

法律资讯汇编

(2021 第 7 期)

上海王岩律师事务所
2021年7月

目 录

行业新闻—— 中国银保监会有关部门负责人就 《银行保险机构恢复和处置计划实施暂行办法》答记者问	3
新法速递—— 银行保险机构恢复和处置计划实施暂行办法	8
案例解析—— 事业单位人事争议案件的审理思路和裁判要点	18
业务研究—— 对赌回购中夫妻共同债的认定与抗辩路径	30
—— 即时性撤回出资的原股东可被追加为被执行人	39

中国银保监会有关部门负责人就 《银行保险机构恢复和处置计划实施暂行办法》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6月9日

为防范化解重大风险，实现有序恢复和处置，保护金融消费者合法权益和社会公共利益，维护金融稳定，近日，中国银保监会发布了《银行保险机构恢复和处置计划实施暂行办法》（以下简称《办法》）。有关部门负责人就相关问题回答了记者提问。

一、《办法》制定的背景是什么？

2008年国际金融危机之后，金融稳定理事会和主要经济体均将恢复和处置计划作为完善处置框架、防范和控制金融机构经营失败的负外部性和道德风险、实现有序处置的重要措施。巴塞尔银行监管委员会在《有效银行监管核心原则》中将清晰的危机管理、恢复和处置框架作为有效银行监管的前提条件；金融稳定理事会在《金融机构有效处置核心要素》中明确规定了恢复和处置计划的原则和具体要素。美国、欧盟、英国、澳大利亚、瑞士、新加坡和香港等主要经济体均制定了恢复和处置计划的监管指引。

2011年以来，金融监管部门指导中国银行、工商银行、农业银行、建设银行和平安集团制定和更新恢复和处置计划，并先后对信托公司、民营银行提出了全面制定恢复和处置计划的监管要求。为了充分借鉴国际监管良好实践，及时总结防范和化解金融风险攻坚战的有益经验，银保监会制定了《办法》。《办法》于2021年2月26日-5

月 25 日向社会公开征求意见，根据反馈意见进一步完善以后于近日正式印发。

二、制定《办法》的主要目的是什么？

一方面，是为了补齐监管制度短板，提高监管统一性和一致性。目前，监管部门在指导金融机构制定恢复和处置计划方面已经有了初步实践，积累了一些实践经验。但是，也要看到现有关于恢复和处置计划的监管规定相对分散，内容比较原则，在实际操作方面需要细化和统一标准，强化指导和审核要求。同时，还需要扩展适用机构范围，落实“分层监管”的理念，进一步规范化和制度化。

另一方面，是为了强化金融机构审慎经营的理念，提升防范化解金融风险能力。制定恢复和处置计划，有利于强化金融机构危机意识和危机应对能力，落实机构的主体责任和股东责任，将审慎经营理念贯穿业务全流程，真正实现“防患于未然”。通过恢复和处置计划提前规划重大风险情况下的应对和处置措施，提早预判和处理可能面临的障碍，也有利于压实金融监管部门的监管责任和地方政府属地责任，实现快速有序处置，维护金融稳定。

三、《办法》体现了哪些恢复和处置的基本原则？

《办法》明确了依法有序、自救为本、审慎有效、分工合作等四项原则，强调有序恢复和处置，保障社会公众利益，维护金融稳定。首先，《办法》严格贯彻“职权法定”原则，依照《商业银行法》《银行业监督管理法》《保险法》等法律要求，明确规定恢复和处置计划应按照法定权限及程序制定与实施。《办法》规定，可处置性评估应对处置机制和处置工具是否合法可行等进行重点评估。《办法》强调，启动实施处置计划的，应按照法定权限与风险处置职责，并依法采取排除处置障碍等监管措施，切实维护各方合法权益和社会公共利益。

其次，《办法》强调“自救为本”原则。“自救为本”、严格限制公共救助是国际金融监管的普遍性要求。《办法》强调，恢复和处置计划应坚持使用机构自有资产、股东救助等市场化渠道筹集资金开展自救，从而有利于强化银行保险机构风险防范化解上的主体责任和股东责任，有效防范道德风险。

再次，《办法》凸显了恢复和处置计划的审慎有效原则。《办法》坚持问题导向，注重实用性和可操作性。从处置工作实际需要、节约合规成本、优化资源配置等方面出发，对恢复和处置计划内容要素作了必要精简，通过提供商业银行和保险公司两套示例的方式，更好地指导机构高质量地制定审慎有效、精简管用的恢复和处置计划。

最后，《办法》贯彻了分工合作原则，将压实各方责任、形成协同合力贯穿始终。一方面，强化横向协同分工，规定应当依法与有关部门共享恢复和处置计划。强调要落实风险处置中的各方责任，要协调有关部门依照各自职责提供支持。另一方面，强化纵向协同分工和境内外监管协同。

四、《办法》包括哪些主要内容？

《办法》共五章三十条，包括总则、恢复计划、处置计划、监督管理和附则。《办法》明确了恢复和处置计划的概念，强调其是机构与监管部门在危机情景中的行动指引。《办法》规定适用范围，明确了金融机构内部的治理架构和监管部门之间的协同工作机制。《办法》规定了恢复计划、处置计划的主要内容以及实施流程。《办法》还规定了监管部门开展可处置性评估、提高可处置性等监督管理方面的内容。

五、《办法》的适用范围是什么？监管部门如何指导中小金融机构实施《办法》？

在适用范围上，“大而不能倒”和“小而容易倒”都是恢复和处置计划所应考虑应对的“痛点”。根据《办法》第四条第（一）（二）项的规定，调整后表内外资产达到3000亿元人民币及以上的存款类金融机构以及金融资产管理公司、金融租赁公司；表内总资产达到2000亿元人民币及以上的保险（控股）集团和保险公司均应当制定恢复和处置计划。上述数据均为集团并表数据，并表范围按照银保监会监管并表范围确定。

同时，《办法》第四条第（三）项规定，监管部门可以基于业务特性、风险状况、外溢影响等因素，指定需要制定恢复和处置计划的机构。对于中小金融机构，监管部门在适用上更加注重灵活性、针对性和匹配性，特别是注重机构的经营实际与监管资源情况。监管部门将分步、分批、分期明确应制定恢复和处置计划的中小机构，酌情给予一定的宽限期。中小机构还可以适当简化恢复和处置计划的具体要素，适当延长更新频率。《办法》发布后，监管部门将及时开展政策辅导和专题培训，指导中小金融机构实施《办法》。

六、《办法》公开征求意见情况和采纳情况怎么样？

《办法》公开征求意见期间，业界和舆论对《办法》评价普遍积极正面，认为《办法》将“生前遗嘱”正式制度化，有利于落实“自救为本”，前移风险关口。公开征求意见期间，收到了一些技术性反馈意见。关于外国银行分行适用、并表口径、更新频率等问题，已经在《办法》或者通过《答记者问》予以明确。关于完善分类施策机制、简化报送模板等问题，已在中小机构参照执行中予以考虑。关于出台具体业务和政策指引、执行过程中的解释口径等问题，有的将在《办法》发布后通过培训辅导予以澄清，有的将在下一步立法工作中予以完善。

七、《办法》如何体现对金融消费者权益的保护？

目前，我国已经建立了对金融消费者实行系统性保护的金融公共安全网。存款保险制度自2015年施行以来，有力地促进了银行机构稳健经营，给予了存款人更及时、全面的保护。2008年建立的保险保障基金制度更加细化、全面地保障了保单持有人合法权益。近年来，对高风险银行保险机构的处置实践中，个人居民储蓄存款以及投保保单都得到了充分全面的保障。

《办法》强调“分工合作”，明确与人民银行、存款保险机构等共享恢复和处置计划，协调各方面对恢复和处置计划的制定和实施提供支持 and 保障。《办法》强调“自救为本”，明晰风险应对的主体责任和股东责任，有利于将风险意识全面融入公司治理体系，防止过度承担风险的“冒险行为”，防范过度依赖公共救助的“道德风险”，有利于促进金融机构审慎稳健经营，持续提升风险管理水平。“凡事预则立，不预则废”，《办法》通过要求各方预先规划恢复和处置措施、预留恢复和处置资源、预估恢复和处置的外部影响，使得恢复和处置更加有序、审慎和有效，将有利于保护金融消费者的权益和社会公共利益，维护金融安全和稳定。

银行保险机构恢复和处置计划实施暂行办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2021年6月9日

第一章 总则

第一条 为了加强银行保险机构许可证管理，促进银行保险机构依法经营，根据《中华人民共和国行政许可法》《中华人民共和国银行业监督管理法》《中华人民共和国商业银行法》《中华人民共和国保险法》等有关法律规定，制定本办法。

第二条 本办法所称恢复计划是指银行保险机构预先制定，并经银保监会及其派出机构认可的应对方案，在重大风险情形发生时，该方案主要通过自身与股东救助等市场化渠道解决资本和流动性短缺，恢复持续经营能力。

本办法所称处置计划是指银行保险机构预先建议，并经银保监会及其派出机构审定的应对方案，在恢复计划无法有效化解银行保险机构重大风险，或者可能出现引发区域性与系统性风险情形时，通过实施该方案实现有序处置，维护金融稳定。

恢复和处置计划是银行保险机构与银保监会及其派出机构在危机情景中的行动指引，但不排除在危机情景下实施其他恢复和处置措施。

第三条 银行保险机构建立恢复和处置计划机制应遵循以下基本原则：

（一）依法有序原则。恢复和处置计划应按照法定权限及程序制定与实施，充分维护各方合法权益和社会公共利益，实现有序恢复与处置，维护金融稳定。

（二）自救为本原则。恢复和处置计划应坚持使用银行保险机构自有资产、股东救助等市场化渠道筹集资金开展自救，自救资源应符合合格性和充足性要求。仅在自救无效且可能引发区域性与系统性风险、危及金融稳定时，方可由有关部门以成本最小化方式依法处置。

（三）审慎有效原则。恢复和处置计划应充分考虑所在行业特征与不同压力情景，并符合银行保险机构实际和本地金融市场特点，流程清晰，内容具体，具备可靠性和可操作性。

（四）分工合作原则。恢复和处置计划的制定与实施应有明确的职责分工，银行保险机构及其股东应严格落实主体及股东责任，各有关部门应加强统筹协调，严格落实法定职责，形成合力。

第四条 符合以下条件的银行保险机构，应按本办法要求制定恢复和处置计划：

（一）按照并表口径上一年末（境内外）调整后表内外资产（杠杆率分母）达到 3000 亿元人民币（含等值外币）及以上的商业银行、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及金融资产管理公司、金融租赁公司；

（二）按照并表口径上一年末（境内外）表内总资产达到 2000

亿元人民币（含等值外币）及以上的保险集团（控股）公司和保险公司；

（三）虽不符合上述条件，但基于业务特性、风险状况、外溢影响等因素，经银保监会及其派出机构指定应制定恢复和处置计划的其他银行保险机构。

银行保险机构与其控股集团均符合上述条件的，一般应在其控股集团统筹下分别制定恢复和处置计划。但是，保险集团（控股）公司及其附属保险公司均符合上述条件的，原则上由保险集团（控股）公司统一制定恢复和处置计划。

第五条 恢复和处置计划应考虑银行保险机构经营的特定环境，全面体现机构的性质、规模以及业务的复杂性、关联性和可替代性等，通过梳理本机构风险领域和薄弱环节，有效提高透明度，降低复杂性，提升自救能力，防范系统性风险。

恢复和处置计划应分别考虑单个银行保险机构或其控股集团和整个金融体系的压力情景，并考虑危机情形中风险跨市场、跨行业、跨境传递的潜在影响。如有需要，银行保险机构应调整压力测试情景假设或增加额外压力情景。

第六条 银行保险机构应建立与恢复和处置计划相适应的信息管理系统，确保能够及时收集、报送恢复和处置计划制定、认可、演练以及可处置性评估等所需的相关信息。

第七条 银行保险机构应当构建与本机构相适应的恢复和处置计划治理架构，明确制定、审批与更新流程。

银行保险机构制定或更新的恢复计划和处置计划建议应由董事会审批，银保监会另有规定的除外。董事会对恢复计划和处置计划建议的制定及更新承担最终责任，高级管理层承担管理责任，股东按照法律法规或公司章程规定承担股东责任。

银行保险机构应当指定专门委员会或具体部门负责恢复和处置计划管理工作，并建立内部考核和问责机制。

第八条 银保监会及其派出机构应对银行保险机构恢复和处置计划的制定及实施承担监管责任。

银保监会及其派出机构应当依法与人民银行、存款保险基金管理机构、证券监督管理部门、财政部门以及地方政府等共享银行保险机构的恢复和处置计划。

银保监会及其派出机构应协调各有关部门按照法定职责对银行保险机构恢复和处置计划的制定及实施提供支持。

第二章 恢复计划

第九条 恢复计划的目标是，使得银行保险机构能够在重大风险情形下通过采取相关措施恢复正常经营。

第十条 恢复计划主要内容应包括但不限于：经营情况、组织架构等基本概况，实施恢复计划的治理架构，关键功能、核心业务、重要实体识别，压力测试，触发机制，恢复措施，沟通策略，恢复计划执行障碍和改进建议等。

恢复计划具体要素可根据机构类型与自身特点，参考本办法附件1《恢复计划示例（商业银行版）》、附件2《恢复计划示例（保险公

司版)》作适当调整。

第十一条 首次制定恢复计划的银行保险机构应于下一年度8月底前,将恢复计划根据监管职责分工报送银保监会及其派出机构。

恢复计划未获认可的,银保监会及其派出机构应自收到恢复计划之日起2个月内提出书面意见。银行保险机构应按要求在银保监会及其派出机构规定的时限内完成修改并重新报送。

第十二条 银行保险机构上一年度恢复计划已经获得银保监会及其派出机构认可的,应于每年8月底前完成年度更新,并根据监管职责分工报送银保监会及其派出机构。

恢复计划的更新未获认可的,银保监会及其派出机构应自收到恢复计划之日起2个月内提出书面意见。在银保监会及其派出机构规定的时限内,银行保险机构应按要求完成修改并重新报送。

在管理架构、经营模式、外部环境等发生重大变化,或者银保监会及其派出机构认为有必要时,银行保险机构应及时更新恢复计划并按照前述要求报送,以使恢复计划与银行保险机构经营风险情况相适应。

银行保险机构应在银保监会及其派出机构的指导下,加强对恢复计划的实施演练,以提升恢复计划的可执行性与有效性。

第十三条 银行保险机构发生重大风险,符合恢复计划启动标准的,经董事会或董事会授权的有权人批准,可启动实施恢复计划,并按照相关规定自批准启动实施的24小时内向银保监会及其派出机构报告。

银保监会及其派出机构认为有必要的，可依职权要求银行保险机构启动实施恢复计划，银行保险机构应予以执行。

第三章 处置计划

第十四条 处置计划的目标是，通过预先制定的处置方案，使得银行保险机构在无法持续经营或执行恢复计划后仍无法化解重大风险时，能够得到快速有序处置，并在处置过程中维持关键业务和服务不中断，以维护金融稳定。

第十五条 处置计划建议的主要内容应包括但不限于：经营情况、组织架构等基本概况，实施处置计划的治理架构，关键功能、核心业务、重要实体识别，处置资金来源及资金安排，处置计划实施所需的信息和数据，处置计划的实施方案、沟通策略，处置对本地和宏观经济金融的影响，处置实施障碍和改进建议等。

处置计划建议具体要素可根据机构类型与自身特点，参考本办法附件3《处置计划建议示例（商业银行版）》、附件4《处置计划建议示例（保险公司版）》作适当调整。

第十六条 首次制定处置计划建议的银行保险机构应于下一年度8月底前，将处置计划建议根据监管职责分工提交银保监会及其派出机构。

处置计划建议未获认可的，银保监会及其派出机构应自收到处置计划建议之日起2个月内提出书面意见。银行保险机构应按照相关要求在银保监会及其派出机构规定的时限内完成修改并重新报送。

银保监会及其派出机构应根据处置计划建议，按照处置的法定权

限和分工，综合考虑处置资源配置等因素，商各有关部门，形成银行保险机构的处置计划。

第十七条 银行保险机构上一期处置计划建议已经获得银保监会及其派出机构认可的，应每两年更新一次，并于该年度8月底前根据监管职责分工报送银保监会及其派出机构。

处置计划建议的更新未获认可的，银保监会及其派出机构应自收到处置计划建议之日起2个月内提出书面意见。在银保监会及其派出机构规定的时限内，银行保险机构应按要求完成修改并重新报送。

在管理架构、经营模式、外部环境等发生重大变化，或者银保监会及其派出机构认为有必要时，银行保险机构应及时更新处置计划建议并按照前述要求报送。

银保监会及其派出机构应至少每两年更新一次处置计划，充分考虑银行保险机构以及整个金融体系面临的经济环境、法律环境等变化因素，提升处置计划的可行性与有效性。

第十八条 银行保险机构恢复计划的实施无法有效化解重大风险或者可能引发区域性与系统性风险，需启动实施处置计划的，应按照规定权限与风险处置职责，由银保监会及其派出机构会同有关部门应对处置。

处置过程中应当明晰处置责任，既要守住底线，防范区域性与系统性风险，又要依法合规，防范道德风险，实现有效与有序处置。

第四章 监督管理

第十九条 银保监会及其派出机构应会同有关部门定期开展可

处置性评估。

可处置性评估是指对银行保险机构的组织架构、经营模式等是否适应实施处置计划所开展的持续性评价活动。

第二十条 可处置性评估应关注处置计划实施的可行性与可靠性，以及银行保险机构提高可处置性需改进的方面。

可处置性评估包括但不限于以下内容：处置机制和处置工具是否合法可行、处置资金来源及资金安排是否明确、银行保险机构的关键功能识别方法是否合理、关键功能在处置中能否持续运行、组织架构及管理信息系统能否支持处置、处置的协调合作和信息共享安排是否可行、处置措施是否与实际情景较好匹配、某阶段采取的处置措施是否影响其他处置措施生效、处置对本地和宏观经济金融的影响等。

银保监会及其派出机构可以根据可处置性评估情况，调整处置计划更新频率，实行差异化管理。

第二十一条 银行保险机构发生兼并、收购、重组等重大变化的，银保监会及其派出机构应及时评估其可处置性的变化情况。

第二十二条 为提高银行保险机构的可处置性，在必要时，银保监会及其派出机构可依法采取监管措施，要求银行保险机构改变经营方式、调整组织架构等，以排除处置实施的障碍，降低处置难度和成本费用，提升处置有效性。

第二十三条 银保监会及其派出机构应按照监管职责分工，加强对银行保险机构的指导和监督，通过制定和更新恢复和处置计划，强化银行保险机构及其股东自救为本的理念，持续提升机构风险管理水

平与防范化解风险能力。

第二十四条 银行保险机构未按照本办法要求制定和更新恢复和处置计划的，银保监会及其派出机构应依法责令限期予以改正，逾期不改正的，或者其行为严重危及机构稳健运行、损害金融消费者合法权益的，可依法采取相应监管措施或实施行政处罚。

第二十五条 对于银行保险机构可能引发区域性与系统性风险的，可成立各相关部门和地方政府参加的危机管理小组，共同研究决定处置事宜。

第二十六条 因实施恢复和处置计划以应对重大风险、维护金融稳定的需要，银保监会可以依法豁免银行保险机构适用部分监管规定。

第五章 附则

第二十七条 本办法所称银行保险机构，是指在中华人民共和国境内设立的商业银行、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及金融资产管理公司、金融租赁公司和保险公司。

保险公司，是指在中华人民共和国境内设立的人身保险公司、财产保险公司、再保险公司等从事商业保险经营活动的公司。

第二十八条 对于全球系统重要性金融机构、国内系统重要性金融机构等，关于恢复和处置计划的监管要求另有规定的，从其规定。

在中华人民共和国境内设立的信托公司、财务公司、汽车金融公司、消费金融公司、金融资产投资公司、银行理财子公司、保险资产管理公司等由银保监会及其派出机构监管的其他金融机构参照适用本办法的规定。

第二十九条 银行保险机构设有境外分支机构的，境外分支机构应根据东道国或地区监管部门要求，在符合母公司处置策略的前提下，制定与实施恢复和处置计划。母公司恢复和处置计划的制定与实施应当在银保监会及其派出机构或危机管理小组的指导下，通过建立监管联席会议等方式做好与东道国或地区监管部门的协调，以使恢复和处置计划在境内外得以合法有效实施。

在华外资银行、外资保险公司应在符合境内法律法规和监管要求的前提下，根据母公司或集团的恢复和处置计划制定本地恢复计划和处置计划建议，并在银保监会及其派出机构或危机管理小组等跨境监管合作机制指导下，做好与母公司或集团的协同工作，以使恢复和处置计划在境内外得以合法有效实施。

第三十条 本办法自发布之日起施行。以前发布的相关办法中与本办法不一致的，按照本办法规定执行。

事业单位人事争议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：2021年6月7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《事业单位人事争议案件的审理思路和裁判要点》，推荐阅读时间 17 分钟。

事业单位人事争议

是指事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议。事业单位具有社会服务的功能属性，在人事管理上有其特殊性和复杂性。在处理事业单位人事争议时，法院应以查明事实、分清责任为立足点，合理把握司法干预边界，平衡保护双方当事人的合法权益。审判实践中，事业单位人事争议案件虽然占比不高，但具有相对独立的体系，与劳动争议案件在法律适用、审理思路等方面既有联系又有区别，存在易混淆之处，故对此进行相应的梳理总结。

目录

01 典型案例

02 人事争议案件的审理难点

03 人事争议案件审理的一般思路与裁判规则

01 典型案例

案例一：涉及争议受案范围的界定

倪某与 A 学院签订聘用合同，约定倪某从事教学、科研工作。A 学院对倪某所在岗位制定有岗位年度考核办法。A 学院根据倪某上一年的考核结果，对倪某已预领取的全年校内岗位津贴及新增岗位津贴逐月倒扣，并对其年终一次性奖金扣减 30%；因倪某课时不足，对其作相应扣款。倪某为此提起仲裁、诉讼，要求 A 学院支付其扣减的工资差额及超课时奖金。

案例二：涉及人事方面特有规定的适用

陈某与 B 医院签订有期限的聘用合同。合同期满后，B 医院以此为由通知陈某终止聘用关系。后双方就 B 医院是否应支付聘用合同终止经济补偿金发生争议。陈某为此提起仲裁、诉讼，要求 B 医院按劳动合同法规定支付聘用合同终止的经济补偿金。

案例三：涉及劳动合同法相关规定的适用

张某经公开招聘与 C 社区服务中心签订事业单位聘用合同。试用期满后，C 社区服务中心解除与张某的聘用合同。张某为此申请仲裁，要求恢复双方聘用关系，并获仲裁支持。C 社区服务中心不服提起诉讼，主张张某工作经历严重失实、社会保险缴费年限亦不足三年，不

符合招聘公告和招考条件要求，认为解聘张某行为合法。张某则认为其在报考时经过严格审查，符合工作岗位的招聘条件，不存在故意隐瞒工作经历等情形。

02 人事争议案件的审理难点

（一）人事争议受案范围边界欠清晰

《最高人民法院关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定》将相关人事争议案件的范围限定为事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议。对于因“履行聘用合同”发生的争议是仅限于聘用合同约定内容的履行，还是可扩展到与聘用合同的订立以及聘用合同约定内容之外的工资、奖金、福利、培训等相关争议？如可作扩张理解，扩张的范围又如何界定？对此审判实践中存在颇多争议。

（二）人事方面特有规定与劳动法相关规定适用范围难区分

人事争议在审理程序上适用劳动法相关规定。在实体处理上，根据《最高人民法院关于事业单位人事争议案件适用法律等问题的答复》，应当适用人事方面的法律规定；涉及事业单位工作人员劳动权利的内容在人事法律中没有规定的，适用劳动法有关规定。然而，目前尚未制定人事争议方面专门的法律层级规范，相关依据分散在不同层次的法律文件中。对于当事人诉争的权利内容，哪些属于人事法律法规等已作规定的，哪些可以适用劳动法相关规定的，审判实践中存在诸多争议。

（三）人事争议裁判规则与劳动争议裁判规则易混淆

事业单位人事聘用合同与劳动合同虽然表现形式有所区别，但其本质上均是当事人在劳动用工过程中对劳动力交换内容的约定。因聘用合同的履行、辞职、辞退所引发的人事争议，与因劳动合同的履行及解除而引发的劳动争议，在纠纷性质、诉请内容上具有相似性。同时，人事争议与劳动争议均需经过劳动人事争议仲裁委员会仲裁的前置程序，且均由法院同一审判业务庭进行审理。因此，上述诸多因素易导致人事争议裁判规则与劳动争议裁判规则混淆而引发误判。

03 人事争议案件审理的一般思路和裁判要点

人事争议可细分为聘用合同争议、辞职争议、辞退争议。审判实践中，因人事争议与劳动争议中的劳动合同纠纷具有相似性，在审查要件、举证责任分配等方面可参照适用审理劳动合同纠纷案件的基本方法。同时，因人事争议与劳动争议的受案范围、适用规则具有明显区别，法院应特别注意对相关争议的可诉性、规则适用的正确性进行审查。具体审查步骤如下：

（一）审查是否属于人事争议

事业单位既是人事聘用关系的适格主体，也是劳动法律关系的适格主体，并非发生于事业单位与其成员之间的争议均属于人事争议。对于事业单位和与之建立劳动关系的劳动者之间发生的相关争议，应纳入劳动争议处理范畴。如审判实践中遇到此类情形，应直接转入劳动争议处理程序，无需进行人事争议的相关审查。

对于事业单位的界定，《事业单位登记管理暂行条例》将事业单位定义为“国家为了社会公益目的，由国家机关举办或者其他组织利

用国有资产举办的，从事教育科技、文化卫生等活动的社会服务组织”。《关于执行最高人民法院〈关于人民法院审理事业单位人事争议案件若干问题的规定〉的解答》则将之明确为“经过各级编制部门批准使用事业单位编制的单位”。登记管理机关会对准予登记的事业单位发放《事业单位法人证书》，故可将此作为事业单位的主要认定依据。

审判实践中，区分人事争议和劳动争议的主要依据在于劳动者是否为事业单位编制内人员，具体审查有无填写过聘用制干部审批表、有无办理过聘用制干部审批手续等。需要注意的是，退休返聘人员与相关单位形成劳务关系，相关争议按劳务关系处理。

（二）审查是否属于法院人事争议受案范围

1、审查双方争议是否发生在2003年7月5日之后

因作为法院受理人事争议案件依据的《人事争议司法解释》自2003年9月5日起施行，当时的仲裁时效为60日，上海高院《关于受理人事争议案件若干问题的意见》由此明确：对于符合法院受理人事争议案件受理范围的争议发生在《人事争议司法解释》实施日期之前60日即2003年7月5日之前的，不属于法院的受案范围；争议既有发生在2003年7月5日之前，也有发生在2003年7月5日之后的，对于发生在2003年7月5日之前的争议法院不予处理。

2、审查当事人的诉请是否属于法院受案范围

根据《人事争议司法解释》，法院受理事业单位与其工作人员之间因辞职、辞退及履行聘用合同所发生的争议。审判实践中，对于因

辞职、辞退所发生争议的理解并无分歧，但对因履行聘用合同发生的争议如何界定存在较大争议。结合审判实践，不属于法院受案范围的人事争议诉请一般包括：

(1) 对涉及本人考核结果、处分决定不服的相关争议。事业单位工作人员对涉及本人的考核结果、处分决定等不服的，可以按照国家有关规定申请复核、提出申诉。同时，因考核结果、处分决定不属于法院受案范围，法院对与考核结果、处分决定直接相关的工资、奖金等诉请亦不予受理，但如处分决定内容为解聘、辞退的，应属于法院受案范围。

(2) 因职务任免、职级评定、职称评审产生的争议。此类争议既包括对职务任免、职级评定、职称评审结果不服要求变更或纠正的诉请，还包括与此直接相关的工资、奖金等诉请。

(3) 因技术入股、知识产权权属以及利益分配等产生的争议。

(4) 因承包问题产生的争议，但承包合同的履行涉及工资、福利待遇以及聘用合同解除的除外。

(5) 工龄、特殊工种的认定以及与此直接相关的福利待遇、经济损失等的争议。

(6) 恢复聘用岗位的争议。

(7) 发放荣誉证书、荣誉称号及相关待遇的争议。

(8) 签订或续订聘用合同的争议。

(9) 发放住房补贴、住房福利的争议。

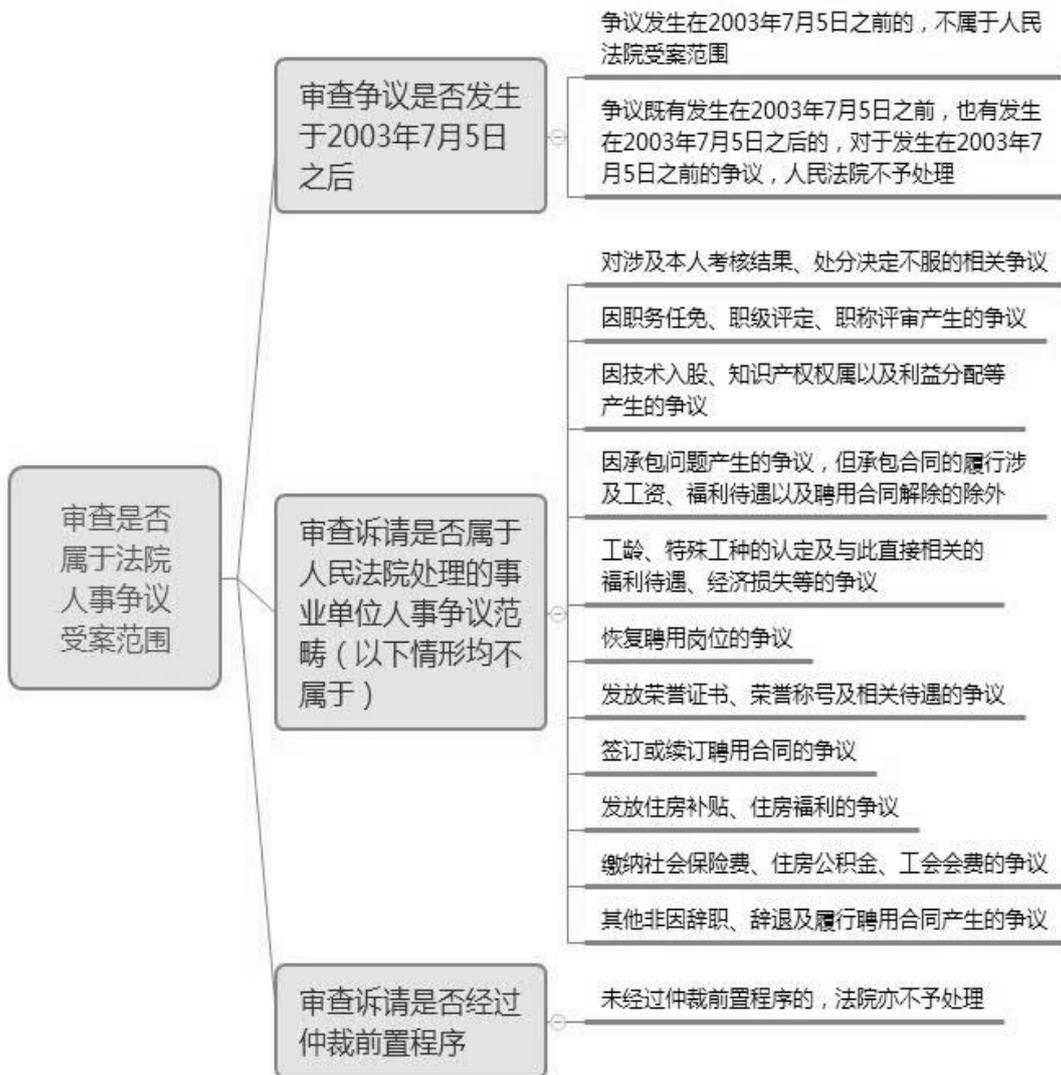
(10) 缴纳社会保险费、住房公积金、工会会费的争议。

(11) 其他非因辞职、辞退及履行聘用合同产生的争议。

如案例一中，倪某主张的工资差额及超课时奖金，均系 A 学院依据岗位年度考核办法，对教职员工进行考核后兑现的岗位津贴等待遇。考核结果涉及教师所在岗位性质以及不同岗位对应工作量的实际完成情况。倪某的诉请实际是对 A 学院考核结论所参照的考核方式持有异议，故上述争议不属于法院受理的人事争议范围。

3、审查双方争议是否经过仲裁前置程序

当事人双方的争议即便属于法院受理的人事争议范围，也必须经过仲裁前置程序；未经过仲裁前置程序的，法院不予处理。



(三) 审查当事人的诉请能否成立

1、人事争议案件实体审理依据的适用顺序

结合相关规定及审判实践，对本市人事争议案件进行实体审理的依据包括：

(1) **主要依据**。具体包括：《事业单位人事管理条例》《国务院办公厅转发人事部〈关于在事业单位试行人员聘用制度意见的通知〉》《上海市事业单位聘用合同办法》《上海市人事局关于实施〈上海市事业单位聘用合同办法〉有关问题的解释》等，另在涉及教师、

医生等特定争议主体时，教师法、执业医师法中的相关内容亦可成为裁判依据。

(2) 补充依据。人事方面的规范依据未作规定的，补充适用劳动法律实体性规定。

(3) 参考依据。事业单位经过职工代表大会通过、予以公告或公示且不违反法律法规强制性规定的规章制度。

2、人事争议实体审理审查要点

(1) 关于受聘人员单方解除聘用合同

自2014年7月1日《事业单位人事管理条例》实施后，事业单位工作人员提前30日书面通知事业单位的，可以解除聘用合同，但双方对解除聘用合同另有约定的除外。在此之前，除规定情形外，受聘人员提出解除聘用合同未与聘用单位协商一致的，受聘人员应当坚持正常工作，继续履行聘用合同；6个月后再次提出解除聘用合同仍未能与聘用单位协商一致的，方可单方解除聘用合同。

(2) 关于聘用单位单方解除聘用合同

《事业单位人事管理条例》第四章规定了聘用单位可以解除聘用合同的情形，《事业单位人员聘用制度意见》《上海市事业单位聘用合同办法》与《事业单位人事管理条例》不冲突的规定，亦可成为判断聘用单位解除行为合法性的依据。需要注意的是：

第一，聘用单位试用期内解除聘用合同的，需满足受聘人员不符合本岗位要求又不同意调整工作岗位的条件；而在劳动关系中，用人单位只需证明劳动者试用期间不符合录用条件即可。

第二，受聘人员连续旷工超过 15 个工作日或者一年内累计旷工超过 30 个工作日的，聘用单位可以单方解除聘用合同；而在劳动关系中，用人单位可以单方解除劳动合同的旷工天数属于用人单位用工自主权的决定范畴，只要经过法定程序、无明显不合理之处即可。

第三，未经聘用单位同意，擅自出国或者出国逾期不归的，聘用单位可以单方解除聘用合同；而劳动法、劳动合同法并未将其作为法定解除理由。

第四，受聘人员患有现有医疗条件下难以治愈的严重疾病或者精神病的，不适用医疗期相关规定。此种情况下，聘用单位不能以受聘人员医疗期满后不能从事原工作也不能从事单位安排的其他工作为由解除聘用合同。同时，受聘人员正在接受纪律审查尚未作出结论的，聘用单位亦不得据此解除聘用合同。在劳动法、劳动合同法中并无相关限制性规定。

第五，受聘人员年度考核不合格且不同意调整工作岗位或者连续两年年度考核不合格的，聘用单位可以解除聘用合同；而在劳动关系中，对于劳动者不能胜任工作的，在经过培训或者调整工作岗位后仍不能胜任工作的，用人单位方可解除劳动合同。

第六，法院对于聘用单位对受聘人员的考核结果不作审查；而在劳动关系中，法院对于用人单位的考核是否遵守相关程序、是否存在明显错误等应进行适当审查。

如案例三中，C 社区服务中心的解除理由并不属于法定解除情形，故该中心解除张某的聘用合同依据不足而构成违法解除。同时，人事

方面规定并未涉及违法解除情形下用人单位的具体担责方式，因此法院依照《劳动合同法》第48条规定，认定C社区服务中心应当恢复与张某之间的聘用关系

(3) 关于聘用合同的终止

第一，在人事关系中，允许当事人约定聘用合同终止条件；而在劳动关系中，用人单位与劳动者不得在法定情形之外约定劳动合同的其他终止条件。

第二，聘用合同当事人实际不履行聘用合同满三个月，也不属于聘用合同中止情形的，聘用合同可以终止；而在劳动法、劳动合同法中并无对应规定。

第三，在聘用合同期满或约定终止条件出现时，受聘人员正在接受纪律审查尚未作出结论的，属于聘用合同法定顺延情形；而在劳动法、劳动合同法中并无对应规定。

第四，聘用合同终止情形出现时，如受聘人员患有现有医疗条件下难以治愈的严重疾病或者精神病的，聘用单位不得终止聘用合同；而在劳动法、劳动合同法中并无对应规定。

(4) 关于事实聘用关系的终止

对于应当订立聘用合同而未订立，形成事实聘用关系的终止条件，可区分为以下情形：**一**是由于用人单位的原因，双方自始未订立聘用合同的，受聘人员可以随时终止聘用关系，用人单位不享有提前30日通知受聘人员终止聘用关系的权利；**二**是由于受聘人员的原因，双方自始未订立聘用合同的，用人单位可以提前30日通知受聘人员

终止聘用关系，国家另有规定的除外；三是聘用合同期满后，双方未续订合同、受聘人员仍在继续工作的，视为双方以原条件继续履行聘用合同，受聘人员可以随时终止聘用关系，聘用单位可以提前 30 日通知受聘人员终止聘用关系。

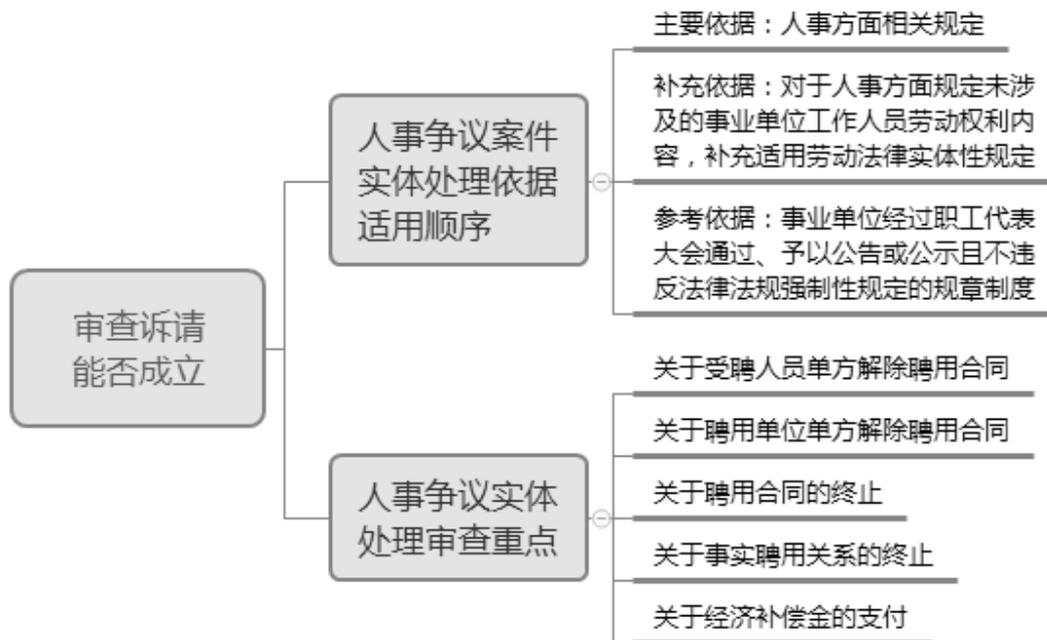
（5）关于经济补偿金的支付

第一，在人事关系中，聘用单位根据《事业单位人员聘用制度意见》《上海市事业单位聘用合同办法》的规定支付经济补偿金，无须支付聘用合同到期终止的经济补偿金；而在劳动关系中，除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同、劳动者不同意续订的情形之外，用人单位均需支付固定期限劳动合同到期终止的经济补偿金。

如案例二中，陈某系与 B 医院建立聘用合同关系的事业单位在编人员，案件应适用人事方面有关经济补偿金支付的规定，故法院对陈某要求 B 医院按劳动合同法规定支付经济补偿金的诉讼请求不予支持。

第二，人事争议案件经济补偿金的计算方式与劳动争议案件存在差异：一是计算受聘人员的工作年限，即受聘人员在同一单位连续工作的时间，双方另有约定或军队转业干部、复员退伍军人等国家和本市另有规定的政策性安置人员除外。需要注意的是，工作年限不满 6 个月部分不享受经济补偿，聘用合同中止期间不计入实际工作年限；二是经济补偿金标准不得高于本市统计行政部门公布的事业单位上年月平均工资的三倍；三是计发经济补偿金的月工资计算基数应为国

家统计部门工资总额统计口径确定的项目，不包括按国家或本市规定个人应缴纳的各类税费。



对赌回购中夫妻共同债的认定与抗辩路径

来源：法务部

日期：2021年6月6日

说起投融资领域内普遍存在的“对赌”，显然已经不是什么新鲜事物，近两年随着早年投资对赌的期限届满以及部分IPO受阻，以业绩和上市为条件的对赌频频触发，无论是在诉讼还是仲裁领域，投资人与创始股东、目标公司的对赌争议屡见不鲜。

在这些对赌争议纠纷中，通常是对赌条件触发，投资人要求创始股东回购其所持目标公司股权。由于大多情况下创始股东的配偶并非投资协议的直接签署方，囿于合同的相对性，特别在仲裁领域还受限于仲裁管辖，投资人很难启动对创始股东配偶的权利主张。而在生活实践中，大多创始股东的财产均为夫妻共同财产。如何在向创始股东主张权利的同时，一并向其配偶提起权利主张，成为摆在投资人面前的重要课题。与此同时，创始股东的配偶在面对投资人发起的诉讼程序时，如何进行有效抗辩防御，也成为其不得不正面迎接的严峻挑战。

通常情况下，以创始股东的配偶是否在公司任职加以区分，投资人可能发起对创始股东配偶诉讼的情形包括以下几类：1、创始股东夫妻双方均为目标公司股东；2、创始股东为目标公司股东，其配偶为公司高管或经营管理人员；3、创始股东为目标公司股东，其配偶不在公司担任任何职务。在这几种情况下，对赌回购中夫妻共同债的认

定和抗辩均有所不同。

一、夫妻共债的认定标准

夫妻共债的认定因为涉及到债权人权益与非举债配偶一方的权益平衡，故无论在理论还是实践领域均长期存有较大争议。随着《民法典》的出台，我国对夫妻共债的认定标准趋于统一。

最高院早在2018年就专门出台《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》，该司法解释提出了“共签共债”的基本原则，这一规则也被《民法典》第1064条所采纳，由此将关于争议债务是否属于夫妻共债的主要举证责任分配给了债权人。

《民法典》第1064条规定：“夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，以及夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，属于夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，不属于夫妻共同债务；但是，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。”

由此可见，上述法律规定已对夫妻共债的判别标准给出明确界定：（1）共签/共认的属于夫妻共同债务；（2）一方名义为家庭日常生活需要所负的债务属于夫妻共同债务；（3）一方举债若超出日常家庭生活需要，则需债权人进一步举证涉案款项是基于夫妻共同意思表示或用于两人共同生活或生产经营。

共签/共认自不在话下，实践争议主要集中在夫妻一方以个人名义举债的情形之下。根据法条字面含义解读，负债是否为“家庭日常生活需要”成为夫妻共债的关键判定因素。如何有效解读认定“家庭日常生活需要”成为司法实践判别夫妻共债与否的核心要义。

二、融资举债可否认定为家庭日常生活需要

生意只是生活的一部分，生意，是为了更好的生活。在这种观念之下，生意和生活似乎傻傻分不清楚。创始股东因融资而举债可否认定为“家庭日常生活需要”，在实践中，对此也的确存在极大争议。

投资人方通常认为，创始股东因其所持目标公司股权融资而增值获益，其夫妻家庭财产也因此而增值，配偶及其家庭日常生活也因此收益。[在（2020）粤01民终21667号案件中](#)，广东省广州市中级人民法院认为：其一，在三泽投资与余小兰、保俐君等签订增资协议及补充协议时，陈洁萍虽非三甲公司董事，但上述增资核准变更时陈洁萍即被任命为三甲公司董事，直至2018年12月辞职。陈洁萍作为三甲公司的高级管理人员，对上述协议所约定的股权回购义务属于明知，其与作为法定代表人的余小兰共同参与了三甲公司的经营，上述债务理应属于夫妻共同经营所负的债务；其二，余小兰投资三甲公司成为创始股东，发生在余小兰、陈洁萍夫妻关系存续期间，其享有的股权依法属于夫妻共同所有的财产。三泽投资等基于增资协议及补充协议的投资致使公司财产及股东个人的财产同时增值，陈洁萍作为配偶一方亦享有三泽投资等投资三甲公司所带来的股权溢价收益，若余小兰因经营公司应向三泽投资承担的回购义务不作为夫妻共同债务

予以认定，不符合权利义务一致原则。综上，三泽投资主张余小兰的上述债务属于夫妻共同债务成立，陈洁萍应承担连带清偿责任，三泽投资诉请有理，一审法院予以支持。

而另一方面，由于创始股东配偶并不参与目标公司经营，同时投资人增资款项流向目标公司（在投资人出资购买老股的情形下，也有部分流向退出股东）而非创始股东个人，加之通常融资金额巨大，创始股东为经营目标公司而对外融资并因此而形成的对赌之债，通常很难被认定为“家庭日常生活需要”。而创始股东配偶通常也会以“不是案涉合同当事人”、“没有在合同上签字”或“没有事后追认合同效力”等为由加以抗辩。**在（2018）浙01民终9395号案件中**，浙江省杭州市中级人民法院旗帜鲜明的指出：案涉郭丛军债务系因对赌协议中的股权回购义务而产生，属于郭丛军个人从事高风险的商事交易所负债务，不属于夫妻日常生活所负的共同债务。

在我们看来，创始股东因融资所举之债确不应被认定为“家庭日常生活需要”，显属夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务。实践中，无论是投资人对目标公司采用增资扩股方式提供融资款项，还是投资人出资用于购买部分老股，投资人所投资金或归属于目标公司，或归属于退出方股东，并非创始股东个人直接受益。虽然通过目标公司对外融资可以间接使得创始股东的股权价值、收益等变大，但不能以此简单认定融资所举之债为“家庭日常生活需要”。事实上，**司法实践中大多法院都会以“案涉投资金额较大，超出家庭日常生活需要”为由否认融资举债为“家**

庭日常生活需要”。

三、“共同生活或生产经营”如何认定

倘使创始股东因融资所举之债不能被认定为“家庭日常生活需要”，则投资人需承担进一步的举证责任，即需举证证明该举债系基于夫妻“共同生活或生产经营”。既已认定“家庭日常生活需要”无望，想必也只能朝着“共同生产经营”方向去努力。

在(2020)闽民终444号案件中，福建省高级人民法院认为：案涉股份虽然登记在许明旗一人名下，但案涉股份系郑少爱与许明旗的夫妻共同财产，郑少爱长期以股东身份、监事身份、监事会主席身份、财务副总身份与许明旗共同经营夜光达公司。郑少爱作为许明旗的配偶、夜光达公司的高管，声称对案涉股权转让协议的签署及履行毫不知情显然不合常理，且根据夜光达公司的公司章程，郑少爱作为监事会主席，显然知悉霍利企业受让许明旗股份成为夜光达公司股东。案涉债务源于交易行为，有相应的对价。因此，对许明旗与郑少爱夫妻共有的并共同经营的公司股权，无论许明旗或郑少爱任何一方与他人订立股权转让协议，对另一方都具有约束力。故一审认定案涉债务系基于许明旗转让夫妻共有的夜光达公司股份产生，该债务应当认定为夫妻共同债务并无不当。

在(2018)川民初24号案件中，四川省高级人民法院认为：前述事实足以证明林宇虹与廖昕作为夫妻双方，共同参与了勤智公司的生产经营。其次，廖昕所持有的勤智公司股份系廖昕与林宇虹夫妻关系存续期间所取得的财产，其对应的股份财产性损益应当归于法定夫妻

共同财产，振兴公司的投资系为勤智公司引入，并用于勤智公司生产经营，相应的投资利益和风险均将通过廖昕持有的勤智公司股份对应的财产性损益进入廖昕与林宇虹的夫妻共同财产。综上，廖昕所负案涉债务系为勤智公司生产经营所负合法债务，而廖昕、林宇虹夫妻双方参与了勤智公司的共同生产经营，且廖昕所持股份对应的勤智公司生产经营损益均会通过股份财产收益盈亏的形式进入夫妻共同财产，故案涉债务应属夫妻共同债务，林宇虹应就该债务承担连带责任。

在（2019）京民终 252 号案件中，北京市高级人民法院认为：本案中，方强与陆芸芸系夫妻关系，方强是泓申公司原持股 52.55%、增资后持股 36.79%的股东，陆芸芸是泓申公司董事、行政财务总监，也是核心经营团队即泓申公司股东上海泓丽锴宁投资合伙企业（有限合伙）的 6 位成员之一；作为公司的高级管理人员及核心经营团队成员，陆芸芸参与了《增资协议》的订立和履行；在《增资协议》附件中，陆芸芸作为方强的配偶，明确其对《增资协议》条款的含义及相应的法律后果已全部通晓并充分理解；陆芸芸在知悉方强表示其将以夫妻名下财产履行相应合同义务的邮件内容后未表异议并将该邮件转发给四方继保公司相关人员。根据最高院司法解释的规定，前述情况属于夫妻共同生产经营以及夫妻双方共同意思表示的应当认定为夫妻共同债务的情形，故一审判决认定方强对四方继保公司所负的业绩补偿款及利息属于夫妻共同债务，陆芸芸应当对方强需要向四方继保公司支付的业绩补偿款及利息承担共同清偿责任正确，本院予以确认。

由此可见，**司法实践对于“共同生活或生产经营”的认定，只要是侧重于“共同生产经营”**。首先，是将创始股东名下所持目标公司股权认定为夫妻共同财产，这似乎是夫妻共同生产经营的潜台词。其次，配偶一方多在目标公司任职，而且所任职位重要，以致其对案涉投资对赌回购协议不可能不知晓。再次，由于配偶一方在目标公司任要职，显然夫妻双方均参与了目标公司的共同生产经营活动。加之创始股东“所持股份对应的公司生产经营损益均会通过股份财产收益盈亏的形式进入夫妻共同财产”，由此对夫妻“共同生产经营”的认定水到渠成。此外，在上述（2019）京民终 252 号案件中，北京高院似乎觉得单凭“共同生产经营”还略显不足，于是在判决认定部分强化了“夫妻双方共同意思表示”。这种以推定配偶一方“不应不知”+“未表异议”的认定方式，在司法审判实践中也不在少数。当然，也有部分法院的裁判观点认为，配偶一方知晓协议签订及履行的事实，并不表明其愿意承担配偶的债务或认可涉案债务为夫妻共同债务，亦不会因此产生涉案债务为夫妻共同债务的法律后果。

四、投资人对夫妻共债负有举证责任

如前分析，投融资过程中所产生的对赌回购之债，通常会被认定为“超出家庭日常生活需要所负的债务”，如果投资协议仅有夫妻一方签字，投资人则须承担“证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示”的举证责任。

在(2021)京 01 民终 256 号案件中，北京市第一中级人民法院认为：案涉投资金额较大，超出家庭日常生活需要，国融开泰亦未举证

证明刘斌与王玉丽婚姻关系存续期间所负的本案债务系用于其夫妻共同生活或基于夫妻双方共同意思表示所产生。据此判决撤销“王玉丽与刘斌对第一项股权回购款承担连带支付义务”。

在(2019)京03民终8116号案件中，北京市第三中级人民法院认为：《回购协议》上并无牟歌的签名，牟歌在本案中亦拒绝追认，诉争债务金额高达2000万余元，已超出家庭日常生活需要，天津平禄公司提交的现有证据无法证明涉诉债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示，故天津平禄公司主张涉诉债务系冯鑫、牟歌二人的夫妻共同债务，并要求牟歌承担连带责任，缺乏依据，该院不予支持。

五、另案诉讼请求配偶承担连带责任

如上所述，受限于仲裁约定管辖的规制，在仲裁领域内，如果配偶方并非协议签署方，则投资人很难将创始股东的配偶直接列为被申请人，因而在仲裁裁决书中难见配偶身影。如果投资人欲向创始股东配偶主张权利，则须另行以诉讼方式进行。**在著名的“小马奔腾”案件【(2016)京01民初481号】中**，建银投资公司向法院提出诉讼请求：判令金燕对中国国际经济贸易仲裁委员会（2016）中国贸仲京裁字第0164号裁决书第一项、第三项及第四项裁决所确定的、李萍和李莉向建银投资公司连带支付股权回购款、律师费及仲裁费的义务在2亿元的范围内承担连带清偿责任，并最终获得北京市第一中级人民法院判决支持。这便是另案诉讼请求配偶承担连带责任的典型案例。虽然此案有创始股东去世等其他因素，但不可否认的是，在仲裁

管辖的情形下，另案诉讼是请求配偶承担责任的有效途径。

六、可否在执行程序中追加配偶为被执行人

理论上可行。在(2016)川执复63号案件中，四川省高级人民法院认为：以仲裁裁决为执行依据的执行案件在执行过程中请求追加被执行人，并不违反仲裁协议的相对性和《中华人民共和国仲裁法》第四条的规定；不受仲裁裁决约束的第三人在执行过程中能被追加为被执行人。

但实际操作并不易。在(2020)京02执异39号案件中，北京二中院认为：在执行程序中变更或追加执行当事人的，应当严格按照执行方面法律、司法解释的规定进行，没有明确规定可以变更或追加执行当事人的，不得变更或追加。本案中，航富公司以成锦芳系被执行人刘扬的配偶为由，请求追加成锦芳为执行案件被执行人，不属于执行程序中可以追加执行当事人的法定情形。故，对航富公司的追加申请，本院不予支持。在(2016)沪02执异115号案件中，上海二中院认为：本案中，云峰集团以夫妻共同债务为由申请追加凌海峰的配偶为被执行人，并不属于现行法律和司法解释规定的在执行程序中追加被执行人的情形。故云峰集团提出的追加费玲利为本案被执行人的申请无法法律依据，本院不予支持。显然，在执行程序中申请追加配偶为被执行人并不容易。

即时性撤回出资的原股东可被追加为被执行人

来源：人民司法

作者：程旭丹 赵伟

单位：天津市高级人民法院

日期：2021年6月22日

【裁判要旨】

民商事审判中对股东相应行为是否属于抽逃出资需以侵权行为四要件为框架，根据最高人民法院《关于适用公司法相关规定的解释（三）》[以下简称《公司法解释（三）》]第12条有关抽逃出资的典型列举+兜底规定，采取与认定股东未履行出资义务相同的举证责任分配路径进行判定。运用目的解释、立法解释、扩张解释等解释规则，对最高法院《关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（以下简称《变更、追加当事人规定》）第19条中未依法履行出资义务即转让股权的股东，应解释为包括在抽逃出资后未予补缴出资即转让股权的原股东在内，故此，即时性撤回出资并转让股权的原股东可依照该条规定被追加为被执行人，对公司债务在抽逃出资范围内承担责任。

【案号】

一审：（2020）津72民初102号

二审：（2020）津民终524号

【案情】

原告：尹秀磊。

被告：天津克运物流发展有限公司（以下简称克运公司）。

第三人：张士坤、杨政涛、廊坊坤磊家具有限公司（以下简称坤磊公司）。

2011年10月13日，坤磊公司经核准成立，张士坤以实物出资100万元，占注册资本的50%，尹秀磊以实物出资40万元、以货币出资60万元，占注册资本的50%。尹秀磊于2011年12月6日将货币出资的60万元打入坤磊公司中国农业银行账户后，于同年12月13日将其中59.9万元转出至尹新鹏个人银行卡中。尹新鹏与其是叔侄关系。

2014年4月3日，坤磊公司召开股东会议，决议公司注册资本变更为2000万元。其中张士坤、尹秀磊均增加货币出资900万元，增资后各出资1000万元，各占注册资本的50%。2014年5月26日，尹秀磊分三笔向坤磊公司中国农业银行账户汇款，合计900万元；5月27日，该账户分四笔将867万元转入岳瑞丛个人账户。岳瑞丛与尹秀磊是母子关系。

2016年7月6日，坤磊公司召开股东会，决议尹秀磊将其在坤磊公司的出资1000万元全部转让给张士坤。其后，张士坤又将其在坤磊公司的出资全部转让给杨政涛。

克运公司与坤磊公司货运代理合同纠纷一案，天津海事法院作出民事调解书，确认：坤磊公司应向克运公司付清代理费、利息及诉讼

费共计 167401.59 元。因坤磊公司未履行该调解书确定的义务，该案已进入强制执行。之后，克运公司于 2019 年 10 月 31 日向天津海事法院提出申请，追加尹秀磊、张士坤、杨政涛为被执行人。经审查，天津海事法院于 2019 年 12 月 4 日作出民事裁定书，裁定追加尹秀磊、张士坤、杨政涛为被执行人，并在尚未缴纳出资的范围内承担该案的债务给付责任。

尹秀磊认为其无需承担天津海事法院作出的民事调解书所确认的债务给付责任，其不应作为被执行人，故提起执行异议之诉。

【审判】

天津海事法院认为，本案为执行异议之诉，争议焦点为是否应当追加尹秀磊为被执行人。依据《变更、追加当事人规定》第 19 条规定，尹秀磊作为公司原股东，未依法履行出资义务即转让股权，被追加为执行案件被执行人符合法律规定。

天津海事法院遂判决驳回原告尹秀磊的诉讼请求，案件受理费由原告尹秀磊负担。

一审判决后，尹秀磊不服，向天津市高级人民法院提起上诉。

天津高院认为本案为执行异议之诉，争议焦点为执行程序中应否追加尹秀磊为被执行人。本案中，作为被执行人的坤磊公司财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，在此背景之下，克运公司申请追加坤磊公司原股东尹秀磊为被执行人，应符合《变更、追加当事人规定》第 19 条的规定。

首先，尹秀磊在出资资本金转入坤磊公司中国农业银行账户后短

期内又转出至与其具有亲属关系的个人账户，该行为均未经法定程序，已经构成对尹秀磊是否出资到位的合理怀疑。故依照《公司法解释（三）》第20条规定，尹秀磊应就其完成出资义务承担举证责任。其次，尹秀磊主张其与亲属向坤磊公司打款的金额多于坤磊公司向其及其亲属打款的金额，以此来证明其已完成出资义务。而从坤磊公司中国农业银行账户、中国建设银行账户、中国银行账户以及河北省霸州农村商业银行股份有限公司的账户来看，坤磊公司虽与尹秀磊、尹新鹏、岳瑞丛个人有频繁的账户往来，但无法明确认定作为尹秀磊出资的款项，故不足以证明尹秀磊已完成出资义务。最后，从尹秀磊两次出资后又将出资资本金大部分转出及转款后公司账户余额看，尹秀磊的行为已经实质削弱了坤磊公司履约、偿债等能力，构成对坤磊公司权益的损失。故尹秀磊作为坤磊公司的股东未依法履行出资义务即转让股权，符合《变更、追加当事人规定》第19条的情形，应对被执行人坤磊公司的债务在未依法履行出资义务范围内承担责任。

天津高院据此判决驳回上诉，维持原判，二审案件受理费由上诉人尹秀磊负担。

【评析】

本案的核心问题是：尹秀磊即时性抽回货币出资并转让股权的行为是否属于《变更、追加当事人规定》第19条中股东未依法履行出资义务即转让股权的情形？

一、尹秀磊即时性抽回货币出资并转让股权的法律行为性质分析

2013年公司法实行认缴登记制后，抽逃出资行为在该制度下有

无生存空间引发激烈讨论，笔者赞同“抽逃出资行为与采取何种资本制度并无多大关联，关键在于股东是否实际完成出资行为”。2014年修正的《公司法解释(三)》也印证此观点，并未整体删除第12条关于抽逃出资的规定，仅删除了第12条第1款“将出资款项转入公司账户验资后又转出”，该规定包含了即时性抽回出资的行为。即时性因其时间短暂，虽具有出资的形式，本质上类似于未出资，因此，本案中尹秀磊即时性抽回货币出资的行为性质属于抽逃出资还是根本未出资值得探讨。

货币出资作为资本最基本的构成，价值准确，无须重新作价，运用自如、不受限制。但货币作为特殊种类物，基于其占有即所有的属性，公司法第二十八条规定了货币出资程序。笔者认为，时间要素并非判断即时性抽回货币出资行为性质的关键，重点应为出资是否用于公司实际运营。如果货币财产仅仅存放于公司银行账户，处于静置状态，根本未用于公司经营即被抽回，应认定股东未完成其出资义务。本案中，尹秀磊于2011年12月13日、2014年5月27日将其出资与增资额转出时，银行流水账单显示此期间货币出资用于公司运转，因此，排除尹秀磊的行为属于未出资的可能。

公司法等相关法律法规均未对抽逃出资作出清晰界定，有学者认为抽逃出资是“在公司设立后，股东非经法定程序或者是在秘密情况下，股东从公司抽回已缴纳的出资，但仍然持有公司股份，是变相违反出资义务行为”；有学者则主张“抽逃出资是指在公司设立且股东实缴出资之后，公司违反法律向股东返还出资，或股东违反法律规定

从公司无偿取得或超出合理对价获得了利益，使得公司资本减少的行为”；有学者认为“在公司设立后，股东将其设立公司时实际缴付的出资部分或全部地从公司收回的情形，且其仍保持其股东身份和原有出资的比例”为抽逃出资；有学者则强调“抽逃出资是指公司的发起人或股东，违反公司法的规定，在公司成立后从公司内转移出自己出资额的全部或者一部分的行为”。从学者们关于抽逃出资的定义中提炼出以下要点：一是时间因素为公司成立后；二是需有抽逃行为；三是股东资格保留。

《公司法解释（三）》第12条采用列举+兜底方式规定抽逃出资行为。有学者借鉴刑法学中的犯罪构成四要件，从主体、主观方面、客体、客观方面对其进行分析，但笔者认为采用民法学的相关理论对民事责任中的抽逃出资行为进行分析更为合理。分析抽逃出资行为的构成要件需以其法律性质为前提，相关权利人请求权的基础是基于违约责任还是侵权责任，在理论上存在争议。部分学者主张抽逃出资属于违约行为，认为“公司被认为与其成员、董事或其他内部人员订立了契约，对他们享受权利和承担义务”；部分学者则主张股东抽逃出资属于侵权行为，认为抽逃出资是“公司资本和公司资产被不法侵蚀”；也有学者主张“抽逃出资民事责任应该是一种独立的侵权损害赔偿”。

笔者认为，如权利人系公司或其他股东，由于存在具有契约性质的公司章程，抽逃出资性质出现违约行为与侵权行为的竞合，权利人可在两者之间进行选择；如权利人系公司债权人，如本案中的坤磊公

司，由于其与公司股东之间不存在直接的合同法律关系，其请求权基础应为侵权责任。股东抽逃出资行为属于过错侵权行为，因此，应以侵权行为四要件即主观过错、违法行为、损害事实、因果关系为框架，对《公司法解释（三）》第12条规定进行分析。

一是主观过错要件。抽逃出资股东须有损害公司权益的主观故意，即股东明知自己的行为会发生损害公司权益的结果，并且希望或者放任这种结果发生。抽逃出资行为的主观故意不以侵害债权人利益为必要内容，具有损害公司权益的故意即可。认定股东是否具有主观故意，要从转出资金的金额、利息、期限、担保、程序、主体、财务处理方式、透明度等多角度考虑，最终作出综合判断。因《公司法解释（三）》第12条直接规定抽逃出资行为，实践中易出现通过行为直接推定股东抽逃出资，其主观过错要件易被忽视。

二是违法行为要件。《公司法解释（三）》第12条除列举四种典型抽逃行为，又设置了“其他未经法定程序将出资抽回”兜底条款。制作财务会计报表虚增利润进行分配、没有真实商业关系和合法借贷关系的情况下，通过虚构债权债务关系或者关联交易的方式将出资转出，均抽逃了公司的自有资产，侵害公司法人的财产权。“公司成立后任何意图抽回出资，损害其他股东和交易相对人利益，侵犯公司财产权的行为”都可以归入兜底条款之中，如公司违反法定程序回购股份、对股东提供抵押担保等。近期案例显示，以表面合法形式通过董事会决议，将股东登记出资转变为对公司借款，尽管该部分资金未从公司抽离，但由于该部分资金不再承担资本金风险，也属于抽逃出资行为。

三是损害事实要件，即损害公司权益。抽逃出资实质抽逃的是公司资本，公司资本是公司获取独立法律人格、得以运营和发展、对外承担债务的物质保障。抽逃出资行为通过减少公司资本损害公司权益，实质侵害的是公司资本制度。1993年公司法确立了严格的法定资本制，2005年与2013年公司法虽逐步放松公司资本管制，但仍保留该制度。法定资本制度体现于公司“资本确定、资本维持和资本不变原则”，“在此三项原则中，资本维持原则是核心，资本确定原则是前提，资本不变原则服务于资本维持原则”。抽逃出资行为实质违背了公司的资本维持原则，进而威胁了公司的法定资本制度。正如本案判决所述，股东的行为已经实质削弱了坤磊公司的履约、偿债等能力，构成对坤磊公司权益的损害，并进而损害公司债权人的权益。

四是因果关系要件。即违法行为与损害事实之间具有因果关系，股东抽逃出资行为引起公司权益受损，侵害公司法定资本，因果关系成立。如公司权益受侵害来源于其他事由，并非股东的行为，则两者之间不具有因果关系，股东行为不能被认定为抽逃出资。本案中，尹秀磊将与其出资和增资额相当的货币资金转入与其具有亲属关系的个人账户中，直接损害了坤磊公司的权益。

综上，本案中，尹秀磊短时间内将与其出资和增资额相当的货币资金转入与其具有亲属关系的个人账户中，满足上述侵权行为四要件，属于抽逃出资。

二、股东抽逃出资的举证责任分配

关于举证责任的法律性质，主要有权利说、败诉危险负担说及义

务说。我国更倾向于义务说与败诉危险负担说的结合，承担举证责任是法定义务，举证责任未完成则需要承担败诉的风险。本案中应当由债权人克运公司证明尹秀磊符合抽逃出资的构成要件。“由于股东抽逃出资的行为多以隐蔽方式进行，而且其关键证据，如公司的业务往来账册，包括资产负债表等会计账目均保存于公司内部，故债权人举证事实上存在障碍和困难。”在信息不对称的情况下，债权人掌握公司内部详细状况的可能性很低，如果让债权人承担抽逃出资的举证责任，则施加于债权人身上的义务过重，有违公平原则。因此，有学者主张“只要债权人提供了一定的初步证据，法院就应当适用举证责任倒置的原则，由被诉股东来证明其没有抽逃出资的行为”。适用举证责任倒置应来源于法律的明文规定，但抽逃出资的举证责任分配采取倒置方式没有法律明文规定作为直接依据。

根据最高法院《公司法解释（三）》第20条释义，“在股东是否履行出资义务的举证责任上，一方面考虑权利人举证上的现实困难，将是否依法履行出资义务的举证责任分配给被告股东，另一方面为防止滥诉又未简单规定为举证责任倒置，而是要求原告提供能够产生合理怀疑的初步证据后再将举证责任倒置给被告股东。”因此，《公司法解释（三）》第20条明确规定了股东未履行出资的举证责任分配问题，即债权人提供对股东履行出资义务产生合理怀疑的证据，股东应就其已履行出资义务承担举证责任。审判实践中，各地法院对于抽逃出资举证责任的分配大都采用与股东未履行出资义务相同的分配路径，如上海市高级人民法院（2020）沪民终346号民事判决、重

庆市高级人民法院（2020）渝民终3号民事判决、浙江省高级人民法院（2016）浙民再8号民事判决等，但其法律依据为何，大部分民事判决中并未提及。部分判决书虽对认定抽逃出资举证责任分配的法律依据进行表述，但依据不一。

笔者认为，一方面，抽逃出资本质上属于股东未履行其出资义务，可以被《公司法解释（三）》第20条涵盖；另一方面，即使严格认定该条中的履行出资义务只包含狭义的未出资或者未全面出资，由于抽逃出资与未出资在责任承担、权利人救济方式等方面均存在类似规定，抽逃出资的举证责任分配应该类比股东未履行出资义务举证责任的分配。因此，当事人之间对是否抽逃出资发生争议，原告提供对股东抽逃出资产生合理怀疑的证据的，被告股东应当就其已履行出资义务未抽逃出资承担举证责任，对其补足出资的事实承担举证责任。这也符合举证责任领域的控制者自证其正当原则，即“行为或行为领域的控制者，应该承担其控制的行为或行为领域符合正当性的事实主张的举证责任，如果不能证明，必须承担对其不利的裁决后果”。公司章程、公司变更登记资料、资产负债表，以及向工商行政部门举报获取的相关信息等，都属于可以初步证明股东存在抽逃事实的证据。民事审判实践中，大部分抽逃出资案为公司处于破产清算环节，由公司破产管理人对抽逃出资股东进行追收。由于公司的破产管理人对公司内部财务状况熟悉，易于掌握公司的相关资料，承担合理怀疑的举证责任压力较小，相对而言，公司的债权人则处于不利地位。

在本案中，证据显示尹秀磊两次将出资资本金转至与其具有亲属

关系的个人账户的行为均未经法定程序，已经构成对其是否出资到位的合理怀疑。尽管庭审中尹秀磊称这些款项为借款，也提交相关账户流水，但并未举证证明其提交的账户已穷尽该公司所有账户，故尹秀磊没有提供充分有效的证据证明其不存在抽逃出资行为，应承担不利法律后果。

三、《变更、追加当事人规定》第 19 条中未依法履行出资义务即转让股权的理解与适用

尹秀磊对一审法院基于《变更、追加当事人规定》第 19 条规定追加其为被执行人提出异议。我国公司法与《公司法解释（三）》将抽逃出资作为独立概念，与未出资、未全面出资并列，按照“法律规范通常的字面含义和通常使用的方式对法律规范进行解释”，第 19 条中的“未依法履行出资义务”除了未履行出资义务与未完全履行出资义务外，是否应包含抽逃出资，存在歧义。此种情况下，需要适用法律漏洞填补规则，通过其他解释方法对第 19 条进行分析。

（一）第 19 条之目的解释

“从法律的起草和制定过程中的有关资料，如立法理由书、草案和审议记录等，分析立法者于制定法律时所作价值判断及所要实现的目的。”最高法院为应对司法实践中被执行人层出不穷的转移财产、逃避债务行为，意图通过“未依法履行出资义务”的规定涵盖尽可能多的债务人违法行为，《变更、追加当事人规定》第 19 条释义中强调出让瑕疵股权的股东可被追加为被执行人。有关瑕疵股权的外延，有学者主张包括抽逃出资，因此，抽逃出资股权属于瑕疵股权的一种。

（二）第 19 条之体系解释

纵观《公司法解释（三）》，第 13 条规定的公司、股东、债权人对未履行或者未全面履行出资义务股东的请求权与第 14 条规定的公司、股东、债权人对抽逃出资股东的请求权完全一致，第 16 条授权公司对未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资股东权利进行合理限制，第 17 条授权有限责任公司解除未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资股东资格的权利，第 19 条规定了未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资股东请求权不适用诉讼时效。由此可见，《公司法解释（三）》虽然将未履行出资义务或未全面履行出资义务与抽逃出资区分开，但两者的法律后果及民事责任基本相同。

从《变更、追加当事人规定》分析，该司法解释第 17 条规定了申请执行人申请变更、追加未缴纳或未足额缴纳出资的股东为被执行人的情形，第 18 条规定了申请执行人申请变更、追加抽逃出资的股东为被执行人的情形，两条并列，表明立法者对于未出资或未足额出资与抽逃出资股东在变更、追加被执行人时的一视同仁，而第 19 条仅规定了变更、追加未依法履行出资义务即转让股权股东为被执行人的情景。基于体系解释，如果未依法履行出资义务不包括抽逃出资股东，仅包含未出资或未足额出资股东，司法解释制定者应该按照第 17 条、第 18 条的逻辑思路，形成与第 19 条并列的关于抽逃出资转让股权原股东被追加为被执行人的规定，构成第 20 条内容，但实际上第 20 条是追加一人有限责任公司股东的规定，基于《变更、追加当事人规定》本身的体系解释逻辑，未依法履行出资义务应包括抽逃出资情形。

（三）第19条之扩张解释

扩张解释作为一种解释方法，不应超出法条文本可涵盖、可理解的文义范围，否则有被滥用之嫌。股东违反出资义务与未依法履行出资义务应该是相近的概念，均是股东依法履行出资义务的反面，“按行为方式不同，股东违反出资义务的行为可表现为完全不履行、未完全履行和不当履行三种形态。完全不履行是指股东根本未出资，具体包括拒绝出资、不能出资、虚假出资、抽逃出资”。股东抽逃出资属于违反出资义务，本质上属于未依法履行出资义务。学理上通常使用未履行出资义务、未全面履行出资义务、出资义务不当履行、瑕疵出资等概念，但是对于这些概念的具体含义实际上并无通行定义，只是从广义上理解，上述概念均指股东出资不符合或不完全符合法律法规、公司章程或出资协议等。

综上，经由目的、体系、扩张解释，应认定《变更、追加当事人规定》第19条中的未依法履行出资义务除了未履行出资义务与未完全履行出资义务外，还应包含抽逃出资在内。换言之，该条规定的未依法履行出资义务即转让股权的股东，应解释为包括在抽逃出资后未予补缴出资即转让股权的原股东在内。故此，即时性抽回出资并转让股权的原股东可依照该条规定被追加为被执行人，对公司债务在抽逃出资范围内承担责任。本案适用《变更、追加当事人规定》第19条规定，驳回尹秀磊要求法院判令其不作为被执行人，无需承担债务给付责任的诉讼请求，是正确的。

注：为方便阅读，已隐去注释，如需引用，请查看纸版杂志原文。

（案例刊登于《人民司法》2021 年第 8 期）