



总第十三期

企业法律顾问法律资讯

2023 年 11 月号总第 22 期

深圳市律师协会企业法律顾问法律专业委员会编写

责任编辑：韩冬雪 张润 付依致

目录

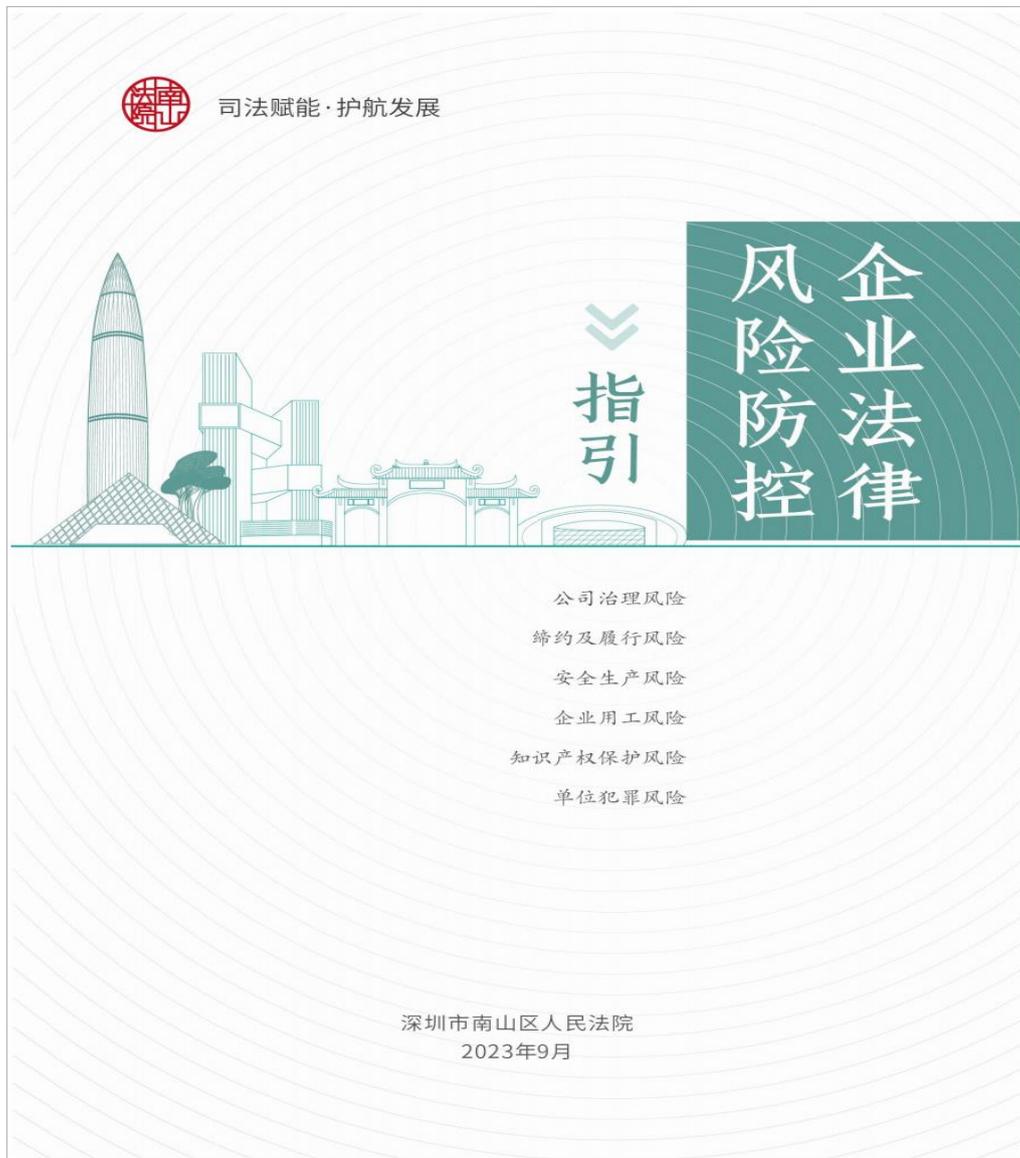
行业动态	2
南山法院发布《企业法律风险防控指引》	3
法律法规速递	23
《深圳经济特区人才工作条例》发布，多处提及社会组织！	24
案例与实务	38
13 个法律适用问题的纪要解答	39
涉公司股东名册记载纠纷 6 则裁判意见	46
王天玉：平台用工的“劳动三分法”治理模式	51
《最高人民法院公报》2023 年 31 个案例裁判要旨汇总	65
梳理：有限责任公司股东利润分配请求权的司法救济途径	71

行业动态

南山法院发布《企业法律风险防控指引》

粤小讼 2023-11-19 21:42 发表于广东

2023年11月10日，深圳市南山区人民法院启用“司法助企工作室”，并发布了《企业法律风险防控指引》。该指引旨在通过分析司法实践样本，发现企业在经营管理过程中多发的诉讼风险，作出在先的法律风险提示，帮助企业提高应对法律风险的能力，从源头上减少企业的涉诉纠纷。



序 言

党的二十大报告指出，实现高质量发展，是中国式现代化的本质要求，是全面建设社会主义现代化国家的首要任务，强调要更好发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用。今年以来，中央、省、市、区相继出台了关于促进民营经济发展、优化法治化营商环境的系列重要文件，奏响了推动高质量发展的时代最强音。

南山法院深入贯彻新发展理念，主动融入社会治理大格局，坚持能动司法、坚持抓前端、治未病，为经济社会高质量发展厚植法治“土壤”。先后出台司法服务高质量发展“30条”实施意见、“司法赋能·护航企业高质量发展”等多项工作举措，通过主动对接企业司法需求，助力企业合规建设，推动涉企矛盾纠纷源头化解、多元化解、实质化解，实现对各类市场主体产权和合法权益的平等保护，努力构建稳定公平透明、可预期的法治化营商环境。

编印《企业法律风险防控指引》，是南山法院“司法助企”工作中的重要一环。该指引以司法实践为分析样本，对审判过程中发现的企业在经营管理过程中现实多发的诉讼风险进行分析，作出在前的法律风险提示，帮助企业提高应对法律风险的能力，依法保障自身合法权益，从源头上减少涉诉纠纷的发生。指引总体上按照两条逻辑主线梳理企业的风险点：一是以司法实践中反映出的高发风险为主线。将民事、刑事的高发风险贯穿其中，突出回应多数企业的特点和

需求，每一个风险点的归纳都以真实案例为基础，并进行相关法律规范的指引。二是以企业的日常生产经营为主线。此次编撰的企业法律风险防控指引内容包括公司治理风险、商事缔约及履行风险、安全生产风险、企业用工风险、知识产权保护风险、单位犯罪风险等六大部分。采用风险点提示、典型案例、法官释法的讲解体例，每篇案例都力求反映企业最关切的法律问题，用专业、准确、严谨的表达，为企业和创业者分析在企业经营生产中可能遇到的法律风险点，帮助企业做好法律风险防范，推动企业筑牢守法合规经营底线。

最后，恳请您对企业法律风险防控系列指引的编撰工作不吝赐教，促进我们把《企业法律风险防控指引》系列普法小读本办得更好。

深圳市南山区人民法院

2023年9月

目 录

公司治理风险篇	7
一、与公司资本相关的风险	7
(一) 股东出资不符合法律规定带来的风险	7
(二) 一人有限责任公司账目不清、未依法进行年度审计带来的风险	10
二、与公司决策相关的风险	12
三、与公司融资相关的风险	15
(一) 公司签署对赌协议不规范带来的风险	15
(二) 公司未合理审慎审查担保行为带来的风险	18
四、与公司管理相关的风险	22
(一) 公司关联交易不规范带来的风险	22
(二) 高级管理人员履职不当给公司带来的风险	25
五、与公司退出相关的风险	27
商事缔约及履行风险篇	31
一、缔约磋商准备阶段存在的风险	31
(一) 合同签订前, 不详细审查缔约主体资格存在的风险 ..	31
(二) 合同签订前, 不审查合同标的权属情况存在的风险 ..	32
二、缔约磋商阶段存在的风险	33
(一) 合同协商过程中, 对质量条款约定不明存在的风险 ..	33
(二) 合同协商过程中, 通知条款约定不清存在的风险 ..	35
(三) 合同协商过程中, 违约金条款约定不明存在的风险 ..	36
三、合同履行阶段存在的风险	37

(一) 合同履行过程中,对收货人身份把关不严存在的风险	37
(二) 合同履行过程中,交易长期不对账存在的风险	39
四、合同违约情况下存在的风险	40
(一) 卖方违约时,买方提出质量异议不规范存在的风险	40
(二) 对方违约时,未及时固定对方违约证据存在的风险	41
(三) 涉及债权转让时,合同主体变更不规范存在的风险	43
安全生产风险篇	45
一、企业印章管理风险	45
二、食品安全风险	46
(一) 食品生产者对食品再加工时,外包装标注方面的安全风险	46
(二) 食品销售者的安全风险	47
三、企业不动产物权保护风险	50
四、企业日常经营安全生产风险	51
五、企业对外招商等宣传中的“虚假广告”风险	53
企业用工风险篇	55
一、录用员工过程中的风险	55
(一) 未依法保障劳动者平等就业权的风险	55
(二) 未充分进行拟录用员工的资格审核、背景调查的风险	56
二、未依法约定试用期限或试用期内随意解除劳动关系的风险	57
(一) 未依法约定试用期限的风险	57
(二) 试用期内随意解除劳动关系的风险	59

三、未依法签订书面劳动合同的风险	60
四、企业规章制度适用方面的风险	61
五、考勤管理不规范或未依法保存考勤记录的风险	62
六、随意调整工作岗位、工作地点的风险	63
七、未依法安排年休假及调休的风险	65
八、未依法解除劳动合同的风险	66
九、未依法缴纳工伤保险的风险	67
知识产权风险保护篇	69
一、企业成立时的风险	69
(一) 企业在名称中擅自使用他人先注册的商标或近似的文字造成的风险	69
(二) 企业在名称中擅自使用他人有一定影响力的企业名称带来的风险	70
(三) 企业网站注册域名与他人商标权等在先权利冲突的风险	71
二、企业进行生产、销售过程中的风险	73
(一) 企业商标受到他人侵犯的风险	73
(二) 企业的作品著作权归属争议风险	74
(三) 企业生产、销售的产品可能产生的知识产权侵权风险 ..	75
(四) 企业作为网络技术服务者可能存在的帮助侵权风险 ..	76
(五) 企业在进行对外宣传时产生的虚假宣传和商业诋毁风险	78
(六) 企业对商业秘密未采取任何措施，导致无法获得法律支持的风险	79

企业用工风险篇

一、录用员工过程中的风险

(一) 未依法保障劳动者平等就业权的风险

1. 风险点提示

平等就业权是指具有劳动能力，达到法定年龄的劳动者能够在劳动力市场上选择用人单位从而平等地获得参加社会劳动机会的权利，不因民族、种族、性别、宗教信仰等不同而遭受歧视。主要包括就业资格平等、衡量劳动者就业能力的标准平等。劳动者依法享有平等就业和自主择业的权利，有权排除就业歧视。用人单位招用人员，不得以民族、种族、性别、宗教信仰等损害劳动者上述权利，不得以传染病病原携带者为由拒绝录用。

2. 典型案例

A公司在王某某入职面试通过后，因入职体检中显示王某某为乙肝病毒携带者，而拒绝录用。法院经审理后认为，《就业促进法》《传染病防治法》等法律明确规定，用人单位不得以传染病病原携带者为由拒绝录用；任何单位和个人不得歧视传染病病原携带者。《就业服务与就业管理规定》等行政规章也明确要求，用人单位招用人员，除国家法律、行政法规和国务院卫生行政部门规定禁止乙肝病原携带者从事的工作外，不得强行将乙肝病毒血清指标作为体检标准。A公司的行为违反了法律的禁止性规定，依法应承担相

关赔偿责任，故判决其向王某某赔偿相应的损失，包括待业损失、公证证据的费用、为诉讼实际支出的律师费等。

3. 法官释法

对乙肝病毒携带者的歧视长期以来在我国就业领域中颇为常见。就业歧视不仅影响公平有序的劳动力市场形成，同时也侵犯劳动者的就业平等权。最高人民法院规定“平等就业权纠纷”作为第四级案由后，当事人在遭受歧视时可以获得更加有效的救济，企业在经营时应当严格遵守相关法律法规，反对就业歧视。

（二）未充分进行拟录用员工的资格审核、背景调查的风险

1. 风险点提示

用人单位招录新员工时，设定的录用条件要合法、明确、具体，包括年龄、学历、工作经历、是否持有相关能力资格证书等。资格审核时应对应聘员工的真实学历、工作经历及相应能力资格证进行认真审查，确认是否符合录用条件，并留存相应材料；应询问拟录用员工是否与前用人单位解除劳动合同、有无存在竞业限制情形。

2. 典型案例

张某通过网上招聘方式于2021年11月入职A公司，工作岗位为人力资源总监。2022年4月，A公司以张某个人履历描述的大学本科教育情况与实际不符，不符合岗位录用条件为由，向张某发送解除劳动关系通知书。法院经审理后认为，张某确存在虚报学历的行为，有违诚实信用原则。

但张某入职时已提交了学士学位证书、高等教育自学考试毕业证书，载明其为自考本科。A公司收到上述材料后未对张某的学历进行核查比对，应视为其认可张某的自考本科学历。同时，A公司未能证明其对张某应聘的职位明确要求为统招本科学历，应承担举证不能的不利后果，A公司依据上述情形与张某解除劳动关系的依据不足。判决A公司支付张某违法解除劳动合同赔偿金。

3. 法官释法

企业向员工了解其与劳动合同直接相关的基本情况，是企业的一项法定权利。企业行使该权利时，除被动的接收员工提供的一些信息和资料外，更应该积极主动地核查员工提供信息的真实性。这不仅能为企业找到确实符合岗位要求的员工，也能防止出现一些法律风险。企业的背景调查应重点包括以下几个方面：

- (1) 员工的年龄和身份，避免出现使用童工等情况；
- (2) 员工的资质、工作经历、犯罪记录，防止出现员工能力不足或产生其他法律上的风险；
- (3) 员工的劳动关系状态，主要是与原单位是否解除劳动合同，避免未解除劳动合同的员工给原单位造成损失的，给本单位带来赔偿风险。

二、未依法约定试用期限或试用期内随意解除劳动合同的风险

(一) 未依法约定试用期限的风险

1. 风险点提示

用人单位与员工约定试用期限应符合法律规定。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。用人单位违法与劳动者约定的试用期如已经履行，用人单位应以劳动者试用期满后的月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

2. 典型案例

宁某与某环卫公司劳动合同纠纷一案中，原告宁某于2016年11月23日入职某环卫公司处，双方签订劳动合同，合同约定以完成一定工作任务为期限，至项目结束工作任务完成时合同结束，试用期为一个月。宁某要求某环卫公司支付2016年12月23日至2017年6月4日违法约定试用期的赔偿金13144.72元。法院经审理认为，双方签订的《劳动合同》约定以完成一定工作任务为期限，试用期为一个月，违反了《中华人民共和国劳动合同法》第十九条的规定，故判决某环卫公司按照宁某的月平均工资支付违法约定试用期赔偿金。该案判决现已生效。

3. 法官释法

根据《中华人民共和国劳动合同法》的相关规定，以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期；劳动合同期限在三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。本案中，公司约定试用期一个月违反法律规定，应支付赔偿金。

（二）试用期内随意解除劳动关系的风险

1. 风险点提示

用人单位设定的录用条件必须符合法律规定，并明确告知劳动者，劳动者在试用期内被证明不符合录用条件的，用人单位可以解除劳动合同。但试用期内解除劳动合同亦需正当、合法，用人单位应当对其作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同等决定承担举证责任。用人单位设定的试用期内考察目标应为是否符合录用条件，考察结果应形成经员工确认的书面或电子证据。

2. 典型案例

某网络公司与石某劳动合同纠纷一案中，某网络公司在试用期内向石某发出《试用期辞退通知书》，石某要求某网络公司支付违法解除劳动合同赔偿金。某网络公司主张石某既不能胜任原工作岗位又不接受调岗，累计旷工3天按照自动离职处理，符合公司规章制度及劳动法的规定，不存在违法解除劳动关系。

法院经审理认为，用人单位辞退员工是最为严厉的处罚手段，必须在处罚程序、处罚事实以及处罚依据充分齐全的情况下才能作出。根据法律规定，因用人单位作出的辞退、解除劳动合同等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任，某网络公司既未能提交充分、有效的证据证明石某试用期内无法胜任工作，也未能提供证据证明其在此期间曾向石某催告上班，应承担举证不能的不利后果。故判决网络公司支付石某违法解除劳动合同赔偿金。

3. 法官释法

根据《中华人民共和国劳动合同法》的相关规定，用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。本案中，某网络公司未能提交充分的证据证明石某在试用期内无法胜任工作，应承担举证不能的不利后果，其主张合法解除劳动关系的依据不足。

三、未依法签订书面劳动合同的风险

1. 风险点提示

按照劳动合同法及其实施条例的相关规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者支付二倍的工资。劳动合同期满后，用人单位应当及时与劳动者续签劳动合同，除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同以及劳动者不同意续订的情形外，用人单位终止固定期限劳动合同的，应当向劳动者支付经济补偿。

2. 典型案例

曾某于2020年3月16日入职某公司，于2022年4月30日离职，其主张公司未与其签订书面劳动合同，要求公司支付该期间的二倍工资差额。法院经查明，公司确未与曾某签订书面的劳动合同，故判决该公司应支付曾某2020年4月16日至2022年4月30日期间未签订劳动合同的二倍工资差额。

3. 法官释法

依照法律规定，用人单位只要发生了用工行为，与员工

形成了劳动关系，即使没有签订书面劳动合同，员工也享有劳动法上规定的各项权利，单位也负有劳动法上的各项义务。本案中，某公司主张其曾要求曾某签订书面劳动合同，但未提供证据证明，亦未在曾某不签订合同后一个月内书面通知解除劳动关系，故应承担向曾某支付未签订书面劳动合同二倍工资的责任。

四、企业规章制度适用方面的风险

1. 风险点提示

企业制定的规章制度应当规范、合法，如考勤、请休假管理、绩效考核、奖金发放、解除劳动合同条件等，规章制度需经民主程序制定，并以可查证的方式进行公示、发放。

2. 典型案例

某科技公司与何某劳动合同纠纷一案，某科技公司主张其无需向何某支付年终奖差额，为此向法院提交了该公司的《年终奖发放通知》，以证明其已经明确告知所有员工年终奖的发放方式，即在年终奖发放前提出离职申请的不计发年终奖。何某对该通知不予认可，认为公司未向其送达或公示该通知。

法院经审理认为，何某虽在年终奖发放前离职，但其系被某科技公司违法解除劳动合同，不属于《年终奖发放通知》中载明的“在年终奖发放前提出离职申请的不计发年终奖”的情形，故认定某科技公司因何某提前离职不予发放年终奖的主张无事实和法律依据，不予支持，原告应当向被告支付年终奖差额。

3. 法官释法

根据《中华人民共和国劳动合同法》的相关规定，用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定进行公示，或者告知劳动者。本案中，用人单位制定的规章制度应当向劳动者进行公示，确保劳动者知悉，否则不能适用。但公司违法解除劳动合同属于例外情况，即使公司对相应的规章制度进行了公示，但若属于违法解除合同的情形，则不应按照相应的规章制度进行。

五、考勤管理不规范或未依法保存考勤记录的风险

1. 风险点提示

用人单位对劳动者的出勤情况负有举证义务，如用人单位的考勤管理制度不规范或未依法保存考勤记录，在劳动合同纠纷中可能会承担举证不能的不利法律后果。

2. 典型案例

劳动者朱某主张 A 公司未按其每月工资标准足额支付 2022 年 2 月 1 日至 2022 年 3 月 31 日期间的工资，故诉求工资差额。A 公司辩称被告在 2022 年 2 月 1 日至 2022 年 3 月 31 日期间因疫情原因未正常上班，A 公司已足额支付朱某出勤期间的工资，无需再支付任何工资差额。法院经审理认为，根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释一》相关规定，因用人单位作出的开除、除名、辞退、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。本案中，A 公司作为用人单位，应就朱某的出勤情况及工资支付情况进行举证，其虽主

张朱某未正常出勤，但未提供相关的考勤记录予以证实，朱某亦不予认可，故应承担举证不能的不利后果。故判决 A 公司支付朱某工资差额。

3. 法官释法

很多企业往往都忽略了对员工考勤的管理，因为考勤管理不利而导致的劳动争议案件常年居高不下，成了企业人力资源管理中的“常见病”，企业因此承担了不利的法律后果，付出了相当多的经济和精力损失。建议如下：

(1) 规范标准工时制员工的考勤制度，以规章制度的形式确认考勤管理制度；

(2) 对加班申请有特别规定的，应当在劳动合同和规章制度中明确规定；

(3) 定期将考勤记录交给员工签字确认，且考勤制度、考勤记录应以可查证的方式保存 2 年以上。

六、随意调整工作岗位、工作地点的风险

1. 风险点提示

如用工期间可能对员工的工作岗位、工作地点进行调整的，应当在劳动合同、规章制度中作出明确的约定、规定，同时，调整岗位应当合理，不得降低员工工资待遇，不得进行带有侮辱性质的调岗。

2. 典型案例

公司 A 与劳动者 B 签订有书面劳动合同，约定工作地点为山东。A 公司主张，其因工作需要于 2022 年 4 月 28 日电话通知 B 到深圳总部上班，岗位及薪资不变，B 接到通知后

没有到总部上班；B不服从公司管理及长期旷工的行为已经严重违反公司的规章制度及劳动法相关规定，故公司依法对B作出辞退处理。法院经审理认为，劳动合同约定的工作地点可以变更，但需要双方协商一致。A公司与B劳动者存在劳动关系多年，B的户籍地、经常居住地均在山东省，结合B的工作方式，A公司未能证明其将B调岗至深圳总部的必要性、合理性。在A公司已对B明确表示解除劳动合同的情况下，B拒绝上述调动不属旷工。故认定A公司违法解除劳动合同，应支付B违法解除劳动合同赔偿金。

3. 法官释法

用人单位和劳动者在订立劳动合同时就劳动合同履行过程中的调岗行为进行约定，只要不存在以欺诈、胁迫的手段或趁人之危的行为，该约定一般情况下应当被认定有效，这也是对用人单位用工自主权的承认和保护。但是，即便劳动合同中存在类似约定，并不意味着用人单位可以对员工随意进行调岗，实操过程中用人单位仍应当注意合法、合理两大原则，防止对用工自主权的滥用。建议：

（1）用人单位可在劳动合同或规章制度中规定用人单位单方调岗的权利，并且对员工的岗位职责标准作出详细、客观的说明，以认定员工是否能胜任工作；

（2）在作出调岗决定前要有用人单位经营管理层或公司有关部门的会议论证，做好书面会议记录，程序合法公正；

（3）与员工协商调岗，或将调岗决定及调岗原因告知员工，及时与员工签订书面变更劳动合同的补充协议。

七、未依法安排年休假及调休的风险

1. 风险点提示

职工连续工作满 12 个月以上的，享受带薪年休假。用人单位招录职工后，应当核实该员工入职前是否连续工作、连续工作的年限依法确定其年休假天数，除员工以书面方式自愿放弃年休假外，用人单位应当根据实际情况，统筹安排员工休假，并注意保存休假记录。用人单位未依法安排员工休年休假的，需要按照员工未休年休假天数，支付其 3 倍工资。

2. 典型案例

范某于 2019 年入职某技术公司，于 2022 年 1 月向公司发出《被迫解除劳动合同通知书》，要求公司支付加班工资及 2021 年度 3 天未休年休假工资差额。经查明事实，虽然范某在 2021 年 8 月有 11 天未实际出勤，而公司按照满勤计发工资，但公司并未提供证据证明范某申请在此期间休年休假，或已明确安排范某在此期间休年休假，故公司主张其无需支付范某 2021 年度未休年休假工资的依据不足，故判决某技术公司支付范某 2021 年度 3 天未休年休假的工资差额。

3. 法官释法

根据《企业职工带薪年休假实施办法》相关规定，用人单位经职工同意不安排年休假或者安排职工年休假天数少于应休年休假天数，应当在本年度内对职工应休未休年休假天数，按照其日工资收入的 300% 支付未休年休假工资报酬，其中包含用人单位支付职工正常工作期间的工资收入。劳动

者可依法享受与其工作年限对应的法定带薪年休假，或可以根据企业经营状况和自身意愿，申请安排休假。

八、未依法解除劳动合同的风险

1. 风险点提示

因员工严重违反用人单位规章制度、严重失职等原因解除劳动合同时，应当有充分的事实依据和规章制度依据，保证程序合规，并依法保障“三期”女性员工的权益。

2. 典型案例

麦某主张 B 公司单方违法解除劳动合同。B 公司认为因麦某二季度绩效考核为 F 级，其依据《个人绩效考核管理办法》第 4 条“员工考核结果出现一次 F 级则实现末位淘汰”，故其通知麦某办理离职手续属于合法解除劳动合同，无需支付赔偿金。经查明，B 公司提交的《个人绩效考核管理办法》未经麦某签字确认，B 公司亦未提交充分证据证明该绩效管理办法在被告入职时已向麦某进行过公示，故对该证据不予采信。此外，B 公司未提交证据证明其有关考核内容、考核程序及考核方式及考核结果的合理性、合法性，故在麦某对考核结果不予确认的情况下，B 公司依法应承担举证不能的不利后果。故法院判决 B 公司应支付麦某违法解除劳动合同赔偿金。

3. 法官释法

部分用人单位通过制定规章制度的方式，对劳动者考核不合格的不同情形进行规定，并以此作为解除劳动合同的制度依据。但即使用人单位有此规定，劳动者考核不合格的情

况亦不属于《中华人民共和国劳动合同法》第三十九条规定的劳动者严重违反用人单位规章制度的情形，用人单位以此为由作出解除决定，属于违法解除。用人单位建立规章制度应符合合法性、合理性及程序正当性要求。劳动者应了解本单位规章制度的具体内容，避免只闻其名而不知其内容的情况，在履职过程中，亦应遵守规章制度，完成劳动任务，恪守职业道德。

九、未依法缴纳工伤保险的风险

1. 风险点提示

用人单位应当及时、足额为劳动者缴纳工伤保险，尤其是工伤事故风险较高的行业，如采矿业、冶炼业、加工业、建筑业等。如用人单位未及时、足额给劳动者缴纳工伤保险，一旦劳动者发生工伤事故，则相应的工伤保险待遇将由用人单位承担。

2. 典型案例

原告刘某2019年入职被告某家具厂，但某家具厂一直未给刘某缴纳社会保险。2020年8月，刘某在工作中受伤，被认定为工伤，评定为八级伤残。因被告未为其缴纳工伤保险，法院判决被告某家具厂向原告刘某赔偿停工留薪期工资、护理费、住院伙食补助费、一次性伤残补助金、一次性伤残就业补助金、一次性工伤医疗补助金等共计30余万元。

3. 法官释法

用人单位未为职工缴纳社会保险，职工被认定为工伤的，用人单位需要承担其工伤保险待遇，支付其医疗费、住

院期间的伙食补助费、生活护理费、工伤期间的工资、交通食宿费，有伤残等级的，还需支付伤残津贴，费用动辄十几万甚至几十万、上百万，为节省保险费用而不为员工购买社会保险可谓得不偿失。

法律法规速递

《深圳经济特区人才工作条例》发布，多处提及社会组织！

深圳社会组织动态 2023-11-06 18:58 发表于广东

为更好贯彻新时代人才工作新理念新战略新举措
健全人才评价体系
进一步破除制约人才发展的体制机制障碍
激发人才创新创业活力
《深圳经济特区人才工作条例》
（以下简称《条例》）经修订通过
自 2023 年 12 月 1 日起施行



The screenshot shows the official website of the Shenzhen Municipal People's Congress. At the top, there is a navigation bar with the logo and name of the congress, and links for '首页' (Home), '资讯' (News), '履职' (Duties), and '概况' (Overview). Below the navigation bar is a large blue banner with a stylized graphic of a bridge or archway. Underneath the banner, there is a breadcrumb trail: '当前位置: 首页 > 资讯 > 权威发布 > 会议公告'. To the right of the breadcrumb trail are two buttons: '返回上一级' (Return to previous level) and '返回首页' (Return to home page). The main content area features the title '深圳市第七届人民代表大会常务委员会公告（第一一九号）' (Shenzhen Municipal People's Congress Announcement No. 119) and the release date '发布时间: 2023-11-02'. The text of the announcement is centered and reads: '深圳市第七届人民代表大会常务委员会公告 公告 第一一九号 《深圳经济特区人才工作条例》经深圳市第七届人民代表大会常务委员会第二十一次会议于2023年10月31日修订通过，现予公布，自2023年12月1日起施行。' The signature '深圳市人民代表大会常务委员会' and the date '2023年11月2日' are located at the bottom right of the announcement text.

《条例》指出

工会、共产主义青年团、妇女联合会等人民团体，行业协会等社会组织，应当发挥自身优势，联系服务各类人才，开展相关领域的人才工作。

支持高等院校、科研院所、企业事业单位、社会组织等申请设立博士后流动站、工作站和创新实践基地。

鼓励院校、培训机构、行业协会以及企业等用人单位广泛开展职业技能培训,支持劳动者持续提升技能,符合条件的,由政府给予资助。

市人力资源保障部门应当会同有关部门、相关行业协会,发布具备境外专业资格的人才在本市执业的目录。

具有较强服务能力和水平的行业协会学会等社会组织,可以承接专业技术资格评定工作。

市人力资源保障部门应当会同有关部门、相关行业协会加快推进专业技术人才和高技能人才职业发展、评价贯通。

鼓励领军企业、社会组织等设立具有国际影响力的科技创新人才类奖项。

鼓励社会组织、企业和个人发起设立人才发展基金,为人才发展提供资金支持和保障。

深圳市第七届人民代表大会常务委员会
公告
第一一九号

《深圳经济特区人才工作条例》经深圳市第七届人民代表大会常务委员会第二十一次会议于2023年10月31日修订通过,现予公布,自2023年12月1日起施行。

深圳市人民代表大会常务委员会
2023年11月2日

深圳经济特区人才工作条例

(2017年8月17日深圳市第六届人民代表大会常务委员会第十九次会议通过 根据2019年8月29日深圳市第六届人民代表大会常务委员会第三十五次会议《关于修改〈深圳经济特区人才工作条例〉等二十九项法规的决定》修正 2023年10月31日深圳市第七届人民代表大会常务委员会第二十一次会议修订)

第一章 总 则

第一条 为了促进人才发展,开展人才发展体制机制改革先行先试,激发人才创新创造创业活力,为建设中国特色社会主义先行示范区和创建社会主义现代化强国的城市范例提供智力支持,根据有关法律、行政法规的基本原则,结合深圳经济特区实际,制定本条例。

第二条 深圳经济特区人才培养、引进、流动、评价、激励、服务和保障等工作适用本条例。

本条例所称人才,是指经济社会发展需要的,具有一定专业知识或者专门技能,进行创造性劳动并对社会作出贡献的劳动者。

第三条 坚持党管人才原则,进一步加强和改进党对人才工作的领导,加强对人才的政治引领和政治吸纳,为人才发展提供政治和组织保障。

坚持各方面人才一起抓,建设规模宏大、结构合理、素质优良的人才队伍。

第四条 人才工作应当坚持面向世界科技前沿、面向经济主战场、面向国家重大需求、面向人民生命健康,努力实现人才规模、质量和结构与经济社会发展相适应,人才发展与经济建设、政治建设、文化建设、社会建设和生态文明建设深度融合,以高质量人才工作助推经济社会高质量发展。

第五条 坚持尊重劳动、尊重知识、尊重人才、尊重创造,实施更加积极、更加开放、更加有效的人才政策,充分开发利用国内国际人才资源,不唯地域引进人才,不求所有开发人才,不拘一格用好人才。

第六条 坚持以用为本,突出市场导向,充分发挥市场在人才资源配置中的决定性作用,更好发挥政府作用,完善人才供求、价格和竞争机制,保障和落实用人单位自主权。

第七条 市、区人民政府应当积极实施人才优先发展战略,加快转变政府人才管理职能,深化人才发展体制机制改革,保障人才合法权益。

市、区人民政府应当将人才工作纳入国民经济和社会发展规划,编制符合本地实际需要的人才发展专项规划,统筹推进各领域人才队伍建设,并将人才发展列为经济社会发展综合评价指标。产业、科技、教育、文化、卫生等专项规划应当将人才工作作为重要内容。

第八条 市、区设立人才工作领导小组,履行下列职责:

- (一) 对人才工作和人才队伍建设进行宏观指导、综合协调和督促检查;
- (二) 研究制定并指导落实中长期人才发展规划、重大人才政策等;
- (三) 组织实施重大人才工程, 协调推进重点人才工作;
- (四) 研究部署年度人才工作, 并督促落实;
- (五) 研究决定有关人才工作的其他重要事项。

第九条 市人才工作综合主管部门负责本市人才工作和人才队伍建设, 发挥牵头抓总作用。

市发展改革、教育、科技创新、工业和信息化、公安、民政、司法行政、财政、人力资源保障、规划和自然资源、生态环境、住房建设、交通运输、商务、文化广电旅游体育、卫生健康、国有资产监督管理、市场监管、地方金融监管、外事、宣传、国家安全等部门在各自职责范围内负责相关人才工作。

第十条 工会、共产主义青年团、妇女联合会等人民团体, 行业协会等社会组织, 应当发挥自身优势, 联系服务各类人才, 开展相关领域的人才工作。

第十一条 市人才工作综合主管部门应当结合国民经济和社会发展规划以及人才工作情况, 定期发布本市人才工作情况报告。

第十二条 市人才工作综合主管部门应当定期对全市人才政策进行评估, 并根据评估情况及时督导调整。

各区人民政府和市人民政府相关部门应当在各自职责范围内定期对人才政策进行评估, 并根据评估情况及时提出调整意见, 报市人才工作综合主管部门。

第十三条 每年 11 月 1 日为深圳人才日。

★

第二章 人才培养

第十四条 人才培养应当坚持德才兼备, 注重人才创新意识和创新能力培养, 实现系统培养、整体开发, 立足岗位成才, 推进终身教育。

第十五条 加强战略人才队伍建设, 培养造就更多大师、战略科学家、一流科技领军人才和创新团队、青年科技人才、卓越工程师、大国工匠、高技能人才。

第十六条 建立基础研究人才培养长期稳定支持制度,完善人才能力提升培养支持制度。人才开展基础研究、技术攻关、创新创业、国际交流等活动,符合条件的,由政府给予资助。

第十七条 加强青年人才培养开发,支持符合条件的青年人才参与重大政策咨询、重大项目论证、重大科技计划项目、重点工程建设、标准制定。

市、区人民政府实施的各类人才工程应当安排一定比例名额,用于支持青年人才培养开发。

第十八条 统筹产业发展和人才培养开发规划,加强产业人才需求预测,加快培育重点行业、重点领域、战略性新兴产业、未来产业人才,推动人才工程项目与产业发展相衔接。

第十九条 加强基础教育人才队伍建设,提高基础教育水平。构建创新能力培养课程体系,提升学生综合素质。

第二十条 加快引进国内外优质高等教育资源,共建高水平学科专业和高等院校,联合培养人才。建立高等院校学科专业动态调整机制,构建国际化开放式创新型高等教育体系。

鼓励和支持社会力量通过出资、捐赠等方式参与举办高等院校、支持高等院校发展。

第二十一条 完善博士后培养体系。支持高等院校、科研院所、企业事业单位、社会组织等申请设立博士后流动站、工作站和创新实践基地。对博士后流动站、工作站和创新实践基地以及博士后研究人员,符合条件的,由政府给予资助。

第二十二条 推动职业院校、技工院校与用人单位以多种方式开展合作,完善用人单位和学校联合培养技术技能人才、产业和教育相互融合的职业教育制度。

鼓励社会力量通过出资、捐赠等方式独立、联合举办职业院校,或者为职业院校学生实习、就业等提供支持。实习单位因接收学生实习所实际发生的与取得收入有关的合理支出,依法在计算应纳税所得额时扣除。

第二十三条 用人单位应当建立职工培训制度,依法提取职工教育培训经费,专项用于职工参加各类培训和继续教育学习。经费使用情况应当向本单位职工公开。

鼓励院校、培训机构、行业协会以及企业等用人单位广泛开展职业技能培训,支持劳动者持续提升技能,符合条件的,由政府给予资助。

第二十四条 企业事业单位或者其他组织设立高技能人才培训基地、技能大师工作室等技能人才培养平台，或者技术技能人才参与技术改造、技能竞赛、技艺交流等活动，符合条件的，由政府给予资助。

鼓励本市职业培训机构与境外职业培训载体加强合作交流，积极引进海内外优质职业培训资源和职业培训机构，为本市技能人才提供国际化、专业化的职业技能培训服务。

第二十五条 支持高等院校、科研机构和其他企业事业单位建设科研平台、重大科技基础设施，完善投入主体多元化、管理制度现代化、运行机制市场化、用人机制灵活化的建设发展模式，促进科技人才培养。

第二十六条 利用财政性资金或者国有资本建设、购置的重大科技基础设施与大型科研仪器，其管理单位在保证自身使用需求的情况下，按照规定向社会开放共享，具体管理办法由市人民政府制定。

鼓励企业等市场主体投资建设、购置的科研设施与仪器等向社会开放共享，建立相应的利益补偿、后续支持机制。

★

第三章 人才引进与流动

第二十七条 人才引进应当突出经济社会发展需求导向，坚持精准引才，注重柔性引才育才，打破户籍、地域、身份、学历、人事关系等制约，促进人才资源合理流动和有效配置。

第二十八条 市人民政府应当制定和实施中长期海内外人才和团队引进计划，并根据经济社会发展情况对人才引进政策进行动态调整。

第二十九条 符合条件的人才及其配偶可以直接申领居住证或者申办入户。

第三十条 市人力资源保障部门应当根据本市经济社会发展需求，编制紧缺人才目录，为引进培养相关人才提供指引。

第三十一条 鼓励高等院校、科研院所及企业等单位在境外创办或者共建研发机构，引进使用境外优秀人才。

第三十二条 高等院校、科研院所、医疗卫生机构等事业单位可以聘请具有创新实践经验的专业人才担任兼职教师或者兼职研究员。

高等院校、科研院所、医疗卫生机构等事业单位的科研人员可以利用其专业特长到企业兼职并按照规定获得报酬。具体办法由市人才工作综合主管部门会同有关部门制定。

第三十三条 符合条件的人才被本市用人单位聘请从事短期教学、科研、技术服务、项目合作等达到规定时间的，聘用期间可以享受本市相关人才政策待遇。

第三十四条市人力资源保障部门应当会同有关部门、相关行业协会，发布具备境外专业资格的人才在本市执业的目录。列入目录内的境外专业人才，可以在本市执业，提供相关专业服务。

★

第四章 人才评价

第三十五条 人才评价应当坚持社会主义核心价值观，遵循人才成长规律和科研规律，加快健全以创新能力、质量、实效、贡献为导向的人才评价体系，分类科学精准评价人才。

人才评价应当科学设置评价考核周期，注重过程评价和结果评价、短期评价和长期评价相结合，适当延长基础研究人才、青年人才等人才评价考核周期。

第三十六条 基础前沿研究领域的人才评价应当突出原创导向，以同行评议为主；社会公益性研究领域的人才评价应当突出需求导向，以行业用户和社会评价为主；应用技术开发和成果转化领域的人才评价应当突出企业主体、市场导向，以用户评价、第三方评价和市场绩效为主。

第三十七条 坚持评价与使用相结合，支持用人单位自主评价使用人才。用人单位行使人才自主评价权应当发挥主观能动性，增强服务意识和保障能力，建立有效的自我约束和外部监督机制。

第三十八条 赋予高等院校、科研院所、医疗卫生机构等事业单位在岗位设置、职称评审、人员调配等方面更多自主权。

第三十九条 具有较强服务能力和水平的行业协会学会等社会组织，可以承接专业技术资格评定工作。人力资源保障部门应当对其进行监督指导。

第四十条 市人力资源保障部门应当会同有关部门、相关行业协会加快推进专业技术人才和高技能人才职业发展、评价贯通。

第四十一条 各人才评价相关部门应当加强人才评价专家数据库建设，并建立本行业、本领域专家评价责任和信誉制度。

第四十二条 建立技术技能人才职业资格与国际职业资格衔接制度,制定国际职业资格视同认可目录,持有目录内国际职业资格的人才,可以按照规定申报高一层级职业资格。

★

第五章 人才激励

第四十三条 人才激励应当以体现知识价值为依归,最大限度激发和释放人才创新创业活力,使人才各尽其能、各展其长、各得其所,鼓励创新、宽容失败,让人才价值得到充分尊重和实现。

第四十四条 鼓励知识产权证券化,创新知识产权投融资产品,引导企业科学核算和管理知识产权资产,完善知识产权融资机制,促进知识产权价值实现。

加强知识产权代理、咨询、鉴定、评估等专业服务机构建设。社会资本投资建设的运营服务机构符合条件的,由政府给予资助。

第四十五条 事业单位可以根据绩效工资制度规定,自主制定激励人才的绩效工资内部分配办法。

第四十六条 市科技创新部门应当会同市财政部门完善科研项目间接费用管理制度,强化绩效激励,合理补偿项目承担单位间接成本和绩效支出。

第四十七条 以股份等股权形式给予相关科研人员的转化职务科技成果奖励,科研人员可以按照规定递延或者延期缴纳个人所得税。

国有企业对其认可的科技研发、经营管理、高技能等人才可以采取股权、分红等方式给予激励,具体方式和内容由企业与相关人才依法协商确定。

第四十八条 高等院校、科研院所等事业单位和国有企业开展职务科技成果转化,应当尊重职务发明完成人员、科技成果转化重要贡献人员和团队的意愿,按照规定采取转化前赋予职务科技成果所有权、长期使用权或者转化后奖励现金、股权的方式给予激励,对同一科技成果转化不重复激励。

国有企业事业单位的科技成果转化的报酬和奖励支出,计入当年本单位工资总额,但不受本单位工资总额限制、不纳入本单位工资总额基数。

第四十九条 市、区财政性资金资助的研究项目所产生的科技成果，除涉及国防、国家安全、国家利益、重大社会公共利益外，可以约定由项目负责人及其团队和所在单位共享科技成果所有权或者长期使用权。

第五十条 建立人才奖励制度，由市、区人民政府对有重大贡献的各类人才给予奖励。

第五十一条 设立人才伯乐奖，对在本市人才培养、引进过程中作出贡献的单位及个人给予奖励。

第五十二条 鼓励领军企业、社会组织等设立具有国际影响力的科技创新人才类奖项。

★

第六章 人才服务与保障

第五十三条 本市建立健全人才服务与保障体系，创新人才工作政策、体制机制、方式方法，积极营造良好的人才发展环境，吸引海内外人才。

第五十四条 经依法登记取得法人资格的人力资源服务机构，应当在开展除职业中介活动以外的人力资源服务业务之日起十五日内向人力资源保障部门申请备案。

人力资源保障部门应当加强人力资源市场监督管理，组织制定相关监管标准和规定。

第五十五条 积极引进海内外知名人力资源服务机构，鼓励和支持其在本市设立分支机构。

支持本市人力资源服务机构发展，参与全球人才资源配置服务。

积极培养人力资源服务业人才，促进人力资源服务业发展。

第五十六条 市、区人民政府可以设立人才专项资金，用于人才引进、培养、激励、服务以及支持人才创新创业。

鼓励社会组织、企业和个人发起设立人才发展基金，为人才发展提供资金支持和保障。

第五十七条 市、区人民政府可以发挥政府投资引导基金的引导作用，吸引社会资本参与，设立人才创新创业基金，通过阶段性持有股权等多种方式，支持海内外创新创业人才在本市创新创业。

第五十八条 市、区住房建设部门应当完善人才安居政策，通过配租保障性租赁住房、配售共有产权住房等方式提供人才安居保障。

第五十九条 市、区有关部门应当按照各自职责为人才入户、子女教育、配偶就业、医疗保健以及海外人才来华签证、居留等提供便利化服务，落实相关待遇。

第六十条 持有外国人永久居留证件并在本市工作的外籍高层次人才及其随迁配偶和未满十八周岁的未婚子女，可以在教育、就业、社保、医疗等方面享受市民待遇。

第六十一条 市人民政府应当构建线上线下相结合的人才综合服务平台，为人才和用人单位提供“一站式”高效便捷服务。

市人力资源保障部门应当制定人才公共服务清单，明确提供人才公共服务的种类、性质、内容和方式。

第六十二条 企业和社会资本投资建设人才创新创业公共服务平台的，由政府给予资助。

第六十三条 完善人才失信惩戒机制，将人才信用作为人才引进、评定、培养、财政资金支持、享受优惠政策的重要参考依据。

鼓励建立行业性或者企业间的诚信联盟，支持联盟成员制定信用行为规范。

第六十四条 用人单位或者个人弄虚作假，或者违反信用承诺，骗取政府人才政策优惠或者资助的，由政策实施部门或者资助审批部门取消其获得的荣誉、资助，追回其所获得的资金，并依法予以处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

有前款规定情形的，用人单位或者个人五年内不得参加人才奖项评选或者享受本市人才优惠政策和资助；相关失信行为记入诚信档案，并根据法律、法规等进行信用惩戒。

第六十五条 有关部门、单位及其工作人员未依照本条例规定履行相关职责的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

★

第七章 附 则

第六十六条 本条例自 2023 年 12 月 1 日起施行。

财政部会计司有关负责人就印发《企业数据资源相关会计处理暂行规定》答记者问

时效性： 现行有效

发文机关： 财政部会计司

发文日期： 2023年08月21日

施行日期： 2023年08月21日

效力级别： 部门规范性文件

为规范企业数据资源相关会计处理，强化相关会计信息披露，近日，财政部制定印发了《企业数据资源相关会计处理暂行规定》（财会〔2023〕11号，以下简称《暂行规定》），自2024年1月1日起施行。财政部会计司有关负责人就《暂行规定》有关问题回答了记者的提问。

问：制定《暂行规定》的背景是什么？

答：一是贯彻党中央、国务院决策部署，服务数字经济健康发展。习近平总书记强调，发挥数据的基础资源作用和创新引擎作用，加快形成以创新为主要引领和支撑的数字经济。党的二十大报告提出，加快建设数字中国，加快发展数字经济。制定《暂行规定》是贯彻落实党中央、国务院关于发展数字经济的决策部署的具体举措，也是以专门规定规范企业数据资源相关会计处理、发挥会计基础作用的重要一步。

二是加强企业会计准则实施，服务相关会计实务需求。目前，有关各方积极推动数据要素市场建设，对数据资源是否可以作为资产确认、作为哪类资产确认和计量以及如何进行相关信息披露等相关会计问题较为关注。我们在专家研讨、专题调研、公开征求意见等过程中发现，部分企业对数据资源能否作为会计上的资产“入表”、作为哪种资产入表等存在疑虑，需要加强指引。制定《暂行规定》将有助于进一步推动和规范数据相关企业执行会计准则，准确反映数据相关业务和经济实质。同时，也将为持续深化相关会计问题研究积累中国经验，有助于在国际会计准则相关研究制订等工作中更好发出中国声音。

三是推进会计领域创新研究，服务数字经济治理体系建设。近年来，国际会计领域对无形资产会计处理的改进日益关注，其中也涉及到数据资源会计问题，目前普遍认同加强信息披露是短期内务实的解决路径。制定《暂行规定》，进一步强化数据资源相关信息披露，将有助于为有关监管部门完善数字经济治理体系、加强宏观管理提供会计信息支撑，也为投资者等报表使用者了解企业数据资源价值、提升决策效率提供有用信息。

问：制定《暂行规定》主要遵循了哪些原则？

答：制定《暂行规定》主要遵循了以下原则：

一是依法依规、务实有效。《暂行规定》在充分论证基础上，明确企业数据资源适用于现行企业会计准则，不改变现行准则的会计确认计量要求。通过针对数据资源制定专门统一规定，解决实务中对数据资源能否作为会计上的资产确认、作为哪类资产“入表”的疑虑，并明确计量基础。

二是聚焦实务、加强指引。《暂行规定》充分采纳社会公开征求意见和专题调研当中有关各方提出的合理建议，结合当前企业数据资源特点和业务流程等，对实务中反映的成本构成、使用寿命估计等重点问题细化指引，规范和推动企业准确执行相关具体会计准则。

三是加强创新、积极稳妥。《暂行规定》创新采取“强制披露加自愿披露”方式，围绕各方的信息需求重点，一方面细化会计准则要求披露的信息，另一方面鼓励引导企业持续加强自愿披露，向利益相关方提供更多与发挥数据资源价值有关的信息。

问：《暂行规定》的主要内容是什么？

答：《暂行规定》包括以下四部分内容：

一是适用范围。明确《暂行规定》适用于符合企业会计准则规定、可确认为相关资产的数据资源，以及不满足资产确认条件而未予确认的数据资源的相关会计处理。后续随着未来数据资源相关理论和实务的发展，可及时跟进调整。

二是数据资源会计处理适用的准则。按照会计上的经济利益实现方式，根据企业使用、对外提供服务、日常持有以备出售等不同业务模式，明确相关会计处理适用的具体准则，同时，对实务反映的一些重点问题，结合数据资源业务等实际情况予以细化。

三是列示和披露要求。要求企业应当根据重要性原则并结合实际情况增设报表子项目，通过表格方式细化披露，并规定企业可根据实际情况自愿披露数据资源（含未作为无形资产或存货确认的数据资源）的应用场景或业务模式、原始数据类型来源、加工维护和安全保护情况、涉及的重大交易事项、相关权利失效和受限等相关信息，引导企业主动加强数据资源相关信息披露。

四是附则。《暂行规定》将自2024年1月1日起施行，企业应当采用未来适用法应用本规定。

问：企业在贯彻实施《暂行规定》时还需要注意哪些事项？

答：一是正确做好前后衔接。《暂行规定》是在现行企业会计准则体系下的细化规范，在会计确认计量方面与现行无形资产、存货、收入等相关准则是一致的，不属于国家统一的会计制度要求变更会计政策。同时，《暂行规定》要求采用未来适用法应用本规定，企业在本规定施行前已费用化计入当期损益的数据资源相关支出不再调整，即不应将前期已经费用化的数据资源重新资本化。

二是严格执行企业会计准则。企业应当严格按照企业会计准则关于相关资产的定义和确认条件、无形资产研究开发支出的资本化条件等规定以及《暂行规定》的有关要求，结合企业数据资源的实际情况和业务实质，综合所有相关事实和情况，合理作出职业判断并进行会计处理。

三是积极加强信息披露。随着产业数字化和数字产业化进程加快，数据资源对于企业特别是数据相关企业的价值创造等日益发挥重要作用，投资者、监管部门、社会公众等有关各方均关注数据资源的利用情况。《暂行规定》兼顾信息需求、成本效益和商业秘密保护，创新提出自愿披露方式，并围绕各方关注对披露重点作出规范和指引。企业

应当充分认识提供有关信息对帮助更好理解财务报表、揭示数据资源价值的重要意义，主动按照企业会计准则和《暂行规定》的披露要求，持续加强对数据资源的应用场景或业务模式、原始数据类型来源、加工维护和安全保护情况、涉及的重大交易事项、相关权利失效和受限等相关信息的自愿披露，以全面地反映数据资源对企业财务状况、经营成果等的影响。

问：财政部门将如何做好《暂行规定》的实施指导工作？

答：《暂行规定》将自 2024 年 1 月 1 日起施行，我们将在以下方面开展工作，推动《暂行规定》有效贯彻实施：

一是组织开展对省级财政部门等的师资培训，积极引导数据相关企业准确理解执行企业会计准则和《暂行规定》要求，规范企业数据资源相关会计处理，加强相关信息披露。

二是跟踪关注数据资源实务发展和《暂行规定》执行情况，会同有关各方进一步就实务中关注的重点问题深入研究，针对具有典型性代表性的实务情形通过案例问答等方式加强实施指导，提升《暂行规定》执行效果。

三是持续加强数据资源相关会计问题研究，跟踪国际会计领域对数据资源的研究进展，以我国数字经济发展实践为基础加强会计理论前瞻性研究，促进会计理论与实践与经济社会发展的有机结合，持续发挥会计在服务数据资源业务和数字经济发展方面的基础性作用。

案例与实务

13 个法律适用问题的纪要解答

最高人民法院司法案例研究院 2023-11-20 16:42 发表于北京

1. 合同的违约责任条款不仅约定了违约金，还约定了如违约方未在约定期限内支付违约金须另行支付违约金的利息，合同当事人依据该约定主张违约金利息，是否应予支持。

甲说：对违约金利息原则上不予支持。对违约金的利息是否应予保护，应结合违约金是否足以弥补守约方的损失以及违约方的过错程度等因素综合考量，如违约金足以弥补守约方的损失，则原则上对违约金利息不予支持。

乙说：对违约金利息应予支持。意思自治原则是合同法的基本原则，既然合同当事人在合同中明确约定了对违约金计付利息，则应尊重合同当事人的意思自由，对违约金利息予以支持。

【法官会议意见】采甲说。

2. 《抵押担保合同》虽未列明抵押物的具体名称和位置，但根据相关资料可以明确抵押物的范围，是否应适用《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》第五十六条的规定，以抵押合同对抵押财产约定不明为由认定抵押不成立。

甲说：抵押成立。《抵押担保合同》虽未列明抵押物的具体名称和位置，但根据相关资料可以明确抵押物的范围，则不应适用《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》第五十六条的规定，以抵押合同对抵押财产约定不明为由认定抵押不成立，而应判令本应提供抵押物明细的抵押人继续履行办理抵押登记的义务。

乙说：抵押不成立。《抵押担保合同》未明确约定具体的抵押物，合同当事人亦未进行补正，应适用《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》第五十六条的规定认定抵押不成立。

【法官会议意见】采甲说。

3. 当事人未明确提出解除合同诉讼请求，人民法院是否有权径行认定合同解除，并判令当事人承担合同解除的相应责任。

甲说：人民法院可以依职权主动认定合同是否解除。判断合同是否解除，不能拘泥于当事人是否明确提出该项诉讼请求，而应结合案件具体情形予以判断。当合同已事实上履行不能，当事人虽未提出解除合同的诉讼请求，但如果其提出的诉讼请求系建立在合同解除的基础上，则表明隐含了解除合同的意思表示，人民法院可以依职权主动认定合同解除。

乙说：人民法院不应依职权主动认定合同是否解除。当事人在诉讼请求中没有明确请求解除合同，依据“不诉不理”的民事诉讼原则，人民法院不应依职权主动认定合同是否解除。

【法官会议意见】采甲说。

4. 合同当事人在订立合同时，已经预见合同履行不能，其是否有权向违约方主张可得利益损失。

案情摘要：麦某与李某签订协议，约定A公司将全部股权及名下的项目转让给李某。后麦某代表A公司与B公司、C公司签订了《项目转让合同》，经最高人民法院审理确定该合同有效，并且认定该合同无法继续履行。B、C公司提出诉讼请求判决偿还转让款6000万元及损失10亿元。

甲说：不应赔偿可得利益损失。B公司、C公司对《项目转让合同》不能履行负有过错，其签订合同时知晓A公司与李某在先签订有《协议书》的事实，对合同不能履行的后果应有预见，其无权向A公司主张可得利益损失。

乙说：应赔偿可得利益损失。A公司和B公司、C公司对《项目转让合同》不能履行均具有过错，可按照过错比例酌情支持B公司、C公司主张的部分可得利益损失。

【法官会议意见】采甲说。

5. 破产程序对执行异议之诉的影响和本案再审程序终结诉讼的审理路径

案情摘要：阮某购买B公司房产，因马某起诉、申请执行B公司，人民法院查封了该房产，后阮某提出执行异议之诉，一审、二审均驳回阮某的诉讼请求。阮某申请再审。在此期间，B公司申请重整，法院后批准了重整计划，终止了重整程序。

甲说：裁定终结审查再审申请。由于本案被执行人已进入破产程序，故针对被执行人的强制执行程序应全部中止，不再通过强制执行程序予以执行。当事人提起执行异议之诉的基础和前提不复存在，故无须再审查申请人对执行标的是否具有排除强制执行的民事权益，可裁定终结审查再审申请。

乙说：裁定驳回再审申请。由于已无须审查申请人是否具有排除强制执行的民事权益，故可以裁定驳回再审申请。

丙说：提审后裁定撤销一、二审判决，驳回起诉。本案在二审审理过程中，由于被执行人进入破产重整程序，原执行程序中止且不再可能恢复执行，故本案不再具备提起执行异议之诉的前提条件。若裁定撤销一、二审判决，诉讼费将全部退回给申请人一方，这也符合申请人的期望。因此，可以在提审后，裁定撤销一、二审判决，驳回起诉。

【法官会议意见】采甲说。

6. 案涉合同条款性质和效力的判断

案情摘要：甲农场与乙公司签订了《土地转让协议》，约定甲农场将某国有划拨地转让给乙公司，期限 30 年，转让价格 1500 元/亩，甲农场当日向县土地管理局提交的《土地转让证明书》，但是未办理登记手续，后该土地被登记在丙公司名下。一审判决转让无效，二审认为名为转让实为承包，撤销一审判决，驳回甲农场诉讼请求。

甲说：合同有效说。一审法院认定合同无效以及二审法院认为本案《土地转让协议书》名为转让，实为承包，但合同有效的认定均属认定事实错误。案涉《土地转让协议书》内合同条款表述清楚，有相应对价，且有甲农场于协议签订当日向县土地管理局提交的《土地转让证明书》为证，能够判定案涉合同为土地转让合同，且该合同没有违反相关法律的强制性规定。因此，再审拟判决撤销一、二审判决，驳回甲农场的诉讼请求。该意见为多数意见。

乙说：合同无效说。同意一审意见。认为案涉土地转让合同违反了法律强制性规定，应判定无效。该意见为少数意见。

【法官会议意见】采甲说。

7. 受让房地产开发项目的部分区域开发经营权的受让方是否应与转让方对整个项目的工程欠款承担连带清偿责任

案情摘要：A 公司取得了某项目开发权，与 B 公司签订了合作协议，B 公司开发 B 区项目，各自独立经营，所有土建工程由 C 公司承建。A 公司与 C 公司签订了建设工程协议，B 公司负责人以 B 地块负责人名义在协议“B 地块负责人”处签字。何某以 C 公司第一施工队的名义承建工程。后何某起诉要求 A 公司和 B 公司连带支付剩余 1000 万元工程款。

甲说：应当承担连带责任。没有充分证据证明 A 房地产公司和 B 公司有就项目 A、B 区分别与承包人进行结算的意思表示，应认定该广场工程作为一个整体发包和进行结算，B 公司应当对整个项目的工程欠款与 A 房地产公司承担连带清偿责任，这样处理也有利于保护实际施工人的权益。

乙说：不应当承担连带责任。认定连带责任需要依照法律的规定或者当事人的约定。《协议书》明确约定 B 公司仅对项目 B 区负责，C 公司对该情况知晓，故 C 公司无权向 B 贸易公司主张项目 A 区的工程欠款。而何某的权利不应大于其前手 C 公司，故即使其不知悉《协议书》的内容，其亦无权向 B 公司主张项目 A 区的工程欠款。因此，B 贸易公司不应对整个项目的工程欠款与 A 房地产公司承担连带清偿责任，A 房地产公司和 B 公司应分别对项目 A 区和 B 区的工程欠款承担清偿责任。

【法官会议意见】采甲说。

8. 在连续交易不动产但均未办理过户登记手续的情形下，如果被执行人及其后手均主张自己因生效法律文书取得不动产所有权，而最终交易方已向其前手支付全部价款并实际占有不动产，此时最终交易方作为案外人所提出排除执行的主张应否得到支持。

甲说：案外人排除执行的主张不应得到支持。一审法院民事裁定书上手写备注的“房产证直接办给建行某分行并加盖广东省珠海市中级人民法院校对章，并不具有物权变动的效力。案涉商铺的交易自1999年6月起的数年内一直处于稳定状态，直至被F公司申请查封。可见，建行某分行在通过以物抵债的方式从B公司处获得案涉商铺后，数年内一直怠于办理该不动产的过户手续，存在明显的过错。何某等五人从D公司受让案涉商铺时，也未谨慎审查D公司及其前手建行某分行是否已经取得案涉商铺的所有权，后亦未及时敦促前手协助办理过户手续，同样存在过错。因此，虽然本案证据能够证明何某等五人作为受让人整体在案涉商铺查封前已实际占有并支付了价款，但由于包括何某等五人在内的多手受让人在未能办理产权过户手续的过程中均存在过错，因而不能依据《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押冻结财产的规定》第十七条的规定申请排除F公司的强制执行。

乙说：案外人排除执行的主张应当得到支持。一审法院民事裁定手写备注“房产证直接办给建行某分行”能产生物权变动效力。何某等五人从2007年起持续占有该案涉商铺，法律应保护其占有。因此，何某等五人的再审申请理由成立，应当提审改判。从过错认定的角度看，在连续转移产权的背景下，对权利人过错的认定应降低标准。从维护既定秩序的商事裁判原则看，F公司于2009年取得债权，而何某等五人于2007年始持续占有该案涉商铺，如果仅因何某等五人未办理过户手续的过错，而让F公司后享有的债权优先于何某等五人在先取得的权利，明显不利于维护既定秩序。

【法官会议意见】采乙说。

9. 另案查封之后签订不动产买卖合同的能否排除执行。

甲说：不能排除执行说。即便系另案查封，且另案所依据的基础法律关系并非本案当事人之间的法律关系，但只要是在查封状态中签订的不动产买卖合同，就不符合《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》第二十八条第一项规定的“在人民法院查封之前已签订合法有效书面买卖合同”之情形。且在查封状态下签订不动产买卖合同，执行异议申请人对不动产不能办理过户是有预期的，其对未办理过户存在过错，亦不符合《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》第二十八条第四项规定的“非因买受人自身原因未办理过户登记”之情形。故不能排除执行。

乙说：可以排除执行说。虽然当事人签订不动产买卖合同时，案涉房产已被另案查封，但该查封所依据的基础法律关系并非本案当事人之间的法律关系，故仍符合《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》第二十八条第一项规定的“在人民法院查封之前已签订合法有效的书面买卖合同”之情形。且在无证据证明当事人签订合同时存在恶意串通的情形下，执行异议申请人对办理过户不存在过错，可以排除执行。

【法官会议意见】采甲说。a

10. 甲银行是否具有提起第三人撤销之诉的主体资格

案情摘要：甲银行与丙公司产生纠纷诉至法院，申请法院查封了丙公司在乙银行的账户资金，判决生效后申请执行，法院扣划了丙公司在乙银行的冻结资金至法院账户。乙银行与丙公司产生纠纷起诉至法院，法院判决乙银行对丙公司保证金账户内的资金享有优先受偿权。甲银行提出第三人撤销之诉。

甲说：甲银行与原审处理结果不具有法律上的利害关系，其不具有提起第三人撤销之诉的主体资格。甲银行对丙公司享有的债权为普通债权，而非依法应予特殊保护的债权，该项权利的行使不会因原审民事判决而受到影响，由此形成的利害关系仅为事实上的间接利害关系，与原审不具有法律上的牵连性，不能认定为法律上的利害关系。故甲银行不具有提起第三人撤销之诉的主体资格。

乙说：甲银行与原审处理结果具有法律上的利害关系，具有提起第三人撤销之诉的主体资格。在原审形成之前，甲银行已申请法院对案涉账户内的资金进行了冻结并在判决后由法院对该笔资金进行了扣划，原审判决乙银行对案涉账户内的资金有优先受偿权，影响了甲银行的利益，确与其具有法律上的利害关系。

【法官会议意见】采甲说。

11. 乙银行作为一般债权人，是否是本案适格的原告，能否有权请求涂销抵押登记

案情摘要：A公司向甲银行申请贷款，B公司以房产作为抵押，办理了抵押登记。A公司同时向乙银行贷款，B公司提供连带责任保证。随后甲银行将对A公司的债权及其从权利转让给C公司。因A公司、B公司资产不足清偿乙银行债权，乙银行起诉确认甲银行债权消灭，请求撤销抵押登记。一审、二审均驳回，乙银行申请再审。

甲说：乙银行具有本案原告诉讼主体资格。根据《中华人民共和国合同法》第八十一条（现为民法典第五百四十七条）以及《中华人民共和国物权法》第一百九十二条（现为民法典第四百零七条）的规定，甲银行将其对A公司的债权转让予C公司后，附随于该债权的抵押权亦一并转让予C公司，则乙银行作为A公司的另一普通债权人，案涉抵押登记是否正确与其有直接利害关系，乙银行有权对记载甲银行为抵押权人的抵押登记提出涂销请求。

乙说：乙银行不具有本案原告诉讼主体资格。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条（现为第一百二十二条）的规定，原告须是与案件有直接利害关系的公民、法人和其他组织。乙银行仅是A公司的普通债权人，并非甲银行与A公司、B公司之间的合同法律关系的当事人。若认可乙银行具有本案原告主体资格，将有违合同相对性原则。

【法官会议意见】采甲说。

12. 集体建设用地使用权能否出租以及举证责任的分配

案情摘要：A 经济联合社与 B 公司签订了场地租赁协议，约定 A 经济联合社将案涉土地租赁给 B 公司，后 A 公司起诉以土地系农民集体性质，不得出租用于非农业建设为由请求确定该合同无效。再审中，B 公司提供了原判决后出具的信访告知函，明确该土地在诉讼发生时被登记为集体建设用地。

甲说：集体建设用地使用权不能出租。本案处于审判监督程序阶段时应适用当时有效的法律。根据 2004 年修正的《中华人民共和国土地管理法》第六十三条的规定，“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设；但是，符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业，因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外。”故案涉以农民集体所有土地的使用权为标的的租赁合同因违反效力性的强制性规定而无效。

乙说：集体建设用地使用权在一定条件下可以出租。2004 年修正的《中华人民共和国土地管理法》第六十三条虽然原则上规定农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设，但是参照国发(2004)28 号《国务院关于深化改革严格土地管理的决定》第二条第十项最后一句“……在符合规划的前提下，村庄、集镇、建制镇中的农民集体所有建设用地使用权可以依法流转”的规定，后者是针对集体建设用地流转细化的规范，广东省政府根据该决定，并结合本省实际情况制定的《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》，有权规定集体建设用地在符合规划的前提下可以依法流转。因此，本案应当适用《广东省集体建设用地使用权流转管理办法》的规定，承认案涉租赁合同的效力。

【法官会议意见】采乙说。

13. 主合同无效导致担保合同无效时，担保人的过错认定与责任。

甲说：主合同无效导致担保合同无效，担保人的过错是推定的，应承担不超过债务人不能清偿部分的三分之一。关于《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》第八条（现为《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》第十七条第二款，下同）中担保人有无过错的判断问题，首先，从以往司法实践看，通常推定担保人有过错，即担保人作为商事主体，在明知主合同无效而仍为之提供担保且不能自证无过错的情形下，即推定为有过错。其次，根据法律行为效力转换理论，原有行为如果具备替代行为的要件，且可以判断当事人如果知道原有行为不生效或无效，其希望替代行为生效的，可以将原有行为转换为替代行为而生效。用一种适当的行为去替换当事人所选择不适当的行为，以平衡当事人之间的利益。本案所涉未履行登记手续的抵押合同，为救济其法律效力的瑕疵，除可以通过补办登记手续这种方式加以补正使其发生法律效力外，还可以通过解释上的转换这一方式，将其转换为有效的担保行为，以节约交易成本，促进交易发展。从此角度而言，担保人也应当承担民事责任。

乙说：主合同无效导致担保合同无效，担保人的责任是缔约过失责任，担保人确有过错的，承担不超过债务人不能清偿部分的三分之一。根据《最高人民法院关于适用〈中华

《中华人民共和国担保法若干问题的解释》第八条的规定，主合同无效而导致担保合同无效，担保人的责任是过错责任。所谓担保人的过错，通常指担保人明知主合同无效仍为之提供担保，或者明知主合同无效仍促使主合同成立或者为主合同的签订提供中介服务。在没有证据证明担保人存在明知主合同无效而为之提供担保促使主合同成立或为合同签订做中介或其他显见的过错的，担保人不承担过错责任。

【法官会议意见】采乙说。

涉公司股东名册记载纠纷 6 则裁判意见

最高人民法院司法案例研究院 2023-11-13 14:57 发表于北京

1.

(1) 股权受让人经履行股权转让协议并经行政机关审批作为股东记载于公司股东名册之时，即成为公司股东，股权出让人同时丧失公司股东身份，公司是否在工商行政部门办理变更登记，不影响股权转让的效力。

(2) 执行异议之诉的民事判决确认股权受让人不构成善意取得、自始不发生股权取得的效力，仅是驳回股权受让人以善意取得股权为由排除执行的主张，并未从商事法律关系方面认定股权变动的效力，不能据以否认对已完成案涉股权转让的认定。

最高人民法院认为，明某公司为抚某银行发起人股东，持股占比逾 7%，抚某银行向其颁发的《股权证》上记载“股权变更和股份转让时必须到本公司办理过户”等字样。(2018)辽民终 648 号、(2017)辽 01 民初 1173 号生效民事判决分别认定明某公司与亿某公司、金某公司签订的《股权转让协议书》有效，明某公司同意股权转让并收到全部股权转让款。此后经辽宁银保监局批复同意变更亿某公司、金某公司为抚某银行股东并记载于该行股东名册及章程。据此，亿某公司、金某公司经履行股权转让协议并经行政机关审批作为股东记载于抚某银行股东名册之时，即成为抚某银行股东，明某公司同时丧失抚某银行股东身份。抚某银行是否在工商行政部门办理变更登记，不影响案涉股权转让的效力。对于明某公司主张执行异议之诉的民事判决已经确认亿某、金某两家公司不构成善意取得、自始不发生股权取得的效力问题，该民事判决书仅是驳回亿某公司、金某公司在该诉讼中以善意取得股权为由排除执行的主张，并未从公司法、商业银行法等商事法律关系方面认定股权变动的效力，故不能径直据以排除对已完成案涉股权转让的认定。

索引：明某公司与抚某银行等股东名册记载纠纷案

案号：(2020)最高法民终 642 号

裁判日期：二〇二〇年十二月二十五日

2.

股权转让导致的股东及股权结构变化并非法律规定的工商登记事项。向公司登记机关进行股权变更登记是公司履行股权转让协议的行为，仅发生对抗交易第三人的法律效力，而非股权取得的法定要件。股权受让方是否实际取得股权，应当以公司是否修改章程或将受让方登记于股东名册，股权受让方是否实际行使股东权利为判断依据。

最高人民法院认为，股权作为股东对公司享有各种权利的集合，主要权利为基于股东资格而对公司享有的财产利益和管理权利。《中华人民共和国公司法》第七十三条规定，转让股权后，“公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。”第三十二条规定“有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：（一）股东的姓名或者名称及住所；（二）股东的出资额；（三）出资证明书编号。记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。”股权转让是股权继受取得的方式之一，作为一种法律行为，受让方通过当事人之间达成合法有效的转让协议后履行即可取得相应股权。股权转让导致的股东及股权结构变化并非法律规定的工商登记事项。向公司登记机关进行股权变更登记是公司履行股权转让协议的行为，仅发生对抗交易第三人的法律效力，而非股权取得的法定要件。股权受让方是否实际取得股权，应当以公司是否修改章程或将受让方登记于股东名册，股权受让方是否实际行使股东权利为判断依据。（2015）昆民五初字第12号民事判决认定云南某投公司已全额支付转让款，并实际管理、经营石某公司。2014年5月10日，石某公司已修改公司章程，注册资本5亿元，云南某投公司作为公司唯一股东以货币方式全额出资。石某公司虽未及时办理股权变更登记，但云南某投公司自该公司章程修改之日起，实际已经成为石某公司唯一股东，享有包括涉案24%股权在内的石某公司全部股权。云南某投公司虽然在（2015）昆民五初字第12号案件起诉时基于股权转让协议同时提出了确认股权转让协议效力、协助办理股权登记等其他两项诉讼请求，但其在提出确认股东身份的诉讼请求时，已经实际取得并享有、行使着相应股权。（2015）昆民五初字第12号民事判决第二项主文对“山某集团持有的石某公司24%的股权归云南某投公司所有”的确认，不宜理解为基于云南某投公司与山某集团之间签订股权转让协议这一债权债务关系所作出，而应理解为基于云南某投公司已成为涉案股权实际权利归属人这一事实作出，更符合事实实际情况。即云南某投公司并非仅基于（2015）昆民五初字第12号民事判决确权取得涉案股权，而是在（2015）昆民五初字第12号民事判决作出前已经实际取得并享有涉案股权。

索引：云南某投公司与新某公司等执行异议之诉案

案号：(2022)最高法民再117号

裁判日期：二〇二二年九月二十七日

3.

股权受让方与出让方签订股权转让协议，双方对股权转让事实及股权转让份额均认可，但股权出让方转让股权的行为违反公司章程约定，公司对股权转让不予认可，且股权受让方不能提供工商登记、股东名册等能够证明其股东身份的证明文件，不能认定股权受让方为公司法意义上的股东。

最高人民法院认为，昌某公司虽与某棉集团签订股权转让协议，某棉集团认可其将碧某公司 11.76%的股权转让给了昌某公司，但某棉某集团向昌某公司转让股权违反了碧某公司章程的约定，碧某公司对股权转让不予认可，昌某公司也未提供工商登记、股东名册等能够证明其股东身份的证明文件，因此原审判决认定昌某公司并不是公司法意义上的股东，其主张碧某公司直接向其支付分红款的理由不成立，并无不当。

索引：昌某公司与某棉公司等股权转让纠纷案

案号：（2021）最高法民申 6526 号

裁判日期：二〇二一年十一月二十九日

4.

非上市股份有限公司股份权属的转移，应当自背书完成或记载于股东名册时即发生效力。案涉公司向受让方出具了作为其股份持有凭证的股权证，且公司股东名册中对股权受让人已有记载，案涉股权已经完成转移。同时，综合公司股东大会签到表和股东大会决议所载受让人参加股东大会及行使表决权的事实，应当认定案涉公司已经认可股权受让人的股东身份，股权受让人合法继受取得了案涉股份。

最高人民法院认为，股份系股东对公司享有各种权利的集合，主要权利为基于股东资格所获得的对公司享有的财产利益和管理权利。《中华人民共和国公司法》第一百三十九条第一款规定：“记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。”第一百三十条第一款规定“公司发行记名股票的，应当置备股东名册，记载下列事项：（一）股东的姓名或者名称及住所；（二）各股东所持股份数；（三）各股东所持股票的编号；（四）各股东取得股份的日期。”因此，非上市股份有限公司股份权属的转移，应当自背书完成或记载于股东名册时即发生效力。就本案而言，临沧临某农商行的股份持有采取了股权证形式，股权证是证明股东持有该行股份的书面凭证，在案涉强制执行措施作出前的 2017 年 4 月 22 日，临沧临某农商行已经向滇某公司出具了《股权证》，临沧临某农商行 2017 年度股东名册中也记载滇某公司持有其 200 万股股份，案涉股份的权利已经转移给滇某公司。而且，案涉股份权利转移后不久，临沧临某农商行即提出由滇某公司法定代表人黄某飞担任该行监事的建议，结合临沧临某农商行所提交的 2017 年、2018 年召开股东大会的签到表和股东大会决议所载滇某公司参加股东大会及行使表决权的事实，应当认定临沧临某农商行已认可滇某公司的股东身份，滇某公司也完成了法律所要求的案涉股份权属转移的要件，合法继受取得了案涉股份。

索引：滇某公司与孙某等案外人执行异议之诉案

案号：(2020)最高法民再 324 号

裁判日期：二〇二〇年十二月二十四日

5.

受让人能够实际行使股权的前提应当是公司股东名册已经变更、受让人已经作为股东记载于股东名册。故受让人应在人民法院查封之前完成公司股东名册的变更，其可依据股东名册向公司主张股东权利。这是股权受让人提出执行异议之诉的成立要件之一。

最高人民法院认为，在转让对象系股权的情况下，在认定受让人实际控制执行标的的要件时应当考虑到股权的基本特性。股权是股东或出资人对公司所享有的资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利，该权利行使的对象是公司。股东名册是股东行使股东权利的依据。

受让人能够实际行使股权的前提应当是公司股东名册已经变更、受让人已经作为股东记载于股东名册。故受让人应在人民法院查封之前完成公司股东名册的变更，其可依据股东名册向公司主张股东权利。在人民法院依法查封股权后，股权受让人提出执行异议之诉成立要件应当包括：其一，受让人与被执行人应当在人民法院查封之前签订真实有效的转让合同；其二，受让人应在人民法院查封之前完成公司股东名册的变更，其可依据股东名册向公司主张股东权利；其三，受让人在查封之前已足额支付转让价款或已依约支付部分价款且将剩余价款按照人民法院的要求交付执行。

索引：黄某兴与双某投资公司案外人执行异议之诉纠纷案

案号：（2019）最高法民终 1946 号

裁判日期：二〇二〇年五月九日

6.

（1）股权转让方公司章程规定股东名册是证明股东持有股份的有效凭证，受让方已经被记载于转让方公司股东名册的，受让方可以向转让方公司主张股东权利，其股权转让的合同目的已经能够实现。

（2）转让股份有限公司股权的，是否办理工商变更登记不影响股东权利的行使，且转让方公司并未向股东签发记名股票，双方在股权转让协议中亦未约定背书转让记名股票事宜，是否取得股票并不影响受让方获得股东身份。在股权受让方已被记载于股东名册的情况下，仍以转让方公司没有履行协助办理工商变更登记义务、未签发记名股票等导致合同目的无法实现为由要求解除合同的，没有法律依据。

最高人民法院认为，本案为股权转让合同纠纷，依据《中华人民共和国公司法》及双方签订的《股权转让协议》，可认定某世纪公司的合同目的是取得翔某公司 22.28% 的股权。翔某公司章程第二十九条规定，股东名册是证明股东持有股份的有效凭证。从本案情况看，2013 年 1 月，某世纪公司已经被记载于翔某公司的股东名册，且翔某公司也明确认

可这一事实。某世纪公司可以向翔某公司主张股东权利，其合同目的已经能够实现。此外，相关法律及公司章程并没有规定未办理工商变更登记的，股份有限公司股权转让行为无效，也没有规定办理股份有限公司股权变更登记需要提交股东大会决议，因此，是否办理工商变更登记不影响股东权利的行使。另外，翔某公司发起成立时及以后并未向股东签发记名股票，双方在《股权转让协议》中亦未约定背书转让记名股票事宜，是否取得股票并不影响某世纪公司获得股东身份。综上，某世纪公司在已被记载于股东名册的情况下，仍以翔某投公司没有背书转让、没有股东大会决议，没有履行协助办理工商变更登记义务等导致合同目的无法实现为由要求解除合同，没有法律依据。

索引：某世纪公司与某风险投资公司等股权转让纠纷案

案号：（2014）民申字第 1918 号

裁判日期：二〇一四年十二月二十九日

王天玉：平台用工的“劳动三分法”治理模式

最高人民法院司法案例研究院 2023-11-07 15:21 发表于北京

王天玉：中国社会科学院法学研究所副研究员，法学博士

本文系 2021 年度最高人民法院司法案例研究课题“新业态从业人员合法权益保障典型案例研究”（项目批准号：2021SFAL023）的阶段性成果。

本文发表于《中国法学》2023 年第 2 期，因篇幅限制，注释省略。作者身份信息为发文时信息。

内容提要

平台用工治理争论的实质是现行劳动法的知识体系和制度构造能否涵盖平台信息技术推动的劳动变革。考察域外主要立法例发现，各国依托自身法律框架在司法裁判和立法修订上形成了差异化的治理目标和实践逻辑，显示出“第三类劳动形态”平衡劳动灵活性与规范性的弹性优势。我国平台用工突破了劳动二分的法律抽象，平台化灵活就业政策组合已经开拓了“第三类劳动形态”的制度空间，平台用工治理应着眼于“类雇员权益保障清单”，基于“民法做加法”的立法进路，通过任务计量型劳动基准、突破劳动关系的集体协商、新业态职业伤害保障等配套制度实现底线保障，并随着劳动形态演进增设权益规范，逐步实现全方位保障和系统性治理。

关键词

平台用工 新就业形态 类雇员 劳动三分法

目次

- 一、问题与争论
- 二、劳动三分法的规范构造
- 三、劳动三分法的实践逻辑
- 四、我国劳动三分法的建构
- 五、结语

一、问题与争论

以平台用工为代表的新就业形态在网络技术、大数据算法和平台经济的推动下快速发展，创新了劳务供需匹配机制和灵活就业参与方式，渐趋成为社会主要劳动形态之一。党的二十大报告提出“支持和规范发展新就业形态”“健全劳动法律法规”“加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障”。为贯彻此项顶层设计，须对新就业形态的治理模式及其立法演进予以学理研究及阐释，以期提供体系化的法治解决方案。

“平台用工因其创新性而对现行劳动规范体系造成挑战”，这是治理问题的逻辑起点。《人力资源社会保障部对政协十三届全国委员会第三次会议第 3391 号提案的答复》（以

下简称“答复”）指出：“新就业形态人员大多通过平台自主接单承接工作任务，准入和退出门槛低，工作时间相对自由，劳动所得从消费者支付的费用中直接分成，其与平台的关系有别于传统的‘企业+雇员’模式，导致新就业形态人员难以纳入现行的劳动法律法规保障范围。”如何认识和应对这种挑战，形成了二分法与三分法两种主要学说。二分法认为，平台用工挑战的是现行劳动法，首当其冲的是劳动关系认定标准，因此可通过改造既有标准，将此类新兴劳动形态纳入现行法的调整范围。又因平台用工与劳动法所调整之常规用工有显著差异，为涵盖这种差异性，配合劳动关系认定标准的改造，该学说主张将平台用工界定为非标准或非典型劳动关系，相应地通过“劳动法做减法”剔除某些保障制度，实现劳动法部分适用。三分法认为，平台用工挑战的是“民法—劳动法”构成的法律框架，其实践形态相对于拘束性劳动已发生根本变化，明显不符合劳动法的对象假设和制度设计，应以“民法做加法”的进路确立权益保障底线，并逐步建构“类雇员法”，以填补现行二分法下的制度空白，推动劳动法律框架转型。

在学说争论之际，人社部等八部门于2021年7月16日联合印发了《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号）（以下简称56号文），将依托互联网平台就业的新就业形态分为三种类型：（1）符合确立劳动关系情形的，企业应当依法与劳动者订立劳动合同。（2）不完全符合确立劳动关系情形但企业对劳动者进行劳动管理（简称不完全符合确立劳动关系情形）的，指导企业与劳动者订立书面协议，合理确定企业与劳动者的权利义务。（3）个人依托平台自主开展经营活动、从事自由职业等，按照民事法律调整双方的权利义务。

56号文在我国劳动政策体系中首次引入了“不完全符合确立劳动关系情形”，作为与劳动关系和民事关系并列的新表述。由于这一表述从未出现在学术文献中，也未见相关政策文件的界定和解释，导致不同学说对政策走向的理解发生显著分歧，焦点在于“不完全符合确立劳动关系情形”是否意味着我国引入了第三类劳动形态，平台用工治理是纳入现行劳动法抑或是探索相对独立的规范体系。二分法学说在争论中提出了两项重要理由：其一，国际上不存在“第三类劳动者”以及“劳动三分法”的法律概念；其二，现行劳动法不仅适用于具有人格和经济双重从属性的传统的雇佣劳动者，也适用于只有经济从属性的类雇员劳动者，这种劳动法律适用的扩张，在市场经济国家是一个普遍的现象。这两点理由可拆解为三个关键问题：国际比较层面是否存在劳动三分法、法理层面是否存在劳动三分法、规范层面能否建构劳动三分法。

双方之争实际上提出了劳动法学理的一个根本性问题，这就是劳动法的边界，即现行劳动法的调整范围能否持续扩张，以涵盖新就业形态乃至全社会各类劳动的权益保障需求。如果继续追问，现行法对劳动的抽象及其制度设计能否有效地解释、应对互联网技术和平台经济催生的劳动变革，换言之，能否用工业时代所形成的知识体系和思维方式解决数字时代的劳动保障问题。此争论不仅关涉平台用工的治理模式，也将影响我国劳动法律框架并塑造全社会的劳动权益保障机制。本文将从国际、国内两个维度阐释劳动三分法的规范构造、实践逻辑与本土建构，剖析世界范围内劳动规范变革的趋势与法理，并依据中国国情提出第三类劳动形态的保障方案。

二、劳动三分法的规范构造

（一）劳务给付主体的法律抽象

所谓“第三类劳动者”是在“雇员—自营职业者”或“雇员—独立承包人”的基本分类之外创设的第三类劳动主体。劳动问题的讨论以就业状态为基点，表明劳务提供者在劳动过程中相对于用人者所处的地位。“雇员—自营职业者”是就业形态的两种原型，据此建构的法律框架在域外文献中亦称为“二分法”或二元论，例如欧盟法称之为“二元区分”。

除雇员与自营职业者外，工人（worker）也是欧美法律中的重要概念，在英语中通常指“所有工作的人”（all who work），包括雇员和自营职业者。在该一般性表述基础上，各国立法赋予工人不同的法律内涵。美国文献对“工人”的使用遵循了一般性表述，大致是劳务给付的事实判断，法律上须进行“雇员或独立承包人”的定性判断，以便与保障制度对接。在这个意义上，美国法将平台工人能否获得劳动法保护的问题表述为工人分类问题，对应我国的劳动关系认定问题。欧盟法则将“工人”作为“雇员”的同义概念，以遵循欧盟法院在“Lawrie Blum案”中对“工人”的定义，即“一定时期内在另一个人的指导下提供服务并获得报酬的自然人”。据此，欧盟法用工人替代雇员，从而将欧盟法院对工人的界定引入成文法，以克服部分成员国立法对雇员的过高要求，扩大欧盟法的保护范围。

（二）第三类劳动形态的规范样本

1. 欧盟法对第三类劳动形态的开放式制度设计

欧盟委员会在2021年6月15日发布的《应对平台工作条件相关挑战的可能行动第二阶段社会伙伴磋商报告书》中指出：“一些成员国创设了第三类形态，介于工人和自营职业者之间，以便向独立的或类似雇员的自营职业者提供更多权利。”该报告书指明，已经将中间类或第三类形态适用于平台用工的成员国有奥地利、德国、西班牙、意大利和斯洛文尼亚。

欧盟专家中心（ECE）在《平台用工2021年专题评论综述报告》中的表述是“第三类、中间类或子类别就业形态”，这种法律技术的目标是“将劳动和社会保护部分或全部扩大到经济上依赖单一客户或‘用人者’的个人自营职业者”，具体包括奥地利和德国的“类雇员”、西班牙和斯洛文尼亚的“经济依赖型自营职业者”、意大利的“准从属型自营职业者”。还有一些国家正在就是否引入第三类形态进行讨论，包括比利时、法国、爱尔兰和芬兰。

欧盟委员会已表态无意在欧盟层面创设第三类就业形态，但尊重各成员国在国内立法中引入这一形态。欧盟法对二分法的维系并不能有效解决平台用工的劳动保障问题，这一点集中体现在“Yodel案”中。Yodel是一家英国物流快递平台，业务规则是快递员可自主决定工作时间、交货安排、运输线路，并可自主设定一段时间内的接单数量，还可同时为其他公司和竞争对手送货。快递员B向英国劳动法庭起诉，主张认定其身份为英国法上的工人，以获得最低工资和工作时间方面的保障。因涉及欧盟工作时间指令

（Directive 2003/88），该案提交欧盟法院后，法院依据“Lawrie Blum案”否定了快

递员 B 的诉求, 判定他为自营职业者。在欧盟二分法下, 即便工人的从属性比部分成员国对雇员的要求低, 但仍高于不要求人格从属性的第三类劳动形态, 这就使得欧盟法院在判例法的约束下很难将劳动过程自主性很强的平台用工纳入工人保护范围, 只能归为自营职业者, 仍然没有权益保障, 劳动二分法下的制度空白问题并未改变。各成员国的劳动法治和实践差异甚大, 须在平台用工治理的探索过程中发挥自主性, “从事平台工作的人是否被认为是雇员, 从而是否属于劳动法的管辖和保护范围, 取决于每个成员国关于就业状况的一般性规则”。

2. “雇员—类雇员—自营职业者”的德国三分法

德国劳动立法的规范起点是《民法典》第 611 条, “民法典第 611 条以下关于雇佣合同的规定构成了劳动法的基点”, 2017 年修订的第 611a 条增加了劳动合同及相关概念。雇员作为劳动法的适用对象, 在判例法上的界定是“根据私法合同, 有义务遵循指示并在个人依赖的状态下为另一个人工作的人”。司法及主流学说称之为“人格从属性”, “劳动关系和委托人与自由劳动者之间法律关系的区别在于劳务给付义务人人身依附的不同程度”。在雇员之外, 德国法区分出了“无人格从属性、有经济从属性, 相比较于雇员也需要受到保护的人”, 即类似雇员的人, 简称类雇员。

由于德国采取大量单行法的劳动立法模式, 规范层面缺乏一个明确连贯的劳动主体概念。类雇员在多个单行法中以经济从属性为特征, 诸如《联邦休假法》第 2 (2) 条、《劳动法院法》第 5 (1) 条和第 6 (1) 条, 最明确的法律定义是《集体合同法》第 12a (1) 条: “经济上依赖并需要与雇员相当的社会保护的人。他们根据服务合同或工作合同为其他人工作, 须亲自提供约定的服务, 基本上没有雇员的合作, 并且 (a) 他们主要是为一个人工作; 或 (b) 他们从一个人那里得到的报酬平均超过他们劳动报酬的一半。如果无法预见这一点, 除非集体协议中另有约定, 应以最近 6 个月为基础进行计算, 如果就业时间较短, 则以该期间为基础进行计算”。

德国立法者近年来频繁使用更为宽泛的“员工” (Beschäftigte) 概念, 在此概念下划分雇员与类雇员, 例如《联邦数据保护法》第 26 (8) 条、《薪酬透明法》第 5 条采取列举的方式确定员工的范围, 包括雇员 (Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer)、受雇于家庭工作的人 (in Heimarbeit Beschäftigte) 等。《护理时间法》第 7 条和《家庭护理休假法》第 2 条将雇员与类雇员作为“员工”这一总括概念下的并列主体。

基于前述劳动规范, 类雇员的法律地位体现在两个方面: 其一, 类雇员不是劳动法的调整对象, 乃是依据单行法的特别规定而获得某些劳动保护, 主要是法定带薪休假、集体协商、养老保险以及特定情况下的事故保险。此外, 类雇员由于不存在人格从属性, 不享有雇员的基本权利, 包括不能参与企业共同决策、不适用《解雇保护法》和《最低工资法》等劳动法制度。其二, 类雇员是独立的劳动形态, 不是自营职业者下的一个特殊类型。这一点集中反映在德国学界关于劳动法边界的讨论中。自 20 世纪 80 年代起, 部分学者主张用新理论替代人格从属性, 以便重新划定劳动法的边界, 其中具有代表性的是 Wank “经营风险理论”, 核心观点是雇员依靠持续、稳定的工资, 不承担经营风险, 而自营职业者承担经营风险。此外, Brammsen 提出“盈利机会理论”, 将雇员定义为“因劳动合同剥离了经济处置自由, 进而剥离了盈利机会的人”, 而有盈利机会的人是自营

职业者。但是，这种学说并未被学界主流所接受，根本原因在于“这些建议设想用一个二分法取代雇员、类雇员和自营职业者的三分法”。

用德国学者 Reinhard Richardi 的话来总结，“德国现行法采取的是三分法，即经济和人格都独立的自雇者、人格独立但经济上有从属性的类雇员、人格不独立的雇员”。

3. “雇员—非雇员工人—自营职业者”的英国三分结构

英国议会于 1875 年通过了《雇主与工人法》，引入了“工作者”（Workmen）的概念，意指“根据雇佣合同或亲自履行劳务合同，为雇主工作的体力劳动者”。此项立法并不包含保障劳动权益的内容，而是为了给予法院处理此类争议的管辖权。当时，英国实体法律结构仍是“雇员—自营职业者”构成的二分法，区分依据是雇佣合同。在普通法上，雇佣合同源自侵权法中的替代责任原则，核心要件是“控制”，即用人者对另一个人的工作施加了足够的控制，不符合雇佣合同控制要求的人不受劳动法保护。这一概念逻辑延续至《1996 年就业权利法》，该法第 230（1）条对“雇员”的定义是“订立雇佣合同或依据雇佣合同工作的个人”。20 世纪 70 年代后，大量自营职业者的服务嵌入了他人的业务中，这些人不符合雇员定义，却有保障需求。英国议会借用 1875 年立法中的“工作者”概念，在《1971 年劳资关系法》中引入了“工人”（worker）概念，《1996 年就业权利法》第 230（3）条将其定义为“根据劳动合同或其他合同工作的人”“该个人承诺或实际亲自为合同另一方工作或服务”，也据此确定了最低工资、工时休假、反歧视等制度的适用范围。

对于工人概念的法律意义，Freedland 的评价是建立了个人工作合同及关系的“三元分类法”。Prassl 的评价是“工人这个新的综合类别在目标上和逻辑上被设定为介于先前存在的两个类别中间的第三类别（intermediate third category），它代表了契约性工作状态分类的三方系统”。可见，英国模式的劳动三分法是基于已经存在的“雇员—自营职业者”二分结构，在雇员外围画出“同心圆”，大圆整体为工人，小圆为雇员（a 类工人），两圆之间的环形部分为非雇员工人（b 类工人），由此形成了“雇员—非雇员工人—真正自营职业者”的三分结构。近年来，英国显示出调整工人分类结构的动向。2017 年的《泰勒报告书》提出用“依赖型承包人”（dependent contractors）替代现有的“工人”概念，实质是将“工人”拆分为“雇员”和“依赖型承包人”，使劳动主体分类结构从同心圆转变为平行线，与“自营职业者”共同构成三分法，基本等同于德国三分结构。

（三）小结：劳动三分法的争点厘清

“有没有劳动三分法”作为一个基本事实不存在争论，争论的问题是“要不要劳动三分法”，这是当前欧美多国关于平台用工治理分歧的基本概括。劳动三分与否的讨论确实是在某种立法趋势下发生的，但这种趋势并不能简单用“市场经济国家劳动法普遍扩张”来描述。在 20 世纪的大部分时间里，世界各国劳动法的总体趋势是不断扩大适用范围，并且逐步消除了体力劳动者与非体力劳动者之间的法律差别。但是，在过去二三十年间，各国劳动法普遍开始收缩，通常是扩大已有的豁免适用范围或者创设新的豁免适用类型。由于劳动法的适用需要依据“从属”或“控制”，当这种劳动结合程度达到极限时，劳

动法的边界扩张自然也达到极限。Guy Davidov 对此趋势的解释是：“过去三十年里的国际劳动法治发展趋势从普遍主义转向选择主义，只有选择性群体被劳动法所覆盖。”从英国工人概念和德国类雇员概念的发展来看，第三种劳动形态通过“自营职业者权利做加法”，在雇员所限定的劳动法边界外实现了非标准就业的权益保障，构建了非劳动法的劳动保障规范。

因应平台用工治理问题，扩张现行劳动法与制定类雇员法都是解决方案，不仅在我国存在显著分歧，在欧美学界也是激烈争论的议题。既有坚持劳动二分法的观点，亦有推动三分变革的主张，例如 Guy Davidov 建议引入第三类劳动形态并命名为“依赖型承包人”，建立相应的权利清单。可见，在平台用工治理问题上，各国在相似的困境下发生了相似的争论，既不存在所谓的国际共识或立法趋势，也不存在毫无瑕疵的完美解决方案。学术讨论的理性体现在全面客观呈现不同解决方案的构造与价值，在充分论证的基础上权衡制度选择的得失。为实现这一目标，除分析文本层面的劳动三分法构造，还需考察第三类劳动形态的实践逻辑。

三、劳动三分法的实践逻辑

（一）基于司法裁判的治理进路

1. 非雇员工人在英国司法中的适用

“Pimlico Plumbers Ltd. v. Smith 案”是英国最高法院关于平台用工的早期代表性案例。Pimlico Plumbers 是房屋水管维修及相关服务平台，水管工可自主决定是否工作和工作时间，并可将订单转给其他人，但平台没有义务为水管工提供足够的订单。水管工 Smith 依托该平台工作近 6 年，后因疾病导致平台终止派单，他于 2011 年 8 月诉请法院认定他为雇员，主张遭受了不公平解雇。平台认为水管工是自营职业者，劳动法庭和上诉法院均判决 Smith 是工人而非雇员，最高法院支持了前述法院判决。最高法院在判决中并未强调平台控制，而主要分析了“亲自工作”这一要件，这是英国法上工人的基本特征之一。可见，法院对该案的审理重点自始就不是雇员身份认定，而是非雇员工人与自营职业者之间的区分，隐含的前提是平台业务模式不构成雇佣合同意义上的控制。

最受关注的英国平台用工案例是“Uber B.V. v. Aslam 案”。2021 年 2 月，最高法院确认了五个方面的调查结果，包括平台单方确定合同条款、运费，控制服务和接单，司机无充分的合同自由，与乘客之间的交流受到限制，平台防止司机与乘客建立超越行程的个人关系。最高法院认定司机参与服务过程中产生了依赖性，致使其没有能力改变经济地位，据此判决司机是工人。在外卖平台“Deliveroo 案”中，英国独立工人工会向中央仲裁委员会请求认定骑手为工人，以便获得集体谈判的权利。但是仲裁委员会否定了这一请求，认定骑手是自营职业者，一个重要理由是骑手可以将订单转给他人并收取报酬，这不符合工人定义中的亲自履行义务。2021 年 6 月，英国上诉法院确认了这一仲裁结果。

英国法院在维持劳动法边界的同时，基于第三类劳动形态给予平台从业者以工资、工时方面的底线保障，但又对主张集体谈判权的诉求予以回避，显示出了司法的谨慎与谦抑。笔者认为，如果“Deliveroo案”是骑手个体提出，可能获得工人的权益保障，但赋予集体谈判权则超出了法院的能力范围。可见，司法试图实现一种“精细平衡”，英国学者对此评价为“考虑到平台经济的异质性，这种更为宽泛的方法可能比天真地试图在一个单一的定义中掌控这些新的工作形式更为合适，因为后者很快会被不断发展的行业实践所超越”。

2. 西班牙和意大利在雇员与自营职业者子类别中的选择

西班牙和意大利一般被认为是劳动三分法结构的立法例，前述欧盟文件已有论及，比较研究的文献中也有此观点。实际上，西班牙的“经济依赖型自营职业者”和意大利的“准从属型自营职业者”均不是与雇员和自营职业者并列的劳动形态，而是自营职业者之下的子类别。

对于这种普遍性误解，西班牙学者指出，该国劳动立法反映了两种传统的工作模式，即依附性工作和自主性工作，2007年立法引入的“经济依赖型自营职业者”不是“半依赖”而是自营职业者。此外，意大利学者的阐释是，意大利工作形态包括雇员和自营职业者，自营职业者包含经济从属性的工人类型，一般称之为准从属工人，包括委托人组织合作者、凭证工人、临时合作者、持续协调合作者等。司法运作流程是先在“雇员—自营职业者”中选择其一，如果认定为雇员则结案，如果认定为自营职业者再判断子类别归属。对于基本相同的平台用工事实，西意两国司法作出了不同选择。

西班牙平台用工的主要争议群体是外卖骑手，法院已形成了认定劳动关系的多数意见。这种司法立场的独特背景是西班牙《工人法》第8（1）规定了“劳动合同推定规则”，使得法院在平台用工治理上具有更大的主动性，正如Todolí Signes所说，“西班牙是平台工作分类争端司法化程度最高的国家之一”。梳理该国相关裁判可以发现，法院对是否认定劳动关系的分歧自始存在，但多数法院依据“劳动关系推定规则”认定骑手是雇员，例如2019年马德里法院判决骑手是Deliveroo平台的雇员，2020年巴塞罗那社会法院判决Deliveroo平台骑手是虚假自雇。最终决定司法走向的是西班牙最高法院在外卖平台“Glovo案”的判决，核心观点是平台从业者虽然有权决定工作时间和工作量，亦可拒绝服务，但依据推定规则仍应认定为劳动关系。

意大利同样面对骑手争议问题，法院给出了不同的回答。都灵法院在2018年审理了第一个平台用工争议案件，判决外卖平台Foodora的骑手不是雇员，也不是自营职业者下的准从属工人，理由是他们可以自由决定工作时间，并且不受轮班的约束。但都灵上诉法院认为，平台组织了骑手的劳动，涉及工作时间和地点，判决骑手是准从属工人中的委托人组织合作者。意大利最高法院于2020年1月确认了这一判决结果，并引用2019年出台的《骑手法令》，明确表示骑手有权获得基本劳动保护。

（二）基于立法修订的治理进路

1. 立法对平台用工治理的回应

域外立法对平台用工的回应具有明显的探索性，主要方法是依托现行法引入修正案。从几个典型国家立法动向来看，西班牙在2021年5月出台的《骑手法》不是专门立法，而是《工人法》的修正案，仅有两个条文，分别是算法知情权和骑手的雇员身份推定。更具体地说，这一修正案是以列举的方式将骑手纳入《工人法》第8（1）条“劳动关系推定规则”的适用范围。在已经形成基本司法共识的情况下，此项修法是法院判例法的成文化，旨在确立行业性的劳动秩序。意大利《骑手法令》是以政府第101/2019号法令（Decree-Law）的形式出台，此类法令是政府在必要和紧急情况下采取的具有法律效力的临时措施，须在60天内获得议会合法性确认。为此，《骑手法令》经议会确认才成为第128/2019号法律。法国《El Khomri法》（全称《关于工作、社会对话现代化和保障职业的第2016-1088号法律》）不是平台用工专门立法，而是《法国劳动法典》的修正案，仅有个别条文涉及平台从业者，将之界定为“自营职业者”。美国最为知名的平台用工立法是加州AB5法案，该法案是《加州劳动法典》的修正案，旨在改变司法裁判的劳动关系认定规则，不规定平台用工实体保护，但经2020年大选投票已对网约车司机豁免适用，客观上未发生预期的效果。

2. 平台用工立法的治理目标

（1）以西班牙为代表的典型劳动关系目标。西班牙《骑手法》的效力是将外卖行业完全塑造为典型劳动关系，一个重要证据是西班牙最高法院作出认定骑手劳动关系的判决后，有平台宣称将在法律修订之前仍维持其运营模式，这促使西班牙及时进行修法。更为深层的原因是西班牙国内就业机会匮乏，从事平台用工是因为这类人没有其他就业机会，“平台用工不是次要活动或收入补充，而是唯一的职业”。西班牙将外卖行业劳动关系化的同时也显示出必要谨慎，并未将劳动关系推定规则扩张到其他平台用工领域。典型劳动关系当然能实现较高的劳动保障水平，但意味着完全取消了灵活就业的空间，亦将丧失相当的就业机会。

（2）以美国为代表的劳动高度灵活目标。虽然加州在2020年投票后引入了“有工作和报酬保障的独立承包人”，但美国整体上仍坚持劳动二分法。如哈瑞斯所说，美国一半的州对网约车进行了立法，以不同方式宣称网约车司机不是雇员，应运用新的测试标准考察雇员的法律地位。新测试很有可能导致放松管制的结果，以哈瑞斯所举的阿拉斯加州《2017 HB 132法》为例，该法规定如果平台不单方面规定司机上线时间、不限制司机使用其他平台、不限制司机从事其他职业、订立独立承包人的书面协议，则司机是独立承包人。结合美国主要平台的业务模式，司机很难被认定为雇员。可以预见，美国平台用工仍将处于放任式的灵活就业状态，平台从业者在二分法下大概率归类为独立承包人。

（3）以意大利和法国为代表的灵活与保障平衡目标。意大利《骑手法令》将外卖骑手明确为自营职业者下委托人组织合作者，可获得报酬、职业安全、强制保险等方面的权利。法国是典型的劳动二分法国家，但《El Khomri法》并未延续法国扩大劳动法适用范围的趋势，而是规定了平台从业者作为自营职业者享有的三项劳动保障制度，包括职业事故保护、职业培训和集体谈判，“新制度是建立在平台社会责任上，而不是建立在雇主法定责任上”。法国学者Daugareilh认为，此项立法是“引入了第三类劳动形态

却不实际命名的尝试”。如果分析两国在实践过程中的差异性，意大利是司法对骑手这一特定群体形成了初步共识，进而政府法令与司法建立了相互支持关系，有利于平衡目标的实现。而法国立法主要是政府推动的，未与司法形成有效的互动，并且法国立法对平台用工的涵盖面过宽，更加难以形成共识，因此才出现了最高法院判决 Uber 司机是雇员的案例，这种冲突无疑成为实现平衡目标的阻力。

3. 扩大集体谈判权的立法动向

面对平台用工的多样性和复杂性，人们越来越认识到无法在劳动二分法下采取“一刀切”式的治理模式，“将所有形式的工作群体纳入劳动法，与从属雇员享有同等地位，是一种误导”。在此背景下，通过集体谈判保障平台从业者权益成为域外讨论的重要议题，具体情况分为两类：第一类是已在立法上获得集体谈判权的平台从业者群体，包括西班牙雇员身份的骑手、意大利准从属工人身份的骑手、英国工人身份的平台从业者。第二类是劳动二分法下处于自营职业者地位的平台从业者，无权进行集体谈判。

面对平台用工的挑战及劳动二分法自身的僵化，欧盟委员会谨小慎微地探索将集体谈判扩大到平台用工领域，在《第一阶段社会伙伴磋商报告书》提出“竞争规则不应妨碍个体自营职业者集体谈判”后，特别说明“此项倡议不是将集体谈判纳入欧盟竞争规则的范围”。到了磋商第二阶段，欧盟委员会已明确表示将出台一项单独倡议，旨在确保欧盟的竞争法不妨碍需要集体谈判的自营职业者，而竞争法的其他方面仍适用于自营职业者和平台。

（三）基于平台用工类型化的治理逻辑

德国文献显示出明确的分类治理趋向。德国联邦劳动和社会事务部报告采纳了 Schmidt 的学说，将平台用工定义为“以平台为中介的有偿劳动”，并分类为与地点无关的“云工作”、与地点有关的“零工”。该报告系统分析了德国各党派、社团、联合会以及欧盟和国际劳工组织关于平台用工的分歧后指出，各方关注平台用工的不同层面和形态，目前尚无整体性的研究，也忽视了云工作与零工在个人工作价值方面的差异性。德国类型化研究思路是将平台用工按照工作成果类型与交付方式予以分类，云工作是在线自主接受劳务需求并线上交付工作成果，如商标设计、软件开发等。零工是在平台接单后提供线下服务，如网约车、外卖等。

在分类思路下，德国 2016 年《劳动 4.0 白皮书》提出“立法者应明确特定类型工人的保护需求，根据各自的情况将之纳入劳动和社会法的保护范围”。Krause 指出，以《家内工作法》为出发点构建监管框架，确立工作时间、职业风险、工资等方面的保护制度。Selzer 认为，只要平台不只是充当中介的角色，就可以根据现行法将平台从业者定性为类似于雇员或在家工作的人。同时，有学者提出了《家内工作法》的现代化，以便涵盖新就业方式，例如 Deinert 认为《家内工作法》比《最低工资法》更为可行，应扩大至各类平台用工。Pacha 同意扩大《家内工作法》的适用范围，但须排除不定时在平台工作的人。Schubert 主张修正传统的家内工作者概念，根据平台用工的新形态建立一个统一的类雇员概念。用 Henssler 的话总结，德国立法提供了一个渐进的保护体系，在这个体系中，不在劳动关系中但仍被视为需要保护的人也享有相应的保护。为了控制不确

定性，最好是调整“类雇员”这一中间形态，并作为规范平台用工的制度基础，而不是调整“雇员”的概念。

（四）小结：第三类劳动形态在实践中的弹性

无论是德国的类雇员，还是英国的工人，第三类劳动形态及其制度安排虽然不是因平台用工而产生，但在逻辑上契合了劳动的灵活性，能够在维护灵活性的基础上构建劳动保障机制。当然，第三类劳动形态的学理和制度尚不成熟，但这并不妨碍其提供治理平台用工的规范思路 and 知识框架。相对于现行劳动法，第三类劳动形态具有显著的弹性，支持实现以下目标：

- 1. 劳动灵活性与保障性的平衡。**平台用工区别于标准就业的核心特征是劳动灵活性，从业者通过自主安排工作时间和工作量，建构私人领域中就业与生活的关系。过度灵活以及灵活形式下的保障缺失是平台用工问题所在，那么平台治理目标必然是加强劳动保障并控制灵活性。治理模式须回答的问题是控制灵活性的程度，乃至是否消灭灵活性。如果严格遵守劳动二分法，如西班牙对骑手行业的治理是完全回归典型劳动关系，几乎不存在灵活性。如果仍要保持平台用工的适度灵活，如英国和德国，以基本权利和集体谈判的组合实现劳动保障，发挥第三类劳动形态的制度弹性，将有利于规范和促进平台用工的发展。
- 2. 整体治理与局部治理的协调。**由于平台用工复杂多变，各国文献普遍缺乏全面的调查和数据，治理实践均针对问题最为突出的行业，例如西班牙和意大利的外卖行业、美国的网约车行业。在局部治理中，各国立法和司法实践显示出不同的治理目标，也意识到不同行业显著的差异性。即便是将外卖行业劳动关系化的西班牙，也没有证据表明各类型平台用工将完全劳动关系化的动向。德国以分类为基础探索平台用工整体治理思路，在避免“以偏概全”的基础上较易形成共识，在三分法框架内确立了局部治理的“底线”方案。
- 3. 司法实践与治理规则的互动。**平台用工治理规则的形成有赖于司法共识。在平台用工规范不明情况下，司法共识意味着该国法律治理平台用工的能力边界。西班牙和意大利因司法共识推动了成文规则的形成，亦整合了多个法律执行机构，有利于实现治理目标。而法国的平台治理规则因缺乏司法共识的支撑，恐难发挥预期效果。

四、我国劳动三分法的建构

（一）我国劳动法律框架变革的现实基础

为什么要推动我国劳动二分法向三分法转型？对此问题的解答，不应停留在从属性构成与解释的层面，而应深入到劳动的法律抽象层面。在二分法框架下，民法与劳动法构造了各自对劳动的抽象。民法将以劳务为标的的合同抽象为承揽、委托、中介等多种类型，劳动法则对劳动关系进行分类，形成无固定期限劳动合同、固定期限劳动合同等类型，

并发展出劳务派遣、非全日制用工等非典型合同，既适应劳动权益保障的需要，也建立符合组织化用工的劳动秩序。

科层制组织化用工既是劳动法进行概念抽象的默认前提，也是制度设计的主要对象。在这一逻辑指引下，劳动法根据劳动者与用人单位结合的紧密程度，建构了以无固定期限劳动合同为中心、依紧密度逐级递减的“固定期限劳动合同—劳务派遣—非全日制用工—其他灵活用工”圈层谱系。可见，劳动法的抽象结构是以用人单位为单一中心，保障强度与结合程度成正比，非全日制用工是劳动关系下最灵活的用工方式，比之更灵活的用工方式甚至没有得以抽象，已脱离劳动法边界进入民法领域。从社会保险的规定来看，除了经验层面区分出非全日制用工和个体工商户之外，各种形式的灵活用工一概归入“其他灵活就业人员”。平台用工对劳动配置方式的变革集中体现为灵活用工的普遍化、规模化，这使得以往未进入劳动法视野的“其他灵活就业人员”逐渐成长为独立的劳动群体。灵活用工在劳动抽象的谱系上不再依附于劳动关系，而是借助网络技术的赋能升级为新就业形态。这一劳动变革过程如下图所示：

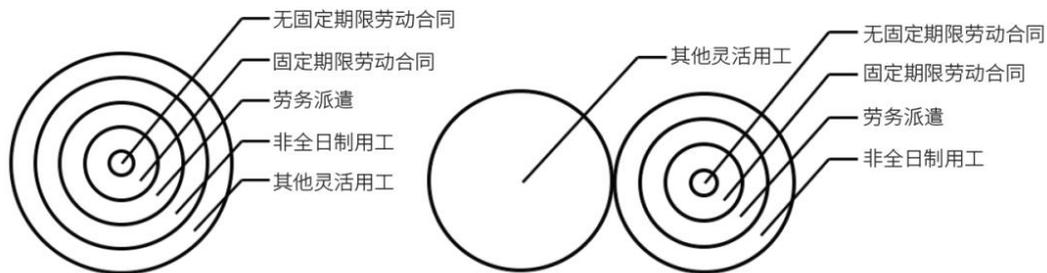


图 1 从现行法的劳动抽象到平台用工的变革

新实践与旧制度的冲突在于劳动法对劳动的抽象无法涵盖平台用工。平台经济兴起后，灵活就业方兴未艾。凭借个人的技术能力在平台从事设计、开发等工作大量增加，在线完成工作成果的约定与交付，对应德国文献中的“云工作”。平台经济亦催生了网络主播、直播带货等诸多新职业，劳动形态和收益方式与单位科层制下标准就业的差异越发显著。在二分法的抽象谱系下，只有用人单位的科层制劳动组织方式才能形成如此规模的就业形态，并且规模化用工要依靠“控制—结合—稳定”的模式才能持续，这就必然导致灵活就业的边缘化，或者说劳动法的抽象不可想象灵活就业能够支撑规模化用工。当大量个人可以借助平台直接向社会提供服务或工作成果，而不必进入某个单位组织体时，建立在组织体抽象假设上的劳动法也就无力应对了。纵观前述欧美各国，平台用工被视为“21 世纪劳动力市场新实践的标志，这也解释了为什么就整个市场而言，一个小现象会引起如此大的争论”。

综上，劳动二分法的实质是将全社会的劳动形态“一分为二”地抽象为组织化用工与个人化劳务，平台经济不仅催生了“平台化用工”这一新形态，也在争论中进一步反思了劳动法边界的老问题。劳动法律框架的变革因平台用工而起，但并非仅针对平台用工，更不是仅针对某一个热点行业，而是重新构造劳动的法律抽象，搭建多层次的劳动保障网络，适应组织化用工之外日益丰富的劳动形态。

（二）劳动三分法探索中的政策组合

我国对平台用工的政策演进经历了“支持鼓励创新—包容审慎监管—全面规范管理”三个阶段。2019年《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》（国办发〔2019〕38号）提出“避免用老办法管理新业态”，将平台从业者分为“平台企业用工和灵活就业”，显示出常规劳动关系与灵活就业分类治理的取向。2020年《国务院办公厅关于支持多渠道灵活就业的意见》（国办发〔2020〕27号，简称27号文）明确支持“个体经营、非全日制以及新就业形态等灵活多样的就业方式”，将灵活就业作为一种独立的劳动形态。到2021年7月7日，国务院常务会议提出“适应新就业形态，推动建立多种形式、有利于保障劳动者权益的劳动关系”。这既是对前期政策探索的总结，也是对此后政策走向的指引，表明我国在平台用工问题上采取了“灵活与保障兼顾”的治理目标，既不可能如美国放任平台用工自由发展，也不可能如西班牙完全取消某一行业用工的灵活性。

在政策组合中，争论的焦点是如何理解“不完全符合确立劳动关系情形”（以下简称“不完全劳动情形”）。首先应明确的是，我国现行劳动法没有任何条文规定了“不完全劳动情形”，或者说劳动关系只有“是与否”，而没有“完全与不完全”。即便非全日制用工也是劳动关系，劳动过程仍以人格从属性为本质，只是与“单一用人单位、全日制、无固定期限”构成的典型劳动关系不同，属于非典型劳动关系。但平台用工中的灵活就业不符合从属性标准，在各地法院的司法裁判中普遍未认定劳动关系。据此，“不完全劳动情形”的政策分析有了一个基本维度，即不在现行劳动法适用范围内、不作为一般民事关系对待、须给予基本劳动权益保障。笔者认为，“不完全劳动情形”提供了“民法做加法”的政策空间，是规范层面构造第三类劳动形态的初步准备，可从三个角度予以解释：

（1）按56号文的文义解释，“不完全劳动情形”下从业者在劳动权益部分的称谓是“新就业形态劳动者”，在社保权益部分的称谓是“灵活就业人员”，这两个称谓在文件中作为同一被保障对象交替使用，甚至在“基本养老保险、医疗保险”的一个段落内同时存在。考虑到人社部《答复》已说明“由于平台用工方式的特殊性，难以按照现行确立劳动关系的有关标准认定双方为劳动关系”，可以推定“不完全劳动情形”下从业者是无劳动关系的灵活就业人员。

（2）按教义学的规范解释，“不完全劳动情形”下从业者获得劳动保障的依据有两类：一类是不以劳动关系为前提的公平就业、劳动安全卫生标准，规范依据是《就业促进法》和《安全生产法》，56号文用语是“落实”“不得”和“严格执行”；另一类是以政府指导平台用工协议为基础的劳动权益内容，因劳动法未规定“不完全劳动情形”，且56号文作为政策文件没有修法效力，所以报酬、休息方面的权益保障须转化为平台协议条款或行业劳动标准，以此作为从业者实际权利的基础。文件用语是“推动”“督促”“引导”，虽然不同于劳动法实施机制，但也使平台用工中的灵活就业人员获得了以往没有的劳动保障。

（3）按相关规范性文件的体系解释，市场监管总局牵头的《关于落实网络餐饮平台责任切实维护外卖送餐员权益的指导意见》（国市监网监发〔2021〕38号）和交通部牵头

的《关于加强交通运输新业态从业人员权益保障工作的意见》（交运发〔2021〕122号）针对平台用工中争议最为集中的外卖和网约车行业，以行政指导的形式建立了行业性的劳动标准，不管是否存在劳动关系均须遵守，而在社保权益部分依然区分了劳动关系与灵活就业，将56号文确立的分类框架贯彻到特定行业，灵活就业的权益保障也因行业特点而更为具体。

综上，在劳动二分法下缺乏保障的灵活就业人员藉由平台用工政策组合获得了报酬、休息、安全等多项保障，但在规章制度、解雇保护、经济补偿、社会保险等方面又完全不同于劳动关系下的劳动者。平台与灵活就业人员在遵守政府指导和行业劳动标准的前提下签订平台用工协议，实现了劳务给付合同与行政管制措施的结合，开启了“民法做加法”的探索。

（三）劳动三分法治理模式的基本架构

着眼于数字时代的劳动变革，劳动三分法应如何进行本土建构，不仅关涉新就业形态劳动权益保障和规范发展，亦将重新塑造全社会的劳动权益保障体系，连带推动社会保险制度改革，影响重大而深远。在现行劳动法所调整的组织化用工形态外，平台用工的治理借助“民法做加法”，将以劳动结果为标的之承揽劳务提供者纳入保障范围，或者说因应平台用工催生的“承揽社会化”，开拓独立于“雇佣社会化”的新保障领域，实现“保障对象做加法”，在规范层面塑造“类雇员”这一独立主体类型。同时，为适应平台用工的灵活性，保障制度的构建逻辑应不同于劳动关系之过程控制与雇主责任，既在劳动条件保障上探索针对承揽工作量的新基准，又要在职业伤害风险配置上建立有别于现行工伤保险的新险种，实现“保障手段做加法”。这一系列保障制度的构建将为平台用工从业者创设“类雇员权利保障清单”，该清单可随着治理模式的不断成熟而加以充实，从当前的底线保障向全方位保障发展。

1. 任务计量型劳动基准。劳动基准制度的核心功能是确立一个均衡工作量，旨在实现劳动者以日常可负担之体脑劳动力消耗获得合理的劳动报酬。现行劳动基准基于雇主控制劳动过程的机制已难以适应平台用工，平台用工劳动基准应从过程控制转向成果控制。这一制度转变遵循均衡工作量的宗旨，保障从业者以可负担的体脑劳动力消耗、在合理时间内获得正常生活水平之报酬，并在灵活就业自主性基础上，通过任务计量施加工作总量控制。任务计量型劳动基准旨在因应承揽社会化及由此形成的经济性结合关系，将平台用工劳动条件保障的逻辑起点从雇主义务型劳动基准的人格从属性，转向以任务成果计算对价的经济从属性。如果说雇员身份及其人格从属性是在“享有大量监管支持的工人群体和必须接受市场力量支配的群体之间划定了一条界限”，那么经济从属性则是在“接受市场力量支配的群体”中“再划定了一条界限”，在原本依据民法调整、完全受市场支配的灵活就业群体中，区分出依托平台就业并形成经济从属性的人群，将之塑造为“类雇员”，根据所承揽合同的任务计量设定强制性劳动条件，建立不可约定变更或免除的权利清单。据此，平台用工劳动基准应以任务承揽为内容的劳动形态为基础，将“正常劳动”转变为“正常定价”，“劳动定额”转变为“任务总量”，进而规制单个任务的劳动对价以及一天内任务的连续性和总量。

2. 突破劳动关系的集体协商机制。我国《集体合同规定》将集体协商的主体规定为“职工”，有学者认为“职工”概念具有时代烙印，在全面推行劳动合同制度后，应当等同于劳动关系下的劳动者，因而自营职业者没有集体协商权。随着平台用工治理的深入，扩大集体协商范围逐步成为政策走向。²⁷ 号文将集体协商作为平台用工治理的重要手段，包括平台及关联企业与劳动者的协商、产业（行业、地方）工会与行业协会的协商。全国总工会在《关于切实维护新就业形态劳动者劳动保障权益的意见》（总工发〔2021〕12号）将集体协商作为工会维护从业者合法权益的主要工作。2021年12月，修订后的《工会法》明确新就业形态从业者参加和组建工会的权利，不以劳动关系为前提，将灵活就业的从业者纳入集体协商机制，突破了劳动关系的限制，实现了集体劳动权在非劳动关系领域的适用。据此，我国劳动保障体系中已增加了一类无劳动关系，但享有集体劳动权的第三类劳动群体。

3. 新业态职业伤害保障制度。灵活就业人员职业伤害保障的制度短板早已存在，并非因平台用工而产生。在《社会保险法》的险种规定上，基本养老保险和基本医疗保险均设置了灵活就业人员自愿参保的制度入口，工伤保险并未采取这一开放结构，严格限定在劳动关系范围内，排除了无雇工的工商户和其他灵活就业人员。究其实质，现行工伤保险的“无过错补偿、单方缴费、预防康复与补偿相结合”三大原则植根于“劳动关系的人格从属性”，法理基础在于“雇员在雇主可控的时间和 workflows 中受到的侵害都可以归责于雇主”。在此背景下，“第三类劳动形态”构造的首要意义是将平台灵活就业的职业伤害保障建构路径从现行工伤保险中分离出来，确定独立发展的制度走向。从承揽社会化的视角看，平台用工风险存在于任意一次完成订单任务的行为中，应当从“类雇员身份”中抽离出“行为”要素，将保障对象设定为每一个在平台用工中给付劳务的个人，将平台用工职业风险与每一次劳务给付行为“绑定”，确立“行为风险保障”主导的制度结构，在此基础上构建“从业者—行业”的实施模式。从业者仅须履行特定平台用工行业的订单即可获得保障，无须将其行为与某个平台相对应。

五、结 语

平台用工不仅挑战了劳动二分法的制度框架，也冲击了其内在的知识体系与思维方式。在二分法下，劳动法在法律体系内独占劳动权益保障的道德性，由此形成的思维惯性是“依据劳动法解决劳动问题”。这一观念在普遍且稳定的组织化用工环境下是适当的，但我们应认识到这种观念须以现实的劳动形态为基础，构成劳动法边界的内在约束。在平台用工引发的劳动变革下，一套适应新就业形态、新劳动理念、新保障需求的规范体系必然要破茧而出。社会劳动形态在信息技术的驱动下愈加复杂多元，我们回应劳动保障需求的制度工具也需要不断充实。在劳动三分法框架下，既有调整组织化劳动关系的劳动法，也有调整平台化灵活就业的类雇员法，旨在实现不同法律部门的分工协作。在立法条件成熟后，可将劳动法与类雇员法纳入《劳动法典》，构建涵盖全社会各类劳动行为的统一规范体系。在劳动二分法与三分法的争论中，不应纠结于扩张劳动法的边界，而应聚焦于扩张解决劳动问题的制度边界，并扩张法学对劳动的知识边界。

《最高人民法院公报》2023年31个案例裁判要旨汇总

最高人民法院 新则 2023-11-18 18:18 发表于北京

“《最高人民法院公报》2023年1-10期共发布31例案例，本文对此31例案例的裁判要旨进行汇总，以供参考。”

来源 | 最高人民法院司法案例研究院

一、《最高人民法院公报》2023年第10期（总第326期）

1. 文昌盈海清澜水务有限公司与海南省文昌市生态环境局等行政处罚及行政复议案

【裁判要旨】环境行政处罚应贯彻过罚相当原则，结合违法原因、违法情节、主观过错、危害程度以及改正情况等因素，作出与违法行为的性质、情节以及社会危害程度相当的处罚。

对于相对人主观无过错情况下实施的、没有造成危害的未验收先运营行为，且处罚前已经竣工验收合格的，行政机关不应予以行政处罚。

2. 高留升诉新郑市人民政府等行政补偿纠纷案

【裁判要旨】行政机关对土地使用等作出的限制行为直接导致当事人财产权益明显减损，当事人要求行政机关予以行政补偿的，人民法院应予支持。

3. 湖南亚华种业研究院诉张杨侵害植物新品种纠纷案

【裁判要旨】未经许可使用授权品种繁殖材料重复用于生产另一品种的繁殖材料的，在被诉侵权种子与授权品种存在亲缘关系的基础上，是否以授权品种作为母本生产被诉侵权种子的事实，应由侵权方承担举证责任。被诉侵权行为中的“重复使用”应理解为重复以授权品种的繁殖材料为亲本与其他亲本另行繁殖的行为。

4. BETA股份公司（BETA S. A.）诉天津鲁治钢铁贸易有限公司国际货物买卖合同纠纷案

【裁判要旨】在适用《联合国国际货物销售合同公约》第八条“客观标准”解释合同条款时，应结合当事人实际使用文字的含义、与上下文的关系、商业合理性等因素，并适当考虑相关事实情况，予以综合考量，以确定“一个通情达理的人应有的理解”。

买方延迟付款，除卖方依照公约第六十三条、第六十四条的相关规定为买方确定宽限付款日期，而买方在该宽限付款日期结束以前依然没有履行支付义务或声明其将不在所规定的时间内履行外，买方实际付款晚于约定日期在通常情况下，并不构成该公约下的根本违反合同。

二、《最高人民法院公报》2023年第9期（总第325期）

1. 伟富国际有限公司与黄建荣、上海海成资源（集团）有限公司等服务合同纠纷案

【裁判要旨】认定连带责任必须以有明确的法律规定或合同约定为基础，不能通过行使自由裁量权的方式任意判定承担连带责任。

2. 江苏省徐州铁路运输检察院诉石景龙污染环境案

【案例要旨】污染环境犯罪中，符合企业合规改革适用案件范围和条件并完成有效合规

整改的涉案企业和个人，以企业合规整改合格为由请求从宽处罚的，人民法院经审理认定涉案企业合规整改有效的，可以将合规整改合格作为酌定从宽处罚情节。

3. 中国人民财产保险股份有限公司中山市分公司诉中国太平洋财产保险股份有限公司东莞分公司等财产保险合同纠纷案

【案例要旨】重复保险下，已赔付保险人享有分摊请求权的，可以就实际支付保险赔偿金额超出自己份额的部分，在其他保险人未履行的份额范围内向其追偿。已赔付保险人行使分摊请求权，相应地享有被保险人的权利。其他保险人对被保险人的抗辩，可以向已赔付保险人主张。

财产保险合同约定合同以外第三人为被保险人，保险人未证明第三人在合理期限内拒绝，第三人请求保险人承担合同约定的赔偿责任的，人民法院应予支持。

4. 中国杂技团有限公司诉吴桥县桑园镇张硕杂技团等著作权权属、侵权纠纷案

【案例要旨】以杂技动作为主要表现形式，在动作衔接和编排上存在个性化安排、取舍和设计，具有一定艺术表现力和独创性的，可以认定为著作权法上的杂技艺术作品。公有领域中常规杂技动作的简单组合及重复因独创性不足，不属于著作权法保护范围。以杂技动作设计为主要内容，融入一定舞蹈动作设计的作品，可一体按杂技艺术作品予以保护。对于杂技节目中的配乐、服装、舞美设计，应根据其具体表现形式判断能否构成音乐或美术等其他类型作品，再认定是否予以独立保护。

三、《最高人民法院公报》2023年第8期（总第324期）

1. 金昌久策工业气体有限公司与甘肃丰盛环保科技股份有限公司加工合同纠纷案

【裁判要旨】合同约定的逾期付款违约金与民事诉讼法规定的迟延履行金系两种不同且可并用的民事责任。法院判决生效后，逾期付款的违约行为在债务清偿前持续存在，债务人应继续承担逾期付款违约责任，债权人请求将违约金计算至实际清偿之日的，人民法院应予支持。

2. 江苏东恒国际集团有限公司与江苏省国际高新技术展示交易中心有限公司破产清算转和解案

【案例要旨】对于具备挽救希望和挽救价值的中小微企业，应积极引导企业通过破产和解程序解决债务危机。探索运用预表决规则，通过听证程序征询全体债权人意见，在转入和解程序后根据已通过的表决规则，及时裁定认可和解协议，高效推进和解程序，推动中小微企业快速重生，实现稳市场主体保民生就业。

3. 上海惠骏物流有限公司诉中国平安财产保险股份有限公司上海分公司等财产保险合同纠纷案

【案例要旨】判断保险合同当事人最终合意形成的真实意思表示，应当结合投保单、保险单或其他保险凭证、保险条款等保险合同的组成内容综合判断。依法订入合同并已产生效力的合同内容，对保险合同各方当事人均有法律约束力。当事人仅以缔约过程中未形成最终合意的单方意思表示主张其保险合同权利的，人民法院不予支持。

四、《最高人民法院公报》2023年第7期（总第323期）

1. 国家开发银行河南省分行申请执行监督案

【裁判要旨】进入破产重整程序的被执行人未通知此前已经进入执行程序的债权人申报

债权，导致其失去在破产重整程序中主张债权的机会；重整计划执行完毕后，该债权人有权依照《中华人民共和国企业破产法》第九十二条规定，按照破产重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利，申请恢复执行。

2. 吴良好与如皋市金鼎置业有限公司等股东资格确认纠纷案

【裁判要旨】外商投资企业股权变更登记行为不属于外商投资法第四条所称负面清单管理范围的，当事人以相关法律行为发生在外商投资法实施之前，主张变更登记应征得外商投资企业审批机关同意的，人民法院依照外商投资法规定的“给予国民待遇”和“内外资一致”的原则，不予支持。

3. 李衡诉江苏五星电器有限公司买卖合同纠纷案

【案例要旨】家用电器的生产日期属于消费者知情权范围。经营者销售家用电器“库存机”，未主动告知电器的真实情况，侵犯了消费者的知情权和自主选择权，消费者主张免费更换相同型号新电器的，人民法院应予支持。

4. 上海市长宁区人民检察院诉顾立、顾全飞诈骗案

【案例要旨】在计算机信息系统具有处分财产功能且正常运行的情况下，行为人通过非法手段满足计算机信息系统控制者的预设条件，如实施添加、删除数据等破坏计算机信息系统的行为，使控制者陷入错误认识并授予行为人通过计算机信息系统获取财物权限的，该行为构成诈骗罪。

5. 郑州曳头网络科技有限公司与浙江天猫网络有限公司、丁晓梅等侵害外观设计专利权先予执行案

【案例要旨】权利人向电子商务平台投诉平台内销售商侵害其知识产权，电子商务平台根据电子商务法相关规定删除相关商品的销售链接后，销售商可以申请法院裁定要求电子商务平台先予恢复被删除的销售链接。人民法院应综合考虑销售商品侵权的可能性、删除销售链接是否可能会给销售商造成难以弥补的损害、销售商提供担保情况、删除或恢复链接是否有损社会公共利益等因素，裁定是否先予恢复被删除的销售链接。

五、《最高人民法院公报》2023年第6期（总第322期）

1. 中国建设银行股份有限公司怀化市分行与中国华融资产管理股份有限公司湖南省分公司等案外人执行异议之诉案

【裁判要旨】一、执行异议之诉案件可参照适用《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》进行审查处理，同时需基于案件具体情况对案外人是否享有足以排除强制执行的民事权益进行实质审查。

二、非消费者购房人能否排除抵押权人的申请执行，可基于双方权利的性质、取得权利时间的先后、权利取得有无过错以及如何降低或者预防风险再次发生等因素，结合具体案情，对双方享有的权利进行实体审查后作出相应判断。

2. 北京派尔特医疗科技股份有限公司与深圳市科焱芯科技有限公司技术开发合同纠纷案

【裁判要旨】在双务合同纠纷案件中，双方互负对待给付义务，一方因对方违约未实际

履行己方对待给付义务，但请求对方履行义务的，人民法院不宜仅基于请求方未履行对待给付义务而迳行驳回其诉讼请求。为实现双方订立合同的目的，可依据案件事实判决双方互为对待给付义务。

3. 江苏省建湖县人民检察院诉张少山等 32 人非法采矿、马朝玉掩饰、隐瞒犯罪所得刑事附带民事公益诉讼案

【案例要旨】在非法采砂犯罪中，采砂者与购砂者事前通谋，通过采运一体的方式非法采砂，形成产销利益链条，应当认定购砂者与采砂者构成非法采砂的共同犯罪。在认定非法采砂犯罪造成的生态环境损害时应当根据采砂量、鱼类资源直接损失量、底栖生物损害数、生态系统服务价值量等量化指标，综合予以认定。

对具有非法采砂犯罪前科、非法采砂犯罪取保候审期间再次实施非法采砂犯罪的被告人，应当认定其具有破坏生态环境的故意，公诉机关要求其承担惩罚性赔偿责任的，人民法院应予支持。

4. 江苏省无锡市人民检察院诉上海市杨浦区绿化和市容管理局等环境民事公益诉讼案

【案例要旨】检察机关作为公益诉讼起诉人提起的环境民事公益诉讼案件，撤诉的司法审查要件不同于普通民事案件。在明确环境民事公益诉讼案件双方当事人地位平等、重申污染者承担环境修复责任的基础上，对于是否准许撤诉的审查标准应当更加严格。实质审查方面，“所有诉讼请求已实现”的标准应当包括生态环境已经完全修复及不存在将来可能继续发生环境污染和生态破坏的风险；程序审查方面，地方各级检察机关撤回起诉应当履行相应审查批准程序，经最高人民检察院批准撤诉，并经人民法院实质审查符合撤诉标准的，应准予撤诉。

六、《最高人民法院公报》2023 年第 5 期（总第 321 期）

1. 上海环莘电子科技有限公司与广东法瑞纳科技有限公司等侵害实用新型专利权纠纷案

【裁判要旨】侵害专利权纠纷案件中，被诉侵权人据以主张现有技术抗辩的现有技术系其本人或者其授意的第三人违反明示或者默示的保密义务而公开的技术方案的，人民法院对其基于该技术方案的现有技术抗辩不予支持。

2. 张正国诉江苏红战建设工程有限公司等居间合同纠纷案

【案例要旨】当事人订立、履行合同，应当遵守法律法规，不得扰乱社会秩序，损害社会公共利益。居间合同约定的居间事项系促成签订违反法律法规强制性规定的无效建设工程施工合同的，该居间合同因扰乱建筑市场秩序，损害社会公共利益，应属无效合同，居间方据此主张居间费用的，人民法院不予支持。

七、《最高人民法院公报》2023 年第 4 期（总第 320 期）

1. 上海安盛物业有限公司诉王文正劳动合同纠纷案

【案例要旨】用人单位行使管理权亦当合理且善意。劳动者因直系亲属病危提交请假手续，在用人单位审批期间，该直系亲属病故，劳动者径行返家处理后事，用人单位因此以旷工为由主张解除劳动合同的，属于违法解除劳动合同，亦不符合社会伦理。劳动者

因用人单位违法解除劳动合同要求赔偿的，人民法院应予支持。

2. 重庆市渝北区人民检察院诉胡仁国非法采伐国家重点保护植物案

【案例要旨】未办理林木采伐许可证，非法移植国家重点保护植物的行为，属于刑法第三百四十四条规定的“非法采伐国家重点保护植物”。认定被告人是否具有非法采伐国家重点保护植物的主观故意，可结合野生植物是否具有可普遍识别的外观特征、被告人是否具有林木行业工作经验、自然保护区是否设置特殊的林木保护设施等因素予以确定。

八、《最高人民法院公报》2023年第3期（总第319期）

1. 河北华穗种业有限公司与武威市搏盛种业有限责任公司侵害技术秘密纠纷案

【裁判要旨】作物育种过程中形成的育种中间材料、自交系亲本等，不同于自然界发现的植物材料，是育种者付出创造性劳动的智力成果，具有技术信息和载体实物兼而有之的特点，且二者不可分离。通过育种创新活动获得的具有商业价值的育种材料，在具备不为公众所知悉并采取相应保密措施等条件下，可以作为商业秘密依法获得法律保护。育种材料生长依赖土壤、水分、空气和阳光，需要田间管理，权利人对于该作物材料采取的保密措施难以做到万无一失，其保密措施是否合理，需要考虑育种材料自身的特点，应在正常情况下能够达到防止被泄露的防范程度为宜。制定保密制度、签署保密协议、禁止对外扩散、对繁殖材料以代号称之等，在具体情况下均可构成合理的保密措施。

2. 四川中成煤炭建设（集团）有限责任公司与成都泓昌嘉泰房地产有限公司建设工程施工合同纠纷案

【裁判要旨】建设工程中基坑工程承包人投入的建筑材料和劳动力已物化到建筑物中，与建筑物不可分割，基坑施工合同的承包人应享有优先受偿权。对于同一建设工程，可能存在多个承包人，如承包人完成的工程属于建设工程，且共同完成的建设工程宜于折价、拍卖的，则应依法保障承包人的优先受偿权。根据建筑行业管理规范和办法，深基坑工程施工包括支护结构施工、地下水和地表水控制、土石方开挖等内容，故基坑支护、降水、土石方挖运工程施工合同的承包人，要求在未受偿工程款范围内享有优先受偿权的，人民法院应予支持。

九、《最高人民法院公报》2023年第2期（总第318期）

1. 刘美芳诉常州凯瑞化学科技有限公司等公司决议效力确认纠纷案

【裁判摘要】有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，在合理期间内仍未缴纳或者返还出资的，公司可以股东会决议解除其股东资格。但如公司股东均为虚假出资或抽逃全部出资，部分股东通过股东会决议解除特定股东的股东资格，由于该部分股东本身亦非诚信守约股东，其行使除名表决权丧失合法性基础，该除名决议应认定为无效。

十、《最高人民法院公报》2023年第1期（总第317期）

1. 甘肃乾金达矿业开发集团有限公司与万城商务东升庙有限责任公司盈余分配纠纷案

【裁判摘要】股东要求公司分配利润的必要条件是提交载明具体分配方案的股东会决议。具体的利润分配方案应当包括待分配利润数额、分配政策、分配范围以及分配时间等具

体分配事项内容。判断利润分配方案是否具体，关键在于综合现有信息能否确定主张分配的权利人根据方案能够得到的具体利润数额。如公司股东会决议确定了待分配利润总额、分配时间，结合公司章程中关于股东按照出资比例分取红利的分配政策之约定，能够确定股东根据方案应当得到的具体利润数额的，该股东会决议载明的利润分配方案应当认为是具体的。

载明具体分配方案的股东会决议一经作出，抽象性的利润分配请求权即转化为具体性的利润分配请求权，从股东的成员权转化为独立于股东权利的普通债权。股东转让股权时，抽象性的利润分配请求权随之转让，而具体的利润分配请求权除合同中有明确约定外并不随股权转让而转让。当分配利润时间届至而公司未分配时，权利人可以直接请求公司按照决议载明的具体分配方案给付利润。

2. 陈龙与陕西博鑫体育文化传播有限公司等公司解散纠纷案

【裁判摘要】一、根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十六条的规定，股东因未履行或者未全面履行出资义务而受限的股东权利，并不包括其提起解散公司之诉的权利。

二、《中华人民共和国公司法》第一百八十二条规定的“严重困难”包括对外的生产经营困难及对内的管理困难。

3. 江西腾荣实业有限公司与江西银行股份有限公司南昌高新支行债权转让合同纠纷案

【裁判摘要】借款人与贷款银行在双方签订的借款合同之外，另行签订债权转让及资产委托管理协议，约定借款人受让贷款银行的债权并支付一定金额的债权转让费用，但不获取任何利益的，应认定该债权转让及资产委托管理协议系以变相收取借款利息等为目的。双方签订该债权转让及资产委托管理协议的行为系以虚假的意思表示实施，依法应认定为无效；该行为所隐藏的收取利息的行为的效力，依照有关法律规定处理。

4. 彭宇翔诉南京市城市建设开发（集团）有限责任公司追索劳动报酬纠纷案

【裁判摘要】用人单位规定劳动者在完成一定绩效后可以获得奖金，但无正当理由拒绝履行相关审批义务，劳动者主张获奖条件成就，要求用人单位按照规定发放奖金的，人民法院应予支持。

梳理：有限责任公司股东利润分配请求权的司法救济途径

新则 2023-11-11 18:18 发表于北京

“为避免公司自治机制的失灵和恢复股东之间失衡的利益安排，我国《公司法》（2018修正）及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（2020修正）第14、15条为遭遇不公平利润分配的股东提供了两条司法救济路径。本文对有限责任公司股东利润分配请求权的司法救济途径予以研究梳理，以供实务参考。”

文 | 王雷来源 |
王雷法律研究

有限责任公司利润分配又称盈余分配，一般情形下因公司自治原则，司法介入公司盈余分配往往十分慎重，但由于公司的自治存在天然和内在的局限性，当大股东滥用控制权操纵公司，被压迫一方股东的利益将受到严重侵害，而股东基于资产收益权利所享有的利润分配请求权将处于亟待救济的境地，为避免公司自治机制的失灵和恢复股东之间失衡的利益安排，我国《公司法》（2018修正）及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（2020修正）第14、15条为遭遇不公平利润分配的股东提供了两条司法救济路径。本文笔者结合相关司法实务，对有限责任公司股东利润分配请求权的司法救济途径予以研究梳理，以供实务参考。

01

股东利润分配请求权的两条救济路径

《公司法解释（四）》（2020年修正）	
<p>第14条 股东提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会的有效决议，请求公司分配利润，公司拒绝分配利润且其关于无法执行决议的抗辩理由不成立的，人民法院应当判决公司按照决议载明的具体分配方案向股东分配利润。</p>	<p>具体利润分配 请求权</p>
<p>第15条 股东未提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议，请求公司分配利润的，人民法院应当驳回其诉讼请求，但违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的除外。</p>	<p>抽象利润分配 请求权</p>

 王雷法律研究

公司是以营利为目的的经济组织，股东依法取得公司利润分配是其投资公司的主要目标之一，更是其法定的权利，而股东请求利润分配的权利包含**具体利润分配请求权**和**抽象利润分配请求权**两个层面。抽象利润分配请求权是基于股东身份所产生的固有权利，不因公司是否愿意分配利润而消灭，其本质上属于期待权，除非权利本身受到了直接的剥夺或不公平的限制，一般不得个别地积极行使。既如公司不做出分配利润的决议，抽象利润分配请求权则永远停留在纸面上而无法转化为具体利润分配请求权[1]。具体利润分配请求权是公司就可供分配的利润制作分配方案并形成利润分配的有效决议后，股东依利润分配方案对公司享有的债权。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》（以下简称《公司法解释（四）》）第14、15条规定，若股东能够取得载明具体分配方案有效决议的，可基于具体利润分配请求权请求法院判决公司履行分配利润的义务。若股东无法取得载明具体分配方案有效决议，但能证明存在公司股东滥用股东权利损害其他股东的分红权的，可基于抽象利润分配请求权请求法院通过司法手段介入公司利润分配。

02

具体利润分配请求权：成员权转化为普通债权

具体利润分配请求权作为独立的权利，因公司股东会或股东大会的相应决议而产生。在决议作出后，利润分配请求权便彻底地从成员权中分离出来，各权利人按照其应得的数额而享有相应债权。无论利润分配方案是否公布，股东的利润分配请求权就成为独立于股东权利的一项普通债权，存在于特定的当事人之间，该债权的转让可以直接适用民法上关于债的相关规定[2]。对于具体的利润分配请求权，其他股东不能通过取消利润分配决议的方式而使该债权消灭[3]。即股东提交载明具体分配方案的股东会决议，请求公司分配利润，若没有证据证明股东会决议存在无效或者可撤销事由，且股东会决议所载明的利润分配方案明确具体，具有可执行性，则公司应当按照股东会决议分配利润。

（一）转化前提：有具体利润分配方案的决议

《公司法解释（四）》第14条规定：“股东提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会的有效决议，请求公司分配利润，公司拒绝分配利润且其关于无法执行决议的抗辩理由不成立的，人民法院应当判决公司按照决议载明的具体分配方案向股东分配利润”。根据法条表述可知，存在具体分配方案（以下或简称“分红决议”）是法院支持股东请求分配利润的前提，而具体分配方案需满足实质和形式两方面的要求：

1. 实质上：能够确定具体利润数额

首先，根据司法实践，股东提交的利润分配方案能够确定具体利润数额的，法院即可能支持股东的利润分配请求。最高人民法院公报（2021）最高法民再 23 号就该判定标准作出了如下指导内容：原则上，一个具体的利润分配方案应当包括待分配利润数额、分配政策、分配范围以及分配时间等具体分配事项内容，但判断利润分配方案是否具体的关键应当在于能否综合现有信息确定主张分配的权利人根据方案能够得到的具体利润数额。在该案中，虽然案涉公司利润分配方案没有写明各股东分配比例、计算出各股东具体分配数额，但根据案涉公司章程中关于股东按照出资比例分取红利的分配政策之约定和此前公司分配利润的惯例，能够确定公司股东根据方案应当得到的具体利润数额，因此可以认定该公司的年度公司利润分配方案是具体的。

其次，分红决议中未明确分红时间并不影响股东取得具体的利润分配请求权。例如，根据（2019）川民终 1116 号判决内容，涉案公司股东会决议中仅载明各股东具体的分红数额并未载明具体分配利润的时间，法院认为如根据已有信息能够确定请求人根据方案应当得到的具体利润数额的，即可认定为存在具体的利润分配方案。因此，判断是否形成具体的利润分配方案的关键在于能否依据现有的决议或文件确定一个具体的利润分配数额，分配时间、分配方式等并非必要条件。

最后，公司股东协议、股东间签署的合同对分红方式已经有约定，可以判断是否存在具体的利润分配数额的，不能仅凭股东会决议中无具体的利润分配方案来阻碍股东实现分红权。如（2023）皖 05 民终 380 号判决中认为，虽然该案中提及的股东会决议仅记载最终分红的时间，但分红的计算方法在本案的合作合同中早有记载，且前 3 次预分红均默认采取合作合同记载的计算方法进行，各股东和博碧公司对此计算方法已默认，故分红时间结合计算方法，具体的分配方案已完整。由此可见，股东会决议中未载明具体方案，但是能够依据协议、合同等有效记录文件确定具体的数额分配，亦可作为请求盈余分配的依据。

2. 形式上：有效记录文件

《公司法解释（四）》第 37 条规定：“股东会行使审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案的职权，股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章”。因此，除《公司法解释（四）》第 14 条规定的“股东会或股东大会决议”外，备忘录、股东协议、会议纪要等决定文件亦可满足《公司法解释（四）》第 14 条对利润分配方案的形式要求。另外，根据公司自

治及法无禁止即可为的原则，只要股东就召开方式达成一致意见，也可通过微信群聊、线上会议等方式构成有效的决议，但上述记录文件皆必须能体现股东一致同意分红的意思表示，并载明具体利润分配方案。如广西壮族自治区桂林市中级人民法院发布 15 起优化营商环境典型案例之五认为，涉案《股东协议书》系诉讼当事人之间关于公司利润具体分配方案的有效书面文件，对各方当事人均具有约束力，具有利润分配义务的公司以本案中的《股东协议书》未经股东大会表决通过为由不认可该协议书的主张，法院不予以采纳。

（二）行权障碍：公司可主张的法定抗辩事由

实践中，常见公司以经营状况恶化等原因为理由拒绝分红，但直接以该等非法定事由抗辩无法得到法院的支持。出于对中小股东权益的保护，公司法对公司形成利润分配决议后主张不执行决议的抗辩有严格的限制，仅在公司利润分配决议存在无效或可撤销的情形时，公司方有权拒绝股东的利润分配请求。

1. 股东会决议无效

司法实践中关于股东分红决议无效的常见情形，总结如以下四种：

序号	分红决议无效的情形
1	分配利润前未弥补亏损和提留10%的法定公积金
2	除全体股东约定不按照出资比例分取红利的情形之外，不以实缴出资比例向股东分取红利
3	违反公司资本维持原则变相分红
4	决议内容违反法律、行政法规

 王雷法律研究

(1) 分配利润前未弥补亏损和提留 10%的法定公积金

利润分配方案没有根据《公司法》第 166 条的强制性规定弥补亏损和提留 10%的法定公积金是股东分红决议最常见的无效情形之一。故在公司作出分配利润的决议之前，一定要提前审查确认税后利润有弥补亏损和留存法定公积金。

如（2014）渝北法民初字第 00054 号判决书中法院指出，该案中的分配决议是在既未编制年度财务会计报告、又未依法经会计师事务所审计的情况下作出，在此情况下无法确定当年是否存在应纳税款、应否提取公积金、是否存在需弥补的以前年度亏损，同时在并无全体股东约定了不按照出资比例分取红利的情况下作出不按出资比例分配的决议，其决议内容分别违反了《公司法》第 34 条、第 164 条、第 166 条的规定，该决议内容应为无效。

(2) 除全体股东约定不按照出资比例分取红利的情形之外，不以实缴出资比例向股东分取红利

《公司法》第 34 条规定，股东按照实缴的出资比例分取红利，但全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。即在有限责任公司中，公司若要作出不按照出资比例进行分红的决议，需要经过全部股东的一致同意。

如（2020）最高法民申 3891 号认为，由于股东享有的分红权属于股东自益权，系股东为自己利益而行使的权利，因此，公司一般应按股东实缴出资比例分配红利，若公司决定不按出资比例分配利润，则必须经过全体股东约定，不得采取多数决的方式决定，其目的在于防止占多数股份股东分配方式因滥用股东权利和公司资本多数决侵害小股东的合法利益，以大股东股权上的优势侵害小股东享有的分红权利。

(3) 违反公司资本维持原则变相分红

公司在未补亏以及未提取公积金的情形下，所获利润不得用于分配。如果公司违反法定的分红条件和程序，以分发股东福利或借款等方式变相分红的，相关分红决议会因违反公司资本维持原则，而被认定为无效决议。如（2014）合民二终字第 00036 号判决所涉的股东会决议无论是以向股东支付股息或红利的形式，还是以股息或红利形式之外的、以减少公司资产或加大公司负债的形式分发款项，均是为股东谋取利益，变相分配公司

利益的行为，该行为贬损了公司的资产，使得公司资产不正当的流失，损害了部分股东的利益，更有可能影响债权人的利益。上述情形所涉股东会决议是公司股东滥用股东权利形成，决议内容已然损害公司、公司其他股东等人的利益，违反了《公司法》的强制性规定。

(4) 决议内容违反法律、行政法规

《公司法》第 22 条规定“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效”，该情形为分红决议无效的兜底判断情形。如（2021）川 1381 民初 3561 号判决中，被告未提供证据证明公司股东会议决议分配公司财产（房屋）占公司财产的比例，以及是公司当年税后和提取公积金后的合法利润。若所分配财产是公司主要财产，则该分配行为相当于公司清算，而清算也应当以公司合法解散为前提。更重要的是该案的分配行为不仅违反了公司法和税务法等相关法律法规的强制性规定，还严重损害了公司债权人和职工的合法权益。

2. 股东会决议可撤销

根据《公司法》第 22 条，股东会或者股东大会、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，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。故股东会决议可撤销的情形大致分为两种：决议内容违反公司章程，或者会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程。如（2021）粤 01 民终 20156 号判决中，该案的决议依据公司章程规定属于特别决议事项，因此其通过应当由公司全体股东所持表决权的三分之二以上通过方产生法律效力。而本案股东会召开时投票股东仅持有公司 53.4247%表决权，未达公司内部章程关于特别决议事项形成有效决议的最低持股比例要求，且该瑕疵并不属于决议形成中的轻微瑕疵。该情形已然构成了决议可撤销的事由。

一旦形成的分红决议符合以上可撤销的情形，起诉时具有公司股东资格的股东有权向法院请求撤销该分红决议。依据《最高人民法院公司法解释（四）理解与适用》的理解，对于诉讼中存在决议可撤销的情形，原则上有权主体应当另案提起撤销之诉，因为股东是否能够有效取得分红取决于决议是否被撤销，若决议被撤销则股东请求公司分配利润丧失请求权基础[4]。在有权主体另案提起撤销之诉后，如撤销的决议内容可能涉及本案利润分配方案的，本案可予中止审理，待撤销之诉生效后，再根据判决结果分别进行处理。

3. 股东会决议不成立

我国《公司法解释（四）》第5条规定了公司决议不成立的五种具体情形。即：

序号	公司决议不成立的五种情形
1	公司未召开会议，但依据公司法第三十七条第二款或者公司章程规定可以不召开股东会或者股东大会而直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章的除外
2	会议未对决议事项进行表决的
3	出席会议的人数或者股东所持表决权不符合公司法或者公司章程规定的
4	会议的表决结果未达到公司法或者公司章程规定的通过比例的
5	导致决议不成立的其他情形

 王雷法律研究

分红决议作为股东会决议中的常见内容，自然存在因法律规定情形而导致决议不成立的结果。相较于决议撤销制度，决议不成立的程序瑕疵程度更为严重，更为侧重于考察股东会决议的形成过程，包括召集、通知、开会、议事、表决等环节，是否会导致股东不能公平地参与多数意思表示的形成以及获取对此所需的信息。如（2021）云3103民初2011号中，涉案公司未召开会议，且不符合可以不召开股东会的情形，又如（2022）苏02民终7208号中，其分红决议结果未达到公司法或者公司章程规定的通过比例，皆构成了严重瑕疵，属于法定决议不成立情形。

（三）公司作出撤销或变更已生效的有效分红决议对具体利润分配请求权的影响

实践中，常见公司大股东在作出有效的分红决议后又利用其持股优势作出撤销或变更（常见情形为延迟分配时间）分红决议，意图阻碍小股东请求公司分配利润的情形。如前所述，公司作出有效的分红决议后，公司股东与公司之间就确定的分红金额形成了债

权债务法律关系。该法律关系不属于公司内部事务，公司权力机关无权作出决议对该债权债务关系进行调整。

若股东投票反对撤销或变更分红，决议自不对股东发生效力。股东对该决议弃权或者未出席投票的，也不意味着其以默示的方式同意公司的延迟分红决议，除特定情形外，应推定为股东反对撤销或变更。

1. 如不存在法定效力瑕疵，原则上不能撤销和更改分红决议，公司应按照利润分配决议履行给付义务

如（2020）粤 03 民终 13868 号判决书中，法院认为，公司股东会或者股东大会作出载明具体分配方案的利润分配决议后，公司即对股东负有分配利润的债务，股东享有相应债权。即如不存在法律规定的效力瑕疵，原则上公司不能撤销和更改，应按照利润分配决议规定的数额、时间履行给付义务。

2. 股东弃权或者未出席投票的，除特定情形外，应推定为股东反对撤销或变更分红决议

股东在股东会议中投弃权票或未出席投票不意味着其以默示的方式同意公司的延迟分红决议。默示视为意思表示在法律上有严格的限定条件，不得随意扩张适用。只有在《民法典》140 条规定的 3 种情况下默示才可以视为意思表示：（1）法律规定；（2）当事人约定；（3）符合当事人之间的交易习惯。故公司股东没有出席延迟分红的股东会议或者投弃权票在一般情形下并不代表对撤销、变更分红的决议表示赞同。

如（2016）苏 04 民初 444 号判决书中，法院认为新东方公司暂缓分红议案其实质是公司决定暂缓分红，新东方公司部分股东处分自己的权利，同意新东方公司延缓履行债务。股东刘锡恩未同意本议案的内容，即刘锡恩未同意新东方公司延缓分红，故《新东方公司暂缓分红议案》对刘锡恩没有约束力。即公司对股东的分红金额确定后，公司股东与公司之间就确定的分红金额形成了债权债务法律关系，公司股东对公司享有给付请求权，该法律关系不再属于公司内部事务，公司权力机关作出决议对该债权债务关系进行调整缺少事实和法律依据。

03

抽象利润分配请求权：司法介入分配

前文讨论了公司已经形成利润分配方案或股东会决议的情况下股东如何通过司法途径保护其利润分配的权利，但若公司在控股股东的操控下，无法形成关于利润分配的股东会决议的，在符合《公司法解释（四）》第15条规定的情形下，则可以考虑另一条司法救济路径以维护自身权利。

《公司法解释（四）》第15条规定：“股东未提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议，请求公司分配利润的，人民法院应当驳回其诉讼请求，但违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的除外”。若公司股东滥用股东权利损害其他股东的分红权，则其他股东可以在没有分红决议的情况下请求法院司法介入分红。

（一）请求司法介入分配的常见情形

《最高人民法院公司法解释（四）理解与适用》一书就《公司法解释（四）》第15条的司法介入分配列举了三种常见情形，并附上兜底原则，总结内容如下：

1. 给在公司任职的股东或其指派的人发放与公司规模、营业业绩、同行业薪酬水平明显不符的过高薪酬，变相给该股东分配利润

控股股东或其指派的董事、高级管理人员通过获得过高的薪酬变相分配公司利润，会导致本该所有股东按照约定或股权比例分红的总金额变少，从而侵害到其他股东的分红权。因为薪酬的发放属于公司自主决定的范畴，司法审判中对于“发放过高薪酬”的认定有着较为严格的标准。具体分为以下三种情形：其一、不符合公司章程约定的薪酬发放，能够根据当事人的行为推断出不满足条件获得约定薪酬的结论的。其二，给某些股东发放远高于其他股东的薪酬。其三，薪酬的绝对水平过高，明显超出通常水准[5]。

如（2021）沪0112民初32688号案件中，法院认为李舟安作为秀墨公司的控股股东和法定代表人，未经股东杨小园同意，明知2020年受疫情影响秀墨公司存在亏损可能的

情况下，自 2020 年 5 月起提高薪资标准 127%，明显高于正常薪酬，可认定为变相给股东分配利润，属于李舟安滥用股东权利，符合《公司法解释（四）》第 15 条但书条款规定应进行强制盈余分配的实质要件。

2. 购买与经营不相关的服务或者财产供股东消费或者适用，变相分配利润

购买与经营不相关的服务或者财产的具体表现形式通常为控股股东利用公司财产购买车辆、房产、机器设备等与公司正常生产经营无关的财产与服务，供个人消费或者适用。如（2023）鲁 02 民终 2037 号中，法院认为张勇作为天沐公司的股东及实际经营者，应当本着忠诚勤勉的原则处理公司事务，但在其管理公司期间，存在记账不规范、将公司资金转入自己名下但去向不明、使用公司资金购买个人家庭用车等情形，上述行为导致公司管理不善、资金受损，应当认定属于损害公司利益的行为，张勇应当对上述行为给公司造成的损失承担赔偿责任。

由此可见，通过该种形式谋取个人私利为其中一种滥用股东权利的表现形式，作为公司的债权人或者其他股东的利益都会受到损害，滥用权利股东应就该损害承担责任，若其他股东因此而未能得到相应的分红，则有权以此为依据主张盈余分配。

3. 为了不分配利润隐瞒或转移公司利润

最高人民法院公报案例（2016）最高法民终 528 号案件中，最高法对该种情形下的司法介入分配裁判理由进行说理，该案中，作为公司及其控股股东公司的法定代表人，未经另一股东同意，没有合理事由将 5600 万余元公司资产转让款转入其控制的其他公司账户，给其他股东造成损失，已经属于滥用股东权利情形。一般而言，即使股东会或股东大会未形成盈余分配的决议，对希望分配利润股东的利益不会发生根本损害，因此，原则上这种冲突的解决属于公司自治范畴，是否进行公司盈余分配及分配多少，应当由股东会作出公司盈余分配的具体方案。但是，当部分股东变相分配利润、隐瞒或转移公司利润时，则会损害其他股东的实体利益，已非公司自治所能解决，此时若司法不加以适度干预则不能制止权利滥用，亦有违司法正义。

4. 滥用股东权利不分配利润的其他情形

《最高人民法院公司法解释（四）理解与适用》指出，辨别股东是否被损害了股东权利还可以借鉴英国法中对于小股东遭受不公正损害的认定原则：（1）行为违反了公司章程等股东签订的有关公司事务的协议；（2）出于公平的角度认为，该行为对股东享有

的固有权利构成了不公正的对待；（3）该行为由董事会越权作出或者由董事会以实现非法目的或不可告人的目的作出。

结合上述，公平对待公司股东是公司治理的基本原则，违反此原则亦可构成滥用。如（2019）湘 10 民终 3095 号判决书认为，公司的股东应当得到公平的对待，这是法律最基本的原则，如果公司的控股股东通过控制权实际上获得了投资回报，那么虽然公司没有形成分配利润的决议，但小股东在没有办法通过公司治理结构满足诉求的情况下通过诉讼要求获得相应的对待，人民法院予以适当司法干预就成为了合情、合理、合法、且符合逻辑的结果，并没有侵害公司的治理权。

另外，当公司陷入无法形成分红决议的僵局，也可能构成滥用股东权利导致不分配利润的情形。如（2018）粤 01 民终 15002 号判决认为，案涉公司按照公司章程的约定临时会议应由代表四分之一以上表决权的股东提议召开，鸿福公司作为鸿运公司出资比例 80%的大股东和公司经营者也没有召开过股东会，由此可见，在双方不能就利润分配问题达成一致意见的情况下，不分配利润给广州石油分公司造成了损失，故广州石油分公司有权按照公司章程约定的出资比例主张利润分配。

（二）股东请求司法介入分配的注意事项

虽然在《最高人民法院关于公司法解释（四）的理解与适用》一书中对《公司法解释（四）》第 15 条滥用股东权利不分配利润的情形进行了列举，但该类纠纷的性质决定了其适用司法介入的特殊性。

一方面，从审判机关角度来看，司法介入公司进行利润分配需要对复杂而微妙的商业逻辑、公司业务发展、高管决策进行分析判断，难以形成稳定的、具有普遍说服力的标准，更难以把握尊重公司自治与必要司法干预之间的平衡。故股东未提交利润分配方案决议时，法院对司法介入利润分配请求通常持有明显的谨慎、保守态度。

另一方面，从原告角度来看，因为诉求分红的股东大多数处于弱势地位，股东之间的分歧内斗、公司的财务状况不透明、处于具有优势地位股东通过更换管理层等手段阻挠其行权、公司变相转移利润导致执行难等情形都会增加其实现合法权益的难度。

由此我们建议，如能在事前，从公司治理层面通过公司章程或股东间签署书面协议的方式，明确公司利润分配的具体标准与方案，避免事后因分配利润出现纠纷时无法达成一致意见而导致的“僵局”、“死局”，以平衡股东间的利益安排，更好地保障公司长远发展。当然，如若股东穷尽各种途径仍无法获得载明具体利润分配方案的决议，公司自治原则发生异化，也可以依据《公司法解释（四）》第15条的规定通过司法介入公司利润分配的路径保障自身合法权益。

结语

在公司自治和基于资合性所衍生的多数股东控制权，与股东基于股权平等所享有的利润分配上的平等权利之间，法律和司法如何维护两者间的利益平衡，一直是实务中的疑难热点。本文的形成正值《公司法》修订期间，我们期待新出台的《公司法》对促进两者之间的平衡给予更多制度上的保障。

[1]李建伟, 茅院生. 有限公司强制分配股利之诉的法理基础[J]. 当代法学, 2010, 24(02):33-41.

[2]杜万华主编, 最高人民法院民事审判第二庭编著.《最高人民法院关于公司法解释(四)的理解与适用》, 人民法院出版社 2017 年 8 月, 第 310 页。

[3]杜万华主编, 最高人民法院民事审判第二庭编著.《最高人民法院关于公司法解释(四)的理解与适用》, 人民法院出版社 2017 年 8 月, 第 318 页。

[4]杜万华主编, 最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于公司法解释(四)的理解与适用》, 人民法院出版社 2017 年 8 月, 第 308 页。

[5]杜万华主编, 最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于公司法解释(四)的理解与适用》, 人民法院出版社 2017 年 8 月, 第 329 页。

深圳市律师协会企业法律顾问法律专业委员会组成成员

主任：肖娟

副主任：甘伍叶 郑泳东 江雪飞

秘书长：刘文 戴秋秋

联络员：韩冬雪

委员：王平 王彤彤 王智慧 毛小乐 叶冰 田胜超 付依致 托娅 亚圣君 刘中舜 刘志飞
刘柏新 刘原 孙春桥 孙俊 李一帆 李丹 李盛勇 李斯 杨时雨 肖燕 吴萍萍 何小兵
余杭 闵晓芳 沈琴 宋愈平 张宏 张润 陈吉星 陈志宏 欧湘富 庞晓燕 宛鹏飞 孟艳
侯松涛 饶婷婷 秦曦 徐学明 曹巧玲 梁绘 李姣姣

顾问：赵斐

干事：陈少敏 李小婷 彭慧怡 兰达鹏 徐银国 洪德川 夏祥飞 刘来超

