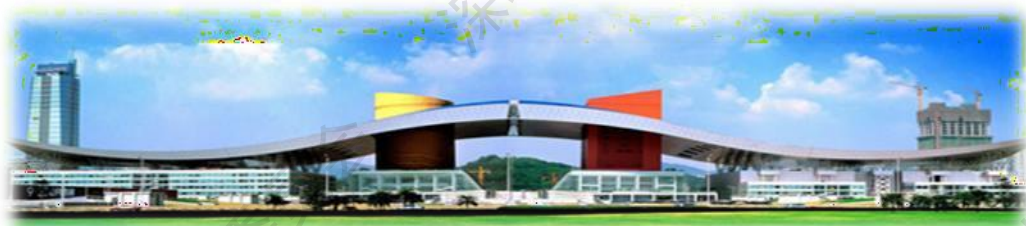




深圳律师



# 民事诉讼法律资讯

2024年4月号 总第27期

深圳市律师协会民事诉讼法律专业委员会编制

## 目录

司法动态	1
《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（二） （征求意见稿）》向社会公开征求意见的公告	1
最高人民法院关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示” 工作的意见（法〔2024〕74号）	7
最高人民法院发布依法惩治危害公共安全犯罪典型案例	14
最高人民检察院发布民事检察促进民营经济发展壮大典型案例	24
资讯研究	54
法答网精选答问（第四批）	54
法工委经济法室副主任王翔：新《公司法》时代背景与内容解读	59
李宗诚：执行回转制度的厘清与重构——以《强制执行法（草案）》为视角	78
《民法典合同编通则解释》司法适用若干问题探讨——《法律适用》专题学 习交流会会议综述	80
新公司法下公司对外担保实务问答	97
案例研究	122
异质人工授精，孩子是不是“亲生”？	122
老人失去儿子，隔代探望遭拒，法院判了！	124
公司要求员工转发微信朋友圈，发还是不发？	126
“私家侦探”跟踪、偷拍、蹲点？法院判了！	130
专业委员会简介	134
深圳市律师协会民事诉讼法律专业委员会	134
组成成员	134

## 司法动态

### 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（二）（征求意见稿）》向社会公开征求意见的公告

为正确贯彻实施《中华人民共和国民法典》，统一法律适用，依法保护妇女、未成年人、老年人的合法权益，维护婚姻家庭和谐稳定，推动家庭家教家风建设，本院结合审判实践起草了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（二）（征求意见稿）》。为广泛听取社会各界意见，更好回应人民群众关切，现向社会公开征求意见。欢迎社会各界提出宝贵意见，请在提出意见建议时说明具体理由。书面意见可寄往北京市东城区东交民巷27号，最高人民法院民事审判第一庭张灵若，邮编100745；电子邮件请发送至电子邮箱[zgfmtylaw@163.com](mailto:zgfmtylaw@163.com)，本次征求意见截止日期为2024年4月30日。

特此公告。

中华人民共和国最高人民法院

二〇二四年四月七日

### 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》婚姻家庭编的解释（二）

#### （征求意见稿）

为正确审理婚姻家庭纠纷案件，根据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国民事诉讼法》等相关法律规定，结合审判实践，制定本解释。

#### 第一条【重婚原则上不适用效力补正】

以重婚为由请求确认婚姻无效的案件中，被告以提起诉讼时合法婚姻当事人已经离婚或者配偶已经死亡为由主张后一婚姻自此转为有效的，人民法院对该抗辩主张不予支持，但另一方有理由相信重婚一方的合法婚姻已经解除或者不存在婚姻的除外。

#### 第二条【对当事人主张“假离婚”的处理】

夫妻登记离婚后，一方以双方意思表示虚假为由请求确认离婚无效的，人民法院不予支持。一方有证据证明双方意思表示虚假，请求确认离婚协议中有关财产及债务处理条款无效，并主张重新分割夫妻共同财产的，人民法院应依法予以

支持。

夫妻一方的债权人以有证据证明离婚协议中有关财产及债务处理条款存在民法典第五百三十八条、第五百三十九条规定情形，请求撤销相关条款的，人民法院应依法予以支持。

### **第三条【同居析产纠纷的处理】**

双方均无配偶的同居关系析产纠纷案件中，对同居生活期间取得的财产，双方无协议约定且协商不成的，人民法院按以下情形分别处理：

（一）同居期间各自所得的工资、奖金、劳务报酬、知识产权收益，各自继承或者受赠的财产以及一方单独生产、经营、投资的收益等归各自所有；

（二）双方共同出资购置的财产或者共同生产、经营、投资的收益以及其他已经混同无法区分的财产，根据财产的具体情况，并综合考虑各自出资比例、贡献大小等事实，按照照顾子女、女方和无过错方权益的原则进行分割。

同居生活期间，一方因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务而请求另一方给予补偿，双方对此无协议约定且协商不成的，人民法院可以根据同居生活时间、负担相应义务投入的精力及对双方的影响、同居析产情况、双方经济状况以及给付方负担能力、当地收入水平等事实，确定补偿数额。

### **第四条【基于婚姻赠与房屋的处理】**

婚前或者婚姻关系存续期间，一方将其所有的房屋变更登记至对方名下或者双方名下，离婚诉讼中，该方请求对方返还的，人民法院应当根据当事人请求，结合赠与房产目的，综合考虑婚姻关系存续时间、离婚过错、双方经济情况等事实，判决该房屋归一方所有，并参考房屋市场价格由获得房屋一方对另一方予以适当补偿，但双方有特别约定的除外。

前款规定情形下，赠与人有证据证明受赠人存在欺诈、胁迫或者民法典第六百六十三条规定等情形，请求撤销该约定的，人民法院应依法予以支持。

### **第五条【未成年人及夫妻一方直播打赏款项的处理】**

不满八周岁的未成年人通过网络直播平台实施打赏行为，其法定代理人主张该民事法律行为无效，请求返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

八周岁以上不满十六周岁或者十六周岁以上不能以自己的劳动收入为主要生活来源的未成年人未经法定代理人同意，通过网络直播平台实施与其年龄、智力和精神健康状况不相适应的打赏行为，法定代理人不予追认并主张该民事法律行为

无效，请求网络直播平台返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方通过网络直播平台实施打赏行为，有证据证明直播内容含有淫秽、色情等低俗信息引诱用户打赏，另一方主张该民事法律行为无效，请求网络直播平台返还已打赏款项的，人民法院应依法予以支持。

夫妻一方未经另一方同意，明显超出家庭一般消费水平打赏，严重损害夫妻共同财产利益，另一方以对方存在挥霍夫妻共同财产为由，请求在婚姻关系存续期间分割共同财产的，或者在离婚分割夫妻共同财产时对打赏一方少分或者不分的，人民法院应依法予以支持。

#### **第六条【违反公序良俗的赠与】**

夫妻一方因重婚、与他人同居等违背公序良俗情形，将夫妻共同财产赠与或者以明显不合理低价转让他人，另一方主张合同无效请求返还的，人民法院应依法予以支持。

#### **第七条【父母在子女婚后为其购房出资的认定】**

婚姻关系存续期间，一方父母全额出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，人民法院可以判决该房屋归出资人子女一方所有，并综合考虑共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋价值等事实，由获得房屋一方对另一方予以适当补偿。

婚姻关系存续期间，双方父母出资或者一方父母部分出资为夫妻购置房屋，没有约定或者约定不明的，离婚分割夫妻共同财产时，双方均主张房屋所有权且一方不同意竞价取得的，人民法院可以根据出资来源及比例、共同生活及孕育情况、离婚过错、房屋产权登记情况等事实，判决房屋归一方所有，并由获得房屋一方对另一方折价补偿。

#### **第八条【夫妻一方转让自己名下有限责任公司股权的效力】**

夫妻一方转让登记在自己名下的有限责任公司股权，另一方以未经其同意侵犯夫妻共同财产权为由请求确认转让合同无效的，人民法院不予支持，但有证据证明转让人与受让人恶意串通损害另一方合法权益的除外。

#### **第九条【企业登记的持股比例不是夫妻财产约定】**

夫妻以共同财产投资有限责任公司，并均登记为股东，双方对该部分共同财产的归属没有约定或者约定不明，离婚时，一方请求按照企业登记的持股比例分割的，人民法院不予支持，并依照民法典第一千零八十七条规定处理。

#### **第十条【夫妻一方放弃继承的效力】**

夫妻一方以对方可继承的财产为夫妻共同财产、放弃继承损害夫妻共同财产利益为由主张对方放弃继承无效的，人民法院不予支持，但有证据证明放弃继承导致放弃一方不能履行法定义务的除外。

#### **第十一条【人身安全保护令或人格权行为禁令可适用抢夺、藏匿未成年子女情形】**

父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女，另一方向人民法院申请人身安全保护令或者参照民法典第九百九十七条的规定申请采取责令行为人停止有关行为的措施的，人民法院应依法予以支持。

#### **第十二条【抢夺、藏匿未成年子女的民事责任及抗辩事由处理】**

父母一方或者其近亲属等抢夺、藏匿未成年子女，另一方以履行监护职责产生的权利受到侵害为由，请求行为人承担停止侵害、排除妨碍、赔偿损失等民事责任的，人民法院应依法予以支持。

抢夺、藏匿子女一方以对方存在赌博、吸毒、家庭暴力等严重侵害未成年子女身心健康情形，主张其抢夺、藏匿子女有合法理由的，人民法院应当告知其可通过申请撤销监护权、中止探望或者变更抚养关系等途径解决。

#### **第十三条【优先由另一方直接抚养的情形】**

离婚诉讼中，父母双方均要求直接抚养已满两周岁的未成年子女，一方有下列情形之一的，人民法院应当按照最有利于未成年子女的原则，优先考虑由另一方直接抚养：

- (一) 实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；
- (二) 有赌博、吸毒等恶习；
- (三) 其他严重损害未成年子女权益的情形。

#### **第十四条【处分未成年子女名下房产的效力】**

父母以法定代理人身份处分用夫妻共同财产购买并登记在未成年子女名下的房产后，又以该处分行为损害未成年子女利益为由向合同相对人主张合同无效的，人民法院不予支持。

#### **第十五条【不负担抚养费约定的效力】**

离婚协议中约定一方直接抚养未成年子女、另一方不负担抚养费，离婚后，直接抚养子女一方经济状况发生变化导致原生活水平显著降低或者子女生活、教

育、医疗等必要合理费用确有显著增加，未成年子女起诉请求另一方支付抚养费的，人民法院应依法予以支持。

#### **第十六条【子女成年后欠付抚养费的处理】**

能够独立生活的成年子女请求父或者母给付其未成年或者不能独立生活期间抚养费的，人民法院不予支持。

离婚协议已对未成年子女或者不能独立生活的成年子女的抚养费明确约定或者不直接抚养子女一方通过其他方式承诺给付抚养费，离婚后，不直接抚养子女一方未按照约定或者承诺履行给付义务，如果子女尚未成年或者仍不能独立生活，子女起诉请求其支付欠付抚养费的，人民法院应依法予以支持；如果子女已经成年并能够独立生活，直接抚养子女一方起诉请求对方支付欠付抚养费的，人民法院应依法予以支持。

#### **第十七条【“受其抚养教育”的认定】**

对民法典第一千零七十二条中继子女受继父或者继母抚养教育的事实，人民法院应当综合考虑共同生活时间长短、继父母是否承担抚养费、是否实际进行生活上的照顾抚育等因素予以认定。

#### **第十八条【离婚协议约定财产给予子女】**

离婚协议约定将特定财产给予子女，离婚后，一方在财产权利转移之前请求撤销该约定的，人民法院不予支持，但另一方同意的除外。

一方不履行前款离婚协议约定的义务，另一方请求其承担继续履行或者因无法履行而赔偿损失等民事责任的，人民法院应依法予以支持。

离婚协议约定将特定财产给予子女，离婚后，一方有证据证明签订离婚协议时存在欺诈、胁迫等情形，请求撤销离婚协议中相关条款的，人民法院应依法予以支持。

#### **第十九条【离婚经济补偿的认定和处理】**

离婚时，因抚育子女、照料老年人、协助另一方工作等负担较多义务的夫妻一方请求另一方给予补偿的，人民法院应当根据婚姻关系存续时间、负担相应义务投入的精力及对双方的影响、对家庭所做贡献程度、双方离婚时经济状况以及给付方负担能力、当地收入水平等事实，确定补偿数额。

#### **第二十条【离婚经济帮助的处理】**

离婚时，夫妻一方依靠个人财产和离婚时分得的财产仍无法维持当地基本生

活水平，请求有负担能力的另一方给予适当帮助的，人民法院应依法予以支持。一方因经济困难无房居住的，人民法院可以根据当事人请求，判决有负担能力的另一方采用下列方式予以帮助：

- （一）一定期限的房屋无偿使用权；
- （二）适当数额的房屋租金；
- （三）通过判决设立一定期限的居住权；
- （四）其他符合实际的方式。

#### 第二十一条【附则】

本解释自2024年 月 日起施行。

民法典施行后的法律事实引起的民事案件，本解释施行后尚未终审的，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解释。



## 司法动态

### 最高人民法院关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的意见（法〔2024〕74号）

#### 最高人民法院关于在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作的意见

为深入贯彻落实习近平法治思想，全面贯彻落实习近平总书记关于少年儿童工作重要指示批示精神，坚持依法能动履职，做深做实为人民司法，强化诉源治理，切实维护未成年人合法权益，根据《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国未成年人保护法》、《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》、《中华人民共和国家庭教育促进法》等法律规定，结合人民法院工作实际，制定本意见。

#### 一、充分认识“关爱未成年人提示”工作的重大意义

1. 融合贯通涉未成年人民事、行政、刑事审判职能，全面加强未成年人司法保护，是人民法院的重要职责。在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作，对影响未成年人身心健康行为进行早期预防，将防治未成年人犯罪工作关口前移，是人民法院认真贯彻落实习近平法治思想、深入践行以人民为中心发展思想的必然要求，是坚持能动履职、强化诉源治理、加强未成年人犯罪预防工作的重要举措。

2. 推动司法保护与家庭保护、学校保护、社会保护、网络保护和政府保护有机衔接，推动全社会形成关心关爱未成年人的良好氛围，是贯彻落实最有利于未成年人原则的必然要求。在涉及未成年子女的离婚案件中开展“关爱未成年人提示”工作，对于督导父母当好合格家长，避免离婚纠纷对未成年人产生不利影响，促进未成年人身心健康具有重要意义。

#### 二、明确目标任务

3. 引导离婚案件当事人正确处理婚姻自由与维护家庭稳定的关系，关心、关爱未成年子女，关注未成年子女健康成长的精神和物质需求。

4. 引导离婚案件当事人提升责任意识，依法履行监护职责，充分保护未成年子女合法权益，在离婚案件中以保障未成年子女健康成长为目的，妥善处理抚养、

探望、财产等相关事宜。

5. 预防未成年人犯罪，最大限度防止漠视甚至侵害未成年人合法权益、伤害未成年人身心健康情形的发生，消除引发未成年人违法犯罪的各种消极因素，防患于未然。

6. 促进未成年人身心健康，为未成年人健康成长创造良好、和睦、文明的家庭环境，推动形成关心关爱未成年人的良好社会氛围。

### 三、把握工作原则

7. 坚持最有利于未成年人原则。在每一起涉及未成年人的案件中，充分尊重未成年人的人格尊严，适应未成年人身心发展的规律和特点，将特殊、优先、全面保护理念贯穿在案件办理及案后延伸工作的全过程。

8. 坚持德法共治原则。在涉及未成年子女离婚案件中，牢固树立新时代中国特色社会主义司法理念，大力弘扬社会主义核心价值观，注重对未成年子女人格、情感、安全利益的保护，保障未成年子女健康成长。

9. 坚持问题导向原则。立足于预防和解决司法实践暴露出的部分离婚案件当事人怠于关心、关爱未成年子女，漠视、侵害未成年子女合法权益，导致未成年子女身心受到伤害或者违法犯罪等问题，认真部署、推进工作。

10. 坚持能动履职原则。强化诉源治理，深挖未成年人犯罪及未成年人权益被侵害案件成因，溯源而治，将预防和矫治工作向前延伸，推进司法保护与其他五大保护融合发力。

11. 坚持因案制宜原则。根据案件实际情况，以当事人听得懂、能接受的语言，以便捷的方式、方法，有针对性地开展工作，讲清楚法律、道理，讲明白利害、后果，实事求是，务求实效，推进案件政治效果、法律效果、社会效果相统一。

### 四、突出工作重点

12. 开展“关爱未成年人提示”工作，应当依据民法典和相关法律规定，依托真实案例向离婚案件当事人提示和强调下列内容：

(1) 父母对未成年子女有法定的抚养、教育、保护的义务，应当依法履行监护职责，否则应当承担法律责任；

(2) 缺失父母的关心关爱，未成年子女身心健康会受到影响，严重时可能遭受侵害或者走上违法犯罪道路；

(3) 解除婚姻关系应当谨慎。即使解除婚姻关系，也应当关注未成年子女心理健康和情感需求，听取有表达意愿能力未成年子女的意见，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜；

(4) 父母任何一方均不得违背最有利于未成年人原则，以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权，否则可能承担不利后果；情节严重的，人民法院可予以罚款、拘留，构成犯罪的，还将依法追究刑事责任；

(5) 离婚后，父母对子女仍有抚养、教育、保护的义务。父母双方均应全面履行生效法律文书确定的支付抚养费、配合对方行使探望权等义务，相互协商配合，切实维护未成年子女合法权益。未成年子女造成他人损害的，父母双方应当依照民法典相关规定共同承担侵权责任。

13. 所选案例既可以体现当事人妥善处理离婚事宜后对未成年子女健康成长的积极效果，也可以揭示离婚后家庭关爱缺失、教育不到位对未成年子女产生的消极后果，以及阐释当事人未履行抚养、教育、保护义务应承担的法律责任等。

## 五、灵活开展工作

14. 各地人民法院可以根据实际情况，确定“提示”内容。以线上、线下等多种途径，通过口头告知、现场提示阅读、播放视频、制发“提示卡”或“提示手册”等多种形式，在立案、诉前调解、审理、执行等各阶段开展“关爱未成年人提示”工作。必要时可以结合家庭教育指导工作进行。

15. 在抚养纠纷、探望权纠纷、监护权纠纷、同居关系纠纷等涉及未成年子女的案件中，也可以参照离婚案件，开展“关爱未成年人提示”工作。

16. 上级人民法院应当加强对下指导，强化沟通协调和工作宣传，推动辖区工作深入开展，确保将最有利于未成年人原则和关爱未成年人精神贯彻落实到相关工作中。

附件：“关爱未成年人提示”模板

最高人民法院  
2024年4月10日

附件

### “关爱未成年人提示”模板

父母是未成年子女的依靠。一方面，父母有抚养、教育、保护未成年子女的

法定义务，不依法履行义务的，将承担法律责任；另一方面，父母是子女之源，舐犊情深，亲慈恩重。父母的抚育和关爱，直接关系到未成年子女的身心健康。

1. 父母因离婚产生纠纷，子女将面临心理上、生活上的巨大变化。夫妻之间一时产生矛盾，不等同于感情确已破裂。婚姻需要经营，感情可以修复，子女的健康成长是父母的期待，也是社会的希望！请三思而后行。

2. 即使要离婚，也请保持平静和理性。子女不应成为父母发泄、转移负面情绪的对象。在离婚过程中，请一定要关注子女的心理健康、情感需求，注重心理疏导，听取他们的意见，妥善处理抚养、探望、财产等相关事宜。

3. 如果父母不能给予足够的关心、关爱、陪护和疏导，未成年子女的身心健康会受到伤害，成长可能受到影响，严重时甚至走上违法犯罪道路或者遭受不法侵害。

4. 父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，父母双方对于子女仍有抚养、教育、保护的权利和义务，直接抚养一方应当妥善抚养，不得作出不利于子女身心健康的行为，否则另一方有权请求变更抚养关系；不直接抚养的一方应当积极通过见面、书信、网络等方式关心子女的生活、学习、心理状况，并依法负担相应的抚养费，否则另一方有权申请人民法院强制执行。

5. 未成年子女需要父母的关爱，离婚后，双方应当妥善处理对子女的探望事宜。不直接抚养的一方应当依照协议、人民法院判决或者调解确定的时间和方式，在不影响未成年子女学习、生活的情况下探望未成年子女，另一方应当予以协助。

6. 父母任何一方均不得违背最有利于未成年人原则，以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权或者阻止对方探望，否则在确定、变更抚养关系等方面可能面临不利后果。任何一方拒不履行人民法院生效判决的，人民法院可以予以罚款、拘留，对构成犯罪的，还将依法追究刑事责任。

7. 父母应当依法履行对子女的监护职责，该职责不因离婚而免除。父母存在遗弃、虐待、家庭暴力等不履行监护职责或者侵害子女合法权益情形的，不仅可能承担被撤销监护人资格等民事责任，构成犯罪的，还将被依法追究刑事责任。未成年子女造成他人损害的，父母应当依照民法典相关规定共同承担侵权责任。

寸草春晖，血浓于水！父母应当肩负起对未成年子女抚养、教育、保护的法定义务。无论婚姻如何变化，都应当一如既往，尽心尽力，携手给未成年子女创造良好的生活成长环境，给予未成年子女最温暖的爱！

## 相关法律

### 《中华人民共和国民法典》

第二十六条 父母对未成年子女负有抚养、教育和保护的义务。

第一千零六十八条 父母有教育、保护未成年子女的权利和义务。未成年子女造成他人损害的，父母应当依法承担民事责任。

第一千零八十四条 父母与子女间的关系，不因父母离婚而消除。离婚后，子女无论由父或者母直接抚养，仍是父母双方的子女。

第一千零八十六条 离婚后，不直接抚养子女的父或者母，有探望子女的权利，另一方有协助的义务。

### 《中华人民共和国未成年人保护法》

第十五条 未成年人的父母或者其他监护人应当学习家庭教育知识，接受家庭教育指导，创造良好、和睦、文明的家庭环境。

第十六条 未成年人的父母或者其他监护人应当履行下列监护职责：

- (一) 为未成年人提供生活、健康、安全等方面的保障；
- (二) 关注未成年人的生理、心理状况和情感需求；
- (三) 教育和引导未成年人遵纪守法、勤俭节约，养成良好的思想品德和行为习惯；
- (四) 对未成年人进行安全教育，提高未成年人的自我保护意识和能力；
- (五) 尊重未成年人受教育的权利，保障适龄未成年人依法接受并完成义务教育；
- (六) 保障未成年人休息、娱乐和体育锻炼的时间，引导未成年人进行有益身心健康的活动；

(七) 妥善管理和保护未成年人的财产；

(八) 依法代理未成年人实施民事法律行为；

(九) 预防和制止未成年人的不良行为和违法犯罪行为，并进行合理管教；

(十) 其他应当履行的监护职责。

第十七条 未成年人的父母或者其他监护人不得实施下列行为：

(一) 虐待、遗弃、非法送养未成年人或者对未成年人实施家庭暴力；

(二) 放任、教唆或者利用未成年人实施违法犯罪行为；

(三) 放任、唆使未成年人参与邪教、迷信活动或者接受恐怖主义、分裂主

义、极端主义等侵害；

（四）放任、唆使未成年人吸烟（含电子烟，下同）、饮酒、赌博、流浪乞讨或者欺凌他人；

（五）放任或者迫使应当接受义务教育的未成年人失学、辍学；

（六）放任未成年人沉迷网络，接触危害或者可能影响其身心健康的图书、报刊、电影、广播电视节目、音像制品、电子出版物和网络信息等；

（七）放任未成年人进入营业性娱乐场所、酒吧、互联网上网服务营业场所等不适宜未成年人活动的场所；

（八）允许或者迫使未成年人从事国家规定以外的劳动；

（九）允许、迫使未成年人结婚或者为未成年人订立婚约；

（十）违法处分、侵吞未成年人的财产或者利用未成年人牟取不正当利益；

（十一）其他侵犯未成年人身心健康、财产权益或者不依法履行未成年人保护义务的行为。

第十九条 未成年人的父母或者其他监护人应当根据未成年人的年龄和智力发展状况，在作出与未成年人权益有关的决定前，听取未成年人的意见，充分考虑其真实意愿。

第二十四条 未成年人的父母离婚时，应当妥善处理未成年子女的抚养、教育、探望、财产等事宜，听取有表达意愿能力未成年人的意见。不得以抢夺、藏匿未成年子女等方式争夺抚养权。

未成年人的父母离婚后，不直接抚养未成年子女的一方应当依照协议、人民法院判决或者调解确定的时间和方式，在不影响未成年人学习、生活的情况下探望未成年子女，直接抚养的一方应当配合，但被人民法院依法中止探望权的除外。

### 《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》

第十六条 未成年人的父母或者其他监护人对未成年人的预防犯罪教育负有直接责任，应当依法履行监护职责，树立优良家风，培养未成年人良好品行；发现未成年人心理或者行为异常的，应当及时了解情况并进行教育、引导和劝诫，不得拒绝或者怠于履行监护职责。

### 《中华人民共和国家庭教育促进法》

第十四条 父母或者其他监护人应当树立家庭是第一个课堂、家长是第一任老师的责任意识，承担对未成年人实施家庭教育的主体责任，用正确思想、方法

和行为教育未成年人养成良好思想、品行和习惯。

第二十条 未成年人的父母分居或者离异的，应当相互配合履行家庭教育责任，任何一方不得拒绝或者怠于履行；除法律另有规定外，不得阻碍另一方实施家庭教育。

第二十三条 未成年人的父母或者其他监护人不得因性别、身体状况、智力等歧视未成年人，不得实施家庭暴力，不得胁迫、引诱、教唆、纵容、利用未成年人从事违反法律法规和社会公德的活动。

## 司法动态

### 最高人民法院发布依法惩治危害公共安全犯罪典型案例

公共安全事关人民安居乐业、社会安定有序、国家长治久安。为进一步发挥司法裁判的规则引领和价值导向作用，最高人民法院4月2日发布5个依法惩治危害公共安全犯罪典型案例。

此次发布的5个典型案例，有效回应了实践中存在的危害公共安全刑事案件法律适用、刑事政策把握方面存在的问题。其中，案例一“李某晨以危险方法危害公共安全案”涉及以危险方法危害公共安全罪的认定问题，明确了高空抛物行为构成以危险方法危害公共安全罪的认定标准；案例二“王某岗破坏易燃易爆设备案”明确破坏正在使用的油气设备盗窃油气导致发生火灾的构成破坏易燃易爆设备罪，同时构成盗窃罪的应择一重罪处罚；案例三“刘某魁、孙某梅非法买卖枪支案”明确审理涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件不能唯枪支数量论，需要综合考虑包括枪口比动能等在内的案件各方面情节，合理确定行为人的刑事责任，确保罪责刑相适应；案例四“祁某华重大责任事故案”涉及近年来发生的一起重大建筑物坍塌事故，明确对于引发生产安全事故起最关键作用的首要责任人要坚持依法从严惩处，满足人民群众对公平正义的心理期待；案例五“吴某波危险作业案”明确了《中华人民共和国刑法修正案（十一）》增设的危险作业罪这一新罪名的定罪标准，有利于司法实践中准确适用该罪名有效惩治严重违法生产经营行为，推动公共安全治理模式向事前预防转型。

最高人民法院相关负责人表示，危害公共安全犯罪涉及行业领域广泛，人民群众关注度高，司法实践中存在的问题较多，各级人民法院要不断加强对相关问题的调查研究和归纳总结，正确理解、准确适用法律，确保相关案件特别是影响重大案件得到依法妥善处理；坚持“抓前端、治未病”，依法履行好司法建议职责，针对审判实践中发现的基层社会治理和风险控制、危险物品管理管控、市场主体生产经营安全管理和负有安全生产监督管理职责的部门开展监管执法活动等方面存在的普遍性、趋势性问题，积极及时有针对性地提出司法建议，督促有关部门堵塞漏洞、改进工作，及时消除安全风险隐患，防范化解重大风险。（记者 乔文心）



## 依法惩治危害公共安全犯罪典型案例

### 案例1

#### 李某晨以危险方法危害公共安全案

#### ——故意从高空向公共场所连续抛掷酒瓶和玻璃杯致人重伤构成以危险方法危害公共安全罪

##### （一）基本案情

2017年5月18日14时许，被告人李某晨受老乡的邀请，到重庆市沙坪坝区某小区21楼房屋内饮酒，该房屋客厅阳台外系重庆市某中学的操场。当日18时许，李某晨因心情不好，故意将一个空啤酒瓶从客厅阳台丢到楼下操场上，啤酒瓶掉落到学校操场上后破碎，碎片反弹到正在学校操场上锻炼的一名学生的后背上。数分钟后，李某晨又将一个带手柄玻璃杯从客厅阳台丢到楼下操场上，玻璃杯砸中正在学校操场上锻炼的学生叶某某（被害人，13岁）头部，致叶某某头部严重受伤，构成重伤二级。

##### （二）裁判结果

重庆市沙坪坝区人民法院审理认为，被告人李某晨从建筑物高层上先后将空啤酒瓶、玻璃杯扔向学校操场，危险性与刑法规定的放火、决水、爆炸、投放危险物质等行为相当，可能危害不特定人员的生命、健康以及公私财产安全，并实际造成了1人重伤的严重后果。李某晨明知从21楼高层住房高空抛物是一种危险行为，且在抛掷啤酒瓶时已经看见楼下系学校操场、有学生正在操场上锻炼，为发泄情绪不计后果将空啤酒瓶和玻璃杯扔下，造成被害人重伤的严重后果，主观上具有故意心态，行为客观上存在造成更加严重危害后果的可能性，符合以危险方法危害公共安全罪的构成要件。李某晨归案后坦白认罪，可以从轻处罚。据此，于2018年2月1日作出判决，以以危险方法危害公共安全罪判处被告人李某晨有期徒刑十年。一审宣判后，李某晨提出上诉。重庆市第一中级人民法院于同年5月4日作出裁定，驳回上诉，维持原判。

##### （三）典型意义

对于高空抛物行为，应当根据行为人的主观动机、抛物场所、抛物的具体情况以及造成的危害后果等因素，全面考量行为的社会危害程度，准确判断行为性

质，正确适用罪名，准确裁量刑罚。根据刑法第291条之二第1款的规定，从建筑物或者其他高空抛掷物品，情节严重的，构成高空抛物罪。该条第2款还规定，有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。实践中存在的绝大多数高空抛掷物品行为，虽然存在危害公共安全的可能性，但一般情况下不具有现实的危险性，且并未造成实际危害后果，有的虽然造成了财产损失等一定的危害后果，但后果并不严重，以高空抛物罪定罪处罚更加符合罪责刑相适应原则。但是，在个别情况下，行为人故意从建筑物或者其他高空向道路、广场、居民区等公共场所连续抛掷重物、刀具等物品，危害公共安全，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失，此类行为已经对公共安全造成实际危害，应当依照刑法第291条之二第2款和第115条第1款的规定，以危险方法危害公共安全罪定罪处罚。人民法院要始终坚持对放火、决水、爆炸、投放危险物质、以危险方法危害公共安全犯罪依法从严惩处总体原则，充分考虑行为人的行为性质、侵害对象、危害后果、主观恶性和人身危险性等各方面因素，准确认定刑事责任。

## 案例2

### 王某岗破坏易燃易爆设备案

#### ——破坏正在使用的油气设备盗窃油气导致发生火灾构成破坏易燃易爆设备罪

##### （一）基本案情

2012年8月30日凌晨3时许，被告人王某岗伙同赵某田、赵某龙、毛某兵（均已判刑）和刘某春（已在本案中死亡），携带管钳、胶管等工具，驾驶两辆面包车至天津市滨海新区津歧公路东侧大港油田采油一厂作业一区正在作业的港511K井，打开油井阀门接上胶管盗窃原油。其间，因油井释放的可燃气体浓度过大，刘某春启动面包车时引发火灾，造成油井开关控制柜、电缆、仪表和两辆盗油面包车被烧毁，刘某春全身被烧伤，后经医治无效死亡。经鉴定，被烧毁的电缆等物品共计价值6120元。王某岗于2021年3月11日被抓获。

##### （二）裁判结果

天津市滨海新区人民法院审理认为，被告人王某岗伙同他人采用破坏性手段盗窃正在生产的油井中的原油，致1人死亡，造成严重后果，行为已构成破坏易

燃易爆设备罪。王某岗与多名同案犯事先就盗窃原油进行预谋，并共同实施盗窃原油行为，系主犯。王某岗归案后如实供述自己罪行，构成坦白，依法可以从轻处罚；自愿认罪认罚，可以依法从宽处理。据此，于2021年6月3日作出判决，以破坏易燃易爆设备罪判处被告人王某岗有期徒刑十年。一审宣判后无抗诉、上诉，判决已发生法律效力。

### （三）典型意义

近年来，盗窃油气、破坏油气设备违法犯罪行为时有发生，社会危害严重。此类行为直接危害公共安全，影响能源安全，人民法院要充分发挥审判职能作用，依法有效惩处打孔盗油、开井盗油、破坏油气田及输油气管道等油气设备违法犯罪行为，特别是对于在实施上述行为过程中引发火灾、爆炸等事故、造成严重后果的，更要依法予以严惩。行为人在实施盗窃油气等行为的过程中，采用切割、打孔、撬砸、拆卸手段破坏正在使用的油气设备，危害公共安全，或者采取开、关等手段破坏正在使用的油气设备，足以引发火灾、爆炸等危险，尚未造成严重后果的，依照刑法第118条的规定，以破坏易燃易爆设备罪定罪处罚；导致发生火灾、爆炸等，造成严重后果的，依照刑法第119条第1款的规定，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。盗窃油气或者正在使用的油气设备，不足以危害公共安全，但数额较大或者多次盗窃、携带凶器盗窃的，依照刑法第264条的规定，以盗窃罪定罪处罚。行为同时符合破坏易燃易爆设备罪和盗窃罪构成要件的，应当依照处罚较重的规定定罪处罚，以做到罚当其罪。

### 案例3

#### 刘某魁、孙某梅非法买卖枪支案

##### ——综合考虑案件情节确定涉气枪刑事案件的刑事责任

#### （一）基本案情

2013年12月，浙江省桐庐县男子张某炜、方某俊（均另案处理）欲开设真人CS野战俱乐部，通过他人介绍与北京市卖家被告人刘某魁取得联系洽谈购买彩弹枪事宜。2014年12月，张某炜、方某俊前往北京市向刘某魁支付现金3万元，刘某魁将40支彩弹枪成套散件邮寄给张某炜，张某炜将尾款6万元交由物流公司转交给刘某魁。

2014年6月，被告人孙某梅欲为其与他人共同经营的黑龙省齐齐哈尔市某拓展训练公司购买开展野外真人CS游戏所需枪支，经与共同经营人商议后，由共同经营人通过网络联系到刘某魁，并前往北京市从刘某魁处以3.2万元的价格购得24支彩弹枪成套散件及彩弹5000余发，通过物流途径发往齐齐哈尔市孙某梅等人处。

经鉴定，涉案彩弹枪中，张某炜和方某俊购买的15支、孙某梅等人购买的3支的枪口比动能在1.8焦耳/平方厘米以上，符合相关规定标准，认定为以压缩气体为动力的枪支，但枪口比动能总体较低；其余46支彩弹枪不能正常击发或枪口比动能小于1.8焦耳/平方厘米，不能认定为枪支。

## （二）裁判结果

黑龙江省齐齐哈尔市铁锋区人民法院经审理认为，被告人刘某魁、孙某梅的行为均构成非法买卖枪支罪，综合考虑各被告人的主观恶性、买卖枪支数量、用途、危害后果、认罪态度等，于2019年5月9日作出判决，对被告人刘某魁以非法买卖枪支罪判处有期徒刑三年六个月；对被告人孙某梅以非法买卖枪支罪判处有期徒刑一年，缓刑一年，并按照法定刑以下判处刑罚程序报请核准。最高人民法院经复核认为，原判对刘某魁以非法买卖枪支罪判处有期徒刑三年六个月，不属于需要在法定刑以下判处刑罚报请核准的情形，且对孙某梅所判刑罚过重，裁定不核准并撤销对被告人刘某魁、孙某梅的量刑，发回齐齐哈尔市铁锋区人民法院重新审判。齐齐哈尔市铁锋区人民法院经重新审理，于2022年5月30日作出判决，对被告人刘某魁以非法买卖枪支罪判处有期徒刑三年六个月；对被告人孙某梅以非法买卖枪支罪免于刑事处罚。一审宣判后无抗诉、上诉，判决已发生法律效力。

## （三）典型意义

枪支、弹药、爆炸物管理直接关系到社会公共安全和人民群众生命财产安全，一旦失管失控、被不法分子用于非法目的，将形成重大安全风险，造成严重社会危害。对于非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、持有、私藏、走私枪支、弹药，以及非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸物行为，应当依照刑法和有关司法解释的规定，从严追究刑事责任。另一方面，审理涉枪支、弹药、爆炸物刑事案件也要兼顾案件各方面因素，贯彻宽严相济刑事政策要求，做到罚当其罪，确保案件裁判结果符合人民群众对公平正义的心理期待。对于非法制造、买卖、运输、

邮寄、储存、持有、私藏、走私以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支以及气枪铅弹行为，应当依照刑法和《最高人民法院、最高人民检察院关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》的规定，综合考虑案件情节，综合评估社会危害性，坚持主客观相统一，决定是否追究刑事责任以及如何裁量刑罚，确保罪责刑相适应。另外，《最高人民法院、最高人民检察院关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》对相关司法解释规定的非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、持有、私藏、走私枪支、弹药犯罪的定罪量刑标准作了进一步细化完善。对于达到相关司法解释规定的相关犯罪“情节严重”或者“情节特别严重”的认定标准，依照该批复的规定不认定为“情节严重”或者“情节特别严重”的，不属于根据案件的特殊情况在法定刑以下判处刑罚的情形，不适用刑法第63条第2款规定的在法定刑以下判处刑罚核准程序。

#### 案例4

### 祁某华重大责任事故案

#### ——从严惩处生产安全事故首要责任人

##### （一）基本案情

山西省襄汾县陶寺乡陈庄村西南陶云公路边的聚仙饭店由被告人祁某华投资经营。1993年，祁某华在未取得集体土地建设用地审批手续的情况下，在其家庭承包的责任田上自建两层建筑物，后经多次违规扩建于2016年形成现有规制，包括南房上下二层五间、西平房二间、北房上下五间、南北房之间一层顶部由预制板搭建二层顶部由彩钢瓦搭建形成的双层空间，其中一层空间用于饭店经营（即宴会厅）、二层空间住人，总建筑面积达1157.05平方米。聚仙饭店历次扩建均由无资质包工头按照祁某华的要求承建或由祁某华聘请亲朋好友自建，扩建活动无专业设计、无工程监理、无竣工验收、无相关资料、无维护记录。祁某华违法占用土地建设房屋期间，两次通过不正当手段取得未经审批的《集体土地建设使用证》，拒不执行原襄汾县国土资源局下达的处罚决定书和襄汾县人民法院下达的行政裁定书；将未经专业设计与施工、未经竣工验收的农房用于从事经营活动，饭店开业以来存在证照逾期经营行为。

2020年8月29日，襄汾县陶寺乡安李村村民在聚仙饭店举办寿宴，预定了25桌宴席。按照当地习俗，寿宴安排早、午两餐。早餐后，数十名村民在聚仙饭店宴会厅内打牌、聊天或者在北楼后院看戏，等候午宴。当日9时40分许，因建筑结构整体性差，承重砖柱及北楼二层屋面荷载严重超载，聚仙饭店宴会厅、北楼二层南半部分和钢结构采光顶棚突然发生坍塌，造成29人死亡、28人受伤，直接经济损失1164.35万元。经山西省人民政府批准组成事故调查组调查认定，聚仙饭店“8·29”坍塌事故是一起因违法违规占地建设，且在无专业设计、无资质施工的情形下，多次盲目改造扩建，建筑物工程质量存在严重缺陷，导致在经营活动中部分建筑物坍塌的重大生产安全责任事故。事故直接原因为，聚仙饭店建筑结构整体性差，经多次加建后，使宴会厅东北角承重砖柱III长期处于高应力状态；北楼二层A区屋面预制板长期处于超荷载状态，在其上部高炉水渣保温层的持续压力下，发生脆性断裂，形成对宴会厅顶板的猛烈冲击，导致东北角承重砖柱III崩塌，最终造成北楼二层南半部分和宴会厅整体坍塌。事故发生时，不排除当地八月份强降雨的影响。

## （二）裁判结果

山西省襄汾县人民法院审理认为，被告人祁某华作为发生坍塌事故的聚仙饭店的实际投资人和经营者，在长达20余年的时间内先后对该饭店进行8次扩建，且均由无资质施工人员在无建筑审批、无专业设计、无工程监理、无竣工验收的情况下盲目扩建，在建筑物工程质量存在严重缺陷、对安全隐患未作全面评估的情况下用于从事经营活动，导致在经营过程中出现坍塌，造成重大安全事故，危害生产、作业安全，行为已构成重大责任事故罪。祁某华长期违规占地，多次违章扩建，且拒不执行国土资源管理部门的处罚决定，在饭店建筑存在事故隐患的状态下，未采取有效措施而经营使用，导致饭店建筑坍塌并造成重大事故后果，对事故发生负主要责任和首要责任，属于情节特别恶劣。祁某华多次违规建设且拒不执行有关部门处罚决定，给人民群众生命财产安全造成特别重大损失，社会影响特别恶劣。据此，于2022年4月29日作出判决，以重大责任事故罪判处被告人祁某华有期徒刑七年。一审宣判后无抗诉、上诉，判决已发生法律效力。

## （三）典型意义

安全生产事关人民群众生命财产安全，事关改革、发展和稳定工作大局。当前，我国安全生产形势总体稳定向好，但重点行业、重点领域安全生产形势依然

严峻复杂，安全生产工作距离法律要求、距离改革发展目标和人民群众期待还有差距，重特大生产安全事故时有发生，一些重特大生产安全事故引发广泛关注，造成恶劣社会影响。人民法院要充分认识审理好危害生产安全刑事案件的重要意义，切实增强工作责任感和使命感，贯彻落实党政同责、一岗双责、齐抓共管、失职追责要求，坚持依法从严、区分责任、宽严相济总体原则，严格依法、积极稳妥审理好生产安全事故相关刑事案件。对于事故首要责任人、负有安全生产监督管理职责的部门关键岗位渎职责任人、故意提供虚假证明文件的中介组织关键责任人，以及在安全事故发生后授意、决定和积极实施不报、谎报事故情况行为等人员，要依照刑法和相关司法解释的规定予以从严惩处，从严掌握缓刑、免于刑事处罚的适用，通过案件审判推动安全生产责任制落到实处。对于事故发生后积极组织 and 参与救援、有效避免损失扩大，以及积极配合事故调查、尽力赔偿被害人经济损失的，可以从宽处理。要进一步发挥好刑事审判在创造良好安全生产环境、促进经济社会协调健康发展方面的积极作用，推动安全生产形势持续根本好转。

## 案例5

### 吴某波危险作业案

——在生产、作业中违反安全管理规定导致出现重大事故险情或者发生轻微事故属于危险作业罪中的“现实危险”

#### （一）基本案情

2021年1月，被告人吴某波购得浙岱渔15381船并办理了渔业船舶所有权登记，吴某波为该船所有人并百分百占股。同年8月2日，浙江省岱山县海洋行政执法局会同岱山县岱东镇人民政府对浙岱渔15381船进行开捕前登船检查，发现该船有船长1名（吴某波）、船副1名、助理船副1名和轮机长1名（实际船副和轮机长并不在该船作业，系由吴某波找来应付检查），职务船员已达到最低配备标准，但有6名船员未经专业培训、未取得船员证书，不符合出航条件，遂指令吴某波禁止离港并停业整改，但吴某波未予整改。8月7日15时许，在船副和轮机长未实际登船作业、仅有吴某波和助理船副登船的情况下，吴某波驾驶浙岱渔15381船搭载助理船副和19名船员（其中7人有船员证书，12人无船员证书），擅自从岱山

县南峰码头单船开航往长江口方向航行出海作业。当日23时30分许，因违规驾驶、操作不当及航道复杂、航线生疏等原因，浙岱渔15381船在长江口深水航道北导堤附近发生触损侧翻沉没。事故发生后，吴某波等21人乘坐两只救生筏逃生，至8月8日4时许先后被东海救102船和嘉舟9船救起，船上人员全部获救。8月13日，经公安机关电话通知，吴某波自行到案并如实供述了犯罪事实。

## （二）裁判结果

浙江省岱山县人民法院审理认为，涉案渔船上仅有船长和助理船副各1名，职务船员严重配备不足，属于有关行业标准规定的存在重大事故隐患的情形。相关职能部门发现案涉渔船存在重大事故隐患后，责令其禁止离港、停止作业并整改，被告人吴某波在接到职能部门行政命令后拒不整改，明知案涉渔船存在重大事故隐患，故意弄虚作假、逃避检查，导致案涉渔船在擅自出航后不久即发生船舶沉没事故，21名人员落水深夜在大海上漂流，具有随时可能危及生命的现实危险，行为已构成危险作业罪。吴某波经公安机关电话通知后自行到案并如实供述自己罪行，依法构成自首，可以从轻处罚。据此，于2022年11月10日作出判决，以危险作业罪判处被告人吴某波有期徒刑八个月。一审宣判后，吴某波提出上诉。浙江省舟山市中级人民法院于2023年1月17日作出裁定，驳回上诉，维持原判。

## （三）典型意义

根据刑法第134条之一的规定，关闭、破坏直接关系生产安全的监控、报警、防护、救生设备、设施，或者篡改、隐瞒、销毁其相关数据、信息的，因存在重大事故隐患被依法责令停产停业、停止施工、停止使用有关设备、设施、场所或者立即采取排除危险的整改措施，而拒不执行的，或者涉及安全生产的事项未经依法批准或者许可，擅自从事矿山开采、金属冶炼、建筑施工，以及危险物品生产、经营、储存等高度危险的生产作业活动的，且“具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的”，构成危险作业罪，目的是为了将特别危险、极易导致严重事故结果发生的重大事故隐患行为纳入刑事处罚范围，同时避免将一般的违反安全管理规定的行为作为犯罪处罚。危险作业罪中“具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险”包括以下两种情形：1. 导致出现重大事故险情，因为及时采取有效制止和处置措施、及时开展救援或者其他偶然性客观原因，未造成安全事故的；2. 导致发生安全事故，但尚不构成重大责任事故罪、重大劳动安全事故罪、危险物品肇事罪、工程重大安全事故罪、教育设施重大安全事故罪、



消防责任事故罪等犯罪的。相关人员在生产、作业过程中要严格遵守有关安全管理的规定，绝不能存在侥幸心理，对于实施刑法第134条之一规定的三种行为之一，且具有发生重大伤亡事故或者其他严重后果的现实危险的，将被依法追究刑事责任。人民法院要贯彻落实安全第一、预防为主、综合治理的方针，有效运用刑事手段依法惩治危险作业行为，严防风险演变、隐患升级导致生产安全事故发生。

## 司法动态

### 最高人民法院发布民事检察促进民营经济发展壮大典型案例

#### 关于印发《民事检察促进民营经济发展壮大典型案例》的通知

各省、自治区、直辖市人民检察院，解放军军事检察院，新疆生产建设兵团人民检察院：

为深入贯彻习近平法治思想和党的二十大精神，最高人民法院制定《关于全面履行检察职能推动民营经济发展壮大的意见》，对检察机关充分发挥检察职能作用，服务和保障民营经济发展壮大，以检察工作现代化更好服务中国式现代化提出明确要求。为引导各级检察机关高效办理涉民营企业案件，依法平等保护各类市场主体产权和合法权益，最高人民法院组织选编《民事检察促进民营经济发展壮大典型案例》，现印发你们，供参考借鉴。

最高人民法院

2024年3月8日

#### 案例一

#### 武汉甲贸易有限公司与武汉乙建设集团有限公司买卖合同纠纷执行活动监督案

##### 【基本案情】

武汉甲贸易有限公司（以下简称甲贸易公司）成立于2016年，经营范围包括五金交电、建筑材料、装饰材料、金属制品等。

2017年4月24日，甲贸易公司与武汉乙建设集团有限公司（以下简称乙建设公司）签订《钢材购销合同》，约定：甲贸易公司向乙建设公司供应钢材，自甲贸易公司送货日期满3000吨，乙建设公司需付部分资金给甲贸易公司以便工程进度不受影响，送货当日起以月息1.8分开始计算贷款利息，最迟按单笔满6个月付贷款和利息的60%，余款40%及利息分两次在一年内付清；甲贸易公司未按合同约定发货，应承担由此给乙建设公司造成的一切经济损失，乙建设公司严格按合同约定如期结算货款及利息，否则甲贸易公司有权按日万分之五加收滞纳金。2019年12月9日，经双方对账，形成对账结算单，载明“欠本金合计6427807.86元，欠利息合计5207304.72元”，乙建设公司在对账结算单上签章确认。2020年1月17日，乙建设公司向甲贸易公司支付钢材款100万元后，未再支付剩余钢材款。甲贸易公司遂于2020年4月9日起诉至湖北省武汉市黄陂区人民法院（以下简称黄

陂区人民法院），请求法院判令乙建设公司向甲贸易公司支付货款6428220元、利息5207304.72元，以及迟延支付货款、利息的违约金。黄陂区人民法院于2020年6月30日作出一审判决，判令乙建设公司向甲贸易公司支付货款5428220元，并支付截至2019年12月31日利息5207304.72元及2020年1月1日之后货款利息。

一审判决生效后，甲贸易公司向黄陂区人民法院申请强制执行，黄陂区人民法院于2020年8月13日立案执行。在执行过程中，黄陂区人民法院依法向乙建设公司送达执行通知书、财产报告令，并依职权调取乙建设公司的房产、存款、互联网银行、工商、土地、车辆等财产信息。黄陂区人民法院在执行过程中查明，乙建设公司名下武汉农村商业银行账户有存款；有房产3套登记在乙建设公司名下。黄陂区人民法院于2020年10月30日扣划乙建设公司银行存款128万元，并对三处房产办理轮候查封。黄陂区人民法院认为，该院穷尽财产调查措施后，对发现的被执行人乙建设公司银行存款128万元，已依法扣划并发还甲贸易公司；对乙建设公司名下的房产已轮候予以查封，但该院暂无处置权；现乙建设公司无其他可供处置的财产。经法院向甲贸易公司送达财产查证结果通知书后，甲贸易公司亦未提交乙建设公司其他可供执行的财产线索。据此，黄陂区人民法院于2020年12月15日作出执行裁定，终结本次执行程序。后甲贸易公司多次向法院信访投诉，案件执行始终未取得进展。

### 【检察机关履职情况】

**受理情况。**湖北省武汉市委政法委在开展案件评查工作中发现黄陂区人民法院在执行中存在执法问题，于2022年7月7日将该法律监督线索交湖北省武汉市人民检察院（以下简称武汉市检察院）办理。武汉市检察院调查过程中，甲贸易公司于2022年9月1日向该院申请执行监督，武汉市检察院对本案立案审查。

**调查核实。**检察机关认为，本案关键在于核实被执行人乙建设公司的财产状况，遂开展如下调查核实工作：一是根据甲贸易公司提交的乙建设公司2020-2022年位列武汉市民营企业100强榜单线索，前往评选单位武汉市工商联进行调查核实，查明乙建设公司2019年、2020年、2021年营业收入总额分别为513693万元、517465万元、562433万元，并查明乙建设公司以上三年财务审计报告均由武汉某会计师事务所有限责任公司出具。二是前往武汉某会计师事务所有限责任公司调查乙建设公司财务审计状况，核实乙建设公司营业收入和资产情况。三是前往银行调查乙建设公司银行流水明细。查明乙建设公司武汉农村商业银行账户于2020年10月30日资金余额2094588.33元，当日黄陂区人民法院从该账户扣划128万元，

并作出执行裁定，解除了对该账户的冻结，此时账户余额尚有814588.33元。且2020年10月30日至2021年5月7日，该账户有多笔大额资金汇入（单笔超过5万元），金额高达3400多万元。四是核实甲贸易公司提交的乙建设公司其他财产线索，发现乙建设公司在武汉众邦银行开立的银行账户自2019年8月13日至2022年8月24日有多笔大额资金汇入（单笔超过5万元），金额合计高达3800多万元；乙建设公司太阳分公司在中国工商银行开立的银行账户自2019年8月13日至2022年9月27日有多笔大额资金汇入（单笔超过5万元），金额合计高达6200多万元。

**监督意见。**检察机关经审查认为，黄陂区法院在执行过程中，怠于履行职责，在仅划扣被冻结银行账户金额128万元、尚有债权81万余元未执行时就解除被冻结银行账户违法，在被执行人明显存在多处财产情况下未经调查，径直以穷尽调查措施未找到可供执行财产为由终结本次执行程序违法，侵害申请人的合法权益，损害司法公信力，遂于2023年1月17日向湖北省武汉市中级人民法院（以下简称武汉市中院）提出检察建议。

**监督结果。**武汉市中院收到检察建议后，于2023年4月8日作出复函，对检察建议予以采纳并已恢复执行。目前甲贸易公司已收到执行款588万余元。

### 【典型意义】

我国民事诉讼法及《最高人民法院关于严格规范终结本次执行程序的规定（试行）》对人民法院终结本次执行程序的条件和程序均有明确规定，如法院不当终结本次执行程序，将会导致债权人手持胜诉判决却无法实现合法债权，同时损害司法公信力。本案中，甲贸易公司作为中小微民营企业，虽已取得法院胜诉判决，但执行法院在被执行人乙建设公司有财产可供执行的情况下，以终结本次执行程序结案，导致甲贸易公司因判决执行不到位无法及时回笼资金，合法权益受到侵害，企业经营发展受到重大影响。检察机关围绕被执行人乙建设公司有无可供执行财产、执行法院是否穷尽财产调查措施等问题开展调查核实工作，对该有财产可供执行案件以终结本次执行程序结案、损害申请执行人合法权益的执行案件，依法开展监督，破解滥用终结本次执行程序问题，有力保护了民营企业合法权益。

## 案例二

### 青岛甲置业有限公司与黄某民间借贷纠纷执行活动监督案

### 【基本案情】

2015年5月1日，黄某作为出借人与借款人胡某汉、担保人青岛甲置业有限公司（以下简称甲置业公司）、担保人山东某股权投资基金管理有限公司、担保人胡某龙签订《借款协议》，约定：借款金额1690万元，借款期限为2015年5月1日至2016年4月30日，利率为月息2.1%，每月三十日前支付当月利息，担保人为借款提供连带责任保证担保。

2015年8月1日，黄某作为出借人与借款人甲置业公司、担保人山东某股权投资基金管理有限公司签订《借款协议》，约定：借款金额5284700元，借款期限为2015年8月1日至2016年8月1日，利率为月息2.1%，每月一日前支付当月利息，担保人为借款提供连带责任保证担保。上述两份协议签订后，借款人和担保人未按约定归还借款本金。

2015年12月，黄某将胡某汉、甲置业公司、山东某股权投资基金管理有限公司、胡某龙诉至河北省泊头市人民法院（以下简称泊头市法院）。经法院主持，双方达成调解，主要内容为：胡某汉、甲置业公司、山东某股权投资基金管理有限公司、胡某龙共同偿还黄某借款本金22184700元、利息3394000元，并支付自2016年1月1日起至借款实际清偿之日止的利息（月利率按2%计算）。

2016年4月，黄某向泊头市法院申请强制执行。2016年5月23日，泊头市法院委托河北乙评房地产估价有限公司（以下简称乙评公司）对甲置业公司在建项目进行评估，乙评公司同日到项目所在地山东省青岛市开展评估作业。2016年5月27日，乙评公司出具评估报告书，项目土地评估价值为2274.6万元。2016年6月6日，甲置业公司对该评估报告提出异议，并提交其2014年2月份委托青岛某不动产评估事务所有限公司对包含上述7582平方米的同一地块（9707平方米）评估的土地估价报告一份，该报告评估金额为14376万元。泊头市法院将该异议转交乙评公司复核。2016年6月12日，乙评公司作出其评估结论真实、合法、有效的书面说明。2016年7月25日，泊头市法院组织第一次拍卖因无人报名导致流拍。2016年7月28日，黄某申请以拍卖保留价接受拍卖财产抵偿债务。同日，泊头市法院作出执行裁定，裁定甲置业公司用其名下的土地抵偿2274.60万元债务。2016年8月1日，泊头市法院向山东省青岛市黄岛区不动产登记中心送达执行裁定书、协助执行通知书，该宗土地已执行完毕。

甲置业公司不服，向泊头市法院提出执行异议，泊头市法院作出执行裁定书，驳回异议请求。甲置业公司申请复议，沧州市中级人民法院（以下简称沧州市中

院)作出执行裁定书,驳回复议申请。

### 【检察机关履职情况】

**受理情况。**2019年10月14日,甲置业公司以该案执行行为违反法律规定为由,向河北省泊头市人民检察院(以下简称泊头市检察院)申请监督,主要理由是泊头市法院将在建工程按一般土地评估、涉案土地的容积率明显有误。泊头市检察院审查后以本案案情复杂为由报请河北省沧州市人民检察院(以下简称沧州市检察院)办理。

**调查核实。**检察机关通过调查核实查明以下事实:一是评估报告将在建工程按照一般土地评估错误。经检察机关调阅该案法院民事案件审理卷宗及执行卷宗,发现执行卷宗内乙评公司于2016年5月23日评估作业时拍摄现场照片,可见案涉项目土地并非一般意义上的土地,而是在建工程。在建工程的价值不仅包括土地价值,还包括已经投入建设的资金,二者价值相差甚大。

二是评估报告将案涉土地容积率设定为1.2错误。2020年1月9日,检察机关向乙评公司调取估价结果报告、相关档案及房地产评估资质材料,并向作出该报告的估价师询问,查明评估报告设定容积率为1.2是参考了山东某土地房地产评估有限公司于2015年对该项目土地使用权抵押价格评估报告的设定容积率。检察机关于2020年5月13日赴山东省青岛市向青岛西海岸新区自然资源局核实,查明该项目于2016年4月1日即评估报告作出前取得建设工程规划许可证,规划项目总建筑面积43965.912平方米,地上建筑面积34420.791平方米,土地使用权面积为7582平方米,规划容积率(地上建筑面积/土地使用权面积)为4.54,乙评公司将案涉土地容积率设定为1.2错误,导致评估价格相差巨大。

三是乙评公司参考依据的评估报告不具有真实性。2020年5月15日,检察机关赴山东省淄博市向山东某土地房地产评估有限公司调查,该公司负责人王某提供了鲁博2015(土估)字第X号土地估价报告存档报告并出具说明。经比对内容后发现,山东某土地房地产评估有限公司出具的鲁博2015(土估)字第X号土地估价报告内容系案外人宗地土地使用权抵押价格评估,乙评公司估价结果报告所附山东某土地房地产评估有限公司评估报告编号和内容与山东某土地房地产评估有限公司存档报告不符,并非山东某土地房地产评估有限公司出具,为虚假报告。

**监督意见。**2020年12月9日,沧州市检察院向沧州市中院发出检察建议,认

为本案评估公司评估报告设定参数与实际明显不符，严重影响评估及拍卖结果，侵害了当事人合法权益，人民法院对此应依法实行监督。甲置业公司向泊头市人民法院提出执行异议，泊头市人民法院裁定未予审查，沧州市中院在执行复议裁定中认定“评估程序及评估结果并无不当之处”，两级法院存在审查认定与实际不符的情况，建议对甲置业公司复议申请重新审查并对本案予以纠正。

**监督结果。**2021年11月8日，沧州市中院函复沧州市检察院，经沧州市中院审判委员会讨论，确认乙评公司评估结果失实：一是案涉土地容积率设定错误，案涉土地评估作业前已取得青岛市自然资源和规划局出具的建设工程规划审查意见函中载明容积率为4.54，乙评公司却设定为1.2；二是作为参考评估依据的山东某土地房地产评估有限公司评估报告真实性存疑；三是将在建工程按照一般土地评估。该院同时认为，乙评公司不具备土地评估资质，导致评估结果失实。综上，对沧州市检察院检察建议予以全部采纳。2022年2月8日，沧州市中院作出执行裁定，撤销沧州市中院和泊头市人民法院已作出的案涉执行裁定，发回泊头市人民法院重新审查。

2023年12月29日，泊头市人民法院作出执行裁定书，撤销该院拍卖甲置业公司项目用地的执行裁定，并撤销甲置业公司项目用地抵偿黄某债务的执行裁定。

### 【典型意义】

评估报告是司法拍卖实践中拟拍卖物市场价值的重要参考依据，执行案件中评估机构的评估结果关系着被执行人的财产权实现，如评估结果错误或者评估机构出具虚假报告，将损害被执行人利益。本案中检察机关经审查调查后发现，执行法院委托评估机构作出的评估结果明显失实。检察机关办案人员精准定位本案监督点，即影响评估结果的关键性因素容积率，开展调查核实工作，通过询问评估师及知情人员，调阅法院审理执行卷宗，向住建、规划等行政主管部门调查地块出让时容积率、建设工程规划许可容积率，确定真实容积率，并向作出参考依据的案外评估公司调取存档评估报告进行比对，最终使全案证据形成链条，对本案开展有效监督，依法保护了民营企业甲置业公司的合法财产权利。

### 案例三

#### 杭州甲健身发展有限公司与易某等消费者服务合同纠纷审判程序监督案

### 【基本案情】

杭州甲健身发展有限公司（以下简称甲健身公司）于2017年租赁杭州乙集团

有限公司广场分公司（以下简称乙公司广场分公司）2044平方米的房屋开设健身房，租期至2024年8月31日。

2021年3月起，甲健身公司开始陆续拖欠租金及水电费，后因经营不善于同年10月停止经营。甲健身公司经营期间，通过会员卡充值预付方式向消费者提供健身服务，停止经营后尚有部分预付款未退还。2021年11月，易某等消费者将甲健身公司起诉至浙江省杭州市拱墅区人民法院（以下简称拱墅区法院），请求法院判令解除原告与甲健身公司之间的服务协议，甲健身公司向其退还预先充值的健身服务费，并向拱墅区法院申请财产保全。

2021年12月，拱墅区法院向乙公司广场分公司送达协助执行通知书，查封甲健身公司存放于乙公司广场分公司营业场地内的健身器材，期限三年（自2021年12月29日至2024年12月28日止），并要求乙公司广场分公司协助保管，不得发生转移、买卖、损坏、擅自使用、出租、抵押等行为。

2022年3月，乙公司广场分公司将甲健身公司起诉至拱墅区法院，请求法院判令解除其与甲健身公司的租赁关系，并由甲健身公司向其支付欠付租金及占有使用费、滞纳金，甲健身公司腾退租赁房屋并恢复原状，甲健身公司处理完毕其店铺与消费者之间的会员卡销卡事宜等。

拱墅区法院就消费者诉甲健身公司服务合同纠纷和乙公司广场分公司诉甲健身公司租赁合同纠纷案件分别于2022年7月8日、2022年8月19日作出民事判决，易某等消费者解除服务合同及退费、乙公司广场分公司解除租赁合同并支付场地占用使用费的诉请均得到法院支持。

财产保全后，乙公司广场分公司于2022年4月向拱墅区法院提出异议申请，请求变更保全财产保管地，拱墅区法院答复不适宜变更场地。

### 【检察机关履职过程】

**受理情况。**2022年5月9日，乙公司广场分公司向浙江省杭州市拱墅区人民检察院（以下简称拱墅区检察院）申请监督，该院予以受理。

**审查过程。**检察机关经初查发现，案涉协助通知书载明查封期限三年违反法律规定，且申请人要求变更被保全财产保管地的诉求存在一定合理性。经向法院了解相关案件基本情况，检察机关重点开展以下工作：一是实地走访调查。检察机关主动走访乙公司广场分公司及乙公司总部，了解到乙公司广场分公司在电商冲击和经济下行压力的双重影响下，门店的顾客数量和零售额均有较大幅度下降，



企业运营成本等刚性支出不断增加，企业面临经营困境，仅在2022年1月至4月，亏损就达数百万元。同时还现场了解到保全财产保管地占用了乙公司广场分公司1000多平方米主营业场地，且甲健身公司拖欠乙公司广场分公司的上百万元租赁费尚未收回。基于盘活有限资源、缓解经营困难的考虑，乙公司广场分公司变更保全财产保管地的诉求具有合理性。甲健身公司被查封的健身器材均为可拆卸挪动的普通器械，变更保管地点较为方便。二是开展公开听证。检察机关于2022年5月18日召开了公开听证会，听证员、消费者代表、乙公司广场分公司参加了此次听证。听证会上，乙公司广场分公司对公司面临的经营困境及被查封器材对经营场地造成的影响进行说明，并提出了兼顾各方利益、挽回企业损失的替代性解决方案：由乙公司广场分公司另提供场地存储健身器材，并提供人员搬运器材。消费者代表针对变更场地是否存在技术障碍、搬移过程是否会造成器材价值损耗等问题，说明己方顾虑和要求。听证员对双方顾虑充分发表意见，加深各利益方理解互信，为问题解决奠定良好基础。三是督促完善方案。为进一步消除消费者的顾虑，检察机关要求乙公司广场分公司完善、细化替代方案，并邀请消费者代表实地查看两处替代保管场地。同时，乙公司广场分公司也邀请健身行业专业人士向消费者解释说明查封的健身器材中大部分设备搬移不涉及拆解问题，只有动感单车搬动时需拆移固定螺丝，但不会造成设备本身的损坏。乙公司广场分公司表态愿意就因搬移导致的价值贬损部分承担补充赔偿责任，并承诺搬移过程将邀请第三方见证，该方案得到消费者代表认可。

**监督意见。**2022年5月25日，拱墅区检察院向拱墅区法院发出检察建议，认为由乙公司广场分公司在其主要经营场地协助无偿保管查封的涉案健身器材期限长达三年之久，期限上超出了甲健身公司与乙公司广场分公司之间的租赁合同约定租赁期限，经济上不利于乙公司广场分公司资产的有效利用。乙公司广场分公司申请由其提供替代场地继续存放查封的健身器材，更符合比例原则、经济原则。另，案涉健身器材为动产，协助执行通知书载明查封期限为三年违反法律规定。建议解除案涉健身器材的原查封手续，根据乙公司广场分公司提供的新保管场地重新办理查封及协助执行手续。

**监督结果。**2022年7月11日，拱墅区法院重新作出执行裁定及协助执行通知书，查封甲健身公司存放于乙公司广场分公司营业场地内的健身器材，期限两年（2022年7月11日至2024年7月10日）。查封财产保管地点已于2022年7月完成变

更，法院、公证机关对财产进行现场清点核对并再次张贴封条。2022年8月22日，拱墅区法院针对检察建议作出处理并书面回复，表示接受检察机关提出的检察建议，严格落实执行工作规范化的工作要求。检察机关回访了解到，乙公司广场分公司原被用于存放查封健身器材的1000多平方米场地于2022年9月另行出租，该批查封健身器材现已经评估拍卖，因甲健身公司进入破产程序，所得拍卖款正在分配程序中。

### 【典型意义】

检察机关在办理涉财产保全类案件时，应充分把握协助执行义务的界限，在确保实现保全目的的前提下，准确适用保全措施的灵活性，充分寻求各方利益的平衡。本案中，乙公司广场分公司作为协助执行人负有协助保管义务，但长期在其主营业场地保管案涉器材，不仅影响企业持续经营，也不符合经济原则，且乙公司广场分公司另行提出的替代方案具有可行性。本案检察机关充分贯彻善意文明理念，兼顾协助执行措施的原则性与灵活性，在确保财产保全效果的前提下，向法院提出灵活变更保管地点的建议，提出执行中存在的适用法律错误问题，积极推动法院变更协助执行内容，缓解了乙公司广场分公司因协助执行带来的经营困难，以检察履职为民营企业营造了更优法治营商环境。

### 案例四

#### 谢某与王某华、泰州市甲钢结构公司保证合同纠纷虚假诉讼监督案

### 【基本案情】

王某华系泰州市甲钢结构公司（以下简称甲钢结构公司）法定代表人。2014年8月6日，刘某林向谢某出具借条，载明向谢某借款200万元，借款期限12个月，月利息1.5%，借款期限为2014年8月6日至2015年8月6日，若逾期不还，由刘某林按银行同期贷款基准利率4倍支付利息及实现债权的费用。王某华在借条上签字，为刘某林上述借款提供连带责任保证。后刘某林支付了2014年8月利息，未支付2014年9月利息，且下落不明。2014年10月29日，谢某以保证合同纠纷将王某华起诉至江苏省泰州市海陵区人民法院（以下简称海陵区法院），请求法院判令王某华承担连带保证责任，向谢某偿还200万元本息及律师费。海陵区法院于2014年12月9日作出判决：判令王某华向谢某给付借款本金200万元及逾期利息，同时赔偿谢某律师费4万元。

一审判决生效后，谢某向海陵区法院申请强制执行。执行过程中王某华向谢

某支付60万元，并与谢某达成执行和解协议，由甲钢结构公司提供执行担保。

之后，因王某华未履行执行和解协议，谢某于2020年4月向海陵区法院申请恢复执行，要求执行本金、利息、迟延履行金合计450万元。因甲钢结构公司提供执行担保，海陵区法院遂裁定冻结甲钢结构公司在某建设工程公司的450万元工程款（含部分农民工工资）。2020年12月28日，王某华向当地公安机关举报本案涉嫌套路贷犯罪。公安机关于2021年1月9日以谢某、刘某林等人涉嫌诈骗立案侦查，但因刘某林出逃至境外，未能到案。公安机关向海陵区法院发函说明暂未发现犯罪事实，海陵区法院对本案继续强制执行。

### 【检察机关履职情况】

**受理情况。**2021年5月，王某华向江苏省泰州市海陵区人民检察院（以下简称海陵区检察院）控告本案涉嫌虚假诉讼，450万元工程款被冻结后导致农民工工资无法发放，甲钢结构公司濒临破产。

海陵区检察院初步审查认为，本案系刑民交叉案件，公安机关虽已立案，但因刘某林未到案，短时间内无法侦结。若本案确系虚假诉讼，法院仍根据生效裁判继续执行，则会造成甲钢结构公司资金链断裂，农民工工资无法发放，企业经营发展受阻，遂决定依职权受理该案。

**调查核实。**海陵区检察院受理本案后迅速开展如下调查核实工作：一是全面查询案涉借款流转情况。检察机关调取多份银行凭证追根溯源、逐一比对，最终发现200万元分别由谢某、毛某军、易某广三人在2014年8月6日、7日通过本票支付方式汇入谢某银行账户，再由谢某汇给刘某林；其中130万元在汇入刘某林账户后又立即从刘某林账户转回至毛某军的银行账户。二是调查涉案人员深挖背后真相。检察机关依据银行凭证显示信息，进一步向法院查询谢某、毛某军、易某广所涉及的诉讼案件，发现谢某、毛某军、易某广三人于2019年6月10日就本案200万元借款本金在海陵区法院形成分配款项的民事调解书。经询问谢某、毛某军、易某广，三人均陈述200万元借款本金中有130万元未实际履行，转账仅是为了凑足200万元借条的转账记录。三是全面了解甲钢结构公司经营状况。经走访发现，甲钢结构公司系主要从事房屋建筑钢结构生产的中小型企业，受疫情及本案工程款被冻结的影响，已从规模以上企业下滑为小微企业，企业发展陷入困境。

**监督意见。**2021年5月25日，海陵区检察院向海陵区法院发出再审检察建议，认为本案中130万元借款没有实际履行，保证人王某华对此不应承担连带保证责任

任；因谢某、毛某军、易某广三人的民事调解以本案判决为基础，建议对本案及上述三人的民事调解案一并启动再审。发出再审检察建议的同时，海陵区检察院与法院充分沟通，建议从保障农民工权益、保护企业发展的角度，先行解冻部分涉及农民工工资的工程款。

**监督结果。**2021年6月11日，海陵区法院先行对380万元工程款解除冻结，由甲钢结构公司用于发放农民工工资，解决企业经营困境。2021年7月13日，海陵区法院裁定对上述2起案件启动再审。再审后法院裁定撤销原判决、调解书，并解除对剩余工程款的冻结。在依法剥离虚假债务，解除对工程款的冻结后，甲钢结构公司不但结清了农民工工资，而且发展经营日益向好，2021年年底已恢复至规模以上企业，2022年开具的增值税发票总额逾2000万元，并积极进行转型升级。

### 【典型意义】

虚假诉讼案件涉及刑民交叉问题，针对公安机关已经立案侦查的案件，检察机关往往遵循“先刑后民”原则，待公安机关侦查有结果后再行启动民事监督程序。因刑事案件短时间内难以侦查终结，民事案件一旦进入执行程序将对企业造成难以回转的损失，检察机关可根据民事虚假诉讼证据标准自行开展调查取证工作，在查清虚假诉讼事实后及时开展民事检察监督。本案中，在涉案企业大额工程款被冻结、农民工工资无法发放的紧迫情形下，检察机关依职权开展调查核实工作，查清虚假诉讼事实并作出检察监督决定，避免了原判决继续执行可能给甲钢结构公司造成的无法弥补的损失，使甲钢结构公司最终甩掉巨额债务包袱，从困境中回归正轨，依法保护了民营企业合法权益。

### 案例五

#### 菏泽市甲置业有限公司与临沭县乙食品有限公司、临沭县丙食品有限公司等金融借款合同纠纷虚假诉讼监督案

### 【基本案情】

临沭县乙食品有限公司（以下简称乙食品公司）成立于2002年，法定代表人为陈某江，股东为陈某江与陈某柱，经营范围包括肉类、冷藏销售。临沭县丙食品有限公司（以下简称丙食品公司）法定代表人为英某，实际控制人为陈某龙。陈某龙与陈某江原为朋友关系，二人共同商定由乙食品公司为丙食品公司借款提供抵押担保。

2015年5月26日，因丙食品公司向山东临沭农村商业银行股份有限公司（以

下简称临沭农商行)借款,乙食品公司作为抵押人与临沭农商行作为抵押权人签订《最高额抵押合同》,约定乙食品公司以其名下的工业用房和集体土地使用权,为临沭农商行对丙食品公司的债权提供最高额为300万元的抵押担保,最高额抵押担保债权确定期间为2015年5月27日至2020年5月25日。同日临沭农商行与乙食品公司到临沭县房产和住房保障局、临沭县国土资源局办理抵押登记手续。

2016年5月27日,临沭农商行与丙食品公司签订《流动资金借款合同》,约定丙食品公司向临沭农商行借款300万元用于购买生猪,借款期限自2016年5月27日至2017年5月26日止,借款年利率为6.525%。同日,临沭农商行作为债权人与乙食品公司、陈某江、陈某柱、英某、陈某霞(陈某龙妹妹)、孟某(陈某龙妻子)共同作为保证人签订《最高额保证合同》,约定保证人为丙食品公司提供连带责任保证,担保的主债权本金最高额为300万元,最高额担保债权确定期间为2016年5月27日至2017年5月26日,保证担保的范围包括主债权本金、利息、罚息、复利、违约金、损害赔偿金以及实现债权的费用(包括但不限于诉讼费、律师费、评估费)。贷款期限届满后,丙食品公司仅向临沭农商行归还借款利息至2017年4月,未偿还借款本金。

菏泽市甲置业有限公司(以下简称甲置业公司)法定代表人陈某东系陈某龙儿媳的舅舅。2017年7月31日,陈某龙向甲置业公司借款3056282.58元,由甲置业公司出面与临沭农商行签订《债权转让合同》,约定临沭农商行将其通过《流动资金借款合同》《最高额保证合同》《最高额抵押合同》形成的债权转让给甲置业公司。当日,陈某龙通过甲置业公司向临沭农商行转账支付3056282.58元,临沭农商行出具丙食品公司贷款还款凭证。2017年8月7日,临沭农商行在《山东法制报》上发布债权转让通知公告,通知债务人及各保证人其已将相关债权转让给甲置业公司。

2017年9月29日,临沭农商行与甲置业公司针对2017年7月31日签订的《债权转让合同》又签订补充协议,明确将乙食品公司最高额抵押合同项下的抵押权随流动资金借款合同项下的担保债权转让给甲置业公司,并由其自行主张权利。

2017年8月8日,陈某龙伪造甲置业公司公章和委托手续,以甲置业公司名义向山东省临沭县人民法院(以下简称临沭县法院)提起诉讼,请求法院判令丙食品公司立即偿还借款3056282.58元及利息,乙食品公司、陈某江、陈某柱对丙食品公司的上述债务承担连带清偿责任,甲置业公司对乙食品公司名下工业用房和

集体土地使用权享有抵押权，就拍卖、变卖、折价后所得价款享有优先受偿的权利。临沭县法院于2017年11月10日作出民事判决，判令丙食品公司于判决生效后十日内偿还甲置业公司借款本金3056282.58元及利息；乙食品公司、陈某江、陈某柱对前述借款本金承担连带清偿责任，并在承担责任后有权向丙食品公司追偿；甲置业公司就上述款项对乙食品公司设定抵押的房屋所有权、集体土地使用权享有以该财产折价或者拍卖、变卖所得价款的优先受偿权。

2018年1月25日，陈某龙伪造甲置业公司公章并以甲置业公司职工身份办理特别授权委托手续，以甲置业公司委托代理人身份向临沭县法院申请强制执行乙食品公司和陈某江、陈某柱财产。经法院委托第三方评估机构评估，案涉乙食品公司名下房屋、土地使用权价值为3993345元。前述抵押房屋、集体土地使用权因另案被执行拍卖后流拍，陈某龙冒用甲置业公司名义同意该抵押物以流拍价3800000元价格以物抵债，并以甲置业公司名义向法院支付743717.42元差价。2018年7月10日，案涉乙食品公司用于抵押的工业用房、集体土地使用权被执行交付，此后陈某龙在原乙食品公司厂房中，利用原乙食品公司的生产设备开展生产经营。

### 【检察机关监督情况】

**受理情况。**山东省临沭县人民检察院（以下简称临沭县检察院）在办理陈某龙等人涉嫌生产、销售不符合安全标准的食品罪、虚开增值税专用发票罪一案过程中，发现陈某龙除上述犯罪行为外，还存在虚假诉讼犯罪线索，遂将虚假诉讼犯罪线索移交公安机关办理，并依职权对本案启动监督程序。

**调查核实。**检察机关依法行使调查核实权，主要开展以下工作：一是依职权调取甲置业公司诉丙食品公司、乙食品公司、陈某江、陈某柱金融借款合同纠纷的民事案件卷宗和执行卷宗，固定陈某龙以甲置业公司名义提起民事诉讼并申请强制执行的相关证据；二是对法院卷宗中甲置业公司起诉以及申请执行材料上所盖的甲置业公司印章与甲置业公司提供的唯一企业印章进行鉴定，证实法院卷宗中起诉及申请执行材料上所盖甲置业公司印章与甲置业公司唯一印章存在明显不同，不是同一枚印章；三是询问甲置业公司法定代表人及相关工作人员有关债权转让情况，确认甲置业公司对甲置业公司诉丙食品公司、乙食品公司、陈某江、陈某柱金融借款合同纠纷案，以及甲置业公司申请强制执行案并不知情，该民事案件和执行案件系陈某龙于2017年8月至2018年1月间通过伪造甲置业公司印章

和委托手续，冒用甲置业公司名义所为，目的为最终通过执行程序将乙食品公司财产据为己有。

**监督意见。**2022年8月20日，临沭县检察院向临沭县法院提出再审检察建议，认为陈某龙捏造身份并以捏造的事实提起民事诉讼、申请强制执行，妨害司法秩序，损害司法权威，且陈某龙主张的事实与案件真实情况不符，构成虚假诉讼，应予再审纠正。

**监督结果。**临沭县法院采纳检察机关再审检察建议，对上述案件裁定予以再审。临沭县法院再审采纳检察机关建议，撤销原判，驳回甲置业公司的起诉。因执行依据被撤销，乙食品公司案涉抵押房屋、集体土地使用权被依法执行回转。陈某龙因犯虚假诉讼罪被判处有期徒刑三年六个月。

### 【典型意义】

担保可为民营企业融资增信，但同时也是民营企业风险多发领域，常见民营企业及民营企业出于善意为同行企业或朋友提供抵押或保证担保，却因债务人的不诚信而陷入经营困境。本案中乙食品公司法定代表人陈某江以公司厂房土地为陈某龙实际控制的丙食品公司提供抵押担保，并与公司另一股东陈某柱共同为丙食品公司提供连带责任保证，贷款期限届满后，陈某龙以甲置业公司购买银行债权之名，行清偿银行贷款之实，使乙食品公司、陈某江、陈某柱无法从抵押担保责任中脱身，并且单方采取假冒甲置业公司名义、使用伪造公章等方式提起民事诉讼、申请强制执行，最终将乙食品公司财产据为己有。检察机关在发现虚假诉讼线索后，民事、刑事检察部门综合履职同步研判，对虚假诉讼进行穿透式监督，实现虚假诉讼民事监督和刑事追责同步，通过再审检察建议的方式监督法院纠正错误裁判及执行回转，挽回了乙食品公司损失，有力震慑了“无信者”对民营企业合法财产的恶意不法“觊觎”，为民营企业“有信者”间互助增信保驾护航。

## 案例六

### 南安市甲建筑公司与福建乙旅游公司建设工程施工合同纠纷抗诉案

#### 【基本案情】

2008年7月25日，南安市甲建筑公司（以下简称甲建筑公司，系民营企业）与福建乙旅游公司（以下简称乙旅游公司）签订《土石方工程施工合同》，约定乙旅游公司将天湖一期一标段土方挖、填工程发包给甲建筑公司施工，并约定了

工期、土石方的计算单价、工程量的计算与支付方式等。2011年4月20日，天湖一期土方工程竣工验收合格。之后，甲建筑公司与乙旅游公司因工程量结算问题产生争议。2013年4月16日，甲建筑公司将乙旅游公司诉至福建省安溪县人民法院（以下简称安溪县法院），请求法院判令乙旅游公司支付工程款人民币2351613.44元及利息。乙旅游公司提出反诉，请求法院判令甲建筑公司支付延误工期违约金165600元，赔偿未收集和回填种植土造成的损失477883元，并退还多领取的工程款3110741.69元以及开具工程款发票。

安溪县法院于2015年8月26日作出一审民事判决。一审诉讼中，安溪县法院委托丙测绘设计研究院对工程量进行鉴定。丙测绘设计研究院作出的《一标段土石方量测算技术报告书》分别依据乙旅游公司提供的原始地形图标高数据、丙测绘设计研究院现场测量的标高数据、甲建筑公司提供的开工前施测标高图、甲建筑公司于2011年3月施测的一期竣工标高图对工程量进行测算，得出四种不同的测绘结论。安溪县法院认为，本案工程量应当以甲建筑公司提供的开工前施测的标高图和一期竣工标高图为计算依据，挖方量为1335605.78立方米，填方量为1286376.5立方米。据此，安溪县法院一审判决乙旅游公司支付甲建筑公司工程款161万余元及相应利息。

甲建筑公司、乙旅游公司均不服一审判决，向福建省泉州市中级人民法院（以下简称泉州市中院）提起上诉。泉州市中院于2016年4月5日作出二审判决。泉州市中院依据丁检测有限公司出具的《土壤质量密度检验报告》中显示的压实系数平均值93%作为本案挖方量与填方量的比例，并据此计算本案案涉土方工程量，该工程量数值与一审认定的工程量数值相比，明显偏小。据此，泉州市中院二审改判乙旅游公司支付甲建筑公司26万余元及利息。

甲建筑公司不服二审判决，向福建省高级人民法院（以下简称福建省高院）申请再审，被裁定驳回。

### 【检察机关履职过程】

**受理情况。**2017年6月，甲建筑公司向福建省泉州市人民检察院申请监督，该院予以受理审查，并向福建省人民检察院（以下简称福建省检察院）提请抗诉。

**调查核实。**检察机关在审查过程中，围绕土壤压实系数与土方工程的挖、填方量之间的关系问题，深入查阅原审案卷和相关资料。同时，检察机关先后走访住建部门和丁检测有限公司，向相关专业人士进行咨询。经多方调查走访，检察



机关了解到土壤压实系数是指施工现场经压实后实际达到的干密度与由击实实验得到试样的最大干密度的比值。由于不同类别土的实验得出的干密度不同，且天然土中的土类别及土含水率并不均匀，故土壤压实系数是一个可变量，只能反映工程压实质量是否符合设计要求，土壤压实系数与土方工程的挖、填方的体积量无关，不能作为挖、填土方量的结算依据。

**监督意见。**福建省检察院经审查认为，泉州市中院二审判决确有不妥，一是根据丁检测有限公司出具的《说明》及相关专家的意见，土壤压实系数不能作为挖、填土方量的结算依据；二是案涉《土石方工程施工合同》已经明确约定了工程量应以甲建筑公司与乙旅游公司确认的竣工标高为鉴定依据，且甲建筑公司提供的《施工测量放线报验单》有乙旅游公司测量代表签字，该测量数据可以作为认定工程量的依据。据此，福建省检察院依法向福建省高院提出抗诉。

**监督结果。**经福建省高院指令再审，泉州市中院再审认为，现有证据足以证明土壤压实系数与挖、填方量无关，不能作为挖、填方量的计算依据，原二审判决认定事实错误，应予以纠正，遂撤销原一、二审判决，改判乙旅游公司支付给甲建筑公司1919020.77元及利息。

### 【典型意义】

检察机关在审查涉民营企业建设工程合同纠纷案件时，应加强专业意见在审查专业性问题中的有效运用，以确保案件质效，依法维护民营企业合法权益。一般而言，建设工程合同纠纷案件往往涉及诸多建筑行业专业性问题。本案中，案涉“建筑工程中土壤压实系数”概念专业性较强，二审法院在未明确相关专业名词含义的情况下，简单判定土壤压实系数可作为挖方量、填方量计算比例，是导致工程量计算错误的主要原因。针对建筑工程中出现的土壤压实系数等专业性问题，检察机关深入调查核实，通过开展专家咨询工作进而认定专业性问题，最终抗诉意见得到法院采纳，帮助施工企业挽回近200万元经济损失，有力保障了民营企业的合法权益。

## 案例七

### 河北甲暖气片有限公司与辽阳市乙物资贸易中心买卖合同纠纷抗诉案

#### 【基本案情】

河北甲暖气片有限公司（以下简称甲暖气片公司）成立于2002年，主要经营散热器、地暖管材、集分水器生产销售和安装。辽阳市乙物资贸易中心（以下简

称乙贸易中心)系韩某以个人资产出资设立的个人独资企业。

甲暖气片公司与乙贸易中心自2014年至2016年连续三年签订《加工定做合同》，约定乙贸易中心购买由甲暖气片公司提供的散热器。2017年4月19日经甲暖气片公司与韩某对账，欠款金额1100999.71元，对账单备注中注明：“2017年6月底前结清，否则承担利息”，韩某在对账单上签字确认。

因多次索要货款未果，甲暖气片公司于2018年3月19日将韩某及其妻子吕某诉至河北省衡水市冀州区人民法院(以下简称冀州区法院)，要求二人对乙贸易中心剩余欠款805757.41元及利息负共同给付责任。经冀州区法院主持调解，甲暖气片公司与韩某、吕某达成调解协议：韩某、吕某在2018年7月15日之前偿还甲暖气片公司货款本金810000元，并自2017年7月1日起至清偿完毕之日止按照月利率2%支付利息。冀州区法院根据双方调解协议内容，于2018年6月12日作出民事调解书。韩某于2018年10月25日支付甲暖气片公司10万元后，未再继续履行民事调解书中的付款义务。

因韩某、吕某未按民事调解书内容履行偿还货款义务，甲暖气片公司于2019年2月19日向冀州区法院申请强制执行，冀州区法院除诉中保全查封吕某、韩某名下两套房产之外，还冻结了韩某、吕某多个银行账户。韩某与甲暖气片公司于2019年3月20日达成执行和解协议：由韩某向甲暖气片公司分期支付货款本息80万元，如韩某未按期履行给付义务，甲暖气片公司有权按民事调解书内容向法院申请恢复强制执行。但韩某于2019年5月7日支付5万元后，未再继续履行付款义务，仍拖欠货款本金655757.41元及利息。

在法院强制执行过程中，吕某向冀州区法院申请再审，主张其在原审时未到庭应诉，也未向韩某出具授权委托书，事后未追认，原审出具调解书程序违法；且乙贸易中心系韩某个人独资公司，其未参与某贸易中心经营，韩某也未将公司收入用于共同生活，其并非案件适格被告。

冀州区法院受理吕某的再审申请，并于2019年10月25日作出再审民事判决书，认为甲暖气片公司与乙贸易中心签订的加工定做合同及与韩某签订的对账单，系双方真实意思表示，合法有效；韩某未按照对账单约定的时间和金额支付甲暖气片公司货款，系违约，应承担继续履行、赔偿损失等违约责任；甲暖气片公司与韩某在对账单明确约定如果不能按期付款则承担利息，韩某亦在对账单上签字并确认，故甲暖气片公司要求韩某按月息2分支付欠款利息的诉求在合理范围内，

应予支持；本案案涉货款为乙贸易中心与甲暖气片公司签订的加工定做合同所欠的余额，而乙贸易中心系韩某以个人资产投资的个人独资企业，故应由韩某以个人资产对所欠货款承担无限责任；本案案涉欠款系韩某所欠债务，且甲暖气片公司并无证据证明该债务用于夫妻共同生活，故甲暖气片公司要求吕某承担清偿义务于法无据，不予支持；原审在吕某未到场应诉、未授权韩某也未事后追认的情形下形成的调解书违背自愿原则，应予撤销。据此，再审判判决令撤销原审民事调解书；韩某于判决生效后十日内支付甲暖气片公司欠款655757.41元并赔偿其占有货款期间的利息损失；驳回甲暖气片公司其他诉讼请求。

再审判判决生效后，甲暖气片公司向冀州区法院申请对乙贸易中心、韩某强制执行。甲暖气片公司在执行过程中调查了解乙贸易中心、韩某财产状况，发现乙贸易中心、韩某、吕某银行账户之间存在大量资金往来。因韩某无可供执行的财产，执行法院作出执行裁定，终结本次执行程序。

#### 【检察机关监督情况】

**受理情况。**2021年4月，甲暖气片公司因不服冀州区法院作出的再审民事判决书，向河北省衡水市冀州区人民检察院（以下简称冀州区检察院）申请监督，冀州区检察院予以受理。

**调查核实。**检察机关围绕韩某与吕某二人婚姻关系、乙贸易中心与韩某及吕某之间经济往来开展调查核实工作，查明：一是吕某与韩某于1997年3月27日登记结婚，2019年2月11日协议离婚，关于财产分割双方约定“所有财产归女方所有，两套房产归女方所有，其中一套房产的剩余贷款双方各付一半，其他债务归男方负责”。吕某与韩某于2019年2月14日复婚，后又于2019年2月15日协议离婚，关于财产分割双方约定“所有财产归女方所有，两套房产及车库归女方所有”；二是2014年至2016年期间，乙贸易中心、韩某、吕某银行账号之间存在大量资金往来；三是2014年至2016年期间，乙贸易中心名下银行账户多次以工资奖金、备用金等名义向韩某银行账户转款共计219.9万元，乙贸易中心银行账户以工资奖金名义向吕某转款5000元，韩某银行账户多次向吕某银行账户转款共计33.3万元，吕某银行账户显示转入款项随即被转出且多用于支付宝消费支出。

同时，检察机关还了解到，甲暖气片公司作为传统制造行业中的民营小微企业，利润微薄，韩某所欠货款无法及时追回已对公司生产经营产生重大影响。

**监督意见。**检察机关认为，原审法院在吕某未出庭未向韩某出具授权委托书、

吕某也未追认的情况下作出民事调解书，违反自愿原则，法院再审判决撤销民事调解书并无不当。同时，根据本案新的证据，足以认定乙贸易中心欠付甲暖气片公司的货款系韩某、吕某的夫妻共同债务。甲暖气片公司与韩某于2017年4月19日签订对账单，系对2014年到2016年期间韩某经营的个人独资企业乙贸易中心欠甲暖气片公司货款的确认。根据冀州区检察院从冀州区法院执行卷宗中依法调取的乙贸易中心、韩某、吕某银行账号所对应的流水明细可知，在甲暖气片公司与乙贸易中心发生业务的2014年至2016年期间，乙贸易中心、韩某、吕某银行账户之间存在大量资金往来，且韩某转给吕某的款项，吕某转出后多用于消费支出。吕某虽未参与乙贸易中心经营，但韩某将从乙贸易中心获得的工资奖金、备用金用于夫妻共同生活，吕某从中获得了实际财产利益，故案涉乙贸易中心所欠甲暖气片公司债务，应认定为夫妻共同债务，由韩某、吕某共同承担还款责任。

据此，冀州区检察院依法向河北省衡水市人民检察院（以下简称衡水市检察院）提请抗诉。衡水市检察院审查后依法向衡水市中级人民法院（以下简称衡水市中院）提出抗诉。

**监督结果。**衡水市中院于2021年11月12日提审本案，并于2022年8月25日作出民事裁定，撤销冀州区法院再审民事判决书和民事调解书，发回冀州区法院重审。冀州区法院经审理，于2023年3月6日作出民事判决，采纳了检察机关的抗诉意见，认定案涉贷款债务属于韩某、吕某夫妻共同债务，吕某应对韩某承担的乙贸易中心债务承担连带清偿责任，判令韩某支付甲暖气片公司货款655757.41元及利息，吕某承担连带清偿责任。吕某不服，向衡水市中院提起上诉，衡水市中院于2023年8月7日作出民事判决，判令驳回上诉，维持原判。二审判决生效后，甲暖气片公司向冀州区法院申请执行。现冀州区法院已查封吕某名下房产，处于评估拍卖过程中。

### 【典型意义】

检察机关在处理夫妻共同债务类案件时，应当以事实为根据、以法律为准绳，秉持客观公正立场，严格依照婚姻法等法律和司法解释的规定认定夫妻共同债务，以保护夫妻双方和债权人的合法权益，如债务不属于夫妻共同债务的，配偶不应承担责任，如债务属于夫妻共同债务的，配偶应对债务承担共同清偿责任。本案中，甲暖气片公司与乙贸易中心发生业务的2014年至2016年期间，韩某与吕某系夫妻关系，且乙贸易中心与韩某、乙贸易中心与吕某、韩某与吕某之间均有资金

往来，吕某从乙贸易中心的经营中获得了实际财产利益，应将案涉债务认定为夫妻共同债务。检察机关根据既有线索发现本案再审判决中存在的疑点，通过调阅执行案件卷宗中相关资料、调查韩某、吕某二人夫妻关系、核实银行账户资金流转情况等工作，确定乙贸易中心资金被用于夫妻共同生活的基本事实，依法履行监督职责，追加原裁判中被遗漏的吕某为本案债务承担人，有力保障了民营企业合法债权的实现。

### 案例八

#### 韦某勇、黔东南州乙建设投资有限公司与独山县丙小额贷款有限责任公司、原审第三人郑某华民间借贷纠纷抗诉案

##### 【基本案情】

案外人贵州甲新型环保建材有限公司（以下简称甲环材公司）成立于2013年，系贵州省某市招商引资企业，注册资金2000万元，主要经营范围为生产销售混凝土、沥青混凝土、水泥制品、模塑板等。

甲环材公司与黔东南州乙建设投资有限公司（以下简称乙建设投资有限公司）于2013年6月25日签订协议，约定：乙建设投资有限公司以1077余万元价格，将名下共计3万余平方米国有土地使用权转让给甲环材公司。协议签订后，乙建设投资有限公司将案涉土地交付给甲环材公司，甲环材公司在案涉土地上投资近亿元建设厂房、安装设备并开展生产。甲环材公司先后向乙建设投资有限公司支付了近800万元对价，但未办理国有土地使用权过户手续。

2013年9月26日，乙建设投资有限公司召开股东会，形成股东决议，同意为股东韦某勇向独山县丙小额贷款有限责任公司（以下简称丙小贷公司）借款400万元提供抵押担保，并用已转让给甲环材公司的国有土地使用权办理抵押登记进行担保。韦某勇向丙小贷公司提供乙建设投资有限公司加盖公章的《授权委托书》《抵押担保承诺书》后，丙小贷公司与韦某勇、乙建设投资有限公司同日签订《抵押担保借款合同》，合同约定丙小贷公司向韦某勇发放400万元，借款期限自2013年9月26日至2014年9月25日止，借款利息为月利率1%，乙建设投资有限公司用其名下国有土地使用权为韦某勇提供抵押担保。

2013年9月27日，案涉抵押土地办理了抵押登记手续。之后，丙小贷公司董事长巫某签字“同意放款”，并通过股东郑某华向韦某勇转账380万元。韦某勇在借款凭证中签字确认收到400万元。

2013年9月28日，郑某华与韦某勇又自行签订了《借款协议》，约定由韦某勇向郑某华借款400万元，并明确用相关股权转让作保证。郑某华于2013年9月29日向韦某勇转账380万元，转账、收款账户与前述银行账户一致。后韦某勇向郑某华多次转账，2013年10月26日转账20万元，2013年10月29日转账20万元，2013年11月27日转账20万元，2013年12月2日转账20万元，2014年1月2日转账20万元，2014年1月2日转账20万元，2014年1月3日转账20万元，共计140万元。

因韦某勇逾期未归还借款，丙小贷公司于2014年12月25日起诉至贵州省独山县人民法院（以下简称独山县法院），请求法院判令韦某勇向其偿还400万元借款并支付利息，乙建设投资公司在抵押合同约定的担保范围内承担抵押担保责任，确认丙小贷公司对乙建设投资公司名下案涉土地享有抵押权。独山县法院于2015年3月20日作出判决，判令支持丙小贷公司的全部诉讼请求。因各方当事人均未提出上诉，该判决生效。丙小贷公司向独山县法院申请强制执行。

甲环材公司对乙建设投资公司以案涉国有土地使用权为韦某勇提供抵押一事不知情，多次催促乙建设投资公司办理国有土地使用权过户手续，乙建设投资公司以各种理由拖延。

在法院强制执行期间，甲环材公司得知其受让土地被乙建设投资公司抵押，遂向独山县法院提起执行异议，被裁定驳回。甲环材公司遂又提起案外人执行异议之诉，诉讼请求为排除对案涉土地执行，再次被法院判决驳回。

独山县法院于2016年12月12日执行完毕，执行方式为：因韦某勇无财产可供执行，对乙建设投资公司提供的抵押土地使用权在流拍后，按照拍卖底价531.2万元以物抵债，作抵借款本金400万元、利息77.2万元，以及迟延履行期间债务利息等，丙小贷公司补差价2.09万元，并承担执行费。但因案涉土地上有甲环材公司建成并正在生产的近亿元的厂房、设备，丙小贷公司无力对地上建筑物作出补偿，本案执行标的进入了难以交付的僵局。同时导致甲环材公司无法以其受让的国有土地使用权进行融资，亦不能扩大投资生产。

后韦某勇和乙建设投资公司不服前述独山县法院作出的民间借贷纠纷案件民事判决，向贵州省黔南州中级人民法院（以下简称黔南州中院）申请再审。黔南州中院于2020年9月8日作出再审裁定：撤销原判，发回独山县法院重新审理。

独山县法院于2021年1月18日作出再审后的一审判决，认定该400万元借款预先扣除了20万元“砍头息”，实际借款为380万元；判令韦某勇向丙小贷公司偿

还借款本金380万元及利息（利息以380万元为基数，按月利率1%，从2013年9月17日计算至实际付清之日止），乙建设投资公司就其享有的国有土地使用权承担担保责任，即丙小贷公司对抵押国有土地使用权享有优先受偿权，驳回丙小贷公司的其他诉讼请求。

韦某勇和乙建设投资公司不服，向黔南州中院提起上诉。黔南州中院作出二审判决，驳回上诉，维持原判。

韦某勇不服二审判决，向贵州省高级人民法院（以下简称贵州省高院）申请再审，被裁定驳回。

### 【检察机关履职过程】

**受理情况。**韦某勇因不服生效裁判向贵州省黔南州人民检察院（以下简称黔南州检察院）申请监督。同时甲环材公司向检察机关控告本案为虚假诉讼。

**调查核实。**检察机关认为本案涉及到民营企业合法权益保护，依法受理并开展调查核实工作，查明：一是韦某勇与丙小贷公司之间签订的《抵押担保借款协议》中约定“借款人应按月结清利息和费用，到期还本”，韦某勇与郑某华之间签订的《借款协议》中没有明确约定利息，仅约定“借款人应于合同解除之日归还所有借款本金”；二是韦某勇借到款项后，通过原收到借款的银行账户向郑某华银行账户先后还款140万元，虽该140万元未直接还到丙小贷公司账户，韦某勇亦与郑某华另有个人借贷往来，但郑某华对该款项用途并未说明，且该款项支付情况与韦某勇主张的其按借款本金400万元、月利率5%向郑某华支付两笔借款利息情况相符。

**监督意见。**检察机关认为，韦某勇通过收到借款的银行账户归还丙小贷公司和郑某华借款，符合交易习惯，根据查明事实，对于韦某勇向郑某华转账的140万元款项，至少应有70万元系偿还案涉韦某勇向丙小贷公司借款的利息。生效判决认定该140万元款项均非偿还案涉韦某勇向丙小贷公司380万借款利息，缺乏证据证明，侵害了债务人以及担保人乙建设投资公司的合法权益。且各方当事人因抵押物难以执行，陷入各方利益难以实现的执行僵局，本案应依法提出监督意见，在再审中努力促成僵局化解。经黔南州检察院提请抗诉，贵州省人民检察院于2022年8月4日向贵州省高院提出抗诉。

**监督结果。**2022年9月30日，贵州省高院指令黔南州中院再审本案。再审过程中，检察机关协同法院居中斡旋协调，向当事人释法说理，指出丙小贷公司存

在违规发放贷款谋取高利息的行为，做好各方当事人的沟通协调工作，最终韦某勇与丙小贷公司达成和解。2023年4月，黔南州中院依据当事人之间的和解协议作出民事调解书：丙小贷公司与韦某勇共同确认韦某勇欠丙小贷公司借款本金400万元，韦某勇承诺分期偿还案涉借款，并由案外人以自有房产为韦某勇提供抵押担保，丙小贷公司在韦某勇向其支付第一笔款项100万元后，放弃对乙建设投资公司提供担保的案涉土地抵押权。经检察机关案件回访了解到，丙小贷公司已经收到韦某勇支付的分期还款100万元，案涉土地查封措施已被解除，案涉国有土地使用权已经变更登记至甲环材公司名下，甲环材公司已恢复正常生产经营。

### 【典型意义】

检察机关以履行民事监督职能为切入口，着力营造公正、稳定、可预期的营商环境，为民营企业纾困解难，让民营企业稳预期“留得住”，有信心“经营好”。本案中甲环材公司作为当地招商引资的重点企业，受让案涉国有土地使用权，并在土地上建设近亿元的厂房、设备，但未办理过户手续。乙建设投资公司在甲环材公司不知情的情况下，为其股东韦某勇提供抵押担保，导致案涉土地被执行，甲环材公司生产经营受到重大影响。检察机关在收到甲环材公司有关虚假诉讼的控告及韦某勇的监督申请后，开展调查核实，认为本案不属于虚假诉讼，但生效判决确有错误，遂依法履行监督职能。同时，检察机关从当事人之间矛盾纠纷实质性化解、案外民营企业权益保护角度出发，主动与当地党委政法委、经济开发区管委会等联系，居中斡旋协调，与法院共同促成和解，在保障各方当事人权益的前提下，使甲环材公司从执行中解脱出来，恢复正常生产经营。

### 案例九

#### 西安甲建筑机械有限公司与北京乙装饰工程有限公司租赁合同纠纷再审检察建议案

### 【基本案情】

2015年10月13日，西安甲建筑机械有限公司（以下简称甲建筑机械公司）与北京乙装饰工程有限公司（以下简称乙装饰公司）签订《陕西省高空作业吊篮（吊船）租赁合同》（以下简称《吊篮租赁合同》），约定：工程地址位于咸阳市马庄镇，乙装饰公司租赁甲建筑机械公司630型吊篮，租赁数量详见双方签署的启用确认单，租金35元/天，租金1000元/月，吊篮租金每月结算一次，由甲建筑机械公司及及时向乙装饰公司送交当月租金结算单，乙装饰公司务必于次月5日付清



上月租金。合同上乙装饰公司方签名人员为杨某某。

2016年9月17日，经甲建筑机械公司与乙装饰公司结算，租金总费用405000元，乙装饰公司已付5885元，乙装饰公司欠付租金399115元。后乙装饰公司向甲建筑机械公司支付60000元。

2018年1月3日，甲建筑机械公司向陕西省咸阳市秦都区人民法院（以下简称秦都区法院）起诉，请求法院判令乙装饰公司支付租赁费339115元及逾期付款违约金。

秦都区法院依照乙装饰公司营业执照上载明的地址向乙装饰公司邮寄相关诉讼文书，因乙装饰公司地址搬迁、注册地与实际经营地不一致，法院邮件被退回，后秦都区法院依法公告送达相关诉讼文书。秦都区法院因乙装饰公司经合法传唤未到庭参加诉讼，进行缺席审理，于2018年7月6日作出一审判决，判令乙装饰公司向甲建筑机械公司支付租赁费339115元及违约金（从2016年9月18日起至款付清之日止，按年息24%计算）。因双方当事人均未上诉，一审判决生效，甲建筑机械公司向秦都区法院申请强制执行，秦都区法院依法冻结乙装饰公司的银行账户，并将其法定代表人列为失信被执行人。

2019年初，乙装饰公司因公司银行账户被冻结得知本案诉讼及执行情况，遂向秦都区法院提出在案涉合同约定的地址无任何工程项目，与甲建筑机械公司也从未签订租赁合同。2019年3月，乙装饰公司以杨某某私刻乙装饰公司印章、并在未经授权情况下与甲建筑机械公司签订《吊篮租赁合同》为由，向陕西省咸阳市公安局秦都分局报案。2020年8月19日，秦都区法院作出刑事判决，认定事实：冯某某经营的公司无保温外墙施工资质，冯某某为承接咸阳市北塬新城“福景佳苑”保障房建设项目外墙保温工程，私刻了乙装饰公司公章、财务专用章、合同专用章及法人章。后冯某某指使其公司员工杨某某使用私刻的公章及自乙装饰公司合作单位取得的乙装饰公司资质复印件，以乙装饰公司名义，与甲建筑机械公司签订《吊篮租赁合同》。后因拖欠甲建筑机械公司30余万元租赁款，甲建筑机械公司将乙装饰公司起诉至秦都区法院，法院依据合同判决乙装饰公司向甲建筑机械公司支付租赁费，导致乙装饰公司银行账户被冻结。冯某某行为构成伪造公司印章罪，判决冯某某有期徒刑七个月，并处罚金3000元。

2020年11月，乙装饰公司以案出现新证据，足以推翻原判决为由，向陕西省咸阳市中级人民法院（以下简称咸阳市中院）申请再审。2022年7月19日，咸

阳市中院作出民事裁定，认为乙装饰公司于2019年3月28日因账号被冻结，即知道冯某某伪造乙装饰公司公章与甲建筑机械公司签订合同，其应当在2019年3月28日起六个月内提出再审申请，但乙装饰公司直至2020年11月才提出再审申请，超出了法律规定的六个月的申请再审期限，遂驳回乙装饰公司的再审申请。

### 【检察机关履职过程】

**受理情况。**乙装饰公司以原判决认定事实的主要证据系伪造，且有新证据刑事判决书足以推翻原判决为由向陕西省咸阳市秦都区人民检察院（以下简称秦都区检察院）申请监督，该院于2022年8月4日依法受理。

**审查过程。**秦都区检察院通过调阅审查民事案件原审卷宗、组织双方当事人谈话、调取关联刑事案件卷宗，调查核实案件事实。除所涉刑事判决书认定的案件事实外，检察机关还查明，经咸阳市公安司法鉴定中心鉴定，《吊篮租赁合同》上乙装饰公司印文与乙装饰公司在行政机关备案印文不是同一枚印章盖印形成。

**监督意见。**秦都区检察院于2022年8月17日向秦都区法院发出再审检察建议，认为《吊篮租赁合同》因第三人冯某某私刻乙装饰公司印章，冒用乙装饰公司名义与甲建筑机械公司签订，原审判决认定事实的主要证据系伪造，且本案有新证据刑事判决书足以推翻原判决，该刑事判决书作出时间为2020年8月19日，乙装饰公司向法院申请再审时，并未超出《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十二条规定的申请再审期限，建议法院依法再审。

秦都区检察院还于2022年8月17日向陕西省咸阳市秦都区住房和城乡建设管理局发出社会治理类检察建议，指出在履行保障性住房建设监督管理中，应严格审查参与建设单位资质，健全完善参与建设单位资质审查机制，避免类似情况再次发生，有效防止工程质量隐患。

**监督结果。**秦都区法院采纳检察机关意见，裁定再审本案，并于2023年4月13日作出再审判决，判令撤销原判，驳回甲建筑机械公司的诉讼请求。秦都区法院根据乙装饰公司申请，解除其银行账户的查封措施，删除其失信被执行人信息。

陕西省咸阳市秦都区住房和城乡建设管理局收到检察建议后，对相关情况开展调查，查明检察建议反映问题属实，并向秦都区人民检察院书面回复整改情况。陕西省咸阳市秦都区住房和城乡建设管理局于2022年10月27日对辖区各建设单位、监理单位、施工单位下发《关于开展建筑领域严厉打击非法违法建筑施工行为专项行动的通知》，对无证擅自开工，无资质或超越资质范围承揽工程等违法

行为进行为期2个月的专项整治。

### 【典型意义】

在现行立法和司法实践中，公章是法人权利的象征，可以代表法人意志。民营企业印章管理方面最常见风险为他人使用假冒的公司印章。如民营企业需对不知情的、他人假冒公司印章作出的法律行为承担法律责任，会不当加重民营企业的法律责任，使其对开展生产经营活动失去安全感。本案中，冯某某在乙装饰公司不知情的情况下私刻乙装饰公司印章，以乙装饰公司名义与甲建筑机械公司签订《吊篮租赁合同》，导致乙装饰公司承担了不应承担的债务。乙装饰公司在得知权利受损后及时向公安机关报案，并在刑事判决作出后向法院就民事案件申请再审，法院以乙装饰公司未在得知自己权利受损后六个月内申请再审为由驳回了乙装饰公司的再审申请，导致乙装饰公司权利救济受阻。检察机关受理该案后，开展调查核实并仔细研判，认为本案民事判决存在主要证据系伪造且有新证据足以推翻原判决的情形，乙装饰公司申请再审并未超过法定期限，依法开展监督，经检察机关监督，法院再审撤销了原审判决，使乙装饰公司从“天上掉下的债务”中脱困，增强了民营企业对法治化营商环境的信心和稳定经营的安全感。

### 案例十

#### 重庆甲科技发展有限公司与重庆市乙融资担保有限责任公司等追偿权纠纷跟进 监督案

### 【基本案情】

重庆甲科技发展有限公司（以下简称甲科技公司）成立于2013年，经营范围包括计算机软、硬件开发，计算机信息系统、工程机械设备、建筑机械设备、自动化设备及监控设备研发、设计、生产、销售、安装调试、维护等。甲科技公司在重庆、成都、贵州、长沙、广州等五地设立分公司，拥有自主研发专利23项，软件著作权16项，拥有重庆市“高新技术企业”和“专精特新”企业双项认定。

2014年5月26日，时任甲科技公司法定代表人的王某与中信银行重庆分行签订《个人经营借款合同》，约定：王某向中信银行重庆分行借款1000万元，借款利率为年利率9%，借款期限为一年。重庆市乙融资担保有限责任公司（以下简称乙担保公司）为上述借款提供保证担保。乙担保公司与王某签订《委托担保合同》，约定王某委托乙担保公司为其贷款提供保证担保，若王某未依约向贷款人还款，致使乙担保公司履行保证责任代偿借款本息，乙担保公司有权自发生代偿之日起

要求王某归还代偿的全部款项和自代偿之日起代偿全部款项的利息，以及乙担保公司为实现债权支付的其他费用和损失，包括但不限于诉讼费、财产保全费、律师费等费用，王某不按贷款合同约定偿还债务，王某应按乙担保公司代偿额全部款项金额的20%向乙担保公司支付违约金。同时王某、韩某以名下共有房产，重庆市某建筑工程有限责任公司以其名下仓库用房作为反担保抵押物并办理抵押登记，抵押担保的范围为乙担保公司代偿的全部款项和自代偿之日起乙担保公司代偿全部款项的利息（按贷款人发放借款时确定的逾期利息计算），以及乙担保公司为实现债权支付的费用和损失，包括但不限于诉讼费、财产保全费、律师费等费用。

2014年6月5日，王某代表甲科技公司与乙担保公司签订《保证反担保合同》，为案涉担保提供连带责任保证反担保，反担保期间为自合同生效之日起至发生代偿之日后两年止。在签订案涉《保证反担保合同》时，甲科技公司提供的股东会决议上，仅有王某个人签字。

此外，乙担保公司还与重庆市某建筑工程有限责任公司、重庆某房地产开发有限公司、重庆市某房地产开发有限责任公司、蒲某分别签订《保证反担保合同》，约定上述主体为案涉担保提供连带责任保证反担保，乙担保公司代偿后，有权向任何一个反担保人进行全额追偿，反担保期间为自合同生效之日起至发生代偿之日后两年止。

上述借款用于王某经营的重庆市某建筑工程有限责任公司运营。

因王某逾期未偿还借款本金，2015年3月30日，乙担保公司按照保证合同约定履行代偿义务，向中信银行重庆分行偿付王某拖欠的借款本金共计10173315.47元，其中本金1000万元，利息173315.47元。

乙担保公司于2015年4月24日起诉王某、韩某、甲科技公司、重庆市某建筑工程有限责任公司、重庆某房地产开发有限公司、重庆市某房地产开发有限责任公司、蒲某等至重庆市第五中级人民法院（以下简称重庆市五中院），请求法院判令王某偿还其代偿的借款本金1000万元及利息、违约金2034700元及律师费，甲科技公司、重庆市某建筑工程有限责任公司、重庆某房地产开发有限公司、重庆市某房地产开发有限责任公司、蒲某对上述债务承担连带清偿责任，并请求对王某、韩某、重庆市某建筑工程有限责任公司提供的抵押物享有优先受偿权。

重庆市五中院经审理认为，案涉《委托担保合同》中关于王某承担代偿金额

20%违约金的约定条款无效，乙担保公司要求王某支付20%违约金的诉讼请求不予支持。案涉《委托担保合同》（除违约金条款）及《抵押合同》《保证反担保合同》均合法有效，乙担保公司依法对王某有追偿权，甲科技公司、重庆市某建筑工程有限责任公司、重庆某房地产开发有限公司、重庆市某房地产开发有限责任公司、蒲某应承担连带保证责任，乙担保公司可对王某、韩某、重庆市某建筑工程有限责任公司提供的抵押物享有优先受偿权。判决：王某偿还乙担保公司代偿借款本息10173315.47元及乙担保公司律师费6万元，甲科技公司、重庆市某建筑工程有限责任公司、重庆某房地产开发有限公司、重庆市某房地产开发有限责任公司、蒲某对王某的上述债务承担连带清偿责任，乙担保公司对王某、韩某、重庆市某建筑工程有限责任公司提供的抵押物享有优先受偿权。

一审判决生效后，甲科技公司在法院强制执行时方得知此案，遂向重庆市高级人民法院（以下简称重庆市高院）申请再审，被裁定驳回。甲科技公司被法院强制执行各类财产合计一千余万元，公司经营陷入严重困境，濒临倒闭。

### 【检察机关监督情况】

**受理情况。**甲科技公司不服重庆市五中院生效判决，向重庆市人民检察院第五分院（以下简称重庆市五分检）申请监督。

**调查核实。**检察机关依法对甲科技公司、乙担保公司基本情况以及双方签订案涉《保证反担保合同》的情况进行审查核实，发现王某于2014年6月5日，代表甲科技公司与乙担保公司签订《保证反担保合同》时，甲科技公司提供的股东会决议上，仅有王某个人签字，乙担保公司并未提出异议，也未征求甲科技公司其他股东意见；2014年11月25日，甲科技公司法定代表人由王某变更为张某；乙担保公司《营业执照》上载明：“经营范围：贷款担保、票据承兑担保、贸易融资担保……”据此可知乙担保公司为专业担保机构。

**监督意见。**检察机关认为，《中华人民共和国公司法》第十六条规定在公司对外担保事项上对法定代表人的代表权进行了法定限制，目的是防止公司股东或实际控制人利用控股地位，损害公司、其他股东或公司债权人的利益。本案中甲科技公司作出的股东会决议不符合上述法律规定，案涉合同是法定代表人王某未经甲科技公司授权对外签订的担保合同。此外，乙担保公司作为专业担保公司，应当了解相关法律规定，但并未对甲科技公司股东会决议上仅有王某签字提出异议，对王某超越代表权限亦明知，不属于善意相对人，故案涉《保证反担保合同》

无效。另，甲科技公司作为科技创新型民营企业，原生效判决对该公司生产和经营造成极大影响。故依法对本案进行监督将有利于保护民营经济，有助于市场稳定和社会和谐。

据此，重庆市五分检向重庆市五中院发出再审检察建议，认为王某越权出具《保证反担保合同》的行为对甲科技公司不发生法律效力，甲科技公司不应对王某的越权担保行为承担保证责任。重庆市五中院认为一审判决作出时法院对于《中华人民共和国公司法》第十六条规定存在不同理解，因此一审法院认定甲科技公司与乙担保公司之间的《保证反担保合同》有效并无不当，且甲科技公司未提起上诉，对检察机关作出的检察建议未予采纳。

重庆市五分检认为，重庆市五中院未采纳再审检察建议不当，且本案涉及民营企业保护，涉案金额亦较大，有跟进监督之必要，遂依法向重庆市人民检察院（以下简称重庆市检察院）提请抗诉。重庆市检察院审查后认为原审判决适用法律错误，遂依法向重庆市高院提出抗诉。

**监督结果。**重庆市高院再审采纳了检察机关的抗诉意见，认定甲科技公司与乙担保公司之间的《保证反担保合同》无效，甲科技公司不应对案涉债务承担连带保证责任，但因甲科技公司疏于管理，对上述《保证反担保合同》无效亦具有过错，导致乙担保公司信赖利益受损，根据原《中华人民共和国担保法》及担保法司法解释相关规定，甲科技公司应承担相应民事责任，遂于2023年2月16日作出再审判决，判令甲科技公司对王某应清偿不能清偿部分债务承担50%的赔偿责任。

### 【典型意义】

部分民营企业因内部管理机制不够完善，常见公司法定代表人超越代表权限或实际控制人利用其身份、地位以及对公司公章使用的便利，以公司名义对外签订担保合同，为法定代表人或股东、实际控制人个人债务提供担保，最终因个人未按时如约清偿债务，导致公司为个人巨额债务承担连带责任，损害公司及其他股东利益的情形。本案即为法定代表人王某利用其身份，由甲科技公司为其个人债务承担反担保连带保证责任，导致甲科技公司被强制执行，陷入经营困境的典型案。检察机关在办理此类案件过程中，应严格审查公司对外提供担保的程序是否合法、合同相对人是否善意、公司对担保无效是否存在过错等要点，针对的确存在法律适用问题的，应依法及时启动监督程序，保护民营企业合法权益。此

外，再审检察建议相对于抗诉而言，属“柔性”监督，即收到再审检察建议的法院并不必然启动再审程序，检察机关对确有错误的生效裁判以再审检察建议方式实施监督后，如法院未予纠正，检察机关可依法跟进监督，落实精准监督理念，增强民事检察监督刚性。

## 资讯研究

### 法答网精选问答（第四批）

**问题1：掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益次数应如何认定？**

**答疑意见：**根据《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第三条第一款第二项的规定，“掩饰、隐瞒犯罪所得及其产生的收益十次以上，或者三次以上且价值总额达到五万元以上的”，应当认定为刑法第三百一十二条第一款规定的“情节严重”，在三年以上七年以下有期徒刑的幅度内升档量刑。对于上述“十次以上”“三次以上”的规定，在个案把握中，不宜简单以转账次数为标准，否则容易造成打击面过大、处罚过严的问题。

掩饰、隐瞒的次数要结合案件具体情况来认定。一般来说，认定为一次掩饰、隐瞒，必须是一个独立行为，包括独立的主观故意，独立的掩饰、隐瞒行为，以及独立的行为结果。如果基于同一个故意，在同一时间、同一地点，同时或者连续为多起上游犯罪掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的，一般应认定为一次掩饰、隐瞒的行为。例如，行为人明知银行卡内接收的多笔资金均系他人诈骗犯罪所得，在同一地点集中将卡内资金连续转出、分流，以逃避追查的，应当认定为一次掩饰、隐瞒犯罪所得的行为。

为同一个上游犯罪行为同一犯罪事实的犯罪所得及其收益分多次予以窝藏、转移、收购、代为销售或者以其他方法掩饰、隐瞒的，基于犯罪对象的同一性，一般也应当认定为一次掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的行为。例如，行为人明知银行卡内接收的一笔资金，系某一网络赌场的犯罪所得，仍按照上游开设赌场行为人的指令，将该笔资金在多个银行账号间来回转移并提现的，一般也应当认定为一次掩饰、隐瞒犯罪所得的行为。但是，如果行为人明知卡内还有诈骗团伙犯罪所得的赃款，而予以转移的，掩饰、隐瞒犯罪所得的次数则应当与上述转移赌资的行为分别计算。

**咨询人：**江苏省高级人民法院刑一庭 韩继领

**答疑专家：**最高人民法院研究室刑事处 李振华

**问题2：代位继承人成年后从未履行赡养义务，应否均分遗产？**



**答疑意见：**从现行法律规定来看，法定继承以均等继承为原则，对于尽到较多赡养义务的也只是规定“可以”多分而非“应当”多分。但是就代位继承而言，代位继承人仅仅是承继了其父或母作为被继承人的第一顺序继承人的继承权，并不涉及赡养义务问题。这样的制度安排体现了对赡养的正向鼓励，但仍然强调维护以身份为基础的继承权利义务关系。因此，对于代位继承人而言，决定其能否均等继承的根本在于其身份是否符合代位继承的构成要件。当然，此种情况下，如果其他继承人尽到较多赡养义务，也应当是让有关继承人多分，而不是让该代位继承人少分。

**咨询人：**上海市虹口区人民法院民事审判庭 李燕

**答疑专家：**上海市第二中级人民法院未成年人与家事案件综合审判庭 熊燕

**问题3：实际借款人涉嫌贷款诈骗罪，名义借款人与出借人签订的借款合同之效力如何认定？还款责任如何承担？**

**答疑意见：**一是关于借款人的确定问题。实际借款人委托名义借款人借款的，应当依据民法典第九百二十五条、第九百二十六条有关间接代理的规定来确定借款合同的当事人，即视出借人在订立借款合同时是否知情作不同处理：出借人在签订借款合同时知道或者应当知道名义借款人与实际借款人之间的代理关系的，借款合同直接约束实际借款人与出借人，因此应当认定实际借款人是借款合同当事人，除非出借人有确切证据证明借款合同只约束名义借款人。出借人对代理关系不知情的，应当认定名义借款人是借款人；名义借款人披露实际借款人的，出借人有权选择名义借款人或者实际借款人作为相对人。

二是关于借款合同效力问题。实际借款人被认定贷款诈骗罪，意味着刑事判决已经认定实际借款人为借款合同当事人。依据前述规则，如果民事诉讼也认定实际借款人为借款合同当事人，就涉及构成贷款诈骗罪是否影响合同效力问题。在认定合同效力时，要依据民法典有关民事法律行为效力的规则来认定，而不能简单地认为只要构成犯罪，就应一律认定合同无效。在贷款诈骗犯罪场合，依据民法典第一百四十八条有关欺诈的规定，应当认定该合同为可撤销合同。应当注意的是，在合同效力归属（即当事人认定）上，刑事判决认定实际借款人构成贷款诈骗罪，并不当然意味着民事诉讼也必须认定借款合同就发生在出借人和实际借款人之间。换言之，在行为的法律效果归属问题上，也要依据民法典第九百二

十五条、第九百二十六条等规定来确定借款合同的当事人。如果民事判决认定名义借款人是借款合同当事人的，此时实际借款人构成贷款诈骗罪并不影响借款合同的效力。

三是关于名义借款人的责任及其与刑事责任的协调问题。如果认定合同关系发生在实际借款人和出借人之间，因名义借款人不是合同当事人，其无须承担借款合同项下的责任。如果民事判决认定合同关系发生在名义借款人与出借人之间，则名义借款人根据民事判决承担借款合同项下的还本付息责任，实际借款人根据刑事判决承担退赃退赔责任，二者构成不真正连带责任，不存在比例责任或补充责任的问题。此时，人民法院要在执行环节做好协调工作，避免债权人重复受偿。

咨询人：浙江省高级人民法院民事审判第五庭 徐楚

答疑专家：最高人民法院民二庭 麻锦亮

#### 问题4：债权人代位权的行使是否受到仲裁协议的限制？

答疑意见：对此可从两个层面来考虑。

一、债务人与相对人之间的债权债务关系订有仲裁协议的，不影响债权人对相对人提起代位权诉讼。

首先，这是由民法典的制度设计所决定的。根据民法典第五百三十五条第一款的规定，代位权只能通过向人民法院起诉的方式行使。如果代位权诉讼受仲裁协议约束，则债务人为损害债权人利益，可能恶意采取与相对人事先订立仲裁协议的方式排除债权人行使代位权，从而导致代位权制度被实质架空。

其次，这也是由代位权的权利性质所决定的。代位权源自法律的直接规定，属于法定权利，而非约定的权利，也不能通过约定的方式排除该权利的行使。代位权既非代理权，也不同于债权转让，不存在仲裁协议也由债权人继受的法理基础。

再次，这还是由意思自治原则所决定的。在代位权诉讼中，债权人并非债务人与相对人签订的合同的一方当事人，也非该合同项下的权利义务受让人。故债务人与相对人之间约定的仲裁条款对债权人并无约束力，仲裁协议不能对抗债权人代位权诉讼的法定管辖，否则等于强迫债权人接受自己未订立的协议。

代位权诉讼不受债务人与相对人之间仲裁协议的约束，是最高人民法院一直坚持的司法立场。根据原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第十三条的规定，债务人怠于行使权利是指不以诉讼或者仲裁

方式主张权利，据此可以直接得出代位权行使不受仲裁协议约束的结论。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编通则解释》）第三十六条也再次重申了这一立场，即债权人提起代位权诉讼后，债务人或者相对人以双方之间的债权债务关系订有仲裁协议为由对法院主管提出异议的，人民法院不予支持。需要注意的是，《合同编通则解释》第三十六条也特别强调了对仲裁协议的尊重和维护，即如果债务人或者相对人在首次开庭前就债务人与相对人之间的债权债务关系申请仲裁的，人民法院可以依法中止代位权诉讼。

综上，债务人与相对人之间订有仲裁协议的，不影响债权人对相对人提起代位权诉讼，但是可能会引起诉讼中止。

二、债权人与债务人之间的债权债务关系订有仲裁协议的，也不影响债权人提起代位权诉讼。

这是因为该仲裁协议只在当事人对债权人是否享有债权及其数额大小有争议时才有意义。但是债权是否存在是代位权行使的实体条件，而非程序条件。《合同编通则解释》第四十条第二款规定，债务人的相对人仅以债权人提起代位权诉讼时债权人与债务人之间的债权债务关系未经生效法律文书确认为由，主张债权人提起的诉讼不符合代位权行使条件的，人民法院不予支持。这里的生效法律文书当然也包括仲裁裁决书。据此，即使债权人与债务人之间的债权债务关系未经仲裁，也不影响人民法院就代位权诉讼作出实体裁判，自然也不能影响人民法院对相应纠纷行使管辖权。根据《合同编通则解释》第三十七条第一款的规定，在代位权诉讼中，债务人作为第三人参加诉讼。因此，如果债务人对债权人享有的债权及其数额没有争议，则旨在解决债务人与债权人之间纠纷的仲裁协议不会发生作用。当然，如果债务人对债权人是否享有债权及其数额大小有争议，则该争议只能通过仲裁程序解决。如果该争议直接影响受理代位权诉讼的人民法院对代位权是否成立的判断，则属于民事诉讼法第一百五十三条第一款第五项规定的“本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结”的情形，代位权诉讼应当依法中止，等待仲裁程序就债权人与债务人之间的债权债务关系作出裁决。可见，此时也只是影响代位权诉讼的进行，仍然不影响债权人提起代位权诉讼。

综合以上两个层面考虑，倾向于认为：债权人与债务人、债务人与相对人之间的两段债权债务关系各订有仲裁协议，也不影响债权人提起代位权诉讼。与《合同

编通则解释》一同发布的典型案例五“某控股株式会社与某利公司等债权人代位权纠纷案”即属此类情形。

咨询人：江苏省高级人民法院研究室 卢燊绅

答疑专家：最高人民法院研究室民事处 蒋家棣

**问题5：执行异议之诉案件中如何参照适用《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十九条“买受人名下无其他用于居住的房屋”的规定？**

**答疑意见：**《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称《规定》）第二十九条第二项规定的“买受人名下无其他用于居住的房屋”，系为了规范人民法院办理执行异议和复议案件，结合人民法院执行工作实际而制定，而执行异议之诉必须实体审理，以实现实质公平为目标，目前多参照上述规定进行裁判。“名下无其他用于居住的房屋”属于较为典型的形式判断规则，执行异议之诉的实体裁判标准应为是否用于家庭基本居住生活需要。

《全国法院民商事审判工作会议纪要》第125条认为：“商品房消费者名下虽然已有一套房屋，但购买的房屋在面积上仍然属于满足基本居住需要的，可以理解为符合该规定的精神。”例如，商品房消费者名下首套住房面积较小，结合家庭人口及居住生活情况，另外购买的住房仍在满足基本居住需要范围内的，应认为符合《规定》第二十九条的精神。但对于购买投资型、豪华型房屋的，或者购买商铺等经营性房屋的，原则上不在本条保护范围之内。故房屋套数并非绝对标准，对此需要把握的是，一方面要保护人民群众对美好生活的向往，保护刚性和改善住房需求，另一方面要依法惩治恶意规避执行的行为。

咨询人：海南省高级人民法院铁路庭 夏伟伟

答疑专家：最高人民法院民一庭 万挺

## 资讯研究

### 法工委经济法室副主任王翔：新《公司法》时代背景与内容解读

—— 王翔 ——

全国人大常委会法工委经济法室副主任

2023年12月29日，十四届全国人大常委会第七次会议审议通过了《公司法修订草案》，在公司法制定30周年之际，完成了对公司法的第六次修改。本次公司法修改工作于2019年年初启动，历经四次审议通过，对公司法进行了全面修订，修改完善的主要内容包括：公司设立、退出制度，公司资本制度，股东出资和股权交易行为规范，公司组织机构设置和上市公司治理规范，董事、监事、高级管理人员的义务和责任，国家出资公司的组织机构，公司债券管理制度等。本次修改，对完善中国特色现代企业制度、依法保障经济高质量发展等方面，都将发挥重要作用。

#### 目次

#### 一、公司法的制定和历次修改回顾

- (一) 公司法的制定
- (二) 公司法的修改完善

#### 二、公司法第六次修改的时代背景与修法原则

- (一) 修改背景
- (二) 公司法修改的必要性
- (三) 修法原则

#### 三、公司法第六次修改的主要内容解读

- (一) 完善公司设立、退出制度
- (二) 完善公司资本制度
- (三) 强化股东出资和股权交易行为的规范
- (四) 优化公司组织机构设置，强化上市公司治理
- (五) 强化董事、监事、高级管理人员的责任
- (六) 强化股东特别是中小股东权益保护
- (七) 完善国家出资公司组织机构特别规定
- (八) 完善公司债券管理相关规定

1993年12月29日，八届全国人大常委会第五次会议通过了公司法，标志着公司法律制度在我国的正式确立。三十年后的同一天，2023年12月29日，十四届全国人大常委会第七次会议审议通过了《公司法修订草案》（自2024年7月1日起施行）完成了对公司法的第六次修改。我国的公司法律制度在总结实践经验的基础上，适应新时代、新任务、新要求，不断发展完善，必将对完善中国特色现代企业制度，助力高质量发展，发挥重要作用。

### 公司法的制定和历次修改回顾

公司是市场经济中最典型、最普遍、最重要的企业组织形式。公司法是公司设立运行的基本依据，是社会主义市场经济制度和中国特色社会主义法律体系中重要的基础性法律。我国的公司法律制度是伴随改革开放和社会主义市场经济的发展而确立和发展起来的，与四十五年的改革开放、三十年的社会主义市场经济发展相伴而行，并随着经济社会的发展不断完善。

#### （一）公司法的制定

我国公司法律制度萌芽于改革开放之初。1979年7月1日，五届全国人大二次会议制定通过了改革开放新时期第一批七部法律，其中就包括《中外合资经营企业法》，第一次以法律的形式，确立了有限责任公司的市场主体地位，明确合营企业的形式为有限责任公司，合营各方按注册资本比例分享利润和分担风险及亏损。同时还对公司的出资形式、组织机构等作了原则规定。

改革开放以来，公司数量逐渐增多，对发展经济发挥了越来越重要的作用，同时也出现了一些问题，迫切需要制定公司法，以法律的形式对公司的设立、组织机构及行为进行统一规范。全国人大常委会和国务院都确定要抓紧制定公司法。

1983年国家经济委员会、国家经济体制改革委员会（以下简称国家体改委）开始起草公司法；1986年改为分别起草《有限责任公司条例》和《股份有限公司条例》；1992年由国家体改委制定了《有限责任公司规范意见》和《股份有限公司规范意见》；1992年8月国务院提请全国人大常委会审议《有限责任公司法草案》。

全国人大常委会组成人员在审议《有限责任公司法草案》时提出，为适应社会主义市场经济发展的需要，应当制定一部覆盖面更宽一些、内容比较全面的公司法。根据全国人大常委会委员长会议的决定，全国人大常委会法工委在国务院及国务院有关部门拟定的规范意见和法律草案的基础上，汇总形成公司法草案。

经审议，公司法于1993年12月29日由八届全国人大常委会第五次会议通过，自

1994年7月1日起施行。1993年制定的公司法共11章230条，对公司类型、公司的设立条件、公司的审批登记程序、公司的组织机构、股份有限公司股票的发行和交易、公司的财务会计管理以及公司合并、分立、解散和清算，外国公司的分支机构、法律责任等内容作了全面系统的规定，确立了我国公司法律制度的基本框架。

## （二）公司法的修改完善

公司法是在我国提出建立社会主义市场经济体制、建立现代企业制度的初期制定的。当时，国内真正规范意义上的公司数量不多，公司运作的实践经验不足，有关公司法律制度的理论准备也还不够充分。随着社会主义市场经济体制的逐步完善，公司法的有些规定不能完全适应新形势的需要，有必要适时加以修改完善。

**1. 公司法的第一次修改。**1999年12月，九届全国人大常委会第十二次会议通过决定，对公司法的个别条款作出修改。

一是为加强出资人对国有独资公司的监督，保证国有资产及其权益不受侵犯，将原《公司法》第67条关于对国有独资公司监督的原则规定具体化，明确：“国有独资公司监事会主要由国务院或者国务院授权的机构、部门委派的人员组成，并有公司职工代表参加”，监事会依照本法和国务院规定的职权对国有独资公司实施监督。

二是为促进高新技术产业的发展，支持高新技术企业进入证券市场直接融资，在原《公司法》第229条中增加了一款规定：“属于高新技术的股份有限公司，发起人以工业产权和非专利技术作价出资的金额占公司注册资本的比例，公司发行新股、申请股票上市的条件，由国务院另行规定。”为资本市场推出创业板提供了法律支撑。

**2. 公司法的第二次修改。**2004年8月，十届全国人大常委会第十一次会议通过决定，再次对公司法的个别条款作出修改，删去了原《公司法》第131条第2款关于“以超过票面金额为股票发行价格的，须经国务院证券管理部门批准”的规定。股票发行价格，包括是否采取溢价方式发行股票，将由发行人根据市场情况自主决定，不再须事先取得行政许可。

**3. 公司法的第三次修改。**2005年10月，十届全国人大常委会第十八次会议对公司法进行了第三次修改。这次修改是对公司法的全面修订，条文总数由原来的230条调整为219条。此外，修订后的公司法还与同时修订的证券法相衔接，将一些

关于公司股票和公司债券公开发行、交易和监管方面应属于证券法规范的内容，纳入修订后的证券法中，使这两部法律各自调整的范围更加明确、清晰。

主要修改内容包括：一是完善公司设立和公司资本制度，较大幅度地下调了公司注册资本的最低限额，允许对公司的注册资本实行分期缴付或分次发行，扩大了股东可以向公司出资的财产的范围，放宽无形资产出资比例等；二是完善公司法人治理机构，健全董事会制度，强化监事会作用，明确董事、监事、高级管理人员责任；三是健全股东权益保护和社会公共利益保护，增加股东代表诉讼和公司法人人格否认制度；四是规范公司融资和上市公司治理；五是增加一人公司制度，完善国有独资公司的规定。

**4. 公司法的第四次修改。**2013年12月，十二届全国人大常委会第六次会议通过决定，对公司法进行第四次修改，进一步改革公司设立制度，将注册资本实缴登记制改为认缴登记制，取消注册资本最低限额，取消出资期限、首期出资比例和货币出资比例限制，降低公司设立门槛。

**5. 公司法的第五次修改。**2018年10月，十三届全国人大常委会第六次会议通过决定，对公司法进行第五次修改，完善股份有限公司股份回购制度，将原公司法关于股份有限公司股份回购情形中的“将股份奖励给本公司职工”修改为“将股份用于员工持股计划或者股权激励”，增加“将股份用于转换上市公司发行的可转换为股票的公司债券”和“上市公司为维护公司价值及股东权益所必需”两种股份回购情形，并简化回购程序。

## 公司法第六次修改的时代背景与修法原则

### （一）修改背景

公司法的制定和修改，与我国社会主义市场经济体制的建立和完善密切相关，颁布实施近三十年来，对于建立健全现代企业制度，促进社会主义市场经济持续健康发展，发挥了重要作用。同时，现行公司法律制度也存在一些与改革和发展不适应、不协调的问题，如有些制度滞后于近年来公司制度的创新实践；有些基础性制度尚有欠缺或者规定较为原则；有的制度如公司监督制衡、责任追究机制不完善，中小投资者和债权人保护需要加强等。

党的十八大以来，党中央在深化国有企业改革、优化营商环境、加强产权保护、促进资本市场健康发展等方面作出一系列重大决策部署，推动公司制度和实践进一步完善发展，同时对公司法修改提出相应任务要求。修改公司法是落实党中央



决策部署的重要举措，列入十三届全国人大常委会立法规划。

2019年年初，全国人大常委会法制工作委员会成立由最高人民法院、国务院国资委、国家市场监督管理总局、中国证监会等中央有关部门以及部分专家学者参加的公司法修改起草组，经多次征求意见、反复修改完善，形成修订草案。2021年12月，十三届全国人大常委会第三十二次会议对公司法修订草案进行了初次审议。经过十三届、十四届全国人大常委会会议四次审议，修订后的公司法于2023年12月由十四届全国人大常委会第七次会议审议通过，自2024年7月1日起施行。

## （二）公司法修改的必要性

第一，修改公司法，是深化国有企业改革、完善中国特色现代企业制度的需要。习近平总书记强调，坚持党对国有企业的领导是重大政治原则，必须一以贯之；建立现代企业制度是国企改革的方向，也必须一以贯之。

党的十八届三中全会决定提出，推动国有企业完善现代企业制度；健全协调运转、有效制衡的公司法人治理结构。党的十九届三中全会决定提出，将国有重点大型企业监事会职责划入审计署，不再设立国有重点大型企业监事会。党中央、国务院《关于深化国有企业改革的指导意见》等对推进国有企业改革发展作出具体部署。修改公司法，是贯彻落实党中央关于深化国有企业改革决策部署、巩固深化国有企业治理改革成果、完善中国特色现代企业制度、促进国有经济高质量发展的必然要求。

第二，修改公司法，是持续优化营商环境、激发市场创新活力的需要。法治是最好的营商环境。党的十八大以来，党中央、国务院深入推进简政放权、放管结合、优化服务，持续改善营商环境。修改公司法，为方便公司设立、退出提供制度保障，为便利公司融资投资、优化治理机制提供更为丰富的制度性选择，有利于降低公司运行成本，是推动打造市场化、法治化、国际化营商环境，更好激发市场创新动能和活力的客观需要。

第三，修改公司法，是完善产权保护制度、依法加强产权保护的需要。党的十八届四中全会决定提出，健全以公平为核心原则的产权保护制度，加强对各种所有制经济组织和自然人财产权的保护。党的十八届五中全会决定提出，推进产权保护法治化，依法保护各种所有制经济权益。党的十九大报告把“两个毫不动摇”写入新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略。党的二十大报告提出，完善产权保护、市场准入、公平竞争、社会信用等市场经济基础制度。

修改公司法，健全以公司组织形式和出资人承担责任方式为主的市场主体法律制度，规范公司的组织和行为，完善公司设立、运营、退出各环节相关当事人责任，切实维护公司、股东、债权人的合法权益，是完善产权保护制度、加强产权平等保护的重要内容。

第四，修改公司法，是健全资本市场基础性制度、促进资本市场健康发展的需要。习近平总书记强调，要尽快形成融资功能完备、基础制度扎实、市场监管有效、投资者合法权益得到有效保护的多层次资本市场体系。修改公司法，完善上市公司资本、公司治理等基础性制度，加强对投资者特别是中小投资者合法权益的保护，是促进资本市场健康发展、有效服务实体经济的重要举措。

### （三）修法原则

第六次公司法修改坚持了如下几条原则：

一是坚持正确的政治方向。贯彻落实党中央决策部署对完善公司法律制度提出的各项任务要求，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，完善中国特色现代企业制度，为坚持和完善我国基本经济制度提供坚实法制保障。

二是在现行公司法基本框架和主要制度的基础上作系统修改。在保持现行公司法框架结构、基本制度稳定，维护法律制度的连续性、稳定性，降低制度转换成本的同时，适应经济社会发展变化的新形势新要求，针对实践中的突出问题和制度短板，对现行公司法作系统性的修改完善。

三是坚持立足国情与借鉴国际经验相结合。从我国实际出发，将实践中行之有效的做法和改革成果上升为法律规范；同时注意吸收借鉴一些国家公司法律制度有益经验，进行有针对性的修改。

四是处理好与其他法律法规的关系。做好公司法修改与民法典、外商投资法、证券法、企业国有资产法以及正在修改的企业破产法等法律的衔接，并合理吸收相关行政法规、规章、司法解释的成果。

### 公司法第六次修改的主要内容解读

公司法的第六次修改，是对公司法的全面修订，几乎所有条文都有修改，很多是实质内容的修改，并对章节结构作了调整。修改后的公司法由原先的13章218条，修改为15章266条。主要修改内容包括：

#### （一）完善公司设立、退出制度

深入总结党的十八大以来持续优化营商环境改革成果，完善公司登记制度，进一

步简便公司设立和退出。

1. 新设“公司登记”一章，明确公司设立登记、变更登记、注销登记的事项和程序；同时要求公司登记机关优化办理登记流程，提高公司登记效率，加强信息化建设，推行网上办理等便捷方式，提升公司登记便利化水平；授权国务院市场监督管理部门根据本法和有关法律、行政法规的规定，制定公司登记注册的具体办法。

2. 充分利用信息化建设成果，明确电子营业执照的法律效力，明确公司登记机关应当将公司登记事项通过国家企业信用信息公示系统向社会公示，明确公司应当按照规定将公司股东认缴和实缴的出资额、股权变更信息通过国家企业信用信息公示系统公示，明确公司股东会、董事会、监事会召开会议和表决可以采用电子通信方式。

3. 进一步扩大可用作出资的财产范围，明确股权、债权可以作价出资。

4. 放宽一人有限责任公司设立等限制，并允许设立一人股份有限公司，相应取消“一人有限责任公司的特别规定”一节。

5. 完善公司清算制度。一是明确董事为公司解散时的清算义务人；明确清算义务人未及时履行清算义务，给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。二是进一步规范司法清算，将司法清算的提起主体由“债权人”修改为“利害关系人”；同时明确，对公司作出吊销营业执照、责令关闭或者撤销决定的部门或者公司登记机关，可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。三是规定清算组由董事组成，公司章程另有规定或股东会决议另选他人的除外；强化清算组成员的责任和义务，明确清算组成员履行清算职责，负有忠实义务和勤勉义务，清算组成员怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；因故意或者重大过失给债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

6. 增加简易注销制度。公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务的，经全体股东承诺，可以按照规定通过简易程序注销公司登记。通过简易程序注销公司登记，应当通过国家企业信用信息公示系统予以公告，公告期限不少于二十日。公告期限届满后，未有异议的，公司可以在二十日内向公司登记机关申请注销公司登记。

简易注销程序以公司未产生债务或已经清偿全部债务为前提，因此不需要进行清算即可注销，在程序上相比一般注销程序更为简化。但是，未产生债务或已经清

偿全部债务这一前提是以全体股东承诺作出的，并不一定与实际情况相符。为了更好地保护公司债权人利益，避免公司股东承诺不实而利用简易程序注销公司，导致债权人债权得不到清偿的情况发生，公司法专门作出规定，明确股东承诺不实的，应当对注销登记前的债务承担连带责任。

7. 增加强制注销制度。为解决实践中公司注销难、“僵尸公司”大量存在的问题，公司法根据地方实践经验，增加关于强制注销制度的规定，明确公司被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销，满三年未向公司登记机关申请公司注销登记的，公司登记机关可以通过国家企业信用信息公示系统予以公告，公告期限不少于六十日。公告期限届满后，未有异议的，公司登记机关可以注销公司登记。被强制注销公司登记的，原公司股东、清算义务人的责任不受影响。

强制注销公司对公司及相关当事人权益影响较大，在适用时应注意以下几点：一是仅限于公司被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销而导致公司解散的情形，不适用于公司解散的其他情形。二是适用条件是公司被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销之日起满三年未申请注销公司登记。三是程序启动由公司登记机关依法根据具体情况自主决定。四是要适用严格的公告程序，即通过国家企业信用信息公示系统进行不少于六十日的公示，公示期间公司债权人包括税款债权人、社保基金债权人，公司股东以及其他相关当事人提出异议的，程序即终止。五是对于适用强制注销程序的公司，原公司股东、清算义务人的责任不受影响。

这里所提到的公司股东责任实际上包括公司法两种情形：一是股东按照公司法的有关规定对公司承担的与出资有关的责任：如《公司法》第49条第3款规定的足额缴纳出资以及未履行出资义务对公司损失承担的赔偿责任，第53条规定的因抽逃出资而承担的返还出资及对公司损失的赔偿责任，第211条规定的因违法分配利润所承担的退还利润及对公司损失的赔偿责任等；二是按照《公司法》第23条对公司债权人承担的责任，即公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。至于清算义务人的责任，《公司法》第232条第3款作了明确规定，清算义务人未及时履行清算义务，给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

## （二）完善公司资本制度

为提高投融资效率并维护交易安全，深入总结公司注册资本制度改革成果，吸收借鉴国外公司法律制度经验，丰富完善公司资本制度。

1. 完善注册资本认缴登记制度。公司法关于注册资本登记制度经历了实缴制、分期缴纳制、认缴制的演变：

1993年制定公司法，确立公司注册资本实缴登记制度，有限责任公司和股份有限公司股东的出资均需要实际缴纳，并规定了有限责任公司原则上最低十万元至五十万元，股份有限公司原则上最低一千万元的注册资本最低限额。

2005年修改公司法将有限责任公司注册资本的最低限额降至三万元，股份有限公司降至五百万元，同时允许对公司的注册资本实行分期缴付或分次发行，明确首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，其余部分两年内缴足，投资公司可以在五年内缴足。

2013年修改公司法，将注册资本实缴登记制改为认缴登记制，取消注册资本最低限额，取消出资期限、首期出资比例限制。2013年注册资本认缴登记制的全面实施方便了公司设立，激发了创业活力，使公司数量增加迅速。但实践中也出现大量的因公司认缴期限过长，影响出资诚信、交易安全、损害债权人利益的情形。

2023年修订的公司法在总结实践经验的基础上，进一步完善认缴登记制度，维护资本充实和交易安全：一是增加有限责任公司股东认缴期限的规定，明确全体股东认缴的出资额应当按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足；二是明确股份有限公司发起人在公司成立前应当全额缴纳所认购的股份；三是明确法律、行政法规以及国务院决定可以对有限责任公司股东出资期限作出特别规定，为重点行业领域设定短于五年的认缴期限留出制度空间；四是强化股东出资诚信制度约束，明确公司应当将股东认缴和实缴的出资额、出资日期等信息，在国家企业信用信息公示系统进行公示，并确保公示信息真实、准确、完整；对不公示或者不如实公示的，给予罚款等行政处罚。

需要说明的是，此次修改只是对公司注册资本认缴登记制度的完善，不是改变认缴登记制度改革的方向，更不是回到实缴登记制度。这一修改，主要是为了督促公司设立时理性确立出资总额和出资期限，营造诚信的市场经营环境。修改后的公司法规定认缴期限不得超过五年，在有效压实股东出资义务的同时，兼顾了市场投资创业需求，并结合了我国公司平均寿命4.4年、中位数3.6年的实际情况，符合国际上公司立法的普遍做法。公司法对于设立公司仍然没有最低注册资本要求，也不要求对股东出资进行验资，没有增加公司设立负担。

此外，按照“法不溯及既往”的原则，此次关于股东出资期限最长不得超过五年

的规定，原则上不适用于修改之前已经设立的公司。但是，如果不对现有的存量公司进行合理的、适度的规范，将导致某些出资期限过长的公司长期存在，影响出资诚信、交易安全、公共利益，不利于公司质量的提高，也不利于营造良好的营商环境。

据此，国家市场监督管理总局建议对新法施行前已设立的公司出资期限设置过渡期，并由国务院制定具体办法。根据国家市场监督管理总局的意见，修改后的公司法在附则中规定：本法施行前已登记设立的公司，出资期限超过本法规定的期限的，除法律、行政法规或者国务院另有规定外，应当逐步调整至本法规定的期限以内；对于出资期限、出资额明显异常的，公司登记机关可以依法要求其及时调整。具体实施办法由国务院规定。

2. 在股份有限公司中引入授权资本制。规定股份有限公司章程或者股东会可以授权董事会在三年内决定发行不超过已发行股份百分之五十的股份，但以非货币财产作价出资的应当经股东会决议。按照这一规定，股份有限公司设立时只需发行部分股份，公司章程或者股东会可以作出授权，由董事会根据公司运营的实际需要决定发行剩余股份。这样既方便股份有限公司设立，又给予了公司发行新股筹集资本的灵活性，并且能够减少公司注册资本虚化等问题的发生。

3. 完善类别股制度。现行公司法授权国务院对公司发行普通股以外的类别股另行作出规定。为适应不同投资者的投资需求，修改后的公司法对已有较多实践的类别股作出规定，包括优先股和劣后股（优先或者劣后分配利润或者剩余财产的股份）、特殊表决权股（每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份）、转让受限股（转让须经公司同意的股份）；国务院还可以规定其他类别股。公司法明确是否发行类别股及类别股股东的权利义务应由公司章程作出规定；同时明确，股东会对类别股股东权益有重大影响的事项作出决议的，应经出席类别股股东会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

4. 引入选择性无面额股制度。股票按票面是否标明每股金额，可以分为面额股和无面额股。面额股是指股票票面和公司章程记载每股金额的股票；无面额股，又称比例股或者份额股，公司章程和股票票面上不记载每股的票面金额，只记载其在资本金中所占的比例，或者记载其代表的股份数。

同面额股相比，无面额股有利于提高资本筹集和运作的灵活性：一是没有面额股不得折价发行的限制，方便公司发行股份筹资。二是无面额股能够实现与有限责

任公司出资比例同样的效果，有利于实现创业公司创始人对其公司的控制。三是无面额股便于股票的合并、分割，无须重新核算公司资产与每股金额，提高合并、分割效率，降低成本。

修改后的公司法规定，股份有限公司的全部股份，根据公司章程的规定择一采用面额股或者无面额股。公司可以根据章程的规定将已发行的面额股全部转换为无面额股或者将无面额股全部转换为面额股。采用无面额股的，应当将发行股份所得股款的二分之一以上计入注册资本。

5. 增加简易减资制度。公司按照规定用当年税后利润、公积金弥补亏损后仍有亏损的，可以进行简易减资，即通过减少注册资本弥补亏损。该项减资只需要在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告，不需要履行通知债权人及清偿债务或者提供担保的义务。同时，为了避免股东通过简易减资抽逃出资，公司法明确规定，公司进行简易减资，不得向股东分配，也不得免除股东缴纳出资或者股款的义务；公司简易减资后，在法定公积金和任意公积金累计额达到公司注册资本百分之五十前，不得分配利润。

### （三）强化股东出资和股权交易行为的规范

修改后的公司法，针对实践中的突出问题，加强对股东出资和股权交易行为的规范，维护交易安全。

#### 1. 明确股东出资责任。

一是明确股东应当按期足额缴纳公司章程规定的各自所认缴的出资额；股东未按期足额缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当对给公司造成的损失承担赔偿责任。

二是完善公司设立时股东的出资责任。现行公司法规定，有限责任公司成立后发现作为出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额时，应当由交付该出资的股东补足其差额，设立时的其他股东承担连带责任。修改后的公司法在总结实践经验的基础上，对上述规定进行了补充完善，明确有限责任公司设立时，股东未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资，或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的，设立时的其他股东与该股东在出资不足的范围内承担连带责任。

理解这一问题，需要注意两点：第一，上述关于股东对出资承担连带责任的规定，仅限于设立时的股东；第二，上述规定仅适用于股东在公司设立时未实际履行出

资义务的情形，不包括股东认缴但在公司设立时不需要实际缴纳的情形，也就是设立时股东仅对公司设立时应实缴的部分出资承担连带责任。

2. 增加股东欠缴出资的失权制度。修改后的公司法规定，有限责任公司成立后，董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资的，由公司向该股东发出书面催缴书，催缴出资；公司可以在催缴书中载明缴纳出资的宽限期，宽限期不得少于六十日；宽限期届满，股东仍未履行出资义务的，公司经董事会决议可以向该股东发出书面失权通知，自通知发出之日起，该股东丧失其未缴纳出资的股权。股东对失权有异议的，应当自接到失权通知之日起三十日内，向人民法院起诉。

3. 规定股东认缴出资的加速到期制度。修改后的公司法规定，公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。

4. 完善瑕疵转让股权的法律责任。修改后的公司法规定，股东转让已认缴出资但未届缴资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；受让人未按期足额缴纳出资的，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。同时明确，未按照公司章程规定的日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任；受让人不知道且不应知道上述情形的，由转让人承担责任。

5. 规范股份有限公司股份转让时的财务资助。财务资助，是指公司对他人取得或将取得本公司股份的交易行为，以直接或间接方式提供诸如赠与、借款、担保、免除义务等具有财务属性的帮助。

由于财务资助可能产生杠杆收购、管理层滥用损害中小股东和债权人利益、操纵市场等情况，修改后的公司法对此按照原则禁止、决议例外的原则作了规范，明确公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，公司实施员工持股计划的除外。同时规定，为公司利益，经股东会决议，或者董事会按照公司章程或者股东会的授权作出决议，公司可以为他人取得本公司或者其母公司的股份提供财务资助，但财务资助的累计总额不得超过已发行股本总额的百分之十。董事会作出决议应当经全体董事的三分之二以上通过。

#### （四）优化公司组织机构设置，强化上市公司治理

深入总结我国公司制度创新实践经验，在组织机构设置方面赋予公司更大自主权，



同时强化上市公司治理。

1. 引入单层制治理结构，允许公司只设董事会、不设监事会。修改后的公司法规定，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，不另设监事会或者监事。

引入单层制治理结构，允许公司只设董事会、不设监事会，是公司治理结构的重大制度调整，应当积极、稳妥地推进。

一方面，是否引入单层制治理结构，属于公司自治事项，由公司根据自身情况自主选择。公司按照修改后的公司法可以选择单层制的治理结构，只设董事会；也可以维持双层制的治理结构，即董事会、监事会并存。另一方面，考虑到这一制度属于新设制度，国内没有实践经验，且涉及面广，修改后的公司法对如何推进这一制度采用了分类处理的方式：对于有限责任公司，只作原则规定，明确公司在董事会设置审计委员会行使监事会职权的，不设监事会或者监事。

至于审计委员会的组成、具体职权、议事方式和决策程序等，均未作具体要求，可由公司依据法律的原则规定通过公司章程自主确定。对于股份有限公司，规定则更加具体，对审计委员会的组成、议事决策程序均作了具体要求，明确审计委员会成员为三名以上，过半数成员不得在公司担任除董事以外的其他职务，且不得与公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系；审计委员会作出决议，应当经审计委员会成员的过半数通过；审计委员会决议的表决，应当一人一票。同时规定，审计委员会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。此外，对于股份有限公司中的上市公司，则进一步细化了审计委员会的具体职权，明确上市公司董事会对聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所，任免财务负责人，披露财务会计报告等事项作出决议前应当经审计委员会全体成员过半数通过。

2. 简化公司组织机构设置。对于规模较小或者股东人数较少的公司，可以不设董事会（监事会），设一名董事（监事）；对于规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，经全体股东一致同意，可以不设监事。按照上述规定，有限责任公司可以只设一名董事执行公司事务，由股东会直接进行监督，实现治理结构的最大限度简化。

3. 完善职工参与公司民主管理的相关规定。修改后的公司法在现行法的基础上进一步强化职工民主管理，维护职工合法权益。

一是将保护“职工”合法权益，作为立法目的之一在总则第1条中予以明确。

二是在总则中明确规定，公司依照宪法和有关法律的规定，建立健全以职工代表大会为基本形式的民主管理制度，通过职工代表大会或者其他形式，实行民主管理。

三是完善公司董事会中职工代表的规定，明确公司董事会成员为三人以上，其成员中可以有公司职工代表。职工人数三百人以上的有限责任公司，除依法设监事会并有公司职工代表的外，其董事会成员中应当有公司职工代表；国有独资公司的董事会成员中，应当有职工代表。同时规定，董事会成员中的职工代表可以成为公司董事会下设审计委员会的成员。

4. 完善上市公司组织机构的相关规定，强化上市公司治理。

一是授权国务院证券监督管理机构对上市公司独立董事的具体管理办法作出规定。

二是规范上市公司章程记载事项，明确上市公司的公司章程除载明法定记载事项外，还应当依照法律、行政法规的规定载明董事会专门委员会的组成、职权以及董事、监事和高级管理人员薪酬考核机制等事项。

三是增加上市公司董事会审计委员会职权的规定。

四是规范上市公司股份代持，明确上市公司应当依法披露股东、实际控制人的信息，相关信息应当真实、准确、完整。禁止违反法律、行政法规的规定代持上市公司股票。

五是禁止上市公司母子公司交叉持股，明确上市公司控股子公司不得取得该上市公司的股份。上市公司控股子公司因公司合并、质权行使等原因持有上市公司股份的，不得行使所持股份对应的表决权，并应当及时处分相关上市公司股份。

5. 完善公司股东会、董事会决议无效、撤销、不成立相关规定。修改前的公司法对公司股东会、董事会决议无效、撤销作了原则性规定。此次修改公司法，在总结司法实践的基础上，对相关规定进行了细化完善，并增加了股东会、董事会决议不成立的规定。

具体包括：

一是明确公司股东会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。

二是明确公司股东会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，可以请求人民法院撤销。但是，股

股东会、董事会的会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，对决议未产生实质影响的除外。对于决议撤销的提请主体，限定为公司股东，未包括公司董事。同时，修改后的公司法对撤销权行使时间也作出了明确规定：股东应当自股东会、董事会决议作出之日起六十日内请求人民法院撤销。未被通知参加股东会会议的股东自知道或者应当知道股东会决议作出之日起六十日内，可以请求人民法院撤销；自决议作出之日起一年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

三是明确股东会、董事会决议不成立的具体情形，包括未召开股东会、董事会会议作出决议；股东会、董事会会议未对决议事项进行表决；出席会议的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数；同意决议事项的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数。

四是明确决议无效、被撤销或者确认不成立的法律后果。为维护交易安全，股东会、董事会决议被人民法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司根据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。同时，2023年修订的公司法，删除了原先法律关于股东提起决议无效、撤销诉讼，人民法院可以应公司的请求要求股东提供相应担保的规定，从而便利股东行使权利维护自身利益。

### （五）强化董事、监事、高级管理人员的责任

1. 完善董事、监事、高级管理人员忠实义务和勤勉义务的具体内容，明确董事、监事、高级管理人员应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益，董事、监事、高级管理人员执行职务应当为公司的最大利益，尽到管理者通常应有的合理注意。

同时，公司法对董事、监事、高级管理人员忠实勤勉义务进一步予以细化。

一是明确董事、监事、高级管理人员不得有下列行为：侵占公司财产、挪用公司资金；将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；利用职权贿赂或者收受其他非法收入；接受他人与公司交易的佣金归为己有；擅自披露公司秘密；违反对公司忠实义务的其他行为。

二是明确董事、监事、高级管理人员直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。

三是明确董事、监事、高级管理人员不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于

公司的商业机会，除非报经董事会或者股东会决议通过，或者公司不能利用该商业机会。

四是明确董事、监事、高级管理人员不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务，除非报经董事会或者股东会决议通过。

2. 加强对关联交易的规范。扩大关联人的范围，明确董事、监事、高级管理人员的近亲属，董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业，以及与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的人，也属于关联人；明确董事、监事、高级管理人员关于关联交易的报告义务；增加董事会关联交易回避表决规则。

3. 强化董事、监事、高级管理人员维护公司资本充实的责任。包括未履行出资核查义务给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任；股东抽逃出资给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任；违反本法规定分配利润和减少注册资本的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任；公司违反本法规定为他人取得本公司股份提供财务资助，给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

4. 明确董事、高级管理人员严重违背职责执行职务时对第三人的民事责任，规定董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的，也应当承担赔偿责任。

#### （六）强化股东特别是中小股东权益保护

落实产权平等保护、中小投资者保护等要求，总结吸收公司法司法实践经验，强化股东权益保护，规范控股股东、实际控制人的行为。

1. 完善股东知情权的规定。

一是扩大股东知情权的范围，将股份有限公司股东知情权的范围与有限责任公司保持一致，并扩展到可以查阅包括原始凭证和记账凭证在内的会计凭证，即明确有限责任公司和股份有限公司的股东，有权查阅、复制公司章程、股东名册、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告；有限责任公司的股东和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三以上股份的股东可以要求查阅公司会计账簿、会计凭证。同时强调，股份有限公司的章程只能对行使会计账簿、会计凭证查阅权的股东持股比例作较低规定。

二是明确股东的知情权及于公司的全资子公司，即股东有权依据公司法关于知情权的规定查阅、复制公司全资子公司的相关材料。

三是明确股东及其委托的会计师事务所、律师事务所等中介机构查阅复制有关材料，应当遵守有关保护国家秘密、商业秘密、个人隐私、个人信息等法律、行政法规的规定；上市公司股东查阅、复制相关材料的，应当遵守证券法等法律、行政法规的规定。

2. 完善股份有限公司关于临时股东会会议、临时提案的相关规定，维护中小股东利益。

一是保障中小股东临时股东会会议召开请求权的行使，明确单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求召开临时股东会会议的，董事会、监事会应当在收到请求之日起十日内作出是否召开临时股东会会议的决定并书面答复股东；二是保障中小股东的临时提案权，明确单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以在股东会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会，公司不得提高提出临时提案股东的持股比例。

3. 增加等比例减资的规定。公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外。

4. 增加双重股东代表诉讼的规定。明确公司全资子公司的董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，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，可以依法请求全资子公司的监事会、董事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。

5. 强化对控股股东、实际控制人行为的规制，保护中小股东合法权益。

一是增加规定，有限责任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。

二是将股东异议回购请求权的规定扩大至股份有限公司，明确除公开发行股份的公司外，有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股份有限公司股东可以请求公司按照合理的价格收购其股份：公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合公司法规定的分配利润条件；公司合并、分立、转

让主要财产；公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会通过决议修改章程使公司存续。

三是引入事实董事制度，明确公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，应当对公司负有忠实义务和勤勉义务。四是引入影子董事制度，明确公司的控股股东、实际控制人利用其对公司的影响，指示董事、高级管理人员从事损害公司利益或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。

### （七）完善国家出资公司组织机构特别规定

深入总结国有企业改革成果，在现行公司法关于国有独资公司专节的基础上，设“国家出资公司组织机构的特别规定”专章，对国家出资公司的组织机构作出专门规定。

一是明确国家出资公司是指国家出资的国有独资公司、国有资本控股公司，包括国家出资的有限责任公司和股份有限公司。

二是明确党对国有企业的领导，保证党组织把方向、管大局、保落实的领导作用，规定“国家出资公司中中国共产党的组织，按照中国共产党章程的规定发挥领导作用，研究讨论公司重大经营管理事项，支持公司的组织机构依法行使职权”。

三是明确国家出资公司由国务院或者地方人民政府分别代表国家依法履行出资人职责，享有出资人权益；国务院或者地方人民政府可以授权国有资产监督管理机构或者其他部门、机构等代表本级人民政府对国家出资公司履行出资人职责。

四是落实党中央国有企业改革相关决策部署，加强国有独资公司董事会建设，取消国有独资公司监事会，在董事会中设置由董事组成的审计委员会行使监事会职权；要求国有独资公司董事会成员中外部董事应当过半数，并应当有公司职工代表。

五是明确国家出资公司依法建立健全内部监督管理和风险控制制度的内容，加强内部合规管理。

### （八）完善公司债券管理相关规定

修改后的公司法落实党中央相关改革决策部署，总结债券市场发展经验，适应债券市场发展需要，对公司债券管理相关规定予以完善。

一是根据十四届全国人大一次会议批准的《关于国务院机构改革方案的决定》将国家发展和改革委员会的企业债券审核职责划入中国证监会的要求，将现行公司

法规定的发行公司债券应当“经国务院授权的部门核准”修改为“公开发行公司债券，应当经国务院证券监督管理机构注册”。

二是明确公司债券可以公开发行，也可以非公开发行。

三是适应公司债券实践发展需要，将债券存根簿改为债券持有人名册；取消无记名债券，明确公司债券应当为记名债券。

四是将发行可转债的公司由上市公司扩大到股份有限公司。明确股份有限公司经股东会决议，或者经公司章程、股东会授权由董事会决议，可以发行可转换为股票的公司债券，并规定具体的转换办法。

五是增加债券持有人会议的规定。明确公开发行公司债券的，应当为同期债券持有人设立债券持有人会议，并在债券募集办法中对债券持有人会议的召集程序、会议规则和其他重要事项作出规定；债券持有人会议可以对与债券持有人有利害关系的事项作出决议；除公司债券募集办法另有约定外，债券持有人会议决议对同期全体债券持有人发生法律效力。

六是增加债券受托管理人的规定。明确公开发行公司债券的，发行人应当为债券持有人聘请债券受托管理人，由其为债券持有人办理受领清偿、债权保全、与债券相关的诉讼以及参与债务人破产程序等事项。同时对债券受托管理人义务和责任作了规定：债券受托管理人应当勤勉尽责，公正履行受托管理职责，不得损害债券持有人利益；债券受托管理人违反法律、行政法规或者债券持有人会议决议，损害债券持有人利益的，应当承担赔偿责任。

此外，还对法律责任部分条款作出修改，加大对违法行为的惩处力度；与2019年3月通过的外商投资法有关规定相衔接，删去了外商投资公司法律适用的相关规定。

## 资讯研究

### 执行回转制度的厘清与重构——以《强制执行法（草案）》为视角

李宗诚

最高人民法院执行局三级高级法官、中国政法大学诉讼法学专业博士研究生

执行回转制度是指在已部分执行或者执行完毕、据以执行的法律文书被撤销或者变更的情况下，人民法院作出裁定，责令新债务人返还执行财产，并在其拒不返还时采取执行措施，强制返还的制度。

关于执行回转与执行救济的关系。争议焦点在于，执行回转是独立的执行程序还是执行救济制度的一种。笔者认为，执行回转程序是独立于原执行程序的全新的执行程序，其特殊之处在于其以存在已经进行或者部分进行的执行程序为基础，但执行回转不是原执行程序的继续或者恢复，一旦回转程序启动，原执行程序即宣告终结，必须严格区分执行回转与执行错误的纠正。

执行回转程序中应当适用善意取得制度。本次《强制执行法（草案）》也将执行回转的主体明确为“原被执行人”请求“原申请执行人”返还，而非“取得财产的人”，明确肯定了执行回转程序中善意取得制度的适用。在现代交易的基本前提下，第三人通过符合法律规定的方式善意地取得了标的物，法律就应该保障其信赖利益，这符合善意取得制度的价值导向，也符合市场经济安全、便捷、效率的基本要旨。

关于执行回转的启动。本次《强制执行法（草案）》规定摒弃了依职权启动的方式，以当事人中心主义和当事人处分原则为基础，在救济途径上充分赋予当事人选择权，不仅仅局限于选择申请执行回转这一救济途径，另赋予当事人提起诉讼的权利。《强制执行法（草案）》的规定总体适合我国当前的司法现状，是民事诉讼制度的发展进步，笔者表示赞同。需要指出的是，在确立当事人申请启动模式为主的情况下，仍然需要在一定范围内保留依职权启动模式。在不涉及国家利益、社会公共利益、他人合法权益的语境，执行回转程序的启动采取依申请模式是妥当的，但申请执行人与被执行人恶意串通通过执行损害国家利益、社会公共利益的，执行法院应当可以依职权执行回转。

关于原执行依据被撤销后即可启动执行回转程序还是必须等新的实体法律文书生效后才可启动？笔者认为，一方面，如果一味坚持必须待新的终局性生效



法律文书作出后方能执行回转，则与行使不当得利返还请求权的要件相悖。因为，在原执行依据被撤销时，原申请执行人取得财产的法律上的依据已经不复存在，原申请执行人占有被执行人的财产便已缺乏合法性基础，是一种典型的不当得利。在这种情况下，被执行人有权利要求申请执行人将该部分财产返还，这也是不当得利请求权的应有之义。另一方面，原审裁判被撤销和再审启动只是一种程序性的裁判，仅能代表案件进入再审，并不存在判断实体权利义务关系的法律文书，此时进行执行回转缺乏实体法的基础和依据。在实务复杂的具体案情中，因为再审结果待定，导致执行回转需侧重于保护何方当事人利益的结果存在不同。

关于执行回转的案件类型。在复杂的司法实务中，不应对法律作机械的规定和解读，应赋予法官一定程度的自由裁量权。例如，物的交付类案件中，如果不存在灭失、善意第三人取得等因素，该物对原被执行人又具有特殊情感意义，那么简单规定不可回转显然并不科学；又如，赔礼道歉类等不可撤回的行为类案件自然不适合执行回转，但是排除妨害类中不作为的行为，执行回转时允许当事人作为亦是应有之义。

关于孳息的计算标准。笔者并不赞同目前《强制执行法（草案）》关于孳息计算标准的规定。笔者认为，应着重考虑返还孳息对原被执行人的补偿性，而非对原申请执行人的惩罚性。执行回转时，对于其不当得利所获得的财产孳息，一般不宜适用同期贷款利率标准，而应参照交易习惯和公平原则，以同期定期存款利率支付为宜。

文章来源：《法律适用》2024年第3期

## 资讯研究

### 《民法典合同编通则解释》司法适用若干问题探讨——《法律适用》专题学习交流会会议综述

#### 摘要

《法律适用》民法典合同编通则解释学习交流会探讨了《民法典合同编通则解释》司法适用若干问题，包括债权多重转让、无权处分适用、替代交易法司法适用、以物抵债协议的性质与履行等。四位嘉宾深入解读了相关条文的起草背景与理解适用，强调在处理债权多重转让问题时不应给债务人增加负担，探讨了无权处分、替代交易的场景化适用，明确提出清偿型以物抵债调解书不具有物权变动效力、担保型以物抵债协议具有担保功能等。

#### 关键词

债权多重转让 无权处分 替代交易 以物抵债

为全面贯彻落实党的二十大和二十届二中全会精神，深入贯彻习近平法治思想，认真落实张军院长在全国高级法院院长会议上的重要讲话精神，努力以人民法院教育培训现代化服务和支撑审判工作现代化，2024年1月25日，由国家法官学院《法律适用》编辑部主办的“民法典合同编通则解释学习交流会”圆满举行。

2023年12月5日开始实施的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《民法典合同编通则解释》），完善了我国合同法的规则体系，对适用《民法典》合同编通则的规定具有重要指导作用。本次学习交流会创新法官培训模式，打通科研与培训的壁垒，邀请《民法典合同编通则解释》起草小组四位专家，为第一期全国法院《民法典合同编通则若干问题的解释》及新修订《公司法》专题研修班全体学员深度解读《民法典合同编通则解释》。最高人民法院第四巡回法庭分党组书记、副庭长杨永清，最高人民法院民事审判第二庭副庭长周伦军，最高人民法院研究室民事处处长、一级调研员陈龙业，北京理工大学法学院教授吴光荣分别就“债权多重转让”“无权处分合同的理解”“替代交易法的司法适用”“以物抵债协议的性质与履行”作主题发言。之后，四位嘉宾与参会学员结合《民法典合同编通则解释》，围绕审判实务相关热点问题展开了讨论。

#### 一、关于债权多重转让问题

债权多重转让相较于保理合同应收账款转让更加复杂。最高人民法院第四巡回法庭分党组书记、副庭长杨永清深入分析了债权多重转让中的问题，并结合《民法典合同编通则解释》的规定阐释了对相关条文的理解与适用。

### （一）债权多重转让中的难点

债权多重转让的第一个难点是“先来后到”的规则很容易走样，达不到该规则的目的。债权多重转让时哪个受让人应当取得转让的债权，按照最朴素的观点，应该是按照“先来后到”的规则由第一个受让人取得债权。但是，实践中这个规则往往达不到这样的目的，因为根据《民法典》第646条第1款的规定，只要转让人和受让人意思表示一致，债权就由转让人转让给受让人了，而转让人和后来的受让人很容易通过共谋把时间提前，如把书面合同的落款时间提前。这种情况下，如果第一次转让和其后的转让相差时间不是很长，是鉴定不出来的，因此司法实践中如果严格按照“先来后到”这个规则，很可能让作假的受让人获得债权，导致这一规则很难运用。

第二个难点是，如果按照“先来后到”的规则，先受让的债权人如果通知债务人在后，后受让的债权人通知债务人在前，债务人该向谁履行？此时必须考虑如何保护债务人的利益问题。债权转让一定不能给债务人增加负担，这是一个最基本的原则。此外，债务人同样可以参与共谋作假，改变受让人受让债权的时间。这让如何公正处理这类案件就变得十分复杂。

第三个难点是，如果在前的受让人后通知债务人，债务人向先通知的在后受让人履行债务，就面临无权处分的规则如何在债权多重转让中与其他规则协调的问题。这更增加了制定债权多重转让规则的难度。

### （二）一般的债权多重转让难题之应对

#### 1. 债务人已履行债务情形

针对上述难点，《民法典合同编通则解释》最后采取了比较务实的思路，从债务人已经履行的角度，明确让与人将同一债权转让给两个以上受让人，债务人以已经向最先通知的受让人履行为由主张其不再履行债务的，人民法院应予支持。也就是说，只要债务人向最先通知中载明的受让人履行了债务则免责。如果债务人明知不是债权转让通知载明的债权人而履行债务的，则债务人的债务不免除。因此，债务人履行免责，只能是向债权通知中载明的受让人履行债务才能免责。如果债务人因其他过错向受让人履行了债务，此时债务人是否免责？从债权转让

不能给债务人增加负担的角度，只要债务人不是明知接受履行的受让人不是最先通知的受让人，就应当免责。之所以规定债务人“明知”才不免责，其他情况下都应当免责，是因为要彻底贯彻债权转让不能给债务人增加负担的基本原理。

债务人非明知而没有向通知中载明的受让人履行债务的情况下，真正的权利人怎么救济？真正的权利人不可以找债务人履行债务，因为债务人已经履行债务，而且不是明知接受履行的受让人不是通知中载明的受让人。那真正的权利人可不可以找已经接受履行的受让人，要求其返还其受让的财产呢？司法解释明确，此时不可以，除非受让人明知前面还有其他受让人，仍然接受债务人履行债务，其受让的债权才会被真正的权利人剥夺。如果受领债权转让的受让人不明知还有其他债权人，那么其接受履行行为就应当得到保护。在接受履行的受让人不明知在前面还有受让人存在的情况下，真正的权利人只有找原来的债权人。

债务人向债权转让通知中载明的受让人履行，当事人之间对通知到达时间有争议的，人民法院应当结合通知的方式等因素综合判断，不能仅根据债务人认可的通知时间或者通知记载的时间予以认定。当事人采用邮寄、通讯电子系统等方式发出通知的，应当以邮戳时间或者通讯电子系统记载的时间等作为认定通知到达时间的依据。

## 2. 债务人未履行债务的情形

上述内容以债务人已经履行为切入点，那么未履行如何处理？从《民法典合同编通则解释》第50条的表述来看，可以推导出债务人未履行的，处理的规则不是“先来后到”规则，而是“最先通知”规则。“最先通知”规则可以让受让人尽快通知债务人。今后审理案件，债务人已经履行的，按照《民法典合同编通则解释》第50条的规定处理；如果在提起诉讼时债务人还没有履行，那么应该按照“最先通知”规则处理。“通知优先”规则的最终结果会逐渐达到“先来后到”的效果，因为“通知优先”规则会使受让人跟债权人订立债权转让协议后督促债权人第一时间通知债务人，甚至以债权人通知债务人为债权转让合同的生效时间，以确保其为唯一受让人。

原来债权多重转让争议最大的是“先来后到”规则，这次《民法典合同编通则解释》从债务人已经履行债务的角度，明确了债务人已经履行债务的债权多重转让如何处理的规则。同时从第50条的文字表述可以推导出债务人没有履行债务的，按照“最先通知”规则处理，很好地平衡了各方的利益，维护了交易安全。

### （三）一般债权转让的通知

关于债权让与通知的主体问题，不管是原《合同法》还是现在的《民法典》都没有规定由谁进行通知。《民法典》第764条规定，保理人向应收账款债务人发出应收账款转让通知的，应当表明保理人身份并附有必要凭证。保理合同关于通知方式的规定，能否扩张适用到一般的债权让与的情形？债权多重让与情况之下，如果时间在先的通知是受让人通知，同时附上必要的凭证，而时间在后的债权让与通知是由让与人做出的，此时应如何处理？

最高人民法院第四巡回法庭分党组书记、副庭长杨永清认为，在保理合同中，根据《民法典》第764条的规定，保理人向应收账款债务人发出应收账款转让通知的，应当表明保理人身份并附有必要凭证。可见，保理转让的时候，受让人通知是常态，这是由保理这种特殊的交易模式即融资模式决定的。特别是有追索权的保理，保理人甚至可以通知债务人，因为其债权是有保障的。当保理人的到期债权没有实现时，可以根据合同要求原债权人承担责任。但是，除了保理之外的一般债权转让，为什么受让人通知行不通？最核心的理由就是，债权转让中的受让人，对于债务人而言是陌生人，由陌生的受让人通知债务人，债务人需要审查其是否是债权转让的受让人，通知的受让人也需要提供必要凭证。为了不给债权转让中的受让人增加负担，一般债权转让原则上不能让受让人通知，因为陌生的受让人通知会增加债务人的审核义务。除非通知的受让人提供了债权已经转移给其的生效法律文书。

因此，《民法典》第764条规定的仅仅适用于保理合同中应收账款转让，不能上升为一般的规则。保理合同应收账款转让业务相对成熟，债务人的审查较为简单。但在一般的债权转让中，不能给债务人增加审核陌生受让人的义务。所以，在债权多重转让中，即使受让人最先通知，债务人也可以不认可，除非通知的受让人提供了债权已经转移给其的生效法律文书。

## 二、关于无权处分的适用问题

最高人民法院民事审判第二庭副庭长周伦军对《民法典合同编通则解释》第19条关于无权处分规定的理解与适用作了主题发言，并通过常见的适用场景对相关问题进行了分析。

### （一）无权处分的概念

所谓无权处分，是指没有处分权而处分他人财产。有权和无权的判断标准，

是在处分行为人和真正权利人之间衡量，而不是在处分行为人与交易相对人之间衡量。

无权处分涉及到传统民法上的处分行为和负担行为的概念。处分行为是直接发生财产权移转或消灭效果的行为，负担行为是发生债法上给付义务效果的财产行为。处分行为是物权行为，发生权利变动的行为。负担行为是设定权利义务的合同行为，是债法上的行为。区分实益有两点：一是，处分行为之有效以处分人具有处分权为要件；反之，负担行为则不以有处分权为必要。二是，处分行为适用优先次序原则；反之，负担行为则无次序关系。

## （二）无权处分的立法和司法解释

无权处分规定在《民法典》第597条，是在原《合同法》第51条和《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称“《买卖合同司法解释》”）第3条的基础上整合而来。

本次《民法典合同编通则解释》第19条中的表述不同于《买卖合同司法解释》第3条规定。《民法典合同编通则解释》第19条第1款规定：“以转让或者设定财产权利为目的订立的合同，当事人或者真正权利人仅以让与人在订立合同时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持；因未取得真正权利人事后同意或者让与人事后未取得处分权导致合同不能履行，受让人主张解除合同并请求让与人承担违反合同的赔偿责任的，人民法院依法予以支持。”在原来《买卖合同司法解释》第3条规定的当事人一方后加了“真正权利人”，将无权处分适用的场景扩展至合同当事人之外，涉及的是合同相对性的问题。第2款规定：“前款规定的合同被认定有效，且让与人已经将财产交付或者移转登记至受让人，真正权利人请求认定财产权利未发生变动或者请求返还财产的，人民法院应予支持。但是，受让人依据民法典第三百一十一条等规定善意取得财产权利的除外。”

## （三）适用场景讨论

第一个场景是先卖后押的情形。开发商以售出后的房屋向商业银行设定抵押获取贷款，开发商是否构成无权处分？商业银行能否取得抵押权？对于开发商而言，建设用地使用权登记在开发商名下，开发商对房屋的所有权基于建造行为而取得。《民法典》第352条规定，建设用地使用权人建造的建筑物、构筑物及其附属设施的所有权属于建设用地使用权人，但是有相反证据证明的除外。这一条

规定是基于中国的实际情况，开发商把房屋建完出售以后，购房者真正拿到房产证可能需要1-2年的时间。在很长的一段时间内，购房人出资购房，但是没有房产证。单从土地使用权登记的角度看，这个房屋就是归开发商所有的。所以，为了解决表面权利和实际权利冲突的情况，立法规定有相反证据证明的除外。

相反证据证明指的就是买房人证明已购买房屋，此时开发商再拿去抵押，就构成无权处分。无权处分的情况下，商业银行的抵押权是否有效设立？能否取得抵押权？这要看商业银行是否善意，而判断商业银行能否基于开发商建设用地使用权人的身份合理地相信房屋归开发商所有，不仅需要根据《民法典》第311条规定，更要结合《商业银行法》第36条的规定。因此，如果商业银行没有进行审查程序或者未严格审查，未必属于善意。在这种情况下，原则上只要购房人能够证明已经购买了房屋，有证据证明房屋不是开发商所有，开发商则为无权处分。此时，银行是否享有抵押权，就要根据《民法典合同编通则解释》第19条第2款的规定来判断。如果案件事实能够认定银行并非善意，购房人有权请求认定财产权利未发生变动，抵押权未作有效设定。

第二个场景是先卖后押。与前一场景正好相反，开发商没有解除抵押就公开销售。此时商业银行能否向购房人主张追及权，是实践中认定起来比较困难的事情。没有解除抵押权就公开销售，也是处分权受限的情形，因为《民法典》第406条规定，“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产。当事人另有约定的，按照其约定。抵押财产转让的，抵押权不受影响。”如果机械地按照《民法典》第406条的规定，开发商已经把抵押给银行的房屋销售的话，购房者买到的房屋是一个负担着抵押权的房产，当开发商不能还款的时候，商业银行可以向购房人追及，行使抵押权。如果做这样的解释，不仅购房人不能接受这种结果，也违反人民群众的朴素公平认知。

实践中有观点认为，购房人要证明自己是善意的，必须证明是否在买房屋之前去查了开发商有没有预售许可证，是否查了抵押权有没有解除。但是绝大多数购房者不具备这样的风险防控能力，也没有这种风险防范的意识。这个问题的处理，可以类比《民法典》第404条的规定，动产抵押的，不得对抗正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人。同样的道理，开发商卖房是正常营业，购房人有理由相信，公开销售的房地产一定取得了所有的建设主管部门的批准，而且也取得了抵押权人的同意，这种信赖既是对社会管理有效性的信赖，

也是对商业银行会有效防控自身商业风险的信赖，比较合理。基于这种认识，《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》（法释〔2023〕1号）（以下简称“1号批复”）明确，不管是先抵后卖，还是先卖后抵，商品房消费者以居住为目的购买房屋并已支付全部价款，主张其房屋交付请求权优先于建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权的，人民法院应当予以支持。房屋不能交付的情况，价款的返还请求权优先于建设工程价款优先受偿权、抵押权和其他债权。

1号批复和《民法典合同编通则解释》第19条，加上《民法典》其他条文的规定，是较为体系性的。《民法典合同编通则解释》第19条第2款的贡献体现在，针对权利人请求认定财产权利未发生变动或者请求返还财产的，人民法院应当予以支持。据此，购房者购房后发现设有抵押权的，可以请求认定抵押权未设定。通过调研发现，1号批复发布以后，房屋交付类的纠纷大幅下降。

### 三、替代交易法的司法适用

替代交易法的司法适用是违约损害赔偿的难点，也是司法解释起草过程中的难点，更是《民法典合同编通则解释》的亮点，完善了违约赔偿计算方法的规则体系。最高人民法院研究室民事处处长、一级调研员陈龙业详细讲解了《民法典合同编通则解释》对替代交易的规定、适用条件、适用场景等。

#### （一）关于替代交易的规定及其考量

实践中在交易链条中出现违约破坏的情况下，作为守约方的当事人积极主动选择了替代交易，让交易链条继续完整进行下去，按照《民法典》第591条的规定及时止损。替代交易法隐含着一定的不真正义务的考量，但是背后更隐含着鼓励交易的理念，鼓励当事人通过相应的替代交易方式实现交易的顺畅进行。在这个考量当中恢复交易愿景和损害赔偿当中的“填平原则”联系在一起。损害赔偿的“填平原则”所对应的是损害赔偿确定难的问题。在违约领域当中，最难的就是可得利益损失计算的问题。

在《民法典合同编通则解释》起草过程中，替代交易的规定应遵循和填平原则相协调、并能够规范裁量权行使的理念。第一，在适用替代交易法的时候，一定是和填平原则相协调。替代交易的目的是恢复交易链条，如否，则没有恢复部分仍需赔偿。第二，损害本身的抽象性、复杂性必然意味着裁量权的行使。替代交易法是在当前既有的违约损害赔偿计算方法的基础上，通过比较借鉴和总结经



验，首次在司法解释层面明确规定的一个计算方法，这其中既有鼓励交易理念的价值体现，也有规范裁量权行使、统一法律适用的价值考量。

《民法典合同编通则解释》第60条第2款规定，“违约方依法行使合同解除权并实施了替代交易，主张按照替代交易价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院依法予以支持；替代交易价格明显偏离替代交易发生时当地的市场价格，违约方主张按照市场价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院不予支持。”该条文旨在鼓励交易、及时止损、恢复链条，同时针对可得利益损失本身的复杂性、抽象性，着重关注引导裁量权的规范行使。替代交易是前沿和新型的问题，《民法典合同编通则解释》加以规定就是为了先把这一制度的一般规则明确下来，基于统一法律适用的需要，在总结现有理解及实践经验的基础往前走一步，也为下一步在实践中进一步探索提供思路 and 方向，让替代交易法更加细化和完善。

## （二）关于替代交易法适用的条件要求

替代交易法适用的条件包括合理的价格、合理的交易时间、标的物性质统一、替代交易实际发生等条件。

1. 合理的价格。替代交易当中最重要的条件要求是合理的价格。替代交易中明显背离合理价格怎么处理？这必然涉及到裁量权的问题，要受可预见性规则的约束。对于明显偏离的认定，要注意以下几点：其一，对此价格明显偏离的举证责任要由违约方承担；其二，即使存在价格明显偏离的事实，非违约方能够证明不进行替代交易将导致损失扩大的情形，即不进行替代交易所造成的损失更加严重、更加难以弥补，这时候也有必要认可用替代交易的价格计算可得利益的损失。

2. 合理的交易时间。合理交易时间的判断需要考虑合同标的物的稀缺性，守约方是否存在后续交易或者其他进行替代交易的紧迫性、标的物价格变化情况以及守约方的主观状态等，这其中一定蕴含着动态系统论的考量。

3. 标的物品质的统一性。原则来讲涉及合同标的物改变的，不宜认为是适格的替代交易，同一规格、同一品质应该是替代交易所要求的最基本的标准。例如，替代交易时购买手机的型号等需要保持一致。但是实践中会出现规格、型号、品质不一样的情形。如果是在标的物规格、型号、品质等方面存在差异，有关价格可以通过评估、鉴定方式确定相应的差额，鉴于违约方的违约行为在先，守约方的替代交易在后，从鼓励交易的角度出发，也有对此差价予以认可的必要，并在

司法实践中进一步探索细化。

4. 替代交易的实际发生。替代交易是否必须以实际履行为前提，是在世界范围内一直都存有争议的问题。应该说，替代交易要以实际发生为一般规则，但是考虑到经济社会中交易形式的复杂多样性，仍有必要仅在例外情形承认订立合同尚没有实际履行的替代交易，对此有必要通过举证责任的杠杆来进行调节以实现公平。如果仅是订立了替代交易合同，守约方应负有更重的举证责任，其应当对替代交易方的资质信用、履行能力等进行举证；同时也要加大人民法院依职权调查取证的力度，必要时依法通知该替代交易法律关系中所对应的另一方当事人出庭作证，以防止出现恶意串通损害违约方权益的情形。这是替代交易发挥止损、鼓励交易的功能价值导向所决定的。

### （三）关于替代交易的场景化适用

场景化适用也是《民法典合同编通则解释》起草过程当中起草小组非常注重的方法。关于场景化适用当中有几个问题需要说明。

一是关于实际损失的赔偿问题，替代交易法所解决的是可得利益的计算，和实际损失不同，不能错误的认为具体实施的替代交易所支出的订约或者履约费用属于守约方获得其可得利益的成本而径行予以扣除。

二是预期违约的情形。对《民法典》第578条、第563条第1款第2项、第566条第2款进行体系化适用，根据前述替代交易法的适用条件，再结合市场交易的复杂性这一事实，自然能够得出替代交易法能够在预期违约情形下适用的结论。在预期违约的情形下，会不会发生替代交易？这就要以《民法典合同编通则解释》第60条第2款为基础进一步细化适用。但是这种细化适用是非常典型的体系化适用《民法典》规则的表现。《民法典》之后，人民法院一直都非常注重体系化的适用模式，从《民法典》的第578条、第563条等条文规定来看，预期违约也会涉及到合同解除，预期违约和合同目的不能实现根本违约在实质上应该是一样的。从及时止损、鼓励交易的角度，既然对方已经明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务，尤其是构成根本违约的情况下，此时守约方自然可以选择进行替代交易。

三是部分违约的情形。部分违约可以适用替代交易规则，对该部分可得利益的损失可以运用替代交易法。对一部分实施替代交易，或者虽然实施了替代交易但并未完全达到救济预期损失的情况下，仍可以通过其他方法来予以赔偿。比如，

在守约方选择了替代交易的情况下，如果该替代性交易能够完全实现原合同目的，则其因为选择替代性交易而导致的合理支出增加就是其能够获得的赔偿数额。在有的案例中，替代交易并未完全实现合同目的。例如，本来合同约定为区某提供三星级宾馆，但区某实际租住的房间与原合同约定的三星级宾馆有差距，因此仍然需要对其未实现的预期利益进行合理赔偿。由于本案所涉预期利益是一种具有高度差异性的居住服务，而非有明确可比价格的同质化商品，对于如何计算其价值，没有明确依据，需要法院依法行使裁量权，酌定相应的损害赔偿数额。在这种部分违约或者根本违约的情况下，对一部分实施了替代交易，则对这部分计算差价，另一部分仍然要遵循填平原则的要求，对于没有达到的部分，采取其他的违约损害赔偿的计算方法、可得利益计算方法，也是行得通的。

#### （四）关于替代交易法与市场价格法的关系

《民法典合同编通则解释》第60条第3款规定，“非违约方依法行使合同解除权但是未实施替代交易，主张按照违约行为发生后合理期间内合同履行地的市场价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院应予支持。”

从法理上来讲，替代交易法和市场价格法本质上是择一关系。这个择一指的是针对这部分损害是择一的，但是如果还有别的损害怎么办？那么没有发生替代交易的部分，就按照客观的市场价格。另外，《民法典合同编通则解释》第60条第2款规定，在替代交易法明显偏离替代交易发生时当地的市场价格的，按照市场价格与合同价格的差额计算，此时替代交易法和市场价格法又成了补充关系。其实第60条第2款当中已经有市场价格法的因素存在。

在守约方已经进行了具体的替代交易时，其能否选择按照市场价格法来进行计算其损失？此时，有必要以尊重当事人的选择为原则，这也符合鼓励守约方积极开展替代交易的价值导向。如果选择市场价格法，这时仅是以客观合理价格为标准，那么有关为寻找具体的替代交易对象而额外支出的费用就应当排除在外。

#### （五）关于明显偏离市场价格的判断与处理

替代交易价格明显偏离市场价格的情况下，违约方要举证到何种程度才能证明是替代交易价格明显偏离了市场价格？合理的偏离怎么来界定？

最高人民法院研究室民事处处长、一级调研员陈龙业认为，关于替代交易中价格是否明显偏离市场价格的判断较为复杂。在起草《民法典合同编通则解释》

过程当中，讨论的时候加“明显”意在引导法官在裁量时要注意尊重和理解合理的偏离，鼓励交易进行。是否明显偏离市场价格的裁量还得考虑标的物本身的稀缺性，以及不进行这个交易可能损失会更大等情况。这个问题确实还有进一步探索的空间，如果明确高于50%就明显偏离，那么高于30%是不是偏离？价格的异常变动应该也有一些统计部门相应的参考。但是在考虑明确具体标准的时候，确实还要考虑相关因素。另外，替代交易的价格虽是偏离市场价格，但如果非违约方能够证明不进行替代交易的话，接下来的损失将更加扩大乃至难以弥补，这时就要综合考虑具体的交易情况以及履约背景等因素来判断替代交易价格是否合理。

#### 四、关于以物抵债协议的性质与履行

以物抵债协议的性质和履行是《民法典合同编通则解释》重点涉及的问题，其中第27条处理的是清偿型以物抵债的相关问题，第28条则处理的是担保型以物抵债的相关问题。北京理工大学法学院教授吴光荣对《民法典合同编通则解释》第27条和第28条的条文起草背景、理解与适用中的问题进行了深入的解读。

##### （一）关于清偿型以物抵债与担保型以物抵债的条文解读

###### 1. 清偿型以物抵债调解书不具有物权变动效力

清偿型以物抵债之所以引起广泛关注，是因为它可能涉及到虚假诉讼：当事人在虚假诉讼中达成以物抵债调解协议，请求法院制作调解书，目的是损害其他债权人利益（如请求排除其他债权人对标的物的强制执行）或者规避限购等国家公共管理政策。这种情况早已引起法院系统的高度重视，一些地方法院对此也出台了相关的会议纪要或者指导意见，明确提出即使当事人达成了以物抵债调解协议，也不能制作调解书。至于不能制作调解书的理由，有观点认为以物抵债协议是实践性的合同，需履行之后合同方成立；在履行之前协议不成立，故法院不应出具调解书。至于将以物抵债协议认定为实践性合同的理由，则是认为以物抵债在性质上是代物清偿。在不少国家或者地区，都明确规定代物清偿只有在当事人履行之后，原债务才消灭。由于当事人签订以物抵债协议的目的，自然是代物清偿，因此，以物抵债协议也被一些法院认定为实践性合同。我们认为，以物抵债协议签署并履行之后，旧债当然消灭，但据此认定以物抵债协议是实践性的合同，似乎逻辑上很难说通，因为当从债的消灭的角度看，代物清偿虽然是实践性的，但为实现代物清偿而签订的以物抵债协议并不必然就是实践性的，且一旦认为以物抵债协议是实践性的，就不可能产生新债和旧债的关系问题，这也与多数人的

认识是违背的。

在这样的背景下，《八民纪要》对人民法院制作以物抵债调解书也持非常谨慎的态度，要求法官具备“火眼金睛”，明确规定“对利用协议损害其他债权人利益或者规避公共管理政策的，不能制作调解书”；《九民纪要》第44条第1款也规定“人民法院要着重审查以物抵债协议是否存在恶意损害第三人合法权益等情形，避免虚假诉讼的发生”。问题是，要求法官在民事审判中识别虚假诉讼，难度确实较大，因为提起虚假诉讼的当事人不可能将虚假诉讼写在脸上。值得注意的是，尽管《九民纪要》没有明确规定以物抵债协议是实践性的，但却认为双方即使达成了以物抵债调解协议，但因该协议可立即履行，故人民法院没有必要出具调解书。这个理由似乎也有一定的问题，因为是否能够马上履行是一个事实判断问题，因案而异，当事人也有可能达成以物抵债调解协议之后不能马上履行。

我们认为，要彻底解决以物抵债可能诱发的虚假诉讼问题，需要否定调解书具有物权变动中的效力。因此，《民法典合同编通则解释》第27条的核心要义是，尽管以物抵债协议是诺成合同而非实践合同，法院也不能拒绝制作调解书，但该调解书不具备物权变动的效力，只是对调解协议的确认。由于第27条否定了调解协议具有物权变动的效力，所以调解书只能约束双方，不能对抗第三人，不能损害第三人的利益，也无法规避公共政策。在我们看来，只有否定以物抵债协议的物权变动效力，才能彻底消除虚假诉讼的土壤。至于以物抵债协议生效后发生的新债与旧债的关系问题，容后详述。

## 2. 担保型以物抵债协议具有担保功能

就担保型的以物抵债而言，过去也有观点认为此类以物抵债因为涉嫌流质流押，所以要否定其效力。但是《民法典》对流质流押本身在立法政策上作了更进一步的规定，另外《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》（以下简称《民法典担保制度司法解释》）也已经就让与担保做了更加符合实践需求的规定。在这样的背景下，对担保型以物抵债协议的效力也要更新认识，尤其是对2020年第二次修正后的《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《民间借贷司法解释》）第23条，要有更加清醒的认识。该条规定的是担保型买卖，但担保型买卖与担保型以物抵债在性质上是一样的。实践中，不少人认为《民间借贷司法解释》第23条实际上否定了担保型买卖合同的效力。这个观点是值得商榷的。在我们看来，这个条文并没

有否定担保型买卖合同的效力，甚至该条第2款还明确规定担保型买卖合同是具有担保功能的，尤其是在债务人之外的第三人提供担保的情况下。

《民法典合同编通则解释》第28条对于担保型以物抵债的规定不仅回应了实践的需求，同时也是协调了《民法典担保制度司法解释》和《民间借贷司法解释》的关系。一方面，担保型以物抵债协议或者担保型买卖合同不能作为请求当事人履行移转标的物所有权的依据，因为当事人真实的意思并不是买卖，而是担保。另一方面，如果彻底否定担保协议以物抵债的效力，当事人的交易安全就得不到应有的保护，因为在当事人看来，担保型以物抵债协议或者担保型买卖合同甚至比抵押、质押合同更加可靠。我们的意见是，虽然否定了当事人依据担保型以物抵债协议请求移转标的物所有权的效力，但是对该协议的担保功能还是要予以认可。因此，在《民法典合同编通则解释》第28条就担保型以物抵债作了规定，明确其中担保的意思表示是真实有效的，可据此要求履行担保合同。例如当事人不能依据不动产让与担保合同（以物抵债协议）要求移转标的物的所有权，但可要求协助办理抵押登记；当事人不能依据股权让与担保合同（以物抵债协议）请求办理股权的过户登记，但是可以要求办理股权的质押登记，从而取得担保物权。此外，在第三人提供担保的情况下，即使未完成公示方式，也可以要求第三人在标的物价值范围内承担担保责任，这就与《民间借贷司法解释》第23条第2款一致了。

## （二）关于以物抵债适用中的相关问题

### 1. 关于以物抵债协议履行完毕前的效力问题

对于以物抵债协议签订后，尚未履行完毕之前，对其性质如何定位？以物抵债协议签订以后、尚未履行完毕之前，能否排除执行，破产程序中履行以物抵债协议是否构成个别清偿？

最高人民法院民事审判第二庭副庭长周伦军认为，关于以物抵债协议签订后履行完毕前能否排除执行主要是指抵债物为不动产的情形，传统民法上认为债务清偿是实践合同，是从清偿消灭既有债务的角度而言的。债务清偿契约就是以物抵债协议，以物抵债协议的本质是合同。清偿行为是准法律行为或者事实行为，房屋办理过户后旧债方能全部消灭。以物抵债协议尚未履行完毕时，作为债权人要求抵债人转移标的物所有权还是债权。在排除执行时，对不动产的合法占有能够排除强制执行，对此《民法典》是有规定的。在执行异议之诉中，很多法院以

占有排除普通债权人的强制执行，这是根据《民法典》关于占有的规定，因为有权占有本身也是一种权利。以物抵债亦是如此，虽然未办理过户手续，但是合法占有抵债物的债权人的权利大于其他普通债权人。在破产情况下，破产的法定效果是拒绝履行债务，因为不能履行到期债务才进入破产状态，进入破产程序后所有没有履行完毕的债务全部拒绝履行，这是法定的后果。此时继续履行以物抵债协议，当然构成个别清偿。

北京理工大学法学院教授吴光荣认为，实践中既有把以物抵债协议和买卖合同同等处理的，也有认为以物抵债和买卖合同要不同处理的，但将二者区别开来，其实并没有太大的价值，也没有充分的理由。以物抵债协议能否排除强制执行，应适用《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称“《执行异议和复议规定》”）第28条的规定进行判断。以物抵债虽然不是买卖，但是既然买卖可以适用此规定，那么以物抵债也当然可以适用。同时，如果一项权利具有排除强制执行的效力，在破产程序中也当然就具有抵御破产的能力，这种效力在德国民法上称为物权性（德国民法是区分物权和物权性权利的），认为物权性权利虽可能不是物权，但如果一项权利具有物权性，就可以排除强制执行和抵御破产。根据现有的司法政策，如果一项权利满足《执行异议和复议规定》第28条所规定的四个条件，该权利就具有物权性。这类物权性权利是不是叫物权期待权，可以另外讨论。但必须指出的是，只有一项权利具有了物权性，才能具有排除强制执行的效力和抵御破产的效力。

## 2. 关于履行新债旧债的选择权问题

根据《民法典合同编通则解释》第27条的规定，以物抵债协议成立生效后到实际履行完毕前，新债与旧债是处于并存状态，在这个期间，履行新旧债的选择权归谁所有？在约定履行以物抵债的新债后，作为新债抵债物的房屋房价下跌，债权人反悔进而债权人要求履行旧债的，选择权是不是应该赋予债务人？如果债权人以各种借口拖延履行，导致履行期间届满，此时债务人有没有要求继续履行以物抵债这种协议的可能性？如果债权人选择了履行原债务，新的以物抵债协议地位如何确定？此时以物抵债的协议是不是解除了？是否还要承担违约责任？

北京理工大学法学院教授吴光荣认为，根据《民法典合同编通则解释》第27条的规定，以物抵债协议成立生效后到实际履行完毕前，新债与旧债是处于并存状态，因此清偿型以物抵债存在旧债与新债的关系问题，这个问题也一直是困扰

实务界和理论界的问题。当然，也有观点认为清偿型以物抵债协议在性质上是债的更改，即当事人达成以物抵债协议后，旧债就消灭，更改为新的债务。但是，目前的通说是认为清偿型以物抵债协议在性质上是“新债清偿”，即新债与旧债并存。我们认为新债清偿理论更有利于保护债权人的交易安全。《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》中采用的就是新债清偿理论，即新债产生但旧债并不消灭，只有新债履行完毕之后，旧债才消灭。在《民法典合同编通则解释》起草过程中，为了保持司法政策的一致性，同时也是因为新债清偿的理论比较符合实践情况，所以依然采用了新债清偿的理论，即除当事人有明确的意思表示外，新债产生并不当然导致旧债消灭。

《民法典》合同编通则部分增加了“选择之债”的规定。按照《民法典》第515条的规定，在选择之债中，首先要进行有利于债务人的理解，即两种债务出现并存的情况后，首先赋予债务人选择履行新债还是旧债的选择权。据此，《民法典合同编通则解释》第27条第2款规定，债务人或者第三人在约定期限届满前未履行以物抵债协议，经催告后在合理期限内仍未履行的，选择权转移至对方（债权人）。也就是说，只有新债履行期限届满，经过催告在合理期限内债务人仍不履行新债的，才会发生选择权的移转，即选择权就移转给债权人。

实践中达成以物抵债协议之后，可能作为抵债物的房屋或者股权的价值变高或变低，此时选择权就非常重要。在选择权发生移转之前，债务人可以选择，但选择权移转至债权人后，债务人不再享有选择权。《民法典合同编通则解释》第27条的规定与《民法典》第515条的规定是吻合的。

最高人民法院第四巡回法庭分党组书记、副庭长杨永清也认为达成以物抵债协议后，选择权归债务人，债务人坚持履行新债，债权人不能反悔或者迟延接受履行。债权人反悔的，人民法院不予支持；债权人迟延接受履行的，则应承担违约责任。因为以物抵债协议也是合同，双方当事人都应当严格遵守。任何一方违反，都得承担相应的违约责任。

### 3. 关于第三人所有物抵债问题

第三人以其所有的标的物抵债时，债权人与第三人签订了房屋买卖合同，但是债权人并没有缴纳购房款，第三人又向债权人出具了收据，在房屋无法交付的情况下，债权人的权利如何保障，是向第三人请求购房款的返还还是向原债务人主张权利？如果旧债是120万，但是债权人与第三人达成的以物抵债协议中债权



变成了价值100万的房屋，债权人向原债务人主张权利的情况下，是按照双方之间旧债数额还是按照双方达成的以物抵债形成新的合意来判决？

最高人民法院第四巡回法庭分党组书记、副庭长杨永清认为，以第三人所有物来抵债，第三人愿意将房屋作为抵债物给债权人，在第三人与债权人签订以物抵债为目的的买卖合同后，房屋无法交付的情况下，债权人是向原债务人主张权利还是按照新签订的房屋买卖合同主张权利，其实取决于债权人。债权人既可以向原债务人主张，也可以向第三人主张，但是这个场景下原债务人通常没有财产偿还债务，所以债权人有权继续要求第三人履行以物抵债的买卖合同。房屋无法交付的情况下，假设房屋买卖合同约定房屋价格为100万，第三人需要用其他财产履行该100万的债务，并同时承担买卖合同履行不能的违约责任。如果第三人无法交付房屋且无其他财产，债权人当然可以找原债务人履行原债务。例如旧债是120万，在第三人新债（作价100万的房屋）履行不能后，债权人可以选择履行新债或者旧债，如选择履行旧债，则原债务人应当继续履行120万的债务并承担相应违约责任。

北京理工大学法学院教授吴光荣表示同意上述分析，以物抵债不以债权人支付对价为成立或者生效要件，并认为如果能够判断该以物抵债是清偿型的以物抵债，则根据《民法典合同编通则解释》第27条第2款的规定，只要以物抵债协议履行期限届满，经催告之后仍不履行，则债权人可选择请求债务人履行旧债，也可以请求第三人履行新债。人民法院要尊重债权人的选择。

#### 4. 关于抵债物权利瑕疵相关问题

如果债权人已经选择了以物抵债，履行一段时间后，发现存在瑕疵不能实现目的的情况下，是否还有权利选择履行旧债？如果要选择履行旧债的话，对已经履行的新债是否还要进行清算？

北京理工大学法学院教授吴光荣认为，以物抵债中抵债物有权利瑕疵的问题在《民法典合同编通则解释》第27条最后一款也有所提及。实践中，有时会发生债务人或者第三人以自己不享有所有权或者处分权的财产权利订立以物抵债协议，甚至有的还办理了过户手续。这种情况要回到无权处分的思路上，调解书等只是对以物抵债协议的确认，虽然无权处分订立的以物抵债协议是有效的，但是合同有效并不等于能取得所有权。在无权处分的情况下，能否根据调解书取得所有权，还要适用《民法典》第311条的规定，如果不满足善意取得条件，即使拿

到法院的调解书并办理了过户手续，也无法取得抵债物所有权。如果债权人没有取得标的物所有权，则债权人可以要求解除以物抵债协议。以物抵债协议被解除之后，就回到旧的债权债务关系中，债权人自然可以再主张旧债，因为当事人完全履行了以物抵债协议，旧债才消灭，但是一旦债权人无法取得抵债物所有权，旧债仍然不消灭。但是，如果当事人违反权利瑕疵担保义务的情节较为轻微，债权人不能据此请求解除以物抵债协议，则债权人在选择以物抵债后，只能依据以物抵债协议请求抵债人承担违约责任，不能再回到旧债关系中主张旧债。

最高人民法院第四巡回法庭分党组书记、副庭长杨永清认为，在以物抵债协议的履行中抵债物有瑕疵的情况下，相当于新债没有履行完，要承担相应的责任。但以物抵债协议清算完毕之后可不再回到旧的债务关系中，按照新债的合同承担违约责任即可。

此次学习交流会，聚焦司法实践需求，依托培训教学优势，通过邀请起草小组成员对《民法典合同编通则解释》进行解读，创新性地将学习交流会嵌入传统的法官培训课程，开创了法官培训的新模式，进一步深化了法官培训内容，增强了法官教育培训质效，深受学员好评。未来，国家法官学院将继续落实促推理论与审判实践深度融合的要求，打破科研与培训壁垒，提升培训质效，推出越来越多精品课程和高质量实践法学研究成果，努力以法官教育培训现代化服务保障审判工作现代化。

文章来源：《法律适用》2024年第3期

## 资讯研究

### 新公司法下公司对外担保实务问答

#### 一、关于公司法定代表人越权提供担保问题

##### 1. 融资性担保公司和公司为自己债务提供担保是否适用有关公司对外提供担保的规定？

答：目前，有关公司对外提供担保的一般性规定主要有：《民法典》第六十一条和第五百零四条、《公司法》（2023修订，下同）第十五条、《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》（以下简称《民法典担保制度解释》）第七条至第十条、《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号，以下简称《九民纪要》）第17条至第22条等，仅适用于公司为他人债务提供担保的情形（即所谓公司对外提供担保），并不适用于以担保为业的融资性担保公司，也不适用于公司为自己债务提供担保（在解释上仅限于物上担保）的情形。

（延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第62页）[1]

##### 2. 外商投资企业是否适用有关公司对外提供担保的规定？

答：有关公司对外提供担保的规定自然适用于“公司”。关于“公司”的范围，根据新《公司法》第二条的规定，是指在中华人民共和国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。另据《外商投资法》第三十一条的规定，外商投资企业包括公司、合伙企业和个人独资企业等形态，其中的公司制外商投资企业仍然要适用新《公司法》等有关公司对外提供担保的规定。至于合伙企业和个人独资企业，因其不是公司，故不能适用公司对外提供担保的规定。

（延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第133-134页）

##### 3. 如何判断公司法定代表人越权行为的效力？

答：就公司法定代表人的代表权限，存在约定限制与法定限制的区分。所谓代表权的约定限制，是指法人章程、董事会决议、股东会决议对代表权所作特别限制。所谓法定限制，即团体法对法定代表人的权限所作的限制。代表权的约定限制与

法定限制的区分实益在于是否具有外部效力。通说认为，公司章程不具有对世效力，第三人也不负有审查义务，故从交易安全考虑，公司不能否认法定代表人超越约定限制权限的行为，除非公司能够证明交易相对人明知或应当知道代表人缺乏代表权。《民法典》第六十一条第三款即为此例。但在代表权的法定限制下，任何人不得以不知道法律规定为由免除注意义务。申言之，法律一经公布并生效，就理所当然地对任何人产生效力，任何人不得以其自身不知法律而提出免责抗辩。

（延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第67-68页）

#### 4. 新《公司法》第十五条调整的是公司内部的法律关系还是外部法律关系？如何理解该条的规范意义？

答：结合《公司法》修订前后的公司治理环境，新《公司法》第十五条不仅仅是从内部管理、控制程序方面规范公司担保和投资行为，而是强调公司利益的保护。如果将新《公司法》第十五条理解为效力不对外的公司内部管理、控制程序方面的规范，公司法定代表人的越权担保行为仍然对公司具有拘束力，公司权益将无法得到保障，监管部门规范公司担保行为、保护公司合法权益的初衷就会落空。换言之，就公司一般交易行为而言，相对人得基于法定代表人的身份当然相信法定代表人具有相应权限，但就公司担保和投资这两类具有高度损害公司利益的重大交易行为而言，新《公司法》设置了特别规定，相对人自然不能相信法定代表人当然地享有代表权限，因为法定代表人只有在公司机关依据章程就担保作出决议的前提下才具有相应的权限（即特别授权）。新《公司法》第十五条针对公司担保这类特殊的交易行为，剥夺了法定代表人就公司担保的概括权限，将担保行为作为章程的内容，授权章程对公司担保行为进行类型化的规制，要求公司担保必须符合章程规定。从这个意义上来看，新《公司法》第十五条针对不同的债务人就担保设置了不同限制。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，在没有经过股东会决议获得授权之前，法定代表人就上述担保交易没有代表权；公司为其他主体提供担保的，法定代表人在实施交易前必须取得董事会或股东会的决议，但是，该担保行为具体由董事会还是股东会决议，取决于章程的具体规定。在新《公司法》第十五条就公司担保设置了代表权法定限制的背景下，公司担保的代表权限制已经不再是单纯的约定限制，相对人不能“盲目”相信法定代表人具有订立担保合同的代表权。

（延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第69-70页）

#### 5. 《民法典》第六十一条第三款与第五百零四条在规范公司对外担保问题上有何适用关系？

答：《民法典》中直接涉及法定代表人代表权限制的对外效力的规定有两条，即第六十一条第三款和第五百零四条。一般认为，《民法典》第六十一条第三款是《民法典》第五百零四条的逻辑前提；《民法典》第五百零四条是《民法典》第六十一条第三款的逻辑结果。但应看到，《民法典》第六十一条第三款仅涉及代表权的约定限制，而《民法典》第五百零四条同时涵盖代表权的约定限制和法定限制。除此之外，《民法典》第六十一条第三款仅涉及相对人对于“代表权未受限制”的信赖保护，未涉及相对人对于“代表行为未超越限制”的信赖保护。由此可见，《民法典》第六十一条第三款与《民法典》第五百零四条之间不能互相取代。就公司为他人提供担保而言，《民法典》第六十一条第三款只是关于法定代表人代表权约定限制的规定，法律允许相对人信赖公司表现于外的代表权限配置，并基于这一代表权配置状况与法定代表人订立担保合同。就公司法定代表人违反代表权的法定限制，未经董事会、股东会决议擅自对外订立担保合同的，法人是否应当承担担保责任，该条并没有回答。在《民法典》第五百零四条中，法定代表人超越的权限并未仅限于公司章程、决议等约定限制权限，如新《公司法》第十五条的强制性规定所生的法定限制亦包含在内。因此，《民法典》第六十一条第三款所未涵摄的情形可由《民法典》第五百零四条进行调整。

（延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第70-71页）

#### 6. 如何把握公司对外担保纠纷的审理重点和裁判思路？

答：对于公司对外担保纠纷案件，应坚持如下审理重点和裁判思路：一是先看有无决议。无决议的，表明法定代表人未经公司决议程序对外提供担保，原则上构成越权代表。但考虑到当前我国公司治理的现状，《民法典担保制度解释》第八条规定了三种例外情形，即在下列三种例外情形下，公司对外提供担保即便未经公司决议程序，公司也应承担担保责任：（1）金融机构开立保函或者担保公司提供担保；（2）公司（上市公司除外）为其全资子公司开展经营活动提供担保；（3）担保合同系由单独或者共同持有公司（上市公司除外）三分之二以上对担

保事项有表决权的股东签字同意。二是有决议的，要看决议是否适格来确定是否构成越权代表。公司为其股东或者实际控制人提供担保的，必须由股东会决议；为其他人提供的非关联担保则看章程如何约定。法定代表人提供的决议符合法律规定或者章程约定的，担保行为对公司发生效力；反之，构成越权担保。三是对于越权担保，要看相对人是否为善意来确定担保行为的效力。相对人善意的，构成表见代表，担保行为对公司发生效力；相对人非善意的，担保行为对公司不发生效力。四是要根据担保行为的效力确定公司的责任：构成表见代表，对公司发生效力的，公司承担担保责任；反之，担保行为尽管对公司不发生效力，公司不承担基于有效担保而产生的担保责任，但仍要承担缔约过失责任。

（延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第134-135页）

## 7. 区分相对人善意与否对认定公司对外担保行为的效力在哪些情形下才有必要？

答：此处所谓善意，指的是相对人对公司的法定代表人超越代表权限这一事实不知情。反之，如果其对该事实知情，则构成恶意。基于此，如果法定代表人没有超越代表权限，则其代表行为自然是有效的，并无区分善意与恶意的必要。另一方面，法定代表人未经公司决议程序擅自对外提供担保，此时，除非出现《民法典担保制度解释》第八条规定的三种无须公司决议即可担保的例外情形，否则相对人因未审查公司决议构成恶意，也谈不上区分善意与否的问题。可见，区分善意与恶意，只有在法定代表人越权代表而又有可能构成表见代表的情形才有意义，实践中主要包括两种情形：一是有决议但不是适格决议；二是形式上有决议，但该决议是伪造或者变造的。如果公司没有作出相应的担保决议，则可以认定担保对公司不成立，此时不应存在相对人善意的空间，不能仅以担保合同有公司的公章等而直接推断出该公司对法定代表人的越权担保行为进行了追认，除非满足《民法典担保制度解释》第八条有关无须公司决议即可担保的条件。最高人民法院在“通联资本管理有限公司与成都新方向科技发展有限公司等与公司有关的纠纷案”（最高人民法院（2017）最高法民再258号民事判决书）中遵循了该裁判规则。

（延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第135页；程啸、高圣平、

谢鸿飞著：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第53页）

#### 8. 如何判断有关公司对外提供担保的决议是否为适格决议？

答：所谓适格决议，其形式指的是在什么情况下公司对外提供担保需要由股东会决议，什么情况下仅需由董事会决议。判断有关公司对外提供担保的决议是否为适格决议，需要区别关联担保和非关联担保来具体认定：（1）在关联担保的情况下。所谓关联担保，指的是公司为其股东或者实际控制人提供的担保。根据新《公司法》第十五条第二款的规定，此时必须要经股东会决议。法定代表人未经股东会决议或仅经董事会决议的，其对外签署的担保合同均构成越权代表。在法律规定如此明确的情况下，未审查股东会决议就签订担保合同的相对人即为恶意相对人，不存在适用表见代表的可能。（2）在非关联担保的情况下。所谓非关联担保，指的是公司为股东或者实际控制人以外的人提供的担保。根据新《公司法》第十五条第一款的规定，此时由公司章程规定是由股东会决议还是董事会决议；章程未规定的，董事会决议或者股东会决议都是适格决议；章程规定由董事会决议的，根据“举轻以明重”的解释规则，股东会决议当然也是适格决议；章程规定由股东会决议，而实际上出具的是董事会决议的，由于《民法典担保制度解释》第七条并未简单沿袭《九民纪要》关于相对人对公司决议仅负形式审查义务的规定，而是进一步强化相对人的审查义务，规定其负有合理审查义务，这一合理审查义务当然就包括了审查章程的义务，因而在章程明确规定公司对外担保需由股东会决议的情况下，法定代表人仅提交董事会决议，相对人接受的，不能认定其为善意相对人，相应的决议也非适格决议。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第135-136页〕

#### 9. 相对人在接受公司提供的担保时，对公司章程的有关规定是否负有审查义务？

答：实践中，对于相对人是否有义务审查公司章程以探知其中有关内部担保决策机构及相应表决规则，并进而根据该内容对公司内部同意担保的决议进行审查存在分歧。我们认为，在《民法典》第五百零四条之下，法定代表人越权与相对人签订担保合同，相对人系善意的，担保合同对公司仍发生法律效力，公司以法定代表人越权为由提出的抗辩不能得到支持。这里所称的善意，是指相对人不知道

或者不应当知道法定代表人越权签订担保合同。《民法典》第五百零四条中的“知道或者应当知道”扮演着“引致功能”，将新《公司法》第十五条引入《民法典》第五百零四条之中。相对人在接受公司提供担保时，基于《民法典》第五百零四条的规定，应当关注法定代表人的代表权限，就公司章程、公司担保决议等内部文件进行审查，这不是公司章程对外效力的体现，而是基于法律规定的注意义务。如此，相对人在接受公司提供的担保时，就公司章程、公司担保决议等内部文件负有审查义务。《民法典担保制度解释》第七条即规定，就相对人善意的判断，应当由相对人举证证明其对公司决议进行了合理审查，此为对新《公司法》第十五条系代表人代表权限限制的当然解释结果。

（延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第78-80页）

#### 10. 如何判断相对人在接受公司提供的担保时是否已经履行了合理审查义务？

答：回答本问题的关键是要明确相对人在接受公司提供的担保时应审查到什么程度。学说上，相对人审查义务的标准有实质审查与形式审查之分。实质审查强调相对人对公司提交的公司章程和公司担保决议的真实性、合法性、有效性要进行审查。比如，公司担保决策机构是否真实召开了会议，会议程序是否有瑕疵，决议上的股东或者董事的签名是否真实，有无存在伪造、变造的情况。但相对人作为公司之外的人，很难全程到场监控公司担保决议起草过程中的争议，也不可能参与公司内部整个决策过程。要求相对人进行实质审查对相对人要求过于严苛，因此，通说认为相对人仅负形式审查义务，即相对人仅对公司章程、公司担保决议的形式要件进行审查，即审查相关材料是否齐全，是否符合法定形式，对于材料的真实性、有效性不作审查。在形式审查标准之下，相对人无须审查公司担保决议的形成是否存在程序上的瑕疵，如形成公司担保决议的董事会或股东会会议的通知程序、召集程序和表决程序是否符合《公司法》和公司章程的规定；无须审查公司担保决议中的股东、董事签章是否真实。需要注意的是，对公司担保决议形式要件的审查，不限于审查公司是否提交了股东或董事签署的公司担保决议，相对人还应进一步与公司章程比对决议上签章的股东的一致性（但并不审查签章的真实性），以审查股东或者董事的身份是否属实，计算签章股东所持表决权是否达到《公司法》或公司章程所定最低比例（董事会作出决议时无此要求）。在关联担保情况下，需特别关注应当回避表决的股东是否参与了表决。至于公司以



担保决议系法定代表人伪造或者变造、决议程序违法、签章（名）不实等事由抗辩相对人非善意的，人民法院一般不予支持，除非公司有证据证明相对人明知决议系伪造或者变造。

〔延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第80-83页；最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第136页〕

### 11. 担保合同声明或承诺担保行为已经公司有权机关决议通过，能否据此认定相对人已尽审查义务？

答：如果对此作肯定回答，不仅将架空新《公司法》第十五条的规范目的，而且有可能促使相对人和公司的法定代表人合谋损害公司的利益。最高人民法院在“亿阳集团股份有限公司、亿阳信通股份有限公司合同纠纷案”（最高人民法院（2019）最高法民终1603号民事判决书）中指出，债权人单纯要求上市公司在保证合同中声明或保证其已履行完担保内部决议程序的，不构成债权人善意履行了注意义务。

〔延伸阅读：程啸、高圣平、谢鸿飞著：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第53-54页〕

### 12. 公司担保决议被法院撤销或确认无效的，是否影响公司相关担保合同的效力？

答：《民法典》第八十五条规定：“营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程，或者决议内容违反法人章程的，营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议。但是，营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”新《公司法》第二十八条第二款在吸收《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第六条规定的基础上规定：“股东会、董事会决议被人民法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司根据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。”可见，此时，担保合同是否有效取决于相对人在订立担保合同时是否明知或应知公司担保决议存在无效或被撤销的瑕疵，如果不知道或者不应当知道，则担保合同有效。

〔延伸阅读：程啸、高圣平、谢鸿飞著：《最高人民法院新担保司法解释理解与

适用》，法律出版社2021年版，第54页)

### 13. 认定相对人在公司对外担保中是否为善意，应当如何分配举证责任？

答：在《民法典》第五百零四条之下，相对人是否知道或者应当知道法定代表人越权代表是判断该行为效果归属的关键。结合新《公司法》第十五条，相对人在公司对外担保中应就代表人是否超越权限负有审查义务。就判断法定代表人越权签订担保合同是否对公司有效，人民法院通常以相对人是否尽到了合理审查义务作为考察相对人是否为善意的核心要素。对于相对人是否为善意，如何分配举证证明责任，因法定代表人代表权的法定限制与约定限制而有所区别。在代表权的约定限制下，相对人欲证明自己为善意，只需证明自己已对公司章程、决议等文件进行了形式审查即可推定其为善意，而由公司对相对人系恶意承担举证责任。但是在代表权的法定限制下，相对人不得以不知道法律规定为由免除注意义务，故其善意需要由自己来举证证明，而不应被依法推定。

〔延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第71页〕

### 14. 如何确定公司对外担保中相对人是否为善意的判断时点？

答：与善意取得制度不同，在公司的法定代表人越权对外提供担保中，相对人是否为善意的判断时间点应为订立担保合同时。如果在订立合同后，相对人才知道董事会或股东会决议系伪造、变造的，不应否定表见代表制度的适用，担保合同对公司发生效力。

〔延伸阅读：程啸、高圣平、谢鸿飞著：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第56页〕

### 15. 公司的法定代表人越权对外提供担保且相对人非善意的，如何认定担保合同的效力？

答：根据《民法典》第五百零四条规定，在公司的法定代表人越权对外提供担保而相对人为善意时，公司应当承受代表人越权行为的效力，此点并无异议。问题是在相对人为恶意时，《民法典》第五百零四条仅仅消极地将此情形排除在有效代表之外，并未积极指明相关担保合同到底是何种效力。此时，立法关注的是担保行为的法律后果是否归属于公司，并不直接涉及担保合同的效力问题。担保合同是否有效尚需接受《民法典》总则编与合同编上效力判断规则的检验。对此，《民法典担保制度解释》第七条第一款给予了肯定：“公司的法定代表人违反公

司法关于公司对外担保决议程序的规定，超越权限代表公司与相对人订立担保合同，人民法院应当依照民法典第六十一条和第五百零四条等规定处理：（一）相对人善意的，担保合同对公司发生效力；相对人请求公司承担担保责任的，人民法院应予支持。（二）相对人非善意的，担保合同对公司不发生效力；相对人请求公司承担赔偿责任的，参照适用本解释第十七条的有关规定。”《民法典担保制度解释》第十七条是关于担保合同无效的情形下担保人承担责任的规定。可见，在公司的法定代表人越权对外提供担保且相对人非善意的情况下，担保合同无效。

（延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第88页、第93页）

#### 16. 公司法定代表人越权订立的担保合同可否因公司追认而有效？

答：从利益衡量的角度出发，基于越权代表制度与无权代理制度间的相似性，在公司的法定代表人越权对外提供担保而相对人知道或应当知道法定代表人越权的情形中，其法律效果应类推无权代理。在《民法典》总则编与合同编之下，无权代理行为的法律效果是否归属于本人，取决于本人的追认，未经追认的，对本人不发生效力。类推适用该无权代理规则，对于越权担保行为是否有效，应由公司选择，如果公司对该行为进行追认，则越权担保行为的效果归属于公司，反之则效果不归属于公司。因此，公司的法定代表人越权对外提供担保且相对人非善意，但公司对该担保合同予以追认的，意味着公司不再主张不承担担保责任，故该担保行为的效果应归属于公司，公司应当承担担保责任。需要注意的是，最高人民法院在“邓兴华与付昭成、贵州好思嘉家具制造有限公司、贵州鑫盛源能源投资（集团）有限公司等民间借贷及保证合同纠纷再审案”（最高人民法院（2018）最高法民申2995号民事裁定书）中明确：公司法定代表人超越代表权限与相对人订立担保合同，公司对该行为的追认也可以在诉讼中不提出异议而默示认可。

（延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第92-94页）

#### 17. 公司法定代表人越权订立的担保合同被确认无效的，如何认定公司的过错？

答：根据《民法典担保制度解释》第七条第一款第二项的规定，在法定代表人越权提供担保而相对人系恶意时，公司尽管不承担担保责任，但并不意味着公司不承担任何责任，而是要为其过错承担损害赔偿责任，该责任性质上属于缔约过失

责任，其规范依据是《民法典》第六十二条和《民法典担保制度解释》第十七条。公司承担损害赔偿责任的前提是其具有过错。由于《民法典》将法定代表人作为法人的机关而非代理人，故上述无效担保中的公司过错应该是公司自身的过错而非其法定代表人的过错，主要表现为对法定代表人的选任监督过错，以及公章管理等方面的过错。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第134页、第138页；程啸、高圣平、谢鸿飞著：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第52页〕

#### 18. 公司法定代表人越权订立的担保合同被确认无效后，公司能否以相对人明知法定代表人超权为由主张免责？

答：《九民纪要》第20条第2句规定：“公司举证证明债权人明知法定代表人超越权限或者机关决议系伪造或者变造，债权人请求公司承担合同无效后的民事责任的，人民法院不予支持。”也就是说，公司只要举证证明相对人明知法定代表人超越权限或者机关决议系伪造或者变造的，就无须承担责任。我们认为，只要法定代表人不能提供适格决议，相对人就应该明知其超越权限提供担保，但这仅表明相对人是恶意的，并不能进一步推导出公司自身无过错。而只要公司自身存在过错，其就应该承担责任，因此，公司不能仅以相对人明知法定代表人超越权限为由主张免除担保合同无效后的民事责任。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第138页〕

#### 19. 相对人明知公司对外担保决议系伪造或者变造仍然接受担保的，公司能否免责？

答：对此存在不同观点。有观点认为，公司仍然不能免责，因为没有决议时公司都要承担责任，伪造或者变造决议相当于没有决议；且伪造、变造决议表明法定代表人或者公司仍然具有过错，故不能免责。我们认为，相对人明知决议是伪造或者变造仍然接受担保，往往可以认定法定代表人与相对人恶意串通损害公司利益，公司可以据此免责。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第138页〕

**20. 法定代表人的越权担保行为给公司造成损失，但公司未对法定代表人提起诉讼，股东能否提起股东代表诉讼？**

答：对此，《民法典担保制度解释》第七条第二款规定，“法定代表人超越权限提供担保造成公司损失，公司请求法定代表人承担赔偿责任的，人民法院应予支持”，并未规定公司未提起诉讼时公司权利的救济问题，而是将相关规则指向了《九民纪要》第21条，该条规定：“法定代表人的越权担保行为给公司造成损失，公司请求法定代表人承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。公司没有提起诉讼，股东依据《公司法》第151条的规定请求法定代表人承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。”而根据2018年《公司法》第一百五十一条（对应新《公司法》第一百八十九条）的规定，法人拒不提起诉讼的，其他股东可以依照该规定提起股东代表诉讼。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第139页〕

**21. 人民法院是否应当依职权审查公司法定代表人越权担保中债权人是否为善意？**

答：这分为两种情形：（1）在公司未出庭参加庭审的情况下，人民法院是否应当主动审查债权人在与公司签订担保合同时是否善意？我们倾向认为，即使公司没有到庭，人民法院也应将债权人在签订担保合同时是否善意作为一个基本事实予以查明，因为查明案件的基本事实是人民法院的职责。（2）在公司出庭的情况下，即使公司没有抗辩其法定代表人越权担保，人民法院基于职责所在，也负有查明案件基本事实的义务，而法定代表人是否越权担保这一基本事实应当结合债权人是否善意，一并予以查明。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第139-140页〕

**22. 仅有一名董事而未设董事会的公司为他人提供担保时，如何判定担保合同的效力？**

答：新《公司法》第七十五条规定：“规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设董事会，设一名董事，行使本法规定的董事会的职权。该董事可以兼任公司经理。”据此，规模较小或者股东人数较少的有限责任公司可以不设董事会，自然谈不上董事会决议的问题。此时，该公司所设董事享有相当于董事会

的职权，该董事当然有权决定公司是否提供非关联担保，该董事的签字具有相当于董事会决议的效力。问题是，在该董事本身就是公司法定代表人的情况下，仅有其作为法定代表人的签字，而无作为董事身份的签字，此时公司对外提供担保，从尊重公司治理结构，维护公司担保制度出发，我们倾向认为，其仍然需要以董事身份另行签字，否则不能认为具有相当于董事会决议的效果。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第140页〕

## 二、关于公司对外担保无需机关决议问题

### 23. 哪些情形下公司对外提供担保无需公司机关决议？

答：基于稳定公司交易秩序的考虑，《民法典担保制度解释》第八条规定了三种公司对外担保无须机关决议的例外情形：一是金融机构开立保函或者担保公司提供担保；二是公司为其全资子公司开展经营活动提供担保（上市公司对外提供担保的除外）；三是担保合同系由单独或者共同持有公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意（上市公司对外提供担保的除外）。此时，法定代表人代表公司与相对人签订的担保合同，并不因没有公司机关决议而受到影响。需要特别注意的是，对公司决议的例外情形须从严把握。在公司为他人提供担保领域，除《民法典担保制度解释》第八条规定的三种公司决议例外情形，不存在其他任何公司决议例外事由。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第143页；高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第100页〕

### 24. 担保公司的章程对公司对外担保作了限制性规定，能否适用新《公司法》第十五条等认定相关担保合同的效力？

答：担保公司提供担保是其主营业务，根据《民法典担保制度解释》第八条第一款第一项的规定，其为他人承担担保义务无须每次均作出公司机关决议。换言之，担保公司对外提供担保，无须适用新《公司法》第十五条、《民法典》第五百零四条等有关公司对外担保的规定，而只需要按照普通合同成立程序认定。此时，无论担保公司机关决议是否对法定代表人进行授权，均不能认定担保合同的签订违反了担保公司的真实意思表示。但是，在实践中，如果担保公司的章程对公司

对外提供担保作了限制性规定的，此时也应适用新《公司法》第十五条并结合《民法典》第五百零四条等有关公司对外担保的规定，判断相对人是否知道或应当知道章程的限制性规定，从而确定担保合同是否对公司发生效力。

〔延伸阅读：程啸、高圣平、谢鸿飞著：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第57-58页〕

## 25. 上市公司为金融机构或担保公司的，其对外提供担保可否不经公司机关决议？

答：《民法典担保制度解释》第八条第二款明确规定上市公司对外提供担保不能适用该条第一款第二项、第三项规定的无需公司机关决议的例外情形。即上市公司为其全资子公司开展经营活动提供担保的，或者虽然担保合同系由单独或者共同持有上市公司三分之二以上对担保事项有表决权的股东签字同意的，也须经过上市公司股东会决议。此外，上市公司为其子公司提供担保的，还应进行公开披露。但是，根据《民法典担保制度解释》第八条第一款第一项、第二款的规定，上市公司为金融机构或担保公司的，其开立保函或者对外提供担保的行为可免除公司机关决议审查。

〔延伸阅读：高圣平、谢鸿飞、程啸著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第79-80页〕

## 26. 国有独资公司对外提供担保是否适用《民法典担保制度解释》第八条有关公司对外担保无需机关决议情形的规定？

答：《企业国有资产法》对国有企业对外提供大额担保有明确规定，根据该法第三十条规定，国家出资企业为他人提供大额担保，应当遵守法律、行政法规以及企业章程的规定，不得损害出资人和债权人的权益；第三十二条规定：“国有独资企业、国有独资公司有本法第三十条所列事项的，除依照本法第三十一条和有关法律、行政法规以及企业章程的规定，由履行出资人职责的机构决定的以外，国有独资企业由企业负责人集体讨论决定，国有独资公司由董事会决定。”据此，国有独资公司对外提供大额担保，应当由履行出资人职责的机构或者董事会决定，不应适用《民法典担保制度解释》第八条关于公司对外担保无须机关决议情形的规定。当然，除大额担保以外的其他担保，法律没有明确规定，故可以适用《民法典担保制度解释》的有关规定。可见，就该问题的处理，不可一概而论。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度

司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第144-145页；高圣平著：

《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第102页）

### 三、关于境内上市公司对外担保问题

#### 27. 相对人与上市公司订立的担保合同对上市公司发生效力，需要满足哪些条件？

答：根据《证券法》第八十条第一款、第二款第三项以及《上市公司信息披露管理办法》第二十二条第一款、第二款第一项的规定，并结合《上海证券交易所股票上市规则（2023年8月修订）》、《深圳证券交易所股票上市规则（2023年8月修订）》的有关规定，上市公司只要进行合规担保，都应进行公告披露。根据《民法典担保制度解释》第九条第一款、《九民纪要》第22条的规定，相对人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东会决议通过的信息，与上市公司订立的担保合同，对上市公司发生效力，并由上市公司承担担保责任。这样规定就形成了一个规则，即为了保证相对人与上市公司订立的担保合同对上市公司发生效力，相对人只要审查上市公司公开披露的担保信息即可。如果上市公司公开披露了与相对人拟订立的担保合同的主要内容，如为谁担保、担保金额多少等，则担保合同对上市公司就会发生效力。

（延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第148-150页）

#### 28. 担保事项已经上市公司董事会或股东会决议通过但尚未公开披露的，相关担保合同对公司是否发生效力？

答：根据证券交易所上市规则等规范性文件的规定，上市公司所有为他人提供担保的事项都必须公开披露。对此，拟与上市公司订立担保合同的相对人都应当知道，故其相对人的善意标准要求应当更高，也就是要以上市公司公开披露的担保信息为准。相对人根据公开披露的担保信息订立的担保合同，对公司发生效力；相对人没有根据公开披露的担保信息订立的担保合同，对公司不发生效力。根据该标准，相对人在看到上市公司的相关担保公告后，才与该上市公司签订担保合同，该合同对上市公司就一定发生效力，上市公司就要承担合同有效情况下的担保责任。相反，如果上市公司没有披露相关担保事项，那么相对人就不应与上市公司订立担保合同。如果此时相对人仍与上市公司订立担保合同，责任就应当由



相对人完全自负。可见，即使担保事项已经上市公司董事会或股东会决议通过，如果上市公司没有公开披露，那么相对人与上市公司订立的担保合同，对上市公司也不发生法律效力。根据“举重以明轻”的原理，无论担保事项是否已经上市公司董事会或股东会决议通过，只要上市公司没有披露，相对人与上市公司订立的担保合同对上市公司都不发生法律效力，上市公司也不承担赔偿责任。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第151-153页〕

### **29. 担保事项未经上市公司董事会或股东会决议通过但公司已公开披露的，相关担保合同对公司是否发生法律效力？**

答：对于“无决议有公告”情形下订立的担保合同效力，最简单的处理方案是，既然上市公司承担的是强制披露义务，且其披露的信息依法必须真实、完整、准确和全面，故应推定债权人为善意，担保合同因此有效。但将这种观点推向极端，也可能不利于对中小股东利益的保护，而且有可能产生债权人与上市公司的实际控制人、大股东恶意串通损害中小股东利益的恶果。比较妥当的观点还是赋予债权人形式上的审查义务。如果说非公众公司对外担保都需要债权人审查公司决议，而对上市公司则不要求债权人审查决议，在利益衡量上显然不妥。因此，如果债权人未尽形式上的审查义务，则不应认定其为善意，相应的担保合同对上市公司不发生法律效力。

〔延伸阅读：高圣平、谢鸿飞、程啸著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第86-87页〕

### **30. 上市公司对外担保虽已作了公告但公告中遗漏或虚假陈述已经股东会或董事会决议通过的内容的，相关担保合同对公司是否发生法律效力？**

答：《民法典担保制度解释》第九条第一款规定“相对人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同”，担保合同对上市公司发生法律效力，上市公司应当承担担保责任。该款和该条第二款已明确要求公开披露的信息需包括“关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过”的内容。因此，如果上市公司的公告信息中并不包括担保已经前述决议通过的内容，而仅有该上市公司同意为某债务人的多少债务担保的公告，则虽有公告，但该担保对上市公司不发生法律效力。应当指出的是，在所述情形中，如果担保事项事实上未经决议通过，但上市公司在公告信息中虚假陈述其已经董

事会或股东会决议通过的，该担保对上市公司发生效力。

（延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第154页）

### 31. 上市公司对外担保合同被确认无效的，公司是否应当承担赔偿责任？

答：《民法典担保制度解释》第九条第二款规定：“相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。”可见，如果相对人与上市公司订立的担保合同对上市公司不发生效力，则上市公司既不应承担担保责任，也不应承担任何赔偿责任。这一责任分担机制与《民法典担保制度解释》第七条第一款第二项并不相同。根据该项规定，就非公众公司对外提供的担保而言，相对人非善意的，担保合同对公司不发生效力；相对人请求公司承担赔偿责任的，参照适用《民法典担保制度解释》第十七条的有关规定，即担保人要根据具体情况承担不超过债务人不能清偿部分的二分之一或者三分之一的赔偿责任。

（延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第156-157页；高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第107页）

### 32. 上市公司对外公告担保事项可以采取哪些形式？

答：常见的形式有两种：一是单项担保公告。即针对每笔担保事项进行公告，可能在一个公告中披露一起或几起担保事项。此种公告形式通常应披露担保的简要情况（如交易情况、债权人）、担保事项履行的内部决策程序、被担保人（即主债务人）、担保的主要内容（如担保方式、担保期限、担保额度）等。（2）集中担保公告。常以年度担保额度公告及股东会决议（决议通过担保额度议案）的形式出现，主要是上市公司对子公司的担保集中授权，通常应披露被担保人、拟提供担保的额度，部分公告还会披露债权人的名称。

（延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第157-158页）

### 33. 债权人在接受上市公司及其已公开披露的控股子公司提供的担保时，是否需要审查上市公司章程？

答：无论是单项担保公告，还是集中担保公告，债权人接受上市公司及其已公开披露的控股子公司提供的担保时，必须审查上市公司及其已公开披露的控股子公司关于担保决议的信息披露公告，否则担保合同对公司不发生效力。债权人需要审查的公告的最重要内容包括：（1）该担保事项是否已经董事会或者股东会决议通过的信息；（2）被担保人也就是主债务人是谁；（3）为主债务人担保的金额是多少。问题是在担保公告中已有该担保事项已经董事会或者股东会决议通过的内容的情况下，债权人是否还应当审查上市公司章程。对此有不同意见。最高人民法院民二庭倾向认为，担保债权人对公告的信赖利益应当受到保护，如果在上市公司公告之外，还要求债权人审查公司章程，将使《民法典担保制度解释》第九条第一款等相关规定形同具文，不符合法律解释的逻辑。参考物权法中的“公示公信”原理，债权人有权相信，只要是经过公告的公司决议，就应当是符合监管规则和公司章程的。因此，在担保公告中已有该担保事项已经董事会或者股东会决议通过的内容的情况下，债权人不必再审查上市公司章程。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第158页〕

#### **34. 债权人在接受上市公司及其已公开披露的控股子公司提供的担保时，是否需要审查董事会或股东会决议？**

答：依据相关法律、部门规章、证券交易所的自律规则可知，如果上市公司及其已公开披露的控股子公司对外担保，必须要经过上市公司的董事会或股东会决议，且应当及时进行信息披露。在监管规则之下，只要上市公司及其已公开披露的控股子公司对外提供的是合规担保，上市公司都会进行公告。因此，相较于接受非上市公司提供的担保，债权人在接受上市公司及其已公开披露的控股子公司提供的担保时，其审查范围有所变化。换言之，债权人只要审查上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东会决议通过的信息即可，至于是否审查了董事会或股东会决议，并不影响相对人善意的判断。

〔延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第105页〕

#### **35. 上市公司已公开披露的控股子公司为他人提供担保时，是否需要公告担保事项？**

答：在性质上，上市公司已公开披露的控股子公司并非上市公司。对于上市公司

已公开披露的控股子公司为他人提供担保是否需要公告担保事项的问题，中国证监会、公安部、国资委、中国银保监会发布的《上市公司监管指引第8号——上市公司资金往来、对外担保的监管要求》第十二条规定：“上市公司董事会或者股东大会审议批准的对外担保，必须在证券交易所的网站和符合中国证监会规定条件的媒体及时披露，披露的内容包括董事会或者股东大会决议、截止信息披露日上市公司及其控股子公司对外担保总额、上市公司对控股子公司提供担保的总额。”第十五条规定：“上市公司控股子公司对于向上市公司合并报表范围之外的主体提供担保的，应视同上市公司提供担保，上市公司应按照本章规定执行。”由上述规定可知，上市公司已公开披露的控股子公司为他人提供担保，其虽然不是上市公司，但其担保事项仍然需要公告。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第158-159页〕

### 36. 上市公司已公开披露的控股子公司对外提供担保，应当由谁作出决议和公告？

答：上市公司已公开披露的控股子公司为他人提供担保，当然应当由控股子公司自己依法依章程作出决议。但按照监管机关及交易所的规定，控股子公司作出担保决议后，需要由上市公司对此进行公告，在公告前，上市公司无须对此再进行决议。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第159页〕

## 四、关于一人公司为其股东提供担保问题

### 37. 新《公司法》第十五条是否适用于一人公司为其股东提供担保？

答：新《公司法》第十五条规定公司提供关联担保须经股东会决议，且有利害关系的股东应当在表决程序中予以回避。不过，就关联担保的决议前置规制，新《公司法》第十五条是以股东会的存在为前提的，对于内部只有一名股东、不设股东会的一人公司而言，新《公司法》第十五条的适用会带来不同的解释结论。具体而言，在一人公司为股东债务提供担保时，应当经股东决定，如果适用新《公司法》第十五条的规定，被担保的股东需要回避，但如此又导致无法形成股东决定，从而得出一人公司不能为股东提供担保的结论。然而，新《公司法》第十五条的立法本意是保护公司利益和小股东利益，但一人公司不存在大股东与小股东之别，

也不存在利害关系股东与无利害关系股东之分，公司为股东提供担保并无损害其他股东利益之说，故一人公司的股东可以自行作出由公司为自己提供担保的决定。由上述可知，就一人公司为其股东提供担保而言，新《公司法》第十五条并不适用。

〔延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第108-109页〕

### 38. 上市公司的全资子公司能否为母公司提供担保？

答：《民法典担保制度解释》第十条前半段规定：“一人有限责任公司为其股东提供担保，公司以违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持。”这一规定肯定了一人公司具有为其股东提供担保的权利能力。这里的一人公司既包括自然人设立的公司，也包括母公司的全资子公司。依据这一规定，上市公司的全资子公司可以为母公司提供担保，但须对外公告。

〔延伸阅读：程啸、高圣平、谢鸿飞著：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第70页〕

### 39. 一人公司为其股东提供担保，公司能否以没有决议为由请求认定担保合同无效？

答：新《公司法》第二十三条第三款规定：“只有一个股东的公司，股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”可见，虽然一人公司形式上具有独立人格，但在股东未举证证明公司财产独立于股东财产的情形下，公司的人格将被推定与股东的人格发生混同。因此，我们可将一人公司为其股东提供担保理解为公司为自己的债务提供担保，自然无须公司决议。也就是说，一人公司为其股东提供担保并不违反新《公司法》第十五条关于公司对外担保决议程序的规定。一人公司在为其股东提供担保后，又以没有股东会决议为由请求人民法院认定担保合同无效的，人民法院不应予以支持。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第162-163页〕

### 40. 一人公司为其股东提供担保时未置备书面的股东决定，仅由股东在担保合同上签章的，该担保合同是否有效？

答：一人公司内部不设股东会，股东作出股东决定时，依据新《公司法》第六十

条的规定，“应当采用书面形式，并由股东签名或者盖章后置备于公司。”但在具体案件中，一人公司为股东提供担保并不总是置备书面形式的股东决定，而是由股东在担保合同上签章。此时，该担保效力是否受到影响存在疑问。我们认为，对外提供担保的决策权归属于公司所有者，一人公司的股东在担保合同上签章，就表明该担保已由公司股东决定，公司已对外作出为股东提供担保的意思表示。新《公司法》第六十条的规范意旨在于，通过股东决定的书面记载制度，与一人公司交易的相对人可以了解公司状况。但如果一人公司的股东决定未予以书面记载，其所导致的后果是公司可能在法人人格否认之诉中败诉的后果，但并不影响对外担保行为的效力。

（延伸阅读：高圣平著：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文释评》，人民法院出版社2021年版，第111-112页）

#### 41. 一人公司为其股东提供担保后因承担担保责任导致无法清偿其他债务的，能否以此为由否定公司人格？

答：新《公司法》在承认一人公司的同时，采取举证责任倒置的方式，规定在股东无法举证证明公司财产独立于股东自己财产的情形下，股东须对公司债务承担连带责任。在一人公司为其股东提供担保的情形下，如果一人公司最终承担了担保责任，实际上是以公司财产清偿股东债务，从而造成公司财产与股东财产发生高度混同而导致公司人格丧失独立性，即使股东拿出证据证明公司存在健全的财务会计制度，从而请求人民法院认定公司具有独立人格，但如果公司为股东提供了担保，且公司因承担担保责任导致无法清偿对其他债权人的债务，则人民法院仍应认定该公司不具有独立人格，股东仍需对公司的其他债权人承担连带责任。一人公司为其股东提供担保导致公司无法清偿其他债权人的债务这一事实本身就是公司人格与股东人格混同的重要证据，在此情形下，股东自然无法再举证证明公司财产独立于股东个人的财产。因此，《民法典担保制度解释》第十条明确规定：“一人有限责任公司为其股东提供担保，公司以违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持。公司因承担担保责任导致无法清偿其他债务，提供担保时的股东不能证明公司财产独立于自己的财产，其他债权人请求该股东承担连带责任的，人民法院应予支持。”

（延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第162-164页）

**42. 一人公司为其股东提供担保后该股东将股权全部转让给他人的，是否仍应对公司债务承担连带责任？**

答：《民法典担保制度解释》第十条在规定一人公司可以为其股东提供担保的基础上于后半段规定：“公司因承担担保责任导致无法清偿其他债务，提供担保时的股东不能证明公司财产独立于自己的财产，其他债权人请求该股东承担连带责任的，人民法院应予支持。”这里将承担连带责任的股东限制在“提供担保时”的股东，主要是为了防止股东通过一人公司为自己提供担保后，又将股权全部转让给他人，从而规避承担连带责任的风险。据此，股东通过一人公司为自己提供担保后，又将股权全部转让给他人，并以此为由抗辩对公司债务承担连带责任的，不应予以支持。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第164页〕

**43. 在公司形式上为普通公司而实质上为一人公司的情形下，如何认定公司为其大股东提供担保的效力？**

答：实践中，不仅存在着形式上的一人公司，也存在着实质的一人公司。在持股比例过于悬殊的情形下，当公司为大股东提供担保时，判断公司是否为实质的一人公司，显得尤其重要。如果公司为实质的一人公司，则应适用《民法典担保制度解释》第十条的规定，在认定担保合同有效的同时，如果公司因承担担保责任而无法清偿公司债务时，公司债权人可以请求该大股东承担连带责任。判断公司是否为实质的一人公司，一般认为，如果公司的股东持股比例过于悬殊，不仅存在一个对公司处于绝对控股地位的股东，且股东之间存在近亲属关系，除控股股东外，债权人没有证据证明其他股东从未参与过公司的经营和管理，则可以推定公司构成实质的一人公司，再将举证责任分配给一人公司，由该公司承担举证证明其不是实质一人公司的责任。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第164-165页〕

**44. 一人公司为其股东之外的第三人或实际控制人提供担保，导致无法清偿其他债务的，能否以此为由否定公司人格？**

答：《民法典担保制度解释》第十条规定在实践中有两种情形应考虑其扩张适用的可能：一是一人公司为其股东之外的第三人提供担保。这种情形的担保是基于

公司股东意志作出的，不会损害一人公司的股东利益，但却有可能损害一人公司其他债权人的利益。二是一人公司为其实际控制人而非名义股东提供担保。在理论和实践中，法人人格否认规则能否适用于实际控制人一直存在争议。基于保护公司债权人的立场，可予肯定；基于维护公司人格的立场，应予否认。鉴于一人公司特殊的治理结构和我国目前公司治理的现状，我们认为，一人公司为其股东之外的第三人或其实际控制人而非名义股东提供担保，可以考虑适用《民法典担保制度解释》第十条规定来否定公司的人格。

〔延伸阅读：高圣平、谢鸿飞、程啸著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第94页〕

## 五、关于公司分支机构、职能部门对外担保问题

### 45. 如何认定法人的分支机构以自己名义对外提供担保的效力？

答：对法人的分支机构以自己名义对外提供担保的效力进行判断，首先要界定法人的分支机构与法人之间的关系问题。对此，理论上存在代理说与代表说之争。在担保实务中，分支机构从事担保活动引发的法律问题，主要见于其提供担保的行为未获公司授权的情形。《民法典担保制度解释》第十一条区分了一般公司的分支机构与金融机构、担保公司的分支机构以自己名义提供担保时的不同效力。从该条规定来看，与《民法典担保制度解释》第七条的思路基本一致，采取的都是法定代表人越权担保的思路。可见，《民法典担保制度解释》采纳的是代表说。即对于法人的分支机构以自己的名义对外提供的担保，应依据《民法典》关于法人代表制度的规定认定其效力。

〔延伸阅读：程啸、高圣平、谢鸿飞著：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第73-74页〕

### 46. 一般公司的分支机构代表公司对外提供担保是否需要公司决议？

答：尽管《民法典》规定公司的分支机构可以自己的名义从事民事活动，但分支机构在性质上属于非法人组织，是公司的意定代表机构，其代表权来自公司的授权，分支机构代表公司从事民事活动的范围必须根据公司的书面授权确定。同时，公司对外担保行为属于异常交易行为，还要受到公司法的特别规制。根据新《公司法》第十五条的规定，公司的法定代表人并无代表公司对外提供担保的权利，也就无权代表公司授权公司的分支机构对外提供担保。既然公司的法定代表人代表公司对外提供担保尚且需要公司以决议的形式授权，那么公司的分支机构对外



提供担保就更需要公司以股东会或者董事会决议的形式授权。未经公司股东会决议或者董事会决议，公司的分支机构代表公司对外提供担保将构成越权代表，仅在构成表见代表的情形下，相对人才能主张由公司或者公司的分支机构承担担保责任。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第166-168页〕

#### 47. 金融机构的分支机构代表金融机构对外提供担保是否需要公司决议？

答：实践中，金融机构的分支机构对外提供担保分为以下两种情形：（1）开立保函。这里的“保函”是指金融机构提供的标准化、程序化、风控严格的产品，包括两种：一是独立保函，适用《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》，其性质是备用信用证；二是银行单方出具的格式化的保函，其依据是《民法典》第六百八十五条第二款规定的保证人单方出具的保证书。如果金融机构的分支机构代表金融机构对外开立保函，因保函业务属于金融机构的标准化业务，故《民法典担保制度解释》第八条第一款第一项规定，金融机构本身开立保函无须获得公司决议的授权，况且金融机构分支机构的营业执照可以记载的经营范围较大，既可能记载保函业务，也可能不记载保函业务，故可以将金融机构分支机构的营业执照记载的保函业务看作是金融机构对其分支机构的概括授权。也就是说，如果金融机构分支机构的营业执照记载有保函业务，则其开立保函的行为即为其正常经营活动，无须金融机构以公司决议等形式作出任何个别授权；如果金融机构分支机构的营业执照没有记载保函业务，但经有权从事担保业务的上级机构授权开立保函，也应理解为已经获得金融机构的授权，其开立保函的行为亦无须金融机构以公司决议等形式作出任何个别授权。（2）提供保函之外的其他担保。如果金融机构的分支机构对外提供的是保函之外的其他担保，因其并非金融机构的标准化业务和正常经营活动，故不能将金融机构分支机构的营业执照记载的担保或者保函业务理解为金融机构对该分支机构的概括授权，分支机构对外代表金融机构提供此类担保仍须遵循一般公司的分支机构以自己名义对外提供担保的一般规则，即取得金融机构以公司决议形式作出的个别授权。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第167-168页〕

#### 48. 担保公司的分支机构代表担保公司对外提供担保是否需要公司决议？

答：因担保公司分支机构的营业执照必然会记载担保业务，故担保公司分支机构的营业执照记载的担保业务，不能被看作是担保公司对其分支机构的概括授权。也就是说，担保公司的分支机构代表担保公司对外提供担保仍须取得担保公司的个别授权。根据《民法典担保制度解释》第八条第一款第一项的规定，担保公司本身对外提供担保无须公司决议的授权，基于此，担保公司的分支机构代表担保公司对外提供担保亦无须担保公司以股东会或者董事会决议形式作出个别授权，但须取得担保公司其他形式的个别授权。

（延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第167-168页）

#### 49. 金融机构分支机构的营业执照未记载保函业务，也未经有权从事担保业务的上级机构的授权，其开立的保函是否有效？

答：根据《民法典担保制度解释》第十一条第二款第一句“金融机构的分支机构在其营业执照记载的经营范围内开立保函，或者经有权从事担保业务的上级机构授权开立保函，金融机构或者其分支机构以违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持”的规定，金融机构的分支机构依法经批准设立，且经营范围内包括保函业务，其开立保函属于经营范围内的许可事项，无须经过金融机构的内部决议程序等个别授权，其对外开立的保函即有效，金融机构应承担担保责任。这里强调的是金融机构分支机构的营业执照记载有保函业务，或者经有权从事担保业务的上级机构授权开立保函。如果金融机构分支机构的营业执照未记载保函业务，结合《民法典担保制度解释》第八条第一款第一项的规定，即使金融机构的分支机构作出的是金融机构常规的保函业务，无须金融机构的决议授权，但也需要取得金融机构或者有权从事担保业务的上级机构的个别授权，否则相应的担保合同无效。

（延伸阅读：高圣平、谢鸿飞、程啸著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第99页、第102页）

#### 50. 公司的职能部门能否代表公司对外提供担保？

答：一般来说，除公司的法定代表人外，公司的职能部门并无代表公司从事民事活动的资格，因此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第十八条规定：“企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。债权人知道或者应当知道保证人为企业法人的职能部门的，因此造成的损失由债

权人自行承担。债权人不知保证人为企业法人的职能部门，因此造成的损失，可以参照担保法第五条第二款的规定和第二十九条的规定处理。”尽管该条未保留到《民法典担保制度解释》中，但这并不意味着该条与《民法典》的规定存在冲突或者矛盾，而是因为对于公司的职能部门不能代表公司对外提供担保，理论界与实务界已经取得广泛的共识，无须再在司法解释中予以明确规定。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第173页〕

### 51. 公司职能部门的负责人或其工作人员以公司或职能部门的名义对外提供的担保是否有效？

答：一般而言，对于法人职能部门的负责人或者工作人员以法人或者职能部门的名义从事的民事法律行为，应依据《民法典》关于代理制度的规定认定其效力。在经法人授权从事民事活动或者依据《民法典》第一百七十条的规定构成职务代理的场合，法人职能部门的负责人或者工作人员以法人或者职能部门的名义所实施的行为后果应由法人承担。在未取得法人的授权，也不构成职务代理的场合，法人职能部门的负责人或者工作人员以法人或者职能部门的名义实施的行为构成无权代理，仅在构成表见代理的情形下，行为的后果才归属于法人。就公司对外提供担保而言，公司的法定代表人在代表公司对外提供担保时的代表权尚且受到限制，其职能部门的负责人或者工作人员未经公司授权自然更无权以公司或者职能部门的名义对外提供担保。也就是说，在对外提供担保问题上，无论是公司职能部门的负责人还是其工作人员，都不构成职务代理。在公司职能部门的负责人或其工作人员以公司或职能部门的名义对外提供担保时，因公司的授权本身须经董事会或者股东会决议，相对人也只有在对公司决议进行合理审查后，才能依据表见代理制度主张担保合同直接约束公司，否则相应的担保合同对公司不生效力。

〔延伸阅读：最高人民法院民事审判第二庭著：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第173-174页〕

本文转载自“法学45度”微信公众号

## 案例研究

### 异质人工授精，孩子是不是“亲生”？

婚姻关系存续期间，女方通过异质人工授精（利用夫外精源进行人工授精）生育子女，离婚后男方提起否认亲子关系之诉，异质人工授精亲子关系如何认定？请看下面这则案例。

#### 基本案情

2007年12月25日，原告刘某甲与被告段某登记结婚，婚姻关系存续期间，段某利用他人的精子采取人工授精方式怀孕，于2011年11月11日生育一子被告刘某乙，后因原被告性格不合，经法院调解于2018年6月20日离婚，刘某乙由刘某甲抚养，2018年7月至2020年6月间，刘某乙由段某代为抚养，刘某甲支付抚养费。2021年8月6日，经法院调解变更刘某乙由段某抚养，刘某甲拒绝支付抚养费。后刘某甲诉至河南省新蔡县人民法院，请求依法确认其与刘某乙不存在亲子关系。

#### 法院判决

河南省新蔡县人民法院于2022年1月21日作出民事判决，驳回原告刘某甲的诉讼请求。

宣判后，刘某甲提出上诉。河南省驻马店市中级人民法院于2022年3月29日作出民事判决，驳回上诉，维持原判。

#### 裁判理由

法院生效裁判认为：亲子关系的否认，对一个家庭以及父母、子女来说，不仅涉及一系列权利义务的产生、消灭，更是人身关系的重大改变，应当遵循儿童最大利益原则。本案中，刘某乙是刘某甲与段某在婚姻存续期间采取他人精子通过人工授精方式怀孕生育的，刘某乙与刘某甲没有血缘关系。原、被告对此均无异议。本院予以确认。本案的争议焦点是段某采取人工授精方式怀孕是否是双方一致同意的结果。首先，生育子女是婚姻中的大事，刘某甲作为完全民事行为能力人，现陈述其不知道段某是采取人工授精受孕的，与常理不符。且从段某采取人工授精受孕到刘某乙提起变更抚养关系之诉期间，刘某甲未曾明确提出异议，且实际抚养了刘某乙，根据刘某甲的实际行为，可以推定为进行人工授精是刘某甲和段某一致同意的意思表示。再者，根据“谁主张，谁举证”的规则，刘某甲提供的证据并不足以证明刘某乙是段某对其有所隐瞒的情形下通过人工授精所

生育的。综上，原告刘某甲请求确认其与刘某乙不存在亲子关系，理由不足，本院不予支持。

### 相关法条

《中华人民共和国民法典》第一千零七十三条第一款 对亲子关系有异议且有正当理由的，父或者母可以向人民法院提起诉讼，请求确认或者否认亲子关系。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第三十九条第一款 父或者母向人民法院起诉请求否认亲子关系，并已提供必要证据予以证明，另一方没有相反证据又拒绝做亲子鉴定的，人民法院可以认定否认亲子关系一方的主张成立。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第四十条 婚姻关系存续期间，夫妻双方一致同意进行人工授精，所生子女应视为婚生子女，父母子女间的权利义务关系适用民法典的有关规定。

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十七条第一款 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

本文转载自“驻马店市中级人民法院”微信公众号

## 案例研究

### 老人失去儿子，隔代探望遭拒，法院判了！

梁某与张某夫妻二人生育长子梁某甲。梁某甲与其妻陈某二人生育儿子梁某乙（3岁）。梁某甲于2022年2月在上班期间突发疾病死亡。此后，梁某乙一直跟随母亲陈某生活。梁某、张某与其儿媳陈某因梁某甲的工伤赔偿事宜发生纠纷，已经法院处理完毕。在分配梁某甲死亡赔偿金时，梁某、张某二人声明在梁某乙18周岁后，其二人将自己所有的一处房子赠与其孙梁某乙所有。

后，梁某、张某二人多次要求探望梁某乙均遭到陈某拒绝，二人遂诉至法院，请求判令陈某协助二人行使探望权。

法院经审理认为，案件的争议焦点是祖父母在其儿子死亡后是否对其孙子女享有探望权，若有探望权，探望权的具体行使方式及时间如何确定。法院审理认为，探望权属于身份权范畴，祖父母与孙子女具有直系血亲关系，是父母子女亲权关系的直接延伸，允许祖父母代替已经死亡或者丧失行为能力的子女对孙子女进行探望，可弥补单亲家庭子女父爱或母爱的缺失，更好地满足未成年人的物质、精神及教育等方面的需求，有利于其健康成长，尤其是健康人格的形成，符合未成年人利益最大化原则的要求。

其次，探望孙辈是丧子老人获得精神慰藉的重要途径之一，是老年人应享有的合法权益。在我国，祖父母帮助子女照顾抚养孙子女的情形十分普遍，尤其在父或母已死亡情况下，允许祖父母对孙子女的探望，有利于保护老年人合法权益。本案中，二原告同一在其孙子成年后向其赠与财产，亦可看作是代替梁某甲履行抚养义务的延续，有利于未成年人健康成长、有利于亲属间感情融合，有利于弘扬中华民族传统美德。

最后，祖辈对孙辈的隔代探视不违背公序良俗，还有利于孙辈的健康成长，修复因其他原因导致的亲情裂痕，促进家庭关系的和谐稳定。故结合双方实际情况及原告诉求，酌情判决：原告梁某、张某于每年的6月30日之前以及12月31日之前各探望梁某乙一次，直至梁某乙年满十八周岁为止，被告陈某负有积极协助配合义务。

法律未对祖父母或外祖父母是否享有隔代探望权作出明确规定，但隔代探望具有现实必要性及正当可行性。探望权系与人身关系密切相关的权利，通常基于

血缘关系产生。尤其对丧子甚至失独老人来讲，孙辈成为他们生活下去的精神支撑。依法支持丧子老人享有隔代探望权，不仅有利于保障老年人的合法权益、有利于孙辈的健康成长，同时也符合中国传统家庭伦理观念和社会主义核心价值观及公序良俗。

《中华人民共和国民法典》

第十条 处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。

第一千零四十一条 婚姻家庭受国家保护。实行婚姻自由、一夫一妻、男女平等的婚姻制度。保护妇女、未成年人、老年人、残疾人的合法权益。

第一千零四十三条 家庭应当树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设。夫妻应当互相忠实，互相尊重，互相关爱；家庭成员应当敬老爱幼，互相帮助，维护平等、和睦、文明的婚姻家庭关系。

编写人：王维明 卢立新 周彦昕 山东省莒南县人民法院

## 案例研究

### 公司要求员工转发微信朋友圈，发还是不发？

近年来，职工的朋友圈已是企业宣传的“必争之地”，各行各业逐渐兴起“朋友圈考核”之风，以致劳动者在工作中处于进退两难的境地，遵从指示便要牺牲个人生活空间，拒绝服从将面临罚款、解雇的风险。由此引发了企业依据“朋友圈考核”不合格为由对职工进行罚款或是解除劳动关系的诉讼案件，对此，法院如何处理呢？

重庆市第三中级人民法院（以下简称重庆三中院）审理了一起因员工拒绝转发微信朋友圈，遭公司解除劳动关系后引发的劳动纠纷案件。最终认定该公司以此为由解除劳动关系不合法，被解雇员工获违法解除劳动合同的赔偿金50809.6元。

#### 案情简介

陈某是某妇产医院的一名员工，担任该医院驾驶员，陈某与某妇产医院签订的劳动合同期限为2013年11月至2022年10月。

#### 2017年6月

某妇产医院总经理林某、企划部主任周某、行政部主任杜某三人召开总经理办公会，通过开展院内员工微信朋友圈推广活动的实施方案，并于同月20日印发《某妇产医院关于常规开展全员微信链接推荐活动的通知》，内容为：从6月13日开始开展常规的全员推荐推广文章的活动，全院全体员工每日向各自所在的医院微信推广、转载小组推荐社会关注度较高的、女性喜欢关注的文章或链接，每人每天最多推送2条链接给小组讨论，小组每日推荐至少2条给医院进行筛选，个人考核中，微信号粉丝量在200人以上的视为有效，从7月开始，每个考核期核对粉丝量，未到达粉丝量的乐捐200元/人。

#### 2021年8月

2017年7月至2021年8月间，因陈某未在朋友圈转发推送某妇产医院的微信链接，某妇产医院每月扣除陈某工资200元，共计扣除10000元。

2021年8月30日，某妇产医院向陈某出具劳动合同解除终止通知单，载明：“陈某先生：您与我单位于2013年11月16日签订劳动合同，现因您一直以来不遵守公司相关文件规定，经研究决定，自2021年8月30日解除与您的劳动合同。1. 公司



与您的劳动合同关系于2021年8月30日终止。2. 我司与您的社保关系将于2021年8月31日终止。3. 请您于2021年8月30日完成工作及物品交接。”

## 2022年2月

陈某收到该通知后，向劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，因不满仲裁结果，陈某向人民法院提起诉讼。

### 一审法院认为

用人单位在制定、修改有关劳动报酬、工作时间、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度时，应当经过职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定，并将直接涉及劳动者切身利益的规章制度公示或者告知劳动者。现某妇产医院并未举证证明《某妇产医院关于常规开展全员微信链接推荐活动的通知》通过民主程序制定并向包括陈某在内的员工进行了公示或告知，某妇产医院基于该规章制度减少陈某的劳动报酬，并解除了与陈某的劳动关系，不具有合法性。故判决由某妇产医院向陈某支付违法解除劳动合同的赔偿金50809.6元。

某妇产医院不服，上诉至重庆三中院。

**二审：直接涉及劳动者切身利益的规章制度，需经法定程序讨论通过，方具有合法性。**

重庆三中院经审理认为，本案的争议焦点在于：某妇产医院要求员工转发朋友圈的行为是否具有合法性。

《某妇产医院关于常规开展全员微信链接推广活动的通知》因涉及劳动报酬和微信朋友圈个人生活，属于直接涉及劳动者切身利益的规章制度，需经法定程序讨论通过，方具有合法性。本案中，该通知仅由总经理办公会讨论决定，该会议通过的决议属于单方要求，在某妇产医院没有证据证明该制度经职工代表大会或者全体职工讨论的情况下，《某妇产医院关于常规开展全员微信链接推广活动的通知》不具有合法性。故判决：驳回上诉，维持原判。

### 法官说法

本案双方争议的焦点，实际是企业经营管理自主权与职工私生活安宁权之间的冲突。如何认定企业经营自主权的合法性及合理性，是审理该类案件的重点。企业经营自主权的权利基础来源于法律法规的赋权与劳资之间的合意，因此合法性审查也即审查企业行使经营管理自主权是否在法定或者意定的限度

之内。合理性审查应当考察企业管理行为与劳动者工作岗位的相关性，并参考行业习惯进行。具体可重点把握以下几个方面：

### 1. 审查企业是否在法定限度内行使经营管理自主权

合法性审查首先应当审查企业行使经营管理自主权是否在法定限度之内，既包括实体层面审查也包括程序层面审查。就实体层面而言，企业行使经营管理自主权的具体内容及事项应当符合法律规定及公序良俗等原则规定。《劳动法》《劳动合同法》《公司法》等法律法规的相关规定赋予企业制定规章制度等权利，以实现经营管理自主权。同时，企业在制定、修改有关劳动者切身利益的规章制度或者决定重大事项时，应当遵循法定程序。《劳动法》及《劳动合同法》规定用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。因此，企业制定规章制度时，应确保在法律规定框架内形成相关条款，同时应当考虑该制度的制定与实施对社会秩序与社会利益的影响，在不违反法律法规规定、国家政策以及公序良俗的基础上，承认企业规章制度的合法性。本案中，妇产医院制定的微信推广通知因涉及劳动报酬和微信朋友圈个人生活，显然属于直接涉及劳动者切身利益的规章制度，其仅经过总经理办公会讨论、传达和征求意见，并未经职工代表大会或者全体职工讨论，未依法定程序进行，因此《妇产医院关于常规开展全员微信链接推广活动的通知》不具有合法性。

### 2. 审查企业是否在与职工意定限度内行使经营管理自主权

劳动关系得以维持的前提条件是职工接受企业的管理并配合企业的合理安排，企业的经营管理自主权本质是一种单方决定权，当其行使涉及职工的切身利益，而该事项立法上又无明确规定时，企业需要与全体职工、职工代表或职工个人进行平等协商，由双方对各自权利义务范围达成合意。合意的方式包括明示与默示，明示即通过语言或文字等可显露于外的形式，最为常见的如职工与企业对工作内容达成合意后订立的劳动合同。而以默示的方式达成的合意则需要通过双方实际履行情况进行推定。司法实践中，由于市场的多变性，企业基于对市场形势的研判，往往经常性地行使经营管理自主权，对固有的劳动内容进行修改。由于劳动关系的从属性，企业在修改劳动内容的过程中处于强势地位，职工在弱势地位下，出于自身利益的考虑，往往没有话语权，故而对以默示的方式达成合意

的审查应格外审慎。在审查过程中，应重点审查合意的实质内容与达成合意的过程是否存在违法或损害职工合法权益的情形。

### 3. 审查企业行使经营管理自主权的行为是否具有合理性

为规范企业行使经营管理自主权，除了合法性审查外，还应当审查企业行使经营管理自主权的合理性。一方面，企业制定的规章制度应当具有“相关性”。职业相关性审查重点应侧重企业制定的规章制度是否与该企业及特定岗位的工作内容相关。我国法律规定了企业规章制度的主要内容，但对规章制度的外延并未规定。企业为了满足生产经营的需要，不断扩大约束职工的各项制度，存在将与工作内容无关的事项被纳入规章制度之中，过多地介入职工私人空间。因此，审查企业的规章制度的相关性，要以职业因素为标准予以限制，排除企业规章制度中与劳动工作无关的不合理部分。同时也要考虑到不同工作岗位有不同的要求，就特定岗位对职工作出的合理性限制，应当根据企业的发展方向以及工作内容进行判断。另一方面，企业的经营管理行为应当尊重行业习惯，或者说，司法可以从行业习惯的角度对于企业管理行为的合理性加以审查。行业习惯是某一行业中普遍采用的做法或规则，能够被人所认知、接受与遵守的行业习惯，是经人们长期反复适用的实践性基础上形成的具有规范意义的做法。因此在企业经营管理行为的合理性审查中，既要尊重企业经营管理自主权，也应当尊重合理的行业习惯。

源自：最高人民法院司法案例研究院

## 案例研究

### “私家侦探”跟踪、偷拍、蹲点？法院判了！

蹲守、跟踪、偷拍一些“私家侦探”以“情感咨询”“商务调查”为名侵犯、泄露他人隐私和个人信息，这些行为是否合法？

一起来看上海市奉贤区人民法院审理的这起**侵犯公民个人信息罪**案件  
案情回顾

2019年，董某曾因从事“私家侦探”调查工作，被人民法院以侵犯公民个人信息罪判处有期徒刑一年六个月，刑满释放没多久，又开始“重操旧业”。

2021年9月至2023年6月，董某为牟取非法利益，注册成立上海某信息咨询有限公司，在网上发布“私家侦探”“婚姻调查”等广告招揽“客户”。“客户”下单后，自己或者指使马某、赵某，采取在车辆上安装移动GPS、跟踪、蹲守、偷拍等手段获取目标人员的行动轨迹、活动地点，或通过他人查询开房记录等方式获取相关信息，并将上述信息非法提供给作为其“客户”的委托人。

董某的公司经营的咨询类型大部分为婚内出轨情况调查，通过社交账号与“客户”谈好价格，再将目标基本信息发给“调查员”，如果人手紧张，就自己出马。调查方式多为**选择相关地点蹲守或跟踪车辆，并拍摄照片、录制视频**，调查结束后，再将整理好的资料汇总反馈给“客户”。

“调查员”马某是董某的老乡。董某指使其在目标对象车上安装GPS，并支付报酬。马某按照董某发来的信息找到车辆安装GPS，通过手机查看车辆移动路径并截图，跟踪车辆、记录停车地点，拍摄车主与他人会面照片或者视频。

另一名“调查员”赵某系董某通过朋友认识。董某指使赵某全程跟踪记录目标对象日常行动轨迹。如跟踪车主到酒店，通过不法手段获取开房记录等。

其间，董某等人非法获利共计10万余元，其中马某参与两笔跟踪“调查”非法获利2万余元；赵某参与两笔跟踪“调查”非法获利6千元。董某、马某、赵某到案后如实供述犯罪事实，自愿认罪认罚。董某到案后，检举揭发类似同“行业”人员的犯罪事实。审理期间，三名被告人均退出违法所得。

法院审理

上海市奉贤区人民法院经审理认为，被告人董某、马某、赵某出售公民个人行踪

轨迹信息，均构成侵犯公民个人信息罪。人民法院根据各被告人在犯罪中的地位、作用，认为董某在共同犯罪中起主要作用，系主犯。马某、赵某在共同犯罪中起次要、辅助作用，系从犯。被告人董某、马某、赵某均能如实供述犯罪事实，自愿认罪认罚。被告人董某系累犯，到案后，能检举揭发类似同“行业”人员的犯罪事实，有立功情节。审理期间，三名被告人均退出违法所得。

最终，人民法院分别以侵犯公民个人信息罪对被告人董某判处有期徒刑二年，并处罚金十二万元；对被告人马某判处有期徒刑一年，宣告缓刑一年，并处罚金二万元；对被告人赵某判处有期徒刑六个月，宣告缓刑一年，并处罚金五千元；对退缴在案的违法所得以及随案移送的作案工具均予以没收。

目前该案已生效。

法官说法

### 管玉洁 上海市奉贤区人民法院 刑事审判庭 一级法官

随着网络技术的发展，侵犯公民个人信息犯罪时有发生，有的甚至严重危害公民人身和财产安全。而行踪轨迹正属于与人身安全紧密相关的高度敏感个人信息。

#### 一、跟踪他人轨迹，构成侵犯公民个人信息罪

行踪轨迹信息是指能够反映特定自然人在一定时期行为及活动状况的连续性信息，具有地理空间性、实时动态性等特征，即与地理空间相联系，带有活动属性，与公民的生命、健康、财产、隐私等息息相关。

本案中，董某用“商务调查”对自己进行包装并标注“24小时跟踪、定位”等字眼在网络上招揽业务。受人委托后通过全程跟踪、安装电子设备等获取目标对象的行动情况记录，比如当天去过何处、停留时间、是否与人见面、与何人见面等，通过蹲守、跟踪确定被害人不同时间段的地理位置及实时动态情况。董某等人行为指向的对象属于行踪轨迹，构成侵犯公民个人信息罪。

#### 二、规范信息收集，强化综合治理

收集个人信息应遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意，不得违反法律的一般禁止性规定、不得侵害他人合法权益、不得违反社会公共利益和社会公德。相关网络监管部门、网络信息平台需充分履行职责，加强对有害信息的过滤和审核，主动进行风险提示，有效铲除侵犯个人信息黑灰产业滋生的土壤和空间。

### 三、提高安全意识，加强信息保护

公民个人应提高对快递地址、手机号码、定位信息等的保护意识和安全防范意识。同时，妥善保管银行卡、身份证、电子银行认证介质等，不向他人随意透露银行卡号、账户密码、安全码、身份证号、短信验证码、指纹等重要信息，防止被不法分子窃取利用，造成财产损失。

法官在此提醒，“私家侦探”的调查手段可能涉及侵犯隐私、侵犯公民个人信息罪等违法犯罪行为。委托人对私家侦探的犯罪行为，如有相关证据表明双方对可能存在的非法调查行为存在共谋，存在“知情”或“应当知情”的，委托人也应承担相应的法律责任。

法条链接

#### 一、《中华人民共和国刑法》

**第二百五十三条之一** 违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

……

**第二十五条** 共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。

……

**第二十六条** 组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。

……

对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。

对于第三款规定以外的主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。

**第二十七条** 在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。

对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

……

**第六十五条** 被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚，但是过失犯罪和不满十八周岁的人犯罪的除外。

……

**第六十七条** 犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。

犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。

**第六十八条** 犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

## 二、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息案件适用法律若干问题的解释》

**第一条** 刑法第二百五十三条之一规定的“公民个人信息”，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。

**第三条** 向特定人提供公民个人信息，以及通过信息网络或者其他途径发布公民个人信息的，应当认定为刑法第二百五十三条之一规定的“提供公民个人信息”。未经被收集者同意，将合法收集的公民个人信息向他人提供的，属于刑法第二百五十三条之一规定的“提供公民个人信息”，但是经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外。

**第四条** 违反国家有关规定，通过购买、收受、交换等方式获取公民个人信息，或者在履行职责、提供服务过程中收集公民个人信息的，属于刑法第二百五十三条之一第三款规定的“以其他方法非法获取公民个人信息”。

**第五条** 非法获取、出售或者提供公民个人信息，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第二百五十三条之一规定的“情节严重”：

……

（三）非法获取、出售或者提供行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息五十条以上的；

……源自：最高人民法院司法案例研究院

## 专业委员会简介

### 第十一届深圳市律师协会民事诉讼法律专业委员会

律协各专业委员会是律协理事会根据律师业务的发展情况设置的负责组织会员进行学习和交流，指导律师开展业务活动的机构。其宗旨是发动会员积极学习专业知识，提高律师业务素质和服务水平，拓展律师业务领域，促进律师专业化分工，增强深圳律师的整体实力。

民事诉讼法律专业委员会致力于提高律师民事诉讼理论研究和法律服务水平，关注民事诉讼理论研究前沿，撰写有关民事诉讼法律专业论文，制定民事诉讼律师业务指引，积极参与人大、政府的民事诉讼法律领域重要法律法规和司法解释的征求意见工作。

### 组成成员

主任：李娅莉（诚公龙华所）

副主任：郭继军（华途所）、王飞谭（广和龙华所）、王庆社（华商所）

秘书长：徐晶（商达所）

副秘书长：胡梦甜（际唐所）、徐明乾（诚公龙华所）、杨朗（盈科所）

委员：齐风敏（晟典所）、楚姣（卓建所）、韩冰（普罗米修所）、李侠（盈科所）、梁海峰（深展所）、肖洋（炜衡所）、郭生华（段和段所）、周涛（锦天城所）、濮庆（融关所）、周琼（隆安深圳所）、李照（言朋所）、任虹（观韬中茂所）、敖翔（华商龙岗）、黄志妙（法广所）、刘占磊（知恒所）、李文督（金地所）、卢秋莹（中伦所）、岳云鹏（泰和泰所）、段超凡（华商所）、吴彦臻（德和衡所）

干事：牛悦（诚公龙华所）、李婉欣（盈科所）

——本资讯由深圳市律师协会民事诉讼法律专业委员会搜集整理（相关著作权归原权利人所有）。本资讯可在深圳市律师协会网站下载，投稿及建议联系邮箱：

[che@allbrightlaw.com](mailto:che@allbrightlaw.com)