



浅析一致行动协议冲突问题解决途径.....	1
公司安排调岗，我能为自己争取权益吗？	12
浅议公司人格否认中关联公司“人格混同”之司法认定.....	17
公司章程排除股权继承限制的规定是否有效？	25
浅析商标使用权出资问题.....	29
劳动争议案件特殊仲裁时效条款的适用.....	39
对外开放新宣言：外商投资法亮点解读.....	47
增值税率降了——如何正确适用新政.....	49
律师详解：企业多元化用工设计策略.....	53
《九民纪要》发布后，公司认缴制下股东出资义务提前到期的适用问题探析.....	59
优化营商环境下的中小股东权益保护——以股东盈余分配请求权的实现为视角.....	70
对劳动争议仲裁制度的体会与思考.....	80
劳动争议案件能否提出反诉以及如何提出反诉的讨论与思考.....	90
劳动者拒绝单位调岗的法律问题分析及实践指引.....	94
企业分立需要重点关注的法律问题与财税应用.....	102

浅析一致行动协议冲突问题解决途径

王里新 发现律师事务所高级合伙人

宫丽 发现律师事务所专职律师

摘要：表决权作为股东的重要权利之一，影响着股东与公司的利益，决定着公司的业务展开与长久发展，因此成为股东争夺的“要地”。本文笔者对一致行动协议进行了基础理论和基本性质的梳理，确定了解决问题需要结合民事和商事两种法律规范的基调，并对一致行动协议的实践应用进行考察，在此基础上，对一致行动协议冲突问题的解决提出了相关建议。

关键词：一致行动协议、表决权、解除权

一、一致行动协议的基础理论

（一）一致行动协议的概念

最早提出“一致行动”这一概念的是英国，《伦敦城市守则》规定：“该人和每个附属人将被视为彼此一致行动”；“所谓“附属人”是指任何人（a）有半数股东或者成员的表决权；（b）是股东或成员，同时有权任命或罢免董事会过半数成员；（c）是股东或成员，并根据与其他股东或成员订立的协议，单独控制多数数股东或成员的表决权；或（d）有权行使或实际行使支配性影响力或控制权。故某人与其附属人在表决、任命或免职方面的权利，应该合并计算。

我国证监会在 2014 年修订的《上市公司收购管理办法》第 83 条规定：“一致行动，是指投资者通过协议、其他安排，与其他投资者共同扩大其所能够支配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实”，因此，一致行动协议系通过协议形成的一致行动关系，其主体发生在投资者或股东之间；内容上行使自己对公司表决权时的一致性；其基本属性是合同，系协议各方达成的合意；目的在于保障表决权的统一、扩大表决权的比例从而实现一定的决议控制能力。

（二）一致行动协议与相关制度关系

1. 一致行动协议与表决权代理制度的辨析

表决权代理制度是指，股东以书面方式授权，在事实上授予他人进行表决的制度，委托方与受托方基于委托协议的合意，委托方将对于公司事务的表决权委托予受托方行使。协议各方通常会就委托事项范围、标的股份处置、委托期限、委托撤销及协议解除、违约责任及救济方式等事项在协议中进行约定。表决权代理制度与一致行动协议有着相当的区别。在权利行使主体和意志上，表决权代理制度是民法中代理体现，系由他人代为行使表决权，并且体现的是被代理人的意志，而不是表决权行使人的意志；而一致行动协议中，表决权的行使由表决权所有人独立完成，虽然负担与他人表决一致的义务，但意志并未与表决权所有人脱离。

2. 一致行动协议与表决权信托制度的辨析

我国尚无表决权信托制度，它是指在股东和受托人间通过协议建立信托关系，在一定期间内由受托人以自己的意志行使委托人的表决权，与一致行动有一定相似之处，但也存在一定区别。在权利的行使主体上，表决权信托中的表决权由受托人以自己的意志行使，属于权利的让渡，而一致行动协议中，尽管约定了固定的表决方向，但表决权的行使主体仍为股东本人，表决权没有让渡；在制度程序上，表决权的信托需要进行信托部分股权的转移，并且多数国家设置了登记要件，一致行动协议则无需股权的转移，也并不存在登记制度，因此操作起来更加方便。

（三）一致行动协议的法律适用

我国商法学者罗培新认为“在民商法理论体系中，公司法作为商法的一部分，当然可以运用民法一般理论解释，而合同法理论作为民法基本理论之一，也可以被用来解释公司法中各种协议”。一致行动协议作为合同的一种，受合同法约束毫无疑问，但同样作为商法的特殊性，在规则适用及制度上却并不健全。

一致行动协议体现了法律适用的复杂性，民法的特性和商法的特性在合同的原则、规则适用上如何平衡，是需要法律适用中进行解决的问题。一致行动协议出现在公司场合，其合同本质往往被忽略，当出现问题需要依照法律规范认定与解析案件时，《合同法》似乎并未被优先考虑，也存在着某些案例中，法院忽略合同主体对合同的诉求而直接裁判一致行动协议应被无条件的强制履行。笔者认为，一致行动协议的本质还是合同，在合同主体发生纠纷或者产生违约行为时，其解决方式以及司法裁判的认定不能脱离合同基本精神，不能破坏意思自治。

二、一致行动协议的冲突实践分析

从中国裁判文书及其他网站上查询，一致行动人或一致行动协议纠纷案例较少，结合现有案例，大致存在合同纠纷、合伙协议纠纷、股权转让纠纷、委托合同纠纷、公司决议撤销纠纷等案由。现选取相关案例进行分析，以通过实践案例中的处理方式来进行研究。

（一）一致行动协议对公司决议的影响

在一致行动协议影响公司决议的方面，大多文章普遍引用了张国庆、周正康公司决议撤销纠纷一案，即（2016）赣 0502 民初 75 号、（2016）赣 05 民终 12 号、（2017）赣民申 367 号）。

2009 年 12 月 29 日，以华电公司及其第一大股东、法定代表人胡达为甲方，以张国庆为乙方，双方签订《股份认购协议》与《期权授予协议》约定：华电公司向张国庆定向增发股权，在公司股份上市交易前，张国庆承诺其所持公司股份的投票与胡达保持一致。上述协议约定的事项，在董事会上商议后形成决议，两份协议经双方签字后生效。公司董事会于 2015 年 8 月 20 日召集并主持 2015 年度第四次股东大会，就公司进行增资扩股的议案等事项进行了投票表决，张国庆投反对票，胡达投同意票。股东大会根据胡达与张国庆签订《期权授予协议》的

约定，将张国庆所投反对票统计为同意票，形成股东会决议，通过了对公司进行增资扩股的议案。后来，张国庆认为股东大会不能强行改变张国庆的投票，向法院起诉要求撤销股东大会决议。经过一审、二审、再审，均被驳回。

法院认为，《期权授予协议》的约定，使张国庆的表决权附上协议双方约定的条件，此类在理论上被称为表决权拘束协议或“一致行动人协议”，其是股东之间或者股东与其他第三人之间约定表决权行使的契约。胡达投同意票。虽然张国庆投反对票，但公司股东大会根据公司及其法定代表人胡达与张国庆签订的《期权授予协议》归票行为符合约定，在《期权授予协议》未被撤销或解除时，双方当事人均应严格履行各自的合同义务。故股东会决议的程序符合规定，不具有可撤销情形。

相反，另一案例裁判中却有不同裁判原则。穆乐民、宋飏等与冯汝章合同纠纷（（2018）浙0106民初3961号）一案中，法院认为，原、被告签署的《一致行动人协议》，是双方真实意思表示，在当事人之间具有一定的约束力，在协商一致的情况下，应当采取一致行动。《一致行动人协议》是建立在各方相互信任的基础之上，但作为协议中的“一致行动人”，对一致行动，应建立在全体协议签署人协商一致的基础上，在协商达不成一致意见时，应当允许协议签署人表达个人意愿，而非强迫。“一致行动人”不能一致行动，协议就失去应有的价值。既然是协议，应当允许“协议”当事人有退出的权利，如果退出的一方因其退出给另一方造成损失，可按协议约定赔偿对方损失。

笔者认为，张国庆一案存在着公司经营危机以及增资扩股的纠纷，法院在认定时考虑到，如果撤销了原有决议，将可能导致公司无法经营。但是，如排除具体情况的考量，从法理和逻辑上而言，股东在签署一致行动协议时，也存在其本身的基本目的，如果发生股东或者公司没有达到相关的条件或者有损自己权益时，应当允许协议主体作出“不一致”的决定或投票。此外，一致协议的签订主体之

所以在签署协议后，还需要参加会议进行表决，而不是直接授权进行表决，还在于作为股东享有其表决权是其固有权利，签订的协议仅是一种承诺，但表决权本身仍是其自己行使，如果没有按照协议履行，出现违约的情况，应承担违约责任，如果是正当行使，那么也是可行的。因此，简单地做出“可以依一致行动协议直接归票”的裁判不够严谨。在穆乐民、宋飏等与冯汝章合同纠纷中，法院便认为当事人有退出的权利。此外，在上市公司高澜股份（300499）《第三届董事会第三次会议决议公告》（2017-10-26）中，关于一致行动人在股东大会提出反对意见的说明，其认为公司非裁判机构，无权对是否违反《一致行动协议》进行裁判。同时，高澜股份也未出现在股东大会表决时直接归票的情形。

（二）一致行动协议的履行问题

在一致行动协议相关纠纷中，还存在着协议主体在具体执行过程中，与其他协议产生不一致时，如何适用的问题。如在瑞晟房地产开发（深圳）有限公司合伙协议纠纷、股权转让纠纷（（2020）粤01民终9898号）一案中，法院认为，瑞晟公司要求警希合伙企业支付股权转让款，依据的是2017年8月1日的股权转让协议，而警希合伙企业则以2017年7月31日的《一致行动协议》免除了股权转让款支付义务为由不同意支付该款项。虽然股权转让协议签订的时间晚于《一致行动协议》的签订时间，但不能仅仅依据签订时间就认定股权转让协议的效力优先于《一致行动协议》，而应在审查全案证据的基础上进行综合认定。一审判决采信警希合伙企业所述股权转让协议是为办理工商变更登记手续而签订的辩解意见，并认定《一致行动协议》是瑞晟公司与警希合伙企业的真实意思表示。瑞晟公司与警希合伙企业之间因履行《一致行动协议》产生的纠纷，瑞晟公司可另循法律途径解决。

该案法院在适用两份协议的过程中，结合一致行动协议的具体约定与日常生活经验对协议的效力作出审慎的判断，回归到签订协议本身，未简单依据签订时

间的早晚而否定约定在先的一致行动协议的效力，并参考协议中对股东合作方式、生效日期等的详细约定综合认定一致行动协议系当事人的真实意思表示。

（三）一致行动协议解除权问题

一致行动协议签订时，在大多数情况下，对存在对期限、解除等条款未进行约定，就实践案例来看，在管火金与陈其活、李展华合同纠纷（2016）粤 0605 民初 14824 号一案中，管火金为德华公司的控股股东，陈其活为摩德娜国际公司的控股股东，李展华为浩华公司的控股股东。在摩德娜公司筹备上市的背景下，三方于 2011 年 8 月 2 日签署了《一致行动协议》，约定各方就摩德娜公司重大事项的决策上保持一致行动。2013 年，公司主动终止了上市进程，并于 2014 年申请在全国中小企业股份转让系统挂牌（新三板）。2016 年 4 月 30 日，李展华通过公司第二届董事会第十三次会议，免掉了管火金公司总经理职务。管火金认为，《一致行动协议》签订的基础是协议各方享有对公司重大事项的决策权，享有对公司的实际控制权利，现其已事实上被剥夺了对公司的控制权利，导致其除了从公开渠道披露的信息外，已无从获取公司的经营管理信息。管火金履行该协议的基础不复存在、合同目的已无法实现，故向法院起诉，请求解除《一致行动协议》。陈其活、李展华答辩及反诉称，《一致行动协议》继续合法有效，管火金作为该协议一方，应当继续遵守协议，一再违反《一致行动协议》，根据约定，应当向摩德娜公司支付 50 万元违约金。为此，特依法提起反诉。

法院认为，各方之间的《一致行动协议》是三方的真实意思表示，未违反法律、行政法规的强制性规定，应为合法有效，当事人应当按照合同约定履行义务。关于原告主张解除《一致行动协议》而两被告要求继续履行的问题。根据《中华人民共和国民法通则》第四条的规定，民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。诚实信用原则要求民事主体在民事活动中维持双方的利益平衡以及当事人利益与社会利益的平衡。

管火金基于其是德华公司的控股股东，代表德华公司在摩德娜公司的利益，才有签订并履行《一致行动协议》的基础，一致行动不能与德华公司的利益相悖。现德华公司明确表示不同意由代表其行使在摩德娜公司的股东权利，且管火金亦已不再担任德华公司的法定代表人。再者，管火金已于 2016 年 5 月 7 日与摩德娜公司解除劳动关系，不再参与经营和决策。在目前情况下，管火金已不具备履行讼争协议的资格和能力，符合《中华人民共和国合同法》第一百一十条的规定，且公司未进行上市，《一致行动协议》已失去存在基础。综上，要求解除合同，理由正当，但应支付 50 万元违约金给公司。

就法律分析而言，本案在一致行动协议人的解除权上回归到民法及合同法的处理原则，在事实或法律上已经导致协议无法履行，丧失了协议解除，赋予法定解除权利。但本案中，对非协议主体的公司而言，法院判决原告向其承担了 50 万元，也体现出了协议直接关系着公司的股权结构及控制权，协议的履行与否会对公司的生产经营产生重大影响。股东表决权上的联合，在影响作为一致行动人的股东利益的同时，也直接影响到公司及一致行动协议之外其他股东的利益和预期，甚至可能波及重大交易的相对方。

此外，在部分法院认定一致行动协议的合同性质时，参照了委托合同的规定，即周伟初、林慧玲等与深圳市长达顺企业管理咨询有限公司公司解散纠纷，（2018）粤 0303 民初 1669 号一案，法院认为，《一致行动协议》的本质是委托公司股东行使股东表决权及相关股东权利，《一致行动协议》属于委托合同，协议一方可以参照法律对委托合同的规定行使委托人的任意解除权。此种裁判方式赋予了委托人有权任意解除。

三、一致行动协议的操作建议

（一）法律条文的制定

我国的法律适用规则中，没有对一致行动协议的条文规定。英美法系中，美国在《美国标准商事公司法》第七章明确肯定了此种协议有效，其表述为股东可以订立投票协议来统一行使表决权。在各个州中如《特拉华州普通公司法》、《加利福尼亚公司法》中也明确规定了投票协议的效力，同法系的英国在立法上也有了具体规定。在大陆法系中，德国的《德国资合公司法》、《股份公司法》均对立法的形式普遍确立了对“股东表决权拘束协议的效力”加以承认的观念。此外，日韩两国也同样以立法形式对此类合同进行了规制。笔者认为，一致行动协议的适用以及效力范围贯穿民事合同与商事领域中的公司，在具体适用与裁判时，也不适宜仅基于合同性质来看，可在《公司法》上设立数个条文简要规制一致行动协议的相关适用规则，以及对公司决议或第三人的影响。

（二）协议方预防机制的建立

从张国庆的案例中来看，如不支持公司将一致行动协议违约方的相反投票直接统计为与守约方一致的投票，对守约方救济似乎没有。实则不然，可提前建立守约方的预防机制，具体如：

1. 参与方承诺可由公司按主导方计票。

将公司直接归票的原则在事先向所有股东披露和澄清，使一致行动的效力能够及于公司和股东。

2. 明确约定违约条款。

在一致行动协议中，提前明确违约金的具体计算方式，使其在违约方触发该条款时具有可操作性。具体而言，可根据不同票决事项设定不同的违约金和赔偿损失标准，一方面是确保守约方可获得金钱给付上的救济，另一方面高额的违约金和赔偿数额对潜在违约方是一种震慑，一定程度上可以预防违约行为的发生。

3. 特殊事项可考虑采取委托投票协议的方式。

在影响公司重大经营决策方面，建议一致行动协议方可用委托投票协议的方式，主导方有权直接依据委托投票协议约定的事项进行投票，无协议方的参与，从而使得主导方集中了多数票而可能成为公司实际控制人。

综上，一致行动的安排是一种利益平衡机制，也是对股东权利的一种限制，对此应在协议安排上作出相应反制约定，以平衡各方利益。例如，可在一致行动人协议中明确约定一致行动各方在投票前的协商程序，经过约定的协商程序协商不成的，才依主导方的方向进行投票。另外，无论是一致行动还是委托投票，都应约定一致行动或委托投票的范围和期限，范围上排除与参与股东自益权密切相关的事项，时限上排除主导方股东长期“垄断”，避免股东之间的权益失衡。

（三）违约救济方式的设计建议

一致行动协议从性质上来说，仍然是一种合同，对此，应以《合同法》对于违约救济的规定为基础，即违约救济的方式应当由守约方进行选择，同时应当将救济方式下的强制履行权局限于国家司法机关，避免由守约方直接强制执行。由于违约金可以有合同直接约定，法律不宜过多干涉，故此部分笔者仅就继续履行和赔偿损失两种方式提出制度上的设计建议。

1. 区分适用实际履行

如实际违约时，表决决议已经形成，个人意志已经上升为公司整体意志，若适用继续履行，则将推翻已形成的公司决议，涉及公司决议的撤销，股东违反一致行动协议的表决不属于《公司法》第 22 条规定的决议可撤销的法定情形，不能因私人合同的违约影响事关公司整体利益乃至公司债权人的利益，因而不应该推翻已经形成的公司决议，故不应适用继续履行的救济方式，只能选用损害赔偿的方式。

如预期违约，公司决议未形成，所涉及的利益主体仅限于协议主体双方，不

涉及公司及他人，可以适用继续履行。但只能通过国家强制力，若发生预期违约，守约方可主张违约方继续履行，若违约方拒绝，守约方应通过诉讼或仲裁手段，以国家强制力强制违约方继续履行。

2. 明确合同解除权的行使规则

虽然我国的《合同法》中并未明确表述在出现违约的情形下解除权的行使是否仅归于非违约方，但王利明教授针对此问题，围绕着贯彻“合同严守原则”、“减少道德风险”和“防止违约方从中获利”三个方面论证了应当由非违约方行使合同解除权的合理性，对此，从《全国法院民商事审判工作会议纪要》第48条亦可窥得端倪，“违约方不享有单方解除合同的权利”，此与前文所述管火金案例存在不一致。值得注意的是，新颁布的《民法典》在第五百八十条规定了请求解除合同与违约责任承担的并行，在坚持合同实际履行原则的基础上，总结审判经验，提供了一个消解合同僵局的路径，这为股东之间因在履行一致行动协议出现僵局或其他情形时，提出解除协议提供了法律依据。此外，在一致行动协议的条款设计中，细化赔偿损失和违约金的适用，在违反一致协议时，我国《民法典》规定了当事人可以约定损失赔偿额的计算方法，也可以设置违约金的数额，明确赔偿损失范围和计算方式，若合同中未约定损失的范围和计算方式，损害赔偿的计算标准应当结合实际损失和预期损失，其中，预期损失可以由专业的评估人员进行核算。此外，在立法过程中可以细化违约金调整时的司法考量因素，降低由于高司法自由裁量权所带来的司法不公的风险。

四、结语

在国家积极创造良好的营商环境下，作为商业活动中的重要主体，公司及股东之间的问题不断多样化、复杂化。对股东而言，表决权不仅是对于自己意见的表达方式，更是争夺公司控制权以实现自身利益和公司利益最大化的重要工具，

对表决权的合理、自由运用，以及在争夺和凝聚表决权的方式上追求稳妥亦是股东合理的诉求，因此，保障一致行动协议应用的顺畅性具有十分重要的意义。但我国现今的立法对于此问题的处理较为薄弱，本文中提到多起案例，在一致行动协议的成立、要素、权利义务转移、解除和违约救济等问题上都表现出了不确定性。鉴于目前实务领域还未形成关于违反一致行动协议效力的权威判断，建议在签署一致行动协议时，不仅要约定一致行动人的行动内容和范围，还应当明确出现意见分歧时的处理方式，以及违反一致行动人协议的违约责任，即使以后一致行动人在行使表决权、提案权、提名权时出现行动不一致的情形也能找到救济的途径和依据。

参考文献

- [1] 马俊驹、余延满.民法原论[M].北京：法律出版社，2005.
- [2] 梁上上.论股东表决权：以公司控制权争夺为中心展开[M].北京：法律出版社，2005.
- [3] 范健、王建文.公司法[M].北京：法律出版社，2011.
- [4] 王军.中国公司法[M].北京：高等教育出版社，2015.
- [5] 王利明.合同编解除制度的完善[J].法学杂志，2018（2）.
- [6] 梁上上.股东表决权：公司所有与公司控制的连接点[J].中国法学，2005，（3）.
- [7] 洪迪昀.表决权拘束协议法律问题研究——法理基础、制度分析与制度构建[J].研究生法学，2012，（3）.
- [8] 陈洁.股东表决权的法律问题[J].法学杂志，2008，（4）.

公司安排调岗，我能为自己争取权益吗？

刘玲 发现律师事务所专职律师

在今天的案件中，劳动者对调岗决定不服继续留在原岗位，单位以旷工为由作出解除劳动合同决定后劳动者要求违法解除劳动合同的赔偿金。

案件裁判结果一波三折，仲裁庭驳回员工请求，一审法院支持，二审再次驳回，员工提起再审……裁判结果如何？理由为何？

本文将梳理邱某与 A 公司纠纷案件，从专业角度解读如何看待岗位调整案件。

一、案件摘要

2015 年 5 月 12 日，邱某与成都的 A 公司订立书面劳动合同约定邱某任品质主管岗位工作（综合管理部、品质主管），工作地点四川省，单位可以根据工作需要或其工作表现，依据规章制度调整工作岗位和地点，员工接受单位的岗位调动（包括出差外地协助工作）。不接受安排或者在单位书面通知岗位调整或工作调动后，不按规定时间到岗工作的，视为严重违纪，单位有权单方解除合同。

2016 年 10 月，A 公司安排邱某到宜宾江安 B 公司担任项目经理，薪酬从 4500 调整至 6050（含异地补贴 550）。

2017 年 1 月，B 公司向 A 公司发函，指出邱某“不敬业、工作散漫、责任意识欠缺，对我公司工作产生严重影响……请更换现场负责人”。A 公司收函后核实，认为反映的问题属实。

2017 年 2 月 4 日，A 公司向邱某作出调动通知载明“现因工作需要及你本人提出回成都的意愿要求，调动你到 B 项目负责客服岗位工作，除取消异地补贴外，其余薪资待遇不变。请你于 2017 年 2 月 8 日 9 点前到 C 项目报道。……如未按时报到，根据公司规章制度予以处理。”邱某对此不接受，并留在原岗位。

2017年2月15日，A公司以邱某未按调动要求报到，处于连续旷工状态为由，作出解除通知并送达。邱某提起劳动争议仲裁，要求A公司支付2017年2月工资差额2000元，违法解除劳动合同赔偿金43000元，……。

劳动人事争议仲裁委员会经审理后裁决驳回了邱某上述两项仲裁请求。

邱某对仲裁裁决不服向人民法院提起了诉讼。

二、案件梳理

一审判决公司应支付邱某工资并赔偿。管理岗位异动应面谈，A公司行为不符合自己制定的规章制度系违法解除双方劳动合同，判决A公司向邱某支付违法解除的赔偿金，补足邱某2017年2月工资差额。

一审法院裁判理由：根据双方劳动合同，按A公司的规定，在岗位异动前应由行政人事部、项目经理与邱某面谈，而A公司未就此举证证明在变动邱某岗位前已履行了相关程序，不符合其自己制订的管理制度，也就不符合劳动合同的约定。并且，A公司在调整邱某岗位的同时，在互联网上又招聘客服专员，因此，A公司调整邱某岗位的行为不具有正当性。故，A公司以邱某未按调动通知的要求到指定的地点报到构成旷工为由，对邱某作出解除劳动合同的理由不能成立，其解除行为违反劳动合同法的规定，应向邱某支付违法解除劳动合同的赔偿金。同时，因A公司调整邱某的岗位不符合双方的约定，导致邱某未能提供正常劳动的责任在A公司，A公司应支付邱某工资。遂作出上述一审判决。A公司不服一审判决，向中级人民法院提起上诉。

二审驳回邱某一审两项诉讼请求。二审期间，双方当事人均未提交新的证据。中级人民法院查明的事实与一审判决认定的事实一致并予以确认。

中级人民法院认为：面谈是履行告知义务，书面告知亦可。关键调岗理由是否充分、合理，并履行告知义务。改判驳回邱某的诉讼请求。企业根据生产经营

的需要调整员工的工作岗位是用人单位用人自主权的重要内容，也是其经营自主权的重要体现，法律不禁止用人单位与劳动者在订立劳动合同时就调整工作岗位进行相关的约定。岗位调整是否合法，关键是调岗的理由是否充分、合理，并履行告知义务。

首先，岗位调整必须有充分的理由。判断理由是否充分，应当以必要性为标准，没有充分的理由就不具有调岗的正当性。调岗前邱某在宜宾江安特驱置业有限公司希望城项目担任项目经理，在此期间，江安特驱置业有限公司向 A 公司明确指出：邱某年底交房工作中存在工作不敬业、工作作风散漫、责任意识欠缺等问题，对交房工作造成严重影响，要求更换现场负责人。A 公司对此进行了调查并形成了内部调查报告，认为反映邱某的问题属实，邱某继续在此担任项目经理，显然不适宜。因而，A 公司根据邱某的表现作出调岗决定具有必要性和充分的理由。

其次，岗位的转换必须充分合理。其合理性主要体现在一是调岗前后的岗位性质接近或劳动者能够胜任，二是调岗前后的薪酬待遇基本保持不变，三是调岗前后的工作地点合理，四是调岗不带有侮辱性。邱某 2016 年 10 月被派往宜宾前在综合管理部担任品质主管，A 公司 2017 年 2 月 4 日将其调回成都，中间的时间间隔长达数月，原来的品质主管一职另有安排十分正常，邱某调回成都仍要求继续担任品质主管既不现实，也不合理。此次调岗，邱某负责诚品上院客服岗位工作，仍然属于管理岗位，并非与其能力、学历等状况不相匹配，也不带有侮辱性。邱某的薪资除异地补贴外保持不变，工作地点从宜宾调回成都，也符合邱某的个人意愿。

再次，岗位调整必须履行告知义务。A 公司对邱某的调岗安排虽然没有当面告知，但进行了书面通知，应当视为履行了告知义务。分析双方的约定，岗位调整的前提和根据是 A 公司的工作需要或邱某的工作表现，而面谈没有必须征得对

方同意的意思，因而面谈起到当面告知的效果。但无论是当面告知还是书面通知都是履行告知义务的行为。

本案中，A 公司对邱某的第一次调岗，邱某的工作岗位从品质主管调整为项目经理，工作地点从成都调整到宜宾，薪酬从 4500 调整为 6050 元，邱某并未提出异议要求面谈，而从项目经理调整为负责客服岗位，即使薪酬待遇不变，工作地点符合心愿，邱某却以未面谈为由拒绝服从。A 公司对邱某发送了书面通知，邱某以未面谈为由，对调岗安排拒不服从的理由不能成立。

综合以上分析，中级人民法院判决撤销一审法院民事判决中“A 公司于判决生效后 10 日内向邱某支付赔偿金 27660 元”“A 公司于判决生效后 10 日内向邱某支付 2017 年 2 月工资 1264 元”两项判决，改判驳回邱某该两项诉讼请求。

判决发生法律效力后，邱某向高级人民法院提出申诉称二审判决存在事实认定错误认定以及基本事实缺乏证据证明的情形，申请再审。

高院：再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项规定的情形。裁定驳回邱某的再审申请。

三、律师点评

调岗调薪，一直是企业劳动管理中的难点。由于我国现行劳动法律法规并未形成较为清晰而统一的判断基准及裁判规则，实务中处理也有差别。相比之下，我国台湾地区的相关制度值得借鉴。

我国台湾地区台湾劳动基准法施行细则规定：

工作场所及应从事工作的有关事项应于劳动契约中由劳资双方自由约定。如雇主确有调动劳动工作必要，应依下列原则办理：

- 1) 基于企业经营上所必须；
- 2) 不得违反劳动契约；
- 3) 对劳动薪资及其他

劳动条件未有不利之变更；4) 调动后工作与原有工作性质为其体能及技术所可胜任；5) 调动工作地点过远，雇主应予必要之协助。

部分省市为解决此类争议判决结果之差异而制订了地方性指导意见以统一所在地方的司法裁判标准，以此指导地方的审判。

如广东省以座谈会纪要方式统一裁审标准为：

用人单位调整劳动者工作岗位，同时符合以下情形的，视为用人单位合法行使用工自主权……：

1) 调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要；2) 调整岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当；3) 不具有侮辱性和惩罚性；4) 无其他违法情形。

《广东省人民法院、广东省劳动人事争议仲裁院高院审理
劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》
(2012年6月)

而本案例中，二审裁判理由既秉持了上述实务中较为统一的裁审观点，又对用人单位应当履行的告知义务和告知形式作出了清晰论断，裁判文书观点清晰，说理充分，值得企业劳动管理人员、法务工作者、裁审人员借鉴。

浅议公司人格否认中关联公司“人格混同”之司法认定

王里新 发现律师事务所高级合伙人

陈茂婷 发现律师事务所专职律师

摘要：公司人格混同，主要有公司与股东混同、关联公司混同两大类，我国《公司法》规定了公司与股东人格混同的公司人格否认制度，但是没有对关联公司的人格否认制度进行规定。本文通过分析最高人民法院案例来探究这一制度在我国司法实践中的裁判标准。

关键词：人格混同、关联公司、连带责任

公司享有独立人格，得以独立承担责任，使股东承担有限责任。公司制度正是通过确立公司独立人格来隔离股东对公司行为的直接责任，从而成为鼓励投资者创业的利器。但公司制度也存在难以克服的缺陷，即无法遏制公司人格制度被滥用。传统的揭开公司面纱仅是指通过揭开公司面纱而追究公司面纱背后的股东个人的连带责任；随着司法实践的发展，出现在揭开公司面纱之后让公司承担股东的债务以及否认关联公司各自的独立人格而被视为一体的情形，它指公司股东滥用其对若干公司的支配权，为规避法定义务或者合同义务，利用多个关联公司之间的关联性转移利益，损害其中一个或者若干个公司的利益以求其作为控制股东在公司集团的利益最大化，而应其中某个公司债权人的请求，否认关联公司之间的各自独立地位，共同对发生的债务承担责任。

在我国，同一股东设立若干公司，并完全控制这些公司的运营，即“一套人马、若干牌子”的关联公司模式非常普遍。因此，根据关联公司大量存在且独立性难以保障的情况，将法人人格否认的规制适用扩展至关联公司之间的人格否认，符合我国确认这一规定的立法意图。

一、法人制度概述

法人是具有独立法律人格的社会组织。《民法典》第 57 条规定：“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组

织”。这一规定揭示了法人是社会组织的人格化，确认了法人的主体地位，而且也说明了只有那些被法律赋予法人主体资格的社会组织才能成为法人。

《民法典》第 58 条概括性列举了法人应当具备的条件：法人应当有自己的名称、组织机构、住所、财产或者经费。独立财产与独立责任是法人独立人格的两根基本支柱，而独立责任是独立财产的最终体现。其中，独立人格和独立责任更为重要，是奠定法人制度的基石和内核，法人制度的其他规则皆是这两大基石的延伸。法人的本质特征使其分别与自然人和合伙组织及其他非法人团体区别开来，法人也因此成为近现代社会经济生活中的重要法律主体。

二、法人人格否认制度

公司的独立人格和股东的有限责任是现代公司法人制度的两大基石，但是公司法人制度在发挥其推动投资增长和迅速积累资本的同时，也可能被股东用作逃避契约或法律义务、谋取非法利益的工具。

公司的独立人格，不仅仅体现为主体资格的独立，也不仅仅体现为对内的集中控制，还会涉及公司间的关系。公司的对外投资不断扩展，产生了公司和公司之间的控制和被控制的关系，这种实际控制权力的存在带来了公司人格的非独立。¹20 世纪初，美国法院首次通过判例否认了公司法人人格，大陆法系的德国和日本也通过判例否认公司的法人人格。我国 2005 年修订公司法时引入了公司法人人格否认制度。²所谓公司法人人格否认制度，是指在特定的法律关系中，对公司股东滥用公司法人人格从事各种不正当行为导致公司债权人损害的，公司债权人可直接请求股东偿还公司债务，公司由有限责任变为无限责任的制度。由于公司法人人格否认制度本身内涵丰富，成文法难以将适用公司法人人格否认的各种情况一一列举，本文也仅选取法人人格否认中关联公司人格混同的认定，进行初

¹ 邓峰，《普通公司法》，中国人民大学出版社

² 王新新，《论我国公司法人人格否认制度》，东南学术 2009 年第 003 期

步的探讨。

三、关联公司人格混同的司法指导性案例

2013年1月31日，最高人民法院发布的第四批指导案例中15号案例确认了关联公司的人格否认制度，并对如何认定关联公司人格混同做出了分析。

最高人民法院指导性案例15号案情简介：原告徐工集团工程机械股份有限公司（以下简称徐工机械公司）诉称：成都川交工贸有限责任公司（以下简称川交工贸公司）拖欠其货款未付，而成都川交工程机械有限责任公司（以下简称川交机械公司）、四川瑞路建设工程有限公司（以下简称瑞路公司）与川交工贸公司人格混同，三个公司实际控制人王永礼以及川交工贸公司股东等人的个人资产与公司资产混同，均应承担连带清偿责任。请求判令：川交工贸公司支付所欠货款及利息；川交机械公司、瑞路公司及王永礼等个人对上述债务承担连带清偿责任。

被告川交工贸公司、川交机械公司、瑞路公司辩称：三个公司虽有关联，但并不混同，川交机械公司、瑞路公司不应对川交工贸公司的债务承担清偿责任。

法院归纳的二审争议焦点为川交机械公司、瑞路公司与川交工贸公司是否人格混同，应否对川交工贸公司的债务承担连带清偿责任。

本案例中，川交工贸公司、川交机械公司、瑞路公司存在以下表面特征混同：一是三个公司人员混同。三个公司的经理、财务负责人、工商手续经办人均相同，其他管理人员亦存在交叉任职的情形，川交工贸公司的人事任免存在由川交机械公司决定的情形。二是三个公司业务混同。三个公司实际经营中均涉及工程机械相关业务，经销过程中存在共用销售手册、经销协议的情形；对外进行宣传时信息混同。三是三个公司财务混同。三个公司使用共同账户，以王永礼的签字作为具体用款依据，对其中的资金及支配无法证明已经区分；三个公司与徐工机械公

司之间的债权债务、业绩、账务及返利均计算在川交工贸公司名下。因此，三个公司之间表面人格的因素（人员、业务、财务等）高度混同，导致各自财产无法区分，已丧失独立人格，构成人格混同。

《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第三条第一款规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”公司的独立财产是公司独立承担责任的物质保证，公司的独立人格也突出地表现在财产的独立上。公司人格独立是其作为法人独立承担责任的前提，因此当关联公司的财产无法区分，丧失独立人格时，就丧失了独立承担责任的基础。《公司法》第二十条第三款规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”本案中，三个公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界线模糊、人格混同，其中川交工贸公司承担所有关联公司的债务却无力清偿，又使其他关联公司逃避巨额债务，严重损害了债权人的利益。上述行为违背了法人制度设立的宗旨，违背了诚实信用原则，其行为本质和危害结果与《公司法》第二十条第三款规定的情形相当，故二审法院在参照《公司法》第二十条第三款的规定，川交机械公司、瑞路公司对川交工贸公司的债务应当承担连带清偿责任。

四、关联公司人格混同认定及责任承担

根据 15 号指导案例裁判要点，“关联公司的人员、业务、财产等方面交叉或混同，导致各自财产无法区分，丧失独立人格的，构成人格混同。关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，管理公司相互之间对外部债务承担连带责任。”判断关联企业是否人格混同及相关责任承担，本文从以下几个方面分析：

（一）关联公司的认定

从国外立法情况看，国际组织和各国立法均对关联公司的界定不尽相同。《联合国关于发达国家与发展中国家间避免双重征税的协定范本》和《经济合作与发展组织关于避免双重征税的协定范本》中都规定了构成国际关联企业的两种情况：第一，缔约国一方企业直接或间接参与缔约国另一方企业的管理、控制或资本。第二，同一人直接或间接参与缔约国一方企业和缔约国另一方企业的管理、控制或资本。可见，上述范本把参与管理、控制和资本作为认定关联企业的依据。³

我国公司法虽然未明确何为关联公司，但《企业所得税法实施条例》第109条规定：“企业所得税法第四十一条所称关联方，是指与企业有下列关联关系之一的企业、其他组织或个人：（一）在资金、经营、购销等方面存在直接或间接的控制关系；（二）直接或间接地同为第三者控制；（三）在利益上具有相关联的其他关系。”国家税务总局发布的《特别纳税调整实施办法（试行）》第9条列举了八种构成关联关系的情形：1、一方直接或间接持有另一方的股份总和达到25%以上，或者双方直接或间接同为第三方所持有的股份达到25%以上。2、一方与另一方（独立金融机构除外）之间借贷资金占一方实收资本50%以上，或者一方借贷资金总额的10%以上是由另一方（独立金融机构除外）担保。3、一方半数以上的高级管理人员（包括董事会成员和经理，下同）或至少一名可以控制董事会的董事会高级成员是由另一方委派，或者双方半数以上的高级管理人员或至少一名可以控制董事会的董事会高级成员同为第三方委派。4、一方半数以上的高级管理人员同时担任另一方的高级管理人员，或者一方至少一名可以控制董事会的董事会高级成员同时担任另一方的董事会高级成员。5、一方的生产经营活动必须由另一方提供的工业产权、专有技术等特许权才能正常进行。6、一方的购买或销售活动主要由另一方控制。7、一方接受或提供劳务主要由另一方控制。8、一方对另一方的生产经营、交易具有实质控制，或者双方在利益上具

³ 刘几任，公《司法人格否认制度在各国的适用》，法制博览2016年第025期

有相关联的其他关系。《特别纳税调整实施办法（试行）》对《税法实施条例》中规定的三个方面的关联关系作了细化规定，更具有可操作性。

本文认为，我国的关联企业法律制度也在不断完善之中，现有的规则主要体现在公司法、会计准则、上市准则和税法之中，这些标准由于出自不同的部门，法律规范之间的协调比较差，对关联的界定非常不统一。由于法律规则的渊源较低，存在着制度约束力不足的缺陷。在公司法尚未对关联公司作出明确法律界定的情况下，可以参考上述规定认定关联公司。

（二）关联公司的人格混同

公司人格混同主要表现为以下三种形式：组织机构混同、公司间财产混同和经营业务混同。

公司间组织机构混同。公司之间如果具有相同的公司管理人员、相同的工作人员、相同的办公场所、相同的电话号码等情形，一般可认定为公司组织机构混同。公司作为社团法人，其运行基础便是人的组合。因此，不同公司间一旦组织机构混同，极易导致公司财务、利益整体性混同，公司的独立意志也将不复存在。

公司间财产混同。公司财产独立是公司人格独立的基础，只有在财产独立的情况下，公司才能以自己的财产独立地对其债务负责。公司间财产混同严重影响公司对外清偿债务的物质基础。

公司间业务混同。业务混同是指公司之间在经营业务、经营行为、交易方式、价格确定等方面存在混同现象，主要表现为：公司之间从事相同业务活动，各业务活动不以公司独立意志支配。

一般认为，关联公司人格混同是指关联公司之间组织机构、财产、业务相同，令第三方无法分清交易对象，但由于人格混同的表现形式多样，混同的手段也不断翻新，要准确地表达人格混同的概念，是一个比较困难的课题。一旦确定某一

表现形式构成人格混同的表征，则某些公司必然尽力规避这些表征，同时依然保持有实质混同，使债权人的取证和法院认定判断是否构成人格混同的难度大大增加。

（三）关联公司人格混同的责任承担

关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，管理公司相互之间对外部债务承担连带责任。实际上要点包含了两方面的内容：其一，债权人的利益因为关联公司人格混同而受到了严重的侵害。其二，如果不是用法人人格否认，将无从保障债权人的利益。也就是说，即使具有关联公司人格混同的情形，但实际上未给他人造成损失，也就不能否认公司的法人人格。这是因为法人制度中的人格独立、股东有限责任以及公司法人人格否认的宗旨，都是为了将利益和风险公平地分配于公司的出资人和公司的债权人之间，实现利益平衡。当公司独立人格被滥用，导致债权人的利益受损时，必然使利益失衡，从而需要否认公司独立人格，对债权人的损失进行弥补，实现一种利益补偿。若债权人利益没有受损，则不需要否认公司独立人格去矫正并未失衡的利益体系。至于如何认定严重损害债权人利益，本文认为衡量的标准是公司的偿债能力，即公司能否偿还债权人的到期债权，如果公司能够偿还债务，债权人就不能主张否认公司的独立人格。⁴

五、结束语

现行《公司法》还无法有效地规制滥用法人人格行为，而这些行为又严重扰乱了正常的经济秩序，也使公司制度本身在运行的过程中受到损害。在审判实践中，要对人格混同的关联企业实行人格否认，15号指导案例的出现即明确了对该条款的解读：关联公司利用人格混同逃避债务时，为维护债权人的正当利益，实现公平，应参照公司法第二十条第三款的规定，由关联公司对债务承担连带清

⁴ https://www.sohu.com/a/207516442_813375

偿责任。

参考文献

- [1] 刘美林. 市场经济法律概论 (第二版): 科学技术文献出版社, 2009
- [2] 陈秀凤, 《关于有限责任公司法人人格独立制度与公司法人人格否认制度之浅析——公司面纱制度与揭开公司面纱制度》, 中国人文社会科学引文数据库(CHSSCD), 2011
- [3] 柳小进, 《论法人人格否认制度的建立与完善》, 科学大众 2018 年第 008 期
- [4] 刘杨, 《浅析公司法人人格否认制度在实践中的适用》, 法制博览 2017 年第 029 期
- [5] 宋巍, 《论我国公司法人人格否认制度的适用》, 贵州社会科学 2009 年第 008 期

公司章程排除股权继承限制的规定是否有效？

伍兴容 发现律师事务所合伙人律师

公司章程是由股东或发起人制定，调整公司内部组织关系和公司运行的“宪章”。公司章程规范股东行为，维护股东权利，同时，公司章程也具有约束公司行为、约束公司控制人、董事、监事、高管的作用。《中华人民共和国公司法》赋予了有限责任公司章程在选择适用公司治理结构以及充分发挥公司经营自主权方面以更大的自由空间。公司章程既要保护股东权益，提高公司运作效率，也要预防公司经营纠纷的发生。

本文主要以有限责任公司为例，就有关公司章程排除股权继承限制的规定是否有效的问题进行探讨。

司法实践中，会遇到公司章程中约定了排除股权继承的内容。所谓排除股权继承，是指公司章程规定在自然人股东死亡后，其股东资格不得由其合法继承人予以继承，或者规定继承人继承股东资格须经过一定比例的其他股东的同意。公司章程排除股权继承限制的约定内容是否有效？

下面我们来看一个案例：

谢某和曾某于1982年1月13日登记结婚。谢某因心脏病于2018年11月10日死亡，谢某的第一顺位继承人只有曾某。谢某生前在某实业有限公司占有30%股权，已完成实缴，该公司经营良好。某实业有限公司的章程规定：股东如因故去世，其继承人不能当然取得股东资格继承权，除非经公司持有股权二分之一以上表决权的股东通过。

曾某向某实业有限公司提出主张，希望本人能继承谢某的股权，成为某实业有限公司的股东。因其他股东不同意曾某的要求，故曾某诉至法院，提出两点诉

讼请求：第一，请求判决曾某依法继承被继承人谢某在某实业有限公司的股东资格。第二，请求判决某实业有限公司在该判决发生法律效力三天内协助曾某到公司登记机关将被继承人谢某名下的 30%的股权变更到曾某名下。

法院审理认为：根据《中华人民共和国继承法》第五条“继承开始后，按照法定继承办理；有遗嘱的，按照遗嘱继承或者遗赠办理；有遗赠扶养协议的，按照协议办理”的规定，本案中，没有证据显示谢某生前立有遗嘱或遗赠协议，应依照法定继承分配遗产。有限责任公司的股权既包括财产权利也包括非财产权利。根据《中华人民共和国公司法》第七十五条“自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格，但是，公司章程另有规定的除外”的规定，股东资格原则是可以继承，通过公司章程排除或限制股东资格的继承是除外情形，公司章程在不排除继承法有关继承顺序的规则或者对其进行变动的情况下，可以对股权的继承作出一定排除或限制，当然这种排除或限制只能及于股权中的人身权利，不能及于股权中的财产性权利。如果公司章程对股权继承做出限制性规定，已故股东的第一顺序继承人在法定继承的情况下，不能够当然地因继承而获得公司的股东资格。

法院判决：因某实业有限公司的章程对股东资格的继承作出了限制性规定，而其他股东均不同意曾某成为该公司股东的情况下，谢某的第一顺序继承人曾某不能继承谢某在某实业有限公司的股东资格，但曾某有权主张股权所对应的财产性权利。故驳回曾某的诉讼请求。

在我国的司法实践中，认可公司章程这种限制性规定为有效。其主要理由如下：

第一，公司章程这一自治性文件是各股东共同意志的体现，各股东在以表决方式通过这一限制性章程条款时，实际上已经对自己的股权预先作了处分。因此，

只要公司章程的制定程序合法、内容与法律、法规等规定不相冲突，该章程条款对各股东就具有法律约束力。

第二，公司章程对股权继承进行限制或排除的必要性在于维护有限责任公司的人合性。有限责任公司具有较强的人合性特征，强调在有限责任公司内部各股东之间存在较特殊的信任关系，在公司经营决策时，彼此之间有种默契。如有外来人员突然加入，原来股东之间的信任和默契可能被破坏，就会妨碍股东之间的合作，公司正常运行的基础可能会被动摇。

第三，有限责任公司基于对人合性的考虑，排除继承人的股权继承并不会侵害继承人对股权中的财产性权利，继承人可以依法向公司主张分配股息红利（如有）以及被继承人在公司出资额相对应份额的财产价值（如有）。

总之，肯定有限责任公司章程对排除股权继承限制条款的效力，不仅是对其他股东利益的保护，也是对肯定有限责任公司股东意思自治的全面体现，更是对公司整体利益的保护，有利于公司稳定发展。

有限责任公司章程中有关股权继承的推荐条款

有限责任公司章程可以对特殊形式的股权转让进行约定，推荐以下条款：

一、股权因为继承发生变动的，其合法继承人继受股东资格，其他股东不享有优先购买权。继承人将股权对外转让的，其他股东在同等条件下享有优先购买权。

股权因为继承发生变动的，其合法继承人、受遗赠人获得股权中的财产性权利。如果过半数以上或代表三分之二表决权的其他股东同意，则其合法继承人取得股东资格，否则，不能取得股东资格。没有取得股东资格的继承人应按股东向非股东转让股权程序转让该股权，其他股东在同等条件下享有优先购买权。如果股权变动原因发生之日起×××日内，继承人没有转让股权，则公司有义务按

照该股权所对应的最近一期审计的净资产价格回购，如公司不履行回购义务，则继承人取得股东资格。

二、股权因为继承原因发生变动的，公司应当指定受让股东，如受让股东在股权变动原因发生之日起×××日内没有与合法继承人签订股权转让合同，则公司有义务收购其股权。如公司在×××日内没有签订回购协议，则合法继承人取得股东资格。前述转让、回购价格为该股权所对应的最近一期审计的净资产价格。

浅析商标使用权出资问题

王里新 发现律师事务所高级合伙人

宫丽 发现律师事务所专职律师

摘要：纵然以商标使用权作为公司的设立出资与传统的出资观念存在冲突，但商标权投资却是我国《公司法》第 27 条确认的投资方式之一。然而，由于与此相关的具体制度的缺位，现有的商标使用权出资规范在实际运用中常常捉襟见肘，关于商标权出资的规范并未对商标权出资究竟为转移所有权出资还是可以商标使用权出资作出细致区分；当公司商誉受损或者商标价值降低而致使公司注册资本减少时的弥补和解决方法阙如；以及商标价值评估机构缺乏监管等问题。对此，本文试图提出完善与知识产权投资相关的法律，建立健全统一的商标评估监督体系并加强动态监督的建议。

关键词：商标权、所有权出资、使用权出资、监管体系

一、问题的提出

案例一：在“汤瓶八诊案”⁵中，北京汤瓶八诊公司系由杨华祥以“汤瓶八诊”商标使用权作为合作资本投资入股，和另一股东设立的公司。杨华祥占公司股份的 51%。后因公司与他人签订加盟合同，向他人提供“汤瓶八诊”商标使用权、汤瓶八诊疗法技术，收取加盟费等问题，与杨华祥产生矛盾。杨华祥以汤瓶八诊商标所有权人及非遗传承人身份，在互联网上发布内容失实通告，要求加盟公司停止使用该商标。原告公司认为，杨华祥的行为损害了公司名誉、商誉，在公众和特定商户中，使公司的社会评价降低，导致公司正常业务往来和生产经营活动中断，遂提起诉讼。

案例二：在“湖雪食品公司股权纠纷案”⁶中，河南湖雪食品有限公司（本案原告）与第三人杨凯签订投资协议书，设立吉林湖雪食品有限公司（本案被告），后第三人杨凯在原告不知情的情况下将股权非法转让给杜洪丽，原告诉请股权转

⁵ 山东省高级人民法院（2011）鲁民三终字第 198 号民事判决书。

⁶ 吉林省松原市中级人民法院（2015）松民一终字第 471 号民事判决书。

让行为无效，确认其股东身份。第三人杨凯辩称原告不具备股东资格，未实际出资。一审法院认为，2007年6月8日原告河南省湖雪食品有限公司与第三人杨凯签订了投资协议书一份，双方拟投资设立吉林湖雪食品有限公司，约定原告河南省湖雪食品有限公司以商标使用权及形象、广告宣传等作为出资，但原告河南省湖雪食品有限公司未出资，全由第三人杨凯出资，故驳回原告河南省湖雪食品有限公司诉讼请求。原告河南省湖雪食品有限公司上诉称双方设立时签署的协议，其商标使用权等无形资产占总股本的26%，而“湖雪”这一品牌，是其商标，吉林湖雪食品有限公司在名称中使用“湖雪”这一商标，就是对上诉人商标权的使用。二审法院对提出的该项理由并未明确说明，但对双方签署的协议认定合法有效，并未否定商标使用权的出资方式，从而在二审判决中确认了河南湖雪食品有限公司的股东身份。

通过以上案件可以看出，商标使用权作为公司出资的方式早已存在。经笔者查询上述公司工商档案得知，上述公司成立时间较早，对于以商标使用权出资的方式虽在投资协议中约定，但并无完成出资及权属转让的手续。值得探讨的问题，一是股东设立公司是仅约定商标使用权作为资本投资入股的合法性？二是以商标使用权投资的操作方式，如何完成注册资本的注入？三是作为获得商标使用权的公司，对商标的使用方式、使用范围以及限制等？

二、 商标使用权出资

（一） 商标使用权

首先，界定商标使用权需要清楚“商标权”的含义，根据我国民法中对权利理解，商标使用权应属商标权的内容。然而，我国商标法并没有用“商标权”这一概念，学说上存在着多种不同的理解。有的学者认为“商标权是商标注册人对其

注册商标所享有的权利”⁷，有的学者定义为“法律赋予商标所有人对其注册商标进行支配的权利”⁸，也有的学者定义为“商标注册人依法支配其注册商标并禁止他人侵害的权利”⁹。上述含义虽有不同，但均将商标权与注册商标联系。我国对注册商标的保护上，在《商标法》第三条规定，经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律的保护。

商标注册人对该商标享有商标专用权，一般包括两个方面内容：使用权和禁止权，使用权即是商标权人对其注册商标享有充分支配和完全使用的权利。商标权人可以在其注册商标所核定的商品上独自使用该商标，并取得合法利益；也可以根据自己的意愿，将注册商标转让给他他人或许可他人使用。禁止权是指商标权人禁止他人未经其许可擅自使用其注册商标的权利。

根据我国《商标法实施条例》第三条的规定，商标的使用包括将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中。商标使用权主要体现为对注册商标的使用许可，即注册商标所有人通过订立许可使用合同，许可他人使用其注册商标。主要有三种许可形式：独占使用许可、排他使用许可、普通使用许可。

（二）我国对商标使用权出资的认可

1. 现有法律规定

我国《公司法》第二十七条规定“股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。根据以上规定，凡是符合：可以用货币估价、依法转让；并且法律、行政法规未规定该非货币财产不得出资

⁷ 张序九：《商标法教程》，3版，47页，北京，法律出版社，1997。

⁸ 刘春田：《知识产权法》，2版，291页，北京，中国人民大学出版社，2000。

⁹ 张玉敏：《知识产权法学》，258页，北京，中国检察出版社，2002。

条件的非货币财产均可作价出资设立公司。商标作为知识产权的内容，在商标使用权没有法律、行政法规禁止作为公司出资的情况下，应得到认可。

2. 地方的积极探索

虽然法律、行政法规并未对商标使用权的出资、办理及如何实施等进行统一明确规定，但是，在地方曾出现过具体的实施办法。例如，2006年4月18日，上海浦东新区的《浦东新区商标专用权出资试行办法》；2008年7月10日，福建省南平市延平区的《关于下发延平区工商局商标专用权出资试行办法的通知》，以及2011年4月13日，山东青岛的《青岛市工商行政管理局商标专用权出资管理办法（试行）》。虽属不同地区，并存在时效限制，但以上办法当时均对如何将商标使用权作为公司出资进行了细化，并明确了如何办理具体。而在其他地方，现行都还有未失效的相关规定。如丹东市的《关于支持民营经济发展政策措施的通知》中明确规定，“允许海域使用权、商标使用权作价出资设立公司”。西安的《实施名牌战略扶持企业创驰（著）名商标的若干规定》也明确，“对获中国驰名商标、西安市著名商标的商标使用权，经合法评估机构评估或股东共同确认后的商标价值可作为不超过35%的注册资本投资”。云南的《关于进一步加强知识产权工作促进技术创新若干意见》同样出现类似规定。

三、商标使用权出资的法律问题

在我国民商法领域，根据“法无禁止即可为”的法理，法律已经对知识产权的出资方式是予以积极肯定。目前，商标所有权作为公司出资的方式大部分地区是予以肯定回答的，关键在于可以办理权属登记，而对商标使用权进行出资，却持保守态度。

（一）商标使用权出资的可行性

基于我国《公司法》及法律法规对无形资产的出资方式的规定，商标使用权

类似土地使用权同属非货币财产，均具有价值属性，可以通过客观、特定的方法或步骤衡量其货币价值。在《企业会计准则——无形资产》及《知识产权资产评估指南》均印证了商标使用权的价值属性。办理权属转让手续，我国对商标的使用有许可使用及办理备案的要求。商标注册人、被许可人通过许可合同约定，商标授权许可使用的内容及方式，并向商标局备案，不仅达到了公示和公信力的效果，符合《公司法》关于知识产权出资的要求。

（二）商标使用权出资优势

根据该法律规定及实践情况，目前对商标权只能以转让所有权的方式出资的方式是得到积极肯定的，因为以使用权的方式出资难以履行办理财产权的转移手续。但笔者认为该种观点是有待商榷，财产权分物权和债权两大类，商标使用权虽未明确为哪一类权利，笔者以为与土地使用权类似，可认定为物权的一种，即使有失偏颇，但基于商标通过使用可以体现转化为价值，也应将其认定为财产权的一种。故因商标使用权无法办理财产权的转移手续而否认商标使用权的出资方式是站不住脚的。

商标所有权出资方式虽在办理权属手续有其得以认可之处，但相对于商标使用权出资，其不利于商标本身的保护。因商标所有权经转让后，公司对商标的经营和投入可能会发生变化，导致贬值甚至是消亡，故增加使用权出资方式可以充分尊重权利人的意思自治，仅以商标的方式出资，权利主体的单一性不能更好地发挥商标权的价值。

（三）商标使用权出资现实障碍

1. 如前文所述的“汤瓶八诊案”“湖雪食品公司股权纠纷案”，出资人之间对商标使用权进行出资，并占有一定股权，虽然法院对协议的效力进行了认可。但相关公司的工商档案中并没有关于商标使用权出资的任何资料。可以看出，商

标使用权的出资方式以及实践操作没有一套明确的规定，以致在实践操作中，缺乏指导标准，工商行政机关基于没有明确规定，具体办理过程中存在障碍，甚至有时会将该部分出资人拒之门外。

2. 我国现行关于评估依据有国务院 91 号令《资产评估管理办法》、财政部颁布的《资产评估准则》《资产评估准则—无形资产》、国资办（92）36 号令《资产评估管理办法施行细则》、中国资产评估协会 1996 年 5 月 7 日发布的《资产评估操作规范意见》《企业价值评估指导意见》《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国商标法》以及国家有关法律、法规及相关意见和规定与评估所收集和调研的各类资料。然而，目前为止，在商标评估的监管上仍没有一个明确的、统一的机构，这一管理缺位易造成评估失实的乱象。

3. 即使商标使用权评估机制可从制度上完善，但商标使用权出资与公司资本维持原则冲突，商标的价值处于变动，受原权利人的经营状况、授权使用期限、商标合理使用、商标宣传与保护等因素影响。若以商标使用权出资，必然会先通过评估确定价值，这与商标使用权本身处于一种不稳定的状态不符。

4. 商标使用权出资无法满足债务的清偿，接受商标使用权注资的公司没有对商标的最终处分权，与注册资本应具承担法律责任能力的要求相冲突。尤其是在公司解散或破产时，对商标使用权如何处置，价值如何实现，几乎无法变卖。

5. 我国商标法对商标权的保护存在期限，期限届满前，需要选择是否进行续展，而被出资的公司仅享有使用权，并无权利决定商标的保护期限，如不续期，对公司资本存在影响。

（四）国外有关知识产权出资的立法借鉴

1. 在立法例上，瑞士公司法将非货币化出资的构成要件确定为 5 个：确定性、价值的现存性、价值评估的可能性、有益性、可独立转让性。其中，对有益性有

争议，有益性即要求具有收益能力，其他 4 个得到理论界普遍认可。以此要件作为依据，商标使用权的出资方式并非不可。

2. 美国实行授权资本制，对出资方式没有严格、直接的限制，以“真正的价值”和“诚信为本”的原则为准则。如果对价值有不实，可以通过撤销的方式要求补足。《美国统一合伙法》把由合伙人投资的合伙“财产”定义为，所有财产、不动产、动产、混合财产、无形或有形财产，或基于上述财产发生的任何利益。¹⁰《美国商业公司法》第 621 条“股份发行”之（2）规定，对公司有益处的任何财产，包括有形和无形财产，都可以经过董事会的授权而发行股票。可见对出资方式是相对宽松的规定。

3. 德国对知识产权的出资更为详尽，根据《德国股份法》规定：“实物出资或实物接收只能是可以确定经济价值的财物；劳务不能算作实物出资或实物接收”。德国《有限责任公司法》和《公司法》现物出资制度，在进行现物出资时，要进行验资报告，发起人应提交设立报告书，详细说明现物出资对价的计算依据等内容。对现物出资实行特别审查和双重审查制度，规定现物出资只能是已经可以明确确定了具有经济价值的财物。另外，明确现物出资人对公司资本的损害赔偿。

4. 法国对知识产权出资要求，出资前，股东会议要事先对价值投资者进行调查公告，并在法定报刊上向全国进行公告记载现物出资的意向书及其可行性报告。对公司章程中的现物出资进行评估时，评估员的指定要经过由全体股东的一致同意，或者由法院决定任命。而现物出资的实际估价由创立大会做出决定性的结论。在《商事公司法》第四十条第四款规定，对价值不实，差别过大的赔偿责任。

¹⁰ 杨利华. 美国专利法史研究[M]. 北京: 政法大学出版社. 2012: 第 35 页。

四、针对商标使用权出资合理构建与监管建议

通过对商标使用权的法律问题以及利弊分析，商标使用权出资有利于促进资源的合理利用，发挥更大经济效益，应值得肯定。就其中的风险及障碍，需要构建合理及完善的配套制度，同时，加强监督体系建设。

（一）完善有关商标使用权投资方面的法律制度

虽然我国《公司法》对商标权的投资做出原则性规定，但在具体操作上，还需要配套的法律制度进行完善。一是，商标使用权出资的许可方式、范围，因普通许可中，可能存在其他被许可人，对被出资的公司必然产生影响，争夺市场份额，而且涉及到第三方的参与，对评估价值将难以确定。排他许可中，虽然只有商标权人和被出资公司可以使用商标，但二者一方注重商标增值的过程，一方注重商标增值的结果，势必产生冲突。故笔者建议可将商标使用权出资限定在独占许可使用，仅一个使用主体，减少利益冲突。二是，商标的存续及使用许可与被出资公司存续期间可能存在不完全一致，故笔者建议，可商标使用权出资的期限约定在商标所有权存续期限，同时，在公司存续期间，商标权人应在在商标保护期限届满前完成续展等手续，一方面有利于商标使用权的价值评估，另一方面，商标权人的股份对价与商标使用权的价值一致，不存在损失的问题。三是，在对外公示方面，因公司出资需完成权利转让，权属登记，商标使用权出资应向被出资公司及社会公开透明出资情况。商标局设立独立的区域，对商标使用权出资的事项建立查询系统，对商标使用许可的备案合同、使用方式、使用期限等公开。工商登记机关对商标使用权的出资事项，包括出资者身份、出资人协议、商标权属登记、评估作价方法、评估机构名称、评估具体价格、股东一致认可的决议等进行备案，供查询。同时，借鉴国外对知识产权的特别审查和双重审查制度以及价值不实的赔偿责任。

（二）建立健全统一的商标评估监督体系

商标评估工作的监管，应协调各部门的交叉管理，以商标局的为中心，工商登记，财政部分的评估监管协作。商标评估工作不应局限于资产评估事务所，可由商标局对具备商标评估条件的资产评估事务所、会计师事务所合法资质证书，使商标使用权出资方式在评估、验资形成完整链。同时，在专业机构评估的基础上，被出资公司的完善股东内部决议，认可评估价。当然，对公司规模较小，商标使用权出资比例较小的情形，可以进行简化，根据股东意愿，直接对商标使用权的价值进行评价，作出合理的评估报告，并在被出资的公司章程或协议等文件中明确。

（三）加强商标权的动态监督

从商标使用权办理出资的登记及商标权人与被出资公司此后对商标的使用、管理、保护等方面进行动态监督。从出资时的严格审查，对商标权人的主体资格，使用许可的方式、范围，投资程序等方面，出资人应拥有商标权的所有权和处置权，出资人已完成商标局的备案手续。在评估价值的公允性方面，进行监督，建立评估责任错误追究机制，分出资人提供错误信息或评估机构恶意串通，还是商标权价值本身的不确定性，如属于第一种，则需要去出资人履行补足责任，若出资人严格履行评估手续，正常合理使用出现的价值变化，出资人无需补足。商标使用过程中，一方面，对商标的保护期限通过督促完成商标续展保持商标的有效性，另一方面，通过设立年检的手段，对商标的价值进行动态监管。

（四）被出资公司股东的风险约定

商标使用权出资的方式系民事行为，可通过股东之间的协议进行约束。虽然外部监督可规范出资行为的管理，风险发生后外部监督具有滞后性。股东之间可通过合同约定出资人与其他股东的权利关系，对风险处理事先约定，从而降低各方损失。如可在合同中约定权属瑕疵的补救措施，价值错误的补救办法，责任追

究，价值波动的处理办法，可约定出资人所占股份与商标权价值波动相联系。

五、结论

制度的落后存在多方面的原因，我国商标使用权出资制度尚不健全，但不能否定其本身的合理性及优势。出资行为更多的遵从民商领域意思自治原则，需要赋予出资主体更多的自主权。商标使用权出资的制度完善涉及商标法、公司法、评估等领域，需兼顾行政机关的监管力度和市场主体的意思自治。笔者认为，构建的商标使用权出资制度，在出资方式中允许商标使用权出资方式有其存在的合理性及可行性，并能够充分发挥经济效益，与现行法律规定也不相悖，应予以肯定。就其本身存在的现实障碍可通过实践及完善相应的制度措施进行不断完善，逐步解决，从而顺应经济发展。

劳动争议案件特殊仲裁时效条款的适用

卢世林 发现律师事务所专职律师

前言：劳动争议案件仲裁时效条款，见于《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条：“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。因不可抗力或者其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出”规定之中。

而这其中，“知道或应当知道其权利被侵害之日起算一年”为一般仲裁时效的规定，该条第四款“自劳动关系终止之日起算一年”即为特殊仲裁时效条款。那么，何种情形下可以适用特殊仲裁时效条款呢？

案例：王某于2015年1月1日入职A公司，但A公司一直未与王某签订书面劳动合同。王某在A公司工作期间，但每周工作六天，从未休过年休假也未安排调休，A公司也从从未向王某支付过加班工资。2017年2月1日，王某从A公司离职。

本案中，王某可以向A公司主张何种权利？该项主张是否可以适用特殊仲裁时效条款？

一、未签订书面劳动合同的双倍工资（二倍工资）

依据《劳动合同法》第八十二条“【不订立书面劳动合同的法律责任】用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资”之规定，A公司应当向王某支付2015年2月1日至2015年12月31日共计11个月的双倍工资。

对于其请求支付双倍工资的仲裁时效，从劳动关系终止之日起算还是从知道或应当知道之日（应发双倍工资之日）起算取决于此处的双倍工资是否属于“劳动报酬”的范畴。

对于该问题，各地裁判标准不一，但其中的主流观点认为：

《劳动合同法》规定未签订书面劳动合同应支付双倍工资的第八十二条属于《劳动合同法》第七章“法律责任”章节中，而该章主要规定的是用人单位违反《劳动合同法》应当承担的法律责任，属于处罚性质规定。因此，主张双倍工资不属于追索劳动报酬的一部分，应当从知道或应当知道之日（应发双倍工资之日）起计算仲裁时效，即适用一般仲裁时效的规定。

但该观点中，仍然存在两种截然不同的处理方式。

第一种方式是按月分别起算一年的仲裁时效，如：

《四川省高级人民法院民事审判第一庭关于印发〈关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答〉的通知》第31条：劳动者请求用人单位支付未订立书面劳动合同二倍工资差额的，仲裁时效期间应依照《劳动争议调解仲裁法》第27条第1、2、3款的规定确定，从未订立书面劳动合同满一月的次日起计算一年。上述仲裁时效期间应按月计算，从劳动者主张权利之日起向前倒推一年，对超过一年的二倍工资差额不予支持。”

乐山市中级人民法院（2019）川11民终842号民事判决书：裁判要旨：关于上诉人主张的未签订书面劳动合同双倍工资差额是否超过仲裁时效的认定。根

据《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条第一款“用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。”的规定，并参照《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》（劳部发[1995]309号）第五十三条“劳动法中的‘工资’是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬……”的规定，用人单位支付劳动者未订立书面劳动合同双倍工资中的一倍不是基于劳动者提供的劳动，而是基于用人单位的违法行为，故未签订劳动合同双倍工资中的一倍在法律性质上属于惩罚性赔偿金，并非劳动报酬性质。故劳动者主张的未签订书面劳动合同双倍工资差额的仲裁时效不应适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款“劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。”的规定，而应适用该条第一款“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。”的规定。

第二种方式是从最后一个月整体起算一年的仲裁时效，如：

浙江省高级人民法院民事审判第一庭浙江省劳动人事争议仲裁院关于印发《关于审理劳动争议案件若干问题的解答（二）》的通知：“六、……劳动者有关支付最长 11 个月二倍工资的诉请符合相关法律规定，且最后一个月二倍工资请求未超过仲裁时效的，应予全额支持。”

二、未休年休假工资报酬及周末加班工资

根据《职工带薪年休假条例》第三条“职工累计工作已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天；已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；已满 20 年的，年休假 15 天。国家法定休假日、休息日不计入年休假的假期。”、第五条第三款：“单位

确因工作需要不能安排职工休年休假的，经职工本人同意，可以不安排职工休年休假。对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬”之规定，王某于2016年1月1日工作满一年后，未休年假且A公司也未安排调休的，A公司应当向王某支付年休假工资报酬。

依据《劳动法》第四十四条：“有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬”之规定，A公司应当向王某支付周六加班的工资报酬。

未休年休假工资和加班工资就其性质而言，都属于是法定工作时间之外取得且带有惩罚性质而额外支付的“加班费”，对于此种“加班费”如何适用仲裁时效条款，存在两种不同观点。

第一种观点认为：未休年休假工资和加班工资均属于劳动报酬的表现形式，因此应当适用特殊仲裁时效条款。

该观点认为，依据《关于工资总额组成的规定》第四条“工资总额由下列六个部分组成：……（五）加班加点工资……”以及原劳动部发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第53条：“劳动法中的“工资”是指用人单位依据国家有关规定或劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬，一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等”之规定，未休年休假工资和加班工资均属于工资，即劳动报酬的表现形式，且最高人民法院在《关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条：“劳动者依照《中

华人民共和国劳动法》和《中华人民共和国合同法》等法律的规定应得的劳动报酬，包括工资、奖金、津贴、补贴、延长工作时间的工资报酬及特殊情况下支付的工资等，应当认定为刑法第二百七十六条之一第一款规定的劳动者的劳动报酬”之规定也采用了同样的认定逻辑。

因此，基于未休年休假工资和加班工资属于劳动报酬的一种表现形式，其自然应当适用《劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款：“劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出”之规定的特殊仲裁时效条款。

三、参考案例

1. 最高人民法院（2019）最高法民申 6216 号民事裁定书

裁判要旨：第二，关于董立舰是否有权主张应休未休公休假、年休假、节假日加班工资报酬的问题。根据《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款关于“劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算”及第四款“劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出”的规定，董立舰对中远船员管理公司拖欠其的劳动报酬可以在其与中远船员管理公司终止劳动关系之日起一年内主张权利。董立舰于 2018 年 1 月 13 日退休，于 2018 年 3 月 14 日提起仲裁，未超出法定的时效期间，中远船员管理公司关于董立舰 2016 年前的请求已超过仲裁时效的主张亦不成立，本院不予支持。

2. 吉林省高级人民法院（2020）吉民申 1300 号民事裁定书

裁判要旨：《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条规定：“劳

劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。前款规定的仲裁时效，因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受本条第一款规定的仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。”栾景波主张的是加班工资，应自劳动关系终止之日起一年内提出。

第二种观点认为：《劳动合同法》第八十五条以及《劳动法》第九十一条规定之中，将“劳动报酬”与“加班费”分别予以列举，从而认为前述法律规定已经对于二者的概念作出了一定的区分，劳动报酬与加班费之间并非包含与被包含的关系，因此加班费不应当适用特殊仲裁时效条款。

1、四川省高级人民法院（2020）川民申 135 号民事裁定书

裁判要旨：本院经审查认为，《中华人民共和国劳动合同法》第八十五条规定：“用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：（一）未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的……（三）安排加班不支付加班费的”，该规定已经对劳动报酬与加班费从概念上作出了明确的区分，即劳动报酬与加班费并非包含与被包含的关系，因此关于加班工资的仲裁时效不应适用《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条关于拖欠劳动报酬仲裁时效的规定，而应适用该条中关于一年仲裁时效的规定。

2、江苏省高级人民法院（2020）苏民申 199 号民事裁定书

裁判要旨：第三，关于 2016 年 4 月到 2017 年 4 月 17 日的延时加班、双休日加班工资。《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第一款规定，劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。本案中，仲衍杰于 2018 年 4 月 17 日申请仲裁，原审法院认定其要求 2017 年 4 月 18 日之前的加班工资已超过仲裁时效期间，并无不当。《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》第二十七条第四款规定的“劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议”情形，系指劳动报酬的整体拖欠，仲衍杰主张其关于支付加班工资的请求不受仲裁时效限制，不能成立。

从上述案例可知，虽然有最高人民法院在（2019）最高法民申 6216 号民事裁定书认定加班工资报酬属于劳动报酬的表现形式，从而应当自劳动关系终止之日起计算仲裁时效，但四川省高院、江苏省高院仍在随后的裁判文书中采用了截然相反的认定方式，甚至部分法院还出台了截然相反的裁判指导意见，如：《四川省高级人民法院民事审判第一庭关于印发《关于审理劳动争议案件若干疑难问题的解答》的通知》第 37 条：“劳动者要求用人单位支付未休年休假折算工资的仲裁时效适用一年的时效规定，从次年的 1 月 1 日起计算。经劳动者同意跨年度安排年休假的，顺延至下一年度的 1 月 1 日起计算；劳动关系解除或者终止的，该年度的未休年休假折算工资仲裁时效从解除或者终止之日起计算”，让人难以把握该类案件的裁判尺度。

综上所述，劳动争议案件适用时效问题，因相关规定的不甚完善，导致司法实践中仍存在较大争议，具有明显的地域性差别。按照自 2020 年 7 月 31 日起施行的《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见》第九条：“检索到的类案为指导性案例的，人民法院应当参照作出裁判，但与新的法律、行政法规、司法解释相冲突或者为新的指导性案例所取代的除外。检索到其他类案的，

“最高人民法院可以作为作出裁判的参考”之规定，这种争议、差别将会不断的趋于统一。而在这之前，各地法院如何认定，在没有具体的法律、司法解释规定时，仍应优先参考各地高级人民法院作出的相关指导意见、指导案例。

对外开放新宣言：外商投资法亮点解读

陈茂婷 发现律师事务所专职律师

2019年3月15日，十三届全国人大二次会议集体表决通过了《中华人民共和国外商投资法》，这部法律将自2020年1月1日起施行。外商投资法草案继2018年12月下旬初次审议之后，全国人大常委会本月又专门加开会议进行二审，并决定提请3月大会审议。这样的节奏，体现出的是中国加快外商投资立法的力度，彰显了中国新一轮高水平开放的决心。

改革开放以后，外商在中国境内投资分为中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资经营企业，为了给外商投资企业提供有力的法治保障，1979年，中国颁布实施《中外合资经营企业法》，又相继出台了《外资企业法》和《中外合作经营企业法》，至此，外商投资法律主体框架初步建立，这三部法律也被统称为“外资三法”。随着中国特色社会主义法律体系的建立和不断完善，“外资三法”的相关规定已经难以适应构建开放型经济新体制的需要，经济形式的变化使得我们必须重新制定外商投资相关法律。

《外商投资法》共6章，包含总则、投资促进、投资保护、投资管理、法律责任、附则，共41条，对新的外商投资法律制度作出了基本的、明确的规定，其有四大亮点：

一、准入前国民待遇加负面清单管理制度

准入前国民待遇，是指在投资准入阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇。负面清单，是指国家规定在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施。国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇。这种模式极大地提高了投资市场的开放程度，有利于创造更加稳定、透明和可预期的法律环境。

二、坚持内外资一致

公平对待内外资企业是我国一直坚持的政策。十九大报告提出，凡是在我国境内注册的企业，都要一视同仁、平等对待。比如该法第九条规定，外商投资企业依法同等适用国家支持企业发展的各项政策；第十五条规定，国家保障外商投资企业依法平等参与标准制定工作；第十六条规定，国家保障外商投资企业依法通过公平竞争参与政府采购活动等。

三、保护知识产权

近年来，我国在知识产权保护方面做了大量工作，修订了多部法律法规，在北京、上海、广州设立了知识产权法院，并严厉打击网络侵权盗版行为，取得积极成效。该法第二十二条规定，国家保护外国投资者和外商投资企业的知识产权，保护知识产权权利人和相关权利人的合法权益。企业的技术合作基于商业原则和自愿原则，政府部门不得利用行政权力进行干预。

四、外商投资信息报告制度

外国投资者或者外商投资企业应当通过企业登记系统以及企业信用信息公示系统向商务主管部门报送投资信息。这一制度有助于政府更好了解外资信息，制定外资政策，进行外资管理。针对未按要求报送信息的，作出相应惩罚规定：由商务主管部门责令限期改正；逾期不改正的，处十万元以上五十万元以下的罚款。这一制度也体现了投资权利与义务的统一。

在当前经济全球化遭遇波折的形势下，中国制定外商投资法，积极鼓励和吸引外商来华投资，这将推动中国向更高水平的投资自由化与便利化迈进。作为一部基础性的法律，外商投资法颁布实施后，许多配套管理措施将会出台，外商投资管理体系也将逐步完善，为推动形成全面开放新格局提供更加有力的法治保障。

增值税率降了——如何正确适用新政

陈茂婷 发现律师事务所专职律师

李克强总理在第十三届全国人民代表大会第二次会议作政府工作报告中提出了实施更大规模的减税，特别是针对制造业和小微企业。据财政部网站消息，财政部、税务总局、海关总署 21 日联合发布公告，明确自 2019 年 4 月 1 日起深化增值税改革。

根据公告，增值税一般纳税人(下称“纳税人”)发生增值税应税销售行为或者进口货物，原适用 16%税率的，税率调整为 13%；原适用 10%税率的，税率调整为 9%；同时，还公布了加计抵减政策，即自 2019 年 4 月 1 日至 2021 年 12 月 31 日，允许生产、生活性服务业纳税人按照当期可抵扣进项税额加计 10%，抵减应纳税额。

此次受益于增值税减税利好较大的行业主要包括：机械设备、化工、汽车、有色金属、家用电器、建筑材料、计算机设备、煤炭开采等。增值税下调不仅可以让消费者享受到实惠，刺激消费市场，同时也能降低企业的生产成本，增加企业的现金流，加大科研投入，增强企业竞争力。为正确适用公告细则，需要注意以下几点：

一、原适用 16%税率调整为 13%：

纳税人销售或者进口货物，提供加工、修理修配劳务，有形动产租赁服务税率为 16%，另有规定的除外。

二、原适用 10%税率调整为 9%：

适用货物或服务的范围
粮食、食用植物油
自来水、暖气、冷水、热水；煤气、石油液化气、天然气、沼气、居民用煤炭制品
图书、报纸、杂志
饲料、化肥、农药、农机、农膜
农业产品
金属矿采选产品
非金属矿采选产品
音像制品和电子出版物
二甲醚、盐
提供交通运输业服务
提供基础电信服务
提供邮政服务
提供不动产租赁
提供建筑服务
转让不动产
其他

三、2019年4月1日实施后，纳税人如何补开增值税发票：

纳税人在增值税税率调整前未开具增值税发票的增值税应税销售行为，需要补开增值税发票的，应当按照原适用税率补开。

四、纳税人在2019年4月1日后发生销售折让、中止或退回的处理：

纳税人在增值税税率调整前已按原16%、10%适用税率开具的增值税发票，发生销售折让、中止或者退回等情形需要开具红字发票的，按照原适用税率开具红字发票；开票有误需要重新开具的，先按照原适用税率开具红字发票后，再重新开具正确的蓝字发票。

五、加计抵减政策行业范围：

自 2019 年 4 月 1 日至 2021 年 12 月 31 日，允许生产、生活性服务业纳税人按照当期可抵扣进项税额加计 10%，抵减应纳税额。适用加计抵减政策的行业范围如下图：

行业
邮政服务业
电信服务业
其中：1. 基础电信业
2. 增值电信业
现代服务业
其中：1. 研发和技术服务业
2. 信息技术服务业
3. 文化创意服务业
4. 物流辅助服务
5. 有形动产租赁服务业
6. 鉴证咨询服务
7. 广播影视服务
生活服务业
其中：1. 文化艺术业
2. 体育业
3. 教育
4. 卫生
5. 旅游业
6. 娱乐业
7. 餐饮业
8. 住宿业
9. 居民服务业
10. 社会工作
11. 公共设施管理业
12. 不动产出租
13. 商务服务业
14. 专业技术服务业
15. 代理业
16. 其他生活服务业

六、加计抵减政策适用规则：

公告所称生产、生活性服务业纳税人，是指提供邮政服务、电信服务、现代服务、生活服务（以下称四项服务）取得的销售额占全部销售额的比重超过 50% 的纳税人。其中，2019 年 3 月 31 日前设立的纳税人，自 2018 年 4 月至 2019 年

3 月期间的销售额(经营期不满 12 个月的,按照实际经营期的销售额)符合上述规定条件的,自 2019 年 4 月 1 日起适用加计抵减政策;2019 年 4 月 1 日后设立的纳税人,自设立之日起 3 个月的销售额符合上述规定条件的,自登记为一般纳税人之日起适用加计抵减政策。

增值税作为我国税收总额最大的税种,由于广泛征收,涉及货物、劳务、不动产、无形资产等方面。因此,增值税减税对于实现积极财政政策目标将起到重要作用,也是减轻企业负担、增强市场活力的重大举措。

律师详解：企业多元化用工设计策略

陈容 发现律师事务所专职律师

2020年春节，一场新冠肺炎疫情从武汉开始，蔓延全球。对于很多中小企业来说，人工成本成为了压死好多企业的最后一根稻草。为了应对疫情，国家出台了很多优惠政策，以帮助企业度过难关，但是面对占企业成本30%的人工成本，仍是企业经营的主要成本。很多企业就提出了灵活用工、多元化用工的概念，那么随之而来的多元化用工就不是仅仅在各大人力资源论坛上讨论的事了，而是真刀实枪地去实践了。

作为一个劳动法的专业律师，我先解释一下啥是“多元化用工”。

从我们法律角度讲，其实很简单，你就区分一个概念，什么叫劳动关系用工，什么叫非劳动关系用工，或者是民事法律关系用工。劳动关系用工指的是标准劳动关系用工、非全日制用工，包括劳务派遣，它实质也是一种准劳动用工关系。非劳动关系用工主要指劳务关系、代理、居间、业务外包、退休人员的返聘等民事法律关系用工。

多元化用工其实就是劳动关系用工与非劳动关系用工的综合运用。

这次疫情也给企业提个醒，企业如何进行用工架构，才能抵御突如其来的各种变化？接下来我来给大家说说，实务中常常采用的灵活用工或多元化用工是怎么样操作的？企业又如何运用多元化用工架构来降低人工成本的？

常见模式之一——劳务关系模式

比如盒马生鲜的“共享员工”，就是采用的劳务关系模式

疫情下，餐饮业线下门店不得不暂停营业，但仍需支付员工工资。而生鲜零售业却是异常火爆，订单急增方方面面都需要人手，于是盒马邀请云海肴、西贝

等著名餐饮企业与盒马达成合作，将己方闲置劳动力安排到盒马上班，由盒马支付员工相应的劳务报酬。这无疑给疫情下的企业找到了新出口，对三方都是有利的

三方主体是一个什么样的关系呢？单位跟单位之间是什么关系？是一种合作关系。输出单位（云海肴）跟劳动者之间是什么关系？是劳动合同关系。用工单位（盒马）跟劳动者之间是一种劳务关系，也就是说，对于用工单位盒马来说，是一种非劳动关系用工。

由于盒马和云海肴是通过签订合作协议达成的，双方就可以就相关责任承担、劳务报酬支付等进行约定，但劳动者与原单位的劳动关系依然存在。

注意，这里不属于劳务派遣，因为劳务派遣是需要输出单位有劳务派遣资质的。相应的劳动用工风险比如工伤风险等仍由原单位（云海肴）承担。

但是，一旦出现工伤纠纷，如果员工去告盒马，很有可能被法院以劳社部2005年12号文《关于确立劳动关系有关事项的通知》关于劳动关系的这个要素的认定为事实上的劳动关系，而事实上与之存在劳动关系的原单位却承担着名义上的社保和工伤责任，这种情况如何认定工伤？目前在实务中还是比较模糊的，这样责任难以分清了，常常由此陷入漩涡，风险仍然很大。而且，劳务费直接发放给员工，我们知道劳务报酬是要交纳个人所得税的，起点就是20%，这个税费成本是比较高的，员工也不乐意。所以，我们去研究它背后的各种操作之后发现他其实有很多的弊端。

避坑指南：

1. 劳务输入单位与输出单位应签订完善的合作协议，明确双方的责任，包括工作内容、时间、报酬支付、税费承担、发生意外事故的责任承担等。
2. 与员工签订一个劳动合同的变更协议，即输出单位要取得与员工工作地点、

内容、报酬的变更确认，注意是劳动合同内容的变更，并不是用工主体的变更确认。避免发生工伤后处于双方都不管的情形。

常见模式之一——非全日制用工模式

非全日制用工，注意，它也是一种劳动关系。

虽然非全日是具有劳动关系的特征，但是它的用工方式，其实具有非劳动关系的特点，比如说随时通知随时走人，然后呢，不需要买五险，但是要交一个单独的工伤险，解除的时候也没有补偿金和赔偿金。所以说它是一种很灵活的方式，那么非全日制用工的风险点在哪儿？

非全日制用工，它有两个红线限制：

第一个红线，每天平均工作不得超过 4 小时，每周不得超过 24 小时。

那么这样一来的话，使用这个员工，每天只能让他工作四小时，每周不得超过 24 小时，那么这样的用工出勤率就是比较低的。我想对于用工的公司来说肯定是不满意的，他想要的是全日出勤的，你来了这样一个人只能出勤四个小时。

第二个红线，工资支付时间的限制，每 15 天发放一次工资。

不要说现在这个灵活用工这种情况下常常会不按时发放工资，就是平时用的这个标准劳动关系也会出现不是按时发工资呢这个两个红线任何一根触碰到了，都可能会被认定为全日制劳动关系。我们搜集的各地的判决，存在分歧，但是大多数法院都认为虽然时间上符合了非全日制限制，但工资发放这个限制没有符合，仍然认定成全日制的也很多。那么认定全日制后，未签劳动合同的双倍工资、社保、事实劳动关系等一系列的风险就会发生。

所以，非全日制用工最大的风险就是用着用着把非全职变成全职，这个是最 大一个问题。非全日制用工适用条件实际上比较窄的，要看非全日制能否满足你

用工的需要。

避坑指南：

1. 必须与员工签订书面非全日制劳动合同，明确非全日制用工形式。如果你没有书面的，最后用着用着可能一天刚开始干三四个小时后来干个五六个小时，七八个小时，最后你自己都弄混了，这个风险很大。

2. 必须交纳工伤险。这个可以去当地的社保部门咨询如何购买，目前有的地方是可以买，有的地方不能单独买。

如果你交了工伤险了又签订非全日制了协议了，把基本风险可以规避掉了。

常见模式之一——业务外包模式

业务外包的形式，看一下这个关系，原单位属于承包方，那么调入单位属于发包方，那么可以把这笔钱作为服务费打给承包方，转成工资去发放给员工。

这个很干净啊，不与员工直接发生账务上的关系，那么这个劳动关系也好啊，个税关系也好，以及工伤问题也好，社保问题也好，都没有问题。

我们还是以盒马这个例子来说，为什么盒马不采取这种业务外包的模式呢？问题出在哪里？我们来看这个问题就在开什么发票。

发包方和承包方的这个现金支付、票据往来有什么问题呢？

这个云海肴它营业执照上，并没有做超市相关服务的资质，就是业务外包的相应业务资质，整个服务范围，营业执照上没有的。没有这样一个营业范围，那么你开这个服务费发票就可能会被认定为虚开增值税发票，虚开增值税发票当中有一个就是“超服务业务范围”，所以盒马就用了劳务所得这样的方法处理，而没有用这种业务外包模式。

因此，做业务外包，要看什么呢？就是你的业务正好和原用人单位这个营业

范围是匹配的，那么这个业务外包的形式是很完美的，是可以使用的。

那么有人说找一个平台公司，比如人力资源公司不就可以了吗？首先是调入单位去把这个服务费去打到给人力资源公司，然后人力资源公司开具这样一张发票，那么这个之间是肯定没有问题，人力资源公司肯定有这样资质，那么他把钱打过去，把发票开过来，也没涉及虚开增值税发票啊，这个流程也是合规的。

接下来一个问题呢，是人力资源公司再把这笔钱去打给员工，以什么形式打给员工呢？以经营所得的这个形式。比如你是可以成立一个主体，个体户，个独企业等等，能够拿经营所得，那么个人所得税法这次改革之后，自然人也就是个人，也可以有经营所得收入。这样一来的话，就是这个员工开发票给单位，然后单位把钱给到员工，这个属于经营所得。采取这种方式，整个流程把这个账全部可以做完，目前来看这种方式是可以的。

避坑指南：

1. 单位之间可以外包，包括合作、承揽都可以，但是前提最好找一个有营业执照的公司，或者是个体工商户，并且这个经营主体的营业执照的范围与用人单位的使用范围相匹配，并开具发票。

2. 如果是单位内部员工承包，可以让员工成立一个个体工商户，然后双方签订承包或合作协议，那么这种就属于企业之间的合作关系了。

3. 一定要有实质经营，就是要提供真实的服务，如果没有实质经营，很可能被认定虚开增值税发票以及规避用工责任的行为。

除此之外，常见的多元化用工还有借调、业务代理、居间等多种模式，在劳动法、税法、社保法上都各有自己的优点与缺点。

所以，选择用工模式，不能只看哪种最优，要选择自己适合的，适合的才是

最好的。

后疫情时代，企业如何进行用工架构降低成本呢？总体来说，企业的用工应当采用不同的策略提前来作规划。

1. 全日制劳动关系要作精简

核心业务用工仍然建议以全日制为主。比如技术岗位、销售主管，当然这些会和公司的股权激励组合来考虑。

2. 非核心业务要外包

像一些非核心的业务完全可以进行业务外包。小公司包括这个出纳、非做总账的财务、法务岗位完全可以去做外包。不养人，我需要的是业务，那么这样一来，可以去节省很多人工成本，节省社保费用，以及离职风险，还有女员工三期待遇等等一系列的用工风险。另外，因为我提供外包服务，可以开一张增值税专用发票，那么这样还可以做一个进项税的抵扣，其实对成本是很大的优化

3. 社会化用工要灵活

当然不是说全部可以做灵活用工，部分符合的完全是可以做灵活用工模式的。中国中小型企业，生活在水深火热当中，他更考虑的是成本啊，那么就是如何去利用好国家这些政策来去优化，特别是税收，去做一个筹划是非常有必要的。现在公司从顶层的设置到底层的基础设置优化，他们都在做一件事情——把企业给拆分，高端岗位在做股权化，中端岗位在做合伙化，低端岗位在做经营所得的社会化啊，这个是未来的趋势。

《九民纪要》发布后，公司认缴制下股东出资义务提前到期的适用问题探析

卢世林 发现律师事务所专职律师

2019年7月，笔者曾因代理的某宗追加债务人的股东为被执行人的执行异议之诉案件一审败诉，而在当时就股东出资义务提前到期问题撰写发表了《公司认缴制下股东出资义务提前到期的适用问题探析》一文。此后，又经历该案被二审法院维持原判、最高人民法院发布《关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》（以下均称“《九民纪要》”）等事件，因此该问题又有了新的处理方向，笔者遂在本文中予以详述。

一、理论界对于股东出资义务提前到期问题的争议

《九民纪要》发布前，理论界对于股东出资义务提前到期问题主要存在以下观点：

第一种观点认为：虽未届出资期限，但股东仍应以认缴的出资为限对公司债务承担责任，即出资期限可以提前到期。

该观点主要的法律依据有：

《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十七条规定：“作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第十三条第二款规定：“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院

应予支持;未履行或者未全面履行出资义务的股东已经承担上述责任,其他债权人提出相同请求的,人民法院不予支持。

该观点认为:

1、公司章程约定的认缴出资期限属于内部约定,不能对抗公司的债权人。

虽然公司章程对股东出资期限做了特别规定,但内部约定并不能对抗外部第三人。并且出资义务是股东的法定义务,章程关于出资期限的约定仅是对股东法定出资义务做出的内部约定,不能对抗公司债权人要求股东履行出资义务的请求。公司章程对于外部第三人没有拘束力,所以债权人有权请求股东出资责任提前到期。

2、允许股东出资义务提前到期,具有救济成本低、效益高之优势。

未届期的股东出资在公司破产时必须加速到期,但不只是公司破产的情形才能引起股东出资提前到期。若规定出资责任加速到期仅限于破产与清算,等于逼迫债权人提起破产申请,而该程序并不能使债权人、股东、公司任何一方受益。若某个、某几个股东可以加速到期的出资足以偿付公司债务,就无需置公司于破产境地。

第二种观点认为:出资未到期的股东不应承担责任,即不能加速到期。

该观点认为:

1、加速到期缺乏请求权基础。

根据目前法律规定,认缴出资的期限提前到期仅限于公司破产和清算的场合,除此之外,在没有明确法院依据的前提下,股东出资义务不应被提前到期;

2、不应当对法律规定进行扩大解释。

根据《公司法司法解释三》第十三条第二款,股东承担责任的前提之一是股

东未履行或者未全面履行出资义务，而股东认缴期限未到，则股东尚未违背认缴承诺，就不存在未履行或者未全面履行出资义务的情形，债权人自然无权要求股东承担补充赔偿责任；

3、商业交易应适用风险自担原则。

《公司登记管理条例》第二十条规定：“记载股东出资期限属于公司章程的公示信息之一”、《注册资本登记制度改革方案》第二条也明确规定：“公司应将出资期限等情况通过市场主体信用信息公示系统向社会公示”。通过信息化、网络化形式，公众更易获得股东出资信息，债权人在与公司进行相关交易前，完全可以就其公开信息进行了解、合适，因此债权人应当自行承担因其已知信息而产生的风险；

4、单独提前清偿损害公司其他债权人利益。

如果公司不能清偿单个债权人的到期债权，那么其往往也存在资不抵债或者明显缺乏清偿能力的情形。为保障全体债权人的权益，债权人应申请公司破产。进入破产程序之后，根据《企业破产法》第三十五条关于“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制”的规定，加速到期股东的认缴出资义务。

第三种观点认为：在特定条件下，股东出资义务可以加速到期。

主要有以下依据：

《最高人民法院民二庭第七次法官会议纪要》“公司不能清偿到期债务时，单个或部分债权人起诉请求股东以其认缴但未届出资期限的出资承担清偿责任的，人民法院一般不应支持。某项债权发生时，股东的相关行为已使得该债权人对股东未届出资期限的出资额产生高度确信和依赖，在公司不能清偿该债权时，法院可以判令特定的股东以其尚未届出资期限的出资额向该债权人承担清偿责

任。”

该观点认为：

原则上公司的债权人不能向未届出资履行期的股东主张由其承担补充赔偿责任。

但在公司不能清偿到期债务，经营已经面临严重困难，任由其发展难以为续甚至具备破产原因而未申请破产或者债务公司股东恶意延长出资期限时，允许债权人请求股东在未出本息范围内承担补足责任，而不必等到公司解散、破产或出资期限届满之时。

另外，该观点认为公司债权人可分为非自愿债权人和自愿债权人，前者是指与公司发生债权债务关系非双方意思表示一致（如公司产品引发的侵权责任），后者则相反（如合同之债）。非自愿债权人对成为公司债权人无法预期和拒绝，不应要求其了解公司信息并承受知悉该信息后风险自担的义务，所以其有权直接要求股东承担补充赔偿责任。自愿债权人则不同，在债权成立之时有自主决定权，其应为照顾自己利益而去了解公司资产状况包括其股东出资状况，在知晓股东出资期限约定的情况下，负有尊重义务，应当适用风险自担、责任自负的原则。

二、《九民纪要》发布前，各级法院对于该问题的倾向性处理意见

《九民纪要》发布前，各级法院对于股东出资义务加速到期问题的处理意见普遍采取上述第二种观点，即股东出资义务不能提前到期，部分相关裁判要旨摘录如下：

1、江西省抚州市中级人民法院

《公司法》规定公司出资期限由股东自行决定，在股东出资期限尚未到期的

情况下，无法认定该股东存在迟延出资的行为，因此无法适用《公司法司法解释三》第十三条第二款的规定。并且，认缴制系公司法的明文规定，而加速到期实质上是加重了股东的个人责任，这种对个人责任的科处，在法无明文规定的情况下，不宜对相关条款做扩大解释。

2、上海第二中级人民法院

认缴制是现行《公司法》的明确规定，虽然从理论上而言，有必要对股东认缴行为进行规范，但能否直接裁判加速到期尚存在较大理论分歧，而现行法律对此也没有明确规定。股东认缴出资的金额、期限都明确记载于公司章程，也能通过企业信用信息系统查询，债权人应当知晓且应当预料到交易风险，此种情况下基于保护债权人债权实现的期待利益而要求股东放弃期限利益，缺乏正当性。

3、江苏省南通市中级人民法院

在实行公司注册资本认缴制下，对股东出资责任加速到期，是对《公司法》中注册资本认缴制的突破，加重了股东个人的责任，在法无明确规定的情形下，不宜对法律相关条款作扩大解释。

4、重庆市九龙坡区人民法院

股东出资认缴制是公司法的明文规定，股东依法获得分期缴纳出资的期限利益应当予以保护。而加速出资到期无疑是对认缴制的突破，这种突破从实质上加重了股东的责任，在法无明确规定的情况下，不宜对相关相关条款作扩大解释。也就是说，在认缴制下，因认缴期限未到期而未出资的股东不属于“未履行或者未全面履行出资义务的股东”。

而在笔者代理的执行异议之诉案件的二审判决中，成都中院认为：

“在执行中追加未出资或未足额出资的股东作为被执行人，其蕴含的法理是：

股东对公司的到期债务未履行，导致公司不能清偿对债权人的到期债务，申请执行人代位公司要求股东履行出资义务，而产生补充赔偿责任。因此，公司章程规定的出资期限届期是追加股东为被执行人的必要条件，除非有证据证明公司章程约定的出资期限已经符合股东滥用公司独立法人人格和股东有限责任逃避债务的情形。根据《中华人民共和国企业破产法》第三十五条规定，“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（二）》第二十二条第一款规定，“公司解散时，股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产。股东尚未缴纳的出资，包括到期应缴未缴的出资，以及依照公司法第二十六条和第八十条的规定分期缴纳尚未届满缴纳期限的出资。”股东的出资义务加速到期只在公司破产或解散的情形下适用，被上诉人没有解散或破产，其股东的出资义务不适用加速到期规则。上诉人主张出资应加速到期，从而应追加被上诉人为被执行人的上诉理由没有法律依据，本院依法不予支持。”

综上，各级法院倾向性的采用笔者上文所述第二种观点的理由如下：

（1）认缴期限加速到期缺乏明确的法律依据

根据目前法律规定，认缴出资的期限提前到期仅限于公司破产及解散清算的场合，除此之外，不应被提前到期，且不应该对法律进行扩大解释。根据《公司法司法解释三》第十三条第二款，股东承担补充赔偿责任的前提之一是股东未履行或者未全面履行出资义务，而判断股东是否履行出资义务是依据其认缴承诺而言的。若股东未违背认缴承诺，就不存在未履行或者未全面履行出资义务，债权人自然无权要求股东承担补充赔偿责任。另外，《最高人民法院关于当前商事审判工作中的若干具体问题》中阐述，目前尚无法律、司法解释对股东因出资期限未届满而未缴纳出资而承担出资责任进行明确规定，因此此时的未缴纳出资为合

法而不是非法，所以不能当然适用上述司法解释的规定。

(2) 出资义务提前到期可能损害其他债权人的利益

如果允许公司单个或部分债权人直接起诉公司及股东主张股东承担补充赔偿责任，在股东就该案件承担完补充赔偿责任后，公司的其他债权人的债权便可能无法得到清偿。因此，此种方式实际上侵犯了其他债权人平等受偿的权利，势必会损害到公司其他债权人的利益。

(3) 债权人有能力预判公司的风险承担能力的，应当自担风险

依据风险自担原则，债权虽为相对权，但经过公示即具有一定的涉他效力，股东的出资期限同样如此。公司章程作为一种限制性公示法律文件，记载了股东认缴出资数额、实缴数额、实缴期限、实缴方式等内容，债权人在与公司进行交易前，是可以通过正当途径调取知晓相关内容的，预判公司的风险承担能力。

(4) 债权人存在其他的救济途径

如果公司不能清偿单个债权人的到期债权，那么其往往也存在资不抵债或者明显缺乏清偿能力的情形。为保障全体债权人的权益，债权人应申请公司破产。进入破产程序之后，根据《企业破产法》第三十五条关于“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制”的规定，加速到期股东的认缴出资义务。

三、《九民纪要》的发布对于解决该问题的影响

《最高人民法院关于印发〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉的通知》（九民纪要）6. 【股东出资应否加速到期】在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，

下列情形除外：

(1) 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；

(2) 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。

《九民纪要》发布后，笔者本以为该规定第六条能够使得各级人民法院在处理类案时倾向的采用上述第三种观点，即“在特定条件下，股东出资义务可以加速到期”，但经笔者检索案例发现，对于该规定的理解，各级法院不尽相同：

1、有些法院认为完全不应参照适用该规定。

如：重庆市第五中级人民法院（2020）渝 05 民终 97 号、（2020）渝 05 民终 98 号

裁判要旨：在注册资本认缴制下，现行法律规定股东的出资加速到期的具有两个法律依据：1、《中华人民共和国企业破产法》第三十五条规定：“人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。”；2、《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（二）》第二十二条第一款规定：“公司解散时，股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产。股东尚未缴纳的出资，包括到期应缴未缴的出资，以及依照公司法第二十六条和第八十条的规定分期缴纳尚未届满缴纳期限的出资。”上述两个法律依据规定了公司不能清偿债务时股东认缴的出资应加速到期只能是破产和解散两种情形，公司在正常存续的情况下现行法律并未赋予公司债权人请求公司股东出资义务加速到期的权利。

2、有些法院认为该规定不应在执行程序中适用，而仅能适用于民事审判程序中。

①上海市宝山区人民法院（2020）沪 0113 执异 7 号

裁判要旨：至于申请执行人认为依据相关规定被执行人已具备破产原因但不申请破产的，第三人赖才梯、赖志福作为被执行人的股东应在未出资范围内对被执行人不能清偿的债务承担补充赔偿责任，则不宜在民事执行中变更、追加当事人的程序中直接作出认定，申请执行人可通过其他合法途径主张相应的权利。

②宜昌市西陵区人民法院（2020）鄂 0502 执异 27 号

裁判要旨：本院认为，在执行程序中，对个别债权的实现实行股东出资加速到期，将冲击概括债权的实现，无法平等保护全体债权人利益，对其他债权人不公平，同时《九民纪要》第六条规定的股东出资义务加速到期系股东损害债权人利益责任纠纷，该规定不应在执行程序中适用。”

3、当然也有法院认为该规定可以作为股东出资义务加速到期的依据

①义乌市人民法院（2020）浙 0782 执异 82 号

裁判要旨：作为被执行人的企业法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东、出资人或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的，人民法院应予支持。

②慈溪市人民法院（2020）浙 0282 民初 4448 号：

裁判要旨：本院认为，艾普莱斯公司作为债务人经本院执行查明无可供执行的财产，在本案审理过程中也未见有证据显示艾普莱斯公司尚有足以清偿原告债权的资产，故应认定艾普莱斯公司已经具备破产原因，各股东未届认缴期限的出资应视为已经到期，各股东应当履行相应出资义务，对原告未获清偿的债务承担补充赔偿责任。现第三人的工商登记材料中未见有实缴出资登记，而被告胡海航、

胡建月亦未到庭陈述其出资情况，也未就此提供任何证据，故应在其各自认缴出资范围内对第三人艾普莱斯公司债务不能清偿部分承担补充赔偿责任，本院对原告的诉请予以支持。

4、当然，存在更多的情况是：申请人无法证明被执行人具备破产原因而导致法院不予支持其追加请求。

①深圳市龙岗区人民法院（2020）粤 0307 执异 75 号

裁判要旨：强制执行程序中追加被执行人是特定情形下对执行依据义务履行主体的扩张，应当严格遵照法律及司法解释关于追加被执行人主体的相关规定，且直接追加股东为被执行人，将对被追加人的实体权利义务产生重大影响，故应当充分保障被申请追加人的程序性权益，严格遵循形式审查为主原则。具体到本案，虽然素木家居公司的 2017 年、2018 年年度报告显示股东孙婷实缴为 0，考虑到该报告的公示为即时信息，其不能反映股东的后续出资情况，在被申请追加人去向不明、无法送达的情况下，不宜直接在执行程序中追加被执行人公司现股东孙婷为被执行人。

②河北威县人民法院（2020）冀 0533 执异 23 号

裁判要旨：本院经审查认为，执行程序中追加被执行人，必须有明确的法律规定。曙翔通达资本管理有限公司作为被执行人曙翔科技园威县开发管理有限公司的股东，其出资期限未到期，但案件正在执行中，且申请人四川屹东方建设工程有限公司提交的证据亦不足以证实被执行人具备破产原因而不申请破产，故对其要求追加曙翔通达资本管理有限公司为被执行人的申请，本院不予支持。

综上所述，尽管《九民纪要》的文件性质使得其并不具备普遍适用效力，无法作为各级法院的裁判依据，但是其载明的处理原则，仍使得越来越多的法院在处理股东出资义务是否应当加速到期问题时考虑是否存在“（1）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；（2）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”的情形。

因此，在进一步的法律文件出台之前，债权人在考虑追加出资期未届满的股东为被执行人时，需要更加关注能够证明债务公司股东符合上述情形的相关证据，以便维护自身的合法权益。

优化营商环境下的中小股东权益保护——以股东盈余分配请求权的实现为视角

王里新 发现律师事务所高级合伙人

宫丽 发现律师事务所专职律师

摘要：法治是最好的营商环境，而保护股东尤其是中小股东的合法权益，则是优化营商环境的重要内容。股东参与公司利润分配作为一项重要权利，权利实现时因存在公司法中资本多数决原则的局限性，司法介入存在其必要性，在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》出台后，为股东盈余分配请求权进一步提供了司法救济的适用依据，但在肯定抽象的股东盈余分配请求权的同时，存在中小股东实现盈余分配请求权的操作性较难，举证责任较重等问题。本文基于股东盈余分配请求权的理论基础，通过实证分析，在借鉴国外经验的基础上，从引入合理期待原则，考虑合理分配举证责任，适当确定盈利分配额等方面提出完善建议，为实现股东盈余分配请求权提供司法保障。

关键词：中小股东利益、盈余分配请求权、司法介入、滥用股东权利

2019年10月22日，国务院颁布了《优化营商环境条例》，该条例第十六条规定，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。在我国经济发展已转型、亟待用更优化的营商环解除中小投资者后顾之忧的现实语境下，虽然最高法出台司法解释对中小股东权益保护的相关制度进行了完善，但是司法救济路径的逼仄，也让中小股东权益受损时往往难以实现其权益。

一、问题的提出

盈余分配权请求权，也可以称为股利分配请求权，或者利润分配请求权，指在公司有利润可分配时，基于其公司股东的资格和地位而享有的请求公司向自己分配利润的权利。我国法律并未对其概念与性质进行明确的规定，公司法将分配方案表述为利润分配方案，公司法司法解释（二）中表述为利润分配请求权，最高人民法院的《民事案件案由规定》中明确将公司盈余分配纠纷设定为民事诉讼案由之一。

我国对股东盈余分配请求权的救济规定了几种方式，第一，公司法第二十条规定了股东的诚信义务，禁止滥用股东权利，以及损害赔偿制度。第二，公司法第二十二条规定，如果股东会作出不予分配股利的决议，但会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或公司章程，或决议内容违反公司章程，股东可请求法院撤销决议。第三，公司法第七十四条规定了异议股东的股份回购制度，公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合分配利润条件，投反对票的股东可请求公司按照合理的价格收购其股权。第四，公司法司法解释（四）第十四条规定，股东提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会的有效决议，公司拒绝分配利润且其关于无法执行决议的抗辩理由不成立的，人民法院应当判决公司按照决议载明的具体分配方案向股东分配利润。第五，公司法司法解释（四）第十五条规定，滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的，请求公司分配利润的，应予支持。

股东投资公司的目的在于能够获取收益，实现盈余的分配。在当前救济方式下，中小股东对权益实现仍缺乏直接效果，控股股东可利用其优势，在符合召集程序和表决方式的情形下，形成不分配利润或只少量分配部分利润的决议；或间断分配利润，而规避公司连续五年不向股东分配利润的规定。对此，中小股东即使能启动公司按合理的价格收购其股权，但合理价格的确定，收购对价的支付完成都有可能最终通过漫长的诉讼达到，而中小股东对证明不分配或少分配利润系滥用股东权利更是难以完成。故本文意在结合司法实践案例，从保护中小股东权益出发，对在有限责任公司中寻求盈余分配解决路途进行探讨。

二、股东盈余分配请求权的理论基础

（一）公司法的立法目的

营商环境是指企业活动包括投资与经营所处的环境，具体到公司经营中内部

的关键点，在保护股东的利益作为我国公司法的立法目的已有明确规定前提下，如何有效实现股东的利益更为迫切。公司法司法解释（五）于2019年4月28日发布，最高人民法院民二庭相关负责人表示，“保护投资者权益是我国公司法的重要立法目的之一。”制定该司法解释，对中小投资者权益保护等相关制度进行完善，有利于为优化营商环境提供良好的司法保障，有助于形成依法保护中小投资者权益的良好法治环境和社会氛围。

（二）资本多数决原则的缺陷

《公司法》第四十二条规定，除章程另有规定外，股东按照出资比例行使表决权。因此，通过表决权的行使控股股东对公司的决策具有重大的作用。自1944年英国枢密院 FossV.Harbottle 案后，资本多数决原则便在公司自治中占有重大作用。资本多数决的原则有利于提高公司的决策效率，但由于股东之间的利益偏好不同，中小股东一般期望能够以盈余分配的形式获得定期的投资收益，而控股股东为了公司利益，如扩大公司经营，增加商业机会，增强抵抗风险的能力等，两者之间难免产生冲突。而资本多数决原则有时候也会成为控股股东压制中小股东的“合法”手段，一方面，控股股东可以直接干涉股东决议，或直接以自身的意志形成股东会决议；另一方面，控股股东可以通过获取高额报酬、奖金等，以致于最终在公司的盈余分配时很少。尽管控股股东与中小股东均为公司的投资者，但在资本多数决原则下，二者之间的利益、权利并不平衡，借助司法救济来实现股东之间的实质平等与维护利益平衡，是弥补资本多数决原则缺陷的迫切需求。

（三）权利滥用的限制

滥用权利形态的多样性决定了其法律后果的纷繁复杂及独具特性，尤其是具有不同于侵权责任的法律后果。公司作出盈余分配决定的过程实质上就是股东会

行使盈余分配决定权的过程，盈余分配决定权是股东会的法定权利，而权利都有一定的界限，当权利行使超出了适当限度而损及他人合法权益或者社会公益时，即构成权利滥用。如果控股股东为获取更大利益而凭借自身股权优势来操纵股东会，损害到其他股东的盈余分配请求权，其作出的决议自然也就丧失了基本的合理性基础。

崔建远先生曾指出，“确立权利滥用的标准，区分权利滥用的类型，细化权利滥用的法律后果，是我们面临的艰巨而又必须完成的任务”，法院在判决进行盈余分配，更需要在权利的滥用标准和判定上进行细化。

（四）司法介入的必要性

公司向股东分配盈余属于公司自治的范畴，原则上不宜司法直接介入。但是，公司自治原则并不是公司法所遵循的唯一原则，公司法作为法律，同样需要遵循法律正义的基本价值。从股东角度，司法介入是保障公平，防止“多数人暴政”的一种手段。虽然从外部看，公司是一个单独的主体，但这不能在客观上否认公司参与人依然是独立的个体，个人会有着与其他参与人以及整个公司不同的目标函数，公司内势必存在着复杂的利益分歧。中小股东盈余分配请求权因控股股东操作控制公司利润分配受到侵害时，外部救济有其必要性，否则，中小股东对公司的投资无异于被动地沦为无利息的长期贷款，同时存在永远无法收回的风险，法律的公平价值受到严重破坏。

三、股东盈余分配纠纷的实证分析

在中国裁判文书网 <http://wenshu.court.gov.cn> 及 <https://alphalawyer.cn> 检索截至 2019 年 10 月有关股东盈余分配纠纷，同时包括股东知情权纠纷、民间借贷纠纷、损害股东利益责任纠纷、股东出资纠纷等案例，共计 350 例。因法院在审理其他案由中，原告的诉讼请求中也会涉及到股东一并提起公司盈余分配，

故在实证分析中，未将其他纠纷剔除。通过对比分析，350 例案例中，对提出盈余分配得到法院支持的只有 12 例，占比仅为 3.4%。

（一）股东盈余分配纠纷相关主体

1. 原告主体

从持股比例上来看，依法律规定与实务经验，股东持股 10%、30%、50%便可分别享有不同的重要权利。作为起诉的原告主体，在检索的案例中，股东持有的股权比例在 30%以下的占大多数，属于中小股东的范畴。从在公司的任职方面，起诉的股东大多数未在公司任管理职务。

2. 被告主体

在检索案例中，存在两类被告主体，一类是控股股东，另一类是公司。股东的盈余分配请求权对应的主体为公司，因存在具体侵害权利的责任主体往往包括了控股股东，因此，控股股东也作为被告主体。从公司类型上，股份公司作为被告的为 23 例，除此之外的被告均为有限责任公司。

（二）股东盈余分配纠纷的裁判结果

1. 得到支持的案例

从 12 例得到法院支持的案例中，法院判决公司支付盈余分配款，部分法院还判决支持了利息主张，并由控股股东连带承担责任。具体到裁判理由上，主要有，一是，已有盈余分配方案，公司一直未进行分配；二是，如公司成立后一直未分配利润，未召开股东会会议，也未依法和依公司章程的规定向股东公开公司的相关经营信息；在处置公司资产时未通知其他股东，被认定为滥用股东权利；三是，被告对于公司经营中是否产生利润、是否有可供分配的利润均系明知，在未对盈余分配方案形成股东会或股东大会决议情况下司法权介入盈余分配纠纷，

系因控制公司的股东滥用权利损害其他股东利益，严格公司举证责任以保护弱势小股东的利益，被告掌握公司全部财务账簿，对是否有可供分配的利润承担举证责任，被告采用消极的应诉方式只答辩、不举证，由其承担不利的法律后果。四是，公司以其他方式进行了变相分配利润。

2. 未得到法院支持的案例

在检索的案例中，股东提起要求进行盈余分配而未得到支持的案例占大多数，对此，在法院驳回理由主要有，一是，是否分配利润是公司作为市场主体和自治主体的商业判断范畴，公司可根据市场行情及公司发展规划，由公司的股东会作出是否进行利润分配的方案，司法一般不干预。二是，原告未提交可分配利润的证据，或者提交的证据未取得其他股东的认可。三是，原告并未提供证据证明其提议召开过临时会议或董事会，要求对公司的盈余进行分配，亦未提供证据证明存在本案中滥用股东权利导致公司不分配利润的情形；或者提供的证据不充分，无法达到证明目的。

（三）小结

通过以上实证分析，因上市公司信息披露和盈余分配制度相对完善，故盈余分配请求权纠纷主要发生在有限责任公司；原告多为中小股东、无管理职务的股东；争议焦点主要在公司是否应当盈余分配、分配数额和是否足以证明滥用股东权利；在无盈余分配股东会决议的前提下，法院裁判时多倾向于交由公司内部解决。而从中小股东的权益实现上，如本身未能参加经营，则能够提供的证据有限，虽然公司法对股东知情权有明确规定，但实践过程中，如需要股东先行使股东知情权，再举证可分配利润的，则在司法资源以及权利的实现上无疑增加了不便。如在桂林丰源电力开发投资有限责任公司与资源县翔云水电有限责任公司公司盈余分配纠纷一案中，原告先提起股东知情权诉讼，在执行过程中才得知公司应

分配利润。此外，证明滥用股东权利更是困难，又无具体量化和统一标准，导致中小股东难以胜诉。

四、实现股东盈余分配权的建议

盈余分配是公司大小股东之间利益争夺的重要领域，归纳起来，司法干预的标准模糊，法官不愿作出强制盈余分配的判决，当事人的证明责任分配失衡等导致即使提起诉讼，在股东实现盈余分配请求时也较为困难。为此，建议在寻求公司自治与司法介入平衡的过程中，考虑以下解决路径。

（一）引入合理期待原则

合理期待（Reasonable Expectations）是指公司股东间相互负有的以真诚、公平、符合理性的方式营运公司的义务以及股东间、股东与公司间最初具有和后来建立起来的良好企盼和愿望。合理期待原则认为，有限公司不仅仅是一个拥有自身法律人格的实体，还有承认在这个实体背后或者其中的特定事实的必要，即一些享有权利、满怀期待并承担义务的个人，他们之间往往具有亲密的关系，存在各种相互知悉的与自身利益密切相关的良好期盼和愿望，这些合理期待是股东参与公司的前提和根本目的，公司及其控制者有义务保护股东的各种合理期待，从而维持股东之间的信任关系和公司的存续。

在认定股东滥用权利存在困难时，建议可以从另一方面着手，对合理期待原则制度予以明确引入，该原则关注的是控股股东的行为致使中小股东的合理期待落空，由人民法院以中小股东权益为中心、关注股东合理期待认定压制挤出行为而进行认定。具体到双方责任分配，原告初步证明压制行为存在，然后便将举证责任转移至被告，由被告来证明不构成压制，公司决策均是正常的商业判断，法院可以审查中小股东对利润分配的合理期待是否落空，从而判定控股股东是否构成权利滥用。

（二）增加被告或第三人主体

从公司实际运营来看，存在控股股东与董事，如有必要，可增加控股股东、董事作为被告或第三人，一是有利于查明事实，二是有利于判决的执行。

（三）合理分配举证责任

1. 原告需证明的事实：

（1）原告系公司股东的证据，如工商登记信息、公司章程、工商登记、出资证明等。

（2）原告已经穷尽内部救济。

（3）不合理分配利润的事实，即公司已经常年无正当理由而不分配利润。对于变相分配利润、转移公司利润等事实可借鉴侵权责任法中的“过错推定”，原告可主张存在上述事实，但不负证明责任。

2. 被告需举证证明的事实：

（1）公司的经营情况报告；财务报告、资产负债表、利润表、现金流量表等。

（2）公司不分配利润的理由及证据。

（3）公司的各项交易记录正常，不存在股东滥用权利的情况。

综上，在中小股东在起诉时，仅需要提供诸如原告诉讼主体适格、公司存在盈余、存有股东权利滥用行为等表面和初步的证明责任，将超越原告能力范围之外的举证责任转移至被告公司及控股股东或董事身上，以平衡原、被告之间的举证责任。

（四）适当确定盈利分配额

股东行使盈余分配请求权，必然涉及公司应分配盈余的具体数额，干预和确

定的标准尚无明确规定，综合前文检索的案例，有一例案例法院参照上一年公司后备基金的提取比例以及上一年的分配方案比例，进而确定利润分配的总额。建议在立法上可从以下几方面考虑：

1. 确定最低盈余分配额

通过检索国外公司立法，鲜有对公司最低盈余分配额的规定，暂时仅在德国的《股份法》中第二百五十四条规定，如果根据理性商人的判断，即使为了确保可预见的一定时期内公司在经济上和财务上的生存能力与抗风险能力，也没有必要设立盈余公积金或者将利润结转到下一年度，并将红利分配率降至股本的 4% 以下，那么股东就可提起公司股东会决议撤销之诉。我国公司法已规定，在公司分配当年税后利润时，应先弥补亏损后，再提取利润的 10% 列入法定公积金，而且有的公司股东会还决议提取了任意公积金，即使未提取任意公积金，在当年税后利润弥补亏损和提取法定公积金后，公司的经营风险已明显可控，结合前文的合理期待原则，可以考虑将一定比例的剩余税后利润作为最低分配的红利。

2. 参考上市公司的分配额

《中国证券监督管理委员会关于修改上市公司现金分红若干规定的决定中国证监会》（中国证券监督管理委员会令第 57 号），将《上市公司证券发行管理办法》第八条第（五）项“最近三年以现金或股票方式累计分配的利润不少于最近三年实现的年均可分配利润的百分之二十”修改为：“最近三年以现金方式累计分配的利润不少于最近三年实现的年均可分配利润的百分之三十”。为此，可在立法中参照作出明确规定。

五、结语

《优化营商环境条例》，以政府立法为各类市场主体投资兴业提供制度保障，其中也包括保护投资者的利益。资本多数决原则下可能使得股东之间某些不公平

的行为拥有“合法性”的外衣,如大股东长期不进行盈余分配,恶意阻碍,或通过其他方式变相分配利润。公司法司法解释(四)虽在一定程度上为中小股东行使盈余分配请求权提供解决的方式,但在面对复杂案件,尚难高效、经济、直接达到效果。股东实现盈余分配请求权的制度建立,从立法上兼顾投资者的合理期待,平衡举证责任,确定适当的盈利分配额,将有助于有效解决控股股东与中小股东的利益冲突,维系公司自治与司法介入平衡,从而进一步优化营商环境。

对劳动争议仲裁制度的体会与思考

刘玲 发现律师事务所专职律师

摘要：劳动争议仲裁制度建立的初衷是为分流、遏制劳动争议，保障劳动秩序而设计。不可否认的是，制度实施多年来也的确起到了一定的争议分流效果，然而，与制度设计的良好初衷不相适应的是，现行体制的设置实质延长了整个审理过程。本文试图分析劳动争议仲裁制度的现实状况，希望引发相关立法、司法机构及从业者更多的关注与思考。

关键词：劳动争议、仲裁、制度、体会、思考

上世纪 80 年代中期，劳动用工制度开始随市场经济体制改革发展而改革，我国开始建立劳动争议处理体制。至 2008 年 5 月 1 日《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》（以下简称《劳动争议调解仲裁法》）正式实施，我国现行劳动争议处理体制的“一调一裁两审，仲裁前置”的处理制度基本建立。然而，与制度设计者希望充分利用仲裁背后的行政调节功能，并以相对漫长的救济程序促进劳动争议的自行消化、遏制劳动争议，保障劳动秩序的良好初衷不相适应的是，现行体制的设置实质延长了整个审理过程，加大了当事人维权成本。笔者认为，解决这些问题，需要进行制度的改革，需要立法、司法机构及从业者更多的关注与思考。

一、对程序的疑问：三审终审？

尽管我国《劳动争议调解仲裁法》施行后确立了一部分仲裁终局的案件，但绝大部分劳动争议仍是“先裁后审”。(1)这种矛盾和冲突也导致了实践中劳动争议“三审终审”的困惑，这也是劳动争议仲裁制度饱受诟病的主要原因之一。根据实践中的体会，笔者认为，导致劳动争议需要“三审终审”的原因主要有以下几点：

（一）受限于审限限制及调查取证手段的欠缺，劳动争议仲裁机构对新型或

复杂案件事实的查明力度受限。

1、受审限限制，仲裁机构缺乏充分的时间去查清事实，导致当事人不得不再通过诉讼程序解决纠纷。

我国《劳动争议调解仲裁法》第四十三条规定“仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起45日内结束。案情复杂需要延期的，经劳动争议仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不得超过15日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼”。

而我国《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第一百四十九条规定“人民法院适用普通程序审理的案件，应当在立案之日起六个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准，可以延长六个月；还需要延长的，报请上级人民法院批准”。第一百六十一条规定“人民法院适用简易程序审理案件，应当在立案之日起三个月内审结”。第一百七十六条规定“人民法院审理对判决的上诉案件，应当在第二审立案之日起三个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准”。

两相对比可见同一案件的审理期限在劳动争议仲裁与人民法院审理过程中的巨大差别。劳动争议案件通常充满个性化，尤其对于新型或复杂的争议案件，在审限及案件考核的压力之下劳动争议仲裁机构缺乏充分的时间去查清事实，导致当事人不得不再通过诉讼程序解决纠纷

2、调查取证手段欠缺，使得部分争议的事实唯有通过诉讼程序才能查明。

我国《民事诉讼法》赋予了人民法院调查取证的权利。其中，第六十四条第二款规定：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集”。第六十七条规定“人

民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝”。第八十一条“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以在诉讼过程中向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施”。

然而，《劳动争议调解仲裁法》所赋予劳动争议仲裁机构的调查取证权利仅为第三十九条第二款“劳动者无法提供由用人单位掌握管理的与仲裁请求有关的证据，仲裁庭可以要求用人单位在指定期限内提供。用人单位在指定期限内不提供的，应当承担不利后果”。同时，由于立法机构对劳动争议仲裁在《劳动争议调解仲裁法》未作出规定的情形下是否适用《民事诉讼法》的规定作出明确，学界至今仍存在较大争议，实践中劳动争议仲裁机构无法直接适用《民事诉讼法》之规定进行调查确证也就成为不争的事实。

审判活动是对案件事实认知、判断和确认的过程，证据在审判活动中的重要性不言而喻。在劳动争议案件中，尤其是在劳动者权益受损的争议案件中，由于劳动者的弱势地位和证据意识的欠缺，因客观原因不能自行收集的证据普遍存在，依申请或职权进行调查取证显得尤为重要。限于仲裁机构调查确证权利的欠缺，也导致部分争议的事实唯有通过诉讼程序才能查明。

（二）裁审衔接而证据不衔接、法律适用不衔接，导致案件改判情况普遍，劳动争议仲裁裁决的权威性、公信力受到质疑。

1、裁审程序的证据不衔接，当事人改变陈述和证据的情况普遍存在，案件因此改判而致仲裁裁决的权威性受到质疑。

我国的劳动诉讼采取重新审理原则，法院一般直接抛开仲裁裁决，依据审判标准和诉讼规则来重新认定事实和适用法律。(2) 究其原因在于：民事诉讼的“两审终审”司法程序中并未将劳动争议仲裁作为程序之一。所以，经过“仲裁前置”的劳动争议案件在人民法院的审理仍是按照民事诉讼的一审程序进行，需要重新

组织举证质证并按一审程序另行审理。同时，由于裁审衔接缺乏一、二审程序衔接中的案卷移送制度，禁反言规则的应用也达不到一、二审程序衔接中的严谨，实践中，当事人在一审程序中改变在劳动争议仲裁阶段的陈述和证据情况普遍存在，甚至也有当事人刻意利用规则，故意在仲裁阶段不提供证据，因而导致裁审结果不一，劳动仲裁裁决的权威性也因此受到质疑。

2、裁审程序适用的法律依据不同，也同样可能导致案件的裁判结果发生变化，使仲裁裁决的公信力受损。

从法律适用上，由于劳动仲裁的行政性，其适用大量的规章制度，甚至是规范性文件作为裁决的依据，而法院的劳动争议审判则强调法律适用的统一，以法律、法规作为裁判的依据，规章只是作为裁判的参考，规范性文件仅仅作为参照。在上位法比较笼统的情况下，最高人民法院制定了专门司法解释以在人民法院审理劳动争议案件中适用；而人力资源和社会保障部也制定了劳动争议裁决的程序性规范和实体性规范，用于劳动争议仲裁。两套实体法和程序法分别在仲裁和诉讼领域运行。诚然，在制定有关规定或司法解释过程中，双方可能都相互借鉴和吸收，不可能无视对方的存在，但基于各自的立场，两者的有关规定存在差别在所难免，且很多方面差别还比较大，因而实践中衔接不畅也就难以避免。(3)

裁审证据的不衔接、法律适用的差异，必然导致仲裁和诉讼结果存在差异。这势必造成劳动人事争议处理关口后移，诉讼化倾向严重，既浪费仲裁和司法资源，加重法院案件的压力，增加当事人的讼累，也有损劳动仲裁的权威和公信力，甚至造成仲裁的虚化。(4)

(三)对恶意拖延劳动争议处理程序的行为缺乏有效的惩戒，导致利用程序制度拖延劳动争议处理时间的行为屡见不鲜，加重程序质疑。

1、劳动争议案件诉讼收费过低，导致个别用人单位滥用诉讼程序拖延时间，

损害劳动者权益。

以笔者实践中遇到的一个案件为例。劳动者于 2016 年 1 月受工伤，当年 7 月提起确认劳动关系的劳动仲裁，经用人单位一再提起起诉、上诉，并提出管辖权异议并经一审、二审，直至 2018 年 1 月，方得由生效判决确认双方存在劳动关系。截止 2018 年 12 月，劳动者提起工伤待遇赔偿劳动仲裁因用人单位就工伤认定案件提起的行政诉讼正在一审审理中决定依申请中止案件审理。该案从提起第一次劳动仲裁时间跨度已长达 29 个月，而距离劳动者实际可以获得工伤赔偿还遥遥无期。

诉讼费过低，使诉讼费的惩罚功能缺失，一些用人单位用工时违法，诉讼时拖延，通过诉讼推迟承担责任的时间。用工单位违法用工成本低，导致劳动争议案件有增无减。据重庆五中院调研发现，90%的工伤保险待遇案件，用人单位都是以这种“合法”程序拖延款项给付时间，劳动者经过仲裁、一审、二审、执行阶段最终拿到待遇或赔偿至少也要一年半的时间，这非常不利于保护劳动者的合法权益。(5)

2、对“恶意诉讼”的惩戒依据欠缺，难以形成有效惩戒。

上已述及，由于裁审证据的不衔接，当事人在一审程序中改变在劳动争议仲裁阶段的陈述和证据情况普遍存在，因而导致裁审结果不一。实践中，也有利用劳动案件牟利的恶意诉讼存在。然而，法律上迄今并没有明确使用“恶意诉讼”的概念，导致实践中，如何界定、惩处恶意诉讼，缺乏足够的法律依据，难以对权益受侵害的当事人提供充分的、有效的法律救济。

同时，我国现行法律中，对恶意诉讼的制裁仅有民事诉讼法中妨碍民事诉讼的强制措施，及恶意诉讼者败诉后承担诉讼费，并没有规定恶意诉讼者的民事侵权责任，刑事责任更是无从谈起。这对恶意诉讼者难以形成有效惩戒。(6)

从法律的公平性而言,给予各方当事人平等的诉讼权利本是程序公正的基础,对于案件本身存在争议,当事人依法通过程序制度力求保障其合法权利的行为本无可厚非,然而,对恶意诉讼行为惩戒力度的不足,也给了投机者机会,将本易化解的劳资纠纷扩大化,将本不太尖锐的矛盾激化,并把矛盾集中到法院,即扰乱了正常的诉讼活动,也进一步加重当事人“三审终审”的程序质疑。

二、改革方向思考：趋向于准司法程序的改造

1、建立“一裁一审”的裁审体制。

学界对劳动争议仲裁制度的改革方向存在较大争议,总体归纳主要有“或裁或审、各自终局”(7)、“只裁不审”(8)、“只审不裁”(9)、“一裁一审”几种观点。

笔者赞成将“一裁一审”作为当前的制度背景和现实需求之下的主要思考方向。暨,改变劳动争议“仲裁之名”,而继续沿着强制仲裁的基本思路将仲裁程序改造为一个准司法程序,并与法院审判程序相对接,从而建立“一裁一审”的裁审体制。

赋予仲裁机构准司法权,并通过较为严格的类似于审判程序的控制保证仲裁的公正性。在此基础上,在裁审之间建立相当于法院一审与二审的效力约束关系,诉讼不仅以仲裁为基础,而且对仲裁构成监督。也就是说,法院对当事人不服仲裁裁决起诉的案件,根据诉讼请求和案情选择性地进行事实审、法律审、程序审或全面审,并作出维持、变更或撤销仲裁裁决的裁判(王全兴、王文珍,2007)(10)。

笔者认为,劳动争议仲裁制度构建和运行经过了制定者的深思熟虑,是立法者充分考虑我国国情后作出的选择,必然具有其合理性。且制度运行多年来,在化解劳动纠纷、分流劳动争议等方面取得的成绩不容忽视。同时,不可否认的是,目前覆盖全国的劳动仲裁机构网络和一大批具有劳动争议处理专门素质的仲裁

员队伍，是近 20 多年来劳动争议处理实践中所积累的一种最大规模的组织资源（王全兴、王文珍，2007）。因此，改革的基本思路应当建立在如何改造而不是推翻现有的这批宝贵的仲裁资源上(11)。

“一裁一审”的体制可以使裁审有效衔接、实现监督和约束，提高案件审理的质量和效率；也能实质减少劳动争议处理的总体时限、减轻当事人的诉讼负担；同时，也能在一定程度上遏制投机者利用程序拖延承担责任的时间的不良行为。

2、确定新的裁审证据规则。

在裁审证据规则方面，笔者认为应当充分考虑以下两个方面：

首先，赋予仲裁机构调查取证、证据保全的权力有助于案件事实的查明。上已述及，由于劳动者的弱势地位和证据意识的欠缺，因客观原因不能自行收集的证据普遍存在，赋予仲裁机构调查取证、证据保全的权力有助于案件事实的查明。

其次，允许民事证据规则适用于劳动争议仲裁，落实裁审衔接中的新证据规则、禁反言规则，确认仲裁查明的事实及依据的证据可以作为人民法院认定事实的根据可以提高审判效率和公信力。根据证据学规律，距离证据发生时间越近，其可靠性更有保障。证据发生的时间越长，失真的可能性越大，因为时间越长，实物证据湮灭的可能性越大，而言词证据随着时间的推移证人和当事人的记忆会更加模糊，受到外界干预的可能性更大(12)。劳动争议仲裁是争议发生后离事实和证据形成时间最为接近的审理程序，更为容易接近案件的事实真相。同时，实践已证实，由于仲裁裁决书中的证据认定和事实判断通常与一方当事人的利益诉求存在冲突，则难以避免该方当事人在后续的审理程序中对该部分事实和证据进行再加工的情况发生，从而影响后续审理中对案件事实的认定。

故，笔者认为，应当允许民事证据规则适用于劳动争议仲裁，落实裁审衔接中的新证据规则、禁反言规则，确认仲裁查明的事实及依据的证据可以作为人民

法院认定事实的根据可以提升仲裁和司法的权威性、公信力，也可避免当事人利用程序漏洞故意隐瞒证据、改变陈述，影响审判效率。

3、探讨建立对恶意诉讼的违法认定与惩戒措施。

滥用诉权，恶意诉讼侵害了特定法律主体的合法权益，浪费司法资源、扰乱诉讼秩序，损害仲裁、司法公正性和权威性的危害性不言而喻。笔者认为，有必要探讨建立对劳动争议案件中的恶意诉讼的违法认定与惩戒措施，加大违法成本，可以考虑从以下几个方面入手：

其一，研究确定劳动争议案件中恶意诉讼的标准。劳动争议案件中恶意诉讼具有以下特征：1、主体方面，提起诉讼的当事人包括用人单位和劳动者两方面；2、主观上具有恶意，当事人明知其提起诉讼的行为没有事实和正当理由，而积极追求通过提起这样的诉讼实现损害诉讼相对人的利益或者获得不法利益的目的；3、客观上表现为滥用诉讼权利，行为人为了实现恶意诉讼的目的，会不可避免地采用一些滥用诉讼权利的行为，诸如在提起一个虚假的诉讼后，提交伪证，一事多诉、滥用撤诉等⁽¹³⁾。对于一些特殊类型的案件，如工伤案件中的确认劳动关系案件、追索劳动报酬和经济补偿的简单案件等，在现行制度下如经仲裁、一、二审法院审理后查明事实基本一致，裁判结果基本相同的，可以直接认定为恶意诉讼。

其二，充分利用诉讼费用的惩戒措施，考虑提高劳动争议诉讼费用的预收标准，经案件审理完结，根据查明的事实确定由过错方承担或退回无过错方。立法者对劳动争议案件制定较低的诉讼费用标准是便于当事人积极维权，对于当事人确有困难的情形也允许申请缓缴或免缴诉讼费用。笔者认为，在人民法治意识不断提高、诉讼费用也有减免制度的前提下，按民事诉讼的诉讼费用收费标准计算预收劳动争议诉讼费用，并在案件审结后根据查明的事实确定责任方或者退回无

过错方不影响当事人维权，也可以充分发挥诉讼费用的惩戒措施，即可避免当事人滥用诉权侵害他人权利，也可促使当事人客观确认其诉讼请求，避免不当要求。

其三，考虑在查明存在恶意诉讼的情形下，支持他方财产或精神损害的赔偿请求，并明确简化请求程序。对于经查明的恶意诉讼，应当允许受害方对损失的请求。损失不仅包括受害人参加诉讼所花费的财产损失，还包括精神损害赔偿。同时，应当明确简化在查明存在恶意诉讼情形下，权利受损方的请求程序，以及及时、充分保护当事人权利。

其四，加大对恶意诉讼行为的惩罚力度。对认定为恶意诉讼的案件，除承担法律规定的惩罚措施外，检察机关作为法律监督机关，对恶意诉讼的当事人进行失信认定，通报银行、行政机关等部门后录入征信系统作为不良记录。对情节严重，涉嫌伪证罪的，检察机关要督促相关机关依法移送公安机关。对律师参与的恶意诉讼案件，检察机关要及时向司法局提出检察建议，对代理律师予以惩戒(14)。

三、结语

《中共中央国务院关于构建和谐劳动关系的意见》提出，要加强裁审衔接与工作协调，积极探索建立诉讼与仲裁程序有效衔接、裁审标准统一的新规则、新制度。2017年3月21日，人力资源和社会保障部等中央八部门联合颁布《关于进一步加强劳动人事争议调解仲裁完善多元处理机制的意见》(人社部发〔2017〕26号)进一步提出要“建立仲裁与诉讼有效衔接的新规则、新制度，实现裁审衔接机制长效化、受理范围一致化、审理标准统一化。各级仲裁机构和同级人民法院要加强沟通联系，建立定期联席会议、案件信息交流、联合业务培训等制度。”2017年11月8日人力资源和社会保障部、最高人民法院联合《关于加强劳动人事争议仲裁与诉讼衔接机制建设的意见》进一步明确加强裁审衔接机制建设。十

八大以后中央、国务院下发《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》，对完善劳动人事争议的调解和仲裁制度提出了更高的要求。

中央、国务院、各部委、最高人民法院的各项意见充分表明了改革劳动争议裁审制度衔接的决心。改革永远在路上，要彻底改变劳动争议处理质量和效率，提高仲裁和司法的公信力，还需要立法、司法机构及从业者更多的关注与思考。

参考文献

- [1]劳动争议“裁审关系”再思考，李心怡，法制与社会，2018-08
- [2]劳动争议“先裁后审”制度研究的新视角，洪文慧
- [3]劳动人事争议裁审衔接机制构建的新思考，周湖勇
- [4]劳动人事争议裁审衔接机制构建的新思考，周湖勇
- [5]劳动争议纠纷诉讼费过低衍生问题多，郝绍彬、李海霞，重庆市第五中级人民法院网，2014-06-16，
- [6]劳动争议案件中恶意诉讼牟利现象增多应引起重视，深圳市宝安区人民法院网，2015-12-28，
- [7]注：劳动争议发生后，由当事人自愿选择仲裁或是诉讼，申请仲裁则不得再起诉，仲裁和诉讼均具有终局效力。
- [8]注：由劳动仲裁机构专门处理劳动争议，仲裁终局，法院不再受理。
- [9]注：撤销劳动争议仲裁机构，成立专门的劳动法庭或劳动法院，将劳动争议的处理完全纳入诉讼程序。
- [10]对劳动争议仲裁的反思与未来改革之基本思路，肖竹
- [11]对劳动争议仲裁的反思与未来改革之基本思路，肖竹
- [12]劳动人事争议裁审衔接机制构建的新思考，周湖勇
- [13]劳动争议中的恶意诉讼问题分析，薛琴，江苏法院网，2014
- [14]恶意民事诉讼的惩治与检察监督，徐辉，检察日报，2012

劳动争议案件能否提出反诉以及如何提出反诉的讨论与思考

李霁然 发现律师事务所专职律师

摘要：反诉是民事诉讼法赋予被告的基本权利之一，但劳动争议案件作为程序特殊的案件，必须遵循先裁后审的原则。劳动争议案件是否与一般民商事纠纷案件一样被告可以提起反诉，目前各方观点不一。笔者观点倾向于可以反诉但应当满足一定条件，通过本文进行分析阐述与探讨。

关键词：劳动争议、反诉、先裁后审

劳动争议案件是程序上特殊的一类案件，遵从先裁后审的原则，即先仲裁后审理。劳动争议当事人需要先向劳动争议仲裁委员会提起劳动仲裁后，对于仲裁裁决不服才可再诉至法院，一裁终局的情形除外。法院不受理未经过劳动仲裁的劳动争议诉讼或诉讼请求。

反诉这一权利被规定在《中华人民共和国民事诉讼法》第五十一条：“原告可以放弃或者变更诉讼请求。被告可以承认或者反驳诉讼请求，有权提起反诉。”反诉是相对于本诉提出的与本诉争议有关联性的诉请，并可以合并审理，反诉是法律赋予本诉被告的权利。在民事纠纷中反诉较为常见，但是在劳动争议案件中许多观点都倾向于劳动争议在一审阶段不能提起反诉，对此笔者持不同观点，认为应当区分情况来判断，不可一刀切。

案例分析：杨某与成都某科技有限公司劳动争议案中，杨某先向成都市某区劳动争议仲裁委员会提起劳动仲裁，仲裁请求为裁决被申请人成都某科技有限公司支付某月未付工资以及违法解除劳动合同的赔偿金。

仲裁期间成都某科技有限公司于开庭前自行支付了该月工资，仲裁裁决支持了杨某第二项仲裁请求，裁决成都某科技有限公司支付违法解除劳动合同的赔偿金。后成都某科技有限公司不服仲裁裁决向法院起诉要求撤销该项仲裁裁决。

一审期间被告杨某的代理人提交了一份《民事反诉状》，反诉请求共两项，

第一项判令成都某科技有限公司支付杨某在职期间未足额发放的劳动报酬；第二项判令成都某科技有限公司支付违法解除劳动合同的赔偿金，金额有所提高。反诉请求完全对应劳动仲裁审理的内容，与讼争争议具有关联性，符合反诉的条件，在此种情况下笔者认为该反诉应当予以受理。

《劳动争议调解仲裁法》、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》中并未对劳动争议案件在一审过程中能否提出反诉作出明确规定，因此在实务和理论中产生了一定争议。劳动争议案件经过劳动仲裁上升到人民法院则进入了一审阶段，依据特别法优于普通法的原则，在特别法未作出规定时适用普通法的规定，劳动争议一审阶段诉讼规则同样适用《民事诉讼法》的相关规定，因此反诉权利对于劳动争议的被告来说当然享有。因劳动争议案件在程序上毕竟不同于普通民商事纠纷案件，所以反诉是否予以受理应当区别看待。

首先反诉的主体应当是本诉的被告，杨某系本诉被告，主体适格；其次，若反诉请求属于已经经过仲裁审理的事项，那么被告就此事项提起反诉并不违反先裁后审的规则，应当受理。若反诉请求未经过仲裁阶段审理，则不可提出反诉，应当向劳动仲裁委提起仲裁。本案中杨某的反诉请求之一要求成都某科技有限公司支付违法解除劳动合同的赔偿金，该请求事项经过劳动仲裁的审理，被告在知晓原告起诉的基础上对金额认定有异议，提起反诉或以反诉的形式进行答辩的方式并无不妥。略有争议的一点在于第一项反诉请求，在职期间未足额发放的劳动报酬。劳动仲裁审理过程中围绕的是某月未发放的工资，而未涉及在职期间全部的工资欠款，是否属于经过仲裁审理的事项？

笔者认为无论是某一个月还是在职期间全部未足额发放的劳动报酬都属于追索劳动报酬这一事项，应当视为经过仲裁审理，只不过存在漏算漏提、未查清事实或未提供证据的瑕疵。不应将同一范畴的请求视为独立的劳动争议要求另行提起劳动仲裁。从简化程序及时化解纠纷的角度来说也不应增加当事人的诉累，

让当事人不断奔波于仲裁与诉讼之间。

再次，反诉是与本诉一组相对的概念，本案中能否反诉还有一个问题在于起诉期限对反诉是否存在影响。作为劳动仲裁申请人和一审被告的杨某在仲裁裁决书规定的起诉期限内未提起诉讼，能否再因仲裁裁决提起反诉。最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第二百三十二条：“在案件受理后，法庭辩论结束前，原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理的，人民法院应当合并审理。”明确规定反诉应当在一审法庭辩论结束前提出。劳动争议案件因先经过劳动仲裁才进入一审，那么此一审与普通民商事纠纷案件一审在程序上是否一致，也是存在争议的问题，关系到反诉是否会被受理。

仲裁裁决书确定了起诉期限，意味着当事人不服仲裁裁决应当在规定期限内提起诉讼，但一方未提起诉讼丧失的应当是起诉权而不是反诉权。杨某认为可以认可仲裁裁决结果所以决定不再起诉，但并不知道成都某科技有限公司已经起诉的事实。

成都某科技有限公司提起的一审诉讼称为本诉，反诉无法在没有本诉的基础上产生。因此不能以起诉期限要求反诉期限，若如此则变相剥夺了被告的合法权益。

本案中《法院专递邮件详情单》上所载内容以及件内文件显示成都某科技有限公司的起诉状与法院传票一起送达杨某，杨某知晓成为被告时已远远超过十五日的起诉期限。《民事诉讼法》第一百二十五条明确规定，人民法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告。人民法院未能在规定期限内送达起诉状副本，存在错误，从一定程度上也影响了杨某的权利。杨某在提交答辩状的同时一并提交反诉状既不违反法律规定，杨某不知本诉则反诉无从提起，因此也符合法

理人情，笔者认为其反诉应当予以受理。

综上对具体案件的分析结合相关法律的规定，笔者认为劳动争议案件是可以提起反诉的，只要满足适格的主体，反诉请求必须是经过劳动仲裁审理的事项，且与讼争劳动争议具有不可分性，反诉在一审法庭辩论结束前提出的条件就应当受理。若反诉请求为独立的劳动争议则告知当事人就该事项先向劳动争议仲裁委员会提起仲裁。

劳动者拒绝单位调岗的法律问题分析及实践指引

李迎春 发现（重庆）律师事务所 主任

王思橙 发现（重庆）律师事务所 实习律师

实践中，经常会出现用人单位为了经营需要，对劳动者工作地点或工作岗位进行单方调整的情况，而劳动者认为自身权益受到侵害以拒绝到岗、旷工等方式拒绝调岗，这时劳动者可能受到处罚或解除，导致发生劳动争议案件的概率大大提高，本文将从用人单位角度，结合重庆司法实践作出分析。

案情简介一

某药房公司与文某某于2015年7月签订了劳动合同，约定：合同履行地为重庆市；文某某的工作岗位为收银员；药房公司根据工作需要，可以调整文某某的工作岗位；文某某须服从药房公司管理，听从药房公司工作安排、调动，如有违反，则文某某自动与药房公司解除劳动合同；未经书面请假及请假未得到批准，旷工三日以上，则文某某自动与药房公司解除劳动合同。2016年6月，文某某在药房公司考核中排名最后，药房公司根据工作需要将文某某调整到重庆市南岸区上班，工作岗位为营业员。文某某不服从调整，从同月4日起就未上班。药房公司于2016年6月7日、13日两次书面通知文某某在2个工作日内回办公室报到，但文某某均未理会。药房公司遂于同月30日以文某某连续旷工三日以上为由，解除了与文某某的劳动合同。2016年7月22日，文某某以药房公司违法解除劳动合同为由，向仲裁机构申请仲裁，仲裁机构未予受理，文某某遂提起诉讼。

法院裁判：《中华人民共和国劳动合同法》第三十五条第一款规定：“用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容，变更劳动合同，应当采用书面形式。”劳动合同的履行地点属于劳动者求职时应当考虑的重大因素，用人单位调整劳动者的工作岗位应当与劳动者协商一致，不能对劳动者的日常生活

产生重大影响。在本案中，某药房公司未与文某某协商一致将其工作地点调整到重庆市南岸区，对文某某日常生活造成重大影响，存在不当，文某某有权拒绝，但文某某自接到调岗通知后，既未到新的工作岗位报到，亦未回原工作岗位工作，同时也未向劳动行政部门主张相应的权利，而是采取不到岗工作的消极方式对待调岗通知，且在两次接到某药房公司要求其回公司报到的书面函告后，仍未回公司报到，其行为严重违反公司的规章制度，也违反劳动合同的约定。某药房公司据此解除与文某某的劳动合同符合法律规定。

法院遂判决驳回文某某要求某药房公司支付赔偿金的诉讼请求。

案情简介二

1998年7月1日，邓某某入职某电气公司，从2008年10月起其工作地点一直在某电气公司位于龙山路68号的子公司某机电公司，后该子公司基于生产经营需要由龙山路68号整体搬迁至鱼嘴，某电气公司为员工提供了交通车。邓某某以搬迁给其造成不便为由一直未到搬迁至鱼嘴后的某机电公司工作。2016年8月25日，邓某某以某电气公司未提供劳动条件为由提出解除劳动关系，并请求支付经济补偿金。

法院裁判：某机电公司系因客观原因整体搬迁，并非针对特定的劳动者，且其搬迁后的地点与邓某某原来工作的地点均在重庆主城区北部，距离并非特别遥远。虽然工作地点的变化难免会给邓某某带来不便，但某机电公司整体搬迁系出于生产经营需要，邓某某应当负有一定的容忍及配合义务。同时，某机电公司还提供了交通车，为邓某某工作提供了便利条件。故某机电公司调整邓某某的工作地点具有合理性，并非不当。邓某某以某电气公司未提供劳动条件为由提出解除劳动关系，并请求支付经济补偿金的理由不成立。

法院遂判决驳回邓某某的诉讼请求。

通过上述 2 个案例，我们需要考虑以下几个问题：

一、用人单位能否在书面劳动合同中约定可单方调岗？

实践中，部分用人单位为了在劳动关系的管理中占据主动权，往往会在劳动合同中将劳动者的工作性质或岗位约定得较为宽泛，或者明确约定“用人单位可以根据经营需要及劳动者的工作表现适当调整员工岗位”，给予了用人单位单方调岗、调薪的权利，并且通过在劳动合同中列明的方式，使得用人单位这种权利符合法律上“协商一致”的规定要求。但这样的约定是否有效，实践中争议较大。

一部分观点认为，从劳动合同来看双方虽然法律地位平等，但是毕竟实力不同，用人单位在劳动合同中约定单位有单方调岗权，有利用自身的优势地位签订不平等合同的嫌疑，而且从《劳动合同法》的规定来讲，如果允许用人单位在劳动合同中约定可以随意进行调岗，将对劳动者权益的保护不利，因此主张，通过劳动合同赋予用人单位单方变更劳动合同的权利是无效的。

但是另一部分观点认为，劳动者作为完全民事行为能力人，应当对劳动合同的内容和法律后果有清楚的认知，且在双方签订劳动合同时，双方法律地位是平等的，劳动合同中约定用人单位的单方调岗权，是双方协商一致的结果，是劳动者的真实意思表示，不违反法律的强制性规定。而且完全限制用人单位根据经营情况自主调整用工的权利，实际上也不符合市场经济的运行规律及劳动者自身发展的需要。因此，用人单位与劳动者在劳动合同中对工作内容变更的单方调岗权的约定，一般可以作为单方调岗的权利依据，该约定是有效的。

目前司法实践中，有部分法院认定在劳动合同中进行如此约定无效，但是也有法院认可上述约定的效力。就重庆地区来看，根据重庆市高院公布的十大劳动争议典型案例及重庆市六部门关于劳动争议案件法律适用问题专题座谈会会议纪要的相关精神，主要持赞成的观点。其主要理由为，企业的生产经营状况是随

着市场竞争的形势和企业自身的情况而不断变化的,根据自身生产经营需要调整员工的工作地点和工作岗位是企业用工自主权的重要内容,对企业的正常生产经营不可或缺,劳动合同法也没有否定企业享有用工自主权。因此,用人单位有权对员工的工作地点和岗位进行合理的调整,属于用人单位行使自主用工权的行为,不构成劳动合同内容的实质变更。但是用人单位不可滥用此权利而当然地享有单方变更劳动合同的权利,需符合必要性、正当性、合理性。

二、用人单位单方面调岗的条件是什么?

(一) 法定情形

根据《劳动合同法》第40条规定,在以下情形下,用人单位拥有单方调整岗位的权利:

1. 劳动者患病或者非因工负伤,在规定的医疗期满后不能从事原工作,此时用人单位可单方另行安排工作。
2. 劳动者不能胜任工作,此时用人单位可对劳动者进行培训或者调整其工作岗位。

(二) 其他情形

根据重庆市高院公布的十大劳动争议典型案例及重庆市六部门关于劳动争议案件法律适用问题专题座谈会会议纪要的相关精神,用人单位实际上可以根据其经营状况合理调整劳动者岗位,但应同时满足以下条件:单方调岗应确为生产经营之必需、未显著降低劳动者的劳动报酬和劳动条件、未对劳动者的工作生活有重大影响、未对劳动者具有侮辱性与歧视性等。那么,怎样才算符合调岗的必要性、合理性、合法性呢?笔者认为主要包括以下几个方面:

1. 调岗的必要性

为了避免用人单位滥用权力的嫌疑,在调岗时,应考虑充分到调岗的必要性。用人单位需要单方面调岗的前提是为了合法营利做出的各种生产经营决策而对员工的岗位产生影响。即用人单位出现特定情形,如客观情况发生重大变化,或者员工原因如身体状况、工作能力、人际关系等原因,致使单位不得不对员工进行调岗。

2. 调岗的合理性

劳动者的基本权益主要包括物质性权利和精神性权利。用人单位的调岗,一是不能损害劳动者的物质权利,即调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当、调整后的工作岗位对劳动者的工作、生活无重大影响、调整后的工作内容与原工作内容有联系或符合劳动者的学历、技能等、调整后的工作时间与原岗位的时间基本相同、调整后的工作强度与原岗位基本相当;二是不能损害劳动者从劳动中获得尊严以及实现自我价值等非物质权利,即调岗不能具有惩罚性、侮辱性、歧视性。

3. 程序的合法性

首先,完善劳动合同和规章制度,对调岗程序,调岗异议处理等预先规定,并进行民主公示等程序。其次,用人单位需要对劳动者作调岗安排时,应当尊重原有的劳动合同,在合同约定的工作岗位、劳动报酬的范围内实施,最好劳动者进行书面协商,以书面的形式告知员工,回复员工并在调岗适应期内对员工给予适当的帮助。

三、在劳动者不接受单方调岗的情况下,用人单位可否解除劳动合同?

(一)实践中,很多劳动者在遇到用人单位单方面调岗的决定时,表示不接受,并以旷工等方式进行对抗。此时,用人单位可以以劳动者违反规章制度,与

劳动者解除合同，且不属于违法解除，无需支付经济补偿金。

（二）在用人单位单方面调岗时，劳动者并未直接表示不接受，而是未去新单位报到也不回原单位出勤。此时，用人单位与劳动者解除合同，是否属于违法解除，在实践中有争议。

第一种意见认为，用人单位未与劳动者协商一致单方变更劳动合同，用人单位有错在先，劳动者此行为是用人单位未按约定提供工作条件所致，故用人单位解除劳动合同不具有合法性，属违法解除。

第二种意见认为，接受用人单位的管理是劳动者的基本合同义务，用人单位调岗虽不具有合理性，但双方应当积极协商，劳动者不应以旷工的方式进行消极对抗，如依照相关规章制度规定劳动者旷工属严重违反劳动纪律的，用人单位可依法解除劳动合同。

就重庆地区来看，根据重庆市高院经典案例及六部门会议纪要的相关精神，主要支持第二种意见的观点。理由是，用人单位依照约定单方变更劳动者工作岗位、地点，劳动者采取不到岗等消极方式对待，违反用人单位规章制度，用人单位据此解除劳动合同的，不构成违法解除。

四、关于单方调岗的实践指引

（一）合同约定

1. 建议用人单位在劳动合同中对单方调岗的内容尽量约定明确、具体。如对调岗可能会涉及到的岗位进行列举或告知说明，并加以辅助性程序等。

2. 建议用人单位在劳动合同中约定：“员工应当服从单位经营管理需要在约定的岗位职责范围内安排的工作”，同时与劳动者签订《岗位说明书》。岗位说明书内容尽量宽泛，当用人单位有调岗需求时，可在《岗位说明书》范围内的

多个岗位间对劳动者进行调岗。

（二）规章制度规定

建议用人单位在规章制度中对调岗作出特别的规定，如“对于不同意调岗的应当通过异议程序进行处理，若采取旷工、消极怠工等方式的，视为严重违反规章制度，用人单位可以单方解除劳动合同”。当然，用人单位应当依法对规章制度进行民主与公示，以避免滥用权力之嫌。

（三）合理、人性化用工

1. 建议用人单位尽到充分告知义务。调岗属于与员工切身利益相关的重大事项，员工对调岗的各个方面都有知情权，因此用人单位在行使单方调岗权之前有义务就相关事项向员工进行充分的告知。从证据保存的角度出发，建议单位至少要有一份书面通知。

2. 在调岗决定实施前给予员工合适的考虑期限。建议用人单位给予员工一周左右的考虑期限。

3. 懂得听取员工意见。听取员工意见是单方调岗程序的核心内容，但是并不等于单位必须按照员工的意见做出决定，譬如员工意见是坚决不同意调岗时，单位仍可以在调岗具有充分合理性之时实行单方调岗。同时对员工的意见进行回应，包括被采纳的意见及未被采纳意见的合理解释，此步骤也可以充分保证员工知情权。

4. 给予员工调岗的适应期及相应协助。用人单位在进行调岗之后应当给予员工一定的适应期，并协助员工尽快地适应调岗带来的不适。如给予员工新岗位所需技能的培训、在员工的交通成本增加时提交一定的补贴、较偏远的地方安排住宿或交通车等。

综上，虽然单位单方面调岗的法定依据较少，但是在实践中也未完全限制用人单位的自主调岗权，只要单位在调岗时充分考虑调岗行为的必要性、合理性、合法性等要求，依然可以将调岗风险控制到最小，以达到用人单位正常经营管理之要求。

企业分立需要重点关注的法律问题与财税应用

戴薇 发现（昆明）律师事务所 管委会主任

摘要：企业分立是企业重组的重要方式，它可以单独使用，也可以与出售、合并、收购其他方式组合使用。企业分立涉及公司、股东、债权人、员工、政府等多个利益相关者，需要解决诸多法律问题。此外，如何让企业在合法合规的基础上，通过合理的税务筹划实现低风险、低成本的资产与业务重组，是每个律师都应当关注的问题。本文中，笔者将针对企业分立过程中需要重点关注的法律问题、财税应用问题进行分析与探讨，供企业管理者、律师、相关中介机构在实务工作中借鉴。

一、企业分立的动因

公司分立是一个公司依据公司法规定分成两个或两个以上公司的法律行为。公司分立具有提高公司经营专业化水平、降低内部管理成本等效率价值，是公司组织再造的重要手段。一家公司选择分立，往往基于经济、管理、法律等多种动因考量。

1.1 避免公司“尾大不掉”

部分多元经营的企业在发展中遇到困难，特别是高层管理人员对非本专业的业务领域缺乏管理经验，致使许多业务出现亏损，拖累公司整体盈利水平。从法经济学的角度考量，让具有比较优势的一方做其最擅长的事情，无疑有利于成本最小化，促进公司发展与盈利。部分多元经营的企业有必要通过规模的缩小或事业的分立来确保其活动灵活性，有计划地放弃一些与本行业联系不甚紧密的业务和资产，此时，公司分立便可发挥适当的作用。

1.2 企业上市融资与再融资的要求

有上市融资计划的企业为达到上市要求，需要根据《证券法》、《上海证券交易所股票上市规则》、《深圳证券交易所股票上市规则》等进行重组改制。此

时，公司分立可以作为企业改制的必要手段之一。业绩优良的上市公司可以通过增发新股、配股、发行可转换债券等手段进行再融资，也可借助公司业务剥离、分拆上市的形式进行再融资。“同仁堂”、“TCL”、“紫江企业”、“海王生物”等企业都尝试将部分业务分拆到海外上市，公司分立可以为上市公司再融资提供法律手段。

1.3 反垄断法的要求

随着《反垄断法》等法律法规的施行，反垄断的要求逐渐成为公司发展的重要考量。《国务院关于经营者集中申报标准的规定（2018 修正）》第三条规定：“经营者集中达到下列标准之一的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中：（一）参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过 100 亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币；（二）参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过 20 亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币。”公司分立能够防止企业过度庞大，进而在未来发展中有有效应对《反垄断法》等法律所带来的挑战。

1.4 破解公司僵局的需要

有限责任公司股东之间信赖关系较强，当股东对公司经营发生分歧后，公司僵局往往使得公司进退两难。异议股东很难继续留在公司，但又不甘心离开公司。此时，通过公司分立实现股东各自分家，是解决公司内部纷争的有效手段。

1.5 企业分立是降低税收成本的有效手段

我国对企业分立规定了较多的税收优惠政策，合理展开税收筹划能帮助企业有效降低交易成本。在符合法定条件的前提下，企业分立可享受免征增值税、印花税、契税、土地增值税，递延缴纳企业所得税等税收优惠。如公司不采取分立

方案，而采取一般转让资产的方式，将涉及包括增值税、契税、印花税、企业所得税、土地增值税等多项税费，面临巨额的税收成本。

二、企业分立的交易路径

2.1 企业分立的定义与类型

《中华人民共和国公司法（2018 修订）》（以下称《公司法》）并未对公司分立作出明确定义，仅规定“公司分立，其财产作相应的分割。公司分立，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。”“公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。”

《外商投资企业合并与分立规定（2015 修正）》第四条规定：“本规定所称分立，是指一个公司依照公司法有关规定，通过公司最高权力机构决议分成两个以上的公司。公司分立可以采取存续分立和解散分立两种形式。存续分立，是指一个公司分离成两个以上公司，本公司继续存在并设立一个以上新的公司。解散分立，是指一个公司分解为两个以上公司，本公司解散并设立两个以上新的公司。”

《国家工商行政管理总局关于做好公司合并分立登记支持企业兼并重组的意见》（工商企字〔2011〕226 号）第二条第一款规定：“公司分立可以采取两种形式：一种是存续分立，指一个公司分出一个或者一个以上新公司，原公司存续；另一种是解散分立，指一个公司分为两个或者两个以上新公司，原公司解散。”

《财政部、国家税务总局关于企业重组业务企业所得税处理若干问题的通知（2014 修订）》第一条规定：“分立，是指一家企业（以下称为被分立企业）将部分或全部资产分离转让给现存或新设的企业（以下称为分立企业），被分立

企业股东换取分立企业的股权或非股权支付，实现企业的依法分立。”

根据上述文件可以看出，国家工商行政管理总局与财政部、国家税务总局对公司分立的定义存在一定差异。工商登记层面认同的分立是分离资产成立新企业，向现存企业分离资产不在分立概念内。税法层面的分立更强调分离（转让）资产的业务实质，向现存企业分离资产，也属分立。

2.2 企业分立的法律性质

公司分立是一种混合性法律行为，可以拆分为“股东收回投资+股东再投资”两个交易行为。“股东收回投资”是指被分立企业将分离资产分配给其全部或部分股东，并交换收回该股东持有的被分立企业股权，这是一个减资或撤资行为。“股东再投资”是指股东将取得的资产和负债“打包”投资新设分立企业。

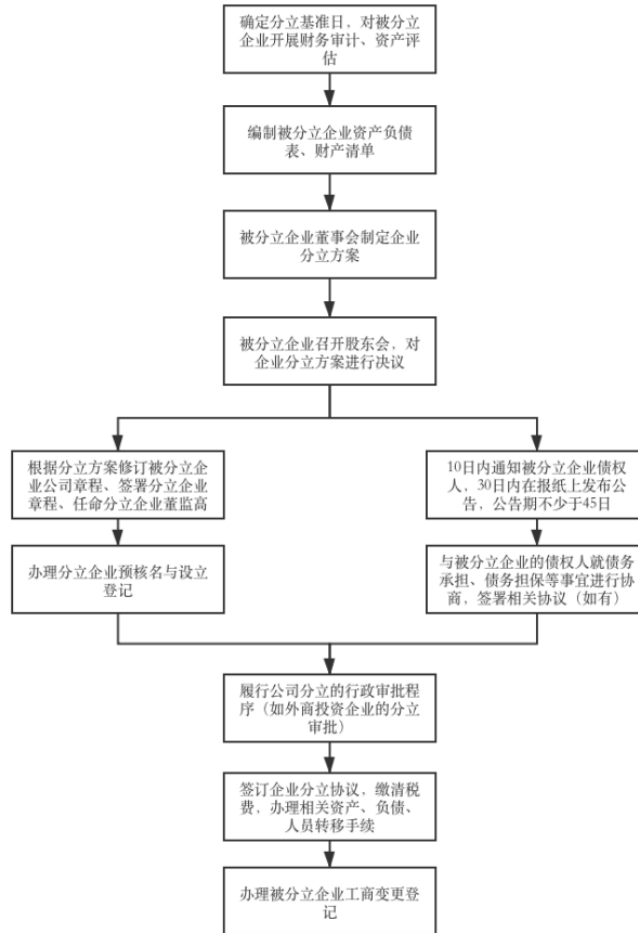
2.3 企业分立与转投资的区别

公司转投资是公司以现金、实物、无形资产或者购买股票、债券等有价值证券的方式向其他单位投资。公司分立与转投资都可以实现公司资产业务的重组，但却存在以下显著区别：

主要区别	公司分立	公司转投资
股东构成不同	公司分立后,被分立公司与分立公司之间发生股东构成的重叠,即分立公司的部分或全部股东是被分立公司的部分或全部股东。	投资公司获得被投资公司的全部或部分股权,成为被投资公司的部分或全部股东。
公司资产数量变化不同	公司分立必然导致公司资产数量减少。	转投资不发生公司资产数量变化,只是公司资产的形态发生变化。以现金、实物、无形资产转投资的,其资产的实物形态变为股权形态。
公司之间的相互关系不同	被分立公司与分立公司为并列平行关系,互相不存在控制和被控制。	转投资是纵向关系,投资公司与被投资公司之间存在控制和被控制关系。
决议程序不同	应当由被分立公司股东会作出特别决议,必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。	一般由投资公司股东会作出普通决议,经代表二分之一以上表决权的股东通过即可。
债务承继不同	被分立公司与分立公司承担连带责任。	投资公司与被投资公司之间并不存在债务承继问题。

2.4 企业分立的基本流程

根据《公司法》及相关法律法规的规定，企业分立的基本流程如下：



三、企业分立需要关注的重点法律问题

3.1 企业分立方案的主要内容与表决方式

根据《公司法》第四十三条、第四十六条规定，有限责任公司的分立方案由董事会制定、股东会表决，股东会会议作出公司分立的决议必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。实践中，分立方案的主要内容包括：被分立企业的基本情况、分立原因、分立方式、分立基准日、分立企业注册资本与股权结构、分立

涉及的资产与负债分割、人员安置、业务划分等。

3.2 分立基准日、交割日与过渡期损益归属的安排

与股权收购、公司合并等其他并购重组交易一样，公司分立也需要明确分立基准日、交割日、过渡期损益归属等事项。公司分立基准日与被分立公司的审计基准日、评估基准日应当保持一致。实务中，通常以被分立公司在该基准日的评估值为基础，进行资产和债务的分割。分立基准日一般由被分立公司各股东协商后以股东会决议的方式表决通过，并在分立协议中明确。

交割日是指分立重组实际完成之日，或者标的资产实际转移交割之日。实务中，交割日通常是存续公司或新设公司完成工商变更或注册登记之日。

过渡期一般自分立基准日的次日开始，截至分立交割日为止。实务中，若公司分立前后各股东股权比例没有发生变化，则过渡期损益不会影响公司分立前后股东的权益。如果公司分立前后股东股权比例发生变化，过渡期损益就成了非常重要的问题，一般而言，过渡期损益按照分立前各股东的股权比例进行分配。

3.3 分立后公司注册资本的确定

3.3.1 内资企业分立后注册资本的确定

《国家工商行政管理总局关于做好公司合并分立登记支持企业兼并重组的意见》（工商企字〔2011〕226号）规定：“支持公司自主约定注册资本数额。……因分立而存续或者新设的公司，其注册资本、实收资本数额由分立决议或者决定约定，但分立后公司注册资本之和、实收资本之和不得高于分立前公司的注册资本、实收资本。”据此，只要分立后各公司注册资本之和不高于分立前公司的注册资本，都可以自由约定注册资本的数额。分离净资产的价值高于拟定的分立企业注册资本的，高于部分计入资本公积（资本溢价）。

3.3.2 外资企业分立后注册资本的确定

《外商投资企业合并与分立规定（2015 修正）》第十二条规定：“分立后公司的注册资本额，由分立前公司的最高权力机构，依照有关外商投资企业法律、法规和登记机关的有关规定确定，但分立后各公司的注册资本额之和应为分立前公司的注册资本额。”根据该规定，分立后公司的注册资本只能等于分立前公司注册资本之和，而不得高于或低于分立前各公司注册资本之和，这也是外商投资企业分立与内资企业分立的区别所在。

3.4 企业分立中的土地使用权转让

3.4.1 以公司分立形式剥离土地使用权视同土地使用权转让

《国务院办公厅关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的指导意见》（国办发〔2019〕34号）规定：“将各类导致建设用地使用权转移的行为都视为建设用地使用权转让，包括买卖、交换、赠与、出资以及司法处置、资产处置、法人或其他组织合并或分立等形式涉及的建设用地使用权转移。建设用地使用权转移的，地上建筑物、其他附着物所有权应一并转移。”“以出让方式取得的建设用地使用权转让，在符合法律法规规定和出让合同约定的前提下，应充分保障交易自由；原出让合同对转让条件另有约定的，从其约定。”

《不动产登记暂行条例实施细则》（2019年修订）第二十七条第三款规定：“企业因合并、分立等原因致使不动产权利发生转移的，当事人可以向不动产登记机构申请转移登记。”

3.4.2 未完成开发投资总额 25%的土地使用权转让将受到限制

四川省人民政府办公厅 2020 年 6 月 1 日出台《关于完善建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场的实施意见》（川办发〔2020〕41号）规定：“各地可探索实行预告登记转让制度，按照“先投入后转让”原则，以出让方式取得的

建设用地使用权，对未完成开发投资总额百分之二十五的，在交易双方签订国有建设用地使用权转让合同后，允许依法办理预告登记，待开发投资达到转让条件时，再办理不动产转移登记手续。”根据该规定，未完成开发投资总额 25%的土地使用权转让可能受到限制，对于拟通过公司分立实现土地使用权剥离的企业而言，需要关注拟剥离土地的开发程度是否符合转让条件。

3.4.3 如何认定土地开发投资总额达到 25%

《北京市房山区国有建设用地使用权转让、出租、抵押二级市场暂行管理办法》第九条规定：“符合下列条件之一的，可认定已达到开发投资总额的 25%以上：（一）已动工开发建设用地面积占应动工开发建设用地总面积三分之一以上的；（二）土地使用权人提供审计部门出具的已投资额达到开发投资总额 25%以上的合法证明。”

《国土资源部关于进一步做好闲置土地处置工作的意见》规定：“‘总投资额’是指土地使用者直接投入用于土地开发的资金总额，不包括取得土地使用权的费用和向国家缴纳的相关税费。‘已投资额’是指土地使用者已经投入用于土地开发建设的资金总额。”

3.5 企业分立中的员工安全

3.5.1 劳动关系是否随公司分立而转移属于增值税免税条件审查的范畴

根据《关于纳税人资产重组有关增值税问题的公告》（国家税务总局公告 2011 年第 13 号）规定，公司分立过程中，增值税的免税条件是“将全部或者部分实物资产以及与其相关联的债权、负债和劳动力一并转让给其他单位”。这里的“劳动力转让”涉及员工劳动关系的变更。因此，公司分立方案一般应当包含员工劳动关系变更的有关安排。

3.5.2 公司分立后继续留用的员工

原劳动合同继续有效，工龄连续计算

《中华人民共和国劳动合同法（2012 修正）》（以下简称《劳动合同法》）第三十四条规定：“用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。”据此，公司分立后原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。但在日常工作中，为了便于管理，我们建议新用人单位尽快为员工办理劳动合同主体变更程序。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第五条规定：“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作，原用人单位未支付经济补偿，劳动者依照劳动合同法第三十八条规定与新用人单位解除劳动合同，或者新用人单位向劳动者提出解除、终止劳动合同，在计算支付经济补偿或赔偿金的工作年限时，劳动者请求把在原用人单位的工作年限合并计算为新用人单位工作年限的，人民法院应予支持。用人单位符合下列情形之一的，应当认定属于“劳动者非因本人原因从原用人单位被安排到新用人单位工作”：……（三）因用人单位合并、分立等原因导致劳动者工作调动；……”

3.5.3 分立后不再留用的员工

可以协商一致解除劳动合同，但需支付经济补偿金

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第三十七条规定：“根据《民法通则》第四十四条第二款‘企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担’的规定，用人单位发生分立或合并后，分立或合并后的用人单位可依据其实际情况与原用人单位的劳动者遵循平等自愿、协商一致的原则变更、解除或重新签订劳动合同。在此情况下的重新签订劳动合同视为原劳动合同的变更，用人单位变更劳动合同，劳动者不能依据劳动法第二十

八条要求经济补偿。”结合《劳动合同法》第三十六条对于协商解除劳动合同需要支付经济补偿金的规定，可以理解为，该解除劳动合同属于协商一致解除、合法解除，用人单位需要支付经济补偿金

3.6 企业分立中的债权人保护

《公司法》第一百七十五条、第一百七十六条规定：“公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。”“公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。”

《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》第十二条规定：“债权人向分立后的企业主张债权，企业分立时对原企业的债务承担有约定，并经债权人认可的，按照当事人的约定处理；企业分立时对原企业债务承担没有约定或者约定不明，或者虽然有约定但债权人不予认可的，分立后的企业应当承担连带责任。”第十三条规定：“分立的企业在承担连带责任后，各分立的企业间对原企业债务承担有约定的，按照约定处理；没有约定或者约定不明的，根据企业分立时的资产比例分担。”

3.7 企业分立中的异议股东保护

3.7.1 有限责任公司的异议股东保护

《公司法》第七十四条规定：“有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：……（二）公司合并、分立、转让主要财产的；……自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。”

3.7.2 股份有限公司的异议股东保护

《公司法》第一百四十二条规定：“公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：……（四）股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份；……公司依照本条第一款规定收购本公司股份后……属于……第（四）项情形的，应当在六个月内转让或者注销。”