



上海市律师协会
公司与商事专业委员会

(2024 年 2 月，第二期)

编委会

主 编：屠磊

副主编：丁峰、王竞、刘蓉蓉

责任编辑：刘蓉蓉、牛魁仁

目录

一、新法速递.....	3
中华人民共和国刑法修正案（十二）	
——全国人民代表大会常务委员会	3
二、观点速递.....	5
法答网精选答问（第一批）	
——最高人民法院.....	5
三、实务研究.....	21
林一英：新《公司法》对股东权利保护的完善	
——摘自微信《法律适用》	21
最高法最新司法政策：公司丧失清偿能力时，已到期债权的债权人可以要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资	
——摘自微信《最高判例解读》	40
最高院：分公司签订的管辖协议中是否可以约定总公司住所地法院管辖？	
——摘自微信《最高判例解读》	42

一、新法速递

中华人民共和国刑法修正案（十二）

——全国人民代表大会常务委员会

发文机关：全国人民代表大会常务委员会

发布时间：2023.12.29

生效时间：2024.03.01

效力状态：现行有效

文号：主席令第十八号

一、在刑法第一百六十五条中增加一款作为第二款，将该条修改为：

“国有公司、企业的董事、监事、高级管理人员，利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

“其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，致使公司、企业

利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。”

二、在刑法第一百六十六条中增加一款作为第二款，将该条修改为：

“国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，有下列情形之一的，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：

“（一）将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的；

“（二）以明显高于市场的价格从自己的亲友经营管理的单位采购商品、接受服务或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品、提供服务的；

“（三）从自己的亲友经营管理的单位采购、接受不合格商品、服务的。

“其他公司、企业的工作人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。”

三、在刑法第一百六十九条中增

加一款作为第二款，将该条修改为：

“国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。

“其他公司、企业直接负责的主管人员，徇私舞弊，将公司、企业资产低价折股或者低价出售，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。”

四、将刑法第三百八十七条第一款修改为：“国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体，索取、非法收受他人财物，为他人谋取利益，情节严重的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。”

五、将刑法第三百九十条修改为：“对犯行贿罪的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上

十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

“有下列情形之一的，从重处罚：

“（一）多次行贿或者向多人行贿的；

“（二）国家工作人员行贿的；

“（三）在国家重点工程、重大项目中行贿的；

“（四）为谋取职务、职级晋升、调整行贿的；

“（五）对监察、行政执法、司法工作人员行贿的；

“（六）在生态环境、财政金融、安全生产、食品药品、防灾救灾、社会保障、教育、医疗等领域行贿，实施违法犯罪活动的；

“（七）将违法所得用于行贿的。

“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对调查突破、侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处

罚。”

六、将刑法第三百九十一条第一款修改为：“为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”

七、将刑法第三百九十三条修改为：“单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚。”

八、本修正案自 2024 年 3 月 1 日起施行。

二、观点速递

法答网精选问答（第一批）

——最高人民法院

问题 1：网络主播为公司带货，双方是否存在劳动关系？

答疑意见：该问题涉及新就业形态下劳动关系的认定问题。根据劳动合同法第七条、《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56 号）第十八条以及《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12 号）的相关规定，劳动关系的核心特征为“劳动管理”，包括劳动者与用人单位之间的人格从属性、经济从属性、组织从属性等。《最高人民法院关于为稳定就业提供司法服务和保障的意见》（法发〔2022〕36 号）第七条也对依法合理认定新就业形态劳动关系的考量因素作了明确。

劳动者与平台企业或者平台用工合作企业之间是否存在劳动关系，应当根据劳动管理和用工事实，综合考量人格从属性、经济从属性、组织从属性的有无及强弱来判断。从人格从

属性看，主要体现为平台企业的工作规则、劳动纪律、奖惩办法等是否适用于劳动者，平台企业是否可通过制定规则、设定算法等对劳动过程进行管理控制；劳动者是否须按照平台指令完成工作任务，能否自主决定工作时间、工作量等。从经济从属性看，主要体现为平台企业是否掌握劳动者从业所必需的数据信息等重要生产资料，是否允许商定服务价格；劳动者通过平台获得的报酬是否构成其重要收入来源等。从组织从属性看，主要体现在劳动者是否被纳入平台企业组织体系，成为企业生产经营组织的有机部分，是否以平台名义对外提供服务等。

企业招用网络主播开展“直播带货”业务，如果企业作为经纪人与网络主播平等协商确定双方权利义务，以约定分成方式进行收益分配，双方之间的法律关系体现出平等协商特点，则不符合确立劳动关系的情形。但是，如果主播对个人包装、直播内容、演艺方式、收益分配等没有协商权，双方之间体现出较强人格、经济、组织从属性特征，符合劳动法意义上的劳动管理及从属性特征的，则倾向于认定劳动关系。司法实践中，应当加强

对法律关系的个案分析，重点审查企业与网络主播之间权利义务内容及确定方式，查明平台企业是否对网络主播存在劳动管理行为，综合、据实认定法律关系性质。

点评专家：中央财经大学法学院教授、中国劳动关系学院法学院学术委员会主任、中国劳动学会劳动人事争议处理专业委员会副会长 沈建峰

点评意见：平台用工过程中的劳动关系认定是当前理论和实践中的难题。答疑意见从规范基础、法理依据和具体方案三个层次回答了带货网络主播与平台企业的劳动关系认定问题。答疑意见总结归纳了现有司法政策关于新就业形态劳动关系认定的思想和立场，将现有劳动关系认定的从属性理论，按照人格从属性、经济从属性和组织从属性三个层次运用于新就业形态领域，并结合平台用工特点提出符合数字时代劳动关系认定的具体指标。在平台用工劳动关系认定方法上，尤其强调了综合判断以及用工事实优先这一在当前理论和实践中非常重要的劳动关系认定方法。答疑法律和政策依据充分，理论阐释简洁清晰，具有操作性，对于解决网络带货主播与

平台企业的劳动关系认定的案件具有很强的指导意义。

问题 2：离婚案件中，孩子选择跟随生活的一方条件比另一方差很多，应如何处理？

答疑意见：民法典第一千零八十四条第三款规定：“离婚后，不满两周岁的子女，以由母亲直接抚养为原则。已满两周岁的子女，父母双方对抚养问题协议不成的，由人民法院根据双方的具体情况，按照最有利于未成年子女的原则判决。子女已满八周岁的，应当尊重其真实意愿。”可见，最有利于未成年子女原则是解决未成年子女抚养问题的基本原则，应以此作为处理相关问题的基本出发点和落脚点。

具体到离婚纠纷中确定未成年子女由哪一方直接抚养更合适，要根据其年龄情况作区分处理：（1）对于不满两周岁的子女，应以母亲直接抚养为原则，除非存在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（以下简称《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》）第四十四条规定的确实不宜随母亲共

同生活的特殊情况。（2）对于已满八周岁的子女，应当尊重其真实意愿。首先，应当尽量保证未成年子女在不受干扰的情况下发表意见，确保其意愿客观、真实。在征求未成年子女意见时，要根据未成年人的年龄和智力发育情况，选择其能够理解的方式。比如，可以采取入户调查、走访亲友、征求未成年子女住所地村（居）民委员会意见等家事调查方式，探寻其真实意愿。其次，在确定系未成年子女真实意愿的前提下，原则上应当尊重其真实意愿。这不仅是法律的明确规定，也是最有利于未成年子女原则的应有之义，是尊重未成年子女人格尊严的必然要求。需要注意的是，对于未成年子女来讲，物质条件只是确定一方抚养条件优劣的因素之一，而不是全部。未成年子女受哪一方生活上照顾较多，哪一方更能够提供情感需求、陪伴需求，更尊重其人格尊严，更有利于其身心健康发展等，均应当作为“条件”的考量要素。而物质需求还可以通过另一方支付抚养费等方式予以解决。（3）对于已满两周岁不满八周岁子女的直接抚养问题，应按照《民法典婚姻家庭编司法解释（一）》第四十六条、第四十七条规定的具体

考虑因素来判断，同时也要尽量尊重其真实意愿，根据最有利于未成年子女原则作出判决。

点评专家：中国政法大学法学院副教授 陈 汉

点评意见：夫妻离婚之时未成年人的直接抚养权的裁判，涉及未成年人利益，影响重大。未成年人选择“与经济条件相对较差的一方”共同生活时的直接抚养权如何确定，更是一个值得研究的问题。经济物质条件是生活的重要方面之一，但不是全部。如果唯以经济条件来确定直接抚养权，将不利于加强家庭家教家风建设，不利于鼓励家长投入更多的时间与情感来陪伴孩子的成长。此条答疑结合了现行法律和司法解释的规定，在答疑中指出了“应当尽量保证未成年子女在不受干扰的情况下发表意见，确保其意愿客观、真实”，并对如何用未成年人理解的方式去征询其意见提出了方法上的建议，特别值得肯定。答疑观点鲜明，逻辑清晰，依据充分，弘扬了社会主义核心价值观，对于类似案件问题处理具有较强指导意义。

问题 3：证券公司与客户签订融资

融券业务合同，约定客户在证券公司开立的融资融券账户中融资买入的全部证券和融券卖出所得的全部资金及上述资金、证券所产生的孳息等，整体作为担保物提供担保。对于强行平仓之后仍未能受偿的债权，证券公司对融资融券账户内证券是否享有优先受偿权？

答疑意见：此问题应按照证券法及《证券公司融资融券业务管理办法》（以下简称《办法》）的有关规定来理解和把握。根据证券法第一百六十九条的规定，国务院证券监督管理机构在对证券市场实施监督管理中履行依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则等职责。第一百二十条第五款规定，证券公司从事证券融资融券业务，应当采取措施，严格防范和控制风险，不得违反规定向客户出借资金或者证券。前述规章和规定，主要是指中国证监会制定的《办法》，该《办法》第二十五条规定：“证券公司应当将收取的保证金以及客户融资买入的全部证券和融券卖出所得全部价款，分别存放在客户信用交易担保证券账户和客户信用交易担保资金账户，作为对该客户融资融券所生债权的担保物。”该规定明确赋予客户融

融资融券账户中的资产“担保物”的性质，用于担保客户因融资融券交易所产生的债权。同时，《办法》第十四条第一款以及第十六条第一款、第二款还规定，“融资融券合同应当约定，证券公司客户信用交易担保证券账户内的证券和客户信用交易担保资金账户内的资金，为担保证券公司因融资融券所生对客户债权的信托财产”，“证券公司与客户签订融资融券合同后，应当根据客户的申请，按照证券登记结算机构的规定，为其开立实名信用证券账户。客户信用证券账户与其普通证券账户的开户人姓名或者名称应当一致。客户信用证券账户是证券公司客户信用交易担保证券账户的二级账户，用于记载客户委托证券公司持有的担保证券的明细数据”。可见客户信用证券账户为客户信用交易担保证券账户的二级账户，客户向信用账户转入担保证券相当于转入证券公司账户，也起到了财产权利变动的公示作用。综上，融资融券合同从类型上应属“其他具有担保功能的合同”，融资融券双方成立了让与担保法律关系，且因转移占用而产生公示的法律效果，符合《全国法院民商事审判工作会议纪要》第七十一条关于让与担

保的规定，证券公司请求参照法律关于担保物权的规定优先偿还其债权的，人民法院依法予以支持。

证券公司对客户融资融券业务信用账户中的资产享有担保权并有权优先受偿，在目前实践中均被司法机关认可，这也体现了司法对金融证券领域常规业务规则的尊重，有利于维护正常的金融交易秩序，防范化解金融风险，培育市场参与者诚实守信的经营理念。

点评专家：中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师 王 涌

点评意见：融资融券业务是指证券公司向客户出借资金供其买入上市证券或者出借上市证券供其卖出，并收取担保物的经营活动。融资融券业务可以有效活跃证券市场的有价证券交易，提升交易活性，但也带来了放大投资风险的问题，所以依托信托法所形成的担保机制就成为稳定融资融券业务交易信用的法律基础。证券公司客户信用交易担保证券账户内的证券和客户信用交易担保资金账户内的资金，为担保证券公司因融资融券所生对客户债权的信托财产，在信托业务当中属担保品信托，在法律性质上

属非典型担保当中的让与担保。近日，在省部级主要领导干部推动金融高质量发展专题研讨班上，中央强调金融管理部门与司法机关之间要加强监管协同。本条答疑意见对于夯实融资融券业务信用基础，防范金融风险，促进监管协调，提升资本市场高质量发展具有现实作用。

问题 4: 股东以其持有的公司股权向目标公司出资，在出资评估时，股东大幅虚增相应的财产价值，导致股权实际价值与出资评估结论不符，此是否属于相关司法解释规定的“未依法评估作价”？能否要求股东以货币方式补足出资？

答疑意见：（一）关于评估问题。非货币财产价值判断存在主观性和不确定性等特点，公司法（2018 年修正）第二十七条（注：2023 年公司法修订时，条文序号变更为第四十八条，内容未进行实质修改）明确规定，对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。股权是一种典型的非货币财产，股东以其持有的其他公司股权出资，为了保证公司资本的真实和确定，应当依

法对该股权进行价值评估，以免虚增公司资本，进而损害公司、其他股东以及债权人的利益。

《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）》）第九条规定：“出资人以非货币财产出资，未依法评估作价，公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价。评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。”本条中的“未依法评估作价”，包括未进行评估作价和评估作价不合法两种情形。实践中后一种情形更加常见，即出资人以非货币财产出资，虽然履行了评估作价程序，但评估作价不合法，主要表现为评估机构不具有合法资格、评估作价程序违法、评估方法不当、评估结果不真实合理等具体情形。对于评估作价不合法导致股权价值不实的情形，属于《公司法解释（三）》第九条适用范围。根据该条规定，公司请求认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估

作价。如果评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的，应当认定出资人未依法全面履行出资义务。需要注意的是，因股权价值受固有市场风险等诸多因素的影响，在一定时间内可能出现贬值现象。作为出资的股权权属移转给公司后，其贬值风险应当由公司承担，故评估时应以出资交付时作为股权价值评估的时点。如果交付时股权实际价值与章程所定价额并没有显著差别，只是后来在公司经营中由于市场环境变化导致股权贬值，该贬值情形属于公司应承担的正常商业风险，除非当事人另有约定，否则出资人不承担责任。

（二）关于责任承担方式问题。股东的出资就其形式表现为货币出资和实物出资两大类，股东出资不实可以分为货币出资不实与实物出资不实。股权价值不实系实物出资不实中较为常见的情形。根据公司法（2018年修正）第三十条（注：2023年公司法修订时，条文序号变更为第四十九条、第五十条，保留了原公司法第三十条规定的内容，并将之扩大到货币出资）、《公司法解释（三）》第十三条等法律、司法解释的规定，公司有权要求股东向公司依法全面履行义务，出资

不实的股东应当就差额承担补足责任。司法实践中，最常见的补足方式是以现金补偿。如果判决后债务人不能实际履行，债权人可以与债务人协商达成和解，通过以物抵债或者减资、变卖股权等其他更加灵活的方式，实现债权。

点评专家：中国政法大学民商经济法学院教授、博士生导师 王 涌

点评意见：本答疑意见紧扣公司法条文与相关司法解释的规范目的，强调在非货币出资不实损害公司、其他股东和债权人合法权益时，人民法院应提供必要的司法救济。完善、合法的股权价格评估程序是鉴定出资是否充实的前置程序，虚增股权价值的结果若存在，必然以评估程序未能依法完成为条件。同时，股权和其他实物资产出资均存在出资完成后发生价值波动的情况。为此，本答疑意见以出资时刻股权价值为准的判断较为准确，充分认识到股权作为公司财产时其价值相关的市场风险应同时由公司承担。而在责任承担方面，答疑意见提出股东以现金或其他可能形式履行补充责任的可能性，对司法实践具有较高指导价值。

问题 5: 公司被申请破产, 该公司的财产被另案刑事判决认定为涉案财产, 该部分涉案财产是否属于破产财产? 如果属于破产财产, 刑事追赃债权在破产案件中的清偿顺位如何?

答疑意见: 所提问题中所称的“涉案财产”是一个比较模糊的提法, 应当区分不同情况:

第一, 如果刑事判决泛泛地认定破产企业财产属于涉案财产, 没有明确破产企业的哪些财产属于赃款赃物的, 应由刑事案件合议庭作出进一步说明, 或作出补正裁定。不能说明或者作出补正裁定的, 可由刑事被害人作为破产程序中的普通债权人申报债权。

第二, 如果刑事判决对破产企业特定财产明确为赃款赃物 (包括按上述第一点通过进一步说明或补正裁定明确特定财产为赃款赃物), 原则上应尊重刑事判决的认定, 并依据《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第九条第四款关于“查封、扣押、冻结的涉案财物, 一般应在诉讼终结后返还集资参与人。涉案财物不足全部返还的, 按照集资参与人的

集资额比例返还。退赔集资参与人的损失一般优先于其他民事债务以及罚金、没收财产的执行”的规定, 将此部分财产从破产财产中剔除出去, 由刑事程序退赔给有关被害人。这里应当注意的是: (1) 非法集资参与人优先于其他民事债务的财产范围限于“涉案财产”即赃款赃物, 不能扩大到被告人的其他合法财产。也就是说, 第九条所规定的优先于其他民事债务, 是指被明确认定为非法集资等犯罪行为涉及的赃款赃物, 而不应扩大财产范围, 优先于其他民事债务受偿。(2) 刑事判决虽判令追缴、退赔“赃款赃物”, 但该赃款赃物之原物已不存在或者已与其他财产混同的, 被害人的损失在破产程序中只能与其他债权按损失性质 (通常为普通债权) 有序受偿。比如, 刑事判决判令追缴刑事被告人 100 万元, 但该 100 万元在被告人处并无对应的 (被查封之) 赃款时 (即缺乏原物时), 该追缴只能在破产程序中与其他普通债权一起有序受偿。(3) 刑事判决中的涉案财产被刑事被告人用于投资或置业, 行为人也已取得相应股权或投资份额的, 按照《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》第四百

四十三条和《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（以下简称《刑事涉财产执行规定》）第十条第二款、第三款的规定，只能追缴投资或置业所形成的财产及收益，而涉案财产本身不应再被追缴或者没收。（4）涉案财产已被刑事被告人用于清偿合法债务、转让或者设置其他权利负担，善意案外人通过正常的市场交易、支付了合理对价，并实际取得相应权利的，按照《刑事涉财产执行规定》第十一条第二款的规定，亦不得追缴或者没收。

点评专家：中国人民大学法学院教授、北京市破产法学会会长 徐阳光

点评意见：企业破产程序中的刑民交叉问题一直是破产审判中的难点问题，其中又尤以如何区分涉案财产与破产财产、如何处理“退赔”赃款赃物与其他债权清偿的关系问题最为复杂。此条答疑结合现行法律和司法解释的规定，在答疑中指出了认定“赃款赃物”的依据，并对退赔可能出现的情形从四个方面做了专业提示和分析，如强调非法集资参与者优先受偿指向的财产范围仅限于“涉案财产”

即赃款赃物，该赃款赃物之原物已不存在或者已与其他财产混同时被害人的损失属于普通债权。答疑的观点鲜明、正确，思路清晰，依据充分，展现了扎实的专业功底和丰富的审判实务经验，对于类似案件问题的处理具有很强的指导意义。

问题6：股权流拍后，申请执行人申请以物抵债的，是否应当具备资格或条件？如申请执行人不具备资格或条件，法院能否作出以物抵债裁定，待申请执行人另寻有资质的第三人后，再将股权登记至第三人名下？

答疑意见：第一，股权系股东通过向公司出资取得，可凭此依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。根据民事诉讼法及相关司法解释的规定，人民法院对被执行入持有的股权可以采取执行措施。强制执行股权最常用的措施是冻结和变价转让，其中变价程序包括评估、拍卖和变卖等方式，与强制执行其他财产权的措施基本相同。

《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第三十九条第二款规定：“对被执行人

在有限责任公司中被冻结的投资权益或股权，人民法院可以依据《中华人民共和国公司法》第七十一条、第七十二条、第七十三条的规定，征得全体股东过半数同意后，予以拍卖、变卖或以其他方式转让。不同意转让的股东，应当购买该转让的投资权益或股权，不购买的，视为同意转让，不影响执行。”据此，在一般股权执行中，司法解释并未对竞买人资格提出限制要求，但处置中应注意符合公司法对于股权转让的要求，充分保护股东的优先购买权。《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》《最高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》均对司法拍卖过程中优先购买权的行使有所规定，即在拍卖过程中，其他股东可以通过参与竞买的方式行使其优先购买权。

第二，除一般股权外，根据证券法、保险法、商业银行法等法律规定，证券公司、保险公司、保险资产管理公司、商业银行、外资银行、基金管理公司、融资担保公司、期货公司等转让一定比例股权的，受让股权的主体需经过相关部门审批。特殊公司股权或关乎国家产业结构安全，或关乎

国家金融秩序、经济秩序稳定，为了维护国家产业安全等目的，相关法律法规对特殊公司的股权变更设定了行政许可的前置审批程序。因此，拍卖此类“特殊公司股权”程序中应该尊重行政审批规范。特殊公司股权变更的行政许可，审查内容可能涉及受让后股权结构、受让人的资金来源、财务状况、资本补充能力和诚信状况等，但是不同类型公司有一定差异。执行程序中对此应该予以遵守，防止因强制执行而打破或架空行政许可的制度目的。

基于以上背景，《最高人民法院关于人民法院强制执行股权若干问题的规定》第十五条对此类特殊公司股权处置作出了专门规定：“股权变更应当由相关部门批准的，人民法院应当在拍卖公告中载明法律、行政法规或者国务院决定规定的竞买人应当具备的资格或者条件。必要时，人民法院可以就竞买资格或者条件征询相关部门意见。拍卖成交后，人民法院应当通知买受人持成交确认书向相关部门申请办理股权变更批准手续。买受人取得批准手续的，人民法院作出拍卖成交裁定书；买受人未在合理期限内取得批准手续的，应当重新对股权

进行拍卖。重新拍卖的，原买受人不得参加竞买。买受人明知不符合竞买资格或者条件依然参加竞买，且在成交后未能在合理期限内取得相关部门股权变更批准手续的，交纳的保证金不予退还。保证金不足以支付拍卖产生的费用损失、弥补重新拍卖价款低于原拍卖价款差价的，人民法院可以裁定原买受人补交；拒不补交的，强制执行。”根据该条规定，人民法院对特殊公司股权进行拍卖时，竞买人应当符合相应的资格或条件，在强制执行的同时遵循行政许可要求，体现出执行权应与行政权相容而非互斥的治理理念。特殊公司股权执行中，无论是拍卖处置给竞买人，或以物抵债给申请执行人，在上述第十五条规定适用时，股权受让人均应具有相关资质，确保处置后及时推进行政审批手续办理。如题所述，如将股权以物抵债给不具有竞买资质的申请执行人，由其另寻找具有资质的承接主体，再将股权过户登记至第三人名下，从执行效率及效果上看，该执行方式均具有极大不确定性，极易引发新的执行异议，故不应作为特殊公司股权执行的一般规范做法。如果申请执行人已经现实物色到具有符合资质的第三方

有承接股权的意愿，则完全可通过由该第三方参与竞买的方式竞得股权，实现执行目的。

第三，关于要求买受人何时办理股权变更审批的问题，司法解释规定的解决方案为，拍卖前执行法院并不审核参与竞买人的资质，在拍卖成交后出具成交裁定前由买受人向有关部门申请办理股权变更批准手续，此时相关部门会对其股权变更资质进行审查。首先，在竞买前即审核竞买人资格，存在暗箱操作的风险，可能导致股权拍卖竞价不充分。其次，特殊公司股权形式多样，涉及不同的审批部门，在拍卖前审核竞买资格，不仅一线执行人员无此能力和精力，而且会大大增加审批部门的工作量，不具有实操性。最后，竞买人即使在竞买前已获得审批，在竞买成功后办理变更登记时，也会因种种原因出现不能办理变更登记的情形，反而会引发更多矛盾纠纷。据此，特殊公司股权拍卖前，执行法院应尽到充分的公示义务，即股权变更应当由相关部门批准的，应当在拍卖公告中载明法律、行政法规或者国务院决定规定的竞买人应当具备的资格或者条件，让竞买者充分注意并知悉，避免存在重大误解参与

竞买。处置成交后，执行法院应当及时通知买受人（或接受以物抵债的债权人）持成交确认书等法律文书向相关部门申请办理股权变更批准手续。如竞买人（或接受以物抵债的债权人）未通过行政审批，不能获得受让股权的行政许可的情况下，本条司法解释规定也根据其自身是否有过错分别提供了不同解决路径。

点评专家：中国政法大学诉讼法学研究院教授 谭秋桂

点评意见：对股权执行，实质是通过兑现股权的财产性价值实现申请执行人的金钱给付请求权。除了公司资产，股东参与公司重大决策和选择管理者等权利也是影响股权财产性价值的重要因素。实践中对股权执行应遵守公司法等实体法有关股权取得和流转的所有规范。其中，法律对于股东资格或者条件有特别要求的，对股权执行中股权的拍定人、买受人、接受抵债的申请执行人，必须具备法律规定的特殊资格或者条件。否则，股权拍卖、变卖、抵债行为应为无效，相关主体有过错的，应依法承担相应的法律责任。处理股权流拍后以股权抵债的申请执行人的资格或者条件，

同样应当遵循上述基本规则。本条答疑意见，以对股权执行的基本原理为理论基础，系统梳理了现行法律和司法解释对股权执行的规定，对于接受以流拍的股权抵债的申请执行人的资格或者条件、第三人接受抵债股权的问题进行了既合原理又合法律规范的解答，不仅能够直接解决提问者的疑惑，还能指导对股权执行的相关司法实践，实现了回答问题与政策指导的完美结合。

问题 7：收受贿赂后滥用职权为他人牟取利益，以受贿罪与滥用职权罪数罪并罚，滥用职权罪是否仍可认定“徇私舞弊”？

答疑意见：《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2016〕9号）第十七条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受他人财物，为他人谋取利益，同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的，除刑法另有规定外，以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。”据此，对于行为人受贿又滥用职权而同时构成受贿罪和滥用职权

罪的，应当实行数罪并罚；受贿不应再作为滥用职权罪的“徇私舞弊”情节予以重复评价。

点评专家：北京师范大学法学院教授 黄晓亮

点评意见：关于刑法第三百九十七条第二款中的“徇私”，有关理论认识和司法解释都作了清楚和一致的阐述，但是理论和实践中，对受贿情形是否属于渎职犯罪的加重情节，历来存在较大的争议。该答疑意见准确地理解和把握刑法与司法解释相关规定的内在意旨，按照罪数理论的基本认识，对成立犯罪的受贿情形是否属于滥用职权罪的加重情节的问题，作了合法、适当的回应，避免了肯定说导致重复处罚的缺陷，在结论上符合罪责刑相适应原则的要求，具有司法实务上的可操作性。

问题 8：人民法院对生态损害赔偿磋商协议履行纠纷如何审查？

答疑意见：在磋商协议履行纠纷中，应根据中共中央办公厅、国务院办公厅《生态环境损害赔偿制度改革方案》《最高人民法院关于审理生态

环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》以及生态环境部、最高人民法院等十四部委《生态环境损害赔偿管理规定》的有关规定，具体审查协议主体是否适格、是否存在违反以罚代赔、以赔代罚等规定的情形，以及是否违反应赔尽赔、修复环境的基本原则，是否不当免除或者减轻生态环境损害赔偿责任。在对具体协议条款内容进行审查时，应区分协议中可磋商内容、限制磋商内容、不可磋商内容以确定协议条款的效力。第一类是可以自由磋商的内容，包括调查评估费用、专家意见等。第二类是限制磋商的内容，包括修复的时间、方式、方法等。第三类是不可磋商的内容，包括案件基本事实、赔偿数额、责任承担等事项。这部分内容需要依据生态环境公共利益的损害现实作出判定，原则上应纳入不可磋商的范畴，不应由双方自由处分。对于可磋商内容的条款以及限制磋商的内容在不违反公共利益的情况下，可按有效条款处理，按协议约定各自履行，存在不可磋商内容的条款不发生效力，应按照法律规定对条款内容经调整后再履行。

点评专家：武汉大学环境法研究所所长、中国法学会环境资源法学研

究会副会长兼秘书长 秦天宝

点评意见：近年来，生态损害赔偿磋商作为有效修复生态环境的重要方式，适用日益广泛，而磋商协议的审查也是审判人员重点关注的问题，但目前尚缺乏明确裁判指引。本答疑针对人民法院进行生态环境损害赔偿磋商协议司法确认审查时的相关法律依据、审查内容、审查标准等予以解答，逐项列举了应当审查的几个方面，并对可磋商内容、限制磋商内容、不可磋商内容予以区分和明确，有效总结提炼裁判规则，为司法实践中遇到的疑难问题提供了切实可行的解决对策。该答疑意见有助于人民法院有效解决磋商协议审查缺乏标准的问题，从而统一审查尺度，进一步规范和引导磋商机制良好运行，也有助于充分发挥人民法院在推动完善磋商机制、助力健全生态环境损害赔偿制度的积极作用。法答网作为便捷高效的业务交流和学习平台，能够有效促进法律准确统一适用、提升审判质效、保障公正与效率，对人民法院更好服务生态环境保护，切实维护人民群众环境权益，具有重要积极意义。

问题 9：行政机关作出行政决定后，在诉讼期限内向法院申请保全应如何处理？如果诉讼期限内即可申请保全，诉讼管辖法院与非诉执行审查法院不同的，应如何确定管辖？

答疑意见：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《行诉法解释》）第七十六条第一款规定：“人民法院对于因一方当事人的行为或者其他原因，可能使行政行为或者人民法院生效裁判不能或者难以执行的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取上述保全措施。”第一百五十九条规定：“行政机关或者行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行前，有充分理由认为被执行人可能逃避执行的，可以申请人民法院采取财产保全措施。后者申请强制执行的，应当提供相应的财产担保。”根据前述规定，行政机关作出行政决定后，在诉讼期限内向法院申请保全的，人民法院应当依法进行审查。保全申请符合法定条件的，人民法院应当裁定采取保全措施。关于可以管辖

行政机关保全申请的人民法院，可以参照《行诉法解释》第七十七条第一款“利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施”的规定予以确定。主要理由是，行政机关申请保全的目的在于确保行政行为可以依法得到执行，无论行政相对人或利害关系人提起行政诉讼，抑或行政机关申请非诉执行，均可能存在因行政行为无法或难以得到执行而需申请保全的情形，行政机关依法可以提出申请。采取保全措施的人民法院与对案件有管辖权的人民法院不一致的，并不影响有管辖权的法院对案件依法进行审理。

点评专家：武汉大学法学院教授
江国华

点评意见：实践中，基于完善非诉强制执行前的保全探索，可能出现在诉讼时效届满前，行政机关为执行不动产，先行向“不动产所在地有管辖权的人民法院”提出财产保全申请，并被法院受理且作出支持保全裁定，其后相对人或利害关系人向“最初作

出行政行为的行政机关所在地人民法院”提起行政诉讼，如此，就可能出现对案件有管辖权的法院和作出保全裁定人民法院不是同一法院的问题。本条答疑意见围绕这一问题的解决，针对行政机关向人民法院申请保全法律依据及适用情形予以解答，条分缕析，逻辑清楚，法律解释正确，具有明确的针对性和很强的实用性。

问题 10：职工在参加单位组织的团建活动中受伤能否认定为工伤？

答疑意见：根据《工伤保险条例》第十四条第五项的规定，“因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的”，应当认定为工伤。人力资源社会保障部《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见（二）》第四条规定：“职工在参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动中受到事故伤害的，应当视为工作原因，但参加与工作无关的活动除外。”《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第四条第二项规定了“职工参加用人单位组织或者受用人单位指派参加其他单位组织的活动受到伤

害的”，被社会保险行政部门认定为工伤的，人民法院应予支持。因此，职工在参加单位组织的团建活动中受伤是否认定为工伤，应当从活动的目的性、费用的承担、活动安排的内容以及参与人员的组成等多方面进行审慎考量，判断是否与工作相关。

对于用人单位组织或指定参与的文体活动以及单位组织的要求“经单位指派、选拔等程序才能参与”的活动可作为工作原因，职工在这些团建活动中受伤可以认定为工伤；而用人单位以工作名义安排或者组织职工参加餐饮、旅游观光、休闲娱乐等活动，或者从事涉及领导、个人私利的活动，一般不认定为“因工作原因”。

综上所述，职工在参加单位组织的团建活动中受伤能否认定为工伤，应当判断该团建活动是否与工作相关，并从活动的目的性、费用的承担、活动安排的内容以及参与人员的组成等方面进行综合认定。另外，有些类似案例可供参考，如（2020）粤行申 1161 号、（2019）辽行申 211 号、（2019）苏行申 1046 号、（2019）沪 03 行终 67 号。

点评专家：中央财经大学法学院

教授、中国劳动关系学院法学院学术委员会主任、中国劳动学会劳动人事争议处理专业委员会副会长 沈建峰

点评意见：“工作原因”是工伤认定的核心要素，也是最困难的要素。在工作时间、工作场所发生伤害认定工伤时如此，非工作时间和工作场所发生伤害认定工伤更是如此。本条答疑意见以团建活动中受伤能否认定为工伤为起点，系统整理了现有涉及单位组织活动期间遭受伤害工伤认定的相关规则，详细回答了近年来实践中比较多见、处理起来也比较棘手的问题。本条答疑意见不仅通过具体问题阐释了在单位组织活动期间受到伤害时工伤认定的一般思路，还通过举例从正反两个方面阐释了认定活动内容与工作关联性的具体情形，对司法实践具有指导价值。总体来看，本条答疑意见是对单位组织活动期间受到伤害时工伤认定问题的有益探索，对该问题的解决具有很强的指引和参考价值。

三、实务研究

林一英：新《公司法》对股东权利保护的完善

——摘自微信《法律适用》

摘 要

修改公司法强化股东权利保护是落实党中央关于完善产权保护制度的重要举措，是优化营商环境的需要，是完善公司治理的重要目标。股东权利保护应当坚持股东有限责任原则和平等保护原则。股东权利的核心是资产受益权、重大决策和选择管理者权利。公司法修改强化股东权利平等保护。规定等比例减资规则，保证股东受益平等。简化股权对外转让程序，增加被侵害利益股东请求公司收购股权的权利。重大决策和选择管理者权利主要通过参加股东会行使表决权实现，公司法修改增加电子通信方式召开股东会和表决，完善股东请求召集临时股东会会议程序和股东临时提案权，促进小股东民主参与公司治理，强化对管理层的监督。此外，扩大股东查阅权客体范围，允许股东查阅会计凭证，允许股东查阅全资子公司相

关材料；完善股东会决议效力诉讼，增加双重代表诉讼制度，确保股东更好行使股东权利。

关键词

平等保护 资产受益权利 重大决策和选择管理者权利

一、股东权利保护的意義、原則与内容

在理论和实务中，股权在不同场景中有三种不同含义：出资份额或者股份；依附于出资份额或者股份的广义上的类别权利；股东权利。股权是指股东享有的资产受益、重大决策和管理者选任等权利，股东权利包括一系列具体权利，如表决权、查阅权、提起代表诉讼等。本文中的股东权利是股权作为权利集合的描述，股权与股东权利同义。

（一）股东权利保护的意義

1. 保护股东权利是落实党中央关于完善产权保护制度的重要举措。产权制度是社会主义市场经济的基石，保护产权是坚持社会主义基本经济制度的必然要求。有恒产者有恒心，完善的产权保护制度有利于激发全社会

的创业创新动力和活力，有利于提高资源配置和利用效率。产权保护是国家必须提供的公共服务，是国家治理体系和治理能力现代化的重要体现。党中央对完善产权保护制度高度重视，党的十八届三中、四中、五中全会决定，都对完善产权保护制度、加强产权保护提出明确要求。公司是最重要的市场主体，股权是产权的重要内容之一，修改公司法保护股权是落实完善产权保护制度的重要举措。

2. 保护股东权利是优化营商环境的需要。《优化营商环境条例》第 2 条规定，营商环境是指企业等市场主体在市场经济活动中所涉及的体制机制性因素和条件。第 16 条规定，国家加大中小投资者权益保护力度，完善中小投资者权益保护机制，保障中小投资者的知情权、参与权，提升中小投资者维护合法权益的便利度。保护投资者利益是优化营商环境的重要内容之一。法治是最好的营商环境，只有从法律上确立和完善对股东权利保护的有效制度，为投资者创造良好的法治环境，才能够强化投资者信心，鼓励和扩大投资，促进社会主义市场经济高质量发展。

3. 保护股东权利是完善公司治理的重要目标。公司治理是公司制度的核心内容，公司治理的主要内容就是处理利益冲突，包括所有者与经营者之间、控股股东与中小股东之间以及所有者与公司债权人、雇员等外部人之间的三类代理问题。公司治理就是通过完善公司运行机制，监督公司业务执行，落实管理层责任，调整利益关系冲突，使股东受到合理对待，以实现公司和股东利益最大化，并兼顾利益相关者利益。

（二）股东权利保护的基本原则

1. 股东有限责任原则。法人人格独立和有限责任是公司法的两大基本制度。股东以其对公司的出资为限承担责任，无须对债权人直接承担责任。公司具有独立的人格，以其全部法人财产对债权人承担责任。股东有限责任，使得股东可以将投资风险限定在出资本身，能降低或者减轻其投资风险。正是由于股东承担有限责任，投资人不必担心公司超出股东出资部分的经营风险产生的责任由其承担，才愿意将资金投入到高风险的企业，从而有利于公司筹措资金，促进新兴产业的发展。当股东滥用有限责任和法

人独立地位，严重损害债权人利益时，各国都通过立法或者司法否认公司法人人格，要求股东对公司债务承担连带责任。股东有限责任是股东权利保护的关键，任何对该规定的突破或者限缩适用都必须要有充分正当的基础。法人人格否认就是股东有限责任的一个例外规则，因此对于该规则的立法和司法适用都应当秉持审慎原则。新《公司法》第23条第2款有限度地将法人人格否认扩大到横向人格否认，适用的情形是控股股东利用其对姐妹公司的控制，严重损害债权人利益的情形，且横向人格否认的后果是被控制姐妹公司对彼此的债务承担连带责任，而未规定控制姐妹公司的股东承担连带责任。也有不少意见认为应当增加逆向法人人格否认制度，由公司对股东的债权人承担连带责任，保护股东的债权人。股东的债权人可以强制执行股东的股权，如果逆向否认，公司财产用于清偿股东个人债务，则将影响公司的清偿能力，损害公司债权人利益，且如果公司还存在其他股东，则损害其他股东的利益。因此，新《公司法》没有规定逆向法人人格否认制度。

2. 平等保护原则。党的十八届四

中全会提出，健全以公平为核心原则的产权保护制度，加强对各种所有制经济组织和自然人财产权的保护。2016年11月，中共中央、国务院发布的《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》（中发〔2016〕28号）提出，将平等保护作为规范财产关系的基本原则。对于股东权利平等保护首先是股权平等原则。股东在公司股份中所占比例越高，则其因为公司经营承担责任的比重就越高，法律赋予其对公司享有更高的收益和控制与其责任相符，也正是因为股东按照股权比例获得收益才能够鼓励投资。股权平等强调持有相同内容和相同数量的股份的股东在基于股东地位而产生的法律关系中享受相同待遇。根据新《公司法》第65条、第143条、第201条、第227条、第236条的规定，股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；股份的发行，实行公平、公正的原则，同类别的每一股份应当具有同等权利；公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司按照股东实缴的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配；有限责任公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资；清算后

的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。股权平等原则贯彻公司运行全过程，有利于发挥公司筹集资金、分散经营风险的功能。一股一权的基本原则固然实现了股东形式上的平等，小股东虽然享有与其股份比例相当的表决权，但是控股股东往往利用其对公司的控制，操纵股东会或者董事会决议，获得超过持股比例的收益，而小股东的权益实际被剥夺，违反股权平等保护原则。这也是封闭公司最需要解决的代理成本问题——控股股东与小股东的代理关系。规范大股东行使权利，赋予小股东特别的保护，才能够矫正资本多数决带来的实质不平等结果。修改前的《公司法》第 20 条、第 21 条已经对控股股东行使股东权利作出特别规定：股东不得滥用股东权利损害公司或者股东利益的，给公司或者其他股东造成损失的，应当承担赔偿责任；公司的控股股东、实际控制人利用其关联关系损害公司利益，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

（三）股东权利保护的内容

股东权利的核心内容是资产受益

权、重大决策和选择管理者权利，此外，为了确保股东权利的更好行使，公司法还规定了股东知情权和提起诉讼的权利等。

公司作为营利性法人，其目的就是通过经营行为获得收益分配给股东。股东向公司出资的首要目的就是获取收益。股东获取收益主要通过两种方式，利润分配和转让股权。公司分配利润需要符合法定条件，且公司有自由资金可以用于分配。由董事会制订利润分配方案提交股东会决议。从理论和实践来说，董事会可能基于商业需要考虑，留存更多利润用于扩大生产经营而不制订利润分配方案，或者控股股东通过控制公司长期不分配利润，而给自己发放高额薪酬以及职务消费等方式变相向自己分配利润。此时，股东就需要通过转让股权来实现投资收益。尤其是在所有权与经营权分离的公司，股东不参与公司经营，能够确保股东自由转让其股份，才可以避免因管理层侵害公司利益而遭受更多投资损失。因此，股权转让较之于利润分配是保护股东资产受益权更为重要的方式。

重大决策和选择管理者权利主要

通过行使表决权来实现。股东会作为公司的意思机关，股东表决权的行使决定公司重大事项和选任管理者的意思形成，股东会的召开、审议和表决对于确保公司意思形成至关重要。因此，需要确保股东能够畅通便捷地参加股东会，在充分知情的情形下，参与公司决策，实现民主管理。因此，股东会会议召开方式以及股东提案权对于强化股东参与民主管理和监督具有重要意义，尤其是在解任董事等方面具有重要作用。

股东权利保护能否落到实处的关键，在于股东权利被侵害后能够在付出合理代价且不过度耗时的情况下获得救济。修改前的《公司法》已经规定了股东直接和代表公司对董事、监事和高级管理人员提起诉讼的权利。股东实体权利和诉讼权利能够有效行使的前提是，股东能够从公司获得有效的信息，降低信息不对称的劣势，提高举证能力。因此，股东知情权作为一项工具性权利也是法律重点保护的内容之一。此次公司法修改，落实党中央提出的产权平等保护要求，将股东平等保护作为修改工作坚持的重要原则和目标，围绕股东资产受益权、重大决策和选择管理者权利、知情权

和诉讼权利，强化股东平等保护，作出一系列修改完善。

二、关于资产受益权利

（一）等比例减资和利润分配时限

公司向股东支付，主要通过分配利润、回购股份、减资三种主要形式。减资的实质是股东获得收益退出公司。按照新《公司法》第 66 条第 3 款、第 116 条第 3 款的规定，对于减资的股东会决议，有限责任公司应当经代表 2/3 以上表决权的股东通过，股份有限公司应当经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。尽管减资需要由股东会特别决议作出，但是在股权集中的公司，控股股东可能利用该决议规则，作出对自己有利而损害小股东利益的决议，如对自己定向减资优先小股东获得收益，或者对小股东定向减资稀释其股份或者将其逐出公司，降低其监督公司和获得收益的可能。此种定向减资的方式违反股东平等原则，应当被认定为减资决议无效。新《公司法》第 224 条第 3 款规定，公司减少注册资本，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者

股份，法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定的除外。公司减资应当遵守等比例减资原则，但是法律另有规定，如公司因为符合法定条件的股东请求公司收购其股权或者股份需要减资的，本身就是为了保护该股东退出公司的权利，可以适用非等比例减资。为了尊重股东意思自治，适应商业实践需要，公司法允许股东通过意思自治方式对非等比例减资作出约定。一方面防止大股东利用减资规则损害小股东利益，另一方面也保护股东意思自治，允许在不损害股东利益的情形下，不按照比例减资。

此外，为了确保股东利润分配权利落到实处，公司法修改增加公司完成利润分配的时限要求，新《公司法》第 212 条规定，“股东会作出分配利润的决议的，董事会应当在股东会决议作出之日起六个月内进行分配。”股东会作出分配利润的决议后，公司对股东产生了支付利润的债务，股东对公司享有利润支付的债权，适用债权债务履行相关规则，公司不在六个月内向股东支付利润，则违反法律规定，构成延迟履行，需要对股东承担违约责任。

（二）强化股权转让自由

股权自由转让是股东收回投资的主要途径，因此除了法律和公司章程，不得对股权转让作出限制。公司章程对股东转让股权的限制应当遵守平等原则，不得实质限制或者剥夺股东转让的权利。修改前的《公司法》第 137 条规定，股份有限公司股东持有的股份可以依法转让。实践中，不公开发行的股份有限公司，股东人数较少，也具有人合性特点，所有权与经营权分离程度低，公司章程对股份转让作出限制符合公司治理的需要。为适应实践的需要，新《公司法》第 157 条规定，股份有限公司公司章程对股份转让有限制的，其转让按照公司章程的规定进行。

1. 取消发起人转让股份时间限制。

修改前的《公司法》第 141 条规定，“发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。”发起人成立后一年内不得转让的限制是为了保持公司运营的稳定性和连续性，避免发起人转移投资风险，影响其对第三人承担的责任。发起人在公司成立后，其身份转化为股东或者董事、监事、高级管理人员，董事、监事、

高级管理人员负责公司经营，对于公司的运行稳定更有意义。新《公司法》增加第 44 条发起人设立时责任的规定，发起人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发起人承担；且新《公司法》第 99 条明确，发起人 not 按照其认购的股份缴纳股款，或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认购的股份的，其他发起人与该发起人在出资不足的范围内承担连带责任。上述规定对于发起人责任的规定可以保护第三人利益，对发起人股份转让的限制已经没有必要，因此新《公司法》删除上述规定，允许发起人在公司成立后就可以转让股份。

2. 简化股东对外转让股权程序。

根据修改前的《公司法》第 71 条规定，股权对外转让需要经过其他股东同意和其他股东行使优先购买权两个程序。股东对外转让股权的，需要就转让事项向股东发出两次通知，即征求其他股东同意对外转让和其他股东行使优先购买权同等条件的通知，其他股东需要作出两次回应。按照修改前的《公司法》第 71 条第 2、3 款规定，只有半数以上股东同意股东对外转让股权时，才产生其他股东的优先购买权，

有权行使优先购买权的股东包括同意对外转让的股东，既然其他股东无论是否同意转让，都可以行使优先购买权，最终决定股东能否对外转让股权的是其他股东是否行使优先购买权，那么股东同意对外转让就没有意义。此外，如果半数以上股东不同意该股东对外转让股权，则应当购买股权，但是对于购买程序是否也适用优先购买规则法律也没有明确。由于该规定程序复杂且不够清晰，实践中对该规定的适用也存在诸多不同理解，由此产生大量纠纷。实务中，股东、律师、法官几乎都倾向于跳过股东同意程序，直接适用优先购买权规则。从比较法上来看，对于封闭公司股权转让的限制有三种模式：一是公司、股东或者董事会同意或者承认；二是股东对外转让时，其他股东享有优先购买权；三是由公司章程对股权转让作出限制，可以采用同意、优先购买权等多种方式。经过同意或者行使优先购买权两种程序都能实现对人合性的保护，但是经过同意的程序对人合性保护更强，公司、多数股东或者董事会能够决定股东能否对外转让股权；优先购买权规则下，其他股东并不能决定股东能否对外转让股权，其仅可以行使优先

购买权。但是，同意程序复杂，如果公司、股东或者董事会不同意股东对外转让就需要指定特定主体来购买拟转让的股权，此时受让人支付的价格就不是转让人拟对外转让的价格，而是经过评估的客观价格，对于转让人通过转让股权收回投资不利。股权作为一种财产权，其转让遵守私法自治原则，股权转让自由才能发现股权价值，从而有利于公司向投资者筹集资金，因此，在价值位阶上，股权流通价值应当优先于对人合性保护的价值。新《公司法》第84条简化了股东对外转让的程序，取消了股东同意的要求，仅保留优先购买权规则，并允许公司章程作出例外规定，充分保护股东对股权转让的自由约定。

3. 增加股东请求公司回购股权的情形。封闭公司所有权与经营权不分离，公司由大股东实际控制，极易发生大股东利用其控制力侵害小股东利益的情形，由于没有公开可以转让股权的市场，小股东难以退出公司，此种侵害通常具有复合性、持续性。具体情形包括：小股东被排除在管理之外；不当增资稀释小股东股权；为侵害少数股东利益而修改公司章程；采取明显损害某些股东利益的分红方式

或不分红等。对于上述长期严重侵害小股东利益的行为，英美法系称之为股东压迫，对于股东压迫，普通法和成文法提供了广泛的救济方式，最主要的就是不公平损害救济。英国《2006年公司法》第994条规定了提起不公平损害诉讼的条件：公司的事务正在或已经以不公正的方式进行，不正当地损害全体或部分成员(至少包括他自己)的利益，或者公司的任何实际或者提议的作为或者不作为或将会构成这样的损害。第996条规定，法院可以颁布适当的命令：调整公司事务将来的处理；要求公司不得从事或者不继续从事被起诉的行为，或者要求公司从事被起诉人诉称其不作为的行为；授权该个人或者数人根据法院认为适当的条件提起民事诉讼；要求公司未经法院同意不得对其章程作出任何修改或者任何指定的修改；规定其他成员或者公司购买公司任何成员的股份，如果是公司自己购买，据此减少公司资本。在美国司法实践中，中小股东被大股东以不公平方式对待，或者其合理预期不能实现，少数股东可以压迫为由，诉请法院解散公司。美国《示范公司法》第14.34条规定，公司或者股东应在解散公司诉状送达后90日

内提出购买股份的请求，此后，由双方合意或者由法院决定股份的公平价值，股份价值确定后，法院便会裁定购买股份的条件，并同时撤销解散公司的诉讼程序。

因此，可以看出，对于大股东严重侵害小股东利益的行为，由公司回购其股权是重要的救济措施。修改前的《公司法》第74条规定了异议股东回购请求权。但是该权利的条件和程序都非常严格，首先需要股东会对公司不分配利润、转让主要财产、继续存续等相关事项作出决议，而实践中公司可能不会对上述事项作出股东会决议；此外，该条规定涵盖情形狭窄，易于被公司控制者规避。新《公司法》增加第89条第3款：公司的控股股东滥用股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权，为受侵害的小股东提供更多的救济手段，方便其退出公司并获得合理收益。

三、关于重大决策和管理者选任权利

（一）新增电子形式召开股东会和表决

传统公司法上，股东会主要采用现场召开方式，随着信息技术的发展，允许股东通过电子方式参加股东会和表决越来越普遍。一些国家和地区的公司法允许公司章程对股东会以电子方式召开作出规定，并确保股东以电子方式投票。如美国特拉华州、英国、法国、德国。通过电子方式参会和表决，在保护股东权利方面有以下意义：一是降低股东参会成本，提高股东参会的积极性。尤其是公开公司小股东缺乏参加股东会的积极性，电子方式参会节省股东的时间和金钱成本，从而鼓励小股东积极参加股东会，行使股东权利，使其对于公司意思形成更有参与力，从而更能真实反映股东的意见。二是，电子方式参会能够使股东充分获得讨论、发言或者质询管理层的机会。虽然在表决事项上是资本多数决，但是在会议程序中，小股东虽然难以单独决定事项，但是其声音也应当被听到，小股东在会议上发出声音，与其他股东交流，获得更多信息，能够提高审议重大事项的民主性；对于其他股东的决策也会产生影响，进而间接促进公司治理改善。三是，通过电子方式参会，可以提高股东对股东会决议的信赖，降低股东以会议

程序瑕疵为由提起撤销股东会决议诉讼的可能。新《公司法》第 24 条规定，公司股东会、董事会、监事会召开会议和表决可以采用电子通信方式，公司章程另有规定的除外。

（二）完善少数股东请求召集临时股东大会的程序

股东要求公司召集股东会和自行召集股东会，并通过股东会选任或者解任董事监督公司经营，是股东合法正当地保障其股东权益的重要手段。如英国《2006 年公司法》第 303 条、第 305 条规定，持有已发行有表决权股份百分之五以上的股东，载明在股东会上被处理事务的性质、决议事项的，可以要求董事会召集股东会，除非该决议通过是无效的、对他人构成名誉毁损或者无意义或者滥用。如果董事会不发出召集股东会的通知，则请求召集股东会的股东，或者代表请求召集会议的所有成员全部表决权的半数以上的股东可以自行召集股东会。股东请求召集股东会或者自行召集股东会，是以参加公司的经营管理为目的所行使的权利，借由解任董事以达到监督公司经营目的。因此，该权利具有共益权属性，对其限制不宜过于

严格，否则无法达到保护小股东的目的。法定要件均具备后董事会即应依据股东请求召集股东会，除非小股东有权利滥用的情形。为了避免公司收到通知后不召集股东会或者拖延召开，新《公司法》第 114 条第 3 款增加规定，“单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求召开临时股东大会会议的，董事会、监事会应当在收到请求之日起十日内作出是否召开临时股东大会会议的决定，并书面答复股东。”

（三）完善股东临时提案权

股东提案权有助于实现公司治理、强化小股东对公司管理层或者控股股东的约束。公司运行实际由董事会负责，股东会由董事会负责召集，因此股东会的决议事项大都由董事会（或者担任董事的控股股东）决定。小股东对于公司经营没有机会主动提出意见，仅能被动参与投票。因此，股东尤其是小股东通过提案权行使，可以防止股东会成为管理层的“一言堂”，从而实现民主治理。向股东会提出提案，积极参与公司治理的股东可以借由参加股东会给董事施压，预防或者遏制管理层不当侵害公司或者

股东利益的行为，甚至更换不适格的管理层，间接改善公司经营情况，从而提升股东自身利益，促进公司长期可持续发展。新《公司法》第 115 条第 2 款将提案股东的条件由单独或者合计持有公司百分之三以上降低到百分之二以上，小股东提案权门槛降低，更有利于强化公司民主治理和监督管理层。

提案权具有共益权和固有权的性质，因此该权利原则上不得被公司章程或者股东会决议限制。实践中，一些公司章程对可以提案的股东的持股比例作出高于公司法的规定，侵害小股东提案权。因此，新《公司法》第 115 条第 2 款增加规定，公司不得提高提出临时提案股东的持股比例。美国采用董事会中心主义，除公司章程或者股东协议另有限制外，公司权力由董事会或者在董事会授权下行使。将公司经营决策权赋予董事会以致于股东权利被弱化，美国法律对股东提案权的内容限制比较多，除违法外，包括董事选举、取消董事被提名人资格、提前解任董事、质疑董事或被提名人等事项不得提出。公司法修订草案也作了类似规定，选举、解任董事、监事以及本法第 116 条第 3 款规定的事

项，不得以临时提案提出。如上所述，提案权对于监督管理层至关重要，如果不允许股东以临时提案方式提出解任董事、监事的提案，那么董事会或者控制董事会的大股东可能不会将解任自己作为股东会决议事项，因此新《公司法》删除了上述规定，赋予中小股东利用提案权监督董事的功能。

实践中对于董事会是否有权审查提案内容有不同意见。董事会对提案的审查不会限制股东提案权的行使，有利于规范股东更好行使权利；同时能够排除不符合条件的提案，节约股东会议时间，提高会议效率。英国《2006 年公司法》第 338(1)条规定，凡适合于股东会决议的议案，股东均有权要求公司为其寄送。第 338(2)条规定，下列为不适合于股东会决议的议案：即使通过，该决议也无效（原因包括违反法律或者公司章程）；提案内容对他人构成诽谤；或提案内容不重要或者没有依据。新《公司法》增加了董事会审查的权利，第 115 条第 2 款规定，董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东会审议；但是临时提案违反法律、行政法规或者公司章程的规定，或者不属于股东会职权范围的除外。

该规定的主要目的是规范董事会排除提案权的裁量权，防止董事会滥用裁量权侵害股东提案权。董事会对提案的审查应当采用形式审查标准：一是审查股东提案是否符合客观要件，即提出主体是否符合单独或者合计持有公司百分之十以上股份的规定，是否在股东会召开十日前提出；二是审查提案是否有明确议题和具体决议事项，提案内容是否违反法律、行政法规或者公司章程的规定，或者不属于股东会职权范围。提案内容是否是股东会职权，应当按照公司法和公司章程的规定判断。

（四）强化股东监督

1. 董事无因解除。大陆法系国家和地区，如德国、日本、韩国以及我国台湾地区都将董事与公司的关系界定为委任关系，英美法系则采用“代理”或者“信托”关系来界定，即便是采用“信托”关系，判例法也允许股东无因解除董事，其主要目的就是保护投资者。董事经股东会选任就任后，即与公司产生委托关系，除公司法有特别规定外，应适用民法典关于委托合同的规定。《民法典》第 933 条规定，委托人或者受托人可以随时

解除委托合同。因解除合同造成对方损失的，除不可归责于该当事人的事由外，无偿委托合同的解除方应当赔偿因解除时间不当造成的直接损失，有偿委托合同的解除方应当赔偿对方的直接损失和合同履行后可以获得的利益。委托关系特别重视双方的信任关系，当信任不存在时，任何一方都可以随时终止委托合同，即便是委托合同有履行期间。因此，公司当然可以随时解除委托关系，新《公司法》第 71 条规定，股东会可以决议解任董事，决议作出之日解任生效。解任有无理由，理由是否正当或者董事是否存在过错都不影响解任决议的效力。但是为了保障董事的合理信赖，无正当理由在任期届满前解任董事的，董事可以要求公司予以赔偿。

2. 强化有限责任公司小股东的监督权。为了适应小公司经营灵活性和降低管理成本的需要，新《公司法》简化公司组织机构设置，第 83 条允许规模较小或者股东人数较少的有限责任公司经全体股东一致同意可以不设监事。有限责任公司如果不设监事，此种公司原则上应当由股东负责监督，股东地位相当于监事，原则上也应当享有监事会所拥有的监督职权。股东

根据新《公司法》第 189 条对董事提起代表诉讼，就不必履行前置程序，而可以直接以自己的名义为公司利益对董事提起诉讼。公司法这一修改提升了规模较小的有限责任公司中小股东对董事以及公司业务执行的监督权，也有利于预防并减少控股股东滥用权利侵害小股东利益。

（五）界定重大事项决定

股东向公司出资后，由公司负责对股东出资财产进行独立管理运营，如果缺乏适当的监督，股东财产权很可能受到侵害。因此，新《公司法》第 59 条规定，股东会对下列事项作出决议：审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；对公司增加或者减少注册资本作出决议；对发行公司债券作出决议；对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；对修改公司章程作出决议等。此外，根据公司章程的规定，股东会还可以对对外担保、上市公司重大财产转让、董事与公司之间的关联交易等事项作出决议。新《公司法》第 182 条至 184 条就董事与公司之间的关联交易事项等，规定可以由董事会或者股东会作出决议，同时增加规定，董事应当将

关联交易等相关事项向董事会或者股东会报告，确保董事或者股东在充分知情的情形下作出有利于公司的真实意思表示。

新《公司法》第 146 条规定，发行类别股的公司，有本法第 116 条第 3 款规定的事项等可能影响类别股股东权利的，除应当依照第 116 条第 3 款的规定经股东会决议外，还应当经出席类别股股东会的股东所持表决权的 2/3 以上通过。公司章程可以对需经类别股股东会决议的其他事项作出规定。对于发行类别股的公司，一旦出现修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式等重大事项，可能影响类别股股东的权利时，除了经过全体股东组成的股东会决议外，还应当经类别股股东会议作出决议，确保类别股股东对重大事项的决定权，避免其权利被侵害。新《公司法》第 144 条允许公司发行每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份。该类股份有利于实现对公司的控制，控制公司一方面可以正向激励控股股东或者管理层，另一方面也加剧了代理成本问题。公司控制权市场失灵，避开外部市场监督，并削弱独立董事的地位。

因此，新《公司法》第 144 条第 3 款规定，公司发行每一股的表决权数多于或者少于普通股的类别股的，对于监事或者审计委员会成员的选举和更换，类别股与普通股每一股的表决权数相同，确保股东在选择公司监督机构成员方面享有平等权利。

为了便利公司筹资，公司法修改引入授权资本制，新《公司法》第 152 条规定，“公司章程或者股东会可以授权董事会在三年内决定发行不超过已发行股份百分之五十的股份。”授权董事会发行对于现有股东可能产生影响：一是，稀释现有股东的股票价值和表决权。为吸引投资者，实现融资目的，公司可能会低于市价发行新股，从而稀释原股东的股票价值。单次发行新股数量较多时，还可能稀释现有股东的表决权，甚至变更公司的控制权。二是，董事错误决策发行新股或者滥用新股发行权会对股东权益产生不利影响。因此，新《公司法》第 227 条第 2 款明确，股份有限公司章程和股东会决议可以赋予股东优先认购权，股份公司现有股东在发行新股时，有权按自己的持股比例优先于其他人认购新股，可以防止其利益被稀释。此外，新《公司法》第 152 条

第 1 款规定，发行股份以非货币财产作价出资的应当经股东会决议，防止董事会以不公允的价格向特定方发行股份，侵害现有股东的利益。

四、关于股东查阅权

股东知情权作为一项工具性权利，是股东行使其他权利的基础。股东知情权包括查阅权、质询权、检查人选任请求权和信息接收权。股东查阅权是知情权中最重要的一项权利，查阅权是股东的固有权利，大多数国家的公司法或者司法实践都认为公司章程不能对查阅权作出限制，剥夺股东的知情权。查阅权有两项功能：一是，确保股东更好行使股东权利。二是，查阅权可以增强股东监督公司的能力，降低代理成本。对于有限责任公司，股东行使查阅权可以降低控股股东与中小股东之间的代理成本，实现对控股股东滥用权利的制约。在所有权与经营权分离的中，查阅权行使可以强化股东对管理层的监督，降低管理层与股东之间的代理成本。

（一）关于查阅会计凭证

修改前的《公司法》第 33 条和第

97 条规定，有限责任公司股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。股东向公司提出书面请求，说明目的，可以要求查阅公司会计账簿。股份有限公司股东有权查阅公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告。

对于能否查阅会计凭证，尤其是原始会计凭证，司法实践中一直存在较大争议，不支持查阅的理由，主要是从文义解释出发，根据《会计法》规定，会计账簿包括总账、明细账、日记账和其他辅助账簿。而会计凭证不在会计账簿的范围，法律没有赋予股东查阅会计凭证的权利。股东固然可以通过公司提供的财务报告了解公司财务信息，但仅仅从公司提供的财务信息难以发现控股股东滥用权利和管理层违法问题，尤其是财务信息造假的情况下。股东仅查阅会计账簿难以真正了解公司实际经营情况和公司董事是否存在违法行为，原始凭证才是最直接、充分地反映公司真实经营管理情况的信息资料，不允许股东查阅会计凭证，股东知情权实质上得不

到保护。赋予股东查阅会计凭证的权利，通过将原始信息与衍生信息进行对照检查，股东能掌握真实财务状况，避免被管理层欺骗。查阅权作为代表诉讼的信息收集工具，可以克服代表诉讼举证难问题。实证数据研究表明，股东通过行使查阅权获取信息后，不论是基于后续直接提起诉讼，还是与公司股东或者管理层协商，都实现了对享有公司控制权或者管理权的人的制衡，这对于促进改善公司治理具有重要意义。在股权较为集中的公司，股东通过行使查阅权，依靠控制管理者治理模式，例如选任和罢免董事、与其他小股东联合对抗大股东等策略实现公司治理目标。新《公司法》第 57 条增加有限责任公司股东查阅会计凭证的规定，第 110 条增加股份有限公司股东可以查阅会计账簿和会计凭证的规定，扩大查阅权客体的范围，有利于保护股东知情权。

基于查阅权行使的目的与功能看，其具有自益权和共益权的双重属性，且更具有共益权属性。日本和我国台湾地区学理上也将查阅权作为一种共益权。公司法修订草案对于股份有限公司股东查阅权行使的条件作了限定，股东“有理由怀疑公司业务执行违反

法律、行政法规或者公司章程”，该规定将股东查阅权限定为监督公司经营而行使，而即便在公众公司，股东也有为了维护自身利益行使查阅权的情形，因此新《公司法》第 110 条对于股份有限公司股东查阅会计账簿和会计凭证，适用与有限责任公司相同的条件，即只要有正当目的即可，股东基于自益权和共益权目的都可以查阅。当然，上市公司股东查阅、复制相关材料的，还应当遵守《证券法》等法律、行政法规的规定。

（二）查阅全资子公司相关材料

在查阅客体中，控股公司股东能否对其子公司材料进行查阅是比较有争议的问题。传统公司法理论之所以不承认股东的知情权穿越，最重要的一点就是知情权穿越突破了公司的人格独立，使一家公司的股东得以将其知情权扩张至另外一家公司。但是，当母子股东关系紧密，尤其是当母公司是子公司的唯一股东时，母公司控股股东利用子公司从事损害公司利益的行为就能因为母公司股东不主张查阅权而难以发现。在美国成文公司法规定股东知情权穿越制度之前，“同一主体”和“支配控制”支持股东知

情权穿越。特拉华州《普通公司法》第 220 条（b）规定，公司股东可以基于正当目的就从属公司具有实际控制和占有或者可能经由控制力而取得的账簿记录进行查阅，但应符合：股东请求查阅从属公司的账簿记录不会造成控制公司或者从属公司与任何和控制公司不具有关系企业关系的人两者间的违约行为；以及从属公司依据其所适用的法律无权拒绝控制公司股东请求查阅其账簿记录。

在企业集团中，控股公司或者控股公司的股东或者管理层可能利用子公司从事关联交易损害控股公司利益，如果控股公司股东不能查阅子公司的信息，此时该种违法行为就借由多层次法律主体规避股东查阅权的行使，致使少数股东权利保护立法目的落空。子公司的运营对于控股公司有重大影响时，控股公司股东可通过查阅子公司的会计帐簿等材料，监督其经营状况，间接维护控股公司及其股东的权益。新《公司法》第 57 条、第 110 条增加股东可以查阅全资子公司相关材料的规定，扩大知情权范围，对于确保双重代表诉讼的有效实施具有重要意义。

五、关于股东诉讼权利

（一）决议效力诉讼

1. 决议效力三分法。《民法典》第 134 条将决议行为作为民事法律行为予以规范。民事法律行为有成立生效、可撤销、无效三种效力状态。公司法修改将决议效力由无效和可撤销的二分法修改为不成立、可撤销和无效三类情形，三分法对决议瑕疵细化分类，更能够在程序意义上保护股东。按照新《公司法》第 26 条的规定，公司股东会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以请求撤销该决议。从该规定看，决议撤销的事由属于轻微瑕疵，一般不会影响到相关主体的重大利益，只要特定主体在一定期限内不主张撤销，则该决议有效。但是，对一些足以影响决议是否成立的重大程序瑕疵，显然不能构成决议内容违反法律、行政法规的无效情形。但是如果将其归于可撤销行为，请求法院撤销需要在决议作出之日起六十日内的除斥期间内，有的决议根本就没有作出，自然也不存在作出之日的起算时间点，而且将这些重大程序瑕疵归于可撤销，

严重影响股东的重大利益。决议虽然也是法律行为，但是不同于一般民事行为双方意思表示仅约束双方当事人，决议行为对没有合意的当事人也产生约束力。因此，决议行为特别强调程序正义，决议只有由有权主体按照法律规定的程序作出才能够成立生效，出席人数不符合定足数或者表决权数不符合要求的决议不成立。因此，新《公司法》第 27 条增加决议不成立类型，将以下情形作为决议不成立：未召开股东会、董事会会议作出决议；股东会、董事会会议未对决议事项进行表决；出席会议的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数；同意决议事项的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数。

2. 未被通知参加股东会的救济。

实践中，一些公司被控股股东控制，公司就一些重大事项决议，故意不通知股东，侵害小股东权益。如果股东未被通知参会，而没参加股东会会导致股东会作出决议不符合定足数，可以构成决议不成立。如果股东未被通知参会，股东会作出决议符合出席定足数和表决通过数，则决议已成立。股

东未被通知参会要提起决议撤销诉讼，很可能过了除斥期间。参加会议是股东行使表决权的前提，不通知股东参会属于重大的程序瑕疵。因此，新《公司法》第 26 条第 2 款规定，“未被通知参加股东会会议的股东自知道或者应当知道股东会决议作出之日起六十日内，可以请求人民法院撤销。”为了防止决议效力久拖不决影响公司或者第三人，规定自决议作出之日起一年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

3. 删去决议可撤销诉讼的担保。

此外，修改前的《公司法》第 22 条第 3 款规定，股东提起决议撤销诉讼的，人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。要求股东提起诉讼提供担保是为了防止股东滥诉影响公司经营。但是要求股东提供诉讼担保，造成股东与公司权利义务不平衡，影响股东提起诉讼维权。此外，在司法实践中很难确定诉讼担保的数额，如果要求股东提供的担保以其可能给公司造成的损害为依据，担保责任过重会阻碍股东提起诉讼。公司法修改删去上述规定，降低股东提起决议可撤销诉讼的门槛。

（二）股东双重代表诉讼

允许股东通过诉讼程序追究董事等的责任是实现股东权利保护的重要因素，而股东代表诉讼是重要途径。修改前的公司法已经规定了股东代表诉讼制度，但是仅限于股东对本公司的董事、监事和高级管理人员以及侵犯本公司利益的人提起代表诉讼。在母子关系中，子公司在财务上属于母公司的一部分，子公司利益受损时，会间接损害母公司利益；子公司的董事由母公司决定，母公司的控股股东很可能利用子公司从事关联交易或者掏空从属公司，损害子公司利益间接损害母公司利益。当母公司是子公司的唯一股东时，如果母公司不对子公司的董事提起诉讼，则母子公司利益受损就没有法律救济途径。因此，股东双重代表诉讼制度是企业集团模式运行中，对中小股东保护的最后一道防线。通过双重代表诉讼制度的追偿功能，还能对侵害子公司利益的子公司董事起到有效的威慑作用，双重代表诉讼有利于公司治理机制的健全和完善。新《公司法》第 189 条第 4 款允许股东对其全资子公司的董事、监事和高级管理人员等提起代表诉讼。

双重代表诉讼也应遵守一般代表诉讼前置程序的规定。对于股东应当

先请求谁提起诉讼，比较法上有两种做法：一是，美国判例法中大都采用双重请求，股东既要向母公司也要向子公司提起请求，只有两家公司都拒绝，母公司股东才可以提起双重代表诉讼；二是，日本、韩国公司法规定的股东仅向子公司提起诉讼请求即可。股东仅向子公司提起请求更有效率，更有利于保护小股东利益。因此，新《公司法》第 189 条第 4 款规定股东仅向全资子公司提起请求即履行了前置程序。

（三）失权股东救济

为了避免股东未按期出资导致公司资本不充实，公司法修改增加了失权制度。按照新《公司法》第 52 条的规定，未按期缴纳出资的股东，经公司书面催告，给予不少于 60 日的宽限期以后，仍未缴纳出资的，由董事会决议后，可以向该股东发出失权通知，则该股东丧失其未缴纳出资的股权。丧失的股权应当依法转让，转让时，其他股东有权行使优先购买权，如果不能转让，此部分股权可以依照减资的规定减少注册资本并注销。6 个月内未转让或者注销的，由公司其他股东按照其出资比例足额缴纳相应出资。

失权制度对于被失权的股东和现有股东权利都会产生影响。因此，新《公司法》第 52 条第 1 款规定，发出失权通知应当由董事会作出决议，董事执行职务应当遵守法律规定，对公司负有忠实和勤勉义务，以公司最大利益为目的对是否应当发出失权通知作出决议；且董事会发出失权通知应当遵守股东平等原则，不得利用失权制度侵害股东利益。此外，新《公司法》第 52 条第 3 款规定，“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。”给予被失权股东救济权利，避免其因公司违反法律规定失权损害其合法权益。

最高法最新司法政策：公司丧失清偿能力时，已到期债权的债权人可以要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资

——摘自微信《最高判例解读》

来源：刘贵祥：关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题（此文系根据刘贵祥专委 2023 年 1 月 10 日在全国法院金融审判工作会议上的讲话整理形成）《法律适用》2023 年第 1 期

（二）用好公司法的股东出资责任、法人人格否认等制度

其一，明确股东的出资责任。在认缴资本制情况下，公司丧失清偿能力时，已到期债权的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，依法认定认缴出资的股东丧失出资期限利益；对于股东转让已认缴出资但未届缴资期限股权的，首先应由受让人承担缴纳出资义务，受让人未按期足额缴纳出资的，出让人承担补充责任。其二，依法追究滥用法人独立人格的民事责任。控制股东、

实际控制人利用其控制地位，侵占或挪用公司资产，或者利用关联交易等方式掏空公司资产，损害债权人利益，构成滥用法人人格逃避债务的，要依法适用法人人格否认制度：在纵向层面，控制股东、实际控制人构成滥用法人独立地位逃避债务，严重损害债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任；在横向层面，股东利用其控制的多个公司，没有合法原因随意调拨资产、划拨资金，使得相关公司人格“躯壳化”“工具化”的，各公司应对任一公司债务承担连带责任，股东同样承担连带责任。此外，对尚不构成滥用法人独立人格的资产无偿或低价划转、侵占、挪用等损害公司法人财产的行为，债权人以请求撤销关联交易等方式追回法人财产的，人民法院应予支持，以切实保护债权人的合法权益，有效遏制逃废债务的现象。

【相关案例】

（2022）最高法民终 116 号

滕王阁公司起诉主张中旅西北公司未履行出资义务，应承担责任的。中旅西北公司上诉主张，股东在出资期限未届满时转让股权，不属于《最高

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)》(2014年修正)第十八条“股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权”之情形。本院认为,依据《中华人民共和国公司法》第二十八条规定:“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。”在公司注册资本认缴制下,公司股东按照公司章程规定的期限缴纳所认缴的出资额,视为公司对股东享有附期限债权,公司的债权人对公司股东所认缴的出资享有期待利益。本案中,虽中旅西北公司认缴出资期限未届满且其已经转让了股权,但中旅西北公司应当依法对案涉沙苑公司工程款债务承担相应责任,理由如下:

首先,案涉工程款债务发生时,中旅西北公司为沙苑公司股东,工程款债权在中旅西北公司转让股权之前已经形成。2016年,沙苑公司与滕王阁公司签订《项目协议》,双方于2016年4月签订了合同总价为280447800.88元的《施工合同》。《项目协议》《施工合同》签订时,中旅西北公司占沙苑公司51%的股权,是沙苑公司的控股股东,其认缴出资额为1020万元。案涉工程于2017年6、7

月停工,2017年9月25日中旅西北公司将其在沙苑公司的股权转让给佳美公司。以上事实可见,中旅西北公司转让股权时案涉工程款债务已经形成。

其次,中旅西北公司作为控股股东,未实缴出资,仍然对外签订合同产生巨额的案涉债务,并再次以认缴方式巨额增资,其明知沙苑公司资产严重不足以清偿债务,并在诉讼前通过转让股权的方式以逃废出资义务,具有逃废出资债务的恶意。沙苑公司于2017年6月13日将公司原认缴注册资本2000万元增加至认缴注册资本30000万元,其中佳美公司认缴注册资本27000万元,中旅西北公司认缴注册资本3000万元,公司章程记载实收资本于2044年11月5日前缴足。沙苑公司2017年度审计报告显示沙苑公司的实收资本为20万元。2017年9月25日中旅西北公司即将其在沙苑公司的股权以0元对价转让给佳美公司,佳美公司未补缴出资。以上事实可见,中旅西北公司出资设立沙苑公司后,通过增资的方式将其持股比例由51%改变为10%,后又以0元对价将股权转让给沙苑公司另一股东佳美公司,最终退出沙苑公司。中旅西北公司参与了案涉项目的开工以及保证金的退还

等事项，其在转让股权时应当明知案涉工程债务已经形成且沙苑公司明显不具有清偿能力，却在未实际缴纳出资的情况下，又以 0 元对价将股权转让给另一股东，显然具有逃废出资债务的恶意。中旅西北公司明知沙苑公司存在偿债风险，在沙苑公司无力清偿债务的情况下，又恶意转让股权，增加沙苑公司注册资本实缴到位的风险，其行为严重损害了沙苑公司债权人的利益，其认缴出资的期限利益不应被保护。

再次，中旅西北公司未实际出资即转让股权，股权受让人亦未补交该出资。沙苑公司工商登记显示的股东情况，是滕王阁公司在签订案涉合同时对沙苑公司履约能力的考量因素之一。沙苑公司之后股东的变更会影响沙苑公司的偿债能力，必然也会影响滕王阁公司债权的实现。股东未实缴出资即转让股权，实质是原股东将其对公司的债务转移给了股权受让人，是通过股权转让的方式对债务主体进行变更，且变更后的主体即股权受让人亦未补交出资，导致债权人的债权难以实现，超出了债权人的预期，债权不能实现的风险不应由债权人承担。

综上，中旅西北公司应在其未出资范围内对股权转让前的案涉工程款债务承担责任，其出资期限利益不应予以保护。中旅西北公司关于其已将股权转让且享有出资期限利益故不应承担责任的上诉理由不能成立，本院不予支持。

最高院：分公司签订的管辖协议中是否可以约定总公司住所地法院管辖？

——摘自微信《最高判例解读》

【裁判要旨】

因分公司不具有法人资格，其民事责任最终将由总公司承担，如果在分公司签订的管辖协议中，约定总公司住所地法院，应认为与争议有实际联系。

【案例索引】

《江苏中储智运物流有限公司乌海分公司与戴峥合同纠纷案》【(2020)最高法民辖 30 号】

【争议焦点】

分公司签订的管辖协议中是否可以约定总公司住所地法院管辖？

【裁判意见】

最高法院认为：《中华人民共和国民事诉讼法》第三十四条规定：“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”根据该规定，协议管辖包括三个要件：一是属于合同或者其他财产权益纠纷，因身份关系产生的民事纠纷不能协议选择管辖法院。二是可以协议选择的法院是被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院。三是协议管辖不得违反级别管辖和专属管辖的规定。其中，与争议有实际联系应当是直接的、客观外在的联系，不能将仅存在偶然性关系或者间接性联系作为确定的标准。

本案中，中储智运乌海分公司与戴峥签订的《中储智运项目合作协议》中约定“协商不成的，可向南京市鼓楼区人民法院提起诉讼”。关于南京

市鼓楼区是否为与争议有实际联系的地点，中储智运乌海分公司提交中储南京智慧物流科技有限公司出具的一份《证明》，表明中储智运乌海分公司系中储南京智慧物流科技有限公司下属子公司江苏中储智运物流有限公司的分公司，中储南京智慧物流科技有限公司住所地位于江苏省南京市鼓楼区。对此，本院认为，江苏中储智运物流有限公司作为中储智运乌海分公司的总公司，因分公司不具有法人资格，其民事责任最终将由总公司承担，如果在分公司签订的管辖协议中，约定总公司住所地法院，应认为与争议有实际联系。但如果约定分公司所在总公司的关联公司或者控股公司地点的，因与争议缺乏客观直接的联系，应认定管辖协议无效。经查询国家企业信用信息公示系统，江苏中储智运物流有限公司位于江苏省金湖县，并不在南京市鼓楼区。中储南京智慧物流科技有限公司住所地虽位于南京市鼓楼区，但与本案争议缺乏客观直接的联系。故双方当事人关于管辖法院的约定无效。从中储物流乌海分公司起诉的内容来看，其诉讼请求之一指向双方合同约定的支付租金的义务。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》第十八条的规定，本案争议标的为给付货币，接收货币一方即中储物流乌海分公司所在地为合同履行地。内蒙古自治区乌海市海勃湾区人民法院对案件有管辖权，其将案件移送江苏省南京市鼓楼区人民法院不当。

如您对本资料有任何意见或建议，请联系：徐倩倩 qianqian.xu@mhplawyer.com