

# 上海律师

双月刊 2023年第3期 总819期



上海市律师协会主办



## 上海律协京剧社 程派折子戏 专场演出纪实

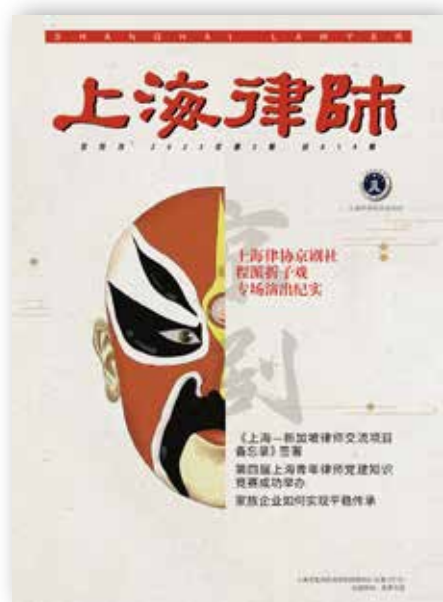
《上海—新加坡律师交流项目  
备忘录》签署

第四届上海青年律师党建知识  
竞赛成功举办

家族企业如何实现平稳传承



# 上海律师



**编辑部地址:**

上海市肇嘉浜路 789 号均瑶国际广场 33 楼

电 话: 021-64030000

传 真: 021-64185837

投稿邮箱: [tougao@lawyers.org.cn](mailto:tougao@lawyers.org.cn)

网上投稿系统: <http://info.lawyers.org.cn>

上海市律师协会网址 (东方律师网):

[www.lawyers.org.cn](http://www.lawyers.org.cn)

发送对象: 上海市律师协会会员

印刷单位: 上海天地海设计印刷有限公司

印刷日期: 2023年9月7日

印数: 8000本

**主 管**

上海市司法局

**主 办**

上海市律师协会

**编 辑**

《上海律师》编辑部

**编辑委员会主任**

季 诺

**副 主 任**

张鹏峰 朱林海 陈 峰 邹甫文 潘书鸿

林东品 杨 波 曹志龙 徐培龙 陈 东

**编 委 会**

李 强 卫 新 马 朗 周知明 谭 芳 汪智豪

连晏杰 田庭峰 葛 蔓 袁肖铭 翁冠星 闫 艳

洪 流 徐巧月 叶 萍 葛珊南 杨颖琦 顾跃进

马永健 黄培明 应朝阳 王凌俊 严 嫣 周 忆

施克强 方正宇 叶 芳 屠 磊 邓海虹 岳雪飞

**主 编**

曹志龙

**副 主 编**

周 波 潘 瑜 曹 频

**责任编辑**

王凤梅

**摄影记者**

曹申星

**美术编辑**

高春光

**编 务**

许 倩

近日,《上海—新加坡律师交流项目备忘录》签署仪式举行,上海市司法局、新加坡律政部、上海律协和新加坡律师公会共同签署合作备忘录。本次备忘录旨在在现有合作关系的基础上,共同开展落实互派律师实习和组织交流考察等交流合作项目,增进对沪新两地律师行业的了解,提升两地律师的专业素养。通过上海—新加坡律师交流项目,有效推动沪新两地的法律服务业高质量合作交流,促进两地律师行业的发展和繁荣,为两地法律人才的沟通提供有效途径。本次备忘录的签署也将作为沪新理事会本年度合作项目成果,在沪新理事会第四次会议上展示。

## ——《搭建沪新两地律师交流新平台 (上海—新加坡律师交流项目备忘录)签署》

在热烈庆祝中国共产党成立102周年之际,第四届上海青年律师党建知识竞赛成功举办。本届比赛分为初赛和决赛两个阶段,经过紧张激烈的比拼,最终决出了一二三等奖、优胜奖和最佳演讲奖。作为上海律协在青年律师工作方面的品牌活动,本届比赛以“深入学习贯彻党的二十大精神,争做有理想、有信仰、有担当的当代青年律师”为主题,保留了往年较为成功的环节,形成了党建知识竞赛的办赛特色。上海律协希望通过举办党建知识竞赛,真正做到感召一群青年律师、带动一群青年律师、激励一群青年律师,让他们对中国特色社会主义法治体系建设有切身体会,成为新时代法治信仰的坚决拥护者、坚定宣传者和勇敢践行者。

## ——《与党同心 跟党走 第四届上海青年律师党建知识竞赛成功举办》

6月3日,上海律协京剧社在白玉兰剧场隆重举办程派折子戏专场演出。作为上海律协京剧社这个有着22年历史传承的京剧票房在“后疫情时代”的开箱之作,本场演出吸引了大量久违的戏迷和粉丝拥趸。沈奇艳、邱唐、黄绮、钱丽萍、钱军亮等五位律师分别为观众们献上了精彩的程派折子戏,赢得了阵阵叫好声。今年11月底,上海律协京剧社还将举办一场折子戏专场,让我们一起期待这些律政佳人更加精彩的表现!

## ——《氍毹律动 程腔声扬 上海律协京剧社程派折子戏专场演出纪实》

前段时间,杉杉集团原董事长去世,其长子与遗孀因公司股权继承、实际控制人等问题产生纷争,遗孀随后冻结了被继承人持有的股权。上市公司实际控制人去世时,其所持有的股权是否为夫妻共同财产?企业控制权转移需要考虑哪些因素?如何评价遗孀冻结公司股权的行为?家族企业如何做好代际传承?

本期“法律吧”,三位嘉宾围绕家族企业传承进行精彩讨论。

## ——《家族企业如何实现平稳传承》

- 4 搭建沪新两地律师交流新平台  
《上海—新加坡律师交流项目备忘录》签署  
(上海市司法局)
- 5 与党同心 跟党走  
第四届上海青年律师党建知识竞赛成功举办  
(上海律协党建工作办公室 上海律协公关部)
- 7 希望广大律师参与到立法工作中来  
市人大常委会副主任郑钢淼带队到访上海律协基层立法联系点调研  
(上海律协调研部)
- 8 在破产管理人队伍建设上形成聚合放大效应  
上海律协等四家单位共同签署破产管理人工作《协作备忘录》  
(上海市破产管理人协会)
- 9 推进上海律师调解制度改革  
上海律协赴上海金融法院开展多元矛盾纠纷化解主题调研  
(上海律协调解业务研究委员会)
- 10 检律协作共建良好的刑事司法环境  
上海律协与市检察院第二分院召开调研座谈会  
(上海律协纪律部)
- 11 鼙鼓律动 程腔声扬  
上海律协京剧社程派折子戏专场演出纪实  
(邱唐)
- 13 在片片花海映衬中尽情奔跑  
“建领城达杯”2023 第五届上海律师马拉松赛胜利收官  
(上海律协会员部)
- 15 党建引领指航向 律动虹口聚能量  
第七届虹口区“律动杯”趣味运动会顺利举行  
(虹口律师工作委员会)
- 16 全力打造外滩法律服务集聚带  
黄浦推出“促进法律服务业发展”措施  
(黄浦律师工作委员会)

## 23

## 实务研究

- 17 第七届上海市优秀青年律师  
也谈青年律师的成长  
(赵亮波)
- 20 第七届上海市优秀女律师  
我心中的“红与黑”  
(胡婧)
- 23 家族企业如何实现平稳传承  
(文字整理 许倩)
- 29 房地产行业迎来私募新力量  
论不动产私募投资基金差异化监管及相关行业影响  
(李楠)
- 35 房产经营中租赁关系的认定  
(李淑新)
- 39 公司法定代表人退出的制度困境与重构  
(秦华毅)
- 43 论股东认缴出资加速到期时发起人的连带补缴责任  
对《公司法解释(三)》第十三条第三款的理解与适用  
(邱茂波 李鲲鹏)
- 47 企业管理之商业秘密的泄密困境和内部管制  
(吴永恒)
- 50 让企业无惧停摆的营业中断保险漫谈  
(于小峰)
- 53 涉案企业合规中的刑行衔接问题探析  
(刘华英 成隽捷)
- 58 德国法院:依据公司人格否认申请追加被执行主体的法律障碍  
[上海国际经济贸易仲裁委员会(上海国际仲裁中心)商事仲裁研究中心]

## 62

## 人文万象

- 62 漫行“月球”表面——冰岛游记  
(张晨昊)

# 搭建沪新两地律师交流新平台

## 《上海—新加坡律师交流项目备忘录》签署

文 | 上海市司法局



近日，《上海—新加坡律师交流项目备忘录》签署仪式举行。上海市司法局党委书记、局长吴坚勇，新加坡律政部国际与咨询署总司长王淑明，上海律协会长季诺，新加坡律师公会副会长岑慧敏分别代表四家单位共同签署合作备忘录。

本次备忘录旨在在现有合作关系的基础上，共同开展落实互派律师实习和组织交流考察等交流合作项目，增进对沪新两地律师行业的了解，提升两地律师的专业素养。通过上海—新加坡律师交流项目，有效推动沪新两地的法律服务业高质量合作交流，促进两地律师行业

的发展和繁荣，为两地法律人才的沟通提供有效途径。

吴坚勇强调，上海和新加坡有着许多共性和共识，在法治领域也各具优势和特色，签署律师交流项目备忘录更是两地在法律服务领域深化交流合作的一项重要举措。希望以此为契机，积极推动两地法律服务互促、法律制度互通、法治经验互鉴，更好实现优势互补、双赢发展，为沪新全方位合作新篇章注入更多法治力量。

王淑明表示，自启动上海—新加坡律师交流项目计划以来，通过三年多的辛勤努力，双方目前已就

共同开展互派律师实习和组织交流考察等合作项目达成全面共识。这是新加坡律政部第一次与国外城市签署双方律师定期交流项目合作备忘录，凸显了新加坡与中国及上海的亲密关系。本次签署备忘录标志着新加坡与中国及上海的法律合作关系将进一步提升。

据悉，本次备忘录的签署将作为沪新理事会本年度合作项目成果，在沪新理事会第四次会议上展示。上海市司法局党委副书记、一级巡视员、市律师行业党委书记刘卫萍，上海律协副会长朱林海出席签约仪式。



# 与党同心 跟党走

## 第四届上海青年律师党建知识竞赛成功举办

文 | 上海律协党建工作办公室 上海律协公关部



上海市司法局党委副书记、一级巡视员、市律师行业党委书记刘卫萍为一等奖队伍颁奖

在热烈庆祝中国共产党成立102周年之际，由上海市律师行业党委、上海市律师协会主办，上海市律师行业党委青年工作部、上海律协青年律师工作委员会承办的第四届上海青年律师党建知识竞赛成功举办。此次竞赛得到共青团上海市委、市司法局、市委党校的大力支持。

本届党建知识竞赛分为初赛和决赛两个阶段。初赛分为必答和抢答两个环节，来自全市16个区的近

百位青年律师准备充分，在拿足必答题的分数后，在抢答环节你追我赶。经过紧张激烈的角逐，共有4支队伍脱颖而出，进入决赛。决赛则设置演讲和抢答两个环节，并开通了图片直播，点击量达到5200余次。

最终，松江区松江梦之队获得一等奖，徐汇区党心律动队获得二等奖，浦东新区乘风破浪队获得三等奖，长宁区新长征队获得优胜奖，松江区松江梦之队的张筱霞获得最



市律师行业党委委员、上海律协副会长徐培龙为二等奖队伍颁奖

佳演讲奖。现场进行了简短而隆重的颁奖仪式。



共青团上海市委委员会基层工作部副部长叶吉羊为三等奖队伍颁奖



上海市委党校教授徐学通为优胜奖队伍颁奖



上海市司法局团工委负责人刘蕴为最佳演讲奖获得者颁奖

本届比赛汲取了前几届比赛的办赛经验，以“深入学习贯彻党的

二十大精神，争做有理想、有信仰、有担当的当代青年律师”为主题，

保留了往年较为成功的环节，形成了党建知识竞赛的办赛特色。

### 特色一：追忆党的历史，追寻红色景点

张闻天故居、百代小楼、愚园路历史名人墙、革命文物陈列馆、《布尔什维克》编辑部旧址、顾正红纪念馆、中共一大纪念馆、中共二大纪念馆、中共四大纪念馆、国歌纪念广场、淞沪抗战纪念馆、

嘉定革命烈士史料陈列馆、金山卫抗战遗址纪念园、上海佘山天文台、“江南红色文化第一村”东庄村、奉贤区烈士陵园、上海雷锋事迹展览馆……此次比赛前期，各支参赛队伍纷纷寻找本区内的

红色景点，介绍红色景点的历史背景或在红色景点发生的历史事件，将所学与所知相结合，增长历史知识、感受思想触动、接受精神洗礼。

### 特色二：结合律师工作，开展党建演讲

此次比赛的决赛保留了演讲环节，选手们围绕“党的二十大精神”主题，结合律师职业和工作感悟等进行3分钟演讲。现场评委从演讲内容、语言表达、形象风度、综合

印象等四个方面为选手打分，演讲得分计入决赛总分。

每位选手根据自己的思考与工作实际，不仅精心准备了演讲内容，还专门制作了PPT、背景音乐等，

增加演讲的感染力；既展现了青年法律人对党的忠诚和热爱，也展现了青年法律人的朝气和活力，赢得了现场嘉宾、评委和观众们的阵阵掌声。

### 特色三：四届初心不改，赛事备受关注

上海青年律师党建知识竞赛是上海律协在青年律师工作方面的品牌活动，自2019年创办以来，历经四届，持续吸引了全市16个区的律师行业党委和众多青年律师关注和踊跃参与。

“一提到这个竞赛，我们的青年律师选手们就既好奇又兴奋。好奇是因为题库非常丰富，每次的赛前背题都是在接受党史知识的洗礼；兴奋是因为比赛非常紧张、激烈，特别是抢答阶段，小伙伴们的手都是抖的。演讲环节则是一个展示自我的舞台，那一刻没有胜负，只需做好自己。”松江区领队王鼎

盛律师说。

在区律师行业党委的领导下，松江区代表队在四届竞赛中都进入决赛阶段，并夺得两届一等奖，松江青年律师的面貌在这几年中更是焕然一新。“我们松江青年党员律师不仅要传承红色基因、赓续红色血脉，还要把荣誉和比赛经验分享给新的队员们。”本届竞赛最佳演讲奖获得者张筱霞律师在赛后表示，这份激励将是她在律师执业生涯中勇敢前进的重要动力。

有比赛就一定有胜负，但胜负本身并不是目的。上海律协希望通过举办党建知识竞赛，真正做到感

召一群青年律师、带动一群青年律师、激励一群青年律师，让他们对中国特色社会主义法治体系建设有切身体会，成为新时代法治信仰的坚决拥护者、坚定宣传者和勇敢践行者。

上海市律师行业党委和上海律协坚持“党建引领促发展”的理念，不断培养、发掘青年人才，充分发挥上海青年律师人才“蓄水池”的作用，努力把党建工作做到青年人的心坎上，力争做出精品、做出特色，更好地引领广大青年律师与党同心、跟党走，服务广大青年律师成长成才。



# 希望广大律师参与到立法工作中来

## 市人大常委会副主任郑钢淼 带队到访上海律协基层立法联系点调研

文 | 上海律协调研部



5月6日，市人大常委会副主任郑钢淼，市人大常委会法制委员会副主任委员、市人大常委会法工委主任阎锐带队到访上海律协基层立法联系点调研，就基层立法联系点工作情况听取汇报，并就全国人大常委会、上海市人大常委会五年立法规划编制工作开展座谈交流、听取意见建议。上海律协监事长张鹏峰、副会长陈峰等参加座谈。

上海律协就基层立法联系点工作情况及下一步工作计划进行专题汇报。与会律师就五年立法规划编制工作踊跃发言，从规范行政执法程序、完善既有监管规则、建立健全监督体系等方面进行了深入交流，建议项目涵盖经济、金融、民生、环境资源等多个领域。

郑钢淼强调，律师队伍是法治建设的一支重要力量，职业特性决

定了其始终位于法律实践的最前沿，对法律的社会效果有着最直观的认知。他提出，一要充分发挥好律师协会的专业优势、资源优势，主动开展长期性、趋势性社会调查研究，有效提高立法质量；二要持续加强与市人大的联系沟通和双向互动，共同推动全过程人民民主走

深走实；三要积极拓宽宣传渠道，进一步引导广大律师参与到立法工作中，为上海法治事业建设作出更大贡献。

会前，张鹏峰和陈峰陪同与会嘉宾参观了上海市律师协会陈列馆，介绍了上海律协的发展历程和取得的成绩。



# 在破产管理人队伍建设上 形成聚合放大效应

## 上海律协等四家单位共同签署破产管理人工作《协作备忘录》

文 | 上海市破产管理人协会

5月23日，上海市律师协会与上海市破产管理人协会、上海市注册会计师协会、上海市企业清算协会共同签署四方《协作备忘录》。上海市司法局党委副书记、一级巡视员、市律师行业党委书记刘卫萍出席签署会议并讲话。四家协会会长率班子成员，市司法局律工处相关负责同志等共30余人参加会议。

刘卫萍首先代表市司法局对《协作备忘录》的签署表示热烈祝贺，并对相关主管部门和协会为建立四方协作工作机制给予的支持表示感谢。她指出，建立协作机制是强化破产管理人行业管理的内在要求。市破产管理人协会的单位会员往往也是市律师协会、注册会计师协会、企业清算协会的团体会员，四家协会在业务领域和会员管理方面存在天然的密切联系。此次《协作备忘录》的签署是四家协会进一步深化合作的里程碑，对破产管理人队伍建设、法治建设、优化营商环境具有积极意义。她强调，破产管理工作不是一项单纯的法律事务，要从优化营商环境、完善市场机制、服务市委市政府中心工作的高度来审视、思考、谋划和推进。她希望四家协会今后在积极宣传破产保护法治文化，持续提升管理人履职便利度、尊荣感，推动破产管



理人队伍专业化建设上凝聚共识、优势互补，形成“1+3>4”的聚合放大效应，共同为本市破产管理人事业实现高质量发展，营造市场化、法治化、国际化一流营商环境作出新的成绩。

会上，上海律协会长季诺介绍了上海律师行业发展现状和律师参与破产管理人工作相关情况。与会人员围绕党建工作、行业自律和规范化建设、执业风险防范、会员履职保障、服务营商环境建设等展开深入沟通交流。

前期，为进一步贯彻实施《上海市优化营商环境条例》和《上海市浦东新区完善市场化法治化企业破产制度若干规定》，共同促进本市破产管理人履职能力提升，合力推动本市破产管理人规范履职，助

力上海持续优化营商环境，四家协会按照加强沟通、增进理解、相互支持和配合协作的原则深入交流，积极探索建立合作研究、共同提升的协作工作机制。

此次签署的协作机制内容包括：共同研究利益冲突机制，投诉处理、行业执业规范，破产相关立法；探索建立专业培训交流机制，促进培训资源共享；建立常态化协同工作机制，畅通信息沟通渠道，提升管理人工作效率等。

下一步，四家协会将在《协作备忘录》的框架下，积极落实推进常态化协作工作机制，形成在破产管理人队伍建设方面的合力，为上海破产案件办理提质增效，为建设国际一流法治化营商环境贡献专业力量。

# 推进上海律师调解制度改革

## 上海律协赴上海金融法院开展多元矛盾纠纷化解主题调研

文 | 上海律协调解业务研究委员会

5月25日，上海律协调解业务研究委员会拜访上海金融法院，开展多元矛盾纠纷化解主题调研并进行交流座谈。上海金融法院立案庭副庭长孙雪梅，立案庭法官杨仁感、杨立转，上海律协副会长潘书鸿，调解业务研究委员会主任孙彬彬、副主任胡卫民以及研究会十名委员参与本次调研座谈。

孙彬彬向上海金融法院介绍了研究会的基本情况 & 前期调研成果。她表示，调解业务研究委员会成立至今，围绕律师调解的专业化和诉调对接的开展等多项议题进行了各种类型的调研，形成了众多研究成果。研究会一方面聚焦上海律师调解业务的促进与规范，另一方面致力于推动本市多元化解矛盾纠纷大格局的构建。本次调研旨在了解金融纠纷诉调对接工作的开展情况及律师的参与情况，进一步加大律师在专业类案件调解中



的参与度和专业性。

上海金融法院介绍了纠纷多元化解机制的运行情况。与会人员围绕进一步聚力增强调解实效、化解矛盾纠纷进行了充分交流。

潘书鸿表示，上海律协近年来高度重视法律职业共同体建设。上海金融法院作为全国首家金融专门法院，在金融纠纷多元化解机制的建立上作出了有效探索。他希

望双方能够探索本市法律职业共同体在调解机制上示范合作的新样本，坚持问题导向和需求导向，加强对调解的准入资格、案件类型、经费保障等问题的研究，支持上海律师调解制度的改革探索。

座谈结束后，上海律协调研人员受邀参观了上海金融法院诉讼服务大厅，现场体验了“中小投资者保护智慧舱”等信息化系统。



# 检律协作共建良好的刑事司法环境

## 上海律协与市检察院第二分院召开调研座谈会

文 | 上海律协纪律部

6月8日，上海市人民检察院第二分院党组成员、副检察长顾晓敏，第二检察部副主任、华东政法大学刑诉法专家王晓华一行到访上海律协开展调研，听取上海律师对检察工作的意见和建议。上海律协副会长潘书鸿、刑诉法与刑事辩护业务研究委员会主任王思维等出席座谈。

座谈会上，双方就优化认罪认罚从宽制度适用，完善企业刑事合规后续监管，加强信息化平台建设，切实提升审判质效和司法公开水平，充分有效保障律师阅卷权、会见权、调查取证权等方面内容开展深入交流，同时就认罪认罚量刑协商、全流程电子阅卷、犯罪嫌疑人及被告人人权保障等具体问题提出了建设性意见与建议。

顾晓敏指出，律师是刑事诉讼中重要的参与主体，保障律师充分行使诉讼权利、有效参与诉讼程序



具有重要意义。要落实公平正义的根本要求，结合当前刑事诉讼律师辩护全覆盖的要求，充分保障律师执业权利，切实发挥案件各方在刑事诉讼各阶段中的作用。要认真研究与律师提出的意见建议，在检察工作中推进落实，共建良好的刑事司法环境。

潘书鸿对市检察院第二分院一行的到来表示欢迎，并向检察机关对律师群体的关心和支持表示感

谢。他建议，检察机关应当充分履行控诉职能和监督职能，保障律师有效参与刑事诉讼程序、充分行使诉讼权利，融合价值理念，提升诉讼质效，并在制度建设中注重审判权、检察权和辩护权的有机统一。在刑事司法改革的过程中，希望理论界与实务界继续增强合作，提高律师执业权利保障水平，进一步优化诉讼制度建设。

参加会议的还有市检察院第二分院第二检察部检察官蒋玉婷，检察官助理王虹、张艳焯，上海律协法律职业共同体建设委员会委员虞思明，刑诉法与刑事辩护业务研究委员会委员郑飞云、戴书晖、郭亮，刑法与刑事辩护业务研究委员会委员洪梓校，上海段和段律师事务所律师王盈等。

会前，潘书鸿陪同市检察院第二分院一行参观了上海律协陈列馆，了解了上海律师行业的发展历程，感受了当代上海律师的风采。



# 氍毹律动 程腔声扬

## 上海律协京剧社程派折子戏专场演出纪实

文 | 邱唐



主持人朱小苏



《红梅赞》

时隔两载，京胡丝弦之声终于再次从白玉兰剧场飘扬而出。6月3日，上海律协京剧社在此隆重举办程派折子戏专场演出。

本场演出由上海律协主办，上海律协京剧社、杨浦律师工作委员会承办，上海戏剧学院戏曲学院协办。作为上海律协京剧社这个有着22年历史传承的京剧票房在“后疫情时代”的开箱之作，本场演出吸引了大量久违的戏迷和粉丝拥趸。此外，来自上海市人大、市政协、华东政法大学的领导以及上海戏剧学院戏曲学院院长、著名程派表演艺术家李佩泓亲临现场观赏指导，众多律师同仁到场观摩

了演出。

下午2时，幕布准时拉开，首先出场的是来自上海市司法局老干部局京剧社的助演嘉宾。为祝贺本场演出的举办，他们特别献唱了程派现代戏《江姐》中最脍炙人口的《红梅赞》，于幽咽婉转中暗露峥嵘刚劲，以程派独特的声腔韵味淋漓尽致地展现了伟大的革命浪漫主义精神。

正式演出前，主持人朱小苏律师介绍了莅临嘉宾，并为观众们解说了程派艺术的特点和本场演出剧目的看点，带领观众们提前入戏。

第一出戏是由沈奇艳律师带来的程派集大成之作《锁麟囊》当中

流传最广、影响最大的“春秋亭”一场。一段西皮二六转流水的唱腔华丽灵动、节奏紧凑，追求的是一种大珠小珠落玉盘的错落感，对演员的嗓音与气息都有比较高的要求。尽管沈律师是第一次彩唱，但她扮相俊美、调门颇高，非常完美地完成了整段戏的演绎，实属不易。

第二出戏是程砚秋先生唯一录过电影的经典之作《荒山泪》当中最核心的“夜织”一折。这出戏颇有难度，以一般意义上较为激昂、欢快的整套西皮唱腔表现深夜的孤寂与女主内心的忧虑，非常考验演员的舞台驾驭能力。饰



《锁麟囊》



《荒山泪》



《贺后骂殿》



《六月雪》

演张氏的邱唐律师嗓音清亮、台风稳健，动静皆有范式，博得台下叫好声不断。

接下来出场的是黄绮律师，她为观众带来了程派的基础戏《贺后骂殿》。黄律师浸淫程派艺术多年，颇有心得。她的嗓音条件得天独厚，音域极宽且擅使程派独特的“游丝腔”，将这段二黄唱腔所蕴含的悲愤与凄凉完全表现了出来，极具感染力。加之上海戏校专业老师和学生的助演，整场戏显得花团锦簇，让人目不暇接。

压轴登场的是上海律协京剧社社长钱丽萍律师，她是一位资深票友，艺兼余程，师从钟荣，曾长期向已故著名程派表演艺术家李蔷华先生问艺。她此次带来的是程派代表作《六月雪》中的“坐监”一折，此段二黄慢板“未开言”集中体现了程派唱腔的规范与特点。钱律师敢搬演此剧，足见其艺术水准之高、造诣之深。更为难得的是，此次“坐监”还特别约请了江南名丑、国家一级演员金锡华前辈和上海京剧院优秀老旦演员张晨晨分饰禁婆与蔡母，专业人士的加盟使得三人的互动更加珠联璧合、满台生辉。尤其是83岁高龄的金老先生，在台上

大放光彩，可谓宝刀不老。

本场演出的大轴是钱军亮律师，他出演的是其拿手好戏《春闺梦》，这是一出唱念做表并重的戏，非常考验演员的综合能力。此次演出系钱律师首次呈现全剧，载歌载舞近一个小时，非常不易。钱律师扮相甜美、表演细腻，长期以来苦练身段，终于以精彩的表演和精湛的技术折服现场观众。他每完成一个高难度动作，台下都爆发出热烈的掌声。

随着唢呐尾声音乐的响起，本场演出在观众们意犹未尽的掌声和欢呼声中落下帷幕。据悉，今年11月底，上海律协京剧社还将举办一场折子戏专场，让我们一起期待这些律政佳人更加精彩的表现！



《春闺梦》



# 在片片花海映衬中尽情奔跑

## “建领域达杯”2023第五届上海律师马拉松赛胜利收官

文 | 上海律协会员部

浙沥小雨，不灭热情。5月7日，阔别两年的“建领域达杯”2023第五届上海律师马拉松赛在上海宝山顾村公园异域风情园再次鸣枪起跑！

上海律师马拉松赛创办于2017年，至今举办了五届，已成为上海律师的特色品牌，获得全市律师跑步爱好者的追捧。今年比赛的报名通道一经开启，300个名额在51分钟内火爆抢空。来自上海14个区的130家律所及有关单位的爱跑律师齐聚赛道，再次演绎上海律师的“速度与激情”。

### 现场直击

当天早上7点不到，顾村公园里已经人头攒动，律师们换上本次赛事定制的选手服陆续入场。

7点45分，一组久违的律师选手大合影拉开了本次马拉松赛的序幕。随后，音乐响起，教练领跳，全场热身，选手集合起跑线。本次比赛有男选手170名、女选手130名，最年轻的参赛者

为67岁，老中青选手再次在熟悉的赛场上聚首。

8点10分，半程马拉松10公里组/5公里组分枪鸣响，正式开跑！

律师们暂时卸下了工作重担，在片片花海的映衬中肆意奔跑，在城市绿洲中自然呼吸，在速度中释放压力。一圈又一圈，跑友们不断

调整步伐和心态，奋力向前；跑得快的你追我赶，跑得慢的互相鼓劲。

比赛开始23分钟10秒后，第一位选手冲过终点线，场边响起了热烈的欢呼声和掌声；2小时51分钟后，所有选手都凭借坚韧的意志冲过了终点，挑战自己，获得胜利。经后台紧张统计后，获奖名单新鲜出炉。



## “建领域达杯”2023第五届上海律师马拉松赛获奖名单

### 健康跑5KM

男子冠军:	吴蒙	天册(上海)律师事务所
男子亚军:	夏爽	上海九鹏律师事务所
男子季军:	郑润恒	上海明焕律师事务所
女子冠军:	熊丽	湖北尊而光(上海)律师事务所
女子亚军:	李艳丽	北京市京师(上海)律师事务所
女子季军:	王智瑞	上海建领域达律师事务所



### 精英跑10KM

男子冠军:	何晓华	天册(上海)律师事务所
男子亚军:	施厚宝	上海瀚元律师事务所
男子季军:	范逸波	上海文偃律师事务所
女子冠军:	何湘渝	上海市中大律师事务所
女子亚军:	吴洪	北京炜衡(上海)律师事务所
女子季军:	孙黎文	北京观韬中茂(上海)律师事务所

### 半程马拉松

男子冠军:	郑荣威	上海市华天平律师事务所
男子亚军:	徐传林	上海市锦天城律师事务所
男子季军:	魏巍	上海市汇业律师事务所
女子冠军:	虞梦云	上海市锦天城律师事务所
女子亚军:	王亚丽	北京市隆安律师事务所上海分所
女子季军:	张秀秀	上海市汇业律师事务所



## 总结发言

上海律协文体与福利委员会主任朱黎庭为本次比赛作总结发言。他表示,本届马拉松比赛呈现出两组有意思的数据——报名速度越来越快(51分钟全部报满),大尺码服装越来越少(大于2XL的服装数量仅占总数的5.3%)。这反映出上海律师对跑步的热情逐年上涨,

对身材管理的要求越来越高。律师马拉松赛能进一步推进全民健身活动,从而丰富上海律师行业的文化与娱乐活动,加强律师之间的交流,未来一定能够越办越好。

本次比赛由上海律协主办,上海建领域达律师事务所冠名承办,上海赛丞体育发展有限公司独家运

营并与上海市宝山区路跑协会共同执行。

上海律师一家亲。“建领域达杯”2023第五届上海律师马拉松赛圆满收官,让我们共同期待下一届马拉松比赛再创新高,也祝愿全市广大律师跑步爱好者越跑越标准、越跑越健康。



# 党建引领指航向 律动虹口聚能量

## 第七届虹口区“律动杯”趣味运动会顺利举行

文 | 虹口律师工作委员会

2023年是全面贯彻落实党的二十大精神开局之年，虹口区围绕“上海北外滩、浦江金三角”战略目标推进各项工作，虹口区司法局正在积极打造北外滩法律服务集聚圈。为集中展示虹口区各律所的作风建设、效能建设、团队建设成果，更好地增强虹口律师的凝聚力、激发虹口律师团结奋斗的综合素养，5月5日，由虹口区司法局指导，虹口区律师行业党委、虹口律师工作委员会、虹口区律师行业工会联合会主办，虹口区青年律师联谊会承办的“党建引领指航向，律动虹口聚能量”——第七届虹口区“律动杯”趣味运动会如期举行。

本届运动会吸引了来自虹口区司法局、各律师事务所、虹口公证处等单位的20支队伍，共计120



名队员参加。运动会以“二十大精神知识问答”活动作为比赛“入场券”，分为个人项目、团队项目两部分，包含冰上弹珠、心心相印、球行万里、脚下生花、环游世界、齐心协力、趣味飞镖、趣味投壶等八个项目。项目丰富多彩、趣味横生，综合考验了参赛选手的力量、速度、技巧和团队协作能力。

虹口区司法局党委副书记赵

英，虹口区司法局副局长、区律师行业党委书记胡晓红，虹口区司法局副局长赵伟、周浩，虹口区司法局公服科科长周俊，虹口区律师行业党委副书记、律工委主任田波，虹口律工委副主任、虹口区青年律师联谊会会长张晔出席开幕式。比赛结束后，各位领导为获奖选手颁发个人奖项和团队奖项并合影留念。



# 全力打造外滩法律服务集聚带

## 黄浦推出“促进法律服务业发展”措施

文 | 黄浦律师工作委员会



黄浦区是党的诞生地，也是全国首批法治政府建设示范区。以“外滩金融集聚带”为标志的金融行业是黄浦区经济发展的重要增长极，法治与金融相伴而生。为此，黄浦区将全力打造“外滩法律服务集聚带”，从而推进法律服务业与优化法治营商环境、促进基层治理现代化和区域经济社会高质量发展深度融合。

6月21日，黄浦区召开外滩法律服务集聚带政策发布会暨律所招商推进会。上海市律师协会会长季诺，黄浦区副区长王隼、林竞君等出席会议。

此次，黄浦区将从政策扶持、人才培养、发展平台、法治文化等方面着手，力争通过五年的时间，实现法律服务业集聚度更高，打造接近百亿级法律服务产业；法律服务业发展环境更优，成为境内外知名法律机构落户的首选地；法律服务专业能力更强，精准助推黄浦区

“3+3+X”产业链群优化升级。

会上正式发布了《黄浦区关于促进法律服务业发展 打造外滩法律服务集聚带的实施意见》，提出加大引优育强力度，选聘“律所营商大使”；引进高端法律人才，实施黄浦“Young 律师”成长计划；设立“外滩律师会客厅”，深化“产业链+法律服务”模式等多项具体举措。

在涉外法律服务培训实践基地启动仪式上，上海国际经济贸易仲

裁委员会、上海市金茂律师事务所、上海金茂凯德律师事务所、上海邦信阳律师事务所、上海市建纬律师事务所、北京市环球律师事务所上海分所等6家单位被列为黄浦区涉外法律服务培训实践基地。

同时，首批13位“律所营商大使”也集体亮相。今后，他们将参与到黄浦区的专业化招商工作中，积极引导优质企业落地黄浦，为优化区域营商环境提供法治保障。黄浦区金融办向与会嘉宾介绍了区内相关招商政策，并表示将对“律所营商大使”工作给予保障与支持。

当天还举行了两场圆桌论坛。与会嘉宾分别围绕如何助力上海国际法律服务中心建设、如何推进黄浦区法律服务人才梯队化建设和如何着力打造外滩法律服务集聚带、专业服务业如何发挥专业优势助力区域营商工作等话题进行了热烈的交流。



编者按：

2022年，上海律师行业评选出“第七届上海市优秀青年律师”10名。从2023年第1期开始，“第七届上海市优秀青年律师”系列文章将陆续刊登在《上海律师》上。



# 也谈青年律师的成长

文 | 赵亮波

我谈不了青年律师如何成功，只能根据个人的经验，谈些或许有助于青年律师在执业道路上走得更稳健、更长远的体悟。在我看来，有三点对于青年律师十分重要：一是要有专业知识和专业技能；二是要有职业理想，遵守职业伦理；三是要有良好的身心状态。我认为，青年律师成长过程中涉及的许多方面都与这三点相关，也受制于这三点。做好这三点，青年律师的成长与成才便是水到渠成的事。

首先是专业对于律师职业的重要性。律师的“专业”到底指的是什么呢？美国法学家罗斯科·庞德认为，职业的本质是作为共同职业以公共服务的精神追求后天学得技艺的才智的群体。这个群体主要有三个特点：一是他们所习得的技艺是建立在深奥理论基础上的专业技术，因此他们有别于那些仅满足实用技巧的工匠人才；二是他们所从事的活动秉承为公众服务的宗旨，因此他们有别于那些追逐私利的商业或营生者；三是他们形成了某种具有资格认定、纪律惩戒和身份保障等一整套规章制度的自治性团体。律师作为一种职业，无疑具备了上述三点特征。我认为，

律师的“专业”有两层内涵。

第一层是指从事律师职业应具备的专业知识和专业技能，其中不仅包括博学的知识、就具体事实适用实体法的技巧、充足的准备、实践性的和审慎的智慧等核心要素，也包括如正式的训练和执照、保持称职性、适当的举止、自治等辅助性因素。律师行业发展至今，为律师职业设定统一且较高标准的准入门槛已经成为世界各个国家与地区的普遍做法。我国自1979年恢复律师制度以来，对律师职业的准入门槛也逐渐统一与规范。到我们这一辈的律师，基本上每个人都接受过至少四年以上的高等教育，都是通过国家统一的司法/法律执业资格考试后才得以进入律师行业，并在日后几十年的时间里不断进行法律实践，不断丰富自己的专业知识与专业技能。

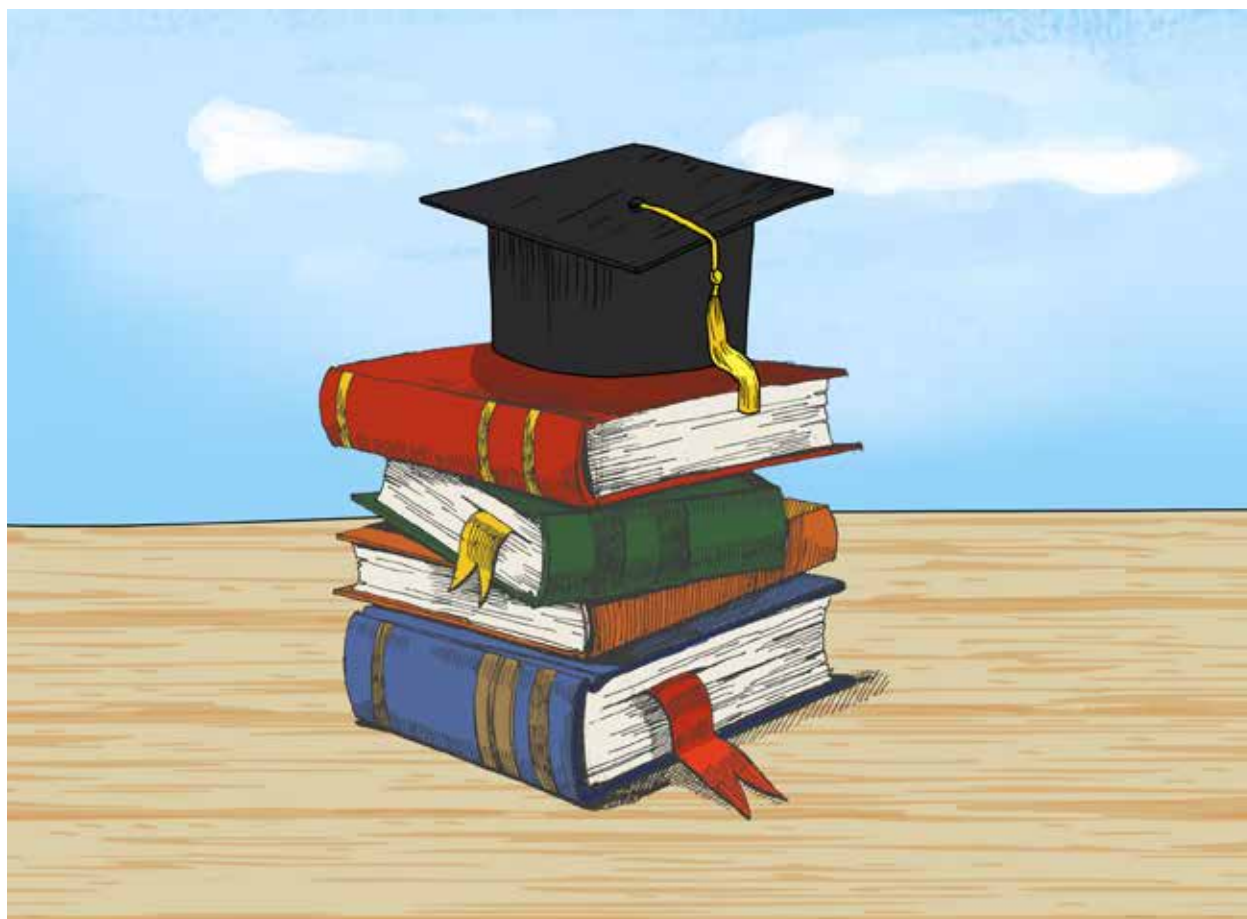
许多人，包括我，在拿到律师执业资格证的时候都踌躇满志，觉得自己终于成为一名执业律师，可以大施拳脚大干一番了。但是很快，我发现获得执业资格证仅仅只是开始。在后来的许多日子里，哪怕是至今已在律师行业摸爬滚打了16年，我还是常常觉得自己在专



赵亮波

上海邦信阳律师事务所合伙人，上海律协党建工作委员会委员、企业法律顾问业务研究委员会委员，上海市嘉定区人民政府兼职法律顾问，黄浦区工商联民商事人民调解委员会调解员。荣获第七届上海市优秀青年律师。

业上不够精进，还可以学习更多、储备更多。律师是一个需要终身学习的职业，需要对专业要求始终保持敬畏。只有在经年累月的学习与实践中，在日复一日的重复训练里，



律师的专业知识才能储备得更多，专业技能才能不断地精进。

青年律师在执业生涯早期常常会困惑于自己的第一个客户从哪里来，有些刚执业一两年的年轻律师会对带教律师十分严格的学习要求与重复枯燥的技能训练表现出不满甚至反抗情绪，认为学习专业知识和训练专业技能会过分挤占自己开拓和维护客户的时间，转而把更多的精力投入到开拓市场、营销客户等方面。但在我看来，这是本末倒置，是对律师执业生涯的一种

十分危险的选择。要知道，绝大多数客户选择律师的理由可能是因为其足够专业。因此，学习专业、保持专业应当是律师在整个执业生涯中最为重要的课题，也是要始终坚守和一以贯之的成长发展总路线。

明确了这一点，青年律师在选择执业平台时的许多问题或许会变得简单。虽然青年律师选择发展平台会受到个人偏好、现实问题等诸多因素的影响，但是我认为有一条亘古不变的判断标准，即这个平

台是否有助于律师不断精进专业能力。我从进入律师行业至今，一直都在同一家律所里执业。从这个经历上看，我对于青年律师如何选择执业平台或许没有太多的发言权，但是我可以分享自己从律师助理到执业律师，再到如今担任律所管理合伙人的一点感受与思考。

在我执业生涯的早期，律所有两个制度对我的成长影响较大：一个是每周二雷打不动的业务学习制度，另一个是后来帮助我实现个人职业跃升的“金种子”计划。现在

回头看，我才发现这两个制度宣扬与追求的价值均与专业相关。前者要求我们无论年轻年长，上至高年级律师与合伙人，下至律师助理及实习人员，没有特别的请假情形，必须在每周二固定的两个小时内完成专业上的学习与训练，并且年复一年地持续坚持着。律所想借此传达一个理念，即对于每一个想要从事律师职业的人来说，专业要求从来都是平等的，甚至可以说是十分残酷的，因此每个人都要对专业保持敬畏之心并持之以恒地学习。“金种子”计划则是律所对我的一次很大的激励与奖赏。对于被认定为“金种子”的律师，律所将为其提供一笔不菲的资金支持，并且帮助其完成个人专业与职业的规划与跃升。我因此解决了当时面临的诸如买房、买车等非常现实的问题，也因为得到专业上的充分肯定而更加自信，更加努力地专业学习与钻研。也是在那时，我内心中的一个信念更加坚定：只要足够专业，我的律师执业生涯将是长久与可持续的。

如今，我已是律所的管理合伙人。我始终坚定地认为，律所的一个非常重要的职能在于最大限度地帮助律师们更好地保持专业、追求专业，并通过专业实现自我、成就自我。正是基于这样的思考，我们律所正在积极探索推进智能化中台与无感后台建设，目的是希望我们律所的执业律师，尤其是青年律师们可以心无旁骛地钻研专业，成长为未来的专业人才与行业佼佼者。

除了前面所说的专业知识和专

业技能之外，“专业”隐含的第二层内涵是指律师的职业理想与职业伦理。律师职业具有促进公正和公共福祉的职责，需要具备为委托人服务和为公众服务的精神。这种职业理想使得律师有别于那些追逐私利的商业或营业者，也使得律师职业具有神圣性。许多时候，我们过分强调律师的专业知识与专业技能，因而忽略了“专业”在律师职业理想层面的意蕴与内涵，但我觉得这一点是忽略不得、马虎不得的。

职业理想与职业伦理是指导我们开展执业活动与行为实践的总原则，也是我们在面对许多问题和选择时需要询问“做什么”“能不能做”“为何做”以及“怎么做”的那个对话者。我认为，职业理想与职业伦理对每一位律师的执业生涯起着保驾护航的重要作用。

一方面，律师的执业生涯是漫长的，崇高的理想追求是支撑我们不断前行的动力。我常常听到有青年律师入行没多久便抱怨律师工作的枯燥无味与艰辛，当徐徐开展的律师生活场景与他们在电视电影作品中看到的或想象的不一样时，他们的内心就会升起巨大的落差感，从而悄然离开这个行业。离开虽然是个人的选择，但其实是因为很多人没有做好对律师职业的预判，更深层次的原因可能是他们没有对从事律师职业的坚定信念感，也无法从崇高的律师职业理想中汲取源源不断的能量与养料。

回望我十余年的律师执业生涯，正是因为入行初期便树立了律师职业理想，我才得以坚持

到现在。在过往的岁月里，埋头钻研、伏案工作、不断接进拨出的电话、密密麻麻的会议日程与庭审时间表、有增无减的飞行里数与不断抵达的下一个目的地……我的律师生活常常与忙碌为伴，其中也体验过诸多艰辛与不易，但律师职业理想总能带给我力量，正所谓“志之所趋，无远弗届”。在这个过程中，我享受充实的成长与喜悦，也愿意奉献于崇高的律师事业。我为此充满自信和荣耀，愿意扛起责任、履行职责和使命，为建设法治中国、实现中华民族伟大复兴贡献力量。

另一方面，职业伦理是律师职业的生命线。我想要告诫青年律师们：要把自己的执业生涯放长远了看，尤其在缺乏社会历练的时候，一定要守住底线，不要被眼前的蝇头小利所诱惑。青年律师要爱惜羽毛，在遵守法律的同时，要用职业道德与职业伦理来规范、约束自己的行为，尽可能让自己的执业生涯更长久一些。

最后，我认为，有一颗强大的心脏并保持良好的身心状态对于律师来说是十分必要且重要的。因为律师的成长道路漫长且艰辛，这是一场马拉松式的长跑，也是一场遍历奇幻风景的旅程。长跑者、冒险者、攀登者、挑战者……无论何种角色，都需要有坚强的内心与健康的体魄。

保持专业学习，坚持职业理想与职业伦理，并以良好的身心状态和“道虽迩，不行不至；事虽小，不为不成”的干劲持续努力，我相信每位律师都可以拥有精彩的执业生涯。

编者按：

2022年，上海律师行业评选出“第七届上海市优秀女律师”10名。从2023年第1期开始，“第七届上海市优秀女律师”系列文章将陆续刊登在《上海律师》上。



# 我心中的“红与黑”

文 | 胡婧

执笔写这篇文章时，我正身处浙江某地级市的一家宾馆里。书桌背后的窗外，小雨夹着雪花在-2℃的寒冬中不断飘落，而我在一边打字，一边回想着高速路途中突遇暴雨的惊险经历。骤降的倾盆大雨让下午3点的天空失去了光亮，即使打开了远光灯，我的眼前也是一片模糊。路上的积水来不及排泄，车轮经过有轻微的摇晃。我紧握方向盘，丝毫不敢松懈，车速也降至30迈以下，同时留心察看后方是否有来车。大概过了20多分钟，车辆才渐渐驶出暴雨路段。想到这里，我心有余悸，但又很庆幸自己已安全抵达目的地，期盼着明天的工作可以顺利完成。

这其实并不算什么可怕的事情，只能说是律师工作的日常之一。回想我做律师的近十年，作为一名女刑辩律师，我遇到过各种各样的困难和挑战。但十年的磨练并未熄灭我对这份职业的激情，它就像是我心里那最靓丽的一抹“红”，永远炙热而滚烫。

## 一、“红”是我心中的信仰和热爱

我出生于一个司法世家，从小耳濡目染让我对父辈们的职业充满了向往。小时候，我总是偷偷去

看爷爷庭审，他那威严的神情和处理案件的公正、严谨着实让我羡慕和景仰，于是大学选专业时，我毫不犹豫地选择了法学。毕业后通过公务员考试进入检察系统工作，我人生的第一份职业是一名光荣的人民检察官。

我非常清晰地记得检察官宣誓时的誓词中有这样一段话：“忠于国家、忠于人民、忠于宪法和法律，忠实履行法律监督职责，恪守检察职业道德，维护公平正义，维护法制统一。”在十年的检察官生涯中，每当跟犯罪嫌疑人斗智斗勇时，每当在法庭上慷慨陈词、指控违法犯罪时，每当遇到疑难案件辗转难眠时，我都会想到这段话。它给我力量和勇气，让我在黑夜中也能寻找到光明。

后来因为机缘巧合，我选择成为一名刑辩律师，这是一份让我感到熟悉又陌生的职业。做检察官时，我在法庭上与律师唇枪舌战是家常便饭，日常工作中也时常会有律师与我沟通交流案情，我有时对这个群体的印象并不好，总觉得他们不该为“坏人”辩护。而当我真正成为了一名刑辩律师时，我才深刻领悟到这份职业的重要性。“维护公平正义，维护法制统一”同样是刑辩律师的职责所在，尤其在全面推进



胡婧

上海博和汉商律师事务所合伙人，上海律协长三角律师业一体化促进委员会委员、刑法与刑事辩护业务研究委员会委员，上海市普陀区青年联合会委员，上海市普陀区新联会副秘书长。荣获第七届上海市优秀女律师、2021年上海市巾帼建功标兵。

依法治国的进程中，这更是每位刑辩律师执业的动力源泉，犹如高高飘扬的五星红旗，是我们心中必须永远坚守的那一抹“红”。

心中的这抹“红”时刻提醒我在面对每一个案件时，都力争以事实和证据为基础，维护法律的公平正义。



记得在做律师的第三年，我接到了一起诈骗案。当事人是一位40岁出头的中年男子，其涉案金额高达2000余万元，这意味着他将要面临十年以上的有期徒刑。根据起诉书指控的事实，当事人以开设加油站为由从他人处借款2000余万元，还款期限到期后无力归还。出借人发现加油站尚在筹建中，短期内根本无法取得经营资质，且当事人声称从国外进口的原油也未见踪影。因此，出借人认为当事人用筹建加油站为借口骗取钱财，以诈骗罪到公安机关报案，经过侦查、审查起诉阶段，案件很快移送法院。

我接手案件时，距离开庭只剩下不到一个月。那是江苏某地的一个偏远的看守所，当我隔着生锈的铁窗第一次见到当事人的时候，他双眼无神，对未来已经失去了信心，开口的第一句话就是问我什么

时候判决、去哪里服刑，他对案件本身似乎已很漠然。经过连续三天的沟通交流后，我掌握了很多细节，发现他为筹建加油站注册了公司，并且他的女友在帮忙兼职做会计，借款的使用都有账目；加油站虽未取得资质却在偷偷违法经营，公司也有纳税申报记录。但是案发后，当事人怕牵连女友，并未把这些证据提交公安机关。另外，当事人确实有意去境外购买原油，并多次电话咨询其在山东做进出口贸易的朋友，后来因为国际原油价格暴涨，便把购买事宜搁置了，随后大部分借款被当事人用于购买加油站的硬件设施。掌握这些情况后，我找到当事人的女友，通过分析案情、释明法律相关规定获得其信任后，将相关的会计账簿等资料都提交法院作为证据；同时申请证人出庭，证明当事人确实曾多次向朋友咨询购买原油的细节。以上证据材

料和证人证言最终都得到了法院的认可。由此，法官认定当事人并非犯诈骗罪，其确实是将借款用于加油站的筹建工作，但尚未取得经营资质，构成非法经营罪，最终根据实际产生的经营数额判处其2年4个月的有期徒刑。

这个故事讲起来寥寥数语，似乎很平淡。但只有我自己知道，当面对一个看似毫无突破点的案件时，我是如何在深夜里反复咀嚼案件细节，反复思考怎样才能抽丝剥茧，寻找对当事人有益的有效抗辩点；我还要考量如何在法律的框架下寻求证人的支持，如何让司法机关的办案人员认可对当事人有利的证据，如何在一次次被质疑中提出自己的专业观点并坚持到最后。在这个过程中，律师常常不被理解，不管是当事人及其家属，还是司法机关的办案人员，常常会对我们提出苛责和否定。当面对来自各方的巨大压力时，我偶尔也会心酸和气馁。每当此时，我就会想到心里的那抹“红”，那是我做律师的初心，是我内心不可磨灭的信仰。它给我勇气，激励我认真做好每一个案件，不辜负每一位当事人。

## 二、“红”是对专业的极致追求和对社会的无私奉献

我特别感恩我所在的博和汉商律师事务所，这里有我的恩师，还有一群志同道合的同事一起努力前行。自我加入律所近十年来，我们一直在专业的道路上勤耕不辍。

每年一届的“博和法律论坛”为诸多法律实务界人士提供了探讨和交流前沿法律问题的平台，在华东地区乃至全国都有较大影响力。

我自 2015 年起连续筹备第七至第十三届论坛，并作为实务专家就相关话题发表专业见解。

“判例研讨会”是博和汉商所的另一项品牌学术活动，我多次参会发言，并参与撰写《虚假诉讼罪判例研究报告》《证券犯罪刑事案件判例研究报告》《涉破产刑事案件判例研究报告》《侵犯商业秘密刑事案件判例研究报告》等专业学术报告，总计超 20 万字。除此之外，我在繁忙工作之余从实务出发，不断反思、总结，完成了数篇专业文章，发表于相关专业领域期刊和律所微信公众号。我觉得撰写专业文章可以帮助我总结办案经验，激起思维的火花，不断促进我的专业成长。

正是因为对专业严谨认真、追求极致的态度，在过去办理案件的过程中，我的专业能力多次得到了外界的认可。2017 年 8 月，因办理的一起故意伤害案的社会效果和法律效果均非常好，我接受了中央电视台的采访，并录制《法治在线》特别节目《坐标·司法改革进行时》，在 CCTV13 频道《法治中国》栏目播出。我办理的上海首例刑事附带民事公益诉讼案件入选了上海市

检察院 2018 年十大典型案例，办理的某知名食品集团涉嫌操纵证券市场案入选了 2020 年最高检典型案例。

我在专业道路上不断前进的时候，时常会产生一种深深的社会责任感。我深知是国家和时代赋予了我这一切，我理应力所能及地回馈社会，用自己的一点微光去照亮更多的人。自律所于 2016 年成立“公益讲坛”后，我与同事一起先后深入安徽淮南、甘肃陇南等地，义务为当地律师开展专业培训。2018 年至今，我持续参与上海法网和中国法网的网上值班活动，累计服务数百人次；积极参与妇联的公益法律服务，成为普陀区妇联“巾帼护家志愿者”等……诸如此类的公益法律服务让我的内心温暖而充实。也许我的一次小付出就能成为别人暗夜中闪烁的星光，这让我觉得我没有辜负自己内心的那一抹“红”。

### 三、“黑”是“红”的另一面

其实我更愿意将这里的“黑”看作女刑辩律师鲜为人知的另一面。

我总是喜欢跟团队新入职的律

师说，一名合格的刑辩律师必须要具备三个方面的基本条件：良好的身体素质、强大的心理素质、过硬的专业素养，三者缺一不可。别人总是认为律师是光鲜亮丽的职业，殊不知我们为了会见一个当事人，凌晨 4 点就在看守所外排队；别人总是看到律师西装革履、精神抖擞地出现在法庭上，殊不知我们可能刚刚拖着沉重的卷宗，经历了疲惫不堪的长途奔波；别人总是认为在法庭上唇枪舌战就是律师工作的全部，殊不知我们伏案阅卷，为案件付出了多少个辛劳的日夜。但无论如何，我觉得再多的付出都值得，因为我选择了一份自己热爱的、对社会有意义的职业。

做律师近十年来，我从一名律师助理成长为合伙人，再到律所的管委会委员，我不仅要做好律师的本业，还要承担事务所开设分所的重要工作。其中的酸甜苦辣只有自己知道，但这一路以来的历练不仅帮助我极大地提升了管理能力，也让我对长三角地区的法律服务市场有了更加直观和深刻的认识，这对律所未来的发展毫无疑问是有助益的，所以我从未后悔和退缩过。

除了是一名女律师外，我同时也是女儿、妻子和母亲，这是别人可能不太会关注到的一面。对于家人，我唯有感恩。是家人无私的、默默的支持，让我能去追求自己的梦想，让我有勇气坚守自己心中的那一抹“红”。

这个世界是绚烂多姿的，红色在阳光下最耀眼，黑色则包容一切，深沉而幽远，二者都是组成这个世界不可或缺的颜色。我想，每个人心中都会有自己的“红与黑”。





# 家族企业如何实现平稳传承

主持人：张寅 上海律协婚姻家庭业务研究委员会委员、北京大成(上海)律师事务所合伙人

嘉宾：吴卫义 上海律协婚姻家庭业务研究委员会主任、上海海若律师事务所主任

王凡 上海律协公司与商事业务研究委员会委员、上海市德尚律师事务所主任

李慧琴 上海律协公司与商事业务研究委员会委员、浙江京衡(上海)律师事务所合伙人

文字整理：许倩

张寅：大家好，欢迎各位来到《上海律师》2023年第三期法律咖吧，我是本期咖吧的主持人张寅，三位嘉宾分别是吴卫义律师、王凡律师和李慧琴律师。前段时间，杉杉集团原董事长去世，引起了关于股权继承的一些纷争。从媒体公开报道的情况来看，杉杉集团原董

事长、实际控制人的遗孀和其与前妻生育的儿子对于股权继承的相关事项存在争议。随后，双方通过律师和董事会对外发布公告，表示已经达成和解。基于该事件，本期咖吧将关注上市公司实际控制人去世后引起的股权继承纠纷，以及如何做好企业家的财富传承等话题。首先，

上市公司实际控制人去世时，其所持有的股权是否为夫妻共同财产？

吴卫义：关于这个问题，我认为要分情况进行探讨。首先要考虑股权取得的时间，如果股权取得时间发生在婚姻关系存续期间，则正常情况下，股权财产的价值部分





张寅

属于夫妻共同财产。但也有另一类情况，比如杉杉集团原实际控制人的股权是在其登记结婚之前设立的，对于该类股权是否属于夫妻共同财产，司法实践中可能存在争议。我认为，应当根据法律规定对该类股权进行定性。无论是之前的《婚姻法司法解释（三）》还是现在的《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》，都规定夫妻一方个人财产在婚后投资产生的收益（除孳息和自然增值外）属于夫妻共同财产，所以关键是看该类股权在持股人登记结婚之后是否产生了增值溢价。在有溢价的情况下，溢价部分的价值存在成为夫妻共同财产的可能性。但需要注意的是，这时的股权价值可能是一种混同状态，即一部分属于持股人的个人财产，另一部分则属于持股人及其配偶的夫妻共同财产，所以要结合具体情况作相应判断。此外，还需要考虑夫妻之间是否签订了婚前协议或者婚姻

财产约定，有约定则从约定，没有约定则从法定。

**王凡：**相关股权若为一方在婚前取得，则为其持有者本人所有，司法实践对此并无争议；若为一方在婚后以夫妻共同财产出资取得且登记在一方名下的，对于该股权是否属于夫妻共同财产，司法实践中存在不同的观点。比如，有的法院判决认为，登记在一方名下的股权不应被直接认定为夫妻共同财产，登记股东行使股东权利并依法对股权进行处置时，除另有约定外，夫妻一方转让登记在其名下的股权并不必须征得配偶同意；有的法院判决认为，婚姻关系存续期间，夫妻一方基于共同财产取得的股权应被认定为夫妻共同财产，登记股东行使股东权利并依法对股权进行处置时，需取得配偶同意；还有的法院判决认为，夫妻股权中的财产性权利为夫妻共同财产，但登记股东行使股东权利或者转让股权时，需遵循《公司法》及公司章程的规定。

我个人倾向于认为，股权本身不属于夫妻共同财产，夫妻共有的应是股权所代表的财产性权利。首先，我国《民法典》婚姻家庭编及其司法解释均对夫妻共同财产的范围进行了列举，并未直接将股权列入夫妻共同财产，但明确夫妻在婚姻关系存续期间的生产、经营、投资的收益为夫妻共同财产。由此可见，《民法典》只规定了收益属于夫妻共同财产，但未直接指明股权本身的权属。其次，根据我

国《公司法》的规定，取得完整无瑕疵的股东资格和股东权利，应同时符合向公司出资或认缴出资这一实质要件和被记载于公司股东名册等形式要件。换言之，出资并非取得有限责任公司股权的充分条件，不能仅因出资来源于夫妻共同财产而认定该股权为夫妻共有。股权是股东基于股东资格而享有的从公司获得经济利益并参与公司经营管理的权利，股权兼具人身权属性和财产权属性，在讨论股权的权属时，应当同时考虑这两种属性。若将股权认定为夫妻共同财产，则意味着不直接拥有股权的配偶有权介入公司治理活动；行使股权时，若夫妻意见不统一，也可能导致无法形成有效决议的尴尬局面，这样有可能损害公司的人合性、封闭性及正常经营。再次，我国的股权登记制度不允许股权共有，即同一股权无法同时登记于两人名下，对有限公司的股东人数上限亦有要求。若股权为夫妻共同财产，则可能冲击或突破这些制度和规定。

如果涉及分割夫妻共同财产中的股权出资额，《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》第七十三条规定：“人民法院审理离婚案件，涉及分割夫妻共同财产中以一方名义在有限责任公司的出资额，另一方不是该公司股东的，按以下情形分别处理：（一）夫妻双方协商一致将出资额部分或者全部转让给该股东的配偶，其他股东过半数同意，并且其他股东均明确表示放弃优先购买权的，该股东的配偶可以成为该公司股东；（二）夫妻双方就出资额转让份额和转让价格等事

项协商一致后，其他股东半数以上不同意转让，但愿意以同等条件购买该出资额的，人民法院可以对转让出资所得财产进行分割。其他股东半数以上不同意转让，也不愿意以同等条件购买该出资额的，视为其同意转让，该股东的配偶可以成为该公司股东。用于证明前款规定的股东同意的证据，可以是股东会议材料，也可以是当事人通过其他合法途径取得的股东的书面声明材料。”一般来说，配偶能否通过分割夫妻共同财产中的股权出资额而成为股东，也取决于公司其他股东的态度。

**李慧琴：**我同意王律师的观点。股权包括人身权属性和财产权属性，判断股权是否属于夫妻共同财产，一方面可以根据《民法典》对夫妻共同财产的界定考虑其财产权属性，即股权取得的时间是婚前还是婚后，若为婚后取得，是否有约定是个人财产还是夫妻共同财产；另一方面，股权的人身权属性是股东通过行使股东权利表现出来的，如参加股东会的权利、参与重大决策和选择经营管理者的权利，以及知情权、投票权、表决权等。很多大股东对于公司的定位、战略、发展等都具有决定性作用，公司发展好了才能使股东资产收益最大化，而股东的个人魅力和能力是公司获得一定财产收益的基石。因此，不能仅仅基于《民法典》考虑财产问题，还要考虑企业家的个人魅力、股东之间的协调、人合性对公司发展的重要性等，这是公司法的思维。

企业家或实际控制人一旦出现意外，继承人能否直接继承其股东身份？或者在不基于任何考量的情况下，其配偶能否从夫妻共同财产中拿到股权，哪怕是一半的股东权利？关于这个问题，我认为还是要以人合性作为基础。《公司法》规定，如果公司章程有规定，一定要遵循公司章程。《公司法》允许股东的继承人继承股权，且并未区分股权的财产权属性和人身权属性，因此应理解为继承人可以继承股东的全部权利；但如果公司章程规定股权不能继承或者只能有条件继承，则应遵循公司章程。至于分割作为夫妻共同财产的股权，《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》明确规定，非公司股东的配偶成为股东需经过半数以上的其他股东的同意。

**张寅：**《民法典》继承编规定，继承从被继承人死亡时开始；同时，《公司法》规定，股权可以继承。因此继承人继承股权后，实际上就享有股东的所有权益，继承法对此亦未进行区分。请问吴律师，这是不是意味着被继承人死亡后，继承人就享有其与财产权和人身权相关的权利了？继承法和《公司法》之间的规定是否冲突？

**吴卫义：**这涉及继承事实发生后，继承人如何取得相应股东身份权益的问题。首先，继承权在法律上是一个准物权概念。基于法律规定，并不是被继承人死亡事实发生后，继承人就能通过继承自动取得遗产所有权，而是必须先



吴卫义

履行法定的义务或者依据法定流程变更登记，才能取得股东身份。这中间确实客观存在着股东身份表决的空档期问题。

根据《民法典》继承编的规定，在对财产进行分割并确定遗产范围后，才能进行继承。假设被继承的股权是夫妻共同财产，关于夫妻之间分割股权时是否需要考虑有限责任公司或者合伙企业的人合性问题，目前尚有争议。《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》规定，夫妻双方离婚时，对于有限责任公司的股权分割需要其他股东过半数同意并明确表示放弃优先购买权。而如果是配偶死亡时的股权分割问题，我认为不应适用《民法典》婚姻家庭编及其司法解释的规定，而是要参照《公司法》的规定。在公司章程没有特别约定的情况下，继承人可以依法继承股权，并在经过相应的继承及登记变更公示流程之后，才能算作取得《公司法》意义上的股东身份。



王凡

**张寅：**我们注意到，杉杉股份在2023年第一次临时股东大会上选举去世股东与前妻生育的儿子作为第十届董事会董事长。对此，去世股东的遗孀表示，董事会擅自审议未经其审阅和同意的议案并对外发布的做法侵害了其子女应该合法继承的财产及权利，也严重违背了去世股东的意愿；而且杉杉股份的治理结构与实际控制人完全脱节，对于公司治理结构的规范运作可能产生重大不利影响，继而引发相关合规风险。请问李律师和王律师，从《公司法》的角度看，杉杉股份的程序是否合法？

**李慧琴：**从目前公开的信息来看，无法判断该程序是否合法。但据报道，上海证券交易所已经向杉杉股份发出监管工作函，杉杉股份则回应称其程序合法有效。从股权关系来看，去世股东持有宁波青刚投资有限公司（以下简称“宁波青刚”）51%的股份，他通过该公

司控制了杉杉控股，继而控制了杉杉集团，杉杉集团则是杉杉股份的第一大股东。由此可见，去世股东是通过层层股权控制来达到实际控制人的效果。从杉杉集团的角度来看，其母公司——杉杉控股的董事长与杉杉股份临时股东大会推选的董事长为同一人，即去世股东与前妻生育的儿子，所以他就是杉杉股份的实际控制人；从股权控制的角度来看，他成为杉杉股份的董事长顺理成章。另据公开报道，杉杉股份随后又召开了股东大会，最终决定由临时股东大会推选的董事长作为公司董事长，而质疑程序违法的去世股东的遗孀也在本次大会上当选董事，这说明双方均已认可之前临时股东大会的决议。

**王凡：**从《公司法》的角度看，可以考虑三点。一是董事会的决议是否无效，是否违反国家法律和行政法规的规定？因为是在被继承人过世后重新选举董事长，所以认定决议无效比较困难。二是董事会的决议可否撤销？如果董事会遵循了各项程序，比如提前15天通知所有董事会成员开会、按照多数决或者相关规定作出表决等，则撤销决议也比较困难。但如果董事会召集程序或表决程序上有瑕疵，则可在其决议作出的60天内撤销该决议。三是《公司法司法解释（三）》中提到了董事会决议的不成立，这个“不成立”主要是指董事会在召集程序或表决程序上有严重瑕疵，即没有开会或者表决没有达到法定人数。因此，去世股东的遗孀想以董事会决议内容

未经其审阅就发布为由，使决议无效、撤销或不成立，很难获得支持。

**张寅：**李律师和王律师得出的结论是一致的。虽然被继承人的遗孀要求成为杉杉股份的实际控制人，但双方如今已经达成和解。假设双方没有达成和解，而是纯粹按照法定的继承程序进行下去，根据目前已经披露的公司股权情况和双方的家庭关系，谁最终会成为公司的实际控制人？我们分别从家事和公司的角度来分析，看是否会产生不同的意见，请吴律师先谈一下。

**吴卫义：**从家事角度出发，可能更多地是考虑哪一方继承的份额最多，当然还要结合双方对公司的控制力等因素综合考虑。从目前公开的信息来看，被继承人与遗孀育有三名子女，所以遗孀一方共有四人可以参与法定继承，并且能够继承的份额很高。此外，据媒体报道，宁波青刚的另一个股东可能是被继承人的前妻，这个因素是否会让其与其儿子通过其他方式形成一致行动人，从而取得杉杉股份实际控制人的身份，我们不得而知。

**王凡：**宁波青刚有两个股东，其中，被继承人的持股比例为51%，另一个股东的持股比例为49%。如果被继承人立有遗嘱，把遗产指定给某人，此人就可能实际控制公司。但如果没有遗嘱，按照法定继承，则需要考虑有多少位继承人。据了解，被继承人与前

妻育有两名儿子，与遗孀育有三名子女。如果被继承人的父母已不在世，则其遗产由遗孀和五名子女平分。另外，那位持股 49% 的股东的意见也很关键。从持股份额来看，其支持谁，谁就有可能占据控股地位，包括要考虑其是否支持被继承人的遗孀一方在 51% 的股份中分到的份额。当然，还需要考虑双方对公司的实际控制力，看谁在公司里有更高的话语权，这也是一个重要的影响因素。

**李慧琴：**虽然我们今天讨论的是遗产中的股权继承问题，但去世股东的遗产不仅有股权，还有很多其他类型的财产，包括房产、对外投资、有价证券、珠宝、名画、收藏品等，所以遗产分割不仅是分割股权。遗产分割的一般原则是同一顺序的法定继承人应平均分配遗产，但并不是每样遗产都要平均分配，在等值的情况下，还要看哪些遗产更适合哪位继承人。法院在分割生产资料和特定职业所需要的财产时，也应当依据有利于发挥其使用效益和继承人的实际需要，兼顾各继承人的利益进行处理。从公司的角度来看，还需要考量谁得到股权后更有利于公司发展。

在杉杉集团事件中，那位持股 49% 的股东非常关键，但其凡与任何一位等分继承了去世股东 51% 股份的继承人达成联盟，双方就很容易掌握公司的话语权。而从去世股东很早就将其与前妻生育的儿子安排进公司高层也能够看出，他对于公司将来的接班人早有安排。此外，公司的发展需要人

和。股东之间的关系，包括股东选择谁作为新一任董事长，对于公司的稳定发展很重要。目前来看，对于哪位继承人更适合当杉杉股份的实际控制人，被继承人家族外的股东或者公司高管已有倾向。同时，在不影响各自财产性权利的基础上，各继承人都希望公司能够继续发展壮大，从而让他们获得更多的财产收益，这也是各方能够达成和解的基础。

**张寅：**通过三位律师的介绍可知，虽然遗孀一方具有人数优势，能够分割到更多的股权，但是被继承人与前妻生育的儿子对公司有更强的控制权。还有一个情况——被继承人去世后，其遗孀曾向法院提起民事诉讼并申请财产保全，冻结了被继承人持有的 51% 的股权。从律师的角度来看，如何评价遗孀冻结公司股权的行为，冻结股权对公司有什么影响？

**李慧琴：**冻结股权作为诉讼保全措施，其象征意义大于实际意义。冻结股权的结果是继承人无法直接转让股权，这对于上市公司来说是个压力。我们注意到，宁波青刚 51% 的股权被冻结近一个月后，杉杉股份才披露该信息，或许是考虑到会造成股价波动或者冲击投资者的信心，所以处理得非常低调。我觉得冻结股权可能仅是遗孀的一个手段，促使双方能够坐在一起谈判或达成一定的妥协，最后也确实达到了该目的。双方和解之后，宁波青刚 51% 的股权也随之解冻。



李慧琴

**王凡：**冻结股权对公司经营没有太大影响，只是为了避免股权被转让，更多的可能是遗孀在诉讼过程中保护自己权益的一种手段。因为杉杉股份临时股东大会的决议作出后，遗孀处于弱势；而上市公司有信息披露的义务，冻结股权能够向外界传递出股东之间可能发生矛盾的信息，迫使双方坐到一起谈判，作出一些妥协，最终达到其个人目的。

**张寅：**刚刚提到，宁波青刚的另一个股东持有 49% 的股份，不管这是有意安排还是无心插柳，都会对公司未来的继承起到非常重要的稳定作用。请问吴律师，从财富管理的角度来看，如何评价杉杉集团的这种股权安排？

**吴卫义：**我们今天讨论的不是简单的财产继承问题，而是很多家族企业涉及继承时的控制权之争。杉杉集团比较特殊的地方在于

被继承人是通过多重架构的方式间接持有上市公司的股份，这种持股方式对于继承人，特别是没有取得控制权的继承人而言，操作股权出售变现相对较麻烦。所以我认为，继承人争夺控制权除了可能真的想经营好公司外，也可能有方便股权变现的考量。另外，关于另一个持有宁波青刚49%股份的股东，我们并不知道其与被继承人之间是什么关系，所以无法判断其持有的股份是否为被继承人在生前为公司继承所作出的特别安排。

**张寅：**企业家的代际传承一直是财富管理中的一个难题。无论是通过股权架构设置还是财富传承安排，大家从各自的专业领域来看，对于如何做好家族企业的代际传承有何建议？

**王凡：**我认为，家族企业的实际控制人在生前应从公司和家人两个方面做好安排。首先是公司层面，要从控制权的角度考虑让谁来接手经营公司。具体到杉杉集团事件中，被继承人在生前有考虑让自己的儿子参与公司经营，并委以重任，但没有考虑到继承中的股权分割问题。被继承人的子女众多，如果没有立遗嘱，其持有的51%股份肯定会被分散。而如果另一个持有49%股份的股东是其家族之外的人，则在其51%的股份分割完成后，该股东就可能在公司未来的经营中有更多话语权。其次是家人层面，被继承人应考虑如何安排财富能让家人今后的生活不受影响。可

以通过设立股权信托，将股权的所有权与收益权分离，指定某人或某几个人选享有股权，家族里的其他人只获取公司经营分红即可，从而避免让公司陷入家族成员的股权纠纷中。

**李慧琴：**我们探讨家族企业传承时，首先要明确传承的是什么。财产权益的传承受法律保护，即使公司章程中规定家族成员不能取得股东身份，但其享有的财产权益依然可以通过其他方式实现。而除财产外，家族企业传承的核心就是控制权。一般来说，家族企业的创始人都非常希望将企业控制权交由其家族成员，使企业能够按照其既定的想法继续发展，履行相应的社会责任，同时给家族成员带来更多的财产收益和保障。因此，对于“传承”的理解不能过于狭窄。企业家可以从三个方面来做好家族企业的代际传承：

一是立遗嘱。任何一个企业家的财产都绝不是仅有股权，完全可以通过立遗嘱的方式，让真正善于经营、有社会责任心的继承人多分得一些股权，对于其他继承人则可多分配一些其他类型的财产，以此来平衡各位继承人的财产权益。中国香港特别行政区的李嘉诚先生就做得很成功，他早在多年前就立下遗嘱，安排大儿子获得公司控制权，小儿子则获得另外的资金支持，以免兄弟之间可能因为抢夺控制权而反目成仇。这种安排值得大陆很多企业家借鉴。

二是设立信托。目前，中国企

业正在积极“走出去”，中国香港特别行政区成为很多国内企业上市的首选，很多家族企业在香港上市的过程中会选择设立相应的信托架构。虽然也有很多企业选择在国内主板上市，但这些企业是否方便设立信托架构，需要结合很多因素考量。

三是提前考虑公司下一代接班人的培养问题。企业家除了在财产方面做好安排外，还应提前培养具备经营管理能力的接班人，做好长远的规划。这样既可以避免引起家族内部的矛盾，也是在践行社会责任。因为一家上市公司如果发生股权继承纠纷，不排除会面临极端情况下的退市风险，这不仅会造成很多股民个人资产的损失，也有可能造成员工的失业问题。所以家族企业，特别是上市家族企业的传承，不仅是家族问题，也是社会问题，企业家应该积极、慎重规划。

**张寅：**杉杉集团的事件虽然是个案，但折射出改革开放多年后，老一辈企业家正逐步将企业交棒给下一代的社会需求。这不仅是一个家族内部的事情，更是践行社会责任的问题。律师在此过程中大有可为，需要为企业家提供意见或建议，帮助他们做好企业控制权和家族财富的传承。非常感谢三位律师参加本期法律咖吧，也希望我们今天讨论的内容对家族企业做好传承有所帮助。

（本文内容根据录音整理，系嘉宾个人观点，整理时间：2023年6月27日）

# 房地产行业迎来私募新力量

## 论不动产私募投资基金差异化监管及相关行业影响

文 | 李楠

2022年11月28日，中国证券监督管理委员会（以下简称“证监会”）在答记者问中率先提出五项资本市场支持房地产企业股权融资的优化措施，其中包括不动产私募投资基金试点计划。2023年2月20日，证监会公告载明，启动不动产私募投资基金试点。同日，中国证券投资基金业协会（以下简称“中基协”）发布《不动产私募投资基金试点备案指引（试行）》（中基协发〔2023〕4号，以下简称《试点指引》），自2023年3月1日起施行。

《试点指引》体现了监管部门拟对试点的不动产私募投资基金进行差异化监管的管理逻辑，同时，该项试点安排也对房地产行业、REITs板块以及其他资产管理机构开展不动产领域的私募资产管理业务造成了一定的影响。本文将对此进行初步探析，供业内交流。

### 一、不动产私募投资基金差异化监管规则要点

本节将按照《试点指引》的条款顺序，对于体现本次不动产私募投资基金差异化监管规则的重要条款予以梳理总结。

#### （一）投资范围

《试点指引》第三条规定，不动产私募投资基金的投资范围包括特定居住用房（包括存量商品住宅、保障性住房、市场化租赁住房）、商业经营用房、基础设施项目等。该规定突破了对存量商品住宅（指已取得国有土地使用证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、建筑工程施工许可证、预售许可证，已经实现销售或者主体建设工程已开工的存量商品住宅项目，包括普通住宅、公寓等）和市场化租赁用房（指已取得国有土地使用证、建设用地规划许可证，不以分拆产权销售为目的、长期对外进行市场化租赁运营，但未纳入保障性租赁住房体系的租赁住房）的投资限制，

同时，不受《证券期货经营机构私募资产管理计划备案管理规范4号——私募资产管理计划投资房地产开发企业、项目》项下16个热点城市普通住宅地产项目的备案限制。即不动产私募投资基金可以参与任何地区的存量商品住宅和市场化租赁住房的投资，对于此前规定中对私募股权投资基金的备案及投资限制予以了较大程度的松绑。

#### （二）首轮及后续募集

《试点指引》第六条规定，不动产私募投资基金首轮实缴募集资金规模不得低于3000万元人民币。第七条规定，不动产私募投资基金投资者应当为首轮实缴出资不低于1000万元的投资者。其中，有自然人投资者的不动产私募投资基金，自然人投资者合计出资金额不得超过基金实缴金额的20%。同时，根据第十条、第十一条等规定，不动产私募投资基金在基金合同约定的投资期限内经全体投资者一致同意或通过基金合同约定的决策机制，

即可以实现扩募。

按照此前的规定，私募股权投资基金首轮实缴募集资金规模不得低于2000万元人民币，投资者首期实缴募集最低金额较低且未针对自然人投资者作出特别要求；同时，股权类私募投资基金开展后续募集的规模不得超过首次募集规模的三倍。与此相比，《试点指引》将不动产私募投资基金首轮实缴募集资金规模提高，且提高了投资者门槛，明确了投资者首轮实缴出资最低金额和自然人投资者出资金额比例的上限；同时，对于后续募集的限制大幅放松，不再设置认缴倍数和比例限制，也不再限制基金的组织形式。

#### （三）投资方式

《试点指引》第八条规定，不动产私募投资基金为被投企业提供借款或者担保的，应当符合下列条件：（1）基金合同有明确约定，并履行基金合同约定的决策程序；（2）借款或者担保到期日不得晚于基金清

算完成日；(3) 有自然人投资者的，不动产私募投资基金应当持有被投资企业 75% 以上股权；(4) 全部为机构投资者投资者的，不动产私募投资基金应当持有被投资企业 75% 以上股权，或者持有被投资企业 51% 以上股权且被投资企业提供担保，可实现资产控制。不动产私募投资基金向被投资企业的股权出资金额，属于前款第(3)项的，不得低于对该被投资企业总出资金额的三分之一；属于前款第(4)项的，可由基金合同约定。

此条规定去除了《关于加强私募投资基金监管的若干规定》第八条项下只能为被投资企业提供 1 年期限以内借款、担保的限制，同时，调整了该条项下“借款或者担保余额不得超过该私募基金实缴金额的 20%”的股债比要求，整体提高了不动产私募投资基金的灵活性。

#### (四) 强制托管

《试点指引》第九条规定，不动产私募投资基金应当由依法取得基金托管资格的机构托管。而此前只有契约型基金有强制托管要求。

需要特别指出的是，《试点指引》虽然明确了不动产私募投资基金需强制托管，但项目实操层面较为关注的 SPV 是否强制纳入托管的问题仍待监管机关进一步明确。

#### (五) 杠杆要求

《试点指引》第十三条规定，管理人可以结合实际业务情况，对不动产私募投资基金设置合理杠杆比例，但不得利用分级安排变相保本保收益。该规定放宽了私募基金结构设计中对于优先级投资者和劣后级投资者出资比例的限制。此前，《关于规范金融机构资产管理业务的

指导意见》(以下简称“资管新规”)规定，权益类资产管理产品的杠杆比例不得超过 1:1。

此外，《试点指引》第十三条还规定，不动产私募投资基金总资产不得超过净资产的 200%。该规定突破了资管新规对于分级产品的财务杠杆比率不得超过 140% 的要求。

资管新规规定“私募投资基金适用私募投资基金专门法律、行政法规，私募投资基金专门法律、行政法规中没有明确规定的适用本意见”，而《试点指引》第十三条可以视作中基协对于不动产私募投资基金财务杠杆比例的明确。

#### (六) 信息披露主体及风险揭示





根据《试点指引》第十二条，关联交易主体的范围新增了基金管理人的高管人员。此外，《试点指引》第十五条明确规定了需要特别风险揭示的事项，要求对不动产私募投资基金的特殊风险予以特别揭示。根据该条规定，不动产私募投资基金若涉及关联交易、单一投资标的、

分级安排、抵质押、股东借款、贷款、通过特殊目的载体投向标的、契约型私募基金管理人股权代持等其他特殊风险或业务安排，应当在风险揭示书的“特殊风险揭示”部分一并披露。可以看出，《试点指引》对试点不动产私募投资基金的风险揭示提出了更高的要求。

## 二、《试点指引》出台对相关行业的影响

此前业内有关不动产私募投资基金的多篇文章已经针对《试点指引》中规定的差异化监管要求进行细致的梳理和分析，本文不再赘述。以下主要针对本次不动产私募投资



基金试点对相关行业的影响进行思考。

### （一）房地产行业

从当前的形势来看，房地产行业政策的收紧及行业风险的持续释放导致去化率下降，加上新融资的操作难度升高，近年来持续出现了房企暴雷的风险事件，如恒大、佳兆业、宝能、融创等。2022年11月，中国人民银行、银保监会发布《关于做好当前金融支持房地产市场平稳健康发展工作的通知》（银发〔2022〕254号），出台十六项措施支持房地产行业平稳健康发展。同年，北京、上海、重庆、四川、河北等地政府陆续出台房地产市场调控措施，力求通过一系列信贷政策的变化刺激房地产市场。2023年3月2日，广东省人民政府办公厅发布《关于印发2023年广东金融支持经济高质量发展行动方案的通知》，针对盘活出险房企的存量房地产资产等市场需求明确提出“推动不动产私募投资基金试点”。

如上所述，《试点指引》确立了不动产私募投资基金的诸多差异化监管规则，其中不乏放宽监管的相关规定，如取消借款、担保的期限限制，调整股债比限制，允许自行商定杠杆比例，允许基金合同约定扩募等。这些规定从一定程度上解决了此前市场上以房地产行业不良资产为投资标的的AMC等相关机构在开展房地产不良资产盘活业务时的种种痛点，可以为烂尾楼项目补充建设资金，相关机构也可以作为重整投资人参与市场化重组或破产重整等，有助于促进房地产行业

信用修复及稳定市场预期。

另外，从《试点指引》的市场作用来看，不动产私募投资基金可以引导权益资金投资经营性不动产，缓解房地产企业的负债压力。而且，不动产私募投资基金由于规模较大、期限较长，能够通过长期稳定的期间收益或者项目增值退出等方式获取回报，可以在现有金融产品的基础上成为新的可投资品种。

### （二）REITs 板块

2020年4月30日，证监会、国家发展改革委联合发布《关于推进基础设施领域不动产投资信托基金（REITs）试点相关工作的通知》；同日，证监会就《公开募集基础设施证券投资基金指引（试行）》公开征求意见。自此，我国基础设施公募REITs的试点工作正式开启。2023年2月24日，中国人民银行、银保监会发布《关于金融支持住房租赁市场发展的意见（征求意见稿）》，其中提及稳步推进REITs试点工作，在把控风险的前提下，募集资金用于住房租赁企业持有并经营长期租赁住房。此外，证监会副主席李超在中国REITs论坛2022年会上指出，加快打造REITs市场的保障性租赁住房板块，研究推动试点范围拓展到市场化的长租房及商业不动产等领域。

从《试点指引》对不动产私募投资基金多方面的差异化监管规则来看，其在原有私募股权投资基金监管规定的基础上作出了较大突破。同时，由于不动产私募投资基金的投资范围包括基础设施、保障性住房和商业地产，不动产私募投资基

金的灵活设计和加速发展也有助于通过架设Pre-REITs产品对接现有的公募REITs产品。此前，由于不允许私募股权投资基金以小股大债的方式向房地产企业进行股权投资，而如果大部分投资基金用于股权转让或增资，则可能导致项目公司承担较高的税费成本，客观上阻碍了房企接受私募股权投资的动力，同时也对投资者投资该类私募基金造成了一定的阻碍。对此，《试点指引》明确调整了投资方面的股债比例限制，直接疏通了上述操作难点，打通了投资渠道，这对于房地产领域Pre-REITs产品的推行具有积极的推动作用。

另外，不动产私募投资基金试点工作的启动能够为现有基础设施REITs业态培育更多成熟资产，也能够为基础设施REITs试点向商业地产领域扩展培育资产，股债比、杠杆比例、扩募要求等条款的适当放松为Pre-REITs基金的发行及运作提供了更有利的政策环境。同时，《试点指引》规定股债比和借款期限的放开，更有利于公募REITs等机构投资者的退出，其间运营现金流的回收分配具有可操作性。对于扩募、组合投资、集中度限制的取消，后续可通过不动产私募投资基金项下基金份额转让或分期出资对应匹配底层不同批次的不动产股权项目和设立组合投资基金等方式灵活操作，在全链条层面与REITs产品的对接将更为顺畅。

### （三）资管行业

1. 不动产私募投资基金的资金端

### (1) 资管新规的相关规定

资产管理产品包括但不限于人民币或外币形式的银行非保本理财产品，资金信托，证券公司、证券公司子公司、基金管理公司、基金管理人子公司、期货公司、期货公司子公司、保险资产管理机构、金融资产投资公司发行的资产管理产品等。

私募投资基金除专门规定外适用资管新规，创业投资基金、政府出资产业投资基金的相关规定另行制定。

资管新规允许两层嵌套：资产管理产品可以再投资一层资产管理产品，但所投资的资产管理产品不得再投资公募证券投资基金以外的资产管理产品。

### (2) 各类资管产品投资范围的相关规定

根据《证券投资基金法》的相关规定，公募基金管理公司开展的公募基金业务只能投资上市交易的股票、债券以及国务院证券监督管理机构规定的其他证券及其衍生品种。按照这一规定，公募基金管理公司设立的公募基金产品目前不能投资私募股权投资基金。

《信托公司集合资金信托计划管理办法》中明确“信托公司可以运用债权、股权、物权及其他可行方式运用信托资金”；《信托公司资金信托管理暂行办法（征求意见稿）》第十二条中也明确“资金信托可以再投资一层资产管理产品，但所投资的资产管理产品不得再投资除公募证券投资基金以外的资产管理产品”，该规定与资管新规项下可嵌

套一层的规定一致。按照上述规定，信托产品可以投资一层私募投资基金；实践中，信托产品投资私募股权投资基金和私募证券投资基金的操作也较为常见。因此，《试点指引》出台后，信托公司也将加入不动产私募投资基金的机构投资者行列。

证券期货经营机构开展私募资产管理业务的相关规定中未禁止证券期货经营机构的资产管理计划投资私募基金。最新出台的《证券期货经营机构私募资产管理业务管理办法》第三十七条第（六）项也明确资产管理计划可以投资“其他受国务院金融监督管理机构监管的机构发行的资产管理产品”，但实践中该类资产管理产品较少投资股权类私募基金。

按照《债权投资计划实施细则》等规定，保险资产管理机构发行的债权投资计划应以债权方式投资基础设施、非基础设施类不动产等符合国家政策的项目，而不动产私募投资基金的属性是私募股权投资基金，因此，债权投资计划理论上不能直接投资不动产私募投资基金。

按照《股权投资计划实施细则》等规定，保险资产管理机构发行的股权投资计划可以投资私募股权投资基金，同时要求：“股权投资计划投资基金的，基金的分级比例（优先级份额/劣后级份额，中间级份额计入优先级份额）不得超过1:1；股权投资计划所投金额不得超过该基金当前实际募集金额的80%。”“股权投资计划不得投资劣后级基金份额。分级股权投资计划不得投资分级的基金。”此外，还需

要符合资管新规项下仅可嵌套一层的规定。

而对于保险资金，银保监会在2021年11月10日的官网答复中明确：“保险资金投资的底层资产为不动产的私募股权基金属于不动产金融产品，应当具备不动产投资管理能力，并符合《保险资金投资不动产暂行办法》（保监发〔2010〕80号）的相关规定。”可见，保险资金投资底层资产为不动产的私募股权基金属于保险资金投资不动产金融产品的范畴，主要按照《保险资金投资不动产暂行办法》和《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》的规定操作。

### (3) 《试点指引》的对应规定

《试点指引》第七条规定，以合伙企业、契约等非法人形式，通过汇集多数投资者的资金直接或者间接投资于不动产私募投资基金的，应当穿透核查，但基本养老金、社会保障基金、年金基金等养老金，慈善基金等社会公益基金，保险资金，金融机构发行的资产管理产品，在境内设立的面向境外投资者募资的QFLP试点私募基金除外。

根据上述规定，保险资金和金融机构发行的资产管理产品可以投资不动产私募投资基金。

随着《试点指引》的推行，不动产私募投资基金在募集资金的过程中，保险机构、信托机构等金融机构将成为机构投资者，推动不动产私募投资基金的顺利发行设立。但同时需要注意的是，金融机构发行的资产管理产品在投资不动产私募投资基金时，是否需要穿透确定

其底层资产符合相关监管要求，还需要在实践中进一步论证并得到监管部门的进一步确认。

## 2. 不动产资产端

公募基金管理公司设立的公募基金产品不能直接投资房地产领域的非上市公司股权及债权类非标准化资产。

信托公司设立的信托产品可以投资房地产领域的非上市公司股权及债权类非标准化资产，但投资房地产项目股权的方式和比例等受到监管部门的严格限制，投资债权类非标准化资产也要严格遵守“四三二”准入条件等一系列监管要求。同时，信托公司也因“两压一降”及信托分类新规等政策法规的陆续出台而面临转型压力，非标业务的空间逐步压缩。但针对目前房企持续暴雷的市场现状，监管部门和各级政府也出台了相应政策，对出险房企进行救济并盘活烂尾住宅项目。上文提到的广东省人民政府办公厅发布的《关于印发2023年广东金融支持经济高质量发展行动方案的通知》中，也明确提出“支持信托公司、金融资产管理公司依法依规参与房地产项目并购重组”。

根据《证券期货经营机构私募资产管理业务管理办法》第三十七条的规定，证券期货经营机构的资产管理计划如直接投资于非标准化债权类资产和股权类资产，也要适用专门的监管规定。因此，在目前的实践中，证券期货经营机构的该类投资也不是很多。此外，中基协对于证券期货经营机构有明确的监管体系，《试点指引》中并未明确是否允许证券期货经营机构参与试点。

保险资产管理机构可以按照

《保险资产管理产品管理暂行办法》《债权投资计划实施细则》的相关规定，通过发行不动产债权投资计划募集资金，以债权方式投资基础设施、非基础设施类不动产等符合国家政策的项目。同时，《债权投资计划实施细则》中明确规定：“投资项目为非基础设施类不动产的，还应当符合保险资金投资不动产的相关监管规定。”

保险资金投资不动产和股权类资产需要符合《保险资金投资不动产暂行办法》《关于保险资金投资股权和不动产有关问题的通知》的相关规定。其中，前者规定：“保险资金投资的不动产，应当产权清晰，无权属争议，相应权证齐全合法有效；地处直辖市、省会城市或者计划单列市等具有明显区位优势的城市；管理权属相对集中，能够满足保险资产配置和风险控制要求。”同时，“保险资金采用债权、股权或者物权方式投资的不动产，仅限于商业不动产，办公不动产，与保险业务相关的养老、医疗、汽车服务等不动产及自用性不动产。”此外，保险资金投资不动产时，不得提供无担保债权融资、以所投资的不动产提供抵押担保、投资开发或者销售商业住宅，以及直接从事房地产开发建设（包括一级土地开发）。

与上述资管机构的相关资管业务相比，《试点指引》之下的不动产私募投资基金的投资范围更广，且在借款和担保的时限、债权投资比例、内外部杠杆比例等方面都有较为宽松的操作空间。因此，不动产私募投资基金政策的出台，为上述资管机构房地产资管业务的开展带来了一定的竞争压力。

## 结语

《试点指引》是对不动产私募投资基金监管的创新和尝试，既满足了不动产私募投资基金的差异化监管要求，也回应了市场实践中对不动产私募投资基金的实际需要，同时还有利于撬动增量社会资本进入房地产行业，支持房地产行业的健康发展。另外，《试点指引》的出台也将对房地产行业产生有利刺激，对相关的REITs行业构成联动激发，同时也将对其他资管机构的相关资管业务构成一定的影响。日后，房地产行业的前中后端、全流程全生命周期中包含私募投资基金业务的各类资管机构既存在一定的合作空间，也将形成竞争的格局。



李楠

上海市海华永泰律师事务所合伙人，  
上海律协基金业务研究委员会委员  
业务方向：金融、房地产、不良资产处置

# 房产经营中租赁关系的认定

文 | 李淑新

笔者作为一名经济、合同类诉讼律师，经常遇到很多不同案由、不同类型的案件，现就最近代理的一个案件在合同解除过程中涉及的法律关系进行分析，以飨读者。

某二手房主 A 拥有 100 余套房产，但由于房地产管理经营经验和精力有限，便将其交给第三方公司 B 出租、经营，双方签订了《招商运营合作框架合同》。而刚经营不久，B 公司的法定代表人就携款失踪了。因为在经营期间，B 公司与多位第三方签订了合同，有承租方、装修公司、广告公司、物业公司等；同时，承租方有违章搭建行为、开业率不足不支付租金条款、物业费约定过高、物业费债权人存在多人等诸多症结，A 由此陷入困境。因为对于相关法律关系的认定会在后续操作中极大地影响当事人的利益，所以在起诉时，《招商运营合作框架合同》的相对方之间是何种关系成为整个案件的焦点。作为 A 的代理律师，笔者对此进行了深入研究，并提出以下观点：

## 1. 根据《招商运营合作框架合同》的合同名称能否认定双方为“合作关系”或“委托关系”

我方与 B 公司签订的合同虽名为《招商运营合作框架合同》，但“合作”一词应理解为广义上的合作。从广义上说，任何合同都存在至少两方的合作，不能据此认定双

方即为合作关系。最高人民法院于 1996 年 11 月 13 日发布施行的《关于经济合同的名称与内容不一致时如何确定管辖权问题的批复》（法复[1996]16 号）对如何认定合同的性质作出了规定：“当事人签订的经济合同虽有明确、规范的名称，但合同约定的权利义务内容与名称不一致的，应当以该合同约定的权利义务内容确定合同的性质。”所以我方认为，不能以合同名称来当然地确定我方与 B 公司之间是合作关系。

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第九百一十九条规定：“委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。”委托合同的特点有以下几个方面：受托人应当按照委托人的指示处理委托事务；受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人；委托合同是受托人以委托人的名义和费用为委托人办理委托事务的合同，委托人或者受托人可以随时解除。委托管理的本质是为管理人员的劳务买单，目前市面上的委托经营管理合同约定的费用支付方式大体分为三种：固定费用、固定费用 + 提成、纯风险提成制。但是，依据《最高人民法院商事裁判观点》（最高人民法院民事审判第二庭编，总第 1 辑第一部分第三节）载明的观点认为，出租方不对出资、经营管理、经营亏损等与承租方共同承担责任，合同约定的营业收入提成部分系风险租金，并不影响该合同

的租赁性质。因此，不能仅依据租金收取方式认定合同的性质。

在委托经营模式中，我方对 B 公司的运营管理有权进行干预，有权要求 B 公司汇报其运营状况；同时在此模式下，B 公司仅按约收取一定的报酬，其利润所得仍归我方所有。而在租赁模式中，我方并不干预 B 公司的运营，投资者的投资回报也不与 B 公司的运营状况发生直接联系，我方只是定期收取一定的租金或投资回报。虽然双方将合同标的物表述为“托管商铺”，根据《民法典》第九百一十九条，受托人应当按照委托人的指示处理委托事务；但根据《招商运营合作框架合同》的约定，我方并不参与 B 公司的运营，商铺的经营管理均由 B 公司自由决定，基本不受投资者约束，因此更符合租赁人自由使用租赁物的特征。而且，商铺的经营管理收益均归于 B 公司，无论商铺盈亏，投资者均只能获得固定报酬，该收益更符合租金的特征。我方由此认为，《招商运营合作框架合同》符合委托合同要件的可能性较小。

## 2. 《招商运营合作框架合同》是否为“联营合同”

根据《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》），存在三类联营方式。

一是法人型联营：“企业之间或者企业、事业单位之间联营，组成

新的经济实体，独立承担民事责任，具备法人条件的，经主管机关核准登记，取得法人资格。”我方与B公司并未组成新的经济实体，故不符合此条的要件。

二是合伙型联营：“企业之间或者企业、事业单位之间联营，共同经营、不具备法人条件的，由联营各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任。”《招商运营合作框架合同》中，双方并未约定如何承担民事责任，并且我方完全不参与任何经营：初期的广告推广、招商运营、签订合同（合同对象的选择及内容的决定权）、选择供应商、协商租赁价格、收取租金、开具发票等均由B公司决定；我方未委派任何人员或代表参与B公司的管理决策、计划制定，B公司的工作人员也均与B公司签订劳动合同，对外以B公司的名义开展经营业务；虽然有最低租金要求，但B公司可自行决定出租金额的上浮标准，自行签订合同、收取租金，自行选择合作商及物业，自行决定运营方式。《招商运营合作框架合同》中仅约定了B公司须向我方报备《租赁合同》并定期制定招商计划。虽然在笔者查询的案例中，有“合伙型联营要求各方按照出资比例或者协议的约定，以各自所有的或者经营管理的财产承担民事责任，且需向工商行政管理机关办理营业登记”的记载[引自上海市第一中级人民法院（2020）沪01民终3021号判决书]，但我方和B公司之间并未成立新的合伙企业，未向工商机关办理登记，且无共同经营，故

不符合此条的要件。

三是合同型联营：“企业之间或者企业、事业单位之间联营，按照合同的约定各自独立经营的，它的权利和义务由合同约定，各自承担民事责任。”虽然前述判决书中提到“合同型联营中，各方各自独立经营和承担民事责任，仅在生产经营过程中相互协作，一般不会涉及利益分配或‘保底条款’的问题”，但《招商运营合作框架合同》中约定对外以B公司的名义进行经营活动，我方仅参与利润分配，且约定了保底收益的计算方式，并未约定对B公司的行为承担责任。即在经营期间，所有责任由B公司独立承担，故不符合此条的要件。

### 3.《招商运营合作框架合同》是否为“租赁合同”

《中华人民共和国合同法》第二百一十二条规定：“租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。”《贯彻实施〈上海市房屋租赁条例〉的意见（一）》规定：“房屋出租人将房屋交付承租人使用、收益，由承租人向出租人支付租金的行为，包括以联营、承包经营和合作经营等名义，将自有房屋交付给他人使用，不参与经营且获得租金性收益，房屋所有权未随之发生变更的行为，均为房屋租赁。”在《招商运营合作框架合同》的附件中，有《租金预测表》和《一房一价表》，里面详细罗列了每间房屋每平方的租赁价格和房屋销售价格。我认为，《租金预测表》实为我方要求B公司收取

租金的最低标准。而双方在《招商运营合作框架合同》中约定的“双方在经营管理期限的前三年，以上表中的价格作为客户收取收益的基数”，是否可以视作保底收益条款？

通常来说，租赁合同有四个要件：（1）出租人将房屋交付给他人使用；（2）出租人不参与经营；（3）出租人取得租金性收益；（4）房屋所有权未转移。关于（1）（2）（4）三项，我方可根据实际情况及相应证据予以确认。而关于租金性收益，通常认为，租金是指承租人因对出租人提供的租赁物进行使用、收益而支付的对价。租金的方式可以是多样化的，除了现金之外，其他的对价形式也属于法律允许的范围。在《招商运营合作框架合同》中，双方约定由B公司投入资金进行装修、招商、运营，之后我方按固定比例收取收益。虽然实际收益会根据B公司的运营情况有所变化，但如B公司的运营利润低于一定的数值，我方的收益值仍会相应地固化在一个价值点上。因此我认为，这种情况可视为收取“保底收益”（即租金）的一种方式，故《招商运营合作框架合同》更符合租赁法律关系的要件，而双方的关系也应定义为租赁合同关系。

厘清以上关系有助于最大程度维护我方的利益。如认定为合作关系，因为双方没有约定承担责任的比例，极有可能风险各半。而且无论哪种比例，由于B公司已没有实际偿付能力，事实上仍由我方承担全部责任。我方在买下房产时已支付了巨大的对价，又将在没有任何收益的情况下（按合同约定，B公



司前两年不支付我方租金) 背负巨额债务, 且 B 公司与第三方签订的所有合同均未在我方备案, 无法判别每份合同的真伪及履行程度; 如 B 公司恶意签订合同, 设置不对等条款, 则涉及合同无效或可撤销; 如 B 公司收取了保证金, 还涉及此笔巨额款项是否需要我方返还并承担违约责任等。我方在未来也将面临诸多不可控因素。如与新的承租方建立关系, 将涉及历史原因导致的原合同未解决、一房两租或多租等情况, 资产无法盘活, 每天都将面临各种损失 (包括资金占用损失、租金损失、固定资产折旧损失、物

业损失等), 牵一发而动全身。

如认定为合伙型联营合同, 根据《民法典》第九百七十二條、最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》第九条、最高人民法院《关于审理合伙型联营体和公民合伙组织对外债务纠纷案件应否一并确定合伙内部各方的债务份额的复函》等法律规定及司法解释相关规定可知, 合伙型联营主体承担民事责任具有以下特点: 合伙型联营组织不具备法人资格, 不能独立承担民事责任, 由联营各方以各自经营管理的或所有的财产承担民事责任; 在联营各方以各自经

营管理的或者所有的财产承担责任的范围内, 可以适用各方出资比例或协议约定; 合伙型联营各方依照法律规定或者协议约定负连带责任的, 承担连带责任。

联营, 顾名思义, 即联合经营; 是双方均有经营行为, 但因无法分清或无需分清各自的行为, 从而承担连带责任。本案的经营者只有 B 公司一家, 我方不参与经营, 所以没有联合经营行为, 不符合合伙型联营的相应特征。

认定双方之间为租赁关系更符合本案的实际情况, 也能最大程度维护我方的利益。认定为租赁关系

会将我方与B公司同第三方签订的合同进行利益上的隔离，即可以合同的相对性为由进行抗辩——我方作为这些合同的第三方，既不是合同的签订者或履行者，亦不是合同的受益方，因此可免除合同约定的支付义务及其他义务。

分析好合同双方的法律关系后，我方起诉要求解除与B公司的房屋租赁关系。当时还有另一名租户作为共同被告，其当庭拿出了一份关键证据——《委托协议》，其中约定：“现委托B公司办理有关房屋租赁、招商、运营管理等相关业务……受托方可以以自己的名义对外签订租赁合同。”这份协议犹如重磅炸弹出现在法庭上，该租户同时提出两个观点：(1)《委托协议》的名称为“协议”，所以其为独立合同，与《招商运营合作框架合同》具有同等法律地位且签订时间在后，所以即使《招商运营合作框架合同》被认定为租赁关系，那么该《委托协议》也更改了双方的关系，我方与B公司应为委托关系；(2)根据该《委托协议》，我方应全部接受其与B公司的合同内容。拿到此证据后，我方认真分析了这份协议：从名称上看，《委托协议》同《招商运营合作框架合同》一样，不能简单地以合同的名称来判断协议的性质；从签订主体上看，《委托协议》与《招商运营合作框架合同》的签订主体相同；从时间上看，《招商运营合作框架合同》签订在前，《委托协议》签订在后，是否可以认为后者是前者的附件；从形式上看，《委托协议》只有寥寥几百字，且没有委托权限、委

托金额等详细内容，与《招商运营合作框架合同》约定了几十页的内容不可同日而语；从内容上看，《委托协议》全文只有我方委托B公司出租的内容，对于一份合同通常应有的权利义务条款、违约条款、争议条款等均未涉及，而这些委托内容恰恰与《招商运营合作框架合同》的委托内容相同，并没有超出也没有缩小委托范围。基于内容重于形式的基本判断原则，我方提出，这份《委托协议》应为《招商运营合作框架合同》的附件——因缺少一份合同所需的完整内容，其内容应被定义为“委托书”，其实质是对于《招商运营合作框架合同》内容的再次确认而不是更改，是在租户强烈要求和工商备案需要的大前提下为B公司能顺利建立与租户之间的租赁关系的一种配合。基于以上认识，我方对此份《委托协议》的形成背景、原因、内容等方面进行了详细的阐述，并进而以B公司与租户之间也是租赁关系为由，要求确认次承租人的租赁关系也应解除。

经过漫长的案前分析、艰难的庭审及观点的胶着，法院最终认可了我方关于保底条款的相关约定，支持了我方关于租赁关系的论证。对于我方和次承租人的关系，法院认定次承租人是基于对《委托协议》的信赖而签订《租赁合同》，其本意为与产权人签订合同，因此并未解除次承租人的租赁关系，相关案件目前仍在审理中。

司法实践中一直存在实质关系的说法，比如名义上是借贷，实则是入股；名义上是融资租赁，实则

是借贷。在纷繁复杂的名目中，想通过对实质目的、实质行为的判定达到法庭认可的实质效果，其中既有法律条款、司法案例的理性引导，也有律师合理运用证据、清晰整理证据链的理性思维。在庭审中，各方对于同一事实会有不同观点的碰撞，每个观点的背后也都有法律法规的支撑；但每个案件都有其特殊性，貌似相同的表象下往往有着截然不同的内涵，而真相只有一个，那就是《民法典》总则规定的公平正义原则。



李淑新

上海日盈律师事务所合伙人，上海律师协企业法律顾问业务研究委员会委员  
业务方向：房地产、公司法、婚姻继承



# 公司法定代表人退出的制度困境与重构

文 | 秦华毅

我国现行法律对于法定代表人退出规定的缺失，导致司法实践中难以平衡公司商事活动的交易安全与法定代表人的个人权益，部分“善意”法定代表人无法辞任或退出。本文结合法理与交易安全等各项法益平衡，从司法实践出发，理性分析后认为，我国宜取消法定代表人的人数限制，保障法定代表人的辞任自由。

## 一、法定代表人退出制度现状

《民法典》第六十一条规定，法定代表人是代表法人从事民事活动的负责人，根据代表法律行为的应有之义，代表人行为造成的法律后果由法人承担。由此可知，法定代表人的主要职责在于代表法人从事民事活动，对其定位的重点在于职能而非职位。因此，一家公司的法定代表人不一定是公司股东，所以法定代表人不一定对公司享有控制权，但作为公司的主要负责人，法定代表人须对公司行为承担相应的法律责任；因法定代表人执行职务造成他人损害的，法人承担民事责任后可向法定代表人追偿。一方面，在公司发生诉讼、成为被执行人、被列入失信名单或者破产等特殊情况下，法定代表人往往作为公司的第一责任人被列为失信人或被限制高消费，以及被采取限制出境等强制措施，甚至可能面临被刑事拘留的风险；另一方面，关于法定代表人的辞任，我国法律无明确规定或定性，司法审判结果也各不相同，且在司法实践中出现了大量法定代

表人无法辞任、承担法律责任畸重的情况。由此可见，基于我国目前对于法定代表人设置的法定性，法定代表人在司法实践中也会成为法院的执行对象之一。虽然上述规定保障了债权人等相对人的交易安全，但在特定情形下也可能造成部分“善意”的法定代表人无法通过有效的渠道辞任或退出，有失公允。

由于股份公司涉及的法律法规及监管制度较多，操作中也有诸多限制，暂不在本文中论述。司法实践中，在有限公司的语境范围内，法定代表人向公司或/和股东会辞任后，经常会有无法取得公司变更法定代表人的有效决议、公司拒绝变更法定代表人或者新法定代表人缺位等情形出现。在无法与公司协商一致的情形下，原法定代表人的辞职或退出机制被阻断，只能通过诉讼进行救济，以求避免承担各类风险责任。

更大的困局在于，《公司法》亦未对此类诉讼进行明确规范，对于法定代表人涤除登记的规定一定程度上无法解决实践中存在的大量法

律问题，如法定代表人的登记涤除是否以穷尽公司内部救济为前提、是否必须以产生的新法定代表人为前提等，导致不同地区的不同法院对此类案件持不同态度，原法定代表人很难得到救济。

## 二、司法实践的分歧

司法实践中，不同法院针对此类案件尚未达成较为一致的裁判标准。关于法定代表人涤除权是否属于民事诉讼的受案范围，对此持肯定态度的部分法院通常是将被法定代表人与公司之间视为委托关系，从而适用民法中的委托制度，认为法定代表人在一定条件下应当有权解除与公司的委托关系。如在（2020）最高法民再88号裁定书中，最高人民法院认为作为原告的公司法定代表人已经离职，其请求终止与被告之间的法定代表人委任关系属于平等的民事争议，属于人民法院受理民事诉讼的范围。但也有部分法院不认同最高法院的观点，强调法定代表人变更属于公司内部事宜，应当尊重公司自治，尽量避免对公司

内部管理的干预。如在(2021)京民申414号裁定书中,北京市高级人民法院认为原告是否担任法定代表人属于公司内部事项,应当在取得有效的公司决议后向工商部门履行变更手续,该事项不属于民事诉讼范围。

此外,《公司法》第二十五条规定,公司的合法登记事项应当包含法定代表人姓名。法定代表人是工商登记中的必要登记事项,但法定代表人的选任属于公司内部事项,应根据公司章程的规定确定任选资格。因此,一旦法院判决涤除法定代表人的登记,但公司却迟迟不选任并登记新法定代表人,不仅会造成公司在客观层面上的功能障碍,也会产生其它生效判决因无法对法定代表人采取执行措施而更加难以执行的问题。然而,针对新法定代表人缺位的情形,不同法院所持的观点亦有所不同。支持涤除登记请求的法院倾向于保护法定代表人作为自然人的辞任自由,认为选任新的法定代表人属于公司应当协助执行的内容。如在(2021)苏0723民初2271号判决书中,法院认为原告已经离职,且公司已经形成原告不再担任法定代表人的合法有效的决议;即使公司未选任新法定代表人,仍应在涤除法定代表人登记事项后及时确定公司新的法定代表人并办理变更登记,否则可能存在被吊销公司营业执照的风险。而驳回涤除登记请求的法院更倾向于遵循现代商法保护交易安全的理念,认为如果没有适格的新任法定代表人代表法人从事民事活动、承担民事责任,则不利于维护债权人利益,

也有违诚实信用原则,可能给有意逃避法律责任的公司以可乘之机。如在(2021)京民申3754号判决书中,法院认为公司内部决议所确立的新法定代表人由于被列为失信执行人而丧失了担任法定代表人的资格,因此该决议在实际上无履行可能;法院据此驳回了原告变更法定代表人的请求,认为该请求无事实和法律依据,对此不予支持。

### 三、打破法定代表人退出制度僵局分析

#### (一) 平衡个体权益保护、公司自治及交易安全的冲突

民事诉讼系解决民事纠纷的机制之一,意在平衡双方当事人的人身权利和财产权利,解决利益冲突是民事诉讼的主要目的。司法实践中,特别是司法强制执行程序中,法院对法定代表人实施的各种禁令或强制措施在客观上可能对执行效果起到积极作用,有助于解决执行难问题,能在一定程度上保护债权人利益和交易安全。因此,如何在法定代表人变更纠纷案件中平衡法定代表人作为自然人自由退出的权益保护与公司自治及交易安全之间的冲突,制定统一的司法裁判标准是首要目标。如果偏向于维护公司自治及交易安全,一定程度上会损害法定代表人作为独立个体的辞任自由,有损于个体权益保护;而过度强调法定代表人与公司之间的委托关系,则违背了商事活动中保障交易安全的理念。因此,实践中针对不同的案件应当具体问题具体分析,从法定代表人是否已经实质脱离公司经营、是否具有股东身份、

是否履行代表公司的职责等方面进行综合判断,不能一概偏向于公司自治。

法定代表人作为法人意思表示的表示机关,属公司设立登记的法定登记事项,有助于推动诉讼和执行,但不能因此限制法定代表人作为个体应当享有的辞任自由。不给予个体退出通道和救济途径,实质上是对个人权益的限制,或者说是一种潜在的减损,也不符合现代公司法对有限公司设置的公司独立承担责任的基本原理。当法定代表人不再参与公司的经营管理,并作出辞去包括法定代表人在内的所有职务的意思表示,且穷尽了一切私力救济后,其本身已经失去了担任法定代表人的法律属性,继续由其担任法定代表人与相关立法目的相违背。此时,若一味地将法定代表人变更事项视为公司自治范畴,因过度考量交易安全而限制个人的辞任自由,甚至使其处于面临较大风险却无法救济的情境之中,有违公平正义的基本原则。

#### (二) 法定代表人的权责不匹配

《公司法》并未授予法定代表人在公司内部的实体权力,仅将其作为公司意思表示的载体,法定代表人仅为代表机关而非权力机关。实践中有时会出现挂名法定代表人,此类情形多为公司实际控制人转移风险的手段,往往伴随着公司经营状况异常、即将面临破产清算等风险。其根本原因在于法定代表人与公司利益异质化,法定代表人对外代表公司,对内无实际权力却承担着极大的风险责任,而公司又基于转嫁风险的目的,在实操中阻碍挂

名法定代表人辞任。特别是在同时辞任法定代表人和董事或经理职务的情况下，根据现有法律制度，董事或经理的辞任自辞任方单方意思表示完成后生效，但法定代表人辞任的法律效力则进入不可确定的状态。

有学者建议通过立法规定公司的实际控制人（即享有股权的大股东）必须担任法定代表人，以此来避免因实际控制人转嫁责任引发的道德和法律风险，实现大股东的控制权与其责任相匹配；同时也能维持目前对法定代表人的执行效率，避免老赖通过随意变更法定代表人来逃避责任。

但是，首先需要知道，股东未必是自然人，要求股东必须担任法定代表人的方式不是必然具有可行性；其次，股东作为投资人，其主要义务是投资，并承担以注册资本为限的有限责任，这是全世界范围内基本认可的商事法律基础原则。

若自然人股东因担任法定代表人而面临超越其注册资本的法律风险或责任，甚至成为司法执行措施的相对人，将极大影响商业环境的投资安全性和稳定性，上述方式的可行性依然存疑。比起强行限制法定代表人的范围，迫使实际控制人或股东承担法人经营过程中的风险，不如完善法定代表人的退出机制，给“善意”的法定代表人更大的辞任空间，从而有效地平衡公司自治和个人权益保护。

#### 四、小结及建议

《中华人民共和国公司法（修订草案）》将《公司法》第十三条中的“法定代表人依法登记”“法定代表人变更，应当办理变更登记”删除，在第四十一条“有限责任公司章程应当载明下列事项”中增加了“（七）公司法定代表人的产生、变更办法”，在第六十五条中增加了“担任法定代表人的董事辞职的，视为同时辞

去法定代表人”等。由此可见，立法机关也注意到目前司法实践中法定代表人退出制度的不足。取消变更登记这一法定事项，转为以内部决议为准，一定程度上给法定代表人辞任或变更指引了内部决策机制方向，体现出立法机关正在逐步重视保护法定代表人的辞任自由。

但显然，立法层面仍然局限于公司法定代表人变更事宜属于公司自治内容范畴，司法不轻易干预。可以预见，若《公司法》仅按此方案修改，实践中仍难免存在较多前述难以解决的困境。

法定代表人制度是极具中国特色的法律制度，在历史上对中国的商事交易安全和执行便利都发挥了重要的作用。但是随着时代的发展，单一的法定代表人制度在现阶段导致了法定代表人与公司利益的异质和法定代表人内外权利的落差，从而引发公司实际控制人为转移风险而委托挂名法定代表人或者公司拒



绝变更法定代表人等情形的出现。而在司法实践中，法院又往往因为法定代表人的必设性，忽略了对个人权益的保护，限制了法定代表人的辞任自由。

对此，部分学者相继提出建议，如取消代表转设代理制、强制实际控制人担任法定代表人、确立集体代表制等。但是一方面，为保护公司自治，不应以法律限制法定代表人的选任，应充分给予公司选任法定代表人的自由；另一方面，为保护法定代表人的辞任自由，应设定统一的司法裁判标准，解决法院对于法定代表人必设性的后顾之忧，避免法定代表人在辞职后仍旧承担不应承担的风险。基于此，笔者提出以下建议。

#### （一）基本制度保留，灵活设定法定代表人人数

各学者探讨的代表制和代理制都各有其优缺点。在我国的现实国情下，现有的法定代表人制度在执行难的大背景下是一个相对非常有效的制度。因此，可以在保留法定代表人制度的基础上，允许公司在其章程中灵活地设置一到两名法定代表人，同时允许公司设置一到两名非法定代表人，亦可称其为代理人。具体的法定代表人选任和退出方式可以由公司章程决定，并依法进行登记。在目前的法律制度下，即使公司愿意选出多名代表人，亦不能登记，难以产生第三方信赖，影响交易安全。

另一方面，商业实践中其实已经出现类似前述的非法定代表人，如商业公司中的“总裁”“CEO”“首席”“主席”等职务。他们大多在部

分相对正式的会议纪要、电子邮件、函件中进行意思表示，司法审判中也会视其为代表公司的意思表示，但他们未必是公司登记的法定代表人。如果可以增加法定代表人和非法定代表人的数量并进行工商登记，将极大地优化商业法律的稳定性和安全性。

取消法定代表人的人数限制，既能满足我国对法定代表人强制执行的便利性要求，同时能在原法定代表人辞职后，规定自动将其他候补的法定代表人或非法定代表人变更为公司的新法定代表人。

#### （二）明确规定法定代表人享有辞任自由

法定代表人作为自然人，与公司之间为委托关系。在没有法律强制性规定的情形下，遵循民商事法律关系的基本逻辑，法定代表人理应享有辞任自由。在前述建议的基础上，不应为了维护交易安全和公司的正常运营而过分限制法定代表人的辞任自由。对于已经不再参与经营管理的原法定代表人涤除登记的诉请，法院应将其纳入诉讼范围，而非单纯地以公司自治为由驳回起诉，这背离了《公司法》的立法宗旨。在满足一定的条件时，如能证明法定代表人已不参与公司经营且不需对公司债务承担责任，但公司怠于选任或变更法定代表人的，法院亦可以委托合同关系来认定原法定代表人与公司之间的关系，作出涤除判决，避免法定代表人在辞职后仍旧面临被执行等风险。

（三）明确无法及时选任新法定代表人的公司可被列入经营异常名录

在原法定代表人辞任后，部分法院会以新法定代表人缺位为由不支持涤除原法定代表人的诉请。此类判决意在维护公司的正常运营，保护相对方的交易安全，同时考虑到法定代表人是必要登记事项。然而实际上，不仅仅是法定代表人，公司的股东、董事、监事、经营地址等都是必要的登记内容，但也可能出现主体不存在（死亡、合并、分立、清算注销等）、经营地址变更等各种情况。工商行政管理部门按照《企业经营异常名录管理暂行办法》的相应措施，可对公司作出列为经营异常名录等处理。



秦华毅

上海申浩律师事务所合伙人，上海律协企业法律顾问业务研究委员会委员，华东理工大学法学院校外导师  
业务方向：公司、知识产权

# 论股东认缴出资加速到期时发起人的连带补缴责任

## 对《公司法解释(三)》第十三条第三款的解释与适用

文 | 邱茂波 李鲲鹏

自注册资本认缴制设立以来,在公司无力偿债且发起人认缴出资时间尚未到期的情形下,公司债权人往往要求发起人认缴出资加速到期,要求未出资发起人承担补足出资义务。但此时其他发起人是否应对未出资发起人补足出资的义务承担连带责任,主要涉及对《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《公司法解释(三)》)第十三条第三款和资本充实责任的理解,而司法实践目前尚未就这一问题达成统一的裁判观点。本文通过梳理上海法院相关判例,结合分析发起人承担连带责任背后的法理基础,希望对《公司法解释(三)》第十三条第三款进行更深层次的理解与适用。

### 一、股东认缴出资加速到期时发起人连带补缴责任的裁判现状:司法裁判相互冲突

以上海的案例为主,笔者在北大法宝中选择审理法院为“上海市”,然后通过“加速到期”“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”进行全文检索,总共检索到60篇判决书。其中,24篇判决书与发起人承担连带责任相关,支持与不支持发起人承担连带责任的判决书各12份。

在案由选择上,法院基本以“股东损害公司债权人利益责任纠纷”作为案由进行审理。各法院的裁判观点如下:

(一)认为发起人应当承担连带

责任

比较有代表性的判决有:金山法院(2022)沪0116民初5324号、宝山法院(2021)沪0113民初13526号、杨浦法院(2021)沪0110民初6590号、静安法院(2021)沪0106民初18797号。这些判决皆认为,在认缴加速到期时,发起人应当就股东补足出资范围承担连带责任。

1. 在裁判理由上,主要是直接适用《公司法解释(三)》第十三条第三款

金山法院、宝山法院、静安法院的裁判理由较为简单,直接根据《公司法解释(三)》第十三条第三款认定发起人未证明其在公司设立时已经全面履行出资义务,应当与其他未足额出资股东承担连带责任。

2. 认为资本充实责任属于法定无过错责任

杨浦法院认为,公司发起人共同承担相互出资的担保责任,该责任是发起人的资本充实责任,是一种法定的无过错责任。

总的来看,支持发起人承担连带责任的法院在适用《公司法解释(三)》第十三条第三款时,并没有就其中的适用条件进行充分的说理分析,也没有从发起人和债权人的利益角度进行说理分析,而是理所当然地认为应当直接适用。

(二)认为发起人不当承担连带责任

比较有代表性的判决有:浦东法院(2022)沪0115民初20632号、松江法院(2022)沪0117民初1966号、闵行法院(2021)沪0112民初43547号、奉贤法

院(2022)沪0120民初647号、青浦法院(2021)沪0118民初2650号。这些判决皆认为,在认缴加速到期时,发起人不当就股东补足出资范围承担连带责任。主要的裁判理由有:

1. 认为不符合《公司法解释(三)》第十三条第三款的“设立时”的情形

浦东法院、闵行法院、奉贤法院、青浦法院在判决书中均认为,《公司法解释(三)》第十三条第三款的应用前提是股东违反出资义务。而股东出资义务是指股东按期足额缴纳其所认缴的出资额的义务,且时间限定于公司设立时。公司债权人基于法律规定对发起人的出资期限加速到期,该加速到期时间并不能溯及公司设立之时,即发起人在公司设立时并无缴纳出资义务,因此无需承担资本充实的连带责任。

2. 认为发起人不具有可归责性

松江法院在判决书中认为,发起人承担连带补缴责任的法理基础在于发起人作为公司设立过程中所产生的权利义务的主要承担者,基于公司资本充实义务而承担的担保出资责任。法律对公司设立时股东出资状态的否定性评价为发起人承担连带责任的前提,股东出资义务是股东按期足额缴纳其所认缴的出资额的义务,该义务本身即含有对出资期限及出资金额的要求。具体到本案,首先,各股东认缴出资依法享有期限利益,并不具有违法性;其次,本案股东出资期限加速到期以公司已具备破产原因而不申请破产为动因,并无法定溯及力,并不改变在先的股东在公司设立时未

实际缴纳出资的合法性。据此,本案并不满足《公司法解释(三)》第十三条第三款中发起人承担连带责任的法律要件,因此驳回债权人的诉讼请求。

通过上述法院的判决书不难看出,对于认缴出资加速到期时发起人是否应当承担连带责任,各法院的观点并不统一,甚至截然相反。支持发起人承担连带责任的法院认为资本充实责任是无过错责任,应当直接适用《公司法解释(三)》第十三条第三款判决发起人承担连带责任;而不支持发起人承担连带责任的法院主要认为不符合该款中“设立时”的时间要求以及发起人不具有违法性,不应当承担资本充实责任。

## 二、按照资本充实责任,股东认缴出资加速到期时发起人的连带补缴责任目前还应该保留

### (一) 资本充实责任

现代公司制度的正常运转离不开对债权人利益的保护,这必须依

赖于资本制度的确立。而资本三原则是资本制度的核心,包括资本确定、资本维持和资本不变原则。资本充实责任则是资本确定和资本维持原则的应有之义。

资本充实责任是指公司发起人共同承担的相互担保出资义务履行、确保公司实收资本与章程所定资本相一致的民事责任。广义的资本充实责任包括瑕疵出资的所有责任,即不仅包括股东对自身出资不实部分承担的补足责任,也包括公司其他发起人对不实出资部分承担的连带责任。狭义的资本充实责任则仅限于后者,本文讨论的发起人连带补缴责任属于狭义的资本充实责任的范畴。

虽然认缴制的改革意味着公司的信用体系由“注册资本信用”向“资产信用”发生了转变,但发起人仍应当按其认缴的期限和金额完成出资义务。如发起人未按章程完成出资,其他发起人仍应当承担资本充实责任。

### (二) 对《公司法解释(三)》第



### 十三条第三款的理解与适用

《公司法解释(三)》第十三条第三款规定：“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；公司的发起人承担责任后，可以向被告股东追偿。”此规定是我国资本充实责任的直接体现，本文将主要就该规定在司法适用中存在的焦点问题进行分析。

#### 1. 对“股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务”的认定

如前所述，许多法院认为股东认缴出资已经履行了设立时的出资义务，后来的认缴出资加速到期时间是在公司设立之后，不属于所谓的“设立时未履行或者未全面履行出资义务”，所以其他发起人不承担连带补缴责任。笔者认为，该解释仅着眼于字面意思，错误地将“设立时”理解为只要在设立时认缴出资就已经全面履行了出资义务。

首先，可以明确的是，无论有关公司的信用标准取决于公司的注册资本还是资产，发起人认缴时的出资义务是指其在所认缴的出资时间里按照认缴的金额履行出资的义务。只不过这个义务是附期限或者附条件的，在发起人不能按期足额缴纳认缴出资时，其他发起人理应承担连带补缴责任。

其次，认缴制的实施使得大部分股东在公司设立时进行有期限的认缴出资，如果认为在设立时认缴就算履行全面出资义务，那么所有认缴出资的情况都不可能适用《公

司法解释(三)》第十三条第三款的规定。这在认缴制施行的当下，有架空该法条之嫌，也将使保护债权人利益沦为空谈。

最后，笔者认为，“股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务”一方面是对承担连带补缴责任时间的限制，除公司设立时的发起人须承担资本充实责任外，其他后加入的普通股东均无须承担。另一方面，如果公司设立时发起人认缴出资，发起人此时的出资义务应当为在其承诺的期限内足额缴纳认缴出资额。在符合法定条件的情况下，认缴出资加速到期之日其实就是发起人应当出资之日，只不过这个日期被法定事由提前而已，此时其他发起人也应当承担连带补缴责任。

#### 2. 发起人对认缴出资加速到期是否有可归责性

部分法院认为发起人对于其他发起人认缴出资的突然加速到期没有过错，让发起人承担资本充实责任无可归责性，因此判决驳回债权人的诉讼请求。笔者认为该观点值得商榷。

首先，我国法律制度下的资本充实责任为严格的无过错责任。资本充实责任是通过立法途径强制发起人履行的义务，《公司法解释(三)》和最高人民法院出版的相关司法解释释义中从未认为发起人承担资本充实责任需要具有过错。

其次，资本充实责任为无过错责任具有正当性。其正当性体现在当前信用体系下，公司的贸易相对人仅能以注册资本来判断公司的信用等级，资本充实责任实则是一种

促进交易效率、保护债权人利益的事后制度设计，是债权人利益保护和发起人利益保护博弈的结果。原因在于虽然目前的主流观点正在由“注册资本信用”转向“资产信用”，认为在商事贸易活动中，对于公司贸易相对人来说，实际资产比注册资本更加重要；但在目前的商事贸易环境和信用体系中，公司贸易相对人有时在公司公示信息中连发起人的实缴资产信息也无从得知，如不聘请专业人员对公司进行背景调查，基本难以得知公司内部实际的资产状况。如果将资本充实责任规定为过错责任，即意味着贸易相对人需要高频聘用专业人士调查公司的资产状况，这将严重影响交易效率，不利于优化营商环境。因此，资本充实责任规定为无过错责任具有其正当性。

最后，从风险控制角度来说，发起人更应当承担合理审慎地审核其他发起人信用状况的义务；发起人未尽到合理审慎义务，具有过错和可归责性。一方面，发起人对公司的发展方向、财务状况和其他发起股东的资产信用状况更为了解，其相较于债权人也更容易筛选其他发起股东，在发起人协议上可以基于其所知的信息，通过谈判协商确认采取实缴还是认缴、认缴的期限等来规避自身的风险。另一方面，赋予发起人合理审慎的义务，反而会提高交易的质量和效率。公司成立后必然要面对频繁的商事交易，相较于赋予贸易相对人在每次交易中的合理审慎义务，不如从源头控制公司设立时的出资风险。如果所有公司发起人都能在公司设立时尽

到合理审慎义务，严格控制公司的出资风险，贸易相对人则可以完全基于对注册资本的信任进行交易，这将大大缩减交易成本、提高交易效率。所以认缴出资加速到期时，发起人实际上未尽到合理审慎义务，具有可归责性。

### 3. 已足额出资发起人超越有限责任

有观点认为，《公司法解释（三）》第十三条第三款的规定使得已经履行出资义务的没有过错的发起人在理论上可能承担全部注册资本的责任，突破了股东的有限责任原则，同时加剧了发起人的投资风险，不利于优化营商环境。因此，是否可以对发起人作限缩解释，认定只有未履行出资义务的发起人才需要承担连带补缴责任？笔者对此持否定意见。

首先，《公司法解释（三）》第一条规定：“为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人，应当认定为公司的发起人，包括有限责任公司设立时的股东。”而第十三条第三款对发起人的范围并未主动进行限缩，最高人民法院出版的相关司法解释释义也并未作此限缩解释。

其次，发起人基于类似合伙的特殊信赖关系对外承担连带补缴责任，未突破有限责任原则。在公司发起设立前，发起人须签订发起人协议。虽然该协议不属于合伙协议，但发起人之间因更了解公司的情况和彼此的资产信用状况而具有类似合伙人关系的特殊信赖关系。基于此，发起人方需要对外承担担保出资的连带补缴责任，实则未突破有

限责任制度的范畴。

### 三、建议在资本充实责任的大原则下，设立发起人信息登记制度

当然，有些投资人股东并不参与公司的设立事务和公司经营，仅为小额参股。如果要求此类股东对所有其他股东的出资义务承担连带责任，显然有失公平，此类投资人享受的利益与其承担的责任将极不平衡。为了保护这一类发起人的积极投资行为，笔者建议，《公司法》在修订时可以考虑增设发起人登记制度。即在有限公司设立时特别指明发起人，并将相关信息公示在国家企业信用信息公示系统中，仅小额参股的投资人可以选择不成为公司的发起人；公司债权人能从公示系统中判断公司发起人的信息，也能更准确判断公司的履约能力。这样既保证了资本充实责任的落实，也保证了小股东投资的积极性。

### 结语

综上所述，笔者认为，为保障商事交易的效率和债权人的利益，资本充实责任暂时还不应完全取消。认缴制改革之后，各个发起人无法在公司设立时有效监督彼此认缴出资义务的履行，发起人和债权人的利益平衡被打破，有一方必然要承担风险。基于我国信用体系的现状，债权人无法实际掌握公司的资产状况或者实缴状况，此时发起人对于该风险具有控制地位，其可以通过筛选合作伙伴、签订发起人协议的形式控制出资形式、出资数额和出资期限。当面临认缴

加速到期情形时，发起人具有可归责性，应当承担资本充实责任，但可以通过设立发起人登记制度来保护小额参股发起人的利益和投资积极性。



邱茂波

上海市海华永泰律师事务所合伙人，  
上海律协企业法律顾问业务研究委员会委员  
业务方向：公司与商事、知识产权



李鲲鹏

上海市海华永泰律师事务所实习人员



# 企业管理之商业秘密的泄密困境和内部管制

文 | 吴永恒

商场之上，即使企业意识到商业秘密的重要性，也仍然存在因疏忽管理导致本企业极具商业价值的信息无法获得保护，或者造成商业秘密的不当泄露，最终丧失竞争优势。商业秘密作为企业的一项重要无形资产，是对专利保护的重要补充，越来越受到国内创新型企业的重视。此外，商业秘密还涵盖其他知识产权无法寄予保护的经营信息，为企业保持竞争优势提供了一种切实有效的法律手段。

## 一、商业秘密的构成要件

《反不正当竞争法》(2019年4月23日修正)第九条规定：“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。”该定义与我国签约加入的《与贸易有关的知识产权协议》(以下简称《TRIPs协议》)对于商业秘密的定义基本一致，即构成商业秘密的信息需具备以下三个属性：

**秘密性。**构成商业秘密的信息通常不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得，也不容易被他人用正当手段获得。是否容易被他人轻易获得，需要考察通过正当手段复制或掌握该信息需要花费的时间和成本等。同时，商业秘密仅要求该信息达到最低限度的新颖性，相较于已有的技术成果或方案具备一定的进步性即可。

**价值性。**构成商业秘密的信息必须具有商业价值，无论该价值是实际的还是潜在的。因此，除了能为企业带来明显竞争优势和经济效

益的信息外，那些未被实际投入使用的信息或者失败的实验数据等通常意义上无用的、负面的信息，只要其在客观上能作为进一步研究的起点或者有助于加速研究，或者有助于降低产品研发的成本，均应被视为符合商业秘密的价值性要求。

**保密性。**构成商业秘密的信息必须是企业采取了合理的保密措施进行保护的信息。企业在内部构建商业秘密保护机制，既表明了其保护具有价值的秘密的意愿，也为拟保护的信息构成商业秘密提供了最后一个法律要件。《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第六条列举了七种可以被认定为采取保密措施的行为：(1) 签订保密协议或者在合同中约定保密义务的；(2) 通过章程、培训、规章制度、书面告知等方式，对能够接触、获取商业秘密的员工、前员工、供应商、客户、来访者等提出保密要求的；(3) 对涉密的厂房、车间等生产经营场所限制来访者或者进行区分管理的；(4) 以标记、分类、隔离、加密、封存、限

制能够接触或者获取的人员范围等方式，对商业秘密及其载体进行区分和管理的；(5) 对能够接触、获取商业秘密的计算机设备、电子设备、网络设备、存储设备、软件等，采取禁止或者限制使用、访问、存储、复制等措施的；(6) 要求离职员工登记、返还、清除、销毁其接触或者获取的商业秘密及其载体，继续承担保密义务的；(7) 采取其他合理保密措施的。

企业拥有的任何技术信息或者经营信息，只要满足上述三个特征，都可以作为商业秘密。因此，实际上，商业秘密的范围比专利权、商标权、版权均更加广泛。

为了使商业秘密的保护对象更加具体明确，我国法院及相关行政部门对构成商业秘密的技术信息和经营信息的具体保护范围进行了列举。其中，技术信息包括设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法等信息；经营信息包括管理诀窍、客户信息、货源情报、产销策略、招投标中的标底及标书内容等信息。

需要说明的是，上述列举中的

客户信息包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等信息。仅列举客户名单和联系方式，以与特定客户保持长期稳定交易关系为由主张该客户信息属于商业秘密的，难以获得法院支持。此外，如果某员工对客户名单的构建有所贡献或者已与客户建立私人关系，客户基于对该员工的信赖而与其所在单位进行交易，该员工离职后，能够证明客户自愿选择与其个人或者其所在的新单位进行交易的，法院将不会认定其采用不正当手段获取权利人的商业秘密。

## 二、商业秘密的主要泄露途径

商业秘密的泄露途径可以分为无意疏忽的泄露和故意而为的泄露。其中，无意疏忽的泄露会被认为是权利人没有按照规定采取适当的保密措施，使得本来处于保密状态的信息被泄露并为公众所知悉从而丧失秘密性，不再能构成商业秘密。具体而言，因无意疏忽而泄露商业秘密的情形包括：

(1) 在贸易展览、产品发布会、用户会议、媒体采访中不当泄露商业秘密。掌握企业商业秘密的高管和技术人员为了吸引潜在客户或者为了展示本企业产品的优越性能，可能会在展览、新品发布过程中或者在接受媒体采访时，无意间将企业的商业秘密披露给不特定第三方，包括竞争对手。

(2) 在电话销售、客户参观或者面试雇员时不当泄露商业秘密。企业的销售人员无论是出于销售指标的压力还是对工作的热爱，都会积极地向潜在客户推销本企业产品。而为了更好地销售产品，企业会组织研发人员对销售人员进行培训，

详细说明本企业产品或者技术的优势。因此，这些销售人员极有可能在与潜在客户交流的过程中不当泄露商业秘密。此外，由于高科技行业圈子较窄，雇员面试也极有可能成为一条泄密途径，并被戏称为“竞争对手来访”。

(3) 内部人员在公共场所讨论专有信息导致商业秘密泄露。这是一个严重的问题，公共场所的范围很大，甚至包括企业内部供不同部门人员共同休息的场所。

(4) 邮件发送错误导致商业秘密泄露。这种情况发生的可能性一般较小，因为邮件地址错误一般会直接收到系统提醒，即使错误的接收人收到邮件，也可能因对内容不感兴趣而忽视该邮件。但即便如此，也始终不能排除会有错误的接收人使用或者披露相关商业秘密的可能性。

(5) 企业在处置记录、文件、计算机或者存储介质时粗心大意导致商业秘密泄露。公众可以合法获得企业的废弃物，并不会构成违法或犯罪。企业不当处理存储了重要信息的文件、介质等将会被认为没有采取适当措施保护其商业秘密，因此该信息将可能无法再构成商业秘密，而“废纸考古学”也是竞争性技术人员非常喜爱的获取商业秘密的途径之一。

如前文所述，无意疏忽的泄露完全是因为权利人在主观上不够重视，在客观上也没有采取必要的商业秘密保护措施。因此，无论是《TRIPs 协议》还是我国的《反不正当竞争法》，在认定商业秘密侵权行为时，均未将前述情形涵盖在内。商业秘密的持有人应尽到审慎义务，保护自己的商业秘密。

故意而为的泄露则几乎都是泄露者以利益交换为目的，积极主动采取措施，有意披露他人的商业秘密。我国《反不正当竞争法》和《刑法》对商业秘密泄露追责倾向于遵循“故意为之”的过错责任原则，而不追究“无心之过”。根据《反不正当竞争法》的规定，以下行为将被视为侵犯商业秘密：

(1) 以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；

(2) 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；

(3) 违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密；

(4) 教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。

实践中，商业秘密泄露方主要是企业的在职员工及前员工，此类商业秘密侵权案件约占相关案件总量的 80% 以上；还有约 20% 的泄密者是与商业秘密权利人有合作关系的第三方，包括产品供应商、委托合作开发方、被授权方、企业外服务供应商等；此外，还有极少数案件中会涉及专业的工业间谍。于是，与在职员工签署《保密协议》、与离职员工签署《竞业禁止协议》成为企业保护自身商业秘密的最重要的手段。值得注意的是，竞业禁止的合法基础在于保护商业秘密，相关约定必须以商业秘密的存在为前提。因此，如果《竞业禁止协议》中未能明确商业秘密的具体内容，

当事人又不能对此作出一致性说明，则该协议极有可能因违反公共政策而无效。但尽管如此，在违反《竞业禁止协议》不正当竞争诉讼中，法院并不要求企业证明其商业秘密受到了损害。

### 三、构建企业内部商业秘密管理机制

千里之堤，溃于蚁穴。无论是企业的无心之举还是他人的有心窥视，商业秘密的泄露往往都源于对小细节的疏忽。而且商业秘密一旦被公开成为公共信息，将直接导致其秘密性的丧失，相关信息便无法继续作为商业秘密获得保护。因此，企业高层必须保持高度警惕，设计切实可行的保护措施。

#### 1. 建立保护商业秘密的企业文化

企业商业秘密保护制度的构建离不开内部员工对商业秘密保护的重视，这绝对不是只有企业领导层需要关注的事情。企业应建立自上而下的执行机制和自下而上的沟通机制，确保商业秘密既能高效流转又能得到充分保护。正如前文所述，企业一定要注意避免因无意疏忽导致的商业秘密泄露，应设置专门的工作人员对贸易展览、产品发布、用户会谈、媒体采访所涉及的内容进行审核；规划客户来访时的参观路线，并且绝不随意越线；禁止员工在公共场所讨论有关企业技术发展、产品规划或者客户触达的信息等；妥善处理企业废弃物，尤其是那些带有技术数据、实验数据、企业发展规划等敏感信息的媒介载体。

#### 2. 对企业商业秘密进行核算和分类

创建一份有效的商业秘密组合清单是企业建立商业秘密保护制度的重要一步。清单上的所有信息必须从了解公司商业秘密的员工处获得，可以通过组织律师与工程师进行访谈直接收集信息，并交由专业评估人员审阅，从而确保清单的准确性。然后需要对清单上的商业秘密进行横向和纵向分类。一般而言，横向分类是为商业秘密划分类型，可以分为技术秘密、财务秘密、人员管理秘密等；纵向分类主要是为商业秘密划分等级，包括“秘密”“机密”“绝密”等。企业对于不同类型的商业秘密应仅向分管相关业务的高级管理人员和技术人员开放访问权限；而对于其他非相关业务领域的高管人员，如无接触非本部门的秘密信息的必要，则不得授予相关权限。对于涉及企业核心竞争优势的技术，如标注了“秘密”及以上等级字样的信息，企业应仅向必须接触该信息的技术高管开放访问权限，其他技术研发部门的技术人员如无必要则不得接触此类信息。

#### 3. 对商业秘密的访问进行控制和追踪

通过对企业内部存储有商业秘密的电脑安装监控软件，实时监控并记录非法访问者来访以及合法访问者的登录 ID、时间和登录后的系列操作。通过访问追踪，不仅可以企业及早发现泄密风险，若日后提起商业秘密侵权诉讼，也便于企业收集相关证据。

#### 4. 在员工的入职和离职面谈中纳入商业秘密保护的内容

无论是招聘新员工上岗还是与老员工进行离职交接，企业都需要把商业秘密保护作为其中重要的一环。新员工入职时，企业应与其签

署商业秘密《保密协议》，明确其可能接触的保密信息的范围；老员工离职时，企业应明确其在离职后必须继续保密的信息，与其签署《保密协议》或者《竞业禁止协议》，并要求其在不确定欲披露的信息是否构成商业秘密时主动向企业咨询确认。

此外，企业还应与其承包商、供应商等签署详尽的保密协议，明确保密范围，甚至可以为其提供必要的工作设备；供应商在完成相关工作后，应将这些设备归还给企业。若无法提供工作设备，企业也应当在协议中明确自己有权检查合作单位的全部电子设备。

### 结语

商业秘密的形成不易，保护更难。企业必须提高商业秘密保护意识并建立行之有效的保护机制，以确保或者延长自身的竞争优势。



吴永恒

北京市环球律师事务所上海分所律师，上海律协企业法律顾问业务研究委员会委员

业务方向：知识产权、跨境投融资、争议解决

# 让企业无惧停摆的 营业中断保险漫谈

文 | 于小峰

从行业实践和历史沿革看，营业中断保险实践主要有两大体系：一种是美国体系，行业内通常称其为营业收入保险（Business Income Policy）；一种是英国体系，通常被称为营业中断保险（Loss of Profit / Business Interruption）。我国营业中断保险实践的发展主要以英国体系为蓝本，但又采纳了部分美国体系的内容。国外保险公司在进入中国市场后，也将对应产品的保险条款进行了相应的变更，以更适应国内市场需求。本文将主要站在企业的视角，以国内行业实践中采纳的一版保险条款为例，结合英国体系的相关实践及进展，介绍我国的营业中断保险实践，主要包括保险责任的确定、损失范围的确定以及标的损失的计算等三个方面。

## 一、营业中断保险的保险责任认定

在我国相关保险实践中，营业中断保险的保险责任认定存在以下特点：

### （一）营业中断保险只能作为企业财产保险的附加险进行投保

国内保险公司均将营业中断保险作为财产保险的附加险种。即企业只有在保险公司投保了财产保险之后，才能在该保险公司投保营业中断保险，提供财产保险和营业中断保险的保险公司应是同一家。

保险公司如此做的目的是为了营业中断保险的承保风险处于一个可控范围内。企业在保险公司投保财产保险后一旦出险，保险公司会全程参与财产保险的整个定损和理赔过程，对于营业场所的恢复时间也会有一个可控的预期，从而防止因其他原因导致营业场所迟迟无法恢复，进而造成营业中断期间被无限地拉长。

但值得注意的是，硬性要求将

营业中断保险作为财产保险的附加险，可能会对某些轻资产行业的投保带来限制。

对于本身就是以自有财产开展业务的企业来说，该条规定的影响并不大，因为其本身的确需要投保企业财产险。但是对于某些租赁办公楼、办公用品等的轻资产公司来说，需要首先了解其是否能够投保企业财产险，进而判断其是否有权购买营业中断保险。

以租赁合同为例，承租人基于租赁合同对租赁财产享有经济利益，但如果是自然灾害导致了保险事故的发生，因自然灾害属于不可抗力，承租人可能会向出租人提出基于不可抗力的主张。在这种情况下，根据上述财产险条款的规定，保险公司可能会主张承租人对租赁财产不具有保险利益，从而拒赔营业中断损失。但是笔者认为，对应保险条款仅规定产生物质损失即可承保，承租人仍有向保险公司主张营业中断损失项下的保险赔付责任

的基础。

### （二）营业中断保险申请理赔的前提条件是产生了物质损失

营业中断保险在面市之初是为了弥补由火灾引起的间接损失，因此直到目前，营业中断保险仍是承保由于物质损失导致的营业中断损失。然而，该等物质损失应该是直接损失，不包括间接损失。

上述对物质损失的要求会直接导致大量的互联网公司无法投保营业中断保险。因为互联网公司面临的网络风险较高，如电脑病毒或黑客入侵，而该网络风险可能并不会产生直接的物质损失，却会导致营业中断。在这种情况下，互联网公司可能无法获得营业中断保险的赔偿。

保险公司在其提供的营业中断保险中，一般会提供一些扩展条款供被保险人选择。其中，部分扩展条款对于特定的风险可以不再要求物质损失，如扩展通道堵塞条款，扩展公共事业设备条款，扩展供应商条款，扩展购买商条款，扩展谋杀、

传染病和污染条款等。其中，前四种扩展条款尽管不要求被保险人处有直接的物质损失，但是仍要求临近场所的财产、公共事业供应商、一般供应商及购买商处产生物质损失，而扩展谋杀、传染病和污染条款属于真正的不再要求有物质损失的情形。

**（三）针对因新冠肺炎严格封控导致的营业中断损失，可以通过扩展谋杀、传染病和污染条款的方式予以投保**

根据国家卫健委 2020 年第 1 号公告，新冠肺炎已被纳入《中华人民共和国传染病防治法》规定的乙类传染病。在新冠肺炎肆虐期间，由于严格封控导致营业中断损失的情况屡见不鲜。相关企业为防范此类风险而投保营业中断保险时，可以投保扩展谋杀、传染病和污染保险条款，该扩展条款对于保险责任的约定为“由于在保险合同载明的营业处所内被证实有任何人患法定传染病，政府主管部门要求该营业处所被封闭或隔离”。

针对该扩展条款的内容，需要注意的是：

第一，被保险人需要证明该营业场所内有人患法定传染病，举证责任在于被保险人。笔者认为，被保险人只需要提供政府主管部门要求该营业场所被封闭或者隔离的文件即可，此类文件里通常会载明要求封闭或者隔离的原因。

第二，该营业场所必须已经被政府主管部门采取封闭或者隔离措施。如果是因被保险人自愿采取封闭或隔离措施导致的损失，不属于该扩展险种的承保范围。

第三，该扩展险种是否要求营

业场所必须是事故确诊地（患者是在营业场所内感染的新冠肺炎）或者事故发生地（在营业场所内发现感染新冠肺炎的患者）？笔者认为，上述扩展条款并未对此提出特别要求，主要理由如下：

（1）从该条款的文意上来看，并没有要求传染病必须是始发于该营业场所，而仅要求该场所内存在过传染病人。例如，若新冠肺炎感染者到过该营业场所，根据目前的防疫规定，就可以证实该场所所有人患有传染病。

（2）该条款设立的目的是为了承保因传染病导致的营业中断损失，因此笔者认为，应从广义上解释该条款的含义——只要该场所发生了传染病的事实，影响了被保险人的经营，即符合该险种的承保目的。

（3）如果对该条款作狭义解释，即要求传染病必须始发于该营业场所，那么该条款确实产生了两种不同的解释。而从格式条款不利解释的角度出发，也应对该条款作不利于保险公司的解释。

虽然现在已非新冠肺炎严格封控期间，但未来如果再出现类似的传染病，这种方式可以为相关保险产品的实践和探索提供指导。

**（四）对于由财产保险主险条款扩展险种所承保的风险引起的物质损失导致的营业中断损失，保险公司是否赔偿**

在企业财产保险的主险之外，被保险人通常会针对自己的业务类型或者自身的特殊情况投保一些附加险条款，如水管爆裂条款等。对于因附加险条款中所约定的风险造成的营业中断损失，保险公司是否予以赔偿？

保险条款在“责任免除”中约定了保险人不负责赔偿“由于物质损失保险合同主险条款责任范围以外的原因产生或扩大的损失”。因此，对于因财产保险合同附加险种的风险导致的营业中断损失，保险公司不承担赔偿责任。

这对被保险人在投保财产保险时提出了较高的要求，同时也在营业中断保险中剔除了财产险下的附加险条款，从而导致两张保单的风险割裂与不一致。这就需要被保险人在投保营业中断保险时，通过特别约定的方式，将主险附加险的风险一并包含到营业中断保险承保的风险中。

**（五）英国体系下的相关实践和进展**

根据英国最高法院的最新判决（Financial Conduct Authority v Arch Insurance (UK) Ltd [2021] UKSC 1），因传染病或政府行为导致营业中断损失的扩展条款同样适用于因新冠肺炎等传染病防控行为导致的损失。该判决是在近年来与新冠疫情相关的营业中断保险索赔案件不断增多、保险条款种类多样的情形下作出的。英国最高法院将该案作为一个典型案例（the test case），其目的是为了增加条款的确定性，并减少诉讼数量。该判决主要明确了以下几个争议焦点：

（1）营业中断保险扩展责任成立的前提必须是保单约定的营业场所内有新冠疫情发生；

（2）政府针对新冠疫情采取的措施可以是强制性的，也可以是任意性的；

（3）该措施无论是导致营业场所无法使用还是使用困难，所造成

的损失均属于承保范围；

(4) 在新冠疫情(承保风险)与其他多个因素共同导致营业中断的情况下,该承保风险可以作为损失发生的近因。

基于这一险种的历史因由,该判决确定的英国法下的解释原则在未来也可能为我国相关的保险实践提供一定的参考。

## 二、营业中断保险的赔偿范围

### (一) 营业中断保险是否赔偿工资损失

营业中断发生期间,大部分企业并不会停止发放员工的工资。那么对于企业在停工停产期间对外支付的工资,营业中断保险的保险人是否会予以理赔?

保险条款仅规定承保毛利润损失,但是在毛利润的损失计算公式中包含了营业利润和约定的维持费用。保险条款对维持费用的解释是:“维持费用是指被保险人为维持正常的营业活动而发生的、不随被保险人营业收入的减少而成正比例减少的成本或费用。约定的维持费用由投保人自行确定,经保险人确认后在保险合同中载明。”

笔者认为,上述条款中约定的维持费用实际上包含了工资损失、福利、利息等所有费用,该维持费用在投保时就已经明确,在出险时不需要重新计算。

### (二) 营业中断保险是否赔偿成本

国外通行的营业中断保险条款中实际上剔除了成本,承保的是净利润损失。而国内的保险条款中通常明确承保的是毛利润损失。根据会计准则对于毛利润的定义,毛利润中包含了成本以及相关的税费。

### (三) 商场或者出租人作为被保险人时,营业中断导致的租金损失是否属于赔偿范围

#### 1. 营业中断是否会产生租金损失?

以新冠疫情严格封控期间的实践为例,上海市高级人民法院发布的《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答》指出:“如受疫情影响房屋无法正常使用,承租人以此要求出租人减免房租的,一般可予支持。”

根据上述规定,受新冠疫情影响的商业用房的承租人有向出租人申请适当的减免租金。因此,出租人会因营业中断产生租金损失。

#### 2. 租金损失是否属于营业中断保险的赔偿范畴?

保险条款明确规定仅赔偿毛利润损失,未明确是否包含租金损失。但是笔者认为,如果保险条款的“赔偿处理”部分约定了被保险人的经营业务类型,如“本保险合同所称营业收入是指被保险人在营业过程中,因销售商品、提供劳务或者让渡资产使用权等实现的收入金额”,其中出现的“让渡资产使用权”即代表保险公司同意承保出租这一业务类型。除非在投保时或者保单中明确针对租金和毛利润约定了两个不同的保险金额,否则,对于以经营出租业务为主业的被保险人,其租金损失应该等同于毛利润损失。

## 三、营业中断保险的赔偿计算方式

营业中断保险的赔偿范围比一般保险要复杂一些,对于损失的计算通常会涉及较多的会计概念,保险条款中也会列出详细的赔偿计算

方式。因此,在发生营业中断时,保险公司会要求被保险人提供财务账册并聘请第三方进行审核,同时承担被保险人为此支出的审计费用。被保险人可以结合条款的约定判断审核结果是否合理,必要时也可以申请第三方的协助。

## 结语

怡安集团(Aon Corporation)每两年进行一次的全局风险管理调查显示,自2007年至今,营业中断一直名列全球十大风险之一。营业中断给企业带来的损失有时候可能是无法估量的。现在的国际和国内局势变化多端,传染病、局部冲突或战争以及极端天气等“黑天鹅”“灰犀牛”事件层出不穷。合理运用保险产品分散风险,未雨绸缪,避免危机来临时的雪上加霜,应该成为更多企业风控体系建设的重要内容。



于小峰

上海中联律师事务所合伙人,上海律协保险业务研究委员会委员  
业务方向: 保险法、公司法、海商海事

# 涉案企业合规中的 刑行衔接问题探析

文 | 刘华英 成隽捷

涉案企业合规改革试点工作已于2022年4月全面推开，随着涉案企业合规制度的日趋成熟，确保合规整改的有效性是下一步的重点工作。其中，对于依法可以不起诉但需在行政监管层面处理的案件，检察机关应向主管部门提出检察意见，这标志着涉案企业合规案件从“行刑衔接”同步进入“刑行衔接”实践的新探索阶段。

当前，各地检察机关在涉案企业合规实践中试行刑行衔接，并形成了试点阶段的操作路径和实践经验。然而，法律缺位、刑行处罚标准及合规标准不一、程序不畅等问题仍然制约着涉案企业合规案件中的刑行衔接。因此，本文将探析涉案企业合规背景下的刑行衔接实践现状、现实困境与发展方向等内容，希望对厘清该领域的相关问题有所裨益。

## 一、涉案企业合规中刑行衔接的路径分析

从各地检察机关的试点情况来看，刑行衔接突出合规层面的现实面向，从案件阶段与合规形态等方面突出差异性与创新性。

### （一）涉案企业合规刑行衔接的现实面向

#### 1. 保障合规有效性

确保涉案企业合规的有效性是刑行衔接的主要目标。从笔者对我国当前实践的观察与梳理来看，涉案企业的合规整改期限多为2—6个月，最长不超过一年。相较域外两年以上的期限（如美国），我国试点工作的合规整改期限偏短。加之要求企业在短时间内高质量地完成合规计划的制定、执行与验收，在实际操作过程中实现合规有效性的难度较大。涉案企业合规的目的绝非完成“头痛医头，脚痛医脚”的一次性短期改造，而是通过对涉案企业持续的跟踪监督，确保企业真正实现“一次合规，终生受益”，这

就需要刑行衔接提供支撑。

#### 2. 提高合规吸引力

通过涉案企业合规获得刑事激励是涉案企业的关注点之一，而涉案企业合规赋能企业发展则需要突出合规的吸引力。从刑事激励层面来看，国内民营企业较为关注涉案人员的羁押状态，因为羁押将对企业经营造成直接影响，而刑事激励可有效避免该影响，但也存在“涉案企业合规”等于“合规不起诉”的认知误区。从最高检公布的典型案例来看，涉案企业合规整改有助于企业扩大规模、增加营收、顺利中标工程及项目、获得新投资、获评信用企业和合规示范企业等，故通过刑行衔接可以有效促进案件处理。

### （二）从案件阶段看刑行衔接的实践路径

#### 1. 侦查阶段的刑行衔接

侦查阶段的刑行衔接是指涉案企业在侦查阶段启动或者完成涉案企业合规整改，通过刑行衔接程序

将合规整改的效果逐渐拓展至侦查阶段。与此有关的规范依据是全国工商联等多部门于2022年4月发布的《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》（以下简称《办法》），其中明确规定“人民检察院可以参考评估结论依法作出不批准逮捕、变更强制措施……的决定”。

在当前的涉案企业合规试点实践中，侦查阶段的刑行衔接已经出现，少数检察机关已逐步在侦查阶段中提前介入、引导侦查。如最高检公布的第二批企业合规典型案例中的“张家港S公司、睢某某销售假冒注册商标的商品案”，以检察机关介入侦查的形式开展个案会商，在对企业开展合规考察后，检察机关与公安机关同意企业开展合规建设。通过合规验收后，公安机关最终依据检察建议予以撤案处理。该案件的特殊之处在于自立案起已经超过两年，属于“挂案”状态，因此需要借助涉案企业合规机制进行处理。

## 2. 审查起诉阶段的刑行衔接

我国的涉案企业合规实践主要由检察机关在审查起诉阶段主导开展。《办法》规定：“人民检察院可以参考评估结论依法作出……不起诉的决定，提出从宽处罚的量刑建议，或者向有关主管机关提出从宽处罚、处分的检察意见。”该规定为审查起诉阶段的刑行衔接提供了规范基础。

在企业合规刑行衔接实践中，检察机关在合规整改结束后，通常都会及时与有关行政机关对涉案企业合规考察监管等事项进行沟通、协调，将企业的合规承诺、合规申请、合规计划、合规考核等相关材料一并移交行政机关，结合合规验收成果制发从宽处罚的检察意见或建议，由行政机关在不起诉后配合进行后续案件处理。例如，上海青浦检察院、苏州吴江检察院、嘉善检察院及三地应急管理局共同签署了《长三角生态绿色一体化发展示范区关于加强涉案企业合规刑行衔接的工作指引》，明确加强和健全行政执法与刑事司法的衔接，探索线

索移送、负面清单、整改互认等协作方式。

## （三）从合规形态看刑行衔接的实践路径

### 1. 从个案合规到行业合规

现实存在的部分涉企类犯罪行为并不是偶然发生的个别现象，而是普遍存在于整个行业中，仅针对个别企业的整改难以对行业起到警示与引导作用，个别企业涉嫌犯罪也暴露出行政机关可能存在对该行业监管不力的问题。因此，检察机关在涉案企业合规整改的同时或结束后，可进一步识别具有普遍性、常发性和相似性的行业合规风险，通过联合行政监管机关与行业协会，将个案经验形成可复制推广的类案模式，实现涉罪企业的个案合规向行业合规推进。

从各地实践情况来看，在“山东沂南县Y公司、姚某明等人串通投标案”（最高检第二批企业合规典型案例）中，检察机关针对招投标领域存在的合规问题，向财政、教育、市场监管部门发出检察建议。张家港市检察院在办理的多起密封件企

业涉嫌生产、销售假冒注册商标的商品案中，就行业共性问题调研、协商，由该市密封件行业商会统筹全行业开展合规。部分地区还基于个案合规经验形成了行业合规文件，如广州市检察院发布《广州市跨境电商行业合规指引》、金华市婺城区检察院制定《金华市机动车检测行业合规建设公约》、深圳市坪山区检察院出台《深圳市坪山区生物医药企业刑事合规工作指引》等。

### 2. 从刑行衔接到刑行衔接

涉案企业合规的刑行衔接除了包括进入刑事诉讼程序后的刑行衔接，还包括未进入刑事诉讼程序的刑行衔接回转。除公安机关立案侦查的路径外，还包括行政机关在调查过程中将发现的企业违法线索移送司法机关，即所谓的行刑衔接。然而，涉案企业合规机制的启动需要进一步完善刑行衔接。即行政机关将线索移送司法机关后，双方需要根据情形进行衔接：（1）对于构成犯罪、符合合规机制适用条件的企业，开展涉案企业合规整改；（2）对于构成犯罪、不符合合规机制适

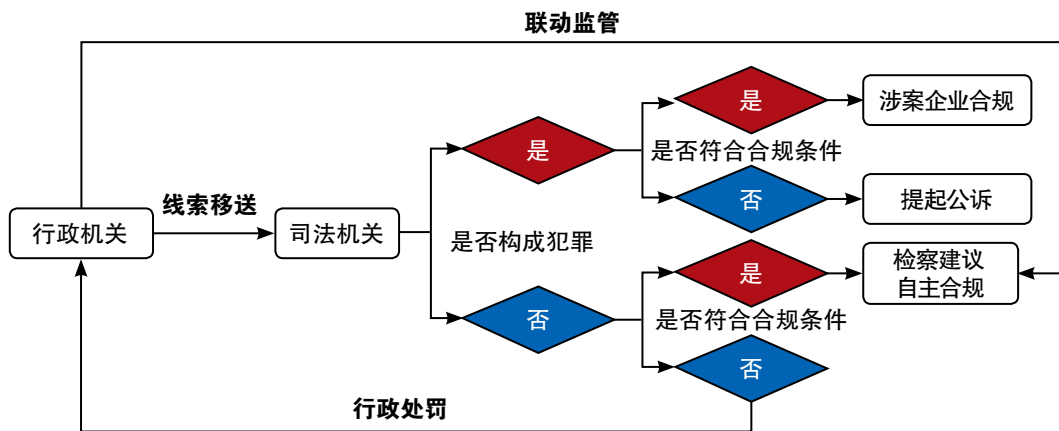


图1 刑行衔接示意图



用条件的企业，提起公诉；(3) 对于不构成犯罪、符合合规机制适用条件的企业，制发检察建议，由企业或行政主管部门开展自主合规；(4) 对于不构成犯罪、不符合合规机制适用条件的企业，退回行政机关予以行政处罚（详见图1）。总体来看，相较于第四种模式的单纯退回，第三种模式为涉案企业自主合规整改提供了空间，也更有利于企业的持续发展。

从地方实践情况来看，无锡市惠山区人民检察院出台的《涉税案件企业合规工作衔接办法》规定：“对于需依法作出行政处罚的民营企业，符合合规考察条件且民营企业自愿进行合规的，可联合开展行政合规……”在事前自主合规的推进过程中，如何将更多的非涉案企业纳入合规制度始终是一个难题。而上述第三种模式以前置行政违法为契机与切入点，为涉案却非涉罪企业敲响警钟；虽然案件未正式进入刑事司法程序，但也足以引起企业重视。此时，相比于行政处罚，通过合规“以改代罚”并给予积极的合规评价能更好地促进企业健康发展；同时，相比于完全由企业自主整改的任意性，行政主管部门的介入也能更好地保障合规的有效性。该模式为行政处罚阶段非涉罪企业的自主行政合规提供了新的实践路径，也为合规制度领域延伸了全新的适用空间。

## 二、涉案企业合规中刑行衔接的问题分析

通过对涉案企业合规试点阶段的刑行衔接路径分析不难发现，无

论是案件阶段还是合规形态，均可能在法律适用、处罚标准、衔接程序、合规标准等方面存在相关问题。

### （一）刑行衔接的法律适用不明确

《办法》虽然为企业合规刑行衔接提供了制度基础与基本路径，但我国并未对企业合规正式立法，在刑事和行政的合规适用关系上仍存在一定的模糊性。《办法》在刑事与行政适用之间使用了“或者”关系，即二者择一适用；这对于已经基于评估结论作出不起诉决定或提出从宽量刑建议的刑事案件后续是否可以继续就行政处罚提出从宽意见，在文义解释上并不明确。

从地方层面来看，浙江省发布的《关于建立涉案企业合规第三方监督评估工作机制的意见（试行）》为该类情形提供了另一条思路——对于涉案企业刑事程序终结后需予以行政处罚的案件，人民检察院应将合规考察报告副本移送相应行政机关，并视情形以检察建议或其他适当方式，建议行政机关对涉案企业减轻或免除处罚；行政机关对企业合规情况和检察机关建议进行评估后，原则上应对涉案企业减轻或免除处罚。即检察机关在刑事程序终结后，可结合合规情况向行政机关建议从宽处罚，合规验收结论可同时在刑事与行政阶段适用，分别予以激励。

### （二）刑行处罚标准不统一

刑事与行政处罚的方式与标准也是刑行衔接的核心难点问题。我国的刑事与行政处罚采取双轨执法体制，刑事处罚侧重于犯罪打击与惩治，行政处罚则更兼具恢复行政管理秩序；刑事处罚主要以人身罚、

财产罚为主，而行政处罚中往往还包含资格罚，如责令停产停业、吊销许可证或营业执照、取消招投标资格、降低信用等级等。

一般而言，刑事处罚作为最后的司法手段，具有更强的威慑力度，但上述资格罚会对企业经营造成更重的打击。若开展涉案合规的企业在最小化刑事诉讼带来的负面影响后，却又因行政处罚而难以继续经营，则合规制度本身将失去意义。因此，在同种处罚的范畴内，刑行处罚之间的标准仍需保持协调。在不起诉的案件中，之后的行政处罚也应综合企业情况进行适当的从宽处理，遵循刑事与行政处罚效果的一体化。

### （三）刑行衔接程序不畅

检察机关并不享有行政处罚权，在作出不起诉决定后，通常需要向相关行政机关提请作出对应的行政处罚，以实现合规从刑事到行政的“最后一公里”。然而，实践中的合规主要由检察机关主导并推进，行政机关在本质上并没有直接开展监管与推动行政合规的意愿与权限。行政机关在涉案企业合规整改后，往往仅满足于行政处罚权的实现，并未推进合规的后续适用与扩展。如此，已完成的合规无法获得有效评价，后续的合规运行欠缺持续监管，行政领域的自主合规又得不到激励，刑行衔接程序仅停留在行政处罚的衔接，而无法真正渗透至合规领域。

此外，一般案件的刑行处理顺序往往是先进行刑事处理，再移送回行政机关进行行政处罚。但部分案件中可能涉及行政机关先实施处

罚再移送司法机关，此时由于行政处罚已经作出，在企业完成合规整改后，行政机关应如何重新对其违法行为及合规情况进行综合评价、合规效果在程序上应当如何实现则成为新的难题。依据《办法》，检察机关应向行政主管部门提出从宽或从严的检察意见。但检察意见作为非诉讼行为，不具备法律上的强制效力，检察机关无法直接执行，相关部门与单位亦不负有强制执行的义务。行政机关收到相关文书后的具体裁量与适用仍具有较大不稳定性，实际执行效果仍依赖于个别行政机关的自觉，而无法将合规互认稳定地纳入刑行衔接流程中。

#### （四）刑行衔接的合规标准问题

在企业合规的大量行政犯中，刑事不法与行政不法往往存在法益侵害方面的同质性，而二者的主要区别在于法益侵害的程度。刑事处罚的立案追诉、定罪量刑标准与行政处罚的标准并不一致，基于此，涉案企业合规整改主要是对涉案企业进行“去犯罪化”治理，但一个消除了刑事犯罪风险的合规计划却未必能彻底预防行政违法风险。从这一角度而言，行政机关对于消除违法的合规要求更加严格，而标准的落差也导致了企业合规刑行衔接的制度缝隙。合规整改的效果若未达到减轻处罚的程度，行政机关或是被迫采纳检察建议，或是在行政处罚作出后仍需开展新一轮的补充合规整改。前者将会显著削弱刑行衔接中行政机关的实质参与，后者则无疑将导致司法资源的重复浪费。刑事诉讼与行政处理的合规

整改标准不一致，也为涉案企业合规整改后的刑行衔接带来了处理障碍。

### 三、涉案企业合规中刑行衔接的发展前瞻

#### （一）推动涉案企业合规立法

当前，我国正在积极推动涉案企业合规立法。一方面，在检察机关不起诉后向相应行政主管部门制发检察建议或意见的模式下，行政机关需要重新启动行政处罚程序，往往会造成长时间、效率低以及材料移交、合规标准互认等障碍。因此，需要首先将涉案企业合规制度正式纳入《刑事诉讼法》，才能更好地在制度层面与其他法律及程序开展联动，进一步明确移送主体、处理期限、救济方式等具体衔接问题。

另一方面，未来可能进一步通过立法形成行政处罚与刑事处罚一体化的责任制度，增设作为罚金替代措施的“刑事罚”，使检察机关有权结合合规效果、行政处罚等因素，直接责令被不起诉主体缴纳一定数额的罚款，从而有效避免刑行衔接过程中产生的问题，在实质上实现“刑行一体”。

#### （二）刑行衔接中的合规互认

关于当前实践中的合规互认，在通常情况下，行政机关均会采纳检察建议，在综合企业合规整改情况后，以此为依据对企业从宽处罚、减免罚金。例如在大庆市人民检察院办理的某涉税合规案件中，在企业合规考察通过并作出不起诉决定后，为最大限度保护企业权益，检察机关进一步向大庆市税务局稽查

局移送了企业合规整改相关材料，建议考量当事人对其经营的企业开展有效合规整改的情节，对企业作出从轻或减轻处罚的决定。最终，税务机关采纳了该建议，对企业予以从轻处罚。

同时，合规互认除了包括对于有效合规的优待外，还应包括对于合规不规范的责任追究。当前的企业合规制度中，尚欠缺如附条件不起诉中的撤销不起诉，以及缓刑中的撤销缓刑等机制。合规验收通过后，一旦作出不起诉决定及宽缓量刑判决，即便后续查明企业并未有效进行持续的合规运行，对于已经作出的刑事激励也无法进行救济；在企业无新的明显违法行为或尚不足以构成犯罪的情况下，司法机关也无法恢复对其的刑事制裁。而行政主管部门则可以发挥自身的监管优势，对企业的违规运行及时予以相应的行政处罚，成为防范合规走过场的一道有力保障，强化合规的严肃性。

#### （三）事前合规中的合规互认

本文主要讨论涉案企业合规整改后的刑行衔接合规互认机制，事后的合规激励最终旨在建立预防犯罪的合规管理体系。由于事前阶段尚无检察机关、第三方组织的介入，行政机关在这一环节的作用将尤为重要。只有完善事前合规的刑行互认，强化刑行激励一体化，才能进一步推动事后合规向事前合规迈进。

地方实践方面，目前已有部分地区将视野延伸至事前合规领域。如广州市检察院以广州市“专精特新”企业、广州市民营领军企业等

“白名单”为依托，探索建立了企业合规日常考评认证机制。“白名单”企业一旦涉案，则可优先适用企业合规制度并作为从宽处理情节，给予企业事前自主整改的动力与空间。同样值得借鉴的有，浙江省衢州市在《关于在化工企业建立预防性刑事合规制度的暂行办法（试行）》的基础上，确定了首批预防性刑事合规试点企业名单。根据该办法，企业可向检察机关提出自行制定刑事合规计划，在制定合规计划的过程中可参照第三方机制委托专业机构协助，在开展合规整改后由行政主管部门进行专门审查并纳入名单；在企业涉嫌犯罪后，对企业直接负责主管人员和其他责任人员原则上采取取保候审等非羁押措施，并在审查起诉阶段原则上作不起诉处理。上述地方实践均为事前合规的刑事激励提供了较为明确和可操作的实践指引。

#### （四）建立刑行一致的合规标准

如上所述，笔者认为，在行政领域的合规适用上，首先应基于刑事处理结果保持对合规的一致性态度，对于已在刑事诉讼阶段通过合规整改的涉案企业应在原则上避免作出资格罚，以保障企业的正常经营。而在具体法益侵害量的裁量空间上，为了有效协调司法机关与行政机关对于合规认定标准不一致的问题，检察机关应尽早协调行政主管部门及时介入，在合规计划制定阶段从行政违法处理的角度提出专业意见与整改方向；在合规整改结束验收时，检察机关也应邀请行政主管部门联合验收。在计划制定与验收评估两个阶段充分发表意见，

在涉案企业合规整改的过程中即纳入行政处理的合规意见与标准，将为后续行政机关的合规适用减少不确定性。

在减免幅度上，行政机关则可以对合规整改成果进行综合评定，形成更加明确、具体的从轻细项指标。例如，部分地区的第三方组织会对合规结果作出“优秀”“良好”“合格”“通过”等分级评估结论，或者基于各细项指标在0~100分之间给予综合评定，不同的评估结论/分数区间对应不同的减免幅度。同时，检察机关也应积极与各行政机关沟通，在不同行业间（如税务、海关、市场监管等）形成相对一致的从宽适用标准。

在合规整改结束后，为了确保合规的有效性与持续运行，检察机关可联合行政机关对涉案企业开展合规回访、合规“回头看”、合规跟踪监督等“后合规”监管，并充分发挥行政机关的主管优势，促进后续跟进监管责任与对应行政监管部门的进一步有效衔接。

#### 结语

随着企业合规的进一步发展，涉案企业合规制度的实践重心逐渐向刑行衔接倾斜。完善刑行衔接不仅能保障企业合规的有效性，合规阶段与效果的扩张更能进一步提高合规的吸引力。未来，应进一步通过推动企业合规立法、完善刑行衔接合规互认、推动事前合规刑行衔接、建立统一刑行合规标准等，真正实现从个案合规到行业合规、从事后合规到事前合规、从“小合规”到“大合规”的终极目标。



刘华英

北京国枫（上海）律师事务所合伙人，上海律协刑法与刑事辩护业务研究委员会委员，浙江省金华市第八届政协委员  
业务方向：刑事合规、刑事辩护、政企合作项目合规管理



成隽捷

北京国枫（上海）律师事务所律师  
业务方向：刑事辩护、刑事合规、企业合规管理

# 德国法院：依据公司人格否认 申请追加被执行主体的法律障碍

文 | 上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）商事仲裁研究中心

编者按：在执行外国仲裁裁决时，当事人能否依据公司人格否认等公司法中的实体规则，将被执行人的母公司、股东、实际控制人等仲裁协议的非签字方追加为被执行人，从而增加跨境资产追索的可能性？这对于从事跨境交易的商事主体而言，不仅是关乎国际仲裁制度“最后一公里”的问题，更是“能不能跑赢”的问题。近日，德国联邦高等地区法院（German Federal Court of Justice, “BGH”）在一宗执行俄罗斯仲裁裁决的审查程序中，对前述公司法律实体规则与仲裁法律程序规则之间的适配性作出了认定。本文予以译介，以飨读者。



## 一、争议焦点

2023年3月9日，BGH确认了科布伦茨高等地区法院作出的关于拒绝承认和执行一份俄罗斯仲裁裁决的裁定。在司法审查过程中，BGH认为，作出案涉裁决的仲裁庭将仲裁主体涵摄范围扩展到集团公司层面，超出了仲裁庭的属人管辖权。BGH归纳了以下争议焦点：

(1) 境外仲裁地法院拒绝撤销案涉仲裁裁决时，执行地法院是否必然受到仲裁地法院关于裁决效力的认定结论的约束？

(2) 案涉仲裁协议适用的法律是什么？

(3) 在当事人主张刺破公司法人面纱时，案涉仲裁协议是否可以扩展到被执行人的母公司或所属集团的其他成员公司？

## 二、事实背景

提出执行申请的原告（即仲裁案件申请人）是一名在俄罗斯工作了几十年的德国商人，同时也是数家俄罗斯公司的股东。

仲裁案件共有四名被申请人，均是德国一家果汁制造商的集团公司成员。其中一名被申请人系专门负责在俄日常运行的俄罗斯公司，该俄罗斯公司同时也是本案其他三名被申请人的控股公司。

申请人、申请人所属集团公司和被申请人公司集团就在俄罗斯扩大果汁业务签订了一系列经营合同。其中，申请人、申请人所属集团公司和控股公司以德语签订了一份《和解协议》，该《和解协议》内订有仲裁条款。仲裁条款约定相关

争议由莫斯科工商会进行仲裁，仲裁地在莫斯科。同时，《和解协议》内还载有法律适用条款。根据该法律适用条款，合同应受德国法律管辖。

2007年底，控股公司终止了与申请人所属集团公司之间的经营合同。控股公司亦完成了破产清算程序，终止了公司业务。

## 三、仲裁程序

2016年12月，申请人向莫斯科工商会提起仲裁申请，将被申请人所属公司集团以及被申请人公司的三名前管理人员列为共同被申请人。申请人要求被申请人赔偿自2008年起因控股公司撤出资产而造成的损失。

申请人提出，其仲裁申请的依据为上述《和解协议》中的仲裁条款。被申请人提出管辖权异议，认为只有控股公司签署了《和解协议》中的仲裁条款，其他被申请人均非《和解协议》中仲裁条款的约束对象。仲裁庭作出了驳回管辖权异议的决定，认定其管辖权的范围及于非签字方被申请人。在最终裁决中，仲裁庭支持了申请人的全部仲裁请求，裁决被申请人向申请人支付赔偿金。最终裁决作出后，被申请人向仲裁地法院（即俄罗斯法院）申请撤销仲裁裁决，但未获得俄罗斯法院的支持。

## 四、执行程序

2020年，申请人向德国科布伦茨高级地区法院申请宣告案涉仲裁裁决具有可执行性。

科布伦茨高级地区法院认为，尽管仲裁地法院（即俄罗斯法院）对裁决效力作出了认定，但作为执行地国家的德国法院不必然受俄罗斯法院裁定的约束。科布伦茨高级地区法院经审查后认为，案涉仲裁协议的准据法为德国法律，案涉仲裁裁决因违反《纽约公约》第5条第(1)款(a)项和《纽约公约》第2条第(1)(2)款的规定而不具备可执行力，其中一个主要原因在于案涉仲裁庭基于仲裁条款所获得的对仲裁主体的涵摄超出了该仲裁条款应当具备的主体范围。

不予执行的一审裁定作出后，申请人随即向BGH提出了上诉申请。BGH维持了一审裁定结果，拒绝在德国承认和执行案涉仲裁裁决。BGH经审理后认为：

### 1. 德国法院不受仲裁地法院（即俄罗斯法院）确认仲裁裁决裁定的约束

BGH强调，对于一方当事人未能在仲裁地成功撤销仲裁裁决的，其是否可以在执行程序中以同样的理由对抗执行申请，现有的判例法和与仲裁裁决的承认及执行相关的文献中均存有争议。

《德国民事诉讼法》第1061条承袭了《纽约公约》的规定，对在德国申请执行外国仲裁裁决给出了相关规范。根据《纽约公约》第5条第(1)款(3)项的规定，当事人在仲裁地法院成功撤销仲裁裁决的，构成执行地法院拒绝执行该仲裁裁决的理由。BGH认为，倘若仲裁地法院撤销了裁决，那么即便执行地法院经审查后认为仲裁裁决

不存在《纽约公约》第5条第(1)款(a)至(d)项不予执行裁决的情形,德国法院也有义务考虑仲裁地法院的撤裁裁定。然而,在本案中,被申请人在仲裁地法院的撤销裁决申请并未获得俄罗斯法院的支持。

更重要的是,在此种情形下,对于执行地法院如何处理当事人的执行申请,《纽约公约》没有给出明确的路径。现有的判例法和法学文献也没有给出统一的、明确的答案。一种观点认为,当事人在仲裁地法院提出的撤销裁决申请被驳回后,其无权重复援引相同的理由对抗执行程序。另一种观点认为,只有在满足《德国民事诉讼法》第328条(即关于外国法院判决的承认)规定的情形时,德国法院才受到仲裁地法院裁定的约束。第三种观点则认为,德国法院不受仲裁地法院拒绝撤销仲裁裁决裁定的约束,当事人有权在执行程序中重复援引先前已经提出的撤裁理由对抗执行。

BGH采纳了第三种观点,并作了如下说理:

首先,《纽约公约》第5条并未规定仲裁地法院对撤裁申请的在先审理将取代执行地法院对不予执行事由的独立审理。《纽约公约》也没有规定当事人的撤裁申请被驳回后,仲裁裁决将自动获得执行地法院的执行;相反地,《纽约公约》第3条明确规定了承认和执行外国仲裁裁决应当满足的条件。根据《纽约公约》第5条第(1)款(e)

项的规定,只有在仲裁地法院撤销了仲裁裁决时,执行地法院才需要考虑仲裁地法院的认定意见。换言之,当仲裁地法院驳回了当事人的撤裁申请时,《纽约公约》第5条第(1)款(e)项不适用。

其次,申请撤销仲裁裁决程序与申请强制执行仲裁裁决程序的诉讼标的不同,这一点在承认和执行外国仲裁裁决的过程中更为明显。因为撤销仲裁裁决的申请受仲裁地法律的管辖,而执行仲裁裁决的申请受《纽约公约》的管辖。因此,撤裁程序的结果对执行地法院不具有约束力。

最后,《德国民事诉讼法》第328条关于承认和执行外国法院判决的规定在本案中不适用,因为对外国仲裁裁决的承认和执行应当适用《纽约公约》的规定办理。

## 2. 关于仲裁协议适用的法律

根据《纽约公约》第5条第(1)款(a)项的规定,仲裁协议适用的法律应当首先是当事人约定适用的法律;当事人未约定仲裁协议适用法律的,适用仲裁地法律。对此,科布伦茨高级地区法院认为,当事各方在合同中约定适用法律为德国法律时,默示选择德国法律为合同中仲裁条款的准据法。此外,仲裁案件的申请人、被申请人控股公司和另一名称被申请人均系德国主体,合同签订地在德国,且各方约定的法律程序语言为德语。

BGH在上诉中认为,科布伦茨高级地区法院在根据《纽约公约》

第5条第(1)款(a)项确定仲裁协议的法律适用时存在冲突法规则的适用错误。科布伦茨高级地区法院认为,当事人约定合同实体法律时,存在对合同中仲裁条款法律适用的“默示选择”。这一论证说理采用的是《德国国际私法》确定的冲突法规则。但是,该法院没有注意到,《德国民法典总论》也规定了仲裁协议准据法的确定方法。按照《德国民法典总论》的规定,仲裁协议法律适用的确定应当是明确的或者是按照案件情况可以合理推定的,但不存在“默示选择”的情况。尽管《德国民法典总论》于2009年12月16日失效,但系争合同于2007年3月5日签订,早于《德国民法典总论》的失效日期,故本案在确定仲裁条款准据法时仍应当适用《德国民法典总论》的规定。BGH认为,根据《德国民法典总论》第27条至第37条的规定,案涉仲裁条款的适用法律同样指向德国法律。

3. 尽管申请人根据德国法律提出了刺破公司法人面纱的主张,但申请人与除控股公司外的其他被申请人之间没有仲裁协议

BGH认为,《纽约公约》第5条第(1)款(a)项规定的“仲裁协议于法无效”包括了“仲裁协议不成立”这一情形。虽然申请人提出的“欺诈”“不当”“显失公平”等指控可能使得控股公司(即案涉仲裁条款的签字方)的母公司或股东成为被追责的对象,但是这并不

一定代表着相关仲裁条款的主体涵摄范围也应当及于控股公司的母公司或股东；二者分别代表刺破公司法人面纱理论的实体法律效果和程序法律效果。根据德国宪法和法律，仲裁协议的主体范围仅及于仲裁协议的签字方主体、合同权利义务的承继主体和合伙关系中应当承担责任的合伙人。仲裁协议的主体范围在一般情况下不允许向外扩张（Drittwirkung）；在集团公司情形下，子公司或者集团内其他成员公司缔结仲裁协议后，只有在非签字方的行为足以认定其具有接受仲裁的意思表示时，该仲裁协议的主体范围才可以扩张至非签字方。换言之，即便非签字方因公司法人面纱被刺破而需承担实体责任，但当其行为不足以认定其具有接受仲裁的意思表示时，债权人也无法在德国法院的执行仲裁程序中追加其为被执行人。

## 五、简评

上海国际仲裁中心曾在2017年3月2日的国际仲裁资讯（美国法院承认与执行外国仲裁裁决的最新实践）中介绍了美国联邦第二巡回法院在CBF v. SBT上诉案中中对执行程序中申请追加非仲裁裁决当事人所发表的司法裁判意见。美国联邦第二巡回法院认为，外国仲裁裁决的胜诉一方根据《纽约公约》的规定向美国法院提出执行申请，并提出“欺诈”等事实主张，进而要求刺破败诉方法人面纱、追加股

东为被执行人时，美国法院应当对是否存在公司人格否认的情形进行审理，并将案件发还纽约州南区法院重申。2023年1月13日，纽约州南区法院经重申后作出判决，支持了仲裁裁决债权人关于“在执行程序中追加被执行人的债权债务承继人为执行对象”的主张，驳回了仲裁裁决债权人关于“刺破被执行人法人面纱，追加其股东为被执行人”的主张。

在德国法院的案件中，BGH同样回答了当事人申请执行外国仲裁裁决时，能否依据公司法中的公司人格否认这一实体规则，将被执行人的股东、母公司或实际控制人追加为被执行人这一问题。BGH对这一问题得出了与纽约州南区法院相同的结论：不能。

以上两个案件表现出的核心问题在于仲裁裁决执行程序中的实体法律规则与程序法律规则如何衔接。在中国国内仲裁裁决的执行语境下，《中华人民共和国公司法》及其司法解释、《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定（2020修正）》等为当事人在申请执行仲裁裁决时刺破公司法人面纱，追加母公司、股东和实际控制人为被执行人提供了实体法律规则。但是，作为执行依据的仲裁裁决，其本身可以约束的范围又受到“既判力”“仲裁协议主体范围”等法律事实的约束。尤其是对于讲究当事人意思自治的仲裁制度而言，倘若对仲裁协

议的主体范围进行不当扩张，将使得“被执行人”在未获得仲裁程序权利的情况下成为被执行主体，有悖于自然正义原则。在上海国际仲裁中心的仲裁实践中，亦有仲裁庭对当事人在仲裁过程中依据公司人格否认规则而提出的实体主张持谨慎态度；相关当事人亦是因其自主签订的在先合同而成为仲裁程序的主体，而非因公司人格否认这一实体裁判规则（公司人格否认制度的可适用性问题）。

在承认和执行外国仲裁裁决的语境下，上述相关案例中，德国法院和美国法院对于仲裁协议主体效力扩张问题上的公司人格否认亦持审慎态度。其原因在于《纽约公约》第5条第（1）款（a）项所规定的“仲裁协议无效（包括不成立）”在仲裁协议效力扩张的语境下，各法域尚未对仲裁合意的默示规则形成统一的认识，“仲裁合意的默示成立”亦未发展成为明确的、成文化的国际仲裁法律规则。因此，对于跨境资产追索法律实务而言，应当注意到被执行人住所地、被执行财产所在地的公司法实体规则与仲裁地程序规则、仲裁协议准据法规则之间的相对落差，从仲裁制度对当事人意思自治的本源要求出发，寻求在交易文件、担保文件中锁定未来对交易对手境外资产的执行权利，填补跨境资产追索中可能出现的规则漏洞。

（德国法院判决原文：<https://openjur.de/u/2467450.html>）

# 漫行“月球”表面——冰岛游记

文 | 张晨昊



“Don't go to the moon, visit island.” 不要去月球，去冰岛就行。这是冰岛的标志性宣传语，质朴而神秘，却使人有无尽的向往。在遥远的大西洋和北冰洋的交汇处，紧靠北极圈之地，白雪皑皑的地表下流淌着炽热的岩浆，以大自然的鬼斧神工构成了冰与火的传奇。苍茫雪原上昏黄的落日，极夜空中舞动的极光，北欧海盗的远古传说，无不吸引着人们。

2020年1月，冰岛首都雷克雅未克处于凛冽的严冬中。走下

飞机后，我们眼前便是一片白茫茫的冰雪天地，仿佛置身于童话世界。为我们办理租车手续的工作人员说，雷克雅未克刚下过一场大雪，未来几天也可能会有暴风雪。我们心中充满着好奇、向往和一丝紧张：会不会在自驾途中遇到暴风雪呢？

带着这种对前方的未知，我们开车踏上了旅程。在雷克雅未克的市区安顿下来之后，我们便前往市政厅和托宁湖。市政厅的建筑风格充满了古老的艺术气息，旁边清澈的托宁湖被晶莹的冰雪覆盖着。短

暂游览后，我们在小酒吧里品尝了当地的美食——beef Tata（牛肉塔塔）。漫步在冰岛的街道上，别有一番情调。

因为冰岛靠近北极圈，冬天的日照时间非常短。第二天早上8点，天还未亮，我们已经披星戴月地启程前往黄金圈，包括黄金瀑布、辛格维利尔国家公园（大裂谷）和间歇泉。其中，黄金瀑布是冰岛最大的断层峡谷瀑布，也是冰岛人最喜爱的瀑布。我们在前往黄金瀑布的途中真的遇到了暴风雪。风雪将整



个车身笼罩着，车窗外是白茫茫的一片，只有将雨刷开到最大才能看清前方的道路。经过暴风雪的洗礼后，我们顺利抵达了目的地。车外的风雪几乎要将我们吹倒，但是冰雪之中的黄金瀑布仍然让我们感到震撼，不禁感叹大自然的鬼斧神工是如此奇妙。

第三天，我们去到冰岛南部维克小镇附近的黑沙滩。那儿景如其名，所有的沙子都是纯黑色的，我们拾起一把黑沙放进小瓶中留作纪念。黑沙滩代表着世界尽头，世界末日般的美感自成一派，也让冰岛的那份遥远之感在我们面前展露无遗。

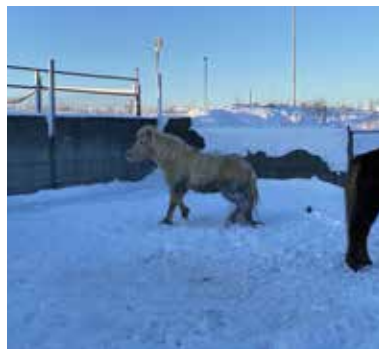
冰岛让人印象深刻的还有滑雪场，当地人都非常喜爱滑雪。我们去了当地的一个大型滑雪场。虽然都是滑雪初学者，但我们还是身穿滑雪服、脚踏滑雪板，畅快淋漓地体验了一次滑雪的乐趣。

冰岛马是冰岛独有的马匹，它们的血统需要保证绝对纯正。骑着冰岛马在小火山漫步会是一种怎样的体验？旅途第四天，我们在雷克雅未克附近的小镇上找到了一

家体验骑马之旅的站点。当地的向导叫 Palm，她很耐心地教授我们骑马的技巧。分给我的冰岛马名叫 Adam，分给我夫人的叫 Liusbra，它们浑身长满长毛，感觉还挺可爱的。我们全副武装地骑上马，在向导的带领下，漫步在周边被冰雪覆盖的田野上。我有点疑惑地问向导：“小火山在哪？”向导说，我们周围就是一座座超小型的休眠火山，火山熔岩形成的地貌凹凸不平，正是我们骑马经过的土地。

第四天，我们终于如愿以偿地见到了极光。午夜 12 点，我们在一阵喧闹的嘈杂声中醒来，此时旅馆外面已经聚集了很多拍照的游客。我们迅速来到户外，体感上的寒冷抑制不住内心的激动——真的是极光！黑色的夜幕中闪烁着有些神秘和魔幻的绿色光芒，这应该是我们此次冰岛之旅最大的收获了。

最后一天，我们来到了闻名遐迩的蓝湖温泉。蓝湖温泉位于冰岛西南部的雷克雅内斯半岛上，是冰岛最著名的地热温泉，也是冰岛极具浪漫色彩的旅行景点之一。火山熔岩地貌与湛蓝的泉水交相辉映，



让蓝湖温泉更添梦幻色彩。我们沉浸在碧蓝色泉水中，洗净了疲惫，忘却了烦恼。

七天六夜的冰岛之旅让我们领略了大自然的波澜壮阔，感受了天气的变幻莫测，体验了多重地形路况。这次，我们恋恋不舍地离开了。下次重返冰岛的夏日之旅会在什么时候呢？我们热切地期待着。



张晨昊

北京金诚同达（上海）律师事务所律师  
业务方向：保函、票据、保理

# 《上海律师》征文启事

## 各位律师：

《上海律师》是一本由上海市律师协会主办的综合性双月刊，设《行业风采》《实务研究》《人文万象》三大栏目，旨在为读者提供一个了解上海律师行业焦点、展现上海律师风采的窗口。

为鼓励更多上海律师投稿，上海市律师协会将长期对《人文万象》栏目进行征文，优秀文章将刊登于《上海律师》，并将视情况选择部分文章刊登在“上海律协”微信公众号。

## 一、征文主题

### ★执业心语

数不清多少更深露重的夜，道不尽多少朝光熹微的晨，多少时光换从容与睿雅；历多少纷扰世态，研多少法典律帙，多少积淀化险峻为安和。步伐总是匆匆，偶尔慢下来，你可愿沏一杯香茗，品一品岁月静好；蘸一笔浓墨，勾一笔曾走过的漫漫长路？

**定位：**律师在执业过程中的感悟、心得与思索，分享执业经验和执业技能，帮助新执业律师更快成长。

**征稿对象：**执业律师（执业10年以上）。

**字数要求：**1500—3000字左右。

### ★新锐手记

看着律政副长大的我们，终于也站上了梦寐以求的舞台。曾经埋下希望的种子，到如今梦想是否已开花；经历几年艰苦磨砺、风雨洗刷，是否还是豪气不减、仗剑天涯？少侠请留步，温酒话当年。

**定位：**青年律师写出自己在执业过程中的成长感悟与体会，给新入行律师以启迪。

**征稿对象：**执业年限较短的律师（执业1年以上）。

**字数要求：**1500—3000字左右。

### ★实习周记

“理想是石，敲出星星之火；理想是火，点燃熄灭的灯；理想是灯，照亮夜行的路；理想是路，引你走到黎明。”律师是一份神圣的职业，你是否曾经也怀揣律师梦？当你通过国家统一法律职业资格考试，成为一名律师实习人员后，是否还记得初心？

**定位：**律所实习人员在实习过程中的心得体会，或在律师学院学习过程中的所思所想。

**征稿对象：**律所实习人员。

**字数要求：**1500字左右。

### ★闲笔趣谈

大千世界赏赐给我们绮丽的风景，真可谓美轮美奂。当你在生命的旅途中悄然驻足，极目远眺，会被自然界四时的风花雪月构成的极致画卷所震撼。脱下律师袍，闲暇之余的你又在做些什么呢？

**定位：**写出律师执业之外的人文情怀、文化情趣及健康生活，反映一定的生活哲理，展现律师不一样的风采。

**征稿对象：**执业律师、律所实习人员。

**字数要求：**1500—3000字左右。

## 二、投稿方式

将文稿发至邮箱，邮件主题注明：投稿《上海律师》杂志，并提供作者简介（实习人员无需填写简介格式）、本人近照一张（着正装，非证件照，大小在1M以上），稿件和照片请以附件形式发送。

填写内容	填写说明
所在律师事务所	请写明律所全称，并注明身份（主任/合伙人/律师）
作者业务方向	不超过三个专业
律师行业内职务	指现在担任的职务，且填写不超过三个
律师行业外社会职务	指现在担任的职务，且只能填写一个
联系方式	请注明自己详细的联系方式，包括但不限于手机、座机、通讯地址（不会刊登在刊物上）

**邮箱：**tougao@lawyers.org.cn

**联系人：**许倩

**联系方式：**64030000-153

### 投稿小提示

律师投稿前，可参考往期《上海律师》相关栏目文章，登陆网址：<http://www.lawyers.org.cn/culture/shanghaiawyer>。



上海国际经济贸易仲裁委员会

Shanghai International Economic and Trade Arbitration Commission

上海国际仲裁中心

Shanghai International Arbitration Center

上海国际仲裁中心成立于1988年，是国内最早开展涉外仲裁业务的仲裁机构。目前下设中国（上海）自由贸易试验区仲裁院、上海国际航空仲裁院、金砖国家争议解决（上海）中心和中非联合仲裁上海中心等专业平台。

案件当事人遍及全球80余个国家和地区。除当事人主动履行外，仲裁裁决已在70余个国家和地区得到承认和执行。《仲裁员名册》共有仲裁员965名，分别来自74个国家和地区，其中“一带一路”沿线国家36个，中国内地仲裁员604名，占62.59%；外籍及港澳台地区仲裁员361名，占37.41%。

2016年，上海国际仲裁中心获评第6届《环球仲裁评论》（Global Arbitration Review）“年度最受关注仲裁机构”大奖，是迄今为止唯一获此殊荣的中国内地仲裁机构。2018年，经最高人民法院遴选，上海国际仲裁中心成为首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制的5家国内商事仲裁机构之一。

#### 示范仲裁条款

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交上海国际经济贸易仲裁委员会 / 上海国际仲裁中心进行仲裁。”

[www.shiac.org](http://www.shiac.org)

地址：中国上海市金陵西路28号金陵大厦7-8层（200021）

电话：86-21-63875588

传真：86-21-63877070

邮箱：info@shiac.org



上海仲裁委员会  
Shanghai Arbitration Commission

上海仲裁委员会是根据《中华人民共和国仲裁法》的规定，由上海市人民政府依法组建的常设仲裁机构。上海仲裁委员会以仲裁方式，独立、公正地处理平等主体的自然人、法人和其他组织之间的涉外及国内的合同争议和其他财产权益争议。

根据法律规定，当事人选择以仲裁方式解决争议，应当达成仲裁协议。如果您考虑选择由上海仲裁委员会作为解决争议的仲裁机构，请在订立合同时采用如下仲裁协议条款：

“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议，均应提交上海仲裁委员会按照该会仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的，对双方当事人均有约束力。”

#### MODEL ARBITRATION CLAUSE

“Any dispute arising from or in connection with this Contract shall be submitted to Shanghai Arbitration Commission for arbitration which shall be conducted in accordance with the Commission’s arbitration rules. The arbitral award is final and binding upon both parties.

地址：上海市威海路755号文新大厦23楼

电话：（8621）52920022

传真：（8621）22313917

邮政编码：200041

网址：[www.accsh.org](http://www.accsh.org)

Address: 23/F No. 755 Weihai Road Shanghai P.R.C.

Tel: 86 21 52920022

Fax: 86 21 22313917

Zipcode: 200041

Website: [www.accsh.org](http://www.accsh.org)



莲蓬

上海联合(临港新片区)律师事务所 王竞