

# 法律资讯汇编

## (2022 第 06 期)

上海王岩律师事务所  
2022年06月

# 目 录

行业新闻—— 中国银保监会发布《商业银行预期信用 损失法实施管理办法》 .....	3
新法速递—— 商业银行预期信用损失法实施管理办法 .....	5
案例解析—— 法定继承纠纷案件的审理思路和裁判要点 .....	18
业务研究—— 股权代持合同解除若干实务问题（附案例） .....	34
—— 侵权约定赔偿的适用规则 .....	40

## 中国银保监会发布《商业银行预期信用损失法实施管理办法》

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2022年5月18日

近日，中国银保监会印发了《商业银行预期信用损失法实施管理办法》（以下简称《办法》）。《办法》是银保监会规范商业银行内控管理和风险管理的重要举措，对于夯实商业银行拨备管理基础，提高风险防范化解能力，促进银行稳健运行和有效服务实体经济具有重要意义。

《办法》旨在规范商业银行预期信用损失法实施的内控机制和管理流程，夯实信用风险拨备管理基础，重点规范以下几方面内容：一是明确预期信用损失法实施治理机制。《办法》规定了商业银行董事会及其专门委员会、监事会、高级管理层、牵头部门和其他相关部门在预期信用损失法实施管理中的职责，重点强化了董事会的管理审批责任和对预期信用损失法实施外部审计质量的监督责任。二是夯实预期信用损失法实施基础。《办法》要求商业银行建立完备的预期信用损失法管理制度，组建预期信用损失法实施管理团队，开发预期信用损失法相关信息系统，加强信用风险历史数据积累和信息收集维护等。三是规范预期信用损失法实施过程，《办法》要求商业银行提高信用风险敞口风险分组、阶段划分、模型搭建、前瞻性调整、管理层叠加、参数管理、模型验证等实施环节的规范性和审慎性水平。四是

---

加强预期信用损失法监管，《办法》要求各级监管机构通过非现场监管、现场检查等方式对商业银行预期信用损失法管理情况进行监督，针对存在的问题采取相应监管措施，依法进行行政处罚。

下一步，银保监会将指导督促商业银行认真做好《办法》的贯彻落实，不断提升商业银行预期信用损失法实施水平，促进商业银行高质量发展。

## 商业银行预期信用损失法实施管理办法

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2022年5月18日

### 第一章 总则

**第一条** 为推动商业银行提升预期信用损失法实施质量，有效识别信用风险，及时充足计提信用风险损失准备，根据《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》《企业会计准则》等有关法律法规，制定本办法。

**第二条** 本办法适用于在中华人民共和国境内依法设立的商业银行，包括中资商业银行、外商独资银行和中外合资银行。

**第三条** 本办法所称预期信用损失法是指商业银行依据《企业会计准则》要求，对所承担的预期信用损失进行评估，并依此计提信用风险损失准备的方法。

**第四条** 预期信用损失法适用于商业银行以摊余成本计量或以公允价值计量且其变动计入其他综合收益的贷款、债券、同业业务、应收款项、租赁应收款、其他债权类投资等表内承担信用风险的金融资产，以及财务担保合同、贷款承诺等表外承担信用风险的项目，以下统称信用风险敞口。

商业银行应运用预期信用损失法，对以公允价值计量且承担信用风险的其他金融资产进行预期信用损失评估，以判断其公允价值计量的合理性。

**第五条** 商业银行预期信用损失法实施应当遵循以下原则：

（一）全面性。预期信用损失法实施应全面覆盖表内外各项信用风险敞口，相关内部控制和决策审批流程覆盖预期信用损失法实施全过程。

（二）真实性。预期信用损失法实施及其评估结果应真实反映商业银行信用风险水平和预期信用风险变化。

（三）谨慎性。预期信用损失法实施及其评估结果应充分考虑信用风险管理面临的各种不确定性，审慎评估计量信用风险损失准备。

（四）动态性。商业银行应根据自身信用风险水平及外部社会经济金融等环境变化，动态评估预期信用损失法的适用性及其评估结果的合理性，及时进行优化调整。

（五）匹配性。商业银行应建立与自身资产规模、业务特点、信用风险特征、风险管理能力相匹配的预期信用损失法管理体系

## 第二章 预期信用损失法管理

**第六条** 商业银行应加强预期信用损失法管理，明确董事会及其专门委员会、监事会、高级管理层、牵头部门和其他相关部门的职责分工，建立完备的预期信用损失法实施相关管理制度，加强预期信用损失法实施全过程控制，夯实预期信用损失法实施基础，不断提高预期信用损失法管理水平。

商业银行不得通过预期信用损失法实施调节利润、调节财务指标和监管指标、规避监管要求。

**第七条** 董事会承担预期信用损失法管理的最终责任。主要职责包括：

（一）审批预期信用损失法实施相关管理制度。

（二）审批预期信用损失法实施相关的重要政策、重要模型以及关键参数。

审批内容至少包括：信用风险敞口风险分组方法、阶段划分标准、宏观经济多情景指标及其权重的计算方法、预期信用损失评估模型及其关键参数、前瞻性模型及其关键参数、管理层叠加模型及其关键参数、模型验证机制、定期财务报告中应计提的信用风险损失准备和信息披露内容，以及上述事项的调整。

（三）听取预期信用损失法管理和内外部审计情况报告，监督高级管理层全面落实预期信用损失法实施相关管理制度。

董事会可授权其下设的专门委员会具体履行预期信用损失法管理职责。专门委员会应当配备相关专业人员，确保其具备履行上述职责的能力。

**第八条** 董事会下设的审计委员会负责对预期信用损失法实施内部审计有效性、外部审计质量、信息披露透明度等进行审查。其中针对预期信用损失法外部审计质量，重点审查以下事项：

（一）外部审计师是否在预期信用损失法审计中通过合理安排审计计划、配备合格审计人员以及加强审计质量管理等，确保审计人员在审计各个阶段均保持高度的职业怀疑态度。

（二）外部审计师是否通过了解银行的业务模式、相关管理流程等有效识别和评估预期信用损失法实施相关的重大错报风险领域。

（三）外部审计师在哪些领域以及何种程度依赖银行的内部控制，是否对拟依赖的内部控制实施了有效性测试。在内部控制无效或存在重大缺陷的情况下，审计师是否及时调整审计计划、实施更有效的审计程序。

（四）外部审计师是否充分利用相关专家的工作来检验预期信用

损失法实施相关的重要模型以及关键参数。

（五）外部审计师是否制定并实施充分的审计程序，获取了充分适当的审计证据。

**第九条** 监事会负责监督董事会和高级管理层在预期信用损失法管理方面的履职尽责情况，相关监督情况应纳入监事会工作报告。

**第十条** 高级管理层负责组织实施预期信用损失法，执行董事会决议，向董事会报告预期信用损失法管理情况。主要职责包括：

（一）研究制订预期信用损失法实施相关管理制度，提交董事会审批。

（二）根据董事会的授权，审批预期信用损失法实施相关的模型及参数。

（三）贯彻落实预期信用损失法实施相关管理制度，明确预期信用损失法实施相关部门职责分工及报告路径，健全内部控制流程，配备充足的 IT、人力等资源，搭建管理信息系统。

（四）组织实施预期信用损失法，对预期信用损失法实施相关模型进行验证和优化。

（五）至少每年向董事会汇报一次预期信用损失法实施相关管理制度落实情况。

**第十一条** 商业银行应指定牵头部门负责预期信用损失法实施工作。牵头部门应独立于产生信用风险敞口的业务部门。主要职责包括：

（一）牵头起草预期信用损失法实施相关管理制度。

（二）牵头设计和实施预期信用损失法，协调相关部门推进信息系统建设，组织开展风险分组、阶段划分、模型搭建、前瞻性调整、管理层叠加、参数确定、模型验证、实施评估、信用风险损失准备计提等工作。

(三)协调相关部门加强预期信用损失法相关基础数据管理和信息收集,牵头制定获取前瞻性信息指标多情景预测值以及确定情景权重的方法。

(四)协调相关部门对预期信用损失法实施相关模型或参数的调整进行充分论证并报董事会或高级管理层审批。

(五)根据预期信用损失评估结果确定财务报告中应计提的信用风险损失准备,报送高级管理层及董事会审批。

(六)至少每半年向高级管理层报告一次预期信用损失法实施情况。

**第十二条** 商业银行内部审计部门负责对管理层组织实施预期信用损失法情况进行监督。主要职责包括:

(一)检查预期信用损失法实施相关管理制度落实情况。

(二)评估牵头部门及其他相关部门履职情况。

(三)审计预期信用损失法相关内部控制和审批流程设计的合理性和执行的有效性。

(四)向董事会报告预期信用损失法审计发现问题、提出改进建议并监督整改。

**第十三条** 商业银行预期信用损失法实施相关管理制度应包括但不限于部门职责分工、系统开发、基础数据管理、信息收集、风险分组、阶段划分、模型搭建、前瞻性调整、管理层叠加、参数确定、模型验证、实施评估、信用风险损失准备计提、信息披露等相关政策及内部控制流程。

**第十四条** 商业银行应组建预期信用损失法实施管理团队,配备充足资源和满足履职要求的专业人员。

**第十五条** 商业银行应开发预期信用损失法相关管理信息系统,

支持预期信用损失法管理体系有效运行，提高预期信用损失评估的自动化水平。

**第十六条** 商业银行应持续提升信用风险管理水平，充分识别影响信用主体信用风险变化的各项驱动因素，及时识别信用主体信用风险变化，对信用风险进行有效评估或分级。

**第十七条** 商业银行应持续加强信用风险相关历史数据的积累和管理，为预期信用损失法实施提供可靠基础数据或参数。

商业银行自身积累的历史数据无法满足预期信用损失法实施要求的，应加强对外部数据的收集和管理。

商业银行应建立完备的历史数据存储机制，确保对外披露的信用风险损失准备计提结果可以复现。

**第十八条** 商业银行应加强信用风险相关定量信息和定性信息收集，建立有效的信息维护制度，确保相关信息及时、准确、完整，确保相关信息及时、充分运用于预期信用损失法实施全过程。

**第十九条** 预期信用损失法实施应严格执行内部控制和决策审批流程，留有详实的文档记录。相关文档记录应至少包括：

（一）预期信用损失法实施相关管理制度及其审批情况。

（二）预期信用损失法实施管理的会议纪要及重要决策文件。

（三）预期信用损失法实施相关风险分组、阶段划分、模型搭建、前瞻性调整、管理层叠加、参数确定、模型验证、实施评估、信用风险损失准备计提、信息披露等情况，以及针对上述事项所进行的调整、依据和审批情况。

（四）监事会监督情况报告、内部审计报告、外部审计报告。

（五）向董事会、监事会或高级管理层汇报预期信用损失法实施管理情况的报告。

### 第三章 预期信用损失法实施

**第二十条** 预期信用损失法实施主要包括风险分组、阶段划分、模型搭建、前瞻性调整、管理层叠加、参数确定、模型验证、实施评估、信用风险损失准备计提、信息披露等内容。

**第二十一条** 商业银行可采用单项评估或者组合评估的方式评估信用风险敞口的预期信用损失。

商业银行可根据产品类型、客户类型、客户所属行业及市场分布等信用风险特征，对信用风险敞口进行风险分组，并至少每年对分组的合理性进行一次重检修正。

当组合内的风险敞口信用风险特征发生变化时，应及时对分组合理性进行重检，必要时应根据相关信用风险敞口的共同风险特征重新划分组别。

不论单项评估还是组合评估，商业银行均应确保评估结果充分反映所有可获得的历史、当前和前瞻性信息。如果单项评估中没有考虑前瞻性信息的影响，商业银行应在组合评估时考虑前瞻性信息的影响。

**第二十二条** 商业银行应通过判断信用风险自初始确认后是否显著增加或已发生信用减值，对信用风险敞口进行阶段划分。

（一）商业银行在阶段划分时，应评估与信用主体及其信用风险敞口相关可获得的信息。相关信息包括但不限于：

信用主体在商业银行的内部信用等级；信用风险敞口的风险分类、逾期状态，以及合同条款等信息；商业银行对信用主体授信策略或信用风险管理方法的变动信息；信用主体的征信、外部评级、债务和权益价格变动、信用违约互换价格、信用利差、舆情等信息；信用主体及其股东、关联企业的经营和财务信息；可能对信用主体还款能

力产生潜在影响的宏观经济、行业发展、技术革新、气候变化、自然灾害、社会经济金融政策、政府支持或救助措施等相关信息。

（二）商业银行应建立独立的、定量与定性相结合的阶段划分标准，至少每年对阶段划分标准进行一次重检修正。

商业银行应对信用风险敞口的历史数据和当前风险状况进行分析，识别出与信用风险变化最相关的各类驱动因素，据此制定阶段划分标准，判断信用风险显著增加所用的阈值应对风险变动足够敏感。

商业银行在设定违约概率阶段划分定量标准时，要明确风险敞口违约概率变动的绝对水平和相对水平。

商业银行应确保阶段划分具有前瞻性，通常情况下不得将逾期天数作为阶段划分的唯一标准，不得用内部评级或风险分类替代阶段划分。

商业银行对公业务信用风险敞口，通常情况下应能够做到在信用主体信用状况恶化但尚未逾期之前将其划分至第二阶段。

商业银行信用风险敞口逾期超过 30 天的，应至少划分至第二阶段，除非有充分合理的信息证明信用风险并未显著增加；逾期超过 90 天的信用风险敞口，应划分至第三阶段，除非有充分合理的信息证明信用主体并未违约。

（三）商业银行不应机械使用阶段划分标准，而应坚持实质性风险判断原则，根据对信用主体信用状况和还款能力的分析，判断信用风险是否显著增加。

商业银行对修改或重新议定合同条款的信用风险敞口，不得仅依据合同条款的修改或重新议定直接进行阶段划分的调整，而应根据对信用主体信用状况和还款能力的分析，判断是否进行阶段划分的调整。

（四）商业银行应制定严格的阶段划分上迁标准。对公业务信用

风险敞口应至少满足该敞口在一定的观察期内（不少于6个月）均按时还本付息，并预计未来能够正常还款的情况下才能从第三阶段上迁至第二阶段；第三阶段信用风险敞口不得直接上迁至第一阶段。

（五）商业银行应针对具有较低信用风险的信用风险敞口制定严格的认定标准，以确保相关信用风险不会被低估。

（六）商业银行短期内无法通过阶段划分调整反映的风险因素，应通过完善评估模型、调整前瞻性信息指标多情景预测值或提高悲观情景权重、进行管理层叠加等方式反映。

**第二十三条** 商业银行应通过搭建预期信用损失评估模型来评估预期信用损失。商业银行原则上应采用违约概率/违约损失率模型法评估预期信用损失。

违约概率/违约损失率模型法是指通过对单项或组合信用风险敞口在多情景下的违约风险暴露、违约概率、违约损失率、存续期等模型参数进行估计并加权平均计算预期信用损失的方法。

**第二十四条** 商业银行实施违约概率/违约损失率模型法确有困难的，可采用损失率模型法评估预期信用损失。

损失率模型法下违约概率、违约损失率两个模型参数合并为损失率一个模型参数进行估计。

商业银行搭建模型存在较大困难的，也可以利用母行、集团、发起行或其他类似管理机构所开发的模型。

**第二十五条** 商业银行应加强宏观经济预测分析，充分评估前瞻性信息对预期信用损失的影响。

商业银行应根据业务性质确定驱动信用风险变化的前瞻性信息指标。当某前瞻性信息指标与信用风险的相关性发生显著变化时，应及时更换调整前瞻性信息指标。

商业银行应提高前瞻性信息预测情景的精细度，根据自身经营情况和宏观政治经济形势设置多种基础情景，并明确不同情景的权重；必要时应结合压力测试结果增加极端情景。

商业银行可以采取内部专家预测方式获取前瞻性信息，也可以采用外部机构数据确定前瞻性信息；前瞻性信息既包括国内信息，也包括与信用风险相关的其他国家和地区的信息。

商业银行应通过建立前瞻性模型确定前瞻性信息对预期信用损失评估模型相关参数的调整。

商业银行应至少每半年对前瞻性信息进行一次更新，遇国内外重大事件（包括但不限于政治、经济、金融、卫生、环境、气候、自然灾害等事件）发生或相关政策重大调整时应及时更新相关前瞻性信息。

**第二十六条** 商业银行短期内难以通过阶段划分、评估模型、前瞻性调整反映相关风险因素对预期信用损失影响的，应及时通过建立管理层叠加模型对预期信用损失评估结果进行调整。

商业银行应审慎运用管理层叠加，对某一风险因素运用管理层叠加应有规范的审批流程；对于管理层叠加中需常态化反映的风险因素，应及时通过调整阶段划分、优化评估模型或进行前瞻性调整等反映其对预期信用损失的长期影响。

**第二十七条** 商业银行应根据可获得的所有数据和信息，计算确定预期信用损失法实施所涉及各种模型的参数。

商业银行利用内部数据估计模型参数时，应确保样本数据有代表性，反映商业银行的信用风险特征。

商业银行使用外购模型参数时，应对其合理性、可靠性、稳定性进行评估。

商业银行应确保模型参数充分反映前瞻性信息对预期信用损失

的影响。

商业银行应至少每半年更新一次模型参数，遇国内外重大事件发生或相关政策重大调整等情形时应及时更新模型参数。

**第二十八条** 商业银行应建立有效模型验证机制，对预期信用损失法实施所涉及的各种模型的稳健性、一致性和准确性进行验证，根据验证结果对模型进行优化。

（一）商业银行预期信用损失法实施模型验证包括投产前验证、投产后验证。

投产前验证重点检验模型设计的合理性、参数设置的恰当性和模型结果的可靠性。

投产后验证是指至少每年监控评估一次模型表现，用历史数据验证模型评估结果的可靠性和准确性；当开展新业务、遇国内外重大事件以及其他情况下发现模型存在重大缺陷时，要及时对模型有效性进行验证。

验证工作应由独立于预期信用损失法实施部门（团队、岗位）的第三方独立开展，所形成的验证报告应报送董事会、监事会和高级管理层。

（二）商业银行应至少每 3 年聘请有能力的独立外部第三方机构对预期信用法实施模型进行一次全面验证，验证报告应报送董事会、监事会和高级管理层。

商业银行聘请的独立外部第三方机构原则上不得为同期负责该行年度财务报告审计的会计师事务所。

**第二十九条** 商业银行应至少每年对预期信用损失法实施情况进行一次评估，根据评估结果不断完善实施流程。评估时应重点关注：

（一）预期信用损失法实施是否已经充分覆盖适用范围内承担信

用风险的表内资产和表外项目。

(二) 预期信用损失法是否充分考虑了所有获取的内外部信息对信用风险的预期影响，包括国内外重大事件及其他前瞻性信息的影响。

(三) 预期信用损失法实施中对未来宏观经济多情景指标预测值及其权重的设定是否过于乐观或过度悲观。

(四) 商业银行已计提的信用风险损失准备是否能够有效覆盖预期信用损失。

**第三十条** 商业银行应至少按季度更新一次预期信用损失评估结果，根据评估结果及时、充足计提信用风险损失准备。

**第三十一条** 商业银行应按照《企业会计准则》要求披露预期信用损失法实施所采用的模型方法和参数信息，重点披露风险分组及阶段划分主要依据、宏观经济多情景指标预测值及其权重、管理层叠加等信息。

## 第四章 监督管理

**第三十二条** 银保监会及其派出机构可通过非现场监管、现场检查、调查及约谈等方式对商业银行预期信用损失法实施情况进行监督。

**第三十三条** 商业银行法人机构应在每年4月30日前将预期信用损失法实施情况报告报送银保监会或属地派出机构。报告至少应包括以下内容：

(一) 预期信用损失法实施相关管理制度执行及完善情况。

(二) 预期信用损失法实施相关重要模型、关键参数的调整依据及董事会审批情况。

(三) 预期信用损失评估结果、阶段划分情况。

(四) 内外部模型验证情况报告。

(五) 内外部审计发现预期信用损失法实施存在的问题及建议。

(六) 监管要求报送的其他信息。

**第三十四条** 银保监会及其派出机构可组织商业银行、负责商业银行财务报告审计的会计师事务所以及负责模型验证的独立外部第三方机构开展会谈,沟通了解预期信用损失法的管理、审计及验证情况。

**第三十五条** 银保监会及其派出机构必要时可要求商业银行组织内部审计部门或聘用第三方专业机构,对预期信用损失法实施进行专项审计或进行模型验证。

**第三十六条** 银保监会及其派出机构发现商业银行预期信用损失法实施违反本办法规定的,应要求商业银行在规定时限内提交整改方案、采取整改措施。

商业银行规定时限内未采取有效整改措施或整改后仍未达到本办法要求的,应提高其资本或拨备监管要求。

**第三十七条** 银保监会及其派出机构发现商业银行预期信用损失法实施违反本办法规定、预期信用损失评估不足的,以及通过预期信用损失法实施调节利润、调节财务指标和监管指标、规避监管要求的,依法进行行政处罚。

## 第五章 附则

**第三十八条** 经银保监会及其派出机构批准设立的其他金融机构(含村镇银行)参照适用本办法。

**第三十九条** 本办法由银保监会负责解释。

**第四十条** 本办法自公布之日起施行。

**第四十一条** 商业银行实施本办法存在较大困难的,可向银保监会或属地派出机构提出延期实施申请,但最迟不得晚于2023年1月

1 日起实施。

## 法定继承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

作者：潘静波、张家伟

日期：2022年5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《法定继承纠纷案件的审理思路和裁判要点》，推荐阅读时间 20 分钟。

### 法定继承

是指继承人范围、继承顺序、继承条件、继承份额、遗产分配原则及继承程序均由法律直接规定的继承方式。法定继承纠纷案件在家事纠纷案件中占比较大，且往往因当事人人数多、诉争利益大、事实查明难、多伴有家庭矛盾等原因导致审理难度较大。司法实践中，关于认定继父母子女关系、确定特定遗产范围等尚存在适法不统一的情形。近年来，随着经济社会的发展，各种新类型遗产不断出现，如何

妥善处理往往也存在较大争议。为促进此类案件的适法统一和妥当处理，本文结合司法实践中的典型案例，对法定继承纠纷案件的审理思路和裁判要点进行梳理、提炼和总结。

## 目录

### 一、典型案例

### 二、法定继承纠纷案件的审理难点

### 三、法定继承纠纷案件的审理思路和裁判要点

### 四、其他需要说明的问题

#### 一、典型案例

##### 案例一：涉及当事人是否具备继承人身份的审查

孙某、陈某于 1984 年登记结婚，婚后陈某与前夫所生之子陈甲（时年 9 岁）随孙某、陈某共同生活。1991 年，两人协议离婚，陈某与陈甲均从孙某住所搬离。陈甲成年后长期居住在国外。案涉房屋于 2000 年办理产权登记，登记产权人为孙某。孙某于 2016 年 5 月死亡后，各方就陈甲是否有权继承孙某遗产意见不一而涉诉。

##### 案例二：涉及继承人单方放弃继承后反悔的审查

巫某与邓某婚内育有巫甲等子女。沈某与巫甲系夫妻，两人亦育有两位子女。巫甲于 2010 年 6 月去世，未留有遗嘱。2017 年 8 月，巫某与邓某以公证方式签署《放弃遗产继承声明书》，表示自愿、不可撤销地放弃对巫甲遗产的法定继承权。后巫某、邓某称受骗签署相

关材料，放弃继承并非真实意思表示，遂提起诉讼请求分割巫甲的遗产。

### 案例三：涉及被继承人遗产范围的确定

李某与张某系夫妻关系，两人分别于2006年4月、2020年12月死亡。两人生前育有李甲、李乙两位子女。2005年，李某名下的房屋动迁安置时，李某、张某、李甲每人享有30平方米的动迁利益，相应的动迁款购买涉案房屋，房屋登记在李甲名下。李某、张某生前曾参加李甲举办的乔迁宴。李乙认为涉案房屋中有父母的遗产份额，应适用法定继承方式分割房产，李甲则认为涉案房屋中并无父母份额。因协商未果，李乙起诉要求李甲向其支付房屋折价款。

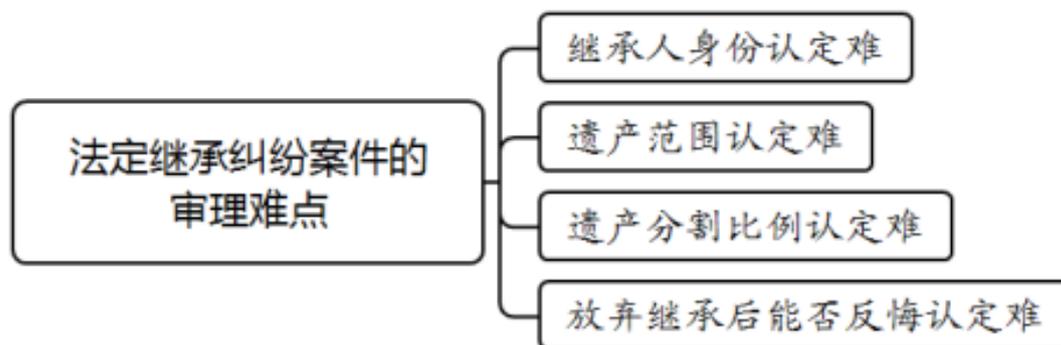
### 案例四：涉及部分继承人能否主张多分遗产的审查

王某与林某系夫妻关系，两人分别于2010年4月、2019年1月死亡。两人育有王甲、王乙、王丙三位子女。林某退休收入较高，在家居住期间聘请住家保姆照顾其起居。从2016年7月起至去世，林某一直居住在医院，由护士、护工照顾其生活。聘请保姆费用及住院相关费用均由林某支付。林某住院期间，王甲如无特殊情况每日都去医院看望林某。王乙、王丙在林某生前每月也会不定时看望林某。林某去世后，王甲以自己尽到较多的赡养义务为由起诉要求继承林某遗产的60%。

## 二、法定继承纠纷案件的审理难点

法定继承纠纷案件中，因被继承人已经去世，故审查其生前生活状态、行为意思表示大多只能通过旁证推测。这使得审查当事人是否具备继承人资格、特定财物是否属于遗产以及部分继承人是否尽到主

要扶养义务等存在难度。



### （一）继承人身份认定难

法定继承纠纷案件中，除配偶及具有血亲关系的近亲属外，养父母子女、继父母子女、尽到主要赡养义务的丧偶儿媳或女婿等有权要求作为继承人分割遗产；继承人以外的依靠被继承人扶养的人，或者对被继承人扶养较多的人，也可以分得适当遗产。

不同于配偶等身份较为明确的情形，继父母子女是否应认定为继承人、对被继承人扶养较多的人能否分得遗产，则需综合案件事实进行判断。然而相关案件事实一般为一段时间内被继承人与当事人之间生活的事实，大多需要结合当事人陈述、证人证言、照片、视频、缴费记录等细节性证据予以审查。

其中一些证明事项和证据形成的时间，往往距离案件审理已有十几年甚至几十年，当事人对相关内容的真实性争议较大。因此，当事人是否具备继承人身份、能否分得遗产的审查认定较为困难。

### （二）遗产范围认定难

法定继承纠纷案件中，被继承人的遗产多混同于夫妻共同财产或家庭共有财产中，审理此类案件时首先需进行析产，确定遗产的范围。

然而，该类案件中家庭共有财产多是通过征收安置、购买售后公房或自建房屋取得。特别是在征收安置中，一些被继承人由于行动不便，具体手续都交由子女至征收单位办理。若安置房屋仅登记在办理手续的子女名下，安置房屋中是否存在被继承人遗产份额需结合案情综合认定，该问题往往成为案件的争议焦点和审理难点。另外，在家庭生活中一些被继承人生前会将工资卡、存款、理财产品直接交由部分子女保管或使用。

此类由被继承人子女直接保管、支配的财产是否被合理使用，应认定为赠与还是保管，需要在案件审理中结合多方面因素综合认定，该问题也增加了认定被继承人遗产范围的难度。

### （三）遗产分割比例认定难

法定继承纠纷案件中，遗产分割规则较为复杂：同一顺序继承人继承遗产的份额一般为均等，但对生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人、对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，可以多分遗产；有扶养能力和扶养条件却不尽扶养义务的继承人应少分或不分遗产；继承人协商一致的，也可以不均等分割。

案件审理中，当事人对于继承人是否尽到主要扶养义务或未尽到扶养义务的事实，往往存在较大争议，且此类事实难以通过单一事实或证据予以证明，不仅需要考量、对比继承人付出的精力和财物，还要考量被继承人生前的生活状态、身体状态和生活来源等。即使认定了上述事实，在确定遗产分割比例时仍需综合考虑案件整体情况。

### （四）放弃继承后能否反悔认定难

在此类案件审理中，部分继承人明确表示放弃继承遗产后又反悔，当事人能否反悔往往成为案件争议的主要焦点。

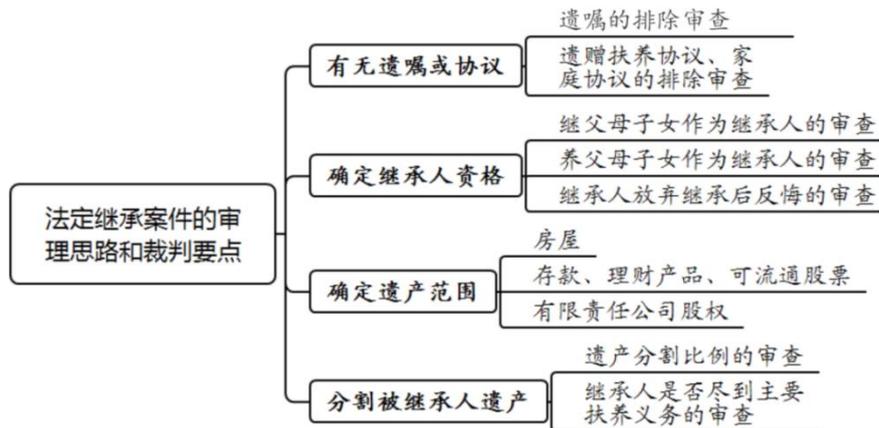
一般情况下继承人放弃继承后又反悔的法院不予准许，但若存在欺诈、胁迫或有违公序良俗等特定情形的，则可视情允许继承人反悔。在特定情形认定标准严格把握的情况下，对相关事实的审查认定也较为困难，因此继承人放弃继承后能否反悔的审查存在难度。

### 三、法定继承纠纷案件的审理思路和裁判要点

法院审理法定继承纠纷案件，要秉持公平原则和公序良俗原则。同时，由于该类案件涉及民生，关乎社会和谐稳定，案件处理既要符合法律规定，也要贯彻诚信、友善等社会主义核心价值观，践行尊老爱幼、互谅互让、团结和睦等中华民族传统美德，尊重日常生活中的常情常理。

在裁判文书说理中，凸显家事案件特点，倡导情、理、法的有机融合，达到法律效果和社会效果的统一。

具体到案件审理中，首先，应排除案件中存在遗嘱、遗赠扶养协议或家庭协议；其次，审核继承人身份，确定遗产继承人；再次，审慎审查并确定被继承人的遗产范围；最后，根据案情确定各继承人取得的遗产比例并据此分割遗产。



### （一）遗嘱、遗赠扶养协议、家庭协议的排除审查

法院审理继承纠纷案件，只有在审查确定无有效遗嘱、遗赠扶养协议及家庭协议的情况下，才应按照法定继承规则处理案件所涉遗产。

案件审理中，应当首先询问当事人有无遗嘱或家庭协议，并审查被继承人生前是否与他人签订遗赠扶养协议。若被继承人生前留有遗嘱或遗赠扶养协议，法院需着重审查遗嘱或遗赠扶养协议的形式要件，以及被继承人签订遗嘱或遗赠扶养协议时的行为能力，进而确定遗嘱或遗赠扶养协议的效力。

所谓家庭协议，多为父母与子女之间或子女之间就老人赡养问题、家庭财产的分配与继承所达成的一揽子协议。若当事人之间达成家庭协议，法院则应通过审查被继承人是否参与签订家庭协议、全部继承人有无签字、协议中是否附有其他义务等内容来认定家庭协议的效力。

需要注意的是，部分案件中虽然存在有效遗嘱、遗赠扶养协议或家庭协议，但若上述遗嘱、协议只处理部分遗产，对于其他未处理的遗产仍应按照法定继承规则处理。

### （二）审查确定继承人资格

《民法典》第 1127-1129 条对继承人的资格作出明确规定：继承开始后由被继承人的配偶、子女、父母作为第一顺序继承人继承；丧偶儿媳对公婆，丧偶女婿对岳父母尽了主要赡养义务的，作为第一顺序继承人。

没有上述继承人的，由被继承人的兄弟姐妹、祖父母、外祖父母作为第二顺序继承人继承。被继承人的子女先于被继承人死亡的，由被继承人子女的直系晚辈血亲代位继承。若被继承人的兄弟姐妹先于被继承人死亡的，由被继承人兄弟姐妹的子女代位继承。

《民法典》第 1125 条规定，继承人存在下列行为之一的，丧失继承权：（1）故意杀害被继承人的；（2）为争夺遗产而杀害其他继承人的；（3）遗弃被继承人，或者虐待被继承人情节严重的；（4）伪造、篡改、隐匿或者销毁遗嘱，情节严重的；（5）以欺诈、胁迫手段迫使或者妨碍被继承人设立、变更或者撤回遗嘱，情节严重的。

继承人有上述第三至五种行为，确有悔改表现，被继承人表示宽恕或者事后在遗嘱中将其列为继承人的，该继承人不丧失继承权。司法实践中，该类案件当事人对继承人资格的争议多产生于以下三类情形中：

### 1. 继父母子女作为继承人的审查

判断继父母子女之间是否享有继承权，以是否形成扶养关系为标准。确定是否形成扶养关系应重点审查继父母与未成年继子女共同生活的时间和状态，需结合结婚证、离婚证或离婚法律文书、户籍信息、当事人陈述、证人证言、照片、视频等证据材料判断继父母子女之间

是否形成较为稳定的扶养关系，进而认定部分当事人是否属于继承人。

需要注意的是，最高法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》第54条规定，生父与继母或生母与继父离婚后，对曾受其抚养教育的继子女，继父或继母不同意继续抚养的，仍应由生父母抚养。

根据上述规定，继父母与继子女是基于姻亲而产生的一种事实上的扶养关系，这种关系是由法律拟制的。父母离婚后，若继父母不同意继续抚养继子女的，则可解除与继子女之间的拟制血亲关系，子女由其生父母抚养。然而，若生父母死亡时已形成扶养关系的未成年子女无其他抚养人，一般不允许解除继父母子女关系。

**如案例一中**，陈甲曾经由孙某抚养，但在其生母陈某与孙某离婚时陈甲尚未成年，且孙某、陈某在离婚协议中明确约定陈甲由陈某继续抚养，孙某不再承担抚养费。在此情形下，应认定孙某不再继续抚养是对已形成抚养事实的终止，孙某与陈甲之间的继父子关系视为解除。此外，从陈甲与孙某的继父子关系解除起至孙某病故，期间长达二十余年，双方并无来往，且陈甲成年后也不存在赡养孙某的事实。

因此本案继承发生时，陈甲与被继承人孙某之间继父子关系已解除，陈甲不符合《民法典》规定的有扶养关系的继子女情形，陈甲对被继承人孙某的遗产不应享有继承权

## 2. 养父母子女作为继承人的审查

收养行为形成于1992年4月1日之后的，认定养父母子女关系以县级以上人民政府民政部门的登记为准。若收养行为发生于1992

年4月1日之前，则要依据当时的法律、政策等审查收养关系是否存在。

该种情况下，需要综合考虑**户籍登记信息、亲友群众公认以及村委会、居委会证明**等证据，以确认收养人与被收养人是否达到以父母子女关系长期共同生活的程度。事实收养关系可以从被收养人与收养人共同生活年限、收养人是否以收养为目的，以及是否存在公认的父母子女关系三个方面进行认定。

### 3. 部分继承人放弃继承后又反悔的审查

在继承开始之后至遗产分割之前，如部分继承人以书面形式向其他继承人表示自愿、无条件地作出放弃继承的意思表示，则被继承人死亡时遗留下的权利义务，视为从继承开始就与该放弃继承人无关。

因放弃继承是单方民事法律行为，除继承人放弃继承致其不能履行法定义务的情形外，放弃行为自意思表示作出时生效，故遗产处理前或者在诉讼进行中继承人对放弃继承反悔的，一般不应准许。

然而，司法实践中以下例外情形应予以特别考量：（1）其他继承人同意放弃继承人反悔的；（2）放弃的意思表示存在欺诈或胁迫的；（3）放弃的意思表示存在错误认识的；（4）放弃的结果影响家庭伦理的。

如**案例二**中，巫某和邓某出具的声明书名称为“放弃遗产继承声明书”，具体内容的文义表述清晰明确，并不存在隐瞒或者欺诈的情形，放弃遗产继承声明书依法成立并有效。巫某和邓某出具声明书时，两人放弃遗产继承的意思表示即生效。巫某的配偶沈某对巫某获得财产的贡献度更大，巫某和邓某放弃继承遗产是祖父祖母将儿子的遗产

留给孙子孙女，符合传统习俗和日常经验法则，难以判定存在显失公平情形，故法院对二人的诉讼请求予以驳回。

### （三）审查确定遗产范围

一般而言，被继承人名下的**房产、存款、理财产品、股权、股票、车辆**以及**债权、债券**等财产均属于被继承人的遗产。另外，被继承人的**丧葬补助金、抚恤金**等虽非被继承人遗产，但系被继承人死亡后产生，为减少当事人讼累，当所有当事人均申请或同意在法定继承案件中一并处理时，法院可以一并处理。

在审查被继承人遗产时，需要当事人提供房产证、银行流水等证据来确定被继承人遗产范围。若被继承人的遗产混同于家庭共有财产或夫妻共同财产，则需要依法进行析产，再对析出的遗产予以继承。司法实践中常见的遗产类型主要有以下几种：

#### 1. 房屋

被继承人名下的房屋或房屋份额为被继承人的遗产，在确定遗产范围时一般以产权登记为准。案件审理中应要求当事人提供产权登记资料，以确认房屋权属情况。

司法实践中，因房屋多有明确的产权登记，当事人多对房屋是否属于被继承人遗产不持有异议。在部分案件中，系争房屋来源于动迁安置房或售后公房，虽然取得的房屋直接登记在部分继承人名下，但被继承人在房屋取得过程中作出较大的贡献，如被继承人同为被安置人、购买售后公房时使用了被继承人的工龄、购买房屋时被继承人大量出资等。在上述情形下，当事人之间往往对被继承人是否享有部分

产权意见不一。

对此，一般情况下未登记在被继承人名下的房屋和被继承人的购房出资款不宜轻易认定为遗产，但有以下三种情形的除外：

### **(1) 被继承人生前主张过相应权利**

若有书证、聊天记录、证人证言等证据证明被继承人生前曾通过居委会、村委会、人民调解委员会或诉讼等途径向房屋所有人主张过权利，且被继承人与房屋所有人未达成一致意见，法院则需审查被继承人是否在系争房屋中享有产权份额以及被继承人出资的购房款是否为借款。如认定被继承人享有房屋产权份额或出资款为借款，则认定的房屋份额或借款为被继承人遗产。

### **(2) 被继承人与房屋所有人达成过协议**

若被继承人与房屋所有人就产权问题或出资款问题达成过协议，在审查确认被继承人对系争房屋取得确有贡献以及协议真实有效的基础上，协议约定的财产一般为被继承人遗产。

### **(3) 被继承人因客观原因无法主张权利**

此种例外多发生在因动拆迁取得房屋的情形下，被继承人作为被安置人生前不知晓拆迁安置房屋全部登记在他人名下，或知晓相关情形因重病等客观原因无法主张权利。

若继承人提出上述主张，法院需结合拆迁安置协议等证据证明被继承人作为被安置人确有房屋产权份额，并通过证人证言、聊天记录等证据推断被继承人生前的意思表示。如缺乏证据证明被继承人已放弃其应安置的房屋产权份额，则被继承人应享有的房屋份额也列为遗

产分割处理。

如**案例三中**，李某的房屋在拆迁安置时，李某、张某、李甲均为拆迁安置人口，后拆迁安置房屋登记在李甲名下。根据拆迁安置部门的规定，该登记行为需取得李某、张某的同意，李某、张某生前均未向李甲主张过相关权利，李某、张某还参加了李甲的乔迁宴，应认定系争房屋中并无李某、张某的遗产份额，对李乙的相关主张不予支持。

需要注意的是，部分法定继承纠纷案件中，当事人将继承城市公房承租权列为诉讼请求。对于此类诉请，法院不宜在继承案件中直接确定被继承人死亡后城市公房的承租人，可告知当事人应先行向公房管理部门申请变更承租人，若继承人之间对承租人人选无法达成一致意见且公房管理部门不能直接认定承租人，应另行诉讼解决。

## 2. 存款、理财产品、可流通股票

被继承人去世时，其名下银行账户、证券账户内的存款、理财产品、基金及股票应作为遗产予以分割，案件审理中法院需审查银行、证券账户信息和资金流水。对于被继承人生前名下存款大额转出的情形，法院应通过审查**银行账户明细、汇款单、交易对手信息、证人证言、当事人陈述以及病历等**证据材料认定**转款时间、转账人、转款目的、转款金额以及被继承人当时身体状况等事实**。

若转账操作人为被继承人本人，除有证据证明所转款项为借款或用于其他明确用途外，一般不应将转出款项认定为遗产。若转账操作人非被继承人本人，则要先认定被继承人对转账事宜是否知情。在不能认定被继承人知晓转账事宜的情况下，需要实际转账人举证证明转

账目的和用途，如实际转账人不能作出合理解释和说明，则应将转出款项列入遗产范围进行分割。在能够认定被继承人知晓转账事宜的情况下，可参照转账操作人为被继承人本人的情形处理。

### 3. 有限责任公司股权

在股份有限公司自然人股东死亡的情形下，由于股份有限公司资合性的特征以及股权以股票的形式表现，股权作为被继承人的财产而由继承人按照继承程序进行。然而在有限责任公司中，由于股权更具人合性，公司股权并非当然可继承。

根据《公司法》第75条及最高法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第16条规定，公司章程可对有限责任公司股权的可继承性予以限制。

若公司章程未作限制性规定，或根据公司章程规定继承人可以继承股权，则继承人对股权的继承原则上与普通继承适用同样程序与规则，在法定继承纠纷案件中一并予以处理。若公司章程对股东资格作出限制性规定，则应告知继承人同公司其他股东等另行协商处理股权变现后的继承问题。

#### （四）分割被继承人遗产的要点

在确定继承人和遗产范围后，如无特别约定或其他特殊情形的，应首先从遗产中扣除被继承人合理、必要的丧葬费用，然后根据各继承人对被继承人的赡养、扶养情况以及继承人是否存在生活困难等因素确定继承比例。最后，依据有利于发挥遗产使用效益原则，结合继承人的实际需要，充分兼顾各继承人的利益对遗产予以处理。

## 1. 认定遗产分割比例的审查要素

在确定继承人范围和被继承人遗产后，应以平均分配为原则在继承人之间分割遗产；如继承人之间协商一致，亦可不均等分割遗产。生活有特殊困难又缺乏劳动能力的继承人、对被继承人尽了主要扶养义务或与被继承人长期共同生活的继承人，在分配遗产时可以适当多分。有扶养能力和有扶养条件却不尽扶养义务的继承人，应当不分或者少分。若被继承人有尚未出生胎儿的，应当为胎儿保留遗产份额。

在该类案件审理中，法院应审查遗产数量、共同生活时长、部分继承人为赡养老人付出的财产和精力，综合各方面因素酌定各继承人应继承的遗产比例。需要注意的是，若继承人中有未成年人，且未成年人并非代位继承人或转继承人，从未成年人利益最大化的角度考量，未成年人获得的遗产比例一般应多于其他成年继承人。

## 2. 继承人是否尽到主要扶养义务的审查

在该类案件审理中，对于继承人是否尽到主要扶养义务的审查，应结合当事人陈述、证人证言、被继承人医疗记录、被继承人银行账户记录、照片、视频等证据认定被继承人生前生活状况、就医情况、经济来源以及身体状况等事实，进而判断部分继承人是否尽到对被继承人的主要扶养义务。

如案例四中，林某生前退休收入颇高，在家生活期间长期聘用住家保姆照顾自身生活起居。后因病长期住院治疗期间，林某也主要靠护士、护工照料。王甲虽然基本上每日看望林某，但林某的生活起居并非由其照料，其也未因赡养林某产生大额支出，故每日看望的行为

仅是尽了为人儿女的孝道，不能认定为尽到赡养的主要义务，法院最终判决王甲、王乙、王丙均分林某的遗产

### 3. 遗产中房屋的分割方式

与银行存款、股票等遗产不同，法院在处理房屋时不能机械地按比例分割，应当依据有利于发挥房屋使用效益的原则，结合继承人的实际需要，在充分兼顾各继承人利益的基础上进行处理。

对于遗产中房屋的分割方式，法院在审理中应充分听取各继承人的意见，结合继承人有无支付房屋折价款的能力，从有利于房屋实际使用的角度考量，决定各继承人按份共有房屋或房屋归部分继承人所有并向其他继承人支付折价款。若系争房屋由部分继承人长期居住，在居住人有支付折价款能力的情况下，一般应判决系争房屋归居住人所有。

### 四、其他需要说明的问题

近年来，网络店铺、网络游戏装备、网络加密数字货币等新类型财产逐渐成为新型遗产，但因新类型财产涉及的领域较广，且其效力、定性、价值等问题均较为复杂，宜根据具体个案情况，结合国家法律及政策规定、网络服务协议约定等内容，对相关问题作出审慎认定。

同时，对于被继承人遗产混同于家庭共有财产或夫妻共同财产时产生的析产问题、被继承人的债务问题、农村宅基地房屋的继承处理等，因上述问题具有特殊复杂性且并非法定继承案件专有，本文亦未作专门论述。

## 股权代持合同解除若干实务问题（附案例）

来源：法务部观察

日期：2022年5月20日

经济生活实践中，股权代持的情形较为普遍，因此，相关法律规定及司法实践对于股权代持合同的效力基本都持肯定态度，除非具有法定无效情形。除较为常见的代持合同效力以及股东显名问题外，股权代持合同解除以及解除所涉相关问题也值得关注。

『法务部』在本文梳理了：（1）股权代持合同是否属委托合同；（2）隐名股东解除代持合同的限制；（3）股权代持关系解除后的涉税处理。通过相关案例的解读，与各位共同学习探讨股权代持合同解除及相关问题。

### 壹 股权代持合同是否属委托合同

司法实践中，这一问题时常被提及，主要涉及对股权代持合同的性质判断，当然，更主要是其背后当事人对股权代持合同有无任意解除权的争论与探讨。

在实践中，与股权代持合同最近似的是《民法典》中关于委托合同的规定。通常我们称股权代持为股权委托代持，之所以探讨股权代持合同在法律性质上是否属于委托合同，主要源于《民法典》第九百三十三条“委托人或者受托人可以随时解除委托合同”的规定。如果

合同性质为委托合同法律关系，委托合同的双方均享有任意解除权，显名股东有权解除代持合同，隐名股东也有权解除委托合同法律关系。

司法实践中，我们检索到的案例大多数是将股权代持合同认定为委托合同关系的。

### **案例 1：(2020)鲁民终 1494 号**

法院认为：于世祥与恒昌煤业公司工会之间就代持股权形成委托法律关系。于世祥虽然不是公司章程记载的股东，但基于委托关系及投资事实，对恒昌煤业公司、恒昌焦化公司依法享有股权财产收益，代持人并不享有该项财产权益。

### **案例 2：(2021)川 01 民终 15964 号**

法院认为，严菲菲与伏柯之间的代持股协议系委托代理法律关系，严菲菲作为受托人，有权行使单方解除委托关系的权利，现严菲菲请求解除与伏柯之间的股权代持委托关系并不违反法律规定，应予准许。

### **案例 3：(2019)苏民申 6527 号**

法院认为：《股权代持协议书》系委托合同，委托人或者受托人可以随时解除委托合同。王新红提出解除《股权代持协议书》，具有相应事实和法律依据。

### **案例 4：(2020)浙 06 民终 3516 号**

一审法院认为，一审法院认为，本案系以股权代持形式的委托合同纠纷。杨锦江与灿烽公司于 2017 年 5 月 11 日签订的《股权代持协议》应认定有效。根据我国合同法的相关规定，杨锦江作为委托人，

有权随时解除委托合同，现杨锦江诉请解除双方签订的《股权代持协议》，应予以支持。二审法院进一步认为，本案中杨锦江和灿烽公司之间形成以股权代持形式表现的委托合同。我国合同法第四百一十条规定，委托人或者受托人可以随时解除委托合同，因此杨锦江要求解除代持协议的诉请符合法律规定。

以上案例可见，司法实践中，大多数的裁判均将股权代持合同在法律性质上认定为委托合同，并根据委托合同的相关规定赋予双方当事人单方面解除合同的权力。但司法实践中也存在另外两类不同的特殊情形：

### 1、排除任意解除权的约定应得到尊重

#### 案例 5：(2018)粤 03 民终 13735 号

《股权代持协议》在性质上属于委托合同，但\*\*在签订该合同时通过约定的方式放弃了任意解除权，即未经东方汇富公司同意，不得解除对东方汇富公司的委托。本案东方汇富公司违反协议约定将包括代持的\*\*的股权设置了质押担保，确实属于违约行为，\*\*是否可以据此解除协议，该院认为，\*\*在没有任意解除权及约定解除条件成就的情况下，需审查是否符合法定解除的情形。

### 2、不能简单定性为单纯的委托合同

#### 案例 6：(2019)沪 02 民终 11814 号

法院认为：涉案《承诺书》由周仁清、刘敏华、王永清三方签字，《承诺书》的内容关系到公司内部管理，不能将《承诺书》视为单纯的委托合同，而适用合同法上关于委托合同解除的相关规定，也要考

考虑公司法及其司法解释对公司治理的规则，从而对案件进行综合判断。周仁清与刘敏华之间达成文汇公司股权代持协议的目的在于使文汇公司符合工程造价咨询企业甲级资质，该资质的得失对文汇公司的经营具有重要影响。周仁清在历次诉讼中作出的诉讼策略选择也是基于其对自身及文汇公司的利益进行综合考量的结果，故其应当承担与之相对应的法律后果。综上，本院认为，周仁清要求解除《承诺书》的诉讼请求缺乏事实基础及法律依据，本院不予支持。

## 贰 隐名股东解除代持合同的限制

### 案例 7：（2021）京 02 民终 3457 号

法院认为：股权代持合同虽然属于实际出资人与登记于股东名册和工商部门的股东之间订立的内部合同，但其履行会影响到双方之外的目标公司的经营和债权人的利益。在本案中，《股权托管协议》虽然不因违反法律、行政法规的强制性规定或者违背公序良俗而无效，但中食担保公司属于融资性担保公司，属于经金融监管部门批准设立的金融机构，其经营行为不仅影响股东的利益，还影响到信赖中食担保公司而提供融资的广大债权人的利益，更涉及到国家和地区的金融秩序，中食公司在成为中食担保公司的股东时应当明确知道其作为大股东，负有审慎、合法、合规经营的义务，现中食担保公司的债权人向人民法院申请中食担保公司破产，人民法院已经裁定受理。另有债权人以中食公司抽逃出资为由而提起股东损害债权人利益责任纠纷诉讼，该诉讼目前未审结，中食公司或者其他股东是否存在抽逃出资行为或其是否应当对抽逃出资承担责任仍不能确定。若允许中食公司

解除《股权托管协议》，将不利于中食担保公司债权人利益的保护，也不利于破产程序的进行。

中食公司在与嘉园公司签订《股权托管协议》时，应当预判到该行为可能存在的风险，其决定与嘉园公司建立所谓的托管关系，并接受嘉园公司的赠与，就应当承担该行为可能给中食公司带来的风险。在中食担保公司已进入破产程序的情况下，中食公司以发生了《股权托管协议》约定的情形为由，要求解除《股权托管协议》，实质在于要求从中食担保公司脱身，属于滥用其合同权利，损害债权人利益的行为，本院无法支持。中食公司可待中食担保公司破产程序终结以及与债权人相关诉讼终结后，通过合法途径解决其与嘉园公司的纠纷。

在(2021)沪02民终8913号民事判决书中，上海二中院就法定代表人辞任问题提出了类似观点：就陆贇提出的应当适用委托合同相关法律规定主张辞任法定代表人，本院认为，虽陆贇作为受托人拥有任意解除其与友丽公司间委托关系的权利，然于友丽公司破产清算之际，解除委托并非只涉及委托各方间的法律关系，还涉及与公司债权人、利益相关人之间的法律关系的处理。一审法院适用企业破产法等相关法律保护公司债权人和友丽公司的合法权益，保障债权债务的公平清理，并无不当，本院予以支持。

### 叁 股权代持关系解除后的涉税处理

通常而言，税务机关一般都确认实际出资人从名义股东名下收回股权的行为是股权转让行为，会从形式上进行征税，堵住股东虚构股权代持行为逃避税收的漏洞。

《股权转让所得个人所得税管理办法（试行）》（国家税务总局公告2014年第67号）（以下简称“67号公告”）第三条规定：“本办法所称股权转让是指个人将股权转让给其他个人或法人的行为，包括以下情形：（一）出售股权；（二）公司回购股权；（三）发行人首次公开发行新股时，被投资企业股东将其持有的股份以公开发行方式一并向投资者发售；（四）股权被司法或行政机关强制过户；（五）以股权对外投资或进行其他非货币性交易；（六）以股权抵偿债务；（七）其他股权转移行为。”

显然，67号公告第三条第四项已明确将“司法机关强制过户”列为股权转让的情形之一，所以通过司法判决强制变更股权是无法对抗税务机关的检查和调整的；当然，通过法院判决的方式确认股权代持关系，给了与税务部门进行协商沟通的一种可能性，因为根据“实质课税原则”，隐名股东作为股权的实际所有者，虽由名义股东对外登记但并未改变经济实质，依据“**实质课税原则**”，因代持关系解除后而引发的股权变更并不构成股权转让，也不存在股权转让所得，当然无需缴纳个人所得税。

67号公告第十三条对股权转让双方能够提供有效证据证明转让价格具有合理性的情形作出了规定，据此，**若显名股东与隐名股东之间存在该等合理情形的**，或可采取低价或平价转让股权而被认定为合理，进而达到节税效果。

## 侵权约定赔偿的适用规则

来源：人民司法

单位：上海市高级人民法院

作者：朱佳平（二审承办人）

日期：2022年04月21日

### 【裁判要旨】

当事人对将来再次侵害知识产权之行为约定的损害赔偿数额，可以兼具补偿与惩罚的双重功能。被诉行为属于故意重复侵害知识产权的，可依据当事人在先的惩罚性赔偿约定确定赔偿数额。

### 【案号】

一审：（2019）沪73民初175号

二审：（2020）沪民终555号

### 【案情】

原告：禧玛诺（新）私人有限公司（以下简称禧玛诺公司）。

被告：宁波赛冠车业有限公司（以下简称赛冠公司）、宁波优升车业有限公司（以下简称优升公司）。

原告禧玛诺公司是外观设计专利“自行车后变速器”（专利号：ZL201230022870.0）的专利权人，该专利权目前有效。2015年1月，禧玛诺公司向法院提起诉讼，指控赛冠公司制造、销售、许诺销售的

HG-21A 自行车部件侵犯了上述外观设计专利权。案件审理期间，两公司达成调解协议，赛冠公司承认侵权行为，并承诺停止制造、销售、许诺销售任何落入涉案专利权保护范围的产品，删除所有登载侵权产品的宣传资料，否则支付禧玛诺公司违约金 100 万元。在此期间，赛冠公司将部分生产设备、商标转让给了优升公司，赛冠公司的高级管理人员徐某、凌某等人也前往优升公司就职。

2016 年 5 月、2017 年 5 月，禧玛诺公司委托代理人分别前往中国国际自行车展览会，对展会会刊、展台布置、宣传册、展位工作人员名片等进行公证证据保全，发现上述物品均同时对外公示了优升公司与赛冠公司名称，宣传册中均包含了 HG-21、HG-21A、HG-24、HG-24A、HG-24B 产品，2017 年宣传册用不干胶对 HG-21A 型号产品进行了遮挡。2017 年 11 月，禧玛诺公司向赛冠公司发送律师函，表明后者在展会上的上述行为侵犯了禧玛诺公司的外观设计专利权，要求其依调解协议赔偿 100 万元。同年 12 月，禧玛诺公司收到发件人为“Eric. Yang”的复函邮件，称已经按照调解协议履行义务，对产品型录中的有关图片进行了遮挡，邮件末尾标注“NINBO YOUSHENG BICYCLE CO., LTD”等字样。

2018 年，浙江省慈溪市市场监管局在扣押优升公司生产的侵犯禧玛诺公司商标权的商品时，发现了后拨器半成品、配件以及生产车间；处罚过程中查获了优升公司生产计划表，该表中记载有型号为 HG-21A ED、HG-21A CP 的产品。

禧玛诺公司据此向法院提起诉讼认为，被告赛冠公司制造、许诺

销售的 HG-21、HG-21A，HG-24、HG-24A、HG-24B 分别与涉案专利设计 1、设计 2 相同，落入涉案外观设计专利权保护范围，其行为违反了调解协议约定，应当依约赔偿 100 万元；被告优升公司与赛冠公司人格混同，共同实施侵权行为，应承担连带责任。诉讼请求：1. 判令两被告立即停止制造和许诺销售侵犯 201230022870.0 号外观设计专利权的产品，以及停止其它一切侵犯上述专利权的行为；2. 判令两被告销毁所有库存侵权产品以及制造侵权产品专用的工具、模具，删除所有宣传资料上登载的侵权产品信息（包括但不限于产品目录）；3. 判令两被告共同赔偿原告经济损失以及合理开支共计 100 万元。

### 【审判】

上海知识产权法院一审认为，被控侵权产品 HG-21、HG-21A，HG-24、HG-24A、HG-24B 分别落入涉案专利设计 1、设计 2 的保护范围，侵犯了原告的外观设计专利权，两被告提出的抵触申请抗辩和现有设计抗辩均不能成立。现有证据尚不足以证明两被告人格混同，但结合展会、网站、行政机关查处等情况，足见两公司共同实施了制造、许诺销售被控侵权产品的行为，应当共同承担侵权责任。

赛冠公司的侵权行为明显违反了前案调解协议中的约定，应当按协议约定承担赔偿责任 100 万元的民事责任。赛冠公司包括生产设备在内的固定资产以及商标均转让给了优升公司，公司法定代表人等高级管理人员均至优升公司任职。针对权利人的索赔律师函，被告优升公司通过其对外公示的邮箱回函表明其已履行调解协议内容，且在 2017 年宣传册中遮盖 HG-21A 产品。优升公司与赛冠公司共同参加展会，

在展会和官网上均以两公司名义共同对外宣传，优升公司还在其公司网站对外宣称的公司名称为宁波优升（赛冠）车业有限公司。两被告上述一系列行为均系在赛冠公司或者其与优升公司实施侵害原告涉案外观设计专利权的行为期间所进行。上述事实能够证明优升公司明知或者应当知晓赛冠公司存在前案调解协议约定的赔偿条款，两被告的共同侵权行为显然具有逃避再次侵权应承担调解协议约定的赔偿数额之目的。况且，在2016年展会上原告提出投诉之后两被告仍持续侵权，具有明显的共同侵权故意和意思联络，因此，两被告理应就该100万元赔偿数额承担共同赔偿责任。

一审判决：一、被告赛冠公司、优升公司应于判决生效之日起立即停止侵害原告禧玛诺公司享有的名称为“自行车后变速器”（专利号为ZL201230022870.0）的外观设计专利权；二、被告赛冠公司、优升公司应于判决生效之日起10日内共同赔偿原告禧玛诺公司经济损失以及合理开支共计100万元；三、驳回原告禧玛诺公司的其余诉讼请求。

被告赛冠公司、优升公司不服一审判决，提起上诉认为：1. 被控侵权产品与涉案专利外观设计不相同不近似，不构成侵权。2. 如果被诉侵权设计与涉案外观设计专利构成近似，则被诉侵权设计与抵触申请无实质性差异，亦不构成侵权。3. 赛冠公司已经停止生产经营活动，不可能与优升公司共同实施侵权行为。4. 调解协议不能作为后续诉讼中对当事人不利的证据。调解协议约定的违约金系违约责任计算方式，而非侵权损害赔偿的计算方式。赛冠公司与禧玛诺公司在前案中

签订的调解协议对优升公司没有拘束力。一审法院判决优升公司和赛冠公司共同赔偿 100 万元，违反了侵权责任的因果关系原则和比例原则，造成严重的不公平和利益失衡。综上，请求二审法院改判驳回禧玛诺公司一审全部诉讼请求。

上海市高级人民法院二审认为，关于被控侵权产品的外观设计是否落入涉案专利权保护范围。经比对，HG-21、HG-21A 与涉案专利设计 1 的部件外形相同，整体形状亦相同。HG-21、HG-21A 上印有的商业标识，在外观设计比对时不应予以考虑。HG-21 的支架轴组件形状与涉案专利不同，但该部件属于该产品惯常设计，对整体视觉效果不产生影响。两上诉人提出的连杆组件和基座部件正面的两条弧线设计不同、基座部件中央安装的固定螺母设计不同等区别，属于局部细微差异，对整体视觉效果不产生实质性影响。故 HG-21、HG-21A 与涉案专利设计 1 基本相同，落入涉案专利权保护范围。HG-24、HG-24A、HG-24B 与涉案专利设计 2 的比对，与上述情况基本相同，也落入涉案专利权保护范围。上诉人主张的涉案专利的在先申请外观设计专利，与被控侵权产品的基座部件和连杆组件外形设计区别较大，外侧板的形状设计亦明显不同，且上述部件容易被一般消费者关注到，对整体视觉效果影响较大。故上诉人主张的现有设计抗辩不能成立。

根据展会、网站以及行政机关查处中的证据，足以证明两上诉人在被控侵权产品的制造和许诺销售中存在业务混同。赛冠公司虽主张早已停止经营活动，但该辩称明显与其上述对外表示行为不符。优升公司否认制造被控侵权产品，却未就生产计划表中载有被控侵权产品

的近似型号作出合理解释，并提供反驳证据，故两上诉人共同实施侵权行为，依法应承担连带责任。

关于一审法院依据赛冠公司与禧玛诺公司在前案中签订的调解协议确定本案损害赔偿金额是否有误。首先，调解协议中约定的100万元违约金，是对后续发生的侵权行为如何承担侵权赔偿责任的约定，符合最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》（以下简称《侵犯专利权解释》）第28条之规定，可以作为确定本案赔偿金额的依据。其次，赛冠公司签订调解协议后，就将生产设备、商标转让给优升公司，其高级管理人员也转至优升公司任职，继续实施上述侵权行为，显然具有逃避调解协议约定的赔偿责任的目的。优升公司虽不是调解协议签订主体，但与赛冠公司有共同侵权的意思联络，以及逃避调解协议约定责任的共同目的，应连带承担赔偿责任并受前案调解协议关于赔偿金额的约束。再次，根据二审查明的事实，2018年至2020年期间，市场上仍有部分被控侵权产品在销售，禧玛诺公司确因侵权行为遭受了实际损失。最后，民法典第一千一百八十五条规定，故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。本案中，赛冠公司、优升公司系故意侵权、多次侵权，并存在故意逃避侵权责任的情节。一审法院依据前案调解协议，判决本案的损害赔偿金额为100万元，有利于保护民事主体合法权益、维护社会和经济秩序，也有利于弘扬社会主义核心价值观，且未超出本案各方当事人的合理预期，故上诉人关于一审判赔金额违反侵权责任的 proportionality 原则、造成严重不公平和利益失

衡的上诉理由不能成立。

据此，上海高院判决驳回上诉，维持原判。

### 【评析】

《侵犯专利权解释》第28条规定，权利人、侵权人依法约定专利侵权的赔偿数额或者赔偿计算方法，并在专利侵权诉讼中主张依据该约定确定赔偿数额的，人民法院应予支持。实践中，当事人往往在专利侵权纠纷的和解协议中对再次侵权行为事先约定惩罚性赔偿数额，该约定是否符合上述司法解释的规定，在具体案件中应如何适用约定赔偿方式确定赔偿数额，仍存在一些争议问题。本案二审判决对约定赔偿方式之惩罚性功能和涉他效力进行了有益探索，并结合民法典关于恶意侵害知识产权惩罚性赔偿规定的溯及适用规则，明确了当事人对将来再次侵害知识产权之行为约定的损害赔偿数额，可以兼具补偿与惩罚的双重功能，亦符合对恶意侵权、重复侵权补偿与惩罚并重的法律精神；被诉行为属于在先调解协议中约定的重复侵权行为的，可以依据在先约定确定赔偿数额。

#### 一、专利侵权约定赔偿方式的性质

根据专利法的规定，确定侵犯专利权的赔偿数额有以下几种方式：一是按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；二是按照侵权人因侵权所获得的利益确定；三是参照涉案专利许可使用费的倍数合理确定；四是2021年6月1日起实施的新专利法增加规定了在按照上述3种方法确定赔偿数额的基础上，可以在1倍以上5倍以下确定惩罚性赔偿数额；五是在权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许

可使用费均难以确定的情况下，法院可以酌情给予法定赔偿。虽然专利法未明确将权利人与侵权人之间的约定赔偿作为确定侵犯专利权赔偿数额的方式之一，但是当事人在私法自治的范畴内对侵权赔偿数额或赔偿计算方式作出约定，应当不为侵权责任法、专利法等法律所禁止。考虑到实际损失、侵权获利、专利许可使用费等赔偿数额确定方式存在举证困难、诉讼成本高等现实困境，约定赔偿方式作为基于当事人意思自治的赔偿数额确定方式，有利于解决专利侵权纠纷中损害赔偿举证难、计算耗时费力等难题，不啻为一种简便的损害赔偿确定方法。因而，《侵犯专利权解释》第28条对约定赔偿方式予以明确，并将其作为专利法规定的上述几种赔偿计算方式之外的另一种独立的赔偿确定方式。

当事人约定侵权赔偿数额或者赔偿计算方法，可以是侵权行为发生后的事后约定，也可以是侵权行为发生前的事先约定。如果是侵权行为发生后的事后约定，相当于对侵权损害赔偿责任的协商调解。如果是侵权行为发生前的事先约定，从形式上看与合同违约金类似，甚至有的当事人在约定时即采用了“违约金”的表述。然违约行为是对基础交易合同约定义务的违反，违约金是对违约行为责任承担方式的约定。当事人约定侵权赔偿数额或者赔偿计算方法则并非缔结合同权利义务法律关系的意思表示，而是对后续发生的侵权行为如何承担侵权赔偿责任的事先约定，嗣后发生的侵权行为亦不是对基础交易合同的违反，故约定赔偿就其性质而言，不属于违约责任，仍然是侵权责任。同时，虽然约定赔偿在性质上属于侵权责任，但约定赔偿也涉及

合同法的适用,如人民法院应当依据合同法审查当事人的约定是否存在无效、可变更或撤销的情形。

## 二、关于专利侵权约定赔偿方式的适用

### (一) 约定赔偿方式的适用以侵权损害赔偿责任构成为前提

由于约定赔偿的性质属于侵权责任,在适用约定赔偿条款时,仍然应在审查侵权责任构成要件的基础上确定侵权责任是否成立,而不是依照合同违约责任构成要件进行审查。具体而言,在专利侵权纠纷中能否适用约定赔偿,首先应就涉案专利的权利主体和权利有效性进行审查,其次应判断被控侵权产品的技术方案或外观设计是否落入涉案专利的保护范围,再次还要对被控侵权人提出的现有技术(或现有设计)抗辩、权利用尽抗辩、先用权抗辩、合法来源抗辩进行认定,最后还需要以权利人存在实际损失为前提来判断被控侵权人是否需要承担损害赔偿责任。

### (二) 约定赔偿方式的优先适用及其适用条件之审查

鉴于民事侵权损害赔偿属于当事人可以通过意思自治予以处分的私权利,在当事人意思自治的范畴内应当遵循约定优于法定的原则。因此,专利法虽然规定了侵权赔偿数额计算方法的适用顺序,但该种法律规定并不排斥当事人以协商一致的方式确定损害赔偿数额或计算方法,即当事人协商一致的损害赔偿数额或计算方法应当优先于专利法规定的赔偿数额计算方法予以适用。约定赔偿方式的优先适用,应当满足当事人就该种赔偿方式所约定的具体适用条件。如不能满足当事人达成的约定赔偿条款中的适用条件,则约定赔偿方式就不

能适用，仍然需要适用专利法所规定的上述赔偿数额计算方式并遵循专利法规定的适用顺序。如有的当事人约定的损害赔偿数额限于特定专利、特定被控侵权产品或者特定侵权行为，有的则明确了侵权期间的起始日期，在适用时均应予以审查。此外，还需要注意当事人约定的损害赔偿数额是否包含合理开支，一般而言，如无特别指出的，应当认为约定的数额已包括合理开支在内。

### （三）约定赔偿的涉他效力

基于合同相对性原则，约定赔偿条款一般仅对协议双方有效，效力不及于第三方，即便该第三方与协议双方有关联关系甚至知晓该约定赔偿条款的存在。但在某些特定情况下，约定赔偿条款应具有涉他效力。比如本案中的情形，赛冠公司在与禧玛诺公司签订调解协议后，就将生产设备和商标转让与优升公司，其公司高管亦转至优升公司任职，继续实施侵害涉案专利的行为。在当事人以金蝉脱壳方式继续实施侵权行为的情况下，如若固守合同相对性原则，则极易助长这种恶意侵权行为，使在先协议约定沦为一纸空文。因此，虽然优升公司并非调解协议的签订主体，但基于其与赛冠公司共同侵权的意思联络及故意逃避调解协议约定的赔偿责任之共同目的，其理应受到调解协议约定赔偿条款的约束。是故，在特定情形下突破合同相对性原则、赋予约定赔偿以涉他效力，对市场行为具有正向指引作用。

## 三、专利侵权约定赔偿方式的惩罚性功能

当事人对再次侵权行为事先约定赔偿数额，并不能准确预估后续侵权所导致的损失，故其目的通常不在于损失填平，而在于以较高的

侵权赔偿数额阻遏再次侵权的发生。该种约定赔偿方式往往兼具补偿与惩罚双重功能，甚至更偏重于惩罚性。约定的赔偿金额高于实际损失的，则超出部分就体现了惩罚性。笔者认为，如果约定赔偿方式突破损害赔偿的填平原则，其约定数额高于权利人的实际损失，也符合对恶意侵犯知识产权行为给予惩罚性赔偿的法律精神。民法典第一千一百八十五条规定，故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。本案二审判决的作出时间在民法典施行后、新专利法施行前，故在此仅引用民法典关于惩罚性赔偿的规定。当然，引用民法典关于惩罚性赔偿的规定已足以论证约定赔偿方式的惩罚性。在事先已对再次侵权行为约定赔偿责任的情况下，侵权人系明知对方享有专利权，其再次实施侵权行为不仅在主观上存在侵权故意，在客观上也具有多次侵权、重复侵权的严重情节，符合民法典关于知识产权侵权惩罚性赔偿的适用条件，可以给予惩罚性赔偿。

本案专利侵权纠纷属于民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，故需要考虑民法典惩罚性赔偿规定的溯及适用问题。最高人民法院《关于适用民法典时间效力的若干规定》第二条规定，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、司法解释有规定，适用当时的法律、司法解释的规定，但是适用民法典的规定更有利于保护民事主体合法权益，更有利于维护社会和经济秩序，更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外。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。笔者认为，上述司法解释第2条是针对修改规定的溯及力，以适用旧法为原则，适用新法为例外，即只有在符合三个有利于的情况下才适用新法。上述司法解释第3条则是针对新增规定的溯及力，以适用新法为原则，适用旧法为例外，即只有在但书的情况下才不适用新法。既然新增规定的溯及适用要考虑当事人的合理预期和权利义务平衡，那么举重以明轻，在修改规定的溯及适用中也要考虑这个因素，故第2条中的“更有利于保护民事主体的合法权益”应当包含第3条中是否“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”的价值判断。由于民法典规定的知识产权侵权惩罚性赔偿条款属于责任加重，是对原有的知识产权侵权责任规则的修改，应以适用旧法为原则，适用新法为例外，只有在符合三个有利于（同时考虑是否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）的情况下才适用新法。本案中，赛冠公司和优升公司系故意侵权、多次侵权，并存在故意逃避侵权责任的情节，适用惩罚性赔偿的规定有利于知识产权保护、维护社会和经济秩序、弘扬社会主义核心价值观；同时依据前案调解协议判决本案的损害赔偿金额也不违背当事人的合理预期，没有明显减损当事人合法权益、增加当事人法定义务。故二审法院适用民法典第一千一百八十五条规定支持了前案调解协议中约定的惩罚性赔偿数额，体现了对故意重复侵权行为的严惩，符合侵权责任的 proportionality 原则。

（案例刊登于《人民司法》2022年第8期）