



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2月，第二期)

编委会

主 编：王竞

副主编：张政、李慧琴、邓海虹

责任编辑：车丽、许硕

目录

一、 新法速递	1
市场监督管理行政处罚案件违法所得认定办法	1
企业名称申报指引（2025 年版）	2
长三角地区市场监管领域轻微违法行为不予处罚和从轻减轻处罚规定	11
二、 观点速递	18
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	18
新公司法视角下先公司合同责任的认定 摘自“山东高法”微信公众号	21
融资性贸易的司法界定与特征认定 至正开放麦 摘自“上海二中院”微信公众号	23
新三板定增股票认购者依约主张回购遭遇执行不能，“砸”在手里股票能否主张证券虚假陈述侵权赔偿 摘自“京法网事”微信公众号	26
资本维持、关联担保与案外人利益保护——对赌协议纠纷中依职权审查的法理边界 摘自“京法网事”微信公众号	28
三、 实务研究	33
董事、高级管理人员对第三人责任研究——《公司法》第 191 条的理解与适用 摘自“法律适用”微信公众号	34
新《公司法》背景下失权股东的责任承担与权利救济研究 摘自“中国上海司法智库”微信公众号	47

法定代表人或董事登记涤除类案件的裁判思路与方法 摘自“中国上海司法智库” 微信公众号	57
破产申请实务问题探究 摘自“北京市第一中级人民法院”微信公众号.....	62
四、 实务论道	66
《公司法》及司法解释（征求意见稿）背景下股东出资加速到期制度的观察兼 评第 24 条	66

一、 新法速递

市场监督管理行政处罚案件违法所得认定办法

来源：国家市场监督管理总局

发布时间：2026年1月16日

第一条 为了规范市场监督管理行政处罚案件违法所得认定，保障和监督市场监督管理部门依法实施行政处罚，保护公民、法人和其他组织的合法权益，根据《中华人民共和国行政处罚法》，制定本办法。

第二条 市场监督管理部门办理行政处罚案件认定违法所得，适用本办法。

第三条 违法所得是指实施违法行为所取得的款项。违法所得应当与当事人所实施的违法行为直接相关，是当事人基于该违法行为直接获得的款项。

第四条 当事人直接用于生产经营活动的合法必要支出，可以在认定违法所得时扣除。法律、行政法规、部门规章另有规定的，从其规定。

第五条 市场监督管理部门计算违法所得时，可以扣除当事人直接用于生产商品的原材料购进价款、所销售或者在服务中使用的商品购进价款等合法必要支出。

当事人认为有其他合法必要支出的，可以向市场监督管理部门提出申请。

第六条 当事人应当在市场监督管理部门指定的合理期限内，提供认定合法必要支出所需要的真实、完整的单证、协议、会计账簿等证据材料。市场监督管理部门根据当事人提供的材料，对合法必要支出作出认定。

当事人未在指定期限内提供足够证据证明的款项，或者合法必要支出与其他支出混同且难以区分的款项，不予扣除。

第七条 多收或者少付价款的价格违法行为，违法所得按照当事人实施该行为多收或者少付的价款计算。

第八条 拉人头、骗取入门费式传销活动的违法所得，按照当事人实施该传销活动所取得的全部收入计算。

第九条 违反法律法规的规定，为违法行为提供便利条件的，违法所得按照当事人实施该违法行为所取得的全部收入计算。

第十条 在认定违法所得时，当事人在市场监督管理部门作出行政处罚前依法缴纳的直接相关税款，可以按照本办法第六条的规定，予以认定和扣除。

第十一条 当事人已经依法退赔的款项，市场监督管理部门不予没收，但应当计入违法所得。

第十二条 市场监督管理部门可以委托具有相关业务能力的第三方机构，开展违法

所得的核算、评估等工作。

受委托的第三方机构应当独立开展相关工作，并对工作中知悉的国家秘密、商业秘密和案件信息予以保密。

第十三条 市场监督管理领域同一部法律、行政法规的法律责任中，部分条款对没收违法所得作出规定，部分条款未作出规定的，对未作出规定的条款所涉及的违法行为，一般视为违法所得无需单独计算。

第十四条 经充分调查，违法所得数额仍然无法查清的，可以不再单独计算违法所得，但应当在确定罚款数额时作为考量因素。

当事人全部违法所得无法准确计算，但是其中部分违法所得能够确定的，可以将该部分款项认定为违法所得；无法计算的部分，按照前款规定处理。

有前两款规定情形的，应当报经市场监督管理部门主要负责人审批同意。

第十五条 市场监督管理部门依据《中华人民共和国行政处罚法》第三十三条第一款规定，作出不予行政处罚决定的，不再没收违法所得，但不免除当事人依法退赔的责任。

第十六条 国务院药品监督管理部门和省级药品监督管理部门办理行政处罚案件认定违法所得，适用本办法。

法律、行政法规授权的履行市场监督管

理职能的组织办理行政处罚案件认定违法所得，适用本办法。

第十七条 本办法自2026年3月20日起施行。2008年11月21日原国家工商行政管理总局令第37号公布的《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》同时废止。

企业名称申报指引（2025年版）

来源：国家市场监督管理总局

发布时间：2026年1月4日

第一章 指引综述

要登记设立一家企业，首先需要拟定一个企业名称。已登记的企业也可以根据实际需要，变更其名称。一个企业只能申报登记一个企业名称，企业出于设立、变更需要，申报企业名称的，可以参考本指引。

企业申报和使用企业名称应当遵守《企业名称登记管理规定》《企业名称登记管理规定实施办法》等规定的要求，坚持诚实信用，尊重他人在先合法权利，避免混淆。

使用名称的个体工商户和农民专业合作社的名称申报，可以参考本指引。

第二章 申报流程

1 申报准备

企业名称由申请人自主申报。申请人可以通过企业名称申报系统或者在企业登记机关服务窗口提交有关信息或材料。

2 申报途径

申请人可以通过企业所在地省、自治区、直辖市人民政府市场监督管理部门建立的企业名称申报系统自主申报企业名称。企业名称申报系统对申请人提交的企业名称进行自动比对，依据《企业名称登记管理规定》《企业名称登记管理规定实施办法》《企业名称禁限用规则》《企业名称相同相近比对规则》等作出禁限用说明或者风险提示。

不含行政区划的企业名称以及属于《企业名称登记管理规定》第十二条规定情形的，申请人应当同时在国家市场监督管理总局企业名称申报系统和企业名称数据库中进行查询、比对和筛选。《企业名称登记管理规定》第十二条规定的情形有：企业名称冠以“中国”、“中华”、“中央”、“全国”、“国家”等字词的；企业名称中间含有“中国”、“中华”、“全国”、“国家”等字词的；外商投资企业名称中含有“（中国）”字样的。

申请人可以通过企业名称申报系统在线申报或者在企业登记机关服务窗口现场提交有关信息和材料，根据拟定企业名称查询、

比对和筛选的结果，选取符合规定要求的企业名称，并承诺因其企业名称与他人企业名称近似侵犯他人合法权益的，依法承担法律责任。

3 企业名称保留

企业登记机关对通过企业名称申报系统提交完成的企业名称予以保留，保留期为2个月。设立企业依法应当报经批准或者企业经营范围内有在登记前须经批准的项目的，保留期为1年。

申请人可以依据实际需求向企业登记机关申请出具名称保留告知书。

申请人应当在保留期届满前办理企业登记。保留期内的企业名称不得用于经营活动。

4 申报结果

企业名称申报系统向申请人提供的是企业名称查询、比对和筛选服务，属于行政机关为申请人提供的便民服务事项，不属于针对具体登记申请实施的行政许可。

申请人提交设立登记或者名称变更登记申请后，企业登记机关经审查认为申请的企业名称符合企业名称登记管理相关规定要求的，并符合《中华人民共和国市场主体登记管理条例》相关规定的，予以登记。不符合规定要求的不予登记，并在不予登记通知书中载明理由和依据。

第三章 一般规则

1 企业名称用字

企业名称应当使用规范汉字，规范汉字依据教育部、国家语言文字工作委员会组织制定的《通用规范汉字表》确定，不包括外文、汉语拼音、字母、阿拉伯数字、繁体字、异体字，法律法规规章等另有规定的除外。《通用规范汉字表》可在教育部网站查询下载。

2 企业名称组成

企业名称一般应当由行政区划名称、字号、行业或者经营特点、组织形式组成，并依次排列。法律法规另有规定的除外。示例：

行政区划名称	字号	行业或者经营特点	组织形式
北京市	阳光	信息技术	有限责任公司

企业名称中的行政区划名称置于字号之后、组织形式之前的，应当加注括号。个体工商户、农民专业合作社一般不适用行政区划名称后置。

企业名称应当整体合规，相邻要素连用不得出现违反法律法规、可能使公众受骗或者产生误解、侵犯他人合法权益等情形。

2.1 行政区划名称

企业名称中的行政区划名称应当是企业所在地的县级以上地方行政区划名称。一般应当使用规范的行政区划名称，并符合当地通用表达习惯。

(1) 县级以上地方行政区划名称以在民政部官方网站公布的行政区划信息为准；

(2) 在行政区划名称中使用市辖区名称的，应当冠以其所属的设区的市的行政区划名称，如“北京市朝阳区”、“董庆渝北”等；

(3) 在行政区划名称中使用开发区、垦区等区域的名称的，应当与行政区划名称连用，不得单独使用，如可以使用“上海浦东新区”，不得单独使用“浦东新区”等。

可以缀以个体工商户所在地的乡镇、街道或者行政村、社区、市场等名称。市辖区名称在个体工商户名称中使用，应当同时冠以其所属设区的市的行政区划名称。

2.2 字号

字号是企业名称要素中最为突出的、最具独创性的要素。企业名称中的字号应当具有显著性，由两个以上汉字组成，可以是字、词或者其组合。例如“某某市沃动机械有限公司”中的字号“沃动”具有显著性，“某某市动力机械有限公司”中的字号“动力”与行业“机械”连用，易使公众误认为“动力”是“机械”的行业修饰语，不具有显著

性。

县级以上地方行政区划名称、行业或者经营特点用语等具有其他含义，且社会公众可以明确识别，不会认为与地名、行业或者经营特点有特定联系的，可以作为字号或者字号的组成部分。例如可以使用“某某市日出东方科技有限公司”，字号中的“东方”有县级以上地方行政区划名称海南省东方市之意，但是字号“日出东方”另有含义，不足以引起误解。

自然人投资人的姓名可以作为字号，但应当符合企业名称登记管理相关规定。

2.3 行业或者经营特点

企业名称中的行业或者经营特点应当根据企业的主营业务和国民经济行业分类标准标明，一般选择国民经济行业分类中的小类代码作为行业代码，例如：使用新能源技术作为行业或者经营特点的，可选取 M7515 新能源技术推广服务。国民经济行业分类标准未规定的，可以参照行业习惯或者专业文献等表述。跨行业经营的企业，一般其经营范围中的第一项经营项目为该企业的主营业务。主营业务变更登记，企业名称中的行业或者经营特点需要相应变更。

2.4 组织形式

企业应当依法在名称中标明与组织结构或者责任形式一致的组织形式用语：

(1) 公司应当在名称中标明“有限责任公司”“有限公司”或者“股份有限公司”“股份公司”字样；

(2) 合伙企业应当在名称中标明“(普通合伙)”“(特殊普通合伙)**(有限合伙)”字样；

(3) 个人独资企业应当在名称中标明“(个人独资)”字样；不得使用可能使公众误以为是其他组织形式的字样，如：基金会、发展研究中心等。

个体工商户使用名称的，应当在名称中标明“(个体工商户)”字样，农民专业合作社(联合社)应当在名称中标明“专业合作社”或者“专业合作社联合社”字样。

3 企业分支机构名称

企业分支机构名称应当冠以其所从属企业的名称，缀以“分公司”、“分厂”、“分店”等字词，并在名称中标明该分支机构的行业和所在地行政区划名称或者地名等，其行业或者所在地行政区划名称与所从属企业一致的，可以不再标明，但应当使用其他具有显著性的内容作为其组成部分以示区分。例如“某某市阳光科技有限公司”的分支机构名称“某某市阳光科技有限公司第一分公司”“某某市阳光科技有限公司北京分公司”“某某市阳光科技有限公司天津商贸分公司”等。

4 企业集团名称

企业集团，由其母公司、子公司、参股公司以及其他成员单位组成。母公司是依法登记注册，取得企业法人资格的控股企业；子公司是母公司拥有全部股权或者控股权的企业法人；参股公司是母公司拥有部分股权但是没有控股权的企业法人。

已经登记的企业法人，控股3家以上(含3家)企业法人的，可以作为企业集团的母公司，申请名称变更登记，在其名称的组织形式之前使用“集团”或者“(集团)”字样。企业集团名称应当在企业集团母公司办理名称变更登记时一并提出。

4.1 企业集团名称构成

企业集团名称应当与企业集团母公司名称的行政区划名称、字号、行业或者经营特点一致，企业集团名称由“行政区划名称+字号+行业或者经营特点+集团”依次构成，构成顺序不随企业集团母公司名称行政区划名称后置等情况改变。

4.2 冠以企业集团名称

经集团母公司授权的子公司、参股公司，其名称可以冠以集团名称。冠以企业集团名称的子公司、参股公司名称构成一般为：企业集团名称+所在地行政区划名称+字号+行业或者经营特点+组织形式。子公司、参股公司的企业名称冠以其所从属的企业集团名称

时，应当标明该企业的所在地行政区划名称、行业或者经营特点，其所在地行政区划名称、行业或者经营特点与所从属的企业集团名称一致的，可以不再标明，行政区划名称、行业或者经营特点都不标明时，需标明字号；已标明行政区划名称、行业或者经营特点要素之一的，可以不再标明字号；所从属的企业集团名称不含行业或者经营特点的，需标明行业或者经营特点。

5 外商投资企业名称

使用外国投资者字号的外商独资或者控股的外商投资企业，企业名称中可以含有“(中国)”字样，其字号应当与企业的外国投资者名称或者字号翻译内容保持一致，并符合法律法规规定。

第四章 字号相同比对

使用企业名称应当遵守法律法规规定，不得以模仿、混淆等方式侵犯他人合法在先合法权益。

《企业名称登记管理规定》第十七条规定，在同一企业登记机关，申请人拟定的企业名称中的字号不得与下列同行业或者不使用行业、经营特点表述的企业名称中的字号相同：

(1) 已经登记或者在保留期内的企业名称，有投资关系的除外；

(2)已经注销或者变更登记未满1年的原企业名称，有投资关系或者受让企业名称的除外；

(3)被撤销设立登记或者被撤销变更登记未满1年的原企业名称，有投资关系的除外。

1 同一企业登记机关

同一设区的市级行政区域内的所有企业登记机关(一般包括市级、县级企业登记机关),属于上述的“同一企业登记机关”的情形。省级企业登记机关对属于“同一企业登记机关”的情形有调整的,按调整实际执行。

2 具体情形

《企业名称登记管理规定》第十七条所称申请人拟定的企业名称中的字号与同行业或者不使用行业、经营特点表述的企业名称中的字号相同的情形包括：

(1)企业名称中的字号相同，行政区划名称、字号、行业或者经营特点、组织形式的排列顺序不同但文字相同，例如“北京阳光科技有限公司”与“阳光科技(北京)有限公司”；

(2)企业名称中的字号相同，行业或者经营特点相同，但行政区划名称不同，例如注册在深圳市的“广东阳光科技有限公司”与“深圳阳光科技有限公司”；

(3)企业名称中的字号相同，行业或者经营特点相同，但组织形式不同，例如“北京阳光科技有限公司”与“北京阳光科技股份有限公司”；

(4)企业名称中的字号相同，行业或者经营特点表述不同但实质内容相同，例如“北京阳光建筑有限公司”与“北京阳光建设工程有限公司”。

以上情形中的名称将不予通过。

3 投资关系

《企业名称登记管理规定》第十七条规定的“有投资关系的”，主要包括以下情形：

- (1)企业与其直接投资方；
- (2)企业与其投资方的投资方；
- (3)两个企业的投资方完全一致。

第五章 近似名称比对

1 比对规则

近似名称包括但不限于以下情形的企业名称：

(1)字号包含同一企业登记机关已登记、在保留期内同行业企业名称字号或者被其包含，行业表述相同或者行业表述不同但内容相同。如：北京阿凯凯网络科技有限公司与北京阿凯网络科技有限公司、北京阿凯凯凯在线信息科技有限公司。

(2)与同一企业登记机关已登记、在保留期内同行业企业名称字号的字音相同，行业表述相同或者行业表述不同但内容相同。如：北京马栏山酒业有限公司与北京马兰山白酒有限公司、北京马蓝山酒业有限公司。

(3)字号与同一企业登记机关已登记、在保留期内同行业企业名称字号部分字音相同，行业表述相同或者行业表述不同但内容相同。如：北京金瑞达建材有限公司与北京瑞达丰建材有限公司、北京金睿达丰新型材料有限公司。

(4)字号与同一企业登记机关已登记、在保留期内同行业企业名称字号字形极其相近，容易造成公众误认，行业表述相同或者行业表述不同但内容相同。例如：北京泰山商贸有限公司与北京秦山商贸有限公司、北京风官电力工程有限公司与北京风官电力有限公司。

(5)不含行业表述或者以实业、发展等不使用国民经济行业分类用语表述行业的，包含或者被包含同一企业登记机关已登记、在保留期内的同类别企业名称的字号，或者其字号的字音相同，或者其包含、被包含的部分字音相同。如：北京马兰山有限公司与北京金马栏山有限公司、北京马栏山实业有限公司、北京马兰山建筑工程有限公司。

申请人选取企业名称与他人先在有一定影响的名称(包括简称、字号等)存在近似情形的，应当避免侵犯他人先在合法权利。他人先在具有一定影响的名称，是指享有较高商业信誉和影响力，为相关公众所熟悉和知晓，显著区别于其他主体的标志性文字标识，包括但不限于知名企业、知名大学、知名医院、知名媒体等名称或者简称。如“华为”、“清华”、“协和”等。

存在以下比对结果的近似名称，也建议谨慎选取，避免侵犯他人先在合法权利：

(1)“新、大、老、真、之”等修饰字词，例如“北京阳光餐饮有限公司”与“北京老阳光餐饮有限公司”；

(2)重复、重叠的字号，例如“北京真心餐饮有限公司”与“北京真心真心餐饮有限公司”；

(3)汉字字形修饰字词，例如“北京真心餐饮有限公司”与“北京一真心一餐饮有限公司”；

(4)与行业用语相关的表述字词作为字号的一部分，例如“北京富力通信科技有限公司”与“北京富力通通信科技有限公司”；

(5)与重量、数量相关的表述字词作为字号的一部分，例如“北京阳光香酿酒业有限公司”与“北京二两阳光香酿酒业有限公司”；

2 风险提示

(6)与服务场所相关的表述字词作为字号的一部分,例如“北京真心餐饮有限公司”与“北京真心楼餐饮有限公司”;

(7)与区域表述相关字词,例如“北京真心餐饮有限公司”与“北京北方真心餐饮有限公司”;

(8)其他侵犯他人先在合法权利的近似名称。

因申报企业名称与他人先在有一定影响的名称(包括简称、字号等)相似,易造成混淆误认的,企业可能面临侵权纠纷,存在登记机关依法不予登记或依法纠正的可能。

第六章 要点提示

企业名称是公司在从事民商事活动中用以代表自己并区别于其他法人或者非法人组织的标志性固定称谓,是公司商誉的主要组成部分,承载着公司的品牌价值。企业做强做大,归根结底靠的是综合实力和逐步累积的品牌效益,而不是只靠一个名称。建议企业在商业活动中始终秉持诚实信用的原则,树立良好的商业信誉。企业名称权受法律保护,尊重先在合法权利,有助于维护公平竞争市场秩序。

1 企业名称禁止性要求

根据《企业名称登记管理规定》第十一条、《企业名称登记管理规定实施办法》第

十六条、第二十三条规定,企业名称不得有法律、行政法规以及国家规定禁止的情形,如可能使公众受骗或者产生误解的情形;不得故意申报与他人先在具有一定影响的名称(包括简称、字号等)相同或者近似的企业名称;不得提交虚假材料或者采取其他欺诈手段进行企业名称自主申报;不得以自行使用为目的,恶意囤积企业名称,占用名称资源等,损害社会公共利益或者妨碍社会公共秩序等。

2 系统提示存在局限性

企业名称申报系统向申请人提供申报服务并进行禁限用等风险提示,但系统因数据、技术等原因,仍存在一定局限性,不能涵盖所有风险提示。申请人应对自己选取的企业名称进行自主查询综合判断,决定是否申报,并承诺依法承担相应的法律责任,经依法登记后规范使用。利用AI技术等查询推荐名称是登记机关向申请人提供的企业名称信息辅助查询功能,仅供申请人参考,不具有法律效力。

3 尊重他人先在合法权利

他人先在合法权利包括但不限于名称权、商标权、版权、姓名权等,均受法律保护。申请人应当通过主管部门官方网站提供的查询入口对商标权、版权等进行查询,在选择企业字号时,建议申请人进行详尽的商标等

权利检索和尽职调查，避免权利冲突甚至侵权行为的发生。

4 规范语言文字使用

避免以蹭热度、博眼球等方式申报企业名称，避免申报涉及时事政治、新闻宣传、网络热词、热点话题等字词的企业名称，将相关字词作为名称中的字号进行申报，可能缺乏显著性、或造成不良影响、或涉嫌恶意申报。登记机关将区分不同情形，依法予以纠正或行政处罚。

5 企业信息公示要求

根据《企业名称登记管理规定实施办法》第十八条、第三十条规定，企业集团母公司应当将企业集团名称以及集团成员信息通过国家企业信用信息公示系统向社会公示；企业名称的授权方与使用方应当分别将企业名称授权使用信息通过国家企业信用信息公示系统向社会公示。

企业应当在规定时间内通过国家企业信用信息公示系统向社会公示，未在规定期限公示的，将依法承担相关法律责任。

6 申报不含行政区划名称的企业名称要求

跨省、自治区、直辖市经营的企业，其名称可以不含行政区划名称。已经登记的企业法人，通过跨省开展经营活动，在市场积

累一定的知名度和影响力后，符合《企业名称登记管理规定》《企业名称登记管理规定实施办法》等规定要求的，可以申报不含行政区划的企业名称。不含行政区划名称的企业名称不代表对企业资质或规模的官方认定，企业在名称使用中应避免误导公众。

7 申报条件变化的及时变更企业名称

法律法规对使用“集团”或者“（集团）”字样、不含行政区划名称、不含行业或者经营特点等企业名称相关申报条件进行明确规定要求，企业在经营活动中相关申报条件变化的，应及时变更企业名称。企业登记机关发现已经登记的企业名称不符合法律法规规定要求的，将依法予以纠正。

8 使用企业名称应符合相关法律法规规定

根据《企业名称登记管理规定》第二十三条、《企业名称登记管理规定实施办法》第十六条、第二十七条规定，使用企业名称应当遵守法律法规，诚实守信，不得损害他人合法权益；不得使用与国家重大战略政策相关的文字，使公众误认为与国家出资、政府信用等有关联关系；不得使用“国家级”“最高级”“最佳”等带有误导性的文字；不得使用与同行业在先有一定影响的他人名称（包括简称、字号等）相同或者近似的文字；不得使用明示或者暗示为非营利性组织的文

字；不得以模仿、混淆等方式侵犯他人合法权益等。

9 救济途径

(1) 依据《企业名称登记管理规定》第二十一条规定，企业认为其他企业名称侵犯本公司名称合法权益的，可以向人民法院起诉或者请求为涉嫌侵权企业办理登记的企业登记机关处理。

(2) 依据《商标法》第五十七条、第五十八条及《反不正当竞争法》第七条等规定，企业发现其他企业侵犯本企业注册商标专用权或实施不正当竞争行为侵犯本企业合法权益的，可以向人民法院起诉或者向市场监管部门投诉商标侵权和不正当竞争行为。

(3) 对于在后注册商标侵害在先企业名称权的，根据《商标法》第三十二条“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利”的规定，企业可以向人民法院起诉或者向国家知识产权局提出商标异议或无效程序。

第七章 附则

指引的效力

本指引仅对企业名称申报作出一般性指引，依据《企业名称登记管理规定》《企业名称登记管理规定实施办法》等规定制定，旨在帮助申请人依法便捷高效完成名称登记，防范潜在风险，供申请人参考，不具有强制

性。

指引中关于企业名称申报的阐释多为原则性、概括性说明，并不涵盖全部法律风险，建议申请人在参考本指引时，依据企业名称登记管理相关法律法规，结合具体问题进行分析评估，也可具体咨询所在地登记机关。

长三角地区市场监管领域轻微违法行为不予处罚和从轻减轻处罚规定

来源：上海市市场监督管理局

发布时间：2026年1月7日

第一章 总 则

第一条 为推进市场监管领域包容审慎监管，规范市场监管执法行为，持续优化营商环境，根据《中华人民共和国行政处罚法》《优化营商环境条例》《市场监督管理行政处罚程序规定》等法律法规规章以及上级文件精神，制定本规定。

第二条 本规定适用于长江三角洲地区（以下简称长三角地区，包括上海市、江苏省、浙江省、安徽省）市场监管领域行政处罚工作。

第三条 本规定所称不予行政处罚是指因法定原因对特定违法行为不给予行政处罚。

减轻行政处罚是指适用法定行政处罚最低限度以下的处罚种类或者处罚幅度，包括在违法行为应当受到的一种或者几种处罚种类之外选择更轻的处罚种类，或者在应当并处时不并处，或者在法定最低罚款限值以下确定罚款数额。

从轻行政处罚是指在依法可以选择的处罚种类和处罚幅度内，适用较轻、较少的处罚种类或者较低的处罚幅度。其中，罚款的数额应当在从最低限到最高限这一幅度中较低的30%部分。

第四条 市场监管部门对当事人违法行为作出不予行政处罚或者从轻、减轻行政处罚的决定，应当以事实为依据，遵守法定程序，坚持过罚相当，根据法律、法规、规章的规定，综合考虑违法行为的事实、性质、情节、社会危害程度，兼顾地区经济社会发展状况、当事人主客观情况等因素，合理、规范行使行政处罚裁量权。

对新产业、新业态、新商业模式中出现的违法行为，在适用本规定时，应当秉持包容审慎的原则进行综合裁量。

第五条 市场监管部门对当事人违法行为作出不予行政处罚或者从轻、减轻行政处罚的决定，应当坚持处罚与教育相结合原则，

广泛运用说服教育、劝导示范、指导约谈等方式，督促引导当事人积极整改，依法合规开展生产经营活动。

第二章 适用情形

第六条 有下列情形之一的，应当依法不予行政处罚：

（一）不满十四周岁的未成年人有违法行为的；

（二）精神病人、智力残疾人在不能辨认或者不能控制自己行为时有违法行为的；

（三）违法行为轻微并及时改正，没有造成危害后果的；

（四）除法律、行政法规另有规定外，当事人有证据足以证明没有主观过错的；

（五）除法律另有规定外，涉及公民生命健康安全、金融安全且有危害后果的违法行为在五年内未被发现的，其他违法行为在二年内未被发现的；

（六）其他依法应当不予行政处罚的。

初次违法且危害后果轻微并及时改正的，原则上不予行政处罚。

第七条 有下列情形之一的，应当依法从轻或者减轻行政处罚：

（一）已满十四周岁不满十八周岁的未成年人有违法行为的；

（二）主动消除或者减轻违法行为危害后果的；

（三）受他人胁迫或者诱骗实施违法行为的；

（四）主动供述市场监管部门尚未掌握的违法行为的；

（五）配合市场监管部门查处违法行为有立功表现的；

（六）其他依法应当从轻或者减轻行政处罚的。

属于前款第一至五项情形的，可以分别结合违法行为和危害后果轻重程度、消除或者减轻违法行为危害后果程度、受胁迫或者诱骗程度、供述或者配合查处的违法行为轻重程度以及其他情节，综合裁量确定适用从轻或者减轻行政处罚。

第八条 有下列情形之一的，可以依法从轻或者减轻行政处罚：

（一）尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人、智力残疾人有违法行为的；

（二）积极配合市场监管部门调查并主动提供证据材料的；

（三）违法行为轻微，社会危害性较小的；

（四）在共同违法行为中起次要或者辅助作用的；

（五）当事人因残疾或者重大疾病等原因生活确有困难的；

（六）其他依法可以从轻或者减轻行政处罚的。

属于前款第一、三项情形的，可以结合违法行为和危害后果轻重程度以及其他情节，综合裁量确定适用从轻或者减轻行政处罚。属于前款第二、四、五项情形的，可以分别结合配合调查程度、所起的作用大小、生活困难程度以及其他情节，综合裁量确定适用从轻或者减轻行政处罚。

第九条 当事人违法行为不完全符合本规定第六条第一款第三项或者第二款规定的条件，但情节轻微，适用单行法罚则中最低限度处罚仍明显不当、显失公平的，根据《中华人民共和国行政处罚法》第五条第二款和《国务院办公厅关于进一步规范行政裁量权基准制定和管理工作的意见》相关规定，经市场监管部门主要负责人同意或者集体讨论通过后，可以适用减轻行政处罚。省级市场监管部门对处罚程序另有规定的，从其规定。

第三章 裁量因素

第十条 违法行为轻微，可以结合下列因素综合认定：

- （一）主观过错较小；
- （二）初次违法；
- （三）违法行为持续时间较短；
- （四）及时中止违法行为；
- （五）没有违法所得或者违法所得金额较小；
- （六）案涉货值金额较小，或者案涉产品、服务数量较少；
- （七）案涉产品、服务合格或者符合标准，或者案涉产品、服务风险较低；
- （八）其他能够反映违法行为轻微的因素。

第十一条 危害后果轻微，可以结合下列因素综合认定：

- （一）危害程度较轻，如对市场秩序的扰乱程度轻微，对消费者欺骗、误导作用较小，案涉产品安全风险较小，仅造成较小财产损失，未直接造成人身伤害等；
- （二）危害范围较小，包括区域范围、受众范围等；
- （三）未造成明显不良社会影响；
- （四）危害后果易于消除或者减轻；
- （五）危害后果已消除，或者已显著减轻且剩余后果轻微；

- （六）与违法行为损害的对象达成和解；
- （七）其他能够反映危害后果轻微的因素。

违法行为有特定对象，未造成特定对象人身伤害、财产损失的，可以认定为没有危害后果。违法行为没有特定对象，持续时间较短，未造成不良社会影响的，可以认定为没有危害后果。违法行为虽然造成安全风险，但当事人已经及时采取召回等措施消除或者有效管控风险，使风险并未转化为实际危害的，可以视为没有造成危害后果。

第十二条 当事人有下列情形之一的，属于及时改正：

- （一）在市场监管部门发现违法行为线索之前主动改正的；
- （二）在市场监管部门发现违法行为线索之后，责令改正之前主动改正的；
- （三）在市场监管部门责令改正后按要求改正的。

前款所列三种情形的及时性、主动性依次减弱，市场监管部门在作出不予行政处罚或者从轻、减轻行政处罚的决定时，应当综合考虑改正情节。

改正包括但不限于下架案涉产品、停止提供案涉服务、履行法定义务等停止或者纠正违法行为的措施，或者健全完善相关管理

制度防范违法行为再次发生。

第十三条 当事人的主观过错包括故意和过失，故意的过错程度大于过失。

当事人是否存在主观过错，可以结合下列因素综合认定：

（一）当事人对违法行为是否明知或者应知；

（二）当事人是否有能力控制违法行为及其后果；

（三）当事人是否履行了法定的生产经营责任；

（四）当事人是否通过合法途径取得商品；

（五）当事人是否取得生产经营活动的合法授权；

（六）其他能够反映当事人主观状态的因素。

当事人主张无主观过错的，应当提供相关证据。市场监管部门应当对证据进行核实，并对当事人是否属于无主观过错予以认定。法律、行政法规另有规定的除外。

第十四条 初次违法是指当事人二年内第一次实施该性质违法行为。

前款规定的期限，是指当事人前一次违法行为处理决定生效之日与本次违法行为发

生之日的时间间隔。处理决定包括行政处罚，认定违法行为成立的不予行政处罚、不予立案和责令改正，以及依法追究刑事责任。

经询问当事人，并查询国家企业信用信息公示系统以及执法办案系统，未发现当事人在上述规定期限内有一性质违法行为的，可以认定为初次违法。

各地对初次违法的认定另有规定的，从其规定。

第十五条 在案件调查终结前，当事人主动采取措施消除或者减轻危害后果且产生了实际效果的，属于主动消除或者减轻违法行为危害后果，包括主动召回案涉产品、退回违法所得、赔偿损失、消除影响等。

在陈述、申辩或者听证环节，当事人提供证据证明其在案件调查终结后主动消除或者减轻违法行为危害后果的，按照前款认定。

第十六条 当事人主动供述市场监管部门尚未掌握的自身违法行为的，应当依法对被供述的违法行为从轻或者减轻行政处罚。对于正在被调查的违法行为，当事人积极配合调查并主动提供证据材料的，按照本规定第八条第一款第二项、第十七条处理。当事人主动供述市场监管部门尚未掌握的其他经营主体违法行为的，按照本规定第七条第一款第五项处理。

第十七条 认定当事人积极配合市场监

管部门调查并主动提供证据材料，应当同时符合积极配合调查、主动提供证据材料两个条件。

当事人表面配合、变相躲避或者拖延调查的，不属于积极配合调查。当事人按市场监管部门明确要求提供有关证据材料的，不属于主动提供证据材料，但当事人具有配合意愿，主动提出需要市场监管部门对提供证据材料进行指导，并在指导后提供有关证据材料的除外。

第十八条 有下列情形之一的，属于在共同违法行为中起次要或者辅助作用：

（一）在违法行为中所起的作用较小，不是违法行为的主要推动者或者决策者，处于从属地位的；

（二）未参与违法行为主要环节的；

（三）其他起次要或者辅助作用的情形。

第十九条 当事人因残疾或者重大疾病等原因生活确有困难，可以结合下列因素综合认定：

（一）当事人本人或者配偶，以及其负有抚养、赡养义务的直系近亲属患有残疾或者重大疾病；

（二）当事人或者其家庭被民政部门确认为特困、最低生活保障或者最低生活保障边缘；

（三）其他能够反映生活确有困难的因素。

第四章 综合裁量

第二十条 当事人既有从轻或者减轻行政处罚情形，又有从重行政处罚情形的，或者同时具有多项从轻、减轻或者从重行政处罚情形的，市场监管部门应当对各项情形综合考虑，作出最终裁量决定。

第二十一条 当事人故意或者因重大过失实施违法行为，且存在下列情形之一的，市场监管部门应当审慎考量是否不予行政处罚或者减轻行政处罚：

（一）对公民生命健康安全、金融安全造成损害的；

（二）侵害对象为未成年人、老年人、残疾人等特殊群体的；

（三）造成较大不良社会影响的；

（四）违法行为同时侵害多个法益的；

（五）具有法律、法规、规章或者裁量权基准规定的从重处罚情形的。

对有证据证明严重危害公民身体健康和生命安全、造成重大财产损失等严重危害后果的违法行为，不得不予行政处罚或者从轻、减轻行政处罚。

第二十二条 长三角地区市场监管部门

根据法律法规规章、上级文件和本规定，结合地区实际制定的行政处罚裁量权基准和清单，应当主动向社会公开，并依法适用。

当事人违法行为未列入行政处罚裁量权基准、清单或者不符合其中所列条件的，市场监管部门应当按照《中华人民共和国行政处罚法》等法律法规规章，结合上级文件和本规定，综合裁量作出是否不予行政处罚或者从轻、减轻行政处罚的决定。

第五章 实施程序

第二十三条 在立案前的核查阶段已查清违法事实，符合《市场监督管理行政处罚程序规定》第二十条所列情形的，可以依法不予立案。不予立案的，应当填写不予立案审批表，阐明核查情况及不予立案理由，报市场监管部门负责人批准，核查材料、不予立案审批表等留档备查。

第二十四条 在立案后查清违法事实，拟作出不予行政处罚或者从轻、减轻行政处

罚决定的，应当依照相关程序要求办理，制发《不予行政处罚决定书》或者《行政处罚决定书》，阐明裁量的事实、理由和依据适用情况。结案后按照《市场监督管理行政处罚程序规定》第七十八条的规定予以立卷归档备查。

第六章 附 则

第二十五条 长三角地区药品监管部门对轻微违法行为作出不予行政处罚和从轻、减轻行政处罚的决定，适用本规定。

法律、法规、规章或者上级文件等对不予行政处罚或者从轻、减轻行政处罚另有规定的，从其规定。

第二十六条 本规定自2026年2月1日起施行，有效期至2031年1月31日。2023年1月13日公布的《长三角地区市场监管领域轻微违法行为不予处罚和从轻减轻处罚规定》同时废止。

二、观点速递

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

主讲人：徐晨

时间：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。

一、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，以此为导向具体判断个案中的目标公司是否符合司法解散条件。

二、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。

三、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。

四、“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”。

五、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。

新公司法视角下先公司合同责任的认定 摘自“山东高法”微信公众号

作者：李亚彬

时间：2026年2月13日

在公司设立时的股东承担了对外从事民事活动的职责，之后，当股东或者公司不履行合同义务时，作为合同相对方的第三人应当如何主张权利，法院如何认定股东和公司的责任，此即公司法理论上的先公司合同责任的认定问题。在公司设立失败时，所涉主体仅为股东和第三人，第三人只能向股东主张权利，并依据新公司法第四十四条第二款的规定要求设立时的各股东承担连带责任，此种情形在实践中并无争议。在公司设立成功时，所涉主体为股东、公司和第三人，且存在股东以自己的名义和以公司的名义签订合同两种情况，造成第三人主张权利的不同情形，需要结合民法典、公司法及相关司法解释进行体系性分析。

一、股东为设立公司以设立中公司的名义从事民事活动的情形

在这种情形下，股东以公司名义进行民事活动的“履职”属性，决定了第三人只能向公司主张权利。从内部看，也就是从公司与股东的关系上看。设立中的公司与成立后的公司虽然会有一个时间差，但如同胎儿与出生后的自然人一样，不影响其主体的同一

性。由于此时的股东行为系职务行为，而设立中的公司与成立后公司又是一体的，基于如此的“等量代换”，设立时的股东因设立行为所产生的权利义务自然归属于将来成立后的公司。从外部看，也就是从第三人与股东的关系上看。因股东向第三人披露了其是为设立中的公司所进行的民事法律行为，对于第三人来说，其对股东是在从事职务行为是明知的，当然只能向公司主张权利。这就如同在直接代理的场合，代理人实施的民事法律行为的后果应由被代理人承担一样。从第三人期待利益的角度看，其在签订合同时亦会考虑将来公司成立后经济能力与前景等因素，进而作出是否与其“代理人”股东缔约的决定。如果第三人做出了决定，就说明其认可了公司的偿债能力，并接受了相应的风险，所以由成立后的公司承担责任亦不违背第三人的合理预期。

可见，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称《公司法解释三》）第三条关于“发起人以设立中公司名义对外签订合同，公司成立后合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持”的规定，以及民法典第七十五条第一款关于“设立人为设立法人从事的民事活动，其法律后果由法人承受”的规定，均被新公司法第四十四条第一款吸收并规定为“有限责任公司设立时的股

东为设立公司从事的民事活动，其法律后果由公司承受”。这几条与民法典第一百六十二条“代理人在代理权限内，以被代理人名义实施的民事法律行为，对被代理人发生法律效力”的直接代理制度相契合。

二、股东为设立公司以自己的名义从事民事活动且第三人不知道的情形

在公司设立阶段，股东以自己的名义对外从事民事活动会存在两种情形，一种是股东在以自己的名义从事民事活动时，对设立公司一事“只字不提”，导致第三人对设立公司一事并不知情；另一种情况是股东在以自己的名义从事民事活动时，对设立公司一事“如实相告”，使得第三人对设立公司一事已经知情。

对于第一种情形，因此时股东与第三人之间的法律关系对公司而言完全符合间接代理中的隐名代理。是故，根据民法典第九百二十六条关于“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的，……受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利”的规定，此时的第三人将会有选择权，既可以选择股东承担责任，也可以选择公司承担责任。之所以如此规定，一是根据合同相对性，设立时的股东是合同的当事人，无论是从第

三人形成意思表示的“对象”，还是从第三人追求合同效果的合理预期角度看，都应允许第三人要求设立时的股东承担责任；二是设立时的股东虽然是以自己的名义对外签订合同，但毕竟是为了设立中的公司而履职，且其职务行为的获利者为公司，从保护第三人信赖利益的角度看，亦应允许其选择成立后的公司承担责任。

可见，《公司法解释三》第二条关于“发起人为设立公司以自己名义对外签订合同，合同相对人请求该发起人承担合同责任的，人民法院应予支持；公司成立后合同相对人请求公司承担合同责任的，人民法院应予支持”的规定，以及民法典第七十五条第二款“设立人为设立法人以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求法人或者设立人承担”的规定，均被新公司法第四十四条第三款所吸收，并规定为“设立时的股东为设立公司以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求公司或者公司设立时的股东承担”。其实，这几个条文与民法典第九百二十六条第二款间接代理中的隐名代理的规定也是契合的。

三、股东为设立公司以自己的名义从事民事活动且第三人知道的情形

此即前面提到的第二种情形。此时，第三人能否适用新公司法第四十四条第三款的规定在股东与公司之间进行选择呢？如果仅

从字面上去理解，新公司法第四十四条第三款仅提到了“以自己名义”这一前置条件，对于第三人是否知道却未作区分。但从该款最后的结论性语言“第三人有权选择请求公司或者公司设立时的股东承担”的表述，再结合民法典第九百二十六条第一款的第一句“受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理关系的”规定，就会发现第三人有选择权的前提条件应该是其不知道股东是在为设立公司而签订合同。

值得一提的是，最高人民法院民事审判第二庭编著的《中华人民共和国公司法理解与适用》一书在对第四十四条进行解读时提到“发起人对外从事民事活动，相对人不知道发起人是为设立中公司的利益时，根据隐名代理的规定，公司成立后应享有介入权，相对人应享有选择权”，这说明第三人享有选择权的前提是“不知道”，相反，若第三人“知道”就不应享有选择权。

所以，公司法第四十四条对“第三人知道”的情形未作规定，需要结合相关规定进行解释和填补。根据民法典第九百二十五条关于“受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人”的规定，此时，这个合同将直接约束第三人和

公司，第三人只能向公司主张权利。至此，通过民法典第九百二十五条间接代理中的显名代理制度对公司法第四十四条第三款进行填补，可以解决设立时的股东为设立公司以自己的名义从事民事活动且第三人知道情形下的责任认定问题。同时，这也在公司法与民法典之间形成了体系性“闭环”，实现了法秩序的统一。

此外，新公司法第四十四条第四款规定的股东为履行设立职责造成他人损害的责任承担问题，以及《公司法解释三》第四条规定的公司设立失败时股东内部的责任分担问题，与前述规定共同构成了先公司合同责任的责任体系。

融资性贸易的司法界定与特征认定 | 至正开放麦 摘自“上海二中院”微信公众号

主讲人：顾佳娜

时间：2026年2月6日

融资性贸易，是指参与贸易的各方主体在商品交换的过程中，依托货权、应收账款等财产性权益进行短期融资并获取收益的贸易形式，其核心特征是以贸易之名行借贷之实。

在当前国家强化金融监管、推动经济高质量发展 and 化解重大风险的宏观背景下，以及中央和国家有关部门打击“脱实向虚”的号召下，规范融资行为，依法认定相关合同效力，引导金融体系回归服务实体经济的本源，对于维护金融市场秩序，促进实体经济健康发展具有重要意义。国务院国资委自2013年以来陆续发布《关于进一步加强中央企业大宗商品经营业务风险防范有关事项的紧急通知》《关于进一步排查中央企业融资性贸易业务风险的通知》《关于规范中央企业贸易管理严禁各类虚假贸易的通知》等一系列文件，明确将融资性贸易的审查作为重点，进一步细化了融资行为的监管。最高法院也明确提出，加强对“名为贸易，实为借贷”等虚假交易的司法审查。因此，依法妥善审理融资性贸易纠纷，不仅是司法审判的职责所在，更是服务保障社会经济发展大局、助力营造稳定透明的营商环境的必然要求。

一、司法界定

在司法实践中，我们如何准确界定融资性贸易，又依据哪些关键特征进行认定呢？这需要我们运用“穿透式”审判思维，剥开贸易形式的外衣，探究当事人之间真实的法律关系。

具体而言，我们的审查认定主要围绕两个层面展开：第一，从法律性质上如何界定它；第二，在实践中它通常表现出哪些可供

识别的关键特征。

首先，我们来看第一个层面：融资性贸易的司法界定。这实质上是揭开表面合同，探究隐藏的法律关系。

融资性贸易并非一种法定的、受保护的交易模式。从法律性质上审视，其通常涉及两个层面的行为。首先，是表面行为，即各方签订一系列货物买卖合同。其次，是隐藏行为，即当事人之间真实的借贷融资合意。这才是交易各方的根本目的。

根据民法典的相关规定，行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。因此，在融资性贸易中，由于当事人缺乏买卖货物的真实意图，其签订的买卖合同往往因构成“通谋虚伪表示”而被认定为无效。法院在审理时，将着力审查并认定其背后隐藏的真实借贷法律关系。

二、特征认定

在长期的审判实践中，融资性贸易通常具备以下几个可被司法审查所识别的核心特征：意思表示的虚假性、交易流程的虚构性、交易主体的异常性与结构的循环性。

第一，意思表示的虚假性。

这是融资性贸易的本质特征。判断的关键在于，各方是否具有转移货物所有权的真实合意。司法审查中，我们重点关注以下几

点：

首先是交易背景与磋商过程：各方在交易前是否就货物规格、品质、交付等真实买卖要素进行过商业谈判。审判中，我们发现，真实的买卖通常会有具体的磋商痕迹，而融资性贸易合同往往条款高度雷同，套用统一模板，缺少针对交易细节、个性化的谈判过程。

其次是交易价格的合理性：价格是否明显偏离市场正常水平。例如，在某案件中，五家公司在同一天签订闭环买卖合同，交易价格“平买平卖”，完全不符合商业主体追求利润的基本逻辑。

最后是当事人的主观认知：通过邮件、聊天记录等证据，判断各方是否明知并无真实货物，交易的实质是资金流转。

第二，交易流程的虚构性，即“走单、走票、不走货”。

这是融资性贸易最典型的外在表现。法院主要从“资金流”和“货物流”两方面进行审查：

首先是资金流转闭环且异常迅速：资金在短期内沿着贸易链条定向流动，并最终回流至源头或关联方，形成闭环。其流转速度与正常贸易结算周期严重不符。

其次是货物流转缺失或仅为单证流转：

这是认定的关键。实践中，货物可能自始至终未移动，仓储单等货权凭证仅在纸面流转。例如，在某案件中，A公司凭一份《出库单》主张交货，但是单据上“发货人”与“收货人”为同一主体，且无任何物流信息佐证，最终法院未认定货物已实际交付。

第三，交易主体的异常性与结构的循环性。

为掩盖单一借贷关系，融资性贸易常被设计成复杂的链条式或循环式结构。

主体角色固定：交易中通常可识别出资金提供方、实际融资方以及一个或多个充当“通道”的中间贸易方。国有企业因其信用优势，常被动或主动地成为资金提供方或通道方。

贸易结构闭合：货物和资金在多家关联或非关联公司间循环流转，首尾相连，形成一个闭合的贸易圈，其唯一功能就是实现资金的输送和返还。

融资性贸易的司法认定，是一个穿透合同文本、探究商业实质的过程。法院通过综合审查交易各方的真实意思、合同的履行细节、资金的流转路径以及货物的交付情况，能够有效识别出那些隐藏在合法贸易形式之下的违规融资活动。这一定性不仅对具体案件的公正裁判至关重要，也为规范市场行为、防范金融风险提供了清晰的司法指引。

新三板定增股票认购者依约主张回购 遭遇执行不能，“砸”在手里 的股票能否主张证券虚假陈述侵权赔偿 摘自“京法网事”微信公众号

时间：2026年2月11日

裁判文书回顾

文书名称：谢某等与某教育公司等证券
虚假陈述责任纠纷案

案号：(2024)京民终666号

审理法院：北京市高级人民法院

承办法官：王丽英

案件类型：民事

基本案情

某教育公司于2015年7月31日在全国股转系统挂牌。2016年2月，某教育公司发布《股票发行方案》，拟定向发行普通股。2016年4月，某投资中心、某合伙企业、谢某等三名投资者分别认购了该公司定向增发的股票。

谢某在认购股票当日与某教育公司实际控制人王某签订了《回购协议》，约定：如该公司2018年底未能被上市公司并购，则王某按照年利率12%的标准，自认购款支付之日起计付溢价，回购谢某认购的股票。2018年底，某投资中心、某合伙企业分别与王某

签订《股份转让协议书》，将认购的全部股票溢价转让给王某。

2019年至2020年间，谢某等三名投资者依据上述协议分别向王某提起仲裁或诉讼，均取得胜诉裁判，但因王某缺乏清偿能力，未获完全执行。

2019年3月，某教育公司因2015年、2016年年度报告虚增业务收入、涉嫌信息披露违法违规被证监会立案调查。2019年11月，证监会北京监管局对证监会北京监管局对相关会计师事务所及会计师作出《行政监管措施决定书》。2021年12月，证监会北京监管局对某教育公司作出《行政处罚决定书》，对某教育公司信息披露违法违规事实予以认定。

期间，某教育公司于2019年5月6日停牌，2022年3月9日复牌，2022年3月23日终止挂牌。

谢某等三名投资者认为，王某未能实际履行支付回购款及受让款义务，三原告仍持有某教育公司的股票，但该股票因某教育公司虚假陈述、股票退市而无法转让、遭受损失，故其有权要求相关主体承担证券虚假陈述损害赔偿责任。2022年4月，谢某等三名投资者将某教育公司、主办券商某证券公司、两家会计师事务所及相关会计师诉至法院，要求各主体连带赔偿因虚假陈述行为给其造

成的损失。

北京金融法院于2024年3月27日作出（2022）京74民初928号民事判决，驳回三原告的全部诉讼请求。谢某等三原告不服，上诉至北京市高级人民法院。

精彩段落

二、选择回购或转让路径并经生效裁判确认后能否再行选择侵权救济路径

本案中，三上诉人以（2020）浙01民初1691号五洋债案作类比，认为本案可参照该案裁判思路确认合同救济路径与侵权救济路径并行。该案中，某公司6、某公司7、某公司8主张部分原告已向某公司6破产管理人申报债权并经法院裁定确认或已申请仲裁并取得生效仲裁裁决，故该部分原告起诉某公司6不符合法定条件，请求某公司7等被告就某公司6应负的债务承担连带责任同样不具有原告主体资格。法院认为，该两部分原告与某公司6之间的还本付息债权债务关系已经法定程序得以认定，故对于该两部分原告，应驳回其对某公司6的起诉。至于该两部分原告与陈某、某公司7、某公司8、某公司9、某公司10之间的争议因并未得到有效法律文书的确认，原告仍有权向法院提起本案诉讼。

本院认为，五洋债案系债券市场欺诈发行引发的侵权损害赔偿诉讼，基于债券市场

与股票市场的区别以及具体情形的差异，本案与五洋债案存在明显差异，主要表现在：债券市场上发行人与认购人之间构成债权债务关系，认购人一旦认购债券，即享有向债券发行人主张还本付息的权利，在债券发行人存在虚假陈述等市场欺诈行为的情况下，发行人对认购人的责任构成违约责任和侵权责任的竞合，其他侵权主体则基于发行人的侵权责任而承担连带侵权责任，认购人选择向发行人主张违约责任仅是对发行人责任的选择，不导致其他主体的侵权责任的消灭。股票市场投资者认购股票获得的是股权，其与股票发行人之间不存在债权债务关系，本案中，王某的回购或转让安排并非三上诉人购买股票行为本身自带的债权，而是三上诉人与王某之间达成的对投资风险负担及收益保障的额外安排，此种安排涉及股票归属的变更，故与以持有股票为基础的虚假陈述侵权赔偿属于完全不同的风险负担和救济路径。因股票归属存在排斥性，故两种路径本质上不完全相容。如三上诉人先选择侵权救济路径，即选择了将股票价格变动及不能获赔的风险归于自身，因股票归属未发生变化，故三上诉人在不重复受偿的前提下仍有权向王某主张回购或受让未获得赔偿的股票；但如三上诉人选择通过司法途径向王某主张权利，即是选择了以股票归属变化为基础进行风险转移的路径，该种选择经生效裁判确认即予固定，进而阻断了其向发行人主张侵权赔偿

的路径。在发行人无需承担侵权责任的前提下，也就不存在其他主体承担连带侵权责任的基础。基于上述分析，三上诉人选择了通过仲裁或诉讼途径向王某主张继续履行合同，即排除了向发行人及其他主体主张侵权责任的可能。至于三上诉人在获得司法裁判且申请强制执行后仍持有股票，系因王某未履行相应义务所致，不改变基于股票归属差异导致的两种路径的不相容性。对于三上诉人仍持有的股票，因王某未支付相应对价、股票仍归属于三上诉人，故不排除三上诉人自行处置的权利，但自行处置所致损失系三上诉人对股票进行“二次处置”的结果，虽在卖出价格上可能继续受虚假陈述行为的影响，但从责任上看与发行人已无关联。

三、是否存在损失因果关系

一审法院从损失因果关系角度认为，因寻求了合同救济而使得股票交易价格得以确定，三上诉人持有股票的退出价格已经不受市场影响，进而从损失因果关系角度否定三上诉人的赔偿请求。此种认定主要针对的是三上诉人对股票进行“一次处置”环节，忽略了三上诉人对股票进行“二次处置”中依然存在卖出价格受虚假陈述影响的可能，但本质上强调的仍是两种路径选择的后果差异。如前所述，三上诉人对所持股票在证券市场上进行的“二次处置”表面上看仍可能受虚假陈述行为影响，但从责任上看与发行人已

无关联，即因对王某的合同救济路径选择而切断了“二次处置”与虚假陈述行为的关系。从根本上说，该种损失是王某不履行合同义务导致，而王某履行不能的风险系股票回购或转让交易安排的固有风险，三上诉人对该种风险应有所预见并自行承担。

资本维持、关联担保与案外人利益保护——对赌协议纠纷中依职权审查的法理边界 摘自“京法网事”微信公众号

时间：2026年2月6日

裁判文书回顾

文书名称：陈某、某能源公司、某科技公司等股权转让纠纷案

案号：(2023)京02民终18369号

审理法院：北京市第二中级人民法院

承办法官：周梦峰

案件类型：民事

基本案情

某能源公司（目标公司）成立于2015年8月，注册资本1000万元，法定代表人为陈

某。某资产管理公司（投资方）与陈某、某能源公司签订《投资协议》，约定：本轮投资方在本协议项下对目标公司总投资额为500万元，投资时点的公司投前估值为2000万元，各方同意，投资资本将由目标公司专项用于日常经营，本轮投资方出资500万元对目标公司进行投资，其中250万元计入目标公司注册资本，250万元计入公司资本公积。本轮投资方对目标公司的增资完成后，目标公司的注册资本将由1000万元变更为1250万元，增资后的公司股权结构如下：陈某，注册资本1000万元，占股比例80%；某资产管理公司，注册资本250万元，占股比例20%。该协议约定有明确的对赌回购条款，包括时间触发回购与业绩触发回购，对赌主体为目标公司与陈某。同时，陈某将其名下房产抵押给某资产管理公司为主债权提供担保。2022年7月，双方《投资协议》约定的回购条件触发，某资产管理公司行使约定权利，某资产管理公司与陈某签订《股权转让协议》，约定陈某以5,452,054.8元回购某资产管理公司持有的目标公司全部股权，并约定于2022年8月22日前支付。后陈某未按期支付回购款，各方签订《还款协议》，将还款期限延长至2022年9月23日，并约定某能源公司和某科技公司（陈某持股99%）为陈某的还款义务提供无限连带保证担保。陈某最终未能履行还款义务，某资产管理公司遂提起诉讼，要求陈某支付股权回购款、

利息、律师费等，并要求对抵押房产优先受偿，同时要求某能源公司和某科技公司承担连带保证责任。一审法院经审理认定，对于主债权部分：确认陈某应支付某资产管理公司股权回购款及利息、律师费、保全保险费，某资产管理公司对陈某抵押房产拍卖、变卖或折价所得价款优先受偿。对于保证责任部分，确认某能源公司和某科技公司对陈某的债务承担连带保证责任。

一审判决作出后，陈某、某能源公司、某科技公司共同提出上诉，认为《股权转让协议》《还款协议》约定的利息过高因此无效，并请法院综合考虑疫情及行政审批延迟等不可抗力因素造成的实际影响，请求改判利息标准变更为起诉时一年期贷款市场报价利率。某资产管理公司辩称，同意一审判决，不同意陈某、某能源公司、某科技公司的上诉请求，认为陈某、某能源公司、某科技公司关于利息标准过高的主张无法律依据，陈某、某能源公司、某科技公司的上诉请求应予驳回。

精彩段落

经本院审查，一审法院对于本案争议焦点归纳准确，对于其中当事人上诉请求并未涉及，且无涉法律禁止性规定、国家利益、社会公共利益、他人合法权益的部分，本院二审不再赘述。根据当事人上诉请求及答辩意见，本案二审审查焦点为：其一，本案《股

权转让协议》及《还款协议》的效力争议；其二，一审判决适用的年利率标准是否应予调整；其三，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百二十一条所列但书条款，本院依职权对当事人上诉请求之外部分的审查。

一、本案《股权转让协议》及《还款协议》的效力争议

根据本案现已查明的事实，《股权转让协议》的签订主体为某资产管理公司与陈某、某能源公司，该协议系各方当事人真实意思表示，内容未违反法律、行政法规的强制性规定，依法成立并生效。陈某、某能源公司、某科技公司关于该合同无效的上诉理由，缺乏事实和法律依据，本院不予采信。

关于《还款协议》效力问题，本院注意到，该合同的签订主体相较于《股权转让协议》，另增加某科技公司作为担保人，其中约定的权利义务为某科技公司为“债务人二”某能源公司及“债务人一”陈某所负债务承担无限连带保证责任。而根据本案现已查明的事实，某能源公司系某科技公司控股股东，陈某系该公司实际控制人，故上述担保具有明显的关联担保特征。

根据《中华人民共和国公司法》第十六条第二款、第三款规定：“公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会

或者股东大会决议。前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过”。根据本案二审查明的事实，某资产管理公司签订《还款协议》时并未审查某科技公司所负关联担保是否已按上述法律规定经过股东会决议，而现有证据亦未见彼时某科技公司其他非控股股东对此关联担保予以同意。一审法院以某能源公司持有某科技公司股权比例作为参照，认为可以视为该担保系某科技公司真实意思表示，该认定与前述法律条文第三款规定中的表决权排除规则不符。本院亦注意到，彼时该非控股股东持股比例虽仅为1%，但在现有证据无法证明该股东系为陈某或某能源公司代持股权的情况下，仍应对小股东利益保护予以注重。

鉴于此，《还款协议》涉及某资产管理公司与陈某、某能源公司的权利义务条款当属有效，一审法院处理正确，本院予以确认。但其中涉及某科技公司担保责任的条款，一审法院处理存在疏误。根据《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》第七条第一款规定：“公司的法定代表人违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定，超越权限代表公司与相对人订立担保合同，人民法院应当依照民法典第六十一条和第五百零四条等规定处理：（一）

相对人善意的，担保合同对公司发生效力；相对人请求公司承担担保责任的，人民法院应予支持。（二）相对人非善意的，担保合同对公司不发生效力；相对人请求公司承担赔偿责任的，参照适用本解释第十七条的有关规定”。据此，《还款协议》中的担保条款对某科技公司不发生效力，因债权人与担保人对此后果均存在过错，考虑到为避免当事人诉累、一次性解决纠纷，本院对某资产管理公司要求某科技公司承担保证责任的诉讼请求不予支持，但参照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第十七条之规定，以债务人不能清偿部分的二分之一为限确定某科技公司应承担的赔偿责任。

二、一审判决适用的年利率标准是否应予调整

对此争议问题，须首先对案涉法律关系的性质予以审查。二审审理中，各方对于本案所涉法律关系的性质各执一词。某资产管理公司认为本案法律关系为“对赌协议”；陈某、某能源公司、某科技公司则认为本案系民间借贷法律关系。

对此本院认为，民间借贷合同属借款合同范畴，系指自然人、法人和非法人组织之间进行资金融通的行为，其基本权利义务关系为借款人向出借人借款，到期返还借款并支付利息。而所谓“对赌协议”并非严格意

义上的法律概念，现行法律、司法解释并未对其概念及权利义务关系模型予以明确界定。实践中俗称的“对赌协议”，一般指投资方与融资方在达成股权性融资协议时，为解决交易双方对目标公司未来发展的不确定性、信息不对称以及代理成本而设计的包含了股权回购、金钱补偿等对未来目标公司的估值进行调整的协议。从本案所涉《投资协议》《股权转让协议》《还款协议》等一系列交易安排来看，各方之间的合同关系明具备“对赌协议”的外观特征。本院亦注意到，上述合同除约定业绩经营目标的回购条款外，另有“180天之日起15日内”投资人享有回购权的特别约定条款，但不能仅以此得出本案合同系民间借贷合同的当然结论。加之，从合同履行的角度分析，双方已经履行完毕股权转让手续，某资产管理公司已经成为目标公司股东，双方于《股权转让协议》中亦对股权回购价款予以确认，且根据本案现有证据，无法得出双方上述股权转让行为系履行民间借贷合同主债权让与担保的当然结论。鉴于此，对于陈某、某能源公司、某科技公司主张的民间借贷法律关系，本院难以采纳。

关于陈某、某能源公司、某科技公司以受新冠肺炎疫情影响要求进一步酌减违约金的上诉理由，经本院审查，某能源公司作为目标公司，不属于从事批发零售、住宿餐饮、物流运输、文化旅游等受疫情或者疫情防控

措施影响严重的商事主体，且本案当事人之间订立案涉法律关系的日期已为2022年1月。因此，陈某、某能源公司、某科技公司的要求酌减违约金或约定利息的上诉理由缺乏充分依据，本院不予采信。

据此，一审判决在对某资产管理公司违约金部分诉讼请求不予支持并调整本金金额为5 000 000元后，适用的年利率标准并无不当，本院不再行予以调整。

三、当事人上诉请求以外之考量

除前述当事人上诉请求及答辩意见所涉及的争议焦点外，本院审查发现，本案另涉及到某能源公司所负给付义务是否可予履行的问题。如前所述，某资产管理公司所主张的其与陈某、某能源公司之间的“对赌协议”，属须由目标公司承担给付义务的“金钱补偿型”协议。对于此类协议，除在行为法层面对各方当事人意思自治予以考量外，另应当在组织法层面对合同当事人以外的他人合法权益予以注重。

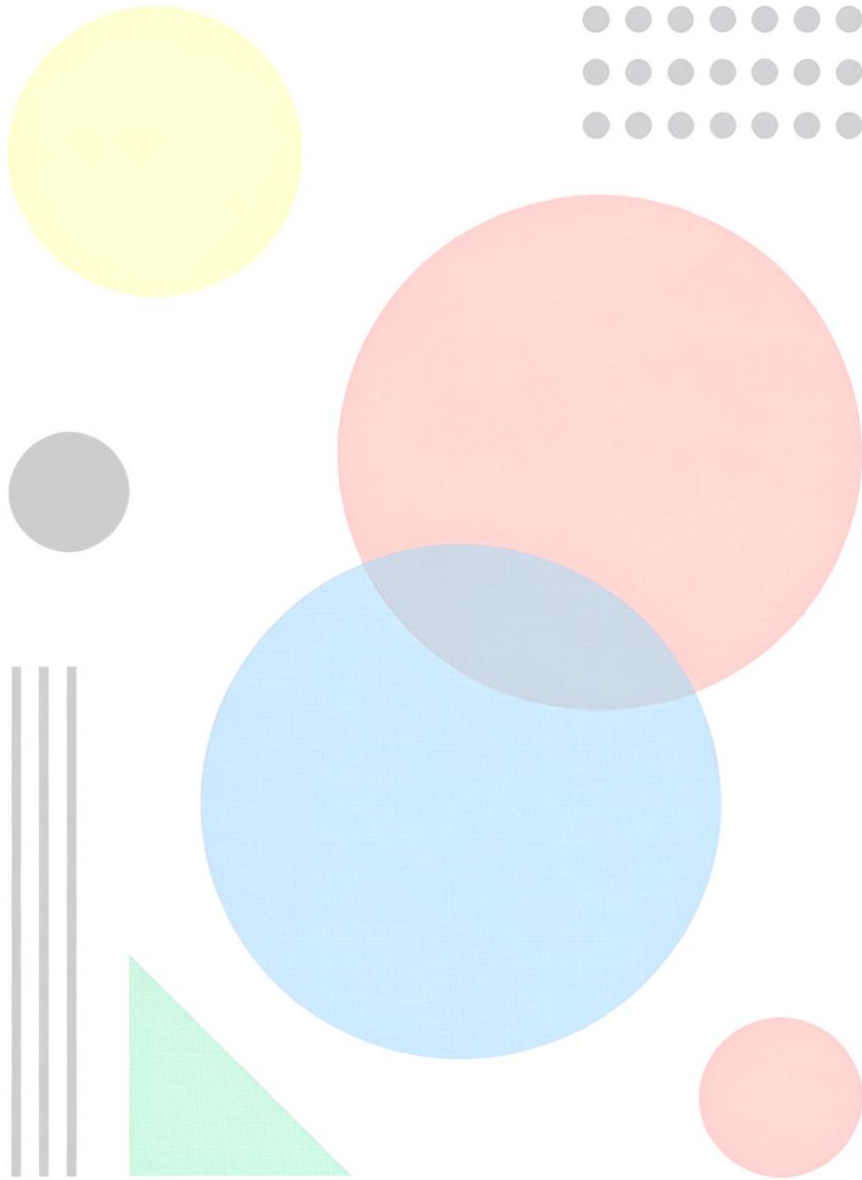
根据《中华人民共和国公司法》第三十五条规定：“公司成立后，股东不得抽逃出资”；第一百六十六条规定：“公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的，可以不再提取。公司的法定公积金不足以弥补以

前年度亏损的，在依照前款规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。公司从税后利润中提取法定公积金后，经股东会或者股东大会决议，还可以从税后利润中提取任意公积金。公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第三十四条的规定分配；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。股东会、股东大会或者董事会违反前款规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。公司持有的本公司股份不得分配利润”。

经本院审查，现有证据无法证明作为目标公司的某能源公司存有利润可供分配。在此情况下，如对某资产管理公司要求某能源公司承担金钱补偿义务的诉讼请求予以支持，实质上无异于使某资产管理公司未经法定程序抽回出资，不仅违反公司利润分配程序，更有违资本维持原则，使某资产管理公司作为股东的权利优先于公司债权人受偿，损害某能源公司债权人的合法权益。鉴于此，虽当事人均未对一审判决此项处理提出上诉，但因涉及他人合法权益，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百二十一条所列但书条款，本院依职权对此问题的审查不受当事人上诉请

求所限。一审判决在未审查某能源公司利润的情况下，判令其承担责任处理有误，本院予以纠正。对于某资产管理公司的此项诉讼

请求，本院于本案中予以驳回，某资产管理公司可于某能源公司有利润时另行主张。



三、 实务研究

董事、高级管理人员对第三人责任研究——《公司法》第191条的理解与适用 摘自“法律适用”微信公众号

作者：赵磊

时间：2026年1月28日

【摘要】董事不能直接代表对外执行职务，应该区分董事类型判断其执行职务的法律后果。高级管理人员执行职务的行为属于商事代理的范畴，其对外行为的法律后果当然地归属于被代理人。事实董事适用《公司法》第191条的规定，影子董事并非该条的适用主体。董事、高管人员对第三人责任的性质，既包含了法定责任，又包含了侵权责任：“董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任”，属于典型的法定责任；董事、高级管理人员主观上存在故意或者重大过失给他人造成损害的，属于典型的过错责任，既会产生公司对第三人的责任，同时也会产生董事、高级管理人员对第三人的侵权责任。董事、高级管理人员对第三人的责任属于独立的侵权责任，与公司对该行为承担的法定责任构成不真正连带责任。《公司法》第191条的司法适用中，应该准确释明，追究董事、高级管理人员个人责任的应该坚持举证责任倒置原则。

【关键词】董事、高管 法定责任 特殊侵权责任 不真正连带责任

引言

2023年修订的《公司法》第191条新增董事对第三人赔偿责任的内容，引发理论界与实务界关注。有观点认为，法律出于强化董事责任意识及更好地保护债权人利益的考量，规定了在特定情况下将董事对公司责任转换为或扩张为对第三人责任，此为一种特别法定责任。也有观点认为，《公司法》第191条规定的董事、高管对第三人的责任属于特殊的职务侵权责任。还有观点认为，该规定突破了传统民法的间接外部责任制，并不妥当。另有观点认为，《公司法》第191条的规范文本内容欠缺创设董事对第三人责任制度的逻辑和法理，以致董事对第三人的责任性质不清楚，不具备赋予第三人（因董事职务行为而受害的他人）要求董事承担赔偿责任的请求权基础的条件。可见，理论界对该问题的认识颇为不同。如何准确理解该条之含义、立法目的及其与《民法典》《公司法》其他相关内容之逻辑关系，不仅事关当事人的权益保护，而且直接影响着该制度的实施效果。

一、《公司法》第191条的适用主体

新公司法实施后，第191条的适用迅即

引发密切关注。讨论的焦点普遍聚焦在董事对第三人责任问题，而忽略了该条同时规范高管对第三人的责任。《公司法》第191条规定的董事、高管人员对第三人责任均强调是在“执行职务”中产生的，董事与高管在公司治理中的角色、地位不同，其权利与义务亦有差异，二者执行职务的法理依据与表现形式均不尽相同。高管在执行公司职务时极易直接侵害第三人权益，而董事因其类型不同，对第三人责任的构成不同。

（一）董事作为《公司法》第191条的适用主体

作为组织体的公司，基于法律赋予的人格而具有了独立民事主体地位。公司作为拟制主体，其意思表示需借助特定的法人机关或者其委托授权的人完成。董事会为公司的执行机关，董事是董事会的组成人员。董事是否可以直接代表公司对外行为，不同国家或地区公司法的规定不尽相同，这使得董事执行职务行为效果归属的法理基础也有所不同。

1. 董事可以直接代表公司

传统公司法理论认为，董事是公司治理的关键，应该被赋予代表公司的权力。董事为法人之机关，而非两个权利主体间相互之关系，代表所为之行为，即为法人之行为。大多数国家或地区公司法规定，董事可以直

接代表公司。而且，董事代表公司，不仅仅适用公司只有一名董事的情况，在公司存在多名董事的，各董事均有权代表公司对外行为。

在此种情形下，董事作为公司的代表机关，其行为视同公司的行为，其行为后果当然直接归属于公司承担。在董事作为公司机关执行职务时，有可能会产生侵权行为，此时的侵权责任也应由公司承担。所谓公司的侵权行为能力即来源于此，是以法人实在说理论为基础的。因此，那些法律上承认董事可以直接代表公司对外执行职务的国家或地区，均明确规定了董事执行职务致第三人损害的，公司应承担法律责任。

2. 董事不能直接代表公司

现代公司治理结构中，董事会虽然是公司运行的中枢，但是大多数董事并不直接管理公司，而是通过公司章程将管理的权力委派给专职高级管理人员。这些管理人员作出关键的决定并监督公司日常的运营，他们当中只有一部分人可能成为董事。一般情况下，单个董事执行职务的行为只是参加董事会会议，就相关事项进行表决，缺乏直接代表公司对外执行职务的场景。因此，如果董事只以团体成员身份发挥职责，而忽视了个人行为在公司内部的作用，董事也无须在决议责任以外再行承担其他个人责任。

在我国的公司法框架下，根据董事在公司中担任职务的不同，可以将其分为担任法定代表人的董事、独任董事与普通董事三类，他们履职行为的法律性质并不相同：

一是董事同时担任法定代表人的。这种情况下，该董事以公司名义从事的活动并非基于其董事身份，而是法定代表人。《公司法》第11条第1款规定：“法定代表人以公司名义从事的民事活动，其法律后果由公司承受。”该条第3款规定：“法定代表人因执行职务造成他人损害的，由公司承担民事责任。公司承担民事责任后，依照法律或者公司章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。”本条是2023年公司法修订为呼应民法典相关规定而新增的内容，参照了《民法典》第61—62条的规定。法定代表人制度为我国原《民法通则》第38条首创。当担任董事的公司法定代表人对外以公司名义进行活动，其彼时的身份只能体现为法定代表人，而非公司董事。因此而产生的对第三人的侵害，受侵害人只能依据《公司法》第11条向公司寻求救济。也就是说，受侵害人不能直接向该法定代表人请求赔偿损失，只能向公司请求。此时，公司向第三人承担法律责任以及对有过错的法定代表人进行追偿，法律依据是《公司法》第11条，与该法定代表人是否担任董事职务无关。

对于具有董事或高管职务的法定代表人

履行董事、高管职责，而给他人造成损害的情形，此时该行为人虽然具有法定代表人的身份，但其行为属于董事、高管的履职行为，造成他人损害的，在逻辑上当然属于《公司法》第191条调整的范畴。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）第59条规定：“执行董事、经理职务的法定代表人，因故意或者重大过失造成他人损害，他人依据公司法第一百九十一条请求该法定代表人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。”这符合立法本意，也更有利于受侵害人救济。

二是公司的独任董事。根据《公司法》第75条的规定，规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设董事会，设一名董事，行使董事会的职权。在这种情况下，独任董事的行为与由多人组成的董事会的行为在法律性质上是相同的。本次公司法修订删除了旧法“执行董事”的表述，当公司只有唯一一名董事时，其当然可以行使相当于董事会的职权，强调其为执行董事并无必要。在此种情形下，独任董事“执行职务”的行为虽然形式上是其单个主体的行为，但实质上是公司执行机关的行为，其行为后果当然由公司承受。同时，如果第三人认为，独任董事的决定直接侵害其合法权益的，可以依据《公司法》第191条向公司或者该独任董

事请求赔偿。

三是普通董事。除上述两种情形之外，在我国公司法语境下，董事一般情况下并不能单独成为公司的管理者，只能以参加董事会活动的方式行使职权，董事个人均无权对外代表公司。也就是说，单个董事执行职务的行为并不直接对外直接产生法律效果，而是集合成董事会的意思表示对外发布。按照这个逻辑，普通董事的履职行为很难直接侵害到第三人的权益。不难看出，《公司法》第191条作如此规定，并不只是限于董事参加董事会决议的执行职务行为。

有学者认为，在这种情况下，普通董事因其职位而具有“职务代理权”。所谓“职务代理权”是基于在法人单位的某种任职而当然拥有的对外代理法人实施民事法律行为的权利。一般法人单位的中高层业务职务都会产生职务代理权。职务代理行为确实是实践中普遍存在的现象，但是职务代理的产生正如《民法典》第170条所规定的那样，必须在“职权范围内”进行，而一个普通董事并不当然地具备职务代理权，是否可以就某类事项以公司名义对外实施民事法律行为，赖于其是否被公司明确授权。在实践中，有的公司为了经营需要，在存在董事会的情况下设置执行董事职位，通过公司章程或者股东会决议的方式，赋予其负责某类事项的权力，这种董事的对外行为实际上属于“职务

代理行为”。在一起案例中，法院认为，王某某虽不是某时集团的法定代表人，但其为某时集团负责营销策略的执行董事，其有权代表某时集团决定公司营销事务，故王某某向相对人作出的承诺，应确认为代表某时集团的职务行为，该行为的法律后果应由公司承担。职务代理行为的主体并不仅限于董事，《民法典》第170条规定的“执行法人或者非法人组织工作任务的人员”相当宽泛，这类“人员”可以是公司董事，也可以是公司高管，还可以是普通工作人员。董事因职务代理行为而致人损害的，属于“用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的”情形，应当适用《民法典》第1191条，而非适用《公司法》第191条。

四是上市公司董事。对于普通董事来说，只有在特殊类型公司的运行中，才可能会产生对第三人责任问题。比如上市公司的董事（包括独立董事）。《证券法》第85条规定，信息披露义务人虚假陈述致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人的董监高应当与其承担连带赔偿责任。近年来，在证券虚假陈述案例中，有多起判令董事直接向投资者承担赔偿责任。在“某美药业”案中，法院对在公司并不负责具体业务工作的董事（包括独立董事）判处与公司承担连带赔偿责任，理由是他们虽然“未直接参与财务造假，却未勤勉尽责，存在较大过失，且均在案涉定

期财务报告中签字，保证财务报告真实、准确、完整，所以前述被告是某美药业信息披露违法行为的其他直接责任人员”。上市公司是公众公司，负有重大的信息披露义务，其董事、高管人员对此负有勤勉义务。《证券法》第85条规定了董事对信息披露义务人的虚假陈述承担过错推定责任，是公司法特别法的特殊规定。换句话说，符合证券法规定的上市公司的董事、高管人员，如果虚假陈述侵害投资者权益的，则适用证券法的相关规定；如果是因其他“执行职务”行为侵害第三人权益，仍然适用《公司法》第191条。

（二）高级管理人员作为《公司法》第191条的适用主体

在商业实践中，公司日常的经营行为绝大多数由其高级管理人员作出。根据《公司法》第265条的规定，高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的人员。高级管理人员在法理上属于商事职务代理人。所谓商事职务代理人，系以代理人在商事主体内部特定职务、职位任职而实施的代理，属于企业组织内部的代理，并通过等级、科层制嵌于商事组织的内部。高级管理人员在公司运行中专门负责某一具体方面的工作，经常性地代理公司对外与第三人交往。职务代理属于商事代理的范畴，其代理权是基于代理

人在被代理人内部的职务、职位而产生的，根据商事外观主义原则，即使超越权限，一般也构成表见代理，其对外行为的法律后果当然地归属于被代理人。

高级管理人员不同于公司一般的工作人员。一般工作人员执行工作任务与用人单位构成特殊的民事代理关系，如果造成他人损害的，应当适用《民法典》第1191条的规定。高级管理人员的公司职务、职位等身份的获取，是公司根据其经营所需，由董事会聘任或者根据章程规定产生，属于公司组织法范畴。因此，《公司法》第191条将高级管理人员执行职务造成他人损害的行为与董事相提并论，予以统一规范。

（三）事实董事与影子董事作为《公司法》第191条的适用主体

事实董事，是指在公司不具有董事职务但实际履行董事职能，并对外宣称自己为公司董事的人。《公司法》第180条第3款规定：“公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定”，该条款被普遍认为是关于事实董事的规定。事实董事虽然不具有形式上的董事身份，但是其实质上却享有董事的权力。确立事实董事的根本意义在于，通过对于事实董事的认定，使得这些真正行使公司管理权力的人无法逃离法律对于公司董事责任的基本要求，由此确保无论是形式董事还是事

实董事，对于股东、公司以及与公司有关的利益相关人而言都承担着相同的董事职责、责任和义务。按照这个逻辑，事实董事适用《公司法》第191条的规定，就顺理成章了。

关于影子董事，《英国公司法》将其界定为：“就公司而言，‘影子董事’是指公司董事惯于按照其指示或指令行事的人士。仅因为董事按照其以专业身份提供的建议行事，则不应将某人视为影子董事。”影子董事是隐藏在董事背后并控制其行事的人，使得董事傀儡化、形骸化。影子董事通常是公司的控股股东，如果不是公司控股股东却可以指示董事或者高管人员按照他的意思行事的，则为公司的实际控制人。

学术界普遍认为，《公司法》第192条是关于影子董事的规定。与前述《英国公司法》的相关规定相比，该条规定有三点不同：一是将被控制的对象由董事扩大到高管人员；二是明确影子董事是公司的控股股东或者实际控制人；三是明确影子董事承担民事责任的前提是控制董事或高管损害公司或者股东的利益。如果影子董事控制董事或高管人员行事损害第三人权益的，并不能直接适用《公司法》第191条。董事或者高管人员在影子董事的控制下执行职务，造成他人损害的，公司对此承担责任的，当然属于《公司法》第192条所说的“损害公司利益的行为”，影子董事应当与行为董事承担连带责任。如

果董事或者高管人员个人对上述行为承担责任的，其是否向控制他的影子董事追偿，是他们之间的事情。因此，影子董事并不是《公司法》第191条的直接适用主体。

二、《公司法》第191条的责任性质

2021年12月24日，全国人大常委会审议的《中华人民共和国公司法（修订草案）》（以下简称《一审稿》）第190条规定“董事、高级管理人员执行职务，因故意或者重大过失，给他人造成损害的，应当与公司承担连带责任。”2022年12月30日，全国人大常委会公布了《中华人民共和国公司法（修订草案二次审议稿）》（以下简称《二审稿》），将该条修改为与新《公司法》第191条一致的内容。这种变化在法理上如何理解、责任为何、如何追究与分配等问题，殊值讨论。

（一）法定责任抑或侵权责任

关于《公司法》第191条董事对第三人责任的性质，有法定责任说与侵权责任说。法定责任说通常是指董事、高管人员执行职务致人损害是纯粹的职务行为，应该由公司承担相应的法律后果。如果他们存在故意或重大过失的，法律规定其必须承担相应的法律责任。侵权责任说则认为董事、高管人员执行职务致人损害有故意或重大过失的，属于侵权行为。有学者认为，区分二者并无实际意义，因为侵权责任也是法律规定的，也

属于法定责任。确实，二者并无本质上的差异，只是存在依据哪种学说更能接近责任的本质及哪种学说在其他有关问题的说明上更富有逻辑性的评价而已。区分法定责任与侵权责任的意义在于，如果是法定责任，只需严格按照其所规定的内容适用即可；如果是侵权责任，适用问题则指向侵权责任法，需根据侵权行为的构成要件予以认定。

董事、高管人员执行职务致人损害的法律后果由公司承担，这是各国公司法的通行做法。公司董事既然被看作是公司的机关，则不仅董事职权范围内的行为将被看作是公司的行为，而且公司董事职权范围外的侵权行为、非法行为和犯罪行为亦将被看作是公司的侵权、非法行为和犯罪行为，由公司因此遭受损害的债权人承担赔偿责任。从这个意义上说，董事、高管人员对第三人侵权由公司承担赔偿责任当然属于法定责任，归责原则为无过错责任。将董事责任视为商法特别认可的责任（法定责任说）时，可以脱离侵权行为人法理的束缚，圆满地说明董事和第三人之间的责任关系。不过，如果董事、高管人员在执行职务时致人损害，行为人主观上存在故意或重大过失的，该行为显然不符合公司利益且超出公司对行为人的授权、公司章程的规定，属于典型的侵权行为，行为人应当承担过错责任。《民法典》第1165条第1款规定：“行为人因过错侵害他人民

事权益造成损害的，应当承担侵权责任。”如果认为董事、高级管理人员对第三人责任完全属于特别的法定责任，则忽略了行为人主观状态的差异，容易使董事、高级管理人员逃避个人责任，不利于债权人的利益保护。

从文义解释的角度看，《公司法》第191条规定的董事、高管人员对第三人责任的性质，属于包含了侵权责任的总括性法定责任：第一种情况，“董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任”，该种责任符合公司机关法理，属于典型的法定责任，仅产生公司对第三人的责任，不存在董事、高管人员对第三人责任问题。第二种情况，董事、高级管理人员承担这一责任的前提是主观上存在故意或者重大过失，该种责任依照侵权法原理设计，属于典型的过错责任。此时，董事、高管的行为后果应由公司承担对第三人赔偿的法定责任，同时产生了董事、高级管理人员对第三人的侵权责任。无论董事、高级管理人员的主观状态如何，其执行职务导致他人损害的，均由公司对受受害人承担赔偿责任，这是由公司法的组织法性质决定的。同时，《公司法》第191条又特别强调在董事、高管的主观状态有过错时应承担个人责任，是侵权行为法的法理逻辑。这种制度创新显然是为了更有利于第三人权利救济而为之，因此在立法技术上采用的是第三人立场，将董事、高管执

行职务行为致人损害的法定责任和他们在主观过错的侵权责任规定在一个条文中。另外，民法典并未对董事、高级管理人员对第三人责任予以专门规定，该责任是由作为其特别法的公司法规定的。

（二）独立责任抑或连带责任

《一审稿》规定董事、高级管理人员执行职务因故意或者重大过失致他人损害的，与公司承担连带责任。一般来说，连带责任是指因违反连带债务或依法律的直接规定，多名赔偿义务人向赔偿权利人各负全部的赔偿责任，赔偿权利人有权要求一名或数名赔偿义务人承担全部或者部分的赔偿责任，而一名或数名赔偿义务人在承担全部赔偿责任后将免除其他义务人的赔偿责任。从债权人利益保护的角度来看，董事、高级管理人员执行职务行为致人损害的，由其与公司承担连带责任，债权人可以向公司、行为人任何一方请求赔偿，更有利于其权利救济。但是，从法理上分析，此种情况下的连带责任并不符合逻辑。

一般来说，除法律规定以外，连带责任是由于二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害而产生的（《民法典》第1168条）。董事、高级管理人员代表公司执行职务时，其行为即是公司的行为，不可能构成“合谋”的共同侵权行为。在公司和执行职务的董事、高级管理人员“合二为一”的情况下，并不

存在两个行为主体，因此也不可能构成分别侵权承担连带责任行为（《民法典》第1171条）。在董事、高管人员已经代表公司执行职务的情形下，公司难以控制其行为，此时董事、高管人员在执行职务过程中存在故意或者重大过失给他人造成损害的，公司自身虽然不存在过错，但根据组织法原则而对董事、高级管理人员执行职务造成他人损害的行为承担法定责任；行为人有故意或重大过失的，独立承担因此引发的侵权责任，此时公司依然承担法定的赔偿责任，二者形成竞合，受受害人可向任一义务人请求赔偿。这种责任分配方式理论上构成在公司与有过错的董事、高管之间形成不真正连带责任。不真正连带责任制度下，受害人无需确定最终的责任人，即可起诉要求任一责任人行使其赔偿请求权。这种立法模式一方面尊重公司法人人格与公司机关理论，由公司承担董事、高级管理人员职务行为的法律后果；另一方面也遵循“自主行为、自负其责”原则，防止有主观过错的董事、高级管理人员逃避责任，以免债权人在公司欠缺偿付能力时权利救济落空，既符合基本法理，也拓宽了权利人的救济途径。

有观点认为，从董事对第三人责任的法律机理及责任基础看，董事对第三人责任应理解为补充赔偿责任，即先由公司承担责任，董事在公司不能承担责任范围内承担补充责

任。但从《公司法》第191条的文义来看，董事、高管责任并非公司责任的补充责任，当其因为正常履职给他人造成损害的，应由公司承担责任；当董事、高管致人损害存在主观过错（存在故意或者重大过失的），公司当然应当承担相应的法律责任，董事、高管“也应当承担赔偿责任”，被侵权人可以选择向公司或者直接向实施侵害行为的董事、高管追偿。从该条的规范意旨来看，董事、高管对第三人责任并非补充赔偿责任，要么是其正常履职行为产生的公司责任，要么是其履职行为具有主观过错而引发的不真正连带责任。如前所述，为了有利于第三人求偿，前者公司责任涵摄后者行为人责任，第三人择其一向公司请求或者向执行职务的董事、高管直接请求，而非区分先后顺序的补充责任。

从法理上来说，不真正连带责任并非严格意义上的连带责任，而是一种特殊的多数人之债。董事、高级管理人员对第三人责任与公司构成各自独立的侵权责任，并非可以相互追偿的真正连带责任。因此，人民法院在适用《公司法》第191条的过程中，不能直接判定公司与董事、高级管理人员承担连带责任。董事、高级管理人员就此向相对人承担赔偿责任以后，无权向公司追偿。如果公司因为执行职务的董事、高级管理人员存在故意或者重大过失侵害他人利益而向相对

人承担了赔偿责任，那么公司有权向该董事、高级管理人员追偿，其法律依据或者请求权基础指向的是《公司法》第188条，“董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”但这并不属于《公司法》第191条的规范目的，即公司内部追偿问题在《公司法》第191条规范范围内无法解决。

（三）职务责任抑或个人责任

《公司法》第191条规定，在特定情况下董事、高级管理人员也应当承担赔偿责任，立法目的是加强债权人利益的保护，为债权人提供更为便利的、更为可行的救济措施。这个责任是递退的，受侵害人有选择权，可以要求公司直接承担赔偿责任，也可以要求存在故意或重大过失的董事、高级管理人员承担责任。在实践中有大量侵害第三人利益的公司，因为种种原因没有能力对债权人承担赔偿责任。如果不让有过错的董事、高级管理人员承担个人责任的话，受侵害人可能会因为没有救济途径而遭受损失。

董事、高级管理人员执行职务过程中产生的对第三人责任当然属于职务责任范畴，即使其行为因主观上存在故意或重大过失而对第三人构成独立的侵权责任，该责任在性质上属于行为人的个人责任，但是被其职务责任所涵摄。有过错的董事、高级管理人员

同时违反对公司的勤勉义务，如果公司因其行为对第三人承担赔偿责任的，有权向有过错的董事、高级管理人员追偿。

至于董事、高级管理人员执行职务时致使第三人利益受到侵害的，是否违反勤勉义务，要根据不同情况予以判断。董事、高级管理人员在按照正常的商业逻辑执行职务致人损害，不违反勤勉义务，也不应该对该行为承担个人责任。如果董事、高级管理人员存在故意或重大过失，则有可能会违反勤勉义务。董事、高级管理人员执行职务时故意侵害他人合法权益的，势必间接损害公司利益，属于违反勤勉义务的行为。如果董事、高级管理人员对执行职务行为致他人损害有重大过失，则属于没有“尽到管理者通常应有的合理注意”的行为，也违反了勤勉义务。实践中的关键在于，如何判断行为人的主观状态是“故意”或“重大过失”。无论“故意”还是“重大过失”，均属于对行为人主观心理状态的描述。法律对加害行为的评价“是针对行为的意志状态而言。意志状态对行为人来说是主观的，对社会来说则是客观的。因此，社会应当根据一系列客观事实来确定行为人在主观方面有无故意或过失。”

从《公司法》第191条的责任基础看，其并非源于侵权行为法的对任何人不得侵害的一般性义务，而是源于董事对公司受托义

务的延伸。从信托法法理上来说，“当受托人违反信托义务直接侵害受益人权利的，受益人可以要求受托人承担侵权责任。”因此，当董事、高级管理人员因故意或重大过失侵害第三人合法权益的，其行为同样违反勤勉义务，应当对公司承担侵权民事责任。也就是说，该行为同时带来行为人对第三人和公司的个人责任。有学者认为，由于《公司法》第191条没有规定公司承担责任后对有故意或重大过失的董事、高管进行追偿的权利，因此应当适用《公司法》第11条、《民法典》第62条或者第1191条的规定，由公司向有过错的董事、高管追偿。《公司法》第11条与《民法典》第62条是关于法定代表人的规定，《民法典》第1191条是关于用人单位责任的规定，不能直接适用在董事、高管侵害第三人情形中。《公司法》第188条规定：“董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损害的，应当承担赔偿责任。”基于此，公司由于董事、高级管理人员侵害第三人权益而承担赔偿责任的，可以向具有“故意”或“重大过失”的行为人进行追偿。

三、《公司法》第191条的程序问题

（一）案由的确定

在我国人民法院的诉讼管理系统中，董事、高级管理人员对第三人责任纠纷案件属于民事案件。法院在立案、审理与执行等环

节，对所有民事案件都要确定具体案由。民事案件案由是民事案件名称的重要组成部分，反映案件所涉及的民事法律关系的性质，是对当事人诉争的法律关系性质进行的概括，是人民法院进行民事案件管理的重要手段。本次公司法修订有很多重大变化与制度创新，可诉性大幅度提高，《民事案件案由规定》也作了相应的调整与修改。

董事、高级管理人员对第三人责任案件，无论是由此引发的公司责任还是行为人的个人责任，都属于侵权责任案件。但是，民事案件案由的确定标准是“原则上确定为‘法律关系性质’加‘纠纷’，一般不包含争议焦点、标的物、侵权方式等要素”。董事、高级管理人员对第三人责任案件应当归属于一级案由“与公司、证券、保险、票据等有关的民事纠纷”，在二级案由“与公司有关的民事纠纷”下新设三级案由“董事、高级管理人员损害第三人利益责任纠纷”，更有利于相关纠纷的处理。因本次案由修订并未增设这一案由，此类案件只能归于三级案由“307. 损害公司债权人利益责任纠纷”项下。由于无论董事、高级管理人员致人损害是否属于故意或者重大过失，公司均对第三人负有赔偿责任，因此，董事、高级管理人员执行职务侵害他人利益的，势必会直接或间接地损害公司利益。如果公司就此向有过错的董事、高级管理人员追偿，该类案件案由应

该列为二级案由“与公司有关的民事纠纷”下的三级案由“306. 损害公司利益责任纠纷”。当然，由于适用《公司法》第191条会涉及公司向董事、高管的追偿问题，可能会引发相关的“连环诉讼”案件，在司法实践中，具体案由的适用问题还应由人民法院根据个案的具体情况予以归类、列明。

（二）法官释明

作为2023年公司法修订的新增内容，实践中对《公司法》第191条的规范适用尚需要进一步积累经验。从当事人角度看，如果认为董事、高级管理人员执行职务侵害其合法权益的，其向人民法院起诉时有三种可能的选择：一是以公司为被告；二是以行为人为被告；三是以公司和行为人为共同被告。人民法院应该根据不同情况，对当事人起诉予以释明，也就是要进行法官释明。向当事人释明，既是法官的职权，也是法官的职责。

第一种情况诉讼程序较为简单、清楚，一般无需法官释明。原告只需向人民法院提出其合法权益因董事、高级管理人员执行职务而受到侵害即可。至于原告的诉讼请求是否能够被人民法院支持，并非法院在起诉阶段审查之内容。

第二种情况法官释明通常在庭审阶段，法官应该提醒原告如果仅仅要求执行职务的董事或者高级管理人员向其承担赔偿责任的，

必须是其认为被告主观上存在故意或者重大过失。

第三种情况较为常见，原告为了保障自身利益，往往将其能够想到的相关主体均列为被告。此时，法官应该向原告说明，如果原告要求公司与执行职务的董事或高级管理人员承担连带责任，不能以《公司法》第191条为请求权基础。在公司法的语境下，只有该董事或高级管理人员同时具有股东身份，其行为构成滥用公司法人独立地位和股东有限责任给债权人造成损失的，债权人才能以公司和该行为股东为共同被告，要求他们承担连带责任（《公司法》第23条）。如果符合这种情形，必须变更该案案由为“损害公司债权人利益责任纠纷”。

另外一种常见的情况是，董事、高级管理人员同时担任公司法定代表人的。如果其执行职务的行为是直接以公司名义作出的，受侵害的相对人要求法定代表人承担个人责任的。如前所述，此时行为人并不属于《公司法》第191条规定的董事、高级管理人员对第三人责任。人民法院应当向其释明，只能以公司为被告，依据《公司法》第11条进行救济。当然，如果前述《征求意见稿》第59条在公司法司法解释正式通过后可以保留，第三人则可直接以法定代表人为被告，人民法院也可以据此判定法定代表人对第三人承担赔偿责任。

（三）举证责任

关于董事、高级管理人员对第三人责任的举证问题，应该根据不同情形予以区别处理。《民事诉讼法》第67条第1款规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。”如果受侵害人向人民法院起诉，仅要求公司承担因此导致的赔偿责任，遵循民事诉讼“谁主张，谁举证”的举证责任，证明其损害存在且与董事、高级管理人员执行职务行为之间存在因果关系。人民法院仅需就此进行审查、判定即可。即使董事、高级管理人员执行职务致人损害的行为存在主观上的故意或者过失，原告也无需就此进行举证，人民法院更不必对此进行审查。因为在法定责任范围内，董事、高级管理人员的主观状态为何，并不影响民事责任的认定。

如果受侵害人直接起诉董事、高级管理人员的，人民法院应当对被告执行职务致人损害的行为是否存在故意或者重大过失进行审查。此时，应该坚持举证责任倒置原则，由董事、高级管理人员举证证明其行为不存在故意或重大过失。举证责任倒置是一种学理上的称谓，是指基于法律规定，将通常情形下本应由提出主张的一方当事人（一般是原告）就某种事由负担的举证责任予以倒置，从而由他方当事人（一般是被告）就某种事实存在或不存在承担举证责任，如果该方当事人不能就此举证证明，则推定原告的事实

主张成立的一种举证责任分配制度。举证责任倒置规则通常适用于那些证据容易灭失、原告举证困难的侵权行为。在“过失”“因果关系”这些要件事实真伪不明的场合，由否认负赔偿责任的一方当事人承担举证责任要比主张损害赔偿请求权的对方当事人承担举证责任更为公平。在董事、高级管理人员对第三人责任案件中，原告很难证明董事、高级管理人员执行职务时的心理状态是否存在故意或者重大过失。如果该类案件举证责任分配给原告，那么这个法条的立法目的则很难落实。举证责任分配规则事关当事人的诉讼利益，举证责任倒置规则设置应该坚持严格的法定原则。原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第74条列举了特殊侵权案件的举证责任倒置规则，其中第6项为“有关法律规定由被告承担举证责任的”。而《公司法》第191条作为实体法规则，也没有规定举证规则。因此笔者建议，最高人民法院可以考量在公司法司法解释中明确规定，在董事、高管对第三人责任的诉讼中，原告要求执行职务存在故意或者重大过失的董事、高级管理人员承担赔偿责任，被告否认的，由被告负责举证。被告拒绝举证的，承担举证不能的（败诉）法律责任。

需要说明的是，举证责任倒置并不等同于董事、高管对第三人的责任属于过错推定

原则。过错推定原则主要是一种过错认定“方法”，有利于受害人的权利救济，属于实体法范畴；举证责任倒置是证据规则，属于程序法范畴，二者不能混为一谈。有观点认为，董事、高管归责原则宜确定为过错推定责任，这种看法有进一步探讨的空间。过错推定责任即对过错的推断认定，行为人是否有过错，必须通过“推定”的方法认定，并在推定行为人有过错后才能适用过错责任。《民法典》第1165条第2款规定：“依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”因此，过错推定责任必须要“依照法律规定推定行为人有过错”，而不在于其适用情况是否“合理”和“公平”。

结语

强化控股股东、实际控制人和董事、监事、高级管理人员的责任是本次公司法修订的亮点与重点，《公司法》第191条创新性地规定了董事、高级管理人员对第三人的独立赔偿责任。但是，这一制度设计的理论基础并未使得传统民商法体系发生根本性改变，对内而言，公司基于法人机关理论对执行职务的董事、高级管理人员行为承担法律后果；对外而言，董事、高级管理人员存在故意或重大过失的，符合侵权行为要件，对第三人承担相应的赔偿责任。只不过是將比较法上的独立责任与公司替代责任规定到一个条文中，二者构成一种特殊的不真正连带责任。

2023年公司法修订确立的董事、高级管理人员对第三人责任制度，不仅是公司法的制度创新，而且丰富了民事法律责任体系。学习与理解公司法，也应当坚持体系化思维，不仅要关注公司法文本自身，也要与民法典、证券法、破产法、银行法、保险法等法律法规相结合。当然，该制度的法律效果与社会效果如何，还有待于司法实践检验。

新《公司法》背景下失权股东的责任承担与权利救济研究 摘自“中国上海司法智库”微信公众号

作者：张亚雯、林奕、苏明媚

时间：2026年2月12日

【摘要】为充分发挥企业制度优势，调动经营主体发展潜力，新修订的公司法与时俱进地开创了一系列创新举措，本文所涉的股东失权制度就是其中之一。这一制度的确立有效督促了股东及时履行出资义务、维持公司资本充实，使股东权利回归应然状态，对完善公司瑕疵出资责任体系及股东的有序退出机制具有重大意义。但需注意的是，由于新法有关股东失权制度的首创性以及配套制度的缺乏，该制度在法律适用上仍存在较

大争议，给司法实践带来挑战。本文通过解析股东失权制度的前世今生，从股东失权制度的历史沿革及立法现状入手，分析现行公司法语境下失权股东的责任承担，检视司法实践中可能出现的问题，从利益配平的角度，对股东失权机制的完善提出建议，并从时间轴的角度，探究股东在失权过程中的救济路径，以期对股东失权制度的法律适用与系统构建有所裨益，实现多方权利主体的利益平衡。

【关键词】 股东失权 责任承担 利益配平 权利救济

引言

缴纳出资是股东的法定义务，亦是公司维护资本充实的根基。对于未按期足额履行出资义务的股东何以惩戒，我国在2011年经《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称《公司法解释三》）的股东除名制度进行了规定，但该制度仅适用于全部未出资股东，为出资不足的情形留下空白。为此，新《公司法》创设了催缴失权制度，弥补了过于严苛的股东除名制度的不足，立法背后体现了国家通过立法以优化营商环境、助力经济发展、塑造新质未来的决心。诚然，立法是遗憾的艺术，股东失权制度同样不乏“留白”，诸如股东出资的核验时间不明确、股东失权的启动程序不确定、股东失权的处理措施不

清晰等，失权配套措施亟待完善。本文立足新《公司法》第五十二条有关催缴失权制度的规定，试图对上述问题进一步明晰，借此优化股东失权制度在我国的具体构建与实际运用。

一、背景：我国股东失权制度的立法现状

本次《公司法》修订，新增了包括债权出资、股东失权制度等一系列措施，旨在完善公司资本制度改革，丰富公司资本充实化的路径。其中比较具有代表性的就是新《公司法》第五十二条规定的股东失权制度。根据该条规定，如公司股东未及时缴纳其出资，先由公司发出书面催缴书进行催缴，若该股东经催缴后仍不履行其出资义务，可以通过公司特定程序使其失权，股东失权后相应部分出资可另行处理，而该失权股东亦可提起相应救济程序等内容。

（一）股东失权条款的前身：股东资格解除条款

股东失权制度的理论基础源于合同法上的合同解除理论。合同法中，如果一方当事人存在不履行合同等根本违约行为的，相对方可以获得解除合同的权利。公司和股东也可以看作是出资协议的双方当事人，如果股东违背出资协议的约定，不履行其出资义务，公司可以据此解除出资协议。合同解除后，

尚未履行的，终止履行，已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。如此，公司股东即丧失持有作为出资对价的股份的正当性的基础，其股东身份自然消失。股东相互之间，存在约定共同向公司出资的合同关系，股东失权既是公司解除其与违约股东之间的合同关系，也是守约股东解除其与违约股东之间的合同关系，属于合同解除在商法规范中的特殊表现形式。

《公司法解释三》第十七条，就公司股东未按期缴纳出资的法律后果进行了明确，将股东的出资问题作为解除股东资格也即股东除名的唯一理由，初步确立了股东资格解除制度。此后，在新《公司法》的修订草案中，引入了股东失权制度，历经多轮修改、四次审议，2023年12月29日修订的《公司法》以正式条文的形式，明确规定了股东失权制度，以此来督促股东按时缴纳出资，保证公司资本的充实，保护公司其他股东和债权人的利益。

（二）股东失权与股东除名的区别

对比分析后不难发现，《公司法解释三》第十七条的规定是将股东除名与股东失权混在一起的，该款规定融合了除名和失权各自所适用的前提、程序和法律后果。但是，股东失权与股东除名并不属于同一种制度，他们在适用范围、适用条件、法律程序、法律

后果等方面都存在明显区别。

第一，最终目的和价值功能不同。股东除名制度的目的在于维护公司这个社团法人的人合性，将可能影响公司继续存续、对公司利益造成严重损害的个人因素予以消除。但失权制度的目的和价值功能在于维护公司资本的充实，督促个别股东及时足额缴纳出资。

第二，适用的前提不同。除名规则适用的前提事由较为广泛，不仅在出资领域，还可能包括股东其他违反义务的行为，适用的条件需满足“重大性”标准，且该类事由主观性较强。失权规则适用的前提是股东迟延履行，至于迟延出资的理由等并不重要，对其他股东而言是否产生“失信”的心理效果在所不问，是否损害公司利益等也在所不问。

第三，作出决议的机关不同。股东除名必须要以股东会决议的形式作出，但股东失权中作出决议并不必要上升到股东会决议的程序，只需公司的代表与执行机关董事会为上述行为即可。

第四，丧失股东资格者所享有的权利不同。尽管被除名股东丧失了股东资格，但其股份对应的财产价值还会被确保公平实现的，而股东一旦失权，其丧失的不仅仅只是股东资格，其持有的股份、已经缴纳的部分出资，

上述权利均归公司所有，其股份对应的价值也不会被实现。

二、效果：失权股东的责任承担

（一）丧失未出资部分股权

与其他多数分别建立股东失权制度及除名制度的国家不同，新《公司法》第五十二条设计的制度规则与《公司法解释三》规定的除名制度大不相同，即如股东未完全履行出资义务，他所丧失的仅是应缴未缴出资对应的股权，而非全部股权，对于已履行的出资部分，相应股东权利并未丧失。究其原因，一是我国有限公司的股权结构具有高度集中的特色，即公司多有一到两名大股东作为公司实控人，如失权股东为公司大股东，在其出资不足的情况下剥夺包含已缴纳的出资在内的所有股份，显然有失公平，并且极大可能会导致公司运营陷入困境，进而损害公司及外部债权人利益；如失权股东为小股东，剥夺其股东资格会影响公司人合性，甚至导致公司性质被迫发生变更，公司成为实控人单纯意志的体现，影响资本市场良性运作。二是《公司法解释三》已确立了股东除名制度，即在股东未出资或抽逃全部出资的情况下剥夺其股东资格，如新《公司法》在确立出资不足的情况下剥夺股东全部股权的失权制度，显然与除名制度的规定不符，亦无法弥补我国立法上对于出资不足规则的欠缺。三是域外法有关股东失权制度是建立在完整

的授权资本制上，并配有相应公司资本催缴制度，公司股东会授权董事会发行股份，董事会根据公司实际情况确定股份发行计划，如股东认缴股份后未予全部实缴，对公司危害性更大，故规定了较为严厉的失权后果。而我国目前尚无明晰的股东失权配套制度，若直接剥夺股东已缴出资，可能会造成无法利用资本促进市场发展反而被资本反噬。据此，目前新《公司法》规定的股东失权制度是在立足我国国情基础上建立的最为适配的资本制度，催告失权程序所要达到的最终目标并非惩罚失权股东，而是以此为手段，维持资本充实及平衡与公司有关的各方利益。

（二）向公司承担损害赔偿责任

根据新《公司法》第四十九条的规定，股东未按期足额缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当对给公司造成的损失承担赔偿责任。这里的损失包括因未按期足额出资而产生的利息损失，以及公司因资产不足而丧失的交易机会，对此公司应负举证责任。如公司催缴失败，其未提起追收出资之诉而是选择适用股东失权制度，股东并不因此免除对公司损失应当承担的赔偿责任。原因在于，根据公司资本三原则之资本充实原则，公司负有维持与注册资本相当的资产的法定义务，股东作为公司意志之体现，实则是各股东负有实际缴纳其认缴出资的义务。如股东未按期足额缴纳出资，本质上构成了

对公司财产权益的侵犯，按我国法律有关侵权责任的规定，该股东应就自己的侵权行为承担相应的赔偿责任。即便该股东最终基于失权制度丧失了相应股权甚至股东身份，该侵权损害赔偿责任并不因其股东身份的丧失而被免除。反之，如认为公司对于选择追收出资或者股东失权是两条并不交叉的平行维权路径，在公司选择启动股东失权程序时即意味着放弃对该股东主张损害赔偿责任，则明显对公司及其他股东不公，甚至股东失权制度可能沦为未足额缴纳出资的公司大股东或是实控人规避法律责任的法律漏洞。

（三）向公司债权人承担补充赔偿责任

根据《公司法解释（三）》第十三条的规定，公司债权人有权就不能清偿的公司债务向未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内主张补充赔偿责任。如该公司股东基于失权制度丧失了相应股权，是否得以对债权人免责？新《公司法》并未吸纳上述条款，在股东失权制度部分亦未就该问题予以直接规定。笔者认为，如不能清偿债权人债务的事实发生在股权变更登记之前，股东失权不能作为股东对债权人承担责任的免责事由。具体而言，如确定债权人的债权不能清偿的终本裁定发生于公司股权变更登记之前，即便公司已向未按期足额缴纳出资的股东发出失权通知，该失权通知不发生对外效力，外部债权人仍有权向该股东主张补充赔偿责

任。得出该结论的意义在于，避免公司及股东利用股东失权制度规避法律责任，损害第三方利益。至于失权股东在向外部债权人承担补充赔偿责任后如何救济，可考虑根据代为清偿规定向公司进行主张，或者根据股权转让规定向受让股东进行主张，从而实现实质公平。另外需要考虑的是，如债权人在提起股东损害公司债权人利益之诉前，公司虽未完成股权转让或减资的工商变更登记，但公司已向股东发出失权的通知且该债权人是知晓的，此时债权人是否有权要求该股东承担损害赔偿责任？笔者认为，此种情形与前面讨论的情形并不完全相同，此时债权人已知晓股东失权的事实，即该“股东”实质上已经不是公司股东，非股东损害公司债权人之诉的适格被告，相应责任承担与否值得商榷。另一需要考虑的情形是，如债权人已对未按期足额缴纳出资的股东提起诉讼，公司董事会是否还可以作出股东失权决议？新《公司法》亦无相应规定，笔者认为，涉诉情形下可考虑中止股东失权进程，根据股东损害公司债权人利益责任纠纷案件的处理及执行结果，再考虑是否推动股东失权进程。

三、检视：新《公司法》下股东失权制度存在的问题

股东失权制度涉及两个阶段：一是股东失权阶段，适用于股东未按期缴纳全部或部分出资、经催缴仍未缴纳的情形，应经过“书

面催缴”“董事会决议”“通知失权”三个环节；二是资本处置阶段，需要解决通知失权后，该股东的出资义务及责任是否同时消灭、公司应如何处理从该股东手中收回的股权的问题。可以看出，股东失权制度包括的内容较为广泛，但新《公司法》中的相关规定较为原则性，在失权的适用范围、失权后的股权处置以及相关出资责任等问题方面还需进一步讨论和完善。

（一）股东出资的核验时间不明确

股东失权制度不仅适用于有限责任公司，亦适用于股份有限公司；不仅适用于出资时，亦适用于增资时。适用的前提条件是股东未按期缴纳全部或者部分出资，因此，对股东出资的核查义务作出明确判断是适用股东失权制度的保障。根据新《公司法》第五十一条第一款的规定，公司成立后，由董事会对股东出资情况进行核查。又，根据新《公司法》第一百零七条的规定，股份有限公司同样适用上述条款。有限责任公司采用限期认缴制，股东在认缴出资的同时，已通过公司章程等形式明确了出资期限，未届出资期限时，董事会无须核查出资。但是，对于股份有限公司来说，其实施的是授权资本制加实缴制，其注册资本只有一部分股份被实际认购和缴纳，那么后期公司发行新股筹集资本时呢，这种情况是否需要核查？

（二）股东失权的启动程序不确定

根据新《公司法》第五十一条规定，当股东未按时缴纳出资时，由董事会负责向其发出催缴通知，适用前提是未按时缴纳出资，对应的是已届出资期限的出资。该条规定是不是意味着未到出资期限的出资就不适用失权？当司法实践中遇到的出资加速到期（公司无法清偿到期债务时，公司或债权人有权要求认缴出资，但未届出资期限的股东提前缴纳出资）情形时，股东失权制度是否可以适用？有学者提出，在股东出资义务加速到期的情况下，债权人可以要求股东或公司直接承担责任，但不应再适用股东失权制度。同时，对于抽逃出资的行为，是否也应适用第五十二条的规定，也是需要考虑的问题。

此外，对于宽限期的认定，新《公司法》第五十二条中规定的是“可以”载明宽限期，如果公司未载明宽限期，此时该股东是否存在宽限期，公司还能否适用失权制度？一种观点认为，失权制度作为公司的一项权利，其行使以宽限期届满股东仍未履行出资义务为前提，如果公司决定启动失权制度，则需在催缴书中规定宽限期；否则该瑕疵股东不享有宽限期，也意味着公司没有适用股东失权制度的决意。另一种观点认为，股东失权是对公司利益的保障，瑕疵股东在宽限期内补足出资是维护公司利益最高效率的措施，避免进入股权转让或减资程序带来的繁琐；若未载明宽限期，股东亦应当按照最短期限

六十日享有宽限期，该期限届满后股东仍未出资的，公司即可启动失权制度。

（三）股东失权的处理措施不清晰

根据新《公司法》第五十二条第二款的规定，丧失的股权应当依法转让或者相应减少注册资本并注销该股权。对于股东失去的股权处置方式虽进行了明确，转让或者减少公司注册资本，但两种方式均可，并无先后顺序。实践中，出于逃避债务或规避抽逃出资的非法目的，部分股东会恶意利用减资程序来除去其未缴出资。最终导致公司的实际资本减少，损害公司的偿债能力和公司债权人的利益。

减资程序中，股份有限公司经股权回购注销股份的情形较为常见，新《公司法》第一百六十二条第一款也就股份有限公司可回购股票的五项情形进行了明确。但是有限责任公司股权回购的规定却仅适用于特定情形下异议股东请求公司回购时。如要完善股东失权制度中的股权处置措施，则需要突破有限责任公司禁止通过股权回购进行减资的规定。值得注意的是，公司回购股权后，公司的其他股东对该股权的认购应享有优先权，只有其他股东在一定期限内放弃认购时，才可另行募集。

四、利益配平：股东失权制度完善与失权救济路径探究

股东失权制度的确立客观上弥补了现行股东出资责任的体系性不足，通过构建瑕疵出资股东权利与义务双层规则，以倒逼姿态促使股东在出资期限届满时及时缴纳出资，在一定程度上避免了瑕疵出资股东获得与其实际出资不相匹配的利益，终局性地结束了公司资产信用长期处于不确定的状态，使股东自由行为的边界得到框定，也使各相关主体的利益得以平衡。但作为新创设的一种制度，无论是从法律条文本身的严密性，还是与现有规则的适配性上，股东失权制度仍存在前文所提及的一系列问题，有必要进一步讨论与完善。

（一）对股东失权制度的完善建议

第一，扩大股东失权制度的适用范围。

确定股东失权程序的适用范围是处理股东失权问题的核心。新《公司法》第五十一条、第五十二条将发出书面催缴书的条件即股东失权的启动条件限定为“股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资”，那么此处的“未按期足额缴纳出资”应作如何理解。结合前文分析，笔者认为应当将“未按期足额缴纳出资”作扩大解释。

首先，“未按期”应包括股东出资加速到期的情形。现有语境下的“未按期”指的是出资期限已届满而未出资，而“加速到期”是指公司不能清偿到期债务时，公司或债权

人有权要求已认缴但未届期的股东提前缴纳出资。从结果意义上考虑，股东失权制度的价值取向重在催缴，弥补公司资本不足的现状。而公司无法清偿到期债务判断标准一般为公司债权人因公司无可供执行的财产而导致执行程序终结，表明公司资产已严重不足。在新《公司法》第五十四条规定了这种情形下的公司或者已到期债权的债权人有权要求股东提前缴纳出资。此处的公司“有权要求”可与失权制度中的公司催缴制度有机结合，在满足股东出资加速到期的情况下，公司可就未能清偿的债务部分向股东催缴相应比例的出资，在股东仍拒绝履行特定份额出资的情况下，再行发出失权通知。此处需要注意的是，如多个股东被认定加速到期，则应按照各自未出资比例结合债务情况进行公平催缴。这样的操作流程，既兼顾了公司利益与债权人利益的平衡，也实现了股东期限利益保障与股东对公司有限责任的均衡。对于增资过程中股东未按期限缴纳增资的情形可参照前述规则处理。

其次，“未足额缴纳”还应涵盖“出资不实”及“抽逃出资”的情形。“出资不实”通常发生于股东以非货币方式履行出资义务，由于非货币财产作价出资后仍需以货币进行估价，并依法转让给公司，因此在确定出资金额时受主观因素、评估方法的影响较大，但作为公司资产如实际出资价值低于认缴的

出资额，同样会造成公司资本空洞的消极后果，因此在董事会对股东出资进行核查时，应以出资时的非货币财产的价值作为判断依据。对于“抽逃出资”，从履行出资义务的顺序上，股东是先缴纳出资，后再抽回资本，未违反公司章程设定的出资义务，但抽逃出资的后果与未按期足额缴纳出资的后果本质上并无不同。一方面，抽逃出资中的“出资”不仅包括已按期足额缴纳出资，也包括只缴纳了一部分出资，后者抽逃出资事实上属于变相的逃避出资义务；另一方面，抽逃出资可以理解为撤回股东的财产，其属于股东出资义务范围内的资本抽逃。因此，将抽逃出资纳入股东失权制度的适用范围具有必要性。

第二，明确股东失权规则的运作流程。

股东失权制度的具体规则衔接目前仍有待细化，负责核查催缴工作的责任主体需进一步明确。根据新《公司法》第五十一条第一款规定，核查股东出资情况的责任主体是董事会，那么对于未设立董事会的公司如何确定核查主体。有学者认为应当在法条的“董事会”后增加“或执行董事”。对此，笔者认为立法者并非未意识到执行董事的权责，而是考虑到对于仅有执行董事的公司，其股东人数较少，股权集中于个别股东手中，有可能执行董事即为公司大股东或唯一股东，那么此时未缴纳出资的大股东是不太可能向自己催缴出资并进行后续的失权操作，为了

避免制度的名存实亡，故立法者在对该问题的处理时选择了回避姿态。对此，可以尝试在执行董事与大股东身份重合的情况下，由监事或已实缴出资的股东作为核查催缴的替补主体，在董事未尽勤勉义务履行核查职责时，参照股东代表诉讼制度对未出资股东进行催缴。

第三，明确失权股份的处理顺位。

新《公司法》对于股东丧失的股权的处置方式规定为在六个月内转让或减资，如未进行上述操作的，则由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。两种处理方式不分先后，容易导致在实务中就具体处理方式的选择产生争议。由于减资客观上减少了公司责任财产，势必导致公司的偿债能力下降，如若股东存在逃避债务的恶意，那失权制度将无法发挥其效用，直接影响到债权人债权的获得清偿。因此，对于股东失权后的股权处理问题，应优先考虑以股权转让的方式，一则可维持公司注册资本不变，通过引入有资金实力的股东进行出资，实现公司资本充盈；二则由于有限责任公司的人合性较强，也可顾及老股东的购买意愿，平稳过渡由于股东失权而导致的公司人事变化或经营管理不稳定时期。在确无受让人的情况下，再考虑公司减资事宜。

（二）探究失权股东的权利救济路径

新《公司法》第五十二条第三款规定了失权股东的救济途径即失权股东异议之诉，股东对失权有异议的，应当自接到失权通知之日起三十日内，向人民法院提起诉讼。但由于股东失权后，失权部分的股权转让或减资程序完成前，公司虽不再要求其补缴出资，但因股权仍然登记在失权股东的名下，债权人无法通过工商信息等外部渠道判断公司内部的股权变动情况，那么如何平衡股东与债权人利益？如基于商事外观保障债权人利益，那么已就公司债务承担责任的失权股东有无救济路径？结合股东失权制度的几个关键时间节点，可探索以下救济路径：

路径一：有无宽限期及股东有关催缴的应对

对于公司发出的催缴通知书，新《公司法》提出了“宽限期”的概念，而是否给予宽限期，从条文本身来看用了“可以”的表述，但结合后文不得少于六十日的规定，如公司在催缴通知书未给予宽限期，那么后续基于宽限期的失权规则将无法展开，由此可见，在现行股东失权制度中，催缴通知书中是否规定宽限期决定了后续董事会能否决定股东失权。因此对于未按期足额缴纳出资的股东而言，如公司确未给予宽限期或宽限期不足六十日，股东可要求公司补足相应期限，对于违反上述规则而被通知失权的股东，也可以此进行抗辩。在合理宽限期内，潜在失

权风险的股东可以以履行出资义务、股东对公司享有债权，与公司协商冲抵出资或已向债权人承担补充赔偿责任等事由向公司书面复函进行回应，同时由于股东失权的决策主体是董事会，相应书面复函应同时抄送董事会。而对于宽限期届满后至股东收到失权通知前，由于董事会尚处于核查股东有关出资的辩解是否成立、股东出资状态是否改变的处理过程中，并不因此影响股东行使其股东权利。

路径二：收到失权通知三十日内的失权股东异议之诉

新《公司法》设定了三十日的异议期，由于股东失权的状态自公司书面失权通知发出时即确定，而异议期自股东收到通知方才起算，实践中，两者不可避免的存在时间差。那么在股东下落不明等情况下，如何确保股东能收到通知，如何避免在大股东掌控公司决策机关的情况下，失权股东获得有效救济。笔者认为，此处应增加失权通知公示环节，确保公司履行了通知义务。

对于超过三十日的异议期后股东能否提起诉讼，取决于对该期间性质的认定。在民事部门法中，对于期间有诉讼时效与除斥期间之分，诉讼时效在于督促权利人尽快行使权利而设置的权利行使的最长期限是对权利本身设置的法定存续期间，若期间经过，则权利人丧失胜诉权，法院不得主动审查。而

除斥期间则在于使得原本不确定的权利状态尽快得到稳定，法院需主动审查期间是否经过，如经过，则权利人无权再行主张。在法律实践中，有法院将允许被除名合伙人提起异议之诉的期间定性为除斥期间。结合失权所导致的股权归属不确定状态，此三十日的异议期应为除斥期间，从而失权股东在期间经过后不得再行起诉。

有关失权股东异议之诉的诉讼主体的问题，由于失权通知系公司经董事会决议作出，通知主体为公司，故以公司为被告提起诉讼并不存在争议。但在面对公司选择性的通知股东失权的情况下，失权股东能否以此为由进行抗辩，或法院是否需依职权追加其他未缴纳出资股东。笔者认为在股东失权异议之诉中，其他股东的出资状态并不影响失权股东丧失其未缴纳出资部分股权的法律后果，未出资股东与失权股东间亦非必要共同诉讼主体。

有关诉讼请求及举证责任的问题。根据新《公司法》，失权通知由董事会决议做出，按照董事会的议事规则及董事责任承担的法律规定，董事会表决采取一人一票制，董事应当对董事会决议承担责任，相关决议违反法律规定或股东会决议，给公司造成损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任，并未规定董事对股东的赔偿责任。因此，从现有路径选择来看，股东可根据新《公司法》第二

十六条规定，从撤销董事会决议的角度提起相关诉讼，如因丧失股权而存在损失的，可同时向公司提出损害赔偿请求。公司承担责任后，参与决议的董事应向公司再行赔偿。另，关于举证责任的问题，由于失权股东在失权程序中处于信息获取的劣势地位，在举证责任分配上宜采用举证责任倒置规则，由失权股东初步证明失权事实，公司举证证明程序合法、失权认定合理，从而避免股东与公司间诉讼能力的失衡。

路径三：异议期满后六个月内失权股东的再获权机制

在异议期满后，股东未就失权通知提出异议，而登记于其名下的股权尚未对外出让，公司也未采取减资的后续操作，那么股东能否通过一定路径再次获权？股东的失权状态自公司失权通知发出之时即已确定，从内部效果上，股东已丧失失权部分的股权以及对应的股东权利。但相应的失权结果，仍需经历股东会决议、变更工商登记等流程后方公之于众。在股东失权后尚未转让前，客观上股权的归属状态不明，但形式上仍登记在失权股东名下，为维持公司经营状态的稳定，以及维护债权人合理的信赖利益，可尝试增加失权股东在此期间内缴纳出资后的再获权机制。

五、结语

在推动新质生产力发展的大背景下，为完善中国特色现代企业制度，促进社会主义市场经济发展，规范公司内部组织和行为，保护公司、股东和债权人的合法权益，新修订的公司法与时俱进地开创了一系列创新举措，本文所涉的股东失权制度就是其中之一。这一制度的确立有效督促了股东及时履行出资义务、切实保障了相关主体合法权益，对完善公司瑕疵出资责任体系及股东的有序退出机制具有重大意义。但由于新法有关股东失权制度规定的模糊性，在实务操作中仍可能出现适用上的程序衔接不清、后续措施顺位不明、失权后主体责任与救济机制失衡等问题，亟待进一步讨论与完善。本文从股东失权制度的历史沿革及立法现状入手，分析现行公司法语境下股东失权后的责任承担，检视司法实践中可能出现的问题及不足之处，从时间轴的角度，建设性地提出了股东在失权过程中的救济路径。但由于股东失权制度涉及的利益主体较多、对公司内部治理机制的要求较高、对公司股权架构的影响较大，仍有待进一步深入研究。希望谨以本文，能为减少该类商事纠纷的产生，规范企业投资管理行为，提供有益参考，也为营造良好的营商环境提供助力。

法定代表人或董事登记涤除类案件的裁判思路与方法 摘自“中国上海司法智库”微信公众号

作者：李非易

时间：2026年2月4日

引言

司法实践中，公司的法定代表人或者董事起诉请求涤除法定代表人或董事登记的情形十分常见，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（征求意见稿）》（以下简称《征求意见稿》）第1条即针对法定代表人的辞任与涤除问题作出了规定，该规定的机理来源如何认识，实践中如何具体运用，有无进一步完善与细化的空间，值得深究。本文结合一则人民法院案例库入库案例陈某飞诉上海某装饰有限公司及第三人章某林等请求公司变更登记纠纷案（入库编号：2024-08-2-264-001）进行讨论。

一、基本案情与裁判观点

（一）基本案情

陈某飞诉称，上海某装饰有限公司（以下简称“某装饰公司”）的经营管理均由章某林控制，章某林安排陈某飞担任某装饰公司的执行董事、法定代表人。因陈某飞与章某林出现分歧，陈某飞于2022年5月辞去了

在某装饰公司的一切职务，要求某装饰公司变更其登记的执行董事、法定代表人，但某装饰公司不予配合。为此，陈某飞依据章程请求某装饰公司的监事明某召开股东会会议，讨论变更执行董事、法定代表人事宜，但明某未组织召开。陈某飞作为股东自行召集临时股东会会议，提议变更执行董事、法定代表人，但章某林投票反对。故陈某飞诉至法院，请求判令某装饰公司至市场监督管理部门办理涤除陈某飞作为某装饰公司执行董事、法定代表人的登记事项。

章某林、上海某企业管理咨询合伙企业（有限合伙）（以下简称“某咨询合伙企业”）共同辩称不同意陈某飞的诉讼请求，陈某飞召集的临时股东会决议表决事项未能通过，因此无法达成变更法定代表人的条件。

法院经审理查明，某装饰公司于2017年成立，股东为章某林、陈某飞、某咨询合伙企业。

2022年5月，陈某飞通过微信向章某林发送辞职报告，要求辞去执行董事和法定代表人职务。2023年1月，陈某飞联系某装饰公司的监事明某，请求其召开股东会。因监事明某未履行召集股东会会议的义务，陈某飞随后通知召集临时股东会会议，审议其辞任执行董事和法定代表人等事项。后因章某林、某咨询合伙企业否决，其辞任未获通过。

（二）裁判观点

法院认为，公司的法定代表人、董事与公司之间成立委任关系，法定代表人或董事有权通过辞任的方式单方解除委任关系，辞任的书面通知送达至公司时，辞任生效。公司应当在法定代表人、董事辞任之日起30日内选定继任的法定代表人和董事并申请办理变更登记，在此期间，原法定代表人和董事应当继续履职。法定代表人或董事辞任的书面通知有效送达公司后，公司未在30日内主动申请变更登记，法定代表人和董事在行使了公司法和公司章程赋予其全部权利后，仍未能实现登记变更的，应当视为无法通过公司内部自治途径解决涤除问题，司法介入具有必要性和紧迫性，故对陈某飞的请求予以支持。

二、法定代表人与公司之间的法律关系

（一）法定代表人的任职资格

法定代表人对公司实际存在双重身份，这是法定代表人的法定任职要求所决定的。

根据《公司法》第10条第1款，公司的法定代表人应当由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。因此担任法定代表人的前提，是要成为代表公司执行公司事务的董事或者经理。由此可看出，“法定代表人”这一身份其实是从“代表公司执行事务的董

事或者经理”派生而来的，具备依附性。

值得指出的是，根据《公司法》第32条和《市场主体登记管理条例》第9条的规定，法定代表人是公司的登记事项，董事或者经理只是公司的备案事项，所以两种不同的身份登记事项对被登记人的影响有所不同，当事人更关注法定代表人登记的涤除。不过，由于法定代表人这一身份的根基是董事或经理，如丧失董事或经理地位，则当然丧失法定代表人的地位。因此，涤除法定代表人登记请求中其实包括法定代表人另一身份的涤除，两者实为一体两面的关系，只不过可能一些当事人没有提出，法院一般需要根据当事人的请求进行有针对性的判断，也可在案件中向当事人释明和询问，是否提出对另一身份一并涤除的诉讼请求。

（二）作为委任关系基础的委托

法定代表人与公司的法律关系是委任关系，委任关系并非典型的有名合同关系，而是一种复合型法律关系。该关系既包含归民法典调整的委托合同关系，也包含受公司法规范的与特定身份相关的组织法关系。而且委任关系存续的同时，法定代表人与公司之间还可能存在劳动合同关系。尽管如此，委托仍然是法定代表人与公司之间委任关系的核心与基础。

法定代表人与公司之间法律关系的设立

和行为模式均符合委托关系的特征，因此委托合同关系应成为判断法定代表人与公司之间法律关系的机理来源。

从法律关系的设立来看，其设立基础是双方合意。《公司法》第10条第1款和第59条分别规定，法定代表人的产生由公司章程规定，董事由股东会选任。本质上，章程和股东会体现的是股东的集体意志。另一方面，被选定的法定代表人需要同意或者接受任职，这是一个双向选择与认可的关系。这其实与契约意义上意思表示一致的基本法理是相同的。

从法定代表人与公司之间的行为模式看，也符合委托合同的特点。《民法典》第919条规定，委托合同是委托人与受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。委托合同主要具备以下特征，而这些特征也均体现在法定代表人与公司之间的关系中。第一，委托合同的标的通常是劳务，给付的内容属于行为之债的范畴，而法定代表人、董事实施的各项事务，都是劳务的具体形态。第二，委托合同具有人身信赖性，而法定代表人、董事与公司之间亦基于信赖而相互选择。第三，委托合同是诺成、不要式合同，同样地，公司与选定的人选就任职达成一致后，该人选即具备了相应的身份，与公司之间建立起关系。综上，法定代表人与公司之间的法律关系含有浓重的委托色彩。

（三）其他法律关系的融合与并存

从组织法角度看，法定代表人与公司之间的关系不仅仅是委托合同关系，还包括了组织法下的法定职权属性，故而这种法律关系属于复合型的委任关系。同时，法定代表人与公司之间的委任关系，并不当然排除两者之间可能形成其他法律关系，如劳动合同关系等。但这些关系的融合与并存不能抹去委托法律关系在公司与法定代表人、董事之间复合法律关系中的核心地位。

三、辞任产生行使任意解除权的法律效果

实践中常见法定代表人单方向公司提出辞任，辞任产生的法律效果是判断如何处理法定代表人变更登记这一请求的关键所在。

《民法典》第933条规定了委托人和受托人均享有任意解除权。赋予委托合同当事人任意解除权的主要原因在于，委托合同成立的基础是委托人和受托人之间的相互信任，委托合同的当事人最能够直观感知和判断双方之间的信任是否存在，故赋予当事人任意解除权。

如果法定代表人、董事与公司信任基础不再成立，则难以保障法定代表人、董事在行使职权的过程中以实现公司利益最大化为导向作出决定并执行，可能会损害公司利益。同样的，法定代表人、董事也会因为公司而

承担一定的风险。故赋予法定代表人、董事单方解除与公司之间的委托合同关系的权利，不仅符合委任关系的特点（即基础是委托合同关系），也符合各方主体的利益。《公司法》第71条第1款规定，公司同样也可以解除委任关系。

法定代表人、董事行使解除权的方法是向公司辞任，即向公司明确表达不愿再担任该职位。《公司法》第70条第3款规定了董事辞任的程序以及生效规则，即董事辞任的，应当以书面形式通知公司，公司收到通知之日辞任生效。而因为双重身份的绑定，董事辞任同时产生辞任法定代表人的效果，即《公司法》第10条第2款规定的担任法定代表人的董事或者经理辞任的，视为同时辞去法定代表人。《征求意见稿》第1条确立的辞任模式，也是按照这一逻辑展开的。其他入库案例，如韦某某诉新疆某房地产公司等请求变更公司登记纠纷案（入库编号：2023-08-2-264-002）等案件也遵循相同思路。

四、争点回应：不同算法场景的审查维度及规则总结

（一）司法介入的标准

根据《公司法》第10条第3款和第34条的规定，公司应当在辞任之日起30日内选定新的法定代表人，并且办理变更登记。故法定代表人辞任后，完成内部改选和外部登

记均属于公司的法定义务，同时也是委托关系解除后的后合同义务。

对于公司不如期完成内部改选和外部登记的情形，司法能否介入径直要求公司完成法定代表人涤除登记，存在不同的观点。有观点认为，法定代表人涤除属于公司内部自治范畴，司法介入会损害公司内部治理的秩序。但是该观点成立的前提是公司内部治理处于正常状态。如果公司内部治理停滞，则辞任的法定代表人将无法实现涤除登记，此时如果勉强其留任，有违公平，甚至有侵害该法定代表人劳动权等基本权利的可能，此时，司法具有介入的基础。但也需要关注另一个问题，公司法和《征求意见稿》的规定是否意味着法定代表人和董事可以不受限制地随时辞任并主张涤除，特别是当公司作为被执行人，法定代表人被采取了限制高消费等执行措施，且法定代表人对公司陷入负债负有责任的情形下。《征求意见稿》第1条第1款第3项规定“法律、行政法规对法定代表人辞任、离任等有特别规定的，可以依照特别规定判令驳回诉讼请求。”采用这样的方式来平衡公司、法定代表人、债权人的利益，值得肯定。需指出的是，实践中如何理解“特别规定”，不无疑问，实际效果如何值得观察。

在正式司法解释出台并实施前，比较妥当的方式还是通过动态把握“法定代表人无

法通过内部救济实现涤除”的认定标准来实现平衡。辞任法定代表人穷尽内部救济途径仍然无法实现涤除，意味着公司内部治理失范，司法此时方得介入。个案中应注意审查公司内部改选法定代表人的程序设计、辞任法定代表人可启动的内部救济途径、该法定代表人是否已经启动且无法实现改选或者变更登记等情况。样案中陈某飞已穷尽内部救济程序，某装饰公司的内部治理机制无法完成陈某飞的身份涤除，司法介入具备必要性、正当性、紧迫性。

综上，通常在辞任的法定代表人已经穷尽了公司内部救济途径仍无法实现身份涤除时，司法才能介入。当事人未充分利用其职权启动内部程序径行提起诉讼，请求法院判决涤除其身份的，此时应以公司内部程序优先。实践中还需要结合该法定代表人或董事是否为公司股东、在公司持股占比、属于积极股东还是消极股东、是否属于公司实际控制人等进行综合判断。个案中，可能还需要结合该公司是否已经处于《公司法》第54条“不能清偿到期债务”的情形，以及该法定代表人与公司经营陷入困境是否有关联等因素，动态把握是否认定该法定代表人已经穷尽内部救济的标准。

（二）辞任法定代表人善后义务及期限

《公司法》第70条第2—3款规定了辞任董事的善后义务，该义务源于董事的忠实

勤勉义务，目的是保障公司的正常运行不被个别董事辞任影响。参照董事的善后义务，辞任的法定代表人也应当在改选出继任的法定代表人之前继续履职。

但若不对该善后义务的履行设置期限，则意味着辞任法定代表人和公司之间权利义务的失衡，也不符合单方辞任即解除委任关系的制度设计。为此，《公司法》第10条第3款明确规定公司选定继任者的期限为30日。样案中，法院在明确陈某飞应当履行善后义务的同时，判定某装饰公司应当在30日内改选继任者并办理变更登记手续。

《征求意见稿》第1条基本采取了与样案处理相一致的思路，即法院可以指定公司在合理期间内确定新的法定代表人，至于个案中如何设置“合理期间”，建议综合判断，不能一概而论，30日可以作为一个值得参考的标准。

（三）涤除登记的判项及执行

对于公司拒不改选继任者或拒不办理变更登记的情况，一般可在判决主文中写明由登记办理义务人至登记机关办理涤除登记。

《征求意见稿》第1条亦规定，如公司在法院指定期间内不确定新的法定代表人，则可判令公司向登记机关申请办理涤除登记信息。

国家市场监督管理总局发布的《公司登记管理实施办法》第23条规定，因公司未按

期依法履行生效法律文书明确的登记备案事项相关法定义务，人民法院向公司登记机关送达协助执行通知书，要求协助涤除法定代表人、董事、监事、高级管理人员、股东、分公司负责人等信息的，公司登记机关依法通过国家企业信用信息公示系统向社会公示涤除信息。该办法于2025年2月10日施行后，法院可在判决主文中写明涤除登记事项，以便当事人直接以判决书为依据办理涤除登记，还可以对接相应的执行程序，在案件执行阶段强制执行涤除登记。

破产申请实务问题探究 摘自“北京市第一中级人民法院”微信公众号

作者：马强

时间：2026年2月25日

破产申请是启动破产程序的第一个环节，更是破产程序开始的必要条件，事关谁有权申请、进入何种破产程序。破产申请一旦被法院受理，企业将从适用公司法的正常企业转变为适用企业破产法的破产中的债务人企业。在破产程序的启动方式上，主要有职权主义和申请主义两种方式。职权主义，是指当债务人企业具备破产条件时，由法院依职

权启动破产程序，当事人是否提出申请在所不论。申请主义，是指由当事人向法院提出申请方能启动破产程序，非经当事人申请，法院不得依职权自行启动破产程序。我国企业破产法遵循当事人意思自治原则，在破产程序的启动上采取当事人申请主义，除金融机构以外所有企业的破产，只能由当事人即债权人或债务人企业向法院申请方能启动破产程序。同时，企业破产法设专章对破产申请和受理作出具体规定，据此，破产申请和受理构成了我国破产程序中的独立阶段。在审判实践中，有三个涉及破产申请的问题值得思考和探讨。

一、申请破产程序冲突的解决

企业破产法规定的破产程序包括破产和解、破产重整和破产清算三类，除破产和解需由债务人企业申请外，债权人、债务人企业均可以申请破产重整和破产清算。由于破产重整与破产清算程序是并列关系，实践中会发生债权人申请债务人企业破产重整，而债务人企业自行申请破产清算的情况，受诉法院应当如何处理，存有分歧。于此情形，应当以破产重整为先，即当申请破产的程序发生冲突时，先对破产重整申请进行审查，经审查，债务人企业具备重整条件的，裁定受理破产重整。究其原因，首先，破产重整为先符合“能重整尽量不清算”的现代破产理念。破产重整作为一种挽救机制，可以避

免市场的盲目性和短期性。破产清算虽然便于企业快速退出市场，但其是一把双刃剑，可能会扼杀一些有生命力或有市场前景、财务暂时遇到困难的企业，特别是对处于初创期的专精特新企业或者高科技企业，因其暂时不能清偿到期债务直接进入破产清算程序，会造成企业前期大量投入特别是技术人才的浪费，最终遏制整个社会的创新。破产重整则有可能助力企业涅槃重生，从而实现“保企业、保技术”。

其次，有利于降低破产成本。破产重整的清偿率高于破产清算的清偿率，无论对债权人还是债务人，破产重整都是双赢：就债权人而言，债务人企业一旦重整成功，其将获得高于破产清算的债权清偿数额，实现债权人利益的最大化；对债务人而言，破产重整后，引入了战略投资人和偿债资金，企业的债务全部得到清偿，企业起死回生，重新步入生产经营的正轨，破产程序的经济价值得以实现。

最后，破产重整成功后，企业得以再生，职工留用，同时专利技术等知识产权得以保留，实现了保饭碗、稳就业、利长远，破产程序的社会价值得以彰显。即使破产重整失败，由于我国企业破产法允许破产重整与破产清算程序之间可以相互转换，企业可以由重整转入清算程序，经过清算后退出市场，同样能够达到直接进入破产清算程序的效果。

二、执破衔接中破产申请问题的解决

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百一十一条为执行转破产提供了法律依据，但是该条并没有赋予法院依职权启动被执行人企业破产程序的权力。该司法解释出台后，审判实践中企业破产申请便有了两种方式：当事人自行申请破产和申请执行转破产。两者的区别在于后者被执行人进入破产程序，执行程序发挥了主导作用。但是，执行转破产如何启动，该条规定需要执行法院经申请执行人之一或者被执行人同意，方可将执行案件移送被执行人住所地法院。可见，执行转破产案件的破产启动，尚需征询当事人的意见，法院只不过是基于当事人的同意，将案件中止执行，移送破产审查。

审判实践中，法院的通行做法是：在执行立案或执前督促阶段，发现债务人存在关联诉讼案件，可能存在不能清偿债务的风险，或者已经在其他法院的执行程序中被终结本次执行的，征求当事人是否将案件移送破产，如果当事人同意，则将案件移送破产主管法院；在执行程序中，执行部门如果发现被执行企业符合破产条件的，征求当事人是否申请或者移送破产审查，当事人同意的，则将案件移送破产主管法院，当事人不同意的，执行部门继续依法执行。上述规定中的“同意”，依然是当事人的意思表示，执行部门

的移送，也系当事人表示同意后方可为之，并非法院依职权单方自行决定启动破产程序。由此可见，司法解释关于执行转破产的规定，仍然属于当事人申请主义，只不过申请的方式比较特殊。由于执行转破产仍然实行当事人申请主义，而债务人企业和债权人申请破产的积极性不高，致使实践中执行转破产成功的案件数量远没有达到预期。

鉴于当事人申请主义影响了该制度的实施，而符合破产条件的执行案件转入破产程序制度能够有效地解决大量“僵尸企业”有序快速退出市场的问题，笔者认为在执行转破产的场景下，应当有条件地实行当事人申请主义为主、法院依职权启动破产程序为辅的原则。具体言之，在民事执行程序进行过程中，为了防止无人申请破产可能造成对多数债权人的清偿不公，如果有证据证明被执行人企业不能清偿债务又无人申请破产的，法院可以依职权启动被执行人企业的破产审查，经审查，符合破产条件的，裁定受理破产。但应当明确规定职权主义启动的条件，以防止权力滥用影响私权：其一，法院依职权启动破产程序的目的是保证债权人的债权得到公平地清偿；其二，现有证据足以证明被执行人企业符合企业破产法规定的破产原因；其三，需申请执行人或被执行人均未申请被执行人进入破产程序；其四，职权主义仅适用于执行转破产的情形，不得扩大适用。

三、债权人破产申请资格问题的解决

债权人是提出破产申请的重要主体。企业破产法对于债权人的破产申请人资格没有作出限制性规定，我国的破产门槛对申请债权人的债权金额没有要求，可以说没有门槛，并且对申请破产的债权人的数量也没有规定，即使债权人所持债权数额微小，或者仅有一名债权人，也不影响其破产请求权，导致实践中债权人申请破产的随意性较高。例如，企业破产法没有对职工债权人的破产申请权作出禁止性规定，致使职工债权人具有双重身份，既是债务人企业的员工，同时又是债权人的一种，既然是债权人，职工债权人可以申请所就职的企业破产。但是，由于职工的债权数额较小，仅因其申请而启动破产程序，极有可能浪费司法资源和社会资源。不仅如此，审判实践中经常会出现数额仅数万元的小额债权人或者单一债权人申请公司破产的情况。更须注意的是，近年来，有的债权人在生效裁决得不到法院执行的情况下，转而向法院申请被执行人企业破产，借此逼迫被执行人企业偿还其债务，破产申请由此

异化为债权人讨债的工具和手段。此种现象与破产程序的设立宗旨背离，长此以往，将引发道德公害。

毋庸置疑，债权人申请债务人企业破产，是企业破产法赋予其的权利。但是，由于破产程序的不可逆性，加之破产申请将给企业带来一系列影响，我国企业破产法应当对债权人破产申请权的行使予以一定限制，主要体现在对债权人的破产申请资格作出规定，从而对小额债权人、个别债权人行使破产申请权作出限制，以实现债权人权益、社会公共利益和债务人企业正当权益的兼顾与保护。在制度设计上，可以考虑从债权人的类型、持有的债权金额大小、破产申请提出的债权人数量等方面对债权人资格作出适当的限制。例如，职工债权人可以申请企业破产，但其应当经过职工代表大会或者全体职工三分之二以上多数同意方可行使申请权。而普通债权人申请企业破产者，其享有的债权金额应当达到一定标准即法定最低债权金额，或者债权人的数量达到法定人数时方能申请。

四、 实务论道

《公司法》及司法解释（征求意见稿） 背景下股东出资加速到期制度的观察 兼评第24条

作者：盖晓萍律师 上海市海华永泰律师事务所合伙人

陈新雨律师 上海市海华永泰律师事务所律师

股东向公司缴纳注册资本的义务既是法定义务也是约定义务，在认缴注册资本制度下赋予股东期限利益，但在公司破产或解散清算情况下，在兼顾股东期限利益的同时要求优先保障公司及债权人的合法权益，规定了股东出资加速到期制度。自《九民纪要》对于股东出资加速到期作出破产情形外的特殊规定后，新《公司法》第五十四条直接对有限责任公司非破产情形下股东出资义务加速到期制度作出规定，以利于更好保护公司和债权人的利益。本文从股东出资加速到期制度的演变过程、行权路径与变化等角度进行阐述。

一、 股东出资加速到期制度的演变过程

自2013年公司法规定注册资本认缴制后，规定股东出资加速到期的情形限于破产或解散，分别规定在《企业破产法》第三十五条和《公司法司法解释（二）》第二十二条。至于非破产与解散情形下股东出资应否

加速到期问题，实践中有两种截然不同的观点。

在2019年发布并实施的《九民纪要》第6条中，对于非破产与解散情形下的股东出资应否加速进行了特殊规定。根据该条，两种特殊情形下股东未届期限的认缴出资应加速到期，一种情形是公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；另一种情形是在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。第一种情形的实质原因与企业破产类似，只是没有进入破产程序而已，按照类似情形类似处理的原理，比照《企业破产法》第35条的规定，股东未届期限的认缴出资加速到期。第二种情形的理论基础是债权人的撤销权，公司股东会延长出资期限的行为实质无异于放弃即将到期的债权，损害债权人的利益。因此，纪要将上述两种情形作为破产加速到期的例外情形予以规定。

《公司法》修订的过程中，一审稿以“公司不能清偿到期债务，且明显缺乏清偿能力的”为公司或债权人要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资的标准，但该规范不仅限缩了《九民纪要》的范围，还相当于在破产法的规则基础上倒推了一步，于是在二审稿中就将公司或债权人行权标准修改为“不能清偿到期债务”，即现在《公司

法》第54条的规范内容。

二、适用股东出资加速到期制度的路径及变化

公司或债权人向股东主张出资加速到期的路径主要有三：

（一）执行程序中追加股东为被执行人在执行程序中直接申请追加股东为被执行人的案件中，申请执行人的依据主要是《变更追加规定》第17条，但是该条文中“未缴纳或未足额缴纳出资”的情形是否包括未届出资期限的股东存在争议，也就是说股东出资的期限利益在执行程序中是否应得到保护。北京市昌平区人民法院(2024)京0114执异870号案件中即认为，张某作为被执行人某公司的股东，其认缴出资期限为2029年12月31日，目前尚未届至，不符合上述法律规定的“未缴纳或未足额缴纳出资”的情形，故对于王某依据该条法律规定主张追加张某为被执行人的请求不予支持。而北京市第一中级人民法院(2024)京01执异636号、湖北省武汉市武昌区人民法院(2024)鄂0106执异499号等案件中以《公司法》第54条以及该《变更追加规定》第17条的规定直接追加股东为被执行人，认定股东应在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任。

（二）直接将股东作为被告提起诉讼在司法实践的部分案件中，债务人公司已被其

他生效法律文书确定了给付义务而未履行进而存在终本案件的情况下，原告在向债务人公司提起诉讼时直接将股东作为共同被告，以《九民纪要》规定的公司已具备破产原因但不申请破产或《公司法》规定的已符合不能清偿到期债务情形为由要求股东在认缴出资范围内承担补充赔偿责任。如广东省佛山市南海区人民法院(2024)粤0605民初413号买卖合同纠纷一案中，法院认为刘某林、陆某军、王某为被告广州市某某产品有限公司的股东。并且，上述三被告认缴的出资未实际缴足且出资时间未到期（2033年12月31日前）。从本院查明的事实可知，被告广州市某某产品有限公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产。因此，刘某林、陆某军、王某应在各自已经认缴但未实际缴足的出资范围内对被告广州市某某产品有限公司的上述债务承担补充赔偿责任。

（三）以股东出资纠纷、股东损害公司债权人利益等为由另案诉讼实践中，债权人与公司之间的纠纷通过诉讼或仲裁程序取得生效法律文书后，债权人通过强制执行程序仍不能实现其债权的情形比比皆是。在部分地区的执行案件中无法实现追加已认缴出资但未届出资期限的股东为被执行人，抑或债权人未在执行程序中提出申请，则债权人需另案提起诉讼，要求股东在其认缴的出资范

围内承担补充赔偿责任。在江苏省徐州市中级人民法院（2024）苏03民终2421号股东出资纠纷一案中，甲公司已就其与乙公司之间的买卖合同纠纷取得生效法律文书，且通过强制执行程序仍未获得清偿，于是甲公司诉请乙公司股东承担补充赔偿责任。法院认定，虽然乙公司章程约定的股东出资期限未届满，但是经安徽省长丰县人民法院强制执行，乙公司不能清偿到期债务，甲公司作为债权人有权要求乙公司股东彭某某、王某某提前缴纳出资，该诉讼请求未明显背离彭某某、王某某设立乙公司时的合理预期。判决彭某某、王某某在其认缴出资范围内对乙公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。

需注意的是，若《〈公司法〉司法解释征求意见稿》第二十四条的规定生效，则金钱债务债权人在执行程序直接追加股东为被执行人的路径将被关闭，诉讼程序将成为主张股东出资加速到期的主要程序。

三、对《〈公司法〉司法解释征求意见稿》第二十四条的评述

该条第一款规定：“公司因客观上缺乏清偿能力而不能清偿到期债务，又不以诉讼或者仲裁方式依法请求股东履行出资义务，公司债权人请求已认缴出资但未届出资期限的股东承担责任的，参照本解释第二十一条第三款（即债权人诉请未全面履行出资义务的股东承担责任）、第二十二条【数个债权

人请求同一股东承担瑕疵出资责任】、第二十三条【数个股东承担瑕疵出资责任】规定处理。”

一个鲜明的信号是鼓励债权人直接以诉讼的方式主张未履行出资义务的股东为公司债务“买单”，这种“穿透式”追责的理论基础在于代位权制度，但其不符合资本认缴制中对于股东出资期限利益的保护。但是从社会整体利益平衡的角度，债权人利益的无法实现确实与股东未实缴出资、公司资本不足存在关联，债权人直接追索股东在节约司法资源的同时也是社会整体利益的平衡，更是对2013年公司实施“资本认缴制”的一种矫枉过正式补救。

该条第二款规定“金钱债权执行中，公司债权人申请变更、追加未届出资期限的股东为被执行人，人民法院应当裁定驳回变更、追加申请，并告知其另行提起诉讼。申请执行人对该裁定不服的，可以向上一级人民法院申请复议；直接提起执行异议之诉的，人民法院不予受理。”

该条款有人不理解，认为这与第一款相悖，司法走弯路，但这条款实际是贯彻执行程序与实体审理严格分离的原则。即使公司不能清偿到期债务，符合《公司法》第54条出资加速到期的条件，债权人也不能在执行程序中直接申请追加未届出资期限的股东为被执行人，需经过实体审理程序对于股东出

资应否加速到期进行认定。特别注意的是，该条款针对的是“出资期限未届满”的股东，并非出资期限届满的股东，所以不能将公司债务直接穿透延伸至股东责任，必须另行提起诉讼。债权人若要追究未届期股东的责任，必须启动独立的诉讼程序，通过实体审理确定，一公司是否确实不能清偿债务；二是否符合出资加速到期的法定情形，三股东应承担的责任范围。未经实体审查，不宜直接在执行中追加。

另外本条款还设计了救济路径：对驳回裁定不服的，只能向上级法院申请复议，而不能提起执行异议之诉，进一步强化了“不得直接追加”的立场。

四、股东加速到期的出资应否“入库”

公司向股东主张出资加速到期的情形下，出资款归入公司自无争议。但债权人通过诉讼或执行程序取得的股东出资款应直接清偿债权人还是纳入公司资产范围，争议与讨论不断，但目前主流观点以及最高人民法院法答网精选问答的意见都是支持股东直接向债权人清偿。

首先，债权人请求股东在其认缴出资范围内承担责任的理论基础在于代位权制度的适用，《民法典》第537条规定的一般意义上的债权人代位权制度已明确采用“出库原则”。尽管民法典相对于公司法属于一般规

定，公司法如有特别规定应优先适用公司法。但公司法对此未规定或规定不明确，应依据民法典规定，这也符合立法法规定及民法适用方法的基本原理。

其次，在《九民纪要》的理解与适用已经明确，此种情形下债权人诉讼的性质属于自身利益的诉讼，其不是代表全体债权人诉讼，所获收益应归原告所有而不是债务人。这一点与破产案件中管理人起诉未届出资期限的股东加速到期不同。与管理人不起诉时个别债权人起诉未届出资期限的股东也不同，这时的债权人是代表全体债权人起诉，所获收益归破产人。

最后，不能清偿到期债务并不等同于公司已达到破产条件，破产规则的适用应属例外情形。因此，审判中原则上应出库，执行程序中若发现符合破产条件（债务人申请、执转破、债权人申请等），法院一旦受理破产申请，则适用破产法规定，未届出资缴纳期限的股东即应将其出资归入债务人财产，实现所有债权人公平清偿。甚至管理人可以撤销符合条件的个别清偿，不必担心偏颇给付衍生的公平清偿问题。况且，此种情形中所追求的平等应是债权人机会平等，而非追究结果意义上的清偿平等。

在法律实践中，股东的出资义务是公司资本制度的核心，而债权人利益的保护则是公司法中不可或缺的一环。《公司法》第54

条的出台，实际上是对现行法律体系中关于股东出资义务与债权人保护之间关系的进一步明确和细化。该条款的明确与细化体现在对股东出资义务的履行方式和时间点的明确，以及对债权人权益保护机制的强化。通过规定股东必须在特定时间内完成出资，以及在

公司无法清偿到期债务时，债权人有权要求股东直接向其清偿，不仅有助于维护债权人的合法权益，也促使股东更加审慎地履行出资义务，也在一定程度上预防了公司资本的虚化和滥用。

