18条规定,相互认可和执行的判决内容不仅包括金钱判项,还包含非金钱判项,但香港承认和执行其他法域的民商事判决内容却仅限于是金钱判项。

5. 不存在不予认可和执行的情形

《民商事判决安排》第12、13、14条对不予认可和执行的问题进行了详细规定。

第一,应当不予认可和执行的情形。一是原审法院对诉讼纠纷不具有管辖权,而《民商事判决安排》第11条对原审法院是否具有管辖权进行了明确,被申请人可相应申请主张。二是依据原审法院地法律,被申请人未经合法传唤,或者虽经合法传唤但未获得合理的陈述、辩论机会。三是判决是以欺诈方法取得。四是被请求方法院受理相关诉讼后,原审法院又受理就同一争议提起的诉讼并作出判决。五是被请求方法院已经就同一争议作出判决,或者已经认可其他国家和地区就同一争议作出的判决。六是被请求方已经就同一争议作出仲裁裁决,或者已经认可其他国家和地区就同一争议作出的仲裁裁决的。上述六类情形,被申请人需提供证据予以证明,由被请求方法院审查核实后作出判断。

此外,内地人民法院认为认可和执行香港法院判决明显违反内地法律基本原则或者社会公共利益、香港特别

行政区法院认为认可和执行内地法院判决明显违反香港法律基本原则或者公共政策的，应当不予认可和执行。

第二，可以酌定不予认可和执行的情形。申请认可和执行的判决，被申请人提供证据证明在原审法院进行的诉讼违反了当事人就同一争议订立的有效仲裁协议或者管辖协议的，被请求方法院审查核实后，可以不予认可和执行。

三、内地与香港民商事判决相互认可和执行制度建立的重大影响

内地与香港民商事判决相互认可和执行制度建立将对各方当事人在选择争议解决方式和机构时产生实质性的影响，不仅将会改变他们在约定争议解决条款时的整体思路，还会影响发生争议后的各方主体纠纷解决的方案策略。内地与香港民商事判决相互认可和执行制度建立后，两地的民商事案件判决基本可以实现自由流通，而这不仅将切实节省两地司法资源，更将极大有利于各方当事人合法权益的保障与实现。

此外，目前香港正不断增强发展动能，对接国家“十四五”规划、粤港澳大湾区建设和“一带一路”高质量发展等国家战略，其以高度发达的国际化、法治化，正在发展成为亚太区国际法律及解决争议服务中心。《民商事判决安排》是内地与香港至今覆盖面最广、意义最为重大的一项司法安排，是两地司法规则衔接所迈出的重要一步。两地不断完善构建的民商事判决相互认可和执行制度是两地法律制度相互借鉴发展的一个缩影，是中国式现代化区际司法制度的进一步发展，是马克思主义法治理论同中国法治建设具体实际相结合、同中华优秀传统文化相结合的重大实践创新成果，其定将会为两地法律制度的创新发展、内地与香港经济社会的融合发展提供更加全面的法律保障。



专业
研究

Professional
Research



青岛市市南区城市更新疑难法律问题研究

WINCON
LEGAL
INSIGHT



殷启峰

业务专长为工程建设、房地产开发、项目投融资等法律事务。担任最高人民检察院民事行政案件咨询专家,青岛市政府法律专家库成员,山东省律协房地产法律专业委员会副主任,青岛市律协房地产委员会主任,青岛、威海、石家庄仲裁委仲裁员,山东大学、中国海洋大学、青岛科技大学等高校实务导师。



孙筱颖

主要业务领域为房地产与建设工程、公司法律事务。可以围绕建设工程索赔与反索赔、房地产开发、投资融资等方面提供相关的法律服务。工作语言为中文、英文。

随着地产市场进入深度调整阶段,高杠杆企业频频陷入债务危机,数十家民营房企发生违约行为,行业进入加速优胜劣汰阶段。在上述背景下,各地“烂尾楼”从商业项目向住宅项目蔓延,2022年由部分商品房购房者牵头的“停贷潮”波及全国,公众对房地产市场的信心持续下跌。本文试图梳理困境地产项目中所涉各方利益,并结合实践经验,探索纾困破局思路,以期与大家共振信心。

一、困境地产项目画像

在我们近期协助处理的一起困境地产项目中，合作开发企业因自身债务问题，使得优势项目直接面临经营困难、无法正常运营的局面。项目土地及未售房屋被查封、工人工资无法发放、总包停工撤场、房屋交付日期一拖再拖、300余户业主不断上访、开发贷两次展期并再次逾期……困境局面逐渐扩大。甚至政府纾困资金的介入，也难以解决资金缺口大的问题，项目复工遥遥无期。

该类住宅地产困境项目往往具有以下特征：

（一）长期停工，严重滞后

由于项目资金链断裂、市场环境变化或项目管理等问题，导致施工缓慢、拖延，亦或延期交付或将预期延期等。在耗费资金、闲置土地的同时，也将面临项目超期需延长预售许可等问题。

（二）官司缠身，查封叠加

一旦项目陷入困境，接踵而来的是大量诉讼案件，由此引发的查封也在项目土地、房产上不断叠加。这不仅导致房屋销售困难，也进一步恶化了市场对项目的信心。

（三）销售困难，信用陡降

困境项目往往存在房屋销售或预售困难的问题，大量房屋因无法销售而积压，即使采取降价促销手段，也无法提升销量。其背后的地产企业往往面临资金链的大规模断裂，致使企业信用陡然下降，陷入负债累积、债台高筑的局面。

项目陷入困境后，债权人及地产企业自身都会受到较大的负面影响，如何辨别项目债务恶化的危险临界点呢？我们理解，当下列几个因素同时出现三条及以上时，需要立即采取行动以避免触发违约：项目的现金流不足以支付债务本息、大量依赖滚动借新还旧、无法取得新增融资、销售或利润等指标持续低迷、大股东减持、违反贷款协议等。

二、困境地产的债权图谱

项目困境往往是多方利益主体博弈失败的结果。银行债权人不愿意继续提供贷款并开始计算高额罚息，加剧了流动资金短缺；其他债权人为了避免债权落空纷纷

查封项目土地、房产，加剧了销售难度……为此，在开展困境地产项目的纾困工作之前，需首先了解各方的债权债务关系，以期从冲突利益及区分利益中寻求共同利益，最大程度地争取债权人理解并调动其参与纾困的积极性。在实操过程中，我们主要将项目债权分为以下六类：

（一）金融债权

在地产项目开发过程中，开发商通常会向银行等其他金融机构进行不同形式的融资，金融机构依据相关融资合同成为项目债权人，而其提供融资往往会要求开发商就项目土地、房产或其他财产设置抵押，或者同时要求提供信用类保证。

金融债权的顺位根据融资对应的担保情况确定。如融资时，已就特定财产设置了担保物权，金融债权人可依法享有就担保财产优先受偿的权利。一般来说，保证债权优先于一般债权，抵押债权优先于保证债权，同级债权人之间可以按比例获得偿付。

（二）工程债权

施工单位及供应商因工程款或材料款无法按期支付而成为项目债权人。根据《民法典》《建工司法解释一》的相关规定，工程承包人对发包人享有的工程款债权可以优先受偿，且该优先权优于抵押权和其他债权。

需要特别注意的是，工程优先权设立的初衷是为了保护建筑工人的合法权益，因此，放弃优先权如果损害了建筑工人的合法权益，该放弃行为会被认定无效。

另外，如果放弃优先权的声明系向银行等金融机构作出，实践中有观点认为该种放弃仅对金融机构生效，即工程款债权在金融机构抵押权之后、在其他一般债权之前。

（三）购房者债权

4月20日，最高法发布《关于商品房消费者权利保护问题的批复》明确了以居住为目的、并已支付全部价款的购房者，房屋交付请求权优先于建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权；在房屋不能交付且无实际交付可能的情况下，其价款返还请求权优先于建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权。

购房者对所购买的以居住为目的的房屋享有的是物权期待权，特别是已经办理了预售登记或网签手续的购

房者，其债权物权化倾向明显，因此无论是理论视角还是实务视角均认可应当给予特殊保护。

（四）税收债权

地方政府按照对纳税人的税收要求形成税收债权，同样属于困境项目的债权。

关于税收债权的清偿顺位，《税收征管法》规定，欠缴税款发生担保物权设立之前的，税收应当先于担保物权执行。尽管《破产法司法解释二》明确担保物权的实现顺位在破产费用、共益债务、职工债权、税收债权之前；但困境项目与公司破产存在区别，项目困境直接适用破产法未见合适。因此，在困境地产项目中，发生在前的税收债权仍应优于担保物权清偿，但我们认为在困境地产税收债权政策方面，特别是处置顺位方面，有借鉴破产法的优化空间。

（五）职工债权

职工债权是指劳动者基于劳动关系对用人单位形成的债权，包括：工资债权、社会保险费债权、法定补偿金债权、法定赔偿金债权。该债权具有强制性、优先受偿性等特点。

职工债权的优先受偿性主要体现在破产程序中，其受偿顺位在共益债权之后、税收债权与普通债权之前。施工单位的职工债权，以农民工工资为例是法律优先保障的权利；对于建设单位职工债权，在项目纾困过程也应当予以优先考虑，保护建设单位职工债权不仅是对其生存权的保障，也是调动其参与纾困积极性的有效措施。

（六）其他债权

其他的债权主体，从大类上可区分为其他抵押权人、其他一般债权人，不再展开论述。

根据上述债权图谱可以看出，部分法定债权的清偿顺位高于当事人合意确定的具有优先权的债权，这体现了民法本位从身份到契约、再从契约到身份的变迁，体现了法律对各利益主体的平衡与调整。

“从身份到契约”是个人本位的实定法发端，个人摆脱了对家族的依附关系，民法从义务本位转向个人本位。但对绝对契约自由反过来也导致人文色彩或人文关怀的缺失。随着法律的发展，法律又“从契约向身份”发展，或

者说是绝对契约向相对契约的发展，两者统一于民法“人”的深化，因身份不同而限制契约权利成为主流做法。

三、项目纾困的破局思路

当资金流动性不足、信用不足时，项目陷入困境；困境项目中，各债权人利益难以得到全面、有效的保护。如何才能盘活项目、保护债权人利益？我们理解想要盘活项目，一是要有措施防范项目极速恶化，二是要有资金支持项目竣工，三是能激发项目本身活力形成新的正循环生态。

我们可以将困境地产的纾困比喻成一次治疗，其过程应当包含止血、输血与造血三个关键环节，我们也从这三个层面来分析项目纾困的破局思路。

（一）止血：应急安排

对于即将或已经陷入困境的项目，纾困往往不是短期可以完成的，在采取具体的措施之前，应急安排有助于防止损失继续扩大。

1. 做好安置工作，保障业主利益

设立专门机构，登记存量房业主信息，了解其诉求、安抚其情绪；制定业主权益保障方案，确保业主合法权益、争取业主理解；协调银行及相关部门，妥善处理业主贷款问题。

2. 加强项目监管，严控资金去向

严格监督项目资金用途，杜绝挪用，确保已有资金投入项目建设；盘点和评估资产负债情况，找出导致困境的原因，为后续纾困方案的确定提供基础；建立项目风险应急基金，以备不时之需。

3. 推进工程建设，加快销售进度

对即将竣工的项目，协调施工单位，加快施工并尽快竣工，以推进后续售楼工作；为快速回笼资金，可调整房价制定策略，提供购房优惠，加快销售进度。

（二）输血：“白衣骑士”

项目纾困的关键因素是资金，对于困境地产项目，开发商往往已经无力投入资金，除第三方投资人外，项目债权人与政府亦可成为“输血”的“白衣骑士”。

1. 第三方投资人

投资人在审慎评估项目、分析区域市场前景、充分评估自身实力的情况下，可通过以下三种方式参与纾困：第一，若投资方有项目建设、管理经验，可以在作为投资方的同时作为工程续建方和项目管理受托方，参与项目续建、运营等；第二，投资方还可以受让股权或者增资入股的方式投入资金，根据项目情况作出股东或债权人的身份安排；第三，为确保资金退出通道畅通，投资方还可以通过债权收购的方式参与项目纾困，即与有优先权的债权人协商，取得优先受偿地位，确保资金回收。

2. 项目债权人

债权人可以采取多种方式项目提供资金或缓解资金压力。第一，债转股，将债权转换为项目公司的股权，纾解项目的债务压力并参与项目经营；第二，增资扩股，对项目公司进行增资扩股，直接向项目注入资金；第三，项目重组，与其他股东协商，通过减免债务、调整股权等方式重组项目。

3. 政府

政府可以通过发放纾困资金或提供政策支持的方式为困境项目“输血”。在纾困资金方面，国家层面鼓励设立地方救助基金，对符合条件的项目给予资金扶持，优先选择已售、逾期、交付难且预售收入可以覆盖投资的住宅项目。在政策支持方面，出台困境地产专项救助政策，赋能困境项目，如减免税费、提供土地审批便利、免除土地闲置责任、适当调整规划指标。

但也需要注意的是，“白衣骑士”带来的资金不可避免会与现有负债产生冲突，困境项目中的新增投资大概率也无法堵住项目的流动资金缺口。为应对上述冲突问题，可与债权人沟通协商，充分说明纾困资金的用途并建立债权人监管通道，争取债权人的理解与支持，针对到期债务达成延期或展期协议。与此同时，可以为新投入资金设置“共益债”式的后进先出的退出方式，综合运用各种工具为项目减债降杠杆，使项目能够渡过困境，逐步恢复正常运营。

(三) 造血：转亏为盈

1. 造血的内在动力——重振信心

在地产行业周期性调整的大背景下，提振信心是重启楼市至关重要的一环，是推动困境项目转亏为盈的内在动力。信心缺失主要原因有二，一是消费者手中没钱、二是新房销售不景气且预售项目频频烂尾。对此，信心的建立一方面需要政府的背书，另一方面需要相关要素（人、资源、形势）的站台。

政府背书是构建楼市良好生态的重要措施，主要体现在政策支持与监管上。其一，善用政策、稳定预期，适当放宽对地产企业融资的限制措施，即在风险可控范围内、适度容忍房企融资杠杆，建立长效住房保障机制，实现住有所居；其二，加强监管、重拳出击，完善预售资金监管制度，保证资金合理规范使用，推广第三方监管模式，加强全过程监管，严查开发商违规挪用预售资金行为，重拳出击；其三，公开透明，信息对等，加强开发商信息披露标准，提高项目信息透明度，引导媒体客观报道房地产市场，避免负面信息过度渲染。

关于相关要素的站台，体现在个案中公众对参与纾困因素的认可度。如，某困境项目由国企等在社会上有一定影响力与担当精神的企业接手，购房者大概率对结果有信心。再如，社会上大多困境项目都可按预期纾困，一定程度上会带动存量预售房屋及现房销售，楼市整体信心也能有所提振。“白衣骑士”带来的不仅是资金，更是信心。

2. 造血的外在保障——制度创新

第一，畅通债权人交流渠道，打破信息壁垒。在困境项目中，可以参照破产程序组建债权人会议，通过债权人组织的构建，充分披露项目已有情况，特别是确保清偿顺位靠前、大概率能回款债权人对项目的认识客观、真实。在对事实认知相同的基础上，推进各方谈判，达成适当让渡相关利益的共识，采取相关措施如撤诉、解封、停息、减租、延期还本、附条件减让，进而共同推进盘活项目。

第二，参照共益债制度，保证投资人权益。在房地产企业破产项目中，很多管理人通过设置共益债的方式引入新的投资，共益债务是指在破产程序中，为债权人、债务人的共同利益所负担的债务。这种方式，可以确保投资可以“后进先出”、优先受偿，无疑对带动投资具有积极意义。在困境地产纾困中，也可以借鉴建立类似制度，或将相关理念引入其中，以较小的资金杠杆撬动项目交付。

3. 造血的大局意识——责任担当

责任担当对于化解项目困境具有重要意义，是化解困境的重要精神支柱。担当意识使各方主体勇于正视困境，愿意承担责任，也将促使各方采取主动措施应对困境，将有利于各方团结合作，排除矛盾尽快化解困境。

债权人作为困境地产项目的重要利益相关方，应当正确认识自身责任，不只追求利益最大化，要主动与其

他债权人加强沟通协作，形成合力，采取灵活的债务重组方案，为项目纾困提供支持。在条件允许时，可以适当让渡一部分利益，共渡难关。另外，开发商也要加强自律，依法规范运作，不给债权人“添堵”。通过各方共同努力，方可以形成共担时艰、育业兴市的强大合力。

四、项目纾困的探索尝试

根据上文介绍的纾困思路，我们近期代理项目合作方参与了某项目纾困工作，并在其中进行了一些探索性地尝试。

（一）纾困资金与工程优先权捆绑

在项目符合政府纾困资金发放条件的情况下，政府担心资金如直接打入开发商名下，可能直接被涉案项目之外的其他债权人划拨而难以实际投入项目。我们在对纾困资金充分研判的基础上，与总包单位进行了沟通，在总包单位的协助下为政府就纾困资金投入续建部分的工程设置优先受偿权，通过纾困资金与建设工程价款优先受偿权捆绑的方式，确保纾困资金的安全及可优先退出性。

同时，设置单独账户，资金支付采取第三方监管模式，由独立第三方支付机构操作，确保资金安全，并通过对账户资金监管的方式对总包单位使用纾困资金的情况进行监督。其一，纾困资金使用必须紧紧围绕项目建设需要，不得用于非项目支出，使用前需做好成本核算，经过审批后方可使用；其二，应优先保证工人工资发放、材料支付等建设所必需的支出；其三，纾困资金应用于推进在建工程进度，确保项目质量，不能被挪作他用。

（二）诉讼手段助力项目纾困谈判

项目所涉纾困主体性质不同，其对项目纾困的理解或需求有所差异，目标也不尽相同。其中：有政府“保交楼”的民生目标、有国企开发商为保护国有资产的合规目标、有投资人对项目收益的商业目标。在各方诉求交织、碰撞的过程中，项目纾困谈判时常陷入停滞。

具体到项目中，因国企开发商内部无法形成任何决议，致使项目公章无法正常使用、资金无法正常进入项目，纾困一度陷入僵局。我们作为合作方为盘活项目，在与政府充分沟通的情况下，通过诉讼方式给国企施加压力，推进各主体重新进入谈判程序。关于诉讼：我们选择恰当的诉讼时机，在谈判完全陷入僵局时启用；设置适度的诉讼请求，不过高以至于毫无谈判空间、也过低而不形成压力；充分利用审限的要求，通过这种无形的压力推

进谈判进程。但在整个项目纾困安排中，我们仅将诉讼定位为辅助谈判的策略手段，而非与谈判对立的替代方案，最终一定程度上通过诉讼推动了项目谈判。

（三）化解利益冲突鼓励共同担当

当项目上多个利益并存时，利益可以分为冲突利益、区分利益、共同利益三种。冲突利益是指各方的利益诉求存在对立或不可调和的状态，难以通过协商和妥协达成一致，如在债务无法全部清偿的情况下，债权人之间的利益就存在冲突；区分利益是指各方利益有所不同，但并非完全对立，存在可以协调的空间，如投资人谋求在项目纾困后的开发中长期获益而购房人谋求尽快交付房屋；共同利益是指各方在一定程度上存在共同的利益诉求或关注点，如各方主体都希望项目尽快完工、都关注项目质量。

在上述利益中，冲突利益的转化是项目纾困谈判需要解决的难点与重点，区分利益的确定是谈判的基础，共同利益的认识是凝聚各方力量的保障。在诉讼创造谈判机会的情况下，我们同步设计，通过政府协调召开相关会议，表达合作方为纾困资金提供担保的意愿、对“保交楼”任务的信心与决心，鼓励各方共同担当，使相关权利主体注意到，各方利益的“最大公约数”是工程竣工交付，如果由合作方获取项目控制权，不会损害项目相关债权人的利益。最终，在会议中各方均有所担当，愿意为项目纾困搁置争议。

五、结语

当前中国房地产市场所面临的困境，对相关从业者和广大购房者来说无疑是一个严峻的挑战，这是一场由结构性因素驱动的调整，需要各方共同努力以寻求解决之道。当前形势对所有相关方都是一次启示。展望未来，我们需要在此次困境中汲取经验教训，反思过去的盲目发展，考量可持续增长，并以理性、审慎的态度继续推进房地产市场健康发展。不同利益相关方需在这个过程中加强沟通协作，以共同应对挑战，使房地产市场走上正轨。

经营性房屋征收中承租人独立补偿请求权探析

WINCON
LEGAL
INSIGHT



吴亚轩

吴亚轩律师专注于证券资本、公司治理、银行金融、争议解决等业务，在企业发行股票与上市、银行金融票据、建设工程等领域为多家大型企业、金融机构提供非诉及诉讼法律服务。

2020年10月，“实施城市更新行动”首次写入我国五年规划，城市更新升级为国家战略；2021年4月19日，青岛市人民政府发布“青政发[2021]8号”《关于推进城市更新工作的意见》；2022年3月4日，中共青岛市委办公厅、青岛市人民政府办公厅印发《青岛市城市更新和城市建设三年攻坚行动方案》，提出“一年重谋划、两年快起步、三年见成效、五年大变革”的总体部署。而随着各项攻坚行动的具体开展，一些实际问题和纠纷也将暴露，其中各类用于商业、工业等用途的经营性住房的征收，由于牵涉多方主体及多种补偿，一直以来都是纠纷较为集中的方面；因此协调好征收人、房屋所有权人与承租人的利益关系，对于预防社会群体事件的发生和城市更新工作的顺利推进都具有重要意义。笔者近日遇到一例经营性房屋征收中承租人补偿问题的咨询，基于此，本文将简要探析承租人在经营性房屋征收中的独立补偿请求权相关问题。

一、立法现状

当前，城市化、商业化进程不断深入，城市范围不断拓展、商业模式日益多样，国有、集体土地之上房屋的出租、流转等较过往亦更加频繁，对其征收工作也呈现出日益复杂的态势。

国有土地上房屋征收中承租人的利益，根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》（2011年1月21日施行）

第二条规定：“为了公共利益的需要，征收国有土地上单位、个人的房屋的，应当对被征收房屋所有权人（以下称被征收人）给予公平补偿”，承租人并非被征收人，存在租赁的经营性房屋征收中，相关补偿应向房屋所有人支付。

集体土地上房屋的征收，由于集体土地性质的特殊，征收的对象为土地，地上房屋一般作为地上附着物一并征收，不存在仅征收房屋而不征收土地的情况，相

关征收的程序主要依照《土地管理法》及其实施条例的规定进行，但其中并未有对于地上房屋承租人权益的相关内容。实践中，承租人的权益主要通过地方立法的方式明确，亦基本上保持了与国有土地上房屋征收仅对所有人补偿的基本原则。如《岳阳市集体土地上房屋拆迁补偿安置办法》（2009年7月2日施行）第六条规定：“实施房屋拆迁补偿安置应当遵循统一拆迁、统一补偿标准、合理安置的原则，确保被拆迁房屋的所有权人得到合理补偿和安置”；第三十三条规定：“房屋出租人应将承租人的生产、生活设施补偿费和搬迁补助费支付给承租人”。《扬州市市区集体土地上房屋搬迁管理暂行办法》（2020年10月19日施行）第三十二条规定：“被搬迁人将房屋出租的，仅对被搬迁人进行补偿结算。承租人的损失，由被搬迁人与承租人自行协商解决”。同时，最高人民法院第五巡回法庭2019年第47次法官会议纪要也明确了这一观点：“在满足对集体土地征收的强制性规定的前提下，允许对‘城中村’类房屋的征收适用国有土地房屋征收与补偿的相关规定”。

需要注意的是，在2011年《国有土地上房屋征收与补偿条例》明确以上原则前，对于国有土地上房屋征收中承租人相关补偿利益，1991年颁布实施的《城市房屋拆迁管理条例》在其2001年修订时的第三十一条曾明确了“承租人”享有独立的补偿权益：“拆迁人应当对被拆迁人或者房屋承租人支付搬迁补助费。在过渡期限内，被拆迁人或者房屋承租人自行安排住处的，拆迁人应当支付临时安置补助费”，同时依照该规定，我们可以得出搬迁补助费、临时安置费等补偿应当归属于房屋的实际使用人的结论。但该规定随着《国有土地上房屋征收与补偿条例》的出台，现已失效。

因此，无论是对于国有土地或是集体土地之上房屋的征收，在立法规定及司法适用上，仅对所有权人补偿的原则在合法性上并不存在问题，该原则亦与《民法典》第一百一十七条、二百四十三条、三百二十七条等仅规定对于法定物权权利人补偿的情况一致。

可以理解，现行立法是在当前时代环境及特定立法目的之下，将制度设计更多着眼于征收行为本身操作效率上，在租赁关系真实情况确认难度较大，且承租人利益存在其他法律途径维护的情况下，力求做到合法性与效率性上的平衡。

二、承租人独立补偿请求权的理论基础

根据前述法规，无论对于国有土地上房屋或集体土地及之上房屋，均明确规定国家为了公共利益的需要，可以依法进行征收，但应当给予补偿，即对因征收行为导致权利人丧失的合法财产权利进行对应补偿，补偿的范围基本包括价值补偿，搬迁、临时安置补偿，停产停业损失补偿等。而存在合法租赁事实的经营性房屋项下，承租人作为房屋使用人对于以上补偿范围均存在成为直接权益人的可能，具体来说：

（一）国有土地之上经营性房屋承租人

原《城市房屋拆迁管理条例》即明确规定，对于存在合法租赁事实的国有土地之上房屋的征收时，相应搬迁补助费、临时安置费、停业停产损失等应当归属承租人。以上规定虽已失效，但根据《民法典》的规定，所有权人对自己的不动产或者动产依法享有占有、使用、收益和处分的权利。在房屋所有人将房屋出租时，其所有权能就发生了分离，占有、使用和收益三项权能由承租人行使，其所实现的分离情况，与用益物权基本一致。而《民法典》第三百二十七条规定：“因不动产或者动产被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的，用益物权人有权依据本法第二百四十三条、第二百四十五条的规定获得相应补偿。”

虽然租赁合同为债权，并非用益物权，但在补偿基础之上与用益物权并无任何区别，且从实际补偿款的最终分配情况看，因占有、使用而产生的各项补偿归属于承租人，其系经营性房屋征收补偿的直接权益人，应当享有独立的补偿请求权。

（二）集体土地之上经营性房屋承租人

与国有土地不同，一直以来，对于集体土地及其之上房屋的流转效力问题由于缺少明确规定，相应征收情况下承租人的补偿问题也存在一定的争议。但2020年1月1日施行的修改后的《土地管理法》虽然仍未规定对于集体土地及之上房屋征收补偿中承租人利益如何处理，但第六十三条规定：“土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途，并经依法登记的集体经营性建设用地，土地所有权人可以通过出让、出租

等方式交由单位或者个人使用。”确认了集体经营性建设用地出租的合法性，相应土地及之上房屋承租人基本上具有与国有土地条件下相同的地位及权利，因此基于前文分析，集体土地之上经营性房屋承租人亦应当享有独立补偿请求权。

三、补偿决定前承租人的独立补偿请求权

行政征收中，被征收人补偿内容确定的方式一般与征收人订立补偿协议或由征收人作出补偿决定两种，本文为表达便利统一以补偿决定代替。

在补偿决定前，依照前文法规及司法观点，并结合征收人所涉相关行政诉讼案例中的观点来看，实践中承租人一般无法脱离所有权人独立与征收人沟通征收补偿事宜，征收人仅接受承租人通过所有权人向征收人提出相应主张请求，无法在沟通阶段行使独立补偿请求权。但承租人作为直接权益人，在相应补偿内容确定时，需要其配合提供材料以及提供各种便利，若将承租人排除在协商之外，转而对经营活动并不知情的房屋所有权人代承租人主张权利，就容易导致权利主张表达的不到位、相关补偿条款对承租人权利忽视，甚至暗箱操作、利益输送等可能。

从救济途径来看，房屋征收依法具有严格的制度程序要求，如需拟定征收补偿方案，对方案论证、公布、征求意见，确定征收方案并发布征收决定公告等等；其中部分内容也与承租人息息相关，但以上相关行为从性质上讲，均属于程序性行政行为，并不会对承租人的利益造成直接影响，承租人若对以上程序性行政行为不服，以征收人为被告向人民法院起诉，由于不具有直接利害关系，不具有原告资格，法院一般将不予立案。

四、补偿决定后承租人的独立补偿请求权

经营性土地上租赁房屋被征收的过程中涉及两个法律关系：一是征收人与房屋所有权人之间的行政征收法律关系；二是房屋所有权人与承租人之间的租赁合同关系。补偿决定之后，这两种关系之下承租人的独立补偿请求权情况如下：

（一）租赁合同关系下承租人的独立补偿请求权

根据合同相对性，在征收决定作出后，若承租人依法应当享有的补偿利益未得到出租人支付，承租人可根据与房屋所有权人之间的租赁合同关系向房屋所有权人提起给付请求。不过需要明确的是该种给付请求，并非本文所讲“独立补偿请求权”，补偿取得需依赖于房屋所有人的情况下，其仅为一种补偿分配请求权。

对于此问题，本公众号曾在《国有土地上房屋征收过程中承租人利益的保护》一文进行分析，在此仅简要概括下文中观点。即承租人可在补偿决定已包含承租人相关补偿权益且征收人已向房屋所有人支付相应补偿，租赁合同合法有效的条件下主张补偿分配。在政府征收行为认定为不可抗力，或租赁合同存在征收免责条款时，请求权基础可为代偿请求权或基于附随义务和合同义务的损害赔偿请求权。

显而易见的是，该种将本应归属不同主体的权益向占有优势地位的一方全额支付的制度设计，本身就容易在租赁合同关系双方当事人之间产生纠纷，而独立补偿请求权的缺失更易导致承租人权利受到侵害并增加维权难度，为此上文作者亦对承租人权利保护提出了几点针对性的建议，可供参考。但若因为征收人或所有权人的原因导致补偿决定之中承租人相关利益缺失，根据前文作者观点，承租人无法在租赁合同关系下向房屋所有权人主张权益。

（二）行政征收法律关系下承租人的独立补偿请求权

根据检索，在承租人起诉征收人的相关行政诉讼案件之中，法院往往根据《行政诉讼法》第四十九条第（一）项、第二十五条第一款，提起行政诉讼的原告应当是行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织的规定，以征收过程中具有原告资格的应当是征收行为的相对人或者与征收行为具有利害关系的公民、法人或者其他组织，承租人与房屋征收行为之间不具有利害关系，不能成为行政诉讼的原告为由，不予立案。

但随着最高人民法院部分再审判例，如(2019)最高法行申13115号、(2020)最高法行再110号案件等的作出，以及《新编最高人民法院司法观点集成·行政卷II（第二版）》2023年3月版第937页观点编号672的意

见，当前在行政征收法律关系下法院逐步倾向肯定承租人为经营性房屋征收时的补偿权利人，若征收人不按照补偿决定履行法定职责、义务或对于补偿决定中归属于承租人的相关补偿内容不服时，此时补偿决定的内容及其履行会对承租人产生直接影响，应当认定承租人与补偿决定之间具有利害关系，承租人可脱离房屋所有人，基于行政征收法律关系独立地向征收人主张补偿请求权。

五、结语

综合本文以上探析内容，经营性房屋征收中独立补偿请求权从法理上来讲有着较为清晰的基础，但在立法上并未对其权利进行明确规定，从而导致合法承租人作为相关征收补偿权利人缺乏权利行使和救济的法律依据。在此现状下，司法作为立法滞后问题下有效的补充手段，正逐步通过判例、司法观点等多种方式在一定程度上进行补救，给予承租人一定行使独立补偿请求权的空间；但仅可在补偿决定作出后，征收人不按照补偿决定履行法定职责、义务或对于补偿决定中归属于承租人的相关补偿内容不服时通过行政诉讼手段行使。

《国有土地上房屋征收与补偿条例》施行距今已过十余年，十多年间社会变迁程度、经营性房屋租赁模式普及、便利程度已然大不相同，相应城镇及乡村经济情况也早已日新月异。因此，在征收拆迁法律规范体系下赋予承租人以当事人的法律地位，对于城市更新工作中征收的效率以及相关主体的保护均将具有十分重要的意义。



债权人对部分连带债务人免除债务的情形与效果 ——兼谈对《民法典》第五百二十条第二款的¹理解

WINCON
LEGAL
INSIGHT



王济晓

青岛仲裁委员会仲裁员，曾获“青岛市优秀律师”称号，荣立个人三等功一次。主要从事公司、工程建设、刑事等法律事务，在公司治理、施工合同、融资担保等领域具有丰富的诉讼经验，尤其擅长企业综合性法律顾问事务。



陈荟敏

业务方向主要为民办非企业单位改制、移民方案设计等非诉案件及劳动争议、合同纠纷等诉讼案件。

《民法典》第五百二十条第二款规定：“部分连带债务人的债务被债权人免除的，在该连带债务人应当承担的份额范围内，其他债务人对债权人的债务消灭。”

对于上述规定，司法实务中对如何认定“部分连带债务人的债务被债权人免除”，如何确定“连带债务人应当承担的份额范围”，存在不同认识与做法。

本文拟结合裁判案例，对此予以讨论。

一、债权人免除部分连带债务人债务的情形与效力

(一) 债权人向部分连带债务人出具书面文件, 明确表示免除该债务人的债务

债务免除是债权人放弃债权的单独行为, 是债归于消灭的原因之一, 但与履行、抵销、提存等债务人以积极行为实现债权进而终止债权债务关系不同, 债务免除是债权人的积极行为[1], 需要债权人有明确的意思表示, 且意思表示应当是真实的。

例如, 在(2022)赣10民终1495号案[2]中, 虽然原告(债权人)向被告张水华(连带债务人之一)出具了书面的收条: “收到张水华江邑鱼羊馆(4月-5月份)青菜款4000元正, 今后与张水华无任何关系。”但法院认为: 原告的真实意思并不是免除两被告未足额支付的尚欠蔬菜价款, 而是基于两被告已经对债务承担份额进行分配的错误认识, 才向被告张水华出具上述收条。事实上, 两被告(连带债务人)并未就债务分配达成一致, 因此债权人出具收条的意思表示不真实, 不能认定原告免除了两被告的债务。

(二) 债权人在庭审中明确表示不向某债务人主张债权的, 可以认定为免除债务; 但债权人未起诉或撤回对某债务人的起诉, 并不意味着免除债务

1. 债权人在庭审中明确表示不向某债务人主张债权的情形

(1) 有案例认为, 债权人在庭审中明确表示不向某债务人主张债权, 是对自身权利的处分, 可以认定为免除债务。

债权人起诉部分或全部连带债务人后, 又在庭审中明确表示不对某债务人(被告之一)主张权利。债权人可能自认为并未免除部分债务人的债务, 因为根据《民法典》第一百七十八条规定, 债权人有权选择部分债务人承担责任, 因此, 在庭审中放弃对某债务人的诉求, 放弃某债务人在本案中的还款责任, 并不等同于免除债

务人的债务。但法院认为该行为系债权人在实体程序中明确处分自己权利的行为, 债权人在诉讼过程中明确表示不向某债务人主张债权, 发生债务免除的效力, 且效力及于其他债务人[3]。

(2) 被免除债务的债务人应当承担的责任份额范围的确定。

在上述债权人免除债务的情形下, 假设某债权人对两个连带债务人享有100万元债权, 二连带债务人并未约定责任份额, 也难以认定责任大小, 此时债权人免除某债务人债务的行为对另一债务人的效果, 不同法院有不同的裁判观点:

A. 有法院认为, 债权人放弃对某连带债务人的债务, 另一债务人的债务也一同消灭[4]。

B. 另有法院认为, 根据《民法典》第一百七十八条第二款规定, 二连带债务人平均承担责任, 即每人承担50万元的份额, 债权人免除某连带债务人债务, 则另一债务人在50万元的范围内免责[5]。

2. 债权人未起诉或撤回对某债务人的起诉, 并不意味着债务的免除

债权人起诉全部债务人后, 又在庭审中明确表示不向某债务人主张债权, 亦即放弃追究某债务人的还款责任, 这是债权人以明示方式对自身权利的处分, 产生债务免除的法律效果。但债权人未起诉部分债务人, 或起诉后又撤回对某债务人的起诉, 则并不意味着免除该债务人的债务, 理由是, 起诉或撤诉是债权人的程序性权利, 对程序性权利的处分不等于对实体权利的处分。

(三) 债权人未在保证期间内向保证人主张保证责任, 保证人得以免除保证责任的情形

在(2021)鲁14民终657号案[6]中, 债权人未在保证期间内向保证人之一主张保证责任, 法院认定该保证人的保证责任得以免除, 其他保证人在该保证人债务免除范围外承担保证责任。

但在(2021)鲁14民终3061号案[7]中,债权人未在保证期间内向保证人之一主张保证责任,法院认定该保证人的保证责任得以免除,但其他保证人仍需对全部债权承担保证责任。

《中华人民共和国民法典有关担保制度的解释》第二十九条第二款规定,“同一债务有两个以上保证人,保证人之间相互有追偿权,债权人未在保证期间内依法向部分保证人行使权利,导致其他保证人在承担保证责任后丧失追偿权,其他保证人主张在其不能追偿的范围内免除保证责任的,人民法院应予支持。”据此,前引(2021)鲁14民终657号案的观点应当是正确的。

(四)债权人与某债务人达成调解协议,免除该债务人的部分债务的情形;债权人与某债务人达成执行和解协议并履行完毕,免除该债务人部分债务的情形

1.如债权人与某债务人达成调解协议,可以认定为债权人免除了该债务人的部分债务,该行为依法具有涉他效力

在(2021)沪0107民初14055号案中,债权人与某债务人达成调解协议,约定免除该债务人的部分债务,因此,其他连带债务人对债权人的债务在该免除范围内同等消灭[8]。

2.债权人与某债务人达成执行和解协议并已履行完毕,债权人免除该债务人的部分债务,不产生同时免除其他被执行人债务的效果

在(2021)最高法执监26号案中,债权人与债务人之一达成执行和解协议并履行完毕,免除了该债务人的部分债务,法院认为此举不能产生免除其他被执行人债务的效果。对此,湖北高院及最高院给出了如下理由:

- (1) 执行过程中的行为不涉及民事责任的划分。
- (2) 达成执行和解是对生效判决的执行方式,不是对实体权利的重新处分。

(3) 债务人之一承担保证责任后,还有权向其他债务人追偿。

上述理由(1),执行过程中不涉及民事责任的划分,言之有理。债权人是否免除债务人的债务,该免除行为对其他债务人有何影响的问题,应当在诉讼程序中解决,而非在执行程序中解决。

上述理由(3),债务人之一承担保证责任后,还有权向其他债务人追偿,则值得讨论。《民法典》第五百二十条之所以规定“在该连带债务人应当承担的份额范围内,其他连带债务人对债权人的债务消灭”,是为了避免债权人与连带债务人之间产生循环、复杂的法律问题,甚至产生不公平的法律后果。如下例:

若债权人A对连带债务人B和C享有100万元债权,债权人A免除B的债务(50万元)后,若C仍需要承担全部100万元责任,则C承担责任后有权向B追偿,然而,在A已经明确免除B的债务的情形下,若B因为C的追偿,而向C支付50万元,则A对B的债务免除行为将毫无意义;若B以其债务已经被A免除来对抗C的追偿权,则会对C产生不公平的结果,因为,其本应承担的债务份额为50万元,但却超份额向A清偿,且无法追偿。

本案中,若债权人与债务人之一达成执行和解协议并履行完毕,不产生免除其他被执行人债务的效果,若其他被执行人向债权人履行债务,根据最高院的观点,其还可以向达成执行和解协议的债务人追偿,如此,债权人与某债务人达成的执行和解协议将失去意义。因此,上述理由(3)值得商榷。

(五)破产案件中,债权人明知应当申报债权却未申报,也未通知担保人申报债权的情形

1.债权人明知应当申报债权却未申报,也没有通知担保人申报债权,应视为其免除了破产企业的债务,该债务免除对担保人发生效力

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典

>有关担保制度的解释》第二十四条规定，“债权人知道或者应当知道债务人破产，既未申报债权也未通知担保人，致使担保人不能预先行使追偿权的，担保人就该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除担保责任，但是担保人因自身过错未行使追偿权的除外。”

《上海市浦东新区完善市场化法治化企业破产制度若干规定》（2022.1.1）第六条第二款规定，“破产重整案件的已知债权人收到债权申报书面通知和失权后果告知后，无正当理由未在人民法院确定的期限内申报债权的，视为放弃债权，债务人不再向该债权人承担清偿责任”。

据上引规定，债权人未申报破产债权，满足一定条件时，视为放弃债权，即相应免除了破产债务人的债务。

需要满足的条件是：

- （1）债权人知道或应当知道债务人破产（如债权人收到了债权申报通知书）；
- （2）债权人无正当理由未申报债权，也未通知担保人申报债权。

满足上述条件时，视为债权人放弃了对破产债务人的债权，相当于债权人免除了破产债务人的债务。该免除行为的法律效果是：担保人就该债权在破产程序中可能受偿的范围内免除担保责任。

2. 债权人未按规定申报债权不产生债务免除的效果，重整计划中债权人对主债务人作出的债务减免，并不适用于保证人

（1）债权人未按规定申报债权不产生债务免除的效果。

《企业破产法》第92条规定，“经人民法院裁定批准的重整计划，对债务人和全体债权人均有约束力。债权人未依照本法规定申报债权的，在重整计划执行期间

不得行使权利；在重整计划执行完毕后，可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利。债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受重整计划的影响。”

根据该规定，债权人未按规定申报债权，并不意味着免除破产债务人的债务，只是在重整计划执行期间不能行使权利；重整计划执行完毕后，仍然可以行使权利。换言之，债权人并没有免除破产债务人的债务，其他连带责任人的债务自然也不存在免除问题。

（2）重整计划中债权人对主债务人作出的债务减免，不适用于保证人。

（2020）最高法民申1676号案认为：重整计划中债权人对主债务人作出的债务减免，并不适用于保证人。

“债权人设立担保旨在使债务人的保证人和其他连带债务人在债务人无力清偿，尤其是破产时承担责任。如因债权人在重整计划中不得已减免债务人的部分债务、变更清偿条件，便相应减轻保证人和其他连带债务人的责任，这与设立担保的宗旨相违背……《中华人民共和国企业破产法》第九十二条第三款规定：‘债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受重整计划的影响’，即不因重整计划中对债权人的债权数额、清偿条件的调整而受到影响，仍应按照原有数额和条件进行清偿，该重整计划的效力不及于债务人的保证人和其他连带债务人，其不能以重整计划来对抗债权人的权利主张。”

二、总结与归纳

综合上述，对《民法典》第五百二十条规定的“部分连带债务人的债务被债权人免除”的情形可作如下归纳：

1. 债权人向部分连带债务人出具书面文件，明确表示免除该债务人的债务的，是债务免除；

2. 债权人在庭审中明确表示不向某债务人主张债权，可认定为债务免除；

3. 债权人未在保证期间内向某保证人主张保证责任，该保证人保证责任免除，其他保证人在债务免除范围外承担保证责任；

4. 债权人与某债务人达成调解协议，免除债务人部分债务，其他连带债务人对债权人的债务在该免除范围内同等消灭；

5. 债权人明知应当申报债权却未申报债权，也没有通知担保人申报债权，视为债权人免除了破产债务人的债务，该债务免除对担保人发生效力。

以下情形不能被认定为债务免除：

1. 债权人未起诉某连带债务人或起诉某连带债务人后又撤回起诉；

2. 债权人未按规定申报债权，不能被认定为债务免除；

3. 债权人与某债务人达成执行和解协议并已履行完毕，虽然免除了某债务人的部分债务，但并不具有涉他效力，不产生免除其他被执行人债务的效果。

对于民法典第五百二十条第二款中“该连带债务人应当承担的份额范围”一语，实践中存在不同的理解。为避免债权人与连带债务人之间产生循环、复杂的法律问题，平衡债权人与其他连带债务人的利益，此处的“份额范围”应依据《民法典》第一百七十八条第二款“连带责任人的责任份额根据各自责任大小确定；难以确定责任大小的，平均承担责任”之规定予以确定。

【注释】

[1]上海市普陀区人民法院（2021）沪0107民初14055号

[2]江西省抚州市中级人民法院（2022）赣10民终1495号

[3]上海市普陀区人民法院（2021）沪0107民初14055号

[4]广东清远市中级人民法院（2022）粤18民终2011号

[5]潍坊市潍城区人民法院（2021）鲁0702民初2036号

[6]山东省德州市中级人民法院（2021）鲁14民终657号

[7]山东省德州市中级人民法院（2021）鲁14民终3061号

[8]上海市普陀区人民法院（2021）沪0107民初14055号

股东如何抗辩怠于履行清算义务的连带清偿责任

WINCON
LEGAL
INSIGHT



马洁

主要从事公司、房地产与建设工程、合同等相关领域民商事诉讼业务，擅长办理疑难、复杂的民商事诉讼案件。同时处理企业破产重整、清算及公司常年法律顾问等相关法律事务。



王佳佳

毕业于伦敦政治经济学院、华东政法大学。专业领域为民商事诉讼案件及部分非诉类业务，所涉领域包括合同纠纷、公司治理、建筑工程、股权投资融资等。

《公司法司法解释（二）》第18条第2款规定的是公司的清算义务人怠于履行清算义务对债权人的连带清偿责任，具体来说，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人可主张其对公司债务承担连带清偿责任。笔者在本文中，以有限责任公司为例，对该款规定在司法实践中股东可主张的抗辩事由展开讨论。

一、问题提出

大量公司解散后应当清算而不清算，甚至故意借解散之机逃废债务，严重损害债权人利益并危害社会经济秩序。《公司法司法解释（二）》第18条对清算义务人及其应清算而不清算的民事责任进行界定，旨在强化清算义务人依法清算的法律责任，建立一个健康、有序的法人退出机制。

实践中出现了一些职业债权人，从其他债权人处大批量超低价收购“僵尸企业”的“陈年旧账”后，对批量“僵尸企业”提起强制清算之诉，在获得人民法院对公司主要财产、账册、重要文件等灭失的认定后，请求有限责任公司的股东对公司债务承担连带清偿责任。在此种情况下，如果没有“怠于履行义务”的小股东或者虽“怠于履行义务”，但与公司主要财产、账册、重要文件等灭失没有因果关系的小股东对公司债务承担远远超过其出资额的责任，小股东会呈现利益明显失衡的现象。

因此，在股东抗辩因怠于履行清算义务而面临承担连带清偿责任的时候，股东应当着重考虑本条的限制性规定等抗辩事由，以正确适用本条规定，避免自身利益失衡情形的出现。

二、股东的主要抗辩事由

（一）不构成“怠于履行清算义务”的免责事由

根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称“《九民纪要》”）第14条的规定，“怠于履行清算义务”是指有限责任公司的股东在法定清算事由出现后，在能够履行清算义务的情况下，故意拖延、拒绝履行清算义务，或者因过失导致无法进行清算的消极行为。司法实践中，如果债权人举证公司未依据《公司法》第183条的规定，未在解散事由出现起十五日内组成清算组对公司及时进行清算，法院一般会认定债权人尽到了初步举证义务，公司“怠于履行清算义务”的侵权行为成立。

在上述情况下，如果股东想要免除承担对债权人的损害赔偿，根据《九民纪要》第14条，股东可以举证证明其已经为履行清算义务采取了积极措施；或者小股东举证证明其既不是公司董事会或者监事会成员，也没有选

派人员担任该机关成员，且从未参与公司经营管理。

司法实践中，法院不会仅因为股东占股比例低而直接免除其连带清偿责任，通常会根据上述规定中的免责事由进行综合的考量，股东也可结合自身情形进行综合抗辩。首先，股东可举证证明自己曾为履行清算义务采取了积极措施，例如向其他股东提议或积极组织进行清算，或在清算程序中妥善保管公司的财产和资料等；或者抗辩曾积极委托相关机构推进清算事宜，例如已委托审计机构、律师事务所进行相关工作，如（2020）京01民终1404号案。其次，股东可抗辩作为公司小股东，并非公司董事会或监事会成员，也未选派人员担任该机关成员，且从未参与公司经营管理、未管理公司账册文件等，如（2020）最高法民申5659号案。

（二）不构成“无法清算”的损害后果

从举证责任分配角度，债权人需要举证证明公司主要财产、账册、重要文件等灭失，公司无法进行清算。但是在司法实践中，债权人是公司的局外人，难以掌握公司内部是否具备清算的条件，损害后果的举证责任分配在实践中有所争议。

部分法院认为债权人仅负有初步的举证责任，例如举证有对公司的终结本次执行裁定以认定公司不存在可供执行财产，后举证责任转移，股东承担证明公司能够清算或者公司在清算前就无可供执行财产的举证责任。《山东省高级人民法院民二庭关于审理公司纠纷案件若干问题的解答》中第14条载明：从平衡双方当事人利益的角度考虑，可以先由债权人提供初步证据，例如公司被吊销营业执照多年且无人管理，人民法院已作出公司无财产可供执行的民事裁定书等，再由公司股东举证进行抗辩，例如提供公司账册，或者有证据证明公司无财产可供执行的现状并非怠于清算所致，而是在公司吊销之前已无财产等。如果公司股东无法举证公司在事实上可以进行清算，则应对公司债务承担连带清偿责任。

部分法院认为，债权人申请强制清算为要求股东承担怠于履行清算义务的前提条件。例如在（2020）最高法民申2293号案中，最高人民法院认为公司解散后未自行清算，债权人亦未申请法院进行强制清算，因此公司是否无法清算的事实无法确定，所以债权人要求公

司股东对公司债务承担清算责任的前提条件并不存在。

（三）因果关系的抗辩事由

最高人民法院民事审判第二庭编著的《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》（下称“《九民纪要理解与适用》”）中认为，有的法院在适用《公司法司法解释（二）》第18条第2款时出现了一种结果论的倾向，即只要公司主要财产、账册、重要文件等灭失，公司无法清算，就认定有限责任公司的股东应当承担清算责任，而不考虑因果关系问题。因此司法实践中应当考虑因果关系问题，而关于因果关系的举证责任问题，实践中存在争议。

部分法院认为，债权人负有证明因果关系存在的举证责任，即债权人应当举证证明“公司股东怠于履行清算义务”的侵权行为与“公司无法清算致债权人利益受损”的后果之间具有因果关系。例如（2019）最高法民再172号案中，最高人民法院认为债权人应当提供充分证据证明公司不能清算与不能偿还债权人债务之间存在因果关系，否则债权人请求承担赔偿责任的诉讼请求会被驳回。

也有的法院认为可直接推定因果关系，后由股东进行抗辩。当法院已经认定股东怠于履行清算义务且公司无法进行清算的事实后，根据高度盖然性的证据规则，法院可推定二者之间具有因果关系，除非股东能够提供相关的证据证明两事实之间不存在因果关系。股东在因果关系层面存在的抗辩事由可大致分为三类：

一是股东怠于履行清算义务与公司财务账册丢失无法清算之间不存在因果关系。如果财产账册丢失是由于不可抗力或者是其他意外事件，则怠于履行清算义务与公司无法清算之间不存在因果关系。在（2020）京01民终1404号案中，法院认定公司的财务账目丢失并非股东的原因，而是因为相关管理人员多次变更调整、公司搬家导致账册下落不明、公司无法清算。

二是公司无法清算与公司债权人利益受损之间不存在因果关系，如果公司在清算之前已经不存在实际财产，则公司无法清算与债权人利益受损之间不存在因果关系。例如（2016）最高法民再37号案中，最高人民法

院认为公司如果在清算时已经没有偿债能力，公司未履行清算义务的行为与债权人的债权未得到清偿所致损失之间并无因果关系，股东不负有赔偿责任。

三是小股东的免责事由，如果公司的主要账册等文件不由小股东掌握，则小股东的行为与公司无法清算以及债权人利益受损之间不存在因果关系。《九民纪要理解与适用》中认为：如果小股东有证据证明，公司主要财产、账册、重要文件均由大股东及其所派人员掌握、控制，即使其“怠于履行义务”，也与“公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算”的结果无关。

三、诉讼时效问题

根据《九民纪要》第16条第2款和《民法典》第188条的规定，请求有限责任公司的股东对公司债务承担连带清偿责任的，诉讼时效期间自公司债权人知道或者应当知道公司无法进行清算之日起算三年内。

实践中对于“知道或者应当知道公司无法清算之日”的理解和适用存在一定的争议，有的法院认为应当自清算事由发生之日起第16日起计算，例如在（2018）最高法民申2137号案件中，最高人民法院认为诉讼时效应当自公司被吊销营业执照后等清算事由发生之日起第16日起算诉讼时效。

有的法院认为如经法院审查确实存在无法清算的情形，股东以诉讼时效进行抗辩的，股东应当举证证明债权人何时知道或者应当知道清算义务人怠于履行清算义务而导致公司无法清算的事实的时点起算诉讼时效。

《九民纪要理解与适用》中载明：公司债权人依据《公司法司法解释（二）》第18条第2款提起的诉讼，其权利受到损害的时间应当是“其知道或者应当知道公司主要财产、账册、重要文件灭失，无法进行清算之日”。

质证要点解析之一人公司审计报告

WINCON
LEGAL
INSIGHT



韩鹏

青岛市优秀律师、青岛市律师协会参与化解和代理涉法涉诉信访案件律师库遴选成员，主要业务领域为房地产与建设工程、商事诉讼、政府法律业务。



刘佳琳

主要从事民商事案件争议解决，为青岛市多家知名企业担任常年法律顾问，参与办理了多起重大复杂的民商事案件。

我国《公司法》第二十条第三款确立了公司人格否认制度，即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。由于一人有限责任公司特殊的股权结构及组织形式，股东和公司之间的联系更为紧密，易出现公司股东个人财产与公司财产发生混同的情况。因此，在司法实践中，如果债务人为一人有限责任公司，那么债权人往往会将其股东同时列为被告，要求其与公司承担连带赔偿责任。通常来讲，股东与公司共同承担连带责任对于债权人来说更为有利。

我国《公司法》第六十三条设置了一人有限责任公司举证责任倒置的规则。在诉讼中，一人有限责任公司的股东通常会提交公司的审计报告，以完成法条中科以的举证义务，来证明个人财产与公司财产相互独立。那么，审计报告是否当然能够证明公司财产和股东个人财产相互独立？债权人对于股东提交的《审计报告》如何进行有效质证？笔者通过梳理法律条文、检索相关判例，总结出对于一人有限责任公司《审计报告》的质证要点，以期更好地维护债权人的合法权益。

一、相关法律条文

1. 《中华人民共和国公司法》第二十条第三款

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。

2. 《中华人民共和国公司法》第六十二条

一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。

3. 《中华人民共和国公司法》第六十三条

一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

4. 《中华人民共和国会计法》第二十条第二款

财务会计报告由会计报表、会计报表附注和财务情况说明书组成。向不同的会计资料使用者提供的财务会计报告，其编制依据应当一致。有关法律、行政法规规定会计报表、会计报表附注和财务情况说明书须经注册会计师审计的，注册会计师及其所在的会计师事务所出具的审计报告应当随同财务会计报告一并提供。

5. 《企业会计准则——基本准则》第四十四条

财务会计报告是指企业对外提供的反映企业某一特定日期的财务状况和某一会计期间的经营成果、现金流量等会计信息的文件。

财务会计报告包括会计报表及其附注和其他应当在财务会计报告中披露的相关信息和资料。会计报表至少应当包括资产负债表、利润表、现金流量表等报表。

小企业编制的会计报表可以不包括现金流量表。

6. 《会计基础工作规范》第六十四条

各单位必须按照国家统一会计制度的规定，定期编制财务报告。

财务报告包括会计报表及其说明。会计报表包括会计报表主表、会计报表附表、会计报表附注。

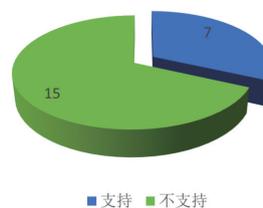
二、审计报告是否当然能够证明公司财产和股东个人财产相互独立？

(一) 大数据检索

笔者在alpha法律数据库中以关键词“财产独立”“一人有限责任公司”“审计报告”为关键词进行案例检索，截止2023年7月26日，搜索到最高院近三年的判例共22件。其中股东提交审计报告后，法院认定可以证明股东财产与公司财产独立的案件有7件；反之股东提交了审计报告，法院仍认定不足以证明财产相互独立的案件有15件，可见司法实践中对于《审计报告》的审查力度还是比较严苛的，即便提交了《审计报告》，也不当然能够证明财产独立。具体如下：

法院支持 (能够证明财产独立)	法院不支持 (不足以证明财产独立)
(2021)最高法民申5532号 (2022)最高法民终364号 (2021)最高法民申5102号 (2021)最高法民申7320号 (2020)最高法民终479号 (2021)最高法民终435号 (2020)最高法民申4272号	(2019)最高法知民终490号 (2020)最高法民终1240号 (2021)最高法知民终822号 (2020)最高法民申3767号 (2021)最高法民申1537号 (2021)最高法民申4084号 (2020)最高法民终727号 (2021)最高法民申4085号 (2021)最高法知民终1455号 (2020)最高法民申5902号 (2021)最高法民申1539号 (2020)最高法民申6901号 (2021)最高法执监527号 (2022)最高法知民终1249号 (2021)最高法知民终2298号

最高院近三年相关判例
裁判倾向



(二) 最高院认定“审计报告不足以证明公司财产与股东个人财产相互独立”的裁判观点

案号	主要裁判观点
(2022) 最高法知民终1249号	本案中，哆可梦公司虽提交了其及旭梅公司2018年至2020年审计报告、所得税汇算清缴报告、增值税纳税申报表、所得税纳税申报表等证据，以证明旭梅公司与哆可梦公司的财产相互独立，但其未能提交证据证明双方在2019年、2020年存在高额款项往来的事实依据。同时考虑哆可梦公司确认应由旭梅公司完成涉案游戏分成款对账、发票等事务，但实际由哆可梦公司职员焦丽完成的情形，原审判决认定现有证据不足以排除旭梅公司与哆可梦公司财产混同的情形，并据此认定哆可梦公司对于旭梅公司的涉案债务承担连带清偿责任，并无不当。
(2019) 最高法民终203号	冀东公司、瑞丰公司在一审中提供了验资报告和审计报告，虽可以证明工商注册或者变更登记时公司的出资等客观情况，但不能证明瑞丰公司的财产独立于冀东公司的财产。本案二审期间，冀东公司提交了瑞丰公司年度审计报告、会计报表、人员结构和经营合同，审计报告系瑞丰公司单方委托进行审计，审计报告显示瑞丰公司财务报表按照企业会计准则的规定编制，公允反映了公司2015年度和2017年度的经营成果和现金流量等企业基本情况，但不能证明冀东公司财产独立于瑞丰公司财产。公司的会计报表、人员结构和经营合同，可以表明公司具有法人资格并对外独立从事经营活动，但无法证明其财产与股东财产相互独立。对于上述证据，本院不予采信。一审法院认定冀东公司对瑞丰公司的债务承担连带责任，并无不当。
(2021) 最高法民申1539号	万合置业公司原审提交的年报审计报告系在本案诉讼期间形成，并非万合置业公司在运营过程中依《中华人民共和国公司法》第六十二条关于“一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计”之规定进行的正常年度审计，不能客观真实地反映公司财务状况，无法证明万合置业公司与中州桂冠公司的财产相互独立。
(2020) 最高法民申5902号	韵建明未提供2017年度的审计报告和财务账册违反了法律的强制性规定，其认为2017年变更登记后至年底仅有三个月的时间，不是完整的会计年度且公司没有产生业务，可不提供2017年度的审计报告和财务账册的理由不能成立。山西财信会计师事务所出具的《审计报告》并不能反映明兴发公司2017年的财务情况，韵建明也没有提交明兴发公司的财务账册，国泰公司多次向韵建明账户打入款项的事实也未在《审计报告》中反映，因此，《审计报告》依据的财务资料的真实性存疑，不宜作为定案依据。
(2020) 最高法民申3767号	根据一审查明的事实，自大润公司变更为由张英正一人持股的一人有限责任公司后，张英正个人账户与大润公司账户之间进行频繁转账，如大润公司进账后很快向张英正转账，而大润公司对外支出则先从张英正个人账户转入大润公司账户。此外，本应由大润公司收取的租金，也由大润公司众多租户直接汇入张英正个人银行账户。上述事实表明，张英正与大润公司财产事实上已经无法区分。（2017）济仲裁字第1248号案件仲裁期间，张英正将其持有的大润公司全部股权转让给其母原春华，张英正、原春华提交的《破产审计报告》《审计报告》系张英正、原春华单方委托作出，且上述审计报告并非依据《公司法》第六十二条规定的一人有限公司应当于每一会计年度终了时依法进行的专门审计，一、二审判决认定《破产审计报告》《审计报告》不能客观反映大润公司财务状况，张英正、原春华未能提交有效证据证明其二人的个人财产与大润公司财产相互独立，故对张英正、原春华的诉讼请求不予支持，并无不当。
(2020) 最高法民终1240号	本案中，庞华虽提交了会计师事务所出具的华洋公司审计报告等证据材料已证明公司财产独立，但根据本院二审查明的事实，以上审计报告对可通过公开查询获知的案涉执行债务都没有纳入华洋公司的资产负债表，存在明显的审计失败情形，依法不能采信。华洋公司成为一人有限公司后，违反公司法第六十二条的规定，没有在每一会计年度终了时编制财务会计报告并经会计师事务所审计。以上审计失败情形的发生，已足以表明公司财务管理混乱，庞华作为公司唯一股东，应当承担公司财产混同的不利后果。另外，本院作出的（2015）民一终字第13号民事判决书亦指出，庞华控制的华洋公司和九顶峰公司亦存在财产混同，因而准许就华洋公司的案涉债务对九顶峰公司名下财产进行执行，以上事实足以证明庞华滥用公司法人独立地位逃避债务。
(2019) 最高法民申4435号	一人有限责任公司存在未依法进行年度财会审计情况，即违反了法律规定的强制性义务，足以令人对其股东的个人财产是否独立于公司财产形成合理怀疑。证明一人有限责任公司的股东财产是否与公司财产相互独立的责任在于公司股东，不属于司法鉴定或审计的范围，法院对当事人提出的该项鉴定或审计申请不予准许，并无不当。
(2021) 最高法知民终822号	本案中，盖力游公司作为一人有限公司，未在每一会计年度终了时编制财务会计报告并经会计师事务所审计，而是在淘进公司的关联公司催要预付分成款后就2017年1月至2019年6月一并进行审计，盖力游公司的财务管理违反了《中华人民共和国公司法》第六十二条的规定。盖力游公司提交的会计师事务所出具的涉案审计报告虽然记载公司财产独立，但是为盖力游公司出具财务报表的会计师事务所与对上述财务报表进行审计的会计师事务所同一，该审计机构在该次审计中的独立性存疑。并且，该审计报告记载的内容系对2017年1月至2019年6月资产负债表等相关财务报表的审计，但是审计报告中仅附有2019年盖力游公司的财务报表，而没有该公司2017年、2018年的财务报表，从中不能审查认定审计报告的内容是否与财务报表相符。盖力游公司按照涉案协议获得淘进公司支付的160万元预付分成款在财务报表及审计报告中均未见记载。根据涉案审计报告记载，盖力游公司应付范志勇4300元，但范志勇未提供相关财务凭证以及其拟取得该款项的合法依据，亦未向法院作出合理说明。范志勇提供的涉案审计报告存在明显的审计缺陷。综合以上事实，范志勇不能根据《中华人民共和国公司法》第六十三条的规定举证证明其个人财产与公司财产独立，原审法院判决其对盖力游公司的涉案债务承担连带清偿责任并无不当。

(三) 各地法院认定“审计报告不足以证明公司财产与股东个人财产相互独立”的裁判观点

案号	主要裁判观点
(2021)鲁民终1207号 山东省高级人民法院	天宝港务公司和天宝化工公司未能提供天宝港务公司的每一会计年度财务会计报告和审计报告，其提供的《审计报告》是根据会计报表和相关资料进行的审计，该审计报告反映天宝港务公司经营成果和现金流量等企业基本情况，但不能证明天宝化工公司财产独立于天宝港务公司财产。公司的会计报表、人员结构和经营合同，可以表明公司具有法人资格并对外独立从事经营活动，但无法证明其财产与股东财产独立。对于该证据，本院不予采信。一审法院认定天宝化工公司对天宝港务公司债务承担连带责任并无不当，天宝化工公司对于其不应承担连带责任的主张，依据不足，本院不予支持。
(2020)沪01民终11655号 上海市第一中级人民法院	王某清是勤垵公司于本案交易存续期间的唯一股东、法定代表人。后勤垵公司还发生了注册资本的减资、唯一股东的变更（诉讼期间）等法律事实，上述行为均是在王某清的实际控制下完成的，此举显然没有正当充分的理由。同时，勤垵公司在本案涉讼后，提交了公司一个会计年度的审计报告，但该报告的不完整、不准确是显而易见的，不能充分证实勤垵公司与其唯一股东的财产的独立性。
(2023)鲁02民终5284号 青岛市中级人民法院	本案中，懒猫公司提交了其公司2020年至2022年的《审计报告》，但上述报告均是在本案诉讼期间进行审计，违反了公司法关于一人公司应当每年度编制财务会计报告并经会计师事务所审计的规定，明显属于应对诉讼而为。懒猫公司上述行为证明其公司在财务管理上存在漏洞，补做的审计报告证明力不足以达到“充分、确定”的程度，不足以完成其举证责任。懒猫公司提交的专项审计报告中，虽然其结论是未发现懒猫公司与杜周之间存在财产混同的情形，但该报告是懒猫公司单方委托，审计的依据是懒猫公司单方提供，且该报告的形成时间早于后补的年度审计报告，在没有年度审计的情况下，仅凭懒猫公司自己提供的材料便做出审计结论，对此本院不予采信。懒猫公司提交的证据不足以证明公司财产与股东财产相互独立，应承担举证不能的责任。

(四) 裁判思路梳理

通过研读最高法院及相关地方法院的裁判案例，可以看出法院认为“审计报告不足以证明公司财产和股东个人财产相互独立”的裁判思路如下：

1.一人有限责任公司是否违反了每一会计年度编制财务会计报告并经会计师事务所审计的强制性规范；

2.一人有限责任公司提供的审计报告的形式是否符合《公司法》第六十二条的规定；

3.诉讼过程中形成的《审计报告》，不能排除其是为了本次诉讼而制作的嫌疑；

4.《审计报告》中记载的内容是否准确以及最终的审计结论是否客观，是否存在明显的审计错误；

5.公司是否建立了独立规范的财务制度，相关财务报表是否符合会计准则，财务支付凭证是否明晰；

6.审计机构是否具有审计独立性。

三、对于《审计报告》的质证要点

对于《审计报告》的质证角度可以分为两个方面：第一是针对《审计报告》的形式方面是否符合法律规定；第二是针对《审计报告》的审计内容是否有明显的审计错误。

(一) 《审计报告》的形式方面

我国《公司法》第六十二条规定：“一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计。”由此可见，《审计报告》必须符合以下法定形式，即每一会计年度编制+财务会计报告+需经会计师事务所审计=符合法定形式的审计报告。因此，债权人在对《审计报告》进行质证时可以从以下几个角度进行：

1.看形成时间：股东提交的《审计报告》的时间是否贯穿股东担任一人有限责任公司股东的全部期间；《审计报告》的形成时间是否集中在诉讼前后；针对专项审计股东财产是否独立的《专项审计报告》的形成时间是否在《财务会计审计报告》之后，若《专项审计报告》的形成时间早于《财务会计审计报告》，则证明力较低。

2.看报告名称：股东提交的《审计报告》中的审计对象是否为财务会计报告；如果是专项审计报告、往来款审计报告、年度审计报告、税务审计报告等均不具有证明效力。

3.看审计机构：出具财务报表的会计师事务所与对上述财务报表进行审计的会计师事务所是否为同一个，若审计机构相同则审计缺乏独立性。

4.看审计对象：审计的对象是否完整；股东提交的《审计报告》应当是对财务会计报告的审计，财务会计报告应当包含会计报表、会计报表附注和财务情况说明书等内容，具体内容如下：

名称	应当包含的内容
会计报表	(1) 资产负债表;
	(2) 利润及利润分配表;
	(3) 现金流量表;
	(4) 其他附表。
会计报表附注	(1) 不符合会计核算基本前提的说明;
	(2) 重要会计政策和会计估计的说明;
	(3) 重要会计政策和会计估计变更的说明;
	(4) 或有事项和资产负债表日后事项的说明;
	(5) 关联方关系及其交易的披露;
	(6) 重要资产转让及其出售的说明;
	(7) 企业合并、分立的说明;
	(8) 会计报表中重要项目的说明;
	(9) 合并会计报表的说明
	(10) 有助于理解和分析会计报表需要说明的其它事项。
财务情况说明书	(1) 经营情况说明;
	(2) 利润完成情况;
	(3) 资金周转情况;
	(4) 预算执行情况;
	(5) 经营相对价值指标评价
	(6) 经营的主要风险
	(7) 其他影响公司效益和财务状况较大的项目和重大事件说明。

(二) 《审计报告》的内容方面

《审计报告》本质上是一种书证，是为了达到公司与股东财产相独立的证明目的，因此法院在判断该书证的采信度时，往往会结合审计报告的内容来认定，即《审计报告》的内容是否存在明显的审计错误以及审计的最终结论是否明晰。

1. 《审计报告》的内容是否存在明显的审计错误：《审计报告》中对涉案债权债务或是可以公开查询的涉诉案件是否有体现；《审计报告》中记载的盈亏和工商部门中可查询的材料是否相符；会计报表各项目之间对应关系的数字是否一致；对于《审计报告》中公司与股东个人资金往来是否有财务凭证，股东是否能够作出合理解释等方面进行质证。

2. 《审计报告》的最终结论是否明晰：若《审计报告》的结论为“因无法获得、充分的审计证据作为对附表的财务报表发表审计意见”、否定意见或保留意见等，此时就要进一步考虑据以审计的基础证据的真实性、合法性、关联性。对此，主要从公司是否建立了独立规范的财务制度，相关财务报表是否符合会计准则，财务支付凭证是否明晰等方面入手。【详见（2020）沪01民终11655号案】

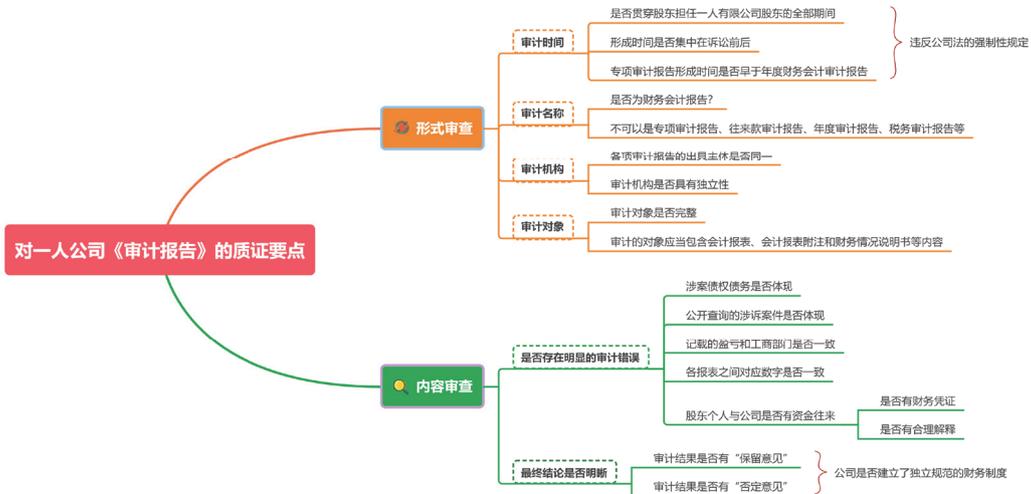
综上，关于质证要点的思维导图梳理见文后附图。

四、结语

由于一人有限责任公司的特殊性，一人有限责任公司的股东容易利用控制公司的便利，混淆股东个人财产和公司财产，将公司财产充作私用，同时利用公司独立人格和有限责任规避债务，损害债权人利益。这也是我国法律设立公司人格否认制度和年度法定审计制度的原因所在，即通过年度法定审计制度和公司人格否认举证责任倒置来加重公司和股东义务，加强对一人有限责任公司的法律规制。

对于一人有限责任公司及其股东而言，应当建立规范的财务制度，并严格按照《公司法》第六十二条的规定每一会计年度进行审计，为增加《审计报告》在诉讼中的证明力度，应将股东与公司之间的资金往来和财产走向在审计报告中体现，公允反映公司和股东之间的财务往来。

对于债权人来说，在诉讼中针对一人有限公司及其股东所提交的《审计报告》应当从形式瑕疵和内容错误两方面进行质证。此外，还可以向法院申请调取公司与股东之间的资金往来的银行流水；或查找一人有限责任公司与该股东财产混同的另案生效判决等，来证明一人有限责任公司与股东财产混同，以维护自身的合法权益。



管理人对职工债权审查认定的工作思路

WINCON
LEGAL
INSIGHT



李淑英

主要从事破产、重组、清算业务；劳动争议法律事务疑难、复杂案件。精研劳动法的相关法律、法规、政策。日照市首届十佳女律师，三八红旗手，日照市优秀律师，日照市破产与重组委员会委员，日照市破产法学研究会常务理事。

企业破产与重整程序中，管理人对职工债权审查认定后，能否给企业职工一个满意的安置方案，对于该企业能否顺利推进企业破产与重整程序，维护社会稳定至关重要。管理人如何对职工债权进行审查认定是化解矛盾、妥善安置职工的关键。

一、管理人审查确认职工债权的法律依据

《企业破产法》第四十八条第二款：债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、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补偿金，不必申报，由管理人调查后列出清单并予以公示。职工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。破产法全文共一百三十六条，只有这一条规定了职工债权的审查确认程序。

每一起破产与重整案件，管理人都需审查确认每名职工的职工债权，律师的工作量相当于审理了几十甚至上百起劳动争议案件。同类的，有金额差别；不同类的，有支付项目的差别。在此程序中律师身兼数职，作

为职工代理人调查取证，主张权利；作为“法官”，根据事实与证据，法律依据居中裁判，公示职工债权金额；对公示有异议的，化身调解员解释释法；职工起诉的，化身债务人律师，代理债务人应诉。

职工债权涉及众多职工权益，处理不好，很容易引发群体性事件、涉访、涉诉纷争。但职工债权最终呈现出来的是职工债权公示表等几个简单的电子表格。但表格中的每个数据，无一不渗透律师的专业思维和对大量事实和证据的筛选审查。管理人精湛的业务水平和对职工负责的态度至关重要。

二、管理人接收债务人职工债权资料的范围

《企业破产法》第八条规定：债务人提出申请的，还应当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、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。第十一条规定：债权人提出申请的，人民法院应当自裁定作出之日起五日内送达债务人。债务人应当自裁定送达之日起十五日内，向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。但一般情况下，债务人准备的资料都不全面、不够真实。

管理人与债务人交接时，为全面审查确认职工债权，管理人应要求债务人提供更准确的原始资料。应要求债务人提交债务人职工名册、档案、债务人账务清册、劳动合同、工资发放记录、考勤记录、审计报告、社会保险缴纳记录、住房公积金缴纳记录、法院判决书、劳动仲裁裁决书、职工死亡、伤残等资料。

三、管理人需沟通协调的政府职能部门

管理人可以向人力资源和社会保障局、医保局、税务局、劳动监察机构、劳动仲裁机构、各级法院、住房公积金管理机构、欠薪保障基金管理机构的调查债务人职工债权情况。调查核实职工的五项社会保险费的核算和缴纳、债务人欠缴的社保费、拖欠工资、经济补偿金、拖欠公积金、赔偿金、各种行政罚款等情况。

在跟相关部门沟通协调时，管理人需携带法院受理

债务人破产的民事裁定书、法院指定债务人管理人决定书、管理人成员律师的律师执业证，向相关部门出具需协助调查内容的函件。

四、管理人需沟通协调的债务人相关人员

管理人与债务人交接后，需要与债务人法定代表人、董事、监事、高级管理人员、工会主席、职工代表、人力资源主管及直接负责的人员、会计、出纳等能协助管理人审查确认职工债权的相关人员对接。《企业破产法》第二十八条规定：管理人经人民法院许可，可以聘用必要的工作人员。管理人根据工作需要可聘用债务人的财务、保管、安保、人事、档案管理等人员作为管理人聘用的人员，协助管理人工作。管理人聘用人员采用书面形式并确定合理的聘用期限、劳务费等待遇报人民法院批准。

五、对于聘用人员管理，管理人需做以下工作：

1. 管理人需给聘用人员确定聘用期间的劳务费，可按月支付，也可按工作量支付，着重于调动该部分人员的工作积极性。

2. 给聘用人员树立受管理人聘用，必须听从管理人指挥的意识。自聘用之日起即给聘用人员讲明职工债权核算事宜受管理人管理，不受债务人原法定代表人及公司高管等的管理，亦不应受债务人职工同事情况面的影响。跟职工债权相关事宜具有审查决定权的只有管理人。

3. 给聘用人员树立依法、实事求是提供资料的意识。管理人审查确认职工债权的依据是债务人原始资料以及聘用人员给债权人反馈的各种信息。让聘用人员从思想上意识到应依法、实事求是的向管理人提供各种基础资料是其法定义务，弄虚作假是要负法律责任的。同时也传递给职工管理人依法、实事求是、公平、公正的工作态度。

4. 给聘用人员分配工作任务。管理人根据掌握的债务人企业情况、职工情况列出类别，让聘用人员按职工类别准备职工名单。因不同类别的职工对应的职工待遇是不一样的，分类有助于管理人迅速全面了解职工情

况，也有助于职工之间横向、纵向对比自己的职工待遇，更有利于突出管理人在对职工进行政策宣讲时的针对性。

六、职工债权分类审查认定的典型案例

1.担任全民所有制企业管理人

笔者担任某全民所有制企业破产管理人成员，因该企业停业时间、破产受理日、破产宣告日和支付职工债权安置时间跨度近20年之久。管理人综合考量后，根据相关时间节点，将职工分类为破产宣告前退休职工、破产宣告时在职职工、破产宣告后退休职工、破产宣告前解除劳动合同职工、破产宣告后办理终止劳动关系手续、存在其他特殊情况职工等几大类。各类职工对应的职工债权安置项目和计算依据类同，每类职工选出一名代表作为管理人聘用人员参与职工债权的核算，管理人给该聘用人员讲明职工债权核算的事实和法律依据，整个过程公开、透明。首先消除了职工对管理人弄虚作假、故意不给或少给职工安置项目和费用的误解，以点带面覆盖全部职工。其次使管理人迅速对每名职工的情况都能充分了解，沟通交流无障碍。

该类企业的破产，职工安置方案需国资部门审批，管理人需上传下达。作为职工和政府之间的桥梁和纽带，稍有不慎就会成为夹心饼。但在工作过程中，管理人只要坚持以事实为根据、以法律为准绳，同时做好与政府和职工的沟通交流，对职工债权的审查认定经得起推敲，最终也会成功化解社会矛盾，妥善安置职工。

2.担任有限公司管理人

笔者曾担任一有限公司破产管理人成员，该公司职工情况特别复杂。管理人根据该公司职工现状，按国企身份改制职工、公司成立后外聘人员（公司成立后从外地聘来的专业技术人员、公司高级管理人员）、在职职工（公司成立后在当地新招聘的普通职工）、待岗职工（公司停业期间发待岗生活费人员）、辞职人员（公司破产立案前已主动辞职人员）、合同到期解除人员（在破产立案前劳动合同已经到期人员）、退休职工（已办理退休手续和应办理退休手续职工）、假期劳务（公司放假期间提供劳务职工）、其他职工债权（因工死亡职

工待遇、非因工死亡职工待遇、生育待遇、停缴医保期间的职工医疗待遇、职工工伤待遇等）各类情况进行区分，分类制定职工安置方案。在该企业破产过程中，管理人将与职工安置相关的法律法规，编制成文字版，公示给职工，使职工明确了自己应得的安置项目和安置费用的计算依据。

公司宣告破产后，为避免职工医疗保险中断缴费，职工无法享受医疗保险待遇。管理人召开债权人委员会，经债委会表决同意，变卖部分破产企业财产优先为职工补缴了破产宣告前的社保费，并为职工办理了档案和社会保险转移手续，使职工尽快享受失业保险待遇。职工经济补偿等其他安置费用待企业破产财产全部处置完毕后一并清偿。既解决了职工的燃眉之急，又充分化解了社会矛盾，维护了社会稳定。

企业破产与重整过程中，因各企业职工情况不同，职工债权的审查认定工作思路也各不相同。笔者也仅是一己之见，不足之处，还望批评指正。

知识产权合规体系助力上合示范区创新发展

WINCON
LEGAL
INSIGHT



张政国

具有专利代理师资格证等证书，主要擅长供应链金融、公司法及知识产权等业务，熟悉企业涉税实务处理，在商事争议解决及财税筹划、知识产权等方面具有一定的经验。

一、针对上合示范区知识产权案件特点，着力构建事前合规保护体系

在上合示范区，国企、民企、跨国公司等各种企业类型丰富，既有管理风控体系相对完善的上市公司、大型国企，也有规模虽小但拥有自主创新能力和核心竞争力的“专精特新”企业。胶州市人民检察院先后出台《关于发挥检察职能依法服务保障上合示范区高质量发展的

本文荣获由山东大学检察理论研究中心主办、青岛市人民检察院承办、胶州市人民检察院协办的“2023上合示范区检察理论与实务研讨会”征文一等奖。因篇幅有限，本文内容稍有删减。

习近平总书记指出，创新是引领发展的第一动力，保护知识产权就是保护创新。[1]近年来，我国采取了一系列加大知识产权保护的措施，推出了《知识产权强国建设纲要（2021-2035年）》等纲领性文件，对我国知识产权未来发展进行了战略布局和规划。而且，“十四五”规划对知识产权保护进行着重描述，积极推动我国由知识产权大国向知识产权强国转变。党的二十大报告提出，“加强知识产权法治保障，形成支持全面创新的基础制度”，更是将知识产权保护提升到了新高度，彰显了党中央加大知识产权保护的决心和力度。

上合示范区作为习近平总书记在2018年上合组织青岛峰会上宣布的国家战略，旨在打造“一带一路”国际合作新平台，承担着青岛打造长江以北地区国家纵深开放新的重要战略支点，推动形成中国高水平对外开放新格局的国家使命。[2]作为保护创新的重要抓手之一，上合示范区各级党政机关、企事业单位高度重视知识产权保护，积极响应国家战略方针，强化知识产权全链条保护，整合知识产权行政和司法资源，着力构建知识产权合规体系，为企业营造良好的营商环境。现笔者从律师业务视角出发，以所在团队、单位等参与的涉知识产权民事、行政与刑事案件为例，阐述上合示范区在知识产权保护方面取得的显著成效。

工作方案》等文件，探索改进新形势下检察工作机制，积极深入企业进行法治宣讲，引导企业注重知识产权保护。[3]

经过长时期连续性的普法宣传，上合示范区内企业普遍高度重视知识产权保护，在各自阵地积极构建符合自身特点的合规保护体系。以笔者参与服务的某国企合规体系建设为例，该企业的主营业务涉及多项知识产权

客体，但是由于部门职能存在交叉，涉及知识产权的管理职责并不明确，未能配备专门的岗位员工管理。之前单纯依靠行政部门的垂直管理，通过行政命令等方式进行专项排查和梳理，在如今面临业务规模不断壮大，主营业务范围多元化的时代，知识产权管理缺失的问题已经凸显，影响了企业的健康发展。

该企业积极响应中央、省市的号召，着力通过构建合规管理体系来梳理系统性风险，理顺管理脉络、细化企业规章制度，确保企业依法合规运营。笔者所在的合规团队包括知识产权、民事、行政、刑事等方面的多名资深律师，通过跨部门重组形成有效专业力量，协助企业构建合规管理体系，将“对合规义务的主动遵守”融入企业的经营管理活动。团队通过深入排查企业存在的合规风险，评估合规风险等级，优化企业的日常流程管控，特别是进行知识产权领域的专项合规建设，针对著作权、商标、专利、商业秘密等客体，进行逐门逐类的系统登记，对日常的知识产权转让、许可合同等进行流程优化，同时设立知识产权合规专员，对可能涉及侵权的版权、文化创意等提前介入进行风险排查，设定知识产权领域的合规风险预警，同时衔接风控部门与法务部门，将可能涉诉的事件及时对接处理，避免发生合规风险。

知识产权是企业竞争力和核心要素，加强国有企业知识产权管理体系建设是高质量发展的迫切需求，是响应落实习近平总书记做大做强做优国有企业指示的重要抓手。[4]笔者所在团队通过长达半年的时间，为该国企构建了全方位的合规管理体系，重点进行了知识产权专项合规建设，进一步厘清了管理组织架构，切实加强了党委的领导作用，提升了企业依法合规经营的水平，优化了合规管理部门职责，培育了企业合规文化，为企业的发展增加了助力，受到企业的一致好评。

从实务反馈来看，胶州市人民检察院始终把构建公平、公正、安全的营商环境和法治环境作为重要任务，协调调动各级机关、执行部门、律师等法律职业共同体的积极性，提前介入企业日常的生产工作中，监督企业的知识产权合规建设，建立起规范高效的风控制度，同时针对上合示范区内进出口企业较多的现状，积极开展海外知识产权风险提示，形成知识产权保护“防患于未然”的良好氛围。

二、积极打击个别企业侵权、攀附、仿冒等不诚信行为，努力营造国际化、法治化的营商环境

作为服务于国际组织发展的国家级示范区，上合示范区承担着我国同上合组织国家互联互通，着力推动东西双向互济、陆海内外联动开放格局的重要使命。[5]因此，上合示范区内各级政法机关高度重视知识产权的保护，特别是与人民群众日常生活、健康等息息相关的涉农产品、地理标志和文化体育产品侵权假冒行为，通过联合各级执法部门，推动知识产权保护工作走深走实。

以笔者团队代理的某商标侵权案为例，被告为一家专门为某国企业定牌加工体育用品的企业，该企业按照某国企业提供的商标，在境内进行生产加工，然后将产品出口至该国。企业在出口货物过程中，被青岛某海关发现可疑并查获，该海关执行部门立即向商标权利方英国某企业发送了《进出口货物知识产权状况调查结果通知书》，载明扣留的货物不能确定是否侵犯其在总署备案的相关知识产权，并告知应在50日内收到法院的协助执行通知，否则将对上述货物放行。

商标权利方找到笔者团队委托维权，笔者团队迅速在人民法院启动证据保全程序，并在海关法制部门的协助下，于限定期限内顺利查封了上述货物，并进行了拍照封存，为日后的诉讼维权保留了重要的证据。笔者团队在后续的侵权诉讼程序中，主张立即销毁案涉货物并要求索赔的诉讼请求得到了人民法院的支持，最大程度上维护了委托人的合法权益。本案的顺利维权，离不开上合示范区内各级机关的大力支持，而本案也是上合示范区积极参与打击个别企业法律意识淡薄所产生侵权行为，营造良好营商环境的一个缩影。

通过实施一系列的组合拳，上合示范区内各项生产经营稳步进行，个别企业侵权、攀附等不诚信行为日趋减少，各企业积极构成自身的核心竞争力，依法经营、依法办事的风气已经形成，为上合示范区积极引进跨国公司、外商公司等奠定了良好的营商环境基础，目前示范区内企业的投资规模、大型企业数量正在不断攀升，上合国家之间的贸易额不断取得新高[6]，国家对上合示范区青岛片区的宏伟蓝图正在逐步变为现实。

三、探索建立刑事合规制度，实现惩治犯罪和保护

企业双重功效的有机结合

近年来，最高人民法院启动了在全国影响广泛的涉案企业合规改革试点工作。在此背景下，上合示范区推进知识产权保护建设，重点围绕知识产权刑事案件的企业合规等方面推出一系列措施，在对性质恶劣的知识产权犯罪案件依法坚决打击的同时，对于犯罪情节轻微、犯罪社会危险性较低的企业注重惩罚与合规引导相结合，通过引入第三方合规评价体系，督促涉案企业进行合规整改，并通过监督、保障合规体系有效运行，引导企业在合法、合规的道路上继续发展。

以某涉嫌销售假冒注册商标罪案件为例，该涉罪企业原系某知名啤酒经销商，后由于外地某啤酒的散啤价格远低于青岛某知名啤酒，遂纠集其他同案犯，采取分工协作的方式，使用青岛某公司具有商标标识的专用啤酒桶，灌装外地某啤酒公司生产的散啤酒，并将灌装后的啤酒混在青岛某公司生产的真啤酒中售卖。后经群众举报，青岛某知名啤酒公司进行调查后报案，多名犯罪嫌疑人被抓获，涉案企业也面临着停产停业的困境。

由于犯罪情节较轻、涉案金额未达较大标准且已达成和解，在案件移送检察机关审查起诉阶段，经犯罪嫌疑人以及涉案企业主动申请启动合规整改程序，检察院审查批准后，当地涉案企业合规第三方监督评估机制管理委员会从专业人员名录库中分类抽取产生三名专家组成第三方组织，根据涉案企业及犯罪嫌疑人的涉案情况及多次沟通情况，依据《涉案企业合规建设、评估和审查办法(试行)》以及《企业知识产权合规标准指引(试行)》等相关文件的标准，第三方组织对涉案企业合规计划提出修改建议，制定针对性的合规评估指标，并通过文件审阅、现场实地考察、访谈调研等方式检查涉案企业整改情况并进行全面评估，并提出相关建议，后形成书面的《涉案企业合规监督考察评估报告》，最终检察机关依据该报告作出合规不起诉的决定。经历了此次合规整改、搭建起合规管理体系后，该企业及相关当事人也意识到合规经营、合规管理对企业生存与发展的重要价值，并承诺在第三方组织指导建立的合规管理体系的基础上，继续做好各项工作，保证让“纸面上的合规”落到实处，让有效的合规管理体系在企业内部真正落地。而该企业最终获得重生，离不开检察机关强化检察服务保障功能司法理念的转变。

总体上，在知识产权保护领域探索建立刑事合规制度能够产生诸多积极意义，督促企业遵守内部合规风险防控义务的同时，达到预防、及时发现并合理惩治企业运行过程中违法犯罪行为的目的。[7]对于企业知识产权犯罪，应尽可能地进行预防，而预防知识产权犯罪，最重要的是预防知识产权侵权[8]，一旦发展到刑事案件，对于犯罪情节较轻的企业，推出涉案企业合规改革试点工作，相当于为其提供从宽处罚的依据。因此，对于企业有意愿、有能力推行合规整改，在符合整改要求的情况下，应积极推进涉案企业合规整改工作，在企业意识到违法的同时，用最小的代价挽救企业。

四、提升知识产权保护意识，让知识产权合规文化理念内化于心外化于行

近年来上合示范区内各类企业的知识产权保护意识得到大力提升，包括律师在内的其他法律职业共同体也积极参与知识产权保护活动，为上合示范区知识产权保护工作贡献力量。今年第23个世界知识产权日期间，胶州市人民检察院联合综合执法局、公安局开展了一系列知识产权保护专题活动，先后组织企业和律师座谈会、现场解答群众提问、发放宣传图书等方式，继续加强企业和企业家的知识产权保护意识，努力为企业提供全方位、最严格的知识产权保护，破解企业维权难题，推动形成监督合力，保护创新良好环境。[9]

合规文化是企业合规建设的核心和坚实支撑。通过营造良好的企业合规文化，不仅可以促使合规理念深入人心，还可以在潜移默化中影响、规范企业的决策部署，防范外来和内在的合规风险，有利于企业的良性、有序发展。以笔者为某企业服务的知识产权专项法律顾问项目为例，企业通过律师团队的智力支持与指导，定期开展涉及知识产权领域的合规文化培训，通过讲解侵犯知识产权的行为类型及常见的侵权方式，让全体员工绷紧合规之弦，倡导合规管理、生产与经营，同时对于企业的专利和商业秘密等核心竞争力，力求努力构建保护防火网，设置多层级保护体系，避免核心秘密的外泄给企业造成重大损失。笔者服务的该企业曾经发生员工带走企业的经营信息等商业秘密的情况，为企业带来严重的经营风险与合规风险。该企业委托笔者团队对全体员工进行商业秘密专项合规培训，重点培育员工的合规理念，让员工充分意识到泄露企业商业秘密的风

险，特别是部分案件可能涉及刑事犯罪，避免员工由于合规意识淡薄而涉嫌违法犯罪。

除此之外，笔者团队还结合典型案例重点向员工介绍了商业秘密合规的重要性和必要性。通过组织严谨有序的专题授课、印制合规学习手册、进行合规宣传栏的制作等方式，该企业的合规文化得到显著优化，企业员工的合规意识得到普遍提升。该企业树立的合规形象不仅帮助其在业务发展方面实现了跨越式的发展，更使得企业在管理、经营方面行稳而致远。

五、结语

上合示范区各单位正在积极构建一体化、全方位的知识产权保护体系，为上合示范区的创新发展提供助力。上合示范区的知识产权保护意识已经深入人心，各部门、各企业积极按照知识产权合规要求开展生产、作业、监督工作，在此过程中合规文化也得到进一步宣扬，上合示范区的知识产权保护水平提升到新的高度。未来，上合示范区必将发挥好青岛面向海洋的桥头堡优势，彰显在“一带一路”新亚欧大陆桥经济走廊建设和海上合作中的重要作用，为知识产权强国建设贡献上合力量！

【注释】

[1] 参见《习近平：保护知识产权就是保护创新》，人民网网址<http://society.people.com.cn/n1/2022/1009/c1008-32541249.html>，最后访问日期2023年4月20日。

[2] 参见《上合示范区（胶州经济技术开发区）》，载于青岛政务网，网址http://www.qingdao.gov.cn/y-fqd/tzqd/tzqy/202201/t20220112_4221561.shtml，最后访问日期2023年5月2日。

[3] 参见王廷祥，丰建平，丁彩彩. 探索建立服务上合示范区建设检察工作模式[J]. 中国检察官, 2019(21):23-25.

[4] 张鹏. 知识产权强国建设引领下的国有企业知识产权管理体系建设要点[C]//上海市法学会. 《上海法学研究》集刊2022年第12卷—中伦律师事务所卷. 《上海法学研究》集刊2022年第12卷—中伦律师事务所卷, 2023:328-332. DOI:10.26914/c.cnkihy.2023.005431.

[5] 青岛商务局西亚非洲处：习近平主持召开中央深改委会议审议通过《中国—上海合作组织地方经贸合作示范区建设总体方案》，青岛商务局网站<http://www.qdbofcom.gov.cn/n32208327/n32208334/n32567882/n32567883/190725114530083436.html>，最后访问日期2023年5月10日。

[6] 参见《总投资271亿元的8个重点项目签约落地！上合示范区高水平对外开放再添新动力》，载于《上海证券报》，网址https://www.sohu.com/a/674448543_120988576，最后访问日期2023年5月12日。

[7] 参见严驰. 论企业知识产权刑事合规建设[C]//上海市法学会. 《上海法学研究》集刊2022年第13卷——新兴权利与法治中国文集. 《上海法学研究》集刊2022年第13卷——新兴权利与法治中国文集, 2022:233-240. DOI:10.26914/c.cnkihy.2022.046234.

[8] 参见周玉琴. 企业知识产权刑事合规的宏观体系建构[J]. 法制博览, 2022(21):25-28.

[9] 参见《胶州市人民检察院开展知识产权周系列活动》，载于胶州市人民检察院官网，网址<http://www.jiaozhou.qdjcjy.gov.cn/html/jcjd/20230427/1/398.html>，最后访问日期2023年5月10日。

【参考文献】

[1] 吴汉东. 知识产权法[M]. 北京：法律出版社，2014.

[2] 陈瑞华. 企业合规基本理论[M]. 北京：法律出版社，2020.

[3] 陈瑞华. 企业合规视野下的暂缓起诉协议制度[J]. 比较法研究, 2020(1):1-18.

[4] 王荣群. 企业合规附条件不起诉制度研究[J]. 区域治理, 2021(49):65-67.

[5] 王廷祥，丰建平，丁彩彩. 探索建立服务上合示范区建设检察工作模式[J]. 中国检察官, 2019(21):23-25.

[6] 傅建飞. 知识产权检察综合履职模式的探索与优化[J]. 中国检察官, 2022(11):23-26.

理财产品投资者维权路径浅析——定融产品篇

WINCON
LEGAL
INSIGHT



高科

高科律师在证券、金融、公司业务领域具有丰富的经验，主要致力于拟上市公司股权架构设计、私募基金管理人设立、公司资本市场规划、企业债券融资、投资尽职调查等证券金融法律业务领域。

一、什么是定融产品

定向融资金融产品，简称定融产品，通常是指：依法成立的企事业单位法人、合伙企业或其他经济组织通过金融资产交易所（以下简称金交所）平台以非公开发行方式向特定投资者进行的特定融资，并约定在一定期限内还本付息的融资产品。

定融产品的融资方向特定群体发起的融资产品，仅

近期，“某系”公司定融产品暴雷，出现的大量违约、超期兑付的情况引发了社会热议，一时间，网上开始充斥着大量所谓内部消息以及录音录像，负面舆论短时间之内甚嚣尘上。但至今“某系”公司尚未出台相关兑付政策和补救措施，投资者的利益能否得到妥善保障仍是未知数。那么究竟什么是定融产品，相关主体之间的法律关系为何，投资者应如何维权，此文就该些问题进行简要分析。

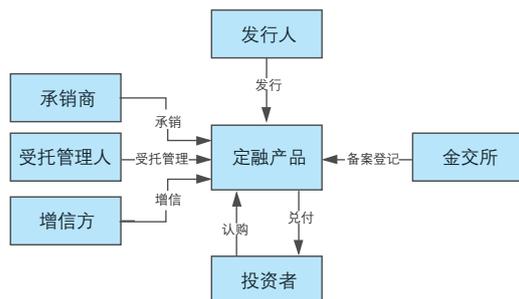
仅需要在地方金交所备案就可以发行。定融产品不公开发行，具有私募产品的特性。一个定融产品通常包括发行方，投资方，承销商（指负责销售定融产品的组织或机构，下同。据笔者所知，现存定融产品中并不必然存在承销商，常以“服务商”名义提供简单中间服务），受托管理人、增信方，金交所等主体。

定融产品与常见的金融产品如私募、信托等在监管规范方面有着很大的区别，根据中国人民银行等四部门

于2020年6月发布的《标准化债权类资产认定规则》，定融产品通常被认定为非标准化债权类资产，相对于市场上常见的诸如私募基金、信托、资产支持证券等标准化产品有《证券投资基金法》《信托法》《私募投资基金监督管理条例》、资管新规等明确的法律法规及监管规定约束，定融产品因其法律性质的模糊导致其处于监控的真空地带，这对投资者维权以及法院审理带来了一系列问题与阻碍，因此，明确定融产品的性质以及建立有效的监管规范迫在眉睫。

二、定融产品相关主体法律关系分析

在讨论投资者维权路径之前，首先需要厘清定融产品的交易结构以及参与主体之间的法律关系。如今市面上的定融产品常见交易结构如下：



（一）投资者与发行人

投资者与发行人的法律关系为何，实践中一直有着两种截然不同的观点：一种观点认为双方是委托理财法律关系，如：上海市浦东新区人民法院（2019）沪0115民初20045号、（2019）沪0115民初18708号判决书；另一种观点则认为双方属于借贷法律关系，如：苏州市吴江区人民法院（2019）苏0509民初4299号、上海市松江区人民法院（2020）沪0117民初16033号判决书。根据近年裁判案例，认定为后者的法院占多数，这应是主要考虑到定融产品存在着如下特征：1.定融产品的定义中包含了“一定期限”以及“还本付息”的字眼，认购合同中也通常载明了固定的收益率以及到期日还本并支付预期收益的保本保息条款，这更加符合借贷法律关系的特点。2.定融产品认购合同中对发行人发行资金的用途一般仅约定“用于补充发行人的流动资金”，发行人对于发行资金拥有独立的支配权；而在委托理财法律关系当中，受托人如何支配资金要受到委托人的约束，如何管

理资金受到委托人指令的影响，这明显与发行人融资的初衷不符。3.投资者认购定融产品后，会直接或通过承销商（服务商）、销售机构将资金转入发行人账户，资金所有权也随之转让；而在委托理财关系中，委托人与受托人仅构成委托代理关系，委托人一般会将资金放至其名下或其指定的某一账户，委托人并不具有转移账户内资金所有权的意图，因此这也与认购合同中的模式有着很大的差别。

（二）投资者与金交所

金交所全称为金融资产交易所，是指经地方人民政府批准设立，由地方金融局监管的金融资产交易服务平台，同时也是定融产品的备案登记平台。

一般情况下，金交所会出现在认购协议当中，但并不作为合同当事人，仅在其中约定一系列免责条款，如：发行人和投资者在本协议下的一切融资或投资行为所产生的法律后果和法律责任由发行人和投资者自行承担；发行人和投资者授权并委托×××（某金交所）根据本协议所采取的全部行动和措施的法律后果由发行人和投资者自行承担，与×××（某金交所）无关，×××（某金交所）也不因此承担任何责任……等。因此，金交所与投资者之间并不存在直接的法律关系。

金交所作为由地方人民政府监管的金融机构，因其缺乏全国统一的立法约束和各地方金融监管部门执法标准不统一，经常处于“法外之地”。一般来说金交所的职责可以参考以下监管文件：《关于稳妥处置地方交易场所遗留问题和风险的意见》（清整联办【2018】2号）：“金融资产类交易场所应制定投资者(包括交易类业务的买方)适当性制度，且投资者适当性标准不低于《中国人民银行中国银行保险监督管理委员会中国证券监督管理委员会国家外汇管理局关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》(银发【2018】106号)要求的合格投资者标准，并在开户环节对投资者进行实名校验、风险识别能力和风险承担能力测试。”《关于进一步做好金融资产类交易场所清理整顿和风险处置工作的通知》（清整联办【2020】14号）：“金交所要严格投资者适当性管理，不得向个人（包括面向个人投资者发售的投资产品）销售或者变相销售产品……”。也就是说，虽然金交所并不直接向投资者销售定融产品，但投资者

需要先通过金交所的资质审核，才能购买特定的定融产品。该《通知》还对金交所经营活动的范围进行了限制：“金交所的经营活动应当限于注册地省级行政区域内，注册地、实际经营地、服务器所在地应当保持一致；使用第三方云服务器的，服务器及业务数据应当存放在境内。不得在注册地所在省级行政区域以外设立子（分）公司、办事处等展业机构，不得通过与互联网平台合作等方式在其它省级行政区域展业，不得为异地企业发行产品。”

由于金交所的门槛越来越高，一些“伪金交所”便应运而生，它们未经国家金融监管部门或省政府批准，打着金交所旗号变相从事金融资产登记、备案、结算等，名称中带有“产登”“产权登记”“产交”“产权交易”“产融”“产金”“产权服务”等字样的企业，未经国家有关部门许可，变开展金融资产登记、备案、信息发布、交易、结算等服务，直接或间接为各类发行和销售非标融资产品的企业提供融资通道和进行增信。实践中，这些“伪金交所”一般不会对发行人资质进行审查，因此对投资者的保障性极低。因此，通过“伪金交所”挂牌备案发行的理财产品会有着严重的涉众金融风险。此次“某系”的暴雷，“伪金交所”也起到了推波助澜的作用。

近日，深圳市地方金融监督管理局官网已经发布风险提示，提醒广大投资者警惕并远离“伪金交所”相关风险，提及“按照有关规定，除中央金融监管部门批准设立的交易场所外，其他产权交易场所、金融资产交易场所及‘伪金交所’不得以登记、备案、挂牌交易、信息发布、信息服务等各种名义，直接或间接为各类发行和销售非标债务融资产品提供服务和便利。”。

（三）投资者与受托管理人

虽然受托管理人在实践中也有可能出现在认购协议当中，但是其并不是定融产品债权债务关系的直接主体。一般情况下，除非相关协议中明确写明受托管理人与发行人承担共同还款责任或者担保责任等，受托管理人与投资者的法律关系仅是合同或者居间法律关系，其义务大多来源于合同的约定。受托管理人在托管协议中通常会约定：作为定向融资计划受托管理人将代表全体定向融资计划持有人（投资者）向发行人和定向融资计划差额补足义务人（如有）进行追索。一旦发生违约事

项，若协议无相反约定，投资者可越过受托管理人直接向发行人提起诉讼请求。

（四）投资者与增信方

增信方与发行人联系紧密，一般通过对外担保、提供抵押物或者提供差额补足承诺函的方式对发行人发行定融产品增信，以此来吸引投资者。若定融产品存在增信方，那么增信方会通过定融产品单独提供差额补足承诺函的方式提供增信措施，并在其中约定相关增信措施的条款，在定融产品无法兑付时，投资者可以依据此条款要求增信方承担担保、差额补足责任。但是在实践中，因为发行人与增信方的高度关联性，在发行人资金链出现问题时，一般也会导致增信方同时失去偿债能力，因此需要投资人谨慎评估投资风险。

三、投资者维权路径

明确投资者与相关主体法律关系后，我们可以尝试分析投资者如何通过诉讼维权：

（一）合同纠纷

提起违约之诉一般是投资者最先想到的诉讼路径，只要投资者与上述主体存在合同关系，就可以通过审查对方是否具有违约事由提起诉讼。对于发行人与增信方而言，投资人一般会起诉要求其返还投资本金、利息、律师费等，但若该定融产品大方面“暴雷”，投资者即使胜诉，也难以拿回投资款。

（二）财产损害赔偿纠纷

《九民纪要》第74条：“金融产品发行人、销售者未尽适当性义务，导致金融消费者在购买金融产品过程中遭受损失的，金融消费者既可以请求金融产品的发行人承担赔偿责任，也可以请求金融产品的销售者承担赔偿责任，还可以根据《民法总则》第167条的规定，请求金融产品的发行人、销售者共同承担连带赔偿责任。发行人、销售者请求人民法院明确各自的责任份额的，人民法院可以在判决发行人、销售者对金融消费者承担连带赔偿责任的同时，明确发行人、销售者在实际承担

了赔偿责任后，有权向责任方追偿其应当承担的赔偿份额。金融服务提供者未尽适当性义务，导致金融消费者在接受金融服务后参与高风险等级投资活动遭受损失的，金融消费者可以请求金融服务提供者承担赔偿责任。”

根据前述条款，除发行人之外，定融产品的承销商、销售方以及受托管理人、金交所作为金融产品的销售者、金融服务的提供者都具有适当性义务，若其未尽适当性义务而导致投资者未充分或者错误了解相关金融产品、投资活动的性质及风险的，应当承担损害赔偿赔偿责任。

适当性义务的具体含义为何，尚未有明确的法律条文规定，因此只能参考近年法院审判实践：

1. 金交所

实践中已有不少投资人对发行人提起违约之诉时，将金交所列为共同被告，要求金交所承担补充清偿责任，如：(2019)苏0106民初8951号、(2019)浙0205民初2048号判决书，但是均未得到法院的支持，理由为金交所并不为合同缔约方，不就交易本身承担任何法律上的义务或者责任，亦不承担任何书面协议外的推定义务或责任。但是投资者在诉讼时，并未向法院提交金交所负有适当性义务的法律依据，法院也没有让金交所举证证明其已经尽到了相关适当性义务。因此投资者能否根据前述清整联办等相关文件证明金交所具有适当性义务并以此为由向金交所索赔还需要继续关注法院的审判实践。

2. 承销商、服务商

参考法院判例，基金产品的承销商适当性义务一般包括：1.是否对投资者进行风险测评和分类。《私募投资基金监督管理暂行办法》第十六条规定，私募基金管理人自行销售私募基金的，应当采取问卷调查等方式，对投资者的风险识别能力和风险承受能力进行评估，由投资者书面承诺符合合格投资者条件；应当制作风险揭示书，由投资者签字确认。即承销商应当举证证明自己对投资者进行了风险测评和分类，以说明其履行了适当性义务。2.是否向投资者告知说明金融产品具体情况，充分履行告知说明义务。《中华人民共和国证券投资基金法》第一百零三条规定，基金投资顾问机构及其从业人员提供基金投资顾问服务，应当具有合理的依据，对

其服务能力和经营业绩进行如实陈述，不得以任何方式承诺或者保证投资收益，不得损害服务对象的合法权益。即承销商应向投资者充分说明产品的运作方式，并如实揭示风险，不得明示或者暗示产品保本保收益等。

3.承销商是否将适当的产品销售给适当的客户，以满足合理推荐、适当销售的义务。《中华人民共和国证券投资基金法》第九十八条规定，基金销售机构应当向投资人充分揭示投资风险，并根据投资人的风险承受能力销售不同风险等级的基金产品。即承销商应根据投资者的风险承受能力销售产品，而不应来者不拒。

因定融产品与基金产品的运作方式存在差距，因此承销商的适当性义务也会有些许不同，但这也给投资者维权带来很大的参考价值，比如承销商存在未对投资者进行风险测试、未充分履行说明义务而使投资者错误理解定融产品的性质、收益和主要风险因素等，可以考虑起诉承销商承担损害赔偿赔偿责任。

3. 受托管理人

实践中定融产品的受托管理人与承销商存在重叠的情况，因此受托管理人的适当性义务也可以参考前述承销商，但是受托管理人除有可能在发行期间发挥作用之外，更多的是在产品存续期间发挥作用。管理人应当遵守审慎经营规则，制定科学合理的投资策略和风险管理制度，有效防范和控制风险。因此投资者若有证据证明受托管理人未勤勉尽责、未公正履行受托管理职责，也可根据其义务履行的程度、造成损害的大小来要求其承担赔偿责任。

*文康律师鞠蕙聪、光大银行青岛分行投行部总经理杨毅、某产权交易所风控总监王智勇对本文亦有重要帮助。

当股权投资遇上IPO—股东特殊权利如何处理

WINCON
LEGAL
INSIGHT



赵振斌

深耕证券资本市场，擅长IPO、新三板挂牌及再融资；重大资产重组；投资并购；股权激励；公司债券；私募基金等业务。



朱晓娜

业务领域为IPO、新三板挂牌，投资并购、股权激励、公司股权及治理、私募基金等。

外部投资者投资目标企业时，往往会在投资协议中与公司、控股股东、实际控制人或其他股东约定“对赌条款”，约定诸如估值调整、股权回购、反稀释、优先认购权等特殊权利，而根据上市审核规则和实践的相关要求，公司上市前通常需要对股东的特殊权利进行清理，投资者的权利不得有所让步。本文将梳理特殊权利的本质内涵，并结合全面注册制后上市审核规则及案例，为股东特殊权利的处理提供借鉴思路。

一、股东特殊权利的分类

外部投资者入股拟上市企业，通常不参与经营管理，信息不对称导致投资者对其资金安全和收益回报产生怀疑和不安，因此投资者在投资协议中会约定诸多的特殊权利条款，包括估值调整、反稀释权、优先购买权、优先认购权、优先分红权、优先清算权、业绩承诺、上市承诺、现金/股权补偿、回购、共同出售权、领售权、转股限制、信息权和检查权、董事/监事提名权、一票否决权、重大事先同意权、最惠待遇等等。其中估值调整机制与其他特殊股东权利的指向含义存在差异，笔者认为可以将估值调整视为狭义对赌，而其他的股东特殊权利可以视为投资者与公司之间就“未来不确定情况”所进行的广义对赌[1]。以下梳理常见的投资者特殊权利，以更好地比较和厘清不同权利的对赌内涵（包含狭义与广义）。

（一）估值调整机制下的现金/股权补偿

1.内容表述:

单向调整：若公司20XX年业绩未能达到XXXX，则由公司/公司控股股东、实际控制人/其他关联方向投资人进行补偿（两种方式选择）：

（1）现金补偿：应补偿投资人的金额 = $(1 - \text{实际实现利润} / \text{承诺利润}) \times \text{投资人实际投资额}$ ；

（2）股权补偿：公司控股股东、实际控制人/其他关联方股东无偿或者以象征性的价格将补偿股权转让给投资人。股份补偿数 = $(\text{投资人实际投资额} / \text{调整计算的每股价格}) - \text{投资人已经取得股份数}$ 。

双向调整：若公司20XX年业绩超过XXXX，投资人向公司/公司控股股东、实际控制人/管理层支付超额奖励；或由投资人无偿或低价将一部分股权转让给公司控股股东、实际控制人/管理层。

2.义务承担主体:

公司/控股股东/实际控制人
投资人（双向调整）

3.实现目的:

投资价款调整：由于未来业绩的不确定性，无法对公司现时的价值进行准确评估。为弥合投资双方的分歧、促进双方交易，预设估值调整机制，对超额投入的投资者给予现金/股权补偿或要求投入不足的投资者增加出资/减少股权。

（二）股权回购

1.内容表述:

若发生以下任一情形，投资者有权要求公司/控股股东/实际控制人/其他股东按照约定价格回购其股权：

- （1）公司未在约定时间内提交IPO申请/完成上市；
- （2）公司未能实现预设的业绩或计划；
- （3）公司出现经营不善、停业、解散、清算、破产等不利情形.....

股权回购价格按照以下孰高确定：（1）投资人实际投资额 $\times (1 + \text{年利率}10\%/365) \times \text{持股天数}$ - 投资人已取得的分红款；（2）回购时投资人持有股权所对应的公司最近一期经审计的净资产额.....

2.义务承担主体:

公司/控股股东/实际控制人

3.实现目的:

投资者有条件退出：公司经营存在不确定性，无法确保投资者的退出及收益，提前预设投资者退出途径、保障投资收益。

（三）反稀释权/反摊薄权

1.内容表述:

本次交易完成后，若公司再次股权融资的价格低于本次投资价格或公司实际控制人以低于本次投资价格对外转让股权的（股权激励除外），则投资人有权以该次融资价格（“新低价格”）为准要求公司或实际控制人进行股权调整或获得现金补偿认购或获得新增股份。

2.义务承担主体:

公司/控股股东/实际控制人

3.实现目的:

多轮融资的价格保护：公司不能完全保证其后融资价格一定高于在先融资价格，在公司急需资金的情况下，可能出现“折价融资”，为避免投资人持股比例被稀释，保护投资人投资利益。（也起到估值调整的作用）

（四）优先认购权/优先购买权

1.内容表述:

若公司进行后续股权融资，在同等条件下，投资人

有权按其本次投资后的持股比例，认购公司后续融资中新发行/实际控制人转让的股权。

2. 义务承担主体:

公司/控股股东/实际控制人

3. 实现目的:

优先买入期权: 若公司后续发展较好, 具有进一步投资的价值, 为不丧失投资机会, 同等条件下, 赋予投资人优先于外部第三方的投资权利。

(五)共同出售权/随售权

1. 内容表述:

如公司特定股东(实际控制人/管理层/持股平台等)对外直接或间接转让其部分或全部股权, 则投资人有权按其持股比例以同样的条款和条件出售股权给股权受让方。

特定股东应促使股权受让方同意在同等条件下从投资人处受让股权, 否则特定股东应受让投资人的股权。

2. 义务承担主体:

控股股东/实际控制人

3. 实现目的:

优先卖出期权: 一方面, 公司实际控制人后续出售股权的价格可能更有利, 在同等条件下, 投资人跟随出售能够获得较好的投资收益; 另一方面, 避免实际控制人消极跑路, 投资人提前退出。

(六)拖售权/领售权

1. 内容表述:

在满足特定条件下(外部潜在第三方的收购条件不低于特定估值金额), 投资人有权向收购方出售其持有的全部或部分股权, 并有权强制要求特定股东(公司控股股东、实际控制人、其他关联方等)在同等条件下与投资人共同出售全部或部分公司股权, 特定股东应无条件配合投资人进行股权转让、签署相关文件。

2. 义务承担主体:

控股股东/实际控制人

3. 实现目的:

强制要求其他股东共同对外出售股权: 当公司被并购重组比公司上市更有利时(收购条件更好、公司上市漫长、上市困难等), 投资人通过拖着其他股东实现出售公司控制权、退出公司获得投资收益的目的。

(七)限制股权转让

1. 内容表述:

在公司实现合格IPO之前, 未经投资人事先书面同意, 实际控制人不得直接或间接(如通过持股平台等方式)地转让、出售、让与、以设定权利负担或以其他方式处分其所实际拥有的任何公司股权。

(类似操作“股权分期解锁”, 即实际控制人持有的公司股权根据其公司的服务时间或其他贡献而逐步解锁; 或者直接将实际控制人的股权进行质押)

2. 义务承担主体:

实际控制人/创始人/管理团队

3. 实现目的:

一方面保证公司能够持续经营, 避免因实际控制人/创始人/管理团队退出公司而对公司的稳定发展产生不良影响; 另一方面限制实际控制人的自由转股, 避免实际控制人通过公司股权进行高估值套现, 损害投资人利益。

(八)优先清算权

1. 内容表述:

若公司解散、终止、破产等清算事件, 公司财产在根据适用法律规定的优先顺序支付清算费用和偿还公司的债务后, 投资人有权就其持有的股权优先于控股股东、实际控制人、其他关联股东获得优先分配额; 公司在清偿受让方根据上述约定应得到的优先分配额之后仍有剩余财产的, 投资人仍有权按照持股比例参与公司全部剩余资产的分配。

投资人无法履行优先清算权或优先清算获得的收益不足时, 控股股东/实际控制人另行承担差额补足责任。

2. 义务承担主体:

公司/控股股东/实际控制人

3. 实现目的:

投资收回: 发生清算事件时, 为保证投资人的高溢价投资能尽量收回, 也为避免投资人的高额投资被其他股东分取, 优先于其他股东先收回投资成本以及一定的投资收益, 减少投资损失。

(九) 限制股权转让

1. 内容表述:

若公司当年拟向股东分配利润的, 投资人有权在公司其他股东分配利润前优先分取当年的利润。在向投资人足额支付红利之前, 公司不得向公司的任何其他股东以现金、财产或以公司股权的方式支付任何红利。

当年的可供分配总利润在扣除上述投资人优先分取的利润后, 投资人和公司其他股东将按持股比例共同享有目标公司的利润 (包括但不限于本次增资完成前公司实现的所有净利润以及以前年度的滚存未分配利润)。

2. 义务承担主体:

公司

3. 实现目的:

限制分红: 投资人通常是通过项目退出获得投资回报, 优先分红权确实可以让投资人在持股期间获得一定的利润分配, 但更重要的在于限制实控人/创始人的分红, 以此促使实控人/创始人将公司利润用于公司持续长期发展。

(十) 最惠待遇/平等待遇权

1. 内容表述:

若公司的现有投资人享有和/或公司在后续融资中给予任何新投资人比投资人本轮投资更加优惠的条款或条件, 则投资人有权获得该等更加优惠的条款或条件。

2. 义务承担主体:

公司/实际控制人

3. 实现目的:

为避免投资人受到不公平待遇的风险, 也为避免因给予其他投资人更优惠的待遇而损害本次投资人的投资利益。

(十一) 公司治理条款

1. 内容表述:

特别表决权: 在股东会表决特定事项时, 必须经投资人同意。

提名权: 投资人有权提名公司董事或监事或其他公司管理人员 (如财务人员)。

一票否决权: 投资人委派的董事在董事会表决特定事项时享有一票否决权。

知情权及检查权: 定期向投资人提供财务报告、审计报告、财务状况、经营状况说明等, 重大事项书面通知投资人。投资人可以委派人员到公司进行检查, 公司管理层应协助配合。

其他权利: 管理层竞业限制/实际控制人同业竞争、限制关联交易等。

2. 义务承担主体:

公司/特定人员

3. 实现目的:

投资人能否退出实现收益, 很大程度上取决于公司的经营情况, 为减少投资人因信息不对称而产生的公司管理层治理风险, 设置特别权利加强投资人对公司经营情况的监督。

通过以上梳理, 笔者认为投资人的各项股东特殊权利大体可以归纳为以下三类: (1) 实现估值调整目的的现金/股权补偿权、反稀释权; (2) 实现投资人退出的权利, 包括附条件的股权回购、共同出售权、拖售权、优先清算权; (3) 保护性或防御性权利, 包括优先购买权、优先认购权、优先分红权、最惠待遇权、限制股权转让、公司治理条款。

二、股东特殊权利对公司IPO的影响

因股东特殊权利涉及到公司与股东、股东与股东之间的特别约定, 确实挑战了股份公司“同股同权”^[2]原则, 另外也可能因投资人行权而影响公司控制权, 与拟上市企业“股份权属清晰”^[3]的基本要求相悖。

具体而言, 基于前述分类, 三种权利对IPO的影响内容及程度存在差异:

权利类型	行权	影响/风险
估值调整	公司或特定股东（通常为实际控制人）向投资人补偿现金或股权	增加公司/实际控制人债务，影响公司持续经营能力； 投资人获得股权补偿的，可能导致公司股权纠纷、控制权不稳定。
投资退出权利	公司或特定股东（通常为实际控制人）向投资人支付回购价款；或因退出收益未达到投资人的要求，而需由公司或特定股东（通常为实际控制人）向投资人承担差额补足责任	增加公司/实际控制人债务，影响公司持续经营能力； 除拖售情况之外，通常不会仅因投资人退出而导致控制权的变更。
保护性权利	投资人享受优先权利	制约实际控制人的经营管理，同股不同权，股东之间协调难度大，影响公司治理机制的有效性，可能导致股权纠纷。

笔者认为，按照股东特殊权利对公司IPO的影响程度由高到低的排列顺序应当是：估值调整 > 投资退出权利 > 保护性权利，这也应当是投资人与公司约定特殊条款的优先顺序。

估值是投资基础，估值调整机制是股东特殊权利的逻辑起点，即使投资人不约定现金/股权补偿，也一般会约定反稀释权利，一旦投资人行使估值调整的权利（尤其是股份回溯调整的权利），会使公司股权发生变动，如果估值偏离太多，甚至可能影响公司控制权。

投资退出权利，为投资人提供退出途径保障投资本金及收益，因投资人通常持有公司较小的股份，公司/实际控制人回购通常不会对控制权产生较大的影响（极端拖售情形除外），可能会因公司/实际控制人承担回购价款债务而间接导致公司控制权变动（比如实际控制人变卖或质押大额股权进行套现）。

股东的保护性权利，对公司控制权影响较小，但会不同程度地制约公司管理层的经营决策权，影响公司治理机制的有效性，尤其是在公司有多轮融资需求的情况下，需要协调不同股东的权利诉求。

三、上市规则及审核实践中对股东特殊权利的认定和要求

目前审核规则中并没有直接否定股东特殊权利，而是以负面清单的方式明确不符合要求的特殊股东权利需要进行核查和清理。

深交所和上交所的审核问答虽然与证监会监管指引规定的四项要点相一致，但审核问答要求“原则上清理，同时满足四项条件的可不清理”，监管指引要求“发表核查意见，不符合要求的原则上应清理”，从处理方式上看监管指引显得更加宽容。另外核查范围不仅仅针对“对赌协议”，涵盖了所有“类似安排”（审核实践中通常表述为“对赌及其他特殊权利条款”）。虽然目前北交所相关业务规则尚未就对赌及其他特殊权利条款的处理作出规定，但同样应参考适用证监会的监管规则。就以上四项核查要求，笔者结合规则理解以及部分上市审核实践分析如下：

1.拟上市公司不能作为任何特殊权利协议/条款的当事人，即使拟上市公司在协议中不作为对赌或特殊义务的承担方。

<p>中国证监会《监管规则适用指引——发行类第4号》（2023年2月17日）</p> <p>4-3对赌协议：投资机构在投资发行人时约定对赌协议等类似安排的，保荐机构及发行人律师、申报会计师应当重点就以下事项核查并发表明确核查意见： 一是发行人是否为对赌协议当事人； 二是对赌协议是否存在可能导致公司控制权变化的约定； 三是对赌协议是否与市值挂钩； 四是对赌协议是否存在严重影响发行人持续经营能力或者其他严重影响投资者权益的情形。 存在上述情形的，保荐机构、发行人律师、申报会计师应当审慎论证是否符合股权清晰稳定、会计处理规范等方面的要求，不符合相关要求的对赌协议原则上应在申报前清理。</p>
<p>《深圳证券交易所创业板股票首次公开发行上市审核问答》、《上海证券交易所科创板股票发行上市审核问答(二)》（均已失效）</p> <p>原则上要求发行人在申报前清理，但同时满足以下要求的可以不清理： 一是发行人不作为对赌协议当事人； 二是对赌协议不存在可能导致公司控制权变化的约定； 三是对赌协议不与市值挂钩； 四是对赌协议不存在严重影响发行人持续经营能力或者其他严重影响投资者权益的情形。 保荐人及发行人律师应当就对赌协议是否符合上述要求发表明确核查意见。</p>
<p>北交所尚未有明确规定，新三板规定^[4]则更为严格</p>
<p>《全国中小企业股份转让系统股票挂牌审核业务规则适用指引第1号》2023年2月17日</p> <p>1-8投资方在投资申请挂牌公司时约定的对赌等特殊投资条款存在以下情形的，公司应当清理：（一）公司为特殊投资条款的义务或责任承担主体；（二）限制公司未来股票发行融资的价格或发行对象；（三）强制要求公司进行权益分派，或者不能进行权益分派；（四）公司未来再融资时，如果新投资方与公司约定了优于本次投资的特殊投资条款，则相关条款自动适用于本次投资方；（五）相关投资方有权不经公司内部决策程序直接向公司派驻董事，或者派驻的董事对公司经营决策享有一票否决权；（六）不符合相关法律法规规定的优先清算权、查阅权、知情权等条款；（七）触发条件与公司市值挂钩；（八）其他严重影响公司持续经营能力、损害公司及其他股东合法权益、违反公司章程及全国股转系统关于公司治理相关规定的情形。</p>

2.对赌及其他特殊权利约定不能导致公司控制权变化，这里主要涉及估值调整下的股权补偿权利和投资退出下的拖售权，估值调整现金补偿、其他投资退出权利以及保护性权利并不会直接导致公司控制权变化，而是通过实际控制人的债务履行不能产生公司控制权变动风险，所以实践中较多案例是“保留实际控制人回购条款”或“实际控制人回购条款附效力恢复约定”。

参考案例
宏工科技，2023年5月12日创业板上市委审议通过
《招股说明书（申报稿）》披露：发行人虽然作为签署协议的一方当事人，但不作为承担对赌义务的当事人，上述约定仅为发行人股东之间的对赌安排，符合发行人不作为对赌协议当事人的规定；
第一轮问询中被要求解释： 发行人作为签署协议的一方当事人但认定发行人不作为对赌协议当事人的逻辑合理性及准确性；
第二轮问询中又被追问： 发行人作为协议一方签署对赌协议需承担的具体权利义务，外部股东可行使的特殊权利是否会间接导致发行人承担义务；
最终公司进行清理：发行人彻底退出投资协议及补充协议，不作为原投资协议及补充协议一方签署主体/当事人，原投资协议及补充协议相关内容对发行人自始无效/不发生效力。

3.对赌及其他特殊权利不能与市值挂钩，笔者理解这一项是禁止将公司上市后的市值作为投资人权利行使的条件或计算依据，若将公司上市后的市值作为行权条件，则对赌的各方可能会通过操纵股价去实现条件/阻止条件成就，损害中小投资者的利益。

参考案例
司南导航，2023年5月23日科创板注册生效
《招股说明书》披露：《补充协议》主要就股份回购作出了约定，“若目标公司未能于2024年12月31日前实现合格的首次公开发行股票，甲方（创合投资、上海凯宣）有权要求乙方（王永泉、王昌）收购甲方通过本次认购所持有的全部目标公司股份，收购价格为甲方本次认购股份的出资金额再加上按年利率8%计算的利息（计收复利）”， 该回购退出的约定依然有效，保留未予清理。
星德胜，2023年10月20日主板提交注册
《招股说明书》披露：财智创赢、达晨创鸿与公司控股股东及公司实际控制人签署的股份认购协议之补充协议中存在关于“董事席位”、“回购权”、“股权转让限制”等一系列股东特别权利条款。截至本招股说明书签署日，达晨创鸿、财智创赢享有的投资人的 特殊权利安排处于终止状态，若公司没有完成在证券交易所的上市交易，则财智创赢、达晨创鸿的股东特别权利条款将全部自动恢复效力。

参考案例
硕世生物，2019年12月5日科创板上市，2020年10月21日投资人起诉要求回购
《修订合伙人协议》第4.2条约定了“上市后回售”：在硕世生物完成合格首次公开发行之日起6个月届满之日，投资人高科系有权通知公司股东房永生、梁锡林、绍兴闰康要求回购其合伙份额，并以 高科系发出上市后回售通知之日前30个交易日硕世生物在二级市场收盘价算术平均值作为回售价款计算依据 。法院认为回售价格的计算方式与市值挂钩，也属于IPO应清理而未清理的对赌条款，因可能对公共利益构成损害，乃至会涉及危害国家金融安全等公序良俗而认定无效。

4.对赌及其他特殊权利不能存在严重影响发行人持续经营能力或者其他严重影响投资者权益的情形，这一项为兜底条款，为实践当中各种各样的投资方式和特殊条款留下审查余地（比如实际控制人借款、子公司融资等）。

四、股东特殊权利的约定及处理建议

笔者检索深交所和上交所官网，从今年2月份全面注册制改革到9月底，深交所过会企业125家，有79家与投资人约定了股东特殊权利条款，其中将特殊权利条款全部解除、确认为自始无效的有48家；上交所过会企业75家，有46家与投资人约定了股东特殊权利条款，其中全部解除、确认为自始无效的为37家。由此可见，在上市审核实践中，对股东特殊权利的处理仍然是以全部清理居多。但因为不同企业自身情况、与投资人的合作情况等并不相同，股东特殊权利的约定方式和清理程度也不尽相同。结合股东特殊权利的商业目的和上市审核要求，笔者对拟上市公司股权投资提出如下建议：

1. 投资前做好尽职调查和投资估值

股权投资是一种风险投资，在项目本身存在瑕疵的情况下，再完善的对赌协议也并不能完全保证投资本金及收益，投资人在投资前应当对项目公司进行细致的尽职调查，包括行业、历史沿革、股东、业务、资产、负债等等，选择匹配的估值方式，做好投资估值。

2. 分期融资机制

分期融资是投资人应对不确定情形的有力武器，相较于投资人先一次投资、后回溯调整的估值调整机制，投资人根据公司经营发展情况进行分期出资，能够降低投资风险、及时止损，也可避免回溯调整影响公司的控制权。

3. 选择实际控制人/其他股东作为签约当事人

受制于证监会监管指引的明确约定，尽量避免拟上市企业作为股东特殊权利条款的义务承担方及当事人，投资人可以选择公司控股股东、实际控制人、关联方、担保方等作为义务承担方，并另行签署包含股东特殊权利条款的投资补充协议。

4. 约定不与市值挂钩的投资退出条款

投资退出是投资人最关心的一项权利，退出是投资人实现收益的方式也是避免投资损失的途径，目前大部分的投资协议都会约定“触发条件+回购退出”条款，从投资退出的权利属性角度来看，因股权交易方式是小股东转让股份给大股东，其并不会直接导致上市公司控制权的变更，股东之间的回购约定是可以保留或者附效力恢复约定的，但在上市审核时需要具体说明实际控制人/大股东承担回购责任是否具备偿债能力、是否会因清偿不能而影响公司控制权，必要时由实际控制人/大股东提供担保或出具承诺。

5. 保护性或防御性权利附条件终止

公司赋予投资人在股份认购、购买、分红、治理权限、最惠待遇等优先权利，明显不符合股份公司“同股同权”之原则，上市时均需要进行清理；而其他针对特定股东的防御性权利，包括限制实际控制人股权转让、竞业限制、同业竞争、关联交易等，不影响公司股权稳定，也未损害其他投资者的权益，均可保留不予清理。投资者在投资时均可进行约定，但在公司申报上市后，建议相关条款“附条件终止”，在公司未能上市予以恢复。

五、结语

创业者经营企业需要融资，投资者资产增值需要项目，创业者与投资者的商业诉求确能通过证券资本市场的交易运作得以实现，但因为上市规则和审核要求的制约，双方矛盾不可避免。专业律师因为所处的角度不同，对于股东特殊权利问题会有不同的侧重点，作为IPO项目律师，为了顺利通过审核，更希望企业尽可能全部清理；而作为投资方律师，考虑到上市的不确定性，更希望企业尽可能保留特殊权利，这就可能会给上市审核造成阻碍。不论处于哪一角色，在理解股东特殊权利的内在逻辑后，我们可以在投融双方的商业目的和上市审核要求之间找到兼容点，为股东特殊权利的处理提供妥善解决方案。

【注释】

[1] 参考刘燕《对赌协议与公司法资本管制：美国实践及其启示》，载《环球法律评论》2016年第3期，第139页，其认为投资中的特殊约定条款至少存在三种不同口径的理解：一是最狭义的口径，即估值调整机制的含义；二是中等口径的解读，包括了投资者退出时的股权回购条款，其“实为PE投资之终止，并无对投资作价进行估值调整之义”；三是最广义的口径，投资方与融资方就未来不确定的情形所作的约定。

[2] 《公司法》第一百二十六条 股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。

[3] 《首次公开发行股票注册管理办法》第十二条发行人业务完整，具有直接面向市场独立持续经营的能力：……（二）“发行人的股份权属清晰，不存在导致控制权可能变更的重大权属纠纷……”

[4] 因新三板交易市场的特殊性，其在保障中小股东平等权利方面更为严苛。在《全国中小企业股份转让系统业务规则（试行）》第4.1.1条中规定：“挂牌公司应当按照法律、行政法规、部门规章、全国股份转让系统公司相关业务规定完善公司治理，确保所有股东，特别是中小股东享有平等地位，充分行使合法权利。”在新三板定向发行中也同样限制特殊投资条款，还明确要求审议程序，《全国中小企业股份转让系统股票定向发行业务规则适用指引第1号》4.2“特殊投资条款的审议程序：特殊投资条款作为定向发行说明书的重要组成部分，应当经发行人董事会、股东大会审议通过。”

有限合伙企业的普通合伙人到底承担的是什么责任？

WINCON
LEGAL
INSIGHT



赵春旭

业务专长为公开发行股票并上市、新三板、地方股权交易中心挂牌业务；公司债、企业债、中期票据；上市公司再融资、上市公司重大资产重组；公司并购、股权激励、私募基金管理人登记、私募股权融资与投资、公司设立及股权结构设置和治理结构完善、国有企业改制和重组、外商投资与外资并购等。



侯宇杰

主要从事基金投资、融资并购、资产重组、新三板挂牌、股权激励、公司股权结构设计和治理结构完善等法律服务。

近年来，随着资本市场不断完善和注册制的全面推行，股权投资行业得到快速发展，私募股权基金如雨后春笋般设立。其中，有限合伙企业因具有避免双重征税、利益安排灵活、运作简单等优点，而逐渐成为私募基金和股权激励平台的首选模式。

部分投资者出于控制有限合伙企业、保障资金安全、获取更大收益等考虑，希望成为普通合伙人，更多地参与合伙企业的决策和运营。但是，根据《合伙企业法》第二条第二款的规定，普通合伙人对合伙企业的债务要承担无限连带责任，部分投资者据此认为，担任普通合伙人的法律风险极高，谈虎色变。那么，这种担心是否有必要呢？笔者曾多次接到类似咨询，表明存在此类顾虑的投资者不在少数，具有一定的代表性。

本文根据相关法律法规的规定，结合为多家国有企业、私募股权基金进行股权激励的民营企业提供法律服务的实务经验，对有限合伙企业产生债务的常见情形及普通合伙人对合伙企业债务如何承担无限连带责任进行了分析，供投资者参考，消除投资者对担任普通合伙人的误解。

一、有限合伙企业产生债务的情形

既然普通合伙人应当对有限合伙企业的债务承担无限连带责任，那么在实务中有限合伙企业到底会因为哪些情形而产生债务呢？

1. 未及时履行出资义务而产生的债务/责任

有限合伙企业作为投资平台，以对其他公司进行股权投资为主业。作为股东，有限合伙企业对标的公司负有出资义务，未按照约定实缴出资或标的公司破产、清算时未全部实缴出资的，有限合伙企业将以认缴未实缴的出资额为限承担责任，即负有相应的债务。

笔者认为，实践中这种风险较小。首先，有限合伙企业在向标的公司投资时，合伙企业的合伙人往往已经全部或大部分实缴出资到位，合伙企业一般以合伙人实缴的出资为限向标的公司认缴出资。如果合伙人对有限合伙企业的出资未实缴，意味着有限合伙企业没有可供投资的资金，标的公司一般不会接受这样的股东。

其次，普通合伙人通常也是执行事务合伙人，能够影响或决定有限合伙企业的重大决策。所以，对于合伙人何时缴纳出资、有限合伙企业何时进行投资、投资金额等事项都有相当大的控制权。因此，对于这种因未及时履行出资义务的风险，普通合伙人是能够掌控的。

2. 因借款或对外提供担保而产生的债务

如果有限合伙企业向他人借款或对外担保，会因此产生债务和或有负债。但是，如果深入分析，出现这种风险的概率也是很低的。

首先，有限合伙企业只是投资的载体，主要业务是以合伙人缴纳的出资进行股权投资，除此之外不开展任何实际业务，通常没有借款的必要；其次，是否借款或对外提供担保，往往是由普通合伙人决定的。所以，对于普通合伙人来说，这种风险也是可控的。

综上，有限合伙企业只是投资的载体，除了投资外不开展任何实际业务。所以，有限合伙企业产生和承担债务的情形很少，即使出现样的情形，也是在普通合伙

人的控制之下，普通合伙人对于有限合伙企业是否产生债务具有决定权，未经普通合伙人同意，有限合伙企业即承担了债务的情况基本是不会发生的。

二、如何理解普通合伙人的无限连带责任

《合伙企业法》第二条第二款的规定：有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

实践中，很多人认为，如果有限合伙企业产生了债务，根据“普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任”的规定，债权人可以直接要求普通合伙人承担连带责任，即要求普通合伙人以其全部自有资产为合伙企业清偿所有债务。果真如此吗？

很显然，这种理解是不准确的。

根据《合伙企业法》第三十八条、三十九条的规定，合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。

根据上述规定，有限合伙企业债务的承担分为两个层次：第一层次的债务承担人是合伙企业，第二层次的债务承担人才是合伙人。

由于债权人的交易对象是有限合伙企业而非合伙人，作为与债权人具有直接法律关系的主体，合伙企业应当首先以其全部财产进行清偿，再由全体普通合伙人对未能清偿的债务部分承担无限连带清偿责任。

因此，《合伙企业法》第三十九条所谓的“无限连带”责任，笔者认为可以分为两部分来理解，一是无限责任，二是连带责任：无限责任是相对于有限责任而言的，是指普通合伙人应当以其现有或将有的全部自有资产对有限合伙企业不能清偿的债务承担责任，而不是只以出资额为限承担责任；而连带责任的主体必须是二人以上，是指全体普通合伙人之间对于合伙企业不能清偿债务承担连带责任。即对于合伙企业不能清偿的债务，任何一名普通合伙人都负有清偿的义务。该连带责任指

在第二层次、普通合伙人相互之间所负的责任，而非普通合伙人与有限合伙企业之间的连带责任。

概括而言，对于有限合伙企业的债务，普通合伙人承担的其实是补充责任，即只有在有限合伙企业的资产不足以清偿债务时，普通合伙人才就不能清偿的部分承担清偿责任；普通合伙人之间才是连带责任，即如果有限合伙企业不能清偿到期债务，普通合伙人需要承担责任的，任何一名普通合伙人都应当以自己的全部资产对有限合伙企业不能清偿的债务承担清偿责任。

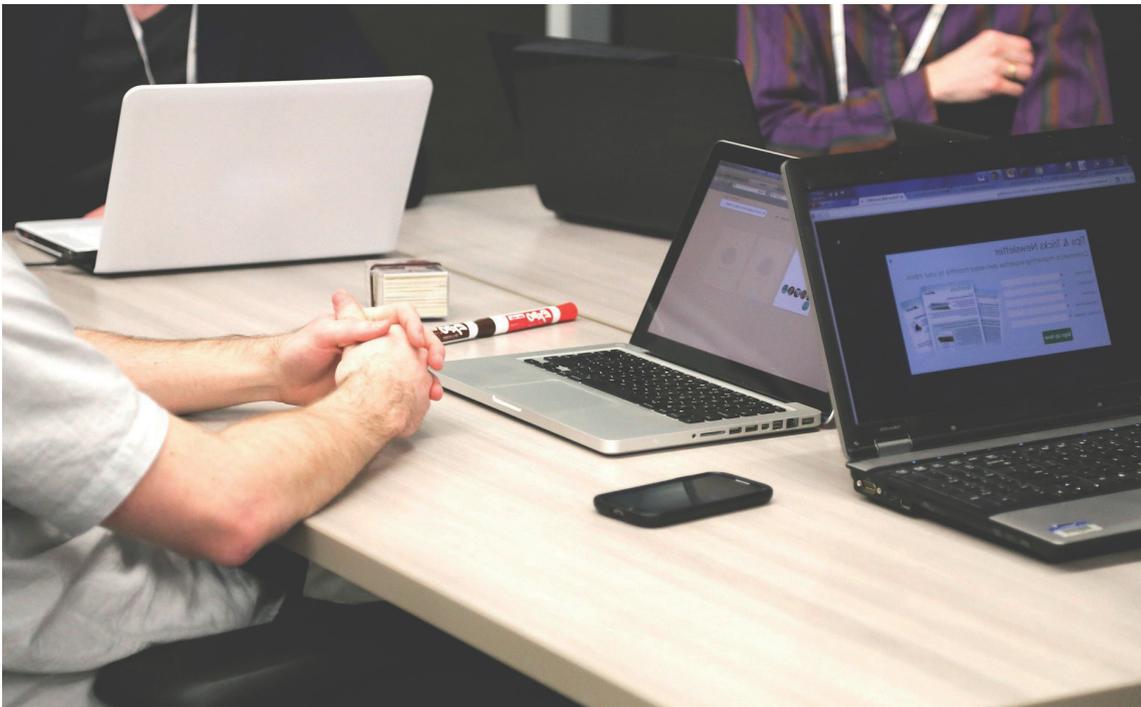
《最高人民法院公报》2011年第7期刊载的“南通双盈贸易有限公司诉镇江市丹徒区联达机械厂、魏恒聂等六人买卖合同纠纷案”，也印证了上述观点。

三、结语

根据上述分析可知，虽然法律规定普通合伙人需对有限合伙企业的债务承担无限连带责任，但因有限合伙

企业通常只作为投资平台，本身不开展任何实际业务，一般情况下不会产生债务；退一步来说，即便有限合伙企业产生了债务，也应当首先以有限合伙企业的全部财产承担清偿责任，如果不足以清偿，再由普通合伙人对剩余债务承担清偿责任；考虑到普通合伙人通常对有限合伙企业具有控制力，有限合伙企业的重大决策是由普通合伙人做出的，所以，未经普通合伙人同意有限合伙企业即承担了债务的情况基本是不会发生的。

综上所述，笔者认为，无论是从正本清源的角度，还是从实务的角度，作为有限合伙企业的普通合伙人，其承担的责任和法律风险都是可控的。尤其对于作为投资平台的有限合伙企业的普通合伙人来说，其实际承担的风险与有限合伙人承担的风险，并没有实质上的区别。



从《中央企业法律纠纷案件管理办法》看企业法律纠纷案件管理的术与道

WINCON
LEGAL
INSIGHT



殷启峰

业务专长为工程建设、房地产开发、项目投融资等法律事务。担任最高人民法院民事行政案件咨询专家, 青岛市政府法律专家库成员, 山东省律协房地产法律专业委员会副主任, 青岛市律协房地产委员会主任, 青岛、威海、石家庄仲裁委仲裁员, 山东大学、中国海洋大学、青岛科技大学等高校实务导师。



杨亚男

业务专长为房地产开发及投资并购、建设工程、企业合规、政府事务、高校法律服务及民商事诉讼及仲裁等。担任青岛市律协房地产委员会秘书长、青岛市习近平法治思想宣讲团团长及青岛市城市更新法律服务团成员, 已取得高级企业合规师资格及首席合规官资格。

2023年6月14日, 国务院国资委印发《中央企业法律纠纷案件管理办法》, 并将于2023年8月1日起正式施行。该办法是国资委继2022年8月23日颁布《中央企业合规管理办法》之后又一部规范中央企业法治工作的规范性文件, 标志着央企合规管理进入又一新阶段, 同时也为央企以外的国有企业及其他企业的合规管理提供了重要参考。自国资委2005年颁布《中央企业重大法律纠纷案件管理暂行办法》以来, 我国经济高速发展, 不论是企业发展的外部环境形势, 还是内部意识形态, 均发生了较大变化。为契合“依法治企”的发展理念, 企业的案件管理不应局限于个案应对的“点”, 更应上升为企业合规管理的“面”, 《中央企业法律纠纷案件管理办法》从总则、组织职责、管理机制、重大案件管理、中介机构及奖惩等方面提供了更为明确的指引。

本文结合《中央企业法律纠纷案件管理办法》《中央企业合规管理办法》的具体规定与即将失效的《中央企业重大法律纠纷案件管理暂行办法》相比的变化之处, 在企业法律纠纷案件管理的术与道的层面进行探讨, 以期为企业的法律纠纷案件管理及律师参与央企法律事务提供更好的思路。

一、《中央企业法律纠纷案件管理办法》的六大看点

看点一：案件管理外延扩大。从“重大法律纠纷案件管理”到“法律纠纷案件管理”，将企业经营管理中发生的境内外诉讼、仲裁等法律纠纷案件及未通过诉讼、仲裁活动处理的法律纠纷案件全部纳入管理体系内。对于重大案件采取备案报告制度，从监管颗粒度及时效关切性上进行相应的规制。

看点二：案件管理思路调整。明确企业是法律纠纷案件管理的责任主体，应积极主动维权，以案促改，及时发现管理问题，堵塞管理漏洞，国资委负责指导、协调。

看点三：协同处理职责明晰。企业应当建立由法治建设第一责任人领导、总法律顾问牵头、法务部门归口、职能部门协同的案件管理体系，完善相关制度，改进工作机制，推动以案促管，鼓励企业法务人员参与或直接代理案件。

看点四：全链条全流程管理。企业应重视法治工作为企业创造的价值，从制度建设、风险排查、案件处理、预警机制、管理改进、考核评价等业务流程全面履责，不能仅被动应诉，需加强事前预防、事中控制、事后整改的案件管理理念。

看点五：多元纠纷解决机制。运用诉讼、仲裁、调解、和解等多元化纠纷解决机制妥善处理案件，央企之间纠纷鼓励内部调解协商、上级指导协调的处理方式，解决管理层的决策顾虑，提升企业管理效能，降低对企业信用的影响。

看点六：理性管理中介机构。强调企业在法律纠纷案件处理过程中应发挥主导作用，中介机构为企业法务部门提供有益专业支撑的原则。科学确定中介机构的选择方式、完善中介机构评价机制，规范使用风险代理，明晰风险责任，做到控成本、反舞弊等合规要求。

二、企业法律纠纷案件的管理之“术”

“管理是指一定组织中的管理者，通过实施计划、组织、指挥、协调、控制等职能要素来协调他人的活动，使别人同自己一起实现既定目标的活动过程”。

《中央企业法律纠纷案件管理办法》第五条中明确“案件管理”是“建立健全法律、监督、追责等部门协同工作机制，加强对案件处理、备案等情况的监督检查，强化对重大案件的指导协调和督办”。因此，案件管理是通过建立机制、加强监督检查、强化指导协调和督办，重在实施计划、组织、指挥、协调、控制等职能要素来协调企业的行为，使各个部门一起实现企业既定目标的活动过程的管理。

因此，案件管理一方面需要在企业管理体系中明确案件管理的组织架构及职责分工；一方面要明确案件管理机制的具体内容，即如何进行管理及需要做哪些具体的事项。《中央企业法律纠纷案件管理办法》在“术”的层面上对案件管理的具体方式进行了明确的规制，具有良好的示范意义。

（一）组织机构及职责分工

1. 国有资产监督管理委员会：指导、监督中央企业案件管理工作；对重大案件指导协调和督办。

2. 中央企业主要负责人：法治建设第一责任人，领导案件管理工作，定期听取报告，强化机构、人员、经费等保障。

3. 总法律顾问：牵头案件管理工作，研究解决重点难点问题，领导法务管理部门完善工作机制，指导所属单位加强案件管理。

4. 法务管理部门：拟订案件管理制度，组织处理本企业案件，选聘和管理法律服务中介机构，推动案件管理信息化建设，对案件进行统计、分析和报告。

5. 业务和职能部门：及时沟通可能引发案件的有关情况，配合证据收集、案情分析、法律论证、案件执行，完善管理制度，改进工作机制，推动以案促管。

（二）全流程管理机制

1. 事前制度规范，健全保障机制

制度建设：结合实际制定完善案件管理相关制度，明

确责任主体、职责范围、管控措施、监督问责等内容。

风险排查：定期开展法律纠纷风险排查，分类制订防范策略，完善风险应对预案，对重大风险及时预警。

类案预警：针对典型性和普遍性案件深入分析发案原因，及时进行风险预警，切实采取防控措施。

信息化建设：建立上下贯通、全面覆盖、实时监测的案件管理信息系统，即时掌握案件情况，深入研究案件趋势、高发领域、薄弱环节等，增强管理的针对性和有效性。

2. 事中动态监管，推动高效处理

案件应对：发生案件及时调查了解案情，做好法律分析、证据收集工作，规范参加庭审活动，加强舆情监测处置。

案件执行：案件处理完毕、取得生效法律文书后，做好案件执行工作，切实保护企业的合法权益。

3. 事后监督问责，贯彻以案促管

管理提升：案件处理完毕后及时进行总结分析，梳理案件管理经验，查找经营管理薄弱环节，堵塞管理漏洞，防止类似案件再次发生。

分析报告：每年对案件情况进行汇总统计，研究分析总体情况、主要特点、发案原因、应对措施等，并向国资委报送。

考核评价：将案件管理情况作为法治建设重要内容，纳入考核评价体系。

积案管理：加强历史遗留案件处理，研究制定处置方案，动态跟踪进展情况，采取有力措施，推动案件加快解决。

三、企业法律纠纷案件的管理之“道”

如果说“术”是显性层面的具体要求和做法，能够在

“点”上解决个案及类案的处理，那真正想做好企业的法律纠纷案件的管理工作，应在“道”的层面去探索案件管理对于企业的意义，知道为什么要做案件管理，在案件管理中总结的有益经验才能真正地服务于企业的发展和价值的实现。所谓“有道无术，尚可求术；有术无道，止于术。”企业法律纠纷案件的管理的终极目标未必是追求企业“无讼”，而应该是企业的战略目标及核心价值的实现。

（一）案件管理的目标

当讨论企业法律纠纷案件管理时，是否意味着将追求胜诉或止诉作为案件管理的终极目标呢？笔者认为，案件管理绝不仅仅是为企业胜诉或止诉而进行，而是应当将案件管理置于企业发展战略中进行考量，在合法合规的前提下谋求企业利益最大化是案件管理的基本原则，服从和服务于企业发展的整体战略和当前的工作重心是法律纠纷案件管理的最终目标，也是案件管理的意义所在。

只要有交易，纠纷的发生就不可避免，法律纠纷案件可能会给企业造成经济、声誉和经营秩序上的影响，因此需要结合企业发展战略和工作重心制定合理的应对策略，评估案件是否会引发大规模的连锁反应，是否会冲击企业文化，是否会影响企业核心利益，并结合企业的承受程度，在风险和利益之间进行权衡。归根结底，案件的处理应服从企业的核心利益。很多时候，在明知败诉的情况下仍要完成诉讼，可能是为了取得他案的证据，或是完成责任的界定；有些时候，案件的进度可能会对某一重大生产经营项目产生关键性影响，需要对案件时效予以高度的关注和控制。可以看出，胜诉和止诉并非是所有案件的最佳结果，诉讼或仲裁也并非解决纠纷的唯一手段，通过多元化的纠纷解决机制促进企业发展战略和核心利益的实现，才是企业进行案件管理的终极目标。

（二）案件管理的意义

在上文提到的“术”的层面，将案件管理分为事前、事中和事后三个不同的阶段，每个阶段有不同的管理要求及侧重点，这么设置的原因是基于案件管理中的案件分析。笔者认为，造成案件纠纷的原因是多样的，案件

分析并非仅是止步于弄清案件是何方过错的归责式总结，而应在企业经营管理的具象实景中，在企业内控管理流程的框架下，用倒推的方法，从多样的、具体的纠纷原因中找出具有代表性的、抽象的风险点，并将风险的防控作为出发点，改变、完善相关业务的内控流程，优化合规管理的标准，才能使得案件管理具有现实意义。

法律纠纷案件的分析，的确需要从裁判者的角度去评价孰是孰非，也需要以此为争议解决寻求最佳方案策略，但更重要的应该是分析争议产生的背景和成因，并回归争议本身的载体——合同。目前，央企已经全部建立了内部控制体系，在企业的风险管理中发挥着重要作用，而签订并履行合同是企业对外进行商事交易的基本模式，案件管理最终的落脚点，应该是通过对案件的分析将合同管理流程中的合同洽谈、合同评审、合同履行和履行后评估等环节涉及到的各个风险点进行提示并将企业的商业风险降低。通过案件管理提升企业的合同管理和内控管理的水平，一方面有利于在源头上控制纠纷案件的发生，一方面也有助于企业在案件应对过程中掌握有利的地位。

四、企业法律纠纷案件的律师之“为”

《中央企业法律纠纷案件管理办法》中鼓励企业“法务人员参与或者直接代理案件”，是否意味着中介机构在央企法律纠纷业务中参与的机会减少？其实不然，可以看出“以案促管”的思路贯穿整个《中央企业法律纠纷案件管理办法》，实际上是对律师代理央企案件的重要提示，律师应该把握企业合规发展的趋势，不仅需要重点关注央企的案件管理，更应从案件中提炼出对企业管理有价值的经验，以助力企业进行内控体系的改进，最终实现合规管理的全面提升和企业发展战略和核心利益的实现。

（一）律师服务的两种思维

笔者结合为央企、国企服务的经验，认为在未来的法律服务过程中，律师应当更加重视合规思维和审计思维的培养。在企业大力推行合规建设的背景下，律师具备合规思维是应有之为，而企业加强合规建设的目的主要有两个方面：一方面是通过合规建设来防范企业自身

的经营风险；另一方面是企业发生合规风险之后，把合规管理体系作为抗辩事由，以阻断员工责任和企业责任，减轻甚至是豁免企业的责任。因此，律师在服务的过程中不能只有代理人思维，同时要站在外部监管的角度上，从裁判者、审计方等不同的外部监管角度判断事情本身是什么以及应该怎么做。只有同时建立起合规思维和审计思维，才能将法律服务的本质围绕在企业真正的需求上，才能让企业的合规建设不仅在内部实践过程中具有实质性和有效性，而且能够经得起外部的监管和检验，让律师的服务真正起到“防火墙”“灭火器”的作用。

（二）律师服务的三个层面

结合《中央企业法律纠纷案件管理办法》中的相关要求，笔者认为，律师在为央企服务的过程中应从法律、经营、战略三个层面上进行完善。在法律层面上，律师应对案件处理的全过程进行总结，形成并完善不同案件的处理思路、诉讼策略和文书模板，建立起案件管理“资料库”；在经营管理层面上，律师对案件应进行深度的分析，通过案件的表象去探索企业经营管理方面存在的问题并提出完善的管理建议，建立起案件管理的“风险池”；在战略层面上，律师应关注市场局势、政策信息和经济形势等，并分析对企业发展方向的影响，为决策层提供参考，建立起案件管理的“智库”。律师提供法律服务是为帮助企业解决问题，让企业能够有效地防控法律风险，同时市场竞争中获取更多的商业利益，只有将法律服务的“舒适圈”不断拓展，才能真正地为企业发展保驾护航。

企业法律纠纷案件的存在有其客观必然性，在真实的商业交易过程中很难完全避免，案件裁判结果受诸多因素的影响，胜诉也并非是所有纠纷案件的最佳结果。

《中央企业法律纠纷案件管理办法》的颁布及“以案促管”理念推行，企业对法律纠纷案件实施有效的管理，不仅能够“术”的层面追求案件事前的风险防控、事中的案件处理及事后的经验总结，还能够“道”的层面明晰企业进行案件管理的目的和意义。良好的案件管理，不但可以避免企业的直接经济损失，还可以实现企业利益的最大化，未来企业和律师都应该高度关注并寻求更多的合作和共赢的机会。

一致行动人协议的效力认定和解除权的行使

WINCON
LEGAL
INSIGHT



于巧

业务领域为房地产与建设工程、投资并购、不良资产处置、争议解决与诉讼。同时具有中国会计从业资格证、上市公司独立董事资格、国家二级心理咨询师资格。

设置一致行动人对企业的经营发展具有重要意义，它可以通过集中表决权来确保核心管理层对公司决策的主导作用，有利于公司治理结构的稳定和决策的连续性。需要注意的是，一致行动协议应当符合相关法律法规和公司章程，不得损害公众利益及公司、其他股东合法权益，否则可能引发纠纷，甚至导致企业经营陷入僵局。

笔者此前参与处理的一起合作项目，各方针对协议的效力、解除权的行使等问题产生了较大分歧，引起笔者的思考。本文尝试结合现行法律法规和司法实践对一致行动人协议的效力和解除权行使问题进行探讨，并提出具体的解决路径，供大家参考。

一、一致行动人的概念

“一致行动人”的概念最早来源于资本市场，因上市公司涉及公共利益，对其股权变动有相应的制度加以规范和限制，根据《上市公司收购管理办法》规定，超过一定持股比例的股东应当对其股权权益及变动情况履行报告和披露义务，此外，收购人持有上市公司的股份达到一定比例后继续增持股份的，会触发要约收购等等。因此，上市公司的投资者为了规避这些制度，往往通过协议方式成为一致行动人。

严格来说，“一致行动人”并非我国《公司法》上的概念，与一致行动人相关的概念主要集中在上市公司相关的规范性文件中。我国证监会在2020年修订的《上市公司收购管理办法》第八十三条规定：“本办法所称一致行动，是指投资者通过协议、其他安排，与其他投资者共同扩大其所能支配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实。在上市公司的收购及相关股份权益变动活动中有一致行动情形的投资者，互为一致行动人”。实践中，基于决策和公司发展需求，越来越多的非上市公司股东也开始采用“一致行动”。

基于此，笔者认为，对“一致行动人”的概念应作广义的解释，一致行动人可以成为上市或非上市公司的投资者（股东），主要表现为部分一致行动人通过让渡表决权的方式，将表决权集中到个别股东手中，进而扩大该部分股东对目标公司股权的控制，以提高决策效率或对抗其他股东对公司的控制。

二、一致行动人协议的基本要素

协议主体：一致行动人协议的主体应为投资者（股东）。实践中，为了强化协议效力，通常将目标公司列为协议第三方。

一致行动期限：可根据股东各方的需求和公司发展需要设置合理的期限。

一致行动规则：一致行动协议本质上是股东之间约定股东表决权行使的契约，故一致行动规则一般可表述为“双方同意在公司股东会中采取一致行动，具体指根据《公司法》等有关法律法规和公司章程需要由公司股东会作出决议的事项均应采取一致行动”。

一致行动范围：一般为公司章程规定需由股东表决的事项，但现在逐步从股东会延伸到了董事会层面，即公司章程规定需要由董事会表决的事项也可以纳入到一致行动范围之内。

冲突解决机制：针对一致行动协议履行中可能出现的冲突，应当提前设置解决方案。具体可表述为“若协议各方就某些决议事项无法达成一致时，应当按照持股多数原则或持股比例最多一方的决定作出一致行动的决定”。

三、一致行动人协议的效力

当事人签署一致行动协议，系依法处分自己享有的股东权益，性质上仍属于一种民事行为，依据《民法典》第一百四十三条规定，只要一致行动协议的主体具有完全民事行为能力，意思表示真实，且不存在违反法律、行政法规强制性规定，不违反公序良俗，亦未损害公司或其他股东合法权益，应当对其效力予以确认。

张国庆、周庆康诉江西华电电力有限责任公司公司

决议撤销纠纷案（案号：2015渝民初字第02693号、2016赣05民终12号、2017赣民申367号），该案经一审、二审和再审，三级法院一致认为“两份协议约定，华电公司向张国庆定向增发股权，在公司股份上市交易前，张国庆承诺其所持之华电公司股份的投票与胡达保持一致。该条款的目的是确保双方行动的合意性，其重复出现在两份协议中，恰恰体现了上述条款系双方平等、自愿协商后作出的安排。作为完全民事行为能力人，双方均应能预料该条款生效后所产生的后果。两份协议上均有张国庆、胡达本人的签字确认和华电公司的盖章确认，且上述条款并不违反法律法规的禁止性规定，并经董事会决议通过，未损害公司及其他股东的合法权益，内容应为合法有效”。

四、一致行动人协议的解除

（一）基于前面所述，当事人签署一致行动协议的行为，性质上仍属于一种民事行为，根据《民法典》第五百六十二条和第五百六十三条之规定，当事人依法享有约定解除权和法定解除权。

（二）实践中比较有争议的是，当事人是否享有任意解除权，对此，应当区别不同情况来分析。

1. 涉及上市公司的，在认定当事人是否享有任意解除权时应从严把握。上市公司涉及公众利益，应严格遵循监管部门的监管规则，如支持当事人随意解除协议，可能出现一致行动人为规避监管而滥用任意解除权，进而损害公众利益。此外，如投资者之间签订《一致行动协议》时，具有将公司上市交易的目的，也不宜支持当事人任意解除协议。

2. 涉及非上市公司的，应结合行为的性质、目的及协议内容来认定股东是否可任意解除《一致行动人协议》。

首先，一致行动人协议很大程度上可以理解为股东将其享有的全部或部分股东权利委托他人行使，此种情况下，可以参照委托合同的相关规定来认定股东是否享有任意解除权。《民法典》第九百三十三条规定“委托人或者受托人可以随时解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委

托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。”据此，笔者认为，非上市公司股东签署的一致行动协议符合委托合同法律关系的特征，且不损害公共利益的情况下，应当赋予股东任意解除权。

(2018)浙0106民初3961号穆乐民、宋颺等与冯汝章合同纠纷一案即是采纳这一观点。法院认为“一致行动人协议是建立在各方相互信任的基础之上，但作为协议中的一致行动人，对一致行动，应建立在全体协议签署人协商一致的意見的基础上，在协商达不成一致意見，应当允许协议签署人表达个人意願，而非强迫。一致行动人不能一致行动，协议就失去应有的价值。既然是协议，应当允许协议当事人有退出的权利，如果退出的一方因其退出给另一方造成损失，可按协议约定赔偿对方损失”。

其次，协议各方基于特定目的达成一致行动协议并且对协议履行中可能出现的冲突解决方式和途径做了明确约定的情况下，一致行动协议不能被简单认定为委托合同关系，此种情况下，不宜支持当事人任意解除合同。

(2019)冀0791民初1620号王宇、许菲菲等与王占海等合同纠纷案中，法院认为“双方签订协议书的目的是为了保障中海瑞成公司决策能顺利作出和通过，并得到强有力的执行而约定的股东王占海、王宇、许菲菲在公司决策、经营、管理等事项上保持一致意見，及出现不同意見的处理方式及股权回购等内容，而非委托合同之法律关系的意見，本院不予采纳。故二原告主张解除《一致行动、股权回购协议书》之诉讼请求，因证据不足，本院不予支持。”

五、针对一致行动协议的效力及履行中可能存在的风险，提出如下法律建议

(一) 强化一致行动协议的效力，避免因效力问题而影响协议履行。

1. 在签署一致行动协议时，应严格遵循真实性、合

法性原则，确保不存在《民法典》第一百四十三条规定的无效情形。

2. 鉴于《公司法》规定了“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外”“股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的以外，由公司章程规定”“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定”，建议制订或修改公司章程时，提前在章程中明确一致行动的标准，避免一致行动协议与公司章程内容冲突，进而最大程度确保协议条款的有效性。

3. 采取多种方式强化一致行动协议的公信力。如：通过股东会决议对一致行动协议的内容进行确认，同时，在目标公司进行备案和公示，证明一致行动协议并未损害公司利益及其他股东合法利益。

(二) 提高一致行动协议的可执行性，避免一致行动协议沦为“一纸空谈”。

1. 一致行动协议的内容要全面，表述应尽可能清晰严谨，必要时应寻求专业法律人士的帮助。

2. 实践中比较常见的问题是“一致行动协议中未约定冲突解决机制或约定的冲突解决机制缺乏可操作性，当一致行动协议各方意見冲突时，如协议中未明确约定冲突解决机制，不仅无法实现协议目的，还可能导致公司经营陷入僵局。建议在起草一致行动协议时应结合一致行动的背景、目的、各方主体情况作出符合各方需求、适应企业发展的具有可操作性的约定。”

3. 就“一致行动”的延伸作出特别约定。实践中，部分一致行动人可能在协议期内将股权转让，而新股东又不愿意继续履行一致行动协议，为了避免因此等纠纷导致一致行动目的无法实现，可以在协议中提前设置解决方案。例如：“一致行动人转让全部或部分股权时，其他一致行动人在同等条件下享有优先受偿权”，或者“如一致行动人转让其所持有的公司全部或部分股权的，该等转让需以受让方同意继承本协议项下的义务并代替出让方重新签署本协议作为股权转让的生效条件”。

(三) 实践中，大股东通过一致行动协议控制公司，甚至侵害小股东利益的情况时有发生，基于此，从

保护小股东的角度建议如下：

1. 约定一致行动期限：不宜一次性约定太长期限，可以约定较短期限，期满后，根据大股东表现及公司发展情况再判定是否延长一致行动期限。如此，可更好地督促大股东积极履行股东义务，更好保护小股东的利益。

2. 细化一致行动规则：一是程序上，约定一致行动人在股东会表决前，应事先通知所有的一致行动人，并在内部先按照一定规则形成一致意见；二是明确一致行动的范围，详细列明对哪些事项的表决可采取一致行动，为了充分保护小股东利益，建议对诸如修改公司章程、增加或减少注册资本及公司合并、分立、解散等涉及股东自身重大利益的事项保留独立的表决权。

3. 保留监督权：在签订一致行动协议时，要求由小股东或小股东代表担任公司监事，更好地对大股东形成监督制衡。

4. 约定救济途径：在签署一致行动协议时，对协议的解除条件、小股东在受到利益侵害的情形下如何救济、小股东的退出路径等事项作提前安排并详细写入协议中。例如：符合约定情形，小股东可解除一致行动协议，并约定损失的计算方式，但实践中，由于小股东长期不参与公司经营管理，不掌握公司经营情况，其损失往往难以量化，建议约定合理的违约金作为兜底性的损失。此外，符合约定情形的，小股东也可选择退出，并要求大股东按照约定的对价收购小股东的股权。

（四）尽管大股东对公司拥有更多的控制权，但小股东任意解除一致行动协议，可能也会影响大股东利益及公司正常经营管理，基于此，从大股东和公司持续稳定发展的角度考虑，建议对小股东加以限制：

1. 在签署一致行动协议时，约定排除或限制小股东的任意解除权。《民法典》第九百三十三条规定的任意解除权并非效力性强制性规定，当事人可以通过协议约定排除或限制任意解除权的行使。可以考虑在协议中约定“除特殊情形之外，小股东不得任意解除一致行动协议”，亦或由小股东签署不可撤销表决权的委托。

2. 约定违约责任。签署一致行动协议时，可针对小股东任意解除协议的情形设置合理的违约责任，以避免小股东随意解除协议影响公司正常经营或损害大股东利益。

六、结语

企业发展过程中需要相应的制度安排来提高决策效率、解决决策公平问题，因此，一致行动人协议在不违反《民法典》第一百四十三条规定，亦不损害公司和其他股东合法权益的前提下，应当对其效力予以确认。同时，好的企业离不开良好的股东关系，作为一致行动人的股东之间应本着诚信和公正的原则，加强沟通与理解，妥善处理好各种利益差异问题，一致行动人协议才能得到充分执行，进而有效促进企业治理和决策，保障公司持续平稳发展，实现互利共赢。

数据资产“入表”，所涉法律合规问题探讨

WINCON
LEGAL
INSIGHT



马清泉

主要业务领域为数字经济与企业合规，投资并购与公司治理，具有丰富业务经验。担任文康律所网络安全与数据合规专委会主任，青岛市律师协会企业合规专委会副主任，青岛市企业合规研究会副会长，青岛市大数据发展促进会专家。

一、数据资产入表的概念与列示

首先，需要明确数据资产入表，到底是入哪个表。对此，根据《暂行规定》规定，应将“数据资源”纳入资产负债表，该会计处理行为被称为“数据资产入表”或“数据入表”。

具体而言，企业在编制资产负债表时，应当根据重要性原则并结合本企业的实际情况，在“存货”项目下增

2020年4月9日，《中共中央、国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》发布，数据成为继土地、劳动力、资本、技术四大生产要素之后的第五大生产要素，提出要加快培育数据要素市场。

2022年12月19日，《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》发布，明确提出探索数据资产入表新模式。自此，关于数据资源是否可以作为资产确认，作为哪类资产进行确认，以及如何进行相关信息披露等方面引起广泛关注和疑虑。

2023年8月21日，财政部制定印发《企业数据资源相关会计处理暂行规定》（财会〔2023〕11号，以下简称《暂行规定》），自2024年1月1日起施行，对有关问题做出回应与规定。

数据资产入表固然会为释放数据要素价值和市场发展提供较强的内生动力，但企业也同时面临来自数据安全、个人信息保护等方面的法律合规监管要求，若是没有做好合规工作，容易在数据资产入表时将“家丑”进行外扬，带来负面影响。

因此，本文将结合《暂行规定》的有关内容，就数据资产入表所涉相关法律合规问题进行探讨，以期帮助企业将数据资产依法合规入表，发挥数据的基础资源作用和创新引擎作用，推动企业的数字化发展进程。

设“其中：数据资源”项目，反映资产负债表日确认为存货的数据资源的期末账面价值。

在“无形资产”项目下增设“其中：数据资源”项目，反映资产负债表日确认为无形资产的数据资源的期末账面价值。

在“开发支出”项目下增设“其中：数据资源”项目，反映资产负债表日正在进行数据资源研究开发项目满足

资本化条件的支出金额。

二、数据资源与数据资产的概念辨析

数据资源与数据资产是数据领域常见的两个名词，但针对数据资源与数据资产尚无较为统一的概念，基于《暂行规定》的发布，需对这两个概念进行辨析。

在《信息技术服务数据资产管理要求》（GB/T 40685-2021）中对“数据资产”的定义为：“合法拥有或者控制的，能进行计量的，为组织带来经济和社会价值的的数据资源。”

浙江省征求意见中的地方标准《数据资产确认工作指南（征求意见稿）》对“数据资产”的定义为：“会计主体过去的交易或事项形成的，由会计主体拥有或合法控制的，能够进行可靠计量的，预期会给会计主体带来经济利益或产生服务潜力的数据资源。”

再结合《暂行规定》对适用范围的有关规定及整体内容，我们理解，符合相关会计处理要求的数据资源在纳入资产负债表后，将构成企业的数据资产。

因此，综合前述文件中的相关定义，我们可以推断，数据资产的范畴应小于数据资源，数据资产属于一种符合某些要求和条件的数据资源。

三、会计处理信息披露所涉法律问题

根据《暂行规定》有关内容，企业应当按照相关企业会计准则及本规定等，在会计报表附注中对数据资源相关会计信息进行披露。关于相关披露内容，也构成了此次《暂行规定》的主要内容。其中，一类是应当披露的信息，一类是自愿披露的信息。

针对应当披露的信息，涉及确认为无形资产的数据资源与确认为存货的数据资源。关于数据资源，分别有外购的数据资源，自行加工的数据资源，以及其他方式取得的数据资源。

对此，企业需要在对数据资源披露时考虑其数据来源的合法性问题，数据的取得应当是依法合规的。

关于自愿披露的信息，《暂行规定》采取列举加兜底的方式，规定了8项自愿披露信息，以下分别对其所涉法律合规问题进行说明。

首先第一项披露的信息，是数据资源的应用场景或业务模式、对企业创造价值的影响方式，与数据资源应用场景相关的宏观经济和行业领域前景等。

关于该项信息披露，企业需要考虑在数据资源所属的应用场景或业务模式中，是否有关于数据方面的合规监管要求，比如金融行业、医疗行业等，均有明确的监管要求。企业应结合自身所有的数据资源进行合规评估。

关于第二项披露的信息，是指用于形成相关数据资源的原始数据的类型、规模、来源、权属、质量等信息。对此，企业需要考虑原始数据的来源是否合法，权属是否清晰，质量是否合格，否则容易搬起石头打自己的脚。

关于第三项披露的信息，是企业对数据资源的加工维护和安全保护情况，以及相关人才、关键技术等的持有和投入情况。

对此，企业需要判断数据资源所涉数据是否属于重要数据，是否需要采取网络安全等级保护，是否会被认定为关键信息基础设施等等，如有符合相关内容的，需要结合相关监管规定，采取符合要求的安全保护和技术投入，而非仅仅是普适性的安全保护与技术投入。

关于第四项披露的信息，是数据资源的应用情况，包括数据资源相关产品或服务等的运营应用、作价出资、流通交易、服务计费方式等情况。

在数据资源的应用过程中，主要涉及数据产品是否合规，数据资源是否可以出售，如何出售，是否采取加密或脱敏，是否需要在出售前或出售时对相关数据主体进行告知，以及是阶段性数据服务，还是持续性数据服务等等。企业需要围绕前述问题对各个环节的数据资源应用开展合规评估工作。

关于第五项的披露信息，是重大交易事项中涉及的数据资源对该交易事项的影响及风险分析，重大交易事

项包括但不限于企业的经营活动、投融资活动、质押融资、关联方及关联交易、承诺事项、或有事项、债务重组、资产置换等。

当前，数据作为重要的生产要素之一，很多企业因为持有相关数据而获得较高的估值。因此，在对数字化产品，如APP或互联网平台进行收购时，或在对企业股权进行收购时，都会涉及数据资源的处理。特别是在一些投资并购场景中，数据资产将会作为一项重要的交易标的。

因此，对于投资方而言，需要对标的企业的数据资产进行尽职调查，了解该企业所涉数据资源是否合法合规，否则收购后将会产生诸多法律风险。而对于被投资企业而言，需要保证自身数据资产的合规性，才能实现良好的估值，以及可持续的发展，促进交易的顺利进行。

关于第六项的披露信息，是数据资源相关权利的失效情况及失效事由、对企业的影响及风险分析等。

数据资源作为一项资源，以及入表后作为一项资产，企业需要考虑该项资产是企业所独有，还是涉及其他所有者，是否面临数据资源相关权利的失效情形，比如数据共享协议的终止等。对于数据资源属性比较重的企业，需要提前做好规划，否则一旦数据资源失效，将会对企业经营与市场声誉产生负面影响。

关于第七项的披露信息，是数据资源转让、许可或应用所涉及的地域限制、领域限制及法律法规限制等权利限制。该项披露信息尤为涉及法律监管问题，一方面是需要注意数据资源的转让、许可或应用等三大环节，另一方面是需要注意地域限制、领域限制，以及法律法规限制等三大限制。

具体而言，企业需要评估自身数据资源是否可以转让，是否可以对外许可或应用。若可以，则需要进一步考虑相关限制。比如，在地域限制方面，数据资源是否可以出境，是否符合出境的要求。在领域限制方面，是否属于金融数据，是否属于医疗数据，是否属于关系国家安全的重要数据等。在法律法规限制方面，有的数据是不被允许转让的，因此也会导致其数据资源不可以转让。

关于第八项的披露信息，是企业认为有必要披露的其他数据资源相关信息。该项属于对企业自愿披露信息的兜底规定。即使是企业自愿披露，也需要考虑是否符合法律规定。

四、数据资产的确权问题

对于数据权属问题，目前尚无明确的法律规定，现有的政策法规主要是对数据确权做出方向性和框架上的指导。

在互联网环境下，数据容易被复制和传播，侵权成本低，数据权益容易被侵权，如果没有相关规定，数据资产的确权和权益保护也会面临较大的挑战。

从权利保护角度，数据确权是数据资源运营、开发和使用的有力保障，也是数据资源交易授权和流转的有效证明。

数据资源的特殊性决定了确定数据权属时，不便采用类似于房产的绝对权利理念，数据权属的重点应是让价值创造者获得数据权益。

因此，《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》提出“探索数据产权结构性分置制度”。此处的“结构性分置”，要充分考虑到数据的生产、流通等环节，厘清数据上不同利益主体间关系，从数据资源持有、数据加工使用权、数据产品经营权等方面对数据资产的确权问题提供一个解决思路。

五、数据资产的定价问题

数据资产入表必然会带来数据资产的定价问题，目前深圳、上海等地也在支持构建数据资产定价指标体系。

2022年6月8日，中国资产评估协会发布《数据资产评估指导意见（征求意见稿）》（“《指导意见》”）。《指导意见》在其2019年12月印发的《资产评估专家指引第9号——数据资产评估》基础上，进一步细化数据资产评估操作要求，明确数据资产评估过程中的各项考量因素。

比如,《指导意见》规定,数据评估机构需要重点关注影响数据资产价值的质量因素、应用因素、成本因素和法律因素。其中,质量因素包括准确性、一致性、完整性、规范性、时效性、可访问性等;应用因素包括使用范围、应用场景、商业模式、市场前景、财务预测、供求关系以及应用风险等;成本因素包括直接成本和间接成本;法律因素包括法律法规、政策文件、行业监管等新发布或变更对数据资产价值产生的影响。

企业在根据《暂缓规定》对数据资产入表时,可以参照《指导意见》内容对数据资产价值进行判断,为数据资产定价提供一个基础依据。

六、数据资产的担保问题

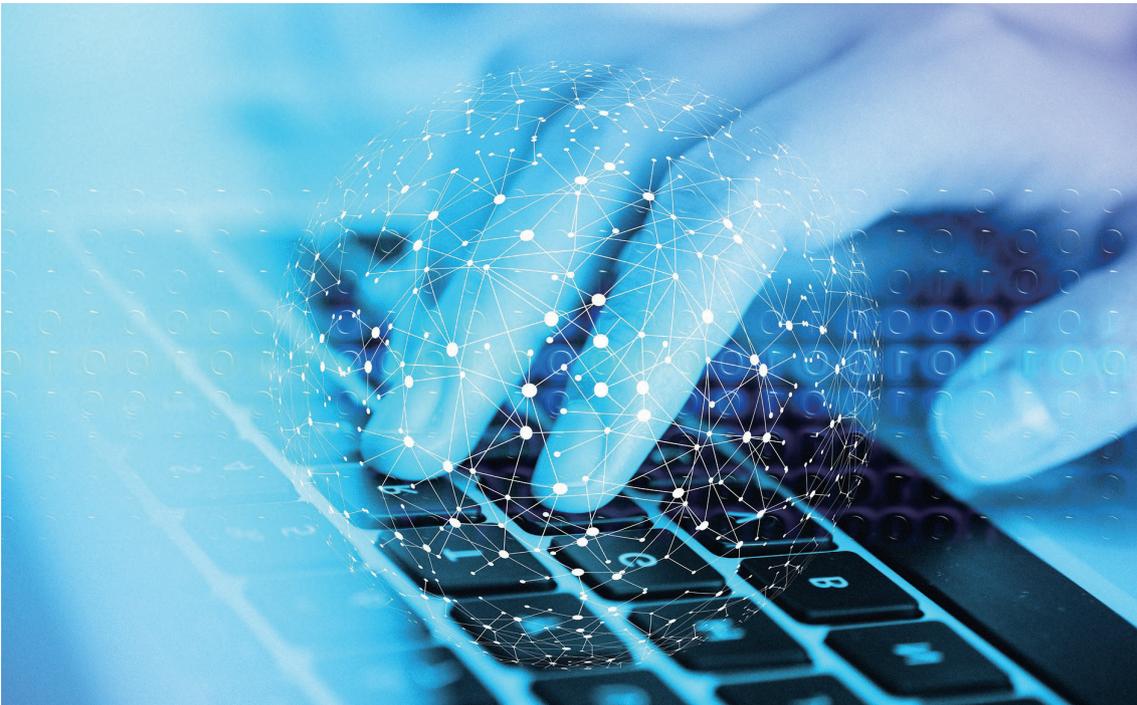
根据《暂行规定》的内容,企业应当披露用于担保的数据资源无形资产的账面价值、当期摊销等情况。因此,也就涉及数据资产的担保问题。

我国《民法典》尚未就数据资产提供担保做出具体规定。结合我国“探索数据产权结构性分置制度”的内容,可以考虑参考权利质押的做法,将数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等作为担保物,为交易提供担保。此时,数据资源也就被用于担保,根据《暂行规定》的内容进行披露。

七、总结

数据资产入表的时代已经来临,相关探讨也终于落地,这是一个新的开始。数据资产化是融合会计、法律、财税、数字技术等多学科深度交叉的新兴领域,相关制度的落地仍面临着诸多挑战。

企业在构建数据资产的同时,也需要注重数据资产的法律合规工作,将数据“资产化”与“合规化”同步推进,方可持续发展。



探究融资性售后回租法律性质及风险审查

WINCON
LEGAL
INSIGHT



王生

多次参与国企收购与合并项目的法律服务，负责为公司决策提供法律意见、诉讼仲裁案件的纠纷处理，专注于公司治理、企业合规、电子商务、民商事诉讼。

融资性售后回租是企业以融资为目的，将企业资产出售后再重新回租的一种新型融资方式，这种融资方式可使企业迅速回收购买资金，加速资金周转并盘活存量资产，并且能够节省税收，因而受到众多企业及租赁公司的青睐。但是由于售后回租业务通过转移所有权来担保债权，在金融市场上也面临着主体信用、内部管理及法律风险等众多不确定性，本文将对融资性售后回租业务的法律性质、法律关系认定及风险防范予以探究。

一、融资性售后回租业务的基本模式及功能

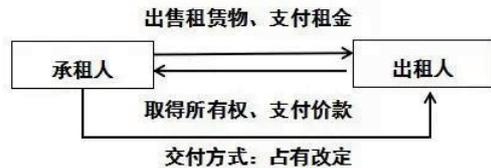
售后回租业务是承租人将自有物出卖给出租人，同时与出租人签订融资租赁合同，再将租赁物从出租人处租回，待期满后收回租赁物所有权的融资租赁方式，笔者将从售后回租业务的基本模式及功能、与融资租赁的区分三个方面出发，探析融资性售后回租的基本特点：

(一) 售后回租业务的基本模式

1. 融资性售后回租

从法律主体来看，融资性售后回租的业务主体为出租人与承租人两方，承租人通过与出租人签订买卖合同转移租赁物所有权，出租人支付价款取得租赁物所有权，承租人取得出卖租赁物的资金并向出租人支付租金，租赁期满后租赁物以名义价格再转让给承租人。此种交易模式下交付的方式为占有改定，即承租人继续占有该租赁物但该租赁物所有权已由双方达成买卖协议时转移。在这种交易模式下，出租人实质是通过获得租赁

物所有权来达到资金转移的担保目的，其最终目的是收回出借资金本息，承租人目的则是融资，通过出让租赁物从而获得所需资金。



2. 经营性售后回租

经营性售后回租系承租人在出卖租赁物后继续占有并承租，租赁物所有权归出租人的一种售后回租业务，目的是承租人能够继续使用租赁设备从而开展经营活动，通过占有改定租用设备的一种方式，可以通过对比租金现值与设备公允价值、出租人的初始投资构成等因素判断是否为经营目的。

(二) 融资性售后回租的功能

从融资性售后回租的功能来看，相比其他融资方式，售后回租具备操作流程便捷、降低税负和盘活资产的功能优势。承租人不仅能在不转移占有的方式下方便快捷地获得融资资金，还能够让自身存量资产不断流动，迅速盘活自身优质资产。根据国家税务总局《关于融资性售后回租业务中承租方出售资产行为有关税收问题的公告》2010年第13号公告的内容，融资性售后回租业务中承租方出售资产的行为，不属于增值税和营业税征收范围，不征收增值税和营业税。在企业所得税方面，承租人出售资产的行为，不确认为销售收入，对融资性租赁的资产，仍按承租人出售前原账面价值作为计税基础计提折旧。因此融资性售后回租还具备节税的重要功能，这些功能优势让售后回租逐渐成为融资市场上备受青睐的一种融资方式。

(三) 售后回租与融资租赁的区分

从融资租赁与售后回租的区分来看，在法律主体上售后回租业务承租人和供货人为同一人，承租人（供货人）和出租人形式上构成两方主体，而融资租赁则是由出租人、承租人、供货人三方主体组成的模式。另外融资租赁是以融物为核心，租赁物的所有权前期由供货人所有，出租人支付的资金明确是用来向供货人购买租赁

物，由此承租人能够通过支付租金来缓解流动资金不足的融资压力，可以看出融资租赁兼具融资与融物的功能。而售后回租是以承租人所有的租赁物进行出售后回租，出租人支付的资金直接由承租人取得，在作为融资方的承租人按期足额缴纳全部租金后，可以通过名义价格重新取回租赁物的所有权。总的来看，虽然两种方式略有不同，但实质都是以所有权的转移来担保债权的实现。

二、融资性售后回租的法律属性

在融资性售后回租业务中，基于融资租赁合同及买卖合同，融资性售后回租是否构成融资租赁法律关系，对此存在不同观点：

观点一：售后回租与融资租赁性质完全不同，其本质就是抵押贷款，是以融资租赁合同为表现形式的抵押借款，其完全不具备融资租赁的融物法律特征，售后回租不构成融资租赁法律关系。

观点二：售后回租属于融资租赁的一种，只是融资性售后回租融资较为特殊，涉及买卖关系和租赁关系，交易当事人中的承租人和租赁人具有双重身份，融资性售后回租属于融资租赁交易形式的一种，属于融资租赁的范围，构成融资租赁法律关系。

笔者认为售后回租与融资租赁并非隶属关系，需要进一步区分经营性还是融资性售后回租，对于融资性售后回租是否构成融资租赁法律关系，需要审查是否以融资为目的以及融物的属性，对于部分融物属性弱或不存在的条件下，比如名为融资实为借贷或担保的情形下，可能不构成融资租赁法律关系，根据《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第1条的规定，需要结合租赁物的性质和价值、租金构成、主体之间的权利义务内容及真实意思表示来判断主体间是否构成融资租赁法律关系。对于法律关系的认定方面，可具体参考以下规定：

1. 中国银行业监督管理委员会发布的《金融租赁公司管理办法》（2014年第3号）第五条

售后回租业务是指承租人将自有物件出卖给出租人，同时与出租人签订融资租赁合同，再将该物件从出

租人处租回的融资租赁形式。售后回租业务是承租人和供货人为同一人的融资租赁方式。

2. 《中华人民共和国民法典》第七百三十五条

融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

3. 《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第1条第一款

人民法院应当根据民法典第七百三十五条的规定，结合标的物的性质、价值、租金的构成以及当事人的合同权利和义务，对是否构成融资租赁法律关系作出认定。

4. 《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第1条第二款

对名为融资租赁合同，但实际不构成融资租赁法律关系的，人民法院应按照其实际构成的法律关系处理。

5. 《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第2条

承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租回的，人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系。

三、融资性售后回租的风险点审查

1. 所有权转移是否公示，出租人对租赁物的所有权能否对抗善意第三人

融资性售后回租是以融资为目的，一般进行公示而不对租赁物进行所有权变更登记，在国企中不涉及国有资产转让的相关审批，双方签订《所有权转移/买卖协议》，交付方式为占有改定，融资租赁物的所有权自签订转移所有权协议时发生变更，出租人往往通过中国人民银行征信中心的动产融资统一公示系统对租赁物所有权变更进行公示。根据《国务院关于实施动产和权利担保统一登记的决定》（国发〔2020〕18号）规定，融资租赁是纳入动产和权利担保统一登记范围的担保类型之一，自2021年1月1日起在全国范围内实施动产和权利

担保统一登记，由当事人通过中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统自主办理登记。

此外在部分地区也对此有细化规定，《天津市高级人民法院关于审理融资租赁物权属争议案件的指导意见（试行）的通知》规定，出租人应当在“中国人民银行征信中心融资租赁登记公示系统”进行登记，未经登记不得对抗善意第三人，第三人未在中登网进行查询的视为未尽到审慎注意义务而不构成善意。因此对于出租人来说，应及时对租赁物所有权转移进行公示登记，若未及对租赁物所有权变更进行公示导致善意第三人取得或设定他物权在先，根据物权登记对抗主义和物权公示效力，存在无法对抗转移后第三人善意取得的法律风险。此外在租赁物所有权转移时，还应当审查承租人在出卖前是否将租赁物抵押担保、一物二卖等情形，就有关风险提前做好尽调和风险防范工作。

2. 是否对期满后所有权转移有相关约定

一般融资性售后回租仅为融资目的，并非最终所有权的转移的买卖，但应在《融资租赁合同》中对期满所有权转移事宜进行约定，租赁期满后对租赁物的所有权收回或回购，在收回时签订的《买卖协议》中约定租赁物自协议签订完成后归承租人所有，原所有权转移协议的有关内容在合同期满后终止，避免租赁期限届满后对租赁物权属产生纠纷。

3. 租赁资产是否具备“融物”属性

融资性售后回租不一定都构成融资租赁法律关系，需要就融资性售后回租的融物属性进行审查，具体来说需要从以下三个方面对租赁资产是否构成适格租赁物进行审查：

(1) 租赁物是否具有可流通性

租赁物应避免为限制流通物，且需要特别关注构筑物作为租赁物的适格性问题，根据中国银保监会办公厅发布的《关于加强金融租赁公司融资租赁业务合规监管有关问题的通知》，作为租赁物的构筑物须满足所有权完整且可转移、可处置、非公益性、具备经济价值的要求，对于地下管网、城市道路、市政桥梁、在建工程等不动产构筑物作为租赁物的适格性问题目前存在争议，

应注意不同种类租赁物的效力风险，尽量避免就此类不动产进行融资性租赁，以免被认定为不构成融资租赁法律关系。

参考案例	(2022)粤01民终22352号
裁判观点	涉案租赁物属于限制流通物 ，即使湘潭县国有资产监督管理委员会《关于国有资产划拨的批复》将涉案租赁物划拨给盛弘公司属实，金控公司或立根公司也无法取得涉案租赁物的所有权，更无法将涉案租赁物变价抵偿。本案中，金控公司（委托方）、立根公司（出租方）与盛弘公司（承租方）于2016年12月30日签订的《委托租赁（售后回租）合同》约定，租赁标的详见租赁物件清单，租赁物件清单以表格的形式载明租赁物件的具体情况，其中表格第一行居中载明“设备清单”，下方载明道路名称，可见涉案租赁物是一条名称为海棠路（滨江大道-黄芎路）的道路。依照《中华人民共和国民法典》第二百四十九条、第七百三十五条， <u>本院认为涉案《委托租赁（售后回租）合同》名为融资租赁实为借贷，金控公司与盛弘公司之间不构成融资租赁合同关系，而构成民间借贷关系。</u>

(2) 租赁物是否具有特定性

租赁物的特定化指租赁物应当特定、明确，能够与其他物相区分。具体来说，应当有明确的租赁物名称、型号、供应商、价值等信息，可通过租赁物清单、原始买卖合同与发票、租赁物交接确认单、资产评估报告等材料来判断租赁物是否特定。

参考案例	(2022)新23民终2157号
裁判观点	融资租赁合同最显著特征是融资与融物相结合，依据案件查明事实，案涉《融资租赁合同》（售后回租）系动产设备售后回租业务，出卖人和承租人均系被上诉人，合同虽对租赁物及租金等进行了约定， 但《租赁物所有权转移证书》并未详细载明具体租赁物的名称型号，《租赁物清单》列明的仅是租赁物名称、数量、型号、单价、编号等信息，不足以确认案涉租赁物的特定化。 上诉人未提交案涉合同项下所有租赁物的原始合同、发票、付款凭证等取得租赁物的原始凭据，且对租赁物现状上诉人亦不清楚，现有证据不足以认定上诉人与被上诉人之间存在真实的融资租赁合同关系，本案所涉合同系单纯的融资而不具有融物特征。

(3) 租赁物是否具有可使用性及可返还性

可使用性是租赁物“融物”的最直接体现，常见的具有可使用性的租赁物即机械、设备、车辆等固定资产，而部分消耗物则因不具备能够长期使用的功能和价值、

不能产生持续经济效益，往往被认定为不属于适格租赁物。此外租赁物在合同期限届满时还应当具有返还原物的可能性，若按标的物的特性，其在期限届满时已经无返还可能性的，则此种消耗品不能作为融资租赁交易标的物，应当尽量避免将不具备使用及返还性的消耗物作为融资租赁物。

参考案例	(2014)沪一中民六(商)终字第469号
裁判观点	融资租赁业务实质上是通过融物方式而实现企业融资的目的，而融物的前提条件至少包括存在具体明确的标的物，且该标的物应符合法律规定中可适用于融资租赁交易的租赁物的性质。本案中“装修材料”在装修完毕后即附合于不动产，从而成为不动产的成分， 丧失其作为独立物的资格，不再具有返还的可能性，因此无法作为租赁的标的物 ，故甲租赁公司与乙餐饮管理公司之间不构成融资租赁法律关系。

4. 在期满所有权转移阶段，应对清除租赁物上设定的权利负担约定清晰

包括及时配合进行登记状态变更、进行解押等，并设定履行期限及时进行处理，租赁期限届满后签订回购协议的，可以对租赁物的“清洁”要求约定在协议中，避免承租人买回后租赁资产存在权利负担。

四、关于融资性售后回租法律关系的识别

在司法实践中，法院审查融资性售后回租的法律关系主要从是否构成融资租赁法律关系出发，企业在开展相关业务时需要对此予以重视，融资性售后回租应符合融资租赁法律关系认定的各要素，根据《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第1条的规定，人民法院应当根据民法典第七百三十五条的规定，结合标的物的性质、价值、租金的构成以及当事人的合同权利和义务，对是否构成融资租赁法律关系作出认定。结合实践中的司法判例，笔者认为存在以下可能构成借贷、担保、分期付款买卖合同法律关系的情形：

对于名为售后回租实为借贷的，首先要面对的是其合同性质及效力的问题，应当从租赁物是否具备“融物”属性、租赁物所有权是否完成转移、租赁物价值与租金是否相称及当事人权利义务及真实意思表示等方面进行判断，在名为售后回租实为借贷的合同中，承租人与出

租人之间往往并不真正完成租赁物所有权转移，租赁物的融物属性较弱，需要对租赁物进行实质性审查。在当事人真实意思表示为借贷、结合其他因素无法构成融资租赁法律关系的情形下，其实际成立的借贷合同效力，依照有关法律规定认定。

结语：企业与租赁公司在开展融资性售后回租业务时，应牢牢把握融资租赁交易融物与融资的双重属性，在合同签订与租赁物的选择和权属转移等各个环节做好风险把控，同时对不同法律主体的各项风险做好防范工作，推动我国融资租赁行业的健康与可持续发展。

参考案例	(2022)辽01民初201号
裁判观点	虽然大连装备公司与华颂公司和华晨集团签订的《融资租赁合同》就租赁物及租金等问题作出了明确约定,且附有《融资租赁资产清单》,该清单所载明租赁物从形式上具有车架号、发动机号及发票价格,但双方间并没有转移租赁物所有权的相关证据。作为融资租赁的出租方,租赁物系其租金权利在充分实现前的唯一保障,大连装备公司没有详细调查核实租赁物的真实情况,径行将融资租赁款给华颂公司,明显有违常理。再结合,双方履行过程中,华颂公司始终持有涉案融资租赁物的相关文件、资料,并在自行处置涉案租赁物后,提出更换租赁物,而大连装备公司虽回函主张华颂公司违约,但对更换租赁物表示认可。也可以看出双方名义上的融资租赁合同所指向的物并没有特定化,而是,只要名义上价值基本相符或更高则可随意更换,该种履行方式更近似于将涉案标的物视为担保物,而非融资租赁物。本院认为,案涉融资租赁合同不具有融资租赁合同融物属性,应认定为借款合同性质。

此外，在汽车融资租赁行业，对于名为售后回租业务的，可能构成实为分期付款的买卖合同关系，对此应在发挥租赁物的融物属性方面明确约定出租人与承租人的权利义务，并在实际履行中避免脱离融资与融物的基本属性，避免在合同性质及法律关系认定时出现偏差。

最后，在实务中售后回租业务还可能构成担保法律关系，如双方约定承租人在合同中未按照约定支付租金，出租人可以就租赁物变现的价款优先受偿，对此适用一般担保受偿还是让与担保受偿目前存在不同的观点，根据最高院在《九民纪要》第六十六条规定，当事人订立的具有担保功能的合同，不存在法定无效情形的，应当认定有效。虽然合同约定的权利义务关系不属于物权法规定的典型担保类型，但是其担保功能应予肯定。我们可以看到让与担保的物权效力目前已得到认可，且根据区分原则对物权和债权进行区分，笔者认为，合同具备的担保功能并不因双方不构成融资租赁法律关系而被否定，出租人具备对租赁物处分权及担保物权，至于租赁物变现后出租人是否有权优先受偿应结合租赁物是否登记公示来确定。

【参考文献】

- [1] 《中国银保监会办公厅关于加强金融租赁公司融资租赁业务合规监管有关问题的通知》银保监会发〔2022〕12号；
- [2] 《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（三）》第十五章 融资租赁合同；
- [3] 李平：《试析融资租赁常见法律风险及防范》，载《法制博览》2020年07月社会科学1辑；
- [4] 韩俊：《民法典视野下售后回租性质及其效力》，载《广播电视大学学报》2021年第4期；
- [5] 褚梦贵：《融资性售后回租风险及应对措施》，载《中国市场》2015年第12期；
- [6] 崔文刚：《企业售后回租融资的分析》，载《金融经济》；
- [7] 王益平：《售后回租的认定难点及识别思路》，上海市第二中级人民法院。

酒店未来收入可否叙做保理业务？

WINCON
LEGAL
INSIGHT



元伟娜

业务专长为企业法律顾问、合同签订及履行过程中的风险把控、公司治理、建设工程及房地产领域等民商事法律事务及民商事诉讼、仲裁。



霍丽如

擅长投资并购、公司治理、私募股权投资、金融等领域法律事务。操作过大量企业跨境投资、境内股权/资产收购、私募股权投资项目。

笔者团队将客户（主要是金控公司、保理公司、融资租赁、投资公司等）在融资租赁、保理等供应链金融业务开展过程中，遇到的困扰经营决策的相关问题进行梳理，并整理解答，供遇到同类问题的企业作为参考。

一、酒店未来收入可否叙做保理业务？

1. 律师意见

根据《中华人民共和国民法典》第七百六十一条，保理合同是应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。因此，以合理的未来应收账款进行保理融资，并不违反法律、行政法规的强制性规定。但法律并未就“将有的应收账款”定义进行明确规定。

从司法实践来看，法院认可保理关系的有效性主要是审查未来应收账款是否具备可转让性，而关于可转让性的判断，主要是基于确定性及可期待性两个方面，否则，存在被认定为“名为保理、实为借贷”的风险。

2. 相关案例

●福建省佳兴农业有限公司诉卡得万利商业保理（上海）有限公司其他合同纠纷（2015）沪一中民六（商）终字第640号

法院认为：系争《商业保理申请及协议书》约定之未来应收账款不具有合理可期待性及确定性，故其不具有可转让性，且佳兴农业公司、卡得万利保理公司合同权利义务亦与商业保理法律关系不符，故本院认为，佳兴农业公司与卡得万利保理公司间依据系争《商业保理申请及协议书》不能成立商业保理法律关系。

●卡得万利商业保理有限公司、烟台百草堂足浴有限公司等不当得利纠纷（2021）鲁06民终3785号

法院认为：依据债权债务关系的法律特征，以及债权转让的相关法律规定，保理合同所涉债权可以是已经存在基础法律关系的将有应收账款，也可以是没有基于法律关系纯粹的将有应收账款，但上述债权必须有特定的债务人，符合债权转让的法律特征，即所涉的将有债权必须能够被转让，转让的债权应当可以被特定化。

●耀盛商业保理有限公司与赵卫晋、陈东明等合同纠纷（2016）京0108民初3962号

法院认为：耀盛保理公司与怡佳公司、陈东明、赵卫晋签订的《商业保理合同》，系各方真实意思表示，且不违反法律、行政法规的强制性规定，因此合法有

效，对各方具有约束力。鉴于合同附件《应收账款明细表》《债权转让通知书》为空白，无债务人主体及双方的交易信息，故该合同虽名为保理，实为借贷。

●天津中新力合国际保理有限公司与杭州沃特机电科技开发有限公司合同纠纷（2015）滨民初字第1882号

法院认为：保理合同是指债权人与保理商之间签订的，约定将现在或将来的、基于债权人与债务人订立的销售商品、提供服务、出租资产等基础合同所产生的应收账款债权转让给保理商，由保理商向债权人提供融资、销售分户账管理、应收账款催收、资信调查与评估、信用风险控制及坏账担保等至少一项服务的合同，其中应收账款债权的转让是保理合同成立的基本条件之一。本案中，尽管原被告双方签订的合同名称为《国内保理业务合同》，但从作为标的物的应收账款角度分析，双方仅约定“被告杭州沃特公司销售产生的合格应收账款转让，该应收账款为付款人浙江吉利汽车零部件采购有限公司的应收账款324000元”，并没有明确该基础债权债务关系的标的物、履行期限等基本要素，导致该应收账款债权具有不特定性，不符合债权转让的要件。

3. 提示

如将酒店未来收入叙做保理业务，应注意审查未来应收账款是否具备确定性及可期待性：

（1）以酒店与债务人已经签订的基础合同叙做保理业务，此类未来应收账款存在特定的债务人，可以被特定化，并具备合理期待利益，符合债权转让的法律特征。

（2）双方权利义务明确，未来应收账款金额、履行期限等基本要素确定，且符合商业逻辑上的基本合理性和法律的可期待性。如酒店客户、收费金额、履行期限等无法确定，导致债务人、债权金额、债权将来是否发生不确定，则不具备确定性及可期待性，以此类未来应收账款叙做保理业务，存在被认定为“名为保理、实为借贷”的风险。

4. 相关规定

《商业银行保理业务管理暂行办法》

第十四条 商业银行受理保理融资业务时，应当严格审核卖方和/或买方的资信、经营及财务状况，分析拟做保理融资的应收账款情况，包括是否出质、转让以及账龄结构等，合理判断买方的付款意愿、付款能力以

及卖方的回购能力，审查买卖合同等资料的真实性与合法性。对因提供服务、承接工程或其他非销售商品原因所产生的应收账款，或买卖双方为关联企业的应收账款，应当从严审查交易背景真实性和定价的合理性。

第十五条 商业银行应当对客户和交易等相关情况进行有效的尽职调查，重点对交易对手、交易商品及贸易习惯等内容进行审核，并通过审核单据原件或银行认可的电子贸易信息等方式，确认相关交易行为真实合理存在，避免客户通过虚开发票或伪造贸易合同、物流、回款等手段恶意骗取融资。

《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》

七、关于保理合同纠纷案件的审理问题

第二，要正确认识保理的交易结构和当事人之间的权利义务关系。保理合同涉及保理商与债权人、保理商与债务人之间不同的法律关系。债权人与债务人之间的基础合同是成立保理的前提，而债权人与保理商之间的应收账款债权转让则是保理关系的核心。在合同效力上，只要不具有《合同法》第五十二条规定的合同无效情形，均应当认定有效。对于未来债权能否作为保理合同的基础债权的问题，在保理合同订立时，只要存在基础合同所对应的应收账款债权，则即使保理合同所转让的债权尚未到期，也不应当据此否定保理合同的性质及效力。在确定当事人的权利义务方面，法院应当以当事人约定及《合同法》中有关债权转让的规定作为法律依据。债务人收到债权转让通知后，应当按照通知支付应收账款。当然，债务人依据基础合同享有的抵销权及抗辩权，可以对抗保理商，但保理商与债务人另有约定的除外。

二、酒店收入转让期限是否需与保理业务授信期限匹配？

律师意见：此问题应结合保理业务授信期限的含义来理解。

通常，授信期限内的任一时点，转让人实际支用的保理融资款之和不得超过保理融资额度。授信期限终止时，未使用的保理融资额度自动失效。转让方取得保理融资款以签订保理合同并确定保理业务为前提。因此，酒店收入转让期限通常在保理业务授信期限范围内。

三、应收账款到期日早于保理业务融资到期日应如何处理？

律师意见：根据《中国银行业监督管理委员会令2014年第5号——商业银行保理业务管理暂行办法》第十九条规定：“商业银行开展保理融资业务，应当根据应收账款的付款期限等因素合理确定融资期限。商业银行可将应收账款到期日与融资到期日的时间期限设置为宽限期。宽限期应当根据买卖双方历史交易记录、行业惯例等因素合理确定”。

参考上述办法，建议基于基础合同项下账期以及银行发放贷款等的行业惯例及合理期限，合理约定保理期限及宽限期，避免未来应收账款与保理合同不具备关联性，从而被认定为“名为保理，实为借贷”。

四、保理业务是否可以通过向集团公司及子公司整体授信（签署授信合同），并由适格子公司提款（签署保理合同/保理确认书）的形式开展？

律师意见：法律并未禁止通过向集团公司及子公司整体授信（签署授信合同），并由适格子公司提款（签署保理合同/保理确认书）的形式开展保理业务。但是，通常集团公司的授信额度将高于其子公司，为避免授信虚高，导致债权无法得以保障的情况发生，建议在实践操作过程中，由集团公司提供相应担保。

五、保理业务中，抵押合同以哪份合同作为主合同？

律师意见：应将保理合同作为主合同设定抵押权，抵押范围为主合同项下所发生的全部债权，包括但不限于保理融资本金、保理手续费及利息、违约金、损害赔偿金、实现债权的费用及其他应付款项。

一起医疗损害责任纠纷的办案思路

WINCON
LEGAL
INSIGHT



王兴荣

主要业务领域为建设工程与房地产、公司业务、争议解决、政府法律事务。执业以来处理诉讼及非诉讼业务数千起，为建工企业、大型企业、当地政府提供了优质高效的法律服务。



闫玉芳

高级企业合规师。主要业务领域为民商事案件诉讼代理，为银行、企业等顾问单位提供相关专业的法律服务，实务经验丰富。

众所周知，医疗纠纷案件，由于医疗行为的专业性、复杂性，需要代理律师具备专业的法律知识及医学知识。近期，笔者在一起医疗过错纠纷中，成功为当事人索赔109万元，使受害者家属得到及时合理赔偿，维护了委托人的合法权益。本文分析总结这起案件的办案思路、历程及随想等，以飨读者。

一、基本案情

2021年3月7日，患者刘某因可能患偏执型精神分裂症，入某医疗机构医治，初步诊断：疑是偏执型精神分裂症、木僵状态、褥疮病。自2021年3月11日起，医疗机构开始大量为患者使用地西洋，直至2021年3月12日15时40分许，患者突然出现呼吸停止，半小时后宣布临床死亡。诊断死亡原因：呼吸循环衰竭。

二、办案思路及历程

笔者作为代理人，参与本案诉讼，接案后，第一次以医疗过错提起诉讼，在对于医疗机构是否有过错、是否具有因果关系、原因力大小进行鉴定时，遇到空前困难。因当事人法律意识淡薄，没有对死者进行法医鉴定、查明死亡原因，导致多家鉴定机构退卷，退卷的理由均为：没有尸检报告。无奈之下，代理人在审限的压力下，第一次诉讼选择了撤诉。

第一次撤诉后，代理人申请医患纠纷调解中心，委托鉴定机构，对医疗机构是否存在过错进行鉴定。鉴定机构基于同样的原因，迟迟没有出具鉴定结论。

在医患中心委托的鉴定机构不予出具结论的情况下，代理人决定另辟蹊径。经过认真研讨案情、详细查阅病案、深入了解药品性质，代理人发现了如下情形：

1.自2021年3月8日开始，医疗机构开始为患者使用地西洋药品，采用的方法是20mg地西洋入5%葡萄糖500ml静滴；2021年3月9日，医疗机构继续给患者使用20mg地西洋静滴；

2.2021年3月10日，医疗机构在8：05分给患者肌肉注射10mg地西洋、在8：08分给患者静推10mg地西洋、在8：10分给患者使用50mg地西洋静滴、在11：04分给患者使用20mg地西洋静滴、在11：53分给患者使用30mg地西洋静滴、15：51分给患者肌肉注射2ml复方氨林巴比妥注射液；

3.2021年3月11日，医疗机构在7：27分给患者使用30mg地西洋静滴（记载癫痫已基本控制、患者多处于昏睡状态）；16：55分在癫痫未发作情况下给患者使用30mg地西洋静滴；21：28分给患者使用30mg地西洋静滴；

4.2021年3月12日，患者癫痫基本控制稳定，6：58分给患者肌肉注射2ml复方氨林巴比妥注射液、8：

42分给患者使用30mg地西洋；14：06分，患者出现昏迷、无自主活动、伴左下肢水肿，15：42分患者突然出现呼吸停止，15：43分患者心跳停止，15：50心电图呈直线，半个小时后宣布患者临床死亡。

代理人经过查阅，发现地西洋的用量，在24小时内不能超过30mg。过量使用地西洋后，再使用巴比妥注射液，会延长中枢神经系统抑制、产生地西洋中毒（地西洋中毒会导致呼吸抑制，直至呼吸衰竭死亡）。

综上发现，代理人初步得出一个结论：2021年3月10日、11日、12日，连续三天给患者超量使用地西洋，又给患者使用巴比妥，是引起患者呼吸衰竭死亡的原因。

未按药品使用说明进行治疗的，是违反诊疗规范的行为。《民法典》关于医疗机构的过错规定：违反诊疗规范的行为，推定医疗机构存在过错。

代理人第二次提起诉讼并申请鉴定。吸取了第一次鉴定的经验，本次鉴定，代理人进行了充分的准备，就“医疗机构”是否存在过错、如果存在过错则是否具有因果关系、如果具有因果关系则原因力是多少”进行鉴定。

法院为了慎重，委托了国内某知名鉴定中心进行鉴定。鉴定机构接受委托后，经过查阅全部病案，要求我方提交自我陈述意见。代理人意识到该陈述意见的重要性，在一周之内查阅了大量的关于治疗癫痫、关于地西洋用量用法的论文，数易其稿，几乎把一切都压在该陈述意见之上。

鉴定机构收到代理人提交的意见后，按照程序择期举行了医疗过错鉴定听证会，代理人如期现场参加听证，医疗机构采取了线上听证。在听证会上，专家根据我方的陈述意见，要求医疗机构进行答辩。医疗机构称是根据诊疗规范进行用药治疗，专家询问是根据哪一版规范，医疗机构当场出示后，被专家当场否定，医疗机构所采用的诊疗规范，是改版之前的已经作废的规范。

最终我方的上述意见被鉴定中心的专家全部采纳，专家认定：医疗机构的用药存在过错；过错行为与患者呼吸衰竭的死亡结果具有直接的因果关系；因患者死亡后未进行尸检、患者难以准确主诉病情，综合分析，建议医方过错的原因力大小以同等原则为宜。

至此，该案代理取得重大成功，当事人获赔109万。

三、办案随想

该案历经两年：一次调解、两次诉讼，最终成功胜诉获赔，且获赔数额远超当事人的期望值，是多方一起努力的结果。

笔者办理的这起案件比较特殊，患者死亡火化后，家属才委托的律师，代理律师无法通过尸检确定患者的死亡原因。在这种情况下，尤其是在第一次诉讼中，经历了鉴定机构因无尸检报告的相继退卷，这就要求代理律师在本案中，必须做到从病案中找出医疗机构在治疗过程中所存在的过错行为。

最终经过代理律师大量细致的工作，鉴定机构经过严谨论证、科学分析，依法出具了医疗机构具有过错的结论。

另外，鉴定中心专家在听证会现场也肯定了代理律师在陈述意见中提出的一些其它观点：医疗机构除以上过错外，在诊疗过程中还未对患者尽到基本、合理的注意义务。主要体现在整个患者治疗过程中，医疗机构没有给患者做脑电图、磁共振成像检测，没有对患者的癫

痫病因、癫痫类型进行诊断，没有用官方《指南》推荐的用药类型，没有对患者的其他病症进行分析、治疗，最终这些意见也在听证会中被认可。专家认定医疗机构未仔细分析患者病情，对患者病情的严重性认识不足。

四、律师总结

代理律师认为，癫痫病本质的特征是神经元的异常过度放电，所以脑电图是必做的常规检查，但本案中医疗机构没有给患者做，一上来就给患者使用地西洋、然后不断地超剂量使用地西洋，这样必然会给患者造成严重的药物副作用。代理律师通过对医学知识的研究、论证，做到了从医学的角度定性医疗机构的诊疗存在过错、该过错行为是导致患者呼吸衰竭死亡的直接原因。

还是那句老话，做一名优秀的律师，让客户放心满意，法律知识必须专业，而高度责任心更是关键。



“平价时代”下的光伏电站转让的法律风险与防范

WINCON
LEGAL
INSIGHT



赵志佳

高级企业合规师。业务领域为民商事诉讼/仲裁，可以围绕与公司有关纠纷、合同纠纷等方面提供相关法律服务。工作语言为中文、英文。

自2021年光伏项目进入“平价时代”后，中央财政对新备案的集中式、工商业分布式光伏项目已不再进行任何补贴，实行平价上网。由于补贴政策的退出，光伏电站“倒卖路条”行为极大降低了套利空间，而国家也逐渐取消了对光伏电站项目转让的行政规制。2022年新修订的《光伏电站开发建设管理办法》删除了《光伏电站项目管理暂行办法》规定的“项目单位不得自行变更光伏电站项目备案文件的重要事项，包括项目投资主体、项目场址、建设规模等主要边界条件”；2022年国家能源局公告第3号文件废止了《关于规范光伏电站投资开发秩序的通知》（“477号文”）；本以为会保留的《关于完善光伏发电规模管理和实施竞争方式配置项目的指导意见》（“1163号文”）于2023年9月1日也被废止，悬在光伏电站转让之上的达利摩斯之剑似乎在慢慢消失。

然而，相对于国家逐渐放宽对“倒卖路条”规制，地方政府却并未都跟随其脚步相应废止限制“倒卖路条”的规范性文件。相反，尽管光伏备案文件所附随的补贴收益不复存在，但电站项目作为地方政府招商引资的优惠工具，本身带有政府补助性质，某些地方政府依然在严格限制“倒卖路条”。因此，对于已经步入，或准备步入光伏发电行业的企业，仍然需要谨慎关注光伏电站转让的交易风险。

一、“倒卖路条”的认定标准以及处罚后果

历数国家、地方政府发布的对光伏电站项目转让限制的规范性文件（部分见表一），是否构成“倒卖路条”，主要是认定光伏电站项目在投产前是否存在投资主体的变更。然而由于国家层面的规范性文件对“投资主体”并未有统一的认定标准，因此实践中还存在地方政府对“投资主体”进行扩大化解释的情形。

1.国家层面的规范性文件对投资主体变更的认定

国家层面的规范性文件如477号文、1163号文均对项目投产前进行转让或变更投资主体及股权比例的行为进行了限制，但是在文件中均采用了“不得擅自”“未经同意”等表述，对于何种情形属于擅自变更投资主体，国家层面并无统一标准。因此部分企业为了规避监管限制，开始从项目公司的上级公司着手。即为了保证项目

序号	文件名称	发文时间	具体规定	处罚后果
1	《国家能源局关于规范光伏电站投资开发秩序的通知》(477号文)(失效)	2014.10.28	申请光伏电站项目备案的企业应以自己为主(作为控股方)投资开发为目的,能够按照规划和年度计划及时开展项目建设…… <u>已办理备案手续的项目,投资主体在项目投产之前,未经备案机关同意,不得擅自将项目转让给其他投资主体。</u>	/
2	《国家能源局关于完善光伏发电规模管理和实施竞争方式配置项目的指导意见》(1163号文)(失效)	2016.5.30	<u>光伏电站项目纳入年度建设规模后,其投资主体及股权比例、建设规模和建设场址等主要内容不得擅自变更。</u>	对于在投产前擅自变更投资主体等主要建设内容的,有关部门应当将项目从年度建设规模中取消, <u>禁止该项目申请国家可再生能源补贴,并禁止相关投资主体在一定期限内参与后续光伏电站项目的配置。</u>
3	江西省能源局《关于做好2021年新增光伏发电项目竞争优选有关工作的通知》(有效)	2021.3.18	<u>项目投资主体(含股东、股权比例)及主要建设内容在项目全部建成前不得擅自变更,严禁以任何理由倒卖项目建设资格。</u>	<u>一经发现取消项目建设资格,涉及企业及其主要投资方三年内不得参与我省光伏发电项目配置,并予以通报。</u>
4	《宁夏回族自治区发展和改革委员会关于2020年度光伏项目申报有关事项的通知》(有效)	2020.3.13	申报规模要求……对于项目申报主体为同一法人代表或法人之间存在交叉股权关系的,及母公司出资或部分出资组建的子公司参与的,均视为同一主体。	严禁企业以任何形式倒卖项目,一经发现,随即作废相关文性。确因兼并重组、同一企业内部分工调整、在项目所在地成立全资子公司等原因变更投资主体或股权的项目,应按照国家有关规定严格履行变更程序。

的投资人不发生变更,同时保证项目公司股权不发生变更变动,“路条购买者”与当地企业通过合资的方式在项目公司的上一级设立一家公司,该公司持有项目公司100%的股权,当项目公司获得“路条”后,当地公司撤回其所持有的项目公司母公司的股权;或由当地企业自行在项目公司的上一级设立一家公司,同样持有项目公司100%的股权,当项目公司获得“路条”后,“路条购买者”对项目公司的母公司实施收购。“路条购买者”企图通过以上方式绕开国家层面文件的监管,从而实现对项目公司以及光伏电站项目的实际控制。

2. 地方层面的规范性文件对投资主体变更的认定

区别于国家层面文件对投资主体变更的模糊规定,地方层面则规定得较为清晰。地方层面的文件不仅对投资主体变更的认定更为严格,同时,各省在核查过程中还具有一定的自主权。上文中所说的从项目公司的上级公司着手来绕开477号文、1163号文监管的投资模式,若项目公司所在省份倾向对投资主体变更进行实质审查的,则难以逃离被认定“倒卖路条”命运。以宁夏出台的文件为例,《宁夏回族自治区发展和改革委员会关于2020年度光伏项目申报有关事项的通知》规定:对于项目申报主体为同一法人代表或法人之间存在交叉股权关系的,及母公司出资或部分出资组建的子公司参与的,均视为同一主体。再如内蒙古自治区发展和改革委员会

发布的《关于废止部分可再生能源项目上网电价批复文件的通知》,废止了辖区内7个涉嫌倒卖光伏指标的项目的上网电价批复文件。在这7个涉嫌倒卖光伏指标的项目中,项目公司未发生过投资人变更或股权变动的情况,但项目公司的母公司未完成投产前发生了投资人变更,这种变更最终都被认定构成“倒卖路条”。

可见,现阶段投资企业仅仅避开477号文、1163号文的监管是不够的,重要的是还要避开省一级的监管。换言之,国家废止限制“倒卖路条”的文件的原因并不是“倒卖路条”行为不再具有违法违规性,而是因为中央财政补贴收益取消,以补贴为基础的投机行为不复存在。但是,电站项目作为地方政府招商引资的优惠工具,若地方政府给予其他补贴的情况下,“倒卖路条”行为便又有了利益基础,地方政府自然会对其严格限制。

3. “倒卖路条”的行政处罚后果

如果光伏电站转让行为被认定为“倒卖路条”,则可能面临以下处罚措施,若该项目为有财政补贴的项目,行政机关通常采取的处罚措施为:取消备案资格,禁止申请补贴和一定期限内后续的投资;取消/暂停补贴,要求退回已收到的补贴;将出让方列入不良信用记录;行政处罚、公开通报;若该项目为平价项目,处罚措施为:取消项目建设资格,涉及企业及其主要投资方三年

内不得参与该省光伏发电项目配置的处罚措施。

二、“倒卖路条”合同效力的认定

虽然相关文件对在项目投产前擅自变更项目投资主体或进行项目转让的行为进行了行政规制，但对于其合同效力并未有明确规定。笔者以“路条转让”和“路条买卖”为关键词在裁判文书网上检索，在此类合同纠纷中，法院对于合同效力的认定结果并不一致。

从现有司法案例看，大多数法院认可股权转让合同合法有效^[1]。如安福县明芬光伏发电有限公司与江西通力日昇新能源科技有限公司合同纠纷一案中（案号：(2020)赣01民终1146号），南昌市中级人民法院实践认为《分布式光伏发电项目管理暂行办法》属行政规章，《国家能源局关于进一步加强光伏电站建设与运行管理工作的通知》《国家能源局关于规范光伏电站投资开发秩序的通知》属于规范性文件，并不是法律和行政法规。只有违反了法律、行政法规的效力性强制性规定，才导致合同无效，而上述行政规章及规范性文件主要是针对光伏发电项目备案管理方面的管理性强制性规定，在双方当事人是真实意思表示的情形下，其合同效力应为有效。

但同时，司法实践中也有少数案例认为涉及“路条转让”的合同（或对应条款）无效。如丰华能源投资集团有限公司、浙江正泰新能源开发有限公司合同纠纷一案中（(2022)甘02民终236号），嘉峪关市中级人民法院认定合同无效的理由为，路条转让不仅违反国家能源局关于项目并网前不得变更投资主体的规定，且能源基础设施项目关乎社会、国家公共利益。以“股权转让”的形式进行“路条”买卖，擅自转让光伏电站项目以及变更投资主体，扰乱了国家对于光伏电站项目的管理秩序，损害了社会公共利益，是以合法形式掩盖非法目的，合同应无效。在合同无效的情形下，法院通常会认定合同双方当事人均存在过错，并依据《中华人民共和国民法典》第一百五十七条规定，判决股权转让方返还股权转让款。

三、对“倒卖路条”合规建议与救济路径

鉴于各省对“倒卖路条”的认定具有一定的自主性，

且更为严格，已经步入，或准备步入光伏发电行业的企业，为防止被认定“倒卖路条”而产生的行政处罚与纠纷，需要加强对“倒卖路条”导致的投资风险防范，不能因为国家层面的限制“倒卖路条”相关文件已废止而松懈。

1.收购交易前要详细尽调，并了解目标公司所在地涉及光伏电站转让的规范性文件

前文反复提到，“倒卖路条”的认定标准、处罚后果各省的认定具有一定的自由裁量空间。鉴于地方层面的文件对于投资主体的变更有实质审查的倾向，投资企业需通过公开途径，如国家企业信用信息公示系统等官方网站，以及目标公司提供的工商内档，对目标公司及其上级控股公司从设立以来的投资人变更及股权变动情况进行详细摸底，并了解当地在“倒卖路条”问题的认定上有无明确的标准。如当地并无文件对该问题进行规定，则可就本次投资行为与相关部门进行沟通，听取相关部门的意见，如可行，投资企业可以请有关部门出具相关的文字说明材料。

2.“及时止损”，协商解除股权转让合同或者变更为合规投资方式

自内蒙古自治区发改委发布《内蒙古自治区发展和改革委员会关于废止部分可再生能源项目上网电价批复文件的通知》，废止了7个因“涉嫌倒卖项目”问题的可再生能源项目上网电价批复文件后，部分省市核查组在核查中已重点关注了“夹层收购”方式，转让夹层公司股权亦有可能被认定为“擅自变更投资主体”从而被认定为倒卖路条，在这种情况下，为避免损失的扩大，交易双方可以“及时止损”协商解除合作协议和/或股权转让合同等交易文件，妥善解决项目后续建设和投资退出方案。

【注释】

[1] (2020)苏民申733号、(2020)赣01民终1146号、(2020)鲁01民再106号等

犯罪综合治理视阈下检察机关在自贸区中的职能发挥探究

WINCON
LEGAL
INSIGHT



李瑞敏

业务专长：企业合规；公司与并购；商事争议解决；银行、金融不良资产处置。

本文在中国（山东）自由贸易试验区青岛片区主办的“2023年度‘检贸益企’专题研讨会”研讨会主题征文中入选优秀论文。

自贸区的建设对于我国经济社会的发展正起着越来越重要的作用。伴随着相对宽松的监管政策，自贸区的犯罪呈现出经济犯罪多发、逐利性强、恢复可能性大的特点。检察机关的职能决定检察机关在自贸区的建设中应当充当保障者、服务者、协调者、监督者的角色。检察机关在履行刑事检察职责时，应当充分运用犯罪综合治理思维指导自贸区的犯罪治理，在刑事犯罪打击、刑事审判监督、自贸企业合规激励贯彻落实犯罪综合治理，为自贸区的建设发展保驾护航。

一、问题的提出

自贸区即自由贸易区，在“国内国际双循环战略”中，自贸区是国内循环与国际循环重要的连接点。建设自贸区是党中央、国务院在新时代推进改革开放的重要战略举措，肩负着更好发挥改革开放综合试验平台作用，为全面深化改革和扩大开放探索新途径、积累新经验的重大使命。

自贸区“自由”的性质伴随着较为宽松的监管环境，

这使得在自贸区中的犯罪尤以经济犯罪为主。这些犯罪手段花样新、通常比较隐蔽、监管惩治难，惩治犯罪势在必行。但对于犯罪的惩治打击势必会对企业的生产经营造成负面的影响，部分企业的生产经营甚至难以继，弥补其违法犯罪造成的社会损失也就无从谈起。打击犯罪与保护自贸区企业生产经营似乎成为矛盾的一体两面。

《最高人民法院全面履行检察职能依法服务和保障自由贸易试验区建设的意见》（下文简称《高检

关于自贸区建设的意见》)中指出：“(检察机关应当)充分认识自贸试验区建设的重要意义,切实增强检察机关服务和保障自贸试验区建设的主动性和责任感。”体现出检察机关对于自贸区建设支持与服务的决心。作为法律监督机关的检察机关,在打击违法犯罪的过程中起到了不可或缺的作用。以“犯罪综合治理”为视角,运用检察建议、合规激励、审判监督等各种手段,动员凝聚起全社会共同参与到自贸区违法犯罪的综合治理中。本文将探讨,检察机关如何在犯罪综合治理的视角下充分发挥打击犯罪的职能,为自贸区的建设提供好服务与保障。

二、治理的逻辑动力：自贸区中的犯罪特点与犯罪综合治理思维相契合

自贸区中存在的犯罪多为逐利性的经济犯罪,侵害的法益多为财产法益。根据“恢复性司法”理论,司法机关在处理这类案件时,不仅要对于这类犯罪予以惩戒,更重要的是要填平被侵害的法益的损失,消弭犯罪所带来的负面影响。自贸区犯罪的特点决定了对它的治理应当采取综合治理的思维,动员全社会的各种力量,在各个经济环节充分发挥治理力量。

(一) 自贸区中犯罪呈现的特点

自贸区中的犯罪呈现出一些共性特点,把握这些共性的特点并进行针对性治理能够起到事半功倍的效果。把握自贸区犯罪呈现出的经济犯罪多发、逐利性、恢复可能性的特点,能够进一步分析得出采用犯罪综合治理思维具有解决自贸区中犯罪的逻辑动力。下面将着重论述自贸区中犯罪呈现出的特点。

1. 经济犯罪多发

自贸区的经济活动活跃,跨国跨境经济行为尤甚。频繁而活跃的经济活动加之自贸区企业逐利的要求,必然会带来违法犯罪的滋生。例如,自贸区多样而全面的税收优惠政策可能导致偷逃税款、骗取出口退税等涉税类犯罪;金融开放创新政策尚不完善时可能导致逃汇、洗钱、非法经营(外汇)等违法犯罪[1];对于进出口的简化宽松监管政策可能导致走私类犯罪;以上上游犯罪可能滋生助长洗钱犯罪等等。

现实表明,自贸区的建设的确伴随着经济犯罪数量的增长。成立于2013年的上海自贸区是我国第一个自贸区,其运行三年后,上海市检察院于2016年发布《2015年度涉自贸刑事检察白皮书》指出,2015年上海自贸区经济犯罪案件较2014年上升2.4%,经济犯罪案件占区内刑事案件的11.2%,这表明随着自贸区的发展,经济犯罪随之获得了更大的滋生土壤,呈现抬头的趋势。

2. 逐利性

逐利性是与经济犯罪必然相伴相随的特点之一。由于自贸区企业的生产经营是为了追求商业利益,追求利润,因此在企业违反国家规定、相关法律法规时会产生经济越轨行为。当这类经济越轨行为的危害性达到需要刑法规制的水平时,就产生了经济犯罪。

根据经济学与犯罪学理论“理性人假设”,当犯罪产生的收益远远大于其(可能)承担的成本时,部分企业将抛弃社会利益,违背公序良俗,铤而走险违反刑法,以实现追求高额利益的诉求。换言之,犯罪人是有理性的、会思考的人,犯罪是犯罪人对犯罪所得和损失经过理智思考或决策后进行的行为。[2]

因此,运用综合治理思维,不仅仅通过提高刑罚来控制其承担的成本大小这一单一变量,而是协调各方,从经济活动的各个环节入手,提高其违法犯罪的成本,削减其犯罪收益,增强其法律意识与抵制不法利益诱惑的决心,才能更好地实现对于这类逐利性犯罪的控制。

3. 恢复可能性

恢复可能性是经济犯罪相伴相随的另一特点。经济犯罪与人身伤害等恶性犯罪不同,后者对于人的生命与身体健康的不法剥夺往往是难以恢复的,无论是身体还是心理,伤害一旦造成,受损的法益无法填平,只能通过经济补偿等方式尽量弥补。而自贸区中多发的经济犯罪多为涉税类案件、走私类案件、侵财类案件,这类案件所侵害的法益多是财产性法益,可能是国家的税收,也可能是其他市场主体的合法财产。犯罪发生后,虽对于交易秩序、社会主义市场经济秩序的破坏已经形成,但偷逃的税款、侵犯的财产却可以通过补缴、赔偿、返还的方式进行弥补,很大程度上弥合了对于法益的侵害。

综合治理思维中，检察机关的职能绝非孤立的、片面的严厉惩治犯罪，而关注“基于公益保护的犯罪多元共治模式的时代需求”[3]，任何市场主体都不是一座孤岛，对于犯罪企业机械化、不考虑实际情况的惩治可能导致企业陷入停产停业的境地，其生产经营无以为继导致其难以有弥补经济损失的能力，恢复可能性归于破灭，与“恢复性司法”理念背道而驰。

（二）检察机关犯罪综合治理思维的运用

通过对于自贸区中犯罪呈现的特点的分析不难看出，检察机关对于自贸区中犯罪的控制与规制应当采用综合治理的思维。具体而言，对于犯罪的追诉不能一味地追求严厉的刑罚，而要兼顾社会效益，兼顾教育和惩罚，注重法律效果与社会效果的统一；对于控制犯罪应当更加注重事前预防，防患于未然；作为刑事诉讼中间流程“审查起诉”的责任机关，做好“承上启下”的枢纽作用，充分发挥各个机关的作用。

检察机关犯罪综合治理思维的运用是对于各个机关、各个市场主体协同治理自贸区犯罪作用的激励与发挥，是站在整体与全局的角度上综合考量犯罪治理的必然选择。结合自贸区犯罪的特点不难看出，检察机关运用犯罪综合治理思维指导检察工作，为自贸区建设提供服务与保障，在逻辑上是自治而通畅的，在逻辑推导层面是切实可行的。检察机关运用综合治理思维的具体实践路径将在后文详细展开论述。

三、服务与保障：检察机关在自贸区的职能定位

从检察机关的职能角色角度，根据检察机关履行职责时的相对人不同，大致可以将检察机关的角色归为三类：保障者、服务者、监督者，这三种角色相辅相成，共同为自贸区的建设提供检察力量，为自贸区的建设提供服务与保障。

（一）塑造营商环境，引导刑事合规的服务者

作为服务者的检察机关是针对自贸区所有的市场主体而言的。事后追诉不如事前预防，检察机关应当主动督促、引导、帮助自贸区企业构建企业刑事合规制度。

刑事合规制度不仅仅局限于在发生犯罪之后的合规不起诉，更应当将环节提前至犯罪未然时，减少被侵害法益，塑造市场主体遵法守法的良好营商环境。

具体而言，检察机关可以采取如下措施开展服务工作：第一，深入企业开展引导工作，通过培训、座谈等方式帮助企业经营者、管理者认识到刑事合规管理和制度建设的重要性，转变理念。[4]第二，充分利用检察机关专业优势，及时总结工作经验，形成“白皮书”等可供市场主体参考的文件。第三，发挥服务合力，检察机关虽然是司法机关，但可以通过检察建议的方式与其他机关相联动，例如在某类型企业某类犯罪多发时向自贸区企业管理部门发出检察建议，要求相关管理部门以行政等手段引导、帮助企业进行合规建设。

（二）打击违法犯罪，维护市场秩序的保障者

检察机关作为公诉机关追诉犯罪彰显了法律尤其是刑事法律的威严，防止劣币驱逐良币，维护和营造自贸区诚信有序的市场环境，维护统一市场和公平竞争。

检察机关在自贸区中对于维护市场秩序、打击违法犯罪的探索早在自贸区设立早期就已开始，早在2015年，自贸区内检察机关已经形成了“一个中心，两个着力点”的工作格局，即立足检察机关自侦、公诉、诉讼监督等基本职能。[5]

同时，有力保障市场秩序并不意味着对于经济案件一律“从严打击”。在打击犯罪时，也要注意按照《高检关于自贸区建设的意见》“树立宽容谦抑理念，严格司法办案标准，准确把握法律政策界限。”“坚持打击犯罪与依法帮助企业挽回和减少经济损失并重，合理选择办案时机和方式。”检察机关在面对公安机关等侦查机关移送的刑事案件时，要明确区分罪与非罪，鼓励试错，宽容失误，为自贸区的建设者和参与者营造宽松的法治环境。全国各个地方检察院应当严格落实最高人民检察院“少捕慎诉少监禁”的审慎的刑事政策，在不影响案件公正办理的情况下最大程度地减少和控制因办案带来的对于自贸区市场主体的负面影响。[6]

（三）推进良法善治，规范机关行为的监督者

作为监督者的检察机关是针对其他国家机关而言的。在全面推进依法治国的当下，检察机关作为法律监督机关负有法律监督的职责。在自贸区从事行政、司法、监察工作的国家机关都应当接受检察机关法律监督，自觉在法治的轨道上依法履行涉自贸区的职能工作。

习近平法治思想中“十一个坚持”的重要组成部分包括坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，法治国家、法治政府、法治社会一体建设；坚持全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，这些都要求国家机关能够依法履行职能。

自贸区的建设过程中，即使有诸多的先行政策、试点政策、优惠政策，但这些政策都应当是在法治的轨道上，依据有关法律法规，根据自贸区的实际情况制定而成的，并非是对法律的突破。同样，担负自贸区行政、监察、司法职能的国家机关，同样不应以自贸区为突破法律规范，逾越法治规范的“挡箭牌”。

在办理刑事案件的过程中，“检察建议”除了可以作为合规激励的方式之一，还应当考虑到其有对国家机关进行法律监督的作用。在检察机关督促有关国家机关依法履职时，就可以使用“检察建议”的方式，对国家机关的违法行为进行纠正和提醒，使之早日回归法治轨道。毕竟，不管对于自贸区的建设而言，还是对整个经济发展而言，法治才是最好的“营商环境”。此外，通过个案中发现的行政机关等国家机关监管不力时，检察建议可以使检察机关的工作从“个案治罪”变为“类案治理”[3]，见微知著，从个案企业的犯罪行为看到一类企业存在的共性问题，并督促有关行政部门监督整改，这也是检察机关运用犯罪综合治理思维参与社会治理的途径之一。

四、检察机关在自贸区履行刑事检察职责时的矛盾

刑事检察是检察机关的“四大检察”之一，是检察机关的重要职责任务。在自贸区的犯罪综合治理中，检察机关作为公诉机关、企业合规指导机关，以其刑事检察职责参与自贸区犯罪综合治理，服务保障自贸区建设。但在检察机关履行刑事检察职责时，却常常出现“打击犯罪”与“保护自贸区企业”之间存在矛盾的问题，打击越多的犯罪，就会有更多的自贸区企业受到影响，与之相关联的企业也随之受到影响。

但这样的矛盾往往是表面的。透过现象看本质，更深层次的逻辑是：追诉犯罪能够有效打击市场上存在的不法行为，营造良好营商环境，可以更好地保护守法经营的自贸区企业。检察机关在履行职责时，应当在看似矛盾的两方面之间寻求一个“最佳平衡点”，实现矛盾的辩证统一。

（一）追诉犯罪与自贸区对包容开放的营商环境需求的矛盾

打击犯罪，提起公诉是法律赋予检察机关的法定职责。但在自贸区的建设过程之中，仅仅是对于个体企业的打击，就可能造成极其严重的“蝴蝶效应”，与它存在交易关系或产业联系的其他企业就很有可能因此受到较大的影响，造成较大的负面经济效应[8]；对于劳动者而言，也可能失去企业所提供的劳动岗位，丧失收入来源。

自贸区建设的过程中，有很多政策是试点性的、先行性的，在政策运行的过程中，难以避免地会产生对于政策的误读误判，或对于新生事物有所争议。有时对于政策的曲解和对政策的创新利用仅有一线之隔。正因如此，自贸区的建设过程中必须要有包容开放的营商环境。

在自贸区中追诉犯罪，检察机关对于犯罪单纯的严厉打击似乎就与自贸区对开放的营商环境的需求形成了一对矛盾。一方面，检察机关应当避免过于频繁的司法活动以及过于“热情”地接触对企业造成压力，做到检察工作“不越位”[9]；另一方面，检察机关同样应当依法打击自贸区中存在的严重破坏社会主义市场经济秩序的犯罪活动，防止自贸区市场中的经济犯罪行为不受规制，愈演愈烈，形成违法犯罪者获取巨额不法经济利益的现象发生，做到检察工作“不缺位”。

（二）以审判为中心的刑事诉讼制度与公诉权重要地位的矛盾

实然层面，以审判为中心的刑事诉讼制度改革似乎使得检察机关在刑事诉讼中的“公诉”参与被边缘化。但应然层面，人民公安、人民检察院、人民法院在刑事诉讼活动中应当相互配合，不应该存在哪个机关被“边

缘”，使其作用无法充分发挥，进而使得刑事诉讼的流程无法完整地展开，丧失刑事诉讼活动的程序正义价值。

检察机关参与刑事公诉，与刑事被告人形成法庭上“分庭抗礼”的控辩双方。公诉权作为有一定司法权属性的国家权力，既可以通过日常干预来弱化“侦查中心主义”，又可以通过主动履行检察指控职能和证明责任以促进“庭审实质化”，为“审判中心”改革提供助力。[10]

公诉权既包括检察机关对犯罪嫌疑人提起公诉，也包括量刑建议权，以及不起诉权。在自贸区的犯罪追诉活动中，企业合规不起诉就是检察机关依法履行法定职责，运用公诉裁量权的创新方式之一。检察机关在自贸区中如何有效运用公诉权，积极参与犯罪治理，在以审判为中心的刑事诉讼活动中贡献检察机关的治理建设力量将成为重要议题。

(三) 刑事合规不起诉制度与法律监督公允性要求的矛盾

检察机关在刑事合规不起诉的探索中居于主导地位，检察机关对于涉罪企业的合规不起诉使得检察机关的公诉权具有了很高的裁量性，具有实质性司法的作用。然而检察机关本身作为公诉机关，具有追诉犯罪的职能，对犯罪进行最终裁量的权力从法理上讲是属于人民法院的。刑事合规不起诉对于“公诉与否”的裁量既赋予了检察机关更大的裁量权力（尤其是对微罪企业的裁判权力），同时也对检察机关提出了更高的治理层面的要求，相伴而生的是更高的治理风险，面临着法律监督公允性的疑问与考验。

五、矛盾的解决：犯罪综合治理思维在自贸区刑事检察工作中的具体实践路径

如前文所述，检察机关在自贸区犯罪治理中有着诸多形式上的矛盾。但这些矛盾并非无法协调的根本性矛盾、深层次矛盾，而是可以通过“综合治理思维”在全局上、整体上得到协调与解决。

犯罪综合治理思维是检察机关在刑事检察过程中以全局的、整体的、全面的方式参与社会治理、犯罪治理的方式。对于犯罪，不再是传统意义上的只强调打击，

而是从“治理”的思维上减少犯罪的发生。具体而言，在“自贸区”这一特殊环境下，检察机关运用犯罪综合治理思维有具体方式方法可供实践。

(一) 坚持依法打击与谨慎追责的辩证方法

打击犯罪与保护营商环境是一个问题的两个方面。对于依照《刑法》应当判处刑罚的，检察机关应当依法公诉、依法追究涉罪企业和个人的刑事责任。对于自贸区建设过程中的探索和创新，应当依法予以保护，“谨慎追责”，留有一定的宽容度。真正做到坚持依法打击与谨慎追责的辩证方法，把握宽严相济的刑事政策，“轻轻重重”的追责方法。诚如《高检关于自贸区建设的意见》所指出：“注意区分经济纠纷与经济犯罪、执行和利用国家政策谋发展中的偏差与钻改革空子实施犯罪等界限，坚决防止把一般违法违纪、工作失误甚至改革创新视为犯罪，支持改革、宽容失误，保护制度创新的积极性。”

(二) 刑事合规不起诉的全面开展、扩展与创新探索

全面在自贸区开展刑事合规不起诉的探索。自贸区是经济政策试点的先行区，检察机关在自贸区中提供服务与保障理应当与时俱进，与“区”俱进，在自贸区中探索刑事合规不起诉的创新模式。

第一，可以扩大刑事合规的参与机关，广泛吸纳公安机关的经济侦查力量。根据《刑事诉讼法》的相关规定，检察机关在两次退回补充侦查全部用满，且每次回到审查起诉阶段都进行重大疑难案件延长时，审查起诉与退回补充侦查阶段相加最长可达六个半月。然而企业的合规建设却是一个长期的过程，有时需要成年累月的努力与完善。相对应的，公安部门对于刑事案件的侦查，如果不采取刑事强制措施，《刑事诉讼法》并未对公安的侦查阶段进行时间的限制，相比较而言，在侦查阶段对企业进行合规建设似乎时间更加充裕。检察机关可以利用侦查阶段，在侦查阶段提前介入指导。一是指导公安机关的刑侦办案工作，二是指导企业在侦查阶段充裕的时间下完成合规建设。

例如，太仓市人民法院与太仓市检察院、太仓市公安局联合制定《关于在刑事诉讼全流程建立企业合规工

作衔接协作机制的办法》，明确探索侦查阶段企业合规，规定涉案企业在案件侦查阶段向公安机关申请开展合规整改的，公安机关应当受理并调查其是否符合合规程序启动条件；认为符合的，及时与检察机关会商。两机关经会商认为可以启动合规程序的，检察机关商请第三方监督评估机构开展企业合规整改，并将整改情况作为决定是否起诉、提出量刑建议等事项的重要参考。

第二，应当积极引导社会力量在刑事合规不起诉的合规辅导阶段广泛参与。检察机关本身是司法机关，对于企业生产经营的实际状况可能并不如社会中专门研究企业工商管理的学者专家更了解。同时，裁判者绝不能成为运动员。在企业合规辅导阶段，鼓励企业广泛吸纳社会各界力量，成立由学者、职业经理人、法律工作者、司法机关工作人员等组成的“合规辅导小组”，更好地助力企业实现合规。

第三，适当扩展并明确刑事合规不起诉在自贸区中的适用范围。我国当前试点期间适用合规不起诉制度的案件，主要是宣告刑不超过三年，或者具有自首、认罪情节，或者系初犯、偶犯等轻微刑事案件。如上文所述，自贸区在经济发展过程中有着许多特殊之处。检察机关在服务与保障自贸区的建设时也应当因地制宜，尝试扩展对于前述条件的合理突破，并明确自贸区中企业适用合规不起诉的界限。

（三）强化前端治理的“提前量”思维

“治理”与“治罪”不同，“治罪”关注已经涉及犯罪的企业与个人的特殊预防，目的是惩戒犯罪，防止其再犯。治理则是运用多种手段，既包括特殊预防，也包括一般预防，更强调从整体和全局上，通过各种方法提前减少犯罪的发生，抓住前端，抓住根源。

第一，检察机关可以根据办案经验制定企业合规建设白皮书。对涉罪企业案例进行归纳总结，对于其合规建设的经验进行整理发布，为企业提供刑事合规建设的参考指引，也为在自贸区中从事生产经营的企业进行警示。如此可使得检察机关在办理自贸区企业经济犯罪的特殊经验转化为具有参考和指导意义的一般经验。

第二，要注重高风险企业生产经营过程中的风险提

示。通过对企业从事生产经营的行为进行风险评估，对涉及犯罪可能性高的企业及时进行警示，在早期建议行政机关追究违法责任，防止其轻微的违法行为进一步发展恶化为犯罪。

（四）充分整合各种力量确保检察机关的犯罪治理参与

检察机关在自贸区犯罪治理中的综合思维要求充分整合各种力量确保检察机关在自贸区犯罪治理中的参与，这不仅要发挥检察机关的内部力量，更要关注检察机关以外的外部力量。

第一，可以成立自贸区检察院或自贸区检察室，成立自贸区刑事犯罪治理的专门性力量。现在已有多地检察院陆续开展自贸区检察院或自贸区检察室的建设的尝试，作为自贸区刑事检察的专门力量，专精于在自贸区开展工作的检察力量更能够集中精力，结合自贸区的特殊性开展犯罪治理工作。这是发动检察机关内部力量的重要方式之一。

第二，运用新时代“枫桥经验”，广泛发动人民力量。新时代“枫桥经验”注重基层治理，注重发动人民力量。在检察机关自贸区犯罪治理工作中，要从人民群众的“急、盼、难、愁”的事件中发现影响自贸区发展的桎梏，发现违法犯罪，积极督促整改或进行打击。

第三，广泛与其他国家机关开展合作。在自贸区建设过程中，行政力量不可或缺。自贸区的工商部门、公安部门、税收部门等，与自贸区企业的交流最为密切，往往掌握着自贸区最为全面的情况，了解自贸区建设过程中的问题所在。与其他国家机关部门广泛开展交流合作，有助于检察机关了解自贸区中深藏的犯罪情况，在犯罪早期及时发现，及时打击，“打早打小”。

第四，成立智库机构，开展检察机关与实务部门、理论部门的交流合作。及时与实务部门和理论部门进行交流，开展实践研讨、学术研讨等活动，及时掌握理论界与实务界对于自贸区建设的最新把握，对于自贸区犯罪的作出最新判断，与时俱进开展检察工作，贡献检察智慧与检察力量。

六、结语

检察机关作为自贸区犯罪治理的重要力量，应当发挥好服务与保障的职能，做好自贸区建设的服务者、保障者、监督者。在自贸区的治理中，检察机关治理犯罪应当发挥“综合治理思维”，注重全面治理、源头治理，预防为主，广泛吸纳各界力量共同为自贸区的建设保驾护航。

本文对于检察机关在自贸区的职能探究与检察机关在自贸区犯罪治理的综合治理思维的实践路径的论述过程中多有挂一漏万之处。检察机关的发展历程中，职能也几经调整与改革，但毫无疑问的是，自检察机关成立以来，作为法律监督机关，检察机关始终在为社会综合治理提供检察力量。也期待在当今如火如荼的自贸区建设之中，检察机关能够做好服务与引导、监督与保障，繁荣企业发展，助力自贸区建设。

【注释】

[1] 谢波. 中国自贸区警务问题审视及其机制创新 [J]. 中国人民公安大学学报(社会科学版), 2021, 37(03): 141-149.

[2] 吴宗宪. 西方犯罪学 [M]. 北京: 法律出版社1999.

[3] 葛维凯, 王小平. 激励与规制: 司法治理多元化视域下自贸区中小微企业合规不起诉改革 [C]// 国家检察官学院, 最高人民检察院法律政策研究室, 中国人民大学法学院. 做优刑事检察之涉案企业合规制度与检察履职——第十七届国家高级检察官论坛论文集. 中国检察出版社, 2023: 249-276. DOI: 10. 26914/c. cnki hy-. 2023. 017474.

[4] 贺江华, 陈杨林. 自贸区检察: 秉承善治理念 引导刑事合规 [N]. 检察日报, 2020-10-16 (003). - DOI: 10. 28407/ n. cnki. njcjb. 2020. 004732.

[5] 付红梅. 检察机关服务保障自贸区建设的定位与探索——首届沪粤闽津检察机关服务保障自贸区建设交流研讨会述要 [J]. 人民检察, 2015 (21): 29-31.

[6] 陈红卫. 充分发挥刑检工作在服务自贸区郴州片区建设中的独特作用 [N]. 法制周报, 2021-05-29 (014). DOI: 10. 28539/n. cnki. nlrbw. 2021. 000312.

[7] 窦晓峰, 黄岩, 刘乐. 看检察建议如何转化为社会治理效能 [N]. 辽宁日报, 2023-05-25 (007). DOI: 10. 28534/n. cnki. nlrbw. 2023. 002316.

[8] 葛维凯, 王小平. 激励与规制: 司法治理多元化视域下自贸区中小微企业合规不起诉改革 [C]// 国家检察官学院, 最高人民检察院法律政策研究室, 中国人民大学法学院. 做优刑事检察之涉案企业合规制度与检察履职——第十七届国家高级检察官论坛论文集. 中国检察出版社, 2023: 249-276. DOI: 10. 26914/c. cnki hy-. 2023. 017474.

[9] 张云东, 潘巍, 梁新宏. 检察机关服务保障自贸区建设的探索 [J]. 中国检察官, 2022 (09): 77-80.

[10] 李崇涛. “以审判为中心”的诉讼制度改革背景下优化公诉权运行机制研究 [D]. 西南政法大学, 2022. DOI: 10. 27422/d. cnki. gxzfu. 2022. 000278.

离婚案件不同情形下公司股权分割的不同处理方式

WINCON
LEGAL
INSIGHT



张丽丽

三级律师，高级企业合规师，高级婚姻家庭咨询师，劳动关系协调员。擅长仲裁、诉讼类争议与解决，婚姻家庭，劳动争议纠纷。常年担任多家企业法律顾问，擅长处理企业运营中各类诉讼与非诉讼争议解决，协助企业进行法律风险防控和合规操作，尤其在商事合同审查、履行以及劳动人事管理、劳动争议处理方面有着丰富的执业经验。

一、离婚案件中，涉及分割夫妻双方或者一方名下的股份或出资额，应当如何处理？以下情形仅指有限责任公司，股份有限公司另行分析。

第一种情形，夫妻双方都是有限公司的股东时，如何分割公司股权？

由于双方都是公司股东，夫妻之间股权转让并不会发生向股东以外的第三人转让股权的情形，所以夫妻二人只需根据公司法股东内部转让股权的规定处理即可。即，按照公司法第71条规定，股东之间可以相互转让其全部出资或者部分出资。

在执业过程中，接待客户咨询和办理离婚案件时经常会遇到公司股权如何分割的问题，很多当事人会把公司财产和个人财产、夫妻共同财产混同，认为公司名下的房产、车辆和账户内的资金都可以在离婚案件中予以分割。这很明显是错误的。

按照公司法规定，不论是有限责任公司还是股份有限公司，都是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权，公司以其全部财产对公司的债务承担责任。也就是说，公司是独立的民事主体，公司名下的房产、车辆，资金都属于公司所有，不直接属于股东所有。股东只有在公司分配利润时才享有资产收益权，无权将公司财产据为己有，否则股东侵害公司合法权益，应当承担赔偿责任。那么离婚案件中遇到公司股权问题时该如何处理呢？

笔者根据司法实践中出现的问题，结合目前相关法律规定和实务观点，对相关问题进行了整理，供大家参考。

第二种情形，夫妻双方在分割以一方名义持有的有限责任公司股权时如何处理？

如果股东方不同意分割公司股权，或者夫妻双方无法就公司股权分割协商一致，也就无需按照公司法规定征求其他股东是否同意以及是否行使优先购买权的意见，股东的配偶一方也就不可能成为公司的股东，股权将无法分割。否则，有限公司的人合性将受到破坏。此时，股东的配偶一方只能主张分割股东持有的公司股份对应的财产价值。

第三种情形，夫妻双方均同意分割股权，且双方能够协商一致的前提下，该如何分割一方名下的公司股权呢？

按照最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释一第七十三条规定，人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：

（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，其他股东过半数同意，并且其他股东均明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司的股东。

（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，其他股东半数以上不同意转让，但愿意以同等条件购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。其他股东半数以上不同意转让，也不愿意以同等条件购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。

在此情况下，必须特别注意严格遵守公司法的规定，不得侵害其他股东的优先购买权。用于证明其他股东同意夫妻之间转让股权的证据，可以是股东会决议等文件，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东个人的书面声明材料。

二、举例说明，离婚中遇到公司股权分割争议时如何解决？

1. 夫妻一方是股东，擅自转移其名下有限责任公司股权，另一方离婚时是否有权追回或者要求赔偿损失？

现实生活中，有人面对婚姻危机时，达到转移夫妻共同财产，使对方少分或者不分财产的目的，事先与第三方串通，将自己名下持有的股权转让给他人或者父母、子女，此时股权转让协议的效力如何确定？离婚时另一方是否有权以转移夫妻共同财产为由要求对方不分或者少分财产？是否有权要求将股权重新登记到配偶股东名下？

答案是，有限责任公司的股权不仅具有财产属性，而且具有人身属性。公司股份的身份权利一般由公司登记机关记载的股东享有。婚姻关系存续期间，公司股权中的财产权利应当属于夫妻共同财产，双方在离婚时或者具备共有财产分割条件时均有权分割。但是身份权利受公司法保护，非股东配偶一方未按照公司法规定取得股东身份之前，不享有股东的身份权利，无权要求分割。

有限责任公司的股权是夫妻共同财产的情况下，该股权属于夫妻共同共有，任何一方未经另一方同意不得擅自处分，除符合民法典第三百一十一条善意取得条件外，擅自处分行为全部无效。所以，共同共有的股权被一方擅自转让给第三人时，如果第三人是善意的且支付了合理对价，也进行了变更登记，应当认定为股权转让协议有效。否则，夫妻一方有权要求确认转让行为无效，追回转让的股权。但是，在一方擅自转移股权并被认定股权转让协议无效时，另一方也不能直接根据所得股权要求成为公司的股东，在不具备受让股权的条件时只能要求对方支付享有的公司股权价值相应的财产金额。

另外，按照《民法典》第1092条规定，夫妻一方隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产，或者伪造夫妻共同债务企业侵占另一方财产的，在离婚分割夫妻共同财产时，对该方可以少分或者不分。

但是有一点不容忽视，现实生活中，很多情况是配偶股东一方以某种不合理的价格将股权转让给所谓的善意第三人，股东的配偶因为不是公司的股东，不参与公司经营管理，无法提供证据证明第三人是善意还是恶意，也无法证明公司股权的真正价值。这直接导致股权转让价格无法被认定为不合理的对价，也就无法认定第三人不是“善意”的，因而无法确认股权转让合同无效，也无法实现分割真实的股权价值的目的。

2. 夫妻一方婚前出资设立的有限责任公司，婚后增资扩股的股权是否属于夫妻共有财产？股权价值如何分割？

婚后新增的股权系双方夫妻关系存续期间共同出资取得，应当作为夫妻共同财产分割。除非一方能够证明婚后增资扩股的资金系个人财产或者双方签订了夫妻财产分别所有制的书面协议，这种除外情形下的股权有可能被认定是出资股东一方的个人财产。

但是，按照最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释一第二十五条规定，即使是一方个人财产投资所得收益仍然属于夫妻共同财产。在分割婚后增资扩股的股权时，如果夫妻双方协商一致且按照公司法规定成为公司股东时，可以分割股权份额，成为公司的股东；否则法院将判决股东一方继续持有股权，按照增值扩股的部分股权的价值折价给予对方相应的经济补偿。

3. 司法实践中，经常会遇到公司股权系他人代持的情况，夫妻离婚时能否分割由他人代持的一方股权？

股权代持是指实际出资人和名义出资人签订代持协议，约定由名义出资人作为名义股东进行工商登记，由实际出资人出资并享有投资权益的一种持股方式。离婚诉讼中，因为股权代持涉及到第三人的权利和义务，在一方主张股权代持，另一方不认可股权代持的情况下，法院通常需要先要求当事人确认代持关系，明确股东身份之后再行离婚财产分割。

代持股权是否会被认定为夫妻共同财产予以分割，主要是看是否有足够的证据证明代持关系的成立。如果没有直接的证据证明，通常会以工商登记对外公示的股权信息作为认定股东身份的依据。对此，对于非股东一方的配偶举证责任和举证难度都非常大，如何搜集保存证据成为关键，建议日常注意搜集相关代持协议，实际出资的转账记录、凭证，实际参与经营公司的证据等。

反过来讲，如果夫妻一方为他人代持股份时，另一方在离婚时能否作为夫妻共同财产予以分割呢？同样涉及到第三人的利益，法院在处理此类案件时通常也不会直接分割。

4. 婚后设立的夫妻股东公司，离婚时如何分割公司股权？

夫妻公司，指的是公司只有夫妻两个股东，这时公司股东的身份具有特殊性，不仅具有夫妻关系，而且具有股东身份。在法律适用上，不仅在股东关系上需要适用公司法规定，而且在夫妻关系上需要适用民法典婚姻家庭编相关规定。夫妻公司的公司财产是否可以按照夫妻共同财产处理呢？

按照我国法律规定，公司是法律拟制的独立民事主体，公司财产应当属于公司所有，并非是夫妻共同财产。公司的财产未经法定分配程序之前，公司的利润、资产等都属于公司法人的财产范畴，不属于夫妻共有财产的范畴，夫妻离婚时，只能分割公司股权。分割公司资产只能按照公司法规定对公司进行清算后才可以。

那么，婚后设立的夫妻公司股权，夫妻离婚时如何分割？是否按照工商登记的持股比例作为股权分割的比例？

公司的持股比例、股东地位均是为了公司经营管理

需要而设置的，工商登记中记载的夫妻投资比例并不能等同于夫妻之间的财产约定。在夫妻关系存续期间，如果没有特别明确的约定，无论哪一方持有的公司股权，都应当按照夫妻共同财产处理。

首先，在夫妻离婚时，对于股权比例的分割应当由夫妻双方协商处理，如果双方均有经营能力，做不成夫妻但可以做合作伙伴，双方可以明确各自持有的股权比例，按照公司法规定享有股权权利义务即可。如果双方均不愿意经营公司，可以形成股东会决议，自行解散公司，并对公司资产进行清算后分割剩余财产。如果一方愿意继续经营公司，另一方不愿意继续经营公司，继续经营一方可以根据公司股权的总价值折价向另一方进行经济补偿。

其次，如果双方无法协商一致分割股权，夫妻双方可自行协商或者通过股权价值评估方式明确公司股权的价值，在股权价值明确的情况下，从公司正常经营管理的角度上，法院应当查明公司实际由谁经营管理更适合，判决股权归一方所有，另一方向对方转让持有的股权份额，由实际经营一方方向对方支付折价补偿款。

再次，如果双方无法协商一致，夫妻双方也无法明确公司股权价值，法院也可以考虑平均分割公司股权份额。但是二人已经到了离婚的地步，在行使股东权利时也难免会出现无法形成有效股东决议的尴尬局面，这将直接导致公司无法正常经营，损失的仍然是双方。对此，法院应当尽量避免平均方式分割股权份额，尽量采取前两种方式处理。

5. 离婚时，配偶一方能否要求分割公司名下的不动产、动产或者未形成分配决议的利润呢？

如前所述，公司是法律拟制的独立民事主体，公司财产应当属于公司所有，并非是夫妻共同财产。公司的财产未经法定分配程序之前，公司的利润、资产等都属于公司法人的财产范畴，不属于夫妻共有财产的范畴，夫妻离婚时，只能分割公司股权。但是，如果公司股权一直没有分配利润，配偶一方能否在离婚中要求公司直接分配利润？

对此答案是否定的，按照公司法规定，股权具有财产属性和人身属性，有限责任公司的股东具有人合性，夫妻共同所有且可以要求分割的仅仅是股权对应的财产

价值，不包含股东的身份。股东是否可以分配公司利润，是严格按照公司法规定行使股东权利的表现。配偶一方不具有股东身份，无权在离婚中要求分割未分配的利润。离婚时，一方只能要求分割股权价值或者成为公司的股东。当然，如果公司股东会决议分配利润时，配偶一方享有分红收益权。

三、离婚时夫妻双方分割股权，公司股权价值将如何确定？

1. 夫妻协商一致确定股权价值，是最直接和最简单明了的办法。在沟通协商过程中，夫妻双方一般会考虑由谁继续经营公司，谁能经营好公司，公司目前到底能值多少钱。

2. 夫妻无法协商一致，司法实务中往往需要一方申请法院委托专业鉴定机构评估股权价值，以司法评估报告中的股权价值作为分割依据。但是司法评估存在时间长、评估费用高的缺点，而且公司股权价值评估需要完整的财务数据作为审计依据，如果申请评估一方不实际经营公司，无法提供公司详细准确的财务数据等评估资料的情况下，评估机构也难以作出评估报告，公司股权价值将无法确定，难以实现分割股权财产价值的目的。对此，如果经营公司一方或者公司拒绝配合进行股权价值评估，可以申请法院调取公司审计报告，公司纳税申报资料作为评估的依据，最终确定股权价值。

3. 如果夫妻双方无法协商一致，也未对股权价值申请评估，法院也无法通过其他途径认定股权价值时，一般不会对股权价值进行处分，将由夫妻双方在协商一致或者同意股权价值评估后再另行起诉。

四、法律依据

●《民法典》第一千零六十二条规定，夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有。

- (一) 工资、奖金、劳务报酬
 - (二) 生产、经营、投资的收益
 - (三) 知识产权的收益
 - (四) 继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外
 - (五) 其他应当归共同所有的财产。
- 夫妻对共同财产，有平等的处理权。

●最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释一第二十五条规定，婚姻关系存续期间，下列财产属于民法典第一千零六十二条规定的“其他应当归共同所有的财产”：

- (一) 一方以个人财产投资取得的收益
- (二) 男女双方实际取得或者应当取得的住房补贴、住房公积金
- (三) 男女双方实际取得或者应当取得的基本养老金、破产安置补偿费。

●《民法典》第一千零八十七条规定，离婚时，夫妻的共同财产由双方协议处理；协议不成的，由人民法院根据财产的具体情况，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则判决。

对夫或者妻在家庭土地承包经营中享有的权益等，应当依法予以保护。

●最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释一第七十二条规定，夫妻双方分割共同财产中的股票、债券、投资基金份额等有价证券以及未上市股份有限公司股份时，协商不成或者按市价分配有困难的，人民法院可以根据数量按比例分配。

●最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释一第七十三条规定，人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：

(一) 夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，其他股东过半数同意，并且其他股东均明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司的股东。

(二) 夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事项协商一致后，其他股东半数以上不同意转让，但愿意以同等条件购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。其他股东半数以上不同意转让，也不愿意以同等条件购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。

用于证明前款规定的股东同意的证据，可以是股东会议材料，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。

无益拍卖情形下，拍卖行为是否可以被撤销？

WINCON
LEGAL
INSIGHT



李英

擅长处理各类公司合同纠纷、股权纠纷、金融纠纷、不动产购置与置换、房地产合作开发、劳动争议和劳动纠纷等诉讼或仲裁案件，保险理赔、代位求偿、保险中介服务等保险合同纠纷。



赵晓菁

擅长处理涉外民事案件、建设工程、房地产和公司、保险、执行领域的法律事务，为多家企业提供复杂的商事纠纷争议解决方案，赵晓菁律师同时具有证券业从业人员资格、私募基金管理人资格。

其他拍卖程序合法，但法院未明确告知申请执行人案件涉及无益拍卖情形下，拍卖行为是否可以被撤销？司法实践中这一问题常被忽略，本文结合相关法条及裁判案例进行详细解读，以供各位同仁参考。

一、案情简介

债权人A某与债务人B公司民间借贷纠纷一案，法院判决B公司需向A某清偿1000余万元及利息。在本案的诉讼中，A某请求法院查封了B公司的一宗土地，A某系该土地的首封权利人。但该土地上有在先的抵押权，最高额抵押金额为1744万元，A某对该土地的优先权及金额明知。案件进入执行程序后，首封法院依法委托评估机构对该土地进行评估，评估价格合计2137.80万元。2019年12月5日，法院以评估价2137.80万元作为起拍价在阿里巴巴网络司法拍卖平台对上述不动产进行第一次拍卖，结果流拍。2019年12月16日，执行法官向A某代理人电话告知第二次拍卖降价、报名等情况并征求其意见，A某代理人同意继续拍卖，但法官未明确告知清偿优先债权和强制执行费用后无剩余可能的情况。之后法院以第一次保留价2137.80万元下调20%即1710.24万元作为起拍价进行第二次拍卖。2020年1月3日，C公司以起拍价1710.24万元作为出价竞价成功并交纳了全部拍卖款。2020年12月，A某作为申请执行人向法院提出异议，认为本案构成无益拍卖，拍卖程序违法，请求撤销司法拍卖。

作为竞拍人C公司的代理人，摆在我们面前的问题显而易见，在其他拍卖程序（依法委托评估确定起拍价、发布拍卖公告、公开竞拍、成交确定）合法，但是法院未明确告知申请执行人案件涉及无益拍卖情形下，拍卖行为是否可以被撤销？这个问题在司法实践中常常被忽略，本文将对此进行详细的论述。

二、网拍背景下“无益拍卖”条款的适用

《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（以下简称“《拍卖、变卖规定》”）第六条规定：“保留价确定后，依据本次拍卖保留价计算，拍卖所得价款在清偿优先债权和强制执行费用后无剩余可能的，应当在实施拍卖前将有关情况通知申请执行人。申请执行人于收到通知后五日内申请继续拍卖的，人民法院应当准许，但应当重新确定保留价；重新确定的保留价应当大于该优先债权及强制执行费用的总额。依照前款规定流拍的，拍卖费用由申请执行人负担。”对于该条文，我们可以进行如下解读：

(1) 发生场景：案件同时存在优先债权和普通债权或者是存在不同顺位的优先权；

(2) 申请执行人地位：申请执行人为普通债权人或者虽有优先权但顺位在后的债权人；

(3) 判断标准：申请执行人受偿与否，保留价小于优先债权及强制执行费用的总额时，作为普通债权人或者顺位在后的优先权人将无法受偿；

(4) 规则设定目的：加强对申请执行人的利益保护，防止申请执行人的债权在司法拍卖后无法得到清偿，造成司法资源的浪费；

(5) 法院程序保障：在形式上为法院设立通知的义务，给予了申请执行人继续申请拍卖的选择权，并可以要求法院重新确定保留价。

通过上述条文及解读，《拍卖、变卖规定》第六条关于无益拍卖之禁止的规定，仅明确了法院实施拍卖前如发生无益拍卖情形的处理方式，但是未明确拍卖成交后的处理方式。涉及此类型的案件，执行案件的参与人在拍卖成交后选择的救济方式通常为提出执行异议，要求法院撤销拍卖，但根据相关法律的规定，执行申请人的该诉求通常难以实现。

三、无益拍卖不属于法定可以撤销网络司法拍卖的情形且申请执行人的权益未实质受损

1. 无益拍卖的内涵、外延与《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》（以下简称“《网拍规定》”）第三十一条所列举的条款不具有相当性，不能视为“严重违反网络司法拍卖程序”的情形。

2016年8月3日，最高人民法院在《网拍规定》发布会上，关于该规定三十一条^[1]可请求撤销网络司法拍卖的情形明确答复“该条对当事人、利害关系人提出异议请求撤销网络司法拍卖的情形作出规定，重点规定了网络拍卖中的特殊情形：一是拍卖财产展示和瑕疵说明导致买受人重大误解等情况，该条款从另一角度规定了执行法院必须对拍卖财产做尽职调查和信息公示，否则可能导致拍卖被撤销。二是因为网络故障，如系统故障、病毒入侵、黑客攻击等原因导致拍卖结果错误的情形。”结合《网拍规定》第三十一条列举的情形及最高人民法院执行局的说明可知，该条文关于撤销的事由局限于拍卖公告的发布及发布后影响拍卖公平的事宜（包括标的物的如实描述、同样的竞拍条件等），而不包括拍卖公告发布前的不影响竞拍人公平竞价的保留价确定过程。虽然该条文第六款为兜底条款，但是其违反网络司法拍卖程序的程度、涉及的范畴、对当事人利益的损害等方面也应当与前五款一致或者大体相当。而事实上，《网拍规定》第三十一条列举条款打击的都是拍卖

过程中的不正当竞争、不诚信行为，并不追溯拍卖公告的形成过程；无益拍卖对所有竞拍人都是公平的，不会产生重大误解，也不会导致拍卖结果错误，与列举条款不具有相当性，不能视为《网拍规定》第三十一条第六款规定的其他严重违法网络司法拍卖程序的情形。

2. 无益拍卖是指申请执行人无法从拍卖中获益，与减损申请执行人利益完全是不同的概念，不属于可以撤销拍卖的情形。

在何芳与梁健强执行监督【（2018）粤执监8号】一案中，关于无益拍卖，广东省高级人民法院明确指出：“因涉案财产经公开拍卖，二次流拍且以第三次拍卖保留价成交，涉案财产价值已经公开交易市场验证，证明申诉人的异议主张明显缺乏事实依据。……无益拍卖属于申请执行人无法从拍卖中获益的拍卖，但并非减损申请执行人利益的拍卖，故不属于撤销拍卖的法定情形。……申诉人无法在本案拍卖中受偿债权的根本原因在于，拍卖财产市场价值不高且存在抵押权，其以此为由申诉请求撤销拍卖，理由不能成立，本院予以驳回。”通过该论述，我们可以更直观地了解无益拍卖的性质，即“无法从拍卖中获益，但并非减损申请执行人利益的拍卖”。法律行为可能产生三种不同的后果：正向获益，反向损失，还有中间地带既不获益也无损失（如无益拍卖），而撤销拍卖裁定仅指向的是“损害当事人或者竞买人利益的情形”。即使是无益拍卖情形下拍卖物财产价值也是已经公开交易市场验证的，申请执行人无法在拍卖中受偿债权的根本原因在于拍卖财产市场价值不高且存在优先权，而非拍卖损害了其利益。

3. 在价值取向上，善意第三人的信赖利益更应予以保护。

实际上，司法拍卖的实质是执行过程中在法院的主持下以拍卖的形式订立的买卖合同，因此对于合同是否应予撤销（网络司法拍卖是否应予撤销）需要法院以执行裁定的形式确认，与一般合同的撤销规则异曲同工。《民法典》规定可撤销合同的情形包括：因欺诈、胁迫、重大误解、显失公平等情形而签订的合同。即在沒有公权力参与的情形下，一般民事合同即使存在瑕疵，只要不是《民法典》列举的影响公平的情形都不可以任意撤销，何况是由法院参与，交易稳定性更强的拍卖行为，竞拍人作为完全无法参与拍卖物评估、定价的善意第三方，其信赖利益应予保护。

虽然本案涉及无益拍卖，但是法院对案涉不动产的拍卖，系通过依法委托、询价确定起拍价、发布拍卖公告、公开竞拍、成交确定等法定程序完成，申请执行人对网络司法拍卖、优先债权情况知晓，其未能提出异议，权利的行使实际也存在一定的瑕疵。在此维度上，有瑕疵的申请执行人权利的行使不能对抗善意的竞拍人。法院最终接受了我们的意见，驳回了申请执行人的异议，维持交易现状，未撤销司法拍卖，维护了我方当事人作为竞拍人的合法权益。

四、“无益拍卖”情形下的注意义务

通过以上论述，我们可以发现在拍卖完成后，即使涉及“无益拍卖”，拍卖也难以撤销，这就要求各方当事人的风险意识前置，加强注意义务。

对于法院而言，要依法确定保留价，如涉及无益拍卖，需要明确告知申请执行人具体情况并予以申请执行人选择权；对于申请执行人而言，要了解优先权的相关情况及拍卖定价情况，在法院的拍卖定价低于优先债权和强制执行费用之和时，一定要及时提出异议，要求法院重新确定保留价；对于竞拍人而言，也要特别关注是否涉及无益拍卖，如涉及无益拍卖，其是否可以承担申请执行人提起异议、复议等法律救济程序的诉累和不确定的法律结果。

【注释】

1. 《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第31条：当事人、利害关系人提出异议请求撤销网络司法拍卖，符合下列情形之一的，人民法院应当支持：（一）由于拍卖财产的文字说明、视频或者照片展示以及瑕疵说明严重失实，致使买受人产生重大误解，购买目的无法实现的，但拍卖时的技术水平不能发现或者已经就相关瑕疵以及责任承担予以公示说明的除外；（二）由于系统故障、病毒入侵、黑客攻击、数据错误等原因致使拍卖结果错误，严重损害当事人或者其他竞买人利益的；（三）竞买人之间，竞买人与网络司法拍卖服务提供者之间恶意串通，损害当事人或者其他竞买人利益的；（四）买受人不具备法律、行政法规和司法解释规定的竞买资格的；（五）违法限制竞买人参加竞买或者对享有同等权利的竞买人规定不同竞买条件的；（六）其他严重违法网络司法拍卖程序且损害当事人或者竞买人利益的情形。

财产保全错误的认定及责任承担

WINCON
LEGAL
INSIGHT



曹丰晓

曹丰晓律师在处理交通事故责任纠纷、保险合同纠纷等领域具有丰富的实践经验。处理交通事故案件百余起，代理多起车险、财产险等保险理赔诉讼案件，参与诉前调解业务。

一、相关案例

案例一：李某因纠纷将张某起诉至法院，并在某保险公司投保了诉责险，向法院申请财产保全，法院裁定查封张某两处住房。该案一审李某胜诉，二审改判驳回李某诉讼请求。后张某以申请财产保全损害责任纠纷将李某及某保险公司一并诉至法院，法院以现有证据无法认定李某存在主观故意、恶意起诉、申请保全错误之情形，驳回了张某的诉讼请求。

案例二：王某君委托蓝某公司转卖其以150万元购买的一套设备，蓝某公司又与杨某东签订协议，委托杨某东洽谈设备出卖事宜，蓝某公司从卖得款中优先支付

实践中，为保障案件得以顺利执行，当事人往往会选择向法院申请财产保全。《民事诉讼法》不仅赋予当事人此项权利，同时第一百零八条规定“申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失”。那么，如何判断申请有错误，被申请人因保全所遭受的损失又该如何确定呢？

杨某东工资124万元。后因杨某东未将上述设备出售成功，蓝某公司不予支付其工资。杨某东遂诉至法院，2021年1月，杨某东向法院申请财产保全，请求对蓝某公司的上述设备查封，并提供某保险公司保函担保。法院裁定查封上述设备。

后王某君将杨某东及某保险公司诉至法院，请求杨某东及保险公司赔偿因错误保全造成的经济损失。法院经审查，认定杨某东在申请保全时对案涉设备非蓝某公司所有是明知的，杨某东对案涉财产保全存在主观故意。但因王某君在保全结束后以210万元价格出售了案涉设备，其总体利益并未受损。故法院最终驳回了王某君的全部诉讼请求。

案例三：某设备公司通过诉前保全查封了某建设公司银行账号资金5366794元。后某建设公司向法院起诉，请求某设备公司赔偿错误保全造成的经济损失。法院认定某设备公司的保全形式及其措施有误，应当申请“撤场”的行为保全，而不是财产保全；某设备公司在尚欠某建设公司2000万元工程款未支付的前提下，其判决根本不存在难以执行的情况，故某设备公司执意申请财产保全的行为属于滥用诉讼权利的恶意保全行为；某设备公司申请查封某建设公司银行账号资金，客观上影响了某建设公司的生产经营活动。最终法院判决某设备公司赔偿某建设公司因财产保全错误导致的经济损失。一审判决作出后，某设备公司不服提出上诉；二审经审理判决：驳回上诉，维持原判。

二、律师评析

财产保全损害为一般侵权责任，适用过错责任原则，故应当从申请保全人有无过错，申请保全行为与损害后果之间有无因果关系，损失数额如何认定等方面进行审查认定。

(1) 申请保全人有无过错

案例一中，虽然申请保全人的诉讼请求未得到法院支持，但是并不据此认定申请保全人存在主观过错。保全是一个持续的过程，应从多方面判断申请保全人有无过错。

从保全的必要性来看，《民事诉讼法》第一百零三条规定了采取保全措施的前置条件为“判决难以执行或者造成当事人损害的案件”。案例三中，某设备公司的诉求金额817万元小于其目前欠付的工程款金额2000万元。即使其诉求金额被全部支持，亦不存在判决难以执行这一现实基础。在此前提下，某设备公司请求冻结某建设公司银行账户存款的行为不属于善意诉讼行为。

从保全对象来看，保全分为行为保全和财产保全。当事人申请保全措施时应该加以区分。案例三中，某设备公司作为保全申请人，其向法院主张被申请人撤出现场的诉讼请求，如果存在“被申请人拒不撤场”等情况紧急的情形，应当申请行为保全。而财产保全中申请人需要注意保全标的的所有权。案例二，王某君明知案涉设备非蓝某公司所有仍然向法院申请保全该设备，存在主观上的故意。因此王某君申请保全主观上存在过错。

从保全范围来看，保全范围与可能获得、以及实际

获得判决支持的诉求金额偏差甚大，超出了必要、合理的范围，保全申请人没有尽到谨慎、适当的注意义务，因而申请有错误。

(2) 申请保全行为与损害后果间有无因果关系

案例一，保全申请人请求法院查封了被申请人名下两套房产，被申请人向法院主张解封保证金的借款利息及房屋银行贷款利息。因案涉房屋被查封，仅限于被申请人的处分权受到限制。解封保证金非必要性支出，银行贷款与案涉房屋被查封没有必然联系，故解封保证金利息及银行贷款利息与房屋被查封没有因果关系。若存在因果关系，申请保全行为必然会引起损害后果的发生。

(3) 损失数额如何认定

损害赔偿应以实际损失为限，不仅包括财产毁损、贬值等直接损失，也包括交易被限制导致的违约金损失、利息损失等间接损失。案例三，因被申请人银行账号资金5366794元被查封，银行资金5366794元不能投入正常的生产经营活动中。因此被申请人主张以银行资金5366794元一年期贷款市场报价利率3.85%计算财产损失得到了法院支持。

实践中，申请财产保全构成错误的，一般由保险公司承担赔偿责任。《民事诉讼法》第一百零四条规定，“申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请”。申请人通过购买保险公司诉讼财产保全责任保险（以下简称诉责险）转嫁未来可能因申请错误而需要承担的民事侵权责任。诉责险的赔偿对象除了被申请人外，还应包括案外人。案例二中，申请人保全对象是案外人的所有物，对案外人的权利产生影响。《最高人民法院关于当事人申请财产保全错误造成案外人损失应否承担赔偿责任问题的解释》规定，“当事人申请财产保全错误造成案外人损失的，应当依法承担赔偿责任”。因此，案外人因保全错误造成的实际损失，保险公司应对其承担保险责任。

三、结语

申请财产保全，申请人应当尽到合理注意义务。不仅要有申请保全的必要性，还应当在诉讼请求的合理范围内采取相应的保全措施，并提供一定担保，避免对被申请人以及案外人造成损害。

用人单位应对劳动仲裁案件十大误区及风险提示系列之一 劳动仲裁“一裁终局”案件

WINCON
LEGAL
INSIGHT



陈敬敬

劳动法专业律师，擅长劳动争议案件代理、劳资争端处理、人力资源管理法律服务。青岛市市北区劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员，青岛市中级人民法院劳动争议特邀调解员，青岛市市南区人民法院特邀调解员，被评为青岛市司法行政系统先进个人、优秀共产党员。

一、“一裁终局”的相关规定

《劳动争议调解仲裁法》第四十七条即规定了追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的劳动争议以及因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的劳动争议，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力。

人力资源和社会保障部、最高人民法院《关于劳动争议仲裁与诉讼衔接有关问题的意见（一）》第十条规定，仲裁裁决涉及下列事项，对单项裁决金额不超过当地月最低工资标准十二个月金额的，劳动人事争议

笔者作为多年审理劳动争议仲裁案件的兼职仲裁员，在经办大量劳动争议案件的过程中，发现许多用人单位尤其是中小微企业对于劳动仲裁案件的认知还存在一些误区，这也为其一个案件或者一系列案件、集体案件的败诉埋下隐患，故总结了十项并分期说明，以作风险提示和供企业改善劳动用工管理及提升处理劳动纠纷能力参考。

误区：不重视仲裁阶段，认为劳动争议案件系“一裁两审”，虽有仲裁前置，但是仲裁仅是走程序，即便仲裁裁决还可以向一审法院起诉。

陷入误区的主要原因：不知道有“一裁终局”或对“一裁终局”的认知有偏差。

仲裁委员会应当适用终局裁决：

- （一）劳动者在法定标准工作时间内提供正常劳动的工资；
- （二）停工留薪期工资或者病假工资；
- （三）用人单位未提前通知劳动者解除劳动合同的一个月工资；
- （四）工伤医疗费；
- （五）竞业限制的经济补偿；
- （六）解除或者终止劳动合同的经济补偿；
- （七）《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定的第二倍工资；
- （八）违法约定试用期的赔偿金；
- （九）违法解除或者终止劳动合同的赔偿金；

(十) 其他劳动报酬、经济补偿或者赔偿金。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第十九条规定，仲裁裁决书未载明该裁决为终局裁决或者非终局裁决，劳动者依据调解仲裁法第四十七条第一项规定，追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，如果仲裁裁决涉及数项，每项确定的数额均不超过当地月最低工资标准十二个月金额的，应当按照终局裁决处理。

《山东省高级人民法院、山东省人力资源和社会保障厅关于审理劳动人事争议案件若干问题会议纪要》第二十五条关于终局裁决的法律适用问题中规定：

对于工伤职工因一次性伤残补助金、一次性工伤医疗补助金、一次性伤残就业补助金与用人单位发生的争议，工亡职工的近亲属因丧葬补助金、一次性工亡补助金与用人单位发生的争议，非法用工单位伤亡人员或者其近亲属因一次性赔偿金与非法用工单位发生的争议，属于劳动争议调解仲裁法第四十七条第二项规定的“因执行国家的劳动标准在社会保险方面发生的争议”。

对于劳动合同法第四十条规定的用人单位未提前三十日书面通知解除劳动合同应支付的一个月工资所产生的争议，属于劳动争议调解仲裁法第四十七条第一项规定的“追索经济补偿争议”。

对于劳动合同法第八十五条规定的加付赔偿金争议，属于劳动争议调解仲裁法第四十七条第一项规定的“追索赔偿金争议”。

二、“一裁终局”案件的后果及风险提示

法律设立终局裁决制度的目的是让更多涉及劳动者基本权益的简单、小额案件以及涉及劳动标准的案件终结在仲裁阶段，既减少劳动者诉累，又节约司法资源。所谓的“一裁终局”并不是限制劳动者的，劳动者对此类仲裁裁决不服，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

对于此类案件，用人单位则没有对裁决不服向一审法院起诉的权利。虽然法律明确了一定的救济途径，即：用人单位有证据证明此类仲裁裁决有适用法律、法规确有错误，劳动争议仲裁委员会无管辖权，违反法定程序，裁决所根据的证据是伪造的，对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据，或者仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为等情形之一的，可以自收到仲裁裁决书之日起三十

日内向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决，法院经组成合议庭审查核实裁决有上述规定情形之一的，应当裁定撤销，且仲裁裁决被法院裁定撤销的，当事人可以自收到裁定书之日起十五日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。这样貌似用人单位又可以回到一审程序，但是很多用人单位并没有证据证明仲裁裁决有上述情况，仅仅向中级人民法院申请撤销裁决，并不会得到支持，而且申请撤销程序本身也不是为了对该案件涉及的争议进行实体审理，如果用人单位在仲裁阶段不慎重应对和积极举证，如为终局裁决，劳动者也接受该裁决结果，未向一审法院起诉，该仲裁裁决也不具备法院裁定撤销的情形，那么该裁决书发生法律效力，用人单位作为被申请人情况下就要按照该裁决书履行支付义务，用人单位不履行则劳动者可以向法院申请强制执行。

有些用人单位是知道“一裁终局”制度的，但是对其认知有偏差。在收到仲裁申请书后，仅是看到劳动者申请仲裁的仲裁请求金额高于当地月最低工资标准十二个月金额，就简单地认为该案不属于此类案件，而没有认识到这是针对单项裁决金额，所以在这个错误认知的基础上形成的把案件拖起来、慢慢打、消耗劳动者精力等的应对方式和所谓策略就行不通了，也不利于争议的解决。

如果说劳动报酬对于一个企业某一劳动仲裁案件是个案问题，其影响面多限定在该案当事人双方的话，那么如果涉及解除劳动合同等要求经济补偿、赔偿金等的争议，解除依据涉及的规章制度内容合法性、制度制定或修改的民主程序和告知程序、解除程序的合法性等等均会在案件中审查，根据《山东省劳动人事争议仲裁证据规则》第八条规定，因用人单位做出解除劳动人事关系、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生争议的，由用人单位对上述事实承担举证责任，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第四十四条亦规定，因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任，因此，在用人单位对与劳动者解除劳动合同适用的规章制度或程序相同的情况下，如出现制度依据或者解除合同程序问题，影响的可能是一批劳动者和引发的一系列集体案件。因此，既然企业担忧不利案件的“示范效应”，那么注重在劳动用工管理中的合规管理和风险防控以及在劳动仲裁案件发生后对该阶段的积极和慎重应对，才是问题的解决之道。

网络主播与MCN公司间的法律关系与角色定位

WINCON
LEGAL
INSIGHT



丁鹏飞

专注于证券、金融、争议解决等法律业务，在民商事诉讼、公司收并购、投融资、劳动争议等领域拥有丰富的经验，为大型国企平台、企事业单位常年提供诉讼及非诉法律服务。

随着网络直播行业的发展突飞猛进、日新月异，科技端的升级迭代变相推动社会经济的变迁，我们的身边也涌现出许多与传统用工模式不同的岗位，如网红直播、青年电商、短视频创作、新媒体运营等，但是现行的劳动法规尚不能完全涵盖全部新业态用工模式，导致在司法实践中存在针对部分新业态用工到底应向劳动关系倾斜，还是视作平等主体间的民事关系的不同意见，同时也产生大量的争议案件。我们今天主要聚焦与MCN公司签署协议的网络主播群体，探讨他们之间的法律关系和角色定位。

近年来，我国的网络直播发展迅速，根据中国互联网络信息中心于2023年3月23日最新发布的《第51次中国互联网络发展状况统计报告》显示，截至2022年12月，我国网民规模为10.67亿，互联网普及率达75.6%。其中网络视频（含短视频）用户规模达10.31亿，占网民整体的96.5%；网络直播用户规模达7.51亿，占网民整体的70.3%。从2018年到2022年，中国网络直播用户规模从3.9亿跃升为7.51亿，发展非常迅速。2023年5月16日，中国演出行业协会网络表演（直播）分会发布《中国网络表演（直播与短视频）行业发展报告（2022-2023）》。报告显示，除上述数据外，我国在直播与短视频创作者方面，截至2022年主播账号已累计开通超1.5亿个，同比增长7.1%；而短视频内容创作者账号（指账号曾有过短视频内容创作发布行为）累计已超10亿个。

就当前网络直播行业而言，常见的网络主播大致可分为以下几种类型：

一、与斗鱼、虎牙、抖音、淘宝等知名网络直播平台直接签约的主播，该类主播通常拥有较高的行业影响力和知名度，流量变现能力强，收入也远远高于普通主播；

二、与MCN公司签约的主播，MCN公司通常会与网络主播签署合作协议、演艺经纪合同，约定向主播提供培训、策划、宣传和资源对接等服务，并从主播收入中抽取分成；

三、个人主播，此类主播门槛较低，既没有与网络直播平台签约，也无需签约经纪公司，只需要在网络直播平台中注册账号，就可以随时随地以个人名义或艺名进行直播。

本文主要探讨第二种类型，即与MCN公司签订合同的网络主播与公司的法律关系。

MCN (Multi-Channel Network) 直译为多频道网络, 其作为舶来品引入中国, 经过多年发展, 现在的国内MCN机构更像“网红孵化中心”, 是一种专业积聚、培养、推广主播、短视频创作者成为网红达人的经纪公司。MCN公司通过对网络主播等进行形象设计、宣传推广、活动策划, 提高他们的视频内容质量和网络知名度, 经纪、代理演艺工作及外部资源对接, 如与广告方、品牌方的合作, 最终实现商业变现。

实践中, MCN经纪公司与网络主播通常不会签订劳动合同, 而是签订诸如《艺人演艺经纪合同》《签约合作协议》。但对用工关系的确认不能只依据合同形式, 还应考察合同的具体内容和实际履行情况。通常而言, 演艺经纪合同与劳动合同具有一定的相似性, 通过参照人社部发〔2005〕12号《关于确立劳动关系有关事项的通知》中关于确认劳动关系的几大要素可知, 演艺经纪合同的主体同样符合法律、法规规定的主体资格; MCN公司大多制定有规章制度并对网络主播进行一定程度的管理; 合同约定主播从MCN公司处获得报酬或由MCN公司抽取提成后向主播发放。但另一方面, 演艺经纪合同与劳动合同也存在明显的差别。演艺经纪合同的合作基础, 是基于MCN公司具有经纪行业的资源优势, 网络主播具有演艺领域的独特才能和发展潜质, 双方就演艺活动、经纪权利、收益分配等通过协议方式作出安排, 因此, 演艺经纪合同通常约定有利益分配条款、经纪事务安排条款、媒体运营条款、知识产权条款和违约责任条款等。而劳动合同的签署则主要依据《劳动合同法》等规定, 必须具备关于工作内容、地点、时间、休息休假、劳动报酬、社会保险、劳动保护、劳动条件和职业危害防护等条款。

一、典型案例

(一) 最高人民法院2020年第10期公报案例一 (2019) 渝01民终1910号案件

案情简介: 李林霞于2017年11月2日进入漫咖公司工作, 工作岗位为平台主播。双方没有签订劳动合同, 但是签订了《艺人独家合作协议》, 在其中约定了漫咖公司对李林霞进行包装、培训并进行管理、支付报酬、保底工资等, 李林霞保证全面服从漫咖公司安排等内容。协议约定, 李林霞在漫咖公司每月直播有效天数不低于25天且总有效时长不低于150小时, 每天直播时长

6小时为一个有效天, 每次直播1个小时为有效时长, 满足有效天和有效时长前提下, 漫咖公司每月支付李林霞2000元保底工资, 不满足时长当月保底取消, 只有提成, 如违反平台相关条例取消当月保底及奖励等。

裁判思路: 法院认为, 双方不构成劳动关系。首先, 从管理方式上看, 漫咖公司没有对李林霞进行劳动管理。虽然李林霞通过漫咖公司在第三方直播平台上注册并从事网络直播活动, 但李林霞的直播地点、直播内容、直播时长、直播时间段并不固定, 李林霞亦无需遵守漫咖公司的各项劳动规章制度。尽管双方合作协议对李林霞的月直播天数及直播时长作出了约定, 且漫咖公司可能就直播间卫生、休息时间就餐地点、工作牌遗失损毁等问题对李林霞进行处罚, 但这些均应理解为李林霞基于双方直播合作关系应当履行的合同义务以及应当遵守的行业管理规定, 并非漫咖公司对李林霞实施了劳动法意义上的管理行为。

其次, 从收入分配上看, 漫咖公司没有向李林霞支付劳动报酬。李林霞的直播收入虽由漫咖公司支付, 但主要是李林霞通过网络直播吸引粉丝获得打赏所得, 漫咖公司仅是按照其与直播平台和李林霞之间的约定比例进行收益分配, 漫咖公司无法掌控和决定李林霞的收入金额, 双方在合作协议中约定的保底收入应属于漫咖公司给予直播合作伙伴的保障和激励费用, 并非李林霞收入的主要来源, 故漫咖公司基于合作协议向李林霞支付的直播收入不是用人单位向劳动者支付的劳动报酬。

再次, 从工作内容上看, 李林霞从事的网络直播活动并非漫咖公司业务的组成部分。李林霞从事网络直播的平台由第三方所有和提供, 网络直播本身不属于漫咖公司的经营范围, 漫咖公司的经营范围仅包括直播策划服务, 并不包括信息网络传播视听节目等内容, 虽然双方合作协议约定漫咖公司享有李林霞直播作品的著作权, 但不能据此推论李林霞从事直播活动系履行职务行为, 故李林霞从事的网络直播活动不是漫咖公司业务的组成部分。

(二) 江苏法院2021年度劳动人事争议十大典型案例之案例五: 网络主播与平等合作的经纪公司之间不构成劳动关系

案情简介: 某文化公司与田某签订艺人独家经纪合

约，约定双方合作范围为网络演艺、线下演艺、商务经纪等与演艺事业相关的活动。双方基于合作产生收益，不谋求建立劳动关系，文化公司支付艺人签约费8万元。如田某因个人原因长期无法配合文化公司安排的直播活动，需要提出书面停播申请。田某每月直播时长未达到最低规定的，文化公司有权暂扣分成，双方收益结算周期为平台结算到账后10个工作日内。后田某不再履行合同，公司诉至法院，要求田某返还签约费。

裁判思路：一审法院以本案属于劳动争议应先行申请仲裁为由裁定驳回起诉。文化公司提起上诉，二审法院认为，该合同对直播内容、直播时段、直播地点并无约定，文化公司未对田某进行劳动管理；文化公司未向田某支付劳动报酬，田某的收入全部来自网络直播吸引的粉丝打赏，双方按照约定比例进行收益分配；田某从事网络直播的平台由第三方所有和提供，网络直播活动并不是文化公司业务的重要组成部分。故双方之间不符合劳动关系的法律特征，不构成劳动关系。

（三）2022年广州市法院、市总工会联合发布劳动争议典型案例之案例六：网络主播签订艺人经纪合同不成立劳动关系

案情简介：胡某与某传媒公司于2021年5月5日签订《艺人演艺经纪合同》约定双方权利义务。合同包含经纪关系、管理关系、代理关系、直播收入分配等内容，并明确双方并非劳动关系。其中约定直播收入由胡某获得70%，由传媒公司获得30%。胡某根据合同在第三方直播平台上从事演艺直播活动，与粉丝聊天互动，靠粉丝打赏收取提成，公司对胡某进行一定的管理和约束，但对直播时间和直播地点并无明显限制。胡某诉至法院请求确认劳动关系。

裁判思路：首先，胡某系完全民事行为能力人，与公司签订的《艺人演艺经纪合同》，期间未提异议，应遵守合同约定。其次，从管理方式上看，胡某在直播平台从事网络直播活动，对于直播地点、直播时段并无明显限制，直播内容是基于胡某的专业技能，双方对直播天数及直播时长的明确约定是双方基于《艺人演艺经纪合同》项下的合作关系应当履行的合同义务，对于人身依附性的要求较低。再次，从收益分配上看，胡某的收入与直播中获得粉丝打赏有直接关联，某传媒公司无权决定和控制胡某的主要收入来源。最后，从工作内容

上看，胡某是在第三方平台从事的网络直播活动，直播数据也是通过第三方平台获得，第三方平台的运营与某传媒公司无关，且某传媒公司无法控制第三方平台的具体工作。综上，胡某与某传媒公司之间不符合劳动关系的法律特征，对胡某的诉请不予支持。

（四）成都法院发布2021年劳动争议十大典型案例之案例三：网络主播人员与艺人公司不具备从属性特征的，不构成劳动关系

案情简介：郭某的工作方式为在家通过艺人在第三方直播平台注册的账号从事网络直播，每天直播的时间为4小时到6小时，直播时间不够的情况下需要补播，郭某可以自主决定直播的内容、形式、时间、场所等。郭某实际获得报酬的方式主要是通过直播吸引粉丝获得打赏，并从直播平台直接提现。某艺人公司依据与郭某、直播平台之间的约定按照比例进行收益分配。郭某离职后主张自己与某艺人公司建立劳动关系，并且要求支付该期间的工资、经济赔偿等。

裁判思路：成都中院审理认为，网络直播工作并非该艺人的业务组成部分，郭某从事直播工作的平台由第三方提供和所有，获得报酬的方式主要为通过直播网络平台取得，该艺人公司未参与直播行为，也无法控制郭某直播的收入，仅依据约定按照比例进行收益分配；郭某不需要坐班，也无需遵守该艺人的规章制度和劳动纪律，双方未形成从属性劳动特征。遂判决双方不构成劳动关系，驳回了郭某的诉讼请求。

（五）2022年广东省高级人民法院十大典型劳动争议案例之案例一：依法认定网络主播的劳动关系主体地位

案情简介：2019年6月，某传媒公司与李某签订《艺人签约独家经纪合同》，约定李某为该公司的签约艺人，李某每天工作八小时，在钉钉打卡考勤，根据公司安排完成短视频的拍摄，公司每月向李某发放“工资”，并按公司规定比例分配收益。后李某提起劳动仲裁，主张确认劳动关系及要求公司支付经济补偿。

裁判思路：深圳市中级人民法院审理认为，传媒公司对李某实行考勤管理，决定李某的工作内容、工作步骤、工作成果的展示方式，拥有李某的工作成果，同时对收益分配进行了规定，向李某发放工资。李某遵守公

司的各项规章制度，对工作内容、步骤、成果等都没有决定权、控制权和主动权，其工作构成了传媒公司的业务组成部分。双方实际履行的内容符合劳动关系的法律特征，遂判决双方构成劳动合同关系。

（六）2022年河北高院发布劳动争议典型案例之案例一：网络主播与签约公司之间存在劳动关系——王某诉某传媒有限公司劳动争议案

案情简介：某网络主播与某公司签订了《主播签约合作协议书》，合同期限为三年，约定该公司在全球范围内独家担任该主播的演艺经纪公司，另外，该协议还就双方的权利义务、争议解决方式进行了约定，公司为网络主播缴纳了养老保险费。后该网络主播向秦皇岛市海港区劳动人事争议调解仲裁委员会申请仲裁，请求公司支付经济补偿金、未签合同双倍工资以及加班工资，仲裁委作出裁决不予支持其仲裁请求，该网络主播不服向法院提起诉讼。

裁判思路：法院认为，原、被告双方签订的《主播签约合作协议书》约定了合同期限、工作内容、工作时间、权利义务等，符合《中华人民共和国劳动合同法》规定的劳动合同应当具备的主要条款，同时参照被告为原告缴纳了养老保险费等情况，双方的关系符合劳动关系特征。网络直播行业作为新兴业态的代表，其更灵活的空间、更广阔的平台、更自由的时间，使得“网络主播”成了很多人的职业选择。本案中，原、被告之间签订的《主播签约合作协议书》从形式上看为“合作协议”，但分析协议内容，其对原告的工作时长、工作内容、工作地点均进行了规定，并约定了保底工资，符合劳动合同法对用人单位与劳动者签订劳动合同时应包括的主要条款之规定。因此，本案中双方签订的《主播签约合作协议书》实质系劳动合同书性质。

二、总结

综上判例可知，网络主播与MCN公司之间的法律关系认定不能一概而论，双方间到底构成合作关系、劳动关系亦或其他法律关系，应由人民法院综合各种因素进行判断，重点分析双方是否形成劳动力的支配与被支配地位，双方是否具备人格上、经济上和组织上的从属性。据此，由于网络直播相关用工模式的特殊性和复杂性，笔者建议可从以下方面作为判断网络主播与MCN

公司间法律关系的切入点：

（一）从人格、组织从属性方面进行考察，主要因素包括：

- 1.网络主播是否实际接受MCN公司的劳动管理、用工指挥与监督，或MCN公司是否在实质上对网络主播的工作达到强有力的控制；
- 2.MCN公司对网络主播是否制定有相应的考勤制度、业绩考核、行为规范、奖惩制度；
- 3.网络主播的直播地点、直播内容、直播时长、直播时段等是否由MCN公司单方决定或变相控制；
- 4.网络主播对其直播、演艺活动的内容、形式和成果有无主动权、决定权、控制权；
- 5.网络主播是否仅为一家公司提供劳务，其用工关系是否具有长期性、固定性、连续性或排他性；
- 6.网络直播活动是否是MCN公司的经营范围中的业务组成部分；
- 7.网络主播是否被纳入MCN公司的生产组织体系从事劳动，是否与其他劳动者存在分工合作，是否可以从事独立的业务或经营活动；
- 8.劳动工具、原材料是否由MCN公司提供；
- 9.网络主播是否统一接受工作技能、服务流程、表演模式等的标准化、专业化培训；
- 10.MCN公司是否存在要求网络主播固定着装、统一形象及其他带有明显公司标识的情形；
- 11.网络直播平台是否属于MCN公司，还是由第三方提供和所有。

（二）从经济从属性方面进行考察，主要因素包括：

- 1.网络主播薪酬的构成、支付方式；
- 2.MCN公司是否定期向网络主播发放工资，主播是否在经济上依赖公司；
- 3.网络主播的主要收入来源是粉丝打赏收取提成还是工资性劳动报酬；
- 4.MCN公司能否决定和控制网络主播的收入金额；
- 5.网络主播对于演艺活动、商业合作的计价规则、分成比例是否具有一定的议价权，是否由经纪公司单方面决定。

三、附：新就业形态用工关系的相关规定

●原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》劳社部发[2005]12号

一、用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：

（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；

（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；

（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

二、用人单位未与劳动者签订劳动合同，认定双方存在劳动关系时可参照下列凭证：

（一）工资支付凭证或记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费的记录；

（二）用人单位向劳动者发放的“工作证”、“服务证”等能够证明身份的证件；

（三）劳动者填写的用人单位招工招聘“登记表”、“报名表”等招用记录；

（四）考勤记录；

（五）其他劳动者的证言等。

●人力资源和社会保障部等八部门于2021年7月16日出台《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》

一、规范用工，明确劳动者权益保障责任

（二）符合确立劳动关系情形的，企业应当依法与劳动者订立劳动合同。不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理（以下简称不完全符合确立劳动关系情形）的，指导企业与劳动者订立书面协议，合理确定企业与劳动者的权利义务。个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业等，按照民事法律调整双方的权利义务。

●最高人民法院于2022年12月26日出台《关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》

7.依法合理认定新就业形态劳动关系。平台企业及其用工合作单位与劳动者建立劳动关系的，应当订立书面劳动合同。未订立书面劳动合同，劳动者主张与平台企业或者用工合作单位存在劳动关系的，人民法院应当根据用工事实和劳动管理程度，综合考虑劳动者对工作时间及工作量的自主决定程度、劳动过程受管理控制程度、劳动者是否需要遵守有关工作规则、劳动纪律和奖惩办法、劳动者工作的持续性、劳动者能否决定或者改变交易价格等因素，依法审慎予以认定。平台企业或者用工合作单位要求

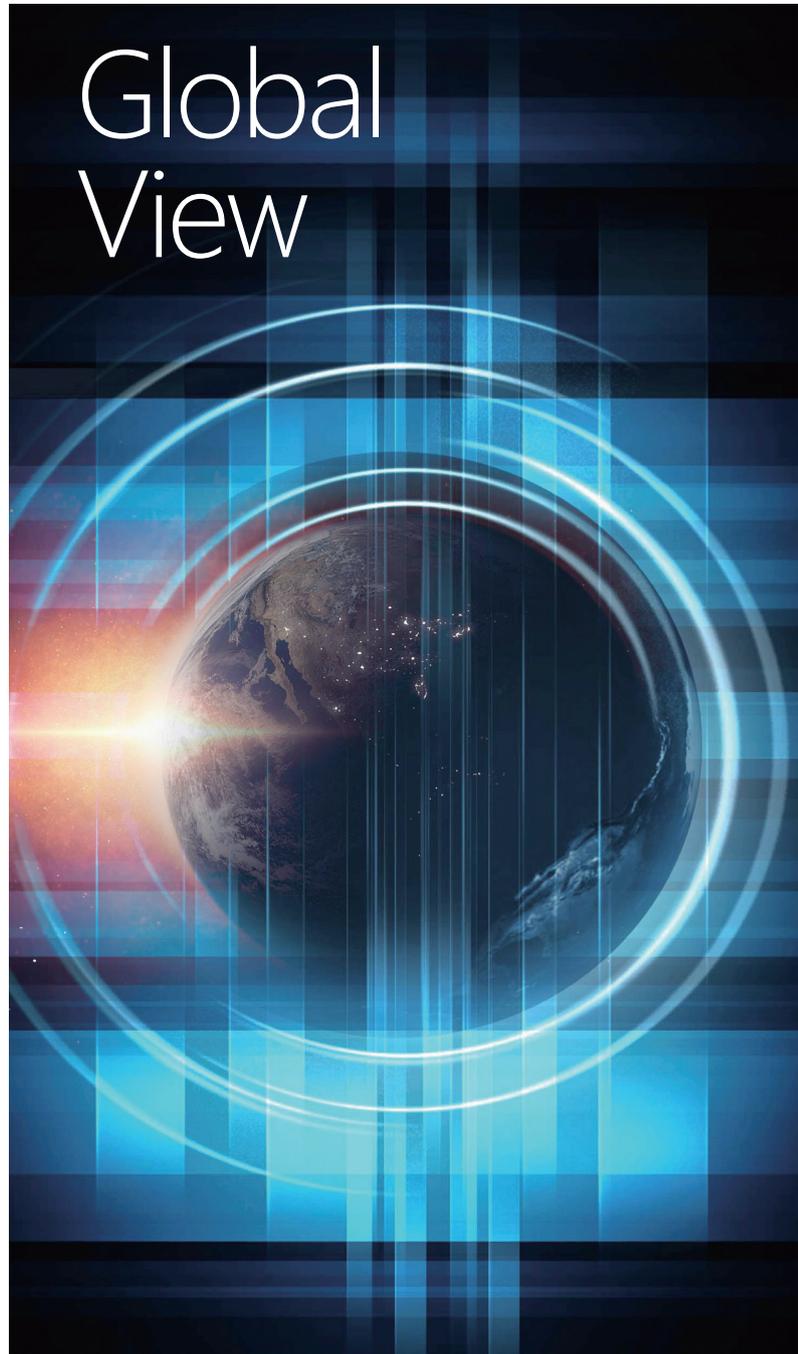
劳动者登记为个体工商户后再签订承揽、合作等合同，或者以其他方式规避与劳动者建立劳动关系，劳动者请求根据实际履行情况认定劳动关系的，人民法院应当在查明事实的基础上依法作出相应认定。

●山东省高级人民法院审监三庭于2023年3月31日发布《关于审理劳动争议案件若干问题的解答》

九、新业态下网络平台经营者与相关从业人员之间用工关系的认定问题。

依照我国劳动立法精神，参照人力资源社会保障部、最高人民法院等八部门于2021年7月16日联合发布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号）的规定，网络平台经营者与相关从业人员订立书面劳动合同并按照劳动合同履行的，应认定双方间的用工关系为劳动关系；双方订立的名为承包、合作等书面合同，实质包括劳动权利义务内容的，可以认定双方间的用工关系为劳动关系；双方订立的承包、合作等书面合同中，约定从业人员自主经营，以及风险共担、利益共享的，不宜认定双方间的用工关系为劳动关系；双方未订立书面合同，其用工关系是否应认定为劳动关系，应依据双方之间的用工事实，参照《关于确立劳动关系有关事项的通知》的有关规定予以判断认定。

国际
视野



境外直接投资 (ODI) 备案Q&A

WINCON
LEGAL
INSIGHT



郝涵

文康涉外投资与争议解决专业委员会高级顾问，
专注于跨境投资、公司并购、国际仲裁、国际贸易
领域。

Q1. 国家基本政策?

一、境外投资的定义

根据《企业境外投资管理办法》（国家发展和改革委员会令第11号），发改委定义的境外投资（ODI）是指中华人民共和国境内企业[1]（以下称“投资主体”）直接或通过其控制[2]的境外企业，以投入资产、权益或提供融资、担保等方式，获得境外所有权、控制权、经营

根据我国现行法律法规的规定，境内企业进行境外直接投资（ODI）需获得发改委对境外投资项目立项的备案或核准，以及商务部门或金融类企业主管部门对企业境外投资的备案或核准，最后凭相关审批文件办理外汇登记。本文梳理了笔者近期处理的数个ODI项目中企业关注的主要问题及解答，供读者参考。

Q1.国家基本政策?

Q2.针对不同国别有何不同的政策？什么行业属于鼓励行业，什么行业属于限制行业？一带一路有何特别政策？

Q3.据说澳洲的维多利亚省属于“一带一路”区域？

Q4.金额审批权限？

Q5.各省/直辖市审批把握的尺度有何区别？

Q6.备案/审批流程？

Q7.商务部（厅局）批准后，外汇局和银行是否还有什么限制？

Q8.境内投资主体有何限制，例如国企、民企？是否可以新成立专项投资公司？

Q9.境外被投资主体有何限制？收购资产？收购企业主体？是否可以投资境外基金？

Q10.ODI备案后，资金可否分批汇出？

管理权及其他相关权益的投资活动[3]。

根据《境外投资管理办法》（商务部令2014年第3号），商务部定义的境外投资是指在中华人民共和国境内依法设立的企业通过新设、并购及其他方式在境外拥有非金融企业或取得既有非金融企业所有权、控制权、经营管理权及其他权益的行为。

可以看出，发改委和商务部对于“境外投资”的定义

相同之处为：1.投资主体均为境内企业，且均暂时未开放境内个人的直接境外投资；2.均强调最终的业务实体的披露。不同之处为：1.发改委未将对境外金融类企业的投资排除在外；2.商务部规定的被投主体，必须是境外“企业”（无论是新设还是并购），发改委未强调境外被投主体必须是“企业”。

二、指导思想[4]

全面贯彻党的十八大和十八届三中、四中、五中、六中全会精神，深入贯彻习近平总书记系列重要讲话精神和治国理政新理念新思想新战略，认真落实党中央、国务院决策部署，统筹推进“五位一体”总体布局和协调推进“四个全面”战略布局，坚持以人民为中心的发展思想，坚持稳中求进工作总基调，牢固树立和贯彻落实创新、协调、绿色、开放、共享的发展理念，坚定奉行互利共赢的开放战略，不断创造更全面、更深入、更多元的对外开放格局，以供给侧结构性改革为主线，以“一带一路”建设为统领，深化境外投资体制机制改革，进一步引导和规范企业境外投资方向，促进企业合理有序开展境外投资活动，防范和应对境外投资风险，推动境外投资持续健康发展，实现与投资目的国互利共赢、共同发展。

三、基本原则[5]

——坚持企业主体。在境外投资领域充分发挥市场在资源配置中的决定性作用和更好发挥政府作用，以企业为主体、市场为导向，按照商业原则和国际惯例开展境外投资，企业在政府引导下自主决策、自负盈亏、自担风险。

——坚持深化改革。创新体制机制，提高境外投资便利化水平，深入推进简政放权、放管结合、优化服务改革，坚持以备案制为主的境外投资管理方式，在资本项下实行有管理的市场化运行机制，按“鼓励发展+负面清单”模式引导和规范企业境外投资方向。

——坚持互利共赢。引导企业充分考虑投资目的国国情和实际需求，注重与当地政府和企业合作，创造良好的经济社会效益，促进互惠互利、合作共赢。

——坚持防范风险。坚持稳中求进工作总基调，统筹国家经济外交整体战略，坚持依法合规，合理把握境外投资重点和节奏，积极做好境外投资事前、事中、事后监管，切实防范各类风险。

四、审批先行

根据我国现行法律法规的规定，境内企业进行境外直接投资(ODI)主要需获得发改委对境外投资项目的审批、商务部门或金融类企业主管部门对企业境外投资的审批，最后凭相关审批文件办理外汇登记。如果没有做境外投资备案或审批是不可以在境外进行任何投资项目的活动的。

Q2.针对不同国别有何不同的政策？什么行业属于鼓励行业，什么行业属于限制行业？一带一路有何特别政策？

一、鼓励开展的境外投资：[6]

支持境内有能力、有条件的企业积极稳妥开展境外投资活动，推进“一带一路”建设，深化国际产能合作，带动国内优势产能、优质装备、适用技术输出，提升我国技术研发和生产制造能力，弥补我国能源资源短缺，推动我国相关产业提质升级。

（一）重点推进有利于“一带一路”建设和周边基础设施互联互通的基础设施境外投资。

（二）稳步开展带动优势产能、优质装备和技术标准输出的境外投资。

（三）加强与境外高新技术和先进制造业企业的投资合作，鼓励在境外设立研发中心。

（四）在审慎评估经济效益的基础上稳妥参与境外油气、矿产等能源资源勘探和开发。

（五）着力扩大农业对外合作，开展农林牧副渔等领域互利共赢的投资合作。

（六）有序推进商贸、文化、物流等服务领域境外投资，支持符合条件的金融机构在境外建立分支机构和服务网络，依法合规开展业务。

二、限制开展的境外投资：

限制境内企业开展与国家和平发展外交方针、互利

共赢开放战略以及宏观调控政策不符的境外投资，包括：

(一) 赴与我国未建交、发生战乱或者我国缔结的双多边条约或协议规定需要限制的敏感国家和地区开展境外投资。

(二) 房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部等境外投资。

(三) 在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台。

(四) 使用不符合投资目的国技术标准要求的落后生产设备开展境外投资。

(五) 不符合投资目的国环保、能耗、安全标准的境外投资。

其中，前三类须经境外投资主管部门核准。

三、禁止开展的境外投资

禁止境内企业参与危害或可能危害国家利益和国家安全等的境外投资，包括：

(一) 涉及未经国家批准的军事工业核心技术和产品输出的境外投资。

(二) 运用我国禁止出口的技术、工艺、产品的境外投资。

(三) 赌博业、色情业等境外投资。

(四) 我国缔结或参加的国际条约规定禁止的境外投资。

(五) 其他危害或可能危害国家利益和国家安全的境外投资。

Q3. 据说澳洲的维多利亚省属于“一带一路”区域？

检索到两则新闻：

《澳大利亚维多利亚州与中方签署“一带一路”合作谅解备忘录》，2018-10-26，中华人民共和国国务院新闻办公室。



(长按二维码查看)

《澳大利亚宣布废除维多利亚州与中国“一带一路”协议》，2021-04-21，本文来源：环球时报。



(长按二维码查看)

Q4. 金额审批权限

一、发改委

根据国家发展和改革委员会《企业境外投资管理办法》（国家发展和改革委员会令第11号），发改委根据不同情况对境外投资项目分别实行核准或备案管理，具体如下：

1. 核准的范围

实行核准管理的范围是投资主体直接或通过其控制的境外企业开展的敏感类项目。核准机关是国家发展改革委。

敏感类项目包括：（一）涉及敏感国家和地区的项目；（二）涉及敏感行业的项目。

其中，敏感国家和地区包括：与我国未建交的国家 and 地区；发生战争、内乱的国家 and 地区；根据我国缔结或参加的国际条约、协定等，需要限制企业对其投资的国家 and 地区；其他敏感国家和地区。

敏感行业包括：武器装备的研制生产维修；跨境水资源开发利用；新闻传媒；根据我国法律法规和有关调控政策，需要限制企业境外投资的行业。

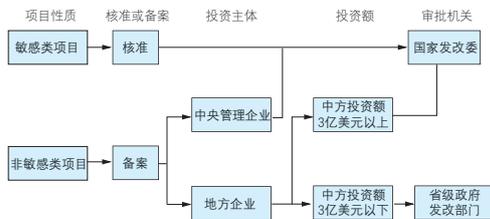
根据国家发展改革委发布的《境外投资敏感行业目录（2018年版）》，需要限制企业境外投资的行业包括：房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部及在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台。

2. 备案的范围

实行备案管理的范围是投资主体直接开展的非敏感类项目，也即涉及投资主体直接投入资产、权益或提供融资、担保的非敏感类项目。

实行备案管理的项目中，投资主体是中央管理企业（含中央管理金融企业、国务院或国务院所属机构直接管理的企业）的，备案机关是国家发展改革委；投资主体是地方企业，且中方投资额 3 亿美元及以上的，备案机关是国家发展改革委；投资主体是地方企业，且中方投资额 3 亿美元以下的，备案机关是投资主体注册地的省级政府发展改革部门。

具体审批职权划分如下图：



二、商务部

根据商务部《境外投资管理办法》（商务部令2014年第3号），与发改委相同，商务部门按照企业境外投资的不同情形，分别实行备案和核准管理。

1.核准的范围

企业境外投资涉及敏感国家和地区、敏感行业的，实行核准管理。实行核准管理的国家是指与中华人民共和国未建交的国家、受联合国制裁的国家。实行核准管理的行业是指涉及出口中华人民共和国限制出口的产品和技术的行业、影响一国（地区）以上利益的行业。

对属于核准情形的境外投资，中央企业向商务部提出申请，地方企业通过所在地省级商务主管部门向商务部提出申请。

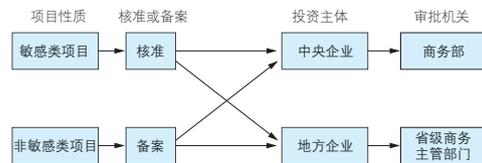
2.备案的范围

实行备案管理的范围是投资主体直接开展的非敏感类项目，也即涉及投资主体直接投入资产、权益或提供

融资、担保的非敏感类项目。

对属于备案情形的境外投资，中央企业报商务部备案；地方企业报所在地省级商务主管部门备案。

具体审批职权划分如下图：

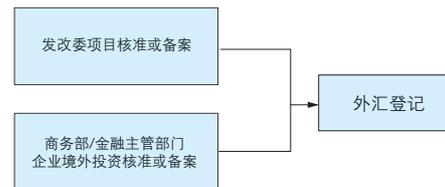


Q5.各省/直辖市审批把握的尺度有何区别？

各省审批尺度无明文规定上的区别，但实践中各地窗口可能会有一些指导意见，把握尺度不一。

Q6.备案/审批流程？

备案/审批流程如下图：



一、发改委

发改委根据不同情况对境外投资项目分别实行核准或备案管理。

报批材料：实行核准管理的项目，投资主体应当向核准机关提交项目申请报告并附具有关文件。项目申请报告应当包括以下内容：（一）投资主体情况；（二）项目情况，包括项目名称、投资目的地、主要内容和规模、中方投资额等；（三）项目对我国国家利益和国家安全的影响分析；（四）投资主体关于项目真实性的声明。

报批途径：投资主体可通过国家发改委建立的境外投资管理和服务网络系统（<http://jwztz.ndrc.gov.cn/-jwztz-ex/home.do>）履行核准和备案手续、报告有关信

息；涉及国家秘密或不适宜使用网络系统的事项，投资主体可以另行使用纸质材料提交。

审批时限：核准机关应当在受理项目申请报告后20个工作日内作出是否予以核准的决定。项目情况复杂或需要征求有关单位意见的，经核准机关负责人批准，可以延长核准时限，但延长的核准时限不得超过10个工作日，并应当将延长时限的理由告知投资主体。此外，如确有必要，核准机关可委托咨询机构进行评估，评估时间最长不超过60个工作日。

二、商务部

与发改委相同，商务部门按照企业境外投资的不同情形，分别实行备案和核准管理。

（一）核准

申请材料：

1. 申请书，主要包括投资主体情况、境外企业名称、股权结构、投资金额、经营范围、投资资金来源、投资具体内容等；
2. 《境外投资申请表》；
3. 境外投资相关合同或协议；
4. 有关部门对所涉的属于中华人民共和国限制出口的产品或技术准予出口的材料；
5. 企业营业执照复印件。

申请接收方式：商务部采取“商务部行政事务服务中心”窗口接收方式。

办理基本流程：

1. 商务部行政事务服务中心递交申请材料；
2. 预审核；
3. 受理机关对申请事项进行审核；
4. 审核通过后，商务部出具批复和《企业境外投资证书》。

办结时限：对于中央企业的对外投资，商务部应在受理申请后 20 个工作日内作出是否予以核准的决定。对于地方企业的对外投资，商务部收到省级商务主管部

门的初步审查意见后，应当在 15 个工作日内作出是否予以核准的决定。

进度查询：可在商务部业务系统统一平台 (<https://ecomp.mofcom.gov.cn/loginCorp.html>) 境外投资管理子应用企业端查询核准批进度和办理结果。

（二）备案

申请材料：

1. 境外投资备案表；
2. 企业营业执照复印件；
3. 对外投资设立企业或并购的相关章程（合同、协议）；
4. 相关的董事会决议或出资决议；
5. 最新经审计的财务报表；
6. 前期工作落实情况说明（包括：尽职调查、可研报告、投资资金来源情况的说明、投资环境分析评价等）；
7. 并购类对外投资需提交《境外并购事项前期报告表》；
8. 境外投资真实性承诺书。

申请材料递交方式：

通过商务部网站“对外投资合作信息服务系统” (<http://fec.mofcom.gov.cn/article/zxbs/dwtzhzxx/>) 提交电子申请材料，同时将纸质文件提交至商务部或地方商务主管部门行政大厅。

备案时限：受理后 3 个工作日。

进度查询：自受理之日起，可在“境外投资管理系统”中查询审批状态和结果。

三、外管局

提交相关材料分别取得商务部的《企业境外投资证书》或金融机构相关行业主管部门对该项投资的批准文件或无异议函，以及发改委的《境外投资项目备案通知书》后，再通过开户银行向外管局申请并取得《业务登记凭证》，换汇成功后投向境外实体。

根据《国家外汇管理局关于进一步简化和改进直接投资外汇管理政策的通知》（汇发[2015]13号），由银行直接审核办理境外直接投资项下外汇登记，国家外汇管理局及其分支机构实施间接监管。

各大银行在办理ODI外汇登记时所需资料可能存在不同，但大体包括如下几方面，具体根据公司开户行办理ODI外汇登记要求提供相关资料：

1.《境外直接投资外汇登记业务申请表》。

2.营业执照或注册登记证明（多个境内机构共同实施一项境外直接投资的，应提交各境内机构的营业执照或注册登记证明，尚未办理“五证合一”的境内机构，还需提供组织机构代码证）。

3.非金融企业境外投资提供商务主管部门颁发的企业境外投资证书；金融机构境外投资提供相关行业主管部门对该项投资的批准文件或无异议函。

4.境外投资资金来源证明、资金使用计划和董事会决议（或合伙人决议）、合同或其他真实性证明材料。

5.外国投资者以境外股权并购境内公司导致境内公司或其股东持有境外公司股权的，另需提供加注的外商投资企业批准证书（2016年10月8日后成立的外商投资企业提供《外商投资企业设立/变更备案回执》）和加注的外商投资企业营业执照。

6.其他真实性证明材料。

Q7.商务部（厅局）批准后，外汇局和银行是否还有什么限制？

外汇方面还有以下两点需要关注：

一、ODI前期费用登记

中国企业因境外直接投资向境外汇出前期费用的，需到企业注册地银行办理境内机构境外直接投资前期费用登记。前期费用不超过中方投资额15%同时不超过300万美元。办理材料如下：

1.《境外直接投资外汇登记业务申请表》。

2.营业执照（尚未办理“五证合一”的企业，还需提供组织机构代码证）。

3.境外投资资金来源证明、资金使用计划和董事会决议（或合伙人决议）、合同或其他真实性证明材料。

对项目所需前期费用（包括履约保证金、保函手续费、中介服务费、资源勘探费等）规模较大的，投资主体可以参照《企业境外投资管理办法》（国家发展和改革委员会令11号）第十三条、第十四条规定对项目前期费用提出核准、备案申请。经核准或备案的项目前期费用计入项目中方投资额。

二、存量权益登记

境外投资企业（包括境内居民个人在境外设立的特殊目的公司）的境内投资主体应于每年6月30日（含）前，通过资本项目信息系统向外汇局报送上年度境外企业存量权益相关信息。被确定参加存量权益抽样调查的样本企业，还应按季度报送存量权益数据。多个境内主体共同投资一家境外投资企业的，应确定其中一个主体作为申报主体，其他境内投资主体不再申报，持股最多的原则上为申报责任主体。

境外投资企业（含境内居民个人在境外设立的特殊目的公司）的境内投资主体自行对数据信息的真实性、准确性负责。

外汇局对境外直接投资存量权益登记信息内容进行抽查。对于未按规定办理申报以及隐瞒真实情况、弄虚作假的境内投资主体，外汇局按相关程序，在资本项目信息系统中对其进行管控，并依法进行处理。

银行为境外投资企业（含境内居民个人在境外设立的特殊目的公司）的境内投资主体办理资本项下外汇业务前，应确认其已按规定办理境外直接投资存量权益登记及是否被业务管控。未按规定办理登记或被业务管控的，银行不得为其办理资本项下外汇业务。

Q8.境内投资主体有何限制，例如国企、民企？是否可以新成立专项投资公司？

根据目前的监管要求，对于合伙企业形式的资金出境采取严管的要求，对此，建议避免合伙企业作为境外直接投资的主体。

对于ODI项目，建议采用具备一定实力及资产规模以

及运营效益的实体作为境外投资实体，避免“母子大”。

对投资主体是国企还是民企无限制。但值得注意的是，根据《中央企业境外投资监督管理办法》，国资委根据国家有关规定和监管要求，建立发布中央企业境外投资项目负面清单，设定禁止类和特别监管类境外投资项目，实行分类监管。列入负面清单禁止类的境外投资项目，中央企业一律不得投资；列入负面清单特别监管类的境外投资项目，中央企业应当报送国资委履行出资人审核把关程序；负面清单之外的境外投资项目，由中央企业按照企业发展战略和规划自主决策。列入中央企业境外投资项目负面清单特别监管类的境外投资项目，中央企业应当在履行企业内部决策程序后、在向国家有关部门首次报送文件前报国资委履行出资人审核把关程序。另，中央企业原则上不得在境外从事非主业投资。

Q9.境外被投资主体有何限制？收购资产？收购企业主体？是否可以投资境外基金？

关于境外被投资主体，详见本文注释3。

“在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台”属于被限制投资的行业，投资行为需经发改委核准。

对于境外投资项目如为“房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部”等行业，目前处于严控状态；对此，建议谨慎投资，并注意投资行业的选择，以投资实业类企业作为优选，并避免“快设快出”的情形。

Q10.ODI备案后，资金可否分批汇出？

商务部《企业境外投资证书》和发改委《境外投资项目备案通知书》有效期均为两年，批准限额内资金可在有效期内分批出境。

【注释】：

[1] 其中所称企业，包括各种类型的非金融企业和金融企业。

[2] 其中所称控制，是指直接或间接拥有企业半数以上表决权，或虽不拥有半数以上表决权，但能够支配企业的经营、财务、人事、技术等重要事项。

[3] 其中所称投资活动，主要包括但不限于下列情形：

- (1) 获得境外土地所有权、使用权等权益；
- (2) 获得境外自然资源勘探、开发特许权等权益；
- (3) 获得境外基础设施所有权、经营管理权等权益；
- (4) 获得境外企业或资产所有权、经营管理权等权益；
- (5) 新建或改扩建境外固定资产；
- (6) 新建境外企业或向既有境外企业增加投资；
- (7) 新设或参股境外股权投资基金；
- (8) 通过协议、信托等方式控制境外企业或资产。

[4] 根据国家发展改革委、商务部、人民银行、外交部于2017年发布的《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》

[5] 同上

[6] 同上

浅析《联合国国际货物销售合同公约》在中国的适用

WINCON
LEGAL
INSIGHT



田刘柱

在海商海事、投融资、公司治理、境内外商事争议解决等法律事务领域具有专业的法律知识和丰富的实践经验。现担任青岛仲裁委员会仲裁员；青岛市律师协会海事海商委员会主任；山东省法学会海洋法研究会理事；青岛市律师协会会员服务委员会副主任。



陈晓军

主要从事海商、海事、国际贸易、跨境投资、公司三会治理等领域的法律工作以及境外仲裁代理业务，在沿海、内河及海上货物运输、提单、海损事故赔偿、船舶建造和修理、对外跨境投资、境外仲裁、公司架构设计及三会治理等领域具有丰富的实践经验。

2021年6月10日，最高人民法院在江苏省南京召开全国法院涉外商事海事审判工作座谈会。参会人员就2018年以来各地法院涉外商事海事审判工作进行了总结，分析了各类涉外商事海事诉讼案件中的特点，整理了涉外商事海事审判实践中积累的宝贵经验。在此基础上，参与人员对于涉外商事海事审判实践中遇到的新问题、新情况进行了研判和讨论。在会议讨论的基础上，最高人民法院汇总了各方意见，起草了《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要（征求意见稿）》。最高人民法院发布该征求意见稿后，包括国务院各部门、各级政府机关、各级人民法院、相关领域专家学者纷纷发表了针对性的意见和建议。在结合各方意见的基础上，2021年12月31日，最高人民法院正式发布《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》。纪要共分为三部分，包括涉外商事、海事、仲裁司法审查三个审判领域，对上述三个领域中的111个较为复杂的问题作出了对应的规定。

在上述纪要中，存在一个相对不受关注的条款，即纪要第19条有关《联合国国际货物销售合同公约》（以下简称CISG）在我国适用的特别规定。该纪要规定：“营业地位于《联合国国际货物销售合同公约》不同缔约国的当事人缔结的国际货物销售合同应当自动适用该公约的规定，但当事人明确约定排除适用该公约的除外。人民法院应当在法庭辩论终结前向当事人询问关于适用该公约的具体意见。”我国是最早的CISG公约成员国，CISG早在1988年1月1日就开始适用于我国。但受限于当时的经济发展水平、司法审判水平、法治建设水平，长期以来CISG在中国的关注度并不高。在涉外合同纠纷审判中，CISG的适用并不常见。一方面，中国法律制度中存在较为完善的有关合同的相关规定，在中国进行的司法审判各方参与者更倾向于适用中国国内法律解决纠纷；另一方面，CISG也存在与中国法律制度不同的规定，轻易适用可能导致冲突（例如2013年之前中国对CISG适用于非书面合同的规定持保留态度，但国内合同法早已认为口头合同也是有效的合同形式的一种）。

因此，在上述纪要出台之前，一般合同当事人只要在合同中约定了某个特定的实体法为准据法，法院一般不会主动提及CISG的适用。但既然该纪要已经颁布并实施，未来法院将必须主动询问CISG的适用，未来在涉外买卖合同中CISG的适用情形将大大增加。为了帮助各方了解CISG的具体适用规则，我们对几种CISG的适用问题做了归纳，供大家参考。

一、CISG可以适用于合同当事人一方为自然人的国际货物买卖合同纠纷

CISG第一条第(1)款(a)项的规定, CISG适用于营业地在不同缔约国的当事人之间所订立的货物的销售合同。由于“营业地”这一标准的存在, 因此也有人认为CISG并不能适用自然人作为合同当事人一方签订的国际买卖合同。

然而, 这一观点与CISG的规定并不相同。CISG中专门就哪些买卖合同不适用CISG作了单独的规定, 但并未将自然人作为合同主体签订的合同列为不适用CISG的情形之一。因此, 我们认为CISG可以适用于当事人一方为自然人的国际货物买卖合同纠纷。

二、中国排除了因国际私法规则导致适用某一缔约国法律进而适用CISG的情形

CISG第1条第(1)款(b)项的规定, 只要根据国际私法规则导致适用某一CISG缔约国法律时, CISG就应当适用。换言之, 如果合同当事人一方位于非缔约国, 但合同约定适用的准据法系缔约国法律时, 该合同仍应适用CISG。

但中国早在加入CISG伊始时就已经明确对此项进行了声明保留, 即在中国法院或仲裁机构审理国际货物买卖合同纠纷时, 不会因合同约定的准据法系某缔约国法律就适用CISG, 而是仍然要求合同各方营业地所在国均为缔约国才能适用。

三、CISG可以适用于中国香港

中国自1997年7月1日起对香港恢复行使主权, 在那之前香港由英国管理。但在1997年7月1日之前英国未加入CISG。而在中国内地, CISG早在1988年1月1日就已经生效。因此, 在香港回归中国之后, 就不可避免的出现了一个新的问题, 即CISG在香港是否生效?

对此, CISG第93条有专门的规定:

“(1) 如果缔约国具有两个或两个以上的领土单位, 而依照该国宪法规定、各领土单位对本公约所规定的事项适用不同的法律制度, 则该国得在签字、批准、

接受、核准或加入时声明本公约适用于该国全部领土单位或仅适用于其中的一个或数个领土单位, 并且可以随时提出另一声明来修改其所做的声明。(2) 此种声明应通知保管人, 并且明确地说明适用本公约的领土单位。(3) 如果根据按本条做出的声明, 本公约适用于缔约国的一个或数个但不是全部领土单位, 而且一方当事人的营业地位于该缔约国内, 则为本公约的目的, 该营业地除非位于本公约适用的领土单位内, 否则视为不在缔约国内。(4) 如果缔约国没有按照本条第(1)款做出声明, 则本公约适用于该国所有领土单位。”

1997年6月20日, 中国政府曾向联合国秘书长发出照会, 明确了哪些国际条约将适用于香港。然而, 在这份清单中并不包括CISG。因此, 根据CISG第93条的规定, CISG在香港并不当然适用。

然而, 随着时间的流逝, 适用CISG的国家和地区日益增多, 影响也日益广泛。在这一背景下, 香港也开始考虑适用CISG。香港政府后于2021年7月14日向香港立法会提交了《货物销售(联合国公约)条例草案》(以下简称《条例草案》), 其目的是在香港特区实施《销售公约》。《条例草案》于2021年9月29日获立法会通过, 《条例》自2022年12月1日起在香港实施。

总而言之, 在2022年12月1日之前, 因为CISG尚未在香港生效, 所以CISG不能适用于中国香港的当事人与非中国籍的当事人之间的纠纷。但从2022年12月1日之后, CISG能够适用于中国香港的当事人与非中国籍当事人之间的纠纷。

有关CISG在香港的适用, 需要特别注意以下两点:

第一, CISG不能适用于中国内地当事人与香港当事人之间的纠纷。CISG只能适用于不同国家的当事人的案件, 而中国内地与香港同属中华人民共和国, 因此不能适用。即便当事人选择适用, 也会因为违反了CISG自身的规定而无效。

第二, 根据香港政府和立法会的决定, 中国中央政府于2022年5月4日向联合国秘书长发出声明, 中国对CISG第95条对第1(1)(b)条作出的保留不适用于香港。根据这一条款, 香港地区允许根据冲突法规则确定适用CISG。

四、注意区分承揽合同与买卖合同，承揽合同不得适用CISG

在合同纠纷中，一个较为常见的问题是如何区分承揽合同和买卖合同。这两种合同在各方当事人的具体权利义务、违约后果等方面都有较大差异。而在国际上市合同领域，这一问题更为复杂。如果合同被定性为承揽合同，那么显然CISG就不能适用。

对此，上海市高级人民法院审理的（2012）沪高民二（商）终字第36号案是一个较为典型的例子。

2009年5月，Moraglis S.A.（以下简称MSA）与Shanghai Jiamupu Industry Co Ltd（以下简称JIAMUPU）签订合同，约定MSA向JIAMUPU采购一批制服。MSA在合同中对制服的样式、颜色、规格、色差等进行了细致的约定。同时，在合同中双方还约定，每批货物发货前均需要聘请SGS对货物的规格、质量等进行检测。如果货物不符合合同约定，JIAMUPU应当承担100%的责任。

合同签订后，JIAMUPU开始生产相应的制服。但经过SGS对货物进行检验后发现，JIAMUPU生产的制服存在严重的问题，根本不符合MSA在合同中明确提出的要求。之后，JIAMUPU并未交付任何制服给MSA。

由于MSA认为JIAMUPU生产的产品完全不符合合同约定，因此MSA对JIAMUPU提起诉讼，要求法院解除双方之间的合同，并要求JIAMUPU返还已经支付给MSA的预付款。

在本案一审过程中，法院认为MSA与JIAMUPU之间的合同系买卖合同，并判决JIAMUPU应当返还MSA已经支付的大部分货款。

上海市高级人民法院在二审审理中重新审查了本案合同的性质，并认为双方之间的合同并非货物买卖合同。根据双方合同约定，MSA要求JIAMUPU生产的是特定的制服。而且MSA对制服的规格、颜色、样式等均有非常具体的要求，因此MSA需要的不是市场上常

见的可以替代的一般货物，而是特定的工作成果。因此，本案所涉合同应当为承揽合同而非买卖合同。在此情况下，本案仍然应排除CISG的适用。

从上述案例中可以看出，中国法院在审理此类合同纠纷时，往往会先对合同性质进行审查，并据此确定审理的法律依据。一般认为，如果双方签订合同时货物尚未生产，而且生产过程中必须遵循合同一方当事人的特定要求（特定要求意味着无法从市场上采购同类的成品货物），甚至生产是在一方当事人的监督、指导下完成的，那么双方之间的合同就是加工承揽合同；如果一方采购的货物不具有特定要求，且在市场上可以任意采购到相同的货物，那么这个合同就是买卖合同。当事人不得在承揽合同中约定适用CISG，否则该约定无效。

随着各级法院对于上述纪要的进一步贯彻实施，可以预料到之后在法院审理过程中会越来越多的出现需要适用CISG的情形。希望广大当事人在订立合同及合同履行遇到纠纷时，积极参考CISG的相关规定，并根据具体交易的需要和自身的实际情况确定是否需要适用CISG。

• **青岛** 青岛市香港中路61号甲远洋大厦B座36层
总部 电话: +86-532-85766060

• **济南**
济南市历下区经十路11001号人寿大厦21层03-04单元
电话: +86-531-86026655

• **上合示范区**
胶州市澳门路海湾天泰金融广场四号楼502
电话: +86-532-82200850

• **青岛西海岸**
青岛市黄岛区漓江西路666号名家美术馆3层
电话: +86-532-80775085

• **青岛城阳**
青岛市城阳区正阳路205号海都国际B座16层
电话: +86-532-68958757

• **青岛莱西**
莱西市天津路34号
电话: +86-532-66899878

• **济宁**
济宁市任城区任城大道中德广场B座14层
电话: +86-537-2560086

• **烟台**
烟台市芝罘区环山路3号润利大厦21层
电话: +86-19953580597

• **潍坊**
潍坊市东风东街5166号天马商务大厦309-312室
电话: +86-536-8988225

• **德州**
德州市三八东路1266号鑫源国际25层
电话: +86-534-2267888

• **滨州**
山东省滨州市黄河六路338号银泰中心1号1616
电话: +86-543-5185777

• **日照**
日照市东港区北京路201号联通大厦6层
电话: +86-633-8178000

• **临沂**
临沂市兰山区环球汇金湾国际商务中心1号楼2层
电话: +86-539-8692789

• **东营**
东营市府前大街57-1号金辰大厦9层
电话: +86-546-7013389

• **泰安**
泰安市泰山区迎胜路412号宝盛广场D座401室
电话: +86-538-8204278

• **威海**
威海市环翠区统一路409-1号一层西侧
电话: +86-631-5216818

• 北京 • 上海 • 首尔 • 悉尼 • 华盛顿



文康法律观察公众号



文康律师公众号



文康云 小程序

本刊物为内部资料, 仅限学习交流使用

NONCONFORMING LINE SIGHT

2023年12月 总第05期

