

2024 年度优秀法律论文汇编



郑州市律师协会
二〇二五年五月

序 言

律师作为法律服务工作者，要具有丰富的法律知识和精湛的执业技能，其前提是运用法学理论独立分析、判断法律问题的能力。在法律服务市场不断升级、法律服务专业性要求持续提高的当下，律师的法学素养和法学理论水平决定了能否满足客户需求，提供更优质的法律服务。成为专家型、学者型律师是律师追求的职业目标。将执业过程中的法律经验积丘成山，上升到法学理论层面，是从法律服务“工匠”迈向法律服务“专家”的重要途径。

提升专业理论水平是律师服务走向高端前沿的必由之路。郑州市律师协会致力于律师行业规范化、专业化和品牌化建设，核心是专业化建设。随着法律服务领域不断拓展与融通，律师的专业研究领域范围也持续扩大和深化。传统的刑事辩护、民事诉讼、行政诉讼、公司、证券、金融、保险、建筑、房地产、企业清算与破产、知识产权等业务领域深耕研究之外，郑州律师在城市更新、企业合规、人工智能、新能源开发、数字科技、新型涉外等非诉讼法律服务前沿领域也进行了积极的探索和研究，作出了创新成果，展现出郑州律师优秀的专业能力，塑造了良好的专业形象。

为增强郑州律师的核心竞争力，推动律师专业理论研究，促进律师执业能力提升，2024年12月16日，郑州市律师协会发出《开展2024年度优秀法律文书、优秀法律论文评选活动》的通知。截止2025年1月20日，郑州市律师协会共收到

参选法律论文 79 篇，其中：刑事类 14 篇，民商类 51 篇，行政类 4 篇，非诉类 10 篇。郑州市律师协会组成评审委员会，按照评审规则和评审标准，从选题、格式与结构、语言表达、说理分析、法律适用、社会效果、查重率等七个方面对参选论文进行评审。经过初审、复审、专家评审等程序，最终综合评定优秀法律论文 21 篇，其中：一等奖 5 篇，二等奖 7 篇，三等奖 9 篇。

为发挥优秀法律论文的示范作用，促进郑州律师和律师事务所的业务交流与互动，践行勤勉尽责、精益求精、追求卓越的专业精神，郑州市律师协会将 2024 年度优秀法律论文汇编成册，供全市律师学习借鉴和参考。

在评审过程中，得到了郑州大学刘德法教授、郑州大学吕明瑜教授以及其他优秀同行的无私支持，在此一并表示感谢！

因时间仓促，论文汇编难免存在疏漏，欢迎大家批评指正。

郑州市律师协会
二〇二五年五月

编辑委员会

顾 问	杨雷法				
主 编	赵虎林				
副主编	冯明辉	李 韶	白永理	朱秀峰	李燕燕
	朱 丹	李国旺	王 宏	王振洋	史浩洁
编 辑	何红艺	余文锐	郭超毅	生 辉	李梦翔
	李红新	冯振国	李桂萍	李连武	刘薇薇
	田 兵	黄荣士	杨成斌	袁 伟	高 华
	董 彬	代福华	袁军房	王水力	赵书瑞
	何淑娟	李祥文	孟淑慧	唐建科	寇 华
	金 洁	张静静	郑培乐	司爱军	刘 宾
	吕林坡	张祖勤	李新颖	张文凤	陈红岩
	马娜娜	杨 琛	苗伟峰		

目 录

民 事 篇

1. 基金投资维权法律问题研究	
——北京观韬（郑州）律师事务所 金 浩	2
2. 基本医疗保险基金先行支付问题研究	
——上海江三角（郑州）律师事务所 李国庆.....	15
3. 新《公司法》视角下股东抽逃出资的认定	
——北京金诚同达(郑州) 律师事务所 赵世峰 王颖颖.....	24
4. 公司解散纠纷案件裁判规则实证研究	
——河南正臻律师事务所 李永强 徐紫阳.....	30
5. 浅析让与担保交易中名义股东是否需要承担出资责任	
——北京天元（郑州）律师事务所 田 兵 焦永涛.....	41
6. 浅析实际施工人行使代位权的范围问题	
——河南仟问律师事务所 王 莎	49
7. 建设工程担保法律体系存在问题与优化研究	
——上海市浩信（郑州）律师事务所 彭崇志	58
8. 新《公司法》视角下的公司治理思路	
——北京市盈科（郑州）律师事务所 陈 磊.....	64
9. 股东损害公司利益赔偿纠纷实务案例评析	
——北京观韬（郑州）律师事务所 鲁迎旭.....	68

10. 信托在破产重整程序中的运用探析 ——河南仟问律师事务所 李可可	75
11. 不同情形下发包人因工程质量异议启动质量鉴定程序司法实务探析 ——河南国基律师事务所 凌 聰.....	81
12. 新《公司法》视角下股权代持的效力及规制 ——北京金诚同达（郑州）律师事务所 赵世峰 刘 真.....	89

非诉篇

13. 新公司法对破产实务的影响——以法人人格横向否认与关联企业合并破产为视角 ——河南天基律师事务所 刘海娇	95
14. 中小微企业的“破”局之路——以一破产重整案件为视角切入 ——北京德恒（郑州）律师事务所 徐耀亮.....	104
15. 论律师在股权收购中的印章交接法律实务——以律师为收 购方提供法律服务为视角 ——河南金色世纪律师事务所 朱中辉.....	112

行政篇

16. 第三人侵权与基本医疗保险支付的政法机关协作研究 ——北京京都（郑州）律师事务所 汪棋佩	119
17. 农村集体资产管理制度改革探析	

——上海段和段（郑州）律师事务所 司爱军 周依林.....129

刑 事 篇

18. “执行型”虚假诉讼罪追诉期限刍议

——上海段和段（郑州）律师事务所 李权民 路涵钰139

19. 论行政执法证据进入刑事诉讼程序问题

——北京市盈科（郑州）律师事务所 蒋军堂.....148

20. 案涉虚拟货币的司法处置：困境与突破

——河南鼎卿律师事务所 薛少卿 冯静雯156

21. 自动驾驶汽车交通肇事的刑事责任规制

——北京市中创（郑州）律师事务所 王玉博 马战勋 王懋恒170

民事篇

基金投资维权法律问题研究

——北京观韬（郑州）律师事务所 金洁¹

摘要：本文深入探讨了基金投资维权中的法律问题，分析了经济下行期基金爆雷频发背景下，投资人维权的多种途径及其面临的挑战。文章首先讨论了刑事报案的必要性和困难，指出经济犯罪与经济纠纷界限模糊、法律规定不明确、案件性质复杂以及警力资源有限等因素导致基金犯罪立案不易。接着，文章探讨了先刑后民还是刑民并行的选择问题，强调了“同一事实”是决定审理方式的核心标准，并分析了不同情况下的程序选择。此外，文章还讨论了侵权与合同违约的区别、义务来源的确定、刑事证据在民事案件中的使用以及损失认定等问题，结合实际案例提出了相应的解决思路和建议。最后，文章总结了基金投资维权案件的复杂性和多样性，强调了司法实践中对这些问题的逐步探索和突破。

关键词：基金投资维权刑事报案 民刑交叉 侵权与合同 损失认定

引言

经济下行期，基金爆雷频发，投资人损失惨痛，维权行动势在必行。维权行动前，需要考虑几个问题：侵权行为是否涉嫌犯罪？维权途径采取刑事报案，还是民事诉讼？如果采取民事诉讼，是依合同诉违约，还是依法律规定诉侵权赔偿？如果涉及民刑交叉案件，刑事证据能否在民事案件中使用？起诉赔偿金额又如何确定？

一、刑事报案

基金维权若有犯罪嫌疑，应首先考虑刑事报案，经过公安机关侦查，能查清事实，还原真相，有利于挽回损失。

在基金投资中，大多数投资人对基金管理人基金所投项目、时间、对价、决策过程、项目进展等信息了解非常有限。除了基金协议有特别约定外，基金管理人只需向投资人披露一张基金估值表即可符合监管要求。基金估值表仅仅是一张基金的资产负债表，只能静态反映基金财务现状，难以反映基金财务状况形成的过程和产生损失的原因，而基金财务状况形成过程和损失产生原因恰恰是确定责任承担的重

¹ 金洁，女，1982年，中共党员，北京观韬律师事务所全球权益合伙人，北京观韬（郑州）律师事务所党支部书记、高级合伙人。研究方向：公司与证券、并购重组、投融资、商事争议解决、破产清算。

要依据。公安机关通过侦查可以还原过程和确定损失原因，进而确定责任承担主体。

关于刑事报案，《公安机关办理刑事案件程序规定》规定如下：

第一百七十条 公安机关对扭送人、报案人、控告人、举报人、投案人提供的有关证据材料等应当登记，制作接受证据材料清单……。

第一百七十二条 公安机关接受案件时，应当制作受案登记表和受案回执……。

第一百七十四条 对接受的案件，或者发现的犯罪线索，公安机关应当迅速进行审查。发现案件事实或者线索不明的，必要时，经办案部门负责人批准，可以进行调查核实。调查核实过程中，公安机关可以依照有关法律和规定采取询问、查询、勘验、鉴定和调取证据材料等不限制被调查对象人身、财产权利的措施。但是，不得对被调查对象采取强制措施，不得查封、扣押、冻结被调查对象的财产，不得采取技术侦查措施。

第一百七十八条 公安机关接受案件后，经审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任，且属于自己管辖的，经县级以上公安机关负责人批准，予以立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实公安部规章显著轻微不需要追究刑事责任，或者具有其他依法不追究刑事责任情形的，经县级以上公安机关负责人批准，不予立案²。

这明明白白，一环套一环的办理刑事案件程序规定，在基金犯罪立案中落地起来却实属不易。究其原因既有经济犯罪案件的共性，亦有基金案件的个性，归纳大致如下：

(一) 经济犯罪与经济纠纷的界限模糊。关于经济案件定性属于经济纠纷还是经济犯罪，这是个永恒的灵魂拷问。办案机关虽不再用早些年惯用的“有合同就是经济纠纷”的说辞来打发报案群众，但这话的“阴魂”从未走远……。

基金案件中往往不仅有制式齐整、条款完备的基金合同，还对管理人进行了登记，对基金进行了备案，给经济犯罪增加了层合法的“坚壳”，与经济纠纷更牵扯不清。

在“两高”印发的《依法从严打击私募基金犯罪典型案例》中首个案例的典型意义即为，私募基金管理人经登记、私募基金进行备案或部分备案的不影响对于非法集资行为“非法性”的认定。案例采用穿透式审查认定思路，截断犯罪分子因穿上“私募”伪装而逃避制裁的路径。“两高”的典型案例固然能起到积极的指引作用，但一物看两面，凡大力倡导的往往具有非常骨感的现实。“穿透式审查”背后

² 《公安机关办理刑事案件程序规定（2020修正）》，2020.07.20:170条，171条，174条，178条。

是高昂的侦查成本、丰富的专业知识和经验要求、难以收集和固定的证据，这也是其不得不面对的现实。

（二）法律规定不明确。在某些情况下，法律对经济犯罪的定义和立案标准不够具体，不同地区，不同级别的公安机关，可能对立案追诉标准有不同的理解和执行，导致公安机关在立案时存在犹豫和不确定性。

近年来，最高法、最高检、公安部一直在通过出台文件、发布指导案例、会议纪要等形式，使经济案件的立案、审判标准更加明确，主要如下（金融类）：

2017年12月，最高检、公安部印发《关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》；2019年，最高法《民商事审判工作会议纪要》（九民纪要）中关于金融审判、刑民交叉的专门论述；2019年6月，最高法、最高检《关于办理操纵证券期货市场刑事案件适用法律问题若干规定的解释》；2019年6月，最高法、最高检《关于办理利用未公开信息交易刑事案件适用法律若干问题的解释》；2022年4月，最高检、公安部修订《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》；2023年全国法院金融审判工作会议上，最高法专职委员刘贵祥大法官发表的题为《关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题》的讲话；2023年12月，最高法、最高检联合发布《依法从严打击私募基金犯罪典型案例》；2023年12月，上海金融法院、上海证监局联合发布十件涉私募基金典型案例；2024年6月，最高法发布了5个财务造假案例；2024年8月，最高检印发《关于办理财务造假犯罪案件有关问题的解答》；2024年8月，最高法、最高检发布《关于办理洗钱刑事案件适用法律若干问题的解释》；以及北京、上海等金融发达地区的中院、高院、金融专门法院的典型案例、问答等。

前述文件的出台使立案和审判标准更加清晰，但公、检、法部门理解、悟透、会用且能够做到协同行政监管部门齐头并进地统一认识、统一运用这些2019年之后集中出台的新文件，尚需时间、过程、案件历练。

（三）案件性质复杂。基金犯罪往往涉及复杂的经济活动和法律关系，罪与非罪的界限不明确，需要专业的知识和丰富的经验来判定。

地区经济发展的不平衡决定了，北上广深存在较多的基金证券业务，中西部省份业务较少，配套的制度和机制少，形成的案例少，相关部门有处理经验的人也少。这类案件却恰恰是对办案人员业务能力要求最高的一类，在经办人员的知识储备方面需要既懂刑法、刑事诉讼法，又要懂公司法，还要懂得证监会、金融监管局等监

管机构众多、复杂、甚至前后不一的规定，懂得了，才能正确把握责任方的权利和义务。从而确定违不违法？犯不犯罪？实践经验上，对经办人员业务综合处理能力要求较高，需要知道相关金融机构和监管业务流程和办事规则。

目前来说，二线城市的法律圈，不管是公、检、法，还是律师，能厘清基金证券业务的人不多，称得上专业的更是寥寥。这与人员素质没关系，主要是缺乏经验。办案是个手艺活，是靠案件堆叠磨出来的，办案经历少就会手生。

基金等金融类的复杂案件一般不由主办个人决定，立案、侦查、起诉和审判的过程中，都涉及集体讨论、决策，在没有专业权威的情况下，观点不易统一，讨论难以达成一致，拿不准的事儿，争议大的事，往往会配套一个最保守的想法—“能不干就不干了吧”，这就导致基金类案件立案不易。纵观被获立案的基金犯罪案件，往往具有牵涉面广、涉案人数多、涉案金额巨大、社会影响恶劣等特征，不少有政府成立专门工作组，政法委牵头，纪委督办，公、检、法共同研讨的机制，才终能成案。小规模非涉众的案例，启动不了部门协同机制，则难以立案。

（四）警力资源有限。公安机关的警力资源有限，可能需要在多个案件之间进行权衡，对于一些看似复杂或者是难以侦破的经济犯罪案件，可能会暂时搁置。

从上可知，公安机关受案不容易。只有一定程度上达到事实清楚、证据确凿的案件才容易被公安机关受案，这需要当事人在报案之前做好充分的证据准备。

首先，考虑与对方接触沟通获取信息，并不是说因为立场相对而完全没有机会获知想要的内容。基金管理公司作为法人机构，是人的集合体，不同的人持有不同的看法、态度是很正常的，通过私人的或者通过基金合同中约定的基金份额持有人大会、管理人履行信息披露义务等规定途径，尽可能了解信息、获取证据。

其次，民事起诉的立案门槛低，基本上是有案必立，也可考虑先进行民事立案，案件分配到主审法官后，向法官申请律师调查令或申请法官依职权调取，据此向基金业协会、托管人、券商等相关机构调取基金的投资、管理、资金、财务情况等资料，分析其异常之处。如果能通过民事诉讼直接实现诉求更好，如果证据不足以支撑，也可向法院申请将犯罪线索移送公安机关。以上方案都不可行的，可暂时撤回起诉，另想办法。

再次，也可考虑，向基金业协会、证监会、金融监管局等监管部门举报反映情况，通过监管部门的回复获取情况。但这个路径具有的副作用是，监管部门对待此类举报，未必会做深入调查，可能是只简单的询问与了解，即作出回复，如果被认

定举报对象没有问题，反而会成为对方证据。对于利益输送、操纵、信息泄露等比较隐蔽的犯罪行为，举报不成的风险尤其大些，需要结合具体情况来分析使用。

总之，投资人应充分认识到刑事立案的难度，穷尽可能方法与路径，力求达到刑事立案的证据标准，将案件送入刑事程序。

二、先刑后民，还是刑民并行

基金类犯罪往往涉及的资管产品不一、侵害人数众多、涉及地域广，多地公安机关都有管辖权，都有可能对犯罪嫌疑人立案。先立案先查封的公安机关，有时出于维护首封优势、优先实现减少本地受害人损失、缓解信访压力等等各种考量，并不一定会接受异地公安机关的并案要求，而刑事程序要求犯罪嫌疑人到案后才能移送检察院审查起诉，再到法院审判。如此，投资人所在地公安机关可能需要排队等候犯罪嫌疑人到案，三年、五年，甚至更久。

如果民事被告主体与刑事犯罪嫌疑人并不完全一致，除犯罪嫌疑人外的其他被告具有赔偿能力，且案件符合刑民并行条件的话，在公安机关取得大量有利证据后，也可以考虑通过民事诉讼来救济。

关于民刑交叉案件的程序选择标准，最高法专委刘贵祥在题为《关于金融民商事审判工作中的理念，机制和法律适用问题》的讲话中，表述得最为清楚，内容如下：

根据民事诉讼法和有关司法解释的规定，人民法院审理民刑交叉案件，主要采用刑事程序吸收民事程序、“刑民并行”和“先刑后民”三种审理方式。这三种审理方式的基本划分标准是：刑事案件与民事案件涉及“同一事实”的，原则上应通过刑事诉讼方式解决，刑事程序吸收民事程序，投资人通过刑事追赃和退赔；不属于“同一事实”的，刑事和民事案件分别审理，“刑民并行”；在“刑民并行”的案件中，如民事案件必须以相关刑事案件的审理结果为依据，民事案件中止审理，“先刑后民”。

民刑案件是否构成“同一事实”，是选择刑事程序吸收民事程序还是“刑民并行”程序的核心标准。总体上看，民事案件与刑事案件的主体相同，且案件基本事实存在竞合或者基本竞合的，可以认定民事案件与刑事案件构成“同一事实”。民事案件当事人双方与刑事案件的主体不一致的，不能认定为“同一事实”。如银行柜员将储户交付的存款私吞，涉嫌构成吸收客户资金不入账罪，储户为犯罪被害人；虽银行并非刑事案件的犯罪嫌疑人，但民事案件中储户以储蓄存款合同起诉银行的，

人民法院应予受理。另定罪量刑的事实与民事案件的基本事实无关的，即使主体相同，也不构成“同一事实”。

在“刑民并行”过程中，如民事案件的审理必须以刑事案件的裁判结果为依据，民事案件应当裁定中止审理，采取“先刑后民”模式。主要包括：一是民事案件的事实认定或者民事责任承担，需要以行为人所涉刑事案件处理结果为依据的，如保险人以被保险人故意犯罪导致其伤残或者死亡而拒赔的，在刑事案件审理结果作出前，民事案件应当中止审理。二是民事基本事实明显依赖于刑事诉讼查证的，如存款人所持存单与银行记账不符，且存在额外获取高息行为，存款人是否与涉嫌违规出具金融票证罪的银行工作人员存在共谋这一事实，民事案件难以查清且依赖于刑事诉讼查证的事实，此时应当中止审理³。

除了刘贵祥专委的讲话，关于刑民交叉的内容在具有普遍指导意义的文件中也有论述，《九民纪要》第十二 关于民刑交叉案件的程序处理 128.【分别审理】的主要标准也是“同一事实”，“先刑后民”标准亦是“民商事案件必须以相关刑事案件的审理结果为依据”。虽不似刘专委讲的那么细致，但标准是一样的。为了纠偏，《九民纪要》还特别指出“审判实践中出现的问题是，在上述情形下，有的人民法院仍然以民商事案件涉嫌刑事犯罪为由不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉。对此，应予纠正。”

《九民纪要》对法院审判工作的纠偏，也反映了法院的惯常做法。在法院的通常观念里面还是倾向“刑事吸收民事”“先刑后民”的。毕竟由公安机关专业侦查的证据的深度、广度、事实还原度都超过了民事审判的当事人的自行举证，刑事吸收民事或先查清刑事案件后民事再审，不会出现民刑证据打架的尴尬。加之民事案件本来就很多，法院不胜压力，所以很多民事案件只要跟刑事有关系，就被驳回起诉或中止审理了。

近年来，随着法院政策文件对“刑事吸收民事”“先刑后民”标准的划定，加上醉驾案件（醉驾受害人基于需保险公司垫付医药费的迫切性，民事起诉程序等不了在醉驾刑事案件审结完毕之后进行）的民刑并行普遍推行，法院对待“民刑并行”越来越宽松了。

基金犯罪案件中，涉嫌犯罪的通常是基金主要负责人等自然人，并非基金公司

³ 《刘贵祥：关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题》：最高人民法院司法案例研究院，2023.02.09。

本身；加上如果投资人以托管人、券商等基金之外的主体为被告，与刑事案件并不是同一被告；事实上也不尽相同，亦不需要以刑事案件的审理结果为依据；应尽早考虑通过民事手段挽回损失。

三、侵权还是合同

基金纠纷涉及管理人、托管人、销售机构、投资标的公司等多方主体，各主体之间的法律关系和权利责任分配较为复杂。总体上说，管理人等机构义务分为两类。

第一类是在基金销售阶段，管理人及其代销人主要负有风险揭示义务，不仅要向投资人告知基金产品共性风险，还负有告知某种或某支基金特别风险的义务【上海金融法院，上海证监局联合发布十件涉私募基金典型案例 案例二 潘某诉某资产管理有限公司私募基金合同纠纷案】和适当性义务（即应当根据投资人的风险识别能力和风险承担能力，向投资人销售与其风险承受能力匹配的基金产品）。在法律上，让投资人“买者自负”风险的前提是：卖方将适当的金融产品卖给适合的人，对象不对，事情自然也就不对；其次，通过风险揭示，让投资人知晓他买的是什么，只有买的时候信息对称，真正了解产品风险，做出的决定才是投资人的真实意思，投资人才应该自担风险。所以从判例上看，基金管理人及相关机构违反这两项义务，是需要全额赔偿投资人的，既要赔偿投资人的本金损失也要赔偿利息或预期收益。

第二类在基金的投资管理过程中，对投资人承担信义义务，包括不得为侵占、挪用基金财产、未按约定用途投资、投资项目虚假、资金池运作、利益输送等有损投资人利益的消极行为，还包括需向投资人履行信息披露、风险管理、合规投资、持续监督、退出和清算义务的积极行为。这些义务在基金合同上会有约定（见私募投资基金合同指引），在法律法规、监管规则里也有规定。管理人违反这些义务，要根据其不当行为具体造成投资人多大损失来确定其应承担的赔偿责任。

前述义务一般是既有合同约定，也有法律规定，投资人在请求赔偿时，可以主张合同权利，也可以请求侵权损失。起诉前，需要确定诉讼思路。投资人主张合同权利，举证责任比较简单，只需证明被告有违约行为并造成损失即可，无需证明对方有无过错。

主张侵权，举证责任复杂些，除了需证明被告有违法行为、损害结果、违法行为与损害结果之间有因果关系，还需证明被告具有过错，包括故意和过失。故意是行为人明知自己的行为会发生侵害他人权益的结果，并且希望或放任这种结果发生的主观状态；过失是行为人应当预见自己的行为可能发生侵害他人权益的结果，因

为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免的主观状态。被告的主观状态还会涉及过错推定责任和无过错责任原则，如此这般，案件的复杂性就翻了倍。

但主张侵权，可以突破合同相对性，向没有合同关系的其他责任方起诉，包括嵌套模式下次级管理人【上海金融法院，上海证监局联合发布，十件涉私募基金典型案例 案例五 戴某诉某科投资管理公司等侵权责任纠纷案】，还可以根据被告的行为、过错程度、造成的损害的原因力大小等情况决定是否一并起诉，在同一个案件中解决，不必累诉。如果责任方有意思联络的话，还可以主张共同侵权，要求他们承担连带责任，弥补个别被告责任能力不足的问题。

这里有个细节问题，财产权利遭受侵害，主张侵权时是没有细分案由的。立案时，定的是大类案由“侵权纠纷”，除了刚才那个案例还有其他案例佐证，如果管辖法院处理基金侵权不多的情况，可能需要跟立案庭沟通。

总之，基金类案件，投资人在起诉时，应该从向谁诉、诉什么、谁有能力赔、证据怎么样等方面考量，先把起诉的大方向定了，是走合同之诉，还是侵权之诉。

四、义务来源

法律、行政法规是无争议的义务来源，但金融民商事审判中对金融监管规章的适用问题，一直富有争议，且实践中把握尺度不一。刘贵祥专委在《关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题》中对此问题的观点如下：

(一) 金融规章一般不能作为认定金融合同无效的直接依据，但可作为判断是否违背公序良俗的重要依据或理由。

规章中关于维护金融市场基本秩序、维护金融安全、防控系统性金融风险的禁止性规定，可以用来识别是否违反公序良俗，进而确定合同效力。如果金融监管规章是根据上位法的授权或落实法律、行政法规的强制性规定而制定的具体规定的话，有明确的上位法依据，这种情况下，合同违反法律、行政法规的强制性规定，可以认定无效。

刘专委还提到，要避免“公序良俗”条款泛化，但实务操作中，因违反了监管规定，被认为“损害了金融市场秩序、金融安全”等公共利益，进而认为合同无效的判决比比皆是。

(二) 金融监管规章不能作为认定合同效力的直接依据，但可作为认定民事权利义务及相应民事责任的重要参考。金融法律、行政法规无法完全适应金融行业日

新月异的快速变化，金融监管规章可以及时补位，填补监管理制度漏洞⁴。法院以监管规章裁判，符合金融市场交易主体预期。很多情况下，法院除了借鉴监管规章，还会借助规范性意见、业务规则判断责任归属。

最高检于2024年8月发布的《关于办理财务造假犯罪案件有关问题的解答》中“一、总体问题”中讲，认定公司、企业的信息披露义务，除应当依据《公司法》《证券法》等位阶比较高的法律外，还将《首次公开发行股票并上市管理办法》《上市公司证券发行管理办法》《公司债券发行与交易管理办法》《企业债券管理条例》《公司信用类债券信息披露管理办法》《可转换公司债券管理办法》《存托凭证发行与交易管理办法（试行）》《境内外证券交易所互联互通存托凭证业务监管规定》《非上市公司公众管理办法》等规章亦作为“应当依据”的认定相关主体的义务来源，并且将上市规则以及证券交易所制定的具体信息披露指引等作为“可以根据”的义务来源。刑事案件尚且可以将规章、指引、规则等位阶较低的规定作为犯罪行为的衡量尺度，“举重以明轻”，民事诉讼理应将监管规定作为确定民事权利义务、民事责任的依据。

综上，金融监管规定是构建民事主体权利义务体系的重要部分，熟知这些庞杂而繁多的监管规定是做金融、基金业务的基本功。

五、刑事证据是否可以移送到民事案件中使用

至于刑事证据是否可以移送到民事案件中使用？答案是肯定的。

《最高人民检察院、公安部关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》

第二十一条 公安机关在侦查过程中、人民检察院在审查起诉过程中，发现具有下列情形之一的，应当将立案决定书、起诉意见书等法律文书及相关案件材料复印件抄送正在审理或者作出生效裁判文书的人民法院，由人民法院依法处理：

（一）侦查、审查起诉的经济犯罪案件与人民法院正在审理或者作出生效裁判文书的民事案件属于同一法律事实或者有牵连关系的；

（二）涉案财物已被有关当事人申请执行的。

有前款规定情形的，公安机关、人民检察院应当同时将有关情况通报与办理民事案件的人民法院同级的人民检察院。

公安机关将相关法律文书及案件材料复印件抄送人民法院后一个月以内未收

⁴ 《刘贵祥：关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题》：最高人民法院司法案例研究院，2023.02.09。

到回复的，必要时，可以报告上级公安机关⁵。

仔细研究这条民刑交叉的规定时，我们可得知：

1. 移送的时点：不是必须得刑事法庭对证据质认、刑事案件审完了，才能移送给法院，侦查过程中、审查起诉过程中都可以移送。2. 不是可移可不移，而是“应当”，就是必须移送给民事在审法院。3. 移送的不只是立案决定书、起诉意见书，而是包括相关案件材料复印件，是全案移送。

虽然法条对于刑事证据移送规定得清清楚楚，但是涉及到不同单位之间协作，不按法律规定执行的情况时有发生。有的公安机关秉持“公、检、法是一家，都是为了办案，配合将相关材料移送给法院”的态度，采取法院开给律师调查令，公安贴条一密封就交由律师转交法院、公安机关直接邮寄或交传给法院的方式进行移送。而有的公安机关，依据保密规定和惯例，仅仅移送立案决定书、起诉意见书。公安机关不配合移送的背后，坚持的还是“先刑后民”的思路，大意就是告诉法院，“刑事案件正在审理，民事审理程序先暂行搁置”。还有的公安机关纠结于是公安去送，还是法院来调，能否经律师之手？移送的证据如果对一方有利，另一方不利，会不会涉嫌用刑事手段干扰民事诉讼？等。

这些林林总总的，大部分都不言自明。公安机关的上述顾虑中的最后一个确实值得探讨。

作者认为，如果刑事侦查、起诉中不存在其他程序或实体瑕疵，仅从证据本身来讲，证据是客观存在，只是公安机关发现了、收集了，证据移送仅是在空间上的位移，对证据属性造不成影响，也动不了案件的根本。移送到法院后，和其他证据一样，需经原被告双方举证和质证及法院的认证，才能确定其证明力。并非会因为来源自公安机关，就自带“加持神力”。采信与否，还在法院，侦查机关无需多虑。

六、损失如何认定

民事赔偿遵循“填平原则”，即权利人因为侵权人的行为损失了多少，侵权人承担多少赔偿责任，补平为准。原告因被告行为到底损失了多少？是民事诉讼中决定原告获赔数额的关键，是刑事诉讼中决定犯罪嫌疑人定罪量刑的关键。

有些情况下，损失难以确定。比方说笔者曾经遇到的一起私募证券投资基金管理人高买低卖数支债券，辗转数手，向关联方输送利益，造成投资人亏损。

⁵ 《最高人民检察院、公安部关于公安机关办理经济犯罪案件的若干规定》，2017.12.19发布：第21条。

这种交易中，价格是可以被拆分为两部分，一部分是行业形势下滑形成的正常亏损，另一部分是高买低卖形成的不正常亏损（当然，也有人不认同这种两分法，主张既然有主观恶意下进行的高买低卖，应该对该行为引起的全部后果承担责任，不区分正常亏损和不正常亏损，笔者亦认同此种看法，在民事诉讼中固然可以这样“按堆”认定。但刑事案件中，公安机关出于谨慎考量，还是倾向于具体到“元角分”）。经过多手交易，多个环节，债券价格起起伏伏，具体到不当行为引起的不正常亏损到底有多少？实难确定。损失难确认，会造成结案难，结案难也会逆向导致经济刑事案件立案难。

令人欣喜的是，刑事案件损失认定“元角分”标准，在近期出台的最高检印发《关于办理财务造假犯罪案件有关问题的解答》有突破。该解答第四部分 如何认定“直接经济损失”讲，“对于虚假陈述侵权民事赔偿案件，已经有生效判决的，可以参照民事判决对直接经济损失作出认定，直接经济损失数额难以准确计算的，应当依法委托专门机构出具测算报告，予以审查认定。”不论是民事赔偿，还是专门机构的测算，实质是都是“近似正确”。对当前的金融犯罪形势来说，“近似正确”远胜于“精确的无为”，精确的“元角分”标准已经成为立案难、结案难的重要原因，过于执着于精确的数字，相较于打击金融犯罪、维护金融秩序亦是本末倒置了。

基金类民事案件中关于损失认定，新的突破和尝试亦在徐徐展现。

基金投资人起诉管理人要求赔偿损失时，对于投资人损失的认定是否依赖于管理人对基金进行清算，一直存在较大争议。之前主流观点认为基金不经清算，就无法确定具体损失数额，可能在受理阶段就直接被法院驳回起诉，或在实体审理阶段驳回原告或申请人的诉讼请求，告知投资者在基金清算完毕后如有损失，再另行起诉。

但上海金融法院曾在(2021)沪74民终1113号上海钜派投资集团有限公司与杨某某其他合同纠纷(钜派案)民事二审案件民事判决书中表达了，“基金的清算结果是认定投资损失的重要依据而非唯一依据，没有其他证据足以证明投资损失情况的，人民法院可以依法认定损失。”一、二审法院基于以下原因，支持了基金未清算状态下原告的赔偿请求。

首先，根据上诉人钜洲公司发布的《临时信息披露公告》及庭审查明事实，案涉基金资产已被案外人恶意挪用，涉嫌刑事犯罪，且主要犯罪嫌疑人尚未到案。

其次，《基金合同》约定，案涉基金的权益基础为明安万斛 E 公司明安万斛对卓郎智能 F 公司卓郎智能的股权收益。现明安万斛 E 公司明安万斛并未依照基金投资目的取得卓郎智能 F 公司卓郎智能股权，合同约定的案涉基金权益无实现可能。

同时，根据《基金合同》中约定的清算程序，由清算小组统一接管基金财产，并在基金财产清理、确认债务债权后，对剩余财产进行分配。而现实情况是，募集的基金资产已经脱离管理人控制，清算小组也未接管基金财产。因此，考虑到基金清算处于停滞状态，无法预计继续清算的可能期限，且无证据证明清算小组实控任何可资清算的基金财产，如果坚持等待清算完成再行确认当事人损失，不具有现实可行性，本案亦无须以相关刑事案件的审理结果为依据。

如上，一审判决认定当事人损失已经固定，以投资款、资金占用利息作为两上诉人赔偿范围，并无不当。上诉人之后在基金清算过程中获得的清偿部分，应当在钜洲公司、钜派集团的赔偿金额中予以扣除。

由上可见，随着基金等资管产品投资者索赔案件数量和类型的增加，司法机关也认识到了，如果不加识别的一概将清算作为投资者损失认定的前提，甚为不公。基金财产由管理人掌管，清算也是管理人的职责，管理人不配合进行清算或以消极方式拖延基金清算的情况下，投资者往往单方面难以启动清算程序，如果强求以基金清算，作为认定投资者损失的前提，将形成对管理人的负向激励。

在管理人存在重大过错且基金财产价值极为有限的情况下，虽未清算，仍可支持投资人的请求的类似观点，在（2021）沪 0120 民初 12549 号、（2022）津 02 民终 1733 号案例中也有所体现。

从实务案例看，基金赔偿仍以“清算为原则，不清算为例外”。如果基金虽未清算，但存在以下情形的，法院可以依法先行确定投资者的赔偿范围。

首先，管理人违反合同约定或者法律规定，依法应该对投资者的损失承担赔偿责任。

其次，基金资产已被挪用涉嫌刑事犯罪，主要犯罪嫌疑人没有到案，刑事案件审结期限无法确定。

再次，基金合同约定的基金权益基本无实现的可能性。

最后，基金清算处于停滞状态，无法预计，但有其他足以证明投资者损失的情况。

总之，法院可以从管理人履职可能性、基金清算可行性、清算获益概率、证明

损失的其他证据等方面判断必须以清算为赔偿前提条件，对原告是否公平，如若不公，可以例外。

七、结语

本文粗略地分享了金融刑民交叉类的维权案件的心得，适用于初步分析案情、确定案件大致处理方向与思路的阶段，具体的争议类型、相关规定下的权利义务分配情况、如何举证等留待后续有机会再行讨论。

基本医疗保险基金先行支付问题研究

——上海江三角（郑州）律师事务所 李国庆⁶

摘要：基本医疗保险基金的先行支付，在法律上产生了医保基金对第三方责任人的追偿权。从法理上看，追偿权的性质应理解为参保人对第三方责任人的“法定债权转移”。在医保基金先行支付具体的实务操作中，需要重点解决第三方侵权责任人的先行支付抗辩权、“第三人不支付”规定的不明确、先行支付中的时限规定缺失、参保人隐瞒事实的法律责任等一系列法律适用问题。

关键词：基本医疗保险基金 先行支付 追偿权

引言

我国 2010 年的《社会保险法》第三十条第二款规定了基本医疗保险基金的先行支付制度，“医疗费用依法应当由第三人负担，第三人不支付或者无法确定第三人的，由基本医疗保险基金先行支付。基本医疗保险基金先行支付后，有权向第三人追偿”。基本医疗保险基金的先行支付，是对符合法定条件的医疗保险参保人进行的先行补偿，使参保人可以快速地获得医疗保险待遇的给付，具有制度上的正当性。基于《社会保险法》三十条有关医疗保险基金先行支付的规定以及《社会保险法》第四十一条有关工伤保险基金的先行支付制度，人力资源和社会保障部曾于 2011 年专门制定了《社会保险基金先行支付暂行办法》（以下简称：《暂行办法》），以进一步明晰社保基金的先行支付问题。但从实务操作上来看，基本医疗保险基金在先行支付过程中仍存在诸多需要厘清的问题。

一、医保基金先行支付的基本原理

依据《社会保险法》的规定，医保基金的先行支付发生于医保费用应由第三人负担的情况下。在实践中，参保人医疗费用的支出的原因之一来自于第三方侵权所致。在交通事故、医疗事故或者可归责于第三方的侵权责任事故中，第三方责任人的侵权行为会导致参保人的人身伤害，进而产生医疗费用。在此种情况下，基于基本医疗保险参保人和侵权案件中受害人的双重身份，也自然产生了参保人对于基本

⁶ 李国庆，男，中共党员，上海江三角（郑州）律师事务所兼职执业律师，副教授，法学博士，硕士研究生导师，郑州市律师协会劳动与社会保障专业委员会副主任。

医疗保险基金的医疗费用给付请求权和对于侵权人的侵权损害赔偿请求权两种权利，出现了请求权的聚合。“请求权之聚合者，谓当事人对于数种以不同之给付内容之请求权，得同时并为主张之”。⁷依据民法有关请求权聚合的处理原理，在两个请求权聚合之时，参保人此时可以同时或者先后，就全部或者个别的请求权进行权利主张。但是，依据《社会保险法》第三十条第二款的规定可知，在医疗费用依法应当由第三人负担的情况下，基本医疗保险基金在先行支付医疗费用之后取得了向第三人的追偿权。这种先行支付的制度设计很明显否认了参保人实现医疗费用给付请求权之后可以继续向第三人主张侵权损害赔偿请求权，而是产生了一个医保基金的追偿权。

从理论上来讲，这种规定的原因，其一，在于禁止双重受益。民事法律责任设置的主要目的在于弥补损失，医保参保人不可以从同一违法行为中获得额外利益。“在自然法上，任何人因他人之损失，而得利益，不为正当”。侵权损害赔偿和医疗费用的医保基金补偿，都是针对参保人人身伤害的一种弥补，因此，在法律制度中，应首先排除参保人双重受益的可能性。追偿权的存在，实质上使参保人在获得医保基金的先行支付之后，丧失了继续向第三人主张侵权损害赔偿请求权的可能。第二，有助于发挥医保基金的分散风险功能。基金存在的原理在于通过互助共济来实现风险的共担，医保基金代表了所有社会成员的整体利益，如果允许使用具有共济功能的基金资金来补偿因第三人侵权责任而产生的损失，一方面使侵权第三人脱责，侵权法预防和惩戒的功能无法发挥，也会弱化基金的分散风险功能。这也就是在保险法中采用与追偿权类似的“代位求偿权”法律规定的原因。“社会保险基金追偿权的设置，为社会保险制度永续发展所必需，实现了法律关系各方主体的利益在社会整体层面的均衡，社会保险基金追偿权正当性基础亦深植于此。”⁸其三，从权利根源上来分析，参保人对基本医保基金所享有的给付请求权（参保人要求医保基金先行支付的权利也是一种给付请求权）是医疗保险权的一个重要权能。而医疗保险权本身是公民的基本权利，是生存权，是公民要求国家履行积极帮助义务的一种社会权，与民事权利中债权性质的侵权损害赔偿请求权相比较，具有权益上的优先性。因此，这种权益的优先性使医疗保险的先行给付请求权在行使之后能够转化为医保基金对第三方侵权责任人的追偿权，而侵权责任人在承担了侵权赔偿责任

7 王泽鉴著. 民法实例研习丛书第一册基础理论[M]. 三民书局，台北：1988：45。

8 林嘉. 社会保险基金追偿权研究[J]. 法学评论，2018（1）：89-97。

之后则不允许再反向对基本医保基金行使追偿权。

二、医保基金先行支付及追偿规则分析

(一) 先行支付的适用条件分析

根据《社会保险法》第三十条第二款的规定，医保基金先行支付适用的基础性条件是医疗费用依法应当由第三人负担，而第三人不支付或者无法确定第三人的。《社会保险法》第三十条第一款使用反向规范的方式明确规定了不纳入医保基金支付范围的四种情况：（1）应当从工伤保险基金中支付的；（2）应当由第三人负担的；（3）应当由公共卫生负担的；（4）在境外就医的。很明显，从逻辑上讲，由于应由第三人负担的医疗费用本不属于医保基金支付范围，因此，医保基金并不具有支付依法由第三人负担的医疗费的法定义务。但是，在“第三人不支付或者无法确定第三人”情况下，医保基金应当先行支付，在先行支付后取得对第三人的追偿权。对于第三十条第二款所规定的先行支付，不少学者将其理解为一种“垫付性质”的先行给付。⁹然而，现实的情况远比理论的条件设定更为复杂。在法律上，需要确认“第三人不支付或者无法确定第三人”的条件具备，第三十条第二款的先行支付才可以适用，但在实践中，由于参保人隐瞒第三方侵权的事实、暂时无法确认是否存在第三人或者暂时无法确认第三人是否承担侵权责任等原因，医保基金仍然会正常支付参保人的医疗费用。这种情况下，就会出现原本应当依法排除在外的应由第三人承担医疗费用，而实际由医保基金直接承担的现象。有学者将这种现象称之为“不真正先行支付”。不真正先行支付在概念上是指，没有明确由第三人承担医疗费用，但实际应该由第三人承担医疗费用的，由基本医疗保险基金直接承担支付责任。¹⁰实际上，对于《社会保险法》第三十条第一款明确排除应当由第三人负担的医疗费用的规定，学术界一直存在较大争议。有学者就认为，医疗保障基金设立的目的就在于提供独立于损害原因的迅速有效的补偿，因此，即使可能是因为第三方的原因导致受害者的损害，医疗保险也应当为受害者的利益而支付补偿。

11

除了《社会保险法》所规定的“第三人不支付或者无法确定第三人的”实体性条件，《暂行办法》还规定了先行支付适用的程序性条件，其第三条规定了参保

9 李海明. 工伤救济先行给付与代位求偿制度探[J]. 现代法学, 2011 (2) : 48-54.

10 向春华. 规制医保先行支付[J]. 中国社会保障, 2014 (11) : 71-73.

11 张景卫. 医保基金先行支付医疗费的侵权纠纷处理路径探析[J]. 法律适用, 2019 (16) : 91-98.

人应当向医保经办机构提出先行支付的申请，由医保经办机构对申请进行审核后按照先行支付的规定支付相应部分的医疗费用。因此，医保基金的先行支付还需要在程序上满足参保人个人申请和医保经办机构审核的程序性条件。

（二）追偿权的性质及其构成要件分析

追偿权的形成是医保基金先行支付后必然形成的一种逻辑结果。有关追偿权的法律性质，学界目前的看法并不一致，主要是“法定债权转移说”和“当然追偿说”两种学术观点的碰撞。

“法定债权转移说”认为，保险人因第三人的致害行为而向被保险人支付社会保险待遇后，赋予其代位行使被保险人对于第三人的请求权。¹²依据法定债权转移说，追偿权的基础是代位权。就医保基金的追偿权来说，基于法律规定，在医疗保险经办机构先行支付医疗费之后，其取代了原债权人（参保人）对第三人的债权人地位，实际上相当于参保人将其对第三人的债权转让给了医保经办机构。该学说目前也是学界的通说。

“当然追偿说”则认为医保机构先行支付医疗费给参保人之后所取得的第三人追偿权是基于法律规定而产生的，是一种独立的新型权利。¹³债务人间的追偿权为固有权利，每一债务人在对他人负担之固有义务上具有类似于保证人的地位，对于超出固有义务的部分，可以基于保证人的地位获得追偿。”¹⁴

应当说，两种学说均具有一定的合理性，但从追偿权的权利来源角度分析，“法定债权转移说”无疑更具有说服力。医保基金的先行给付追偿权与保险法中的代为求偿权类似，均是基于保险原理根据保险法律关系的特殊构造而形成的。参保人在遭受第三方致害行为时所取得的侵权损害赔偿请求权，随着医保基金的先行给付，已失去了存在的正当性基础。而医保基金追偿权的行使，其权利来源无疑只能是基于侵权行为而产生的原权利。因此，将其理解为一种债权的法定转移，能够很好地衡平三方主体之间的法律关系，逻辑上也更加清晰。

根据《社会保险法》第三十条的规定，先行支付的追偿权一般性的构成要件是：（1）医保参保人对第三人享有的侵权损害赔偿权合法有效；（2）医保经办机构已经向参保人先行支付了医疗费用；（3）先行支付的医保经办机构应当以自己

12 郑尚元, 廉春海. 社会保险法总论[M]. 北京: 清华大学出版社, 2018:215.

13 林嘉. 社会保险基金追偿权研究[J]. 法学评论, 2018 (1) : 89-97.

14 张平华. 论连带责任的追偿权——以侵权连带责任为中心的考察[J]. 法学论坛, 2015 (5) : 58-69.

的名义向第三人主张追偿权；（4）追偿的金额不得超过医疗费用的支付额度；（5）参保人在获得医保基金先行支付待遇之后，不得单方面放弃对第三方的权利主张。

（三）追偿权的行使

针对不同的追偿对象，先行支付的追偿权又分为两种情况：（1）对第三方侵权人主张追偿权。对于第三人责任已经确定的情况下，医保基金应当直接向第三人进行追偿。《暂行办法》第十二条规定了社保经办机构在先行支付医疗费用后，有关部门确定第三人责任的，应当要求第三人按照确定的责任大小依法偿还先行支付数额中的相应部分。关于该规则的适用，应注意第三人的赔偿责任范围仅限于其基于法律规定应承担的部分。第一，该责任承担部分超过先行支付的医疗费额度的，以先行支付的医疗费为限；对于剩余部分，参保人仍享有对第三人的损害赔偿请求权。第二，第三人并非承担所有的先行支付医疗费的赔偿，其仅按照确定的责任比例承担自己应承担的部分。例如，在交通事故侵权案件中，根据交警部门或者人民法院认定的赔偿比例，侵权人只需承担由自己负担的部分。此时，追偿的额度为医保基金先行支付额度乘以侵权人的责任比例。第三，对于参保人向第三方侵权责任人主张的精神损害赔偿，是无法纳入追偿权范围的，因为医保基金的先行支付仅限于基于参保人的直接人身损害而产生的医疗费用，依先行支付而取得的追偿权不能进行恣意化的扩大。（2）对参保人的不当得利返还请求权。在医保基金先行支付后，若第三方的侵权人向参保人履行了损害赔偿责任，参保人此时获得了双份补偿，构成不当得利。《暂行办法》第十一条规定，个人已经从第三人处获得医疗费用的，应当主动将先行支付金额中应当由第三人承担的部分退还给基本医疗保险基金，医疗保险经办机构不再向第三人或者用人单位追偿。个人拒不退还的，医疗保险经办机构可以从以后支付的相关待遇中扣减其应当退还的数额。因此，在第三方侵权人已经承担了赔偿责任的情况下，先行支付的医保经办机构已经丧失了继续向侵权人追偿的权利，其追偿权此时转化为对医保参保人的不当得利返还请求权。

三、医保基金先行支付法律适用中的问题

从医保先行支付制度的法律适用来看，目前主要存在以下一些问题需要解决：

（一）第三方侵权人的医保先行支付抗辩权能否应得到支持

在医保参保人对第三方侵权人提起的侵权诉讼中，如果查明医保基金已经进行了先行支付，侵权人以此抗辩要求免除或者部分免除先行支付范围内的赔偿责任，此时应如何处理？在司法实务中，目前存在两种操作方式，方式一是基于“禁止重复得

利”支持侵权人的抗辩，判决侵权人在先行支付范围内不再赔付；方式二是基于基本医疗保险法律关系与侵权损害赔偿法律关系的不同，受害人可以得到双重给付，不支持抗辩权的成立，判决侵权人再次支付医疗费用。¹⁵这也造成了司法实践中法律适用的混乱。

（二）“第三人不支付”的规定不明确

《社会保险法》第三十条第二款规定的先行支付条件实际上包括两个：“第三人不支付”或者“无法确定第三人”。此处的“第三人不支付”是仅指参保人主张侵权损害赔偿请求权中的不支付，还是包括参保人持生效法律文书向人民法院主张申请强制执行而第三人不支付？“不支付”的成立是仅指全部的不支付，还是部分的不支付也构成法律规定的“不支付”？这些问题，《暂行办法》并未给出明确回答。

（三）先行支付中的时限规定缺失

目前的《社会保险法》和《暂行办法》中均未对先行支付中的相关时限作出任何规定。首先，《暂行办法》第二条仅规定个人可以向参保地医疗保险经办机构书面申请基本医疗保险基金先行支付，并告知造成其伤病的原因和第三人不支付医疗费用或者无法确定第三人的情况，但并未给出先行支付的申请时限。其次，追偿权是否受到侵权损害赔偿诉讼时效的限制，目前也无规定明确。由于追偿权本质上是参保人对第三人债权的法定转移，理应受到人身损害赔偿请求权时效的限制。在参保人怠于或者迟延行使其申请权利进而导致时效经过的情况下，医保基金的利益明显会受到损失。最后，医保经办机构在先行支付后启动追偿的时限无规定。由于追偿权的启动时间无明确规定，实践中会导致医保经办机构怠于行使追偿权，导致先行支付的医保基金的资金无法安全快速收回。

（四）参保人隐瞒事实的法律责任不明晰

现实中，为了尽快获得医疗保险的待遇，参保人会刻意隐瞒第三人侵权的事实向医保经办机构申请获得医保待遇；或者隐瞒第三人已经向其支付医疗费的事实，向经办机构申请获得医保基金的先行支付；或者参保人隐瞒医保基金先行支付的事实，再寻求向侵权行为人提起侵权损害赔偿诉讼。如果放任这种不诚信行为的发生，虽然事后医保经办机构可以行使追偿权或者不当得利返还请求权，但也实际上造成

15 张景卫. 医保基金先行支付医疗费的侵权纠纷处理路径探析[J]. 法律适用, 2019 (16) : 91-98.

了医保基金的隐形损失。对于实践中参保人隐瞒事实违法行为的处罚，《暂行办法》第十六条规定了参保人隐瞒已经从第三人处获得医疗费用、向社会保险经办机构申请并获得社会保险基金先行支付的，承担《社会保险法》第八十八条欺诈骗保的法律责任。但是，很明显，该规定仅仅规定了“已经取得第三人赔付”的隐瞒行为，并未涵盖所有参保人隐瞒行为的类型，遗漏了“不真正先行支付”的隐瞒行为和参保人隐瞒已经取得先行支付仍然向第三方责任人主张侵权损害赔偿请求权的行为。

四、我国医保基金先行支付制度的完善

针对医保基金先行支付在法律适用中的问题，应在坚持先行支付制度原理的基础上，统筹考虑先行支付法律关系中医保基金、参保人和第三方侵权人三者的利益协调，对其法律构造进行更加精细化的设计，具体建议措施如下：

（一）第三方侵权人的医保先行支付抗辩权的处理

司法实务中对于第三方侵权行为人的医保先行支付抗辩权的两种态度，反映了审理案件法官的矛盾，如果支持第三方侵权人可以援引医保先行支付进行抗辩，无疑是在支持侵权人逃脱承担侵权责任；若不支持侵权人的抗辩理由，将会造成参保人的双重受益，虽然医保经办机构可以通过再次行使不当得利返还请求权主张权利，但也使医保经办机构陷入再诉讼的诉累。因此，对于这个问题的解决，应当跳出两个处理方式的窠臼，重新寻找最佳的解决方案。

审判实务中，当法庭审理查明医保基金已经进行了先行支付的事实，可以通知医保经办机构以有独立请求权的第三人身份参加诉讼。在判决中，应否认侵权人以医保基金的先行支付所进行的抗辩，要求侵权人向参保人支付其应承担的人身损害赔偿额度，同时，判决参保人向医保经办机构退还或者部分退还不属于医保基金支付范围内的先行支付医疗费用。此种解决方式，既避免了参保人通过损害事实得利，又追究了侵权人的损害赔偿责任，且能够很好地平衡三方主体在相关诉讼中的法律地位，应通过最高人民法院司法解释的形式加以明确。

（二）“第三人不支付”问题的解决

“第三人不支付”规定内涵的不明确，的确影响了法律的适用效果，应通过行政法规或者部门规章的形式加以明确。首先，关于“第三人不支付”的理解，应当肯定“第三人不支付”既包括参保人向侵权人直接主张权利的不支付，也包括法院执行案件中的不支付。原因在于，基本医疗保险基金先行支付制度设置的目的本身就是为了通过快速的补偿支付来弥补公民健康权益的受损，不宜刻意限缩其适用范

围，所有可能的第三人不支付情形均应纳入其中。其次，“不支付”应做扩大化解释，理解为既包括全部不支付，也包括不能完全弥补参保人受损利益的“部分不支付”。这是因为，在侵权人“部分不支付”情况下，如果将参保人排除出先行支付，就完全切断了参保人通过医疗保险法律关系实现救济的路径，也使先行支付的制度目的落空。“基本医疗保险基金先行支付制度本身具有兜底性，而并非对参保人进行救济的常态方式。”¹⁶因此，侵权人支付的医疗费用只要未达到其基于法律规定应承担的额度，就应当认为已经满足了《社会保险法》第三十条第二款所规定的适用条件。以上有关“第三人不支付”的改进建议，可以通过修改《暂行办法》或者由国家医疗保障局在有关基本医疗保险基金支付的部门规章中加以明确。

（三）先行支付中时限问题的解决

在法律上，时限的作用主要在于督促权利人及时主张权利，防止“权利上睡眠者”情况的出现。首先，对于参保人先行支付的申请时限，应明确规定从参保人首次住院治疗之日起进行计算，期限宜设置为一年。如此规定，一方面可以保证医保参保人及时得到医保基金的待遇支付，避免陷入高额医疗费的过重负担，另一方面也有利于督促参保人及时搜集证据和主张权利。其次，追偿权是否适用人身损害赔偿请求权诉讼时效的问题。对于医保参保人向医保基金申请先行支付的行为，应明确适用《民法典》第一百九十五条第四项中“与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形”，产生诉讼时效的中断效力，使追偿权的诉讼时效重新计算。只有这样处理，才能最大程度保护医保基金的资金安全，使医保经办机构能够从容不迫地行使追偿权。最后，对于追偿权的提出时限，应通过行政立法明确规定从先行支付完成之日起且确定第三方责任人时开始计算，由医保经办机构在3个月内向第三方侵权行为人主张或者提起诉讼。如此处理，一方面是考虑到过长的权利主张时限会使医保基金后续陷入被动，而且短时限也可以促使医保经办机构履行法定职责，避免懒政怠政的发生；另一方面，短时限能够促使追偿权主张尽快地提出，也能够避免参保人另行向侵权案件中的侵权人提起诉讼或者达成私下交易，有助于预防可能发生的不确定性风险。

（四）对于参保人隐瞒事实法律责任的完善

先行支付中参保人隐瞒事实的不诚信行为，加大了医保经办机构识别责任承担

16 刘思思. 基本医疗保险基金先行支付法律制度研究[D]. 辽宁大学硕士论文, 2017: 21.

者的难度，也增加了医保基金额外的成本开支，需要强化对其的法律规制。首先，应当完善参保人隐瞒行为类型的法律规定，在《暂行规定》已经对“取得第三人赔付”的隐瞒行为规制的基础上，将“不真正先行支付”中的隐瞒行为和隐瞒取得先行支付待遇仍然向第三方责任人主张侵权损害赔偿请求权的行为纳入到规制的范围。对于“不真正先行支付”，其原本就不属于基本医疗保险基金的支付范围，在查实之后，应明确规定同样适用《社会保险法》第八十八的规定，以欺诈医保基金论处，责令退回骗取的医保资金并进行罚款的行政处罚；对于参保人隐瞒已经取得先行支付待遇的事实仍然向第三方责任人主张侵权损害赔偿请求权的行为，由于参保人在取得医疗保险待遇给付之后已经丧失了对第三方侵权责任人的诉权，在无诉讼权利情况下提起民事诉讼，是典型的虚假诉讼行为，应纳入到民事虚假诉讼的法律规制中来，通过司法强制措施进行制裁，以防止参保人滥用诉讼权利。

在以上两种对参保人隐瞒事实的行为进行规制的难点是，需要举证证明参保人主观上具有欺诈的故意。实务中，医保经办机构和人民法院在对欺诈行为进行认定的时候应考虑参保人受益时点、有关部门对侵权事实的认定时点、侵权责任的分担是否确定以及明确、参保人是否具有虚构事实或者隐藏事实的客观行为等综合因素之后作出是否存在欺诈故意的判断。

新《公司法》视角下股东抽逃出资的认定

——北京金诚同达（郑州）律师事务所 赵世峰¹⁷ 王颖颖¹⁸

摘要：由于在新《公司法》中对于股东抽逃出资行为仅有原则性规定，并且在相关司法解释中也仅仅是列举了抽逃出资行为的几种表现形式而未作清晰界定，导致司法实践中对抽逃出资行为的认定分歧较大，标准不一。有鉴于此，应当对抽逃出资行为的概念进行较为明确的界定，在此基础上，厘清对该行为的认定标准。

关键词：公司法 股东 抽逃出资 认定

一、问题的提出

2023年12月29日，第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议对《公司法》进行了第二次修订，经本次修订后的新《公司法》自2024年7月1日起实施。

新《公司法》第五十三条、二百五十三条仅原则性地规定了股东不得抽逃出资以及相应的法律责任，而在《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）》”）第十二条的规定中，是以列举的方式规定了抽逃注册资本的几种典型表现，但均未从根源上进行实质分析，同时，对“抽逃出资”概念界定的模糊以及构成要件的不明，也导致了对该行为的认定与不仅与虚假出资行为的认定存在混淆，¹⁹也与法人人格否认制度混淆。²⁰在司法实践中，由于前述问题的存在，导致法院在处理对抽逃出资行为的认定分歧较大，标准不一。

有鉴于此，我们有必要对股东抽逃出资的认定标准进行厘定。

二、抽逃出资的概念界定

在现行的法律法规以及相关的司法解释中，频繁地出现了“抽逃出资行为”，但始终没有对该行为的概念进行明确界定，《公司法解释（三）》第十二条虽然列

17 赵世峰，男，河南焦作人，北京金诚同达（郑州）律师事务所律师，研究方向为公司法。

18 王颖颖，女，河南郑州人，北京金诚同达（郑州）律师事务所律师，研究方向为公司法。

19 董淳锷. 股东诚信出资的法律保障机制研究——以公司资本制度改革为背景[J]. 中山大学学报(社会科学版), 2015(03):170-180。

20 宋良刚. 股东抽逃出资的法律责任与救济[J]. 法律适用, 2003(Z1):54-57。

举了抽逃出资行为的几种表现形式，但这种列举的方式存在局限性，无法完全涵盖实践中可能出现的抽逃出资行为的其他表现形式。

在学界对该行为的界定，也存在多种学说。例如：有学者认为，抽逃出资是指“股东在公司成立后，将已缴纳的出资抽回，并继续保有股东身份和出资比例的行为”²¹；有学者认为，抽逃出资是指“在公司进行验资注册后，公司股东将所缴的出资进行暗中撤回，却仍保留其公司股东身份和原有出资数额的一种欺诈性违法行为”²²；还有学者认为，抽逃出资是指“在公司成立且股东缴付出资后，公司违反法律规定向股东返还出资，或者股东违反法律规定从公司无偿取得或超出合理对价取得利益并导致公司资本（或股本）减少的行为或交易”²³；

从上述学理观点中，我们可以看出，学界对于抽逃出资行为的概念表述其实并不存在实质性的区别或者根本性的分歧，只是表述方式的严谨程度以及与司法实践的匹配程度存在一定的差异。相较而言，笔者倾向于赞同第一种表述方式，原因在于，第一，该表述首先界定了时间的起始点是在“公司成立后”；其次，明确了行为方式，是抽回“已缴纳”的出资；最后，阐明了该行为出现后的对外表征，即股东可以“继续保有股东身份和出资比例”。

三、抽逃出资的认定

（一）相近行为的比较与区分

要想能够较为清晰地认定抽逃出资，就有必要对与之类似的几个行为进行比较与区分。

抽逃出资与虚假出资。虚假出资一般是指股东虽未交付或未全部交付出资，却以欺骗等手段造成已出资之假象，以骗取股东身份。虚假出资与抽逃出资的区别在于：虚假出资一般发生在公司设立时或增资时，而抽逃出资发生在公司设立后；另外，虚假出资一般会有各种虚假材料用于证明实际上未出资的股东“已出资”，而抽逃出资则是在股东已实缴出资之后的行为，其相关资料是为了掩盖将出资抽回的事实。

抽逃出资与股东借款。公司在日常经营过程中，与股东之间互相拆借资金的情形时有发生，那么，应当如何判断是股东从公司借款，还是股东抽逃出资？笔者认

21 赵旭东. 资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读[J]. 法学研究, 2014(05):18-31。

22 范健、蒋大兴主编. 公司法论(上卷) [M]. 北京:法律出版社, 2005:218。

23 刘燕. 重构“禁止抽逃出资”规则的公司法理基础[J]. 中国法学 2015(04):181-205。

为，每个个案的情况不尽相同，大体上可以从借贷关系是否真实、是否损害公司以及债权人利益、借款金额与股东持股比例之间的数量关系以及公司如何进行财务处理等客观因素进行综合考量，来认定该行为到底是属于股东借款还是抽逃出资。

抽逃出资与股权回购。股权回购是在符合某些特殊情形的前提下，股东有权请求公司回购自己持有的公司股权。区别股权回购与抽逃出资的关键在于：股权回购需要符合新《公司法》第八十九条、第一百六十二条等规定的情形，且需要经过相应的表决程序，满足该等条件后，该行为是合法有效，是股东退出公司的一种合法形式；而抽逃出资行为的目的不在于退出公司，实际上是非法地抽回出资，侵蚀公司资本，损害公司、公司其他股东以及债权人的利益。

（二）依据现有规定认定抽逃出资存在的问题

通过可检索到的司法判例来看，由于对抽逃出资概念界定模糊、构成要件不明确等问题的存在，导致法院依据现有的规定在认定抽逃出资的过程中存在一些问题，大抵表现在以下几方面：

第一，对股东与公司间正常的资金流入流出行进行简单认定。对于公司资金直接或间接流向股东的行为，法院基于对债权人的保护，倾向于将股东转出金额与股东的出资额等同作为标准，而忽略了对该转出行为是否客观上损害了公司利益以及该转出行为是否属于合法的商业行为等问题的查证。该等观点在最高人民法院（2021）最高法民申 3568 号民事裁定书、上海市高级人民法院（2020）沪民终 346 号民事判决书、山东省高级人民法院（2020）鲁民申 9101 号民事裁定书等裁判文书中均有不同程度的体现。

第二，违法减资与抽逃出资的竞合。公司减资和股东抽逃虽然表现形式不同，但最终的结果都是公司将某些财产支付或交付给股东，而股东无须支付相应的对价。在审判实践中，最高法院在（2017）最高法民终 422 号民事判决书中的观点认为，从对债权人利益影响的角度来看，违法减资在本质上造成和抽逃出资同样的法律后果，因此可比照抽逃出资进行责任认定。在此情形下，就构成了抽逃出资行为与违法减资行为的竞合。²⁴

第三，抽逃出资与违法分配利润的合法性标准不一致。在实践中，违法分配利润的表现形式多样化，例如虽有利润但未依照法定顺序分配，或者未经有效审计就

24 贺小荣主编. 最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要(第二辑) [M]. 北京: 人民法院出版社 2021:344-346.

进行分配，又或者在某些交易中约定公司向某特定股东定向支付分红等，恰因如此，导致司法案例中不容易准确区分抽逃出资与违法分配利润。类似情形在山东省高级人民法院（2007）鲁民二终字第63号民事判决书、江苏省盐城市中级人民法院（2013）盐商初字第0157号民事判决书等裁判文书中有所体现。

（三）对抽逃出资认定规则的优化

1. 关于责任主体

一方面，新《公司法》第五十三条首先吸收了《公司法解释（三）》第十四条的内核，将董事、监事、高级管理人员作为承担连带赔偿责任的主体，法律位阶从司法解释上升到了法律。

另一方面，对董事、监事、高级管理人员的行为方式由原来的“协助抽逃”修改为“负有责任”。笔者认为，这样的规定其实会加重董事、监事、高级管理人员的举证责任，而且在实践中，这种较为模糊的表述实际上也会造成法院在适用该条款的过程中出现裁判尺度不统一的情况。

因此，在未来对相关司法解释修订的过程中，有必要厘清“负有责任”的概念，或给出必要的说明，使得法官在裁判过程中能够有较为清晰的认知标准。

2. 关于行为方式

无论是考察学界的学理论述，还是按照《公司法解释（三）》第十四条的规定来看，大多数的观点是倾向于认为抽逃出资侵害了公司的财产权，其本质上应当属于侵权行为。那么按照侵权行为理论，存在“侵权行为”就是不可或缺的环节。

《公司法解释（三）》第十二条列举的几种行为方式显然并不足以涵盖现实中出现的大量形态各异的抽逃方式。笔者认为，对于抽逃行为方式的认定，主要可以考量以下两方面因素：一方面，从形式上看，是否经法定程序、资金流向是否形成实质上的闭环、是否基于正常的业务关系以及是否有对价等；第二，从实质上看，要仔细考量是否构成“损害公司权益”，此处所指的“权益”，究竟是公司“资本”还是公司“资产”，在司法解释的层面由于多重角度的考虑，并未做明确区分，而恰恰是由于“损害公司权益”这一条件较容易符合，导致客观上会扩大抽逃出资的适用范围。有鉴于此，期待未来最高法院在相关司法解释修订过程中，充分关注此问题，能够给予更为周延的说明方式。

3. 关于责任承担范围

新《公司法》第五十三条第二款规定的是“股东应当返还抽逃的出资”，而在

《公司法解释（三）》规定的是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——可以看出，新《公司法》与司法解释所规定的范围并不匹配，《公司法》现在规定范围是“出资”，并未规定包含利息，而司法解释中规定的是抽逃出资的“本息”。在笔者处理过的案件中，出现过类似案件：前案债权人已经将公司股东抽逃出资执行完毕、后案债权人仅起诉利息并得到支持。如果按照新《公司法》的上述规定来理解，则应不包括“利息”在内，故《公司法解释（三）》的该条规定目前来看是与《公司法》的规定相冲突的，笔者建议，在将来修订的司法解释中，对于责任承担的范围，应当与《公司法》的规定保持一致，不宜作扩张解释。

4. 关于举证责任分配

抽逃出资行为严格意义上属于公司的“内部行为”，因此，对于公司的债权人而言，甚至对于公司的小股东而言，在他们不掌握公司的财务信息的情况下，很难举证证明股东存在抽逃行为。另外，基于公司债权人与公司股东的身份差异以及诉求差异，实践中也不应对二者的举证责任作同等对待。正如学者所说，对于股东是否存在抽逃出资行为，原则上由债权人或守约股东举证，但不宜过于严苛，只要债权人或守约股东能举出使人对抽逃出资行为产生合理怀疑的初步证据或有关线索即可。²⁵笔者认为，对于公司债权人而言，由于其获取公司本身及公司与股东之间的资金流水存在客观困难，故可以考虑只要其能证明公司确有对外转出资金并且已经无力清偿到期债务，就视为公司债权人已经完成举证；对于公司的其他股东而言，由于其本身可以通过行使股东知情权知晓与公司股东之间的资金往来，因此，除需证明公司对外转出资金外，还需要证明该行为降低了公司的偿债能力。当然，在大量的案例中，由于个案案情差异，客观上也不可能做到绝对化的举证责任分配机制，此时就需要法官结合具体案件情况，考察该股东是否实际参与公司运营，以及是否具有与其股权比例相匹配的控制地位。

四、结语

通过前文的论述我们可以看到，在抽逃出资的主体、行为方式、担责范围以及举证责任等方面，本次修订的《公司法》虽有新规，但作为较高位阶的“法律”而言，客观上也不可能做到事无巨细地进行规定。

25 胡田野. 公司法律裁判[M]. 北京:法律出版社, 2012:130。

因此，对于在该规定下衍生出的诸多细节问题，尤其是要面对司法实践中大量出现的各种抽逃出资的表现形式，还有待于在相关的司法解释中进一步予以明确，这样一来，才能更好地明确裁判尺度，尽最大可能地做到保护公司、公司债权人与保护股东、董事、监事、高级管理人员的有机统一。本文的前述分析，希望可以起到抛砖引玉的作用。

公司解散纠纷案件裁判规则实证研究

——河南正臻律师事务所 李永强²⁶ 徐紫阳²⁷

摘要: 我国在 2005 年修订的《中华人民共和国公司法》(以下简称“公司法”)正式规定了司法解散制度,为了明确法律适用标准,其后颁布的《最高人民法院关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定(二)》(以下简称“公司法解释二”)对该制度进行了完善。近几年,有关公司解散纠纷案件数量大幅增长,与此同时,公司解散纠纷胜诉的案件数量也在不断增长,说明在穷尽其他途径不能解决纠纷或者无法打破公司僵局时,司法干预作为解决公司僵局的最后一道救济途径,介入公司内部治理,并裁决支持公司解散的情形日益增长,也突显了该制度正朝着成熟的方向前进。本文结合现行有关公司解散纠纷的法律、司法解释规定以及全国四级法院关于公司解散纠纷案件的裁判观点,尝试对公司解散纠纷案件的裁判规则进行分析和总结,供法律同行参考。

关键词: 公司解散 经营管理 严重困难 公司僵局

一、公司解散纠纷概述

公司解散,是指已经成立的公司,基于一定事由的发生,致使公司法人格发生消灭的原因性行为和程序。²⁸依据解散事由是否基于公司自愿,可以将公司解散区分为强制解散和自愿解散。强制解散又可分为司法解散和行政解散。笔者本次分析的解散形式为司法解散。公司司法解散,是指当公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决时,人民法院根据股东或利益相关者的请求判决解散公司的制度。²⁹根据最高人民法院《民事案件案由规定》,司法解散纠纷诉讼的案由名称为“公司解散纠纷”,该案由为与公司有关纠纷二级案由下一个独立的三级案由,编号为 283。

二、公司解散纠纷的请求权基础

公司解散纠纷案件的请求权基础为公司法第一百八十二条³⁰和公司法解释二第

26 李永强,河南正臻律师事务所专职律师,合伙人,三级律师。

27 徐紫阳,河南正臻律师事务所专职律师。

28 施天涛:《公司法论》,北京:法律出版社,2018 年版。

29 金玄武:《公司行政解散和司法解散制度研究——以对公司解散的法理思考为基础》,载《法学论坛》2009 年第 1 期。

30 2024 年 7 月 1 日实施的公司法为第二百三十一条,因条款内容未做实质修订,为与援引的案例所引用的法

一条。上述规定既是公司解散纠纷案件的受理条件，同时也是人民法院判决公司解散的实质审查条件，为本纠纷的请求权基础。对此，最高人民法院在其审理的杜信萍、长春凯购投资有限公司、王建敏、刘宝新和吕英等公司解散纠纷案件【案号：（2020）最高法民申 7067 号】中有详细论述，具体裁判要旨为，本案系公司解散纠纷，公司法第一百八十二条和公司法解释二第一条第一款的规定不仅是人民法院受理公司解散诉讼的条件，亦是判断该公司是否应予解散的条件，认定凯购公司是否符合解散条件，应据此进行综合判断。³¹

三、公司解散纠纷案件的原告主体资格认定

公司法第一百八十二条将请求解散公司的股东持有公司表决权的比例规定为百分之十以上。公司法解释二第一条第一款将“持有”解释为“单独或者合计持有”，实际上又进一步拓宽了原告的主体范围。百分之十以上是指起诉时所持有的表决权比例，对此，人民法院只进行形式审查，只要股东能依工商登记、股东名册资料证明其所持有公司百分之十以上的表决权即可。但是，如果原告在诉讼期间实际享有的表决权发生变化，如丧失股东资格或实际享有的表决权达不到百分之十以上，此时，人民法院应裁定驳回起诉。

同时，需要特别注意的是，我国公司法仅要求股份公司必须“同股同权”，而公司法并不强制要求有限责任公司股东享有的表决权必须和工商登记的股权比例一致。尤其在注册资本认缴制的情况下，有限责任公司可通过章程约定与认缴比例不同的表决权，如约定按实缴比例行使表决权。因此，审查此类纠纷中原告的主体资格，应对登记的股权比例与公司章程一并审查。除此之外，司法实务中对原告主体资格的认定还存在如下争议：

（一）股东未足额实缴出资是否有权提起解散公司诉讼

在注册资本认缴制下，股东在认缴出资期间到期前享有期限利益，部分股东在诉诸司法解散公司时认缴期限尚未届满，此种情况下，未足额实缴注册资本的股东是否有权提起公司解散之诉呢？对此，最高人民法院在其审理的兰州常柴西北车辆有限公司、甘肃兰驼集团有限责任公司等公司解散纠纷案件【案号：（2021）最高法民申 2928 号】中明确认定股东出资是否到位不影响原告资格的认定，具体裁判要旨为，根据《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

条内容保持一致，故本文统一仍使用 2018 年 10 月 26 日实施的公司法第一百八十二条。下同。

31 详见最高人民法院（2020）最高法民申 7067 号民事裁定书。

（三）》第十六条规定，在股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资等瑕疵出资的情况下，对股东权利的限制并不及于请求公司解散的权利。³²

（二）未支付股权转让价款的股东是否有权提起公司解散诉讼

实践中存在转让方和受让方签订股权转让合同后，已经在市场监管部门办理完毕股权变更登记手续，但是受让股东始终未支付转让股东股权对价款的情况。此种情况下，受让股东是否有权提起公司解散诉讼呢？对此，最高人民法院在其审理的聂志恒、夏同英公司解散纠纷再审审查与审判监督案件【案号：（2020）最高法民申3910号】中明确指出，已经在公司章程和工商登记记载的股东，其是否支付股权转让款不影响对其股东身份的认定，具体裁判要旨如下：“夏同英与邹星星签订股权转让协议后，恒兴源公司变更公司章程和工商登记，确认邹星星为该公司股东，占股15%。公司章程是公司及其他股东承认邹星星股东资格的意思表示，工商登记具有对外公示效力，故足以认定邹星星是恒兴源公司的股东，其是否支付股权转让款不影响对其股东身份的认定，再审申请人关于邹星星没有股权份额和表决权的再审理由不能成立。”³³

（三）未登记于股东名册的隐名股东是否有权提起公司解散之诉

商事活动中股权代持的情形较为常见，当股权代持与公司解散之诉相遇时，未登记于股东名册的隐名股东是否有权提起公司解散之诉，同样存在疑问。对此，陕西省高级人民法院在其审理的西安垒鑫矿业有限责任公司、陈发旺与魏春梅公司解散纠纷二审案件【案号：（2017）陕民终990号】中明确了当事人是否系公司股东并享有提起公司解散之诉的权利，应以该公司工商登记为依据，即未登记于股东名册的隐名股东原则上无权提起公司解散之诉。具体裁判要旨如下：“公司解散诉讼中，认定当事人是否系公司股东并享有提起公司解散之诉的权利，应以该公司工商档案为依据。根据本案查明的事实，魏春梅系垒鑫公司工商档案登记的持股50%的股东，根据公司法第一百八十二条规定，其有权提起本案垒鑫公司解散之诉。”

³⁴

（四）股权被人民法院冻结的股东是否有权提起解散公司诉讼

实践中，股权被人民法院冻结的情况也较为常见。那么，股权被人民法院冻结的股东是否有权提起解散公司诉讼呢？对此，广西壮族自治区桂林市中级人民法院

32 详见最高人民法院（2021）最高法民申2928号民事裁定书。

33 详见最高人民法院（2020）最高法民申3910号民事裁定书。

34 详见陕西省高级人民法院（2017）陕民终990号民事判决书。

在其审理的桂林恭城翊龙傲锌化工有限公司、桂林广银金属有限公司公司解散纠纷案件【案号：（2017）桂 03 民再 33 号】中明确认定股东名下的股权被冻结的，不影响其提起解散公司的诉讼，具体裁判要旨为，公司股东的股权是否被冻结，不影响其行使正当的股东权利，而且也无任何证据证明广银公司提起本案诉讼存有恶意。因此，翊龙傲公司的第三点再审理由亦不成立。³⁵海南省定安县人民法院在其审理的胡建新与海南翡翠城酒业有限公司公司解散纠纷一审案件【案号：（2017）琼 9021 民初 76 号】中亦持同样观点，具体裁判要旨为，股权冻结对于股东资格没有任何影响，股权冻结也不必然导致相应股权的变更，执行法院在实现第三人符致炎、黄爱清权益过程中采取的股权冻结措施与胡建因股东地位享有的解散公司诉权并不矛盾。³⁶

（五）对公司僵局产生有过错的股东是否有权提起解散公司诉讼

实践中，公司僵局的产生可能并非由一名股东所造成，往往是由多名股东甚至全体股东矛盾激化共同造成的，因此，不排除每个股东对公司僵局的产生均有过错的可能性。那么，对公司僵局产生有过错的股东是否有权提起解散公司诉讼呢？对此，最高人民法院在其审理的仕丰公司与富钧公司、第三人永利公司解散纠纷案件【案号：（2011）民四终字第 29 号】中明确指出，公司能否解散取决于公司是否存在僵局以及是否符合公司法规定的实质条件，而不取决于公司僵局产生的原因和责任。公司法没有限制过错方股东解散公司，因此即使一方股东对公司僵局的产生具有过错，其仍然有权依据该条规定，请求解散公司。³⁷

四、公司解散纠纷案件适格被告及第三人确定

根据公司法解释二第四条第一、二款的规定，解散公司纠纷案件的被告应为原告请解散的公司。根据公司法解释二第四条第三款和第六条的规定，由于全体股东应当承担法院的判决结果，解散公司诉讼案件必然会影响到其他公司股东的利益，同时基于查明案件事实和案件调解工作的需要，亦需要其他股东参与诉讼。因此，公司解散纠纷案件应当告知公司其他股东，或者由法院依职权通知公司其他股东参加诉讼。至于被通知的股东究竟以何种身份参加诉讼，应视该股东的主张分别作如下处理：

（一）该股东如与原告股东主张相同申请参加诉讼的，应列为共同原告。

35 详见广西壮族自治区桂林市中级人民法院（2017）桂 03 民再 33 号民事判决书。

36 详见海南省定安县人民法院（2017）琼 9021 民初 76 号民事判决书。

37 详见最高人民法院（2011）民四终字第 29 号民事判决书。

(二) 该股东以案件处理结果与其有利害关系为由申请参加诉讼的，应列为无独立请求权第三人。

五、公司解散纠纷案件的管辖

(一) 公司解散纠纷只能通过诉讼方式解决，仲裁机构无权裁决

虽然《中华人民共和国仲裁法》第二条规定了仲裁机构可以仲裁平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，但鉴于公司法第一百八十五条第五项规定“人民法院……予以解散”，以及第一百八十二条规定“可以请求人民法院解散公司”的立法表述，公司解散纠纷只能通过诉讼方式解决，仲裁机构无权裁决解散公司。对此，《最高人民法院关于撤销中国国际经济贸易仲裁委员会（2009）CIETACBJ 裁决（0355）号裁决案的请示的复函》【〔2011〕民四他字第 13 号】中明确提出，根据公司法第一百八十二条³⁸的规定，仲裁机构裁决解散公司没有法律依据，属于无权仲裁的情形。不仅如此，最高人民法院在其审理的中海石油化学股份有限公司与山西华鹿阳坡泉煤矿有限公司、山西华鹿热电有限公司公司解散纠纷案件【案号：〔2016〕最高法民再 202 号】中亦明确了仲裁机构裁决解散公司没有法律依据。³⁹

(二) 公司解散纠纷案件的管辖确定

1. 地域管辖。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二十六条和公司法解释二第二十四条第一款的规定，公司解散纠纷案件由公司住所地人民法院管辖。上述住所地是指公司主要的办事机构所在地，办事机构所在地不明确的，由公司登记注册地人民法院管辖。

2. 级别管辖。根据公司法解释二第二十四条第二款的规定，基层人民法院管辖在县、县级市或者区登记机关核准登记公司的解散纠纷案件；中级人民法院管辖在地区、地级市以上的登记机关核准登记公司的解散纠纷案件。

(三) 第三人提出管辖权异议应不予审查，而非审查后裁定驳回

《中华人民共和国民事诉讼法》和公司法解释二对于公司解散纠纷的管辖规定较为明确，《最高人民法院关于第三人能否对管辖权提出异议问题的批复》【法[经]复〔1990〕9 号】对于第三人提出的管辖权异议问题也进行了明确规定。但是，司法实践中仍有较多的当事人在公司解散纠纷案件中提出管辖权异议，尤以案件第三

38 2018 年 10 月 26 日实施的公司法第一百八十五条。

39 详见最高人民法院〔2016〕最高法民再 202 号民事裁定书。

人提出管辖权异议的案件居多。对于案件第三人提出的管辖权异议问题，福建省高级人民法院在其审理的闽榕茶业有限公司、福建春伦茶业集团有限公司公司解散纠纷案件【案号：（2017）闽民辖终 226 号】中论述的比较具有代表性，具体裁判要旨为，本案系原审第三人闽榕茶业有限公司因不服一审驳回其管辖权异议而上诉，故案件处理涉及第三人能否对管辖权提出异议的问题。根据《最高人民法院关于第三人能否对管辖权提出异议问题的批复》的规定，有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人均无权对案件的管辖权提出异议。本案中，闽榕公司作为原审第三人，其无权就本案的管辖权提出异议，原审法院对闽榕公司管辖权异议进行审查并作出裁定不当，本院依法予以纠正。

六、公司解散纠纷案件受理费收取

2023 年 9 月 22 日前，因最高人民法院对于公司解散纠纷案件如何收取案件受理未作出明确规定，所以导致各级法院在实践中对于公司解散纠纷案件收取的案件受理费标准不一。对此，最高人民法院在其审理的杨剑强与保山东成公司及东莞市东成矿业公司公司解散纠纷案件【案号：（2013）民提字第 110 号】中曾予以纠正，并在该案件中明确指出：“因解散公司诉讼系非财产案件，一、二审法院按照财产标的额计收案件受理费不当，本院亦依法予以纠正。”⁴⁰但因为该案例并非司法解释等规范性文件，所以下续的争议仍然不断。直到 2023 年 9 月 22 日，最高人民法院才在《关于公司解散纠纷案件受理费收费标准的批复》【法释〔2023〕9 号】中明确规定：“同意你院审判委员会第二种意见，公司解散纠纷应当按照非财产案件确定受理费收费标准。”至此，公司解散纠纷按照非财产案件确定受理费收费标准才得以明确。

七、公司解散纠纷三要件的裁判规则

公司解散纠纷案件的请求权基础为公司法第一百八十二条和公司法解释二第一条的规定。依据以上规定，判断公司是否符合法定解散条件，主要看是否符合以下三个构成要件：（1）经营管理发生严重困难；（2）继续存续会使股东利益受到重大损失；（3）通过其他途径不能解决。为分析研究最高人民法院在公司解散纠纷案件中如何认定公司解散的以上三个构成要件，笔者于 2024 年 1 月 4 日通过中国裁判文书网（<https://wenshu.court.gov.cn/>）做如下步骤检索：（1）使用个人账户登录中国裁判文书网首页，并使用中国裁判文书网高级检索功能，在案由栏选

40 详见最高人民法院（2013）民提字第 110 号民事判决书。

择“民事案由→与公司、证券、保险、票据等有关的民事纠纷→与公司有关的纠纷→公司解散纠纷”，共检索到 18372 篇文书；（2）继续使用中国裁判文书网高级检索功能，在法院层级栏选择“最高法院”，共检索到 84 篇文书。为清晰的呈现最高人民法院在公司解散纠纷案件中如何认定公司解散的以上三个实质要件，笔者从上述 84 篇文书中挑选出具有典型代表性的案例，并根据公司解散纠纷三要件分类整理其裁判要旨，制作表格如下：

要件内容	案号	裁判要旨
“公司经营管理发生严重困难”的认定规则	(2017) 最高法民申 2148 号	判断公司的经营管理严重困难与否，应当综合分析公司组织机构的运行状态，重点分析公司内部经营管理是否存在严重的障碍，股东会或董事会是否一直处于矛盾僵持状态，是否因此导致一方股东不能有效参与的公司经营管理。 ⁴¹
	(2017) 最高法民申 4437 号	公司经营管理发生严重困难应重点考察公司内部治理机构的运行状态，公司处于盈利状态，不是认定公司经营管理发生严重困难的阻却事由。 ⁴²
	(2018) 最高法民申 280 号	应当从公司组织机构的运行状况综合分析公司的经营管理是否发生严重困难，着重考察内部管理方面是否存在有严重内部障碍，如股东会机制失灵、无法就公司的经营管理进行决策等。 ⁴³
	(2019) 最高法民申 2477 号	判断公司的经营管理是否发生严重困难，应从公司组织机构的运行状态进行综合分析，如公司权力机构和管理机构是否无法正常运行，股东会、董事会以及监事会等是否对公司事项无法作出有效决议，公司的一切事务是否处于瘫痪状态等。 ⁴⁴
	(2020) 最高法民申 790 号	判断“公司经营管理是否发生严重困难”，应当从公司组织机构的运行状态进行综合分析，主要体现股东矛盾导致股东会、董事会等长期无法召集，无法表决，导致公司治理结构无法正常运转。 ⁴⁵

41 详见最高人民法院（2017）最高法民申 2148 号民事裁定书。

42 详见最高人民法院（2017）最高法民申 4437 号民事裁定书。

43 详见最高人民法院（2018）最高法民申 280 号民事裁定书。

44 详见最高人民法院（2019）最高法民申 2477 号民事裁定书。

45 详见最高人民法院（2020）最高法民申 790 号民事裁定书。

	(2011) 民四终字第 29 号	公司僵局形成后，公司经营即陷入非常态模式，公司业务虽然没有停顿，但持续亏损，没有盈利年度，公司经营能力和偿债责任能力显著减弱，股东权益已大幅减损。在双方股东不愿意共同经营公司、冲突对立无法调和的情况下，公司注册资本难以充实，无法实现预期的经营目的，可以认定公司不仅丧失了人合基础，权力运行严重困难，同时业务经营也处于严重困难状态，继续存续将使股东利益受到重大损失。 ⁴⁶
“继续存续会使股东利益受到重大损失”的认定规则	(2017) 最高法民申 4437 号	泰兴公司自 2005 年成立以来，仅运作实施了广信花园小区项目，公司股东会长期处于僵局状态，经营业务已不能正常开展，开发新项目的希望十分渺茫，继续存续会产生更多经营成本、摊薄股东利润甚至加重公司负债风险。因此，在当前公司僵局无法破除的状态下，原判决认定泰兴公司继续存续会使股东利益遭受重大损失并无不当。 ⁴⁷
	(2019) 最高法民申 6231 号	股东投资设立公司的合同目的是获得收益，股东通过行使股东权利争取最大利益，并及时获取收益。公司的经营管理如果出现严重困难，会影响公司的正常运转和股东权利实现，最终导致股东的利益受到严重损害。 ⁴⁸
	(2020) 最高法民申 2210 号	在现有模式情况下，股东对股东变更、经营决策方向、对外融资使用等知情、参与、决定之权利均无法保障，较之实际出资之投入和共同发展之目的，承包费收益实难涵盖或等同股东之权益。且公司部分董事及高管涉骗取贷款和挪用资金刑事犯罪，公司公章目前仍被公安机关调取中，公司运转让受限；公司停止开采地热（温泉）资源，也使得公司经营能力显著减弱；固定资产被设立抵押正在或将要被进入强制执行状态等难以经营的现状也决定了公司继续存续将会使股东利益受到重大损失。 ⁴⁹

46 详见最高人民法院（2011）民四终字第 29 号民事判决书。

47 详见最高人民法院（2017）最高法民申 4437 号民事裁定书。

48 详见最高人民法院（2019）最高法民申 6231 号民事裁定书。

49 详见最高人民法院（2020）最高法民申 2210 号民事裁定书。

“通过其他途径不能解决”的认定规则	(2017)最高法民申3364号	原审中，本案经法院多次调解，但由于公司不愿意公开公司的财务和经营状况，两名股东也不同意委托第三方对该公司资产进行评估，股权转让价格无法确定。公司虽提出调解方案，但仅是其单方提出，各方始终未能就维系公司存续的解决方案达成合意。一、二审判决认定通过其他途径不能解决公司经营管理发生的严重困难，判决解散公司并无不当。 ⁵⁰
	(2019)最高法民终1504号	本案诉讼之前，公司的股东之间就公司的经营决策和管理等发生矛盾多次诉诸法律，也经相关职能部门多次协调解决未果。尤其在本案审理中，原审法院多次主持调解，希望公司股东各方都秉承合作之初的良好愿景，尽量克服与解决相互之间的矛盾，积极寻求其他途径解决，以期维持公司的生命力。但在已经穷尽所有救济途径后，矛盾仍不能解决，也不能达成其他可以替代方案。在无其他途径能够替代公司解散的情形下，司法解散公司是唯一的救济途径。 ⁵¹
	(2020)最高法民申6198号	在乔治与海峡农副公司出现矛盾后，双方并无协商解决的意图，一、二审法院均就本案进行调解未果，直至本案审查阶段，双方矛盾仍然处于无法调和的状态，股东间的信任与合作基础逐步丧失。在此种情形下，二审法院判决解散澳富莱公司，并无不当。 ⁵²
	(2020)最高法民申2210号	本案经二审法院组织当事人探寻化解的办法均无成效，僵局状态已无法通过其他途径解决，再审审理期间黄山旅游公司亦明确表示不同意且无调解可能。鉴于以上情况，黄山温泉公司经营管理发生严重困难，如继续维系黄山温泉公司股东权益恐会在僵持中逐渐耗竭，且通过其他途径已不能解决，符合公司解散的条件，一、二审法院对黄山旅游公司请求解散公司的诉求予以支持并无不当。 ⁵³

窥一斑而知全豹，笔者通过分析最高人民法院以上有典型代表性的案例可知，法院在对公司解散纠纷三要件的认定上存在如下特征：

50 详见最高人民法院（2017）最高法民申3364号民事裁定书。

51 详见最高人民法院（2019）最高法民终1504号民事判决书。

52 详见最高人民法院（2020）最高法民申6198号民事裁定书。

53 详见最高人民法院（2020）最高法民申2210号民事裁定书。

（一）“经营管理发生严重困难”偏重于审查公司内部管理是否存在严重困难

“经营管理发生严重困难”包括经营严重困难和管理严重困难，但人民法院在审查公司是否发生“经营管理严重困难”时，更偏重于对公司内部组织机构运行状况是否正常，公司内部管理是否存在严重困难等予以审查，如股东会、董事会以及监事会等公司权力机构和管理机构是否运行正常，是否能够对公司事项作出有效决议，公司的全部或绝大部分事务是否处于瘫痪状态等。公司本身处于盈利状态、超过两年未按公司章程规定召开股东会等因素均非认定公司经营管理发生严重困难的充分阻却事由。

（二）“继续存续会使股东利益受到重大损失”的认定，法官的自由裁量权较大，法院大多倾向于“经营管理存在严重困难”长期不能解决则必然导致“继续存续会使股东利益受到重大损失”

公司僵局的继续存续是否会导致股东利益受到重大损失是解散公司的必要条件，但法律对此并无明确、客观的判断标准。相比于“经营管理发生严重困难”，“继续存续会使股东利益受到重大损失”的认定，法官的自由裁量权更大，且法院的裁判无明确的规律可言。笔者通过查阅最高人民法院及其他法院作出的相关裁判文书，发现很多法院在着重论述并证明公司“经营管理存在严重困难”后，对“继续存续会使股东利益受到重大损失”一笔带过，似乎意味着前者成立必然导致后者。但也有不少法院从公司经营、管理运行状态综合考虑，判定是否符合“继续存续会使股东利益受到重大损失”的要件，常见情形主要有：公司长期歇业、停业；公司持续盈利但长期不分红；经营业务不能正常开展，继续存续会产生更多经营成本等。

（三）“通过其他途径无法解决”的重要判定因素是穷尽非裁决解散外的其他解决渠道仍不能解决分歧

司法解散作为强制解散事由，对公司、公司债权人、股东、公司员工等均具有较大的影响，所以公司法第一百八十二条才规定了“通过其他途径不能解决的”的限制性规定。《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

（五）》【法释〔2020〕18号】第五条规定了几种“解决分歧，恢复公司正常经营，避免公司解散”的方式，目前法院大多依据该规定，审查是否穷尽了该规定所列的几种避免公司解散的方式。如果穷尽了以上方式仍不能解决分歧，则一般会认定符合“通过其他途径无法解决”的构成要件。

八、结语

公司僵局并不必然导致公司解散，司法应审慎介入公司事务，凡有其他途径能够维持公司存续的，不应轻易解散公司。⁵⁴但是，当公司股东内部的矛盾使公司陷入持续性僵局，且穷尽其他途径仍无法解决时，赋予股东请求人民法院介入解散公司的权利，为股东提供了可行的司法强制退出之路。但因司法实践中认定公司解散的三要件，特别是认定“继续存续会使股东利益受到重大损失”的构成要件时缺乏明确的定量依据，导致类案的裁判结果差异较大。因此，研习类案判决，总结、提炼类案裁判规则，为实现公司解散纠纷案件的“类案同判”提供价值指引，是法律同行们的共同期许。期待法律同行们在司法实践中对公司解散纠纷案件有更为深入、系统、持久的研究。

54 周洪波：《陷入僵局后如何解散公司》，载《上海企业》2016年第6期。

浅析让与担保交易中名义股东是否需要承担出资责任

——北京天元（郑州）律师事务所 田兵⁵⁵ 焦永涛⁵⁶

摘要：按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》相关规定，在让与担保交易中，债权人无权要求工商登记的名义股东承担出资责任；但《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）》规定了公司债权人有权要求名义股东在未出资范围内对公司债务承担补充赔偿责任；《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》也规定了若作为被执行人的公司其财产不足以清偿债务，股东未履行出资义务即转让股权的，申请执行人有权追加该股东为被执行人，在未出资范围内承担责任。本文试图结合司法实务从案例角度，对让与担保交易下作为名义股东的债权人在未履行工商登记出资义务的情况下转让股权是否需要承担出资责任进行分析。

关键词：名股实债 让与担保 名义股东 出资期满转让股权 连带清偿责任

一、问题的提出

基于商事外观主义保护公司外部债权人的信赖利益、维护交易安全等因素，《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）》（2011年1月27日发布，2020年12月29日第二次修订，以下简称：“《公司法解释三》”）第二十六条第一款规定了“公司债权人以登记于公司登记机关的股东未履行出资义务为由，请求其对公司债务不能清偿的部分在未出资本息范围内承担补充赔偿责任，股东以其仅为名义股东而非实际出资人为由进行抗辩的，人民法院不予支持”，即按照“内外有别”原则，如工商登记股东行为涉嫌侵害外部债权人利益，债权人无需探究股东内部之间对责任承担如何进行约定。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（2020年12月31日发布，以下简称“《民法典担保解释》”）第六十九条规定了“股

⁵⁵ 田兵，1974年生，自1997年开始从事律师工作，现任律所管委会主任，担任多个政府法律顾问专家库专家、双汇发展独立董事职务。

⁵⁶ 焦永涛，1987年生，自2010年开始从事律师工作，律所合伙人，主要从事资本市场、国资国企、并购重组、投融资等业务。

东以将其股权转让至债权人名下的方式为债务履行提供担保，公司或者公司的债权人以股东未履行或者未全面履行出资义务、抽逃出资等为由，请求作为名义股东的债权人与股东承担连带责任的，人民法院不予支持”，即在“让与担保”交易模式下，债权人虽然为工商登记名义股东，但其身份仍为债权人，其他债权人无权要求作为名义股东的债权人承担出资责任。股权让与担保是公司开展业务过程中常见的交易模式，但《公司法解释三》与《民法典担保解释》对该类交易下名义股东（实质为债权人）是否应当对外承担责任规定并不一致，笔者试图根据代理的一起案件，结合司法实务对让与担保交易中名义股东是否需要承担出资责任进行探析。

二、案情简介

某置业公司为房地产开发公司，注册资本原为 20,408 万元，A 公司原持有某置业公司 51% 的股权（对应出资 10,408 万元，已实缴 300 万元），B 公司原持有 49% 的股权（对应出资 10,000 万元，已全部实缴）。

2020 年 12 月，某置业公司及股东 A 公司、B 公司共同与投资人 C 公司签订《股权投资合作协议》，约定投资人 C 公司以 12,000 万元入股某置业公司并持有 70% 的股权，投资期限为三年，C 公司不享有利润收益分配权利，只享有按照年化 8% 计算的固定投资收益，某置业公司应当每季度支付一次固定投资收益。《股权投资合作协议》同时约定，三年投资期限届满后，某置业公司原控股股东 A 公司应按照投资本金即 12,000 万元回购该股权。

随后，某置业公司就前述投资事宜办理了工商变更登记手续，主要变更内容如下：(1)某置业公司将注册资本增加至 34,482.2830 万元，新增注册资本 14,074.2830 万元由 C 公司认缴；(2)A 公司将其持有某置业公司 50% 的股权（对应 10,204 万元出资）转让给 C 公司；(3)转让完成后，C 公司持有某置业公司 70% 的股权（对应 24,137.5981 元出资）；(4)C 公司持有的 24,137.5981 元认缴出资对应出资时间为 2025 年 3 月 31 日。2020 年 12 月至 2021 年 6 月期间，C 公司陆续向某置业公司支付了投资款合计 11,500 万元。某置业公司在收到 C 公司投资款后，仅支付了第一季度的固定收益。2022 年 11 月 30 日，C 公司与某置业公司、A 公司、B 公司及某置业公司实际控制人刘某签订了《股权退出协议》，主要约定：(1)C 公司对某置业公司的投资名义为股权投资，实际是名股实债，即 C 公司向某置业公司提供借款，某置业公司向 C 公司支付固定收益，A 公司提供担保；(2)C 公司名义持有的股权对应实缴出资义务由 A 公司承担；(3)各方同意 C 公司将其

持有某置业公司 70%的股权转让给 A 公司指定主体即 D 公司；（4）某置业公司、A 公司及实际控制人刘某应共同连带归还 C 公司投资本金、利息等款项。2023 年 3 月，某置业公司就 C 公司将 70%的股权转让给 D 公司事宜办理了工商变更登记手续，C 公司不再持有某置业公司股权。

2018 年 5 月，原告王某某作为买受人与某置业公司签订了《商品房买卖合同》。因某置业公司违反约定，王某某将某置业公司诉至法院。2022 年 1 月 12 日，法院就该案作出民事调解书：（1）双方同意解除《商品房买卖合同》；（2）某置业公司应当向王某某返还已支付的购房款 343,067 元及利息，并支付已还贷款本息、维修基金、登记费等 198,509.68 元。

因某置业公司未按照前述调解书履行相应义务，王某某向法院申请强制执行。2022 年 11 月 10 日，法院就该案作出执行裁定，以某置业公司无可供执行的财产为由裁定终结本次执行程序。后王某某向法院提交追加被执行人申请，请求追加某置业公司现股东 A 公司、D 公司及原股东 C 公司为被执行人。2023 年 5 月 30 日，法院作出执行裁定，以需经审判程序进行实体审查为由驳回了王某某的申请。

王某某不服该裁定，将 A 公司、C 公司及 D 公司列为被告并将某置业公司列为第三人提起执行异议之诉，请求：（1）追加 A 公司为被执行人，就第三人某置业公司对王某某的债务在 10,063.3151 万元范围内承担连带清偿责任；（2）追加 D 公司为被执行人，就某置业公司对王某某的债务在 12,637.5981 万元范围内承担连带清偿责任；（3）追加 C 公司为被执行人，就某置业公司对王某某的债务在 12,637.5981 万元范围内承担连带清偿责任。

三、代理意见

笔者作为 C 公司的诉讼代理人参与了本案诉讼。结合本案事实及相关法律规定，经办律师主要提出如下代理意见：

（一）某置业公司确有可供执行财产，本案不符合追加股东为被执行人的法定条件

依照《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》（以下简称“《变更、追加当事人规定》”）相关规定，申请执行人申请追加股东承担连带责任的前提条件为被执行人的财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，在被执行人有相应财产或履行能力的情况下，不得追加股东作为被执行人。《河南省高级人民法院关于追加股东为被执行人执行异议之诉审理座谈会纪要》亦明确，被执行

人或者被申请追加的股东提供充分证据证实确有财产可供执行的，不予追加股东为被执行人。

根据本案执行依据即本案民事调解书，原告王某某与某置业公司均同意解除双方前期签订的《商品房买卖合同》，某置业公司向原告王某某返还购房款等款项。结合前述调解书内容，原告王某某与某置业公司签订的《商品房买卖合同》已经生效法律文书确认解除，案涉房屋已归某置业公司所有，该房屋价值已远超出原告王某某所主张款项。暂不论某置业公司是否有其他财产，原告王某某在明知案涉房屋系某置业公司财产的情况下，其可直接申请法院执行案涉房屋以清偿债权。

因此，某置业公司有相应财产可供执行，原告王某某请求追加 C 公司为被执行人不符合《变更、追加当事人规定》，应当予以驳回。

(二) C 公司曾持有的股权系名股实债交易项下的让与担保，原告王某某要求 C 公司承担连带责任违背法律规定

1. C 公司对某置业公司的投资实质为债权投资，确为名股实债交易项下的让与担保

依照相关规定，名股实债与股权投资的区别主要在于：(1) 是否约定有投资到期后“刚性兑付”（即保证投资本金+固定收益退出）回购退出；(2) 是否不考虑企业经营业绩情况、不承担投资风险，只收取固定收益；(3) 除固定收益外，是否不享有分红权。

《股权投资合作协议》约定，C 公司不享有利润收益分配权，只享有按照年化 8% 计算的固定投资收益（即利息），某置业公司应当每季度支付一次固定投资收益；股权投资期（即三年）届满后，A 公司应当按照原值回购 C 公司所持全部股权；某置业公司在经营过程中产生的风险、责任均由 A 公司承担，且不得影响 C 公司要求返还投资款、获取投资收益等权利。《股权退出协议》更是直接明确了本次投资实质为名股实债交易；股权转让后，某置业公司注册资金实缴出资义务由 A 公司承担；且因 C 公司本次投资实际上是名股实债，其作为名义股东期间某置业公司所有的债务（含注册资本实缴）、责任及风险均应由 A 公司与某置业公司按照法律规定承担，与 C 公司无关。

综上，C 公司参与对某置业公司投资完全符合名股实债投资要件，本次投资并非真正意义上的股权投资，实质上为名股实债交易模式下的债权投资。同理，《股权投资合作协议》《股权退出协议》也明确约定 C 公司名义持有的股权对应权利

义务由 A 公司实际承担等条款，C 公司名义上进行的股权转让、增资扩股实质上是 A 公司通过让与担保的方式将相应股权名义登记至 C 公司名下，为 C 公司债权投资提供担保，即本次交易确为名股实债交易项下的让与担保。

2. 让与担保交易下名义股东无需承担出资责任

如前所述，本次投资确为名股实债交易项下的让与担保，按照《民法典担保解释》第六十九条之规定，C 公司实际地位为某置业公司债权人，其持有某置业公司股权仅为保障债务所增设的担保措施，无需负有出资义务，其对公司的债权不承担法律责任。最高人民法院（2018）最高法民终 54 号、新乡市中级人民法院（2022）豫 07 民终 4019 号生效法律文书也明确了名股实债交易对应让与担保下名义无盖无需承担出资责任。

综上，本次投资确为名股实债交易项下的让与担保，原告王某某要求 C 公司承担连带责任不符合法律规定，不应当支持。

3. 本案不适用《公司法解释三》相关规定

尽管《公司法解释三》第二十六条规定了债权人有权要求债权人有权要求名义股东对公司债务不能清偿部分在未出资范围内承担责任，但本案并不适用《公司法解释三》相关规定，理由如下：

首先，从立法体系上来看，《公司法解释三》第二十四条至第二十七条规定的是“名义股东”“实际出资人”相关责任承担，均特指股权代持法律关系中各方当事人对应权利义务，第二十六条规定中所述的“名义股东”、“实际出资人”是承接的第二十四条“有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无法律规定的无效情形，人民法院应当认定该合同有效”中所定义的“名义股东”，也即“股权代持”关系中的名义股东。据此，《公司法解释三》第二十六条关于名义股东在未出资本息范围内承担补充赔偿责任，也仅适用“股权代持”关系中的股东。

其次，最高人民法院编著的《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》（以下简称“《担保制度解释理解与适用》”）进一步明确了《公司法解释三》在制定时并未考虑股权让与担保，在股权让与担保情况下，债权人无权要求作为名义股东的债权人承担出资责任。

再次，按照“特别法优于普通法”原则，《民法典担保解释》第六十九条是对股

权让与担保特殊情形的特别规定，《公司法解释三》第二十六条仅仅是一般规定；同时，按照“新法优于旧法”原则，《公司法解释三》发布时间为2010年12月6日，《民法典担保解释》发布时间为2020年12月31日。因此，本案确应当适用《民法典担保解释》相关规定。

4. C公司参与增资扩股不影响名股实债及让与担保法律关系的认定

首先，《股权投资合作协议》《股权退出协议》明确约定，C公司持有的70%股权（包含受让的老股及认购的新股，下同）对应权利义务均由A公司实际承担，某置业公司足额支付利息、A公司按原值支付股权回购款后，C公司将该70%股权返还给A公司。前述约定足以证明A公司通过让与担保的方式将该70%的股权名义登记至C公司名下，为C公司债权投资提供担保。至于C公司是通过老股转让还是增资扩股方式名义持有股权，并不影响前述法律关系的认定。

其次，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第89条第二款规定：“当事人在相关合同中同时约定采用信托公司受让目标公司股权、向目标公司增资方式并以相应股权担保债权实现的，应当认定在当事人之间成立让与担保法律关系。当事人之间的具体权利义务，根据本纪要第71条的规定加以确定。”最高人民法院民二庭第5次法官会议纪要在对名股实债协议的性质与效力进行认定时，也明确了通过增资扩股取得目标公司股权并不影响名股实债及让与担保法律关系的认定。最高人民法院编著的《担保制度解释理解与适用》⁵⁷载明：“如果投资人实际享有的是债权，则名义上的股权转让或增资扩股协议，可以解释为是通过让与股权方式提供担保的借贷合同。”并且，最高人民法院（2021）最高法民终35号民事判决也认定了老股转让加增资扩股模式下不影响各方法律关系仍为债权投资，各方真实法律关系为名股实债及让与担保。

（三）C公司转让股权时未实缴出资对应出资期限尚未届满，原告王某某亦不得要求C公司承担连带责任

依照某置业公司在市场监督管理部门备案的公司章程记载，C公司持有的某置业公司70%的股权即24,137.5981万元出资额对应的出资时间为2025年3月31日前。C公司于2023年3月向A公司指定主体即D公司转让股权时，其认缴出资期限并未届满。同时，C公司在转让股权前，已实际向某置业公司支付了投资款（实

⁵⁷ 最高人民法院民事审判第二庭. 最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用[M]. 北京: 人民法院出版社, 2011.

质为借款）合计 11,500 万元。即便是假定不考虑“名股实债”“让与担保”背景下 C 公司无需承担责任，在 C 公司已实缴了相应出资且剩余认缴出资期限尚未届满的情况下，原告王某某亦无权要求 C 公司就未出资部分承担连带责任。

四、裁判结果

2023 年 8 月 15 日，法院就本案作出一审判决，驳回了原告王某某的诉讼请求。法院采纳了经办律师的观点，即：（1）原告申请追加 C 公司为被执行人，应当以某置业公司无财产可供执行及被告未足额出资为前提。根据原告与第三人某置业公司之间执行依据的民事调解书约定，案涉房屋所有权在合同解除之后应当归属某置业公司所有，且其价值超过原告申请执行的债权，原告完全可以申请人民法院对涉案房屋进行处置来实现债权。（2）因《变更、追加当事人规定》规定的追加前提是被执行人的公司财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，而本案中某置业公司有可供执行的财产，故 C 公司于 2023 年 3 月将 70% 的股权转让给 D 公司不适用《变更、追加当事人规定》相关规定。（3）C 公司作为某置业公司名义股东，其持有的股权实际为名股实债的让与担保，并非真正股东，故原告申请追加其为被执行人承担连带责任，法院不予支持。

五、案例评析

本案系一起较为典型的让与担保交易项下名义股东是否需要承担出资责任的案件。按照《民法典担保解释》第六十九条之规定，让与担保下名义股东无需承担出资义务。但与一般通过“受让老股”方式进行让与担保交易不同的是，本案中 C 公司同时采取了“增资扩股”+“老股转让”方式成为了某置业公司名义股东，且其在退出某置业公司时，对应的认缴出资并未缴纳完毕；从商事外观主义、保护债权人等角度，前述情形可能会对法院适用《民法典担保解释》相关规定造成一定影响。经办律师结合法律规定及最高人民法院相关法官会议纪要及同类型判例，详细阐述了“增资扩股”+“老股转让”模式下不影响法律关系的认定，C 公司参与对某置业公司的投资实质为债权投资，各方真实法律关系为名股实债及让与担保；并结合《公司法解释三》对于名义股东承担责任的起草背景、最高人民法院的理解与适用等角度分析了本案不适用《公司法解释三》相关规定。前述观点大部分被法院采纳。

六、结语

本案诉讼过程中，另有 5 名原告以相同案由将 C 公司起诉至法院，要求 C 公司在 12,637.5981 万元范围内对某置业公司的债务承担连带清偿责任；并且，某置

业公司为房地产开发企业，已被列入被执行人及失信被执行人名单，其尚未清偿的其他到期债务无法估量。

本案一审判决驳回了原告王某某的诉讼请求，一审判决作出后各方当事人均未提起上诉，且另案 5 名原告在知悉本案一审判决后也已撤诉。本案通过生效判决方式认定了 C 公司作为让与担保交易下的名义股东无需承担责任，较好地维护了 C 公司的合法权益。

七、建议

以名股实债、让与担保方式参与投资目前仍是较为常见的交易方式。结合本案相关情况，经办律师建议，投资方在选择该等交易方式时，应重点关注名义受让的股权是否已完成实缴，并通过合理的交易方式（如要求控股股东先完成实缴后再进行股权转让）规避可能存在的争议纠纷。

浅析实际施工人行使代位权的范围问题

——河南仟问律师事务所 王莎⁵⁸

摘要:本文聚焦建设工程领域实际施工人代位权行使范围的争议问题,结合《民法典》第535条及《新建工司法解释一》第44条,重点探讨代位权客体中“债权从权利”的界定困境。核心争议集中于工程价款优先受偿权与形成权(如解除权、撤销权)能否纳入代位范围:针对前者,本文通过分析最高院否定实际施工人直接享有工程价款优先受偿权但允许代位行使的司法倾向,揭示理论与实践的冲突;针对后者,本文梳理形成权代位行使的学理分歧及最高院有条件认可的折中立场,明确形成权代位行使的可行性。同时,本文还以实践经验为落脚点,指出立法模糊导致各地裁判尺度不一,亟需通过司法解释细化“从权利”范围、统一裁判规则,并强化实际施工人风险防范能力,以平衡债权人权益保护与交易秩序稳定。

关键词:实际施工人 代位权行使范围 工程价款优先受偿权 形成权 债权从权力

一、引言

近些年,在我国建筑行业蓬勃发展的大环境下,转包、违法分包等乱象却屡禁不绝,使得实际施工人这一群体应运而生。实际施工人作为施工建设的最后一环,往往投入大量的人力、物力与财力,然而却因为各种原因常常面临工程款被拖欠的困境,致使其权益难以得到有效保障。

在此背景下,代位权制度就成为实际施工人追讨工程款的重要法律途径。然而,对于实际施工人行使代位权的范围,学界与实务界尚存诸多争议,各地法院裁判标准也亦不尽统一。因此,深入探究实际施工人行使代位权的范围,对于切实保障实际施工人权益、规范建筑市场秩序、维护法律适用的统一性具有重大意义。本文旨在通过对法律法规、司法解释及典型案例的剖析,厘清实际施工人行使代位权的边界,为有效解决建设工程领域的工程款纠纷,提供理论支撑与实践指引。

二、代位权制度及立法沿革

代位权制度作为债的保全核心机制,其历史发展源远流长,在不同法域呈现出

⁵⁸ 王莎,女,1987年,中共党员,中级职称,河南仟问律师事务所专职律师、建筑房地产法律业务部主任,专业领域:房地产、建设工程、投融资、政府法律顾问、公司治理与企业合规管理。

各异的演进轨迹，深刻反映了各时代法律对债权保护与交易秩序平衡的追求。我国代位权制度伴随市场经济发展呈现出逐步完善的趋势。

1999年的《合同法》首次正式引入代位权制度，第七十三条规定：“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。”此规定打破传统合同相对性藩篱，为债权人追债提供新途径，却因规定相对原则，在适用范围、行使条件等方面引发诸多实践争议，如：对代位权客体的规定过于狭窄，致债权人利益得不到充分维护。

2021年施行的《民法典》第五百三十五条，对代位权制度再度优化：“因债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。”此番修订意义深远，将代位权客体从单纯债权扩至与债权有关的从权利，强化了债权全方位保护，完美契合现代经济交易复杂权利架构。也为市场经济下多元债务纠纷的解决注入新活力，提供有力的法律支撑。

三、实际施工人的代位权及其行使范围问题

（一）实际施工人行使代位权的法律依据

1. 《民法典》框架下的一般规定

如前所述，《民法典》第五百三十五条是债权人行使代位权的一般规定，在法律条文中明确了代位权客体包括债务人的到期债权及与之相关的从权利，为代位权人行使权利划定了基本界限。实际施工人作为债权人，想要通过代位权路径实现自己的债权利益，亦应受该条规范的约束。

2. 建设工程领域特别法的具体规定

《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称《新建工司法解释一》）作为建设工程领域的重要司法解释，也对实际施工人代位权问题作出诸多具体性规定。如该解释第四十四条规定：“实际施工人依据民法典第五百三十五条规定，以转包人或者违法分包人怠于向发包人行使到期债权或者与该债权有关的从权利，影响其到期债权实现，提起代位权诉讼的，人民法院应予支持。”这就为实际施工人行使代位权提供了直接依据，细化了适用条件。

（二）实际施工人行使代位权的范围

无论是《民法典》还是《新建工司法解释一》均明确了代位权的行使范围包括到期债权及与债权有关的从权利。要明确实际施工人的代位权界限，就有必要搞清楚“到期债权”及“债权从权利”的内涵和外延。

1. 到期债权的内涵与外延

顾名思义，到期债权是指依据合同约定或法律规定，债务人对次债务人所享有的已届清偿期的金钱给付请求权或其他具有财产价值的请求权。在建设工程领域，主要表现为转包人、违法分包人对发包人享有的到期工程价款请求权。比如，施工合同约定的付款节点，工程进度达到一定比例或竣工验收合格后，发包人应向转包人、违法分包人支付工程款；或者虽无合同约定，但依据法律规定或行业习惯，如工程竣工验收合格或视为合格的情形下，发包人应支付剩余全部工程款的。对到期债权的界定，理论及实务领域，似乎并没有分歧。争议及困境，主要是集中在债权从权利的界定中。

2. 债权从权利的涵盖类型

债权从权利作为主债权的附属权利，旨在保障主债权的实现，其种类丰富多样。如清华大学韩世远教授在《债权人代位权的解释论问题》（载于《法律适用》2021年第1期）一文中，就明确罗列出“与该债权有关的从权利”主要是指担保权利（包括担保物权，如抵押权、质权、留置权等和保证）。因此，如发包人以在建工程为转包人工程款提供抵押担保，当转包人怠于行使抵押权，影响实际施工人债权实现时，实际施工人可代位行使该抵押权。同时，若转包人对发包人债权设有保证人，在满足代位权行使要件时，实际施工人亦可向保证人主张权利，通过保证人代偿实现债权保全。

不难看出，虽然《民法典》及《新建工司法解释一》均提及从权利，但很遗憾的是都没有给出精准的界定。尤其是在实际施工人行使代位权的复杂实践中，从权利是否包括工程价款优先受偿权，以及形成权（尤其是解除权、撤销权）能否作为代位对象的问题，仍然争议较大，易引发法律适用困惑，亟待立法或司法机关进一步予以明确，为实际施工人维权厘清路径。

（三）法律规范未明确事项的探讨

1. 工程价款优先受偿权能否为实际施工人代位行使

（1）最高院明确否定实际施工人享有建设工程优先受偿权

关于实际施工人是否享有建设工程优先受偿权的问题，《民法典》第八百零七条及《新建工司法解释（一）》第三十五条均已给出明确结论。将权利行使主体限定为与发包人建立合同关系的承包人，否定了实际施工人享有建设工程优先受偿权。

对此，最高人民法院民事审判第一庭编著的《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》分别从法律基础、立法本意、现实要求等维度作出了详细解释：首先，最高院的法官从法理的角度剖析，认为建设工程价款优先受偿权是一项对世权，其优先顺位凌驾于抵押权、普通债权之上，对交易秩序与第三人信赖利益影响深远。一旦宽泛赋予实际施工人此项权利，将冲击既有权利顺位格局，削弱法律确定性。其次，从立法本意回溯，他们认为将行使主体限定为与发包人建立合同关系的承包人，目的也是维护合同相对性内核，保障交易链条稳定。最后，他们还认为转包、违法分包本就悖离法律意旨，若在此情形下允许实际施工人享有优先受偿权，无疑变相纵容违法行为，且额外加重发包人防备、审查成本，对发包人显失公平。

（2）理论界普遍认为建设工程价款优先受偿权不应代位享有

然而，对于建设工程价款优先受偿权能否代位行使的问题，《民法典》及《新建工司法解释一》却存在重大缺失。学界和实务界也出现观点的激烈碰撞。

一种观点认为，“建设工程价款优先受偿权”不属于法定的担保权利，那么就不应被认定为“债权的从权利”，不属于代位权的行使客体，自然不能被实际施工人代位行使。

另一种观点认为，建设工程优先受偿款具有人身依附性，如《河北省高级人民法院建设工程施工合同案件审理指南》第三十七条规定：“建设工程价款优先受偿权与建设工程价款请求权具有人身依附性，承包人将建设工程价款债权转让，建设工程价款的优先受偿权消灭。”那么，按照《民法典》第五百三十五条规定，专属于承包人的建设工程价款优先受偿权，更不能被实际施工人代位行使。

笔者认为，以上两种观点均有其局限性，忽视了建设工程的特殊性和复杂性。在转包、违法分包以及发包人不知情的挂靠的情形下，工程由实际施工人完成，承包人没有参与工程施工，却独享一项重要的对世权。将实际履行了合同义务的实际施工人排除在外，这不仅不符合权利和义务相一致的基本要求，也不符合公平合理原则，不利于从根本上化解纠纷矛盾。

（3）司法实践中，部分地方法院已支持实际施工人代位主张工程价款优先受

偿权

为此，已有部分法院通过出台审判指引的方式，肯定了实际施工人代位主张工程价款优先受偿权的行权路径。如江苏省高院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第十六条规定：“实际施工人在总承包人或转包人不主张或者怠于行使工程价款优先受偿权时，就其承建的工程在发包人欠付工程价款范围内可以主张工程价款优先受偿权。”无独有偶，浙江、安徽、福建、重庆等地高院亦有类似规定。其出发点聚焦于现实困境化解，在建筑市场乱象丛生、转包分包频发背景下，实际施工人作为工程落地的关键力量，投入大量人力、物力，其背后是众多农民工的生存权益。若机械遵循合同相对性，在转包人、违法分包人怠权时，实际施工人极易陷入求偿无门绝境，易引发群体性讨薪等社会问题，赋予其优先受偿权代位行使资格，是权衡各方利益、维护社会稳定的务实之举。

虽然，地方法院的裁判指引均出台于《民法典》及《新建设工程司法解释（一）》颁布实施之前，在法律及司法解释明确否定实际施工人享有建设工程优先受偿权后，上述观点是否发生变化不得而知。

但是，最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组在其主编的《民法典理解与适用》中明确解读：《民法典》第五百三十五条中的“与其债权有关的从权利”，不仅包括了担保物权中抵押权、质权、保证及附属于主债权的利息、建设工程价款优先受偿权等。该观点一定程度上反映了最高院对此类问题的倾向性意见。

同样，最高人民法院第六巡回法庭编著的《第六巡回法庭裁判规则》一书中，亦明确指出：《新工司法解释一》第四十三条、第四十四条规定实际施工人可以代向发包人主张支付工程价款，或者以《民法典》第五百三十五条对发包人提起代位权诉讼，代位权行使之范围为债权及其从权利，优先受偿权作为从权利即应包括在代位权范围内。

这充分说明，肯定工程价款优先受偿权能为实际施工人代位行使，不仅符合建设工程的特殊性，也更有利于纠纷解决，维护社会的稳定，应当给予充分的肯定。

1. 形成权能否作为代位对象

与建设工程价款优先受偿权能否被实际施工人代位行使一样，解除权、撤销权等形成权能否纳入代位权客体范畴，学界与实务界也似楚汉争雄，各执一词，不同地域的法官也有不同认知。

一种观点坚称形成权不应成为代位权客体。他们从传统理论出发，认为撤销权、

解除权归属于形成权，与债权分属不同权利脉络，并非代位权制度初始预设的实体法客体。代位权本身已是合同相对性的重大突破，若再允许债权人代位行使形成权，相当于在债权债务关系网络中撕开二次“破洞”，肆意突破合同相对性藩篱，将使法律关系陷入混沌，各方权利义务失焦，且当前理论与实践对双重突破后的规制尚缺成熟体系，贸然纳入恐引发连锁负面效应。

反对观点则立足实践需求，力主形成权纳入的合理性。他们认为：实践中形成权与债权请求权紧密缠绕，难解难分。如发包人未向转包人支付工程价款，转包人既怠于向发包人行使权利又不同意垫付工程款。若不许实际施工人代位行使解除权，将造成其债务缺口越来越大，矛盾也会越来越多。且从纠纷解决实效性考量，允许代位行使形成权，可一并请求相对人履行合同解除、撤销后的返还、赔偿义务，将关联纠纷打包解决，避免当事人在多个诉讼间疲于奔命，契合诉讼经济原则。

最高人民法院在《民法典合同编通则司法解释理解和适用》中展现出务实折衷态度。倾向于在债务人怠于行使对相对人的合同解除权、撤销权，且将导致债权人无法实现债权，同时符合代位权其他构成要件时，有条件允许债权人代位行使。但为防权力滥用，其认为亦应设置“安全阀”：若债务人或相对人举证证明不行使形成权更利于债务人责任财产增加或维持，即不认定影响债权人债权实现，债权人代位权便无启动之基。这一规则于复杂现实中探寻精妙平衡，既为债权人维权新径，又严守权力边界，防法律关系失序，为解决实际施工人代位权纠纷中形成权争议提供权威性指引方向。

（四）实际施工人行使代位权的制度价值

实际施工人行使代位权在建设工程领域意义非凡，其制度价值贯穿于保障农民工权益、维护建筑市场秩序以及契合公平正义理念等诸多层面，为解决行业乱象、平衡各方利益提供了关键支撑。

结合笔者的从业经验，认为主要有以下几点：

1. 可以有效保障农民工劳动报酬获取

农民工作为建筑行业的主力军，其劳动报酬的按时足额获取关乎社会稳定与民生福祉。在转包、违法分包盛行的建筑市场环境下，实际施工人往往是组织农民工施工的直接责任人。当转包人、违法分包人怠于向发包人追讨工程款时，实际施工人资金链极易断裂，进而导致农民工工资拖欠。而代位权制度赋予实际施工人跨越合同相对性，直接向发包人主张债权的权利，使得工程款追讨路径得以疏通。一旦

实际施工人胜诉，发包人需在欠付工程款范围内直接向实际施工人履行支付义务，这笔款项能够第一时间用于支付农民工工资，确保农民工劳有所得，避免因中间环节的违约或资金挪用，让农民工成为无辜的受害者，切实维护了社会基层劳动者的生存权益，彰显法律温情。

2. 有利于维护建筑市场交易安全

建筑市场的健康发展依赖于稳定、有序的交易秩序。转包、违法分包等行为不仅违反法律法规强制性规定，更破坏了合同链条的整体性和严肃性，使得债权债务关系错综复杂，市场主体间信任危机频发。实际施工人行使代位权，对转包人、违法分包人形成有效制约，倒逼他们规范合同签订与履行流程，积极主张自身债权，不敢随意截留工程款。从发包人角度，知晓实际施工人有代位行权可能，在选择承包人、监管工程款项支付时会更加审慎，督促承包人按时向实际施工人付款，避免卷入不必要的诉讼纠纷。如此一来，各方市场主体行为得以约束，交易风险降低，建筑市场资金流转回归正轨，行业稳定性与可预期性显著增强。

3. 有利于实现实质公平正义

在建设工程合同关系网络里，实际施工人处于弱势地位。他们虽付出大量人力、物力完成工程建设，却因合同相对性束缚，在转包人、违法分包人怠于行权时，面临工程款索求无门困境。代位权制度恰是打破这一僵局的利刃，允许实际施工人介入转包人、违法分包人与发包人之间的债权债务关系，以自身名义主张权利，跳过中间违约环节，直接向发包人“讨债”。这一制度设计并未过度损害发包人合法权益，因发包人本就负有支付工程款义务，只是支付对象在特定情形下变更为实际施工人，且仅在欠付范围内担责。既填补合同相对性导致的维权漏洞，让实际施工人权益得到伸张，又兼顾各方利益平衡，于复杂法律关系中寻得公平正义的最佳平衡点，契合法律追求实质公平的精神内核。

四、司法实践中的现实困境

尽管实际施工人通过代位权维护权益的制度设计对现实实践具有重大意义，但由于法律法规及司法解释对部分关键问题规定尚欠明晰，各地法院在理解与适用上存在差异，致使裁判标准未能统一，同案不同判现象时有发生，给当事人维权及法律权威带来挑战。

简单概括，主要表现为以下几点困境：

（一）各地法院对优先受偿权认定分歧

工程价款优先受偿权作为建设工程领域极具争议焦点，各地高院规定截然不同，在司法裁判中衍生出多样结果。

（二）对从权利范围理解差异

对于债权从权利范畴，除优先受偿权争议外，在担保权、违约金债权等方面，法院亦存在分歧。以违约金债权为例，有的法院认为，若转包人、违法分包人与发包人合同约定违约金，且该违约金与主债权关联紧密、不具专属性，实际施工人可代位主张，以填补损失；另一些法院则顾虑违约金数额认定复杂、易引发新争议，且担心实际施工人借此过度索偿，破坏利益平衡，故而否定实际施工人此项代位权。根源在于法律对“债权有关的从权利”界定模糊，法院需结合个案权衡公平与效率、当事人权益保护与交易秩序稳定，致裁判各异，亟待立法或司法解释细化明确，消弭分歧。

（三）证据认定与举证责任的难题

在实际施工人行使代位权的诉讼进程中，证据认定与举证责任分配犹如横亘在当事人面前的崇山峻岭，诸多困境使得实际施工人维权之路荆棘丛生，亟待破局。比如：如何证明债权存在及到期；如何证明转包人怠于行使权利等等，都大大增加了实际施工人的举证难度。

（四）多重转包、违法分包下的复杂情形

当存在多层转包、违法分包关系时，各层级实际施工人是否皆有权行使代位权，以及向何人行使，法律规定尚不明晰，实践操作乱象丛生。

五、困境突围：完善实际施工人行使代位权范围的路径

综合上述分析，笔者认为要想充分发挥实际施工人代位权制度的优势，充分化解纠纷矛盾，维护社会公平正义，突破当前的现实困境，仍需要各方面做好以下工作，完善维权路径。

（一）立法层面的优化建议

立法作为法治建设的基石，对于实际施工人行使代位权范围的精准界定起着提纲挈领的作用。在当前复杂多变的建筑市场环境下，现有法律规定在应对实际施工人代位权纠纷时渐显乏力，亟需从立法根源处进行优化，以填补规则漏洞，确保各方权益平衡与法律秩序稳定。比如：应尽快细化代位权相关司法解释，对“债权有关的从权利”逐一甄别梳理；明确工程价款优先受偿权能否被代位行使等等。

（二）司法裁判规则的统一

司法作为维护社会公平正义的最后一道防线，在实际施工人行使代位权纠纷的处理中，裁判规则的统一至关重要。当前，各地法院裁判尺度不一，严重影响法律权威与当事人权益，亟须通过发布指导性案例、加强业务交流等举措，凝聚司法共识，确保同案同判，为实际施工人撑起公平正义的保护伞。

（三）实际施工人自身风险防范与应对

在建筑市场的复杂棋局中，实际施工人作为关键“棋手”，面对诸多不确定性与潜在风险，除仰赖立法完善、司法公正外，强化自身风险防范与应对能力亦是维权胜诉、稳健发展的必修课。从合同订立的源头把控，到施工全程的证据留存，再到纠纷应对的策略抉择，每一环节皆关乎成败，都需要审慎对待。

六、结论

笔者相信，未来随着建筑行业的持续发展与法治进程的稳步推进，实际施工人行使代位权的制度构建有望更加完善，为实际施工人维权提供切实可行的法律依据。同时，伴随司法裁判规则的统一、实际施工人自身法律意识的强化，将全方位提升审判效率与公正性，保障建筑市场健康、有序发展。

建设工程担保法律体系存在问题与优化研究

——上海市浩信（郑州）律师事务所 彭崇志⁵⁹

摘要：建设工程担保是建设工程领域相关利益方化解纠纷、转移风险的一种方式，围绕建设工程投标、开工、验收等环节存在的风险设计相应的保证金、担保金、保留金等，以保障工程合同有效履行、市场有序平稳运行、工程规范高效实施。当前，建设工程担保法律体系中仍然存在诸多漏洞，包括担保人合格性不高、工程留置权不明确、担保法律条文不完善、工程监管不到位等。本文从拓展建设工程担保市场主体、健全建设工程担保法律法规、配套发展工程担保相关服务、加大建设工程担保监管力度等方面提出若干优化措施，旨在助力解决建设工程担保法律体系中存在的问题。

关键词：建设工程 法律体系 担保问题 优化措施

引言

建设工程项目事关民生幸福与社会稳定，其投资体量大、实施周期长，工程设计与施工受自然环境、社会经济状况以及相关市场波动等复杂因素综合影响，且涉及多方市场主体与实施单位的协同配合，易因内外因素综合作用而出现工程招投标投诉、工程质量不合格、工程验收滞后等问题，导致工程建设中出现履约纠纷、道德风险与违约风险。⁶⁰建设工程担保机制的作用在于，当被担保人无法有效履行合同条款及相应责任义务时，由担保人出面向另一方承担合同条款、责任义务继续履行需支付或偿付的费用，从而有效规避与降低建设工程项目各主体的风险，合理维护各实施单位及相关人员的利益。

一、建设工程担保机制的作用

（一）保障工程施工合同有效履行

建设工程担保机制是以规避与降低道德风险与违约风险为目标，在工程实施各主体之间引入第三方作为担保方，受被担保人的委托，对照合同中的条款及内容进行事中监督，督促被担保人严格履行自身职责与义务，确保工程施工合同有序、有

⁵⁹ 彭崇志，男，1976年生，中共党员，副高职称，上海市浩信（郑州）律师事务所副主任，所工会副主席，中原工学院法律专业硕士研究生校外导师，业务方向（公司法及建工类）。

⁶⁰ 金宇星. 建设工程担保制度相关法律问题的研究 [J]. 法制博览, 2019(12):161.

效履行，并从完成的合同与顺利实施的建设工程项目中获取预期利润⁶¹。建设工程担保机制的建立促使第三方以公正且严格的监督立场督促工程施工合同有效履行，是保证建设工程施工质量与施工进度，降低工程安全隐患风险的重要举措，可以科学规避与控制工程施工合同履行风险。若是被担保人未能按照合同约定条款有序推进工程实施，担保方需承担违约风险并妥善解决工程款拖欠、农民工工资拖欠、建设单位支付费用不足等问题，确保在有力的资金支持下合同继续履行。

（二）保障建设工程相关市场的运行平稳性

建设工程担保机制是建设工程市场信用保障体系的重要构成，其通过市场手段、经济手段对建设工程各方主体存在的违约行为、失信行为等进行惩戒，进一步规范建设工程相关市场行为，以各主体行为的透明性保障市场运行的平稳性。如对于招投标环节存在的串标、围标、虚假交易等道德风险与违约风险，通过第三方担保机制的监督、发现与惩戒，进一步削弱不良招投标行为对建设工程招投标市场的冲击性⁶²；如对于房地产市场存在的房价操控虚高问题，通过第三方担保机制调控房地产建设工程的担保额度与保证金，合理约束房地产开发项目的开工条件，可定量调控房地产开发市场与房价，保障房地产开发市场的运行平稳性。

（三）规范建设工程实施相关流程

建设工程担保机制通过事中监督与经济手段倒逼，进一步规范建设工程招投标、设计、施工等环节与流程，以良好的建设工程各主体责任履行提高工程实施的公平性与规范性。如在工程招投标环节，不少投标人钻最低价中标的漏洞，故意压低投标价以争取中标，但投标人的相关资质无法匹配建设工程设计与施工资质要求⁶³。建设工程担保机制引入第三方对投标人的相关资质进行监督与审查，确保在招投标担保机制的制约下投标人的相关资质符合专业审查要求，从源头上保证建设工程的实施质量，有效规避资质不达标中标人的履约纠纷与违约风险。

二、建设工程担保法律体系存在问题分析

（一）担保人合格性不高

当前建设工程担保机制中，担保主体由担保公司与银行构成，其中银行主要扮演少量金额担保角色，不参与建设工程的实施过程监督，仅片面化、小额化赔付建

61 张婷,赵磊.建筑工程管理中的工程担保机制探究 [J].住宅与房地产, 2018(36): 112.

62 王放.河南建设工程担保实施中存在的问题及对策 [J].河南教育学院学报(哲学社会科学版), 2018, 37(1): 69-73.

63 方兴.工程担保法律体系发展现状及完善探析 [J].法制博览, 2024(13): 59-61.

建设工程实施主体的承保违约费用；担保公司主要扮演建设工程实施审查与监督角色，审查工程各实施主体的资质、资金状况等，督促各实施主体严格履行合同条款，并从顺利完成的工程项目与合同中获取补偿与利润。但当前建设工程担保主体市场较小，担保公司的合格性不高，在工程实施监督、违约事实调查分析、工程造价测算与资金补偿等方面的专业性不足，导致建设工程担保机制缺乏有效的第三方监督与经济手段制衡。

（二）工程留置权不明确

建设工程的留置权归属发包方或承包方理论上有赖于建设工程合同履行的状况，若因发包方原因导致工程款拖欠，从法律层面上来看建设工程的留置权理应属于承包方，承包方有权对建设工程进行折价出售或经法院拍卖，以回笼资金并处置不良资产。此举的前提条件为，承包方在与发包方沟通协商后发包方拒不履行合同中的付款等条款时，即可享受优先受偿权。当前建设工程担保相关法律体系中对工程留置权的界定不明确，甚至将留置权局限于动产，无法从法律法规层面支持并界定承包人对建设工程的留置权，不利于建设工程担保机制运行的公平性与实操性。

（三）工程担保法律条文不完善

建设工程担保相关法律法规分散在《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）《中华人民共和国建筑法》（以下简称《建筑法》）等多个法典以及政府部门出台的若干指导意见中，未能从顶层设计层面高度集成并详细梳理相关法律条文，导致建设工程相关法律制度强制性不足、适用范围界定不清、实操性受限。如《招标投标法》中虽有“招标明确要求中标人提供履约保证金的，中标人应当提交”等法律条文，但将履约保证金的缴纳权力赋予招标人与招标公告，未能强制性向中标人收取履约保证金以约束中标人的履约行为⁶⁴。如建设单位与承包单位签订施工合同时，在工程款结算担保上缺乏相应的、强制性的配套法律约束，导致建设单位拖欠建设工程款项时无强有力的法律条文监督执行。综上，工程担保法律条文不完善、强制性不足等问题在一定程度上削弱了建设工程担保机制的风险防范与控制作用。

（四）工程担保监管不规范

建设工程担保监管不规范主要体现在政府部门对担保公司监管不到位、担保资金的监管不严格、对保函备案管理不规范等方面。在担保公司监管方面，政府部

64 陈仕婷. 国际工程担保制度探究及风险管控 [J]. 低碳世界, 2020, 10 (5): 178, 180.

门未严格把关与管控担保公司的资质、注册资本、业务范围等关键信息，担保公司履行第三方监督职责不力、赔付能力欠缺增加建设工程被担保人的风险。在担保资金监管方面，政府部门对被担保人投保的保证金监管不到位，资金监管缺口会进一步加剧建设工程实施风险，导致建设工程款项拖欠等一系列违约行为恶化⁶⁵。在保函备案管理方面，在优化营商环境、支持小微企业发展 的市场环境下，部分政府部门对广泛使用的保函备案管理不严，审核时间滞后，担保额度统一控制难度增加，进一步增加了担保公司超额度承揽保函的风险隐患。

三、建设工程担保法律体系优化措施

（一）拓展建设工程担保主体市场

当前建设工程担保公司质量参差不齐，在较低的资质门槛与较松的市场环境下个别担保公司存在串通建设工程参建主体虚假投保以争取担保业务市场份额与占有率的现象，有必要大规模拓展建设工程担保主体市场，通过市场化运作提高担保公司的资质门槛，助推担保市场诚信体系建设⁶⁶。在法律体系层面的具体做法为，通过立法规定担保公司进入建设工程担保行业从事相关业务的硬性要求与流程，如对担保公司的注册资本、实收资本、建设工程领域相关资质等作出限额要求与明确规定，以强有力的法律效力保证建设工程担保公司入行的规格与资质。同时，法律层面应强制性要求担保公司公开其财务经营状况、业务承接情况等，以便建设工程各参建方根据项目担保需求选择适宜的担保公司。此外，为加强对建设工程领域担保公司市场行为的有力约束，可建立建设工程担保主体市场信用机制与积分评价红黑榜机制，通过被担保人的真实评价以及相关部门的动态跟踪考评为建设工程担保公司赋信用分，进一步优化建设工程担保主体市场。

（二）健全建设工程担保法律法规

当前建设工程领域无明确且详细的担保法，相关法律条文多分散在《招标投标法》《民法典》等法律法规中，顶层设计不够、可操作性不强，难以科学适配建设工程担保需要。应立足现行法律法规健全建设工程担保法律体系，如调整《民法典》中担保法律条款的适用范围，明确规定建设工程此类不动产的留置权归属及使用条件，严格落实《民法典》在建设工程担保环节的强制性法律效力，有效规避合同违约风险与履约纠纷；对现行《建筑法》加以完善，补充建设工程担保相关条款内容，

65 叶淦荣. 建设工程担保制度相关法律问题探讨 [J]. 法制与社会, 2019(29):28-29.

66 杨小莉. 上海市执行建设工程担保制度若干问题及完善建议 [J]. 改革与开放, 2019(11): 36-38.

对工程担保进行硬性约束，可将工程担保作为施工合同备案、施工许可证发放的前置环节与必要条件，并对未实施工程担保的参建单位采取经济手段加以惩戒；建议在《建筑法》中明确规定建设工程担保费用的构成、比例并将其计入工程总价；并在《建筑法》中明确建设工程担保相关事项的监管部门及相应职责，为监管部门监管与执法提供法律依据；此外，建议对现行《招标投标法》加以补充，通过法律法规的有效衔接强制性在建设工程招投标环节渗透工程担保，为工程招投标环节投标人资质等信息担保提供法律保障。

（三）配套发展工程担保相关服务

保险服务是建设工程担保的配套服务，用于为存在违约行为的被投保人提供补偿保险金，有效转移违约行为产生的风险，降低违约损失。建设工程保险法律体系优化中应充分配套与发展建设工程的保险服务，详细梳理建设工程在招投标、设计、施工、竣工结算等全生命周期的担保风险点，配套保险服务设计相应的保险金，协同建设工程担保手续服务费共同保障建设工程相关合同的有效履行。此外，相关单位应积极推动工程担保相关法律条文落地的宣传服务，针对建设工程参建各方担保意识不足、主观意愿不强等问题，应拓展相关法律条文的宣传渠道，引导建设工程参建单位正确认识工程担保的重要性，学会科学使用保函，并善于利用经济手段解决市场主体失信问题，提高建设工程担保法律法规的社会知晓面与企业受益度。

（四）加大建设工程担保监管力度

建设工程担保监管应注重保函备案监管、担保资金监管、建设合同管理以及保后跟踪管理等方面，在保函备案方面，应充分运用信息化技术以及工程担保备案系统规范保函备案流程，管控保函备案周期，确保建设工程保函快速、精准、高效录入系统、审核把关、集中管理，有效杜绝保函漏管而导致的额度失控问题。同时，应严格按照工程竣工时间以及保函相关条款及时办理退保手续，以免保函长时间积压影响担保公司额度正常释放。在担保资金方面，相关部门应强化担保资金的专户储备、专户监管，可在一定行政区划范围内对同一工程担保公司储备的资金进行统筹调配与流通使用，在提高担保资金运转灵活性的同时保证担保资金的安全性。在建设合同方面，应结合建设工程担保典型案例剖析问题进一步优化与完善工程担保合同示范文本，通过统一且完善的担保合同文本进一步明晰担保方、被担保方等主体的职责、义务以及需要履行的合同内容与应对办法，推动建设工程担保工作规范化。在保后跟踪方面，建设工程担保公司应配备专业人员对担保的建设工程的实施

情况进行动态跟踪与常态化监管，通过定期巡检、日常检查、风险监测与预警等举措落实建设工程实施关键节点履约提示，切实提高担保公司对违约行为的应急响应能力。同时，针对建设工程担保法律体系中存在的保后跟踪机制缺失漏洞，担保公司应强化对投保单位的信用评价与管理，通过科学筛选投保单位，降低担保公司的经营风险。

四、结论

建设工程担保制度是规范建设工程实施流程、减少与降低建设工程实施过程中的履约纠纷与违约风险的重要举措。当前建设工程担保法律体系存在顶层设计不够、法律法规分散、条文内容不完善、适用范围过大、相关界定不明确、政府监管不到位等问题，政府部门、建设工程担保公司以及建设工程各参建方需协同合作，推动建立以市场为主导、以法律为约束、以政府为监管主体的工程担保机制，进一步提高建设工程实施风险防范水平。

新《公司法》视角下的公司治理思路

——北京市盈科（郑州）律师事务所 陈 磊⁶⁷

摘要：新《公司法》已于2024年7月1日正式施行，本次修订变化巨大，影响深远。现代公司需要在新《公司法》视角下进行及时调整，更改公司治理思路，使公司适应市场环境和法律法规的要求。本文根据新《公司法》的变化，从完善公司组织架构、规范股东权益保护两个方面进行公司治理思路的探讨。

关键词：新《公司法》 公司治理 公司组织架构 股东权益保护

引言

2023年12月29日，全国人大常务委员会审议通过《公司法》，这是继2005年根本性大修之后的第二次根本性地重大修订。新《公司法》删除16个条文，新增、修订228个条文，其中根本性增订112个条文。此次修订对于完善中国特色现代企业制度、促进社会主义市场经济健康发展具有重大的意义！新《公司法》的修订是发展中国特色社会主义市场经济的客观要求，也是推进依法治企的内在需求。作为社会主义重要市场主体之一的公司应当积极学习新《公司法》及相关法律法规，在新《公司法》的框架下，依法进行公司治理改革，构造现代化企业制度。

一、根据新《公司法》完善公司组织架构

新《公司法》对于公司组织架构提出了更高的要求。现代公司组织架构主要包括股东会、董事会、监事会、高级管理人员等，此乃公司从事经营活动的决策机构、执行机构和监督机构。

（一）新《公司法》限缩了有限责任公司股东会职权，并可将其部分职权授予董事会行使

旧《公司法》第37条共列举了股东会的11项职权，新《公司法》第59条共列举股东会职权9项，删去了其中的第一项“决定公司的经营方针和投资计划”和第五项“审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案”。新《公司法》通过削减

⁶⁷ 陈磊律师，女，1982年，民建会员，三级律师，河南省省级政府法律顾问人才库成员、河南省财政厅PPP法律专家、河南省律师协会涉外律师领军人才、郑州市妇联“巾帼普法乡村行讲师团”特聘讲师，盈科全球家族传承中心郑州中心主任。

股东会职权顺应了董事会中心主义的公司治理理念。同时股东会可以将其职权授权给董事会行使，但需考虑其授权范围的边界问题。

（二）新《公司法》降低了临时提案权的股东持股比例要求，更好的保护了小股东权益

旧《公司法》第 102 条规定，“单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东，可以在股东大会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会”，新《公司法》第 115 条规定“单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以在股东会会议召开十日前提出临时提案并书面提交董事会”，降低了临时提案权的股东持股比例要求，同时新法亦规定“公司不得提高临时提案股东的持股比例”，可见，新公司赋予了小股东更充分参与公司管理的权利，对于小股东的利益保护更完善。

（三）新《公司法》限缩了有限责任公司董事会职权，强化了董事会作为公司执行机关的独立地位。

旧《公司法》第 46 条列举了董事会的 11 项职权，新《公司法》第 67 条列举了董事会的 10 项职权，删除了第四项“制订公司的年度财务预算方案、决算方案”。

同时新《公司法》还删除了“董事会对股东会负责”的表述，明确了股东会与董事会相互独立而非隶属关系，股东无权干预董事会独立行使职权，如其认为董事会决议不当，可通过主张董事会该决议无效或撤销来进行救济，而不能径进以股东会决议否定董事会决议。

（四）新《公司法》新增可设立审计委员会的规定

新《公司法》第 69 条规定，有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。此条款系新增条款，是对公司治理结构的重大修订，也是新公司法的一大亮点。本条赋予了有限公司在设立监督机构时的选择权，即其可以选择设立审计委员会或监事会。因为审计委员会制度第一次在《公司法》中被提出，法律对其规定较为简略，缺乏可操作性条文的指引，公司在设立审计委员会时应根据新《公司法》立法精神，可以从审计委员会的组成结构、成员任期、选举方式、职权、议事程序等方面进行细化。审计委员会与监事会二者职能类似，为避免架构中组织机构重复，监事会与审计委员会二者不应共存。公司应遵从新《公司法》加强公司架构管理，发挥组织架构优势。

公司治理实务指导：

新《公司法》对公司组织机构方面修订改变需予以注意⁶⁸。公司应根据新《公司法》明确划分各部门的权限和职责，制定（或更新）公司章程，确保各个组织之间协同发展，保证对组织架构中各个部门的决策科学、高效、合理。

二、规范股东权益保护，提高公司治理水平

（一）新《公司法》扩大了股东知情权的范围，加强了股东知情权的保护

新《公司法》第 57 条规定，股东有权查阅、复制公司章程、股东名册、股东会会议纪录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿、会计凭证。

新公司法扩大了股东查阅权的范围，增加了股东可以查阅、复制股东名册、可以要求查阅公司会计凭证的规定，且同时赋予股东查阅、复制公司全资子公司相关材料的权利。

股东知情权旨在降低大小股东之间、股东与管理层之间的信息不对称，作为工具性权利，其在助力股东实现其他股权方面意义重大⁶⁹。新《公司法》更大程度的保护了股东，特别是中小股东的知情权，为解决股东纠纷提供了更完善的路径。

（二）新《公司法》增设股东压迫下的回购请求权，加强了对弱势地位中小股东保护⁷⁰

新《公司法》第 89 条、第 161 条规定了股东股权回购/收购请求权，该条款采取了法定事由列举的模式，明确规定了股东在满足法定条件下可以请求公司回购/收购其股权。本条款完善了异议股东的退出路径，保护了处于弱势地位的小股东权利。同时第 89 条还新增了“公司的控股股东滥用股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权”的规定，这对于保护小股东，规制控股股东权利滥用，解决股东压制问题具有重大的意义。

（三）双重股东代表诉讼制度

新《公司法》第一百八十九条第四款规定：“公司全资子公司的董事、监事、高级管理人员有前条规定情形，或者他人侵犯公司全资子公司合法权益造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以依照前三款规定书面请求全资子公司的监事会、董事

68 王湘淳.控制股东忠实义务的完善：基于特拉华州公司法的比较考察[J].证券市场导报, 2024(06):1-13.

69 李建伟.《公司法评注》.法律出版社 2024 年 5 月第 1 版. 第 246 页。

70 覃福毅.ESG 视角下新《公司法》对公司管理的价值体现[J].法制博览, 2024(14):1-6。

会向人民法院提起诉讼或者以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。”

该条款系新增条款，为新《公司法》重大修改之一。双重股东代位诉讼的引入为解决母子公司架构中少数股东权益保护及企业资产的保护提供了新的解决路径，为司法机关裁判此类纠纷提供了重要依据。

公司治理实务指导：

公司要加强对股东关系管理，形成和谐股东关系，避免股东之间出现利益纷争与矛盾。通过股东协议、公司章程平衡控股股东与小股东之间的利益，特别是要加强对小股东的利益保护，将股东意见积极纳入公司治理体系中，以期形成公司内部治理的和谐生态。

三、结语

新《公司法》的出台与实施表明公司治理是一个持续深化的过程。面对新《公司法》带来的挑战，公司要针对自身缺点进行经验总结，深化改革公司治理策略。公司将新《公司法》的法律法规与市场环境相结合，及时调整公司治理策略，不断提高公司治理水平。新《公司法》为公司治理提供了更加全面的指导，公司要结合自身实际情况，制定一个既有本公司特色又合乎法律的治理策略，推动自身持续发展。

股东损害公司利益赔偿纠纷实务案例评析

——北京观韬（郑州）律师事务所 鲁迎旭⁷¹

摘要：本文通过评析一则股东损害公司利益赔偿纠纷案例，探讨了《公司法》中公司人格否认制度（股东连带责任）的适用条件。核心争议在于原控股股东甲公司是否存在滥用股东权利（如抽逃资金、人格混同）损害债权人乙公司利益的行为。代理人通过详实的财务证据（银行流水、审计报告）证明甲公司对目标公司丙公司系净投入，其股权退出时的资产处置（以房抵债）未损害公司偿债能力，且两公司不存在人格混同。二审法院采纳代理意见，认为债权人举证未达到证明股东滥用权利并严重损害其利益的高度可能性标准，撤销了一审要求甲公司承担连带责任的判决。案例强调了公司人格独立是原则，人格否认是例外，适用需严格遵循“滥用”和“严重损害”的法定要件，并着重分析了举证责任分配的关键作用。

关键词：公司人格否认 股东连带责任 滥用股东权利 抽逃出资 人格混同 举证责任

一、案情简介

甲公司在2010年至2015年间系丙公司控股股东，乙公司与丙公司在甲公司股权转让后因建设工程施工合同纠纷形成诉讼，乙公司起诉丙方索要工程款，同时起诉甲公司在控股丙公司期间滥用股东权利、抽逃资金要求甲公司对丙公司债务承担连带责任。一审法院作出判决书，判决丙公司承担连带责任。甲公司对该判决提出上诉：请求撤销一审法院关于认定甲公司承担连带责任的判决。基于上述情况，甲公司委托北京观韬（郑州）律师事务所鲁迎旭律师代理甲公司参加二审诉讼。

二、代理意见

（一）一审判决仅依据一份协议书就认定甲公司“滥用股东权利，严重损害公司债权人利益，”判决甲公司与丙公司对乙公司承担连带清偿责任，认定事实不清，证据不足，裁判错误

1. 法律规定

⁷¹ 鲁迎旭，男，中共党员，中级职称，北京观韬（郑州）律师事务所专职律师，中共北京观韬（郑州）律师事务所党支部副书记，河南省律师协会建设工程法律专业委员会执委，郑州市律师协会建筑工程专业委员会执委。专业领域：建设工程与房地产法律服务。

《中华人民共和国公司法》第二十条第3款（现为2023年修订后的《中华人民共和国公司法》第二十一条第2款和第二十三条第1款，下同）“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任”。2019年11月8日实施的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（四）关于公司人格否认要求：“在审判实践中，要准确把握《中华人民共和国公司法》第二十条第3款规定的精神。只有在股东实施了滥用公司法人独立地位及股东有限责任的行为，且该行为严重损害了公司债权人利益的情况下，才能适用。损害债权人利益，主要是指股东滥用权利使公司财产不足以清偿公司债权人的债权。”“滥用”要求主观上具有故意逃避债务的目的，而且达到“严重损害”的程度。本案中甲公司不存在“滥用”股东权利逃避债务的目的，也不存在“严重”损害债权人利益的情形。

2. 关于本案的基本事实

(1) 甲公司2010年6月，通过政府招商方式成为丙公司股东，当时的丙公司系无资产、无资金、无人员的三无公司，甲公司受让成为丙公司股东后，向丙公司投入的资金远远大于作为股东按照法律规定向公司实缴出资的金额，不存在《公司法司法解释三》第十二条、第十三条的规定的抽逃出资的行为，也不存在逃避公司债务损害债权人利益的情况，乙公司要求甲公司承担连带责任没有依据。

(2) 2010年6月甲公司入股前，根据工商资料：股东已经实缴注册资本金，在甲公司受让丙公司时，丙公司的大股东为姚某某，持股比例75%，吕某某持股为25%。

(3) 2010年6月，甲公司收购姚某某75%股份，杨某某收购吕某某25%股份，至此：甲公司持有丙公司75%股权，杨某某持有丙公司25%股权，甲公司当时之所以受让股权接手丙公司，系其政府招商行为，甲公司入股时，丙公司系无资金、无资产、无人员的“三无”公司。

(4) 2010年6月，甲公司入股丙公司后，银行流水显示甲公司在作为丙公司股东期间，甲公司向丙公司转入的款项共计20000000元，丙公司转入甲公司的款项为1200000元，差额为18800000元。一审甲公司提供的审计报告虽不全面但客观真实，反映了甲公司投入了巨额资金没有返还的事实。

(5) 根据二审诉讼过程中，甲公司申请全面调取丙公司在甲公司入股后的银行流水（这是能够真实还原资金的方法）显示：2010年入股至2014年退出，甲公

司及关联人共转入丙公司 90000000 元，丙公司转出至甲公司及关联账户共计 50000000 元（该款项包括丙公司为归还甲公司借款而代甲公司向杨某某支付的 360 万元）；丙公司仍需归还股东借款共计 36000000 元，截至 2014 年 8 月 13 日，甲公司转让股权日，丙公司尚有资金 3500000 元以及可以正常对外大量销售的房产，受让股东认可该股权转让并接手丙公司，由于当地房地产政商环境、甲公司与丙公司距离过远、管理成本过高等原因，在甲公司已经基本将项目建设完毕时，2014 年甲公司决定退出该区域，转让丙公司股权。

为完成交易，甲公司采用了先将杨某某持有的丙公司 25% 股权转让给刘某某（丙公司法定代表人）后再 100% 将股权转让给赵某某、陈某某的方式达到转让丙公司股权的目的，由于杨某某在丙公司没有投入任何资金，所有的土地款、建设资金等全部是甲公司或甲公司关联人出借给丙公司，截止股权转让日，丙公司欠甲公司及关联人（包括刘某某等）等 36000000 元，因此杨某某将持有的 25% 股权转让刘某某时，丙公司以及丙公司当时的所有股东（甲公司和杨某某）均同意以丙公司 6 套房屋抵付股权转让款的方式完成，这是债务抵销行为，在甲公司的账目也记载为“丙公司代付股权转让款”。

3. 根据上述事实，代理人认为甲公司进入丙公司时，丙公司无任何资产，甲公司投入资金使之正常运营，截至 2014 年甲公司退出丙公司时，丙公司运营正常，丙公司欠甲公司 36000000 元（已经扣除抵债的 36000000 元），丙公司账户在甲公司退出股权时有资金 3500000 元以及正常对外大量销售的房产，不存在甲公司侵犯丙公司利益，反而是丙公司一直在占用甲公司的资金。

因此一审判决对甲公司滥用股东权利、严重损害公司债权人利益的事实认定与实际情况不符，甲公司不存在滥用股东权利、损害公司债权人利益情况，一审判决错误。

（二）本案中，甲公司与丙公司是两个独立的法人，不存在公司人格混同的情形

甲公司 2005 年 1 月 1 日成立，注册资本 10000 万，住所地某市大道，大股东郑某公司，持股比例 80%；经营范围：房地产开发与经营；市政工程；房屋租赁；物业服务；房地产信息咨询；房屋建筑工程；室内装修工程设计与施工；园林绿化工程；酒店管理。

丙公司 2007 年 9 月 10 日成立，注册资本 1290 万，住所地封某大道。经营范

围包括城市公共交通运输、站务服务、汽车维修、汽车配件销售、充电服务；广告设计、制作、代理发布；自有房屋租赁；房地产开发。2010年甲公司入股前，大股东为姚某某，持股比例75%，甲公司入股后占股75%、杨某某占股25%。

公司注册地点、工作人员、业务均不相同，不能依据单一的、部分的非关键证据作出丙公司法人人格否认的认定。

(三)本案存在两个法律关系建设工程施工合同法律关系和股东侵犯公司权利法律关系，其中建设工程施工合同纠纷为基础法律关系，股东侵犯公司权利纠纷为第二法律关系

1. 建设工程施工合同法律关系为本案的基础法律关系，甲公司是否滥用股东权利、逃避债务、严重损害债权人利益是第二法律关系。

(1) 杨某某曾是甲公司的高管，杨某某入股丙公司没有支付出资，是由甲公司支出。甲公司（刘某某）、丙公司、杨某某签订的三方协议，当事人为丙公司的股东，丙公司也是盖章单位，本三方协议的性质应当为公司决议，该三方协议签订的目的不是为了逃避债务转移资产，在该三方协议签订的时间，没有证据显示丙公司已经丧失偿债能力。

(2) 丙公司建设银行流水显示，“以房抵债”三方协议签订时，仅丙公司账户上账面金额3500000元且尚有待售房屋未出售，不影响其对乙公司支付相应工程款，不存在“严重损害公司债权人利益”。

(3)丙公司在2014年股东变化以后继续经营，经营的过程中产生了大量负债，跟甲公司没有关联性。

2. 现有案件证据不能反映甲公司违反了公司法第二十条第三款“滥用股东权利，逃避债务，严重损害公司债权人利益”的规定。

公司人格独立和股东有限责任是公司法的基本原则，否认公司人格独立，由滥用公司法人独立地位和股东有限责任的股东对公司债务承担连带责任只是股东有限责任的例外情形。

公司法人制度和有限责任是公司法最基本的制度，是我国公司法的基石，而公司法人人格否认制度只是对公司独立人格制度的必要补充，决定了对于公司法人人格否认只能是例外，应当采取慎重适用的态度，只有确属公司法规定情形出现时才能适用。否则，任意扩大公司法人人格否认的适用范围，随意突破股东有限责任，将会破坏公司法人制度，并违背将该制度引入公司法的立法本意。

三、判决结果

二审法院判决撤销一审判决，驳回乙公司对甲公司的全部诉讼请求。

四、裁判文书

二审法院认为，《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》第三百二十三条规定：“第二审人民法院应当围绕当事人的上诉请求进行审理。当事人没有提出请求的，不予审理，但一审判决违反法律禁止性规定，或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的除外。”第九十条规定：“在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”第一百零八条规定：“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。对一方当事人反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。”

本案中，结合各方诉辩意见，围绕争议焦点，并分别评述如下：关于甲公司上诉请求应否支持问题。

(一) 关于举证责任及证明标准问题。乙公司作为主张甲公司滥用股东地位的一方，按照上述司法解释的规定，应承担举证责任且证明标准需达到高度可能性。

(二) 公司人格独立和股东有限责任是公司法的基本原则。根据最高院九民会议纪要的相关规定，必须是股东主观上故意为之，且因滥用公司法人独立地位和股东有限责任严重损害债权人利益的，才能适用法人人格否认。法人人格否认的几种常见情形，譬如人格混同、过度支配与控制、资本显著不足等。本案中，虽然乙公司提交了2014年8月1日协议，但甲公司一、二审提交了专项审计报告、会计账簿、银行流水等，再结合一、二审其他证据及庭审情况，目前依据该协议，尚不足以认定甲公司与丙公司之间存在“人格混同、过度支配与控制、资本显著不足”等相关法人人格否认的法律情形，即目前的证据不能达到高度可能性的证明标准，即尚处于真伪不明的举证状态。按照上述司法解释的规定，乙公司目前的举证不足，应承担举证不能的不利后果。原审判决对此认定不当，本院予以纠正。

五、案例评析

如何认定股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任逃避债务？

《中华人民共和国公司法》对公司股东滥用公司法人地位和股东有限责任作出

了规定，设立了公司人格否认制度。该制度是在承认公司具有法人人格的前提下，在特定的法律关系中对公司的法人人格及股东有限责任加以否定，以制止股东滥用公司法人人格及有限责任，保护公司债权人的利益。

《中华人民共和国公司法》确立公司人格否认制度，符合中国公司实践的客观需要，有利于解决股东滥用公司法人地位和股东有限责任逃避债务、侵害债权人利益的问题。

公司人格否认制度应当坚持慎用原则，严格限制适用情形。认定公司与股东是否构成人格混同，最根本的判断标准是公司是否具有独立意思和独立财产，这里需要把握一个度，这个度就是混同多少。我们认为，还是应当回到《中华人民共和国公司法》第二十条第3款（现为2023年修订后的《中华人民共和国公司法》第二十一条第2款和第二十三条第1款，下同）的规定上来，就是要达到“滥用”的程度，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。另外，债权人因股东“滥用”行为受到的损害也是严重的，如果没有达到“严重”的程度，也不能否认公司人格。

在本案中，甲公司在2010年至2014年期间系丙公司控股股东，占有75%股权。2014年8月1日，甲公司将丙公司开发的房产若干套转让给丙公司另一股东杨某某，以抵付甲公司欠杨某某的股权转让款。一审判决认为，根据公司法规定，公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。甲公司作为丙公司控股股东，其上述行为违反法律规定，属滥用股东权利，严重损害公司债权人利益，应依法对本案债务承担连带偿还责任。

我们认为，公司法人制度和有限责任是公司法最基本的制度，是我国公司法的基石，而公司法人人格否认制度只是对公司独立人格制度的必要补充，决定了对于公司法人人格否认只能是例外，应当采取慎重适用的态度，只有确属公司法规定情形出现时才能适用。否则，任意扩大公司法人人格否认的适用范围，随意突破股东有限责任，将会破坏公司法人制度，并违背将该制度引入公司法的立法本意。本案中，丙公司与甲公司作为两个独立的法人，认定存在人格混同需要对二者是否存在财产混同、业务混同、人事混同等关键因素，进行全面综合分析判断，而不能仅依据单一的、部分的非关键证据作出公司法人人格否认的认定。

丙公司与甲公司注册登记不一样，各自有独立的对外公章，独立的对公账号，

各自对外以自己的名义进行业务往来。经营过程中存在财务制度不完善、记账凭证不规范问题，但现有证据无法证明甲公司滥用其股东权利侵占了丙公司财产的情况下，仅以上述财务不规范现象，否认丙公司的法人格，依据不足。

六、结语和建议

在建设工程领域施工单位直接起诉建设单位以及建设单位股东情况日益普遍，因此本案具有一定借鉴意义。当建设单位与股东存在财务不规范等情况时，如果存在往来资金不予记载等可能认定为股东侵犯公司权益。因此本案中为保证甲公司权益，代理人调取了甲公司的全部银行账户及交易流水，将与甲公司股东关联资金予以统计、审计，最终得以胜诉。

但基于本案，代理人认为法人人格独立是公司法的基本原则，不应轻易对其加以否定，否则将严重影响社会经济秩序的稳定和健康发展，但前提是股东与公司之间应当保持公司独立性原则，因此在人员、场所、财务、经营方面等方面应当合规运营，企业应当加大自检合规意识。

信托在破产重整程序中的运用探析

——河南仟问律师事务所 李可可⁷²

摘要：实务中，能够找到合适投资人的案件并不多，如果实施清算，债权人意见比较大，可能导致案件难以推进。如果依托信托工具推动重整，一定程度上可以实现债权人权益保护、债务人的重生、案件的办理。在起草制定方案过程中，需要对信托方案进行认真完善的设计，才能真正实现重整成功，切实保障债权人权益。

关键词：重整模式 信托工具 灵活性 规范

引言

对于已具备破产原因，但仍有具备挽救价值的企业，往往会通过重整程序完成债务重组、资产处置，实现企业的起死回生。近几年，信托公司也逐渐参与到破产重整中，通过债权信托、股权信托、资产信托等不同方式完成债权清偿、资产盘活。由于信托方式的灵活性，为重整案件的办理创造了多种可能性。在实务中，如何更好的运用信托工具，推进重整成功，本文将进行研究探讨。

一、破产重整的意义

对债权人来说，相较于破产清算，资产快速变现，重整情况下能够获得较多的清偿，而且清偿的时间、比例相对较为明确，可以预期。

对债务人来说，通过重整，财产不被继续执行、得到保护，利息等停止计算，减轻企业负担，同时引入新的资金、新的经营管理团队，为企业注入新鲜血液，实现企业的起死回生。

二、传统的重整模式

实务中，对于不同类型的重整企业，管理人会根据其所处行业、核心资产类别、债务的规模、战略投资人的方案等因素，量体裁衣，选择不同的重整模式。以往的案件中采取的重整方式主要有出售式重整、存续性重整、债转股等，不同的方式有各自的特征、利弊。

（一）存续型重整

⁷² 李可可，河南仟问律师事务所企业破产法律业务部副主任，业务方向为民商事诉讼、企业破产重组等，先后参与办理企业破产清算、重整、和解等案件 11 起。

存续型重整⁷³的主要特征是保留债务人的主体资格存续，引入战略投资人和资金，将债务人股权变更至投资人或其指定主体名下，有些还可能为原出资人保留部分股权。重整后的企业对债务人的经营业务、管理团队等方面更新，以实现企业的脱胎换骨。

存续型重整是实践中大多数案件采用的模式，尤其是对那些核心资产是特殊资质的企业，由于这些资质不能过户，如果不采用这种模式进行重整，将导致这些资质随着企业的注销而丧失。

也正是由于企业主体资格得以延续，在重整后企业或有债务仍要承担，未来再融资也可能会遇到重重障碍。

（二）出售式重整

出售式重整⁷⁴的主要特征在于不保留原债务人企业的存续，在事业转让之后将债务人企业清算注销，事业的重整是脱离了原企业之壳将有重整价值的部分移植到另一个壳中继续经营的方式。

与存续型重整相反，出售式重整由于把优质资产转到新企业，能够避免或有债务、融资困难等一系列难题，避免重整计划难以执行。但这种模式下，优质资产转移、过户，可能会产生较高的税费，一定程度上会增加交易成本。

（三）债转股

债转股主要是通过将债权人的债权转换为对企业的股权，可以帮助企业缓解债务危机、摆脱破产境地进而重获新生，同时还能减少债权人的可能损失。

债转股模式，既保留了企业主体资格存续，同时也用在短时间内拿出偿债资金，大大降低了债务人的压力。但是这种模式，主要是依靠未来的持续运营，获取收益向债权人清偿，这也就导致未来清偿的不确定性，如果没有可靠稳定的收入作为保障，最终仍然会进入清算，届时债权人的损失将更大。

三、信托的概念、法律关系及功能

（一）信托的概念

73 《法律适用》 / 2012 年第 11 期。

74 马荣，《房地产企业破产审判实务》，人民法院出版社 2020 年出版。

信托⁷⁵是一种为他人利益而管理和处分财产的法律制度，简单讲，是一种代人理财的制度。

（二）法律关系

信托法律关系不同于一般的法律关系，如买卖、赠与、借贷等都是双方法律关系，而信托则是多方法律关系，典型的信托是由三方当事人构成的法律关系，是委托人、受托人和受益人之间的一种关于财产的委托转移、管理处分以及受益所形成的财产信赖关系。将财产委托转移给他人的人为委托人，委托人是创设信托的人；受让财产并允诺为其管理处分的人为受托人，受托人是基于委托而持有财产的人；享受信托财产利益的人为受益人。信托关系的客体是信托财产。

（三）信托的功能

1. 把财产名义所有权与财产利益及控制权分离的功能

在信托结构中，控制和管理信托财产的部分或者全部职权可以与受益权分离，既可以保留给信托的设立者，也可以由信托的设立者授予受托人或者其他。

2. 受益人连续功能和受益权分层功能

信托法最为人称道的是其制度的灵活性，而这种灵活性的重要体现在于，它可以实现当事人复杂的财产权安排。受托人可以把信托利益在两个以上的受益人之间分配。根据委托人的意愿，分配利益的方式可以是同时共享的，也可以是有先后次序的，还可以是临时的、偶然的和附加条件的。

3. 财产的集合管理功能

信托可以把委托人的少量资金集合起来，由专业机构或者专业人士进行集中管理。将小额的资产汇集起来设立信托，能降低信托机构的管理成本，而且能满足受托人的交易相对人的巨额资金需求。

4. 风险隔离功能

信托实现风险隔离功能的方式是创设独立的信托财产。成功设立信托之后，信托财产即成为独立于委托人、受托人、受益人的安全财产，委托人、受托人和受益人三方的债权人一般而言均不得对信托财产采取查封、冻结、变卖、强制过户等法律强制措施。

四、信托在重整程序的应用

在破产重整程序中嵌入信托，涉及债权人、债务人、管理人等主体，需要在重

75 谭振亭，《信托法》，中国政法大学出版社 2010 年出版。

整方案中对债权清偿、信托方式、财产的管理、方案执行等方面进行制定，才能保证方案的实施。

（一）重整程序中信托的相关主体

委托人：债权人、债务人。

受托人：信托机构。

受益人：债权人，根据债权的性质，还可分为优先级受益人和劣后级受益人。

决策机构：受益人大会。

监督机构：管理人或受益人大会决定设立的机构。

（二）破产重整中信托的基本流程

1. 债权人会议决议委托信托公司设立自益型企业重整服务信托，信托财产为信托运营平台公司股权或其他形态的财产或财产权利，债权人作为受益人取得信托受益权。

2. 管理人根据债务人的资产、债权债务、审计评估等情况，将信托方案嵌入，起草制定重整计划草案，提交债权人会议审议表决。

3. 重整计划草案经债权人会议表决通过，人民法院裁定批准后，债权人、债务人与信托公司签订《信托合同》等相关文书，债务人将其持有 100% 股权或债务人财产、债权人将债权交付受托人，由受托人设立服务信托，受托人成为名义股东和债权人。

4. 信托公司作为受托人根据法律法规规定及信托文件约定，持有、管理、运营、处置信托财产，并履行受托人职责，保障受益人利益。

5. 受托人根据重整计划规定的规则向债权人（委托人）分配信托收益。

6. 受益人的全部信托利益实现后，受托人终止信托。

五、重整信托的优势及风险

（一）重整信托的优势

1. 对案件的办理

对于有重整价值，但短时间内难以招募到投资人的企业，通过引入信托，可以较快推进案件的办理，避免案件久拖不决，提升破产案件审理的质效。

2. 对债权人

可以避免出现资产快速变现债权人清偿大打折扣的最坏结果，通过对资

产的持续管理运营，一定程度上实现资产保值增值，有利于提高债权人清偿率。

3.对债务人

避免债务人破产清算进而注销，使企业主体得以存续，为债务人恢复运营提供了时间和空间。债务人在恢复运营后，可以保障职工的就业，还可以继续创造税收，促进社会稳定和经济发展。

（二）信托的风险点

1. 信托公司再委托

重整计划批准后，债务人需要根据方案，将财产移交给信托公司管理，但信托公司往往还会再寻找其他运营方，具体负责实际的管理运营，这不仅会增加信托成本，还有可能导致信托形同虚设，债权人的权益难以得到切实保障。

2. 债权清偿成为债务展期

在重整信托中，债权清偿率无法确定，通常是用每年的信托收益按比例向债权人分配。在这个过程中，如果对该信托财产监管不到位，这种每年的信托收益分配，很有可能演变成债务展期，甚至是原股东逃债的工具。

3. 信托方案的执行监督主体容易混乱

重整信托中，债权人作为受益人均享有知情权、监督权及决策权。信托方案往往设置受益人大会作为决策机构，管理委员会作为常设监督机构，对方案执行进行监督。同时，依据《企业破产法》，重整计划应由管理人监督。在这种情况下，会出现多个监督主体，容易发生冲突混乱，最终陷入僵局。

4. 可能发生的税务负担

依照《中华人民共和国信托法》，信托财产应依法登记。在这种情况下，发生财产转移，可能会产生税款，无疑增加了破产成本，这些成本最终会由债权人承担。同时，在受托人向委托人分配信托收益时，也可能需要缴纳相应税款。

六、重整信托如何规范

（一）明确实际运营主体

如果信托公司不实际负责债务人资产的运营，而是再委托第三方，那么管理人需要将此事项列入重整计划草案，信托公司与债权人等主体签署的相关协议中，也需要将其列明，保障债权人的知情权和选择权。

（二）预设信托底层资产管理真空的解决方案

若实际经营主体动力不足、能力偏弱，势必会对受益人（债权人）利益造成损害。在预判信托存续过程中可能出现上述问题的情况下，重整计划可以考虑设定通过市场化方式引入职业经理人团队或专业资产处置机构，由其运营管理处置信托底层资产的安排。明确责任主体之后，管理人还应在重整计划中设置备选方案，避免该信托资产的经营、处置责任真空即出现无人进行经营、处置的情况。

（三）充分保障抵押权人权益

如果抵押财产未纳入信托财产，则应在重整计划草案中对其抵押权的行使做出安排。如果将抵押财产纳入信托范围，则管理人需要在重整计划中明确抵押财产的经营、处置规则、优先权利如何得到保障。对于抵质押物因持续经营原因无法安排处置的，应该考虑对抵押担保债权人信托利益的补偿措施。

（四）明晰各个主体的权责

在重整信托中，受益人大会是最高权力机构，有权决定服务信托的一切重大事项。对此，在方案中应明确受益人大会的召开规则，减轻各方会议负担；明确需要受益人大会进行表决的事项及通过标准。

如果决定设立受益人大会的常设代表机构，则需明确其权限。同时，为增强常设代表机构与信托财产经营管理责任主体的连接，其成员组成可以考虑吸纳经营管理人员的代表。重整计划应当考虑常设代表机构的牵头成员的设置，并规定任职条件。

（五）妥善处理税务问题

在目前涉信托税务规定不明确的情况下，管理人在制定重整计划草案时，要聘请专业税务师，做好信托税务筹划，并与税务机关沟通。在方案中，将可能发生的税款充分向债权人说明，保障债权人的知情权。

不同情形下发包人因工程质量异议启动质量鉴定程序司法实务探析

——河南国基律师事务所 凌 聰⁷⁶

摘要：在建设工程施工合同纠纷案件里，通常涉及工程造价、工程质量、工期以及停窝工损失费用等专业性问题。其中，质量问题作为建工案件常见的争议焦点，尤为突出。质量问题作为案件中的关键基本事实，常常需借助鉴定手段来明确。对于工程质量责任问题，无论是《民法典》，还是《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》以及《建设工程质量管理条例》，均作出了相关规定。本文从工程质量及质量责任的概念、鉴定启动及其考量因素入手，着重围绕建设工程竣工验收合格和未经竣工验收而发包人擅自使用这两种情形下的鉴定程序启动问题展开探讨与分析，以供参考。

关键词：质量责任 竣工验收合格 未经验收擅自使用 启动鉴定程序

一、建设工程质量及质量司法鉴定的概念

（一）建设工程质量的概念

根据《建设工程司法鉴定程序规范——SF/Z JD0500001—2014》术语和定义，建设工程质量，是指反映建设工程满足相关标准规定或合同约定的要求，包括在安全、使用功能及其在耐久性能、环境保护、建筑节能等方面所有明显和隐含能力的特性综合⁷⁷。

（二）建设工程质量司法鉴定的概念

建设工程质量司法鉴定，是指司法鉴定机构接受委托，运用建设工程相关理论和技术标准对有质量争议的工程进行调查、勘验、检测、分析、复核验算、判断，并出具鉴定意见的活动⁷⁸。

⁷⁶ 凌聪，男，1991年，中共党员，中级职称，河南国基律师事务所建筑与房地产法律事务部副主任，专业领域：建筑工程、房地产、政府法律顾问、PPP。

⁷⁷ 《建设工程司法鉴定程序规范——SF/Z JD0500001—2014》，第2页。

⁷⁸ 《建设工程司法鉴定程序规范——SF/Z JD0500001—2014》，第2页。

二、工程质量鉴定启动及其考量因素

（一）建设工程司法鉴定程序如何启动

一般而言，提交鉴定申请是启动鉴定的前提条件，但在司法审判程序中，不是所有的鉴定申请，法院都予以准许。启动鉴定需要满足一定的条件，一是应是案件争议的事实问题，法律适用问题等不属于鉴定范围；二是专门性、技术性问题，一般经验常识不属于鉴定范围，对于一般性的事实认定问题应当由法官根据举证责任的有关要求，通过法庭调查等程序来予以认定的，不可由鉴定程序越俎代庖⁷⁹；三是应是只能通过鉴定才能解决，通过当事人的举证对于争议事实无法达到高度盖然性证明标准的问题；四是申请鉴定的事项应与待证事实具有关联性或对待证事实有意义。若申请鉴定事项与待证事实无关联，法院通常不予准许。

针对司法鉴定程序启动方式，根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）第 79 条规定，司法鉴定包括当事人申请或是人民法院依职权提起两种方式。就建设工程司法鉴定而言，鉴定程序的启动应以当事人申请为原则，人民法院依职权提起为例外。提起鉴定申请不仅是当事人的一项权利，也是当事人的一项义务，根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称《建工司法解释一》）第 32 条第 1 款规定，对需要鉴定的待证事实负有举证责任的当事人，在指定期限内未申请鉴定、虽申请鉴定但未支付鉴定费用或者拒不提供相关材料的，应当承担举证不能的法律后果。在此之前，法院应对需要鉴定的事项向负有举证责任的当事人进行释明，即在专门性问题有争议的情况下，人民法院应该告知当事人鉴定的必要性以及不鉴定的法律后果，并询问当事人是否申请鉴定。

（二）启动质量鉴定时主要考量因素

关于工程质量司法鉴定启动问题，笔者认为，在一方当事人提出鉴定申请后，是否准予鉴定是涉及双方权利义务关系的重大事项，裁判者对此应当谨慎对待，并就鉴定启动展开事实调查，同时应对质量鉴定的必要性进行重点审查。综合《民法典》《民诉法》《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》（以下简称《民诉法解释》）《建工司法解释一》等规定，笔者认为，裁判者在启动质量鉴定时应考量的因素，包括但不限于以下方面：

⁷⁹ 最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社 2021 年 4 月第 1 版，第 295 页。

1. 是否具有必要性

启动质量鉴定首先考量的是启动必要性，裁判者需结合案件事实、现有证据综合判断待证事实是否只能通过鉴定程序这一方式才可查清。如裁判者可根据现有证据及自身知识水平等进行认定的，则无需启动质量鉴定。此外，如仅需部分鉴定就能对该事实部分作出查明的，则无需针对全案所涉事实进行鉴定。

2. 是否属于专门性问题

该问题是启动司法鉴定的前提，并非全部工程质量问题均须经司法鉴定才可查明，例如工程质量争议过程中案涉双方已就质量问题进行确认，或发包人就质量问题提出异议后，承包人对该质量问题并未否认且积极采取修复措施，在前述情形下，工程质量问题已有证据证明，无需再就质量问题启动鉴定。

根据最高人民法院有关鉴定事项审查的相关规定，人民法院严格审查拟鉴定事项是否属于查明案件事实的专门性问题，对于通过生活常识、经验法则可以推定的事实、与待证事实无关联的问题、对证明待证事实无意义的问题、应当由当事人举证的非专门性问题、通过法庭调查、勘验等方法可以查明的事实及对当事人责任划分的认定、法律适用等不予委托鉴定⁸⁰。

3. 与案件争议事实的关联性

根据《民诉法解释》第 121 条第 1 款规定，当事人申请鉴定的事项与待证事实无关联，或者对待证事实无异议的，人民法院不予准许。《建工司法解释一》第 31 条规定：“当事人对部分案件事实有争议的，仅对有争议的事实进行鉴定，但争议事实范围不能确定，或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外”。因此，只有与有争议的待证事实具有关联性方可启动鉴定程序。

4. 是否提交质量问题的初步证据及鉴定可行性

发包人对工程质量提出鉴定申请，应当提供初步证据用以证明工程存在质量缺陷或隐蔽瑕疵，申请人对待证事实提出主张而未提交初步证据的，或者即使提交初步证据证明力很弱、不能达到启动鉴定的证明标准，则不应启动鉴定程序。此外，还应考虑鉴定对象客观是否存在，如委托鉴定机构对外墙砖脱落原因进行鉴定，但因脱落墙砖均已拆除且完成修复的，就属于不具备鉴定条件，不足以证明存在质量问题。

⁸⁰ 《最高人民法院关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》（法〔2020〕202号），第 1 页。

三、关于质量责任问题能否启动鉴定程序的司法实务观点分析

本文围绕建设工程竣工验收后或未经竣工验收、发包人擅自使用两种情形下，发包人如对工程质量提出异议且能提供初步证据，可否启动质量鉴定程序展开讨论，对此，笔者认为可在区分两种不同情况下予以分析。

（一）建设工程竣工验收合格情形

在工程竣工验收合格后，当承包人向发包人主张工程款时，发包人常以质量异议方式作出抗辩，进而主张拒付或少付工程价款，又或者要求承包人返工、修理或支付修复费用。

司法实践中有两种观点：

观点一：支持发包人的请求，同意启动质量鉴定程序。

案例一：江苏省某建筑安装集团股份有限公司与唐山市某房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案，(2017)最高法民终 175 号。

案涉工程于 2011 年 11 月 30 日竣工验收合格。最高法院认为，案涉工程鉴定机构在进行现场勘验时发现楼梯间与不采暖走道及住宅间的隔墙保温层厚度达不到设计要求，且该质量问题并非业主使用造成，而是江苏某建筑公司在施工过程中未按图纸施工所致，因此应由江苏某建筑公司承担质量责任。

案例二：青海某地产开发有限公司与某建设集团有限公司等建设工程施工合同纠纷案，(2020)最高法民终 898 号。

一审青海高院认为，案涉工程经竣工验收后，青海某地产公司已实际使用多年，亦未能举证证明案涉工程存在质量问题，故青海某地产公司的此项诉讼请求无事实依据，不能成立，依法不予支持。

二审最高法院认为，经一审法院委托鉴定，工程质量检测站出具《关于 XX 小区 2#、3#楼工程项目委托检测的回复》，载明案涉工程存在部分施工内容与图纸设计、工艺、用料不符的问题，某建筑技术集团有限公司出具《关于 XX 小区 2#、3#楼质量检测相关技术问题的答复》，就工程相关问题的处理提出建议。根据《合同法》第一百零七条、第二百八十二条，《建工司法解释二》第四条规定，青海某地产公司有关某建设集团公司、某建设集团西宁分公司及李某履行修复义务的诉讼请求有法律依据、应予支持，一审判决未予支持不当，应予纠正。

由此可见，根据最高法院裁判观点，工程竣工验收合格后，发包人主张承包人履行保修义务而发生质量争议的，亦应当允许启动司法鉴定程序。

观点二：不支持发包人除地基基础和主体结构工程存在质量问题以外的请求，不同意该情形下启动质量鉴定程序。

根据前文司法观点意见可知，在建设工程竣工验收合格情形下，如发包人对所提出异议的质量问题属于地基基础和主体结构工程范围、且能提供初步证据的，则发包人提出司法鉴定申请应予准许，但对于前述情形以外的质量问题，可能面临无法启动质量鉴定程序的风险。

案例一：连云港某公司与江苏某建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷案，(200)最高法民申 6924 号。**

最高法院认为，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第十三条规定：“建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，不予支持；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任。”举重以明轻，对于经竣工验收的建设工程使用后，发包人又以使用部分质量不符合约定为由主张权利的，亦应不予支持，但建设工程合理使用寿命内的地基基础工程和主体结构的质量问题除外。本案中，案涉工程已经竣工验收且交付使用，连云港某公司提出的质量问题并非地基基础工程和主体结构的质量问题……地坪质量问题系由地面沉降引起的，鉴定机构的检测报告和开发区检测公司的检测报告也不能证明案涉工程存在地基基础和主体结构问题。连云港某公司亦无充分证据证明其曾在保修期内就质量问题向江苏某建设公司提出异议并要求维修，反而双方于 2012 年 10 月 23 日与第三方共同确认了案涉工程审定价，之后连云港某公司陆续支付部分工程款项。据此，一、二审法院对连云港某公司就质量问题提出的异议不予支持，于法有据。

案例二：重庆某有限公司与重庆某建设有限责任公司建设工程施工合同纠纷案，(2021)最高法民申 2690 号。

最高法院认为，原审判决认定本案石材及玻璃幕墙并非主体工程、幕墙质量适用 2 年质保期，有事实和合同依据。重庆某公司关于玻璃幕墙工程中存在钢结构、铝合金结构，应属案涉工程的主体结构，缺乏事实依据……尽管重庆某公司于 2018 年 4 月 4 日向重庆某建设公司发函提出幕墙质量问题，重庆市建设工程质量检验测试中心的《司法鉴定意见书》载明案涉工程部分施工不满足设计要求且存在安全隐患。但是，基于上述案涉工程早已经各方验收、交付等事实，原审判决对重庆某公司就幕墙工程质量补充鉴定的请求未予准许以及认定重庆某公司关于上述石材玻

玻璃幕墙的金属结构施工存在质量问题应予返工的主张不成立，并无不当。

（二）建设工程未经竣工验收、发包人擅自使用情形

1. 法律后果

根据《建工司法解释一》第九条及第十四条的规定，发包人擅自提前使用的法律后果主要体现为发包人对已使用部分不能再向承包人主张除地基基础和主体结构之外的质量责任。

根据《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释（一）理解与适用》（以下简称《建工司法解释一理解与适用》）一书中的观点，在建设工程未经过验收或者验收未通过的情况下，发包人违反法律规定，擅自或强行使用，即可视为发包人对建筑工程质量是认可的，或者虽然工程质量不合格其自愿承担该后果。随着发包人的提前使用，其工程质量责任风险也由施工单位随之转移给发包人。

2. 能否免除承包人保修责任

观点一：承包人对发包人擅自使用的建设工程部分不承担保修责任

根据《建工司法解释一理解与适用》观点认为：“出现发包人擅自使用建设工程的情况，承包人对发包人擅自使用部分，不应再承担质量保修责任，因为本条规定的是发包人承担的质量责任的范围为除地基基础和主体结构质量以外的所有质量问题，与前述法律（注：《建筑法》《建设工程质量管理条例》）规定的质量保修责任范围是重叠的，如果承包人对发包人擅自使用的建设工程部分仍应承担保修责任，则本条规定就失去了其意义。”

案例：集贤县某房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案，(2021)最高法民申 2311 号。

最高法院认为，关于集贤县某地产公司提出对质量瑕疵部分进行造价鉴定的申请，如前所述，因集贤县某地产公司在竣工验收前擅自使用案涉工程已构成免除实际施工人维修或返工义务的情形，故根据《民诉法解释》第一百二十一条的规定，亦无鉴定必要。

观点二：承包人仍应对发包人擅自使用的建设工程部分承担保修责任

根据《建设工程案件若干疑难问题探究——河南高院建设工程案件审判工作座谈会综述》观点认为：“其三，如果存在质量问题的是地基基础工程和主体结构工程，承包人应当在建设工程的合理使用寿命内承担民事责任，不受工程是否竣工验收及发包人是否擅自使用的影响。其四，发包人擅自使用后在保修期内产生的质量

问题，承包人仍应承担保修义务。”

笔者认为，观点一中的《建工司法解释一理解与适用》观点值得商榷，主要原因在于承包人的质量保修责任是《建筑法》及《建设工程质量管理条例》明确规定法定责任，因发包人擅自投入使用而免除承包人的前述法定责任依据不足，同时明显与《建筑法》《建设工程质量管理条例》规定存在冲突。

最高法院亦有案例中的裁判观点同样认为发包人擅自使用的情况下，承包人仍需承担保修责任。如最高法院（2019）最高法民再166号认为，施工方对建设工程应承担的质量责任，包括对工程施工中出现的质量问题及经验收不合格工程应承担的质量返修责任，以及对经验收合格的工程在使用过程中出现的质量问题应承担的保修责任。发包人未经竣工验收擅自使用，只是推定工程质量合格，并不能免除承包人对案涉工程质量保修义务。

（三）发包人为证明质量问题的举证不足可能导致难以启动鉴定程序

首先，在处理发包人擅自提前使用建设工程引发的质量责任纠纷时，需区分争议质量问题是在发包人使用前已存在、属于承包人返修责任范围，亦或是在保修期内出现的、属于承包人保修责任范围。如为前者，发包人的主张将无法得到支持。

其次，鉴于发包人未经竣工验收擅自使用的行为违法，发包人对此具有明显过错，故应由发包人对于争议质量问题是否属于在保修期内出现且属于承包人保修责任范围承担举证责任。在实务中，因质量问题具体何时出现很难区分、举证难度较大，如果发包人未能提供足够证据，导致案件事实无法查明的，发包人将承担不利后果。

第三，发包人承担更重的举证责任且可能面临不得再就擅自使用非地基基础工程和主体结构质量部分提起鉴定的风险。

案例：甘肃某科技有限公司、兰州某建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷案，（2021）最高法民申4526号。

二审法院认为：“甘肃某科技公司未经竣工验收擅自使用工程后，又以工程质量为由主张权利，不应支持。甘肃某科技公司提交的通知回复函和照片并不能证明案涉工程主体结构存在质量问题，其亦未提交其他证据证明主体结构存在质量问题……甘肃某科技公司未能提交充分证据，应承担不利的法律后果，本院对其关于主体结构存在质量问题的主张不予支持。”最高法院再审后认为，“在工程未经竣工验收的情况下，甘肃某科技公司擅自使用工程，且其原审提交的证据不能证明

案涉工程主体结构存在质量问题，故甘肃某科技公司以工程质量问题为由主张权利，不应予以支持。”

四、结语

从现行主流司法观点来看，一方面，在建设工程已通过验收情形下，诉讼中发包人对工程质量提出异议并申请工程质量鉴定的，一般应不予支持，但有证据证明建设工程在合理使用寿命内地基基础工程和主体结构质量存在质量问题的或因保修期内产生的保修责任争议，可以启动司法鉴定程序。另一方面，在建设工程未经竣工验收、发包人擅自使用情形下，发包人对工程质量提出异议并申请质量鉴定问题，实务中存在较多争议，但从河南省高院意见来看，首先，发包人对于其擅自使用部分的工程，不得以工程质量不符合约定为由主张权利，但对于未使用部分的工程，仍可主张相应权利；其次，对于地基基础工程和主体结构工程质量问题，在建设工程的合理使用寿命内发包人均有权主张权利、启动司法鉴定程序；第三，发包人擅自使用后在保修期内产生的质量问题，承包人仍应承担保修义务，发包人如能举证证明质量问题系保修责任争议，则应当准许启动司法鉴定程序。

新《公司法》视角下股权代持的效力及规制

——北京金诚同达（郑州）律师事务所 赵世峰 刘真⁸¹

摘要：新《公司法》第八十六条规定对变更股东名册系股权变动的生效条件还是充分而非必要条件存在不同理解，且在第一百四十条仅规定禁止违反法律、行政法规的规定代持上市公司股票，而对有限责任公司股权代持问题仍未明确予以规定。鉴于此，有必要对股权代持的效力以及法律规制问题进行讨论，通过厘清股权代持的特征、效力以及法律规制等一系列问题，不仅有利于在学理层面的讨论，而且有利于在司法层面对类似纠纷的处理。

关键词：公司法 股权代持 效力 规制

引言

2023年12月29日，第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议对《公司法》进行了第二次修订，经本次修订后的新《公司法》自2024年7月1日起实施。

在2018年修订的《公司法》（旧《公司法》）以及相关司法解释中，对于代持股权是否由实际出资人享有这一问题并未予以回应，这就导致了在司法实践中对于实际出资人的法律地位、身份确定等问题的处理存在差异。⁸²而根据新《公司法》第八十六条的规定，似可以做出两种解读：要么，变更股东名册系股权变动的生效要件；要么，变更股东名册仅仅是股权变动的充分而非必要条件。除此之外，新《公司法》仅在第一百四十条明确禁止违反法律、行政法规的规定代持上市公司股票，而对有限责任公司股权代持问题仍未明确予以规定，可见，在立法层面，对此问题仍然在总体上保持审慎。有鉴于此，我们还是有必要对股权代持的效力以及规制问题进行讨论。

⁸¹ 赵世峰（1982—），男，河南焦作人，北京金诚同达（郑州）律师事务所合伙人，研究方向为公司法。刘真（1991—），女，河南郑州人，北京金诚同达（郑州）律师事务所律师，研究方向为房地产与建筑工程、公司法。

⁸² 甘培忠、周淳：《隐名出资纠纷司法审裁若干问题探讨》，载《法律适用》〔J〕2013（5）：18-24。

一、股权代持的内涵特征

对于“股权代持”的定义，学者们要么以股权代持双方的法律关系作为着眼点，要么以代持双方的行为方式作为着眼点，对股权代持给出定义。但无论学者给出何种具体而又略有差异的概念描述，我们从其本质而言，其实都大抵可以归结为“公司股权发生的出资人与持股人名实分离的情形”。⁸³

从外部特征来看：

首先，股权代持具有隐蔽性。无论实际出资人是出于何种目的的考量，一旦出现了股权代持的情形，那就意味着该行为本身存在较强的隐蔽性，也就是说，实际出资人的信息不仅不向公司以及公司的其他股东披露，而且更不会向公司之外的第三人披露。

其次，相较于直接持股，股权代持的结构更加复杂。在常规情形下，股东的身份与其所持股权应当是一一对应的，但股权代持行为恰恰造成了一种名实分离的状态，这种较为复杂的结构，也就导致了在实际出资人与名义股东内部之间、实际出资人与公司以及其他股东之间极有可能出现争议。

最后，股权代持本身也具有一定的风险。如前所述，正是由于股权代持存在隐蔽性以及复杂性的特点，就使得股权代持这种方式在后续履行的过程中不可避免地存在一定的风险，而这种风险不仅仅是针对实际出资人（其“股权”可能得不到保护），同时也针对名义股东（实际与己无关却需要承担股东的各项责任与义务）。

二、股权代持的效力

讨论股权代持的效力问题，笔者认为应当区分不同主体之间的关系，在不同的法律关系中，分情况进行讨论。

（一）实际出资人与名义股东之间

按照刘俊海教授的观点，对股权代持双方而言，应“运用信托关系去解释和梳理股权代持关系”。⁸⁴我们赞同刘教授的观点，在信托关系的视角下，作为实际出资人而言，就享有了委托人和受益人的双重身份，其凭借该等身份，就可以对名义股东进行监督以保护自己的合法权益，包括知情权、收益请求权、撤销权、解除权等，同时也要承担实际出资的义务以及向名义股东支付报酬的义务。与之相对应的，作为名义股东而言，其对实际出资人就享有求偿权以及报酬请求权，同时要承担忠

83 徐佳咏：《上市公司股权代持及其纠纷之处理》，载《中国政法大学学报》〔J〕2019 (3) : 105-124。

84 刘俊海：《论股权代持的法律性质和效力》，载《河北大学学报（哲学社会科学版）》〔J〕，2021 (5) : 130-142。

实勤勉义务以及善良管理义务。

（二）实际出资人与公司其他股东之间

首先需要明确的是，如果存在股权代持关系，那么，名义股东作为前述信托关系“受托人”，其持有股权并在公司登记机关进行了登记，因此，当然应当认定其拥有股东资格，一般性的股东权利其应当享有。

作为实际出资人而言，其只出资而不显名，只能通过名义股东向公司行使权利，因此，可以认为其与公司不产生直接的法律关系。但毕竟实际出资人履行了出资义务，而且基于其在信托关系下享有的委托人和受益人的双重身份，笔者认为，实际出资人应当享有对公司的知情权、投资收益权、对名义股东处分股权的撤销权、对名义股东的解聘权、参与公司治理权、对公司股权的优先购买以及最为重要的显名请求权。

（三）实际出资人与其他“第三人”之间

2018年《公司法》第三十二条第三款仅规定了股东登记的对抗效力，新《公司法》第三十四条将“第三人”修改为“善意相对人”这与《民法典》第六十五条保持一致，也是立法层面保持整体体系一贯性以及表述一致性的技术体现。我们知道，登记对抗效力的理论基础为外观主义，登记事项一经登记公示，就形成了一个商事外观，对外具有公信力。当登记事项与实际情况不一致时，作为善意第三人而言，其往往难以知悉具体的真实情况，有鉴于此，为保护善意第三人对这种公示信息的信赖，维护交易安全，公司不能以未经登记的事实对抗善意第三人。但对善意相对人的保护也不应当是绝对的，换言之，即便要遵从外观主义，也仍需允许有一些例外情形的存在，例如名义股东的债权人明知或者应当明知名义股东与实际出资人之间存在股权代持关系的情形下，就不宜再继续遵从外观主义的原则。

三、股权代持的法律规制

从鼓励商事交易、规范公司治理、保障股东、公司、善意相对人各方利益的角度综合考量，我们有必要对股权代持的法律规制问题予以进一步探讨。

（一）股东资格的确认

我们从2024年2月27日上线的人民法院案例库发布的首批与公司有关的纠纷案例来看，总计79个，包括股东资格确认纠纷10个，入库的10个股东资格确认纠纷包括1个指导性案例和9个参考案例。通过这些案例，我们可以看到，在有书面代持协议的情形下，对于实际出资人股东身份的认定明显更为便利。但如果是在

没有书面代持协议的情形下，要认定股权代持法律关系，不能仅仅根据当事人之间的转账凭证或者股权的出资情况认定股权代持关系，关键在于认定双方之间存在代持的合意，即在名义股东与实际出资人之间形成关于代持股权的一致意见。在认定是否存在代持的合意时，通常从以下几方面进行综合审查：

第一，是否实际履行出资义务。实际出资人要证明其已履行出资义务，一般提供转账凭证等资金流转的相关证据，但仅凭资金流转凭证而无书面代持协议，即使股权转让款以及增资款实际是实际出资人代为支付，也不能据此直接得出股权归实际出资人所有的结论，因此，还需要结合其他间接证据形成证据链综合认定。

第二，是否参与公司经营管理。如果实际出资人直接参与股东会决策，并提供有股东会决议等相关的证据，则可以作为认定其股东资格的间接证据，如果其完全地参与到经营管理之中并行使股东权利，并且名义股东只挂名并不行使股东权利，那么，就可以直接确认实际出资人的股东资格。

第三，是否取得公司分红。通过对公司分红资金的流向等进行分析，从而判断实际出资人是否参与了分红，并结合其他证据综合判断是否存在代持关系。此处需要注意的是，实际出资人如果提交了其参与分红的证据，是可以作为证明其与名义股东之间存在代持合意的辅佐证据，但该证据并非是证明存在代持的充分条件，如需证明存在代持，还需结合其他证据予以证明。

除此之外，在司法实践中，通常情况下法院也会综合考虑实际出资人提供的其他证据材料，包括各方当事人的陈述、证人证言、公司登记机关的存档资料、音视频资料、微信聊天记录等。但这些证据材料并不能单独证明双方代持合意的存在，是需要与其他证据材料相互印证，从而形成较为完整的证据链条。与此同时，公司及其他股东是否知悉并且认可存在代持情形，对法院判断当事人之间是否存在代持法律关系也具有重要影响。

综上，通过对以上各要素的审查，如果能够确定代持合意的存在达到高度盖然性时，则可以认定双方之间成立股权代持法律关系。

（二）股权代持的非正常法律后果

按照《公司法解释（三）》第二十四条之规定，一般情况下，应当认定股权代持协议有效，换言之，股权代持合同有效是常态，而出现一些例外情形时，将会导致股权代持行为出现非正常的法律后果，以下简述之。

关于股权代持合同的无效。《公司法解释（三）》第二十四条仅原则性地规定

了“如无法律规定的无效情形，人民法院应当认定该合同有效”，但是并未实质性展开后续规定。笔者认为，合同一旦被认定无效，那么就是自始无效、当然无效，是对合同效力最严格的处置，在司法实践中应当谨慎适用，严格框定适用范围，如公务员作为隐名股东的股权代持协议无效、法律对股东资格有特殊专业技术要求的股权代持协议无效、违反公序良俗的股权代持无效等。一旦股权代持合同被确认无效，那么势必就会引发在合同无效后相关法律后果承担等一系列问题，例如股权究竟归属于名义股东还是实际出资人、代持所获利益的返还、瑕疵出资责任的承担等，而由于每一个案件情况不尽相同，对于这些问题的处理势必不会完全相同，但至少也希望最高法院能够在后续的司法解释中能够给出方向性的规定，尽可能地统一裁判尺度。

关于股权代持合同的撤销。当股权代持协议因为一方欺诈、胁迫或者重大误解等原因被撤销时，受欺诈方、受胁迫方及有重大误解的一方享有法定撤销权。根据《民法典》第一百五十七条的规定，一方因代持行为获得的财产，应当返还，不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿，不仅如此，过错方还需要向对方赔偿损失。而股权代持关系的特殊性使得我们需要考虑在协议被撤销后，相关法律后果的承担需要平衡公司债权人、股东、实际出资人以及名义股东多方的利益。

（三）相关司法解释的进一步补充

如前所述，无论是在新《公司法》，还是在相关的司法解释中，对于股权代持问题的规定较为原则性，使得在司法实践中裁判尺度难以统一。鉴于此，我们认为还是有必要对股权代持行为在相关的司法解释中能够予以进一步明确，不仅需要制定专门规制股权代持行为的司法解释规范，而且要完善上市公司股权代持的法律制度，⁸⁵保证既不侵犯公司的自治属性，也不忽视公司的组织属性，⁸⁶以此为解决司法现实问题提供法律参考和实践经验，也能节省立法成本实现立法本意。⁸⁷

四、小结

在股权代持关系中，实际出资人与名义股东实际上是处于一种相互分离的法律关系之下。在大量的商事活动中，当事人出于各种考虑，选择采取股权代持的方式，

⁸⁵ 董鹏斌：《公司治理视阈下股权代持的法律规制》，载《商业会计》〔J〕，2021（10）：31–35。

⁸⁶ 李建伟：《公司认可生效主义股权变动模式——以股权变动中的公司意思为中心》，载《法律科学（西北政法大学学报）》〔J〕，2021（3）：65–79。

⁸⁷ 张钰涵：《代持股善意取得之界限——以法学方法论为视角》〔J〕，载《甘肃政法学院学报》，2019（06）：123–131。

因此其也是有独特的存在价值，司法实践中也出现了大量的股权代持纠纷。有鉴于此，理顺股权代持法律关系，确认不同情形下股权代持的法律效力，并建立有效的法律规制方案，不仅能够更全面地兼顾各方的权益，同时也能尽最大努力保证裁判尺度的统一。

非诉篇

新公司法对破产实务的影响

——以法人人格横向否认与关联企业合并破产为视角

——河南天基律师事务所 刘海娇⁸⁸

摘要：出于债权人利益保护、司法效率、破产重整效果的现实需要，关联企业合并破产成为解决破产案件数量逐年增多和关联企业独立人格退化的重要途径。而在新公司法修订前，该制度一直缺乏直接的规范基础，仅能以对《公司法》第二十条第三款的类推解释、诚实信用原则和会议纪要等为裁判依据。新《公司法》中的法人人格横向否认制度条款使关联企业合并破产有了明确的上位法依据，但司法实践中仍然存在启动模式不明确、认定标准单一、法人人格否认与破产程序衔接规范空白等诸多问题。这些问题也是下一步《破产法》修订的方向。在推进关联企业合并破产的同时，该条款对当下营商环境中债权人自身利益的维护和股东相关责任风险的规避也有着重要启示。

关键词：新公司法 法人人格横向否认 关联企业合并破产 破产重整

一、关联企业合并破产的现实必要性

随着我国经济发展进入新常态，以往依靠时代红利、在旧的经济环境下催生的企业，在遭遇新商业环境的冲击时，往往难以承受重压而最终面临破产困境，破产案件的数量也由此迅猛增长。而破产企业集团化、关联企业之间经济一体化的趋势越来越明显，对关联企业实行单体破产清算或重整，已不能适应关联企业独立人格退化的客观现实。破产作为债务统一清偿的制度有其特殊性，债务清偿的效率和成本是其考量的重要因素，而关联企业合并破产在降本增效方面优势明显⁸⁹。破产程序是债权人维护自身权益的最后关卡，且在破产程序中进行关联企业合并破产有其独特的优势，故而在司法实践中早有关联企业合并破产的身影。

（一）司法效率的需要

破产程序是债务集中清偿的程序，涉及包含全体债权人在内的多方利益，兼顾

⁸⁸ 刘海娇律师，法律硕士；服务“十大战略”律师专家库第一批专家律师；河南法制建设法学专家智库第四批法学专家。E-mail:wslhj5058@163.com。

⁸⁹ 王纯强：《关联公司合并破产重整实证研究：裁判样态与法律思考——兼评《公司法》与《企业破产法》的制度协调》，载《法律适用》2022年第10期。

债务清偿公平性与效率的考量。关联企业间的严重人格混同会使各自单独破产时的债权债务确认、资产划分与追偿等问题异常复杂，给法院和管理人带来巨大的挑战，显著提升破产程序的难度和成本，延缓破产进程。而将关联企业作为一个整体，整合所有关联企业资产作为破产财产并统一处理债务，省略了对其之间的资产转移、担保等往来的理清过程，这将大大简化破产流程并巧妙回避了上述问题⁹⁰。

（二）破产重整效果的需要

破产法首要目标在于最大化保护债权人的权益。为了在破产程序中提升债权清偿率，减小债权人损失，必须严格遵循财产保值增值的准则。破产重整旨在挽救濒危企业，其核心在于保护债权人的整体利益，通过重组策略提升企业偿债能力。在破产重组程序中，若强制对具有高度人格混同的关联企业个别清算，可能导致资产价值难以准确评估，进而可能错失整体重整和拯救的可能。即使部分可重组，但因资产残缺与体系受损，重整效益将大受削弱⁹¹。重组和整合关联企业有助于保持其经营结构的连续性，提升重塑企业的价值，从而更容易吸引投资者。

（三）债权人利益保护的需要

一般而言，破产被视为债权人追讨债务的最后途径。在破产清算中，未能受偿的债务也会随之消灭。若破产中无法落实对具有高度人格混同的关联企业的追责，那么债权人的权益将失去保障途径。因此，破产程序被视为保障债权人权益的最后防线。所以，在破产清算的框架内，必须设立一种机制，允许债权人追究那些法人人格严重混同的关联企业的责任，以确保债权人的权益得到保护。

（四）破产中否认法人人格具有独特优势

法人人格的横向否认是关联企业合并破产的理论前提。而在实施企业破产的过程中，引入法人人格否认具备特有的便利及优势。否认法人人格必须证实滥用法人地位的行为确实导致了债权人实际利益的损失。在处理企业破产的过程中，法院一旦受理了破产申请，便承认了企业确实存在资不抵债的事实，这免除了债权人原本需要证明这一情况的责任。对于滥用法人地位的举证，由于其性质常常隐秘不易察觉，这对于债权人来说无疑是个巨大的挑战。而在破产程序中要对破产企业的所有资产和负债进行详尽的审查，甚至会聘请专业的第三方机构来进行。在一系列严谨

90 吴飞飞、刘嘉霖在：《公司法人人格否认规则中严重损害债权人利益标准的认定——基于 399 份裁判文书的实证研究》，载《金融法苑》2013 年第 109 辑。

91 梁李红：《关联公司人格混同法律规制的完善》，载《河北法学》2019 年第 8 期。

的审查过程中，滥用法人人格的不当行为将毫无保留地揭示出来⁹²。

二、新《公司法》修订前的法律适用局限

在新《公司法》修订前，我国在关联企业合并破产方面的法律法规并不完善，且司法操作层面的经验不足，这严重制约了这一制度在我国破产实践中的有效运用。在法人人格横向否认制度尚未正式立法之前，法官主要以《公司法》第20条第3款、诚实信用原则、会议记录和部分判例作为法律依据。然而，这些非正式的法律渊源在作为裁决支撑上存在明显的局限性。

（一）《公司法》第二十条第三款的适用局限

《公司法》第二十条第三款本意是为了解决纵向人格否认的问题，并不涉及横向人格否认制度⁹³。扩大解释必须恪守法律条文文义的界限，而将纵向人格否认适用于关联公司将会逾越其文义范围。因此，该条款并不适宜作为关联公司合并破产的法律依据，应该是将其视为对《公司法》第二十条第三款的参考适用。因此，在新《公司法》修改前，并不存在法人人格横向否认制度的直接法律规范。相关法律制度的不完善使得债权人长期处于困境，他们遇到通过关联企业转移资产和规避债务的行为时，能采取的救济手段相当有限。

（二）诚实信用原则的适用局限

“诚实信用原则”一直以来都被视为民法的帝王条款。虽然在司法实务中，它确实可以作为法官论证的基础，然而将其直接作为裁判的依据可能不太适当⁹⁴。法律规则具有适用上的优先性，唯在无具体规定时才能适用原则性条文。不恰当地引用诚实信用原则可能会引发对普通法律法规规避的嫌疑。尽管这规避了艰难的法律论证，但却有损法律的明确性和可预测性，可能导致在司法实践中削弱具体部门法规的情况。因此，在有相关具体准则可供参考的情况下，我们应当尽力避免单纯依赖法律原则作为裁决的直接依据。

（三）《会议纪要》的适用局限

《全国法院破产审判会议纪要》由最高人民法院通过专门章节、八个条款的形式，详尽阐述了关联企业合并破产的评判准则及其审理过程中的独特处理规则，尤

92 闻荣芝，周龙杰：《论关联公司中法人人格否认制度的适用》，载《长春理工大学学报》2019年第4期。

93 梁彦红：《关联公司人格混同法律规制的完善》，载《河北法学》2019年第8期。

94 陈慧，马昊阳：《我国公司法人人格否认制度的价值取向与规则完善》，载《郑州航空工业管理学院学报》2022年第6期。

其是在审查原则、司法管辖和法律影响等方面。然而，这些具体规定在操作层面可能显得较为笼统，使得在实际应用中难以准确理解和执行相关标准。同时，该纪要虽被视为司法裁判的参考依据，但其法律地位尚未达到正式法律的高度。最高人民法院通过发布《九民纪要》旨在统一这类案件的审判标准，尽管它具有指导性，能减少法官裁决的随意性，但由于其非正式的法律地位，即非立法文件，法官在做出判决时不能直接将其视为法定依据。《九民纪要》的相关规定更适合用于解释和论证，而非直接作为裁判的法律支撑⁹⁵。所以，在现行《公司法》修订之前，我国并未有明确针对关联企业合并破产的具体法规依据。

（四）指导案例的适用局限

2013年，最高人民法院发布第15号指导案例确立我国横向法人人格否认之先例。2022年1月，中国最高人民法院民二庭公布了2021年度最具影响力的全国十大商事案例，其中“海航集团有限公司及321家关联公司实质合并重整案”入选。该案例的成功审理为其他可能面临困境的大型集团企业，特别是那些希望通过合并和破产重整策略来管理风险的企业，树立了一个可供参考的范例。但上述案例在事实认定、裁判说理部分仍存在一定的模糊和不足，造成其后下级人民法院由于裁判依据的缺失，因不同个案中的利益衡量与裁判倾向不同而作出尺度不一的判决，不利于维护司法的公信力⁹⁶。

鉴于相关法律法规的缺失，法官在裁决过程中不得不依赖于对现有规定的扩大解释、类比推理等方式来进行法律论证，这种情况下往往可能导致法律适用的不一致性和同案异判的困境。

三、关联企业合并破产司法实践问题检视

虽然新《公司法》中的法人人格横向否认制度条款使关联企业合并破产有了明确的上位法依据，但是司法实践中依然存在诸多问题有待进一步的规制。这些问题也是下一步《破产法》修订应当予以关注的。本文在关联企业合并破产司法实践问题的研究中采取实证分析法以避免纸上谈兵，使法学研究回归现实问题导向。为了探讨关联企业合并破产在司法实践中的具体运用，本研究借助全国企业破产重整案件信息网，以“破产”和“重整”作为关键词，将时间设置为2019年8月31日至2023

⁹⁵ 秦瑞鑫：《论我国个人与公司实质合并破产的程序构建》，载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2022年第2期。

⁹⁶ 郭歌：《“揭开公司面纱”作为关联公司合并破产之路：规范解释与质疑回应》，载《中国政法大学学报》2022年第4期。

年 8 月 30 日，总计检索到 283 份相关裁判文书。在剔除了重复案件后，我们选择了具有典型性的 48 例关联企业合并破产重整案例进行深入分析。在梳理的 48 个典型事例中，关于启动模式，涉及破产后合并进入重整程序的案例有 26 起，其中一家先行破产，其他相关企业随后跟进的案例有 18 起，所有关联企业同步进入重整程序的情况仅两例，另外有两例则驳回了合并申请。在认定标准上，所有案件的裁决依据都是关联企业间存在高度的人格混同。在与破产程序的衔接上，有 8 起案例是在法人人格否认程序完成后再独立适用，另外 8 起则是预先进行审查，而剩余的 30 件案例则直接在破产程序中对关联企业人格否认进行认定。对上述案例分析后得出司法实践中存在如下问题：

（一）认定标准单一

《全国法院破产审判工作会议纪要》第六部分第 32 条对适用实质合并破产的标准表述为：“关联企业成员之间存在法人人格高度混同、区分各关联企业成员财产的成本过高、严重损害债权人公平清偿利益。”规则上看实质合并破产具有三个标准。实际上，这三项标准并非处于同等地位，其中，人格高度混同是重点审查要素。在上述 48 件典型案例中，法院均采用法人人格高度混同标准作为合并重整的要件，对另外两个标准分析较少。法律规范对于上述三个标准之间的关系规定并不清晰，是只满足人格混同标准即可，还是需要同时满足三个标准，《全国法院破产审判工作会议纪要》对此也没有明确。

（二）启动模式不明确

上述 48 个案例中，我们观察到了三种启动模式：一是各个关联企业先个别破产，接着实施了实质性的合并破产。二是个别企业或其子公司首先启动破产，随后法院经过评估决定将其他相关的企业合并到这一破产程序中。三是关联企业在破产程序启动前预先合并为单一实体，然后以这一实体参与后续的破产流程。关联企业合并破产启动方式的多样性反映出在实际操作中缺乏标准化流程，法院通常采取灵活策略，针对个案进行差异化处理。核心考虑之一是利益均衡，特别是从公平清偿的立场出发，评估其对关联企业债权人可能产生的影响。

（三）法人人格否认与破产程序的衔接问题

我国现行法律框架内并未明确阐述法人人格否认制度与破产程序的衔接细则。在实务中处理破产程序中的法人人格审理程序也有不同的做法。第一种是将法人人格否认真定程序在破产程序结束后另行适用，债权没有被完全清偿的债权人可以就

剩余债权向滥用法人人格的关联公司提起诉讼。第二种是在破产案件审理过程中如发现或有债权人、管理人等主体提出破产企业存在适用于法人人格否认情形时，先行对法人人格否认进行审查，并将破产程序中止审理。第三种是在破产程序中直接审查认定关联企业的责任。如今，新《公司法》中已经有了法人人格横向否认的直接规范，那么下一步确立法人人格横向否认制度与破产程序如何兼容、如何衔接的规则也迫在眉睫。

四、《破产法》的预期修订方向

在新《公司法》关于法人人格横向否认制度的影响下，结合关联企业合并破产在司法实践中出现的问题，后续《破产法》相关内容的修订大致会集中在以下几个方面：

（一）明确法人人格横向否认条款适用原则

坚持最高人民法院在第 15 号指导案例和《九民纪要》中均反复强调的“审慎适用、当用则用”原则。鉴于法人人格横向否认制度对法人独立性的巨大影响，在适用该制度时必须格外慎重。只有在必要时，即不适用法人人格横向否认将无法保障公司债权人的权益时，才应适用。在司法实践中，一些由于对法人人格横向否认制度适用不严谨导致的滥用现象应当引起我们的关注。“当用则用”的实践原则强调了在必要时应当适用法人人格横向否认制度。然而现实中，由于相关法律法规不够具体，导致在适用时犹豫不决或适用不准确，这种现象同样值得关注。

（二）明确认定标准

由于《破产审判纪要》没有直接明确“关联企业成员之间存在法人人格高度混同”、“区分各关联企业成员财产的成本过高”、“严重损害债权人公平清偿利益”三要件之间的关联关系，实务中对后两个标准也较少涉及。这种单一的标准忽略了关联企业合并破产制度对平衡债权人权益与提升破产效率的多重考量。当关联企业并未表现出明显的法律人格混同，但在债权债务管理以及商业运营上纠缠不清时，采用实质合并破产的方式将更为有利于保障债权人的权益。因此，有必要对传统的人格混同判定原则进行灵活调整和扩展。法院在执行中应摒弃单一的评判准则，代之以全面评估，将三个关键要素和特定情境纳入考量，以此确立合并重整的确切认定标准。现实中，某些企业可能表面看来并未表现出破产的迹象，然而，这可能是由于其内部关联公司间的资产挪移、不公正交易等所造成的。若对该公司不合理获取的资产进行追讨，其也可能因此陷入破产的状态。相反，某些企业可能表面上显

得财务状况不佳，即负债超过资产，然而实际上，它们的核心资产已经转移到关联企业，从而丧失了实际的清偿能力。在这样的前提下，若规定所有企业必须面临实际资不抵债的情况才满足破产的条件，这无疑会导致关联公司的实际控制人运用某些子公司实施欺诈性破产以规避其债务责任。据此，我们在判断时需全面评估上述三个要素，而非仅仅考察法人人格高度混同这一单一标准。只要作为一个整体来看，关联公司整体财务状况严重亏损，缺乏偿债能力，就理应将其纳入实质合并破产的范畴。

（三）合理制定启动模式

当前司法实践中存在的三种启动模式中，相比之下，第一种模式更为妥当，即分别破产，合并审理。各个关联企业同时或相继破产时，申请人依据其间的关联关系，申请并获得法院准许后，实施了实质性的合并破产。该模式契合了《企业破产法》中以申请人为核心的原则，经过管理人对关联企业的财务状况进行清算审核，能更为精确地确认关联企业是否适宜进行合并重整。第二种模式，法院需首先对企业进行评估，以确定其是否具有破产的合理性、是否存在法人人格混同等问题。这种模式通常适用于关联企业众多的大型集团公司，对法官的专业素养有较高的要求。第三种模式备受争议，在实际操作中运用相对较少，适用于关联企业法人人格高度混同、易于判断是否需要启动合并重整的情形。当前，应当审慎适用第三种模式，对于破产程序外关联企业的实质合并，必须依据《公司法》进行，法院需要先作出对各关联企业法人人格否认的判决，才能将实质合并的效力延伸至破产程序。

（四）完善法人人格否认与破产程序的衔接

在现存的衔接方式中，在破产程序中直接审查认定关联企业的责任较为合理，主要基于以下几个角度考虑：其一，在破产案件中，单独提起法人人格否认之诉对破产程序的进展会造成很大影响。尤其是漫长冗杂的诉讼程序会明显降低破产的效率，导致破产成本大大增加，造成全体债权人的利益受损。在破产程序中直接审查认定关联企业责任的方案实质上契合了破产程序中追求债务公平清偿的核心原则。若规定每一个债权人都需通过独立的诉讼来否认法人人格，这不仅可能导致司法资源的严重浪费和诉讼成本的无谓上升，还可能由于债权人的诉讼实力、裁决不一以及执行效力的差异，产生债权清偿结果的实质不公。其次，破产当中经过管理人接管、债权与资产的全面梳理、第三方的审计，破产企业的法人人格滥用问题会在这一个过程中充分显现，从而为简化审查步骤提供了可能。因此，在破产程序中直接审

查关联企业法人人格是否混同的方案是更加合适、高效的程序规则。当然，这种涉及各方重大利益的法律程序，即便考虑司法效率也必须通过组织听证等方式保证各方辩论权。

五、新公司法的影响和启示

实践中，同一股东设立若干公司，一套人马多块牌子、闪转腾挪的现象较为普遍，此时外部债权人通常要求关联公司之间相互承担责任。新《公司法》增加的法人人格横向否认条款为债权人的这项诉请提供了明确的法律依据，也将对该制度的具体推进产生明显的预期影响。同时，该制度对债权人维护自身利益和股东规避相关风险也有着重要启示。

（一）对债权人的启示

在法人人格横向否认制度正式写入《公司法》之前，由于明文法律缺位，裁判者只能对现有的法律条款进行扩张解释、类推适用以及法官造法等方式来作出判决，极易导致法律适用不标准、同案不同判的现象。在法人人格横向否认制度被写入新《公司法》后，可以预见，该规则在实践中的应用将更加广泛，对债权人的保护力度会得到进一步的加强。通过横向法人人格否认制度，债权人可以更有效地追究债务人关联公司的责任，防止其股东或实际控制人利用关联公司独立人格逃避债务。在新《公司法》为法人人格横向否认的适用提供明确法律依据的背景下，外部债权人在与债务人公司的商事交易过程中，应当充分重视债务人公司及其股东、关联公司之间财务混同、业务混同、人员混同等的相关证据的搜集，关注如国家企业信用信息公示系统公示的高管信息、经营地址及联系方式信息、商业交易宣传信息、收款及发票开具信息、合同模板共用及审批流程等在内的混同信息并及时留存取证，以便于完成追索债权时的举证责任。对于财务混同涉及的会计账簿、会计凭证、财务账册等资料，外部债权人一般没有获取渠道，但亦可留意交易对手方是否存在相互之间共用资产、混用收款账户等财产混同的情况并保留相关证据。

（二）对股东和实际控制人的启示

法人人格横向否认制度正式入法后，股东应当在参与公司经营管理的过程中谨慎行权。为了避免触发法人人格否认制度的风险，股东应更加注重规范运作，加强内部控制，尊重公司独立意志，防止一家公司的债务风险传导至多家关联公司，产生多米诺骨牌效应。尤其是在涉及关联交易时，需充分注意避免以下操作：关联公司的法定代表人、股东有穿插；在关联公司管理层中聘用相同人员；公司之间有多

笔资金往来缺乏正当理由、交叉开票；关联公司之间资产来回调拨；关联公司注册地相同或办公地相同；关联公司主营业务相同、“捆绑宣传”等。应注意建立独立健全的财务管理制度，完善股东及公司之间资金往来的审批管理流程、减少股东账户与公司账户的共用混用，确保关联公司经营场所独立可区分、避免业务范围重合及对外经营中的混用印章、宣传资料及立约文本等。

新《公司法》只规定了股东控制公司的情况，而《九民纪要》第十一条规定的主体是“股东或实际控制人”。那么实际控制人和小股东可以被认定为法人人格横向否认的主体吗？本文认为，横向人格否认的实质在于各个公司之间的法人独立地位丧失。只要存在滥用公司法人独立地位和股东有限责任的行为，无论是股东、小股东还是实际控制人都可以被认定为该制度的主体。当然，实务中实际控制人承担责任的前提仍然是能够证明实际控制人本人财产与公司财产存在混同或者实际控制人滥用公司法人独立地位实施了侵害目标公司债权人利益的行为，并不会当然地一同被穿透而与关联公司承担连带责任。

六、结语

新《公司法》第二十三条第二款关于法人人格横向否认制度的条款为关联企业合并破产提供了明确的实体法基础，也必将对公司实务产生深远影响。新规定将加强对债权人的保护力度、促进公司治理水平的提升并增加公司股东的责任风险。结合文中的实证分析，可以看到新规定在明确性、具体性方面取得显著进步的同时仍有尚待解决与回应的问题。《企业破产法》的修订应当以新《公司法》第二十三条第二款为基础，以司法实践中的问题为导向，进一步明确立法原则，合理制定关联企业合并破产的认定标准和启动模式，规范法人人格否认制度与破产程序的衔接，进一步完善关联企业合并破产的具体操作指引。未来，随着市场经济的不断发展和公司制度的不断完善，可以期待法人人格横向否认制度能够在实务中发挥更大的作用，筑起债权人合法权益保护的坚实法律堡垒。

中小微企业的“破”局之路

——以一破产重整案件为视角切入

——北京德恒（郑州）律师事务所 徐耀亮⁹⁷

摘要：中小微企业作为市场经济的重要组成部分，对推动经济发展及保障社会稳定具有正向作用。但事实上，中小微企业的生命周期都不长，很大一部分都走向了破产。本文先从中小微企业的生存现状作为切入点，引申出其在破产司法实践中存在的种种问题，导致破产程序冗长。最后本文提出确立债权人优先管理模式、适当保留出资人权益和优化破产程序时限三个方面，对中小微企业破产程序立法进行构建，以实现更加高效的破产程序。

关键词：中小微企业 破产程序 相对优先原则

引言

随着房地产企业等大型企业的破产准许“闸口”越收越窄，可能会导致法院受理大型企业破产申请的裁定数量变少。那么作为管理人，我们需要把目光放在中小微企业的破产难题上。两者相比，中小微企业没有那么大的资产量，同时往往是个体独资企业，股东在企业中往往具有绝对的掌控力。而且中小微企业由于体量小，导致管理混乱，财务账册不完整等等问题，这些无疑导致破产效率大大降低。我国现行的《中华人民共和国企业破产法》其实更适配的是中大型企业的破产问题，对于中小微企业来说，则需要在立法上寻求基础，充分发挥破产程序对于企业的拯救和纾困功能。

一、中小微企业在当前经济形势下的生存现状

（一）中小微企业的特点

中小微企业的概念在《中华人民共和国中小企业促进法》中有规定：我国所称中小企业，是指在中华人民共和国境内依法设立的，人员规模、经营规模相对较小的企业，包括中型企业、小型企业和微型企业。中型企业、小型企业和微型企业划分标准由国务院负责中小企业促进工作综合管理的部门会同国务院有关部门，根据

⁹⁷ 徐耀亮，男，2000年，北京德恒（郑州）律师事务所企业拯救与破产专业委员会委员。研究（业务）方向：企业破产清算、重整、和解。

企业从业人员、营业收入、资产总额等指标，结合行业特点制定。⁹⁸根据工信部划分小微企业的标准，以及税务部分划分企业所得税小微企业的标准，小微企业需满足以下条件：1. 年度应纳税所得额<300万元；2. 从业人数≤300人；3. 资产总额<5000万元；4. 除了满足以上三个条件以外，要享受税收优惠政策，还必须从事国家非限制和禁止的行业。

由此可以看出，中小微企业与国企、上市企业等大型企业有着本质的区别。第一，规模较小，员工数量有限，通常不超过一定的人数限制（如在中国，小微企业通常指从业人员不超过300人、营业收入不超过2000万元的企业）。第二，资源有限，由于规模较小，中小微企业往往面临资金、技术、人才等资源有限的问题，这限制了它们的快速发展和扩张能力。第三，经营的灵活性，中小微企业决策过程相对简短，能够快速适应市场变化，抓住商业机会，同时，在有限的资源下，中小微企业往往更加注重创新和差异化竞争，通过技术创新、产品创新或服务创新来赢得市场。第四，受政策和大环境的影响较大，各国政府通常会对中小微企业提供一定的政策支持，如税收优惠、财政补贴、融资担保等，以促进其发展，因为往往击垮中小微企业的就是资金问题。

（二）中小微企业当前面临的困境

虽然国家出台了诸多政策，如中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于促进中小企业健康发展的指导意见》等文件来扶持中小微企业的发展，但由于疫情、融资难等种种原因，还是有很多中小微企业濒临破产，甚至已经破产。笔者以前段时日办理的一件化工类企业破产重整案件为例，抛砖引玉。

该中小微企业的主营业务为生产酚醛树脂（常用于制造航空航天等“高精尖”设备），被誉为所在地级市的高新技术企业，拥有多项发明和实用新型专利，往来客户众多，其中甚至还包含了中科院研究所，往年年均企业净利润高达五百万元左右。但就是这么一个在酚醛树脂领域具有垄断性质的企业，却也进入了破产程序。当笔者的团队作为管理人进驻厂区后，与实控人交流得知，企业无法的原因正是疫情和融资问题。但得益于企业停工停产后厂区日常维护较好，机器设备仍然能够正常使用，且对外应收账款有望清收回来大部分，加之酚醛树脂这一领域的独特性，所以具备重整价值。

但并非所有的中小微企业都具备上述的重整价值，大多都只能走上清算道路。

98 李存鑫, 刘璇: 《中小企业的融资难题及应对策略》, 载《商展经济》2022年第9期。

我国现行的企业破产程序在立法之初主要是针对较大企业，破产程序较为复杂，操作程序严格，破产费用较高，不适合企业规模较小的中小微企业。在司法实践中，中小微企业进入破产程序的意愿低、数量少，小微企业破产工作关注度不高，这就导致中小微企业主往往谈“破”色变，没有正确认识破产制度的功能和作用，特别是没有正确认识和充分发挥破产清算、重整、和解制度对市场主体的解脱与挽救功能。导致产生了源源不断的僵尸企业和“执转破”案件，这无疑会扰乱社会主义市场经济秩序和浪费司法资源。

中小微企业往往缺乏完善规范的现代公司治理体系，普遍存在产权不清晰、管理机构不完善、财务制度混乱、法人财产与公司财产混同等问题，一定程度上制约了破产拯救功能的发挥。第一，小微企业股东或者经营者往往举家之力进行投资经营，小微企业的经营发展高度依赖于实际经营者的个人经营决策能力，缺乏完善的公司治理体系。企业进入破产程序的前提是“资不抵债”，股权价值为零，因此往往在一些案件的破产重整计划草案中，新的投资人需要原出资人让渡公司股权和经营权，企业原出资人权益往往被调整为零，原出资人完全出局导致其在破产重整中无利可图，破产重整也未能全部免除其在经营过程中为企业债务提供个人连带担保而承担的连带清偿责任，无法通过破产制度实现破产免责，导致原出资人破产重整意愿不高。第二，由于企业缺乏依法管理和科学治理理念，没有规范完整的财务账册资料，无法通过评估、审计程序对企业的经营负债进行客观评估反映，负债信息披露不完整不透明，信息不对称的问题导致拯救价值和可行性难以判断，投资方对于小微企业的投资风险加大，导致小微企业的破产重整拯救缺乏可行性基础。

二、中小微企业在司法实践中存在的突出问题

（一）企业主控制权与重整动力的矛盾

在中小微企业资不抵债的情况下，企业股东的权益往往被调整为零，企业主和实际控制人可能因此被排除在重整过程之外。但是对于中小微企业来说，企业主对其苦心经营的企业有着至关重要的作用，是中小微企业的生命和灵魂。控制权的丧失可能会导致企业经营连续性受损，影响企业的市场地位和竞争力。

由于重整过程中可能面临控制权丧失、管理人和债权人压力等多重挑战，企业主在重整过程中的积极性受到严重打压。基于中小微企业轻资产占比高的特性，中小微企业的债权人会加速债权清偿时间，尽早“瓜分”企业剩余资产，从而使得中小微企业在进入破产程序时，基本丧失有剩余价值的资产。由此，小微企业主将选

择正式的破产重整程序视为畏途转而寻求非正式的渠道挽救企业，其结果可能是饮鸩止渴。⁹⁹可以说，进入破产程序是小微企业主走投无路的无奈之举，而不是拯救企业于水火的自救之举。当然，这也与《企业破产法》立法上对小微企业破产程序的缺失有关，现行《企业破产法》并未设计专门的小微企业救济程序。

我国《企业破产法》第 70 条和第 73 条明确规定了破产重整的主体可以是债务人也可以是管理人。但《企业破产法》第 89 条规定重整计划必须由债务人执行，在实务中，重整计划往往由管理人制定，债务人（中小微企业主）往往不参与制定。若重整计划的执行完全交由债务人负责，而债务人未参与其制定过程，可能会导致其对管理人拟定的重整计划理解不足，进而在执行过程中做出不当决策。这种理解上的偏差和执行上的困难，可能会严重阻碍重整计划的顺利实施，最终增加重整失败的风险。虽然在破产程序中债务人可以一并提出自行管理的申请，但是条件较为严格且需要人民法院综合判断分析，因此在我国的司法实践中，几乎所有的中小微企业重整案件都是由人民法院指定专门的管理人进行后续重整的，因为人民法院指定的管理人更具有丰富的经验和相当专业的知识，管理人制定出的重整计划更加中立和平衡能被各方利益主体所接受和采纳。¹⁰⁰对于中小微企业而言，管理人在重整过程中相较于债务人，可能缺乏对特定行业的深入了解、运营资源的掌握以及关联企业复杂债务和资产状况的清晰认知。这种不足可能会增加重整的成本，并降低中小微企业重整成功的可能性。

（二）破产程序时间冗长

无论是大企业还是中小微企业，有关的破产案件程序时间冗长已成为行内普遍认知。最高院、各级法院一直致力于提升审判效率，缩短审理期限，加快企业快速出清，如最高院颁布的《最高人民法院关于推进破产案件依法高效审理的意见》等指导文件，从债权申报公告时间、召开债权人会议时间、部分议程前置等方面促进破产程序高效化。然而，在实务中，破产企业已经被搁置多年，各种手续、证件、印章等资料不齐全或者更换过无备案，这会大大加剧管理人接管企业和尽职调查的难度。让笔者最为头疼的莫过于申请执行法院中止执行，解除对破产企业财产的查封和冻结。尽管《企业破产法》第十九条明确规定：人民法院受理破产申请后，有

99 王欣新：《破产法（第四版）》，中国人民大学出版社 2019 年版，第 30 页。

100 威海中院课题组：《有限责任公司破产重整制度的完善——以中小企业为视角兼论关联企业合并重整的程序启动》，载《山东审判》2013 年第 3 期。

关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止。但实务中申请法院中止执行不仅要向执行法院递交申请函，个别法院还需要递交受理破产案件法院的协调函，更有甚者还需要管理人提出执行异议。单单是破产程序中的一个小事项，就要花费很多的时间和精力，无疑加长了破产程序的审理周期。

在现有制度下，法院受理破产的审查时间、债权公告期限等节点，对于债权债务相对简单的小微企业仍有压缩空间；对于中小微企业重整，提交重整计划草案的期限为人民法院裁定重整之日起的六个月内加外可以延长三个月。过长的时限无法倒逼中小微企业提供可行性高的快速重整方案，也不利于债权人深度参与到重整计划修正的讨论中来。

（三）出资人权益难以保护

若中小微企业还有重新经营生产的条件，那么重整对它是最好的选择，但在实务中重整程序往往很漫长，很大原因在于缺乏对重整投资人权益的保护。大多数企业重整依靠外部投资人，在这个过程中涉及制定招募公告、确定招募标准、评审与遴选、债权人会议确认等工作，会耗费管理人大量时间与精力，却经常无疾而终。在这一模式下，破产重整阶段对出资人权益通常会进行调整，原因是破产企业被认定为资不抵债的企业，在此情况下的股权没有价值，而重整时的投资款通常被用于支付偿债资金与破产费用，并不构成股权的直接对价款。还有部分案件，虽然没有调整全部出资人权益，但对公司管理层进行了大幅变更，对公司的控制权发生了实际变更。若重整模式主要依靠投资人的外部输血，那么投资人必然要求相应回报，或是资产所有权，亦或是公司控制权，否则其投入的资金不符合商业逻辑。

虽然《企业破产法》规定了和解程序，但和解的表决机制与重整不同，且和解无法阻却担保权人行使担保债权，使得债务人失去了谈判的筹码，导致破产和解谈判难度上升，实务中和解案件占比很少。而中小微企业普遍存在所有权与经营权混同的情形，且公司资源集中于企业主即出资人处，若出资人权益将随着破产重整被调整，显然对企业主的重整意愿以及重整方案的可行性造成打击。破产和解天然存在表决与抵押权行权等方面的制度缺陷，而现有的破产重整制度又缺乏对中小微企业主的保护，使得中小微企业无法高效重整。

三、我国中小微企业破产程序构建

在立法实践中，我国的确没有专门设计适用于中小微企业破产的规则。然而，在“繁简分流”的司法改革进程中，我国各地法院也纷纷制定了一些中小微企业的

破产程序规则。不过，这种司法探索本身针对的是案件繁简程度，而非是专门从主体上分类设计规则的结果。因此，司法实践中的很多规则都无法成为适用于中小微企业破产的特定规则。我国目前正在修改《企业破产法》，建议立法机关重点关注以下几个方面，结合中国实际构建符合中国实际情况的中小微企业破产专门规则。

（一）确立债务人优先的管理模式

在全球破产重组的实践中，诸如美国和日本等国家普遍重视债权人在中小微企业重整中的自我管理能力，并赋予其优先权，旨在充分利用企业主在业务运营中的专长和优势。同时，这些国家还设立了监督机制，以防止企业主在财务管理和企业运营中出现不当行为，形成了一种债权人主导的、兼顾监督的管理模式。然而，在我国的中小微企业重整实践中，由企业主自主管理的案例相对罕见。人民法院更多地倾向于指定管理人负责企业的破产重整工作，以更好地保障债权人的合法权益，这体现了一种债权人主导的管理模式。但在此过程中，人民法院可能忽视了债权人在重整中的独特优势，尤其是企业主对于企业业务、资产、运营知识以及债权债务关系的深入了解。相较于管理人，企业主能够凭借长期积累的技术能力和专业知识，更专业、更灵活地推进重整工作，无需经历管理人的学习和适应阶段，从而可能实现更高效的重整效果。且在管理人管理模式下，如果过度束缚企业主对于企业管理权和财产使用的行为，难免导致企业主出现消极怠工、效率低下的情况，变相导致重整成本升高。《企业破产法》在修订时应确立债务人优先的管理模式，由中小微企业主负责管理企业财产和运营，可以指派管理人负责监督把关，在涉及企业运营中的重大决策事项等事宜时，征求管理人、债权人的意见，这样做不仅可以让债权人积极参与重整过程，合理利用各方主体的经营资源以达到顺利重整的目的，更可以防止小微企业主因滥用职权而损害债权人的利益，保证重整过程公平高效。¹⁰¹

我国《企业破产法》第八十九条明确规定，重整计划的执行责任落在债务人身上，而重整计划的制定权则是由债务人与管理人共同享有。这种立法模式在重整计划的制定与执行之间存在不一致性，既可能削弱对债权人合法权益的充分保护，也不符合实际操作中的现实需求。《企业破产法》在修订时应该由债务人享有重整计划的制定权，这种方式不但能够保证重整计划从制定到实施的一惯性，还能够提高小微企业主实施重整计划的积极性，以保证小微企业重整效率的提高，增加重整成

101 许胜锋：《重整中债务人自行管理制度价值及风险的实用性研究》，《中国政法大学学报》2017年第3期。

功的可能性。一旦小微企业主没有在法律规定的期限内制定完整的重整计划草案，或者是重整计划草案在表决时没有得到通过，人民法院将重整计划草案的制定权移交给管理人，从而保证重整程序的有序推进。

（二）适当保留出资人的权益

中小微企业所有权和经营权高度统一，其出资人与企业主人格也高度一致。从这一方面来说，中小微企业在进行重整时，企业主很可能面临出局的局面，而企业主的出局代表着该企业很可能丧失了存在和运营的基础。大型企业适用普通破产程序进行重整，当债权无法得到全额清偿时，就会通过引入新的投资人来调整股权结构，实现新股东的加入和原股东的退出以及企业资源的重新配置，从而完成企业所有权和控制权的改变，这就是绝对优先规则。而当中小微企业出现危机时，企业主往往不愿意提出破产清算申请，其担心会丧失对企业的所有权和经营权，这样就会导致企业在进入破产程序前负债累累。中小微企业重整的主要目的就是以时间换空间，延长清偿期限，不变更企业控制权，以保障持续经营。因此，《企业破产法》在修订时应设计一个允许中小微企业主继续经营企业的简化程序，但是中小微企业的重整计划必须确保担保债权人获得其担保物的价值，而普通债权人获得该企业未来数年的收益，这也即相对优先原则。

相对优先原则是指在某种程度上可以允许企业主通过注入新的资金或资产来保留重整后企业一定数量的股权。¹⁰²在适用相对优先原则对中小微企业破产重整时，需要综合考虑。首先，对于企业主人权的保留并不是绝对的、无条件的保留，而应是相对的、附条件的保留。在制定规则时应明确企业主人权保留需要在人民法院或其所指定管理人的监督下的前提下进行，并详细规定权益保留的条件。其次，在决定是否保留企业主人权前，需要综合评估企业主人对于企业的重要程度。如果将企业主人清理出局导致重整程序没有办法继续推进，债权人的债权清偿比例和清偿额也会大大降低。此时，就需要保留企业主人的权益来提高破产重整的效率与成功率。

（三）优化程序时限

对于中小微企业可以专门规定特殊的程序期限。例如，可以参考日本相关法规，将债权申报期限与召开第一次债权人会议的期限合并，即债权申报期满即可召开债权人会议，而无需在公告期满后留出一定天数，以进一步压缩召开会议的时间，根据实务情况，该期限一般可以定为三十日。同时，可以简化公告送达程序，优先采

102 徐阳光、武诗敏：《我国中小企业重整的司法困境与对策》，载《法律适用》2020年第15期。

用电子送达方式以及合并公告的方式。其次，对于提交重整计划的期限，可以参考美国小企业重整法规定为三个月，对中小微企业而言，需要协调的利益矛盾不如大型企业如此繁杂，三个月期限对于小微企业而言足以制定出可行性高的重整方案，从实务经验看已经出现不少第一次债权人会议即通过重整或和解方案的案例。

四、结语

中小微企业由于其自身特点，导致其抗风险能力较弱，容易引起破产情况发生。但考虑到中小微企业存在的价值，尤其是在发展社会经济、提供就业岗位、稳定社会环境等方面，所以为中小微企业找到“破”局之路是当务之急。因此，考虑到小微企业破产的特殊需求，在《企业破产法》修订时有必要设立专门规则，在破产程序中采取债务人自行管理的模式、突破绝对优先原则实现债务人出资人的权益保留、优化程序时限也都是题中应有之义。

论律师在股权收购中的印章交接法律实务 ——以律师为收购方提供法律服务为视角

——河南金色世纪律师事务所 朱中辉¹⁰³

摘要：股权收购过程中，如果不能有效预防和控制因使用印章带来的法律风险，导致收购方收购后承担巨额的不确定性债务，以及因印章不能顺利交接，导致收购方不能顺利管理、控制目标公司，整个并购交易最终可能宣告失败。本文以律师为收购方提供法律服务为视角，总结了如何有效应对目标公司印章交接风险的实务经验，对于操作股权收购业务具有现实指导意义。

关键词：股权收购 印章 交接 控制权 管理权 法律风险

引言

股权收购¹⁰⁴最大的法律风险在于收购方可能承担不确定性债务，以及管理控制权能否顺利移交给收购方。如果不能预防和控制上述风险，最终可能会导致整个并购交易的失败。而这些风险都与目标公司的印章¹⁰⁵管理、最后的交接密切相关。因此，在股权收购过程中，需要股权收购律师运用法律、实务技巧建构合理的风险解决方案和交接规则，来降低交易风险，推进印章的顺利交接，进而推进公司管理控制权的顺利移交，以保证并购交易目的的最终实现。

本文根据笔者 2024 年承办的一个股权收购项目的实务经验，总结了如何有效应对目标公司印章交接风险的主要措施。

一、印章在股权收购中的法律实践意义

我国向来注重印章在社会交往中的作用，并形成了一种独特的印章文化——印章往往被视为公司控制权的象征。而在社会交往中，尤其是交易活动中，印章能够

¹⁰³ 朱中辉，河南金色世纪律师事务所合伙人、副主任，高级律师。主要业务领域为公司法、金融证券、合规管理等。

¹⁰⁴ 本文所称股权收购，是指通过购买目标公司的股东股权或认购目标公司的增资，从而取得目标公司全部或部分股权的行为。在股权收购合同中，通常有三方当事人，即：股权转让方（本文称老股东或原股东）、股权受让方（本文称收购方或新股东）、被收购方（本文称目标公司）。根据股权收购后收购方是否控股目标公司，可将股权收购分为控股目标公司、不控股目标公司两种情形。而在印章交接中，本文只讨论收购方收购后控股目标公司并管理控制目标公司这种情形，这在股权收购中更具有典型意义。

¹⁰⁵ 股权收购所涉印章，包括但不限于目标公司的公章（行政章）、合同专用章、财务专用章、法定代表人章、发票专用章、工程部（项目部）章等。由于各种印章的使用范围不同，产生的效力也可能不同。就实务而言，公章（行政章）、合同专用章、财务专用章的适用范围更广些，更具有讨论价值。

证明法律行为与主体意思具有一致性，人们能够便捷地通过印章识别法律主体，定性法律行为，确认法律责任¹⁰⁶。因此，在股权收购过程中，印章交接的实践意义至关重要，主要表现在以下三个方面：

(一) 收购方掌控目标公司印章，是实现控制权的开始¹⁰⁷。实践中，并购交易的当事人通常认为收购方成为了控股股东，只要完成了股权变更登记，就控制了目标公司，达到了收购的目的，因而特别重视工商变更登记，而忽视管理权的移交，以为伴随股权变更的一切交接都是顺其自然的。事实上，股权变更登记只是让收购方在形式上成为目标公司的新股东，并不意味着收购方能够实际控制目标公司。管理权的移交，才是真正的移交。而在管理权的移交中，目标公司印章的移交是重中之重。从某种意义上讲，印章是权力的象征，收购方控制了目标公司的印章，才是掌控目标公司权力的开始。

(二) 交易各方责权利划分的重要节点，是公司印章的移交时间。并购交易中，股权收购合同各方当事人通常会约定交易基准日作为责权利划分的界线。也就是说，基准日之前目标公司的债权债务和法律责任，均由目标公司及原股东承担，收购方按持股比例承担基准日之后形成的债权债务和法律责任。但在实务中，交易基准日一般都是审计、评估基准日，与实际交接日期不是同一天。由于印章伴随着权利义务，在交易中扮演的重要角色，印章移交日更符合权利义务对等的原则，更有利于交易各方有效划分责任。所以，交易各方常常都会以印章移交日为重要节点，约定交接前的责任是目标公司及原股东的，交接后的责任是收购方和目标公司的。

(三) 公司印章的移交是对并购交易能否顺利完成的试金石。俗话说，听其言，观其行。在饭桌上、谈判桌上所讲的，甚至是股权收购合同上白纸黑字写的，都不如看实际是怎么交接印章的。从印章的交接便可以看出交易对方的态度，对接下来的流程尤其是管理权的交接能否顺利进行，会有清楚的判断，并提前做好预案。

二、律师在股权收购中的印章交接法律实务

由于股权收购往往涉及公司控制权的转移，公司股东、董事、高管等都可能会发生变化，收购方需要从目标公司或实际控制人处接收印章。有的人认为印章的交接很简单，在交割日转移给收购方代表即可。事实上，在印章移交过程中，却出现

¹⁰⁶ 郑智航、倪文艳，《中国印章的多重意义检视》，来源于《河南大学学报（社会科学版）》2022年第6期。

¹⁰⁷ 杜娟、严乐，《浅议并购交易中公司管理权移交问题》，来源于“海普睿诚律师事务所”微信公众号，2018年10月22日。

过不少拒绝或拖延交接印章，导致新老股东、新旧管理层争夺印章进而影响公司正常运营的情形发生；亦或是在收购过程中，没有及时采取有效措施防控印章所带来的债务风险、法律责任，给收购方带来了难以承受的不利后果，最终导致收购失败。

为了预防目标公司印章交接所带来的风险，建议收购方在收购过程中根据交接前、交接中和交接后的三个不同环节，采取相应措施。

（一）印章交接前的措施

1. 前期做好印章管理的尽职调查

尽职调查时重点关注目标公司是否有相对完善的印章使用审批、登记制度，是专人管理还是公司实际控制人或法定代表人自行管理，以此来判断印章被滥用的可能性大小、风险高低，从而决定是否收购，如何进行交接。

另外，还需要了解目标公司各种印章有多少枚，是否已经备案，以便交接时知悉印章是否如数移交，移交的是备案过的还是自行刻制的。相对自行刻制的，备案过的印章更有据可查。

2. 过渡期间的管理机制

股权收购过程中，通常会将达成收购意向之日或股权收购合同签订之日起至股权变更完成之日或全部交接完成之日这段时间设为过渡期。为保障过渡期间目标公司的经营稳定，确保平稳过渡，防范交接风险，建立先遣人员入驻机制、公章共管机制极为重要。

（1）建立先遣人员入驻目标公司机制。收购方可在收购意向协议或股权收购合同中约定，由收购方向目标公司派出若干名先遣人员，以目标公司副总等特定身份参与运营管理。

（2）建立印章共管机制。为预防原股东或原实际控制人在印章交接前恶意制造债务，收购方可以在达成收购意向时，或最迟在签订股权收购合同时，就要求与老股东、目标公司共管印章，将印章共同存入保险柜，或共同封存在其他地方，各自分别掌握密码、钥匙，使用时共同开启¹⁰⁸，以便收购方监管每次使用印章的情况。

3. 列明目标公司债务清单

债务以及或有负债是股权收购中收购方最大的风险。印章的交接也是为了避免债务以及或有负债的增加。对于收购方而言，虽然会尽可能搞清楚目标公司的债务

¹⁰⁸ 李志鹏，《公司股权收购过程中如何防止原股东滥用公章导致虚增债务》，来源于：“坚果法库”微信公众号，2023年04月23日。

以及或有负债，但由于资料被目标公司、老股东或其他实际控制人所掌握，却有意或无意隐瞒、遗漏；甚至由于管理混乱，连他们也不知道；以及或有负债的不确定性，收购方对债务的真实性和可靠性是存疑的。因此，为预防万一，收购方仍应在收购合同中对承担债务的范围作出明确约定，将债务清单作为合同附件；或在交接时，要求原股东、目标公司列明目标公司现有债务清单，由合同各方进行确认，并由原股东、目标公司声明如果清单所列不实或有遗漏，自愿承担相应的违约责任。该方法可视为风险兜底，可以最大限度地防止原股东恶意利用印章虚构债务，避免收购方更大的损失。

4. 原股东提供担保

可以在收购合同中约定由原股东提供一定的担保，如要求原股东对目标公司履行收购合同承担连带责任，以促进原股东和目标公司全面履行合同义务，尤其是交接义务。

5. 付款进度与交接挂钩

收购方要争取预留一部分尾款在交接完成后再付。可以在收购合同中约定，首付款进入共管账户后（或支付股权转让人首付款多少元后）的多少个工作日内必须办理好目标公司的所有交接工作，包括目标公司印章、证照、档案材料、管理权的移交等，股权转让人、目标公司完成约定的所有交接后的多少个工作日内，收购方付清尾款。

（二）印章交接时的措施

移交印章的，应当制作《交接清单》，内容至少应当包括：交接的印章名称、数量、完整程度，以及交接时间，并分别留有印模。交接时要当时清点、核对，并且在《交接清单》上明确目标公司的所有印章已经全部交接，没有遗漏，由交易各方共同签字（盖章）确认。

还有一个小细节，过渡期内如果共管印章的，要注意：共管开始时、共管结束时，都应当制作《交接清单》，以便明确责任。

（三）印章交接后的措施

印章交接后，摆在收购方面前有两个问题：一是要不要更换印章，二是如何更换印章？

1. 是否更换印章

到底继续用原来的印章还是使用新刻制的印章，取决于公司名称是否需要变更

(法定代表人名章是否更换，则取决于是否变更法定代表人)，收购方对目标公司的经营、管理是否存疑等情况。当然更取决于收购方对风险把控的容忍度。以笔者的股权收购实务经验来看，强烈建议废止旧印章，启用新印章。但废止旧印章之前，一定要留下原印章的样本（印模），以便有需要时能用作比对。

在实务操作中，有人认为，既然收购合同里明确约定了承担债务的时间节点，就足以分清责任了，何必搞那么麻烦，再去更换印章呢？也有财务人员提出，更换印章需要支付刻制费用，还要通知各债权债务人，增加了成本，不如不更换。还有人会问，收购后，目标公司仍然是存续的状态下，更换了印章，也并不影响目标公司对外责任承担，岂不是多此一举？笔者认为，这些想法虽然有一定道理，但却忽略了一个重要事实：由于债权债务文书的落款时间可以随意写，难以确定印章形成时间，甚至印章真伪难辨，难以分清责任，即使搞技术鉴定，也费时费力费钱，况且鉴定也不一定能够作出对收购方有利的结论。而更换印章虽然不影响目标公司对外承担责任，但新老股东之间却可以以使用新、旧印章的时间节点作为依据，在股权收购合同中对该等责任的最终承担方式作出约定，形成制约。更换印章，一方面可以明晰印章的使用节点，通过比对印模，判断出到底是原印章出的问题，还是新印章出的问题，分清责任，减少争议；另一方面，如果在股权收购合同中约定，加盖新、旧印章的法律文件后果的最终责任承担方式，则不但可以约束合同相对方，而且还能够有效降低或有负债风险。因此，印章的更换，是一种有效保护收购方、目标公司权利的手段。

实务中，有人提出，为了避免风险，明确责任，不交接印章——收购方不接收目标公司的原有印章，直接重新刻制印章。笔者认为，不接收印章的风险更大，成本更高。

收购方不接收目标公司的原有印章，看似把责任推开了——股权收购合同一般会约定因原有印章引发的责任都由原股东、目标公司承担。但却忽略了股权收购固有的最大风险点——无论股权收购合同中对债务的承担如何约定，都是合同当事人的内部约定；对外而言，无论股东是谁，目标公司永远都是承担债务的主体。收购方作为投资人，是目标公司的利益相关方，如果不掌控目标公司的原印章，不先接收再销毁，实质上就是放任不利后果的发生。原印章一旦落入他人手中，被别有用心之人使用，这种风险是不可控的。

因此，并购项目中，收购方将目标公司的公章、合同专用章、财务专用章、法

定代表人章等印章全部更换，才是最有利的。

2. 如何更换印章

为了避免更换印章带来的风险，建议做好以下几点：

(1) 交接印章后，不要急于销毁，要先在交接清单上留下印模，由交接各方签字盖章确认后，各方共同封存，以免分不清印章交接之后至新印章启用之日的用印责任。

(2) 各方派出代表，带上各方共同封存的印章，选择工作日去公安机关指定的地点刻制新印章，在各方代表的见证下，由印章刻制点的人收回新印章并当场进行销毁。

(3) 收购方收到新印章后，先留下印模，由各方共同签字确认后，再启用新印章。

如果选择工作日交接的话，则更方便些。交接当日，由目标公司派人携带原印章，各方派人共同在公安机关指定的地点刻制新印章后，分别留下新、旧印章的印模，各方共同签字确认后，移交新印章，销毁旧印章，完成交接。

(4) 为保险起见，收购方可就印章变更情况，在当地市级以上（省级为佳）报纸刊登广告进行公示，或在国家企业信用信息公示系统进行公示。

三、结语

并购交易实践中，法律问题与业务、财务问题往往是交叉重合的，因此律师做股权收购项目时，不能局限于法律，必须打破传统的专业界限，才能消除自己的风险识别盲区，作出积极、有效的应对。

股权并购律师应当高度重视股权收购中的印章交接风险，时刻保持敏锐性和前瞻性，观察、分析和预判收购中可能存在的风险，在尽职调查、并购谈判、交易合同核心条款设计、印章交接等各个交易环节，积极妥善应对并化解印章风险，以保证并购交易目的的最终实现。

行政篇

第三人侵权与基本医疗保险支付的 政法机关协作研究

——北京京都（郑州）律师事务所 汪棋佩¹⁰⁹

摘要： 第三人侵权存在时基本医疗保险是否支付医疗费用、如何支付既关系着普通群众的双重利益，也牵涉着国有财产的合理运用。现有司法实践、理论研究、社会关注都更加侧重严格医保报销程序，缺乏对医保缴纳者权利保护落实的研究，导致基本医疗保险制度缺位和医保基金流失的恶性循环难以根治。正确处理此问题，既需要行政机关对政策的正确理解与执行，也需要司法机关对法律的正确普及与严格把关。只有建立行政诉讼和民事诉讼的恰当衔接，建立起政法机关的协作互信，才能解决基本医疗保险报销过程中的行政行为偏差，使基本医疗保险回归救济本质。

关键词： 基本医疗保险 第三人侵权 行民交叉 政法机关协作

2020 年教育文化卫生体育领域专家代表座谈会上，习近平总书记提到“要深化医疗卫生体制改革，加快健全分级诊疗制度、现代医院管理制度、全民医保制度、药品供应保障制度、综合监管制度，合理制定并落实公立医疗卫生机构人员编制标准并建立动态核增机制”。2022 年中共二十次全国代表大会上，习近平总书记又谈到“深化医疗卫生体制改革，促进医保、医疗、医药协同发展和治理。”可见基本医疗保险制度，是“实施健康中国战略”重大部署的重要组成，是改革举措的可行内容，现有基本医疗保险报销过程中存在哪些问题，源何而起，如何通过法程序的调整助力医疗改革有极大的研究意义。

一、现有报销方式及问题

被侵权人因为侵权人的侵权行为主张赔偿医疗费属于民法典“侵权责任编”调整的侵权法律关系范畴，而被侵权人因住院治疗费用报销与医保基金属于社会医疗保险支付法律关系，二者属于不同的法律关系范畴，并且相互独立。¹¹⁰随着《社会保险法》第 30 条第 2 项“应当由第三人负担的医疗费用，医保基金不应承担”的逐步宣传推广，参保者、医保机构、被侵权人三方主体各自如何处理，人民法院作

¹⁰⁹ 汪棋佩，女，1996 年，北京京都（郑州）律师事务所专职律师、京都食药环知法律研究中心研究员、CCAI 认证企业合规师，专业领域：刑事辩护、企业法律服务与合规管理。

¹¹⁰ 参见张景卫：《医保基金先行支付医疗费的侵权纠纷处理路径探析》，《法律适用》2019 年第 16 期。

为司法裁量者又如何评价呈现出了不同的情形，也暴露了出相应的问题。

（一）被侵权人先申请医保报销后要求第三人赔偿

[案例 1]医保已报销的医疗费第三人不再赔偿。2018 年 6 月 7 日，原告毛某与被告张某发生纠纷，导致原告毛某身体受伤，原告诉请赔偿医疗费 1211.14 元及交通费等。人民法院在判决时认定原告主张的医疗费应扣除医保基金已付部分，被告赔偿剩余医疗费 665.38 元。

[案例 2]医保已报销的医疗费第三人仍应赔偿。2019 年 11 月 2 日，原告姚某小跑回家经过被告黎某的专用车位时被占位设施的电线绊倒摔伤严重就医。人民法院认定被告黎某、物业公司及原告本人对姚某的损失分别承担 40%、30%、30% 的责任。二被告按相应责任向原告支付医药费，医保基金已支付的不予扣减。同时载明原告姚某获得医疗费赔偿后，应当将由二被告负担的、已经由医保基金支付的医疗费用退回医保经办机构。¹¹¹

这两类案件反映出实务中有部分参保者在就医时隐瞒或遗漏了第三人，在医保基金支付了部分医疗费用以后再向侵权人主张侵权赔偿。此种情况下，案例 1 的裁判方式让医保基金为侵权第三人的行为买单了，案例 2 的裁判方式又缺乏对被侵权人退还医保基金费用的有效监督，给被侵权人留下了侵吞医保基金财产的空隙，滋养了被侵权人追求“超额”赔偿的心理。

而且，人民群众对正义理念的基本要求是，对“相同”的案件必须得到相同或至少是相似的处理，¹¹²案例 1、2 同案不同判的司法结果也造成了损坏司法权威的不良外溢效果。

（二）被侵权人先要求第三人赔偿再申请医保报销

[案例 3]第三人责任不明时医保不报销。2020 年 8 月 28 日原告黄某为雇主开车拉谷途中坠河受伤住院治疗，雇主拒不支付医疗费用，经村委会调解无果，向被告县医疗保障服务中心申请医保报销。被告以原告未提供责任证明雇主是否应当承担第三人责任、承担多少、是否实际支付了医疗费用的证据为由拒绝。¹¹³

[案例 4]只要第三人有责任医保就不报销。2017 年 12 月 2 日原告王某的亡夫陈某因交通事故受伤住院，原告民事起诉后法院判决原告自行承担 50% 的医疗费用。

¹¹¹ 案例一参见（2019）京 02 民终 14940 号判决书，案例二参见（2021）粤 0113 民初 3011 号判决书，同类判决还有（2019）粤 0113 民初 13567 号。

¹¹² 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 57 页。

¹¹³ 参见（2021）鄂 1125 行初 18 号行政判决书，同类还有（2018）川 0823 行初 15 号判决以原告提交的医疗费用凭证是复印件，不能确定第三人是否已经赔偿为由拒不支付。

2019年原告向被告市医保局提出医保支付申请，被告以凡是交通事故基本医疗保险均不予报销为由回绝原告。¹¹⁴

案例3、4是被侵权人先主张被侵权责任以后才申请医保报销，案例3属于第三人拒绝支付，案例4属于第三人只承担部分责任。医保报销机构在2018年《中华人民共和国社会保险法》《社会保险基金先行支付暂行办法》已明确规定这两种情况要进行支付的情况下仍然予以拒绝，说明行政主体对法律规定的理解仍停留在“有第三人就不得报销”。参保者作为行政相对人，对行政主体存在天然的信赖，行政主体的执法错误会造成两大危害：

第一，部分没有足够法律知识支撑的相对人认为自己走投无路，只能剑走偏锋谎报事故发生原因进行医保报销，数额达到一定金额的还要面临刑事责任。第二，当参保者起诉侵权者时，又面临着三重“不得不”：首先，即使明知第三人并不承担或只承担很小一部分侵权责任，为了让医保报销也只能先提起诉讼；其次，即使明知第三人不会承担全部责任，也害怕免除第三人的医药费后，在医保报销时会被拒绝，不得不诉请赔偿全部损失；最后，即使民事判决第三人承担责任，但第三人不予支付或支付不能的，参保者也不得不先经过强制执行才有证据提起报销申请。这些程序要求给医保报销之路增加了过多的诉讼费用、时间成本，更可怕的是即使付出这些代价，仍可能被拒绝支付，不得不提起行政诉讼。

诚然，行政主体严把报销程序出发点是为了保障医保基金不流失，但“社会保险领域的重大改革不仅要算经济账，更要算权利账”¹¹⁵。对参保者权利的过度限制，必然会倒逼出基本医疗保险基金收取困难、骗保案件日益增多的社会问题，不断破坏医保制度的设立初衷。

二、医保报销路径堵塞的成因分析

笔者对经办案件及公开裁判案例总结梳理后，发现第三人侵权和医保报销的处理过程中问题频出，受到法律规定、执行，司法和行政衔接等多个因素的影响，对这些原因的全面分析有利于建立更完善、有效的实体法和程序法。

（一）法律规范尚不完善

现有法律规范对第三人侵权民事关系、医保报销行政行为分别都有了相对完善的规定，但对二者交叉时如何处理关注度不足，对参保者追究第三人赔偿责任、医

¹¹⁴ 参见（2019）鄂0202行初41号行政判决书，但也有法院仍支持存在交通事故就不予报销参见（2021）湘0304行初7号行政判决书。

¹¹⁵ 王天玉：《职工基本医疗保险个人账户的权利构造》，《法学》，2021年第8期。

保报销的双重权利没有给予充分的关照。

1. 医保基金已支付的医疗费在第三人侵权民事案件中如何处理出现法律空缺。人民法院司法裁判或依据明确的法律规定，或遵照法律原则的指引，一旦两者都缺位，法官就只能自行对案件中不同的社会价值、司法价值进行利益衡量。比如案例 1 中裁判者侧重保护民事案件“损失填平”的司法原则，经济利益上就得由国家财产为侵权人买单；而案例 2 中裁判者侧重保护医保基金财产的社会经济价值，司法控制上就给了被侵权者获取双重赔偿的机会。

2. 可能存在第三人责任时如何进行医保报销，第三人不支付或支付不能如何认定的法律规定不明确。基本医疗保险报销属于依申请的行政行为，部分行政机关秉持着只履行法定职责的行为原则，法律对特定情况的职责规范不明，给了行政主体“没有应履行的职责”、“拒绝行为合法”、“时机尚未成熟”的解释空间。以案例 3 为例，侵权人经村委会调解仍不赔偿是否属于第三人不支付缺乏明确的法律规定，医保报销机构“宁可不做，不敢犯错”，才给行政相对人造成了不必要的诉讼负担。

（二）法律落实偏差较大

有学者指出“我国基本医疗保险经办机构和职能上的行政事业单位特性，尤其是分配患者和医疗保险基金的职能，使其成为一个消极的付费者”。¹¹⁶从法律规范层面设定基本医疗保险基金先行支付的义务，无疑是把向第三人追偿的成本和风险从被侵权人转换到了行政机关，但却是发挥社会保险权益置换功能，强化医保救济能力，提高公民权益，增强社会共同体认同的必然选择和医疗卫生体制改革的正确举措，只是其社会效益的发挥在法律落实中打了折扣。

1. 服务行政意识不足，配套行政制度段节。基本医疗保险基金“消极付费者”的职能定位在行政权和司法权运行过程中仍见端倪。案例 4 中，法律已经明确了超过第三人责任部分的医疗费用，由基本医疗保险基金按照国家规定支付，但行政部门却任意解释法律、限缩行政相对人权利，这种行政专横、滥权并不鲜见。从工作人员个人层面看，有关单位负责人及执行人员仍然将自己定位为“消极付费者”，没有“将提供人们生活所必须的给付确定为行政的任务”¹¹⁷，在收取参保费时、支付医疗费时的意识和理念不对等。从制度层面看，法律政策修订后相关行政部门未

116 参见张春丽：《我国基本医疗保险经办机构的定位与职能》，《北方法学》，2012年第1期。

117 [德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第7页。

能及时跟进有关制度、规定、程序的更新工作，法律法规和单位制度两张皮才使得法律落实无从下手、政策变味轻而易举。

2. 法律宣传不到位未能正确推动法律目的的实现。党的二十大报告提出“深入开展法治宣传教育，增强全民法治观念”，部分地区也将接受法治宣传教育作为公民的义务¹¹⁸。第三人侵权纠纷医保基金支付的法律规定如何，参保者有哪些合法权利，医保机构都承担着“谁执法谁普法”的责任，但“执法者不懂法”的问题严重，导致第三人侵权纠纷的医保报销法律宣传质量低下。2018年《社会保险法》《社会保险基金先行支付暂行办法》的重要修改、利好政策、良好指引，在近年来的医保报销案例宣传中几乎从未体现。甚至司法机关的法律解读、理论界的学术研究，都侧重于如何防范第三人侵权纠纷医保基金的流失，对有第三人可以报销的情形掩而不谈。社会民众对医保报销的法律规定仍然被现有法律规定固化为“有第三人就不能医保报销”，面对那些第三人支付能力有限的情况，被侵权人唯恐没有救济渠道，只能被推着走向“谎报事故原因、隐藏第三人报销”的骗保之路。

（三）司法行政缺乏对接

从法理角度看，基本医疗保险中的居民医保和工伤保险性质不同，参保和缴费都是自愿性质、引导参与，始终脱离不了保险方与投保方的本质。台湾地区“司法院”释字第472号不同意见书也提出“社会保险之被保险人与推行社会保险之国家间，系处于公法契约关系。”¹¹⁹与其他商业保险相比，基本医疗保险支付与否的合法性仍然是对契约履行的审查，但基本医疗保险基金的国家财产属性，运营主体的国家单位属性，都使得司法干预的程度受到限制。

1. 司法权对行政权的监督、调整是被动性的、事后性的、个案性的，人民法院虽然能够在行政诉讼中做到依法判决，但却缺乏与行政机关的互动引导。作为真正“主管”医保报销合法性判断的司法机关，由于缺少与“执法”行政机关的对接，没有对“执法者”进行正确的法律普及，更无法发现现有法治宣传和法律落实的漏洞和问题。这种割裂导致了“懂法者不宣传”“执法者片面宣传”“公民被动接受宣传内容”的恶性循环，造成了上层法律赋予了参保者更有利的权利，有关行政诉讼案例数量却不减反增，行政相对人胜诉比例居高的矛盾现象。

118 参见《安徽省法治宣传教育条例》《贵州省法治宣传教育条例》《宁夏回族自治区法治宣传教育条例》

119 参见张桐锐：《全民健保法律关系之再检讨——评台北高等行政法院98年度简字第826号判决》，载台湾社会法与社会政策学会主编：《社会法案例评析（一）》，元照图书出版有限责任公司2020年版，第95页。

2. 司法部门与行政机关之间缺少信息互通渠道。虽然法律规定了基本医疗保险对侵权第三人有追偿权，对参保人从医保基金处取得的“超额”利益也有追回权。但在案例 1、2 中，人民法院和行政机关之间没有完善的沟通对接机制和渠道，很容易出现各自为营都不主动承揽与对方的对接工作的情况，既让诉讼成了行政相对人的第一甚至唯一途径，也不利于医保基金流失后的及时追回。

三、医保制度改革的法律对策

行民交叉案件是指行政争议与民事争议基于法律事实上的联系，导致审理存在因果关系或者互为前提的关联案件。¹²⁰当被侵权人与参保者身份重合，既需要主张侵权损害赔偿又需要进行医疗报销时，侵权者第三人责任和医保报销的行政行为合法性可能出现互相参考或互为前提的情况，必须通过有效的审理方式解决“案了事不了”的问题。

（一）细化基本医疗保险报销法律规范

2014 年人民日报就曾指出“针对性、可操作性不强是法治建设不适应、不符合问题的主要表现之一”¹²¹，基本医疗保险法律规范仍存在出这一问题，与工伤保险产生明显的对比。

1. 出台部门规范性文件进行统一规范。2012 年人社部在印发《工伤保险经办规程》时明确，该部门规范性文件的目的在于“全面贯彻落实社会保险法、新修订的《工伤保险条例》以及相关的法规和配套政策，进一步规范、统一工伤保险经办管理工作”。而基本医疗保险领域至今为止只有宁夏回族自治区医疗保障局、北京市社会保险基金管理中心印发了城乡居民基本医疗保险经办规程，但该规定只属于地方规范性文件，地域适用范围不够，文件内容的质量也不及部门规范性文件，满足不了医保报销领域的现有需求。

2. 法律规范应当更加具体明确。2021 年医保领域相应出台了《医疗保障基金使用监督管理条例》《国家医保局、财政部关于建立医疗保障待遇清单制度的意见》，法律规范层级足够高，也提出了“医疗保障经办机构应当建立健全业务、财务、安全和风险管理制度”¹²²和“对以往出台的与清单不相符的政策措施，由政策出台部门具体牵头，原则上 3 年内完成清理规范，同国家政策衔接”¹²³的要求。但这些法

120 杨荣馨主编：《民事诉讼原理》，法律出版社 2003 年版，第 729 页。

121 参见《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，《人民日报》，2014 年 10 月 29 日。

122 参见《医疗保障基金使用监督管理条例》第十条。

123 参见《国家医保局、财政部关于建立医疗保障待遇清单制度的意见》第四条第二项。

律规范太过原则化、政策化，不够具体、不够明确，对行政管理人员的约束性不够，监督性不强，给下游行政执法留下了较大的裁量余地。

《工伤保险经办规程》共有十一章工伤待遇审核章节有七小节，涉及第三人的工伤待遇审核、先行支付的审核都分别单列一节。对业务部门涉及第三人责任的工伤待遇时如何审核，民事赔偿与工伤待遇关系处理，先行支付审核材料都进行了具体明确的规定。而《北京市城乡居民基本医疗保险经办规程》则完全只对部分操作细节进行了规定，《宁夏回族自治区城乡居民基本医疗保险经办规程（试行）》则对 2018 年《社会保险法》《社会保险基金先行支付暂行办法》修订变化的第三人责任及先行支付问题都没有提及，仍然采用“引用”式的法律制定策略要求按照上位法执行，未作出任何细化明确。

3. 配套法律文件的跟进应当更加及时。2011 年 1 月 1 日《工伤保险条例》修订施行以后，2012 年 2 月 6 日就出台了相应的《工伤保险经办规程》。而基本医疗保险则明显得反映出“综合性配套立法中非常显著和普遍的一个问题就是配套规定出台严重滞后，有的甚至一直不予制定。”¹²⁴《社会保险法》《社会保险基金先行支付暂行办法》分别在 2018 年 12 月 29 日、12 月 14 日已经修订施行，对其中的第三人责任问题、先行支付问题至今没有具体明确的规范跟进推出，地方行政机关的内部制度建立就更加滞后。

（二）完善行政民事诉讼交叉审理制度

第三人侵权的基本医疗保险报销问题中存在三方主体、两个关系，被侵权人同时也是行政相对人、侵权人、行政主体之间分别组成了平等民事主体之间的民事关系，行政相对人与行政主体之间的行政诉讼关系，行政诉讼原告与民事诉讼的原告重叠，且行政主体的行政行为是否合法也与民事关系存在一定关联。

1. 被侵权人只提起民事诉讼的审理。实践中，被侵权人对侵权人提起民事诉讼时，可能如案例 1、2 一样已经得到了基本医疗保险基金支付的医疗费用，也可能如案例 3 一样被医疗保险报销机构拒绝了。这两种情况下司法审理的侧重有所不同，基本医疗保险已经支付便取得了对第三人的追偿权，且这种追偿权是对国家财产的一种保护，人民法院依职权追加医保报销机构作为第三人无疑是高效的审判方式。¹²⁵而医疗保险基金尚未支付时，行政相对人可能已经和行政主体约定明确根据民事

124 王压非：《我国配套立法问题实证研究》，《行政法学研究》，2012 年第 4 期。

125 参见（2023）苏 0205 民初 398 号民事判决书。

判决进行相应报销支付，直接追加行政主体作为第三人没有必要。同时行政主体也可能和案例 4 一样明确拒绝一切医保报销申请，此时若不为行政相对人提供合并审理的渠道，无疑是逼迫其只能在民事诉讼后再提起行政诉讼，增加其诉讼成本。人民法院可以依申请追加行政主体作为被告，合并审理民事案件和行政案件是对行政相对人的有利保护。

2. 行政相对人提起行政诉讼后的审理。现有对行政附带民事诉讼的法律规定见于最高人民法院在《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称“解释”）第 61 条的规定：“被告对平等主体之间的民事争议作出的裁决违法，民事争议当事人要求人民法院一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。”仅从该规定的字面解释看，第三人侵权的医疗费用多少不是医保报销机构裁决的，被侵权人不能在对行政主体提出行政诉讼时要求一并解决民事争议。但理论界和司法实务中已经逐渐对行政附带民事诉讼的受案范围进行了扩大，多个人民法院将可能影响行政行为合法性判决的民事纠纷纳入行政诉讼一并审理。¹²⁶

基本医疗保险机构不向行政相对人报销医疗费用的行政行为是否合法，与民事案件中侵权人是否对被侵权人承担责任有一定关联。行政相对人可能认为被侵权人不对医疗费承担全部赔偿责任，行政主体则担心第三人确须承担责任时已经报销的医保基金如何追回问题。此种情况下，赋予二者申请追加第三人提起附带民事诉讼的权利，既遵照了诉讼经济原则，也提供了风险填平保障。但医保报销机构是否应当依法履行先行支付义务的案件则不一定要以民事判决为准，而向第三人追偿既是行政主体的权力也是其职责，因而此类案件中不宜适用依职权追加。

3. 发挥公益诉讼检察职能。上述两种合并审理的诉讼方式不能解决被侵权人取得基本医疗保险报销的医疗费用后怠于向第三人主张赔偿责任，怠于向医保报销机构返还第三人责任部分报销金额，以及行政主体报销后怠于履行向第三人追偿职责的问题。此种情况下医保基金的流失是国家利益和社会公共利益的损害，可以发挥检察机关公益诉讼的监督权，利用其行政执法和刑事司法衔接的职能属性，通过诉前检察建议、行政附带民事公益诉讼等手段保障基本医疗保险基金安全¹²⁷。

（三）提高司法能动性实质解决争议

126 参见（2015）延中行终字第 6 号行政附带民事判决书、（2014）延行初字第 78 号行政附带民事判决书。

127 参见检例第 29 号：吉林省白山市人民检察院诉白山市江源区卫生和计划生育局及江源区中医院行政附带民事公益诉讼案。

司法能动主义最初被用于表达法院在司法审查上的一种态度¹²⁸，进入中国以来也包含了“司法机关以审判外的方式参与社会治理，对社会机制进行管理和促进，承担社会责任的能动主义”¹²⁹。根本解决第三人侵权中的基本医疗保险报销问题，需要发挥法官的主观能动性，通过多种方式让法律在社会生活多个角落发挥其实质正义。

1. 加强司法审判对行政机关的影响力。随着社会主义法治国家的进程不断发展，人民群众对司法效果和作用的期待值不断提升，需要司法权不仅能有效化解平等主体之间的矛盾纠纷，也能保障公民在行政机关面前的权利和尊严得以维护，希望司法审判对行政机关依法行政起到威慑效果。一旦行政诉讼反映出行政机关对于第三人责任的医保报销法律规定理解和执行有偏差，就说明该行政机关对同类情况下其他行政相对人的申请处理也可能存在问题。此时，人民法院就不能只考虑个案的裁判，应当发挥司法“通过一案，教育一片”的引领作用，可以邀请其辖区内的行政机关负责人旁听庭审，网络直播庭审，扩大司法裁判的影响力，充分发挥司法裁判的教育功能。

2. 与行政机关搭建良好互动平台。在有关法律不够具体明确，具体执行细节不清的情况下，行政机关对“原则性”法律规范的把握可能存在一定偏差，导致机关单位内部政策、行为规范无法建立或错误建立。此时，司法机关应当利用好我国行政诉讼法赋予的司法建议权利，与行政机关进行定期沟通，主动让“法治”走进“政府”，从司法审判中发现的问题及时向行政机关反映。在保障司法谦抑、充分尊重行政权的基础上，友好互动，参与行政机关具体制度、政策、行为规范的建立，为行政机关面对特定情况如何依法行政提出建议，从根源上预防问题的产生。

3. 坚持依法审判监督的司法底线。司法审判是公民维护其自身权利的最后希望，依法审判是依法行政的最后防线，一旦司法审判脱离了依法审判的底线，人民群众就陷入了走投无路的境地。不论是民事侵权关系，还是行政诉讼关系，其本质仍属于法律问题，人民法院对行政机关是否应当予以报销，侵权人是否应当赔偿都有依法裁判的义务。但司法实践中部分法院过于强调司法谦抑，一味强调维护“地方大局”，不敢承担司法审判的职责，对地方规范性文件是否违背上位法的合理规定不敢进行合法性审查，以违法的地方规范性文件为由继续支持行政机关的违法行政行

128 参见[美]彼得·G·伦斯特洛姆编：《美国法律辞典》，贺卫方等译，中国政法大学出版社1998年版，第340页。

129 范渝：《诉前调解与法院的社会责任》，《法律适用》，2007年第11期。

为¹³⁰。这种司法审判错误的行为极大得破坏了司法公信力，加深了老百姓“官官相互”的认识，提高了行政相对人维权的诉讼成本，打击甚至消磨了部分行政相对人在行政诉讼中本就“将信将疑”的追求正义、保护自我权利意识。这种“假谦抑”“伪大局”意识必须大力纠正，要求司法机关发挥司法能动性，积极履行司法监督职责，对医疗保障行政部门工作人员的滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊行为，及其不作为、懒作为、恶意错误执行法律的行为进行全面监督。

四、结语

当第三人不支付或支付不能时，第三人的侵权责任过低时，被侵权人的损失无法弥补，尤其是居民基本医疗保险中的农村居民，亟需基本医疗保险发挥其社会保险的基本保障与救济作用。法律规范的漏洞、法律落实的偏差以及不同机关部门之间的衔接问题都导致了现有第三人侵权纠纷中的基本医疗保险报销存在较大问题。行政机关、人民法院、人民检察院，包括人民法院的不同审判庭之间应当建立协作，尽可能将该领域的法律规定细化，搭建公法与私法的相互协调与支持，坚守司法审判的最后防线，促进行政机关权力合理行使，营造良好的执法、司法环境，实现司法成本、诉讼经济与法制本意的有机统一。

130 江苏省高级人民法院发布 2022 年度十大典型案例之八：孟某诉滨海县医保中心不履行给付基本医疗保险金职责案。

农村集体资产管理制度改革探析

——上海段和段（郑州）律师事务所 司爱军¹³¹ 周依林¹³²

摘要：农村集体资产作为农村经济发展的关键物质要素，其管理制度改革对维护农民权益、推动农村经济繁荣及保障社会稳定具有举足轻重的作用。本文围绕农村集体资产管理制度改革展开全面探究，深入分析现存问题及其法律成因，并据此提出切实可行的改进方向，以期为构建科学、高效的农村集体资产管理制度提供理论支撑与实践指导，促进农村经济社会迈向高质量发展新阶段。同时，本文从明确法律地位、完善产权界定、健全管理体系、规范市场运作以及强化监督机制等方面入手，探讨如何构建科学合理、符合法治精神的农村集体资产管理制度，旨在为推动农村集体资产管理制度改革提供理论支持和实践参考，以实现农村集体资产的保值增值和可持续发展。

关键词：法律定位 明晰产权 权益保障 有效管理

引言

我国农村经济体系中，农村集体经济占据着主导地位，是农村发展的关键力量。农村集体资产作为集体经济的核心物质基础，其管理水平的高低直接与农村经济的发展状况以及农民的切身利益息息相关。当下，随着农村经济结构持续转型，市场经济深度融入，传统农村集体资产管理模式面临诸多严峻挑战。产权界定模糊、管理方式粗放、市场机制存在缺陷等问题不断加剧，这些问题已成为制约农村集体经济发展壮大的重要因素，引发了一系列社会矛盾，给农村社会的和谐稳定带来了诸多不良影响。因此，对农村集体资产管理制度改革展开深入研究具有深远的现实意义。通过深入改革，能够精准明确农村集体资产的产权归属，规范资产管理行为，优化资产运营模式，提高运营效率，有力推动农村集体经济蓬勃发展，切实增加农民财产性收入，促进农村社会全面进步。从法律层面深入剖析和优化农村集体资产管理制度，将为改革提供坚实的法律依据和规范的制度保障，确保改革依法依规进行，实现农村集体资产的有效管理和可持续发展，为农村经济社会的繁荣稳定筑牢

¹³¹ 司爱军，男，1972年，中共党员，副高级职称，全国律师行业优秀党务工作者、上海段和段律师事务所全球总部监事会副主席、上海段和段（郑州）律师事务所董事局主席、党支部书记。研究（业务）方向：集体资产管理、金融、政府法律顾问、建筑工程、刑事。

¹³² 周依林，女，1994年，中共党员，中级职称，上海段和段（郑州）律师事务所专职律师、青工委副主任，专业领域：AI相关法律服务、乡村振兴领域、公司法律服务与合规管理。

根基。

一、农村集体资产管理制度现状

（一）相关法律法规与政策依据

在我国农村集体资产管理制度的构建进程中，一系列法律法规与政策文件犹如璀璨星辰，共同勾勒出改革的基本制度框架，为其稳步推进照亮前行之路。《中华人民共和国民法典》宛如一座巍峨灯塔，在农村集体经济组织的法人地位界定以及成员权益保障方面，作出了高瞻远瞩的原则性指引。与此同时，《农村土地承包法》恰似一把精准的标尺，进一步精细规范了农村土地承包经营的各项细则。它如同一面坚固的盾牌，有力保障了农民的土地承包经营权，使其权益免受侵害。并且，该法以清晰明确的条文，详尽规定了土地承包经营权的流转方式与严谨程序，为农村广袤土地资源的合理开发利用与优化配置提供了不可或缺的法律准则，确保土地这一重要资产在合法合规的轨道上实现价值最大化。近年来，中央一号文件，多次将关注焦点汇聚于农村集体产权制度改革这一关键领域。其提出的一系列任务要求，如全面开展农村集体资产清产核资，恰似一场深入细致的资产清查之旅，旨在摸清农村集体资产的“家底”；明确农村集体经济组织成员身份，犹如绘制一幅精准的成员图谱，确保成员权益归属清晰；推进农村集体经营性资产股份合作制改革，仿若开启一扇通向现代化产权制度的大门，激发资产活力；建立健全农村产权流转交易市场，恰似搭建一座畅通无阻的交易桥梁，促进资产的有序流转。这些要求为农村集体资产管理制度改革指明了具体方向，注入了强大动力。此外，各地也根据实际情况制定了相应的地方性法规和政策措施，推动农村集体资产管理制度改革在地方层面的实施。¹³³

（二）农村集体经济组织的管理模式

目前，我国农村集体经济组织的管理模式主要包括村民委员会代行管理、村集体经济合作社自主管理和新型农村集体经济组织管理等形式。这种模式在一定程度上发挥了村民自治的作用，但也存在着职能混淆、管理不专业等问题。村集体经济合作社自主管理模式则是由农村集体经济组织成员共同组建合作社，按照合作社章程进行自主管理。这种模式有利于提高成员的参与度和积极性，但在实际运行中可能面临资金短缺、人才匮乏等困难。这些新型组织通过明晰产权、完善治理结构，提高了农村集体资产的管理效率和运营效益，但在发展过程中还需要进一步规范和

133 房绍坤, 王洪平, 管洪彦. 农村集体产权制度改革的法理阐释 [M]. 中国人民大学出版社: 202201. 35.

完善相关制度。

（三）农村集体资产的分类与构成

农村集体资产种类纷繁复杂，依据资产性质与用途的差异，可精准划分为资源性资产、经营性资产以及非经营性资产这三大类别。资源性资产主要包括农村集体所有的土地、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，这些资产是农村集体经济发展的重要物质基础。经营性资产是指农村集体经济组织用于经营活动的资产，如厂房、设备、商业店铺、农业产业化项目等，其经营收益是农村集体经济组织的重要收入来源。非经营性资产主要包括农村集体所有的公共服务设施、教育文化设施、医疗卫生设施等，这些资产主要用于满足农村居民的公共需求，提高农村居民的生活质量。

不同类型的农村集体资产在管理方式和运营要求上存在差异。经营性资产需要注重市场运营和经济效益，通过优化资产配置和提高经营管理水平实现保值增值；非经营性资产则侧重于提供公共服务和保障农村社会事业发展，加强维护和管理，确保其正常运行。

二、农村集体资产管理制度存在的问题

（一）法律地位不明确

我国目前在相关法律法规中仍然缺乏专门的法律对农村集体经济组织的法人地位进行全面、系统的规范。农村集体经济组织在组织形式、产权结构、治理机制等方面与一般的企业法人和社会团体法人存在明显差异，其法人属性尚未得到明确界定，导致在实际运营中面临诸多困境。例如，在市场交易中，农村集体经济组织难以以独立法人身份开展活动，其签订的合同效力存在不确定性；在融资贷款方面，由于缺乏明确的法律地位和规范的财务制度，金融机构对其贷款支持较为谨慎，限制了农村集体经济组织的发展资金来源。

（二）产权界定模糊

农村集体资产产权界定不清是当前管理制度中存在的一个突出问题。一方面，集体资产所有权主体虚位现象较为普遍，虽然名义上集体资产归全体成员共同所有，但在实际操作中，缺乏明确的代表主体来行使所有权，导致资产处置和收益分配缺乏有效的决策机制。另一方面，成员资格认定标准不统一，各地在确定农村集体经济组织成员资格时，往往依据户籍、土地承包关系、居住年限等多种因素，标准差异较大，容易引发争议和矛盾。此外，集体资产产权权能不完整，农村集体经济组

织对其资产的占有、使用、收益和处分权能受到一定限制，影响了资产的有效运营和价值实现。

（三）管理体制不完善

农村集体资产管理体制存在诸多不完善之处。在管理机构设置上，部分地区存在职责不清、分工不明的问题，导致农村集体资产的管理工作缺乏有效的组织协调。民主管理机制不健全，村民大会、村民代表大会等民主决策机构在集体资产重大事项决策中的作用未能充分发挥，决策过程缺乏透明度和公正性，容易引发村民对集体资产管理的不满。财务管理不规范，账目混乱、财务公开不及时、不彻底等现象较为常见，为集体资产的流失和违规操作提供了可乘之机。同时，缺乏有效的审计监督机制，对农村集体资产的运营状况和财务收支情况监督不力，难以发现和纠正管理过程中存在的问题。

（四）市场机制不健全

农村产权流转交易市场发育不完善，市场体系不健全，交易规则不规范，交易平台建设滞后，导致农村集体资产的流转交易受到限制，资产价值难以得到充分体现。市场中介服务机构缺乏，评估、法律咨询、产权交易代理等专业服务供给不足，影响了农村集体资产流转交易的效率和公正性。此外，社会资本进入农村市场的渠道不畅，农村集体经济组织与社会资本合作的机制尚未建立，限制了农村集体资产的多元化开发利用和农村经济的活力激发。

（五）监督机制薄弱

农村集体资产监督机制目前存在内部监督和外部监督都不到位的问题。内部监督方面，农村集体经济组织内部监督机构设置不健全，监督人员缺乏独立性和专业性，难以对集体资产的管理和运营进行有效监督。外部监督方面，政府部门的监管职责落实不到位，对农村集体资产管理制度执行情况的检查和指导不够，缺乏对违规行为的有力惩处措施。同时，社会监督力量薄弱，村民对集体资产监督的参与度不高，缺乏有效的监督渠道和手段，难以形成对农村集体资产的全方位监督格局。

三、农村集体资产管理制度改革的法律对策

（一）通过立法形式确立农村集体经济组织法律地位

1. 农村集体经济组织立法进程

2016年发布的《关于稳步推进农村集体产权制度改革的意见》中提出，探讨出台针对农村集体经济组织方面的法律，并授予其法人资格；2021年12月，全国

人大常务委员会把《农村集体经济组织法》纳入 2022 年度的立法计划。2022 年 12 月 30 号，第十三届全国人民代表大会常务委员审议《农民集体经济条例(草案)》。2024 年 6 月 28 日，第十四届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过《农村集体经济组织法》，于 2025 年 5 月 1 日施行。

2. 《农村集体经济组织法》主要内容

农村集体经济，是以集体土地所有为根本，代表成员共同行使所有权，并在该基础上采取家庭承包经营和集体与个户相结合的两级经营方式的地域性经济组织。

农村集体经济组织以法律为依据，需要履行如下职责：对土地流转，资源开发与运用，转让、租赁集体所有的经济用地以供个体或单位使用，统筹进行集体资产的运作与管理，决策与集体资产处置等 12 项法定职责。

农村集体经济组织有权依照法律规定投资设立或参与设立公司、农民合作社等市场主体，并以投入的资本为限对所创办或参与创办的公司的债务负责。农村集体经济组织并不适用有关破产法律的规定。

(二) 农村集体经济组织管理与资产优化

1. 依据民主协商原则，做好成员身份确认

在识别农村集体经济组织成员身份时，我们依据的是个体与农村集体经济组织间的权利与义务关系，特别是那些其户籍归属明确，且主要依赖集体所有的土地及其他财产作为基本生活来源的居民，应被正式确认为该集体经济组织的成员；因生育、结婚、收养等或者因政策性移民而增加的人员一般也应确认为农村集体经济组织成员。

农村集体经济组织成员身份经成员大会审议确认，随后，包含成员名单的册籍需递交给乡镇人民政府、街道办事处及县级农业农村管理部门进行存档备案。

2. 集体资产清产核资与规范管理

农村集体财产源自成员出资及延续时间劳作所积聚的共享资本，为集体所有，属于相应集体经济实体的所有成员共有。该类资产的主要构成包括：

农村集体的财产范围广泛，包括共同拥有的自然资源，比如土地、森林、山脉、草场；大家共同拥有的建筑物、构筑物及各类设备；集体经营的社会福利项目的资产；以及农村集体经济实体投资、合并或收购的不同企业的资产和股权；农村集体财产运营所获得的利润；此外，还有该集体从政府部门得到的资金、赔偿和各种补助，也包含其他机构或个人提供的赞助与捐赠；集体拥有的流动资金、银行存款、

价值股票和债券；以及农村集体经济组织所持有的无形资产，如商标、专利技术、版权、专有技术等；还有法律上归国家所有，但由农村集体成员共同使用和获益的资产；其他根据法律规定属于农村集体成员共有的各种财物。

遵循（中办发【1994】10号）的要求，实行财产清理核算工作，明晰集体财产所有权，核实财产价值，并优化集体财产管理方式。对集体土地、工厂房屋、基础设施及器械等产权的处置，必须通过具备估价资格的机构依市场规律和科学流程进行价值评估，进而决定其市场价格。在以下几种情形中，尤其金额较大时，必须对乡镇集体财产价值予以评估。¹³⁴

采用股份参与、协同经营、股权协作、共同投资、联合运作的方式进行；实施竞拍、移交、互换等所有权更迭活动的；抵押及其他担保的；涉及合并、分拆、重组、调整架构以及成立或者取得控股的公司进行兼并、分拆、申请破产清算等事宜。

对于群体性的建筑工程以及采购规模庞大或数量众多的器材，须要通过正式的公开投标程序进行。

（三）农村集体资产管理与市场准入

1. 建立健全集体资产各项管理制度

为促进农村集体资产管理制度体系建立，应从以下方面深化集体资产管理制度的变革：

科学拟定对村落住宅用地的高效使用方案，确保执行农村居所用地准则，处理违规占用村居地的行为，推动对未使用的农村住宅地块及空置农宅的应用。

积极落实农村土地“三权分置”制度，指导农村承包土地确权登记，组织开展农村土地承包、流转、纠纷调解仲裁，监督指导农村土地承包合同管理，审核监督工商企业租赁农户承包地行为，查处土地承包和流转违法行为。组织开展土地经营权流转服务。

在遵循上级管理机构及农业管理部门所颁布的各项规章与指导性文件的基础上，我们需严谨地实施针对农村集体经济组织资产与财务管理的相关规定与措施，确保所有操作均符合既定政策框架与财务管理标准。制定与之相配套的规定，包括但不限于对财务收支流程、审批机制、预算与决算、资金管控职责、财务透明度、资产审计、价值评估、资产运营以及经济合同的管理等。同时，统一资产台账、资源目录的格式与内容，规范承包和出租资产资源的合同范本，以及拟定投标文件的

134 张书文. 农村集体产权制度改革需抓牢清产核资和财务管理 [J]. 中国集体经济, 2021, (15) 123-124.

标准。

坚决贯彻民主管理与监督制度，依法对村委会重要决策执行与实践、账目透明、集体理财和集体经济组织职责执行等进行有力监督；完善村民参与的评议制度，对农村集体资产、资金和资源的管理实行审计，就涉及村民根本利益的核心议题展开民主评议。

2. 加速构建社会资本参与土地流转市场的审核体系

各地集体经济组织根据各自的资源禀赋和地理位置的有利条件，积极复兴农村集体资产，探索资源经营、物资租借、共享股本投资、中介服务等各种经营方式，促进集体经济的资本保值与增值，为乡民创造更多的增收渠道。尽管如此，要切实保障农村集体经济组织的核心利益，在社会资本进入土地交易市场时，需设置严格审查流程。

按照法律规定，构建社会资本获取土地使用权的风险预防体系；县级以上地方人民政府组织相关职能部门、集体经济组织代表、农民代表、专家等，就土地用途、农业经营能力以及是否符合粮食生产等产业规划等进行审查审核；涉及整村土地经营权转让、所涉土地范围广阔、影响的村民众多且承担较大的经营风险时，转移双方可通过沟通商定建立风险担保基金。

3. 在加快市场体系建设的同时，积极促进社会资本与农村集体经济组织的合作

加快构建统一开放、竞争有序的农村产权流转交易市场体系，整合现有农村产权交易平台资源，建立省级、市级、县级互联互通的农村产权交易网络。完善市场交易规则，规范交易程序，明确交易双方的权利义务，保障交易的公平、公正、公开。加强市场监管，建立健全市场准入、退出机制和风险防范机制，维护市场秩序。

制定鼓励社会资本参与农村集体资产开发利用的政策措施，拓宽社会资本进入农村市场的渠道。探索创新合作模式，如股份合作、联合经营、租赁经营等，实现社会资本与农村集体经济组织优势互补、互利共赢。加强对社会资本参与农村集体资产经营管理的监督，防止损害农村集体经济组织和农民利益的行为发生。

（四）制定集体经营性建设用地市场准入机制，确保权责平等、价格公正，流通高效，利益共享

1. 推进城镇与农村一体化的用地市场发展

通过对农村集体土地进行权属核实和产权证书颁发，优化村落的发展蓝图，为农村地产管理奠定牢固的基础。为达成国有与农村集体建设用地在市场交易环节的

标准化与一致性，我们构建了综合性的统一交易平台与体系框架，同时对这些土地的征用赔偿水平重新制定了标准，可以保障集体建设用地和国家所有的建设用地平等的享有相应的法律权益。凡是符合土地使用总体规划并被合法认定为工业、商业或其他商业用途的集体建设用地，经过法定程序，可以授权地产所有者将土地通过转让、租赁等手段供企业或个人使用。充分利用市场在土地资源分配方面的主导作用，实现农村与城市土地资源的市场化对等进入和公正竞争。集体建设用地市场化进程提升了农民的投资信心，激活了农村土地的潜力，市场对集体土地市场接入的认同度逐渐加强。¹³⁵

2. 农村集体经营性建设用地享有与国有建设用地出让、租赁等方式获得收益的权利

遵循国家改革指导方针，新修改版的《土地管理法》及其施行细则进一步加强了将国土空间科学、合理规划，并对经过合法登记的集体经营性建设用地，建设一个集体建设用地享有与国有建设用地出让、租赁等方式统一的市场准入制度，确保农村集体经营性建设用地收益权。该制度以“权利平等、流通无阻、利益共享”为原则，进一步优化了国家、集体与个人间土地增值利益分配的机制。

《农村集体经营性建设用地增值收益调节金征收与管理暂行办法》清晰规定，对于村集体经济组织通过现金形式取得的土地增值收益，应在遵循增强集体经济实力原则的基础上，确保预留充足集体发展基金后，再依据公正原则，在集体经济组织成员间进行合理分配。至于非现金手段获得的土地升值利润，应当强化其管理，并且要在村集体经济机构内部及时予以公示。

结束语

近期，中共中央、国务院对于农村集体资财的管控赋予极大的关注，屡次强调需重视并增强集体资产管理，按类别建立和完善资产的清查确认、注册、保管、应用及处理流程以及财政管理的监管体系，规范土地等产权流转交易。其目的在于确保各种经济形态按法律平等利用生产资源、公正透明地竞争、享有法律的平等保护，并肩承担社会责任。这对于保障农村集体经济及成员的法定利益，提升农民的财产收入，增强农村集体经济的力量，进而促使农村社会的和谐与稳定，具备极其关键的作用。本篇文章通过对农村集体资产管理制度改革的深入分析，明确了当前制

135 司凤霞. 农村集体资产产权制度改革路径探讨 [J]. 商讯, 2020, (08): 132-133.

度存在的主要问题及其法律根源，并提出了一系列针对性的改革对策。在产权界定上，致力于明晰产权主体、统一成员资格认定标准和强化产权权能保护；管理体制变革侧重于优化机构设置、强化民主管理和规范财务管理与审计监督；市场机制完善着重于加强市场体系建设等。通过这些措施的综合实施，有望构建更加科学合理、规范有效的农村集体资产管理制度，推动农村集体经济的健康发展。

刑 事 篇

“执行型”虚假诉讼罪追诉期限刍议

——上海段和段（郑州）律师事务所 李权民¹³⁶ 路涵钰¹³⁷

摘要：按照现行司法解释，《刑法修正案（九）》施行前的虚假诉讼行为仍要依据溯及力原则以犯罪论处。根据全国人大常委会法工委的释义及刑事审判参考案例，虚假诉讼罪是结果犯，“危害结果出现之日”既是犯罪既遂的判断标准，也是追诉期限的计算起点。对于“执行型”虚假诉讼罪，“危害结果出现之日”的判断应当兼顾形式与实质标准，法院采取了主要司法举措完毕之日就是追诉期限的计算起点，在追诉时效计算终点上，采取以“移送起诉”为原则、以“逃避侦查”为例外的“二分法”，更能实现打击犯罪与保障人权的平衡，同时有效避免司法资源的浪费。

关键词：虚假诉讼罪 立案执行 追诉时效 追诉期限起点 追诉期限终点

一、问题的提出：“执行型”虚假诉讼罪的追诉期限实践争议

虚假诉讼罪自《中华人民共和国刑法修正案（九）》（2015年11月1日施行，后简称“《刑法修正案（九）》”）正式入刑以来适用已久，以“虚假诉讼罪”一词在中国知网进行检索，期刊论文大多围绕该罪的法益、实行行为、犯罪数额认定、罪数竞合、刑民交叉等实体问题展开，鉴于实践中有大量行为发生在该罪入刑前，又因本罪犯罪类型的争议及追诉期限中断的存在，当前仍有被追诉可能，本文以追诉时效制度为视角，以一个民事执行程序中的虚假诉讼案例作为切入点，结合相关司法解释、权威案例及观点深入探究“执行型”虚假诉讼罪的溯及力、追诉期限计算的起点、终点及延长等问题，对辩护实践有切实的参考价值。

案例如下：A公司法定代表人甲授意销售经理乙伪造A公司欠乙1000万元的借款材料，并以公司两块土地抵押担保后予以公证。乙基于公证债权文书，于2015年3月8日申请人民法院强制执行，法院2015年3月10日审查立案，3月12日下达执行令，3月13日向国土资源局、房管局发送协助执行通知书查封A公司土地及地上房产，并于次日向A公司下达执行裁定。2015年6月10日，乙向法院提交延期执行申请，2016年6月20日，双方达成和解协议，乙申请终结本次执行。

136 李权民，法学硕士，上海段和段（郑州）律师事务所高级合伙人、专职律师。

137 路涵钰，法学硕士，上海段和段（郑州）律师事务所专职律师。

2018年3月2日乙向法院提交撤回执行申请，3月6日法院作出终结执行裁定。公安机关于2023年1月8日立案侦查，2024年1月2日移送检察院审查起诉。

该案例行为发生在民事执行程序中，伪造借款材料及申请立案均发生在《刑法修正案（九）》施行前，但案件程序一直到2018年才终结，现有如下问题需要解决：（1）甲、乙基于捏造的事实作出的公证债权文书申请执行立案时，虚假诉讼罪尚未入刑，行为如何定性？（2）本案应以哪天作为追诉时效期限的计算起点？（3）若立案侦查后、生效判决作出前超过追诉时效期限，诉讼程序是否继续？

二、《刑法修正案（九）》施行前的虚假诉讼行为之定性

问题（1）实际上是虚假诉讼罪的溯及力而非追诉时效期限的问题，但鉴于在程序处理上，通常先考虑行为是否应当作为犯罪追究刑事责任，才进一步探讨行为是否已过追诉期限继续追诉，故此处先行明确《刑法修正案（九）》施行前虚假诉讼行为的定性。

最高人民法院《关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）〉时间效力问题的解释》第七条规定：“对于2015年10月31日以前以捏造的事实提起民事诉讼，妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益，根据修正前刑法应当以伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪或者妨害作证罪等追究刑事责任的，适用修正前刑法的有关规定。但是，根据修正后刑法第三百零七条之一的规定处刑较轻的，适用修正后刑法的有关规定。”据此，发生在2015年10月31日以前的符合虚假诉讼罪构成要件的行为，并不因行为时虚假诉讼罪未入刑而不追究刑事责任，仍可能因为手段行为触犯其他妨害社会管理秩序罪而以相应犯罪论处。对该条司法解释的适用逻辑，《刑事审判参考》第1380号案例的裁判理由¹³⁸，也进行了详细阐述。鉴于司法解释已经明确对此作出指引，此处不再继续探讨，案例中甲、乙的行为应当考察是否构成妨害作证罪或帮助毁灭、伪造证据罪，与虚假诉讼罪的法定刑进行比较后适用“从旧兼从轻”的溯及力原则论处。

当然，彼此独立、没有承继性的罪名之间是否应当适用“从旧兼从轻”原则有待商榷，对前述司法解释的合理性，理论界也不乏学者已经提出质疑，如陈洪兵教

138 《刑事审判参考》第1380号张崇光、张崇荣虚假诉讼案——虚假诉讼犯罪案件中如何正确适用从旧兼从轻原则。裁判理由：……被告人张崇光、张崇荣实施以捏造的事实提起民事诉讼的行为时，《刑法》中并无虚假诉讼罪这一罪名。在这种情况下，应当分析二被告人的行为是否符合《刑法》规定的其他犯罪的构成要件，不能简单地以《刑法》中未规定虚假诉讼罪为由，认定二被告人的行为不构成犯罪……在认定被告人张崇光、张崇荣的行为依照行为时法构成妨害作证罪和帮助伪造证据罪、根据裁判时法构成虚假诉讼罪的情况下，需要根据从旧兼从轻原则，选择适用刑法规范确定其刑事责任。

授指出，溯及力原则适用的前提是“行为时法与裁判时法规制的是同一行为”、“原本构成妨害作证罪或者帮助毁灭、伪造证据罪的，没有理由不再继续以该二罪论处；上述犯罪之间的关系，根本就与所谓从旧兼从轻的溯及力适用原理无涉”。¹³⁹

三、“执行型”虚假诉讼罪追诉期限计算起点的确定

刑法第八十九条¹⁴⁰规定了追诉期限的计算起点，依据该条规定，追诉期限起算日的确定，必须首先明确何为“犯罪之日”，而按照全国人大常委会法工委对刑法第八十九条的释义，“犯罪之日”的内涵又因犯罪类型的不同有所区分。根据全国人大常委会法工委的释义¹⁴¹，追诉时效期限计算起点的两大类情况：一般情况下从“犯罪之日”起计算，“犯罪之日”是指犯罪行为完成或者停止之日，还特别指出“……对于以危害结果作为构成要件的犯罪……以结果发生之日为犯罪完成之日，追诉期限自该日起算”；特殊情况下分为三种：犯罪行为有连续状态和犯罪行为有继续状态的，“犯罪之日”是犯罪行为终了之日；追诉期限内又犯罪的，前罪的“犯罪之日”是后罪的犯罪行为完成或停止之日。

据此，追诉期限的计算起点（即第八十九条中的“犯罪之日”）因犯罪类型的不同而有所区分，对于行为犯、举动犯，“犯罪之日”是犯罪行为停止之日；对于结果犯，“犯罪之日”是危害结果发生之日，自该日起计算追诉期限；对于连续犯、继续犯，“犯罪之日”是犯罪行为终了之日。

（一）确定追诉期限计算起点的前提：虚假诉讼罪的犯罪类型归属

关于虚假诉讼罪的犯罪类型，“行为犯说”、“结果犯说”争论已久，张明楷教授还提出了构成要件细化后的“二分说”，认为危害司法秩序的是行为犯，而侵犯他人合法权益的是结果犯¹⁴²，更有将虚假诉讼罪视为继续犯的观点¹⁴³，以期解决跨越《刑法修正案（九）》的虚假诉讼行为的溯及力和追诉时效计算起点后延的追诉问题，但该论断显然无法与继续犯的典型特征（危害行为与同等的法益侵害状态在一定时间内同时存在）相契合，也会因民事诉讼的长时持续而在追诉时效问题上格外不利于被告人。

139 陈洪兵：虚假诉讼罪相关问题研究，载《杭州师范大学学报（社会科学版）》2020年第1期，第130页。

140 《中华人民共和国刑法》第八十九条：追诉期限从犯罪之日起计算根据，犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算。

141 王爱立主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社，2021年2月第7版，第144页。

142 张明楷：虚假诉讼罪的基本问题，载《法学》2017年第1期，第152页。

143 林胜超、张章、叶晓莲：单方侵害型虚假诉讼案的司法认定，载《中国检察官》，2017年第3期，第54页。

刑事审判参考 1379 号万春禄虚假诉讼案在该问题上的观点是：“（二）虚假诉讼罪是结果犯，出现一定犯罪后果是判断犯罪既遂的标准……《刑法》第三百零七条之一规定的‘妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益’系实行行为造成危害结果。”¹⁴⁴可见该裁判观点认同虚假诉讼罪为结果犯，因此，虚假诉讼罪的追诉期限计算起点（犯罪之日）就是该罪的“危害结果发生之日”。

（二）概念链接：结果犯犯罪既遂之日就是追诉期限计算起点的“犯罪之日”

从犯罪形态“构成要件说”的解释出发，结果犯的法定危害结果出现时构成犯罪既遂，第 1379 号参考案例的裁判理由“通行理论认为，结果犯以行为造成犯罪构成要件预定的后果为既遂标准”也肯定了这一判断标准，那么，结合全国人大常委会法工委释义中提出的“结果犯的危害结果发生之日就是犯罪完成之日”，不难发现，结果犯追诉期限的计算起点与结果犯犯罪既遂的判断节点，恰好形成了“结果犯的危害结果发生之日”的两个侧面。换言之，作为结果犯的虚假诉讼罪，只要确定了犯罪既遂之日，就能够确定该罪的“犯罪完成之日”（也即刑法第八十九条中的“犯罪之日”），并应以该日期作为追诉期限的计算起点。

问题是，案例中甲、乙的犯罪既遂之日如何确定？通过第 1379 号案例可归纳出虚假诉讼罪既遂的三个认定要点¹⁴⁵：（1）形式标准即两高《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》（后简称“《虚假诉讼案件解释》”）第二条中“妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益”的具体情形；（2）实质标准即表现为大量占用司法资源、影响正常司法活动等两个方面；（3）特别强调不能以人民法院立案受理为既遂标准。案例中，涉诉行为系利用公正债权文书申请执行的案件，在上述形式标准《虚假诉讼案件解释》第二条中被规定为：“立案执行基于捏造的事实作出的仲裁裁决、公证债权文书的”。也即，案例中虚假诉讼行为的形式既遂标准为“立案执行”，根据审判参考的特别强调，“立案执行”并非“立案”，

144 刑事审判参考第 1379 号万春禄虚假诉讼案裁判理由：（二）虚假诉讼罪是结果犯，出现一定犯罪后果是判断犯罪既遂的标准…有意见认为，虚假诉讼罪是行为犯，行为人只要向人民法院提起虚假的民事诉讼，就会对司法秩序造成破坏；如果法官受到虚假证据的影响作出错误裁判，则该结果只能视为结果加重情节，作为对行为人加重处罚的依据。我们不同意这种观点，应当认定虚假诉讼罪属于结果犯。理由在于：其一，虚假诉讼罪的实行行为是以捏造的事实提起民事诉讼，《刑法》第三百零七条之一规定的“妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益”系实行行为造成危害结果。无论是从时间还是空间上看，本罪的实行行为与危害结果之间均存在一定的间隔。

145 同上：“……为此，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》第二条明确了虚假诉讼罪的既遂标准，对‘妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益’做了详尽的规定……上述规定表明，认定虚假诉讼罪的既遂，不能以获得人民法院立案受理为标准，而应以行为是否对司法秩序造成实质损害或者严重侵害他人合法权益为判断本罪是否既遂的标准。此处的司法秩序是指人民法院受理民事案件后的正常司法活动，实践中主要表现为行为人提起虚假民事诉讼后导致司法机关作出错误裁判，或者大量占用司法资源、影响正常司法活动等两个方面。”

故不能将法院受理执行的 2015 年 3 月 10 日作为既遂节点，同时又要兼顾实质标准中对司法资源、司法活动的影响，本文认为，案例中 2015 年 3 月 14 日法院已向相关部门发送协执并实际查封了房产、土地，给被执行人下达了裁定，主要司法举措均落实完毕，完全足以视为妨害司法秩序的结果已经出现并以此作为的既遂节点，追诉期限应当自 2015 年 3 月 14 日起算，因甲、乙行为对应的最高法定刑为 3 年有期徒刑，对应追诉时效期限为 5 年，故公安机关 2023 年 1 月 8 日立案侦查时已过追诉时效期限，不应继续追诉。甲、乙在 2015—2016 年间申请延期执行、达成和解协议的行为，均发生在同一执行案件中，是民事执行程序的自然延续，没有侵害新的法益，则可视为事后共罚的行为，而不应单独评价。至于 2018 年 3 月 2 日向法院提出申请撤回执行，因根本不会对法益造成侵害，也不能视为是刑法上具有法益侵害性的“实行行为”，该行为反而是甲、乙及时终结案件、避免司法资源浪费的积极行为，追诉期限不应从上述犯罪既遂后的几个举动起算。

反过来看，若以行为人在执行程序中的最后行为作为本罪追诉期限的起点，则可能出现两种无法自洽的情况：第一种，将虚假诉讼罪认定为继续犯而不是结果犯，虽然可以实现将行为人最后行为作为追诉期限起算点的目的，但其既不能与继续犯的典型特征相吻合，又与刑事审判参考罪的观点（虚假诉讼罪是结果犯）相悖；第二种，承认虚假诉讼罪是结果犯，造成司法资源浪费时犯罪既遂，但同时又将行为人在诉讼程序中的最后行为或举动作为追诉期限的起算点，这实际上是在犯罪形态和追诉期限上采用了双重不利于被告人的标准：一方面既遂节点前置已经阻碍了行为人成立犯罪未遂的空间，另一方面又将追诉期限的起算点后延，大幅延长了行为受刑事追诉的跨度。

四、追诉期限截止计算的认定方法

我国刑法规定了追诉期限的起算点为“犯罪之日”，但未明确规定终止计算节点。这一立法现状下的突出问题是，公诉案件中侦查机关立案时或自诉案件中法院立案时尚在追诉时效期限之内，但在作出生效判决以前却超过了法定追诉期限（包括侦查期间或审查起诉期间、审判期间超出追诉期限的），刑事诉讼程序是否还要继续。据前文所述，案例中甲、乙之行为虽无需考虑立案侦查后追诉时效何时停止计算，但实践中不乏实务者会认为应当自行为人在诉讼中的最后举动作为追诉时效起算日（即案例中的 2018 年 3 月 2 日），那么公安机关立案时还在追诉期限内，又距离 5 年的追诉期限最后期限很近，此时必然要进一步考虑追诉期限终点的认定，

这不仅仅是案例中“执行型”虚假诉讼行为的个案困扰，而是长期存在于理论与实务界的难题。

关于追诉期限的终点，主流观点有“立案说”、“起诉说”、“审判说”、“移送审查起诉说”，等等。“立案说”以对《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第13条¹⁴⁶、《最高人民法院关于被告人林少钦受贿请示一案的答复》¹⁴⁷的文理解释作为有利依据，认为追诉期限计算到刑事立案时止，此后诉讼程序均不再计入追诉期限；“起诉说”认为以检察机关向法院提起公诉时为追诉期限停止计算的节点，如最高检法律政策研究室综合指导处处长高翼飞在其文章中提到“起诉是判断追诉期限是否届满的最终程序节点”，在法定期限内检察机关提起公诉则追诉时效的使命终结¹⁴⁸；审判说则主张追诉期限应计算到法院立案审判时。

以上争议的核心实则是如何理解追诉时效期限中的“追诉”二字，“立案说”认为“追诉”是国家机关追究嫌疑人、被告人刑事责任的活动，自立案侦查时起开始追究刑事责任，追诉期限停止计算；“起诉说”则将“追诉”等同于国家机关代表国家行使求刑权，自国家机关提起公诉或被害人提起自诉时，求刑权行使完毕，追诉期限停止计算，“审判说”认为“追诉”包括立案、侦查、审判的全过程，每个阶段都应受到追诉时效期限的限制。出于最大程度实现打击犯罪与保障人权平衡的目的，并有效避免司法资源的浪费，本文认为应当综合法律规定、立法精神以及权威案例的指引，采取以“移送起诉说”为原则，以“逃避侦查”为例外的“二分法”作为追诉时效终点的认定方法，下文将阐明原因。

（一）从入库案例看追诉期限计算终点的具体适用

人民法院案例库入库案例邓某强串通投标案（入库编号2024-02-1-166-001）的裁判要旨提到：“公安机关在追诉时效期限内虽已立案……不存在逃避侦查情形的，应受追诉时效期限的限制。”¹⁴⁹该案中，邓某强在5年追诉时效期限内被立案侦查并被采取了强制措施，但侦查机关未采取进一步措施，司法机关也未继续追诉

146 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十三条：刑法第三百九十条第二款规定的“被追诉前”，是指检察机关对行贿人的行贿行为刑事立案前。

147 最高人民法院关于被告人林少钦受贿请示一案的答复（2016）最高法刑他5934号：“追诉时效是依照法律规定对犯罪分子追究刑事责任的期限，在追诉时效期限内，司法机关应当依法追究犯罪分子刑事责任。对于法院正在审理的贪污贿赂案件，应当依据司法机关立案侦查时的法律规定认定追诉时效。依据立案侦查时的法律规定未过时效，且已经进入诉讼程序的案件，在新的法律规定生效后应当继续审理。”

148 高翼飞：追诉时效争议问题研究——以刑法和刑事诉讼法的协调为视角，载《中国刑事法杂志》，2020年第4期，第158页。

149 邓某强串通投标案（入库编号2024-02-1-166-001）裁判要旨：公安机关在追诉时效期限内虽已立案，但未对行为人采取相关侦查措施，更未移送起诉，行为人主动向司法机关反映情况并退缴赃款，不存在逃避侦查情形的，应受追诉时效期限的限制。

致使案件超过追诉时效期限，被发回重审后的法院裁定中止审理。宁夏回族自治区银川市人民法院作出的（2019）宁01刑终277号刑事裁定书¹⁵⁰、安徽省亳州市中级人民法院作出的（2020）皖16刑终327号刑事裁定书¹⁵¹等，与邓某强案同样，都在说理部分肯定了公安机关受理案件后，无证据证明被告人逃避侦查，案件已过追诉时效期限。

上述案例的裁判理由实际上都对《刑法》第八十八条第一款作了反对解释，与全国人大常委会法工委在对该条的释义¹⁵²一致，即侦查机关立案后，行为人没有逃避侦查的，案件应受追诉时效的限制，这种解释符合追诉时效制度的目的和价值导向。当然，如果仅就前述《刑法》第八十八条第一款的应然之义和其反对解释作为参考，显然无法解决追诉期限终点的大部分实践问题，虽然确有观点认为第八十八条即追诉期限延长的存在可以不再考虑追诉期限的终点，但是，该条在追诉时效停止计算时点的问题上并不周延，因为该条的前提“逃避侦查或者审判”并没有普遍适用意义，真正需要解决的是，立案后非因行为人原因（包括侦查机关怠于侦查、挂案、案件程序正常进行超期等）导致的诉讼程序超出追诉期限，诉讼程序是否还要继续的情形。而且从逻辑上讲，刑法第八十九条规定了追诉期限的起点，就应当存在计算终点，否则客观上难以确定追诉是否处于法定期限内。¹⁵³因此，第八十八条第一款更宜作为追诉期限计算终点的例外情况，与原则性的认定规则一并适用。

（二）从文理解释与价值平衡看“移送起诉说”的合理性

在追诉期限终点的一般认定规则上，本文同意“追诉”是指国家机关代表国家追究犯罪嫌疑人、被告人刑事责任的过程的观点，追诉包括从立案到审判的全过程，追诉期限的终点可以是在这个过程中的某一个节点，但从法律规定和司法解释的用语来看，并不必然得出公诉案件追诉时效的终点是立案侦查时，因为，刑法第八十八条第一款的原文是“在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后”，从文理解释出发，该款的“立案侦查”、和“以后”的字

150 （2019）宁01刑终277号刑事裁定书裁判理由：“自公安机关受理案件后至检察机关提起公诉已超过五年追诉时效，且没有证据证实原审被告人房某存在逃避侦查的行为。因此，本案已过追诉时效期限且不是必须追诉的……”

151 （2020）皖16刑终327号刑事裁定书裁判理由：“本案案发后，公安机关虽予以立案侦查，但现有证据不能证明上诉人在上述期间内有逃避侦查的行为，本案的追诉时效截止时间为2015年12月17日，而上诉人直至2019年9月10日才被抓获归案，应依法认定本案已超过追诉时效期限。”

152 全国人大常委会法工委对刑法第八十八条第一款的释义：“……在实践中应当注意，不能简单地理解为只要人民检察院、公安机关、国家安全机关对案件进行立案，或者人民法院对案件予以受理后，就可以不受追诉时效的限制。上述机关对案件进行立案或者受理后，犯罪嫌疑人或者被告人必须具有‘逃避侦查或者审判’的情况……”

153 潘雪峰：追诉期限停止计算的适用规则，载《中国检察官》，2021年第6期，第30页。

面意思足以反映出追诉期限不受限制的时间节点是立案侦查后的某个时间节点，而不是“立案侦查”这个节点本身，“立案说”的弊病之一恰在于此，该观点一直以来将八十八条第一款的前半段“立案侦查或者在人民法院受理案件后”理解为追诉时效终点的原则性规定，后半段“逃避侦查或者审判”则是提示性规定。¹⁵⁴而根据实务者的观点，如果采纳立案说，第八十八条第一款就显得多余了，毕竟，如果立案侦查时追诉期限就停止计算，那么立案后行为人逃避侦查与否，对追诉期限根本没有影响。¹⁵⁵

相比之下，“起诉说”在人权保障方面显著优于“立案说”，也不至于造成前述法律规定解释上的逻辑混乱，但反对者认为“起诉说”会使追诉期限终点相对靠后导致轻纵犯罪、浪费已付出的司法资源，此时，“移送起诉说”又很大程度上弥补了前述不足：其一，终止节点从提起公诉前移至侦查机关移送起诉，避免了审查起诉阶段司法资源的浪费，尽可能保障追诉时效期限到期前的刑事诉讼程序稳定进行；其二，最大程度上实现了打击犯罪与保障人权的价值平衡，也可以督促侦查机关在办案过程中提升效率，减少查机关立案后“立而不侦”、“侦而不破”的消极情况。最重要的是，根据《刑事诉讼法》第 162 条的规定，侦查机关终结移送起诉的案件，在证明标准上（事实清楚、证据确实充分）已经与提起公诉、审判无任何区别，移送起诉时已经能够代表对嫌疑人追究刑事责任的态度，也有充分的追责依据。

综上所述，在公诉案件追诉期限的截止计算节点上可采用“二分法”，移送起诉时截止是原则，立案侦查后行为人没有逃避侦查的，应当受到追诉期限的限制（包括因侦查机关怠于侦查、挂案或程序自然进行的情况）；立案侦查后行为人“逃避侦查”是例外，不受追诉时效期限的限制，任何时候都应当继续追诉。因此，关于问题（3），即使案例中甲、乙之行为的追诉时效被认为应从 2018 年 3 月 2 日起算，只要立案侦查后二人没有逃避侦查的行为，案件受追诉时效限制，到 2024 年 1 月 2 日移送审查起诉时，案件已经超过 5 年追诉时效期限，也不应当继续追诉。

结语

追诉时效制度的存在，决定了对入刑近 10 年的虚假诉讼罪之争议探讨仍有现实意义，追诉时效制度不仅肩负着督促办案机关加快办案的功能，还关乎诉讼程序

154 同上，第 33 页。

155 刘金林：追诉期限截止计算时间节点研究，载《中国检察官》，2022 年第 17 期，第 40 页。

的稳定运行与被追诉人的人权保障，因而在追诉期限起点、终点等问题的具体适用上，更要注意不能突破犯罪类型、犯罪形态等基本刑法理论的限制。正确认定“执行型”虚假诉讼罪的犯罪类型是确定追诉期限计算起点与终点的前提，具体认定方法不能脱离法律规定、立法目的与权威案例的指引，还要兼顾制度的价值平衡功能，才能有效防止国家机关追诉权力的不当行使，同时避免司法资源的浪费。

论行政执法证据进入刑事诉讼程序问题

——北京市盈科（郑州）律师事务所 蒋军堂¹⁵⁶

摘要：基于我国立法上的二元违法制裁体系，我国《刑事诉讼法》规定行政执法证据在达到一定的标准后，可以进入刑事诉讼程序中直接作为刑事证据使用。但是，目前我国立法和司法解释中对可转化的行政执法证据种类规定的不一致，审查能否作为刑事证据的标准不清晰，势必会影响行政执法证据在刑事诉讼程序中的应用。因此，应该根据各种证据种类的特点结合司法实践中的具体情况，对可以转化进入刑事诉讼程序中的行政执法证据种类及情形予以统一明确化；审查行政执法证据的收集主体、程序、种类以及是否属于刑事非法证据等，认定其是否具有作为刑事证据的资格。

关键词：行政执法证据；刑事诉讼程序；证据类别；证据审查；证据资格

引言

基于我国立法上的二元违法制裁体系，刑事犯罪类型中的行政犯应当分别受到行政法规和刑事法律的规制，而一种违法行为究竟是构成行政违法还是涉嫌刑事犯罪，多数是根据行为人违法行为的性质、情节的轻重程度、造成损害的大小等因素进行判断。在此种情况下，根据行政程序的优先性原则，就产生了行政执法证据如何进入刑事诉讼程序的问题，即行政机关在执法过程中收集的证据进入刑事诉讼程序，作为可能影响犯罪嫌疑人、被告人定罪量刑的证据材料。我国《刑事诉讼法》在2012年第二次修正时正式明确了行政执法证据可以转化为刑事证据。¹⁵⁷《刑事诉讼法》在2018年第三次修正时又对该规定予以了确定。另外，公安部《公安机关办理刑事案件程序规定》、最高人民检察院《人民检察院刑事诉讼规则》和最高人民法院《关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》等三个文件，进一步对行政执法证据进入刑事诉讼程序的相关问题又分别予以了不同的规定。

一、行政执法证据的概述

行政执法证据，指我国法律、法规规定可以用来证明行政案件事实的有关材料。

¹⁵⁶ 蒋军堂，男，1978年，民建会员，副高级职称，省律师协会经济犯罪专委会副主任，北京市盈科（郑州）律师事务所高级合伙人、刑部名誉主任，研究方向：金融经济犯罪刑事辩护。

¹⁵⁷ 《刑事诉讼法》第54条第2款：行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。

根据我国现行《刑事诉讼法》第 54 条第 2 款的规定，行政机关在执法和查办案件时收集的物证、书证、视听资料和电子数据等证据材料，可以进入刑事诉讼程序。即无论证据材料属于何种类型的材料，该证据材料的收集主体必须是某一个行政机关；其次，该证据材料收集的程序必须是正在进行的行政执法程序和查办案件的过程中；第三，进入刑事诉讼程序的证据种类只能是物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料。

（一）收集行政执法证据的主体为行政机关

行政机关是指依照宪法和有关组织法设立的，依法享有并运用国家行政权，负责对国家各项行政事务以及社会公共事务进行组织、管理、指挥和监督的国家机关。

¹⁵⁸根据最高法关于适用《行政诉讼法》的解释第 20 条第 2 款之规定¹⁵⁹，行政机关的内设机构、派出机构或其他组织经过授权可以实施部分行政行为，超过授权范围的行政行为，具有作为行政诉讼主体的资格，因此，此类机构或者组织属于广义上的行政机关。

除此之外，社会上仍然存在一些虽然不是法律明确规定了的行政机关，但是在实践中仍然行使了一定的管理公共事务的行政管理职能，包括行政授权和行政委托，也可以作为广义上的行政机关。如中国银行保险监督管理委员会和中国证券监督管理委员会属于行政授权的组织。其虽然不是法律明确规定了的行政机关，但是在法律、法规的授权下也承担着某些行政管理职能，可以在授权的范围内享有一定的行政执法权。行政委托是指行政机关在其职权范围内，将某项或某一方面管理权委托其他机关、组织或个人行使。¹⁶⁰该组织可以在受托的范围内实施某些行政行为。

另外，本文认为，在此范围下的行政机关不包括监察机关。随着我国政治体制的改革，目前已经形成了“一府两院一委”的格局。根据《监察法》第 3 条的规定，各级监察委员会是行使国家监察职能的专责机关，而并非行政机关序列。该法第 33 条规定¹⁶¹，监察机关在办案过程中收集的各类证据材料也可以在刑事诉讼程序中作为证据使用。且 2019 年《人民检察院刑事诉讼规则》中，将行政机关和监察机

¹⁵⁸ 谢登科：《论行政执法证据在刑事诉讼中的使用——基于典型案例的实证分析》，华东政法大学学报，2016. 4。

¹⁵⁹ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》的解释第 20 条第 2 款：法律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织，超出法定授权范围实施行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以实施该行为的机构或者组织为被告。

¹⁶⁰ 冯俊伟：《行政执法证据进入刑事诉讼的规范分析》，法学论坛，2019. 3。

¹⁶¹ 《中华人民共和国监察法》第 33 条：监察机关依照本法律规定收集的物证、书证、证人证言、被调查人供述和辩解、视听资料、电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。

关在各自执法过程中收集的证据材料能否在刑事诉讼中作为证据使用时，在不同的条款分别作出了规定。¹⁶²

（二）行政执法证据的收集应当在行政执法和查办案件的过程

基于我国行政违法和刑事犯罪的二元式立法模式，便产生了行政执法证据得以进入刑事诉讼程序的可能，但是该行政执法证据应当是产生于行政执法的过程中，即行政机关在针对某一违法行为进行执法的过程中收集的证据。如果不是行政机关执法的过程中或者在行政执法结束后收集到证据，不属于可能进入刑事诉讼程序的行政执法证据。另外，行政执法证据也必须是在行政机关职能范围内，因行政执法而收集的证据，如果超过其行政职能的范围，则该行政机关则只能作为证人，有义务向有关机关举报或者报案，协助提供相应的证据材料。

（三）行政执法证据收集为物证、书证、视听资料、电子数据等

“收集”即把已经存在的各种事物聚集在一起，收集的证据材料必须是在行政机关执法的过程中产生的材料。而与“收集”证据相对应的是“制作”证据，制作证据是在已经发生事实的基础上，经过办案人员分析加工等而形成的证据，比如行政处罚决定书、事故责任认定书等。另外，收集的证据种类也只能是物证、书证、视听资料和电子数据等。

二、行政执法证据进入刑事诉讼程序的理论基础

一般来讲，刑事犯罪相对于行政违法而言，对行为人的惩罚更加严重，可能会直接限制行为人的人身自由，甚至剥夺其财产和生命，行为人犯错误的成本十分巨大。因此，刑事诉讼程序中对收集证据的主体、程序以及证明标准等均作出十分严格的要求。既要准确无误地追诉真正有罪的人得到应有的刑事惩罚，又要避免和防止任何一个无辜的人被随意进行刑事追诉。行政执法证据是行政机关依照行政程序收集的证据材料，允许行政执法证据转化为刑事证据，主要是基于提高刑事诉讼效率和防止部分证据材料灭失而对一般证据规则作出的例外规定。

（一）提高刑事诉讼效率

随着现代刑事司法理念的不断深入，刑事诉讼在保证实体结果公正的前提下，应该逐步提高诉讼效率，促使无辜的人尽早摆脱诉讼，还以清白；有罪的人尽快完成改造，回归社会。目前我国推行的刑事速裁程序、认罪认罚从宽制度等，均是为

162 《人民检察院刑事诉讼规则》第 65 条：监察机关依照法律规定收集的物证、书证、证人证言、被调查人供述和辩解、视听资料、电子数据 等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。

了提高刑事诉讼效率而进行的刑事司法改革措施。在大多数行政犯中，行政违法和刑事犯罪的行为表现具有同一性，侵犯相同的法益，只是因为情节大小、社会危害性程度不同而有所区别。¹⁶³对于具有双重属性的行政犯，行政机关在收集行政违法的相关证据时，如果违法行为达到刑事犯罪的标准，该证据同样可以有效证明刑事犯罪的事实。此种情况下，行政机关将案件移送至有刑事司法管辖权的机关后，办案人员可能需要收集相同的证据来证明行为人构成刑事犯罪，尤其是像公安机关、海关等，同时具有行政处罚和刑事侦查的双重身份，只是行使的职能存在差异。因此，允许行政执法证据转化为刑事证据，将极大刑事案件的效率。另外，实物证据具有一定的稳定性，不会因为收集的主体、程序等不同而发生本质的变化。

（二）防止部分证据灭失

在实践中，无论是行政违法，还是刑事犯罪，部分可以证明实施行为的证据具有不可重复性，一旦毁损或者灭失，将直接影响案件事实的认定。如果将行政机关收集的此类证据排除在刑事诉讼之外，将导致大量的刑事违法行为逃避法律的追究，但是证明刑事违法的证据又确实存在，这不符合刑事诉讼实体真实主义的要求，可能会导致放纵犯罪。¹⁶⁴

三、行政执法证据进入刑事诉讼存在的问题

（一）准许行政执法证据进入刑事诉讼的证据种类标准不统一

根据我国现行《刑事诉讼法》及其司法解释、《人民检察院行使诉讼规则》以及《公安机关办理刑事案件程序规定》，对于行政执法证据转化进入刑事诉讼的规定不完全相同，为司法实践中对此类证据的认定产生很大困扰。2018年《刑事诉讼法》第五十四条第二款规定¹⁶⁵，行政执法中的书证、物证、视听资料和电子数据能进入刑事诉讼。2019年修订的《人民检察院刑事诉讼规则》，在上述证据种类的基础上，又增加了勘验、检查笔录和鉴定意见。但是，相比较2012年出台的《人民检察院行使诉讼规则（试行）》，删除了涉案人员的供述或者相关人员的证言、陈述，即删除了行政机关收集的证人证言进入刑事诉讼程序的规定。而《公安机关办理刑事案件程序规定》中又自行规定增加了检验报告。公、检、法三机关对于行政执法过程中收集的何种证据种类可以进入刑事诉讼的规定不尽相同，直接影响

163 张晗：《行政执法与刑事司法衔接之证据转化制度研究——以〈刑事诉讼法〉第52条第2款为切入点》，法学杂志，2015.4。

164 冯俊伟：《行政执法证据进入刑事诉讼的范围限定——以书面言辞证据为中心》，理论学刊，2015.11。

165 《刑事诉讼法》第五十四条第二款：行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用。

响行政执法证据在刑事诉讼程序中的使用。

除此之外，因法律规定或者司法解释中对可转化的证据种类后面以“等”字收尾，进一步增加了证据材料转化的不确定性，再加上《行政诉讼法》与《刑事诉讼法》中对证据种类的划分也存在一定差异，一些仅存在行政执法过程中的证据种类能否进入刑事诉讼程序，尚处于模糊地带。

（二）行政执法证据进入刑事诉讼的审查标准不清晰

我国现行《刑事诉讼法》对证据规定了严格的证明标准以认定犯罪事实，要求证据必须达到确实充分，且能排除合理怀疑的证明标准。同时也规定了较为严苛的非法证据排除规则，对每一种类证据的收集程序进行了严格的要求，包括收集证据的过程中赋予相关人员一定的诉讼权利，维护自身合法权益。若获取的证据材料在此过程中违反规定，则就不具有证据资格，不能作为语气使用。因此，证据材料有证据资格是其作为认定案件事实根据的根本前提。针对与刑事犯罪不同证明要求的行政违法行为而言，其证明标准相对较低，只要满足高度盖然性的证明标准即可，在收集证据程序上也没有过于严苛的要求，只是认定的基本事实属实，无论收集的过程是否违反法律规定，可能都是作为认定行政违法的依据。于是就产生了进入刑事诉讼的行政执法证据在刑事诉讼中是否具有证据能力的资格问题，因为不同的程序性规定和标准性规定，应该通过何种标准进行审查，目前，在我国立法和司法实践中并没有形成统一的标准。

四、行政执法证据进入刑事诉讼程序问题的完善

（一）明确行政执法证据进入刑事诉讼程序的种类

行政执法过程中收集的物证、书证、视听资料和电子数据四类证据在我国刑事诉讼法中已经明确规定，且因为此类证据的客观性，在我国司法实践中也得到了普遍的认同。另外，《人民检察院刑事诉讼规则》已经明确规定了证人证言不可以直接转化使用。目前，实践中对行政机关出具的鉴定意见、勘验、检查笔录和现场笔录是否可以进入刑事诉讼存在较大争议。

对于行政执法证据进入刑事诉讼程序，学界中主要存在分类转化说和可重复性收集说两种主流观点。分类转化说是指以实物证据和言词证据的分类为基础来确定在刑事诉讼中使用的行政执法证据范围；可重复性收集说是指以证据是否可以重复

收集为标准，来确定行政执法证据范围¹⁶⁶。本文认为，两种学说在具体的证据分类中均存在一定的局限性，且与目前我国司法实践和学界的部分主流观点相冲突。本文认为，应当在上述两种主流分类标准的基础上，结合我国司法实践的实际情况以及相应的证据价值分析，综合判断以确定是否允许该行政执法证据进入刑事诉讼程序。

1. 鉴定意见

我国有行政鉴定和司法鉴定两类，司法鉴定是指鉴定人运用科学技术或者专门的知识对刑事诉讼中所涉及的专业性问题进行甄别、判断并提供专业意见的司法活动。相比较而言，司法鉴定对鉴定机构和鉴定人的资质要求更高，2015年修改的《关于司法鉴定管理问题的决定》，对司法鉴定一系列问题进一步规范化。而行政鉴定，多数是由行政机关内部的执法部门或者一些对外没有鉴定资质的人员经过鉴定形成的意见。在鉴定机构和鉴定人员的资质以及鉴定意见的客观性、可采性方面，司法鉴定的权威性和可信性均远高于行政鉴定。但是，在我国现行刑法体系中，特别是经济犯罪领域中存在着大量的专业化行政犯，对于专业化的行政犯，在接受行政违法调查的过程中，相关领域的行政机关所出具的鉴定意见就可能比司法鉴定更为专业，甚至存在司法鉴定机构在某一领域的鉴定能力属于空白的问题，比如证券行业的内幕交易行为、文物的价值鉴定等，因此，在某一些专业领域的行政鉴定意见的证明力可能要高于司法鉴定。

是否准许行政机关出具的行政鉴定意见可以进入刑事诉讼程序，本文认为，应当分类进行判定：第一，如果对于某一问题的鉴定仅存在行政鉴定，且该鉴定意见在刑事诉讼中必不可少，则可以进入刑事诉讼程序，但需要进一步审查是否具有证据能力，才可作为案件定案的根据；第二，如果某一类问题的鉴定，既可以进行行政鉴定，又可以进行司法鉴定，检材可以重复利用，则行政机关出具的鉴定意见不能进入刑事诉讼程序。在刑事诉讼期间，如果有必要对该问题进行鉴定，应当委托或者聘请司法鉴定机构重新鉴定，行政鉴定意见不具有作为证据能力的资格。另外，如果鉴定的检材具有不可重复性，且鉴定意见对案件事实的认定发挥必不可少的作用，则在审查符合证据能力的要求后可以进入刑事诉讼程序，作为刑事案件的证据使用。

166 谢登科：《论行政执法证据在刑事诉讼中的使用——基于典型案例的实证分析》，华东政法大学学报，2016.4。

2. 勘验、检查笔录

勘验、检查笔录属于言词证据还是实物证据，在我国理论界和司法实践中还存在着一定的争议。本文认为，勘验、检查笔录是办案机关的办案人员在勘验、检查的过程中对事故现场的客观情况所作出的客观记录，并不属于办案人员的主观判断和主观结论，其与物证、书证具有同样的客观性，应当属于实物证据。因此，本文认为，其可以进入刑事诉讼程序中并作为证据使用。一方面，案发现场随着时间的推移，很有可能导致一些重要的证据材料缺失，且无法重复获得，而案发现场往往为侦破案件提供十分重要的线索；另一方面，行政机关对勘验、检查笔录的获取程序，与刑事诉讼程序的要求基本相同。

3. 现场笔录

现场笔录是我国《行政诉讼法》中所独有的一种证据种类，其内容是行政执法人员对自己耳闻目睹、检验、检查等案件事实的记载，包括听到的、看到的、摸到的、闻到的，或者用仪器检测到的等事实。¹⁶⁷是对执法现场发生的一切作出的动态描述，内容包括客观存在的事实，也包括对相关人员询问内容的记载，性质上相当于证人证言。因此，对于现场笔录而言，既包括执法现场客观存在的事实，又可能包括相关行政人员的主观判断，不宜进入刑事诉讼程序作为证据使用。

（二）制定行政执法证据进入刑事诉讼的审查标准

随着以法庭审判为中心的诉讼制度改革，法庭要求所有的证据材料必须在法庭当庭出示，案件事实也在法庭当庭认定，裁判结果也形成于法庭。对于认定案件事实的证据材料必须同时具备证据能力和证明力的情况下，才可以作为认定犯罪事实的根据。因此，行政执法证据可以进入刑事诉讼程序，并不当然代表行政机关收集的证据材料可以不加辨别、认定直接作为刑事证据，还需要进行一定的刑事审查，行政执法证据才有可能具备刑事证据的资格，并在刑事诉讼中作为认定犯罪事实的证据使用。根据我国《刑事诉讼法解释》第 75 条的规定，¹⁶⁸行政执法证据收集的程序必须符合有关法律、行政法规的规定且经法庭查证属实，才能作为刑事证据使用。

本文认为，第一，应当审查是否属于行政执法证据，从证据收集的主体、收集

¹⁶⁷ 高家伟、张玉录：《论现场笔录》，载何家弘主编：《证据学论坛（第六卷）》，中国检察出版社 2003 年版，第 358 页。

¹⁶⁸ 最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第 75 条第 1 款：行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，经法庭查证属实，且收集程序符合有关法律、行政法规规定的，可以作为定案的根据。

的程序、证据的种类、行政主体的职能权限等方面进行形式审查；第二，审查收集的证据是否符合有关法律、法规的规定。行政执法证据能作为刑事证据使用，经法庭审查只要其符合有关法律、行政法规的规定，即可以认定犯罪事实的根据。虽然在一定程度上，刑事诉讼和行政诉讼对收集证据的程序要求、严格性不尽相同，但是，一方面保证了行政执法过程中的执法效率，不需要完全遵守刑事诉讼中严格的收集证据的要求；另一方面，行政机关在执法的过程中，不确定该违法行为是否会构成刑事犯罪，如果以更严格的刑事程序进行要求，可能会影响正常的行政执法活动；第三，行政执法证据转批为刑事证据也应当受非法证据排除规则的约束。对于严重违反刑事诉讼中的非法证据排除规则的转化了的行政执法证据，应当依法予以排除，通过该证据规则确实保障犯罪嫌疑人、被告人在正式被定罪量刑前的基本人权不受非法证据的侵犯；第四，对于进入刑事诉讼中的行政执法证据，允许犯罪嫌疑人、被告人和辩护人提出异议和质证，必要时可以通知相关行政执法人员出庭作证或者对行政执法证据的形成过程予以向法庭陈述和说明，以便于法庭查明有关事实。

五、结语

我国《刑事诉讼法》虽然通过了立法的形式明确规定了行政执法证据可以进入刑事诉讼程序，但是由于其规定地较为笼统模糊，公、检、法三机关针对该问题上规定的又不完全统一，在司法实践中不具有较强的指导意义。最高人民检察院已经通过修订《人民检察院刑事诉讼规则》，对可以转化为刑事证据的行政执法证据的种类进行了限缩，国家立法部门应当着手对可以准许进入刑事诉讼程序中的行政执法证据的种类、审查标准、审查形式等作出口径统一且更为细化明确的规定，以便更好地指导刑事司法实践活动。

案涉虚拟货币的司法处置：困境与突破

——河南鼎卿律师事务所 薛少卿¹⁶⁹ 冯静雯¹⁷⁰

摘要：随着“断卡”行动打击传统资金犯罪，虚拟货币逐渐成为违法犯罪的主要支付手段，其司法处置问题日益凸显。本文围绕涉案虚拟货币的财产属性、司法处置困境及解决路径展开研究。首先，虚拟货币兼具“数据属性”与“财产属性”，且应以财产属性为主，但其法律属性在理论与实务中仍存争议。司法实践中，虚拟货币价值认定标准缺失、查控手段不足、存管变现通道不畅等问题突出，导致“类案不同判”和处置低效。为此，需从五方面突破困境：明确司法处置规则，统一价值认定标准；规范交易平台信息披露与查控程序；建立专业价值认定机构；利用区块链技术溯源验证；加强跨境案件协同办理。通过多维度举措，构建科学合理的虚拟货币司法处置框架，以保障司法公正与数字经济健康发展。

关键词：虚拟货币 财产属性 数据属性 司法处置

引言

2020年10月10日，国务院召开会议决定在全国范围内开展“断卡”行动，“断卡”行动的实施坚决封堵了传统犯罪的资金通道。在传统资金通道无效的冲击下，全国范围内的传统资金违法交易活动遭受严重打击。在此过程中，虚拟货币交易这种违法犯罪活动引起了不法分子的高度关注，导致愈来愈多的违法犯罪分子将注意力转向虚拟货币的交易。

2024年8月23日，我国最高人民法院发布的《2024年度司法研究重大课题招标公告》中将“涉案虚拟货币处置问题研究”列为重点资助课题。可以说，涉案虚拟货币有关问题的研究正在引起理论界和实务界众多学者的讨论与关注。2024年9月3日，华东政法大学教授杨凯在《人民法院报》发表了名为《虚拟货币司法处置

169 薛少卿，河南鼎卿律师事务所主任，13703923842。

170 冯静雯，河南鼎卿律师事务所实习律师，18238796581。

须规范化》的文章,¹⁷¹其中明确指出：截至 2022 年底，中国司法机关有待处置的虚拟货币总量达到了惊人的数值，涉及比特币(BTC)、以太坊(ETH)、泰达币(USDT)等多种主流虚拟货币，总价值估计超过数十亿美元。另据 SAFEIS 安全研究院统计，我国 2023 年已打击涉虚拟货币犯罪案件总量 428 件，较 2022 年减少了 88.9%，但整体涉案金额陡增至 4307.19 亿元人民币，约是 2022 年的 12.36 倍，虚拟货币已逐渐成为我国主要的刑事涉案虚拟财物之一。¹⁷²事实上，在虚拟货币交易违法犯罪活动激增的同时，也集中暴露出司法在应对新型数字经济上面临着一系列现实困境。由于虚拟货币的价值波动较大、交易匿名性强、监管难度较高，案涉虚拟货币的司法处置成为一个亟待解决的问题。鉴于此，本文立足于虚拟货币的价值属性和现实需求，对现有的研究进行梳理和归纳，并在此基础上明确涉案虚拟货币司法处置的法律框架。

一、正视涉案虚拟货币的财产属性：迷雾与曙光

对涉案虚拟货币能否进行价值认定和司法处置，关键在于确定案涉虚拟货币是否具有法律上的财产属性。目前，涉案虚拟货币的司法处置正处于一种两难的境地，主要原因在于：在认识上否认虚拟货币的财产属性，但在司法实践中处理涉案财物的过程中又无法回避虚拟货币呈现出的财产价值。可以说，对于虚拟货币的法律属性，存在政策法规、司法实践与现实功能之间的矛盾。因此，要想对涉案虚拟货币的认定和处置进一步予以确定，就必须正视虚拟货币具有的财产属性。

所谓虚拟货币（virtual currency）¹⁷³，是指由其开发者发行和管理，并在一个特殊的虚拟社区中被接受和使用的不受管制的电子货币。¹⁷⁴具体来说，现有的文献中就虚拟货币的概念大体可以分为以下三种：（1）应用于网络虚拟社区的虚拟货币；（2）应用于网络虚拟社区的电子货币；（3）基于区块链技术的虚拟货币。

¹⁷⁵关于虚拟货币的属性问题，学术界和实务界尚未达成共识。目前主要有“数据说”

171 杨凯. 虚拟货币司法处置须规范化[J]. 人民法院报, 2024. 9. 3.

172 详见零壹财经发布的《2022 年中国虚拟货币司法处置报告》。此处的数据仅涵盖了已知的、正式进入司法程序的虚拟货币，实际数量可能更为庞大，因为许多案件仍在调查阶段，尚未完全统计。

173 虚拟货币的内涵有广义和狭义之分，从广义上讲，涵盖了多种形式的电子货币和数字化资产；从狭义上讲，特指那些基于区块链技术和去中心化网络协议而生成、发行及流通的虚拟凭证。区块链技术和去中心化网络协议等媒介的特殊性，使得虚拟货币与传统意义上的财物产生了显著的区别，进而在多个方面给法律实践带来了前所未有的挑战。

174 详见欧洲央行(ECB) 2015 年发布的研究报告。

175 李志宏，王丽萍，吴岚腾等，《虚拟货币的分类及演变过程》[J]. 中国科学基金, 2021 (4) : 627-635.

“财产说”“兼具数据和财产”三种观点¹⁷⁶，但多数研究倾向于认为虚拟货币同时具有数据属性和财产属性，且在法律上应予以一定的认可和保护。对此，笔者对“兼具数据和财产”这一说法表示赞同，确切来说笔者认为虚拟货币兼具数据属性和财产属性，且应当以“财产属性”为主。这主要是因为就虚拟货币开展司法实践活动就必须正视虚拟货币的财产属性。

（一）案涉虚拟货币属性之“数据说”

部分学者认为虚拟货币是借助互联网数字技术形成的加密价值符号¹⁷⁷，在生成、存储形式、交易以及司法的处理等方面均体现出“数据属性”，故属于数据。具体而言：

第一，虚拟货币的生成与数据紧密相关。虚拟货币的产生通常依赖于复杂的算法和计算机程序，以比特币为例，它是通过“挖矿”¹⁷⁸这一过程产生的。在这个过程中，计算机不断进行高强度的计算，解决复杂的数学问题。可见，该过程本质上就是对数据的处理和运算，每一个比特币的产生都是基于特定的算法和大量的数据运算结果，是一种数据的产物。

第二，虚拟货币的存储、交易均呈现出“数据”形式。与传统货币的实体储蓄方式不同，虚拟货币主要以电子数据的形式存储在计算机系统或者区块链等网络中；此外，虚拟货币的交易也主要在网络中进行，且虚拟货币的每笔交易均以数据的形式记载其中，具有可追溯性和不可篡改性。这均说明了虚拟货币“数据属性”的性质。

第三，部分法院将非法窃取虚拟货币等行为以非法获取计算机信息系统数据罪定罪处罚，否定了虚拟货币具有财产属性，认为虚拟货币仅是存储于计算机系统内的电子数据。2012年，最高人民法院研究室《关于利用计算机窃取他人游戏币非

176 目前，对于虚拟货币属性的分类方式有多种，例如：第一，“数据说”“财产说”“兼具数据说和财产说”；第二，“网络虚拟财产”“证券说”“以网络虚拟财产为主，以证券为辅”（详见郭志浩，侯柔倩，《论虚拟货币的双重法律属性》，河南社会科学，2024年第3期，78—85）；第三，“货币说”“财产说”等。本文笔者对虚拟货币进行区分的目的是对价值认定和司法处置予以研究，由于进行价值认定和司法处置是基于虚拟货币的财产属性，故基于研究便利在此选择“数据说”“财产说”“兼具数据和财产”该种分类。

177 参见董顺来 刘东杰 张倩颖，《分层分类认定涉数字货币犯罪》，载《检察日报》。

178 “挖矿”是指使用计算机依照算法进行大量的运算来“开采”比特币，用电脑搜寻64位的数字，然后通过反复解密来为比特币网络提供所需的数字。如果用户的电脑成功地创造出一组数字，那么就可以获得25个比特币。挖矿的人叫作矿工，他们将一段时间内比特币系统中发生的交易进行确认，并记录在区块链上，形成新的区块。比特币系统的记账权利是去中心化的，即每个矿工都有记账的权利，只要成功抢到记账权，矿工就能获得系统新生成的比特币奖励。

法销售获利如何定性问题的研究意见》中¹⁷⁹认为：“利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利行为目前宜以非法获取计算机信息系统数据罪定罪处罚”，上述意见的出现开辟了对虚拟财产以计算机信息系统数据保护规制的司法路径。因此，实践中不少法院都将非法窃取虚拟货币以非法获取计算机信息系统数据罪定罪处罚。此外，《关于进一步防范和处置虚拟货币交易炒作风险的通知》¹⁸⁰明确指出，虚拟货币是一种特定的虚拟商品，不是真正意义的货币，不应且不能作为货币在市场上流通使用。一直以来，我国都将虚拟货币作为违法犯罪的支付手段予以监测和防范。鉴于此，部分学者表示在法律无明文规定的情况下，不应当将虚拟货币认定为刑法意义上的财物。

（二）案涉虚拟货币属性之“财产说”

虽然我国现行政策禁止货币流通，但不意味着虚拟货币由此丧失了财产属性。也就是说，禁止虚拟货币流通并不等同于虚拟货币不具有财产属性：

一方面，虚拟货币符合财产的一般特征：（1）虚拟货币具有使用、交换、流通等经济价值，即可以在特定领域充当结算媒介实现买卖和货币兑换；（2）虚拟货币具有可计量性、可占有性。司法实践中，虚拟货币的价值评估及变现是学者及实务人员未能解决的难题之一。但虚拟货币并非不可计量，往往可以通过特定的算法和技术对虚拟货币的数量和价值进行准确的计算；（3）虚拟货币能够体现财产权利。虚拟货币持有者可以通过私钥等方式对其拥有的虚拟货币进行控制和占有，同时其享有使用、处分所持有的虚拟货币的权利。

另一方面，我国法律及司法实践中对于虚拟货币的财产属性已经予以认可。从司法解释关于盗窃、抢劫毒品等违禁品定盗窃、抢劫罪的规定来看，虚拟货币属于一种特殊的虚拟商品，具有财产属性。在司法实践中，法官和检察官也开始认可虚拟货币的属性。例如，最高人民法院研究室刑事处处长喻海松曾指出，非法获取计算机信息系统数据罪、破坏计算机信息系统罪的对象“数据”同样可以具有财产属

179 《最高人民法院研究室关于利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利如何定性问题的研究意见》，载张军主编、最高人民法院研究室编著：《司法研究与指导》2012年第2辑（总第2辑），人民法院出版社2012年版，127—136。

180 2021年9月15日，中国人民银行、中共中央网络安全和信息化委员会办公室、最高人民法院、最高人民检察院、工业化和信息化部、公安部、国家市场监督管理总局，中国银行保险监督管理委员会（已撤销）、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局发布《关于利用计算机窃取他人游戏币非法获利如何定性问题的研究意见》。

性，这在一定程度上也认可了虚拟货币具有数据的属性。¹⁸¹又比如，罗某杰诈骗案——利用虚拟货币为境外电信网络诈骗团伙跨境转移资金案¹⁸²，明确了虚拟货币具有支付工具属性，以上均体现了对虚拟货币财产性价值的认可。因此，应当将虚拟货币认定为刑法意义上的财物。

（三）案涉虚拟货币兼具“数据属性”和“财产属性”

案涉虚拟货币兼具“数据属性”和“财产属性”已经成为主流观点，笔者亦认为如此。正视案涉虚拟货币的双重属性有助于我们更全面地理解虚拟货币的本质和影响，同时也为我们在面对虚拟货币如何开展司法活动提供解题思路。

正如浙江大学光华法学院教授、博士生导师叶良芳曾在中国应用法学上发表《数据抑或财物：以虚拟货币为犯罪对象的案件之定性分析》¹⁸³一文中提到：在技术属性层面，虚拟货币表现为经过复杂计算而生成的一串数字编码，这体现出虚拟货币具有的“数据属性”；同时，在法律属性层面，虚拟货币具有效用性、稀缺性和可支配性，具有价值性。其中，稀缺性是虚拟货币具有财产属性的重要因素之一，它决定了虚拟货币在市场上的供求关系和价值波动。这使得虚拟货币有别于一般意义上的“数据”，表现出法律层面上的“财产属性”。此外，华东政法大学金融监管与刑事治理研究中心主任毛玲玲教授曾在相关研讨会上提到：虚拟货币是财产、计算机数据、货币、洗钱的新方式、集资的新载体等，这也反映出虚拟货币兼具“数据属性”和“财产属性”。

总的来说，虚拟货币的属性在学界存在一定的争议。从当前民商事判决来看，许多涉及比特币的纠纷，法院均认定比特币具有财产属性，在法秩序统一的话语体系下，刑事认定也应当据此统一。对此，笔者认为虚拟货币兼具“数据属性”和“财产属性”。

二、案涉虚拟货币的司法处置：困境剖析

（一）案涉虚拟货币价值认定标准缺失

1. 案涉虚拟货币价值认定的不同做法

对案涉虚拟货币的价值能否进行准确认定，决定了刑事案件中对被告人的量刑

¹⁸¹ 2021年7月9日下午，由上海市人民检察院第四检察部、上海市第一中级人民法院刑事审判庭、上海市公安局法制总队、华东政法大学金融监管与刑事治理研究中心联合举办，由上海市人民检察院第二分院第三检察部和上海市检察机关银行保险金融犯罪研究中心承办的“第二届防范化解金融风险刑事实务论坛”在二分院举行，本届论坛以“涉虚拟货币相关犯罪法律适用问题”为主题。

¹⁸² 最高人民检察院2022年发布的检察机关打击治理电信网络诈骗及关联犯罪的典型案例六。

¹⁸³ 叶良芳. 数据抑或财物：以虚拟货币为犯罪对象的案件之定性分析[J]. 中国应用法学, 2023, (03) : 65-73.

幅度以及财产的处置进行。与传统财物不同，虚拟货币的价值波动性极大，且不易固定，这导致实践中对于案涉虚拟货币的价值认定存在多样性。经过研究裁判文书可知，目前案涉虚拟货币价值认定的方式主要有以下六种¹⁸⁴：

第一，价格认证中心出具报告认定。¹⁸⁵这是涉虚拟货币类案件中常见的价格认定方式，对案件的定罪量刑具有重要影响；

第二，以专业的司法鉴定机构进行价值鉴定的方式进行认定。¹⁸⁶这种方式需要专业的技术和知识，鉴定机构会根据虚拟货币的市场行情、交易数据等因素进行综合分析，继而得出价格认定结论；

第三，直接参照平台交易价格进行认定模式。¹⁸⁷由于虚拟货币交易平台众多，同一时间段内各交易平台上的价格会有细微差异，一般会以被害单位及被告人均予以认可的平台交易价格作为认定依据；

第四，以销赃的数额对虚拟货币价格进行认定。¹⁸⁸在部分案件中，办案人员不认同虚拟货币对应的国外市场上的交易价格，因此会以犯罪嫌疑人销赃的数额认定涉案虚拟货币价格，并据此作为犯罪金额予以认定；

第五，参考被害人取得虚拟货币的成本。以被害人购买虚拟货币所支付的成本或对价来确定虚拟货币的价值。这种方法需要被害人提供相关的购买凭证等证据；

第六，参照被告人或被害人近期同类虚拟货币的交易价。如果被告人或被害人近期有同类虚拟货币的交易行为，可以参考该交易价格来认定涉案虚拟货币的价值。

¹⁸⁴https://www.toutiao.com/article/7237027802535461387/?upstream_biz=doubao&source=m_redirect&wid=1727232047949，参见蒋健、吕川：涉案虚拟货币的价格认定问题研究，2024年9月25日最后一次访问。

¹⁸⁵ 例如：2021年5月，乐山市市中区法院对一起抢劫比特币案件，被告人梁某等人采用暴力手段强迫被害人登录手机“火币交易所”APP账户后，将账户内29.0004844个比特币和1258.04064个以太币转入自己账户。判决中提到：经乐山市价格认证中心认定，本案被抢走的比特币价值人民币264.48万元，以太币价值人民币334.31万元。

¹⁸⁶ 例如：李某、张某、黄某某帮助信息网络犯罪活动罪一案中，经盘石软件（上海）有限公司计算机司法鉴定所鉴定，证实：“BHB”交易传销活动用户层级数18层，用户人数7967人，传销资金数额累计人民币86511967.3425元，10941570.29个USDT（市值约人民币65649421.74元）、16845.16883个ETH（市值约人民币16845168.83元）、160.6950709个BTH（市值约人民币4017376.7725元）。参见（2020）川1425刑初1号一审刑事判决书。

¹⁸⁷ 例如：李某盗窃案裁判文书载明：以太币在进行交易时有明确的价格，其价格虽随着交易行情的变化而有所波动，但就如其他实体货币的汇率或股票交易一样，能够确定在某一时间段内的具体价格。经查，目前以太币的交易平台主要有HuobiGlobal、OKEX、币安网等，在同一时间段内各交易平台上以太币的价格会有细微差异，故本院以被害单位及被告人均予以认可的HuobiGlobal上的交易价格作为认定本案以太币价值的依据。依据HuobiGlobal上的市场交易行情记录，2019年6月20日，以太币的交易平均价格为268.265美元，当天中国人民银行公布的人民币兑美元汇率中间价为6.88，换算为人民币约1845.66元，当天被盗的三个以太币共价值人民币约5536.99元；2019年7月15日，以太币的交易平均价格为220.5美元，当天中国人民银行公布的人民币兑美元汇率中间价为6.87，换算为人民币约1514.84元，当天被盗的0.4个以太币共价值人民币约605.94元。²参见（2020）粤0304刑初2号一审刑事判决书。

¹⁸⁸ 例如：罗某某盗窃案。该案是一起盗窃泰达币的案件，公诉机关以被告人实施盗窃行为时的平台交易价格提起公诉，但是最终法院判决却是以销赃的数额作为认定泰达币的价格。参见（2020）沪0106刑初551号一审刑事判决书。

这种方法在一定程度上可以反映虚拟货币的市场价格波动情况，但需要确保交易的真实性和合法性。

2. 案涉虚拟货币价值认定不同做法之分析

目前，我国缺乏对虚拟货币价值进行认定的统一标准和专门机构，也没有对虚拟货币进行兑换、兑现的比例标准。可以说，虚拟货币的价值认定存在诸多挑战。然而，现有的虚拟货币价值认定方式均有着不同程度上的缺陷，具体言之：

首先，针对“价格认证中心出具报告”“通过司法鉴定方式进行认定”的方式而言，笔者认为上述两种方式具有一定的相似性，均是借助第三方机构的力量实现虚拟货币的价值认定。价格认证中心和司法鉴定均具有专业技术和知识，能够对虚拟货币的价值进行相对科学、准确地认定。但必须认识到，我国目前对虚拟货币价值认定缺乏明确的、统一的、具有可操作性的法律依据和计算标准，这就导致不同机构可能存在一定的主观性和不确定性，最终产生不同的认定结果。此时价格认证中心与司法鉴定机构作出认定结果的权威性、可靠性将遭受质疑。此外，价格认证中心与司法鉴定的价值认定需要时间、经济成本，采取上述两种方式可能会增加当事人的诉讼成本。鉴于此，“价格认证中心出具报告”“通过司法鉴定”两种方式增加的诉讼成本与提供的诉讼便利能否相抵值得商榷。

其次，针对“直接参照平台交易价格进行认定”“参照被告人或被害人近期同类虚拟货币的交易价值”而言。虚拟货币交易平台的交易价格具有实时性和客观性，能够反映虚拟货币的市场价值，且直接参照平台交易价格进行认定简单快捷，能够提高案件的审理效率。但由于现存的虚拟货币交易平台众多，同一时间段内各交易平台上的价格会有细微差异，选择哪个平台的交易价格作为认定依据可能存在争议。同时，需要强调的是虚拟货币交易平台的价格波动较大，直接参照平台交易价格进行认定可能会导致认定结果的不稳定性。事实上，“参照被告人或被害人近期同类虚拟货币的交易价值”在一定程度上弥补了虚拟货币市场价格波动引发的不客观、不准确结果的发生，但如果被告人或被害人近期没有同类虚拟货币的交易行为，这种方法就无法适用。

最后，针对“以销赃的数额对虚拟货币价格”“参考被害人取得虚拟货币成本”进行认定的方式来说，这两种方式能够避免虚拟货币市场价格浮动带来价值难以确定的难题，且能够反映出犯罪嫌疑人、被告人的实际获利情况，对于打击犯罪、维护受害人合法权益及司法的公平正义具有重要意义。但这两种方式均容易受到主观

因素和市场环境的影响，不一定能够准确反映虚拟货币的真实价值。在采用该种方式进行认定的过程中，如果被害人无法提供购买凭证等证据，或者购买凭证不真实、不合法，这种方法就无法适用。

由此可见，虽然我国对于案涉虚拟货币的价值认定已经进行了诸多的探索，其成果值得肯定。但至今为止，未能形成统一的认定标准，这给司法实践工作的开展造成了极大的阻碍，也极易产生“类案不同判”的局面，明显有悖于法秩序的统一。

（二）对涉案虚拟货币缺乏有效的查控手段

在刑事案件中，若想对案涉虚拟货币进行处置，就必须实现对案涉虚拟货币的有效控制。然而，由于虚拟财产自身存在的独特性，致使有关机关查控虚拟货币的工作显得极为困难。目前，我国对于案涉虚拟货币缺乏有效可行的查控手段，这给司法实践带来了诸多难题。经查阅资料发现，我国对于案涉虚拟货币的查控未能设计有效的举措，主要原因包括：虚拟货币的独特性质、技术手段的局限性以及国际合作之间的不充分。

首先，虚拟财产的特性导致查控困难。虚拟财产具有独特的特性，这些特性使得对其进行查控变得极为复杂。具体而言：一是虚拟财产具有无形性。与传统法定货币不同，虚拟货币以电子数据的形式存在于网络空间中，没有实体外在形态，一般很难被发现和识别。二是虚拟货币具有易转移性。虚拟财产可以在瞬间实现转移，且转移过程往往难以追踪。犯罪分子可以通过复杂的网络技术手段，将涉案虚拟财产迅速转移到不同的账户、不同的平台甚至不同的国家和地区，使得司法机关难以在第一时间对其进行冻结和控制。三是虚拟货币具有技术依赖性。虚拟财产的产生、存储和交易都依赖于特定的技术手段和网络平台。不同类型的虚拟财产可能涉及不同的技术架构和算法，这要求司法人员具备相应的技术知识才能有效地进行查控。然而，实践中司法人员往往缺乏足够的技术背景，难以理解和应对虚拟财产所涉及的复杂技术问题。

虚拟货币的识别与查找已经是司法实践中处置虚拟货币的一大难关，即使能够查找出犯罪嫌疑人、被告人的涉案虚拟货币，如何控制案涉虚拟货币也是司法实践中必须解决的问题。重庆邮电大学网络空间安全与信息法学院副教授赵长江表示，对虚拟货币很难进行直接冻结，侦查机关只有在掌握了对应钱包地址私钥的情况下

才能实现对虚拟货币的控制。¹⁸⁹

其次，技术手段的局限性。虽然信息技术在不断发展，但目前用于查控虚拟财产的技术手段仍然存在一定的局限性。一方面，现有的网络监测和追踪技术难以完全覆盖虚拟财产的所有交易和转移渠道。虚拟财产可以通过各种新兴的网络平台和加密技术进行交易和转移，而现有的技术手段可能无法及时发现和追踪这些行为。另一方面，对于一些高度加密的虚拟财产，破解其加密技术需要耗费大量的时间和资源，甚至在某些情况下可能是无法实现的。对于虚拟货币的查找和保管，基于没有专用账户和专业机构等技术条件的限制，导致如何控制案涉虚拟货币成为难题。

最后，国际合作之间的不充分。随着全球化的发展，虚拟财产的交易和转移往往跨越国界。在涉及跨国的虚拟财产案件中，由于不同国家和地区的法律制度、司法体系和技术标准存在差异，国际合作面临诸多困难。缺乏有效的国际合作机制使得对跨国涉案虚拟财产的查控变得极为困难。在刑事案件中，如果涉案虚拟财产存储在国外的服务器上，此时要获取相关数据并进行查控，就需要与国外的司法机关和网络服务提供商进行协调，但这种协调往往耗时费力，且不一定能够成功。

（三）涉案虚拟财产缺少合规存管及变现的通道

在刑事案件中，对案涉虚拟货币的存管和变现是审前、审后处置程序中的关键一环。¹⁹⁰在审前阶段，妥善存管案涉虚拟货币不仅关系到案件证据的完整性和稳定性，更直接影响着后续司法程序的顺利进行以及当事人的合法权益保障。如果不能有效地对案涉虚拟货币进行存管，可能会导致虚拟货币被非法转移、隐匿或篡改，从而影响案件的公正审理和司法判决的权威性。在审理结束后，将案涉虚拟货币及时变现有助于实现对被害人的赔偿和对违法犯罪所得的追缴，使当事人的合法权益及时得到保障。综合我国对虚拟货币的司法处置现状来看，由于案涉虚拟财产缺少合规存管和变现的渠道，给司法实践带来诸多难题。

一方面，由于对涉案虚拟财产缺乏明确的合规存管方式，导致该虚拟货币在案件处理过程中的安全性和完整性难以得到有效保障。虚拟财产以电子数据的形式存在于网络空间，其存储和管理需要特定的技术手段和安全措施。然而，目前并没有统一的、规范的存管机构或平台来专门负责涉案虚拟财产的保管。这就使得涉案虚

189 李云鹏, 王倩文. 涉案虚拟货币司法处置的困境与化解——“涉案虚拟货币的司法处置”研讨会述要 [J]. 人民检察, 2024, (04): 67-69.

190 郑士立, 张清. 公安机关处置刑事涉案虚拟货币的困境与破局 [J]. 中国刑警学院学报, 2024, (03): 35-44. DOI:10.14060/j.issn.2095-7939.2024.03.004.

拟财产可能面临被篡改、丢失或被非法访问的风险，继而影响了案件的证据价值和后续处理。

另一方面，涉案虚拟财产缺少合规的变现通道也给司法实践带来了困扰。目前，关于虚拟货币的变现，普遍的方式是委托第三方处置公司处置，即由公安机关主导，在控制下由犯罪嫌疑人或其家属与第三方公司签署合同，第三方处置公司代为变现处置，收取一定的服务费。¹⁹¹但这样同样存在诸多风险，如虚拟财产的交易往往受到市场供需、用户行为等多种因素的影响，价格波动较大，增加了变现的不确定性。同时，虚拟货币的拍卖也面临着很多困难，虽然越来越多的人开始使用虚拟货币，但虚拟货币的市场接受度整体并不高，很多人对虚拟货币的价值和安全性存在疑虑，不愿意参与拍卖。除此之外，虚拟货币的交易受到严格的监管，拍卖过程中可能会面临很多法律和政策上的限制。

三、案涉虚拟货币的司法处置：探索新方向

虚拟货币作为数字经济的一部分，其发展趋势不可阻挡。司法机关需要与时俱进，探索适合虚拟货币特点的司法处置新方向，以更好地维护数字经济秩序和当事人的合法权益。可以说，为案涉虚拟货币司法处置面临的困境积极寻找突破路径具有重要的现实意义。那么如何突破案涉虚拟货币面临的困境，具体可以从以下几个方面着手：

（一）明确案涉虚拟货币司法处置的具体规则

对案涉虚拟货币的研究发现，现行法律对虚拟货币整体持禁止态度，且未就虚拟货币的司法处置进行制度设计。然而，随着数字化时代的快速发展，实践中涉及虚拟货币的案件越来越多，目前案涉虚拟货币司法处置具体规则的缺失给司法实践带来诸多难题。因此，为了推进虚拟货币的司法处理程序，维护当事人的合法权益，明确案涉虚拟货币司法处置的具体规则紧急且必要。本节主要从以下三个方面提出建议：

首先，制定统一的价值认定标准和方法，保障司法处置的一致性。由于缺乏统一的价值认定标准和方法，不同地区、不同司法机构在处理涉及虚拟货币的案件时，往往会出现价值认定结果差异较大的情况，这不仅影响了司法的公正性和权威性，也给当事人的合法权益带来了不确定性。因此，在制度层面应制定统一的虚拟货币

¹⁹¹ 李云鹏，王倩文. 涉案虚拟货币司法处置的困境与化解——“涉案虚拟货币的司法处置”研讨会述要 [J]. 人民检察, 2024, (04): 67-69.

价值评估标准和方法。例如，可以根据虚拟货币的市场流通性、技术安全性、项目团队背景等因素，综合评估虚拟货币的价值。同时，应不断更新和完善评估方法，以适应虚拟货币市场的快速变化。

其次，明确虚拟财产存管和变现的具体规则。为了保障案涉虚拟货币司法处置后续工作的稳定开展，应确保案涉虚拟货币的审前存管和审结变现。也就是说，在制度层面应详细制定涉案虚拟财产审前阶段的存管和审结阶段的变现规则。一是明确存管机构的资质要求、存管程序、安全保障措施等，确保涉案虚拟财产能够得到安全、规范地存管。二是规定变现的条件、程序、方式等，为涉案虚拟财产的变现提供合法、有序的通道。例如，可以规定只有具备特定资质的金融机构或专业存管机构才能承担涉案虚拟财产的存管工作，存管机构应建立严格的安全管理制度，确保虚拟财产的安全。对于变现，可以规定在特定情况下，如为了赔偿受害人损失、执行法院判决等，可以通过合法的交易平台或拍卖机构进行变现。

最后，设计虚拟财产司法处置的原则和方法。法律原则在填补法律漏洞、解释法律规范等诸多方面均发挥着重要的价值和功能，因此法律法规应明确在司法实践中，虚拟货币价值认定的基本原则、方法和程序等，使司法机关在处理相关案件时有法可依。具体而言：可以确立市场价值、成本价值、收益价值等多种价值认定方法相结合的原则，根据不同的情况选择合适的价值认定方法。同时，应明确价值认定的程序和责任主体，确保价值认定的公正性和准确性。

（二）规范虚拟货币交易平台的信息披露和查控程序

在涉及虚拟货币的司法处置中，规范虚拟货币交易平台的信息披露和查控程序至关重要。虚拟货币交易平台作为虚拟货币流通的重要场所，掌握着大量关键信息，其规范运作对于保障司法公正和当事人合法权益具有重大意义。

首先，明确虚拟货币交易平台的信息披露义务。交易平台应被要求全面、准确地披露与虚拟货币交易相关的信息，包括但不限于交易记录、用户账户信息、虚拟货币的存储地址等。这将为司法机关在调查涉及虚拟货币的案件时提供重要线索，有助于确定虚拟货币的流向和涉案人员的交易行为。要强调的是，用户账户信息的披露应包括注册信息、实名认证情况、联系方式等，这对于司法机关在必要时与涉案用户取得联系，了解案件情况或要求其配合调查至关重要。

其次，建立严格的信息披露审核机制。虚拟货币交易平台应设立专门的部门或岗位负责信息披露工作，并建立内部审核机制，确保披露的信息符合法律法规和司

法机关的要求。审核过程应包括对信息的真实性、完整性和合法性进行审查，防止虚假信息的披露。对于涉及重大案件或敏感信息的披露，交易平台应在披露前与司法机关进行沟通和确认，确保信息的披露不会对案件调查和司法处置造成不利影响。

最后，规范虚拟货币交易平台的查控程序也是关键环节。司法机关应与交易平台建立有效的协作机制，明确查控的程序和要求。在接到司法机关的查控请求时，交易平台应迅速响应，按照规定的程序采取相应的措施，如冻结涉案用户的账户、限制虚拟货币的转移等。交易平台应确保查控措施的及时性和有效性，防止涉案虚拟货币在查控过程中被转移或流失。同时，为了保障查控程序的合法性和公正性，应建立监督机制。司法机关和相关监管部门应对交易平台的查控行为进行监督，确保其严格按照法律程序和要求执行查控措施。对于交易平台在查控过程中出现的违规行为，应依法追究其法律责任。

总之，规范虚拟货币交易平台的信息披露和查控程序是加强虚拟货币司法处置的重要举措。通过明确交易平台的义务、建立审核机制和协作机制以及加强监督，可以提高虚拟货币司法处置的效率和公正性，为打击虚拟货币相关违法犯罪活动提供有力保障。

（三）建立专业的价值认定机构和科学体系

在虚拟货币领域，由于其独特的性质和复杂的市场环境，建立专业的价值认定机构和科学体系显得尤为重要。政府或行业协会可以牵头成立专门的虚拟货币价值认定机构，该机构应具备专业的评估能力和资质，采用科学的评估方法和技术，对案涉虚拟货币的价值进行准确认定。在组成人员方面，该机构应由多领域的专业人士组成，包括区块链技术专家、金融分析师、经济学家、技术专家、法律专家等多领域的专业人士，以确保认定结果的准确性和权威性。在认定流程方面应规范、透明，具体包括数据收集、分析评估、结果审核等环节。在数据收集阶段，应广泛收集来自不同渠道的信息，包括交易平台数据、行业研究报告、项目白皮书等。在分析评估阶段，由专业人士运用科学的分析方法和模型对收集到的数据进行综合分析，得出初步的价值认定结果。在结果审核阶段，由独立的审核机构或专家对认定结果进行审核，确保其准确性和公正性。

建立专业的价值认定机构和科学体系是解决虚拟货币司法处置中价值认定难题的重要途径。通过多领域专业人士的合作、科学的认定标准和流程以及有效的监督机制，可以为虚拟货币的司法处置提供准确、客观的价值评估，保障司法公正和

当事人的合法权益。

（四）利用区块链技术进行溯源和验证

虚拟货币具有匿名性、易转移性等特点，使得对虚拟货币的溯源和验证成为一项极具挑战性的任务。然而，区块链¹⁹²技术的出现为解决这一难题提供了新的思路和方法。

区块链技术具有去中心化、不可篡改等特点，可以用于虚拟货币的溯源和验证，同时也保证了交易记录的真实性和完整性。传统的虚拟货币交易平台存在着安全隐患和信任问题，而基于区块链的交易平台可以通过智能合约等技术手段，实现交易的自动化和透明化。在这样的平台上，每一笔交易都被记录在区块链上，用户可以随时查看交易记录，确保交易的真实性和合法性。也就是说，通过区块链技术，可以追溯虚拟货币的发行、交易等信息，确定虚拟货币的真实性和合法性，从而为价值认定提供依据。鉴于此，未来应尽快建立基于区块链的虚拟货币价值认定平台，将虚拟货币的交易数据和价值认定信息记录在区块链上，确保数据的真实性和可靠性。因为区块链技术的应用会将相关信息同步到联盟机构的管理区域，所有信息一经存储，任何一方都无法篡改。即使某个机构电子数据被丢失、伪造或篡改，当事人仍能从其他机构找回，充分弥补了司法处置不易查找、不易存管等缺陷。

需要强调的是，虽然区块链技术为虚拟货币的溯源和验证提供了新的手段，但传统的监管手段仍然不可或缺。因此，需要建立区块链技术与传统监管手段的协同机制，实现优势互补。例如，监管机构可以利用区块链技术对虚拟货币交易进行实时监控和风险预警，同时结合传统的现场检查、调查取证等手段，对违法犯罪活动进行打击和惩处。

（五）加强跨境案件的协同办理

虚拟货币市场是全球性的，不同国家和地区在法律制度、监管政策以及司法实践等方面存在差异，在虚拟货币这种跨境案件越来越频繁之际，加强跨境案件的协同办理显得尤为重要。如何加强跨境案件的协同办理，可以从以下几个方面着手：

首先，建立跨境沟通与协调机制是关键。各国司法机关、金融监管机构以及相关部门应积极搭建信息交流平台，定期举行会议和研讨会，分享关于虚拟货币跨境案件的最新动态、法律法规变化以及成功的办案经验。通过这种方式，可以增进相

¹⁹² 区块链是一个信息领域的术语，是指利用链式的结构对数据加以验证和储存，具有“不可伪造”“全程留痕”“可以追溯”“公开透明”和“集体维护”等特征。

互之间的了解，减少因信息不对称而导致的办案障碍。

其次，统一执法标准和规范。不同国家对于虚拟货币的法律定性、监管要求以及犯罪行为的认定可能存在差异。为了更好地协同办理跨境案件，各国应努力在一定程度上统一执法标准和规范。例如，对于虚拟货币的洗钱、诈骗等犯罪行为，明确统一的构成要件和处罚标准，以便在跨境案件中能够更有效地进行证据收集、犯罪嫌疑人追捕和资产追缴。

再次，加强国际合作与互助。在跨境案件中，证据的收集往往需要跨越多个国家和地区。各国应积极签署司法协助条约，建立快速有效的证据交换渠道。当一国司法机关需要在其他国家收集证据时，相关国家应给予积极配合，及时提供所需的证据材料。同时，对于犯罪嫌疑人的追捕和引渡，各国也应加强合作，确保犯罪分子能够受到应有的法律制裁。

最后，强化技术支持与共享。虚拟货币交易依托于先进的信息技术，跨境案件的办理也需要强大的技术支持。各国可以共同研发和共享针对虚拟货币的监管技术和侦查手段，如区块链分析技术、大数据监测技术等。通过技术手段，可以更准确地追踪虚拟货币的交易流向，为跨境案件的侦破提供有力支持。

总之，加强跨境案件的协同办理是应对虚拟货币跨境犯罪的必然选择。只有通过各国的共同努力，建立有效的沟通协调机制、统一执法标准、加强国际合作和强化技术支持，才能更好地维护国际金融秩序和社会稳定。

结语

案涉虚拟货币的司法处置是一个复杂而又紧迫的问题。面对传统司法处置方式的困境，我们需要积极探索新方向，建立科学的价值认定体系、创新查控手段、构建合规存管及变现通道，以适应数字经济发展的需要，提高司法效率和公正性，打击虚拟货币犯罪。这不仅需要司法机关的努力，也需要政府部门、金融机构和社会各界的共同参与和支持。只有通过不断地探索和创新，才能找到适合虚拟货币特点的司法处置新路径，为数字经济的健康发展提供有力的司法保障。

自动驾驶汽车交通肇事的刑事责任规制

——北京市中创(郑州)律师事务所 王玉博¹⁹³ 马战勋¹⁹⁴ 王懋恒¹⁹⁵

摘要: 自动驾驶汽车的未来普及势不可挡,但关于自动驾驶汽车交通肇事刑事责任认定存在刑法责任主体不明确,立法缺位,责任承担方式等问题,导致自动驾驶汽车刑事规制遇到阻碍。为了体现刑法罪责刑相适应原则及维护公共安全、保障自动驾驶技术的有序发展,有必要对于自动驾驶汽车交通肇事行为予以刑罚规制。自动驾驶汽车本身不能成为刑法责任主体,在查明事故发生的原因并确定因果关系的基础之上,可以认定设计者、生产者、所有者或者使用者的刑事责任主体地位,在刑罚措施上,应当针对自动驾驶汽车特点,针对性制定特殊的处罚措施。

关键词: 自动驾驶汽车 交通肇事 刑事规制

引言

近期,武汉市投入了众多的萝卜快跑自动驾驶网约车,引起了社会对人工智能的又一次热议,随着人工智能的不断发展,自动驾驶汽车进入人们的生活的步伐已经势不可挡,但也带来了诸多风险,美国在2018年就发生过优步自动驾驶汽车撞死一名行人的案件。而当前我国对于自动驾驶汽车交通肇事的刑事责任存在法律上的严重缺位,导致无法对自动驾驶汽车交通肇事进行有效规制。自动驾驶汽车分为辅助驾驶和全自动驾驶两种情况,根据SAE分级规则,自动驾驶汽车分为L0到L5共六级,L0为无自动驾驶,L1为驾驶辅助,L2为部分自动驾驶,L3为有条件自动驾驶,L4为高度自动驾驶,L5为完全自动¹⁹⁶,辅助驾驶存在于L1-L2中,在存在辅助驾驶人的情况下,通过现有刑法体系可以对辅助驾驶人进行规制,无需讨论。但在L3-L5标准之上,由于人类在驾驶上作用较小,对传统的交通肇事责任处理产生了较大冲击,因此,本文拟以其为研究对象探讨自动驾驶汽车交通肇事刑事责任规制问题,从而促进自动驾驶汽车行业的有序发展。

一、自动驾驶汽车交通肇事刑事规制困境

¹⁹³ 王玉博,男,1991年,中共党员,北京市中创(郑州)律师事务所党支部书记,专业领域:公司法律服务、刑事。

¹⁹⁴ 马战勋,男,1990年,北京市中创(郑州)律师事务所专职律师,专业领域:公司经济纠纷。

¹⁹⁵ 王懋恒,女,2000年,北京市中创(郑州)律师事务所实习律师,专业领域:借贷纠纷。

¹³³ 黄陈辰;自动驾驶汽车交通事故中刑事责任得划分与承担,《大连海事大学学报》(社会科学版),2021年6月第20卷第3期:第41页。

（一）立法缺位

关于自动驾驶汽车的立法上的文件当前主要有：2021年7月21日，工信部发布《智能网联汽车道路测试与示范应用管理规范（试行）》；2021年7月30日工信部又出台《关于加强智能网联汽车生产企业及产品准入管理的意见》；2022年4月1日北京市出台《北京市智能网联汽车政策先行区乘用车无人化道路测试与示范应用管理实施细则》；2022年6月30日，深圳市人大常委会发布《深圳经济特区智能网联汽车管理条例》；2022年8月和11月，交通部、工信部分别颁布了《自动驾驶汽车运输安全服务指南（试行）》（征求意见稿）、《关于开展智能网联汽车准入和上路通行试点工作的通知（征求意见稿）》（以下简称《准入和上路通行试点通知（征求意见稿）》），面向社会征求意见，在国家层面开启自动驾驶汽车商业化运营探索工作。

综上，目前关于自动驾驶汽车的立法文件相对较少，且规范性文件的效力位阶等级均不高，没有纠纷处理机制方面立法。而刑事犯罪要求罪刑法定原则，只有明确禁止的行为才能予以定罪量刑，刑事处罚所依据的刑罚规范是刑法，刑法的渊源包括三类：刑法典、单行刑法及附属刑法，上述规范性文件不属于刑法渊源，不能作为处罚依据。因此，随着人工智能的不断发展，有必要完善相关立法，否则无法对其进行有效刑法规制。

（二）刑事责任主体不明确

没有责任就没有刑罚，我国刑事刑事主体包括自然人以及单位，而自动驾驶汽车驾驶行为中没有驾驶员，系由智能驾驶系统进行控制，导致现有刑法体系下处罚困难。关于自动驾驶汽车系统能否成为刑事上的主体，存在众多争议，且自动驾驶汽车关联责任主体非常多，主要有车辆设计者或者制造者、车辆所有者或者使用者等，而由何人承担何种责任尚有争议。由于刑法本身存在的滞后性，在尚没有明确立法前提下，进行有关法理及事务上的探索具有重要意义，为后续立法提供有力参考。

（三）涉案因果关系认定困难

在自动驾驶汽车关涉交通肇事时，不同于存在驾驶员的情况，自动驾驶汽车涉案时的因果关系认定存在复杂性。交通肇事罪特点在于存在行政上的交通事故认定为前置程序，在有传统驾驶员的情况下，直接对其进行处罚，对于自动驾驶汽车因果关系认定困难原因在于没有驾驶员，牵涉的责任主体又较多，只有对事故存在一

定因果关系的行为人才有可能让其承担刑事责任，对于自动驾驶汽车交通肇事的原因主要有以下三个方面：驾驶人的过失下未履行注意义务、自动驾驶系统指令或算法错误及自动驾驶汽车生产本身存在缺陷。另外，囿于目前技术限制原因，尚不具备检测自动驾驶汽车事故原因的技术，或许会导致因果关系无法确定，进而导致责任主体无法认定，难以进行刑事处理。

（四）现有刑罚措施无法有效规制

自动驾驶汽车运行主要在于其自动驾驶系统，而自动驾驶系统的核心在于算法设计。当自动驾驶汽车触犯交通肇事罪时传统的刑事刑罚设计明显不足，不足以排除其危险性。我国现有的刑罚体系包括主刑和附加刑，主刑为管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑及死刑。附加刑为罚金、剥夺政治权利、没收财产及驱逐出境。纵观这些措施。刑罚以痛苦为本质，没有痛苦的刑罚是达不到刑罚的效果，对于自动驾驶汽车而言，现有刑罚措施无法让其产生痛苦，有必要对其创设新的刑罚措施。

二、自动驾驶汽车行为刑事规制的必要性

虽然自动驾驶汽车不存在传统意义上的驾驶员，但是对其进行刑法规制仍然具有必要性。

（一）自动驾驶行为本身存在危险性

自动驾驶汽车也存在危险性，客观上能够危害他人民生命健康，存在违法性。罪责刑相适应是刑法上的原则，当自动驾驶汽车发生重大交通事故，致人重伤、死亡或者重大财产损失时，若无刑事处罚措施，则无法达到相应的效果，会引发社会的动荡，对于此类危害行为无法规制，则不公平。相较于有人的驾驶行为，二者的客观危害性没有区别，故应当予以规制。另外，交通肇事罪不仅关乎个人的生命、财产安全，还关涉公共安全，可以预料，自动驾驶汽车的增多势必会造成公共交通领域内的重大变革。对于自动驾驶汽车进行刑法规制可以促使自动驾驶汽车的有序发展，进而保障公共秩序的安全。

（二）保障智能驾驶技术合規有序发展

现在可以确认的是，科技的发展应当是为人类服务，而不是反人类，数字化时代，科技一旦被非法利用，则后果是非常严重的，法律的滞后性会导致其相当长一段时间无法进行规制，从而造成不可估算的损失。因此，规制自动驾驶汽车则有利于引导行业有序发展，更好地为人类服务，若不进行刑法规制则无震慑力，自动驾驶技术的违法发展会导致社会秩序的混乱，不可否认，行业标准制定是维护自动

驾驶汽车发展的重要手段,但刑法的规制对于自动驾驶汽车的无序发展也存在重大价值。自动驾驶汽车不只是方便人类生活,创造众多经济价值,也有可能因其固有风险危及到整个人类安全,盖因随着自动驾驶汽车的普及,必然会替代现有的车辆,而进入每个家庭,进而影响整个社会。因此,作为法律的最后一道防线,刑法的规制实有必要,须提前对自动驾驶汽车进行立法,促使企业有序合法生产车辆,使自动驾驶汽车符合安全标准,更好地便利及服务人类。

三、自动驾驶汽车主体资格之否定

对于自动驾驶汽车本身是否具有主体资格,有学者认为自动驾驶汽车虽然不具有生命,但是具有一定的自主意识,也可以进行一定的辨认及控制能力,满足刑事主体主观上的要件,可以进行刑罚处理¹⁹⁷。本文不予认同,认为自动驾驶汽车本身不具有刑法主体资格,理由如下。

(一) 在刑法规定中,只有自然人才具备刑事主体资格,单位也只有在特定的情况下才能成为刑事主体。而之所以这样规定,在于人类才是世界的主宰,其他生物只是人类的工具或者附庸。人类不可能承认另一物种与其并驾齐驱,就像猫或者狗一样,虽然其具有自主之意识,但是囿于人类设定的以人为中心的思想,不可能承认其主体地位。因此,从当下的人类情感来说,无法将自动驾驶汽车放到与人类同等地位,赋予其刑事主体资格。

(二) 刑法上的责任承担主体要求具备自由意志和危害行为,在危害行为这一点上,自动驾驶汽车与人为驾驶具有相同的社会危害性,无需赘言,但对于刑法上的主观层面要存在主观意识及主观意志。对于精神病人或者未成年人均由于无完全的意志自由而无法进行处罚,而自动驾驶汽车在现在仍不存在自主之意识。自动驾驶系统无自主意识,其工作原理是设计固定的算法、程序,并输入不同行驶环境的模拟图,自动驾驶汽车只是根据设计者的制造而行动,无自主之意识,无法完全摆脱人类活动控制。另外,自动驾驶系统无法真正理解交通肇事规范的含义,无法对于自身行为进行评价。自动驾驶系统对于刑事规范无法理解,在刑法理论上,不能辨认和控制行为能力的,不能进行刑事处罚¹⁹⁸。不会对刑罚产生畏惧感,现有刑罚对其无效,则无刑罚处罚必要性。

(三) 自动驾驶汽车不能类同于交通事故罪中规定的单位拟制。单位可以成

134 程龙:《自动驾驶车辆交通肇事的刑罚规制》,载《学术交流》2018年第四期,第81-82页。

135 刘祎铭:《自动驾驶时代交通肇事的刑法规制路径》,西部学刊2020年6月下半月刊(总第117期):第79页。

为刑事主体，在于其有自身决策机构，有自己的意志，也有独立的财产及刑罚措施能够用于单位惩罚，而自动驾驶汽车本身显然不具有上述条件。不可否认，当智能技术发展到一定阶段之时，不排除自动驾驶系统产生自主意识，到那时可以根据当时情况决定是否赋予其刑事主体地位。

四、自动驾驶汽车交通肇事刑事规制路径分析

自动驾驶汽车刑事规制首先要解决的是责任主体及承担何种责任问题，在明确自动驾驶汽车不能成为刑事责任承担主体的基础之上，本文认为可以从其他角度确立刑事承担主体，并确立因果关系认定原则及制定特殊的刑罚处罚方式等路径予以探讨。

（一）自动驾驶汽车交通肇事主体资格承担

1、设计者或生产者承担产品过失责任

产品过失责任，此责任承担义务来源于刑法上存在的监督过失，责任在于产品的生产者或者设计者对于其生产的产品存在一种保证其产品符合安全标准的义务。有学者认为自动驾驶汽车的生产者及设计者不应当承担产品过失责任，认为刑法上不能让任何人承担抽象判断的责任，生产者或者设计者不可能预料到自动驾驶汽车所能发生的各种事故，对于事故的发生也是不希望或者不是放任发生。¹⁹⁹

本文对于上述观点不予认同，认为生产者或者设计者应当承担一定的刑事责任，盖因其存在相应义务来源。生产者之所以要承担责任，在于其产品生产存在缺陷，其有义务生产符合生产标准的产品，保证使得其生产的产品能够服务于人类，而不是制造不被法允许的风险，且该生产缺陷若与事故发生具有直接的因果关系，存在主观过错就应当承担责任。需要明确的是，在现有法律体系下，若是自动驾驶汽车存在生产上的责任，对于生产者应以生产、销售不符合安全标准的产品罪进行规制。自动驾驶汽车设计者作为单位工作人员，之所以将其作为责任主体，主要在于其作用性重大，自动驾驶汽车运行的核心在于自动驾驶系统，而自动驾驶系统相当于设计人员的“孩子”，其负有保障“产品安全”的义务。由于其设计的算法存在缺陷，而导致事故的发生，且与设计缺陷存在直接的因果关系，从而致使自动驾驶系统存在危险性的情况下，应当承担刑事责任，至于其主观过错程度，需要依据具体情况分析。当然，该种保证义务应当有所限制，即在目前的科技手段客观

136 周铭川：《论自动驾驶汽车交通肇事的刑事责任》，载《上海交通大学学报》（哲学社会科学版）2019年2月第27卷（总125期）：第41-42页。

上无法消除这种危险的情况下，就不能追究生产者或者设计者的刑事责任。当前尚无具体的自动驾驶汽车安全生产标准，相信随着自动驾驶技术的不断发展，相应的标准会不断地予以公布。

2、所有者及使用者承担的监督过失责任

最高人民法院 2000 年 11 月 10 日《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定有单位主管人员、机动车辆所有人或者车辆承包人指使、强令他人违章驾驶造成重大交通事故的，以交通肇事罪进行处罚。该规定奠定了交通肇事罪监督过失义务的法律依据。自动驾驶车辆的所有人或者使用者承担的义务与之等同，可以认定其承担监督过失责任，即车辆所有者或者使用者对于车辆具有保证其能安全行驶的保证义务。作为车辆的所有人或者使用者有责任对车辆进行监督管理，避免危险事故的发生，若所有人或者使用人已经充分履行了注意义务及保养维修义务，由于车辆自身的设计或生产缺陷所导致的交通肇事行为，不应当追究所有人或者使用人的责任，盖因其无主观故意。另外，所有者或者使用者违反一般的检查或者维修义务尚不能成为刑事上的注意义务，只有故意或者重大过失未按照操作规范使用自动驾驶汽车且与事故的发生具有直接且重要的因果关系时，才能进行归责，且该注意义务一般是要依据习惯或者生活经验进行判断，对于所有人或者使用人的注意义务标准不宜过于苛刻。

（二）因果关系认定可采取客观归责理论

在有人工驾驶的交通肇事行为中，交警在事故认定书中，只是针对驾驶员行为判断是否存在喝酒、驾驶速度等因素，有无违反交通安全规则，而不会考虑车辆设计方、制造者或者所有人。但是由于自动驾驶汽车不存在驾驶人，因此需要通过其他途径寻找责任承担者，而因果关系的认定则显得尤为重要，需要明确认定车辆进行违法行驶的原因，也就是查明车辆的何种关联方对车辆行为进行责任承担。

关于因果关系的认定，存在众多学说，有影响力的有以下五种。1. 必然因果关系说，该说为我国的传统理论，认为当危害行为中包含着危害结果产生的根据，并合乎规律地产生了危害结果时，危害行为与危害结果之间就是必然因果关系。²⁰⁰2. 偶然因果关系说，该说认为危害行为并不包含产生危害结果的根据，但在其发展的过程中介入了其他因素，危害行为与危害结果就是偶然因果关系，介入因素与危害

137 苏惠渔：《刑法学》（第六版），《中国政法大学出版社》2016 年出版：第 77 页。

结果之间就是必然因果关系。²⁰¹3. 条件说，该说从自然的物理观念上理解因果关系，将一切对结果产生起了不可缺少作用的因素都看成结果产生的原因。²⁰²4. 相当因果关系说，该说以条件说为基础，但避免了条件说过于宽泛认定因果关系的弊端，主张按照人们日常生活上的经验，存在着基于这个行为一般就会发生该结果的这种相当的关系时，就认为有刑法中的因果关系。²⁰³5. 客观归责理论。该说同样以条件说为基础，将行为对结果的危险判断定位为“创制危险关系”，意图将所发生的结果是不是能够归属于该行为予以类型化。同时认为现代社会是一个风险社会，许多危险行为由于极大促进社会的进步，为社会所接受，故只能将结果归责于制造了不为社会所容许的行为，其一般包括三个层次的内容：一是，行为制造了不被允许的危险；二是，行为实现了不被允许的危险；三是，结果没有超出构成要件的保护范围²⁰⁴。

本文认为对于自动驾驶汽车刑事案件中的因果关系认定可以采用客观归责理论。条件说对于因果认定太过于宽泛，有违罪刑相适应原则。相当因果关系说依赖于社会上的经验法则，标准具有模糊及不确定性，主观随意性较强。必然或者偶然因果关系说，二者只是进行事实判断，缺乏规范判断。客观归责理论既避免了采用相当因果关系说和条件的不确定性，又避免了必然或者偶然说缺乏的规范判断，具有一定合理性。在客观归责下认定自动驾驶汽车因果关系，可以增加认定的确定性，还能够限定处罚范围。在自动驾驶汽车的因果关系的认定的主要依据在于确定事故发生的原因，即由于什么样的因素导致事故的发生，而由于这类事故在以后肯定会牵扯到鉴定问题，需要专门的技术检测认定。因此，鉴于目前尚无自动驾驶汽车事故原因相关的检测机构，未来应当成立相关的检测机构，否则无法确定事故原因，则无法锁定责任承担主体。在确定事故发生原因的基础之上，根据客观归责理论确定责任承担主体。譬如，若是由于汽车生产缺陷导致的事故发生，则可以将责任主体限定到车辆生产者或者设计者，然后根据具体的缺陷进一步确定责任主体。另外，当交通肇事的发生系由多种因素共同导致时，也就是刑法上的重叠因果关系，²⁰⁵根据我国共犯理论，共同犯罪是共同故意犯罪，共同过失行为不能构成共同犯罪，但是可以肯定多因素对于结果的发生均存在刑法上的因果关系，在无法查明具体事故

138 苏惠渔：《刑法学》（第六版），《中国政法大学出版社》2016年出版：第78页。

139 钱叶六：刑法因果关系理论的重要发展与立场选择，载《中国刑事法杂志》2022年第4期：第95—96页。

140 侯国云：刑法因果关系新论，广西人民出版社2001年版，第306页。

141 张明楷：刑法学（第五版），法律出版社2016年第5版，第178—179页。

142 张明楷：刑法学（第五版），《法律出版社》2016年版：第187页。

原因时，应当进行存疑有利于被告原则，以未遂犯罪形态进行处理。

（三）特殊刑罚措施构建

自动驾驶汽车不具有自然人身体上的疼痛感，当前刑罚措施明显不足以抑制其犯罪，因此，应当针对其特点，制定特殊的刑罚措施，而达到刑罚的效果。本文认为对于自动驾驶系统的缺陷，可以对其进行算法修改完善，若因科技水平限制无法弥补该技术缺陷的，则应当进行停产、召回等措施，避免危险的扩大。因此，对于自动驾驶汽车的特殊性刑罚方式，本文认为可以对于自动驾驶汽车设置算法修改，车辆生产者对于缺陷车辆进行停产、整改、召回等特殊的刑罚措施，从而实现刑罚的目的。

结语

为了应对自动驾驶汽车的问题，应当早日规范立法，使得自动驾驶汽车的相关行为得到明确规制，做到有法可依，不再执着于不适合。可以说，技术的发展是一把双刃剑，便利人们生活的同时，产生新的社会风险，需要予以合理引导，源头规制，使其服务于人类社会。自动驾驶时代终究会到来，法学理论应当具有前瞻性，以备未来立法之需要。