

2022

星瀚法律研究

LEGAL STUDY

| 本期推荐

80.26亿引以为戒的个人信息合规要点

关于金税四期，企业必须了解的这些点

用人单位未支付竞业限制经济补偿，劳动者是否需承担竞业限制违约责任？

用人单位能否以劳动者未通过加班审批为由拒绝支付加班工资？

发现舞弊线索想揭发又担心被报复，企业如何保护举报人？

| 坏账追偿专栏

股东能否通过转让股权豁免出资义务？

转让股东、隐名股东、实际控制人有可能和公司构成人格混同吗？

大数据分析，什么行为最容易被认定为财产混同？

大数据分析，人格混同案件，债权人的举证要点和证明标准

债务人利用关联交易损害债权人利益，债权人能否向关联公司追偿？

公司无力偿债？先看看股东有无抽逃出资

目录 CONTENTS

「热点评析」

80.26 亿引以为戒的个人信息合规要点	P01
NFT 交易过程是否涉及复制权和发行权？从“NFT”第一案谈起……②	P05
关于金税四期，企业必须了解的这些点	P08
关于金税四期，企业必须了解这些点（二）	P11
关于金税四期，企业必须了解这些点（三）	P14

「坏账追偿」

股东能否通过转让股权豁免出资义务？	P17
转让股东、隐名股东、实际控制人有可能和公司构成人格混同吗？	P21
大数据分析，什么行为最容易被认定为财产混同？	P24
大数据分析，人格混同案件，债权人的举证要点和证明标准	P28
债务人利用关联交易损害债权人利益，债权人能否向关联公司追偿？	P31
公司无力偿债？先看看股东有无抽逃出资	P35

「劳动人事」

用人单位未支付竞业限制经济补偿，劳动者是否需承担竞业限制违约责任？	P39
用人单位能否以股权等非金钱方式支付竞业限制补偿？	P43
如何界定竞业限制涉及的“其他负有保密义务的人员”	P48
用人单位能否以落户为条件与劳动者约定服务期及相应违约金	P51
用人单位能否以劳动者未通过加班审批为由拒绝支付加班工资？	P55
用人单位能否与劳动者约定工资中包含加班工资？	P57

「内控与反舞弊」

从职务侵占罪的历史演变看立法对民营企业保护力度的挑战	P61
人保财险员工挪用 144 万被罚，从大数据看挪用资金案件情况	P66
发现舞弊线索想揭发又担心被报复，企业如何保护举报人？	P70
从无到有，挪用资金罪的立法演变对民营企业保护的影响	P73

「星瀚海事」

保险争议系列之共保协议纠纷大数据报告	P79
放船担保函怎么出（一）——基于判例及法条冲突的思考	P86
放船担保函怎么出（二）——基于判例及法条冲突的思考	P90

「星瀚人文」

大数据报告，不止从零到一	P93
卫新：生活的“正常”比“非常”更重要、更可贵	P96

热点评析

80.26 亿引以为戒的个人信息合规要点

虞杨、洪璐

引言

2022 年 7 月 21 日，国家互联网信息办公室依据《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》《行政处罚法》等法律法规，对滴滴全球股份有限公司（下称“滴滴”）处人民币 80.26 亿元罚款，对滴滴董事长兼 CEO 程维、总裁柳青各处人民币 100 万元罚款。

此次罚款约占滴滴 2021 全年营收的 4.62%（根据相关法律规定，顶格罚款为 5%），是迄今为止国家网信办开出的最高罚单，更是再一次敲响了企业个人信息保护合规的警钟。

1. 一纸《隐私政策》，尚不能“明哲保身”。

通过《隐私政策》向用户告知处理个人信息的目的、方式、范围等，以实现处理个人信息的合法性及正当性是企业的基本做法，但在本次滴滴巨额罚款的背后，我们还是看到了“不准确、清晰说明用户设备信息等 19 项个人信息处理目的”的违法事实。

这就再一次提示企业，《隐私政策》的目的是为了向用户履行告知义务，但这是只形式上的必要非充分条件，在实质上保证用户的知情权才是企业履行个人信息保护义务的根本。

（1）对于向用户展示的个人信息处理规则：

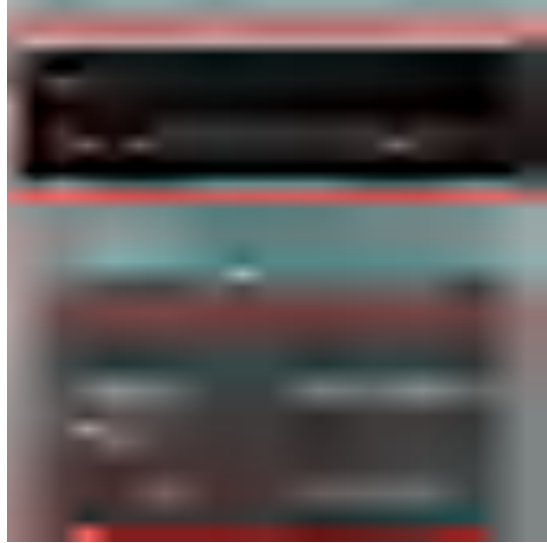
在文本形式上，不得人为给用户造成阅读障碍，比如字体极小、行距过密、未提供简体中文版等。

在实质内容上，不得晦涩难懂、冗长繁琐，使用户难以理解，比如使用大量专业术语、无实质作用的条款过多等。另外，还应当明确告知用户，收集某些个人信息是为了实现什么样的功能目的，并因此调用哪些手机权限等。

在展示方式上，除《隐私政策》外，我们建议企业就“个人信息收集清单”（包括业务场景、收集的个人信息、收集方式、收集目的）及“第三方信息共享清单”（包括 SDK 的名称、所属公司名称、使用目的、处理方式、涉及的个人信息、第三方隐私政策协议/官网链接）单独成文，并在 APP 首次运行时，通过弹窗等明显方式提示用户阅读、主动勾选同意，同时进入 App 主界面后应当在 4 次点击操作内能够访问。

（2）在具体业务场景中：

应当通过弹窗的方式获取相应权限，并应当在弹窗中说明获取该等权限收集的个人信息及实现的功能目的。



(3) 超授权范围处理个人信息需获取“二次授权”：

我们注意到，滴滴的违法事实之一还包括“在未明确告知乘客情况下分析乘客出行意图信息、常驻城市信息、异地商务/异地旅游信息”。

显然，这些信息的分析基础需要基于用户每次打车时的位置信息等，但对于前述信息的收集，网约车 APP 往往仅告知用户是以“准确查找周围车辆、司机能准确接您上车”为目的。因此，如果企业欲利用前述收集的数据对用户出行意图等信息进行分析，则属于收集使用个人信息的目的发生变化，此时就应当再次获取用户的明示同意，并对隐私政策等个人信息收集使用规则及时进行更新并提醒用户阅读等。

需要注意的是，如果企业利用算法等技术对上述信息进行分析的目的是为了向用户进行相应商业营销或其他更精准的个性化服务，应当单独设置同意与否的选项，对于不同意的用户不得擅自分析用户出行数据，更不得因此就拒绝向该用户提供全部服务内容。

(4) 敏感个人信息的处理应当更为审慎

除了对一般个人信息的违法处理外，本次滴滴还涉及对乘客人脸识别信息等敏感个人信息的过度收集。

由于敏感个人信息一旦泄露、非法提供或滥用便可能危害人身及财产安全，故而在法律上，对其的保护标准更为严格。一方面，对于敏感个人信息，企业应当履行额外告知义务，即除了向个人明确具体的告知收集敏感个人信息的范围、目的及方式外，还应向个人告知处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响；另一方面，应当获取用户的单独同意。

如果未经用户同意，擅自收集大量的个人敏感信息，或者导致个人敏感信息泄露的，企业除了承担行政责任外，还有可能涉嫌构成侵犯公民个人信息犯罪。因此，建议企业在处理敏感个人信息时应格外谨慎。

关于敏感个人信息的范围，可参考举例如下：



2. 获取了用户同意，亦不能“高枕无忧”。

在 80.26 亿巨额处罚的背后，“过度收集”在八个方面的违法事实中占了足足一半：过度收集用户剪切板信息、应用列表信息、乘客人脸识别信息、打车地址信息等等。而另一违法事实“在乘客使用顺风车服务时频繁索取无关的‘电话权限’”实则和“过度收集”的内涵一致，都属于违反个人信息处理的必要性原则。

根据相关法律法规的规定，企业在处理个人信息时，应当具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，不得过度收集个人信息，个人信息的处理需遵循最小必要原则。

具体而言：第一，收集的个人信息应具有明确、合理、具体的个人信息处理目的；第二，收集的个人信息应限于实现处理目的所必要的最小范围。范围通常涉及收集个人信息的类型、频率、数量、精度等；第三，应采取对个人权益影响最小的方式收集个人信息。一般而言，个人信息越敏感其处理活动对个人权益影响越大；第四，收集的个人信息应与处理目的直接相关，即没有该等个人信息的参与，产品或服务的功能就无法实现；第五，应仅在用户使用业务功能期间，收集该业务功能所需的个人信息。

2022 年 4 月 24 日，国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会最新发布的《信息安全技术 移动互联网应用程序（App）收集个人信息基本要求（GB/T 41391-2022）》中，对常见服务类型 App 必要个人信息的范围及使用要求进行了规定，其中，网约车类 App 必要个人信息范围和使用要求如下：

个人信息类型	必要范围	使用要求
姓名	用于身份识别、实名认证、订单管理、客户服务等。	应通过合法、正当的方式获取，且应征得用户同意。
手机号码	用于身份识别、实名认证、订单管理、客户服务、紧急联系等。	应通过合法、正当的方式获取，且应征得用户同意。
身份证号	用于身份识别、实名认证、订单管理、客户服务等。	应通过合法、正当的方式获取，且应征得用户同意。
人脸信息	用于身份识别、实名认证、订单管理、客户服务等。	应通过合法、正当的方式获取，且应征得用户同意。
定位信息	用于订单管理、行程规划、紧急联系等。	应通过合法、正当的方式获取，且应征得用户同意。
通讯录	用于紧急联系、行程规划等。	应通过合法、正当的方式获取，且应征得用户同意。
短信	用于身份识别、实名认证、订单管理、客户服务等。	应通过合法、正当的方式获取，且应征得用户同意。
剪切板	用于身份识别、实名认证、订单管理、客户服务等。	应通过合法、正当的方式获取，且应征得用户同意。
应用列表	用于身份识别、实名认证、订单管理、客户服务等。	应通过合法、正当的方式获取，且应征得用户同意。

写在最后

当然，本次事件滴滴因赴境外上市还涉及国家安全等因素，但归根结底，个人信息的行为已经成为数据时代企业经营中难以避免的一环，在立法执法越来越严格和公民个人信息保护意识开始觉醒的大背景下，企业应系统构建企业数据合规制度，特别注意审查个人信息合规漏洞，并及时采取整改措施。

（本文首发于 2022 年 7 月 25 日）

NFT 交易过程是否涉及复制权和发行权？从“NFT”第一案谈起……②

陈欣皓、屈思敏

在本系列的第一篇文章中，笔者带大家共同回顾了“NFT 第一案”的“判决书”，认为 NFT 交易中除了有“数字商品”的权属移转，还有信息网络传播权的许可。继而笔者分享了两种可能的许可模式，并指出当著作权人与铸造人非同一人时，两种模式的区别将对“数字商品”的所有权人产生重大影响。在本篇文章中，笔者尝试进一步探究：在 NFT“数字商品”交易过程中是否仅涉及信息网络传播权？涉及复制权和发行权吗？

复制权与发行权

研究的第一步应当厘清概念。我国现行《著作权法》第十条规定：复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或多份的权利。与旧《著作权法》对比，本次新修《著作权法》在复制权的定义上有所改动，增加了“数字化”的复制方式。

本案中，在“数字商品”铸造阶段，作者将美术作品上传至云服务器的过程就是一个“复制”的过程，其结果是美术作品的复制件存储在 NFT 交易平台的指定的云存储服务器上。随后，通过交易平台对于云存储服务器的定向读取，平台用户可以在交易平台页面随时浏览该美术作品，这一过程涉及著作权人享有的信息网络传播权。复制权和信息网络传播权的一大区别在于：**复制权强调单纯的复制行为，而信息网络传播权强调作品通过信息网络传播可以被公众在任意时间或地点获悉。**

发行权，即以出售或者赠予方式向公众提供作品的原件或复制件的权利。**实务界的观点认为，发行权行使的结果应当造成作品原件或复制件的有形载体发生移转，否则就不构成行使发行权的行为。**从现在这个时间点理解“发行权必须造成有形载体转移”的前提似乎难以理解，但从整个著作权法发展的历史来看，发行权的出现远早于广播权、信息网络传播权等权利，在当时，作品只能通过现场或者有形载体转移的方式进行传播，而发行权规制的则就是有形载体转移的这一传播形式。**换言之，当技术的发展出现了通过广播、信息网络使公众可以以其他方式获得作品时，这种新的传播形式将通过立法的方式由新的权利进行规制，而一般不会以默示的方式改变或者扩大原权利的范围。**

NFT“数字商品”交易行为解构与分析

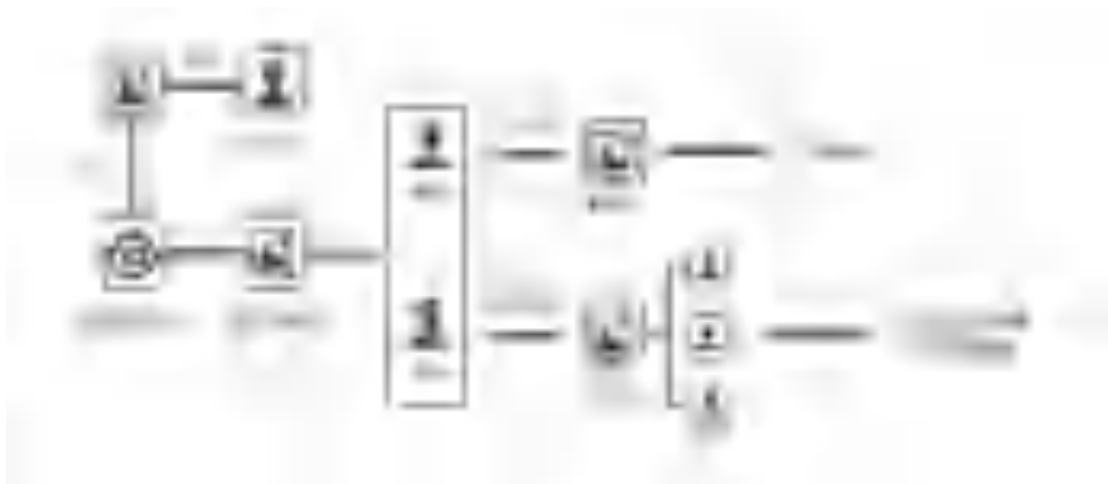
为了更好地理解“数字商品”铸造和交易行为的本质，我们不妨先回顾一下在 Web2.0 时代作者是如何通过网络传播自己创作的美术作品的。

以新浪微博平台为例，作者上传自己创作的美术作品到微博，此时该美术作品的复制件就被存储在了微博的服务器上。用户 A“刷”微博时看到了这张美术作品（复制件），这是著作权人行使信息网络传播权的必然结果，对于用户 A 来说其行为并不构成侵权。在微博“冲浪”的用户 B 也看到了这个作品，但与用户 A 不同，用户 B 将该作品下载下来并用在

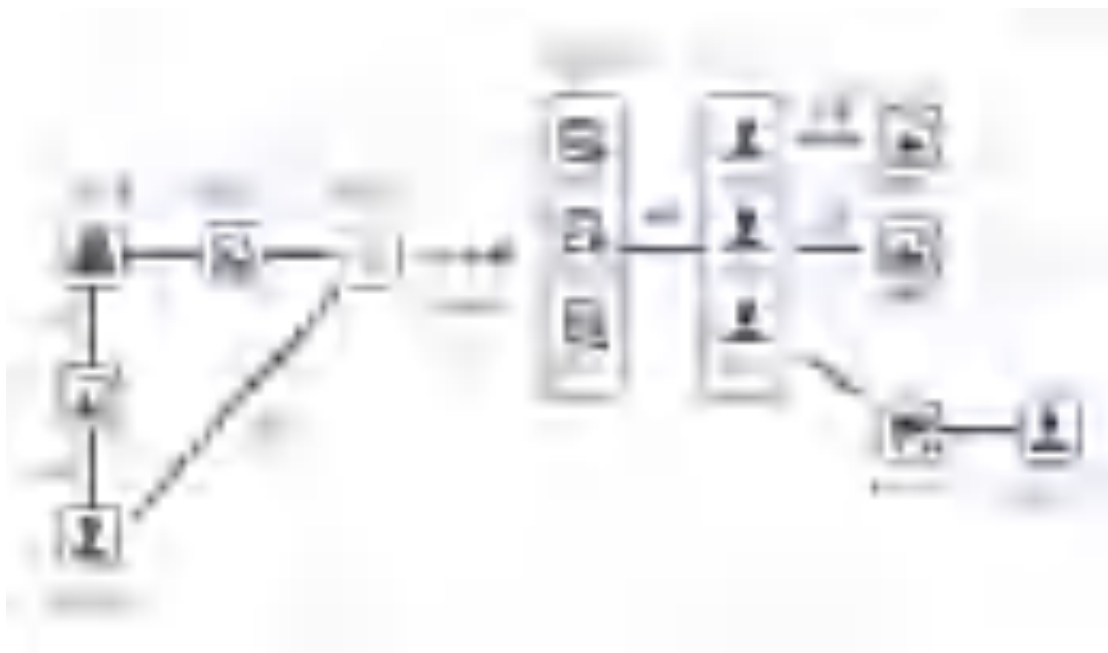
了公众号文章创作中。用户 B 擅自将美术作品用在公众号文章创作中的行为构成对作者享有的信息网络传播权的侵害。原因在于：

首先，美术作品被擅自用于公众号文章写作并不是作品经过信息网络传播后的必然结果；

其次，用户 B 侵害信息网络传播权的行为已必然包含了复制行为，如果认定其同时侵犯了复制权和信息网络传播权会导致重复评价。



那么 Web3.0 时代“数字商品”的铸造和交易场景是如何进行的呢？在文章的第一部分笔者已经以例子的形式简单描述了这一过程。著作权人（铸造人）先将自己创作的美术作品上传至 NFT 发行平台，NFT 平台的服务器中就存储了该作品的复制件。根据铸造人与发行平台的约定，该美术作品可能被制作成一份或多份“数字商品”，并以出售为目的放到交易平台上售卖。随后，平台用户在交易平台上购买心仪的“数字商品”，可能用于收藏、使用或再次转让给他人。由此可见，与传统地通过网络传播作品的过程相比，NFT 数字商品发行和交易行为的本质并无不同，仍然属于是否同时包括复制权和信息网络传播权的讨论范围内。



接着，我们进一步缩小分析范围，看看“数字商品”的交易阶段（包括交易平台与用户之间、用户与用户之间的交易）除了信息网络传播权，是否还涉及复制权与发行权。

首先，发行平台将作品制作成一份或多份“数字商品”的行为，即“铸造”行为，是否属于著作权法语境下的“复制”？基于杭州市互联网法院在判决书中对 NFT 的定义（“一串无法篡改的编码”）¹，我们可以认为：**发行平台不管发行一份还是多份“数字商品”，复制的对象都不是作品本身或者作品的复制件，而是能够指向该“数字商品”的代码，通过将代码进行拆分或者编号，“数字商品”就具备了唯一性。**因此发行平台将作品制作成一份或多份“数字商品”的行为不属于著作权法语境下的“复制”。另外，严格意义上该阶段并不属于“交易阶段”，但是基于“铸造”是“数字商品”发行交易中比较独特的步骤，因此值得专门分析。

其次，与传统的网络传播行为相比，**NFT 平台用户在交易阶段只多了“购买”或“付费”这一个步骤。**而通过购买获得“数字藏品”是著作权人行使信息网络传播权和“数字藏品”上所附智能合约的结果，并不是著作权法意义上的“复制”行为。

最后，如前文所述，**发行权行使的结果应当是作品原件或复制件的有形载体发生移转，**但显然在“数字商品”交易过程中，没有发生作品原件或复制件的有形载体的移转，因此当然不涉及发行权的问题。针对这一点，杭州互联网法院也持有类似的观点。

结语

对 NFT 发行和交易行为的规制仍然可以落在现有的法律规制框架内，无需用一个新的权利来分析。在著作权人和铸造人为同一人的前提下，平台用户在 NFT 平台上浏览、购买“数字商品”，是著作权人行使信息网络传播权的结果。平台与平台用户之间或用户与用户之间的“数字商品”交易并不涉及著作权人的复制权和发行权，也就不存在侵害著作权人的复制权和发行权的可能。

（本文首发于 2022 年 8 月 1 日）

¹ （2022）浙 0192 民初 1008 号。

关于金税四期，企业必须了解的这些点

崔岩双、丁于翔

前言

2021 年底轰轰烈烈的两起知名网红主播——雪梨、林珊珊偷逃税案、薇娅偷逃税案和 2022 年初知名影星邓伦偷逃税案爆出后，不断刷新的偷逃税金额、行政处罚金额引发了大量关注，也直接引发了税务总局“继续加强”对网络直播行业和影视行业的税收监管大整顿。同时，税务总局要求各级税务机关对各种偷逃税行为，坚持依法严查严处，坚决维护国家税法权威，促进社会公平正义。

通过负责案件查处的税务机关答记者问，能够看出上述案件均是通过大数据分析发现的涉税风险而引发的，可见大数据分析手段在税务检查中已发挥出了不可替代的作用，这也是金税四期工程取得的成果之一。

自 2020 年国家税务总局公布金税四期采购意向公告以来，金税四期的话题一直热度不退，很多企业对金税四期也关注甚多，**本系列三篇文章将分别围绕什么是金税四期、金税四期的重点监控内容和涉税风险及企业如何应对展开，旨在为企业如何应对金税四期提供思路。**本文为金税四期系列的第一篇，从金税工程的发展过程、金税四期的核心功能以及发展趋势的角度介绍一下什么是金税四期。

一、金税工程的发展过程

1994 年税务总局推行的金税一期，包括了增值税交叉稽核和增值税防伪税控两个子系统，实现了利用计算机网络对增值税专用发票进行交叉稽核；2001 年，金税二期实现了发票数据的自动采集功能；2016 年金税三期建成了网络硬件和基础软件的统一平台，实现对国税、地税数据的合并及统一，对税务系统业务流程全监控。

金税四期在此基础上，要实现税与非税业务的更全面的覆盖、实现多部门的信息共享、实现信息核查功能由税务机关内部延伸至外部、实现全数据、全业务、全流程的云化打通等。

二、金税四期的核心功能

（一）建立指挥决策系统

金税四期建立了依托于阿里云打造的指挥决策系统，采用分布式海量计算技术，大大提高计算速度，实现了 30 多个省级机关核心税务数据的当日汇总、计算，提高了税务机关的协查效率、消灭了地区间数据交换的时间差。指挥决策系统将打造一套信息获取及时准确、页面展示直观形象、实操实控简单明了、指挥决策精准有力的“作战图”指挥平台。

此外，金税四期还纳入“非税”业务，搭建了各部委、人民银行和银行等参与机构之间信息共享和核查的通道，实现了信息共享、信息核查。

（二）开发综合画像功能

金税四期充分运用大数据、人工智能等新一代信息技术，对大量历史风险任务反馈的样本数据进行学习、建模、扫描，实现每个市场主体全业务、全流程、全国范围内的“数据画像”，通过税税收风险指标模型筛选，定时自动扫描，区分有风险与无风险的纳税主体。

金税四期充分利用人工智能技术，通过自我学习总结、自动调节特征的权重，可以根据样本数据变化而变化，保证画像功能的与时俱进。

（三）完善抵账库穿透数规则

针对虚假注册、虚开发票、实名办税自然人异常等行为，税务大数据平台专门建立模型加以识别，对发票电子底账与发票申报表进行比对；系统会核对开票方发票本身的信息、发票开具内容与申报表比对，与受票方的销售的项目、收入等比对；将发票密码与商品编码一一对应，将对发票功能的利用发挥到极致；并且大数据对证据链完整而无真实业务的判断规则进行了完善。

在全国首例利用互联网共享经济服务平台虚开发票案中，金税四期的指挥决策系统和抵账库穿透数规则帮助烟台市公安局成功收网，揭开了利用国家税收、地方招商引资优惠政策及委托代征等制度漏洞，打击了大肆骗取、漏逃国家税款的黑产业链。该案涉嫌虚开增值税专用发票金额高达 13 亿余元，系“营改增”税制改革后，全国首例利用互联网共享经济服务平台虚开发票的案件，该案件的侦破也反映出了系统的核心优势。

（四）开发智慧稽查系统功能

金税四期还具有智慧稽查功能，通过机器学习、机器人流程自动化、语义理解等现代技术的工具迭代升级和自动采集、全面分析、自动生成文书报告等功能迭代升级，全面、自动化地进行稽查，降低税务稽查人员的负担。

同时，其智能分析系统，在虚开增值税专用发票、骗取出口退税、偷逃税、重点行业涉税违法、主要税种涉税违法等方面发挥重要作用。

在全国第一起增值税电子专票虚开案中，金税四期自动预警并协助河北税务局快速分析，仅用几日就确认涉案企业存在虚开发票的嫌疑，涉及金额 400 余万元。河北税务局与警方合作，仅用月余就锁定犯罪证据，并将犯罪嫌疑人抓捕到案。该案的迅速侦破正是反映出了智慧系统功能的强大。

三、金税四期的发展趋势

金税四期的本质是以数控税，相较三期的以票控税，由过去的“有税”后才关联发展为“涉税”即关联。而全面实行全电发票将在源头上为“以数控税”提供支撑。

全电发票全称为全面数字化的电子发票，是与纸质发票具有同等法律效力的全新发票，不以纸质形式存在、不用介质支撑、无须申请领用、发票验旧及申请增版增量。其票面信息全面数字化，多个票种集成归并为电子发票单一票种，实行全国统一赋码、自动流转交付。相较于增值税电子专用发票、电子（普通）发票、纸质发票，全电发票最大的区别在于管理的关键点不同。全电发票实行总金额控管，最高开票限额一般对单张发票的最高开票金额进

行管控，辅以发票数量的核定，管理的精准度不够且复杂。全电发票的推行不但会大大提升税务机关的税收征管效率，同时也会提升企业的财务工作效率。

金税四期将实现从“收税”到“报税”到“算税”，从“上机”到“上网”到“上云”，从“经验管税”到“以票管税”到“以数治税”的发展。对纳税企业而言，也需要适应金税四期的发展，从“被动遵从”到“主动遵从”、“协同遵从”，重视涉税事项，提高税务人员专业能力，尽快实现财务、税务合规改造。

（本文首发于 2022 年 8 月 15 日）

关于金税四期，企业必须了解这些点（二）

崔岩双、丁于翔

前言：上一篇从金税工程的发展过程、金税四期的核心功能以及发展趋势的角度介绍了什么是金税四期,介绍了金税四期下税务系统业务流程的全监控及非税业务的全覆盖。本期将从金税四期的重点监控内容及企业涉税风险的角度展开,旨在为企业如何应对金税四期提供思路。

一、金税四期下，会重点监控企业什么？

金税四期通过大数据、人工智能等信息技术手段，对企业的下述行为进行重点监控：

- 1.企业存在大量现金交易，不通过对公账户交易；
- 2.企业长期零申报或常年亏损，导致企业所得税税率异常偏低；
- 3.企业往来账户挂帐过大；
- 4.企业存货过大；
- 5.企业大量取得未填写纳税人识别号或统一社会信用代码的增值税普通发票；
- 6.长期盈利却不分红；
- 7.企业存在大量抬头为个人的不正常费用发票；
- 8.企业所得税申报表中的利润数据和财务报表的数据不一致；
- 9.期间费用率偏高异常；
- 10.公司账面上没有车辆但存在大量加油费等；
- 11.法人户籍非本地、法人设立异常集中；
- 12.企业大量存在“会务费”、“材料一批”、“咨询费”、“服务费”、“培训费”等；
- 13.商贸公司进、销严重背离；
- 14.长期存在增值税留抵等异常；
- 15.增值税税务异常偏低或偏高；
- 16.企业存在大量无清单的办公品增值税发票；
- 17.企业缴纳的增值税与附加税费金额比对异常；
- 18.公司只有进项但从无销项或者只有销项从无进项；
- 19.增值税申报表附表一“未开票收入”填写负数异常；
- 20.增值税申报表附表二“进项税额转出”为负数等异常；
- 21.增值税申报表申报的销售额与增值税开票系统销售额不一致；
- 22.无免税备案却有免税销售额等异常；
- 23.无简易征收备案但有简易计税销售额；
- 24.开票项目与实际经营范围严重不符；
- 25.新成立的公司突然短期内开票额突增异常或频繁发票增量异常；
- 26.大部分发票顶格开具，发票开具金额满额度明显偏高异常；
- 27.大量存在农产品抵扣异常；
- 28.外埠进项或销售税额比重严重过高异常；

- 29.增值税专用发票用量变动异常;
- 30.纳税人销售货物发票价格变动异常;
- 31.工资薪金的个人所得税人均税款偏低异常;
- 32.个人取得两处或两处以上工资薪金所得未合并申报风险;
- 33.个人所得税和企业所得税申报的工资总额不符;
- 34.同一单位员工同时存在工资薪金所得与劳务报酬所得的异常;
- 35.少缴或不缴社保: 员工自愿放弃等
- 36.企业代别人挂靠社保

二、金税四期下，会重点监控企业的哪些指标？

金税四期将对纳税申报时点采购、总资产周转率、往来指标、纳税人主营业务收入费用率、进销数据、存货周转率、增值税发票量、增值税一般纳税人增值税税负率、增值税一般纳税人增值税税负率、企业所得税税负率、期末存货大于实收资本的差异幅度、预收账款占比营业收入的比例幅度、纳税人主营业务收入成本率等指标进行重点监控。受限于篇幅原因，本文就纳税申报时点、采购、总资产周转率、往来指标、纳税人主营业务收入费用率等方面进行简要介绍。

1. 纳税申报时点预警

金税四期将实现打通税务、工商、社保、统计、银行、国土、房产等各部门的业务信息。因此，当企业发生相关业务时，未及时办理涉税事项时将会出现预警，如企业取得了房产土地、却未及时申报房产税、土地使用税，即会出现纳税申报的时点预警。

2. 采购异常预警

如通过发票信息采集发现企业存在大量异地采购常规物资的情形，因舍近求远的常规物资采购违背正常的商业逻辑，故会出现采购异常预警。

3. 总资产周转率异常预警

总资产周转率是考察企业资产运营效率的一项重要指标，反映了企业全部资产的管理质量和利用效率。通过该指标与同行业水平的对比分析后，发现企业如果总资产周转率远低于同行业水平，说明企业有可能存在少计收入的现象预警。

4. 往来指标预警

如企业的其他应收款占流动资产的比例过大，则企业很大可能存在高管借支绩效、股东借用公司资金、关联方之间资金借支的情形，说明企业可能存在推迟或漏缴了个人所得税或增值税的情形。

5. 纳税人主营业务收入费用率异常

如企业的主营业务收入费用率明显高于行业平均水平的，说明企业很可能存在多提、多摊相关费用的情形或存在资本性支出一次性在当期列支的情形等。

此外，金税四期下会持续重点监控企业的税负率。税负率一般指企业在某个时期内的税收负担的大小，一般用税收占收入的比重来进行衡量，最常用的税负率为增值税税负率和所得税税负率。税务机关定期通过金税四期系统数据对企业税负进行评估，并通过行业平均税负率横向评估企业的纳税率是否存在异常，对于发生异常变动或税负率长期远低于同行业水平的企业，就会被列入重点关注对象。

三、金税四期下，对企业的税务稽查会从哪些方面着手？

(一) 从企业的收入着手

“金税四期”下对企业的稽查，在收入方面会通过将企业的收入、成本费用等经营指标与同行业其他企业的财务指标进行对比，发现预警异常情况；会通过大数据分析比对及时发现企业收入确认的税会差异情况；会通过跨部门的信息比对发现企业存在以个人账号、微信、支付宝等方式收取货款等少计或隐匿收入的情况等；会通过与政府各部门、商业银行间的信息联动，从纵向方面，查询与该企业交易的下游企业相关账本数据，比对是否存在异常，以识别企业是否存在少计或不计收入等。

(二) 从企业的成本费用着手

金税四期下对企业的稽查在企业成本费用方面，会重点关注研发费用支出、广告及业务招待费等支出。

研发费用支出存在加计扣除的税收优惠政策，金税四期将从横向和纵向两个维度对企业研发费用进行分析，评估企业研发支出归集、核算是否真实、准确、完整。企业的广告和业务招待费一直是企业支出问题的高发点，金税四期的稽查会通过发票金额与资金流水的支付金额对比核对广告宣传费、业务招待费等费用的真实性。

(三) 从企业的银行账户、库存、利润等着手

金税四期的信息共享核查系统使税务部门与各部委、中央人民银行和银行等能够实现企业纳税信息及纳税人经营状态、企业账户等信息共享；金税四期的大数据分析功能可以有效比对企业的收入与成本，使企业的库存与利润变得更透明，更易发现企业的涉税风险。

(四) 从企业的社保缴纳、应纳税额等着手

在社保入税的背景下，企业以发票报销、利用灵活用工平台为员工降低个人所得税、企业大部分员工个税在起征点以下、员工个人所得税申报表中的工资与企业申报的工资不一致、企业帮他人代为缴纳社保等易被金税四期的智慧稽查系统所识别；通过金税四期的综合画像功能和抵账库穿透数规则，企业增值税收入长期大于所得税收入、企业税负率与本企业不同期间，与同行业其他公司相比，变动异常、过高或过低等易被识别；企业税负率与开票情况、取得支出发票情况差异过大等易被识别。

四、金税四期下，会重点稽查哪些企业？

(一) 虚假开户的企业、空壳公司；

(二) 虚开虚抵发票的企业；

(三) 收入成本严重不匹配的企业；

(四) 申报异常的企业；

申报异常包含零申报、长期亏损申报、长期留抵等情况。

(五) 税负率异常的企业；

(六) 常亏不倒的企业等。

从行业上看，电商行业、建筑行业、劳务派遣行业、医药行业、外贸行业、石化行业等将成为稽查重点。

(本文首发于 2022 年 9 月 5 日)

关于金税四期，企业必须了解这些点（三）

崔岩双、丁于翔

前言：上两篇从金税工程的发展过程、金税四期的核心功能以及发展趋势的角度介绍了什么是金税四期，介绍了金税四期下税务系统业务流程的全监控及非税业务的全覆盖，介绍了金税四期的重点监控内容等，本期将从企业角度分析如何看待金税四期及如何应对金税四期。

一、如何理性看待金税四期？

（一）金税四期下的严格监控是税收征管之大趋势

金税四期的非税业务搭建了各机构之间的信息共享和核查的通道，将使得信息更透明，如主要的商业银行：工商银行、交通银行、中信银行、民生银行、招商银行等接入税务银行共享系统，实现了企业相关人员手机号码、企业纳税状态、企业登记注册信息核查的三大功能。高净值人士的资产收支情况亦会在信息共享系统下变得更加透明。此外，在大数据的渗透下，信息孤岛将被打破，隐藏在深层、背后违法的交易，如虚开虚抵、变换名目等所谓的“筹划”等违法违规行为将更易被识别。总而言之，金税四期下的严格监控是税收征管之大趋势，而伴随着征管趋严而来的是各种对违规违法的惩戒手段的不断完善。如个人卡交易涉及偷税漏税等行为时，将会导致该持卡人在五年内不能开设新账户、手机支付（包括微信及支付宝）被禁用、贷款的受限等。

（二）金税四期仍处于建设完善的过程中，并非已完成

金税四期尚处于建设阶段，并非一蹴而就可以完成。因此，企业仍有进行合规建设的窗口期，利用窗口期的时间进行合规建设，以应对金税四期的监管严要求。

如企业未能达到合规要求被行政处罚时，要了解行政处罚法中的“首违不罚”，即对于初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以免于行政处罚¹。如企业涉嫌逃税罪时，要了解刑法中的“首罚不刑”，即已补缴了应纳税款、滞纳金，且已受行政处罚，不予追究刑事责任²。

此外，随着 2021 年最高人民检察院等九部门《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》的出台，涉案企业认罪认罚、承诺建立或完善企业合规制度且自愿适用第三方机制时，检察院可以作出不起诉的决定。

¹ 《行政处罚法》第三十三条第一款：违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。初次违法且危害后果轻微并及时改正的，可以不予行政处罚。

² 《刑法》第二百零一条：纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

扣缴义务人采取前款所列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额较大的，依照前款的规定处罚。

对多次实施前两款行为，未经处理的，按照累计数额计算。

有第一款行为，经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任；但是，五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。

二、企业如何进行税务合规建设以应对金税四期的严监管？

企业可以自行或借助外脑第三方的力量，从增值税、企业所得税、个人所得税、房地产、土地使用税和印花税等相应的涉税风险点进行自查并作出积极应对。受限于篇幅原因，本文仅以常见的涉税风险点进行介绍。

(一) 增值税

在销售收入是否完整及时入账方面，企业的现金收入是否按规定入账；是否仅将开票部分对应的收入入账；以货易货、以货抵债的收入是否入账；销售收入是否长期挂账不转收入。

在视同销售方面，企业是否存在将自产或委托加工的货物用于非增值税应税项目、集体福利或个人消费而未视同销售、未计提销项税的情况；是否存在将自产、委托加工或购买的货物用于投资、分配、无偿捐助、赠送但不计或少计应税收入的情形。

在开具红字发票冲减应税收入方面，企业是否存在发生销售退回、折让，开具红字发票和账务处理是否符合税法规定。

对于有兼营行为适用不同税率或者征收率的纳税人，企业是否按规定分别核算适用不同税率或征收率的销售额；对于兼营免税项目的增值税一般纳税人，可以自查是否存在擅自扩大免税范围，免税额、不予抵扣的进项税额计算是否正确。

此外，逾期未收回的包装物押金是否按规定计提销项税额；增值税混合销售行为是否依法纳税；应征收增值税的代购货物、代理进口货物的行为是否缴纳增值税；纳税人取得的中央财政补贴，在不征收增值税的范围内是否核算正确；是否存在不符合差额征税规定，而按照超额征税方法计算增值税的情形；是否存在未依法履行代扣代缴义务的情形。

在用于抵扣进项税额的增值税专用发票的真实性和合法性方面，企业是否存在开票单位与收款单位不一致及发票票面记载货物与实际入库货物不一致的情形。

在用于抵扣进项税额的运输业发票的真实性和合法性方面，企业是否存在用于非增值税应税项目、免税增值税项目、集体福利和个人消费、非正常损失的货物（劳务）、非正常损失的在产品、产成品所耗用的购进货物（劳务）所发生的运费抵扣进项；是否存在与购进和销售货物无关的运费抵扣进项；是否存在开票方与承运方不一致的运输发票抵扣进项和以项目填写不齐全的运输发票抵扣进项的情形。

企业是否存在未按规定开具农产品收购统一发票申报抵扣进项税额的情况；发生退货或取得销售折让是否按规定作进项税额转出；是否存在专用于简易计税方法、免征增值税项目集体福利或个人消费的购进货物、劳务、服务、无形资产和不动产进行了进项税抵扣的情形；是否存在非正常损失，如购进货物，以及相关的加工修理修配劳务和交通运输服务；在产品、产成品所耗用的购进货物、加工修理修配劳务和交通运输服务等抵扣了进项税等情形。

(二) 企业所得税

在企业所得税方面，涉税风险点主要包括应税收入，如企业取得的各类收入是否按权责发生制原则确认收入、企业是否存在利用往来账户、中间科目延迟实现应税收入或调整企业利润、企业是否在未将取得的应税收入投资收益计入应纳税所得额等情形；企业是否存在虚增成本费用、将资本性支出一次性计入成本费用的行为、是否未进行纳税调整等。

(三) 其他税种

在个人所得税方面，涉税风险点主要在于企业为职工发放年金、绩效奖金，为职工购买的各种商业保险等是否依法履行代缴义务。

在房产税上，企业是否存在于房屋不可分割的附属设施未计入房产原值缴纳房产税；未竣工验收但已实际使用的房产是否缴纳房产税等。

在土地使用税上，土地实际面积大于土地使用证登记面积的情况下，企业是否按照土地实际面积缴纳土地使用税等。

在印花税上，企业是否存在混淆合同性质的情况、企业是否存在应纳税凭证书立或领受时不进行贴花或延期缴纳印花税的情形、是否存在企业增加实收资本和资本公积后未补缴印花税等情形。

金税四期下的严监管，将使企业面临不主动合规就只能以更大代价被动合规的局面，即进一步凸显出了税务合规是企业发展的基石。

税务合规是企业发展的起点，在税务合规基础上的税务规划才具有可行性。

从 IPO 的数据上看，税务不合规已成为企业 IPO 道路上的主要“拦路虎”。比如，在纳税申报、发票管理，税收优惠申请等常规性工作的疏忽，除了反映出企业税务内控制度的不健全，因此引发的税务风险和企业主体信用风险也成为企业闯关路上的拦路石。税务不合规引起的税务处罚也是常见的将企业拦在 IPO 路上的“税务疾病”，如装修行业中的土巴兔就曾因高管利用个人独资企业避税被税务行政处罚最终导致 IPO 失败。在主动撤回 IPO 的企业中，有很大比例是因为企业存在不同的“税务疾病”而不得不主动撤回 IPO 的，可见税务合规是企业发展的基石。

而如何以最小代价完成税务合规，适应金税四期的监管严要求将成为企业不得不思考、不得不面对的问题。

(本文首发于 2022 年 9 月 19 日)

坏账追偿

股东能否通过转让股权豁免出资义务？

卫新、徐沁芳

债权人追索债务过程中，常常有打赢了官司，却要不回来钱的情况，即使通过法院强制执行，可能也追不到分毫。我们常常遇到客户追问，真的没什么办法了吗？股东个人不用承担任何责任吗？那些恶意逃避债务，一旦坏账就转让股权、金蝉脱壳的股东，难道没办法惩治吗？

确实，股东发现公司资不抵债后，恶意逃避债务的不在少数，有的是因为同时担任了法定代表人，担心被限制高消费，还有的是没有出资，打算“一转了之”，另立山头。如果允许股东在临近出资期限届满时转让股权，而债权人却无能为力，显然对债权人不公。根据我们的研究，债权人向这类股东追索债权，虽然难度不小，但还是有章可循的，本文将结合司法裁判案例为大家解析。

一、即使转让股权，股东不一定能全身而退

债权人与股东之间本身不存在合同关系，债权人向债务人股东追索，依据的法理基础是代位权，也就是债权人代债务人行使对股东的债权追索权。根据《公司法司法解释

（三）》第十三条第二款的规定，**公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。**第三款规定，**股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，依照本条第一款或者第二款提起诉讼的原告，请求公司的发起人与被告股东承担连带责任的，人民法院应予支持；……**

第十八条规定，**有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。**

因此，已经转让股权的股东是否承担责任，**首要的是判断该股东是否已经实缴出资**，这一点可以通过债务人公示的企业年报、工商档案等初步判断，但即使是企业信用信息公示的企业年报，亦存在债务人自行申报不属实的可能。因此，除非有明确的验资报告或其他证明，债权人还需通过诉讼才能验证。

其次，需要判断该股东的出资期限是否已经届满。如已经届满，则可依据上述第十八条的规定及早向股东追索，避免被其他债权人占了先机。因为前述条款中还规定，**股东已经就其出资义务承担责任，其他债权人提出相同请求的，法院将不再支持。**

但在注册资本认缴制下，股东往往将出资期限设置得较长，有的股东甚至将出资期限设置在经营期限最后一天，这种情况下**债权又迟迟无法实现，债权人难道就只能等到出资期限到期再向股东追偿？**这一点在我们的系列文章《债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？（一）》《债务人无力偿债，债权人如何主张股东出资加速到期？

（二）》中已有分析，债权人可以根据九民纪要中的规定，主张股东出资加速到期。也就是说，即使股东出资期限未到期，符合一定条件的，债权人仍可提前要求股东履行出资责任。

既然债务人现有股东出资期限有可能适用加速到期，那么转让股权的股东是否同样适用呢？这一点在实践中争议颇大。根据我们的研究，如果股权转让时债务人已经符合出资加速到期的条件，存在逃避出资义务的恶意，法院将有可能判定转让股东承担责任。法院的裁判观点是，股东将出资义务转让并不能当然免除出资义务，还应审查转让行为有无损害到债权人的合法权益。如果此时债务人已经资不抵债，股东的转让行为难谓善意。但与此同时，还需要关注股东出资期限利益、股权转让自由与债权人利益之间的平衡。如果认缴制下股东转让股权，却无法免除其对转让之后所产生债务承担缴纳未出资义务，将限制股权的流动性，与公司资本制度改革的初衷相悖。因此，法院在裁判转让股东的责任时尤为谨慎，一般重点对转让股东是否有违诚实信用原则，恶意转让股权进行分析判断。

二、对转让股东恶意的判断

我们对支持转让股东承担责任的案例进行了分析，最终能够获得法院支持，成功追索转让股东的案例中，法院主要综合以下因素判断股东是否存在逃避债务的恶意：

1. 债务形成后转让股权
2. 股权转让后，受让股东立即延长出资期限、违法减资
3. 股权转让对价为 0，或约定对价但未实际付款
4. 股权转让双方系近亲属
5. 受让人无出资能力
6. 原出资期限不合理

下面我们逐一分析法院对上述情形的裁判观点：

1. 债务形成后转让股权

法院一般认为，如果股权转让发生在债务形成之前，那么应当认为股东未出资的行为并未影响债务清偿，债权人在与债务人发生交易时股权转让已经完成，债权人对这种情况应有合理预期。因此，此时很难说股权转让行为损害了债权人利益。其次，如果无条件要求股东对股权转让后的公司债务承担补充出资责任，也会超出股东的合理预期，限制股权的自由流动。

但如果股东是在债权人与债务人诉讼过程中、债权执行过程中、债务已经产生但未能清偿时，那么法院将可能认定转让股东存在转让股权、逃避债务的恶意。

2. 股权转让后，受让股东立即延长出资期限、违法减资

部分案例中，股权转让时间发生在出资期限即将届满时，或者股权转让完成后，受让股东立即延长出资期限，还有的案例中股权转让后立即进行减资，以逃避出资责任。

例如在上海一中院裁判的(2021)沪 01 民终 7486 号案件中，法院认为原股东和现股东在明知公司负有到期债务的情况下，进行恶意串通，通过股权转让与违法减资的一致行为，排除债权人获得担保或提前清偿的法定权利，故意损害债权人对股东出资义务的信赖利益，构成对债权人债权的共同侵权行为。虽然股东出资期限未到期，但债务人已经具备破产原因，最终认定转让双方连带地在违法减资范围内对债务人无法清偿的债务承担补充赔偿责任。

在（2019）苏 0505 执异 43 号一案中，苏州虎丘区人民法院认为，贾某作为债务人股东期间与本案申请执行人发生交易，产生债务，后其在既未履行债务又不出资到位的情况下即转让股权，受让股权的新股东陆某又将出资期限延长至 2029 年 12 月 4 日前。上述行为将实质性地影响债权人的利益实现。最终法院裁定追加原股东和现股东为被执行人。

3. 股权转让对价为 0，或约定对价但未实际付款

4. 股权转让双方系近亲属

5. 受让人无出资能力

股权转让双方对价为 0，或者股权转让合同上约定了对价，但实际未支付的，法院会认为此种转让存在一定不合理性。而且很多情况下，受让方与转让方之间存在近亲属关系，甚至受让人根本没有出资能力，这种情况下，法院也会认为转让行为具有逃避债务的恶意。

在(2020)沪 0116 民初 16538 号案件中，金山区人民法院首先认为，该案符合股东出资加速到期的情形；其次，三名股东均在未届出资期限前即转让了债权，但是该转让发生在债权人已经提起诉讼期间，虽股权转让合同上标明有价格，但是均没有证据表明实际支付过对价，故法院认为这次股权转让存在逃避出资义务的恶意，有违诚信，为避免认缴制背景下的股权转让成为股东逃避出资的工具，在受让股东未按期缴纳出资的情况下，出让股东仍应对其原认缴的出资承担责任。

在(2021)粤 01 民终 6632 号案件中，法院认为，转让股东在公司未支付债务的情形下，将股权转让给年近 80 岁的罗 x，根据债权人提供的证据证实罗 x 并无出资能力，该转让行为有滥用法人独立地位和股东有限责任、逃避债务之嫌，该行为损害债权人的利益，最终判令转让股东在未出资范围内对债务人不能清偿债务承担补充清偿责任。

6. 原出资期限不合理

对于出资期限明显不合理的行为，我们检索到苏州市虎丘区人民法院在（2019）苏 0505 执异 16 号一案中的裁判意见，法院认为，债务人公司的发起人（原股东）利用公司资本认缴制无期限限制的规定，约定认缴期限为 2034 年 3 月 25 日前，**远远超过营业执照规定的 2023 年 7 月 14 日的营业期限，这是不合理的也是不善意的。现股东约定认缴期限为均为 2023 年 7 月 14 日前，即在公司经营期限最后一天，同样是不合理的也是不善意的。**其次，本案已满足债权人对未届期股东出资加速到期责任请求权的成立的三个要件，最终法院裁定追加债务人原股东、现股东为被执行人。

三、转让股东是否承担责任的司法裁判争议

转让股东是否需对债权人承担责任在司法裁判中的适用极为严苛。司法实践中，很多法院并未详细论述转让股东是否存在恶意逃避债务的行为，而是直接按照股权转让时出资期限未届满进行裁判。还有的案件中，法院认为债权人未能证明股权转让时债务人符合出资加速到期的情形，故而未支持债权人的主张。

在(2020)沪 01 民初 200 号一案中，上海一中院认为，原股东转让股权时，认缴出资期限尚未届满，由此，原股东在出资期限届满前转让股权，因尚未到出资期限，股权出让方

并不构成对出资义务的违反，也不承担资本充实责任，不属于“未履行或未全面履行出资义务即转让股权”的法定情形，故不应适用该规定追究出让股东的出资责任。

在(2021)沪02民终1815号一案中，上海二中院认为，该案法院认定股权转让发生在债权形成后，但转让股东的出资期限均未届满，且债权形成后也不存在恶意延长出资期限的情形，所以不支持债权人要求转让股东承担责任的主张。该案中股权转让对价并未支付，但判决中并未就此对股权转让人是否存在转让恶意进行说理分析。债权人还主张债务人符合出资加速到期的情形，但法院认为，债务人现任唯一股东未应诉、不掌握债务人公司资产负债信息的情况下，法院难以明确债务人已具备破产原因，债权人可通过申请破产清算程序另行主张权利。鉴于股权转让行为未对债权人权利产生影响，不予采纳债权人关于股权转让无效的意见。

四、结语

关于股东未实缴出资即转让股权的，能否追究转让股东的责任，在司法实践中裁判意见并不统一。我们认为，需结合股东转让股权的真实意思、是否有明显逃避债务的恶意来综合判断，一方面不能一刀切地认为转让股权是股东的自由，另一方面也需要综合股权转让与债务形成的先后时间、转让对价支付情况、转让双方的关系、受让方的出资能力等因素来综合判断转让股东的责任，对发生债务后金蝉脱壳的不诚信行为予以纠正。

（本文首发于2022年7月5日）

转让股东、隐名股东、实际控制人有可能和公司构成人格混同吗？

卫新、陈楚翘

根据《公司法》第二十条第三款规定，滥用公司法人独立地位和股东有限责任的公司股东承担连带责任。其中就“公司股东”一词，如何理解，实有争议。即债权人能否在诉讼中要求已转让公司股权的原股东、隐名股东、非公司股东的实际控制人对公司债务承担连带责任？本文将从债权人追偿债务的角度，分析现股东之外、与债务人公司有密切关系的其他主体与债务任构成人格混同的可能性。

（一）已转让股权的原股东亦可能与公司构成人格混同

在债权人与公司交易期间，当事人为公司股东，虽然之后转让股权、脱离公司的，但若债权人认为原股东且存在混同行为的，仍会起诉主张原股东的混同责任。比如在最高人民法院(2021)最高法知民终 380 号案件，债权人起诉主张公司向原股东的转款行为造成二者混同、原股东承担混同责任。原股东抗辩，“虽曾为公司的股东，但已退出公司，与公司没有关联。基于合同的相对性，作为原审被告的诉讼主体不适格”。但是，最高院在二审判决书中未对原股东的抗辩理由进行任何的回应。相反，最高院主要讨论公司向原股东的转款行为是否构成原股东无偿使用公司资产的混同行为。在该案中，原股东举证证明了其将款项用于偿还公司对外借款，最高院因此没有认定原股东与公司构成人格混同。

通过最高院在该案的关注点可以看出，在诉讼当中即使不是公司现任股东，并不妨碍当事人承担混同责任。法院关注的是在债权债务发生期间，原股东是否存在混同行为，而不拘泥于当事人在诉讼期间的非股东身份。因为如允许股东转让股权后则无须对自身的混同行为承担责任，那么当公司对外欠下大量负债，股东只要将股权转让给第三方、形成公司债务与自身无关的表象，即可逃避公司债务，则违反了《公司法》第二十条第三款的立法本意。

（二）隐名股东亦可能与公司构成人格混同

在现实生活中，股东基于各种因素往往不便于或不愿意显露自己的股东身份，通过委托他人代为持股，形成委托持股关系。当存在代持股关系时，债权人能否直接要求隐名股东承担混同责任？还是债权人需要先行提起股东确认之诉，甚至取得有限责任公司中过半数股东的同意后方可主张混同？

重庆高院在《关于审理股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任赔偿纠纷案件的指导意见》曾要求，“公司债权人以股东名册记载和工商登记以外的民事主体滥用公司法人独立人格和股东有限责任损害其债权为由，请求其对公司债务承担连带责任的，应当先行提起股权确认之诉”。但是笔者没有检索到债权人主张隐名股东承担混同责任时、法院要求债权人先行确认股东资格的相关案例。

相反，在最高人民法院(2015)民一终字第 260 号案例中，名义股东向债权人提供了其与隐名股东就代持股事宜签署的协议书，债权人将该协议书作为证据提交给法院。最高院

据此认定隐名股东的实际出资人身份，从而认定隐名股东将公司对外借款用于隐名股东自身经营的行为构成财产混同，判决隐名股东承担混同责任。

笔者理解，司法实践中法院并不强行要求债权人先提起股东资格确认之诉，主要目的在于保障债权行使、提高司法效率，且这一判决本身不会影响名义股东的权益。如名义股东对股权归属有异议的，可以作为无独立请求权的第三人参与诉讼。即使其未能参与，根据既判力的主观范围规则，前后案件当事人主体不同的，原则上不发生既判力问题。因此人格混同案件本身不会对名义股东提起股权确认之诉有既判力影响。至于过半数股东的同意，由于案件并不涉及公司内部关系，此时无需其他股东的过半数同意。

（三）没有直接持股的实际控制人亦可能与公司构成人格混同

在最高人民法院(2020)最高法民终 185 号案例中，A 公司持有 B 公司 100% 股权，B 公司持有 C 公司 40% 股权，债权人起诉要求 A 公司为 C 公司债务承担混同责任。该案中，A 公司主张自己非本案的适格被告。但最高院认为，虽然公司法对非公司股东但与公司存在关联或控制关系的主体是否适用人格混同未予明确，但是如非公司股东但与公司存在关联或控制关系的主体存在滥用行为进而损害债权人利益的，与公司股东损害债权人利益具有同质性。基于公平及诚信原则，类推适用《公司法》第二十条第三款规定，以实现实质公正。笔者理解，最高院论述的“非公司股东但与公司存在关联或控制关系的主体”是指《公司法》下的“虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为”的实际控制人。此时，债权人可以穿透直接的股权投资关系，要求非公司股东的实际控制人承担混同责任。

在该案中，最高院最终认定 A 公司与 C 公司之间不存在混同，因为 A 公司不存在滥用 C 公司法人独立地位的行为。但最高院没有把不构成混同的着眼点落在主体不适格上，反而花费大量笔墨去表达“实际控制人仍可以成为混同主体”的司法观点。笔者理解，最高院意图通过本案表明这样的司法态度：在人格混同案件中，法院规制的是混同行为本身，而不意欲使得借助关联身份实际控制公司达到滥用公司独立人格的当事人逃避混同责任，因为如不认定混同，将导致非正义不公平的结果，此时应当类推适用《公司法》第二十条第三款规定予以规制。

（四）债权人需就混同主体的真实身份进行举证

总之，人格混同制度的责任主体包括现股东、原股东、隐名股东，还可以延伸到股东身份之外的关联方或控制方。但就当事人的真实身份，需要由债权人举证证明。关于原股东身份，债权人可以从工商内档调取。但是要求原股东的股东身份在债权人的债权发生期间存续。“债权人的债权发生期间”如何界定，是在债权人与公司订立合同之时？还是进行款项结算之时？还是公司实际欠债不还时？根据案例检索情况来看，法院对此没有严格要求。

但是，如何举证证明隐名股东和实际控制人的身份，相对原股东的身份，更为困难。笔者认为，三者的举证难度排序的话，是隐名股东>实际控制人>原股东。因为代持股关系本身具有隐藏性、秘密性，通常不为人知。债权人要举证证明代持股关系需要有隐名股东与名义股东之间形成代持股合意的证据，比如代持股协议、录音、第三方证明或隐名股东

实际参与公司经营的证据等。但是前述证据又因为代持股关系的隐蔽性难以取得。如果现有证据无法证明代持股的高度盖然性，笔者建议，债权人可以转换思路，证明当事人属于公司的实际控制人，用“疑似代持股关系”去强化实际控制的可能性，以实际控制人身份去代替隐名股东身份，可能更容易被法院接受。

最后，在要求实际控制人承担混同责任时，债权人首先要举证证明当事人与公司存在关联性，比如存在间接持股关系、疑似代持股关系；同时，还要举证该种关联性的强度，即关联性能够达到使当事人控制公司的程度；最后，举证当事人事实上控制公司且满足人格混同的各个要件。

结语

通过本文分析，股东已转让股权、隐名股东、实际控制但没有直接投资关系的主体，都有可能与债务人构成人格混同。关于混同主体的真实身份、对债务人清偿债务的影响力，债权人仍负有较高的举证责任，而且最终落脚点和关键仍需要回归到股东是否存在滥用公司法人独立地位的行为上来。

（本文首发于 2022 年 8 月 2 日）

大数据分析，什么行为最容易被认定为财产混同？

卫新、陈楚翘

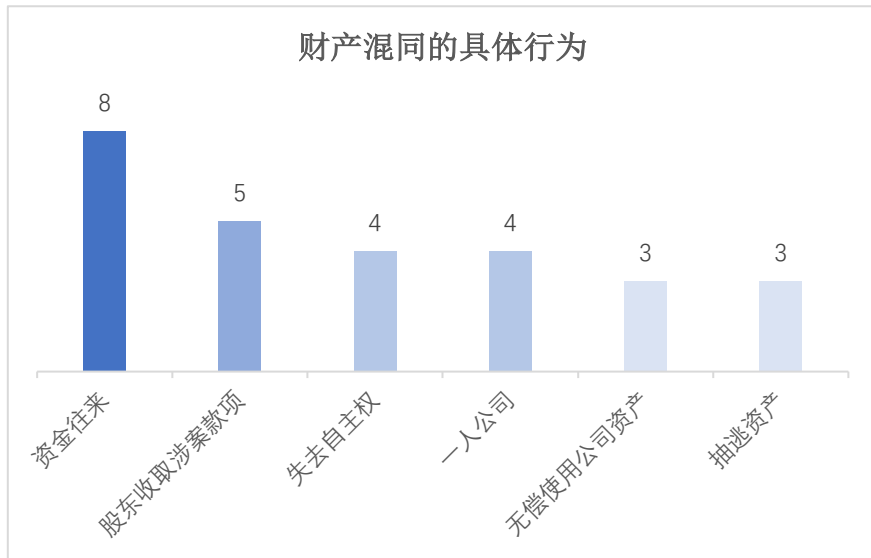
在人格混同中，常见的混同类型包括财产混同、人员混同、业务混同以及住所混同。其中财产混同是人格混同的核心要素，其他混同情形只是伴随人格混同出现的表征要素。从《九民纪要》第 10 条列举的 5 种具体混同情形都是财产混同来看，足见财产混同在人格混同中的关键地位。本文将结合大数据分析，哪些行为容易被认定为财产混同？人格混同案件中，法院如何分配举证责任？

一、人格混同案件大数据分析

笔者于威科先行数据库，以《九民纪要》第 10 条中的“独立意思和独立财产”“混同且无法区分”作为任一关键词，进行全文检索，检索到最高院、各地高院以及上海市中院的案例共计 108 个（截至 2022 年 4 月 21 日）。排除掉类案、法院未审查人格混同的案件，关于法院都实质审查股东是否存在财产混同的案件，共计 80 个。其中法院认定构成人格混同的案件有 27 个，各级法院的认定情况如下：

	检索案例	样本案例	混同案例	占比（混同/样本）
最高院	16	15	2	13.33%
各地高院	66	52	18	32.62%
上海中院	26	13	7	53.85%
总计	108	80	27	33.75%

就这 27 个混同案件，笔者逐一分析后发现，“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”和“股东收取涉案款项”是最常见的被法院认定为财产混同的行为，已占混同案件的“半壁江山”。具体的各类混同行为数量如下：



二、股东与公司存在频繁、巨额的资金往来

根据检索结果发现，“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”是最典型的或者是最易被法院认定为财产混同的行为，在混同案例中占比高达 30%。笔者所定义的“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”，从股东行为角度出发，包括“往”和“来”两个方面：一是公司向股东提供资金，例如公司转款给股东个人、公司为股东个人代付、股东代公司收取对外账款；二是股东向公司提供资金，具体包括股东转款给公司、股东为公司经营付款。与此同时，前述资金往来往往次数频繁、数额巨大、时间持久。

接下来，笔者将结合案例分析，在审理“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”案件时，债权人如何举证、债务人如何抗辩，以及最终法院如何判断构成财产混同。

1、举证规则

在这类案件中，债权人作为原告需要首先承担举证责任，当债权人举证证明了资金往来异常的事实后，法院认定债权人已完成财产混同的初步举证。此时股东要对资金往来进行合理解释与说明，并提供相应证据。若股东不能进行合理解释或者该解释不被法院所认可的，法院则倾向于认定存在财产混同。在这一过程中，有点像踢皮球游戏，关于财产混同的举证责任会在原被告之间被当作“皮球”似的“踢”来“踢”去，举证责任随着双方的举证情况发生移转，法院会结合“证据责任移转进路”和“法院依申请取证进路”去综合判断哪一方的举证更具有高度盖然性。

2、证据责任移转进路

不像一般侵权案件由原告完全负担证明侵权行为的举证责任，在“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”案件中，部分法院会利用“证据责任移转进路”适当移转原告的举证责任，这是因为债务人公司内部的关联交易、与股东之间的资金流转、会议纪要等证据，债权人作为外部人员获取难度非常大，如果要求债权人完全负担财产混同的证明责

任，可能产生证明危机或丧失证明可能性，进而导致人格否认制度的立法目的落空。因此，法院会利用“证据责任移转进路”适当移转了债权人的举证责任：

首先，债权人向法院提交证据证明“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”，证据包括公司的银行流水、交易明细账等，法院据此初步判断存在财产混同的可信基础。

此时，举证责任被“踢”到了股东一方，股东对此进行合理解释与说明，比如资金往来背后的真实目的和实际用途。通常解释有如下几种：1) 转款是双方的临时借款往来，并提供内部决议文件、借款协议以及相应的财务记载；2) 公司转给股东的款项均被用于公司经营，股东提供付款凭证、交易合同及相应的财务记载；3) 股东代公司收取的对外账款已返还公司，股东提供还款凭证。

如若法院对股东的解释与证据予以认可的，债权人需要另行提供证明财产混同的其他证据。反之，如股东不能提供合理解释与证据或者所提供的证据完全不被法院认可的，法院将倾向于认定混同。

3、法院依申请取证进路

1) 公司的银行流水、明细账，向法院申请调查令取得

根据前文所述，债权人需要先行提供公司的银行流水、交易明细账等证据证明“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”的事实，方能开始踢皮球游戏。这部分证据，通常属于公司内部的秘密信息，债权人是如何获取的呢？

在最高人民法院(2020)最高法民申 5116 号案件中，债权人提供了初步证据证明股东与公司住所地、联系方式、高管人员、业务范围等存在混同情形，并借此向一审法院申请调取股东与公司共同存续期间的全部财务账册及银行流水。一审法院支持了调取银行流水的申请。通过调取的部分银行流水，债权人证明了“股东与公司存在频繁、巨额的资金往来”。但是，在本次样本的其他案件中，就如何查明资金往来事实、债务人证据来源，并没有明确的阐述。笔者猜测，多数案件债权人还是需要向法院申请调取公司银行流水进而取得资金往来的证据。而该申请的基础以及法院是否同意，则个案不一，比如债权人可能在交易中发现了公司与股东的不规范财务行为，据此向法院申请。

2) 向法院申请司法审计

虽然民事诉讼法只规定在民事执行程序中申请执行人有权向法院申请对被执行人员进行司法审计，但在存在初步怀疑但又无法确认是否构成混同的案件中进行司法审计，以查明是否存在财产混同则是较为普遍的做法。正如前文所述，如股东不能提供合理解释与证据，或者股东的解释无法被法院认可，混同情形已十分明显的，法院倾向于直接认定存在财产混同，并不要求进行司法审计。相反，法院对股东的解释只是部分采信的，或者法院虽然采信了股东的解释，但是债权人又提供了证明财产混同的新证据，此时有进行司法审计的必要，债权人可以向法院申请委托第三方机构进行司法审计。如若法院同意的，公司与股东应当提交会计凭证、会计账簿、财务会计报告等与审计事项有关的资料。但公司与股东无正当理由拒不提交的，此时法院可依据民诉法解释第一百一十二条第二款、民诉证据规定第四十八条第一款推定股东与公司构成财产混同。

例如在前述(2020)最高法民申 5116 号一案中，最高院认为，一审法院调取的债务人公司五个银行账户往来明细反映三家公司之间存在多笔大额资金往来，但三家公司和郭×

×均称不清楚债务人公司与三股东之间有无业务往来以及资金往来的原因。一审法院向债务人公司、股东释明启动司法审计的必要性，告知债务人公司及其三股东作为持有人有义务配合提供财务账册，对举证责任的分配并无不当。在法院释明法律后果的情况下，债务人公司及其股东仍不同意财务审计且不配合提供财务账册，故根据民诉证据规定第四十八条规定，原审法院认定案涉财务账册记载了财务混同内容，于法有据。

由此可以看出，债权人提起司法审计并不当然会被允许，债权人至少需要提供关于财产混同的初步证据。最后，财产混同的审计对象是公司账户而非股东账户。因此，如果只是单纯就股东账户进行审计进而作出了股东与公司相独立的结论，是不正确的。

结语

人格混同案件的审理往往纷繁复杂，个案差异较大，本文所列举的案例也是在理想状态下债权人成功救济权利的情形，实操当中债权人需要面临的情况可能复杂的多，此类案件司法裁判的态度往往又是审慎的，债权人需要做好全盘的考虑和准备，方可能挽回坏账损失。下一篇文章笔者将继续分享人格混同案件的裁判规则，欢迎大家关注。

（本文首发于 2022 年 8 月 9 日）

大数据分析，人格混同案件，债权人的举证要点和证明标准

卫新、陈楚翘

此前在《大数据分析，什么行为最容易被认定为财产混同？》一文中，我们分析了人格混同案件中财产混同的举证责任分配，本文我们将继续深入分析财产混同的裁判要点，以及此类案件对损害结果的证明标准。

一、股东无偿使用公司资金或者财产，不作财务记载的认定

前面讲到人格混同案件中对于“财产混同”的举证责任分配，那么“财产混同”本身是如何判定的？股东就资金流水本身提出解释或抗辩时，如何认定资金往来是否构成混同？

1、股东与公司资金往来是否有财务记载？

“不作财务记载”是《九民纪要》第10条提出的行为要件。股东与债务人之间的资金流水，首先要看是否有财务记载。为什么不作财务记载，法院就倾向于认定为财产混同？一方面，公司的所有交易应当符合《公司法》《会计法》等法律法规以及公司规章制度所要求的所有程式与手续，以表明公司是独立于股东的单独主体。另一方面，财务记载可以证明“股东收取涉案款项”的真实目的与实际用途，如收取行为属于临时代收或者是股东向公司的借款等。正如《九民纪要理解与适用》所说：“如果公司作了财务记载，那么就证明股东与公司之间的法律关系是借贷或者借用，而法律并不禁止股东与公司之间的借贷或者借用活动。在有财务记载的情况下，恰恰证明了股东与公司是两个独立的民事责任主体。”而如果股东无偿使用公司资金又不作财务记载，股东亦无法提供其他合理证明的，该行为使得公司的责任财产减少，对外偿债能力下降，此时公司经营风险转嫁给债权人，应当穿透公司面纱要求股东就涉案款项承担连带责任。

2、什么情况下可以认定已作财务记载？

首先，财务记载是指什么？比如公司与股东之间的转账写了备注，公司的明细账能够与转账记录相互对应，是否即可认定做了财务记载而使股东免除责任呢？换言之，股东与公司的资金往来是只要有记录即可，还是需要其他合理凭据？根据《会计法》第九条第一款，公司进行会计核算，应当填制会计凭证，登记会计帐簿，编制财务会计报告。因此，会计法中的财务记载包括会计凭证、帐簿及报告。会计凭证包括原始凭证和记帐凭证，会计帐簿包括总帐、明细帐、日记帐和其他辅助性帐簿，财务会计报告比如季报、年报。按理说，全面完整清晰的财务记载应当包括前述所有的财务资料。

但实务中公司做账（尤其是小型封闭公司）常常有遗漏或不合规之处，股东不一定能向法院提供前述所有的财务资料。笔者认为，只要能提供必要、关键且充分的财务资料供法院判断股东收取资金的行为正当合法即可，其中最重要的是交易合同、付款凭证以及公司账簿。当然，股东还可以提供更全面的财务报表、年度财务报告去证明公司财务规范、财产相互独立。

3、只要有财务记载，股东当然免责？

显然不是。如果财务记载的内容与股东收取行为的用途和目的不能对应或存在不合理之处，法院较大可能否定财务记载的真实性，进而认定股东使用公司资金的行为构成人格混同，例如股东主张从公司取得的资金为借款，且已实际还款，但股东还款时备注的是“往来款”，或者股东还款时是大额现金还款且不存在支付凭证，或者财务记载的股东从公司取得财产并为公司支出的证据不充分，例如只有合同、发票，但并无股东付款记录等。

二、债权人需证明混同行为导致其利益严重受损

1、债权金额>财产混同金额

除了要证明财产混同的事实外，债权人还需要举证证明股东滥用法人独立地位、与公司人格混同的行为造成了“严重损害债权人利益之结果”。《九民纪要理解与适用》中提到，认定人格混同要达到“严重”损害公司债权人利益的程度，“滥用”行为往往具有持续性，一般很少出现一次行为就认定为滥用。笔者也检索到了司法判例中对“严重”损害债权人利益的认定进行严格评判的，法院裁判要求股东使用公司财产的金额远超债权人向公司追偿的债权金额。在(2020)苏02民终1416号案件中，股东直接从第三方处收取了公司资金，但无锡中院认为，与债权人追偿的债权金额相比，金额并不大，暂且不论代收金额是否构成股东对公司财产的无偿使用，即使构成，股东的使用行为也达不到严重侵害公司利益的程度，进而不能认定股东与公司构成混同。在(2019)沪02民初37号案件中，上海二中院认为，即便第三人存在替被告支付部分租金、低价转让股权等行为，其金额也远远低于原告对第三人的债权金额，原告因被告的行为受到的损害尚达不到“严重”程度，不能因此而否定第三人公司人格。原告可通过其他法律规定的途径主张自身权利。可见，若股东从债务人公司取得的款项如果显著少于债权金额的，认定“严重”损害债权人利益将存在难度。

2、股东向债务人收取金额>股东向债务人支出金额

这一点主要体现为虽然股东与债务人公司之间有“往”有“来”，但总体来说债务人的资金向股东净流出。若公司向股东提供资金的，本文简称为“收取金额”；若股东向公司提供资金的，本文简称为“支出金额”。笔者在大数据分析过程中发现，认定资金往来构成混同的8个案件中，有6个案件均可以从判决书中明确找到股东收取金额大于支出金额的事实，股东与公司之间的资金往来净结算情况最终体现为债务人资金流向股东。相反，在存在资金往来但不构成混同的案件中，法院认定不构成混同的主要原因之一就是股东收取金额大于支出金额，也就是说简单算下来公司资金并未因此减少。因此，是否构成损害债权人利益，核心是看股东收取金额是否大于支出金额，并且要由债权人承担举证责任。

3、特别情形——股东直接收取涉案款项

本次检索样本中，“股东收取涉案款项”是第二常见的财产混同行为，具体是指股东（而非公司）直接从债权人处收取了基础债权的款项，发生基础债权纠纷而债务人无法清

偿时，债权人据此主张财产混同。此时虽然债权金额与财产混同的金额相当，并未显著超出财产混同的金额，甚至除了“股东收取公司涉案款项”的财产混同行为外，债权人无法证明股东存在其他财产混同行为，但**这种情况下，如果股东未能证明该款项全额转付给公司或用于公司经营，法院更倾向于认定股东收取行为导致股东财产与公司财产无法区分，要求股东承担混同责任。**

笔者认为原因有两点：**一是因果关系的直接性**，“股东收取涉案款项”的财产混同行为与公司无法向债权人偿还涉案款项的损害结果具有直接、显著的因果关系；**二是损害金额的对应性**，即债权人请求股东返还款项的金额与股东收取的涉案款项金额是相当的，从实质正义的角度出发，要求股东承担连带责任不会导致不公平的结果。

4、特别情形——股东收取公司款项未达到否认公司人格的程度时，股东仍可能在单笔转移资金范围内承担责任

当滥用程度没有达到严重损害债权人利益的程度，如债务人公司仅存在单笔或少笔向股东的付款行为，且公司向股东付款金额远小于债权金额的，根据最高院目前的观点，不能认定构成混同，就付款行为本身造成的债权人利益损失，债权人有权通过其他路径进行追偿，如抽逃出资、代位权追偿。

比如在最高院的公报案例（2019）最高法民终 960 号案件的裁判摘要中提到：“公司股东仅存在单笔转移公司资金的行为，尚不足以否认公司独立人格的，不应依据公司法第二十条第三款判决公司股东对公司的债务承担连带责任”。该案中，债权人将涉案 3.2 亿元款项支付给债务人公司后，债务人于次日将其中的 3000 万元支付给股东。债权人诉请债务人返还涉案 3.2 亿元，虽然仲裁取得胜诉裁决但未能执行到位，债权人要求股东就债务人不能清偿部分承担清偿责任。值得注意的是，**该案中股东从公司处收取的款项只是债权金额的 10%左右，股东也并非直接从债权人处收取涉案款项**，因此该案与前述“股东收取涉案款项”的情形有所不同。**股东的涉案行为达不到严重损害债权人利益的结果，再加上债权人无法证明股东存在其他财产混同行为，因此，法院认为尚不足以认定股东与公司之间构成财产混同。**最终法院按抽逃出资认定了股东责任，法院认为，股东从公司取得 3000 万元资金的行为客观上转移并减少了公司资产，降低了公司的偿债能力，根据“举重以明轻”的原则，参照关于股东抽逃出资情况下的责任形态之规定，可判决公司股东对公司债务不能清偿的部分在其转移资金的金额及相应利息范围内承担补充赔偿责任。

结语

根据九民纪要关于人格混同的规定要旨，股东对公司债务不承担责任是一般规则，判令股东承担连带责任则是例外。在当前司法裁判中，人格混同的适用较为审慎，债权人举证难度又高，在这种情况下首先找到混同的突破口，寻求初步证据，通过调查令、司法审计等司法调查权进一步搜集证据，可能是较为可行的做法。

（本文首发于 2022 年 8 月 16 日）

债务人利用关联交易损害债权人利益，

债权人能否向关联公司追偿？

卫新、徐沁芳、周徐乐

此前我们分析过债权人如何通过共同侵权来追偿债务人及其关联公司。本文中，我们将进一步探究，债务人通过关联交易损害债权人利益、逃避债务时，债权人如何通过代位权、撤销权和恶意串通无效之诉追偿债务人及其关联公司，并对比、总结三种路径的优劣，以期为债权人进行坏账追偿提供新的思路。

一、债权人代位权、撤销权及恶意串通之诉的构成要件及审理要点

(一) 债权人代位权之诉

债权人的代位权是指债务人应当行使却不行使其对第三人（次债务人）享有的权利而有害于债权人的债权时，债权人为保全自己的债权，以自己的名义代位行使债务人的权利。简单来说就是债务人有一笔债权却不去追索，导致债务人偿债能力降低，因此法律赋予债权人代为追索的权利。具体到关联交易中，表现为债务人怠于向其关联公司主张合法有效的到期债权，导致债务人其他财产不足以清偿对债权人的债权。

例如，在(2022)皖03民终174号案件中，张××经生效法律文书确认享有对利×公司的债权，判决生效后未得到清偿。利×公司的关联公司东×电子，从第三人处受让了一笔对利×公司的债务，但东×电子受让债务后并未向利×公司清偿，利×公司也一直未主张到期债权。法院认定本案中，利×公司与东×电子实际是关联公司，实际控制人是石某。**同时法院认为，本案是债权人代位权诉讼，张××对利×公司享有合法到期债权。利×公司作为东×电子的债权人怠于行使其债权，在客观上已对张××的合法权益已造成损害，张××以自己的名义代位行使利×公司对东×电子的权利，符合代位权诉讼的构成要件，故判令东×电子代利×公司向张××支付欠款386.75万元。**

可见，此类案件法院并不会过多审查关联交易的情形，更多地会聚焦于是否符合代位权基本构成要件判断。¹ 并且，代位权诉讼也并不局限于债务人与关联公司的关联交易，债务人怠于行使权利追索对外债权的，债权人均可追索。

¹ 结合现行民法典第五百三十五条的规定及学理，债权人代位权的构成要件为：

- (1) 债权人对债务人的债权合法、有效、到期（保存行为除外）；
- (2) 债务人对次债务人的债权合法、有效、到期；
- (3) 债务人怠于行使对次债务人的债权，并因此损害债权人的债权；
 - 3.1 债务人不以诉讼或仲裁方式向其债务人主张到期债权
 - 3.2 债务人除了对次债务人的债权之外，债务人的其他财产不足以清偿对甲的债务
- (4) 债务人对次债务人的债权不具有专属性。

(二) 债权人撤销权之诉

债权人的撤销权指当债务人行为导致其财产减少、危害债权实现时，债权人可以请求法院撤销该行为的权利。

结合《民法典》第 538 条和 539 条的规定，债权人行使撤销权需满足以下条件：

(1) 债权人对债务人的债权合法、有效（但无须到期）；(2) 债务人在负担债务之后，存在有害债权人债权实现的行为——该等法律行为，既包括特定的无偿法律行为，如放弃债权、放弃担保、无偿转让财产等，也包括特定的有偿法律行为，如不合理低价转让、不合理高价收购、设定担保等。若债务人通过有偿法律行为转移财产的，还需要具备“债务人、受益人或受让人具有恶意”这一主观要件。因此，区分债务人和关联方实施的危害债权实现的行为是有偿还是无偿，行使撤销权需要满足的构成要件亦有差别。

在债务人为无偿行为时，法院一般从撤销权的客观要件本身出发，无需考虑主观恶意，因此债务人和受让人之间的关联关系并不影响裁判结果。原因在于，此时行为的受益人没有支付对价，无论债务人、受让人是否恶意，此时债权人利益更值得保护。

例如，在（2020）黔 06 民终 1560 号案中，田×霞对田×秀享有债权，田×秀通过无偿赠与方式将其所有的房屋转移至张×钰名下。经法院查明，田×秀与张×钰系母女关系。法院认为，母女之间赠送财产实属合理，不存在逃避债务的恶意和必要。但田×秀在明知自己对田×霞负有巨额到期债务的情况下，还将涉案房屋无偿赠与给张×钰，使自己的财产不足以清偿对田×霞的债务，以致田×霞的债权至今无法执行，从而陷入履行不能，损害了田×霞的债权。因此本案符合债权人行使撤销权的构成要件，田×霞有权撤销田×秀的房屋赠与行为。可以看到，无偿行为的撤销的认定，只需具备客观条件即可，无需具备主观恶意。

在债务人为有偿行为时，除具备客观要件外，还需要具备主观恶意，才能认定撤销。理由在于，撤销权是对已经成立的法律关系的破坏，从维护交易安全角度应当严格限制撤销权的行使条件。为保护受益人的利益，只有在主观恶意情形下，赋予债权人撤销权更合理。债务人和受让人之间的关联关系，往往是影响恶意认定的重要因素。

例如，在农业银行与钱×、姚×、钱×雯债权人撤销权纠纷案中，钱×明知对农业银行负有连带担保责任，仍将自己与妻子姚×共有的两套房产以不合理的低价转让给女儿钱×雯，并办理了过户手续。法院认为，钱×、姚×以 35 万元的价格将各自在房屋 A 和房屋 B 中的权属部分转让给钱×雯属于以明显不合理的低价转让财产，而钱×、姚×系夫妻，钱×雯系钱×、姚×之女，鉴于上述家庭关系，应当认定钱×雯对“明显不合理的低价转让财产”是知情的。上述转让协议签订明显削弱了钱×履行合同的能力，对农业银行造成了损害，因此判决撤销上述签订的两套房产转让协议。

(三) 恶意串通之诉

债务人与其关联公司恶意串通损害债权人债权，债权人可请求确认合同无效，关联公司取得的财产应当向债务人予以返还，若不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。

结合《民法典》第一百五十四条的规定，其构成要件为：(1) 具有损害的恶意：至于该恶意程度，要求债务人与关联方意识到将对债权人造成损害，且追求（希望）损害之发生。(2) 行为人和相对人之间须有串通：要求债务人和关联企业双方均为故意且有意思联

络。(3) 客观上损害了他人的合法权益：表现为债务人无资力清偿，导致债权人的债权受到损害。

例如，在(2012)民四终字第1号案件中，嘉×公司对金×公司享有债权。债务人金×公司允诺将其所有的全部资产，包括土地使用权、建筑物和固着物、所有的设备及其他财产抵押给嘉×公司，作为偿还债务的担保，但未配合办理资产抵押手续。而后，债务人金×公司将主要资产以不合理低价转让给关联企业田×公司。法院认为，金×公司、田×公司在签订和履行《国有土地使用权及资产买卖合同》的过程中，**其实际控制人之间系亲属关系，且实控人夫妇分别作为两公司的法定代表人在合同上签署，说明田×公司对于债务人的资产状况和负债情况是明知的。在明知债务人欠债权人嘉×公司巨额债务的情况下，田×公司以明显不合理低价购买金×公司的主要资产，足以证明其与金×公司在签订合同时具有主观恶意，属恶意串通**，且该合同的履行足以损害债权人嘉×公司的利益，故法院认定合同无效并判令田×公司将财产返还至金×公司名下。

二、 债权人代位权、撤销权及恶意串通之诉的总结及建议

结合法律规定及实务案例，我们分析并对比了三种追偿路径，结合不同追偿路径对合同效力的影响、证明要求、对债务人及债权人的最终法律效果，简要分析如下：

追偿路径	关联交易的合同效力	关联关系对构成要件认定的影响	对债权人的法律效果
债权人代位权	有效	公司之间是否关联并不影响法院对于代位权的认定	次债务人直接向债权人清偿
债权人撤销权	可撤销，判决撤销前有效，判决生效后自始无效。	在 有偿 关联交易情形下，关联关系的认定，对于判断债务人和相对人存在“恶意”具有意义	入库规则（追偿后果先返还至债务人，债权人再主张受偿），债权人无优先受偿权
恶意串通	自始无效	关联关系是判断相对人对债务人资产负债状况知情、与债务人存在意思联络、故意损害债权的关键	财产返还至债务人，不直接向债权人返还

经过上述分析，我们希望从以下三个方面对债权人选择代位权、撤销权和恶意串通之诉进行救济的利弊作出总结：

1. 债权人利益保护效果：债权人代位权 > 债权人撤销权 = 恶意串通之诉

在债权人代位权诉讼中，债权人通过诉讼可以直接受偿。但债权人撤销权和恶意串通之诉则不是如此，这两个制度意在维持债务人的责任财产，所以追回的财产应先向债务人返还，归入债务人的一般财产，若债务人到期仍不履行债务，债权人需另行向法院请求强

制履行来受偿。因此，从债权人利益保护效果来看，债权人代位权之诉能使债权人利益得到最直接的保护。

2.证明难度：恶意串通之诉>债权人撤销权>债权人代位权

债权人代位权的行使，无需证明主观状态。债权人撤销权制度，仅在有偿法律行为时，要求证明主观恶意，该恶意的证明标准较低，仅要求观念主义的恶意。恶意串通之诉，主观恶意是其必备要件，且恶意的证明标准高，要求是意思主义的恶意，还需具有意思联络。

但从现有案例来看，关于撤销权和恶意串通的“恶意”的举证，在关联交易场合下并没有明显的差别，甚至部分案例是在债权人的撤销权逾期未行使（已过除斥期间）的情况下，转而通过“恶意串通之诉”来主张。法院认定债务人和相对人存在关联关系的，即会认为相对人对于债务人所负债务明知、双方存在意思联络、对债权人债权有损害故意。尤其是当关联交易同时存在价格不公允的客观情况，或关联关系的实控人亲自签署合同等事实，则恶意程度更高。

因此，根据“恶意”的证明要求，恶意串通之诉的举证难度略高于债权人撤销权之诉，明显高于债权人代位权之诉。

3.权利期间长短：恶意串通之诉>债权人代位权>债权人撤销权

恶意串通之诉，是请求法院确认合同无效的确认之诉，不受诉讼时效限制。债权人代位权系请求权，适用一般诉讼时效规定。债权人撤销权，在性质上属于形成权，且是诉讼形成权，必须经由诉讼来行使，受到除斥期间的限制，行权期限最短。

因此，从债权人享有权利期间的角度，恶意串通之诉对债权人维权的时效要求最低，其次是债权人代位权之诉，维权时效要求最高的是债权人撤销权之诉，最短为当事人知或应知撤销事由之日起一年内，最长保护时效为民事法律行为发生之日起五年。

三、 结语

以上三种保护债权的方式与途径，各有利弊。在诉讼时效未经过的前提下，建议选择债权人代位权，在债权人保护和证明难度上都是三者中的最优解。在关联交易存在效力瑕疵情况下，可以优先选择债权人撤销权方式来进行维权，若除斥期间经过，可再考虑通过恶意串通之诉来处理。债权人应结合案件具体情况的不同，综合判断并进行选择。

（本文首发于 2022 年 8 月 23 日）

公司无力偿债？先看看股东有无抽逃出资

卫新、赵昕

公司不能清偿到期债务的情形时有发生,很多债权人历经艰难赢得诉讼后申请人民法院强制执行,得到的结果却是“未发现被执行人有可供执行的财产,裁定终结本次执行程序”。若是公司注册资本已经实缴,除却发生经营亏损导致公司没有资产可供偿债外,也存在公司股东抽逃出资的可能。

《公司法司法解释三》第十二条列举了三种较为常见的抽逃出资情形,分别为:(1)制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配;(2)通过虚构债权债务关系将其出资转出;(3)利用关联交易将出资转出;(4)其他未经法定程序将出资抽回的行为。本文将结合司法判例分析实践中常见的抽逃出资情形和法院裁判观点,以期为债权人追偿提供思路。

一、制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配

根据《公司法》第一百六十六条的规定,公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润,可以用来分配。如果股东修改资产负债表或者利润表,例如增加资产、收入,减少负债使得股东可分配的利润增加,而公司的权益减少,则可能被认定为抽逃出资。检索相关案例,制作虚假财务会计报表的做法较为少见,通常的违法行为是在**不具备利润分配条件或是不符合《公司法》规定的利润分配条件时,公司股东依旧分配利润。**

1.不具备利润分配条件

公司没有盈利但股东仍旧分配利润,易被法院认定为抽逃出资。在(2009)深中法民七初字第13号一案中,公司清算组发现被告股东在出资440万元并取得验资证明后的十日内,即从公司取回200万元利润,而公司当年的《资产负债表》显示,年度利润仅有9,201.29元。公司清算组起诉称,被告股东未能证明《资产负债表》数据记载错误,也未能证明取回200万元利润存在其他依据,属于抽逃出资。法院认为,被告股东在**不具备利润分配条件下,以利润分配款的形式**从原告处获取200万元的行为符合《公司法司法解释三》第十二条“虚增利润进行分配”的规定,判决其返还抽逃的出资本息。

2.不符合《公司法》规定的利润分配条件

根据《公司法》相关规定,公司进行利润分配需要由董事会制定方案并由股东会批准,相关条件未成就,股东就取得利润的,易被法院认定为抽逃出资。在(2015)青执异字第13号一案中,公司股东在退伙时签订《退伙协议书》,其中约定,该股东因建房从公司用去现金142,937.60元,作为合伙经营期间的受益分配,不再归还;公司另外一次性支付5,000元并赠与8台冰柜给到该股东。法院认为,本案股东得到的所谓受益147,937.60元,**既没有根据公司的经营情况制定出利润分配方案,也没有经过股东会的批准,不符合《公司法》规定的利润分配条件,**不能认为是该股东应得的利润。该股东获得受益的行为最终被认定为抽逃出资。

二、通过虚构债权债务关系将其出资转出

“通过虚构债权债务关系将出资转出”主要是指股东虚构交易关系，以支付货款、服务费用的名义将出资转出；或虚构借贷关系，以支付借款的名义将出资转出。

1.虚构交易关系

交易并未真实发生，公司就虚假对价向股东支付费用，股东构成抽逃出资。在(2016)最高法民终 324 号一案中，二股东签订《合作协议书》，约定：双方共同合作开发建设某“填海造地项目”，合资公司成立后，公司应向股东支付 3500 万元作为股东协助公司获得该项目而发生的前期工作费用。对此法院认为，**股东未能证明“前期工作费用”真实发生**，股东与公司间未产生 3500 万元的债权债务关系，该股东从公司取回 3500 万元的行为属于抽逃出资。

2.虚构借贷关系

股东出资后又向公司借出大笔款项，借款行为显属异常且未归还，股东构成抽逃出资。在(2017)京 02 民终 4337 号一案中，股东将 255 万元作为出资汇入公司账户，通过验资审核后，次日即将 255 万元全额转出。股东向法院提交其与公司间签订的《借款合同》，以此证明该 255 万元是向公司借取的款项而非抽逃出资。法院经审查认为，**《借款合同》未约定利息、未设定担保，亦未按照公司章程规定经董事会过半数以上董事通过**；同时股东于出资次日即将款项转出，**时间间隔极短、抽逃出资的主观恶意明显。故《借款合同》不能证明借贷关系真实存在**，该借款实为抽逃出资。

三、利用关联交易将出资转出

“利用关联交易将出资转出”是指股东操控公司与股东关联方进行交易，通过交易将公司资产转移至股东关联方，以达到抽逃出资的目的。

司法实践中，股东操控公司进行的关联交易往往也是虚假交易。在(2016)浙民再 8 号一案中，被告三位股东以预付针织内衣货款、购货款、购材料名义分别从公司转出 2,995,900 元、150 万元、1,899,481.80 元，收款人则为三股东的关系人或配偶投资设立的公司。被告三股东抗辩称款系因正常交易而产生，却未提供任何证据加以证明，结合公司管理人在接管公司财务账册后**没有发现任何相关交易的合同、发票、入库单、账面存货记录等事实**，法院最终认为被告三股东以**虚构债权债务关系将其出资转出或利用关联交易将其出资转出的方式抽逃出资**。

四、其他未经法定程序将出资抽回的行为

股东抽逃出资的方式实际上五花八门，除《公司法司法解释三》第十二条列举的三种情形外，还有其他情形则可认定属于“其他未经法定程序将出资抽回的行为”。

1. 验资后股东直接/间接将出资撤回

部分股东在验资完成后直接将出资款转回。在(2015)民申字第 2996 号一案中，2010 年 12 月 6 日，股东汇入公司新增注册资金 5500 万元，并完成验资与工商变更登记。2010 年 12 月 16 日，**股东即以“返还验资”的形式将 5500 万元连同利息一并收回**。本案中股东虽然

抗辩对公司的实物投入价值已经远远超出 5500 万元，但法院认为**公司注册资本与公司资产并不能够混为一谈**，股东依旧构成抽逃出资。

部分股东抽逃出资的行为则较为隐蔽，往往通过中间通道将款项收回。在(2021)豫民终 1034 号一案中，股东将增资款项转入目标公司后，目标公司即以“债权投资”的名义将资金出借给有关合作社和其他单位，而有关合作社和其他单位又对股东实控的基金会存在欠款并使用收到的资金归还了相关欠款。股东在基金会收到还款后，对基金会进行了减资并将减资款实际收回。本案中法院并未讨论目标公司对有关合作社和其他单位进行债权投资的合理性，也未深入讨论基金会对有关合作社和其他单位享有的债权是否真实有效，而是从款项的流转和最终去向，基金会减资流程的瑕疵两方面综合认定股东存在抽逃出资的行为。法院认为，首先，相关银行账户历史交易明细清单显示，**股东从基金会收回的款项实质来源于目标公司**。其次，**股东收回款项的时间早于基金会作出减资决议的时间**。最后，**基金会的减资并未进行工商登记，国家企业信用信息公示系统未显示该基金会存在减资**。最终，股东被认定为抽逃出资。

2. 公司为股东内部股权转让支付转让款

公司为股东内部股权转让支付转让款，实际是以公司独立财产为股东个人承担债务，侵犯了公司权益。在(2017)苏 13 民终 4988 号一案中，公司股东任某某与付某某协商一致转让股份，付某某就未支付的 160 万元股权转让款向任某某出具借条并加盖公司财务专用章。法院认为，公司为内部人员之间进行的股权转让行为支付价款侵犯了公司的财产权，亦侵犯了公司债权人基于公示登记而对公司资本状况的信赖利益，属于《公司法司法解释三》规定的“其他未经法定程序将出资抽回的行为”，不具有法律效力。

3. 股东将公司资产转到自己名下

在(2020)最高法民申 1384 号一案中，原股东曾以轮船进行增资，其后公司股权发生转让，各方约定由原股东承担公司交割日前的税务、注册资本和债务风险责任等，公司名下的轮船权属则归原股东所有。法院认为，**原股东同意承担上述风险债务不能径直等同于其已就轮船的取得向公司支付了合理对价**，公司仍将因资产减少而发生利益受损的可能。同时公司至今未就轮船权属转出办理相关的减资、权属变更登记等手续。故股东取得轮船权属的行为，当属抽逃出资。

4. 以股权退出名义将出资款抽回

在(2013)民申字第 286 号一案中，公司向股东退还 1500 万元股权投资款并单独支付 1000 万元红利作为买断股权的对价，但双方未办理相应的减资或股权变更手续。法院认为上述事项构成“其他未经法定程序将出资抽回的行为”，判决股东返还 2500 万元抽逃的出资。

5. 擅自将股东出资变为股东向公司发放的借款

在(2014)民提字第 00054 号一案中，2008 年 8 月 4 日，股东将 510 万元增资款打入公司账户，公司会计凭证将 510 万元记载为“实收资本”。《公司章程》载明该股东认缴出资 510 万元，《股东会决议》则明确 510 万元股金已经到账。

2010 年 11 月 20 日，公司另一股东兼授权代理人就 510 万元向该股东出具借条，约定由公司承担利息和本金归还。借款全部清偿后，该股东起诉要求确认其股东资质。法院认为，股东打入公司账户的 510 万元性质上为出资款，且为《公司章程》所确认，为公司的法人财产。无论是股东主动要求公司将其出资转变为借款，还是授权代理人代表公司向股东出具《借条》并将出资作为借款偿还，或是股东与公司协商一致，将出资转变为借款而归还，本质上都是根本改变股东对公司出资性质的违法行为。即便该出资尚未完成工商变更登记，抽逃也为《公司法》所禁止。最终法院确认了该股东的股东资格。

五、结语

根据《公司法司法解释三》第十四条的规定，债权人有权请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任，协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任。

故此，当公司注册资本已经实缴但仍旧不能清偿债务时，债权人可以看看股东是否有抽逃出资。一旦股东抽逃出资的行为被法院认定，债权人就可要求其对公司债务进行清偿，还可以要求协助抽逃出资的其他人员承担责任，这无疑会极大提高债务得到清偿的可能性，保护债权人的合法权益。

(本文首发于 2022 年 9 月 26 日)

劳动人事

用人单位未支付竞业限制经济补偿，劳动者是否需承担竞业限制违约责任？

杨轶菡、季一玮

前言

随着市场竞争的激烈化和多样化，用人单位对商业秘密保护和优秀人才的招揽越来越重视，竞业限制协议的使用范围也随之扩大，很多用人单位甚至将签署保密和竞业限制协议作为入职流程之一，要求员工在签署劳动合同的同时签署竞业限制协议。但是，在员工离职时，有的用人单位并没有明确向员工告知是否免除其竞业限制义务，也没有在员工离职后支付竞业限制补偿金。在此情况下，员工则陷入非常尴尬的境地，去用人单位竞争单位工作可能面临竞业限制违约责任，但不去竞争单位工作则意味着再就业工资很可能降低，却又得不到任何经济性补偿。那么，用人单位未支付竞业限制经济补偿的，劳动者是否要履行竞业限制义务并承担竞业限制违约责任呢？

本期，我们将分享两个典型案例，第一个是人力资源和社会保障部和最高人民法院在2020年7月10日联合发布的第一批劳动人事争议典型案例中的第12号案例；第二个是2018年7月5日上海市第一中级人民法院发布的《竞业限制纠纷案件审判白皮书》中的第三个案例。

裁判要点

《人力资源社会保障部 最高人民法院关于联合发布第一批劳动人事争议典型案例的通知》【人社部函[2020]62号】典型案例12（以下称“人社12号案例”）裁判摘要：

劳动合同解除或终止后，因用人单位原因未支付经济补偿达三个月，劳动者此后实施了竞业限制行为，应视为劳动者以其行为提出解除竞业限制约定，用人单位要求劳动者承担违反竞业限制违约责任的不予支持。

上海市第一中级人民法院发布的《竞业限制纠纷案件审判白皮书》典型案例三（以下称“白皮书3号案例”）裁判摘要：

当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。劳动者依据法律规定，解除了双方的竞业限制协议后，并不丧失按约定主张违约金的权利。

归纳

用人单位未支付竞业限制经济补偿，劳动者是否需承担竞业限制违约责任应以未付期限是否超过三个月为分界线：

（1）用人单位未支付竞业限制经济补偿尚未超过三个月的，劳动者仍然应当承担竞业限制义务，如违反竞业限制义务的，应当承担竞业限制违约责任；

(2) 用人单位未支付竞业限制经济补偿超过三个月的，劳动者依法可以解除竞业限制约定，无需继续履行竞业限制义务，如有竞业行为的，无需承担竞业限制违约责任。

案情与裁判

(一) 人社 12 号案例案件



基本事实请见以上时间轴，乐某在离职 11 个月之后入职了 B 银行，A 银行就此提起劳动仲裁，要求乐某支付违反竞业限制义务违约金 200 万元并继续履行竞业限制协议，最终仲裁委员会裁决驳回了 A 银行的仲裁请求。裁判理由摘要如下：

依据《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)第二十三条第二款规定：“对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。”由此，竞业限制义务，是关于劳动者在劳动合同解除或终止后应履行的义务。本案中，双方当事人¹在劳动合同中约定了竞业限制条款，劳动合同解除后，竞业限制约定对于双方当事人发挥约束力。《劳动合同法》第二十九条规定：“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。”《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(四)》(法释〔2013〕4号)第八条规定：“当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。”**用人单位未履行竞业限制期间经济补偿支付义务并不意味着劳动者可以“有约不守”，但劳动者的竞业限制义务与用人单位的经济补偿义务是对等给付关系，用人单位未按约定支付经济补偿已构成违反其在竞业限制约定中承诺的主要义务。**具体到本案中，银行在竞业限制协议履行期间长达 11 个月未向乐某支付经济补偿，造成乐某遵守竞业限制约定却得不到相应补偿的后果。**根据公平原则，劳动合同解除或终止后，因用人单位原因未支付经济补偿达三个月，劳动者此后实施了竞业限制行为，应视为劳动者以其行为提出解除竞业限制约定，用人单位要求劳动者承担违反竞业限制违约责任的不予支持，故依法驳回银行的仲裁请求。**

(二) 白皮书 3 号案例



基本事实请见以上时间轴，在本案中，双方约定的竞业限制协议中约定了如果用人单位未按约定支付竞业限制补偿金，用人单位也应支付 5 万元的违约金。滕某在离职之后未收到竞业限制补偿金，主动提出了两轮仲裁诉讼。

第一轮仲裁，滕某要求解除竞业限制约定，理由是因锋亚公司的原因导致三个月未支付经济补偿，该主张得到了仲裁的支持。

第二轮仲裁诉讼，滕某要求锋亚公司按照竞业限制约定向其支付违约金，并支付竞业限制约定解除前的三个月竞业限制补偿金，该主张也得到了仲裁和法院的支持。法院裁判理由摘要如下：

双方签订的保守商业秘密及竞业限制协议系双方当事人的真实意思表示，关于违反协议约定而需承担违约责任的条款并未违反法律强制性、限制性规定，当属有效。生效判决已认定锋亚公司违反了上述协议约定未按期支付滕某竞业限制补偿金，故锋亚公司应承担相应的违约责任。最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》规定，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者可以请求解除竞业限制约定。该司法解释赋予劳动者相应的解除权，滕某在前案诉讼中依据法定解除权解除了双方的竞业限制协议，但并不丧失向锋亚公司主张违约金的权利。本案中，双方对违约金金额的约定尚属合理，难谓畸高，故锋亚公司关于调整违约金的上诉请求，不予支持。据此，驳回上诉，维持原判。

相关法条

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十七条：

当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，当事人解除劳动合同时，除另有约定外，用人单位要求劳动者履行竞业限制义务，或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付经济补偿的，人民法院应予支持。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十八条：

当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。

反思与总结

在实践中，用人单位与员工约定了竞业限制义务但在员工离职后却没有支付竞业限制补偿金的，往往是出于三种原因：

“忘了”：有些用人单位将竞业限制条款作为入职文件的普适性条款，但是并未在员工离职之前进行是否免除员工竞业限制义务的评估。然而，离职文件的模板中也没有是否免除竞业限制义务的提示批注，即用人单位忘了竞业限制的约定，遂造成此类争议。

“以为协议未生效”：有些用人单位会认为如果在离职时书面通知员工履行竞业限制义务的，竞业限制协议才生效，用人单位才要支付竞业限制补偿金；如果没有通知员工履行竞业限制义务的，竞业限制协议没有生效，用人单位无需支付竞业限制补偿金，遂造成此类争议。

“以静制动”：有些用人单位知晓员工负有竞业限制义务，但是不确定员工是否会在离职后去竞争单位工作，故选择以静制动的方式，如果员工确实去了竞争单位工作且对本单位市场竞争力有较大影响的，则提起劳动仲裁主张员工的违约责任。

但是，无论是出于哪种原因，用人单位不应当滥用劳动关系的实质不平等性，随意免除用人单位自己的法定责任，而排除劳动者的合法权益，否则，最终可能搬起石头砸自己的脚。对此，我们总结了一些小建议，希望供各位读者讨论与参考：

1.合理确定签订竞业限制义务的**员工范围**（高级管理人员、高级技术人员和实际负有保密义务的人员）；

2.在签订有竞业限制协议的员工离职之前，人事部门和相关业务部门应根据员工实际接触的商业秘密的重要性和时效性评估是否免除员工竞业限制义务和是否缩短竞业限制期限；如果无需员工离职后履行竞业限制义务的，则应至迟在员工离职之日向员工书面告知；

3.在离职文件的模板中应添加是否免除竞业限制义务的批注，避免出现遗漏的情形；

4.如果无需员工履行竞业限制义务，但是在离职文件中遗漏告知免除义务的，用人单位应及时了解员工当前的就业状况，根据员工离职前实际接触的商业秘密的重要性和时效性以及剩余竞业限制期限评估决定是继续履行还是尽早解除竞业限制协议。

（本文首发于2022年7月13日）

用人单位能否以股权等非金钱方式支付竞业限制补偿？

杨轶菡、季一玮

前言

根据《劳动合同法》第二十三条和《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第三十六条的文义，竞业限制补偿应当在解除或终止劳动合同后的竞业限制期限内按月支付。然而，作为商业秘密保护的措施之一，竞业限制义务是一种不作为义务，用人单位并不能直观感受到员工履约带来的收益。加之很多用人单位认为员工离职之后并没有为用人单位提供实际的劳动服务，因此，在实践中，逐渐出现了花样百出的竞业限制补偿给付方式，比如：将在职期间的劳动报酬拆出一部分作为竞业限制补偿；在离职补偿中增加一定金额作为竞业限制补偿一次性支付；将递延至离职后的奖金作为竞业限制补偿；将股权激励收益作为竞业限制补偿等等。

本期我们将分享两个实践中以股权作为竞业限制补偿的案例，共同探讨用人单位能否以股权等非金钱方式支付竞业限制补偿。第一个是 2018 年 7 月上海市第一中级人民法院发布的《竞业限制纠纷案件审判白皮书》中的第一个案例（以下称“**白皮书 1 号案例**”）；第二个是 2021 年北京市第一中级人民法院作出的作业帮教育科技（北京）有限公司等劳动争议二审民事判决书【案号：（2021）京 01 民终 1751 号】（以下称“**作业帮案**”）。

裁判要点

白皮书 1 号案例裁判归纳：

用人单位与劳动者签订竞业限制协议，并约定以股权作为保密与竞业限制义务的对价，该约定有效。劳动者违反竞业限制义务，用人单位可以请求劳动者返还相应股权及其收益。

作业帮案二审裁判归纳：

非上市公司与劳动者以股票期权作为竞业限制补偿支付方式的约定无效。对于非上市公司的股票期权，其行权、盈利、价格、流转等方面都不具有确定性。相较于劳动合同法关于竞业限制补偿的规定，这些特征对劳动者较为不利：劳动者能否因行权而盈利、盈利能否达到法定竞业限制的最低标准都难以确定。

案情与裁判

(一) 白皮书 1 号案例



基本事实请见以上时间轴。入职海舟公司后，公司与余某签订《保密与不竞争协议》，以股票作为竞业限制义务的对价。余某在离职后的一个月内入职了海舟公司的竞争企业。海舟公司就此提起劳动仲裁，要求余某按约定返还股票及其收益。仲裁委以海舟公司的请求不属于劳动争议受理范围为由，通知不予受理。海舟公司对此不服，遂向法院起诉。其主张得到了法院的支持，法院裁判理由摘要如下：

一审法院认为，协议书系双方真实意思表示，其中关于余某承担竞业限制义务及相应违约责任的约定，于法无悖，应为有效。根据协议书，余某应承担的违约责任是向海舟公司返还所有任职期间行使限制性股票所生之收益。二审法院亦认为双方有权以股票作为竞业限制义务的对价。

（二） 作业帮案



基本事实请见以上时间轴。高某 2015 年入职作业帮公司，2018 年 8 月离职，并与作业帮签订《保密与不竞争协议》。而后，2019 年 8 月，高某提起劳动仲裁，要求作业帮支付竞业限制补偿。因仲裁委不支持该请求，高某向法院提起诉讼。一审法院驳回了高某关于竞业限制补偿的请求。二审法院改判，支持了高某的该项诉讼请求。二审法院的裁判理由摘要如下：

劳动合同法明确规定竞业限制补偿的支付方式，**目的在于解决劳动者因竞业限制造成的就业受限而可能带来的生活困难，为其生活提供持续的经济保障。**因此，该规定属于**强制性规定**。倘若双方约定的支付方式和时间的约定对**劳动者更为有利时，则双方约定有效；若对劳动者更为不利，则应认定该约定无效。**在本案中，双方约定以股票期权作为竞业限制的补偿形式。对于股票期权，是否行使权利，很大程度上取决于在合约规定的行权期间，股票价格与购买期权价格之间是否存在差价从而能够获利。作业帮母公司目前并未公开上市，因此，其股权并不存在一个各方接受的、确定的交易价格。**劳动者能否因行权而盈利、盈利能否达到法定的竞业限制补偿的最低标准都难以确定。**此外，因未公开上市，该股票期权无法像货币一样随时兑现，欠缺流动性。这些特征使得，如果按照双方的约定，则**相对于劳动合同法的强制性规定，对劳动者较为不利。**因此，法院认定以非上市公司股票期权作为支付方式的约定无效，应当视为双方未约定经济补偿。故而，法院支持高某的请求，高某有权按其离职前月平均收入的 30%取得竞业限制补偿。

相关法条

《劳动合同法》第二十三条

用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业

限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》第三十六条

当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制，但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿，劳动者履行了竞业限制义务，要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的30%按月支付经济补偿的，人民法院应予支持。

前款规定的月平均工资的30%低于劳动合同履行地最低工资标准的，按照劳动合同履行地最低工资标准支付。

总结

根据笔者近年来观察，由于社会经济生活的复杂性，员工和用人单位在竞业限制领域的利益诉求也越来越多样化。对承担有竞业限制义务的员工，特别是核心岗位的员工，在员工离职前，用人单位希望通过各种方式与员工深度绑定，从而确保员工能长期为公司服务，以实现自身利益最大化。因此，用人单位常常为员工提供多样化的特殊待遇，如股票期权、数字货币等。对于用人单位提供的该等特殊待遇，用人单位也希望将其与员工的竞业限制义务相挂钩，约定为员工在职及离职后竞业限制义务的对价，从而形成法律上对员工的约束力。对员工而言，相较于简单的经济补偿金，用人单位提供的多样化特殊待遇也往往更有吸引力。

然而，在员工离职且双方发生竞业限制纠纷时，该等约定往往会陷入约定合法性和有效性的争议。例如，在上文的案例中，用人单位选择以股权形式作为员工履行竞业限制义务的对价，该等约定是否符合法律对于用人单位“按月给予劳动者经济补偿”的要求？这一问题在目前各地的司法实践中争议较大。支持者以“意思自治”为由，认为只要该约定不存在其他效力瑕疵，如欺诈、胁迫等情形的，那么法院应当认定双方的约定有效；反对者以“劳动者保护”为由，认为由于股权等非金钱财产在行权、财产价值、流动性等方面相较于金钱更具有不确定性，不足对员工的生活提供稳定的经济保障，故其因违反强制性规范而无效。

鉴于以股权等非金钱方式支付竞业限制补偿是否有效存在不确定性，为进一步降低用人单位对于此类约定的法律风险，笔者也提醒广大用人单位注意以下两点：

1. 对比上文两个案例，白皮书1号案例之所以最终被法院支持，笔者认为最关键的原因在于，该员工享有的是已上市公司的限制性股票，且已实际行权，并实际享受了该股权利益。但是，在作业帮案中，该员工享受的是非上市公司股票期权，且员工未实际享受期权利益。员工是否实际获利，也就成为人民法院在审理该约定的有效性时的重要考察因素。对于可及时行权，享受利益的股权，被支持的可能性较高。因此，笔者也建议用人单位，对于向员工提供的股权激励，应当注意区分股票类型，以及行权条件。

2. 在作业帮案中，该用人单位向员工授予了股票期权，并作为竞业限制补偿，但是最终未获法院支持，还额外被法院直接适用了法定的竞业限制补偿标准，可以说是“赔了夫人又折兵”。因此，为避免该等最坏情况的出现，若用人单位坚持希望将股权作为竞业限制补偿，笔者建议用人单位约定一揽子式的竞业限制补偿方案，即包括股权以及较低标准的竞业

限制补充金。这样可以将低标准的竞业限制补偿金作为兜底约定，从而避免双方的约定被认定为无效。

（本文首发于 2022 年 7 月 20 日）

如何界定竞业限制涉及的“其他负有保密义务的人员”

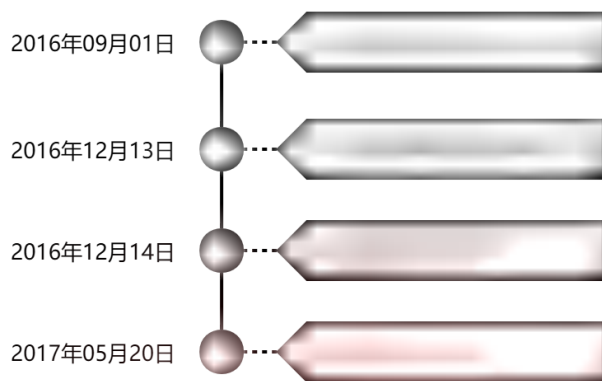
杨轶菡、季一玮

前言

2022年1月,《工人日报》对竞业限制引发的一些劳动争议案件进行系列报道。记者近日在采访中发现,保安、厨师、理发师、酒水推销员、清洁工等都被竞业限制。2020年6月4日,北京市第一中级人民法院发布了《涉竞业限制劳动争议案件疑难问题的调研报告》,其中提到2014年至2019年6月北京市一中院审结的211件竞业限制案件中有八成案件,其涉及的义务主体为“其他负有保密义务的人员”,且岗位多集中在产品销售岗、普通技术工人岗、培训教学岗(分别占比17.06%、15.17%和12.32%)。除此之外,法务、咨询、人事、财务、编导、行政等岗位亦有此类案件发生。北京市一中院在调研报告中提出竞业限制的劳动者范围呈现严重扩张的趋势。实践中不仅存在用人单位通过《员工手册》规定员工应当履行竞业限制义务的情况,甚至还存在用人单位与员工约定其近亲属不得从事竞业行为的情况。

那么,在司法实践中,法院将如何审查和界定“其他负有保密义务的人员”的范围?本期我们将先分享《中国法院2022年度案例·劳动纠纷》第50号案例,再分享并比较北京市和上海市司法机关发布的裁判观点。

案例分享



基本事实请见以上时间轴。赵某离职后入职的环保公司与实业公司存在经营范围上的部分重合,实业公司遂提起劳动仲裁。因仲裁机构作出不予受理通知书,后实业公司向法院起诉,请求判令赵某:1. 返还竞业禁止补偿金50万元并支付利息损失;2. 支付合同约定的竞业禁止违约金500万元。一审法院驳回了实业公司的全部诉讼请求;实业公司不服,提起上诉。二审法院驳回上诉,维持原判。二审法院裁判理由摘要如下:

“本案中,第一,实业公司主张赵某为高级管理人员。但首先,双方签订的劳动合同中仅约定赵某从事业务工作,担任销售职务,并没有明确其为销售主管;其次,实业公司提供的电子邮件无法直接证明赵某系公司高级管理人员,故对实业公司的该项主张不予采信。

第二，实业公司主张赵某接触公司的产品配方，但未提供证据予以证明，故不予采信。关于经营秘密，实业公司提供的经营信息仅显示正常业务往来信息，不能达到证明其为经营秘密的目的。另外，对于其主张的经营秘密，实业公司亦未提供证据证明其采取何种特殊保密手段；至于实业公司提到的客户名单，实业公司未能说明其系区别于相关公知信息的特殊客户信息，不应认定为需要保密的信息。

综上，赵某不属于法律规定的竞业限制主体，实业公司未提供证据证明赵某接触了公司的商业秘密，故实业公司与赵某签订的保密及竞业限制协议无效，其要求赵某支付竞业限制违约金及代理费，无事实和法律依据，不予支持。”

京沪两地法院裁判观点

北京市第一中级人民法院于 2020 年 6 月 4 日发布的《涉竞业限制劳动争议案件疑难问题的调研报告》

“对于劳动者是否属于第三类人员，用人单位应承担严格的证明责任，其未能提供证据或者证据不足以证明该事项的，不能认定劳动者属于第三类人员。理由在于：第一，商业秘密和与知识产权相关的保密事项与竞业限制是单向的逻辑关系，商业秘密是前提、是存在基础。由于竞业限制条款的缔约双方地位并不平等，劳动者为了顺利地工作，通常没有能力拒签竞业限制条款，并且竞业限制条款对劳动者将来工作会产生巨大的影响，劳动者往往对此缺乏判断能力，所以不能通过劳动者签订了竞业限制协议就推定其接触或知悉用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。第二，用人单位管理和安排劳动者的日常工作，劳动者在工作中有没有接触或知悉商业秘密和与知识产权相关的保密事项，用人单位更容易证明。第三，若要求劳动者证明其工作中不曾接触或知悉商业秘密，系属令其自证其无，有违证明责任分配的基本规则——令其证明一个不存在的事实，劳动者必然无法自证清白。需要强调的是若双方对劳动者属于竞业限制义务主体没有争议，司法机关无需再行审查。

……

实质审查时可以考虑以下几个因素：一是岗位。当劳动者的岗位为总经理、经理、店长时，更有可能接触或知悉商业秘密和与知识产权相关的保密事项。当劳动者岗位是业务员、一般销售人员、讲师等岗位时，因其非重要决策人员，通常难以接触或知悉相关事项。二是工作内容。高级管理人员和高级技术人员属于竞业限制的义务主体，本质在于若该用人单位存在商业秘密和与知识产权相关的保密事项，基于工作的需要，他们自然容易知晓。但其他劳动者是否属于其他负有保密义务的人员，需要从其工作内容界定，即工作上是否存在接触或知悉相关事项的可能。三是劳动者的收入。德国审判中有观点认为，如果劳动者属于低薪资的职工，考虑其所处职位不高，不易接触用人单位的商业秘密，故不属于竞业限制的义务主体。低薪资类似我国的最低工资标准。《比利时雇佣合同法》第 65 条也规定，年收入不超过 25 万法郎的雇佣合同中的竞业限制条款无效，年收入在 25 万到 50 万法郎之间的雇佣合同，其竞业限制条款也仅适用于集体劳动合同所规定的某些职务及某类职务中。此种规定值得借鉴，即劳动者的收入水平可以作为参照对象。四是劳动者的工作年限。劳动者工作年限越长，越有可能接触或知悉商业秘密和与知识产权相关的保密事项，并且其与用人单位之间的信赖关系伴随着工龄的增长亦会更加牢靠，更有可能获知相关事项。实践中也存在竞业限制条款明确规定竞业限制的对象是在公司连续工作 3 年以上的人员，此时劳动者的工作年

限应作为认定劳动者是否属于竞业限制义务主体的构成要件。”

上海市第一中级人民法院于 2019 年 4 月 22 日发布的《竞业限制纠纷案件的审理思路和裁判要点》

“如果劳动者未在诉讼中对竞业限制主体适格提出抗辩，则法院对该事项不作审查。如劳动者主张其非适格主体，则法院需对此进行审查：对高级管理人员的认定，可以参考《公司法》的相关规定；对高级技术人员的认定，可以参考劳动者的职称、在用人单位担任的职务以及工作内容进行综合判定；对其他负有保密义务的员工的认定，则可以参考侵犯商业秘密纠纷案件的审理规则进行审查。如劳动者职务属于技术研发、销售、财务等敏感岗位，则可推定其具有接触用人单位技术秘密或经营秘密的便利；如劳动者职务并不涉及敏感岗位，则需用人单位举证证明两个方面：一是本单位具有特定技术或经营秘密；二是劳动者存在接触商业秘密的可能。”

相关法条

《劳动合同法》第二十四条第一款

竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

总结

竞业限制本质上是用人单位保护商业秘密的措施之一，但用人单位绝不可将竞业限制作为保护商业秘密的唯一手段，亦不得随意扩大竞业限制的适用范围。对大多数普通的劳动者来说，劳动报酬是维持生存生活的唯一经济来源，竞业限制义务的滥用将严重侵害普通劳动者的自主择业权。

在实践中，用人单位应合理选择竞业限制协议的签订范围。若用人单位已与员工签订竞业限制协议，在员工离职之前，用人单位应当根据员工在职期间接触的商业秘密重要性和时效性审慎评估是否有必要要求员工履行竞业限制义务，以及是否缩短竞业限制期限等。

（本文首发于 2022 年 7 月 21 日）

用人单位能否以落户为条件与劳动者约定服务期及相应违约金

季一玮、段建伟

前言

《劳动合同法》第 22 条规定：“用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。”据此，用人单位有权以“出资提供专业技术培训”为条件，与劳动者约定服务期及相应违约金。

然而，随着社会经济的发展与城镇户口政策的变化，在北京、上海等户籍资源较为紧缺的地区，用人单位为了吸引和留住紧缺人才，实践中出现了以办理落户作为条件约定服务期的方式。那么，用人单位能否以落户为条件与劳动者约定服务期及相应违约金？本期我们将分享两个案例，第一个案例是《中国法院 2022 年度案例：劳动纠纷》第 57 号案例【下称“57 号案例”】，第二个案例是上海市浦东新区法院于 2020 年审理的林某与某科技股份有限公司劳动纠纷一案【下称“林某案”】。通过这两个案例，我们将共同讨论特殊待遇服务期及其违约金的效力。

案例分析

57 号案例【（2020）京 02 民终 8460 号】

2017 年 5 月，某出版社与陈某签订了《劳动合同书》，期限至 2018 年 4 月 30 日。2017 年 12 月，双方签订《劳动合同续订书》，约定继续履行劳动合同至 2022 年 4 月 30 日，某出版社承诺为陈某办理北京户籍，陈某承诺在本单位的服务期为五年。服务期限内因任何个人原因离职，即视为违约，应承担违约责任并交纳违约金。违约金按照不满服务期的年限计算，为每年 6 万元。2018 年 9 月，双方签订《集体户口管理协议》。

2018 年 11 月，陈某向某出版社提交《离职报告》。单位负责人于 2018 年 12 月签写“不同意，在服务期内因个人原因辞职，违背当初承诺，不同意”。2018 年 12 月 3 日后，陈某不再为某出版社提供劳动。12 月 6 日，某出版社出具书面《关于不同意陈某在服务期内提出辞职申请的答复》，并向其邮寄送达，但继续为其缴纳社会保险至 2020 年 5 月。某出版社认为陈某的行为严重违反合同约定，给单位造成巨大的经济损失及严重不良影响，故起诉要求其支付违约金及多交的社保费用。陈某主张双方劳动合同中关于落户服务期的违约金条款违反法律规定，应属无效，故不同意某出版社的诉讼请求。

北京市东城区法院结合北京市户口的价值、劳动合同的履约情况、劳动者的离职时间等因素，认定陈某应支付出版社经济损失 10 万元。二审法院予以支持。我们将一审法院的观点摘要如下：

北京市户口属于稀缺资源，某出版社根据陈某的个人申请及非京籍留学回国人员在京就业落户的相关政策，为陈某办理北京市户口的行为属于用人单位为劳动者提供特殊待遇的范畴。陈某与某出版社签订《劳动合同书》及续订合同书的行为，亦能表明陈某接受了某出版社为其提供的特殊待遇。双方基于上述事实，经过协商一致签订了劳动合同书及续订合同书，双方均应当诚信守约。现陈某在明知自身的北京市户口已经通过某出版社办理完毕，双

方存在服务年限约定的情形下，仍然提前向某出版社提交离职报告并从该公司离职，其行为已经违背了诚实信用原则，应当向某出版社依约支付因此造成的经济损失。某出版社提供的证据虽可证明其人力成本支出与为陈某等人员办理落户手续相关，但不足以证明系因陈某一人造成，故依据双方劳动合同约定及履行情况，酌情认定陈某应支付经济损失 100000 元。

林某案【（2020）沪 0115 民初 48066 号】

2019 年 7 月 22 日，林某与用人单位签订劳动合同，约定：劳动合同履行期限为 2019 年 7 月 22 日至 2022 年 7 月 21 日。2019 年 8 月 26 日，林某与用人单位签订《落户协议书》，约定：“乙方(林某，下同)因个人需要，委托甲方(用人单位，下同)通过人才引进方式为乙方申请及办理落户手续……一、甲方根据乙方需求，通过甲方单位系统账户提交落户申请，并由甲方向相关部门提交落户材料。二、乙方协助提供甲方办理落户手续相关材料，并确保提供的落户材料真实可靠。三、乙方落户申报成功的，自材料上报之日，即 2019 年 7 月 22 日起叁年内不主动与甲方解除劳动关系。四、甲方如不履行申请即办理落户手续义务或落户审批未通过，乙方将不再履行本协议。乙方如违反本协议，需向甲方支付违约金，违约金为人民币 30000 元……”林某由于自身职业发展于 2019 年 12 月 2 日以书面方式在试用期内向用人单位申请辞职，并于 2019 年 12 月 5 日正式离职。

2020 年 3 月 27 日，用人单位向上海市浦东新区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求林某：1.支付违约金 30000 元；2.支付赔偿金 15000 元。2020 年 5 月 11 日，上海市浦东新区劳动人事争议仲裁委员会作出裁决：一、林某于裁决书生效之日起 3 日内支付用人单位违约金 26274 元；二、对用人单位的其他请求不予支持。林某、用人单位均不服该裁决，诉至法院。

上海市浦东新区法院结合**上海户籍的价值、劳动者违约行为给用人单位造成的损失等因素**，酌定劳动者赔偿用人单位经济损失 12000 元。我们将法院的观点摘要如下：

上海户籍**具有客观的隐性价值**，林某因用人单位为其办理了落户手续而获益。众所周知，依据现行的各项政策，在上海市辖区范围内，员工是否具有本市的户籍，在就学、就业、购房资格等诸多方面与非沪籍人员所享有的条件、待遇均有所不同，本市户籍对于非沪籍应届毕业生而言，其内含的隐性价值客观存在，林某因用人单位为其申请上海户籍而实际获得了这些隐性的利益。

林某取得上海户籍后，违反《落户协议书》约定迅速离职的行为，**为用人单位后续招聘和人事管理造成不利影响**。对于应届毕业生落户而言，除了规定应届毕业生可申请条件外，对于用人单位本身亦有不同于一般用人单位的更高要求。同时为了防止用人单位虚假申报，经有关部门认定存在虚假申报等情况的用人单位，当年提出的落户申请无效。经核实，用人单位与上年度所录用且已办理直接落户的非上海生源应届毕业生全部未依法履行劳动(聘用)合同的，该单位当年提出的落户申请无效。林某取得上海户籍后，违反落户协议迅速离职的行为，为用人单位后续招聘和人事管理造成不利影响。

至于林某主张《落户协议书》违反法律法规强制性规定，应认定为无效，缺乏相应的法律依据，**本院不予采纳**。

如上所述，林某因用人单位为其办理落户手续成功取得沪籍而获益，用人单位为林某办理落户手续额外支出了各项成本。同时，林某取得上海户籍后，违反《落户协议书》的约定

迅速离职的行为，亦为用人单位后续招聘和人事管理造成不利影响，故林某理应赔偿用人单位相应的损失。综合本案在案证据和双方当事人的陈述，再结合当事人的违约情节、损害后果等各种因素，本院酌定由林某赔偿用人单位损失金额 12000 元。

至于林某是否应支付用人单位违约金，本院认为，林某、用人单位双方系劳动合同关系。鉴于用人单位仅能以劳动者违反服务期约定和竞业限制约定为由向劳动者主张违约金，故本案林某虽显系违约，但不符合适用违约金的法定情形，故林某不应支付用人单位违约金。

相关法律法规

《劳动合同法》第 90 条

“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。”

《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》第 33 条

“用人单位为其招用的劳动者办理了本市户口，双方据此约定了服务期和违约金，用人单位以双方约定为依据要求劳动者支付违约金的，不应予以支持。确因劳动者违反了诚实信用原则，给用人单位造成损失的，劳动者应当予以赔偿。”

《上海市高级人民法院关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》第 7 条

“七、劳动者违反合同约定的期限解除劳动合同，用人单位要求劳动者返还特殊待遇的处理
用人单位向劳动者支付报酬，劳动者付出相应的劳动，是劳动合同双方当事人的基本合同义务。用人单位给予劳动者价值较高的财物，如汽车、房屋或住房补贴等特殊待遇的，属于预付性质。劳动者未按照约定期限付出劳动的，属于不完全履行合同。根据合同履行的对等原则，对劳动者未履行的部分，用人单位可以拒绝给付；已经给付的，也可以要求相应返还。因此，用人单位以劳动者未完全履行劳动合同为由，要求劳动者按照相应比例返还的，可以支持。”

总结

根据《劳动合同法》第 22 条、第 23 条和第 25 条的规定，除了培训服务期和竞业限制，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。需要注意的是，《劳动合同法》第 25 条的本意在于限制用人单位在培训服务期和竞业限制之外再与劳动者约定其他种类的违约金，并未限制双方达成其他内容的协议。如果用人单位以落户为条件与劳动者约定服务期及相应违约金的，其中的违约金条款因违反法律规定而无效，但是，协议中的其他条款仍然有效。因此，当劳动者违反其中的服务期限条款时，用人单位仍然可以向劳动者主张承担违约的民事责任。

根据《民法典》第 179 条的规定，承担民事责任的方式有多种，包括支付违约金、继续履行和赔偿损失等。结合本期分享的两个案例和上述分析，用人单位不能向劳动者主张违约金，也不能强迫劳动，但是可以根据《劳动合同法》第 90 条要求劳动者赔偿损失。鉴于落户这类特殊待遇难以直接用金钱衡量，法院可能会根据“诚实信用”及“任何人不能从自身

的违约行为中获益”等基本原则，参酌劳动者经济偿付能力、实际履行的服务期期限、过错程度等多方面的因素，酌定相应的损失。

（本文首发于 2022 年 8 月 24 日）

用人单位能否以劳动者未通过加班审批为由拒绝支付加班工资？

季一玮、段建伟

前言

《劳动合同法》第 31 条规定：“用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。”据此，若用人单位在正常的工作时间之外额外安排劳动者工作，应当向劳动者支付加班费。

在实践中，有很多用人单位会在规章制度中规定加班需经过审批流程，未经审批的加班不视为加班，不予支付加班工资。该加班审批制度的初衷是为了明确劳动者的实际加班时间，避免双方对于加班事实和加班时间的争议；然而，在一些关于加班工资的劳动争议中，出现了加班审批制度被用人单位滥用的情形，用人单位在日常管理中并未要求加班审批，但在出现争议时却以此为由规避支付加班工资的义务。

对此争议，本期我们将分享两个案例，第一个案例是人力资源社会保障部与最高人民法院联合发布的《劳动人事争议典型案例（第二批）》第 3 号案例【下称“3 号案例”】，第二个是李某与建 X 有限公司劳动争议再审案件【下称“李某案”，案号：(2021)京民申 6323 号】。通过这两个案例，我们将共同了解司法实践对“未经审批而加班”的认定。

案例分析

3 号案例

吴某于 2019 年 12 月入职某医药公司，月工资为 18000 元。某医药公司加班管理制度规定：“**加班需提交加班申请单，按程序审批。未经审批的，不认定为加班，不支付加班费。**”吴某入职后，按照某医药公司安排实际执行每天早 9 时至晚 9 时，每周工作 6 天的工作制度。其按照某医药公司加班管理制度提交了加班申请单，但某医药公司未实际履行审批手续。2020 年 11 月，吴某与某医药公司协商解除劳动合同，要求某医药公司支付加班费，并出具了考勤记录、与部门领导及同事的微信聊天记录、工作会议纪要等。**某医药公司虽认可上述证据的真实性但以无公司审批手续为由拒绝支付。**吴某向劳动人事争议仲裁委员会（简称仲裁委员会）申请仲裁，请求裁决某医药公司支付 2019 年 12 月至 2020 年 11 月加班费 50000 元。仲裁委员会裁决某医药公司支付吴某 2019 年 12 月至 2020 年 11 月加班费 50000 元。某医药公司不服仲裁裁决起诉，一审法院判决与仲裁裁决一致，某医药公司未上诉，一审判决已生效。

仲裁委与一审法院均认可“用人单位安排吴某加班”这一事实。我们将仲裁委的观点摘要如下：

本案中，吴某提交的考勤记录、与部门领导及同事的微信聊天记录、工作会议纪要等证据形成了相对完整的证据链，某医药公司亦认可上述证据的真实性。**某医药公司未实际履行加班审批手续，并不影响对“用人单位安排加班”这一事实的认定。**故仲裁委员会依法裁决某医药公司支付吴某加班费。

李某案

2017年5月21日，李某与建X公司签订劳动合同，约定李某担任库管职务，执行标准工时，李某在工作日和休息日的加班报酬由本人提出并由部门主管审批，报人事行政部门核准备案后按规定执行；合同期限自2017年5月21日起至2020年5月21日止。2020年4月，因李某严重违纪，建X公司依照员工手册规定解除劳动合同。

其后，李某向北京市通州区劳动人事争议仲裁委员会(以下简称仲裁委)提起仲裁申请。经审理，仲裁委驳回李某关于加班费的仲裁请求。李某不服裁决，向法院提起诉讼。经历一审、二审及再审程序，李某关于加班费的诉讼请求未得到法院支持。

我们将二审法院的裁判理由摘要如下：

劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。李某上诉主张其存在加班事实，对此本院认为，首先，**根据双方劳动合同约定及建X公司员工手册规定，员工加班应提前填写加班申请单并进行审批备案，建X公司其他员工亦按此流程进行加班审批，但李某主张的加班并未经过上述程序；**其次，李某虽主张员工手册未经过民主程序产生，公司未发放过员工手册或组织过相关培训，但双方劳动合同约定员工手册为劳动合同不可分割的组成部分，且**李某亦已签字确认收到并仔细阅读员工手册、了解该手册与劳动合同具有同等效力，现李某主张不认可员工手册的真实性及效力，本院不予采信；**再次，李某提交的2019年《员工考核评价表》载明“工作态度”一栏中“考核内容”项为“参与加班，积极与本部门人员一起有效地工作，并共同完成本部门工作目标”及考核分数，即便员工该项考核分数系满分，亦无法体现员工加班具体情形；最后，李某主张的休息日及法定节假日加班主要产生于担任门卫期间，但其**并未就此提交充分有效证据予以证明，**此外考虑到门卫岗位具有一定的特殊性，本院难以支持李某主张的加班事实。

总结

用人单位在规章制度中规定“加班审批制”是其行使企业用工管理权的表现。倘若其不违反法律法规的强制性规定，亦不违背社会公序良俗，且不存在严重侵害劳动者合法权益的情形，应属合法有效。合法有效的劳动规章制度对用人单位和劳动者都具有约束力，用人单位和劳动者均需遵守。

但考虑到劳动者的弱势地位，用人单位应严格按照规章制度的规定实施管理行为，不得滥用自身优势地位，侵害劳动者合法权益。**即使劳动者未通过审批但有证据足以证明用人单位安排其加班，**出于保障劳动者休息权的考虑，法院同样会认可劳动者的加班事实，并要求用人单位支付加班费。

(本文首发于2022年9月15日)

用人单位能否与劳动者约定工资中包含加班工资？

季一玮、段建伟

前言

《劳动合同法》第 31 条规定：“用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。”据此，若用人单位在劳动合同规定的正常工作时间之外额外安排劳动者工作，应当向劳动者支付加班工资。同时，《劳动法》第 47 条规定：“用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。”

在实践中，对于加班时间相对固定但并不适用特殊工时工作制的岗位，有的用人单位会与劳动者约定实际支付的工资已包含加班工资，这种工资支付方式被称为“**打包工资**”或“**包薪制**”。但是，在一些劳动争议中，有的用人单位却滥用打包工资的方式规避支付加班工资的义务，侵害劳动者权益。

那么，用人单位与劳动者约定工资中包含加班工资是否有效？对此问题，本期我们将分享两个案例，第一个案例是人力资源社会保障部与最高人民法院联合发布的《劳动人事争议典型案例（第二批）》中的案例 4，第二个是《中国法院 2022 年度案例·劳动纠纷》第 44 号案例【案号：(2020)京 02 民终 11015 号】。通过这两个案例，我们将共同探讨司法实践对打包工资或包薪制的认定。

案例分析

《劳动人事争议典型案例（第二批）》案例 4

周某于 2020 年 7 月入职某汽车服务公司，双方订立的劳动合同约定月工资为 4000 元（含加班费）。2021 年 2 月，周某因个人原因提出解除劳动合同，并认为即使按照当地最低工资标准认定其法定标准工作时间工资，某汽车服务公司亦未足额支付加班费，要求支付差额。某汽车服务公司认可周某加班事实，但以**劳动合同中约定的月工资中已含加班费为由拒绝支付**。周某向劳动人事争议仲裁委员会（简称仲裁委）申请仲裁。

仲裁委**支持了周某关于加班费的仲裁请求**。我们将仲裁委的观点摘要如下：

本案的争议焦点是某汽车服务公司与周某约定实行包薪制，是否还需要依法支付周某加班费差额。

《中华人民共和国劳动法》第四十七条规定：“用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。”第四十八条规定：“国家实行最低工资保障制度。”《最低工资规定》（劳动和社会保障部令第 21 号）第三条规定：“本规定所称最低工资标准，是指劳动者在法定工作时间或依法签订的劳动合同约定的工作时间内提供了正常劳动的前提下，用人单位依法应支付的最低劳动报酬。”从上述条款可知，用人单位可以依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平，并与劳动者进行相应约定，但不得违反法律关于最低工资保障、加班费支付标准的规定。

本案中，根据周某实际工作时间折算，即使按照当地最低工资标准认定周某法定标准工作时间工资，并以此为基础核算加班费，也超出了 4000 元的约定工资，表明某汽车服务公司未依法足额支付周某加班费。故仲裁委依法裁决某汽车服务公司支付周某加班费差额。

《中国法院 2022 年度案例·劳动纠纷》第 44 号案例

2015 年 6 月 1 日，吴某与劳务公司签订了《劳务派遣员工劳动合同》，约定：劳动合同期限为 2015 年 6 月 1 日至 2017 年 5 月 31 日；劳务公司将吴某派遣至西城某环卫队工作，岗位为公厕保洁；**每月休息 4 天**；实行月工资制（工作满一个月后给付），由银行代发；吴某月工资为 3007 元。2017 年 6 月 1 日，劳务公司（甲方）与吴某（乙方）再次签订《劳务派遣员工劳动合同》，约定：本合同于 2017 年 6 月 1 日起生效，于 2018 年 5 月 31 日终止。乙方实行工时制，按所在单位工时制度执行。2018 年 6 月 1 日，双方再次续签劳动合同至 2019 年 5 月 31 日。2018 年 12 月，劳务公司与吴某解除劳动合同。

吴某以劳务公司、西城某环卫队为共同被申请人申请劳动仲裁，请求由劳务公司延时加班工资 155437.97 元、休息日加班工资 121431.36 元、违法解除劳动合同赔偿金 33378.8 元。2019 年 5 月 16 日，仲裁委作出裁决，劳务公司需支付吴某 2015 年 6 月 1 日至 2017 年 5 月 31 日休息日加班工资 42969.92 元、违法解除劳动合同经济赔偿金 27406.47 元，西城某环卫队承担连带责任。裁决后，吴某、劳务公司均不服，先后向法院起诉。

经历一审、二审，北京市第二中级人民法院**对吴某关于休息日加班工资的主张不予支持，但支持了吴某关于延时加班工资的主张**。我们将二审法院的裁判理由摘要如下：

关于**休息日加班工资**。劳务公司与吴某签订的期限为 2015 年 6 月 1 日至 2017 年 5 月 31 日《劳务派遣员工劳动合同书》约定每月休息 4 天，月工资为 3007 元。从中可以看出，双方对于每月存在休息日加班及相应的月工资数额是有明确约定的，**3007 元对应的是吴某每月休息 4 天的月工资**，是双方对劳务公司应支付吴某包括休息日加班工资在内的月工资数额进行的概括性约定。**根据约定的每月休息四天对应的休息日加班天数及月工资 3007 元进行核算，吴某在正常工作时间可获得的工资数额不低于劳动合同签订时的北京市最低工资标准**。从现有工资支付记录看，**劳务公司每月向吴某支付的工资均高出 3007 元不少，即便在北京市最低工资标准上调后，吴某每月在正常工作时间获得的工资数额亦不低于上调后的标准**。故劳务公司已向吴某足额支付了 2015 年 6 月 1 日至 2017 年 5 月 31 日期间休息日加班工资，吴某关于劳务公司还应向其支付上述期间休息日加班工资的主张，不符合双方劳动合同的约定，依据不足，本院不予支持。劳务公司与吴某签订的期限为 2017 年 6 月 1 日至 2019 年 5 月 31 日《劳务派遣员工劳动合同书》并未约定吴某休息日加班。吴某提交的《公厕岗位作息时间表》《公厕保洁作业规定》《公厕管理间管理规定》照片、录像等证据，不足以证明其在 2017 年 6 月 1 日至 2018 年 12 月 31 日期间存在休息日加班，吴某向劳务公司主张该期间休息日加班工资，缺乏事实及法律依据，本院亦不予支持。综上所述，本院对劳务公司不同意再支付吴某休息日加班工资的上诉请求，予以支持。一审法院判决劳务公司向吴某支付休息日加班工资不当，本院予以改判。

关于**延时加班工资**。劳务公司与吴某签订的外包服务协议及 3 个附件，能够证明吴某自 2016 年 9 月 8 日起**在每日正常工作时间之外存在延时工作，且延时工作的内容与正常工作内容并无明显区别的事实**，故一审法院据此认定吴某存在延时加班，并结合《公厕岗位作息时间表》**认定吴某每天存在 3.5 小时延时加班，是正确的**。劳务公司每月向吴某支付的 400 元外包服务费远低于吴某实际应得的延时加班工资，对于差额部分，劳务公司应予补足。劳务公司不同意支付吴某延时加班工资的上诉请求，不符合法律规定，本院不予支持。经核算，

一审法院判决劳务公司向吴某支付的延时加班工资数额不高于吴某实际应得数额，吴某亦未提起上诉，故本院予以维持。

相关法律法规和法院观点

最高人民法院《全国民事审判工作会议纪要》【法办（2011）442号】第57条第2-3款：

“用人单位与劳动者未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资，但折算后正常工作时间工资低于当地最低工资标准或者计件工资的劳动定额明显不合理的除外。

另一种意见：用人单位与劳动者对月工资有约定的，加班工资基数应按双方约定的正常工作时间的月工资确定；如双方对月工资没有约定或约定不明的，应按劳动合同法第十八条规定确定正常工作时间的月工资，并以确定的工资数额作为加班工资的计算基数。如按劳动合同法第十八条规定仍无法确定正常工作时间工资数额的，对加班工资的基数，可按照劳动者实际获得的月收入扣除非常规性奖金、福利性、风险性收入等项目后的正常工作时间的月工资确定。如工资系打包支付，或双方形式上约定的“正常工作时间工资”标准明显不合理，或有证据证明用人单位恶意将本应计入正常工作时间工资的项目归入非常规性奖金、福利性、风险性收入等项目中，以达到减少正常工作时间工资数额计算目的的，可参考实际收入*70%的标准进行适当调整。按上述原则确定的加班工资基数均不得低于当地月最低工资标准。”

北京：北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会《关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》（2009年8月17日发布）第23条

“用人单位与劳动者虽然未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资。但折算后的正常工作时间工资不得低于当地最低工资标准。”

上海：《关于劳动争议若干问题的解答》【上海高级人民法院民一庭调研指导[2010]34号】第2条第3款：

“如工资系打包支付，或双方形式上约定的‘正常工作时间工资’标准明显不合常理，或有证据可以证明用人单位恶意将本应计入正常工作时间工资的项目归入非常规性奖金、福利性、风险性等项目中，以达到减少正常工作时间工资数额计算目的的，可参考实际收入×70%的标准进行适当调整。”

天津：《天津法院劳动争议案件审理指南》【津高法〔2017〕246号】第34条：

“【约定工资中包含加班费】用人单位与劳动者约定了正常工作时间工资标准，且约定应发工资中包含加班费的，从其约定。但核算后的加班费基数标准不符合本指南第33条规定，劳动者要求用人单位补齐的，应予支持。

用人单位与劳动者约定了正常工作时间工资标准，但未约定应发工资中是否包含加班费的，如用人单位有证据证明应发工资中已经包含正常工作时间工资和加班费的，可以认定用人单位已经支付的工资中包含加班费。但核算后的加班费基数标准不符合本指南第33条规

定，劳动者要求用人单位补齐的，应予支持。

用人单位与劳动者未约定正常工作时间工资标准，亦未约定应发工资中是否包含加班费的，如用人单位有证据证明应发工资中已经包含正常工作时间工资和加班费的，可以认定用人单位已经支付的工资中包含加班费，但核算后的加班费基数标准不得低于最低工资标准。

本条规定的正常工作时间工资低于最低工资标准的，应当按照最低工资标准计算。”

深圳：深圳市中级人民法院《关于审理劳动争议案件的裁判指引》【深中法发（2015）13号】第62条

“劳动者与用人单位在签订劳动合同时约定的工资中注明‘已包含加班工资’或虽未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含了正常工作时间工资和加班工资的，劳动者的时薪为： $\text{时薪} = \text{约定工资} \div (\text{21.75天} \times \text{8小时} + \text{约定包含在工资中的平时加班时间小时数} \times \text{150\%} + \text{约定包含在工资中的休息日加班时间小时数} \times \text{200\%} + \text{约定包含在工资中的法定节假日加班时间小时数} \times \text{300\%})$ 。

按上述方法计算出的劳动者的时薪低于当地最低工资标准的，该约定为无效；劳动者的工资应以最低工资标准为基本工资，超过法定工作时间为加班时间，加班工资以最低工资标准按法律规定标准计算。”

总结

总体而言，现行法律法规对“打包工资”或“包薪制”的工资发放方式或约定方式没有禁止性规定，用人单位有确定工资分配方式和工资水平的自主权，因此，用人单位与劳动者约定工资中包含加班工资没有违反法律规定，应属有效。

但是，用人单位不可滥用优势地位，假意以“打包工资”或“包薪制”的方式侵害劳动者的合法权益，规避支付加班工资的义务，甚至违反最低工资标准或劳动者最长工作时间的强制性规定。若用人单位违反强制性规定，则将引发更多的劳动争议。如果用人单位确需与劳动者约定工资中包含加班工资的，需至少注意：

1. 用人单位应对**加班时间**有较为明确的约定，在日常劳动管理中，用人单位勿因已约定打包工资或包薪制就忽略考勤管理。并且，用人单位安排劳动者加班加点不得违反劳动者最长工作时间相关的强制性规定；

2. 不得违反**最低工资标准**的强制性规定，如果约定劳动者的月工资数额未区分正常工作时间工资及加班工资的，结合劳动者加班时长进行折算后劳动者正常工作时间的工资不得低于当地最低工资标准。

（本文首发于2022年9月21日）

内控与反舞弊

从职务侵占罪的历史演变看立法对民营企业保护力度的调整

冯笑

近年来，国家持续优化民营企业法治化营商环境的建设，加大对民营企业合法权益的保护。以职务侵占罪为例，去年及今年，关于职务侵占罪的条文内容、追诉量刑标准的两次大改（《刑法修正案（十一）》以及最新《立案追诉标准二》）都能够体现出这一点。实际上，职务侵占罪作为非国家工作人员领域职务犯罪的最典型罪名，其规定的沿革，本身就从一定程度上反映出国家对民营企业保护力度的调整。

一、新中国成立至 1979 刑法颁布期间，关于职务犯罪，立法层面仅有关于贪污罪的相关规定，没有职务侵占罪的相关规定

首先，熟悉我国刑法渊源以及相关立法历史的人知道，新中国成立以后的数十年时间内，我们都没有独立的“职务侵占罪”这个罪名。

关于职务犯罪，最早的相关规定可以追溯至 1952 年《中华人民共和国惩治贪污条例》，条例中规定：一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员，凡侵吞、盗窃、骗取、套取国家财产，强索他人财物，收受贿赂以及其他假公济私违法取利之行为，均为贪污罪。该条例的针对对象仅限于国家工作人员，对应罪名描述也为贪污罪。

我国第一部《刑法》颁布于 1979 年（1980 年正式实施），关于侵占公司财物的职务犯罪行为，在国家工作人员领域有“贪污罪”的相关规定，还没有对民营企业工作人员的职务侵占问题进行规制，当然，这一点和当时改革开放起步的历史背景也有关：

1979 年《刑法》
第一百五十五条【贪污罪】 国家工作人员利用职务上的便利，贪污公共财物的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大、情节严重的，处五年以上有期徒刑；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。 犯前款罪的，并处没收财产，或者判令退赔。 受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员犯第一款罪的，依照前两款的规定处罚。

二、1979 刑法颁布施行后，关于职务侵占的问题逐渐得到重视，并于 1997 年《刑法》颁布后正式成为独立的罪名

在 1979 年我国颁布第一部《刑法》之后，随着改革开放的进行、经济的发展以及社会结构的调整，职务犯罪行为也开始不断发生，1988 年 1 月 21 日，全国人民代表大会常务委员会发文的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》正式实施，该规定进一步明确、扩大了贪污罪的犯罪主体为“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员”，但此刻仍然没有把职务侵占行为作为一种单独的罪名予以规定，没有将范围进一步明确性扩大至民营企业领域。

再后来，发生在非国家工作人员主体身份上的舞弊案件也逐渐增多，但同时缺少强有力的法律依据，这一点越来越得到了立法者的重视。到1993年12月，第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过了《公司法》，该法中正式提出了公司内部职务侵占行为以及相应刑事责任问题：

1993年《公司法》
第五十九条 董事、监事、经理应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益，不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利。 董事、监事、经理不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。
第二百一十四条 董事、监事、经理利用职权收受贿赂、其他非法收入或者侵占公司财产的，没收违法所得，责令退还公司财产，由公司给予处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

在1993年《公司法》施行后的司法实践中，也出现了很多违反上述第214条规定的情形，对于这些行为应当如何处置，则成为了一个现实性问题。对此，1995年2月28日第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》，也再次强调了公司内部职务侵占行为的刑事责任追究问题：

1995年《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》
十、 公司董事、监事或者职工利用职务或者工作上的便利，侵占本公司财物，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。
十四、 有限责任公司、股份有限公司以外的企业职工有本决定第九条、第十条、第十一条规定的犯罪行为的，适用本决定。

虽然民营企业工作人员职务犯罪的情况慢慢引起重视，也通过立法和相关规定予以呈现，但上述规定毕竟不是出自《刑法》条文。1997修订《刑法》时，为了加强对民营企业的保护力度，结合《公司法》、《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》对职务侵占行为的相关规定，我国终于将非国家工作人员职务侵占的行为纳入刑法规制体系，即现在熟知的职务侵占罪：

1997年《刑法》
第二百七十一条 【职务侵占罪】 公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

三、1997 刑法颁布后，职务侵占罪的罪名虽然固定了，但其追诉量刑标准在很长时间内都没有在全国范围内进行统一，直至 2016 年两高颁布《贪污贿赂司法解释》，结合国家工作人员贪污罪等量刑标准的修改，对职务侵占罪的追诉量刑标准进行了大的调整以及统一

1997 年，我国《刑法》规定职务侵占罪之后，本罪名分为两档：“数额较大”及“数额巨大”，从 1997 年到 2016 年这 20 年期间，关于前述的两档追诉标准，在全国范围内并没有得到统一。

首先，在 2001 年 4 月 18 日由最高人民检察院、公安部联合制定的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》（公发〔2001〕11 号）中，对职务侵占罪的追诉标准进行了规定，具体为“5 千元-1 万元以上”，但在接下来的数年里，无论是全国范围还是各地区，都没有就本罪名的这两档量刑标准进一步细化。到 2010 年最高院施行《人民法院量刑指导意见（试行）》、2013 年最高院颁布《关于常见犯罪的量刑指导意见》，在这两份指导意见中，最高院并没有明确列明职务侵占罪两档量刑标准对应的金额，但有提及“各省、自治区、直辖市高级人民法院可以结合当地实际，对常见量刑情节及其他尚未规范量刑情节，以及常见犯罪的量刑起点幅度、增加刑罚量的具体情形和各种量刑情节进行细化”，从 2010 年起，各省市就职务侵占罪的追诉量刑标准逐步作出明确规定，但在实务中各地的标准有所差异，以下为部分省市当时的追诉量刑标准规定：

地区	数额较大	数额巨大
北京（2014 年）	1 万元	10 万元
上海（2014 年）	1 万元	10 万元
浙江（2012 年）	2 万元	10 万元
天津（2012 年）	5 千元	10 万元
江苏（2010 年）	1 万元	10 万元
四川（2014 年）	1 万元	30 万元
黑龙江（2015 年）	5 千元	10 万元
吉林（2014 年）	1 万元	10 万元
山西（2014 年）	1 万元	10 万元
陕西（2012 年）	1 万元	10 万元
湖北（2013 年）	1 万元	30 万元
湖南（2014 年）	2 万元	10 万元

到 2016 年 4 月 18 日，两高颁布施行《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》，该解释中明确了职务侵占罪的量刑标准（参照贪污罪相应标准的两倍、五倍执行）：

职务侵占罪-追诉量刑标准		
数额较大	6 万以上	5 年以下有期徒刑或者拘役
数额巨大	100 万以上	5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产

关于职务侵占罪，从 1997 年《刑法》正式将其列入一个罪名后，至今一共进行过 3 次较大的调整，2016 年的这次司法解释是为第一次调整。从企业角度而言，2016 年解释将职务侵占罪的追诉量刑标准进行了上调，会影响到部分涉案金额较小的案件（例如 6 万元以下的案件，在 2016 年解释新出之前可以报案，解释颁布之后就达不到刑事追诉标准了），但总体而言，在本罪名第一次大的调整后，其追诉量刑标准在全国范围内得到了统一，有助于类似案件的规范化办理。

四、2016 年两高颁布《贪污贿赂司法解释》后，职务侵占罪的两档量刑标准一直都比较固定，到 2021 年《刑法修正案（十一）》出台后，本罪的罪状、量刑标准上再次进行了更大的调整，同时也再次加大对职务侵占犯罪行为的打击力度

从 2016 年 4 月份起至 2021 年 3 月《刑法修正案（十一）》施行期间，职务侵占罪的追诉量刑标准都没有发生变动。但近年来，各级党委、政府以及司法机关多次强调要重视民营企业的发展，树立民企与国企同等对待、同等保护、同等服务的理念，高度重视民企预防和打击腐败问题，《刑法修正案（十一）》对职务侵占罪的条文修改也能够体现这一理念，这也是职务侵占罪近些年来的第二次大的调整：

《刑修十一》之前的职务侵占罪规定	《刑修十一》之后的职务侵占罪规定
公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；	公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；
数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。	数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；
	数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。

在这次改动之后，职务侵占罪的量刑档次、量刑标准、刑罚种类均进行了调整：

量刑档次——职务侵占罪的量刑档次将调整为 3 个档次，入罪第一档刑期从 5 年以下调整为了 3 年以下，第二档刑期从 5 年以上调整为 3-10 年，新增第三档刑期 10 年以上至无期徒刑。至此，本罪名的最高刑期调高到了无期徒刑，加大了本罪名的打击力度。

量刑标准——新增“数额特别巨大”一档标准，“数额较大”、“数额巨大”对应的金额可能也会相应进行调整。

刑罚种类——按照之前《刑法》的规定，职务侵占 6 万元以上不满 100 万元的，仅判处人身刑，没有附加刑；职务侵占 100 万元以上的，可以并处没收财产。根据最新《刑法》的规定，只要构成职务侵占罪的，无论哪一档刑期，都应当并处罚金。

五、2022年4月，最高检、公安部联合颁布《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》，对职务侵占罪的入罪标准调低，调低后与贪污罪的数额入罪标准相同，进一步体现了产权平等保护的時代精神

《立案追诉标准（二）》已经于2022年5月15日生效，其明确职务侵占罪的入罪标准从6万元调整为3万元，这是关于职务侵占罪近些年来第三次大的调整，我们在此看下《立案追诉标准（二）》施行前后，职务侵占罪与贪污罪的追诉标准¹的对比。

《立案追诉标准（二）》施行前		
罪名	追诉标准	量刑幅度
贪污罪	3万	3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金
职务侵占罪	6万	3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金

《立案追诉标准（二）》施行后		
罪名	追诉标准	量刑幅度
贪污罪	3万	3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金
职务侵占罪	3万	3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金

由此可见，仅从法律规定上而言，职务侵占罪和贪污罪的第一档数额标准、量刑幅度将一致。最高人民检察院、公安部有关部门负责人答记者问也说到：《立案追诉标准（二）》对非国家工作人员受贿罪等5种非国家工作人员职务犯罪的立案追诉标准，采用与受贿罪等国家工作人员职务犯罪相同的入罪标准，对国企民企、内资外资、中小微企业等各类市场主体予以同等司法保护，充分体现和落实产权平等保护的時代精神。

截至本文截稿，目前关于职务侵占罪的追诉量刑标准还不完整，还有一些基础的问题有待落实：

“数额巨大”的标准之前规定是100万元，之后会是多少？

“数额特别巨大”的标准会如何规定？

职务侵占罪“数额巨大”和“数额特别巨大”的标准会同贪污罪中“数额巨大”和“数额特别巨大”的标准相同吗？

这都有待于后续司法解释的出台，但根据前期的情况来看，后续的司法解释会继续反映出国家加大对民营企业的保护这一理念。

（本文首发于2022年7月12日）

¹ 贪污罪的每一档量刑标准均分别设置“数额标准”和“情节标准”，职务侵占罪仅设置有数额标准，为方便对比，此处仅列贪污罪的数额标准。

人保财险员工挪用 144 万被罚，从大数据看挪用资金案件情况

7月25日，银保监会和田银保监分局发布行政处罚决定书（和银保监罚决字〔2022〕3号）显示，根据中国银保监会授权，针对中国人民财产保险股份有限公司民丰支公司员工挪用保险费进行赌博的违法违规行为，对该支公司罚款20万元，对当事员工杨某作出禁止终身进入保险业的处罚。

根据处罚决定书显示，人保财险民丰支公司存在保险公司及其工作人员在保险业务活动中挪用保险费的违法违规行为，2020年1月至4月，该支公司员工杨某利用职务便利挪用保险费144.36万元，用于网络彩票赌博。

尽管本次只是行政层面上的处罚，但是挪用资金罪作为舞弊案件中较为常见的罪名之一，一直是星瀚企业内控与反舞弊法律中心关注的重点。本文我们结合《2020年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》（以下简称“报告”），从刑事角度来看上一年度挪用资金罪的情况。

根据《刑法》第二百七十二条的规定，挪用资金的用途在法律上可以分为三种情形：

第一种情形是归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的。这是较轻的一种挪用行为。

第二种情形是未超过三个月，但是进行营利活动的。所谓“营利活动”主要是指进行经商投资、购买股票债券等活动。

第三种情形是挪用资金后进行非法活动的。这种行为没有挪用时间、挪用数额上的限制。常见的“非法活动”包括走私、赌博等。

归个人使用占比最大，进行营利活动金额最高



根据报告的统计结果，在明确资金用途的958起挪用资金案件中，营利活动有165例，借贷给他人有24例，归个人使用有605例，非法活动有207例。



营利活动、借贷给他人两个用途涉及的挪用金额比较高，平均金额分别为 740.14 万元与 315.55 万元，大大超过归个人使用及非法活动的平均金额。同时，挪用资金用于非法活动的情形较为单一，最常见的就是参加线下或网络赌博。营利活动及借贷给他人通常用于投资理财。

“事权”、“财权”要留心



由上图可见，**财务、管理、技术、采购和销售**岗位是挪用资金行为造成损失最为严重的 5 个岗位。其中，掌控“事权”的管理岗位和掌控“财权”的财务岗位是挪用资金金额较高的两个岗位，平均金额分别为 458.55 万元（总额 13.66 亿元）、356.89 万元（总额 13.88 亿元）。管理岗位的挪用金额与管理人员能够掌握的直接经手、接触资金的权力息息相关。

金融行业案件频发



数据表明，金融业所涉的平均挪用金额最高，建筑业其次，然后依次为电热燃水供应业、商务服务业和信息技术服务业。金融业挪用案件中，有一例涉案金额高达 4700 万元，值得引起业界重视。

挪用资金进行非法活动的退赔难

在挪用资金的 958 例案件中，企业通过司法救济挽回经济损失的案例有 439 例，占总数的 45.82%。各个挪用用途中，行为人退赔的情况如下：



通常，各类新闻中经常会类“某企业某员工挪用资金用于网络赌博”的相关报道，这是现实生活中较为常见的一种情形。从数据中我们不难发现这一情况，即行为人将挪用的钱款用于非法活动等，由于资金难以收回，案发后可退赔的空间不大。

结语

从报告中反映的情况，我们可以发现，如果企业的反舞弊手段和合规体系建设不够完善，就会给掌握权力的员工，尤其是高层、管理人员留下较大的舞弊空间。对于企业而言，事前构建完整的内控管理体系、完善治理机制，加强廉洁教育，应是当务之急。

星瀚企业内控与反舞弊法律中心致力于理论研究与实务分析《2021年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》拟于下一季度发布，欢迎各位持续关注！

（本文首发于 2022 年 8 月 22 日）

发现舞弊线索想揭发又担心被报复，企业如何保护举报人？

马政钧

引言

ACFE（注册舞弊师协会）将 2022 年度克里夫·罗伯森哨兵奖（Cliff Robertson Sentinel Award）颁发给了帕夫·吉尔（Pav Gill，下称吉尔）以表彰他在揭露德国支付巨头 Wirecard 舞弊行为的勇气。该奖每年专门颁发给不顾个人或职业后果，公开披露商业或政府中舞弊行为的个人。

吉尔在 Wirecard 担任亚太地区法律顾问期间，他注意到该地区 CFO 涉嫌在虚假的第三方空壳企业和 Wirecard 之间制造价值数百万欧元的虚假软件转让协议。他将这些舞弊行为提请企业管理层注意，但身为举报人的吉尔却遭受来自企业内部的惩罚。即使在腐败的 Wirecard 高管迫使吉尔辞职后，他们仍继续使用各种手段骚扰他。最终，吉尔的母亲鼓励他揭发丑闻，并充当英国《金融时报》记者的消息来源，让公众关注这起德国新锐创新公司的丑闻。

举报人保护制度

关于对举报人的保护，笔者认为需要从立法和企业制度双方来建立一个立体的制度。**从法律层面上**，立法者需要通过立法和实时修订法律来加强对举报人的保护。接二连三被揭露的企业丑闻也迫使立法者需要加快修法的速度。例如安然事件成为了推动 SOX 法的催化剂。正如 Wirecard 的舞弊在促使德国努力赋予监管机构更多打击企业舞弊的火力并保护举报人。事实上，越来越多的国家正在采取更严厉的措施来促进举报人活动并保护他们免受伤害。

从企业制度层面上，一个健全的内部举报制度应当是在收到举报后对其内容进行判断并迅速开展调查，并反馈结果给举报人。确有舞弊存在的，应做到“惩恶扬善”。但现实中企业往往没有建立有效的举报人保护制度，或制度建设只停留在文字层面，无相应的配套措施。更有甚者，合规人员对待举报的“粗暴操作”直接导致举报人身份被暴露，影响后续调查。举报人在被暴露身份后，容易遭到解雇、降薪等其他来自被举报人或企业的打击报复。一个不完善的制度会影响企业合规氛围，造成员工容易误解举报窗口只是一个摆设，合规和被举报人“蛇鼠一窝”。对舞弊行为敢怒而不敢言。于是组织中的“毒瘤”无法被及时摘除，最后给企业造成巨大损害。近年国内外因舞弊行为造成退市、破产清算等个例不胜枚举。

由于我国目前并无专门保护举报人的法律。现有的司法解释和部门规章对举报人的保护也只限于向公权力机关检举犯罪或事故等情形，对企业的规定尚处空白，缺少明确的法律后盾来保障举报人能安心地、毫无顾虑地利用举报制度。

日本《公益举报人保护法》

笔者曾长居日本 10 余年从事企业法务与合规工作。曾经在一家跨国制药企业总部负责包括日本地区和亚太地区的内部举报制度的建设和运营。在日本，企业并无法律上的义务

建立内部举报制度，举报窗口主要针对上市公司和对合规管理有严格要求的大公司设立。由于2022年6月起施行修订后的《公益举报人保护法》，该法规定拥有300名以上员工的企业有义务建立必要的举报制度。因此在日本会有更多的企业设立举报窗口。现有的内部举报制度也需按照新法进行优化。

《公益举报人保护法》于2006年施行旨在保护公益举报人。该法施行后，虽然在鼓励揭露企业违法行为方面取得一定成效，但并不能有效保护举报人的权益。例如2007年，奥林巴斯员工滨田正晴向公司举报了上司的不当行为，合规部通过邮件将滨田的身份透露给其上司。此后他遭遇了三次调岗、没收公司手机、禁止与同事交流等来自人事上的报复。2008年，滨田以公司滥用人事权向东京地方法院提起诉讼，要求公司撤回不当的调岗命令并给予赔偿，但一审被判败诉（2010年1月）。之后他在东京律师协会的全力帮助下在二审中反败为胜（2011年8月）。随后公司向日本最高法院提出上诉，被法院驳回后。于2012年6月判决生效确定滨田胜诉。2016年2月滨田与公司达成和解，结束了长达8年的斗争。可以看出改订前的《公益举报人保护法》，对企业建立内部举报制度在法律上并不具有强制性，对企业的违法制裁也不明确，法律施行后的效果并没有达到所期望的水准。面对近年越来越多的员工告发企业的舞弊行为，加强对举报人的保护的呼声越来越响，所以促成了日本国会对该法进行了修改。之后将接受，该法修订后对企业有直接影响的两项重要修订：

一、要求企业建立内部举报机制的同时创建可以安心举报的环境

1、给企业创设义务，要求企业适当应对内部举报并建立必要的机制（设置举报窗口、开展合规调查、纠正违规行为等），300人以下的中小企业为努力义务。【第11条】

2、为确保内部举报制度行之有效导入行政措施（行政机关可以对企业做出建议或指导、劝告以及对外公布不遵从劝告的企业名单）【第15条、第16条】

3、给合规调查人员创设义务，规定不得泄露举报人的身份信息。否则将处30万日元以下罚款（罚金刑）。【第12条、第21条】

二、使举报人更容易受到保护

1、举报人从在职员工拓展到离职后1年以内的员工以及公司高管【第2条第1项等】

2、所有到保护的举报对象从刑事处罚对象拓展到行政处罚的对象。【第2条第3款等】

3、对举报人的保护内容，免除因举报行为而产生的损害赔偿 responsibility。【第7条】

该法对日本企业法务/合规的影响

1、企业法务/合规在处理内部举报时需要比过去更慎重地采取初期应对和设计调查方案，在调查过程中确保不泄露举报人的身份信息。

2、对报复行为“零容忍”。对举报人采取包括降职、降薪、无正当理由调离原岗、要求离职在内的所有报复行为都属于违反合规的行为。

综上所述，日本通过立法对给企业以及合规人员赋予义务来加强举报人的保护，使得企业不得不采取各种措施去加强内部举报制度的建设和慎重对待每一个来自员工的“声音”。如今企业在获悉举报后不及时采取适当的处理，这一行为本身就已经违法。假设未被处理的举报如果持续发酵而造成严重后果的，企业将无法推辞自身内控制度不健全的问题，企业将面临行政乃至刑事处罚，日本社会对违反合规的企业容忍率较低，从民众和投资者看来是这种不健全的企业应该被“社死”，从近日本频频爆出的质量造假丑闻的结果来看，除少数企业在经过很长时间后能重振，然而大部分从此一蹶不振，有些百年老店落得个拱手让人的下场。

举报人保护措施

前文提到我国并无专门法律来保护举报人，但鉴于发现舞弊的重要渠道仍然是内部举报。面对近年来我国企业舞弊呈现增长趋势的这大环境。加强对举报人的保护也是企业合规的重要课题。因此笔者建议企业可以参考以下措施：

1、在企业规章制度中明确保护举报人、禁止对举报人的打击报复。通过培训和内部举报窗口介绍等方式，反复向员工强调这两项。

2、导入匿名举报系统，举报人可以在不公开身份、邮箱、电话等信息的情况下与合规人员展开沟通。系统也不记录举报人的IP地址等可以锁定举报人的信息。

3、调查举报人的上司或举报人周围人物时，应事先拟定调查方案，在初期调查中，可适当增加调查对象，之中混入非调查对象，使得被调查人员不容易察觉自己是被谁举报。

4、举报机制中除企业内部举报窗口之外，还应配备律师事务所等外部窗口。由于涉及高层或牵涉面广的举报，内部举报窗口容易受到内部压力无法启动调查或无法做到中立。因此，举报对象为一定层级以上或牵涉人员众多的，应鼓励举报人向外部窗口举报。

5、如果企业有外国子公司或实体的话，应导入全球举报系统。确保信息和总部畅通，避免信息闭塞造成无法及时掌握舞弊情况而延误调查。

总结

作为企业反舞弊的重要手段，内部举报无疑会有越来越多的企业采用。一个好的内部举报制度必定是一个能被信任、安心使用的制度。需要通过法律指引、企业自身努力去完善。相信我国在不远的将来也会像发达国家那样拥有自己的保护内部举报人的法律。

（本文首发于2022年8月31日）

从无到有，挪用资金罪的立法演变对民营企业保护的影响

冯笑、陆盛青

上篇我们通过职务侵占罪的历史变迁，从立法层面探讨了国家对职务犯罪打击态度的变化（详见《从职务侵占罪的历史演变看立法对民营企业保护力度的调整》）。

与职务侵占罪相同，挪用资金罪也是最常见的一个职务犯罪，其先后的规定不仅同样能够体现我国对民营企业保护力度的变化策略，前后的改变也有很多其他的亮点，有助于我们更好地理解和应用这个罪名。因此，本篇将通过挪用资金罪的立法沿革的追溯，梳理我国司法实践对挪用资金罪的认识是如何一步步加深、完善，以实现织密法网、更好的保护民营企业的目的。

鉴于：司法理论及实践均认为，挪用资金罪和挪用公款罪相比，除了主体要素与挪用对象以外，对这两个罪的三种行为类型基本可以作完全相同的理解，立法解释以及司法解释关于挪用公款罪的相关规定，也可以适用于挪用资金罪。故我们在对挪用资金罪的规定分析的同时，为了更好地理解挪用资金罪，也会提及挪用公款罪的相关内容。

一、新中国成立至 1979 年《刑法》颁布，我国没有挪用公款罪的规定，更没有设置挪用资金罪

之前我们讲职务侵占罪的时候，提到过我国关于职务犯罪最早的规定可以追溯至 1952 年《中华人民共和国惩治贪污条例》，该条例的针对对象主要是国家工作人员，提及的罪名主要是贪污罪和受贿罪这两个罪名，其中没有对国家工作人员挪用单位财物的行为类型进行规制。

在 1979 年新中国成立后颁布的第一部《刑法》中，关于职务犯罪的规定仍仅限于国家工作人员领域内，对应的罪名依然还只是贪污罪和受贿罪，并没有单独的挪用公款罪，更别提挪用资金罪了。但在这部《刑法》里，关于挪用型的犯罪，即对挪用救灾、抢险、防汛、优抚、救济款物这类挪用特定财物的行为进行了规制，也可以理解为现行《刑法》中“挪用特定财物罪”的前身。

二、1979 刑法颁布实施后，对于挪用型职务犯罪的处置缺乏统一标准，挪用公款、挪用资金的行为也逐渐得到重视，并于 1997 年《刑法》颁布后一同正式成为独立的罪名

（一）挪用公款罪的独立成罪

虽然 1979 年《刑法》并没有规定挪用公款罪，但不意味着现实中就没有这种违法犯罪行为。当时存在的问题就是，对于实践中存在的大量挪用公款行为，应当如何处理？

当时的司法实践还比较混乱，一种观点是将“挪用公款”视为贪污的一种方式，以贪污罪定罪处罚，这在我们目前看来是完全不合适的，但在当时仅规定有贪污罪、受贿罪的大环境下，要追究挪用公款行为的刑事责任似乎别无他法；另一种观点是将其作为“一般违反财经纪律”的行为，予以行政处分、纪律处分，但不追究刑事责任，这就和前面一种观点存在巨大的差异性，对于挪用公款行为的打击力度也显得不够。

1986年3月24日实施的最高人民检察院《关于〈人民检察院直接受理的经济检察案件立案标准的规定（试行）〉中几个问题的说明》中第五条规定“挪用公款以贪污罪论处的立案标准，应比一般贪污案的数额高一些。具体标准可由各地依据本地实际情况酌情掌握。”这一规定是赞成上述第一种观点的，但是在立案标准上，又暴露出将挪用公款行为作为贪污罪论处的矛盾和体系不协调的问题，虽通过司法解释将挪用公款行为与贪污行为做了同等解释，但无论是社会危害性和主观恶性上，又都认为挪用公款行为不宜与贪污做同等程度的对待，故在立案标准上还是进行了区别，提高了挪用公款入贪污罪的门槛。

后在1988年《全国人民代表大会常务委员会关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中，首次将挪用公款行为从贪污罪中分离，单独成罪，将主体、客观方面等构成要件在立法上都加以明确规定，挪用公款罪已初具雏形。

1988.01.21 《全国人民代表大会常务委员会关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》
<p>三、国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员，利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额较大不退还的，以贪污论处。</p> <p>挪用公款进行非法活动构成其他罪的，依照数罪并罚的规定处罚。</p>

在上述基础上，到1997年修订《刑法》时，在《刑法》法条中正式规定挪用公款罪，且该罪状表述至今未再改动：

1997年《刑法》
<p>第三百八十四条 国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。</p>

（二）挪用资金罪独立成罪

与挪用公款罪相比，挪用资金罪的得到重视的时间要稍微晚一些：

1993年，《公司法》中正式提出了非国家工作人员领域的挪用资金行为以及相应刑事责任问题，但没有明确如何追究刑事责任：

1993年《公司法》
<p>第六十条 董事、经理不得挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人 董事、经理不得将公司资产以其个人名义或者以其他个人名义开立帐户存储。 董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。</p> <p>第二百一十四条（第二款）</p>

董事、经理挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人的，责令退还公司的资金，由公司给予处分，将其所得收入归公司所有。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

1995年2月，第八届全国人大常委会通过了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》，首次对挪用资金行为如何追究刑事责任进行了规定。

1995.02.28 《全国人民代表大会常务委员会关于惩治违反公司法的犯罪的决定》

第十一条 公司董事、监事或者职工利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役。挪用本单位资金数额较大不退还的，依照本决定第十条规定的侵占罪论处。

第十四条 有限责任公司、股份有限公司以外的企业职工有本决定第九条、第十条、第十一条规定的犯罪行为的，适用本决定。

但上述条文关于挪用资金罪的规定尚不成熟，主要体现在主体范围狭窄（仅公司董事、监事、职工），以及“数额较大不退还的以职务侵占罪论处”的不适宜上。

后1997年《刑法》中明确规定了挪用资金罪，并扩大了主体范围，对于“数额较大不退还的”情形，也不再机械地套用职务侵占罪，而是使用升格法定刑的方式，将“数额较大不退还”与“数额巨大”适用同种量刑幅度，以体现对这种情节的打击力度。

1997年《刑法》

第二百七十二條 公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的，处三年以上十年以下有期徒刑。

三、1997年刑法确立挪用资金罪后，围绕挪用资金罪的构成要件、追诉量刑标准逐渐完善，至2016年两高颁布《贪污贿赂司法解释》后，本罪名在全国范围内的适用基本得到统一

与职务侵占罪相比，挪用资金罪的构成要件理解起来相对复杂一些，除了“数额较大”、“数额巨大”、“数额较大不退还”的认定标准，“归个人使用或者借贷给他人”如何理解也是个老大难问题。在1997年之后的很长时间内，我国也陆续出台过多个司法解释及相关规定，对这些问题予以明确。

（一）关于“归个人使用或者借贷给他人”的理解

挪用资金构成犯罪的，分成3种情形，其中一种为“挪用本单位资金归个人使用或借贷给他人使用”。1998年，新疆维吾尔自治区高级人民法院就这一情形如何理解与适用，向最高院提请了请示，2000年6月30日，最高院经审委会会议通过后给予了批复：

最高院关于如何理解“挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人”问题的批复

公司、企业或者其他单位的非国家工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归本人或者其他自然人使用，或者挪用人以个人名义将所挪用的资金借给其他自然人和单位，构成犯罪的，应当依照刑法第二百七十二条第一款的规定定罪处罚。

在挪用公款罪的规定中，“挪用公款归个人使用”也是构罪的一种情形，2002年4月28日，全国人大常委会就此问题颁布了一则立法解释：

全国人民代表大会常务委员会 关于《中华人民共和国刑法》第三百八十四条第一款的解释
有下列情形之一的，属于挪用公款“归个人使用”： (一) 将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的； (二) 以个人名义将公款供其他单位使用的； (三) 个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。

2004年9月，公安部经济犯罪侦查局作出批复，上述关于挪用公款罪的立法解释的内容，适用于对挪用资金罪的理解：

公安部经济犯罪侦查局关于对挪用资金罪中“归个人使用”有关问题的批复
《中华人民共和国刑法》第二百七十二条规定的挪用资金罪中的“归个人使用”与《中华人民共和国刑法》第三百八十四条规定的挪用公款罪中的“归个人使用”的含义基本相同。在理解时，可以参照2002年4月28日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过的全国人大常委会关于《中华人民共和国刑法》第三百八十四条第一款的解释。

在此之后，关于“挪用本单位资金归个人使用或借贷给他人使用”的理解，在法律上基本明确。

(二) 关于“数额较大不退还”的调整

“数额较大不退还”作为升格法定刑条件，和“数额巨大”适用同样的量刑标准，一直以来有着较多争议。

以2016年两高《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《贪污贿赂解释》)的规定为例，挪用资金归个人使用或者进行经营活动的情形，“数额较大”的标准为10万元，“数额巨大”的标准为400万元，二者相差极大，“数额较大不退还”与“数额巨大”适用同一档量刑标准(按照当时的《刑法》规定，为3-10年有期徒刑)明显可能存在量刑不当问题(例如行为人A挪用20万元不退还和行为人B挪用400万元，均按照3-10年有期徒刑的量刑建议，在一般民众看来也不适宜)。

在2021年《刑法修正案(十一)》施行后，《刑法》关于挪用资金罪的量刑标准规定，仅根据挪用的数额大小确定相应的量刑标准，即“数额较大”、“数额巨大”“数额特别巨大”三挡，删除了“数额较大不退还”的升格量刑问题。

（三）关于“数额较大”、“数额巨大”标准的调整

挪用资金罪有三种情形，在《刑法修正案（十一）》施行之前，每种情形对应的量刑标准为“数额较大”和“数额巨大”两档，因此其量刑标准相对于职务侵占罪的量刑标准要更复杂一些。

2001年4月18日，最高人民法院、公安部联合制定的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》（公发〔2001〕11号）中，对挪用资金罪的追诉标准进行了规定：挪用资金“归个人使用或借贷给他人使用超过三个月未还”及“进行营利活动的”的数额标准为“一万元至三万元以上”，挪用资金“进行非法活动的”的数额标准为“五千元至二万元以上”。

2010年，最高人民法院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》中，关于挪用资金罪的追诉标准沿用了上述规定，未做改动。

在当时，各地关于挪用资金罪的两档量刑标准，都有各地的地方性规定，不同地区并不统一，这也会导致有些相同金额案子，在不同地区得到的法律保护并不一致。

到2016年4月18日，两高颁布施行《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》，该解释中明确了挪用资金罪量刑标准（参照挪用公款罪相应标准的两倍执行）：

挪用资金罪-追诉量刑标准		
行为类型	数额较大	数额巨大
进行非法活动	6万以上	200万以上
数额较大，进行营利活动	10万以上	400万以上
数额较大，超过三个月未还	10万以上	400万以上

至此，挪用资金罪的追诉量刑标准在全国范围内得到了统一，有助于类似案件的规范化办理。

四、2021年《刑法修正案（十一）》出台后，本罪进行了更大的调整，在加大对这类犯罪行为打击力度的基础上，罪名的量刑设置也更加科学合理

之前，我们提到过在《刑修十一》出台后，职务侵占罪的量刑档次、量刑标准、刑罚种类都进行了调整，实际上，挪用资金罪的调整力度更大：

《刑修十一》之前的挪用资金罪规定	《刑修十一》之后的挪用资金罪规定
公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役； 挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的，处三年以上十年以下有期徒刑。	公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役； 挪用本单位资金数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑；

	<p>数额特别巨大的，处七年以上有期徒刑。</p> <p>……在提起公诉前将挪用的资金退还的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以减轻或者免除处罚。</p>
--	--

对于挪用资金罪的修改，《刑修十一》是本着宽严相济的理念进行调整，并非一味加重打击力度，例如它新增了第三档刑期，将本罪的最高刑期从10年提高到了15年，将挪用资金量刑分为了数额较大、数额巨大和数额特别巨大三档，以更加细密的划分力图实现更精准的打击，这能够体现“严”的一面；但同时，它也废除了“数额较大不退还”适用加重处罚的规定，同时将“在提起公诉前将挪用的资金退还的”作为法定从轻、减轻情节，还另行增加了“减轻或免除处罚”规定，这能够体现“宽”的一面，且这一变化不仅体现着对挪用资金罪的认识更加深入，不再机械的用客观结果进行归罪，也有利于促使行为人积极退赃退赔，帮助企业挽回损失。

2022年4月6日《最高人民法院 公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》出台，调低了立案追诉标准，使之与挪用公款罪相同，这对民营企业来说，同权保护的期待得到了立法的部分回应，充分体现了对产权平等保护的精神。

目前挪用公款罪和挪用资金罪的第一档入罪标准如下：

罪名	入罪标准	罪名	入罪标准
挪用公款罪	超过三个月未还、进行营利活动：5万元	挪用资金罪	超过三个月未还、进行营利活动：5万元
	进行非法活动：3万元		进行非法活动：3万元

但同职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪一样的问题是，关于本罪，目前尚未有对第二档第三档的细化的量刑标准，仍亟待后续出台司法解释就实践问题进行统一规定。

（本文首发于2022年9月13日）

星瀚海事

热爱法律的技术派

保险争议系列之共保协议纠纷大数据报告

曾曙光、陈军

一、前言

共同保险，简称“共保”，是保险业发展过程中各大保险机构为分散自身保险责任而自发形成的一种保险模式，在实务中一般体现为保险人签订共保协议或者成立共保体就某一被保险标的进行共同承保。近年来，有关共同保险问题的纠纷的案件与日俱增，集中体现为首席承保人统一对外赔付后的共保摊回案件，笔者有幸在近年经办了多起共保分摊案件，就其中共性问题进行总结，以期抛砖引玉，为保险人开展共保业务提供支持。

本报告样本案例来源于“Alpha 案例库”，检索时间为 2022 年 6 月 12 日。选取“民事”案由，以“共保协议”、“分摊”为关键词进行全文检索，共检索到 407 篇判决书，其中 2 篇典型案例，2 篇最高院案例，13 篇高院案例、108 篇中院案例。报告对 407 篇判决书进行数据化分析，并以典型案例、高院、省高院及中院的判例为重点分析对象。因部分案例为“再保险纠纷”及其他保险纠纷，本篇报告分析时仅对“共保协议纠纷”相关案例进行分析。

二、共保协议纠纷大数据分析

经对检索出的发数据进行分析我们发现，现有的共保协议纠纷呈现以下特征：

1.案件数量逐年增长，且主要集中于辽宁、广东、江苏、四川、河北五地

从案件数量来看，有关共保协议纠纷的案件呈逐年递增的态势，2015 年公开的文书数量有 19 件，2017 年 33 件，2018 年 76 件，2019 年 90 件，2020 年 94 件，2021 年因部分文书还未上网公开，但已公开的文书数量也有 76 件；从案件的地域分布来看，主要集中于辽宁（72 件）、广东（70 件）、江苏（38 件）、四川（28）、河北（24）五地。

2.共保协议纠纷法院多数确定案由为“其他合同类纠纷”

从案由来看，实务中法院对“共保协议纠纷”案件确定的案由主要是“合同、合同纠纷”项下的“其他案由”（约 100 件），即其他合同类纠纷。此外也有部分法院将“共保协议纠纷”列为“保险纠纷”，多为“保险纠纷”项下“其他案由”纠纷（61 件），另外约有 100 件案例为再保险合同纠纷。

3.保险机构诉讼请求支持率高

从检索文书的裁判结果来看，法院在一审程序中全部或部分支持保险机构作为原告的的诉讼请求的案件共 226 件，支持率约为 80.43%，二审程序中维持原判的案件数为 85 件（二审案件共 119 件），占比约为 71.43%，由此可见，在此类案件中保险机构的诉讼请求支持率相对较高。

4.争议标的金额主要在 50 万元以下

对检索案例的标的额进行统计分析发现，标的额为 10 万元以下的案件数量最多，有 134 件，10 万元至 50 万元的案件有 133 件，有关共保协议纠纷相关案件争议标的金额主要在 50 万元以下，约占比 70.82%，这也从侧面反映了针对标的额较大的保险事故多为各共保人共同参与处理，因此争讼较少，争议多集中于首席承保人/出单方就权限范围内保险事故理赔分摊问题。

三、共保协议纠纷常见法律问题分析

（一）共保协议性质

有关共保协议性质是审理此类案件首先必须解决的法律问题，关乎法院案由、管辖法院的确定及案件的法律适用。

通过检索案例分析，司法实践中法院一般将“共保协议”归类为无名合同，依照合同纠纷来确定管辖法院，适用《民法典》合同编的有关规定¹。法院一般认为“共保协议”虽涉及相关保险事宜，但有关共保协议的纠纷实质为各保险公司在履行“共保协议”这一平等主体之间订立的合同时对各自权利义务划分产生争议而引起的纠纷，该合同主体均为保险人，而不是投保人与保险人。依照《保险法》对于保险合同的定义，“共保协议”明显不是保险合同。有关共保协议的纠纷即为一般合同纠纷，虽不属于《民法典》上列明的有名合同，但《民法典》对合同的一般性规定仍适用于“共保协议”，关于共保协议纠纷的管辖也应适用《民事诉讼法》第二十三条的规定，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。

值得一提的是，也有少数法院认为“共保协议”为保险合同。北京市第二中院从共同保险的目的出发检视合同性质，认为共保协议仍是以分散风险为目的的保险合同，其认为共同保险的目的在于扩大保险人的风险分散范围、保证其经营的稳定性，首席承保人在支付完最后一笔涉案理赔款项后，才向其他共保人寄送共保分摊催款函，要求共保人分摊理赔款，这一行为改变了保险合同的射幸性，使保险标的风险的不确定性转化为确定性，违背了共保协议分散风险的本意”。二中院据此维持了一审法院不予支持分摊理赔款的判决²。

对于前述判决，笔者持保留态度。前述法院判决明显错误理解了共保协议的性质，未能正确区分共保协议对内和对外两种关系。在对内关系上，各共保人之间因签署《共保协议》以对某个特定的保险标的进行共同承保，在共保体内部形成类似于合伙的法律关系，各共保人按其承保份额享有相应的债权（保费收取权），并负担相应的债务（依份额赔付保险金的义务），与合同相对方构成按份之债。实践中，为提高交易效率，并无必要也无可能每项对外行为均由各共保人共同完成。因此《共保协议》中一般由各共保人约定统一授权首席承保人代理其行使部分权利、履行部分义务，例如统一出单、权限金额内的对外支付，而出单方所实施的法律行为，其后果应当由各共保人依照《共保协议》来分摊。该种授权通过保单后附的共保协议，也为投保人所知。基于上述授权，出单方在执行缔约、定损、赔付等事务时，即具有代理其他共保体成员的权能。在对外关系上，各共保人依照出单方所出具的保单，与投保人之间建立了保险合同关系。《共保协议》不等于出单方所出具的保单，前述法院明显系将二者予以混淆，各共保体授权出单方对投保人所出具的保单，此时合同主体为投保人与各共保方，投保人支付相应的保费，各共保人即应就保险标的事故发生时共同承担责任，具有明显的射幸性。但各共保人之间所签署的《共保协议》，其核心为共享保费收益，共担保险责任债务，并不具有射幸性。对于共保协议性质的理解应从其缔约主体的各共保人之间的

¹ 参见（2016）浙 01 民辖终 488 号民事裁定书、（2016）沪 0115 民初 40885 号民事判决书、（2017）鄂 01 民辖终 72 号民事裁定书、（2017）京 02 民终 12242 号民事判决书、（2019）辽 01 民辖终 508 号民事裁定书

² 参见（2017）京 02 民终 8456 号民事判决书

关系来理解，各共保人在身份上实际为合作方，而不是出单方作为投保人，其他共保人作为保险人，故不应一概笼统将其定性为保险合同。

（二）共保人请求其他共保人分摊理赔款项的诉讼时效起算点

司法实践中，因各共保人之间存在较多业务合作关系，首席承保人/出单方就共同保险项下赔案履行赔付义务后通常没有及时要求共保人分摊，往往系累积多笔赔案后一并要求其他共保人进行分摊，其他共保人也多利用时间周期过长的特点，以超过诉讼时效为由进行抗辩。因而在共保纠纷中，如何确定首席承保人/出单方要求其他共保人分摊保险赔款的诉讼时效起算点是法院在审理此类案件常见的争议焦点之一。

经分析检索案例，法院对于该类案件确定诉讼时效的起算点首先依照《共保协议》约定的内容来确定，如若在《共保协议》中，双方未明确约定分摊赔偿款的结算、分摊时限等，仅约定一方共保人在收到首席承保人发送的分摊通知和明细表等材料或支付分摊金额，则适用《民法典》第一百八十八条³，诉讼时效期间从共保人知道或者应当知道权利被侵害时起计算，即应从共保人明确拒绝支付赔偿款时起算⁴。同时，在诉讼时效期间内若一方向另一方主张权利亦产生诉讼时效中断的法律效果。

（三）首席承保人/出单方未向其他共保人划扣保费，其他共保人能否因此拒绝分摊保险赔款？保费能否与理赔款项抵销？

《共保协议》一般会约定由首席承保人/出单方向投保人统一收取保费，再由首席承保人/出单方向其他共保人依照共保份额划扣保费。司法实践中，首席承保人/出单方要求其他共保人分摊保险理赔款时，其他共保人常见的抗辩点之一即为“首席承保人/出单方没有向其划扣保费或足额划扣保费，共保人不应承担赔款责任”。

关于此问题，法院的裁判观点存在较大的分歧与差异性，部分法院认为共保人不得以未足额获取保费为由拒绝承担共摊赔款的责任，关于保费共保人可通过其他合法途径另行主张⁵。也有部分法院认为，首席承保人/出单方未将实际收到的保费扣除相关费用后划入各方账户，未通知及向各方发送单证等，未依约履行合同约定的主要义务，其违约行为违背了合同当事人通过签订《共保协议》分散风险的根本目的，导致合同当事人权利义务的不对等，也改变了保险合同的射幸性⁶，故不予支持其要求分摊保险理赔款的诉求。

就此问题，笔者更倾向于前一种观点。首席承保人/出单方要求其他共保人分摊保险理赔款系因其超出自己的份额向被保险人承担了全部保险责任，其承担责任后要求共保人按其份额承担责任实质为替代被保险人向各共保人请求支付保险金，首席承保人/出单方一方面依照《共保协议》请求各共保人分摊理赔款，但也同时依照被保险人与各共保人之间保险

³ 司法实践中，法院关于诉讼时效期间法律的适用一般以《共保协议》成立的时间来确定。

⁴ 参见（2020）沪74民终541号民事判决书，（2019）内01民终111号民事判决书，（2021）辽01民终502号民事判决书，（2020）辽01民终8846号民事判决书，（2017）辽01民终3473号民事判决书，（2020）黔01民终2110号民事判决书，（2019）渝05民终104号民事判决书，（2019）苏11民终1344号民事判决书。

⁵ 参见（2018）粤01民终16041号民事判决书，（2015）江中法民二终字第422号民事判决书，（2020）沪0115民初49642号民事判决书

⁶ 参见（2021）京02民终7046号民事判决书，（2017）京02民终8456号民事判决书，（2021）鄂0112民初7293号民事判决书

合同项下的代履行关系，性质上属于《共保协议》的对外关系，此时各共保人承担的是对被保险人支付保险金的按份之债。与此相对的是划扣保费问题系共保人之间的内部法律关系，各共保人应当依照《共保协议》主张保费，当然《共保协议》中有明确约定首席承保人/出单方没有划扣保费，其他共保人不予分摊赔款的除外。

笔者在分析检索案例时，还注意到一起法院将共保人应与其他共保人划扣保费与共保人应分摊的赔款进行抵销的案例，法院认为“该债务的标的物种类、品质相同，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销”⁷。对此笔者认为，能否裁判适用抵销有待商榷。根据最高法院判例，如果双方当事人的债务种类不同，双方当事人也未共同向法院提出债务抵销请求，法院将双方的两项债务直接进行抵销的，违反法律规定⁸。

（四）首席承保人/出单方履行共保协议存在瑕疵，是否可以免除其他共保人的理赔责任？

经分析案例发现，首席承保人/出单方在履行《共保协议》时存在瑕疵，其他共保人是否可因此免除理赔责任也是共保协议纠纷案件中常见的争议焦点之一。在共保业务中，基于服务效果和效率考量，共保协议一般约定由首席承保人作为出单方向被保险人出具保单、收取保费，并赋予其在一定限额内勘查定损，以及在保险事故发生时支付赔偿款的职责。也正是基于此，当首席承保人在支付保险赔款后，如其在履行《共保协议》时存在瑕疵，要求其他共保人分摊理赔款时往往产生争议。

对检索的裁判文书中进行归类总结，司法实践中，首席承保人/出单方履行《共保协议》的瑕疵行为主要表现为如下情形：①未在《共保协议》约定的时间内向其他共保人履行通知义务；②没有按照共保协议约定时间提供理赔资料要求分摊赔款；③超出单核核赔范围内进行赔付；④超出《共保协议》约定范围选定查勘机构或未经查勘理算直接理赔。

法院就共保人的瑕疵履行行为能否免除其他共保人的理赔责任，多数裁判观点认为，《共保协议》系各共保人意思自治签署，不违反法律法规的强制性规定，合法有效，《共保协议》对共保人免除理赔责任有约定的遵其约定，没有约定的，虽然首席承保人存在瑕疵违约行为，但其行为并未超过各共保人在签署《共保协议》时能够预见的保险责任范围，并未实质影响各共保人基于《共保协议》享有的权利与义务、损害各共保人利益，不足以免除共保人的理赔责任⁹。

但也有少数法院认为首席承保人未严格履行合同，自身存在过错，酌情判令共保人分摊50%的应摊款项¹⁰。笔者认为该类法院判决也有待商榷，其一，如前述，首席承保人实际系替代被保险人向各共保人请求给付保险金，《共保协议》约定的首席承保人通知义务、首席承保人的单方核赔范围限制、查勘理算要求及及时提供理赔资料等，其目的均系防止首席承保人专断甚至舞弊，确保保险金赔付给保险责任范围内的事故，既不超范围赔付、也不超标准赔付，以防止共保人利益受损，如首席承保人存在理赔不规范、瑕疵履行《共保协议》的

⁷ 参见（2018）湘01民终4416号民事判决书

⁸ 参见（2019）最高法民再114号民事判决书

⁹ 参见（2020）苏民申2222号民事裁定书、（2020）鄂01民终12068号民事判决书、（2021）苏12终1707号民事判决书、（2020）辽01民终8846号民事判决书、（2019）苏04民终316号民事判决书、（2021）渝05民终10442号民事判决书、（2021）琼民终81号民事判决书

¹⁰ 参见（2018）吉0104民初2207号民事判决书

行为，但并未不当理赔侵害其他共保方利益的，各共保人仍应按照共保协议的约定的份额承担保险理赔责任。其二，共保人瑕疵履行《共保协议》的行为构成违约，如《共保协议》有规定相应情形下的违约责任的，各共保人可依照《共保协议》条款请求首席承保人承担违约责任，《共保协议》无约定的，如各共保人举证证明首席承保人的违约行为造成其损失的，也可依照《民法典》第五百八十四条要求首席承保人承担违约责任，但只要首席承保人对被保险人的理赔没有超范围、超标准的，各共保人仍应承担相应份额的保险理赔责任。故该法院直接认定首席承保人未严格履行合同存在过错，直接扣减其他共保人的理赔责任明显不当。

需注意的是，首席承保人/出单方基于《共保协议》获得其他共保人的授权，在执行缔约、定损、赔付等事务时，即具有代理其他共保体成员的权能，也即在首席承保人/出单方与其他共保人之间存在委托代理关系，首席承保人擅自变更保险合同主要条款，未征求其他共保人意见、及时通知其他共保人，获得其他共保人追认的，其变更条款对其他共保人不发生法律效力，各共保人对此不承担相应的理赔分摊责任，由首席承保人自行承担保险责任¹¹。

（五）首席承保人/出单方不当理赔导致其他共保人遭受损失的，其他共保人能否直接对主共保人进行追偿？

接前述问题，首席承保人作为其他共保人的代理人，如首席承保人不当理赔侵害其他共保人利益的，其他共保人未分摊理赔款，可拒绝分摊相应理赔款，但其他共保人已摊回相应款项的，首席承保人通常以保险金已支付给被保险人，共保人应向被保险人主张返还为由进行抗辩，此时各共保人能否对首席承保人直接进行追偿？

上海金融法院曾审理一起出单方违法对外赔付导致共保人重复支付保险金共保人向出单方进行追偿的案例¹²，上海金融法院认为“原告与被告之间存在两层法律关系。一、外部关系：根据道路客运承运人责任保险合同，原告、被告为共同保险人，对外可基于各自承保比例，分别向职工度假公司主张返还预付的第三者保险金。二、内部关系：根据《共保协议书》及《四方协议》，被告为涉案保单的出单公司，负责向被保险人提供理赔服务，在牵头完成定损后，需先行向被保险人支付全额保险金。原告则为其他共保方，需配合完成定损，并在出单公司完成对外赔付后按共保比例分摊保险金。从上述权利义务配置可见，在对外理赔时，对于被保险人而言，就原告以及案外人应承担的相应部分保险金，均由被告作为代理人进行赔付。现原告认为被告在对外赔付时违反保险法规定进行理赔，致其重复支出保险金，故要求赔偿。该请求显然是基于第二层法律关系，意在追究代理人在履行代理职责过程中未尽必要的注意义务，导致被代理人遭受损失的赔偿责任。此系原告自主行使诉权的行为，符合法律规定，可予准许。根据诚实信用原则，被告作为其他共保方的代理人，应当谨慎、勤勉、忠实地行使代理权，依法进行理赔，但被告作为专业的保险机构，明知法律的上述规定，却违反了作为代理人应尽的审慎注意义务，将原告应分摊的理赔款径行支付给了案外人，导致原告于此后就相同的保险事故进行了再次赔付，其行为显然违反了《共保协议书》及《四方协议》的约定，应对由此造成的损失承担赔偿责任。”也即，在首席承保人/出单方不当理赔导致其他共保人遭受损失的，其他共保方可依照《民法典》第一百六十四条，直接向首席承保人进行追偿，请求其承担相应的责任。

¹¹ 参见(2021)晋06民终114号民事判决书

¹² 参见(2020)沪74民终541号民事判决书

就首席承保人/出单方不当理赔时，已摊回理赔款项的共保方此时存在两种请求权：**1.基于保险合同，共保人可直接请求被保险人返还不当得利。2.基于共保协议，共保人可作为被代理人，请求代理人首席承保人/出单方赔偿其未尽代理职责造成的损失。**该两项请求权之间系民法上的不真正连带债务，故共保人此时享有选择权，可向被保险人主张权利亦可向首席承保人/出单方主张权利，**因《共保协议》通常也会对公估查勘定损等相关费用一并约定由各共保人分摊，故此时建议各共保方直接向主共保人/出单方进行追偿，以更好弥补所遭受损失。**

（六）首席承保人/出单方能否直接以自己的名义就全部理赔款向负有责任的第三者进行追偿？

《共保协议》中通常会约定由首席承保人/出单方负责处理一切保险追偿事务，追偿费用以实际发生为准，由首席承保人和共保人按共保比例分摊。首席承保人在收到追偿款后一定期限内扣除相应追偿费用之后，按承保比例将追偿款划付共保人。因此，在各共保人支付保险赔款后，首席承保人/出单方能否直接依据《共保协议》以自己的名义向负有责任的第三者追偿全部理赔款项？

经检索案例，司法实践中首席承保人/出单方依据《共保协议》以自己的名义就全部追偿款行使代位追偿权的，法院一般均认为，**共保协议中授权首席承保人/出单方负责对外追偿事宜的约定，含有由首席承保人/出单方以自己名义追偿收到追偿款后再进行内部分配的意思表示，可以认定各方已就对外追偿权的让渡达成一致¹³，首席承保人/出单方系适格主体，有权代表其他共保人以自己的名义进行追偿。**此类案件中，首席承保人以自己的名义追偿的，一般提交**共保协议、被保险人出具的权益转让书及赔款支付证明¹⁴**以证明依法取得代位求偿权及各共保人的授权。但笔者近期处理的一起追偿案件中，法院在共保协议的基础上仍要求首席承保人提交其他共保人就追偿的委托授权证明。为避免追偿时法院要求提供此类证明文件，提高效率，便于追偿，**建议各共保体在签署《共保协议》时可将各共保人授权追偿的声明作为附件。**另外，虽《共保协议》有此约定，但各共保人也可作为共同原告一并起诉，首席承保人/出单方放弃对第三者进行追偿的，各共保人亦可就其承保份额单独向第三者进行追偿。

四、实务建议

1、共保协议属于无名合同，是非典型合同。各共保体之间的权利义务主要依靠合同条款本身的约定来加以明确，因此对合同条款的完整性、确定性的要求更高。共保体在签署共保协议时，应尽可能的对共保费用的划扣条款、查勘理赔条款、首席承保人/出单方权利限制条款、违约责任条款、共保人免除理赔责任条款、共保方分摊费用条款、共保协议及保单修改条款等条款进行详细约定，以避免语焉不详导致争议。

¹³ 参见（2014）浙嘉商终字第382号民事判决书

¹⁴ 参见（2014）浙嘉商终字第382号民事判决书、（2020）苏0581民初9025号民事判决书、（2017）苏0213民初8410号民事判决书、（2021）京74民终620号民事判决书

2、首席承保人在对外进行理赔时，应尽可能按照《共保协议》的约定规范理赔，及时通知各共保方并提供摊赔材料，以避免因其瑕疵履行行为导致与各共保人之间因理赔款的分摊产生争议，或被认定为未尽代理人的谨慎注意义务而因此承担相应的责任。

3、因投保人向首席承保人/出单方支付全部保费后，各共保人即应按照保险合同的约定承担相应保险责任，为避免首席承保人/出单方迟延或不向各共保人划扣保费的，建议各共保人在《共保协议》中约定首席承保人/出单方在一定期限内不向共保人划扣保费的，各共保人即免除保险理赔款分摊的责任。

（本文首发于 2022 年 7 月 28 日）

放船担保函怎么出？（一）——基于判例及法条冲突的思考

李洪伟、黄美春

一、问题由来

近期，笔者在代理一起单船海事事故中的船东方与救助方协商提供担保放船问题时，将以往惯常的担保函措辞提供给救助方时，救助方在我们惯用的担保函措辞中，要求加入保证人要承担连带担保责任的措辞内容，并再三强调如果不加入连带担保的措辞，救助方不会接受担保人出具的放船保函，尽管因为救助费的具体金额在短时间内协商一致，双方通过签署和解协议的方式避免了放船担保函应当如何出具的冲突，但在救助方提出修改相应措辞后，笔者立即研究放船担保函措辞有关的法律争议问题，发现确有冲突之处。现将研究的主要内容进行分享。

二、冲突所在

（一）判例冲突

具体情况是，有法院认定不属于独立保函（天津海事法院和武汉海事法院），也有法院认定属于独立保函（上海海事法院和大连海事法院），存在冲突。

1、阿特拉斯科姆帕尼亚纳威拉有限公司、中国人民财产保险股份有限公司上海市分公司与中国平安财产保险股份有限公司深圳分公司海上、通海水域货物运输合同纠纷案[案号：（2017）津民终 130 号]

（1）判决日期为 2018 年 6 月 26 日。

（2）该案中的担保函措辞是，经贵方及“JOHNCARRAS”轮船舶所有人书面协议的或由有管辖权的法院或其上诉法院作出的生效判决书或由仲裁机构所作出的终局仲裁裁决所确定的“JOHNCARRAS”轮船舶所有人向贵方支付的任何款项包括利息和费用。

（3）法院认定，人保上海分公司出具的放船担保函，不符合独立保函独立于基础合同的特性，因为当时民法典尚未出台，法院在认定不属于独立保函后，判令人保上海分公司和船公司承担连带担保责任。

（4）需要说明的是，人保上海公司在上诉理由中陈述保函应为独立保函，一审法院判决人保上海公司承担连带责任并无依据，加上对方当事人平安公司也表示，“本案起诉时《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（下称“《独立保函问题规定》”）尚未出台，如果法院认为人保上海公司出具的《担保函》属于独立保函，同意将人保上海公司的责任剔除。”即便如此，法院最终仍然认定涉案保函不属于独立保函，判令人保上海公司承担连带担保责任。

2、中储粮镇江粮油有限公司与中华联合财产保险股份有限公司宁波分公司海事担保合同纠纷案[案号：（2019）鄂 72 民初 76 号]

（1）判决日期为 2019 年 4 月 1 日。

(2) 该案中的担保函措辞是，保险公司谨代表‘远胜 36’轮船东在此保证向贵方支付因上述纠纷而产生，经由有管辖权的中国海事法院或其上诉法院生效判决或调解确定的应由‘远胜 36’轮船东向贵方支付的任何款项，但我们在本担保函项下的全部责任包括利息和费用将不超过 200 万元。本保函的出具并不意味着保险人和船东对任何责任的承认，并且不影响船东根据法律进行抗辩和要求责任限制的权利。本担保函自签发之日起生效，有效期到本纠纷解决时为止。本担保函适用中国法律。

(3) 法院认定，被告保险公司向原告粮油公司出具担保函，原告粮油公司接受且未提出异议，原、被告之间的保证合同依法成立。鉴于担保函涉及的保证属于附条件的保证，即原告因涉案触碰事故产生的、由法院生效判决或调解确定的由均胜公司向原告支付的任何款项（包括利息和费用），保险公司承担不超过 200 万元的担保责任。进一步，法院认为，以上担保函对保证方式约定不明确，根据《中华人民共和国担保法》第十九条“当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。”的规定，本院推定被告保险公司按连带责任保证承担保证责任。因为该判决出具时，《独立保函问题规定》已经于 2016 年 12 月 1 日起施行，法院认定保函为连带责任担保函，可推定法院认为，涉案保函不属于独立保函。

(4) 需要说明的是，本案案由是海事担保合同纠纷，原告在起诉时，已经获得针对船东的胜诉生效判决并经过执行未果(法院确认船东公司无财产可供执行，裁定案件执行终结)，原告在要求被告履行担保义务时被告拒绝，被告的答辩理由主要是将保险责任和担保责任放在一起陈述。双方在案件审理过程中并未涉及到保函是否为独立保函的争议。

3、连云港予盛国际货运代理有限公司与哈罗娜航运私人有限公司、中国再保险(集团)股份有限公司船舶污染损害责任纠纷案[案号：（2018）沪 72 民初 4298 号]

(1) 判决日期为 2020 年 4 月 10 日。

(2) 该案中的担保函措辞是，中再保公司保证支付“特蕾莎朵”轮船东向上述各方支付涉案纠纷产生的，经各方与“特蕾莎朵”轮船东达成的书面协议或由法院作出的生效判决书或由海事仲裁机构作出的终局裁决所确定的应由“特蕾莎朵”轮船东向上述各方支付的任何款项，担保项下全部责任包括利息和费用总计不超过 XXXXXXXX 元。担保函还确认哈罗娜公司为“特蕾莎朵”轮的登记所有人（担保函出具当日，“特蕾莎朵”轮开航驶离连云港港）。

(3) 法院认定，该担保函符合独立保函的特征，予盛公司作为受益人，只需向中再保公司提交赔偿协议、生效判决书或仲裁书中任一文书单据，中再保公司即应当承担付款义务，其只负责审查单据是否符合保函设置的条件，并不参与到基础法律争议中去。现予盛公司尚未提交担保函要求的文件单据，故其要求中再保公司在本案中承担连带担保责任的诉讼请求缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

(4) 需要说明的是，该案中原告主张要求中再保公司与船东要承担连带担保责任，被告中再保公司并未出庭，船东哈罗娜航运私人有限公司在抗辩中提出保函为独立保函的抗辩理由，并主张中再保公司并非该案的适格被告。

4、谢家成、朱其梅诉阿丽莎船舶贸易有限公司、中国再保险（集团）股份有限公司等海上、通海水域人身损害责任纠纷案[案号：（2021）辽 72 民初 1462 号]

(1) 判决日期为 2021 年 12 月 27 日。

(2) 该案中的担保函措辞是，经贵方与“卡娜拉”轮船舶所有人书面协议的或由有管辖权的法院或其上诉法院作出的生效判决书确定应由“卡娜拉”轮船舶所有人向其支付任何款项。

(3) 法院认定，该《担保函》的性质为独立保函。谢家成、朱其梅以中再保公司出具了实为独立保函的《担保函》为由要求中再保公司承担连带赔偿责任的主张，本院不予支持。

(4) 需要说明的是，该案中原告主张要求中再保公司与船东要承担连带赔偿责任，被告船东公司主张涉案保函为独立保函，不应直接判决中再保公司承担连带赔偿责任，而中再保仅指出“其仅提供担保、与本案无关”的抗辩观点。

(二) 法条冲突

1、《民法典》（2021 年 1 月 1 日起施行）第 686 条规定第二款，“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。”

2、《独立保函问题规定》第三条第二款，“当事人以独立保函记载了对应的基础交易为由，主张该保函性质为一般保证或连带保证的，人民法院不予支持。”

3、《民法典》第 686 条第 2 款作出与修改前的规定相反的新规定，如按照前述提及的天津院和武汉院判决的观点认定放船担保函为保证责任，根据《民法典》新规定，保函措辞未约定为连带责任保证，放船担保函接受方无权再主张担保人与船东承担连带赔偿责任，前述判决思路不再可行。

三、冲突初步分析及解决途径探究

(一) 冲突初步分析

1、放船担保函是否属于独立保函存在争议。一旦被法院认定不属于独立保函，因为保函措辞中并没有明确是连带担保还是一般担保，基于民法典第 686 条的规定，接受担保函的一方要求在担保函的措辞中加入“连带担保责任”的措辞，该要求在情理之中，属于合理范畴。

2、尽管独立保函不以基础交易为前提，仅需受益人提供符合保函要求的单据（与本文相关的主要是协议书或者法院生效判决书等）即可，但从前述提及的上海院和大连院的判决看，保函的接受方都向法院提出担保人和船东承担连带赔偿责任的请求，希望通过一次诉讼解决全部的争议，减少诉累，但从法院判决的结果看，仅判决船东承担赔偿责任，从解决问题的角度而言，存在担保函接受人还需要进一步向担保人提出索赔甚至还需要进一步提起诉讼才能获得最终的赔偿款项。

3、法律制度的设定应当以服务纠纷解决为目标，只有担保函能够更加广泛的被债权人/权利人接受，才是好的担保函，在司法实践不能直接认定担保人承担连带赔偿责任的情况下，为了保护自身的利益，权利人必然会对现有通用的担保函措辞提出合理的异议，并且增加现有担保函被接受的难度。

（二）解决途径探究

我们认为，放船担保函的本质是，依据《民事诉讼法》及《海事诉讼特别程序法》的相关规定，需要从财产保全制度的设置和放船担保函提供之效果的角度去分析，最终才能给出如何确定放船担保函措辞的法律解决思路。限于篇幅限制，我们将在下一篇文章中，继续与大家分享我们的思考。

（本文首发于 2022 年 8 月 29 日）

放船担保函怎么出？（二）——基于判例及法条冲突的思考

李洪伟、黄美春

接我们上期文章《放船担保函怎么出？（一）》，本文尝试依据《民事诉讼法》及《海事诉讼特别程序法》的相关规定，从财产保全制度的设置和放船担保函提供之效果的角度去分析，就如何确定放船担保函措辞，提供我们的法律解决思路，供感兴趣的同仁们指正。

一、财产保全制度框架下的放船担保函之法律属性

第一，财产保全制度框架下，财产被保全后，当事人可提供担保解除保全措施；第二，放船担保函是提供解除保全措施的担保手段之一。

根据《民事诉讼法》及《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》（以下简称《财产保全问题规定》）相关规定，被申请人提供担保，法院应当裁定解除保全。《海事诉讼特别程序法》（以下简称《海诉法》）第十八条第一款同样规定，被请求人提供担保申请解除海事请求保全的，海事法院应当及时解除保全。

法律对财产保全担保的形式作出了明确具体的规定。《财产保全问题规定》第六条、第七条、第八条规定财产保全担保可以提供财产担保、保证担保、财产保全责任险合同担保、金融机构出具的独立保函，《海诉法》第七十三条规定担保方式为提供现金或者保证、设置抵押或者质押，从上述规定可知，第三人就财产保全提供非财产担保，法律所允许的形式为保证担保和独立保函担保。司法实践中，有海事法院提供的解除扣押担保函参考文本采用了连带保证责任的形式，也有海事法院认可保险公司根据《财产保全问题规定》出具的独立保函。现有法律规定及司法实践并未限定第三人担保函必须是独立保函，第三人可以提供保证或独立保函性质的放船担保函。

值得注意的是，放船担保函的措辞问题，因为《海诉法》的一条特殊规定，有时候会客观上降低申请人与被申请人之间的沟通效率。具体是第七十五条，规定被申请人提供的担保方式、数额由海事请求人和被请求人协商；协商不成的，由海事法院决定。实践中，被申请人收到法院的扣押船舶裁定后，因为着急放船，第一时间会联系扣押船舶的法院，而法院往往会根据法律规定善意提醒被申请人，可与申请人商提供担保的方式和数额，但是申请人与被申请人意见的出入和协商过程的反复很可能导致扣押解除进程拖延、船舶延迟开航，反而不如规定法院直接决定的效率高。

二、不同性质放船担保函的法律效果

基于保证与独立保函在法律性质及担保责任范围上存在的明显差异，不同性质的放船担保函项下担保函提供方与财产保全申请人的担保权利义务存在较大区别。

区分	保证合同	独立保函
概念界定	保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。	独立保函是开立人以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。
资格限定	机关法人、以公益为目的的非营利法人和非法人组织不得为保证人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。	仅银行或非银行金融机构可作为独立保函的开立人。
法律性质	从属性担保 保证合同是主债权债务合同的从合同，保证责任的承担以主债务人的责任成立为前提。	独立性担保：付款承诺 独立保函不受基础法律关系的约束，独立于申请人与受益人之间的关系以及申请人和开立人之间的关系。
担保责任范围	一般保证：债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任。 连带责任保证：保证人和债务人对债务承担连带责任的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。	独立保函以受益人提交符合保函要求的单据为开立人支付特定款项的条件，即开立人仅承担相符单据的独立付款义务，不介入也无需审查基础法律关系。

从上述比较可知，从实体权利义务角度，保证性质的放船担保函项下，担保函的提供方对申请人承担保证责任以被申请人对申请人的责任成立为条件，担保函提供方须实质审查扣船申请人与被申请人之间的基础法律关系，担保函提供方享有双重抗辩权，即担保函约定的抗辩权以及被申请人对申请人的抗辩权。而独立保函性质放船担保函的提供方仅以作为受益人的扣船申请人提交符合保函要求的单据为付款条件，提供方仅审查单据相符，无需审查基础法律关系，也无权以基础法律关系对扣船申请人提出抗辩。

从诉讼程序角度，根据《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》第六十六条规定，财产保全申请人向担保函提供方和被申请人一并主张权利的，担保函提供方与被申请人作为共同被告，保证性质放船担保函提供方作为保证人可以参与实体诉讼程序并提出相应抗辩，因此，取得保证性质放船担保函的申请人可在同一诉讼中起诉被申请人及担保函提供方，快速推进纠纷解决和充分实现权利，同时担保函提供方获得充分的权利和机会全程参与基础法律关系审理和积极行使抗辩，一次性诉讼也较大程度降低担保责任审查的风险与成本，提高纠纷解决的效率。而独立保函性质放船担保函因独立于基础法律关系，保函提供方并非基础法律关系的当事方，无参与实体诉讼程序的权利，保函提供方需分别基于独立保函法律关系向财产保全申请人、基于保函申请关系向被申请人就相关事项进行诉讼。

三、关于放船担保函措辞的思考

（一）建议担保函出具人不应拘泥于已有的习惯措辞

不同性质的放船担保函项对当事方的实体与诉讼权利义务、纠纷解决的程序均有着明显差异，担保函的出具不仅影响担保责任范围，对于担保函提供方在相关纠纷解决程序中的诉讼地位与抗辩权利义务、纠纷解决的方式与效率也有着实质性影响。在不同案件中，不同当事方对担保函的要求也不尽相同，各方可根据个案实际情况选择担保形式。

（二）我们更倾向于建议担保函出具人出具连带担保责任的保证函

就放船担保函，担保函能否成功解除保全很大程度上取决于申请人是否接受担保函，因此担保函的措辞在考量担保函提供方风险及利益的同时尤其需要符合申请人的要求。申请人往往基于海事请求提出保全申请，其对担保函的要求是其海事请求权在实体上和程序上获得充分的保障。实体权利保障方面，申请人希望其债权获得充分的清偿，担保函提供方需与被申请人承担同等责任，其请求担保函提供方承担同等责任的路径不存在额外障碍，甚至希望获得更加顺畅快速的清偿。相应地，在权利实现程序方面，双重法律关系项下，申请人更希望尽可能减少权利实现的时间和成本，在一次诉讼中一次性解决纠纷并确认申请人对被申请人、担保函提供方的权利是对申请人较为有利的权利实现路径。基于上述需求，申请人往往倾向要求提供连带保证性质的放船担保函。

尽管独立保函以单据相符作为付款条件，理论上确实简化、加速付款程序，实际上，因目前保险公司出具的独立保函要求的单据通常为实体诉讼的生效判决或仲裁裁决等，申请人只能在实体诉讼或仲裁程序结束之后要求保险公司付款，如保险公司拒付，还可能面临二次诉讼，权利实现的时间和成本反而增加。对于放船担保函提供方而言，担保函往往由承保涉案船舶保险的保险公司出具，保险公司基于对保险纠纷处理及风险防范通常希望参与实体诉讼程序，但在不少案件中保险公司参加实体诉讼的申请常因案件当事人不同意而被法院驳回，保险公司出具连带保证性质担保函为其提供了参加诉讼的法律依据，并获得实体诉讼中对申请人的抗辩权利，在不增加保险公司付款义务的同时增加保险公司在所涉纠纷中的自主权和有利地位，避免被保险人怠于抗辩而加重保险公司责任的风险。

（三）建议放船担保函的具体措辞，可在原有的习惯措辞上稍加修改和调整，以符合连带担保责任保函的特征即可

四、总结

海事纠纷案件中，担保函提供方对担保责任性质的需求与一般商事纠纷案件并不一样，出具完全独立于基础法律关系的独立保函可能反而使得担保函提供方处于被动地位，难以解决其实际需求和问题，上述分析可知，从多重法律纠纷实际处理角度看，连带责任保证性质的放船担保函反而能同时满足财产保全申请人权利充分保障的需求和担保函提供方风险规避需求。提供上述分析及建议供各位参考，基于个案的现实差异化，最终措辞需在具体案件中审慎评估及拟定。

（本文首发于 2022 年 9 月 14 日）

星瀚人文

热爱法律的技术派

大数据报告，不止从零到一

从2019年起，企业内控与反舞弊行业峰会已连续举办三届。除了峰会上带来的干货分享，每年发布的《中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》也引起了业界的强烈关注。本月星瀚企业内控与反舞弊法律中心又重磅发布了《违反反舞弊条款类案件数据分析报告》、《内外勾结型串通投标类舞弊行为数据分析报告》两本报告。本期人文小编采访到了大数据报告制作团队中的两位主力人物：汪银平律师和邵洋律师，一起聊聊大数据报告背后的故事。

从零开始

Q1:最初是怎么会想到做大数据报告的？

汪银平律师：我们从事反舞弊领域这一块已经很多年了，积累了不少实务经验，但我们也发现中国在反舞弊这一块，很多工作没有成体系，并没有太多的成熟的数据、分析内容能够供从业人员去参考。当时，我记得市场上比较常见的某平台的一个全球性报告，但我个人认为那个报告偏问卷性质，跟中国的情况也不太一样，这个行业还是缺一些数据性的东西，所以我当时想，是不是可以有什么途径去获取到我想要的信息？

产生了这个想法后，我们团队研究考虑了很多路径，但是并没有获取到太多有价值的信息，最后我们想到了是不是可以从司法裁判文书里面得到突破。于是我们便开始检索刑事案件的裁判文书，并对舞弊相关的罪名进行筛选。完成初期筛选后，我们开始进一步的分析，发现其中的很多数据是有一定共性的，并且从裁判文书的角度来讲，有些基本要素是必备的，例如公司的基本信息、被告员工的基本信息、职务、犯罪手法、判决结果等，我们能够做系统性的归类、汇总，以及对应的数据分析。

当然，我们不仅满足于裁判文书的一手信息，我们也对一些信息做了扩充延伸，比如说公司的基本信息，我们从裁判文书获取到公司的名称后，我们会再通过企查查等对应的渠道，去完善公司的规模、所处行业等，以此丰富大数据报告的整体内容。

Q2:目前大数据报告已连续发布三年，有什么收获？

汪银平律师：刚开始的时候，各方面都不是特别成熟，我们一看判决书的量还挺多的，里面的数据项需要人工统计后再进行比较分析，工作量非常大，所以第一年的报告中只包含了六个重点省市的情况。有了第一年积累的经验，加之我们运用智能工具、软件去完成初期的数据筛选，第二年的报告我们将范围扩大到了全国。

要说在做报告的过程最大的收获，我觉得是我们团队自身确实对于我国目前企业反舞弊的现状、司法处置等都有了更全面的认识与了解。同时，通过交叉比对分析其中的数据，也给我们在办案时、为客户的内控体系建设、反舞弊工作的开展提供建议时带来了更多的启发。

Q3:接到大大数据报告的任务时是什么样的心情？

邵洋律师：接到任务时，觉得这项工作极具挑战性。与平时就具体罪名作类按检索分析不同，大数据报告不仅仅关心涉案金额、量刑情节、裁判结果，也需要收集被害企业、被告人的相关信息，以及评析归纳具体犯罪手法等，这样才能更好地总结在不同行业、不同性质

的企业中，不同职位、岗位的人员发生舞弊犯罪的情况，提供给企业作针对性的参考。市面上收录裁判文书的数据库，完全不会对这些字段进行处理，需要我以编程+人工的方式从大量判决书中提取。可以说，**制作大数据报告，除了法律工作外，也要花许多精力在字段设置、数据采集、数据清洗、统计分析上，复杂程度较高。**

大数据报告的从零到一

Q4: 现在不少数据库也能自动生成大数据报告，您觉得我们的大数据报告与之有什么不同？

邵洋律师：有些数据库能够自动生成数据报告，受限于字段的单一（案由、法院、金额、当事人、律师、判决日期等），只能笼统分析，如体现出某个时间段、某个区域中舞弊案件发生情况，实用性不强。而我们的大数据报告字段多，对于企业、人员、行为、结果等等进行交叉分析，能挖掘出更有深度的信息。而且，我们会结合专业的法律知识，不仅向读者展示数据，也为他们提供有价值的内容。

Q5: 作为新加入刑事部的一员，在制作这次的两份数据分析报告时，碰到过什么问题？是如何解决的？

冯禾坤：刚开始接触数据分析报告中的案例检索，只懂得非常机械地输入公司的名字、相关关键词等直接的内容，结果通常是竹篮打水一场空。通过不断地尝试和思考发现，**针对不同的检索需求，应设想其特殊性**，而不能千篇一律。例如，如若要检索某类公司或者某个公司的某类案例，首先，可以针对名称进行检索，通过公众号、微博、各种搜索引擎等，检索相应的报道，收集到相应的公司和相关的人名的信息；其次，需用利用企信平台了解公司情况。针对公司名，很多耳熟能详的品牌名称并非公司在诉讼中出现的真名，因此可以通过企查查、天眼查这些企信平台，先确认存在的关联公司，而后选取这些关联公司的名字同步进行检索。最后，利用特殊名称、案由、所在地寻找检索效率和效果的平衡。完成人名和公司名检索后，很多公司、个人的判决书，都可能脱敏，如若单纯直接输入全名或简称，极有可能查无判决书。因此，如果直接进行检索，需要选择比较特殊的字进行检索。但，这会增大检索阅读量，因此要根据你所要检索的案由和地区进行限缩，基本到这一步，判决书的数量就不会过于庞大。同时，所在地法院也是检索过程中值得关注的点，因为多数案件都会发生在所在地法院。因此，可以直接检索当地法院一段时间内某一案由的所有案件，配合一些关键词进行排查，也能够找到部分公开案例。

Q6: 大数据报告中的哪些信息或部分，您觉得是有含金量的，推荐读者们重点关注的？

汪银平律师：我们的大数据报告，第一个有价值的功能是做数据的汇总。比如总的涉案金额、损失、犯罪人数、案件数等等，具体到每个罪名以及每种情形都会有分类的统计。另外，我们对于数据的交叉比对所得出的一些结论也值得读者们关注，比如在报告中我们会重点分析，不同岗位的员工犯罪情况、入职工作年限长短与犯罪情况的关系、员工职级的不同与犯罪金额的关系等。相信从中得出的规律性结论，对于公司的日后管理、加强内控的机制建设都会有一定的参考价值。总的来说，**我们的大数据报告是在案件的统计和数据分析的基础上，最终映射到企业前端管理制度的加强与健全。**

邵洋律师：我说的再具体一些：例如在 2020 年度报告中，我们发现“信息技术服务业案件查出数量占比增长近一倍”、“舞弊案件来源中内部举报占比最高”、“涉案人员中销售、管理、财务人员占比超过 80%”、“职务侵占案件中 51-60 岁人员人均涉案金额最高”、“挪用资金时间超过 2 年的案件中，同事之间内部勾结的占比居高”、“非国受贿案件查处集中于江苏、浙江、广东等地”等，能够让企业管理人员动态调整其内控管理制度时，有比较明确的数据支撑。

不止于“1”

Q7：有收到过其他人对于大数据报告的评价吗？

汪银平律师：我有收到过很多客户和读者关于大数据报告的反馈。有一些大型的企业会把我们报告中的分析逻辑，借鉴到自己公司内部的各种案件和举报线索分析里面去，据此得出来公司的舞弊案件的特点和变化情况。还有的公司会根据报告中的结论对自身的管理制度进行改革，比如说工作年限在两年以内的员工，舞弊犯罪率特别高，那么他们会对这类员工加强廉政教育，或是对一些重点岗位实行轮岗制。再比如说，有的企业会发现社招的员工比校招的员工犯罪率明显偏高，那么在一些岗位的人员招聘上，会倾向校招，减少社招的比例，同时，前期调整对社招员工的背调策略，后期强化对这类员工的廉政教育。

还有一些从事反舞弊工作的专业人士，会获取到所处行业的数据信息，从而为自己公司内部可以增进和加强的内控建设提供建议，包括案件调查的方向、线索的收集等。

不仅如此，我们的大数据报告也得到了一些司法机关官方的关注，他们也会定期地跟我们获取这些数据，作为司法体系对于企业反腐的一个参考。所以我觉得我们的报告还是得到了多方的认可和关注。

Q8：对于大数据报告，今后有什么规划或者新的创意或是有别的衍生吗？

汪银平律师：今后还是会进一步丰富大数据报告中的内容，除了前面提到的数据汇总和交叉分析外，我们后期也会结合社会的发展变化，加强对不同类型的企业的关注，比如说对上市公司的舞弊数据分析。另外，对于重点行业的情况变化，做一些细分领域的专项分析，比如说今年我们比较关注企业关联关系调查的部分，因此会拓展利用关联交易损害公司利益这一类舞弊行为的细化分析。

在细化领域的基础上，我们也会不断扩充报告的内容。例如我们本月发布的《违反反舞弊条款类案件数据分析报告》《内外勾结型串通投标类舞弊行为数据分析报告》两篇报告，虽然研究领域变小了，但我们的报告中不仅有刑事裁判文书的内容，还包含了对行政处罚的分析等。之后跟舞弊相关的数据报告会更多样，我们也会不断地推出这类专项的数据报告，大家可以关注。

目前，《2021 年度中国企业员工舞弊犯罪司法裁判大数据报告》的数据分析工作正在有序推进，让我们一起期待这一次报告中又会有什么新颖的视角和亮点！

（本文首发于 2022 年 7 月 1 日）

卫新：生活的“正常”比“非常”更重要、更可贵

本文根据卫新律师在2022年9月7日举行的星瀚全体会议上的发言内容整理而成。



2021年，星瀚的业绩创下新高，成为亿元所，年底我们也完成了办公室的续租。我相信，每个人对2022年都有美好的期待；但是，3月开始的疫情打乱了所有人的计划，一直持续到现在。

今天，是星瀚的“半年会”。往年的半年会都应该是7月初进行，但因为两个月的居家，我们的半年会也顺延至今。筹备会议时，有人说，是不是这个会就别开了；当下，很多事情都不正常，开会也不知道说什么。但是，最后我们还是决定开会，我们想在这个不正常的时期保持一些正常。

第一个关键词：正常

疫情期间，我想很多人都听过一个哭了的居委干部的录音。就是封控小区里，一位护士想回医院上班，她恳求居委干部放她出去。那位可敬的居委干部说，你才是专业的人，你说可以，我就放你走。但是你一定要回来，因为，我也有我的职责。他甚至还说，物资太匮乏了，希望她回来的时候，能够帮忙买一些物资给她的家人和邻居。

这段录音里，不仅说的人，说着说着哭了，还把很多听的人也说哭了。因为，在那段不正常的的时间里，这样正常的人太少了。他的职责是守住小区的大门，禁止大家出入。但是，他没有忘记，防控疫情，是为了大家的健康，是为了大家更好的生活。所以，他认为，让护士回医院上班，比他守住禁止出入的职责重要；让大家的匮乏减少一些，比他守住禁止出入

的职责可贵。说得再透彻一点，我相信，所有听了这段录音被感动的人，都相信**生活的正常比生活的非常更重要、更可贵。**

疫情期间，这样的压力，我们星瀚的权益合伙人也感受到了。我们也曾开会讨论，是否要把居家办公变为休年假、停工停产，要不要薪资打折、管理层要不要降薪，我们甚至在和财务同事算账，律所的现金流还能撑到几月。最终，权益合伙人的结论是，我们要按时发工资，工资不能打折，不能强迫大家休年假。因为我们也认为，**星瀚的正常运行比非常的应对更重要、更可贵。合伙人正常的担当，比非常的变通更重要、更可贵。**



今天，我们正常召开半年会，我们看到星瀚的业绩水平达到了去年同期的标准，疫情期间我们没有降低薪资标准、福利标准、给予一些团队疫情期间办公成本的减免，我们的星瀚微法苑疫情期间保持日常更新，我们还组织了公益法律咨询群，尽心尽力地为困难的人提供帮助。

我觉得很幸运，一是靠权益合伙人坚定的信念；二是靠我们的制度，因为权益合伙人把钱都留在账上，权益部门的历史收款给律所积累了可观的现金流。当时我们对解封没有那么乐观，我们预估了封到第三季度的情况，我们是撑下来的。三是要感谢所有运营同事、业务同事在封控期间、解封之后的坚守和努力，是大家的风雨同舟，让我们稳住了。我代表律所感谢所有人，谢谢大家。

当下，我们仍在经历一个特殊时期，**我们做的所有努力，都是为了回归原本正常的生活，如果我们回不去，则新建的生活必须符合我们原有的标准才算完，然后才会开启更高的追求和目标。**我们的标准是什么，对客户，我们是高效负责的伙伴，对内部，我们是员工幸福、部门健全的一线精品所。我想，这是我们在工作中要实现的正常。

第二个关键词：竞争

最近和一些上海的同行交流，大家普遍很焦虑，对行业的前景也很负面。大致有二个明显的现象：

- 1、收费下降，利润率越来越低；
- 2、律师行业越来越卷，而且这种卷是全方位的。

律师行业是一个完全竞争市场——玩家分散、拥挤，是典型的红海市场。什么是红海市场，价格越来越便宜，利润越来越透明，同质化竞争越来越激烈，甚至有很多人弄虚作假、以次充好。怎么办？直面最惨烈的竞争？可是，每个方向，都有无数对手；每走一步，早已血流成河。红海的标志就是竞争者众多、竞争维度小，都是同质化的竞争者。具体到律师行业，就体现在律师的同质化，很多业务竞争只剩下二个维度：业务经验+价格。在红海市场的竞争中，降价是有效策略，客户对价格是敏感的，只有通过降价，才能守住自己的份额，并且扩展份额。所以，星瀚的同事也要反思，我们一直质疑同行降低收费的做法，是不是对经济规律的理解出了偏差？

“摩尔定律”大家都知道，意思是集成电路上可以容纳的晶体管数目在大约每经过 18 个月到 24 个月便会增加一倍。反过来看，如果你不持续提升性能和产能，你原地踏步，每年的收入就会下降为之前的一半，这就是“反摩尔定律”。以反摩尔定律看律师行业，就会发现：“小而美”的模式不适应同质化竞争的律师业务。律师必须要向客户提供高“性价比”的服务，也就是在之前的收费标准上，提供更多、更快的服务，或者直接降低收费，如果不这样做，客户就会选择离开，这就是“不进则退”。你不得不去拓展更多客户、做更多的案子、招聘更多的律师、提供更大规模的服务能级，才能保证创收的稳定。为了竞争到更多客户，如果不扩大规模，最容易想到的做法就是压榨自己或是压榨助理，目前在律师行业比比皆是，已经到了极限。但我认为，坚守高利润或延长工作时间的做法都没有持续性，提升效能最科学的方式是分工合作，降低交易费用、产生团队效应。在律师行业，尊重经济规律，适当的规模扩展，加上横向、纵向深刻的分工合作，才是在激烈的价格竞争中，保持利润的最有效的方案。

但是，我们换一个思路，为什么要在红海市场里做价格和效能的惨烈厮杀，能不能找到蓝海市场？蓝海市场与红海市场的价格策略是不同的，由于市场参与者少，降价不是最优策略。因为降价扩大的地盘，和损失的利润相比并不合算。而价格同盟也更容易心照不宣的形成（蓝海市场很少出现大家吐槽的律师恶性报价）。但蓝海市场在哪里？我的理解就是要增加竞争的维度，克服同质化，实现多维竞争。维度增加了，你就会把自己定位在一个相对更加清晰的、没有那么拥挤的市场里。比如我们的内控反舞弊业务，一开始定位在冷门的刑事控告领域，后面又加入了合规调查、关联关系排查等业务，已经与传统的刑事业务做了区隔。我们的娱乐法业务，除了合规、合同服务，还有财税、危机处置、政策对接、资源匹配等内容。**寻找蓝海业务，定位比效率更重要。**蓝海战略的核心是：创新。创新的重点在于“创”，而不在于“新”。对律师行业来说，不在于所谓业务领域的“新”，而在于对传统法律服务范围、服务模式、专业支持价值的改造。

星瀚在 2016 年进行了一次合并，2019 年开始招聘造星律师，就是知道“小而美”是没有出路的。必须增加产品链，增加和其他综合性律所竞争的规模。我们打造强运营体系，就是希望在纵向分工上给业务律师增加一个维度，提高效率。但到了 2022 年，竞争格局更加

激烈了，星瀚原来领先的，很多所也能做到了。竞争对手还是太多，我们需要做出战略的回应，在红海业务中提高效能，还是找到自己的蓝海业务？不仅需要踏实的付出，更需要每个星瀚人有智慧思考。



第三个关键词：考试

大家都知道，最近上海破产管理人扩容，进行了一次考试。星瀚有 23 人参加考试，权益团队和造星团队的人数各半，其中有 6 个 40 岁以上的老家伙，还有很多业务繁忙的造星合伙人。星瀚这次考试的成绩是 6 个 100 分，6 个 99 分，平均分 97 分。虽然最终排名还不确定，但我觉得星瀚的团队作战能力是优秀的。这不是一次简单的考试，尤其对于刑事部门的律师，需要花费大量的时间。有的同事放弃旅游，放弃客户接待，集中精力扑在考试上。

很多人说，律所一旦规模上去了，独立的提成律师多了，凝聚力和团队意识都会下降，这次考试证明星瀚的规模虽然增长了，但是团队效应依然保持。

星瀚过去完全是公司制，团队贡献是每一个律师的当然之意。后来规模扩大了、有了更多团队，我们减少了强制性的规定，给大家更多自由度。但在激烈律师个体竞争、律所竞争背景下，各个团队可以以做好本职业务工作为重，但同时，我们还是要鼓励更多的同事参与律所的建设、公共的事务，出谋划策，促进合作和战略落地，就像今天的会议、破产的考试、社团的建设、学习会、分享会、产品研发、年终评优这些工作。在全行业的律所都扩大了规模的背景下，如何在律所内部进行资源的整合、团队效应的挖掘、合作成本的降低，这个考题是出给全行业的难题，我们也必须交出答卷，希望大家能和管理层一起努力。

破产考试，星瀚的成绩不错；这次疫情对星瀚也是一次考试，我们稳住了；但我们面临的更大的考试，就是激烈的行业竞争，期待我们依然可以取得好成绩。

△

世界是不确定的，更是确定的。确定的就是趋势，即使波折，趋势不变。我对中国经济、法治建设持续发展的大趋势，深信不疑。


市场经济、法治建设——背后是人们对美好生活的追求，对安居乐业的渴望。生活应该是全方位的，既有工作，也有家庭、友谊和成长。希望星瀚是星瀚人完整生活的一部分，就是安居乐业中的“乐业”。祝福大家！感谢！



（本文首发于 2022 年 9 月 23 日）



热爱法律的技术派

 上海总部：021-5109 6488
武汉分所：027-8771 8809

 BD@ricc.com.cn



星瀚客服



星瀚微法苑