



上海市律师协会
公司与商事专业委员会

公司与商事实务前沿

(2026年1月, 第一期)

编委会

主 编: 王竞

副主编: 张政、李慧琴、邓海虹

责任编辑: 车丽、丁红萍

目录

一、 新法速递.....	1
国务院《商事调解条例》	1
二、 观点速递.....	6
法答网精选答问（第三十五批）——商事审判专题.....	6
有限责任公司解散之诉的审查要点 至正开放麦——摘自“上海二中院”微信公众号	8
合伙经营类改发案件裁判要点——摘自“上海二中院”微信公众号	11
合同解除权行使的司法审查要点——摘自“上海高院”微信公众号	15
签订框架协议后却将股权转让他人，法院这样判——摘自“深圳市中级人民法院”微信公众号	22
“背靠背”条款是否有效？这份判决依法保护中小企业利益——摘自“北京海淀法院”微信公众号	24
三、 实务研究.....	28
投资保底协议的效力及法律后果——摘自“人民司法杂志社”微信公众号	28
上市公司定增保底协议效力的司法认定——摘自“人民司法杂志社”微信公众号	32
移动沙龙 股东对债权人的意思表示与公司决议——摘自“人民司法杂志社”微信公众号	40
【入库案例解读】从公司破产债权确认纠纷案谈如何做好商事审判调解工作、促进企业携手共赢——摘自“人民司法杂志社”微信公众号	56
四、 实务论道.....	64
司法解释 公司法司法解释征求意见稿十大亮点——摘自“法务部观察”微信公众号	64

一、新法速递

国务院《商事调解条例》

《商事调解条例》已经2025年12月19日国务院第75次常务会议通过，现予以公布，自2026年5月1日起施行。

总理 李强

2025年12月31日

商事调解条例

第一条 为了规范商事调解活动，有效解决商事争议，保护当事人合法权益，促进商事调解行业发展，优化营商环境，制定本条例。

第二条 本条例所称商事调解活动，是指在商事调解组织主持下，当事人自愿友好协商解决贸易、投资、金融、运输、房地产、工程建设、知识产权等领域商事争议的活动。婚姻家庭、继承、监护、劳动人事、消费者权益争议以及依法应当以其他方式解决的争议，不适用商事调解。

本条例所称商事调解组织，是指依照本条例规定设立，不以营利为目的开展商事调解活动的组织。

第三条 商事调解行业发展贯彻落实党和国家路线方针政策、决策部署，坚持为民服务宗旨，服务国家高质量发展和高水平对外开放。

第四条 国务院司法行政部门负责指导、规范全国商事调解工作，统筹规划商事调解行业发展。

县级以上地方人民政府司法行政部门负责指导、规范本行政区域内商事调解工作，加强对商事调解组织开展商事调解活动的监督管理。

第五条 商事调解行业自律组织依照法律法规和章程开展行业自律，接受司法行政部门的指导、监督。

第六条 国家培育有国际影响力的商事调解组织，提升商事调解组织的国际竞争力。

司法行政部门会同有关部门加强对商事调解的宣传，推广运用调解方式解决商事争议。

鼓励有条件的地区和部门结合本地区、本领域实际情况，在人才、信息、技术、资金等方面对商事调解行业发展给予支持。

第七条 国家完善商事调解与诉讼、

仲裁、公证等制度的衔接机制，畅通商事争议解决途径。

第八条 设立商事调解组织，应当符合下列条件：

- （一）发起人为非营利法人；
- （二）有规范的名称，名称中含有“商事调解”字样；
- （三）有自己的住所和章程；
- （四）有30万元以上的资产；
- （五）有5名以上商事调解员和适当数量的专职工作人员。

第九条 设立商事调解组织，应当向所在地设区的市级人民政府司法行政部门提出申请，提交设立申请书及相关材料。申请人应当对申请材料的真实性负责。

受理申请的部门应当自受理之日起20个工作日内予以审查，并将初步审查意见和全部申请材料报送省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门。省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门应当自收到报送材料之日起20个工作日内予以审查，作出是否准予设立的决定。20个工作日内不能作出决定的，经本部门负责人批准，可以延长10个工作日，并应当将延长期限的理由告知申请人。准予设立的，向申请人

颁发执业证书；不予设立的，向申请人书面说明理由。

第十条 商事调解组织变更名称、住所、章程等事项的，应当依法办理执业证书的变更手续。

商事调解组织有下列情形之一的，应当依法办理执业证书的注销手续：

- （一）不能保持本条例规定的设立条件，经限期整改仍不符合条件；
- （二）终止商事调解业务活动；
- （三）法律、行政法规规定应当注销的其他情形。

第十一条 省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门应当编制本行政区域内的商事调解组织名册，并向社会公布。

第十二条 商事调解组织聘任的商事调解员应当公道正派，具备良好的专业素质。商事调解员应当符合下列条件之一：

- （一）通过国家统一法律职业资格考试取得法律职业资格，从事调解工作满3年；
- （二）从事律师、仲裁、公证工作满3年或者曾任法官、检察官满3年；
- （三）具有法律、经济、科学技术等

相关专业知识，从事法律、经济贸易等专门工作，并具有中级以上职称或者具有同等专业水平；

（四）本条例施行前已从事商事调解工作满3年，并具有大学本科以上学历。

公职人员兼任商事调解员的，应当遵守法律、行政法规和国家有关规定。

商事调解组织可以从具有专业影响力和公信力的境外人士中聘任商事调解员，并依照国务院司法行政部门的规定向所在地省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门备案。

第十三条 商事调解组织应当建立业务管理、利益冲突审查、投诉处理等内部管理制度。

商事调解组织的章程、商事调解员名册、调解规则及设立、变更、注销等信息，应当及时向社会公开。

第十四条 商事调解活动应当遵循自愿、合法、诚信、保密的原则。

第十五条 发生商事争议的，当事人可以向商事调解组织申请调解。当事人一方明确拒绝调解的，不得调解。

当事人可以从商事调解组织的商事调解员名册中共同选定商事调解员进行调解，

或者由当事人共同委托商事调解组织推荐商事调解员进行调解。

第十六条 商事调解组织可以收取商事调解费用。

商事调解组织应当按照公平、合理的原则制定商事调解费用标准，并向社会公开。

第十七条 商事调解员开展调解活动应当依照法律法规，可以适用行业规则、商业惯例、交易习惯等。

商事调解员在调解过程中应当保持中立，勤勉尽责，遵守职业道德和执业行为规范，不得与当事人串通进行虚假调解活动。

第十八条 鼓励商事调解组织运用人工智能、大数据等技术手段，提高商事调解质量和效率。

商事调解员与当事人协商采取在线方式进行调解的，与线下调解活动具有同等法律效力。

第十九条 商事调解不公开进行。当事人约定公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密、他人的商业秘密或者个人隐私的除外。

商事调解组织和商事调解员对在调解

过程中知悉的信息负有保密义务，但当事人均书面同意披露或者有其他依法应当披露情形的除外。

第二十条 商事调解员与争议事项有利害关系，或者存在其他可能导致当事人对其中立性、公正性产生合理怀疑情形的，该商事调解员应当及时向当事人披露，并退出调解。当事人均同意由该商事调解员继续调解的，应当以书面形式约定。

在与争议事项有关的诉讼或者仲裁中，商事调解员存在依法应当回避情形的，应当回避。

第二十一条 经商事调解无法达成协议，当事人不同意继续调解，或者存在当事人意图利用调解达到非法目的等情形的，应当终止调解。

第二十二条 经商事调解达成协议的，除当事人另有约定外，应当制作商事调解协议，载明主要事实、争议事项和当事人达成协议的主要内容、履行方式与期限等。商事调解员应当在商事调解协议上签名并加盖商事调解组织的印章。

商事调解协议的内容不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益，不得违反法律、行政法规的强制性规定，不得违背公序良俗。

商事调解协议具有法律约束力，当事人应当履行。

第二十三条 当事人可以就商事调解协议申请司法确认，具体依照《中华人民共和国民事诉讼法》有关规定办理。

商事调解协议涉及在中华人民共和国领域外执行的，当事人可以依照有关国际条约向有管辖权的外国主管机关申请执行。

第二十四条 支持商事调解组织到境外设立业务机构，开展商事调解活动。

根据经济社会发展和改革开放需要，可以允许境外商事调解组织在国务院批准设立自由贸易试验区、海南自由贸易港等区域内依照国家有关规定设立业务机构，开展涉外商事调解活动。

在自由贸易试验区、海南自由贸易港等区域内，有关地方可以试点建立商事调解员独立开展涉外商事调解活动的相关制度。

第二十五条 鼓励商事调解组织、商事调解行业自律组织与境外商事调解组织、国际组织开展交流合作，积极参与国际商事调解规则制定，加强国际商事调解人才培养。

商事调解行业自律组织、商事调解组织按照有关规定组织开展商事调解员培训。

全国性商事调解行业自律组织负责推动商事调解员能力水平国际互认。

第二十六条 支持粤港澳大湾区商事调解规则衔接、机制对接，促进粤港澳大湾区商事调解协同发展。

第二十七条 县级以上地方人民政府司法行政部门对商事调解组织开展商事调解活动进行监督管理，可以采取现场检查、查阅和复制有关资料、对有关情况进行调查、对有关人员进行约谈等措施。

第二十八条 未经司法行政部门批准，擅自以商事调解组织名义开展本条例规定的商事调解活动的，由省、自治区、直辖市或者设区的市级人民政府司法行政部门责令改正，处10万元以上30万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得。

第二十九条 商事调解组织未按照本条例规定办理变更、注销手续，公开相关信息的，由县级以上人民政府司法行政部门责令改正，给予警告；拒不改正的，责令停业整顿，可以并处1万元以上5万元以下的罚款。

商事调解组织违反本条例规定开展业务或者以不正当手段承揽业务的，由县级以上人民政府司法行政部门责令改正，给予警告，并处5万元以上10万元以下的罚款；情节严重的，依法吊销执业证书，

并处10万元以上30万元以下的罚款，对其负责人给予警告，并处1万元以上5万元以下的罚款；有违法所得的，没收违法所得。

第三十条 商事调解员未履行保密义务造成严重后果，或者与当事人串通进行虚假调解活动，损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益的，由县级以上人民政府司法行政部门责令改正，给予警告，并处1万元以上10万元以下的罚款；情节严重的，责令暂停1年以上3年以下商事调解业务；有违法所得的，没收违法所得。

第三十一条 国务院司法行政部门依照本条例制定商事调解组织管理的具体办法。

本条例施行前已经成立的从事商事调解的组织，继续开展商事调解活动的，应当自本条例施行之日起1年内，依照本条例的规定办理执业手续。

第三十二条 行业协会商会等开展公益性调解活动，不适用本条例。

第三十三条 本条例自2026年5月1日起施行。

二、观点速递

法答网精选问答（第三十五批）—— 商事审判专题

来源：最高人民法院网站

日期：2026年1月

问题 2：股东超出认缴资本数额后的投资列入资本公积金，此后该资本公积金转增注册资本的，股东是否有补缴出资义务？执行中能否追加该股东为被执行人？

答疑意见：资本公积金的来源是公司收到投资者超出其在公司注册资本中所占数额部分的投资。公司依照法定程序将资本公积金转增注册资本，是公司对公司资产、股东权益进行内部调整，将公司资产中的资本公积金内部调整为注册资本，使资产的隐性部分变为显性部分，资本公积金减少、注册资本相应增加，增加的注册资本按每个股东原认缴出资的比例进行分配。也即，新增注册资本的来源是资本公积金而非股东出资，公司注册资本增加但公司资产总额并未变更。对于公司股东而言，持股比例不变、公司总资产不变的情况下，股东所持股份对应的公司资产并未增加，股东权益亦未扩大；对于公司债权人而言，公司以其全部资产承担债务，在资产总额未变的情况下公司偿债能力并无减损，债权人利益亦未受损。故股东无需

补缴出资。

产生资本公积金转增后股东应否补缴出资的疑问，是因为混淆了资本公积金转增注册资本与增资扩股的区别。二者虽然都是增加公司注册资本的方式，但本质不同。资本公积金转增注册资本，实质上未增加公司资产，仅仅是公司资产由资本公积金科目调整为注册资本科目，表现为资本公积金的减少和同等数量的注册资本的增加；而增资扩股是公司在不减少公积金的前提下通过引入新投资或原股东追加投资，使公司注册资本和公司总资产同步增加，故有实质意义上的增资之说。在增资扩股情况下，因股份所对应的公司资产、股东权益提高，如原股东想要保持持股比例不变，必须增加认缴出资。

关于执行程序中能否追加题述股东为被执行人，要看是否符合法律司法解释的规定。依据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十七条规定，“未缴纳或未足额缴纳出资”的股东可以被追加为被执行人，仅指该股东违反出资义务、出资不实的情形。在资本公积金转增注册资本的情况下，股东并无补缴出资的义务，进而也不存在违反出资义务之情形，故不能追加股东为被执行人。

咨询人：天津市高级人民法院民事审

判第二庭 李阿侠

答疑专家：最高人民法院民事审判第二庭 刘琨

问题5：破产受理前立案的诉讼案件，债务人企业应承担的诉讼费如何定性？

答疑意见：我们认为，破产受理前所立案件产生的诉讼费用属于普通债权，不应纳入破产费用支付。理由如下：

首先，破产费用是指在破产程序中为全体债权人的共同利益而支出，旨在保障破产程序顺利进行所必须的程序上的费用。其要件通常包括：时间上必须是在破产程序期间所发生，用途上必须是为全体债权人的共同利益而支出，目的上在于保障破产程序的顺利进行。《中华人民共和国企业破产法》第四十一条规定的破产费用包括：（一）破产案件的诉讼费用；（二）管理、变价和分配债务人财产的费用；（三）管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。其中“破产案件的诉讼费”是指破产案件受理费和其他诉讼费用，原则上应发生在破产受理后至破产程序终结期间，通常包括破产案件受理费、公告费、送达费、法院登记申报债权的费用、人民法院召集债权人会议的费用、证据保全费用、财产保全费用、鉴定费用、勘验费用以及人民法院认为应当由债务人财产支付

的其他诉讼上的费用。

其次，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十一条中规定：“当事人进行民事诉讼，应当按照规定交纳案件受理费。”诉讼费自人民法院受理案件时已经产生，人民法院作出裁判时，确定诉讼费金额及负担主体。破产受理前已经立案的诉讼案件，虽因破产受理时诉讼未决，导致诉讼费金额和负担主体在破产受理后才确定，但并不改变诉讼费用在破产受理前已经产生的事实。同时，鉴于该类需由债务人企业承担的诉讼费，一般系个别债权人向破产企业追讨形成的诉讼，或者债务人对外诉讼但败诉的情形，亦不属于为全体债权人利益的支出，故不应纳入破产费用范畴。

最后，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》第一条规定：“人民法院裁定受理破产申请的，此前债务人尚未支付的公司强制清算费用、未终结的执行程序中产生的评估费、公告费、保管费等执行费用，可以参照企业破产法关于破产费用的规定，由债务人财产随时清偿。此前债务人尚未支付的案件受理费、执行申请费，可以作为破产债权清偿。”虽然实践中对“此前债务人尚未支付的案件受理费”存在不同理解，但结合前述分析，只要诉讼案件在受理破产申请前立案，无论是在受理破产申请前已确定但债务人尚未支付的

诉讼费，还是直到破产程序进行中该案件
审结并判令债务人承担诉讼费，均应当按
照破产债权处理，而不宜纳入破产费用。
这一认定亦符合企业破产法对破产费用严
格限定的立法精神和原则，有助于维护全
体债权人的合法权益。

咨询人：辽宁省高级人民法院民事审
判第二庭 刘元德

答疑专家：最高人民法院民事审判第
二庭 郁琳

有限责任公司解散之诉的审查要点 | 至正开放麦——摘自“上海二中 院”微信公众号

作者：徐晨

日期：2026年1月29日

公司的解散有自主解散、行政解散及
司法解散三种途径，当公司股东矛盾激化、
公司内控失灵之时，部分股东，特别是小
股东诉至法院请求解散公司通常成为化解
公司僵局、维护自身权利的最后途径。公
司作为拟制法人主体，一方面正常运行有
赖于股东的基本一致行动，另一方面公司
又独立于其股东具备拟制人格，对外以自
己名义缔结法律关系、享受权利承担义务，
因此当股东不能就公司主体存续形成一致

意见时，公司解散纠纷中司法裁判需要在
激烈冲突的股东利益、公司对外已成交易
的稳定性、公司雇员的利益保护中作出抉
择。司法介入公司治理应秉持高度谦抑态
度，但也应当正视僵尸公司大量存在严重
影响经济活动秩序、股东压制下小股东权
利严重丧失等客观现实，对股东冲突已经
造成内部治理失灵、陷入结构性僵局的公
司，应允许解散公司、为部分股东提供退
出机制，同时审判实践对公司解散的准许
态度也可以倒逼股东之间就回购异议股东
股份、允许异议股东退出达成一致，避免
公司因司法权介入而被迫强制解散。

现行立法中对公司解散之诉的相关
规定。

公司法第二百三十一条规定，公司经
营管理发生严重困难，继续存续会使股东
利益受到重大损失，通过其他途径不能解
决的，持有公司百分之十以上表决权的股
东，可以请求人民法院解散公司。该条规
定在2023年公司法修改时未作实质修
改、调整，仍是我国现行立法中对公司司
法解散的原则性规定。对该条直接进行文
义解释，公司通过司法途径进行结算需满
足三个条件：1. 公司经营管理发生困难；
2. 公司存续使股东利益受到重大损失；3.
其他途径无法解决。

目前仍有效的公司法司法解释（二）

及公司法司法解释（五）第五条对公司司法解散的要件、后果等进行了细化，特别是公司法司法解释（二）第一条第一款对“经营管理发生严重困难”列举了三种具体情形及一种兜底情况，分别是：1. 公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；2. 股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能作出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；3. 公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；4. 经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。前述司法解释列举的情形概括而言分别是持续不能召开股东会或股东大会、即使可以召开但无法形成有效表决、董事严重冲突及其他。司法解释相较于公司法中的“经营管理发生严重困难”虽已有细化，但仍无法涵盖实践中各式各样的股东冲突和公司僵局，因此有必要对公司法及司法解释的相关规定作体系化解释，探究符合司法解散条件的公司具备的实质共性，以此为向导具体判断个案中的目标公司是否符合司法解散条件。

对立法中公司解散法定条件进行体系性解释，我们可以得出这样的结论：
“人合性”丧失是公司解散的核心要

件。

观察公司法司法解释（二）中列举的三种情况，均涉及具体的公司意思表示或管理主体：股东和董事。事实上公司作为一种拟制主体，不论是其对外缔结法律关系还是内部运行，均离不开具体的“人”。可以更直白地说，公司解散的根源是人的矛盾和冲突，即公司已丧失“人合性”。单纯的公司经营亏损不符合司法解散的要件，对此公司法司法解释（二）第一条第二款已明确规定“股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。”因此公司是否符合司法解散条件的核心是判断公司内部“人合性”是否已经丧失，正常经营的公司并不具有绝对的司法解散豁免权。最高人民法院在2012年发布的第8号指导案例“林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴小明公司解散纠纷案”中也明确了以人合性障碍为核心考量因素的裁判规则。

股东利益受损是“人合性”丧失的必然结果。

从立法规定上看，股东利益已经或者将要受到重大损失是公司司法解散的条件之一，与“人和性”丧失系并列的导致公

司解散的原因之一，但实际上，股东利益受损是公司长期处于“人合性”丧失状态下的必然结果。股东利益不仅包含财产利益，还包含参与公司管理、决策的权利。司法实践中，提起公司解散之诉的股东通常长期处于被排除在公司经营决策之外的状态，参与公司管理和决策的权利已然处于被侵害的状态。且公司解散之诉的目标公司通常具备很强的封闭性，股东通常兼任公司管理职务，表决权与管理权高度重合，股东之间的矛盾会直接反映到对公司经营管理中，大量公司因股东之间的严重冲突影响正常经营，公司已丧失正常营业能力，股东财产权利自然也受到损害。

“其他途径无法解决”是“人合性”丧失的表现。

“其他途径无法解决”并非要求股东在提起公司解散之诉前已提起知情权之诉、利润分配之诉等，而是指提起公司解散之诉的股东无法通过减资、分立、股权对外转让或回购的方式退出公司，到了非散不可的地步。公司法司法解释（五）第五条规定，人民法院审理涉及有限责任公司股东重大分歧案件时，应当注重调解。当事人协商一致以下列方式解决分歧，且不违反法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应予支持：（一）公司回购部分股东股份；（二）其他股东受让部分股东股份；（三）他人受让部分股东股份；（四）

公司减资；（五）公司分立；（六）其他能够解决分歧，恢复公司正常经营，避免公司解散的方式。事实上，不论是依据公司法的规定还是公司章程的约定，回购、转让股权、公司减资和分立均需要一定比例的股东达成合意，部分甚至需要全体股东同意，当上述方式无法达成，也客观反映出股东之间存在矛盾，不具备“人合性”。

实践中“人合性”丧失的常见表现及判断因素。

1. 特殊身份关系丧失。此种情况在司法实践中较为常见，如原为夫妻、情侣关系，后因感情破裂导致无法合作。股东之间可以有效进行沟通、彼此信赖是合作的基础，亲密关系的丧失导致股东无法信赖合作符合一般的社会生活逻辑，可以作为判断股东人合性是否丧失的标准之一。

2. 表决权、持股比例。股东的表决权与其持股比例密切相关。当冲突股东持股比例达到二分之一时，客观上公司已难以形成任何有效决议，对于此种典型的结构性矛盾，应允许一方要求解散公司。多数实践中，要求解散公司的股东持股比例较小，则出于对公司本质内控的尊重和司法解散的谦抑，要求解散公司的股东持股比例越低，则应解散难度增大，两者之间呈反比。小股东要求解散公司时，应注意审

查表决权较多的股东们是否对该小股东形成了“压制”。对于小股东的解散公司之诉，司法提供的更类似一种以解散公司为必要“要挟”手段的无奈退出公司路径。

3. 大股东“摆烂”。除了股东之间存在正面冲突的情形外，公司经营状况恶化或停止经营后，大股东消极失联的情况开始频现。此种情况下，公司表现看似不存在任何冲突，但大股东已对公司置之不理，小股东陷于经营不善、经营停滞的公司无法解脱。法院可以通过送达情况、公司税务和工商登记情况、近年涉诉情况等综合判断大股东是否已经弃陷入经营困境的公司于不顾，若客观存在，应允许小股东诉请要求解散公司。

合伙经营类改发案件裁判要点—— 摘自“上海二中院”微信公众号

作者：商事庭

日期：2026年1月19日

编者按

上海二中院“改发案件类案裁判要点”是对特定类型改发案件中常见问题及裁判规则的归纳提炼。裁判要点以上海二中院审委会通报的形式呈现，并下发辖区法院，

以促进类案同判和适法统一。本期刊发的“合伙经营类改发案件裁判要点”，由商事庭商事合同纠纷第一审判团队整理而成。对如何认定合伙合同中关于合伙期限的约定构成约定不明确；合伙经营过程中，合伙组织承担的民事赔偿责任和行政处罚责任在合伙人内部如何分担；协议约定的收益分配比例与实际出资比例不一致的情况下如何分配收益等问题进行梳理和回应。

问题之一：如何认定合伙合同中关于 合伙期限的约定构成约定不明确？

裁判观点

《中华人民共和国民法典》第九百七十六条规定：“合伙人对合伙期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期合伙。认定合伙期限是否“约定不明确”，需对当事人的约定进行实质性判断，其核心在于审查约定的终止时点是否具有客观上的确定性与可预见性。若仅将合伙的终结系于诸如不再合作、一方违约、合同解除等情形，因该等到期条件的成就与否及时间均不确定，导致合伙关系处于可能无限期存续的开放状态，这实质上构成了对合伙期限的“约定不明确”。在此情形下，应遵循民法典第五百一十条的补充解释规则进行检验，若穷尽所有解释路径后仍无法确定合伙终期的，应认定为不定期合伙。

问题之二：合伙经营过程中，合伙组织承担的民事赔偿责任和行政处罚责任在合伙人内部如何分担？

裁判观点

在合伙经营过程中，合伙组织对外承担的民事赔偿责任和行政处罚责任在合伙人内部的分担，首先应依据合伙协议的明确约定；若协议未作约定或约定不明，不应当然按照出资比例或平均分配的方式予以分担，各合伙人的过错程度亦应作为划分责任时考量的重要因素之一。尤其需要强调的是，行政处罚系行政机关对经营者违法行为的一种重要警示和惩戒机制，其目的在于纠正不当行为并防范风险复发。若在内部责任分配中简单按出资比例或其他方式分摊，而未能准确追溯至过错方，将实质削弱行政处罚的警示效果，无法对具体实施违法行为的合伙人形成有效约束，甚至可能助长道德风险。因此，内部追偿时应充分考量过错归属，确保行政处罚的责任最终由过错方承担，以维护行政监管的严肃性和合伙内部的公平性。

问题之三：当协议约定的收益分配比例与实际出资比例不一致时，收益分配如何确定？

裁判观点

根据《中华人民共和国民法典》第九

百七十二条、《中华人民共和国合伙企业法》第三十三条的规定，合伙的利润分配应按约定办理，未约定或约定不明的，依次通过协商、实缴出资比例、平均分配的方式确定。故当合伙协议对收益分配比例已有明确约定，且合伙人无充分证据证明已通过另行约定或实际履行行为变更该比例时，应按协议约定的比例进行收益分配。

问题之四：合伙人为实现共同对外债权而付出的成本如何认定是否具有合理性？

裁判观点

合伙人为实现合伙共同债权所付出成本的合理性认定，应遵循合伙财产共有、利益共享与风险共担原则，并依据客观标准予以综合评判。具体而言，需审查费用发生的目的与程序是否正当，即该费用是否为实现债权所必需，且所采取的维权手段是否恰当；同时，需考量费用金额与所主张债权的价值、案件复杂程度以及通行行业标准是否相称，以符合必要性与经济性原则。经认定属于合理成本的，构成合伙债务，由全体合伙人根据合伙协议约定或内部分额比例共同承担。

问题之五：合伙人自行承担的所得税，是否应被计入合伙企业的成本费用？

裁判观点

《中华人民共和国企业所得税法》第一条规定，合伙企业不适用该法。《关于个人独资企业和合伙企业投资者征收个人所得税的规定》第三条规定，个人独资企业以投资者为纳税义务人，合伙企业以每一个合伙人为纳税义务人。《关于合伙企业合伙人所得税问题的通知》第三条规定，合伙企业生产经营所得和其他所得采取“先分后税”的原则。根据前述法律和规范性文件，合伙企业本身并非所得税的纳税义务人，其纳税义务由合伙人就其分配所得单独申报缴纳所得税。所得税并非合伙经营产生的成本费用，而是各合伙人因其分享合伙利润而派生出的法定给付义务。因此，在确定各合伙人可分配收益的基数时，应以合伙企业的税前利润为依据，该利润反映了合伙经营活动的真实成果。若在分配前预先扣除本应由合伙人各自承担的所得税，则违背了合伙人关于共享收益、共担风险的真实合意，因为税前利润才能完整体现经营的风险与回报，而税后净额则因各合伙人税率、抵扣情况等个体因素而异，擅自扣减将导致分配基础的不一致，实践中也缺乏可操作性。

问题之六：合伙人之间仅约定向某一合伙人退还投资款时，是否可认定该合伙人已退伙？

裁判观点

在合伙存续期间，若未发生合伙协议约定的退伙事由，也无法定退伙情形，合伙人提出退伙的，一般须经其他全体合伙人一致同意。当合伙人之间仅约定向某一合伙人退还投资款时，应通过审查合伙协议的具体约定、合伙人之间的真实意思表示、退伙事宜的明确协商过程、退款行为的背景和目的以及退还投资款后该合伙人是否继续参与合伙事务等因素综合判断，确定合伙人是否就退伙事宜达成一致意见，而不应仅以返还出资这一行为认定该合伙人已退伙。

问题之七：合伙期限届满后，合伙人能否直接要求返还出资？

裁判观点

根据《中华人民共和国合伙企业法》第八十五条、第八十六条的规定，合伙期限届满后，合伙企业的解散仍须以合伙人决定不再经营为前提。在全体合伙人未达成不再继续经营的合意时，合伙企业存续状态不受影响，合伙财产仍由全体合伙人共同共有，其法律性质不因期限届满而当然改变。若合伙人欲终止经营，应先行履行法定清算程序，以明确合伙盈亏及可供分配的剩余财产份额。即便个别合伙人因不同意继续经营而主张退伙，亦须通过退

伙结算程序才可确定其应退还的财产份额。故原则上合伙人不能仅以合伙期限到期为由直接请求取回投资款。

问题之八：合伙关系终止后，合伙人可否未经清算直接追偿垫付款？

裁判观点

合伙关系终止后，合伙人就其执行合伙事务垫付的必要费用主张返还，首先应遵循合伙人之间的约定。若无约定，该垫付款性质上属于合伙共同债务，其清偿应纳入合伙关系终止后的整体清算程序统一处理。清算程序旨在全面清理合伙债权债务，以保障全体债权人公平受偿及合伙人内部利益平衡。若允许个别合伙人于清算完成前追偿，将违背合伙财产处理的整体性原则，破坏清偿顺序的公平性。故未经清算，合伙人原则上不得就垫付款项主张优先于其他债权的个别清偿。

问题之九：合伙解散清算时，消费者剩余的预付式充值金额是否可视为合伙的收入？

裁判观点

消费者在美容、健身、餐饮、教育培训等消费领域充值，构成预付式消费。用户预先支付费用，商家承诺在未来一定期限内提供服务或者兑付商品。预付式消费

合同属于继续性合同，为保护消费者权益，消费者有权在法定或约定的情形下解除预付式消费合同。《最高人民法院关于审理预付式消费民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十五条规定，预付式消费合同解除，消费者请求经营者返还剩余预付款并支付利息的，人民法院应予支持。故预付款中对应于未实际消费部分的款项，视为其仍归属于消费者。因此，在合伙解散清算时，属于消费者预付款的余额，不应认定为合伙存续期间的收入，在合伙财产分配款中应予以扣除。

问题之十：合伙期间存在收益再投资的情形，如何在清算时确定盈亏？

裁判观点

合伙清算时，若财产由初始出资与收益再投资形成，为防止重复计算，可采用整体核算方式确定盈亏。首先核定终点净资产，即清算时全部合伙财产的净值总额；其次确认起点总投入，即合伙人从个人财产中实际投入合伙的原始资本总额。需明确的是，合伙期间的收益再投资源于合伙财产自身增值，不应重复计入投入。最后以终点净资产与起点总投入的差额认定合伙总体盈亏。进行分配时，应遵循先以合伙财产返还原始出资，再分配利润或分担亏损。

合同解除权行使的司法审查要点——摘自“上海高院”微信公众号

作者：王致民、张亚洁

日期：2026年1月19日

编者按

自2022年开栏起，“办案心法”栏目致力于传递上海法院各条线优秀法官、法官助理的办案方案、经验和心得，其中“上海法院审判业务骨干”特别专题带来了许多深入的思想交流。

即日起，我们继续推出“办案心法”栏目“上海法院审判业务骨干”特别专题，邀请他们分享办案理念、经验心得，期待你在这里依旧有所感、有所悟、有所获。

本期“办案心法”栏目“上海法院审判业务骨干”特别专题，邀请上海法院审判业务骨干，上海市青浦区人民法院审判监督庭（审判管理办公室、研究室）副院长、一级法官——王致民；上海市青浦区人民法院审判监督庭（审判管理办公室、研究室）法官助理张亚洁为我们介绍合同解除权行使的司法审查要点。

作为一种法定或约定的单方性形成权，合同解除权允许当事人在特定事由出现时，

以其单方意思表示使既存有效的合同关系提前归于消灭，进而产生清算返还与损失赔偿的法律后果。我国已构建相对完整的合同解除权民法体系，包括解除权的法律基础、类型与发生依据、行权规则、法律后果、特殊规则与限制等，主要规定于《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）总则编与合同编中。此外，相关司法解释，如《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》），也对解除权的行使条件、程序等提供了细化指引，旨在规范合同权利义务关系终止的特定情形与程序。本文从审判实践出发，总结关于合同解除权行使是否有效的审查要点。

01 从实践谈起

——实体与程序的混淆

一、实务场景切入：当事人行权较为混乱

合同解除是非违约方寻求救济的重要方式，但实践中当事人行权时较为混乱，比如，有的当事人随意发出合同解除通知，但解除权基础不明；解除通知形式多样，但效力认定存在争议；一方未直接回应解除通知，转而提起“确认解除无效”或“要求继续履行”之诉，导致法律关系悬

而未决；当事人“病急乱投医”，在诉讼中同时提出解除合同与变更合同、撤销合同等多项请求等。产生以上混乱现象的原因在于，实践中行权人对解除权的实体成立条件与行使的程序法定要求两个不同层面产生混淆。

二、总体审查思路：“确权”+“察序”

根据《民法典》的规定，只有享有法定解除权或约定解除权的当事人才能以通知方式解除合同，不享有解除权的一方向另一方发出解除通知，另一方即使未在异议期内提起诉讼，也不发生合同解除的法律后果。因此，法官审查合同解除权，重在理清实体成立条件与程序行使条件，构建清晰的审查路径，具体分两步走：一是“确权”，即精准判断解除权是否依法或依约成立，具体审查四要素：发出解除通知的一方是否享有约定解除权、发出解除通知的一方是否享有法定解除权、解除权提出主体是否适格、解除权是否已消灭；二是“察序”，即严格审查行使程序是否合法合规，重点审查双要件：解除权通知是否有效及对解除权的异议是否成立。二者兼备，解除方能产生终结合同之法律效果。

02 基石：解除权是否成立的实体审查

——“有没有权”

要素一：约定解除权的审查要点

《民法典》第五百六十二条第二款构成了约定解除权的规范基础：“当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。”约定解除尊重当事人的意思自治，只要不违反法律强制性规定或公序良俗，当事人约定的解除条件成就时，解除权人就可行使解除权。但实践中，约定解除权的条款并非始终清晰明确，当解除事由存在模糊性时，需依《民法典》第一百四十二条确立的“意思表示解释”规则对约定解除权进行审查。实践中，应重点考虑如何合理解释合同中约定的解除条件，避免条件过于空泛或显失公平。

首先，在价值位阶上，应优先遵循维护交易稳定的裁判导向，依法谨慎认定合同解除，防止轻易瓦解已形成的交易关系。例如，在“优某有限公司诉中某国际贸易有限公司合同纠纷案”（人民法院案例库参考案例，入库编号：2024-10-2-483-001）中，双方买卖合同约定“任何一方可以提前不少于一个月书面通知对方后终止业务合作”，该解除合同的约定较为宽松和任意，二审法院认为，对约定解除权的认定需要保持谦虚以避免恣意，维护合同履行的稳定。当事人行使约定解除权应受到诚

实信用原则的约束，不应随意解除合同造成对方的履约成本落空。

其次，也要注重价值的衡平，对**恶意违约行为**，应依法支持守约方的解除权，彰显公平正义。对已形成“合同僵局”的长期性合同，可引入“司法解除”的审查思路。根据《民法典》第五百八十条规定，引入“司法解除”的情形有三种：（一）法律上或者事实上不能履行；（二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（三）债权人在合理期限内未请求履行。引入“司法解除”需设定严格条件（如履行是否确属“不能”、强制履行是否“不合理”、守约方是否已无其他救济方式），防止当事人滥用权利破坏市场交易稳定。比如，在商铺租赁纠纷中，承租人可能在自己经营不善想抽身时，故意停止支付租金并起诉要求司法解除。而此种情形并非真正的“合同僵局”，而是一方为转嫁商业风险而进行的策略性违约。若不严格审查“僵局”是否真正形成，将会造成利益明显失衡。

约定解除权的另一司法审查规则是“**轻微违约**”规则。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第47条规定：“合同约定的解除条件成就时，守约方以此为由请求解除合同的，人民法院应当审查违约方的违约程度是否显著轻微，是否影响守约方合同目的实现，根据诚实信用原则，确

定合同应否解除。违约方的违约程度显著轻微，不影响守约方合同目的实现，守约方请求解除合同的，人民法院不予支持；反之，则依法支持。”根据这一规则，即使合同有约定，也需审查违约行为是否达到足以使合同目的不能实现的程度，防止解除权滥用。在具体判断时，应正确把握诚实信用原则，并运用好动态系统论的方法综合判断。比如，在“某贸易公司诉某建筑装饰工程公司等房屋租赁合同纠纷案”【（2019）苏0585民初6492号】中，法院生效裁判认为：当违约方的违约行为显著轻微时，应依诚实信用原则对合同约定解除权予以适当限制。是否构成显著轻微违约，可从违约方的主观过错、违约行为程度、违约行为后果三个方面分析，并结合守约方行使合同约定解除权的方式和时间、合同当事人对于违约行为的态度、违约行为与解约损失的关系等因素予以综合认定。¹同时，要注重在个案裁判中进行利益衡平，倘若赋予另一方解除权将产生严重的利益失衡，一概固守意思自治会产生僵化适用的后果，不利于纠纷的实质性解决。比如，在“邓某华、文某英等诉某连锁酒店房屋租赁合同纠纷案”【（2014）南中法民终字第1411号】中，法院生效裁判认为：当事人有轻微违约行为导致合同约定的解除条件成就，但解除合同将导致缔约双方利益严重失衡的，人民法院可基于案件具体情形，运用公平原则限制约定

解除权的行使，以维护正常的交易秩序。

要素二：法定解除权的核心——“合同目的不能实现”的认定

《民法典》第五百六十三条第一款规定了法定解除权行使的五种情形：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。从规范构成来看，“不能实现合同目的”是合同法定解除的实质性条件。本条规定中“不能实现合同目的”的判断标准是**违约结果的客观严重性**，即是否实际剥夺了债权人的履行利益。

在**迟延履行情形**下，对是否有法定解除权的审查主要看两要素：一是时间要素，在**履行期限对合同目的实现不具有实质性影响的情况下**，需违约方**迟延履行主要债务**，且经催告在合理期限内仍未履行（《民法典》第五百六十三条第一款第三项）。在此情形下，即使债务人迟延履行合同主要债务，也不允许债权人立即解除合同，其应向债务人发出履行债务的催告，且催告一般在履行期限届满后发出，履行期限届满前发生的催告不能发生催告的效

力。例如，在“某金融租赁公司诉浙江某公司等船舶融资租赁合同纠纷案”（人民法院案例库参考案例，入库编号：2023-10-2-214-001）中，被告浙江某公司**连续3期以上未按照合同约定向原告支付租金**，原告进行催告。法院生效裁判认为，被告存在根本违约，原告可以行使合同解除权。二是后果要素，在**履行期限对合同目的实现具有实质性影响的情况下**，需判断违约行为是否已严重到致使合同目的不能实现（根本违约）（《民法典》第五百六十三条第一款第四项）。若债权人的利益与履行的时效性密切关联，履行期限对合同目的之实现至关重要，债务人若不在约定期限内作出履行，债权人的合同目的将难以实现。比如，涉及季节性商品过季、特定标的物被转卖、金融借款方资信严重恶化等情况，若不按期履行势必会造成一方所期待的合同利益落空，此时可认为构成根本违约，非违约方不必发出催告即可解除合同。

在**不可抗力情形**下（《民法典》第五百六十三条第一款第一项），对是否有法定解除权判断的落脚点在于“不能实现合同目的”，而非“不可抗力”。具体而言，**不可抗力发生必须使合同目的无法实现才能够发生法定解除**，如果该不可抗力并不必然导致合同目的无法实现，当事人以该不可抗力为由主张法定解除的，人民法

院不应当予以支持。例如，洪涝灾害导致工厂生产停工，并不必然导致合同无法履行以致合同目的无法实现，如果经过一段时间工厂可恢复生产，则工厂应当继续履行相关供货合同，而不能以不可抗力为由随意解除合同。不可抗力发生时，法官需进一步判断合同目的是否无法实现，从而确认当事人是否享有法定解除权。

在**预期违约情形**下（《民法典》第五百六十三条第一款第二项），在履行期限尚未届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务的，债权人享有解除权。需要注意的是，**原则上只有拒绝履行主给付义务才能引发解除权的产生**，如果一方当事人仅拒绝履行从给付义务或者附随义务，该行为未实质性影响另一方当事人合同目的的实现，不应认定构成《民法典》第五百六十三条规定的情形。

此外，还有**法律规定的其他情形**（《民法典》第五百六十三条第一款第五项），该条中的“其他情形”既包括《民法典》合同编其他章节所规定的其他情形，也包括其他民法特别法、司法解释所确立的法定解除情形。比如，《民法典》第五百九十七条规定：“因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。”第六百一十条规定：“因标的物不符合质

量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。”

《中华人民共和国消费者权益保护法》第二十五条第一款规定：“经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起七日内退货，且无需说明理由。”

要素三：解除权的行使主体是否适格

在确定当事人享有约定解除权或法定解除权后，应进一步审查解除权行使主体是否为合同当事人或其合法代理人、继承人、破产管理人等。根据《民法典》第五百六十二条，在**约定解除情形**下，解除权行使主体依保留合意确定，既可以合意保留给当事人一方，也可以保留给双方。根据《民法典》第五百六十三条，在**法定解除情形**下，解除权由守约方享有，这符合契约自由原则以及解除作为守约方一般救济方式之性质。作为例外情形，在**双方均违约**的情况下，任何一方都享有法定解除权【参见（2016）最高法民终276号民事判决书】。在因**不可归责于债务人**的事由，如不可抗力，而致履行不能时，此时不存在违约方，一般情形下任何一方均可行使解除权。在**涉及第三人利益**之合同时，第三人虽可直接向债务人请求交付，但其并非合同当事人，故无解除权。在**涉及合同权利义务转让**时，基于解除权从权利之性质，其不可单独让与而发生主体变更，解

除权的主体变更只能基于概括承继发生。在**涉及多方合同**时，解除权行使之不可分原则要求必须由全体享有解除权的一方向另一方行使，而不能由个人分别行使。如经上述审查，解除权行使主体不适格，则解除权行使亦不能得到支持。

要素四：解除权是否已消灭

解除权实体审查的最后一步是看解除权是否已消灭。解除权消灭的情形有三：

一是除斥期间届满。解除权作为形成权，其行使受除斥期间的限制。根据《民法典》第五百六十四条规定，除斥期间的确定以法律规定或当事人约定为准，法律未规定、当事人亦没有约定的，自解除权人知道或应当知道解除事由之日起一年内不行使，该权利消灭。其中，“知道或者应当知道解除事由”的时点是除斥期间起算的前提和基础，有证据表明解除权人知道解除事由发生的日期，或者根据逻辑规律、生活经验等可以推定解除权人知道解除事由的发生日期，均可作为确定除斥期间起算点的依据。“合理期限”的判断，应根据交易标的、交易性质、履行情况、交易习惯等，结合诚实信用原则予以认定。

二是经催告逾期未行使。《民法典》第五百六十四条规定，解除权经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

对于催告后的“合理期限”，现行法律并无统一的适用标准，法官应根据纠纷所涉合同的履行情况、交易习惯、合同标的、合同类型以及诚信原则等因素进行综合判断。即使催告会缩短除斥期间，但除催告因素外，其与无催告的解除权除斥期间考虑因素相同。

三是放弃解除权。对方提出履行请求，享有解除权一方未在合理期限内明确表示解除，可能被视为放弃。比如，出租人因承租人拖欠租金享有合同解除权，出租人向承租人发出《催告》，其中并未行使解除权，而是给予了承租人一个宽限期，要求其在此宽限期内付清租金，否则“将采取进一步措施（包括解除合同）”，这一行为表示其在此时并未行使解除权，而是选择了继续维持合同效力，给予对方补救机会。宽限期内，出租人的解除权处于视为放弃的状态，如果出租人在宽限期内发出解除通知，该解除将不被支持。

03 核心：解除权行使的程序要点

——“如何行权”

从实体层面确定解除权的请求权基础成立后，还需继续聚焦审查行使解除权的“动作”本身是否符合法律规定。

程序要件一：通知——解除的生效与起点

关于**合同解除的程序要件**，我国采行为解除的立法模式，《民法典》第五百六十五条规定：当事人一方依照本法第五百六十二条第二款、第五百六十三条的规定主张解除合同的，应当通知对方。根据该条规定，符合解除权的合同并不自动解除，还需由解除权人行使解除权，向对方作出解除之意思表示，也即必须使对方知悉。根据《民法典》第一百三十五条的规定，除当事人对通知形式有特殊约定外，解除之意思表示非为要式，通知不限于书面形式，口头、公证、录音录像、数据电文等形式均可。此外，《民法典》第五百六十五条规定，当事人还可以通过起诉或仲裁表示解除合同的意思。最高人民法院在“某制药公司诉某药物研究公司技术转让合同纠纷案”（人民法院案例库参考案例，入库编号：2023-09-2-152-006）中进一步阐明了这一规范：解除合同通知的目的在于解除权人将其行使合同解除权的意思表示告知对方当事人，以期对方当事人知晓其解除合同的意思表示。只要能够实现上述效果，通知的方式可以多种多样。专门的解除合同的通知、通过起诉的方式要求解除合同、对方起诉后一方在应诉过程中表示解除合同的意思均可视为通知。在合同纠纷案件中，主张合同关系解除的一方当事人对引起合同关系变动的事实承担举证责任，故解除权人应注意保留向对方作出解除合同意思表示的证据。无论采取何

种通知形式，通知的内容必须明确具体地表达解除合同的意思表示。仅表达不满、要求赔偿等，不构成有效的解除通知。

关于**合同解除时间**，我国采用通知到达的立法模式，《民法典》第五百六十五条规定，合同自通知到达对方时解除。这表明解除权人意思表示到达的时间即为**合同解除时间**。送达的认定标准为“通知到达”，无须相对人作出回复，更不需要同意。在对方拒收或地址变更导致无法直接送达的情况下，解除通知并非绝对不能“到达”，如果发送方已采取合理、恰当的送达方式，且该方式在法律上被视为足以使通知到达对方，仍应当认定“视为送达”。例如，在“对方拒收”情形下，如果解除通知发送至合同约定的或对方确认的送达地址，对方无正当理由拒绝签收，足以证明解除通知已经到达对方支配的领域（如住所、办公场所），对方具有知悉的可能性却故意规避，应产生送达的法律效果。又如，在“地址变更且未通知”情形下，需审查发送方是否尽到了合理的注意义务。如果发送人向合同约定的送达地址送达，根据法律的“禁止反言”原则，应当认定送达具有法律约束力，当事人变更地址未及时通知对方，应自行承担由此产生的不利后果。如果发送人仅向一个非约定、可能已失效的地址发送，则可能不被认定为有效送达。此时，法官应着重审

查发送方是否穷尽了可能的联系方式、是否有证据表明对方恶意逃避送达，并结合个案具体情况判断。在诉讼解除的情形下，合同解除的时点为起诉状副本送达对方之日。

程序要件二：异议——对方的反击与期限

理想逻辑下，解除条件成就后，解除权人向相对人发出解除通知，合同关系即告终止，但实践中往往出现的情况是，解除权和解约方二者并不完全重合，即解除方可能因未满足解除条件而缺乏实体上的解除权，此时根据《民法典》第五百六十五条的规定，相对人可以提出异议。关于异议权的行使期限，《民法典》和《合同编通则解释》未作规定，但《合同编通则解释》第五十三条规定：“当事人一方以通知方式解除合同，并以对方未在约定的异议期限或者其他合理期限内提出异议为由主张合同已经解除的，人民法院应当对其是否享有法律规定或者合同约定的解除权进行审查。经审查，享有解除权的，合同自通知到达对方时解除；不享有解除权的，不发生合同解除的效力。”可见，合同解除权的审查核心不在于异议权的行使期限，而在于是否有解除权的实体权源。此外，异议必须通过诉讼或仲裁方式提出，仅通过函件表示反对，但未在法定期间内提起诉讼，异议不成立。

结语

审理合同解除案件，本质上是在鼓励交易与保护权利之间寻求动态平衡的永恒艺术，心中应常怀两把尺：一把量权利的根基，一把量程序的方圆。二者并重，缺一不可。法官既应尊重当事人依法解除的权利，保障其从僵局中脱身的制度通道；亦须审慎把握解除作为“合同终局手段”的严厉性，防止权利滥用对既有交易关系的轻易破坏，从而实现定分止争。

签订框架协议后却将股权转让他人，法院这样判——摘自“深圳市中级人民法院”微信公众号

作者：瞿德雄

日期：2026年1月6日

签署了股权转让框架协议，定金已付，股权却另卖他人，交易戛然而止，法律责任如何划分，请和鹏法君一起来看看这个案例。

案情简介

2024年9月，A公司与B公司签订了一份股权转让框架协议，约定A公司拟收购B公司持有的C公司的100%股权，作价4.8亿元。为保障该收购的进行，框架协议

议约定在协议签订后5个工作日内，双方在A公司指定银行开立三方监管账户用于交易资金监管，并根据协议约定的条件解除监管、解付资金用于指定用途；A公司应在开立资金监管账户后2个工作日内向该账户支付定金300万元；A公司支付300万元定金后可委派专业机构对C公司开展尽职调查，双方根据尽职调查的情况按框架协议约定的原则协商签订正式股权收购协议。

框架协议还明确约定B公司就目标公司股权转让事宜与A公司之外的第三方签订任何与框架协议内容冲突或将导致协议部分或全部无法履行的合同、协议、承诺或安排的，除了退还定金外还须赔偿一倍定金（300万元）作为违约金。次日，双方签订补充协议，约定：为完成本次交易，需以C公司名义向银行申请贷款，A公司须在补充协议签订后60日内取得银行贷款批复，否则双方均有权解除原协议及本补充协议。

2024年10月9日，A公司在银行开立资金账户用于三方监管，并向该账户支付了300万元定金。同日，A公司将开设资金监管账户所需签署的《资金监管协议》发送给B公司审核盖章。后A公司数次催告B公司盖章，但B公司未予盖章。2025年1月，A公司向B公司发送《通知函》催促其在3日内履行办理签署《资金监管

协议》的义务，逾期将依法解除双方之间的框架协议及补充协议。但B公司未予理会，且于2025年4月，将持有的C公司股权转让给了案外人D公司并完成了工商登记。

A公司认为，B公司在签订股权转让框架协议后，不仅不积极履行协议，还将案涉股权转让给了其他公司，其违约行为给A公司准备交易资金带来了损失，应予赔偿。因此A公司诉至法院，要求B公司支付违约金300万元。

B公司认为，案涉框架协议及其补充协议并非正式合同而只是预约合同，其目的仅在于通过双方履行磋商形成的条件促成本约合同即正式股权收购协议的签订。但是，由于A公司未获取银行贷款批复，根据约定双方均有权解除协议且不承担任何违约责任。双方协议已于2025年1月解除，B公司此后向案外人转让股权属于正常的商业交易行为，不存在根本违约的情形。双方约定的监管账户并未设立，转入相关账户的300万元还不是定金，A公司在无任何付出的情况下，主张300万元的违约金过高，请法庭结合违约金的填平原则酌情考量。

法院审理

从案涉框架协议与补充协议的约定来

看，取得银行贷款批复的履行期限远在开立资金监管账户并支付定金之后。协议签订后，A公司依约开立了银行账户，转入资金300万元，并拟定《资金监管协议》交由B公司签章。B公司经多次催告仍未予签章确认，后又将案涉股权转让给案外人，其行为已构成根本违约。B公司未依约订立《资金监管协议》，不配合办理资金监管事宜，诉讼中又以《资金监管协议》未成立为由主张A公司转入款项不具备定金性质，有违基本诚信。双方协议约定一倍定金即300万元作为违约金，实质上是适用定金罚则，A公司诉请B公司支付违约金300万元，具有合同依据。此外，考虑到涉案股权交易的金额高达4.8亿元以及A公司为履约所做的资金筹备、支付尽职调查律师费等因素，法院认定300万元的违约金和交易金额相当且是双方当事人在签订涉案框架协议时已有明确预知的，不予采纳B公司关于调整违约金的抗辩意见。

综上，法院判决B公司向A公司支付违约金300万元。该判决已生效。

鹏法君说法

本案双方签订的股权转让框架协议属于预约合同，其目的是为将来签订正式股权转让合同而预先作出的安排。合同之约，重在诚信。不管是预约合同，还是本约合

同，一经成立，即具有约束力，双方就负有依约履行和诚信协作的义务。

本案中，B公司在签订该框架合同后以消极不作为的方式多次拒绝A公司的履约请求，且反将标的股权转让予他人，并完成工商登记，显然违反了诚实信用原则，致使A公司的合同目的不能实现，构成根本违约。法院在考虑涉案交易股权标的为4.8亿元，金额巨大，A公司为履约进行筹集资金、尽职调查等工作的情况后，支持了A公司所主张的违约金300万元，是对“契约精神”的坚守。社会公众在签约时应当重信守约，切勿轻视“框架协议”的法律效力。市场经济活动中要以信立身，守信才是最好的“通行证”。

“背靠背”条款是否有效？这份判决依法保护中小企业利益——摘自“北京海淀法院”微信公众号

作者：赵颖华

日期：2026年1月16日

蓝天公司向白云公司购买砂石料，但经白云公司多次催促，蓝天公司仍有砂石料款未付。白云公司起诉至法院，蓝天公司则以合同中按业主工程进度款同比例付款的约定抗辩。海淀法院经审理，判决蓝

天公司向白云公司支付货款 58215.06 元及逾期付款利息损失。

白云公司应举证证明其存在实际损失。

案情简介

白云公司诉称，2016年3月，蓝天公司与白云公司签订《砂石料买卖合同》，向白云公司购买砂石料，合同对货物名称、品种、规格、合同履行期限、价格与货款支付、违约责任等均进行了约定。合同签订后，白云公司依约向蓝天公司供应了砂石料。2016年4月，双方经对账确认最终结算金额为860720.2元，白云公司向蓝天公司开具了全额发票。8月，双方签订《合同封账协议》，再次共同确认了结算金额并对最终付款期限进行了约定，但截至2023年8月，经白云公司多次催促，蓝天公司仍有58215.06元砂石料款未付，违反了合同约定，应当承担逾期付款的违约责任。

蓝天公司辩称，根据合同第7.3条，关于货款支付方式的约定，应当按照业主工程进度款同比例向乙方支付货款，目前业主方向蓝天公司支付款项比例为94%，剩余工程款尚未支付。蓝天公司向白云公司的支付比例也达到了94%，剩余货款的付款条件尚未成就。其次，合同第7.5条中明确约定了如果蓝天公司出现资金困难，白云公司同意风险共担，放弃蓝天公司逾期付款利息。即使需要计算逾期付款利息，

法院审理

法院经审理后认为，白云公司与蓝天公司订立的《砂石料买卖合同》系双方真实意思表示，亦未违反法律、行政法规的强制性规定，应属合法有效，各方均应按照约定全面履行自己的义务。依据双方签订的《合同封账协议》及蓝天公司付款情况，截至目前蓝天公司尚欠剩余货款58215.06元未付。蓝天公司未依约足额支付货款，其构成违约，应当承担违约责任。

关于蓝天公司抗辩所称的付款条件未成就一节，法院认为，依据《最高人民法院关于大型企业中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复》第一条的规定，涉案合同约定的以业主付款为前提的条款无效，蓝天公司的抗辩意见法院不予采信。故白云公司要求蓝天公司支付货款58215.06元的诉请，于法有据，法院予以支持。

关于违约责任。依据《中华人民共和国民法典》第五百八十四条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失”，第五百八十五条规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一

定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。”

法院认为，需要特别说明的是，白云公司最后一批供货于2016年4月完成，结合蓝天公司的实际付款情况，蓝天公司付款严重违约，虽然双方约定白云公司放弃蓝天公司逾期付款的利息，但该约定显失公平，且白云公司依据实际损失主张逾期付款利息，具有法律依据，故法院综合考虑上述情况后，对于白云公司主张的逾期付款利息调整为以58215.06元为基数，自2016年12月31日起至贷款实际付清之日止，按照中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率或者同期一年期LPR为标准计算，其相应诉请，于法有据，法院予以支持；超出部分，法院不予支持。

最终，法院判决蓝天公司向白云公司支付货款58215.06元及逾期付款利息损失。

宣判后，双方当事人均未上诉，该判决现已生效。

法官说法

本案的核心在于对“背靠背”条款效力的审慎认定。法院并未孤立看待合同文字的表面约束力，而是深入审查条款是否实质违背公平原则与诚实信用原则。蓝天公司作为相对强势的一方，试图通过将业主付款风险转嫁给供应商白云公司，实质是单方面规避自身资金周转风险，加重了中小企业的履约负担。根据《最高人民法院关于大型企业中小企业约定以第三方支付款项为付款前提条款效力问题的批复》的精神，此类条款若构成优势地位下的风险转嫁工具，即因丧失公平性而无效。需明确的是，条款无效并不影响合同其他部分的效力，蓝天公司仍应依约履行付款义务。本案判决体现了司法对中小企业合法权益的保护，也警示市场主体不得通过隐蔽条款架空自身的合同主体责任。

司法裁判在此类案件中的价值取向十分明确：合同的自由约定不能凌驾于公平原则之上。尤其是当条款成为强势方规避自身付款义务的“避风港”时，法院有必要通过裁判矫正失衡的利益关系。本案的判决传递出一个清晰信号——商业模式创新不能以牺牲公平为代价，合同的严肃性应建立在权利义务对等的基础之上。

更重要的是，本案体现了司法对中小企业生存环境的关注。中小企业是经济生态中的毛细血管，若放任风险不合理转嫁，将影响整体市场健康。因此，法院在认定

条款无效的同时，仍坚持合同其余部分有效，既保护了中小企业权益，也维护了交易稳定，实现了司法干预与合同自由的平衡。同时，法院还会结合合同的实际履行情况，评估双方的履约行为和第三方支付的实际状况，确定相对方的违约责任，确保交易的公平性和合法性。

对中小企业而言，签订合同时需警惕“背靠背”条款这一隐性风险源。应主动审查付款条件是否清晰、合理，避免接受如“按业主付款比例支付”等模糊表述。若对方凭借交易优势强加不公条款，应明确拒绝或要求修改为直接付款承诺，并保留协商过程的书面记录。履行过程中，注意及时对账、催款，固化履约证据，为潜在纠纷预留举证空间。对大型企业而言，本案敲响警钟：合作中应摒弃“风险全转嫁”的思维，合理设置付款周期，避免利用格式条款加重对方负担。企业需强化内部风控，对合同条款进行公平性审查，确保符合《民法典》的公平诚信原则。唯有构建责任共担、利益共享的合作模式，才能实现长期稳健发展。

三、实务研究

投资保底协议的效力及法律后果——摘自“人民司法杂志社”微信公众号

作者：周淳 刘锦添

日期：2026年1月22日

一、投资保底协议的内涵

投资保底协议，是指在资本市场融资活动中，由融资方或其关联主体（如上市公司控股股东、私募基金管理人）或其他保底义务方，与投资者预先订立的契约安排：若投资者认购定增股份或基金份额后的实际收益未达到约定标准，则由保底义务方对差额部分进行补足。该协议本质是通过契约设计，将股权投资的固有风险从投资者转移至保底义务方。在我国现行法律和行政法规中，并未对该类协议效力作出明确规定。

2017年，最高人民法院出台《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》，提出强化金融审判与金融监管机构的协调配合，推动形成统一完善的金融法治体系。当前，金融交易相关活动被纳入强监管，各类金融交易合同将受到各类金融监管措施的显著影响。投资保底协议作为资本市场中融资体系下常见的融资安排，其效力

的认定也成为实践中的重要问题。

二、不同交易场景下投资保底协议效力的认定

（一）投资保底协议效力认定的司法立场演进与争议

在民法总则颁布前，合同法第五十二条第（五）项是投资保底协议效力认定的主要依据，在有关协议不直接违反法律、法规强制性规定情形下，人民法院轻易不认定协议无效。然而，随着金融市场不断深化发展、金融创新与交易形式不断演变，仅依靠法律、行政法规之明确规定认定合同效力的进路不足以回应金融监管对司法协同的需求。民法总则（现民法典）出台后，其第一百五十三条成为认定合同效力的法律依据，人民法院在处理涉及合同违反金融监管规则的问题时，根据无效事由的不同形成了两种裁判路径。

第一种路径，依据民法典第一百五十三条第一款“违反法律、行政法规的强制性规定”评价保底协议效力。该类裁判的逻辑在于，虽然上位法没有明确规定，但金融规章和规范性文件中的强制性规定系根据上位法的授权而制定，或是为落实上位法律法规而制定的具体规定。因此，违反该类金融规章和规范性文件，本质上是违反了相应的上位法。据此，法院可依据民法典第一

第一百五十三条第一款认定合同效力。

第二种路径，从民法典第一百五十三条第二款“违反公序良俗”出发评价保底协议效力。该裁判逻辑体现为：金融规章无法作为评价合同效力的直接依据，因此合同并不因违法无效，而是因合同违背了金融规章所维持的公序良俗无效。2019年出台的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民会纪要》）第31条对该裁判路径予以确认：当合同所违反的相关行政规章涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，法院应当认定合同无效。2023年《全国法院金融审判工作会议纪要（征求意见稿）》提出，对于法律法规没有明文规定，而由地方性法规、行政规章或者国务院金融管理部门的监管政策作出禁止性规定的事项，要认真研究相关禁止性规定是否符合民法典第一百五十三条第二款关于公序良俗的规定。

上述两种路径的核心差异在于效力否定的直接依据。基于民法典第一百五十三条第一款的路径需以确定上位法为前提，本质上是通过规章指向明确的法律、法规规定；基于民法典第一百五十三条第二款的路径则无需依赖上位法，以规章背后的公序良俗价值为判断标准，这赋予法院公序良俗解释权，自由裁量空间巨大，理论界不无质疑。

最高法院《关于适用民法典合同编通则若干问题的解释》第16条、第17条分别对民法典第一百五十三条的第一款和第二款进行进一步解释，对合同效力规则进行了补充和完善。但值得注意的是，该司法解释并未回应上述两类认定违反金融规章的合同效力路径，反而回避了金融规章能否以及如何影响合同效力这一问题。对于金融规章如何影响投资保底协议的效力，理论和实务层面仍存在争议。

（二）上市公司与投资者签订定增保底协议

上市公司定向增发时，上市公司、控股股东或实际控制人与定增投资者签订差额补足约定，应基于证券法的相关规范认定无效。最高法院《关于为深化新三板改革、设立北京证券交易所提供司法保障的若干意见》（法发〔2022〕17号）虽然只针对北京证券交易所上市公司，但这一规定对司法实践中上市公司定增保底协议效力认定产生重要影响。证券法第三条规定，证券的发行、交易活动，必须遵循公开、公平、公正的原则。“三公”原则是证券市场的基石，上市公司定增保底协议严重损害“三公”原则、影响证券市场秩序，应对其效力予以否定性评价。

其一，违背公开原则，侵蚀信息披露制度核心。上市公司作为公众公司，需披

露对投资者决策有重大影响的交易信息。但差额补足协议多以“抽屉协议”形式存在，未按规定公开披露，干扰市场信息传递机制，侵蚀注册制以信息披露公平性与真实性为核心的制度根基。

其二，违背公平原则，破坏股东平等基础。该类协议赋予特定投资者免受股票价格下行风险，实质上对特定投资者的股票附加卖出期权，使其权利优于其他同类股东，导致同类股票不同权利，违背股东权利平等的基本原则。

其三，违背公正原则，诱发操纵市场与利益失衡风险。获保底保障的投资者与保底义务方易形成利益共同体，可能通过拉抬股价、虚假陈述等方式操纵市场，待普通投资者跟风入市后高位减持获利，将风险转嫁给普通投资者以及整体市场，破坏市场交易的公正性，进而诱发系统性风险。

因此，证监会《证券发行与承销管理办法》《上市公司非公开发行股票实施细则》等规章明确禁止上市公司及其控股股东、实际控制人向特定发行对象作出保底保收益或变相保底保收益承诺。实务中有案例认为，证监会的上述规定是对公司法、证券法条款所作出的解释性规定，因而该类定增保底协议实则是违反公司法、证券法关于“同股同权”和“买者自负”的强

制性规定，从“违反法律法规的强制性规定”出发而认定合同无效。

（三）非公开股份公司与投资者签订保底协议

公司法第一百六十三条第一款规定，公司不得为他人取得本公司或其母公司股份提供赠与、借款、担保及其他财务资助。该规则的核心目的是维持公司资本充实，防止公司责任财产因利益输送等原因不当减少，保护公司、中小股东与债权人利益。非公开股份公司引入投资者过程中，若保底承诺方以公司资金提供差额补足，或差额补足义务的履行依赖公司资产支持，则可能构成公司法限制的财务资助行为。

（四）私募基金与特定投资者签订保底协议

私募基金与上市公司的融资结构不同，其并非在公开市场募集资金，而是面向特定合格投资者发售份额，本质是商事主体之间进行的自治性交易。因此，实践中私募基金与投资者签订的差额保底协议，其效力在理论与实务界有较大争议。有效说主张，保底条款是私募基金与投资者基于自身意愿自主协商达成的约定，是双方对投资风险与收益分配的自由安排，只要不违反法律、行政法规的强制性规定，应为有效。无效说认为保底条款约定一方只享

收益不担风险，违背私募基金发行与交易的基本原则，也损害了基金其他投资人的利益，构成对基金投资者的不公平对待，应属无效。

笔者认为，应从私募基金的制度目的、募集对象两个方面出发考量私募基金保底协议。

其一，从制度目的看，私募股权或证券投资基金均以“高风险高收益”为本质属性，差额补足协议通过保底方兜底，使投资者完全脱离下行风险，导致投资行为异化为“类债权投资”，扭曲私募产品的定位。

其二，从募集对象看，基于私募基金的高风险性定位，法律对投资者设定了准入门槛，即“合格投资者”标准，要求该类投资者具备相应的风险识别能力与风险承受能力。然而，基金通过保底协议，规避应对合格投资者承担的适当性义务，严重削弱合格投资者制度功能；另一方面，投资者因认为风险已转移，可能忽视对私募产品的评估与监督，最终导致合格投资者制度沦为空谈，丧失其筛选风险承受主体的实质意义。

《私募投资基金监督管理条例》第三十二条明确要求私募基金管理人、私募基金托管人及其从业人员不得向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益。司

法实务中，有法院从私募基金设立依据、金融监管目标、社会影响等因素综合分析，认为私募基金管理人、基金投资顾问机构及其从业人员不得对投资人承诺保底协议，属于应当遵守、不得违反的社会公共秩序，因而保底协议无效。

三、投资保底协议无效后的法律后果厘清

投资保底协议无效后，投资者的损失应限定为实际损失，不包含协议约定的预期利益。同时，应结合投资者是否处置股份或基金份额，综合测算损失金额。

依据民法典第一百五十七条，无效民事法律行为的后果应根据当事人过错程度分配责任，具体需结合各场景下主体的身份与行为性质判断。

1. 保底义务方的过错。上市公司控股股东、私募基金管理人及股东等保底义务方作为资本市场或公司治理中的专业主体，应知晓相应法律与监管规则对保底行为的禁止性规定，仍通过保底协议吸引投资，其行为具有明显过错，且过错程度较高；若保底义务方同时存在滥用控制权、未履行信息披露义务等情形，应进一步加重其责任比例。

2. 投资者的过错。此类保底协议中，投资者通常为具有一定谈判能力和风险识

别能力的主体，应当知晓资本市场应有的投资风险，却通过接受保底协议转嫁投资风险，对损失的发生亦存在过错；若投资者为专业机构投资者，其对法律与监管规则的认知能力更强，过错程度应相应提高，责任分担比例也需随之调整。

实践中，应遵循“过错与责任匹配”原则，避免过度苛责保底义务方导致市场主体投资意愿萎缩，或纵容投资者忽视风险。通常可认定保底义务方承担主要责任，投资者承担次要责任，具体比例需结合个案中双方的过错情节，如保底义务方是否主动诱导、投资者是否尽到注意义务等因素综合确定。

结语

无论是上市公司、私募基金还是一般公司引入投资者场景，投资保底协议的效力认定，本质是法律与监管对缔约自由与市场秩序的价值权衡。未来，需进一步强化司法与监管的协同，应进一步明确不同场景下投资保底协议效力认定规则，避免因规则适用差异导致市场主体规避监管；同时，通过明确无效后果的认定标准，引导市场主体形成合理预期。在充分尊重市场主体意思自治的基础上，通过更为清晰的法律规则，为资本市场的健康发展提供坚实的法律保障。

上市公司定增保底协议效力的司法认定——摘自“人民司法杂志社”微信公众号

作者：姚栋财 汪若瑜

日期：2026年1月20日

裁判要旨

上市公司定向增发等再融资过程中，投资人利用优势地位与上市公司及其控股股东、实际控制人或者主要股东订立的“定增保底”性质条款，因其赋予了投资人优越于其他同种类股东的保证收益特殊权利，变相推高了中小企业融资成本，违反了证券法公平原则和相关监管规定，应依法认定为无效。定增保底条款无效后，上市公司及其控股股东、实际控制人或者主要股东应当将投资款退还给投资人，对于投资人无法收回的投资损失，应当由投资人与上市公司及其控股股东、实际控制人或者主要股东根据各自的过错程度进行合理分担。

案号

一审：（2021）苏0582民初17584号

二审：（2023）苏05民终2810号

案情

原告：江苏省张家港市乐鑫合伙企业（有限合伙）（以下简称乐鑫企业）。

被告：陈某、中国能源工程集团有限公司（以下简称能源公司）。

2011年3月2日，天沃公司在深圳证券交易所上市，陈某、能源公司均系天沃公司股东。2018年5月14日，陈某（甲方1）、能源公司（甲方2）与乐鑫企业（乙方）签订协议书，就乐鑫企业认购天沃公司非公开发行股票事宜进行了约定，主要内容为：鉴于天沃公司非公开发行不超过147152400股股票的申请已获得中国证监会的核准，乙方认购天沃公司本次非公开发行股份项目成功后，甲方承诺按照本协议约定保证乙方认购金额本金安全并获得不低于9%的年化固定收益。甲方承诺，自乙方向保荐人（主承销商）为本次非公开发行股份专门开立的账户支付全部认购款项之日起，按解锁期的不同，分两期分别按照本次投资标的股票解锁部分实际收入不低于认购金额 $\times(1+9\%) \times A/365$, $A \geq 365$ 保证持有解锁部分标的股票投资收益，每期解锁部分实际收入低于认购金额 $\times(1+9\%) \times A/365$ 的，甲方自愿按本协议约定直接向乙方支付补偿金。双方确认，如乙方未按本协议约定在现金补偿减持期内卖出所持认购股份，甲方在本协议项下所承担的保证乙方认购金额本金安全及固定收益的义务及其他义务全部豁免。同月，

乐鑫企业认购天沃公司非公开发行股票15109890股，每股7.28元，认购款总计109999999.2元。

后因天沃公司股票价格下跌，乐鑫企业于2019年9月29日致函陈某、能源公司要求对第一期解锁股票回购或现金补偿。2019年12月2日，乐鑫企业与能源公司签订补充协议，内容为：由能源公司对乐鑫企业持有的天沃公司第一期解锁股份（7554945股）分四期进行现金补偿，每期按照1888736.25股折算相应金额进行补偿。

2020年5月9日，乐鑫企业与能源公司在法院的组织下达成调解协议：能源公司于2020年8月14日前给付乐鑫企业第一期解锁股票现金补偿款31411105.81元及逾期利息。后能源公司未能履行调解协议，乐鑫企业申请法院强制执行。

2020年10月12日，乐鑫企业致函陈某、能源公司，要求回购第二期解锁股份7554945股并按约履行现金补偿义务。陈某、能源公司收函未有回应，2020年11月19日，乐鑫企业自行减持股票7885700股，成交价格为每股3.3367元。2021年9月22日，乐鑫企业减持剩余股票7224190股，成交价格为每股5.3009元。

因乐鑫企业减持天沃公司股票后出现

巨额损失，陈某、能源公司未能按约履行现金补偿的义务，乐鑫企业遂向法院提起诉讼，请求判令：陈某、能源公司共同赔偿乐鑫企业损失 82661228.97 元及相应的违约金。

审判

张家港市人民法院经审理认为：《上市公司非公开发行股票实施细则》（以下简称《实施细则》）第二十九条规定，上市公司及其控股股东、实际控制人、主要股东不得向发行对象作出保底保收益或变相保底保收益承诺，且不得直接或通过利益相关方向发行对象提供财务资助或者补偿。《实施细则》虽属于部门规章，但所涉内容是中国证监会为了规范证券市场秩序，维护证券交易安全制定的监管规定。本案中，乐鑫企业在天沃公司定向增发过程中，与其股东陈某、能源公司签订非公开发行股票保底保收益协议，保证乐鑫企业认购金额本金安全并获得不低于 9% 的年化固定收益，该行为扭曲了证券市场以供求关系为基础的定价机制，其释放的错误价格信息会干扰其他投资者的判断，严重扰乱了证券市场交易秩序。并且该约定赋予了乐鑫企业优越于其他同种类股东的特殊权利，变相推高了上市公司融资成本，有违公平原则，故乐鑫企业与陈某、能源公司签订的协议书应属无效。协议书无效后，乐鑫企业投资到天沃公司的款项，应

当予以返还，但因乐鑫企业投入款项已经全部购买天沃公司股票，后又进行了出售，故对于乐鑫企业投入款项与售出股票之间的差价损失，应当根据合同履行情况及协议当事人的过错等因素进行综合认定。

关于第一期解锁股票的差价损失，能源公司应对乐鑫企业承担的第一期解锁股票损失的赔偿责任已由生效民事调解书予以确认，能源公司应当按照调解书继续履行给付义务。乐鑫企业未在第一期解锁股票现金补偿减持期内卖出所持认购股份，且未就第一期股票损失向陈某主张过相应的权利，故根据协议责任豁免约定，陈某对第一期解锁股票的损失无需承担责任。关于第二期解锁股票损失，乐鑫企业属于专业投资者，理应知晓此类定增保底协议不利于股东权利的平等保护，违反了相关监管规定，存在不被证券监管部门认可的风险，故其应当对协议书无效产生的损失自行承担 50% 的过错责任。能源公司、陈某通过“定增保底承诺”吸引乐鑫企业投资参与非公开发行股票，对于协议书无效也存在相应过错，应承担另外 50% 的过错责任。但考虑两被告对于天沃公司的影响力和控制力不同，且能源公司在协议书履行过程中与乐鑫企业连续达成多份协议但均违约，过错程度较重，故酌定由能源公司承担 30%、陈某承担 20% 的赔偿责任。遂判决：一、确认乐鑫企业与陈某、能源公

公司于2018年5月14日签订的协议书无效；二、陈某于判决生效后10日内向乐鑫企业赔偿损失5964412.66元；三、能源公司于判决生效后10日内向乐鑫企业赔偿损失8946619元；四、驳回乐鑫企业的其他诉讼请求。

一审判决后，乐鑫企业不服，向江苏省苏州市中级人民法院提起上诉。苏州中院经审理，判决驳回上诉，维持原判。

评析

一、定增保底协议的基本模式

定增原本是证券市场典型的股权投资方式，保底协议的存在规避了股权投资的风险即收益的不确定性，使其更偏向于一种债权的投资。从司法实践看，定增保底协议多以差额补足协议、定增股份回购协议等形式出现。常见模式如下：

（1）从签订主体来看，可分为两种模式：一种是由上市公司直接与投资人签订协议；另一种是由上市公司的实际控制人、控股股东等关联主体与投资人签订协议，本案乐鑫企业与陈某、能源公司所签的定增保底协议即属此种类型。

（2）从保底方式来看，可分为两种模式：一种是固定收益型，即双方约定某一固定收益率，若投资人所持定增股票在处

置时未达到此标准，则由上市公司或其实际控制人、控股股东等主体补足。常见表述方式为：“B公司保证A认购金额的本金安全并获得年化8%的固定收益”“若现金金额不足以覆盖A的投资本金及8%的年化资金成本时，不足部分，B承诺向A无条件提供差额补偿”等。另一种是股权回购型，双方约定投资人持有的股票到期后，由上市公司或其实际控制人、控股股东等主体按照特定价格回购股份，常见表述方式为：“A有权选择要求B按照本协议约定回购A持有的全部股权，B承诺按约定支付股权回购价款并回购部分或全部标的股权，受让价格应为A出资按年投资收益率15%单利计算的收益与投资本金之和”。此外，在上述两种模式下，部分协议中也会同时存在“超额利益共享”的约定，即定增股票在处置时超过固定收益率的部分由双方按比例分成。本案陈某、能源公司承诺按照协议约定保证乐鑫企业认购金额本金安全并获得不低于9%的年化固定收益，即属于第一种固定收益类定增保底协议。

二、金融监管与司法实践对定增保底协议效力认定的演变过程

（一）金融监管层面

通过对中国证监会相关规则的制定与修订过程进行梳理，可以看出以往的监管

规定并未直接对增保底协议作出规制，而是通过禁止“财务资助或补偿”的方式将定增保底协议中的“保底承诺”涵盖其中，但表述稍显委婉，从监管力度来看更偏柔和。但随着国际国内经济金融环境发生深刻变化，防范化解金融风险成为金融工作的永恒主题，金融监管不断加强和完善。自2020年之后，相关监管规定逐渐将定增保底协议的缔约主体、内容进一步细化、明确，监管力度明显提升。如2006年《上市公司证券发行管理办法》第七十三条规定：“上市公司和保荐机构、承销商向参与认购的投资者提供财务资助或补偿的，中国证监会可以责令改正；情节严重的，处以警告、罚款。”2018年《证券发行与承销管理办法》第十七条规定：“发行人和承销商及相关人员……不得直接或通过其利益相关方向参与认购的投资者提供财务资助或者补偿。”2023年，新修订的《证券发行与承销管理办法》第三十八条规定：“上市公司向特定对象发行证券的，上市公司及其控股股东、实际控制人、主要股东不得向发行对象做出保底保收益或者变相保底保收益承诺，也不得直接或者通过利益相关方向发行对象提供财务资助或者其他补偿。”同时，《实施细则》（2020年2月14日修订）第二十九条、《上市公司证券发行注册管理办法》（2023年2月17日发布）第六十六条也作了相同的规定。

（二）司法实践层面

2022年之前，司法实践中大部分案件将定增保底协议认定为有效。理由一般包括：其一，《实施细则》《证券发行与承销管理办法》等属于部门规章，不属于导致合同无效的效力性强制性规定；其二，定增保底承诺不会损害公司及其股东、债权人利益，也不损害证券市场秩序或社会公共利益；其三，当事人之间签署定增保底协议的时间发生在《实施细则》等规定出台之前，根据法不溯及既往原则，《实施细则》等规定对案涉定增保底协议无约束力。

2022年6月23日，最高人民法院发布的《关于为深化新三板改革、设立北京证券交易所提供司法保障的若干意见》（以下简称《司法保障意见》）第9条规定：“在上市公司定向增发等再融资过程中，对于投资人利用优势地位与上市公司及其控股股东、实际控制人或者主要股东订立的‘定增保底’性质条款，因其赋予了投资人优越于其他同种类股东的保证收益特殊权利，变相推高了中小企业融资成本，违反了证券法公平原则和相关监管规定，人民法院应依法认定该条款无效。”该意见首次在司法层面明确规定增保底协议无效。2023年1月，全国法院金融审判工作会议召开，重申了《司法保障意见》否定定增保底协议效力的态度。这说明在金融

强监管的大背景下，司法实践对定增保底协议效力的态度逐渐与金融监管趋同，定增保底协议被认定为无效的可能性大大增强。

三、定增保底协议效力认定的裁判路径及法理分析

（一）《司法保障意见》的适用范围及对存量业务的影响

《司法保障意见》公布以后，有观点认为《司法保障意见》仅适用于新三板挂牌公司和北交所上市公司，并且根据“法不溯及既往”的原则，案件事实发生在《司法保障意见》发布之前的，仍需适用之前的相关规定。此种观点有待商榷，虽然名义上《司法保障意见》是专门针对新三板和北交所提供的保障意见，但就定增保底事项而言，其在业务模式和逻辑、监管场景和适用规定等均与沪深交易所并无区别。因此，上述司法裁判逻辑同样应当适用于沪深交易所的上市公司。

（二）定增保底协议无效的裁判路径及法理分析

如前所述，《司法保障意见》发布后，上市公司定增保底协议归于无效已是大势所趋。但《司法保障意见》并未揭示合同无效的法理依据，之后的新作判决在说理时也往往直接援引意见原文，文书说理难

以深入，缺乏对理论界以及当事人不同声音的回应。因此，司法裁判应当在准确理解《司法保障意见》的基础上探寻认定合同效力的底层逻辑。

1. 定增保底协议违反公司法禁止财务资助的规定。公司法第一百六十三条第一款规定：“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。”禁止公司财务资助的立法目的在于维持公司资产，避免控制权人滥用权利不当减少公司责任财产，保障公司实际财务状况与披露情况一致，维护公司、中小股东以及债权人利益。对于财务资助的方式，除了该条明确的赠与、借款、担保之外，定增保底协议约定投资人向公司注入资金，公司或其关联方就投资收益作保底承诺，将该投资行为解释为向公司提供借款并谋求固定收益并无障碍。故上市公司或关联方为投资人提供的差额补足、流动性支持等承诺的，应当归入“其他财务资助”类型。关于财务资助行为的效力，公司法并未明确，但从该条第二款的规定可以看出，如果是为公司利益，经股东会决议，或者董事会按照公司章程或者股东大会的授权作出决议，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。该规定与公司法第十五条公司提供担保的规则基本一致。故从规范目的解释，定增

保底协议当事人如无法证明该协议经过公司决议，则定增保底协议无效或对公司不发生效力。

2. 定增保底协议违反证券法的公平、公开原则。证券法第三条规定：“证券的发行、交易活动，必须遵循公开、公平、公正的原则。”“三公原则”是证券法的基本原则，也是证券交易的基石。而本案中，定增保底协议确保乐鑫企业无论股票涨跌都能获得保本加固定收益，使其拥有了普通投资者无法享有的特殊权利，免除了本应由其自行承担的投资风险，违反了证券法的公平原则。此外，上市公司作为公众公司，其同时具备股东人数广泛、公司经营公开等特征。因其股票可以公开上市交易，对中小投资者的合法权益和资本市场交易安全产生深远影响，故上市公司负有将可能对公司的资产负债与经营成果产生重大影响的相关交易行为、合同信息公开披露的法定义务。但上市公司为逃避监管，往往没有将此类差额补足、到期回购等保底协议公开披露，导致其他投资者无法获取真实的交易信息，影响投资者的判断。对于该等违规行为，司法裁判应与金融监管同频共振，坚决予以遏制，否则将助长市场主体通过抽屉协议等隐蔽手段规避证券监管，侵蚀注册制以信息披露真实性、准确性、完整性为核心的制度根基。

3. 定增保底协议违反公序良俗原则。

当前我国金融市场创新活跃，实践中不断涌现的新型交易安排催生新型金融风险与法律空白。实践中，金融监管规章往往先于法律法规给予新兴事物法律评价。适用公序良俗原则不仅可以克服金融审判的局限，也为人民法院审理民商事疑难案件开辟重要裁判路径。对此，2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第31条规定：“违反规章一般情况下不影响合同效力，但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的，应当认定合同无效。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时，要在考察规范对象的基础上，兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量，并在裁判文书中进行充分说理。”《实施细则》虽属于部门规章，但所涉内容是证监会为了规范证券市场秩序，维护证券交易安全制定的监管规定。定增保底协议使投资人稳赚不赔，脱离了股票价格涨跌的影响，与资本市场的基本价格形成原理相悖，扭曲了证券市场以供求关系为基础的定价机制，其释放的错误价格信息会干扰其他投资者的判断，严重扰乱了证券市场交易秩序。同时，部分经营状况不佳的上市公司可能会利用保底协议承诺较高的保底收益率，将其作为一种增信措施吸引投资对象，以图将公司股价维持在高位。而出具承诺的上市公司及其控股股东为免于补足差额，亦有可能通过操纵市场、虚报业绩等行为

拉升股价，均可导致破坏金融市场秩序、损害中小股东的合法权益。

四、定增保底协议无效的法律后果

不同于一般的合同无效，定增保底协议无效的后果不仅涉及民法典合同编，还涉及公司法、证券法的规则和理念，甚至在法技术的处理上也可能适用或参照适用担保、资管刚兑等规则或经验，因而具有相当的复杂性。根据民法典第一百五十七条的规定，定增保底协议无效，当事人承担的是缔约过失责任，法律后果是上市公司及其关联方返还因保底承诺已取得的财产及资金占用费，对于投资人无法收回的投资损失，应当由投资人与上市公司及其关联方根据各自的过错程度进行分担。

（一）投资损失的认定

投资人的损失应当是投资人认购股票金额减去实际卖出股票所得金额，根据诚实信用原则，保底承诺中的固定收益则不属于投资人的损失，投资本金被占用期间的利息损失则可适当考虑。具体分为三种情形：一是投资人实际卖出股票所得金额小于认购股票金额，则投资人损失金额=投资本金+资金占用期间利息损失-实际卖出股票所得金额。二是投资人实际卖出股票所得金额大于认购股票金额和资金占用期间利息损失，则在合同无效的情况下，投

资人不存在损失，对其诉讼请求应予驳回。三是投资人提起诉讼时尚未完全出售上市公司股票，股票价值仍处于变化之中，虽然目前低于承诺价格，但其损失发生与否及金额尚不确定，则可待损失确定后另行起诉。本案中，关于第二期解锁股票损失，乐鑫企业为购买第二期解锁股票 7554945 股投入的本金为 54999999.6 元，后该部分股票于 2020 年 11 月 19 日在二级市场出售，取得股票收入为 25177936.28 元。因此，乐鑫企业第二期解锁股票损失为 29822063.32 元。

（二）过错认定

对于双方过错程度的认定，应当结合参与方的身份、对监管规则及风险的预见和判断能力、股票处置是否妥当等因素合理分配当事人的过错。一般情况下，参与上市公司定向增发的投资人具有丰富的资本市场经验，投资能力较强；承诺人作为上市公司及其关联方，双方以抽屉协议方式签订定增保底协议故意规避监管规定，均存在明显过错，若定增保底协议被认定为无效，则在判断各方过错时，通常会认定投资人与保底承诺人过错相当，由各方平均承担损失，具体仍需根据个案进行判断。本案中，因乐鑫企业未按照协议约定的减持期减持股票，故陈某豁免对第一期解锁股票的差价损失。而对于第二期解锁股票的差价损失，乐鑫企业作为投资人自

行承担 50% 的过错责任,对于剩余 50% 的责任,考虑陈某、能源公司对天沃公司的控制力不同,对乐鑫企业投资决策的影响力也不同,故认定能源公司承担 30%、陈某承担 20% 的赔偿责任。

移动沙龙 | 股东对债权人的意思表示与公司决议——摘自“人民司法杂志社”微信公众号

作者:王长军、李志刚、戴景月、程浩、谢澍、程立武、王建文、王松、李建伟、陈醇、杨磊、刘保玉、曹兴权、朱虎、刘建功、傅穹、梁上上

日期: 2026 年 1 月 21 日

目次

案例与问题

公司决议与股东的意思表示

形式与实质

《民法典担保制度解释》第 8 条的法理

公司法中程序的意义

原则与例外

案例与本质

立法与司法

程序减省与目的解释

组织法的逻辑

原则、变通与最优解

案例与问题

王长军: 公司有甲、乙二股东,甲、乙持股分别为 80%、20%。甲向张三借款 100 万元,公司出具了《连带保证承诺书》。乙向张三出具《连带担保确认书》,载明:“同意在无法偿付时,对公司追偿。”但公司未向张三出具同意担保的决议。因甲未还款,张三起诉,公司应否承担保证责任? 观点 1. 因公司未出具担保决议,担保对公司不发生效力,公司不承担保证责任,只承担缔约过失责任。观点 2. 公司仅有两股东,小股东乙已书面确认同意公司担保,相当于股东会的“非关联方一致同意”,程序合法,故公司应承担保证责任。您认为呢?

李志刚: 题设案例的核心问题似可概括为:担保决议的全部表决权股东出具的个人承诺,是否属于公司法第十五条规定的担保决议通过?

王长军: 是的。另一个焦点为《连带担保确认书》最后一句:“同意在无法偿付时,对公司追偿”是否表明乙同意公司为甲的借款提供担保?

李志刚: “在无法偿付时”追偿,公司是一般保证,与前述连带保证责任并非

同一担保方式，推定为公司提供连带保证的决议，没有事实和法律依据。

王长军：有无乙同意公司承担一般保证的意思呢？

李志刚：股东同意公司提供一般保证，公司签的是连带保证合同，仍然缺乏公司提供连带保证的决议，似难以产生有担保决议的法律后果。

王长军：从有利于担保人的角度解释，似可认定公司承担一般保证责任。

戴景月：需要公司同时或顺序作出内部决议和对外意思表示时，只剩一个有表决权股东，在形式上，承诺或决议应该没有根本界限，而文件（股东乙的确认书）中说的公司承担，同时发挥了披露决议内容和承诺担保责任的作用。具体是一般保证还是连带保证，需要考虑。能否认为股东追认了公司确认书？两个确认书都以连带担保命名，但是内容中的责任方式表述不一样。

王长军：这正是争议焦点！

公司决议与股东的意思表示

李志刚：决议和合同是不同主体作出的不同行为，不能交叉解释。

程浩：两种观点都不认可，公司压根

都不是担保人。让公司法的归公司法。第1种观点错得明显，不予置评。第2种观点明显是用民法总则的意思表示解释规则来解释公司法。公司法上的很多问题，还是要在公司法框架里来解释。

谢澍：同意，对两种观点都不认可。承诺并不是决议，决议有程序和形式上的要求，否则一人公司与股东意思表示如何区分？这一句话的后半句是无权代表（除非该小股东是法定代表人）。

程浩：对的，用意思表示规则来解释公司决议，显然不可。

王长军：公司出具《连带保证承诺书》是以何身份？其不承担任何责任的理由是什么？

程浩：让公司担责的请求权基础是什么？公司的股东能随便给公司设定债务？

王长军：法律对公司决议确有程序要求，但司法实务中对股东少的有限责任公司，尤其是双股东公司，通常采取实质审查主义：如果所有有表决权的股东都书面同意，即便未开股东会，也可认定担保有效。

程浩：民法典第六百八十五条规定：“保证合同可以是单独订立的书面合同，也可以是主债权债务合同中的保证条款。

第三人单方以书面形式向债权人作出保证，债权人接收且未提出异议的，保证合同成立。”保证合同是要式合同，公司和债权人有没有保证合同？

谢澍：这个是没错，问题是一般要开会，开会有困难采取传签方式如全部同意可以，但仍然要有决议的形式要求（即这是个决议，大家来签字）。假如在题设纠纷中，债权人诉公司，小股东说这就是他个人的意思，难道可以认为是股东决议？当然题设它是公司写了个保证，讨论的是发不发生效力（公司法第十五条），那么这种情况即在最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》（以下简称《民法典担保制度解释》）第7条、第8条的射程之内。

形式与实质

王长军：本案公司出具了《连带保证承诺书》，加盖了公章，法定代表人也签了字。争议在于：拥有表决权的小股东乙的意思。

1. 公司担保决议制度的核心目的在于防止大股东或实际控制人利用其对公司的控制权，通过公司担保为其自身或关联方的债务提供担保，损害公司及其他股东的利益。该制度的本质在于保障其他股东的知情权与同意权，实现公司意思表示的真

实与公正，而非拘泥于形式上的决议程序。

2. 公司仅有两名股东，控股股东系借款人依法应当回避，剩余股东乙作为唯一有表决权的股东，已以书面形式明确表示同意公司为债权人借款提供担保。该同意虽以确认书形式作出，但其内容系对担保事项的明确同意，具备股东会决议的实质要件，应认定为公司意思表示有效形成。

3. 本案并非一人公司，而是双股东公司。控股股东依法回避后，乙的意思表示即为公司意志，所谓“一人公司股东与公司意思表示难以区分”的情形并不存在。

4. 若否认该确认书的效力，不仅使股东自治流于形式，亦有违司法实践中一贯强调的“实质重于形式”原则。

程浩：决议的程序和形式都是有要求的，不能股东个人拿张纸随便写写就叫股东会决议。如果把股东个人写的这个叫决议，那是不是可以以程序违法把它撤了？

李志刚：决议是否要坚持严格的形式主义，还是看实质，是公司法上诸多问题的根本分歧。如果认为决议是公司法上的内部决策机制，那么，公司法规定的决议程序和形式都是明确的、法定的。股东个人对公司债权人出具的承诺，是否属于决议？肯定不属于。能否推定为“视同经过了决议程序”？至少立法没有规定，推定

本身包涵了解释者的价值判断。

谢澍：小股东如果不承认这是决议，那就确实不是。组织法和交易法还是有挺明显的区别的。我们如果仅凭题设中非关联方只有一个股东，就将该股东出具的连带担保责任书想当然地理解为这是一个非关联方的股东决议，那么，股东要表示的意思如果是个人承担责任，难道要特别注明是个人吗？这与常识不符。一般而言，个人出具担保就是以个人财产担保，如果这个行为是以公司非关联方股东的身份表示意思，才需要特别的形式（决议）或声明。这是组织法自身的要求。质言之，个人出具的承担民事责任的文件，是以个人行为为一般，而以股东身份承担公司责任为特殊，特殊身份需要特别的形式。

程浩：小股东说，这个代替了决议，和这个就是决议，也是两码事。这个承诺书无论如何不是决议。如果小股东说这个代替了决议，才产生是不是表见代表的问题。如果小股东说这就是决议，那债权人实在谈不上善意。

《民法典担保制度解释》第8条的法理

程立武：1. 股东在合同上签字不是股东会决议，这一点应该是明确的。2. 公司法第十五条的文义是明确的，公司为他人提供担保需要股东会或者董事会决议。3.

《民法典担保制度解释》第8条第1款规定：“有下列情形之一的，公司以其未依照公司法关于公司对外担保的规定作出决议为由主张不承担担保责任的，人民法院不予支持：（一）金融机构开立保函或者担保公司提供担保；（二）公司为其全资子公司开展经营活动提供担保；（三）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。”从第8条的规定[特别是第1款第（3）项]看，该解释可能结合了目的解释或者其他解释方法，设置了决议的例外情形。4. 沿着《民法典担保制度解释》的思路，考虑公司实践的实际情况，可以考虑认可有表决权股东在担保合同上签字是股东会决议的例外。

李志刚：《民法典担保制度解释》第8条本身是基于公司法的规定作出的对公司法的解释，还是基于民法典合同编、民法中的合同法理论作出的解释，在法理上，存在不同认识。或者说，这个问题应当按照公司法的原理、由公司法的解释来解决，还是按照合同法的原理、用担保合同的解释来解释，值得研究。从这个意义上说，是用合同法的思维在公司法的路上越跑越远，还是回到公司法的规定，严格限制对公司法规定的扩张解释，要非常慎重。

王建文：《民法典担保制度解释》确实是立足于民法典所作解释，在涉及公司

对外担保的解释时，需要基于公司法特有的组织法属性，妥善运用组织法思维，避免公司法基于公司的组织特性特设的决议程序规则被架空，从而导致特有的制度价值落空。基于此，《民法典担保制度解释》已明确规定的部分固然要适用，但未予明确涵盖的部分最好保持谨慎，不宜进一步扩张解释。

程立武：李老师这个扩张解释用得好，扩张解释还属于文义解释的范畴。

王松：《〈民法典担保制度司法解释〉理解与适用》一书对第8条这样解释：“由于立法规定不明确、司法解释裁判规则不统一，我国公司在为他人提供担保方面，没有经公司决议而径行对外担保的情况普遍存在。在没有公司决议的情况下，根据目前公司治理不规范的现实情况下，对公司法定代表人所提供的担保，如果案件事实表明该担保是为了公司的利益，就可以认定公司具有对外提供担保的意思表示。如果司法仅因公司没有作出决议就认定公司不承担担保责任，不仅会扰乱已安定的公司交易秩序，也容易滋长公司恶意逃避担保责任的道德风险。”这里有句话“如果案件事实表明该担保是为了公司的利益”，在《民法典担保制度解释》第8条表述中是没有的。

李志刚：您所援引的“如果司法仅因

公司没有作出决议就认定公司不承担担保责任，不仅会扰乱已安定的公司交易秩序，也容易滋长公司恶意逃避担保责任的道德风险”这个观点，本身和《民法典担保制度解释》要求债权人审查决议的观点是存在差异的。如果这个理由成立，那么，从根本上，任何公司担保都无须审查决议，有担保合同即可。

王松：公司法要求要有股东会或董事会决议，《民法典担保制度解释》规定了例外情形。该解释第8条源于《全国法院民商事审判工作会议纪要》第19条。

公司法中程序的意义

王长军：进一步，假设股东乙向债权人张三出具书面承诺：我同意公司为甲的借款承担连带保证责任。该承诺能否代替决议？公司应否承担保证责任？

李志刚：1. 严格按照合同法，一人无权为他人设定债务；正如，“我同意马云承担担保责任”——这个同意，没有法律意义。2. 按公司法，个人对外承诺，不是公司决议。3. 推定股东个人对外承诺，就是决议，本质上是撕毁公司法——这种观点很流行。司法裁判的态度，是撕毁公司法，还是捍卫公司法，本身是一个重大的方向选择。

王长军：公司法第十五条之所以要求

对外担保必须经股东会或董事会决议，其根本目的在于保障非关联股东的知情权和同意权，防止控股股东滥用职权损害公司及其他股东的利益，而非拘泥于会议形式或程序的表面要件。对于仅有少数股东的公司而言，只要具备表决权的非关联股东已经以书面方式向债权人明确表示同意，无论该同意系以“确认书”还是其他具有同等效力的书面文件作出，均可视为已经实现了公司法所要求的决议目的，符合公司法第十五条的法律精神与制度本旨。在“一人公司”里，确实存在股东与公司混同的风险，所以法律特别规定要区分公司意思与股东意思。但本案是双股东公司，且有非关联股东乙的书面同意，这不是“我同意别人担保”，而是“公司唯一有表决权的股东同意公司担保”。

李志刚：承诺是股东给债权人的，公司是否知道？是否应该知道？如何知道？决议是公司治理程序，股东对外承诺，是不是公司治理程序？

案例的另一个推论是：如果有三个股东，另外有表决权两个股东，也分别对债权人出具承诺，是不是也可以不要决议，或者视同决议通过了？《民法典担保制度解释》第8条第1款第（3）项和上面的问题，本质是一样的：单个股东的意思表示（多数同意或者一致同意），能否直接替代决议程序？正如前面几位师友提及的，

公司法有关决议的规定，是公司作为组织体的特有规定，也是陈景善老师在“公司法的强制性规范谱系”一文中论证的作为组织体的强制性规范。

开会和不开会，并非仅仅是形式，也影响实体结果。比如，三人中的两人，如果是债权人去谈，单个击破的话，可能就分别拿到了承诺。但如果按照程序开会，当面讨论、“议”一下，可能就作出了完全相反的否决意见。

如果按照“看实质”的结果，那么，公司法最优规定就是：只要有超过50%的大股东，所有多数决事项，都无须开股东会，大股东直接签字即可；只要有超过67%的大股东的，就不用开任何股东会，只要大股东签字即可——这行吗？是公司法的立法精神和制度本旨吗？

所以个人倾向于，在这些案件的处理上，是遵循“看实质”的决议程序虚无主义，还是选择严格的决议程序形式主义，不仅是司法者的重大选择，也是司法向社会、向商人传导的价值理念：公司法上的决议程序规定，到底要不要遵守？

李建伟：一语中的的。

谢澍：是的，所以不开会要一致同意。

原则与例外

王长军：志刚兄的观点、理由非常有启发性。特别是您强调公司法决议的程序性规范属性，以及通过“三股东中有表决权的两股东分别承诺”的例子，形象说明了程序与实质可能带来完全不同的结果，这确实凸显了公司法程序的价值所在。

1. 我也补充一个小角度：社会生活是形形色色、多姿多彩的，有原则必有例外，有一般必有特殊，在某些特殊案型下，比如本案的双股东公司，控股股东因利害关系依法回避后，唯一有表决权的小股东已经明确书面同意，此种情形下是否仍须恪守召开股东会并形成决议？如果完全坚持形式，将出现“实质已保护，但因欠缺形式而否认效力”的尴尬局面。2. 《民法典担保制度解释》第8条第1款第（3）项明确规定，经公司有表决权的股东2/3以上签字同意的，不得对抗债权人。这说明最高人民法院注重实质：书面一致同意可以替代正式的决议形式，尤其是股东人数较少的公司。此举兼顾了交易安全与公司自治。如果否认这种情况下的效力，实际上就否定了第8条的适用空间。所以我理解，在一般情形下坚持程序主义无疑正确，但在一些高度特殊的结构下，或许可以在尊重公司法精神的前提下，结合解释和制度目的，作出更为平衡的处理。

案例与本质

程立武：正好有一个相似的问题，想求教一下大家的观点：一人公司的法定代表人、执行董事（非股东）以法人身份在向他人（非股东）提供的保证中签字，公司章程未明确对外担保的决议组织，公司设执行董事未设董事会。该保证是否对公司发生法律效力？

观点一：决议未经一人公司内部决议，属于越权代表，对公司不发生法律效力。

观点二：保证合同签字的法定代表人同时是执行董事，执行董事明知担保事宜未表示反对，视为经过了董事会决议，保证对公司发生效力。

程浩：同意观点一。

李志刚：立武法官的案例，进一步体现了公司法的形式主义与“重实质”“穿透”看的根本差异。

1. 法定代表人是公司的外部表示机关，只能在法定权限范围内对外代表，并不是内部意思决定机关。

2. 公司法上从来没有规定执行董事、董事有对外代表权，董事会/执行董事是公司法规定的董事会权限范围内的意思决定机关，没有对外代表权。

3. 当一个人既是法定代表人、又是执行董事的时候，其对外签署合同的行为，只能是以法定代表人的身份签署，不是以执行董事的身份签署。后者属于越权代理，当然不能约束公司；前者需要看就此事项有无代表权。

4. 公司法第十五条规定，公司向其他企业投资或者为他人提供担保，按照公司章程的规定，由董事会或者股东会决议——如果章程没规定，这是股东会的权限还是董事会的权限？公司法规定的董事会权限是“法定+股东会授权”，未授权的，剩余权力应当属于股东会。将第十五条的目的解释落到“保护小股东利益”，也能证明这一点。故执行董事无此事的决定权。

5. 默示同意，仅限于法定规定，不能推定。我给马云发个函，如不回函，你就欠我1个亿——马云不回函，不能推定马云同意已经认可欠我1个亿的债务。

6. 更为重要的是，一旦用“董事”“股东”个人的“对外表示”推定了作出了董事会、股东会决议，公司法上有关决议程序性的规定，就会被以各种方式、各种理由肢解、撕毁。

7. 长军兄所言的突破公司法规定的价值判断，和我的观点在根本上也是价值判断的分歧。如果这个价值判断可以突破公

司法的程序性规定，那么，所有存在超50%股权的大股东，都可以不再就多数决事项召开股东会，大股东签字即可；只要存在超67%股权的股东，就应当取消股东会，所有股东会决议事项交由大股东签字决定——这种观点，是否可取？

程浩：公司法设定的一堆制度有其特定的立法目的，如果为了个案效果突破，对法律稳定性和交易安全损害极大。所以，说到底还是价值判断。

程立武：李志刚和程浩两位老师的观点有逻辑有说服力。第二种观点还认为，执行董事明知担保事项而签字，又主张未经董事会决议，有违诚信，不能鼓励。

李志刚：这种观点也挺有意思：张三明知杀人不对，杀人之后又表示懊悔，懊悔有违诚信，不值得鼓励，所以杀人是正确的，应当判决支持？

立法与司法

王建文：公司作为具有独立人格的特殊组织体，其独立人格既有赖于独立的财产，更有赖于独立的意思，因而必须严格落实公司法规定的组织程序。若简单从表决权比例的实质主义来看待公司决议，将导致现实生活中大量公司无需召开股东会。因此，《民法典担保制度解释》第8条规定背后的法理，值得认真斟酌。基于此，

应当限缩该规定而不能扩张该规定。

陈醇：遵守意思形成程序的意义在于，它有助于维护意思形成结果的正当性，并保持程序的独立性价值。程序是有成本的，去除程序有时也能达到一样的效果，但丢失了程序的独立性价值，也会损害意思形成的稳定性。综合考虑程序成本和程序价值，或许折中方案是建立一般程序、特别程序和简易程序。

李志刚：陈老师所言，可能涉及立法和司法的权限划分。在立法上，公司法第五十九条第三款已经就简易程序作出了规定，有限责任公司股东以书面形式一致表示同意的，可不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名或盖章。但尽管如此，不开会，也还是要有一个全体股东在“决定文件”（而不是外部合同）上签字盖章的动作，免去了开会，未免决议的形式。在此前提下，司法要创制各种特别程序、简易程序，就需要非常慎重了，特别是能不能动辄用自然人的个人对相对人的意思表示，直接替代公司的内部决议程序，包括决议文件。

王长军：立武法官所提的案例属于一人公司，与双股东公司还是有区别。就此案例而言，我赞同观点1，但理由不同：对公司不发生效力，不是因为未召开董事会，因为公司只有一名执行董事，本身就没有

董事会，而是因为执行董事未以执行董事的名义签字。如果他既以法定代表人的名义签字，同时又以执行董事的名义签字同意，则一人公司将承担担保责任。

李志刚：执行董事无对外代表权和代理权，以该身份签字，对公司无约束力。

杨磊：我近来在梳理公司法司法解释条文时，习惯性会写一句某某规定是民法典关于合伙、代理、连带债务、追偿权、过错责任以及替代责任等规则在公司法场景下的具体化和特别规定，一定程度上构成了民商立法例的统一与协同。但是另外一方面，在公司法场景下的特别规定，就意味着民法典一般性规定通常要作限缩解释，即使不限缩，也不能扩张解释。就公司法的程序性规范而言亦是如此，既然已经规定了特定程序，程序的独立性价值就不能被追求效率所取代。

程序减省与目的解释

刘保玉：1. 关于担保确认书不同于公司决议问题，这是客观存在、显而易见的，但根据《民法典担保制度解释》第8条的规定，应当认为符合该条第3款第（3）项情形，视同形成有公司决议。且一名股东代表公司对个人债务作了担保，另外一名股东也出具了确认书，如此仍认为因未有“公司决议”而导致担保不成立，显然过

于形式主义，不合法律和司法解释精神，从法律效果上讲也不妥当。2. 保证担保不需要一定有保证合同，单方承诺等无法保证成立，对此，法律和司法解释有规定，不应存在争议。3. 在视同有公司决议的情况下，公司出具的连带担保确认书和股东的连带担保确认书，标题和内容大致相同。但出现了连带担保责任的字样与一般保证的意思，二者相矛盾，应如何对待？

对这个问题，我认为：首先，公司提供（保证）担保的意思表示清晰，有效，不能因为担保确认书中约定了矛盾的保证方式而否定提供保证担保的意思；其次，关于保证方式，应按一般保证对待，（1）按照“名实不符”合同的处理规则，应按内容中关于一般保证的意思对待公司的保证责任；（2）按照法律规定，可以将有矛盾的保证方式约定作为“约定不明”的情形对待，依法应按照一般保证处理；（3）股东在公司的股权，也是其可用于清偿债务的个人财产，且100万元的债务是其个人债务，由其自己先承担责任，不足部分再由公司（实际上意味着以股东的股权）承担补充责任，在结果上也比较公平。

王长军：执行董事在担保协议上签字，系履行公司法第十五条第一款的要求，体现了“董事会”对担保的意志，对公司应有约束力。

李志刚：长军兄的观点和我的根本分歧在于：股东/董事对外签合同，是否等于对内作决议。

李建伟：以2/3的股东多数同意豁免公司决议的观点，体现出的保护债权人利益、禁止大股东反言的用意，固然可嘉，甚至可以获得理解，但是与辛辛苦苦建立起来的维护公司法第十五条正当程序的秩序与努力，显然背道而驰。

刘保玉：公司对外担保需要决议的立法目的，是为了防止法定代表人或大股东、执行董事等擅自决定提供担保而损害中小股东尤其是众多小股东的利益。本案中，只有两个股东，小股东也明确表示了确认。如果仍以欠缺股东会决议为由否定担保承诺的效力，过于形式主义，且不符合公司对外担保须经决议程序的立法目的。

王长军：我认为与志刚兄的观点分歧不大。在一般情况下，应严格遵循公司法规定的决议程序，坚持形式要件主义，严格走公司法的决议程序，这是维护公司治理和保护中小股东的基本底线。但在特殊情形下，比如双股东公司或者一人公司为股东提供担保时，若能在确保公司法第十五条旨在保护中小股东利益的立法目的已经实现的前提下，可以适度适用“实质重于形式”原则予以认定。这样既能切实保障中小股东的权益，又能兼顾维护交易安

全，实现形式与实质的平衡。

李志刚：差异很大，结果和方向都是颠覆性的。

李建伟：当然，但就本案而言，也可以具体问题具体讨论，但必须是有表决权的股东明确对于对外担保的意思。我碰到一个案子，除了公司提供担保外，其他表决权股东也提供了担保，债权人认为既然其他表决权股东也提供了担保，就是同意公司提供担保。我说这是两码事！法院判决最终采纳了我的专家观点。

组织法的逻辑

曹兴权：争议实质是：公司的决议是否成立？涉及公司法第十五条“应当经股东会决议”背后隐含要求“应当召开股东会”并“作出担保之决议”的理解。怎么开会、怎么表决则涉及第五十九条第三款书面会议与表决规则的适用。

认定上实质主义标准针对的是为大股东提供担保即意味意大股东书面同意此项决议，以致于在小股东同意（假定同意的是公司为大股东提供担保）时认为两股东以书面形式一致同意，而非小股东同意即自然实质构成公司同意。

朱虎：似乎还是就事论事的好。民抑或商，形式抑或实质，都要在具体场景中

观察判断。仅就所讨论的情况而言，两股东以书面形式一致同意，似乎可以实质认定。

李志刚：严格说，在合同法领域，可能存在民事合同和商事合同的区分问题。在公司法和合同法之间，不存在民和商的区分，或者说，公司法上，不存在抽象的商法规则。但能否用合同法的意思表示理论，击破公司法的程序性规定，这是根本的分歧。

朱虎：大词到具体结论之间的逻辑距离太遥远，就具体情形讨论更好。民商，合同组织，形式实质，都是太大的词了，我有大词恐惧症。

李志刚：落到具体规定上，是要不要按照公司法的规定，确定有没有决议。

刘建功：举轻以明重。公司作出决议就可以承担保证责任，那么，所有其他股东各自、单独、直接向债权人作出同意担保的意思表示，比决议这个形式隆重得多，更郑重其事、更形式主义，应当脱不了责任。

李志刚：能不能类推，是根本分歧。

刘建功：有的可以，有的不行，具体问题具体分析。

李志刚：如果法律有明确规定，并且

是强制性规定，裁判者仍然要裁量，那就没得说了。

杨磊：个人认为：1. 削弱了程序的独立价值，法律程序并非仅有工具价值，其本身也具有独立的价值。会议程序，比如召集、通知、辩论、表决等行为，提供了一个正式的、规范的、公开的决策场景，能够确保股东在充分知情和审慎考虑的基础上作出决定，并留有会议记录作为证据。书面同意虽然是“明确”的，但可能是在信息不对称、缺乏充分讨论的背景下作出的，其决策质量可能低于正式会议。2. 可能会增加债权人的审查义务与风险。通常而言，债权人审查一份符合章程规定的股东会或董事会决议，其审查标准相对清晰、客观。如果允许以“其他具有同等效力的书面文件”替代，债权人的审查义务边界将变得模糊。3. 如果书面同意被普遍认可，控股股东或实际控制人可能会通过诱导、欺瞒甚至伪造的方式获取小股东的“书面同意”，从而绕开法律设置的决议程序这一重要屏障。正式的会议程序在特定情形下是对小股东的一种保护机制。4. 当然，在具体场景中，也可以说小股东通过出具书面同意的方式使得自己变相放弃了该保护机制，但这依然不妨碍程序的独立价值，会议程序不可以被组织者主动或者有意放弃。

陈醇：是的，决议效力瑕疵制度可以

对决议流程进行必要的矫正，但对于非决议行为，则无法如此。忠实义务和注意义务制度等的调整，毕竟是另外的机制。公司法的多重约束，各有其针对性和意义，从而形成组织法的调控体系。

杨磊：公司法的表述是由股东会或者董事会决议。从文义解释的角度看，“决议”是一个有特定法律含义的概念，通常指向通过会议程序形成的法律文件。用“股东书面同意”直接替代“决议”，在法律形式要件上存在障碍。

王建文：《民法典担保制度解释》基于实质主义作了突破，该项规则固然要遵循，但不宜以此为依据进一步扩大解释。

傅穹：公司决议的组织法要求目的何在？无非是强调，对于特殊事项，股东应相互磋商与集体表达。当全体股东分别、单独、共同对债权人，清晰表明同意保证，不过是股东会集体决议的另一种呈现，两者实质并无差别。建功兄的举轻以明重，令人更信服，我也认为，从决议要求目的解释出发，实质主义逻辑也能成立。

李志刚：据此逻辑，持股 67%的大股东，是否可以直接废掉股东会，全部以大股东签字作为股东会决议？因为是否开会，“实质并无差别”。

杨磊：我觉得可以为此辩护的理由是

坚持所有公司对所有担保都必须召开正式会议，在应对极其多元和复杂的公司实践时，可能会产生僵化、成本过高、甚至鼓励虚假程序的负面效果。因此，《民法典担保制度解释》第8条作为一项例外规定，有其存在的现实合理性和政策考量。

傅穹：何为股东会议决？正式与非正式皆可，只要是通知到位、内容明确、意思表示真实，分别表达又如何？这并不意味持股67%股东不开会就能决定所有，也不意味公司法不强调组织决议的立场。问题症结在于，当例外情况发生，非正式会议但系全体真实意思表示之际，司法又该如何裁量？

梁上上：同意第二种观点。公司法第十一条第二款规定，公司章程或股东会对法定代表人职权的限制，不得对抗善意第三人。公司法第十五条关于担保的规定，本身给交易带来不确定性，结合民法典第五百零四条，是比较例外的规定。为此，不能保护过头。具体理由：1. 公司未明确规定董事会还是股东会决议，应解释两者均可；2. 公司法第七十五条，执行董事本身履行董事会职权，其行为相当于董事会的行为；3. 法定代表人与执行董事为同一人；4. 董事会或者股东会的决议程序也是需要场景支持的。一人公司是不存在股东会的，更没有决议程序要求。同样，只有一个执行董事的场景，恐怕就不需要走董

事会程序了，也走不了程序。

陈醇：在非一人公司的情况下，被排除表决权的股东，仍然可以参加会议，可以提出自己的意见，从而影响决议的结果。这类股东不能表决，但决议会议中的其他权利是有的，他们全程参加程序，也有看护程序和证据功能。一句话，多数人参加的股东会还是多数人的会议，只是一些股东没有表决权，这与一人决定是不同的。决议是一束权利，而表决权只是其中之一。

王建文：现在大家讨论的题设是两个股东的公司，有其特殊性，因仅有一个股东有表决权，基于实质主义，是否召开股东会，对决议结果的影响可忽略不计。但若涉及3个以上股东，决议的程序价值就不能忽略。大股东一对一私下沟通与小股东们集中交流后的表决显然有重大区别。因此，维护公司法规范所体现的程序价值，尽管在某些实践案例面前有理想化之嫌，但是否坚守这种价值实则需要认真对待。

原则、变通与最优解

曹兴权：公司法第五十九条第三款，引入了股东会书面决机制。从法律适用角度看，根据公司法第五十九条第三款，关键在于是否满足大股东书面同意的要件。争议在于：对该要件的认定标准，是采形式主义还是采实质主义？个人认为，采实

质主义是最优解。

傅穹：形式主义是组织法决议主流，实质主义是例外的最优解，认同。

李建伟：我觉得志刚坚守的是：形式主义是组织法的基本逻辑，不能动辄例外，即便立法上的例外也要异常慎重；司法机关规定的例外，更需要审慎了，最好不要自我赋权规定这种例外。

李志刚：建伟老师懂我。

傅穹：如此解读，形成共识。

陈醇：或许这种形式，于权利视角，是相生相克的权利结构，而于行为领域，就是以程序为线索的行为链条。或许这种结构，就是组织法的意义所在。

李志刚：相信这也是陈老师“商法三部曲”的核心要义。

陈醇：志刚老师懂我。

李建伟：陈老师在此建构中用力长久且给力。实际上，例外的问题，背后还是我们的实用主义在作祟，我们习惯于以会权变为自得，且讥对立面为迂腐、呆，并美名其曰为机动灵活，往往冠以效率之美誉。问题是，正是这种权变，让我们不自觉地丧失了很多更有价值的东西。随着年月的增长，我越来越信奉简单、单一反而

在更多的场合下是最优的。一点感慨。

陈醇：早年，我感觉决议是不同意表示的冲突规则，到了后来，慢慢觉得，在很多时候，决议可以成为意思表示的融合和优化程序。从不同的意见甚至截然相反的意见中，学到很多。

李志刚：1. 决议是通过程序形成公司的内部意思，而从来不是单个/大/多数股东对外部主体作出的独立意思表示。2. 即使是公司法第五十九条第三款“对本条第一款所列事项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或者盖章”，也仅仅是在开会程序上作出简化，仍然要按照公司法的规定，“作成书面决议”，有公司的内部决议文件，而不是每个股东对外喊一声，对外分别签合同，不是抛开程序，就属于“实质决议”。3. 这是公司法规定的唯一例外。但“实质主义”的本质，是抹去程序、抹去要式行为的法律规定，来裁量单个/大/多数股东对外的意思表示=直接认定公司作出了合法有效的决议。4. 这种裁量、具体问题具体分析带来的后果，是裁判规则和行为指引更加清晰了，还是更加混乱了？是鼓励当事人严格按照公司法规定执行，还是鼓励抛开公司法规定博一把？是让裁判规则更统一，还是裁判规则更混乱？是让此类争议案件越来越多，还是越来越少？——我

理解，这就是建伟兄所说的“简单是才是最优的”涵义。

刘建功：可能太理想化了。公司股东会决议签字的真伪，是很多与决议有关的诉讼中的争议焦点，真相往往是一地鸡毛。既有故意扭曲签字到需要承担责任时断然否认的，也有大股东仿冒小股东签字而债权人信以为真的，也有债权人揣着明白装糊涂接受所谓“决议”的。面对这些情形，比较谨慎的债权人往前跨一步，要求每一位股东都直接向其作出明确的同意公司提供担保的意思表示，这是保障交易安全的成本最大、手续最繁琐的方法了。事后出现争议，公司、或者其背后的股东们却说，对不起，这些承诺和签字废纸一张，因为我们没开会，你债权人手里的白纸黑字一钱不值，因为它不叫“决议”。

特殊的交易之所以要决议，目的就是为了保障小股东不被控制股东侵害，这个条款是用来限制大股东权利的，并且赋予了债权人对小股东利益的注意义务。现在如果我们说，小股东向债权人当面作出的同意担保的意思表示无效，必须要他们回公司会议室开会（这个会债权人还不能列席），然后拿出一张可疑的被叫做“决议”的纸，嗯，这个比当面签署的，更可靠。我们是不是有点违反常识？

如果一家公司股东众多，相信债权人

也不愿意劳神费事和每一位股东见面谈判。之所以选择这样的交易方式，不是被决议真伪给整怕了么？公司法再特殊，也不能特殊到违反常识的地步。

李志刚：伪造签字不影响债权人对决议的信赖。如果股东给债权人发意见，才值得信赖，那公司法第十五条要改写了。

刘建功：公司法作为组织法，自然有其特殊之处。2005年的修订，加入表决权等权利、“一致同意除外”等让公司投资者经营者相对自由处分的条款。当然，这也不等于让经营者彻底放飞自我，随意约定。其界限无非是，再自由，也不能把公司变得无法再被称为公司，让外部当事人不敢定义面对的交易方。举个极端例子：公司章程约定公司决议需要经过传达室门卫签署方可生效。不影响外部对公司基本认知的，应当有一定的自由度。

程浩：想支持债权人，办法多了，不要在判决书里表达股东个人作出的承诺就是决议就行。不就解决了各位讨论的问题？个案创造规则嘛！

李建伟：我个人赞成你的见解。

刘建功：不需要修改公司法啊。决议自然是法定可以成为公司承担保证责任的依据，但不能说，除了决议，其他都不行，哪怕所有股东当面直接承诺都不行。

戴景月：同意各位在法理上的分析，公司法上的程序或形式要求有更重要更特别的价值。但是，回到这个案例，只有一个表决权股东，会议通知，议题确定，会议讨论，形成决议，都成了纯粹形式，股东一句话就把所有工作完成了。只是欠缺一个记录性的决议，一般情况下，书面会议决议并留存，自身有各种意义，比如对各方讨论中模糊或反复的意见的最后确认，形成书面记录作为备忘或证据，留待以后为股东知情权行使提供方便。但是此案中把股东乙把决议内容交给了债权人，客观上通过承诺的方式披露了决议内容，决议的形式意义已经达到了。形式上，决议就不是承诺，承诺也不是决议，作为一般原则没有争论。但在此时此案，决议程序不是简化了，而是就不能严格，承诺证明了决议的存在，不是记录在案、置放在档案盒的存在，而是有权股东先行同意，后来承诺，承诺确实不是决议，承诺也没有代替决议，但证明决议存在。要求一个股东蹲在空屋子里对着空气讨论、举手，似乎过于形式主义。

王建文：坚守公司法关于对外担保需要决议的立场确有必要。《民法典担保制度解释》也只是作了特定场景下的有限突破。基于债权人保护的务实考量，固然有各种折中做法，但不宜将这种个案技术性处理的裁判方法泛化为公司对外担保决议

的一般规则。

戴景月：“对影成三人”，有俩假人，实际只有一个人，有没有一页文字记录在此案中不重要，重要的是股东内心是否同意担保，是否以有效方式给予表达，同意没有刺破公司法的形式，只是证明形式下的实质是存在的，用承诺表达决议内容未尝不可，因为这是真心话。

杨磊：司法裁判基于保护债权人权利的考量，谓之公正、务实、灵活还是无奈、不遵守公司法程序价值，其中各种做法，更适宜在个案中考量，也就是具体问题具体分析，故可能同一个行为在不同的案件中认定结果完全不同。但正如建文教授所言，无论如何，不宜将这种个案技术性处理的裁判逻辑泛化为公司对外担保决议的一般规则。

王长军：各位老师的讨论非常精彩，使我受益良多，在此衷心感谢。其实我觉得我们之间并没有根本性的分歧，焦点主要集中在：公司股东个人承诺能否在特定情境下替代股东会决议。

1. 公司法第十五条的立场十分明确：对外担保属于高风险事项，必须经股东会或董事会决议。这一制度安排的核心目的，在于防止控股股东或大股东侵害公司和小股东的利益，从而保障公司治理结构的稳

健性和制度的可预期性。如果轻易以“股东签字”“个人承诺”替代决议，确实可能削弱公司法的强制性规范，也可能使债权人与公司之间的纠纷陷入真假难辨、相互推诿的困境。

2. 但另一方面，在一些特殊场合，完全坚持形式主义又会出现“制度目的已实现，但因欠缺形式而否认效力”的尴尬问题。例如在本案的双股东公司中，控股股东系被担保人，依法应当回避，剩下的唯一小股东已书面向债权人明确表示同意，公司担保实际上已经满足了公司法第十五条所强调的保护非关联股东利益的立法目的。若此时还要求该唯一股东召开会议、形成决议文件，则属流于形式，甚至损害交易安全与市场秩序。

因此，我的看法是，规则与例外应当予以区分。在一般情形下，必须坚持公司法的程序主义立场，严格履行决议程序，不能让“承诺替代决议”泛化为常态，否则会动摇制度根基。

但在特殊个案中，只要能够确保非关联股东的真实同意、避免控股股东滥用权力，就可以在严格把握适用条件的前提下，通过目的解释承认承诺的效力。这既不违背公司法的制度目的，又能够平衡债权人与小股东的利益，兼顾交易安全与效率。

换言之，在规则层面应当守住形式主义的底线，而在个案适用中允许有限度的实质替代，并严格限定例外适用的范围。只有这样，才能在“程序正义”与“交易安全”之间找到平衡点，既避免因僵化形式主义损害实质公平，也防止因过度实用主义而有损公司治理秩序。

【入库案例解读】从公司破产债权确认纠纷案谈如何做好商事审判调解工作、促进企业携手共赢——摘自“人民司法杂志社”微信公众号

作者：张丽洁

日期：2026年1月19日

企业进入破产程序后，在继续经营、合同继续履行等场景中，共益债务的认定因涉及多重利益权衡而较为复杂。共益债务的核心是“为全体债权人共同利益而产生”，但因其标准缺乏具体量化指标，主观裁量空间大，为审判实务中的疑点、难点。根据企业破产法第十八条之规定，债务人破产后，对于尚未履行完毕的合同，管理人如在两个月内未通知对方当事人继续履行合同的，将视为单方解除该合同。一旦管理人滥用该待履行合同规则，将会出现破产企业实际履行合同，但管理人不认账的争议问题，有害共益债务的认定，

导致纠纷的产生。为了统一破产纠纷案件中类案裁判标准，提供具有参考价值的指引规则，本案例归纳的裁判要旨中明确：

1. 在审理民商事案件时，首先秉承“能调则调、当判则判”的审判思路，促推矛盾纠纷源头预防、实质化解。民商事案件审理尤其不能就案办案，在遇到疑难复杂争议较大案件时，要注重倾听当事人的心声，从实质化解矛盾的角度出发，在明确调解的必要性和可行性的基础上，找到争议点和利益平衡点，做好当事人的工作，真正实现让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义的目标，切实做到定分止争。
2. 为实现案结事了的目的，法院可以遵循“归纳争点→厘清案情→确定方案”三个步骤主持开展调解。在商事案件调解中，可以参考“商事交易结构→各方权利义务→各方获利/损失→责任分担”作为案情梳理思路，了解行业特点、竞争格局，将调解和审理有机结合，深刻把握破产案件审判的特点，并从共同利益契合点入手，明确化解矛盾的最优途径，实现共赢。

为准确理解上述内容，结合本案例具体内容，现作如下解读。

一、如何平衡破产程序价值的实现与法定解除权有效行使的矛盾

（一）破产程序的价值

有关企业的市场退出和救济机制有多种，而破产程序作为其中的一种法定机制，其核心价值在于公平、有序和高效地处理破产企业的财产以及债权债务关系。对于破产企业而言，尤其是对于仍有经营价值和再生可能的企业，可凭借破产重整、和解程序来暂缓企业的债务和诉讼压力，并通过削减债务、引入投资、调整业务等多种方式摆脱经营困境，获得重生。至于确无挽救希望和价值的企业，又可通过清算程序有序地退出市场；对于破产企业的债权人而言，可通过破产程序实现破产企业财产的最大化以及债权的公平受偿。一方面，在破产程序中法律赋予管理人以撤销权、追回权、解除权等系列权利，目的在于尽可能地增加破产财产，提高债权人的清偿比例。另一方面，进入破产程序后，全体债权人将按照法定程序和权利顺位统一进行财产分配，防止破产企业进行个别清偿，损害其他债权人利益，确保全体债权人的公平受偿；对于社会而言，可以通过破产程序挽救有价值的企业、淘汰问题企业，实现优胜劣汰，优化市场资源配置，促进经济市场的良性发展。同时，还可及时有效切断债务链条风险，优先保障职工的生存权益等，有效化解群体性矛盾，维护社会的公平稳定。

（二）解除权的行使限度

如上所述，在破产程序中，法律赋予

了管理人多项权利，其中之一便是未履行完毕合同项下的解除权。按照民法理论及民法典的相关规定，合同解除权分为法定解除权和约定解除权两种。除委托合同、承揽合同等带有一定人身专属性的合同外，一般情形下法定解除权的行使仅限于合同目的无法实现、根本违约等较为严重的情形。而在破产程序中，法律专门赋予管理人以法定解除权，且适用条件不再受上述情形限制，其意义同样是在于实现上文所述的破产制度的核心价值，具体而言：一是实现债务人破产财产价值的最大化。为避免尚未履行完毕的合同成为债务人的负担，导致将来债务人破产财产的减少，对于债务人不利的合同有必要及时终止。二是实现债权人的公平受偿。若尚未履行完毕的合同得以继续履行，不排除在某些情形下造成个别清偿的后果，从而损害其他债权人的利益。三是提高破产程序的效率。管理人行使法定解除权，可使相关的合同状态以及债务人的破产财产尽快确定下来，提高破产程序的效率。为规范管理人的该法定解除权，1986年12月2日，第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过企业破产法，其中第二十六条正式确立了管理人对于待履行合同的解除权，但对于何为“未履行的合同”，以及解除权行使的具体条件和方式等未作明确，实践中难免产生争议。2006年8月27日，第十届全国人民代表大会常务委员会第二

十三次会议通过企业破产法，其中第十八条则有效地解决了上述争议的解除权行使对象、方式、时间等问题。同时，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第34条至第38条，更是对未履行完毕的所有权保留买卖合同这一特殊合同的解除条件以及解除后果等问题作了进一步细化。本案例中，当事人均认可《节能服务合同》已解除，但对于合同解除时间产生争议。该案围绕上述争议焦点，在识别双方商事交易结构的基础上，准确适用管理人法定解除权的相关规则，厘清双方的权责内容，并以共同利益契合点入手，最终确定调解方案，实现案结事了。

1. 商事交易结构的识别

所有权保留买卖，是一项古老的担保制度。依通说，所有权保留买卖，是指在买卖合同中，买受人虽先占有使用标的物，但在双方当事人约定的特定条件成就以前，出卖人对标的物仍然保留所有权，条件成就后，标的物的所有权转移于买受人。此种交易模式在出卖人控制交易风险、强化债权保障，买受人缓解资金压力、实现灵活交易等方面都具有一定优势。

我国有关所有权保留买卖的规定由来已久，原《中华人民共和国民法通则》第七十二条规定：“按照合同或者其他合法

方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”原《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第84条规定：“财产已经交付，但当事人约定财产所有权转移附条件的，在所附条件成就时，财产所有权方为转移。”根据上述规定，当事人可以约定财产所有权的转移发生在交付之后一定时间。此后施行的《中华人民共和国合同法》，也对所有权保留买卖制度进行了规范，例如，第一百三十三条规定：“标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”第一百三十四条规定：“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。”与之相应的《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》（法释〔2012〕8号，2020年修正），更是针对所有权保留买卖的适用范围、出卖人的取回权及限制、买受人的赎回权等具体规则进一步明确。同样地，所有权保留买卖，也被规定于现行的《中华人民共和国民法典》之中，第六百四十一条明文规定：“当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。”

动产物权的公示主要通过占有和交付

来实现，而所有权保留买卖，则是一种典型的所有权与占有权相分离的交易模式。判断当事人之间的商事交易是否构成所有权保留买卖，核心在于，一是双方约定有明确的所有权保留条款，即明确约定当买受人未付清价款或特定条件未成就前，标的物的所有权仍归属于出卖人；二是标的物仅限于动产，且已实际交付给买受人占有、使用。就本案而言，案涉《节能服务合同》约定，福建某节能科技公司负责投资建设节能设备，建成后该公司享有五年的效益分享期，五年期满后节能设备归柳州某化工公司所有。因该设备可以被拆除、转移，属于动产范畴，设备建成后也已实际交付给柳州某化工公司经营使用，且双方明确约定五年期满后设备的所有权方才转移，符合上述所有权保留买卖的核心特征，因此本案中双方之间建立的为所有权保留买卖的商事交易结构。

2. 解除权的行使条件

所有权保留买卖，虽被规定在民法典中“买卖合同”章节下，但结合《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64条有关出卖人所有权及其实现问题的相关规定，可以确定保留的所有权具有非典型担保的功能。但由此引发的争议是，买受人破产后，出卖人究竟是基于保留的所有权为担保物权的性质而享有别除权，还是基于保留的所

有权为所有权性质而享有取回权。针对上述争议，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第34条选择了取回权这一立场。诚然，保留的所有权虽具有担保性，但不可否认的是，从形式上看所有权保留买卖作为附条件的所有权转移，出卖人对标的物享有的仍是所有权而非担保物权，因此出卖人享有的也应当是取回权而非别除权。与之相应，在所有权保留买卖中，管理人也享有合同解除权。根据企业破产法第十八条，以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》的相关条款，在所有权保留买卖中，管理人行使合同解除权的条件有：第一，时间条件，所有权保留买卖合同须成立于破产申请受理前，即破产程序开始前。第二，前提条件，双方当事人均未履行完毕。在所有权保留买卖中，买受人的主要合同义务为支付价款，出卖人的主要合同义务为转移标的物的所有权。因此，双方当事人均未履行完毕的具体情形应为，买受人已支付标的物的总价款尚未达到百分之七十五，以及出卖人尚未转移标的物的所有权。第三，程序条件，管理人应在破产程序受理后两个月内，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内行使解除权。管理人在上述期限内未做答复的，根据企业破产法第十八条之规定，视为解除合同。第四，核心条件，解除合同应有利于债务

人破产财产的保值增值。破产制度设置的目的，在于使债务人的破产财产价值最大化。因此，在破产程序的各个环节中，管理人所作的决定和采取的措施，都应坚持将债务人破产财产的保值增值作为第一性原则。管理人在行使合同解除权时也不例外，即尽可能挑拣能够使债务人破产财产增值的合同继续履行，而解除那些可能导致债务人破产财产价值减损而成为负担的合同。就本案而言，柳州某化工公司于2018年1月31日被裁定受理破产申请，案涉《节能服务合同》成立于申请受理前，符合上述合同解除的时间条件；五年效益分享期尚未届满，福建某节能科技公司尚未收取全部价款的百分之七十五，设备所有权也未发生转移，本案亦符合上述合同解除的前提条件。至于程序条件，虽然管理人确未在破产程序受理后两个月内通知相对方继续履行合同，但在重整期间其继续占有使用该设备并每月对账，即以实际行为作出了继续履行合同的意思表示。根据禁反言的规则，本案不符合上述合同解除的程序条件。此外，审理中还发现，福建某节能科技公司拆除并取回设备的损失较大，且如果未发生2019年当地政府为环保关停生产线的政策要求，继续履行合同对于双方而言均更为有利，并不必然导致柳州某化工公司财产价值的贬损。因此，基于以上分析，案涉《节能服务合同》并不因管理人未在法定期限内通知解除而当然

地视为解除，管理人主张该合同于2018年3月31日已解除的主张不能成立。》产法》若干问题的规定（二）》第34条选择了取回权这一立场。诚然，保留的所有权虽具有担保性，但不可否认的是，从形式上看所有权保留买卖作为附条件的所有权转移，出卖人对标的物享有的仍是所有权而非担保物权，因此出卖人享有的也应当是取回权而非别除权。与之相应，在所有权保留买卖中，管理人也享有合同解除权。

根据企业破产法第十八条，以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》的相关条款，在所有权保留买卖中，管理人行使合同解除权的条件有：第一，时间条件，所有权保留买卖合同须成立于破产申请受理前，即破产程序开始前。第二，前提条件，双方当事人均未履行完毕。在所有权保留买卖中，买受人的主要合同义务为支付价款，出卖人的主要合同义务为转移标的物的所有权。因此，双方当事人均未履行完毕的具体情形应为，买受人已支付标的物的总价款尚未达到百分之七十五，以及出卖人尚未转移标的物的所有权。第三，程序条件，管理人应在破产程序受理后两个月内，或者自收到对方当事人催告之日起三十日内行使解除权。管理人在上述期限内未做答复的，根据企业破产法第十八条之规定，视为解除合同。第四，核心条

件，解除合同应有利于债务人破产财产的保值增值。破产制度设置的目的是，在于使债务人的破产财产价值最大化。因此，在破产程序的各个环节中，管理人所作的决定和采取的措施，都应坚持将债务人破产财产的保值增值作为第一性原则。管理人在行使合同解除权时也不例外，即尽可能挑拣能够使债务人破产财产升值的合同继续履行，而解除那些可能导致债务人破产财产价值减损而成为负担的合同。

就本案而言，柳州某化工公司于2018年1月31日被裁定受理破产申请，案涉《节能服务合同》成立于申请受理前，符合上述合同解除的时间条件；五年效益分享期尚未届满，福建某节能科技公司尚未收取全部价款的百分之七十五，设备所有权也未发生转移，本案亦符合上述合同解除的前提条件。至于程序条件，虽然管理人确未在破产程序受理后两个月内通知相对方继续履行合同，但在重整期间其继续占有使用该设备并每月对账，即以实际行为作出了继续履行合同的意思表示。根据禁反言的规则，本案不符合上述合同解除的程序条件。此外，审理中还发现，福建某节能科技公司拆除并取回设备的损失较大，且如果未发生2019年当地政府为环保关停生产线的政策要求，继续履行合同对于双方而言均更为有利，并不必然导致柳州某化工公司财产价值的贬损。因此，基

于以上分析，案涉《节能服务合同》并不因管理人未在法定期限内通知解除而当然地视为解除，管理人主张该合同于2018年3月31日已解除的主张不能成立。

二、如何平衡好共益债务认定以及商事主体正常经营之间的冲突

（一）共益债务的性质认定

根据企业破产法第五十三条“管理人或者债务人依照本法规定解除合同的，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权”之规定，债务人须对出卖人因合同解除而受到的损害承担赔偿责任。案涉《节能服务合同》解除后，管理人应将设备返还给福建某节能科技公司，但管理人在拆除设备时并未通知福建某节能科技公司，导致该公司无法实现其取回权。柳州某化工公司对此负有过错，按照上述规定该公司应承担损害赔偿责任。本案中，福建某节能科技公司主张损失25889840元为共益债务，管理人对此不予认可，双方对该笔债务是否属于共益债务的问题产生分歧。

如前所述，首先共益债务必须为“全体债权人共同利益而产生”，这里的“共同利益”范围若仅仅惠及特定债权人的债务，应被归为普通债务，如厂房改造后的租金由特定债权人支配，未能对全体债权

人可分配的财产增益，就不符合共益债务的属性。其次，管理人履职行为也是共益债务的重要来源。只要不存在过度履职和重复履职，所产生的费用应纳入共益债务。企业破产法第四十二条对于哪些债务属于共益债务进行了列举性规定，本案争议问题即属于第（一）项“因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务”讨论的情形。具体到本案中，一是要判断《节能服务合同》解除之前继续使用锅炉的行为，是否是为了维持破产企业运营的目的。这里的运营要同时满足“必要性”与“合理性”特征。例如继续履行合同是否经过债权人会议表决，管理人是否合理履职等。二是要判断管理人决定继续履行合同的行为能否为全体债权人带来收益。如果履行后会致亏损，该债务的公益属性仍然会被否定。三是违约金、赔偿金等衍生债务是否属于共益债务，也需要结合案情来判断。一般认为，直接履行费用可优先清偿，而违约责任产生的支出应归为普通债权。考虑到本案管理人继续使用节能设备利用废物生产暖气，明显对债权人有益，设备拆除时也有一定残值，增加了企业的破产财产，因此合同履行费用（使用费用以及标的物的残值）应当认定为共益债权优先清偿，而对于衍生的违约责任，不宜认定为共益债务。

（二）共益债务的金额认定

鉴于案涉设备已经被拆除，对于残值无法评估。福建某节能科技公司主张应当按照合同约定的原值来赔偿的请求，显然与企业破产法对共益债务的规定初衷不符。在难以对设备残值进行量化的情形下，结合本案的实际情况，赔偿的标准可参考福建某节能科技公司修建节能设备时投入的资金及资金占用费。在确定债务性质以及赔偿标准后，此时就需要法官灵活运用法学知识找到双方的契合点对案件做调解工作。

其一，耐心倾听，确定当事人现实诉求。法院召集双方当事人进行了询问和调解，在归纳本案争议焦点之外，切实了解到当事人的经营现状和现实需求。本案中福建某节能科技公司面临支付大笔员工工资等困难和压力，急需五六百万元的现金，以维持企业的继续正常经营。只有充分掌握当事人的诉求，才能更有利于推动下一步调解工作的开展。

其二，释法说理，引导当事人换位思考。法院通过背对背、面对面的方式指出合同履行过程中双方各自存在的不足，引导双方换位思考，切身体会对方的实际需求和顾虑，尽可能产生情感上的共鸣，使问题得到有效解决。在柳州某化工公司进入破产程序后，节能设备大概率要被拆除，

一旦拆除双方遭受的损失均较大，后续的政策性关停也是双方均不能抗拒的政策风险。

其三，聚焦利益，制定共赢调解方案。引导当事人从立场之争转向利益之探。企业破产重整成功有利于整个社会的经济良性发展，是政府投入人力物力全力支持的结果。因此，从双方当事人长远发展，实现共赢的角度出发，双方共同分担损失是本案化解矛盾的最优途径。在此基础上，福建某节能科技公司与柳州某化工公司最终达成调解协议，并已主动履行完毕。

结语

本案在归纳争议焦点后，按照识别商事交易结构、适用管理人解除权规则、厘清双方权责内容等步骤，并结合查明福建某节能科技公司遭受的实际损失，从实现双方共赢的角度出发，最终确定双方共同分担损失的调解方案。柳州某化工公司在达成调解后已主动履行完毕，及时化解诉讼危机，而福建某节能科技公司在收到款项后也立即启动新的项目，重新焕发生机，真正做到了案结事了。

四、实务论道

司法解释 | 公司法司法解释征求意见稿十大亮点——摘自“法务部观察”微信公众号

日期：2025年10月21日

一、给法定代表人登记事项留出“空窗期”（s1-1）

意见原文

法定代表人以公司为被告，请求确认辞任生效并且由公司办理变更登记或者涤除登记信息的，人民法院应予受理，并根据案件事实作出不同处理：（一）公司在人民法院指定期间内确定了新的法定代表人的，应当判令公司向登记机关申请办理变更登记；（二）公司参加了诉讼但是未在人民法院指定期间内确定新的法定代表人或者未参加诉讼的，应当判令公司向登记机关申请办理涤除登记信息。

法务部评论

根据《公司法》第32条的规定，法定代表人的姓名是法定公司登记事项之一，因此，对于人民法院判令涤除法定代表人登记信息的，公司登记事项该如何记载，成为实践操作中的困惑，甚至有部分判决以“法定代表人姓名系必要登记记载事项”

为由对于原告诉讼请求不予支持案例。此前，曾有登记部门将涤除后的法定代表人一栏记载为“***”的操作实例，也有登记部门记载为“涤除（司法协助）”的。

本次司法解释征求意见稿第一条至少明确了实践中两个非常重要的实操问题：1、法定代表人提起的办理变更登记或者涤除登记信息的案件，人民法院应予受理；2、人民法院可以在公司未选任新的法定代表人之前，判令公司向登记机关申请办理涤除登记信息。这是极具现实操作意义的一条规定，值得点赞！由此，我们预计未来登记部门在执行人民法院生效判决的情况下，大概率会将司法协助信息据实记载，即在法定代表人姓名一栏中记载为“涤除（司法协助）”或类似内容。一旦该项制度正式稿出台，如何与之有效衔接将成为市场局的一项登记工作任务。

二、明确法定职权不得授予，亦不得收归（s10-2）

意见原文

股东会违反法律规定作出决议，将依法只能由股东会行使的职权授予董事会行使，或者将法律明确规定只能由董事会行使的职权收归股东会行使，当事人请求确认该决议无效的，人民法院应予支持。

法务部解读

这是一条尚存较大争议的条款。首先的争议是哪些属于“只能由股东会/董事会行使的职权”？是否指向股东会/董事会的全部法定职权，还是其中的部分职权？条文中的“违反法律规定”是否指向《公司法》关于股东会/董事会法定职权的相关规定？其次是对目前我国大量存在的封闭型公司，是否有此规定之必要？股东会作为法定的“权力机构”，无论是授予或是收归部分职权，均属意思自治范畴，似无强制规定之必要。甚至有观点认为相较于董事会，股东会的层级更高，无论是授予还是收归，虽不符合现代公司治理的趋势，但尚不构成超越职权，因此认定相关决议无效是对公司法规定的误解。

对此，法务部认同《征求意见稿》的内容，认为“分权而治”当属现代企业制度的应有之义，理应得到贯彻。本次《公司法》修订并未明确该项内容，但立法并未参照《民法典》将董事会定位于“执行机构”，从立法趋势而言，董事会独立性得到极大的强化不言而喻。中国特色现代企业制度的建立，股东会与董事会的“分权而治”是一项不可或缺的重要内容，法务部为《征求意见稿》的该条内容点赞。事实上，即便该条款正式出台，对于大量的封闭型公司而言，股东会仍可通过“操控”董事会的方式实现其职权的下放或上收。当然，对于法定职权以外的其他职权，

股东可通过公司章程的规定而自由设定归属，并不受此限制。

三、允许不动产出资“带押过户” (s16)

意见原文

出资人以设有抵押权的建设用地使用权、建筑物和其他土地附着物等出资，公司请求出资人将抵押财产的权属变更至公司名下的，应当区分以下情形处理：

（一）当事人未约定禁止或者限制转让抵押财产的，参照本解释第十五条第一款规定处理；

（二）当事人约定禁止或者限制转让抵押财产且已经办理登记，抵押权人同意的，人民法院应予支持；抵押权人不同意的，人民法院可以向公司释明，告知其变更诉讼请求；公司经释明后拒绝变更诉讼请求的，应当判决驳回其诉讼请求。

法务部解读

这是《民法典》相关规定的配套制度，是《民法典》第406条抵押期间抵押财产转让应当遵循的规则体现。相较于《物权法》“抵押财产未经抵押权人同意不得处分”的规定，《民法典》第406条将抵押财产转让的规则从“禁止转让为原则，允许转让为例外”转变为“允许转让为原

则，禁止转让为例外”，并通过“抵押权不受影响”这一核心规则，在法律上为“带押过户”扫清了障碍，是顺应经济发展需求、促进财产流转的一项重要制度创新。本次《征求意见稿》对此进行明确，对于设定抵押权的财产，也可以进行权属变更，解决了股东以不动产出资的“带押过户”问题。

四、区分“以对他人享有的债权出资”和“以股东对公司享有的债权抵销其出资”（s18、19）

意见原文

股东将其对公司享有的金钱债权用于抵销其货币出资，或者经公司股东会决议后用于抵销其非货币出资，股东主张其已履行出资义务的，人民法院应予支持，但是公司已经进入破产程序或者虽未进入破产程序但已具备实质破产原因的除外。须经公司股东会决议的，主张抵销的股东应当回避表决。

法务部解读

新《公司法》明确了债权出资的出资方式，但未对股东对他人享有的债权和对公司享有的债权进行区分，《征求意见稿》对此加以区分，特别明确了“以股东对公司享有的债权抵销其出资”，从而肯定了股东以对公司享有的债权抵消其出资的合

法性和可行性。事实上，无论从财务还是法律角度，股东以其对公司享有的债权抵销其出资，常态下均是可行的，只不过在公司破产等特定情形下因侵害其他债权人平等受偿权而受限。随之而来的问题是，除抵销以外，股东能否以其对公司享有的债权在非直接抵销情形下出资，是否需要受到此前入库案例中诸如股东会决议、评估作价等程序限制，对此《征求意见稿》并未涉及。

五、明确后增资股东对形成在前债权的责任（s21-4）

意见原文

公司增资后，股东未全面履行出资义务，公司债权人依照本条规定请求该股东在未出资以及因此给公司造成的损失范围内对其到期未实现的债权承担责任，该股东以债权成立时其尚未成为股东为由提出抗辩的，人民法院不予支持。

法务部解读

此前的司法实践中存在一类争议，即：如果公司债务发生在增资前，增资股东在出资瑕疵情形下是否需要对该增资前的债务承担责任。特别是最高人民法院曾发布《执行工作办公室关于股东因公司设立后的增资瑕疵应否对公司债权人承担责任问题的复函[2003]执他字第33号》，明确指

出“债权人对于目标公司责任能力的判断应以其当时的注册资金为依据，而目标公司能否偿还债权人的债务与此后目标公司新股东增加注册资金是否到位并无直接的因果关系。新股东的增资瑕疵行为仅对目标公司增资注册之后的交易人（公司债权人）承担相应的责任，债权人在目标公司增资前与之交易所产生的债权，不能要求此后增资行为瑕疵的新股东承担责任”。本条解释一旦正式发布，前述最高院的复函意见将成为历史。股东对公司及债权人的出资责任是法定的，增资时间与债权成立先后无关，不影响股东对债权人的责任。

六、抽逃出资责任的体系构建（s28、s44-2）

意见原文

s28-4 股东抽逃出资，公司根据公司章程或者股东会决议对其股东权利作出合理限制的，参照本解释第二十五条规定处理；公司通知股东失权的，参照公司法第五十二条、本解释第二十六条规定处理。

s44-2 股东抽逃出资后转让股权，公司、公司债权人等参照公司法第八十八条第二款规定请求受让人承担连带责任的，人民法院不予支持。

法务部评论

《公司法》第53条是关于股东抽逃出资的规定，该条明确了股东的返还责任和负有责任的董监高的连带责任。《征求意见稿》细化了抽逃出资的相关规定，对相关责任承担特别是债权人维权程序进行了细化，还将抽逃出资扩大适用于股东失权及权利限制情形，但排除出逾期出资股转责任。根据《征求意见稿》第28条第4款的规定，对于抽逃出资的股东，同样将受到失权和股东权利合理限制的相关约束；同时，《征求意见稿》第44条第2款则明确规定，股东抽逃出资后转让股权，并不属于新《公司法》第88条第2款规定的逾期出资转让情形，公司、公司债权人据此要求受让人承担连带责任的，人民法院不予支持。

七、明确股权回购权的权利属性和行权期限（s38-2）

意见原文

股东与投资者约定将股权转让至投资者名下，当一定的条件成就后，投资者就是否要求股东回购股权享有选择权，在条件成就后，投资者在约定的期限内或者经股东催告后在合理期限内作出选择，请求股东回购股权的，判项表述以及投资人承担的股东出资义务等参照前款规定处理。超过前述期限后，投资者请求股东回购股权的，人民法院不予支持，但是股东同意

的除外。

法务部评论

此前司法实践中，对于投资者所享有的回购权的性质一直争论不休。回购权属于形成权还是请求权，权利行使期限适用诉讼时效还是除斥期间，司法判例存在着较大的分歧。而对于回购权不同性质的认定，直接影响着当事人的行权期限，因而备受关注。明确界定回购权的法律性质、行权方式及期限，不仅有利于解决司法实践中诸多的裁判困惑，厘清裁判规则和尺度，也是稳定法律关系的必要举措。

《征求意见稿》本次对于回购权的权利属性和行权期限作出正面回应，基本延续了此前法答网答复意见，虽未直接给予定性，但字里行间都流露出浓重的形成权色彩。该部分内容主要体现在第38条第2款中，针对选择型回购条款，回购权的行使受到一定的期限限制。期限有约定从约定，没有约定的，经股东催告后投资者未在合理期限内作出选择的，选择权丧失。同时，对于法答网中“合理期间的认定以不超过6个月为宜”的相关内容并未延续，而是将回购权这种特殊的选择权的行权期限回归到《民法典》第515条、516条关于“选择权”的规定之中，即选择权的行权期间由合同当事方约定以及经催告的合理期间为限两种情况，这一做法为裁判机

关根据个案实际情况认定留下了充足的自由裁量空间。

八、废止“抽象盈余分配可诉制度” (s52)

意见原文

股东依据载明具体分配方案的股东会决议请求公司分配利润，公司无正当理由拒绝分配利润的，人民法院应当判决公司按照决议载明的分配方案向股东分配利润。股东未提交载明具体分配方案的股东会决议即请求公司分配利润的，人民法院不予支持。

公司违反法律规定向部分股东分配利润，其他股东依法提起股东代表诉讼，请求该部分股东将违法分得的利润返还公司并赔偿损失，负有责任的董事、监事、高级管理人员对因不能返还利润造成的损失承担损害赔偿责任的，人民法院应予支持；其他股东请求公司分配利润的，人民法院不予支持，但是公司符合分配利润条件，且依据公司章程规定或者公司此前利润分配等情况可以确定具体分配方案的除外。

法务部评论

严格意义上说，这应该是一个毁誉参半的评价。众所周知，公司利润分配与否取决于公司是否符合盈利分配条件以及股

股东会决议分配与否，“有利可分”和“决议分配”是分红的两大前提。《公司法司法解释四》第15条创设了“抽象盈余分配可诉制度”，用于解决滥用股东权利导致公司不分配利润损害其他股东权利的情形。但司法实践的难度在于即便符合了这样的适用前提，人民法院仍然无法就具体的分配方案作出判决，这显然非司法所能为的领域，也非司法所应为的领域。本次《征求意见稿》实际上并未完全废止该项制度，但已经将该项制度的适用场景进行了极度的限缩，即仅在“依据公司章程规定或者公司此前利润分配等情况可以确定具体分配方案的”场景下适用，显然，除非公司章程有此规定，否则股东再试图提起抽象盈余分配之诉，基本不太可能。这一做法当然是回归了商业判断原则，充分体现了司法谦抑；但我们始终认为，对于股东利润分配权，司法在保持谦抑的同时，必须在必要时及时介入，以维护股东的核心权益和根本目的，过分谦抑未必是应取之道。

九、严格限缩股东压制回购的适用情形（s39-1、s39-2）

意见原文

公司的控股股东滥用股东权利，导致其他股东参与公司经营管理或者获取投资收益的目的不能实现，其他股东依照公司法第八十九条第三款规定请求公司按照合

理的价格收购其股权的，人民法院应予支持。公司以控股股东已经依照公司法第二十一条第二款规定承担了损害赔偿责任为由提出抗辩的，人民法院不予支持。

公司的控股股东滥用股东权利造成其他股东损失，但尚未导致其参与公司经营管理或者获取投资收益的目的不能实现，其他股东依照公司法第二十一条第二款规定请求控股股东承担损害赔偿责任的，人民法院应予支持；其他股东依照公司法第八十九条第三款规定请求公司按照合理的价格收购其股权的，人民法院不予支持。

法务部评论

该条款是针对新《公司法》第89条第3款股东压制回购请求权的相应解释，相较于《公司法》的条款表述，该解释条款极大的限缩了股东压制回购的适用情形。

《公司法》条款使用了“控股股东滥用股东权利”这样的表述，显然，对于何为“控股股东滥用股东权利”语焉不详，这也给司法实践留下了较大的裁量空间和个案的不确定性。显然，新《公司法》第89条第3款所规定的股东压制回购请求权是极特定情形下的“不得已而为之”，立法本意是给遭受压制的小股东一个“用脚投票”的退出机会，以解决有限公司相对封闭人合性带来的天然弊端。然而，由于立法语言过于精炼，将导致司法实践对于“滥用

股东权利”的过度解读，因此，本条款对具体适用情形进行了严格限缩。限缩来自于两个方面，一是适用场景的限缩，二是责任类型角度的限缩。同时，第39条第1款和第2款还明确了《公司法》第89条第3款和第21条第2款的衔接适用关系，即尚未导致目的不能实现的，应适用第21条的损害赔偿；严重滥用导致目的不能实现的，方可适用第89条第3款的压制回购。

十、完善股东出资责任体系（s21、s25、s26）

意见原文

S21： 股东未全面履行出资义务，公司或者已经足额缴纳出资的其他股东请求该股东向公司履行出资义务并承担损失的，人民法院应当依法予以支持。已经足额缴纳出资的其他股东同时依据设立协议等请求该股东向其承担违约金等责任，人民法院应当依法予以支持；该股东主张约定的违约金过分高于造成的损失，应予适当减少的，人民法院应当按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释》的有关规定处理。

已经足额缴纳出资的其他股东仅请求股东向其承担违约金等责任的，人民法院可以依当事人的申请或者依职权追加公司

为第三人，并且向其他股东释明，告知其将诉讼请求变更或者增加为向公司履行出资义务或者承担损失；其他股东经释明后拒绝变更或者增加诉讼请求的，应当驳回其诉讼请求。

股东未全面履行出资义务，公司不以诉讼或者仲裁方式主张权利，致使公司债权人对公司的到期债权未能实现，公司债权人以该股东为被告、公司为第三人，请求该股东在未出资以及因此给公司造成的损失范围内对其到期未实现的债权承担责任的，人民法院应当依法予以支持。

公司增资后，股东未全面履行出资义务，公司债权人依照本条规定请求该股东在未出资以及因此给公司造成的损失范围内对其到期未实现的债权承担责任，该股东以债权成立时其尚未成为股东为由提出抗辩的，人民法院不予支持。

S25： 股东未全面履行出资义务，公司根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合理限制，该股东请求认定该限制无效的，人民法院不予支持。

股东认缴出资，代表三分之二以上表决权的股东作出按实际出资比例等其他标准确定表决权比例的决议，股东请求确认

决议无效的，人民法院不予支持。

人民法院在审理本条所涉公司决议效力案件时，当事人对股东是否全面履行出资义务、股东会召集程序或者表决方式是否符合规定等存在争议的，人民法院应当在查明相关事实的基础上对公司决议效力作出认定。

S26: 公司因股东失权遭受损失，公司请求失权股东承担损害赔偿责任的，人民法院应予支持。

股东失权后，该股权在六个月内未被转让或者注销，公司请求其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资的，人民法院应予支持；公司债权人依照本解释有关规定请求其他股东在出资比例范围内对其到期未实现的债权承担责任的，人民法院应予支持。其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资后，主张取得相应股权的，人民法院应予支持。

股东以作出失权决定的董事会决议无效、不成立或者可撤销等为由请求恢复其股东资格，经审查股东提起诉讼时已经超过法定的三十日期限的，人民法院不予支持。

法务部评论

事实上，这并不是全新的内容，有关

于股东出资责任体系，在原《公司法司法解释三》中有较为全面的阐释。本次《征求意见稿》在新《公司法》的基础上，通过以上三个条款再次全面完整的对股东瑕疵出资的责任构建了一个完整且多层次的责任体系，即对公司的缴纳义务、对其他股东的违约责任和对债权人的直接责任，以及瑕疵出资情形下的股东权利合理限缩和股东失权制度。当然，还有第24条的出资加速到期。公司法通过前述责任框架体系，构建了一个从内部催缴、违约追责、权利限制/丧失到外部对债权人的直接责任的完整追责体系，再次体现了本次公司法修订强化公司资本制度的核心要义。