

法律资讯汇编

(2023 第 1 期)

上海王岩律师事务所
2023 年 1 月

目 录

行业新闻—— 中国银保监会有关部门负责人就《外国银行分行综合 监管评级办法（试行）》答记者问	3
新法速递—— 《外国银行分行综合监管评级办法（试行）》	6
案例解析—— 王先生诉万得信息技术股份有限公司竞业限制纠纷案	15
业务研究—— 破产清算 破产程序中的“深石原则”	23
—— 抽逃全部出资的股东无权决议除名其他股东	33

中国银保监会有关部门负责人就 《外国银行分行综合监管评级办法（试行）》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 12 月 27 日

为进一步完善外国银行分行监管评级体系，合理配置监管资源，加强分类监管，促进外国银行分行稳健运营，中国银保监会发布《外国银行分行综合监管评级办法（试行）》（下称《办法》）。近日，中国银保监会有关部门负责人就《办法》相关问题回答了记者提问。

一、制定《办法》的背景和意义是什么？

《办法》的发布和实施，是对外资银行监管的进一步制度化和规范化。监管评级是银行业非现场监管的重要内容，在整个监管流程中处于核心环节和基础性地位。银保监会高度重视银行监管评级工作，持续完善监管评级规则，推动监管评级制度化、规范化。此次出台的《办法》是在对现行外国银行分行监管评级规则进行修订的基础上，以层级较高的规范性文件的形式，从总体上对外国银行分行监管评级工作进行规范，是对外国银行分行评级的基本定义、适用范围、主要原则、评级要素、基本程序、评级结果运用等作出的原则性规定。

二、《办法》包括哪些主要内容？

《办法》一是明确外国银行分行监管评级基本体系。外国银行分

行综合监管评级包括核心要素评级和总行支持度评估两部分，其结果以核心要素评级结果为基准，总行支持度评估作为调整项。其中，核心要素评级包括风险管理、营运控制、合规性和资产质量等 4 项评级要素；总行支持度评估包括总行的经营环境风险、总行的财务状况和管理能力以及总行对在华分行的支持度等 3 项评估要素。二是规范评级程序。外国银行分行综合监管评级程序包括收集信息、初评、复评、审核、评级结果反馈、评级结果运用、动态调整、后评价等环节。其中，年度监管评级工作结束后，外国银行分行风险发生重大变化的，监管机构可对其监管评级结果进行动态调整。三是对评级结果运用作出指导。强调监管评级结果是作为衡量外国银行分行经营状况、风险程度和风险管理能力，制定监管规划，合理配置监管资源，采取监管措施和行动，开展市场准入的重要依据；明确监管机构应根据监管评级结果对外国银行分行采取分类监管措施。

三、相较于现行外国银行分行监管评级规则，《办法》在哪些方面进行了调整和完善？

《办法》在保留外国银行分行评级基本框架的同时，在要素的权重设置、等级划分等方面做了进一步的调整和优化。一是调整四大评级要素的权重分配。将风险管理、营运控制、合规性和资产质量四大评级要素在核心要素评级中的权重调整为 40%、30%、20%和 10%，从而提高合规性在评级中的重要性，进一步提升评级体系的科学性和合理性。二是完善特别调整事项的设置。在特别调整事项中，除了原有

的存在重大违法违规情况、重大案件、重大风险事件等情况可额外扣分外，还增加了经营管理存在重大缺陷，或者经营战略调整导致风险急剧上升等额外扣分的情形，从而进一步完善评级体系的科学性，并适当提升监管人员的自由裁量权。三是完善评级细分等级。参照《商业银行监管评级办法》，将外国银行分行综合监管评级 1 级进一步细分为 A、B 两档，并在分值划分方面略作调整，与《商业银行监管评级办法》基本保持一致。

四、监管评级结果将如何使用？

监管评级是非现场监管的核心环节。监管评级首先应客观、准确反映机构的真实经营和风险情况，其次应该合理、充分、有效地运用监管评级结果，根据评级结果对机构采取分类监管措施。《办法》明确，监管机构应当充分利用外国银行分行监管评级结果，将监管评级结果作为衡量外国银行分行经营状况、风险程度和风险管理能力，制定监管规划，合理配置监管资源，采取监管措施和行动，开展市场准入的重要依据，根据监管评级结果对外国银行分行采取分类监管措施，督促外国银行分行持续提高风险治理水平。在监管措施设置方面，《办法》根据评级级别的高低，按照监管投入逐步加大的原则，要求监管机构采取相应强度的监管措施和行动。

外国银行分行综合监管评级办法（试行）

来源：中国银行保险监督管理委员会官网

日期：2022 年 12 月 27 日

银保监规〔2022〕21 号

第一章 总 则

第一条 为全面评估外国银行分行经营管理和风险状况以及总行支持力度，合理配置监管资源，加强分类监管，促进外国银行分行稳健运营，根据《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国银行业监督管理法》、《中华人民共和国外资银行管理条例》（中华人民共和国国务院令 第 720 号）等法律法规，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且开业时间已满一个完整会计年度的外国银行分行的监管评级。

开业时间不满一个完整会计年度的外国银行分行可依据本办法进行试评级，但不进行复评、审核等后续评级环节。外国银行分行改制为外资法人银行的，如开业时间不足半年，仍应依据本办法进行综合监管评级。已递交关闭申请的外国银行分行可不进行综合监管评级。

第三条 外国银行分行综合监管评级是指监管机构根据日常监管掌握的情况以及其他相关信息，按照本办法对外国银行分行经营管理和风险状况以及总行支持力度作出评价判断的监管过程。监管评级结果是实施差异化监管的基础。

外国银行分行综合监管评级包括核心要素评级和总行支持度评

估两部分。

第四条 本办法所称监管机构是指中国银行保险监督管理委员会（以下简称银保监会）及其派出机构。银保监会统筹组织外国银行分行监管评级工作，进行统一管理，细化评级标准，规范操作流程，加强评级结果运用和质量管理。银保监会及其派出机构按照本办法开展外国银行分行监管评级工作。

第二章 核心要素评级

第五条 核心要素评级是为了全面评价外国银行经营管理和风险状况，包括风险管理、营运控制、合规性和资产质量等 4 项评级要素。

第六条 核心要素评级总分为 100 分。风险管理、营运控制、合规性和资产质量等评级要素在评级总分中的权重分别为 40%、30%、20%和 10%。

第七条 银保监会在评级要素下设置相应评级细项及评级标准。评级细项得分由监管机构按照评分标准评估后确定。评级要素得分由其下的评级细项得分加总获得。核心要素评级得分由各评级要素得分按照要素权重加权汇总后再根据特别调整事项调整后获得。

特别调整事项是指外国银行分行如存在重大违法违规、重大案件、重大风险事件、重大缺陷，或者风险急剧上升等情形，可视情况对其得分进行相应扣减的事项。

第八条 根据核心要素评级分级标准，以核心要素评级得分确定等级和档次，形成核心要素评级结果。

第九条 核心要素评级结果从 1 至 5 分为五个等级。其中，1 级细分为 A、B 两个档次，2 级、3 级和 4 级分别细分为 A、B、C 三个档

次。评级等级数字越大，表明评级级别越低，监管关注程度越高。

核心要素评级得分在 90 分（含）至 100 分为 1 级，其中，95 分（含）以上为 1A，90 分（含）至 95 分为 1B；75 分（含）至 90 分为 2 级，其中，85 分（含）至 90 分为 2A，80 分（含）至 85 分为 2B，75 分（含）至 80 分为 2C；60 分（含）至 75 分为 3 级，其中，70 分（含）至 75 分为 3A，65 分（含）至 70 分为 3B，60 分（含）至 65 分为 3C；45 分（含）至 60 分为 4 级，其中，55 分（含）至 60 分为 4A，50 分（含）至 55 分为 4B，45 分（含）至 50 分为 4C；45 分以下为 5 级。

第十条 核心要素评级为 1 级的外国银行分行，经营管理稳健，存在较轻的问题且能够在日常运营中解决，风险抵御能力较强。

核心要素评级为 2 级的外国银行分行，经营管理状况良好，存在一些可以在正常运行中得以纠正的弱点，若存在的弱点继续发展可能产生较大问题，风险抵御能力良好。

核心要素评级为 3 级的外国银行分行，经营管理状况一般，存在一些明显的弱点，勉强能够抵御业务经营环境的大幅变化，但存在的弱点若不及时纠正很容易导致经营状况恶化。

核心要素评级为 4 级的外国银行分行，经营管理存在较为严重的缺陷，需要立即采取纠正措施，否则可能威胁到分行的生存能力。

核心要素评级为 5 级的外国银行分行，经营管理存在非常严重的缺陷，需要立即采取应对危机的措施和行动，或者进入市场退出程序。

第三章 总行支持度评估

第十一条 总行支持度评估是为了判断外国银行是否有意愿且有能力为其在华分行提供足够的财务和管理等各方面的支持，包括

“总行的经营环境风险”“总行的财务状况和管理能力”以及“总行对在华分行的支持度”等三项评估要素。

第十二条 总行支持度评估总分为 15 分，三项评估要素各 5 分。

第十三条 评估要素得分由监管机构按照评分标准评估后确定。总行支持度评估得分由各评估要素得分加总后获得。

第十四条 根据总行支持度评估分级标准，以总行支持度评估得分确定等级，形成总行支持度评估结果。

第十五条 总行支持度评估结果从 1 至 5 分为五个等级。总行支持度评估等级数字越大，表明总行支持能力越低，监管关注程度越高。其中，“总行对在华分行的支持度”为总行支持度评估中的核心要素，如无特殊原因，总行支持度评估等级不得高于“总行对在华分行的支持度”等级。

总行支持度评估得分在 13 分至 15 分为 1 级，10 分至 12 分为 2 级，7 分至 9 分为 3 级，4 分至 6 分为 4 级；3 分以下为 5 级。

评估要素得分为 5 分的为 1 级，4 分为 2 级，3 分为 3 级，2 分为 4 级，1 分为 5 级。

第十六条 总行支持度评估为 1 级的外国银行分行，总行对在华分行支持能力和意愿很强，总行经营环境、财务状况和管理能力良好，有足够的有能力支持在华分行经营。

总行支持度评估为 2 级的外国银行分行，总行对在华分行支持能力和意愿较强，总行经营环境、财务状况或管理能力虽略低于 1 级的银行，但仍有能力支持在华分行的经营。

总行支持度评估为 3 级的外国银行分行，总行对在华分行的支持能力和意愿尚可接受，总行当前经营环境、财务状况或管理能力存在一些问题，虽不足以影响其偿付在华分行债务，但应引起关注。

总行支持度评估为 4 级的外国银行分行，总行对在华分行的支持能力和意愿较弱，总行当前经营环境、财务状况或管理能力存在一些较为严重的问题，已显示出无法偿付在华分行债务的迹象，需要考虑采取监管措施和行动。

总行支持度评估为 5 级的外国银行分行，总行支持能力和意愿对在华分行无任何实际意义，应立即采取监管措施和行动。

第四章 综合监管评级

第十七条 外国银行分行综合监管评级等级和档次设置与核心要素评级一致，从 1 至 5 分为五个等级。其中，1 级细分为 A、B 两个档次，2 级、3 级和 4 级分别细分为 A、B、C 三个档次。

第十八条 外国银行分行综合监管评级结果以核心要素评级结果为基准，总行支持度评估作为调整项。综合监管评级等级不能超过总行支持度评估等级。

第十九条 综合监管评级为 1 级的外国银行分行，经营管理稳健，总行对在华分行的支持能力和意愿很强。

综合监管评级为 2 级的外国银行分行，经营管理状况良好，存在一些可以在正常运行中得以纠正的弱点，总行对在华分行的支持能力和意愿较强。

综合监管评级为 3 级的外国银行分行，经营管理状况一般，存在一些明显的弱点，总行对在华分行的支持能力和意愿尚可接受。需要监管机构密切关注并视情况采取监管措施。

综合监管评级为 4 级的外国银行分行，经营管理存在较为严重的缺陷，总行对在华分行的支持能力和意愿较弱。需要监管机构给予特别关注并采取纠正措施。

综合监管评级为 5 级的外国银行分行，经营管理存在非常严重的缺陷，总行的支持能力和意愿对在华分行无实际意义。需要立即采取应对危机的措施和行动，或者进入市场退出程序。

第五章 评级程序

第二十条 外国银行分行监管评级周期为一年，评价期间为上一年 1 月 1 日至 12 月 31 日。年度评级工作原则上应于每年 3 月底前完成。

第二十一条 外国银行分行综合监管评级程序包括收集信息、初评、复评、审核、评级结果反馈、评级结果运用、动态调整、后评价等环节。

第二十二条 监管机构应持续、全面收集评级所需内外部信息。相关信息包括但不限于：非现场监管信息、现场检查报告和数据、银行有关经营管理文件、审计报告、信访和违法举报信息及其他重要内外部信息等。监管机构可要求外国银行分行按照有关法规、规章和监管文件要求报送评级所需要的相关信息。如有必要，可通过专项调查、监管会谈、现场走访等方式进一步获取信息。外国银行分行应当确保向监管机构提供数据和信息的真实性和准确性。

第二十三条 银保监会派出机构对辖内外国银行分行进行监管评级初评，按照本办法对收集到的评级信息进行综合分析，对评级要素进行合理准确地分析、判断和评价。

第二十四条 银保监会派出机构在初评基础上对外国银行分行监管评级进行再评价，形成复评结果。复评结果可不同于初评结果，但应阐明理由。

第二十五条 银保监会对外国银行分行综合监管评级复评结果

进行审核，确定外国银行分行综合监管评级最终结果。审核结果可不同于复评结果，但应阐明理由。

第二十六条 银保监会派出机构应将外国银行分行监管评级结果通报外国银行分行。

第二十七条 年度监管评级工作结束后，外国银行分行风险发生重大变化的，监管机构可对其监管评级结果进行动态调整。

第二十八条 银保监会结合外国银行分行综合监管评级工作实际，适时对监管评级工作及效果进行后评价，持续改进和完善外国银行分行监管评级体系。

第六章 评级结果运用

第二十九条 监管机构应当充分利用外国银行分行监管评级结果，将监管评级结果作为衡量外国银行分行经营状况、风险程度和风险管理能力，制定监管规划，配置监管资源，采取监管措施和行动，以及开展市场准入的重要依据，根据监管评级结果对外国银行分行采取分类监管措施，督促外国银行分行持续提高风险治理水平。

第三十条 对综合监管评级为 1 级的银行，不需要针对评级结果采取特别的措施和行动，在现场检查频率上可以相应放宽。

对综合监管评级为 2 级的银行，一般不需要针对评级结果采取特别的措施和行动，但应针对其存在的薄弱环节，督促落实整改措施，现场检查和非现场监管时应重点关注其存在风险的领域。

对综合监管评级为 3 级的银行，应区别情形采取以下措施和行动，包括但不限于：约见有关负责人进行警诫谈话、向总行通报情况、责令限期就有关问题报送书面报告、责令出具保证书、对有关风险监管指标提出特别要求、提高监管报表报送频度、提高现场检查或非现

场走访频率等。

对综合监管评级为 4 级的银行，除可采取上述监管措施和行动外，还应区别情形采取以下措施和行动，包括但不限于：对资金流出境外采取限制性措施、对利润分配和利润汇出境外采取限制性措施、要求保持一定比例的经监管部门认可的资产、责令限期补充营运资金、暂停受理增设机构的申请、责令暂停部分业务或暂停受理经营新业务的申请、责令限期撤换高级管理人员、派驻特别监管人员等。

对综合监管评级为 5 级的银行，应在采取上述监管措施和行动的基础上制定实施风险处置方案或实施市场退出。

针对银行的具体经营和风险情况，监管机构可区别情形依法采取法律法规规定的其他监管措施和行动。对核心要素评级结果的运用可参照本条款综合监管评级结果的运用。

第三十一条 对总行支持度评估为 1 级和 2 级的外国银行分行，通常应给予常规的监管关注，一般不需要采取特别的措施和行动。

对于总行支持度评估为 3 级及以下的，表明总行不仅可能难以为在华分行提供流动性和清偿力支持，其财务状况、管理能力或外部环境存在的不利因素还可能影响在华分行的持续经营，应区别情形采取约谈、监管提示、责令书面报告、责令出具保证书、对有关风险监管指标提出特别要求等措施。

第七章 附 则

第三十二条 除向外国银行分行通报外，外国银行分行综合监管评级结果原则上仅供监管机构内部使用。必要时，监管机构可以采取适当方式与有关政府部门共享外国银行分行综合监管评级结果或根据对等原则向境外监管当局提供外国银行分行综合监管评级结果，并

要求其不得向第三方提供或公开。

外国银行分行应对综合监管评级结果严格保密，不得将综合监管评级结果向该外国银行以外的任何人员披露，不得出于广告、宣传、营销等商业目的或其他考虑向新闻媒体或社会公众披露。获取综合监管评级结果的外国银行应当一同遵守上述保密义务。确有必要向其他监管部门、政府部门等特定对象提供监管评级结果的，应报经银保监会及其派出机构审批同意后提供。

第三十三条 如遇重大突发事件影响正常监管评级工作，监管机构可以根据突发事件的等级及影响情况，调整开展外国银行分行综合监管评级的时限要求及具体方式。

第三十四条 香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区的金融机构在内地（大陆）设立的分行，比照适用本办法。

第三十五条 本办法由银保监会负责解释。

第三十六条 本办法自印发之日起施行。《中国银监会办公厅关于印发外国银行分行综合监管评级（ROCA+S）规程（试行）的通知》（银监办发〔2013〕294 号）同时废止。

王先生诉万得信息技术股份有限公司竞业限制纠纷案

来源：上海一中法院公众号

作者：陈硕

日期：2022 年 12 月 16 日

近日，上海一中院民事审判庭二审审结的“王先生诉万得信息技术股份有限公司竞业限制纠纷案”入选最高人民法院第 34 批指导性案例（第 190 号）。该案由王茜担任审判长并主审，周寅、郑东和担任合议庭成员。

本案例通过对竞业限制纠纷审查的内容进行规制，防止竞业限制范围的不当扩张而限制人才的合理流动，符合竞业限制制度的立法本意，对于类似案件的审理具有较强的指导意义。

【关键词】

民事/竞业限制/审查标准/营业范围

【裁判要点】

人民法院在审理竞业限制纠纷案件时，审查劳动者自营或者新入职单位与原用人单位是否形成竞争关系，不应仅从依法登记的经营围是否重合进行认定，还应当结合实际经营内容、服务对象或者产品受众、对应市场等方面是否重合进行综合判断。劳动者提供证据证明自营或者新入职单位与原用人单位的实际经营内容、服务对象或者产

品受众、对应市场等不同，主张不存在竞争关系的，人民法院应予支持。

【相关法条】

《中华人民共和国劳动合同法》第 23 条、第 24 条

【基本案情】

王先生于 2018 年 7 月 2 日进入万得信息技术股份有限公司（以下简称万得公司）工作，双方签订了期限为 2018 年 7 月 2 日至 2021 年 8 月 31 日的劳动合同，约定王先生就职智能数据分析工作岗位，月基本工资 4500 元、岗位津贴 15500 元，合计 20000 元。

2019 年 7 月 23 日

王先生、万得公司又签订《竞业限制协议》，对竞业行为、竞业限制期限、竞业限制补偿金等内容进行了约定。

2020 年 7 月 27 日

王先生填写《辞职申请表》，以个人原因为由解除与万得公司的劳动合同。

2020 年 8 月 5 日

万得公司向王先生发出《关于竞业限制的提醒函》，载明“……您（即王先生）从离职之日 2020 年 7 月 27 日起须承担竞业限制义务，不得到竞业企业范围内工作或任职。从本月起我们将向您支付竞业限制补偿金，请您在收到竞业限制补偿金的 10 日内，提供新单位签订的劳动合同及社保记录，若为无业状态的请由所在街道办事处等国家机关出具您的从业情况证明。若您违反竞业限制义务或其他义务，请

于 10 日内予以改正，继续违反竞业协议约定的，则公司有权再次要求您按《竞业限制协议》约定承担违约金，违约金标准为 20 万元以上，并应将公司在离职后支付的竞业限制补偿金全部返还……”。

2020 年 10 月 12 日

万得公司向王先生发出《法务函》，再次要求王先生履行竞业限制义务。

另查明，万得公司的经营范围包括：计算机软硬件的开发、销售，计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务。

王先生于 2020 年 8 月 6 日加入上海哔哩哔哩科技有限公司（以下简称哔哩哔哩公司），按照营业执照记载，**该公司经营范围包括：**信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。

王先生、万得公司一致确认：王先生竞业限制期限为 2020 年 7 月 28 日至 2022 年 7 月 27 日；万得公司已支付王先生 2020 年 7 月 28 日至 2020 年 9 月 27 日竞业限制补偿金 6796.92 元。

2020 年 11 月 13 日

万得公司向区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求王先生：

1. 按双方签订的《竞业限制协议》履行竞业限制义务；
2. 返还 2020 年 8 月、9 月支付的竞业限制补偿金 6796 元；
3. 支付竞业限制违约金 200 万元。

2021 年 2 月 25 日

仲裁委员会作出裁决：王先生按双方签订的《竞业限制协议》继续履行竞业限制义务，王先生返还万得公司 2020 年 8 月、9 月支付的竞业限制补偿金 6796 元，王先生支付万得公司竞业限制违约金 200 万元。王先生不服仲裁裁决，诉至法院。

【裁判结果】

一审法院于 2021 年 6 月 29 日作出**民事判决：**

- 一、王先生与万得公司继续履行竞业限制义务；
- 二、王先生于本判决生效之日起十日内返还万得公司 2020 年 7 月 28 日至 2020 年 9 月 27 日竞业限制补偿金 6796 元；
- 三、王先生于本判决生效之日起十日内支付万得公司违反竞业限制违约金 240000 元。

王先生不服一审判决，提起上诉。

上海市第一中级人民法院于 2022 年 1 月 26 日作出**民事判决：**

- 一、维持一审法院民事判决第一项；
- 二、撤销一审法院民事判决第二项、第三项；
- 三、上诉人王先生无需向被上诉人万得公司返还 2020 年 7 月 28 日至 2020 年 9 月 27 日竞业限制补偿金 6796 元；
- 四、上诉人王先生无需向被上诉人万得公司支付违反竞业限制违约金 200 万元。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：关于王先生是否违反了竞业限制协议的问题。所谓竞业限制是指对原用人单位负有保密义务的劳动者，于离职

后在约定的期限内，不得生产、自营或为他人生产、经营与原用人单位有竞争关系的同类产品及业务，不得在与原用人单位具有竞争关系的用人单位任职。

竞业限制制度的设置系为了防止劳动者利用其所掌握的原用人单位的商业秘密为自己或为他人谋利，从而抢占了原用人单位的市场份额，给原用人单位造成损失。**所以考量劳动者是否违反竞业限制协议，最为核心的是应评判原用人单位与劳动者自营或者入职的单位之间是否形成竞争关系。**

需要说明的是，正是因为竞业限制制度在保护用人单位权益的同时对劳动者的就业权利有一定的限制，所以在审查劳动者是否违反了竞业限制义务时，应当全面客观地审查劳动者自营或入职公司与原用人单位之间是否形成竞争关系。

一方面考虑到实践中往往存在企业登记经营事项和实际经营事项不相一致的情形，另一方面考虑到经营范围登记类别是工商部门划分的大类，所以这种竞争关系的审查，**不应拘泥于营业执照登记的营业范围**，否则对劳动者抑或对用人单位都可能造成不公平。

故在具体案件中，还可以从两家企业实际经营的内容是否重合、服务对象或者所生产产品的受众是否重合、所对应的市场是否重合等多角度进行审查，以还原事实之真相，从而能兼顾用人单位和劳动者的利益，以达到最终的平衡。

本案中，万得公司的经营范围为计算机软硬件的开发、销售、计算机专业技术领域及产品的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服

务。

而哔哩哔哩公司的经营范围包括从事信息科技、计算机软硬件、网络科技领域内的技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务等。

对比两家公司的经营范围，确实存在一定的重合。但互联网企业往往在注册登记时，经营范围都包含了软硬件开发、技术咨询、技术转让、技术服务。若仅以此为据，显然会对互联网就业人员尤其是软件工程师再就业造成极大障碍，对社会人力资源造成极大的浪费，也有悖于竞业限制制度的立法本意。故在判断是否构成竞争关系时，还应当结合公司实际经营内容及受众等因素加以综合评判。

本案中，王先生举证证明万得公司在其 Wind 金融手机终端上宣称 Wind 金融终端是数十万金融专业人士的选择、最佳的中国金融业生产工具和平台。而万得公司的官网亦介绍，“万得公司（下称 Wind）是中国大陆领先的金融数据、信息和软件服务企业，在国内金融信息服务行业处于领先地位，是众多证券公司、基金管理公司、保险公司、银行、投资公司、媒体等机构不可或缺的重要合作伙伴，在国际市场中，Wind 同样受到了众多中国证监会批准的合格境外机构投资者的青睐。此外，知名的金融学术研究机构 and 权威的监管机构同样是 Wind 的客户；权威的中英文媒体、研究报告、学术论文也经常引用 Wind 提供的数据……”。

由此可见，万得公司目前的经营模式主要是提供金融信息服务，其主要的受众为相关的金融机构或者金融学术研究机构。而反观哔哩哔哩公司，众所周知其主营业务是文化社区和视频平台，即提供网络

空间供用户上传视频、进行交流。其受众更广，尤其年轻人对其青睐有加。

两者对比，不论是经营模式、对应市场还是受众，都存在显著差别。即使普通百姓，也能轻易判断两者之差异。

虽然哔哩哔哩公司还涉猎游戏、音乐、影视等领域，但尚无证据显示其与万得公司经营的金融信息服务存在重合之处。

在此前提下，万得公司仅以双方所登记的经营范围存在重合即主张两家企业形成竞争关系，尚未完成其举证义务。且万得公司在竞业限制协议中所附录的重点限制企业均为金融信息行业，足以表明万得公司自己也认为其主要的竞争对手应为金融信息服务企业。

故一审法院仅以万得公司与哔哩哔哩公司的经营范围存在重合，即认定王先生入职哔哩哔哩公司违反了竞业限制协议的约定，继而判决王先生返还竞业限制补偿金并支付违反竞业限制违约金，有欠妥当。

关于王先生是否应当继续履行竞业限制协议的问题。王先生与万得公司签订的竞业限制协议不存在违反法律法规强制性规定的内容，故该协议合法有效，对双方均有约束力。

因协议中约定双方竞业限制期限为 2020 年 7 月 28 日至 2022 年 7 月 27 日，目前尚在竞业限制期限内。故一审法院判决双方继续履行竞业限制协议，并无不当。

王先生主张无需继续履行竞业限制协议，没有法律依据。需要强调的是，根据双方的竞业限制协议，王先生应当按时向万得公司报备

工作情况，以供万得公司判断其是否违反了竞业限制协议。

本案即是因为王先生不履行报备义务导致万得公司产生合理怀疑，进而产生了纠纷。王先生在今后履行竞业限制协议时，应恪守约定义务，诚信履行协议。

破产清算 | 破产程序中的“深石原则”

来源：法务部观察

日期：2022 年 11 月 9 日

本文来源：《最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要——第三辑》（人民法院出版社，2022 年 6 月出版）

最高人民法院第二巡回法庭 2021 年第 15 次法官会议纪要

【案情摘要】

A 公司系 B 公司为开发项目而成立的全资子公司，资金来源主要靠 B 公司借款。A 公司在开发中欠付 C 公司工程款等，C 公司取得生效判决（未主张优先权），后项目失败，A 公司破产。破产程序中，B 公司以其出借款申报债权并经人民法院裁定确认（约占债权总额的 50%）。现 C 公司单独起诉请求确认 B 公司债权劣后于 C 公司等人的普通债权受偿。

【问题与观点】

破产程序中能否参照适用“深石原则”（衡平居次原则）？

【不同观点】

甲说：肯定说

主要理由：我国企业破产法对此并无明确法律规定，“深石原则”是衡平法的规则，如适用突破过大。

乙说：否定说

主要理由：我国虽无法律明确规定，但执行程序中已有运用“深石原则”的先例；且从比较法上看，“深石原则”主要适用于破产程序，将破产企业控股股东的债权清偿顺序劣后于公司其他普通债权也符合公平原则。

【法官会议意见】

采乙说

“深石原则”在债务人不能清偿全部债务进而出现破产原因，公平确定债务清偿顺序时才具有制度价值。尽管我国立法对此尚未有规定，但从民法公平和诚信原则出发，“深石原则”在我国破产案件中仍然具有适用的可操作性。对于“深石原则”在破产案件中的适用条件，其作为企业破产法普通债权平等清偿制度的例外，应立足其制度定位，衡平居次不是自动居次，控制股东对破产企业公平合法的债权依法不应居次；如控制股东滥用股东权利致使公司人格混同、从事不公平关联交易、与破产企业恶意串通损害债权人合法权益，则可在破产程序中适用“深石原则”，以保护公司外部债权人合法权益，这也是优化营商环境的当然之义。

【意见阐释】

一、关于“深石原则”的起源和发展

“深石原则”也称衡平居次原则，是美国法院在处理关联公司破

产案件中就关联公司债权的处理通过案例发展起来的一项制度。这一原则由法院在 *Taylor v. Standard Gas and Electric Co.* 一案（通常称为深石案）中得到发展，故称为“深石原则”。

美国法院在裁定深石公司重整债权计划时发现，被告母公司标准电气石油公司系深石公司的巨额债权人，且这些债权皆因与深石公司往来而产生。虽然母公司对深石公司的重整计划作出了让步，但该计划因对深石公司的优先股股东极为不利而招致反对，该项重整计划经地方和高等法院裁定成立。但美国最高法院认为，如若批准该计划，则对深石公司的优先股股东极为不利，与公平合理原则有违，于是将该重整计划予以撤销，理由是深石公司在成立之初即资本不足，且业务经营完全受母公司控制、完全为母公司利益而经营，故判决母公司对深石公司的债权应次于深石公司之优先股股东。

根据“深石原则”在美国的适用情况，相关学者尝试对深石原则的概念和含义进行明确。有观点认为，“深石原则”是指在破产程序中分配破产财产时，将债务人的关联公司（包括母公司、子公司、从属公司等）作为债权人的求偿予以推迟，直到其他债权人得到偿付后，再将破产财产的余额用来清偿关联公司的债务。也有观点认为，该原则是指母子公司场合下，若子公司资本不足，且同时存在为母公司之利益而不按常规经营者，在子公司破产或重整时，母公司对子公司债权之地位应居于子公司优先股东权益之后。同时也有观点将“深石原则”定义为在子公司不能支付债务或宣告破产时，母公司在某些情形下不能与其他债权人共同参与分配，或者分配顺序应次于其他债权

人。也曾有学者对深石案以来所有适用衡平居次原则的案件中，违反公平标准行为进行过统计并分类。大概有以下四种：（1）从属公司资本不实；（2）母公司或控制权企业对从属公司行使控制权时，违反受任人的诚信义务；（3）无视从属公司的独立人格；（4）资产混同或输送。

由于“深石原则”为判例法产物，根据该原则在美国的适用情况，理论界尝试对“深石原则”的概念和含义进行明确，但也有所差异，既包括适用范围上的认识差异，如仅适用于母子公司，还是适用于所有具有关联关系的公司；也包括适用条件上的认识差异，如是否需要主观恶意；等等。但持有不同意见的学者均认同，具有关联关系的特定企业，在具备特定条件的情况下，其对破产企业的债权应劣后清偿，这也是“深石原则”的本质内容。

二、关于“深石原则”的法理基础

（一）实质公平理念

公平公正应是法治国家法律建设追求的重要目标之一，在现代公司法中，公司人格独立是至关重要的组成。一方面，公司人格独立实现了对于社会权利和义务的高效分配，对于社会经济发展起到了强有力的推动作用，初步达成了一般意义上公平公正。另一方面，若出现滥用公司人格独立的问题，便会严重损害社会公共利益以及债权人自身利益，进而加剧当前在社会权利和义务分配方面不公平的程度，对深石原则的来源及发展情况进行深入分析，其最为本源的理念便是公平公正理念。此外，我国《公司法》中“揭开公司面纱制度”亦在

保护债权人利益领域中有着较强应用价值，最主要的表现便是《公司法》第 20 条第 3 款中针对股东对公司债务承担连带责任的公司人格否认规定。

（二）诚信原则

在当前经济全球化的时代背景下，诚信原则历久弥新，价值更加凸显。各国公司法在不断发展过程中，都结合时代背景以及发展实际，对诚信原则进行了更深层次的解读与诠释。为了更好地促进公司股东诚信履职，当前各国公司法在加强“控股股东的诚信义务”方面呈现出规则的一致性。我国现行《公司法》尽管没有更加明确诚信原则，但《公司法》作为《民法典》的特别法，《民法典》第 7 条规定的诚信原则应当在《公司法》以及作为《公司法》特别法的《企业破产法》中一体适用。我国法律对衡平居次原则并未加以规定，但仍可通过法律解释的方法为其在司法实践中创造适用的空间。既然《公司法》已经规定特殊情形下可对公司人格进行否认，让股东承担连带责任，在特定条件下也应当允许在企业破产法中通过股东债权顺位后置，实现不揭开公司面纱亦有效保护破产企业外部债权人利益的效果。

三、“深石原则”在我国司法实践中的探索

“深石原则”与法人人格否认原则、实质合并原则一并被视为处理关联公司关联关系三大基本制度，并且各自有其不同的适用条件和适用结果。在立法层面，目前我国仅正式确认了法人人格否认原则。在司法层面，人民法院从未放弃对实质合并原则和衡平居次原则的尝

试。在司法解释和司法政策层面：（1）《企业破产法司法解释（二）》第 46 条第 1 款第 2 项通过规定禁止股东抵销债务情形对“深石原则”予以具体适用。根据该条司法解释规定，债务人的股东滥用股东权利或者关联关系损害公司利益对债务人所负的债务，不得与债务人对其负有的债务抵销。（2）《全国法院破产审判工作会议纪要》第 39 条则是在关联企业破产时，规定特定情形下关联企业之间债权的清偿顺序适用“深石原则”予以处理。该条规定：“协调审理不消灭关联企业成员之间的债权债务关系，不对关联企业成员的财产进行合并，各关联企业成员的债权人仍以该企业成员财产为限依法获得清偿。但关联企业成员之间不当利用关联关系形成的债权，应当劣后于其他普通债权顺序清偿，且该劣后债权人不得就其他关联企业成员提供的特定财产优先受偿。”

在司法实践中，也有地方法院在具体个案中适用该原则，或者在相关案件审理规则中对该原则予以明确。在最高人民法院 2015 年发布的典型案例“沙港公司诉开天公司执行分配方案异议案”中，双方主要争议焦点是针对开天公司出资不实而被法院扣划的 45 万元，开天公司能否以对茸城公司也享有债权为由与沙港公司共同分配该部分执行款。即出资不实股东因向公司外部债权人承担出资不实的股东责任并被扣划款项后，能否以其对公司的债权与外部债权人就上述款项进行分配。因公司法律规定有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，开天公司因出资不实而被扣划的 45 万元应首先补足茸城公司责任资产向作为公司外部的债权人原告沙港公

司进行清偿。开天公司以其对茸城公司也享有债权要求参与其自身被扣划款项的分配，对公司外部债权人是不公平的，也与公司股东以其出资对公司承担责任的法律原则相悖。法院据此认定 45 万元应先从沙港公司受偿，余款再按比例进行分配。该案明确了出资不实股东向外部债权人承担股东责任后不能与外部债权人对公司债权同等顺位受偿。东莞市中级人民法院审理的某房地产开发公司破产案也运用了衡平居次原则。该房地产公司的股东占有该公司 60% 的股份，也作为债权人申报了债权。但在案件审理中，应公司其他债权人申请，东莞市中级人民法院委托会计师事务所对两家公司之间的财务关系进行了审查，结果为：两家公司是两块牌子、两个机构、一套人员，法定代表人为同一人，并使用同一银行账号，经济关系难以划分清楚。法院据此认定，两家公司虽然均是具有法人资格的民事主体，但使用同一银行账号，经济关系难以划分清楚。因此，母公司对子公司的债权，劣后于一般债权人受偿。

四、关于“深石原则”的适用条件

在美国，破产法院在破产程序中仅能以股东行为不公正或不公平为由，将控股股东所提出的债权清偿请求置于其他债权人或优先股东的请求之后，所以该原则本来就被视为美国破产分配原则的例外，同样也是作为原则外的实际操作补充。因此，“深石原则”作为一项破产法公平受偿制度的例外，主要是通过法院的自由裁量权来纠正控股股东权利滥用、欺诈和不公平的情况。其制度目的在于：实质公平重于形式公平，让欺诈不占上风。

因此，我们在个案办理时，应立足于实体层面对破产企业的控股股东或者实际控制人是否滥用股东权利损害公司债权人利益进行考量，“深石原则”的适用目的在于纠正控制股东损害公司债权人合法权益的不当行为。重点需要把握以下方面：

一是**衡平居次并非自动居次**。法院需要考虑破产企业控股股东具体债权形成的客观情形、公司存续期间控制股东的控制行为及后果等因素，综合判断控股股东债权是否对其他债权人造成不公平的状态。

二是**控股股东的居次债权并非当然全部都居次于所有债权**。实际上，一般认为衡平居次原则以补偿损失为目的，并不具有惩罚性，因此，适用衡平居次原则的债权仅在弥补对受害债权人的必要损失范围内居次，且仅居次于受损害的债权人之后即可，而不能“一刀切”将其居次于所有债权。当然，如果控股股东的行为具有持续性、全面性和高度复杂性，以至于正常债权与不当债权无法厘清时，则可认定控股股东的债权均可劣于其他债权人。另外，如果母公司与子公司之间表面上为独立法人，实际上是人格混同，则可果断适用“深石原则”，将母公司的债权全部居次。

三是**只有在穷尽其他法定救济途径后才能适用衡平居次原则**。破产企业外部债权人如果可以根据我国现行法律，通过其他途径依法保障自己的权益，那么人民法院就不应直接适用法律原则进行裁判。比如，如果破产管理人能够通过破产撤销权等合法路径对控制股东的不当债权予以规制的，人民法院就不应直接适用“深石原则”将其债权居次。

【延伸阅读】

我国在“深石原则”的法律归属上存在较大的争议，部分专家认为，“深石原则”应当归入公司法，由于公司法本身是实体法，“深石原则”中对于债券的规定也是实体法规则，所以应当引入公司法当中。而破产法主要是对程序问题进行针对性地解决，并未涉及实体的问题。与此同时，我国台湾地区引入“深石原则”的经验表明，公司法规定“深石原则”有一定的科学性。还有部分学者则认为应当在企业破产法中对其进行规定，这种意见主要是认为“深石原则”能够有效解决破产分配顺序的问题，所以应当引入企业破产法当中。结合相关经验可以看出，之所以我国台湾地区会用其所谓的“公司法”进行规定，主要是因为我国台湾地区将重整以及特别清算全都在其所谓的“公司法”中进行规定，但大陆在公司法模式上同我国台湾地区所谓的“公司法”模式存在根本上的差别，所以不能一味地模仿我国台湾地区的方案。

也有观点认为，上述两种主张都存在一定的不合理性。判断“深石原则”能否可以使用的标准是看控制企业是否存在滥用从属公司人格的不正当行为，其所指向的其实是法人独立人格与有限责任制度问题，而该问题正是公司法在根本原则基础上所出现的问题，所以应当由公司法规定。然而，“深石原则”能够在从属公司破产的情况下得到应用，与此同时，其所采取的法律调整手段也是破产法中所规定的内容。由此可见，针对债权人保护这一问题，不能仅在某一部门法中进行规定，而是需要在企业破产法以及公司法中均作出相应的规定，

并使二者能够起到互相补充和互相协调的作用。但一般情况下企业破产法主要是在程序问题的解决上进行应用，所以应当在公司法中进行“深石原则”制度内容的规定，而企业破产法中只要涉及程序使用方面的问题便可。

【类案检索报告】

序号	案件名称	案由	案号
1	汉唐证券有限责任公司及其 46 家壳公司合并破产清算案	申请公司清算	(2008) 民二他字第 40 号
2	沙港公司诉开天公司执行分配方案异议案	执行分配方案异议	(2013) 松民二(商) 初字第 985 号
3	浙江鼎盛交通建设有限公司、平湖市兆盛置业有限公司普通破产债权确认纠纷二审民事判决书	普通破产债权确认纠纷	(2020) 浙 04 民终 707 号
4	酒鬼酒供销有限责任公司与酒鬼酒河南有限责任公司、酒鬼酒河南北方基地销售有限公司普通破产债权确认纠纷一审民事判决书	普通破产债权确认纠纷	(2020) 豫 0726 民初 322 号
5	山水微盛典(珠海)文化发展有限公司、昌林山水文化产业(招远)有限公司等普通破产债权确认纠纷二审民事判决书	普通破产债权确认纠纷	(2021) 鲁 06 民终 5442 号

抽逃全部出资的股东无权决议除名其他股东

来源：人民司法杂志社

单位：广东省东莞市中级人民法院

作者：陈美苑（二审承办人）

日期：2022 年 11 月 17 日

【裁判要旨】

未履行出资义务或抽逃全部出资的股东欲通过股东会决议解除其他股东的股东资格，由于该部分股东本身亦非诚信守约股东，故其行使对其他未履行出资义务或抽逃全部出资的股东的除名权不具有合法性基础，背离了股东除名制度的立法目的，该股东不享有对其他股东除名决议的表决权，其作出的除名决议应认定为无效。

【案号】

一审：(2020)粤 1973 民初 8305 号

二审：(2020)粤 19 民终 11525 号

【案情】

原告：吴某。

被告：某惠公司。

第三人：余某。

被告某惠公司是有限责任公司，成立于 2013 年 8 月 5 日，注册资本 1000 万元，其中原告吴某认缴出资额为 600 万元，为某惠公司

法定代表人，持股比例 60%；第三人余某认缴出资额为 400 万元，持股比例 40%。某惠公司注册成立后，吴某及余某均抽逃了全部出资额。2018 年 9 月 12 日，某惠公司对余某提起返还全部出资款及利息的民事诉讼，经另案生效判决认定，余某负有履行返还出资款的义务。某惠公司依法向法院申请强制执行，但因余某查无可供执行财产，法院于 2019 年 10 月 11 日裁定终结该次执行。吴某主张，因余某抽逃全部出资，且经催告后不履行返还出资款义务，应视为余某未实际履行出资义务。2020 年 5 月 25 日，某惠公司依据最高人民法院《关于适用公司法若干问题的规定（三）》[以下简称《公司法解释（三）》]第 17 条之规定，就余某未履行公司出资义务股东除名一事召开了临时股东会决议，吴某与余某出席了会议。余某不同意将自己除名，且主张吴某自己亦抽逃了全部出资，故吴某无权将自己除名。吴某认为余某不具有表决权，故吴某作为持有公司 60%股权的大股东，通过会议表决同意对余某进行除名。吴某主张，某惠公司应当履行决议内容，对余某进行除名，但某惠公司至今未向相关行政职能机关申请办理股东变更登记手续，故诉请法院：1. 确认某惠公司于 2020 年 5 月 25 日召开的股东会会议作出的股东决议合法有效；2. 判令余某协助某惠公司立即向行政职能机关申请办理企业股东变更登记手续。

【审判】

广东省东莞市第三人民法院一审认为，余某抽逃出资的事实，已经经过生效判决的认定。至于吴某是否实缴出资，不在本案的审理范围之内。余某未依照生效法律文书所确定的义务履行出资义务，故某

惠公司有权以股东会决议的形式解除余某的股东资格。余某作为被除名股东，与股东会决议事项有特别利害关系，某惠公司未赋予余某表决权，并不违反法律规定。因此，案涉股东会决议有效。一审法院判决：一、确认某惠公司于 2020 年 5 月 25 日召开的股东会会议作出的股东决议合法有效；二、余某应于判决发生法律效力之日起 15 日内协助某惠公司到东莞市市场监督管理局进行相应的股东除名登记。

一审宣判后，余某提起上诉。

广东省东莞市中级人民法院二审认为，《公司法解释（三）》第 17 条赋予的是守约股东对未履行出资义务或者抽逃全部出资的股东的除名权，基于违约方的行为已严重损害公司利益和股东权益，故不应赋予违约方对未履行出资义务或者抽逃全部出资股东的除名权。本案中，吴某同样存在抽逃全部出资的情形，就股东内部而言，并不存在其股东合法利益受损一说，因此吴某不能对此进行救济，否则将违背权利与义务一致、公平诚信的法律原则，即吴某无权通过召开股东会的方式，决议解除余某的股东资格。某惠公司于 2020 年 5 月 25 日召开的股东会作出的股东会决议无效，原审法院对此处理有误，二审法院予以纠正。东莞中院判决撤销一审判决，驳回吴某的全部诉讼请求。

【评析】

本案争议的焦点是抽逃全部出资的股东能否通过股东会议方式对其他抽逃全部出资的股东予以除名。股东除名制度是指公司对怠于

履行出资义务的股东，经催告其在一定期限内缴纳出资，逾期仍不缴纳，经股东会决议，公司可以将其除名。公司法第二十八条规定：“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。”第三十五条规定：“公司成立后，股东不得抽逃出资。”此二条款为股东除名制度提供了法律支撑。公司法没有股东除名的具体规定，《公司法解释（三）》第 17 条规定：“有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。在前款规定的情形下，人民法院在判决时应当释明，公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。在办理法定减资程序或者其他股东或者第三人缴纳相应的出资之前，公司债权人依照本规定第 13 条或者第 14 条请求相关当事人承担相应责任的，人民法院应予支持。”该条司法解释填补了公司法中关于股东除名规则的空白。

一、股东除名程序的适用条件

《公司法解释（三）》第 17 条规定只适用于有限责任公司，不适用于股份有限公司。

1. 被除名的股东应构成出资的根本违约。解除股东资格这种严厉的措施只适用于严重违反出资义务，即未出资和抽逃全部出资的情形，未完全履行出资和抽逃部分出资的情形不包括在内。当前我国实行的是资本注册认缴制，股东对其认缴但未届缴纳期的出资享有期限利益且受法律保护，此时未届缴纳期不应视为出资违约，不可以触发

股东除名规则，但符合出资加速到期的情形除外。本文探讨的皆是股东出资额已届缴纳期但未实际缴纳的情形。

2. 在除名之前，应给予股东补正的机会，即应当催告该股东在合理期限内缴纳或者返还出资。只有该股东在公司催告的合理期限内仍未履行出资义务的，公司方能以股东会决议解除该股东的股东资格。对于合理期限，司法解释未予以明确，属于法官的自由裁量权范围。通常而言，出资额多寡，将影响合理期限的长短，需兼顾履行效率与履行障碍。

3. 股东除名决议的形成，需符合股东会会议程序。股东权是法律授予的，未经法定程序，不得随意剥夺。公司欲召开股东会审议股东除名事项，在召集程序、表决事项和决议内容上不能违反法律、行政法规的相关规定。

4. 股东会决议的表决权问题。被除名的股东有权参会，并享有陈述申辩的权利，但被除名股东就其除名事项不享有表决权。股权来自于出资，在拟被除名股东没有任何出资或者抽逃全部出资的情况下，其不应享有股权，自然也不享有表决权。如果允许未出资股东行使表决权，而该未出资股东又居于控股地位，那么除名决议几乎不能被通过，《公司法解释（三）》第 17 条关于除名权的规定将被虚置，失去意义。

根据公司法的规定，股东会决议分为一般事项决议和特别事项决议，一般事项决议需经代表二分之一以上表决权的股东通过，特别事项决议需经代表三分之二以上表决权的股东通过。关于股东除名需要

股东会决议的半数还是三分之二以上通过的问题,《公司法解释(三)》第 17 条并没有明确规定。笔者认为,如果公司章程规定的股东除名决议形成规则严格于法律规定,根据公司法第四十三条第一款允许公司章程规定表决制度的规定,则应当适用公司章程的规定。

5. 判决时要释明股东除名后的后续义务。当未履行出资义务的股东被除名时,其认缴的出资额如果没有其他股东或第三人愿意认缴,则公司注册资本应相应减少,按规定应办理减资程序,以维护公司外部交易的安全。

二、股东除名之诉的适格原告

《公司法解释(三)》第 17 条未明文规定股东除名之诉中原告的主体资格限制问题,从该规定的文义看,被除名股东对于除名决议有异议的,享有毋庸置疑的诉权。但是对于公司或其他股东请求确认除名行为有效的,法律或司法解释则未明确法院应否受理。在实践中,正如同本案,请求确认解除股东资格的股东会决议有效的诉讼屡见不鲜,原因在于不少市场监督管理部门因除名决议缺少被除名股东签名而拒绝办理股权变更登记,导致公司或其他股东欲将被除名股东排除的目的无法实现,故诉至法院,希冀通过司法确认最终达到变更股权登记的目的。笔者认为:

1. 公司并非适格原告,不能提起诉讼请求确认股东除名决议有效。最高法院《关于适用公司法若干问题的规定(四)》第 3 条规定:“原告请求确认股东会或者股东大会、董事会决议不成立、无效或者撤销决议的案件,应当列公司为被告。对决议涉及的其他利害关系人,

可以依法列为第三人。”参考该规定，在确认股东会、股东大会或者董事会决议的效力案件中，公司的诉讼地位是被告，公司不适宜作为原告提起诉讼。股东除名决议是针对个别股东长期、持续性严重违反股东基本义务、对公司的利益造成严重损害并使得股东间已无法维持合作关系，为消除这种不良状态而由法律所创设的一种极端和最后的解决手段。但公司股东会作出的除名决议，本质上仍属于公司股东会在公司法及公司章程授权范围内所为的公司自治行为，如果赋予公司通过启动司法程序对其已作出的除名决议再次予以确认的诉权，在以下三个层面上是行不通的：**其一**，从立法所创设的权力设置与制衡机制层面上看，股东除名权是法律赋予公司的一项重大权利，相对公司的除名权，股东始终处于弱势地位，为防止公司滥用权利侵害股东的利益，法律赋予了被除名股东提出异议的权利，系一种事后的抗辩权。如果同时允许公司在享有除名权利的同时，有申请司法确认决议效力的诉权，势必造成权利与制衡机制的失衡，不符合立法原旨。**其二**，从实施除名权的实际效果层面上看，股东除名决议一经作出，正常情况下，董事会作为公司意思的执行机关得到了授权，即可启动股东除名程序。其有效性无需经法院确认，公司法公权力在此项事项上不应介入私权自治领域。**其三**，从公司法实践的层面看，允许公司有申请司法确认的诉权，将有可能为公司提起恶意、虚假诉讼开了方便之门。如前所述，相对于被除名股东，公司始终占有主动和优势地位，如果说行政审批或备案还只是形式审查，司法的审查则具有实质性和终局性的特点，在司法实践中要警惕公司滥用其诉权，公司作为原告提起

确认股东除名决议效力之诉，笔者认为主体并不适格。

2. 股东可提起诉讼，请求确认除名决议有效。此请求是否属民事案件审理范围，实践中存在争议。其他按公司章程约定出资的股东诉请确认股东会决议有效，其实是《公司法解释（三）》第 17 条的反向确认之诉，并没有法律明文规定将确认除名行为有效之诉排除在民事诉讼受案范围，且该诉讼类型所涉及的民事权益有保护之必要，现实中被除名股东往往不配合办理股权变更登记，若不允许其他股东起诉请求确认除名股东会决议有效，则《公司法解释（三）》第 17 条将形同虚设。故笔者赞同该反向确认之诉亦属于人民法院民事案件受理范围。其他股东就除名决议提起确认有效之诉，需具备诉的利益，即双方当事人就股东除名决议存在争议，一方主张除名行为有效，一方主张不成立、无效或可撤销。本案中，吴某诉请确认股东会决议有效，余某作为第三人对决议效力提出异议，此时已具备法律上的诉争性，且符合起诉的法定条件，故法院应予受理。

三、未履行出资义务或抽逃全部出资的股东不能对其他股东行使除名权

1. 表决权排除制度。对于未履行出资义务或抽逃全部出资的股东能否对其他股东行使除名权，法律及司法解释并未作出明确规定。该问题的实质在于未履行出资义务或抽逃全部出资的股东是否享有股东大会、股东会或董事会的表决权。这涉及公司法的表决权排除制度。表决权排除，又称表决权回避，是指当某一股东与股东大会或股东会、董事会讨论的决议事项有特别的利害关系时，该股东不得就其持有的

股份行使表决权的制度。设立表决权排除规则的意义，主要在于防止控股股东滥用资本多数决规则，损害公司利益和少数股东利益。我国公司法对表决权例外的规定也很有限，一是在第十六条中规定，公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东(大)会决议，该股东或该受实际控制人控制的股东不得参加表决。二是在第九十条中规定，股份有限公司的创立大会对公司筹办情况和创立的审核和决议，应由出席会议的认股人所持表决权过半数通过，这实际上排除了发起人股东的表决权。

2. 被除名股东不享有表决权。对于因股东未履行出资义务或抽逃全部出资而被公司股东会除名的决议，可以适用表决权排除，被除名股东对该股东会决议没有表决权，这已为司法判例所确认[参见（2014）沪二中民四（商）终字第 1261 号]，目的是防止被除名的大股东滥用资本多数决规则阻止通过对其的除名决议，避免《公司法解释（三）》第 17 条被虚置。

3. 未履行出资义务或抽逃全部出资的股东，不能对其他股东行使除名表决权。笔者认为，公司是股东之间、股东与公司以及公司与政府之间达成的契约结合体。股东履行出资义务是履行对其他股东以及对公司的契约义务，在公司的存续过程中，股东应始终恪守出资义务的全面实际履行，否则构成对其他守约出资股东合理期待的破坏，进而构成对公司契约的违反。股东未履行出资义务或抽逃全部出资，损害的不仅仅是公司本身的利益，导致公司资本及偿债能力下降，影响公司经营，同时也损害了公司其他守约股东的合理利益，违背了法律

权利与法律义务相统一的基本原则。基于不诚信股东的违约行为已严重危害公司的经营和其他股东的共同利益，背离了契约订立的目的和初衷，故《公司法解释（三）》第 17 条赋予守约股东解除彼此间的合同，让违约股东退出公司的权利。这既体现了法律对违约方的惩罚和制裁，又彰显了对守约方的救济和保护。由此可见，《公司法解释（三）》第 17 条规定的除名权仅掌握在守约方手中，违约方并不享有解除权。

未履行出资义务或抽逃全部出资的股东不享有其他守约股东对自己除名决议的表决权，同理类推，其他未履行出资义务或抽逃全部出资的股东亦不享有将他人除名的表决权。本案中，某惠公司为吴某和余某设立的有限责任公司，吴某占 60%股份，余某占 40%股份。两人都抽逃了全部出资，至今未返还给公司。双方均存在违约的情况下，吴某以多数股份股东身份提起股东会决议除名余某，本身就未诚信守约。若司法确认该股东会决议有效，则背离了股东除名制度的立法初衷，损害的是公司及债权人的利益，所以本案二审法院认为吴某提起股东会决议将余某除名，该股东会决议无效。如果未出资股东希望对其他未出资股东行使股东除名权，应当补足出资后再按照司法解释的规定行使除名权。

（案例刊登于《人民司法》2022 年第 26 期）