

法律资讯汇编

(2020 第 3 期)

上海王岩律师事务所
2020 年 3 月

目 录

行业新闻——中国银保监会有关部门负责人 就《信托公司股权管理暂行办法》答记者问	3
新法速递——《信托公司股权管理暂行办法》	8
案例解析——劳务派遣合同纠纷案件的审理思路和裁判要点	32
业务研究——增资协议解除后的投资人保护路径初探	48
——独立保函有效期届满实体权利消灭	63

银保监会有关部门负责人就《信托公司股权管理 暂行办法》答记者问

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2020 年 2 月 6 日

为进一步加强信托公司股权管理，规范信托公司股东行为，促进信托公司完善公司治理机制建设，银保监会制定了《信托公司股权管理暂行办法》（以下简称《暂行办法》）。银保监会有关部门负责人就《暂行办法》回答了记者提问。

一、制定《暂行办法》的背景是什么？

近年来，信托业股权管理乱象导致部分信托公司风险事件频发，也在一定程度上阻碍了信托业转型发展。现行信托业监管规制体系中虽对信托公司股权管理有所规范，但随着行业发展变化，个别规定可操作性不强、存在监管漏洞等问题日渐显现，给有效监管带来不小挑战。2018 年，原银监会发布《商业银行股权管理暂行办法》（银监会令 2018 年第 1 号）后，信托公司作为参照适用机构，逐步加强股权穿透监管，强化主要股东管理。整体而言，信托业股权监管工作较以往有了较大完善。然而，考虑到信托业曾历经多次清理整顿，其股权管理特征、风险特征、监督管理体系与商业银行差异较大等因素，一些股权管理突出问题仍无法通过现行制度安排予以解决。因此，为弥补制度短板，借鉴国内监管实践并结合信托业发展实际，银保监会

研究起草了《暂行办法》，以促进信托股权管理乱象的有效治理，提升信托业股权监管质效。

二、《暂行办法》的主要内容是什么？

《暂行办法》共六章 78 条，除总则和附则外，主要包括四方面内容。一是明确信托公司股东责任。包括信托公司股东资质条件，以及股东在股权取得、股权持有、股权退出各个阶段应承担的责任和义务等。二是明确信托公司职责，包括信托公司在股权变更期间履行职责、应承担的股权事务管理责任、应履行的股东行为管理职责等。三是加强对信托公司股权的监督管理。包括明确监管部门股权穿透监管措施和手段，对信托公司股东或信托公司股权管理违法违规行为可采取的监管措施等。四是明晰法律责任。以《银监法》、《行政许可法》为依据，规定信托公司股东或信托公司罚则等内容。

三、《暂行办法》与《商业银行股权管理暂行办法》的关系？

《暂行办法》充分借鉴了《商业银行股权管理暂行办法》的良好制度实践，沿用了其中提出的三位一体股权穿透监管框架、加强主要股东股权管理、强化董事会股权事务管理责任等重要制度安排，并均以《银监法》等上位法为依据规范监管措施、罚则等内容。《暂行办法》将“三位一体”股权穿透监管框架扩展为“三位一体”股权管理体系，突出信托公司股东、信托公司、监管部门三方主体从股权进入到退出各个阶段的股权管理职责，更加贴合信托公司股权监管实际，突出信托公司公司治理机制要求，力求解决信托业股权管理突出问题。

四、《暂行办法》对信托公司股东资质条件的要求有哪些变化？

《暂行办法》根据 2018 年 4 月人民银行、银保监会、证监会联合发布的《关于加强非金融企业投资金融机构监管的指导意见》（银发〔2018〕107 号）要求，对拟成为信托公司控股股东的非金融企业股东资质条件进行了严格规范，同时，取消了境外金融机构入股信托公司“总资产不少于 10 亿美元”的要求，体现“内外一致”的国民待遇原则。

《暂行办法》发布后，对于信托公司存在的股权管理不符合《暂行办法》要求的情形，银保监会将及时出台相关配套办法，明确信托公司整改的过渡期安排等要求，推动信托公司股权管理逐步符合《暂行办法》。

五、《暂行办法》对金融产品持股有什么特别安排？

《暂行办法》沿用了《商业银行股权管理暂行办法》相关规定，明确金融产品可以持有上市信托公司股份，但单一投资人、发行人或管理人及其实际控制人、关联方、一致行动人控制的金融产品持有同一信托公司股份合计不得超过该信托公司股份总额的百分之五。信托公司主要股东不得以发行、管理或通过其他手段控制的金融产品持有同一信托公司股份。同时，考虑到金融产品本身不具有民事主体应有的权利能力，无法有效履行股东权利义务和责任，且行业内由金融产品实际控制的信托公司在公司治理方面暴露了问题与不足，《暂行办法》要求投资人的控股股东、实际控制人为金融产品的，该投资人不得为信托公司的主要股东。

六、《暂行办法》如何加强股权信息管理？

股权信息不对称严重影响信托公司监管质效。为此，《暂行办法》以制度安排明确股权信息变化的报告主体、路径与时限要求。主要包括以下情形：

1. 可能影响股东资质条件变化或导致股东所持信托公司股权发生变化的事项。
2. 主要股东及其控股股东、实际控制人出现负面清单情形。
3. 主要股东的控股股东、实际控制人发生变化。报告主体、路径、时限要求分为三类：一是信托公司股东或主要股东于发生有关情形后于十五日内书面通知信托公司并根据要求提供有关材料。二是信托公司就有关事项以半年报、年报形式进行公开披露。三是信托公司就股权信息变化情况自知悉之日起十日内向监管部门书面报告。

七、《暂行办法》如何加强关联交易管理？

加强关联交易管控一直是信托公司股权监管重点。《暂行办法》强化监管部门对信托公司关联交易的总体要求；明确信托公司关联交易分类及信托公司按照穿透原则和实质重于形式原则加强关联交易认定和关联交易资金来源与运用的双向核查的要求；明确信托公司建立关联方名单管理制度，完善关联交易内控机制安排等。

八、正式印发的《暂行办法》与征求意见稿相比有哪些修改？

2019 年 11 月 22 日至 12 月 22 日，银保监会就《暂行办法》面向社会公开征求意见，期间共收集到各类意见 48 条。经过认真研究分析后，正式印发的《暂行办法》主要在以下方面作了修改：一是对

于投资人通过境内外证券市场拟持有信托公司股份总额百分之五以上的情形，明确对该类行政许可事项的批复有效期为六个月，以有利于投资者自主把握增持节奏，也有利于防范内幕交易。二是在表述上进一步突出强调了对投资人入股信托公司目的端正的要求。三是明确上市信托公司按照法律、行政法规规定股权需集中存管到法定证券登记结算机构的，股权托管工作按照相应的规定进行。

信托公司股权管理暂行办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2020年2月6日

第一章 总则

第一条 为加强信托公司股权管理，规范信托公司股东行为，保护信托公司、信托当事人等合法权益，维护股东的合法利益，促进信托公司持续健康发展，根据《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国信托法》等法律法规，制定本办法。

第二条 本办法适用于中华人民共和国境内依法设立的信托公司。

第三条 信托公司股权管理应当遵循分类管理、优良稳定、结构清晰、权责明确、变更有序、透明诚信原则。

第四条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构遵循审慎监管原则，依法对信托公司股权实施穿透监管。

股权监管贯穿于信托公司设立、变更股权或调整股权结构、合并、分立、解散、清算以及其他涉及信托公司股权管理事项等环节。

第五条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构依法对信托公

司股权进行监管，对信托公司及其股东等单位和个人相关违法违规行为进行查处。

第六条 信托公司及其股东应当根据法律法规和监管要求，充分披露相关信息，接受社会监督。

第七条 信托公司、国务院银行业监督管理机构及其派出机构应当加强对信托公司主要股东的管理。

信托公司主要股东是指持有或控制信托公司百分之五以上股份或表决权，或持有资本总额或股份总额不足百分之五但对信托公司经营管理有重大影响的股东。

前款中的“重大影响”，包括但不限于向信托公司派驻董事、监事或高级管理人员，通过协议或其他方式影响信托公司的财务和经营管理决策，以及国务院银行业监督管理机构及其派出机构认定的其他情形。

第八条 信托公司股东应当核心主业突出，具有良好的社会声誉、公司治理机制、诚信记录、纳税记录、财务状况和清晰透明的股权结构，符合法律法规规定和监管要求。

第九条 信托公司股东的股权结构应逐层追溯至最终受益人，其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终受益人等各方关系应当清晰透明。

股东与其关联方、一致行动人的持股比例合并计算。

第十条 投资人入股信托公司，应当事先报国务院银行业监督管理机构或其派出机构核准，投资人及其关联方、一致行动人单独或合

计持有上市信托公司股份未达到该公司股份总额百分之五的除外。

对通过境内外证券市场拟持有信托公司股份总额百分之五以上的行政许可批复，有效期为六个月。

第二章 信托公司股东责任

第一节 股东资质

第十一条 经国务院银行业监督管理机构或其派出机构审查批准，境内非金融机构、境内金融机构、境外金融机构和国务院银行业监督管理机构认可的其他投资人可以成为信托公司股东。

投资人及其关联方、一致行动人单独或合计持有同一上市信托公司股份未达到该信托公司股份总额百分之五的，不受本条前款规定限制。

第十二条 境内非金融机构作为信托公司股东，应当具备以下条件：

- （一）依法设立，具有法人资格；
- （二）具有良好的公司治理结构或有效的组织管理方式；
- （三）具有良好的社会声誉、诚信记录和纳税记录；
- （四）经营管理良好，最近 2 年内无重大违法违规经营记录；
- （五）财务状况良好，且最近 2 个会计年度连续盈利；如取得控股权，应最近 3 个会计年度连续盈利；
- （六）年终分配后净资产不低于全部资产的百分之三十（合并财务报表口径）；如取得控股权，年终分配后净资产应不低于全部资产的百分之四十（合并财务报表口径）；

（七）如取得控股权，权益性投资余额应不超过本企业净资产的百分之四十（含本次投资金额，合并财务报表口径），国务院银行业监督管理机构认可的投资公司和控股公司除外；

（八）国务院银行业监督管理机构规定的其他审慎性条件。

第十三条 境内金融机构作为信托公司股东，应当具有良好的内部控制机制和健全的风险管理体系，符合与该类金融机构有关的法律、法规、监管规定以及本办法第十二条（第五项“如取得控股权，应最近 3 个会计年度连续盈利”、第六项和第七项除外）规定的条件。

第十四条 境外金融机构作为信托公司股东，应当具备以下条件：

（一）具有国际相关金融业务经营管理经验；

（二）国务院银行业监督管理机构认可的国际评级机构最近 2 年对其作出的长期信用评级为良好及以上；

（三）财务状况良好，最近 2 个会计年度连续盈利；

（四）符合所在国家或地区法律法规及监管当局的审慎监管要求，最近 2 年内无重大违法违规经营记录；

（五）具有良好的公司治理结构、内部控制机制和健全的风险管理体系；

（六）所在国家或地区金融监管当局已经与国务院银行业监督管理机构建立良好的监督管理合作机制；

（七）具有有效的反洗钱措施；

（八）所在国家或地区经济状况良好；

（九）国务院银行业监督管理机构规定的其他审慎性条件。

境外金融机构投资入股信托公司应当遵循长期持股、优化治理、业务合作、竞争回避的原则，并遵守国家关于外国投资者在中国境内投资的有关规定。

第十五条 金融产品可以持有上市信托公司股份，但单一投资人、发行人或管理人及其实际控制人、关联方、一致行动人控制的金融产品持有同一上市信托公司股份合计不得超过该信托公司股份总额的百分之五。

信托公司主要股东不得以发行、管理或通过其他手段控制的金融产品持有该信托公司股份。

自然人可以持有上市信托公司股份，但不得为该信托公司主要股东。国务院银行业监督管理机构另有规定的除外。

第十六条 投资人及其控股股东、实际控制人存在以下情形的，不得作为信托公司主要股东：

（一）关联企业众多、股权关系复杂且不透明、关联交易频繁且异常；

（二）被列为相关部门失信联合惩戒对象；

（三）在公开市场上有不良投资行为记录；

（四）频繁变更股权或实际控制人；

（五）存在严重逃废到期债务行为；

（六）提供虚假材料或者作不实声明，或者曾经投资信托业，存在提供虚假材料或者作不实声明的情形；

（七）对曾经投资的信托公司经营失败或重大违法违规行为负有

重大责任，或对曾经投资的其他金融机构经营失败或重大违法违规行为负有重大责任且未满 5 年；

（八）长期未实际开展业务、停业或破产清算或存在可能严重影响持续经营的担保、诉讼、仲裁或者其他重大事项；

（九）拒绝或阻碍金融管理部门依法实施监管；

（十）因违法违规行为被金融管理部门或政府有关部门查处，造成恶劣影响；

（十一）其他可能对履行股东责任或对信托公司产生重大不利影响的情形。

除本条前款规定外，投资人的控股股东、实际控制人为金融产品的，该投资人不得为信托公司主要股东。

第二节 股权取得

第十七条 投资人可以通过出资设立信托公司、认购信托公司新增资本、以协议或竞价等途径取得信托公司其他股东所持股权等方式入股信托公司。

第十八条 投资人入股信托公司应当履行法律法规和公司章程约定的程序。涉及国有资产管理、金融管理等部门职责的，应当符合相关规定。

第十九条 投资人入股信托公司前应当做好尽职调查工作，充分了解信托公司功能定位、信托业务本质和风险特征以及应当承担的股东责任和义务，充分知悉拟入股信托公司经营管理情况和真实风险底数等信息。

投资人入股信托公司应当入股目的端正，出资意愿真实。

第二十条 投资人入股信托公司时，应当书面承诺遵守法律法规、监管规定和公司章程，并就入股信托公司的目的作出说明。

第二十一条 投资人拟作为信托公司主要股东的，应当具备持续的资本补充能力，并根据监管规定书面承诺在必要时向信托公司补充资本。

第二十二条 投资人拟作为信托公司主要股东的，应当逐层说明其股权结构直至实际控制人、最终受益人，以及与其他股东的关联关系或者一致行动关系。

第二十三条 投资人应当使用来源合法的自有资金入股信托公司，不得以委托资金、债务资金等非自有资金入股，出资金额不得超过其个别财务报表口径的净资产规模。国务院银行业监督管理机构及其派出机构可以按照穿透原则对自有资金来源进行向上追溯认定。

第二十四条 投资人不得委托他人或接受他人委托持有信托公司股权。

第二十五条 同一投资人及其关联方、一致行动人参股信托公司的数量不得超过 2 家，或控股信托公司的数量不得超过 1 家。

投资人经国务院银行业监督管理机构批准并购重组高风险信托公司，不受本条前款规定限制。

第三节 股权持有

第二十六条 信托公司股东应当遵守法律法规、监管规定和公司章程，依法行使股东权利，履行法定义务。

第二十七条 信托公司主要股东不得滥用股东权利干预或利用其影响力干预董事会、高级管理层根据公司章程享有的决策权和管理权，不得越过董事会和高级管理层直接干预或利用影响力干预信托公司经营管理，进行利益输送，或以其他方式损害信托当事人、信托公司、其他股东等合法权益。

第二十八条 按照穿透原则，信托公司股东与信托公司之间不得直接或间接交叉持股。

第二十九条 信托公司主要股东根据公司章程约定提名信托公司董事、监事候选人的，应当遵循法律法规和公司章程规定的条件和程序。控股股东不得对股东（大）会人事选举结果和董事会人事聘任决议设置批准程序。

信托公司存在持有或控制信托公司百分之五以下股份或表决权的股东的，至少应有一名独立董事或外部监事由该类股东提名产生。

第三十条 信托公司主要股东应当对其与信托公司和其他关联机构之间董事、监事和高级管理人员的交叉任职进行有效管理，防范利益冲突。

信托公司主要股东及其关联方与信托公司之间的高级管理人员不得相互兼任。

第三十一条 信托公司主要股东应当建立有效的风险隔离机制，防止风险在股东、信托公司以及其他关联机构之间传染和转移。

第三十二条 信托公司股东应当遵守法律法规和信托公司关联交易相关规定，不得与信托公司进行不当关联交易，不得利用其对信托

公司经营管理的影响力获取不正当利益，侵占信托公司、其他股东、信托当事人等合法权益。

第三十三条 信托公司股东应当在信托公司章程中承诺不将所持有的信托公司股权进行质押或以股权及其受（收）益权设立信托等金融产品，但国务院银行业监督管理机构或其派出机构采取风险处置或接管措施等特殊情形除外。

投资人及其关联方、一致行动人单独或合计持有同一上市信托公司股份未达到该信托公司股份总额百分之五的，不受本条前款规定限制。

第三十四条 信托公司股东应当自发生以下情况之日起十五日内，书面通知信托公司：

- （一）所持信托公司股权被采取诉讼保全措施或者被强制执行；
- （二）违反承诺质押信托公司股权或以股权及其受（收）益权设立信托等金融产品；
- （三）其控股股东、实际控制人质押所持该股东公司股权或以所持该股东公司股权及其受（收）益权设立信托等金融产品；
- （四）取得国务院银行业监督管理机构或其派出机构变更股权或调整股权结构行政许可后，在法定时限内完成股权变更手续存在困难；
- （五）名称变更；
- （六）合并、分立；
- （七）其他可能影响股东资质条件变化或导致所持信托公司股权

发生变化的情况。

第三十五条 信托公司主要股东及其控股股东、实际控制人发生本办法第十六条规定的情形的，主要股东应当于发生相关情况之日起十五日内，书面通知信托公司。

信托公司主要股东的控股股东、实际控制人发生变更的，主要股东应当于变更后十五日内准确、完整地向信托公司提供相关材料，包括变更背景、变更后的控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终受益人等情况，以及控股股东、实际控制人是否存在本办法第十六条规定情形的说明。

信托公司主要股东应当通过信托公司每年向国务院银行业监督管理机构或其派出机构报告资本补充能力。

第三十六条 信托公司主要股东应当根据本办法第五十三条规定，如实向信托公司提供与股东评估工作相关的材料，配合信托公司开展主要股东的定期评估工作。

第三十七条 信托公司出现资本不足或其他影响稳健运行情形时，信托公司主要股东应当履行入股时承诺，以增资方式向信托公司补充资本。不履行承诺或因股东资质问题无法履行承诺的主要股东，应当同意其他股东或者合格投资人采取合理方案增资。

第三十八条 信托公司发生重大风险事件或重大违法违规行为，被国务院银行业监督管理机构或其派出机构采取风险处置或接管等措施的，股东应当积极配合国务院银行业监督管理机构或其派出机构开展风险处置等工作。

第四节 股权退出

第三十九条 信托公司股东自取得股权之日起五年内不得转让所持有的股权。

经国务院银行业监督管理机构或其派出机构批准采取风险处置措施、国务院银行业监督管理机构或其派出机构责令转让、涉及司法强制执行、在同一投资人控制的不同主体之间转让股权、国务院银行业监督管理机构或其派出机构认定股东无力行使股东职责等特殊情形除外。

投资人及其关联方、一致行动人单独或合计持有同一上市信托公司股份未达到该信托公司股份总额百分之五的，不受本条规定限制。

第四十条 信托公司股东拟转让所持股权的，应当向意向参与方事先告知国务院银行业监督管理机构关于信托公司股东的资质条件规定、与变更股权等事项有关的行政许可程序、以及本办法关于信托公司股东责任和义务的相关规定。

有关主体签署的股权转让协议应当明确变更股权等事项是否需经国务院银行业监督管理机构或其派出机构行政许可，以及因监管部门不予批准等原因导致股权转让失败的后续安排。

第四十一条 股权转让期间，拟转让股权的信托公司股东应当继续承担股东责任和义务，支持并配合信托公司股东（大）会、董事会、监事会、高级管理层依法履职，对公司重大决议事项行使独立表决权，不得在股权转让工作完成前向信托公司推荐股权拟受让方相关人员担任公司董事、监事、高级管理人员或关键岗位人员。

第三章 信托公司职责

第一节 变更期间

第四十二条 信托公司应当如实向拟入股股东说明公司经营管理情况和真实风险底数。

第四十三条 在变更期间，信托公司应当保证股东（大）会、董事会、监事会及高级管理层正常运转，切实防范内部人控制问题。

前款中的“变更”，包括信托公司变更股权或调整股权结构、合并、分立以及其他涉及信托公司股权发生变化的情形。

信托公司不得以变更股权或调整股权结构等为由，致使董事会、监事会、高级管理层人员缺位 6 个月以上，影响公司治理机制有效运转。有代为履职情形的，应当符合国务院银行业监督管理机构关于代为履职的相关监管规定。

第四十四条 信托公司应当依法依规、真实、完整地向国务院银行业监督管理机构或其派出机构报送与变更股权或调整股权结构等事项相关的行政许可申请材料。

第二节 股权事务管理

第四十五条 信托公司董事会应当勤勉尽责，董事会成员应当对信托公司和全体股东负有忠诚义务。

信托公司董事会承担信托公司股权事务管理最终责任。信托公司董事长是处理信托公司股权事务的第一责任人。董事会秘书协助董事长工作，是处理股权事务的直接责任人。

董事长和董事会秘书应当忠实、诚信、勤勉地履行职责。履职未

尽责的，依法承担法律责任。

第四十六条 信托公司应当建立和完善股权管理制度，做好股权信息登记、关联交易管理和信息披露等工作。

第四十七条 信托公司应当建立股权托管制度，原则上将股权在信托登记机构进行集中托管。信托登记机构履行股东名册初始登记和变更登记等托管职责。托管的具体要求由国务院银行业监督管理机构另行规定。

上市信托公司按照法律、行政法规规定股权需集中存管到法定证券登记结算机构的，股权托管工作按照相应的规定进行。

第四十八条 信托公司应当将以下关于股东管理的相关监管要求、股东的权利义务等写入公司章程，在公司章程中载明下列内容：

- （一）股东应当遵守法律法规和监管规定；
- （二）主要股东应当在必要时向信托公司补充资本；
- （三）应经但未经监管部门批准或未向监管部门报告的股东，不得行使股东大会召开请求权、表决权、提名权、提案权、处分权等权利；
- （四）对于存在虚假陈述、滥用股东权利或其他损害信托公司利益行为的股东，国务院银行业监督管理机构或其派出机构可以限制或禁止信托公司与其开展关联交易，限制其持有信托公司股权比例等，并可限制其股东大会召开请求权、表决权、提名权、提案权、处分权等权利。

第四十九条 信托公司应当通过半年报或年报在官方网站等渠道

真实、准确、完整地披露信托公司股权信息，披露内容包括：

（一）股份有限公司报告期末股份总数、股东总数、报告期间股份变动情况以及前十大股东持股情况；

（二）有限责任公司报告期末股东出资额情况；

（三）报告期末主要股东及其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终受益人情况；

（四）报告期内公司发生的关联交易情况；

（五）报告期内股东违反承诺质押信托公司股权或以股权及其受益权设立信托等金融产品的情况；

（六）报告期内股东提名董事、监事情况；

（七）已向国务院银行业监督管理机构或其派出机构提交行政许可申请但尚未获得批准的事项；

（八）国务院银行业监督管理机构规定的其他信息。

第五十条 信托公司主要股东及其控股股东、实际控制人出现的可能影响股东资质条件或导致所持信托公司股权发生重大变化的事项，信托公司应及时进行信息披露。

第三节 股东行为管理

第五十一条 信托公司应当加强对股东资质的审查，对主要股东及其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终受益人等相关信息进行核实，并掌握其变动情况，就主要股东对信托公司经营管理的影 响进行判断。

第五十二条 信托公司股东发生本办法第三十四条、第三十五条

前二款规定情形的，信托公司应当自知悉之日起十日内向国务院银行业监督管理机构或其派出机构书面报告。

第五十三条 信托公司董事会应当至少每年对其主要股东的资质情况、履行承诺事项情况、承担股东责任和义务的意愿与能力、落实公司章程或协议条款情况、经营管理情况、财务和风险状况，以及信托公司面临经营困难时，其在信托公司恢复阶段可能采取的救助措施进行评估，并及时将评估报告报送国务院银行业监督管理机构或其派出机构。

第五十四条 信托公司应当将所开展的关联交易分为固有业务关联交易和信托业务关联交易，并按照穿透原则和实质重于形式原则加强关联交易认定和关联交易资金来源与运用的双向核查。

第五十五条 信托公司应当准确识别关联方，及时更新关联方名单，并按季度将关联方名单报送至信托登记机构。

信托公司应当按照穿透原则将主要股东、主要股东的控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终受益人作为信托公司的关联方进行管理。

第五十六条 信托公司应当建立关联交易管理制度，严格执行国务院银行业监督管理机构关于关联交易报告等规定，落实信息披露要求，不得违背市场化原则和公平竞争原则开展关联交易，不得隐匿关联交易或通过关联交易隐匿资金真实去向、从事违法违规活动。

信托公司董事会应当设立关联交易控制委员会，负责关联交易的管理，及时审查和批准关联交易，控制关联交易风险。关联交易控制

委员会成员不得少于三人，由独立董事担任负责人。

信托公司应当定期开展关联交易内外部审计工作，其内部审计部门应当至少每年对信托公司关联交易进行一次专项审计，并将审计结果报信托公司董事会和监事会；委托外部审计机构每年对信托公司关联交易情况进行年度审计，其中外部审计机构不得为信托公司关联方控制的会计师事务所。

第五十七条 信托公司应当加强公司治理机制建设，形成股东（大）会、董事会、监事会、高级管理层有效制衡的公司治理结构，建立完备的内部控制、风险管理、信息披露体系，以及科学合理的激励约束机制，保障信托当事人等合法权益，保护和促进股东行使权利，确保全体股东享有平等待遇。

信托公司董事会成员应当包含独立董事，独立董事人数不得少于董事会成员总数的四分之一；但单个股东及其关联方、一致行动人合计持有信托公司三分之二以上资本总额或股份总额的信托公司，其独立董事人数不得少于董事会成员总数的三分之一。

信托公司董事会和监事会应当根据法律法规和公司章程赋予的职责，每年向股东（大）会做年度工作报告，并及时将年度工作报告报送国务院银行业监督管理机构或其派出机构。

第四章 监督管理

第五十八条 国务院银行业监督管理机构鼓励信托公司持续优化股权结构，引入注重公司长远发展、管理经验成熟的战略投资者，促进信托公司转型发展，提升专业服务水平。

第五十九条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构应当加强对信托公司股东的穿透监管，加强对主要股东及其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人及最终受益人的审查、识别和认定。信托公司主要股东及其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人及最终受益人，以国务院银行业监督管理机构或其派出机构认定为准。

第六十条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构有权采取下列措施，了解信托公司股东（含拟入股股东）及其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人及最终受益人信息：

（一）要求股东逐层披露其股东、实际控制人、关联方、一致行动人及最终受益人；

（二）要求股东说明入股资金来源，并提供有关材料；

（三）要求股东报送资产负债表、利润表和其他财务会计报告和统计报表、公司发展战略和经营管理材料以及注册会计师出具的审计报告；

（四）要求股东及相关人员对有关事项作出解释说明；

（五）询问股东及相关人员；

（六）实地走访或调查股东经营情况；

（七）其他监管措施。

对与涉嫌违法事项有关的信托公司股东及其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人及最终受益人，国务院银行业监督管理机构及其派出机构有权依法查阅、复制有关财务会计、财产权登记等文件、资料；对可能被转移、隐匿、毁损或者伪造的文件、资料，予以先行

登记保存。

第六十一条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构有权采取下列措施，加强信托公司股权穿透监管：

（一）依法对信托公司设立、变更股权或调整股权结构等事项实施行政许可；

（二）要求信托公司及其股东及时报告股权有关信息；

（三）定期评估信托公司主要股东及其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终受益人的经营活动，以判断其对信托公司稳健运行的影响；

（四）要求信托公司通过年报或半年报披露相关股权信息；

（五）与信托公司董事、监事、高级管理人员以及其他相关当事人进行监管谈话，要求其就相关情况作出说明；

（六）对股东涉及信托公司股权的行为进行调查或者公开质询；

（七）要求股东报送审计报告、经营管理信息、股权信息等材料；

（八）查询、复制股东及相关单位和人员的财务会计报表等文件、资料；

（九）对信托公司进行检查，并依法对信托公司和有关责任人员实施行政处罚；

（十）依法可以采取的其他监管措施。

第六十二条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构应当建立股东动态监测机制，至少每年对信托公司主要股东的资质情况、履行承诺事项情况、承担股东责任和义务的意愿与能力、落实公司章程或

协议条款情况、经营管理情况、财务和风险状况，以及信托公司面临经营困难时主要股东在信托公司恢复阶段可能采取的救助措施进行评估。

国务院银行业监督管理机构及其派出机构应当将评估工作纳入日常监管，并对评估发现的问题视情形采取限期整改等监管措施。

第六十三条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构根据审慎监管的需要，有权依法采取限制同一股东及其关联方、一致行动人入股信托公司的数量、持有信托公司股权比例、与信托公司开展的关联交易额度等审慎监管措施。

第六十四条 信托公司主要股东为金融机构的，国务院银行业监督管理机构及其派出机构应当与该金融机构的监管部门建立有效的信息交流和共享机制。

第六十五条 信托公司在股权管理过程中存在下列情形之一的，国务院银行业监督管理机构或其派出机构应当责令限期改正；逾期未改正，或者其行为严重危及该信托公司的稳健运行、损害信托当事人和其他客户合法权益的，经国务院银行业监督管理机构或其省一级派出机构负责人批准，可以区别情形，按照《中华人民共和国银行业监督管理法》第三十七条规定，采取相应的监管措施：

- （一）未按要求履行行政许可程序或对有关事项进行报告的；
- （二）未按规定开展股东定期评估工作的；
- （三）提供虚假的或者隐瞒重要事实的报表、报告等文件、资料的；

- (四) 未按规定制定公司章程，明确股东权利义务的；
- (五) 未按规定进行股权托管的；
- (六) 未按规定进行信息披露的；
- (七) 未按规定开展关联交易的；
- (八) 拒绝或阻碍监管部门进行调查核实的；
- (九) 其他违反股权管理相关要求的。

第六十六条 信托公司股东或其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终受益人等存在下列情形，造成信托公司违反审慎经营规则的，国务院银行业监督管理机构或其派出机构根据《中华人民共和国银行业监督管理法》第三十七条规定，可以限制信托公司股东参与经营管理的相关权利，包括股东大会召开请求权、表决权、提名权、提案权、处分权等；责令信托公司控股股东转让股权，股权转让完成前，限制其股东权利，限期未完成转让的，由符合国务院银行业监督管理机构相关要求的投资人按照评估价格受让股权：

- (一) 虚假出资、出资不实、抽逃出资或者变相抽逃出资的；
- (二) 使用委托资金、债务资金或其他非自有资金投资入股的；
- (三) 委托他人或接受他人委托持有信托公司股权的；
- (四) 未按规定进行报告的；

(五) 拒绝向信托公司、国务院银行业监督管理机构或其派出机构提供文件材料或提供虚假文件材料、隐瞒重要信息以及迟延提供相关文件材料的；

- (六) 违反承诺、公司章程或协议条款的；

（七）主要股东或其控股股东、实际控制人不符合本办法规定的监管要求的；

（八）违规开展关联交易的；

（九）违反承诺进行股权质押或以股权及其受（收）益权设立信托等金融产品的；

（十）拒绝或阻碍国务院银行业监督管理机构或其派出机构进行调查核实的；

（十一）不配合国务院银行业监督管理机构或其派出机构开展风险处置的；

（十二）在信托公司出现资本不足或其他影响稳健运行情形时，主要股东拒不补充资本并拒不同意其他股东、投资人增资计划的；

（十三）其他滥用股东权利或不履行股东义务，损害信托公司、信托当事人、其他股东等利益的。

第六十七条 信托公司未遵守本办法规定进行股权管理的，国务院银行业监督管理机构或其派出机构可以调整该信托公司监管评级。

信托公司董事会成员在履职过程中未就股权管理方面的违法违规行为提出异议的，最近一次履职评价不得评为称职。

第六十八条 在行政许可过程中，投资人、股东或其控股股东、实际控制人、信托公司有下列情形之一的，国务院银行业监督管理机构或其派出机构可以中止审查：

（一）相关股权存在权属纠纷；

（二）被举报尚需调查；

（三）因涉嫌违法违规被有关部门调查，或者被司法机关侦查，尚未结案；

（四）被起诉尚未判决；

（五）国务院银行业监督管理机构认定的其他情形。

第六十九条 在实施行政许可或者履行其他监管职责时，国务院银行业监督管理机构或其派出机构可以要求信托公司或者股东就其提供的有关资质、关联关系或者入股资金等信息的真实性作出声明，并承诺承担因提供虚假信息或者不实声明造成的后果。

第七十条 国务院银行业监督管理机构及其派出机构建立信托公司股权管理和股东行为不良记录数据库，通过全国信用信息共享平台与相关部门或政府机构共享信息。

对于存在违法违规行为且拒不改正的股东，或以隐瞒、欺骗等不正当手段获得股权的股东，国务院银行业监督管理机构及其派出机构可以单独或会同相关部门联合予以惩戒，可通报、公开谴责、禁止其一定期限直至终身入股信托公司。

第七十一条 在实施行政许可或者履行监管职责时，国务院银行业监督管理机构及其派出机构应当将存在提供虚假材料、不实声明或者因不诚信行为受到金融管理部门行政处罚等情形的第三方中介机构纳入第三方中介机构诚信档案。自第三方中介机构不诚信行为或受到金融管理部门行政处罚等情形发生之日起五年内，国务院银行业监督管理机构及其派出机构对其出具的报告或作出的声明等不予认可，并可将其不诚信行为通报有关主管部门。

第五章 法律责任

第七十二条 信托公司未按要求对股东及其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终受益人信息进行审查、审核或披露的，由国务院银行业监督管理机构或其派出机构按照《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十六条、第四十八条的规定，责令改正，并对信托公司及相关责任人员实施行政处罚。

第七十三条 信托公司存在本办法第六十五条规定的情形之一，情节较为严重的，由国务院银行业监督管理机构或其派出机构按照《中华人民共和国银行业监督管理法》第四十六条、第四十七条、第四十八条规定对信托公司及相关责任人员实施行政处罚。

第七十四条 信托公司股东或其控股股东、实际控制人、关联方、一致行动人、最终受益人等以隐瞒、欺骗等不正当手段获得信托公司股权的，由国务院银行业监督管理机构或其派出机构按照《中华人民共和国行政许可法》的规定，对相关行政许可予以撤销。

依照本条前款撤销行政许可的，被许可人基于行政许可取得的利益不受保护。

第六章 附则

第七十五条 本办法所称“以上”均含本数，“不足”不含本数，“日”为工作日。

第七十六条 以下用语含义：

（一）控股股东，是指根据《中华人民共和国公司法》第二百一十六条规定，其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者

其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。

（二）实际控制人，是指根据《中华人民共和国公司法》第二百一十六条规定，虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。

（三）关联方，是指根据《企业会计准则第 36 号关联方披露》规定，一方控制、共同控制另一方或对另一方施加重大影响，以及两方或两方以上同受一方控制、共同控制或重大影响的。但国家控制的企业之间不因为同受国家控股而具有关联关系。

（四）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公司股份表决权数量的行为或者事实。达成一致行动的相关投资者，为一致行动人。

（五）最终受益人，是指实际享有信托公司股权收益的人。

（六）个别财务报表，是相对于合并财务报表而言，指由公司或子公司编制的，仅反映母公司或子公司自身财务状况、经营成果和现金流量的财务报表。

第七十七条 本办法由国务院银行业监督管理机构负责解释。

第七十八条 本办法自 2020 年 3 月 1 日起施行。本办法实施前发布的有关规章及规范性文件与本办法不一致的，按照本办法执行。

劳务派遣合同纠纷案件的审理思路和裁判要点

来源：上海一中法院公众号

日期：2020 年 2 月 24 日

为全面提升法官的司法能力和案件的裁判品质，进一步促进类案价值取向和适法统一，实现司法公正，上海一中院探索类案裁判方法总结工作机制，通过对各类案件中普遍性、趋势性的问题进行总结，将法官的优秀审判经验和裁判方法进行提炼，形成类案裁判的标准和方法。

本期刊发《劳务派遣合同纠纷案件的审理思路和裁判要点》，推荐阅读时间 21 分钟。

劳务派遣是指由劳务派遣单位与被派遣劳动者签订劳动合同，然后向用工单位派出该劳动者，使其在用工单位的工作场所内劳动，接受用工单位的指挥、监督，以完成劳动力和生产资料结合的一种特殊用工方式。劳务派遣合同纠纷案件即主要围绕劳务派遣用工产生的各类争议案件。审理该类案件需要把握劳务派遣合同下劳动力的雇佣与使用相分离的特点，厘清不同法律主体项下的法律责任。为提高该类案件的办理质量与效率，现以典型案例为基础，对劳务派遣合同纠纷案件的审理思路和裁判方法进行提炼和归纳。

一、典型案例

案例一：涉及劳务派遣法律关系的认定

汪某与 A 公司签订劳动合同，约定汪某同意由 A 公司安排至公司项目部担任操作工，项目部服务客户为 B 公司；合同期内 B 公司项目为临时性项目，当项目结束或生产发生变化等原因导致工作量减少时，汪某同意按照 A 公司安排调剂至其他项目部工作。后 B 公司以汪某在工作中出现重大失误导致严重经济损失为由将其退回。汪某遂主张与 A 公司、B 公司存在劳务派遣关系。

案例二：涉及劳务派遣期间法律责任的确定

于某与 C 公司签订劳务派遣合同，约定于某经 C 公司派遣至 D 公司工作，派遣期间月工资由用工单位 D 公司支付。C 公司与 D 公司另有合同约定 D 公司承担于某的工伤责任。后于某在劳务派遣工作期内工伤，鉴定为因工致残程度八级。现于某提起仲裁，要求 C 公司支付一次性伤残就业补助金等。

案例三：涉及劳务派遣退回的审查

李某经 E 公司派遣至 F 公司工作。在派遣期限内，李某因病退回至 E 公司，其后李某提交为期半年的病假申请，E 公司依照本市平均工资标准发放李某病假工资。李某病假期届满后，E 公司向其发送通知称“因 F 公司将你退回且不再向你续聘，鉴于你病假期满，我公司通知你前来报到，并与你继续履行劳动合同。”E 公司在重新派遣期内根据当地政府规定的最低工资标准支付报酬。现李某要求 E 公司依照原工资标准支付重新派遣期内工资。

二、审理难点

（一）劳务派遣法律关系认定难

劳务派遣法律关系既有别于劳动关系，也与普通民商事合同关系不同。首先，劳务派遣法律关系从形式上较易与劳动合同关系、劳务外包关系、人事代理关系等混淆，导致案件审理中不同法律关系下的事实与法律适用难以甄别。其次，劳务派遣的用工模式需要行政许可，部分单位未经行政许可或用工模式不规范的情形下开展劳务派遣用工，导致审判实践中劳务派遣法律关系的认定存在难点。最后，劳务派遣法律关系的特殊性在于劳动力的雇佣与使用相分离，审判实践中对这一实质特征的具体理解与把握存在难度。

（二）劳务派遣中法律责任把握难

劳务派遣法律责任承担中较为复杂的是连带责任认定，对此审判实践存在单向连带责任与双向连带责任两种理解。2008 年 1 月 1 日起施行的《劳动合同法》第 92 条规定，给被派遣劳动者权益造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任，该条通常理解为双向连带责任。修改后于 2013 年 7 月 1 日起施行的《劳动合同法》改为用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。此条多理解为用工单位给派遣劳动者造成损害时，由用工单位承担责任，劳务派遣单位承担连带责任；反之，由劳务派遣单位承担责任时，用工单位不承担连带责任，即单向连带责任。由此，法律修订导致审判实践中就劳务派遣的连带责任把握不一，相应法律责任的承担主体也有不同理解。

（三）被派遣劳动者退回后的具体处理难

用工单位退回劳动者后，劳务派遣单位通常直接依据用工单位的退回理由与劳动者解除劳动合同。由此导致审查劳动合同是否系违法解除时，法院需要综合考虑用工单位的退回理由与劳务派遣单位的解除理由，增加相关事实的认定难度。

同时，劳动者在退回劳务派遣单位后，在无工作期间劳务派遣单位应按照不低于所在地人民政府规定的最低工资标准按月支付劳动报酬。部分劳动者主张其在劳务派遣期间工资待遇高，在无工作期间仅享受地方最低工资标准有失公平。另有部分劳动者主张其因病、工伤、女职工三期遭到用工单位退回，无工作期间的工资待遇应参照病假、工伤、女职工三期法律规定发放工资。上述情形导致劳动者被退回后，工资标准的认定在审判实践中存在一定难度。

三、劳务派遣合同纠纷案件的审理思路和裁判要点

审理劳务派遣合同纠纷案件应注重区分劳动者、劳务派遣单位、用工单位的主体地位及相应的权利义务，区分不同法律关系下的责任界定，在承担主体上厘清劳务派遣单位与用工单位的法律责任，有序规范劳务派遣用工，充分发挥劳务派遣用工的作用，维护被派遣劳动者的合法权益。

（一）劳务派遣法律关系认定的审查要点

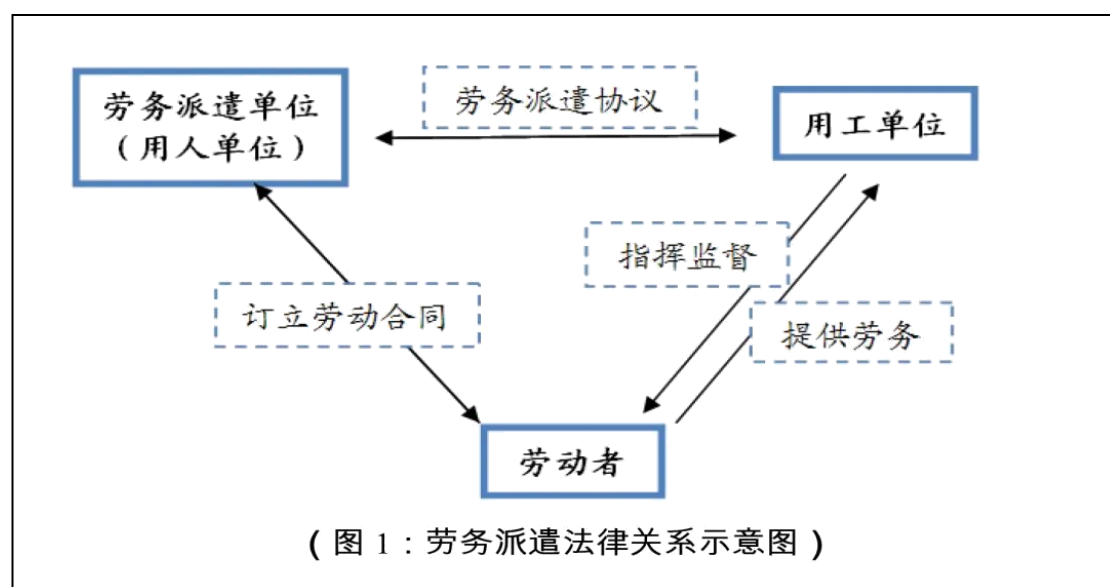
审查劳务派遣法律关系认定应注意以下几项要点：第一，有效结合形式要件与实质要件，确认劳务派遣法律关系是否成立；第二，注意区分劳务外包关系、人事代理关系等较易混淆的法律关系；第三，

审慎认定违反派遣用工行政法律规定的劳务派遣法律关系。

1、劳务派遣法律关系认定的一般情形

(1) 形式要件：劳务派遣法律关系涉及三方主体

劳务派遣法律关系在形式要件上涉及三方主体，分别是劳动者、劳务派遣单位与用工单位。由此产生三重法律关系：一是劳务派遣单位与劳动者的劳动合同关系，双方形成订立劳动合同的合意；二是劳务派遣单位与用工单位的民事合同关系，双方形成订立劳务派遣协议的合意，劳务派遣单位将劳动者派遣至用工单位工作；三是劳动者与用工单位系实际用工关系，劳动者向用工单位提供劳务，用工单位对劳动者指挥监督。



(2) 实质要件：劳动力雇佣与使用相分离

普通劳动关系是劳动者向用人单位提供劳动力、接受用人单位的监督以获取劳动报酬。然而在劳务派遣法律关系中，劳动者受劳务派遣单位的雇佣，却向用工单位提供劳动力。劳动力的雇佣与使用相分离是劳务派遣法律关系区别于其他法律关系的本质特征。

如案例一中，虽涉及三方主体，但在形式要件上 A 公司与 B 公司并未达成劳务派遣的合意。同时汪某在实际履职中受 A 公司的雇佣与指挥，也不具备劳务派遣法律关系的本质特征，故汪某主张三方存在劳务派遣关系法院未予支持。

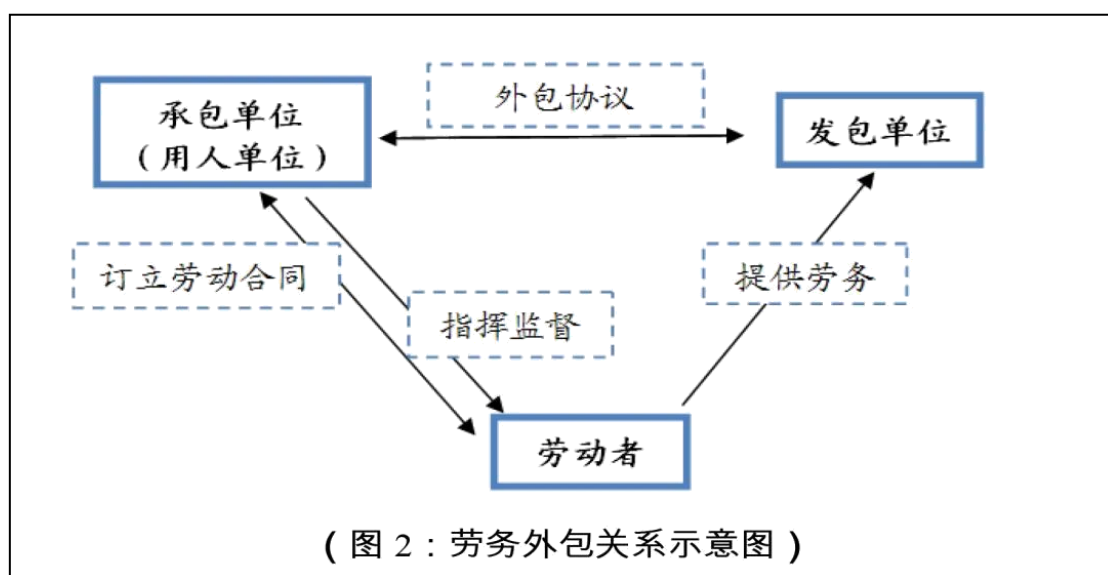
2、劳务派遣法律关系认定的特殊情形

（1）与劳务外包关系的区别

劳务外包关系，一般是发包单位将企业的部分业务或者服务以外包协议的方式发包给承包单位，承包单位自行招录并指派劳动者为发包单位提供外包协议约定的劳务内容。

劳务派遣法律关系与劳务外包关系的本质区别在于：在劳务外包关系中，发包单位接受劳动者劳务，但不劳动者进行直接管理；在劳务派遣法律关系中，用工单位接受劳动者劳务，并对劳动者进行管理。

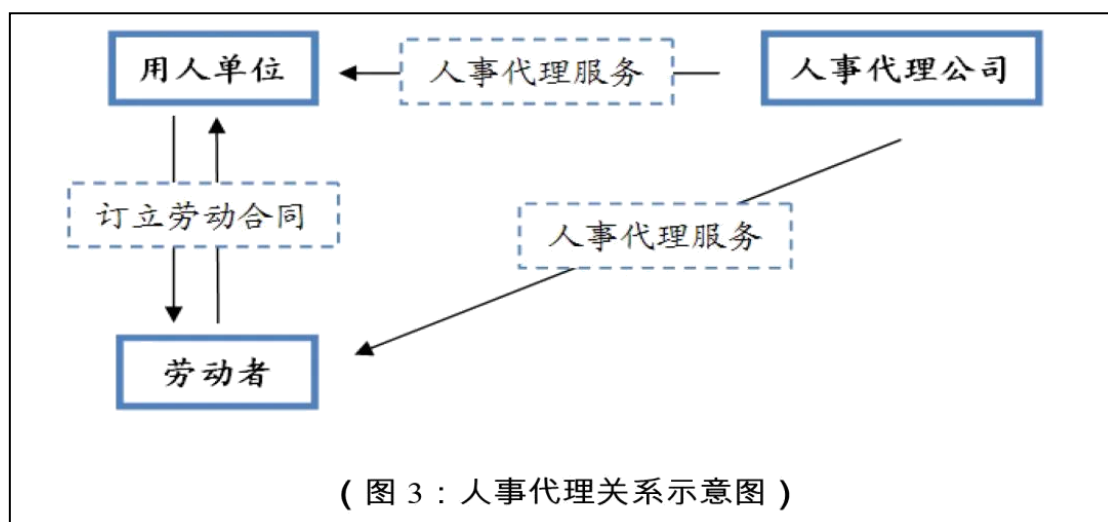
在实际审理中，应结合用工单位的规章制度、行使指挥管理权的强弱程度等因素综合判断，注意审查以下几点：第一，如发包单位基于消防、安全生产、工作场所秩序等管理需要向劳动者行使部分指挥管理权的，不能简单认定为劳务派遣关系，而要结合案件具体情况审慎处理。第二，如发包单位名为承揽、外包，但实则与承包单位采用劳务派遣用工形式的，应认定为劳务派遣法律关系。第三，如劳务派遣单位将用工形式转换为劳务外包的，应结合案件具体情况，审慎判断是否仍构成劳务派遣法律关系。



(2) 与人事代理关系的区别

人事代理关系，是指用人单位与劳动者直接订立劳动合同，但将劳动者的人事档案管理、社会养老保险金收缴等人事管理内容委托给第三方人事代理公司。

劳务派遣法律关系与人事代理关系的本质区别在于：在人事代理关系中，第三方人事代理公司仅提供劳动者社保缴纳等服务，不参与对劳动者的实际管理，劳动者也不向其提供劳务。在审判实践中要注意审查法律关系的区别，实为人事代理关系但劳动者坚持主张其与第三方人事代理公司存在劳务派遣关系的，法院不予支持。



（3）未经行政许可擅自经营派遣业务的审查要点

经营劳务派遣业务应具备法律规定的行政许可条件，在实际审理中发现，部分劳务派遣单位不具备劳务派遣资质却与劳动者订立劳动合同，与实际用工单位订立派遣协议，原则上不影响劳动合同的效力认定。案件审理时应遵循以下两点：

第一，劳务派遣单位虽不具备相应资质，但用工单位需要继续使用劳动者，劳动者也同意在用工单位工作的，劳动者与用工单位的劳动关系于明确达成合意之时成立。

第二，用工单位与劳动者就劳动关系成立未能达成合意的，对争议发生前的权利义务可以按原协议履行，劳动者与劳务派遣单位按照现有劳动合同履行。

（4）用工单位违规使用派遣用工的审查要点

根据《劳动合同法》第 66 条，劳务派遣用工是企业用工的补充形式，只能在临时性、辅助性或替代性的工作岗位上实施（即劳务派遣三性规定）。在审判实践中，部分用工单位为规避劳动法律风险，并未遵循劳务派遣三性规定。

就用工单位违反劳务派遣三性规定使用劳务派遣用工的，案件审理应遵循以下几点：第一，如劳务派遣合同不存在法律规定合同无效的情形，原则上应认定有效。第二，劳动者要求突破劳务派遣法律关系，确认与用工单位存在事实劳动关系的，不予支持。第三，用工单位因违反劳务派遣三性规定，给被派遣劳动者造成损害的，依法承担赔偿责任。第四，因劳务派遣三性规定属于行政管理性规定，劳动者

如要求确认某具体岗位是否属于三性岗位的，不属于劳动争议案件受理范围，法院应不予受理。

（二）劳务派遣合同履行中法律责任承担的审查要点

审查劳务派遣合同履行中的法律责任应注意以下几点：第一，需要厘清不同主体之间的法律关系，确定应当承担法律责任的当事人。第二，对于他方当事人是否应当承担连带责任，主要结合有无相应法律规定以及是否符合承担连带责任的条件。第三，双方当事人就法律责任承担另有约定的，不得对抗第三方当事人。

1、劳动者工资支付法律责任承担的审查要点

工资是企业以货币形式支付给劳动者的劳动报酬，包括基本劳动报酬、奖金、津贴、补贴以及加班工资等。

（1）劳动报酬的法律责任承担

《劳动合同法》第58条规定，劳务派遣单位按月支付劳动报酬。因此，劳动报酬的支付主体是劳务派遣单位，劳务派遣单位不得以用工单位未及时支付管理费等原因拖欠劳动者劳动报酬。即便实际由用工单位发放劳动报酬，用工单位未能及时支付的，也应由劳务派遣单位承担法律责任。

（2）加班费、绩效奖金、福利待遇的法律责任承担

《劳动合同法》第62条规定，用工单位应当履行支付加班费、绩效奖金、提供与工作岗位相关的福利待遇等义务。《劳务派遣暂行规定》第9条明确，用工单位应当向被派遣劳动者提供与工作岗位相关的福利待遇，不得歧视被派遣劳动者。因此，加班费、绩效奖金、

福利待遇应由用工单位支付。

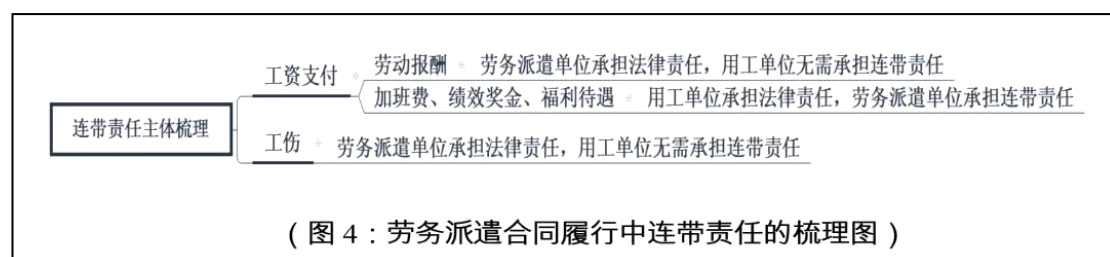
加班费、绩效奖金、福利待遇与劳动报酬的支付主体存在区别的原因在于：劳务派遣关系中用工单位结合生产经营情况组织劳动者加班、发放绩效奖金与福利待遇，属于用工单位的具体工作安排与激励设置，无法在劳务派遣协议中提前约定，故应由用工单位支付。因此，如用工单位未及时足额支付加班费、绩效奖金、福利待遇的，应由用工单位承担法律责任，劳务派遣单位承担连带责任。

2、工伤赔偿法律责任承担的审查要点

劳动者在用工单位因工作遭受事故伤害时，由劳务派遣单位申请工伤认定，用工单位协助工伤认定的调查核实工作，劳务派遣单位承担工伤保险责任，劳务派遣单位可以与用工单位约定协商补偿办法，但双方协商结果不得对抗被派遣劳动者。

根据《劳动合同法》第 62 条规定，用工单位应当履行执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护的义务。劳动者因用工单位未履行上述义务导致工伤的，劳务派遣单位承担工伤赔偿责任后，可以用用工单位未尽法律义务为由，向用工单位主张相应赔偿。

如案例二中，就于某主张的工伤赔偿，虽 C、D 公司另行约定由用工单位 D 公司承担工伤赔偿责任，但 C、D 公司的内部协商约定不应对抗被派遣劳动者，故劳务派遣单位 C 公司应承担工伤赔偿责任。



（三）被派遣劳动者被退回以及解除劳动合同的审查要点

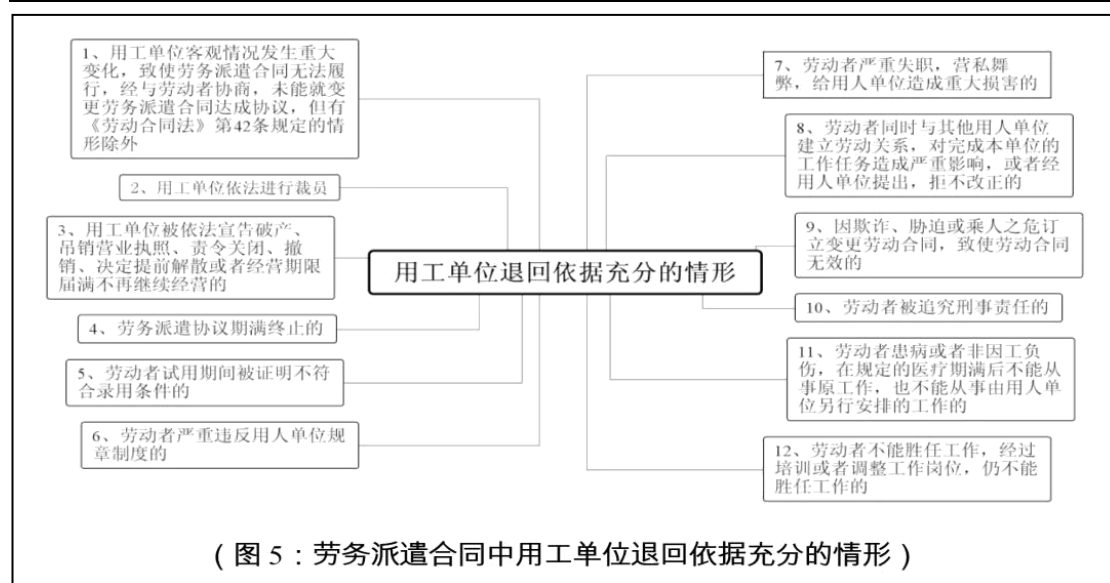
审查被派遣劳动者被退回以及被退回而解除劳动合同时应注意以下几项要点：第一，注意区分退回主体与解除主体。第二，综合分析用工单位退回被派遣劳动者依据是否充分。第三，审慎界定被派遣劳动者退回后的工资待遇以及相应的法律责任。第四，审查劳务派遣单位解除劳动合同的依据是否具备合法合理性，不能仅凭用工单位退回依据为准。

1、退回主体与解除主体的区分

劳务派遣法律关系的退回主体是用工单位。由于用工单位与劳动者不存在劳动关系，用工单位不能直接与劳动者解除劳动合同，而需将劳动者退回劳务派遣单位。劳务派遣法律关系中的解除主体是劳务派遣单位与劳动者。劳务派遣单位与劳动者存在劳动合同，故双方均可以提出解除。

2、用工单位退回依据的审查

用工单位将劳动者退回劳务派遣单位的，法院应审查用工单位退回依据是否充分。根据《劳务派遣暂行规定》第 12 条、《劳动合同法》第 65 条规定，具备用工单位客观经营情况、劳务派遣协议期满终止或劳动者不符合录用条件、严重违纪违法、不能胜任工作等情形的，法院可以认定用工单位退回依据充分。用工单位未依照上述规定退回的，一般视为退回依据不充分。



3、劳动者被退回后的工资待遇

劳动者被用工单位退回的，劳务派遣单位应在劳动者无工作期间按照不低于所在地人民政府规定的最低工资标准按月支付报酬，且不能随意解除劳动合同。此处“无工作期间”可以理解为劳务派遣单位未依约派遣劳动者、因客观情况导致派遣无法完成或劳动者虽被用工单位退回又未解除合同等情形。

劳动者因工伤、病假及女职工三期等情形导致用工退回的，劳动者被退回后的工资待遇可根据工伤、病假及女职工三期的相关法律规定执行。

如案例三中，李某在无工作期间病假已届满，故其无法依照原工资标准支付工资。E公司在重新派遣期间，根据当地人民政府最低工资标准按月支付报酬并无不当。

4、退回被派遣劳动者的法律责任承担

(1) 用工单位退回被派遣劳动者的法律责任承担

用工单位退回被派遣劳动者依据充分的，用工单位应承担以下法

律责任：用工单位应当向劳动者支付在实际用工期间的加班费、绩效奖金、与工作岗位相关的福利待遇以及双方约定的其他费用；用工单位应当按照法律规定和派遣协议约定，与派遣单位结清实际使用劳动者期间的工资、社会保险费、经济补偿金等费用；劳动者发生工伤被退回的，用工单位应当根据《上海市工伤保险实施办法》等规定，与派遣单位结清该劳动者依法享有的一次性伤残就业补助金。

（2）劳务派遣单位就被派遣劳动者退回的法律责任承担

用工单位因缺乏充分依据退回被派遣劳动者，给劳动者造成损害的，用工单位应承担法律责任，劳务派遣单位承担连带赔偿责任。同时，劳务派遣单位应维持或提高劳动合同约定条件，为劳动者进行重新派遣。

（四）因劳动者被退回而解除劳动合同的审查

1、劳务派遣单位是否涉及违法解除劳动合同的审查

被派遣劳动者被退回的，即使用工单位退回行为依据充分，也不必然导致劳务派遣单位能够合法解除劳动合同。用工单位退回被派遣劳动者的行为仅代表用工单位与劳务派遣单位法律关系的终结。劳务派遣单位仍需根据《劳动合同法》规定审慎审查是否具备解除劳动关系的情形。

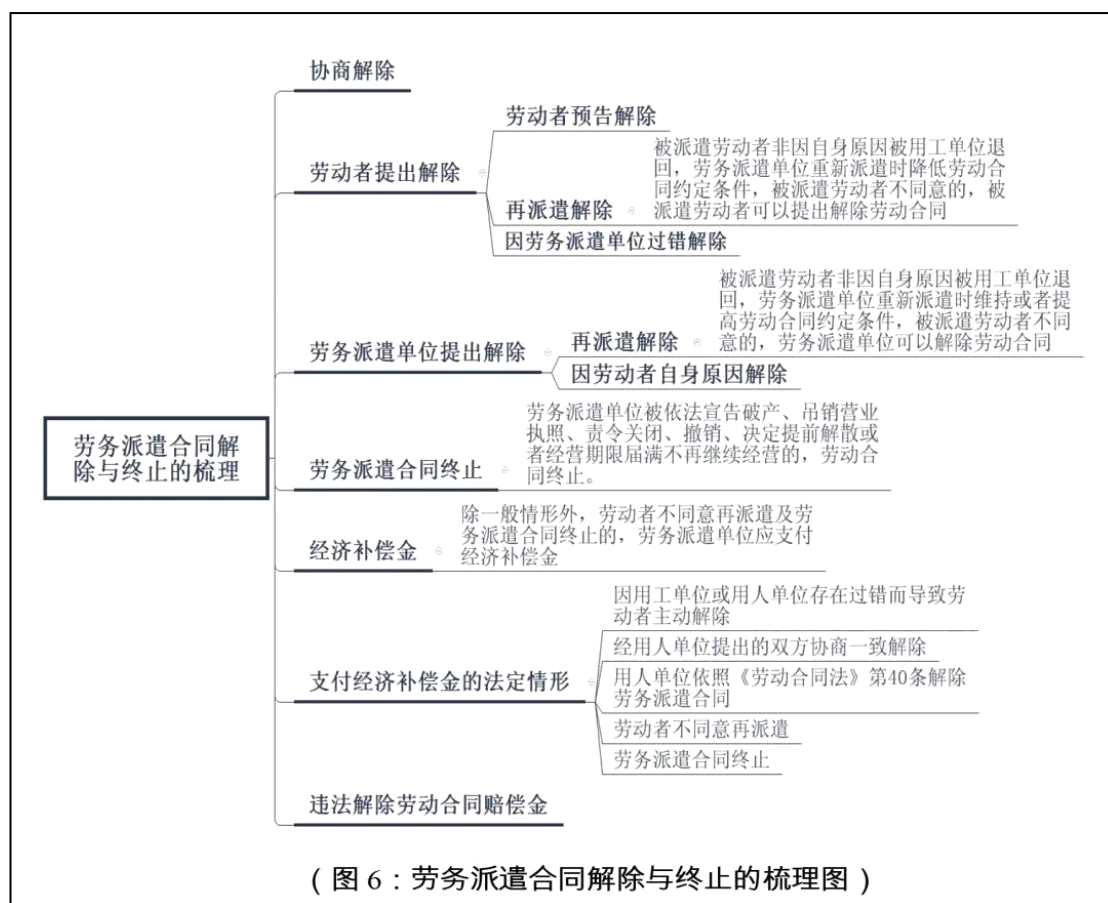
法院在审查劳务派遣单位是否涉及违法解除劳动合同时应注意以下几点：第一，判断是否构成违法解除应以劳务派遣单位提出的解除理由为审查依据，而非用工单位的退回理由。第二，审查劳务派遣单位的解除依据是否符合法律、规章制度规定以及劳动合同约定。第

三，在劳动合同或者规章制度对某些劳动纪律事项未予规定、规定不明或者规章制度无效等情形下，法院应对劳动者行为进行审慎的价值衡量，在个案中根据具体情况作出符合法律精神的判断。

审判实践中，部分劳务派遣单位轻信用工单位退回劳动者的理由，并据此作出解除劳动合同的决定，由此产生违法解除劳动合同的法律责任应由劳务派遣单位承担。

2、劳务派遣合同解除与终止的梳理与比对

劳务派遣合同解除与终止发生在劳务派遣单位与劳动者之间，在法律适用上与一般劳动合同的解除和终止基本一致，特殊性在于：第一，劳动合同解除中的再派遣解除。如果劳务派遣单位重新派遣时降低劳动合同约定条件，被派遣劳动者不同意的，被派遣劳动者可以解除劳动合同；反之如果劳务派遣单位重新派遣时提高劳动合同约定条件，被派遣劳动者不同意的，劳务派遣单位可以解除劳动合同；第二，劳动合同终止包括劳务派遣单位被依法宣告破产、吊销营业执照等劳务派遣合同终止的情形；第三，劳务派遣单位支付经济补偿金的情形包括劳动者不同意再派遣与劳务派遣合同终止。本文以思维导图的形式将两者在解除与终止上的法律适用进行框架性罗列，并与一般劳动合同加以区分，将劳务派遣合同纠纷案件中关于解除与终止的特殊法律规定予以列明。



四、其他需要说明的问题

(一) 本文不涉及涉外劳务派遣与船员劳务合同

涉外劳务派遣依据劳务派遣合同产生劳务合同或商务合同关系，因具有涉外民商事纠纷性质，应依照合同仲裁条款或者司法管辖条款约定的争议解决途径办理。同时，根据《最高人民法院关于海事法院受理案件范围的若干规定》第2条，船员劳务合同纠纷案件列入海商合同纠纷范畴。

(二) 本文不涉及劳务派遣业务经营许可范畴及其行政责任

经营劳务派遣业务应具备法律规定的行政许可条件，违反规定的应承担相应的行政责任；拒不整改的，人力资源和社会保障行政部门按照相关规定进行行政处罚。如劳动者在劳动争议案件审理中，坚持

主张劳务派遣单位缺乏行政许可条件的，人民法院不予处理。

增资协议解除后的投资人保护路径初探

来源：法务部公众号

日期：2020 年 2 月 17 日

【内容提要】

增资协议作为商事合同，其面临是《合同法》与《公司法》的竞合适用。增资协议的订立、生效及解除都应以《合同法》的规定予以判断。但在判断增资协议解除时要求返还出资这一恢复原状的法律后果时，司法审判实践基本上以《公司法》的“资本维持原则”为依据判决驳回投资人要求返还投资款的诉请。司法审判实践虽对增资协议解除后投资人要求返还出资款的处理基本达成一致的审判理念，但该理念更倾向对于外部债权人的保护而忽视了对作为合同一方主体的保护。本文在分析现行对于增资协议效力及解除法律后果的司法审判实践现状下，以期进一步探讨如何在平衡外部债权人和投资人之间的利益下，构建增资协议解除后的投资人保护路径。

关键字：合同法 公司法 增资协议 解除 资本维持

公司性质契约论，是近年来对于公司性质逐渐兴起的理论学说。该学说改变了一直以来认为公司性质是拟制法人的传统理论，认为公

司是股东之间的一种契约，是股东之间通过协商所达成的一种协议。

[1]

增资协议作为一种契约，系投资人与目标公司之间就新增目标公司注册资本达成的合意。增资协议一旦订立生效，除基于协议约定所形成的投资人与其他股东、公司之间的合同权利义务关系外，同时还基于《公司法》规定，形成投资人作为股东与其他股东、公司之间的法定权利义务关系。尽管在公司契约理论的发展趋势下，我国对于公司性质探讨逐渐朝着契约方向演进，但《合同法》所秉承的“契约自由原则”与《公司法》诸多强制性规则所致“契约不自由”之间的冲突，使得司法审判实践对于《增资协议》的效力判断及解除后果认定变得尤为复杂。

本文旨在通过对增资协议效力及解除后果的司法适用规则进行分析，以期进一步延展探讨增资协议解除后的投资人保护路径。

一、增资协议的效力判断

（一）增资协议的属性判断

增资协议是投资人与目标公司之间就目标公司向投资人增发股份（股）所达成的协议。增资协议的本质在于产生增资扩股的法律效果，公司取得投资人的出资而资本增加，投资人则因出资获得了公司股权，进而取得股东资格。然而不难发现实践中的较多增资协议不但约定了目标公司与投资人之间的增资扩股事宜，还进一步约定了公司的治理、投资人的股东权利等属于股东之间的内容，往往就会出现诸

[1] 张民安：《公司契约理论研究》，《现代法学》2003年第2期，第45页。

如《A 公司增资及股东协议》的合同版本。笔者认为，增资协议并不就等同于股东协议。何为股东协议，有观点认为“股东协议通常是指封闭式有限责任公司的股东之间或股东与公司之间，就公司内部权力的分配和行使、公司事务的管理方式、股东之间的关系等事项所订立的协议”^[2]、“股东协议是公司股东之间或公司与股东之间，依法或依据公司章程订立的关于股东权利义务如何安排、如何分配的合意”^[3]。笔者认为，股东协议就是各股东之间订立的对于股东权力分配行使、公司运营管理等事项达成的一系列自主安排，强调了股东之间的合意性。增资协议虽当然的可对目标公司的增资、股权结构作出安排外，并可在公司治理结构、表决机制等方面作出不同于初始设立时的另外安排，但该种安排让增资协议的主体变得不清晰同时导致各方权利义务的关系错综复杂。

笔者认为，增资所产生的法律效果归属于公司，由公司收取出资款并向投资人增发股权（份），为此一份规范的增资协议应由目标公司与投资人签署。在“余盛与贵州泰邦生物制品有限责任公司民事其他一案二审民事判决”【（2013）民二终字第 19 号】案中，最高法院认为“增资应当由公司具体实施，由公司与增资人签订协议”。在著名的“新潮集团与浙江玻璃等公司增资纠纷”【（2013）民二终字第 19 号】案中，案涉《增资扩股协议》主体为目标公司全体股东及投资人，目标公司青海碱业并非合同主体，法院认为“青海碱业虽未在《增资扩股协议书》上加盖公章，但青海碱业的全体股东均在《增资

^[2] 张学文：《股东协议制度初论》，《法商研究》2010 年第 6 期，第 111 页。

^[3] 向佳丽：《股东协议制度研究——以美国法为中心》，厦门大学硕士论文，第 3 页。

扩股协议书》上签字，可以代表青海碱业的法人意志”。

（二）《增资协议》与增资行为

《增资协议》作为合同，依法受我国《合同法》一般规则的规范和调整，应以《合同法》的相关规定判定合同的成立、生效。然而，增资意味着公司注册资本及股权结构这一关键因素发生变化，尤其对于有限责任公司而言尚可能导致人合性被破坏。增资行为作为《公司法》上的一种要式法律行为需经法定程序：我国《公司法》规定，须经代表三分之二以上表决权的股东或经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上表决通过；有限责任公司中“公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出自资”。这使得增资协议从订立之初就显示出《合同法》与《公司法》竞合下的矛盾与冲突，延伸出了需要思考与回应未按《公司法》规定履行增资法定程序所签订的增资协议的效力。对于该种情形下的增资协议效力，各地司法审判实践存在不同的观点：主要有有效说、无效说两种。

有效说：该观点认为增资属于公司内部行为，未形成有效股东会决议所形成的增资协议只导致增资的结果未能产生，但不影响合同的效力。如“嘉兴睿泰九鼎资产管理有限公司、王龙与江苏博发生物科技有限公司、蒋农发等公司增资纠纷” 【（2018）粤 06 民终 4818 号】案中，法院认为“1. 《中华人民共和国公司法》第四十三条第二款关于公司增加或者减少注册资本的股东会决议应当经代表三分之二以上表决权的股东通过的规定，是关于股东会决议的表决程序及其效力的规定，仅是对公司内部决策机制的限制，并不影响公司对外作

出意思表示的效力。本案中，睿泰公司、博发公司作为增资的主体，已就增资事宜达成了一致意见，并签订了《增资协议》，系双方真实的意思表示，不存在《中华人民共和国合同法》第五十二条规定的法定无效情形，合法有效。蒋农发、王龙、钱中华三股东虽未就博发公司增资作出股东会决议，但这仅系《增资协议》能否履行、能否办理增资的问题，与协议效力无涉”。

无效说：此该观点认为《增资协议》应由公司对外签署，未形成有效股东会决议下公司所签署的行为构成无权代理。如在“佛山市石湾威达斯建材有限公司、谭兆湛与公司有关的纠纷”【（2018）粤06民终4818号】案中，法院认为“合法有效的股东会决议是增资的前提，增资应当由公司具体实施，由公司与增资人签订协议。如果增资协议严格依照股东会决议签订，且增资协议内容客观真实、没有违反法律规定、没有损害他人利益的，增资协议应为有效。但《入股协议》并不满足前述条件”，“《入股协议》事前未经公司股东会授权签订，事后未经追认，依法属于未生效协议，不具有法律约束”。

笔者赞同“有效说”观点。增资协议的属性为合同，则应以《合同法》的相关规定判定合同效力。我国《合同法》第五十二条确认了合同无效的法定情形，在认定增资协议效力时，应严格以此为依据来认定合同效力，不应随意扩大认定合同无效的情形。合同无效是对合同最为负面的评价，从鼓励交易安全、保障交易秩序的角度考虑，不应轻易否定合同效力。对于公司内部未能就增资形成有效股东会决议，只是产生增资不能的法律效果，但不应因此影响增资协议的合同

效力。

二、判定增资协议解除的法律适用规则

（一） 增资协议的解除及解除主体

在我国民商合一的立法体系下,《增资协议》作为一种无名商事合同,应以《合同法》的规定来判断合同解除似乎已没有争议,且司法审判实践对此已经产生了稳定的司法裁判认定规则。在著名的“新湖集团与浙江玻璃等公司增资纠纷”【(2013)民申字第326号】案中,法院根据《合同法》第九十四条第四款“(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”规定,判定合同解除。在“卓桂生、纪定强等合同纠纷”【(2015)民申字第811号】案中,基于《投资合作协议》约定了一方的单方解除权,法院亦是根据《合同法》第九十三条“当事人协商一致,可以解除合同”,认定当事人约定的解除合同条件成就,判定合同解除。

以《合同法》的规定判定合同解除已无争议,但对于谁权解除增资协议尚存有争议。实践中签订增资协议的主体五花八门,签约主体归纳起主要有三种模式:(1)全体股东+投资人;(2)全体股东+投资人+目标公司;(3)目标公司+投资人。增资协议所达到的增资效果,是投资人、原股东、目标公司各方主体共同作用的结果,体现着各方主体之间的权利义务关系,而实践中增资协议与股东协议常常混同,以一份协议内容约定增资与股东事宜更是十分普遍,这使得谁有权解除合同变得复杂与混乱。如在“上诉人重庆利豪实业发展有限公司(以下简称利豪公司)与被上诉人郭军、王维征、夏瑞祥、梁重

顺、何全生、罗荃、程静、王平、刘永平、吴志明、刘伯环、吴可、王红、陈晓丽” 【（2011）渝五中法民终字第 3039 号】案中，案涉的《增资扩股协议》由目标公司泰和公司 and 投资人利豪公司签订，诉请要求解除的则是泰和公司郭军等 31 人股东。一审法院认为“该《增资扩股协议》虽然为泰公司和利豪公司所签订的协议，但是增资扩股行为依照法律规定应当为股东权利，泰和公司的行为是代表公司股东行使权利，该协议所享有的一切权利义务应当属于全体股东”，“另外，利豪公司虽然为泰和公司第一大股东，但是该案件是股东与股东之间的诉讼，并不是泰和公司与其股东之间的诉讼，股东有独立的诉权，其权利不应受其他股东的影响，郭军等 31 个股东的起诉符合法律规定，没有诉求的股东作为第三人参加诉讼。因此，郭军等 31 人是本案的适格主体”。本案经重庆市第五中级人民法院二审改判后认为“《增资扩股协议》的合同相对人为利豪公司和泰和公司，郭军等 31 人即使系泰和公司股东，但并非该《增资扩股协议》的合同主体或该合同主体的权利义务的继受人，且利豪公司虽被吊销营业执照，但其作为诉讼主体的资格存在，按照合同相对性原则，郭军等 31 人无权依据合同法的规定行使合同解除权”。

笔者认为，上述二级法院的不同认定进一步彰显了增资协议作为《合同法》与《公司法》竞合下的冲突矛盾。合同的相对性是合同的基本特性，以合同相对人的主体身份要求解除合同自然无虞，也不应引起争议。但有观点认为增资协议所产生的增资法律效果需经股东会决议是股东权利行使的结果，公司不过是股东整体意志的对外体现，

股东作为权利的始源自然有权解除协议。笔者进一步认为，增资协议产生的增资是合同履行的效果，但无论如何也不应否定其合同的性质，从合同的相对性考量，合同主体才有权对合同提出解除。但若仍要以《公司法》的视角去研判合同解除的主体，则会造成合同本身约定的权利义务主体关系与《公司法》法定的权利义务主体关系发生冲突，更无从判断解除的法定主体。

（二）增资协议解除的法律后果分析

我国《合同法》第九十七条规定了合同解除后的法定后果，即“合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失”。如上阐述的，增资协议作为合同，应以《合同法》的规定判定合同的订立、解除。审判实践中法院确也以《合同法》规定判定增资协议的解除，但却未能一以贯之以《合同法》第九十七条规定判定增资协议解除的法律后果。

在新湖集团与浙江玻璃等公司增资纠纷案及卓桂生、纪定强等合同纠纷案件中，最高院并未依据《合同法》所规定的解除后果，而是基于《公司法》的资本法定原则、股东不得抽回出资的资本维持原则判令合同虽解除但投资人不得要求返还出资款。在笔者检索的各地法院对此的司法裁判案件中，普遍以《公司法》股东不得抽回出资的资本维持原则对增资协议解除的法律后果加以判定，已基本形成了协议可解除但出资不得返还的裁判规则。需要特别注意的是，此处增资协议法律后果的判断系以投资人已经成为目标公司股东为前提，若投资

人还未成为目标公司股东，则其出资到公司的款项并不能构成公司资本，不存在对于债权人资本信用的保证，更无从谈起投资人的出资不得抽回。

《公司法》中的“资本维持原则”是阻碍《增资协议》解除后适用《合同法》规定的“恢复原状”的判定依据。司法审判实践对于公司“资本”的认定范围也随着时间在不断演变。

（1）最高院在（2010）民二终字第101号新潮集团与浙江玻璃等公司增资纠纷案件判决中认为，新潮集团只需将合同约定注册资本缴纳，其余出资义务终止履行。根据《增资协议》内容，其余出资义务是高于注册资本的资本公积。笔者认为，最高院在该案中所秉承是的“注册资本”法定的原则，以注册资本作为对于外部债权人资信的保证。

（2）最高院在（2013）民申字第326号新潮集团与浙江玻璃等公司增资纠纷案件裁定中认为，对于债权人而言，公司资本不仅包括已有的注册资本还包括进入到公司的资本公积，基于资本信用原则，投资人不能主张抽回出资。

（3）最高院在（2015）民申字第811号卓桂生、纪定强等合同纠纷申请再审民事裁定书中认为：无论是注册资本还是资本公积，均是公司资本，公司以资本为信用，公司资本的确定、维持和不变，是保护公司经营发展能力，保护债权人利益以及交易安全的重要手段。纪定强对茂钰公司具有相应股权，只能依法行使股东权利，不得抽回出资。

笔者认为,不少学者近年来一直呼吁我国《公司法》的注册资本改革应建立资产信用制度。有学者认为,公司资本制度的改革、资本维持原则的缓和已是大势所趋;也有学者认为,注册资本仅仅是一个账面数字,它不过是表明了股东已经按其出资额履行了其对公司的债务责任,在大多数情况下并不能反映公司资信情况”^[4]。笔者认为,我国《公司法》所建立的是注册资本的信用制度,以注册资本作为对于外部债权人清偿能力的保证。但实践表明,注册资本仅为工商登记公示的一个数字,公司资本在公司的持续经营中不断发生变动,如公司的注册资本可能很低但资产很高,该种注册资本信用制度已不足以保证债权人的利益,明显已经滞后于现实。如高院在(2015)民申字第811号卓桂生、纪定强等合同纠纷案件中所阐述的无论是注册资本还是资本公积都是公司经营能力的保证。

从前文已经阐述的增资协议的订立、效力及解除上看,司法审判实践都牢牢的以《合同法》对其进行判断,但却在协议解除后未能以《合同法》进行判定,委实让人费解甚至怀疑司法适用的准确性。笔者认为究其原因在于增资协议解除后要求恢复原状的请求触碰到了外部债权人的利益,不难发现从增资协议的订立、解除来看,都是投资人、现有股东及目标公司之间的权利义务关系,并不涉及外部第三人的权益。然而,《增资协议》解除后要求返还出资恢复原状的诉求自然碰触到了外部债权人的利益,司法自然也理应进行干预,给予外部债权人以保护。笔者认为,这也是增资协议在《合同法》与《公司

^[4] 刘燕:《对我国企业注册资本制度的思考》,《中外法学》1997年第3期,第34页。

法》碰撞下应适用哪个法律的判断原则，在无涉外部人利益的时候应以合同主体之间的约定以《合同法》的规定及原则予以判断，在突破合同主体之间权利义务而架设或触碰外部债权人利益的时候，则应以《公司法》的规定及原则予以判断。

三、利益平衡下增资协议解除后投资人的保护路径初探

增资协议从初始订立到解除都伴随着《合同法》与《公司法》的矛盾与冲突。因增资协议解除要求返回出资恢复原状触碰到了外部债权人利益，从而产生了司法以《公司法》进行的干预。该种干预的深层逻辑实为如何实现投资人利益和债权人保护之间的平衡。纵观《公司法》全文，公司对于股东支付的路径只有三种：1、公司收回股东股权减资时的支付；2、公司利润的支付；3、公司剩余财产的支付。这三种支付路径，都需在保证债权人利益的情况下才可实现，目标公司若直接向投资人返还出资则直接击破债权人优先偿付的定律。

增资协议作为商事合同，系《公司法》与《合同法》共同调整的对象。合同法强调“契约自由原则”，近年来兴起的“公司契约论”虽然进一步凸显了公司治理中的股东自治原则，但公司基于独立人格所对外应承担的责任义务又让股东的自治变得不那么随心所欲。既然司法已经对增资协议的解除给予债权人利益于保护，但如何在平衡的角度下保护投资人利益则是笔者以期进一步探讨的问题。

1、诉请返还出资款或终止履行出资义务的可行性路径分析

投资人在诉请增资协议解除后最原始的需求就是终止履行出资义务并进一步要求返还出资款，投资人的该诉求往往因《公司法》的

法定“资本维持原则”而不会被支持。当然，若公司履行了法定的减资程序，通过减资将投资人已缴纳出资抽回或将不再缴纳出资所产生的资本“空洞”予以填平，则不会对债权人的利益造成侵害。减资程序所构建的是公司资本与债权人利益之间的平衡，即在尊重公司资本运营所需的商业判断基础之上，实现公司对于债权人清偿能力的保证。

投资人在公司履行减资程序后可依法诉请返还出资款或终止履行出资义务，该路径也已被相关司法审判实践所认可。南京市中级人民法院在（2014）宁商终字第 795 号休宁中静华东有色投资有限公司与江苏华东有色投资控股有限公司公司决议纠纷一案中认为，“四方签订的《增资协议》明确了各方的出资义务，中静公司未按期缴纳第二期增资款，其行为已构成违约。根据《增资协议》的约定，增资方逾期缴纳增资款超过 30 个工作日，守约方可以取消违约方在本协议项下的出资资格”；“控股公司依据《增资协议》的约定和守约三方 2013 年 8 月 14 日的会议纪要，取消中静公司的出资资格并相应调整了公司的注册资本，及时办理了法定减资程序，消除了公司资本中的“空洞”，其行为并无不妥，原审法院予以确认”。最高院于 2019 年 8 月 7 日所发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要（征求意见稿）》中，对于目标公司回购投资股权的诉请规定“要不违反《公司法》的上述强制性规定，目标公司就必须履行减少公司注册资本的义务。因此，在目标公司没有履行减资义务的情况下，对投资方有关目标公司收购其股权的请求，就不应予以支持”。笔者认为，在投融资

领域中，投资人无法根据《投资协议》约定取得股权回购款的根本原因也在于投资人未经法定程序不得抽回资本这一“资本维持原则”原则。暂不管《全国法院民商事审判工作会议纪要（征求意见稿）》最终公布版与征求意见稿之间的变化，但至少从最高院《全国法院民商事审判工作会议纪要（征求意见稿）》所释放出来的信号来看，还是更偏向对于外部债权人利益的保护，强调的仍是“公司资本维持”的原则。

在目标公司基于资本维持原则无法返还投资人出资款时，是否可由目标公司的其他股东对投资人的出资款进行返还？浙江省高级人民法院在（2011）浙商终字第 36 号浙江玻璃股份有限公司、浙江新潮集团股份有限公司、董利华、冯彩珍公司增资纠纷一案中改判了一审对浙江玻璃承担返还出资款义务的判定，认为“《增资扩股协议书》中约定的是新潮集团作为新投资者对青海碱业的出资义务，并未约定合同违约方有向守约方返还出资的义务，浙江玻璃、董利华、冯彩珍作为青海碱业的股东，与同为股东的新潮集团之间，并无返还出资款的义务。虽然浙江玻璃与青海碱业存在关联交易、关联担保，并占用青海碱业大量资金，但也并不必然导致浙江玻璃对新潮集团有返还出资款的责任”。最高院在（2015）民申字第 811 号卓桂生、纪定强等合同纠纷申请再审民事裁定书中认可股东卓桂生承担返还义务的理由则是“卓桂生在合同第 10.4 条中承诺若其违约，将返还纪定强于本次增资款等额款项的约定，并不损害公司及公司债权人的利益，不违反法律、行政法规的禁止性规定，是当事人的真实意思表示，应当认定有效。卓桂生向纪定强承担违约责任后，因纪定强在茂钰公司的

股权失去了对价，卓桂生可以实际出资人的身份对其权益归属另行主张。”两案对于投资人是否可以向其他股东主张返还出资款的不同认定，在于合同是否就此约定了其他股东返还出资款义务。

笔者认为，《增资协议》解除后，只有构建并完成了减资的法定程序，投资人对于目标公司的法定出资义务才能有效终止，返还出资款才有可能；但若投资人通过协议方式将该出资款返还义务转移至目标公司的其他股东，约定由其他股东承担出资款的返还义务，也可获得法院支持。

2、诉请赔偿损失的可行性路径分析

投资人作为增资协议一方欲实现协议解除后目标公司返还出资的法律效果，需目标公司完成合法减资程序，但减资程序的完成并非可凭投资人一己之力实现，这让该路径的实施平添诸多的不确定因素。然而《合同法》对于合同解除的法律后果除规定恢复原状外，还进一步规定了“采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失”，该法律后果或可为投资人的投资利益保护辟得新路。

投资人向目标公司投资的最重要目的在于取得投资利益，股东通过对公司出资向公司让渡其对出资财产的所有权而持有公司股权，并根据公司章程及《公司法》的规定享有从公司获取经济利益并参与公司经营管理的权利。根据《公司法》关于有限责任公司的相关规定，有限责任公司股东对公司享有的资产收益权依法通过行使包括股息红利分配、公司清算后取回剩余财产等股东权利实现。^[5]投资人主动

^[5] 最高人民法院：(2017)最高法民再8号民事裁定书。

诉请解除合同往往源于合同一方违约剥夺了投资人对公司的资产收益权和管理权，进而导致投资利益受损，对此投资人可据《合同法》的规定要求对方赔偿损失。

如何确认投资利益的受损以及受损的范围，则需投资人进一步举证明确。鉴于该情形下的损失主张乃是基于合同违约解除所应产生的法律后果，故投资人利益受损的边界也应回到《合同法》的本源中加以考察。《合同法》第一百一十三条规定了损害赔偿的范围“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，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失”。在一家公司主体下判断投资人所获得的投资收益受损的范围及金额更具有复杂性，复杂性在于公司的经营往往受制于市场波动的影响，投资人的利益是否完全基于违约方的违约行为所产生，还是夹杂着市场波动的因素，都是不那么容易判断的。

四、小结

合同契约自由和《公司法》法定原则的冲突还在继续，相信随着各方之间通过股东协议方式对于公司治理、股东权利的约定，都将对公司外部债权人的利益带来新的冲击。本文中所述的增资协议解除下增资款的处理只是各方利益冲突中的“冰山一角”。如何在《合同法》与《公司法》竞合适用下的矛盾冲突中，如何构建一种平衡之道来平衡投资人与外部债权人的利益，是需要进一步探讨的。

独立保函有效期届满实体权利消灭

来源：人民司法公众号

作者：狄丽娜、朱伟

日期：2020 年 2 月 25 日

【裁判要旨】

独立保函的有效期是权利除斥期间，不适用诉讼时效中断，但亦不同于担保法规定的保证期间，不能适用保证期间的相关规定。受益人提交了相符单据时已过有效期，开立人无需再承担付款义务。

【案号】一审：（2019）苏 0582 民初 1414 号

二审：（2019）苏 05 民终 4820 号

【案情】

原告：安徽淮化股份有限公司（以下简称淮化公司）。

被告：上海浦东发展银行股份有限公司张家港支行（以下简称浦发银行）。

2015 年 6 月 23 日，淮化公司（甲方）与江苏新中环保股份有限公司（乙方，以下简称新中环保公司）签订了一份采购安装合同，合同总金额 730 万元。该合同第五条约定：合同签订后，乙方向甲方提交占合同总额 10%的履约保函，履约保函有效期为 1 年。

2015 年 7 月 23 日，鉴于上述合同的签订，浦发银行向淮化公司发出履约保函 1 份，开立了以淮化公司为受益人、金额不超过 73 万元整的不可撤销担保函。保证：在保函有效期内，在收到淮化公司要求支付的书面通知和所附的下述违约证明文件后，依本保函规定向淮化公司支付不超过担保金额的款项。合同对违约证明文件明确约定为：表明淮化公司与新中环保公司对赔偿金额达成一致意见的来往函件或其他文件；或合同规定的仲裁机构或司法机构出具的裁定或判决新中环保公司承担赔偿责任的法律文件。本保函自开立之日起生效，有效期截止日为 2016 年 7 月 23 日。到期后，无论是否将保函正本退回，本保函均自动失效。

2016 年 7 月 21 日，淮化公司向浦发银行发出关于要求支付履约保证金的函，但未附违约证明文件。次日，浦发银行相关人员批复要求其进一步提供依据。

后，新中环保公司被法院受理破产清算，因交涉未果，淮化公司于 2018 年 5 月提起仲裁，于 2018 年 12 月取得仲裁裁决书。至此，淮化公司取得符合保函条件的违约证明文件，遂于 2019 年 1 月起诉要求浦发银行承担保函项下的保证责任。

【审判】

江苏省张家港市人民法院经审理认为：案涉履约保函载明了开立人为浦发银行，受益人为淮化公司，浦发银行在淮化公司提交“要求支付的书面通知和所附的下述违约证明文件”后，即向淮化公司支付不超过担保金额的款项，浦发银行仅承担相符交单付款责任等相关内

容。上述内容符合最高人民法院《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（以下简称《独立保函规定》）关于独立保函的认定规则，故案涉履约保函的性质为独立保函，应适用《独立保函规定》，而非担保法及司法解释规定。

本案中，案涉履约保函明确载明了“有效期”“到期后，无论你是否将保函正本退回我行，本保函均自动失效”的内容。淮化公司虽于履约保函载明的有效期内（2017 年 7 月 21 日）向浦发银行发出了要求付款的函件，但其并未随函附上相应单据即违约证明文件，而是在有效期之后才提交相关违约证明文件。根据《独立保函规定》第 11 条第 1 款的规定，到期日届满，独立保函项下的权利义务已终止，故浦发银行无需再履行保函项下的付款义务。

张家港市法院判决驳回淮化公司的诉讼请求。

淮化公司不服，上诉至江苏省苏州市中级人民法院。

苏州中院经审理认为：案涉履约保函明确约定，受益人要求支付履约保函约定的担保金额时应提交受益人与申请人对赔偿金额达成一致意见的来往函件或其他文件；或合同规定的仲裁机构或司法机构出具的裁定或判决申请人承担赔偿责任金额的法律文件。本案中，淮化公司作为受益人，虽于 2016 年 7 月 21 日保函到期前向浦发银行张家港支行请求付款，但其提交的函件并未表明与申请人新中环保公司就赔偿金额达成一致，在浦发银行提示不符条件下亦未能及时提交符合履约保函要求的单据。据此，浦发银行拒绝支付履约保证金，具有事实和法律依据。另，根据《独立保函规定》第 3 条规定，当事人主

张独立保函适用担保法关于一般保证或连带保证规定的，人民法院不予支持。淮化公司主张浦发银行拒绝支付履约保证金构成保函诉讼时效中断，缺乏法律依据，法院不予支持。苏州中院遂判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

一、独立保函与保证的区别

独立保函是指银行或非银行金融机构作为开立人，以书面形式向受益人出具的，同意在受益人请求付款并提交符合保函要求的单据时，向其支付特定款项或在保函最高金额内付款的承诺。独立保函的特征为开立人在审核受益人提交的单据与约定相符时即应付款，即以相符交单为条件的付款承诺。独立保函具有独立性原则，即虽为保障基础交易的履行而开立，但一经开立，即与基础交易以及申请合同关系相分离，开立人的付款义务独立于基础交易关系及保函申请法律关系，其仅承担相符交单的付款责任。

独立保函的独立性是其与保证的最根本区别。众所周知，保证合同为从合同，具有从属性，保证人是否承担相应的保证责任以及保证合同的效力都受主合同的影响。虽然也有少部分学者提出独立保证的概念，但因其与保证合同从属性原则相悖，且并无相关法律条款支撑，故而审判实务中并不认可独立保证之说。因此，由于《独立保函规定》肯定国内交易中约定适用独立保函，鉴于独立保函的独立性、便捷性，必将在国内贸易中逐渐广泛使用起来。

二、独立保函有效期的性质

本案争议焦点为有效期的概念。淮化公司提出的观点有二：第一，该有效期为保证期间，其已在保证期间内向保证人浦发银行主张了保证债权，自此起算保证债权的诉讼时效，其提起诉讼时保证债权的诉讼时效未经过；第二，即使不能适用保证期间的相关规定，那么其已在独立保函规定的有效期内要求开立人履行保函项下付款义务，该行为亦构成独立保函的诉讼时效中断。

对此，笔者认为，对有效期性质的辨析，必须先了解独立保函有效期的概念和内涵。

独立保函起源于国际贸易，国际贸易中广泛适用的《见索即付保函统一规则》(URDG)对到期日的定义为“担保书中规定的可以提交担保书的日期”，第 25-b 条规定：“不论担保文件是否归还担保人，担保应在期满时终止”。我国国内法律中并无有效期的相关规定。《独立保函规定》第 11 条第 1 款规定，“独立保函载明的到期日或到期事件届至，受益人未提交符合独立保函要求的单据时，当事人主张权利义务终止的，法院应予支持”。从这些规则、规定，不难发现，这里的到期日即为本案中独立保函有效期的概念，它指的是合同载明的可以提交书面申请要求承担独立保函项下付款义务的期限，也即行使权利的期限。

独立保函有效期或称到期日的规定，一方面是为了敦促受益人及时行使索赔权利，另一方面也是为了及时界定申请人和开立人的权益。各大银行在为申请人开立独立保函时，往往要求申请人提供一定金额的保证金或存单质押等反担保，在有效期内将冻结该保证金或存

单的使用。当有效期经过，开立申请人的保证金或存单即获得释放。因此，若在有效期经过后，仍允许受益人主张权利，那么开立人承担付款义务后显然或将承担无法向申请人追偿的风险。这既不符合银行开立人与申请人不存在基础交易合同利益相关性的特征，也违背了银行开立人基于风险可控等因素而作为独立担保人参与到国际贸易中的初衷。

在了解独立保函有效期的概念及内涵后，即可推知独立保函有效期系权利除斥期间。

首先，因独立保函有效期即为《独立保函规定》第 11 条第 1 款中的“到期日”，故对于有效期性质的争议应以该法律条款为主要依据。该条款明确规定，到期日届满前（或称有效期内），受益人未能提交符合独立保函要求的相关单据的，独立保函项下的权利义务终止，即实体上的付款请求权已消灭，故该有效期为不变期间，不适用诉讼时效中断、中止、延长等规定。

其次，虽然独立保函的有效期与保证期间均为除斥期间，且独立保函和保证均具有担保性质，但独立保函的有效期并非担保法上的保证期间。保证期间是指当事人约定或法律规定的保证人承担保证责任的期间，自主债务履行期限届满之日起计算。而独立保函的有效期为提交单据的期间，与主债务履行与否无关，并不具有任何关联性，且根据《独立保函规定》第 3 条第 3 款的规定，法院认定为独立保函的，应排除适用担保法有关一般保证或连带保证的相关规定。

综上，淮化公司的两种观点均不能成立。淮化公司未能在有效期

内及时履行其索赔权利，实体权利已消灭，法院依法不应支持其诉请。

（案例刊登于《人民司法》2020 年第 2 期）