

法律资讯汇编

(2018 年第 3 期)

上海王岩律师事务所
2018 年 3 月

目 录

行业新闻——深化信息披露 推进绿色信贷持续健康发展	03
金融消费纠纷调解进入智能化时代	
—— 中国金融消费纠纷调解网上线运行	06
新法速递——保险资金运用管理办法	09
案例解析 ——2017 年度广东法院十大破产案例	32
业务研究——公司股东也可被开除？试论公司股东除名的几种情形	47
——用人单位根本违约能否视为解除	55

深化信息披露 推进绿色信贷持续健康发展

来源: 中国银行业监督管理委员会网站

建立绿色信贷统计制度,推动银行业金融机构发展绿色信贷是银监会落实党中央国务院生态文明建设要求的重要举措。近日,银监会在官方网站上集中披露了国内主要银行机构历年绿色信贷整体数据情况以及相关信息披露说明。此项工作是落实人民银行、银监会等七部委《关于构建绿色金融体系的指导意见》信息披露相关要求的具体举措。

根据绿色信贷统计制度,目前,绿色信贷包括两部分:一是支持节能环保、新能源、新能源汽车等 3 大战略性新兴产业生产制造端的贷款;二是支持节能环保项目和服务(共包含:绿色农业开发项目,绿色林业开发项目,工业节能节水环保项目,自然保护、生态修复及灾害防控项目,资源循环利用项目,垃圾处理及污染防治项目,可再生能源及清洁能源项目,农村及城市水项目,建筑节能及绿色建筑项目,绿色交通运输项目,节能环保服务项目,采用国际惯例或国际标准的境外项目,共 12 大项目类型)的贷款。

一、此次披露的绿色信贷统计信息内容

此次银监会集中披露了 2013 年 6 月末至 2017 年 6 月末国内 21 家主要银行绿色信贷的整体情况。披露的信息包括:节能环保项目和服务贷款余额、资产质量以及贷款支持部分所形成的环境效益等。绿色信贷统计制度统计的环境效益指标包括:标准煤节约量、二氧化碳减排量、化学需氧量、氨氮、二氧化硫、氮氧化物、节水共 7

项指标。节能环保、新能源、新能源汽车等 3 大战略性新兴产业生产制造端贷款主要披露贷款余额信息。为便于公众理解，此次除披露相关数据信息外，还随披露信息发布了《绿色信贷统计信息披露说明》，以便公众更加清楚地了解绿色信贷统计制度的主要内容、运行机制、环境效益测算规则等。

二、国内主要银行机构绿色信贷发放情况

从此次集中披露的绿色信贷统计信息来看，国内 21 家主要银行机构绿色信贷呈持续健康发展态势，主要有以下特点：一是绿色信贷规模保持稳步增长。从 2013 年末的 5.20 万亿元增长至 2017 年 6 月末的 8.22 万亿元。其中，绿色交通、可再生能源及清洁能源、工业节能节水环保项目贷款余额较大并且增幅居前。二是绿色信贷的环境效益较为显著。以节能减碳环境效益为例，根据绿色信贷统计制度确定的环境效益测算规则（具体规则详见信息披露说明），截至 2017 年 6 月末，节能环保项目和服务贷款预计每年可节约标准煤 2.15 亿吨，减排二氧化碳 4.91 亿吨。相当于北京 7 万辆出租车停驶 336 年，或相当于三峡水电站发电 8.4 年形成的二氧化碳减排当量。三是信贷质量整体良好，不良率处于较低水平。例如，2017 年 6 月末，国内主要银行节能环保项目和服务不良贷款余额 241.7 亿元，不良率 0.37%，比各项贷款不良率低 1.32%。

三、下一步工作安排

下一步，银监会将每半年通过银监会网站披露国内 21 家主要银行绿色信贷的整体情况，形成常态化绿色信贷统计信息披露机制。未

来信息披露的内容主要包括：绿色信贷余额（含节能环保及服务贷款余额和节能环保、新能源、新能源汽车三类战略性新兴产业制造端贷款余额）、节能环保及服务贷款的环境效益指标，包括标准煤、二氧化碳、化学需氧量、氨氮、二氧化硫、氮氧化物、节水七类指标。

金融消费纠纷调解进入智能化时代

—— 中国金融消费纠纷调解网上线运行

来源：中国人民银行上海总部网站

2017 年 12 月 1 日，山东潍坊的朱先生与某股份制银行上海分行通过中国金融消费纠纷调解网，在调解员张军的在线调解下就一起信用卡还款纠纷达成了和解协议。金融纠纷调解网的试运行，标志着我国金融消费纠纷调解进入智能化时代。

“金融消费纠纷调解网上线后，将汇集全国的各家金融纠纷调解组织，为金融消费者提供了一张覆盖全国的金融纠纷调解网络，金融消费者可以选择他信任的调解组织和调解员。”据中国人民银行金融消费权益保护局有关负责人介绍，金融消费者通过金融消费纠纷调解网将得到免费、便捷、高效、公正的在线争议解决服务。

中国金融消费纠纷调解网由上海市金融消费纠纷调解中心开发建设。上海市金融消费纠纷调解中心是中国人民银行确定的金融消费纠纷多元化解决机制建设的最早的四家省级试点单位之一，也是我国第一家金融消费纠纷专业调解组织。

该项目建设过程中，委托上海交通大学法学院对国际主流的在线争议解决平台进行了广泛深入的考察和研究，在借鉴国内外良好实践的基础上，编制了业务需求，通过公开招标的方式选择了开发商。

作为全国首个线上金融消费纠纷调解系统，它包括了“金融消费纠纷调解网站”及“金融消费纠纷调解 APP”两大平台，可以为金融消费纠纷的当事人提供 PC 端与手机端的两套服务，具有跨地域、

全时段、不受环境约束的特点，实现了金融消费纠纷调解领域的多个突破。

一是打破时空限制，随时随地进行调解。遇到金融消费纠纷，无论是消费者还是金融机构均可以通过网站或者手机 APP 申请调解、提交证据、选择调解员及调解方式进行调解，以及查看进度和下载调解文书等，在线上即可完成申请、举证、调解、协议生成的全过程。调解方式包括书面调解、音频调解和视频调解三种形式，其中音频和视频调解都是实时调解。当事人不用再担心到调解现场的出行不便，也不用担心事务繁忙抽不出时间调解，足不出户、上班间隙、出差空档甚至旅游途中均可进行调解，极大地实现了调解的便利性和高效性。

二是打破物理局限，构筑全国金融消费调解联盟。金融消费纠纷调解网将集合全国各类金融调解组织，当事人可以通过该网站查找其所在区域的金融调解组织，寻求专业的调解服务，使维权渠道更加明晰、畅通。

三是打破资源限制，实现资源共享。中国金融消费纠纷调解网初期将集成全国 120 多家金融消费调解组织的调解员、专家和案例资源，实现联盟间的资源共享，有助于解决各地金融消费纠纷调解能力参差不齐、资源分散、效率不一的问题。各地金融消费纠纷调解组织间可互为利用调解资源。调解组织和资源少的地方，可以借用调解资源丰富地区的资源解决当事人间的纠纷；遇到疑难案件也可吸收先进地区的先进经验，甚至借用其专家作为调解员进行调解。

四是打破久调不决困境，打造“投诉+调解+裁决”一站式纠纷解决平台。金融消费纠纷调解网提供了咨询、调解和评估功能，金融消费者不仅可以通过系统申请调解，还可以就自身遇到的金融消费纠纷发起咨询，由专业人员在线为消费者提供解答服务；对于经调解未能解决的纠纷，当事人还可在线申请中立评估，由中心聘请的专家基于各方陈述和证据，对案件进行专业评估，出具专家意见书。金融消费纠纷调解网还将与法院、仲裁等相关部门的系统对接，实现线上司法确认、诉调对接、诉裁对接等服务，全面打造纠纷解决一站式平台。

党的十九大报告提出“打造共建共治共享的社会治理格局”的奋斗目标，指出“加强社会治理制度建设，完善党委领导、政府负责、社会协同、公众参与、法治保障的社会治理体制，提高社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平。”中国金融消费纠纷调解网的建成正是贯彻落实党中央关于“社会治理智能化、专业化”要求的有力举措，它的上线运行为全国范围内的金融消费者和金融机构之间搭建起一个免费、便捷、高效、公正的“投诉+调解+裁决”的一站式矛盾化解平台，为广大金融消费者提供了一个随时可得的纠纷解决渠道，对金融消费关系起到了“减压阀”和“润滑剂”的作用，将为构建和谐金融生态发挥积极的作用。

保险资金运用管理办法

第一章 总则

第一条 为了规范保险资金运用行为，防范保险资金运用风险，保护保险当事人合法权益，维护保险市场秩序，根据《中华人民共和国保险法》等法律、行政法规，制定本办法。

第二条 在中国境内依法设立的保险集团（控股）公司、保险公司从事保险资金运用活动适用本办法规定。

第三条 本办法所称保险资金，是指保险集团（控股）公司、保险公司以本外币计价的资本金、公积金、未分配利润、各项准备金以及其他资金。

第四条 保险资金运用必须以服务保险业为主要目标，坚持稳健审慎和安全性原则，符合偿付能力监管要求，根据保险资金性质实行资产负债管理和全面风险管理，实现集约化、专业化、规范化和市场化。

保险资金运用应当坚持独立运作。保险集团（控股）公司、保险公司的股东不得违法违规干预保险资金运用工作。

第五条 中国保险监督管理委员会（以下简称中国保监会）依法对保险资金运用活动进行监督管理。

第二章 资金运用形式 资金运用形式

第一节 资金运用范围

第六条 保险资金运用限于下列形式：

- （一）银行存款；
- （二）买卖债券、股票、证券投资基金份额等有价证券；
- （三）投资不动产；
- （四）投资股权；
- （五）国务院规定的其他资金运用形式。

保险资金从事境外投资的，应当符合中国保监会、中国人民银行和国家外汇管理局的相关规定。

第七条 保险资金办理银行存款的，应当选择符合下列条件的商业银行作为存款银行：

- （一）资本充足率、净资产和拨备覆盖率等符合监管要求；
- （二）治理结构规范、内控体系健全、经营业绩良好；
- （三）最近三年未发现重大违法违规行为；
- （四）信用等级达到中国保监会规定的标准。

第八条 保险资金投资的债券，应当达到中国保监会认可的信用评级机构评定的、且符合规定要求的信用级别，主要包括政府债券、金融债券、企业（公司）债券、非金融企业债务融资工具以及符合规定的其他债券。

第九条 保险资金投资的股票，主要包括公开发行并上市交易的股票和上市公司向特定对象非公开发行的股票。

保险资金开展股票投资，分为一般股票投资、重大股票投资和上市公司收购等，中国保监会根据不同情形实施差别监管。

保险资金投资全国中小企业股份转让系统挂牌的公司股票，以及以外币认购及交易的股票，由中国保监会另行规定。

第十条 保险资金投资证券投资基金的，其基金管理人应当符合下列条件：

- （一）公司治理良好、风险控制机制健全；
- （二）依法履行合同，维护投资者合法权益；
- （三）设立时间一年（含）以上；
- （四）最近三年没有重大违法违规行为；设立未满三年的，自其成立之日起没有重大违法违规行为；
- （五）建立有效的证券投资基金和特定客户资产管理业务之间的防火墙机制；
- （六）投资团队稳定，历史投资业绩良好，管理资产规模或者基金份额相对稳定。

第十一条 保险资金投资的不动产，是指土地、建筑物以及其他附着于土地上的定着物，具体办法由中国保监会制定。

第十二条 保险资金投资的股权，应当为境内依法设立和注册登记，且未在证券交易所公开上市的股份有限公司和有限责任公司的股权。

第十三条 保险集团（控股）公司、保险公司购置自用不动产、开展上市公司收购或者从事对其他企业实现控股的股权投资，应当使用自有资金。

第十四条 保险集团（控股）公司、保险公司对其他企业实现控股的股权投资，应当满足有关偿付能力监管规定。保险集团（控股）公司的保险子公司不符合中国保监会偿付能力监管要求的，该保险集团（控股）公司不得向非保险类金融企业投资。

实现控股的股权投资应当限于下列企业：

- （一）保险类企业，包括保险公司、保险资产管理机构以及保险专业代理机构、保险经纪机构、保险公估机构；
- （二）非保险类金融企业；
- （三）与保险业务相关的企业。

本办法所称保险资产管理机构，是指经中国保监会同意，依法登记注册，受托管理保险资金等资金的金融机构，包括保险资产管理公司及其子公司、其他专业保险资产管理机构。

第十五条 保险资金可以投资资产证券化产品。

前款所称资产证券化产品，是指金融机构以可特定化的基础资产所产生的现金流为偿付支持，通过结构化等方式进行信用增级，在此基础上发行的金融产品。

第十六条 保险资金可以投资创业投资基金等私募基金。

前款所称创业投资基金是指依法设立并由符合条件的基金管理机构管理，主要投资创业企业普通股或者依法可转换为普通股的优先股、可转换债券等权益的股权投资基金。

第十七条 保险资金可以投资设立不动产、基础设施、养老等专业保险资产管理机构，专业保险资产管理机构可以设立符合条件的保险私募基金，具体办法由中国保监会制定。

第十八条 除中国保监会另有规定以外，保险集团（控股）公司、保险公司从事保险资金运用，不得有下列行为：

- （一）存款于非银行金融机构；
- （二）买入被交易所实行“特别处理”“警示存在终止上市风险的特别处理”的股票；
- （三）投资不符合国家产业政策的企业股权和不动产；
- （四）直接从事房地产开发建设；
- （五）将保险资金运用形成的投资资产用于向他人提供担保或者发放贷款，个人保单质押贷款除外；

（六）中国保监会禁止的其他投资行为。

第十九条 保险集团（控股）公司、保险公司从事保险资金运用应当符合中国保监会比例监管要求，具体规定由中国保监会另行制定。

中国保监会根据保险资金运用实际情况，可以对保险资产的分类、品种以及相关比例等进行调整。

第二十条 投资连结保险产品和非寿险非预定收益投资型保险产品的资金运用，应当在资产隔离、资产配置、投资管理等环节，独立于其他保险产品资金，具体办法由中国保监会制定。

第二节 资金运用模式

第二十一条 保险集团（控股）公司、保险公司应当按照“集中管理、统一配置、专业运作”的要求，实行保险资金的集约化、专业化管理。

保险资金应当由法人机构统一管理和运用，分支机构不得从事保险资金运用业务。

第二十二条 保险集团（控股）公司、保险公司应当选择符合条件的商业银行等专业机构，实施保险资金运用第三方托管和监督，具体办法由中国保监会制定。

托管的保险资产独立于托管机构固有资产，并独立于托管机构托管的其他资产。托管机构因依法解散、被依法撤销或者被依法宣告破产等原因进行清算的，托管资产不属于其清算财产。

第二十三条 托管机构从事保险资金托管的，主要职责包括：

- （一）保险资金的保管、清算交割和资产估值；
- （二）监督投资行为；
- （三）向有关当事人披露信息；
- （四）依法保守商业秘密；
- （五）法律、行政法规、中国保监会规定和合同约定的其他职责。

第二十四条 托管机构从事保险资金托管，不得有下列行为：

- （一）挪用托管资金；
- （二）混合管理托管资金和自有资金或者混合管理不同托管账户资金；
- （三）利用托管资金及其相关信息谋取非法利益；
- （四）其他违法行为。

第二十五条 保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理机构开展保险资金运用业务，应当具备相应的投资管理能力。

第二十六条 保险集团（控股）公司、保险公司根据投资管理能力和风险管理能力，可以按照相关监管规定自行投资或者委托符合条件的投资管理人作为受托人进行投资。

本办法所称投资管理人，是指依法设立的，符合中国保监会规定的保险资产管理机构、证券公司、证券资产管理公司、证券投资基金管理公司等专业投资管理机构。

第二十七条 保险集团（控股）公司、保险公司委托投资管理人投资的，应当订立书面合同，约定双方权利与义务，确保委托人、受托人、托管人三方职责各自独立。

保险集团（控股）公司、保险公司应当履行制定资产战略配置指引、选择受托人、监督受托人执行情况、评估受托人投资绩效等职责。

受托人应当执行委托人资产配置指引，根据保险资金特性构建投资组合，公平对待不同资金。

第二十八条 保险集团（控股）公司、保险公司委托投资管理人投资的，不得有下列行为：

- （一）妨碍、干预受托人正常履行职责；
- （二）要求受托人提供其他委托机构信息；
- （三）要求受托人提供最低投资收益保证；
- （四）非法转移保险利润或者进行其他不正当利益输送；
- （五）其他违法行为。

第二十九条 投资管理人受托管理保险资金的，不得有下列行为：

- （一）违反合同约定投资；
- （二）不公平对待不同资金
- （三）混合管理自有、受托资金或者不同委托机构资金；
- （四）挪用受托资金；
- （五）向委托机构提供最低投资收益承诺；
- （六）以保险资金及其投资形成的资产为他人设定担保；
- （七）将受托资金转委托；
- （八）为委托机构提供通道服务；
- （九）其他违法行为。

第三十条 保险资产管理机构根据中国保监会相关规定，可以将保险资金运用范围内的投资品种作为基础资产，开展保险资产管理产品业务。

保险集团（控股）公司、保险公司委托投资或者购买保险资产管理产品，保险资产管理机构应当根据合同约定，及时向有关当事人披露资金投向、投资管理、资金托管、风险管理和重大突发事件等信息，并保证披露信息的真实、准确和完整。

保险资产管理机构应当根据受托资产规模、资产类别、产品风险特征、投资业绩等因素，按照市场化原则，以合同方式与委托或者投资机构，约定管理费收入计提标准和支付方式。

保险资产管理产品业务，是指由保险资产管理机构作为发行人和管理人，向保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理机构以及其他合格投资者发售产品份额，募集资金，并选聘商业银行等专业机构为托管人，为投资人利益开展的投资管理活动。

第三十一条 保险资产管理机构开展保险资产管理产品业务，应当在中国保监会认可的资产登记交易平台进行发行、登记、托管、交易、结算、信息披露以及相关信用增进和抵质押融资等业务。

保险资金投资保险资产管理产品以外的其他金融产品，金融产品信息应当在中国保监会认可的资产登记交易平台进行登记和披露，具体操作参照保险资产管理产品的相关规定执行。

前款所称其他金融产品是指商业银行、信托公司、证券公司、证券投资基金管理公司等金融机构依照相关法律、行政法规发行，符合中国保监会规定的金融产品。

第三章 决策运行机制

第一节 组织结构与职责

第三十二条 保险集团（控股）公司、保险公司应当建立健全公司治理，在公司章程和相关制度中明确规定股东（大）会、董事会、监事会和经营管理层的保险资金运用职责，实现保险资金运用决策权、运营权、监督权相互分离，相互制衡。

第三十三条 保险资金运用实行董事会负责制。保险公司董事会应当对资产配置和投资政策、风险控制、合规管理承担最终责任，主要履行下列职责：

- （一）审定保险资金运用管理制度；
- （二）确定保险资金运用管理方式；
- （三）审定投资决策程序和授权机制；
- （四）审定资产战略配置规划、年度资产配置计划及相关调整方案；
- （五）决定重大投资事项；
- （六）审定新投资品种的投资策略和运作方案；
- （七）建立资金运用绩效考核制度；
- （八）其他相关职责。

董事会应当设立具有投资决策、资产负债管理和风险管理等相应职能的专业委员会。

第三十四条 保险集团（控股）公司、保险公司决定委托投资，以及投资无担保债券、股票、股权和不动产等重大保险资金运用事项，应当经董事会审议通过。

第三十五条 保险集团（控股）公司、保险公司经营管理层根据董事会授权，应当履行下列职责：

- （一）负责保险资金运用的日常运营和管理工作；

（二）建立保险资金运用与财务、精算、产品和风险控制等部门之间的沟通协商机制；

（三）审议资产管理部门拟定的保险资产战略配置规划和年度资产配置计划及相关调整方案，并提交董事会审定；

（四）组织实施经董事会审定的资产战略配置规划和年度资产配置计划；

（五）控制和管理保险资金运用风险；

（六）其他相关职责。

第三十六条 保险集团（控股）公司、保险公司应当设置专门的保险资产管理部门，并独立于财务、精算、风险控制等其他业务部门，履行下列职责：

（一）拟定保险资金运用管理制度；

（二）拟定资产战略配置规划和年度资产配置计划及相关调整方案

（三）执行资产战略配置规划和年度资产配置计划；

（四）实施保险资金运用风险管理措施；

（五）其他相关职责。

保险集团（控股）公司、保险公司自行投资的，保险资产管理部门应当负责日常投资和交易管理；委托投资的，保险资产管理部门应当履行监督投资行为和评估投资业绩等委托人职责。

第三十七条 保险集团（控股）公司、保险公司的保险资产管理部门应当在投资研究、资产清算、风险控制、业绩评估、相关保障等环节设置岗位，建立防火墙体系，实现专业化、规范化、程序化运作。

保险集团（控股）公司、保险公司自行投资的，保险资产管理部门应当设置投资、交易等与资金运用业务直接相关的岗位。

第三十八条 保险集团（控股）公司、保险公司风险管理部门以及具有相应管理职能的部门，应当履行下列职责：

- （一）拟定保险资金运用风险管理制度；
- （二）审核和监控保险资金运用合法合规性；
- （三）识别、评估、跟踪、控制和管理保险资金运用风险；
- （四）定期报告保险资金运用风险管理状况；
- （五）其他相关职责。

第三十九条 保险资产管理机构应当设立首席风险管理执行官。

首席风险管理执行官为公司高级管理人员，负责组织和指导保险资产管理机构风险管理，履职范围应当包括保险资产管理机构运作的业务环节，独立向董事会、中国保监会报告有关情况，提出防范和化解重大风险建议。

首席风险管理执行官不得主管投资管理。如需更换，应当于更换前至少 5 个工作日内向中国保监会书面说明理由和其履职情况。

第二节 资金运用流程

第四十条 保险集团（控股）公司、保险公司应当建立健全保险资金运用的管理制度和内部控制机制，明确各个环节、有关岗位的衔接方式及操作标准，严格分离前、中、后台岗位责任，定期检查和评估制度执行情况，做到权责分明、相对独立和相互制衡。相关制度包括但不限于：

- （一）资产配置相关制度；
- （二）投资研究、决策和授权制度；
- （三）交易和结算管理制度；
- （四）绩效评估和考核制度；
- （五）信息系统管理制度；
- （六）风险管理制度等。

第四十一条 保险集团（控股）公司、保险公司应当以独立法人为单位，统筹境内境外两个市场，综合偿付能力约束、外部环境、风险偏好和监管要求等因素，分析保险资金成本、现金流和期限等负债指标，选择配置具有相应风险收益特征、期限及流动性的资产。

第四十二条 保险集团（控股）公司、保险公司应当建立专业化分析平台，并利用外部研究成果，研究制定涵盖交易对手管理和投资品种选择的模型和制度，实时跟踪并分析市场变化，为保险资金运用决策提供依据。

第四十三条 保险集团（控股）公司、保险公司应当建立健全相对集中、分级管理、权责统一的投资决策和授权制度，明确授权方式、权限、标准、程序、时效和责任，并对授权情况进行检查和逐级问责。

第四十四条 保险集团（控股）公司、保险公司应当建立和完善公平交易机制，有效控制相关人员操作风险和道德风险，防范交易系统的技术安全疏漏，确保交易行为的合规性、公平性和有效性。公平交易机制至少应当包括以下内容：

- （一）实行集中交易制度，严格隔离投资决策与交易执行；
- （二）构建符合相关要求的集中交易监测系统、预警系统和反馈系统；
- （三）建立完善的交易记录制度；
- （四）在账户设置、研究支持、资源分配、人员管理等环节公平对待不同资金等。

保险集团（控股）公司、保险公司开展证券投资业务，应当遵守证券行业相关法律法规，建立健全风险隔离机制，实行相关从业人员本人及直系亲属投资信息申报制度，切实防范内幕交易、利用未公开信息交易、利益输送等违法违规行为。

第四十五条 保险集团（控股）公司、保险公司应当建立以资产负债管理为核心的绩效评估体系和评估标准，定期开展保险资金运用绩效评估和归因分析，推进长期投资、价值投资和分散化投资，实现保险资金运用总体目标。

第四十六条 保险集团（控股）公司、保险公司应当建立保险资金运用信息管理系统，减少或者消除人为操纵因素，自动识别、预警报告和管理控制资产管理风险，确保实时掌握风险状况。

信息管理系统应当设定合规性和风险指标阈值，将风险监控的各项要素固化到相关信息技术系统之中，降低操作风险、防止道德风险。

信息管理系统应当建立全面风险管理数据库，收集和整合市场基础资料，记录保险资金管理和投资交易的原始数据，保证信息平台共享。

第四章 风险管控

第四十七条 保险集团（控股）公司、保险公司应当建立全面覆盖、全程监控、全员参与的保险资金运用风险管理组织体系和运行机制，改进风险管理技术和信息技术系统，通过管理系统和稽核审计等手段，分类、识别、量化和评估各类风险，防范和化解风险。

第四十八条 保险集团（控股）公司、保险公司应当管理和控制资产负债错配风险，以偿付能力约束和保险产品负债特性为基础，加强成本收益管理、期限管理和风险预算，确定保险资金运用风险限额，采用缺口分析、敏感性和情景测试等方法，评估和管理资产错配风险。

第四十九条 保险集团（控股）公司、保险公司应当管理和控制流动性风险，根据保险业务特点和风险偏好，测试不同状况下可以承受的

流动性风险水平和自身风险承受能力，制定流动性风险管理策略、政策和程序，防范流动性风险。

第五十条 保险集团（控股）公司、保险公司应当管理和控制市场风险，评估和管理利率风险、汇率风险以及金融市场波动风险，建立有效的市场风险评估和管理机制，实行市场风险限额管理。

第五十一条 保险集团（控股）公司、保险公司应当管理和控制信用风险，建立信用风险管理制度，及时跟踪评估信用风险，跟踪分析持仓信用品种和交易对手，定期组织回测检验。

第五十二条 保险集团（控股）公司、保险公司应当加强同业拆借、债券回购和融资融券业务管理，严格控制融资规模和使用杠杆，禁止投机或者用短期拆借资金投资高风险和流动性差的资产。保险资金参与衍生产品交易，仅限于对冲风险，不得用于投机，具体办法由中国保监会制定。

第五十三条 保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理机构开展投资业务或者资产管理产品业务，应当建立风险责任人制度，明确相应的风险责任人，具体办法由中国保监会制定。

第五十四条 保险集团（控股）公司、保险公司应当建立内部稽核和外部审计制度。

保险集团（控股）公司、保险公司应当每年至少进行一次保险资金运用内部稽核。

保险集团（控股）公司、保险公司应当聘请符合条件的外部专业审计机构，对保险资金运用内部控制情况进行年度专项审计。

上述内部稽核和年度审计的结果应当向中国保监会报告。具体办法由中国保监会制定。

第五十五条 保险集团（控股）公司、保险公司主管投资的高级管理人员、保险资金运用部门负责人和重要岗位人员离任前应当进行离任审计，审计结果应当向中国保监会报告。

第五十六条 保险集团（控股）公司、保险公司应当建立保险资金运用风险处置机制，制定应急预案，及时控制和化解风险隐患。投资资产发生大幅贬值或者出现债权不能清偿的，应当制定处置方案，并及时报告中国保监会。

第五十七条 保险集团（控股）公司、保险公司应当确保风险管控相关岗位和人员具有履行职责所需知情权和查询权，有权查阅、询问所有与保险资金运用业务相关的数据、资料 and 细节，并列席与保险资金运用相关的会议。

第五十八条 保险集团（控股）公司、保险公司的保险资金运用行为涉及关联交易的，应当遵守法律、行政法规、国家会计制度，以及中国保监会的有关监管规定。

第五章 监督管理

第五十九条 中国保监会对保险资金运用的监督管理，采取现场监管与非现场监管相结合的方式。

中国保监会可以授权其派出机构行使保险资金运用监管职权。

第六十条 中国保监会应当根据公司治理结构、偿付能力、投资管理能力和风险管理能力，按照内控与合规计分等有关监管规则，对保险集团（控股）公司、保险公司保险资金运用实行分类监管、持续监管、风险监测和动态评估。

中国保监会应当强化对保险公司的资本约束，确定保险资金运用风险监管指标体系，并根据评估结果，采取相应监管措施，防范和化解风险。

第六十一条 保险集团（控股）公司、保险公司分管投资的高级管理人员、保险资产管理公司的董事、监事、高级管理人员，应当在任职前取得中国保监会核准的任职资格。

保险集团（控股）公司、保险公司的首席投资官由分管投资的高级管理人员担任。

保险集团（控股）公司、保险公司的首席投资官和资产管理部门主要负责人应当在任命后 10 个工作日内，由任职机构向中国保监会报告。

第六十二条 保险集团（控股）公司、保险公司的重大股权投资，应当报中国保监会核准。

重大股权投资的具体办法由中国保监会另行制定。

第六十三条 保险资产管理机构发行或者发起设立的保险资产管理产品，实行核准、备案或注册管理。

注册不对保险资产管理产品的投资价值以及风险作实质性判断。

第六十四条 中国保监会有权要求保险集团（控股）公司、保险公司提供报告、报表、文件和资料。

提交报告、报表、文件和资料，应当及时、真实、准确、完整。

第六十五条 保险集团（控股）公司、保险公司应当依法披露保险资金运用的相关信息。保险集团（控股）公司、保险公司的股东（大会、董事会的重大投资决议，应当在决议作出后 5 个工作日内向中国保监会报告，中国保监会另有规定的除外。

第六十六条 中国保监会有权要求保险集团（控股）公司、保险公司将保险资金运用的有关数据与中国保监会的监管信息系统动态连接。

保险集团（控股）公司、保险公司应当按照中国保监会规定，及时、准确、完整地向中国保监会的监管信息系统报送相关数据。

第六十七条 保险集团（控股）公司和保险公司违反本办法规定，存在以下情形之一的，中国保监会可以限制其资金运用的形式和比例：

- （一）偿付能力状况不符合中国保监会要求的；
- （二）公司治理存在重大风险的；
- （三）资金运用违反关联交易有关规定的。

第六十八条 保险集团（控股）公司、保险公司违反资金运用形式和比例有关规定的，由中国保监会责令限期改正。

第六十九条 中国保监会有权对保险集团（控股）公司、保险公司的董事、监事、高级管理人员和保险资产管理部门负责人进行监管谈话，要求其就保险资金运用情况、风险控制、内部管理等有关重大事项作出说明。

第七十条 保险集团（控股）公司、保险公司严重违反资金运用有关规定的，中国保监会可以责令调整负责人及有关管理人员。

第七十一条 保险集团（控股）公司、保险公司严重违反保险资金运用有关规定，被责令限期改正逾期未改正的，中国保监会可以决定选派有关人员组成整顿组，对公司进行整顿。

第七十二条 保险集团（控股）公司、保险公司违反本办法规定运用保险资金的，由中国保监会依法予以罚款、限制业务范围、责令停止接受新业务或者吊销业务许可证等行政处罚，对相关责任人员依法予以警告、罚款、撤销任职资格、禁止进入保险业等行政处罚。

受到行政处罚的，保险集团（控股）公司、保险公司应当对相关责任人员进行内部责任追究。

第七十三条 保险资金运用的其他当事人在参与保险资金运用活动中，违反有关法律、行政法规和本办法规定的，中国保监会应当记录其不良行为，并将有关情况通报其行业主管部门；情节严重的，中国保监会可以通报保险集团（控股）公司、保险公司 3 年内不得与其从事相关业务，并商有关监管部门依法给予行政处罚。

第七十四条 中国保监会工作人员滥用职权、玩忽职守，或者泄露所知悉的有关单位和人员的商业秘密的，依法追究法律责任。

第六章 附 则

第七十五条 保险资产管理机构以及其他投资管理人管理运用保险资金参照本办法执行。

第七十六条 中国保监会对保险集团（控股）公司、自保公司以及其他类型保险机构的资金运用另有规定的，从其规定。

第七十七条 本办法由中国保监会负责解释和修订。

第七十八条 本办法自 2018 年 4 月 1 日起施行。中国保监会 2010 年 7 月 30 日发布的《保险资金运用管理暂行办法》（保监会令 2010 年第 9 号）、2014 年 4 月 4 日发布的《中国保险监督管理委员会关于修改〈保险资金运用管理暂行办法〉的决定》（保监会令 2014 年第 3 号）同时废止。

2017 年度广东法院十大破产案例

作者：广东省高院
文章出处：广东法院网
2018 年 1 月 23 日

一、深圳市福昌电子科技有限公司重整案

(一)基本案情

福昌电子公司作为国内通信产业龙头企业华为、中兴的一级供应商，核心业务是为这两家企业提供各种手机、3C 产品零配件的委托加工及制造服务，年产值 10 亿元，有员工 3510 名，与 557 家供应商保持合作关系，是一家关系到该产业生态链稳定的生产型企业。2015 年 10 月，福昌电子因管理不善、资金链断裂，突然宣布停产停业，引发 3000 余名员工、500 余家供货商围堵政府、上街游行等激烈维权行为，引起了媒体的广泛关注，时任深圳市委书记马兴瑞作出专项批示，要求妥善处理、积极挽救。2015 年 11 月 12 日，福昌电子的债权人正式向深圳中院申请福昌电子破产重整。

(二)审理情况

深圳中院决定以“预重整”方式审理该案，即在法院正式立案受理前选定管理人进入企业清理债权、债务，协助展开谈判，研究恢复生产。随后该院确定一级管理人深圳市正源清算事务有限公司担任福昌电子管理人。管理人进场后，摸清了财务底数，协调劳动和经济主管部门完成了 3510 名员工和 500 余家供货商的核实和安抚工作，积极协助潜在重组方了解企业情况。2016 年 6 月 29 日深圳中院裁定受理福昌电子重整案，并批准福昌公司在重整期间继续营业。2016 年 12 月 26 日，福昌电子向法院和债权人会议提交重整计划案；2017

年 3 月 21 日,福昌电子债权组经二次表决通过了《重整计划草案》;4 月 18 日,深圳中院裁定批准福昌电子重整计划。

(三)典型意义

福昌电子通过重整妥善安置职工 3510 人,确认并支付职工债权 4061 万元,重整期间未发生任何职工维权的群体性事件。重整审核确认各类债权合计 4.10 亿元,税款债权、职工债权、建设工程款均全额清偿;普通债权 15 万元以下部分全额清偿,15 万元以上部分先按照 5%比例清偿,预估最终清偿率可达 20.58%,实现了对广大债权人,尤其是小额债权人合法权益的切实保护。通过重整,福昌电子保留了华为、中兴一级供应商资质,稳定了一方产业链,维持了地方产业生态的平衡。该案是国内第一宗通过预重整成功的案件,被评为全国法院服务供给侧结构性改革十大典型案例。

二、佛山市南海西樵高尔夫发展有限公司重整案

(一)基本案情

被申请人佛山市南海西樵高尔夫发展有限公司(下称西樵高尔夫)系位于佛山市的建设、经营 18 洞国际标准高尔夫球场、会所及相应的生活服务设施企业。截至 2013 年 12 月 31 日,西樵高尔夫资产总额为 234610720.13 元,负债总额为 324873617.68 元,净资产为 -90262897.55 元。西樵高尔夫已经严重资不抵债,其已无力清偿到期债务,全部资产也无法清偿全部债务,经债权人申请,广东省佛山市中级人民法院于 2015 年 5 月 25 日裁定受理西樵高尔夫重整案。

(二)审理情况

2015 年 7 月 9 日,经管理人的申请,佛山中院批准西樵高尔夫继续经营,同时批准佛山市南海集成高尔夫球场管理服务有限公司、西樵高尔夫及管理人三方签订的《最高限额融资协议》,由佛山市南海集成高尔夫球场管理服务有限公司垫资进行经营,所垫资金列为共益债务。2015 年 12 月 31 日及 2016 年 8 月 31 日,债权人会议对重整计划草案(该重整计划草案包含了通过淘宝网司法拍卖平台拍卖西樵高尔夫 14.72%股权的公开竞价方案)进行了分组表决,除税务债权组及出资人组外,其他表决组均通过。按照重整计划草案,税务债权将获得全额清偿;而西樵高尔夫已严重资不抵债,股东权益为负值,新投资人出资而取得 14.72%的股权、部分债权人通过债转股方式取得 85.28%的股权,并未损害原出资人权益,对原出资人权益的调整符合公平、公正原则。鉴于《重整计划草案》及《公开竞价方案》制定的债务人的经营方案具有可行性,佛山中院于 2016 年 9 月 21 日裁定批准《重整计划草案》及《公开竞价方案》。2017 年 9 月 6 日,重整计划执行完毕。

(三)典型意义

本案是人民法院依法强制批准重整计划方案的典型案例。西樵高尔夫的重整计划草案经历了两次表决,除税务债权组及出资人组外,其他表决组均已通过,在指导管理人进行协商未果的情况下,法院应从最大限度实现债权人利益的角度出发,果断、慎重行使强制批准权。该案有效解决了困难企业的经营危机,使西樵高尔夫通过重整解决了

历史包袱，通过新的资金注入重新走向市场，在重整计划执行期间实现了盈余，稳妥化解了可能造成的社会不稳定因素，取得了良好的社会效果和法律效果。

三、广州协华房产建设有限公司破产清算案

(一)基本案情

广州协华房产建设有限公司(下称协华公司)系中外合作经营企业，全部由境外合作方金华工程有限公司以现汇出资。后境外合作方由金华工程有限公司变更为香港注册的达峰国际股份有限公司，再由达峰国际股份有限公司变更为 WONDERFUL CHARMING LIMITED。公司已实际停止经营多年。债权人余钢钢以债务人协华公司不能清偿到期债务且资产不足以清偿全部债务为由，申请对协华公司进行破产清算。广州中院于 2015 年 7 月 20 日裁定受理协华公司破产清算一案，并依法指定广东君信律师事务所为协华公司管理人。

(二)审理情况

管理人接管协华公司后，发现协华公司可供变现的资产仅有两笔对外债权。经作价评估，管理人对该两笔债权进行公开拍卖，三次拍卖均因无人交保证金而流拍。后经债权人会议讨论确定，各债权人根据各自的债权额按比例共有 94.11%的应收债权。剩余 5.7%的应收债权为管理人报酬，0.19%的应收债权为评估费用。广州中院裁定确认该分配方案，该案终结。

(三)典型意义

本案是直接分配债务人对外债权的破产清算典型案例。按照企业破产法的规定，破产财产的分配原则上应当以货币分配的方式进行，对外债权一般在催收、转让等回收财产后，再进行分配。本案在三次流拍、管理人穷尽催收手段后，发挥债权人意思自治，经债权人会议通过后，采取以对外债权进行分配，为破产案件中处置对外债权作了有益探索，对于人民法院拓宽财产分配形式、依法保护债权人利益具有借鉴意义。

四、深圳中浩(集团)股份有限公司破产重整案

(一)基本案情

深圳中浩(集团)股份有限公司(下称深中浩)成立于 1988 年，股票于 1992 年在深圳证券交易所挂牌上市，为首批挂牌上市的企业之一。受 1998 年亚洲金融危机影响，深中浩经营业务连续亏损，其股票在 2001 年终止上市。因债务危机严重，深中浩经营性资产被执行殆尽，并逐步丧失经营能力及偿债能力。经债权人申请，2015 年 1 月 28 日，深圳中院裁定受理深中浩破产一案。破产程序中，出资人以深中浩具备重整价值为由申请其重整，深圳中院经审查于 2015 年 8 月 3 日裁定对深中浩进行重整。

(二)审理情况

法院经审查，深中浩已无可变现资产，负债高达 18.74 亿元，公司停业多年，已无经营能力。管理人经与利害关系人协商，制定并通过了重整方案。依据该方案，职工债权、税款债权将以现金形式获

得全额清偿，由债权人及重整方设立偿债基金持有深中浩非流通股股东让渡的 43,644,323 股股票，普通债权通过按比例持有偿债基金份额的方式参与分配股票回购款、未调整流通股股东的股权。同时，因深圳中院审理的“迅宝系”企业重整正在酝酿实施“债转股”，但非公众公司股权流通性差，多数债权人持消极甚至反对的态度，而深中浩作为股票在全国中小企业系统交易的公众公司，股票流动性强，但亟需支撑股票价值的优质资产。在法院支持下，管理人指导深中浩与“迅宝系”结合实施重整计划，将“迅宝系”企业的优质资产注入深中浩并形成资本公积，在资本公积转增形成深中浩股票后向“迅宝系”企业的债权人进行清偿，解决了双方重整中遇到的难题。深中浩和“迅宝系”企业的重整计划均已经执行完毕。

(三)典型意义

本案通过市场化、法治化的方式通过联合重整解决主板退市公司的典型案例。该案通过设立偿债基金持有股权，联合“迅宝系”重整程序，注入剥离债务后的“迅宝系”，不仅使得深中浩成为具备优质经营性资产的非上市公众公司，亦彻底解决“迅宝系”的经营困境，真正实现了重整程序在解决公司经营困境中的价值目的，取得了良好的法律效果及经济效果。

五、惠州市兴华实业有限公司等四公司合并重整案

(一)基本案情

惠州市兴华实业有限公司(下称兴华公司)、惠州市创成发展有限公司(下称创成公司)、惠州市安盾技防科技有限公司(下称安盾公司)及惠州市百利通房产有限公司(下称百利通公司)等四公司(下合称“四公司”)系关联公司,均系惠州本地从事房地产开发、公共场所经营、物业管理等业务的老牌企业。受到市场经济波动和自身发展瓶颈的影响,四公司逐步陷入了债务困境,四公司开发的以“香山美墅”项目为代表的一批住宅房产、商业地产、写字楼、酒店、旧城改造等重点项目陆续因资金链断裂而陷入停滞。2015 年 12 月 4 日,惠州中院依法裁定受理兴华公司、创成公司、安盾公司和百利通公司的破产重整申请,并通过公开竞争聘任的方式,指定深圳市卓效清算事务有限公司担任四家公司重整案件的管理人。

(二)审理情况

截至 2015 年底,四公司累计账面负债规模已超过 100 亿元,账面资产不足 28 亿元且绝大部分设置了担保物权,偿债率极低,寻求重组方的难度较大。2017 年 2 月 17 日,惠州中院根据债务人股东的申请,以四公司已严重丧失独立公司应有的财产独立性和意志独立性,为人格高度混同的关联公司为由,裁定四公司合并重整。合并重整后,四公司资产合并处理,相互之间的债权债务归于消灭,彼此交叉持有对方的股权也不再列为资产,四公司的负债也以“对两家以上公司基于互保关系或其他关系享有的同一债权合并成一笔处理”的原则合并处理。四公司合并重整后,管理人根据投资方永华公司提交的方案制定了四公司重整计划草案提交债权人会议表决,该草案创新

性地针对不同利益需求的债权人提供了延期清偿、打折清偿等不同的方案供其选择,根据不同债权人对债权清偿方案的不同选择,除优先债权人受偿权益不会受到影响外,普通债权人依偿债时间长短的不同,将获得本息 30%、本息 60%或者本金全额清偿的受偿比例。2017 年 8 月 24 日,四公司债权人会议表决通过重整计划。

(三)典型意义

本案是房地产企业联合重整并通过竞争方式指定管理人的典型案例。该案根据法人人格混同情况及时开展合并重整,通过市场化竞争手段引入资金盘活资产,从而实现债权人的保护和企业的挽救。同时坚持市场化竞争方式确定管理人,管理人结合企业重整价值,因病施治、强化重整和受偿方案多样化,维护破产资产运营价值、恢复了破产企业赢利能力,实现了困境企业拯救和多方共赢。

六、 深圳市水指实业发展有限公司破产重整案

(一)基本案情

深圳市水指实业发展有限公司(下称水指公司)系房地产开发经营企业,参与开发建“典雅居”房地产项目,后因水指公司资金链断裂、违规经营、管理不善等问题,该项目未能最终竣工,水指公司亦被迫停止经营,继而引发 90 余宗诉讼和仲裁案件。在诉讼和执行程序中,深圳中院经调查发现,水指公司除有尚未竣工的“典雅居”房地产项目外,无其他任何可供执行财产,“典雅居”房地产项目亦被多轮查封,该项目还存在一房多卖、存量不清等诸多问题。经法官释

明，申请执行人之一申请对水指公司进行破产清算，深圳中院于 2012 年 3 月 15 日裁定受理水指公司破产清算案。审理过程中，水指公司的大股东申请对水指公司进行重整，并承诺引进重整方资金以提高水指公司债务清偿率。深圳中院审查后认为，水指公司尚具备一定的再生价值及自救可能，2013 年 4 月 15 日裁定对水指公司进行重整。

(二)审理情况

经审查，水指公司资产仅存“典雅居”房地产项下 54 套房产及该项目应收账款，评估值约为 8500 万元；确认的债权人共计 146 家，债权总额达 2.5 亿元，且包括大量缴纳部分房款的购房者以及拆迁未获补偿的拆迁户，社会矛盾突出。水指公司重整期间，针对负债性质复杂，社会矛盾突出等问题，水指公司提出了普遍提高清偿率，并合理细分负债类型给予清偿的重整计划草案，经债权人会议的两次协商表决，最终获得通过。2014 年 1 月 22 日，深圳中院依法裁定批准水指公司重整计划。2015 年 11 月 12 日，水指公司重整计划执行完毕，深圳中院裁定终结破产程序。

(三)典型意义

本案是运用“执转破”实现企业重整自救的典型案件。在作为企业法人的被执行人出现破产原因时，由于执行程序缺失公平清偿债务、全面清查资产等方面的制度功能，将执行程序及时转换为破产程序对保护债权人合法权益、破解执行僵局具有非常重要的意义。本案的成功处理充分发挥了破产程序的制度优势，实现了法律效果和社会效果

的统一，从而很好的验证了破产程序在化解执行僵局并为供给侧改革提供服务方面的制度优势和保障作用。

七、联胜(中国) 科技有限公司破产重整案

(一)基本案情

联胜(中国)科技有限公司(下称联胜公司)是全球知名触控面板生产商胜华科技集团的子公司，主要研发生产触控面板和触摸屏，用于智能终端设备。受母公司资金链紧张的影响，联胜公司 2014 年年底关停。2015 年 3 月 24 日，债权人国家开发银行股份有限公司向申请联胜公司破产重整，东莞市中级人民法院裁定受理后即指定管理人，并同步选定评估机构和审计机构，全面掌握联胜公司的实际状况。

(二)审理情况

经公开邀请，管理人、银团与意向投资人多次协商后，管理人最终选定了出价最高的蓝思科技股份有限公司(下称蓝思公司)并提交了重整草案。重整计划明确：蓝思公司支付 12.1 亿元用于清偿联胜公司现有的债务，此外另行支付 1000 万元定向用于普通债权人的清偿；蓝思公司受让联胜公司的股权，全资持股经营重整后的联胜公司；联胜公司原有的余款、存货、知识产权和对外债权仍用于对债权人的清偿。东莞中院于 2016 年 12 月 15 日裁定批准联胜(中国)科技有限公司重整计划，并终止重整程序。2017 年 3 月蓝思公司支付的 12.2 亿元资金全部到位。

(三)典型意义

本案是通过府院联动成功重整的典型案例。为了确保联胜公司能够重整成功，减少债权人损失，完善东莞市智能终端产业链，采取了“法院主导+政府协调+银团参与+管理人执行”的工作模式，引入智能终端产业链的投资人，就地重新生产经营，减少破产清算带来的负面影响，完善东莞市智能终端产品产业链，助推东莞市智能终端产业获得更大发展，最大限度地发挥破产重整程序在挽救有价值的民营企业、保护金融债权和助力地方产业的优势，切实维护了金融安全、经济发展和地方稳定。

八、广东公明景业印务有限公司破产清算案

(一)基本案情

广东公明景业印务有限公司(下称公明景业公司)系从事出版物、包装装潢印刷品、其他印刷品印刷及印刷设计、制作等业务企业。由于原法定代表人涉案职务侵占被追究刑事责任，经营管理不善，欠付多个债权人借款、贷款被起诉，经过法院多轮查封、冻结，无法继续经营生产。2010 年 6 月 10 日，经债权人粤传媒公司申请，广东省清远市中级人民法院(下称清远中院)裁定公明景业公司破产清算。

(二)审理情况

2010 年 6 月 13 日，清远中院依据《中华人民共和国企业破产法》规定指定了破产管理人接管破产企业财务账册及财产，经摇珠选定会计师事务所对破产企业的财务进行审计。2010 年 8 月 26 日召开第一次债权人会议，共有 83 个债权人申报债权。公明景业公司在

香港设立全资子公司，涉及债权追收及清算香港子公司财产。清远中院及破产管理人积极与外经部门沟通，通过委托香港律师事务所追收债权以及清算香港子公司财产的方式，追收了八百多万元债权，并清理驻港子公司债权债务。2014 年 12 月 5 日，清远中院按第二次债权人会议形成的决议，裁定确认各债权人数额及分配方案。2017 年 3 月 27 日，清远中院裁定终结破产清算程序。

(三)典型意义

本案是涉及境外资产追收跨境破产的典型案例。对于破产企业的境外资产，在尊重境外法律制度基础上，通过委托境外法律服务机构对子公司进行清盘，在清理债权债务的基础上，回收公司资产，提高债务清偿率，为跨境破产协作提供了有益经验。

九、广州亚铜、广州亚钢破产重整案

(一)基本案情

广州亚铜金属有限公司(下称广州亚铜)、广州亚钢钢铁有限公司(下称广州亚钢)系港交所上市的中国金属再生资源(控股)有限公司(下称中金再生)控股子公司。2013 年 7 月 26 日，香港特别行政区高等法院颁布对中金再生临时清盘令，造成广州亚铜、广州亚钢无法正常经营，无力偿还到期债务，引发债权人尤其是银行债权人的恐慌并提起诉讼、冻结两公司财产。经债权人申请，广东省广州市中级人民法院(下称广州中院)于 2014 年 2 月 17 日裁定受理广州亚铜、广

州亚钢破产重整，并指定北京金杜(广州)律师事务所作为两公司管理人。

(二)审理情况

2014 年 11 月 14 日，管理人提交了广州亚钢和广州亚铜的重整计划草案。2014 年 12 月 3 日，召开债权人会议对重组计划草案分别进行表决。有财产担保债权组、普通债权组表决通过重整计划草案，出资人组表决未通过。经协商，出资人组第二次表决仍未通过，管理人于 2014 年 12 月 9 日向法院申请批准《重整计划草案》。2015 年 2 月 9 日，广州中院裁定批准广州亚钢、广州亚铜的《重整计划草案》。根据重整方案，广州亚钢普通债权的清偿率从破产清算状态下的 11.89%提高至 17.74%，广州亚铜普通债权的清偿率从破产清算状态下的 4.58%提高至 7.85%，且普通债权中 10 万元以下部分获得了全额清偿。2015 年 4 月，广州亚钢和广州亚铜债权按照重整计划的规定全部清偿完毕，股权过户至重组方名下，重整计划执行完毕。

(三)典型意义

本案是法院运用破产重整帮助陷入困境的非公企业走出困境、化解金融债务、维护金融安全的典型案例，也是境外上市公司关联企业破产案例。借助于破产重整程序，在广州亚铜、广州亚钢与母公司中金再生之间搭建“保护阀”，恢复了经营能力，帮助企业走出困境，提高了债权清偿率，维护了国家金融安全，实现了债权人、债务人及其他利益主体多赢的局面。同时，广州亚铜、广州亚刚重整案件成功

审结，对全国其他地区处理中金再生系子公司破产重整具有很好的示范意义。

十、化州市饮食服务公司破产案

(一)基本案情

化州市饮食服务公司(下称“饮食公司”)系主要经营饮食、旅业、卡拉 OK、理发及其它业务的企业，企业现有在册职工 463 人。因投入改造不足、管理混乱、无力清偿债务，企业被迫停产，随向化州市人民法院提出破产申请，化州法院裁定受理，并指定清算组进行清算。

(二)审理情况

化州法院依法受理该破产申请案后，经首次财产清算和评估，公司财产总额为 2700 多万元，而包括职工应付工资、债务等合计 3300 多万元，企业属资不抵债情形。后经多方沟通、协调，因涉及地价升价，破产财产总额经重新评估为 4100 多万元。2015 年 10 月 22 日，召开债权人会议，清算组向债权人会议提出破产财产处理和分配方案，破产财产按顺序清偿，债权分配受偿率为 100%，获债权人会议依法通过。2016 年 9 月 21 日，法院根据清算组的申请，作出终结破产程序。

(三)典型意义

本案是借助政府灵活处置土地资产实现价值最大化的典型案例。该案件处置时，并未按照正常“资产评估-核定估算-按清偿顺序分配

财产-裁定终结结案”通用程序，而是将该土地相邻位置较好的一块地皮(已抵偿给另外一方当事人)共同由法院统一处理，处理后的整块地皮升值，“死水”变“宝地”，实现了资产最大化，有效盘活了原有资产，最大限度地保护了债权人利益。

公司股东也可被开除？试论公司股东除名的几种情形

—转载自微信公众号《法务部》

“开除”一词，我们在劳动合同关系中时常听到，在公司法领域是否也存在股东被“开除”的情形呢？答案是肯定的。因行为性质不同，本文以“除名”论之。随着 2013 年新公司法的颁布，资本认缴制极大地降低了公司设立难度，同时使大众成为公司股东的难度降低，认清股东被除名的几种情形有利于大家更好地维护自己的股权。另外，本文试图探究如下公司章程约定是否有效：某高新技术企业章程规定，公司股东必须为“长江学者”，若股东“长江学者”身份被撤销，则应被剥夺股东资格。某长江学者因性骚扰女学生被教育部撤销称号，公司以此为由将其除名，该股东诉至法院请求认定决议无效，法院如何裁断？

按照中国政法大学李建伟教授观点，公司股东除名，存在下列三种情形：一是公司立法规定严重的瑕疵出资等公认的适用情形；二是公司章程关于除名事由的特别规定；三是将概括的“重大事由”作为有弹性的适用情形，留给司法的有弹性的适用。因我国目前还没有第三种严格意义上的股东除名诉讼，现仅就前两类股东除名制度分述之。

一、严重的瑕疵出资等公认的适用情形

（1）法律依据：《最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）》第 17 条。

“有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司

以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。在前款规定的情形下，人民法院在判决时应当释明，公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前，公司债权人依照本规定第十三条或者第十四条请求相关当事人承担相应责任的，人民法院应予支持。”

（2）实质要件：有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资。

股东除名，只适用于有限责任公司。如李建伟教授所言，“虽然股东除名制度适用于股份有限公司不存在理论上的障碍，但由于股份有限公司的股东退出途径的便利性与多样化，缺乏引入股东除名的必要性”。依文义，抽逃全部出资后，公司可以做出除名决议自不待言。而“未履行出资义务”，应理解为完全未履行出资义务或亦包括未完全履行出资义务的情形。笔者认为公司法属私法，在法律（或司法解释）未规定的情况下可类推适用相关条文。本条的规范意旨在于对严重瑕疵出资股东的惩罚，因此可类推适用同条文中“抽逃全部出资”中的规定，即只有在完全未履行出资义务情况下才可进行股东除名。

以下案例中法院也认为，解除股东资格措施应适用于严重违反出资义务的情形。

1、上海吾创园林建设有限公司诉黄生贵公司决议效力确认纠纷一案二审民事判决书（（2014）沪一中民四（商）终字第 2047 号）

法院认为：“根据修改后的《公司法解释三》第十七条的规定，通过股东会决议形式对股东进行除名的行为应具备相应的条件和程序，本案中系争协议第四条的约定并未符合一定的条件和程序，具体理由如下：首先，解除股东资格措施应适用于严重违反出资义务的情形，即“未出资”或“抽逃全部出资”，而未完全履行出资义务和抽逃部分出资不应包括其中。审理查明的事实表明，本案中吾创公司的股东均已经履行了各自部分的出资义务……”

笔者小结：在公司章程未规定瑕疵股东除名条款时，仅在股东“未出资”或“抽逃全部出资”时，公司可以将其除名。

问题来了：公司章程是否可对瑕疵出资股东除名进行扩大解释，即公司章程是否可规定，股东未履行部分出资义务或者抽逃部分出资的，公司可解除股东的股东资格？

笔者在无讼案例中输入“公司章程”、“股东除名”，并未检索到司法实践中因此类章程引起的争议。笔者认为有限责任公司其实质属于人合性较强的社团，内部章程作为“社团宪章”，在不违反法律法规的强制性规定，不违背公共秩序和善良风俗、诚实信用原则，且亦不侵害股东固有的人身财产权利的情况下，公司章程可以对股东设定严格于法律（或司法解释）的规定，这也可以看做股东对其自身相关权利的放弃或义务的强化。因此，笔者在此提出拙见认为应当对章程中的扩大解释予以认可。当然，股东在加入公司之后，因对于公司章程变更，2/3 以上表决权通过即可，对于明确表示反对“股东未履行部分出资义务或者抽逃部分出资的，可解除股东资格”条款的股东，

应排除适用该章程规定。关于该点，理论界也争议颇大，在此只是提出问题及笔者看法，相关司法案例笔者将会持续关注。

（3）前提条件：公司催告缴纳或者返还，瑕疵出资股东在合理期间内仍未缴纳或者返还出资。

股东除名，对股东而言利害攸关，公司若想对瑕疵出资股东除名，需履行催告义务，给瑕疵出资股东合理期限予以缴纳或者返还出资。至于多长时间属于“合理期间”，法律（或司法解释）并未提及。

2、申屠建中诉上海中科网威信息技术有限公司请求变更公司登记纠纷案（（2016）沪 01 民终 9059 号）

上海市一中院认为：《最高人民法院关于适用若干问题的规定（三）》（2014 年修正）第十七条系借鉴德国法上的股东除名制度而来。尽管该司法解释没有如德国法那样明确规定催告的宽限期至少为一个月，但在文义表达上使用“合理期间”而非“公司催告的期间”。可见，公司催告的期间合理与否在判断解除股东资格行为的效力时至关重要。”从而认为公司给予出资瑕疵股东 10 天的资金返还期限过短。

笔者认为《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》虽已失效，但其中的“合理期限”条款对解决股东除名中的“合理期限”问题有参考价值：

“合营一方未按照合营合同的规定如期缴付或者缴清其出资的，即构成违约。守约方应当催告违约方在一个月内缴付或者缴清出资。

逾期仍未缴付或者缴清的，视同违约方放弃在合营合同中的一切权利，自动退出合营企业。”

笔者小结：公司在向瑕疵出资股东发出催告函后，应至少给予被催告方 1 个月的期间供其缴纳或返还出资。

（4）程序条件：经股东会决议，除拟被除名股东外，1/2 以上表决权通过。

《公司法》第 43 条规定，“股东会会议作出修改公司章程、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的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。”因此，除公司章程对股东除名表决方式另有规定外，1/2 以上表决权股东通过除名决议即可。

关于拟被除名股东是否有表决权问题，“上海万禹国际贸易有限公司、宋余祥与杭州豪旭贸易有限公司公司决议效力确认纠纷案”

（（2014）沪二中民四（商）终字第 1261 号，此案中持有 1%股权的股东成功将 99%股权瑕疵出资股东进行除名，笔者注）等判决，均排除了瑕疵出资股东的表决权。这使得股东除名制度具有可操作性，若允许瑕疵出资股东表决，尤其是瑕疵出资大股东表决，则该制度将失去意义。已有微信公众号文章已就此问题进行详尽分析，笔者此处不再赘述。

后续手续：公司股东会做出股东除名决议后，公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资，此时需进行工商变更登记，但实践中很多工商管理部门可能将人民法院生效的

裁判文书（如对股东会决议的确认判决）作为变更登记的必备申请材料，从而以材料不符为由设置障碍。但有些法院已经通过行政判决方式，否定了当地工商部门的这一错误做法。

3、滁州市工商行政管理局、盛吉辉工商行政管理(工商)二审行政判决书（（2017）皖 11 行终 30 号）

法院认为：“本案变更登记属于股东变更登记范围，根据《中华人民共和国公司登记管理条例》第二十七条规定，公司申请变更登记，应当向公司登记机关提交下列文件：（一）公司法定代表人签署的变更登记申请书；（二）依照《公司法》作出的变更决议或者决定；（三）国家工商行政管理总局规定要求提交的其他文件。而国家工商行政管理总局《内资企业登记提交材料规范》中《公司变更登记提交材料规范》规定，“变更股东的，股东向其他股东转让全部股权的，提交股东双方签署的股权转让协议或者股权交割证明。……人民法院依法裁定划转股权的，应当提交人民法院的裁定书”，显然该规范中须提交的股权转让协议或人民法院裁定书是针对股权转让行为引起股东变更应提交材料的要求，而并不是针对“股东除名”引起股东变更应提交材料的要求。因此，本案股东变更登记须提交的材料不应适用《公司变更登记提交材料规范》的规定。国家工商行政管理总局对于“股东除名”引起股东变更应提交的材料并无相应的规范要求，在此情况下应适用相应的法律、法规规定，工商部门不能以国家工商行政管理总局无相应的规范要求而拒绝履行其法定职责。”

笔者小结：目前，国家工商行政管理部门规章并不能与公司法司法解释默契配合，导致公司在将股东除名后，可能遭遇工商变更登记障碍，此时，通过民事诉讼确认股东会决议效力或行政诉讼解决工商部门不予登记问题，便成为现实的无奈。建议国家工商行政管理部门对相应《公司变更登记提交材料规范》进行更新。

二、公司章程关于除名事由的特别规定

公司章程中股东除名条款的效力，法律（或司法解释）并未规定，笔者在无讼案例中以“章程”、“股东除名”为关键词进行检索，共有 171 篇案例，其中涉及到章程中员工股东除名条款（包括员工离职、员工退休等）的数篇案例，如“王志东与新疆轻工业设计研究院有限责任公司股东知情权纠纷二审民事裁定书”（（2017）新 01 民终 3469 号），该等判决均认可了员工股东在离职后或退休后被除名的公司章程效力。但 171 篇案例中并未出现章程有其他除名条件的情形，因此司法实践对于章程规定除名条款的效力问题，还没有充足的案例支持。

但笔者认为，在不违反法律法规的强制性规定，不违背公共秩序和善良风俗、诚实信用原则，且亦不侵害股东固有的人身、财产权利的情况下，公司章程可以对股东除名进行详细规定。在域外法律中，如澳门、意大利、德国等国家公司法中，均允许公司章程等文件中设置股东除名条款。在德国公司实务中，有限责任公司章程中记有除名规定的比例高达百分之九十。我国公司法判例中，要求除名事由属于“重大事由”。“重大事由”包括：

（1）股东自身存在的重大事由通常指：年老、精神异常、长期患病卧床等由于生理因素从而影响其参与公司经营之可能，给公司运转带来严重困难；公司章程中规定，股东需具备特定之资格或身份，但事后股东丧失该资格或身份。

（2）股东行为存在的重大事由通常指：股东财务状况严重恶化或濒临破产；股东的行为严重违反忠实义务，滥用股东权利对公司及其他股东造成严重损害，或者违反竞业禁止条款规定。

但如果只是因个性不合、意见相左，则不能构成“重大事由”，除名规则不能成为股东恣意“排除异己”的工具。前述除名事由，随着我国公司法实践的丰富，以及公司更加重视章程在公司治理过程中的作用，定会慢慢进入到公司章程中，也就不可避免地成为公司诉讼当事人争议的对象。

总结，笔者认为公司章程中的股东除名条款理应得到司法的尊重，司法不应过分干预其效力。本文引言所讲的假设案例，某长江学者被撤销称号后，被公司除名，章程中的规定属于各股东意思自治的范畴，理应得到司法的认可。从域外公司法、公司法精神角度理解，章程中合理的除名条款应当得到尊重。

用人单位根本违约能否视为解除

作者：胡燕来

在我国“视为”是一种法律拟制，是立法技术，法官不能造法且无“视为”权。“视为”既不是类推适用，也不等同于推定。不管是民法还是劳动法，根本违约的法律效果已经法定且仅有二种，即解除或继续履行，并不包含视为解除。用人单位根本违约之法律责任已经法定，法官无权指鹿为马而视为解除。

笔者 2016 年底代理了因经济性裁员引起的系列劳动争议案件[1]，作为用人单位代理人，笔者参与了案件仲裁、诉讼。苏州市中级人民法院认为，用人单位根本违约应视为其单方解除，待岗劳动者要求恢复岗位和工资待遇之上诉请求予以驳回，解除争议可另行主张。上述“视为解除”之认识是否正确？要解决好此问题，首先要从了解“视为”开始。

一、视为及其合法性分析

1. 视为的含义

“视”是看待、对待的意思；“为”是当作、作为的意思；“视为”是个动词，是当作、看作的意思。视为在现代汉语中存在两种结构：一种是“视甲为乙”，如视钱财如粪土、视质量如生命等；另一种是“甲视为乙”，如把信誉视为生命、视为知己等。现代汉语中第一种结构使用较少，大部分使用第二种结构即“甲视为乙”。本案之视为属于第二种结构。

2.法律上视为的含义及其结构

法律上“视为”是一种法律拟制，即明知是甲事实却当作乙事实来处理，如《工伤保险条例》第 15 条规定，在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡的，视为工伤。所谓视为工伤，即本不是工伤，但按工伤处理。

根据学者观点，法律上“视为”的理论构成如下：视为是法律拟制，以有无法律约束力为划分标准，可分为两种，即法学上的拟制和法律上的拟制；以运用的主体不同为标准，可将法学上的拟制划分为两种，即司法上的拟制和立法上的拟制；又根据所居层次和影响范围的不同，将立法上的拟制划分为两种，即宏观拟制和微观拟制；再根据有无明显外观标准将微观拟制划分为两种，即隐性拟制和显性拟制。立法上的拟制即制定法中的“视为”，是立法者基于特定的目的，针对微观层次的社会关系，所使用的具有特定外部标志的，有意地将明知为不同者等同视之的立法技术。[2]

3.视为的历史沿革

在古罗马法时期就有成熟的法律拟制技术，从古罗马法中踏出法律拟制的两条道路，一条是以大陆法为代表的立法拟制道路，从古罗马法《科尔内利法》到《德国民法典》、《法国民法典》，拟制都体现为立法拟制；另一条则是以英美法为代表的司法拟制道路。以古罗马的“拟诉弃权”为开端，发展出现今英美法系成熟的司法拟制制度。我国继承和发展了大陆法系立法传统，选择了立法拟制之路。[3]

4.我国劳动合同法中的“视为”规定

《劳动合同法》“视为”规定有以下三个：一是第 14 条，视为已订立无固定期限劳动合同的规定。二是第 32 条，劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的，不视为违反劳动合同。三是第 38 条，用人单位违法用工的推定解雇规定。

以上规定中，将“满一年不与劳动者订立书面劳动合同的”当作“已订立无固定期限劳动合同”来处理，将“劳动者拒绝”之“违约”行为当作“不违反劳动合同”来处理，以及将用人单位根本违约推定为解雇，这些均属于立法上的法律拟制。不过第 32 条规定，使用的是“视为”的否定式，即“不视为”来表达的。

5. 司法上“视为”的合法性分析

从以上论述可知，以运行主体不同为标准，可将法学上的拟制划分为两种，即司法上的拟制和立法上的拟制。“法律上的拟制是法律观点的表现方式之一。它是重要的立法技术。”[4]司法上的拟制（视为），其作为一种裁决方法是否合法，要具体情况具体分析。从视为的历史沿革来看，我们认为在英美法国家有效，而在大陆法国家无效。因为英美法国家的法官有“造法”功能，而大陆法国家是成文法，法官无“造法”权利。

我国属于大陆法国家，其“视为”是一种立法上的法律拟制，其只能通过立法方式（包括司法解释）加以运用，不可能成为一种裁决方法，所以在我国如法官运用“视为”之裁决方法则因违法而无效。以现代大陆法系为学术背景的法学家，如德国法学家拉伦茨、我国法学家黄茂荣都明确反对司法过程中的拟制，认为它掩盖了决定性理由，

是应该避免的。在他们的视野中，立法上的法律拟制才是问题的关键。在以制定法为主要法源的中国大陆，立法机关是法律发展的主导力量，只有立法机关才有权通过“视为”的方式，“对不同事物相同处理”，法官则无权为之。[5]

二、“视为”既不是类推适用，也不等同于推定

1. “视为”不是类推适用，将“视为”与类推适用等同是错误的

所谓类推适用，是指在法律上未有规定时，法官将类似的法律规则适用于手头待决案件的纠纷解决方法。法律拟制与类推适用都是为追求特定的法价值，以类型化思维为工具的法律机制。但是，法律拟制与法律类推之间也存在着明显的区别：

（1）存在前提不同。“视为”本身就是行为模式、法律后果明确的法条。而类推适用的前提条件是缺少相关的法律规定，而“比照最相类似的条文”处理案件的机制。

（2）运用主体不同。“视为”的运用主体是立法者，是在创制规范时所运用的一种立法技术；类推适用的运用主体是法官，是在法律没有明确规定的情况下，参照最相类似的法律规定解决纠纷的一种裁判方法。

（3）存在法域不同。在刑法领域，实行罪刑法定原则，犯罪与刑罚必须由法律加以规定，不允许类推适用；而在民法领域，类推适用是法官解决案件的常用方法。[6] 所以，视为不是类推适用，法官可根据

法律规定类推适用法律，但不能进行法律拟制（造法），更不能进行司法上的拟制（视为）。

2.将“视为”与推定等同是错误的

推定是指依照法律规定或者由法院按照经验法则，从已知的某一事实推断未知的另一事实存在，并允许当事人提出反证推翻的一种证据法则。在推定中，前一事实称为前提事实，后一事实称为推定事实，一旦前提事实得到证明，法院就可以根据前提事实认定推定的事实，无需再对推定事实加以证明。法律拟制与推定在形式上极为相似，有时法律拟制与法律推定的界限并不很清晰，尤其是推定式拟制就兼具法律拟制与法律推定的双重属性。推定式的拟制实际上是一种法律上的推定，其推定之特征在于通过拟制的方式，使之不能举证推翻。这种拟制若真以推定的方式为之，便是所谓的“不得举证推翻的推定”。

[7]我国《劳动合同法》第 38 条之“推定解雇”规定就是一个法律推定，但这个法律推定是经过改造的具有中国特色的法律推定，因为其并不产生用人单位违法解除之法律效果（仅支付经济补偿），并且还附有条件即必须劳动者有单方解除之意思表示，这个意思表示包括书面、口头和行为这三种形式。所以，推定式的拟制是立法活动，在我国由于法官并非立法主体故无权为之。

然而，法律拟制与推定存在着不容忽视的区别：

（1）性质不同。法律拟制是，根据实际需要，把某种事实甲看作另一种事实乙，使其与乙事实发生同一的法律效果，不能用反证来否定，因而不涉及举证责任由谁承担的问题。法律拟制纯粹是一种立法

技巧，它并非由一事实的存在推论出与之相关的另一事实的存在。推定则不同，它通常包含着推论，是从前提事实推论出推定事实。

（2）能否用反证推翻。法律拟制的目的是使甲事实产生与乙事实相同的法律效果，甲事实的存在得到证明后，自然不允许对方当事人再提出证据来推翻乙事实。推定则不同，法律允许当事人提出反证推翻推定事实，只有在缺乏相反证据足以推翻的情况下，推定事实才会被认定。

（3）对举证责任的影响不同。在法律拟制中，尽管一方当事人主张的是后一事实的法律后果，但双方发生争议且需要证明的始终是前一项事实，而不允许对后一项事实进行争议，所以不发生将后一事实的举证责任转移于对方当事人的问题。因此，法律拟制不影响举证责任的分担。在推定中，需要证明的是一项事实，即推定事实。由于推定的作用，主张推定事实存在的一方当事人证明前提事实后，法律便假定事实存在，这样，就把证明推定事实不存在的举证责任转移于对方当事人。

（4）是否明知真假。拟制系明知是不真实的，但却被看作真实；推定是不知真假，可能为真也可能为假，在此情况下而推断某一现象为真实。[8]所以，视为不能等同于推定，法官在裁决案件时可以根据法律规定进行推定，但不能进行法律拟制（造法），更不能进行司法上的拟制（视为）。

三、根本违约的含义及其法律效果

1.根本违约的含义

我国法律并未对根本违约之含义作出明确规定，但可借鉴《联合国国际货物销售合同公约》第 25 条对根本违约的相关规定来理解其含义：一方当事人违反合同的结果，如使另一方当事人蒙受损失，以至于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西，即为根本违反合同。除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果。

2.民法上根本违约的法律效果有两种，但并不包含视为解除

在我国一旦构成根本违约，那么在民事法律上又会有什么样的效果呢？笔者以为在民法上根本违约的效果主要表现为两种：

（1）守约方可行使解除权，即解除合同。解除权的行使是守约方采取的补救措施。我国《合同法》（1999 年 10 月 1 日起施行）第 94 条规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（一）因不可抗力致使不能实现合同目的；（二）在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（五）法律规定的其他情形。以上是我国民法对根本违法的相关规定，是否构成根本违约主要看违约后果是否严重。所以，当事人一方的违约行为，严重影响了另一方订立合同时所期待的利益，使另一方当事人通过订立和履行合同，最终期望获得的利益、享有的权利、得到的东西、

达到的结果或状态不能实现，另一方当事人据此可以诉请赔偿，并有权解除合同。

（2）守约方可要求违约方继续履行合同、采取补救措施或者赔偿损失。要求继续履行是守约方的私力救济措施。我国《合同法》（1999 年 10 月 1 日起施行）第 107 条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

从以上规定和分析可以看出，我国民事法律规定中，当事人一方根本违约的法律后果只有两种，即继续履行和解除合同，且并未规定将根本违约视为单方解除合同。所以，守约方在维护自己的合法权益时，不能请求人民法院确认根本违约方解除了合同，而只能自己行使选择权，要么行使解除权解除合同，要么要求违约方继续履行原合同、采取补救措施或者赔偿损失。

3. 劳动法上用人单位根本违约的法律效果也只有两种，同样不包含视为解除

我国《劳动合同法》（2012 年 12 月 28 日修订）对用人单位根本违约的法律效果作出了明确规定，有以下两种：

（1）劳动者可行使解除权，并要求支付经济补偿。根据《劳动合同法》（2012 年 12 月 28 日修订）第 38 条“推定解雇”之规定，在用人单位根本违约的情况下，劳动者可以提出单方解除劳动合同，用人单位应根据《劳动合同法》第 46 条规定向劳动者支付经济补偿。

（2）可要求违约方全面履行劳动合同。如果劳动者不想行使解除权解除劳动合同，则可以选择保持劳动合同的效力而确认和全面履行劳动合同。《劳动合同法》（2012 年 12 月 28 日修订）第 29 条规定，用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。这个“全面履行”包括按劳动合同约定支付工资和加班费、缴纳社保等。

所以，用人单位根本违约时，劳动合同法已给劳动者指明了维权途径，劳动者只能行使选择权：要么选择行使解除权而解除合同，要么选择要求违约方继续全面履行合同，包括恢复原工作岗位、支付原工资待遇等。但并未规定将用人单位根本违约视为单方解除合同来处理，更没有规定用人单位在根本违约情况下应向劳动者支付违法解除劳动合同的法律责任。故在劳动法语境下，行使解除权或要求继续履行是劳动者权力得已实现的保障和唯一途径。

四、用人单位根本违约不能视为解除

我们认为苏州市中级法院将用人单位根本违约视为用人单位单方解除劳动合同的认识是错误的，因为“视为”解除既不合法也不合理。具体理由如下：

1.法律拟制仅指立法上的拟制，并不包括司法上的拟制，故法官无权“视为”

我国是大陆法国家，所以法官不能“造法”，这是个共识。在我国法律拟制只能存在立法上的拟制，而不可能存在司法上的拟制。法

官可以根据现经有效的法律规定类推适用法律和进行法律推定,但不能进行法律拟制(造法),更不能进行司法上的拟制(视为),这是我国的根本性质所决定的。所以在我国法官不能将甲事实当作乙事实来处理,也不能运用“视为”这个裁决手段或方法处理案件,因为我国法律没有赋予法官这个权利。

2.视为解除破坏了社会主义法治原则

在我国“视为”就是立法,如果任由法官广泛使用就会造成独裁,破坏法治。立法活动受到《立法法》规范和指引,立法有其法定的权限和程序,法官造法直接违反上《立法法》之规定。“视为”是一种假定,把虚假当作真实,将虚无当作实在,如果任由法官张冠李戴、指鹿为马和挂羊头卖狗肉,则法律规则就形同虚设,法治将面临危机。法治的精髓是保障公民权利、限制国家权力。如果法官在适用法律时享有增加新权利或扩大原有权利的范围的权力,将不是解除的行为视为解除,将限制解除扩大为任意解除,赋予劳动者视为解除并要求支付赔偿金的权利,这些既没有遵循立法程序,也超越立法权限,还没有考虑到国家和人民的长远利益,所以这破坏了社会主义法治原则,应当给予否定、负面的评价。

3.劳动合同解除事由只能法定,不能在法定之外视为解除

劳动合同的解除事由只能法定,这在劳动法领域早已达成共识。解除事由的法定性既包括解除事由不得约定,也包括不能视为解除。不论用人单位还是劳动者,均只能依据法律规定事由行使解除权,法定之外法官的“视为”,不能产生解除劳动合同的法律效果。根本违

约仅是一种严重违约行为，劳动者根据法律规定享有选择权，即在解除和继续履行中进行选择，而不能由法官替代劳动者裁决视为用人单位解除。

事实上法官视为解除的判决，在客观上起到了“造法”作用，即在法定之外为第三方或劳动者解除劳动合同增加了一种解除事由，这不但违反了解除事由法定原则，也违反了劳动合同仅当事人才享有解除权的相关规定。

4.劳动者请求支付违法解除赔偿金无法律依据

在用人单位根本违约情形下，劳动者请求视为用人单位解除并支付违法解除赔偿金，我们认为这个请求没有法律基础，不应该得到支持。请求权乃要求他人为特定行为（作为、不作为）的权利。此一权利概念是德国学者温德赛氏所创。请求权系由基础权利（如物权、债权等）而发生，必先有基础权利之存在，而后始有请求权之可言。因而请求权以其所由发生的基础权利之不同，可分为：债权上的请求权；物权上的请求权；人格权上的请求权；身份权上之请求权等。原则上，债权上之请求权是债权成立时，当然随之发生，其余之请求权，则多于其基础权利受侵害时，始告发生。[9]由于我国劳动法并未将用人单位根本违约当作单方解除的法定情形，所以上述诉讼请求缺乏基础权利支撑，即无请求权基础，不应得到法院的支持。

5.视为解除剥夺了劳动者选择权和解除权

在用人单位根本违约情形下，劳动者依法拥有选择权，即继续履行合同或单方解除劳动合同的选择权。如果司法上的视为解除之结论

成立，则使劳动者丧失选择权（解除或继续履行），也剥夺了劳动者的解除权，因为劳动者再也不能也没有机会行使解除权了。

如司法上的视为解除之结论成立，则劳动者合法权益就无法保护，就会使用人单位想解除谁就可以解除谁，从而达到为所欲为的地步。所以，视为解除名为保护劳动者合法权益，其实是为用人单位解除劳动合同、损害劳动者利益开了方便之门，这与劳动法立法宗旨背道而驰。一旦赋予法官视为解除之司法拟制权，就等于法官可以凌驾于法律之上，直接否定了劳动者的法定选择权，并排除了其适用《劳动合同法》第 38 条，从而剥夺了劳动者解除权。这不利于劳动者合法权益的保护，应给予否定的评价。

6.法官在已有法律推定前提下再作“推定”涉嫌违法

即使“视为解除”是法官的推定，由于这个推定与《劳动合同法》第 38 条“推定解雇”规定直接冲突，所以法官的这个推定也是违法的。《劳动合同法》第 38 条规定，在用人单位根本违约的情况下，劳动者可提出单方解除劳动合同，用人单位应根据《劳动合同法》第 46 条规定支付经济补偿。从以上规定可知，我国《劳动合同法》已对用人单位根本违约行为进行了“法律推定”之技术处理，并规定了支付经济补偿的法律责任，此情形下法官再根据根本违约之事实进行“推定”并得出“视为解除”和违法解除之结论，明显是与上述法律规定对着干，直接与《劳动合同法》第 38 条规定相矛盾和冲突。

再退一步讲，即使法官的再次推定成立，用人单位也只须按《劳动合同法》第 46 条规定向劳动者支付经济补偿，而无须支付违法解

除的赔偿金。所以，用人单位根本违约法律责任在我国是有明确规定的，即支付经济补偿，而不能通过法官再次“推定”而扩大适用，并支付违法解除的赔偿金。

7. 视为解除一旦成立则劳动法的指引作用就会丧失

葛洪义认为法的作用可以分为规范作用和社会作用。法的规范作用可分为指引、评价、教育、预测和强制五种。指引作用是指法对本人的行为具有引导作用。对人的行为的指引有两种形式：一种是个别性指引；即通过一个具体的指示形成对具体的人的具体情况指引；一种是规范性指引，是通过一般的规则对同类的人或行为的指引。在用人单位根本违约情形下，如果法官有权认定视为用人单位单方解除，此时劳动法律的指引作用将不复存在，因为接下来劳动者或用人单位如何依法维权就迷失了方向。

由于前述苏州市中级法院一案系实施经济性裁员安排员工待岗引起，故涉及人员众多，自从该院视为解除之终审判决作出后，新发生案件中劳动者的请求出现了分化，可谓五花八门。有的以《劳动合同法》第 38 条为由解除并要求支付经济补偿，有的以违法解除为由要求支付两倍经济补偿的赔偿金，有的将违法解除赔偿金和经济补偿二项同时请求，有的劳动者认为未解除并要求支付待岗期间的正常时间工资差额，还有人准备要求支付解除后未签订书面合同的双倍工资。而用人单位也左右为难、一筹莫展，困惑他们的问题是劳动关系何时解除？还要继续为待岗员工发放生活费、缴纳社保和公积金？劳动者不认可解除怎么办？要不要重新签订劳动合同？企业也希望有政府

部门或其他权威声音出来指引他们如何行事。所以，视为解除一旦成立，则双方之间法律关系以及与之相关权利义务就会发生紊乱，甚至相互矛盾、不合逻辑，造成这种局面的原因就是“视为解除”判决使得劳动法指引功能丧失。

注释：

- 1 苏州市中级人民法院（2016）苏 05 民终 8583—8591 号。
- 2 刘风景，《视为的法理与创制》，载《中外法学》2010 年第 2 期。
- 3 杜艳亭：南京师范大学硕士学位论文《视为的法律解读》，第 1 页。
- 4 黄茂荣：《法学方法与现代民法》（第 5 版），法律出版社 2007 年版，第 205 页。
- 5 刘风景：《视为的法理与创制》，载《中外法学》2010 年第 2 期。
- 6 刘风景：同上注。
- 7 刘风景：同上注。
- 8 刘风景：同上注。
- 9 郑玉波：《民法总则》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 67 页。