

# 法律资讯汇编

## (2020 第 12 期)

上海王岩律师事务所  
2020年12月

# 目 录

行业新闻——中国银保监会有关部门负责人就《中国银保监会信托公司行政许可事项实施办法》答记者问	3
新法速递——中国银保监会信托公司行政许可事项实施办法	5
案例解析——损害公司利益责任纠纷案件的审理思路和裁判要点	32
业务研究——股东使用个人账号收支公司款项 是否必然导致法人人格混同	49
——合同未成立时仲裁条款成立要件之司法审查	55

## 中国银保监会有关部门负责人就 《中国银保监会信托公司行政许可事项实施办法》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11月24日

为进一步加强信托公司市场准入工作管理，中国银保监会发布了《中国银保监会信托公司行政许可事项实施办法》（以下简称《办法》），有关部门负责人回答了记者提问。

### 一、《办法》的出台背景是什么？

2015年，原银监会出台《中国银监会信托公司行政许可事项实施办法》，对规范信托业市场准入工作起到了重要的作用。近年来，随着信托行业的不断发展、国务院“放管服”改革的不断深入和进一步扩大开放政策的持续推进，为适应当前监管要求和行业新发展阶段需要，银保监会结合前期市场准入工作实践，对《中国银监会信托公司行政许可事项实施办法》进行了修订，出台了本《办法》，着力于进一步强化监管引领，提升准入监管工作有效性。

### 二、本次修订《办法》在强化股东监管方面提出哪些要求？

结合前期出台的《关于加强非金融企业投资金融机构监管的指导意见》《信托公司股权管理暂行办法》等相关制度文件，本次办法修订在强化股东监管方面明确了以下要求：一是强化非金融企业入股信托公司资质要求，对拟成为信托公司控股股东的非金融企业，在权益

性投资余额比例、盈利能力、净资产比例等方面提出更严格的准入标准。二是强化股东入股资金来源审查要求，严格要求自有资金出资。三是严格规范信托公司股权质押，进一步要求股东承诺不以所持有信托公司股权的受（收）益权等形式设立信托等金融产品。四是明确信托公司股东管理、股东的权利义务等相关内容应按照规定纳入信托公司章程。

### 三、本次修订《办法》在引导信托公司转型发展方面有哪些举措？

一是鼓励信托公司开展本源业务，调整“信托公司特定目的信托受托机构资格”准入条件，适当放宽对信托公司经营年限和监管评级的要求。二是引导信托公司强化合规经营理念，新增信托公司合规总监任职资格条件及许可程序内容。三是优化信托公司公司治理机制，强化独立董事监管，提高独立董事履职的独立性，明确要求独立董事在同一家信托公司任职时间累计不得超过6年。

### 四、《办法》公开征求意见的情况如何？

2020年4月14日至5月14日，银保监会就《办法》面向社会公开征求意见，社会各方给予了广泛关注并提供了宝贵意见。银保监会对反馈意见逐条进行了认真研究，对其中符合监管导向和行业发展实际的意见建议进行了吸收采纳，主要对相关高管任职资格条件进行了修改。下一步，银保监会将会继续指导信托公司坚定受托人定位，努力探索转型，坚持回归本源，充分发挥制度优势，提升服务实体经济质效。

## 中国银保监会信托公司行政许可事项实施办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2020年11月24日

### 中国银行保险监督管理委员会令（2020年第12号）

《中国银保监会信托公司行政许可事项实施办法》已于2020年10月10日经中国银保监会2020年第13次委务会议通过。现予公布，自2021年1月1日起施行。

主席 郭树清

2020年11月16日

## 中国银保监会信托公司行政许可事项实施办法

### 第一章 总则

**第一条** 为规范银保监会及其派出机构实施信托公司行政许可行为，明确行政许可事项、条件、程序和期限，保护申请人合法权益，根据《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国行政许可法》等法律、行政法规及国务院的有关决定，制定本办法。

**第二条** 本办法所称信托公司，是指依照《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》和《信托公司管理办法》设立的主要经营信托业务的金融机构。

**第三条** 银保监会及其派出机构根据统一规则、事权分级的原

则，依照本办法和行政许可实施程序规定，对信托公司实施行政许可。

**第四条** 信托公司以下事项须经银保监会及其派出机构行政许可：机构设立，机构变更，机构终止，调整业务范围和增加业务品种，董事和高级管理人员任职资格，以及法律、行政法规规定和国务院决定的其他行政许可事项。

行政许可中应当按照《银行业金融机构反洗钱和反恐怖融资管理办法》要求进行反洗钱和反恐怖融资审查，对不符合条件的，不予批准。

**第五条** 申请人应按照银保监会行政许可事项申请材料目录和格式要求提交申请材料。

## 第二章 机构设立

### 第一节 信托公司法人机构设立

**第六条** 设立信托公司法人机构应当具备以下条件：

（一）有符合《中华人民共和国公司法》和银保监会规定的公司章程，股东管理、股东的权利义务等相关内容应按规定纳入信托公司章程；

（二）有符合规定条件的出资人，包括境内非金融机构、境内金融机构、境外金融机构和银保监会认可的其他出资人；

（三）注册资本为一次性实缴货币资本，最低限额为3亿元人民币或等值的可自由兑换货币；

（四）有符合任职资格条件的董事、高级管理人员和与其业务相适应的合格的信托从业人员；

（五）具有健全的公司治理结构、组织机构、管理制度、风险控

制机制和投资者保护机制；

（六）具有与业务经营相适应的营业场所、安全防范措施和其他设施；

（七）建立了与业务经营和监管要求相适应的信息科技架构，具有支撑业务经营的必要、安全且合规的信息系统，具备保障业务持续运营的技术与措施；

（八）银保监会规章规定的其他审慎性条件。

**第七条** 境内非金融机构作为信托公司出资人，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及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30%；如取得控股权，年终分配后净资产不低于全部资产的40%；

（七）权益性投资余额不超过本企业净资产的50%（含本次投资额）；如取得控股权，权益性投资余额应不超过本企业净资产的40%（含本次投资额）；

（八）入股资金为自有资金，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；

（九）投资入股信托公司数量符合《信托公司股权管理暂行办法》

规定；

（十）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（银保监会采取风险处置或接管措施等特殊情形除外），并在拟设公司章程中载明；

（十一）银保监会规章规定的其他审慎性条件。

**第八条** 境内金融机构作为信托公司出资人，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七条（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。

**第九条** 境外金融机构作为信托公司出资人，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）最近2年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）入股资金为自有资金，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；

（七）投资入股信托公司数量符合《信托公司股权管理暂行办法》规定；

（八）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(银保监会采取风险处置或接管措施等特殊情形除外), 并在拟设公司章程中载明;

(九) 所在国家或地区金融监管当局已经与银保监会建立良好的监督管理合作机制;

(十) 所在国家或地区经济状况良好;

(十一) 银保监会规章规定的其他审慎性条件。

境外金融机构作为出资人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, 并应遵守国家关于外国投资者在中国境内投资的有关规定。

银保监会可根据金融业风险状况和监管需要, 调整境外金融机构作为出资人的条件。

**第十条** 有以下情形之一的, 不得作为信托公司的出资人:

(一) 公司治理结构与管理机制存在明显缺陷;

(二) 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;

(三) 核心主业不突出且其经营范围涉及行业过多;

(四) 现金流量波动受经济景气影响较大;

(五) 资产负债率、财务杠杆率高于行业平均水平;

(六) 代他人持有信托公司股权;

(七) 其他对信托公司产生重大不利影响的情况。

**第十一条** 信托公司设立须经筹建和开业两个阶段。

**第十二条** 筹建信托公司, 应当由出资比例最大的出资人作为申

请人向拟设地银保监局提交申请，由银保监局受理并初步审查、银保监会审查并决定。决定机关自受理之日起4个月内作出批准或不批准的书面决定。

**第十三条** 信托公司的筹建期为批准决定之日起6个月。未能按期完成筹建的，应当在筹建期限届满前1个月向银保监会和拟设地银保监局提交筹建延期报告。筹建延期不得超过一次，延长期限不得超过3个月。

申请人应当在前款规定的期限届满前提交开业申请，逾期未提交的，筹建批准文件失效，由决定机关注销筹建许可。

**第十四条** 信托公司开业，应当由出资比例最大的出资人作为申请人向拟设地银保监局提交申请，由银保监局受理、审查并决定。银保监局自受理之日起2个月内作出核准或不予核准的书面决定，并抄报银保监会。

**第十五条** 申请人应当在收到开业核准文件并领取金融许可证后，办理工商登记，领取营业执照。

信托公司应当自领取营业执照之日起6个月内开业。不能按期开业的，应当在开业期限届满前1个月向拟设地银保监局提交开业延期报告。开业延期不得超过一次，延长期限不得超过3个月。

未在前款规定期限内开业的，开业核准文件失效，由决定机关注销开业许可，发证机关收回金融许可证，并予以公告。

## 第二节 投资设立、参股、收购境外机构

**第十六条** 信托公司申请投资设立、参股、收购境外机构，申请

人应当符合以下条件：

（一）具有良好的公司治理结构，内部控制健全有效，业务条线管理和风险管控能力与境外业务发展相适应；

（二）具有清晰的海外发展战略；

（三）具有良好的并表管理能力；

（四）符合审慎监管指标要求；

（五）权益性投资余额原则上不超过其净资产的 50%；

（六）最近 2 个会计年度连续盈利；

（七）具备与境外经营环境相适应的专业人才队伍；

（八）最近 2 年无严重违法违规行为和因内部管理问题导致的重大案件；

（九）银保监会规章规定的其他审慎性条件。

前款所称境外机构是指银保监会认可的金融机构和信托业务经营机构。

**第十七条** 信托公司申请投资设立、参股、收购境外机构由所在地银保监局受理、审查，并在征求银保监会意见后决定。银保监局自受理之日起 6 个月内作出批准或不批准的书面决定，并抄报银保监会。

信托公司获得批准文件后应按照拟投资设立、参股、收购境外机构注册地国家或地区的法律法规办理相关法律手续，并在完成相关法律手续后 15 日内向银保监会和所在地银保监局报告其投资设立、参股或收购的境外机构的名称、成立时间、注册地点、注册资本、货币币种。

### 第三章 机构变更

**第十八条** 信托公司法人机构变更事项包括：变更名称，变更股权或调整股权结构，变更注册资本，变更住所，修改公司章程，分立或合并，以及银保监会规定的其他变更事项。

**第十九条** 信托公司变更名称，由银保监分局或所在地银保监局受理、审查并决定。

决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定。由银保监局决定的，应将决定抄报银保监会；由银保监分局决定的，应将决定同时抄报银保监局和银保监会。

**第二十条** 信托公司变更股权或调整股权结构，拟投资入股的出资人应当具备本办法第七条至第十条规定的条件。

投资入股信托公司的出资人，应当及时、完整、真实地披露其关联关系和最终实际控制人。

**第二十一条** 所有拟投资入股信托公司的出资人的资格以及信托公司变更股权或调整股权结构均应经过审批，但出资人及其关联方、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5%的除外。

**第二十二条** 信托公司由于实际控制人变更所引起的变更股权或调整股权结构，由所在地银保监局受理并初步审查，银保监会审查并决定。决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定。

信托公司由于其他原因引起变更股权或调整股权结构的，由银保监分局或所在地银保监局受理并初步审查，银保监局审查并决定。决

定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定，并抄报银保监会。

**第二十三条** 信托公司申请变更注册资本，应当具备以下条件：

（一）变更注册资本后仍然符合银保监会对信托公司最低注册资本和资本管理的有关规定；

（二）出资人应当符合第二十条规定的条件；

（三）银保监会规章规定的其他审慎性条件。

**第二十四条** 信托公司申请变更注册资本的许可程序适用本办法第十九条的规定，变更注册资本涉及变更股权或调整股权结构的，许可程序适用本办法第二十二条的规定。

信托公司通过配股或募集新股份方式变更注册资本的，在变更注册资本前，还应当经过配股或募集新股份方案审批。许可程序同前款规定。

**第二十五条** 信托公司公开募集股份和上市交易股份的，应当符合国务院及监管部门有关规定，向中国证监会申请之前，应向银保监会派出机构申请并获得批准。

信托公司公开募集股份和上市交易股份的，由银保监分局或所在地银保监局受理并初步审查，银保监局审查并决定。银保监局自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定，并抄报银保监会。

**第二十六条** 信托公司变更住所，应当有与业务发展相符合的营业场所、安全防范措施和其他设施。

信托公司因行政区划调整等原因而引起的行政区划、街道、门牌

号等发生变化而实际位置未变化的，不需申请变更住所，但应当于变更后 15 日内报告其金融许可证发证机关，并换领金融许可证。

信托公司因房屋维修、增扩建等原因临时变更住所 6 个月以内的，不需申请变更住所，但应当在原住所、临时住所公告，并提前 10 日向其金融许可证发证机关报告。临时住所应当符合公安、消防部门的相关要求。信托公司回迁原住所，应当在原住所、临时住所公告，并提前 10 日将公安消防部门出具的消防证明文件等材料抄报其金融许可证发证机关。

信托公司变更住所，由银保监分局或所在地银保监局受理、审查并决定。决定机关自受理之日起 2 个月内作出批准或不批准的书面决定，并抄报银保监会。

**第二十七条** 信托公司修改公司章程应当符合《中华人民共和国公司法》《信托公司管理办法》《信托公司股权管理暂行办法》及其他有关法律法规的规定。

**第二十八条** 信托公司申请修改公司章程的许可程序适用本办法第十九条的规定。

信托公司因发生变更名称、住所、股权、注册资本、业务范围等前置审批事项以及因行政区划调整、股东名称变更等原因而引起公司章程内容变更的，不需申请修改章程，应当在决定机关作出批准决定或发生相关变更事项之日起 6 个月内修改章程相应条款并报告银保监局。

**第二十九条** 信托公司分立应当符合有关法律、行政法规和规章

的规定。

信托公司分立，应当向所在地银保监局提交申请，由银保监局受理并初步审查，银保监会审查并决定。决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定。

存续分立的，在分立公告期限届满后，存续方应当按照变更事项的条件和程序取得行政许可；新设方应当按照法人机构开业的条件和程序取得行政许可。

新设分立的，在分立公告期限届满后，新设方应当按照法人机构开业的条件和程序取得行政许可；原法人机构应当按照法人机构解散的条件和程序取得行政许可。

**第三十条** 信托公司合并应当符合有关法律、行政法规和规章的规定。

吸收合并的，由吸收合并方向其所在地银保监局提出申请，并抄报被吸收合并方所在地银保监局，由吸收合并方所在地银保监局受理并初步审查，银保监会审查并决定。决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定。吸收合并方所在地银保监局在将初审意见上报银保监会之前应当征求被吸收合并方所在地银保监局的意见。吸收合并公告期限届满后，吸收合并方应按照规定变更事项的条件和程序取得行政许可；被吸收合并方应按照规定法人机构解散的条件和程序取得行政许可。

新设合并的，由其中一方作为主报机构向其所在地银保监局提交申请，同时抄报另一方所在地银保监局，由主报机构所在地银保监局

受理并初步审查，银保监会审查并决定。决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定。主报机构所在地银保监局在将初审意见上报银保监会之前应征求另一方所在地银保监局的意见。新设合并公告期限届满后，新设机构应按照法人机构开业的条件和程序取得行政许可；原法人机构应按照法人机构解散的条件和程序取得行政许可。

#### 第四章 机构终止

**第三十一条** 信托公司法人机构满足以下情形之一的，可以申请解散：

- （一）公司章程规定的营业期限届满或者其他应当解散的情形；
- （二）股东会议决定解散；
- （三）因公司合并或者分立需要解散；
- （四）其他法定事由。

**第三十二条** 信托公司解散，应当向所在地银保监局提交申请，由银保监局受理并初步审查，银保监会审查并决定。决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定。

**第三十三条** 信托公司因分立、合并出现解散情形的，与分立、合并一并进行审批。

**第三十四条** 信托公司有以下情形之一的，向法院申请破产前，应当向银保监会申请并获得批准：

（一）不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力，自愿或应其债权人要求申请破产的；

（二）已解散但未清算或者未清算完毕，依法负有清算责任的人

发现该机构资产不足以清偿债务，应当申请破产的。

**第三十五条** 信托公司向法院申请破产前，应当向所在地银保监局提交申请，由银保监局受理并初步审查，银保监会审查并决定。决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定。

## 第五章 调整业务范围和增加业务品种

**第三十六条** 信托公司依据本办法可申请开办的业务范围和业务品种包括：企业年金基金管理业务资格、特定目的信托受托机构资格、受托境外理财业务资格、股指期货交易等衍生产品交易业务资格、以固有资产从事股权投资业务资格。

信托公司申请开办前款明确的业务范围和业务品种之外的其他业务，相关许可条件和程序由银保监会另行规定。

### 第一节 信托公司企业年金基金管理业务资格

**第三十七条** 信托公司申请企业年金基金管理业务资格，应当具备以下条件：

- （一）具有良好的公司治理和内部控制体系；
- （二）符合审慎监管指标要求；
- （三）监管评级良好；
- （四）最近2年无重大违法违规经营记录；
- （五）具有与开办企业年金基金管理业务相适应的内部控制制度及风险管理制度；
- （六）具有与开办企业年金基金管理业务相适应的合格专业人员；
- （七）具有与业务经营相适应的安全且合规的信息系统，具备保

障业务持续运营的技术与措施；

（八）银保监会规章规定的其他审慎性条件。

**第三十八条** 信托公司申请企业年金基金管理业务资格，应当向银保监分局或所在地银保监局提交申请，由银保监分局或银保监局受理并初步审查，银保监局审查并决定。决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定，并抄报银保监会。

## 第二节 信托公司特定目的信托受托机构资格

**第三十九条** 信托公司申请特定目的信托受托机构资格，应当具备以下条件：

（一）注册资本不低于5亿元人民币或等值的可自由兑换货币，且最近2年年末按要求提足全部准备金后，净资产不低于5亿元人民币或等值的可自由兑换货币；

（二）自营业务资产状况和流动性良好，符合有关监管要求；

（三）具有良好的社会声誉和经营业绩；

（四）符合审慎监管指标要求；

（五）最近2年无重大违法违规经营记录；

（六）具有良好的公司治理和内部控制制度，完善的信托业务操作流程和风险管理体系；

（七）具有履行特定目的信托受托机构职责所需要的专业人员；

（八）具有与业务经营相适应的安全且合规的信息系统，具备保障业务持续运营的技术与措施；

（九）已按照规定披露公司年度报告；

(十) 银保监会规章规定的其他审慎性条件。

**第四十条** 信托公司申请特定目的信托受托机构资格，应当向银保监分局或所在地银保监局提交申请，由银保监分局或银保监局受理并初步审查，银保监局审查并决定。决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定，并抄报银保监会。

### 第三节 信托公司受托境外理财业务资格

**第四十一条** 信托公司申请受托境外理财业务资格，应当具备以下条件：

- (一) 具有良好的公司治理、风险管理体系和内部控制；
- (二) 注册资本不低于10亿元人民币或等值的可自由兑换货币；
- (三) 经批准具备经营外汇业务资格，且具有良好的开展外汇业务的经历；
- (四) 符合审慎监管指标要求；
- (五) 监管评级良好；
- (六) 最近2年无重大违法违规经营记录；
- (七) 最近2个会计年度连续盈利；
- (八) 配备能够满足受托境外理财业务需要且具有境外投资管理能力和经验的专业人才（从事外币有价证券买卖业务2年以上的专业管理人员不少于2人）；设有独立开展受托境外理财业务的部门，对受托境外理财业务集中受理、统一运作、分账管理；
- (九) 具备满足受托境外理财业务需要的风险分析技术和风险控制系统；具有满足受托境外理财业务需要的营业场所、安全防范设施

和其他相关设施；在信托业务与固有业务之间建立了有效的隔离机制；

（十）具有与业务经营相适应的安全且合规的信息系统，具备保障业务持续运营的技术与措施；

（十一）银保监会规章规定的其他审慎性条件。

**第四十二条** 信托公司申请受托境外理财业务资格，应当向银保监分局或所在地银保监局提交申请，由银保监分局或银保监局受理并初步审查，银保监局审查并决定。决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定，并抄报银保监会。

#### **第四节 信托公司股指期货交易等衍生产品交易业务资格**

**第四十三条** 信托公司申请股指期货交易业务资格，应当具备以下条件：

- （一）符合审慎监管指标要求；
- （二）监管评级良好；
- （三）最近2年无重大违法违规经营记录；
- （四）具有完善有效的股指期货交易内部控制制度和风险管理制度；
- （五）具有接受相关期货交易技能专门培训半年以上、通过期货从业资格考试、从事相关期货交易1年以上的交易人员至少2名，相关风险分析和管理人员至少1名，熟悉套期会计操作程序和制度规范的人员至少1名，以上人员相互不得兼任，且无不良记录；期货交易业务主管人员应当具备2年以上直接参与期货交易活动或风险管理的经验，且无不良记录；

（六）具有符合本办法第四十四条要求的信息系统；

（七）具有从事交易所需要的营业场所、安全防范设施和其他相关设施；

（八）具有严格的业务分离制度，确保套期保值类业务与非套期保值类业务的市场信息、风险管理、损益核算有效隔离；

（九）申请开办以投机为目的的股指期货交易，应当已开展套期保值或套利业务一年以上；

（十）银保监会规章规定的其他审慎性条件。

**第四十四条** 信托公司开办股指期货信托业务，信息系统应当符合以下要求：

（一）具备可靠、稳定、高效的股指期货交易管理系统及股指期货估值系统，能够满足股指期货交易及估值的需要；

（二）具备风险控制系统和风险控制模块，能够实现对股指期货交易的实时监控；

（三）将股指期货交易系统纳入风险控制指标动态监控系统，确保各项风险控制指标符合规定标准；

（四）信托公司与其合作的期货公司信息系统至少铺设一条专线连接，并建立备份通道。

**第四十五条** 信托公司申请股指期货交易等衍生产品交易业务资格应当向银保监分局或所在地银保监局提交申请，由银保监分局或银保监局受理并初步审查，银保监局审查并决定。决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定，并抄报银保监会。

**第四十六条** 信托公司申请除股指期货交易业务资格外的其他

衍生产品交易业务资格，应当符合银保监会相关业务管理规定。

### **第五节 信托公司以固有资产从事股权投资业务资格**

**第四十七条** 本节所指以固有资产从事股权投资业务，是指信托公司以其固有资产投资于未上市企业股权、上市公司限售流通股或中国银保监会批准可以投资的其他股权的投资业务，不包括以固有资产参与私人股权投资信托、以固有资产投资金融机构股权和上市公司流通股。

前款所称私人股权投资信托，是指信托公司将信托计划项下资金投资于未上市企业股权、上市公司限售流通股或经批准可以投资的其他股权的信托业务。

**第四十八条** 信托公司以固有资产从事股权投资业务，应遵守以下规定：

（一）不得投资于关联方，但按规定事前报告并进行信息披露的除外；

（二）不得控制、共同控制或实质性影响被投资企业，不得参与被投资企业的日常经营；

（三）持有被投资企业股权不得超过5年。

**第四十九条** 信托公司应当审慎开展以固有资产从事股权投资业务，加强资本、流动性等管理，确保业务开展过程中相关监管指标满足要求。

**第五十条** 信托公司以固有资产从事股权投资业务和以固有资产参与私人股权投资信托等的投资总额不得超过其上年末净资产的20%，经银保监会批准的除外。

**第五十一条** 信托公司申请以固有资产从事股权投资业务资格，应当具备以下条件：

（一）具有良好的公司治理、内部控制及审计、合规和风险管理机制；

（二）符合审慎监管指标要求；

（三）具有良好的社会信誉、业绩和及时、规范的信息披露；

（四）最近3年无重大违法违规经营记录；

（五）监管评级良好；

（六）固有业务资产状况和流动性良好，符合有关监管要求；

（七）具有从事股权投资业务所需的专业团队。负责股权投资业务的人员达到3人以上，其中至少2名具备2年以上股权投资或相关业务经验；

（八）具有能支持股权投资业务的业务处理系统、会计核算系统、风险管理系统及管理信息系统；

（九）银保监会规章规定的其他审慎性条件。

**第五十二条** 信托公司申请以固有资产从事股权投资业务资格，应当向银保监分局或所在地银保监局提交申请，由银保监分局或银保监局受理并初步审查，银保监局审查并决定。决定机关自受理之日起3个月内作出批准或不批准的书面决定，并抄报银保监会。

**第五十三条** 信托公司以固有资产从事股权投资业务，应当在签署股权投资协议后10个工作日内向银保监分局、银保监局报告，报告应当包括但不限于项目基本情况及可行性分析、投资运用范围和方

案、项目面临主要风险及风险管理说明、股权投资项目管理团队及人员等内容。

## 第六章 董事和高级管理人员任职资格

### 第一节 任职资格条件

**第五十四条** 信托公司董事长、副董事长、独立董事、其他董事会成员以及董事会秘书，须经任职资格许可。

信托公司总经理（首席执行官、总裁）、副总经理（副总裁）、风险总监（首席风险官）、合规总监（首席合规官）、财务总监（首席财务官）、总会计师、总审计师（总稽核）、运营总监（首席运营官）、信息总监（首席信息官）、总经理助理（总裁助理）等高级管理人员，须经任职资格许可。

其他虽未担任上述职务，但实际履行前两款所列董事和高级管理人员职责的人员，须经任职资格许可。

**第五十五条** 申请信托公司董事和高级管理人员任职资格，拟任人应当具备以下基本条件：

- （一）具有完全民事行为能力；
- （二）具有良好的守法合规记录；
- （三）具有良好的品行、声誉；
- （四）具有担任拟任职务所需的相关知识、经验及能力；
- （五）具有良好的经济、金融等从业记录；
- （六）个人及家庭财务稳健；
- （七）具有担任拟任职务所需的独立性；

(八) 能够履行对金融机构的忠实与勤勉义务。

**第五十六条** 拟任人有下列情形之一的, 视为不符合本办法第五十五条第(二)项、第(三)项、第(五)项规定的条件, 不得担任信托公司董事和高级管理人员:

(一) 有故意或重大过失犯罪记录的;

(二) 有违反社会公德的不良行为, 造成恶劣影响的;

(三) 对曾任职机构违法违规经营活动或重大损失负有个人责任或直接领导责任, 情节严重的;

(四) 担任或曾任被接管、撤销、宣告破产或吊销营业执照机构董事或高级管理人员的, 但能够证明本人对曾任职机构被接管、撤销、宣告破产或吊销营业执照不负有个人责任的除外;

(五) 因违反职业道德、操守或者工作严重失职, 造成重大损失或恶劣影响的;

(六) 指使、参与所任职机构不配合依法监管或案件查处的;

(七) 被取消终身的董事和高级管理人员任职资格, 或者受到监管机构或其他金融管理部门处罚累计达到2次以上的;

(八) 不具备本办法规定的任职资格条件, 采取不正当手段以获得任职资格核准的。

**第五十七条** 拟任人有下列情形之一的, 视为不符合本办法第五十五条第(六)项、第(七)项、第(八)项规定的条件, 不得担任信托公司董事和高级管理人员:

(一) 截至申请任职资格时, 本人或其配偶仍有数额较大的逾期

债务未能偿还，包括但不限于在该信托公司的逾期债务；

（二）本人及其近亲属合并持有该信托公司 5%以上股份，且从该信托公司获得的授信总额明显超过其持有的该信托公司股权净值；

（三）本人及其所控股的信托公司股东单位合并持有该信托公司 5%以上股份，且从该信托公司获得的授信总额明显超过其持有的该信托公司股权净值；

（四）本人或其配偶在持有该信托公司 5%以上股份的股东单位任职，且该股东单位从该信托公司获得的授信总额明显超过其持有的该信托公司股权净值，但能够证明授信与本人及其配偶没有关系的除外；

（五）存在其他所任职务与其在该信托公司拟任、现任职务有明显利益冲突，或明显分散其在该信托公司履职时间和精力的情形。

**第五十八条** 申请信托公司董事任职资格，拟任人除应符合第五十五条至第五十七条的规定外，还应当具备以下条件：

（一）具有 5 年以上的经济、金融、法律、财会或其他有利于履行董事职责的工作经历，其中拟担任独立董事的还应是经济、金融、法律、财会等方面的专业人士；

（二）能够运用信托公司的财务报表和统计报表判断信托公司的经营管理和风险状况；

（三）了解拟任职信托公司的公司治理结构、公司章程以及董事会职责，并熟知董事的权利和义务。

**第五十九条** 除不得存在第五十六条、第五十七条所列情形外，信托公司独立董事拟任人还不得存在下列情形：

- （一）本人及其近亲属合并持有该信托公司 1%以上股份或股权；
- （二）本人或其近亲属在持有该信托公司 1%以上股份或股权的股东单位任职；
- （三）本人或其近亲属在该信托公司、该信托公司控股或者实际控制的机构任职；
- （四）本人或其近亲属在不能按期偿还该信托公司债务的机构任职；
- （五）本人或其近亲属任职的机构与本人拟任职信托公司之间存在法律、会计、审计、管理咨询、担保合作等方面的业务联系或债权债务等方面的利益关系，以致妨碍其履职独立性的情形；
- （六）本人或其近亲属可能被拟任职信托公司大股东、高管层控制或施加重大影响，以致妨碍其履职独立性的其他情形；
- （七）本人已在其他信托公司任职。

独立董事在同一家信托公司任职时间累计不得超过 6 年。

**第六十条** 申请信托公司董事长、副董事长和董事会秘书任职资格，拟任人除应当符合第五十五条至第五十八条的规定外，还应当分别符合以下条件：

- （一）拟任信托公司董事长、副董事长，应当具备本科以上学历，从事金融工作 5 年以上，或从事相关经济工作 10 年以上（其中从事金融工作 3 年以上）；
- （二）拟任信托公司董事会秘书，应当具备本科以上学历，从事信托业务 5 年以上，或从事其他金融工作 8 年以上。

**第六十一条** 申请信托公司高级管理人员任职资格，拟任人除应

当符合第五十五条至第五十七条的规定外，还应当符合以下条件：

（一）担任总经理（首席执行官、总裁）、副总经理（副总裁），应当具备本科以上学历，从事信托业务5年以上，或从事其他金融工作8年以上；

（二）担任运营总监（首席运营官）和总经理助理（总裁助理）以及实际履行高级管理人员职责的人员，任职资格条件比照总经理（首席执行官、总裁）、副总经理（副总裁）的任职资格条件执行；

（三）担任财务总监（首席财务官）、总会计师、总审计师（总稽核），应当具备本科以上学历，从事财务、会计或审计工作6年以上；

（四）担任风险总监（首席风险官），应当具备本科以上学历，从事金融机构风险管理工作3年以上，或从事其他金融工作6年以上；

（五）担任合规总监（首席合规官），应当具备本科以上学历，从事金融工作6年以上，其中从事法律合规工作2年以上；

（六）担任信息总监（首席信息官），应当具备本科以上学历，从事信息科技工作6年以上。

**第六十二条** 拟任人未达到第六十条、第六十一条规定的学历要求，但具备以下条件之一的，视同达到规定的学历：

（一）取得国家教育行政主管部门认可院校授予的学士以上学位；

（二）取得注册会计师、注册审计师或与拟（现）任职务相关的高级专业技术职务资格，且相关从业年限超过相应规定4年以上。

## 第二节 任职资格许可程序

**第六十三条** 信托公司申请核准董事和高级管理人员任职资格，

应当向银保监分局或所在地银保监局提交申请，由银保监分局或银保监局受理并初步审核，银保监局审查并决定。决定机关自受理之日起30日内作出核准或不予核准的书面决定，并抄报银保监会。其中，关于董事长、总经理（首席执行官、总裁）的任职资格许可应在征求银保监会意见后作出决定。

**第六十四条** 信托公司新设立时，董事和高级管理人员任职资格申请，按照该机构开业的许可程序一并受理、审查并决定。

**第六十五条** 具有高级管理人员任职资格且未连续中断任职1年以上的拟任人在同一信托公司内及不同信托公司间平级调动职务（平级兼任）或改任（兼任）较低职务的，不需重新申请任职资格。拟任人应当在任职后5日内向任职机构所在地银保监会派出机构报告。拟任人担任董事长、总经理（首席执行官、总裁）的，还应同时向银保监会报告。

**第六十六条** 信托公司拟任董事长、总经理任职资格未获许可前，信托公司应当在现有董事和高级管理人员中指定符合相应任职资格条件的人员代为履职，并自作出指定决定之日起3日内向任职资格许可决定机关报告并抄报银保监会。代为履职的人员不符合任职资格条件的，监管机构可以责令信托公司限期调整代为履职的人员。

代为履职的时间不得超过6个月。信托公司应当在6个月内选聘具有任职资格的人员正式任职。

## 第七章 附则

**第六十七条** 获准机构变更事项的，信托公司应当自许可决定之

日起6个月内完成有关法定变更手续，并向所在地银保监会派出机构报告。获准董事和高级管理人员任职资格的，拟任人应当自许可决定之日起3个月内正式到任，并向所在地银保监会派出机构报告。

未在前款规定期限内完成变更或到任的，行政许可决定文件失效，由决定机关注销行政许可。

**第六十八条** 信托公司设立、终止事项，涉及工商、税务登记变更等法定程序的，应当在完成有关法定手续后1个月内向银保监会和所在地银保监会派出机构报告。

**第六十九条** 发生本办法规定事项但未按要求取得行政许可或进行报告的，银保监会或其派出机构依据《中华人民共和国银行业监督管理法》《信托公司管理办法》等法律法规，采取相应处罚措施。

**第七十条** 本办法所称境外含香港、澳门和台湾地区。

**第七十一条** 本办法中的“日”均为工作日，“以上”均含本数或本级。

**第七十二条** 本办法中下列用语的含义：

（一）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。

（二）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。银保监会另有规定的

从其规定。

（三）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。

（四）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。

**第七十三条** 除特别说明外，本办法中各项财务指标要求均为合并会计报表口径。

**第七十四条** 中国信托业保障基金有限责任公司、中国信托登记有限责任公司参照本办法执行。

**第七十五条** 本办法由银保监会负责解释。银保监会根据法律法规和监管需要，有权对行政许可事项中受理、审查和决定等事权的划分进行动态调整。

根据国务院或地方政府授权，履行国有金融资本出资人职责的各级财政部门及受财政部门委托管理国有金融资本的其他部门、机构，发起设立、投资入股信托公司的资质条件和监管要求等参照本办法有关规定执行，国家另有规定的从其规定。

**第七十六条** 本办法自2021年1月1日起施行，《中国银监会信托公司行政许可事项实施办法》（中国银监会令2015年第5号）同时废止。

## 损害公司利益责任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11月23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《损害公司利益责任纠纷案件的审理思路和裁判要点》，推荐阅读时间 24 分钟。

损害公司利益责任纠纷，是指公司股东滥用股东权利或者董事、监事、高级管理人员（以下合称董监高）违反法定义务，损害公司利益而引发的纠纷。

根据《公司法》相关规定，股东滥用股东权利给公司造成损失，以及董监高执行公司职务时违反法律法规或公司章程给公司造成损失的，均应承担赔偿责任。

常见的损害公司利益行为包括关联交易、挪用公司资金、违反竞业禁止义务等。该类案件与商业行为密切关联，导致个案审查中对公司利益衡量缺乏统一标准。现结合典型案例，对损害公司利益责任纠纷案件的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。

## 一、典型案例

### 案例一：涉及责任主体身份的认定

马某原系 A 公司股东会任命的海外代表处总代表，其职责为负责海外合作项目，但并非 A 公司章程规定的董监高。马某从 A 公司离职后成立 B 公司，并促成 B 公司与 A 公司的前磋商对象达成买卖合同。A 公司起诉认为，马某的行为导致 A 公司与案外公司合作失败，违反公司高级管理人员的忠实义务，故要求马某赔偿 A 公司损失。

### 案例二：涉及因果关系的认定

张某系 C 公司股东兼总经理，同时担任 D 公司股东及法定代表人。王某系 C 公司法定代表人。C 公司与 D 公司签署《物业管理委托协议》，C 公司的合同签字人为王某而非张某。C 公司起诉认为，张某的行为构成关联交易，违反忠实义务，故要求张某赔偿 C 公司损失。

### 案例三：涉及损害行为的认定

李某系 E 公司股东兼总经理，其另成立 F 公司。F 公司与 E 公司营业执照登记的经营范围相同，且部分客户存在重合。F 公司在开展业务过程中使用 E 公司办公地址和电话，在宣传册中使用 E 公司项目作为其业绩进行宣传。E 公司起诉认为，李某及 F 公司存在违反竞业禁止义务的行为，故要求李某赔偿 E 公司损失。

### 案例四：涉及损害范围的认定

何某在担任 G 公司总经理及董事期间，同时担任 H 公司董事及监事。根据工商登记，G 公司与 H 公司在经营范围上存在一定重合。G 公司认为 H 公司的营业收入系何某在 G 公司任职期间利用或谋取 G 公

司商业机会所得，故请求确认何某损害公司利益并赔偿损失，赔偿额为G公司与上一年度相比减少的营业收入。

## 二、损害公司利益责任纠纷案件的审理难点

### （一）责任主体认定难

在损害公司利益责任纠纷案件中，被告主要包括公司股东以及董监高。实践中往往存在公司章程约定不明、公司运营不规范、公司人员职权与职务不相符合等情形。如公司分支机构负责人的职权范围包含多项公司管理职责，但在公司章程未将其列为高级管理人员的情况下，该类人员能否作为损害公司利益的责任主体，实践中对此尚存分歧。

### （二）损害公司利益行为界定难

实践中损害公司利益的行为多种多样，且因损害行为人多为公司股东以及董监高等实际控制人，损害行为可能具有合法形式导致难以识别。如损害行为已由公司决议加以确认，董监高存在放弃公司对外到期债权或担保权利等造成公司财产减损。因此，对于如何分配双方当事人举证责任、准确界定具有合法形式的损害公司利益行为等，仍需法院在个案中进行实质性审查。

### （三）因果关系认定难

在此类案件中，法院除需准确判断被告是否构成损害行为并确定损害后果外，还需厘清损害行为与损害后果之间的因果关系。因果关系与具体损害行为的审查要点往往紧密关联。法院需充分掌握各类损害行为的审查要点，并运用法律逻辑将各审查要点梳理串联，进而就因果关系进行论证。因此，因果关系的认定缺乏相对独立的审查标准，

个案中存在较大差异。

#### （四）公司利益受损范围确定难

公司利益可分为金钱利益与非金钱利益、既得利益与可得利益等。如何判断公司利益是否受损以及受损范围，是确定损害赔偿责任的关键。实践中，对于公司主张因侵权行为受到金钱损失的，如何根据当事人的举证判断市场公允价值，因存在较大的裁量空间而缺乏统一裁判尺度；对于公司主张因侵权行为受到非金钱损失或可得利益损失的，如损失潜在客户或商机等，在损失的界定和量化上仍存在一定难度。

### 三、损害公司利益责任纠纷案件的审理思路和裁判要点

法院在审理损害公司利益责任纠纷案件时，应秉持实质审查与程序审查相结合的原则，注意公司股东与公司债权人之间以及股东之间的利益平衡，注重保护中小股东的合法权利，根据《公司法》及司法解释的规定准确适用法律。

具体审查要点如下：

#### （一）原告主体资格的审查要点

损害公司利益责任纠纷案件中，利益受损方为公司，但在董监高等公司内部人员损害公司利益时，显然无法由董监高自己决定是否以公司名义对损害行为提起诉讼。为此，《公司法》规定公司未就其所受损害起诉的，股东可代表公司以公司获得赔偿为目的而提起诉讼，即股东代表诉讼。因此，损害公司利益责任纠纷案件的原告包括公司和股东。

## 1、公司作为原告提起诉讼

通常情况下，当发生损害公司利益行为时，应由公司作为原告直接向侵权行为人行使请求权，要求其对公司承担赔偿责任。需要注意的是，符合持股条件的股东可以书面请求公司相关机构以公司名义就损害行为提起诉讼，此时原告仍为公司。具体而言：

**第一**，当董事、高级管理人员损害公司利益时，股东可以书面请求监事会或不设监事会公司的监事起诉；此时应当列公司为原告，由监事会主席或监事代表公司进行诉讼，监事会主席或监事列为公司的诉讼代表人；

**第二**，当监事或他人损害公司利益时，股东可以书面请求董事会或董事起诉；此时应当列公司为原告，由董事长或执行董事代表公司进行诉讼，董事长或执行董事列为公司的诉讼代表人。

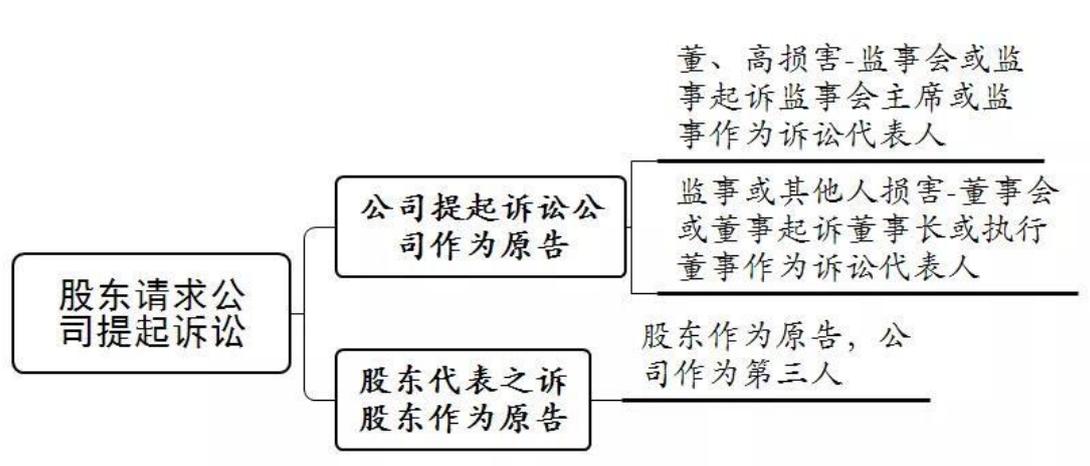
## 2、股东代表诉讼

在特定情况下，股东可以作为原告提起股东代表诉讼。前述股东请求监事会或董事会等提起诉讼的行为，是提起股东代表诉讼的前置程序。对于该前置程序，有限责任公司的股东具有股东身份即可提出上述请求；股份有限公司的股东应符合法定的持股条件，即连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份。上述持股条件亦是股东代表诉讼中股东作为原告的主体资格要求。

上述股东如果已书面请求公司监事会或董事会等就侵权行为提起诉讼，但后者拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起30日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥

补的损害的，该股东有权为公司利益以自己的名义直接提起股东代表诉讼。此时原告为股东，且应当列公司为第三人参加诉讼。

**需要注意的是：**第一，一审法庭辩论终结前，符合条件的其他股东以相同的诉讼请求申请参加诉讼的，应当列为共同原告。第二，侵权行为发生时原告尚未成为公司股东，被告以此为由抗辩该股东并非适格原告的，法院不予支持。第三，隐名股东在未获生效判决确认其股东资格前，不得以股东身份提起诉讼。



## （二）被告主体资格的审查要点

根据《公司法》第 20、21、149 条规定，因损害公司利益而承担赔偿责任的主体包括公司股东和董监高，以及关联交易中的实际控制人等。其中，股东、董事和监事身份的审查主要以工商登记信息为依据，主要争议在于对高级管理人员、实际控制人和共同侵权人的认定。

### 1、高级管理人员作为责任主体的审查要点

依据《公司法》第 216 条规定，高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人，以及上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。如工作人员身处管理岗位并享有管理职权，但并不具有法律

或章程规定的高级管理人员身份，则该人员一般不应被认定为高级管理人员。

如案例一中，马某虽是经股东会任命的公司驻海外代表处总代表，也享有对海外项目的全权决定权，但马某所在职位并非法律或章程规定的高级管理人员，公司也未将其作为高级管理人员进行登记备案。同时，马某作为公司海外项目的负责人，并不能实际影响公司的整体经营运作，与高级管理人员享有的职责和权限仍有一定差距。因此，马某并非高级管理人员。

## 2、实际控制人作为责任主体的审查要点

实际控制人，是指非公司股东，但通过投资关系、协议或其他安排，能够实际支配公司行为的人。实际控制人既可以是自然人，也可以是法人。尽管《公司法》第20、149条并未明确将实际控制人纳入因损害公司利益而承担赔偿责任的主体范围，但《公司法》第21条关于非正当关联交易的规定中已明确，利用关联关系损害公司利益而承担赔偿责任的主体包括公司的实际控制人。

法院在认定公司实际控制人时，应当结合企业信用信息公示系统中的公司登记信息、股权结构、主要人员等信息，公司章程、决议、合同等书面证据以及证人证言等进行综合判断。如涉及上市公司实际控制人的认定，上市公司的信息披露文件亦可作为认定实际控制人的主要证据。

## 3. 共同侵权人的审查要点

在关联交易案件中，部分损害行为是由股东等人员同与其具有关

联关系的第三人共同实施的。因此，该类案件的被告并不限于具有特定身份的主体，与股东等人员有关联的第三人也可作为被告而被要求承担相应的法律责任。

需要注意的是，第三人的身份并不限于法人或者自然人，而包括与股东等人员直接构成共同侵权行为的所有主体。第三人与股东等人员一并作为被告且被认定存在损害公司利益行为的，根据《民法典》第1168条规定应承担连带赔偿责任。

### （三）损害公司利益行为及赔偿责任的审查要点

虽然《公司法》第148条对董事、高级管理人员的禁止行为已作列举，但基于公司利益的广泛性，立法难以对损害公司利益的行为穷尽列举。本文选取实践中较为常见的损害公司利益的三类情形梳理审查要点：一是挪用或侵占公司资金，二是关联交易，三是谋取公司商业机会及竞业禁止。

#### 1、挪用或侵占公司资金的审查要点

##### （1）挪用或侵占公司资金的行为

挪用或侵占公司资金的行为通常直接造成公司的财产损失。对该类行为应从以下几方面进行审查：

**第一，审查行为人是否存在不正当使用公司资金的情形。**挪用或侵占公司资金的行为种类多样，表现形式包括严重超标进行费用报销、替公司代收款项、利用公司资金进行高档消费等。具体可审查行为人将公司资金转出是否具有相应的合同、业务依据或其他符合商业常理的用途，以及收款人与行为人是否存在关联关系等。

**第二，审查行为是否已履行法律法规或章程规定的程序。**审查从公司支取款项，或将公司资金借贷给他人，或以公司财产为他人提供担保等行为，是否符合法律法规或章程的规定，是否经股东会、股东大会或董事会同意。因行为人往往是掌握公司经营控制权的股东或高级管理人员，可能存在行为人有权决定或影响公司决议或控制公司公章使用的情形。

因此，即使某一行为已按照规定经过公司内部决议通过，该行为同样可能会损害公司利益。需要注意的是，挪用或侵占公司资金的行为多发生于内部管理缺乏规范性的公司。此时，法院不应局限于审查公司内部决议是否合法合规，还应结合行为人的举证认定其行为是否具有合理性。

**第三，审查行为是否有正确的会计处理方式。**审查财务会计报告中对相关款项性质的记载。以借款为例，法院可审查公司账册中是否记载股东债权的事实，以及该借款行为是否向其他股东公开。如账册中对此没有合理记载，则应由行为人对其行为合理性承担举证责任。

## **(2) 损害事实和因果关系的审查**

对于挪用或侵占公司资金的行为导致损害后果，法院应结合举证责任的分配以及证据的认定，从以下几方面进行审查：

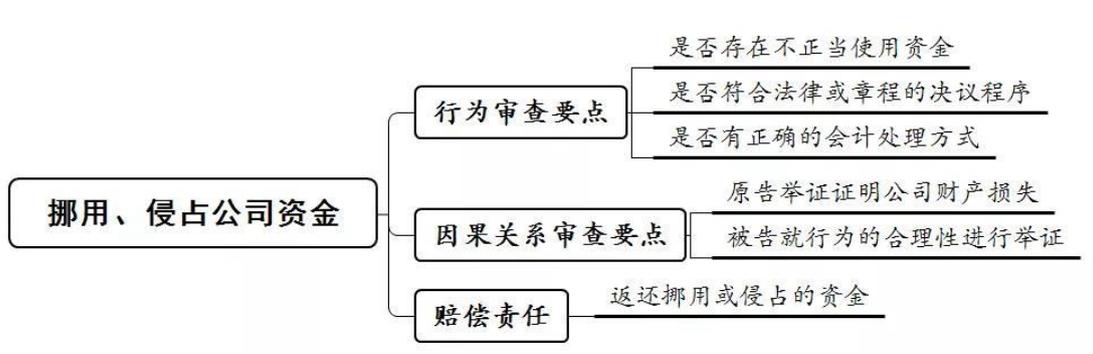
**第一，审查原告能否证明挪用或侵占公司资金的行为导致公司财产损失。**例如，公司提供银行转账凭证、审计报告或财务账册等证明行为人实施了将公司资金转出的行为，且资金系直接或间接汇入行为人或其关联方的账户。其中，间接转账的资金在金额、时间上应具有

前后对应性。

**第二，审查被告能否对其行为作出合理解释并提交相应反驳证据。**例如，行为人提交证据证明款项转出系为支付合同账款、员工奖金等公司经营所用。行为人能够举证证明资金用途系为公司利益的，公司应对损害行为继续举证。公司未能进一步举证证明损害存在的，应认定该行为未对公司利益造成损失。

### （3）赔偿责任的认定

行为人无法举证证明其将公司款项转出等行为系为公司经营所需的，应在公司所受损失的范围内承担赔偿责任。公司所受损失通常是财产损失，行为人应承担的赔偿责任为返还挪用或侵占的资金并支付资金占用损失。如行为人在为公司代收款项的同时还存在为公司代垫款项的情形，则应将其代垫款项从应向公司支付的款项中予以扣除。



## 2、关联交易的审查要点

与其他损害公司利益的行为不同，关联交易并不必然导致损害后果。正常的关联交易可以起到降低交易成本和风险、加强企业之间合作等作用，因此《公司法》并未完全禁止关联交易，而是防止利用关联关系损害公司利益。《公司法》第 21 条规定，公司的控股股东、实际控制人、董监高利用其关联关系损害公司利益，给公司造成损失

的，应当承担赔偿责任。

需要注意的是，自我交易是一种特殊的关联交易形式。《公司法》第148条规定，禁止董事、高级管理人员进行自我交易损害公司利益。董事、高级管理人员违反公司章程的规定或未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或进行交易，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

### （1）关联关系的判断

审查是否存在关联关系是认定关联交易的前提。所谓关联关系，是指控股股东、实际控制人、董监高与其直接或间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。实践中，关联关系通常体现为家族关系或持股关系。如交易相对方是行为人实际控制的其他企业，或与行为人关系密切的家庭成员所实际控制的企业时，应认定为具有关联关系。

需要注意的是，在确定关联关系时应以是否存在直接或间接控制作为限定条件，不宜过于宽泛地划定关联关系。同时，根据《上市公司信息披露管理办法》规定，上市公司的关联交易是指上市公司或其控股子公司与上市公司关联人之间发生的转移资源或义务的事项。在审查涉及上市公司的关联交易时，可依据《上市公司信息披露管理办法》中对关联法人和关联自然人的规定加以判断。

### （2）关联交易的实体和程序审查

对于关联交易行为是否损害公司利益，法院应着重从实体和程序两个方面进行审查。

## 第一，审查关联交易对价是否公允。

交易价格是否公允是判断关联交易是否给公司造成损失的核心要件。关于公允价格的判断可参照《上市公司治理准则》第76条规定。关联交易应当具有商业实质，价格应当公允，原则上不偏离市场独立第三方的价格或收费标准等交易条件。法院应结合原被告双方的举证，综合判定交易价格是否偏离正常市场价格，并认定是否对公司造成损失。

如案例二中，张某控制的C公司与D公司签署合同，虽然是C公司与张某的关联公司进行交易，但该交易并非《公司法》所禁止的关联交易。

一是通过对比合同约定的内容与市场该类服务的交易价格，发现该合同并无任何不利于C公司之处，相反该合同正是市场公允价格的体现。

二是C公司无法提供证据证明合同是张某控制C公司签订的。因此，该合同的签署并不因交易相对人为股东张某的关联公司而损害C公司利益。

## 第二，审查关联交易的程序是否合规。

在程序审查方面，法院应审查关联交易是否已向公司披露，是否符合法律法规或公司章程的规定。如审查是否符合《公司法》规定，上市公司董事与董事会决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权；是否符合公司章程对关联交易的程序性规定，如需经股东会、股东大会或董事会的同意等。

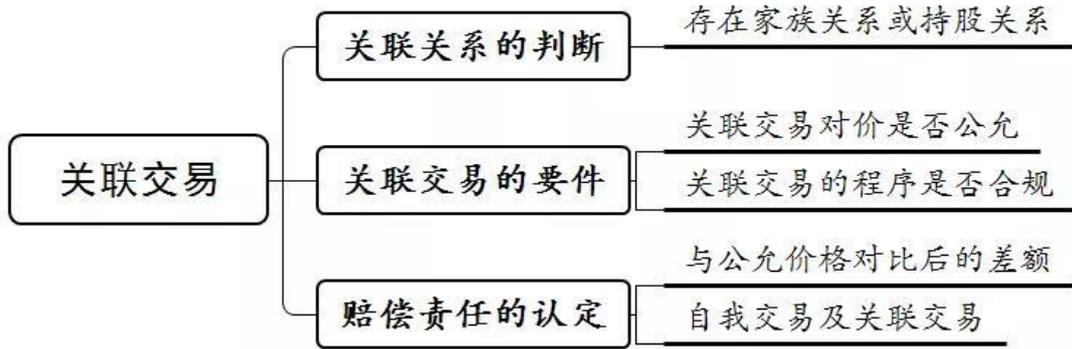
需要注意的是，虽然公司内部决策程序能够为关联交易的正当性提供一定支撑，但仍应对关联交易是否具有公允性进行实质性审查。如关联交易损害公司利益，被告仅以该交易已经履行信息披露、经股东会或股东大会同意等法律法规或公司章程规定的程序为由抗辩的，法院不予支持。

除审查交易价格的公允性、审批程序的合法性之外，法院还可针对具体个案案情，结合交易内容是否具有商业必要性、是否属于公司经营需要、是否具有真实的交易动机等其他因素综合判定关联交易。

### （3）赔偿责任的认定

关于非正当关联交易的赔偿范围，通常是非正当关联交易价格与已查明公允交易价格之间的差额。该部分差额即为非正当关联交易对公司造成的损失，应由侵权人向公司进行赔偿。

关于自我交易的赔偿范围。《公司法》第148条第1款第4项规定的自我交易归入权诉讼与第21条规定的关联交易损害赔偿诉讼，均为涉及损害公司利益的责任纠纷，均具备侵权责任的一般构成要件。两者区别在于，在行为主体上，自我交易的行为主体是负有忠实义务的董事、高级管理人员本人，而关联交易的行为主体可涵盖与公司具有关联关系的所有主体；在行为和结果要件上，自我交易强调董事、高级管理人员违反章程规定或未经股东会同意与本公司进行交易，且其因自我交易而获得的收入应当归公司所有；关联交易则强调关联人利用关联关系使公司利益受损，关联人应当对公司所受损失承担赔偿责任。



### 3. 谋取公司商业机会及竞业禁止的审查要点

#### (1) 谋取公司商业机会及竞业禁止行为的认定

根据《公司法》第148条第1款第5项规定，谋取公司商业机会及竞业禁止行为是指未经股东会或股东大会同意，利用职务便利为自己或他人谋取属于公司的商业机会，以及自营或为他人经营与所任职公司同类的业务。需要说明的是，对于劳动法领域的竞业禁止行为，本文不予涉及。

所谓商业机会，是指公司能够开展业务并由此获取收益的可能性。法院在判定某一商业机会是否属于公司时，可结合公司的经营范围，审查该商业机会是否为公司所需，公司是否就此进行过谈判、投入过人力、物力和财力等因素进行综合判断。此外，法院还应审查公司是否存在放弃商业机会的情形。如被告能举证证明公司已经明确拒绝该商业机会，并非是被告利用职务便利谋取，则法院应认定被告取得该商业机会符合公平原则。

所谓同类业务，是指完全相同的商品或者服务，也可以是同种或者类似的商品或者服务。在审查时，法院不应机械地局限于登记的经营范围。如公司实际从事的业务确未包含在工商登记的经营范围內，

法院仍应根据其实际从事的业务与董事、高级管理人员所任职的公司是否具有实质性竞争关系进行审查。此外，法院还可结合开展业务的地域和时间加以考量，审查两家公司是否在相近地区、相近时间段开展业务。竞争时间段应当是指行为人能够利用其职务便利的期间。

### （2）审查被告有无利用职务便利谋取商业机会

在此类案件中，只有特定身份者利用职务便利实施损害行为方才构成《公司法》禁止的行为，因此法院应注意审查被告是否存在利用职务便利的行为。如被告是否基于所处职位明知该商业机会属于公司，是否将该商业机会向公司进行过披露；被告是否通过欺骗、隐瞒或威胁等不正当手段诱使公司放弃机会，或存在利用其业务经办人、联系人等有利身份实施篡夺行为。

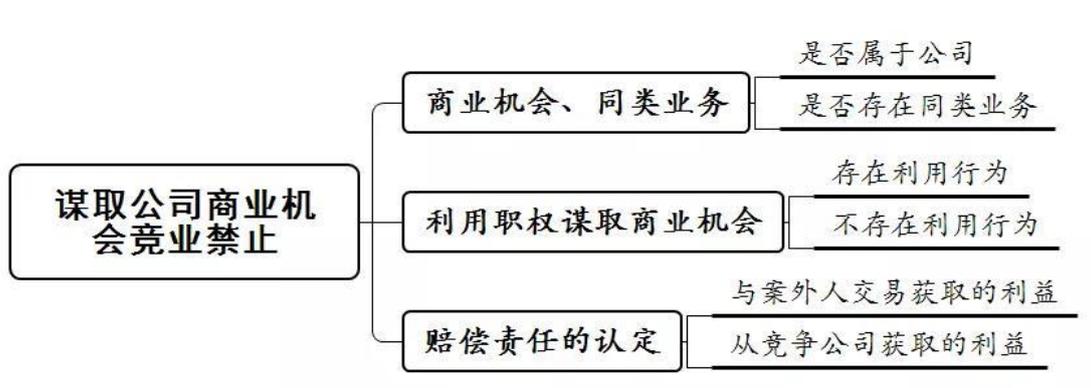
如案例三中，李某设立的 F 公司在经营时，不但在宣传中使用 E 公司的业绩，而且还使用 E 公司的电话、地址，与 E 公司存在客户上的重合。同时，E 公司的上述信息均为李某在 E 公司任职期间所知悉获取，故应认定李某利用职务便利谋取 E 公司的商业机会。

### （3）赔偿责任的认定

对于谋取公司商业机会及竞业禁止行为对公司造成的损失，赔偿范围可认定为被告与案外人交易所获取的收益。被告行为构成谋取公司商业机会的，其所侵害的即为本属于公司的预期利益。该利益通常可直接体现为被告与案外人签订业务合同的所获利润。需要注意的是，公司应就其享有该预期利益承担举证责任，如应证明公司与案外人在被告损害行为实施前存在长期良好的商业往来、已就合作进行有

效磋商等。

如案例四中，G公司主张其本年度营业额损失是由于何某谋取公司商业机会经营同类业务所致，但无法提供该商业机会本属于公司的证据。相反，何某及H公司能够证明G公司本年度与上一年度之间存在营业差额，系因G公司上一年度存在与其他案外人之间的临时业务，故法院对G公司的诉请不予支持。



#### 4. 损害赔偿请求权和归入权的区分

《公司法》第148条规定，董事、高级管理人员违反禁止行为所得的收入应当归公司所有，即公司有权对上述收入行使归入权。因此，在涉及公司董事、高级管理人员违反该条规定的禁止行为时，公司既可根据该条行使归入权，也可根据《公司法》第21、149条主张损害赔偿赔偿责任。

鉴于归入权和损害赔偿请求权二者在构成要件上存在差异，在个案诉请中原告应择一进行主张。如原告主张行使归入权，则应举证证明行为主体是董事、高级管理人员；行为人实施了第148条规定的禁止行为并从中获得收入；公司可得收益即为行为人因禁止行为所获利益。如原告主张行使损害赔偿请求权，则行为主体除董事、高级管理

人员外还包括股东、监事；行为人所实施的侵权行为亦不限于第148条规定的情形，应涵盖所有损害公司利益的行为；赔偿范围亦不限于行为人所得利益，应是公司所受损失。

#### （四）其他需要说明的问题

损害公司利益责任纠纷与公司关联交易损害责任纠纷密切相关，实践中应注意两者区别。该两类案由所涉案件有所重合，共同之处在于原告均主张被告损害公司利益。主要区别在于，未利用关联交易形式损害公司利益的，不属于公司关联交易损害责任纠纷。实践中，以公司关联交易损害责任纠纷立案的案件数量极少。原因是原告在起诉时往往无法准确界定被告损害利益的形式是否仅局限于关联交易，且损害公司利益责任纠纷已涵摄董事、高级管理人员与公司进行自我交易的行为。因此，即便涉及关联交易的情形，原告也多以损害公司利益责任纠纷的案由起诉。有鉴于此，本文将关联交易行为一并纳入总结。

## 股东使用个人账号收支公司款项 是否必然导致法人人格混同

来源：法务部

日期：2020年11月21日

股东有限责任制度是对股东的一种保护，该制度的内涵是公司法人财产和股东财产互相独立，股东仅在出资范围内对公司的债务承担责任。但该保护存在例外情形，一旦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时，股东将对公司债务承担连带责任，这又称为“法人人格混同”。通俗来讲，“**法人人格混同**”即指**股东和公司的意思表示和财产难以分清**。

在实践中，股东使用个人账号收支公司款项的现象并不罕见。债权人将款项打入股东个人账号时，可能会使其认为其正与股东进行交易。尽管股东可能不存在滥用公司法人独立地位的故意，但在法律上却存在着被认定为“法人人格混同”的风险，进而导致股东对公司的债务承担无限连带责任。另一方面，在商业交往中效率往往处于优先考虑的因素，股东使用个人账号收支公司款项可能只是在特殊情况下的便捷操作，是否一律导致“法人人格混同”有待商榷。本文将对此进行分析。

### 一、法人人格混同的构成要件

针对股东使用个人账号收支公司款项是否构成“法人人格混同”

这一问题，首先需要界定“法人人格混同”的构成要件。

《公司法》第20条第3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。通常而言，公司的债务与股东个人无关，但任何制度都不应成为当事人逃避责任的庇护伞，《公司法》第20条第3款即是对法人人格混同的原则性规定。但该规定过于原则性，无法提炼出具体的构成要件，原因一方面在于商业社会交易形态多样，无法穷尽列举“法人人格混同”的所有样态，另一方面立法者可能寄希望于司法实践在个案公平中发展、提炼出具体的适用规则。

经过多年的审判实践，“法人人格混同”的认定标准被具体地规定在《九民会议纪要》当中。《九民会议纪要》是从审判实践中提炼出的规则，尽管不属于司法解释，但在审判实践中具有较强的指导作用。

**《九民会议纪要》第10条规定：**“认定公司人格与股东人格是否存在混同，最根本的判断标准是公司是否具有独立意思和独立财产，最主要的表现是公司的财产与股东的财产是否混同且无法区分。在认定是否构成人格混同时，应当综合考虑以下因素：

- (1) 股东无偿使用公司资金或者财产，不作财务记载的；
- (2) 股东用公司的资金偿还股东的债务，或者将公司的资金供关联公司无偿使用，不作财务记载的；
- (3) 公司账簿与股东账簿不分，致使公司财产与股东财产无法区分的；
- (4) 股东自身收益与公司盈利不加区分，致使双方利益不清的；

(5) 公司的财产记载于股东名下，由股东占有、使用的；

(6) 人格混同的其他情形。”

由上可知，股东使用个人账号收支公司款项是否构成“法人人格混同”，关键在于是否导致了公司的财产和股东的财产无法区分。具体则需要根据个案，由法院进行认定，因此，可以肯定的是，股东使用个人账号收支公司款项并不必然构成“法人人格混同”。

## 二、司法实践中的观点

司法实践中，股东使用个人账号收支公司款项的行为往往被债权人认为是在滥用股东地位，从而要求该股东对公司债务承担连带赔偿责任。对此，不同法院有着不同的观点。

**第一种观点认为，股东使用个人账号收支公司款项是一种“法人人格混同”的现象。**

如在“魏宝钧、石艳春等与郑树茂、荆志成借款合同纠纷申请再审民事裁定书”【(2014)民申字第1250号】中，最高院认为“涉案借款在实际支付时分别打入了魏宝钧和石艳春的个人账户而非盛达公司账户，该情形实为以盛达公司名义借款，而款项实际进入股东个人账户，可以认定为债务的混同，魏宝钧个人应与盛达公司对该项债务承担连带责任。”

**第二种观点认为，股东使用个人账号收支公司款项并不一定导致法人人格混同，该事实将导致股东需要自证其未滥用股东地位，股东的财产和公司的财产并未混同。**

如在“福建省高级人民法院，陈金交、佳亿（漳州）纸业有限公司

司股东损害公司债权人利益责任纠纷二审民事判决书”【（2016）闽民终983号】中，福建高院认为“陈金交确认上述两笔款项是易达公司的工程款，但其未对该笔工程款为何汇入其个人账户作出合理解释，也未对该笔款项的去向作出说明。上述事实足以让人对福建易达公司与陈金交财产是否相互独立产生合理怀疑。此种情况下，陈金交作为福建易达公司法定代表人、控股股东，完全有可能也有义务对福建易达公司是独立法人、拥有独立财产，能够独立承担民事责任承担举证责任。”

又如在“河南省伟祺园林有限公司、王红军合资、合作开发房地产合同纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”【（2020）最高法民申1105号】中，最高院认为“唐新亮（原告）提交的伟祺园林公司两个银行账户交易明细以及张强个人多个银行账户的交易明细显示，鹿邑县财政国库支付中心汇入伟祺园林公司账户的多笔款项转入了张强个人账户内，张强个人账户与伟祺园林公司及张坤的账户之间存在频繁的、巨额的资金往来，张强、张坤以及伟祺园林公司未对此进行举证说明或作出合理解释，二审依据《中华人民共和国公司法》第二十条第三款关于“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”的规定，判决张强、张坤对伟祺园林公司的债务承担连带责任并不缺乏证据证明，适用法律亦无不当。”

**第三种观点认为，债权人仅提供其将款项汇入股东个人账户的证据，无法充分证明存在“法人人格混同现象”。**

如在“武汉大通窑炉机械设备有限公司、吴仁谦承揽合同纠纷再审民事判决书”【(2016)最高法民再306号】中，最高法院认为“甘肃福明公司主张吴仁谦与武汉大通公司人格混同，则应举出盖然性的证据证明股东存在滥用公司法人独立地位和股东有限责任的行为以及由此产生了损害的结果。本案中，甘肃福明公司所提交的证据仅能证明武汉大通公司在转入和转出案涉合同价款时都曾经使用了时任其法定代表人、控股股东吴仁谦的账号，但是并无证据证明吴仁谦与武汉大通公司之间存在资产不分、账簿合一、账目不清，或者人事交叉、业务相同导致与其交易的第三人无法分清是与股东还是与公司进行交易等情形。”

又如在“高凤梅与北京爱贝永旺教育科技有限公司等民间借贷纠纷二审民事判决书”【(2020)京02民终8703号】中，北京二中院认为“高凤梅仅依据杨凤娟个人账户收取爱贝公司的借款、学费等情形，并不能表明杨凤娟的财产与爱贝公司的财产相混同且无法区分”。

在我们检索的案例中，第二种观点和第三种观点占多数。可见，股东使用个人账户收支公司款项并不会轻易被认定为“法人人格混同”，司法实践关注的仍然是“是否导致了公司的财产和股东的财产无法区分”这一关键构成要件。在原告提交了“股东使用个人账户收支公司款项”这一基础事实证据之后，人民法院可能要求股东“自证清白”。

### 三、结论意见

我们认为，首先，股东使用个人账户收支公司款项并不必然构成

“法人人格混同”，还需结合其他因素进行综合判断。

其次，从司法实践来看，股东的个人账号如果仅是偶发地履行代收、代支行为，且在合理期限内将代收款项汇入了公司的帐户或款项来源于公司帐户，则难以被认定为“法人人格混同”。相反，如果股东的个人帐户持续性地用于收支公司款项，则被认定为“法人人格混同”的可能性较大，除非股东能够“自证清白”。

最后，股东应当避免使用个人账号收支公司款项，否则可能会引发不必要的争议，甚至存在因无法举证不存在“法人人格混同”的情况而对公司债务承担连带责任的风险。

## 合同未成立时仲裁条款成立要件之司法审查

来源：人民司法

作者：曹克睿、陆烨

单位：上海市高级人民法院

日期：2020年10月15日

### 【裁判要旨】

仲裁协议具有独立性，合同中的仲裁条款应视为独立于其他合同条款的一项单独协议。基于仲裁协议的功能目的、法律定位、订立方式以及仲裁制度价值本身的特殊性，仲裁协议的成立要件不同于一般合同，亦具有独立性。在主合同因欠缺当事人一方的最终有效签章而不成立的情况下，不应机械认定其中的仲裁条款亦不成立。仲裁协议成立与否，应从形式和实质标准两方面进行判断。进行实质判断时，应着重审查意思表示真实与合意表征清晰等内容。

### 【案号】

一审：（2019）沪01民初285号

二审：（2019）沪民终533号

### 【案情】

原告：诚品生活百货（上海）有限公司（以下简称诚品上海公司）。

被告：上海中心大厦建设发展有限公司（以下简称上海中心公司）。

案外人诚品生活股份有限公司（以下简称诚品公司）系我国台湾

地区的企业。2013年6月18日，诚品公司与上海中心公司签订了上海中心大厦预租意向书（以下简称预租意向书），拟承租上海中心大厦B1层及52、53层物业开设诚品公司上海中心店。该预租意向书中详细约定了包括租赁物业的坐落、面积、租赁期限、租金标准、经营要求等在内的基本条款，并约定在预租意向书签署后双方应在一定期限内按照预租意向书所确定的基本条款来确定上海市房屋租赁合同（商品房预租）（以下简称预租合同）文本并正式签约。预租意向书中约定了将相关争议提交上海国际经济贸易仲裁委员会进行仲裁的条款。之后，诚品公司依预租意向书的约定，于2013年9月24日在上海设立了关联企业诚品上海公司以推进后续租赁事宜。

诚品上海公司称，其与上海中心公司就预租合同的定稿、签署及具体履行事项进行多次沟通、协调和磋商，双方于2016年4月10日确认了预租合同的所有条款。2016年4月11日，诚品上海公司代表应约前往上海中心公司办公地点完成预租合同的签章，由上海中心公司律师确认预租合同内容后逐页完成了小签，诚品上海公司代表与上海中心公司代表留影纪念后由上海中心公司代表将签署的文本带回，交由公司内部用印、盖章。后上海中心公司迟迟不将盖章的预租合同交付诚品上海公司，诚品上海公司多次催促，上海中心公司均表示对合同内容无异议但尚在用印中。2016年10月后，上海中心公司未附任何理由拒绝履约。2017年3月6日，上海中心公司发出通知书，要求解除预租意向书并将对租赁物业另作安排。诚品上海公司复函不同意解除预租意向书。此后，上海中心公司向上海国际经济贸易仲裁

委员会提起解除预租意向书的仲裁请求，诚品上海公司对上海中心公司提起继续履行预租合同的仲裁请求。2019年8月14日，上海国际经济贸易仲裁委员会裁定驳回诚品上海公司的仲裁请求，并认定预租赁合同未成立。诚品上海公司于2019年8月23日搬离上海中心大厦B1层。

诚品上海公司认为，基于预租意向书和预租合同的定稿文本，以及双方多年来就上海中心项目实质工作不断推进的事实，诚品上海公司对预租合同的最终成立、生效并正常履行，具有合理的信赖依据和基础。现预租赁合同未成立系上海中心公司违反诚实信用原则，单方恶意拖延和拒绝用印所致，上海中心公司对预租赁合同未完成缔约具有完全过错，应当对诚品上海公司基于信赖而遭受的全部损失承担赔偿责任，遂起诉。

### 【审判】

上海市第一中级人民法院经审理认为：双方在预租赁合同特别条款第9条中约定了仲裁条款，虽然诚品上海公司曾就预租赁合同向上海国际经济贸易仲裁委员会提出确认合同成立并生效等仲裁请求，后经裁决认定上述预租赁合同未成立生效，但根据最高人民法院《关于适用仲裁法若干问题的解释》（以下简称《仲裁法解释》）第10条第2款的规定，“当事人在订立合同时就争议达成仲裁协议的，合同未成立不影响仲裁协议的效力”，故预租赁合同虽未成立生效，并不影响其中仲裁协议的效力。且前述仲裁案件系诚品上海公司提起，上海中心公司亦未在裁决过程中对仲裁协议的效力提出异议，结合仲裁机构的最终裁决，可见双方当事人及仲裁机构在该案中均确认了仲裁机构的管辖权。本案虽系诚品上海公司因预租赁合同被裁决认定未成立生效后提

起的缔约过失责任纠纷，但亦属于双方在履行合同过程中发生的争议事项，理应遵循双方约定的仲裁协议，提交上海国际经济贸易仲裁委员会予以裁决。综上，一审法院裁定驳回诚品上海公司的起诉。

诚品上海公司不服一审裁定，提起上诉。

上海市高级人民法院二审认为，诚品上海公司与上海中心公司之间已经达成了有效的仲裁协议。第一，诚品上海公司将确定好文本的预租赁合同单方盖章后交由上海中心公司走内部用印程序，即已经发出就相关争议提交仲裁解决的要约，且该要约已经到达上海中心公司。第二，上海中心公司虽未在整个预租赁合同上盖章，但由于仲裁条款的独立性，双方沟通过程中对仲裁条款从未提出异议，因此，双方已达成了仲裁合意，上海中心公司已经对诚品上海公司的仲裁要约进行了承诺。第三，双方当事人于纠纷发生后已经以实际的仲裁行为对预租赁合同中的仲裁条款进行了确认。第四，双方当事人之间仲裁协议的成立方式符合其选择的仲裁规则。综上，上海市高级人民法院裁定驳回上诉，维持原裁定。

### 【评析】

本案核心问题是：诚品上海公司与上海中心公司之间是否已经达成有效的仲裁协议？一种观点认为，即使认为仲裁协议具有独立性，但仲裁协议的本质也是合同，需要符合一般的合同成立要件，在主合同自始没有成立的情况下，包含于主合同中的仲裁条款也因为欠缺某一方的最终承诺而不生效。另一种观点认为，仲裁协议的独立性导致仲裁协议本身的成立要件有别于一般合同，即使欠缺主合同最后的形

式承诺，但可证明双方已达成仲裁合意的，主合同不成立不影响仲裁协议的效力。笔者认同第二种观点。

## 一、仲裁协议的合同属性及其成立要件

仲裁协议作为一种协议，理应具有一般协议所具有的共同内涵和特点，即它们在本质上都是一种合意，是双方当事人意思表示一致的结果。正如德国法学家萨维尼所言：“契约之本质在于意思之合致。”<sup>〔1〕</sup>据此，作为一种特殊的合同，仲裁协议的本质仍然为当事人意思表示一致。合同成立要件有二：一是当事人对合同主要条款达成一致；二是具备要约和承诺阶段。结合仲裁法第十六条规定，推及仲裁协议的成立要件应当包括：一是当事人提请仲裁的意思表示真实且达成一致，二是具备对仲裁事项以及仲裁委员会选定的要约和承诺。司法实践中判断仲裁协议是否成立的审查要点亦应当围绕以上两点进行。同时，仲裁协议具有不同于一般合同的诸多特性，该些特性决定了其成立要件有别于一般合同，具有特殊性。

## 二、担保责任顺序的确定

### （一）功能目的之特殊性

仲裁是当事人之间对于争议解决方式的约定，一旦达成仲裁合意，即可实现其重要且唯一的功能——争议解决功能；而合同实体内容的功能着眼于权利义务的分配，通常包含较为详细的标的物、价格、履行时间、履行方式等条款。一般而言，当事人对于选择仲裁还是诉讼作为争议解决方式，并不需要进行过多的思量 and 妥协，而对于合同

〔1〕 梁彗：《英国 1996 年仲裁法与中国仲裁法的修改：与仲裁协议有关的问题》，法律出版社 2006 年 7 月版，第 23 页。

内容的最终确定要经过详细磋商，毕竟争议解决方式对于当事人的重要性远不及合同实体权利义务。前者合意的判断内容单一，是一种程序权利的安排，是否达成合意的判断标准相对较低；后者合意判断的内容复杂，是一种实体权利义务的安排，且权利义务间亦具有关联性，是否达成合意需要更为严格的形式要求，判断标准相对较高。正是基于仲裁约定和实体权利义务约定的内容与功能定位各有不同，使得对该两项内容独立评判有了逻辑基础。因此，在包含仲裁条款的主合同成立与否存疑的情况下，仲裁协议是否成立存在单独评价的必要性，二者需采用不同的成立标准。

## （二）法律定位之特殊性

法律定位之特殊性主要是指仲裁协议的独立性原则。仲裁协议独立性理论体现在多个国际仲裁规范或国家、地区仲裁立法中，已被广泛认可。联合国国际贸易法委员会《国际商事仲裁示范法》第16条第1款规定：“仲裁庭可以对其管辖权包括对仲裁协议的存在或效力的任何异议，作出裁定。为此目的，构成合同一部分的仲裁条款应视为独立于合同其他条款的一项协议。仲裁庭作出关于合同无效的决定，不应在法律上导致仲裁条款无效。”<sup>〔2〕</sup>联合国《国际贸易法委员会仲裁规则》第21.2条规定：“……作为组成部分并规定按照本规则进行仲裁的仲裁条款将被视为独立于该合同其他条款的一种协议。”<sup>〔3〕</sup>此外，1996年英国仲裁法、1998年德国民事诉讼法典、1999

〔2〕 赵生祥主编：《海峡两岸商务仲裁制度比较研究》，法律出版社，2010年9月版，第137页。

〔3〕 沈德咏、万鄂湘主编：《最高人民法院仲裁法司法解释的理解与适用》，人民法院出版社，2015年9月版，第98页。

年瑞典仲裁法，抑或是我国的仲裁法及其司法解释，均规定了仲裁协议的独立性原则。仲裁法第十九条第一款规定：“仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。”合同法第五十七条也规定：“合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。”《仲裁法解释》第10条第2款规定：“当事人在订立合同时就争议达成仲裁协议的，合同未成立不影响仲裁协议的效力。”该解释即反映了仲裁条款与其所存在的合同相互分离这一已经被仲裁理论与实践接受的概念。<sup>〔4〕</sup>

### （三）订立方式之特殊性

在仲裁实践中，单独就仲裁事项签署仲裁协议的情形较为少见，绝大部分仲裁协议是以仲裁条款的形式包含于当事人之间的主合同中。事实上，很多情况下，当事人对纠纷通过仲裁解决并无异议，只是在争议或矛盾产生后，才会对仲裁协议各执一词。而且，当事人对于合同主要条款难以达成一致，但仲裁条款很早就没有异议并得以确定的情形也较为常见。其实，这更多地是出于协议签订的便利性考虑，而正是由于订立方式的笼统，掩盖了仲裁协议的独立性。因此，如果仅仅因为仲裁条款包含在主合同中且主合同不成立，即简单得出仲裁合意未达成或仲裁协议亦未成立的结论，显然不符合通常情况。准确地说，在包含仲裁条款的合同中，实际上存在两个合同，一个合同主要涉及当事人的实体民事权利义务，另一个合同即仲裁条款反映出的通过仲裁解决争议的约定。当二者放在同一合同中订立，且仲裁条款

〔4〕 沈德咏、万鄂湘主编：《最高人民法院仲裁法司法解释的理解与适用》，人民法院出版社2015年9月版，第97页。

又能反映当事人的合意时，即使实体权利义务未进入实际实施阶段，也不应影响对仲裁条款成立的独立判断。

#### （四）仲裁价值之特殊性

仲裁作为一种争议解决机制，因其具有诉讼无法比拟的快捷、经济、自愿等优势，不仅越来越受到人们的青睐，而且已为大多数国家所确认，并成为多元化纠纷解决机制中的一个重要组成部分。我国的仲裁制度虽然起步较晚，但近年来发展快速，越来越多地成为纠纷解决的选择。自愿选择仲裁机构、可以自己选任一位仲裁员以及一裁终局的便利性，均促使日益增多的当事人选择仲裁作为纠纷解决方式。从纠纷解决的整体视角来看，仲裁具备诸如保密性、一裁终局性、国际执行的便利性等有别于诉讼的独特优势，在当事人合意一致的情况下，保障仲裁的程序选择权，也有利于纠纷的多元、高效解决，有利于仲裁的良性健康发展。据此，对于仲裁协议，从价值层面也应当对其成立要件作出有别于一般合同的特别考量。

综上，笔者认为对于仲裁协议应采取独立的、特殊的成立要件判断标准。本案中，仲裁协议并非单独签订，而是包含在预租赁合同中，但预租赁合同不成立，并不当然得出预租赁合同中的仲裁条款不成立的结论，当事人之间的仲裁协议是否达成，仍需从多角度进行独立判断

### 三、仲裁协议成立与否的判断标准

#### （一）形式判断标准

就一般的合同而言，书面形式为其基本原则，但随着科学技术的发展，全世界范围内均承认数据电文类非书面形式合同的效力，毕竟

合同有效的实质要件是当事人意思表示真实。在各方意思表示无瑕疵且不违反法律法规禁止性规定的情况下，对合同的表现形式应采开放之态度，对仲裁协议的形式要求亦是如此。1958年签署的《纽约公约》第2条第1、2款规定：“当事人以书面协定承允彼此间所发生或可能发生之一切或任何争议，如关涉可以仲裁解决事项之确定法律关系，不论为契约性质与否，应提交仲裁时，各缔约国应承认此项协定。称‘书面协定’者，谓当事人所签订或在互换函电中所载明之契约仲裁条款或仲裁协定。”可见，《纽约公约》对仲裁协议之书面形式规定了两种：一是当事人签订的仲裁条款或仲裁协定；二是在当事人互换函电中所载明之契约仲裁条款或仲裁协定。<sup>〔5〕</sup>1985年签署并于2006年修订的联合国《国际商事仲裁示范法》对《纽约公约》的仲裁协议形式作了较大的拓展，该示范法第7条备选文案一的第（2）款规定：“仲裁协议应为书面形式”；第（3）款规定：“仲裁协议的内容以任何形式记录下来的，即为书面形式，无论该仲裁协议或合同是以口头方式、行为方式还是其他方式订立的。”<sup>〔6〕</sup>可见，该示范法在允许仲裁协议采取多种书面方式的基础上，更强调对仲裁合意达成的认可。随着时代发展，仲裁协议的形式载体也将越发多元，包括可以通过各类电子手段、磁化手段、光学手段等生成并存储的信息，实践中需灵活把握。本案中，双方通过电子邮件的方式对包括仲裁条款在内的合同条款进行了沟通、反馈，即可视为仲裁条款已具备了特定的形式载体。

〔5〕 杨秀清：《协议仲裁制度研究》，法律出版社2006年10月版，第71页。

〔6〕 《贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（1985年），附2006年通过的修订，载联合国国际贸易法委员会官网，2020年3月14日最后访问。

## 2. 有明确的要约并已送达受要约方

要约是合意达成的起始条件，也是合同成立的必要条件。要约的核心在于要约方的意思表示是否清晰，是否向对方进行了发送，对方是否已收到要约。对于具有契约属性的仲裁条款而言，也应符合上述要约的基本条件。本案中，预租合同已于2016年4月10日经双方协商后定稿确认，诚品上海公司代表于2016年4月11日前往上海中心公司办公地点完成了预租合同的签章，上海中心公司的律师确认预租合同内容后逐页完成了小签，带回交由上海中心公司走内部用印盖章流程。因此，经诚品上海公司确认的通过仲裁解决争议这一要约清晰明确，并已送达上海中心公司。

## 3. 受要约方作出对仲裁内容无异议的表示

受要约方作出对仲裁内容无异议的表示可能存在几种情况：一是明确承诺。在受要约方作出明确同意仲裁要约的书面承诺的情况下，仲裁协议成立自无异议。二是交叉要约。交叉要约是指合同当事人采取非直接对话的方式，作出了为订立同一内容合同的要约。既然双方有相同的意思表示，法律即可推定其必互有承诺的结果，所以认定合同成立。<sup>[7]</sup>如A向B发出的合同文本中包括了仲裁条款，B同时向A也发出了具有相同合同内容的文本，此时，因双方意思表示一致，可以认为合同已成立。三是受要约方作出对仲裁内容无异议的书面反要约。此情况下，仲裁协议是否已具备必要的形式要件存在争议。笔者认为，在受要约方对要约作出书面反要约，该反要约中对仲裁内容并

<sup>[7]</sup> 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社1999年4月版，第55页。

无修改，且合同各方在纠纷发生前，均未再对仲裁内容进行变更、修订或提出异议的情况下，也应视为已具备了达成仲裁协议的形式要件。基于前述关于同一合同中仲裁条款与主合同内容的独立性分析，受要约方向要约方发出一个包含有仲裁及其他实体权利义务内容的反要约，实际上包含了二项独立内容，一项是仲裁的反要约，另一项是实体权利义务的反要约。对于仲裁的反要约，如其内容与要约一致，则可认为，双方作出了就仲裁达成协议的书面意思表示，这就具备了成立仲裁协议的必要形式条件。换言之，如果没有这种意思同一的形态表现，则不可能成立仲裁协议。例如：一方提供了包含仲裁条款的合同范本或格式条款，另一方未作出有关该条款的任何表示，或作出包含相同内容的反要约，但也未提出明确异议，此时，即不能认为已具备了仲裁协议成立的形式要件。同时，需要特别强调的是，即便一方作出了具有相同仲裁条款的反要约，由于该仲裁条款的性质仍属于反要约，故仍然需要对方当事人的有效承诺才能构成有效的仲裁协议。当然，这种承诺可以是签字、签章以外的其他事实行为，比如在一方提出仲裁请求后，另一方未在法律规定的时限内就仲裁管辖或仲裁协议效力提出异议。

本案中，当事人在往来邮件中反复磋商合同内容，在双方修改预租合同部分条款而向对方发送新的反要约邮件时，也包含了相同的仲裁内容，故可以认为本案的仲裁意思已经体现于双方当事人的数据交换往来中且意见交换一致，因而已具备了仲裁协议成立的必要形式要件。

## （二）实质判断标准

对于仲裁协议成立的实质判断内容，仲裁法第十六条作了概括性规定，即仲裁协议应当包含以下内容：请求仲裁的意思表示；仲裁事项；选定的仲裁委员会。在仲裁事项和仲裁委员会可以确定的情况下，请求仲裁的意思表示是否真实最为关键，而法律及司法解释并未对此作细化明确，需要在个案中裁量。笔者认为，对于仲裁的意思表示的审查，主要包括意思表示真实以及合意表征清晰两个方面。

### 1. 意思表示真实

关于意思表示是否真实，可以结合当事人订立合同的过程，从以下两方面进行综合判断：

一是有无磋商过程。订立合同时的磋商，是判断当事人合同真实意思的重要过程，双方就某一事项进行磋商，表明双方对于合同订立的意思表示机会是平等而充分的，而非一方强加于另一方。本案中，双方当事人针对预租合同的具体条款进行多次磋商，如一方对仲裁条款存有异议，均有机会提出修改，故在此基础上达成的仲裁协议，具有意思表示真实的前提条件。

二是当事人对仲裁条款的态度。合同订立过程中，双方对仲裁条款的意见和表态，也是判断真实意思的重要标准。如双方在最终争议发生前，均已明知对方对仲裁的意见，且均未提出异议，则应作出双方已达成合意的判断。反之，如双方的要约和反要约中，始终对是否仲裁或仲裁的内容坚持不同的意见，则合意并未达成，仲裁协议也不具备成立条件。换言之，需着重判断当事人对仲裁内容有无延续性、一贯性的态度。如本案中，在预租合同签订之前，诚品上海公司的母

公司诚品公司在与上海中心公司签订的预租意向书中即约定了与预租合同完全相同的仲裁条款，但在双方近一年的磋商和准备过程中，均未对仲裁条款提出过异议，可见双方当事人对所涉争议解决方式始终以仲裁为导向，双方对于将相关争议提交特定仲裁机构解决的意思表示是真实而连贯的。

## 2. 合意表征清晰

在当事人未采用书面签字、盖章方式签署合同的情况下，合意是否达成，需通过一定的外在表征并结合案情综合判断。关于合意表征是否清晰，通常应通过当事人的实际行为加以分析，可以从以下两方面判断：

一是有无对仲裁主张表示异议。当事人对仲裁协议存有异议的，应当及时提出主张。我国仲裁法第二十条第二款规定：“当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出。”联合国《国际商事仲裁示范法》也可以为我们提供借鉴。该示范法第7条第（5）款规定：“仲裁协议如载于相互往来的索赔声明和抗辩声明中，且一方当事人声称有协议而另一方当事人不予否认的，即为书面协议。”可见，当事人在对方已提起仲裁而本人未提异议，甚至其本人主动依据仲裁条款提起仲裁的情况下，应认定仲裁协议成立。本案中，诚品上海公司主动依据预租合同中的仲裁条款向仲裁机构提起仲裁，并提出相应的仲裁请求，上海中心公司未提出异议，该表征行为充分说明双方已就仲裁达成合意，仲裁协议已然成立。诚品上海公司在其诉求未得到仲裁机构支持的情况下，转而向法院提起诉讼，显然违背了双方的仲裁约定。

二是选择的仲裁规则有无特殊规定。当事人如果选择了特定的仲

裁机构及其仲裁规则，双方达成仲裁协议的方式是否符合该仲裁规则，也是判断仲裁协议成立与否的重要依据。本案中，根据双方当事人选择的仲裁机构及其相应的仲裁规则，即《上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》第五条第（三）项，“仲裁协议应当采用书面形式。书面形式是指合同书、信件、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等可以有形地表现所载内容的形式。在仲裁申请书和仲裁答辩书的交换中一方当事人声称有仲裁协议而另一方当事人不做否认表示的，视为存在书面仲裁协议”。诚品上海公司主动提起仲裁时，上海中心公司表示认可并实际参与仲裁，故根据上述仲裁规则，应视为双方之间存在书面仲裁协议。此外，根据该仲裁规则第五条第（五）项，“合同中的仲裁条款应当视为与合同其他条款分离地、独立地存在的条款，附属于合同的仲裁协议也应当视为与合同其他条款分离地、独立地存在的一个部分；合同的变更、解除、终止、转让、失效、无效、未生效、被撤销以及成立与否，均不影响仲裁条款或仲裁协议的效力。”该条规则系对仲裁条款独立性的特别约定，表明了仲裁条款的独立性范围包括了主合同的成立，故根据该条规则，也可以推定涉案仲裁协议已成立。

综上所述，在主合同因欠缺当事人一方的最终有效签章而不成立的情况下，不应机械认定其中的仲裁协议亦不成立。对于仲裁协议的成立要件，应坚持特殊评价和独立评价的原则，从形式标准和实质标准两方面进行综合判断。

（案例刊登于《人民司法》2020年第29期）