

# 华诚律谈

二〇一九年下半年刊

华诚律谈编委会 编著



# 目录

## ▶ 知识产权

- 1、从抖音 APP 数据抓取禁令第一案看 《知识产权行为保全司法解释》第七条的适用与启示·····3
- 2、网络游戏合规审查要点之知识产权篇 ·····6

## ▶ 公司商事

- 1、投资协议中核心条款的解读·····9
- 2、股民维权持久战 | 小股民告大公司胜诉·····12
- 3、母公司股东能否代表子公司提起股东代表诉讼·····15
- 4、公司人格否认要点评析·····18

## ▶ 网络安全与数据保护

- 1、Big Brother is watching you! —— 浅议在公权力机关执法中对面部识别特征数据的运用规范·····22
- 2、网络爬虫：从入门到入狱——漫谈爬虫程序的违法风险及合规建议·····25
- 3、不让客户“丢脸”才能赢得客户“芳心” ·····30
- 4、“刷脸时代”的罪与罚·····31

## ▶ 破产与清算

- 1、浅析企业税务注销·····35
- 2、认缴制度下公司法司法解释三第十三条第二款的适用问题·····38
- 3、公司强制清算中的股东责任·····41
- 4、非破产解散情形下的股东出资加速到期·····44
- 5、有限责任公司清算义务人连带清偿责任·····48

## 知识产权篇

# 从抖音 APP 数据抓取禁令第一案看 《知识产权行为保全司法解释》第七条的适用与启示

作者：吴月琴 何鑫

近日，北京微播视界科技有限公司（“微播公司”）诉北京创锐文化传媒有限公司（“创锐公司”）、成都力奥文化传播有限公司（“力奥公司”）不正当竞争一案<sup>[1]</sup>，在互联网行业热力刷屏。微播公司认为，创锐公司与力奥公司通过爬虫技术抓取微播公司运营抖音 APP 上的短视频并通过刷宝 APP 向用户提供，构成不正当竞争，遂向法院提起诉讼。在案件审理过程中，微播公司向法院申请行为保全，并获得支持。

该案是《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》（简称“《知识产权行为保全司法解释》”或“司法解释”）施行后<sup>[2]</sup>我国数据抓取禁令的诉中行为保全第一案。法院对于裁定行为保全的理由作了详细论述，为司法解释第七条在司法实践中如何适用提供了有益的参考。

### 一、裁判要点

法院认为，微播公司通过正当合法经营而取得的竞争优势应受法律保护，在创锐公司与力奥公司涉案行为存在认定为不正当竞争可能性的情形下，若不采取保全措施将会使微播公司的合法权益受到难以弥补的损害，故裁定两公司停止采用技术手段或人工方式获取来源于抖音 APP 中的视频文件、评论内容并通过刷宝 APP 向公众提供的行为。

### 二、案件评析与启示

裁定知识产权行为保全的法律依据除实体法外，程序法为《民事诉讼法》第一百条以及《知识产权行为保全司法解释》<sup>[3]</sup>。司法解释第七条具体规定了法院审查行为保全申请应当综合考量的因素，包括：

（一）申请人的请求是否具有事实基础和法律依据，包括请求保护的知识产权效力是否稳定（“事实基础与法律依据”）；

（二）不采取行为保全措施是否会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害或者造成案件裁决难以执行等损害（“难以弥补的损害”）；

（三）不采取行为保全措施对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害（“两相损害的衡量”）；

（四）采取行为保全措施是否损害社会公共利益（“社会公共利益”）；

（五）其他应当考量的因素。

#### 保全审查因素之一：事实基础与法律依据的判断

根据本案裁定，法院将事实基础与法律依据的判断标准归纳为：

- 1、权利审查：申请人是否具有合法且稳定的权益；
- 2、主体审查：被申请人是否明确；
- 3、行为审查：被申请人行为构成侵权或不正当竞争的可能性。

#### 1、权利审查：微播公司是否具有依法予以保护的合法权利

本案中，法院适用《反不正当竞争法》第二条，认定微播公司通过正当合法的商业经营所积累的用户、短视频内容以及通过经营短视频资源所带来的相应流量并以此获得的经营收益、市场利益与竞争优势，应获得反不正当竞争法的保护。法院的这一认定以及法律适用，对于掌握巨量数据资源的互联网企业具有积极意义，确定了企业投入人力、财力以合法经营所获得的利益与优势都为法律保护。但是，依据《反不正当竞争法》路径主张合法权益的申请人，往往需要承担较重的举证义务，且第二条作为原则性条款适用具有较强的不确定性。

另，司法解释第七条（一）要求考量“知识产权效力是否稳定”这一因素。对于本案这类涉及竞争利益的行为保全申请，并不依据具体知识产权，则无需考虑这一因素。至于知识产权效力的稳定性判断，依据司法解释第八条，需要考量所涉权利的类型及属性；是否经过实质审查；是否处于宣告无效或者撤销程序中以及被无效或撤销的可能性；是否存在权属争议等因素。若知识产权效力不稳定，则行为保全申请难以获得支持。

#### 2、主体审查：被申请人是否明确

在涉及爬虫技术的案件中，抓取方往往会对运用的爬虫程序采取伪装措施以掩盖自己的身份，被爬方难以确定抓取主体的身份。本案中，法院认可申请人的举证，根据用户授权书与软件下载平台，确认了抓取行为的实施主体为被申请人。由此，网站或APP运营方应在日常运营中保存完整的系统日志，并采取数字指纹等技术手段监控和追踪实施抓取行为的主体，以便于日后主张权利保护。

#### 3、行为审查：行为被认定为侵权或不正常竞争的可能性

在案件实体审理前，法院难以判断涉案行为是否构成侵权或不正当竞争。在《知识产权行为保全司法解释》颁布前，法院对于是否颁布禁令所把握的判断标准为申请人的“胜诉可能性”；至于是“一般/较大/极大的胜诉可能性”，各个法院各个案件的把握尺度不一。标准过宽，容易导致权利滥用；标准过严，则限制保全制度的适用范围。有观点认为，司法解释颁布后，对于“胜诉可能性”的证明标准达到“优势可能性”程度即可，无需达到案件实体审查中侵权认定所需的“高度盖然性”这一高度<sup>[4][5]</sup>。

本案中，微播公司通过技术手段收集并提供了大量证据以证明被申请人采用网络爬虫技术实施了不正当竞争行为。如，刷宝APP上存在大量与抖音APP一致的短视频（短视频的唯一VID码相同）；刷宝APP上存在抖音APP上因用户下线而无法正常显示的视频等等。法院在综合了双方提交的证据以及听证询问的基础上认为该行为构成不正当竞争行为的可能性极大，达到了“优势可能性”的证明标准。

#### 保全审查因素之二：“难以弥补的损害”的判断

根据《知识产权行为保全司法解释》第十条，“难以弥补的损害”即被申请人的行为将会侵害申请人享有的商誉或者发表权、隐私权等人身性质的权利且造成无法挽回的损害；将会导致侵权行为难以控制且显著增加申请人损害；将会导致申请人的相关市场份额明显减少。

在涉及知识产权与竞争行为的行为保全申请中，法院往往会依据涉案具体行为的影响范围确定损害是否难以弥补。本案中，法院结合微播公司被抓取短视频的数量、创锐公司与力奥公司实施不正当行为的主观恶意以及无意停止涉案行为的事实，认为如不及时采取保全措施，有可能对微播公司造成难以弥补的损害。

互联网环境下，数据可以在短时间内在极大的范围广泛传播；数据（尤其是采取了保护措施的数据）一旦被抓取，可能会完全脱离数据控制者的控制、不受限制地传播，这将会给数据控制者造成难以弥补的损失。虽然目前有关数据抓取申请行为保全的案例不多，但申请人在证明了事实基础与法律依据前提下，主张“难以弥补的损害”的认定难度并不大。

### 保全审查因素之三：两相损害的衡量

即衡量不采取行为保全措施对申请人造成的损害与采取行为保全措施对被申请人造成的损害。法院普遍认为，采取行为保全对被申请人所造成的损害在于其无法通过涉案行为谋取利益，该损害是可以预见的；而若不采取行为保全，对申请人的损害是不可预见的。如浙江唐德影视股份有限公司“中国好声音”申请诉前保全案 [6] 中，法院认为责令被申请人停止涉案行为，不会影响节目更名后的制作和播出，损失数额是可以预见的。而如不责令被申请人停止涉案行为，对浙江唐德公司造成的损失难以计算。因此在对被申请人造成的损害可以预见或者并不损害其合法权益的情况下，即可以认为申请人的利益更应当得到保护。

本案中，法院具体考量采取行为保全措施是否会对创锐公司与力奥公司造成不当损害，认为只要行为保全行为并未影响两公司进行正常运营也未禁止其以合法方式正当经营产品，即可认为不会造成不当损害。这样的认定，对于涉及数据抓取的保全案件具有积极意义。责令被申请人停止抓取行为，对被申请人造成的“损害”在于其不能通过技术手段非法抓取特定数据。根据技术中立原则，法院并不会禁止其使用技术手段获取其可以取得的数据，因此对被申请人造成的损失是可控的、可预见的。反之，若不责令被申请人停止抓取行为，具有价值的信息一旦被抓取，那么对于申请人可能造成的损失将会难以弥补的。

### 结语

目前，网络环境下侵权成本较低且易对权利人造成巨大损失。本案作为司法解释施行后我国数据抓取类保全行为第一案，意义重大。对于该类案件，申请人证明不采取行为保全所造成的损害难以弥补以及该损害大于采取行为保全造成的损害难度不大。真正的难点在于证明行为保全申请具有事实基础与法律依据，即要通过法院的权利审查（申请人是否具有合法且稳定的权益）、主体审查（被申请人是否明确）以及胜诉可能性审查（行为构成侵权或不正当竞争的可能性）。

互联网企业在日常运营管理中应做好网站及 APP 系统的日志留档，关注异常访问信息并及时记录，对重要的数据采取安全防范措施，以充分应对未来可能发生的侵权行为与诉讼，最大程度地维护自身利益。评估行为保全申请时，申请人应明确申请保护的权益类型以及权益稳定性，并根据“优势可能性”、“损害难以弥补”的证明标准来构建证据体系，以便己方申请得到法院支持。

注释：

[1] 参见北京市海淀区人民法院民事裁定书（2019）京 0108 民初 35902 号

[2] 《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》法释〔2018〕21 号，自 2019 年 1 月 1 日起施行。

[3] 在《知识产权行为保全司法解释》生效前，涉及知识产权行为保全案件的规范仅有《关于对诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》、《关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》以及《民事诉讼法》，适用范围过于狭窄，而随着该司法解释的生效，所有知识产权与竞争领域的行为保全案件有了更加明确与具体的适用规范。

[4] 参见宋晓明等：《〈关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定〉的理解与适用》，《人民司法》2019 年第 7 期。

[5] 我国有学者提出通过对《民事诉讼法》进行体系解释，可以建立“排除合理怀疑”、“该度盖然性”、“优势盖然性”证明标准的三层结构，并且三者对应的证明度用数字表示分别为 90%、75%、50%。

[6] 参见北京知识产权法院审理的“中国好声音”申请保全案（2016）京 73 行保 1 号裁定书。

## 网络游戏合规审查要点之知识产权篇

作者：吴月琴 林晓萍

在融资活动中，除正常的股权抵押融资外，经常出现以股权转让为担保的融资方式。那么，借款协议无效后，因履行担保义务而签订的股权转让合同的效力应当如何认定呢？

### 以案说法

案例：张德俊与赵晓平、山东省企业托管经营股份有限公司股权转让纠纷【最高院（2012）民提字第117号】

#### 裁判要旨

为借款提供担保事前签订受让人未知的股权转让协议，在借款协议已被生效判决确认为无效时，股权转让协议并不必然无效。股权转让协议虽因借款协议而派生，但股权转让协议显然属于另一法律关系，其内容亦不为我国法律法规所禁止，因此，借款协议的无效不能必然地导致股权转让协议无效，股权转让协议的效力应当依据其本身的效力要素进行审查和认定。

#### 基本案情

2005年5月，托管公司与含章公司、赵晓平等共同签订《借款协议》，约定托管公司借款500万给含章公司；赵晓平以其持有的托管公司股权对上述借款提供担保；如含章公司不能按时还款，则赵晓平的股权转让款应首先用于归还含章公司欠托管公司的款项。赵晓平全权委托托管公司转让上述股份，并事先签订空白股权转让协议书。

借款到期后，含章公司仅向托管公司偿还了10万元，余款未还。

2007年6月，托管公司将赵晓平所持股权转让给张德俊，张德俊支付了股权转让款。

2007年6月24日、25日，赵晓平在《齐鲁晚报》刊登声明，称没有转让所持有托管公司股权的意愿和计划，现在不委托托管公司转让上述股权。

托管公司向中院起诉，请求判令含章公司偿还借款500万元及利息，赵晓平等履行担保责任。2007年11月，中院作出判决，认定该借款行为无效。

由于各方对案涉股权转让协议产生争议，张德俊提起诉讼，请求确认其与赵晓平、托管公司的股权转让行为有效，张德俊具有股东资格。

本案经山东省高级人民法院、最高人民法院审理，最后判决该股权转让协议有效。

#### 法院判决

纵观本案事实，借款协议明确约定由赵晓平以其持有托管公司的全部股份对含章公司的借款及违约责任提供质押担保。

本案股权转让协议的合法性、有效性涉及诸多方面，包括赵晓平对托管公司的授权是否合法存在、股权转让程序是否合法、借款协议无效是否必然导致股权转让协议无效以及股权转让协议本身的效力问题。

#### 1、关于赵晓平的授权。

根据本案查明的事实，赵晓平在借款协议中明确授权托管公司在含章公司不能按时归还借款时转让其公司股份并优先用于归还借款，相关各方还事先签订了股权转让协议以便执行。至托管公司实际办理转让股份时，赵晓平不仅未承担担保责任，而且从未撤回对托管公司的上述授权。2007年6月19日的会议纪要虽记载了赵

晓平不再继续提供担保的事实，但不能构成对托管公司转让赵晓平股份授权的撤回。托管公司在办理本案股权转让事宜时，赵晓平的授权依然合法存在。赵晓平于2007年6月24日、25日在《齐鲁晚报》上刊登声明称“自本声明之日起，现在不委托托管公司以每股1.26元或任何价格转让上述股权”，该声明发生在股权转让行为发生之后，不能影响此前已经发生的股权转让行为的效力。

## 2、关于股权转让程序。

托管公司的章程规定了公司股东转让公司股份时其他股东享有的优先购买权，托管公司在办理转让赵晓平股份事宜时，事先向公司其他所有股东发出了购买股份的通知，同时也办理了解除股份质押手续，因此，托管公司在办理转让赵晓平股份事宜时履行了公司内部程序，符合公司章程及相关法律的规定，本案股权转让在程序上没有瑕疵。

## 3、关于借款协议与股权转让协议的关联性。

本案借款协议属于企业之间的借贷，已被生效判决确认为无效。本案股权转让协议系因借款协议而派生，两者之间存在一定的关联性，但股权转让协议显然属于另一法律关系，其目的与宗旨不同于借款协议，其内容亦不为我国法律法规所禁止，因此，借款协议的无效不能必然地导致股权转让协议无效，股权转让协议的效力应当依据其本身的效力要素进行审查和认定。

## 4、关于股权转让协议的效力。

股权转让协议的效力涉及协议主体、客体及内容三个方面。从主体看，赵晓平合法拥有托管公司股份，有权依照法律和公司章程的规定以特定价格转让其股份；托管公司作为目标公司和受托方，有权同时亦有义务依据公司章程和委托人的委托办理股权转让事宜；张德俊作为受托人，在公司其他股东未行使优先购买权时，有权依照公司章程的规定购买转让方拟转让的股份。本案并无证据证明其受让股份存在恶意，张德俊受让股份的资金来源于公司其他股东本身并不为法律法规或者公司章程所禁止。从客体看，本案股权转让方所转让的股份并非为法律所禁止的转让物。从内容看，赵晓平在股权转让协议中事先填好了转让方、拟转让的股份数额、转让价格、违约责任、争议解决方式，承诺拟转让的股份未设定任何抵押、质押等担保物权，并在转让方处签字、盖章，构成了确定的要约，一旦受让人承诺，股权转让协议即告成立。本案股权转让协议之内容，正是因受让方张德俊的合法、有效承诺而确定的。由于协议内容系转让方和受让方的真实意思表示，亦不为我国法律法规所禁止，股权转让协议第八条还明确约定“本协议自三方签字盖章之日起生效”，故本案股权转让协议已于2007年6月22日发生法律效力。一、二审判决认定本案股权转让协议无效缺乏事实和法律依据，依法应予纠正。

此外，股权转让的价格是否合理也是衡量股权转让协议效力的因素之一。但因无评估机构对股权转让时的股份价值进行评估，本院目前尚难以认定本案股权转让价格是否合理。何况，价格是否合理，是否存在差价损失的争议不是本案审理范围，本院对此事实不予审理。双方对此存在争议，可另循法律途径解决。

## 实务指引

1、从担保人角度看，仅签署担保合同，在借款合同被认定无效时，担保合同也被认定无效，此时无需履行担保责任。而担保人如果与借款人签署了附条件生效的股权转让协议，这样只要条件满足，股权转让协议便生效，就必须履行。

2、从股权受让人角度看，可以签署股权转让协议来保障自己的借贷风险。当发生还款纠纷时，及时行权，这里需注意股权转让程序的合法性，应当符合公司章程以及相关法律的规定。

3、股权转让协议效力的认定应当综合各方面因素考虑。首先股权转让程序应当符合公司章程以及相关法律法规的规定；其次，应当从股权转让协议的主体、客体及内容等方面出发判断其效力；股权转让协议价格合理与否也是判断效力的一项重要内容。

# 公司商事篇

## 投资协议中核心条款的解读

作者：周雪爽

本文内容整理自华诚公司商事专委会线上分享会

### 一、背景

本次分享的话题是投资协议中核心条款的解读。

在笔者的执业过程中既帮助过基金公司投资于企业，也帮助过创业企业接受基金投资，可以说在这方面起草过也审查过很多基金公司的投融资文本，其中不乏知名私募基金的。基金投资企业主要是增资，但有时根据交易情况也会有转让。无论是增资还是转让，基金公司提供的合同文本通常会有两份，一份是股东协议；一份是增资协议（或者是股权转让协议）。股东协议可以理解为今后股东之间如何过日子的协议；增资或者股权转让协议就是针对本次交易的协议。

当然有些小的基金公司也许就提供一份增资协议或转让协议。无论是两份还是一份协议，都会有如下核心条款：一类是描述交易的，通俗一些讲就是说你花多少钱买我多少股份，你什么时候付我款，我什么时候给你办过户，你向我承诺公司办成什么样子（如果是两份协议的话，这样的条款通常在增资协议或者转让协议里面，约束的是一个时段。

第二类条款，是股东权利约定，亦即投资机构成了企业股东之后长久的权利分配，本次分享的主要就是上述第二类条款。这类条款相对重要一些，常用的条款有二、三十条，而这方面的条款通常包括如下四类：第一类是调整收益，第二类是对创始人的限制，第三类是促使投资人能够变现的条款，第四类是投资人的管理和了解公司。

从这些条款的设计原理而言，对于投资者来说，其对于被投企业的主要义务就是支付投资款，付好款项后其主要就是享受股东的权利。但作为股东的权利来说，读者可能也都知道知道，该权利可分为自益权和他益权。而作为公司小股东，一般投资机构一次投资持股不会超过 20%，通常都在 10% 以下；作为公司的小股东，其必须对于大股东或原股东在公司治理方面进行规范或约束，这样的规范和约束体现在以规范或约束标的公司及其原股东的行为，如董事、监事、高级管理人员的提名权，股东（大）会、董事会的权限和议事规则，分配红利的方式，保护投资方知情权，禁止同业竞争，限制关联交易，关键人士的竞业限制等。

例如：

#### 01、一票否决权条款

即投资方指派一名或多名人员担任标的公司董事或监事，有些情况下还会指派财务总监，对于大额资金的使用和分配、公司股权或组织架构变动等重大事项享有一票否决权，保证投资资金的合理使用和投资后企业的

规范运行。

关于一票否决权实际谈判的点会非常多，笔者在比较夸张的情况下曾亲历过二十几条投资人认为需要有一票否决权的，比如曾见过多少采购金额以上就需要报投资人批准了。这样的条款就完全可以不接受的，或者要求修正为在正常业务以外的。

## 02、优先分红权条款

《公司法》第三十四条规定：“股东按照实缴的出资比例分取红利……但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。”

第一百六十六条规定：“公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润……股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。”

因此，股东之间可以约定不按持股比例分配红利，为保护投资方的利益，可以约定投资方的分红比例高于其持股比例。

## 03、信息披露条款

为保护投资方作为标的公司小股东的知情权，一般会在投资协议中约定信息披露条款，如标的公司定期向投资方提供财务报表或审计报告、重大事项及时通知投资方等。

信息披露里面关于税务和社保缴纳有时是重点要考虑的，因为在这块方面创业企业通常不规范，而投资机构又大多想规避自身的责任。

## 04、反稀释条款

为防止标的公司后续融资稀释投资方的持股比例或股权价格，一般会在投资协议中约定反稀释条款，包括反稀释持股比例的优先认购权条款，以及反稀释股权价格的最低价条款等。

如果是持股比例的，最多是一轮或者是第一次股权激励的时候，不做稀释，不可以超过一轮。同时对于股权，价格也要注意，这个很关键，通常协议里面都有；但要考虑到企业也许会做股权激励，在此情形下这样的条款就要做好修正。股权激励价格通常都比投资人价格要低。

## 05、估值调整条款

也就是俗称的对赌条款，即标的公司控股股东向投资方承诺，未实现约定的经营指标（如净利润、主营业务收入等），或不能实现上市、挂牌或被并购目标，或出现其他影响估值的情形（如丧失业务资质、重大违约等）时，对约定的投资价格进行调整或者提前退出。估值调整条款通常包括的是：

(1) 现金补偿或股权补偿：若标的公司的实际经营指标低于承诺的经营指标，则控股股东应当向投资方进行现金补偿，应补偿现金 = (1 - 年度实际经营指标 ÷ 年度保证经营指标) × 投资方的实际投资金额 - 投资方持有股权期间已获得的现金分红和现金补偿；或者以等额的标的公司股权向投资方进行股权补偿。但是，股权补偿机制可能导致标的公司的股权发生变化，影响股权的稳定性，在上市审核中不易被监管机关认可。

(2) 回购请求权：如果在约定的期限内，标的公司的业绩达不到约定的要求或不能实现上市、挂牌或被并购目标，投资方有权要求控股股东其他股东购买其持有的标的公司股权，以实现退出；也可以约定溢价购买，溢价部分用于弥补资金成本或基础收益。此外，根据最高人民法院的司法判例，投资方与标的公司股东签署的对赌条款是签署方处分其各自财产的行为，应当认定为有效；但投资方与标的公司签署的对赌条款则涉及处分标的公司的财产，可能损害其他股东、债权人的利益，或导致股权不稳定和潜在争议，因而会被法院认定为无效。所以，无论是现金或股权补偿还是回购，投资方都应当与标的公司股东签署协议并向其主张权利。

## 06、出售权条款

为了在标的公司减少或丧失投资价值的情况下实现退出，投资协议中也约定出售股权的保护性条款，包括但不限于：

(1) 随售权 / 共同出售权条款：如果标的公司控股股东拟将其全部或部分股权直接或间接地出让给任何第三方，则投资方有权但无义务，在同等条件下，优先于控股股东或者按其与控股股东之间的持股比例，将其持有的相应数量的股权售出给拟购买待售股权的第三方。

(2) 拖售权 / 强制出售权条款：如果在约定的期限内，标的公司的业绩达不到约定的要求或不能实现上市、挂牌或被并购目标，或者触发其他约定条件，投资方有权强制标的公司的控股股东按照投资方与第三方达成的转让价格和条件，和投资方共同向第三方转让股份。该条款有时也是一种对赌条款。

## 07、清算优先权条款

如果标的公司经营亏损最终破产清算，投资方未能及时退出，可以通过清算优先权条款减少损失。应指出，我国现行法律不允许股东超出出资比例分取清算剩余财产。《公司法》第一百八十七条规定：“公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。”

虽然有以上规定，但是股东之间可以约定再分配补偿机制。例如，投资协议中可能会约定，发生清算事件时，标的公司按照相关法律及公司章程的规定依法支付相关费用、清偿债务、按出资比例向股东分配剩余财产后，如果投资方分得的财产低于其在标的公司的累计实际投资金额，控股股东应当无条件补足；也可以约定溢价补足，溢价部分用于弥补资金成本或基础收益。

## 股民维权持久战 | 小股民告大公司胜诉

作者：周雪爽律师团队

最近，某明星不是上市公司的董监高，却作为上市公司收购方的实际控制人被投资者告上法庭，这在 A 股市场上是首次，且原告相关主张得到了法院的支持，因此引起了各方关注。

实践中，作为小股东应该如何维权呢？维权有何途径？

本文将通过介绍相关案例，以期给小股东及公司实际控制人、董监高就此问题带来一定探讨和总结，以希望促进中国资本市场健康有序的发展。

### 一、最高法院胜诉裁定 | 实控人担责

在一个小股民告大公司的案件中，最高法为小股民撑腰，京天利最终无力惊天！

京天利公司于 2014 年 10 月 9 日挂牌创业板，上市之后股价逐步上扬，2015 年迎来爆发式上涨，至 5 月 13 日突破 300 元大关，创出 314.06 元的高价，涨幅超过 27 倍。

直至 2015 年 6 月 23 日，京天利公司公告称被证监会立案调查，遭调查的原因是因为公司关联交易及相关事项未披露，该公告导致 6 月 23 当日京天利股价连续 12 个跌停板，投资者损失惨重。

2016 年 6 月 28 日，京天利公司公告收到中国证监会《行政处罚决定书》，证监会认定京天利公司在上市时未按规定披露关联关系、在收购上海誉好公司股权时，未履行关联交易程序、也未披露关联关系，证监会对京天利处以 40 万元罚款，对公司实控人钱永耀处以 60 万元罚款。

自 2016 年 7 月开始，陆续有若干投资者以证券虚假陈述民事责任纠纷为由向法院起诉要求京天利公司赔偿股民损失。

2016 年 8 月开始，北京一中院、北京高院先后作出投资者诉京天利索赔案一审、二审判决，认定京天利构成证券虚假陈述，无需扣除证券系统风险因素，判令京天利全额赔偿原告损失。

2018 年 5 月，京天利因不服终审判决，向最高院申请再审。2018 年 10 月底，最高院对案件作出民事裁定，认定：京天利未披露关联交易事项构成重大事件，其行为构成证券虚假陈述；原审判决认定以证监会立案公告之日为揭露日是正确的；京天利股票“断崖式”下跌与当时证券市场整体股市异常波动并无紧密联系，而是由于京天利虚假陈述行为所导致的，且京天利股价的“背离”幅度已远远超过当时证券市场股指的异常波动幅度，给投资者造成了严重经济损失，因此，投资者的损失不应考虑扣除证券市场系统风险因素，京天利应当赔偿投资者的合理经济损失，故裁定驳回京天利的再审申请。

### 二、证券虚假陈述案震惊外交部 | 投资者胜诉

近年来，上市公司因财务造假被证监会处罚，由此引发投资者索赔的案件屡见不鲜，但是，因财务造假震惊外交部的案件以下这个案件是第一例。

它为什么要造假？这和公司的业绩承诺息息相关。

2015 年 7 月，雅百特公司借壳中联电气上市，交易对方承诺雅百特 2015 年度、2016 年度、2017 年度净利润数分别为 2.55 亿元、3.61 亿元、4.76 亿元。之后，雅百特为了满足重组上市的对赌业绩，2015 年至 2016 年 9 月通过虚构境外工程项目、虚构国内及出口建筑材料贸易、伪造工程合同和销售回款等方式虚增营业收入合计约 5.8 亿元，虚增利润约 2.6 亿元。其中，2015 年虚增利润 2.3 亿元，占当期披露利润总额的 73%。

2017年4月6日，中国证监会对雅百特涉嫌信息披露违法违规等行为立案调查。

2017年12月14日，中国证监会对雅百特作出行政处罚，认定雅百特是财务造假违法行为的责任主体，实际控制人、董事长陆永是对雅百特财务造假违法行为直接负责的主管人员，雅百特和陆永均被中国证监会顶格处罚。造假事件披露后的一个月内，公司股价持续下跌，投资者损失严重。

处罚决定发布后，数百位投资者陆续向法院起诉，要求雅百特赔偿其虚假陈述行为给投资者造成的损失。

2018年11月6日，南京中院安排部分雅百特案一审开庭。

2018年12月，南京中院认定：雅百特的信息披露违法行为构成证券虚假陈述，凡在虚假陈述实施日与揭露日期间买入股票，并没有卖出的，应推定具有因果关系，雅百特应就此承担民事赔偿责任，一审判决雅百特全额赔偿投资人并承担全部诉讼费用。此外，关于雅百特公司主张投资者损失系部分受到系统性风险等因素影响所致，法院认为：证券市场复杂多变，大盘、板块个股指数均具有一定的波动性，该波动性与证券市场系统性风险有本质区别，仅依据某两个时间点之间价格波动、涨跌幅度的简单对比，并不足以证明系统性风险的存在。据此法院在案件中并没有扣除任何系统性风险的影响。

### 三、类型案件法院裁判依据

#### （一）公司虚假陈述的实施日、揭露日和基准日的确定

虚假陈述实施日问题。投资者起诉上市公司赔偿损失的前提是上市公司虚假陈述的违法事实已经被有关机关认定。比如，证监会针对公司作出的《行政处罚决定书》。公司发布的公告中因存在信息披露的虚假记载、误导性陈述及重大遗漏等问题而被中国证券监督管理委员会予以了行政处罚，依据《关于虚假陈述赔偿的规定》第二十条第一款之规定，可以确定公司发布以上公告的日期为公司虚假陈述的实施日。

虚假陈述揭露日问题。虚假陈述被揭露的意义在于其对证券市场发出了一个警示信号，提醒投资人重新判断股票价值，进而对市场价格产生影响。相比较而言，公司在证券交易所网站发布的《复牌提示性公告》以及《关于收到中国证券监督管理委员会调查通知书的公告》系公司包括案涉虚假陈述在内的违法违规问题在全国范围发行媒体首次被公开揭露，且证券监管机构的立案调查通知书公告后公司的股价当日即下跌幅度较大，可以认为公司公告立案调查通知书的行为已对证券市场具有强烈的警示作用，对市场价格也产生了影响。据此，依据《关于虚假陈述赔偿的规定》第二十条第二款之规定可以确定发布以上公告的日期为公司虚假陈述的揭露日。

#### （二）关于投资人的投资损失与公司虚假陈述之间是否存在因果关系

投资人买入公司股票的行为应发生于公司虚假陈述实施日之后、揭露日之前，且在揭露日之后因持有公司股票受有一定经济损失。这样依据《关于虚假陈述赔偿的规定》第十八条之规定，可以认定投资人的相应投资损失与公司的虚假陈述之间确有因果关系。

#### （三）公司是否应对投资人的投资损失承担民事赔偿责任

依据《关于虚假陈述赔偿的规定》第十九条规定之内容，损失或者部分损失是由证券市场系统风险等其他因素所导致，应当认定虚假陈述与损害结果之间不存在因果关系，故投资人的投资损失是否应当全部归责于公司的虚假陈述尚应审查投资人的投资损失或者部分损失是否由证券市场系统风险等其他因素所导致。依据证券业通常之理解，系统风险系指对证券市场产生普遍影响的风险因素，其特征在于系统风险因共同因素所引发，对证券市场所有的股票价格均产生影响，这种影响为个别企业或行业所不能控制，投资人亦无法通过分散投资加以消除。如果投资人自买入并持有公司股票至基准日止，该段期间内以证券交易所挂牌上市的全部股票为计算范围并以发行量为权数的上证指数未出现较大幅度下跌现象；可以判断，该段期间内证券市场个股价格并未

出现整体性下跌，故现有情形无法表明案件存在证券市场系统风险等其他因素，则公司应当对投资人的相应投资损失承担民事赔偿责任。

#### （四）上市公司、资产重组收购方及相关高管的民事赔偿责任

上市公司依法披露的信息，必须真实、准确、完整，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。并且，参照《关于虚假陈述赔偿的规定》第二十八条之规定，即发行人、上市公司、证券承销商、证券上市推荐人负有责任的董事、监事和经理等高级管理人员在知道或者应当知道虚假陈述而未明确表示反对的情形下应当认定为共同虚假陈述，分别与发行人、上市公司、证券承销商、证券上市推荐人对投资人的损失承担连带责任。上市公司股份权益变动活动中的信息披露义务人，其主动或被动披露的信息亦应当真实、准确、完整、及时，在具体的信息披露行为中应尽勤勉尽责、谨慎注意的义务，否则对投资人构成侵权，应承担民事赔偿的连带责任。

### 四、法条链接

#### 《中华人民共和国证券法》第六十三条

发行人、承销的证券公司公告招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告，存在虚假记载、误导性陈述或者有重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人、承销的证券公司应当承担赔偿责任，发行人、承销的证券公司的负有责任的董事、监事、经理应当承担连带赔偿责任。

#### 《中华人民共和国证券法》第六十九条

发行人、上市公司公告的招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告以及其他信息披露资料，有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人、上市公司应当承担赔偿责任；发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外；发行人、上市公司的控股股东、实际控制人有过错的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。

#### 《中华人民共和国证券法》第一百九十三条

发行人、上市公司或者其他信息披露义务人未按照规定披露信息，或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，给予警告，并处以三十万元以上六十万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以三万元以上三十万元以下的罚款。

## 母公司股东能否代表子公司提起股东代表诉讼

作者：周雪爽律师团队

在公司的运营发展中，由于股东之间利益的不一致，有时会出现如控股股东滥用知情权损害公司利益、违法提供担保、关联交易套取利润等事件，难以一一列举。但是，以上列举的这些套路还是比较常见的，而笔者最近接到的客户 A 的一个关于小股东被大股东“坑了”的咨询可能要更复杂一点。

客户 A 是 B 公司的小股东，B 公司大股东设立了全资子公司 C 后，将资产都悄悄转移到了子公司 C 的帐上，B、C 公司都受同一董监高集体管控。后来子公司 C 经营遇到问题，资产缩水，B 公司仍对子公司 C 的经营管理不闻不问。A 了解了情况之后只能干着急，因为大股东转移资产的做法间接排除掉了小股东 A 的股东权利。

对此，A 可以采取怎样的应对措施呢？

这里我们建议采取的做法是：母公司小股东 A 可代表子公司 C 提起股东代表诉讼。

### 股东代表诉讼是什么？

与董监高违法失职造成损失或损害的相关诉讼有公司直接诉讼、股东直接诉讼、股东代表诉讼三种。

公司直接诉讼是指公司受到董监高的损害，公司起诉董监高。

股东直接诉讼是指股东受到董监高的损害，股东以自己的名义并且行使股东的权利提起的诉讼，目的是为了主张赔偿股东遭受的损失或要求履行对股东所负的义务。直接诉讼应由股东以个人身份提起。

股东代表诉讼是指当公司的合法权益受到不法侵害而董监高又不以公司名义去起诉维权时，公司股东可以公司的名义或行使公司的权利提起诉讼，所获赔偿归于公司。其目的是为了主张赔偿公司遭受的损失或要求履行对公司所负的义务。

而上面客户 A 的咨询中提到的母公司小股东可代表子公司提起的股东代表诉讼，是指在子公司利益受到损害的情况下，由母公司的股东提起的诉讼，这是为了主张属于母公司全资持有或控股的子公司的诉讼请求。

### 以案说法

与董监高违法失职造成损失或损害的相关诉讼有公司直接诉讼、股东直接诉讼、股东代表诉讼三种。

案例：海航酒店控股集团有限公司与赵小海、陕西海航海盛投资有限公司、陕西皇城海航酒店有限公司损害公司利益责任纠纷【（2016）陕民终 228 号】

#### 裁判要点

在母公司对子公司形成绝对资本控制的情形下，母公司控股股东损害子公司合法权益，会导致母公司利益间接受损，故在子公司怠于向母公司控股股东主张权利时，母公司股东有权提起股东代表诉讼。

#### 基本案情

海航控股公司、赵小海为海盛投资公司股东，分别占股 60% 和 40%，公司董事长及总经理均由海航控股公司委派的董事担任。皇城酒店公司为海盛投资公司的全资子公司，由海航控股公司实际运营。海航控股公司、赵小海均通过海盛投资公司间接持股皇城酒店公司。

2009 年 -2013 年间，赵小海 8 次致函海航控股公司，提出皇城酒店公司经营管理中存在的客房闲置问题，海航控股公司未作理会，该批客房一直闲置。

2014 年 1 月，赵小海致函海盛投资公司监事会，请求海盛投资公司监事会通过诉讼方式向侵害公司利益的海航控股公司行使索赔权利，海盛投资公司监事会未予回复亦未提起诉讼。

据此，赵小海以自己名义提起海航控股公司滥用股东权利损害皇城酒店公司利益的股东代表诉讼，要求赔偿损失；海航控股公司辩称赵小海非皇城酒店公司股东，无原告资格。

## 裁判结果

### 1、赵小海为皇城酒店公司母公司的股东，有权提起股东代表诉讼，主体适格。

公司董监高执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，或者他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，有限责任公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，在履行了相关前置程序后，有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

本案中，海盛投资公司的股东赵小海的持股比例为60%。皇城酒店公司出资人系海盛投资公司（法人独资）。2014年1月，赵小海致函海盛投资公司监事会请求海盛投资公司监事会通过诉讼方式向侵害公司利益的行为人行使索赔权利，但海盛投资公司监事会未予回复亦未提起诉讼，而皇城酒店公司系海盛投资公司设立的全资子公司，对皇城酒店公司权益的损害亦构成对海盛投资公司权益的损害。在母公司对子公司形成绝对资本控制的情形下，母公司的股东为了子公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼，亦不违反《公司法》规定。据此，赵小海作为原告提起本案股东滥用股东权利损害公司利益责任纠纷诉讼，主体适格。

2、海航控股公司的行为损害了海盛投资公司的利益，应当承担赔偿责任。海航控股公司作为皇城酒店公司母公司海盛投资公司的控股股东，其对海盛投资公司的运营、管理及人事具有实质的支配和控制能力，继而对于皇城酒店公司具有实际支配与控制权。作为对母、子公司经营活动均具有重要影响和控制能力的控股股东，海航控股公司应当忠实于公司并最大限度地以公司的利益作为行使权利的标准，若其怠于行使权利造成公司利益受损，其应承担相应的民事责任。在赵小海多次提出应将皇城酒店闲置客房投入经营的情况下，海航控股公司未作出有效回应，亦未采取有效措施防止损失产生，其应对皇城酒店公司因此造成的损失承担赔偿责任。

## 知识延伸

### 1、母公司股东能否因子公司利益受损提起股东代表诉讼？

能。这里的股东代表诉讼中的“代表”具有双重性：1. 母公司股东以自己名义代表母公司起诉，母公司股东因此从母公司的董事会处取得了母公司的诉讼权利；2. 母公司股东代表母公司作为子公司股东，从子公司的董事会处接管子公司的诉讼权利。

因为在母公司对子公司形成绝对资本控制的情况下，股东损害子公司利益，也会间接导致母公司利益受损，所以母公司的其他股东有权为了母公司的利益向法院起诉。

### 2、股东代表诉讼情形下胜诉利益的归属？

归属主体是公司，损害公司利益的股东应向公司履行赔偿义务。

理由：（1）诉权来源于公司。在股东代表诉讼中，由于公司利益受到侵害，股东代为提起诉讼，诉讼的目的是为了维护公司的利益，这直接决定了在股东代表诉讼中，诉讼结果应当归于公司。

（2）股东代表诉讼，已实质赋予了个别股东完整的诉权，公司因该代表诉讼获得的赔偿，可共益全体股东。如果胜诉利益归属于个别的起诉股东，则可能侵犯未参加诉讼的股东的权利。

（3）公司财产具有独立性，股东具有的是资产收益权。因为股东代表诉讼中对个人股东造成的损害是间接的，对公司造成的损害才是直接的。

### 3、母公司股东代表子公司进行股东代表诉讼的情形下胜诉利益的归属？

子公司。母公司和子公司是两个独立的法人主体，利益受损的是子公司，故胜诉利益应归子公司所有。

#### 4、股东代表诉讼情形下诉讼费用的承担？

为了防止滥诉的发生，公司承担费用是有前提的。股东代表诉讼提出的诉讼请求部分或全部获得人民法院支持，才能由公司承担因诉讼支出的合理费用。

#### 小结

关于母公司股东可代表子公司提起股东代表诉讼的问题，由于立法层面的制度缺失，司法实践中还存在着不支持的裁判观点。如（2016）苏民终 568 号案例中，江苏高院认为“原告乔俊仅为兆润公司的股东，并非广厦万杰公司的股东，不能当然据此认定在广厦万杰公司权益可能受损，因此其提起的诉讼，应认定其诉讼主体不适格”。

对此，笔者建议，股东应注重启动股东代表诉讼的前置程序。尽量穷极公司内部的治理救济手段，并准备好证明资料。既举证子公司的董监高侵害子公司的利益，也要证明已经穷尽了母、子公司内部的有权机关救济途径。并在准备诉讼前聘请专业的律师团队进行案例研判。

## 公司人格否认要点评析

作者：周雪爽律师团队

所谓公司人格否认，是指公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任来逃避债务，严重损害债权人利益时，债权人可以越过公司的法人资格，直接请求滥用公司人格的股东对公司债务承担连带责任的法律制度。

我国《公司法》第20条第3款是对公司人格否认的明文规定，在《公司法》之后，2017年10月1日起施行的《民法总则》第83条进一步明确规定：“营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人的债权人利益。滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人的债权人利益的，应当对法人债务承担连带责任”。但是，无论是《公司法》第20条，还是《民法总则》第83条，对于公司人格否认的构成要件并不清晰且难以统一，成为司法的难点和疑点。

为统一裁判思路，最高院《全国法院民商事审判工作会议纪要》（“《九民纪要》”）对公司人格否认制度进行了全面、细致的规定，对公司人格否认的构成要件和股东滥用权利的情形作出了较为明确的规定。

本文立足于《九民纪要》的最新规范，结合过往公司人格否认相关的司法判例，探寻公司与关联方人格混同问题的法律适用。

### 《九民纪要》最新规范

《九民纪要》首先强调，公司人格独立和股东有限责任是公司法的基本原则。否认公司独立人格，由滥用公司法人独立地位和股东有限责任的股东对公司债务承担连带责任，是股东有限责任的例外情形，旨在矫正有限责任制度在特定法律事实发生时对债权人保护的失衡现象。

《九民纪要》以列举方式载明了人格否认的三种情形，即人格混同、过度支配与控制情形、资本显著不足。

### 公司人格否认的三种情形

#### 人格混同

《九民纪要》提出，“人格混同”明确“认定公司人格与股东人格是否存在混同，最根本的判断标准是公司是否具有独立意思和独立财产，最主要的表现是公司的财产与股东的财产是否混同且无法区分。”

在以往的司法实践中，一般而言，公司人格混同判断需同时适用三个标准，即人员混同、业务混同、财产混同，三个条件缺一不可。

例如，最高人民法院指导案例15号：徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案中，法院作出川交工贸公司与川交机械公司、瑞路公司人格混同的判断的标准主要有三：一是三个公司人员混同。三个公司的经理、财务负责人、出纳会计、工商手续经办人均相同，其他管理人员亦存在交叉任职的情形，川交工贸公司的人事任免存在由川交机械公司决定的情形；二是三个公司业务混同。三个公司实际经营中均涉及工程机械相关业务，经销过程中存在共用销售手册、经销协议的情形，对外进行宣传时信息混同；三是三个公司财务混同。三个公司使用共同账户，以同一人的签字作为具体用款依据，对其中的资金及支配无法证明已作区分，且三个公司与徐工机械公司之间的债权债务、业绩、账务及返利均计算在川交工贸公司名下。因此，三个公司之间表征人格的因素（人员、业务、财务等）高度混同，导致各自财产无法区分，已丧失独立人格，构成人格混同。

之后，实务案例不断修正该观点，提出公司与股东的财产或财务混同是判断是否构成主体混同的关键标准，而人员、业务及场所的混同一般伴随着财产或财产混同而发生。

例如,浙江高院(2016)浙民终字599号民事判决中,法院认为,具有独立法人资格的公司享有独立的财产权,公司财产与其股东财产的分离是公司人格独立的基础,只有在财产分离的情况下,公司才能以自己的财产独立地承担民事责任。

而本次《九民纪要》较为突出及更明确的一点在于,人民法院在审理公司人格否认案件时,关键要审查是否构成财务或财产混同,而不要求同时具备其他方面的混同,其他方面的混同往往只是人格混同的补强。据此,《九民纪要》在多元认定因素中,将财产独立方面因素进一步凸显了出来。因为财产混同违背了公司财产与股东财产相分离、公司资本维持和公司资本不变等基本原则,潜伏着公司财产被隐匿、非法转移或被私吞、挪用的重大隐患,严重影响公司对外清偿债务的能力。

根据《九民纪要》,在认定是否构成人格混同时,应当综合考虑以下因素:(1)股东无偿使用公司资金或者财产,不作财务记载的;(2)股东用公司的资金偿还股东的债务,或者将公司的资金供关联公司无偿使用,不作财务记载的;(3)公司账簿与股东账簿不分,致使公司财产与股东财产无法区分的;(4)股东自身收益与公司盈利不加区分,致使双方利益不清的;(5)公司的财产记载于股东名下,由股东占有、使用的;(6)人格混同的其他情形。

#### 过度支配与控制

要做到公司的人格独立,主要表现在独立的意志和独立的利益。“意志”即控制权,“利益”即“利润分配权”。公司控制股东对公司过度支配与控制,操纵公司的决策过程,使公司完全丧失独立性,沦为控制股东的工具或躯壳,严重损害公司债权人利益,应当否认公司人格,由滥用控制权的股东对公司债务承担连带责任。

传统的公司人格否认的适用主体主要为控制股东,即公司中具有支配地位的股东或握有该公司实质控制能力的股东。随着公司制度的发展,公司人格否认的主体不再局限于公司及其股东,而是发展出母子公司、直接或间接控制的公司等具备关联关系的独立法人主体,即关联公司。对于这种“一人多家”(一个实际控制人或股东拥有多家公司)或者“一家独大”(家族企业或关联公司成积聚规模化)的情况,关联公司之间利益输送的行为将直接导致公司的人格否认。

例如,(2012)民申字第531号(宜昌市万佳百货公司等与中国农业银行股份有限公司三峡夷陵支行借款合同纠纷申请再审案)中,最高院认为:在段晓虎的实际控制下,万佳百货公司、万佳物业公司、万佳实业公司存在资产混同、人员混同的情况,而在实现优质资产向万佳实业公司转移后,万佳百货公司、万佳物业公司相继因未年检而被吊销营业执照。上述行为具有明显恶意规避债务的特征,二审判决认为构成欺诈不正当,万佳物业公司、万佳实业公司、段晓虎应当对万佳百货公司的债务承担连带清偿责任。

《九民纪要》认为,“控制股东或实际控制人控制多个子公司或者关联公司,滥用控制权使多个子公司或者关联公司财产边界不清、财务混同,利益相互输送,丧失人格独立性,沦为控制股东逃避债务、非法经营,甚至违法犯罪工具的,可以综合案件事实,否认子公司或者关联公司法人人格,判令承担连带责任”。也即,《九民纪要》将关联公司之间的法人人格否认问题归于“过度支配与控制”情形下,将公司人格否认扩张解释适用于全体关联公司。

根据《九民纪要》,母子公司之间,以及关联公司之间,如果存在以下情形,将被认定为人格混同,互相承担连带责任。这些情形包括:(1)母子公司之间或者子公司之间进行利益输送的;(2)母子公司或者子公司之间进行交易,收益归一方,损失却由另一方承担的;(3)先从原公司抽走资金,然后再成立经营目的相同或者类似的公司,逃避原公司债务的;(4)先解散公司,再以原公司场所、设备、人员及相同或者相似的

经营目的另设公司，逃避原公司债务的；（5）过度支配与控制的其他情形。

### 公司资本显著不足

根据《九民纪要》，资本显著不足指的是，公司设立后在经营过程中，股东实际投入公司的资本数额与公司经营所隐含的风险相比明显不匹配。股东利用较少资本从事力所不及的经营，表明其没有从事公司经营的诚意，实质是恶意利用公司独立人格和股东有限责任把投资风险转嫁给债权人。公司设立后的资本显著不足主要表现为：股东通过明显不合理的分红、明显不合理的高工资等方式抽走资金，导致其经营的事业规模与隐含的风险相比明显不匹配。

### 公司人格否认的基本要素

上述公司人格否认的三种情形可归类为公司人格否认的行为要件，另外，《九民纪要》明确了公司人格否认的主体要件、结果要件与适用原则。这些基本要素具体如下：

其一，主体要件。原告只能是因股东滥用公司法人人格而受到损害的公司债权人，被告则只能是实施了滥用公司人格和股东有限责任的行为的股东。但实践中，滥用公司独立法人人格的不只局限于股东，在不具有直接投资关系的关联公司中也大量存在滥用公司法人独立人格的现象。对该问题，《九民纪要》在上述“过度支配与控制”情形的界定中予以了明确。

其二，结果要件。公司人格利用者必须给他人或社会造成损害，滥用行为与债权人损失之间需存在因果关系。例如，在（2019）冀民终 629 号案中，法院认为股东滥用权利的行为与债权人损失之间须存在因果关系，且唯有否认法人的人格方能保护债权人的利益。若因果关系无法证成，则不能否认公司人格。

其三，滥用行为的主观故意。即公司人格否认的判断还需要满足股东存在恶意的条件。例如，在（2018）鄂民申 1313 号案中，“若股东没有逃避其参股公司债务的故意，亦不能否认公司人格”。

同时，《九民纪要》明确提出审理否认公司人格案件坚持“慎用、当用则用（敢用）、个案认定”的原则作为思路，公司人格否认不是全面、彻底、永久地否定公司的法人资格，而是在承认公司具有法人人格的前提下，在具体案件中依据特定的法律事实、法律关系，突破股东对公司债务不承担责任的一般规则，例外地判令其承担连带责任。法院在个案中否认公司人格的判决的既判力仅仅约束该诉讼的各方当事人，不当然适用于涉及该公司的其他诉讼，不影响公司独立法人资格的存续。

### 实务指引

#### 1. 对于公司以及控股股东来说：

在财产或财务往来频繁的情况下，为防止被认定构成财务或财产混同，需要重点防范以下几点：（1）公司账簿与股东账簿独立记载；（2）公司财产登记与股东独立；（3）公司与股东之间的资金往来、财产调拨依照财务规范做好记载，并履行必要的决策程序；（4）股东和公司之间的利益分别核算，独立清晰，若需分配利润，则依公司法及章程规定进行。

其次，为防止被认定为“过度支配与控制”，需要关注以下方面：（1）务必确保股东与公司治理结构的完整及独立，依照公司法和公司章程进行决策；（2）关注关联交易的正当性和公允性，尤其是交易价格，避免因关联交易中低价甚至无偿转让资产的行为被认定为过度支配与控制行为。

#### 2. 对于债权人来说：

可以从以下方面最大限度保障自身的债权权益。首先，利用公司人格否认制度扩大偿债主体范围。债权人对债务人公司享有的债权已经由生效裁判确认，可另行提起公司人格否认诉讼并请求股东对公司债务承担连带

责任的，此时列股东为被告，公司为第三人；债权人对债务人公司享有的债权提起诉讼的同时，可一并提起公司人格否认诉讼，请求股东对公司债务承担连带责任，此时可列公司和股东为共同被告；若债权人对债务人公司享有的债权尚未经生效裁判确认的，直接提起公司人格否认诉讼应以追加公司为共同被告为前提。另外，债权人不妨将实施滥用行为公司的子公司或关联公司列为共同被告，请求法院认定前两者与债务人公司之间人格混同，进而由子公司或关联公司对债务承担连带责任。

其次，债权人的举证必须让法官相信股东或关联公司有滥用公司人格和有限责任的可能，根据以往的实务判例，应举出盖然性证据证明股东存在滥用公司人格的行为以及由此产生了损害结果，该证据应达到合理怀疑的程度。

## 网络安全与数据保护篇

### Big Brother is watching you!

#### ——浅议在公权力机关执法中对面部识别特征数据的运用规范

作者：金易文

前段时间，一款名为“ZAO”的换脸软件火遍网络，同时也引发了全民热议，部分用户对于自己上传到APP的“人脸”会不会被用于不法用途，进而给他们带来人身或财产损失表示甚为忧虑。究其原因，“ZAO”作为一款换脸软件，需要通过收集并分析用户的“人脸”数据来实现换脸的效果。而所谓的“人脸”，在法律意义上来说，就是用户个人的面部识别特征，属于个人敏感信息。

人类的面部识别特征，和指纹、虹膜等一样，都是一组能够区别人脸的组合特征，每个人眼睛、鼻子和嘴等面部特征之间的距离、面积和角度等几何关系各不相同，具有唯一性。随着多维传感器抓取人面部特征技术的进步，人脸识别成为继指纹、虹膜扫描、语音识别等之后识别或验证人身份的便捷生物识别技术，通过传感器捕捉个人的面部识别特征，就可以识别到具体特定的个人，如果将上述面部识别特征数据化，就可以实现上述信息的共享。

实际上，基于面部识别特征数据的人脸识别技术已经逐渐被广泛运用到各行各业，我们已经开始享受刷脸支付、进入机场或车站，使用含有人脸识别的管理软件管理个人照片或在社交网络识别朋友等便利。并且，人脸识别技术不仅被用于商业，也被公权力机关运用在了公共服务领域，如被用于当事人身份验证、送达等法律实施和判决执行领域，又比如，本市已经将人脸识别技术用于交通违法抓拍识别，当有行人闯红灯时，高清摄像头就会采集证据，通过放大影像进行人脸识别，最终将包含了身份证号、违法时间、违法地点等信息的罚款短信发送到个人手机。

诚然，人脸识别技术作为一项新技术，其应用领域多样，如果运用得当，将为政府和个人均带来新的机遇或便利。对于政府而言，政府作为保障公民安全和打击犯罪的主要力量，恰当地在特定公共场合运用人脸识别技术，有利于增强公共安全和监控警情，有助于警方建立人像库，从而为抓捕犯人、打击犯罪以及追踪、监控恐怖主义活动提供帮助；对于公众而言，公民的人身安全和财产安全也将因此而受到更好的保护。

但是，人脸识别技术同时也是一把双刃剑，鉴于其本身只是一种远距离精准核验身份的技术，因此不可避免地存在技术被不法利用、信息泄露和信息滥用三重风险。譬如前段时间媒体报道的江苏南京的中国药科大学在校内部分区域“试水”安装了人脸识别系统，就引起了广泛争议，其实已经涉嫌侵犯学生的隐私。

从国外实践来看，在欧盟，生物识别信息和人脸识别是非常敏感的话题，2019年8月21日，瑞典一所高中因使用人脸识别系统记录学生的出勤率，学校董事会被瑞典数据监管机构（DPA）认定学生个人信息处理不符合欧盟《通用数据保护条例》（GDPR）的规定，因而被处罚20万瑞典克朗（约合人民币14.4万元）。

在美国，在面临收集和使用此类面部识别特征信息的问题上，历来对个人隐私的限制较为宽松的美国，也与欧盟一样也采取了较为保守的态度。在美国已经有旧金山、马萨诸塞州的萨默维尔市通过了禁止在公共场所使用面部识别软件的法令，而奥克兰、纽约等城市也在考虑类似禁令，甚至，美国联邦政府层面也在考虑是否采取相应措施。

而就我国的立法来看，对于个人信息，由其是个人敏感信息的收集、分析、应用和共享，我国法律已经有所作为，如在《网络安全法》等法律法规中，均对企业、企业的网络产品和服务收集、分析、应用和共享个人信息进行了规制；此外，在2018年5月1日开始实施的有关个人信息收集的国家标准 GB/T 35273-2017 中，人脸数据与指纹、声纹、掌纹等生物识别信息，也被作为同一级别的个人敏感信息对待。

但实际上，从面部识别特征数据的特性来看，相对于指纹、掌纹等，其最大的特征在于非接触性：人脸被数字化处理后，将会构成一种“隔空可用”的活体数据，一旦泄露或被不法利用，其风险远高于其他生物识别性信息，因此，对于掌握和利用我们面部识别特征的公权力机关，我们有理由苛以更加严格的程序和安全要求，以确保属于公民的个人生物识别信息的安全。

因此，笔者认为，公权力机关在执法过程中使用基于面部识别特征数据的人脸识别技术，应当采取慎之又慎的态度，并应当以法律法规的形式，对上述公权力机关收集、储存、分析和使用公民面部识别特征数据的形式、范围等进行严格规范和边界限定。

笔者建议，可以从以下方面，强化公权力机关对公民脸面部识别特征数据的收集、储存、分析、使用以及共享的规制：

首先，从定义上明确“公共利益”的范围，以确保收集、分析、使用面部识别数据的合法性。

从法理上来说，在个人信息保护领域，当基于公共利益目的进行的个人信息处理（如公权力机关需要对采集的脸部数据进行识别，进而进行交通违法行为的处罚）与信息主体的人格尊严或自由发生冲突时，是可以对个人的权利和自由作出一定的限制的，例如，在公共管理领域，公安机关在公民申领身份证时收集公民必要身份信息属于典型的基于公共利益收集个人信息；在刑事侦查阶段，侦查机关经批准后可实施相应的侦查技术措施以获取为侦查、起诉或审判所必要的信息。也就是说，“公共利益”可以排除公民的“同意”，独立作为公权力机关对个人信息进行处理的合法性基础之一。但是，笔者认为，仍需要在立法中严格控制公共利益的界定，将公共利益的边界清晰化（如对居民小区内部道路以高清化摄像头监控的方式实施人脸识别，是否属于为了实现“公共利益”），以巩固公权力机关对公民面部识别数据进行收集、存储、分析和使用的合法化基础。

其次，对于作为个人信息控制者的公权力机关，也应当确保面部数据采集的准确性和数据更新的及时性。

面部识别特征数据不同于指纹、掌纹等生物识别信息，除了会随着岁月的变迁不断变化，也会基于一些外部因素（如医疗、美容等）产生较大的变化，而目前我国公权力机关面临的问题是执法中所使用的面部识别数据不准确，一些数据往往是滞后且不准确的，笔者身边就发生过交通违法抓拍错误识别当事人面部信息的真实案例。因此，笔者建议，应当加强公民面部识别数据在政府公权力机关内部的共享流通，对于相关有权机关在其履行职责、提供服务过程中产生或者获取的、可用于识别自然人的面部识别数据，纳入统一的数据流通共享平台，并做到及时更新，确保面部数据的准确性，避免执法结果产生偏差。

第三，应当确保面部数据采集目的、范围和用途等的透明性。

对于公民个人而言，其对于面部识别数据的最大不安全感因素，来自于无处不在的摄像头采集。公民无法知晓这些布置在街头巷尾的高清摄像头何时采集了其面部数据。为此，我们建议，对于直接采集的场景，公权

力机关可以采取公告、登报等方式告知公民这些摄像头布置的位置、掉公民其使用人脸识别系统以及面部识别特征数据收集目的、是否会被分享给其他公权力机关、使用面部识别特征数据的范围（如仅能用于交通违法识别）、数据保留期、报告问题并进行修改的途径等；对于间接（委托）采集的场景，公权力机关可以委托实施采集的主体，以清晰、明确、易懂的方式告知公民上述信息。

#### 第四，应当确保公民对于其面部数据的基本权利。

就面部识别数据而言，其属于个人敏感信息的一种，因此，作为个人信息的主体，公民应当享有相应的权利。而与一般商业化使用的个人信息的用户权利相比，因面部识别数据主要被应用于公共安全方面，某些权利，如将数据删除的删除权等，可能基于数据使用的性质而无法实现，但其他基本权利应当是不可或缺的，比如数据有误时如何进行反馈修改的修改权，应当保障公民实施上述权利的渠道顺畅，比如可建立专门的反馈电话热线、网络平台或手机 APP、小程序等。

#### 最后，应当确保数据存储环境的安全性。

基于面部识别数据的敏感性，笔者建议公权力机关应当依据法律规定、所涉面部识别特征数据的敏感性、规模和使用环境，选择最适当的安全保护措施。除上述特别保护外，其他措施包括数据加密、病毒防护、访问控制、人员培训等。

# 网络爬虫：从入门到入狱

## ——漫谈爬虫程序的违法风险及合规建议

作者：金易文

近日，51 信用卡利用爬虫程序非法获取用户信息而被杭州警方立案调查，引爆了数据行业的对网络爬虫黑产的讨论。涉事公司 51 信用卡诞生之初，是为了帮助信用卡持有者解决管理多张信用卡不便的痛点，但随着 51 信用卡不断发展壮大，来钱更快的互联网信贷业务也逐渐变成这家公司的核心业务，如同大多数网贷公司一样，51 信用卡委托外包催收公司催收欠贷，而外包催收公司在通过恐吓、滋扰等软暴力催收的过程中，51 信用卡的技术团队则利用爬虫技术帮助其违规获取个人通讯录、地址定位等敏感信息，与黑恶势力配合默契，最终活成了自己曾经最讨厌的样子。而纸终究是包不住火的，51 信用卡的东窗事发，让吃瓜群众看到了喜闻乐见的“上百名警察一举捣毁犯罪窝点”的法治新闻。



其实，数据行业的乱象由来已久，今年 3 月，巧达科技 200 来号人被一锅端的消息引爆了互联网数据产业圈，而这正是由于其一直从事的非法售卖用户个人信息黑产所引发的。

巧达科技 2014 年 7 月成立，号称是中国最大的用户画像关键数据服务提供商，可谓是在人力资源数据这一专精领域做到了极致，其主要业务为通过旗下的“乔大招”软件收集并提供海量简历数据。乔大招的厉害之处，在于其除了具有一般 ATS (Applicant Tracking System) 智能招聘管理系统拥有的功能外，还可主动在互联网上抓取简历修改历史，查看到对应简历被查阅次数、修改记录等，偷窃个人信息于无形之中，可谓七种武器之首。在享受了非法售卖个人信息所带来的高额利润数年之久后，巧达科技最终遭到公安铁拳出击，公司办公室一夜之间被查封，公司所有员工在同一天内被警察一锅端，带回警局接受调查。



在享受了非法售卖个人信息所带来的高额利润数年之久后，巧达科技最终遭到公安铁拳出击，公司办公室一夜之间被查封，公司所有员工在同一天内被警察一锅端，带回警局接受调查。

### 一、数据黑产与爬虫——剪不断理还乱



其实，数据行业的乱象由来已久，从大规模数据窃取到“流量劫持”，从 App 超范围信息收集到“大数据杀熟”，数据行业的乱象给网络安全和公民个人隐私均带来了威胁，而更为可怕的是“数据黑产”。近年来，非法爬取并倒卖公民个人信息的乱象更是集中爆发，如前文提到的 51 信用卡和巧达科技，都是曾经头部企业，这也意味着整个数据行业在接下来几年内，都将面临重新洗牌。

说到数据行业黑产，就不得不提到其赖以为生的一项技术——网络爬虫。网络爬虫（又称为网页蜘蛛，网络机器人），是一种按照一定的规则，自动地抓取万维网信息的程序或者脚本。如果你用过抢票软件，就一定对这项技术不陌生。每当春运或者节假日期间，面对供不应求的车票，我们不得不求助于让你又爱又恨的抢票软件，其技术原理就是网络爬虫。通过反复访问购票页面，重复执行抢票动作，来第一时间帮你抢到车票。

其实以网络爬虫为基础的大数据收集，早已深入我们的身边方方面面，作为搜索引擎的底层技术，网络爬虫技术在很大程度上满足了大众对于信息检索的需求，此外，许多互联网公司赖以为基础数据都是通过爬虫程序爬取的，如笔者经常使用的天眼查、企查查、启信宝这三个企业信息查询网站，其数据都是从公开渠道（如企业信用信息公示系统）爬取的，查询网站一般在爬取后进行数据分析、加工及聚合，并以产品的方式呈现给访问者。

## 二、借我借我一双慧眼吧，让我把爬虫的善与恶看个清

一项技术越有创造力，就意味着其可以产生的破坏力也越强，如同菜刀可以做菜，也可以砍人，这也是网络爬虫技术成为黑产最爱的原因。从目前的法律法规和司法实践情况来看，网络爬虫技术的运用在以下情况下将存在违法乃至犯罪风险：

### 1、如果爬虫程序干扰了被访问的网站或系统正常运营

这是爬虫程序所能造成的最直接也是最明显的后果。爬虫程序本身的特点，决定了它必定会在短时间内频繁、大量地访问某一网站页面以获取数据，进而给网站服务器造成巨大的流量压力。而随着技术的更新迭代，爬虫程序的数据获取速度不断提升，随之而来的就是单位时间内对网站服务器的访问量水涨船高，进而造成类似 DDOS（分布式拒绝服务攻击）的后果，干扰被访问网站或系统的正常运行。



例如本文前面提到过得典型的爬虫程序——火车票抢票软件，随着技术和算法的更新换代，不同于以往依靠后台人工填写验证码实现的访问（所谓的第一代“人工”智能），现在的抢票软件已经能够依靠神经网络学习，突破 12306 的“反人类”图片验证码，实现短时间内自动频繁访问抢票页面的效果，抢票效果比以前强几十倍，成本也降低了不少，属于典型的技术改变生活，这也是每到春运，12306 服务器就会濒临崩溃的主要原因。

在法律责任方面，如果爬虫程序干扰了被访问的网站或系统正常运营，根据《刑法》第二百八十六条的规定，违反国家规定，对计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行，将构成“破坏计算机信息系统罪”。

而近日出台的《数据安全管理办法》（征求意见稿）中，则设置了专门针对数据爬取的条款进行了首次规定。根据《管理办法》，网络运营者采取自动化手段访问收集网站数据，不得妨碍网站正常运行；此类行为严重影响网站运行，如自动化访问收集流量超过网站日均流量三分之一，网站要求停止自动化访问收集时，应当停止。

## 2、如果爬虫程序规避网站经营者设置的反爬虫措施或者破解服务器防抓取措施



基于我国互联网行业的现实，大部分头部企业的网站，均设置了反爬虫措施，并且在服务器端也部署了防抓取措施，他人只能经授权，通过 API 端口获取数据，而不能随意爬取网站服务器上的数据。如果爬虫程序通过伪装等方式，绕过或破解反爬虫措施，接入 API 端口，从而实现访问网站服务器并读取数据的目的，那毫无疑问是构成违法的。

在法律责任方面，如果爬虫程序规避网站经营者设置的反爬虫措施或者破解服务器防抓取措施，非法获取相关信息，根据《刑法》第二百八十五条的规定，违反国家规定，侵入除国家事务、国防建设、尖端科学技术领域以外的计算机信息系统或者采用其他技术手段，获取该计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制，将构成非法侵入计算机信息系统罪。

## 3、如果爬虫程序采集的内容如果涉及商业机密或公民个人信息

根据《刑法》第二百八十七条的规定，利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。

尽管显得非常“智能”，但爬虫程序的本质还是程序，是替人类完成任务的工具，因此，从结果来看，如果爬虫程序采集了商业机密或公民个人信息（包括但不限于公民的姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等），情节严重的，则分别可能构成“侵犯商业秘密罪”和“侵犯公民个人信息罪”。如本文前面提到的 51 信用卡和巧达科技，其实均是触碰到了“侵犯公民个人信息”这一红线。

4、如果爬虫程序爬取的数据被运用到公司提供的产品或服务中，对被爬取公司的产品或服务起到了替代作用



这一点在大众点评诉百度地图不正当竞争一案体现得尤为明显中，在该案的庭审中，大众点评方面认为百度地图方面在百度地图、百度知道中，通过爬虫程序大量爬取并使用大众点评网点评信息，直接替代了大众点评网向用户提供内容。因此，在使用爬虫程序爬取网站数据时，应当遵循“最少、必要”的原则，不能超出必要的限度，不能实质性替代被爬取的产品或服务，否则可能被认定为实施了《反不正当竞争法》所禁止的不正当竞争行为；除此之外，使用爬虫程序还应当尊重被爬取对象的劳动成果，如在爬取一些存在竞价排名的产品数据时，如果将爬取的数据排序方式完全照搬，并呈现在自己的同类型竞品中，那无疑是盗取了被爬取对象花费大量精力制作的算法所得出的商业逻辑，也存在违反《反不正当竞争法》的风险。

在具体判断爬虫程序是否存在违反《反不正当竞争法》的风险时，还需要关注以下几个要点：i. 是否存在技术上的对抗性，即有没有绕过或破解反爬取措施或其他防护措施；ii. 有没有违反被爬取产品或服务运营者的意愿，具体可参考产品或者服务规则或用户协议中的有关条款；iii. 被爬取产品或服务运营者为被爬取数据所投入的劳动或资源，如前面提到的竞价排名。



另外提一句，实务中会有客户向我们咨询：爬虫程序违反所爬取网站的 robots 协议会不会构成违法或者违约责任？要了解违反 robots 协议的后果，先要搞清楚 robots 协议的性质，robots 协议也叫 robots.txt，是一种存放于网站根目录下的 ASCII 编码的文本文件，它通常告诉网络爬虫程序，此网站中的哪些内容是不应被获取的，哪些是可以被获取的。实际上，robots 协议并不是一个规范，也不是一种协议，而只是约定俗成的一种告示，并不具有法律效力，是典型的“防君子不防小人”协议。从目前国内的法律法规来看，并没有针对爬虫程序进行规范的生效法律法规，因此，爬虫程序单纯违反 robots 协议，并不会被直接认定为违法或违约行为，而是应当结合本文之前提到的其他情形来认定。

### 三、匹夫何罪怀璧其罪？技术中立？

在前文提到的 51 信用卡和巧达科技案中，我们总能听到一种声音，为程序员鸣不平，呐喊着诸如“皮肤喝醉怀璧其罪”（程序员只是因为身怀绝技，被抓了）、“技术中立”之类难懂的话。诚然，程序员在公司人小言微，其收益和法律风险似乎不成正比，但扪心自问，在这种类型的案件中，程序员真的不存在任何过错吗？爬虫程序真的可以以“技术中立”为由自我辩解吗？



要知道，随着各大互联网公司信息壁垒的建立，反爬取技术已经成了一个互联网公司网站必备的防护措施，在这种情况下，爬虫程序只能通过一些技术手段去绕过或者破解这种措施。在爬虫与反爬虫的军备竞赛中，爬虫技术在程序员大牛的努力改造下获得了各种“外挂”，一般都可以主动地伪装成正常访问网站的用户，从而绕过网站的防护措施，狠一点的甚至可以通过攻击并瘫痪网站的防护措施，达到访问网站数据的目的。

实际上，在这种情况下，技术已经毫无中立性可言，即使尚可以说爬虫程序是中立的，但爬虫程序所装备的“外挂”，都早已失去了中立的地位，目的很明确，就是欺骗、绕过、破解防护措施，是典型的违法甚至犯罪行为。就如同菜刀可以用来做菜，但为了增强杀伤力，把菜刀改成了砍刀，带去公共场合，是很难不被抓起来并扭送派出所的。

我国刑法对此类单位犯罪采取双罚制度，即单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。相关司法解释规定，在审理单位故意犯罪案件时，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，可不区分主犯、从犯，按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚。制作这些爬虫程序并加装“外挂”的程序员，其本身职业的性质决定了没有人会比他们更了解这些“外挂”是干什么的以及会给被爬取对象造成什么损害，存在犯罪的主观恶意，并且，对于此类犯罪行为，程序员大牛无疑是起到关键性作用的，因此，在这种情况下，即使可以推说是主管或者老板下的指令，也不能为其知法犯法的行为开脱，这也是为什么在巧达数据、51 信用卡等案件中，虽然程序员确实是在公司人小言微，但依然被批捕的原因。

### 四、生活不易，万勿一失足成千古恨

法律总是滞后的”，虽然目前尚无生效法律法规对爬虫程序进行规范，但是，随着爬虫技术的发展，其所带来的商业利益和损害将会越来越大，国家也势必将祭出更多的立法资源对爬虫进行治理，未来几年的立法

资源也势必向这一领域倾斜。笔者大胆预测，在未来三五年内，在《数据安全管理办法》之后，必将有专门规制及监管“以自动化手段访问收集网站数据”（爬虫程序）的法规出现，以明确爬虫程序中的合规界限。在此之前，笔者结合目前的司法实践和处罚案例，分别对程序员和公司负责人提出几点合规建议：

对程序员而言，首先要提高职业警惕性。程序员在当今的大数据时代，其杀伤力不亚于手里握着钢枪的战士，因此，自然应该对手中的程序的合法合规与否格外警惕：

(1) 首先要明确自己制作的爬虫程序是否涉及抓取对象的个人信息，如社交信息、财产信息、联系信息等；

(2) 其次，要明确是否涉及被抓取对象的商业机密，再次明确被抓取对方是否是自己所任职公司的直接竞争对手；

(3) 最后，建议严格按照公司制定的软件开发规范做事。

如果主管或者老板要求在开发规范之外，给爬虫程序加装“外挂”，如伪装外挂、暴力破解外挂时，硬气一点的，可以直接递上一本《中华人民共和国刑法》，而迫于生活压力不敢正面硬刚的，也要注意留下开发指令的书面邮件记录。诚然，生活不易，但为了微薄的工资而身陷囹圄，则是得不偿失了。

对公司负责人而言：

(1) 首先自己就要熟读《中华人民共和国刑法》，明确罪与非罪的界限，不能要求下属实施犯罪行为；

(2) 其次，对于《刑法》以外的涉及爬虫程序的法律，如《网络安全法》、《反不正当竞争法》等，也应当熟悉，避免出现爬虫程序违法及侵权的情况，必要时可以寻求外部法律顾问的帮助；

(3) 此外，建议严格管理和贯彻公司内部软件开发流程和规范，通过引入外部法律顾问进行定期公司内部培训等方式，让程序员和其业务主管明白违法界限，防止他们在KPI考核、Deadline、年终奖等因素的压力下，出现“病急乱投医”的情况；

(4) 最后，建议建立并完善公司内部的授权等级规范，明确管理层与项目组开发人员的对产品开发流程的权限范围，便于在问题发生时，及时厘清责任并找到相应的责任人。

【图片来源于网络】

## 不让客户“丢脸”才能赢得客户“芳心”

作者：高富平

现如今，人脸识别早已经进入我们的日常生活，这项技术逐渐地替代用户名+密码打开计算机、手机或某个信息系统，我们逐渐享受刷脸支付、进入机场或车站，使用含有人脸识别的管理软件管理个人照片或在社交网络识别朋友等。人脸识别也正在被广泛应用于当事人身份验证、送达等法律实施和判决执行领域，应用于检测潜在客户特征（如年龄、性别等）以更精准投放广告等商业领域。如此等等的的应用，似乎正预示着人脸即身份时代的来临。

与此同时，人脸识别也带来人们对隐私和安全方面的担忧。然而，这类安全问题不是该项技术本身问题，而是应用问题，是用于了不该用于的目的，实施了不该实施的行为。人脸识别技术广泛普及使用，使人们可以在公众中识别出某个人，甚至跟踪某个人的位置、运动和跟随等，而该人却不知悉。当该项技术用于侦察犯罪分子就是为了公共安全；当用于跟踪他人，就可能侵犯隐私，干涉他人自由；而冒充他人，就是在实施犯罪。因此，人脸识别技术是否有害关键在于如何使用。

2018年12月17日，微软副总裁 BradSmith 在布鲁金斯学会的会议演讲指出微软在人脸识别技术应用的六项原则：公正（公正地对待所有的人）、透明（记录和清晰指出人脸识别技术能力和限制）、负责（确保该项技术使用可控）、非歧视（禁止用于不法歧视）、告知和同意（使用时告知并获得同意）和合法监控（为实施法律的监控应当确保公民民主自由）。所有这些均体现了个人信息保护的基本精神——对人的尊重。

因此，人脸识别本身是一项核验身份，确保个人安全的技术，但是存在技术被不法利用、信息泄露和生物信息滥用三重风险。

针对上述三种风险我们需要采取相应的规制措施。从规制内容的角度，人脸识别需要从两个方面加以规制，一是从个人信息保护角度，解决信息泄露和滥用问题；二是从使用行为方式角度，不仅要建立智能化的人脸识别的伦理规范，而且要将以欺诈为目的“换脸”纳入冒充身份违法犯罪行为。

从规制方式的角度，仍然是自治与法治相结合。法律的主要功能是明确禁止使用的领域、方法，并规定相应法律责任，树立人脸识别技术应用边界；而在允许的领域或行为应当鼓励行业自治，形成各种商业使用人脸识别技术的最佳准则，建立人脸识别技术应用的行业规范。

在法律不明确的情形下，除了不触碰法律禁止底线外，更要以对人的尊重作为行为准则。不让客户“丢脸”，才能赢得客户“芳心”。

## “刷脸时代”的罪与罚

作者：吴月琴 何鑫

“人的天性是一面镜子，一面明亮的镜子！那就对镜顾影自怜吧！”

—《罪与罚》（俄）费奥多尔·陀思妥耶夫斯基

“刷脸”已变成大众体验创新、享受便捷的日常标配，人脸识别解锁手机、人脸识别快捷支付、人脸识别打卡开门、人脸识别安检等纷纷走入人们的日常生活。人脸识别大行其道，进入了地铁、公园、校园、办公楼宇、住宅小区、甚至是公共厕所……“深度伪造”、换脸技术的小试牛刀，已在社会造起轩然大波。人脸技术带来效率与便捷的同时，我们惶恐于终有一天要苍白地辩驳，“我是我”或者“我不是我”。

旧金山市今年早前以人脸识别技术准确性不高、可能导致歧视以及侵害隐私等为由，宣布禁止官方使用人脸识别。我国教育部科技司司长明确表态：“（对于人脸识别技术的应用）我们要加以限制和管理。现在我们希望学校非常慎重地使用这些技术软件。”AI换脸软件“ZAO”带来全民娱乐狂欢之时，恰恰也敲响了人脸技术滥用可能引起的欺诈、羞辱、骚扰和勒索受害者的警钟。

### 一、人脸识别技术运用涉及的法益冲突

人脸识别的技术核心在于对个人人脸图像的收集、处理与利用。由于收集、使用时的非接触性、被采集者的无感性，该技术的运用具有很强的侵入性。人脸图像，可以作为肖像权的保护客体。自然人主张对其肖像拥有包括允许他人使用在内的绝对支配权并有权禁止他人非法使用。以侮辱或恶意丑化的形式使用他人肖像，可能进一步构成名誉权侵害。但传统人格权的保护路径无法充分覆盖、保护普通人人格利益衍生的财产损害。

《网络安全法》以及《信息安全技术个人信息安全规范》明确“个人基因、指纹、声纹、掌纹、耳廓、虹膜、面部识别特征”等个人生物识别信息为应予保护的“个人敏感信息”。人脸识别信息，作为个人敏感信息，一旦泄露、非法提供或滥用，可能危害个人人身和财产安全或者受到歧视性待遇，与公民的个人权益保护息息相关，应当受到严格的保护。

当人脸识别技术运用于商业场景，则会产生个人权益与商业主体利益的冲突协调问题。人脸识别信息作为一种个人敏感信息，其采集收取需要个人信息主体的明示同意。一些商业主体往往凭借其经济实力或者不可替代的优势地位，采用不对人脸识别进行授权便无法使用其产品和服务核心功能，涉嫌裹挟用户授权、强迫收集用户人脸识别信息；或在收集信息之前，未明示告知个人信息主体其收集、使用规则以及收集、使用信息的范围，涉嫌违反“告知+同意”原则；一些厂商在宣传时常常主打产品和服务的“无感”，即“用户没有感知”，不惜在未获得用户授权的情况下，获取、使用、向第三方提供公民的人脸识别信息。

在公权力运用人脸识别技术领域（如“平安城市”、“天网工程”），一方面，政府基于智慧城市建设在地铁等公共交通枢纽场地安装人脸识别装置或基于行政执法目的收集、使用人脸信息，保障公共安全、推动公共出行便捷；另一方面，在日益增多的公共场所监控场景中，个人无法拒绝对于人脸识别信息的获取，增加了个人信息被泄露和滥用的风险，涉及到公民个人权益与政府履行公共职能的冲突协调。

### 二、人脸识别技术运用的法律规制

2019年10月，浙江某大学副教授以杭州野生动物园违反《消费者权益保护法》第29条，强制收集个人生物识别信息为由起诉，要求其退还办卡年费。社交换脸软件ZAO在其隐私政策条款中规定，“应同意或者

确保肖像权利人同意授予 ZAO 及其关联公司全球范围内完全免费、不可撤销、永久、可转授权和可再许可的权利”，涉嫌过度收集个人敏感信息，被工业和信息化部网络安全管理局约谈。可见，对人脸识别技术的应用亟待法律规制。

我国对于个人信息保护的法律制度主要源于《民法总则》、《消费者权益保护法》、《网络安全法》、《刑法》及《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》等法律文件，并初步建立了人脸识别信息保护的法律规制体系，明确了违法行为的民事、行政及刑事责任，但存在一定程度上的局限性。

近年来有关部门发布的其他法律文件及国家标准，如 2017 年国家标准化管理委员会颁布的《信息安全技术个人信息安全规范》，2019 年网信办等部门出台的《APP 违法违规收集使用个人信息行为认定方法》都对个人信息收集、使用等问题有了更为细致的界定，但或由于尚未正式生效或不属于正式法律渊源，不能作为行政执法的依据，对企业的约束力不强。

人脸识别规制的相关法律法规		
法律法规	条文	适用规定
《民法总则》	111	明确自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。
《侵权责任法》	36	网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益应承担侵权责任。
《消费者权益保护法》	29	经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循“必要”原则与“告知+同意”原则。 经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息负有保密与安全保障义务。 经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。
	50	明确经营者侵害消费者个人信息应当承担停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失的民事责任。
《网络安全法》	40-44	对网络运营者收集、使用、提供个人信息的规定，包括确立“最小必要原则”、“告知+同意”原则等
	64	网络运营者、网络产品或服务的提供者在下列情况下需承担行政责任：1. 向用户提供具有收集用户信息功能的网络产品、服务时未向用户明示并取得同意的；2. 违反“告知+同意”及“最小必要”原则收集、使用用户个人信息的；3. 泄露、篡改、毁损收集的个人信息；

		4. 未经同意向他人提供个人信息的；5. 未采取必要措施保护收集的个人信息安全的；6. 发生个人信息安全事故未及时采取补救措施，未及时告知用户并向主管部门报告的；7. 违反法律法规与用户约定收集、使用个人信息并拒绝依照用户要求进行删除和更正的；8. 非法获取、出售或向第三人提供个人信息的。
	74	网络运营者给他人造成损害的，应依法承担民事责任。违反本法规定，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任
《网络音视频信息服务管理规定》	10-13	网络音视频信息服务提供者基于深度学习、虚拟现实等技术提供音视频服务的，还应承担开展安全评估、标识非真实视频信息、承担设置非法信息筛查措施、建立辟谣机制等义务
《刑法》	253	侵犯公民信息罪
	285	非法侵入计算机信息系统罪、非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪
《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》	/	对办理侵犯公民个人信息犯罪活动案件适用法律问题进行解释

### 三、人脸识别技术运用的合规建议

#### 1、评估应用人脸识别技术的合法性、必要性和正当性

瑞典数据监管机构基于 GDPR 生效后的第一张罚单，是针对当地一高中使用人脸识别技术记录学生的出勤率，认为在人脸识别技术运用可能对个人隐私造成严重侵犯，且存在其他可替代的高效考勤方式，学校应用人脸识别技术超出了必要限度，也违背了最小化标准。

数据最小化标准（data minimization），即数据控制者应以达成其数据处理目标的实际需要为限，对个人数据进行收集、存储、处理和传输，不能为未来可能发生的用途而在当下收集个人数据。《网络安全法》第 41 条以及《信息安全技术个人信息安全规范》确立了同 GDPR 类似的“最小必要”原则，要求收集的个人信息类型应与实现产品或服务的业务功能有直接关联，且符合最低频率和最少数量的要求。

企业在开发具体产品或服务应用人脸识别技术前，应全面评估应用这一技术的合法性、必要性和正当性，进行涉及不同主体的利益衡量，论证是否存在其他可替代的高效技术方案。如一些敏感场景下，比如中小学校园，不用或者慎用人脸识别在具体场景的应用；在商场场景下，如希望运用人脸识别技术收集特定顾客在特定商场区域内的停留时间，以判断其消费偏好，进行精确营销。那么，商场应评估是否必须应用人脸识别技术才能达到该目的？是否可以通过以往消费记录确定消费偏好？是否可不获取精确面部特征以实现大数据分析目的。

但是，考虑数字经济发展的现状，某些特定场景下最小必要原则的评估较为困难。有观点认为，在确定必要性时，不宜简单采取“越少越好”的单一标准，不能一味考虑个人信息主体权利最大化、限制收集信息，还需要重点考察信息主体对于个人信息收集规则的理解能力，以及是否能够作出反映其真实意愿的有效选择，以期做出更为精细化的制度安排。如果在特定场景下，信息主体确有条件作出充分理性的选择，那么，必要性要求这种外部约束机制，就应相应让位于信息主体的意思自治<sup>[i]</sup>。

### 2、遵循“告知+同意”原则，并明确人脸识别信息的使用范围和存储限制

《网络安全法》将“告知+同意”原则作为企业收集个人信息时必须遵守的王者原则。商业场景下的人脸识别应用应提供隐私政策，设置有效的“勾选同意”方式，对首次使用用户做出充分的说明，征得用户的知情同意。

如前述商场场景中，要求商场向每一位进入商场购物的顾客告知隐私政策并取得同意存在难度。目前的行业惯例是在店内贴上“内有监控”标识，有些厂商甚至故意把摄像头安装得比较隐蔽，从而在“不影响”消费者购物体验的情况下获取消费者数据<sup>[ii]</sup>。针对这一场景，商场可以选择在进行人脸识别的区域/人脸识别的摄像头装置前，以显著方式进行标示，提醒顾客已进入人脸识别区域，同时为顾客留出不进入人脸识别区域的通道，以供顾客选择。

企业评估使用人脸识别技术确有必要后，应根据技术应用场景确定对人脸识别信息的使用方式。如针对人脸支付场景，除初次录入的人脸识别信息外，在此后的支付验证过程中均不应存储收集到的人脸识别信息。而对于初次录入的人脸识别信息，在用户取消人脸支付服务后，应及时清除用户的人脸识别信息。

### 3、建立有效的人脸识别信息安全防护机制

《网络安全法》、《信息安全技术个人信息安全规范》等涉及个人信息保护的法律法规及国家标准，均要求收集、使用个人信息的企业建立完备的安全防护机制，这同样适用于运用人脸识别技术的企业。

企业应以现有法律法规、国家标准、行业标准为基准建立安全防护机制，如设置安全管理人员，对人脸识别信息进行必要的技术处理，制定个人信息安全事件应急预案，定期进行演练，发生安全事件及时告知用户并向相关部门报告等。此外，企业应区分应用场景不同，建立人脸识别技术运用的黑名单、白名单等，并设置不同强度的安全防护机制。如将人脸识别技术运用于虚拟现实场景的，《网络音视频信息服务管理规定》还要求音视频服务提供者部署针对违法违规音视频以及非真实音视频鉴别技术及相应处置措施。

### 4、关注政府立法和行业监管态势变化

2019年6月，国家标准化委员会就《信息技术安全技术生物特征识别信息的保护要求》向公众公开征集意见。目前，我国的人脸识别国家标准制订工作也已全面启动。可以预见人脸识别技术的相关法律法规及标准将在不久之后实现落地。随着相关法律法规及标准的实施，必然对企业的合规工作产生重要影响。因此，企业应关注相关规定、标准的制订与实施情况，以快速、准确地应对新的合规要求。

人脸识别技术具有广阔的应用前景，但同时也让人们产生面临《1984》式噩梦的担忧。能否通过立法及制度的构建引导企业及政府对人脸识别技术正确应用，成为了其是否能真正造福人类的重要因素。人脸识别技术的罪与罚，我们衷心地希望不要成为考验人性的刑场。

注释：

[i] 刘明：浅析个人信息收集行为的必要性要求，《中国信息安全》2019年第3期。

[ii] 南都传媒：《人脸识别落地场景观察报（2019）》。

# 破产与清算篇

## 浅析企业税务注销

作者：蒋力飞

本文分享的主题是关于企业的税务注销，笔者之所以分享这一问题是因为今年5月9日，国家税务总局发布了《关于深化“放管服”改革 更大力度推进优化税务注销办理程序工作的通知》。这则通知的文号为税总发〔2019〕64号，以下简称为“64号通知”。由于“64号通知”已于7月1日开始施行，所以有必要了解一下该通知的相应内容。

### 【概览】

问题 1. 2019 年的“64 号通知”与 2018 年的“149 号文”是什么关系？

问题 2. 今年 7 月 1 日开始施行的“64 号通知”将给企业税务注销带来哪些变化？

问题 3. 结合“149 号文”和“64 号通知”，对于不同的纳税人分别该如何办理税务注销？

### 【问题一】2019 年的“64 号通知”与 2018 年的“149 号文”是什么关系？

2018 年 9 月，针对企业“注销难”问题，国家税务总局制发了“149 号文”，（即《关于进一步优化办理企业税务注销程序的通知》，税总发〔2018〕149 号）推行清税证明免办、即办服务，推出“承诺制”容缺办理等，加快了企业办理税务注销的速度。

2019 年 5 月 9 日，以“149 号文”所规定的框架为基础，对其中部分内容进行了细化和完善后，国家税务总局发布了“64 号通知”。（即《关于深化“放管服”改革 更大力度推进优化税务注销办理程序工作的通知》，税总发〔2019〕64 号）因此，对于“64 号通知”和“149 号文”，各地税务机关需将两个文件结合起来，一并落实，指导纳税人办理税务注销业务。

### 【问题 2】今年 7 月 1 日开始施行的“64 号通知”将给企业税务注销带来哪些变化？

“64 号通知”自 2019 年 7 月 1 日起施行。给企业税务注销带来的主要变化为：从扩大即办范围、简化税务注销前业务办理流程、减少证件资料报送三个方面推出更大力度优化企业税务注销的举措。

#### 一、即办范围被扩大至三类人：

（一）未办理过涉税事宜，主动到税务机关办理清税并提供营业执照的纳税人。

（二）办理过涉税事宜但未领用发票、无欠税（滞纳金）及罚款，主动到税务机关办理清税且资料齐全的纳税人。

（三）经人民法院裁定宣告破产的纳税人，持人民法院终结破产程序裁定书向税务机关申请税务注销的。

备注：“涉税事项”包括：1. 工商登记信息确认；2. 办税人员实名信息认证；3. 划分主管税务所；4. 存

款账户账号报告；5. 财务会计制度备案；6. 税、费种及其他认定（国民经济行业、登记注册类型）；7. 开通电子申报账户（含上海市网上税务局）；8. 增值税一般纳税人资格登记；9. 发票票种核定（最高开票限额十万元及以下增值税专用发票）；10. 税控设备初始发行。

税务机关对于上述三类人可即时出具清税文书。其中，第（二）类纳税人若资料不齐，可采取“承诺制”容缺办理。

“承诺制”容缺办理是指：如果纳税人不能及时提供这些资料但急需清税文书的，可先作出承诺，税务机关即时出具清税文书，纳税人应按承诺的时限补齐资料并办结相关事项。纳税人若未履行承诺的，按照 149 号文规定，税务机关将对其法定代表人、财务负责人纳入纳税信用 D 级管理。

被纳入纳税信用 D 级的后果：根据《纳税信用管理办法（试行）》第三十二条，对纳税信用评价为 D 级的纳税人，税务机关应采取以下措施：

（1）公开 D 级纳税人及其直接责任人员名单，对直接责任人员注册登记或者负责经营的其他纳税人纳税信用直接判为 D 级；

（2）增值税专用发票领用按辅导期一般纳税人政策办理，普通发票的领用实行交（验）旧供新、严格限量供应；

（3）加强出口退税审核；

（4）加强纳税评估，严格审核其报送的各种资料；

（5）列入重点监控对象，提高监督检查频次，发现税收违法违纪行为的，不得适用规定处罚幅度内的最低标准；

（6）将纳税信用评价结果通报相关部门，建议在经营、投融资、取得政府供应土地、进出口、出入境、注册新公司、工程招投标、政府采购、获得荣誉、安全许可、生产许可、从业任职资格、资质审核等方面予以限制或禁止；

（7）D 级评价保留 2 年，第三年纳税信用不得评价为 A 级；

（8）税务机关与相关部门实施的联合惩戒措施，以及结合实际情况依法采取的其他严格管理措施。

除此之外，2017 年 6 月 22 日国家税务总局与国家发展改革委签署了《信用联动合作框架协议》，双方共享纳税信用 A 至 D 级纳税人名单，共同完善联合奖惩机制，共同构建成效反馈机制。对于 D 级纳税人而言，《信用联动合作框架协议》的签署无疑将导致更多的不便与制约。

## 二、简化了税务注销前业务办理流程

简化措施（一）：处于非正常状态纳税人在办理税务注销前，需先解除非正常状态，补办纳税申报手续。符合以下情形的，税务机关可打印相应税种和相关附加的《批量零申报确认表》，经纳税人确认后，进行批量处理：

1. 非正常状态期间增值税、消费税和相关附加需补办的申报均为零申报的；

2. 非正常状态期间企业所得税月（季）度预缴需补办的申报均为零申报，且不存在弥补前期亏损情况的。

简化措施（二）：纳税人办理税务注销前，无需向税务机关提出终止“委托扣款协议书”申请。税务机关办结税务注销后，委托扣款协议自动终止。

## 三、减少了证件、资料报送

“149号文”中规定了，对已实行实名办税的纳税人，免予提供税务登记证件和个人身份证件。“64号通知”对已实行实名办税的纳税人，进一步减少了资料的报送，免予提供的证件、资料有以下四种：

- (一) 《税务登记证》正（副）本、《临时税务登记证》正（副）本和《发票领用簿》；
- (二) 市场监督管理部门吊销营业执照决定原件（复印件）；
- (三) 上级主管部门批复文件或董事会决议原件（复印件）；
- (四) 项目完工证明、验收证明等相关文件原件（复印件）。

### 【问题3】结合“149号文”和“64号通知”，对于不同的纳税人分别该如何办理税务注销？

一、未办理过涉税事宜的纳税人，若需要取得清税文书的，如何办理税务注销？

未办理过涉税事宜的纳税人若符合市场监管部门简易注销条件，可以直接向市场监管部门申请办理简易注销登记，免予到税务机关办理清税证明。

此外，这类纳税人还可以持加载统一社会信用代码的营业执照，主动到注册地税务机关办理清税证明，税务机关将即时出具清税文书。

二、办理过涉税事宜，但未领用过发票的纳税人如何办理税务注销？

一是对无欠税（滞纳金）及罚款、资料齐全的纳税人，税务机关即时出具清税文书。二是对无欠税（滞纳金）及罚款、资料不齐（包括未办结事项要求报送的资料不齐）的纳税人，可采取“承诺制”容缺办理。三是符合市场监管部门简易注销条件的纳税人，可以直接向市场监管部门申请办理简易注销登记，免予到税务机关办理清税证明。

三、办理过涉税事宜，且领用过发票的纳税人如何办理税务注销？

此类纳税人办理税务注销仍按现有规定执行。其中符合税务注销即办条件的纳税人，可享受税务注销即办服务。

现有规定：

1.《税务登记管理办法(2018修正)》第二十九条：纳税人办理注销税务登记前，应当向税务机关提交相关证明文件和资料，结清应纳税款、多退（免）税款、滞纳金和罚款，缴销发票、税务登记证件和其他税务证件，经税务机关核准后，办理注销税务登记手续。

2.《税务注销办理一次性告知书》中的“一般流程”：对不符合免办、即办条件的纳税人，税务机关提供了“套餐式”服务，请根据《未结事项告知书》的提示准备相关资料，在办税服务厅“清税注销业务专窗”办理未结事项。未结事项办结后，税务机关发起审核程序，将在20个工作日内完成审核手续（定期定额个体工商户5个工作日内）。核准税务注销的，税务机关出具《清税证明》，注销纳税人税务登记。

四、依法破产的纳税人如何办理税务注销？

此类纳税人可持人民法院出具的终结破产程序裁定书向税务机关申请办理税务注销，税务机关即时出具清税文书。对于纳税人仍存在的欠税，税务机关按照规定进行“死欠”核销处理。

## 认缴制度下公司法司法解释三第十三条第二款的适用问题

作者：曾臻

本文分享和探讨的内容主要是关于债权人要求公司股东承担补充赔偿责任的相关问题。

《公司法》司法解释（三）（2011年2月实施，2014年修订）第十三条第二款规定如下：“公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。”

在很长的一段时间里，笔者都认为如果股东没有履行出资义务，那么起诉的时候，原告可以要求相关的股东在出资范围内承担补充责任。然而在一个案件当中，法院虽然判决我方胜诉，却没有支持我方要求股东承担补充责任的诉求，理由是出资期限还没到。因为案件具有特殊情况，该案件中我方并没有上诉，笔者当时也没有做出更多的考虑。在此后的一个案件中，法官又与笔者联系表示需要提供被告公司章程，并且需要提供股东出资期限的材料，笔者当即回复由于内档载明了股东没有完成实缴出资，应无大碍。对此回复法官表示不然，即：如果出资期限没到，股东无需承担责任。直至彼时，笔者意识到这个一直以来被忽略的问题在实践中的重要性。

由此，笔者查询了一些案例，确实发现司法实践中原告的该类诉求几乎都被法院驳回了，也几乎一边倒的认为司法解释三第十三条第二款不包含未到出资期限的情形。这个问题在司法判决中的结论和理论界对于整个问题的讨论是截然相反的。

众所周知，现在大部分中小企业都没有履行能力，公司账上分文没有，而股东出资也都采取的是认缴出资，约定的出资期限都在几十年后。那对于债权人来说是不是得等几十年呢？而且如果不能通过适用公司法司法解释三来要求股东承担补充责任的话，由于出资期限未到，作为债权人也无法通过行使代位权要求股东履行出资义务。那么一旦公司不履行债务，或无法履行债务，债权人就十分窘迫了：通过现行法律规定的救济途径，债权人只能申请破产来要求加速履行出资义务，而这种方式是一个三败俱伤的方法，并且成本极高。

所以针对公司法司法解释三第十三条第二款到底怎么理解和适用，笔者结合法学家们的观点做了简单的几点思考，欢迎大家留言共同探讨交流。

### 一、公司章程约定的出资期限，是否对债权人具有约束力？

出资义务是股东的法定义务，出资期限只是股东、公司之间关于出资的内部约定，是公司给与股东的优惠安排，而非债权人给予股东的宽限，所以不能对抗公司外部第三人。另外根据《公司法》第十一条规定，公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力，并没有规定对公司以外的第三人具有约束力。虽然实践中有判决认为，公司股东关于缴纳注册资本的期限已经载明在公司章程中，备案在工商登记资料中，对外具有公示效力，债权人应当知晓相关风险及后果。但事实上，各位都知道，债权人在交易决策时要主动获取公司信息的难度极大、成本极高，而我国《公司法》对有限责任公司向社会公众定期披露财务报表等义务也未明确规定，所以判决中对债权人的这种期待有些不符合实际情况。

即便认为出资期限对债权人具有约束力，公司股东承诺在某一个期限之前履行出资义务，可以认为是其对社会公众包括债权人所作的一种承诺，相对人会产生一定的预期。但任何承诺、预期都是在一定条件下作出的，当条件发生重大变化、足以改变相对人（债权人）预期的时候，如果再僵化地坚持股东一直到认缴期限届满时才负有出资义务，只会让认缴制成为一些股东逃避法律责任的借口。比如公司对外出现了巨额的到期债务，公

司目前资产确实已经无力承担了，事实上已经符合了《企业破产法》规定的债权人申请对公司进行破产或者重整的条件了，将未履行出资义务股东的出资期限强制到期可以为债权人的救济提供更多的制度选择，保护债权人的利益。

## 二、认缴制下公司股东的出资义务只是暂缓缴纳，而不是永久免除，这种出资义务对于公司而言是一种什么义务？

有观点认为，认缴资本制下的股东出资义务，可以理解成股东对公司承担的一种出资范围内的担保责任，那么当公司无力清偿期债务时，股东应在认缴范围内替代清偿。这种观点这将会对债权人其到更为有效和严密的保护。

如果认为股东出资义务不是一种担保，那是否有可能是股东对于公司的债务呢？一般情况下，公司对外享有的债权也是公司的财产或者财产利益。在公司破产过程中，公司债权同样是作为公司财产的组成部分，在执行过程中，被执行人对他人享有的债权，也可以成为执行标的。对于实行认缴制的公司来说，股东个人尚未缴纳的注册资本，也同样可以看作是公司股东对公司所负的债务，债权人也可以要求加速履行出资义务。

## 三、责任财产制度也要求资本认缴制的公司股东在公司出现重大债务时缴纳出资，以用于对外承担责任

有我们考虑公司建立于责任财产制度之上，责任财产制度规定法人以其全部财产承担全部债务。《公司法》第三条第一款也明确，“公司以其全部财产对公司的债务承担责任”。这一条款在《公司法》修订前后是完全一致的，可见对于这一条的理解应该也没有变化——公司当下拥有多少财产，就以多少财产承担责任，这里财产，应该包括公司股东的投入财产及公司经营增值的财产。

但在认缴制下，这一条款可能会有两种理解：一种是，以公司当下拥有的资产承担责任——也就是说以公司股东实际已经投入的资本及公司经营增值的财产——承担责任。按照这一种理解，就不能追究股东的个人责任。但是否也可以有另一种理解：债权人不仅仅可以要求公司以现在实际拥有的全部财产承担责任，而且在公司现有财产不足以清偿债务、而公司股东承诺在将来认缴出资的情况下，还可以要求公司股东提前出资，以清偿公司债务。两相比较，我认为还是后面一种理解更加符合市场中商事主体的合理期待，也更加符合保护债权人合法利益的需要。

## 四、股东缴纳出资来承担公司的责任，符合平衡保护债权人和公司股东利益这样的立法目的

《公司法》中的有限责任制度，原则上要求公司股东只以出资额为限，对公司债务承担有限责任，这样的原则是为了更好地保护公司股东的利益，让股东可以安全地投入到生产经营中去。但即便是有限责任制度，一定情形下也可以“刺破法人的面纱”，否定公司法人人格，让公司股东个人承担责任。如果完全固守认缴制的股东一直要等到承诺的期限届满才负有缴纳出资的义务，则可能会让负债累累的股东悠然自得地待在公司有限责任这一保护伞之下，看着债权人急切而又无可奈何的样子暗自窃喜。

当然，作为债权人来说，可以在法院判决公司承担债务之后，以公司无力清偿债务为由，要求公司进行破产清算。可问题是，在公司破产清算的过程中同样会面临着股东缴纳出资的期限问题。而且在漫长的程序过程中，股东有充分的时间来转移公司财产，制造各种难题来对抗债权人、规避债务。这种只让股东享受认缴制的利益，而不承担相应风险和责任的形态，是否符合《公司法》修订时设立资本认缴制的初衷呢？除此之外，既

然股东在出资期限届满前是按照认缴出资享受的分红，根据权利义务相统一的原则，出资期限届满前股东也应当按照认缴出资承担对应的义务。

总的来说，笔者认为，在审理中直接判令股东缴纳出资以清偿债务，要比事后判决股东在破产程序中缴纳出资，更加能够保护债权人的合法利益，维护市场正常经济秩序和减少诉累。

# 公司强制清算中的股东责任

作者：蔡炳辉

## 【法律法规】

### 一、关于谁为清算义务人的相关规定

#### (1) 《民法总则》

第七十条 法人解散的，除合并或者分立的情形外，清算义务人应当及时组成清算组进行清算。

法人的董事、理事等执行机构或者决策机构的成员为清算义务人。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

清算义务人未及时履行清算义务，造成损害的，应当承担民事责任；主管机关或者利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。

#### (2) 《公司法》

第一百八十三条 公司因本法第一百八十条第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。

#### (3) 《公司法司法解释二》

第十八条 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。

实际控制人原因造成，债权人主张实际控制人对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。

### 二、清算义务人在强制清算过程中的责任

(1) 向清算组移交公章、证照、财务资料和合同等文件资料的责任

(2) 向清算组移交公司财产的责任

(3) 向清算组说明公司相关事项的责任

#### 最直接的规定：

《最高人民法院印发〈关于印发审理公司强制清算案件工作座谈会纪要〉的通知》第 39 条：

“鉴于公司强制清算与破产清算在具体程序操作上的相似性，就公司法、公司法司法解释二，以及本会议纪要未予涉及的情形，如清算中公司的有关人员未依法妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书资料，清算组未及时接管清算中公司的财产、印章和账簿、文书，清算中公司拒不向人民法院提交或者提交不真实的财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付情况和社会保险费用的缴纳情况，清算中公司拒不向清算组移交财产、印章和账簿、文书等资料，或者伪造、销毁有关财产证据材料而使财产状况不明，股东未缴足出资、抽逃出资，以及公司董事、监事、高级管理人员非法侵占公司财产等，可参照企业破产法及其司法解释的有关规定处理。”

清算义务人不配合清算可能引发的处罚：

(1) 警告

(2) 罚款

### 《企业破产法》

第一百二十六条 有义务列席债权人会议的债务人的有关人员，经人民法院传唤，无正当理由拒不列席债权人会议的，人民法院可以拘传，并依法处以罚款。债务人的有关人员违反本法规定，拒不陈述、回答，或者作虚假陈述、回答的，人民法院可以依法处以罚款。

第一百二十七条 债务人违反本法规定，拒不向人民法院提交或者提交不真实的财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付情况和社会保险费用的缴纳情况的，人民法院可以对直接责任人员依法处以罚款。

债务人违反本法规定，拒不向管理人移交财产、印章和账簿、文书等资料的，或者伪造、销毁有关财产证据材料而使财产状况不明的，人民法院可以对直接责任人员依法处以罚款。

## 三、无法清算或无法全面清算时的股东责任

### 《最高人民法院印发〈关于印发审理公司强制清算案件工作座谈会纪要〉的通知》

第28条规定：对于被申请人主要财产、账册、重要文件等灭失，或者被申请人人员下落不明的强制清算案件，经向被申请人的股东、董事等直接责任人员释明或采取罚款等民事制裁措施后，仍然无法清算或者无法全面清算，对于尚有部分财产，且依据现有账册、重要文件等，可以进行部分清偿的，应当参照企业破产法的规定，对现有财产进行公平清偿后，以无法全面清算为由终结强制清算程序；对于没有任何财产、账册、重要文件，被申请人人员下落不明的，应当以无法清算为由终结强制清算程序。

第29条规定：债权人申请强制清算，人民法院以无法清算或者无法全面清算为由裁定终结强制清算程序的，应当在终结裁定中载明，债权人可以另行依据公司法司法解释二第十八条的规定，要求被申请人的股东、董事、实际控制人等清算义务人对其债务承担偿还责任。股东申请强制清算，人民法院以无法清算或者无法全面清算为由作出终结强制清算程序的，应当在终结裁定中载明，股东可以向控股股东等实际控制公司的主体主张有关权利。

## 四、总结

(1) 如代理股东一方的，在涉及公司解散等可能触碰公司僵局情形时，特别是公司存在外债的情况下，需提前延伸考虑股东后续可能背负的清算责任。

(2) 如代理债权人一方的，如常规诉讼、执行尚不能完整受偿的，不妨“死磕”，通过清算，刺穿公司法人人格，从公司股东处获得替代清偿。

## 分享

笔者根据自己的办案体会与各位读者分享一下强制清算中的股东责任这个话题。笔者经办的案件中，公司的强制清算案件比较多，在这类案件中涉及到股东责任的主要是有以下两块：

第一个责任是股东在公司强制清算中的责任，实际是清算程序开展过程中所负有的责任，这个责任是所有股东需均等承担的，即配合中介机构。因为在强制清算时，清算组不是由股东来组成的，是中介机构，股东所负有的责任是要协助中介机构，对公司的清算能开展下去。股东要将其所掌握的公司材料，包括公章、证照、财务资料、账册、审计报告，还有公司的财产、公司的银行账户、U盾、密码之类的全都要移交给中介机构。

因为中介机构是临时出现的，对公司的所有情况都不了解，中介机构肯定要找股东做笔录，股东也是有义务告诉中介机构跟公司有关的一些情况。中介机构在这个基础上才开展对公司的清算活动。

不论什么情形，在公司强制清算过程当中，股东都涉及上述责任的承担。之前笔者曾遇到过法院开处罚决定书给股东，罚款数额也达10万元，也相当可观。为什么有法律规定对股东进行处罚？在笔者上面的分享中也援引了相关法条，其主要根据的是最高人民法院关于强制清算的会议纪要里的规定。这个规定其实是援引的效果，本身这个处罚是规定在《企业破产法》里的，公司的清算对这样的处罚并没有规定，所以会议纪要提到清算程序里类似的情况可以参照企业破产法的规定。

股东的第二个责任是跟清算结果相关的。如果股东作为之前对公司的经营管理起控制作用的身份，且之前的经营管理过程都比较规范，清算的时候也配合中介机构对公司进行完整的清算，那么清算完之后，对股东来说就没有什么责任了。只要清算下来，股东能够理清楚公司有多少责任财产，那么股东也就没什么责任了，这是一种结果。另外一种结果则是公司清算不下来。

在公司法的司法解释里将公司清算不下来细分为两种情况，一种是无法清算，一种是无法全面清算。无法清算我们可以把它理解成企业所有的账册都没有，这种肯定是无法清算的。第二种是无法全面清算，这种指清算时无法全面把公司清算下来，但是有部分财产，然后也有部分债权人来申报债权，这种情况下以部分财产对债权人做一个公平的分配之后，清算程序可以终止，但这个是无法全面清算的终止。在无法清算或无法全面清算情况下其对股东的责任是有区分的，但这一块法律没有明确规定。从笔者的理解来看，应该都是要承担连带责任。也就是说在这种情况下，公司有外债，债权人可以透过公司直接找股东的责任，我们也看到有些案例中，股东也不区分持股比例或者之前对公司经营的介入情况，股东对外部债权人来说承担连带责任，是无限连带责任，即债权人随便找哪一个股东都可以，当然也可以选择性地找其中一些股东。

总结起来，股东在强制清算过程中有上述两种责任情形。如果代理股东一方，可能要提前关注：如果公司清算，要看公司能不能清算清楚。若清算不清楚的话，就要提前跟股东打好预防针，或者是提前做好策略上的选择，就是要让股东在外部债权人向他追索无限连带责任时，能够有一些抗辩的途径，或者是抗辩的方法。

如果代理债权人一方，则可能要看情况。如果是代理债权人向公司追债，公司又还不出钱来，这时可能需要看一下公司的股东情形。如果股东有钱或有自然人股东的，也就是说往下一个层级追债是有可能性实现的，笔者认为可以尝试一下，接受下一步的法律委托，去进行公司清算事宜。

以上即笔者根据自己实务经验，抛砖引玉，期待与各位读者共同探讨。

## 非破产解散情形下的股东出资加速到期

作者：周雪爽律师团队

2013年，我国《公司法》对公司资本制度作出了重大改革，将注册资本实缴制转变为注册资本认缴制，这极大地调动了投资者的投资热情，优化了资本配置的效率。

但资本认缴制也给债权人的保护带来了一定的障碍。虽然我国法律对于公司解散清算及破产清算情况下股东出资义务加速到期进行了规定，但仅仅以上两种情况下能够加速到期，不能满足实际需求，在公司处于正常状态下，股东与债权人之间的利益该如何平衡？股东出资加速到期问题如何解决？能否要求股东在未出资范围内对公司债务承担责任？

由于现行法律除了明确公司破产或解散时，股东的期限利益不予保护，对于其他情形下，公司出资人的出资责任是否需要加速到期没有做出规定，因此各地法院对该问题的判决不相统一。

本文将简要介绍股东出资责任加速到期在理论界的争议，对支持与否定股东出资责任加速到期的案例进行归纳总结，并立足于最高院最新发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》，试图对公司债权人有所裨益。

### 司法实践中出现的不同裁判观点

#### 法律问题：

有限公司不能清偿债权人的到期债权时，法院能否判令出资义务尚未届履行期限的股东，在尚未缴纳的出资范围内向债权人承担清偿责任？

#### 肯定说

#### 理由：

“（1）应遵循民商法权利与义务相一致的原则。股东在享受自由约定出资履行期限的同时，为平衡股东与债权人的利益，当股东的期限利益危害到公司债权人的利益时，债权人有权在公司无力清偿债务时直接请求未出资股东提前履行出资义务；

（2）扩大对公司法司法解释三第13条第二款的解释，将未履行未到期的出资义务应一并解释在尚未履行出资义务的范畴中；

（3）公司章程是内部约定，不能对抗公司债权人。在公司不能清偿债务时，债权人可以不受公司章程的约束，有权要求公司的股东履行出资义务；

（4）突破合同法的代位权理论，使公司债权人向未实缴出资的股东主张权利。”

#### 相关案例：

【(2018)闽0121执异24号】王芳、福州骏龙汽车销售服务有限公司机动车交通事故责任纠纷执行审查类执行裁定：

法院认为，在执行(2018)闽0121执216号申请执行人王芳与被执行人福州骏龙汽车销售服务有限公司机动车交通事故责任纠纷一案中，被执行人骏龙公司无财产清偿债务。公司资本作为公司债务的清偿能力保障，对于交易安全和债权人利益具有重要作用。在公司无财产清偿债务时，未届出资期限的股东，其未缴出资需提前向公司履行，亦即向公司债权人代位清偿。第三人林朝明和宗福生应在未实际缴纳的出资额范围内对异议人的债权承担连带清偿责任。异议人请求追加第三人林朝明和宗福生为本案被执行人，符合法律规定，予以支持。

## 否定说

### 理由：

“（1）要求股东出资义务加速到期，实际上是否认了公司与个人相互独立的原则，否认了资本认缴制度；

（2）《公司法》和公司法司法解释三关于“未出资”和“未全面出资”仅限定了未按期出资、出资不实、抽逃出资等情形，而出资期限未到期是在2013年《公司法》的认缴资本制下才首次出现，所以通过立法解释，“未出资”和“未全面出资”不应包含出资期限未到期的情形，因此债权人在此情况下请求股东履行出资义务，缺乏法律上的请求权基础；

（3）债权人作为具备完全民事行为能力的主体，在交易时应当对交易对手负有审查义务，出资信息等均在工商部门登记备案并向社会公示，债权人可以通过公开途径获悉交易相对方公司股东的出资信息，并自行决定是否与该公司进行交易；

（4）在公司存在其他债权人的情况下，如果赋予单个公司债权人请求公司股东提前履行出资义务的权利，实质上是允许了公司对单个债权人进行个别清偿，这势必会对其他公司债权人产生不利。”

### 相关案例：

【（2019）最高法民终230号】曾雷、甘肃华慧能数字科技有限公司股权转让纠纷案：

① 股东享有出资的“期限利益”，债权人决定交易即应受股东出资时间的约束；

② 《公司法解释（三）》第13条第2款规定的“未履行或者未全面履行出资义务”不应当包括认缴股权的出资期限尚未届满的情形；

③ 债权人并未举证证明其基于股东的意思表示或实际行为并对上述股东的特定出资期限产生确认或信赖，又基于上述确认或信赖与债务人产生债权债务关系。

### “原则否定例外肯定”说

否定说原则上应予采纳，但是应当允许一些例外情况，比如某股东使债权人对其认缴但未届出资期限的出资额已产生高度确信和依赖的情形下，可以考虑在个案中对债权人予以保护。

### 相关案例：

【（2016）京执复106号】中国金谷国际信托有限责任公司与浙江优选中小企业投资管理有限公司执行异议之诉：

设立公司时，优选公司股东南宇珏、许曦文承诺在2014年10月15日前履行剩余2700万元、300万元出资义务。但在优选公司与金谷信托公司签订合同半年后，南宇珏、许曦文等优选公司的股东作出关于申请延迟缴纳注册资金的股东会决议，并通过了公司章程修正案，将出资期限延迟至2032年10月15日。

这在客观上损害了金谷信托公司基于南宇珏、许曦文公示的承诺和优选公司的注册资金数额而产生的信赖利益，有违诚实信用原则，构成出资不实。在优选公司已经被法院生效裁定认定无财产可供执行的情况下，金谷信托公司以南宇珏、许曦文出资不实，应在设立公司时的未实缴出资额范围内承担责任的主张，符合相关司法解释的规定。

### 《九民纪要》最新规范

针对以上现存的多种裁判观点，为统一裁判规则，《全国法院民商事审判工作会议纪要》对股东出资加速到期问题进行了规范。

【股东出资应否加速到期】在注册资本认缴制下，股东依法享有期限利益。债权人以公司不能清偿到期债务为由，请求未届出资期限的股东在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任的，人民法院不予支持。但是，下列情形除外：

- (1) 公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；
- (2) 在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

即最高法认可了前述的“原则否定例外肯定”观点，从保护股东认缴出资的期限利益出发，明确了“公司认缴不加速到期是原则，加速到期是例外”的裁判规则。

### 1、股东认缴出资不加速到期原则

所谓“认缴制下股东的期限利益”，是指在认缴资本制度下，股东享有的依据股东间协议的约定以及公司章程的规定，在一定的期限内缴纳一定的出资份额即可享有公司股东权利、参与公司经营管理的，被现行公司法所认可并予以保护的權利。在该出资期限届满前，非依法定事由，公司、其他股东及债权人均无权予以干涉。即在不损害债权人合法权益的前提之下，股东在何种期限内以何种比例出资，均为公司和股东的内部事务，应当予以充分的尊重和保护，这是股东有限责任的本质体现，亦是公司独立人格的应有之义。

### 2、保护股东认缴出资期限利益的例外

此种情形适用在，当某项债权发生时，股东的相关行为已使得公司债权人对股东未届出资期限的出资额产生高度确信和依赖，从而与公司发生交易。则在公司不能清偿该债权时，若债权人主张股东在未届出资期限的出资额范围内承担补偿责任的，法院可以判令特定的股东以其尚未届出资期限的出资额向该债权人承担清偿责任。

（一）公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的；

根据《合同法》第六十八条规定，先给付义务人有确切证据证明后给付义务人的履行能力明显降低，有不能为对待给付的现实危险的，有权中止履行。资本认缴制情况下，公司对于股东的出资义务具有可期待性，但是如果股东个人已经被人民法院强制执行仍然不能清偿其个人债务时，可以认为股东个人已经没有能力在认缴时间届满的情况下如期履行出资义务。此时，债权人可以提出加速到期的要求。在这种情形下，债权人需要先拿到生效的法律文书，然后向法院申请执行。在执行过程中，只要法院穷尽执行措施发现作为债务人的公司无财产可供执行，债权人可以在执行程序中启动申请追加未届出资期限且未足额出资的股东作为被执行人来实现债权，那么法院就可以裁定股东的认缴出资加速到期。

（二）在公司债务产生后，公司股东（大）会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

这种情况下，可以看作是股东恶意延长资本认缴时间。债权人作为善意相对人，对于已经公示的股东出资认缴时间本来具有可期待性，认为认缴时间到了公司就会具备足够的实力对债务进行清偿，但结果章程一改，认缴时间又延长了，损害了债权人的利益。

### 小结：债权人的救济途径

1、债权人应对其“高度确信和依赖”承担举证证明责任。另外，债权人若基于对股东会履行其未到期的出资额的信任，才与公司开展交易的，可以事先让股东出具书面的单方承诺，同意在公司不能清偿债务时，其应立即履行实缴出资的义务，通过协议的安排，保护自己的债权得以实现。

2、应特别注意留下债权成立时间的证据。此外，对于债务人股东“延长股东出资期限”的证据，除了登记公示的公司信息外，只要能证明股东有此合意并据此实施的其它证据均应注意留存。获取该等证据的实际操作中，应当注意要符合法院审查证据的合法性、真实性、关联性的要求，可以先诉或者先申请追加，然后由案涉股东自行提供该等证据，由法院予以审查。

## 有限责任公司清算义务人连带清偿责任

作者：周雪爽律师团队

公司清算，是指解散事由出现后，公司依法定程序了结事务，清理债权、债务，分配剩余财产，终止公司的活动，是公司进入终止前的特殊阶段。《公司法司法解释（二）》第十八条涉及的清算义务人责任形式，既有“清算赔偿责任”，也包括“连带清偿责任”，前者是指清算义务人不及时清算导致公司责任资产减少的损害赔偿，后者则是由于公司主要财产、账册、重要文件等灭失导致无法进行清算而对公司债务承担的连带清偿责任。本文的探讨范围主要针对公司清算义务人连带清偿责任相关问题。

《公司法司法解释二》第18条第2款规定，“有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。”

公司清算义务人连带清偿责任，这里涉及公司股东有限责任与债权人利益保护的冲突与平衡。虽然相关法律规定保护了很多债权人的合法权益，但实践中也存在许多不适当扩大了股东清算责任的情形。

此次最高人民法院发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（《九民纪要》），在第二章“关于公司纠纷案件的审理”第五节“关于有限责任公司清算义务人的责任”中，共通过三个条文对该问题进行了归纳总结，进一步厘清了怠于履行清算义务的行为认定、因果关系抗辩、诉讼时效期间三个问题，有利于债权人和小股东双方利益保护的平衡。

本文从股东清算责任的性质出发，结合相关法律规定和法院案例的裁判要旨，对《九民纪要》的相关规定予以解读，从实务角度对公司清算义务人责任追究之争点进行梳理与探讨。

### 有限责任公司清算义务人连带清偿责任性质的认定

在有限责任公司中，股东是公司清算的义务法定主体，怠于清算的股东对债权人承担连带清偿责任的请求权基础是侵权责任。股东违反清算义务的行为妨碍了债权人对公司的债权之实现，损害了债权人的利益，债权人单独就此提起诉讼时使用的案由一般是“股东损害公司债权人利益责任纠纷”。

《九民纪要》强调，《公司法解释二》关于有限责任公司股东作为清算义务人的责任，其性质是有限责任公司股东因其怠于履行清算义务致使公司无法清算而对债权人所应承担的侵权责任。因此，有限责任公司清算义务人构成侵权责任的条件应满足《侵权责任法》的相关规定。

### 《九民纪要》最新规范：准确认定“怠于履行清算义务”要件

公司清算义务人连带清偿责任的实务判断依据主要是《公司法司法解释（二）》第十八条第二款。但在以往的司法裁判中，因缺乏实务操作细则，各地在适用上略有不一。《九民纪要》强化了清算责任的部分构成要件，强调正确把握“怠于履行清算义务”行为要件、因果关系要件、诉讼时效问题，要求在认定有限责任公司股东是否应当对债权人承担侵权赔偿责任时，应当注意以下问题：

#### 一、明确清算责任中“怠于履行义务”行为的认定

本次《会议纪要》明确“怠于履行清算义务”，指的是能够履行清算义务而不履行。

一方面，从正面定义了“怠于履行义务”的具体情形：

“是指有限责任公司的股东在法定清算事由出现后，在能够履行清算义务的情况下，故意拖延、拒绝履行

清算义务，或者因过失导致无法进行清算的消极行为。”根据有限责任公司清算义务人连带清偿责任的侵权性质，构成侵权的前提是股东主观上有过错，包括故意拖延的积极行为和过失导致无法清算的消极行为，可见，“怠于履行义务”行为的成立需相关主体存在故意或过失的主观过错。《九民纪要》强调了股东的过错责任，并在此基础上进一步明确，承担清算责任的仅限于“怠于履行清算义务”的股东，不可将责任主体不适当地扩大至全体股东。

另一方面，基于股东连带清偿责任是侵权责任，股东可以对其免责事由举证，以免除其清算责任，因此《九民纪要》从反面规定了可以免于对公司债务承担连带清偿责任的具体情形，列举了有限责任公司股东具体的抗辩要素：

(1) 股东举证证明其已经为履行清算义务采取了积极措施；或 (2) 小股东举证证明其既不是公司董事会或者监事会成员，也没有选派人员担任该机关成员，且从未参与公司经营管理。

《九民纪要》对于“怠于履行义务”行为的明确，在不改变“全体股东均为清算义务人”规则的情况下，确立了对“小股东”地位进行实质认定和评级的规则，打破了此前非控股股东承担清算责任的困境，有利于使非控股股东在清算责任中承担与其义务较为匹配的责任。

## 二、强调清算责任中“因果关系抗辩”

指的是清算义务人怠于履行清算义务的行为与债权人的损失之间应具有法律上的因果关系。

梳理过往与之相关的司法裁判，最高院2012年发布的第9号指导案例“上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案”中，法院认为，清算义务人不能以其不是实际控制人或者未实际参加公司经营管理为由，免除清算义务。该案的裁判尺度在之后得到了较多运用，对于完善清算义务人民事责任起到了积极作用。

然而，由于指导案例中未区分有限责任公司各股东的内部责任，此后一些法院对此类案件的判决，存在判决没有“怠于履行义务”的小股东或者虽“怠于履行义务”但与公司主要财产、账册、重要文件等灭失没有因果关系的小股东对公司债务承担远远超过其出资数额的责任，导致出现利益明显失衡的现象。如(2018)京01民终1175号民事判决中，法院认为“德信公司在债权人执行的案件中‘无财产可供执行’，并不能代表其最终的财产状况，德信公司的最终财产状况应以清算后查明的情况为准。而因城建公司、华夏公司怠于履行清算义务，导致德信公司账册丢失、无法清算，德信公司的财产状况已无法查明，城建公司、华夏公司怠于履行清算义务的行为与陈福盛的损失具有因果关系。”

对此，司法实践判例也在不断修正中。如(2018)粤03民终17146号民事判决中提出，“《公司法解释二》第十八条第二款规定的‘公司股东责任’，并不能简单理解为‘发生不能清算的情形时，无需区分各个股东内部的责任，股东的责任是整体的，一并对债权人承担责任。’因为若不在股东间区分善意与否，既与该司法解释所依据的《公司法》第二十条的立法宗旨相悖，也与该司法解释所依据的‘公司法人人格否认制度’理论逻辑不符，更是让有限责任公司股东特别是小微股东的有限责任制度完全落空。”

《九民纪要》指出：关于有限责任公司股东清算责任的认定，一些案件的处理结果不适当地扩大了股东的清算责任。特别是实践中出现了一些职业债权人，从其他债权人处大批量超低价收购僵尸企业的“陈年旧账”后，对批量僵尸企业提起强制清算之诉，在获得人民法院“无法进行清算”的认定后，再提起股东损害公司债权人利益之诉，要求股东承担连带清偿责任，已成为侵权收购业务中的“套路性打法”。这一旨在保护债权人合法权益的制度设计在一定程度上成为了职业债权人牟利的手段。

怠于履行清算义务而引发的清算责任是侵权责任，侵权人权利受侵害的结果与股东怠于履行清算义务的行为之间应存在因果关系。《公司法司法解释二》第18条第2款条文规定本身已包含因果关系要件，本次《九民纪要》则强调了该因果关系构成要件，特别强调，若股东能证明其未能及时履行清算义务的行为与公司主要财产、账册、重要文件等灭失之间没有因果关系，应当认定其不作为行为与公司无法清算所造成的损失之间不存在因果关系，可免于对公司债务承担连带清偿责任。已有司法实践中，清算义务人经常提出的不存在因果关系抗辩有：企业解散条件具备之前，公司已无财产可供执行，故解散条件具备之后怠于履行清算行为与债权人利益损失之间并无因果关系。

### 三、股东承担清算责任的诉讼时效抗辩

第一，关于是否适用诉讼时效的问题。在最高人民法院对上海市高级人民法院《关于债权人主张公司股东承担清算赔偿责任诉讼时效问题请示的答复》中曾指出：“依据《公司法解释二》第十八条的规定，作为清算义务人的公司股东怠于履行清算义务导致公司债权人损失的，公司债权人有权请求公司股东承担赔偿责任。该赔偿请求权在性质上属于债权请求权，依据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条的规定，债权人行使该项权利，应受诉讼时效制度约束。”

《九民纪要》关于诉讼时效期间的规定有两层含义：

首先，债权人对公司享有的债权的诉讼时效抗辩。债权人对公司的债权已经超过诉讼时效期间，债权人自然无权要求公司股东承担连带赔偿责任。在公司债权人请求股东对公司债务承担连带清偿责任案件中，股东可以引用公司对债权的诉讼时效抗辩。其次，公司债权人主张股东承担清算赔偿责任，为债权请求权，属于侵权责任性质，应当适用诉讼时效。

第二，诉讼时效起算时点的确定。《九民纪要》强调，“公司债权人请求股东对公司债务承担连带清偿责任案件的诉讼时效起算日为公司债权人知道或者应当知道公司无法进行清算之日起”。该观点与《最高院民二庭《关于债权人主张公司股东承担清算赔偿责任诉讼时效问题请示的答复》【(2014)民二他字第16号】明确指出的“清算赔偿责任的诉讼时效期间应以债权人知道或者应当知道公司股东怠于履行清算义务，导致公司财产贬损、灭失或无法清算的时间为起算点”有异曲同工之处。

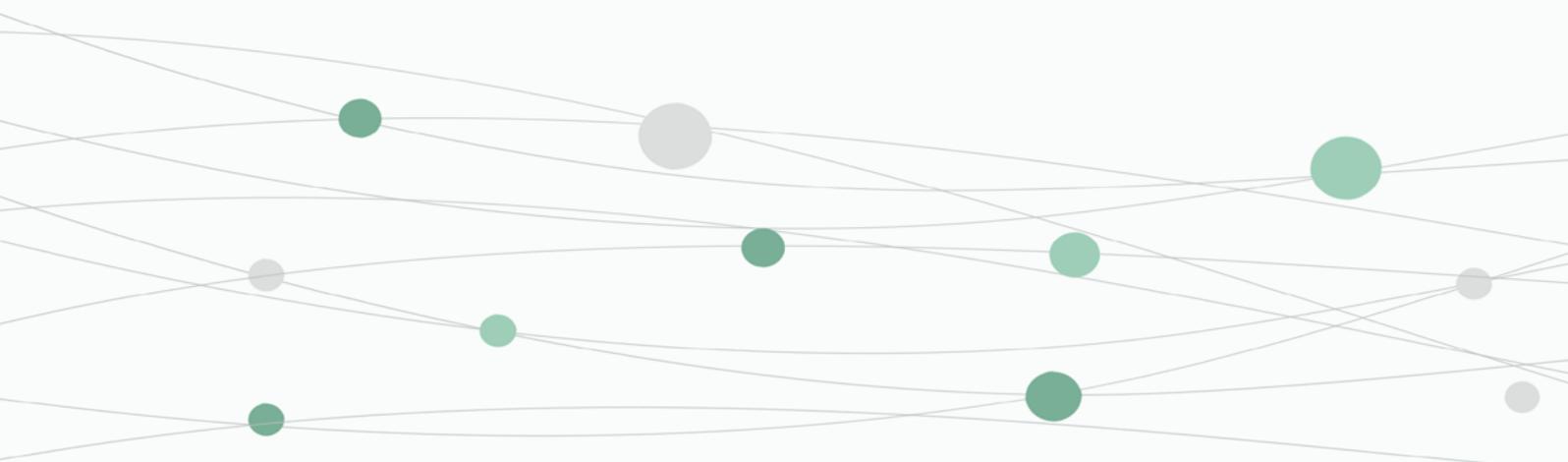
相关案例如最高法民申4782号石家庄金泉房地产开发有限公司、石家庄泉发房地产开发有限公司股东损害公司债权人利益责任纠纷(2017)案件中，最高法院认为，“债权人基于该款规定对于清算义务人享有的请求其承担连带清偿责任请求权的诉讼时效期间，应从债权人知道或者应当知道由于清算义务人不履行清算义务、导致债权人因公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，产生财产损失之日起算。”

本次《九民纪要》重申了清算责任的诉讼时效起算时点既是对股东权利的保护也是对债权人积极行使权利的督促。

### 四、总体评析

《九民纪要》并没有修改《公司法司法解释二》第18条关于有限责任公司清算义务人为股东的规定，而是在将清算义务人违反清算义务所承担的责任定性重申为侵权责任的基础上，认为应通过严格侵权责任的构成要件来限制部分股东尤其是小股东的清算责任，法院裁判须准确把握适用条件及衡平利益。一是明确不能滥杀无辜，判令所有股东不加区分地承担侵权责任；二是明确因果关系抗辩，如能证明即便不怠于履行清算义务，公司也没有资产以及账册资料等公司文件的灭失与无法清算之间不存在因果关系的，不再责令股东承担怠于清算的责任；三是对于债权人诉讼时效的起算点确定为“知道或者应当知道公司无法进行清算之日”。

综合 2012 年至 2018 年所公开的既往案例，人民法院裁判有限责任公司股东在破产清算终结后须承担连带清偿责任的比例为 80%，《九民纪要》的本部分内容突显了对于非控股股东的保护，有望改变该类案件双方在诉讼中的对抗地位。



地址：上海市长乐路989号世纪商贸广场26楼

网址：[www.watson-band.com.cn](http://www.watson-band.com.cn)

 (86-21) 5292-1111;(86-21)6350-0777

 (86-21) 5292-1001;(86-21)6273-6366