





序言

“守正、蓄力、怀高、致远”，2022年初，文康律师事务所定下了年度发展主题词，坚守初心，做强专业，做好服务，蓄力前行。

坚持专业立本，过去半年间，文康律师聚焦法律前沿，紧跟时事热点，深入课题研究，撰写出百余篇原创专业文章，内容涵盖立法前沿、行业热点、专业研究、国际视野、数据报告等多个板块——

围绕《民法典》实施及系列司法解释出台，及时从多角度结合实务展开阐述研讨；《中华人民共和国数据安全法》出台后，从数据安全与合规等应用场景进行深入分析；当城市更新成为多个城市规划建设的重要课题，成立课题研究组，多方实地考察，迅速拿出研究成果；随着国家“双碳”战略推进，“双碳”研究为绿色低碳科技革命和政策体系的完善提供法律支撑；聚焦发展新趋势，着眼于知识产权、商业秘密保护、数字化转型、文化创新与元宇宙等课题研究……

本刊作为《文康法律观察》系列的第二期，从众多研究成果中选录部分专业文章，汇集成册，以彰显文康律师的专业底色和对职业价值的追求。

守正践初心，蓄力求发展，浩然怀壮志，行稳方致远。文康期待与律界同仁们共同携手、勇于担当、不断奋进，助力提升法律行业专业化水平，在社会主义现代化建设新征程中发挥法律人独特且不可替代的作用。

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、北京、济南、烟台、潍坊、济宁、日照、临沂、青岛西海岸、上合示范区、城阳、莱西和首尔、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三百余名，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”并保持至今，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、ILFR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 Zhiguo : Band 1 (Corporate/Commercial: East Coast: Shandong (PRC Firms)
Gao Liangchen : Band 3 (Shipping: Northern China (PRC Firms)
Wang Li: Highly recommended lawyer (Corporate/Commercial: East Coast: Shandong (PRC Firms)
Wincon Law Firm: Band 1 for Corporate/Commercial: East Coast: Shandong (PRC Firms)
Band 3 for Shipping: Northern China (PRC Firms)
张志国: 第一等律师 (公司/商事业务领域, 东部沿海山东地区)
高良臣: 第三等律师 (海事海商领域, 中国北部地区)
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/商事业务领域, 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

**ASIAN
LEGAL
BUSINESS** ALB

M&A Rankings (Firms to Watch) 并购领域值得关注的律师事务所
Excellent Law Firm (Northeast China) 中国优秀律师事务所 (东北地区)
Maritime Law Firm of the Year 海事海商律师事务所年度大奖
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

IFLR1000

Top Tier Firm for Financial and Corporate 金融与公司业务领域 第一梯队律所 (山东)
Leading Lawyer: Chai enwang Li tao Fanzheng Wang Li 领先律师: 柴恩旺 李涛 范征 王莉
Rising Star of the Year: Yuan Xueli Haohan 飞跃之星: 原雪丽 郝涵

**CHINA BUSINESS
LAW JOURNAL** 商法

China Business Law Awards (Shandong) 年度卓越律所 (山东)
Best Overall Law Firms (Shandong) 卓越综合实力律所 (山东)
Shipping (PRC Firms) 海事海商 (中资所)
Deals of the Year 年度杰出交易
2020 Rising Stars: Zhang Hong 律师新星: 张红

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

Dac
insider

Best International Civil & Commercial Litigation Firm – China
Best Shipping & Maritime Law Specialist (China): Liangchen Gao
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

专业领域 Practice Areas

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



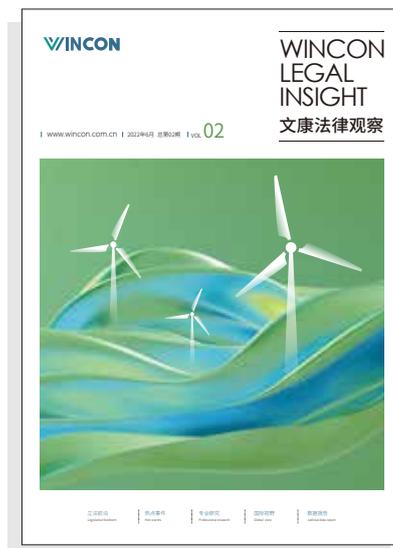
政府和社会资本合作项目
PPP



涉外及移民
Foreign Affairs & Immigration

目录

CONTENTS



文康动态

News & Honor

001

立法前沿

Legislative forefront

011

- 《民法典担保制度司法解释》施行，开发商阶段性担保责任如何追偿？ 陈洁 012
- 《民法典》下，合同法第52条去哪了？ 田刘柱/赵培玉 016
- 《民法典》担保制度下公司对外担保的效力与责任 赵巧睿 020

热点事件

Hot events

027

- 海事海商 | DYROS轮货物受损出口商对策简析 尤鹏飞/陈晓军 028
- 财富管理 | 从系列头部主播被罚看“税务筹划”合规性 李凤凡/张政国 032

专业研究

Professional research

035

城市更新 律师在城市更新中的地位和作为 殷启峰	036
城市更新 特许经营权在智慧停车项目中的应用 孙雅雯/张本良	040
“双碳”研究 光伏发电项目开发建设法律风险防控 王群/宋明利	046
地产与建工 工程款追索十大焦点问题解答 王英/王译萱	050
银行与金融 融资租赁业务纠纷中常见租赁物相关问题及建议 原雪丽	055
银行与金融 未特定化将有应收账款质押效力问题研究 吴亚轩	060
公司商事 认缴制下转让未实缴部分股权的个人所得税问题 赵振斌/朱晓娜	065
公司商事 从最高院案例看股东代表诉讼若干问题 张本良	070
公司商事 涉及中小房企股权出让的常见法律问题概述 李瑞敏	075
保全与执行 在到期债权保全及执行中, 次债务人如何“见招拆招”? 许崇辉	077
保全与执行 执行异议复议规定第28条的实务争议及最高院观点梳理 齐迪	082
公司与并购 国企收购上市公司之经营者集中申报标准及法律责任 王莉	087
公司与并购 回购权的性质及投资人行权期限问题探究 李佼	090
公司与并购 投资方与标的公司对赌——现金补偿条款的实际履行途径 姜知泰	095
知识产权 “贴标”情况下的制造行为认定 苏源	099
知识产权 确认不侵害专利权之诉的受理条件解析 张瑜	103
商业秘密 如何识别应该保护的商业秘密 王渊	108
破产重整 破产企业处置不良资产时选择破产清算和破产重整程序的利弊比较及完善建议 郑昭	112
婚姻家庭 “婚后父母出资购房”问题探究——从“约定”的外延说起 李凤凡/白雅娟	116

国际视野

Global view

119

走进澳洲 澳大利亚的股东诉讼	120
走进韩国 文康韩国法律顾问解说韩国公司法判例 张珍宝	127
走进加拿大 一位在中国的加拿大移民律师的建言 初源盛	134

数据报告

Judicial data report

137

山东省公司盈余分配纠纷大数据报告—2017-2021年山东省相关案例分析与实务建议 张勇/翟志浩	138
--------------------------------------------------------	-----

文康
动态



为响应青岛市司法机关关于开展“迎新春 学宪法 促党建”健步行活动的号召，丰富党建文化生活，开展宪法宣传，强健党员体魄，2022年1月1日，文康律师事务所组织党员律师积极参与市司法局决策法律审查处党支部联合共建律所党组织开展的“健步迎新 法治同行”元旦健步行活动。



2022年1月13日上午，胶州市司法局党委书记、局长柴雪峰，局党委委员邵建堂，科长苏婷婷莅临文康上合办公室调研指导。文康上合办公室主任张宁律师，文康高级合伙人赵春旭、裴吉科律师，文康合伙人刘磊律师、张宪立律师，文康上合办公室同事参加座谈。



凝聚青年力量，展现青春担当，2022年1月20日下午，文康律师事务所青年工作委员会成立一周年暨纳新仪式在文康广场举行。仪式由合伙人张红律师主持，事务所主任张志国、合伙人刘磊律师分别代表管委会、工会致贺词，青工委主任任志向律师作工作汇报，40多位青年律师参加。

凝心筑梦，携手同行谱华章，共耀星辉，踏歌奋进启新程。2022年1月22日，文康律师事务所2021年度工作总结暨表彰大会在崭新的36楼文康广场举行。在青岛主会场之外，济南、烟台、潍坊、济宁、日照及青岛西海岸、上合示范区、城阳、莱西等各地办公室线上云参会、实时联动，文康家人们齐聚一堂，总结过往，展望未来。

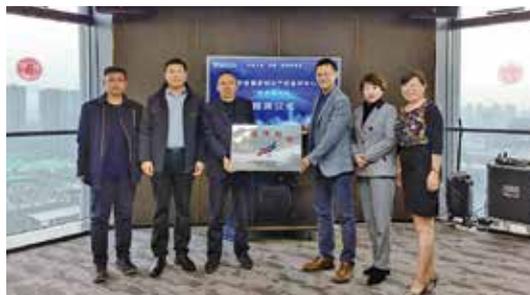


新春慰问送关怀，岁寒情深暖人心。2022年1月30日上午，青岛市司法局党委书记、局长万振东，市司法局党委委员、副局长刘春颖，市司法局法律服务管理处处长杨电科莅临文康看望慰问律师，送上节日问候和新春祝福。文康合伙人会议主席张金海，高级合伙人田刘柱、李涛、周青林、史新立、赵吉军、田冰、袁椰、梁珂、董杰等陪同参观。





守正蓄力，怀高致远。2022年2月18日—19日，文康律师事务所2022年度第一次全体合伙人会议暨合伙人发展论坛在日照喜来登酒店举行，来自青岛总部及济南、烟台、潍坊、济宁、日照、青岛西海岸、上合示范区、城阳、莱西等各地办公室的合伙人、顾问及特邀嘉宾参加。



2022年2月，山东省国家知识产权保护中心将文康律师事务所定为山东省国家知识产权保护中心首批“快速维权站”，并于2月28日举行了授牌仪式。文康济南办公室执行主任李鹏、合伙人王凤丽、行政合伙人于雯华、何月梅律师等参加了授牌仪式。



2022年2月18日—23日，日照市十九届人大一次会议在日照市文博中心隆重举行。市人大代表，文康（日照）律师事务所管理主任王文参加大会并当选为日照市第十九届人民代表大会监察和司法委员会委员。



2022年3月3日，由青岛市黄海公证处发起，联合青岛市市南公证处、青岛市琴岛公证处、文康律师事务所、上海锦天城（青岛）律师事务所、国浩律师（青岛）事务所共同成立的非营利、开放式、综合性家事服务机构——“青岛联合家事法律服务中心”在青岛国际航运中心举行揭牌仪式。由青岛市普法办和青岛日报报业集团授牌、以老年生活报和青岛老年生活大学为实体依托的“青岛市老年法治文化基地”同时揭牌。



2022年2月23日—26日，政协第十四届市南区委员会第一次会议在汇泉王朝大饭店国际会议中心隆重召开，来自全区26个界别的234名政协委员积极建言献策。文康律师事务所高级合伙人、民建委员许征、田冰律师满怀参政议政的热情参加了本次会议。



2022年3月11日下午，卡内基训练山东公司董事长夏明杰、总经理包爱军一行到访文康交流座谈，文康律师事务所主任张志国，高级合伙人赵春旭、栾珂律师，合伙人姜知泰律师热情接待并参加座谈。卡内基训练山东公司聘请张志国为法律顾问并颁发聘书。



2022年3月30日，日照海关正式聘请文康（日照）律师事务所担任常年法律顾问。日照海关党委书记、关长李君实，党委委员、副关长马成军，法制科科长刘文远，文康（日照）律师事务所负责人陈吉峰律师、管理主任王文律师、青工委负责人魏方丹律师参加了签约仪式。



2022年3月31日下午，市南区委常委、政法委书记王东一行莅临文康律师事务所调研指导并座谈，市南区司法局党组书记、局长夏青，市南区委政法委政治处主任魏训环等陪同调研，文康律师事务所主任张志国，监事会主席殷启峰，党委书记高良臣，管委会成员王群、李涛，行政总监袁椰参与接待并参加交流座谈。

2022年3月31日，针对当前部分企业借用供应链金融的名义，采取蹭热点、擦边球等形式进行非法经营活动的现象，青岛市供应链行业法律公共服务中心联合青岛市供应链协会共同发布“关于健康规范发展供应链的倡议书”。法律服务中心由供应链协会与文康律师事务所于2021年3月共同发起设立，是国内首个供应链行业法律公共服务中心，由文康律师事务所高级合伙人栾珂律师担任中心主任。



2022年4月1日下午，文康多措并举推进律师参政议政工作交流会在36层文康会议中心举行。交流会由文康高级合伙人许征、栾珂主持，邀请担任人大代表、政协委员的多位文康律师进行了经验交流，特邀民建会员李翊进行专题分享，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、党委统战委员史新立参加会议，各地办公室视频连线参与线上交流。



2022年4月8日下午，青岛市民政局王海春副局长一行莅临文康律师事务所调研指导并举行座谈，文康律师事务所主任张志国，管委会成员栾珂律师，高级合伙人田冰、于巧律师，合伙人李瑞敏、孙文祎、谭蕾、朱镇律师参加座谈会。



2022年4月11日，文康律师事务所举办了文康会议中心启用仪式，文康合伙人会议主席张金海致辞，文康人相聚顶峰观海，携手共创未来。



2022年4月13日，文康未成年人权益保护小组向国家互联网信息办公室提交了关于《未成年人网络保护条例（征求意见稿）》的提案，积极推进未成年人保护法律研究。

文康未成年人权益保护小组是文康律师事务所于2022年4月发起成立的公益法律服务小组，由合伙人孙文祎律师牵头实施，近30位文康律师参与，律师执业地域包括济南、青岛、烟台、日照、济宁、潍坊等，形成了一个跨专业、跨地域的公益组织。未成年人保护小组立足专业优势，充分考虑未成年人特点和社会实际，形成了预防、引导、纠正、救助相结合的法律服务模式，通过提出相关立法建议、普法宣讲、纠纷化解、法律援助和慈善捐助等形式，切实履行保护未成年人的社会责任。通过与政府相关部门、社会团体等合作，整合所内外相关资源，力争全方位护航未成年人健康成长，有序开展公益普法等各项未成年人权益保护工作，以期在青岛、山东乃至全国范围内为未成年人的权益保护发出文康声音。

2022年4月15日上午，青岛市市南区人民法院党组书记、院长王洪坚一行莅临文康律师事务所调研并座谈，文康律师事务所合伙人会议主席张金海，高级合伙人周青林、许征、董杰律师，合伙人吴晓奇律师，吴志伟律师参加座谈。



2022年4月13日至19日，青岛市第十七届人民代表大会第一次会议举行，圆满完成各项议程。文康律师事务所副主任、高级合伙人，文康（上合示范区）律师事务所主任张宁律师作为本届人大代表出席了会议。



2022年4月14日，青岛市政协十四届一次会议召开，文康律师事务所高级合伙人魏慎礼律师作为青岛市政协委员参加会议并积极建言献策。



2022年4月15日上午，青岛市贸促会王运明副会长一行莅临文康调研并举行座谈，青岛市贸促会法律事务处处长曹霞、青岛市贸促会办公室二级调研员陈增斌和青岛市贸促会法律事务处三级调研员张莹陪同调研。文康高级合伙人裴吉科律师，合伙人韩卓好律师，海关团队赵徽平、韩瑞丽律师参与接待并参加交流座谈。



2022年4月24日上午，正值文康律师事务所成立27周年之际，文康政策研究中心成立暨揭牌仪式在文康会议中心举行，青岛市司法局党委委员、副局长刘春颖，青岛科技大学教授、市政府资深顾问雷仲敏，青岛市律师行业党委副书记马新河，青岛市律师协会会长张金海，文康律师事务所主任张志国，文康监事会主席殷启峰，文康党委书记高良臣，文康政策研究中心主任史新立，文康政策研究中心高级顾问李翊参加揭牌仪式。



在万物复苏、鸟语花香的最美人间四月天，文康律师事务所迎来了27岁生日。2022年4月24日下午，文康会议中心欢歌笑语不断，文康27周年所庆生日冷餐酒会在这里隆重举行。青岛办公室的文康家人汇聚一堂，济南、烟台、潍坊、济宁、日照和青岛西海岸、上合示范区、城阳、莱西办公室的文康家人通过视频连线同享喜庆时刻。



2022年4月26日下午，青岛市人民检察院副局级检察员张钦利、第六检察部副主任赵煜亮、检察官助理刘丰瑞一行莅临文康律师事务所开展“作风能力提升年”活动“大调研”，文康合伙人会议主席张金海，高级合伙人田冰、许征、裴吉科律师，合伙人朱彬、王振军律师参加调研座谈。





为深入贯彻落实青岛市两会精神，2022年5月6日下午，由文康党委主办，文康政策研究中心、文康参政议政委员会承办的文康人大代表、政协委员“两会精神”报告会在文康会议中心举行。报告会由青岛市第十七届人大代表张宁律师，青岛市政协第十四届委员魏慎礼律师，文康政策研究中心高级顾问王磊进行报告分享。



文康青年周系列活动期间，第一届文康青年律师辩论赛在文康广场正式开赛，孙国瑞、郑昭、徐冰中慧、张振、许崇辉、于海悦等6位优秀辩手位列正反阵营，双方围绕“国家机关工作人员李某是否构成滥用职权罪”的辩题展开激辩。张红律师担任主持，任志向律师担任辩论赛主席。正反双方两支队伍在开篇立论、攻辩、自由辩论、结辩的四个辩论环节充分展现了文康律师良好的专业素质。活动特邀的点评嘉宾、康桥律师事务所司源律师对辩论队的前期筹备和现场表现给予了高度评价。德衡律师事务所、康桥律师事务所、众成清泰律师事务所的辩论队队员现场观摩比赛并交流。



2022年5月12日上午，由众成清泰律师事务所高级合伙人、副主任、泰华商恒（青岛）联营律师事务所主任李明均带队，众成清泰高级合伙人、监事会理事、青岛所监事会副主席、城阳所党支部书记邢妮妮，众成清泰高级合伙人、青岛所副主任、投融资事业部主任于洋，众成清泰高级合伙人、投融资事业部副主任曲涛以及多位青年律师到访，与文康律师事务所主任张志国，高级合伙人李涛、栾珂，文康合伙人张红、于佩佩律师等就娱乐法业务展开座谈交流。



2022年5月12日，一场以“做党和人民满意的好律师”为主题的文康十佳律师经验交流报告会在文康会议中心举行。报告会由文康党委、管委会主办，青工委承办，邀请2022年“青岛市十佳女律师”王群、2021年“青岛市十佳青年律师”栾珂、2022年“青岛市十佳青年律师”董杰以及优秀青年律师郝涵、黄锡亭律师与青年律师面对面交流，青工委主任任志向主持，事务所主任张志国点评发言，40多位青年律师现场交流，各地办公室通过视频连线的方式线上参与。



2022年5月24日下午，中国海洋大学法学院党委书记刘惠荣，法学院副院长董跃、李晟，党委副书记周妮妮，法硕中心执行主任于晓艺，团委书记郭增乐一行到文康律师事务所调研座谈，文康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，高级合伙人、管委会成员田刘柱、周青林、栾珂，高级合伙人王红艳，合伙人于文娟、孙雅雯、孙凯，青年律师张瑜、于劭，法学院副教授、文康所兼职律师曹亚伟参加座谈交流。



为积极响应青岛市司法局局长万振东关于将法律顾问服务作为律师行业发展新的业务增长点的号召，推进青岛市律师行业企业法律顾问业务的深入开展，提升律师的市场开拓能力及服务水平，2022年5月26日，由青岛市律师协会行业发展与国际化促进委员会、青岛市律师协会公司委员会联合主办，文康律师事务所承办的第十一期律所管理沙龙在文康会议中心成功举办。



2022年5月27日下午，青岛市市北区区委常委、副区长张雷，市北区副区长严俊一行莅临文康开展“城市更新”调研活动，市北区商务局副局长李永红、红景四方集团总经理、投促办副主任王轲陪同调研，文康律师事务所律师张志国，监事会主席殷启峰，高级合伙人王群、王英，行政总监袁椰，王译萱律师参加座谈交流。



文康携手央企助力西海岸新区经济发展。2022年5月29日上午，文康律师事务所律师张志国一行前往青岛西海岸新区管委拜会青岛市黄岛区政府区长王清源、西海岸新区管委副主任史桂龙，并就发挥多方平台优势、助力新区经济发展展开座谈交流。中煤东方控股集团有限公司董事长王雪参加本次会见。座谈会上，张志国主任向王清源区长、史桂龙副主任介绍了文康所在投资并购、城市更新等方面的工作成果，就发挥专业优势、加强招商引资项目对接、助力西海岸新区经济发展等情况进行了汇报。随后，双方就如何充分发挥第三方的平台资源优势，加大对事关新区发展的重要项目特别是外资项目的引进与落地进行了深入交流，并就城市更新发展有关事宜进行了探讨。



2022年1月12日，国际权威法律评级机构钱伯斯（Chambers & Partners）首次发布了《大中华区法律指南2022》（Greater China Region Guide 2022），文康律师事务所公司/商事、海事海商领域及该领域律师荣登榜单。

青岛市十佳女律师 青岛市优秀女律师

2022年3月8日，在国际劳动妇女节到来之际，青岛市律师协会举行了“青岛市十佳女律师”答辩会，现场揭晓评选结果。文康律师事务所高级合伙人王群律师以第一名的好成绩荣获“青岛市十佳女律师”称号，并作为获得“青岛市十佳女律师”和“青岛市优秀女律师”代表，宣读了向全市律师发出的贯彻落实青岛市“作风能力提升年”会议精神，进一步引导和推动全市律师转作风、强能力、抓落实、促发展的倡议书。文康高级合伙人王红艳律师、合伙人于佩佩律师荣获“青岛市优秀女律师”称号。



青岛市十佳青年律师 青岛市优秀青年律师

为深入学习贯彻习近平法治思想，全面贯彻落实习近平总书记对律师工作的重要指示精神，更好地展示青岛青年律师风采，2022年5月，中共青岛市律师行业委员会、青岛市律师协会开展了“青岛市十佳青年律师”“青岛市优秀青年律师”评选活动。文康律师事务所高级合伙人董杰律师以第一名的成绩荣获“青岛市十佳青年律师”称号，合伙人王博、郝涵律师荣获“青岛市优秀青年律师”称号。



2022年4月，青岛市律协公布了对两专委及两专委委员的2021年度年度考核评选情况，评选出2020-2021年优秀专门委员会、2021年度优秀专业委员会及两专委优秀委员，其中，文康律师事务所高级合伙人高良臣、李涛、赵春旭、许征、陈洁律师，合伙人张宪立、张鼎新、郝涵、刘伟娜律师，任红、肖信玲律师荣获“优秀委员”称号。



创新实干，共赢未来，为打造活力经济先行区，加快实体经济振兴发展，2022年5月20日上午，青岛市市南区“优化营商环境 深化服务企业”大会在青岛国际会议中心举行。大会上，市南区委、区政府授予100家单位“区级税收百强”、170家单位“发展进步奖”以及多家单位“瞪羚企业奖”“隐形冠军企业奖”“高新技术企业奖”“专精特新企业奖”“科技创新奖”等荣誉称号。文康律师事务所荣获“发展进步奖”称号，事务所主任张志国代表文康参加会议并领取2021年度市南区高质量发展“最铁合伙人”荣誉证书。



2022年5月初，文康律师事务所连续收到了来自中共青岛市委、青岛市政府和青岛市市南区香港中路街道办事处发来的感谢信，信中对文康所协助市南区及香港中路街道党工委开展疫情防控工作中展现出的靠前担当和服务奉献精神，表示衷心感谢。

2022年5月，为表彰先进，弘扬抗疫精神，中共青岛市律师行业委员会、青岛市律师协会发布了《关于表彰青岛市律师协会抗击新冠肺炎疫情工作先进集体、先进个人的决定》，文康律师事务所、文康（莱西）律师事务所、文康（城阳）律师事务所被授予“抗击新冠肺炎疫情工作先进集体”荣誉称号，青岛办公室李涵轩、王译萱、刘磊、许崇辉、于劭、兰雪蓉、张晓雨、金函羽、张瑜、刘佳琳、韩鹏、徐冰中慧、陈荟敏、赵萍萍、孙筱颖，莱西办公室王兴荣，城阳办公室张晓梅共17名律师被授予“抗击新冠肺炎疫情工作先进个人”荣誉称号。



立法
前沿



《民法典担保制度司法解释》施行，开发商阶段性担保责任如何追偿？

WINCON
LEGAL
INSIGHT



陈洁

擅长疑难复杂民商事诉讼、仲裁案件解决，尤其擅长房地产与建设工程、公司股权和控制权、互联网与知识产权等疑难复杂争议案件的解决，所代理的多个案件在最高人民法院、高级法院胜诉或被评为年度法院典型案例。

随着预售商品房按揭贷款债务人“断供”情况的增多，开发商承担阶段性担保责任的风险也日益增加。与此前的司法观点和实践相比，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》（“民法典担保制度司法解释”）对于担保追偿权、抵押预告登记法律效力等问题作出了全新的规定，对开发商的担保追偿权行使具有重要和积极的意义。

一、按揭贷款购房模式中的开发商阶段性担保

在预售商品房买卖中，买受人通过向银行按揭贷款的方式向开发商支付购房款是惯常的方式。因预售时商品房尚在建设中，贷款银行只能办理商品房抵押预告登记，无法办理房屋抵押登记以取得房屋抵押权，所以对银行而言存在风险敞口期。

贷款银行为防范风险，往往会要求开发商作为保证人，承担房屋抵押登记之前阶段的连带保证责任，用保证担保和抵押担保的无缝对接来保证贷款安全，在《按揭贷款合作协议》中，银行对于开发商阶段性保证责任期间一般约定为“自保证合同生效之日起至办理完毕抵押房屋的产权证及抵押物登记手续，并将抵押物的抵押登记证明交于贷款银行之日止。”

二、司法解释实施前，开发商阶段性担保的追偿困境

1. 开发商阶段性担保责任迟迟无法免除

按揭贷款购房模式中一般涉及到三方法律关系：购房人、开发商、银行。其中购房人和开发商是房屋买卖合同关系；购房人，即借款人与银行是借贷关系。

在实践中，开发商对于商品房买卖合同的义务是产权登记，而抵押登记的义务主体则是借款人，开发商处于被动等待状态，尤其是在开发商已经适当履行了办理产权登记的义务，如果借款人和银行迟迟不办理抵押登记，则开发商的阶段性担保一直无法解除，风险较大。

2. 银行无法基于抵押预告登记取得抵押权，所以更倾向于选择由开发商承担担保责任

如果出现购房人无法按时还款，银行往往会要求购房人偿还全部借款，开发商承担保证责任。这是因为，司法实践中大多认为银行在办理抵押预告登记后取得的并非房屋抵押权，银行对房屋不享有优先受偿权，所以，权衡风险之后，银行直接主张由开发商承担还款责任更为简便易行，法院通常也会支持银行的诉讼请求，判决开发商承担担保责任，并在强制执行中直接执行开发商的资金。

最高院公报案例：预售商品房抵押贷款仅办理了抵押预告登记，房屋建成后产权未登记至借款人名下，抵押权设立登记无法完成的银行不能对该房屋行使抵押权——中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保证合同纠纷案

裁判要旨：预售商品房抵押贷款中，虽然银行与借款人(购房人)对预售商品房做了抵押预告登记，但该预告登记并未使银行获得现实的抵押权，而是待房屋建成交付借款人后银行就该房屋设立抵押权的一种预先的排他性保全。如果房屋建成后的产权未登记至借款人名下，则抵押权设立登记无法完成，银行不能对该预售商品房行使抵押权。

3. 开发商行使追偿权的风险和困境

虽然开发商承担担保责任后，有权向购房人追偿，但是，经常会出现这样的情形，购房人因其他债务，所购买的房屋会因其他案件被采取查封、拍卖等强制措施。在这种情况下，开发商以一般债权人的身份无法实现追偿权。

所以，在以往的实践中，开发商通常采取如下方式尽可能的减少追偿风险，但其效果并不理想。

A. 受让银行贷款债权，取得银行债权人的权利

在民法典实施前，担保人追偿权的法律性质大多认为是一项独立的请求权，担保人并未因承担担保责任而取得债权人对债务人的权利，所以，一项有担保的债权在担保人承担担保责任后，因该债权已消灭，担保人行使追偿权时并不能主张属于该债权的从权利。

所以，为避免追偿落空，有的开发商与银行协商，通过受让银行贷款债权的方式取得银行债权人的权利。但是，该做法并不能妥当的解决追偿风险问题，因为，其一，担保人受让债权，仍可能被认定为承担担保责任；其二，无法改变预告抵押登记不享有抵押权的关键问题，开发商仍无法取得房屋的优先受偿权利。

B. 在商品房买卖合同中约定合同解除条款，在承担担保责任后解除合同、收回房屋

借款人“断供”一般是因为其产生了债务危机，此时，其所购买的房屋往往成为债权人实现债权最重要的保障。所以，开发商为控制阶段性担保责任的追偿风险，通常会在商品房买卖合同中约定“如果因买受人未偿还银行贷款而承担连带保证责任，开发商有权解除合同并收回房屋”，目的是收回借款人所购买的房屋以避免追偿风险。

但是，前述风险控制措施仍然有不能实现目的的风险。其一，部分法院并不支持开发商此种情况下的商品房买卖合同解除权，理由是，双方之间的商品房买卖合同已基本履行完毕（在房屋已交付情况下更是如此），买受人已通过银行贷款方式履行完付款义务，开发商无权解除商品房买卖合同。其二，在买受人所购房屋已经因其他债务被法院查封（或预查封）的情况下，开发商

解除合同、收回房屋，面临着与法院查封（或预查封）的冲突，要解除查封收回房屋并非易事。

三、民法典担保制度司法解释的实施，给开发商阶段性担保及追偿带来哪些重大变化？

1. 开发商承担保证责任后，享有贷款银行对债务人财产的抵押权等担保物权

保证人追偿权的法律性质曾有不同观点，民法典第七百条规定“保证人承担保证责任后享有债权人对债务人的权利”，在理论上称为“法定的债权转让或担保人的代位求偿权”，即保证人承担保证责任后，取得原债权人的法律地位，行使原债权人的权利。“享有债权人对债务人的权利”的范围主要包括对债务人财产的抵押权等担保物权、迟延履行利息或者违约金。

所以，开发商承担阶段性保证责任后，即享有银行对债务人的包括抵押权等从权利在内的全部权利，而不是仅为债务人的无担保的普通债权人，这就给开发商行使追偿权创造了有利条件。

《民法典》第七百条 保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿，享有债权人对债务人的权利，但是不得损害债权人的利益。

《民法典担保制度司法解释》第十八条 承担了担保责任或者赔偿责任的担保人，在其承担责任的范围内向债务人追偿的，人民法院应予支持。

同一债权既有债务人自己提供的物的担保，又有第三人提供的担保，承担了担保责任或者赔偿责任的第三人，主张行使债权人对债务人享有的担保物权的，人民法院应予支持。

2. 预售商品房办理首次登记，抵押权即从抵押预告登记之日起设立

司法解释第五十二条的规定，重新规范了抵押预告登记与抵押权登记之间的衔接和关系，对贷款银行和开发商的利益产生了重大影响。

A. 在预售商品房办理首次登记后，抵押预告登记即具有抵押权设立的法律效果

此前的司法实践中，严格区分抵押预告登记和抵押登记，认为前者仅为请求权的登记，不产生抵押权设立的效果，债权人不得基于抵押预告登记主张抵押优先受偿权。

司法解释将抵押预告登记的法律效果进行了区分，如果预售商品房已经办理首次登记，则抵押权自抵押预告登记之日起设立，而不再将抵押权的设立局限于买受人取得产权证并与银行办理房屋抵押登记之日。

因办理首次登记属于开发商自主可控的情形，一旦项目竣工并办理首次登记，抵押预告登记之日即为该预售商品房抵押权设立之日，那么，即使债务人怠于办理预售房屋的产权证，也不影响银行就该房屋行使抵押权，相应的，开发商承担阶段性保证责任向债务人追偿时，也有权就该房屋行使抵押权。

B. 抵押权自预告登记之日起设立，对银行和开发商主张权利意义重大

在实践中，如果预售商品房办理了首次登记并交付买受人，此时发生买受人“断供”，银行主张债权或开发商主张追偿权时，面对的可能是该房屋上已存在的承租权（房屋在交付后被买受人出租）、查封债权等其他权利，在出现权利冲突时，该房屋的抵押权自何时设立就变得极为关键。

在办理预售商品房按揭贷款抵押预告登记时，房屋通常并未竣工也未交付，而房屋办理首次登记的，抵押权即自预告登记之日起设立，所以，在时间上先于抵押权而设立其他权利的可能性极小，这就对银行或开发商实现抵押权非常有利。

C. 抵押人破产的，抵押预告登记的权利人有权主张优先受偿

根据司法解释规定，预售商品房买受人破产的，如果已经以该房屋办理抵押预告登记，银行也可以主张就抵

押财产优先受偿。此规定进一步改变了抵押预告登记仅为请求权登记的观点，在抵押人破产的特殊情况下，赋予抵押预告登记权利人等同于抵押权人的地位，有利于银行或开发商行使权利。

《民法典担保制度司法解释》第五十二条 当事人办理抵押预告登记后，预告登记权利人请求就抵押财产优先受偿，经审查存在尚未办理建筑物所有权首次登记、预告登记的财产与办理建筑物所有权首次登记时的财产不一致、抵押预告登记已经失效等情形，导致不具备办理抵押登记条件的，人民法院不予支持；经审查已经办理建筑物所有权首次登记，且不存在预告登记失效等情形的，人民法院应予支持，并应当认定抵押权自预告登记之日起设立。

当事人办理了抵押预告登记，抵押人破产，经审查抵押财产属于破产财产，预告登记权利人主张就抵押财产优先受偿的，人民法院应当在受理破产申请时抵押财产的价值范围内予以支持，但是在人民法院受理破产申请前一年内，债务人对没有财产担保的债务设立抵押预告登记的除外。

3. 以受让银行债权的方式增加追偿机会，既无必要也无法达到效果

如前所述，根据民法典和司法解释规定，开发商行使追偿权时享有贷款银行对债务人的权利，所以，也就无须再担心追偿权成为无担保的普通债权，也就无须基于增加追偿机会而受让债权。

而且，根据司法解释第十四条，开发商受让贷款银行的债权，其性质依然被认定为承担担保责任，所以也不会因此种方式而取得额外的优势或好处。

《民法典担保制度司法解释》第十四条 同一债务有两个以上第三人提供担保，担保人受让债权的，人民法院应当认定该行为系承担担保责任。受让债权的担保人作为债权人请求其他担保人承担担保责任的，人民法院不予支持；该担保人请求其他担保人分担相应份额的，依照本解释第十三条的规定处理。

四、余论

关于担保人追偿权的法律性质，以及抵押预告登记和抵押权登记的区分和衔接关系，因为此前的法律规范不明确，导致司法实践中缺乏统一裁判标准。

民法典对担保人追偿时“享有债权人对债务人的权利”的规定，为担保人追偿权确立了权利性质和权利基础，体现了对担保人利益的关注和保护。在抵押预告登记是否具有抵押优先受偿权问题上，司法解释采取了“有条件肯定”的务实做法，一方面维护了抵押预告登记制度的价值和意义，另一方面又不至于造成抵押预告登记和抵押权登记的混淆，坚持了物权法定的原则。

基于民法典和司法解释的新制度规范，开发商在承担阶段性担保责任后，应当合理利用法律规范进行追偿并行使抵押权，以避免或减少因承担担保责任而带来的损失。

民法典下，合同法第52条去哪了？

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。



赵培玉

主要从事公司商事、股权设计、争议解决、企业法律风险控制、互联网金融等领域法律服务工作。为多家知名企业提供常年法律顾问服务，并代理过多起重大疑难复杂案件。

合同作为市民生活中最为不可或缺的民事法律行为，其理论精深，内容宽泛，在尊重意思自治的前提下，通过立法手段对其加以规范实非易事。

为了加深对法律视角下合同效力的理解，本文拟立足《民法典》对合同效力部分的全新规定，对比《合同法》及其司法解释的相关内容及精神，做出比较学习并提出有益的思考。

《合同法》vs《民法典》	
《合同法》第52条	《民法典》
1、一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益。	1、无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。（第144条）
2、恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益。	2、行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。（第146条第1款）
3、以合法形式掩盖非法目的。	3、违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。（第153条第1款）
4、损害社会公共利益。	4、违背公序良俗的民事法律行为无效。（第153条第2款）
5、违反法律、行政法规的强制性规定。	5、行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。

一、新旧法对比下的合同无效的事由

从体例上看，《民法典》施行前合同效力的相关法律法规主要集中于《民法总则》《合同法》以及相关的司法解释中。《民法典》实施后，《合同法》及相关司法解释失效，《合同法》52条规定的合同无效的情形不再适用。合同无效事由便由《民法典》第144条、146条、153条、154条进行规定，此四条规定确定了合同无效的五种事由，即：

- 无民事行为能力人签订的合同无效；
- 合同双方以通谋虚伪意思表示签订的合同无效；
- 违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效；
- 违背公序良俗的合同无效；
- 恶意串通，损害他人合法权益的合同无效。

此五种合同无效的法定事由与大家耳熟能详的《合同法》第52条有明显区别，《合同法》第52条中部分款项已不见踪影，那么，这些被抛弃的条款究竟去哪儿了呢？

二、被删减的合同无效的法定事由

如上所述，《民法典》第144、146、153和154条明确了合同无效的五种法定事由，而《合同法》第52条关于合同无效的法定事由未被完全采纳。

在内容上，取消了“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益”这一无效情形；增加了“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效”这一无效情形，不再对无民事行为能力人实施的民事法律行为做效力区分，一律无效；修改“损害社会公共利益”这一无效情形为“违背公序良俗的民事法律行为无效”；“以合法形式掩盖非法目的”经修改确定为“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”。

但是，《合同法》第52条的条款也并未被《民法典》全盘抛弃，而是结合社会经济发展之需要由其他条款进行吸收或另行规定。

《民法典》删除《合同法》第52条第3项“以合法形式掩盖非法目的”的合同无效这一规定，从立法本意及司法实践的角度考虑，系因在确立了虚伪表示制度的情况下，该制度并无存在的实际意义。

而《民法典》第154条将《合同法》第52条第2款变更为“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效”，之所以有此变化，应该是考虑到行为人与相对人恶意串通，“损害国家、集体”利益的情形，可直接适用《民法典》第153条第2款“违背公序良俗的民事法律行为无效”之规定。

同样《合同法》第52条第1项、第4项未被采纳也是基于同样的考虑。

并且,《民法典》虽变更了《合同法》第52条的上述相关规定,但是其实质上并未降低对国家、集体和社会公共利益的保护。如《民法典》第132条规定:“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。”第534条规定:“对当事人利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的,市场监督管理和其他有关行政主管部门依照法律、行政法规的规定负责监督处理。”

由此可见,《民法典》下关于合同效力制度的改变体现出了《民法典》鼓励交易、保护合同有效的立法宗旨,是对《合同法》第52条的吸收与完善,而非全盘抛弃。

三、违背公序良俗或成为合同无效的兜底事由

从上述《民法典》对于《合同法》第52条的变更可以看出,《民法典》第153条的规定“违背公序良俗的民事法律行为无效”这一条款系作为合同无效事由的补充与兜底性事由。但是目前我国对公序良俗的理解尚未有统一概念,《民法典》也未对公序良俗作出定义,也未作列举式说明。

实际上,公共秩序与善良风俗原则对于维护国家、社会一般利益及社会道德观念具有重要价值,并被称为现代民法至高无上的基本原则。大陆法系各国立法基本上均确认了违反公序良俗或公共秩序的合同无效的原则。

这一原则最早起源于罗马法,并为大陆法系国家的立法所借鉴。如《法国民法典》第6条规定:“个人不得以特别约定违反有关公共秩序与善良风俗的法律。”《德国民法典》第138条规定:“违反善良风俗的法律行为无效。”《日本民法典》第90条也规定:“以违反公共秩序或善良风俗的事项为标的的法律行为,为无效。”

我国立法中最早使用公序良俗的,是《全国人大常委会关于〈中华人民共和国民法通则〉第九十九条第一款、〈中华人民共和国婚姻法〉第二十二条的解释》中规定的

公民“姓名权涉及公序良俗”。后首次正式使用该概念则是在《民法总则》第8条“民事主体从事民事活动,不得违反法律,不得违背公序良俗。”

按史尚宽先生所言,“公共秩序,谓为社会之存在及其发展所必要之一般的秩序,而个人之言论、出版、信仰、营业之自由,乃至私有财产、继承制度,皆属于公共秩序。善良风俗,谓为社会之存在及其发展所必要之一般道德,非指现在风俗中之善良者而言,而系谓道德律,即道德的人民意识。”由此可见,公序良俗原则实际上就是将最基本的道德引入法律的范畴,以保障法律行为的社会妥当性,其范围包括公共秩序和善良风俗,即民事主体的行为应当遵守公共秩序,符合善良风俗,不得违反国家的公共秩序和社会的一般道德,体现了“法律是最低限度的道德”这一法律伦理观念。

《民法典》将第153条第2款作为弥补强制性规定和禁止性规定的补足性规定,其目的是在遇到有损害国家利益、社会公共利益和道德秩序的行为,而又缺乏相应的禁止性法律规定时,法院可以直接适用公序良俗原则判定该行为无效。

比如,结合《全国法院民商事审判工作会议纪要》第30条中的规定:“下列强制性规定,应当认定为‘效力性强制性规定’:强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的”,这条规定可以看出最高院认为金融安全、市场秩序、国家宏观政策等属于公序良俗范围。基于此,若合同内容违反金融安全、市场秩序、国家宏观政策等规定,即使其所违反的规定不属于法律或行政法规,也存在法院适用《民法典》第153条的规定,认定合同无效的风险。

但公序良俗原则毕竟是具有模糊性的民法原则,在司法实践中主要依靠法官自由裁量进行运用,这可能导致当事人对裁判结果的可预判性降低,仍需要权威案例进行指引。

四、效力性强制性规定的概念未被采纳

此外,《民法典》第153条第一款“违反法律、行政法

规的强制性规定的民事法律行为无效”虽是对《合同法》第52条第5款的吸收，但是并未吸收《合同法司法解释》及相关规定中的“效力性强制性规定”这一概念，该种变化对司法实践是否会产生影响是值得商榷的。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释(一)第4条明确规定，合同法实施以后，人民法院确认合同无效，应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据，不得以地方性法规、行政规章为依据。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第十四条“合同法第五十二条第(五)项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定”则对上述条款中的强制性规定的表述进一步细化为是一种效力性规定，将强制性条款区分为管理性条款和效力性条款，只有后者才影响合同的效力。

最高人民法院在《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》中进一步提出了“管理性强制性规定”的概念，《指导意见》第15条指出“人民法院应当注意根据《合同法解释(二)》第十四条之规定，注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力。”

基于上述规定，司法实践也早已接受，只有违反效力性强制性规定的合同才无效，只是各地法院就如何区分效力性强制性规定和管理性强制性规定，存在不同认识和裁判标准。

2019年11月8日发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》进一步对效力性强制性规定以及管理性强制性规定进行区分，最高法院通过列举的方式将效力性强制性规定和管理性强制性规定进行了区分，给予了审判实践较为明确的指引。《纪要》明确指出强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；交易标的禁止买卖的；违反特许经营规定的；交易方式严重违法的；交易场所违法的等应当认定为效力性强制性规定。关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定，一般应当认定为管理性强制性规定。

但是《民法典》第153条第1款有关“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效”的规定，系在合同法第52条第(5)项的基础上，吸收了合同法司法解释二第14条的规定，将导致合同无效的法律形式的范围限定在法律和行政法规中的强制性规定，但没有采纳效力性强制性规定的概念。法律法规的强制性规定中，哪些部分可能导致合同无效，仍然无法明确标准，是与既往司法实践一致还是存在新的法律认识，仍待权威案例给予指引。

此次《民法典》就合同无效事由的规定，虽与《合同法》的原文存在一定差异，但其实质内涵却一脉相承，既在一定程度上吸纳了《民法总则》及相关司法解释的规定与精神，又参照了司法实践中出现的问题和实例，是对原有内容的优化和炼精。罗马不是一日建成的，新的法律规定也需要在实践中不断应用和完善，随着民事裁判实例的不断丰富，就合同效力这一民法重要问题的研究和立法工作，还将不断与时俱进。

《民法典》担保制度下公司对外担保的效力与责任

WINCON
LEGAL
INSIGHT



赵巧睿

专注于公司并购、争议解决与诉讼、外商投资等相关业务。

根据《担保制度解释》《九民纪要》及最高院编著的相关理解与适用中关于公司对外担保的相关规定、规则，在主合同有效的前提下，影响公司对外担保效力与责任的因素有：

- 是否依据《公司法》第16条就对外担保事宜出具公司机关决议
- 是否存在无须公司机关决议的例外情形
- 法定代表人是否构成越权代表
- 相对人主观是否为善意

对外担保是公司的一种常见商事行为，但实践中存在一些公司的控股股东、实际控制人或高管，凭借其对公司法定代表人的控制力或利用其职权，未经合法合规的公司决议遂以公司名义对外提供担保，甚至是通过提供关联担保的形式转移公司资产以谋私利，严重损害其他股东和公司债权人的利益。

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》（下称《担保制度解释》）已与《中华人民共和国民法典》（下称《民法典》）于2021年1月1日起一同正式施行，以司法解释的形式对《全国法院民商事审判工作会议纪要》（下称《九民纪要》）中的公司对外担保司法裁判规则进行了调整完善。

本文将从影响公司对外担保效力与责任的几项因素作为切入点，阐述现今我国民法典担保制度下公司对外担保相关的法律规定和裁判规则，并对其中常见的实务问题进行总结与分析。

· 担保人是否系上市公司、一人公司、分支机构等特殊主体

一、《公司法》第16条关于公司对外担保的规定

公司是法律上的组织体，自身无法形成意志，而需通过法人机关形成和作出意思表示。根据《民法典》第61条，法定代表人作为公司的代表机关，是依照法律或法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，其以法人名义从事的民事活动，相关法律后果由法人承受。

为防止法定代表人在代表公司为他人提供担保时损害公司或公司股东的利益,《公司法》第16条对法定代表人的代表权进行了限制。

基于《公司法》第16条可知:

1.公司对外担保均需出具机关决议(除一人有限公司和无须决议的例外)

对外担保属于为公司增设义务的重大行为,关于担保的限额及决策机制均需在公司章程中明确规定。虽然实践中确实存在部分公司的章程没有明确担保决议机关的情况,但无论章程是否有明确规定,除不设决策机关的一人有限责任公司外,公司对外担保均需公司出具机关决议。

2.非关联担保和关联担保的决议机制不同

公司进行非关联担保时,决议是否适格需依据公司章程的规定,股东(大)会或者董事会均可作为决议机关。为尽量保证表决的公允性,关联担保的决议机关层级更高,必须由股东(大)会作出决议,且被担保的股东和实际控制人支配的股东在表决时均应回避,再由出席会议的其他股东所持表决权过半数同意,关联担保的决议才可通过。

Q&A 实务问题

Q:仅设一名执行董事的公司对外提供非关联担保时,是否仍需董事会决议?

A:根据《公司法》第50条,股东人数较少或者规模较小的有限责任公司,可以只设一名执行董事而不设董事会,执行董事的职权由公司章程规定。公司章程规定执行董事享有相当于董事会职权的,执行董事有权决定是否提供非关联担保;公司章程无此规定或规定执行董事并不享有相当于董事会职权的,根据章程规定不能对抗善意相对人的法理,执行董事签字仍具有相当于董事会决议的效力。

Q:在上述问题情况的基础上,当公司的执行董事即为法定代表人时,如仅有其作为法定代表人的签字,而无作为执行董事身份的签字,是否能认定其行使了相当于董事会的职权?

A:从尊重公司治理结构,维护公司担保制度的角度

出发,仍需以执行董事的身份另行签字,否则不能认为具有相当于董事会决议的效果。

二、无须公司机关决议的例外情形

关于公司对外担保无须机关决议的例外情形,《担保制度解释》第8条在《九民纪要》的基础上进行了修改:

1.将四种情形减少为三种,公司与主债务人之间存在相互担保等商业合作关系这种情形不再可以免除决议程序。

2.规定公司只有为其全资子公司开展经营活动提供担保时才无须决议,为其他直接或间接控制的公司提供担保仍需全面履行内部决策程序,不再作为例外情形。

全资子公司实为母公司的并表子公司,全资子公司经营活动的成果最终由母公司享有,可以视为母公司正常经营活动的一部分,在实质上不属于为“他人”提供担保,因此无须机关决议。

3.明确了上市公司对外提供担保不适用的例外情形。当上市公司对外担保时,只有在属于“金融机构开立保函或者担保公司提供担保”的这种情形下,才无须机关决议。

Q&A 实务问题

Q:国有独资公司对外担保是否也适用《担保制度解释》第8条中所述的三类无须决议的例外情形?

A:《企业国有资产法》第30条、第32条规定,就对外提供大额担保事项,国有独资企业由企业负责人集体讨论决定,国有独资公司由董事会决定,因此不适用《担保制度解释》的规定。对于大额担保之外的其他担保事项,可以适用。

Q:除《担保制度解释》第8条规定的例外情形之外,未经公司决议而作出的对外担保,公司是否一律不承担担保责任?

A:《公司法》第16条规定的决议前置程序旨在确保公司对外担保系公司的真实意思表示,公司机关决议是证明公司作出真实意思表示的最直接书面证据。但同时,在我国现阶段公司担保的实务中仍普遍存在未经公司决议即径行对外担保的情况。

如果仅因公司没有作出决议就认定公司不承担担保责任，不仅会扰乱公司交易秩序，也容易滋长公司恶意逃避担保责任的道德风险。因此，对公司法定代表人所提供的担保，如果案件事实表明该担保是为了公司的利益，就可以认定公司具有对外提供担保的真实意思表示，而不应仅凭公司没有做出决议就认定公司不承担担保责任。

例如，最高院在（2017）最高法民终369号案中认为，案涉公司为其控股子公司提供担保的行为不损害公司的自身利益，因此，该公司虽未提供董事会决议，但根据案件相关证据可认定其出具的担保函是其真实意思表示，该公司基于未经决议而主张担保函无效，违反诚信原则，不应予以支持。

三、法定代表人越权代表公司对外担保的法律效力与责任

根据《九民纪要》第17条和《担保制度解释》第7条：公司担保行为不是法定代表人所能单独决定的事项，而必须以公司股东（大）会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源。法定代表人违反关于公司对外担保决议程序的法律规定，超越代表权限以公司名义提供担保，即构成越权代表。

人民法院应当根据《民法典》第504条关于法定代表人越权代表的规定，区分订立合同时相对人是否善意分别认定合同效力：相对人善意的，法定代表人构成表见代表，担保合同对公司发生效力，公司承担担保责任；相对人非善意的，法定代表人不构成表见代表，担保合同对公司不发生效力，公司不承担担保责任。

Q&A 实务问题

Q:当法定代表人越权代表公司对外担保且相对人非善意，致使担保合同无效时，公司无需承担担保责任。但是，公司是否应当承担缔约过失赔偿责任？

A:《民法典》关于越权代表和表见代表的规定不同于无权代理和表见代理的规定，法定代表人越权代表不能参照《民法典》关于无权代理的规定而认定公司不承担责任。

如果公司存在过错，即便相对人明知法定代表人越权代表，公司也应当对合同无效给相对人造成的损失承担一定的赔偿责任，其性质属于缔约过失责任。公司的过

错主要表现为对法定代表人的选人监督过错，以及公章管理等方面的过错。赔偿责任的承担需结合主合同的效力以及公司和相对人的过错，参照适用《担保制度解释》第17条的规定。

《担保制度解释》第17条
主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：

①债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；

②担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；

③债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。

当主合同无效导致第三人提供的担保合同无效时，如担保人无过错，则不承担赔偿责任；如担保人有过错，则其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

Q:相对人明知决议系伪造或变造仍接受担保，公司能否免责？

A:此种情形下相对人不仅为非善意，甚至往往可以认定为与法定代表人恶意串通损害公司利益，在此种情形下公司可以免责。

Q:法定代表人越权代表，其个人是否承担责任？

A:在法定代表人越权代表的情形下，公司无论是因承担担保责任还是赔偿责任而受到损失，都有权在对外向相对人承担责任后，向法定代表人追偿。如公司没有提起诉讼，股东可依据《公司法》第151条请求法定代表人承担赔偿责任。

但是，当公司没有清偿能力导致债权人无法获得赔偿时，由于公司对法定代表人的求偿权尚未实际存在，故债权人不能针对法定代表人提起代位权诉讼。

四、相对人是否为善意的认定标准

如果法定代表人未超越代表权限，其代表行为有效，无需区分相对人是否善意的情形；如果法定代表人未经公司决议程序擅自对外提供担保，除非存在《担保制度解释》第8条中规定的例外情形，相对人均因未审查公司是否出具机关决议而构成非善意。因此，只有在法定代表人越权代表且可能构成表见代表的情形下，才需认定

相对人是否构成善意，进而得出担保合同是否有效、公司是否应当承担担保责任的结论。

根据《担保制度解释》第7条，相对人善意是指，相对人在订立担保合同时不知道且不当知道法定代表人超越权限。相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查，人民法院应当认定其构成善意，但是公司有证据证明相对人知道或者应当知道决议系伪造、变造的除外。

在《九民纪要》施行一年多后，《担保制度解释》第7条对审查义务的规定进行了调整，从“形式审查”变更为“合理审查”，增加了相对人的审查义务。

《担保制度解释》理解与适用中进一步明确了合理审查的基本要求，一是审查股东或董事的身份是否属实；二是审查在关联担保情况下，应当回避表决的股东是否参与了表决。与此同时还明确指出，形式审查与合理审查标准的区别，很大程度上在于是否审查了公司章程。未审查股东（大）会或董事会决议即签订担保合同的相对人，不属于善意相对人。

由此可见，对相对人善意的认定，关键在于其是否对公司章程和决议尽到合理审查义务。

另外，虽然《担保制度解释》的条文中未明确规定，但在其理解与适用中延续了《九民纪要》中的相关规定，即公司以机关决议系法定代表人伪造或者变造、决议程序违法、签章（名）不实、担保金额超过法定限额等事由主张相对人非善意的，人民法院一般不予支持，除非公司有证据证明相对人明知决议系伪造或变造。

Q&A 实务问题

Q:为确保担保有效，相对人在接受公司担保时有哪些注意事项？

A:与善意取得情况下推定受让人为善意有所区别，对相对人为善意的举证责任归属于相对人而非公司。因此，从审慎角度出发，建议相对人对公司决议和公司章程均进行审查，并至少尽到如下审查义务，以确保合理审查的标准能够满足：

1. 获取加盖公章的有效公司章程复印件（如条件允许，建议到登记机关调取公司备案登记的最新章程），依据公司章程审查公司股东、董事名单，并与国家企业信用信息公示系统网站上的登记信息验证。

2. 要求公司提供符合法律和公司章程规定的决策机关（即董事会或股东（大）会）同意公司对外担保的相关决议文件，注意对是否构成关联担保进行审查，区分非关联担保和关联担保情况下的不同要求。

3. 审查公司董事、股东的签章和表决情况是否与公司章程中的内容和规定一致。以一般理性人的注意标准衡量，就签章而言，不应与公司章程中的签章有肉眼可见的明显差异；就表决情况而言，同意决议的人数及其表决权、签字人员等应符合《公司法》和公司章程的规定，尤其注意在关联担保情况下，应当回避表决的股东是否参与了表决。在前述审查事项的基础上，建议进一步审查担保金额等担保基本情况是否违背公司章程中的相关规定。

4. 建议将获取的公司章程和决议文件等相关文件作为担保合同的附件，并在担保人加盖印章及骑缝章后，与主合同一并保管留存。

5. 在接受上市公司提供担保时，除上述事项外，还应注意确保上市公司已就担保事项予以公开披露，并对公告予以审查。

Q:法院对于公司对外担保案件的基本裁判思路是怎样的？

A:法院对于公司对外担保案件的基本裁判思路大致分为以下几个步骤：

1. 审查是否有公司决议。如无决议且并非无须决议的例外情形，原则上构成越权担保；如有决议则需审查是否为适格决议。

2. 审查是否为适格决议。公司提供非关联担保时，依据章程规定确定决议是否适格；公司提供关联担保时，适格决议必须系由股东（大）会作出，经适格决议的担保行为对公司发生效力，否则构成越权担保。

3. 审查相对人是否善意。对于越权担保，如相对人为善意，则构成表见代表，担保行为对公司发生效力；如相对人为非善意，则担保行为对公司不发生效力。

4. 根据担保行为的效力确定公司的责任。对公司发生效力的，公司承担担保责任；反之，公司不承担担保责任，但仍需承担缔约过失责任。

五、上市公司、一人公司、分支机构对外担保的特殊规定

（一）上市公司对外担保的效力与责任^[1]

上市公司属于公众公司，涉及到众多中小投资者利益。我国法律为保护投资者的利益，明确规定境内上市公司有信息披露的义务，其中担保事项是必须披露的内容。如果相对人没有根据上市公司公开披露的信息订立担保合同，会损害广大股民的权利。因此，上市公司公开披露的信息对其对外担保的效力与责任而言至关重要。

上市公司和非上市公司对外担保的合同效力认定和法律责任有所不同。一方面，上市公司对外担保不仅须依据《公司法》第16条由董事会或股东大会决议，还要对决议公开披露；但如果相对人仅依据披露的信息与上市公司签订担保合同，法院也会认定担保合同有效，上市公司应承担担保责任。另一方面，即使上市公司已根据《公司法》第16条由董事会或股东大会对担保事项进行决议，但如果相对人不是根据上市公司公开披露的对外担保的信息签订担保合同，担保合同对上市公司不发生效力，此时上市公司既不承担担保责任，也不承担其他赔偿责任。

根据《九民纪要》中的规定，上市公司和非上市公司在担保合同无效时的责任并无不同，而《担保制度解释》对此问题进行了修改完善，明确了上市公司在担保合同对其不发生效力的情况下，不承担任何责任。鉴于《担保制度解释》的前述规定不具溯及力，在2021年1月1日《民法典》施行前与上市公司订立的担保合同被认定无效的，上市公司应当视情况承担不超过二分之一或者三分之一的民事责任；在2021年1月1日《民法典》施行之后与上市公司订立的担保合同被认定对上市公司不发生效力的，上市公司不承担任何民事责任。

对相对人而言，在与上市公司进行担保相关安排时应当更加谨慎。建议考虑将上市公司公开披露担保决议作为主合同的生效条件，或等待上市公司公告后再签订相关交易合同。

关于上市公司对外担保的上述规定规则的适用主体范围，除境内上市公司外，根据《担保制度解释》第9条第三款的规定，还包括以下两类公司：

1. 上市公司已公开披露的控股子公司

上市公司控股子公司系指，上市公司持有其50%以上股份，或者能够决定其董事会半数以上成员组成，或者通过协议或其他安排能够实际控制的公司。

关于公开披露的问题，上市公司通常会在年度报告中披露其子公司的范围，此后可能通过临时公告的形式披露通过并购、新设方式新增的子公司，但并非无论投资金额大小均全部披露。相对人可通过检索上市公司的公告确认担保人是否属于上市公司公开披露的控股子公司。

2. 股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司

目前国务院批准的其他全国性证券交易场所仅有全国中小企业股份转让系统，换言之，目前新三板上市公司对外担保也适用上述关于上市公司对外担保的规定和规则。

Q&A 实务问题

Q: 相对人对上市公司担保公告的审查标准是什么？

A: 相对人需审查的最主要内容包括：

1. 该担保事项是否已经董事会或股东大会决议通过；
2. 核实被担保人（即主债务人）是否与预期一致；
3. 核实上市公司为主债务人担保的金额。

（相对人无需审查上市公司章程。）

（二）一人有限责任公司对外担保的效力与责任

一人有限责任公司（下称一人公司）是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。因一人在治理结构和决策机制上具有特殊性（即不设董事会和股东会等决策机关），故此类公司的股东可以全权决定公司的对外担保事宜，公司或股东以违反决议程序而主张不承担责任显然不符合常理。因此，一人公司为股东提供担保时无须公司决议。

另外，结合《公司法》第63条，如果一人有限责任公司提供担保时的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产，在公司因承担担保责任导致无法清偿其他债务的情况下，其他债权人可以请求该股东承担连带责任。

值得注意的是，一人公司为股东提供担保导致无法清偿其他债务的这一事实本身即是公司人格与股东人格混同的重要证据，在此情形下股东自然无法再举证明公司财产独立于股东个人财产。

Q&A 实务问题

Q:对于实质上的一人公司，是否也适用《担保制度解释》第10条？

A:实践中存在“实质上的一人公司”，即其他股东仅为“挂名”股东。在公司股东的持股比例过于悬殊，不仅存在一个对公司处于绝对控股地位的股东，而且股东之间还存在近亲属关系的情况下，如果被担保的债权人有权证明其他股东从未参与过公司的经营和管理，那么此时可以推定公司构成实质的一人公司。接下来再将举证责任分配给一人公司，由公司承担证明其不是实质一人公司的举证责任。

（三）公司分支机构对外担保的效力与责任

公司的分支机构虽然不是独立的民事主体，但可以自己的名义从事民事活动，后果则由公司承担。因此，除属于无须公司决议的金融机构开立保函和担保公司提供担保的情形外，既然公司对外提供担保原则上须有公司决议，那么公司的分支机构对外提供担保也应如此。

关于金融机构开立保函和担保公司提供担保的业务，虽然公司及其分支机构开立保函或提供担保均无须公司决议，但考虑到担保行为的高风险性，仍有必要规定金融机构的分支机构在提供担保时须取得金融机构的授权。对于标准化的保函业务，金融机构的分支机构可以在其营业执照记载的经营范围内根据金融机构的概括授权开展业务，也可以经有权从事担保业务的上级机构个别授权开展业务；但若提供保函之外的个别担保，则应取得金融机构（如商业银行总行）的个别授权。担保公司的分支机构提供担保，均须取得公司的个别授权。

此处所称的个别授权，无需经过董事会或股东大会以公司名义出具决议，而是可由法定代表人代表公司进行授权。

在上述规定的基础上，当相对人为善意时，基于相对人的请求，公司或其分支机构应当承担担保责任；当相对人非善意时，公司的责任参照《担保制度解释》第17条处理。

六、结语

为在商事活动中维护自身利益和控制商业风险，无论是提供对外担保的公司及其股东，还是被担保方或债权人，均需对公司对外担保制度具备足够的理解认识。

本文的前述内容基本涵盖了当前我国民法典担保制度中就公司对外担保事宜的各项规定与规则。由于《民法典》和《担保制度解释》的施行时间较短，目前尚未有相关指导性案例或公报案例。最高院将形成怎样的具体裁判思路，作者将继续关注。

参考法条：

1.《公司法》第16条

【非关联担保】公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

【关联担保】公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。

前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

2.《担保制度解释》第8条

有下列情形之一的，公司以其未依照公司法关于公司对外担保的规定作出决议为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持：

（一）金融机构开立保函或者担保公司提供担保；

（二）公司为其全资子公司开展经营活动提供担保；

（三）担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意。

上市公司对外提供担保，不适用前款第二项、第三项的规定。

3.《担保制度解释》第17条

主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：

①债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的二分之一；

②担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；

③债权人有过错而担保人无过错的，担保人不承担赔偿责任。

当主合同无效导致第三人提供的担保合同无效时，如担保人无过错，则不承担赔偿责任；如担保人有过错，则其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。

4.《担保制度解释》第9条

相对人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，相对人主张担保合同对上市公司发生效力，并由上市公司承担担保责任的，人民法院应予支持。

相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。

相对人与上市公司已公开披露的控股子公司订立的担保合同，或者相对人与股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司订立的担保合同，适用前款规定。

5.《担保制度解释》第10条

一人有限责任公司为其股东提供担保，公司以违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持。公司因承担担保责任导致无法清偿其他债务，提供担保时的股东不能证明公司财产独立于自己的财产，其他债权人请求该股东承担连带责任的，人民法院应予支持。

6.《担保制度解释》第11条

公司的分支机构未经公司股东（大）会或者董事会决议以自己的名义对外提供担保，相对人请求公司或者其分支机构承担担保责任的，人民法院不予支持，但是相对人不知道且不应当知道分支机构对外提供担保未经公司决议程序的除外。

金融机构的分支机构在其营业执照记载的经营范围内开立保函，或者经有权从事担保业务的上级机构授权开立保函，金融机构或者其分支机构以违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持。金融机构的分支机构未经金融机构授权提供保函之外的担保，金融机构或者其分支机构主张不承担担保责任的，人民法院应予支持，但是相对人不知道且不应当知道分支机构对外提供担保未经金融机构授权的除外。

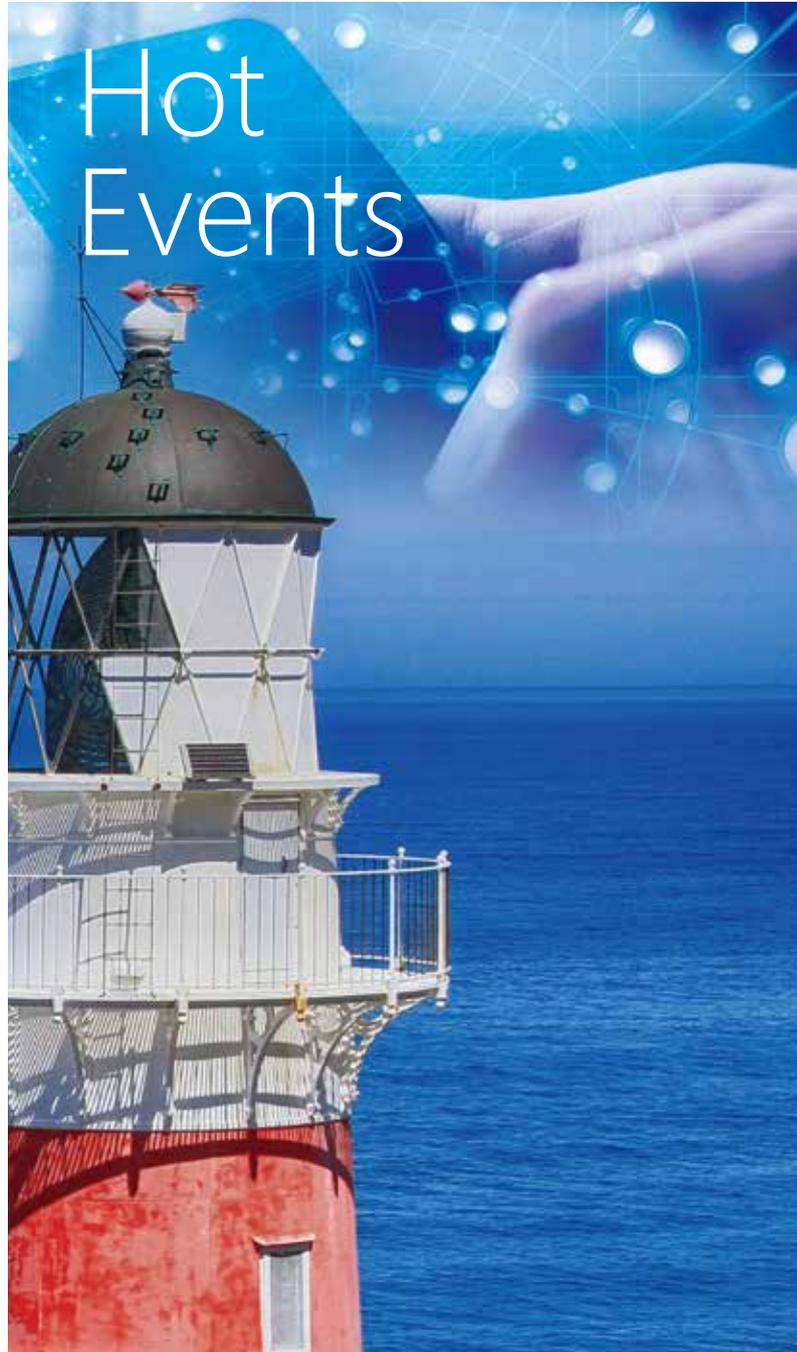
担保公司的分支机构未经担保公司授权对外提供担保，担保公司或者其分支机构主张不承担担保责任的，人民法院应予支持，但是相对人不知道且不应当知道分支机构对外提供担保未经担保公司授权的除外。

公司的分支机构对外提供担保，相对人非善意，请求公司承担赔偿责任的，参照本解释第十七条的有关规定处理。

注释：

[1] 本文所述上市公司系指境内上市公司。境内注册、境内上市公司适用《担保制度解释》；境外注册、境外上市公司不适用。关于境内注册且仅在境外上市的公司和境内注册且同时在境内外上市的公司是否适用《担保制度解释》，有待最高院的进一步研究与明确。

热点
事件



DYROS轮货物受损出口商对策简析

WINCON
LEGAL
INSIGHT



尤鹏飞

主要从事国际贸易领域、海事海商、公司法务、纠纷解决、房地产等领域的法律服务，在海上货物运输、提单、海损事故赔偿、集装箱码头合资项目、船舶建造和修理、租船、货运代理、房地产开发和工程建设等业务领域具有丰富的实践经验。



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。

2022年3月25日，马士基租用的DYROS轮在从深圳盐田港驶往美国西雅图途中遭遇恶劣天气，导致发生集装箱倒塌事故。部分集装箱落水，其他集装箱内的货物也可能遭受了不同程度的损失。

根据马士基公司网站的船期表显示，该轮曾于近日停靠青岛港、上海港及深圳盐田港，船上装载了大量自中国出口美国的商品。事故发生后，我们也接到了部分中国出口商的咨询。为了帮助广大中国出口商更好地应对此次事故，尽最大程度挽回损失，我们提出以下建议，供各位读者参考。

一、及时与货代公司、船公司及收货人沟通，了解事故详情，尽可能确认船舶和货物状态，为下一步工作做好准备。

由于马士基公司尚未公开发布事故的相关信息，因此各出口商只能通过货代公司了解后续货物和船舶的安排。目前从船讯网可以查到该轮已经变更了目的港，新的目的港是墨西哥的LAZARO CARDENAS港。如果该轮最终确实驶往墨西哥，那么即便货物没有受到事故的直接影响，恐怕短时间内也无法到达原定目的港。各位出口商应当尽快与出口货代公司或船公司直接联系。虽然现在立刻要确认货物的实际情况不太现实，但至少可以确认该轮的最终目的地是否就是LAZARO CARDENAS港。

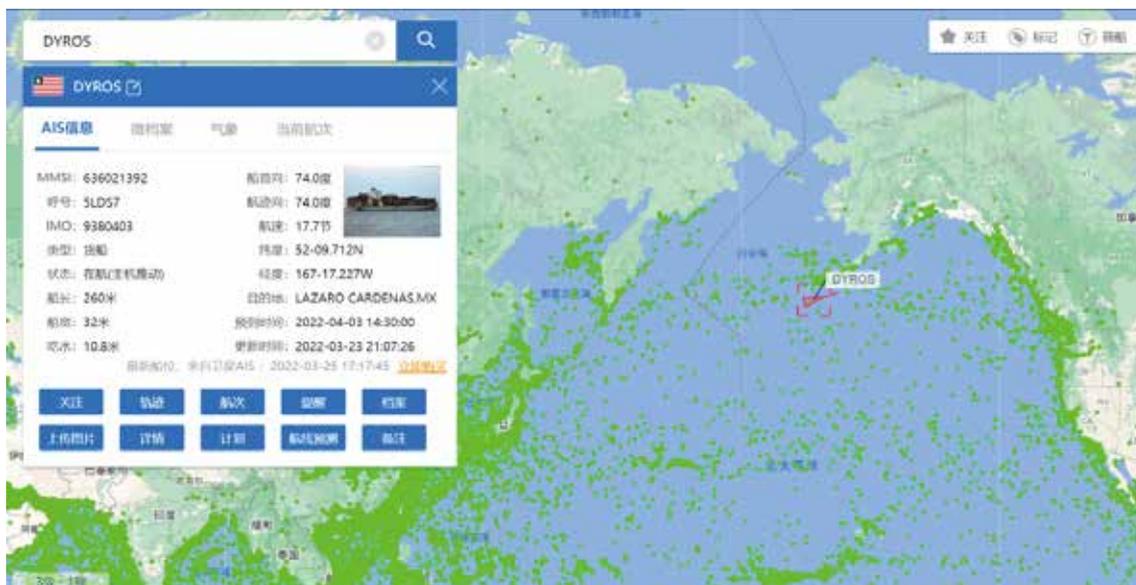
另外，需要注意的是，虽然DYROS轮系马士基公司租用，但该轮实际有多家船公司共舱，包括MAERSK（马士基）、HAMBURG SUD（汉堡南美）、ALIANA、MCC、SEAGO等。因此出口商不能仅仅考虑出运的货物的提单是否是马士基出具的来判断自己出运的货物是否可能受损，而是要核对提单上载明的船名航次是否是DYROS/209N。如果提单上载明的船名航次就是DYROS/209N，那么就意味着该批货物可能已经被涉及，出口商应当立即采取行动与相关货代公司或船公司确认。

二、在确定货物情况或船舶目的港后，立即安排检验机构准备在货物卸船后第一时间进行检验。

在确定货物情况或船舶目的港后，出口商应当立即准备安排货物检验。由于事故对货物的影响不明确，即使集装箱未曾落水也不能确保货物未曾受损（例如集装箱倒塌导致的货物移动碰撞、集装箱破损导致的漏水等）。而如果货物确实受损，后续与收货人沟通、向承运人或保险公司等相关方索赔都有赖于对货物实际损失情况的准确把握。因此，出口商应当立即提前安排检验公司在目的港进行检验，确认货物的情况。

对于只能清关提货后再安排检验的货物，出口商也应当提前与收货人妥善沟通，确保货物能够及时检验。否则，一旦出口商拒绝提取货物，到时候不仅货物检验无法完成，而且还可能引发目的港无人提货造成箱费的承担等一些列后续问题。

在做检验时，要特别注意要求检验公司对货物损坏的原因做出判断。我们代理的一些货损索赔的案件中，往往会遇到检验机构仅对损坏情况做出认定，而不认定货损原因的情况。这样的检验报告在后续的索赔中可能作用不大，因此我们建议要委托检验时，对货损原因要明确要求检验公司尽可能予以确定。



DYROS轮的目的港变更为墨西哥的LAZARO CARDENAS港

三、在能够证明货损系由于某些特定原因造成的情况下，出口商或收货人可以向船公司索赔。

根据目前所掌握的消息，本次事故似乎是因为遭遇极端天气而造成的。了解海商法的读者都知道，根据海商法第五十一条的规定，因为天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故造成的损失，承运人无需承担赔偿责任。因此，一般而言船公司无需对本次事故造成的货物损失承担赔偿责任。

但也有例外，在某些特定情况下也不是不能向船公司索赔并成功获赔的。例如，如果能够证明货损并非由此次极端天气引起，而是因为船舶不适航或不适货的原因造成的，那么就不能免除船公司的赔偿责任了。我们曾经代理过的一个案件中，承运船舶发生搁浅后海水进入船舱，导致货物浸水发生损失。从表面来看船公司也可以主张免责，但我们通过搜集证据最终证明，受损货物所在的船舱在开航时并不水密，导致其他舱内的水进入该船舱，进而导致了货损。法院最终也以船舶不适航不适货为理由，判决船公司承担赔偿责任。

查明货物受损原因，才能更好地判断船公司究竟是否应当承担赔偿责任。这也是上文我们建议广大出口商或收货人在安排检验时要注意指示检验公司对货物损坏原因进行判断的原因。当然，究竟是否应当向船公司索赔，还需要结合后续船公司发布的公告、相关部门发布的海事报告等材料综合判断。

四、投保了海上货物运输保险的被保险人应根据保险合同的约定尽快搜集、整理相关理赔资料，向保险公司申请理赔。

除了向船公司索赔，还有部分货物的发货人可能还投保了海上货物运输保险。对于该部分货主，应当立即向保险公司告知货物可能受损，并尽快搜集相关的证据材料，尤其是证明货物已经实际损毁以及货物价值的材料。

如果保险公司提出将会对货物单独进行检验，需要注意千万不要放弃自行检验。保险公司通常会委托其在

相应港口的合作伙伴到场勘察检验，这样的检验从立场上来说很难保证其中立性和客观性。为了确保检验结果的客观、准确，方便后续的理赔，我们还是建议出口商或收货人自行安排检验公司进行检验。

需要注意的是，如果投保人投保的是“平安险”，那么如果货物仅是部分受损，保险公司可能是不会理赔的。一般来说，如果货损系因为自然灾害原因造成的，“平安险”仅赔偿由此造成的整批货物的全损或推定全损，对于部分损坏是不赔的。而如果投保的是“水渍险”或“一切险”则没有这个问题，这两种保险对于自然灾害引起的货物部分损坏也是赔偿的。

另一方面，由于此次事故事发突然，而且又发生在远离中国的陌生海域，出口商对于后续的处理工作能够直接介入的方面也不多，因此所提供的材料不一定能够满足保险公司的要求。在此情况下，需要审查保险公司的要求是否合理。对于未在保险合同中约定的材料，被保险人是没有义务提供的。

总而言之，对于已经投保的出口商来说，要尽快开始准备保险理赔的相关事宜，不要被动等待，才能在最大程度上挽回损失。

五、投保了出口信用保险的被保险人，如果收货人以货物损毁、灭失为由拒绝付款的，可以尽快向出口信用保险公司申请理赔。

除了常见的向保险公司申请理赔海上货物运输保险外，部分出口商还有另外一种途径可以挽回损失，即申请出口信用保险理赔。部分出口商在出口之前会向出口信用保险公司投保出口信用保险，而出口信用保险的作用就在于担保在出口商妥善履行买卖合同的情况下收货人及时足额支付货款。一旦买方拒绝支付货款，卖方就可以向出口信用保险公司申请理赔，由保险公司在相应额度内予以理赔。

在本次事故中，如果出口商投保了出口信用保险，那么一般来说，在满足下列条件的情况下，出口商就可以向出口信用保险公司申请理赔：

- ◆ 出口商与收货人之间的贸易合同已经成立且合法有效;
- ◆ 出口商已经妥善履行了将货物交付给承运人的义务;
- ◆ 出口商与收货人之间就货物数量、质量等问题不存在争议;
- ◆ 出口商提供满足理赔要求的相关材料。

当然，上述条件仅是一般情况，并不代表所有的理赔都能获得批准。概括来说，出口信用保险理赔的基本原则就是要判断买方在合同项下的付款条件是否已经成就。例如，合同约定买方应当在开船后15日付款，那么一旦卖方将货物在合同约定的期限内交付运输，船舶开航后15日期满时付款条件就已经成就。如果买方拒绝付款，一般来说就符合出口信用保险的理赔标准了。

另一种情况是如果买卖合同对于货物的交付和付款条件约定的不明确，那就可能需要结合合同的具体条款来分析付款条件的成就与否了。例如，虽然合同没有约定如何交付，但合同中明确约定了“FOB青岛”，那么出口商在青岛将货物交付承运人运输后，应当视为出口商已经妥善履行了相关义务。

但如果没有约定交付条款，而是在合同中约定了特定的贸易术语，那么有可能被认定为出口商没有完成交付，进而导致无法向买方索赔货款，也无法向出口信用保险公司申请理赔。例如如果买卖合同约定使用INCOTERMS2010版本的DAT或DAP的贸易术语（或者INCOTERMS2000版本的D组中的部分贸易术语），那么卖方的交付应当在目的港完成。在本次事故中，如果合同约定了DAT或DAP条款，而货物又发生了毁损就会被视为卖方未能履行交货义务，买方以此抗辩无需付款，出口信用保险公司也就可能拒绝理赔。

因此，如果出口商投保了出口信用保险，我们建议立刻审查合同条款。如果合同条款约定出口商将货物交付船公司运输即视为完成交付，且买方付款条件已经成就的，出口商就应该开始准备申请理赔，以期能够最大限度地减少损失。

综上所述，我们建议近期有通过DYROS轮出运货物的出口商应当立刻与货代公司或船公司沟通确认货物和

船舶状态，并开始就后续可能发生的索赔做好准备。本文旨在为各位出口商应对本次事故提供基本的意见，仅供参考。最终各位出口商的应对策略还需要结合货物的实际情况以及出口买卖合同、提单等相关文件资料的内容综合考虑。

从系列头部主播被罚看“税务筹划”合规性

WINCON
LEGAL
INSIGHT



李凤凡

深耕婚姻家庭与财富传承法律服务，多年从事民商事诉讼/仲裁、公司商事、常年合规等法律业务。曾代理数百起婚姻家庭、继承、公司、合同纠纷诉讼案件和相关非诉讼项目；担任多家银行、保险公司、信托公司专项法律顾问。



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。

近段时间以来，薇娅、雪梨、林珊珊等头部主播因偷税漏税被罚一直占据各大热搜榜首，引起了电商行业的震动，特别是“直播一姐”薇娅被处以13.14亿巨额罚款，更是刷新了我国个人因税被罚的新记录，可谓是“前无古人”。

前些年，直播行业处于野蛮生长状态，不少主播赚取了不菲的收入，同时没有依法缴纳税款，通过灰色地带或不法的方式实现了个人的“财富最大化”。特别是新冠疫情以来，随着人们生活方式的改变，电商的便捷性更推动了直播的快速发展，以薇娅、雪梨为代表的头部主播得益于时代和个人的努力，取得了巨大的成功。

由于税务意识的淡薄，部分主播在收入指数上升时，并未绷紧“纳税”这根弦，甚至存在个别主播，虽然意识到了税收的必要性，但是非但没有依法申报缴纳，反而高薪聘请所谓的“专业税务团队”进行“税务筹划”，正如薇娅丈夫董海峰《致歉信》中所述，“后续发现这些所谓的合法合规的税务统筹均存在问题”，一时间，“税务筹划”成为一个偷税漏税的代名词，影响了人们对“税务筹划”的理解。本文通过分析主播行业常见的纳税形式及错误打开方式，旨在厘清税务筹划的合规性。

一、主播的工作模式及纳税种类

以直播行业为例，依据工作模式的不同，需要缴纳的税种及税率也存在差异。对于大多数中小主播而言，由于其自身的流量有限，大多需要与MCN (Multi-channel Networks) 机构合作，即所谓的“经纪公司”，MCN机制起源于国外，原是依托于Youtube平台机制而创作出的商业模式，MCN通过与平台合作，为签约网红提供推广营销、流量变现等多种商业化服务，并收取相应的收入分成。主播与MCN机构合作的方式包括直接入职MCN公司，作为公司员工提供服务或者双方签订合作协议，由主播提供相应的劳务获得劳务报酬。

而对于头部主播而言，由于其自身的网红效应，大多不再需要借助MCN的孵化和培养，而是选择自己“单干”，具体的形式包括自己直接与平台签订合作协议，或者自己成立个体户、个人独资企业等，提供直播服务。

二、各种模式的税负比较

1. 设立公司

如果主播自己成立公司，主播作为员工取得的收入性质为工资、薪金，其收入每月预扣预缴，年底进行汇算清缴，按照3%-45%的税率缴纳个人所得税，同时作为公司的股东，取得的股息、分红，还需要就该部分按照20%的税率缴纳个人所得税。

对于公司而言，每年的收入扣除成本费用后的所得额应按照25%的税率缴纳企业所得税；对于从业人数不超过300人、年应纳税所得额不超过300万、资产总额不超过5000万的小微企业，则可以减按20%的税率享受税收优惠，同时对于2021年1月1日至2022年12月31日期间，小微企业应纳税所得额不超过100万元的部分，减按12.5%计入应纳税所得额。

由上可以看出，通过设立公司的方式，主播存在投资人和员工的双重身份，个人需要依法按照工资薪金和股息、红利所得缴纳个人所得税，而公司需要缴纳企业所得税，以某主播作为投资人参与设立公司为例，假设公司扣除成本后的收入额为1000万，按照25%的税率，应交250万企业所得税，如果公司将500万进行分红，则主播需要缴纳 $500 \times 20\% = 100$ 万股息、红利个人所得税，如果公司每月给主播发放5万元工资，则其还需缴纳 $(5 \times 12 - 5) \times 30\% - 5.292 = 11.208$ 万元工资薪金个人所得税。以上合计需要缴纳361.208万税款。

采用该种模式，优势是公司可以对过程中的成本费

用进行依法扣除，同时可以前期的亏损进行弥补，在补亏之后再行进行分红，还可以开具发票，解决了开票难的问题，但是弊端在于存在公司、个人双重税收，相对而言税负较重。

2. 以个人名义提供劳务

如果主播选择直接与平台签订合作协议，为平台提供直播服务，则主播与平台之间不存在雇佣关系，主播收入性质为劳务报酬，由平台进行代扣代缴，前期按照20%-40%的税率预缴，年底按照个人所得3%-45%的七级超额累进税率进行汇算清缴。

在该模式下，优势是结构较为简单，“不存在中间商赚差价”，主播个人实际获得的收入也较高，同时无须进行工商注册，但是弊端在于由于是个人直接提供劳务，不存在先补亏后分红的可能性，也不存在采取核定征收适用较低税率的可能性，而且无法由个人开具发票，只能申请税务机关代开，相对而言程序复杂。

因此，考虑到上述弊端，该种方式在实践中应用的并不多，以某主播以个人名义提供劳务为例，假设一年取得1000万的收入，在没有其他收入来源及扣除的情况下，该主播需要缴纳的个税为 $(1000 \times 80\% - 6) \times 45\% - 18.192 = 339.108$ 万元。

3. 设立个人独资企业

如果主播设立个人独资企业，则投资者个人为纳税人，无须再缴纳企业所得税，相较而言，只存在一道税负。个人独资企业采取查账征收和核定征收两种方式征税，正常情况下优先适用查账征收，将企业每一纳税年度的收入总额减除成本、费用、损失后的余额为应纳税所得额，采用经营所得5%-35%的五级超额累进税率计算税额；而核定征收一般针对账目不正规或不齐全的企业，根据行业核定征收率，大部分行业介于10%-30%之间，但是实践中经常由于管理的不规范，部分主播利用制度漏洞，本该采取查账征收而采取了核定征收。

采用该种方式，优势在于个人独资企业仅对投资者个人征税，如果采用查账征收的方式，可以将成本费用等进行扣除，如果采用核定征收，则核定征收率相对较低，同时也可以解决开具发票的问题，弊端在于投资者个人须与企业对外债务承担对外无限连带责任，增加了个人的风险。

由于个人独资企业的较大优势，实践中该方式成为很大一部分主播着重采取的方式。以某主播为例，假设

该主播成立一家个人独资企业，一年收入同样是1000万，如果核定征收率按10%计算，则需要缴纳的个税为 $1000 \times 10\% \times 35\% - 6.55 = 28.45$ 万元。由此可以看出，相较于个人直接提供劳务方式，采用设立个人独资企业方式税款大幅降低，这也是实践中部分主播选择提供个人独资企业提供劳务的原因之一。

4. 利用税收洼地设立个体户

实践中，经常存在个别地区为招商引资而采用提供较低的税率或税收返还的形式，即所谓的税收洼地。通过设立个体户，主播将个人提供劳务的劳务所得转化为个体户的经营所得，同时利用较低的税率来实现降低税负的目的，前段时间经常出现的“灵活用工平台避税”，即大多采用该种方式。

以某税收洼地区为例，在该地区申请注册一家个体工商户，如果申请核定征收的方式，个税核定税率为0.6%，同样是一年1000万的收入，其应缴税额为 $1000 \times 0.6\% \times 10\% = 0.6$ 万，且有税务局出示的核定征收通知书，还可以开具发票，解决了开票难的问题，因此，该方式也成为实践中部分主播经常采用的方式之一。该方式的弊端同样在于个人须与个体户对外债务承担无限连带责任。

三、“税务筹划”的错误打开方式

通过系列头部主播的处罚通报可知，大部分主播被罚的根本原因是事后采取虚构合同交易、转移报酬收入的方式进行所谓的“税务筹划”。由于没有提前进行筹划，偷税漏税的行为已经成为既定事实，在此情况下，再专业的“税务筹划团队”在合法合理避税上也回天乏力，此时可以做的只能是依法补缴税款，而非错上加错，再通过虚构业务等非法方式达到“偷税”目的。

真实性是所有税收安排最根本的要求，在未来的大数据面前，再采取类似“掩耳盗铃”的措施，无异于“自取灭亡”。因此，对于主播来说，事前“野蛮生长”，事后“亡羊补牢”的方式根本起不到“税务筹划”的作用，也不是真正意义上的“税务筹划”，对于既定的纳税事实不存在筹划的空间，建议在相关事实已经发生的情况下，依法补缴税款，避免给自己带来更大的损失。

四、“税务筹划”的合规性思考

严格来说，税务筹划并非一个法律概念，其提出的目的主要是对不同的税收选择进行系统分析，进而

构想或执行不同的策略，寻求减少应纳税额，进而实现税收责任最小化的目的。税务筹划的操作原理是根据税收法律规定、国家税收政策合法合规避税，且实践中，经过专业的税务人员指导，确实可以做到让企业或个人依法少缴税款的目的，比如税法规定，个人独资企业无需缴纳企业所得税，聘用残疾人可以少缴企业所得税，接受继续教育可以少缴个人所得税等等。

如前所言，税务筹划的前提是预判，即应税行为没有发生，由专业团队提前介入“未雨绸缪”，利用国家税收的优惠政策，依法申报享受减税、免税政策，综合对税收进行对比，通过合法合理的方式，在不违反国家税收法律的前提下实现个人合理避税的目的。但是税务筹划绝不等于帮助偷税漏税，两者之间存在严格的界限，以偷税漏税为目的的所谓“税务筹划”已经突破了合规性，处于违法违规的境地。

由于税法规定不同的应税行为对应着不同的税率，实践中存在着一定的空间进行合法合理的避税，此时，应根据个人的实际情况，由专业的税务团队进行跟踪介入，在应税行为没有发生前，进行合法合理避税，同时防范税收的风险，特别是刑事入罪风险，这才是“税务筹划”的正确打开方式，也是其“合规性”应有之义。

五、结语

近期，随着头部主播的陆续被罚，北京、上海等多地税务局也发布通知，要求明星艺人和网络主播抓紧自查自纠，尽快补缴税款，此时，税务筹划再次被推上风口浪尖，部分人由之前“无条件信任、膜拜”转变为“一边倒的斥责、批评”，其实，税务筹划仅仅起到一个工具的作用，在不违反国家税收法律的前提下，实现个人合法合理避税的目的，我们对其应合理看待，既不能盲目信任，也不能全盘否定，更无须将其视为“骗人的把戏”。

对于今年的涉税相关行业来说，较为重要的关键词是“共同富裕”，国家领导人也多次在重要场合提到“共同富裕”，相信“共同富裕”绝不仅仅是个口号。在“共同富裕”的价值导向下，国家加大了对直播等收入较高行业违法违规的查处力度，这也将是一个不可逆的征管趋势。

对于依靠国家的政策红利率先实现富裕的个人，应当树立对税收法律的敬畏之心，以身作则依法纳税，对社会进行回馈，同时对于在不违反国家税收法律的前提下进行合理避税，我们也应该用更宽容的眼光看待，通过合理的税务筹划，在真正专业团队的指导下，实现国家利益和个人利益的双赢。

专业
研究



律师在城市更新中的站位和作为

WINCON
LEGAL
INSIGHT



殷启峰

业务专长：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、淄博、石家庄仲裁委仲裁员，山东大学、中国海洋大学、青岛大学、青岛科技大学等高校实务导师。

一、何为城市更新

1、“城市更新”大背景

随着经济全球化进程的加深，我们面临百年未有之大变局。以前，我们拥有的更多的是产业资本，吸引了大量国外金融资本进入；现在，我们积累大量金融资本后需要走出去，而在走出去的过程中，我们与其他国家的金融资本产生了竞争，甚至是挑战。

青岛市城市更新工作得到了青岛市委、市政府的高度关注。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》。3月8日，成立中国（山东）自由贸易试验区青岛片区城市更新和重点低效片区开发建设指挥部。

为助力三年攻坚工作的顺利开展，文康律师积极担当、主动作为，成立了文康城市更新课题组，围绕城市更新进行了专题研究，并将陆续发表系列文章。本文为系列文章第一篇，根据文康律师事务所创始合伙人、监事会主席殷启峰律师在3月25日所做的“律师在城市更新中的站位和作为”主题分享整理而成。

殷启峰律师在对城市更新的相关政策材料、背景材料进行研究后，作为知识的“搬运工”，从以下三个方面与大家分享学习体悟：何为城市更新、城市更新中的法律服务市场、律师应如何服务城市更新。

目前，美国主导的全球经济收缩，通过美元加息、地区战争等手段，将全球资金往美国汇集。中国经济增长到了关键的十字路口，拉动经济增长的“三驾马车”中，出口疲软、消费乏力，需要投资拉动。就投资而言，乡村振兴投资与城市建设投资都是重要板块，其中，城市建设又包括城市更新和市政建设等相关内容。

2、城市更新的范畴

2020年底，住建部王蒙徽部长发表署名文章《实施城市更新行动》，指出“实施城市更新行动，总体目标是建设宜居城市、绿色城市、韧性城市、智慧城市、人文城市。”我理解，产业也是城市建设中的应有之意。

2021年8月，住建部下发《关于在实施城市更新行动中防止大拆大建问题的通知》，明确划定了“2255”底线，即城市更新单元（片区）拆除建筑面积不应大于现状总建筑面积的20%；城市更新单元（片区）拆建比不应大于2；城市更新单元（片区）居民就地、就近安置率应不低于50%；城市住房租金年度涨幅不超过5%。

十四五规划中特别指出了以人为核心的新型城镇化战略。

3、城市更新的三个关键要素

◆ 关键要素一：产权

城市更新对象的原有产权及产权人在确定时，较为复杂。产权分为土地权利与建筑权利，两者理论上应当是一致的，但实践中尚有冲突，如产权有单一权利与复合权利；老旧小区改造中的设施用地有的属于居民共有，有的属于市政所有。

在实践中，面对不同主体的权利，需要综合考量平衡，尚存争议的产权，也需要在城市更新建设中一体考虑，统筹安排。

◆ 关键要素二：用途

土地用途调整涉及到规划调整，手续较为复杂。规划本身要求一张蓝图绘到底，具有一定的稳定性规范性。而我们在对部分低效利用土地进行再开发时，往往会调整土地用途，如将工业用地调整为办公用地、文创用地等。目前，我们已开始采用部分创新方式调整土地用途，比如对于部分用地的规划保持一定的弹性，允许一定条件下的工业、办公、商业之间有适当的转换机制，并在转换期间给予一定的优惠。

◆ 关键要素三：容量

对于房屋来说，容积率是非常重要的指标。政府为提升社会资本参与动力，对参与公益设施建设的社会资本会奖励一定的容积率。当然，容积率并非越高越好，还需要考虑建设维护成本、施工技术要求等其他因素。但总体来讲，容积率越高，投资收益相对更高一些。对于城市更新而言，是否应设置容积率上

限、应如何调整容积率、容积率收益如何分配，也是应当着重关注的问题。

4、城市更新中的多元角色

◆ 角色一：政府端

政府在城市更新中至少有三重角色，即行动的推动者、资源的统筹者以及纠纷的裁决者。经过本次疫情防控也充分彰显了体制的优越性，在政府的推动下攻坚行动一定会取得突破性进展。

◆ 角色二：市场主体端

当下，城市更新的市场主体定位为市、区两级的平台公司，由其负责投资、运营、管理。同时，鼓励国企、央企进入。一方面因为目前城市更新强调“留、改、拆”并存，应留尽留，资金回笼周期长，民营资本不愿进入；另一方面因为国企、央企更具社会责任感，且更容易取得政策性贷款等长期资金支持。

◆ 角色三：村集体端

村集体是原权利主体，城市更新要求就近安置率不低于50%，国家前期出台的集体土地入市也是为了保护集体组织的利益。

◆ 角色四：金融机构端

不同资本的偏好不同，国企、央企、险资、国外游资的偏好均不同。为推进攻坚行动，政府将通过金融机构发放大量专项债，金融机构端需要考虑不同的主体特点、项目特点，有针对性地给予支持。

5、深圳视角下城市更新趋势

研究机构以深圳为视角梳理了城市更新的九大趋势：第一，城市更新未来以高质量发展为导向，从数量向质量转变。第二，未来城市更新运作模式将由开发转向经营，精细化经营日益重要。第三，城市更新呈现出国企央企补位，国民协同共进新趋势。第四，城市更新与土地整备利益统筹，未来将以大范围的连片改造助力重点片区整体升级。第五，未来城市更新将呈现更新+产业、+历史文化、+基建等多元组合联动发展模式。第六，二次房改时代下城市更新成为加大居住空间供应的主要方式之一。第七，土地整备利益统筹将成为宅地和产业空间的重要来源。第八，棚改或将转型，深圳旧住宅小区改造路径探索新模式。第九，更新条例时代下的配套细则相继出台，行政征收力破拆迁难。

深圳在城市更新方面走在前列，有很多经验值得借鉴。

6、青岛已经吹响城市更新的号角

青岛市委、市政府公布的《青岛市城市更新和城市建设三年攻坚行动方案》提到了六个原则、四个导向、七个统筹和八项攻坚任务。

◆ 六个原则包括：突出规划统筹，有序实施；突出策划引领，多元导向；突出重点带动，整体提升；突出新发展理念，系统推进；突出政府引导，市场运作；突出公众参与，形成共识。

◆ 四个导向包括：问题导向、需求导向、目标导向、效果导向。

◆ 七个统筹包括：统筹实现土地的集约利用、特色风貌传承、产业空间拓展、城市功能完善、交通安全畅通、生态环境优美、人居环境提升。

◆ 八项攻坚任务包括：历史城区保护更新、重点低效片区（园区）开发建设、旧城旧村改造建设、市政设施建设、交通基础设施建设、地铁建设及地铁沿线开发建设、停车设施建设、公园城市建设。

二、城市更新中的法律服务市场

1、律师在城市更新中的站位

◆ 站位一：明确人民律师的定位，以长期主义的心态从事法律服务。

在律师身份的演变中，前期定位于国家法律工作者，后来表述为法律服务者，现在定位于人民律师。律师费的管理模式也发生了转变，一开始主要是指导性收费标准，后来一段时间鼓励市场化协商收费，最近对风险收费的比例进行了规范。从律师身份与收费管理的演变情况来看，目前应当坚定不移地坚持人民律师的定位，要以长期主义的标准推进律师的各项工作。

◆ 站位二：理解法治护航的大局，遵循公平正义原则。

司法局在2022年3月份发布了《关于充分发挥司法行政职能作用，为城市更新和城市建设三年攻坚行动提

供法制保障的实施意见》，包括八个部分二十条服务内容，明确了法治护航的大局，这对律师为城市更新提供法律服务指明方向，有很强的指导意义。

◆ 站位三：发扬创新精神指导业务实践，实现和谐博弈。

在城市更新中提供法律服务必须有创新精神，不能照本宣科，要运用法律思维去解决攻坚过程当中的业务问题，要着力研究政策空间，用法律智慧解决实际问题。同时，也要坚守创新的原则，即边界意识、底线意识，不触碰法律的高压线。通过博弈实现和谐共赢，确保政治正确、法律合规、商业有效。

2、律师可以为城市更新做什么

目前律协房专委正围绕八大攻坚任务，梳理城市更新中法律服务业能做什么，制作服务清单。我先原则性地介绍一下律师可以提供的法律服务模块。

◆ 模块一：优化制度体系

按照市委市政府的工作计划，青岛城市更新制度体系建设是按照“1+1+N”的方式进行。第一个1是地方性规范性文件《关于推进城市更新工作的意见》，第二个1是城市更新的地方立法文件，N是指各个板块的规范性文件，如土地规范、建筑规范、评估补偿规范等。关于城市更新的地方立法，涉及的主体多元，影响百姓的切身利益，适合做委托立法，律师群体不代表某一方的利益，适合承担这一任务。

◆ 模块二：助力普法宣传

城市更新涉及到社会的不同阶层方方面面，需要调动全社会的关注理解和支持，有关政策的宣传工作责任重大。除了执法部门之外，律师也是重要的宣传群体，律师在政府的惠企政策宣传中已经积累了丰富的经验。对律师而言，普法既可以锻炼律师的公众表达，也可以增强律师与各个职能部门、各个业务链条的联系。通过普法使律师走到基层，走到业务端口，有助于更好地理解业务、发现机会、提供服务。律师应该积极主动参与到城市更新普法工作中去。

◆ 模块三：评估防范风险

我们邀请了刑事板块的律师一同参与课题组研究，要求重点关注城市更新中各方主体特别是领导干部可能承担的刑事风险，同时也要进行社会稳定评估，为城市更新攻坚行动稳健发展提供助力。

◆ 模块四：创新纠纷调处机制

城市更新三年攻坚行动时间紧、任务重，通过传统的诉讼方式解决争议时间成本高，建议研究引入仲裁解决方式，亲和高效地化解纠纷。也可以研究引入争议评审机制，双方达成一致即按评审意见和解，未达成一致可及时转入仲裁，对于部分无争议事项可以部分先行裁决。律师要围绕纠纷和谐调处机制深入研究，在合法合规的基础上高效和谐地化解纠纷。

三、律师应如何服务城市更新

1、律师应做好前期准备

首先，要提升政治站位，理解攻坚的意义。

不仅给政府服务需要讲站位，为其他主体（如村集体、被征收人）提供服务亦需要讲站位。人民律师的政治站位之一就是要平衡服务委托人与服务社会之间的关系，平衡短期利益与长期利益、局部利益与全局利益的关系。前期很多研究工作距离服务收费可能还有一段距离，但滚一个大雪球总有人用力攥起“第一把雪”，律师应主动担当，坚持长期主义，提高政治站位。我们还要充分理解城市更新的难度、攻坚工作的难度，投入足够的时间精力去学习研究，才能胜任服务工作的要求。

其次，要理解商业逻辑，寻找最大公约数。

律师服务城市更新需要理清服务对象、资金来源、资源组织、收益分配等商务问题，掌握城市更新中的痛点、难点、堵点，了解百姓的“急、难、愁、盼”，这将是我们的服务重点。在此基础上寻找较小切入点进入服务城市更新的链条上去。同时，需要考虑不同主体的不同利益诉求，寻找最大公约数，在把饼做大的同时，考虑把饼分好。律师是最好的机制建设者、利益分配者，在城市更新多元利益处理的过程中，律师应努力将冲突利益转化成区分利益，并力争转化成共同利益，进而实现各方利益最大化，减少矛盾冲突。

最后，梳理服务清单，进行模块组合。

律师可以围绕八大攻坚任务，结合个人业务方向与兴趣点，梳理各自的服务清单，课题组内进行模块式组合，梳理形成清晰的城市更新律师服务清单。通过服务清单的梳理，理解城市更新行动的含义、明确各方主体的诉求，确保后期对接工作的务实高效。具体业务开展

过程中，律师还应当不断地总结提炼实践中的经验，并相互借鉴、共同提升。

2、律师要对城市更新保持信心

在城市更新当中律师可以大有作为，体现在三个方面。

第一，各级领导重视，市场需求丰富。

我们在总结成功经验时经常会列举领导重视、组织落实、措施得力、保障到位等等，其中领导重视是第一位的。对于青岛城市更新攻坚行动，市委市政府召开了顶格动员会，各区、市分管领导也纷纷第一时间表态发言，各方重视程度可见一斑。三年攻坚行动中，今年的任务是974个项目、1459亿投资，各个项目都有多家主体参与，律师服务机会很多。

第二，借鉴他山之石，对标先进城市。

放眼全国，深圳、上海等多个城市已经走在前面，律师在其中提供了深度服务，积累了丰富的经验。我们身边也有很多律师已经介入工作，取得了不俗的成绩，我们可以联合起来，众人拾柴火焰高。潍坊和烟台是全国城市更新的试点城市，我们也可互相联动，共同学习。

第三，律师群体有担当、有组织、有实力。

我们这一届青岛律师队伍，得到了从司法局到律协的空前支持。在过往的工作中也充分证明了这是一支有担当、有实力的律师队伍。我们大家团结起来，抓住当下的机会，坚持人民律师的定位，向着长期主义的方向，一定能够在三年攻坚行动中做出成绩，获得肯定。

考验青岛律师界的机会已经到来。只要我们保持正确的认知，练就精湛的技艺，舍得下一点笨功夫、傻力气，一定会取得优异的成绩。做有意义的事情，人生才有价值点，与喜欢的人一起做事情，人生才有兴奋点。虽然过程很难，但是结果很燃。我们一步一个脚印地往前走，一定会步步生花，一路繁华。

特许经营权在智慧停车项目中的应用

WINCON
LEGAL
INSIGHT



孙雅雯

曾就职于知名红圈律所，现主要执业领域为资本市场/证券，私募股权与投资基金，建设工程、商事争议解决。



张本良

专注于公开发行股票并上市、上市公司非公开发行股票业务、股权激励业务、新三板挂牌及定向发行股份业务、企业并购、重组业务、信托相关业务等。

青岛市城市更新工作得到了青岛市委、市政府的高度关注。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》。3月8日，成立中国（山东）自由贸易试验区青岛片区城市更新和重点低效片区开发建设指挥部。

为助力三年攻坚工作的顺利开展，文康律师积极担当、主动作为，成立了文康城市更新课题组，围绕城市更新进行了专题研究，并将陆续发表系列文章。本文作为系列文章第二篇，继《律师在城市更新中的站位和作为》之后，研究城市更新之智慧停车的相关专业问题。

智慧停车是指将无线通信技术、移动终端技术、GPS定位技术、GIS技术等综合应用于城市停车位的采集、管理、查询、预订与导航服务，实现停车位资源的实时更新、查询、预订与导航服务一体化，实现停车位资源利用率的最大化、停车场利润的最大化和车主停车服务的最优化。

特许经营权（非商业特许经营权，下同）则是指政府按照有关法律、法规规定，采用竞争方式依法授权投资者或经营者，通过协议明确权利义务和风险分担，约定其在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业或某项服务并获得收益，提供公共产品或者公共服务。

目前，各城市全部或局部几乎均面临着停车难、停车乱等问题，不仅影响出行停车，也严重影响城市交通的顺畅。智慧停车项目的建设，可以通过大数据分析合理调配现有车位资源，提高寻找空闲车位及停车场出入通行的效率，实现车位在不同时段的共享，提高车位、停车场的使用周转率，有效缓解停车供需矛盾，实现停车资源最大化利用，为城市更新提供优秀的停车甚至交通智慧解决方案，是解决停车难、停车乱、停车设施使用效率低、效益低、交通混乱、监管困难等的优质解决方案。

政府将特许经营权与社会资本相结合形成的智慧停车方案，不仅可以充分发挥社会资本在智慧停车方面的经验、技术能力；还能实现政府资源的有效配置、发挥杠杆作用，以政府较小的成本撬动大的资金、资源，实现较大的经济及社会效益，促进停车治理、智慧交通、智慧城市的建设，同时一定程度上实现了政府的经济收益。

一、智慧停车在城市更新中的意义

1、优化停车资源、提升停车资源利用效率，提高通行效率

智慧停车系统可以通过大数据分析，合理调配现有停车资源，引导车主寻找空闲车位、实现停车场的快速通行、实现特定时段内现有车位的共享等，实现停车资源的最大化利用。

2、构建静态交通¹¹监管体系

对道路内车位、路外车位、停车场、充电站等进行有效监控，构建城市静态监管体系，同时可以减少道路内无序停车、占道停车等不规范的交通行为。

3、降低停车场运行成本、解决停车乱收费现象

根据民生证券2020年6月29日《智慧停车3.0（云托管）：无人前台，远程管理——智慧停车专题报告》，以常见两进两出四车道24小时停车场为例，智慧停车可节约成本至少53%（仅算人力成本节约）^[2]。

同时，因为收费由无接触或其他智能支付代替收费管理人员，可以有效杜绝人工收费造成的乱收费及收费流失情况。

4、实现信息互通，为停车场的运营甚至城市发展规划提供决策支撑

智慧停车通过多维度归集停车信息及分析出行、停车大数据，为停车场运营决策提供数据支持，并可以为不同区域的差额收费提供支持，通过价格杠杆更好的调解不同区域车位的利用效率，打通静态交通管理系统、智慧交通平台、其他公共信息平台，为整个城市更新、城市发展规划提供支持。

5、以较小的政府资源撬动较大的社会资本，完成停车资源的城市更新，并增加政府收入

政府将其掌握的停车位、停车场及相关特许经营权、土地使用权等资源通过合法合规的方式，引进社会资本参与智慧停车项目的建设、运营，实现城市停车位、停车场等设施、设备的更新。

同时，智慧停车项目的建设，将不可避免的带动相关产品的采购、就业岗位的增加；政府将其资源以有偿或股权的方式参与到智慧停车项目，智慧停车项目运营产生的收益也将通过前述有偿或股权等方式转化为政府资源投入的收益。

二、目前特许经营权在智慧停车项目中的主要合作模式

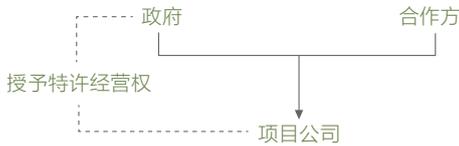
政府将其拥有的资源以有偿的方式授予社会资本方，撬动更大的资金及资源，从而实现较好的社会效益、经济效益。目前在智慧停车领域，政府方较多的是通过将特许经营权授予相关合作方来实现该目的。

根据我们检索公开网络信息及我们日常服务的部分客户，政府大多通过招投标以如下合作方式将特许经营权赋予相关合作方。

1、政府通过招标选定合作方，指定政府平台公司与合作方成立项目公司，将特许经营权授予项目公司（下称“模式一”）。

该模式下，通常由政府指定的平台公司与选定的合作方共同出资设立项目公司，政府本身或授权/指定的主体将特许经营权授予新设立的项目公司，由项目公司进行智慧停车的具体运营。

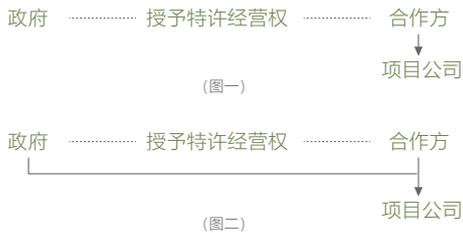
该模式简要图示如下：



经我们检索，包括但不限于福州市鼓楼区观风亭、南营公共立体地下停车库项目（2015年）^[3]，云南省楚雄彝族自治州楚雄市立体车库、城市道路停车泊位特许经营权转让PPP项目^[4]，衡阳市城区智慧停车管理系统和公共停车场建设PPP项目（2017年）^[5]及我们日常服务的客户的部分项目均采用该模式。

2、政府通过招标选定合作方，自身或其授权的主体将特许经营权授予合作方，由合作方自身或与政府指定的主体成立项目公司来建设、运营智慧停车项目（下称“模式二”）。

该模式简要图示如下：



经我们检索，包括但不限于广东省汕头市濠江区智慧型机械式公共停车楼PPP项目（2017年）^[6]等采取该模式。

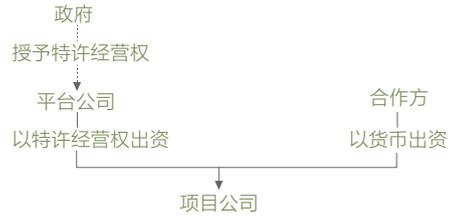
需要说明的是，该模式下不论是图一所示还是图二所示模式，均不存在合作方以特许经营权向项目公司出资的情形。

3、政府通过招标选定合作方，政府将特许经营权授予其指定的主体并以特许经营权作为出资与合作方设立项目公司（下称“模式三”）。

该模式下，政府一般将特许经营权授予政府平台公司，指定其以特许经营权作为出资与合作方设立项目公司，由项目公司负责智慧停车项目的建设、运营。我们了解到，选择该模式的地方政府，部分原因在于控制其前期的货币支出，但又希望获得部分项目的收益，因此会采取将特许经营权授予政府平台公司，对该特许经营

权评估后以此作为出资资产与合作方设立项目公司。

该模式简要图示如下：



4、政府通过招标选定合作方，并将特许经营权授予合作方，由合作方直接建设、运营智慧停车项目（下称“模式四”）。

该模式简要图示如下：



经我们检索，六盘水市的部分智慧停车项目采用了该模式^[7]。

三、主要合作模式的法律分析

根据上述介绍，模式一和模式四基本上不存在法律上的障碍或瑕疵，因此我们主要对模式二、模式三是否存在法律瑕疵进行分析。

1、模式二的法律分析

根据我们的理解，模式二主要会存在两种经营方式：一是合作方事实上将特许经营权“授予”给项目公司，由项目公司具体负责智慧停车项目的全部建设、运营并直接向使用者收取费用；二是合作方作为智慧停车项目的建设、运营主体并实际向使用者收取费用，但是将相关施工、运维分包给项目公司实施，项目公司据此向合作方收取施工、运维费用。

我们认为，该模式的主要问题在于，特许经营权是否可以转让或变相转让，因此，下文主要基于此展开分析。

(1) 特许经营权是否可以转让或变相转让的法律规定

经我们以“特许经营”为关键词在北大法宝的检索，部分相关规定如下：

序号	规定名称	关于转让及变相转让的具体规定
1	市政公用事业特许经营权管理办法 (2015年修订)	第十五条: 获得特许经营权的企业确需变更名称、地址、法定代表人的, 应当提前书面告知主管部门, 并经其同意。
2	基础设施和公用事业特许经营管理办法	无
3	青岛市市政公用基础设施特许经营管理暂行规定 (2020年修订)	第十六条: 除法律法规规定可以转让的外, 特许经营权不得转让。第二十二条: 特许经营者有下列行为之一的, 市市政公用行政主管部门应当责令其限期改正, 或依法采取有效措施督促其履行义务; 逾期不改正的, 可依照法律法规的规定或协议约定, 终止特许经营协议, 取消特许经营权; …… (三) 转让特许经营权或擅自处置、抵押特许经营设施、设备的; ……
4	济南市特许经营管理办法	无
5	青海省市政公用事业特许经营管理条例	第二十五条: 特许经营者在经营期间不得有下列行为: (一) 转让、出租特许经营权; ……
		第三十六条: 特许经营者在特许经营期间有下列情形之一的, 市政公用事业主管部门应当依法撤销特许经营权: (一) 转让、出租特许经营权的; ……
6	湖南省市政公用事业特许经营条例	第二十三条: 特许经营者不得有下列行为: (一) 擅自转让或者以承包经营、挂靠等方式变相转让特许经营权; ……
		第三十二条: 特许经营者有下列情形之一的, 由市政公用事业主管部门责令改正; 拒不改正的, 经本级人民政府批准, 可以解除特许经营协议, 收回特许经营权: (一) 擅自转让或者变相转让特许经营权, 或者质押特许经营权的; ……
7	贵州省市政公用事业特许经营管理条例	第二十六条: 特许经营者在经营期间不得有下列行为: (二) 转让、出租特许经营权或者以承包经营、挂靠等方式变相转让特许经营权; ……
		第三十六条第二款: 特许经营者有本条例第二十六条第二项、第三项、第四项或者第五项行为的, 依法没收其违法所得, 责令限期改正; 拒不改正的, 并处3万元以上5万元以下罚款; 情节严重的, 撤销特许经营权。
8	北京市城市基础设施特许经营条例	第二十五条第二款: 未经实施机关同意, 特许经营者不得擅自转让、出租、质押、抵押或者以其他方式处分特许经营权和特许经营项目资产。
		第四十条: 特许经营者有下列情形之一的, 由实施机关责令限期改正; 拒不改正的, 可以收回特许经营权、终止特许经营协议, 并实施临时接管; …… (三) 擅自转让、出租、质押、抵押或者以其他方式擅自处分特许经营权或者特许经营项目资产的; ……
9	新疆维吾尔自治区市政公用事业特许经营条例	第二十五条第二款: 特许经营者不得以特许经营项目的运营权设定担保, 不得擅自转让、出租特许经营项目的运营权不得擅自处置、抵押特许经营设施、设备。
		第三十四条: 特许经营者有下列情形之一的, 特许人应当责令其限期改正, 逾期不改的, 特许人有权撤销特许经营权, 并终止特许经营协议: (一) 违反本条例规定以特许经营项目的运营权设定担保, 或者擅自转让、出租特许经营项目的运营权, 或者擅自处置、抵押特许经营设施、设备的; ……
10	深圳市公用事业特许经营条例	第二十四条: 经营者不得超越授权书规定的范围从事特许经营活动。未经市人民政府同意, 不得以转让或者出租、质押等方式处分特许经营权。
		第五十五条: 经营者有下列情形之一的, 市人民政府应当责令其限期改正, 逾期未改正的, 撤销其特许经营权: (一) 未经市人民政府同意, 以转让、出租、质押等方式处分特许经营权的; ……
11	银川市市政公用事业特许经营管理条例	第二十二条: 市政公用事业特许经营者不得有下列行为: (一) 转让、出租、抵押或者以其他方式处分特许经营权; ……
		第三十四条: 市政公用事业特许经营者在特许经营期间有下列情形之一的, 经市、县(市、区)人民政府批准, 市政公用事业主管部门可以取消特许经营权, 并实施临时接管: (一) 转让、出租、抵押或者以其他方式处分特许经营权的; ……
12	杭州市市政公用事业特许经营条例	第二十二条: 特许经营者不得有下列行为: (一) 转让、出租、抵押或者以其他方式处分特许经营权; ……
		第三十八条: 特许经营者在经营期间有下列行为之一的, 由市政公用事业行政主管部门责令改正; 拒不改正的, 经市政府决定, 可以收回其特许经营权, 终止特许经营协议, 并实施临时接管: (一) 转让、出租、抵押或者以其他方式处分特许经营权的; ……
13	上海市城市基础设施特许经营管理办法	第二十五条第一款: 未经实施机关同意, 项目经营者不得转让、出租、质押、抵押或者以其他方式擅自处分特许经营权以及与特许经营活动相关的土地使用权、设施和企业股权等资产及其权益。
		第四十条: 项目经营者有下列情形之一的, 实施机关应当责令改正, 并可以按照规定程序报市人民政府批准后, 提前收回其特许经营权; 项目经营者同时承担相应的赔偿责任; …… (三) 未经实施机关同意, 项目经营者擅自转让、出租、质押、抵押或者以其他方式擅自处分特许经营权以及与特许经营活动相关的土地使用权、设施和企业股权等资产及其权益的; ……
14	成都市人民政府特许经营权管理办法	第二十一条: 特许经营者在特许经营期内应当履行下列义务: (二) 不得擅自以出租、转让、承包、挂靠等方式处置特许经营权……
		第二十五条: 特许经营者在特许经营期内有下列情形之一的, 除法律、法规、规章另有规定外, 行业主管部门应当在报请市特许经营委批准后终止《特许经营合同》, 撤销其特许经营权, 按照《特许经营合同》的约定提取履约担保, 并实施临时接管; …… (二) 擅自出租、转让特许经营权或者采取承包、挂靠等方式变相转让特许经营权的……

15	锦州市人民政府 特许经营权管理办法	第二十一条：特许经营者在特许经营期内应当履行下列义务： (二) 不得擅自以出租、转让、承包、挂靠等方式处置特许经营权……
		第二十五条：特许经营者在特许经营期内有下列情形之一的，除法律、法规、规章另有规定外，行业主管部门应当在报请市特 许委批准后终止《特许经营合同》，撤销其特许经营权，按照《特许经营合同》的约定提取履约担保，并实施临时接管：…… (二) 擅自出租、转让特许经营权或者采取承包、挂靠等方式变相转让特许经营权的……
16	黔东南州特许经营权 管理办法（试行）	第二十二条：特许经营者在特许经营期内应当履行下列义务： (二) 不得擅自以出租、转让、承包、挂靠等方式处置特许经营权，不得擅自处分特许经营项目的土地、设施、设备及其他项 目资产……
		第二十七条：特许经营者在特许经营期内有下列情形之一的，除法律、法规、规章另有规定外，行业主管部门应当在报请州特 许委批准后终止《特许经营合同》，撤销其特许经营权，按照《特许经营合同》的约定提取履约担保，并实施临时接管：…… (二) 擅自出租、转让特许经营权或者采取承包、挂靠等方式变相转让特许经营权的……
17	盘锦市政府特许经营权 实施管理意见	第五条：合同管理 (三) 特许经营者的义务 特许经营者在特许经营期内应当履行下列义务： 2.不得擅自以出租、转让、承包、挂靠等方式处置特许经营权…… (七) 合同终止 特许经营者在特许经营期内有下列情形之一的，除法律、法规、规章另有规定外，行业主管部门应当在报请市政府批准后终止 《特许经营合同》，撤销其特许经营权，按照《特许经营合同》的约定提取履约担保，并实施临时接管。 2.擅自出租、转让特许经营权或者采取承包、挂靠等方式变相转让特许经营权的；……
18	玉溪市特许经营权 管理暂行办法	第二十二条：特许经营者在特许经营期内应当履行下列义务： (二) 不得擅自以出租、转让、承包、挂靠等方式处置特许经营权……
		第二十九条：特许经营者有下列情形之一的，行业主管部门应当责令其限期改正；逾期未改正的，经特许办审查同意，报特许 委批准后终止《特许经营权出让合同》，撤销其特许经营权，并按照《特许经营权出让合同》的约定实施临时接管： (一) 未经实施机关同意，出租、转让特许经营权或者采取承包、挂靠等方式变相转让特许经营权的；……
19	合肥市市政公用事业 特许经营实施办法	第十五条：特许经营者不得以转让、出租、质押等方式处置特许经营权，不得擅自处置、抵押特许经营设施、设备。 第二十三条：特许经营期限内，特许经营者有下列情形之一的，主管部门报经市人民政府同意，可以提前终止特许经营协议， 收回特许经营权，并可以实施临时接管： (一) 擅自以转让、出租、质押等方式处分特许经营权，或者超越特许经营权确定的区域、范围从事经营活动的；……

(2) 我们的观点

虽然《市政公用事业特许经营权管理办法》并未明确规定特许经营权不得转让等；但是其规定“获得特许经营权的企业确需变更名称、地址、法定代表人的，应当提前书面告知主管部门，并经其同意”，根据法律解释“举轻以明重”的原则，在获得特许经营权的企业名称等发生变更的情况下，都需要取得主管部门的同意，那么将特许经营权转让的较重的行为，至少也应当取得主管部门的同意。

另外，根据上述检索的省、市等关于特许经营权管理的规定，基本上也都明确规定特许经营权不得转让或未经许可不得转让。

综上，我们认为，模式二的方案下，确实存在被认定为特许经营权被实际上转让或变相转让的情形，将面临特许经营权被收回的风险。

(3) 我们的建议

若模式二属于从政府端发起的，我们建议政府或其授权的主体在招标文件中明确项目公司可以从事特许经营行为，项目公司成立后由合作方直接将特许经营权转移至项目公司名下；或者合作方有权将特许经营权的主要业务承包/分包给项目公司。若招标文件中未明确该内容，则建议有权的政府部门后续出具授权文

件。具体的方案，则建议在符合当地关于特许经营权管理规定的的前提下具体规划。

若模式二属于合作方创设的，建议合作方在实施前与有权政府部门沟通并取得相应同意。

2、模式三的法律分析

模式三的法律风险主要在于特许经营权是否可以用出来出资。

(1) 2022年3月1日前有效的《公司登记管理条例》及现行有效的《市场主体登记管理条例》明确规定，股东不得以特许经营权作价出资；司法实践基本也是持这一观点^[6]。

(2) 但是同时我们注意到，《政府和社会资本合作项目财政管理暂行办法》中规定“PPP项目中涉及特许经营权授予或转让的，应由项目实施机构根据特许经营权未来带来的收入状况，参照市场同类标准，通过竞争性程序确定特许经营权的价值，以合理价值折价入股、授予或转让”，我们认为，将来以政府特许经营权出资具备可以充分讨论的空间。因为政府特许经营权能够以货币评估作价，且实际法律并未限制其流通，可以依法转让（须经授予方同意），因此实际具备《公司法》规定的“可以用货币估价并可以依法转让”的特性。

(3) 对于有IPO计划的企业，基于对出资及业务资质获取方面有较为严格且规范的要求，因此基于审慎的考量，目前阶段我们仍然建议以保守的态度对待该方案。若政府一方存在尽量少在前期支出货币的想法，可以考虑以特许经营权涵盖范围内的车位的其他权利作为出资对价向目标公司出资。我们认为，特许经营权所涵盖范围内的车位上存在着多种权利，有充分可供选择的空间和权利构造来满足政府一方的这一需求。

四、青岛市级主要政策的简要梳理

为解决停车困难等问题，青岛市近年来不断增加泊位供应并出台各项政策，其中智慧停车为其中一个重要方向，并得到了国家层面的支持。

近三年来，青岛市级层面出台的关于智慧停车的主要政策及国家层面的支持如下：

序号	文件名称	发文日期及文号	发文单位	涉及智慧停车的主要内容
1	青岛市人民政府关于青岛市中心城区停车场专项规划修编的批复	2019.12.3 青政函[2019]177号	青岛市人民政府	要依托市级智能停车一体化平台，加强停车场信息联网管理，推进停车场开放共享，推进停车诱导系统建设，推进停车场利用效率和管理服务水平。同时要求市交通运输局会同市城乡住房建设局加快推进ETC在停车收费系统中的应用。
2	关于进一步加强停车设施规划建设管理工作的实施意见	2020.3.1 青政办发[2020]16号	青岛市人民政府办公厅	1.坚持信息驱动、资源共享的原则。推动停车信息管理平台、互联网停车诱导系统的建设应用，提升停车资源周转率。 2.到2022年，全市经营性停车场基本纳入智能停车一体化平台，联网管理泊位达到31万个，统筹规划设置道路泊位，实施智能化改造，实现规范有序管理。 3.加强智慧停车能力建设，提升管理服务水平。包括：加快推广应用智能停车一体化平台，鼓励公共停车场建设和改造TEC收费系统，制定停车场管理系统数据接入标准，实现无感支付等多种便捷支付；加强停车诱导系统建设，开发和推广互联网停车移动终端，有序推进停车设施联网共享；经营性停车场应当实施智能化改造并接入智能停车一体化平台；鼓励商场、办公场所、酒店、住宅等将停车设施接入智能停车一体化平台，委托专业公司统一运营管理；鼓励个人泊位通过专业服务企业，实施智能化改造，接入智能停车一体化平台。推动停车一体化发展。 4.创新建设运营模式。依托现有平台公司，通过合资、合作、参股等模式，引入社会优质专业公司或互联网企业组建集团公司，并与各区平台公司合资成立区停车设施建设运营公司，采取特许经营方式，负责公共停车场投资、建设、运营和道路泊位经营管理。
3	交通运输部办公厅关于开展ETC智慧停车城市建设试点工作的通知	2020.12.23 交办公路函[2020]2057号	交通运输部办公厅	青岛作为27个试点城市之一先期开展ETC智慧停车试点工作。
4	“全市一个停车场”智慧停车管理服务体系建设方案及概算	2021.10.29 青发改投资审[2021]120号	青岛市发展和改革委员会	青岛市公安局青岛“全市一个停车场”智慧停车管理服务体系建设方案及概算已获青岛市发展和改革委员会审批。
5	青岛市自然资源和规划局关于支持停车设施建设的通知	2022.1.20 青自然资源规字[2022]10号	青岛市自然资源和规划局	主要为停车设施/停车场等的建设提供用地、规划等审批方面的有利政策。
6	青岛市2022年政府工作报告	2022.4.15 在青岛市第十七届人民代表大会第一次会议上的报告	青岛市人民政府	2022年青岛市的主要工作安排中包括：实施停车设施建设攻坚行为。开工建设60个公共停车设施，新增2万个以上停车位；开放共享200个经营性停车场。

五、结语

截至2021年末，青岛市机动车保有量已经超过355万辆^[9]，停车需求的区域性、结构性矛盾突出，热点区域停车问题凸显，停车问题一直是广大市民及政府关注并关心的问题。随着城市更新的进程，泊位供应的增加，智能化、大数据等技术的支撑，智慧停车、智慧城市的推进，价格杠杆的作用和各类政策的支持，有理由相信，将来市民的出行将会更加有序、顺畅。

注释：

1.静态交通是指车辆出行过程中的停放车过程，是城市交通的重要组成部分。主要包括小客车和自行车等在交通出行中的停车、公共交通工具的停车以及货物车辆的停车等行为。它与动态交通相辅相成，共同组成了一个城市的交通系统。转引自乐建鑫、周竹萍《静态交通管理的内涵研究》，《东南大学学报（哲学社会科学版）》，2007年12月，第83-86页。

2.数据来源：https://pdf.dfcfw.com/pdf/H3_AP202006291388149215_1.pdf?1593427796000.pdf

3.信息来源：<https://www.cpppc.org:8082/infor-public/homepage.html#/project-Detail/f3620c6b64f74aafac9f9c5049f7812e>

4.信息来源：<https://www.cpppc.org:8082/infor-public/homepage.html#/project-Detail/4eba22d8f98d42ee9c7dc57ea449fb4d>

5.信息来源：<https://www.cpppc.org:8082/infor-public/homepage.html#/project-Detail/a9a70cbc12d44502a98d99d484fbf487>

6.信息来源：<https://www.cpppc.org:8082/infor-public/homepage.html#/project-Detail/416020af536e4572953289dc2efb68a3>

7.信息来源：http://ggzy.gzjps.gov.cn/jyxx/gycq/jygg_5377213/202009/t20200930_63832198.html,
http://ggzy.gzjps.gov.cn/jyxx/gycq/jygg_5377213/202009/t20200930_63832198.html

8.比如《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见（试行）》明确规定：股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产出资；安徽省高级人民法院（2011）皖行终字第00017号案也持该观点。

9.数据来源：<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1730798296382511648&wfr=spider&for=pc>

光伏发电项目开发建设法律风险防控

WINCON
LEGAL
INSIGHT



王群

主要执业领域为投融资、并购重组、新能源发电、城市更新等法律事务，尤其擅长处理项目开发、收并购、资产处置等复杂商业交易，具有为大型集团企业提供综合性法律服务的丰富经验。



宋明利

主要执业领域为商事诉讼、房地产和新能源。在新能源领域，宋明利律师代表多家大型企业对中国境内多个省市的光伏电站及风电电站项目收购提供法律服务。

在“碳达峰”和“碳中和”背景之下，我国新能源发电项目迅速发展，积极开发利用新能源已成为建设绿色中国的重要路径。目前，各市场主体均积极投入到新能源项目的开发建设过程中，而新能源发电项目的开发建设往往涉及核准/备案、前期批复、项目建设、项目验收等多个环节，需要广大投资者对其中的法律风险予以关注和防范。

笔者依据多年来新能源项目收并购专项法律服务及新能源企业综合法律服务经验，试以新能源发电项目中占比较大、发展相对成熟的光伏发电项目为例，对新能源发电项目开发建设过程进行简要介绍，并对相关问题进行法律分析，供投资者参考。

光伏发电项目主要开发流程及法律问题分析

光伏发电项目是指将太阳能辐射能直接转换为电能的新型发电项目。依据不同的分类方法一般分为集中式和分布式光伏发电项目以及单一型和复合型（农光互补、林光互补、渔光互补、牧光互补）光伏发电项目。目前光伏电站开发建设一般遵循以下流程：

一、项目核准/备案

目前，光伏电站项目适用备案制。依据《光伏电站项目管理暂行办法》第十四条规定：“省级能源主管部门依据国务院投资项目管理规定对光伏电站项目实施备案管理。”值得注意的是，新能源项目中的风电项目目前适用核准制。

根据《企业投资项目核准和备案管理条例》第三条规定：“对于实施备案制的项目，各省可自主规定备案机关及其权限。”近年来，随着光伏项目的大力发展，各省将光伏发电项目的备案级别逐步下放。目

前，绝大部分省份已将备案权限下放至市或县一级，但具体的备案级别开发方应关注项目所在地对于光伏项目管理权限的具体规定。

尽管光伏电站项目备案流程简便，但实际上由于光伏电站建设规模指标稀缺，许多地方投资主管机关纷纷要求项目公司竞得建设规模指标后，方可对项目予以备案，因此开发方应对项目所在地的政策要求予以知晓。

开发方应注意光伏项目建设须在备案文件载明的有效期内进行，且建设规模与项目备案规模相一致，若不一致的，光伏发电项目存在被主管部门认定为项目超装/少装的风险。

二、项目前期批复

在项目前期阶段，光伏项目开发方需取得一系列合规性手续文件。值得注意的是，各个地方对前期文件的要求不尽相同，开发方应提前与相关部门进行核实。一般而言，以下合规性文件需开发方予以办理：

序号	合规性文件名称	主管部门
1	选址意见书	自然资源部门
2	用地预审意见	自然资源部门
3	压覆矿产意见	自然资源部门
4	地质灾害危险性评估报告及备案登记表	自然资源部门
5	项目使用草场可研报告及征占用草原审核意见文件（如涉及草地）	草原部门
6	项目使用林地可行性报告及征占用林业审核意见文件（如涉及林地）	林业部门
7	建设项目环境影响评价报告环评批复	环保部门
8	项目水土保持方案报告水土保持批复	水利部门
9	军事影响审查意见/无军事设施意见	武装部门
10	文物批复	文物部门
11	安全评价报告及备案登记表	安监部门

除以上文件之外，根据每个光伏项目的特殊情况，可能还需要取得洪水影响评价、民用机场安全环境保护意见、风景名胜区保护审核、用林（草原、沙化土地等）审批文件、自然保护区审核意见、农用地转用、征地、临时用地审批以及其他应当办理的审批文件。

三、项目施工建设

1、项目土地

光伏电站建设使用的土地主要分为两部分，一部分为光伏方阵用地，一部分是变电站及运行管理中心用地。光伏方阵用地一般采用租赁形式，变电站及运行管理中心用地需先进行建设用地申请，经预审、批准、核发土地证后，方可进行建设。光伏电站用地的合规性是光伏项目的重点，开发方应予以重点关注，加强对用地环节的审核，以免违反法规导致阻碍项目正常建设运行。如果存在违法用地情形的，开发方不仅要承担民事赔偿责任，还可能遭受行政处罚，更为严重的甚至会承担相应的刑事责任。

2、项目建设手续

在项目工程建设手续方面，光伏项目需在取得建筑工程施工许可证后方可开工建设。在实务中，为了抢占新能源补贴指标，业内比较常见的模式是先租赁后征地的方式使用土地，在未取得用地、建设及其他前置行政许可的情况下即开工建设甚至投入运营，以确保项目可以在取得备案（核准）之后的指定期间竣工验收和投产，实现“抢电价”的目的。此种操作会产生“未批先建”的不合规问题，存在被有关部门处罚及无法补办后续手续的风险。

3、EPC总包与招投标

光伏发电项目的建设一般采用EPC总包方式进

行。根据《招标投标法》和《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》，新能源项目属于依法必须招标的项目。新能源项目的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，达到一定规模标准的必须进行招标。《必须招标的工程项目规定》第五条规定：“本规定第二条至第四条规定范围内的项目，其勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购达到下列标准之一的，必须招标：（一）施工单项合同估算价在400万元人民币以上；（二）重要设备、材料等货物的采购，单项合同估算价在200万元人民币以上；（三）勘察、设计、监理等服务的采购，单项合同估算价在100万元人民币以上。同一项目中可以合并进行的勘察、设计、施工、监理以及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，合同估算价合计达到前款规定标准的，必须招标。”因此，光伏发电项目EPC工程总承包，达到上述规模标准的，必须依法进行招标，否则存在被认定为合同无效的风险。应招标而未招标的情况在光伏电站等新能源发电项目中屡见不鲜，开发方应予以关注。

四、项目验收及并网运行

1、并网验收

光伏发电项目并网验收阶段的合规文件主要包括建筑工程质量监督报告、电力质量监督报告、并网前安全性评价报告、并网前技术监督报告等，最终以电网公司出具的内部各业务部门审核通过的并网验收意见会签单的形式作为电站完成并通过并网验收的证明文件。

通过电网公司并网验收是光伏电站并入电网运行的前提。此外，电网公司的并网验收日期也是影响光伏电站可适用何等标准的标杆电价的重要因素之一。

根据国家能源局的规定，除分布式发电项目以及

装机容量6MW（不含）以下的光伏电站外，其他光伏电站应当取得发电类电力业务许可；新建光伏电站在完成启动试运行时间点后三个月内必须取得发电类电力业务许可证。

2、工程验收

在妥善办理取得前期新能源项目所需的前期手续、开发建设证照，以及建设完成后，为确保项目建设符合质量标准且满足相关法律法规及政府主管机关对于项目建设的要求，建设单位需对项目建设工程组织验收工作。具体而言，建设单位需对项目的建设质量进行管控，包括进行永久性建筑部分的消防验收、竣工验收等并至相关部门处办理备案手续。

实践中项目单位往往无法及时办理单项验收手续。通常情况下，在项目投资的交易安排中，投资方会要求将未完成的备案手续与其他未及时办理的建设手续同步进行消缺处理。

结语

在“十四五”规划和“双碳”战略背景下，光伏电站等新能源发电项目市场前景巨大，势必会迎来新一轮的开发建设热潮。在此过程中，新能源发电项目开发建设的合规性应格外予以关注，开发方应提高合规意识，妥善设计开发方案，落实各项合规手续，确保项目开发建设过程中的合规性，为新能源项目的长期健康发展打下良好基础。



工程款追索十大焦点问题解答

WINCON
LEGAL
INSIGHT



王英

业务专长为建设工程、房地产及公司法律事务。擅长代理工程款追索、工期索赔、质量索赔等复杂诉讼案件。



王译萱

主要业务领域为建工房产、网络安全与数据合规，具有数字法务官资格，同时是国内首批获得国际 EXIN DPO数据保护官&ISO信息安全官双认证资质的法律从业者，并已通过PDPF、PDPF、ISO/IEC 27001职业资质认证。

当前建筑行业竞争激烈，施工企业产值呈下降趋势，建设单位资金压力巨大。施工企业往往承包项目后又回款困难，不得不通过诉讼方式追索工程欠款，诉讼过程中又遭遇质量、工期反索赔。

文康殷启峰团队结合多年来对行业客户的服务经验以及建工案件的代理经验，特别制作了建工诉讼专题，包括《工程款追索十大焦点问题》《发包人质量反索赔的证明逻辑与能力提升》《工期索赔的裁量尺度及证明标准》《建设单位和施工单位如何破局实际施工人索赔》。本期我们凝练了工程款追索的十大焦点问题，希望助力施工企业妥善处理欠款纠纷，尽早收回工程欠款。

一、未签订施工合同的施工方，能否发起工程款追索诉讼？

建筑行业中由于转包、挂靠、工程量小等各种原因，实际进行施工的单位没有机会与发包方签订施工合同。在面对工程欠款时，未签订施工合同的施工方能否作为原告提起诉讼？

◆ 方式一：证明具有事实合同关系

建设工程施工合同作为要式合同，需要发包方与承包方签订正式的合同文件。法定的必招工程还需要经过招投标程序方能订立施工合同。因此，只有作为合同一方当事人的施工单位才能够作为工程款追索的诉讼主体。

但司法实践中，考虑到建工领域的特殊性，没有签订施工合同的当事人如果能够举证证明其与发包方具有事实的合同关系，亦可以具有诉讼原告的主体身份。如何证明事实合同关系？需要施工方围绕工程人、材、机的投入进行举证。

◆ 方式二：证明具有实际施工人身份

2021版《建设工程司法解释》继续保护实际施工人。实际施工人是经由转包、违法分包、借资质产生的实际施工的单位或个人。转包和违法分包情况下产生的实际施工人可以跨越合同相对性向发包方主张工程欠款。因此，如果施工方与发包方没有签订施工合同，可以考虑证明施工方具有实际施工人身份，从而向发包方追索工程款。实际施工人身份仍然需要施工方围绕工程人、材、机的投入进行举证。

二、施工方是否只能起诉施工合同的相对方？

施工方依据施工合同向合同相对方主张工程欠款，但在司法实践中，被追索的项目公司或分包单位往往没有履行能力。此时，需要合理确定案件被告。施工方可以尝试证明其是实际施工人，突破合同相对性，将发承

包链条上的单位一告到底，从而扩大追索范围。但施工方在“突破”时，有以下限定条件：

◆ 条件一：施工方属于转包或层层转包产生的实际施工人或违法分包产生的实际施工人。借资质产生的实际施工人虽然具有实际施工人身份，但根据《建设工程司法解释》的规定难以突破合同相对性追索工程款。

◆ 条件二：所涉工程质量必须合格，包括验收合格或鉴定合格。

◆ 条件三：发承包链条上的发包单位欠付下手工程款，发包单位在欠付工程款的范围内承担付款责任。

如果经过庭前研判，施工方不符合上述情况，根据案件的不同情况也可以考虑采取一告到底的诉讼策略。一告到底的好处在于即使发包方不承担付款责任，也可以通过诉讼方式由发包方向欠款方传递压力，促成调解。即使调解不成，也便于通过关联方应诉，查明各方结算、欠款事实并找到到期债权线索，为清偿债权做好准备。

三、起诉时，为何不要遗漏工程款优先权？

承包方在发起工程款追索诉讼时，除了研判诉讼主体，恰当选择原告、被告之外，诉讼请求中务必不要遗漏对工程款优先权的确认。

第一，建设工程价款优先受偿权是承包方对于建设工程价款就工程折价或者拍卖的价款享有优先受偿的权利，即一旦法院判决发包方支付承包方工程款，在发包方不履行的情况下，可以就涉案工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

第二，建设工程价款优先受偿权的顺位也非常靠前，除了支付了大部分房款的购房者的债权外，施工单位的工程款位于第二顺位，优于抵押权和其他债权。因

此，银行在审核建设单位的开发贷时，往往需要承包方放弃工程价款优先权。如果承包方放弃了工程价款优先权，只有证明损害建筑工人利益的情况下，放弃才会被认定无效。

第三，建设工程价款优先受偿权的范围仅限于工程价款，即人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金，不包括工程款利息、违约金、损害赔偿金。也就是说，工程被拍卖后只有固化在建设工程中的投入才能够被受偿，其他不在受偿范围。

四、工程价款优先权的认定条件有哪些？

诉讼中，法院确认工程价款优先权主要围绕以下四个条件进行审理判定。承包方需要根据法院的判定条件做好证据准备工作。

◆ 条件一：主体适格

工程价款优先权的行使主体被界定为与发包方签订施工合同的承包方。这里的承包方更容易理解是总承包单位。此外，装饰装修工程由于其特殊性，其承包方在装饰装修工程具备折价或者拍卖条件的情况下，可以作为该部分工程价款优先权的行使主体。

◆ 条件二：催告前置

根据《民法典》的规定，发包方未按照约定支付价款的，承包方可以催告发包方在合理期限内支付价款。发包方逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。

◆ 条件三：质量合格

工程价款优先权认定的核心条件是工程质量合格。已完工工程并经竣工验收合格，承包方自然可以被认定享有工程价款优先权。未竣工工程，承包方需要举证证明已完工部分工程质量合格，方能就其合格承建部分享有工程价款优先权。

◆ 条件四：期限合理

2019版《建设工程司法解释》将工程价款优先受偿权行使的起算点由“实际或约定竣工日”改为“发包人应当给付建设工程价款之日”。2021版《建设工程司法解释》在起算时间上，沿用上述规定，并将工程价款优先受偿权的期限由“6个月”延长至“不超过18个月”。上述修改非常有利于承包方享受工程价款优先受偿权的保护。

五、发包人拖延验收、拖延结算，承包方能否索要工程款？

施工合同中竣工验收和工程结算是两个重要的付款节点，竣工验收合格要付到80%-85%，结算完成要付到95%。但发包方往往出于不同考虑，拖延验收、拖延结算，导致承包方无法向发包方收回工程欠款。

若发包方无理由不按照约定组织竣工验收或拖延结算，承包方可结合施工合同，让付款条件加速到期，及时向发包方主张工程欠款。

◆ 加速一：合同无效

首先研判施工合同的效力。如果合同具有无资质、借资质、超资质、应招标未招标、应招标中标无效、转包、违法分包、变相降低工程价款、无工程规划审批手续等无效情形，施工合同无效，但建设工程质量合格，付款条件成就，承包方可以参照合同约定折价补偿工程价款。因此，承包方只要证明工程质量合格即可。

◆ 加速二：合同解除

如果施工合同的效力经过研判后不存在无效情形，可以考虑施工合同是否具有《民法典》约定的解除情形。根据《民法典》的规定，合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，付款条件成就，发包方应当按照约定支付相应的工程款。需要注意的是，在司法实践中，如果施工合同的绝大多数内容已经履行完成，法院往往不再支持解除合同。

◆ 加速三：默示认可

研判合同后，可以根据建工司法解释的规定，适用默示认可规则。《建设工程司法解释》第九条规定，承包方已经提交竣工验收报告，发包方拖延验收的，以承包方提交验收报告之日为竣工日期。第二十一条规定，当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。因此，承包方保留提报上述文件的记录证明付款条件成就即可。

六、未完成竣工验收手续，如何达到付款条件？

对于建设工程来说，无论合同是否有效，工程质量合格是核心的付款条件。对于建设工程纠纷来说，如果工程没有完成竣工验收手续，法院势必要判定工程质量是否合格、付款条件是否成就。此时，承包方可以借助其他证据证明达到工程质量合格的付款条件。

◆ 情形一：拖延验收

发包方收到承包方提交的工程竣工资料后，无正当理由在合同约定期限或合理期限内未组织竣工验收，又以工程未验收为由拒绝支付工程款的，法院不予支持。根据《建设工程司法解释》的规定，承包方可以提交证据证明其已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收，视为付款条件成就。

◆ 情形二：未验先用

《建设工程司法解释》规定，建设工程未经竣工验收，发包方擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。承包方可提交发包方使用涉案工程的相关证据证明付款条件成就。此外，未验先用情况下，承包方除了对地基基础工程和主体结构继续承担质量责任外，对发包方使用的其他工程部位免除质量责任。

◆ 情形三：质量鉴定

如果工程不具备竣工验收条件，而诉讼当事人对付款条件是否成就存在较大争议，法院也难以判断的情况

下，可以通过工程质量鉴定的方式证明工程质量合格，达到付款条件。但工程质量鉴定费用高、周期长、难度大，即使鉴定合格后，也存在与政府竣工验收程序协同等问题，司法实践中采用该方式需要十分慎重。

七、工程造价有哪几种方式可以确定？

造价、质量、工期是工程管理的三大要素，其中工程造价的确定是建设工程施工合同履行中发承包方最看重的经济利益。工程造价从诉前到诉中可以有四种方式予以确定。

◆ 第一种：根据合同约定结算

建设工程施工合同顺利履行，承包方按照合同约定的结算时间和结算条件向发包方报送结算报告、结算资料。发包方按照合同约定自行审核或委托第三方审核后，与承包方就工程结算值达成一致意见，并盖章确认。

◆ 第二种：以申报值为定案值

根据《建设工程司法解释》的规定，如果发承包方在施工合同中约定，发包方收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结算文件的，按照约定处理。因此，如果承包方报送结算报告及结算资料后，发包方拖延结算审价工作，即以承包方报送的结算值为准。

◆ 第三种：诉前委托造价咨询

发承包方对工程造价产生争议后，在诉讼前可以共同委托造价咨询机构对建设工程造价出具咨询意见。造价咨询意见出具后，如果双方认可并就结算值盖章确认，未来在诉讼中法院将不再允许工程造价鉴定。如果双方对造价咨询意见存在分歧，未来在诉讼中可以申请工程造价鉴定。

◆ 第四种：诉中委托造价鉴定

诉讼中，当事人对工程造价存在争议，既未达成结算协议，也无法采取其他方式确定工程价款的，法院可以根据当事人的申请委托工程造价鉴定机构对工程造价

进行鉴定。当事人双方均不申请鉴定的，法院应当予以释明，经释明后对鉴定事项负有举证责任的一方仍不申请鉴定的，应承担举证不能的不利后果。

八、如何实现好的工程造价鉴定结果？

工程造价鉴定往往是确定工程造价最后的方式，为了尽可能实现好的鉴定结果，承包方除了选择专业的鉴定机构以外，需要把握施工范围、工程量、计价方式三要素收集、完善证据。

◆ 要素一：确定施工范围

工程造价鉴定中首先需要确定施工方的施工范围。而施工范围的确定会成为争议焦点之一。施工范围确定的方式包括确定施工合同约定的施工范围、哪些是甩项工程、哪些是增量工程。承包方可以通过施工合同、会议纪要、工作联系单、设计变更、签证等予

◆ 要素二：确定工程量

在工程范围确定后，承包方可以通过施工图证明涉案工程的工程量。但部分工程会存在未按图施工的情况，发承包方可自行就工程量进行核对。鉴定过程中，鉴定机构会组织双方到工程现场进行勘验，通过现场勘验的方式进一步确定涉案工程的工程量。

◆ 要素三：确定计价方式

当事人对计价方式有约定的，从约定，这是鉴定的基本规则。约定包括施工合同、招投标文件、批价单、签证、补充协议所列明的计价方式。如个别工程双方无计价约定，承包方需要查找实际履行的价格构成证据。如仍无法证明，鉴定机构将按照当地建设主管部门发布的计价方法计算工程造价。

九、承包方出具了工程款收据，是否证明已经收到了工程款？

工程款的付款方式五花八门，包括银行转账、支票、商票、现金、抵房、抵物、借款等。发包方支付工程款的对象也众多，包括付给合同相对方、直接付给下游分包方、供应商、项目经理、受托人等等。承包方如何甄别工程款是否实际支付？

诉讼中，工程款发票无法证明工程款的收付情况，而工程款收据一定程度上可以证明工程款的收付情况。发包方首轮会提交工程款收据证明其工程款支付情况。承包方根据发包方的付款清单和工程款收据内部对账后，甄别出哪些收据是承包方收款后开具，哪些收据是用于请款或走账，相关款项是否收到。

承包方根据不同情况提出质证意见：小额现金付款，收据可以证明工程款支付；大额付款，需要发包方提供银行流水以证明工程款实际支付；抵房需要发包方提供抵房合同、过户信息证明抵房完成。此外，非直接支付给承包方的款项，发包方需要证明代付依据、款项领取人权限等等。通过详细的质证，承包方将已付款的举证责任推还给发包方进一步完成，由法院查明已付款情况。

十、发包方支付给分包的工程款，为何算作是对总包的付款？

甲指乙包工程中，发包方给总包方代付工程款非常常见，即发包方直接向其指定的分包方支付工程款，并将该等工程款作为支付给总包方的工程款。该种方式总包只需开具收据走账，不占资金流，但分包方追索工程款时会总包方一并列为被告。

诉讼中，发包方主张与分包方无合同关系，并提交总包方出具的收据证明发包方支付给分包方的工程款系代总包支付，因此无需对分包方承担付款责任，相应付款责任应由总包承担。但甲指乙包工程的工程款并未经过总包账户，总包方甚至对发包方与分包方签订的施工合同、实际的结算情况、款项支付情况均不清楚，案件非常被动。

因此，总包方日常需要做好工程管理工作，对甲指乙包工程有全面的了解和跟踪。一旦发生争议，总包方可要求发包方提供工程款代付的依据、实际付款给分包方的银行流水，以确定相关工程款是否能够作为总包方的付款，在未付工程款中抵扣。

融资租赁业务纠纷中常见租赁物相关问题及建议

WINCON
LEGAL
INSIGHT



原雪丽

专注于公司与并购业务。为多项股权投资基金项目提供法律服务、主办企业大型投资并购项目百亿以上、为多家企业的日常经营提供法律服务。

融资租赁业务与一般租赁或借款的主要区别在于出租人根据承租人需要，向出卖人购买租赁物并提供承租人使用，并在合同履行过程中通过保留租赁物所有权来保障出租人合法权益。融资租赁业务通常涉及到三方合同主体（即出租人、承租人、出卖人），并由两个合同构成（即出租人与承租人之间的融资租赁合同及出租人与出卖人就租赁物签订的买卖合同），融资租赁交易具有融资和融物的双重属性，缺一不可。租赁物在融资租赁合同中占有核心地位，很多融资租赁业务争议均与租赁物密切相关。本文结合具体案例针对融资租赁业务纠纷中涉及租赁物的主要问题进行整理分析并提出相关建议。

一、虚构租赁物

【结论】真实的租赁物系融资租赁法律关系存在的前提和构成要件。如无法证明租赁物的真实存在，则融资租赁合同因不具有融物属性，而导致不构成融资租赁法律关系的后果，实为借贷法律关系。

【典型案例与裁判观点】

- ◆ 案件名称：中建六局第三建筑工程有限公司与远东国际租赁有限公司融资租赁合同纠纷二审民事判决书
- ◆ 案号：（2018）沪0115民初32100号

◆ 案件事实：

2017年1月16日，租赁公司与中建六局三公司签订了《售后回租赁合同》合同约定租赁公司从中建六局三公司购买挖掘机等设备，并回租给中建六局三公司使用。同日，中建六局三公司出具该设备交接暨所有权转移证书，表示将《融资租赁合同（售后回租）》中约定的设备所有权转移至租赁公司，证书上有中建六局三公司的盖章和法定代表人签字。合同履行过程中，中建六局三公司只支付了四期租金，剩余租金未再支付。

◆ 裁判意见：

真实的租赁物系融资租赁法律关系的存在前提及构成要件。本案中，虽然双方签订了《售后回租赁合同》和《所有权转让协议》，并列明了租赁物的详细信息，但是被上诉人提供的十张租赁物设备发票系虚假的，而且仅凭上诉人单方面出具的《租赁物件接收证明》并不能确认租赁物的真实存在和价值。于此情况下，被上诉人除了上述上诉人单方面出具的《租赁物件接收证明》之外，未能提供其他证据直接证明《售后回租赁合同》所涉租赁物是真实存在的，案涉《售后回租赁合同》不具有融物属性，被上诉人与上诉人之间不存在融资租赁法律关系。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》第一条第二款的规定，因《售后回租赁合同》不具有融物属性，故可以认为案涉《售后回租赁合同》系以融资租赁合同之名行借贷之实，双方之间形成的是民间借贷法律关系。

二、无处分权租赁物

【结论】在融资租赁法律关系中，出卖人在出售租赁物时，应当对租赁物享有完整的处分权，而出租人作为买受人，也应当在签订买卖合同时对出卖人及租赁物情况作基本审查。租赁物所有权影响的是租赁物的归属以及当事人之间是否成立融资租赁法律关系的问题，并不影响融资租赁合同效力的认定。

【典型案例与裁判观点】

◆ 案件名称：中民国际融资租赁股份有限公司与浙江金盾消防器材有限公司、浙江蓝能燃气设备有限公司融资租赁合同纠纷一审民事判决书

◆ 案号：（2018）津02民初213号

◆ 案件事实：

2017年5月17日，中民公司作为出租人，与金盾消防公司作为承租人、蓝能公司作为联合承租人签订《融资租赁合同》，约定出租人同意受让承租人及联合承租人所有的租赁设备，再将租赁设备出租给承租人及联合承租人使用。上述合同签订后，中民公司对租赁物发票及租赁物进行了核查，并就租赁物权属问题向工商管理部门进行了核实，确认该租赁物未设定抵押。中民公司于2017年5月26日就案涉融资租赁业务及租赁财产在中国人民银行征信中心进行了动产权属统一登记-初始登记。后金盾消防公司按期支付了前两期租金，剩余租金至今未付。2018年4月10日，浙江省绍兴市上虞区人民法院裁定受理债权人对蓝能公司、金盾消防公司的重整申请。2018年6月21日，中民公司向金盾消防公司与蓝能公司管理人申报债权。金盾消防公司与蓝能公司管理人向中民公司发出通知书一份，内容为：贵司主张的融资租赁设备与山鹰公司的融资租赁设备可能存在重复。另，山鹰公司与金盾消防公司于2017年4月12日签订《融资租赁合同（回租）》合同一份，约定：山鹰公司向金盾消防公司购买《租赁物清单》中的租赁物，并回租给金盾消防公司使用。2018年5月21日，山鹰公司向金盾消防公司管理人申报债权。经金盾消防公司管理人核查，金盾消防公司提供给中民公司的租赁物与提供给山鹰公司的租赁物绝大部分存在重合。

◆ 裁判意见：

中民公司与金盾消防公司、蓝能公司签订的《融资租赁合同》系双方当事人真实意思表示，且并无证据证明该合同存在违反法律、行政法规强制性规定的情形，应属有效。关于山鹰公司主张因金盾消防公司对租赁物不具有所有权，无权处分租赁物，故该《融资租赁合同》无效的问题，因租赁物所有权影响的是案涉租赁物的归属，以及中民公司与金盾消防公司之间是否成立融资租赁法律关系的问题，并不影响融资租赁合同效力的认定，故对山鹰公司的该项主张不予采纳。判断中民公司与金盾消防公司、蓝能公司之间是否成立融资租赁法律关系，需重点考察中民公司是否取得对案涉租赁物的所有权，案涉《融资租赁合同》是否具有融物属性。关于山鹰公司主张在中民公司与金盾消防公司、蓝能公司签订的《融资租赁合同》之前，山鹰公司已经与金盾消

防公司签订了《融资租赁合同（回租）》并取得案涉租赁物的所有权，故金盾消防公司无权将该部分租赁物再出售给中民公司，中民公司未取得该部分租赁物所有权。本案中，山鹰公司在与金盾消防公司签订《融资租赁合同（回租）》后，未在租赁物上设置标识，亦未在相应登记机关办理交易登记和权力登记，中民公司在与金盾消防公司签订案涉《融资租赁合同》时无法知晓山鹰公司对该部分租赁物所享有的权利。同时中民公司对租赁物进行了实地核实，并就案涉融资租赁业务及租赁财产在中国人民银行征信中心进行了动产权属统一登记-初始登记，尽到了审慎的审查义务，故中民公司对该部分租赁物的所有权构成善意取得，案涉《融资租赁合同》具有融物的属性，中民公司与金盾消防公司、蓝能公司之间成立融资租赁合同关系。

三、新类型租赁物

【结论】现行法律法规未就租赁物的范围作出明确限定，但应当以权属明晰、有形、特定、真实存在且能够产生收益权的租赁物为客体，适格的租赁物对融资租赁合同是否有效起到了决定性作用。同时考虑市场需求和尊重当事人的选择，如租赁物确实缺乏可融属性，则不能作为融资租赁合同的租赁物。

【典型案例与裁判观点】

1、以生物资产作为租赁物

◆ 案件名称：海尔融资租赁股份有限公司与张掖市恒源农业发展有限公司、临泽县旭丰肉牛养殖专业合作社等融资租赁合同纠纷一审民事判决书

◆ 案号：（2018）沪0115民初72832号

◆ 案件事实：

2016年8月5日原告租赁公司与被告恒源公司签订《售后回租协议》，约定原告向被告恒源公司购买西门塔尔基础母牛300头并回租给被告恒源公司使用。被告恒源公司签署《租赁物清单》、《备案登记证明》。2016年5月17日，原告与被告恒源公司签订《动产抵押合同》，抵押物为300头西门塔尔基础母牛。2017年1月22日甘州区工商行政管理局对上述抵押进行备案登记。

自2018年10月1日起被告恒源公司未支付租金。

◆ 裁判意见：

承租人认为活奶牛并非适格租赁物，主张双方名为融资租赁关系实为借贷关系。法院认为，法律、法规原则上并不禁止生物资产作为融资租赁标的物，融资租赁行业相关指导意见也指出将探索租赁物范围扩大到生物资产等新领域。对于本案中以奶牛为租赁物，因奶牛具有“牛耳标”等身份标识，能够特定化，其属于畜牧场的生产性生物资产，非消耗物，使用寿命一般为5-6年，可以自由转让，并且所有权与使用权可分离，符合租赁物的法律特征。原告为证明双方的融资租赁法律关系成立并生效，提供有被告恒源公司盖章的《售后回租协议》、《租赁物清单》、《备案登记证明》、《奶牛养殖保险保险单》、《抵押登记补充协议》，证据能够证明原告与被告恒源公司融资租赁法律关系成立、有效。

2、以权利作为租赁物

◆ 案件名称：浩瀚（上海）融资租赁有限公司与上海皆悦文化影视传媒股份有限公司、程长仁融资租赁合同纠纷一审民事判决书

◆ 案号：（2019）沪0115民初13365号

◆ 案件事实：

2016年8月12日，租赁公司与皆悦传媒签订《著作权转让合同》、《售后回租合同》，上述合同约定，皆悦传媒为融通资金用于生产经营，将自己所拥有的、未设置职权或其他他项权利、不存在权利瑕疵的除署名权、荣誉权等人身权利之外的著作权（作品名称《逍遥游世界》、作品类型电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品等）出售给租赁公司，同时以融资租赁形式回租使用，租赁期限为3年。同日，皆悦传媒向租赁公司出具《租赁物所有权转移证明》，证明皆悦传媒已于2016年8月12日收到租赁公司付的《著作权转让合同》项下的购买价款；程长仁作为连带保证人，签署了《保证合同》。2016年8月16日，租赁公司与皆悦传媒就上述融资租赁合同的约定办理了动产权属统一登记。自2018年9月11日起，皆悦传媒未再支付租金。

◆ 裁判意见：

以著作权为租赁物的“融资租赁合同”不构成融资租赁关系。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》第一条的规定，租赁公司与皆悦传媒签订的《售后回租合同》的性质应属于借款合同，租赁公司已履行其出借资金义务，皆悦传媒未归还借款，显属违约，应承担相应还款责任。

3、以在建住宅商品房项目作为租赁物

◆ 案件名称：泰康消防化工集团融资租赁有限责任公司、泸州太昌建筑安装工程有限公司昆明分公司企业借贷纠纷二审民事判决书

◆ 案号：（2019）云民终1164号

◆ 案件事实：

2015年1月9日，租赁公司与太昌昆明分公司签订《融资租赁合同》，协议约定：太昌昆明分公司将自有的新亚洲体育城·游泳馆全民健身中心及国际体育集训基地22F资产，以融资性租赁为目的以1000万元出售给租赁公司，再将该资产租回使用并支付租金；租赁期间为2015年1月9日至2017年1月8日。截至2017年1月8日，太昌昆明分公司实际支付部分租金后，其余租金未支付。

◆ 裁判意见：

结合案件中标的物的性质、价值和租金的构成等因素，综合认定是否构成融资租赁关系。首先，从租赁物的权属来看，标的物系房地产在建工程，而在建工程尚不具备法律上的所有权，因此在签订合同时租赁公司事实上并未实际取得《融资租赁合同》约定的房地产项目的所有权。首先，虽然《融资租赁合同》中具备了融资租赁的形式，但是缺少了融资租赁法律关系至关重要的基础，即在租赁期限届满前租赁物的所有权必须由出租人所有，否则即使完成了融资，也不属于融资租赁法律关系，故融资租赁关系不能成立。其次，从租赁关系的性质上来看，融资租赁合同是融资和融物的结合，融资是承租人的目的，融物是出租人债权的保障，如果承租人不能履行租金给付义务时，出租人可以收回租赁物。由于融资租赁标的物为在建工程，其所有权尚未设立和发生转移，造成租赁公司实际上无法提供适格的租赁物给太昌昆明分公司承租使用，故融资租赁关系不能成立。最后，依据《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》第一条的规定，租赁公司与太昌昆明分公司意思

表示真实，以融资租赁形式进行借款，故法律关系名为融资租赁，实为借贷。

四、租赁物低值高估

【结论】租赁物价值影响到融资租赁合同中租金的构成、担保租赁债权的实现。租赁物价格是否与实际价值一致，关系到出租人合同项下的风险，但并不当然影响融资租赁合同性质。融资租赁法律关系是否成立，价值是考量因素之一，且租赁物价值应当以合同订立时为基准，由主张“低值高估”的一方当事人承担举证责任。在不损害国家、公共利益和第三人利益的前提下，尊重当事人之间就融物融资形成的合意。如有证据证明出租人与承租人明知租赁物实际价值与融资租赁合同中约定的租赁物价款存在巨大差异，可能导致该协议不能被认定为融资租赁合同，合同各方实际构成借贷等其他法律关系。

【典型案例与裁判观点】

1、◆ 案件名称：四川永乐电力有限公司诉远东国际租赁有限公司融资租赁合同纠纷一案二审民事判决书

◆ 案号：（2018）沪01民终11167号

案件事实：2013年12月10日，远东公司与永乐电力公司签订《售后回租赁合同》和《所有权转让协议》，上述合同约定，远东公司向永乐电力公司购买租赁物件，并回租给永乐电力公司使用。永乐电力公司向远东公司出具了《租赁物件接收证明》。2017年9月29日支付第45期租金后，永乐电力公司未支付剩余租金。

◆ 裁判意见：

涉案合同采用售后回租模式，由远东公司向永乐电力公司购买租赁物、并提供给永乐电力公司使用，永乐电力公司支付租金，符合融资租赁合同要件。永乐电力公司和各名原审被告主张远东公司与永乐电力公司设施设备的价格与设施设备本身实际价值明显不符，双方未进行设施设备所有权转移，远东公司并未取得租赁物的所有权，故本案名为融资租赁，实为借款合同法律关系。对此法院认为，系争《售后回租赁合同》附件“租赁物清单”中列明了合同项下的租赁物，有明确的数量、序列号、原购买价值、制造商及产地，原购买价值总额与融资金额并无明显背离，且双方签订了《所有权

转让协议》，对租赁物所有权的转让进行了明确约定。远东公司作为出租人，已按约履行了涉案《售后回租赁合同》项下的相应义务，而永乐电力公司未能按约支付相应的租金，显已构成违约，应承担相应的违约责任。

2、◆ 案件名称：仲津国际租赁有限公司、山东鸿利化纤科技有限公司融资租赁合同纠纷再审查与审判监督民事裁定书

◆ 案号：（2018）鲁民申3534号

◆ 案件事实：租赁公司与鸿利化纤公司签订了《买卖合同》，约定租赁公司向鸿利化纤公司购买化纤生产线一台，标的物总价10642000元。2011年12月28日，租赁公司与鸿利化纤公司签订《咨询服务合同》约定由鸿利化纤公司支付咨询服务费135000元，该笔费用由租赁公司在其购买鸿利化纤公司设备应付款中予以扣除。同日，租赁公司与鸿利化纤公司签订《融资租赁合同》，以租赁方式向承租人鸿利化纤公司出租上述机器设备，承租人亦愿承租该租赁物，租赁期限为3年。合同签订后，鸿利化纤公司自第1期起即出现违约延滞支付租金情况，经租赁公司多次催收未果。

◆ 裁判意见：

本案中原告作为出租人购买出卖人亦是承租人被告鸿利化纤公司的机器设备，价格为10642000元，但实际付款3465000元，仅为买卖合同的33%，该买卖合同于被告鸿利化纤公司来说明显不公平，只收到三分之一的设备价款而将设备所有权转移至原告，与正常交易习惯不符。该案争议的租赁物是被告鸿利化纤公司于2007年以5228000元之价格购入，而本案中原、被告约定的价格为10642000元，与其实际价值明显不符。根据查明的事实，在签订涉案《融资租赁合同》时，作为租赁物的购买方与出租方，未经评估即以双方约定的一千余万元的价格购买涉案租赁物。基于以上事实，原审法院认定本案中申请人与鸿利公司双方之间的法律关系是名为融资租赁实为借贷，依照相关法律规定应认定涉案融资租赁合同无效，并按照借贷法律关系作出相应判决。

五、建议

租赁物的性质、价值、权属等是判断构成融资租赁

法律关系的重要因素。结合司法实践中有关租赁物的纠纷及裁判意见，提出以下建议：

第一，租赁物特定、真实存在，重视租赁物的法律地位。租赁物的确定性是融资租赁的必备要件。《中华人民共和国民法典》明确规定，当事人以虚构租赁物方式订立的融资租赁合同无效。《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》规定，对于合同当事人虚伪通谋，只有融资没有融物实质的融资租赁合同应认定为无效。

第二，必要审核且留痕，完善租赁物所有权的登记和公示。融资租赁企业开展融资租赁业务，应当以权属清晰、真实存在且能够产生收益的租赁物为载体。融资租赁企业在从事融资租赁业务过程中，应就租赁物的真实性、确定性进行必要审核，并做好审核材料的归档留痕。同时，《中华人民共和国民法典》规定，出租人对租赁物享有所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。融资租赁企业应完善对于租赁物所有权的登记和公示，对不具备办理登记条件的租赁物，可以通过加贴明显标识等方式明确所有权归属。

第三，防范新类型租赁物风险。2020年5月，中国银保监会发布的《融资租赁公司监督管理暂行办法》明确，适用于融资租赁交易的租赁物为固定资产，另有规定的除外。虽然符合条件的活体物等新类型租赁物可以作为融资租赁合同的适格标的物，但此类租赁物容易受生存环境、疾病等因素影响，给出租人和承租人带来租赁物易损耗或发生争议后难以处置等风险。对此，融资租赁合同各方当事人应有充分预判，并在合同中明确约定风险承担方式。

第四，防止低值高估，合理确定租赁物价值。在中国银保监会于2020年5月26日印发的《融资租赁公司监督管理暂行办法》第十七条第二款规定，售后回租业务中，融资租赁公司对租赁物的买入价格应当有合理的、不违反会计准则的定价依据作为参考，不得低值高买。融资租赁企业在接受融资租赁时，应尽可能通过审核租赁物购买手续、原始买卖合同、凭证等确定租赁物价值，建立健全对租赁物价值评估和定价体系，并根据租赁物的价值、其他成本和合理利润等确定租金水平，减少纠纷的发生。

未特定化将有应收账款质押效力问题研究

WINCON
LEGAL
INSIGHT



吴亚轩

专注于银行法律服务、证券、并购、公司法律事务、企业法律顾问、合同纠纷等诉讼及非诉业务。

应收账款质押作为商事活动中常见的担保方式之一，较为广泛运用于各类融资担保业务之中。实践中该种担保方式无论从融资贷款的实际价值，亦或是担保实现的变现率等方面虽可能不及其他抵押类型，但倘若债权人能够保持对出质人经营的持续关注，应收账款的质押往往能够成就债务清收的意外突破。尤其《中华人民共和国民法典》的施行，在原有规定的基础上将可出质的应收账款的范围进一步明确包含现有的以及将有的应收账款，意图协助拓展融资渠道，更多的《应收账款质押合同》中也普遍约定以将来的应收账款进行出质。

但根据物权法定原则，质权作为物权的一种，用于出质的应收账款一般来讲应当是明确、具体、可区分、特定化的，其中现有的应收账款通过合同描述可实现特定化要求，但将有的应收账款因尚未发生，往往存在不特定化的原始特性，因此在出质人以未特定化的将有应收账款进行出质，并已办理质押登记的情况下，该质权是否有效设立成为了实务之中经常会出现的争议问题。

本文在分析应收账款质押法律规定的基礎上，检索将有应收账款质押的相关案例，针对未特定化的将有应收账款是否能够有效设立质权进行分析，以期对实务问题的处理有所裨益。

一、应收账款质押相关法律法规

根据《应收账款质押登记办法》以及中国人民银行2021年5月19日发布的《动产和权利担保统一登记办法（修订征求意见稿）》规定：“本办法所称应收账款是指权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的要求义务人付款的权利以及依法享有的其他付款请求权，包括现有的和未来的金钱债权”，应收账款的具体权利范围包括：

- （一）销售、出租产生的债权，包括销售货物，供应水、电、气、暖，知识产权的许可使用，出租动产或不动产等；
- （二）提供医疗、教育、旅游等服务或劳务产生的债权；
- （三）能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业项目收益权；

(四) 提供贷款或其他信用活动产生的债权；

(五) 其他以合同为基础的具有金钱给付内容的债权。

2021年1月1日生效的《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第四百四十条规定：“债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：... (六) 现有的以及将有的应收账款”，从而将《中华人民共和国物权法》第二百二十条规定可以出质的权利范围中的“应收账款”进一步明确包含现有的以及将有的两种类型，并首次将部门规章中“未来的金钱债权”以法律条文“将有的应收账款”确定下来，解决了为司法实践中所诟病的《应收账款质押登记办法》违反“物权法定”原则这一问题。

而对于应收账款质权的设立问题，根据以上相关法律法规的规定，应当具备三个要件：

一是应当订立书面质押合同。质押合同一般包括下列条款：(一)被担保债权的种类和数额；(二)债务人履行债务的期限；(三)质押财产的名称、数量等情况；(四)担保的范围；(五)质押财产交付的时间、方式。以上条款的几项内容仅是对质押合同的订立提供一个范式或者样本，但并非强制性内容。且质押合同仅是设定质权的民事行为，是质权的必要条件，但并不是质权发生的充分条件。

二是质押合同依法成立并生效，即设立应收账款质押是当事人的真实意思表示，且当事人意思表示一致，不违反法律法规效力性强制性规定与公序良俗。

三是应当办理出质登记。根据物权公示原则，以应收账款出质的，在订立质押合同后，质权并不当然设立，质权自办理出质登记时设立。《民法典》并未规定应收账款质押的登记机构，这不代表对原有登记机构中国人民银行征信中心的否定，这是为统一有关担保物权或者权利质权的登记机构预留空间。就目前而言，应收账款质押还须经信贷征信中心办理出质登记，征信中心不开展事前审批性登记，不对登记内容进行实质审查。

综上，《民法典》对于应收账款是否应当特定化

以有效设立质权的问题并未明确规定，且中国人民银行征信中心作为质押登记机关，亦对登记仅进行形式审查而非实质审查，因此在对于质权效力问题发生争议之时，仅可通过诉讼或仲裁的形式予以确认。对于现有的应收账款，由于债务已经发生，因此应当对于该应收账款进行详细的描述以反映双方的真实意思表示，未特定化的现有应收账款即使已办理质押登记质权也未有效设立。但对于将有的应收账款，由于债务并未实际发生，且是否发生以及账款金额多少并无法确定，因此在订立书面合同时，无论如何都无法通过文字描述以准确限定尚未发生的应收账款，从而导致对于将有应收账款质押是否因为未特定化而无效的问题，在目前的司法实践中普遍存在着争议。

二、相关司法判例观点

对于未特定化将有应收账款的效力问题，在司法实践中存在两种不同观点：第一种观点认为，出质时将来发生的应收账款应当特定化。理由在于将有应收账款的金额不确定、产生时间不确定，以这种应收账款作担保会面临如何公示、如何监控、如何实现等一系列问题，因此，以将有应收账款出质时，应要求应收账款应当具有确定性，以保证应收账款质权实现时对应的债权能真实存在。第二种观点认为，出质时将有的应收账款无需特定化。理由在于将有应收账款之所以称之为将有应收账款，就是因为其是将来发生的不特定债权，这些债权是否发生以及债权的数额在质权设定时不能确定也无法确定。如果刻意对于进行特定化的限定要求，将极大地阻碍应收账款质押促进融资交易的立法目的。

以下，我们将通过研究判例解读这两个观点：

第一种观点：出质时将有的应收账款应当特定化

1、富登投资信用担保有限公司南京分公司与南京喜春来工贸有限公司、王年余、端木玉兰、罗钢平、南京银信炉料有限公司追偿权纠纷【南京市中级人民法院——(2015)宁商终字第701号】

涉案合同相关条款：

质押财产为“出质人自2013年5月22日签署《最高

额反担保质押合同》之日及之后，在与其所有的应收账款支付方之间所有合同中享有的：1) 对应收账款支付方的应收账款：包括现在的或将来的、实际的或可能发生的所有应收账款；2) 在应收账款项下享有的相关权利：包括出质人在上述所有合同及合同的任何支付方式项下的全部权利，以及出质人享有的全部保证、赔偿、保险、主张和担保的利益等”。

裁判要点：

原审法院认为即使是针对未来的债权，也应存在基础关系而确定其在将来一定期限内会产生、债权金额亦可根据基础关系的相关因素而得以预见。若出质债权不确定，以其质押，则出质的债权因可能具有无法实现的风险而影响其担保功能的发挥，出质人的其他债权人对出质人的履行债务能力将难以预见，亦将损害出质人的其他债权人的利益，与发挥应收账款潜在价值、满足企业经营需要的设立目的相悖。

本案中，富登公司虽在人民银行征信系统办理了质押登记，已具备应收账款质押的形式要件，但登记的质押财产表述对质押财产的数量及状况均没有约定，在备案的质押合同中，双方也未对出质债权的基础合同及其履行状况等事项作出约定，亦不符合质押合同必要条款的法律规定。富登公司虽称喜春来公司在质押登记前后向其提供了应收账款明细表，但其对喜春来公司是否享有债权以及债权的实际金额并不能确定，在签订质押合同后也未及时通知相对人得到确认，故富登担保公司针对不具确定性的质物所设定的质权不成立，对其据此主张优先受偿权的诉讼请求，本院不予支持。

二审法院同样认为，质权属物权的一种，其设立与否与能否对抗合同关系之外的第三人息息相关故而因具有确定和具体的特征，而不应在实现担保物权时再行确定。质押合同对应收账款的债务人、数量及状况等基本要素均未明确，质押合同虽已办理登记但质权并未有效设立。

2、广发银行股份有限公司杭州分行、浙江军马神铝业有限公司金融借款合同纠纷【杭州市中级人民法院——(2017)浙01民终8766号】

涉案合同相关条款：

质押的应收账款为军马神公司自2015年9月29日起未来五年内发生的、存在的及到期的下游客户的应收账款。

裁判要点：

一审法院认为，质押合同中出质的标的物不尽明确，下游客户的表述亦不能明确付款义务人，亦没有相应的基础合同及账款履行期限，质押合同标的物状况不明，质押合同必备条款缺失，质押合同尚未成立，质权并未设立，故对广发银行杭州分行行使应收账款质权的主张不予支持。

二审法院认为，在广发银行杭州分行和军马神公司签订的上述质押合同中，没有明确约定应收账款的具体信息，不能确定质押标的物、付款义务人以及对应的基础合同关系、账款期限等信息，军马神公司出质的应收账款并不明确，故案涉质押合同因缺乏这些能够明确标的物的必备要素而没有成立，质权亦未设立。

3、嘉兴银行股份有限公司秀水支行与嘉兴日亿机械有限公司、嘉兴富叠机械有限公司金融借款合同纠纷【浙江省嘉兴市中级人民法院——(2013)浙嘉商终字第502号】

涉案合同相关条款：

日亿公司以1000万元应收账款提供质押担保。

裁判要点：

根据《中华人民共和国物权法》第二百二十九条及二百一十条之规定，质押财产的数量及状况等作为质押合同的必备条款，应当在合同中进行约定，在欠缺质押财产条款又不能补正或推定的情况下，质权不成立。

总结上述裁判文书要点，我们会发现持有该种观点法院认为以将有的债权出质，应当以基础合同关系的存在为基础，以此确定应收账款在将来一定期限内

会实现、债权金额亦可根据基础关系的相关因素得以预见对应收账款明确约定，同时将《物权法》第二百一十条约定的质权合同一般包括的条款，例如应收账款的债务人、数量及状况等基本要素认定为质押合同成立所应当具备的必要内容，对于仅以概括性方式描述的将有应收账款出质的，因未特定化，相应质权未能依法设立。

第二种观点：出质时将有的应收账款未无需特定化

1、天台县百赞塑胶有限公司、东莞银行股份有限公司惠州分行申请执行人执行异议之诉【浙江省台州市中级人民法院——（2020）浙10民终1065号】

涉案合同相关条款：

惠州三圣公司同意将在2017年12月26日起未来2年经营期内对其下游所有销售客户产生的全部应收账款质押给东莞惠州银行。

裁判要点：

二审法院认为未来应收账款质押的属性为未来债权质押，其在实践中运用较多，亦具有融资价值。基于未来债权的自身特点，在处分该未来债权时，不应以作为基础关系的债权合同的存在为必要，只要通过对该未来债权的具体描述，能够确定未来债权存在的具体范围，具有可得辨别或合理期待的，应认定为约定内容明确具体。案涉未来应收账款质押已于2017年12月26日在中国人民银行征信中心办理登记，且其中约定的未来应收账款现已实际发生。综上，案涉质押合同出于当事人真实意思表示，且不违反法律法规强制性规定，应为合法有效。

2、骆昌梅、高永红与长融国银（北京）投资管理有限公司、合肥万好置业有限公司案外人执行异议之诉【安徽省高级人民法院——（2017）皖民终70号】

涉案合同约定条款：

万好置业公司万家银座广场在2012年7月25日至2018年6月24日期间产生的经营收入。

裁判要点：

质押的应收账款既可以是已经发生、数额确定的账款，也可以是将来发生、在订立质押合同时数额尚不明确的账款。如果事后根据客观情况可以确定质押的应收账款，则应当根据事后确定的应收账款作为质押财产。

3、海口农村商业银行股份有限公司龙昆支行与海口明光大酒店有限公司、海口明光酒店管理有限公司金融借款合同纠纷【海南省高级人民法院——（2016）琼民初24号】

涉案合同相关条款：

以明光管理公司的经营收费权（包括但不限于客房收入、餐饮收入等）提供最高额质押担保并办理质押登记。

裁判要点：

法院认为，从涉案的两份《最高额质押合同》与《应收账款质押登记协议》的内容可知，本案中明光酒店公司与明光管理公司质押的实质上是其收益权，该权利虽系将来金钱债权，但其行使期间及收益金额均可确定，属于确定的财产权利，依其性质可纳入依法可出质的应收账款的范畴。本案中，出质人明光酒店公司与明光管理公司与质权人海口农商银行分别签订了《最高额质押合同》与《应收账款质押登记协议》，并在中国人民银行征信中心进行了质押登记，明光酒店公司与明光管理公司的收益权质押已具备公示要件，质权已依法成立并生效。

总结上述裁判文书要点，法院认为将来应收账款在签订质押合同时可以非特定化，但在质权人主张优先受偿权时，所指向的应收账款应实际发生，是特定的且在双方约定的出质的应收账款约定范围内，即可认定质权人对该应收账款享有优先权。

综合相关法律法规及司法实践，笔者更倾向于以上第二种观点，即以将有应收账款出质时，质押合同中对于应收账款未进行特定化描述的，并不一定影响

质押的效力；人民法院应当依照质权人主张优先受偿权时相应应收账款是否实际发生且实际存在，是否属于双方约定的出质范围等因素判断质权人的优先受偿主张是否成立。主要理由有以下几点：

1、将有应收账款出质时无法特定化，仅可在质权人主张权利时特定。结合前文的论述，实践之中，无论质权人与出质人对于应收账款如何进行限定描述，亦无法对于将来发生的应收账款进行特定，仅以此作为判断质押是否设立的条件，则将有应收账款均无法有效设立质权，这显然与立法规定相违背。

2、特定化并非设定将有应收账款质押的法定必要条件，未特定化将有应收账款质押并不违背物权法定原则。首先，现行法律法规之中均未明确规定以将有应收账款质押的必须特定化，《民法典》对于质押合同相关条款的规定用于为“一般包括以下条款”，而非“应当包括以下条款”，杭州市中级人民法院(2017)浙01民终8766号案件据此认定质押合同未成立缺乏充分的法律依据。其次，物权法定原则是指物权的种类与内容只能由法律规定，不允许当事人自由创设。在《民法典》明确规定可以将有应收账款出质，且并未限定将有应收账款必须特定化的情况下，只需出质人主张质权之时的该应收账款是特定的，质权人并未就已消灭的应收账款主张权利，即并不违法物权法定原则。

3、以未特定将有应收账款质押属于双方的意思自治。质权人在以将有应收账款出质时，由于无法预测未来的应收账款的具体情况，在双方通过协议明确约定将未来一段时期的应收账款提供质押担保，属于出质人对于自身权利的处置，只要质权人主张相应权利时所针对的应收账款不超过双方质押合同约定的范围，设立质押即为属于双方的意思自治。

4、以未特定化将有应收账款质押并未侵犯出质人其他债权人的合法权益。南京市中级人民法院在(2015)宁商终字第701号案件之中认为：“若出质债权不确定，以其质押，则出质的债权因可能具有无法实现的风险而影响其担保功能的发挥，出质人的其他债权人对出质人的履行债务能力将难以预见，亦将损害出质人的其他债权人的利益，与发挥应收账款潜在价值、满足企业经营需要的设立目的相悖”。但笔者所

支持的观点所确认的应为质权人主张权利之时发生、存在，具备实现可能的应收账款，对于在权利主张之前发生但已经消灭的应收账款质权人无权主张优先权。因此，出质人可主张的权利是确定的，并不会对出质人的其他债权人的合法权益造成影响。

三、针对非特定化的将来应收账款实现质权的建议

作为债权人，尤其是以银行为主的金融债权人，如何避免应收账款无法特定化而导致质权落空的风险是至关重要的。针对此现状，提出如下建议：

1、及时对尚未特定化的应收账款进行补正

正如前文所述，作为质押财产的将来应收账款应当在一定程度上满足特定化、确定性要求，就算在签订质押合同时将来应收账款尚未特定化，必须能在事后对债权特定化的细节进行补正。这就要求债权人持续跟踪相应应收账款的变化情况，一旦应收账款确定，及时进行补正。补正最迟不能晚于质权人向出质人要求对相应应收账款实现优先受偿权，即要求实现应收账款优先受偿权前就应确定该应收账款。

2、可考虑通过约定及设立应收账款特定账户以提高应收账款的特定性。

所有应收账款均须存入收款账户，出质人由于任何原因从任何其他途径收到应收账款的，应当立即通知质权人并将上述款项存入收款账户。同时可配合账户监管、质押等方式进一步保障质权人对于已收回资金的控制及优先权利，最大限度提高债权实现的安全性，维护合法权益。

认缴制下转让未实缴部分股权的个人所得税问题

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。

注册资本认缴制下，0对价转让未实缴出资部分股权的做法十分常见，转让方认为其把未实缴部分股权的出资义务转让出去，股权转让收入为0，无须缴纳个人所得税。而依据《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告2014年第67号）（以下简称“67号文”）的规定，个人申报股权转让收入明显偏低的（低于股权对应的净资产份额），税务机关可以采用净资产核定法等方法核定股权转让收入，此时核定的股权转让收入通常会高于转让方实际申报的股权转让收入，进而需要缴纳较高的个人所得税。

为什么转让方没有转让收入，还要缴纳个人所得税？税务机关采用净资产核定法、统一按照净资产份额确定股权转让收入是否合理、存在哪些问题？是否有可供参考的其他合理方法？本文将结合对上述问题的分析，提出实践中转让未实缴出资部分股权的处理建议。

一、净资产核定法的适用

根据67号文的规定，自然人转让股权，以股权转让收入减除股权原值和合理费用后的余额为应纳税所得额，按“财产转让所得”缴纳个人所得税。若自然人申报的股权转让收入“明显偏低且无正当理由的”（申报的股权转让收入低于股权对应的净资产份额的），主管税务机关有权核定股权转让收入，其中“净资产核定法”是优先适用的方法（不考虑存在企业需要评估确定价格、第三方融资价格的情况），核定的股权转让收入=公司净资产额×股权转让比例。这样按照税务机关核定的股权转让收入计算出来的个人所得税数额，与按照转让方实际股权转让收入计算出来的个人所得税数额，就存在差异，我们可以通过以下假设的案例进行对比：

案例：

A有限公司成立于2017年12月20日，注册资本300万元，甲、乙、丙三个股东分别认缴出资100万元，约定股东于2047年12月31日缴足全部出资，截至目前甲实缴出资100万元，乙实缴出资50万元，丙尚未实缴出资。经甲、乙同意，丙方拟将其未实缴部分股权转让给丁，股权转让对价为0元。公司章程约定股东按照实缴的出资比例分取红利。股权转让不考虑其他税费影响。

◆情景一（亏损）：截至2021年12月31日，A公司净资产数额为60万元（实收资本150万元+未分配利润-90万元）：

丙方实际股权转让收入=0，应缴纳个人所得税=0；

因丙方申报的股权转让收入低于股权对应的净资产额，税务机关核定股权转让收入=60×100/300=20万元，股权原值为0，应缴纳个人所得税=（20-0）×20%=4万元。

◆情景二（盈亏平衡）：截至2021年12月31日，A公司净资产数额为150万元（实收资本150万元+未分配利润0元）：

丙方实际股权转让收入=0，应缴纳个人所得税=0；

因丙方申报的股权转让收入低于股权对应的净资产额，税务机关核定股权转让收入=150×100/300=50万元，股权原值为0，应缴纳个人所得税=（50-0）×20%=10万元。

◆情景三（盈利）：截至2021年12月31日，A公司净资产数额为180万元（实收资本150万元+未分配利润30万元）：

丙方实际股权转让收入=0，应缴纳个人所得税=0；

因丙方申报的股权转让收入低于股权对应的净资产额，税务机关核定股权转让收入=180×100/300=60万元，股权原值为0，应缴纳个人所得税=（60-0）×20%=12万元。

二、净资产核定法的问题

从前述三种情景下核定股权转让收入的计算公式中可以看出，采用净资产核定法，在各个股东实缴出资比例不一致的情况下，将净资产中的实收资本核定分配至未履行实缴出资义务的股东，不加区分地适用净资产核定价格，并不合理。

1、交易对价合理性问题

如前所示三种情景中，按照净资产核定法，只要公司净资产数额大于0，丙方对外转让未实缴部分股权的股权转让收入就不为0，而且不同情景下的股权转让收入差异较大，导致个人所得税数额差异较大。在公司盈利的情况下，受让方对公司留存未分配利润有预期收益，此时采用净资产核定法核定股权转让收入、征收个人所得税尚可理解，但在公司盈亏平衡甚至亏损的情况下，公司没有未分配利润，仍然征收个人所得税对转让方、受让方来说都不合理：

(1) 从转让方的角度分析

公司经营状况不佳，未实现盈利，转让方综合考虑出资能力、投资风险、预期收益等因素后，决定不再继续出资，将其持有的未实缴部分股权以0元转让给受让方，由受让方代替转让方（原股东）完成后续的实缴出资义务，这与公司设立时各股东按照约定履行实缴出资义务是一致的，转让方没有任何收益，所以不应缴纳个人所得税。如果按照净资产核定法核定了股权转让收入，转让方不仅实际上没有获得任何收入，而且还要支付个人所得税，对转让方而言就是“不赚反亏”，在这种情况下转让方为了避税，可能采取委托代持等其他方式实现其股权转让的目的。

(2) 从受让方的角度分析

受让方取得转让方未实缴部分的股权所付出的成本为“受让时支付的股权对价”+“后续的实缴出资”，受让方在什么情况下会支付“股权对价”呢？在公司本身没有任何留存收益（未分配利润）的情况下，受让方受让股权成为公司股东后，除了要代替原股东履行后续实缴出资义务，还要承担公司亏损的风险，受让方自然不会愿意支付股权受让成本；在公司盈利情况下，公司虽然有留存收益，但受制于公司章程按实缴出资比例分取红利的约定，受让方是否愿意支付股权转让对价，有待受让方对公司盈利持续性、利润分配可能性的考量和判断以及受让方与转让方之间的谈判沟通，通常受让方会更倾向于不支付或少支付股权转让对价。

2、重复征税问题

如前述案例，若丁方受让丙方的股权后，履行出资义务实缴了100万元的注册资本，丁方又将其持有的该部分股权转让给外部第三人，按照67号文第十五条的规定，个人转让股权的原值为实际支付的价款与取得股权直接相关的合理税费之和（暂不考虑取得股权的印花税等税费影响），丁方实际支付的价款为100万元（即实缴出资），但此前按照净资产核定法核定的股权转让收入也应算作丁取得该部分股权的成本，若按照67号文第十五条的规定，股权原值仅认可实际支付的价款，则会导致此前核定部分的股权转让收入重复征税，有违个人所得税避免重复征收的原则。

因此，若分析转让双方的交易目的、公司实际经营情况，未实缴出资部分的股权转让对价为0元，是合理的——也即股权转让价格低于转让股权所对应的净资产额是合理的，而低于多少才是公允的、0元是不是公允的，尤其是公司不同经营状况下的股权转让价格如何保证公允，实践中确实需要一种更加合理的计算方式作为参考。

三、净资产核定法的修正思路

自2014年3月1日开始实施注册资本认缴制以来，股东0元转让未实缴出资额的现象越来越常见，针对股东实际申报的股权转让收入与税务机关采用净资产核定法核定的股权转让收入之间的差异，有观点提出了一种“修正的净资产核定法”，股权转让的实质是转让方将被投资企业的未来收益、应当缴纳的剩余出资额一并转让给受让方，在未实缴出资的情况下，股东转让的股权是未来收益分配权受到限制的“不完全股权”，受让方取得收益分配权不受限制的“完全股权”需要增加一块成本，即未来应当缴纳的剩余出资，所以可以得到以下等式：

◆受让方取得转让股权（完全股权）所支付的成本 = 股权转让对价 + 受让方应缴纳的剩余出资

◆受让方取得“完全股权”后可享有的净资产额 = （股权转让时公司净资产 + 全部股东应缴纳的剩余出资） × 转让的股权比例

在转让双方考虑转让股权的对价时，合理且公允的情况下，双方应当使：受让方取得转让股权（完全股权）所支付的成本 = 受让方取得“完全股权”后可享有的净资产额。

上述等式转化得到：股权转让对价 = （股权转让时公司净资产 + 全部股东应缴纳的剩余出资） × 转让的股权比例 - 受让方应缴纳的剩余出资

将“修正的净资产核定法”适用于前述案例的三种情景中：

◆ 情景一（亏损）：丙方股权转让的收入（股权转让对价）=（60万元+150万元）×100/300-100万元=-30，丙方申报的股权转让收入0元 > 核定的股权转让收入-30，不属于股权转让收入明显偏低的情况，无须缴纳个人所得税。

◆ 情景二（盈亏平衡）：丙方股权转让的收入（股权转让对价）=（150万元+150万元）×100/300-100万元=0，丙方申报的股权转让收入0元，不属于股权转让收入明显偏低的情况，无须缴纳个人所得税。

◆ 情景三（盈利）：丙方股权转让的收入（股权转让对价）=（180万元+150万元）×100/300-100万元=10万元，丙方申报的股权转让收入0元 < 核定的股权转让收入10万元，应按10万元核定，缴纳个人所得税=（10-0）×20%=2万元。

四、总结与反思

以上，针对转让未实缴出资部分股权的个人所得税，我们可以看到实践和理论研究中存在的三种不同的处理方式，但从合理避税的目的出发，三种处理方式都存在适用情景的局限性：

1、0对价转让

在公司成立初期、全部未实缴出资或公司未实现盈利的情况下，0对价转让未实缴部分股权具有合理性，也比较能够说服税务机关，避免被核定股权转让收入；而在公司实现盈利（留存未分配利润）的情况下，股东0元转让未实缴出资部分的股权，就存在被税务机关认定为“股权转让收入明显偏低且无正当理由”的风险，从而被重新按照净资产额核定股权转让收入，承担较高的个人所得税成本。

2、修正的净资产核定法

在公司未实现盈利的情况下，采用修正的净资产核定法，产生的效果与0对价转让是一致的，均无须缴纳个人

所得税；而在公司盈利的情况下，相比税务机关采用的净资产核定法，修正的净资产核定法会降低个人所得税纳税数额。综合而言，是一种比较合理且公允的计算方式。

但应当注意的是，当转让的股权中既有未实缴出资部分也有实缴出资部分、且实缴出资部分大于未实缴出资部分的情况下，采用修正的净资产核定法计算的个人所得税数额可能会高于税务机关采用的净资产核定法计算的个人所得税数额。比如前述案例情景三中，乙方拟转让其持有的公司80万元注册资本（其中转让实缴部分50万元、转让未实缴部分30万元），净资产核定法计算的股权转让收入=180×80/300=48万元，股权转让收入低于成本（实缴出资50万元），无须缴纳个人所得税；而采用修正的净资产核定法计算的股权转让收入=（180+150）×80/300-30=58万元，个人所得税=（58-50）×20%=1.6万元。

3、净资产核定法

相比0对价转让、修正的净资产核定法，税务机关采取的净资产核定法通常会认定产生较高的个人所得税。前述案例的三种情景下，只有在转让股权全部为实缴注册资本时（不包括净资产为负值的特殊情况），采取净资产核定法核定股权转让收入才是完全公允的，不会产生多征税或少征税的问题。

五、建议

按照各地税务机关和市场监督管理部门的统一要求，个人发生股权转让行为，在向市场监督管理部门办理变更登记手续前，应依法在被投资企业所在地主管税务机关办理纳税申报，取得完税证明（通常是《个人股权转让完税信息表》或《股权转让税源监控登记表》等），市场监督管理部门查验相关完税证明后，为申请人办理股权转让变更登记。所以，个人转让股权的，工商变更登记的前提必要条件就是纳税申报，转让双方的交易对价要由税务机关审查，如发现股权转让收入明显偏低且无正当理由的，会被税务机关核定股权转让收入并征缴个人所得税。而在净资产

核定法的适用不合理、法律法规又无其他合理方式参考的情况下，可以考虑从以下方面尝试降低个人所得税：

1、67号文规定的“股权转让收入明显偏低但视为有正当理由”情形

第十三条：“符合下列条件之一的股权转让收入明显偏低，视为有正当理由：

（一）能出具有效文件，证明被投资企业因国家政策调整，生产经营受到重大影响，导致低价转让股权；

（二）继承或将股权转让给其能提供具有法律效力身份关系证明的配偶、父母、子女、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女、兄弟姐妹以及对转让人承担直接抚养或者赡养义务的抚养人或者赡养人；

（三）相关法律、政府文件或企业章程规定，并有相关资料充分证明转让价格合理且真实的本企业员工持有的不能对外转让股权的内部转让；

（四）股权转让双方能够提供有效证据证明其合理性的其他合理情形。”

2、结合公司经营情况，综合考量选择股权转让方式

（1）公司净资产数额为负值时：每股净资产额 < 0元，0对价转让未实缴出资部分的股权不产生个人所得税；

（2）公司净资产数额为正值、但未实现盈利时：公司净资产主要为股东的实缴注册资本，股东转让未实缴出资部分可以采用0对价转让的方式，但需要提前与税务机关沟通，提供公司财务报表（证明未实现盈利）、公司章程（证明按实缴出资比例进行分红）、股权转让协议（证明受让方承担后续实缴出资义务）、股东会决议等材料，说明0对价转让未实缴出资部分股权的合理性；

（3）公司实现盈利时：提前咨询当地税务机关，了解当地税务机关对于盈利情况下转让未实缴出资部分股权的审查态度，向税务机关具体解释0对价转让未实缴出资部分股权的合理性（如内部股权结构调整、关联方受让等）；若无法通过0对价转让，建议与税务机关沟通按照修正的净资产核定法计算股权转让收入；仍无法适用的，可以考虑通过增资扩股、先增后减/先减后增等方式迂回实现股权转让的效果。

参考文献：

1、《认缴制下确定股权对应的净资产份额的思考》，作者：广州地税，柯安娜，2017年2月，文章链接<https://www.shui5.cn/article/6f/110558.html>

2、《未实缴出资注册资本股权转让个人所得税分析——股权清算价值法构建及应用》，作者：北京德和衡（上海），钟建，2018年5月，文章链接<https://mp.weixin.qq.com/s/6KbcD3bwDzsJQsWwyGk-iw>

从最高院案例看股东代表诉讼若干问题

WINCON
LEGAL
INSIGHT



张本良

专注于公开发行股票并上市、上市公司非公开发行股票业务、股权激励业务、新三板挂牌及定向发行股份业务、企业并购、重组业务、信托相关业务等。

股东代表诉讼，又称股东派生诉讼，是指公司的董事、监事、高级管理人员或他人的不当行为侵害公司权益，给公司造成损失的，公司股东为了公司的利益以自己的名义提起诉讼的行为。

本文拟从请求权基础、构成要件、诉讼主体、诉讼利益归属及诉讼费用承担等方面，结合《公司法》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》及最高人民法院部分案例对该制度涉及的若干法律问题探讨。

一、法条依据/请求权基础

《公司法》第149条、151条是我国股东代表诉讼制度的基础性规定。

《公司法》第151条规定：“董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请

求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼（第1款）。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权

为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼（第2款）。他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼（第3款）”。

《公司法》第149条规定：“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”。

二、构成要件

（一）权利主体

该制度权利主体分为公司股东，根据公司类型，具体分为两类：一类是有限公司的股东；一类是股份公司连续180日以上单独或合计持有公司1%以上股份的股东。

（二）前置程序

1、股东提起该诉讼，应首先履行必要的前置程序。根据《公司法》第151条第1款、第2款的规定，该前置程序为：符合条件的股东书面请求董事会/执行董事、监事会/监事提起诉讼，董事会/执行董事、监事会/监事拒绝或自收到请求之日起30日内未提起诉讼。该程序又称为“用尽公司内部救济”，只有履行了该前置程序，“用尽公司内部救济”后，符合条件的股东才可以自己的名义提起该诉讼。

最高院在（2016）最高法行再91号裁定（2018年7月5日）中认为，股东提起代表诉讼的条件如下“……第二股东必须在诉前用尽公司内部救济。即他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，股东可书面请求监事会或不设监事会的有限责任公司的监事、董事会或不设董事会的有限责任公司的执行董事提起诉讼。只有前述监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前述股东有权为了公司利益以自己的名义直接向法院起诉。……[1]。”

该程序设定之目的，“在于促使公司内部治理结构充分发挥作用，以维护公司的独立人格、尊重公司的自主意志以及防止股东滥用诉权、节约诉讼成本[2]。”

2、公司处于清算情况下的前置程序

（1）前提性问题

公司处于清算状态下，公司尚未注销，公司的主体地位仍存续，公司股东的地位未因此改变，公司股东提起股东代表诉讼的权利未因此消灭。

同时，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第23条第2款明确规定“有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，依据公司法第一百五十一条第三款的规定，以清算组成员有前款所述行为为由向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理”。因此，符合条件的股东仍可以提起股东代表诉讼。

（2）此时的股东代表诉讼是否仍应履行前置程序；若应当履行，该向谁提出请求？

对于该问题，最高院在数个案例中从正反两方面给出了答案。最高院认为该情形下，提起股东代表诉讼仍应当履行前置程序，只是履行对象应当是清算组，在未成立清算组的情况下应当是原法定代表人。

①最高院在（2013）民四终字第46号裁定（2015年8月12日）中认为，符合条件的股东在向清算委员会提出要求其代表公司向法院提起诉讼的请求而清算委员会拒绝后，符合条件的股东有权提出股东代表诉讼；在（2016）最高法民申字663号裁定（2016年4月27日）中认为“公司清算期间，董事会和监事会的职能基本丧失，由清算组代表公司行使内外职权，应由清算组作为内部救济机关。本案中，同基公司就天一公司与星源公司合作开发东郊庄园项目的事宜提交天一公司清算组讨论并要求天一公司提起诉讼未果，天一公司清算组自成立至今已逾五年，清算组成员经多次商议，仍无法就是否对星源公司提起诉

讼达成一致意见或形成多数意见，已竭尽公司内部救济。二审法院确认同基公司有权向星源公司提起股东代表诉讼，适用法律并无不当”[3]。

②最高院在（2014）民申字第679号裁定（2014年6月26日）中从反面对该问题作出回应，认为“最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第十条规定：‘公司依法清算结束并办理注销登记前，有关公司的民事诉讼，应当以公司的名义进行。公司成立清算组的，由清算组负责人代表公司参加诉讼；尚未成立清算组的，由原法定代表人代表公司参加诉讼。’据此，在公司解散但未成立清算组的情形下，股东如认为他人侵犯公司合法权益造成公司损失的，应当直接向原法定代表人提出请求，在原法定代表人怠于起诉时，方有权提起股东代表诉讼。本案中，大连宝通公司的法定代表人是由外方股东委派的，外方股东履行法律规定的前置程序并无客观上的障碍。因此，即使金石滩公司具备大连宝通公司的外方股东身份，其未履行前置程序即以股东名义提起代表诉讼，也不符合股东代表诉讼的受理条件”[4]。

3、前置程序的排除

特殊情况下，符合条件的股东得无需履行前置程序径行以自己的名义提起诉讼具体包括：

（1）情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害。

（2）董事会/执行董事、监事会/监事提起诉讼没有可能性的。最高院（2015）民提字第230号裁定（2015年12月31日）认为“……根据该条款的文字内容和生活常理，应当认为《公司法》规定的该项‘前置程序’所针对的是公司治理形态的一般情况，即在股东向公司的有关机构或人员提出书面申请之时，后者是否会依股东的请求而提起诉讼尚处于不定状态，抑或存在监事会、监事或者董事会、执行董事依股东申请而提起诉讼的可能性；换言之，法律不应要求当事人徒为毫无意义之行为，对于股东申请无益即客观事实足以表明不存在前述可能性的情况，不应理解为《公司法》第一百五十一条所规制的情况。……何栢强、罗顺兴分别担任该公司的执行董事和监事，而陈二代表

公司提起诉讼所指向的被告恰是何栢强、罗顺兴等人，且在陈二提出起诉前，双方已就诉争的事实产生争议。由此表明，即使陈二就相关事实请求分别作为公司执行董事和监事的何栢强、罗顺兴提起诉讼，何栢强、罗顺兴必然拒绝。故本案中不存在公司的执行董事或监事接受股东申请对股东所主张的被告提起诉讼的可能性，亦可谓公司内部的救济途径已经穷尽，据此应当认为陈二提起本案诉讼并不违反《公司法》第一百五十一条的规定。”[5]

（三）相对方存在不当行为

1、针对董事、监事、高级管理人员而言，其执行职务的行为应当违反法律、行政法规或者公司章程的规定。

2、对于他人而言，任何侵犯公司合法权益的行为都符合该要件。

值得讨论的是，“他人”的范围该如何界定，特别是针对诸如公司的董事、监事、高级管理人员、其他股东等，是否也可能属于“他人”，进而该要件下仅需符合第2个判断标准即可。

最高院在（2013）民四终字第46号裁定（2015年8月12日）中认为“……他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，有限责任公司的股东可以请求公司权力机关向人民法院提起诉讼，而公司权力机关拒绝或者怠于通过诉讼手段追究有关侵权人责任时，具有法定资格的股东有权以自己的名义代表公司对侵权人提起诉讼，追究其法律责任。这个法律规定的“他人”应该包括公司股东和公司之外的任意第三人，即凡是对公司实施了不当行为而致公司利益受损的人都可能成为股东代表诉讼的被告。”[6]

笔者认同该观点，进而，公司的董事、监事、高级管理人员从事非职务行为损害公司利益的，无需存在“违反法律、行政法规或者公司章程的规定”仍构成“不当行为”。

（四）不当行为造成公司损失

该点不再展开论述。

三、诉讼主体

鉴于股东代表诉讼必须履行前置程序，而前置程序履行过程中，董事会/执行董事、监事会/监事亦有可能应股东之请求直接提起诉讼，因此本文在本部分拟讨论的诉讼主体包含股东代表诉讼及董事会/执行董事、监事会/监事代表公司直接提起诉讼的情形。

《公司法司法解释四》第23条、24条对诉讼主体作出了较为明确的规定。

1、公司直接诉讼时的诉讼主体

《公司法司法解释四》第23条规定：“监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事依据公司法第一百五十一条第一款规定对董事、高级管理人员提起诉讼的，应当列公司为原告，依法由监事会主席或者不设监事会的有限责任公司的监事代表公司进行诉讼（第1款）。董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事依据公司法第一百五十一条第一款规定对监事提起诉讼的，或者依据公司法第一百五十一条第三款规定对他人提起诉讼的，应当列公司为原告，依法由董事长或者执行董事代表公司进行诉讼（第2款）”。该条规定了董事会/执行董事、监事会/监事代表公司直接提起诉讼（下称“公司直接诉讼”）时的诉讼主体。

(1) 该情形下，诉讼的原告为公司，公司诉讼的代表人为董事长/执行董事、监事会主席/监事，被告为监事、董事/高管、他人。对于该“他人”的范围，详见第二部分。

(2) 值得讨论的是，在对他人提起诉讼时，该条仅规定董事会/执行董事可以应符合条件的股东的请求以公司名义提起诉讼，并未规定监事会/监事会有此权利。由此至少产生两个问题：①监事会是否有权利应符合条件的股东的请求以公司的名义提起诉讼，②前置程序是否仍需向董事会/执行董事或监事会/监事之一履行，或者在董事会/执行董事或监事会/监事之一拒绝或未回应的情形下，符合条件的股东即可提起股东代表诉讼？

笔者认为，监事会应有权应符合条件的股东的请求以公司的名义提起诉讼，符合条件的股东应当请求董事会/执行董事及监事会/监事，“用尽内部救济”后，方可提起股东代表诉讼。

首先，诚如上文所言，股东代表诉讼之目的，在于促使公司内部治理结构充分发挥作用，以维护公司的独立人格、尊重公司的自主意志以及防止股东滥用诉权、节约诉讼成本。不论是董事会/执行董事，还是监事会/监事代表公司提起诉讼，均比股东个人提起股东代表诉讼，更能体现公司独立人格、尊重公司的自主意识，且由监事会/监事提起该诉讼，更是发挥监事会/监事的包括但不限于监督作用，特别是在目前监事会/监事更多的实际仅为摆设难以发挥作用的客观现状，更有利于公司内部治理结构充分发挥作用，符合该制度之目的。

其次，若被告与公司董事会/执行董事存在利害关系，则有极大概率出现董事会/执行董事不会提起诉讼的情形，如此，若监事会/监事不能以公司名义提起诉讼，则股东可以无需履行前置程序径行提起诉讼，亦不符合该制度之目的。

第三，股东向董事会/执行董事及监事会/监事均提起请求，不会特别增加股东包括经济及时间等的成本。

2、股东代表诉讼时的诉讼主体

《公司法司法解释四》第24条规定：“符合公司法第一百五十一条第一款规定条件的股东，依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定，直接对董事、监事、高级管理人员或者他人提起诉讼的，应当列公司为第三人参加诉讼（第1款）。一审法庭辩论终结前，符合公司法第一百五十一条第一款规定条件的其他股东，以相同的诉讼请求申请参加诉讼的，应当列为共同原告（第2款）”。

该条关于诉讼主体的规定较为明确，有疑问的在于，对于未参加诉讼的股东效力如何；若其他股东对提起的诉讼有异议如何救济？这个问题还有待进一步解决。

四、诉讼利益归属

股东代表诉讼的诉讼利益归属于公司，《公司法司法解释四》第25条定有明文，并明确表明“股东请求被告直接向其承担民事责任的，人民法院不予支持”。究其原因，股东代表诉讼系为维护公司利益而提起，若公司无该利益，则股东无此诉讼之权利，因此基于该诉权产生的收益回复至公司既符合法理，亦符合逻辑。

五、诉讼费用承担

《公司法司法解释四》第26条规定：股东依据公司法第一百五十一条第二款、第三款规定直接提起诉讼的案件，其诉讼请求部分或者全部得到人民法院支持的，公司应当承担股东因参加诉讼支付的合理费用。

股东提起股东代表诉讼，本意即为维护公司利益，且该诉讼之利益亦归属于公司所有，因此，诉讼费用由公司承担亦属合理。但是应当注意到，股东代表诉讼目的之一，也在于防止股东滥诉、节约诉讼成本，因此本条仅规定“诉讼请求部分或全部得到人民法院支持的”，公司承担“合理费用”。

至于“合理费用”，《公司法司法解释四》征求意见稿曾明确包括合理的律师费、为诉讼支出的调查

费、评估费、公证费等合理费用；正式稿中则删除了列示的具体项目，仅列明为“合理费用”，为法院提供了裁量空间的同时，同时也为诉讼主体可主张的范围提供了空间。

注释：

[1]最高人民法院（2016）最高法行再91号《民事裁定书》。

[2]最高人民法院(2015)民提字第230号《民事裁定书》。

[3]最高人民法院（2013）民四终字第46号《民事裁定书》。

[4]最高人民法院（2014）民申字第679号《民事裁定书》。

[5]最高人民法院（2015）民提字第230号《民事裁定书》。

[6]最高人民法院（2013）民四终字第46号《民事裁定书》。



涉及中小房企股权出让的常见法律问题概述

WINCON
LEGAL
INSIGHT



李瑞敏

业务专长：企业股权结构设计；股权并购与股权激励、资产重组；新三板挂牌业务；国有企业混合所有制改革；股东纠纷解决；金融不良资产处置；商事争议解决。

一、公司、法定代表人或关联公司财务混同

因为大部分中小房企都是私营企业，通常都是老板一个人说了算，老板通常又经营着几个不同的公司，今天A公司需要资金了从B公司出，明天B公司该付款了又从C公司出，有时候还从法定代表人账户上

随着商品房市场的逐步稳定，国家“房住不炒”政策的坚持和倡导，房地产开发逐渐告别暴利，近两年简直微利甚至负利，中小房企的融资渠道被一再压缩。截至目前，除了各种限购、限售、限贷等手段未有放松迹象以外，针对房企融资的各类监管也在进一步加强，房企主要的融资渠道全方位收紧，融资成本不断攀升，融资金额不断缩减。而这个行业对资金极度“饥渴”的特性，正与监管不断加强的趋势相冲突。可以说，目前阶段，除非有充足的现金流支持，否则开发房地产是不明智的选择。

那么，对于没有资金支持又缺少营销能力的中小房企来说，几乎只剩了一条路——项目转让。当然，出于众所周知的原因，房地产项目的转让都是通过股权转让来进行。然而，由于大部分中小企业管理不够规范，财务不太专业，又没有法律顾问，在股权转让时会出现各种各样的问题。即便这时候再请律师介入，有些错误也已铸成，律师帮助重新规范的几率大大降低，远不如防患于未然更有效。

本文中，笔者整理了几个经常出现的问题，并作解答，以期能为中小房企的股权出让问题起到解决作用。

往来，财务往来非常杂乱。各关联公司之间形成的资金往来一团乱麻，而老板不以为然：反正都是我的公司，左口袋右口袋的问题，并不算大问题。

但是，在股权转让过程中，这些都会成为阻碍股权价格计算、交易方式确定的重大问题。比如项目公

司是A公司，股东公司是B公司，而在进行工程价款支付的时候，却是B公司代A公司付款。对于工程施工方来说，只管收钱，并不关心付款人是谁。但这就形成了一个三角关系，B公司与A公司及工程施工方应该有代付协议或者指示付款说明，或者B公司借款给A公司，由A公司直接付工程款，这在财务上才是一个规范的操作。如果没有进行规范，在进行股权转让的时候，受让方也会提出工程款欠付数额的问题以及从股东借款的问题，此时当然可以解决，但显然，这会让股权受让方认为出让方公司财务不规范，信任度会大打折扣。

因此，建议中小房企平时的管理中就要注意财务制度的规范，尤其是懂税务的专业律师和专业会计师、税务师的提前介入，会帮助中小房企在将来的开发建设、股权转让等环节节省巨额的成本。而且，即使不做股权出让，正常运营管理中也要避免财务混同的问题，以防企业甚至股东个人陷于承担连带责任的巨大风险。

二、股权交易价格的计算问题

由于中小房企通常会有负债，因此基本上都是通过承债式并购的方式实现股权转让。这里很多中小房企的老板就会对债务的金额和股权价格的金额产生疑虑。例：项目公司的土地和在建工程价值1个亿，可是有1个亿的对外借款，已付工程款1000万，还欠着2000万的工程款，现在收购方拟承债式收购，提出项目公司债务他们承担，再给3000万的股权转让款，获得项目公司100%股权。那么这个股权转让价格到底是多少？是1.5亿（1亿借款+2000万工程款+3000万股权转让款）还是3000万？我们的答案是：3000万才是股权转让价格，也就是股权的实际价值。

借款也好，工程款也好，债务主体都是项目公司，而非股东。由于股权的变更，导致公司的股东和实控人变更，只不过新股东将来对项目公司的债务有权作出安排，但并不改变项目公司才是债务主体这一法律关系。并且项目公司债权债务都应考虑进所有者权益和公司净资产中，综合计算后的才是股权价值，因此，千万不要将项目公司债权债务和股权价值混同，否则容易在股权转让价格上产生歧义，从而造成股权转让的障碍。

承债式收购有很多复杂的安排，比如债务偿还期限问题、股东是否承担连带责任问题、有股权质押的情况下如何让债权人同意股权转让的问题等等，不是本篇文章所能涵盖，在此只对股权转让价格做简单界定，后续笔者会对承债式股权并购做专门的分享。

三、投资方设立的退出条款如何应对

通常，项目受让方在完成项目整体销售或部分销售后，都会进行模拟清算，然后股权退出，仍然将公司交还给原出让方，以维持后续运转。股权转让涉及此类退出条款的设计时，就需要考虑在达到何种条件下，受让股东从公司退出，比如房屋销售达到一定比例就可以退出并进行模拟清算。受让方退出时，条件约定的越详细越好，从财务清算、税务清算、公司经营资料、人员管理到物业管理、房屋保修等都要进行详细的约定。只有面面俱到地考虑到实际交接中的各项工作，才能预测将来的风险点或争议点，并加以提前规避。

其实，中小房企股权出让过程中还有很多实务性的问题需要加以研究和规范，本篇文章只是抛砖引玉。希望中小房企能引起重视，并提前对风险加以规避。

在到期债权保全及执行中，次债务人如何“见招拆招”？

WINCON
LEGAL
INSIGHT



许崇辉

业务领域为民商事诉讼、仲裁。执业期间曾承办过公司解散纠纷、损害公司利益纠纷、强制清算纠纷、破产债权确认纠纷等公司相关纠纷，以及信托合同纠纷、债券交易合同纠纷、民间借贷合同纠纷、买卖合同纠纷、租赁合同纠纷等各类合同纠纷。

一、对到期债权保全、执行的法律依据

1、对到期债权保全的法律依据。

最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（下称《民事诉讼法解释》）第159条“债务人的财产不能满足保全请求，但对他人有到期债权的，人民法院可以依债权人的申请裁定该他人不得对本案债

在保全及执行的司法实践中，当被告的财产不能覆盖原告申请保全的金额，或者被执行人的财产不能清偿执行申请人的全部债权时，作为债权人可以申请法院对被执行人的次债务人（或称“第三人”，以下统称“第三人”）的到期债权进行保全或执行，继而法院根据债权人的申请对到期债权采取保全、执行的相应措施。

但实践中，各个法院对到期债权的保全、执行所采取的措施不尽相同，缺乏系统化和规范化。对此，当第三人收到法院保全或执行到期债权的相关文书时，如果对到期债权的真伪、数额等存有异议或者对法律文书的性质、内容存有异议，该如果及时且准确予以应对，行使何种权利维护自身合法权益呢？

本文将予以维护第三人权益为视角，分析法院在对到期债权保全和执行过程中采取的相关措施，为第三人“见招拆招”提供解决路径。

务人清偿。该他人要求偿付的，由人民法院提存财物或者价款。”，为保全阶段（包括诉前保全、诉讼保全）对第三人到期债权采取保全措施提供了法律依据。

2、对到期债权执行的法律依据。

《民事诉讼法解释》第501条“人民法院执行被执行人对他人的到期债权，可以作出冻结债权的裁定，并通

知该他人向申请执行人履行。该他人对到期债权有异议，申请执行人请求对异议部分强制执行的，人民法院不予支持”，该条款明确了在执行阶段，法院亦可以采取冻结到期债权的措施；《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（下称《执行工作规定》）第45条至53条围绕执行阶段针对第三人的到期债权，从法院向第三人下达履行到期债务通知书、第三人对履行通知的提出异议或部分异议的处理方式、第三人未提出异议可直接强制执行及第三人擅自向债务人履行的不利后果等实务问题进行了系统性、可操作性的规定。

二、法院对到期债权保全、执行的文书形式及基本流程

在到期债权的保全、执行司法实践中，法院在保全和执行阶段所出具的文书形式及基本流程存在差异和诸多的不规范之处，这也给第三人采取相应途径维护权益造成了困扰，比如在保全阶段未针对第三人到期债权出具保全裁定书、再如执行阶段直接以协助执行通知书代替履行到期债务通知书、甚至直接划扣第三人财产等问题。故，笔者根据到期债权相关法律规范、判例、文章，分别从保全、执行两个阶段对到期债权采取保全、执行措施的文书形式和基本流程予以梳理和归纳：

（一）保全阶段：保全裁定书 + 协助执行通知书

根据《民事诉讼法解释》第159条规定，在诉讼前或诉讼中，经债权人申请，可以对债务人的到期债务采取保全措施，因此，针对到期债权的保全，法院一般根据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第1条规定，制作保全（冻结）裁定书，连同协助执行通知书一并送达给第三人，要求要求第三人不得以直接或间接形式向被执行人履行债务，以确保后续的顺利执行。

在此需要注意的是，实践中法院出具上述保全（冻结）裁定书一般为该概括性的裁定，如查封、扣押、冻结被申请（债务人）XXX元的财产，但根据最高人民法院作出的（2015）执复字第36号执行裁定书中观点“福建高院(2015)闽民初字第80-1民事裁定作出后，福建高院在保全实施过程中，可以在该裁定确定的保全财产的价值范围内，对债务人的财产采取查封、扣押、冻结等

措施。如债务人的财产不能满足保全请求，但对他人享有债权的，福建高院可以要求对债务人负有债务的该他人不得对本案债务人清偿，但在保全该债权时，应当另行作出裁定。但本案中，福建高院在对案涉债权实施保全措施时，未依法作出裁定，而是向国开行福建分行直接发出协助执行通知，冻结其应支付给蓝海公司的购房款，程序上确有不当。”

可见，根据最高人民法院的裁判意见，针对第三人的到期债权法院在采取保全措施时应当另行作出针对到期债权的保全裁定书而不能仅以债务人的概括性的保全裁定书所替代。为此，笔者查阅最高人民法院诉讼文书样式，未发现关于针对到期债权的保全裁定书文书的相关样式，且实践中因缺乏规范指引少有法院另行作出此类裁定，需在日后的实践中予以留意。另外，但需注意，对到期债权的保全冻结的是第三人与债务人之间的债权债务关系，而非对第三人的财产采取的查封、扣押、冻结措施。

（二）执行阶段：履行到期债务通知书必不可少

根据《执行工作规定》，已对第三人到期债权采取保全措施的情况下，执行法院可以直接向第三人送达履行到期债务通知书，要求第三人在收到通知后15日内直接向申请执行人履行其对被执行人所负债务，若第三人未在法定期限内提出异议，且而又不履行的，执行法院有权作出执行裁定，直接对第三人的财产予以执行。

未对第三人到期债权采取保全措施情况下，执行法院为防止第三人擅自向被执行人履行到期债务，可以先作出冻结裁定书、协助执行通知书与履行到期债务通知书一并送达第三人，亦可以直接向第三人送达履行到期债务通知书，但不论采取哪种方式，在对第三人采取强制执行措施前，必须要先履行向第三人送达履行到期债务通知书的程序，对此，《人民司法》2021年第10期刊载的最高人民法院的《被执行人到期债权执行程序中的错误及纠正》一文中所述“……凡进入执行阶段，执行法院拟执行被执行人到期债权的，均应首先向次债务人发出履行到期债务通知书，并没有例外情形。”

之所以强调在执行阶段对第三人采取强制执行措施前，必须要先向第三人送达履行到期债务通知书，其目

的是为了充分保障第三人享有的法定异议权。根据《执行工作规定》，第三人对履行到期债务提出异议的可以阻断到期债权的执行，避免在执行程序中对债务人与第三人的债权债务实体问题予以干涉。

三、第三人的“见招拆招”的路径

(一) 对保全裁定书、执行裁定书不服，通过复议方式解决

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第108条“当事人对保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议一次。复议期间不停止裁定的执行。”以及《民事诉讼法司法解释》第172条“利害关系人对保全或者先予执行的裁定不服申请复议的，由作出裁定的人民法院依照民事诉讼法第108条规定处理。”由此，第三人作为保全、执行裁定书的利害关系人，有权对保全或执行裁定书申请复议。

作为第三人，若对到期债权保全、执行裁定书存有异议，可以自收到裁定书之日起五日内书面申请复议，但需注意，到期债权保全的效果仅涉及要求第三人不得向债务人作出清偿行为，冻结的是第三人与债务人的债权债务关系，并不涉及对债权债务的实体认定，亦不会对第三人财产造成实质影响，因此第三人若以债权未到期或债权数额有争议等理由申请复议，实践中执行法院一般将裁定驳回复议申请。

(二) 对协助执行通知书有异议的，按照民诉法225条提出执行行为异议

协助执行属于执行实施行为，第三人有权依照最高人民法院《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第5条第4项规定“人民法院要求协助执行的事项超出其协助执行的范围或违反法律规定的，利害关系人可以提出执行行为异议”，及《民事诉讼法》第225条“当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议”，故针对协助执行通知书有异议的，第三人可以作为利害关系人提出执行行为异议。

《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案

件审理指南（三）》第20条：“第三人对冻结裁定的实施行为有异议的，应依照《民事诉讼法》第225条规定进行审查。”一般而言，法院向第三人送达协助执行通知书的同时也会送达保全或执行裁定书，针对上述两种法律文书，第三人既可以仅针对保全、执行裁定书申请复议，也可以仅针对协助执行通知书提出执行行为异议，亦可以同时分别行使申请复议和执行行为异议两种救济权利。

(三) 对履行到期债务通知书有异议的，提出到期债权异议

根据《民事诉讼法司法解释》第501条及《执行工作规定》第46条的规定，第三人可以就履行到期债务通知书提出异议或部分异议，值得注意的是，上述异议理由应系到期债权真伪、数额等能够阻却强制执行到期债权的事由，而第三人提出自己无履行能力或其与申请执行人无直接法律关系，均不属于异议范畴。需要注意的是，对于已经生效法律文书确认的到期债权，第三人即便提出异议亦不能实现阻却强制执行到期债权的目的。

当第三人提出异议后，根据最高人民法院《关于认真贯彻执行民事诉讼法及相关司法解释有关规定的通知》第3条规定，在对到期债权的执行中，应当依法保护次债务人的利益，对于次债务人在法定期限内提出异议的，除到期债权系经生效法律文书确定的外，人民法院对提出的异议不予审查，即应停止对第三人的执行，债权人可以另行提起代位权诉讼主张权利。

四、结语

尽管司法实践中，法院对到期债权的保全、执行程序缺乏系统性、规范性，但作为第三人通过本文梳理归纳的保全、执行到期债权的文书形式及基本流程，结合文末相关法律规范，可以较为系统地识别保全、执行到期债权的相关措施，并采取正确的应对方式，从而及时有效维护自身权益。

【参考法律规范】

1、最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（2020修正）

第159条：债务人的财产不能满足保全请求，但对他人有到期债权的，人民法院可以依债权人的申请裁定该他人不得对本案债务人清偿。该他人要求偿付的，由人民法院提存财物或者价款。

第501条：人民法院执行被执行人对他人的到期债权，可以作出冻结债权的裁定，并通知该他人向申请执行人履行。该他人对到期债权有异议，申请执行人请求对异议部分强制执行的，人民法院不予支持。利害关系人对到期债权有异议的，人民法院应当按照民事诉讼法第227条规定处理。

2、《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（2020修正）

第45条：被执行人不能清偿债务，但对本案以外的第三人享有到期债权的，人民法院可以依申请执行人或被执行人的申请，向第三人发出履行到期债务的通知（以下简称履行通知）。履行通知必须直接送达第三人。

履行通知应当包含下列内容：

(1) 第三人直接向申请执行人履行其对被执行人所负的债务，不得向被执行人清偿；

(2) 第三人应当在收到履行通知后的十五日内向申请执行人履行债务；

(3) 第三人对履行到期债务有异议的，应当在收到履行通知后的十五日内向执行法院提出；

(4) 第三人违背上述义务的法律后果。

第46条：第三人对履行通知的异议一般应当以书面形式提出，口头提出的，执行人员应记入笔录，并由第三人签字或盖章。

第47条：第三人在履行通知指定的期间内提出异议的，人民法院不得对第三人强制执行，对提出的异议不进行审查。

第48条：第三人提出自己无履行能力或其与申请执行人无直接法律关系，不属于本规定所指的异议。第

三人对债务部分承认、部分有异议的，可以对其承认的部分强制执行。

第49条：第三人在履行通知指定的期限内没有提出异议，而又不履行的，执行法院有权裁定对其强制执行。此裁定同时送达第三人和被执行人。

第50条：被执行人收到人民法院履行通知后，放弃其对第三人的债权或延缓第三人履行期限的行为无效，人民法院仍可在第三人无异议又不履行的情况下予以强制执行。

第51条：第三人收到人民法院要求其履行到期债务的通知后，擅自向被执行人履行，造成已向被执行人履行的财产不能追回的，除在已履行的财产范围内与被执行人承担连带清偿责任外，可以追究其妨害执行的责任。

第52条：在对第三人作出强制执行裁定后，第三人确无财产可供执行的，不得就第三人对他人享有的到期债权强制执行。

第53条：第三人按照人民法院履行通知向申请执行人履行了债务或已被强制执行后，人民法院应当出具有关证明。

3、《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》

第1条：人民法院查封、扣押、冻结被执行人的动产、不动产及其他财产权，应当作出裁定，并送达被执行人和申请执行人。

采取查封、扣押、冻结措施需要有关单位或者个人协助的，人民法院应当制作协助执行通知书，连同裁定书副本一并送达协助执行人。查封、扣押、冻结裁定书和协助执行通知书送达时发生法律效力。

4、《最高人民法院关于人民法院办理财产保全案件若干问题的规定》

第25条：申请保全人、被保全人对保全裁定或者驳

回申请裁定不服的，可以自裁定书送达之日起五日内向作出裁定的人民法院申请复议一次。人民法院应当自收到复议申请后十日内审查。

对保全裁定不服申请复议的，人民法院经审查，理由成立的，裁定撤销或变更；理由不成立的，裁定驳回。

对驳回申请裁定不服申请复议的，人民法院经审查，理由成立的，裁定撤销，并采取保全措施；理由不成立的，裁定驳回。

5、《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》

第5条：有下列情形之一的，当事人以外的自然人、法人和非法人组织，可以作为利害关系人提出执行行为异议：

（一）认为人民法院的执行行为违法，妨碍其轮候查封、扣押、冻结的债权受偿的；

（二）认为人民法院的拍卖措施违法，妨碍其参与公平竞价的；

（三）认为人民法院的拍卖、变卖或者以物抵债措施违法，侵害其对执行标的的优先购买权的；

（四）认为人民法院要求协助执行的事项超出其协助范围或者违反法律规定的；

（五）认为其他合法权益受到人民法院违法执行行为侵害的。

6、《中华人民共和国民事诉讼法》（2017修正）

第225条：当事人、利害关系人认为执行行为违反法律规定的，可以向负责执行的人民法院提出书面异议。当事人、利害关系人提出书面异议的，人民法院应当自收到书面异议之日起十五日内审查，理由成立的，裁定撤销或者改正；理由不成立的，裁定驳回。当事人、利害关系人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。

7、《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件审理指南（三）》

第20条：执行法院对被执行人在第三人处享有的到期或未到期债权，可以作出冻结债权的裁定和协助执行通知书，第三人应当依法协助履行停止支付到期或未到期债务的义务。

第三人对诉讼前及诉讼中冻结债权裁定不服的，应告知其向作出冻结债权裁定的审判部门申请复议。第三人对冻结裁定的实施行为有异议的，应依照《民事诉讼法》第二百二十五条规定进行审查。第三人未对冻结债权裁定提出异议的，不影响执行法院向其发出履行到期债务通知后依法享有的异议权利。

执行异议复议规定第28条的实务争议及最高院观点梳理

WINCON
LEGAL
INSIGHT



齐迪

业务领域为民事争议解决，曾参与办理山东省内第一起反担保函止付案件，多次参与独立保函、保险、合同、执行等各类复杂民事案件的办理。

争议问题一：第28条规定的“不动产”，是否包括非住宅房屋？

肯定观点：条文未明确将执行标的限定为居住用房，可以理解为一般意义上的不动产，商铺等非住宅房屋符合第28条规定的“不动产”。[1]

否定观点：第28条规定的“不动产”应当限定于居住用房。我国《物权法》并未规定物权期待权，房屋买受

人要求办理变更登记的请求权本质上也是一种债权请求权，与申请执行人的金钱债权一样，处于平等地位。第28条之所以保护这种法理上的物权期待权，主要是考虑房屋买受人的居住利益，是在不动产登记制度尚未完善时，从买受人必要生活保障角度，对生存权利的特别关注。因此对于“生产性、商业性经营用房”和“土地使用权”，其本身属于生产经营或者投资行为，与第28条所保护的生存价值相异，在权利位阶上不具有优于金钱类债权人的地位。案外人应当对于其商业判断承担必要的风险。[2]

执行异议之诉一直是司法实务中的热点问题，但最高人民法院目前尚未出台关于执行异议之诉的司法解释，法院审理执行异议之诉时只能依据《执行异议复议规定》和《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“九民纪要”）中的相关规定。具体到一般不动产买受人作为案外人提起执行异议之诉的情形，相关规定只有执行异议复议规定第28条和“九民纪要”第127条两个条文。

然而，执行异议复议规定第28条规定的认定一般不动产买受人作为案外人享有足以排除执行的民事权益的四个条件，在实际运用时对条文的理解往往存在争议，非不动产买卖的情形下（如拆迁、以物抵债等）能否参照第28条进行审理也是实务中争议不下的一大痛点。

本文拟通过梳理最高人民法院近年针对执行异议之诉的裁判案例及其出台的规范性文件、理解与适用等，聚焦执行异议复议规定第28条实务运用中的几大争议，并总结出最高人民法院的倾向性观点，同时也会关注到《民法典》施行前后相关法律规定的变化及其可能对执行异议之诉审判实践产生的影响。

笔者认为，依据最高人民法院在相关案例中的裁判观点，商铺等非住宅房屋可以作为第28条规定的不动产。在符合第28条规定的四个条件的前提下，可以认定案外人对商用性房屋享有足以排除执行的民事权益。否定观点所称居住利益，其实是混淆了执行异议复议规定第28条、第29条的立法精神。第29条明确规定了执行标的须为案外人的唯一住房，保护对象是案外人的居住权和生存权等基本权利；第28条则是对案外人不动产物权期待权的保护，二者保护的法益本不相同。且第28条第（二）项规定的“占有”条件，本身带有物权色彩，应当受到超出一般金钱债权的保护，不应再以居住为前提。

争议问题二：房屋未经竣工验收即实际交付买受人占有，能否理解为符合第28条规定的“合法占有”？

执行异议复议规定第28条第（二）项规定，认定案外人对不动产享有足以排除执行的民事权益，须在人民法院查封之前已合法占有不动产。

《建筑法》和《建设工程质量管理条例》规定，建设工程竣工验收合格后方可交付使用，未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。[3]但是在现实生活中，有很多建筑工程迟迟不能竣工验收，最后未经验收合格即交付买受人实际使用。对于这种情形能否认定为符合第28条规定的合法占有，实务中也存在很大的争议。有人认为第28条规定的合法占有是指买受人基于真实合法有效的房屋买卖合同对房屋的占有，而竣工验收合格才能交付是基于房屋安全的考虑，是对开发商交付房屋条件的要求，不应以此来评判买受人占有的合法性。但也有观点认为既然《建筑法》和《建设工程质量管理条例》明文规定建设工程未经验收或验收不合格不得交付使用，出卖人向买受人交付未经竣工验收合格的不动产应当属于违法交付，买受人基于违法交付的占有也不应认定为合法占有。

最高人民法院民二庭《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》在对“九民纪要”第127条进行解读时认为：“虽然竣工验收合格才能交付使用是法律基于房屋安全的考虑，是对开发商交付房屋条件的要求，但只有具备了这一条件，才具备进一步办理房屋所有权登记并成为法律所认可和保护的权利的前提。”[4]因此该理解与适用所持观点为：买受人对未经竣工验收合格的

房屋的占有，不能认定为合法占有。但矛盾的是，最高人民法院近年审理的执行异议之诉案件中，大部分案例均认定案外人对其实际占有的未经竣工验收合格的房屋享有足以排除执行的民事权益。[5]

对此，笔者倾向于认为，最高人民法院在制定执行异议复议规定第28条时所称之“合法占有”，应当是指基于真实合法有效的合同所为之占有，是相对于案外人在没有请求权基础的情形下所为之占有。因为实践中有大量房屋买卖合同签订后无法过户的情形，恰恰是因为没有通过竣工验收而导致的，若以开发商所负义务去评判买受人占有的合法性，并据此认定其不能排除执行，则买受人的权益难以得到保护。而且，虽然《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》对“九民纪要”第127条进行解读时认为，竣工验收合格是案外人合法占有房屋的前提，但是该条作者在作出上述解读时注明：“最高人民法院民二庭对此问题并未研究，本条作者倾向于第一种观点，即买受人对未经竣工验收合格的房屋的占有，不能认定为合法占有。”[6]由此可见，上述解读仅代表该条作者的个人观点，而裁判文书中所持观点，应当更能体现最高院多数法官的对这一问题的理解。

争议问题三：第28条规定的“非因买受人自身原因”应当如何理解？

“九民纪要”第127条针对“非因买受人自身原因”作出如下解释：“一般而言，买受人只要有向房屋登记机构递交过户登记材料，或向出卖人提出了办理过户登记的请求等积极行为的，可以认定为符合该条件。买受人无上述积极行为，其办理过户登记有合理的客观理由的，亦可认定为符合该条件。”

结合《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》对“九民纪要”第127条的解读，以及最高人民法院的相关案例，可以将“买受人自身原因”归纳为如下几种主要情形：

- (1) 不能过户的风险在房屋买卖时已经存在。

买受人在购买案涉房屋时，如果存在房屋上设有抵押权，或出卖人尚未取得房产证等情形，则买受人应当预见案涉房屋可能存在无法过户至自己名下的风险。

当其作为案外人针对案涉房屋提出排除执行的请求时，法院一般会认为不能过户系出于买受人自身原因，从而认定其不享有足以排除执行的民事权益。[7]

(2) 借名买房导致案涉房产不在实际买受人名下。

对于实践中存在的为了规避国家限制购房政策或隐瞒财产，通过订立房屋代持协议或借名买房合同等方式的借名买房行为，若实际买受人（借名人）以其系实际权利人为由，针对案涉房屋提出排除执行的请求的，法院往往会以房屋未登记在实际买受人名下系其自身原因导致为由，认定其不享有第28条规定的排除执行的民事权益。[8]其中，为了规避国家限制购房政策而实施借名买房行为的，最高人民法院案例中也有裁判观点认为，房屋代持协议因违反公序良俗而无效，法院认定其不满足第28条规定的第（一）项条件。但不论采用何种理由，对于借名买房的实际买受人以案外人身份提出排除执行的请求，法院均不予支持。

(3) 买受人怠于行使权利。

购买案涉房屋后，买受人没有积极向出卖人主张办理过户登记的，往往因其怠于行使权利而被法院认定为未能办理过户系因买受人自身原因。买受人主张权利的方式通常包括与出卖人共同向不动产登记机构提交办理所有权转移登记申请、因办理所有权转移登记与出卖人发生纠纷而提起诉讼或仲裁等。若买受人提出排除执行的请求时，不能提供不动产登记机构受理申请或相关诉讼仲裁的证明，或者有其他合理理由并提交相应证据的，法院通常认定买受人对案涉房屋不享有足以排除执行的民事权益。[9]

争议问题四：以房抵债情形能否依据第28条进行审理？

针对实践中存在的以房屋抵偿债务，债权人对抵债房屋提出排除执行的请求的，能否依据第28条规定认为债权人享有足以排除执行的民事权益这一问题，也是第28条实务运用中的一大争议。在《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》一书中，就存在截然相反的观点。该书对“九民纪要”第44条进行解读时认为，实践中案外人与被执行人恶意串通倒签抵债时间以排除

其他债权人执行的问题突出，在难以确切认定合同签订时间，又难以认定当事人是否存在恶意串通的情况下，对以物抵债排除执行应当采取谨慎态度；同时认为，第28条的基本理念是保护优先于金钱债权的物权期待权，而以物抵债的目的在于消灭旧的金钱之债，交付房屋仅是履行原来金钱之债的方法，本质上仍是金钱之债，不应优先于另一个金钱之债，因此以物抵债情形不能适用第28条之规定。[10]但该书对“九民纪要”第127条进行解读时却认为：“对于如何判断已经支付全部价款这一问题，第三人应当向执行法院提供价款转账证明或现金提取证明及被执行人的收款证明。……对于采用抵债方式的，可以视为支付价款，但第三人应当提供所抵债务客观存在及符合抵债要件的证据材料。”[11]

笔者认为，关于以房抵债情形下案外人能否参照第28条排除对金钱债权的执行，应当根据所抵偿之债性质的不同进行区分认定。

对于以房屋抵偿优先性债权的情形，一般认为可以排除对抵债房屋的执行。例如以房屋抵偿工程款债权，有的法官认为工程款债权相较于一般金钱债权本身具有优先性，案外人符合第28条规定条件的可以排除执行；[12]也有法官认为抵债房屋系工程款债权的物化载体，不应参照第28条进行审理，但也认定案外人享有足以排除执行的民事权益。[13]

对于以房屋抵偿普通债权的情形，也是《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》一书中的主要分歧所在，笔者赞同前一种观点，即新的债权在性质上仍为金钱之债，案外人不能据此排除对经法院生效判决认定且具有强制执行力的金钱之债的执行。但是，从最高人民法院作出的裁判来看，仍有很多法官认为以物抵债可以参照第28条进行审理，只是为了防止案外人与被执行人虚构债务、逃避执行，法院要对订立买卖合同、支付房款、占有房屋的真实性、合法性等情况从严审查。[14]

争议问题五：被拆迁人能否依据第28条享有足以排除执行的民事权益？

从最高人民法院对相关案例的裁判来看，被拆迁人依据拆迁补偿协议对尚未过户的拆迁安置房屋提出排除执行的请求的，法院均认定被拆迁人享有足以排除执行

的民事权益，但其作出裁判的依据往往是2003年版《商品房买卖合同解释》第七条：拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁补偿安置协议，明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋对被拆迁人予以补偿安置，如果拆迁人将该补偿安置房屋另行出卖给第三人，被拆迁人请求优先取得补偿安置房屋的，应予支持。依据该条规定，被拆迁人享有优先于不动产买受人的权利，而第28条正是对不动产买受人物权期待权的保护，因此，处于更加优先权利顺位的被拆迁人也可以排除对补偿安置房屋的执行。

但是，最高人民法院在2020年12月29日发布的关于修改《最高人民法院关于在民事审判工作中适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》等二十七件民事类司法解释的决定中，对《商品房买卖合同解释》进行了修改，原解释第七条规定的内容被删除，该修改自2021年1月1日起生效。修改作出后，现行法律和司法解释中不再有关于被拆迁人享有优先于不动产买受人权利的相关规定。截至2021年4月，最高人民法院尚未有以《民法典》生效后的相关法律规定为依据对拆迁情形下的执行异议之诉案件进行审理的裁判文书。

关于上述修改作出后，被拆迁人能否依据第28条规定享有排除执行的民事权益的问题，笔者认为，虽然尚无条文规定被拆迁人的权利可以优先于不动产买受人，其依然可以参照第28条规定，在满足除支付价款外（须对补偿安置房屋支付差价的除外）其他三个条件的前提下，排除申请执行人基于一般金钱债权对补偿安置房屋的执行，但是，不能排除申请执行人基于建设工程价款优先受偿权或抵押权对案涉房屋的执行。

产生这一区分的原因在于，依据民法典生效之前的法律和司法解释的规定，被拆迁人的权利优先于不动产买受人，包括商品房消费者；[15]商品房消费者的权利优先于承包人的工程价款优先受偿权；[16]工程价款优先受偿权优先于抵押权和其他债权。[17]随着《商品房买卖合同解释》的修改、《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》的废止，被拆迁人、商品房消费者、承包人之间针对不动产的权利顺位已无法律条文进行规定。因此，在现有法律体系之下，被拆迁人只能享有排除基于一般金钱债权的执行的民事权益，不能获得优先于商品房消费者和承包人工程价款优先受偿权的保

护，其与申请执行人抵押权之间的权利顺位也存在疑问。此外，依据“九民纪要”第126条规定，即便是在《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》效力期间内，也只有商品房消费者享有优先于工程价款优先受偿权与抵押权的权利，不能扩大至第28条所规定的一般买受人，以免动摇抵押权做优先性。据此，第28条规定的一般买受人只能排除对一般金钱债权的执行，被拆迁人在法无特殊规定的前提下，虽然可以参照适用第28条，但也不能超出这一限制。

争议问题六：不动产属于人防工程的，权利人能否参照第28条排除执行？

依据现有法律规定，人民防空是国防的组成部分，[18]国防资产属于国家所有，[19]人民防空工程平时由投资者使用管理，收益归投资者所有。[20]据此，国防资产产权归属国家所有，投资人仅享有管理、使用、收益的权利。[21]《人民防空法》同时规定：“使用单位必须持有《人民防空工程平时使用证》，方可适用人民防空工程。”[22]“禁止无证使用人民防空工程或者转让《人民防空工程平时使用证》。”[23]因此，只有对被执行人已经取得人防部门审批颁发的使用证的人防工程，才有可能作为执行标的。而对于人防工程作为执行标的的，例如人防车库的车位，案外人能否依据对其享有的民事权益排除执行，也是第28条实务运用中的一个争议问题。

《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》对“九民纪要”第127条的解读中认为：“金钱债权执行中，无独立产权的车库、车位作为房地产开发企业的财产性权益被人民法院强制执行，案外人以该车库、车位的使用权已经被房地产开发企业处分给自己为由提起执行异议之诉的，如其为该车库、车位所在小区的业主，在人民法院查封之前已经签订了合法有效的书面合同、已经支付了全部价款或者按照合同约定支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行的，其排除执行的请求，人民法院可以支持。”[24]最高人民法院对相关案例所作裁判也持此种观点。

裁判规则归纳

1、执行异议复议规定第28条规定之“不动产”包括非住宅性房屋。

2、案外人实际占有使用未经竣工验收合格的不动产，可以认为符合第28条之规定。

3、案外人依据拆迁补偿协议对补偿安置房屋提出排除执行的请求，适用《民法典》生效之前法律规定审理的案件，可以排除执行；适用《民法典》生效之后法律规定审理的案件，尚无最高法生效裁判可供参考，笔者认为，可以排除依据一般金钱债权的执行，不能排除依据工程价款优先受偿权、抵押权等优先性权利的执行。

4、以房抵债情形下，可以认定符合第28条之条件的案外人享有足以排除执行的民事权益。

5、认定为“买受人自身原因”的常见情形：案涉不动产不能过户的风险在买卖时已经存在；实际买受人借名买房；买受人怠于行使权利。

6、案涉不动产属于人防工程的，可以参照第28条之规定，判断案外人是否享有足以排除执行的民事权益。

注释：

[1]最高人民法院（2020）最高法民申7026号等系列案件民事裁定书、新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院（2021）新40民终148号民事判决书均持此种观点。

[2]李振甫、张泽华、耿晓飞对北京市第三中级人民法院（2019）京03民终3113号案件的评析

[3]《建筑法》第61条第2款；《建设工程质量管理条例》第16条第2款。

[4]《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》第645页。

[5]（2020）最高法民申7026号系列案件民事裁定书、（2020）最高法民申4346号系列案件民事裁定书、（2019）最高法民申5659号系列案件民事裁定书、（2019）最高法民申1562号案件民事裁定书均认定，案外人对未经竣工验收即实际占有的不动产享有第28条规定的足以排除执行的民事权益。

[6]《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》第645页。

[7]（2020）最高法民申1100号民事裁定书、（2020）最高法民再75号民事判决书。

[8]（2019）最高法民申4287号民事裁定书、（2020）最高法民终1203号】二审判决书

[9]（2020）最高法民终1203号民事判决书、（2019）最高法民申4287号民事裁定书持此种观点。

[10]《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》第304页。

[11]《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》第643页。

[12]（2020）最高法民终1248号民事判决书：“案涉房屋系抵偿庄铭全实际施工的世贸中心装修工程款，本身相较于汇丰典当行的普通债权具有一定优先性，故一审判决因登记原因否定庄铭全就案涉房屋可以排除执行理据不足，应予纠正。”

[13]（2020）最高法民再352号民事判决书：“紫杰投资公司对大邑银都公司享有的是普通借贷债权，而建机工程公司作为案涉工程项目的承包人对案涉房屋享有建设工程价款优先受偿权，建机工程公司工程款债权优先于紫杰投资公司的普通债权得到受偿，案涉房屋系工程款债权的物化载体，本案不适用执行异议和复议规定第二十八条，建机工程公司就案涉房屋享有的权利足以排除紫杰投资公司的强制执行。”

[14]（2020）最高法民申5405号民事裁定书、（2020）最高法民申7026号系列案件民事裁定书、（2020）最高法民申6792号民事裁定书等裁判文书持此种观点。

[15]2003年版《商品房买卖合同解释》第7条。

[16]《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第2条，2021年1月1日起失效。

[17]原规定于《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》第1条；现规定于2021年版《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第36条。

[18]《人民防空法》第2条。

[19]《物权法》第52条；《民法典》第254条。

[20]《人民防空法》第5条第2款。

[21]（2018）最高法民终418号判决书

[22]《人民防空法》第9条。

[23]《人民防空法》第10条。

[24]《全国法院民商事审判工作会议纪要理解与适用》第644页。

国企收购上市公司之经营者集中申报标准及法律责任

WINCON
LEGAL
INSIGHT



王莉

专注于资本市场法律业务，主要从事企业境内外发行股票并上市，上市公司定向增发、并购重组和股权激励，国企混改、收购上市公司控制权和股权激励等业务。

按照我国《反垄断法》，如果两个或两个以上经营者拟实施“集中”行为，只要单个经营者的营业额达到了申报标准，且不存在豁免情形的，就必须先进行经营者集中申报，获得反垄断部门审查通过后，才能实施“集中”行为。

就国有企业收购上市公司而言，收购即构成《反垄断法》中的“集中”行为。相较于一般的企业收购，国有企业收购上市公司最大的特点是收购方和被收购方体量（营业额）都比较大，很容易触发“经营者集中申报”义务。但在实务中，很多企业由于存在认识上的误区，未主动申报。

本文围绕“经营者集中申报标准及法律责任”进行分析和阐述，以期为更多国有企业收购上市公司做参考。

一、什么是经营者集中？

按照《反垄断法》第二十条，经营者集中主要包括三种情况：经营者合并、经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权、经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

按照《公司法》等相关法律，公司之间的合并主要包括吸收合并、新设合并两种方式。“经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权”也不难理解，就是我们通常所说的股权收购和资产收购。而“经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响”，在国有企业收购上市公司中的主要表现形式是：协议收购+表决权委

托/表决权放弃/一致行动安排。出于降低收购成本的考虑或是由于被收购的股份尚未解除限售无法转让或是为了避免要约收购等多方面的原因，国有企业通常在协议收购部分上市公司股份的同时，通过与转让方签署一系列附属协议，获得转让方所持上市公司股份的表决权或降低转让方所持有的上市公司表决权比例，同时获得上市公司董事会多数席位的方式，取得对上市公司的控制权。

实务中，两个以上的企业共同出资新设一家合资公司，也被视为经营者集中，但本文仅探讨国有企业收购上市公司过程中所涉及的经营者集中申报事项，对于构成经营者集中的其他情况，本文暂不进行分析。

二、谁是参与集中的经营者？

按照《关于经营者集中申报的指导意见》（下称“《指导意见》”），在国有企业收购上市公司中，参与集中的经营者除了收购方本身和被收购的上市公司之外，收购方和上市公司的关联方也将分别与收购方和上市公司一并被视为单个经营者。因此，在判断是否达到申报标准时，要分别考察收购方和上市公司所在的整个集团（下称“经营者集团”）的实力而并非其单体的实力。经营者集团通常包括以下各方：

1. 收购方/被收购方；

2. 由收购方/被收购方直接或间接控制的企业，即收购方/被收购方合并范围内的所有子公司，并且向下层层追溯至最后一级子公司；

3. 能够直接或间接控制收购方/被收购方的企业，即收购方/被收购方的母公司，并向上层层追溯至最终实际控制人（通常是各级国资委）控制下的一级子公司；

4. 能够直接或间接控制收购方/被收购方的企业所直接或间接控制的其他企业（兄弟公司、叔伯公司……），为避免遗漏，建议先找到每个层级的“母公司”，然后针对每个“母公司”找到其控制下的“子公司”；

5. 前述1-4项所列的所有企业共同控制的企业。所谓共同控制，是指任何一方都不能单独控制的情况，单独控制的企业已在1-4项范围内。

由于经营者集团内部企业的新设、注销、收购、无偿划转等情形非常普遍，经营者集团内部企业的数量实际上处于动态变化过程中。这就给如何精准界定经营者的范围制造了不小的障碍。对于新设企业的情况，由于新设企业在上一年度没有营业，是否纳入经营者范围，对营业额的计算完全没有影响。对于注销企业，往往上一年度营业情况不佳，甚至没有经营，也基本不影响最终营业额的确定。

但是，需要特别注意的是，经营者集团内部企业若存在收购、出售或无偿划转等情况的，比如：A的母公司通过收购或出售或无偿划转等方式取得了C的控制权或者将对C的控制权对外转让的，而后，A又收购了B。那么，C是否要与A共同作为单个经营者？

按照《指导意见》第六条第二款“参与集中的单个经营者的营业额，……也不包括其在上一会计年度或之前已出售或不再具有控制权的经营者的营业额。”之规定，若前述A的母公司转让C的控制权的行为发生在申报时的“上一会计年度或者之前”，那么C不应再被纳入经营者范围。但如果A的母公司在上一会计年度之后才新取得C的控制权，也就是说，在计算上一会计年度的营业额时，C还未被A的母公司控制，那么，C是否应该被纳入经营者范围？由于《指导意见》没有明确规定，在实务中，这种新取得控制权的企业常常会被排除在外。

按照即将于2020年12月1日实施的《经营者集中审查暂行规定》（下称“《暂行规定》”）“参与集中的经营者的营业额，应当为该经营者以及申报时与该经营者存在直接或者间接控制关系的所有经营者的营业额总和”之规定，只要申报时能够直接或间接控制的企业，都应该被纳入经营者的范围。因此，只要在申报时，C已经被A的母公司所控制，那么C就应该被纳入经营者范围。

三、怎样计算营业额？

按照《指导意见》，经营者的营业额达到以下两个标准之一，就必须进行申报：参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币；或者，参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在

中国境内的营业额均超过4亿元人民币。

注意：

1. “至少两个经营者”，在国有企业收购上市公司情况下，收购方和被收购方及其所在的“经营者集团”各自算单个经营者。

2. “营业额”是指经营者上一会计年度销售产品和提供服务所获得的收入，并扣除相关税金及其附加。经营者集团内部之间（即本文第二条所列1-5项之经营者之间）的营业额应扣除。

3. 金融业营业额的计算，按照《金融业经营者集中申报营业额计算办法》执行。

4. “在中国境内”，是指经营者产品或服务的买方所在地在中国境内。包括经营者从中国之外的国家或地区向中国的出口，但不包括其从中国向中国之外的国家或地区出口的产品或服务。

5. “在全球范围内”，包括在中国境内的营业额。

6. 相同经营者之间在两年内多次实施的未达申报标准的经营者集中，应当视为一次集中交易，集中发生时间从最后一次交易算起，该经营者集中的营业额应当将多次交易合并计算。

四、哪些情形可以豁免申报？

按照《反垄断法》，国有企业和上市公司存在以下情形之一的，可以不进行申报：

1. 参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产的；

2. 参与集中的每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

前述豁免申报的情况主要适用于企业内部重组，而企业内部重组跟国有企业收购上市公司有着本质的区别，因此，国有企业收购上市公司不存在具备豁免申报条件的情况。

五、未申报而实施集中的法律风险

按照现行《反垄断法》，未依法申报而实施经营者集中，具有申报义务的经营者将被处以“50万元以下罚款”、“责令经营者采取停止实施集中、限期处分股权等措施恢复到集中前的状态”的处罚，并由反垄断主管部门公示处罚结果。

实务中，未依法申报而实施集中经营者，反垄断部门在立案调查时，如果认为案件存在“构成违法实施的经营者集中，但不具有排除、限制竞争的效果”的情况，多数只对经营者处以30万元左右的罚款，并不会处以“要求经营者采取停止实施集中、限期处分股权等措施恢复到集中前的状态”等比较严厉的行政处罚，这就导致很多企业产生了“即使不申报也不会影响集中”的错误认识。而30万元的罚款对于动辄数亿元的集中而言，实在微不足道，实际上也变相纵容了经营者不依法申报的行为。

然而，国家市场监督管理总局于2020年1月2日发布的《反垄断法修订草案》第五十五条，已将应当申报而未申报即实施集中的处罚标准由“50万元以下罚款”，提高到“上一年度销售额百分之十以下的罚款”，处罚强度有了大幅提升。虽然该反垄断法最终修订稿尚未正式发布实施，但监管部门严监管的思路已经很显而易见了。我们相信，由于违法成本的上升，将会进一步强化国有企业在收购上市公司过程中反垄断的合规意识。

回购权的性质及投资人行权期限问题探究

WINCON
LEGAL
INSIGHT



李佼

专注于投资并购、公司治理、婚姻家庭与财富传承法律业务。

关于回购权是形成权还是请求权的问题，实践中一直存在较大争议。之所以要讨论回购权的性质，是为了明确在投资协议中未约定回购权行使期限的情况下，投资人行权是否应受到限制、行权应适用诉讼时效还是除斥期间的问题。在回购条件触发后，目标公司的财务状况通常情况下并不乐观，而这之后是否会改善也存在不确定性，因此，回购权的行使期限问题对各方都极为重要。

笔者认为，实践中之所以对回购权属于形成权还是请求权存在完全不同的观点是由于对回购权本身的内涵认识不同。若明确回购权的内涵，以内涵对应回购权的性质将两种观点进行比较，各种观点实则殊途同归。

一、回购权的内涵

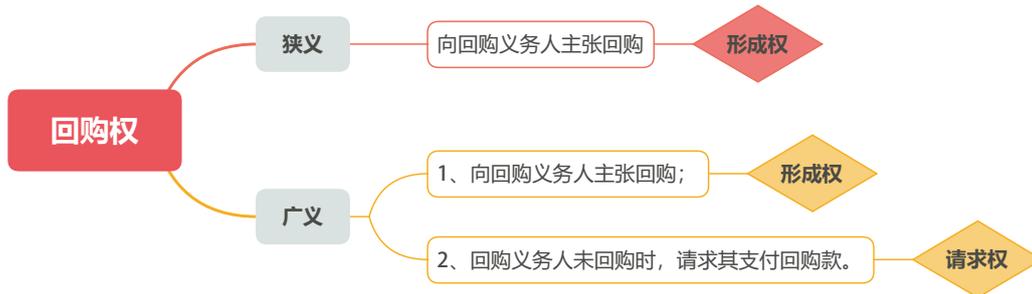
回购权是指当达到协议约定的条件时，投资人有权要求目标公司或原股东按照当初购买目标公司股权时的价格（或在此基础上进行一定的溢价），回收投资人持有的目标公司的股权、收回前期对目标公司投入的行为。

但当投资人与回购义务人因回购权的行使期限问题产生争议时，要求回购本身往往并不是投资人的目的，回收股权回购款才是。这也是司法实践中对回购权属于形成权还是请求权产生不同认识的根源所在。

笔者认为，对于回购权的内涵，可以从狭义与广义两个维度去理解。狭义的回购权仅指投资人要求回购义务人回购的权利，而广义的回购权则还包含投资人要求回购后，回购义务人未支付回购款，投资人请求回购义务人支付回购款的权利。

二、回购权的性质

将回购权的内涵区分为狭义上的回购权与广义上的回购权后，其性质属于形成权还是请求权这一问题将迎刃而解。



狭义上的回购权就是向回购义务人主张回购的权利。在回购条件被触发后，根据协议的约定，投资人即享有回购权，无需回购义务人配合，属于形成权。

广义上的回购权则包含两部分。一方面，向回购义务人主张回购的权利属于形成权；另一方面，在回购义务人未及时回购的情况下，投资人请求回购义务人支付回购价款则符合请求权的特征，属于请求权。

案例一：（2016）皖0311民初2382号绿雨农业与正达丰益股权转让纠纷

【法院观点】安徽省蚌埠市淮上区人民法院认为，根据案涉对赌协议的约定，只要目标公司在2014年6月30日前没有向中国证券监督管理委员会申报发行申请材料并被受理，投资人即可提出股权回购的申请，回购义务人就应在投资人提出申请的180天内回购投资人所持有的目标公司的股份，该特征构成了形成权最核心的特征，即权利人仅凭单方的意思表示就可以使法律关系产生、变更、消灭，而不需要对方的协助。因而，投资人与回购义务人约定的回购请求权是一种形成权。

【律师评析】安徽省蚌埠市淮上区人民法院一审判决中将回购权认定为形成权，此处指的是狭义上的回购权。

案例二：（2020）京03民终5204号郭某与朱某股权转让纠纷

【法院观点】北京市第三中级人民法院认为，涉案股份回购请求权是指投资人有权要求回购义务人按照既定条件购买其所持有的目标公司的股权，投资人所享有的是要求回购义务人向其支付特定价款并承诺将所持股权交付给回购义务人的综合权利义务，回购权的标的是包含价款给付及股权交付的一项交易行为，不符合法律规定的形成权的特征。本案回购义务人关于回购请求权属于形成权适用除斥期间的主张缺乏法律依据，本院亦不予采信。

【律师评析】北京市第三中级人民法院二审判决中认定回购权不属于形成权，此处指的是指广义上的回购权。根据笔者前述对回购权内涵进行的狭义和广义上的区分，广义上的回购权当然不属于形成权。

结合上述两则案例我们可以看出，法院对于回购权性质的认定之所以不同，是由于对于回购权本身内涵理解的不同导致的。上述两则看似矛盾的案例，在分别从狭义与广义两个角度进行解读后，可发现其实并不矛盾。

三、协议未约定回购期限时，投资人的行权期限如何确定

与回购权的性质紧密相关的，是回购权的行使期限问题，这也是我们之所以要讨论回购权性质的原因。在协议未约定回购权行使期限时，若回购权属于形成权，则应适用一年的除斥期间；若回购权为请求权，则应适用三年的诉讼时效。

通过上文简述，我们已将回购权分为狭义上的回购权和广义上的回购权。同样在讨论回购权的行使期限时，也应从狭义和广义两个角度分别来看。

（一）适用除斥期间还是诉讼时效

1、投资人未曾向回购义务人主张回购——适用除斥期间

笔者认为，狭义上的回购权就是向回购义务人主张回购的权利，属于形成权。若投资人未曾向回购义务人主张回购后又要求回购的，应适用除斥期间。

案例：（2020）沪民申1297号吕某与蔡某股权转让纠纷

【法院观点】《股权转让投资协议》第4.2条“如标的公司一年半内上市无进展或没有任何并购和投资盈利”约定的是股权回购的条件，而非回购权的行使期间。在此条件具备之前，吕华铭不具有股权回购权。关于股权回购权的行使期间，双方当事人合同中并未约定。故吕华铭应在合同签订之日起一年半届满，即2017年1月23日后的合理期间内行使权利。本院认为，合理期间的确定应依据诚实信用、公平原则，综合考量公司经营管理的特性、股权价值的变动，合同的目的等因素。从权利的性质及行使的后果出发，股权回购权的行使期间应短于合同解除权的行使期间。吕华铭在二审庭审后提交的微信聊天显示，其在2018年8月提出过回购。此时，显然已过回购权行使的合理期间，也已超过了蔡冰代理人在二审中陈述的自2017年1月24日起一年半的期间。回购权与撤销权、解除权同属形成权，行使期限届满，权利消灭，不适用诉讼时效的规定。

2、请求回购义务人支付回购款——适用诉讼时效

笔者认为，广义的回购权还包含投资人要求回购后，回购义务人未支付回购款，投资人请求回购义务人支付的权利。因此，当投资人向回购义务人主张回购、支付回购款后回购义务人未履行，投资人请求其支付回购款的，属于请求权，应适用诉讼时效。

案例：（2020）浙04民终2275号张某与弘丰嘉南增资纠纷

【法院观点】在协议未确定履行期限的情况下，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。由于《增资协议的补充协议》并未约定弘丰合伙向张建荣主张股权回购请求权的期限，应视为“对赌协议”设定的商业目标未成就时，弘丰合伙可随时向张建荣主张履行。弘丰合伙陈述其曾在2017年、2018年多次向张建荣主张股权回购，但张建荣均予以拖延，请求其期待四通公司的进一步发展。故张建荣仅以弘丰合伙一审陈述2015年9月16日前要求履行《增资协议的补充协议》但并未在2017年9月16日前起诉为由，主张诉讼时效抗辩，本院不予支持。

（二）在合理期限内行权

除了适用除斥期间和诉讼时效外，司法实践中还存在结合多种因素为投资人设置合理行权期限的情况。

1、基于行权可行性、时间间隔、股价波动等因素综合确定合理的行权期限。

例如：《上海第二中级人民法院涉“对赌”案件审判白皮书（2015-2019年）》中提出，“审判实践中原则上认为，未约定回购期限情形下，权利方要求对方履行回购义务应受到合理期限的限制，而合理期限的判定应结合行权的可行性、时间间隔、股价波动等因素，在均衡双方当事人利益的基础上，作个案的判断。”

2、基于合同目的、条款内容与性质、履行情况、市场变化等因素确定合理的行权期限。

案例：（2020）沪民再29号胡某等与隽盛基金增资纠纷

【法院观点】在合同对股权回购请求权的行权期限未予明确的情况下，股权回购请求权的行使是否应受合理行权期限限制需结合合同目的、回购条款的内容与性质、合同履行情况、市场变化与股价波动情况等因素进行综合判断与确定。……综合以上分析，其行权条件包

括“2016年6月30日”与“不能挂牌”两个要素。中宝公司未于2016年6月30日挂牌时，涉案回购条款约定之股权回购条件已成就，隽盛公司有权行使股权回购请求权；但中宝公司在延期一个多月后挂牌，未造成隽盛公司实际损失，隽盛公司投资中宝公司的合同目的已实现，涉案回购条款中“不能挂牌”这一行权条件已消失。故通过本案诉讼提出涉案400万股中宝公司股份的回购请求，明显超过合理行权期限，本院不予支持。

从目的解释的角度来看，回购条件满足后，投资人若不尽快做出是否回购的意思表示，将对目标公司的经营产生严重不确定性，若给予投资人无任何期限的回购权，亦会造成双方合同权利义务严重失衡。因此，部分法院倾向于为投资人设置一个合理的行权期限，以平衡投资人与回购义务人间的权利义务关系。

四、协议已约定回购期限时，逾期行使是否失权

除了协议未约定回购期限的情况，笔者还将在此部分中介绍协议已约定回购期限的情况下，司法实践中对于投资人逾期行使回购权后果的认定。通过对比不同的裁判观点，分别总结对投资双方更有利的回购权期限条款，以提出切实可行的实务建议。

对于投资协议中已约定回购权的行使期限的，通常情况下应按照协议约定执行。协议中对于回购权行使期限的约定，一般可以分为“义务型约定”和“权利型约定”两种类型。

（一）“义务型约定”——回购条件成就时，投资人“应当”回购

例如：“2021年12月31日前，转让方应当回购受让方本次受让的股权。”

对于本类约定，裁判机构的裁判观点较为一致，即认为投资人应在约定期限内行权，否则期限届满，将丧失回购权。

（二）“权利型约定”——回购条件成就时，投资人

“有权”回购

对于投资人“有权”回购的约定，在协议约定的期限届满后，投资人能否要求回购，法院有两种不同的认定：

1、期限届满后，不得再要求回购。

该类裁判将回购期限届满前的期间视为窗口期，一经届满即丧失回购权利。

案例：（2019）沪仲案字第2727号狄某与南京阅天案

【仲裁庭观点】阅天企业并无证据证明其在回购窗口期内提出回购主张，故其已丧失要求回购的权利。

2、期限届满后，仍可以要求回购。

该类裁判的态度之所以与上一类完全不同，是由于裁判机构认为在一定期限内行使回购权属于投资人的权利而非义务，协议中虽约定在一定期限内投资人有权回购，但并未限制投资人在期限届满后不得回购。因此，回购期限旨在督促投资人及时行使权利，只要未明显超过合理期限，不应予以否定。

案例：（2015）苏中商终字第00200号盛威贸易与浩波国际股权转让纠纷

【法院观点】《股份转让补充协议》约定的要求转让方回购股份是盛威公司享有的权利，双方并未约定发生股份回购情形后盛威公司未在两个月内以书面方式提出股份回购请求即丧失股权回购请求权的内容，也未有盛威公司超过两个月或者未以书面方式提出回购请求即属于放弃行使股份回购权的约定，原审法院认为上述约定旨在督促享有股份回购请求权的一方及时行使股权回购的权利，而非剥夺其请求股份回购的权利。

为更加直观地展现上文内容，笔者整理如下模型，供读者参考。



五、实务建议

(一) 关于是否应对回购权设置行使期限

对于回购义务人来说，为对投资人进行必要的限制，应关注设置明确的回购权期限；而对投资人而言，不必主动设置详细的回购权行使期限条款，从而为自己保留更多的行权空间。

(二) 如何设置回购权行使期限

对于回购义务人来说，应尽可能争取详细而具体的回购权条款；而对于投资人，如面对不得不设置回购权的情况，可以使用“有权”等词汇，避免使用“应当”“需/须”等词语。同时，还应尽量避免设置超过回购期限则丧失回购权等的约定。

除此之外，出于商业角度考虑，设置回购权的期限不宜过长。若设置过长，则将使目标公司的经营长期处于严重的不确定性，从而可能被裁判机构认定为合同双方权利义务严重不平衡，导致投资人被限制行权。

(三) 投资人应及时行使回购权

对于协议中已设置明确的回购权行使期限的，投资人应在回购权被触发后，在回购期限内及时行权；而对于投资协议中未设置行使期限的情况，也应当根据实际情况在合理期限内及时行权。在回购条件被触发后，应及时向回购义务人主张回购并要求支付股权回购款，建议至迟不超过一年。

结语：本文探讨的回购权的性质及行权期限问题属于投资协议中非常具体而细致的内容。在冗长的投资协议中，对于行权期限的描述可能非常简短甚至不体现在相关条款中，通常情况下也不会被过多的重视，但一旦产生争议，其结果对各方都将产生重大影响。希望通过上述探讨与总结为投资双方提供些许帮助，使其在协议制定和实施过程中更好的维护自身权益。

投资方与标的公司对赌——现金补偿条款的实际履行途径

WINCON
LEGAL
INSIGHT



姜知泰

专注于企业投资并购，为多个政府投资平台的大型投资并购项目提供法律服务，涉及互联网金融、三文鱼养殖、电缆制造、房地产、酒店、动物园、造船等行业。同时对金融借款、买卖合同、公司纠纷等民商事诉讼案件具有丰富处理经验。

股权投资是资本市场中常见的交易模式，通常指投资方为获取股份溢价收益而投资购买公司股权的行为。股权投资的收益与标的公司的业绩相关，由于标的公司未来的盈利能力存在巨大不确定性，投资方可能因标的公司业绩的下滑或亏损而遭受巨大的投资损失。在订立协议时，投资方通常要求与标的公司或标的公司原股东、实际控制人约定“对赌条款”，即“估值调整机制”，通过设定业绩补偿条款可以有效规避投资风险并保证最低收益。实践中，投资方与标的公司作为对赌主体的情况屡见不鲜，本文旨在探究《九民纪要》发布后，投资方与标的公司以业绩承诺作为对赌目标时，现金补偿作为对赌工具的效力及实际履行途径。

一、现金补偿条款的概念

对赌协议源于美国的私募股权投资，是投资方或收购方与标的公司或其股东为避免不确定性的风险而对投资预期的一种调整性约定。在国内实践中，随着我国资本市场的日益完善与成熟，对赌协议已经作为一种不可或缺的创新手段广泛应用于公司融资领域。

2019年11月14日，《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》（以下简称《九民纪要》）中明确规定“对赌协议（又称估值调整协议），是指投资方与融资方在达成股权性融资协议时，为解决交易双方对标的公司未来发展的不确定性、信息不对称以及代理成本而设计的包含了股权回购、金钱补偿等对未来标的公司的估值进行调整的协议”。

对赌协议一般以标的企业的经营业绩或标的企业在合格资本市场上市时间等预期条件作为估值调整标准，常见的对赌方式包括现金补偿与股权回购。所谓现金补偿是指，在投资时投资方和融资方约定未来一定期限内标的公司应当实现的经营业绩，如果标的公司未能实现预期目标，意味着标的公司股权在转让时价值被高估，此时由融资方对投资方予以一定的现金补偿符合对赌协议估值调整之本质。

二、现金补偿条款的效力

2012年最高人民法院在“海富案”[1]中否定了投资方与标的公司之间对赌条款的合法性，最高院的落锤也敲响了对赌协议的合理性、合法性之争。2019年11月8日，最高人民法院发布了《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”），对全国法院关于对赌协议的效力及履行存在不同的裁判观点进行了统一。

根据《九民纪要》的相关规定，投资方与标的公司订立的对赌协议在不存在法定无效事由的情况下，标的公司仅以存在股权回购或者金钱补偿约定为由，主张对赌协议无效的，人民法院不予支持，但投资方主张实际履行的，人民法院应当审查是否符合公司法关于“股东不得抽逃出资”，判决是否支持其诉讼请求。

也就是说，投资方与标的公司订立的对赌协议无论是以股权回购或现金补偿作为对赌方式的，在不存在《民法典》第一百四十四条、一百四十六条、一百五十三条、一百五十四条中的无效事由的前提下是有效的。

除此之外，自“华工案”[2]开始，审判实践中出现了将对赌条款关于股权回购价款或者金钱补偿金额中固定收益率是否以同期市场可接受的合理收益率作为确定依据，作为对赌条款的有效性考量标准。在华工案中，江苏省高院认为，各方关于股权回购价款约定的年回报率为8%，与同期企业融资成本相比并不明显过高，不存在脱离标的公司正常经营下所应承担的经营成本及所能获得的经营业绩的企业正常经营规律，各方关于投资方上述投资收益的约定应为有效。

因此，即便《九民纪要》并未对上述标准予以明

确，对赌条款中对于股权回购价款或者金钱补偿金额中固定收益率的设计仍应符合上述要求。

三、投资方与标的公司对赌的情况下，现金补偿条款的实际履行路径

在笔者去年代表投资方操作的一单股权投资业务中，融资方律师坚持认为，在标的公司未能完成业绩承诺的情况下，现金补偿条款的实际履行可以由标的公司向已经成为其股东的投资方直接转账，无需履行其他手续。那现金补偿条款的实际履行是否如此恣意、直接呢？

（一）无论是法律规定还是学理分析，现金补偿的来源只能是标的公司的可分配利润

根据《九民纪要》的相关规定，投资方请求标的公司承担金钱补偿义务的，人民法院应当依据《公司法》第35条关于“股东不得抽逃出资”和第166条关于利润分配的强制性规定进行审查。经审查，标的公司没有利润或者虽有利润但不足以补偿投资方的，人民法院应当驳回或者部分支持其诉讼请求。今后标的公司有利润时，投资方还可以依据该事实另行提起诉讼。

现金补偿的实质，就是标的公司向身为其股东的投资方无偿分配公司财产。当投资方请求标的公司向其承担金钱补偿义务时，投资方已经成为了标的公司的股东，其与标的公司之间的法律关系不仅仅受到《民法典》的调整，更应遵守《公司法》的相关规定。

既然现金补偿的实质是分配公司财产，那么利润分配与现金补偿在构成要素上具有更多共同特征：（1）发生于公司存续期间；（2）公司将资产分配给股东，事实上“利润”就是“符合一定条件的资产”，这个条件就是《公司法》规定的利润计算方法；（3）除了投资之外，股东获得财产并无其他对价。从上述三个要点来看，《公司法》关于利润分配规则的规定，实际上是确立了在无直接对价情形下公司向股东分配公司资产的法定条件，即以可分配利润为限，允许公司向股东分配公司资产，这属于股东自治的范畴，债权人等其他利害关系人不能随意侵犯这一自治领域。但是，超出利润的分配，就涉嫌侵犯公司和债权人等其他利害关系主体的利

益，构成滥用股东权利、抽逃出资。现金补偿作为公司向股东分配公司资产的一种方式，理应受到上述规则的约束。

那么，实践中投资方在投资时只将少部分投资作为注册资本，大部分投资作为股权溢价列入资本公积金，是否可以用公司的资本公积金进行现金补偿呢？

在公司的资产中，实收资本和资本公积金都属于所有者权益，都是由股东出资形成的公司股权资本，是公司资产信用的重要组成部分，构成对公司债权人的责任担保财产。根据《公司法》第168条的规定，公司的公积金只能用于弥补公司亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本，且资本公积金不得用于弥补公司亏损。因此，在投资方作为标的公司股东的情况下，无论基于什么原因都不能将“资本公积金”用于现金补偿。

综上，直接用标的公司财产补偿投资方，或者用标的公司的资本公积金补偿投资方等，不仅有违学理，更与现行法律规定、审判实践不符。

（二）现金补偿的履行条件及程序问题

《公司法》对利润分配规定了严格的条件和程序，就有限责任公司而言，这些法定条件和程序主要包括：

（1）公司具有可以分配的净利润，即弥补亏损并提取法定公积金后仍存在剩余利润，防止股东过度分配利润损害公司和债权人利益；（2）利润分配方案需要经过股东会决议，防止部分股东滥用权利损害其他股东利益；（3）股东按照实缴出资比例分取红利，但是全体股东约定不按照出资比例分取红利的除外。

可见，明确了现金补偿的来源之后，投资方想要切实履行现金补偿还需要标的公司股东会作出分配利润的决议。那么如果标的公司股东会迟迟不作出决议或无法作出决议怎么办？投资人是否可以诉请法院判决标的公司做出分配利润的股东会决议呢？

《公司法》第75条规定，公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权。可以

看出，我国现行公司法只规定了公司不分配利润时，股东享有的是要求公司以合理价格回购其股份的权利，并没有对股东是否具有分红诉权作出明确规定，公司所得收益如何安排，属于公司内部事务的处理范围，应当属于其股东会或董事会的内部自治权利，人民法院不宜过多干涉。公司所得收益到底应当用于再投资还是用于股东分红，应当由公司股东共同商定。否则，人民法院随意介入公司内部事宜，不符合商业定律，也不利于公司的健康发展。

《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》同样对上述问题进行了回应：“我们认为，投资方对标的公司投资时，应当在协议中把有关问题约定好。我们这个纪要就是给当事人提供预期。”^[3]即在投资方要求标的公司履行现金补偿条款，且标的公司存在可分配利润时，应事先通过协议对该部分利润分配的条件、程序进行特别约定，保证现金补偿条款的具有可履行性，并约定该义务相应的违约责任。

（三）标的公司当年利润不足以支付现金补偿款时，现金补偿条款的履行问题

若投资方在对赌条款中要求标的公司原股东或实际控制人对标的公司承担的现金补偿义务承担连带责任的，在标的公司亏损或者未分配利润很少不能实际履行现金补偿责任的情况下，投资方可要求原股东或者实际控制人承担连带责任，代为履行清偿义务。但在现金补偿条款中未约定原股东或实际控制人承担连带责任时，当标的公司当年利润不足以支付现金补偿款项时，如何履行便成为问题。

对此，可以借鉴《公司法》《优先股试点管理办法》等其他法律法规关于利润分配的其他规定，特别是优先股股息分配的规定。优先股股息分配较为灵活，比如，可累积优先股的股息差额可以累计到下一年度分配；公司股东大会可授权公司董事会按公司章程的约定向优先股支付股息，即优先股股息的分配不一定需要经过股东大会决议。这些规定表明公司在利润分配方式的选择上具有一定的自主权利。

优先股制度的实质是股东以不享有表决权为代价而换取对公司盈余和剩余财产的优先分配权。虽然我国并

没有赋予有限责任公司发行优先股的权利，但由于有限责任公司的股东对表决权、分红权的分配拥有较高的自治权限，通过协议的安排也可以实现类似于优先股制度的功能。从实际效果来看，现金补偿与要求公司赎回优先股在功能上类似，都是投资方收回投资退出公司的一种方式。因此，将优先股股息分配的具体规则类推适用到有限责任公司中的现金补偿条款，亦符合同类事物同等处置的基本法理。而且，利润分配方式的设计，主要目的在于维护股东之间的利益平衡，在全体股东同意且不违反《公司法》禁止性规定的情形下，作出相对灵活的安排，也不违反公司法的基本精神。

四、从投资方的角度看现金补偿条款的设计

综上所述，《九民纪要》施行之后，对于投资方与标的公司签订的现金补偿条款而言，合同效力或条款效力的认定已无争议，但条款生效并不意味着投资方能够实际履行该条款。因此，作为投资方或收购方，签订含有业绩承诺、现金补偿条款的对赌协议时，为更好地实现对赌条款，应首选控股股东、实际控制人或其他关联方作为对赌条款的补偿条件履行方。如选择标的公司作为补偿条件履行方时，应综合考虑依据《公司法》等相关法律法规的强制性规定，该补偿性条款的实现可能性，以防出现合同有效，实践中却无法履行，且该阻却事由为人民法院无法判决强制执行，从而导致维权不利后果的情形。具体而言：

1、投资方与标的公司签订对赌协议时，除投资方与标的公司均应签章之外，标的公司的所有股东亦应签章；

2、投资方要求标的公司承担金钱补偿责任的，宜同时要求原股东或者实际控制人承担连带责任。在标的公司亏损或者未分配利润很少不能实际履行金钱补偿责任的情况下，投资方可要求原股东或者实际控制人承担连带责任，代为履行清偿义务；

3、对赌协议中现金补偿金额的约定应相对公平，固定收益率的选择应以同期市场可接受的合理收益率作为确定依据；

4、对赌协议中对现金补偿条款的履行可以考虑作

出如下安排：（1）业绩承诺未完成时，投资方要求标的公司进行现金补偿且标的公司有可分配净利润的，标的公司的股东应配合投资方作出利润分配的股东会决议；（2）现金补偿优先于利润分配，当年净利润用于现金补偿后，才能向股东分配利润；（3）当年净利润不足以支付补偿金时，可以参照股份有限公司中可累积优先股股息的分配方式，将差额累积到下一年度支付，直至全部履行。

《九民纪要》中关于对赌协议部分的内容，充分体现了最高院在现行法律法规的框架下，为适应市场经济的发展，减少对企业的自主经营的干预，秉持平衡投融资双方总体利益的原则，依法保护每一个市场主体获得公平对待。《九民纪要》针对对赌协议的效力问题一锤定音，但对于对赌协议的具体履行途径予以留白，更加尊重当事人的意思自治，给投融资双方提供了谈判、博弈的空间，而并购律师也得以在其中扮演好“设计师”的角色，通过设计交易架构、尽职调查、起草相关协议、参与谈判等各个方面发挥专业能力，推动投融资双方实现商业目的。

注释：

[1]苏州工业园区海富投资有限公司与甘肃世恒有色资源再利用有限公司、香港迪亚有限公司、陆波增资纠纷案，最高院(2012)民提字第11号。

[2]江苏华工创业投资有限公司与扬州锻压机床股份有限公司、潘云虎等请求公司收购股份纠纷案，(2019)苏民再62号。

[3]《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，最高人民法院民事审判第二庭编著，人民法院出版社2019年12月版，第118页。

“贴标”情况下的制造行为认定

WINCON
LEGAL
INSIGHT



苏源

青岛市律师协会知识产权专业委员会委员，七弦琴知识产权注册运营师。擅长处理知识产权纠纷、建设工程及房地产纠纷、商事纠纷。

一、以案说法

从一个案例说起，A公司系电商，经营天猫店铺，并在店铺中销售餐具等商品。A公司自己并无生产能力，其销售产品均为产品经理在市场中寻找同业的生产厂家，与厂家联系后，让厂家提供其正在生产的产品样本图册。产品经理依据其销售经验来“选品”，然后按照“选品”而向生产厂家采购。在“选品”过程中为了

《商标法》规定商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责；《最高人民法院关于产品侵权案件的受害人能否以产品的商标权人为被告提起民事诉讼的批复》关于商标可以表示的“生产者”，仅适用《民法典》和《质量法》规定的产品侵权责任，都不是《专利法》范畴下的侵害专利权的侵权责任，更不是侵害专利权纠纷中制造行为的认定依据。

而《专利法》是着重于对权利人的专利权保护，对未经专利权人许可而实施他人的专利行为进行规制。因此，所涉及的制造、使用、许诺销售、销售、进口等行为应当从行为的本质出发进行区分和认定。

本文从一个案例引出OEM、ODM、商标授权使用等不同情况，在《专利法》范畴下制造行为的认定。

防范知识产权侵权风险，产品经理都会要求工厂提供该产品的知识产权证明（如专利证、著作权登记证等）。

在采购过程中，A公司为了增强其店铺形象，而要求供货商提供商标定制，即将A公司自己的注册商标贴标于所采购的产品上。此后，A公司通过天猫店铺将贴标商品销售给消费者。

在销售过程中，使用了A公司店铺统一的包装盒。而包装盒上标注了A公司的商标、企业名称等信息。

2020年A公司在B工厂处选定了两款产品，B工厂也向A公司提供了该两款产品的《外观设计专利证》。A公司要求B工厂在其采购的产品上贴A公司的商标。

同时，B工厂的这两款产品，也销售给其他电商，也同样给其他电商提供商标定制即“贴标”服务。由此造成市场上B工厂生产的这两款产品有不同的天猫店铺，以不同的商标销售。

但产品上市销售后，有C公司对A公司发起侵权诉讼。C公司也是餐具同行业的制造工厂，并且拥有早于B工厂的这两款产品的《外观设计专利证》。

在侵害外观设计专利权纠纷案件中，虽然A公司声明这两款产品采购于B工厂，并向C公司提供了相关采购证据，但C公司只起诉A公司，并主张该产品系A公司制造、许诺销售、销售。

至此，该案例中引出一个问题，在《专利法》范畴下，上述“贴标”的产品，是否为A公司制造的，A公司是否应承担《专利法》所规制的“制造”责任。

二、“贴标”的几种情况

在我们日常的市场活动中，常见的“贴标”行为包括：OEM、ODM、商标使用许可。

1、OEM（Original Equipment Manufacturer 原始设备制造商）通常是指工厂接受定制，按照定制方的图纸、要求而加工、制造该定制产品。所产出的产品按照定制方的要求“贴标”后交付，或者直接交付给定制方而由定制方自行“贴标”。

在法律关系上，工厂与定制方之间成立承揽合同关系，工厂为承揽人，定制方为定作人。承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人

支付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。【《民法典》第七百七十条】

2、ODM（Original design manufacturer原始设计制造商）通常指工厂接受委托，按照委托方的设计要求先进行产品设计，进而生产出满足委托方需求的产品。该方式与OEM的主要区别在于工厂多出了在先的产品设计工作。所产出的产品按照委托方的要求“贴标”后交付，或者直接交付给委托方而由委托方自行“贴标”。

在法律关系上，ODM在OEM的承揽合同关系之前，工厂与委托方又多了一个技术开发合同关系。工厂为研究开发人，委托方为委托人。技术开发合同是当事人之间就新技术、新产品、新工艺、新品种或者新材料及其系统的研究开发所订立的合同。技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。【《民法典》第八百五十一条】

相应的技术成果，如为委托开发完成的发明创造，除法律另有规定或者当事人另有约定外，申请专利的权利属于研究开发人；合作开发完成的发明创造，申请专利的权利属于合作开发的当事人共有。

3、商标使用许可是指商标注册人可以通过签订商标使用许可合同，许可他人使用其注册商标。商标使用许可包括：独占使用许可、排他使用许可、普通使用许可。

在法律关系上，商标许可人与被许可人之间成立合同关系，虽然商标使用许可合同不是《民法典》列明的典型合同，但合同双方要遵从《民法典》关于合同的规定，以及双方商标使用许可合同中的条款约定。

三、在法律规定中商标的标识作用

经过前面的分析可以看到，不同的“贴标”行为对应着不同的法律关系，并受不同的法律条款规制。那么，在不同的法律规定下，商标分别产生怎样的标识作用，我们进一步探讨一下。

1、在《商标法》范畴的标识作用

任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。【《商标法》第八条】

商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责。各级工商行政管理部门应当通过商标管理，制止欺骗消费者的行为。【《商标法》第七条第二款】

由此可见，基于商标法，商标注册人在商标经商标局核准注册后，对注册商标享有专用权。也正是基于该注册商标的专用权，使得贴有该商标的产品能够区别于他人的商品。反过来讲，商品也得以通过所贴的商标而示明其来源。而商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责。

因此，笔者认为，在商标法范畴内，商标的使用人既可能是商品的制造者，也可能是商品的定作人、销售者。而作为专门法，商标法虽然对于商品的生产者还是销售者身份，以及责任不作规定，但第七条第二款规定的“商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责”使得即使是定作人的商标使用人，也要对商品质量负责，如果因商品质量问题造成损害后果，也同样要承担责任。

2、在《民法典》和《产品质量法》范畴的识别作用

《最高人民法院关于产品侵权案件的受害人能否以产品的商标权人为被告提起民事诉讼的批复》（即《第22号批复》）规定：“任何将自己的姓名、名称、商标或者可资识别的其他表示体现在产品上，表示其为产品制造者的企业或个人，均属于《中华人民共和国民法典》和《中华人民共和国产品质量法》规定的‘生产者’”。

其中，《民法典》规定的“生产者”是限定为“第四章产品责任”中规定的【产品生产者侵权责任】因产品存

在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。和“第六章医疗损害责任”中【因药品、消毒产品、医疗器械的缺陷或输入不合格的血液的侵权责任】。

其中，《产品质量法》规定的“生产者”是限定为“生产者、销售者依照本法规定承担产品质量责任”。

因此，《第22号批复》所规定的商标识别生产者，是限定在产品质量责任范畴内的。

3、在《专利法》范畴的标识作用

在《专利法》中是针对产品的制造、使用、许诺销售、销售、进口等行为，而对发明专利所涉及的产品并没有关于商标标识来源区分的规定。

四、《专利法》范畴下不同情况的制造行为认定

根据上面的论述，笔者认为，虽然有不同的“贴标”情况，但在《专利法》范畴下应该对不同的情况中涉案产品的制造行为分别作出认定。分述如下：

1、在OEM情况下，因为是按照定制方的图纸、要求而加工、制造该定制产品，并进而由定制方“贴标”。也就是说，该产品的技术方案来源于定制方，承揽人只是按照要求进行加工、定作。

在此情况下，承揽人是涉案产品的制造者，当然有制造行为；而定制方未经专利权人许可而实施他人的专利，也应当被认定共同实施了制造行为。

2、在ODM情况下，工厂作为研究开发人，基于技术开发合同设计并制造了涉案产品。虽然由委托人“贴标”，但是该产品的技术方案来源于工厂，委托人单纯地是该产品的购买者。

在此情况下，是工厂未经专利权人许可而实施他人的专利，制造并销售了涉案产品，因此工厂是涉案产品的制造者。

3、商标使用许可情况下，商标注册人将商标许可给他人使用。那么在被许可人使用该商标的情况下，无论被许可人将商标用于其自己生产的产品，还是被许可人采取OEM或ODM，商标注册人都不是涉案产品的制造者。

在此大家应该注意到，《商标法》第七条第二款所规定的也是“商标使用人”（而非商标注册人）应当对其使用商标的商品质量负责。

五、结束语

通过本文的探讨，我们可以看到：

《商标法》中特别规定商标使用人应当对其使用商标的商品质量负责，是商标使用人的法定责任。但该责任是产品质量责任，不是《专利法》范畴下的侵害专利权的侵权责任，也不是侵害专利权纠纷中的制造行为认定依据。

《最高人民法院关于产品侵权案件的受害人能否以产品的商标权人为被告提起民事诉讼的批复》关于商标可以表示的“生产者”，仅指《民法典》和《质量法》规定的产品侵权责任下的“生产者”，不是《专利法》范畴下的侵害专利权的侵权责任，也不是侵害专利权纠纷中的制造行为认定依据。

以上规定都是为了保护消费者，为了便于消费者维权、便于消费者提起诉讼或获得赔偿。

而《专利法》是着重于对权利人的专利权保护，对未经专利权人许可而实施他人专利的行为进行规制。因此，所涉及的制造、使用、许诺销售、销售、进口等行为的区分和认定，应当从行为的本质出发，这样才能准确并合理地确定不同当事人的行为性质，进而确定其应当承担何种责任。

笔者认为，这也是《专利法》第七十七条规定“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专

利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任”得以准确适用的必要前提。

回到文首的案例，如果认定A公司是侵害专利权产品的制造者将是不准确的。如果判令A公司停止制造行为，而放任了B工厂，不能达到制止侵害专利权的制造行为的法律效果。

确认不侵害专利权之诉的受理条件解析

WINCON
LEGAL
INSIGHT



张瑜

业务专长为知识产权法、公司法、合同法、侵权法等民商事法律服务领域，执业期间办理了大量商标侵权、专利侵权及不正当竞争纠纷等诉讼业务，承办的案件多次入选法院典型案例。在知识产权侵权、授权、确权争议及企业知识产权运营等法律业务方面具有丰富的实操经验。

一、确认不侵害专利权之诉的设立及受理条件

确认之诉是民事诉讼中诉的一种，是当事人要求法院认定某种法律关系存在或者不存在的诉讼。当事人之间因为某种法律关系是否已经成立、是否存在争议，可以诉诸法院予以确认。原告请求法院确认与被告存在某种民事法律关系或者存在某种法律事实的诉讼，称为积极确认之诉；原告请求法院确认与被告不存在某种民事法律关系或者不存在某种法律事实的诉

新修订后的《专利法》于2021年6月1日起实施。本次修订的亮点之一就是增加了第二十条禁止滥用专利权的条款：“申请专利和行使专利权应当遵循诚实信用原则。不得滥用专利权损害公共利益或者他人合法权益”。

确认不侵害专利权之诉是一项特殊诉讼制度，其对防止权利人滥用权利损害相对方的合法权益，平衡争议双方程序利益进而稳定实体侵权法律关系具有重要作用。

限于以往此类诉讼案例不是非常多，司法实践及学术研究也相对较少，虽然目前已有司法解释对该类案件的受理条件做了简单规定，但总体上看仍缺乏较为系统的规定和详尽指导，造成实践中面对复杂案情时依然存在众多法律适用的争议。因此，对此类诉讼涉及的一些基础性问题尤其是受理条件进行深入探讨和厘清显得十分必要和具有意义。

本文在总结司法实践的基础上，进一步分析了确认不侵害专利权之诉的实质基础和受理条件，认为司法机关在审理此类案件时对侵权警告的形式、对象以及书面催告等要件不应做狭义理解，而应当结合实践中新情况创新法律适用，在理解确认不侵权之诉的立法原意的基础上对受理条件作适当扩大理解，从而更好地发挥确认不侵权诉讼的制度目的，规范竞争行为和市场秩序，引导人们对专利制度正确理解和正当运用，促进社会科技进步和经济健康发展。

讼，称为消极确认之诉。确认不侵害专利权之诉属于消极确认之诉。随着司法实践活动的发展，最高人民法院逐步认可和明确了该类型诉讼。

2002年7月，最高人民法院对“苏州龙宝一案”^[1]做出批复认为，“以‘请求确认不侵犯专利权纠纷’作为案由，更能直接地反映当事人争议的本质，体现当事人的请求与法院裁判事项的核心内容”，这是司法实践领域第一次在知识产权方面认可了消极确认之诉的存在。

2009年12月，最高人民法院发布《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》（以下简称“司法解释”），通过司法解释的形式认可了不侵犯专利权之诉。2011年，最高人民法院对《民事案件案由规定》作出修订，在知识产权保护方面增加了确认不侵害专利权纠纷、确认不侵害商标权纠纷、确认不侵害著作权纠纷三个民事案由。

2015年，最高人民法院认为确认不侵害商业秘密案件可以立案受理。最高人民法院在该裁定[2]中明确指出：“确认不侵权之诉，通过确定权利人与被指控侵权人之间侵权法律关系的存在与否，防止权利人滥发侵权警告函等滥用权利的行为给被指控侵权人合法权益造成损害，平衡权利人与被指控侵权人的程序利益”。这一观点也体现了对确认知识产权不侵权之诉的原理阐述：防止权利人滥用权利损害相对方的合法权益，以该制度平衡双方程序利益，进而稳定实体法律关系。

不侵权之诉的前提是因为权利人与被诉侵权人的纠纷无法进入到合法的争议解决程序，启动确认不侵害专利权之诉，需要符合受理条件，该受理条件体现在前述“司法解释”第十八条中：“权利人向他人发出侵犯专利权的警告，被警告人或者利害关系人经书面催告权利人行使诉权，自权利人收到该书面催告之日起一个月内或者自书面催告发出之日起二个月内，权利人不撤回警告也不提起诉讼，被警告人或者利害关系人向人民法院提起请求确认其行为不侵犯专利权的诉讼的，人民法院应当受理”。可见，确认不侵害专利权纠纷的受理条件，不仅要符合民事诉讼法关于普通民事纠纷的起诉条件，还应当具备特定的前提，即：原告受到了内容明确的侵权警告；权利人经催告未在合理期间内启动争议解决程序或解除侵权警告。

但在实践中，上述受理条件的认定面临更为复杂的情况和争议。如“侵权警告”是否仅仅包括诸如“警告函”、“律师函”、“投诉函”这些传统常见的方式？除此之外，如何正确确定和认定其它方式表现的“侵权警告”行为？再如，“书面催告”是否在任何情况下都是必要的程序，对于先前已经起诉又撤诉的权利人所实施的侵权警告行为，是否还要求被警告人再次书面催告其行使起诉权？

本文将以上现实问题进行探讨，以期对确认不侵害专利权之诉的受理条件得出符合立法原意正确的理解和适用。

二、准确理解和把握书面警告函之外的侵权警告行为

权利人向他人发出侵犯专利权的警告是确认不侵害专利权之诉受理的要件之一。在前述司法解释中未对构成“侵权警告”具体情形作出明确界定。

关于侵权警告一般涉及两方面问题：一是构成侵权警告的行为方式；二是受到侵权警告行为影响的对象范围。

关于侵权警告的行为方式，司法实践中，经常表现为权利人向被控侵权人发送律师函、警告函，或向客户发送侵权提示函等方式。这类行为因具有文字函件这一书面形式，对于权利人主张的侵权事实、涉嫌侵权主体等往往有明确的记载，对停止侵权也有明确要求，其对被控侵权人构成侵权警告是容易理解和认定的。

但随着市场经济活动的发展，权利人实施的侵权警告行为又不单单局限于警告函等的方式，还出现了其它方式引起的侵权警告行为。

例如，专利权利人向有关部门提起相关权利异议等，使涉嫌侵权人处于被“警告”的不安状态。在怀化正好制药有限公司与湖南方盛制药股份有限公司确认不侵害专利权纠纷案[3]中，湖南省高级人民法院认定：“侵权警告是以正好公司针对方盛公司的新药申请而向国家有关部门提出的权利异议的方式体现”。又如，VMI荷兰公司、固铂（昆山）轮胎有限公司与萨驰华辰机械（苏州）有限公司确认不侵害专利权纠纷案[4]中，专利权人没有采取发送侵权警告函的方式，而是通过向专利行政部门提起专利侵权纠纷处理请求的方式使得原告受到“侵权警告”。法院认定：“本家中权利人请求专利行政部门处理专利侵权纠纷，……可认为已受到侵权警告。”

其他类型知识产权的确认不侵权案件的受理条

件，法院也都参照确认不侵害专利权的司法解释，对侵权警告的行为方式做了相应的扩展。

例如在“驴妈妈”诉伊莎贝拉确认不侵害商标权纠纷案件[5]中，被告公司向苹果应用商店投诉原告侵犯其商标权，要求对原告的应用程序予以下架处理，且一直未就此向法院提起诉讼，满足了“原告受到了内容明确的侵权警告，权利人未在合理期间内启动争议解决程序”的事实前提，因为该投诉与原告有直接的利害关系，其必然使原告的利益受到影响，构成侵权警告。

对“侵权警告”行为的认定，不应局限于字面，做狭义的解释，而应做符合制度本意的定性和广义解释。除书面警告函之外，现实中各种类型的侵权投诉，诸如向行政机关投诉、向经营管理者投诉等，只要该行为表达了对一方当事人侵权指控的意思且传达给了市场中的相关方或消费者，使相对方足以识别该侵权指控并处于不安和威胁之中，该类行为就应当构成“侵权警告”。

例如，在笔者代理的确认不侵害专利权纠纷中就出现了一种非常罕见的侵权警告行为——权利人依据一份无效的《侵权诉讼和解协议》对案外人提起侵权赔偿仲裁，在侵权纠纷没有法律结论的情况下索要侵权赔偿金。

在该案例中，先是专利权人博龙公司针对嘉德公司提起了专利侵权诉讼，诉讼中博龙公司和案外人宋某在嘉德公司未参加、未同意的情况下，签订了一份博龙公司为甲方、嘉德公司为乙方、宋某为丙方的所谓《诉讼和解协议》，内容为嘉德公司因侵权诉讼同意向博龙公司支付50万元换取博龙公司撤诉，宋某为嘉德公司承担担保责任，该《诉讼和解协议》约定的争议解决方式为仲裁。嘉德公司不承认、不同意该份《诉讼和解协议》，坚持继续侵权诉讼。后博龙公司因在侵权诉讼中不能证明嘉德公司侵权而撤诉。但撤诉后，博龙公司又依据前述嘉德公司未参加、未签署的《诉讼和解协议》向宋某提起仲裁请求，要求宋某替嘉德公司赔偿侵权赔偿金100万元。

嘉德公司认为，博龙公司针对宋某提起仲裁索要

侵权赔偿金的行为，构成侵权警告行为。因为博龙公司的仲裁请求是以嘉德公司承认侵权、同意签订和解协议为前提的，但实际上嘉德公司根本未参与该协议、也不同意该协议，该《诉讼和解协议》是未成立、无效的，并不能使博龙公司获得主张诉讼和解赔偿金的权利，更不能使其获得要求宋某承担担保责任的权利。同时，由于嘉德公司与博龙公司之间没有就专利侵权纠纷达成仲裁协议，双方之间的侵权争议只能通过诉讼解决。但博龙公司在撤诉后，又提起针对宋某的仲裁并索要赔偿金，是以继续主张嘉德公司侵权为基础的，必然对嘉德公司造成侵权威胁，构成侵权警告。

在催告博龙公司提起专利侵权诉讼未果后，嘉德公司向人民法院提起了确认不侵害专利权之诉，请求法院确认自己未侵权博龙公司涉案专利权。但此案一、二审法院都认为，博龙公司提起仲裁的行为不构成侵权警告，驳回了嘉德公司的起诉。一审法院认为该仲裁行为与专利侵权纠纷无关，不构成侵权警告。二审法院认定了该仲裁行为与专利侵权争议的关联性，但又错误认为双方之间的侵权争议可以在仲裁程序中进行审理，从而解决侵权争议，由此认为博龙公司针对宋某提起仲裁、索要侵权赔偿金的行为不构成侵权警告，维持了一审裁定。

笔者认为，该案二审法院已经认识到前述《诉讼和解协议》与专利侵权诉讼之间的表面联系，仅是对于双方当事人之间的专利侵权争议能否在仲裁程序中解决存在错误认识。只要搞清楚没有“仲裁合意”的侵权纠纷无法进行仲裁，就可以认定该仲裁行为已对嘉德公司构成侵权警告。在此情况下，嘉德公司唯有提起确认不侵权之诉，才能使双方之间的侵权纠纷进入司法程序，令是否侵权的事实和社会关系最终以明确和稳定。

综上所述，根据确认不侵害专利权诉讼的立法本意，“侵权警告”行为的实质是制造侵权威胁，使知识产权的权利人以某种行为向他人明确提出侵权主张，从而使相对方因此陷于侵权威胁之中，令侵权事实是否存在处于悬而不决的状态。在此情况下，假如权利人又拒绝按照合理方式启动法律程序解决侵权争议，就会导致双方的侵权争议关系一直处于无法确定的不

稳定状态，这种状态对权利人而言是有利的，但对被警告一方当事人而言无疑将造成不安和利益受损，因此才有了提起确认不侵权之诉的必要性和意义。

三、对侵权警告行为对象范围的广义理解

侵权警告行为所针对的直接对象，经常是涉嫌侵权的生产经营者，但在某些情况下，侵权警告行为的直接对象以外的当事人，也可以因警告行为受到侵权威胁，从而有权提起确认不侵权之诉。

例如，在西安干禾药业股份有限公司、吉林天药本草堂制药有限公司确认不侵害专利权纠纷再审纠纷案件[6]中，西安干禾公司向国家食品药品监督管理局发出吉林天药公司侵害其发明专利权的律师函，食药监局在收到警告函后向吉林天药公司发函，告知其先行解决专利问题。该警告函的警告对象范围并非为直接侵权人，然而吉林天药公司的药品注册因侵权警告函被迫中断，其利益受到了影响，因此法院认为：“食药监局的要求可以视为西安干禾公司警告的延续……吉林天药公司在此情况下有权提起确认不侵权之诉。”

再如：VMI荷兰公司、固铂（昆山）轮胎有限公司与萨驰华辰机械（苏州）有限公司确认不侵害专利权纠纷案[7]中，权利人通过提出行政处理程序发出侵权警告，该警告行为仅针对部分使用行为侵权人，导致未参与该行政处理程序的生产者的经营处于侵权法律关系不确定状态。因此，最高人民法院认定该专利侵权纠纷处理请求对于未参与行政处理程序的生产者构成侵权警告，未能参与行政处理程序的相关方有权提起确认不侵害专利权之诉。

在前述嘉德公司诉博龙公司确认不侵害专利权纠纷案件中，嘉德公司并没有参与和签订博龙公司与第三人宋某之间的《诉讼和解协议》，博龙公司的仲裁请求仅针对宋某，未针对嘉德公司。但由于博龙公司通过仲裁向宋某索要赔偿金的事实基础就是认为嘉德公司构成专利侵权且应承担和解赔偿金，故该仲裁申请行为构成对嘉德公司的专利侵权警告。

可见，在认定是否构成专利侵权警告时，应以被告（即专利权人）的行为对案件原告（即被控侵权

人）在专利侵权法律争议中的实质影响作为判断依据，不能单纯看被告向谁发出了某种警告函或者实施某个行为，而认为与其中所涉专利侵权纠纷有实质关联的其它当事人没有收到警告，不能提起确认不侵权之诉。

四、作为书面催告要件例外的“催告免除”

书面催告是提起确认不侵害专利权之诉的程序性要件之一。被控侵权人在受到警告后书面催告权利人行使起诉权，专利权人在合理期限内既不启动纠纷解决程序也不撤回警告，导致侵权争议不确认、被控侵权人利益受损，被控侵权人有权提起确认不侵害专利权之诉。

法院通常认为，如果原告未履行书面催告的程序，则不符合提起确认不侵害专利权之诉的受理条件。如在深圳来电科技有限公司、天津西瑞尔信息工程有限公司确认不侵害专利权纠纷案件[8]中，法院认为：“西瑞尔公司曾以来电公司侵害其发明专利权为由向原审法院提起诉讼，西瑞尔公司的该行为构成专利法意义上的侵权警告行为……来电公司在受到侵权警告后并未向西瑞尔公司进行过书面催告，因此，来电公司提起的本案确认不侵权诉讼，不符合确认不侵害专利权诉讼的构成要件。”

由于市场行为的多样性和复杂性，在提起确认不侵害专利权之诉的催告要件认定上，法院在不同情况下也逐渐采取了更为灵活的实质性标准。也就是说，某些特殊情形下，原告在起诉前不一定需要履行书面催告程序。

例如，昆山山桥机械科技有限公司诉天珩机械股份有限公司确认不侵害专利权纠纷案[9]，江苏省高级人民法院认为权利人在发出警告函后提起侵害专利权之诉，后虽撤回侵权之诉，但仍作出保留侵权指控的意思表示，被警告人仍因侵权警告威胁处于不安之中，权利人提起确认不侵权之诉前，实质上已没有必要再次向被上诉人进行催告，此时可以不经催告程序，直接向法院提起确认不侵权之诉。

在前述嘉德公司与博龙公司确认不侵害专利权案

件中，博龙公司在先前已经提起侵权诉讼，后在审理中因不能证明侵权成立而撤诉的情况下，再依据未生效的《诉讼和解协议》向第三人索要侵权赔偿金，博龙公司的行为本身即已明确拒绝以诉讼方式解决其与嘉德公司之间的专利侵权争议。在此情况下，已没有必要再要求嘉德公司再次向博龙公司书面催告其行使起诉权了。

可见，要求被警告人催告权利人行使诉权，其目的是提示权利人依法将双方之间的侵权争议提交法定程序进行处理，以便尽快明确侵权事实成立与否，从而稳定所涉社会关系和市场秩序。

在权利人拒绝行使起诉权的情况下，才把起诉权转由被告人行使、提起确认不侵权之诉，这一制度是平衡双方当事人程序权利和实体权益的一种举措，也是考虑社会关系稳定的效率性而做出的安排。

但是，在某些特殊情形下，假如权利人的先前行为实际上已经明确体现了其拒绝提起侵权诉讼的态度，甚至是故意绕开侵权起诉而坚持对他人的侵权指控和威胁，此时再进行起诉催告已经失去了该要件本来所追求的目的和效果了，没有必要苛求被警告人再去履行纯粹形式上的“书面催告”，笔者认为，此种情况可以称为特殊情形下的“催告免除”。

因此，笔者建议，从确认不侵害专利权之诉的制度目的出发，在司法实践中，准确把握原告提起确认不侵权之诉的实质受理条件，根据具体案情认定“催告免除”的情形，不仅有助于提高确认不侵权之诉制度的运行效率，更有助于提示权利人更加慎重、规范地行使自身的专利权，非常有利于专利制度的积极运行和当事人权利保护的平衡性和公正性。

五、结语

在大力提升知识产权创造和运用水平的时代背景下，在不断加强知识产权保护力度的司法政策下，确认不侵害专利权诉讼制度的有效运行，对提高社会公众和权利人深刻理解专利制度的功能和价值，推动自身创新创造，正当行使专利权利，规范市场竞争秩序都有着重要作用和影响。

在司法实践中，司法机关应深刻理解和准确把握确认不侵害专利权之诉的立法本义，从尽快稳定法律关系和恢复市场秩序的角度出发，对侵权警告、书面催告、催告免除等事实及条件的审查，依据确认不侵权制度的宗旨和现实情况进行分析，不拘泥于以往实践的限制，做出合理、公平的判断，使该项诉讼制度的独特功能得以充分发挥，为推动中国知识产权事业快速发展和不断进步做出应有贡献。

注释：

[1]最高人民法院(2001)民三他字第4号

[2]最高人民法院（2015）民申字第628号《民事裁定书》

[3]湖南省高级人民法院（2014）湘高法民三终字第51号《民事判决书》

[4]最高人民法院（2019）最高法知民终5号《民事裁定书》

[5]上海市普陀区人民法院知识产权保护十大案例之四：“驴妈妈”诉伊莎贝拉确认不侵害商标权纠纷案——提起确认不侵权之诉需以多重条件为前提

[6]最高人民法院（2017）最高法民申2893号《民事裁定书》

[7]最高人民法院（2019）最高法知民终5号《民事裁定书》

[8]最高人民法院（2019）最高法知民终514号《民事裁定书》

[9]江苏省高级人民法院（2016）苏民终610号《民事裁定书》

如何识别应该保护的商业秘密

WINCON
LEGAL
INSIGHT



王渊

专注于行业化法律服务，专长于商事诉讼，游戏文娱、科技及技术服务公司合规、不正当竞争与商业秘密保护，对游戏文娱、广告营销、科学及技术服务等行业有着较为深入了解与研究。

商业秘密保护与企业的生存与发展息息相关，尽管法律保护力度空前，但是企业对商业秘密的保护水平仍然很低，随着人才流动频繁，技术手段不断迭代，“员工跳槽”、“核心流失”、“另起炉灶”、“删库跑路”、“技术失窃”等事件层出不穷，相关人员漠视法律、恶意侵权频频发生，致使企业丧失竞争优势的事例比比皆是。有鉴于此，我们专门开辟了“商业秘密保护”栏目，将围绕商业秘密识别、管理制度、信息管理、保护体系建设，商业秘密侵权案件证据保全、诉讼策略、鉴定调查、商业秘

2021年，中共中央、国务院印发了《知识产权强国建设纲要（2021-2035年）》，纲要部署了“建设面向社会主义现代化的知识产权制度”“建设支撑国际一流营商环境的知识产权保护体系”“建设激励创新发展的知识产权市场运行机制”等多项重点任务，建设社会主义知识产权强国已成为国家战略。

在商业秘密保护立法领域，民法典明确将商业秘密纳入其中予以保护。强化商业秘密保护成为《中美经贸协议》的重要组成部分，直接推动了《反不正当竞争法》修订实施，最高院连续出台了一系列关于商业秘密的司法解释及其他规范性文件，提高商业秘密保护水平。《刑法修正案（十一）》修改了侵犯商业秘密犯罪，降低了入罪门槛，提高刑法打击力度。建设国际一流营商环境，鼓励创新驱动发展，商业秘密保护正当时。

密行政保护、刑事合规等方面，对我国商业秘密保护的司法实践进行总结，并从中梳理出企业商业秘密保护规范指引，旨在助力企业的商业秘密保护和体系建设。

在我们接触到的案例咨询中，发现客户只是知道“商业秘密”这个名词，但对商业秘密保护没有建立完善的保护体系。经过综合分析，客户主张的商业秘密往往无法满足法定的商业秘密条件，最终无法得到法律的保护。《商业秘密保护一：企业如何识别应该保护的商业

秘密》一文，主要围绕商业秘密究竟是什么、商业秘密满足法律保护的条件、识别需要保护的商业秘密，如何在日常经营管理中识别商业秘密并划定保护范围，解决企业商业秘密保护的首要问题。

一、商业秘密的本质是信息

经常有人问“所有企业都有商业秘密吗”？在回答这个问题之前，必须要了解什么是商业秘密。判断完是什么，才能知道有没有。

什么是商业秘密？

我国目前还没有专门的商业秘密权利法。我国的商业秘密规定在《反不正当竞争法》（2019）第9条“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。”法条规定的也是简单一句话：不为公众知悉、能为权利人带来经济利益、权利人采取保护措施的商业信息。

有人说，商业秘密是在黑暗中生存的权利。TIRPS协议中关于商业秘密的表述是“未经过披露的信息”。首先明确，商业秘密是一种信息，一种经过刻意采取严格措施保护的信息，能够给权利人带来商业价值的秘密信息。举例来说，众所周知的“可口可乐秘方”，即“7X号货物”配方信息，占可口可乐成分表的1%，这是可口可乐保护的商业秘密。配方核心成分保管在亚特兰大银行保险柜中，分别掌握在三个不知彼此身份、不能乘坐同一交通工具、签订过《终身保密协议》的高级职员手中。可口可乐公司通过单本留世，严密封存，关键配料，三人分管，保密协议的手段实现了对配方秘密的保护，也成就了一家市值万亿的百年品牌。

从上面的例子中我们发现，商业秘密的本质是：
a.自我保护的信息； b.秘密的信息； c.能够产生价值的信息。

既然商业秘密是一种信息，原则上所有企业都有商业秘密，只在于是否固定了商业秘密权利。同时，在立法层面上，近年来商业秘密的客体范围由原来的技术信息、经营信息扩展至任何有价值的商业信息，使其范围

也扩展到无以复加的地步，所以说，每一家企业都有商业秘密，只是需要再进一步挖掘保护。

二、满足“三性”，才能得到法律保护

商业秘密是企业重要的无形资产，企业需要保护自己的商业秘密，避免被竞争对手模仿，确保企业从创新中获得回报。而商业秘密权是一项特殊的知识产权权利，不像著作、商标、专利权由国家公权力确认予以公示，商业秘密权只能通过司法途径个案认定。但是想要获得法律的排他性保护，商业秘密就必须满足三项特征，即“秘密性”“保密性”“价值性”。

商业秘密的“三性”

1.秘密性：

秘密性是商业秘密的核心特征，即只能将某种不为相关公众所知悉的信息作为商业秘密加以保护。商业秘密信息是不能从公开渠道获取的，一般人也不能从正当的途径获取，如果信息是公开的所有人都知悉或可以轻易获取，那就不属于商业秘密。例如行业公认的一般惯例、公开发表的信息等，因广泛为人所知，就不能称得上秘密。需要注意，如果是从公开渠道获取的信息，但对其进行了整理、加工、改进所形成的新信息，也是满足秘密性特征的。当然秘密的概念是相对的，信息只有使用才有意义，一项商业秘密在使用管理的过程中无可避免地会在一定范围内公开。因此，想要保护商业秘密，还需要采取相应的保密措施。

2.保密性：

保密性是指商业秘密权利人必须要对商业秘密信息采取保密措施予以保护、管理。信息的本质就是流动，信息如果不采取保密措施是很容易流入开放空间，变成公知信息，也就不能成为商业秘密。另外，法律对商业秘密保护措施的要求也不是绝对的，合理即可。只要可以起到防止信息泄露，与商业秘密的商业价值、研发成本、获取难度相适应即可。在司法实务中，往往有一份《保密协议》就可以认定保密性。

3.价值性：

价值即商业价值。商业秘密的价值性即主动保护的信息具有现实或者潜在的商业价值，或者能为权利人带

来商业利益或竞争优势。实践中，商业秘密信息能够产生经济收益、对生产经营产生重大影响，权利人为了获取秘密信息投入了大量的人力、物力、财力，或者侵权人使用该信息能够获得经济收益，降低研发成本，都可以认定构成价值性。例如，企业尚未投产的阶段性研究成果，虽然当下没有产出直接效益，但如果侵权人盗取、披露该信息为竞争对手所掌握，竞争对手在阶段性研究成果的基础之上再投入研发，最终成功投产。对于侵权人来说，此前获取的阶段性成果功不可没，所以阶段性成果的价值性毋庸置疑。

三、商业秘密的识别

有统计显示，科技公司约60%的创新成果最初都是以技术秘密方式存在的。同时，商业秘密无须向社会公开，其权利状态与范围随时可以变动，诸如通过技术转让、许可、投资等，也无须向政府部门备案或者登记，从而为企业提供了更灵活、更丰富的竞争手段。因此，企业应该综合判断目前的市场现状、技术水平，例如，如果是技术上短期内较难突破或者相关信息的性质上不宜申请专利或其他手段保护，就可以考虑通过商业秘密加以保护。

但是，保护商业秘密最为关键的一步就是识别商业秘密。而识别商业秘密首先要搞清楚商业秘密的具体分类有哪些？

(一) 商业秘密的分类：

1.技术信息：技术信息是指利用科学技术知识、信息和经验获得的技术方案。与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息。常见的技术信息有设计、程序、公式、产品配方、制作工艺、制作方法、研发记录、实验数据、技术诀窍、技术图纸、编程规范、计算机软件源代码等。

2.经营信息：经营信息是指与权利人经营活动有关的各类信息。与经营活动有关的创意、管理、销售、财务、计划、样本、招标投标材料、客户信息、数据等信息。常见的经营信息有管理诀窍、客户名单、员工信息、货源情报、产销策略、财务数据、库存数据、战略规划、采购价格、利润模式、招标投标中的标底及标书内容等。

商业秘密的技术信息保护范围	
项目	表现形式
研发信息	设计图纸、模型、样板、方案、测试记录及数据、进度表等。
生产信息	产品配方、工艺流程、技术参数、电子数据、作业指导书、样本库等。
配置信息	设备仪器的型号、配置参数、特别要求等。
软件信息	源代码、应用程序、数据算法等。
其他	企业认为有必要采取保密措施的其他技术信息。

商业秘密的经营信息保护范围	
项目	表现形式
公司基础信息	公司架构、规章制度、内部通知、决议文件、会议纪要等。
决策信息	战略决策、研发策略、投资计划、股权激励方案、专利规划布局等。
经营信息	采购计划、采购记录、营销策划、营销方案等。
销售信息	客户名单、供应商名单、销售记录、销售协议、投标书等。
财务信息	财务报表、融资报表、预决算报告、各类统计报表、审计报告等。
人力资源信息	员工名册、通讯录、工资表、社保公积金清单等。
信息技术信息	网络拓扑图、信息安全风险报告、运维日志等。
其他	企业认为有必要采取保密措施的其他经营信息。

（二）商业秘密的识别：

但企业实际经营中，对于商业秘密投入保护，是一件耗时耗力的项目工程，并不一定要将上述所有信息全部加以保护。因此，必须要甄别出最需要保护的关键信息，具体可以参考以下维度界定企业商业秘密的保护范围。

1.判断商业信息对企业的重要程度

结合秘密信息的研发成本、获取难度，对公司的产品生产、渠道拓展是否起到关键作用，商业秘密泄露后产生的经济损失，竞争对手获取商业秘密后产生的价值，综合以上问题全面判断商业信息的重要程度。

2.判断商业信息是否属于公知信息

前文我们提到过秘密性是商业秘密最核心的特征，如果信息不具有秘密性，一切保护都无从谈起。就以实务中最常见的客户名单举例，随着信息化时代的到来，如果一家公司想要获得客户名单，相对来说是较为容易的，例如，通过企业信用信息网、招投标采购平台等渠道就能轻易获取相关行业客户的联系方式以及采购需求，处于这种状态下的信息就可能认定其为所属领域的相关人员普遍知悉或容易获得，不具有秘密性。但是如果企业通过与客户长期交易，再通过后期加工整理客户名单，使得客户名单可以涵盖客户的具体交易习惯、意向、价格承受能力、成交底线、特殊偏好、要货规律等特殊综合深度信息，那就属于对公知信息深加工形成的新信息，满足不为相关公众知悉。

3.判断是否可以全程留痕信息的产生过程

对商业秘密的研发、整理和加工过程的梳理，是证明商业秘密和价值的一个重要步骤。围绕公司业务模式，生产过程中的重要信息进行全程跟踪。例如，技术资料中涉及的工艺配方、操作规程、质量控制要求、原材料质量要求、生产装置设计技术要求及参数等，都纳入《公司保密范围及涉密项目明细》，并妥善保管涉及商业秘密信息、技术改造、工程安装、设备采购合同、财务票证等。

同时，对上述信息必须由专门的机构系统管理，包括制定《日常工作保密管理规定》《公司专有技术管理

规定》等系列文件所涉信息涵盖其中，并限定查阅范围。关于如何做好日常商业秘密管理工作，受限于篇幅，我们将在后面的系列文章中展开说明。

四、最后

“种下一棵树最好的时机是十年前，其次是现在。”

商业秘密是企业的一项特殊智慧财产，也是企业重要的无形资产。谁掌握了商业秘密谁就掌握了竞争优势，正如可口可乐公司在其业务准则中所说的那样，“保住了商业秘密即保住了市场”。

如何保护商业秘密，实际上是围绕商业秘密的“秘密性”、“保密性”、“价值性”三大要素，构建一套完整的商业秘密信息管理、识别、分级、存管体系，强化员工管理、外部管理、设配管理、业务流程的细化，同时还需要专业的系统软件和工具来保护商业秘密。但加强对商业秘密的保护意识，要从此刻开始。

破产企业处置不良资产时选择破产清算和破产重整程序的利弊比较及完善建议

WINCON
LEGAL
INSIGHT



郑昭

主要业务方向为民商事诉讼及破产清算领域，参与办理多起金融、公司、房地产、破产、执行类案件。

一、在我国破产案件持续激增的背景下，深入研究通过破产清算和破产重整程序对破产企业不良资产进行更为有效处置的必要性

2020年召开的全国两会中，数十位代表委员就不良资产处置方面提出议案和提案，不良资产发展了20年，第一次集中被代表们高度关注，充分说明无效与低效资产的总量已影响到了社会的方方面面，不良资产处置在社会生活中扮演了更为重要的角色。随着不良资产

“危机不但带来麻烦，也蕴藏着无限商机。”这是美国大陆航空公司总裁格雷格·布伦尼曼提出的布伦尼曼法则。对于破产企业来说，不良资产的种类不胜枚举，而只要存在一处无法处置的不良资产，破产案件就永远无法审结。

在实践中，一旦企业破产，包括不良资产投资者在内的债权人往往处于被动不利的境地。破产清算和破产重整程序作为破产企业不良资产处置中的两种重要方式，如何根据资产特点择优选择，进而实现不良债权利益，更好地发挥其价值，成为备受关注的焦点问题。

本文拟阐释深入研究通过破产清算和破产重整程序对破产企业不良资产进行更为有效处置的必要性，结合全国法院多起破产典型案例，对处置不良资产时选择破产清算和破产重整程序的利弊比较进行初步探究，并提出相关完善建议，以期提出更加有效的不良资产处置方式，更好地发挥社会效益。

行业的不断壮大，爆发和衍生出来的大量的国有“僵尸企业”和民营危困企业通过破产清算或破产重整等程序予以处置，形成所谓的“破产潮”。

在破产法市场化、法治化、常态化实施的进程中，不断涌现出大量的清算案件或重整案件。一方面，应当重视破产清算的出清功能，发挥破产相对于诉讼执行的优势，解决债权清偿的公平分配和效率等，依法实现及时清偿和债权回收，并且推动土地厂房、技术、信贷、

劳动力等生产要素或资源的合理配置。另一方面，充分了解破产重整的拯救功能，关注困境企业或困境资产潜在的重整或有效营运价值，针对困境企业的债务危机或资产困境寻找真正的病因及解困良策，同时也引导困境企业做好“加减乘除”和有效治理，实现企业的再造和重生。

因此，在我国破产案件持续激增的背景下，应摒弃“谈破色变”的思维，积极寻求盘活破产企业不良资产的方式，将破产清算和破产重整程序作为解决不良资产处置的有效工具，真正实现不良资产的自身价值，进而更好地维护债权人、债务人、投资人等各方的利益。

二、结合全国法院多起破产典型案例，对处置不良资产时选择破产清算和破产重整程序的利弊进行对比分析

不良资产处置是企业破产时都会遇到的一个十分棘手的问题，如何通过破产清算和破产重整程序，对资产进行价值变现和价值提升，笔者将结合全国法院2017年至2019年多起破产典型案例，并以其中的两大典型案例为例，对处置不良资产时选择破产清算和破产重整程序的利弊进行对比分析。

（一）破产清算程序在不良资产处置中的利弊分析

1. 案例呈现：浙江南方石化工业有限公司等三家公司破产清算案

浙江南方石化工业有限公司（简称“南方石化”）等三家公司系绍兴地区最早一批集化纤、纺织、经贸为一体的民营企业，2016年上述三家公司出现债务危机。三家公司单体规模大、债务规模大，难以通过重整方式招募投资人，但具有完整的生产产能、较高的技术能力，具备产业转型和招商引资的基础。因此，本案采取“破产不停产、招商引资”的方案，在破产清算的制度框架内，有效清理企业的债务负担，之后政府根据地方产业转型升级需要，以招商引资的方式，引入战略性买家，实现“产能重整”。最终，企业职工债权获全额清偿，普通债权的清偿率达14.74%，破产财产买受人以不低于原工作待遇的方式接受员工，1310余名员工中1100余人留任，一线员工全部安置。

2. 典型意义：本案是在清算程序中保留有效生产力，维持职工就业，实现区域产业整合和转型升级的典型案。通过运用政府的产业和招商政策，确保“破产不停产”，维持职工就业，资产处置中也实现了资产快速市场化处置和实质性的重整效果。

3. 利弊分析：破产清算是指债务人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力时，由债权人或债务人自行申请破产，通过分配破产财产的方式受偿的行为。其是通过司法程序，强制将债务人的全部财产变价及公平分配，一次性实现债务人的全部债务，合理分配债务人的破产财产，从而实现对全体债权人的公平保护。破产清算程序将彻底终结债权债务关系，并彻底消减未来投资人管理破产企业债权的成本。

笔者认为，破产清算程序也不可避免地暴露出一些缺点：破产清算程序复杂漫长，受很多因素影响，导致债权人通过破产清算程序能够获得的实际利益并不大，且需要为破产程序付出巨大的时间成本和资金成本。故债权人在清收过程中应审慎使用破产清算方式。相反，在破产重整程序中外部投资人会注入资金，不良资产不会像破产清算程序中被强制变价，而能保持原有状态，这就使得不良资产可以实现价值最大化，进而提高清偿比例。

（二）破产重整程序在不良资产处置中的利弊分析

1. 案例呈现：青岛造船厂有限公司、青岛扬帆船舶制造有限公司破产重整案

青岛扬帆船舶制造有限公司（简称“扬帆船舶公司”）是青岛造船厂有限公司（简称“青岛造船厂”）全资子公司，主要发展高新技术和高附加值民用船舶。由于扩张规模过大、经营不善，加之近几年国际船舶市场经济持续低迷、银行风控断贷等原因，两公司于2016年上半年资金链断裂，无法继续经营，严重资不抵债，不能清偿到期债务。

经过分析研究，破产重整程序更能保障多方权益的最大化实现。为确保实现重整目标，防止两公司直接进入破产清算程序，法院力促青岛造船厂两股东以实际行

动拯救企业，得到两股东“以不低于破产清算价格接盘”的配合承诺。本案100%的债权清偿率刷新了造船行业普通债权清偿记录，既保留了两公司的造船资质和军品建造平台，又保障了近千名债权人和四百余名职工的合法权益，得到了债务人、债权人、重整投资人、出资人和职工各方面的认可。

2. 典型意义：首先，案件影响力方面。本案是目前山东省最大的船舶企业破产重整案，涉及债权人903家、申报债权45亿元。本案重整过程中因涉及多方利益，曾一度引起职工上访等社会矛盾，其顺利解决有力地维护了社会稳定。

其次，案件复杂程度方面。在本案重整过程中，先后三次召开债权人会议，各种矛盾尖锐复杂。并且由于我国目前的破产法还不完善，尤其是破产重整程序中投资人的相关问题尚处于空白，制定的原重整方案已经大部分债权人组投票通过、并由管理人提交法院申请批准的情况下，增加重整投资人，将原重整方案推倒重来，面临着主体资格、程序衔接和时间限制等方面的巨大挑战。

再次，案件办理结果方面，在最终获得法院裁定批准的重整计划草案中，青岛造船厂、扬帆船舶公司仍是具有优质造船资质的企业，债权人的债权本金有条件的获得了100%清偿。既为债务人保留了重要的造船资质，又保障了近千名债权人和四百余名职工的合法权益，同时创造了破产重整案债权清偿率的新纪录。

3. 利弊分析：2007年破产法规定的破产重整制度使得我国破产法律价值观发生了历史性变化，在不损害债权人利益的前提下，朝着挽救债务人和维护社会经济秩序的方向转化，债权人权利的实现建立在债务人再生的基础上，力图保留企业营运价值，使债权人能够得到比在破产清算的情况下更为有利的清偿结果；同时，通过债务人企业产权、资本结构、经营战略和内部管理等多方面的调整，消除破产原因，摆脱经济困境，获得重生。

面对资不抵债，不能清偿到期债务或有破产危险的企业，可考虑适用破产重整。一方面，需要在重整程序中引入创新手段帮助企业摆脱发展困境，彻底解决危困

企业债务危机；另一方面，需要在重整过程中综合使用各种新型手段，促成各方主体利益共赢，真正解决破产困境问题。

但破产重整计划由债务人负责执行，且需要持续较长的一段时间，意味着在破产重整程序中，债权人对于债务人的控制是相对较弱的，特别是当债务人的投资人或上级主管单位提出重整时，债权人的知情权、控制权更是被削弱，承担的风险更大。

笔者认为，在破产重整的过程中，应建立完善府院联动机制。积极构建党委领导、政府主导、法院主办、各部门协作参与的破产案件处理综合工作机制，凝聚工作合力，形成化解风险的铁拳头。通过推进与破产工作有关的配套机制建设，从而更好实现妥善处置不良资产，提高债权清偿率，防范和化解金融风险的目的。

破产重整制度在司法实践中不断得到应用，成为挽救危困企业、促进企业再生的重要制度选择，在依法保护各方权益，维护涉案地区和谐稳定等方面发挥了重要作用。

三、针对破产案件中不良资产处置的完善意见

目前，我国针对破产案件中不良资产的处置主要有破产清算和破产重整两种方式，然而如何权衡并选择对案件更为有利的方式，充分保障债权人、债务人、投资人等各方的权益，进而更好地推动司法实践工作，笔者提出如下三点建议：

（一）准确分析破产清算和破产重整程序的利弊，择优选择

债务人进入破产程序时，其资产上可能存在抵押、质押等权利瑕疵，此时债权人享有优先受偿的权利，剩余财产的价值将会大大减少，扣除优先受偿财产后可以清偿普通债权的财产所剩无几，导致普通债权的清偿率非常低。因此，应当转换工作思路，积极推动破产重整程序，有效盘活资产价值，促使债权人以债转股方式取得股权，以期取得后期利益，或者投资人以投入资金方式，以期在后期能投资获利提高债权清偿率，最终实现各方利益共赢。

（二）推进府院联动机制及配套机制建设

一是推进府院协调联动机制建设，建立由党委领导、政府主导、法院主办以及多部门参与的企业破产府院联动机制。在部分企业破产重整案件中，地方党委和政府专门成立了由法院、金融办、公安局、信访办、地税局、人社局等14个部门组成的“支持企业依法重整工作领导小组”，定期组织召开联席会议，共同解决破产企业处置中的难题。同时，各法院在工作中应坚持公开透明、公平公正、依法处置的原则，充分听取各利益主体的意见建议，认真细致地做好释法析理工作，平衡保护各方利益，有效化解矛盾纠纷。

二是推进重整企业信用修复、税务调整、股权变更等配套机制建设。积极与银行、税务部门等进行沟通，完善破产重整企业信用修复机制，加大对破产重整企业税收优惠力度。

（三）注重发挥管理人的作用，灵活处置不良资产

法院应灵活选任破产管理人，督促破产管理人在接管企业、保管和处置与债务人有关财产等事务中勤勉尽责、忠实履职。破产管理人可对原材料、半成品等宜尽快变现的不良资产，委托多家拍卖机构参与竞标，加快不良资产的处理，在与资产贬值的斗争中稳操胜券。对于产权清晰的动产、不动产可委托法院移送拍卖；对于产权不清晰的不动产可自行寻找变价买受方，并通过债权人委员会或债权人会议的表决，最终变价处理。

另外，需要对破产管理人资格作出明确的法律规定或行业指引，保证破产管理人具有良好的业务素质和品行状况，定期进行破产管理人协会培训，并在社会上给予管理人一定的身份认可和权利等，促使管理人更好地发挥自身作用。

四、结语

近年来，我国的破产案件数量急剧增长，对于破产企业来说，不良资产种类繁多，其处置的业务市场巨大且处于扩张趋势，如何处置破产案件中的不良资产已成为一个热点性问题。而有效的不良资产处置，一方面能够帮助企业快速实现债务清偿；另一方面，也能够保障

债务人、债权人、重整投资人、出资人和职工等各方合法权益的最大化实现，进而促进社会的和谐稳定。

破产案件不良资产的处置方式有很多，破产清算和破产重整已成为两种主流模式，然而针对不同的案情和多样的不良资产，需要准确分析破产清算和破产重整的优势和劣势，择优选择，因情而定，在不同的情况下采用不同的策略，着眼于如何将破产清算和破产重整程序作为解决不良资产处置的有效工具，寻求实现不良债权利益的优化路径，更好地发挥其价值，使其能够在不良资产处置中的作用达到最大化，从而更好地推动不良资产处置。

综上所述，深入探究和对比破产清算和破产重整程序在不良资产处置中的利弊，对于我国破产制度的不断完善具有重要价值。只有充分发挥两个程序的实效作用，才能有效处置不良资产，进而更好实现法律效果和社会效果的有机统一。

参考文献：

- [1]张世君.破产重整在银行不良资产处置中的利弊[J].银行家, 2008(11):64-65.
- [2]汪世虎.重整计划与债权人利益的保护[J].法学, 2007(1):112-117.
- [3]不良资产清收处置手段与流程之破产清算与破产重整.破产法快讯, 2017.
- [4]李曙光.通过破产制度实现“僵尸企业”的破产出清[J].人民论坛, 2018(23):98.
- [5]破产重整在银行不良资产处置中的利弊.律融不良资产, 2020.
- [6]李永军等.破产法（第二版）[M].北京:中国政法大学出版社:38.
- [7]齐明.中国破产法原理与适用[M].北京:法律出版社:135.
- [8] 全国法院破产典型案例.www.360doc.com/user-home/45325183

“婚后父母出资购房”问题探究——从“约定”的外延说起

WINCON
LEGAL
INSIGHT



李凤凡

深耕婚姻家事与财富传承法律服务，多年从事民商事诉讼/仲裁、公司商事、常年合规等法律业务。曾代理数百起婚姻家庭、继承、公司、合同纠纷诉讼案件和相关非诉讼项目；担任多家银行、保险公司、信托公司专项法律顾问。



白雅娟

致力于婚姻家事与财富管理方向的法学研究，擅长婚姻法、继承法、公司法、合同法、法律顾问等领域。

近年来，伴随经济社会的发展，社会生活理念和方式发生了巨大变化，家庭财产范围和体量都有所增加。现实中，因房屋价格不断攀升，年轻人结婚后仅靠自身收入短期内难以承受，并且现在大多数年轻人独生子女，父母基于对子女的爱护，往往将大部分积蓄为子女结婚买房（甚至透支了养老积蓄）。

然而，囿于血亲与姻亲的差异，父母虽然表面上不排除愿为子女配偶提供居住条件，但为己方子女提供婚后居住条件或许才是真正驱动父母出资的根本原因。与此同时，当下离婚率的日益增长也是不争的事实，一旦子女陷入离婚纠纷困境，关于房屋及出资额的归属、出资能否返还等问题争议日益激烈。

本文尝试从“约定”外延的角度就“婚后父母出资购房”问题进行分析并提出相应建议，以期能为有兴趣的同仁、客户提供参考。

一、法律规范梳理

在法律规范层面，我国对于子女婚后父母购房出资问题是否有规定？如有规定，是否发生重大变化或者有哪些重大变化？笔者先作简要梳理。

1. 《中华人民共和国民法典》

第一千零六十二条：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻共同财产，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。”

第一千零六十三条：“下列财产为夫妻一方的个人财产：

- (一) 一方的婚前财产；
- (二) 一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；
- (三) 遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；
- (四) 一方专用的生活用品；
- (五) 其他应当归一方的财产。”

2. 《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）》

第二十九条：“当事人结婚前，父母为双方购置房屋出资的，该出资应当认定为对自己子女个人的赠与，但父母明确表示赠与双方的除外。

当事人结婚后，父母为双方购置房屋出资的，依照约定处理；没有约定或者约定不明确的，按照民法典第一千零六十二条第一款第四项规定的原则处理。”

由于民法典和最高人民法院关于适用民法典婚姻家庭编解释一的同步施行，原婚姻法、继承法以及最高人民法院关于适用婚姻法若干问题的解释一、二、三均同时被废止。而原关于适用婚姻法若干问题的解释三的第七条是这样规定的：“婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可按照婚姻法第十八条第（三）项的规定，视为只对自己子女一方的赠与，该不动产应认定为夫妻一方的个人财产。”

二、实务解析

经梳理上述规定可知，民法典施行后，原关于适用婚姻法若干问题的解释三第七条规定内含的“推定”原则已被调整为关于适用民法典婚姻家庭编解释一的“约定”原则，更加强调具体情况下的具体意思表示。其基本演绎逻辑为：婚后父母出资为子女购房，先看有无明确“约定”，有约定按约定；如无约定，则不再视为只对自己子女一方的赠与，而是将归夫妻共同所有。

但是，何谓婚后父母出资购房所依照处理的“约定”？该等“约定”的外延尺度为何？除了具体明确的赠与合同外，是否还可通过其他证据体现父母的意思表示？对此，司法实践中实际仍存在着争议以及解释的空间，以下分述之。

争议点1：

物权登记状态的体现可否作为父母赠与的意思表示，视为一种“约定”？

有观点认为，房屋产权登记在出资父母方的子女名下，就等于向社会公示了不动产所有人仅是己方子女，申请登记的内容同是意思表示的一种，此种情况下应被视为出资父母方仅对自己子女的赠与。

笔者认为，该观点有违民法典关于婚后父母出资购房规定的修改初衷。该观点仍是采用原婚姻法的“推定主义”，而无体现“明确约定”的立法精神。而且，通过梳理民法典相关规定可见，第一千零六十二条第四项的“但书”条款有且只有一个，即同条第三项，遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产。在不考虑出资额的前提下，房屋产权仅登记在己方子女名下，不能简单视为房产系对己方子女的赠与，该出资款可视情况按夫妻婚后以个人财产出资购房的处理原则认定。

争议点2：

父母可否与子女及其配偶“约定”以婚姻为目的的附条件赠与？

有观点认为，父母为成年子女购房提供资金，父母可与子女及其配偶约定购房属于以婚姻为目的的赠与（所谓“目的性赠与”）。一旦子女婚姻关系解除，赠与的目的不能实现，赠与人有权请求考虑具体出资数额、婚姻存续期限长短、配偶家庭贡献等，要求对出资款予以全部或部分返还。

笔者认为，婚姻自由包括结婚自由和离婚自由，财产不能也不应成为个体维持婚姻关系的“砝码”。如购房款性质与是否离婚的条件挂钩，实质是以财产性契约约束身份关系，对承认夫妻间的协力关系具有消极作用，不利于鼓励以家庭整体利益为重、配偶之间互相支持与扶助，也不利于夫妻感情积淀和婚姻关系的稳定。因而，该约定因违背婚姻自由和公序良俗原则，应属无效。至于“酌情返还”问题，于法无据，且存在扩张适用自由裁量权之嫌，可能引发裁判结果乱象，笔者暂不支持上述观点。

争议3：

父母主张出资系子女向其借款购房的“约定”，应否得到支持？举证责任如何分配？

父母为子女婚后购房出资的性质通常包含两种可能：一是借贷，二是赠与。过往司法实践从保护私有财产与出资人的角度出发，倾向于认定出资父母与子女构成借贷关系，部分法院认为只要有借条证据（包括后补），甚至仅有转账证明，父母的举证责任即视为完成，如子女主张行为系赠与，需要由子女证明赠与关系的存在，否则应支持父母的主张。

经笔者检索，民法典生效实施后，裁判风向发生了转变，现在以认定父母的真实意思表示为主，侧重保护出资人利益。亦即，要看有无证据证明父母在转账时与子女达成过借贷合意，明确支付的钱款为借款性质。

有判例认为，仅一方后补借条，其配偶未签字追认，在离婚协议中也未提及该笔钱款的，则不予认定借条效力。在对约定存在争议的情况下，举证责任被分配给了出资父母方，出资父母方应有充分证据证明系与子女的借贷关系或是系对己方子女的赠与关系，否则认定房屋出资额为赠与夫妻双方的共同财产。

值得注意的是，笔者在检索中还发现某地法院出现了这样一起判例：夫妻婚后购买一套房产，男方父母出资无借条，女方父母出资有借条，双方父母出资额相近，最终法院裁判认定无借条方系赠与，有借条方系借贷，由夫妻双方返还借贷父母方的出资款。

笔者认为，该份裁判结果没有考虑行为瑕疵，过度简单适用法律规定，显失公平。婚姻家庭编在民法典中是一编特别的法律制度，原因在于其具有独特的人伦正义、人本秩序和人文关怀。如果单纯的把父母出资为子女购房，仅仅局限在有无借条、是否存在赠与合同上理

解处理案件，就“失去”了其在整部民法典中欲体现的核心法律思想，也将“失去”司法裁判的社会效果。

总的来说，对于上述“约定”外延的把握，现下司法实务存在着一定的弹性空间，更加尊重出资父母方当时的自由意志，并且为维护诚实信用原则，会分配给出资父母方更多的举证责任，以充分证明父母与子女的明确“约定”，同时通过考量父母出资比例、房产权属登记情况、出资后婚姻持续时间、出资后父母与子女外观行为等加以综合判断。通过对案件证据与事实的分析，以及对法律规则与原则的理解，从法律适用上逐步把握“约定”的外延及确定性，进而在立法上理顺父母、子女之间是否构成赠与关系的界定问题。

三、实务建议

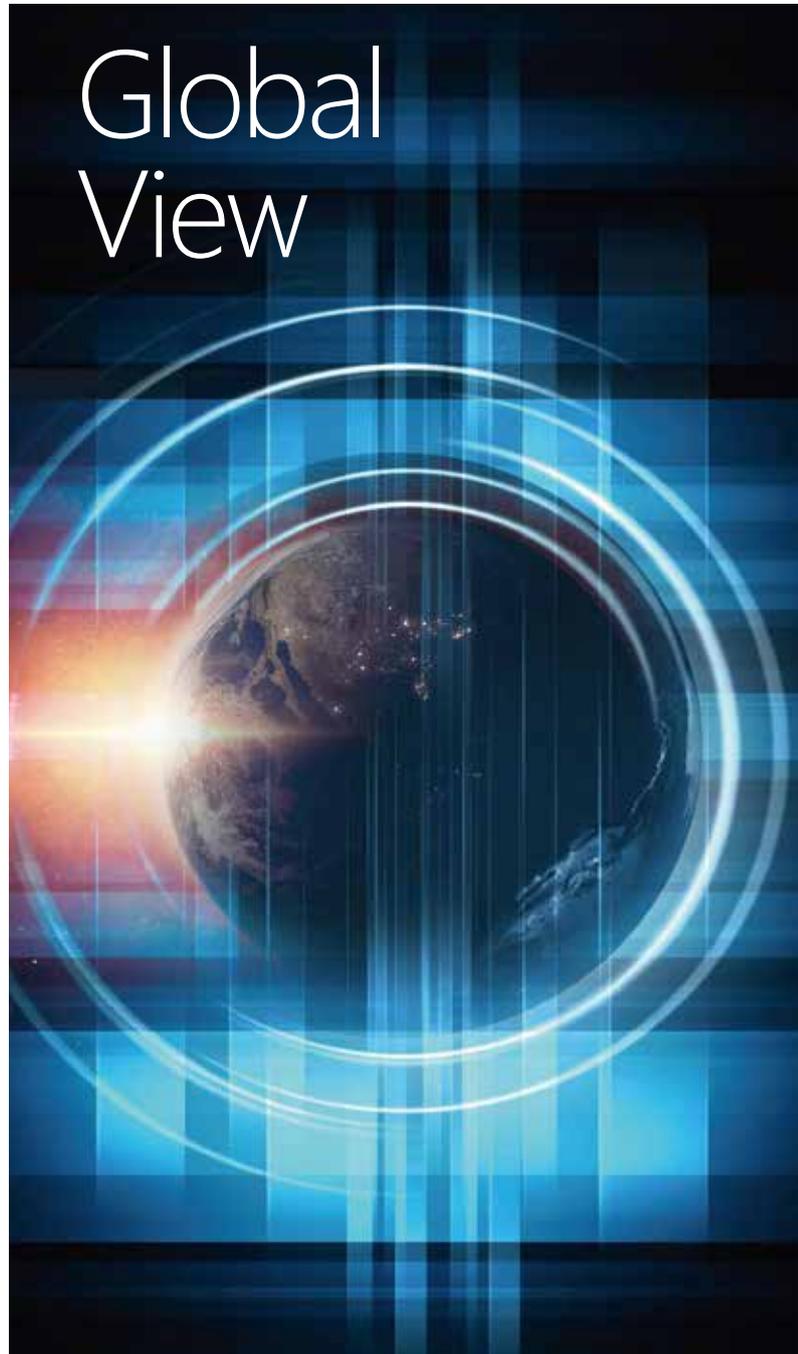
基于我国特有的传统家庭文化影响，子女结婚后，父母为子女购房本是抱着美好的愿望，希望子女婚姻幸福稳定，不愿设想子女将来出现离婚的可能，且为避免引发子女配偶不必要的误会，父母在出资时一般未明确或不愿明确出资性质和出资对象。在现实大多数情况下，父母通常无法提供明确表示赠与子女一方或与子女构成借贷关系的证据，这在民法典施行背景下倾向认定夫妻婚后受赠财产为夫妻共同财产面临着巨大不利。

笔者建议，父母为子女婚后购房出资的，无论是对出资款还是房屋本身，最好由父母、子女及子女配偶三方作出明确的约定，并以赠与合同或借贷合同等书面形式保留证据。

律师在为父母向子女婚后购房出资事宜提供咨询服务时，应务必向父母释明要明确己方意思表示，到底是想赠与一方子女还是一并包括子女配偶，出资款到底是赠与还是借贷，是想“保住钱”还是“保住面子”。

待确定出资父母方的意愿和出资性质后，争取与子女及其配偶达成一致合意，指导家庭成员采用赠与合同或借款合同、出具借条、备注转账记录等方式加以固定，以避免不必要的家庭财产纷争，维护理性和谐的家庭关系。

国际
视野



澳大利亚的股东诉讼 Shareholder litigation in Australia

WINCON
LEGAL
INSIGHT



澳洲业务团队

文康律师事务所处理过诸多涉及澳大利亚的业务，在此基础上成立了澳洲业务团队，团队成员包括多位能以英语为熟练工作语言的中国律师以及澳大利亚注册律师，在中澳法律、投资、贸易、移民等业务领域深耕多年。团队国际法律顾问祝福律师拥有澳洲律师牌照近十年，作为在澳大利亚长大的华人，熟悉中澳两国文化，处理了大量中澳跨境法律事务，经验丰富。

澳洲业务团队可为客户提供与中国-澳大利亚有关的投资、贸易、移民、跨国婚姻、诉讼等全方位、一站式的商业和法律服务。

无论您想在澳大利亚设立子公司还是收购澳大利亚公司股权或资产，文康涉澳法律团队将为中国投资者提供最专业且全面的一站式服务。

通过与从事双边贸易和跨境投资的中澳跨国公司长期合作，我们拥有丰富的法律服务经验。

第一部分 法律框架 Legal Framework

一、公司章程和股东协议 Company Constitution and Shareholder Agreements

1. 章程 Constitution

根据澳大利亚公司法，董事的权力是通过公司章程授予他们的，董事必须为适当的目的行使这些权力，不得越权或滥用权力。章程既规定了股东的权利，亦对股东的权利作出了规制。

Under Australian corporate law, the director's powers are conferred to them via the company's constitution, the directors must exercise these powers for proper purposes and not to exceed or abuse these powers. The constitution also governs the rights of shareholders/members whilst stipulating their rights.

公司章程受2001年《公司法》(下称“法案”、“《公司法》”)规定的管理和控制。该法案还规定了公司管理结构的形成，包括董事的任命、权力、召开董事会的程序等。一般来说，修改章程需要75% (及以上) 有股东大会投票权的股东通过特别决议。

The Company constitution is governed and

controlled by the provisions of the Corporations Act 2001 (Cth) ("the Act"). The Act also lays down the provisions for formation of management structure of the company including the appointment of directors, their powers, procedures for conducting board meetings and so on. Ordinarily, any amendments to the constitution would require a Special resolution of 75% of Members that are entitled to vote at a general meeting.

从本质上讲，公司章程是处理公司内部管理的具有约束力的合同。该合同由下列双方订立，对双方均有约束力：

- 公司和每位股东，
- 公司和每位董事及秘书，以及
- 每个股东之间。

Essentially, the company's constitution is a binding contract which deals with the internal management of the company. This contract is entered between and binding upon:

- the company and each member,
- the company and every director and secretary, and
- between each member and every other member.

章程还包括有关董事会权力的规定，修改章程通常需要75%（及以上）有股东大会投票权的股东通过特别决议。

The constitution will also contain provisions governing the powers of the board of directors, with any amendments to the constitution ordinarily requiring a Special resolution of 75% of Members that are entitled to vote at a general meeting.

2. 股东协议

Shareholder Agreements

另一方面，股东协议是协议签署者之间的私人合同，因此，可以通过签署者之间的协议进行修改。一般来说，股东协议是公司董事和股东之间的合约。

Shareholder agreements on the other hand are private contracts between the signatories of the agreement, as such, can be amended by agreement between

each of the signatories. Commonly, the shareholder agreement is a contract between the directors of the company and the signatory members.

虽然公司章程对公司治理作出了广泛的规定，但股东协议是根据公司的特定目的而制定的，要考虑到公司的业务性质和股东的特定期许。

Whilst the company's constitution will set out the broad provisions relating to the governance of the company, the Shareholders' Agreement is tailored to the particular purposes of the company, taking into account the nature of its business and the particular wishes of its shareholders.

这两份文件应相互配合，并需要仔细起草，以确保它们不会相互冲突，不会在以明确（股东权利）为目标的情况下，反而增加了相关不确定性。

The two documents should work in conjunction with each other and need to be carefully drafted to ensure they do not conflict or add uncertainty in circumstances where certainty is the objective.

二、争议

Disputes

通常，公司章程是解决此类争端的起点。若无公司章程，则公司的管理将由《公司法》的可替代规则来制定。

Often, the company's constitution will act as a starting point to resolve such disputes. If the company's constitution is not present, then the Act's replaceable rules will formulate the management of the company.

一般来说，董事只对公司负有信义义务，而非任何特定的股东。《公司法》第181(1)条规定了这一信义义务，要求董事“本着诚信和公司的最大利益”行事。

Generally, a director owes a fiduciary duty to the company only, and not to any particular shareholder. This fiduciary duty is expressed in section 181(1) of the Act requiring directors to act 'in good faith and in the best interests of the corporation'.

因此，一旦发生争议，根据争议各方的情况，需要对这两份文件进行仔细审查。文件未规定解决争议的方式，不能达成协议的，股东可以向法院提起诉讼。

Consequently, once a dispute arises, and depending on the parties to the dispute, a close examination of both documents is required. If the documents do not specify the manner through which disputes are to be settled, and an agreement cannot be reached, the shareholder may take recourse through the courts.

1. 股东间的争议

Between Shareholders

如果公司的股东之间有争议，通常第一步是审查股东协议，以检查是否有争议的解决方式。股东协议通常规定了在股东之间发生争议时要求股东遵循的程序。

If there is a dispute amongst shareholders of a company, normally the first step is to review your Shareholders Agreement to check whether there is a method of resolving the dispute. It is common for shareholder agreements to set out the procedure shareholders are required to follow in the event of a dispute between shareholders.

如果没有股东协议，应该检查章程中是否有条款可以帮助或指导如何解决争议或帮助确定各方的义务。

If there is no Shareholders Agreement, you should check to see whether the constitution contains any provisions which may assist or provide guidance as to how to resolve the dispute or help define the parties' obligations.

如果不存在这种条款，根据《公司法》等法律，可能有衡平法上的诉讼和救济途径。

If not, there may be legal causes of actions and remedies available to you in Equity, under the Act or some other legislation.

2. 股东和董事之间的争议

Between Shareholders and Directors

我们强调，公司董事对公司负有信义义务，而非对

特定股东负有信义义务。但是，当董事违反了他们的信义义务，或者当他们的行为方式是压制性的(见下周发布的本文第二部分)时，(股东)可以使用法律手段。

We emphasise that the company's directors owe a fiduciary duty to the Company and not to a particular shareholder. However, legal recourse is available when either the directors have breached their fiduciary duty or if they have acted in a manner which is oppressive (examined in part 2 of this article).

3. 以股东个人身份提起的诉讼

Actions in a Shareholder's personal capacity

根据澳大利亚的法律框架，股东可以以个人身份提起诉讼，行使其权利(的情况)主要包括:

- 为不正当目的而进行公司股权分配; 或
- 公司行使修改章程的权力，损害了股东或股东的权利。

Under the Australian legal framework, shareholders are able to bring an action in their personal capacity to enforce their rights and predominantly include:

- Allotment of Shares in the company for an improper purpose; or
- Where a company exercises its power to alter the constitution in a manner which harms the shareholders or their rights.

4. 以公司名义提起的诉讼

Actions on behalf of the company

如前所述，董事对公司负有义务，因此，英国法律首先要求公司是适格原告。这条规则起源于1843年的Foss诉Harbottle案，但近年来确立了很多例外情况。通常而言，这些被称为派生诉讼的例外情况很难得以确认。

As previously stated, a director owes his duty to the company, as such, English law primarily required the company to be the plaintiff. This rule, which stems from Foss v Harbottle in 1843, has had a number of exceptions developed over the years. These exceptions, known as derivative actions, were notoriously difficult to establish.

在澳大利亚，普通法上提起派生诉讼的权利已被一项法定权利所取代，《公司法》第2F.1A部分（第236至242条）规定了其必要的程序。

In Australia, the right to bring derivative actions at general law has been replaced by a statutory right, with the required procedures set out in Part 2F.1A (sections 236 to 242) of the Act.

如要进行派生诉讼，第2F.1A部分要求股东首先获得法院许可，且存在违反董事义务、不遵守章程的情况，或者是针对公司不起诉的第三人而提起诉讼的情况。

For derivative actions to be commenced, Part 2F.1A requires shareholders to firstly obtain the approval of the court and are available for breaches of director duties or the constitution, or against a third party where the company would not do so.

根据第237条的规定，如法院认为符合下列条件，便须准予申请：

- (a) 公司本身可能不会提起诉讼，或不对诉讼或诉讼中的步骤承担适当责任；和
- (b) 申请人是善意行事；和
- (c) 申请人获准法院许可符合公司的最大利益；和
- (d) 如果申请人申请法院许可是为了提起诉讼，则这一严重问题需要审慎处理。

Under the section 237, the court must grant the application if it is satisfied that:

- (a) it is probable that the company will not itself bring the proceedings, or properly take responsibility for them, or for the steps in them; and
- (b) the applicant is acting in good faith; and
- (c) it is in the best interests of the company that the applicant be granted leave; and
- (d) if the applicant is applying for leave to bring proceedings - there is a serious question to be tried.

如果是针对第三方的诉讼，则第237(3)条规定了一个反驳的理由，即如果公司根据其董事的决议，决定不提起诉讼，或（为他人对公司提起的诉讼）进行辩护，或终止诉讼，则只要董事的行为符合商业判断原则，董事就不为此承担责任。

If the proceedings are against a third party, section 237(3) then sets out a rebuttable presumption which is established if the company, by a decision of its directors, has decided not to bring the proceedings or not to defend them or to discontinue them, through the application of the Business Judgment Rule.

第二部分：压制性行为

Part 2: Oppressive Conduct

针对压制性行为的诉讼通常发生在公司董事以某种程度压制某一股东或某一类股东的权利时。

Actions for oppressive conduct are commonly brought in circumstances where the director/s of a company has acted in a manner which oppresses the rights of a shareholder, or a class of shareholders.

根据2001年《公司法》第232条，在下列情况下，法院可作出命令：

- (a) 处理公司事务；或
 - (b) 公司或其代表的实际或拟议的作为或不作为；或
 - (c) 公司某些或某类股东的决议或拟议决议；
- 要么：
- (d) 违反全体股东的利益；或
 - (e) 以该身份或其他身份压迫、不公平地损害或不公平地歧视一名或多名股东。

Under Section 232 of the Act 2001 (Cth) the court may make an order if:

- (a) the conduct of a company's affairs; or
- (b) an actual or proposed act or omission by or on behalf of a company; or
- (c) a resolution, or a proposed resolution, of members or a class of members of a company; is either:
- (d) contrary to the interests of the members as a whole; or
- (e) oppressive to, unfairly prejudicial to, or unfairly discriminatory against, a member or members whether in that capacity or in any other capacity.

压制性行为的例子包括：

- 对特定股东的利润分配不公；
- 拒绝披露信息；

- 公司资金使用不当;
- 向公司管理层支付过高薪酬;
- 不召开股东会或董事会, 或不允许小股东参会;
- 签订对某一特定股东有利的贷款协议;
- 进行有争议的合并, 且协议条款包括稀释现有股份(的内容);
- 将一家私营企业的某一股东排除在管理层之外的不当行为, 导致该股东无法出售其股份。(尤其在通常由股东担任董事的私营/小型公司中。在这类公司里, 法院认可某些董事之间的密切关系可能会导致对被排斥股东的压制性行为。)

Examples of oppressive conduct include:

- Unfair allocation of dividends to particular shareholders;
- Refusing access to information;
- Improper use of company funds;
- Paying excessive remuneration to the person having control of the company;
- not calling shareholder or director meetings or not allowing minority shareholders to participate in meetings;
- Entering into loan agreements with terms beneficial to a certain shareholder;
- Entering controversial mergers with terms including the dilution of existing shares;
- The improper exclusion of a shareholder in a private company from management which results in the shareholder not being able to sell his/her shares. (This is particular to private/small companies where shareholders are commonly directors. In such companies, the Courts recognise the intimate relationships between certain directors which could result in oppression of an ostracised shareholder.)

一、压制性行为的成立 Establishing Oppression

根据《公司法》第233条, 原告必须证明压制性行为成立, 法院才能做出裁定。涉诉行为必须与公司的事务有关, 且有别于个人不满。此类行为包括公司的(人员)晋升、成立、股东资格、控制、业务、贸易、转账和交易、财产、负债、利润及其他收入、进款、亏损、支出和费用, 以及内部管理和程序。

For an order to be made under section 233 of the Act, the complainant must be able to establish oppression. The conduct complained of must be in relation to the affairs of the company and distinct from a personal grievance. Such conduct will include the promotion, formation, membership, control, business, trading, transactions and dealings, property, liabilities, profits and other income, receipts, losses, outgoings and expenditure, and internal management and proceedings of the company.

董事的压制性行为在法律上的证明难度较高, 所提出的证据必须使法院相信, 这种行为有违诚信和公平, 并且是性质严重错误的。然而, 这种行为不必然要求是违法行为。

Oppressive acts of directors are not easily established, the evidence produced must satisfy the court that the act lacks probity and fair dealing and is 'burdensome, harsh and wrongful'. However, the act need not be illegal.

因此, 在确定什么是压迫或不公平时, 法院将考虑多数股东和少数股东的利益, 确认公司的情况和股东的合理预期。

Therefore, when determining what is oppressive or unfair, the Courts will look to the interests of the majority and minority shareholders and identify the company's background and the reasonable expectations of its shareholders.

在股东目前不能证明压制性行为成立的情况下, 对股东而言, 建议最好开始收集证据, 并详细记录发生的不当行为, 以便作为起诉理由。可以查看公司的账目, 或要求提供与公司事务相关的信息。这种个人不满升级为压制性行为的情况并不少见。在小型私营企业中尤其普遍。

In circumstances where the shareholder is not currently able to establish oppression, it may be good advice for the shareholder to begin the collection of evidence and to record in detail any improper conduct in anticipation of a cause of action arising. This could be to keep track of the company's accounts, or to request

information in relation to the company's affairs. It is not uncommon for such personal grievances to escalate into oppressive acts. This is particularly prevalent in small private companies.

二、救济途径 Remedies

如果法院认为所诉的行为是压制性的，《公司法》第233条赋予法院广泛的权力以作出适当的命令，其中包括：

- (a) 公司清算；
- (b) 公司现有章程被修改或废止；
- (c) 对与公司未来事务相关的行为进行监管；
- (d) 公司股东或个人购买因遗嘱或法律运行而需由其购买的公司股份；
- (e) 以适当减少公司股本的方式购买股份；
- (f) 公司起诉、抗辩或中止特定程序；
- (g) 授权因遗嘱或法律运行受让公司股份的股东或个人，以公司的名义并代表公司起诉、抗辩或中止特定的诉讼程序；
- (h) 限制某人介入或作出特定行为；
- (i) 要求某人作出特定行为。

If the court has found that the act complained of is oppressive, section 233 of the Act gives the Court broad powers to make appropriate orders which includes orders for:

- (a) the company be wound up;
- (b) the company's existing constitution be modified or repealed;
- (c) the regulation of the conduct of the company's affairs in the future;
- (d) the purchase of any shares by any member or person to whom a share in the company has been transmitted by will or by operation of law;
- (e) the purchase of shares with an appropriate reduction of the company's share capital;
- (f) the company to institute, prosecute, defend or discontinue specified proceedings;
- (g) the authorisation of a member, or a person to whom a share in the company has been transmitted by will or by operation of law, to institute, prosecute, defend or discontinue specified proceedings in the name and on behalf of the company;

(h) restraining a person from engaging in specified conduct or from doing a specified act;

(i) requiring a person to do a specified act.

在大多数情况下，股东并不寻求获得公司的控制权，或者由法院裁判公司的行为，相反，他/她通常会希望自己通过股份被买断的方式退出。如果该方案无法实施，法院根据《公司法》第233条作出公司清算命令的情况并不少见。

In most circumstances the shareholder does not seek to gain control of the Company or for the course of the Company's conduct be determined by the Court, rather, he/she will commonly seek for an exit through a buyout of his/her shares. If this course of action cannot be implemented, it is not uncommon for the Court to order a winding up of the Company under section 233 of the Act.

对公司的清算

Winding up of the Company

《公司法》第461条规定，在下列情况下可作出要求公司清算的命令：

- (a) 董事在公司事务中为自己的利益行事，而不是为全体股东的利益行事，或以可能对其他股东不公平或不公正的方式行事；或
- (b) 公司的事务正在以压制、不公平地损害或不公平地歧视一名或多名股东的方式进行，或以违反全体股东利益的方式进行；或
- (c) 公司或代表公司作出的作为或不作为的行为，拟议作为或拟议不作为的行为，或者某一类公司股东的决议或拟议的决议，曾经或将会压制、不公平地损害、不公平地歧视一名或多名股东，或者曾经或将会违反全体股东的利益。

Under section 461 of the Act, an order seeking for the winding up of a Company may be made if:

- (a) directors have acted in affairs of the company in their own interests rather than in the interests of the members as a whole, or in any other manner whatsoever that appears to be unfair or unjust to other members; or
- (b) affairs of the company are being conducted in a manner that is oppressive or unfairly prejudicial to, or

unfairly discriminatory against, a member or members or in a manner that is contrary to the interests of the members as a whole; or

(c) an act or omission, or a proposed act or omission, by or on behalf of the company, or a resolution, or a proposed resolution, of a class of members of the company, was or would be oppressive or unfairly prejudicial to, or unfairly discriminatory against, a member or members or was or would be contrary to the interests of the members as a whole.

鉴于（清算）这种救济措施的严重性，只有在法院认为这样做是公正和平等的情况下才会予以核准（见《公司法》第461(k)条）。在确定什么是公正和公平时，法院必须考虑到一系列复杂的情况，一般来说，法院必须认为，争议十分严重以至于除了注销该公司外，无法以其他方式解决。

Given the gravity of such a remedy, it will only be approved if the court is of the opinion that it is just and equitable to do so (see section 461(k) of the Act). In determining what is just and equitable, the court is required to take into account a complex set of circumstances, but generally, the court must be of the opinion that the dispute is so serious that it is not capable of being resolved in any way other than by bringing the company's existence to an end.

三、结论 Conclusion

针对公司董事的诉讼主要是在关系破裂(个人不满)和股东未能达成令人满意的决议或协议之后提起的。在这种情况下，特别是在压制性诉讼中，原告将通过买断其股份或公司清算的方式退出。考虑到这一点，大多数压制性案例实际上都是涉及以何种方式、何种价格让一个股东退出企业的估值案例。

Actions against the directors of the company are predominantly brought after a breakdown of relationships (a personal grievance) and a failure for the shareholders to come to a satisfactory resolution or agreement. In such circumstances, and particularly in proceedings for oppression, the complainant will seek

for an exit either through a buyout of his or her shares or for the winding up of the company. Given so, most oppression cases are, in effect, valuation cases involving disputes about how, and for what price, one shareholder can exit the business.

在小型的私营企业中，股东通常会认为其所持股份的价值高于市场价格。在这种情况下，谨慎的做法是律师尽早要求进行独立估值。这种独立估值将使怀有不符合商业现实之期望的当事方认清现实，并有助于避免不必要和昂贵的诉讼。

In small private companies, it is common for shareholders to believe that the value of their shareholding is for more than what the market price is. In such circumstances, it may be prudent for the solicitor to request for an independent valuation to be taken early on. This independent valuation will shed the harsh light of reality upon parties with uncommercial expectations and aid towards the avoidance of unnecessary and costly litigation.

文康韩国法律顾问解说韩国公司法判例

한국회사법 판례에 대한 해석

WINCON
LEGAL
INSIGHT



韩国业务团队

文康在创建之初，以中韩间日益密切的贸易往来为契机，将涉韩法律业务作为重要业务板块之一，是国内大型综合性律师事务所中少数拥有专业韩国团队的律师事务所。

作为最早从事涉韩法律业务的律所之一，文康在涉韩法律服务方面有着丰富的执业经验，先后服务过的韩国客户（包括来自韩国的客户和中国境内的韩资企业）有近百家，客户名单中包括多家韩国经济支柱产业公司、众多知名跨国企业、数十家财富五百强企业、细分行业龙头企业。

文康韩国业务团队以顶尖的法律专业水平、优质高效的法律服务能力获得了客户的高度赞誉，团队成员包括深谙韩国国情、韩企文化和商业环境的资深律师，精通中韩法律及语言文化的专家型、学者型律师，韩国法务部（司法部）特聘咨询委员，以及多位能以韩语、英语为熟练工作语言的中国律师。他们能熟练使用韩文、英文等多种语言与客户进行沟通、起草各类法律文件。

韩国现在适用的公司法有近80年的发展历史。韩国的经济发展有过辉煌的时刻，也存在难以解决的自身问题。与美欧、日本相比，韩国在政治、文化、经济、企业发展背景上与中国最为类似。韩国企业曾经发生的争夺企业控制权（如新世界百货有偿增资）、企业主向下一代转移经营权（如三星爱宝乐园发行转换债券、三星物产与第一毛织的合并）等各种股权纠纷等问题，都是中国正在发生和即将发生的法律问题和社会问题。

文康韩国法律顾问通过本系列文章解说韩国大法院典型判例。通过判例解说，可以成体系了解公司法原理和韩国公司法在韩国企业实务上的运用。同时，还可以了解韩国企业的真实过去和现在。中国法官、律师、企业法务等法律实务者可以通过对韩国大法院典型判例的解说，了解公司法原理在韩国具体案件中的运用方法，了解韩国大法院法官的说理释法方法和逻辑结构，将韩国的经验运用到中国实务者的法务工作中。

韩国公司法判例解说系列将按照首先介绍事实关系，然后说明法院的判断，最后对法院的判决进行点评的结构进行。

한국의 현행 회사법은 근 80년에 이르는 발전 과정을 거쳐왔다. 유럽, 미국, 일본 등에 비하면, 한국의 정치, 문화, 기업 배경은 중국과 유사한 면이 가장 많다. 한국 기업에 발생하는 경영권 분쟁 문제(예: 신세계백화점 유상증자), 차세대 경영권승계문제(예: 삼성에버랜드 전환사채 발행, 삼성물산과 제일모직합병) 등 다양한 기업지배권 분쟁 등은 중국에서 현재 일어나고 있거나 또는 머지 않아 일어나게 될 법률적, 사회적 문제이다.

본 시리즈는 한국회사법 판례에 대한 해석을 통해서 한국의 회사법리 뿐 아니라 한국기업의 조직과 운영의 현실을 파악할 수 있을 것이다. 이러한 것들은 중국에는 유익한 경험이 될 것이다. 중국의 판사, 변호사, 기업법무와 같은 실무자들이 판례해석을 통하여 구체적인 사건에서 회사법리가 어떻게 운용되는지를 살펴보고 이론과 사법 능력을 높이며, 나아가 한국의 이러한 경험을 중국의 법률실무에 활용할 수 있을 것으로 기대된다.

한국 회사법판례해석 시리즈의 구조는 사실관계, 법원의 판시, 코멘트 순으로 진행하기로 한다.

判例名称

种类股股东大会决议与普通股股东大会决议之效力

大法院2006.1.27.宣告

2004Da44575、44582判决

(三星电子种类股股东大会)

事实关系

被告三星电子公司（以下“被告公司”）根据章程发行了比普通股多分红1%的优先股或旧优先股（旧优先股是与普通股分红差距不大的优先股）。1995年末，因修订《韩国商法》规定需在章程内规定最低分红比率，被告公司于1997年初在章程（第1次变更章程）上规定最低分红比率为9%，并且规定了自动转换内容（章程第8条第5款：优先股的持续期间定为从发行日起10年，满期同时转换成普通股。但是，上述期间内没有完成规定分红的，期间延长至完成时止。这时，因转换发行的股票之利益分红，适用第8条之2的规定）。但事后，这样的新型优先股之后没有发行，被告公司的优先股事实上都是旧型优先股。可是，被告公司于2002年2月28日召开定期股东大会，做出了删除上述自动转换规定的变更章程决议（第2次变更章程）。原告X的母公司A（Elliot Associates, L.P.：持有优先股的31.5%）当时持有相当数量的被告公司的旧型优先股，2002年6月26日以变更章程对自己不利为由要求被告公司召开种类股股东大会，被告公司一直没有召集。原告X于2002年9月4日取得第1次变更章程前被告公司发行的4万股无表决权股票，就第2次章程变更，提起了股东大会决议处于未生效状态和确认无效之诉。

大法院的判断

二审法院认为，《韩国商法》第435条规定的种类股股东大会决议只是为了让普通股股东大会决议发生效力而追加的要件。需要种类股股东大会决议的，普通股股东大会决议在没有种类股股东大会决议期间，效力处于浮动状态，之后取得种类股股东大会决议的，才产生确定性效力。未生效是根据民事诉讼法上的一般原则，在有需要确认利益时，其是没有时效限制的确认之诉，可以确认其处于未生效状态。

大法院认为，股东大会决议自身在效力上没有问题，没有必要请求确认股东大会决议未生效，只是章程变更没有产生效力，应当请求章程变更的无效。大法院的判决内容如下。

1. 二审判决中关于第2次变更章程是否需要种类股股东大会决议的判决内容

《韩国商法》第435条第1款规定“给某种种类股的股东带来损害的”，除当然包括给某种种类的股东带来直接的不利情况外，还包括即使在外观形式上是平等的，却带来实质性不利结果的情况，进而，某种类股股东的地位随着章程的变更既有有利的一面，也伴随不利的一面，这种情况也包含在内。

二审在相同宗旨下，比较了本案章程的两次变更后做出了如下判决。因第2次章程变更，只是既存优先股股东因无偿增资等以后得到新的配股的优先内容产生差异，其他没有任何差异。产生差异部分是以后得到配送优先股的内容与旧优先股不同，即使在10年后也不能转换成普通股，第2次章程变更对希望转换成普通股取得表决权的优先股股东是不利的，相反，对于取得表决权关心少，更关心利益分红的优先股股东，其特定比率以上的优先分红权不受10年的限制，任何时候都能得到保障，这点上是有利的。章程的变更，因随着优先股股东立场的不同有利和不利是共存的，故需要组成种类股股东大会。原审的这种判断是正当可接受的。

2. 种类股股东大会不能形成决议时确认请求对象的法律关系

(1) 分析前面看到的《韩国商法》第435条第1款的文句，章程变更的内容给某种种类股股东带来损害的，其章程的变更除需要普通股股东大会决议之外，还要追加该种类股股东大会决议，作为章程变更产生效力的特别要件。对于相同内容的章程变更，种类股股东大会决议没有形成的话，只是变更的章程还没有发生效力，做出章程变更的股东大会决议没有任何瑕疵。

(2) 可是因为章程变更决议的内容是否给某种种类股股东带来损害存在争议，公司明确拒绝召开种类股股

东大会的，该种类股股东以公司为对象提起一般民事诉讼的确认之诉，以不具备章程变更所需的特别要件为由，正面要求章程变更无效即可，不需要费力地去制造变更该章程内容的股东大会决议自身还处于未生效状态（即所谓未生效状态）这一概念，即没必要请求确认该股东大会决议处于“未生效状态”。特定外国的学说或判例是根据该国的法律体系和法规设定和发展的理论，在不同法律体系下的韩国民事诉讼案件中引用或应用的话，一定要限于有必须该这么做的理由，在必要的范围内慎重进行。

二审与上述不同，在种类股东大会的决议是为了股东大会决议自身发生效力的追加要件为前提下，判断股东大会决议之外需要种类股东大会决议的，在没有该种类股东大会决议期间，股东大会决议自身处于未生效效力状态，不得不说这一判断误会了与种类股东大会决议效力相关的法理，是违法的。

点评

中国的优先股制度（即类别股，本文称其为种类股或优先股）自2013年国务院发布《关于开展优先股试点的指导意见》、2014年证监会发布《优先股试点办法》开始，已经实施了8年多时间。观察上述两个规定，内容多集中于发行方式、发行对象、分红方式等形式上的内容。那么，在优先股股东与普通股股东利益发生冲突时，如何调整利益冲突就是个现实性问题。

种类股东大会决议制度是调整利害冲突的方案之一。股份公司发行除普通股之外的种类股的，持有普通股的多数股东单方变更章程的内容，该变更可能存在给持有某种种类股小股东带来损害的内容。如根据股票种类，给认购新股、股票的合并·分割·消灭或因合并·分割引起的股票配置给持有某种种类股的股东带来的损害；或因公司的分立或分立合并、股票交换、股票移转和公司合并给持有某种种类股股东带来的损害。为了防止给持有种类股的小股东带来不当损害，《韩国商法》第435条第1款规定股东大会决议生效需经种类股股东大会决议。这时，如果种类股股东大会决议有不足或瑕疵时，对种类股股东不利的股东大会或董事会决议的效力就成为问题。

上面介绍的韩国大法院关于种类股股东大会决议与普通股股东大会决议效力之冲突的判例，值得注意的有两点。

第一，大法院虽然维持了二审判决，但是认为原审（一、二审）没有必要费力地去制造变更该章程内容的股东大会决议自身还处于未生效状态这一概念，正面确认章程变更无效即可；

第二，大法院认为“特定外国的学说或判例是根据该国的法律体系和法规设定和发展的理论，在不同法律体系下的韩国民事诉讼案件中引用或应用的话，一定要限于有必须该这么做的理由，在必要的范围内慎重进行。”

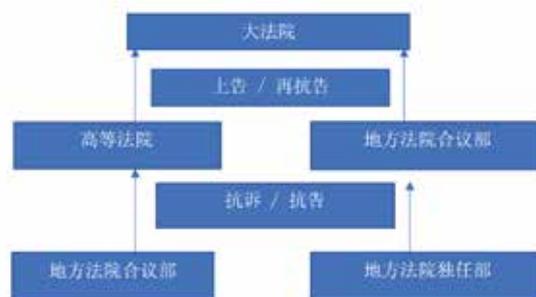
本案一审：水原地方法院 2003.7.11.宣告 2002Gahap14429判决

本案二审：首尔高等法院 2004.7.9.宣告 2003Na55037, 55044判决

本案三审：大法院 2006.1.27.宣告 2004Da44575, 44582判决

相关法律规定：韩国商法第435条（种类股东大会）第1款：公司发行种类股，变更公司章程对某种种类股股东造成损害的，除需要股东大会决议之外，还需要该种类股的股东大会决议。

韩国法院审级制度：韩国法院为三审制，下图为三审制结构。



判例名称

可转换债券失权后向第三人派发新股中的董事义务

(三星爱宝乐园控制权转移)

大法院2009.5.29.宣告2007Do4949

全员合议制判决[违反特别经济犯罪加重处罚等法律
(背任)]

[公2009Ha, 1079](爱宝乐园案例)

事实关系

爱宝乐园在1996年10月30日召开董事会，全体17名董事当中8名董事参加会议，通过决议发行总额约为100亿韩元的可转换债。资金使用目的为设施资金。公司债的派发方法是：以1996年11月14日为准优先向股东派发，失权时根据董事会决议向第三人派发，转换价格为每股7,700韩元（该转换价格是否明显低于当时爱宝乐园的企业价值是有争议的，若不是，那么其本身就意味着所有讨论是没必要的。因此在理解本案时首先不能以转换价格明显低作为前提）。发行当时爱宝乐园是有资金需求，但不存在紧急、突发性的筹资必要性。

公司债发行当时，爱宝乐园的法人股东大部分都是三星集团的其他所属公司，个人股东包括三星集团董事长李健熙，大部分都是三星集团所属公司的高级管理人员。爱宝乐园在上述日期向股东发送了派发基准日通知以及可转换债说明，股东当时都收到了这些文件。但到上述可转换债的要约到期日为止，股东中只有第一制糖发出要约认购相当于其持股比例2.94%的可转换债，而持有97.06%股权的其他股东都没有发出要约认购从而失权。之后，爱宝乐园立即召开董事会，决定将股东失权的可转换债向李健熙长子李在镕等4人派发，据此，李在镕等4人在同日完成认购要约及缴纳了认购款项，他们根据条件行使转换权成为了爱宝乐园的股东。

大法院的判断

分析上诉理由（判决内容节选）：

——公司按照持股比例向股东有偿发行新股等时，从公司的立场上，因流入相当于认购款的资金，其资本和资产会有增加；而从股东的立场上，即使认购新股

等，对现有的持股比例无任何影响，只是持股数增加，因此，实际上可以说是同时进行了现有股票的分割与股东的追加出资。

而且，股东只是对公司负担缴纳认股款的义务（《韩国商法》第331条），在全额缴纳认购款并取得股票之后，根据股东有限责任原则不会对公司负担追加出资义务；公司将公积金转增资本或者用股票分配利润时，可以向股东按照持股比例无偿发行新股。鉴于此，公司按照股东派发的方法，即根据股东所持股票数派发新股等的方法发行新股时，其发行价格等并不一定要按照市价。因此作为公司高级管理人员的董事按照股东派发的方法发行新股时，除了原则上不得低于于票面价的限制（《韩国商法》第330条、第417条）之外，可以考虑股东整体的利益和公司的筹资必要性以及紧迫性等，根据经营判断自由决定其发行条件。因此，不能认为决定发行价格低于市价而未能从股东筹集尽可能多的资金，就是违反了公司的财产保护义务，构成背任罪。

——然而若不是向股东派发，而是用向第三人赋予认股权的第三人派发方法时，第三人认购新股等取得公司股权，因此对于该第三人与公司的关系就不能视同于股东和公司的关系。按照明显低于市价的价格向第三人发行新股等时，与适当反映市价决定发行条件或者考虑股权的实质价格决定适当价格发行的情形相比，会发生相当于其差异的公司资产未能增加的结果，此时应认为公司受到了相当于在公司法的公平发行价格和实际发行价格之间的差额，乘以发行股票数计算出来的金额的损失。公司的这种损失，与按照低于市价发行的新股和现有股东所持有的旧股根据股东平等原则同等对待，旧股的实质价值被稀释，让现有股东受到损失，与此相比，由于其性质和归属主体都不同、评估方法也不一致，因此应区别对待公司因低价发行新股等的损失与股东的损失。因此，《韩国商法》规定新股发行时第三人与董事同谋以明显不公平的发行价格认购股票时，公司负有责任支付相当于与公平发行价格之差额的金额（商法第42条之2第1款、第516条第1款、第516条之10），此时现有股东可以请求公司向第三人提起支付相当于上述公平发行价格之间差额之金额的诉讼，若公司怠于回应，股东可直接向第三人提起代表诉讼请求支付相当于与公平价格之间差额之金额（《韩国商法》第424条之2第2款、第403条）。除此之外，董事应向公司承担违反任务的损

害赔偿责任（《韩国商法》第399条第1款）。结论是，按照如此明显不公正的价格用第三人派发方式发行新股等的行为属于董事违反任务的行为，因其让公司受到无法取得相当于与公平发行价格之间差额之资金的损害，可以追究董事背任罪的罪责，这也是大法院一直以来的判例立场（大法院2001. 9. 28. 宣告 2001Do3191 判决、大法院 2005. 5. 27. 宣告 2003Do5309判决等。）

——首先判断本案可转换债的发行是否是向第三人派发。

新股发行时，区分股东派发方式和第三人派发方式的标准是在发行新股时，是否向股东赋予了按照他们的持股比例优先认购新股等的机会并据此客观决定，而非取决于被赋予新股等认购权的股东是否实际上行使认购权并派发得到新股。若公司向现有股东赋予了按照持股比例认购新股等的机会，而股东放弃其认购，并将因此发生的失权股等向第三人派发，结果发生公司持股比例变化，此时新股等的发行价格明显低于市价，未行使认购权之股东所持有的股票价值被稀释，发生现有股东的财富转移到新股东的效果，但产生的损失只是源于现有股东自己的选择。从公司的立场上来看，对现有股东认购新股之后再将其转让给第三人的情形和董事会将现有股东没有认购的新股等派发给第三人的两种情形做比较，流入公司的资金规模并无差异，因此，不能认为就董事对于公司的关系上违反了何种任务并对公司造成损害。

根据原审判决的理由，本案可转换债的派发实际上不是股东派发、而应视为第三人派发。其意义是指被告内心期待现有股东不发出要约而失权，还是指股东当中只有第一制糖发出了认购要约，其他股东未发出要约而失权，所以其经济效果与使用第三人派发方式是否相同并不明确。然而，即使根据原审认定的事实，本案可转换债的发行分明是依据股东派发方式，爱宝乐园的董事会向李在镕等派发失权的可转换债是源于现有股东自己选择不发出认购要约，因此，不能立即断定本案可转换债的发行就是第三人派发。

并且，商法上根据股东派发方式发行可转换债也是股东失去其认股权时公司可以根据董事会决议对没有认购的部分向第三人自由处分（《韩国商法》第513条之3、第419条第4款、第469条）。由于同一次发行的可转

换债的发行条件应相同，因此按照股东派发形式发行可转换债时对于股东没有认购而失权的部分，也没有必要同股东认购部分区别对待，并变更转换价格等发行条件发行。即，公司债是作为根据债券发行方法而形成的债务，具有流通性、公众性、集团性等特点，因此对于同一种类的公司债来讲，各个公司债的金额应是统一的或者可以用最低额整除（译者注：余额为零。）的（商法第472条第2款），且在债券上面应记载法律规定的事项（《韩国商法》第478条第2款）。关于可转换债，公司在决定可转换债的总额、转换条件、因转换而发行的股票的内容、可以请求转换的期间等事项之后将其记载于公司债要约书、债券、债券原簿上面（《韩国商法》第513条第2款、第514条），可转换债缴纳完成时还应对上述事项进行登记（《韩国商法》第514条之2），这是在相同机会发行的可转换债的发行条件等相同作为前提。因此，对于按照股东派发方式向股东赋予了可转换债认购权，而股东没有发出认购要约而失权的部分，即使向第三人发行也只能按照与派发给股东时相同的条件发行，这种法理并不因股东没有发出可转换债的认购要约而发生失权的规模而不同。

因此，原审判决认为本案可转换债的发行，实质上属于第三人派发方式是对可转换债发行相关法理有所误解，存在违法情形。

点评

全员合议制度是韩国法院的一种审判制度。由大法院院长和大法官共13名组成合议庭。主要审理有政治、社会性争议，具有重大波及效果的大型案件。由大法院全员合议制做成的判决，对社会具有重大影响。

本判决值得注意的是，一部分大法官认为“发生现有股东的财富转移到新股东的效果，但产生的损失只是源于现有股东自己的选择。从公司的立场上来看，对现有股东认购新股之后再将其转让给第三人的情形和董事会将现有股东没有认购的新股等派发给第三人的两种情形做比较，流入公司的资金规模并无差异，因此，不能认为就董事对于公司的关系上违反了何种任务并对公司造成损害。”；“爱宝乐园的董事会向李在镕等派发失权的可转换债是源于现有股东自己选择不发出认购要约，因此，不能就此断定本案可转换债的发行就是向第三人派

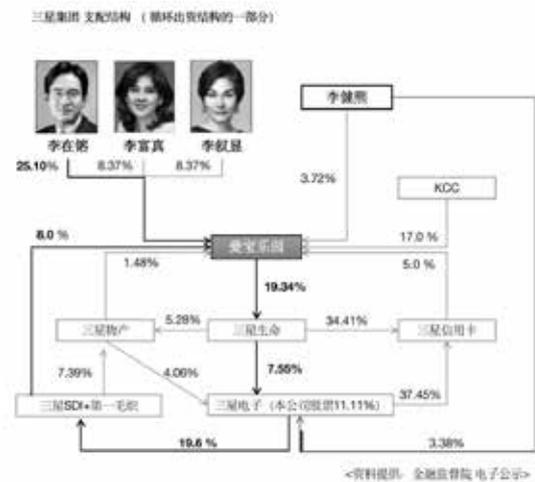
发。”；“由于同一次发行的可转换债的发行条件应相同，因此按照股东派股形式发行可转换债时，对于股东没有认购而失权的部分，也没有必要同股东认购部分区别对待，并变更转换价格等发行条件发行...因此，对于按照股东派发方式向股东赋予了可转换债认购权，而股东没有发出认购要约而失权的部分，即使向第三人发行也只能按照与派发给股东时相同的条件发行...”

上述意见即认定了存在损失，又以是股东自愿为由，否定了相关董事的责任。

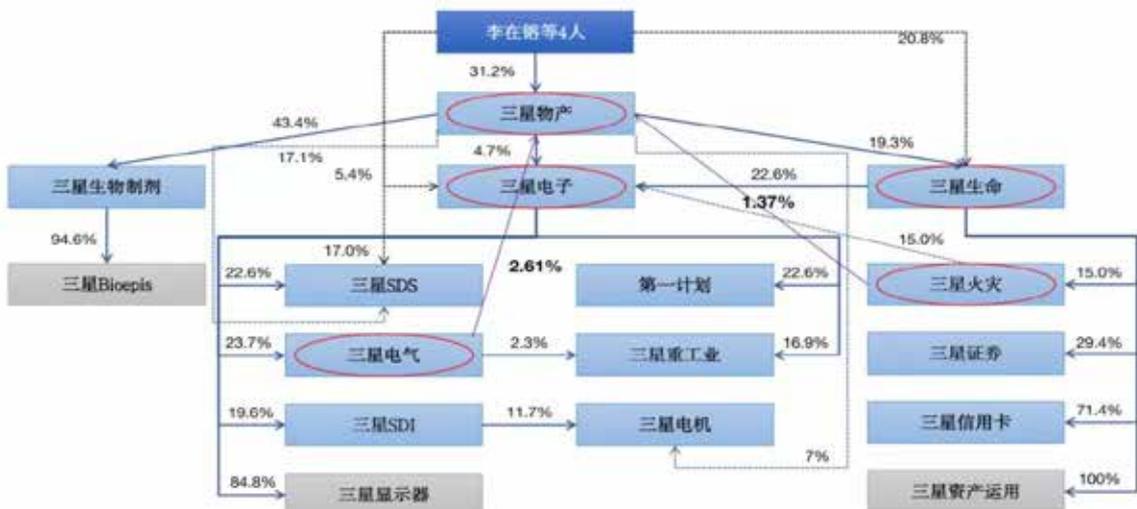
本案中各位大法官的判决意见，展示了韩国大法院法官对韩国财阀企业的运营和管理的截然不同的态度。这种分歧，也充分的体现在韩国的社会当中。作为中国的法律实务者，我们能从中学学习的是对案件事实关系的分析和法理的运用。

另外，在这里需要提一下循环出资和相互出资问题。【图一】是整个三星集团的结构图，【图二】是李健熙三个子女在三星集团的企业中的控股结构。从这两个图可以看出，三星集团是采用循环出资和相互出资的方法形成现在的规模的。本案例的可转换债券发行，完成了爱宝乐园-三星保险-三星信用卡-三星电子-爱宝乐园的循环出资，使得李健熙将对集团的控制权转移给子女。韩国政府以三星集团转移企业经营权案件为契机，出台了李在镕法，即《特定财产犯罪收益等的回收和被害救济法》。

企业利用循环出资和相互出资的方法，可以迅速扩大企业集团的规模。通过很少的资金就可以控制整个企业集团。但是，滥用这种手法的话，会造成企业财务状况恶化，企业财务报表无法显示企业的真实情况。从外部看非常强大的企业集团，可能瞬间连锁倒闭。韩国企业在1997年的表现就说明了这一点。之后，在韩国政府保证改变企业治理结构的前提下，国际货币基金组织才同意给予援助。对此，《韩国公正交易法》明确了需要加以限制的企业集团要件，并且明确规定了禁止循环出资和相互出资的范围。但是，因为政治原因，这种限制随着执政党的变化而发生变化。



【图二】



【图一】

判例名称

董事职务懈怠的损害赔偿責任

(三星爱宝乐园配发可转换债券引起的代表诉讼)

大邱高等法院2012.8.22.宣判2011NA2372判决(第一毛织代表诉讼)

事实关系

爱宝乐园配发可转换债券案件中，配发可转换公司债后，爱宝乐园的第二大股东，即法人股股东第一毛织失权。第一毛织的少数股东向第一毛织的董事们提起了代表诉讼。少数股东主张，第一毛织未收购爱宝乐园的可转换公司债，导致失权的行为属于违反法令或业务懈怠行为，由此使作为爱宝乐园股东的第一毛织遭受了可转换公司债发行之前持有的爱宝乐园的股份价值下跌的损害，因此少数股东向作为被告的第一毛织董事请求损害赔偿。

大法院的判断

法院认为，“被告李健熙作为第一毛织的董事，运用和通过三星集团的秘书办公室，以回避赠与税向其子女转移爱宝乐园控制权为目的，让爱宝乐园低价发行可转换公司债。另一方面，使第一毛织未收购其可转换公司债，第一毛织的其他被告董事按照被告李健熙，及接受李健熙指示的三星集团秘书办公室的明示或默示的请求放弃了收购可转换公司债，从而第一毛织于李健熙子女行使转换权时遭受了已持有的爱宝乐园的股份价值下跌的损害。被告们的这种行为属于对第一毛织的业务上背任行为，和违反法令的行为，被告们负有连带赔偿第一毛织损害的责任”。

法院还认为，“被告李健熙为了实现逃避赠与税而转移三星集团经营权的目的，让爱宝乐园发行了本案可转换公司债，使第一毛织未收购本案可转换公司债，因此不存在减少其损害金额的事由...考虑到其他被告董事并非因私人利益放弃了收购可转换公司债，并考虑到其他被告董事作为集团子公司之一，第一毛织的高管与被告李健熙的关系等，限制其他被告董事因业务违反行为造成的损害赔偿責任更为妥当...将被告们的损害赔偿責任限制为总损害额的10%是妥当的”。

点评

本案事实关系简单，但是在是否认定损害赔偿关系成立，特别是赔偿金额上，存在较大争议。从经济角度分析，爱宝乐园的股东放弃配债后，客观上产生了持有

股份价值下跌的效果，因果关系成立，应当认定存在损害赔偿責任。但在损害赔偿金额认定上，法院考虑到了关联公司之间的关系和企业实际控制人与高管的关系，除三星会长李健熙之外，限制了其他董事的赔偿金额。毕竟按照实际赔偿的话，即使是大型企业的高管也是无法承受的。对于本案，被告们放弃了二审上诉，判决生效。

本案特别地提出了韩国财阀企业在实现企业控制权转移和财富向下一代转移过程中出现的规避赠与税问题，这既是法律问题，也是社会伦理问题。

相关法条：《韩国商法》

第399条【对公司的責任】董事因故意或者过失违反法令或者章程的行为，或者因故意或者过失懈怠于其任务的，对公司承担连带损害赔偿責任。

前款的行为根据董事会决议作出时，赞成该决议的董事也承担前款的责任。

参与前款决议的董事，若未在议事录中作出异议记载时，推定为赞成该决议的董事。

第400条【对公司責任的减免】第399条规定的董事責任，经全体股东的同意可以免除。

根据章程的规定，第399条规定的董事的責任超过其行为之日前最近一年期间的报酬额（包括奖金和因股份购买选择权行使而获得的利益）六倍时（独立董事的情况为三倍），免除超过的部分。但是，董事因故意或者重大过失致使公司发生损害的情况和第399条，第397条之2和第398条规定的情况除外。

注：本系列案例节选自《公司法判例研习》（法律出版社，2021年），作者即为译者代表，对该书判例的节选，已征得原作者同意。

《公司法判例研习》

作者：『韩』安秀贤、崔文僊、金建植、鲁赫俊、朴峻、宋沃烈、尹荣信

译者：『中』崔贞莲、韩文吉、黄晓敏、金李龙、金艳、李兰、朴正兰、许成花、张珍宝、赵英姬

本文作者：张珍宝 韩国首尔大学法学博士、律师、韩国忠北大学法学院副教授、文康韩国法律顾问。

一位在中国的加拿大移民律师的建言

WINCON
LEGAL
INSIGHT



初源盛

文康律师事务所高级顾问。以加拿大律师兼公证员的身份为涉加涉外客户提供各类公证、见证业务之外，初源盛律师目前将主要精力投入到涉外民商法律领域中。

出于众所周知的原因，近来中国大陆咨询移民的人群暴增，急于申请的人不在少数，似乎移民律师遇到了新的风口。但另一方面，加拿大给予中国大陆的移民配额和通道并没有增加，门槛反而在不断提高，中国政府对于汹涌澎湃了四十多年的移民潮正在采取限流措施。面对居高不下的移民回流率和移民夫妻的离婚率，我一直在思考究竟什么样的人适合移民。

经验告诉我，尽管移民有门槛，但合法的移民通道也很多，人们不必死盯着某一个门槛。无论学签、工签、旅游签，无论是自雇、雇主担保、投资、配偶团聚、劳务派遣、难民，无论是高管、码农、保姆、护工，或是工厂、农场、建筑工地的小工，只要铁了心要移民，哪怕身无分文，一句外语不会，最后都能达成目

的，唯一的问题是你是否做好了付出相应代价的准备，能否得到自己想要的生活。动机问题其实是认识问题，不同的价值取向就有不同的衡量标准，对于移民值不值这个问题会引出不同的结论。

把学习镀金或打工挣钱的短期出国人员排除在外，这里集中谈一下想办移民身份的人。也不谈已嫁给外国人或子女已获得外国身份的被动移民，我这里谈的是主动移民。我遇到的移民客户，动机依迫切程度大体分为几类：面对复杂时局，心理压力难以承受，急于逃离；国内升学太卷，想为孩子换赛道；对政策持续性缺乏信心，希望通过身份转换实现资产转移；觉得钱赚够了，想到一个环境舒适制度成熟的地方养老；找一个外国人结婚，生一个混血后代，体验异样人生；反正在国内也是家徒四壁，不如去国外碰碰运气。

上述动机都有现实的理由支撑，但未必都是深思熟虑下的产物。情况紧急时才想起另辟蹊径恐怕已是远水解不了近渴。国外也有国外的体制性问题，距离产生的朦胧美迟早会消失。中国的改开之路遇到阶段性的反思与反复无法避免，但逃离不如参与建设性的推动，猛虎离林不如犬。国内的中小学教育其实也有自己的特点和优势，如果在国内已混成学渣，就算是去了加拿大也大概率成不了锦鲤，因为优秀是一种良好的习惯，国外的学校对孩子的管理更宽松。至于养老，离开了自己积攒了一生的人脉和能使自己触景生情的环境资源，去到一个连玩笑都听不懂的地方，临终时真的会含笑九泉吗？中外组合不是梦，但移居海外的华人与自己的族群通婚的还是占大多数，因为仅靠好奇无法使不同的族裔跨越巨大的文化鸿沟。如果在中国无法实现鲤鱼跳龙门，在境外继承明星遗产的机率应该比被雷劈死的机率高不了多少。

我接触到的不少客户对移民加拿大的资格问题存在认识上的误区，以为有钱就是移民的唯一资格。他们典型的问题是：加拿大不欢迎我们去消费吗？我的第一反应是：你究竟有多少钱，能在富豪如过江之鲫的温哥华维持经久不息的优越感？加拿大将好东西卖给外国人也能吸收你的消费，为什么还要给你额外的身份和福利呢？不必说加拿大是个富足的发达国家，就是穷人请客也不愿意招呼个指手划脚的“贵人”。加拿大是个移民国家，人们真正佩服的是那些白手起家靠奋斗改善自己生活的人。加拿大的移民资格并不是颁给那些在母国拥有成就与财富的人们的奖品。只有想为加拿大社会做出贡献并以自己在母国的成就证明自己具有这样能力的人，才是加拿大关注的移民候选人。从这个逻辑出发不难发现，加拿大真正需要的人，是相对年轻，有学历或经过职业培训，有一定的工作经验，懂当地语言，能为当地的劳动力市场输入新鲜血液的人，或者是真正具有管理经验，能够通过投资创立有竞争能力的企业，从而为当地引入先进的理念、模式、技术和就业机会的人。不想在那里居住，不想在那里就业或创业，不想在那里纳税，却只想享受那里的福利或把那里当作避难场所的人，大概率不会移民成功，即便获得了那里的身份，也会最终回流，白白浪费自己的时光、财富、机会。

讲到这里，有人会问，我们是中国人，为什么要把自己的青春、技能、经验、税金贡献给其他国家？的确，不要说爱国是一种崇高的情操，就是“父母在不远游”也是非常可贵的价值观。不过随着中国与世界的巨大变化，有些传统的观念也许值得重新审视。现在国内连北大博士都做城管了，也许你的同胞并不希望你留在这里“卷”，你的父母也不愿意你留在他们身边啃老。其实人类无非是这个星球上的寄生物而已，对所在区域的大自然只有索取没有“回报”。地球上的很多资源是不可再生的，即使可以再生，再生的速度也远远赶不上被人类消耗的速度。像北美这样地广人稀资源丰富的地方，凭什么只能欧洲人或印度人去占？我们中国人每移一家人过去，就是减少华夏大地的负担。在人类文明高度共享的今天，屠呦呦的发明为祖国争光，颜宁的发明也是华人的骄傲。再说了，择宜而居，这是人的天赋权力，这种选择权超越每个政府的主权与边界；这也是几乎所有的现代文明国家都不限制本国公民移民到其他国家的根本原因。

在具有移民能力的情况下，如何比较中加两国各自的优势与劣势以解决选择难的问题？其实如何比较，这本身涉及立场和价值观，因此不可能通过理性的讨论获得一致的结论。我的想法是，当我们做比较的时候，首先要区别两种不同的情况。当我们已经在中国长大成人，被中国文化熏染骨髓，并在国内积累了相当的社会资源时，移民加拿大的劣势会格外突出。这倒不是因为加拿大本身有什么对不住你的地方，而是陆地生物去海洋环境生活遇到的天生劣势问题。就像一句玩笑所说：到了国外，即使我的心不爱国，我的胃也永远是爱国的。但如果决定您的新生儿未来在中国还是在加拿大永居，我们对中加两国的比较可能会理性客观很多。您愿意让自己的孩子生活在一个领土比中国还大，总人口只有北京或上海的一半，人均水、森林、油气、渔业等资源是中国的几百倍，汇聚了全世界各色人种，提供了最好的社会福利，可以自由出入五大洲的国家，还是让他生活在一个……的国家？客观地说，中国的第一代移民大都不是为了自己的一生而背井离乡的，他们为了第二代无需再做这样困难的选择而牺牲了自己。

我倒是觉得，如果没有后代或不为后代着想，一个获得了财务自由的中国人选择移民国外，他唯一正当的理由应该是满足好奇、热爱自由。“原谅我一生不羁爱自由，哪怕随时会跌倒”。没有看过世界，哪来的世界观？坐井观天，道听途说，走马观花，浅尝辄止，不能真正了解世界。探索未知世界，扩展自己的认知，体验不同的东西，这个理由永远正当。既然选择了以漫天劳飞代替井底安坐，那就不必后悔，剩下的只需对移民之路的艰辛做好充分的心理准备。

之所以强调充分的心理准备，是因为有太多回流的国人以亲身经历证明了他们当初的确低估了中加之间的文化差异，高估了自己的适应能力。更有一些人对加国社会的价值观怀有极大的偏见，错把人家的不耐烦当作趾高气扬，因此很难得到内心的满足。其实，加拿大是全球最多元与宽容的地方，只要新移民怀有谦和的态度，避免眼高手低，生存与成功都不是难事。加拿大的华人有做总督的，有做内阁成员的，有做法官的，有做议员的，企业家与职业人士数不胜数。当你还是侏儒的时候，不要担心天花板的限制。

为提高移民申请的获批几率，除了心理准备之外，其他方面的准备也很重要。移民是一家子、一辈子的事，决定移民之前要对老人、孩子和配偶有所考虑。外语不够好的，应认真安排相应的学习和考试。早就做好移民打算的，不要走仕途，以避免不必要的麻烦。移民有门槛、有配额、有运气的成分，需要认真准备，放平心态。找移民中介帮助申请可以避开一些雷区，增加成功率，免除后患。

最后引用一句我曾在微信朋友圈里说过的话：“你可能不知道的是，世界是开放的，不仅对旅游者，也对移民者。这个世间不仅有你的祖国，还有你的新故乡。我不劝你去冒险；但如果你选择海阔天空，作为移民律师，我是你忠实的支持者。”



数据
报告



山东省公司盈余分配纠纷大数据报告 —2017-2021年山东省相关案例分析与实务建议

WINCON
LEGAL
INSIGHT



张勇

专注于并特别擅长公司法律事务、商事诉讼、法律顾问等领域的法律事务,主要业务方向为公司法律事务、股权架构设计、私募股权投资等,以及股东权益纠纷、疑难复杂商事诉讼等诉讼及非诉讼业务。



翟志浩

主要业务领域为民商事诉讼/仲裁,可以围绕与公司有关纠纷、合同纠纷以及与保险有关纠纷等方面提供相关法律服务。

股东的盈余分配请求权即股利分配请求权,是股东自益权的一种,指股东基于股东地位依法享有的请求公司按照其持股比例向自己分配股利的权利。[1]根据《中华人民共和国公司法》(以下简称“《公司法》”)第四条,“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利”。股东的盈余分配请求权为股东在商业活动中收取投资回报的基础,由于股东投资的最终目的就是获得投资收益,因此可谓是股东权利的核心。

虽然请求公司分配利润是股东的固有权利,但是否以及如何进行利润分配,由公司根据发展战略和商业判断等因素决定,具有不确定性。司法实践的主流观点认为公司是否分配利润系股东(大)会的职权,属于公司的内部事务。在公司没有就盈余分配作出决议或没有依照法律规定和公司章程规定履行必要的前置程序前,如《公司法》第一百六十六条以及《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定(四)》(以下简称“《公司法司法解释(四)》”)第十五条第一款所规定,人民法院应当充分尊重公司的自治权,不宜直接作出判决或以其他方式直接干涉。[2]

在实践中有公司会以公司章程、股东协议或其他公司决议对股东的利润分配请求权进行限制。这些限制有些是合理的，如全体股东出于对公司经营的考量自愿对利润分配请求权做出处分，在章程中约定或者一致协议为了公司未来发展在几年内不分配利润等。[3]但是同时易产生的问题为，由于根据上述法律规定，是否分配利润属于公司自治范畴，法律不宜直接干涉，所以许多公司虽然处于盈利状态，但控股股东却以种种理由不通过分红的股东（大）会决议或者决议不分红，导致很多股东尤其是中小股东无法获得利润分配，无法享受投资公司所应得的收益。甚至存在控股股东滥用对公司的控制权，比如采用“无股利政策”将大量公司利润以薪金、奖金、利润分配计划和边际利益，如免费使用高档汽车、俱乐部会员资格等方式，转移到自己名下，从而导致少数中小股东无股利可分配。[4]法律如对此仍不提供救济途径，则显失公平。因此，《公司法司法解释（四）》第十五条通过但书条款规定了除外情形，即在公司依法具备可分配利润，且股东滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的情况下，人民法院可以根据原告股东的诉讼请求和具体案情，就公司利润分配予以适当救济。本条规定的主要意义在于，为在未形成股东（大）会决议的前提下股东要求分配利润提供了法律救济途径。

根据上述法律规定，本文拟通过大数据检索的方式，对山东地区2017年至2021年度公司盈余分配纠纷的民事判决书进行分析，以有限责任公司为研究对象，探究司法实践中对利润分配请求权的态度，法院支持或否定股东的利润分配请求权的理由和依据是什么。在没有股东会决议的情况下，有无法院适用《公司法司法解释（四）》第十五条但书条款支持股东分红权的案例，从而为公司股东尤其是中小股东请求公司分配利润提供实务参考与理论支持。

一、可视化分析

【时间】：2017年3月22日 — 2022年3月22日

【案例来源】：Alpha案例库

【案由】：公司盈余分配纠纷

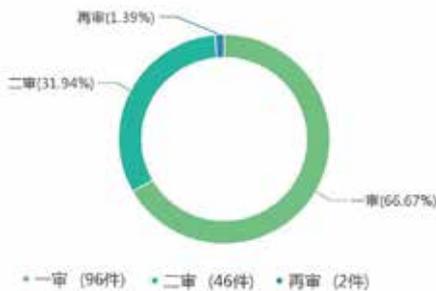
【地域】：山东省

【文书类型】：判决

【案件数量】：144件

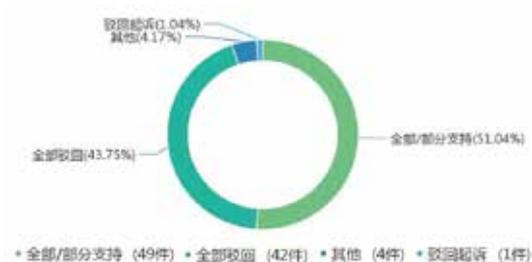
【数据采集时间】：2022年3月22日

1. 审判程序



从上面的程序分类统计可以看到公司盈余分配纠纷，一审案件有96件，二审案件有46件，再审案件有2件。

2. 一审裁判结果



通过对一审裁判结果的可视化分析可以看到，全部/部分支持的有49件，占比为51.04%；全部驳回的有42件，占比为43.75%；其他的有4件，占比为4.17%。

3. 二审裁判结果

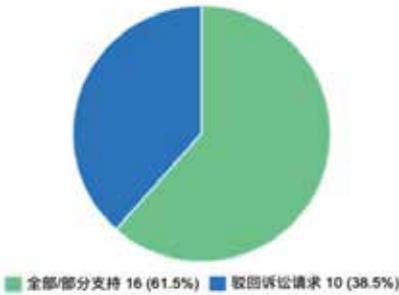


通过对二审裁判结果的可视化分析可以看到，维持原判的有40件，占比为86.96%；改判的有6件，占比为13.04%。

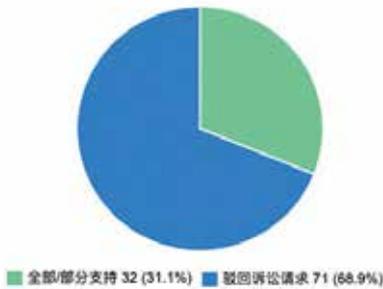
综合以上各审级分布以及裁判结果，可知盈余分配纠纷之诉多为一审后便结束诉讼，上诉案件改判的概率较低。

4.有无股东会决议对于裁判结果的影响

存在有效股东会决议的裁判结果



不存在有效股东会决议的裁判结果



该数据是将本文样本案例中存在的不明确是否存在有效股东会决议、非有限责任公司主体以及原告诉中撤诉等情况剔除后，以“是否存在合法有效的股东会决议”为标准筛选得出。

由此可以看出，有效的股东会决议是请求分配利润的重要前提，无决议但支持诉请的案例表面看虽将近三分之一，但图例所示32件案例中包括11件群体诉讼，即多原告针对同一公司提起诉讼请求盈余分配，因此实际具有参考价值的案件数量应为22件。且该22件还包括已有欠条、分红协议或其他证明文件能确定分红的情况，真正触发适用《公司法司法解释（四）》第十五条但书条款的案例仅有1件。

5.审理期限



通过对审理期限的可视化分析可以看到，审理时间多处在31-90天的区间内，平均时间为117天。相较于“与公司有关纠纷”整体案由项下的平均审理时间96天，盈余分配纠纷明显需要更长的审理时间。

6.高频实体法条

序号	法规名称	条目数	引用频次
1	中华人民共和国公司法（2018修订）	第三十四条	48
2	最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（四）	第十五条	29
3	中华人民共和国公司法（2018修订）	第三十七条	18
4	中华人民共和国合同法	第一百零七条	17
5	中华人民共和国公司法（2018修订）	第一百六十六条	13
6	中华人民共和国公司法（2018修订）	第四条	13
7	中华人民共和国合同法	第六十条	12
8	中华人民共和国公司法（2013修正）	第三十四条	11
9	中华人民共和国公司法（2018修订）	第二十条	9
10	中华人民共和国公司法（2013修正）	第四条	9

二、样本裁判内容梳理

在公司法理论上，股东的利润分配请求权分为抽象的利润分配请求权和具体的利润分配请求权。根据最高人民法院民二庭负责人就《公司法司法解释（四）》答记者问中的回答，所谓具体的利润分配权，是指公司股东会或股东大会对有关利润分配事项作出决议后，股东所享有的分配请求权；所谓抽象的利润分配权，是指公司在每个会计年度进行决算后，股东依据公司的决定获取相应红利的权利。由于公司是否有利润可分配和是否分配利润具有不确定性，因此抽象的利润分配权属于期待权。

具体而言，公司利润不能自动量化为每个股东的收益，公司分配利润须由公司作出相关决议后实施，在公司作出利润分配决议之前，股东收益权只具有抽象意义，只是表明股东具有分取利润之资格。[5]只有在公司作出利润分配的决议后，股东的权利才从期待权转化为实际权利，股东对公司据此享有债权，作为债权人有权要求公司向其分红。虽然抽象的利润分配请求权在特殊情况下也具有一定的可诉性，但是在分析样本案例后发现，司法实践中对于抽象利润分配请求权的支持概率较低、难度较大。正如有学者认为，司法出面支持少数股东的抽象股利分配诉请之实质，是法律之于商人的商业决策的干预，自应恪守审慎的司法政策。[6]

以下为对样本案例中法院说理部分主要内容的梳理：

（一）驳回诉讼请求的理由

1. 列其他股东为被告缺乏法律依据

根据《公司法司法解释（四）》第十三条第一款的规定，股东请求公司分配利润案件，应当列公司为被告。当请求分配利润的股东在盈余分配纠纷之诉中将其他股东列为被告时，会因主体不适格而被驳回诉讼请求。

2. 缺乏或者丧失股东身份

有法院认为，若无证据证实原告与公司或与公司的股东之间达成了向公司投资（或出资）的合意，且若原告亦未实际登记为公司的股东，则其主张出资取得股权并据此要求公司向其支付分红款，没有事实依据，将不予支持。[7]另外，若原股东离开公司并办理相应股权变更或退股手续后，将对其离开后的公司分红不再享有请求权。

3. 股东未实缴出资

有法院认为，根据《公司法》第三十四条的规定，股东分取红利的计算依据是实缴出资比例，而不是认缴出资比例，故以此主张分红不符合法定程序。[8]

4. 未提供载明具体分配方案的股东会决议

如上文所述，在一般情况下，提交载明具体分配方案的股东会决议是请求分配盈余的形式要件。因此，当案情较为简单、法律关系较为明晰时，如无股东会决议，法院会直接以此为由驳回原告诉讼请求。[9]除此之

外，若决定分配盈余的股东会决议不成立、无效或被撤销，则以该决议为基础请求分红亦不会被法院支持。

5. 未证明公司净利润弥补亏损及提取公积金后仍有盈余

根据法律规定，公司净利润弥补亏损及提取公积金后仍有盈余是请求分配盈余的前提。有法院认为，股东作为公司的投资人，其投资的目的是为了获得利润，但基于税收法律强制性性质，公司的利润分配应以公司先行缴纳税款为前提条件，可供投资者分配的利润应为税后利润。否则，将损害国家利益，亦或构成股东变相分配资本、抽逃出资。[10]

6. 未提供证明滥用股东权利导致公司不分配利润的证据

无论是滥用股东权利导致无法召开股东会还是导致无盈余可分，若原告在主张抽象的利润分配请求权时未提交充分的证据加以证明，则难以被支持。一般情况下，该理由会与“未提供载明具体分配方案的股东会决议”结合论证，共同说明原告诉讼请求无法被支持。[11]

（二）支持诉讼请求的理由

1. 已提供载明具体分配方案的股东会决议

样本案例中对于原告利润分配的诉讼请求支持多是基于，已经有了相关的股东会决议而公司以种种理由未及时分红，[12]此种情况下案情一般较为明晰，即股东提交载明具体分配方案的股东会决议请求公司分配利润，公司拒绝分配利润且其关于无法执行决议的抗辩理由不成立，人民法院因此判决公司向股东分配利润。

2. 视为已提供载明具体分配方案的股东会决议

在杨庆宏、王立玉公司盈余分配纠纷一案中，原告与被告签订变更协议，约定原告将股权转让给被告，同时以协议所附股东分红分月支付明细表约定应分红金额。法院认为，变更协议中约定的“各股东的利润分红在两年内分月付清，每月866000元，如因特殊情况不能支付，余额自2012年1月1日起按月息20%^oi计算”的内容是公司各股东之间协商对公司盈余进行分配的意思表示；变更协议所附的分月支付明细表对每个股东的分红数额具体清晰，应视为原告提供了分红的股东会决议以及明确的利润分配方案。[13]

3. 通过其他材料认定公司已完成分红且尚欠股东分红款

在李攀与莱阳今日文化发展有限公司盈余分配纠纷一案中，原告于2021年得知公司之前曾进行过分红，而未及时通知自己领取分红款，因此通过提交公司净资产测算表、资产负债表、原告与清算组成员的聊天记录，证明了公司尚未对原告进行分配的股利的具体金额。法院认为“在公司股东无其他特殊约定的情况下，原告享有定期按出资比例分取公司分红款的权利”，从而支持了原告诉讼请求。[14]

在山东龙口双龙化工有限公司、陈大爱公司盈余分配纠纷一案中，原告离职后得知公司进行了盈余分配，于是要求公司支付分红款项，并提交另案生效判决证明了公司分红的时间、金额与比例。法院认为原告虽然离职但并未丧失股东身份，依据另案民事判决书，“公司确系于2013年向公司股东进行分红，事实清楚，分红比例为股金的0.5527倍，被上诉人请求以该比例领取股息红利符合《公司法》规定，依法应予以支持”。[15]

4. 构成“滥用股东权利导致公司不分配利润”

根据《公司法司法解释（四）》第十五条但书条款的规定，在无股东会决议的情况下，法院支持股东利润分配请求权的前提为“违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失”，在样本案例范围内满足该构成要件的判例数量较少，仅在（2019）鲁0302民初2354号王凤与宋云鹤、石绍岩公司盈余分配纠纷判决中，法院对此有较为详细的论述：“被告在实际经营中具有下列违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润的行为：1. 被告作为具有控制权的公司股东与执行董事，其个人既不制定公司的利润分配方案，也不召集主持股东会制作批准公司的利润分配方案，使得公司无法做出利润分配决议，致使股东之间的利润分配请求权得不到实现，有违股东平等的基本原则。2. 原告作为公司股东，有权要求查阅公司会计账簿，同时公司也应当依照公司章程规定的期限将财务会计报告送交原告，但公司从来没有送交原告财务会计报告，甚至在本案审理中拒绝提交公司账簿凭证。因此，被告明显滥用股东权利，通过公司行为剥夺了原告对公司经营管理事务的知情权。3. 被告滥用股东权利，违反法律规定，将公司的款项存储于其子的个人银行账户。4. 被告于2017年7月20日成立关联公司，该公司与原公

司人格混同。在此，被告滥用股东权利、滥用公司法人独立地位和股东有限责任，利用其关联关系损害了联盈公司及其他股东的利益。”本案中，法院认定被告有多种损害公司利益的行为，综合对这一系列行为的认定，法院判定构成“滥用股东权利导致公司不分配利润”，从而支持了原告的诉讼请求。

由于所检索的样本案例中认定构成“滥用股东权利导致公司不分配利润”进而支持股东分红权的案例过少，为全面阐述《公司法司法解释（四）》第十五条但书条款在实务中的具体适用，我们在样本裁判范围外又检索了以下案例，值得借鉴与参考：

1. 控股股东、董事、高管滥用权利，损害少数股东利益

(1) 转移公司利润

（2016）最高法民终528号庆阳市太一热力有限公司、李昕军公司盈余分配纠纷案，最高人民法院认为：“第一，被告公司的全部资产自2009年被整体收购后就没有其他经营活动；第二，被告公司法定代表人和另一股东未经原告同意，没有合理事由转移公司利润，给原告造成损失，属于被告多数股东滥用股东权利，符合《公司法解释四》第15条但书规定的构成要件；第三，法律并未规定股东需以采取股权回购、公司解散、代位诉讼等其他救济措施作为抽象股利分配请求权的前置程序，原告股东对不同的救济路径有自由选择的权利。”

(2) 高管薪酬过高

（2017）粤18民终969号清远市酒厂有限公司与江绍约公司盈余分配纠纷案，广东省清远市中级人民法院认为：“清远酒厂召开临时股东大会所制定的工资计酬办法，与已被认定无效的《关于对股东任职公司管理人员工资报酬计发办法议案的决议》关于执行董事（兼总经理）、经理及监事的工资薪酬标准是一致的。可见，清远酒厂2013年1月12日召开临时股东大会所制定的工资计酬办法，属于违反法律规定滥用股东权利损害其他股东利益的情形……清远酒厂除正常的生产经营外，不宜作出对企业资产产生重大影响的决议，否则会导致沈开发在出让股权时股权价格减损。清远酒厂于在此期间召开临时股东大会形成的决议，也直接损害沈开发的权益。”

(3) 股东待遇不平等

(2014) 广法民终字第527号武胜县顺达贸易有限责任公司与符云辉公司盈余分配纠纷上诉案，四川省广安市中级人民法院认为：“公司处理重大事项有必要提供充分信息和方便机会，为股东尤其是中小股东提供行使权利的平台，使股东能够及时参与。在处分公司财产直接实现股东权益时，中小股东的权利实现应当得到关注和有效保护。如果公司高级管理人员利用其优势地位，滥用权利侵害中小股东利益，其行为将被依法规制。中小股东利益被侵害时，法律应当提供及时救济机会。上诉人顺达贸易公司对其他20名股东以预借形式将公司款项予以分配，而未同样公平对待被上诉人符云辉，构成对符云辉股东权利的侵害。”

2. 私分利润

(2018) 陕0881民初6529号孟二仁与神木市鑫轮矿业有限公司、孟文义公司盈余分配纠纷一案，陕西省神木县人民法院认为：“被告鑫轮公司于2013年8月22日退出投资7040万元，名为‘退出投资’，实际为变相的分取利润……如果被告公司实际上已经按照具体方案分取了利润，原告孟二仁当然有权利要求被告鑫轮公司向其分取利润。”

3. 公司从未召开过股东会

(2018) 粤01民终15002号中国石化销售有限公司广东广州石油分公司、广州市从化鸿运加油有限公司公司盈余纠纷案，广东省广州市中级人民法院认为：“按照公司章程的约定临时会议应由代表四分之一以上表决权的股东提议召开，鸿福公司作为鸿运公司出资比例80%的大股东和公司经营者也没有召开过股东会，由此可见，在双方不能就利润分配问题达成一致意见的情况下，不分配利润给广州石油分公司造成了损失，故广州石油分公司有权按照公司章程约定的出资比例主张利润分配。”

三、公司盈余分配纠纷的实务建议

在满足了公司分配股利的法定实体要件，即“有盈可分”这一前提后，公司盈余分配纠纷实质上就是公司自治与中小股东权利的一种博弈。根据公司法理论，公司自

治意味着公司作为同自然人一样在法律上具有独立人格的主体，能够自主地对公司进行经营和管理，不受他人干预。公司自治来源于司法自治，后者是民商事法律制度的基石。在当下各类型的与公司有关纠纷的司法案例中，都可以体现出对公司自治的尊重与保护。司法干预与商业决策的界限测试，抽象股利分配之诉几乎是最好的试金石，这是因为，几乎所有的公司诉讼都要求法官关注公司经营决策并探寻其商业逻辑，最后居中作出裁判。[17]

针对多数法院在抽象利润分配请求权裁判中保持的谨慎的保守立场，从现有规范完善的角度出发，有观点认为可以参考国外立法例的经验，如《德国有限责任公司法》第29条规定的盈余分配（Ergebnisverwendung），[18]若公司未及时作出盈余分配决议（Verwendungsbeschluss），持股10%以上的股东可以提议召开股东会就有关事项作出表决；若持股比例低于10%，可以提起一种给付之诉请求召开股东会，[19]但此种选择实践中应用较少。[20]或参照英国“不公平损害制度（unfairly prejudicial conduct）”模式为少数股东提供一揽子救济计划，即如果公司事务正在或已经以一种对公司成员的整体利益或部分成员的利益造成不公平损害的方式进行；或者公司任何实际发生的或计划进行的作为或不作为正在造成或将要造成这种不公平的损害，股东可向法院申请救济，落实第20条的多数股东信义义务及违约责任诉讼体系，“甚为必要”。[21]

本文不做立法论的讨论与展开，仅依据上文所述，结合对所检索样本案例的分析，就实务中股东特别是中小股东拟通过诉讼行使盈余分配请求权，提出如下实务建议：

（一）程序方面

1. 适格原告

2011年最高人民法院在《民事案件案由规定》中首次规定了“公司盈余分配纠纷”这一案由，为股东通过诉讼保障自己的公司盈余分配权提供救济途径。该类诉讼的原告应为权利受到侵害的公司股东。[22]

根据《公司法司法解释（四）》第十三条，一审判庭辩论终结前，其他股东基于同一分配方案请求分配利

润并申请参加诉讼的，应当列为共同原告。

2. 适格被告

根据《公司法司法解释（四）》第十三条，股东请求公司分配利润案件，应当列公司为被告。

3. 地域管辖

因公司盈余分配纠纷提起的诉讼，应根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十七条“因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖”的规定确定地域管辖。[23]

（二）实体方面

1. 有股东会决议时

（1）股东身份确定

参与公司利润分配的身份前提是公司股东。首先，股东的身份应当明确。应当提供证据证明原告的股东身份不存在争议，例如已于章程、股东名册或企业工商登记材料中记载。另外隐名股东在提起盈余分配纠纷之诉时，司法实践中倾向于否定其原告资格。

其次，股东的身份基础应当有效。如受让股权一方在提起诉讼时应当确定股权转让协议有效。若协议不成立或无效则会导致丧失请求公司分配盈余的股东资格。[24]

最后需要注意的是，就员工股权激励方案中所涉及的期权，因为尚未转化为实际的股权，若公司章程中既没有规定员工股权激励执行制度，双方也未就期权分配达成协议，则无权要求公司分配利润。[25]

（2）满足形式要件：提供满足要求的股东会决议

载明具体分配方案的股东会决议是具体利润分配请求权的基础，但是该决议在形式、内容以及效力上都应当合乎要求，否则将无法适用。

首先，决议的形式应当为正式决议，而非会议纪要、对账表等其他文件。[26]

其次，决议应当无效力瑕疵。相关股东会的召集与

表决程序、表决比例应当满足法律规定以及公司章程的约定。且利润分配方案应当由股东会依法作出决议，而不是由公司个别负责人或董事会作出决定，否则极可能会损害公司其他股东（如仅向部分股东分配而不向其他股东分配）、公司（如实际没有利润可分配而强行分配）或公司债权人的利益。

最后，决议中关于利润分配的条款内容应当不损害公司与第三人利益，如在张爱琴与山东银河生物科技有限公司、杨永生公司盈余分配纠纷一案中，法院认为：“《增资扩股协议书》中关于银河公司在挂牌前每年向股东分红不少于股东出资总额的8%的约定，实际上是使原告脱离被告银河公司的实际经营业绩对其投资获得固定的收益，会直接或间接损害公司利益和公司债权人利益，该约定对被告银河公司应为无效。故对原告要求被告银河公司支付分红的主张，本院不予支持。”[27]

2. 无股东会决议时

（1）满足实质要件：提供证据证明公司存在可分配的盈余

根据《公司法》第一百六十六条，股东会、股东大会或者董事会违反前款规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。由此可见，亏损弥补和提取法定公积金后仍有盈余可分是分红的实质要件。除上述两项前置条件外，还应当提交代扣代缴的凭证证明已经完成相应的缴税义务，方可进行分红。若公司已经被生效判决解散，则应依法成立清算组，由清算组对公司资产进行清理，对支付相关费用后的剩余财产，按照股东的出资比例分配。[28]

（2）需证明存在公司股东“滥用股东权利导致公司不分配利润”的情形

根据《公司法司法解释（四）》第十五条但书条款的规定，在没有形成有效的股东会决议的前提下，股东要求公司分红，必须证明存在股东违反《公司法》第二十条等规定滥用股东权利导致公司不分配利润、给其他股东造成损失的情形。根据公司法第二十条第一款、第二款的规定，公司股东不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。在公司有

利润的前提下，如果股东存在滥用股东权利损害其他股东利益的行为，则有权要求公司分配利润。

实践中，根据检索的上述案例以及最高人民法院《公司法司法解释四理解与适用》，以下行为属于股东滥用股东权利损害其他股东利益：转移利润、将公司资金转移至关联公司、给在公司任职的股东或其指派人员发放过高薪酬、购买与经营不相关的服务或者财产供股东消费或使用等。

如公司股东不存在上述滥用股东权利的行为，公司又未形成关于分红的决议，则股东要求分红将很难得到支持，不建议依据《公司法司法解释（四）》第十五条但书条款的规定要求分红，股东可以考虑通过公司法规定的其他途径寻求救济。

(3) 需证明股东滥用权利与不分配盈余之间的因果关系

在已有证据证明存在股东滥用权利的行为之后，还需证明股东滥用权利与不分配盈余之间存在因果关系，如股东转移或私分公司财产直接导致公司无盈余可分。若“抽逃出资与滥用股东权利导致公司不分配利润没有必然联系”，则“以被告抽逃出资为由，要求分配利润的主张无事实及法律依据”，[29]将不被支持。

(4) 在起草章程时预先设计，规定明确的分红条件及流程

行文至此可以得出结论，当公司未作出盈余分配决议时，股东的盈余分配请求权被支持的难度较大，且诉讼中股东的举证难度亦不算低。为最大程度保护公司股东特别是中小股东的利益，防止出现上述情况，笔者建议可以预先在章程中进行设计，在章程中明确规定分红的条件和程序。

2007年10月26至27日在江苏常州召开的全国法院“公司法理论与实践论坛”上，与会人员就“大股东通过担任公司董事、高管等取得高额报酬，或通过关联交易从公司获取利益等方式变相分取公司利润，而小股东分享不到公司发展的任何好处，投资目的无法实现的情形下，小股东能否提起强制分配股利诉讼”这一问题展开讨论。一种观点认为，在章程就公司分配利润的时间和方式有明确规定而公司违反章程规定拒不分配利润时，章

程的规定构成法院介入公司利润分配的充分条件，法院应当应小股东的请求介入公司利润分配。为实现司法介入的预期目的，法院在确定利润分配数额时除应坚持司法应对的基本思路外，还应将公司资产与负债状况、公司未来投资机会、公司是否出现了解散事由等具体因素纳入视野加以综合考察，以最终确定利润分配的数额。也有观点认为，在强制分红的问题上，《公司法》第74条赋予小股东选择退出公司的权利，小股东也可以对大股东滥用权利的行为请求赔偿，股东还可以对股东会决议的内容提出异议，因此在当事人分红预期未得到保障的情况下，法院应当首先考虑公司法给小股东提供的其他的救济途径，只有在极为例外的情况下才能强制分配股利。[30]笔者认为第一种观点更为合适，因为公司章程本身就是股东共同一致的意思表示，载明了公司组织和活动的基本准则，是公司的宪章，公司及公司股东必须遵守，在公司章程对分红进行了明确约定的情况下，符合章程规定的分红条件，公司应当向股东分红，如公司不分红，则司法有权介入。

就该问题，在全国民商事审判工作会议中提出的若干疑难问题答记者问中，时任最高人民法院民二庭庭长宋晓明曾表示，若责任有限公司章程有具体分配方案、公司盈余符合分配方案，且方案合法的，人民法院可以通知的形式征求公司其他股东的意见作为共同原告参加诉讼，根据多数意见作出是否根据公司章程进行分红的判决。该回答虽然时间已久，但仍然能够体现最高院的裁判指导思路，具有参考价值。

因此在公司创建的初期人合基础较为牢固的时候，建议将利润分配方案写进公司章程中，明确分配利润的具体方式，使其具有可操作性，避免事后因分配利润出现纠纷时，无法达成一致意见而导致无法分配利润。例如可以规定公司应当在当年盈利且累计未分配利润达到某具体金额的情况下进行利润分配，同时约定具体的分配比例，公司应于当年会计年度结束前分配完毕，且该分配无须股东会或者董事会另行表决，或者通过章程设计将股东的分红权与表决权进行分离，对大股东的利润分配表决权进行限制。总之，公司章程中的利润分配方案应包含如下内容：利润分配的时间、条件、利润分配的最低比例、是否按照实缴出资比例分配等。由此一来，当不存在公司利润分配方案时，股东也可以尝试依据章程规定直接要求法院判决公司强制分配。

注释：

1. 参见《最高人民法院民事案件案由适用要点与请求权规范指引》，人民法院出版社2020年第2版，第746页。

2. 参见刘洋：《原创公司盈余分配纠纷》，载“盈科法律微观”公众号2017年8月8日期。

3. 参见李建伟等：《有限公司强制分配股利之诉的法理基础》，载《当代法学》2010年第2期。

4. 参见施天涛：《公司法论》，法律出版社2015年第3版，第232页。

5. 参见张军：《中国公司法》，高等教育出版社2017年版，第342页。

6. 参见李建伟：《法院如何支持股东的抽象股利分配请求——来自197份商事裁决书的类型化分析》，载《中外法学》2021年第2期。

7. 参见（2021）鲁1002民初2828号徐建、威海和声文化用品有限公司等公司盈余分配纠纷民事一审民事判决书。

8. 参见（2021）鲁03民终3899号王卫东、魏健等公司盈余分配纠纷民事二审民事判决书。

9. 参见（2021）鲁0102民初6611号王海龙、孙巧娜等公司盈余分配纠纷民事一审民事判决书。

10. 参见（2021）鲁1481民初1426号潘玉华、乐陵市津陵劳务经济技术有限责任公司等公司盈余分配纠纷民事一审民事判决书。

11. 参见（2021）鲁02民终4208号青岛金土地食品有限公司、青岛辉煌塑料制品有限公司公司盈余分配纠纷二审民事判决书。

12. 参见（2020）鲁民终681号青岛民政项目开发中心有限公司、宋雷公司盈余分配纠纷二审民事判决书。

13. 参见（2017）鲁民终479号杨庆宏、王立玉公司盈余分配纠纷二审民事判决书。

14. 参见（2021）鲁0682民初5859号李攀与莱阳今日文化发展有限公司公司盈余分配纠纷民事一审民事判决书。

15. 参见（2017）鲁06民终2214号山东龙口双龙化工有限公司、陈大爱公司盈余分配纠纷二审民事判决书。

16. 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第38页。

17. 参见李建伟：《法院如何支持股东的抽象股利分配请求——来自197份商事裁决书的类型化分析》，载《中外法学》2021年第2期。

18. GmbHG § 29.

19. 参见杜万华主编：《最高人民法院公司法司法解释（四）理解与适用》，人民法院出版社2017年版，第338页。

20. Ulmer, GmbHG § 29 Rn. 72.

21. 邱海洋：《公司利润分配法律制度研究》，中国政法大学出版社2014年版，第164页。

22. 参见《最高人民法院民事案件案由适用要点与请求权规范指引》，人民法院出版社2020年第2版，第746页。

23. 参见《最高人民法院民事案件案由适用要点与请求权规范指引》，人民法院出版社2020年第2版，第747页。

24. 参见（2019）鲁01民初3071号朱素贞与莱芜市玉龙泉化工有限公司等公司盈余分配纠纷民事判决书。

25. 参见（2021）鲁05民终75号曹昶、山东海慧环境科技有限公司公司盈余分配纠纷二审民事判决书。

26. 参见（2019）鲁0891民初4869号刘现东与山东振邦国际货运有限公司、常彪公司盈余分配纠纷一审民事判决书、（2019）鲁01民终10369号刘中华与山东精准文化传媒有限公司公司盈余分配纠纷二审民事判决书。

27. 参见（2018）鲁0831民初3149号张爱琴与山东银河生物科技有限公司、杨永生公司盈余分配纠纷一审民事判决书。

28. 参见（2020）鲁01民初2163号李长明与山东吉瑞置业有限责任公司公司盈余分配纠纷一审初2163判决书。

29. （2020）鲁03民终3734号王涛、淄博贝克汉邦食品配料销售有限公司公司盈余分配纠纷二审民事判决书。

30. 参见云闯：《公司法司法解释四重点条款解读：盈余分配及优先购买权》，载“江苏律协”公众号2016年5月6日期。

- **青岛**
青岛市香港中路61号甲远洋大厦B座36层
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
- **日照**
日照市东港区北京路201号联通大厦6楼
电话: +86-633-8178000
- **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**
莱西市黄海路26号1-112
电话: +86-532-66036062
- **北京**
北京市朝阳区东三环北路38号泰康金融大厦3617室
电话: +86-10-65535672
- **烟台**
烟台市芝罘区环山路3号润利大厦21层
电话: +86-19953580597
- **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
- **潍坊**
潍坊市高新区东风东街5738号天润大厦A座1510
电话: +86-536-8988225
- **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
- **首尔**
韩国首尔市瑞草区瑞草大路397号A栋1106室
- **悉尼**
澳大利亚新南威尔士州悉尼北区米勒街101号32层
- **华盛顿**
美国华盛顿特区K街1629号300室



文康法律观察公众号



文康律师公众号