

中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

ZHH
ZHH & Robin

2019年 第5期 | 总第065期 | 中豪律师事务所主办 | 双月刊



全国优秀律师事务所
司法部部级文明律师事务所
中国精英律所30强
亚太地区100强律所

【律师论坛】

民事案由定输赢

【律师论坛】

控股股东、实际控制人以上市公司名义
对外借款纠纷中表见代理的认定

【律师论坛】

论内地与港澳台地区的
区际民商事司法协助制度

【律师论坛】

虚开增值税
专用发票的罪与罚

【法理天地】

清算义务人承担连带
清偿责任要件分析

英国驻华大使馆公使衔参赞 Nishi Dholakia 一行到访中豪

2019年10月17日，为了解重庆和中西部地区的经济、法律和营商环境，英国驻华大使馆公使衔参赞Nishi Dholakia先生及英国驻重庆总领馆政经领事Caroline Steele女士，一起到访中豪解放碑办公室，董事局副主席郑毅和合伙人文奕进行了热情接待并座谈交流。Nishi先生和Caroline女士诚挚地表达了，希望通过使领馆的努力，切实推进两国间的经贸务实合作，促进两国企业的互惠互利、合作共赢。



西政欧洲留学生组团参观中豪



2019年9月24日，俄罗斯高等经济学校、比利时根特大学短期交流项目师生以及在西政攻读LLM的外国留学生一行40余人齐聚中豪江北金融办公室，与中豪合伙人范珈铭、顾问律师明皓一起共话中国律所与中国法律服务市场。本次拜访交流让外国法学生了解到中国公司制律所的特点及模式，有益促进了外国法学生与中国律所之间的互动交流。



中豪之窗
ZHONGHAO EXPRESS
总第065期 2019年 第5期 双月刊
(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主编：袁小彬
执行主编：杨青
编委：

张涌	陈晴	邵兴全
宋涛	王辉	宋琴
卜海军	陈伟	张晓卿
涂小琴	李东方	范珈铭
俞理伟	朱剑	夏烈
汪飞	郑毅	曹阳
崔冽	陈心美	任远
傅达庆	张德胜	吴红遐
文建	刘军	郑继华
柯海彬	李燕	郭凌嘉
赵明举	梁勇	钟冬蕾
李永	周尽	红天晓
刘文治	李静	邓辉
周鹏	王必伟	冉春红
陈任重	郝红颖	宁思燕
谢敏	青苗	杨敏
赵晨	肖东	邓舒丹
文奕	郑鹏	程地昌
伍伟	柴佳	

责任编辑：黎莎莎
美编：王先
主办：中豪律师事务所

Web: www.zhhlaw.com
Twitter: @zhhlawfirm
Weibo: weibo.com/zhhlawfirm
Wechat: @zhhlawfirm

CONTENTS 目录

直击中豪 NEWS

要闻摘选 1

律师论坛 FORUM

民事案由定输赢 宋涛 2

控股股东、实际控制人以上市公司名义
对外借款纠纷中表见代理的认定 向曙光 张蕊 9

论内地与港澳台地区的区际民商事司法协助制度 刘文治 施雯 15

虚开增值税专用发票的罪与罚 傅达庆 汤伟佳 22

法理天地 THEORY

清算义务人承担连带清偿责任要件分析 伍伟 28

2019年9月18日，合伙人陈任重在上海办公室举办了“税收筹划实务解析”专题讲座，以《个人所得税法》的修改为背景，结合自身税务方面的专业知识，与律所同仁分享其税收筹划的实务经验。

中豪接受重庆市交通局、重庆市沙坪坝区土地整治储备中心等的委托，组建了专业服务团队，为2019年重庆市政府专项债券中的34个区县专项债券项目提供专项法律服务，助力成功发行505亿元重庆市政府专项债券。

2019年10月9日，合伙人柴佳在成都办公室举办了“银行疑难案件诉讼实务”专题讲座，结合多年为银行等金融机构服务的经验，对这两类诉讼所涉及的各个要件进行了全面深入的分析。

2019年10月12日，成都市律协行业党委专职副书记刘彤、行业党委委员游杰、四川恒和信律师事务所党支部副书记王建国一行三人到访中豪成都办公室，调研指导党支部“不忘初心、牢记使命”主题教育工作。

2019年10月16日，合伙人俞理伟以参加全国律师协会青年律师领军人才训练营集训所获心得为基础，结合其执业9年来的成长经历，在重庆办公室举办了畅谈年轻律师成长分享会，与全所年轻律师和助理分享了其心路历程。

2019年10月23日，渝中区税务局解放碑税务所王承栋所长一行到访中豪律师事务所，与中豪党员合伙人及律师共同开展“不忘初心、牢记使命”主题教育活动，深入学习贯彻习近平总书记的重要讲话和指示精神。

中豪新闻



2019年10月23日，合伙人郑鹏在重庆办公室举办了“教育行业法律实务”专题讲座，与同仁们共同探讨在教育行业案件中，面对错综复杂的情况，各方的责任划分、校方在防范潜在风险时的应尽义务等内容。

2019年10月25日上午，德国明斯特应用技术大学留学生一行9人，在西华大学许祺博士的带领下到访中豪。中豪成都办公室合伙人李静进行了热情接待，并就中国律所及中国涉外法律服务概况与同学们展开了愉快的沟通交流。

2019年10月27日，中豪合伙人郭凌嘉、范珈铭、刘文治为渝中海归创新创业开放联盟举办了关于企业经营法律风险应对的专题讲座，为参会企业提供了有关企业经营法律风险应对及税收成本优化等方面的法律实务和专业知识。

2019年10月30日，合伙人江小舟在江北办公室举办了“从财政部门视角谈行政处罚”专题讲座，结合自身实务经验，对行政处罚的程序及要点进行了分享。

2019年11月6日，合伙人黎莎莎在江北办公室举办了“明股实债案例分享”专题讲座，结合参与过的案例以及与明股实债相关的最高院典型案例，对其背后的法律逻辑进行分析，加深了我所律师对明股实债在司法实践中的认识。

2019年11月13日，卢露律师总结了参加重庆“青年律师领军人才”第三期（涉外法律服务专题）培训的心得，并结合其执业以来的成长经历，向全所青年律师分享其收获与感悟。

【摘要】案由反映案件所涉民事法律关系的性质，是法院将诉讼争议所包含的法律关系进行的概括。一审法院立案时，可根据当事人的起诉确定案由。当事人起诉的法律关系与实际诉争的法律关系不符时，结案时以法庭查明的当事人之间实际存在的法律关系作为确定案由的依据。

【关键词】民事案由 纠纷定性 民事诉讼

民事案由定输赢

——以中国XX银行云阳支行与李XX储蓄存款合同纠纷案（以下简称本案）为例

© 文 / 宋涛 / 重庆办公室





宋涛 | 合伙人

专业领域：房地产、公司、劳动争议
手机：+86 139 8383 1899
邮箱：jerold@zhilaw.com

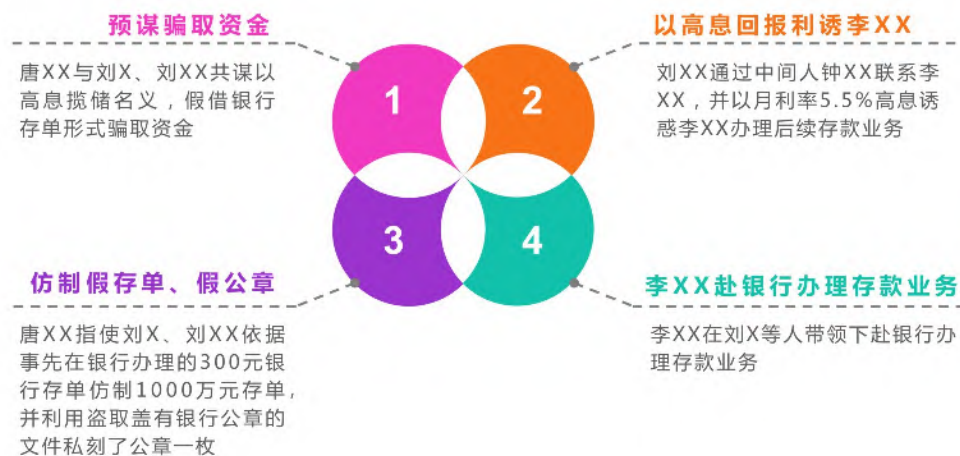
李XX到中国XX银行云阳支行 (以下简称云阳X行) 办理 “高息存款” 业务

2008年12月17日，唐XX与刘X、刘XX二人共谋以高额利息揽储名义，假借银行存单采用“体外循环”的方式骗取资金。随后，刘XX通过中间人钟XX联系上李XX。中间人钟XX告知李XX，如果李XX到云阳X行办理存款业务，可以获得月利率5.5%的高额利息。

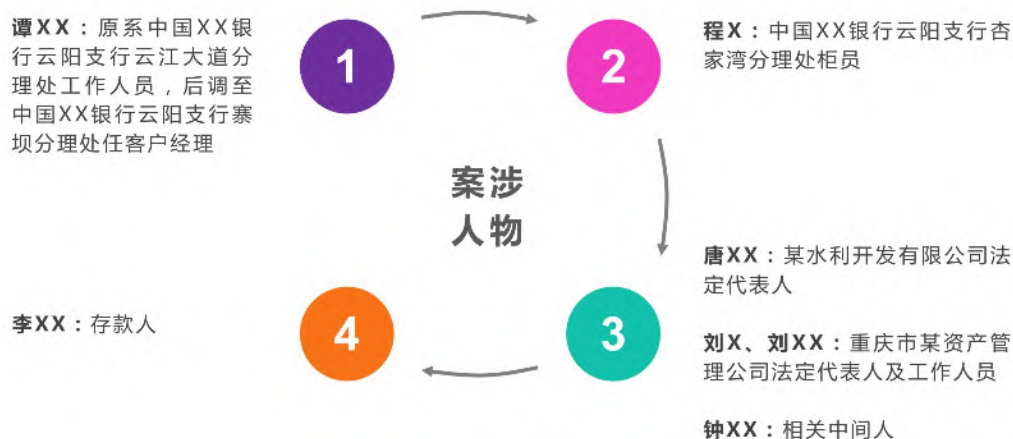
2009年1月15日，李XX由重庆主城乘车赶到云阳。之后，由刘X、刘XX等人带领李XX到云阳X行XXXX分理处办公室，并向李XX介绍谭XX系该行行长，谭XX向李XX出具了《承诺书》一份。该《承诺书》载明“我行客户李XX在我行存入的三个月定期存款金额壹仟万元整。我行特此作出如下承诺：在三个月内本笔存款不抵押、不查询、不提前支取，并保证存款到期时由我行负责凭李XX的存单和本承诺书原件兑付该笔壹仟万元整存款。特此承诺。云

阳X行，二〇〇九年一月十五日。”李XX看后，谭XX在该承诺书上签字，刘XX用唐XX私刻的银行公章在《承诺书》上盖章。随后，谭XX、刘XX、唐XX先到云阳X行XXX分理处，将事先仿制的银行存单装入信封内，由谭XX将信封递交给柜员程X。谭XX和熟识的程X说暂时寄放信封，稍后来办理转款业务时交还即可。之后，刘X带李XX到该分理处程X窗口处办理业务。李XX将自有的银行卡和身份证递给程X，谭XX将事先用他人身份证办理的银行卡递交给程X，并告知程X从李XX的银行卡上转1000万元到谭XX递交的银行卡里。程X按流程将1000万元从李XX递交的银行卡转存到谭XX递交的银行卡后，便返还给李XX银行卡、身份证和1000万元银行取款回单，返还给谭XX银行卡、1000万元银行存款回单以及之前寄存的信封。谭XX接过信封就将该信封交给李XX。随后，谭XX、刘X、刘XX、唐XX按约定利率转款165万元到李XX银行卡里。谭XX、刘XX、刘X等人将1000万的剩余款项进行分配。

李XX到中国XX银行云阳支行办理“高息存款”业务



李XX到中国XX银行云阳支行办理“高息存款”业务



假“存款业务”暴露

在存单载明的存款期限即将到期之前，李XX电话联系谭XX要到云阳取款，谭XX总是说再等几天，在李XX的再三催问并说明自己要到银行去取款的情况下，谭XX告诉李XX存单里没有钱，让李XX找唐XX。唐XX电话给李XX说“存单是没有钱的，你硬要去取，我只有坐牢，你也得不到钱，等几天就行了”。李XX再与唐XX联系，唐XX总是说过几天就能取到钱，李XX只得同意唐XX延期一个月。

2009年9月3日，李XX在多次询问取款未果后，向云阳公安局报案，称谭XX、刘X、刘XX、唐XX等合伙诈骗其1000万元。经公安局物证鉴定中心鉴定，李XX所持有的2009年1月15日的1000万元银行存单系属伪造。案涉《承诺书》中“云阳X行”的印文与云阳X行的公章样

本印文不同。据此，重庆市第二中级人民法院（以下简称重庆中院）作出（2010）渝二中法刑初字第105号刑事判决书，认定唐XX等人利用假存单骗取李XX1000万元构成金融诈骗罪，判处刑罚，责令退赔犯罪所得财物。重庆市高级人民法院（以下简称重庆高院）作出（2011）渝高法刑终字第127号刑事裁定书维持原判。通过追赃，李XX获得价值XXXXXX元的轿车一辆。

本案一审判决认定的案由及裁判结果

（一）李XX在一审诉讼中的诉讼主张 2009年12月2日，李XX向重庆中院提起诉讼，要求云阳X行兑付到期存单1000万元，并按年利率1.71%支付从2009年1月15日起至还本付清之日止的利息，并承担本案

诉讼费。

李XX起诉的理由是：第一，案涉“存款”业务是在银行窗口办理；第二，柜台工作人员从李XX的银行卡账户上下了1000万元的账，并向李XX出具了加盖有该行业务公章和储蓄柜台经办员程X私章的案涉存单；第三，云阳X行在金融管理方面存在诸多违规行为，才导致李XX的银行存款被诈骗；第四，李XX相信谭XX是代表云阳X行办理其1000万元的定期存款构成表见代理，其行为后果应由云阳X行承担。

（二）云阳X行在一审诉讼中的答辩

第一，李XX所持存单经鉴定系伪造，李XX与云阳X行没有存款事实和存款关系；第二，李XX与谭XX共同办理转账业务中，李XX存在违法目的和重大过失甚至是故意造成的，不构成表见代理，其损失应当自行承担；第三，谭XX涉嫌的犯

罪行为，与其在云阳X行的工作职责和范围无关，不应认定为职务行为；第四，柜台工作人员在办理转账业务时，符合操作流程和银行业操作惯例，云阳X行没有过错。

（三）一审判决认定本案为以存单为表现形式的借贷纠纷，并判决云阳X行对李XX存款1000万元用资人不能偿还的本金部分承担40%的赔偿责任

一审法院经过审理认为，本案已具备以存单为表现形式借贷纠纷案件的两个法律特征，即出资人与用资人之间存在借贷法律关系，出资人将资金直接交与用资人使用或者通过金融机构将资金交与用资人使用，用资人直接或通过金融机构向出资人支付高额利息差。因此，本案的案由为存单为表现形式的借贷纠纷。为此，一审判决如下：1.被告云阳X行对原告李XX存款1000万元用资人不能偿还的本金部分承担40%的赔偿责任；2.驳回李XX的其他诉讼请求。

本案二审判决认定的案由及裁判结果

（一）李XX在二审诉讼中的上诉主张

李XX提起上诉要求撤销一审判决，改判由云阳X行兑付1000万元存单并支付利息，同时由云阳X行承担一、二审的诉讼费用。

李XX上诉理由为：第一，一审法院关于李XX应当知道其存款有明确的用资人的认定与查明事实不符，是错误的；第二，一审法院认定的几个重

要事实情节与刑事判决查明的事实不符，一是无证据证明钟XX收取3万元保证金告知了李XX，二是刑事判决认定谭XX递给李XX的是“信封内的存单”，而不是一审判决认定的信封；第三，本案不是以存单为表现形式的借贷纠纷，谭XX的行为构成表见代理，银行应当兑付存款。

（二）云阳X行在二审诉讼中的抗辩

第一，李XX在上诉状中称“其不知道有用资人存在”完全不符合客观事实；第二，钟XX收取3万元保证金告知李XX的事实有云阳县公安局对案外人刘XX、曾X、刘X、唐XX的《讯问笔录》证实，并相互印证；第三，谭XX的行为不构成表见代理，因李XX的行为非善意。

（三）云阳X行在二审诉讼中的上诉主张

云阳X行提起上诉请求撤销一审判决，判决驳回李XX的诉讼请求；李XX承担一、二审诉讼费。

按照《最高人民法院关于审理存单纠纷案件的若干规定》（法释〔1997〕8号）之规定，存单纠纷分为一般存单纠纷和以存单为表现形式的借贷纠纷。本案案由属于一般存单还是以存单为表现形式的借贷纠纷，这对本案处理的法律适用及当事人责任的确定至关重要。

云阳X行上诉理由为：第一，一审案由错误，本案应为一般存单纠纷，而不是以存单为表现形式的借贷

纠纷；第二，即使本案是以存单为表现形式的借贷纠纷，一审法院释明后，李XX坚持认为本案不应是“以存单为表现形式的借款纠纷”，不同意变更诉讼请求，按照民事诉讼证据规则的规定，法院应当依法判决驳回；第三，相对人在交易中“善意无过失”，这是表见代理成立的基本条件，而本案中李XX的行为根本不符合该条件。因此，谭XX的行为不能构成表见代理；第四，李XX与云阳X行之间既没有形成存款合同关系，其在云阳X行也没有真实的存款。因此，云阳X行没有义务向李XX兑付其诉请的存款本息。

（四）二审判决认定的案由及裁判结果

二审法院经审理后认为，本案为储蓄存款合同纠纷，但李XX与云阳X行未形成储蓄存款合同关系。故而撤销一审判决并驳回李XX诉讼请求。其理由如下：

二审法院认为本案不符合以存单为表现形式的借贷纠纷案件的法律特征，不应定性为以存单为表现形式的借贷纠纷案件，一审法院定性有误。理由为：第一，李XX并未与云阳X行建立存款关系；第二，谭XX的行为不能代表云阳X行，其行为不能证明银行对资金的流动具有帮助作用。程X递送装有假存单的信封的行为，因其是递予谭XX而非李XX，而该行为是因其与谭XX具有熟人关系并事先约定，故该行为应认定为程X的个人行为，不应认定为职务行为，不能证明



银行对资金流动具有帮助作用。金融机构在其过程中提供帮助的一个关键事实就是银行须在以存单为表现形式的借贷中通过利息或利差获得利益，而本案云阳X行并未通过本案所涉借贷获得利益。第三，鉴于最高人民法院对民事案由的修改，目前并无存单纠纷这一案由，故本案案由应定为储蓄存款合同纠纷。

二审判决认定，本案案由应当为储蓄存款合同纠纷，但李XX与云阳X行未形成储蓄存款合同关系。理由如下：

1.李XX并未对银行作出存款的意思表示。第一，李XX在进行柜台交易

时，没有明确作出存款1000万元的意思表示，且对谭XX作出的转款到其他银行卡的表意没有异议，并进行了相应的操作。第二，其持有的存单系本案所涉犯罪行为人为伪造，并非云阳X行出具。第三，从李XX在公安机关的陈述证实，其知道在银行办理存款业务并不需要另行出具承诺书，且谭XX出具的承诺书上印章也系伪造，非云阳X行的行为。因此，从本案查明的上述事实来看，不能证明李XX对银行有过存款的意思表示，也不能证明云阳X行有过接受李XX存款的承诺。

2.谭XX的行为不能代表云阳X行。

一，因谭XX并非云阳X行的行长，其行为不能代表云阳X行。第二，谭XX的行为不构成表见代理。因为本案中李XX本身具有过错，表现为：一是李XX仅仅凭陌生人的介绍就相信谭XX是云阳X行的行长，未尽到应尽的注意义务。二是李XX明知银行的存款业务须在柜台办理，却相信谭XX签名的承诺书具有存款效力，而未在柜台交易时作出存款的意思表示。第三，李XX主观上有将该款违规运作获取高利的故意。而表见代理中的相对人应当是善意的，无过错的，才能符合《合同法》第49条规定的相对人有理由相信行为人有代理权，构成表见代理的情形。因此，本案中不能认



定谭XX的行为构成表见代理。

本案再审判决认定的案由及裁判结果

（一）李XX的再审理求

李XX不服二审判决，向最高人民法院提起再审申请，要求撤销二审判决，改判云阳X行承担兑付存单的义务。

李XX申请再审的理由：第一，二审判决以李XX没有在储蓄柜台对柜员说出存款1000万元的意思表示为由，认定李XX没有对银行做出存款的意思表示是错误的。第二，二审判决认定谭XX的行为不构成表见代理，不能代表云阳X行是错误的。第三，未经李XX同意擅自将李XX款项存入他人账户的行为是云阳X行的重大过错，应当由该行承担责任。

（二）云阳X行在再审诉讼中的抗辩

第一，李XX在办理银行卡转账1000万元业务时，未向云阳X行做出过存款1000万元的意思表示，在案外人谭XX向柜员程X表述将该款转入任XX卡上时也没有反对，李XX与该支行之间的储蓄合同关系并未成立；第二，李XX主观上存在着明显的过错，未尽应尽的注意义务且存在违法获取高息的故意，谭XX的行为不构成表见代理；第三，云阳X行按照客户的指示进行业务操作无任何违规的行为，亦无任何过错，不应承担任何责任。

（三）再审判决认定的案由及裁判结果

再审法院将本案争议焦点归纳为：李XX与云阳X行之间是否成立储蓄存款合同；云阳X行是否应对李XX的1000万元款项承担兑付义务。

最高人民法院认为本案应作为一般存单纠纷处理，且云阳X行不对李XX持有的1000万元假存单承担兑付义务。理由是：

第一，李XX在与谭XX商谈存款事宜过程中，在以下方面存在未尽合理注意义务的过失：一是对谭XX行长的身份未经核实即轻信；二是李XX对存款过程存在的诸多不合常规操作未产生怀疑；三是李XX主观上具有违规追求高额利息的故意。因此，李XX不符合善意无过错的表见代理构成要件要求，谭XX的行为不构成表见代理。

第二，云阳X行并未向李XX出具储蓄存单。程X因与谭XX的私人约定将信封递交给谭XX，无证据证明程X知道信封内装有何种物品。因此，程X递出信封行为，并非其履行职务行为。

第三，李XX系依据存单提起诉讼，应作为一般存单纠纷处理。李XX所持存单系伪造，该存单所涉1000万元款项并未向云阳X行交存，双方并未成立储蓄存款合同，李XX依据犯罪分子伪造的存单，主张云阳X行兑付存单上载明的存款，缺乏法律依据。

第四，李XX认为谭XX利用云阳

X行办公场所实施犯罪，造成李XX相信谭XX“行长”身份，柜员程X在履行职务过程中存在过错，造成李XX资金通过银行柜台被犯罪分子获得，云阳X行对其上述工作人员的行为具有重大过错，应当承担责任，但在一审法院向李XX阐明其与云阳X行之间可能不构成储蓄合同关系的情况下，李XX仍坚持原诉讼请求而未就此提出其他主张，本院亦不宜于再审程序中作超越李XX原审诉讼请求范围的审理和裁判。李XX因1000万元款项损失与云阳X行产生的其他纷争，应另寻法律途径解决。

本案的参考价值

本案再审判决刊登在最高人民法院公报上，裁判摘文中载明“《中华人民共和国合同法》第十三条规定，当事人订立合同，采取要约、承诺方式。第二十五条规定，承诺生效时合同成立。依照上述法律规定，储蓄人主张与银行成立储蓄存款合同，应当证明其与银行分别作出要约和承诺，符合合同成立要件。当储蓄人依据犯罪分子伪造的存单主张与银行成立储蓄合同，人民法院应判定储蓄人与银行是否就储蓄事宜分别作出要约、承诺。在不能认定双方成立储蓄合同情形下，储蓄人依据伪造存单提起的诉讼，应依照最高人民法院《关于审理存单纠纷案件的若干规定》，作为一般存单纠纷处理。”上述裁判要旨，给实践中同类案件的处理提供了一条清晰的解决路径。

【摘要】表见代理是对无权代理行为赋予有权代理法律后果的一项法律制度，是代理制度的一种特殊例外情形。由于法律规定本身较为原则，而表见代理的认定受个案事实差异和法官个体认知差异影响较大，故审查认定的自由裁量空间较大。本文以上市公司的控股股东、实际控制人以公司名义对外借款，但实际借款人为控股股东、实际控制人为视角，结合实践中处理此类案件的经验，重新认识表见代理构成要件及相关法律规定，分析以上情形在司法实践中是否构成表见代理。通过对立法和司法实践现状的论述，最后提出关于处理控股股东、实际控制人以上市公司名义对外借款纠纷的几点建议。

【关键词】表见代理 上市公司 控股股东 实际控制人 对外借款

控股股东、实际控制人 以上市公司名义 对外借款纠纷中 表见代理的认定

文 / 向曙光 张蕊 / 上海办公室

表见代理构成要件的思考

（一）案情简述

JD公司为一家深交所上市公司。根据JD公司的信息披露文件，公司实际控制人、董事长伪造公司公章，以公司名义作为单独借款人或共同借款人，实际控制人或其控制的集团系企业为该等借款提供关联方担保，向不同的机构或个人进行民间借贷，所有款项采取上市公司委托第三方收款的方式，由出借人汇入实际控制人的个人银行账户或者实际控制人集团系企业的银行账户。上市公司的董事会、

股东大会从未审议过前述借款或关联方担保的议案，也从未有过此类事项的信息披露。

经公安机关对所涉借款文件中使用的上市公司公章进行鉴定，结论为上市公司的公章确实存在被伪造情形。实际控制人使用伪造的公司公章，以上市公司名义进行借款或提供担保，给公司带来数十宗诉讼仲裁案件，诉讼标的金额总计超过25亿元。其中有四宗JD公司作为名义借款人的案件，一、二审法院均判决上市公司

承担还款责任，判决理由都是实际控制人在相关借款文件上加盖上市公司公章的行为构成表见代理，不论公章真伪，均不影响借款合同的效力。

本文暂不讨论前述四宗案件存在的各种特殊性以及法院在事实认定和判决方面是否存在错误的问题，但JD公司案例引出的核心问题是，上市公司控股股东、实际控制人在未经审议程序使用伪造、虚假公章以公司名义借款时，其行为是否符合表见代理构成要件，上市公司是否应当承担还

款义务？除JD公司案例外，通过检索，发现很多上市公司也发生过类似纠纷，比如盛运环保、ST中南、*ST信通、ST冠福、华昌达、*ST工新、*ST尤夫、*ST富控、*ST西发等，法院最终审判中心也是围绕公章真实性以及表见代理展开论证。

（二）传统表见代理构成要件

根据《合同法》第49条和最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》的规定，适用表见代理须同时符合两项要件：（1）权利外观要件，即行为

人无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象；（2）主观因素要件，即合同相对人善意且无过失地相信行为人有代理权。对前者权利外观的考量应当结合合同订立与履行过程中的各种因素，综合判断行为人的行为能否产生具有代理权的表象；对后者主观要素的考量应当结合合同订立和履行过程中的各种因素，综合判断合同相对人是否为善意且无过失，即合同相对人不知道行为人无代理权，其在作出相应判断时已尽到合理注意，不存在明显的疏忽或懈怠。

综上，以表见代理构成要件为基础，主要结合上市公司控股股东、实际控制人以上市公司名义对外借款行为，探讨是否符合表见代理构成要件以及相对人的审核义务范围。

控股股东、实际控制人以上市公司名义对外借款纠纷中表见代理的认定

（一）适用表见代理的立法现状

1999年我国首次在法律层面确立了表见代理制度，对表见代理的构成





向曙光 | 合伙人

专业领域：证券发行与上市、公司并购重组、私募融资、股权激励

手机：+86 136 1190 8308
邮箱：eric.xiang@zhhlaw.com



张蕊 | 律师助理

专业领域：证券发行与上市、公司并购重组、私募融资、股权激励

手机：+86 187 1791 6338
邮箱：rita@zhhlaw.com

和法律后果作出了相关规定。《合同法》颁布以来，在许多涉及无代理权而以他人名义实施法律行为的案件中，法官多倾向于将其认定为表见代理，但《合同法》第49条过于宽泛的规定直接导致表见代理适用的泛滥。为了限制其适用，最高人民法院于2009年7月7日颁布了《最高人民法院关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》，要求人民法院严格认定表见代理行为。《民法总则》第172条基本延续了《合同法》的规定，没有进一步细化。所以，2009年指导意见仍具有极大的指导作用，该指导意见第13条规定：“合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证责任，不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权”，在第14条进一步规定了判断相对人是否善意且无过失所应依据的综合因素。

通过上述1999年到2009年再到2017年的三个重要的司法文件可以发现，对表见代理构成要件的认定，经历了由极为宽松到逐步严格的过程。这一变化可以反映司法实践的经验总结，体现了逐步尊重商业交易现实状况的理性态度。但总的来说，都是概括性规定或指导意见，没有具体的适用规则，无法根本解决实践中存在的问题。曾在《民法总则（草案）》中有明确规定过表见代理的除外规定，其中包括：“行为人伪造他人的公章、合同书或者授权委托书等，假冒他人的名义实施民事法律行为的”。该条明确了伪造他人公章，并假冒他人名义实施法律行为的则不构成前款所述的表见代理，伪造公章实施行为属于表见代理的除外情形；但很遗憾，最终法律委员会审议稿彻底删除该

条，或许是基于当时背景环境和相对人利益保护等因素的考量，最终没有采用。

目前，由于相关立法不完善，各地法院在实践中处理也有所差异。在众多判决案例中，控股股东、实际控制人以上市公司名义对外借款纠纷中，法院在认定是否成立表见代理时，公章真实性其实并非决定因素。相反，法院通常更加关注公章使用者的身份和职权范围，如果为公司控股股东或掌握控制权的人，相对人足以据此身份或控制权相信对方是有代理权的，从而认定构成表见代理，即使使用私刻公章，最终还是由上市公司对外承担债务。

（二）控股股东、实际控制人以上市公司名义对外借款纠纷的司法审判现状

以公司章程真实性为标准，实际控制人、控股股东未经公司内部审批程序，以上市公司名义对外借款可进行以下分类：一种是使用真公章以公司名义对外借款；另一种是使用伪造、虚假公章以公司名义对外借款。借款后资金的流向通常也有两种，要么进入上市公司账户（其后再直接或间接转入控股股东、实际控制人账户），要么进入公司关联方或实际控制人账户。对于第一种使用真实公章对外借款，无论资金进入公司账户还是个人账户，根据目前法院的主要审判观点，使用真公章签订协议对外借款，公章真实性就对外代表了公司意志，公司应当受到合同约束，使用公章主体即使没有得到公司授权，但也可通过表见代理认定公司应当承担债务。因此，本文对该情形不予过多论述，而重点讨论实践中经常性引发纠纷的情形，即实际控制人、控股股东使用伪造、虚假公章以公司名义对外借款，最终资金进入关联方或个人账户，公司没有实际使用过该

笔借款时，是否还符合表见代理以及上市公司是否应当对此债务承担还款义务。

围绕以上核心问题检索相关案例，目前法院不会单一把公章真实性核查作为认定相对人是否尽到合理注意义务，从而成立表见代理的考量要素，还会结合使用者在公司所处的职位和享有的管理权限进行认定。如果是普通职员且没有公司授权文件或证明，相对人仍然与其签订借款协议，此时会认为相对人没有对其身份核查尽到合理的注意义务，不符合善意且无过失，不能认定为表见代理，此时，公司不受该借款协议的约束。如果是公司高管、实际控制人以公司名义对外签订借款协议，根据检索结果，法院通常会认定具备身份职权条件就足以使相对人产生合理信赖，从而认定表见代理成立。比如：JD公司败诉的四宗案件中，法院直接认定实际控制人的行为构成表见代理，借款协议有效，对上市公司产生约束力。当然，从案件本身看来，法院在该四宗案件中的事实认定和判决过于武断，忽略了个案中的诸多特殊性因素，确也存在滥用表见代理的情形。

但这其中也有一个例外案例，即兴业银行广州分行与深圳市机场股份有限公司借款合同纠纷二审案，法院认为兴业银行广州分行在签订和履行贷款合同时，未尽审慎注意义务，对私刻的深圳机场公司公章、伪造的证明文件和董事会决议未进行必要的鉴别和核实，在贷款的审查、发放、贷

后跟踪检查等环节具有明显疏漏。在长达两年时间内，作为上市公司的深圳机场公司未在半年报和年报中披露本案所涉贷款，兴业银行对此却未能察觉并采取相应措施，反而与其签订了借新贷还旧贷的新合同。因此，兴业银行广州分行存在一定过错，其所主张的适用表见代理的诉讼请求不能得到支持，不能适用表见代理的相关规定。因此，法院最终认定合同无效，并根据双方当事人的过错，由深圳机场公司承担损失的85%，兴业银行广州分行承担损失的15%。该案虽然判决不构成表见代理，但法院审判是基于相对人为金融机构，对其审查公章真实性义务较高。

总结目前司法实践中关于此问题的审判观点，反映出通常基本都是认为公章真实性不影响表见代理的成立，如果使用公章主体是公司控股股东、实控人等有职务职权的人，足以使相对人有理由相信其有权对外代表公司进行融资活动，无论最后资金是进入公司账户还是关联方、个人账户，侧重于保护相对人的利益，降低了其审核义务的门槛，判定公司应当受到借款协议约束，对外承担债务。只有在少数相对人为金融主体的情况下，可能会适当提高其对公章真实性的审核义务。虽然在一定程度上保护了相对人，但在众多相同纠纷中，上市公司也处于弱势、被动地位，同时面对诉讼和债务的双重限制，严重的甚至会直接影响公司日后经营。因此，有必要重新审视在此情形中对表见代理构成要件的认定，合理分配双

方的注意义务，平衡双方主体的合法权益。

关于处理控股股东、实际控制人以上市公司名义对外借款纠纷的几点思考

（一）统一法院审查标准，增设表见代理除外规定

目前，此种假借上市公司名义借款，所借款项实际由关联方收取并使用的情形，一旦引发诉讼，因法律法规及司法解释等方面没有相关规定，各地各级法院的裁判结果大多数是作为名义借款人的上市公司要承担还款责任，而实际用款人，如果不是共同借款人或担保人，将会逃脱相应的还款责任，严重损害了上市公司广大社会公众股东的利益。因此，希望能统一该类案件的审查标准。一方面，可以参照《公司法》第16条的规定，即关联方利用关联交易损害上市公司利益时（假借上市公司名义借款，但款项实际支付给关联方，关联方为该借款提供担保的，也属于关联交易），为避免表见代理被滥用，对于相对的审查义务，仍应进行扩大，审查的标准包括《合同法》第48条、《公司法》第21条、104条、148条规定，且因关联方交易也属于上市公司应当披露的事项，相对方的审查标准也应当以上市公司的信息披露文件为准。另一方面，还可以参照当初《民法总则（草案）》中关于表见代理的除外规定，明确使用私刻、虚假公章不构成表见代理，直接排除适用。

（二）提高相对人普通注意义务的范围

1. 强化相对人对公章真实性的审查义务

目前，实践中对无法判定使用的公章是否为真实，法院审理时基本没有对相对人有任何审查义务的限制，即所使用公章真实性对表见代理认定的影响是很小的，主要原因是其认为如果对相对人有过高的审核义务限制，则不利于交易的进行。但照此趋势，最终结果就是牺牲上市公司利益去保护相对人，只会不断加深该问题的矛盾。因此，基于双方主体利益的衡量与保护，应当适当提高对相对人审查公章真实性的义务要求，相对人既然明知出借对象是上市公司，就理应认识到上市公司有特殊的管理规范，交易过程中提高自身注意义务也是对双方权益的保护。在实践中使用公章，通常有以下几种方式证明相对人已经尽到合理注意义务：要求和工商备案公章进行比对、和证券交易所中公司披露文件中的公章进行比对或者能出具公司对外审批使用公章的证明文件。

2. 提高对交易收款方的审慎核查义务

无论是公司还是自然人之间发生借款，借款方与收款账户正常情况下应当是一一对应关系，即借款方应当提供本人或本公司的银行账户，出借方将借款款项支付至借款方账户。但基于经济交易活动的复杂性，也会有很多借款人选择委托第三方收款的方式，将所借款项直接汇入第三方账户，而出借人大多数只关注借条借据的签署主体，不会对收款人进行过多审核或了解。这也是本文中上市公司陷入借款纠纷中最常见的形式，控股股东、实际控制人以上市公司名义对外借款，在借款协议中约定的收款账户通常并非为上市公司

本身，而是经委托的第三方关联方或控股股东、实际控制人本人账户，资金也并非为上市公司所用。在此情形中，上市公司不知晓也无法控制自己“被”借款，处于很被动的境地。此时，借款相对人应当提高自己的审慎注意义务，在明知借款人为上市公司时，在协议中如借款人要求将资金汇入第三方委托账户时，就需要引起注意向上市公司相关部门核实或协商约定将资金直接汇入上市公司账户，规范交易行为，维护交易安全，避免日后产生纠纷。

3. 以上市公司披露的公告文件为标准认定借款是否为公司真实意思

上市公司核心为“公司治理的规范性”和“信息披露的准确性、及时性、完整性”，其制定的公司章程以及重大事项决议都会通过指定网站进行披露，其中会涉及董监高、法定代表人、控股股东等人的职权范围以及重大事项的内部审批程序。比如：本文中提及的发生重大债务及关联方担保甚至关联方收款，一般都要经过董事会、股东大会决议来最终确定是否通过并执行。相对人可以非常容易获取相关信息，能及时验证和判断发生的债务是否为公司真实意志。对于普通公司而言，相对人可能因无法获取公司内部管理文件，要求他们对此履行审查义务自然不合理。所以，在本文所提及的情形中，应当适当提高相对人的审核义务，就应当知道并了解上市公司存在信息披露的特殊性，通过查阅公司章程及公告判断该笔借款是否代表公司真实意志。如果没有及时查看相关公告文件或者与公告信息不相符，则可能说明相对人没有尽到合理注意义务，主观非善意且无过失，从而不成立表见代理。这样有利于加强上市公司的规





范治理，降低甚至消灭上市公司控股股东、实际控制人等利用其对上市公司的控制地位或身份便利或职务便利，通过暗箱操作甚至伪造相关决议文件的方法，实施损害上市公司、广大股民利益及破坏证券市场秩序的行为，以及防止表见代理被滥用。

（三）制定和完善公章管理规范，明确其公示性

在日前审判实践中，公章争议往往涉及到表见代理，各省市为加强公章方面的治安管理，相应制定了有关规定，有的制定了地方性规章，有的是公安部门制定了内部操作规范性文件。但公章刻制备案属于一种事实性的行政行为，主要是出于治安管理的需要，而公章信息管理系统也不具有公众查询和核实的功能，公安目前是不对外为私人提供查询的。企业在工商档案中使用的公章，虽然理论上可以申请调取工商档案来获得企业的公章使用记录，然而在现实交易中，同样出于效率原则以及商业习惯，人们通常并不会为了审核公章的真伪而去查询工商档案。

但如果没有准确关于公章公示、查询的规定，对公章本身的真伪，相对人在交易时很难运用准确标准进行辨别，法院实践中也不会过高苛责相对人对公章真实性进行审查，就会将重点放在使用公章主体的职权范围及对外显示的公司身份，以此认定相对人是否构成表见代理。以上表明法定代表人身份的真实有效，可以吸收和阻却公章“不真实”的缺陷和风险。因此，制定和完善公章的公示和查询规范，可以直接适用于具体案件判断相对人是否有尽到合理的公章审查义务，确保提高相对人审查义务能落实到实践，发挥效用。

【摘要】近年来，随着区域经济合作机制的不断深化，过境人员的往来和经贸交流不断扩大，涉及不同地区的民商事法律事务大量涌现，为了妥善处理中国内地与港澳台地区之间的法律纠纷并提供制度保障，经平等友好协商，内地与港澳先后签署了制度性“双边安排”并得到有效实施，标志着民商事司法合作机制向更紧密协助关系迈进，使区际司法合作或协助关系有了新的发展。而目前，内地与台湾的司法协助由于缺乏政权与法律基础，仅在互相认可和执行对方民事判决方面建立起了相应的运行机制，且都是通过非正式或民间的、单方的行为建立的。

【关键词】民商事 区际司法协助 港澳台

论内地与港澳台地区的 区际民商事司法协助制度

◎ 文 / 刘文治 施雯 / 江北办公室



区际民商事司法协助基本概念

(一) 区际民商事司法协助的基本内涵

司法协助，是指一国法院接受另一国法院请求，代为履行某些诉讼行为，如送达诉讼文书、传询证人、调取证据以及承认和执行外国法院判决和外国仲裁裁决等。广义的区际司法协助涵盖民商事、刑事、行政等司法领域，而狭义的区际司法协助是指民商事区际司法协助。民商事司法协助依其协助的范围不同，也有狭义和广义之分。狭义的民商事司法协助仅包括送达司法文书、调查取证等司法行为，而广义的民商事司法协助还包括相互承认和执行民商事司法判决和仲裁裁决。我国民事诉讼法采取的是广义的民商事司法协助概念，即包括文书送达、调查取证、判决和仲裁裁决的承认与执行。

(二) 内地与港澳台地区区际司法协助的法律依据与基本原则

我国内地与港澳台地区在区际民商事司法协助的法律依据包括我国立法机关通过的法律以及最高人民法院做出的司法解释和批复等。

《中华人民共和国宪法》第31条规定：“国家在必要时设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”可见，宪法从根本法的角度规定了我国可以设立特别行政区，明确了香港、澳门和台湾地区是中华人民共和国的一级行政区域，内地与香港、澳门、台湾之间司法协助应属于区际民商事司法协助范畴，这是我国各法域区际民商事司法协助在根本法上的依据。而《香港基本法》第95条规定：“香港特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和相互提供协助。”《澳门基本法》第93条规定：“澳门特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和相互提供协助。”基本法在地位上，可以说是特别行政区的小宪法，特别行



刘治 | 合伙人

专业领域：公司并购、劳动争议、

合同纠纷法律服务

手机：+86 1360 8383 886

邮箱：vince@zhhlaw.com



施彦 | 律师

专业领域：跨境投融资与并购、

外商投资、公司法

手机：+86 180 9086 2902

邮箱：chelsea@zhhlaw.com

政区的法律、制度不得与基本法相抵触，否则必须依照法定程序修改或停止生效。两个基本法的相关规定明确了内地与港、澳可以进行司法方面的联系和相互提供协助，这是我国内地与港澳地区区际民商事司法协助的直接法律根据。

关于我国区际司法协助应当遵循的基本原则，理论上存在着不同的看法。其中最主要的原则包括：维护国家主权及祖国统一的原则，各法域平等互利、协商一致原则，保护当事人合法权益原则，高效、便捷原则，借鉴习惯原则，参照国际公约、国际惯例原则等。

内地与港澳台地区的具体民商事司法协助制度

（一）与香港的区际司法协助制度

内地与香港特别行政区间的区际司法协助主要用五个“安排”文件来执行。分别是1999年最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》、2000年最高人民法院《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》、2008年最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》、2017年最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院就民商事案件相互委托提取证据的安排》以及2019年1月18日签署的最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案

件判决的安排》。

1.文书送达

根据《香港特别行政区》规定和《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书安排》，内地法院和香港特别行政区法院可以相互委托送达民商事司法文书。但双方委托送达司法文书，均须通过各高级人民法院和香港特别行政区高等法院进行。最高人民法院的司法文书可以直接委托香港特别行政区高等法院送达。司法文书的范围非常广泛。委托方可请求送达司法文书，须出具盖有其印章的委托书。委托书应当以中文文本提出，所附司法文书没有中文文本的，应当提供中文译本。受委托方如果认为委托书与前述安排的规定不符，应当通知委托方，并说明委托书的异议，必要时可以要求委托方补充材料。受委托方接到委托书后，应当及时完成送达，最迟不得超过自受到委托书之日起两个月。

2.调查取证

内地与香港双方相互委托调查取证，均须通过各高级人民法院和香港政务司行政署进行。最高人民法院和香港政务司行政署不可以直接相互委托。委托方法院请求调取证据，只能是用于与诉讼有关的证据。代为调取证据范围包括代为询问当事人、证人和鉴定人，代为进行鉴定和司法勘验，调取其他与诉讼有关的证据。虽然在此过程中，需要香港政务司行政署作为媒介，但委托书上需加盖香港高等法院印章。

3.区际判决的认可与执行

随着2019年1月18日《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行民商事案件判决的安排》的签署，除八类判决（部分婚姻家庭案件、继承案件、部分专利侵权案件、部分海事海商案件、破产(清盘)案件、确定选民资格案件、与仲裁有关案件、认可和执行其他法域裁决的案件）外，两地相互认可和执行民商事案件判决范围大大扩展，两地民商事领域司法协助已基本全面覆盖。

4.区际仲裁裁决的认可与执行

2000年《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》的签署，对内地与香港特别行政区之间仲裁裁决相互执行的条件、程序以及适用的时间范围作出了规定。该《安排》最大限度地保留了《纽约公约》关于仲裁裁决执行条件的规定。依据该《安排》，内地依法成立的全部仲裁机构的仲裁裁决，都列入可以按照该《安排》在香港强制执行的“内地裁决”。同时，香港裁决也可以在内地按照该《安排》规定的条件和程序得到执行。

该《安排》未涉及有关等待执行仲裁裁决期间财产保全的具体规定，但在福建纵横高速信息技术有限公司、福建分众传媒有限公司、程征诉史带开曼投资公司案〔(2014)榕执监字第51号〕中，福州市中级人民法院认为，依《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》提交的申请，应视为与《民事诉讼法》下的

执行类似，允许实施财产保全。

2019年9月26日，最高人民法院发布《关于内地与香港特别行政区法院就仲裁程序相互协助保全的安排》填补了这一制度空缺，在保全方面，将香港仲裁程序与内地仲裁程序类似对待，允许香港仲裁程序的当事人向内地人民法院申请保全；同时，内地仲裁程序的当事人亦可向香港特区法院申请强制令以及其他临时措施。该安排对保全的范围、香港仲裁程序的界定、申请保全的程序、保全申请的处理等作了全面规定。两地法院将通过预防性救济措施的相互协助，促进仲裁裁决的顺利执行，更加有效地维护当事人的合法权益。

（二）与澳门的区际司法协助

《澳门基本法》第93条规定：“澳门特别行政区可与全国其他地区的司法机构通过协商依法进行司法方面的联系和相互提供协助”。该规定在实践中不断具体化、体制化，推动了内地与澳门特别行政区开展区际民商事司法协助方面达致更为深入的程度。2001年8月，最高人民法院与澳门特别行政区法务司签署了《关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书及调取证据的安排》后，两地又分别于2006年和2007年达成了《关于内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》和《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》。这些安排的签署和实施，不仅使《澳门基本法》的相关规定得以具

体落实，密切了澳门和内地的司法合作和联系，丰富完善了澳门回归后的法律制度，而且使澳门在两岸四地区际司法合作与互动方面居于领先的地位。

1. 文书送达

根据《澳门特别行政区基本法》与《关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调查取证的安排》，内地人民法院与澳门特别行政区法院就民商事案件，在内地包括劳动争议案件，在澳门特别行政区包括民事劳工案件，相互委托送达司法文书。

双方相互委托送达司法文书，均须通过各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院进行。最高人民法院和澳门特别行政区终审法院可以直接相互委托送达。（该规定与香港不同，香港地区与内地最高人民法院之间的文书送达是单向性的，只能由最高人民法院向香港高等法院送达。）司法文书的范围比香港更为广泛，还包括认诺书、和解书、财产目录、财产分割表、和解建议书、债权人建议书、法庭许可令状、判决书、合意庭裁判文书、送达证明书以及其他司法文书和所附相关文件等更多内容。

各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院相互收到对方法院的委托书后，应当立即将委托书及所附司法文书和相关文件转送根据其本辖区法律规定有权完成该受托事项的法院。如果受委托方法院认为委托书不符合

该安排的规定，影响其完成受托事项时，应当及时通知委托方法院，并说明对委托书的异议，必要时可以要求委托方法院补充材料。委托书应当以中文文本提出，所附司法文书没有中文文本的，应当提供中文译本。

2. 调查取证

内地与澳门双方相互委托调查取证，均须通过各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院进行。最高人民法院和澳门特别行政区终审法院可以直接相互委托。委托方法院请求调取证据只能是用于与诉讼有关的证据。代为调取证据范围包括代为询问当事人、证人和鉴定人，代为进行鉴定和司法勘验，调取其他与诉讼有关的证据。

调取证据委托书的要求是双方相互委托代为调取证据委托书应当写明委托法院名称当事人及其诉讼代理人的姓名、地址及其他一切有助于辨别其身份的情况委托调取证据的原因，以及委托调取证据的具体事项被调查人的姓名、地址及其他一切有助于辨别其身份的情况调取证据需采用的特殊方式，有助于执行该委托的其他一切情况。

与香港一样，内地与澳门地区都只能调取与诉讼有关的证据。委托方法院提出参与取证的请求，受托方法院可以允许委托方司法人员出席并直接取证；获得批准同意取证的，应当通知对方取证的时间和地点。



3. 区际判决的认可与执行

根据2006年《内地与澳门相互认可与执行民商事判决的安排》，其涵盖的范围比较全面。从地域范围来讲，适用于内地与澳门之间的民商事案件。从对象范围上来看，适用的范围为内地与澳门特别行政区民商事案件（在内地包括劳动争议案件，在澳门包括劳动民事案件）判决的相互认可和执行，也适用于刑事案件中有关民事损害赔偿的判决、裁定。但只适用于该《安排》生效后的案件。

在该《安排》生效后，澳门法院已处理了一些具体的案件，不仅展现出该《安排》实际付诸实施的效果，而且更以司法实践深化了对该《安排》的理解与适用。在澳门终审法院2010年2月11日终审判决的一件民事上诉案件中，一方当事人对内地佛山中院一审和广东省高级人民法院终审的判决提出挑战，要求澳门法院以违反程序公正和澳门法律基本原则及公共秩序为由拒绝认可和执行内地的判

决。澳门终审法院指出，在认可和执行域外判决中，一般原则只是形式性的审查；在上诉人没有提出充分证据时，应认为认可的必要条件已经具备，虽然这并不妨碍法院通过审查案卷或履行法院职能发现问题而拒绝给予认可。在本案中，法院认为上诉人没有提出任何证据证明自己的诉求。另外，当事人在相关交易中以澳门法为淮据法，而广东法院在审理时也引用了《澳门民事诉讼法典》的两个条文；但上诉人称，这一引用并没有将相关

法律适用于本案事实，说明内地法院完全不了解澳门法律。对此，澳门终审法院通过对案件事实和法律文献的考察认为，“不论（内地法院）是否正确引用了《澳门民法典》第239条，佛山中院针对获认定的事实已正确地适用了澳门法律。”（在本案中即主债权无效，担保债权作为从债权也相应无效的问题）。基于上述，澳门终审法院判定，因为上诉人所提问题不成立，故无须再进一步依照《澳门民法典》及《澳门判决认可和执行安排》有关规定考虑违反澳门公共秩序和法律基本原则的问题。

4. 区际仲裁裁决的认可与执行

2007年出台的《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》是两地相互认可和执行仲裁裁决的主要法律依据。其后，与该《安排》相配套的补充协议的相继签署，在“一国两制”的原则下和世界贸易组织的框架内，有力地促进了两地货物贸易、投资和服务贸易的发展，加快了彼此间贸易自由化和便利化的进程。

（三）与台湾的区际司法协助

不同于内地与香港、澳门之间的区际民事司法协助，由于历史原因，台湾地区和内地目前尚未达成一致，因此中华人民共和国和其他中央法律暂时不能成为目前两岸司法协助的基础。目前，内地与台湾地区尚未建立起相互提供民事司法协助的运行机制，只是在相互认可和执行对方民事判决方面，双方均有相应法律依

据。2015年，最高人民法院发布《关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》；台湾则是在1992年颁布《台湾地区与大陆地区人民关系条例》规定：“在大陆地区作成之民事裁判或民事仲裁判断，不违反台湾地区公共秩序或善良风俗者，得申请法院认可。”

1. 文书送达

在司法文书的送达方面，对居住在台湾地区的当事人送达诉讼文书的途径如下：由内地的高级人民法院向台湾地区的有关法院送达，并未作出级别上的要求；另外，送达当事人委托的大陆诉讼代理人可向其在大陆的代表机构或有权接受送达的分支机构、业务代办人送达。

2. 调查取证

由于台湾当局不允许大陆的司法机关直接到台湾取证，实践中，一般规定由当事人双方提供有关证据，并由当事人双方和有关部门加以鉴定或公证。

3. 区际判决与仲裁裁决的认可与执行

2015年出台的《最高人民法院关于认可和执行台湾地区法院民事判决的规定》弥补了两岸在区际判决与仲裁裁决的认可与执行问题上的空白。首先，在管辖上扩大了管辖的连接点。原来司法解释只是规定申请人住所地、经常居住地或者被执行人的财产所在地的法院具有管辖权。在实践中发现：台湾居民如在大陆没有住

所、经常居住地，也不要求认可执行裁判，只是申请确认某种法律关系是否存在，按照原来的司法解释可能告诉无门。根据新规规定，则可至被申请人住所地或者经常居住地申请。其次，该《规定》适度放宽了案件的受理条件。在立案过程中，当事人可以自行提供有关的公证认证手续，或者直接向法院申请，请求大陆法院向台湾法院调查取证，让台湾法院证明判决书真伪。再次，该《规定》对申请、认可和执行台湾裁判的期间，作了进一步的明确和调整，特别明确了申请认可和执行的期间为在台湾判决作出两年之内，对于涉及身份关系（离婚、亲子关系的确认等）的判决，则特别规定不受期限限制。最后，该《规定》还扩展了认可和执行的台湾判决和仲裁的范围。凡是和台湾的民事判决效率相当的文书，主要是在民事领域，基本的态度就是尽可能的“一网打尽”，都纳入认可和执行的范围。

如前所述，台湾以《台湾地区与大陆地区人民关系条例》（1997年修正）第74条之规定，从立法上明确了认可与执行大陆法院判决的标准为：需为确定裁判、不得违反公序良俗、台湾法院的判决需能在大陆得到认可和执行。自1996年台湾桃园地方法院认可了厦门中院作出的损害赔偿判决开始，内地与台湾地区的民事司法协助不断向前。

但司法实践中也存在内地与台湾地区互相互予认可民事判决与裁

定的案例。如：台湾新北地方法院107年抗字第134号民事裁定（申请人：北京爱奇艺科技有限公司；被申请人：磁力线上股份有限公司）。本案中，申请人于给付第1期委托开发费用人民币300万元后，被申请人却未能于约定期限2016年7月31日前交付该期标的，构成严重违约行为。中国国际经济贸易仲裁委员会于2018年1月18日以〔2018〕中国贸仲京裁字第99号裁决书作出终局仲裁裁决，裁决被申请人应向申请人返还人民币300万元、给付人民币199万元违约金、赔偿申请人所失预期利益人民币100万元，并给付仲裁费用人民币26万4,400元。申请人向台湾新北地方法院申请认可及执行上述仲裁裁决。台湾新北地方法院最终裁定不予认可该〔2018〕中国贸仲京裁字第99号裁决书，理由为在台湾地区申请认可大陆缺席仲裁裁决或缺席民事判决时，败诉方之一为台湾地区人民且未应诉的，需要符合台湾地区《民事诉讼法》第402条第1项第2款但书“开始诉讼之通知或命令已于相当时期在该国合法送达，或依台湾地区法律上之协助送达者”规定之情形下，方可得到台湾法院认可。

因存在送达瑕疵，台湾地区裁判文书也未被内地法院认可与执行的案例还有(2014)中法民四初字第9号（申请人：汇诚公司；被申请人：许秀政）。本案中，因债务人祥和建设股份有限公司尚欠新台币212578434元本金未履行清偿义务，申请人经多次催收未果后，遂向台湾地区台中地方法

院申请核发支付命令，要求被申请人承担连带责任，清偿以上债务。台湾地区台中地方法院审核后，作出102年度司促字第37586号支付命令，要求被申请人向申请人清偿新台币212578434元及自2010年6月1日起至清偿日止，按年利率9.625%计算利息，并赔偿督促程序费用新台币500元。台湾地区台中地方法院向申请人出具了确定证明书、送达证书等文件，确认被申请人已收取该支付命令。申请人据此向被申请人经常居住地和财产所在地的广东省中山市中级人民法院申请确认台湾地区台中地方法院102年度司促字第37586号支付命令的法律效力，并予以执行。中山市中级人民法院经查，台湾地区台中地方法院于2013年11月5日向许秀政送达支付命令的方式是将文书送达至许秀政户籍誊本登记地址台湾地区台中市西区金山路12号7楼之1，送达方法为“未获会晤本人，已将文书交予有辨别事理能力之同居人或受雇人”。依照台湾地区相关民事诉讼法律，法院对于送达于被送达人的住居所而没有会晤受送达人的，只能将文书交予有辨别事务能力的同居人或受雇人。台中地方法院支付命令的送达显然不符合台湾地区民事诉讼法律规定，为不合法送达。据此，根据《最高人民法院关于审理涉台民事案件适用法律问题的规定》第一条“人民法院审理涉台民事案件，应当适用法律和司法解释的有关规定。根据法律和司法解释中选择适用法律的规则，确定适用台湾地区民事法律的，人民法院予以适用”之规定，中山市中级人民法院驳

回了申请人之申请。

因此，在处理涉台判决与仲裁裁决的认可与执行时，当事人应当认真了解并严格遵循内地与台湾地区的相关法律规定。随着2019年3月《最高人民法院关于为深化两岸融合发展提供司法服务的若干措施》的出台，持有台湾居民居住证的台湾当事人委托大陆律师或者其他代理人代理诉讼，代理人向人民法院转交的授权委托书无需公证认证或者履行其他证明手续。自此，有台湾居民居住证的台湾当事人委托大陆律师在大陆处理法律事务，免除了繁琐、耗时的公证认证手续，这将更有利于台湾当事人在内地的合法权益保障。

中国是一个单法域国家，但随着“一国两制”国策的付诸实施，香港、澳门回归祖国，台湾与大陆统一，中国即将出现四个不同法律制度的区域，即内地法域，香港法域、澳门法域、台湾法域，而成为一个多法域国家。随着我国对外开放政策的日益深化，港、澳、台及内地的经济贸易日益发展，各法域人民之间的联系日益密切，跨法域的民商事案件也日益增多。各法域的司法机关为了顺利解决跨地域的民商事诉讼案件，保护当事人的合法权益，区际司法协助的发展与完善势在必行。

【摘要】 增值税专用发票在企业生产经营活动中具有抵扣税款和完税证明的功能，由于部分经营者不了解刑事法律规范和发票管理规定，开具增值税专用发票过程中存在不当行为导致经营者承担刑事责任，企业生产经营也因此陷入困境。本文将梳理虚开增值税专用发票罪的认定、量刑、典型案例，并且提出企业预防虚开增值税专用发票的建议。

【关键字】 增值税专用发票 虚开 抵扣税款 刑事风险

虚开增值税专用发票的罪与罚

© 文 / 傅达庆 汤伟佳 / 重庆办公室





傅达庆 | 合伙人
专业领域：商业犯罪及职务犯罪辩护
手机：+86 139 8373 7715
邮箱：fdqlawyer@zhhlaw.com



汤伟佳 | 律师
专业领域：商业犯罪及职务犯罪辩护
手机：+86 158 2331 5949
邮箱：andrew@zhhlaw.com

虚开增值税专用发票罪的认定

(一) 虚开增值税专用发票的刑法规定

《刑法》第205条【虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪;虚开发票罪】规定：虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

本罪的主体既包括自然人也包括单位，单位犯本条规定之罪的，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，处三年以下有期徒刑或者拘役；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

(二) 虚开增值税专用发票罪中的“虚开”

对于虚开增值税专用发票罪中的虚开，我们可以根据司法解释的相关规定加以理解。根据最高人民法院《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉的若干问题的解释》（法发[1996]30号）（以下简称《惩治虚开增值税专用发票犯罪的解释》）第1条的规定，具有下列行为之一的，属于“虚开增值税专用发票”：

1.没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务而为他人、为自己、让他人為自己、介绍他人开具增值税专用发票；

2.有货物购销或者提供或接受了应税劳务但为他人、为自己、让他人為自己、介绍他人开具数量或者金额不实的增值税专用发票；

3.进行了实际经营活动，但让他人為自己代开增值税专用发票。

对于在司法实践中，具体如何认定是否属于虚开，可以结合下列四种行为方式进行把握：

第一种是为他人虚开增值税专用发票。指合法拥有增值税专用发票的单位或者个人，明知他人没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务，而为其开具增值税专用发票，或者即使有货物购销或者提供了应税劳务但为其开具数量或者金额不实的增值税专用发票或用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

第二种是为自己虚开增值税专用发票。指合法拥有增值税专用发票的单位和个人，在本身没有货物购销或没有提供或者接受应税劳务的情况下，为自己开具增值税专用发票，或者即使有货物购销或者提供或接受了应税劳务但却为自己开具数量或金额不实的增值税专用发票的行为。

第三种是让他人為自己虚开增值税专用发票。指没有货物购销或没有提供或接受应税劳务的单位或者个人，要求合法拥有增值税专用发票的单位或个人为其开具增值税专用发票，或者即使有货物购销或者提供或接受了应税劳务但要求他人开具

数量或金额不实的增值税专用发票或者进行了实际经营活动，但让他人为自己代开增值税专用发票的行为。

第四种是介绍他人虚开增值税专用发票。指在合法拥有增值税专用发票的单位或者个人与要求虚开增值税专用发票的单位或者个人之间沟通联系、牵线搭桥的行为。

（三）虚开增值税专用发票的定罪规定

根据最高人民法院2004年全国法院经济犯罪案件审判工作座谈会综述认为行为人主观上不具有偷、骗税目的，客观上也不会造成国家税款流失的虚开行为不应以虚开增值税专用发票犯罪论处。对于实践中下列几种虚开行为，一般不宜认定为虚开增值税专用发票犯罪：

1. 为虚增营业额、扩大销售收入或者制造虚假繁荣，相互对开或环开增值税专用发票的行为；

2. 在货物销售过程中，一般纳税人为夸大销售业绩，虚增货物的销售环节，虚开进项增值税专用发票和销项增值税专用发票，但依法缴纳增值税并未造成国家税款损失的行为；

3. 为夸大企业经济实力，通过虚开进项增值税专用发票虚增企业的固定资产，但并未利用增值税专用发票抵扣税款，国家税款亦未受到损失的行为。

除上述定罪规定之外，根据2015年最高人民法院研究室《关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施

经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质》征求意见的复函中，也规定了相应的定罪事由：挂靠方以挂靠形式向受票方实际销售货物，被挂靠方向受票方开具增值税专用发票的，不属于刑法第205条规定的“虚开增值税专用发票”；行为人利用他人的名义从事经营活动，并以他人名义开具增值税专用发票的，即便行为人与他人之间不存在挂靠关系，但如行为人进行了实际的经营行为，主观上并无骗取抵扣税款的故意，客观上也未造成国家税款损失的，不宜认定为刑法第205条规定的“虚开增值税专用发票”。

虚开增值税专用发票罪的量刑标准

（一）2014年以前，虚开增值税专用发票罪的量刑标准

根据1996年最高人民法院印发《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定〉若干问题的解释》（以下简称《1996年解释》）规定的量刑标准：虚开税款数额一万元以上，或者致使国家税款被骗取五千元以上的，达到入罪标准，处三年以下有期徒刑或者拘役；虚开税款数额十万元以上的，认定为“数额较大”，处三年以上十年以下有期徒刑；虚开税款数额五十万元以上的，认定为“数额巨大”，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。但是，《1996年解释》距今已逾二十年。其间，我国经济社会快速发展，税收制

度日益完善，税收总额持续增长。

《1996年解释》规定的虚开增值税专用发票的定罪量刑数额标准，特别是虚开税款数额五十万元即应当判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑的规定，继续适用存在量刑畸重问题，因此对于上述量刑标准应当进行修改。

（二）自然人犯虚开增值税专用发票罪的量刑标准

根据2014年最高人民法院研究室《关于如何适用法发〔1996〕30号司法解释数额标准问题的电话答复》对虚开增值税专用发票案件的量刑数额标准，可以不再参照适用原司法解释，在新的司法解释制定前，对于虚开增值税专用发票案件的定罪量刑标准，可以参照《最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的有关规定执行，即虚开增值税专用发票罪的税款数额入罪、数额较大、数额巨大的标准分别为五万元、五十万元、二百五十万元。考虑到刑法适用的统一性、稳定性、明确性，2018年最高人民法院正式发布了《关于虚开增值税专用发票定罪量刑标准有关问题的通知》，以司法解释的形式继续沿用上述规定。也就是说，如果虚开增值税专用发票的数额在五万元以上，不满五十万元，应当判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；如果虚开增值税专用发票的数额在五十万元以上，不满二百五十万元，应当判处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；如果虚开增值税专用发票

票的数额在二百五十万元以上，应当判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

（三）单位犯虚开增值税专用发票罪的量刑标准

如果单位犯虚开增值税专用发票罪，则对单位判处罚金，并追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的刑事责任，直接负责的主管人员是指在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用的人员，一般是单位的主管负责人，包括法定代表人。其他直接责任人员是在

单位犯罪中具体实施犯罪并起较大作用的人员，既可以是单位的经营管理人员，也可以是单位的职工，包括聘任、雇佣的人员。具体到虚开增值税专用发票罪，如果单位虚开增值税专用发票的数额在五万元以上，不满五十万元，则对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处三年以下有期徒刑或者拘役；如果单位虚开增值税专用发票的数额在五十万元以上，不满二百五十万元，则对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处三年以上十年以下有期徒刑；如果单位虚开增值税专用发票的数额在二百五十万元以上，则对直接负责的主管人员和其

他直接责任人员处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

虚开增值税专用发票罪的典型案例

（一）自然人犯虚开增值税专用发票罪案例

1.基本案情

2015年7月至8月，被告人况某在没有真实货物交易的情况下支付5.5%—6%的点子费，利用自己的公司接受玉溪某商贸公司虚开的60份增值税专用发票。为赚取点子费差价，2015年8月至2016年4月，在没有真实货物交易的情况下，被告人况某收取



6.5%—8%的点子费，利用其自己的公司向重庆某机械制造公司虚开的增值税专用发票52份。况某虚开增值税专用发票税额共计1832557.62元，已抵扣税款1781682.58元，基于以上事实，某市人民检察院指控况某犯虚开增值税专用发票罪。

2. 裁判结果

某市人民法院认为况某述成立公司就是为了买卖增值税专用发票，赚取点子费，公司没有任何真实经营，也没有任何真实货物交易，况某应对公司全部虚开的增值税专用发票承担责任，本案不构成单位犯罪，况某接受玉溪某商贸公司开具的60份增值税专用发票，是让他人自己虚开；况某虚开增值税专用发票给重庆某机械公司，是为他人虚开，被告人况某构成虚开增值税专用发票罪，判处有期徒刑七年三个月，并处罚金人民币二十万元，违法所得人民币1053080.9元依法予以追缴。

（二）单位犯虚开增值税专用发票罪案例

1. 基本案情

2015年3月，神木市某能源有限公司为了虚增进项金额、抵扣国家税款，在无实际交易的情况下，经公司法定代表人李某联系，先后让某煤矿有限公司为神木市某能源有限公司虚开增值税专用发票6份，发票号码：00215052—00215057。货物名称为混煤，金额合计5555068.99元，税额合计944361.71元，价税合计6499430.7元。案发时，上述6份增值税专用发票均已

被抵扣。基于以上事实，某市人民检察院指控神木市某能源有限公司、被告人李某犯虚开增值税专用发票罪。

2. 裁判结果

某市人民法院认为被告单位神木市某能源有限公司违反国家增值税专用发票的管理规定，为牟取非法利益，在无实际交易的情况下，向他人支付税点虚开增值税专用发票并抵扣税款944361.71元，数额较大，其行为已构成虚开增值税专用发票罪；被告人李某作为该公司的法定代表人，在单位犯罪过程中实际操作，系直接责任人，其行为亦构成虚开增值税专用发票罪，依法应予惩处。被告人李某在归案后如实供述其犯罪事实，有坦白情节，鉴于其在案发后能补缴税款，未给国家税收造成损失，故决定对其从轻处罚，判处被告单位神木市某能源有限公司犯虚开增值税专用发票罪，并处罚金人民币10万元，判处被告人李某犯虚开增值税专用发票罪，判处有期徒刑三年，宣告缓刑四年。

（三）虚开增值税专用发票无罪案例

1. 基本案情

2004年，被告人张某强与他人合伙成立个体企业某龙骨厂，张某强负责生产经营活动。因某龙骨厂系小规模纳税人，无法为购货单位开具增值税专用发票，张某强遂以他人开办的鑫源公司名义对外签订销售合同。2006年至2007年间，张某强先后与六家公司签订轻钢龙骨销售合同，购货单位均将货款汇入鑫源公司账户，鑫源公司并为上述六家公司开具增值税

专用发票共计53张，价税共计4457701.36元，税额647700.18元。基于以上事实，某市人民检察院指控被告人张某强犯虚开增值税专用发票罪。

2. 裁判结果

某市人民法院一审认定被告人张某强构成虚开增值税专用发票罪，在法定刑以下判处张某强有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币五万元。张某强在法定期限内没有上诉，检察院未抗诉。某市人民法院依法逐级报请最高人民法院核准。最高人民法院经复核认为，被告人张某强以其他单位名义对外签订销售合同，由该单位收取货款、开具增值税专用发票，不具有骗取国家税款的目的，未造成国家税款损失，其行为不构成虚开增值税专用发票罪，某市人民法院认定张某强构成虚开增值税专用发票罪属适用法律错误。据此，最高人民法院裁定：不核准并撤销某市人民法院一审刑事判决，将本案发回重审。该案经某市人民法院重审后，依法宣告张某强无罪。

企业如何预防虚开增值税专用发票

（一）定期进行专业培训

企业应当定期组织法律培训，可以聘请专业律师来提高企业管理人员及员工的法律意识和防范意识，培训内容主要为告知企业管理人员及员工虚开增值税专用发票的法律后果与识别防范虚开发票的方法。既要防止企业管

企业应当定期组织法律培训，可以聘请专业律师来提高企业管理人员及员工的法律意识和防范意识，培训内容主要为告知企业管理人员及员工虚开增值税发票的法律后果与识别防范虚开发票的方法。既要防止企业管理人员为谋求不正当利益虚开增值税专用发票，导致企业陷入经营困境，也要避免员工因个人工作失误收到虚开发票的情况或者利用职务恶意虚开，为企业带来麻烦。

（二）在交易前进行必要的了解

在交易前通过对交易对方的税务登记信息、经营规模、企业资质等相关情况进行了解，一旦发现供货企业刻意回避或者存在发票开具问题时，应当引起警惕，做进一步的确认，可以要求供货企业提供有关的证明材料（如税务登记证件、发票领购簿等）。纳税人可以利用全国组织机构信息网（<http://www.nacao.org.cn>）核实交易对方的企业信息。

（三）在交易时确保各环节手续完整

1. “资金流”方面。尽量通过银行对公账户将货款划拨到交易对方的银行账户内，并留存银行转账回单。如果对方提供的银行账户与发票上注明的信息不符，应当引起警惕，暂缓付款，对购货业务进行进一步审查。

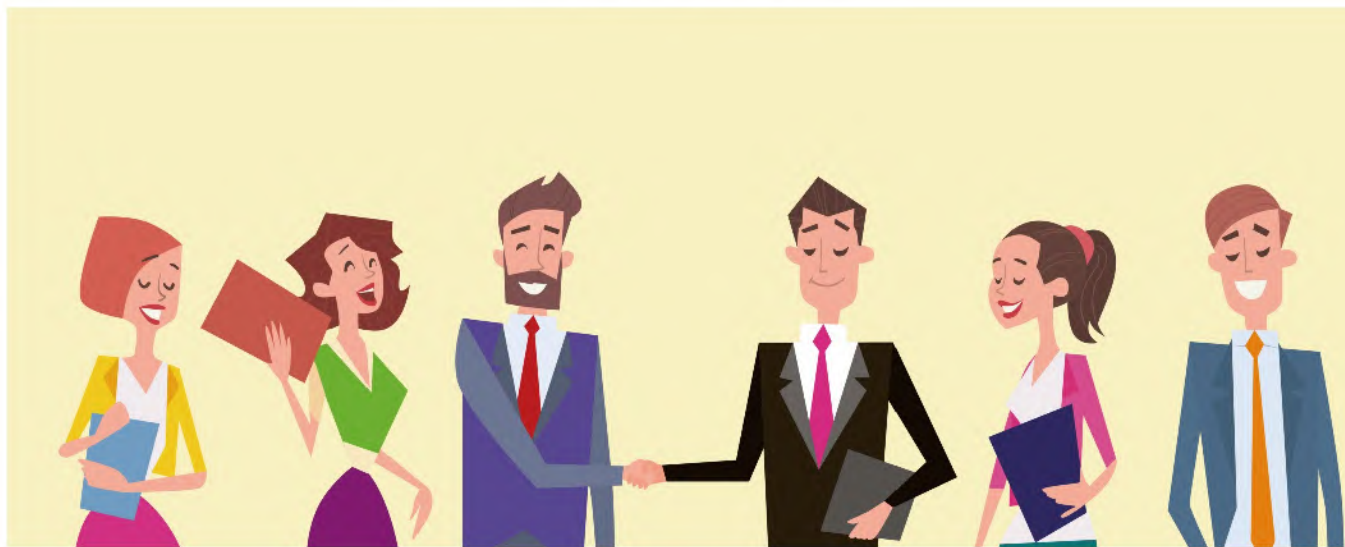
2. “货物流”方面。尽量通过正规渠道运输货物，比如物流公司、快递公司，取得正式的物流托运单或者快递单，方便作为货物流环节的第三方证明材料。如果无法取得正规运输凭证，需保留完整、清晰的货物运输过程中的交接环节凭证，比如提货单、出库单、验货单等，并严格要求交接货双方签字盖章。

3. “发票流”方面。仔细比对发票信息，公司名称、税号、货物名称、规格、数量、金额、银行账号、发票专用章等信息一一比对。尤其是对新供货企业或者临时供货企业（包括网店），更应作重点审查。在税务系统

不断更新换代后，现在可以很轻易地通过主管税务机关的官方网站在网上查询真伪。在网上查验后，纳税企业仍有疑虑的，可暂停抵扣并向税务机关寻求帮助，由他们介入进行调查。

（四）在交易后保留证据避免损失

在购买货物或劳务时，要注意取得和保存有关证据，一旦因对方故意隐瞒有关销售和开票的真实情况，恶意提供增值税专用发票，给自身造成了经济损失，可以依法向对方追偿由于提供虚开发票而带来的经济损失。在这时，应主动保留相关的证据，并寻求专业律师的帮助。



【摘要】当债权人无法通过执行债务人公司资产获得救济时，债权人通常考虑的救济途径是：追究债务人公司股东对公司的债务承担责任。根据《公司法》及其司法解释的规定，股东对公司的债务承担的责任类别主要包括：“刺破公司面纱”情形下的连带责任；股东出资责任；股东清算责任；损害赔偿责任；民事责任等。因为前述各责任的构成要件均不相同，所以，债权人在选择股东承担何种责任时，不仅需要考虑该种责任的法律要件有哪些，也要考虑相应的证据是否充足。本文将以一则司法判决为例，分析债权人追究股东作为清算义务承担连带清偿责任时，应当具备哪些要件。

【关键词】 股东 清算义务人 连带清偿责任

清算义务人承担连带清偿责任要件分析

——王某与北京北鹰吉成科技有限公司清算责任纠纷上诉案之评析

◎ 文 / 伍伟 / 成都办公室

基本案情

2005年4月29日，大千公司依法注册成立，注册资本为10万元，其中：王明乐以货币方式出资6万元；王倩以货币方式出资4万元。

2009年5月20日，大千公司的股东兼法定代表人王明乐去世。

2010年11月19日，海淀区人民法院就原告北鹰公司与被告大千公司借款合同纠纷一案，作出（2010）海民初字第16008号民事判决，判决：判令被告大千公司于本判决生效之日起十日内返还原告北鹰公司的借款2156250元。海淀区人民法院上述判决

已于2010年12月15日发生法律效力。

2011年11月23日，大千公司被北京市工商行政管理局海淀分局依法吊销企业法人营业执照。

2012年7月20日，海淀区人民法院就申请执行人北鹰公司与被执行人大千公司及第三人王倩执行案件，作出（2012）海执异字第54号执行裁定。

一审诉辩意见及法院认定

北鹰公司称，该公司提起本案诉讼的依据，系因为王倩怠于履行对大千公司的清算义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进

行清算，所以王倩应对大千公司的债务承担连带清偿责任。

王倩称，大千公司未进行清算，系因为其不具备单独对该公司进行清算的能力，且王明乐生前所持大千公司股权尚未由包括王倩、王今乐、王小红以及王明乐父亲在内的继承人继承完毕。大千公司并未置备符合会计准则的财务账簿，但该公司现存有银行账户对账单、支票存根、借条以及王明乐生前手写的记账册，均可以作为对该公司进行清算的依据。

一审法院认定：

本案中，结合相关案件事实，大



伍伟 | 合伙人

专业领域：基础设施与建设工程、公司
与并购、房地产及商业
资管

手机：+86 158 8224 7125
邮箱：steven@zhhlaw.com

大千公司被吊销营业执照后，确未在法定期限内开展清算工作。结合双方当事人的答辩意见，双方的争议焦点：大千公司目前是否仍能够依法进行清算。

第一，公司依法开展清算工作的重要依据，系公司依法置备的财务会计账簿及记账凭证、原始凭证等。反之，如果上述财务会计资料不完整甚至明显缺失，则直接影响清算过程乃至结果的客观性、完整性、真实性。同理，如果公司根本并未依法置备上述财务会计资料，则公司清算所应有的功能随即丧失作用基础。因此，王倩的上述抗辩主张，不应作为大千公司未依法进行清算的合理理由。

第二，按照会计基本原理与公司运营管理的常理分析，上述银行账户对账单、支票存根、借条等材料无论从形式抑或内容两方面来看，虽能在一定程度上反映大千公司的部分资金收支与流动情况，但仅凭其有限记载内容，无法真实、客观、完整地反映大千公司被吊销营业执照前的财务状况全貌，亦无法综合反映大千公司实际可用于对外偿付到期债务的完整资产状况，故均不足以作为对大千公司进行依法清算的合理依据。

本案中，依据北京市海淀区人民法院生效判决的认定及生效执行裁定书的记载，北鹰公司对大千公司享有特定数额的到期债权，因大千公司遗留财产不足以清偿而未能执行。同时，北京市海淀区人民法院认为，依照本案现有证据及王倩的陈述内容，大千公司目前无法正常进行公司清算。因此，对于大千公司的合法债权人而言，作为大千公司股东及清算义务人的

王倩，应依法就此承担相应的法律责任。

二审辩诉意见及法院认定

（一）上诉人（原审被告）诉称：

第一，大千公司尚未清算并非清算义务人有意怠于清算，而是清算义务人主体及责任尚未确定，且王倩根本不具备清算能力。王倩在大千公司持股4万元，纯为挂名股东，并不参与公司经营，对大千公司不具有控制权，客观上没有能力启动清算程序，不应当对债权人承担公司不依法清算的法律责任。

第二，法院应当要求北鹰公司另行起诉王倩承担清算责任，现法院直接判令股东在未经清算的情况下承担公司债务缺乏事实和法律依据。《公司法》第184条规定：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。由此可见，债权人在此情况下的权利是要求清算义务人清算而非要求清算义务人承担债务。

第三，北鹰公司提供的年检资料显示，大千公司在应当清算前就丧失了偿债能力，债权人不能获得清偿与是否能清算没有因果关系。因此，在已有司法认定股东出资到位，且没有侵吞大千公司资产的情况下，即便大千公司清算不能，王倩亦不应承担债务。大千公司在吊销前就形成了亏损，债权人不能受偿的原因是大千公司的资金已用于经营并形成亏损，而非王倩没如期清算导致财产灭失。

（二）被上诉人（原审原告）辩称：

第一，本案中的清算义务人是确定



的，即只有王倩一人。

第二，王倩提交的对账单和支票存根仅有几张，根据王倩提供的上述票据是无法真实完整地得知大千公司的财务状况的，大千公司不具备清算的条件，不可能进行清算。

第三，王明乐去世之后，王倩是大千公司的唯一股东，也是公司的实际控制人，公司的账册、财产文件全部由王倩保管。

（三）二审法院认定：

大千公司2011年11月23日被北京市工商行政管理局海淀分局依法吊销企业法人营业执照，即自2011年11月23日起，大千公司就已出现法定的解散事由，应当在被吊销之日起15日内成立由大千公司股东组成的清算组开

始清算。但时至今日，王倩作为大千公司的唯一股东仍未开始对大千公司进行清算。

大千公司自2005年4月29日注册成立至2011年11月23日被北京市工商行政管理局海淀分局吊销营业执照时止，共经营6年有余，从大千公司的经营时间长短分析，王倩提交的上述材料显然并非大千公司的全部财务账册。

据此，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第18条第二款“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”之规定，维持一审判决。

案例相关问题研析

（一）清算义务人承担连带清偿责任的要件

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定》：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。据此，债务人股东作为清算义务人承担清偿责任的要件主要包括：

1. 怠于履行义务

怠于履行义务是指，承担清算义

务的责任人未按照法律、行政法规及公司章程的规定，对应当履行的清算义务和应当作出的清算行为，不作为、迟延作为、拒绝作为、不正确作为等。例如：根据《公司法》规定，有限责任公司的股东、股份公司的董事或控股股东为公司的清算义务人，应当在公司出现解散事由之日起成立清算组，但是清算义务人不成立、迟延成立清算组的行为；或者成立了清算组，但是未按照《公司法》规定履行其他清算程序义务的行为等。

2.公司主要财产、账册、重要文件等灭失

公司主要财产、账册、重要文件等灭失，不仅仅是指公司的财产、账册、重要文件全部灭失的情形，也指公司财产、账册、重要文件部分灭失而导致无法体现公司全而且完整的财物状况的情形。

3.无法进行清算

无法清算是指，公司通过目前已有的财务资料、重要文件等已无法对公司的全部财务状况予以体现，导致公司无法通过清算的方式对公司经营期间的完整财产情况予以核实。

综上，有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东作为法定的清算义务人，依照法律规定对公司进行清算是其法定义务，无论其是否参与公司的实际经营，无论其是否管理和经手公司的财务状况，无论其是否为公司的控股股东，均应在出现法定事由需要履行法定义务时，立即以积极作为的方式履行法定义务。否则，无论公司的财产、账册、重要文

件等灭失或者公司无法进行清算是否与其有直接的关系，其作为法定的清算义务人，未按照法律规定履行清算义务（包括但不限于提出清算议案、对公司财产、账册、重要文件等进行保管等），均应当承担在公司无法清算情形下的连带清偿责任。

（二）未参加实际经营是否可以免除清算义务

司法实践中，常常有股东提出其并未参与公司实际经营，或者无法掌控公司账册、资产、重要文件等，或者无法通过个人行为履行清算义务，或者未按照法定期限履行清算义务与公司无法清算之间不存在因果关系等理由，主张其不应当承担连带清偿责任。就此，本案两审法院均未作出直接的回应，在诸多其他法院的判例中，法院未对此问题进行深入的论证。

部分司法判例认为，从有效保障债权人合法权益的角度考虑，对于有限责任公司股东，积极履行清算义务并妥善保管公司财产、账册、重要文件是其法定的义务，因此，只要清算义务人怠于履行清算义务，公司因财产、账册、重要文件等灭失原因导致无法清算的，均应当承担连带清偿责任。但是，如果该股东能够举证证明，公司资产、账册灭失为不可抗力原因导致，或者控股股东造成，并导致无法清算的，该股东可免责。总体而言，承担责任为原则，不承担责任为例外。

（三）强制清算是否是追究清算义务人清偿责任的前置程序

申请强制清算诉讼并非追究清算义务人清偿责任的法定前置程序。债权人可先行申请强制清算，在公司因财产、账册等灭失导致清算不能的情况下，再起诉清算义务人；也可直接申请追究清算义务人的连带清偿责任。但是，债权人如果无法判断或者无证据证明债务人公司是否无法清算，则将可能面临在债务人公司提供全部财务资料等以证明公司尚可清算情况下，诉讼被驳回的风险。

（四）清算义务人承担连带清偿责任的举证责任

按照“谁主张、谁举证”的原则，债权人主张清算义务人承担连带清偿责任，必须有证据证明三个要件存在：（1）怠于履行义务；（2）公司财产、账册、重要文件等灭失；（3）公司无法清算。鉴于债权人无法完全掌控公司信息，即使通过审判、执行程序，能够一定程度上了解公司的基本情况，但是无法了解公司财产、账册、重要文件等灭失，也无法准确知晓公司是否无法清算。因此，即使强制清算程序并非追究清算义务人清偿责任的前置程序，但在无法了解和初步举证债务人公司无法清算的情况下，建议通过强制清算程序来进行核实，即强制清算程序来固定证据。

内地-香港跨境争议解决机制讲座在中豪大讲堂举行

2019年9月6日，中豪联合香港贸易发展局，在江北金融办公室成功举办了“内地-香港跨境争议解决法律实务与风险应对”专题讲座。香港贸易发展局重庆代表处副主任白松林先生，香港主任律师闫显明，以及杨青律师，为参会企业带来有关跨境争议解决的精彩演讲。此次讲座让内地企业全面了解到内地与香港跨境争议解决相关法律实务，以及境内企业境外投资需防控的法律风险，增进了我所与诸多跨国投资企业的交流与合作。



合伙人杨青应邀在“一带一路，共创新思路”座谈会上 作“香港——通向国际舞台的平台”演讲



2019年10月23日，“一带一路，共创新思路”投资推广座谈会在重庆成功举办。本次座谈会由香港特别行政区政府投资推广署、重庆市经济和信息化委员会和重庆市商务委员会联合主办，香港特别行政区政府驻成都经济贸易办事处协办，合伙人杨青应邀出席本次座谈会，并作“企业经验分享：香港——通向国际舞台的平台”专题演讲，向与会企业介绍了香港的平台优势，为内地企业通过香港平台拓展国际市场、提升国际化水平及赴“一带一路”投资等提供了有益参考。



中豪律師集團

重庆

重庆市渝中区邹容路68号大都会广场22层 400010
22/F, Metropolitan Tower 68 Zourong Road, Yuzhong District, Chongqing 400010, PRC
Tel: +86 23 6371 6888 Fax: +86 23 6373 8808

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号办公楼22层 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu, 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富中国际广场10层 550002
10/F, Fuzhong International Plaza 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808

江北

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8388

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 100020
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098

香港

香港中环花园道3号花旗银行广场ICBC大厦11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568

两江

重庆市两江新区金开大道1230号4幢7层 400112
7/F, Tower No.4, 1230 Jinkai Ave, Liangjiang New Area, Chongqing 400112, PRC
Tel: +86 23 6739 0877 Fax: +86 23 6739 0877



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com