



中豪律师事务所  
ZHH LAW FIRM

# 中豪之窗

## ZHONGHAO EXPRESS

2023年 第3期 | 总第085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】

七大国际仲裁机构  
仲裁规则对比解析

刑事案件二审申请开庭，  
辩护律师如何作为？

银行代理理财保险业务中  
适当性义务的规制与完善

有限责任公司投资人溢价出资  
的性质、限制和法律建议

### 【法理天地】

一人有限责任公司的  
人格否认

## 中豪“1+2+N”涉外法律服务模式 入选2023年国家服务业扩大开放试点示范最佳实践案例

9月3日，2023年中国国际服务贸易交易会重要活动之一“投资中国年”服务业扩大开放推介大会在北京启幕，中豪“1+2+N”涉外法律服务模式成功入选国家服务业扩大开放综合试点示范2023年度最佳实践案例。中豪基于多地办公室一体化管理模式，充分发挥跨法域、跨文化、多地执业及多语言涉外团队优势，创造性地探索出“1+2+N”涉外法律服务模式，为中资企业境外投资、知识产权保护、运营合规等提供集成式法律服务。

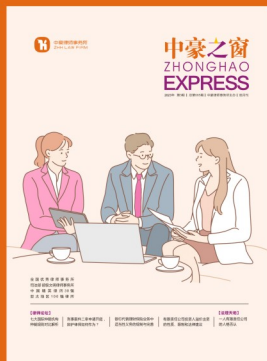


## 合伙人王必伟代理的“商砼联营”反垄断行政处罚案 ——实施横向垄断协议的认定 入选最高人民法院2023反垄断典型案例



9月14日，在以“统一大市场 公平竞未来”为主题的中国公平竞争政策宣传周期间，最高人民法院发布2023年人民法院5件反垄断典型案例。合伙人王必伟、律师蔡敬松共同代理的“商砼联营”反垄断行政处罚案荣列其中。最高人民法院认为，“商砼联营”反垄断行政处罚案细化了横向垄断协议的认定标准，依法支持反垄断行政执法部门的行政执法，对于促进反垄断行政执法标准与司法标准协调统一，推动反垄断执法司法形成合力具有积极意义。





# 中豪之窗

ZHONGHAO EXPRESS

总第085期 2023年 第3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	范珈铭
卜海军	陈伟	夏烈
涂小琴	李东方	吴红遐
俞理伟	郑毅	郑继华
汪飞	张德胜	邓辉
傅达庆	刘军	宁思燕
文建	李燕	杨敏
柯海彬	梁勇	邓舒丹
赵明举	周尽	柴佳
李永	王必伟	伍伟
刘文治	青苗	宋琴
周鹏	肖东	吕睿鑫
谢敏	郑鹏	赵寅皓
赵晨	高伟	文奕
任远	曹一川	杨敏
张龙	高红刚	袁珂
王瑞勇	王冠男	张晓卿
蒋官宝	刘卉灵	

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

### 律师论坛 FORUM

七大国际仲裁机构仲裁规则对比解析 ..... 杨青 李慕乔 2

刑事案件二审申请开庭，辩护律师如何作为 ..... 汤伟佳 9

银行代销理财保险业务中适当性义务的规制与完善 ..... 卢成露 14

有限责任公司投资人溢价出资的性质、限制和  
法律建议 ..... 范珈铭 凌维 25

### 法理天地 THEORY

一人有限责任公司的人格否认 ..... 杨敏 周顺 32  
——人格否认的程序和证明责任的分配

9月17至18日，在2023年全国海商海事业务交流会上，合伙人文奕与李慕乔律师所撰《内陆地区自贸区制度创新与航运金融中心建设的实务与思考》一文荣获海事海商优秀论文奖。

9月14日，市法学会刑法学研究会第四届理事会换届选举大会顺利召开。高级合伙人傅达庆当选第四届理事会常务理事。

9月12日，成都市中级人民法院发布公告，正式通报中豪成都办公室编入二级机构管理人名册，并从即日起按新确认级别履职。

9月12日，江苏省律师协会车捷副会长一行7人莅临中豪调研座谈，双方就律所发展模式与业务管理机制等问题进行了深入探讨。

中国国际服务贸易交易会于9月2日至6日在北京国家会议中心和首钢园区隆重开启。中豪凭借在涉外法律服务领域的突出优势再次应邀参展，展示出良好国际化律所形象。

9月1日，“跨境争议解决法律实务及风险应对”论坛在中豪大讲堂成功举办。中豪涉外律师与美、英、澳律师及国内资深仲裁员、企业法总、调解员就跨境争议解决应对方案、救济措施及实务热点问题展开全方位探讨。

为弘扬先进人才理念，激励年轻律师踔厉奋发，8月31日，中豪举办“千里马计划”实习生结业典礼暨奖学金颁奖仪式。管委会主席袁小彬，董事合伙人宋涛、青苗出席，会议由副主任肖东主持。

8月25日，最高人民法院第四届特约监督员聘任活动在国家法官学院举行。全国政协委员、中豪律师事务所管委会主席袁小彬受聘为特约监督员并作为法律界代表在会上发言。

# 中豪新闻



中国国际贸易促进委员会四川调解中心于6月启动调解员增补工作，面向法律机构、市州调解办事处等共计聘任31人为调解员，成都办公室主任汪飞，合伙人伍伟、冯杰入选。

8月18日下午，渝中区推动民营经济高质量发展大会宣读了区委、区政府关于表扬50家优秀民营企业的通报，中豪荣获“渝中区优秀民营企业”称号。

8月11日，顾问律师屈俊汝赴悉尼拜访澳大利亚合作律所Polczynski Robinson。

7月27日下午，中豪举办第二期“律所高质量发展系列沙龙”，邀请金杜合伙人王欣、天同合伙人王晓雨作为嘉宾，与合伙人青苗一起，围绕“诉讼标准化与内部质量控制”主题进行了深入探讨。

为提升企业合规投资意识与风控水平，7月26日，合伙人涂小琴应邀为江北嘴中央商务区投资集团举办“股权投资法律实务”讲座。

7月21日，市律师协会举办的第七届重庆律师论坛揭晓了面向全市律师的优秀论文评选结果，顾问律师陈明杰所撰《积极开展数据合规法律服务，助推数字经济产业健康有序发展》一文荣获一等奖，合伙人梁勇、曹庆律师所撰《建立高质量区域股权交易市场，促进成渝双城经济圈建设》一文荣获三等奖。

7月21日上午，四川省政协副秘书长江桦、社法委主任丁成明以及副主任郭彦等调研组一行12人莅临中豪成都办公室开展《四川省公共法律服务条例》立法专题调研。

7月18日至19日，贵州省第七次律师代表大会在贵阳隆重召开，合伙人郑继华当选为常务理事。

**【摘要】** 仲裁由于其一裁终局性、保密性、可执行性等自身特点所带来的优势，在现今国际商业交易中，国际商事仲裁已成为企业最受青睐的争议解决方式之一。根据《中国国际经济贸易仲裁委员会2022年工作报告》数据显示，中国国际经济贸易仲裁委员会（CIETAC）2022年受理案件4086件，争议金额人民币1269亿元。其中，涉外仲裁案件数量（642件）占比达15.71%，国际商事仲裁案件快速增长。同时，全球主要知名仲裁机构结合当前仲裁业务的发展，相继修改仲裁规则以引入新的制度，彼此存在共性的同时，但也保留着自身的特色。本文以主要国际仲裁机构现行有效的仲裁规则为基础，就仲裁程序涉及的通知与送达，启动仲裁，仲裁通知答复，仲裁员人选异议，仲裁申请、答辩、反请求的形式和期限，临时措施（仲裁保全），以及电子提交与视频开庭，这七个主要程序问题进行比较和梳理，以为企业在国际商事交易中选择仲裁机构和仲裁规则时提供参考。

**【关键词】** 股东 公司解散 公司僵局

# 七大国际仲裁机构 仲裁规则对比解析

◎ 文 / 杨青 李慕乔 / 重庆办公室







杨青 | 合伙人

专业领域：海外投资与并购、外商  
投资、基金  
手机：+86 182 0309 3176  
邮箱：eagleyang@zhhlaw.com



李嘉尧 | 律师

专业领域：海外投资与并购、国际贸  
易与运输、跨境争议解决  
手机：+86 158 0233 2710  
邮箱：james.li@zhhlaw.com

本文进行对比的七大仲裁规则为：中国国际贸易仲裁委员会仲裁规则（2015）（以下简称CIETAC规则）、香港国际仲裁中心机构仲裁规则（2018）（以下简称HKIAC规则）、国际商会仲裁规则（2021）（以下简称ICC规则）、美国仲裁协会国际争议解决中心仲裁规则（2021）（以下简称ICDR规则）、伦敦国际仲裁法院仲裁规则（2020）（以下简称LCIA规则）、新加坡国际仲裁中心仲裁规则（2016）（以下简称SIAC规则）及联合国国际贸易法委员会仲裁规则（2021）（以下简称UNCITRAL规则）。

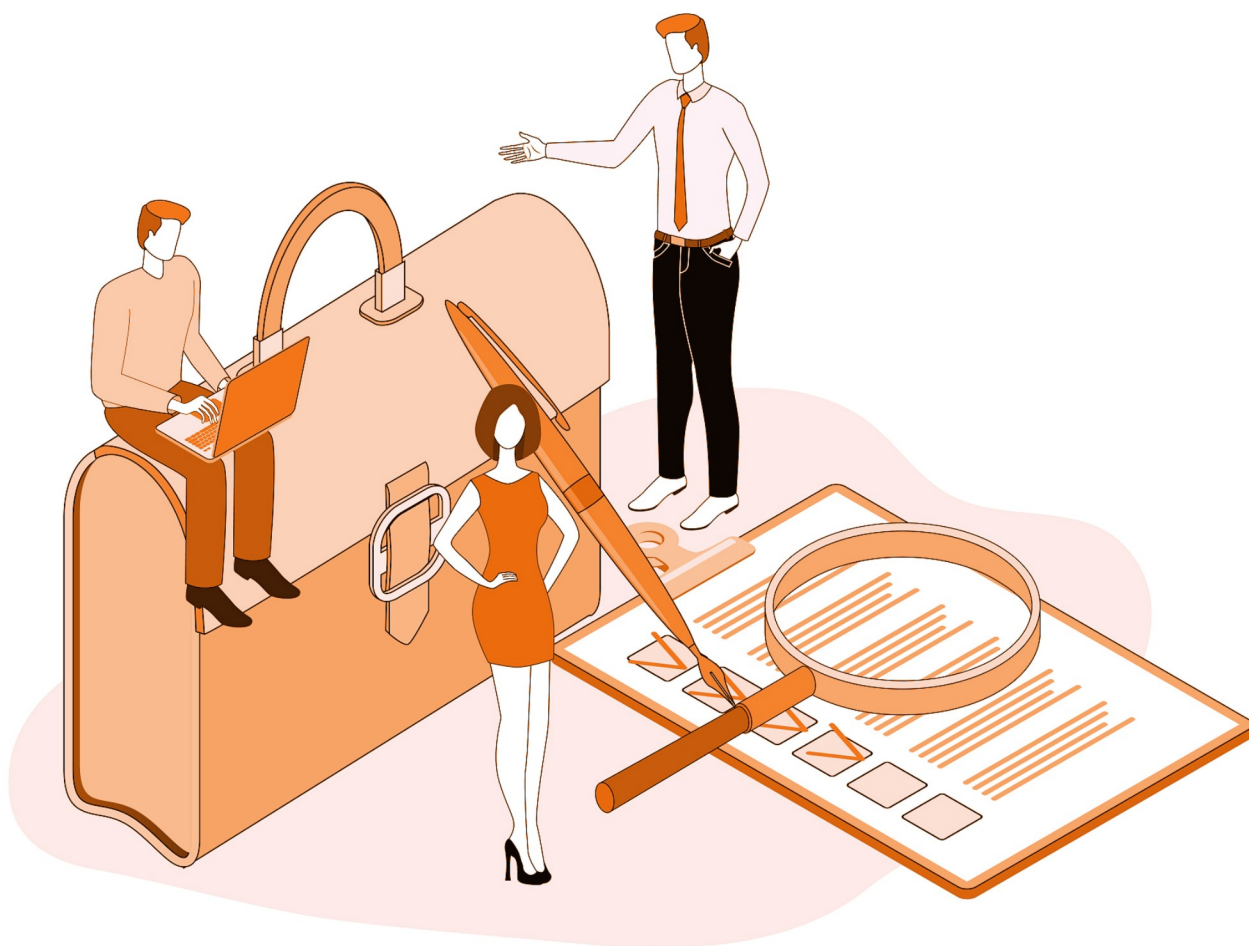
## 通知与送达

长期以来，跨境诉讼中的送达一直是司法实务中的难题，尽管许多国家（包括中国）都加入了1965年《海牙送达公约》，但诉讼中的送达一直存在耗时长、程序复杂、成功率低的问题，影响了诉讼程序的有效推进，造成实质上的程序延误。就国际商事仲裁而言，各主流仲裁机构如何规定送达规则，是决定仲裁能否快速启动的关键性因素。

一般来说，在送达方式上，各主流仲裁机构仲裁规则均规定，有关仲裁的一切文书、通知、材料等均可采用当面递交、挂号信、特快专递、传真或仲裁委员会仲裁院或仲裁庭认为适当的其他方式发送至当事人约定的联系方式。主要区别在于推定送达和拟制送达时的具体内容。比如，在当事人没有提供送达地址或缺乏约定的情况下，CIETAC规则规定：按照对方当事人或其仲裁代理人提供的地址发送，如经当面递交收件人或发送至收件人的营业

地、注册地、住所地、惯常居住地或通讯地址（“送达地址”），或经对方当事人合理查询不能找到上述任一地点，仲裁委员会仲裁院以挂号信或特快专递或能提供投递记录的包括公证送达、委托送达和留置送达在内的其他任何手段投递给收件人最后一个为人所知的送达地址，即视为有效送达。HKIAC规则规定，可通过以下方式传送：（1）当事人之间适用的任何协议中所列明的联系方式；（2）对外使用的联系方式；（3）最后为人所知的联系方式；（4）当事人同意使用的安全的在线存储系统。且以上（1）至（3）项应为前一项不存在时才可按顺序推定适用。SIAC规则的规定与HKIAC规则有类似之处，有效的送达地址包括：（1）当事人的惯常居所地；（2）当事人此前业务往来的习惯地址；（3）在缺乏约定及前述联系方式时的最后一个为人所知的居所地或营业地。相对而言，ICC规则比较简单，仅规定秘书处和仲裁庭发出的所有通知或通讯都必须发往当事人自己提供的，或其他各方当事人提供的当事人或其代表人的最终地址。而以电子交付为特征的LCIA规则主要规定：可以通过双方当事人在以前的交易中经常使用的电子方式进行交付并视为送达，但须向LCIA仲裁院或仲裁庭告知该当事人实际无法收到材料的理由，包括电子交付失败通知。

总体而言，国际主流仲裁机构关于送达的规则较为多样，且基于实际考虑设计了顺序推定式的送达方式，原则上尽最大可能实现快速送达。这些规则的设置在一定程度上尊重了商事交易基础，比如以惯常经营和对外为人所知的联系方式实际上也符合当事人商业交易的逻辑。同时，宽



泛的规则设计容易因送达程序不当从而导致仲裁裁决无法被法院认可和执行的风险。因此，站在企业的角度而言，在交易初期订立仲裁协议时，聘请专业律师约定完善的通知与送达条款是实务中最为简单和有效的方式。

## 启动仲裁

关于启动仲裁时通知被申请人的主体，各仲裁规则的规定存在区别。根据CIETAC规则规定，申请人需要提交仲裁申请书以发起仲裁程序。仲裁程序自CIETAC收到仲裁申

请书之日启动，仲裁费需要在启动仲裁时缴纳。仲裁委员会仲裁院收到申请人的仲裁申请书及其附件后认为申请仲裁的手续完备的，应将仲裁通知书送达申请人和被申请人。ICC规则类似，规定申请人需要向ICC秘书处（ICC secretariat）提交仲裁申请和受理费，ICC秘书处应当在收到仲裁申请后通知被申请人。

与此不同的是，其他主流机构仲裁规则基本规定由申请人通知被申请人及仲裁机构启动仲裁程序。比如：HKIAC规则规定申请人需要向HKIAC和被申请人提交仲裁通知；

ICDR规则规定申请人需要将书面的仲裁通知发送给仲裁管理人（ICDR administrator）及被申请人；LCIA规则规定申请人需要将仲裁申请及案件登记费缴付确认凭证提交给LCIA书记员（registrar of the LCIA Court）及被申请人；SIAC规则规定申请人应将仲裁通知书提交给SIAC主簿的同时，向被申请人发送一份副本；UNCITRAL规则规定申请人应当向被申请人发出仲裁通知以启动仲裁程序。

总体而言，各机构仲裁规则关于启动仲裁程序的规定总体比较类







及在得知回避事由后15天内，提出仲裁员回避申请。LCIA规则、SIAC规则对于这一期限的规定是14天。HKIAC规则、ICDR规则、UNCITRAL规则规定：当事人应在其收到指定或确认该仲裁员的通知后15日内发出质疑通知。ICC规则的期限相对最长，规定当事人应当在收到任命或确认该仲裁员的通知之后30日内提出异议。

各仲裁规则对仲裁员回避和异议的规定比较类似，主要区别在于异议期限的规定。实践中，当事人在仲裁程序中需要注意提出异议或申请回避的时长以及发出申请或通知的对象。比如，ICDR规则规定当事人向仲裁管理人提出相关异议，而LCIA规则规定当事人向LCIA仲裁院、仲裁庭及所有其他当事人以书面形式提出异议。如果当事人未能在规定的期限内提出异议，或者通知的对象未符合规定要求，均有可能因程序性瑕疵对其权利造成不利影响。

## 仲裁进行中的仲裁申请、答辩、反请求等形式和期限

仲裁程序进行过程中，主流机构仲裁规则最明显的区别体现在偏向形式期限的法定主义或仲裁员职权主义。CIETAC规则规定：在被申请人收到仲裁申请书的45天内，提交答辩意见及反请求（如有）、证据和其他材料后；申请人应在收到反请求受理通知后30天内，针对被申请人的反请

求提交答辩。作为补充，CIETAC规则规定：除非当事人另有约定，仲裁庭认为必要时，可以就所审理的案件发布程序令、发出问题单、制作审理范围书、举行庭前会议等。

与此不同的是，HKIAC规则规定：在仲裁程序的早期，经与当事人商议，仲裁庭应为仲裁制备一份暂行时间表（provisional timetable），提供给当事人和HKIAC。仲裁庭应决定除仲裁申请书和答辩书外，还应要求当事人提交进一步的书面陈述，并设定传送这类陈述的期限。仲裁庭设定的传送书面陈述的期限不应超过45日，除非仲裁庭另有考虑。类似地，ICC规则、LCIA规则、SIAC规则及UNCITRAL规则均规定：仲裁庭应召开案件管理会议（case management conference）或审前预备会议（preliminary meeting）以确程序时间表（procedural timetable）。

较为特殊的是ICDR规则，规定仲裁庭可以按照其认为适当的任何方式进行仲裁，因此对于详细的仲裁申请、抗辩和反请求的形式及期限没有具体规定。仲裁庭通常通过召开程序性会议来制定程序时间表。

总体而言，仲裁进行中关于文件提交和交换的规定，主要区别在于：包括CIETAC在内的国内仲裁机构一般以规则确定的时限为准；而其他的国际仲裁机构主要通过将时限交由庭前会议或案件管理会议制定的程序时

间表来确定；ICDR规则甚至不对相关内容作出规定，仲裁员的自由裁量权范围较大。同时，根据国内仲裁机构的规定，申请人提交仲裁通知往往和仲裁申请书是同一份文件，而其他的国际仲裁机构往往基于启动程序的快速和便利，允许先提交简单的仲裁通知或仲裁请求（包括通过邮件发送的形式）来启动程序，再提交详细的索赔陈述（Statement of Claim）。同时，为方便当事人，允许申请人同时提交仲裁通知或仲裁请求与索赔陈述，及被申请人同时提交回复和答辩书。

## 临时措施（仲裁保全）

由于在适用中国法和适用外国法进行仲裁的案件中存在采取保全措施和临时措施的区别，CIETAC规则同时规定了两种不同措施的处理方式。其一，当事人依据中国法申请保全的，仲裁委员会应当依法将当事人的保全申请转交当事人指定的有管辖权的法院，由法院对标的财产采取保全措施。其二，应一方当事人请求，仲裁庭可以根据适用的法律或双方当事人的协议，下令或裁决其认为必要或适当的任何临时措施，请求方可能需提供与这些措施相关的适当担保。同时，在仲裁庭组成之前，可以由紧急仲裁员提供紧急性临时救济措施。

与此不同的是，HKIAC规则、ICC规则、ICDR规则、LCIA规则、SIAC规则均规定：应任何一方的请

求，仲裁庭可以命令（无论是命令或裁决的形式，还是其他形式）采取其认为必要或适当的任何临时措施。同时，请求方可能需提供与这些措施相关的适当担保。此外，请求人在仲裁庭组成之前可以申请紧急临时措施。而UNCITRAL规则尽管同样规定了仲裁庭有权采取适当和必要的临时措施，但规定在仲裁庭组成之前当事人无法申请紧急临时救济措施。

临时措施是国际商事仲裁常用的救济措施，因此各机构仲裁规则的规定比较类似。CIETAC规则除了规定当事人根据中国法申请的保全外，针对案件适用非中国法的情况，同样规定了采取临时措施的相关内容，充分体现了其与国际通用规则相衔接和为国际商事仲裁案件当事人提供便利的特点。临时措施最重要的特征是紧急性，比如普通法下为避免案件当事人转移资产的冻结令等，为当事人在紧急状态下的权利保护提供支持，因此各大仲裁机构规则均规定了紧急仲裁员和紧急临时措施制度，避免了仲裁庭组庭前的程序空缺。但对于经常在临时仲裁中适用的UNCITRAL规则，在没有案件管理机构的情况下，缺乏实现紧急仲裁员和紧急临时措施的制度基础，当事人对此应当特别注意。比较特殊的是，ICC规则允许当事人在仲裁协议中约定排除对方申请临时措施的权利，因此有意避免采取临时措施的当事人，可以通过选择适用ICC仲裁规则及在仲裁协议中提前作出排除约定以实现该目的。

## 电子提交和视频开庭

随着信息技术的快速发展及其在仲裁领域的适用，各仲裁机构通过修改规则的方式引入电子提交和视频开庭的相关规则内容。

关于文件提交的方式，一般而言，无论是参与诉讼还是仲裁程序，中国当事人更加习惯于提交纸质材料。CIETAC规则规定，CIETAC接受当事人通过电子形式和纸质形式提交文件。HKIAC规则、ICC规则、ICDR规则、SIAC规则同样接受当事人通过电子形式和纸质形式提交文件，但鼓励当事人使用电子方式提交文件。比如，HKIAC及ICC均鼓励当事人使用其专门的线上案件管理系统（HKIAC Case Connect以及ICC Case Connect）提交文件。比较特殊的是，LCIA规则明确规定，当事人所有文件的提交都应默认以电子方式提交。当事人寻求通过纸质方式提交文件的，须获得LCIA仲裁院的许可。

对于视频开庭，ICC规则、ICDR规则、LCIA规则中均明文规定允许通过视频开庭方式对案件进行审理。CIETAC规则、SIAC规则、HKIAC规则及UNCITRAL规则虽未对视频开庭作明确规定，其赋予仲裁庭广泛的自由裁量权，由其决定是否允许案件通过视频方式开庭。

可见，鼓励电子提交文件已成为主要国际仲裁机构的主流趋势，LCIA规则甚至规定电子提交方式是

默认方式，当事人通过纸质提交需要取得LCIA的允许。因此，对于习惯于在诉讼或者仲裁程序中提交纸质材料的中国当事人，在进入LCIA仲裁程序时，尤其应当注意相关要求，以避免提交材料不符合要求而造成程序性延误。此外，自新冠疫情以来，线上技术迅速发展。国际商事仲裁中，在当事人来自不同法域的情况下，视频开庭已成为重要的新开庭方式，围绕视频开庭产生的一系列新的程序指引也在逐步落地。LCIA、ICC等已在近期修改的仲裁规则中对视频开庭和电子提交文件的相关内容作出明确规定。

随着“一带一路”、RCEP、西部陆海新通道等建设的进一步深入推进，越来越多的企业甚至中小企业开始“走出去”到境外投资、并购与开展经贸合作，选择国际仲裁机构解决国际商业交易争议已基本成为企业的共识。因此，本文就国际商事仲裁程序中的上述七大主要程序问题进行对比解析，以期为企业提供有价值的参考。除此之外，各机构仲裁规则中的仲裁庭组成、证人及专家证据、裁决、仲裁费用等内容亦值得企业了解和研究。作为国际商事交易的参与者，企业很有必要了解和熟悉主要国际仲裁机构的仲裁规则，并在国际商事交易中根据具体交易的实际情况及谈判地位，选择最有利自身权益保护的仲裁机构及仲裁规则，从而在发生争议后能够运用约定的仲裁规则，更好地保护自身的合法权益。



**【摘要】** 两审终审是刑事诉讼的基本制度，上诉权是被告人的基本权利，但刑事二审程序不同于一审程序全部案件开庭审理，即使被告人上诉，也未必有机会再次开庭，二审法院可能以书面审理的方式处理案件。实践中形成以刑事案件二审不开庭审理为原则，二审开庭审理为例外的异象。本文结合办理二审案件的经验及相关法律规定，梳理二审申请开庭审理的可行做法。

**【关键词】** 刑事二审 开庭审理 争议焦点 量质兼顾

# 刑事案件二审申请开庭， 辩护律师如何作为？

◎ 文 / 汤伟佳 / 重庆办公室



## 问题的由来

两审终审是刑事诉讼的基本制度，上诉权是被告人的基本权利，但刑事二审程序不同于一审程序全部案件开庭审理，也就是说，即使被告人上诉，也未必有机会再次开庭，二审法院可能以书面审理的方式处理案件。根据上海交通大学孙永教授主编的《中国刑事诉讼法制40年》一书统计，2017年以来，二审开庭率已降到20%以下，总体呈逐年下降趋势。实践中形成以刑事案件二审不开庭审理为原则，二审开庭审理为例外的异象。

根据《刑事诉讼法》第二百三十四条的规定，二审应当开庭审理的情形包括：（一）被告人、自诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据提出异议，可能影响定罪量刑的上诉案件；（二）被告人被判处死刑的上诉案件；（三）人民检察院抗诉的案件；（四）其他应当开庭审理的案件。其中，第（二）、（三）项较为明确，但实践中适用案件数量较少。第（一）、（四）中，何谓“可能影响定罪量刑”，何谓“其他应当开庭审理”，语义不详，争议较大，辩护人认为可能影响定罪量刑，二审法官如认为并不影响，此种情况通常不会开庭审理。

当然，二审法院不愿开庭有更为深层的原因：一是案件经过侦查、审查起诉、一审程序的层层把关，二审法院认为多数案件已经妥善处理；二是法院开庭审理的工作量较之于书面审理明显增多，受制于法院案多人少的客观条件，二审大范围开庭缺乏相应配套措施；三是个别案件一审时已向二审法院汇报，判决虽由一审法院

作出，实为二审法院的裁判结果；四是是否开庭审理受结案率、发改率等考核指标影响，二审改判可能对二审法院及下级法院的业绩考核造成不利影响。

本文的基本立场是并非所有刑事二审案件均需开庭审理，申请开庭审理的目的是为准确查明案件事实，原则上如果仅针对法律适用、量刑问题有异议，并不涉及事实认定问题，辩护人需帮助当事人和委托人建立二审开庭与否的合理预期。即使二审不开庭，辩护人也应通过提交书面意见、电话沟通、当面沟通等方式充分表达意见。对于案件事实、证据有争议的案件，辩护人有必要为当事人争取开庭。本文结合笔者办理二审案件的经验及相关法律规定，梳理二审申请开庭审理的可行做法。

## 笔者的建议

结合具体的案件情况，可从以下几个方面着手申请二审开庭审理，具体而言：

### （一）提交开庭审理申请书

开庭申请书核心内容是向法院说明为何需要开庭，哪些事实、证据一审没有查清，哪些辩护观点一审判决没有回应，对案件的定罪、量刑产生何种影响。辩护人接受二审委托后应尽快消化一审证据、判决，理清案件争议焦点，明确对一审判决的异议意见，提前准备好开庭审理申请书，案件移送到二审法院确定承办法官后尽快提交。

提交书面意见后，主动与法官保持沟通，法官阅卷后会初步判断辩护人所提开



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





庭申请有无合理性，通过沟通了解法官初步意见，进一步回答法官对案件的疑问，帮助法官深化对案件的认识，促使其逐步形成有必要开庭的心证，切勿将开庭书面申请书一交了之，能够与法官当面沟通自然更好。笔者成功申请二审开庭审理案件中，多起案件均在申请开庭时与法官针对案件争议问题进行3次以上电话沟通，最终实现二审开庭审理的效果。

此外，需要注意的是：开庭申请书不同于辩护意见，个别二审法院希望律师尽快提交书面辩护意见，从而满足“听取律师意见”的程序要求进行书面审理，甚至故作糊涂地把辩护人提交的开庭申请书视为辩护意见，草草了事。刑狱之道，正大恢弘，不应搞些“小心思”“小动作”。提交开庭申请书之后，可向法官明确表示提交的是开庭申请书而非辩护意见，如果确定不开庭，请及时通知辩护人，辩护人再提交全案辩护意见。

## （二）提交新的证据

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百五十八条规定的精神，可以将“新的证据”归纳为三种类型：一是一审判决作出后新发现的证据；二是未在一审程序中收集、质证的证据；三是一审判决依据的证据发生变化并有合理理由的。也就是说，新的证据既可以产生于一审判决前，也可以产生于一审判决后。提交新的证据目的是证明一审判决的事实认定存在

问题，新的证据可以削弱一审判决有罪证据的证明力或者证明上诉人无罪或罪轻。

辩护人通常在会见上诉人时获取新证据的来源线索，搜集新证据时注意证据链条的完整性，对于同一证明对象有意识地搜集补强证据。对于辩护人掌握线索但不便于搜集的证据，可以依据《刑事诉讼法》第四十三条之规定申请二审法院进行调取。此外，提交新的证据需符合法定的材料要求，以二审提交新的立功材料为例，通常需要公安机关出具立功证明、立案决定书、讯问笔录，缺一不可。

## （三）申请证人出庭

根据《最高人民法院关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革实施意见》第十四条的规定，“控辩双方对证人证言有异议，人民法院认为证人证言对案件定罪量刑有重大影响的，应当通知证人出庭作证。”实践中，通常由辩方向法院提交申请证人出庭作证的书面申请，说明证人证言的基本内容，论证证人证言对犯罪事实是否发生、犯罪行为是否系被告人所为、被告人刑事责任的有无及大小等问题的影响。

申请证人出庭，本质也是提交新的证据。二审申请证人出庭作证，辩护律师可以联系证人出具情况说明，或者对证人制作询问笔录，写明证人掌握的案件信息，便于二审法院据此判断有无必要开庭对证人证言质

证查明。此外，证人出庭作证申请书需写明证人的联系方式、家庭住址、工作单位等信息，便于法院核实证人的真实性以及后续通知证人出庭作证。

## （四）做好提讯辅导

二审法院在收到一审法院移送的上诉材料及案卷材料后，原则上5日以内进行立案，承办法官对案件一审证据材料及二审辩护人提交的新材料进行庭前审查，审查后发现疑点可能前往看守所提讯上诉人，提讯的目的是了解案件的争议问题，听取上诉人的主要观点，从而判断案件是否需要开庭审理。当然，并非所有的法官均会在庭前审查阶段前往提讯。

辩护人应当在会见上诉人时充分沟通阅卷情况，理清案件的争议问题，释明律师申请二审开庭审理的工作内容和思路，帮助上诉人客观、理性、清晰地表达观点，从而使当事人面对法官提讯时进一步影响法官形成有必要开庭审理的心证。笔者的做法是提前预判法官关注的问题，采用一问一答的方式与上诉人模拟提讯，并提醒上诉人主动向法官补充未涉及的问题和线索。此外，可以尝试在开庭申请书之外，专门写明案件争议问题清单一并提交法院，便于法官在阅卷和提讯时把握案件的争议焦点，提升工作效率。

## （五）查阅讯问同步录音录像



如上诉人、同案犯在一审庭审或上诉过程中翻供，辩护律师可以向二审法院申请查看同步录音录像。上诉人、同案犯翻供说明作出一审判决定案的根据可能发生变化。对于上诉人提出公安机关存在非法取证行为，辩护律师也有必要申请查看讯问同步录音录像，判断是否需要提出排除非法证据的申请。通过对比同步录音录像、讯问笔录、一审庭审笔录内容，形成对比稿或以图表化的方式提交给二审法院，说明内容差异、变化过程及翻供合理性，促使二审法院开庭审理查明情况。

根据最高人民法院刑事审判第二庭《关于辩护律师能否复制侦查机关讯问录像问题的批复》，侦查机关对被告人的讯问录音录像已经作为证据材料向人民法院移送，不属于依法不能公开的材料，在辩护律师提出要求复制有关录音录像的情况下，应当准许。实践中，法院基于避免不当传

播造成舆情风险的考虑，通常只允许辩护律师现场查阅但不允许复制，辩护律师申请查阅同步录音录像需预留充分时间，将审查结果与开庭申请书等材料一并提交法院。

## 问题的展望

辩护律师先有所取舍、判断，后采用组合拳方式申请二审开庭审理，并非是为二审法院审理案件制造麻烦，目的是帮助二审法院准确查明案件事实，充分发挥二审程序纠错功能。申请二审开庭审理的方法论是将本应由二审法院完成的审查和取证等工作提前由辩护律师完成。辩护律师在此阶段的工作标准是综合运用多种方法促使法官逐步形成如不开庭审理可能导致案件认定错误的心证。当然，对于个别错误明显的案件，即使辩护律师不提申请，二审法院可能也会主动开庭。

从制度建构的角度出发，细化二审开庭审理范围、废除案件内部请示制度、完善二审考核机制、二审开庭的听证化改造等思路均有一定启发。当务之急是认真听取并务实解决二审法官的现实困境，提供司法资源支持，消除二审法官后顾之忧，重视制度落地的可能性，不强人所难，亦不自说自话，刑事案件二审开庭的数量和质量方能稳步提升。

在刑事案件二审虚化未能有效改善的前提下，当事人及家属需重视侦查、审查起诉、一审阶段的辩护，切勿将案件希望全部寄托于二审。辩护律师面对二审开庭问题时也不必怨天尤人，戾气过重，正视制度困境，客观审查案件，争取有所作为。

**【摘要】** 银行代销理财保险业务作为银行业与保险业合作创新开发的一种经营模式被市场接受,也得到了法律的认可。在银行代销理财保险的过程中,促使银行履行适当性义务既是考查投资者是否具有充足的投资能力、尽可能降低投资风险的必要手段,也是维系金融投资者投资信心的措施。但关于该义务的规定目前散见于效力层级较低的规范性文件,尚待对其法律性质、履行内容、法律责任等进行更具体明确的规制与完善,方能应对司法适用中遭遇的挑战。

**【关键词】** 银行代销 理财保险 适当性义务

# 银行代销理财保险业务中适当性义务的规制与完善

◎ 文 / 卢成露 / 贵阳办公室







卢成露 | 实习律师

专业领域：民商事、金融证券

手机：+86 183 2388 6221

邮箱：Lucy.lu@zhhlaw.com

## 问题的提出

### （一）银行代销理财保险业务的发展现状

银行代销理财保险业务是当今金融行业合作经营的一种创新金融模式，该模式的主要运作机制为：保险公司作为理财保险产品的研发者，并不直接参与保险产品的销售，而是委托银行进行代销；银行在成功销售出理财保险产品后，能够从中按约定收取一定的保险费。自1995年起，我国就已经开始了保险公司与银行的合作，保险公司开始尝试借助银行的柜台销售理财类保险产品。可见此种金融模式的发展实际已有一定的年份可循，并非近年来的新兴现象。只不过随着金融业务的发展，保险险种从单一的寿险转变为了复杂的万能险、分红险、投连险等。<sup>①</sup>由于产品复杂性增强，对研发者、代销者的产品设计及经营能力的要求更高，同时对于投资购买者的选择、判断能力亦有更高要求。

根据市场分析，银行代销已经成为寿险销售的主要方式之一，保费收入也已突破3000亿元人民币，<sup>②</sup>可见这种金融创新模式正在往纵深方向发展。那为何此种金融模式能够得到银行和保险的双双青睐呢？究其动因，对于保险公司而言，其能够借力银行的网点优势和信誉优势：一方面，银行具有较强的网点优势。依托银行自有网点的广泛设置，以及设备、场所、人员的现有优势，节省了保险公司自行开设销售点的成本开支，最大化减轻了保险公司对其他中介机构的依赖；另一方面，

银行参与推介过程，使得民众对该理财保险产品的接受度变高。相比起对保险公司的刻板印象，由于民众在日常生活中较广泛接触银行机构及工作人员，人们通常更愿意相信银行的信誉及业务水平；且理财业务为银行重要业务，银行在办理理财业务过程中顺便推介理财保险似乎也顺理成章。再者，近年来银行客户在办理存取款、贷款、理财业务的同时，购买保险已经成为常见的现象。<sup>③</sup>而该业务也为银行所喜的原因则再简单不过，于银行而言，此项业务属于中间业务，理财保险既不属于银行自有资产，也不影响银行本身的资产负债情况，但能在较少的成本支出下增加其收入，何乐而不为？此外，除前述双方主体因素外，还有一层原因是来自金融总体规制环境的影响，此是双方得以合作的大前提——保险和银行之间分业经营<sup>④</sup>，正因受制于分业经营规则，银行业与保险业不能合为一体，故而只能朝着委托代销的方向发展。

### （二）银行代销理财保险业务的规制现状

在银行代销理财保险业务的金融模式下，实质上存在着三方主体、两重关系：第一层次上，保险公司与银行之间建立委托代销法律关系；第二层次上，保险公司与消费者之间形成理财保险产品合同关系。此种行为模式架构为代理规则在保险金融领域的具体化，银行仅仅作为代销人，保险产品销售合同的双方主体为保险公司和客户。根据民法典关于代理的一般规则和合同相对性的基本原理，代销行为

<sup>①</sup> 方乐华：《我国“银行保险”发展的法律思考》，载《河南大学学报》，2005年第5期。

<sup>②</sup> 孙怡：《商业银行兼业保险代理业务问题研究——以投资者利益保护为视角》，华东政法大学硕士论文，2013年6月。

<sup>③</sup> 张丽霞：《银行代销保险，牢记依法合规》，载《中国银行保险报》，2020年第9期。

<sup>④</sup> 《中华人民共和国保险法》第八条。



的法律效果归属于委托人保险公司，客户作为第三方仅能基于保险合同要求保险公司承担相应责任，银行直接对客户承担责任的情形相当有限，如构成无权代理且不构成表见代理情况下对客户承担的损害赔偿赔偿责任。但此种责任设置在风险性和专业性双高的金融市场之中显得有几分捉襟见肘，若完全依照一般代理规则适用代销理财保险行为，如下情形将层出不穷：“银行向客户推介完毕一系列理财保险产品，表面上银行已经恪尽职守地完成了代理人的义务，客户也基于自身理解自愿购买了某项理财保险产品，但之后客户却因投资该产品产生了巨大损失，此时客户仅能根据合同要求保险公司承担责任，保险公司也会因并未实际参与到推介过程中而‘哑巴吃黄连’。”虽说保险公司或许之后也能依据委托代销关系要求银行承担相应责任，但金融市场瞬息万变，额外支出的时间、流程和成本对于客户和保险公司而言本身就是巨大的风险。

事实上，金融产品的代销和一般的代理存在较大区别，深刻把握此点才能正确理解监管金融市场和为金融机构设置限制性义务的必然。其一，理财保险产品涉及相当专业的金融知识领域，而产品的收益或亏损具有极大的不稳定性，高收益让人趋之若鹜，高风险也让人

踌躇不前，客观原因和主观原因的作用下，客户对推介人的信赖期待值被大大拔高，期待专业的金融从业人员能够将合适的产品推送到自己面前，这也正是客户愿意选择银行代销理财保险而非直接购买保险产品的重要原因；其二，金融环境中存在着相当典型的信息不对称，这是金融交易中的核心问题<sup>⑤</sup>。银行因其地位和专业程度拥有显著的信息优势，消费者处于典型的信息劣势，无视此种差异将违背经济法视阈下追求实质平等的目标。因此，在理财保险产品的销售中，各方风险与责任的分配应当基于推介人和客户之间身份不对等这一前提，为推介人即银行一方施加更多的义务以防范风险发生，消费者由此方能获得更为广泛直接的救济渠道，此种义务即为“适当性义务”，要求金融机构根据投资者的认知能力、风险承受水平向其销售适当的金融商品，能够有效弥补传统信息披露制度产生的对投资者保护不足的监管漏洞<sup>⑥</sup>。概言之，在代销情形下，商业银行实质参与到理财保险产品的销售过程中，并且对客户是否购买该产品起到了相当大的推介作用，故应允许突破代销合同的相对性，为银行的推介行为增加限制性义务；适当性义务的违反不仅会损害消费者的合法权益，而且还会威胁整体金融秩序的稳定<sup>⑦</sup>，让银行对违反适当性义务的行

为进行担责，能够很有效地遏制银行随意推介、为扩大销售量恶意推介的情形发生，从而维持消费者投资信心，促进金融市场健康持续发展。

银行代销理财保险产品业务中，适当性义务究竟如何设置？目前关于此种义务的规定集中于《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》《商业银行理财业务监督管理办法》及《全国法院民商事审判工作会议纪要》当中，相互结合，进一步明确并丰富了适当性义务的内涵，体现了保护投资者利益的同时亦对金融风险加以防范的态度。比如明示了对刚性兑付的否定态度，银行在进行理财产品推介之时，若明确允诺不亏损或定将产生何种固定收益，就会被认为违反了适当性义务；再如，强调银行对客户应进行投资者分类，改变了此前以投资者是否具有投资经验作为判断适当性的因素，明确投资者风险承受能力不仅与投资经验有关，更与其收入、资产、是否为机构投资者等各方面相关联，使得判断标准更加科学合理，促使银行能够识别投资者，匹配产品与客户，并确立责任认定规则。

但前述文件尚未能完整解决适当性义务的所有问题，比如银行推介人员超越权限进行的行为是否可

<sup>⑤</sup> 王锐：《金融机构适当性义务司法适用的实证分析》，载《法律适用》，2017年第2期。

<sup>⑥</sup> 曹兴权，凌文君：《金融机构适当性义务的司法适用》，载《湖北社会科学》，2019年第8期。

<sup>⑦</sup> 陈广辉，张琳琳：《“歧路”并轨：银行机构违反适当性义务民事责任路径优化》，载《经贸法律评论》，2023年第1期。



被认定为银行违反适当性义务的行为？进而如何要求承担违反适当性义务的责任？目前在判决中均未能统一<sup>⑧</sup>。如（2016）京01民终7081号案件中，法院认为“不能仅因为该基金产品在银行销售，或因银行的客户经理推荐就构成职务行为，银行本身及其工作人员均不具有直接操作客户账户资金的权限，其职责范围也不包括该项业务”，进而未支持银行承担责任；而（2018）新01民终1463号案件中，法院却认为“客户只有普通注意义务，没有义务承担过高风险”，最终依据工作人员身份、工作时间和工作地点推荐产品，认定有理由相信属于工作职责范围，进而认定为了职务行为，由银行承担赔偿责任。此外，银行目前对理财产品的风险评估机制也缺乏科学性。风险评估是评价适当性义务的前提，根据风险评估结果匹配推介适当的产品，如果风险评估机制本身就不科学，自然适当性义务的履行也无从谈起。再者，对于违反适当性义务的责任承担性质也尚待明确，属缔约过失、违约责任还是侵权责任，抑或几者兼具？前述关于责任性质的认定问题需要明确，该问题将直接影响到责任承担的形式。

## 银行代销理财保险中适当性义务的规制与完善

### （一）明确适当性义务的法律性质

关于适当性义务的法律性质，应当将其明确为法定义务。与“法定义务”相对应的概念是“约定义务”，法定义务承担责任的逻辑在于法律规定，当事人不能通过约定或者不约定予以排除，违反该义务也至少应当承担法律明确的责任；而约定义务则是以当事人意思自治为前提，建立在双方充分协商基础之上。追溯金融机构的适当性义务，其最早是作为一种道德性要求出现在自律组织的自律规范中<sup>⑨</sup>，尔后随着国家机构不断强大、金融市场不断活跃，国家机构因金融市场所涉利益公众性、广泛性及不稳定性等因素组建了专门的金融市场监管机构，此种义务方逐渐成为监管层面的具有法律约束力的义务，明确的官方表述始于相关监管组织2008年发布的《金融产品和服务零售领域的客户适当性》报告<sup>⑩</sup>。此为典型“道德义务法定化”的过程，在商事领域尤其常见。承认适当性义务为法定义务的逻辑在于：其一，银行作为代销人员，与客户之间可能并不会有任何约定或者类似约定的行为；其二，适当性义务在合同未成立之前就已经存在，即在合同磋商阶段，银行向客户推介

理财保险产品，客户再决定是否和保险公司签订合同，约定义务难以涵盖到合同成立之前；其三，若承认适当性义务为约定义务，则银行自然不会主动增加己方负担的义务，相反银行极有可能凭借自身相对强势的地位，要求客户方接受排除或弱化某些己方责任的协议，而客户基于自身掌握信息的有限性、专业知识的局限性往往也会选择接受，由此形成了“披着意思自治外衣下的合法侵害”，助长金融机构为自身利益随意推介之风。为矫正前述“合意虚化之恶”，须将适当性义务定性为法定义务，银行不能通过未曾约定否定己方责任，也不能通过另行约定排除本应履行的该项义务。法律规定是最低的底线要求，各方能够通过约定将该项义务的履行设定得更为具体化、精细化，甚至通过约定拔高银行在推介过程中履行适当性义务的标准。依前述观之，法定义务视野下，金融机构履行该义务的可能性得以最大化，也能侧面督促其提前构建并完善适当性义务履行的流程与体系，推动我国金融市场环境愈发健康、规范。

明确其法定义务的性质之后，如何从法律层面具体认识该义务？在英美法系国家，适当性义务表现为信义义务，强调投资者对银行一

<sup>⑧</sup> 参见（2016）京01民终7081号和（2018）新01民终1463号。

<sup>⑨</sup> 曹兴权，凌文君：同前注6。

<sup>⑩</sup> 刘乃梁，韩玥：《金融机构适当性义务：发展源流与进路澄清》，载《金融与经济》，2022年第11期。

<sup>⑪</sup> 陈广辉，张琳琳：同前注7。



方建立的一种信赖关系<sup>⑫</sup>，即投资者是出于对银行声誉、专业能力的信赖，从而相信银行做出的推介，最后才做出了投资购买的决定；若银行进行了一些违反诚信的操作行为，则实际上银行不值得客户该种信赖，自然应当为投资者基于合理信任产生的行为损失担责。综前所述，适当性义务是对金融环境中因地位不对等、信息不对称进

行针对性调整的风险匹配规则，银行作为相对于客户的专业机构，其风险承受能力和防控能力更高，对其匹配适当性义务以更有效保障客户不因银行方的虚假、误导等不适当推介而产生大笔的投资损失。在我国现有法律规范体系下，该义务可被纳入诚实信用范畴——从“诚实守信、与人为善”的诚实信用原则内涵来理解适当性义务：在积极

层面上，体现为“两个了解加一个匹配”——银行应当首先充分了解产品，其次充分了解客户，两相了解之后在对产品进行风险评估、对客户进行风险承受测试的基础上匹配适当的投资者，对该名投资者进行合理恰当的产品推介并揭示或存风险；在消极层面上，则体现为“三不准则”——银行在推介过程中对客户不欺诈不误导，不得向客

<sup>⑫</sup> 钱玉文、吴炯：《论商业银行适当性义务的性质及适用》，载《湖南社会科学》，2019年第4期。



户销售不适当的产品。

## （二）明确适当性义务的履行内容

首先，关于银行工作人员超越职责权限所为的推介行为是否也由银行承担违反适当性义务的责任，典型情况如：银行工作人员违规推介非银行代销的理财保险产品、银行工作人员在下班时间或非工作场合推介非银行代销的理财保险产品，目前司法裁判审理标准和思路均未统一。一方面，审判实践中对是否属于职务行为认定标准不一：有的法院直接以工作时间、工作地点、工作人员身份满足即认定与执行工作任务存在内在关联，因此属于职务行为<sup>⑬</sup>，判定由银行承担违反适当性义务的责任；但也有的法院认为除了前述因素外，还综合考虑了其他因素认为不构成职务行为，如“客户并未将款项汇入银行账户，而是直接汇入交易方”<sup>⑭</sup>、“协议相对人以及过往文件中均无银行任何签章”<sup>⑮</sup>、“直接操作客户账户非银行工作人员职权范畴”等<sup>⑯</sup>；此外，在（2018）最高法民申5679号、（2019）冀01民终9502号、（2020）粤04民终2515号案件中，均存在将“银行是否因该行为获得利益”作为职务行为认定因素的阐述<sup>⑰</sup>。另一方面，审判

实践对如何论证银行是否对该类行为承担违反适当性义务责任的审理思路也存在混乱。（2019）冀01民终9502号案件中，首先论证为非职务行为，其次论证因为客户的主观过错导致不构成表见代理，最后又因为该案涉及经济犯罪，根据《最高人民法院关于审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第五条第二款，认定银行因其日常管理过错承担20%的补充赔偿责任；（2017）陕01民终108号案件中，同样采取“先判定是否属于职务行为，不构成职务行为的情况下再认定是否构成表见代理”的审判思路。而更多的案件是把职务行为和表见代理的论证糅合在了一起，如：（2017）粤03民终10171号案件中，法院直接论证构成表见代理；（2017）粤0604民终15510号案件中，法院直接论证属于非职务行为，后援引“安全保障义务”的规定判定银行因其监管过失承担20%的补充赔偿责任。（2019）甘01民终1886号案件中，在一审论证为非职务行为且将案涉纠纷定性为侵权责任纠纷的前提下，二审法院以“商业银行违反审慎经营的原则”为由，认定商业银行存在过错、且与客户的损失之间存在因果关系，最终判定银行在10%的过错

程度范围内先行承担赔偿责任。

因此，作为银行代销理财保险产品过程中的重要问题，有必要对银行工作人员超越权限的行为是否被纳入适当性义务的规制范畴进行明确，具体包括是否属于职务行为的认定以及审理思路。一方面，对于职务行为的认定标准，结合民法典第一百七十条、第一千一百九十一条法条释义<sup>⑱</sup>，在基本要素如工作身份、工作时间、工作地点之外，还应当综合考量如行为的受益人、行为之名义等特殊因素；另一方面，基于职务行为和表见代理本身规则的独立性，民法典第一百七十条第二款应当是职务行为中构成表见代理的情形表述，属于表见代理的特殊情形，即表见代理规则在职务行为中的特殊体现。故论证逻辑应当首先判断“是否构成职务行为”。构成职务行为，则单位直接向客户担责；若不构成职务行为，则再继续判断“是否构成表见代理”。如果构成表见代理，则适用民法典第一百七十条第二款的相关规定。需要重视的有两点：其一在于，在银行代销理财保险产品的业务中，对于银行工作人员职务行为的判断应格外注意“银行原则上能否从中获益”或“该行为是否具有

<sup>⑬</sup> 参见（2018）新01民终1463号、（2020）京0105民初47168号、（2017）京03民终13564号。

<sup>⑭</sup> 参见（2019）冀01民终9502号。

<sup>⑮</sup> 参见（2017）粤0604民终15510号。

<sup>⑯</sup> 参见（2016）京01民终1463号。

<sup>⑰</sup> 参见（2018）最高法民申5679号、（2019）粤01民终9502号、（2020）粤04民终2515号。

<sup>⑱</sup> 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著：《中国民法典适用大全·总则卷（三）》中华人民共和国民法典第一百七十条释义和《中国民法典适用大全·侵权责任卷（一）》中华人民共和国民法典第一千一百九十一条释义。



为银行利益考虑的目的”。比如：（2017）粤0604民终15510号案件中，“汪兴的行为符合平安银行珠海分行雇佣的目的，也具有为雇佣单位利益考虑的情形”；（2018）最高法民申5679号案件中，“民生银行实质上因韩枫的行为获得了利益”；（2019）冀01民终9502号案件中，“许强也并非为了单位的利益而为”；（2019）甘01民终1886号案件中，“且中信银行兰州分行与酒泉路支行均未因刘蓓的推荐行为获益”。此因素的考量契合“职务行为”本身的内涵，且能够与第二层次关于“表见代理”的判断明显区分。其二需要注意的是，表见代理的构成要件除了需要表见外观之外，还需要客户一方善意且无过失。如果客户本身对于银行工作人员超越职权范围等违反职业准则的行为均处于知道或者应当知道的主观状态，则即便具备“银行签章”、“需要在银行系统上进行流程操作”等表见外观，也不能认定为表见代理。

其次，应当建立起更科学合理的风险评估机制。投资者风险承受能力与理财产品风险相匹配是适当性义务的必然要求，故对理财产品的风险评估直接影响着对该产品的风险匹配，进而影响推介人员在具体推介过程中应承担的适当性义务量的高低多少。目前的评估机制由

银行内部自行制定并执行，缺乏一定的透明度，就等于是将适当性义务的范围都直接交由银行自己决定，投资者只能被动地接受银行一方做出的风险评估，而自己给自己匹配义务会带来的直接后果是——给己方对尽可能多的产品匹配尽可能小的义务，此时法定义务——适当性义务形同虚设。比较好的做法是，引入第三方专家评估机制对于理财保险产品的风险进行评估，或者借鉴我国台湾地区关于格式合同的规定<sup>19</sup>，将风险评估表向社会公开公布，由法学家、经济学家、投资者团体等专业人士与组织提出修改意见，也能起到社会监督的效果。

最后，在投资者充分了解该理财保险产品后做出投资决定的情况下，应当排除银行对适当性义务的违反可能。也就是说银行在尽到足够的风险警示、信息披露、未违反适当性义务的情况下，投资者坚持主动购买高风险产品并亲自签字确认的，应视为是投资者自己的投资决定；因此遭受损失的，属于投资判断失误等正常投资风险，切忌任由投资者以银行应履行适当性义务来规避正当的金融风险。例如，客户已经在此前的多个交易中通过购买高风险产品获利，却在某一高风险产品中致损时主张此风险与其承受能力不匹配，认为银行做出此推

介违背了适当性义务的情形即是不合理的，应当排除此种情况下银行对适当性义务的违反可能<sup>20</sup>。当然，此种情况下银行一方的举证难度较大，必然需要在工作中提前做好留痕，只有在一整套完整清晰合规的制度流程下开展推介，才有可能让法官形成银行足以免责的自由心证。

### （三）明确适当性义务的责任性质

法定义务的履行依赖于法定责任的强制力，责任的明确才能更切实保障义务有效履行。关于违反适当性义务的责任性质应当进行分开讨论。究其原因在于，原则上，在银行代销产品的行为中，仅存在两重法律关系和三方主体，但随着金融市场不断成熟，银行与客户之间也存在另行签订相关金融服务合同的可能，此时在银行与客户之间形成了金融服务合同关系，违反适当性义务的责任承担在不触犯法定义务最低底线的情形下，自然以双方签订的金融服务合同作为第一认定依据。综前所述，第一种情形为银行与客户签订了金融服务合同，此时若银行违反适当性义务，则客户有权依据该合同的约定提起违约之诉，要求银行按照合同约定承担违约责任。因违约责任为严格责任，则客户只需要证明银行存在违反适当性义务的行为即可，举证难度较低。但需要注意的是，若实际损失

<sup>19</sup> 钱玉文、吴炯：同前注7。

<sup>20</sup> 参见（2017）浙01民终1055号。



与违约金相差过大，存在法院依据民法典相关规定进行违约金调整的可能<sup>①</sup>。

但如未签订金融服务合同，此时便不宜认定为违约责任性质。因为银行履行适当性义务应当在投资者签订销售合同之前，此时合同尚

未成立，违约责任自然无从谈起；尽管此时银行一方对于保险公司可能确实存在未尽合同义务的违约，但适当性义务的主张主体为投资者，因此以投资者角度观之就不属于违约责任。就此讨论得比较多的是“构成缔约过失责任还是侵权责任”，目前官方相关文件对此鲜有

态度表示，仅有九民纪要历经了两次态度转变：九民纪要征求意见稿将其界定为“缔约过失责任”<sup>②</sup>，缔约过失责任最先提出者是德国耶林教授，后经2002年德国新债法改革而被明文规定为一般规则<sup>③</sup>。关于该责任的主体本身并未限定在合同当事人双方，而是包括了在

<sup>①</sup> 《中华人民共和国民法典》第五百八十五条。

<sup>②</sup> 《全国法院民商事审判工作会议纪要（最高人民法院民二庭向社会公开征求意见稿）》第72条。

<sup>③</sup> 韩世远：《合同法总论》（第3版），北京：法律出版社，2011年8月，第124页-134页。





整个合同磋商过程中起到任何影响作用的主体。银行虽然不属于销售合同双方，但却直接参与到缔约过程中，并对磋商产生了实质性的影响，银行的推介能力直接指向合同能否最终订立，故银行确实可以成为缔约过失责任的主体。然而，正式的九民纪要中却回避了该问题，删去了缔约过失责任的相关表述。但是在对该责任赔偿数额的计算方式上，九民纪要却采取了侵权责任的赔偿计算方法，即“以实际损失为认定标准”<sup>24</sup>，而缔约过失责任的损失赔偿数额标准为“信赖利益赔偿”，即“合同正当履行后可以获得的利益”<sup>25</sup>，由此可知九民纪要对于责任承担性质的态度发生了变化。实际上，认定为侵权责任纠纷也是司法裁判中多有的方向<sup>26</sup>，甚至很多还采用了“过失相抵规则”进行裁判，且以金融领域中相关合同的履行利益具有不确定性，依据履行利益计算的金额与适当性义务违反事实的因果关系较弱<sup>27</sup>。此外，对法定义务的侵犯也契合侵权责任的产生由来。

## 结语

金融资本市场的发展愈发多元化和多样化，保险业和银行业的业

务联合昭示着金融业愈发向纵深方向发展，双方的未来发展充满诸多可能性，但就目前分业管理、分业经营的模式之下，委托代销还是双方始终坚持的经营模式。银行作为代销者，并非销售合同的当事人，却直接参与了销售合同签订甚至往往对合同最终的订立起到巨大的作用。因此，为保障客户一方的权益，防止银行为了提高业务量、随意将高风险产品推荐给不适当的客户，最终造成严重的投资损失，有必要突破合同相对性要求代销方银行在销售过程中承担一定的义务，适当性义务就是其中之一。适当性义务直接影响了银行能够就何种理财保险产品向何种客户推荐、怎么推荐，直接关系客户的投资目标和投资风险，应当受到重视，包括但不限于以下：首先，适当性义务是一种法定义务，故违反适当性义务应当承担法律责任；其次，对于适当性义务的履行内容予以明确，使得银行方能够对义务如何履行更加清楚，法院裁判也能更为清晰；最后，将违反该义务的责任定义为侵权责任并采取侵权责任关于实际损失作为赔偿计算标准较为恰当，采用实际损失计算规则更契合客户要求赔偿的客观事实。同时，关于举证责任，应由银行对自己已经履行适当性义务承担举证责任，仅在投资者故

意提供虚假信息和自主决定购买的情形下，才可免除银行的赔偿责任。针对投资者拒绝提供相关信息的情况，银行不得提供服务，如果银行违法提供服务，事后便不可以此为由要求免除责任。当然，银行想要完成前述这一整套履行适当性义务的合规防控体系，离不开专业人员提供专业服务的支持，如吸收律师加入进适当性义务的合规防控中，以便在完善的合规流程监控下能够尽力规避违反适当性义务的风险。

<sup>24</sup> 《全国法院民商事审判工作会议纪要》法[2019]254号第77条。

<sup>25</sup> 《中华人民共和国民法典》第五百八十四条。

<sup>26</sup> 刘乃梁，韩玥：同前注10。

<sup>27</sup> 陈广辉，张琳琳：同前注7。

在我国当前的社会经济环境下，有限责任公司往往是创业型、成长型企业的首选载体。这类企业的初始注册资本通常较小，但业务上又具有高度的成长性，或者背负着较高的市场期许，因而在发展到一定阶段需要引入投资时，常常会要求投资人以超过其认缴出资额的对价对企业溢价投资。不同于股份有限公司，《公司法》对有限责任公司的投资人溢价投资的法律性质、产生的权责效果未作明确规定。这就导致在投资实践中，企业取得后续轮次投资、发生并购、增资、准备发行上市或投资人退出的过程中，利益相关各方都可能从自身利益出发，对溢价出资的性质和处理产生争议，进而引发纠纷。为此，本文就有关法律问题进行了如下研究：

# 有限责任公司投资人溢价出资的性质、限制和法律建议

◎ 文 / 范珈铭 凌维 / 重庆办公室



## 溢价出资的性质

### （一）《公司法》对于超过认缴出资向有限责任公司溢价投资的性质没有直接规定

对于超过注册资本进行的股权投资，现行《公司法》第127条、第167条明确规定股份有限公司可以超过票面金额发行股票，溢价发行股票所得溢价款应当列为公司资本公积金。但对于有限责任公司，由于股东持有的股权直接与其认缴出资额相对应，没有“每股”和“每股价格”的概念，也就不存在股份有限公司意义上的“股份溢价”（即超过每股价格购入或取得股份付出的价款）。《公司法》本身也没有就有限责任公司股东超出认缴出资额向公司投入的财产的性质进行直接规定，成为相关争议和纠纷产生的根源。

### （二）最高人民法院案例认定向有限责任公司溢价投入的财产属于公司的资本公积金

最高人民法院民事审判第二庭编写的《商事审判指导》第37辑刊载了案号为（2013）民提字第226号的江门市江建建筑有限公司与江门市金华物业投资管理有限公司等执行异议之诉一案（以下简称江门金华执行异议案）。该案中，最高人民法院认为：

“对于股东在注册资本之外的出资属于什么性质……1993年1月7日财政部发布的《房地产开发企业会计制度》（现已失效）第311号科目‘资本公积’项下第1条规定：‘本科目核算企业取得的资本公积，包括接受捐赠、资本溢价、法定资产重估增值、资本汇率折算差额等……’对于资本溢价的范围，该条第二款明确规

定：‘投资人交付的出资额大于注册资本而产生的差额，作为资本溢价。’《中华人民共和国公司法》（1994年7月1日起施行）第178条规定，国务院财政部门规定列入资本公积金的其他收入，应当列入公司资本公积金。据此可知，股东对公司的实际出资大于应缴注册资本部分的，应属于公司的资本公积金。”

前述阐释中，最高人民法院将原《公司法》第178条“股份有限公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他收入，应当列为公司资本公积金”的规定进行了拆分解释，即认为该条前半部分是关于股份有限公司的资本溢价应当列入资本公积金的具体规定，后半部分则明确授权国务院财政部门决定应当列入资本公积金的其他收入的范围。根据这一思路，最高人民法院认为财务部已经明确公司股东的溢价投资均应记入公司资本公积，且并没有区分股份有限公司和有限责任公司。因此，根据《公司法》的授权，应当将有限责任公司股东对公司的实际出资大于应缴注册资本部分认定为公司的资本公积金。

### （三）目前最高人民法院据以作出前述判决的法律依据没有发生倾向性的变化，前述裁判规则仍然适用

江门金华执行异议案判决后，《公司法》经过了多次修正，但作为该案主要裁判依据的原第178条的内容得到了完整保留并作为现行《公司法》的第167条。2023年9月1日发布的《公司法修订草案三次审议稿》中，将该条款调整为“公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所



范珈铭 | 合伙人

专业领域：跨境投融资、  
海事海商公司兼并收购  
手机：+86 135 0038 1916  
邮箱：vivanfjm@zhhlaw.com



凌维 | 律师

专业领域：私募基金、不良资产收  
购、公司法律服务  
手机：+86 135 2757 5812  
邮箱：cora@zhhlaw.com



得的溢价款、发行无面额股所得股款未计入注册资本的金额以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他收入，应当列为公司资本公积金”，也仅对该条前半部分内容进行了细化，后半部分对财政部的授权依然没有改变。

另一方面，财政部也一直延续了将公司投资人溢价出资列为资本公积金的政策，财政部制定的现行《企业会计制度》第82条明确规定：“资本公积包括资本（或股本）溢价、接受捐赠资产、拨款转入、外币资本折算差额等。资本公积项目主要包括：（一）资本（或股本）溢价，是指企业投资者投入的资金超过其在注册资本中所占份额的部分……”该规定同样未区分股份有限公司和有限责任公司，将股东的溢价投入财产统一列入公司资本公积金的范围。

在此基础上，笔者查阅有关公开资料，暂未发现最高人民法院就本文讨论的问题作出与江门金华执行异议案相反的裁判，也未见其他权威机构作出与该案相悖的规定。因此，在有限责任公司股东溢价投入财产性质的认定问题上，目前仍宜遵循前述判例和《公司法》、财政部的现有规定，认定投资人的溢价出资属于公司的资本公积金。

## 溢价出资的使用限制

由于有限责任公司股东的溢价

投资款被认定为公司的资本公积金，一旦股东溢价出资，溢价部分款项的使用就需要依法进行。资本公积金是公司的法定资金储备，因而其提取和记入、取回和使用都有严格的法律规定。主要包括：

### （一）溢价出资后，相应财产便计入资本公积金成为公司财产，投资人不再享有取回的权利

我国法律明确规定公司是独立于股东的法人实体，拥有独立于股东的财产。为此，《公司法》也明确规定公司的注册资本金不可抽逃。按照一般逻辑，投资人的溢价出资虽然没有形成公司的注册资本金，但在投入公司后即成为公司的财产，与股东财产相互独立，不得取回。在前述江门金华执行异议案中，最高人民法院也持这一观点，认为“股东对公司的实际出资大于应缴注册资本部分的，应属于公司的资本公积金。”“资本公积金属于公司的后备资金，股东可以按出资比例向公司主张所有者权益，但股东出资后不能抽回，也不得转变为公司的债务计算利息，变相抽逃。”另一判例（2013）民申字第326号浙江新湖集团股份有限公司与浙江玻璃股份有限公司等增资纠纷一案中，争议双方签订增资合同，约定投资人溢价增资，即投入资金部分作为有限责任公司注册资本，其余部分作为资本公积金。后因增资后的股东知情权、管理权等股东权利的行使产生争议，投资人主张解除增资合同。最高人民法院

认定增资合同已解除，但增资协议的性质决定投资人所诉的资本公积金不能予以返还。由此可见，最高人民法院在这一问题上的立场，即溢价出资后，便计入公司的资本公积金成为公司财产，投资人不得再行取回。

### （二）溢价出资可以用于扩大公司生产经营，但不得用于弥补公司亏损（相关规定可能随《公司法》即将进行的修订发生变化）

现行《公司法》第168条明确规定了包括资本公积金在内的公司公积金的使用方式：“公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。但是，资本公积金不得用于弥补公司的亏损。”按照这一规定，投资人的溢价投入财产作为资本公积金，除转增股本外，其用途仅限于扩大公司生产经营，而不得用于弥补公司亏损。由于法律规定公司应当在缴纳税款、弥补亏损、提取法定公积金和任意公积金后方可向股东分红，资本公积金不得弥补的规定实际限制了股东在公司经营欠佳时以分红方式取回自己投入资金的可能性。

但须注意的是，《公司法修订草案三次审议稿》第214条对该内容进行了调整，规定：“公积金弥补公司亏损应当先使用任意公积金和法定公积金；仍不能弥补的，可以按照规定使用资本公积金。”这一规定将公司的公积金弥亏制度调整



回2005年第十届全国人大常委会第十八次会议审议修订《公司法》之前，但增加了资本公积金“按规定使用”的前置条件。如修订后的《公司法》最终保留了这一规定，有关部门制定的配套细则将成为资本公积金弥补制度的关键所在。

### **（三）资本公积金可以用于转增公司注册资本，但可否定向转增为个别股东的股权，目前仍存在一定法律争议**

根据《公司法》第168条的规定，转为增加公司资本是资本公积金的法定用途之一。在没有特别约定的情况下，有限责任公司的投资人超过其认缴资本的出资作为股本溢价属于公司的资本公积金，因而可以用于转增公司注册资本。

按道理而言，由于资本公积金转增股本是使用公司的财产增加资本，公司的所有股东对公司的财产均有权按股权比例主张所有者权利，因此增加的注册资本原则上应由公司股东按比例分配。就资本公积金能否定向转增为部分股东股权的问题，《公司法》并未予以明确的规定。1993年出台的《公司法》中第179条曾规定“股份有限公司经股东大会决议将公积金转为资本时，按股东原有股份比例派送新股或者增加每股面值”，明确资本公积金转增股本必须按股东持股比例平均分配，但这一规定仅限于股份有限公司，且自2005年修订《公司法》后便予以删除，至今没有恢复。

目前实践中，一般理解有限责任公司的资本公积金属于公司的所有者权益，资本公积金转股形成的股权的分配属于所有者权益分配的一种，可以参考《公司法》第34条的“股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。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”的规定，认为经全体股东一致同意可以不按比例分配转增的股本，而将转增的股本定向分配给个别股东。如赣锋锂业（002460）招股说明书中披露，2001年，作为有限责任公司的江西赣锋锂业有限公司（赣锋锂业前身）经股东一致同意将公司资本公积金定向转增股本给股东李良







彬，随即取得该次增资的工商变更登记，并在上市过程中取得保荐机构和发行人律师“（前述增资所涉协议）之内容和形式是合法、有效的，不存在潜在纠纷；本次增资中资本公积金经全体股东认可由李良彬单独享有的情形不违反有关法律、法规和规范性文件的规定，不会对本次发行构成法律障碍”的意见。证监会对这一意见未持异议，赣锋锂业后续顺利通过了上市审核。

但需注意的是，这一观点目前还未取得权威的成文法律规定或最高人民法院的指导性案例的确认，并不能作为据以作出重大投资决策的确定性依据。在这一问题本身尚有争议的情况下，如果确需进行定向转增，事先取得全体股东的同意可以较大程度地避免损害其他利益相关方的利益，增加定向增资的合理性，避免后期产生纠纷。

## 投资人溢价投资的相关问题及建议

### （一）对投资人而言，溢价出资存在的问题

由于现行规定将有限责任公司投资人对公司溢价出资定性为公司资本公积金，对于接受投资的公司而言，该部分溢价出资需要严格遵循法律规定使用，限制了公司财务上的自主性和便利性。而对投资人而言，以溢价出资方式向有限责任

公司进行投入则会面临如下两个方面的问题：

1.除可以按比例主张所有者权益外，投资人超过认缴资本投入的出资不会带来任何的股东权利

投资人的出资计入注册资本金后，可以按照法律和公司章程的规定，享有作为公司股东的表决权、分红权、董事选举权、知情权、转让股权的优先购买权、增资的优先认购权、清算后公司财产分配权等股东权益。然而，如果投资人超过认缴资本向公司出资，则超出部分将计入公司资本公积金，除了公司整体财产增加外，在没有其他特别约定的情况下，投资人并不会因此取得任何的额外权利。从投资人的角度来看，这部分投入实际是对公司发展的无偿资助，而不会取得直接的投资对价。

2.溢价出资后溢价部分无法取回，且难以转增为投资人名下股权。如考虑减资或转股退出等方式变通取回，则可能导致溢价部分计入公司财产后按股权比例被摊薄而招致损失

如果投资人对于投入没有权益性回报的状况不甚满意，希望在投入后再以其他方式取回款项或转为股权以便享有相应股东权利，那么在目前的法律框架下又面临很大的困难。首先，溢价出资作为公司财产，投资人无权直接取回，也不能

将溢价投入财产转为债权取回。其次，抛开就定向增资问题合法性的争论不谈，若投资人希望将其溢价投入形成的资本公积金定向转增为自身对公司认缴及实缴的注册资本，则需要取得其他股东的一致同意（或至少取得代表2/3以上表决权股东同意方可启动增资）；这实际上是要求其他股东放弃自己的部分所有者权益、赋予投资人更多股东权利并稀释自己的股权，相应的说服工作并不容易。最后，如果投资人寄望于转股、减资或公司清算等方式退出从而变相取回溢价投资，由于溢价投入部分属于公司所有，投资人只对自己持股比例对应部分享有间接权利。如果不考虑公司获得巨大发展、财产和股权价值剧烈在增资的情况，那么在转股、减资定价或清算分配时，溢价投入部分会按比例摊薄而成为投资人的损失。

### （二）溢价出资的相关建议

鉴于前文所述，在目前的法律框架之下，超过注册资本对有限责任公司进行投资并不宜作为投资人的优先选项。但考虑到大部分创业企业以有限责任公司形式为主，且原有股东常常具有要求投资人溢价出资的需求，投资人在具体实务中可以考虑如下安排：

1.在投资协议中明确约定超出认缴金额的投入不属于投资，而构成与公司间的债权债务，并根据需要灵活设置该部分投入后续转股、

转为其他收入或返还的相应机制

根据现有法律规定，如果不存在其他约定，投资人超过出资额的投入极大可能被认定为公司的资本公积金。如果投资人无意在认缴股权之外无偿提供金钱助推公司的发展，则可以考虑在投资协议签订时明确约定该部分投入并非股本溢价，而属于投资人与公司之间的债权债务关系。在此情形下，投资人的溢价投入构成公司向股东的借款，不构成公司财产，不计入公司的资本公积金，可以在其后由公司返还给投资人。投资人与公司协商，也可以约定在公司业绩、股权分红回报达到一定标准等条件下，股东借款不再返还，由公司享有，在保障公司取得额外流动性的同时，保证投资人额外投入目的的实现。根据不同情况，不再返还的额外投入可以以债转股形式转为投资人的新增股权，或者由投资人免除公司的返还义务，成为公司的其他收入。通过这种方式，投资人的投资目的可以实现，投资收益得以保障，而公司取得投资人在认缴股权外投入的资金后也可自由使用，不受资本公积金使用的各种限制，有利于公司的发展。

2.在确需以资本公积金形式额外投入的情况下，争取约定超出实际持股比例的额外股东权利

对投资人而言，超过认缴出资进行资金投入的主要问题是权利义

务无法对等。相较于直接认缴股权，投资人投入的溢价部分通常会成为投资人的无偿奉献。因此，在投资协议的协商阶段，投资人可以考虑根据法律允许有限责任公司同股不同权的特点，争取更有利于自己的投资条件，如取得超过认缴出资的股东会表决权，得到更多的董事会席位，有权指派关键管理人员，获取有利的分红及剩余财产分配条件（更高比例分配或优先分配）等，以维护自己的投资权益。

3.提前取得其他股东支持和配合的有利条件，如关于溢价出资部分定向转增的事前同意，在投资人转让股权时溢价收购投资人股权的条款，或减资退出时的现金补偿的承诺

如前所述，股东一致同意是溢价出资部分得以定向转增为投资人股权的必要条件。如果投资人在已经溢价出资后，再要求以其他股东配合将溢价部分转增为自己的股权，其难度可想而知。因此，投资人可以考虑在自己谈判力较强的期间，如投资协议谈判过程中，要求其他股东提前作出在一定条件下同意定向转增的承诺。同时，投资人也可以在与其他股东谈判过程中，提前考虑保护自己的投资权益，就超出认缴出资部分的投入，取得在投资人减资退出、新投资进入导致股权稀释等情况下由其他股东予以补偿的承诺，或者在设置投资人有权在一定条件下要求其他股东溢价

收购投资人所持股权的条款。

## 小结

根据现行法律和最高人民法院的裁判观点，在没有其他约定的情况下，有限责任公司股东超出其认缴出资向公司进行的投资应当计入公司的资本公积金，投资人并不会按照实际整体投入享有相关权益，而仍按照持股比例享有股东权利。这部分款项一经投入即成为公司财产，投资人不得再行取回，其使用也应严格按照法律规定进行，存在诸多限制。为此，建议投资人在超出股权份额向有限责任公司溢价投入时，优先考虑明确约定额外投入不属投资，不直接无偿向公司让渡相应财产权利，并根据需要灵活设置该部分投入的处理机制。如确需溢价出资，建议在认缴出资之外争取额外的股东权利，并提前取得其他股东的支持性条款，安排好退出渠道和补偿机制，避免退出受限或投资受损的不利情形。

一人有限公司的人格否认在审判与执行阶段均可提出，为债权人权利的实现提供了保障。虽然《公司法》第63条规定了一人有限公司股东对财产独立的证明责任，但基于对《公司法》第63条与其他规定之间特殊-普通关系的不同认识，司法界对一人有限责任公司人格否认的启动有着不同要求。

# 一人有限责任公司的 人格否认

## ——人格否认的程序和证明责任的分配

◎ 文 / 杨敏 周顺 / 成都办公室







**杨敏 | 合伙人**  
专业领域：建设工程和房地产、国有企业风险控制  
手机：+86 136 8800 2635  
邮箱：amberyang@zhhlaw.com



**周顺 | 律师**  
专业领域：公司商事、房地产、争议解决  
手机：+86 188 8383 7504  
邮箱：archie@zhhlaw.com

## 一人有限责任公司人格否认的程序

### （一）诉讼与执行阶段的人格否认

一人有限责任公司的人格否认在诉讼和执行阶段均可启动。在诉讼阶段，根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第13条，债权人对债务人公司享有的债权提起诉讼的同时，可一并提起人格否认诉讼，列公司股东为共同被告，请求其对公司债务承担连带责任。债权人对公司的债权已被生效裁判确认的，可另行提起人格否认诉讼；此时公司股东为被告，公司为第三人。

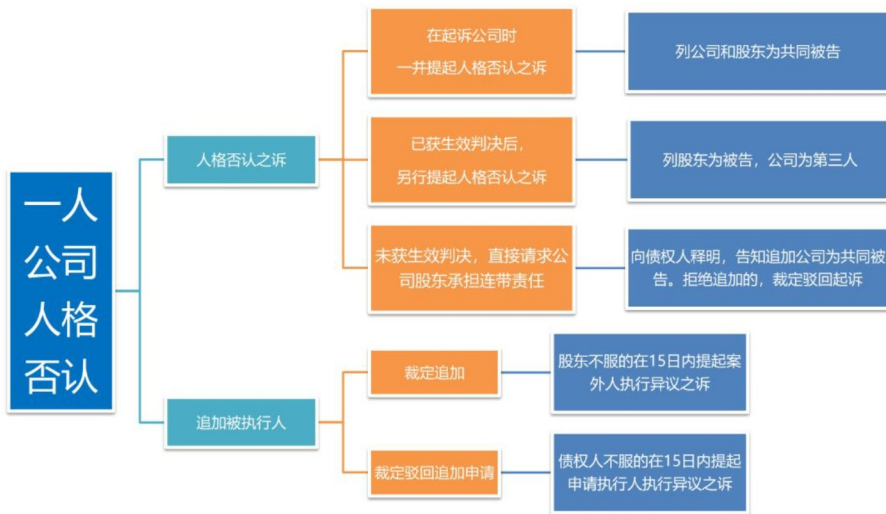
在执行阶段，《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（法释〔2020〕21号）第20条规定：“作为被执行人的一人有限责任公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，股东不能证明公司财产独立于自己的财产，申请执行人申请变更、追加该股东为被执行人，对公司债务承担连带责任的，人民法院应予支持。”对于人民法院追加或驳回追加申请不服的，可根据第32条，

自裁定书送达之日起十五日内，向执行法院提起执行异议之诉。其中，被申请人提起执行异议之诉的，以申请人为被告；申请人提起执行异议之诉的，以被申请人为被告。

### （二）人格否认诉讼与追加被执行人的选择

如上所述，在取得生效裁判文书后，一人有限责任公司的债权人可以再另行提起人格否认诉讼或在执行阶段中申请追加被执行人两种方式请求一人有限责任公司的股东承担连带责任。两种路径在实体和程序上存在一定差异。

在实体上，相比于《公司法》第63条，《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第20条就在执行阶段请求一人有限责任公司股东承担连带责任，设置了“财产不足以清偿生效法律文书确定的债务”这一条件。如成都市新都区人民法院在(2021)川0114执异19号执行裁定书中提及：“杰威公司未按照执行和解协议约定履行支付贷款的义



务，但截至本案听证之日杰威公司支付了部分货款。故本院认为，贸林木材经营部所举证据仅能证明杰威公司系邱某独资的一人有限责任公司，尚不能证明杰威公司的财产不足以清偿生效法律文书确定的债务。不符合上述该条规定追加股东为被执行人的条件……”在执行阶段中，证明被执行人财产不足以清偿生效法律文书确定的债务的证据通常系执行法院作出的终结本次执行的裁定。这意味着，从提出对一人有限责任公司债务人的强制执行，到《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第20条规定条件的成就，或将经历一段较长的时间。

在程序上，人民法院的执行部门会对追加股东的申请进行初步审查。根据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第28条，对于强制执行中的追加申请，除事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的案件外，执行法院应当组成合议庭审查并公开听证，并在收到书面申请之日起六十日内作出裁定。申请执行人（债权人）或被申请人（一人有限责任公司股东）对裁定不服的，均可向执行法院提起（申请执行）执行异议之诉。届时，双方将进入常规的庭审程序。

值得注意的是，即便《公司法》第63条和《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干

问题的规定》第20条都规定应当由一人有限责任公司的股东对财产独立性进行证明，但部分人民法院还是对在执行阶段追加股东为被执行人持有较为谨慎的态度（详见表1）。

的限制，债权人不得不在执行程序中追加一人有限责任公司股东为被执行人的情形。此类情形中，追加股东为被执行人，为债权人实现债权提供了后手。如在元鑫公司与明兴发公司、韵某买卖合同纠纷中，

裁判文书	裁判观点
成都市金牛区人民法院(2021)川0106执异128号执行裁定书	考虑到追加公司股东为被执行人对其权利义务将产生重大影响，故应当在程序上充分保障股东进行举证、言辞辩论以及对法院追加裁定不服时提起诉讼的权利……不宜直接在执行程序中追加为被执行人。 [相似观点还可见于(2019)沪0112执异144号执行裁定书、北京市房山区人民法院(2021)京0111执异81号执行裁定书等]
成都市成华区人民法院(2020)川0108执异424号执行裁定书	戴某作为一人有限责任公司股东，在老茶客公司财产不足以清偿生效法律文书确定的债务时，经本院传唤未到庭参加听证，亦未举证证实老茶客公司财产与个人财产独立，应承担举证不能的法律后果，王某申请追加戴某为执行案件被执行人符合前述司法解释的规定，对其提出的追加申请，本院依法予以支持。

表 1

从上述案件的对比可见，人民法院对《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第20条的适用还存在不同的态度。这也使在执行中追加债务人股东增加了不确定性。同时，只要债务人股东不愿束手就擒，其都可以提起诉讼使追加申请历经一审和二审以增加债权人的程序负担。因此，在起诉时便将作为一人有限责任公司的债务人及其股东一并列为被告，对债权人来说通常是更好的选择。这一方面可以避免或有的执行异议之诉导致的诉累；另一方面也能尽早对债务人股东采取财产保全措施。

司法实践中也存在因客观情况

债权人元鑫公司在起诉债务人明兴发公司时，一并提起了人格否认之诉，请求明兴发公司股东韵某承担连带责任。而明兴发公司在当时并非一人有限责任公司。最高人民法院在(2016)最高法民终577号民事判决书中认定，元鑫公司的证据不足以证明韵某与明兴发公司之间存在人格混同。但债务人明兴发公司在该生效判决作出后变更为韵某持股的一人有限责任公司。在执行中，元鑫公司关于追加韵某为被执行人的申请被青海省高级人民法院支持，韵某遂提起执行异议之诉。最高人民法院在该执行异议之诉的二审判决[(2019)最高法民终1364号]中认为：虽然(2016)最高法民终577号民事判决未认定韵

某与明兴发公司之间存在人格混同，但因明兴发公司性质发生变化，该案与前案的举证证明责任分配亦发生变化；该案中，作为一人有限责任公司股东的韵某未能提交充分证据证明明兴发公司财产独立于其个人财产，而明兴发公司未能履行生效裁判文书确定的债务导致债权人元鑫公司利益受损，追加韵某作为被执行人符合《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第20条的规定。在笔者承办的一起案件中，作为一人有限责任公司的债务人从成立至债务被裁判文书确定之时都编制了财务会计报告，并经会计师事务所审计；但在进入执行阶段后，因某些原因未再进行审计。该案中，人民法院认为：审计报告只能证明报告对应年度内一人有限责任公司股东与公司之间财产的独立性；一人有限责任公司股东不能提交后续年份的审计报告以证明财产独立的，应对公司债务承担连带责任。

## 一人有限责任公司人格否认中的证明责任

### （一）对股东财产不独立的“初步证明”

《公司法》第63条和《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第20条均采取了“股东不能证明公司财产独立于自己的财产”的表述。这意味着一人有限责任公司的股东需对公

司财产与股东财产的独立性承担证明责任。但在部分案件中，人民法院并不认为，只要债权人请求一人有限责任公司股东承担连带责任，该股东就应当要积极举证来证明其自身财产与公司财产的独立性；而是提出了债权人应当对一人有限责任公司股东与公司财产混同进行初步证明的观点（详见表2）。

身为一人的事实本身就足以使人民法院对其股东与公司之间财产的混同产生怀疑。一旦债权人请求一人有限责任公司股东承担连带责任，股东便需要充分举证以证明财产的独立性。

而另一种观点认为，既然法律已经承认了一人有限责任公司的主

裁判文书	裁判观点
山东省临沂市中级人民法院(2019)鲁13民终8242号民事判决	.....临沭商贸公司虽然为王某一人独资的有限责任公司,但 <b>刘某未提供该公司财产没有独立于王某个人财产的初步证据</b> ,其要求王某承担连带责任,本院难以支持。
天津市滨海新区人民法院(2020)津0116民初26277号民事判决	虽然依据《公司法》第63条规定,适用举证责任倒置规则,由被告与第三人举证证实其财产相互独立,但并不能完全排除原告的举证责任, <b>原告应当提交证明被告与第三人存在财产混同情形的初步表象证据</b> ,否则失去设立一人有限责任公司的意义。

表 2

两种裁判思路的背后，是对一人有限责任公司特殊性以及《公司法》第64条的不同理解。

在2005年公司法被修订并增设一人有限责任公司制度时，就有观点认为第64条确定了一人有限责任公司的“法人人格滥用推定”制度；一人有限责任公司的股东自证清白前，将被视为滥用了公司的独立人格。此种观点意味着，《公司法》第64条乃是《公司法》第3条关于股东有限责任的例外，一人有限责任公司应当以股东承担连带责任为原则，以其证明财产独立后承担有限责任为例外。依据该种观点，

体资格，那么其同样应当适用《公司法》第3条的一般性规定。而《公司法》第63条是对《公司法》第20条确定的人格否认制度举证责任的特殊分配。在此种观点之下，一人有限责任公司的人格否认存在更高的门槛。债权人拟刺破一人有限责任公司的面纱时，应当提出足以使人民法院或仲裁机构对作为债务人的一人有限责任公司存在财产混同产生怀疑的证据。在司法实践中，这些证据主要包括一人有限责任公司与其股东之间资金往来或代收付款项的证据（详见表3）。



裁判文书	裁判观点
最高人民法院(2018)最高法民终 915 号民事判决书	东建公司(债权人)提供 <b>艾某(一人公司股东)于 2017 年 9 月 26 日向东建公司支付工程款 90 万元的证据证明艾某与公司之间财产混同</b> , 该公司已经完成初步证明的责任。
四川天府新区成都片区人民法院(2021)川 0192 执异 24 号执行裁定书	.....查明, 刘某(一人公司股东)于 2018 年 2 月 1 日向武侯区芳林家具厂转账支付 31000 元; 于 2018 年 2 月 2 日向武侯区芳林家具厂转账支付 19000 元.....款项性质系成都天府新区泰三堂济彤医院(被执行人、一人有限责任公司)有限公司向成都双流金威广告装饰有限公司支付的广告发布费用..... <b>金威公司举示的 POS 机签购单、收据、《情况说明》可以形成证据链</b> , 能够初步证明刘某与济彤公司存在财产混同的情形.....
广东省佛山市中级人民法院(2020)粤 06 民终 12471 号民事判决书	谢某作为鸿崑公司 <b>股东以个人账户为公司代收货款</b> , 明显违反了法律规定, 致使其个人与鸿崑公司间的财产界限模糊.....
上海市第二中级人民法院(2021)沪 02 民终 522 号民事判决书	.....王某系博望公司的唯一股东, 宽策公司(债权人)已经提供初步证据证明 <b>王某系案涉业务的直接联系人及经办人, 且部分款项由其个人支付</b> , 而王某在一、二审中均未能提供任何证据证明其财产独立于博望公司.....

表 3

## (二) 对“损害公司债权人利益”的证明

理论上通常认为, 公司法人人格否认的适用应当具有谦抑性, 即以最小的支出(少用、慎用公司法人人格否认), 获取最大的社会效益(保护债权人利益)。这意味着对股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任的行为, 可通过代位权或撤销权等制度进行规制的, 可以考虑优先适用此类制度; 同时, 人格否认制度只有在股东滥用公司法人独立地位的行为严重损害公司债权人利益时, 才应当被适用。《全国法院民商事审判工作会议纪要》“关于公司人格否认”的部分便指

出: “在审判实践中, 要准确把握《公司法》第 20 条第 3 款规定的精神。一是只有在股东实施了滥用公司法人独立地位及股东有限责任的行为, 且该行为严重损害了公司债权人利益的情况下, 才能适用……”如果认为《公司法》第 63 条为第 20 条第 3 款关于举证责任的特殊规定, 那么债权人似乎应当对“严重损害公司债权人利益”进行证明。司法实践中, 有个别人民法院也采取了此种观点(详见表 4)。

但最高人民法院在(2020)最高法民申 5902 号案件中, 就一人有限责任公司股东“对于一人以上的有限责任公司股东, 承担连带责任的前提是股东滥用权利, 逃避债务,

裁判文书	裁判观点
广西壮族自治区贵港市中级人民法院(2019)桂 08 民终 1812 号民事判决书	.....适用《公司法》第 63 条规定之举证责任倒置前提是龙池公司需 <b>初步证明由覃某独资的碧桂源公司实际已经不能履行债务或者存在资不抵债的情况进而导致龙池公司利益严重受损</b> , 但龙池公司亦未提供相关证据予以佐证。故对龙池公司请求覃某、张某、覃某对碧桂源公司债务承担共同(或者连带)清偿责任的诉请不予支持。
吉林省吉林市船营区人民法院(2020)吉 0204 民初 2326 号民事判决书	..... <b>即债权人作为原告要求一人公司股东承担连带责任, 首先要证明一人公司实际已经不能履行债务或者存在资不抵债的情形导致债权人利益严重受损</b> 。现蔡某没有提供证据加以证明, 其径行依据《中华人民共和国公司法》第六十三条规定请求亚琦集团公司承担滥用公司法人独立地位之责任的主张, 本院不予支持。

表 4

严重损害公司债权人的利益。只有在特殊情形下，即只有对于滥用股东权利，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，才会适用公司人格否认的惩罚性规定……被申请人元鑫公司并不能提供证据证明在该合同履行期间，韵某某作出了滥用股东权利，为逃避债务，严重损害公司债权人利益的行为”的抗辩理由，进行了这样的回应：“明兴发公司目前为一人有限责任公司，公司股东韵某某不能证明公司财产独立于其个人财产，应承担举证不能的不利后果，不需再满足《公司法》第二十条第三款的条件，韵某某应承担连带责任，原审判决并无不当。”

## 一人有限责任公司股权结构变动前后的人格否认

实践中，一人有限责任公司股东会通过引入其他股东或索性将股权全部出售的方式来规避承担连带责任的风险。但是，此类方式可能无法达到其预期的效果（相关裁判观点见表12）。因为如果将《公司法》第63条中“一人有限责任公司的股东”的范围限缩在提起诉讼或在执行中申请追加被执行人时的股东，那么在一人有限责任公司债务产生、履行过程中起到决定性作用的股东将得以通过股权转让等方式轻易规避《公司法》对一人有限责任公司的特别规定，从而逃避债务、损害债权人利益。在此种思路

下，在公司债务存续的期间内担任过其全资股东的民事主体，都面临着对公司债务承担连带责任的风险。相比于转让股权、引入股东等尝试，完善公司财务制度，在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计可能是更加有效的风险规避手段。

法》第63条仅对财产的独立性规定了证明责任的倒置；对公司绝对的支配与控制正是一人有限责任公司股东所追求的效果；在取消法定资本最低限额，实行完全认缴资本制后，资本显著不足的认定标准更加模糊。这在理论上导致对一人有限责任公司存在“过度支配与控制”

裁判文书	裁判观点
最高人民法院（2020）最高法民申3767号民事裁定书	如果一人有限责任公司出现财产混同的情形，该一人公司股东转让股权后，其连带责任不因股权转让而消灭。但如果该股东能够证明其作为一人公司股东持股期间的公司财产独立于股东个人财产，则无需对公司债务承担连带责任。
最高人民法院（2019）最高法民终1364号民事判决书	有限公司在确定其债务的判决生效后变更为一人有限责任公司的，若公司无法清偿到期债务、股东又不能举证证明在其持股期间公司财产与其自身财产独立的证据，同样应当承担连带责任。
重庆市高级人民法院（2013）渝高法民提字第00042号	……尹某于原二审期间将其股份转让，有逃避其本人应负债务的嫌疑，若因尹某将其股份转让给李某和尹某而免除其连带责任，明显对债权人不公……

表 12

## 一人有限责任公司人格否认的其他情形

《公司法》第20条第3款关于法人人格否认的一般规定显然同样适用于一人有限责任公司。《全国法院民商事审判工作会议纪要》列举了人格混同、过度支配与控制、资本显著不足等股东滥用法人独立地位和股东有限责任的行为；并在第10条同时指出，股东和公司财产无法区分是人格混同的主要表现形式。那么除财产不独立外，债权人还能以“过度支配与控制”“资本显著不足”等理由主张对一人有限责任公司的人格否认。但是《公司

或“资本显著不足”情形的证明难度可能高于普通的公司。笔者于2022年4月21日通过“Alpha法律智能操作系统”能检索到约84000份引用了《公司法》第63条或第20条第3款且包含关键词“一人有限责任公司/一人公司/一人有限公司”的民事案件裁判文书。其包含关键词“过度支配/过度控制/资本不足/资本显著不足/资本明显不足”的仅约500份（且此类关键词多见于人民法院对人格否认情形的描述）。这一定程度地说明，当事人在实践中很少将“过度支配与控制”“资本显著不足”纳入诉讼策略的考量。

## 中豪再次荣登ALB China 年度区域市场排名榜单

7月21日，在汤森路透旗下《亚洲法律杂志》（ALB）评选的“2023 ALB China 区域市场排名：西部地区律所”榜单中，中豪凭借强劲的区域实力和亮眼的市场佳绩在“西部地区本地律所”类别中上榜。此次收获殊荣充分肯定了中豪持续扩大的业界影响力，以及不断推进专业化、规模化、国际化的杰出成果。中豪将始终保持西部地区法律服务市场中的卓越表现，继续强化区域竞争力，并凭借国内外办公室的整体资源与综合实力，为客户提供一站式、全方位、国际化的高品质法律服务。



## 中豪7名律师荣获市律协2022年度多个专业大奖



7月21日，在市律师协会主办的第七届重庆律师论坛上，2022年律师年度大奖、首届重庆律师“十佳代理词”“十佳辩护词”颁奖仪式隆重举行。合伙人郑毅、郑鹏、赵明举、蒋官宝，律师陈浩等荣获多项大奖。此外，两江新区分所两名律师撰写的郑某某诉杨某某案外人执行异议之诉案二审代理词荣获首届重庆律师“十佳代理词”。





#### 重庆

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 邮编: 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 E-mail: cq@zhhlaw.com

#### 上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 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 E-mail: sh@zhhlaw.com

#### 贵阳

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

#### 纽约

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

#### 北京

北京市朝阳区光华路远洋光华国际 AB 座 7 层 邮编: 100020  
7/F, Tower AB, Yuanyang Guanghua International, Guanghua Road, Chaoyang District, Beijing 100020, PRC  
Tel: +86 10 2173 7325 Fax: +86 2173 7325 E-mail: bj@zhhlaw.com

#### 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 邮编: 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 E-mail: cd@zhhlaw.com

#### 香港

香港金钟道 95 号统一中心 32 层  
32/F, United Centre, 95 Queensway, Admiralty, Hong Kong  
Tel: +852 2532 7927 Fax: +852 2537 5832 E-mail: hk@zhhlaw.com



[weibo.com/zhhlawfirm](http://weibo.com/zhhlawfirm)



[@zhhlawfirm](https://www.whatsapp.com/channel/00299a61111111111111)



[@zhhlawfirm](https://twitter.com/zhhlawfirm)



[www.zhhlaw.com](http://www.zhhlaw.com)