

法律资讯汇编

(2022 第 03 期)

上海王岩律师事务所
2022年03月

目 录

行业新闻—— 中国银保监会有关部门负责人就 《关于银行业保险业数字化转型的指导意见》答记者问	3
新法速递—— 关于银行业保险业数字化转型的指导意见	7
案例解析—— 员工不愿去异地办公遭解雇，公司违法吗？	17
业务研究—— 股权质押未办登记风险谁来担	33
—— 过失相抵规则在金融服务合同纠纷中的适用	37

中国银保监会有关部门负责人就 《关于银行业保险业数字化转型的指导意见》答记者问

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2022年1月26日

为加快数字经济建设，全面推进银行业和保险业数字化转型，推动金融高质量发展，更好服务实体经济和满足人民群众需要，近日中国银保监会印发了《关于银行业保险业数字化转型的指导意见》（以下简称《指导意见》），银保监会有关部门负责人就《指导意见》回答了记者提问。

一、出台《指导意见》的背景是什么？

答：党的十九届五中全会和“十四五”规划对“打造数字经济新优势”作出了专门部署，提出“迎接数字时代，激活数据要素潜能，推进网络强国建设，加快建设数字经济、数字社会、数字政府，以数字化转型整体驱动生产方式、生活方式和治理方式变革”，明确了数字化的发展前景和目标。在新的发展阶段，银行业保险业开展数字化转型，是构建银行业保险业新发展格局、打造高质量发展新引擎的现实需要，是更好支持实体经济发展、更好满足人民群众日益增长美好生活需要的内在要求。但是，当前银行保险机构在数字化转型过程中还面临诸多挑战，需要强化顶层设计，加强政策规范，通过制定《指导意见》进一步统一认识、促进发展，在机制、方法和行动步骤等方面予以规范和指导。

二、《指导意见》主要包括哪些？

答：主要包括：一是“战略规划与组织流程建设”要求银行

保险机构加强顶层设计和统筹规划，改善组织架构和机制流程。二是“业务经营管理数字化”要求银行保险机构积极发展产业数字金融，大力推进个人金融服务数字化转型，提升金融市场交易业务数字化水平，建设数字化运营服务体系，构建安全高效、合作共赢的金融服务生态，着力加强数字化风控能力建设。三是“数据能力建设”要求银行保险机构健全数据治理体系，增强数据管理能力，加强数据质量控制，提高数据应用能力。四是“科技能力建设”要求银行保险机构加大数据中心基础设施弹性供给，提高科技架构支撑能力，推动科技管理敏捷转型，提高新技术应用和自主可控能力。五是“风险防范”要求银行保险机构加强战略风险、创新业务的合规性、流动性风险、操作风险及外包风险等管理，同时防范模型和算法风险，强化网络安全防护，加强数据安全和隐私保护。

三、《指导意见》重点提出哪些数字化转型方向？

答：《指导意见》要求银行保险机构大力推进业务经营管理数字化转型。一是积极发展产业数字金融，打造数字化金融服务平台，推进开放银行建设，加强场景聚合、生态对接。二是大力推进个人金融服务数字化转型，拓展线上渠道，丰富服务场景，完善数字化经营管理体系，提高金融产品和服务可获得性，推动解决“数字鸿沟”问题。三是提升金融市场交易业务数字化水平，加强线上交易平台建设，有效提升投资交易效率和风险管理水平。四是建设数字化运营服务体系，不断提高服务内容运营、市场活动运营和产品运营能力。五是构建安全高效、合作共赢的金融服务生态，强化系统集成，加强内外部资源整合，建立健全面向开放平台的安全管理机制。六是加强数字化风控能力建设，提升风险监测预警智能化水平。

四、《指导意见》在银行保险机构数据能力提升方面有哪些要求？

答：《指导意见》要求银行保险机构全面提升数据治理与应用能力。一是健全数据治理体系，制定发展战略，加强制度建设和考核评价。二是增强数据管理能力，构建覆盖全生命周期的数据资产管理体系。三是加强数据质量控制，建立企业级数据标准体系，形成以数据认责为基础的数据质量管控机制。四是提高数据应用能力，通过数据驱动催生新产品、新业务、新模式，提高大数据分析对实时业务应用、风险监测、管理决策的支持能力。

五、《指导意见》在银行保险机构科技能力建设方面有哪些要求？

答：《指导意见》要求银行保险机构加强自身科技能力建设。一是加大数据中心基础设施弹性供给，提高基础设施资源弹性和持续供给能力，推进数据中心绿色转型。二是提高科技架构支撑能力，推进传统架构向分布式架构转型，加快技术服务能力建设，推进创新技术的前台应用。三是推动科技管理敏捷转型，建立能够快速响应需求的敏捷研发运维体系，通过精益生产管理方法，提高复杂技术工程的管理能力。四是坚持关键技术自主可控原则，不断提高自主研发能力，加强技术供应链安全管理。

六、《指导意见》针对数字化转型过程中的风险提出哪些具体要求？

答：《指导意见》要求银行保险机构强化在数字化转型中的风险防控。一是加强战略风险管理，确保数字化转型目标和实施进程与机构自身经营发展需要、技术实力、风险控制能力相匹配。二是加强创新业务的合规性管理，建立稳健的业务审批流程，加强消费者保护、数据安全、合规销售等管理流程建设。三是加强数字化环境下的流动性风险管理，加强与新产品、新业务、新模式相关的资金流动监测。四是加强操作风险及外包风险管理，提高完善风险精细化管理水平，

有效管控价值链中与第三方合作企业相关的集中度风险和供应链风险，增强运营韧性。**五是**防范模型和算法风险，建立对模型和算法风险的全面管理框架，制定管理制度，对模型数据准确性和充足性进行交叉验证和定期评估。模型管理核心环节不得外包。**六是**强化网络安全防护，构建云环境、分布式架构下的技术安全防护体系，做好网络安全边界延展的安全控制，持续提高网络安全风险监测、预警和应急处置能力。**七是**加强数据安全和隐私保护，强化对数据的安全访问控制，建立数据全生命周期的安全闭环管理机制。

七、《指导意见》在解决“数字鸿沟”增加人民群众获得感、幸福感方面有哪些举措？

答：《指导意见》要求银行保险机构坚持以人民为中心的发展思想，切实解决老年、残障、少数民族等客户群体在金融领域运用智能技术方面遇到的困难。聚焦日常生活涉及的服务场景和高频事项，加强大字版、语音版、民族语言版、简洁版等应用软件功能建设，增强对无网点地区及无法到达网点客群的服务覆盖，提高金融产品和服务可获得性，提供更周全、更贴心、更直接的便利化服务，推动解决“数字鸿沟”问题，增加人民群众获得感、幸福感、安全感。

关于银行业保险业数字化转型的指导意见

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2022年1月26日

中国银行保险监督管理委员会

(银保监办发〔2022〕2号)

各银保监局，各政策性银行、大型银行、股份制银行、外资银行、直销银行、金融资产管理公司、金融资产投资公司、理财公司，各保险集团（控股）公司、保险公司、保险资产管理公司、养老金管理公司：

为深入贯彻落实以习近平同志为核心的党中央决策部署，加快数字经济建设，全面推进银行业保险业数字化转型，推动金融高质量发展，更好服务实体经济和满足人民群众需要，经银保监会同意，现提出如下意见。

一、总体要求

(一)指导思想。以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》要求，立足新发展阶段，贯彻新发展理念，服务构建新发展格局，坚持以人民为中心的发展思想，深化金融供给侧结构性改革，以数字化转型推动银行业保险业高质量发展，构建适应现代经济发展的数字金融新格局，不断提高金融服务实体经济的能力和水平，有效防范化解金融风险。

（二）基本原则

——坚持回归本源。把服务实体经济、服务人民群众作为银行业保险业数字化转型的出发点和落脚点。

——坚持统筹协调。加强全局谋划、战略布局，协同推进组织架构、业务模式、数据治理、科技能力等方面的变革。

——坚持创新驱动。以创新作为转型发展的第一动力，推动机制创新，实现业务创新和技术创新相互带动，改进经营管理和服务模式。

——坚持互利共赢。在确保网络安全、数据安全的前提下，建设合作共赢、安全高效的经营生态环境，加强系统集成，提升金融服务能力和市场竞争能力。

——坚持严守底线。坚持依法合规、守正创新，统筹安全与发展，有效防范化解数字化条件下的各类风险，牢牢守住不发生系统性风险的底线。

（三）工作目标。到 2025 年，银行业保险业数字化转型取得明显成效。数字化金融产品和服务方式广泛普及，基于数据资产和数字化技术的金融创新有序实践，个性化、差异化、定制化产品和服务开发能力明显增强，金融服务质量和效率显著提高。数字化经营管理体系基本建成，数据治理更加健全，科技能力大幅提升，网络安全、数据安全和风险管理水平全面提升。

二、战略规划与组织流程建设

（四）科学制定实施数字化转型战略。银行保险机构董事会要加强顶层设计和统筹规划，围绕服务实体经济目标和国家重大战略部

署，科学制定和实施数字化转型战略，将其纳入机构整体战略规划，明确分阶段实施目标，长期投入、持续推进。

（五）统筹推进数字化转型工作。高级管理层统筹负责数字化转型工作，建立数字化战略委员会或领导小组，明确专职或牵头部门，开展整体架构和机制设计，建立健全数字化转型管理评估和考核体系，培育良好的数字文化，确保各业务条线协同推进转型工作。

（六）改善组织架构和机制流程。鼓励组织架构创新，以价值创造为导向，加强跨领域、跨部门、跨职能横向协作和扁平化管理。组建不同业务条线、业务与技术条线相融合的共创团队，优化业务流程，增强快速响应市场和产品服务开发能力。完善利益共享、责任共担考核机制。建立创新孵化机制，加强新产品、新业务、新模式研发，完善创新激励机制。

（七）大力引进和培养数字化人才。鼓励选聘具有科技背景的专业人才进入董事会或高级管理层。注重引进和培养金融、科技、数据复合型人才，重点关注数据治理、架构设计、模型算法、大数据、人工智能、网络安全等专业领域。积极引入数字化运营人才，提高金融生态经营能力，强化对领军人才和核心专家的激励措施。

三、业务经营管理数字化

（八）积极发展产业数字金融。积极支持国家重大区域战略、战略性新兴产业、先进制造业和新型基础设施建设，打造数字化的产业金融服务平台，围绕重大项目、重点企业和重要产业链，加强场景聚合、生态对接，实现“一站式”金融服务。推进企业客户业务线上化，

加强开放银行接口和统一数字门户建设，提供投资融资、支付结算、现金管理、财务管理、国际业务等综合化金融服务。推进函证业务数字化和集中化。鼓励银行保险机构利用大数据，增强普惠金融、绿色金融、农村金融服务能力。

（九）大力推进个人金融服务数字化转型。充分利用科技手段开展个人金融产品营销和服务，拓展线上渠道，丰富服务场景，加强线上线下业务协同。构建面向互联网客群的经营管理体系，强化客户体验管理，增强线上客户需求洞察能力，推动营销、交易、服务、风控线上化智能化。对老年、残障、少数民族等客户群体，加强大字版、语音版、民族语言版、简洁版等应用软件功能建设，增强对无网点地区及无法到达网点客群的服务覆盖，提高金融产品和服务可获得性，推动解决“数字鸿沟”问题。

（十）提升金融市场交易业务数字化水平。加强线上交易平台建设，建立前、中、后台协同的数字化交易管理体系，有效提升投资交易效率和风险管理水平。建立统一的投资交易数据平台，提升投资组合分析及风险测算能力，优化投资规划、组合管理、风险控制。

（十一）建设数字化运营服务体系。建立线上运营管理机制，以提升客户价值为核心，加大数据分析、互联网运营等专业化资源配置，提升服务内容运营、市场活动运营和产品运营水平。促进场景开发、客户服务与业务流程适配融合，加强业务流程标准化建设，持续提高数字化经营服务能力。统筹线上、线下服务渠道，推动场景运营与前端开发有机融合。

（十二）构建安全高效、合作共赢的金融服务生态。针对客户需求，与相关市场主体依法依规开展合作，创新服务场景，丰富金融服务产品与渠道。强化系统集成，加强内外部资源整合，统筹规划与第三方企业合作提供金融产品服务的内容和流程，建立面向开放平台的技术架构体系和敏捷安全的平台管理机制，对金融服务价值链中的关键活动进行有效管理和协调。

（十三）着力加强数字化风控能力建设。加快建设与数字化转型相匹配的风险控制体系。建立企业级的风险管理平台，实现规则策略、模型算法的集中统一管理，对模型开发、验证、部署、评价、退出进行全流程管理。利用大数据、人工智能等技术优化各类风险管理系统，将数字化风控工具嵌入业务流程，提升风险监测预警智能化水平。

四、数据能力建设

（十四）健全数据治理体系。制定大数据发展战略。确立企业级的数据管理部门，发挥数据治理体系建设组织推动和管理协调作用。完善数据治理制度，运用科技手段推动数据治理系统化、自动化和智能化。完善考核评价机制，强化数据治理检查、监督与问责。加强业务条线数据团队建设。

（十五）增强数据管理能力。构建覆盖全生命周期的数据资产管理体系，优化数据架构，加强数据资产积累。建立企业级大数据平台，全面整合内外部数据，实现全域数据的统一管理、集中开发和融合共享。加强数据权限管控，完善数据权限审核规则和机制。

（十六）加强数据质量控制。加强数据源头管理，形成以数据认

责为基础的数据质量管控机制。建立企业级数据标准体系，充分发挥数据标准对提升数据质量、打通数据孤岛、释放数据价值的作用。强化共用数据和基础性数据管理。

（十七）提高数据应用能力。全面深化数据在业务经营、风险管理、内部控制中的应用，提高数据加总能力，激活数据要素潜能。加强数据可视化、数据服务能力建设，降低数据应用门槛。挖掘业务场景，通过数据驱动催生新产品、新业务、新模式。提高大数据分析对实时业务应用、风险监测、管理决策的支持能力。加强对数据应用全流程的效果评价。

五、科技能力建设

（十八）加大数据中心基础设施弹性供给。优化数据中心布局，构建多中心、多活架构，提高基础设施资源弹性和持续供给能力。加快构建面向大规模设备和网络的自动化运维体系，建立“前端敏态、后端稳态”的运行模式，推进基础设施虚拟化、云化管理。建立对信息科技资源全方位覆盖的统一监控平台。提高运维侧研发能力，积极运用大数据加强态势感知、故障预警和故障自愈，不断提高运维智能化水平。积极推进数据中心绿色转型。

（十九）提高科技架构支撑能力。推进传统架构向分布式架构转型，主要业务系统实现平台化、模块化、服务化，逐步形成对分布式架构的自主开发设计和独立升级能力。加快推动企业级业务平台建设，加强企业架构设计，实现共性业务功能的标准化、模块化。加快数据库、中间件等通用软件技术服务能力建设，支持大规模企业级技

术应用。加强创新技术的前台应用，丰富智能金融场景，强化移动端金融服务系统建设。加强对开放金融服务接口的统一管理，实现安全可控运行。

（二十）推动科技管理敏捷转型。建立能够快速响应需求的敏捷研发运维体系，积极引入研发运维一体化工具，建设企业级一站式研发协同平台。建立适应“敏态”与“稳态”的全周期线上交付管理流程，完善数字化交付管理体系。通过精益生产管理方法，提高对大规模科技队伍和复杂技术工程的管理能力。

（二十一）提高新技术应用和自主可控能力。密切持续关注金融领域新技术发展和应用情况，提升快速安全应用新技术的能力。鼓励有条件的银行保险机构组织专门力量，开展前沿技术研究，探索技术成果转化路径，培育金融数字技术生态。坚持关键技术自主可控原则，对业务经营发展有重大影响的关键平台、关键组件以及关键信息基础设施要形成自主研发能力，降低外部依赖、避免单一依赖。加强自主研发技术知识产权保护。加强技术供应链安全管理。鼓励科技领先的银行保险机构向金融同业输出金融科技产品与服务。

六、风险防范

（二十二）加强战略风险管理。加强数字化转型中的战略风险管理，确保数字化转型战略和实施进程与机构自身经营发展需要、技术实力、风险控制能力相匹配。明确数字化转型战略与银行保险机构风险偏好的关系，将数字化转型相关风险纳入全面风险管理体系，在推进数字化转型过程中牢牢守住风险底线。

（二十三）加强创新业务的合规性管理。建立稳健的业务审批流程，对新产品、新业务及新模式的合规性进行审查，评估范围应覆盖消费者保护、数据安全、合规销售、产品及服务定价、声誉风险、反洗钱及反恐怖融资等方面。建立有效的业务变更管理流程，对新产品、新业务、新模式带来的技术和业务逻辑变化、服务提供关系变化进行评估，针对相应风险制定管理策略。

（二十四）加强数字化环境下的流动性风险管理。深入分析数字化经营环境下客户群体的行为特征，加强与新产品、新业务、新模式相关的资金流动监测，有效识别流动性风险新特征。完善流动性风险管理体系，加强资金头寸管理和需求预测，强化流动性风险限额控制，提高流动性风险精细化管理水平。加强流动性风险数据积累，建立有效的流动性风险计量模型，对缺乏历史数据的新产品、新业务，加强前瞻性风险研判，审慎评估流动性风险。定期开展流动性压力测试，制定切实有效的应急预案，并保持充足的流动性缓冲水平。

（二十五）加强操作风险及外包风险管理。建立符合数字化环境中开放式价值链风险特征的操作风险评估与管控框架，增强运营韧性。有效管控价值链中与第三方合作企业相关的集中度风险和供应链风险，做好业务连续性规划和应急管理，保障关键外部合作方的可替代性。坚持管理责任、核心能力不外包原则，强化对外部合作方的准入管理，加强风险评估、监测、预警和退出管理。

（二十六）防范模型和算法风险。建立对模型和算法风险的全面管理框架，制定管理制度，对模型数据的准确性和充足性进行交叉验

证和定期评估。审慎设置客户筛选和风险评估等模型的参数，并使用压力情景下的参数进行模拟校验。定期评估模型预测能力及在不同场景下的局限性，确保模型的可解释性和可审计性。模型管理核心环节要自主掌控。加强消费者权益保护，防止算法歧视。

（二十七）强化网络安全防护。构建云环境、分布式架构下的技术安全防护体系，加强互联网资产管理，完善纵深防御体系，做好网络安全边界延展的安全控制。加强金融生态安全防护，强化与外部合作的网络安全风险监测与隔离。建立开放平台安全管理规范，提高业务逻辑安全管理能力。建立新技术引入安全风险评估机制，强化技术风险管理，实施开源软件全生命周期安全管理。建设安全运营中心，充分利用态势感知、威胁情报、大数据等手段，持续提高网络安全风险监测、预警和应急处置能力，加强行业内外部协同联动。

（二十八）加强数据安全和隐私保护。完善数据安全管理体系，建立数据分级分类管理制度，明确保护策略，落实技术和管理措施。强化对数据的安全访问控制，建立数据全生命周期的安全闭环管理机制。加强第三方数据合作安全评估，交由第三方处理数据的，应依据“最小、必要”原则进行脱敏处理（国家法律法规及行业主管、监管部门另有规定的除外）。关注外部数据源合规风险，明确数据权属关系，加强数据安全技术保护。加强对外发布信息安全管理。

七、组织保障和监督管理

（二十九）加强组织保障。各银行保险机构要高度重视数字化转型工作，提高思想认识，加强组织领导，明确任务分工，落实工作责

任，保障人力和财务资源投入，贯彻落实数字化转型工作目标要求。

（三十）强化监督管理。银保监会及各级派出机构要加强对辖内银行保险机构数字化转型工作的指导和监督。将数字化转型情况纳入银行保险机构信息科技监管评级评分。推动银行保险机构切实落实战略规划、组织流程、能力建设和风险防范等方面的要求，确保本意见确定的各项工作有序开展、取得实效。各行业协会要主动作为，开展银行保险机构数字化转型培训和经验交流。

中国银保监会办公厅

2022年1月10日

员工不愿去异地办公遭解雇，公司违法吗？

来源：上海一中法院公众号

作者：王剑平、徐文进

日期：2022年2月14日

上海一中院在履行司法审判职能的同时，历来高度重视精品案例工作，以总结司法裁判经验，着力提升司法裁判品质。在全国法院系统2020年度和2021年度优秀案例分析评选活动中，上海一中院分别有13篇和20篇案例获奖，获奖总数位居全市法院第一。官方微信公众账号《案例精选》专栏选取审判实践中具有典型意义的优秀案例予以推送，以供参考。

无过失性辞退中情势变更的司法认定

薛某诉某科技服务有限公司上海分公司经济补偿金纠纷案

【关键词】

无过失性辞退、情势变更、解雇“最后手段”、客观情况、重大变化、无法履行

【裁判要旨】

无过失性辞退中情势变更中“客观情况发生重大变化”的认定应当注重变更原因力来源的审查，且应将用人单位作为整体的表意主体来看待。只有用人单位之外的事由、且该事由对劳动力交换条件的变动产生主要影响的方可构成“客观情况发生重大变化”；对于劳动合

同“无法履行”的审查应当引入解雇“最后手段”理念，强调解雇是用人单位终极的、无法回避的、不得已的手段，注重对解除前协商方案的合理性进行实质审查，从而更加充分、全面地理解贯彻情势变更原则。

【相关法条】

《中华人民共和国劳动合同法》第40条

【案件索引】

二审：上海市第一中级人民法院(2018)沪01民终14408号(2019年3月5日)

【基本案情】

上诉人（原审薛某）：薛某。

被上诉人（原审A公司）：某科技服务有限公司上海分公司（下称“A公司”）。

薛某与A公司签订有无固定期限劳动合同，主要负责某校校务运营部助教及招生工作。

2018年3月13日，A公司发给薛某邮件，载有因组织机构调整，校务运营部转到杭州或北京，希望薛某“随业务转移，工作地点为杭州或北京，岗位不变；或者与公司协商一致解除劳动合同”等。薛某未予同意，并提出协商解除劳动合同的具体方案，未获得A公司同意。

3月21日，A公司制作解除劳动合同通知书，载有：因公司与薛某订立劳动合同时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行。经协商未能就变更劳动合同达成一致，故公司决定解除与薛

某的劳动合同等。此次部门调整前后，原在校务运营部任职的员工或辞职或转职至北京，校务运营部在上海已无工作人员。

薛某申请劳动仲裁，称A公司为业绩提升以及管理改进而迁移职能部门，是自主决定的自主管理行为，并非客观情况变化导致的被动行为，薛某请求判令A公司支付违法解除劳动合同赔偿金。

A公司辩称，由于大客户、产品资源主要集中在北京、杭州，A公司调整业务模式，将部门主营业务转移至北京、杭州，薛某所在校务运营部属支持部门，随同主营业务一并转移，故原劳动合同无法继续履行；A公司提出变更工作地点为杭州，未获薛某同意，A公司据此解除劳动合同符合《劳动合同法》第40条规定，属于合法解除，请求法院驳回薛某全部诉请。

劳动仲裁委裁决驳回了薛某的申请，薛某不服向一审法院提起诉讼。

【裁判结果】

一审法院认为，A公司为经营管理需要进行职能部门迁移，薛某所在校务运营部被迁移至北京或杭州，迁移后该部门在上海已无工作人员，故本案情形属于客观情况发生重大变化，遂驳回薛某的诉请。

二审法院认为，**第一**，A公司由于市场原因对相应业务资源进行整合调整，将薛某所在部门的业务集中至杭州及北京地区。应当认为构成客观情况发生重大变化。**第二**，由于部门迁移，业务已经调整，薛某原来在上海的岗位已经不存在，故原劳动合同无法继续履行。**第三**，双方就变更劳动合同内容进行了充分且合理的协商，但是并未达

成一致。同时 A 公司事先将解除劳动合同的理由通知工会并获无异议的回复。

因此，二审法院认为 A 公司的行为不构成违法解除，驳回薛某上诉请求维持原判。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：本案的争议焦点为 A 公司解除与薛某的劳动合同是否合法。薛某认为 A 公司违法解除劳动合同，而 A 公司则主张其依据《劳动合同法》第 40 条协商未能达成一致，支付了经济补偿金及代通金，属于合法解除。

依据《劳动合同法》第 40 条第三项的规定，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。

该项规定包括三层含义：一是劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，二是原劳动合同无法继续履行，三是用人单位与劳动者就变更劳动合同内容进行协商但未能达成协议的。

上海一中院结合案情对上述问题分述如下：

第一，A 公司组织架构调整是否属于客观情况发生重大变化。

《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）第 26 条规定，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的，用人单

位可以解除劳动合同，但是应当提前三十日以书面形式通知劳动者本人。

《劳动合同法》第40条第三项作了同样的规定，只是在《劳动法》的基础上，允许用人单位以额外支付劳动者一个月工资来代替提前三十日的通知期。而如何认定客观情况发生重大变化，《劳动合同法》并未作出详细的界定。

根据1994年原劳动部办公厅的《条文说明》，致使劳动合同无法履行的客观情况是指发生不可抗力或者出现使劳动合同全部或者部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等。该条文以列举、概括的方式对客观情况发生重大变化的情形进行了规定，但是该规定并未涵盖客观情况发生重大变化的全部情形。

解释法律，不仅仅要依从立法者当其立法时的意思，更是要依立法者如其在今日立法所应有的意思。

《劳动法》于1994年7月5日公布，1994年9月5日，原劳动部办公厅下发了条文说明对《劳动法》中表述不够明确具体的条文作了进一步的解释。随着我国社会经济发展的变化，尤其是近年来我国经济进入了新常态，产业结构和产业政策不断调整变化，导致企业经营环境也受到较大影响。

因此，对于客观情况发生变化不能机械地拘泥于劳动部1994年的解释，而是需要根据个案的具体情况作出更为客观准确的解释，以适应社会经济发展的变化。

本案中，薛某主张公司内部机构调整不属于客观情况发生重大变

化，认为《条文说明》所列第二种情形中的“企业迁移”应指企业在经营过程中由于某些自然原因或者宏观调控政策发生变化等客观情况的出现，使其在原地点继续经营将会给国家或者社会带来诸多不便而不得不作出的重大经营决策，所以应当将“客观情况发生重大变化”的解释仅限于企业外部环境发生的企业自身无法改变或者控制的重重大变故。

A公司则认为公司组织结构的调整及业务转型需要调整业务资源并迁移相关职能部门，确系出现了客观情况发生重大变化的情形。对此，A公司提供了《决定》、会议纪要、培训计划等证据并进行说明。

关于《决定》，薛某在原审中提供的证据（2）关于迁移某校在上海、广州、沈阳、重庆的职能部门的决定与A公司（1）中电子邮件的相应附件一致，该邮件经过了当庭演示，该决定所载内容与双方陈述的职能部门迁移情况基本吻合，故原审法院采信该决定，并无不当。

从该《决定》的来源看，该《决定》系某集团官方网站于2018年2月23日发布；从该《决定》的内容看，该决定可以证明经某校管理层决议，A公司因组织结构的调整及业务的转型需相应调整业务资源并迁移相关职能部门。因此，A公司原在上海、广州、沈阳、重庆的职能部门需相应迁移至杭州及北京，以支持A公司转型后的业务。

关于会议纪要、培训计划，薛某虽对其真实性均不予认可，但上述证据均与《决定》的内容相吻合，薛某仅有异议，未提出反驳，上

海一中院不予采纳。故上海一中院认定会议纪要、培训计划的真实性。

某集团官方网站公布的某校培训计划（2018年7月至10月间）及附件补充的某集团官方网站公布的某校培训计划（2018年12月至2019年计划）显示，某校培训课程安排根据业务的转型已进行了相应的调整，排课集中在杭州、北京地区。从课程的调整也可以印证A公司因组织结构的调整及业务转型需调整业务资源并迁移相关职能部门。

A公司并对组织结构调整的原因进行了说明：某集团的大客户群、自有品牌产品资源、培训教室等业务资源均集中在杭州及北京地区，为提供更好的客户服务体验以及其他增值服务，并对自有品牌产品大客户形成更好的聚焦及品牌效应，某校主营业务资源需相应调整至大客户集中的杭州及北京地区。

某校的主营业务将从原面向公开市场客户的各产品技术、管理、解决方案相关的服务、客户现场培训等转型至聚焦向公司渠道代理商、大客户群提供某集团自有品牌产品技术及现有重点客户相关的解决方案、管理培训服务及其他增值服务。

综上，从上述证据及当事人的陈述分析可以得知，由于市场的原因，某集团需要整合全国业务资源，因此，决定进行相应的业务资源调整，将薛某所在部门的业务集中至杭州及北京地区。A公司关于组织架构调整的主张，提供了某集团的组织架构调整的决定、会议纪要、组织架构图、培训计划等证据，并对组织架构调整背后的原因进行了说明，原审法院认定构成客观情况发生重大变化，并无不当。

第二，原劳动合同是否无法继续履行。实际上由于迁移，业务已经调整，薛某原来在上海的岗位已经不存在。薛某在仲裁时亦陈述某校在上海地区已经没有任何员工。虽然在原审中薛某陈述还有一人，但是A公司不予认可，薛某亦未提供相应证据予以证明，故上海一中院对薛某在原审中的该项主张不予采纳。

薛某的劳动合同于2016年1月1日变更至A公司，主要负责某校的招生与助教工作，工作地点在上海。现某校因组织架构调整及业务转型，某校的主营业务转型至某集团产品技术及重点客户相关的培训业务，业务资源需相应调整至大客户集聚的杭州及北京地区，A公司原上海、广州、沈阳、重庆的职能部门需相应迁移至杭州及北京地区以支撑A公司转型后的业务，因此，致使薛某原来的劳动合同无法继续履行下去。

第三，用人单位与劳动者是否就变更劳动合同内容进行协商，有无达成协议。

A公司在原审中提供的证据2系公司于2018年3月13日、3月19日向薛某发送的电子邮件，薛某认可其真实性。从该证据的内容来看，其中2018年3月13日的电子邮件显示，A公司提出了变更劳动合同工作地点、内部转岗等提议，并请薛某就上述提议回复或者提出其他要求。

A公司亦通过多种方式发布内部推荐职位信息、某集团职位招聘信息及某集团在上海地区职位招聘信息，但是薛某未对内部转岗提议进行回复或者提出要求。

2018年3月19日的电子邮件则显示，薛某仅提出离职补偿金、最后工作日及最后工作日前不接受考勤安排及工作安排的相关方案，未提出其他诉求。

从上述证据分析得知，双方就变更劳动合同内容进行了协商，但是并未达成一致。

【案例注解】

本案的争议焦点在于A公司的解除行为是否符合《劳动合同法》第40条第3款的规定？[1]也即本案情形是否属于无过失性辞退中的情势变更？

无过失性辞退是指《劳动合同法》第40条规定劳动者没有过失但用人单位依然有权依法解除劳动合同的情形。

情势变更是指合同有效成立后因当事人不可预见事情的发生，导致合同的基础动摇或丧失，若继续维持合同原有效力有悖于诚实信用原则时，则应允许变更合同内容或者解除合同的法理。[2]

情势变更原则是诚实信用原则的具体适用，目的在于消除合同因情势变更产生的不公平结果。情势变更原则在无过失性辞退中的适用直接表现为《劳动合同法》第40条第3款[3]——这也正是本案需要探讨的情形。

01、无过失性辞退中情势变更认定存在的问题

虽然法律已对情势变更原则在无过失性辞退中的适用做了明确规定，但司法实践中对于该条款的理解与适用存在相当大的不确定性，进而导致实务中对情势变更的认定呈现出明显的扩张态势，显然

已成为影响适法统一、劳动者权益保护、营商环境优化的重要问题。

[4]实践中对于无过失性辞退中的情势变更的认定存在诸多问题：

1. 情势是否变更的判断标准不明确

《劳动合同法》第40条第3款规定中的“客观情况”“重大”“无法履行”的判断在实践中存在相当的分歧。

首先，对于如何认定“客观情况”：1994年《劳动法》颁布后劳动部随即印发了《关于〈劳动法〉若干条文的说明》，实践中对“客观情况”的认定多直接引用该说明第26条[5]，尤其是其中对“企业迁移、被兼并、企业资产转移”情形的列举，使得实践中裁判多直接套用，却往往未对该情形是否由外部原因所致、以及外部原因的原因力大小进行分析。

用人单位属于拟制的法律主体，内部所有职能部门和管理人员在理论上均可代表用人单位在劳资关系中为表意行为。

以公司为例，实践中公司董事会、市场部决策撤销部门和岗位，人事部则以“客观”情况发生变化为由启动情势变更机制的事例比比皆是。

其次，对于如何认定“重大”变化：在此类案件中，法官在判断情势是否发生“重大”变化应当坚持怎样的价值理念和利益衡平，在具体案件中的裁判尺度应当如何把握全然未作规定。

再者，对于如何认定“无法履行”：实践中往往是以该职位是否依然存在、该职位是否已有人顶替来判断该合同是否尚有继续履行的可能。

然而通常而言，虽然岗位的名称、职责表述等具有可变性和流动性，但工作职能本身往往具有固定性和长期性。

例如某公司负责销售的职能内容一直存在，但该职能是否独立设置市场部抑或归并至其他部门中并不固定，因此对于如何判断合同“无法履行”往往并不具有逻辑的必然性。

2. 协商的形式和内容要求不明确

对于本条款所述“协商”是否符合一定的形式，对于协商的方案是否要做内容限定，法律并未作出明确规定。

单纯从字面理解，所谓协商的程序性设置仅要求双方围绕争议进行过意见表达和交换即可，并不要求形成统一意见，也不需要双方以特定的仪式或流程进行协商。

对于法院是否应当审查用人单位对劳动者协商方案的合理性存在不同理解。

实践中多数观点认为，在法律未作明确约定的情形下法官不应审查协商中替代方案的合理性。这直接导致实践中出现用人单位“毫无诚意”的协商，无论在新岗位薪资水平、工作内容、工作地点等方面与原岗位均没有可比性，但司法实践却往往认定用人单位已经完成《劳动合同法》第40条第3款的协商程序，进而认定解除程序合法。

3. 与经济性裁员的程序衔接不清晰

我们可以发现，《劳动合同法》第40条第3款无过失性辞退与第41条第4款经济性裁员的条文规定具有高度的类似性，只是后者对于解雇人数、解雇程序设定额外特别要求。尤其是要求将裁减人员

方案向行政部门报告，在客观上极大地限制了经济性裁员在实践中的适用。

然而，法律并未如同我国台湾地区的“大量解雇保护法”对经济性裁员与个别裁员的程序衔接进行规定。

如果两个法律规定的适用情形相同，但规制程序却存在“制度洼地”，按照劣币驱逐良币的理论，必然使得用人单位以拆分人数、“挤牙膏”的方式规避经济性裁员的适用，直接逐个引用第40条第3款的规定以避免向行政部门报告等诸多限制条件——实践中的情形恰恰证明了这一点。

这显然会影响到劳动者合法利益的保护，也在客观上影响了法律体系的协调性和一致性，对法治化营商环境的优化亦会造成负面影响。

02、无过失性辞退中情势变更认定的价值理念

对于《劳动合同法》第40条第3款情势变更条款的适用，我们应当以何种价值理念来认定呢？我们对劳动关系中的情势变更适用应当秉持宽松、抑或严谨的态度呢？

我们知道，在普通民法领域对于情势变更的适用是相当审慎的。这不仅体现在学术认知中，最高法院更是再三发文明确对情势变更原则的审慎姿态。

最高法院《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》（法[2009]165号）第2条明确规定个人法院务必正确理解、慎重适用（情势变更原则）。

如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。

这个通知固然有 2008 年金融危机后民商事合同违约泛滥的时代背景，但这种因为适法裁判的结果需要层报最高法院批准的事项相当罕见。[6]

客观上恰恰说明在普通民商事案件中，法院更多是以诚实信用原则为基础要求当事人遵守契约约定，侧重保护守约方的合法利益。

那么，我们在劳动法领域又应当秉持何种理念和态度呢？劳动法虽然产生了大量异于民法的规则，但民法背后的司法理念和基本原则仍可适用于关系。[7]

在此之前，我们需要明确一个基本事实——劳动法律的社会法属性要求我们对劳资关系中相对弱勢的劳动者一方施以倾斜保护。

为此，相较于一般民商事合同，劳动法律对用人单位对劳动合同的解除权作了极为严格的限制。那我们在审视劳动法领域的情势变更原则的适用时，必然也不能脱离这个大前提。

因此，我们不难得出一个基本结论——在劳动法领域，我们应当秉持比一般民商事合同领域更为审慎的态度适用情势变更原则——这要求我们在司法实践中对相关条款的解读上更为严格、谨慎。

03、无过失性辞退中情势变更认定的裁判规则

诚然，审慎的裁判态度不代表摒弃情势变更原则在劳动法领域的适用。

恰恰相反，劳动法律对用人单位的合同解除权作了极为严苛的限

制，虽然这是倾斜保护弱势劳动者的立法考量，但在特定情形下劳动合同的继续履行客观上的确会对用人单位的权益造成显失公平的伤害，或者该劳动合同的履行完全没有必要。

在当前优化营商环境的背景下，依法赋予用人单位一定的“退出机制”是可行的，也是必要的。

从裁判规则而言，我们认为应当从要素审查和程序控制两方面进行认定。

1. 应当回归法理对情势是否变更进行判断

我们认为，对于《劳动合同法》第40条第3款的理解适用，不能仅依赖于对该条款的过度解读，我们更应该回到该规定的法理依据出发——以情势变更原则的理论视角来分析问题。

对于客观情况的判断，我们不应仅仅局限于劳动者所在的用工部门而对用工部门外其他职能机构的表意行为均视作“客观情况”。

我们应当将用人单位作为整体的表意主体来看待，在实践中着重审查“情势变更”原因力来源。

只有用人单位之外的事由、且该事由对劳动力交换条件的变动产生主要影响的方可构成“客观情况”，否则用人单位能够轻易地以不同部门互为条件轻易突破法律规定，这对劳动法律的价值原则必然是个绝对的伤害。

2. 应当依据“最后手段”原则从严审查合同是否“无法履行”，对协商方案的合理性进行必要审查

对于“重大”的判断应当结合劳动合同“无法履行”加以综合判

断——对这两项要素的审查需要我们引入另外一个概念——解雇的“最后手段”原则，是指解雇应当是雇主终极、无法回避、不得已的手段。

早在1978年德国联邦劳动法院即确立了这一原则，我国台湾地区在1986年也确立了该原则。[8]

在实践中，即使客观情况发生了重大变化，也并不必然意味着需要将劳动者予以解雇。用人单位尚可以通过对劳动者调换岗位、更换工作地点等方式以避免解除劳动关系。

《劳动合同法》第40条第3款规定中的“无法履行”的界定实际上与解雇的“最后手段”原则具有异曲同工之妙，对于解雇行为的合法性判断，我们应当以审慎姿态对解除劳动合同的必要性进行审查，具体判断该解除行为是否是终极、无法回避、不得已的，更应该对协商方案的合理性进行审查——应当从劳动力的交换属性出发，以薪资为首要考察方面，对岗位职务、工作内容、工作地点等综合考量。

如果用人单位无法证明在协商过程中的方案具有合理性，我们应当认定该解除行为违法。

【注释】

[1]《劳动合同法》第40条【无过失性辞退】有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动合同本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：……（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

[2]梁慧星：《中国民法经济法诸问题》，中国法制出版社1999年版，第170页。

[3]《劳动法》第26条第3款与《劳动合同法》第40条第3款内容近乎于一致，故不作特别罗列。

[4]实践中裁判观点差异综述参见饶志静：《诚实信用原则在劳动法适用的类型化》，载《北方法学》2016年第3期，第90页。

[5]《关于〈劳动法〉若干条文的说明》第26条：……本条中的“客观情况”指：发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等，并且排除本法第二十七条所列的客观情况。

[6]目前仅在撤销涉外仲裁裁决、引渡中的量刑承诺时，存在需要层报最高法院审核的类似规定。分别参见《最高人民法院关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》第2条、《中华人民共和国引渡法》第50条。

[7]参见冯彦君：《民法与劳动法：制度的发展与变迁》，载《社会科学战线》2001年第3期。

[8]参见谢德成：《海峡两岸经济性裁员制度之比较》，载《海峡法学》2010年第4期，第14页。

股权质押未办登记风险谁来担

来源：上海二中院

作者：赵静

日期：2022年2月10日

股权质押因其明显的便利性，成为中小企业和个人融资中常见的物权担保方式。实践中，签署股权质押合同后，出质人未办理出质登记的情形屡见不鲜。在这一前提下，当债务人不履行债务时，风险谁来担？本文结合案例，从责任性质、方式及赔偿范围的确定等方面，分析出质人到底如何承担责任。

案 情

小刘向老张借款时，请来两家公司分别与老张签署股权质押合同，以各自持有的有限责任公司股权份额为小刘的债务提供股权质押担保。

后续两公司均未办理质权登记，其中一家公司还将质押股权出售并办理股权变更登记。后小刘未还款，两公司该如何承担赔偿责任呢？

最终，法院判决，已将股权出售的公司应在其出售款范围内对小刘不能清偿部分承担赔偿责任；另一公司以其持有的质押合同中所涉股权价值为限对小刘不能清偿部分承担赔偿责任。

一、责任性质

出质人需承担违约责任。违约责任，是合同当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时，依法产生的法律责任。质押合同有效成立后，出质人即负有办理质押登记的义务，如果其未依约办理质权登记，即构成违约，债权人可向其主张违约责任。根据《民法典》第五百七十七条规定，出质人对于不履行是否有过错，与责任无关，其免责的可能性仅在于证明有免责事由。

有观点认为除违约责任外，债权人还可以要求出质人承担担保责任。主要理由有两种，一种认为出质人同时负有以特定财产提供连带担保的合同义务，一种认为通过解释学在质权未设立时可转换为连带保证。对此，理论及实务尚有争议。

二、责任方式

1. **债权人有权主张出质人继续履行。**继续履行的构成要件包括：存在违约行为、违约方能够继续履行合同、守约方请求继续履行合同。债权人要求继续履行合同，办理质权登记的，只要不存在法律上不能履行的情况，法院均应支持。

2. **债权人有权主张出质人赔偿损失。**赔偿损失责任的构成要件包括：有违约行为、受害人受有损害、违约行为与损害之间有因果关系。

上述两项责任方式不存在主张顺次，具体责任方式由债权人自行选择。本案中，未将股权出售的公司不存在不能办理质权登记的情形，但老张要求其承担赔偿责任，亦无不可。

三、赔偿责任

1、确定赔偿范围的基本规则

根据《民法典》第五百八十四条、第五百九十二条之规定，确定出质人赔偿范围时应遵循以下规则：

第一，完全赔偿规则。从债权人视角，如果债务人未能如期清偿债务，其难以通过担保物权来保障债权实现。此时，未实现的债权及其相关费用就是债权人的全部损失，也是出质人担保的最大范围。

第二，可预见性规则。从出质人视角，即使质权设立，出质人也仅在质押财产价值范围内承担责任，是出质人在订立合同时所能预见的全部责任。

第三，与有过失规则。债权人对于损害结果有过失且该过失与损害结果存在因果关系时，可以减少相应的损失赔偿额。认定债权人是否存在过错应依据合同义务进行考量，具体减轻出质人责任的程度，由法官根据个案实际自由裁量。

本案中，两公司均抗辩老张在数年之中从未催促两公司办理质权登记，存在过错，对其损失应承担主要责任。法院认为，老张未积极催告就合同履行确属消极，但与质权未有效设立没有必然的因果关系，不符合与有过失的构成要件，不应减轻出质人的赔偿责任。

2、质押物价值

鉴于股权价值的波动性，从订立合同到最终判决，出质股权可能出现大幅增值或贬值的情况，如何确定质押物价值对双方利益影响甚巨。法院在认定质押物价值时可以综合合同约定、执行的便利性等区别处理：

其一，双方在签署合同时明确了质押股权价值或在诉讼中对股权

价值协商一致的，以双方合意的价值为质押物价值。

其二，双方未就股权价值达成一致的，应以股权拍卖、变卖或折价处理的价值为质押物价值。此种情形下，考虑执行的可操作性，可对争议股权采取保全措施，在执行阶段进行拍卖，以拍卖所得款作为其质押物价值。

其三，出质人将质押股权出售的，除债权人证明出质人存在恶意低价转让财产的情况，应将股权的出售价格认定为质押物价值。

股权质押涉及物权和合同两重法律关系，两者既关联又独立。不经登记无法设立质权，债权人无权主张优先受偿；而质权未有效设立，出质人仍需要根据债权人主张、合同约定等承担法律责任。

因此为了更好保障自身权益，债权人需要及时督促出质人办理登记手续。

过失相抵规则在金融服务合同纠纷中的适用

来源：人民司法

单位：上海市浦东新区人民法院

作者：余韬（一审承办人）卞贵龙

日期：2022年02月10日

【裁判要旨】

银行卡收单机构利用外包服务拓展市场时，外包服务机构未尽到对特约商户资质审查义务的，在收单机构自身存在审核不严的情况下，应减轻违约方的赔偿责任，具体责任承担及比例可参考外包业务的合法性、责任主体的替代性、损害发生的可控性、责任减轻的有限性等因素确定。

【案号】

一审：（2020）沪0115民初74259号

二审：（2021）沪74民终493号

【案情】

原告：易生支付有限公司（以下简称易生支付公司）。

被告：上海云资信息科技有限公司（以下简称云资公司）、康某。

易生支付公司系一家持有中国人民银行颁发的支付业务许可证并从事银行卡收单业务的支付机构，云资公司系一人有限责任公司，康某为云资公司的股东。2016年11月1日，易生支付公司（甲方）

与云资公司（乙方）签订了银联卡收单外包服务合作协议，约定由云资公司为易生支付公司提供推荐特约商户等服务。该协议主要内容包括：1. 甲方委托乙方为甲方的银联卡收单外包业务提供专业化服务，服务内容包括特约商户推荐，即乙方按照甲方的要求，向其推荐有意向受理银联卡业务的商户，提供商户信息并协助甲方完成商户调查，商户资料收集、整理与提交等工作，特约商户协议由甲方负责审批和签约；2. 乙方承诺在甲方授权地区向甲方提供银联卡收单外包专业化服务，保证推荐商户符合甲方特约商户入网标准；3. 对于乙方推荐的商户给甲方造成的风险和损失，乙方应与商户承担连带责任，除非乙方能够证明该风险是由商户自身原因造成的，与乙方无关，且乙方已尽了审慎推荐、严格审查的义务……

2016年11月，案外人张有兴在未获得授权的情况下，私自以上海虹源建筑装潢发展有限公司（以下简称虹源装潢公司）名义向云资公司申请案涉POS机并提交申请材料，其中商户注册信息登记表中“工商注册名称”栏填写虹源装潢公司，“实际经营名称”栏填写满懿上海房地产咨询。其后，云资公司向易生支付公司推荐了名称为虹源装潢公司的特约商户，并向原告转交了上述申请材料。易生支付公司根据云资公司转交的材料核发了案涉POS机。

2017年12月20日，上海市黄浦区人民法院作出（2017）沪0101刑初1036号刑事判决。该判决书载明：张有兴利用担任满懿（上海）房地产咨询有限公司（以下简称满懿公司）中介业务员的职务便利，以代缴尾款税费的名义，使用其私自办理的案涉pos机，收取下家被害人钱款后占为己有并花用殆尽。被告人张有兴构成诈骗罪等罪，被

判处有期徒刑并处罚金。其后，满懿公司与易生支付公司就张有兴犯罪造成的客户损失承担发生争议，经法院调解，易生支付公司赔偿满懿公司 959481.87 元。

本案中，易生支付公司诉称，云资公司未审查商户的资质，推荐的客户并不符合银联卡收单外包服务协议的要求，已构成违约，应赔偿易生支付公司的损失 959481.87 元及相应的利息。康某作为云资公司的一人股东，应承担连带责任。云资公司、康某辩称，易生支付公司违法外包资质审查业务，应属无效。云资公司仅负有协助审查的义务，易生支付公司长期未发现商户资质问题，自身存在重大过错，应自行承担损失。

本案审理中，易生支付公司和云资公司均确认，双方在审核案涉 POS 机申请材料时，除与案外人张有兴联系外，均未通过其他方式核实材料真实性，也未与满懿公司联系核实商户的注册名称和实际经营名称。

【审判】

上海市浦东新区人民法院经审理认为，双方在合同中约定，云资公司承诺向易生支付公司提供银联卡收单外包专业化服务，保证推荐商户符合原告特约商户入网标准。对于云资公司推荐的商户给易生支付公司造成的风险和损失，云资公司应与商户承担连带责任。本案中，云资公司未采取其他合理措施审慎核实材料的真实性，即向易生支付公司推荐涉案商户，并最终导致易生支付公司向案外人赔付相应损失的结果，云资公司已经违反合同约定，易生支付公司有权要求云资公司承担违约责任。

关于云资公司应承担的损失赔偿比例问题。民法典第五百九十二条第二款规定：当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额。《银行卡收单业务管理办法》第三十五条规定，收单机构应当自主完成特约商户资质审核等业务活动。第三十六条规定，收单机构应当在收单业务外包前制定收单业务外包管理办法等。易生支付公司作为专业支付机构，相比于云资公司，对案涉POS机申请材料显然有更强的审核能力，也应承担最终的审核责任。然而，易生支付公司对案涉POS机申请材料并未进行必要的核实，对自身损失发生存在明显过错。法院综合考虑双方的专业程度、审核义务以及过错情况，酌定云资公司应承担的损失赔偿金额为易生支付公司损失的30%。

关于原告的具体损失数额。易生支付公司与满懿公司在法院的主持下达成调解协议，并实际赔付满懿公司因案涉POS机造成的相关损失959481.87元，赔付金额是根据满懿公司诉请金额1540045元的约60%计算得出。由于该数额及相应解释尚属合理，且被告云资公司未举证证明该数额与事实不符，故易生支付公司以此计算其因云资公司违约造成损失数额的意见，法院予以认可，云资公司应赔付的损失为287844.56元。此外，鉴于康某为一人有限责任公司的股东，康某不能证明公司财产独立于自身财产，故康某应对云资公司的上述赔偿义务承担连带责任。

据此，一审法院判决，云资公司及康某赔偿易生支付公司损失287844.56元。一审判决后，云资公司提起上诉。上海金融法院经审理认为，一审判决认定事实清楚、适用法律正确，故判决驳回上诉，

维持原判。

【评析】

在银行卡收单行业中，收单机构利用外包服务机构拓展市场、发展新的特约商户情况较为普遍。本案系外包服务机构向收单机构推荐特约商户时，收单机构和外包服务机构均未认真审查商户资质，导致银行卡收单机构错误核发了POS机，从而引发的违约损害赔偿纠纷。案件主要审理难点在于如何将民法典规定的过失相抵规则应用到金融服务合同的违约责任认定中，特别是收单机构和外包服务机构均存在商户资料审核不严的情况下，相关违约责任如何分摊。

一、过失相抵规则可适用于违约责任的判定

过失相抵规则最早来源于罗马法中的“旁氏规则”，意为因自身过错导致的损害不能视为损害。但这种规则采用的是全有或全无的标准，这与英美法系早期在侵权责任领域的适用标准相似，但在合同责任的研究领域论述较少。在传统理论中，过失相抵规则的核心在于根据受害人的过错来降低侵害方的赔偿责任，讨论的重点也在过错问题上，所以对于过失相抵规则也有了混合过错、过错相抵、与有过失等论述，但其本意近乎一致。在损害赔偿法上的过失相抵规则不仅可以适用于损害的发生，也可应用到损害的扩大，如果加害人能够证明受害人对损害的发生或扩大具有过错的，应减轻或免除赔偿义务人的责任。〔①〕

对过失相抵规则的理论基础，存在过失分担说、惩罚不当行为说、损害控制说、保护加害人说、危险领域说及公平原则与诚信原则说，

最高人民法院则倾向于认为公平原则是过失相抵规则的正当性依据。[②]也就是说，当受害人的过错行为与加害人的行为共同导致损害的发生或扩大时，要求加害人并非自己的行为导致的损失承担责任，不仅有违公平原则，也不符合自己责任的原则。[③]根据这一理论，可以将过失相抵规则理解为损害赔偿法的一项基本规则，无论是侵权之债还是违约之债，都有过失相抵的适用空间。

从我国的立法历程上看，对过失相抵规则的规定多在侵权责任领域。过失相抵最初规定于民法通则第一百三十一条，在后的侵权责任法第二十六条除了对文字表述作了变化外，基本延续了民法通则的规定。而合同法和民法总则对此并无明确规定，在合同法领域涉及过失相抵的只有最高法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《买卖合同司法解释》）第30条，由此便导致了长期的司法实践中，对过失相抵规则能否适用于合同责任的问题产生了不小的争议。部分观点认为，违约责任应严格遵循无过错原则，对于过失相抵的适用仅限于买卖合同中，其余的违约责任不作比例区分。当然，亦有将买卖合同中的过失相抵规则类推适用于所有合同的倡议，但长期未有立法支持。直至民法典第五百九十二条出现，才有了立法上的定论。该条在合同法第一百二十条原有的双方违约的规定基础上新增了第二款：“当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额”。该款实际上是吸收了《买卖合同司法解释》的规定，将买卖合同中的过失相抵规则扩展到所有合同责任，将过失相抵作为计算违约损害赔偿范围的重要规则，

与大陆法系及《国际商事合同通则》等国际交易规则相呼应，违约责任领域自此正式确立了过失相抵规则。

二、本案中外包服务机构的违约责任应当适用过失相抵规则

（一）过失相抵与双方违约的区分

双方违约与过失相抵均规定于民法典第五百九十二条，易产生法律适用关系上的混淆。其实在民法典颁布之前，实践中也存在用合同法第一百二十条的双方违约制度类推适用过失相抵规则的情况，将受损方的过错也视为一种违约，双方违约责任进行结果上的充抵后，也就实现了减轻违约方责任的目的。但实践中两者存在明显区别，双方违约制度调整的关系中存在两个违约事实，双方均要为自己的违约行为承担违约责任，在责任的发生上具有独立性，而过失相抵规则适用的情形只有一个违约事实，但是基于该违约事实产生的损害双方均有过错，最终仅产生了一个违约责任。本案纠纷的发生源于云资公司未按银联卡收单外包服务合作协议的约定对商户的资质进行认真审查，导致易生支付公司接收的客户并不符合标准，双方订立的合作协议中仅将资质审查义务分配给了云资公司，故仅存在云资公司的单方违约行为，不能适用双方违约的规则来处理本案。

（二）过失相抵与减少损失规则的区分

民法典第五百九十一条规定的减少损失规则与合同法第一百一十九条基本一致，减少损失规则要求合同另一方在一方违约后，应采取适当的措施防止损失的扩大，否则不得就扩大的损失请求赔偿。在大陆法系，减少损失规则往往会被过失相抵规则吸收，但我国立法将

两个规则作分别适用解释，主要是考虑到：第一，两种规则的理论基础不一样。减少损失规则是基于诚信原则产生的，而过失相抵规则考虑更多的是公平原则。第二，适用前提不同。减少损失规则仅能解决违约损失中扩大部分的承担责任，违约行为刚发生时并不能适用，而过失相抵规则主要解决损害发生时的责任分摊，一旦违约行为发生，就存在过失相抵的讨论空间。第三，法律后果不同。适用减少损失规则时可以免除违约方对损害扩大部分的全部责任，过失相抵规则是根据双方的过错大小来划分责任承担比例。本案的损害发生后，易生支付公司直至案外人张有兴案发，收到相关投诉以及满懿公司提起赔偿诉讼时才知晓云资公司的违约行为，客观上还未产生扩大损失，减少损失规则无法适用于本案。

（三）本案应按照过失相抵规则判定责任

本案中，收单机构与外包服务机构签订合同，约定申请POS机的特约商户资质由外包服务机构负责审核，外包服务机构推荐的特约商户存在瑕疵的，应当承担全部的损失赔偿责任。被告作为外包服务机构，未按照约定严格审核材料，显属违约。但《银行卡收单业务管理办法》第三十五条规定，收单机构应当自主完成特约商户资质审核、受理协议签订、收单业务交易处理等业务活动，收单机构作为收单业务主体的管理责任和风险承担责任不因外包关系而转移。原告作为专业支付机构，应承担最终的审核责任。然而，原告对案涉POS机申请材料未进行必要核实，仅凭被告云资公司转交的材料即完成审核签约，且未发现申请材料中的明显不合理之处，致使案外人张有兴得以

利用POS机以及刷卡时错误显示的商户名称实施犯罪。本案中，根据双方的合同约定，被告存在明显违约行为，而原告则不存在违约，不属于双方违约或减少损失规则的适用范围，但原告对自身损失发生存在明显过失，符合民法典第五百九十二条所确定的过失相抵规则的适用条件。

另外，本案的法律事实发生于民法典实施之前，关于过失相抵规则在此前的合同法中并未规定，但最高法院《关于适用民法典时间效力的若干规定》第3条规定：“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释没有规定而民法典有规定的，可以适用民法典的规定，但是明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务或者背离当事人合理预期的除外”，本案的审理可以适用民法典的过失相抵规定。

三、根据过失相抵规则判定违约责任需考虑的因素

虽然民法典第五百九十二条第二款将过失相抵规则扩大为所有违约责任中损害赔偿范围的限定方法，但就具体的规则适用及责任减少比例仍有待讨论。在本案所涉的银行卡收单业务外包服务合同纠纷中，判断双方的责任比例可从以下因素考量：

（一）业务外包的合法性

本案的收单业务外包服务合同主要内容是易生支付公司将部分银行卡收单业务外包给云资公司，让云资公司为易生支付公司完成商户资质审查等工作。在判断双方过错时，首先应审查合同约定的内容是否合法，若法律基于防控金融风险、规范市场秩序等因素禁止金

融机构外包特定业务，对于此类业务的外包可能涉及合同效力问题，进而影响到违约责任的成立。就本案所涉的外包业务而言，虽然《银行卡收单业务管理办法》第三十五条规定，收单机构应当自主完成特约商户资质审核、受理协议签订、收单业务交易处理、资金结算、风险监测、受理终端主密钥生成和管理、差错和争议处理等业务活动，但并未禁止收单机构将资料审核等工作交由外包服务机构承担，只是需要自行承担商户资质的最终审核责任。也就是说，《银行卡收单业务管理办法》强调的是收单机构外包业务后的风险管控和对外责任承担，云资公司提出的涉案合同无效而不应承担违约责任的主张无法成立。

（二）责任主体的替代性

涉及银行卡收单业务的外包工作时，应注意审查业务外包是否会导致责任主体的转移。通常而言，通过合同设置的义务并不具有对抗善意第三人的效果，第三人信赖的依然是法律所规定的义务主体。因此，银行卡收单机构通过协议的方式外包特约商户申请材料审核业务时，对商户资质的审查义务不因收单业务外包而转移。本案中，云资公司虽依照合同实际承担了商户资质的审查责任，但双方的协议中也约定了“特约商户协议由易生支付有限公司负责审批和签约”，易生支付公司不因业务外包及相关合同的约定而免除自身的审批和签约义务。在易生支付公司和云资公司均未充分履行POS机申请材料审核义务的情况下，双方对损失的发生均存在过错。

（三）损害发生的可控性

实践中，违约行为与损害后果之间往往不是一一对应的关系，多因一果、一因多果的情况时有发生，所以理论上才产生了通过比较原因力的方式来确定双方责任比例的方法。原因力的强弱、大小与合同当事人对损害结果的防控能力、防控行为存在内在联系，当事人在损害发生上具有较强的管控能力时往往会对应更多的义务和责任，尤其是在金融领域，金融机构作为风险的直接管控者，理应承担更多的法律义务和道德义务，在金融创新时同步做好风险防控工作。本案中，易生支付公司作为专业支付机构，相比于云资公司，对案涉POS机申请材料显然有更强的审核能力，然而，易生支付有限公司对申请材料并未进行必要的核实，仅凭云资公司转交的材料即完成审核签约，且未发现案涉商户注册信息登记表中名称不一等明显不合理之处，只要易生支付有限公司稍加注意即可避免损害的发生，故法院认定其应承担主要责任。

（四）责任减轻的有限性

需要注意的是，过失相抵规则仅是减轻违约方责任的一种制度，并不能改变违约责任成立与否的无过错本质。一般而言，违约方应负的违约责任并不会因受损方的过错而全部免除。考虑到过失相抵规则是公平原则平衡下的产物，合同严守原则视角下的违约方仍然是首要责任方，过多地减轻违约方责任并不符合合同严格责任的要求。因此，在司法实践中，法院一般不得仅依据过失相抵规则完全免除违约方的责任。

综上所述，原告易生支付公司和被告云资公司对特约商户申请材

料均未尽到必要的审核义务，造成案涉 POS 机被错误核发，被犯罪分子利用实施诈骗。在原告易生支付公司已赔偿案外人因此造成的损失的情况下，被告云资公司应当承担违约责任，赔偿原告损失。由于原告对损失的发生也存在过错，依法可以减少被告相应的损失赔偿额。结合特约商户资质审核的最终责任主体、双方风险控制能力、责任减轻的有限性等因素考虑，法院酌情将被告云资公司赔偿金额减少至原告实际损失的 30%。被告康某为被告云资公司的一人股东，两被告未证明公司财产独立于股东财产，故被告康某对被告云资公司的上述赔偿义务承担连带责任。

(案例刊登于《人民司法》2022 年第 2 期)

[①]程啸：“论侵权行为法上的过失相抵制度”，载许章润主编：《清华法学》，清华大学出版社 2005 年版，第 24 页。

[②]最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社 2021 年版，第 838 页。

[③]程啸：“过失相抵与无过错责任”，载《法律科学（西北政法大学学报）》2014 年第 1 期。