

春暖花开、复工在即： 001 /  
聚焦《保障农民工工资支付条例》对建设单位的影响

证券虚假陈述民事诉讼案件2019年度观察与前瞻 011 /

涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件如何适用不可抗力， 021 /  
多地高院这样说

向前一步： 036 /  
科创板差异化表决权制度完善的若干问题

全装修商品房买卖过程的 052 /  
常见纠纷类型及裁判审查要点



# 春暖花开、复工在即： 聚焦《保障农民工工资支付条例》 对建设单位的影响

作者：张炯、张丽娜



“新冠”病毒疫情影响过后，建设工程领域将迎来复工潮，而国家关于农民工保障的规范日趋严格。特别是，即将于2020年5月1日起正式施行的《保障农民工工资支付条例》（下称“《条例》”）设专章规定了工程领域农民工工资保障问题，其覆盖源头治理、过程监管、事后惩戒的全过程制度建设，无论新项目还是老项目，都亟需相关主体给予关注，以便提前采取应对措施，做到有备无患。我们拟通过对《条例》相关制度的体系化梳理，为建设单位和施工单位提供参考，以期在合同条款、制度架构及工程管理过程中进行有效的风险控制。

## 第一部分\ 资金安排承诺制：开工建设的前置条件

《条例》第二十三条规定，“建设单位应当有满足施工所需要的资金安排。没有满足施工所需要的资金安排的，工程建设项目不得开工建设；依法需要办理施工许可证的，相关行业工程建设主管部门不予颁发施工许可证。政府投资项目所需资金，应当按照国家有关规定落实到位，不得由施工单位垫资建设。”

关于建设单位的资金问题，根据国家工程建设项目审批制度改革的要求，已逐渐从事前监管转变为事中事后监管。对此，《条例》延续了2019年修订的《建筑法》之要求，将“有满足施工所需要的资金安排”作为项目开工建设的前提。但是，“满足施工所需要”的判断标准是什么？“资金安排”的证明形式如何？非政府投资项目如采用了垫资方式，是否也符合“满足施工所需

要的资金安排”之要求？《条例》并没有给出解释，不排除地方政府后续根据项目所在地具体情况制定相应政策的可能。

从目前的行政管理情况来看，政府部门一般要求建设单位出具有关资金安排的承诺书，承诺书的具体内容根据不同地区的政策要求有一定差异；《条例》正式施行后，政府部门关于资金安排的证明形式会否收严、会否将支付担保等要求纳入资金安排及作为开工前提，有关政策动向，建议建设单位在项目建设前期给予关注，避免因为资金问题影响开工时间。

## 第二部分\ 支付担保法定化：征信系统的关联风险

《条例》第二十四条规定：“建设单位应当向施工单位提供工程款支付担保。”

这是我国第一次在行政法规层面上明确要

求建设单位提供支付担保。

关于支付担保,自2001年原建设部首次提出“推行以承包商履约担保和业主支付担保为核心的工程风险管理制度”后,地方政府相继出台规范性文件,大多要求建设单位在对方提供履约担保时提供支付担保。特别是,2010年住建部发布《房屋建筑和市政工程标准施工招标文件》,其合同通用条款要求建设单位“向承包人提交对等的支付担保”,该文件作为行业标准文本,在建设工程领域广泛应用。然而,实践中的政策落实并不到位。

《条例》正式施行后,这一局面可能会有重大变化,因为如有违反,建设单位将面临非常严重的法律后果(见本文第五部分)。特别是,由于关联征信系统,如果支付担保被启动,可能会影响建设单位的信用体系,进而导致其在融资、贷款、服务准入、金融交易等领域受到不利影响。为避免这种系统性风险、防止施工单位在工程款存在争议时以此作为砝码,我们建议:

**第一,建设单位应提前与银行等金融机构做好沟通,关注支付担保的办理条件、成本以及对征信系统的影响。**

**第二,《条例》并未强调支付担保与履约担保的对等关系,因此,“对等”并非法律或行政法规层面的强制性要求。建设单位可考虑对保函进行合理安排,并在施工合同中加以匹配设置,**

## **优化支付担保机制,尽量降低法律风险。**

当然,担保机制的优化安排能否落实,很大程度上有赖于《条例》执行过程中地方政府的具体要求。如果地方政府关于支付担保与履约担保“对等”设置的固有思路不转变,则会影响建设单位制度设计的有效落地,不排除实践中又会出现类似“黑白合同”的“黑白保函”现象。

实际上,我们倾向于认为,要求支付担保与履约担保“对等”,缺乏充分合理的制度基础,原因在于:

**首先,要求支付担保与履约担保对等设置,可能构成对承发包双方权利义务的过分干预。**是否设置担保、设置何种担保,本属于市场主体之间的合同关系范畴,政府部门不宜通过行政手段予以限制;特别是,在《条例》已规定人工费用分账制及农民工工资专用账户等其他资金保障措施的情况下,更不宜矫枉过正。

**其次,建设单位与施工单位的合同义务类型不同、违约后果差异大,没有理由必须对等设置双方履行义务的担保措施。**就施工合同而言,施工单位的主要义务是建造符合质量、工期、造价要求的工程,违反该义务给建设单位造成的损失往往难以量化;建设单位的主要义务是支付工程款,违反该义务给施工单位造成的损失主要是资金占用损失,容易计算量化。

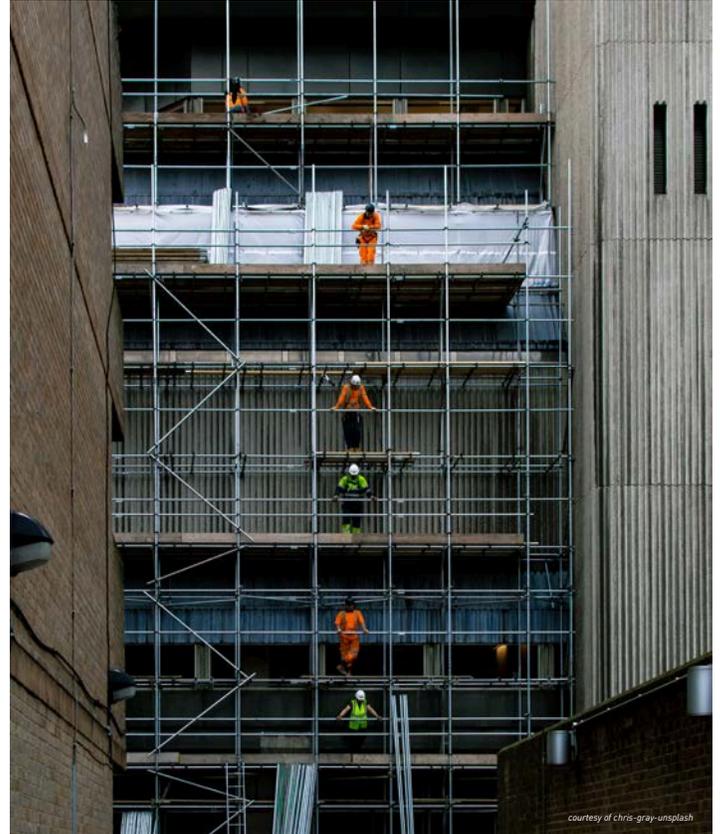
**再次,支付担保与履约担保本身是两种独**

立的保障机制,没有必要将二者做关联对等的制度安排。例如,有些国家的支付担保同样是为保障特定群体利益,但其是施工总承包人而非建设单位提供的<sup>1</sup>,不存在所谓“对等”问题;再如,作为国际工程领域运用较为广泛的FIDIC合同体系,其中仅规定了履约担保,也在一定程度上说明了,国际惯例中没有将支付担保与履约担保挂钩。

鉴于此,即便支付担保已法定化,我们呼吁不宜采取一刀切的“对等”担保模式,建议地方政府采纳多元化的担保机制,在执行《条例》的同时避免扩大解释或过分强调承包人利益,尊重当事人关于担保条款的意思自治。

### 第三部分\ 支付担保法定化:征信系统的关联风险

《条例》第二十四条规定,“……工程施工合同,应当约定工程款计量周期、工程款进度结算办法以及人工费用拨付周期,并按照保障农民工工资按时足额支付的要求约定人工费用。人工费用拨付周期不得超过1个月……”第二十九条规定,“建设单位应当按照合同约定及时拨付工程款,并将人工费用及时足额拨付至农民工工资专用账户,加强对施工总承包单位按时足



额支付农民工工资的监督。”第三十五条进一步规定,“建设单位与施工总承包单位……因工程数量、质量、造价等产生争议的,建设单位不得因争议不按照本条例第二十四条的规定拨付工程款中的人工费用……”

上述规定创立了工程款项的分账制度,即要求人工费用与其他工程款分别拨付,人工费用至少要按月拨付至农民工工资专用账户;并且,实施风险隔离机制,即建设单位不得因工程

1.例如,美国国会于1935年通过米勒法案(Miller Act)开创了承包商支付担保的历史,并通过不断修订,形成用以保护分包商、供应商及工人利益的支付担保制度,而不是由建设单位提供支付担保。虽然我国与美国的立法背景存在很大差异,支付担保的提供主体也截然不同,但值得提出的是,该制度的初衷都是基于对特定群体的利益保障,而不是与履约担保的对等。参考资料:40 U.S. Code § 3131. <https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title40/subtitle2/partA/chapter31/subchapter3&edition=prelim>

争议不拨付人工费用。这就在源头上解决了农民工工资“哪里来”的问题。

在建设工程领域,农民工工资没钱可发或者工钱和工程款相混淆的问题较为突出。实际上,很多建设单位并不想拖欠农民工工资,但因为低价中标、违法转包、支付渠道不畅通、支付环节不透明等诸多原因,导致农民工工资被克扣,甚至引发群体事件,反而影响了工程进度。为此,《条例》规定,施工总承包单位应开设农民工工资专用账户,建设单位将人工费用从工程款中剥离出来,优先拨付至该账户,防止人工费用被材料设备费、企业管理费等挤占。

我们理解,这一制度初衷是非常好的,但是,在实操层面,人工费用与其他工程款剥离的方式是什么?所谓“人工费用”,是按照当期已完工程价值中的人工费计算,还是按照工程款的固定比例计取,抑或按照实际发生的农民工工资来核算?《条例》没有明确。

我们注意到,该《条例》草案征求意见稿曾规定施工合同“可以约定人工费用占工程款的比例”且该比例“应当按照工程建设主管部门的定额标准确定”,如未约定,要求施工总承包单位“将工程价款分解为人工费用和其他费用两部分,并书面告知建设单位”。但在最终颁发的《条例》中对该条款进行了改动,只要求“按照保障农民工工资按时足额支付的要求约定人工费

用”。这可能是考虑到尊重当事人意思自治、定额标准可能无法反映具体项目的计价水平等因素。但是,现有规定难免会产生疑问:

(1)《条例》规定的“人工费用”与合同工程量清单(下称“清单”)中计取的“人工费”关系是什么?一方面,工程量清单中的“人工费”按照《建设工程工程量清单计价规范》包括各类劳动力成本,并不区分农民工和城市工人,因此,清单中“人工费”金额原则上会高于农民工工资<sup>2</sup>,而《条例》对“人工费用”的用途严格限制于支付“农民工工资”,这或将导致拨入专用账户的多余资金在竣工前无法得到充分利用;另一方面,由于清单中“人工费”一般仅涉及分部分项工程费的劳动力成本,而措施项目费和其他项目费中对应的工作内容也会涉及劳动力的投入,尤其在工程建设前期,措施项目多、实体产值低,如将“人工费用”限定为分部分项工程中的“人工费”,可能无法覆盖有关劳动力工资发放。

(2)“人工费用”是否等于“农民工工资”?如前所述,由于人工费用拨付后流入农民工工资专用账户,而该账户流出的款项仅限于支付农民工工资,那么,为实现工资的足额支付并减少资金占用,能否在施工合同中约定“各期人工费用按照履约过程中上报的相应期间农民工工资来确定”呢?

2.按照《条例》规定,农民工是指“为用人单位提供劳动的农村居民”。

(3) 每月如何从工程费中拆分出“人工费用”，发生设计变更和工程索赔时，是否需要拆分出“人工费用”并至少按月支付？

这些问题，《条例》都没有给出答案，如何去确定人工费用的数额、比例或计算方法，确实也给市场主体出了难题。我们建议：

**第一，对于采用招标方式的建设项目，建设单位应在招标阶段即对合同条款作出安排，在“人工费用”条款设置上，建设单位应周全考虑，以满足《条例》对“按照保障农民工工资按时足额支付的要求”。**

**第二，对于《条例》施行前已签署合同的建设项目，建设单位应考虑通过补充协议等方式，落实与分账制度、农民工工资专用账户有关的机制，以应对监管要求。**

我们也希望主管部门对“人工费用”的具体界定和计算方法出具实施细则或指导意见，以减少实践中可能产生的争议。

## 第四部分 清偿责任穿透制：突破合同的相对关系

《条例》第二十九条规定，“因建设单位未按照合同约定及时拨付工程款导致农民工工资拖欠的，建设单位应当以未结清的工程款为限先

行垫付被拖欠的农民工工资。”《条例》第三十六条规定，“建设单位或者施工总承包单位将建设工程发包或者分包给个人或者不具备合法经营资格的单位，导致拖欠农民工工资的，由建设单位或者施工总承包单位清偿。”第三十七条规定，“工程建设项目违反国土空间规划、工程建设等法律法规，导致拖欠农民工工资的，由建设单位清偿。”

上述条款确定了建设单位的先行垫付机制和直接清偿责任，我们分析如下：

**(一) 建设单位未及时拨付工程款导致农民工工资拖欠的，建设单位应以未结清的工程款为限先行垫付。《条例》未明确“未结清的工程款”的界定，尚待司法实践检验。**

关于先行垫付机制，《条例》发布前已有规范性文件予以规定。<sup>3</sup>我们注意到，司法实践中，部分法院参照相关规定进行了裁判，但是，就“未结清的工程款”理解尚未形成统一认识。有些法院认为，“未结清的工程款”是指工程款没有结算完毕，建设单位先行垫付后可从后续款项中扣除，如(2018)吉民申3116号<sup>4</sup>、(2017)新

3.《国务院办公厅关于全面治理拖欠农民工工资问题的意见》第三条规定，“(九)落实清偿欠薪责任。……建设单位或施工总承包企业未按照合同约定及时拨付工程款，致使分包企业拖欠农民工工资的，由建设单位或施工总承包企业以未结清的工程款为限先行垫付农民工工资。”《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》也有类似规定。

4. (2018)吉民申3116号案中，吉林高院认为，“本案中，白城明珠公司已于再审申请书中自认，其与安阳建设公司尚未结算，并就结算问题已提起诉讼，符合上述规范性文件关于建设单位(发包方)先行垫付的规定。”

21民终642号<sup>5</sup>案；有些法院则认为，“未结清的工程款”是指欠付工程款，只要不存在欠款，建设单位即没有垫付义务，如(2015)豫法民提字第375号<sup>6</sup>、(2014)豫法民二终字第158号<sup>7</sup>案。

我们倾向于认为，鉴于先行垫付机制的启动前提是“因建设单位未及时拨付工程款导致农民工工资拖欠”，因此，将“未结清的工程款”界定为“欠付工程款”更为合适。但是，实践中，不排除行政部门和司法机关做扩大解释的可能，特别是，“垫付”的措辞，很可能被理解为建设单位本没有或不一定有付款义务，而预先代为支付，这也是此前司法案例中，法院做出不同裁判的根源。为减少理解分歧、统一裁判标准，有待有关部门进一步明确。

此外，根据施工合同司法解释(二)，实际施工人在某些特定情况下可以突破合同相对性，直接向建设单位主张工程款，建设单位承担责任的范围也限于“欠付建设工程价款范围内”<sup>8</sup>。虽然“农民工”与“实际施工人”<sup>9</sup>并非同一范畴，但从有关司法解释谨慎认定合同相对性突破的精神来看，在理解《条例》先行垫付机制的适用时，也宜从严把握。当然，基于农民工群体利益保护的的特殊性要求，在认定“未结清的工程款”时，证明程度是否必须达到类似实际施工人案件“查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额”之程度、举证责任上如何

安排等，有待进一步研究。

需要特别说明的是，实践中，即便建设单位不存在欠付工程款，但项目出现农民工讨薪、上访等情况时，建设单位经常会直接向劳务分包单位或农民工支付工程款或工资。由于没有做好证据保留，会产生大量争议。例如，(2017)最高法民提183号<sup>10</sup>、(2017)最高法民终25号<sup>11</sup>及(2019)最高法民终262号<sup>12</sup>案中，建设单位预先支付了实际施工人或农民工工资并要求在工程款中扣除，但均因举证不充分而在诉讼中陷入被动。为此，我们建议建设单位创造并保留有关款项代付的证据资料，以便在后续工程款中抵销。

## (二) 建设单位将建设项目违法发包给无相应资质的主体或建设项目本身违法，导致农民工工资拖欠的，建设单位均需要直接清偿。

关于直接清偿责任，同样属于对合同相对

5. (2017)新21民终642号案中，吐鲁番中院认为，“庭审中，上诉人鄯善县聚海源业公司认可未给湖南家和建设公司支付工程款，是因为未达到付款条件。因此，上诉人在未结清的工程款限额内先行垫付蒋芝云等25位农民工工资符合以上规定。鄯善县聚海源业公司可在与湖南家和建设公司结算工程款时，将蒋芝云等25位农民工工资总额296244元予以扣除。一审法院判决鄯善县聚海源业公司在欠湖南家和建设公司工程款范围内，对支付蒋芝云等25位农民工工资承担连带责任有误，应予纠正。”

6. (2015)豫法民提字第375号案中，河南高院认为，“盛隆房产公司二审中已提供其同杨建军结算工程款的证据，证明其已经按照同杨建军之间的结算手续，通过杨建军的委托代理人谢海见，同杨建军结清了涉案的工程款项……由于盛隆房产公司已同杨建军结清涉案工程款，所以，盛隆房产公司不应承担本案涉及的农民工工资的垫付责任。”

7. (2014)豫法民二终字第158号案中，河南高院认为，“本案南通公司分别于2010年7月12日、10月11日、11月8日、2011年1月9日向懿丰公司出具证明，证明在以上时间节点上懿丰公司已按合同约定要求拨付工程款，无拖欠南通公司工程款的情况……南通公司上诉主张懿丰公司欠付其300万元工程款，懿丰公司应在欠付工程价款范围内承担先行垫付责任的理由因证据不足，本院不予支持。”

8. 《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(二)》第二十四条规定，“实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。”

9. 实际施工人一般是指转包、违法分包以及借用资质的无效建设工程施工合同的承包人，不包括与相关主体无施工合同关系的农民工。

10. (2017)最高法民提183号案中，施工单位以建设单位采用“借款”形式支付不属于垫付、资金支付渠道存疑、施工单位未同意垫付等为由，主张建设单位垫付的资金不属于工程款支付行为，建设单位因证据问题在诉讼中陷入被动，直至再审阶段才维护了己方权益，耗费大量时间和成本。

11. (2017)最高法民终25号案中，对建设单位主张的已代付农民工工资，法院并未支持施工单位撤场后且没有其签字认可手续的部分。

12. (2019)最高法民终262号案中，因工程资金管理方式发生变化，建设单位在收到特别通知后，未将垫付资金支付至施工单位提出的账户，且未能证明款项用于工程建设，法院对垫付资金的数额未完全支持。

性的突破,相较于先行垫付机制以“违约行为”作为启动器而言,直接清偿责任以“违法行为”作为导火索,后者更容易证明。

直接清偿对建设单位而言属于非常严格的责任,特别是,《条例》关于建设项目“违反国土空间规划、工程建设等法律法规”的规定过于宽泛,不排除被扩大理解的可能,或将导致建设单位频繁面临被投诉或卷入拖欠劳动报酬争议的诉讼<sup>13</sup>。而直接清偿责任下,有关违法行为和“拖欠农民工工资”之间是否必须具有因果关系、具有何种程度的因果关系,有待司法实践给出进一步的答案。

对此,我们建议建设单位做好以下几点:

**第一,在工程项目发包时,根据项目性质和规模确定施工单位的资质要求,并提高对资格审查的重视程度,确保不“将建设工程发包给个人或者不具备合法经营资格的单位”。**

**第二,在工程项目土地、立项、规划、施工等环节,确保合法合规,重视有关行政手续及证照办理,杜绝未批先建、超规建设、无证开工等情况,避免因项目违法引发系统性风险。**

**第三,在施工合同中进行条款设计,降低或转移有关风险,并做好农民工工资保障措施的制度建设,在工程管理过程中注意创造及保留人工费用)已足额拨付至专用账户的证据。**

## 第五部分\ 停工征信双风险:违规行为的连锁效应

就建设单位未履行有关农民工工资支付保障措施的法律后果,《条例》进行了细化规定,现梳理如下表:

13.《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(二)》第三条规定,“劳动者以用人单位的工资欠条为证据直接向人民法院起诉,诉讼请求不涉及劳动关系其他争议的,视为拖欠劳动报酬争议,按照普通民事纠纷受理。”

序号	违规情形	法律后果	《条例》条款
1	建设单位未依法提供工程款支付担保	(1)逾期不改正的:1)责令项目停工;2)处5万元-10万元罚款 (2)导致拖欠农民工工资的:1)限制其新建项目;2)记入信用记录,纳入国家信用信息系统进行公示	第四十九条 第五十七条
2	建设单位未及时足额向农民工工资专用账户拨付工程款中的人工费用	(1)逾期不改正的:1)责令项目停工;2)处5万元-10万元罚款 (2)以未结清的工程款为限先行垫付被拖欠的农民工工资	第二十九条 第五十七条

序号	违规情形	法律后果	《条例》条款
3	建设单位拒不提供或者无法提供工程施工合同、农民工工资专用账户有关资料	逾期不改正的:1) 责令项目停工;2) 处5万元-10万元罚款	第五十七条
4	政府投资项目政府投资资金不到位, 导致拖欠农民工工资	(1) 责令限期足额拨付所拖欠的资金 (2) 逾期不拨付的, 由上级政府约谈直接责任部门和相关监管部门负责人, 必要时进行通报, 约谈地方政府负责人 (3) 情节严重的, 对地方政府及其有关部门负责人、直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予处分 (4) 构成情形2的, 见情形2法律后果	第五十九条
5	政府投资项目拖欠工程款, 导致拖欠农民工工资	(1) 限制其新建项目 (2) 记入信用记录, 纳入国家信用信息系统进行公示 (3) 有关部门按照职责约谈建设单位负责人, 并作为其业绩考核、薪酬分配、评优评先、职务晋升等的重要依据 (4) 构成情形2的, 见情形2法律后果	第四十九条 第六十条
6	政府投资项目建设单位未经批准立项建设、擅自扩大建设规模、擅自增加投资概算等, 导致拖欠农民工工资	(1) 依法承担违法违规建设的责任 (2) 有关部门按照职责约谈建设单位负责人, 并作为其业绩考核、薪酬分配、评优评先、职务晋升等的重要依据 (3) 由建设单位清偿拖欠的农民工工资 (4) 构成情形2的, 见情形2法律后果	第三十七条 第六十条
7	社会投资项目建设资金不到位, 导致拖欠农民工工资	(1) 有关部门按照职责依法对建设单位进行处罚, 对建设单位负责人依法依规给予处分 (2) 构成情形2的, 见情形2法律后果	第六十一条
8	社会投资项目违法违规开工建设, 导致拖欠农民工工资	(1) 依法承担违法违规建设的责任 (2) 有关部门按照职责依法对建设单位进行处罚, 对建设单位负责人依法依规给予处分 (3) 由建设单位清偿拖欠的农民工工资 (4) 构成情形2的, 见情形2法律后果	第三十七条 第六十一条

以上情形4至情形8都涉及“拖欠农民工工资”, 鉴于农民工工资是通过专用账户拨付的, 相关情形很可能同时构成情形2, 进而触发相应法律后果。可见, 建设单位未履行有关农民工工资保障措施, 在多种情形下都可能导致被责令

停工, 这对项目工期的影响不言而喻。除了建设单位自身的保障措施外, 《条例》还系统化地规定了施工单位应履行的义务, 且根据《条例》规定, 施工单位存在相关违规行为, 同样会引发项目停工风险(我们将在后续文章中继续分析)。

此外,如上表所示,部分违规行为将导致建设单位被记入信用记录,一旦影响征信系统,将进一步引发其他领域的限制,这一连锁效应使得建设单位违规成本更高,风险也更突出。

鉴于此,我们建议建设单位做好以下几点:

**第一,《条例》规定的建设单位保障措施(包括资金安排、支付担保、分账制度、专用账户、资料管理、合规建设等)应给予充分重视,提前进行整体制度架构并确保落到实处。**

**第二,《条例》规定的施工单位保障措施(包括农民工工资专用账户、工资保证金、劳动用工实名制等)同样不容忽视,应通过合同条款及履约管理督促落实。**具体而言,建设单位可在合同中约定施工单位应采取的措施,匹配设置有关违约责任及造成停工时的责任承担,并采用资料备案、抽查抽检、与工程款支付挂钩等方式进行监督,建立农民工工资拖欠防控机制。

**第三,一旦自身或施工单位被认定构成《条例》规定的违规情形或存在违规风险,及时整改并与主管部门充分沟通,尽量避免陷入项目停工、信用降级的被动局面。**

综上,《条例》作为专门保护农民工权益的特别立法,是近年来治理欠薪工作成功经验的制度化提升,其全过程制度建设的要求,对建设单位工程管理、资金周转、信用体系构建等都是

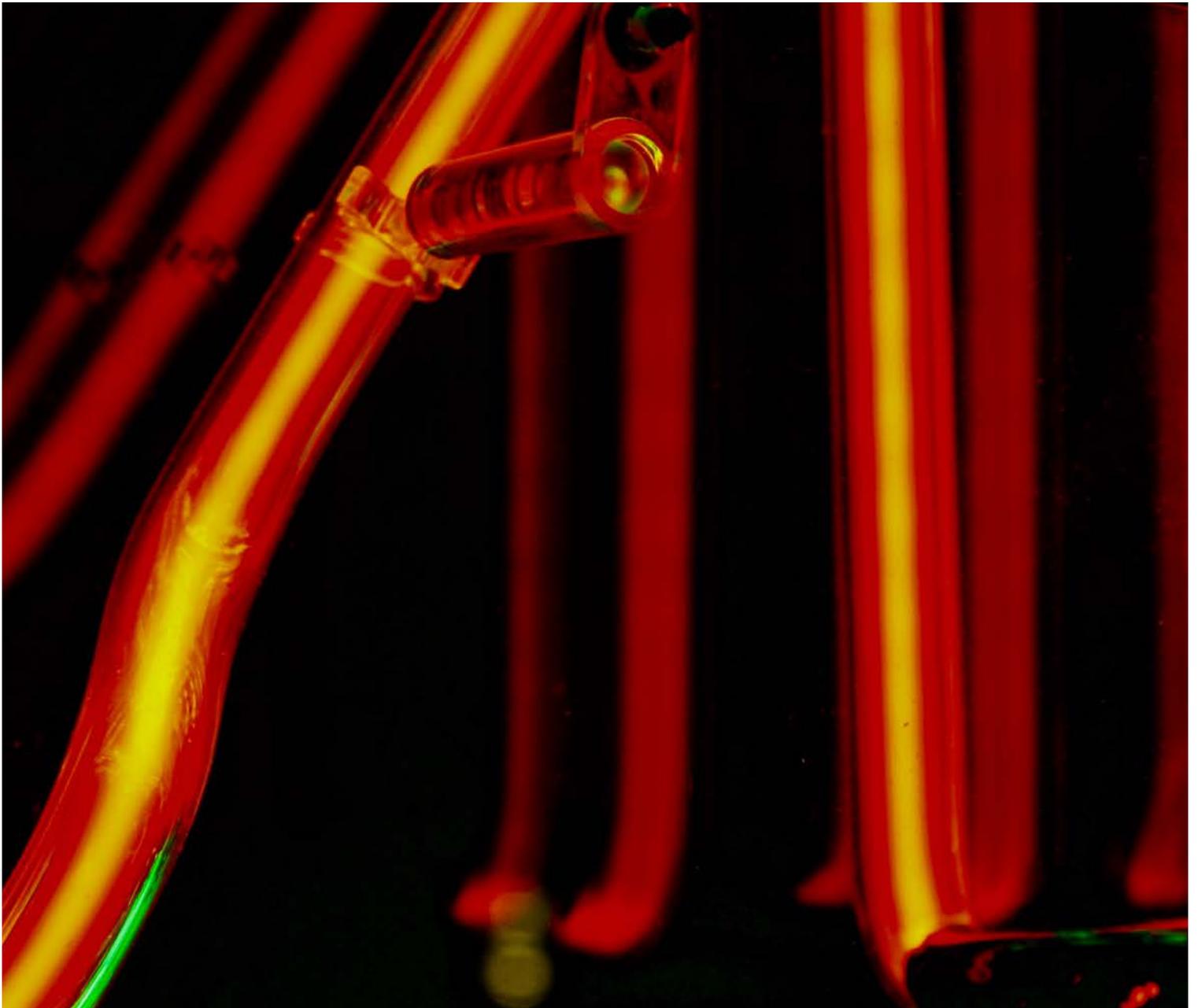
新的考验,也为建筑市场秩序的优化和规范化发展提供了契机。但《条例》部分条款也存在因立法技术问题导致市场主体面临适用困境的情况,如分账制度中人工费用与工程款的剥离方式、先行垫付制度中未结清工程款的具体认定等,有关部门能否在《条例》出台后对有关制度进一步明晰和细化,仍有待市场和实践检验,我们拭目以待,并希望能够通过本文的梳理为建设单位提供可资参考的建议。✉



张炯  
合伙人  
房地产和基础设施部  
北京办公室  
+86 10 5957 2223  
zhangjiong@zhonglun.com

# 证券虚假陈述民事诉讼案件 2019年度观察与前瞻

作者：张保生、周伟、朱媛媛、肖强



近年来,随着证券监管趋势从严,越来越多的上市公司及其他市场主体因信息披露违法违规被行政处罚,从而引发大批投资者提起证券虚假陈述民事诉讼。至2019年年底,最高人民法院出台《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(下称“《虚假陈述司法解释》”)已经十七年,随着证券虚假陈述民事诉讼案件数量的增加和信息披露违法情形的复杂化,司法实践中各种争议问题层出不穷。

2019年,我们代理二十多家上市公司、证券公司及其董监高应对投资者提起的证券虚假陈述民事诉讼,案件数量多达数千起。其中,我们代理的全国首例证券纠纷示范判决案入选了最高人民法院发布的“2019年度人民法院十大民事行政及国家赔偿案件”,我们代理的六起证券虚假陈述民事诉讼案入选了“证券法谭”发布的“2019年度证券虚假陈述民事诉讼十大典型案例”。在代理这些案件的过程中,我们深刻体会到证券虚假陈述民事诉讼在2019年度的发展与变化。

2019年1月,我们推出的《证券虚假陈述民事诉讼案件2018年度观察与前瞻》<sup>1</sup>一文受到读者的广泛关注,本文我们将总结回顾2019年证券虚假陈述民事诉讼整体情况和最新裁判观点,并在此基础上对《证券法》修订与《全国法院民商事审判工作会议纪要》(下称“《九民会议纪要》”)出台后证券虚假陈述民事诉讼可能的发展趋势进行展望,以期帮助资本市场的相关参与主体快速、准确、全面地了解证券虚假陈述民事诉讼案件的司法现状与最新动向。

## 第一部分\ 朝花夕拾——2019年度证券虚假 陈述民事诉讼整体情况盘点

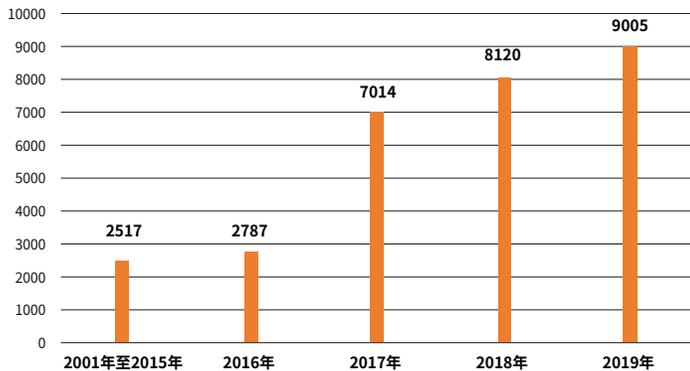
### (一) 股民索赔案件数量与涉诉上市公司数量 再创历史新高

在威科先行法律信息库<sup>2</sup>“证券虚假陈述责任纠纷”案由项下,我们共检索到29795起案件(含判决书、裁定书、调解书等),其中,2019年新

增案件数量为9005件,占已公开的全部证券虚假陈述责任纠纷案件数量的30.22%,共涉及88家上市公司。需要说明的是,由于2019年审理的部分案件尚未审结或相关文书尚未公开,故人民法院在2019年审理的证券虚假陈述民事诉讼案件的实际数量应远远超过上述数字。

1. 参见《中伦视界》于2019年1月17日发布的微信文章《证券虚假陈述民事诉讼案件2018年度观察与前瞻》。  
2. 本文相关统计数据来源于“威科先行法律信息库”,网址:<http://www.wkinfo.com.cn/>,最后访问日期:2020年2月23日。

历年证券虚假陈述民事诉讼案件数量统计图



## (二) 单起案件索赔金额与系列案件累计索赔金额记录不断被刷新

在涉诉上市公司数量、股民索赔案件数量再创历史新高的同时，证券虚假陈述民事诉讼案件的各项索赔金额记录也在不断被刷新。公开信息显示，在2019年审理的单起证券虚假陈述民事诉讼案件中，以自然人投资者为原告的案件最高索赔金额高达6600万元；截至2019年10月底和11月底，大智慧和尔康制药所涉证券虚假陈述民事诉讼案件的累计索赔金额已经分别高达6.38亿元和5.35亿元。

## (三) 中介机构与上市公司董监高涉诉的案件数量激增

受经济下行压力加大的影响，上市公司业绩低迷、赔付能力下降，因而，在很多案件中投资者已不再将上市公司作为起诉索赔的“保底”选择，而是同时将中介机构以及上市公司董监

高等其他责任主体列为共同被告。以2019年度涉及88家上市公司的系列案件为例，据不完全统计，在至少15起系列案件中会计师事务所被列为共同被告，在至少13起系列案件中证券公司被列为共同被告，在至少40起系列案件中上市公司董监高被列为共同被告。个别中介机构还因为不止一次被证监会行政处罚，而成为多起系列案件的共同被告。

## (四) 证券虚假陈述民事诉讼案件的地域分布呈现出高度集中化特征

从2019年度审结的证券虚假陈述民事诉讼案件的地域分布情况来看，四川以1665起案件居首，上海以1564起案件紧随其后，浙江、广东、江苏、湖南分列三至六位，前十大省份审结的案件数量占全国各地方法院2019年度审结的证券虚假陈述民事诉讼案件总量的92.74%。受不同地域上市公司数量以及上市公司被行政处罚情况存在差异等因素的影响，证券虚假陈述民事诉讼案件整体呈现出高度的地域分布集中化特征。

2019年度证券虚假陈述民事诉讼案件地域占比情况



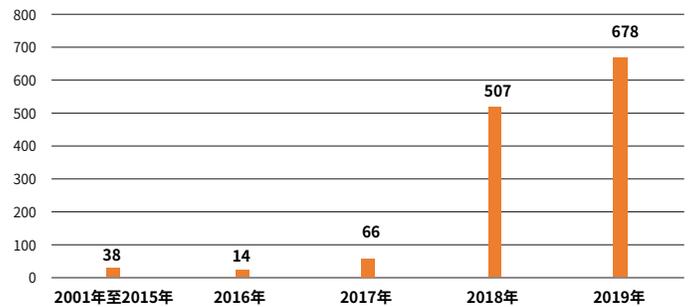
## （五）分别立案、集中审理、批量裁判已成司法实践主流趋势

证券虚假陈述民事诉讼案件在2019年进入“井喷期”，导致人民法院的审判压力大大增加，以往“一案一立”、“一案一审”、“一案一结”的立案、审理和结案方式已然落后于此类案件的司法实践需求。2019年，绝大多数法院在分别立案的基础上采用集中排期开庭、统一批量裁判的审理模式，上海金融法院更是在方正科技案中率先作出全国首例证券群体性纠纷的示范判决，为证券虚假陈述民事诉讼系列案件的集约化审理积累了宝贵的经验。

## （六）调解结案的案件数量和案件占比均有所提升

在威科先行法律信息库“证券虚假陈述责任纠纷”案由项下，我们共检索到调解结案案件1337起。其中，2019年调解结案的证券虚假陈述民事诉讼案件数量为678起，同比增长33.73%，占历年已公开的调解结案的证券虚假陈述民事诉讼案件总量的50.71%。可见，随着人民法院深入推进多元化纠纷解决机制，越来越多的当事人在人民法院就部分案件先行作出生效判决的情况下，选择通过调解、和解等方式解决纠纷。

历年证券虚假陈述民事诉讼调解结案案件数量统计图



## 第二部分 与时偕行——2019年度证券虚假陈述民事诉讼裁判观点聚焦

### （一）被行政处罚的信息披露违法行为并非必然构成证券民事侵权行为

在信息披露违法行为已受到行政处罚的情况下，人民法院在证券虚假陈述民事诉讼中是否仍然要审查被处罚的行政违法行为是否构成证券民事侵权行为？在司法实践中，各地法院的做法不甚一致。

上海金融法院在方正科技案的示范判决中认为，人民法院在审查案涉行为是否构成证券侵权行为时，审查的核心是未披露的信息是否属于“重大事件”，判断的标准应当是“信息披露是否足以影响投资者的投资决策或市场交易价格”。<sup>3</sup>显然，上海金融法院认为，行政违法行为构成证券民事侵权行为并非因行政处罚的存在而当然成立。二审判决生效后，该案一审法官再次

3. 参见上海市高级人民法院（2019）沪民终263号《民事判决书》、上海金融法院（2018）沪74民初330号《民事判决书》。

撰文强调，“在行政处罚前置程序下，虽然信息披露违法违规行爲已受到行政处罚，但行政责任与民事责任构成要件不同，审查标准也存在差异，因此，被行政处罚的行为并非必然构成民事侵权。”

## （二）虚假陈述揭露日的认定仍然是该类案件的核心争议焦点和司法审判难点

虚假陈述揭露日在判断投资损失与虚假陈述之间是否存在因果关系等方面具有重要意义，直接决定了投资者是否具备索赔资格以及可索赔范围，因此，虚假陈述揭露日的认定一直以来都是该类案件各方当事人的“必争之地”。在2019年的审判中，各地法院对揭露日的认定的裁判观点并不统一。总体而言，各地法院在认定揭露日时，主要是根据各方当事人的主张并综合个案情况进行认定。

例如，在中水渔业案中，原告主张将立案调查公告日作为揭露日，北京市第二中级人民法院从“首次被公开揭露”和“足以起到警示作用”等角度进行分析后，最终支持被告主张，将立案调查前的《整改公告》发布日作为揭露日。<sup>4</sup>又如，在上海岩石案中，原告主张将行政处罚事先告知书公告日作为揭露日，被告主张将权威媒体关于多伦股份更名“匹凸匹”存在误导的揭露报道发布之日作为揭露日，上海金融法院以媒体

的质疑并不能表示上海岩石的虚假陈述行为已被更正或者揭露为由，最终将行政处罚事先告知书公告日认定为揭露日。<sup>5</sup>

## （三）证券虚假陈述“交易因果关系”是否成立得到裁判更多关注

虽然《虚假陈述司法解释》并未对证券虚假陈述的交易因果关系和损失因果关系进行明确区分，但随着司法审判逐渐精细化，更多法院开始将“交易因果关系”纳入审判视野，即对于在实施日至揭露日期间买入股票的投资者，不再“一刀切”地认为其交易决策都是受到了虚假陈述行为的诱导，而是通过对案涉虚假陈述行为的具体情况 and 投资者的交易行为进行分析，审慎地对投资者的投资决策与虚假陈述之间是否具有交易因果关系作出认定。

例如，在游久游戏案中，上海金融法院认为，如果所涉信息不会对投资者的投资决策、股票价格产生实质影响致投资人损失，那么该行政违法行为与投资者的损失之间即缺乏因果关系。<sup>6</sup>又如，在北大医药案中，重庆市高级人民法院认为，原告买入股票的时间主要在2014年下半年北大医药发布一系列重大利好消息和股票市场牛市开始后，表明投资者的投资行为并非

4. 参见北京市第二中级人民法院(2018)京02民初262号《民事判决书》。

5. 参见上海金融法院(2018)沪74民初721号《民事判决书》。

6. 参见上海金融法院(2018)沪74民初1185号《民事判决书》。

受代持股份事项的影响,投资者的投资损失与案涉行为之间没有因果关系。<sup>7</sup>再如,在顺灏股份再审案中,最高人民法院再审裁定认定,原审判决未全面考量顺灏股份实施的两项虚假陈述行为与投资者交易决定之间的因果关系,属于认定基本事实不清,裁定撤销原判,发回重审。<sup>8</sup>

#### **(四) 对证券市场系统风险因素致损比例的扣除更加注重个案审查**

近年来,随着人民法院对“证券市场系统风险”认定思路的不断进步与完善,“在证据充分的情况下考虑系统风险对投资者损失造成的影响并予以剔除”,在审判实践中已经基本形成共识。并且,很多法院一改此前在系列案件中适用统一的系统风险剔除比例的做法,转而根据个案交易情况适用更加科学化、精细化、个性化的扣除证券市场系统风险的计算方法。

例如,在方正科技案中,法院引入专业的定量数据分析,采用“同步指数对比法”将个股跌幅与指数跌幅进行同步对比,明确了证券市场系统风险扣除的考察区间及扣除比例的计算方法,较为精准地核定出了每个投资者受市场风险影响的比例程度。尤其值得注意的是,在前述顺灏股份再审案中,最高人民法院裁定撤销原判、发回重审的主要理由之一,就是认为原审判决未区分不同投资者的交易情况而将市场风险

因素的影响比例全部酌定为20%,属于认定案件基本事实不清,适用法律错误。

#### **(五) 非系统风险因素致损比例得以量化且完全可能被认定为股价下跌主因**

长期以来,很多法院以非系统风险无法量化为由,对上市公司业绩不佳、突遭利空等非系统风险因素导致股价下跌进而造成投资者损失的情况不予考虑。有些案件的判决即使认可非系统风险因素致损的抗辩,也往往只是在论述系统风险时一笔带过。然而,随着非系统风险因素对个股股价的影响日益突出以及上市公司运用大数据分析等方法举证证明非系统风险的存在及其影响程度成为可能,非系统风险因素的致损比例得以量化,并且在有的案件中还被明确认定为造成股价下跌的主要原因。

例如,在方正证券案中,湖南省高级人民法院作出了全国首例量化非系统风险对投资者损失影响的判决,判决认为,方正证券发布的一系列利空公告以及投资者在高位买入股票所应承担的投资风险等其他因素对原告投资者投资损失的影响比例为5%,依法应予扣除。<sup>9</sup>又如,在国民技术案中,广东省高级人民法院认定,国民技术股票价格的下跌,主要归结于相关人员失联

7. 参见重庆市高级人民法院(2019)渝民终343号《民事判决书》。

8. 参见最高人民法院(2018)最高法民再339号《民事裁定书》。

9. 参见湖南省高级人民法院(2019)湘民终519-522号《民事判决书》。



引起的公司自身的非系统风险因素,并最终判决投资者的损失与案涉虚假陈述行为之间不存在因果关系。<sup>10</sup>

## **(六) 投资者应自行承担因其非理性投资行为而造成的投资损失**

我们理解,如果投资者无视证券市场风险与上市公司真实价值,而仅基于虚无缥缈的概念炒作或短期内获取超额回报的盲目期待而买入股票,本身就是一种非理性的投机行为,没有理由让上市公司为这种投机行为的失利买单。我们注意到,上述由投资者自行承担因其非理性投资行为所致损失的观点已经得到越来越多的法院的认可。

例如,在上海岩石案中,上海金融法院认

为,原告的投资损失是在上海岩石虚假陈述行为与原告自身非理性投资行为的共同作用之下发生的,应根据因果关系比例予以分摊,并据此酌情认定原告投资损失的50%由原告自行承担。又如,在方正证券案中,湖南省高级人民法院认为,有部分投资者系在股市异常波动期间买入方正证券股票,无论是基于投资还是短线炒作的目的买入涉案股票,在股市异常波动期间进行股票交易,其面临的市场风险较高,应承担相应的投资风险。

## **(七) 上市公司董监高被行政处罚并不必然导致其在民事诉讼中承担赔偿责任**

不同于上市公司的无过错责任,上市公司董监高在证券虚假陈述民事案件中承担的是过错推定责任,但由于《证券法》与《虚假陈述司法解释》未对董监高的“过错”提供明确的认定标准,导致被处罚的董监高很难在民事诉讼案件中抗辩免除民事赔偿责任,给上市公司董监高履职造成了极为沉重的负担。不过,部分法院在这一问题上已经有所突破。

例如,在保千里案中,深圳市中级人民法院认为,上市公司及其董监高受到行政机关的行政处罚,并不必然导致或者推定其在民事纠纷

<sup>10</sup> 参见广东省高级人民法院(2019)粤民终1786号《民事判决书》。

中存在过错并承担相应的民事赔偿责任,并最终认定部分董监高无需承担连带赔偿责任。<sup>11</sup>又如,在鞍重股份案中,沈阳市中级人民法院认为,对于重组对方的故意造假行为,各中介机构经调查后也未能发现,鞍重股份董事长作为非专业人士,经过严格、规范的审查流程,仍未能识别和发现,不应认定具有过失,无需承担连带赔偿责任。<sup>12</sup>

### **(八) 中介机构对投资者损失承担连带赔偿责任逐渐常态化**

由于中介机构的行政处罚决定往往在上市公司的行政处罚决定之后作出,并且绝大多数法院仍严格适用《虚假陈述司法解释》关于证券虚假陈述民事诉讼前置程序的规定,所以此前中介机构被判决承担连带赔偿责任的案件比较罕见,之前仅有立信会计师事务所在大智慧案和金亚科技案中被判决承担连带赔偿责任。然而,在2019年已经陆续有法院就中介机构作为共同被告的案件作出判决。

例如,在昆明机床案中,云南省高级人民法院判决中德证券对投资者的损失承担连带赔偿责任。<sup>13</sup>又如,在华泽钴镍案中,成都市中级人民法院一审判决国信证券和瑞华会计师事务所分别对华泽钴镍的赔偿义务在40%和60%的范围内承担连带赔偿责任。<sup>14</sup>

## **第三部分 观往知来——《证券法》修订与《九民会议纪要》出台后证券虚假陈述民事诉讼发展趋势前瞻**

### **(一) “行政违法”与“证券侵权”:重大性要件之争目前尚难定论**

《九民会议纪要》第85条规定,“虚假陈述已经被监管部门行政处罚的,应当认定是具有重大性的违法行为。”基于上述规定,可以预见,未来法院将行政违法行为最终认定为证券侵权行为的案件数量将有所增加。

不过,我们理解,上述规定强调的应该是被处罚的行政违法行为的重大性,即人民法院在民事审判中不应挑战行政违法行为的重大性认定。但是,行政责任与民事责任在构成要件、法益保护和认定标准等方面均有差异,被处罚的行政违法行为是否当然影响投资者的投资决策和证券交易价格,人民法院在民事审判中依然有权且应当根据具体案情进行审查判断。值得注意的是,一旦新出台或修改后的司法解释正式取消证券诉讼前置程序,重大性问题必将再次成为此类案件的核心争议焦点。

11. 参见深圳市中级人民法院(2018)粤03民初561、566、567号《民事判决书》。  
12. 参见沈阳市中级人民法院(2017)辽01民初418号《民事判决书》。  
13. 参见云南省高级人民法院(2019)云民终329号《民事判决书》。  
14. 参见成都市中级人民法院(2019)川01民初52号《民事判决书》。

## **(二)“立案调查”与“股价异动”:揭露日“一刀切”的认定标准值得商榷**

《九民会议纪要》第84条规定,“原则上,只要交易市场对监管部门立案调查、权威媒体刊载的揭露文章等信息存在着明显的反映,对一方主张市场已经知悉虚假陈述的抗辩,人民法院依法予以支持。”根据上述规定,虚假陈述揭露日的认定似乎得到了极大地简化,但是该规定是否符合《虚假陈述司法解释》对揭露日规定的原意以及是否公平合理,仍值得商榷和深思。

在我国证券市场上,上市公司被立案调查本身就构成重大利空,无论该调查最终是以正式处罚结束还是以撤案处理告终,证券市场都会对“被立案调查”这一信息作出剧烈反应。但事实上,立案调查信息公告后股价下跌,未必是因为虚假陈述被市场知悉,往往是“被立案调查”这一重大利空消息本身或虚假陈述之外的其他因素导致。因此,单纯因为立案调查后股价下跌就认定立案调查公告构成对虚假陈述行为的揭露,值得商榷。

## **(三)“过错责任”到“过错推定”:控股股东、实际控制人被诉或将常态化**

对于上市公司控股股东、实际控制人承担虚假陈述民事赔偿责任的归责原则,新《证券法》将原来的“过错原则”修改为“过错推定原

则”,进一步减轻了投资者的举证责任。从增强被告整体赔付能力的角度考虑,可以预见,未来投资者同时起诉被行政处罚的控股股东、实际控制人可能成为常态化。

## **(四)“一案一立”到“统一登记”:代表人诉讼制度将试点推行**

新《证券法》第95条和《九民会议纪要》第80至83条均规定在证券虚假陈述民事诉讼中试点、推行代表人诉讼制度。虽然代表人诉讼在《民事诉讼法》第54条中早有规定,但司法实践中却鲜有人问津。此次司法机关和立法机关就推行代表人诉讼制度先后表态,可以预见,在示范判决、委托调解等改革已经初见成效的当下,证券纠纷领域的代表人诉讼制度的落实指日可待。

## **(五)“默示加入”与“明示退出”:中国特色的“证券集团诉讼制度”任重道远**

新《证券法》第95条第3款被认为是本次《证券法》修订中最为“激进”的条款之一。根据该款规定,投保机构受50名以上投资者委托,可以作为代表人参加诉讼,并且可以在投资者未明确退出的情况下,代表全部经证券登记结算机构确认的权利人向人民法院登记。可以预见,一旦该制度获得人民法院的支持并最终推行,我国

证券侵权民事诉讼将发生根本性变革，虚假陈述行为人或将面临“全民索赔”。不过，作为证券侵权民事诉讼的一项重大诉讼机制突破，该制度的正式落地仍需谨慎。

## 后记

针对证券合规和证券诉讼案件多发的现状和当事人对该类纠纷专业化法律服务的需求，中伦律师事务所组织了由多位合伙人和律师组成的证券合规和证券诉讼服务项目组，专门为上市公司、证券公司、资产管理公司、基金公司及其董监高等各类资本市场主体提供专业的证券合规和证券诉讼法律服务。近年来，中伦律师事务所的证券合规和证券诉讼服务项目组先后协助数十家上市公司、证券公司、资产管理公司、基金公司、中介机构等处理了大量的证券合规和证券诉讼业务，积累了丰富的经验，取得了非常好的效果，也得到了客户的信任和高度认可。☞



张保生  
合伙人  
争议解决部  
北京办公室  
+86 10 5780 8368  
zhangbaosheng@zhonglun.com



周伟  
合伙人  
争议解决部  
北京办公室  
+86 10 5957 2287  
zhouwei@zhonglun.com

---

# 涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件 如何适用不可抗力， 多地高院这样说

作者：孙彬彬、李晓燕



2020年开年,新冠肺炎疫情肆虐蔓延,全国31个省、直辖市和自治区先后启动突发重大公共卫生事件一级响应并相继出台了包括交通管控、人员隔离、企业延迟复工等严厉的管控措施。此番管控之下导致旅游、餐饮、住宿、贸易、交通、物流等多个行业停产停工,进而产生了大量合同履行障碍引起的违约纠纷。为有效解决因新冠肺炎疫情产生的民商事纠纷案件,发挥司法审判化解纠纷、修复营商环境的作用,上海、浙江、重庆、广西、内蒙古、湖北等多地高院相继发文,就审理涉新冠肺炎疫情民商事案件给予了司法指导意见。本文现就上述各地高院的相关司法指导意见,在梳理、归纳的基础上探究涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件中不可抗力与情势变更的适用,以进一步明确相关纠纷案件中司法机关适用不可抗力与情势变更的标准和尺度。

## 第一部分\ 不可抗力与情势变更

### (一) 不可抗力的法律规定

根据《合同法》第一百一十七条,因不可抗力不能履行合同的,根据不可抗力的影响,部分或者全部免除责任,但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的,不能免除责任。本法所称不可抗力,是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况;第一百一十八条,当事人一方因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应当在合理期限内提供证明;第九十四条,有下列情形之一的,当事人可以解除合同:(一)因不可抗力致使不能实现合同目的……根据上述法律规定,不可抗力适用规则如下:

构成要件	1、事实要件:客观情况具有不能预见、不能避免、不能克服的特点; 2、因果关系要件:客观情况与不能履行合同存在直接因果关系; 3、期间要件:客观情况发生在合同履行期间,迟延履行后发生的不能适用不可抗力免责。
法律后果	1、根据不可抗力对合同不能履行的影响,部分或全部免除违约责任; 2、因不可抗力致使不能实现合同目的的,可以解除合同。
受影响一方的法律义务	1、及时通知义务; 2、及时减损止损义务; 3、提供不可抗力证明义务。

### (二) 情势变更的法律规定

我国在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(“合同法司法解释二”)第26条中明确规定了情势变更原则,为各级法院在审判实践中适用情势变更提供了法律依据。根据该条规定,情势变更适用规

则如下：

构成要件	1、事实要件：合同成立的基础条件或客观情况发生重大变化，该重大变化在订立合同时无法预见、非不可抗力、不属于商业风险的客观情况； 2、因果关系要件：发生的重大变化与继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的的状态具有直接因果关系。
法律后果	变更或解除合同
适用方式	通过司法干预方式适用
法理基础	公平原则

2019年12月28日，全国人大常委会审议并发布《中华人民共和国民法典（草案）》（“民法典草案”）（该草案预期将于2020年3月提请全国人大审议通过）。民法典草案中第533条对合同法司法解释二第26条的情势变更规定进行了部分调整。条文对比如下：

合同法司法解释二第26条	民法典草案第533条
第二十六条 合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一方当事人明显不公平的或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或解除合同的，人	第五百三十三条 合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构

合同法司法解释二第26条	民法典草案第533条
民法院应当根据公平原则，并根据案件的实际情况确定是否变更或者解除。	变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际情况，根据公平原则变更或者解除合同。

根据上述条文比对可知，相较于合同法司法解释二第26条，民法典草案第533条中对情势变更进行了如下调整和修改：（1）民法典草案明确删除了情势变更中“非不可抗力造成”这一特点，该调整反映了立法层面上对不可抗力和情势变更之间的逻辑关系由全异到重合交叉关系的方向转变；（2）民法典草案增加了受不利影响的当事人的重新协商机制，反映了立法者在情势变更情形下鼓励当事人优先通过协商或调解方式重新安排交易条款、继续履行合同义务的目的。

## 第二部分\ 多地高院涉新冠肺炎合同纠纷案件的指导意见

### （一）多地高院指导意见文件汇总

自疫情发生以来，上海、浙江、重庆、广西、内蒙古、湖北多地高院相继发布关于涉新冠肺炎疫情相关法律适用问题的解答或指导意见，整体汇总如下：

发布单位	文件名称	发布时间
上海市高级人民法院	《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答(一)》	2020年2月14日
	《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答(二)》	2020年2月17日
	《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答(三)》	2020年2月17日
	《关于涉新冠肺炎疫情案件法律适用问题的系列问答(四)》	2020年2月28日
浙江省高级人民法院	《关于规范涉新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的实施意见(试行)》	2020年2月10日
	《关于审理涉新冠肺炎疫情相关商事纠纷的若干问题解答》	2020年2月13日
重庆市高级人民法院	《关于为依法防控疫情与经济社会平稳发展提供司法保障的意见》	2020年2月14日
广西壮族自治区高级人民法院	《关于审理涉及新冠肺炎疫情民商事案件的指导意见》	2020年2月20日
内蒙古自治区高级人民法院	《关于审理涉新冠肺炎疫情民商事案件相关问题的指引》	2020年2月14日
湖北省高级人民法院	《关于审理涉及新型冠状病毒肺炎疫情商事案件若干问题的解答》	2020年2月12日

## (二) 多地高院指导意见中关于新冠肺炎疫情法律性质的认定

上述各高院的指导意见中,除重庆市高级人民法院外,其他高院均对新冠肺炎疫情的法律性质进行了明确认定。关于新冠肺炎疫情的法律性质,上述各地高院虽在具体表述上略有

差异,但均向公众传达了相同的意见,即对于因受新冠肺炎疫情影响而不能履行合同的当事人,新冠肺炎疫情属于不可抗力。相关受影响当事人可以以新冠肺炎疫情为不可抗力为由向法院提出请求或抗辩。上述各法院意见内容如下:

法院	关于新冠肺炎疫情的法律性质
上海市高级人民法院	对于因新冠肺炎疫情及政府和有关部门采用的相关疫情防控措施而不能履行合同或不能及时行使权利的,新冠肺炎疫情发生宜认定属于不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。
浙江省高级人民法院	对于因新冠肺炎疫情及政府和有关部门采用的相关疫情防控措施而不能履行合同的当事人而言,新冠肺炎疫情发生属于《民法总则》和《合同法》所规定的不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。

法院	关于新冠肺炎疫情的法律性质
广西壮族自治区高级人民法院	新冠肺炎疫情属于突发的公共卫生事件,具有突发性、难以预料性,疫情期间的社会生活和经济秩序是非常规的,具有不能避免和不能克服的客观情况,已构成《中华人民共和国民法总则》第180条第2款规定的不可抗力。
内蒙古自治区高级人民法院	新冠肺炎疫情是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况,属于民法总则第一百八十条第二款规定的不可抗力。自然人、法人、其他组织认为因疫情防控影响其民事权利和诉讼权利的,可以不可抗力为由提出请求或抗辩,由人民法院依法审查。
湖北省高级人民法院	新冠肺炎疫情属于不可抗力。为防控新冠肺炎疫情,保护人民群众的身体健康和生命安全,政府和社会各界采取了相应疫情防控措施,对于因此不能履行合同或及时行使权利的当事人来说,属于不能预见、不能避免并不能克服的客观情况,应当认定为不可抗力。

### (三) 多地高院在涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件中的处理意见

对于涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件的处理原则以及不可抗力和情势变更的认定和适用,多地高院从不同角度就涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件的处理给予了指导意见,有的从新冠肺炎疫情对合同履行产生的具体影响(即没有影响、有影响但是不足以导致合同根本不能履行、有影响且足以致使合同不能履行或继续履行不公平或合同目的无法实现)来进行具体区分认定,如上海高院、浙江高院、重庆高院和广西高院;有的从司法实践中当事人的具体诉请主张(如以不可抗力为由要求全部或部分免责、以不可抗力为由解除合同、以继续履行不公平要求变更合同)来区分审查重点,如内蒙古高院和湖

北高院。但无论从哪个角度,在涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件的处理中,上述各地法院在司法实践上均存在着如下共识:

(1) 坚持合同严守、鼓励交易原则,对于受疫情影响不能按约履行的合同,鼓励通过变更履约方式等引导合同继续履行。审慎处理合同解除问题,严格合同解除条件,对于经严格审查确因疫情影响导致合同根本不能履行或合同目的不能实现的,可以解除合同。

(2) 对于新冠肺炎疫情造成的合同履行障碍(履行不能或继续履行对一方不公平),应根据具体履行障碍的情况,重点审查新冠肺炎疫情与具体履行障碍之间的因果关系,坚持“原因与责任相适应”原则,结合具体个案情况,依法适用不可抗力或情势变更规则。

(3) 坚持调判结合,发挥人民调解、行业调解、行政调解作用,引导当事人选择非诉方式解纷,实现矛盾纠纷及时、高效、源头化解。

上述各地高院在指导意见中关于涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件的处理意见具体梳理归纳如下:

法院	关于涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件的处理
上海市高级人民法院	<ol style="list-style-type: none"><li>1、对于疫情防控期间合同可以履行的,应鼓励当事人双方按照合同约定继续履行;对于合同能够履行而拒绝履行的,应承担违约责任。对于确因疫情影响,合同不能按约履行的,应考虑引导当事人协商变更合同,采取替代履行或者延迟履行等方式履行合同义务;如果替代履行不能或者延迟履行将导致合同目的无法实现的,可应当事人请求解除合同。</li><li>2、对于因疫情影响,合同目的无法实现或者继续履行合同对一方当事人明显不公,当事人请求法院变更或解除合同的,应综合考虑当事人的约定、疫情的发展阶段、疫情对当事人实际影响的时间、程度等因素,公平处理。</li><li>3、对于非金钱债务构成不可抗力情形的,除法律另有规定,当事人可以根据不可抗力与合同不能履行之间的因果关系及原因力大小,结合案件情况,按照原因与责任相适应原则,主张部分或者全部免除责任;对于金钱债务发生履行障碍的,一般不适用不可抗力条款免责。虽然不构成不可抗力,但受疫情影响履行合同对一方当事人明显不公平的,可以参照情势变更原则处理。需要注意的是,有关情势变更原则的适用程序较为严格,在司法实践中须审慎把握。</li></ol>
浙江省高级人民法院	<ol style="list-style-type: none"><li>1、疫情对合同履行没有影响的,应按约继续履行。一方可以履行而拒绝履行的,另一方可要求其承担相应违约责任。</li><li>2、疫情对合同履行虽有一定影响,但未导致合同不能履行或未导致履行对一方当事人明显不公平、不能实现合同目的等情形的,应当鼓励交易,可以引导当事人通过变更履行期限、履行方式、部分合同内容等方式,继续履行合同。</li><li>3、因疫情形势和政府及有关部门采取的疫情防控措施导致合同不能履行,构成不可抗力的,考量疫情对合同履行的影响程度,部分或全面免除不能履行方的责任。合同根本不能履行的,当事人请求解除合同的,人民法院应予支持。</li><li>4、疫情对合同履行有重大影响,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或解除合同的,应当适用公平原则,参照情势变更的规定予以处理。合同解除后,人民法院应当按照公平原则,合理确定各方的损失承担比例。</li></ol>
重庆市高级人民法院	<ol style="list-style-type: none"><li>1、按照不可抗力相关规定,根据疫情造成民事义务履行障碍的具体情况,坚持“原因与责任相适应”原则,结合个案情况,注意考察同一地区、同一时期、同一类型民事义务的履行方式,相应减轻或免除相关当事人的民事责任。</li></ol>

法院

关于涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件的处理

2、根据疫情对合同履行障碍的影响程度,准确确定与其相适应的合同责任。确因疫情导致不能按约定履行义务的,应当首先考虑促使当事人协商变更合同,采取替代履行或延迟履行等方式履行合同义务。如果替代履行不能或延迟履行将导致合同目的不能实现的,可应当事人请求解除合同,在合理范围内免除或部分免除当事人合同责任。

广西壮族自治区高级人民法院

- 1、坚持实事求是原则。合理认定疫情对合同履行的影响,区分商业风险与不可抗力、情势变更,依法适用不可抗力或者情势变更规则。
- 2、坚持鼓励交易原则。严格合同解除的条件,防止违约方滥用不可抗力或者情势变更抗辩,损害守约方合同利益。
- 3、坚持贯彻公平原则。综合考虑合同约定、疫情对合同履行的影响程度、各方当事人的过错等因素,公平处理矛盾纠纷。
- 4、关于不同情形中适用不可抗力免责的法律后果。对于不能按约定时间履行合同义务的,可以延长迟延履行期限。对于部分不能履行的合同,可以根据当事人要求变更合同为部分履行。对于全部不能履行的合同或者延期履行或者部分履行不能实现合同目的,可以根据当事人要求解除合同。不可抗力作为免责事由,并不是所有的给付义务均能适用。对于金钱债务,一般不得因不可抗力而免除给付义务。
- 5、当事人在案件中主张因新冠肺炎疫情适用情势变更规则时,需要举证证明变更事项与其处于重大不利状态具有直接因果关系、相应变更事项非因其原因引起、不属于商业风险且不可预见。如新冠肺炎疫情防控、应急措施的采取导致合同当事人的缔约基础(对价机制、定费依据、履行条件等)发生变更,继续维持原合同效力会导致合同当事人权利义务失衡的。确需在个案中适用的,应当由广西高级人民法院审核,必要时应报请最高人民法院审核。

内蒙古自治区高级人民法院

- 1、对在疫情前已签订合同的履行造成影响的,可适用不可抗力条款。当事人迟延履行在先,不可抗力发生在后的除外。
- 2、疫情发生后签订合同产生纠纷的,因合同双方当事人对疫情以及合同履行面临的环境应当能够预见,产生的损失应属于商业风险,主张适用不可抗力条款的,一般应不予支持。
- 3、以不可抗力为由主张解除合同的,经审查发现疫情虽然对合同履行造成影响,但合同目的仍能实现,应当积极组织双方当事人协商变更合同履行内容,慎重处理解除合同的诉讼请求。
- 4、因不可抗力不能履行部分合同或者全部合同义务的,部分或者全部免除责任。双方当事人均尽到了因疫情发生可能给合同一方或双方造成损失的相关注意义务,但一方当事人在知道疫情前已经为履行合同做了必要的准备,且损失无法挽回,针对损失的成本部分,应结合个案情况由双方当事人合理分担。
- 5、准确区分不可抗力与情势变更法律规定的适用条件。情势变更是指合同成立以后客观情况

法院

关于涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件的处理

发生了重大变化,继续履行将明显不公平或者不能实现合同目的。因疫情构成不可抗力的,原则上不再适用情势变更原则。

湖北省高级人民法院

1、适用不可抗力规则时,根据合同法第一百一十八条规定,债务人应通知债权人,并在合理期限内提交发生不可抗力事实的证明。全省各级法院在审理涉新冠肺炎疫情商事案件时,对该通知义务及证明义务不应作过高要求,只要债务人提交证据证明其采取合法形式通知了债权人,并在法庭调查结束前提交了其住所地或合同履行地人民政府具体出台的疫情应对措施,即可视为其完成了上述义务。

2、对于当事人以发生新冠肺炎疫情为由要求解除合同的情形,各级法院应当严格审查新冠肺炎疫情与不能实现合同目的之间的因果关系,确因新冠肺炎疫情导致合同目的不能实现时,合同当事人可以要求解除合同。

3、对于当事人以因新冠肺炎疫情继续履行合同对其明显不公平为由诉请变更合同的情形,各级法院应先进行调解,调解不成的可类推适用情势变更的相关规定,重点审查继续履行合同是否导致对一方当事人明显不公平,在此基础上根据公平原则,结合案件的实际情况确定如何变更。

4、对于债务人以新冠肺炎疫情为由主张部分或全部免责的情形,全省各级法院应当重点审查新冠肺炎疫情与违约行为和违约损失之间的因果关系,即三者间事实上或法律上的联系以及联系的程度和范围。如新冠肺炎疫情是债务人违约损害全部原因的,则债务人主张成立;如新冠肺炎疫情是债务人违约行为的部分原因,即新冠肺炎疫情与债务人的原因共同构成违约损害发生的原因,则应依据“原因与责任相比例”的原则,判决债务人承担相应部分的责任。

#### (四) 多地高院在涉新冠肺炎疫情的具体类型合同纠纷中的处理意见

因商事活动的多样性和多元化,不同商事活动具有各自不同的交易特点,受新冠肺炎疫情的影响也会各有不同。如买卖合同与旅游、住宿等服务合同就存在明显的不同,在新冠肺炎疫情期间,在买卖合同下,卖方仍可以通过网络进行线上交易、可以通过无接触方式进行交付,

买方仍可以通过网上支付方式进行金钱给付和货币结算,买卖交易活动受疫情影响较小。但在旅游、住宿等服务合同下,接受服务一方因疫情期间的疫情防控措施客观上无法外出旅游或住宿,根本无法接受旅行社或酒店提供的服务,交易活动受疫情影响较大。因此,对于不同特点和类型的商事合同所产生的涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件,在司法实践中也应有区别对待。故除

了整体上对涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件的处理和法律适用给予指导意见外,各地高院对于

涉新冠肺炎疫情的具体类型合同纠纷也进行了明确和区分,具体汇总如下:

合同类型	法院意见	法院
买卖合同	<p>1、对于金钱给付义务,基于疫情防控措施一般不会影响金钱债务的履行,除非涉及金融市场延期开市等特殊情况,一般不能以疫情防控措施主张免责;</p> <p>2、对于非金钱债务的履行,出卖人因疫情防控需要而延迟复工、被采取隔离措施、国家征用等导致无法正常履行交货义务,一般可以不可抗力为由主张免除或部分免除履行义务或要求延期履行。</p>	上海高院
	<p>疫情期间买卖口罩、防护服、消毒用品等防疫紧缺物资,合同虽已生效,但因政府调配、征用等原因无法履行,买受人起诉请求出卖人承担违约责任的,应当不予支持。</p>	浙江高院 广西高院
金融借款合同	<p>1、对于金融借款合同等以金钱给付为内容的合同,一般不宜以疫情属不可抗力为由免责或减轻责任。如借款人确因疫情住院治疗等客观情况构成不可抗力的,可按不可抗力规定处理,但应在相关情况解除后的合理期限内及时履行还款义务。</p> <p>2、对一些中小微企业和个人确因疫情导致经营、还款困难而产生的纠纷法院可在相关案件中依法审慎审查金融机构提出的借款提前到期、单方解除合同等主张,加大调解力度,组织当事人协商,促进金融机构按照金融监管机构关于疫情防控的相关要求,适度调整信贷还款安排,合理延后还款期限,尽量避免贷款加速到期或提前解除合同等“抽贷”、“断贷”行为,有效防范金融市场风险。</p>	上海高院 广西高院 内蒙古高院
租赁合同	<p>1、对于商业用房租赁,如受疫情影响房屋无法正常使用,承租人以此要求出租人减免房租的,一般可予支持。如疫情并未影响承租人实际占有使用房屋,仅基于疫情期间客流减少等原因造成承租人营业收益受到影响的,一般不免除承租人的租金给付义务;如对承租人营收产生重大减损的,可依据公平原则酌情调整租金。</p> <p>2、对于居民住房租赁,如因出租人主动限制或房屋所在地采取管控措施等导致承租人实际无法使用房屋,承租人提出减免租金请求的,一般予以支持。如疫情不影响承租人居住使用房屋,且承租人不存在感染新冠肺炎住院治疗或被隔离等无法使用房屋的客观情形,承租人提出减免租金请求的,一般不予支持。</p>	上海高院

合同类型	法院意见	法院
	<p>租赁房屋因疫情防控需要暂时无法使用的,承租人要求延长租期、减免相应期间的租金或解除合同,如确系不可归责于承租人、出租人的原因所致,可根据公平原则视情况适当延长租期、减免租金,合理分担因疫情防控导致的不利后果。承租人以此要求解除合同的,一般不予支持。</p>	浙江高院
	<p>民营企业因延期复工影响其经营收入,同时还要承担职工工资、租赁费用等运营成本,对其在疫情期间因租赁房屋产生的费用,确实无法支付的,可通过延长租期、减免租金的方式组织双方当事人协商解决,一般不宜以解除合同的方式解决。</p>	内蒙古高院
建设工程合同	<p>根据疫情防控工作要求,建设工程停工或迟延复工的,施工人可以以不可抗力为由提出免责或部分免责主张,但其应按合同约定的程序,及时向监理、业主方提交相应签证单,办理相关确认手续。上述免责免除的仅是逾期完工的违约责任,除非发包方要求取消整体施工合同。</p>	上海高院
	<p>1、确因执行疫情防控需要,造成工程项目停工的,一般可以顺延工期。疫情防控期间订立合同,且防控未发生实质性变化,当事人以疫情防控为由主张顺延工期,一般不予支持。</p> <p>2、对于因劳动者返程迟延等与本次疫情相关原因导致工期延误的,承包人应及时按照合同约定向发包人提出工期顺延申请。双方对是否属于工期顺延存在争议的,人民法院依据签证资料等证据,依法确定是否免除延误责任。</p>	浙江高院
	<p>因疫情防控需要,造成建设工程项目停工或者不能按期开工的,属顺延工期合法事由。因工程延期交工造成商品房交付时间延后的,商品房交付时间和办证时间亦可相应顺延。</p>	内蒙古高院
旅游合同	<p>根据疫情防控需要确实无法出行,当事人以不可抗力为由请求解除旅游合同,一般应予支持。但对于无法退还的实际发生费用如签证费用、境外预定费用等,双方应本着相互理解、共同抵抗疫情原则协商解决;双方难以达成一致意见的,可依据诚实信用原则、公平原则予以处理。</p>	上海高院 浙江高院 内蒙古高院
文化服务合同	<p>文艺演出、演唱会、体育比赛等活动具有明显的聚众性。疫情发生对于此类合同履行构成不可抗力的,购票人可申请组织方退票处理,且各方均不需要承担合</p>	

合同类型	法院意见	法院
	同解除的违约责任。	上海高院
承包经营合同	商铺、酒店、船舶、航空器等承包经营合同具有明显的营利性。当因采取疫情防控措施造成停业或者客流明显减少时,给承包人造成的损失显然超出一般商业风险的,应积极促成当事人协商解决,承包人可以继续履行合同其明显不公为由请求减免相应承包期间的费用或请求变更相应的合同内容。	上海高院
公共运输合同	公共运输承运人具有强制缔约义务,不能拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求。在疫情防控期间,公共运输承运人基于公共利益考虑,为防止疫情传播,拒绝运输有可能造成疫情传播的旅客或者货物的要求并不违反该强制缔约义务。上述处理必须是基于有关部门疫情防控的通知要求或者确有必要。没有正当理由,承运人拒绝合理的旅客或者货物运输要求的,应承担违约责任。	上海高院

### 第三部分\ 涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件中 不可抗力与情势变更的适用

结合以往大量涉及不可抗力和情势变更的司法判例,可以总结出法院在处理此类纠纷案件中的审查重点是:1、审查相关事件是否属于不可抗力事件;2、审查不可抗力事件的发生时点;3、审查不可抗力事件对合同履行造成的障碍;4、审查不可抗力事件与合同履行障碍之间的直接因果关系;5、审查不可抗力事件与损害事实之间的原因和责任。上述多地高院处理涉新冠肺炎疫情合同纠纷的指导意见也进一步反映法院在处理此类纠纷案件中的上述审查重

点,笔者现就上述审查重点进一步探究和解析如下:

#### (一)新冠肺炎疫情法律性质上属于不可抗力事件

##### (1)不可抗力事件与不可抗力适用的区分和辨析

本次疫情期间,多地高院发布的指导意见中,均将新冠肺炎疫情在法律性质上定性为不可抗力事件。但需说明的是,新冠肺炎疫情不可抗力的法律性质与涉新冠肺炎疫情合同纠纷中不可抗力的援引适用是完全不同的事项,前者是事实判断,后者是价值判断。多地高院在指导意见中对新冠肺炎疫情进行事件法律定性的目

的是赋予真正受到疫情影响而不能履行合同的当事人以不可抗力为由提出请求或抗辩的权利,使没有在合同中约定不可抗力条款的当事人具有提出适用不可抗力规则的事实基础。最终相关当事人是否能够因不可抗力而免除合同责任或解除合同,仍需由法院来根据疫情与合同履行障碍之间的因果关系、具体事实情况并结合不可抗力或情势变更的法律适用规则来进行认定。法院将新冠肺炎疫情定性为不可抗力事件,并不意味着所有涉新冠肺炎疫情合同的纠纷均可以适用不可抗力规则,也并不意味着任何以新冠肺炎疫情为由要求合同解除或合同免责的请求或抗辩均可以成立。因为合同法项下不可抗力并非是单一的不可抗力事件,而是对不可抗力事件能否对合同产生影响并进而产生相关法律后果所进行的基于各方面综合因素审查考量并进行价值判定的法律推演过程。

## (2) 不可抗力事件与情势变更的适用

就非典、新冠肺炎等疫情属于不可抗力事件还是情势变更下的重大变化事件,具体相关合同纠纷案件适用不可抗力还是情势变更,一直以来都是法律界争论的热点。有人从不可抗力的法律定义出发,认为疫情的发生是不可预见、不可避免和不可克服的客观情况,满足不可抗力的法定特点,理论上应当属于不可抗力;也有人则认为疫情虽是不可预见的,但并非不可

避免和不可克服的,应以公平原则审查因疫情导致对合同一方权益产生重大影响的案件,并根据具体情节以及双方过错程度予以分析处理。上述争论之所以产生,其本质问题在于:(1)不可抗力事件与情势变更下的重大变化事件在逻辑关系上具有重合性,存在区分的难度;(2)大多数人将对客观事件的事实判断与援引不可抗力事由还是情势变更事由的价值判断产生了混淆;(3)合同法司法解释二中对情势变更下重大变化事件界定为非不可抗力的客观情况,从而导致了多数人认为不可抗力事件与情势变更下的重大变化事件是非此即彼的对立关系。

纵观新冠肺炎疫情期间多地高院的司法指导意见会发现,尽管多地高院将新冠肺炎疫情界定为不可抗力事件,但也均明确了在具体涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件的处理中,对于构成不可抗力的,可以适用不可抗力规则;对于因受疫情影响导致继续履行对一方严重不公平的情形可以类推适用情势变更规则。这一方面进一步说明了事件事实判断和案件适用规则价值判断完全是两回事,另一方面也说明了司法实践中确认了不可抗力事件与情势变更下的重大变化事件并非对立关系,与立法层面上民法典草案第533条中删去情势变更条文中“非不可抗力”相呼应。综上,可以理解为当不可抗力事件构成不可抗力时,涉新冠肺炎疫情合同纠纷案

件按照不可抗力规则处理;当不可抗力事件导致了情势变更项下的法律后果时,涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件适用情势变更规则处理。

## (二) 不可抗力起止时间的认定

多地高院在指导意见中明确相关法院可以根据具体案件中新冠肺炎疫情对合同履行、合同目的实现或当事人行使权利的实际影响来确定,一般根据合同履行地或当事人住所地的省级人民政府启动和终止重大突发公共卫生事件响应的的时间来确定。此外,上海高院还进一步补充到,当事人住所地或合同履行地省级人民政府未启动重大突发公共卫生事件响应的,可依据上海市人民政府启动和终止重大突发公共卫生事件响应的的时间来确定。

对于新冠肺炎疫情发生后订立的合同,可以推定当事人在缔约时,对疫情的发生其变化和后果已有预判,原则上法院对当事人提出的不可抗力或情势变更主张不予支持。

## (三) 受疫情影响一方的通知义务、及时止损义务和证明义务

根据合同法规定及上述各地高院的指导意见,受疫情影响一方应依照法律规定履行不可抗力的通知和证明义务。关于该不可抗力的通知和证明义务的标准,多地法院均认为法院在

实践中不宜作过高要求。其中,广西高院明确受不可抗力影响一方提交证据证明其已经采取合法形式及时通知相对方,并在法庭调查结束前提交其住所地或合同履行地政府及有关部门实施疫情防控、应急措施的证据,应当视其已完成通知和证明义务。

受疫情影响一方未及时履行通知义务或者未尽通知义务,相对方因此受到损失的,如果未及时履行通知义务或者未尽通知义务与相对方损失存在因果关系,受疫情影响一方应对相对方的损失承担责任。

不可抗力事件发生时,受疫情影响一方负有采取积极措施尽量减少或避免损失扩大的义务,如果受疫情影响一方在新冠肺炎疫情发生时能够采取措施避免或减少损失的扩大而未采取,则推定受疫情影响一方有过错,根据其过错程度判令其承担责任。

## (四) 根据不可抗力事件对合同履行的影响和具体障碍情况分别适用不可抗力或情势变更

归纳多地高院对新冠肺炎疫情与合同履行障碍之间的因果关系、合同履行障碍情况及相关法律适用的意见,涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件中根据疫情对合同履行的影响和具体障碍情况分别适用不可抗力或情势变更,具体适用如下:

不可抗力事件	对合同履行的影响 (或因果关系)	履行障碍情况	法律适用和后果
新冠肺炎疫情	没有直接影响	没有履行障碍	按约继续履行, 拒绝履行的承担相应违约责任
	有一定直接影响, 但未导致合同不能履行或未导致继续履行对一方当事人明显不公平、不能实现合同目的	不能按约履行或部分不能履行或迟延履行	1、法院鼓励引导当事人通过变更履行期限、履行方式、部分合同内容等方式, 继续履行。 2、当事人要求全部或部分免责, 法院根据“原因与责任相适应”原则分担责任; 3、当事人要求解除合同的, 法院不予支持。
	有重大直接影响	合同全部不能履行或无法实现合同目的	构成不可抗力, 当事人要求解除合同的, 法院可以解除合同。因解除合同造成的损失, 鼓励双方协商解决, 协商不成的, 人民法院依据公平原则裁判。
	有重大直接影响	继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的	1、当事人要求依据情势变更原则变更合同, 构成情势变更的, 对合同予以变更; 2、当事人依据情势变更原则要求解除合同, 鼓励、引导当事人在合理期限内通过协商的方式变更合同约定、继续完成交易, 当事人在合理期限内协商不成的, 法院才可以解除合同。

对于上述法律推导适用过程中, 如下几个问题需进一步关注:

(1) 不可抗力免责应符合公平原则。对于当事人以新冠肺炎疫情为由主张部分或全部免责的情形, 不可抗力作为免责事由, 仅在不可抗力影响所及的范围内发生免责。法院会重点审查新冠肺炎疫情与违约行为和违约损失之间的因果关系。如新冠肺炎疫情是债务人违约损害全

部原因的, 则债务人主张成立; 如新冠肺炎疫情是债务人违约行为的部分原因, 即新冠肺炎疫情与债务人的原因共同构成违约损害发生的原因, 则应依据“原因与责任相适应”的原则, 判决债务人承担相应部分的责任。

(2) 涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件中, 因疫情构成不可抗力的, 原则上不再适用情势变更原则。且以情势变更为由变更或解除合同的权

利性质属于请求权,只有当事人提出适用情势变更解除或变更合同时,法院才能进行查明和适用。在当事人并未提出涉及情势变更的诉讼请求或仲裁请求的情况下,法院无权依职权主动查明并适用情势变更原则处理案件。

(3) 部分地方高院对情势变更原则的适用相当审慎,并规定了个案适用情势变更原则的审核程序。广西高院认为,情势变更是合同效力的例外,系基于诚实信用原则、公平原则,对当事人重新合理分配风险,因此情势变更的适用应严格限制。确需在个案中适用的,应当由广西高级人民法院审核,必要时应报请最高人民法院审核。

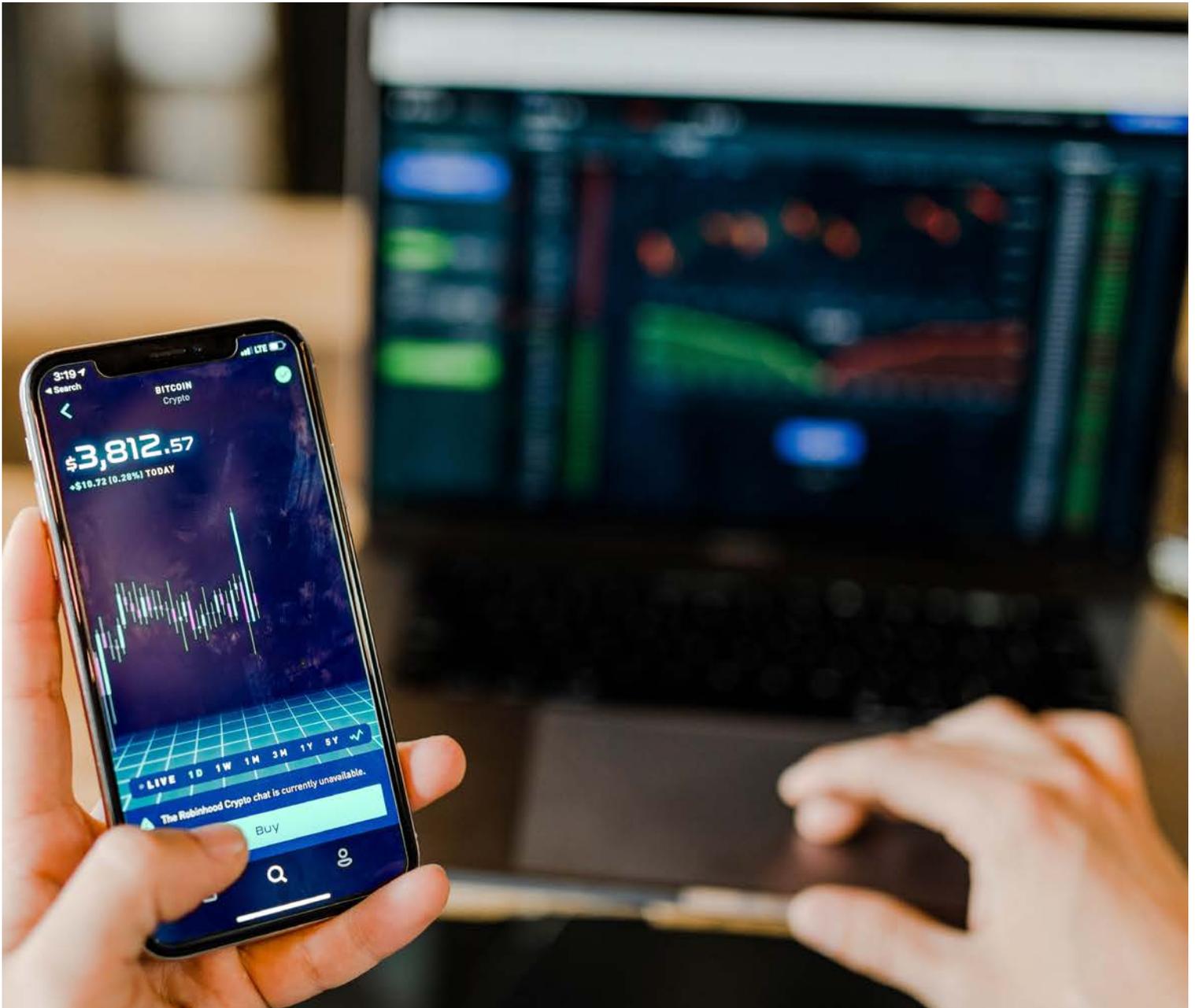
综上,根据多地高院关于涉新冠肺炎疫情合同纠纷案件处理的指导意见,本次新冠肺炎疫情在法律性质上属于不可抗力事件,受疫情影响的当事人可以根据合同约定或各地政府颁布的行政命令提出适用不可抗力或情势变更规则。但当事人能否援引不可抗力或情势变更免责或解约或变更合同,需要结合具体案件情况,由法院进一步查明疫情与合同履行障碍之间的因果关系及其他法律规定的构成要件后予以认定。☒



孙彬彬  
合伙人  
争议解决部  
上海办公室  
+86 21 6061 3021  
sunbinbin@zhonglun.com

# 向前一步： 科创板差异化表决权制度 完善的若干问题

作者：张诗伟



伴随着优刻得科技股份有限公司在上海证券交易所科创板挂牌上市,我国资本市场迎来了首家差异化表决权架构的上市公司。本文认为,差异化表决权架构相对于同股同权架构的传统公司,系股东从形式平等到实质平等的体现,也为相关市场参与者提供了同股同权架构之外的其他可能性,更增加了公司股权基本制度和资本市场的包容性。如果说,相对于无限责任,有限责任特权的树立是公司法历史上在承认和限制其缺陷基础上第一次伟大的妥协,那么也可以说差异化表决权的引入是公司法历史上第二次伟大的妥协,当然同样也是在承认和限制的基础上。本文提出了合理的差异化表决权制度安排应遵循的尊重保障和管控监督并行的两个基本原则,并结合科创板差异化表决权制度对其进一步完善提出了若干建议。

## 第一部分\ 差异化表决权:从股东的形式平等 到股东的实质平等

近现代公司,以一股一权或同股同权为基本原则。<sup>1</sup>依此原则,在有限公司,股东按照出资比例行使表决权;在股份公司,股东按照其所持每一股份享有一票投票权。以此,故持股或出资多数者控制公司并形成公司意志,公司据此采取行动成为可能。此即所谓资本多数决。其理据自不待言。但随着时代的变迁,一股一权公司法基本原则在近年也发生了变化。最显著者,无疑就是在高科技新经济或所谓科技创新领域的相关科技创新企业的特别(殊)表决权或差异化表决权架构安排。在此种架构安排中,被视为保证科技创新企业科技创新领先且专注于长期利益的决定性力量是“英明神武”甚至“天赋异禀”的创始人团队成员或所谓核心灵魂人物,而不是

资本。是企业家尤其是创始人,而不是资本或其他什么决定了创新企业的命运和未来。<sup>2</sup>因此创始人团队成员所持少数股份系带有特殊人身属性或具有专属人力资本内涵的特殊资本,故得以被赋予一股复数个表决权(从几个到几十个不等)<sup>3</sup>,而无论公司多少轮股权融资都不影响其始终牢牢把握公司控制权,而外部其他投资人等其他方因所持股份或为无表决权或复数个股份仅有一个表决权,无论持股多少都无法撼动创始人团队控制权地位但也乐见其成。<sup>4</sup>

1. 我国《公司法》第四十二条和一百零三条。

2. 香港交易所集团行政总裁李小加认为,“创新型公司与传统公司最大的不同在于,它取得成功的关键不是靠资本、资产或政策,而是靠创始人独特的梦想和远见。”见《梦谈之后 路在何方——股权结构八问八答》: <http://opinion.caixin.com/2013-10-24/100595426.html>, 2019年12月31日访问。

3. 根据我们查阅,极端者如在纽约证券交易所上市的大型汽车零部件供应商Magna International Inc, 其曾设置A类股一股一票, B类股一股500票的双层股权架构,使得创始人家族在持有公司3%股权的情况下享有公司75%的表决权。Magna International Inc. 的该等特别表决权安排在2010年被取消。

4. 一个形象的说法是,在此种架构安排下,如果把被投资企业比喻成一辆正在行使的汽车,那么创始人始终是司机,方向盘始终在其手里,投资人给再多钱也是乘客,最多只能是个副驾驶。根据我国资本市场出现的首家差异化表决权架构上市公司优刻得科技股份有限公司的招股说明书,优刻得共同实际控制人季昕华、莫显峰及华理持有的A类股份每股拥有的表决权数量为其他股东(包括首次公开发行对象)所持有的B类股份每股拥有的表决权的5倍。本次发行前,季昕华、莫显峰及华理合计直接持有发行人26.8347%的股份通过,设置特别表决权持有发行人64.7126%的表决权。发行后季昕华、莫显峰及华理在本次发行完成后将合计持有发行人20.1239%的股份及55.7463%的表决权。根据相关披露,认为设置特别表决权安排“使得发行人A类普通股股东作为公司的创始及核心管理团队能够集中公司表决权,有利于维持和巩固三名共同实际控制人对发行人的实际控制权,使发行人治理效率提升,能够更好地实现共同实际控制人对公司战略的长远布局,支持公司作为科创企业的稳定发展,符合公司及全体股东长远的最大利益。”

值得特别强调的是，相关公司实行特别表决权架构安排本来就非出于公司法上的强制，而系相关公司及相关股东的自主选择。而相关公司特别表决权股份创设也具有公示性<sup>5</sup>，外部投资者如认为不公平完全可以自主选择加入公司。<sup>6</sup>换言之，差异化表决权架构安排系属于私法自治的范畴。在这个意义上，股东的强制平等某种程度上被股东自愿的不平等取代或股东平等从形式上的平等走向了实质上的平等。<sup>7</sup>当然，其本质上更反映了“不同类型股东的投资偏好和不同需求”<sup>8</sup>以及控制权配置的不同考虑以实现所谓最优表决权架构，进而最大程度提升公司整体价值<sup>9</sup>。该种差异化表决权架构也被称为特别（殊）表决权或同股不同权架构。

## 第二部分 差异化表决权、特别（殊）表决权、（AB股）双层或多层表决权等相关概念的辨析和使用

但严格从逻辑而言，特别表决权或差异化表决权实际是同股不同权的下位概念，而通常所谓AB股双层表决权股份架构和多层表决权架构又系属特别表决权或差异化表决权的下位概念。因为广义的同股不同权架构其中“权”并不限于“表决权”政治权利或控制权，还包括分配

分红权的经济权利或现金流权等。即就表决权的差异化安排而言，所谓特别表决权或差异化表决权架构安排不仅有双层表决权股份安排，还可能有多层表决权股份安排（当然，相对而言双层的最为常见），更极致允许无表决权类别股份架构<sup>10</sup>或“合伙人架构”安排。其可谓知本取得对资本压倒性胜利的极致：在此种架构中，合伙人占董事会过半数席位，而且拥有提名董事会过半数董事的权力。<sup>11</sup>

中国官方文件相关表述也经历了流变的过程，在基本架构层面最早用的是“同股不同权”，

5. 确实，特别表决权架构因其存在合理性根据故并不会因为相关法律制度得不到承认就放弃表达。有观点认为，完全禁止则会产生溢出效应，相关市场主体不得不采取迂回变通的方式比如东亚的金字塔结构、德国的协议控制的关联企业，日本的交叉持股模式，从而导致更加隐蔽的控制结构从而增加交易成本也增加监管难度。这对中小股东可能更加不利，因为此种隐蔽的控制结构缺乏有效的信息披露（我理解即本文此处所述公示性），从而丧失了在此承认特别表决权架构下原本可以获得的风险补偿。参见蒋学跃：《公司双重股权结构问题研究》，载《证券法苑》（2014年第3卷）。此类复杂控制安排（包括新近的社会资本理论意义上的控制）有一定争议暂不讨论。后者著例如持有1.01%华为股份的任正非之于华为、持有不到0.01%万科股份的王石之于万科。

6. 所以一般的要求是，特别表决权架构安排仅限于上市之前设立，如上市之前未设立该架构安排则上市后亦不能设立。因发行上市时设立特别表决权架构，中小股东有选择的余地。而上市后，中小股东已经没有选择的余地，只能被动接受不利后果。因此，中小股东处于一个在上市后设立该架构对于普通公众投资者较为不利参见：罗培新：《公司法的合同解释》，北京大学出版社2004年版，第153页。

7. 如果我们再放宽视角，即使没有实行特别表决权安排的普通股架构的上市公司，所谓的一股一权也早已不是完整一块：比如实践中普遍存在的表决权委托、放弃、一致行动等情形都是对一股一权的背离。实证研究表明，在全球范围内对一股一表决权的背离是普遍的。详见卢文道、王文心：《双层股权结构及其对一股一权规则的背离》，载《证券法苑》（2013年第9卷）。而实践中，各种金融创新工具运用对于股权表决权和收益权等各项权能的分割也加剧了对完整意义上的一股一权的破坏。再进一步而言，同股同权的股东同质化假定是不成立的（见汪青松、赵万一：《股份公司内部权力配置的结构变革——以股东“同质化”假定到“异质化”现实的演进为视角》，载《现代法学》（2011年第3期）。因为实践中，具体股东不可能有着完全相同的特质和需求从而具有共同的抽象人格，其都是差异化、个性化或至少是类型化的。在这个意义上，和近现代民法转型一样，公司法上的“人”——股东存在一个从抽象人格走向具体人格的过程，而公司法本身也存在一个从形式正义走向实质正义的过程。

8. 其基本路径就是通过股东权的此种财产权和表决权的分离和份额切分、配置从而使“将对财产收益权或表决权控制权有不同偏好的投资者容纳到同一公司中”，见朱慈蕴、沈朝晖：《类别股与中国公司法的演进》，载《中国社会科学》（2013年第9期）。

9. 见刘胜军：《新经济下的双层股权结构——理论证成、实践经验与中国有效治理路径》，载《法学杂志》，2020年第1期。该文认为，科技创新公司的创始人/管理者将公司视为自己的孩子，毕生的事业，与公司整体利益一致。根据根据阿洪和博尔顿（Aghion and Bolton, 1992）的长期融资合同的不完全契约理论（An incomplete contracts approach to financial contracting），将公司控制权配置给创始人/管理者将是最优的、有效率的，由其填补公司不完全合同漏洞，这有助于实现企业家愿景、公司长远价值以及股东利益最大化。

10. 美国监管规则甚至允许发行人上市发行无投票权股份，比如阅后即焚应用Snapchat的开发商Snap上市募集最高30亿美元资金而发行不带有投票权的普通股。其实我国也允许特定行业类型企业发行没有表决权的优先股，具体规范依据为《国务院关于开展优先股试点的指导意见》和《优先股试点管理办法》，但一般认为其仅适用于金融能源等重资本行业上市公司或公众公司补充资本之用，故不具有一般性参考意义。

11. 具体而言，阿里巴巴合伙人（2014年美国上市时为27人，根据相关披露最新人数为38人）共计持有（直接或通过子公司持有）阿里巴巴的股份为10%左右，但合伙人有权提名过半数董事，董事由股东大会投票选举。若股东大会否决了合伙提名的董事，合伙人可针对空缺指定临时董事，至下一届股东大会前，由临时董事行使董事的权利。若因任何原因，合伙人提名或指定的董事人数低于半数以上的，合伙人有权另行任命额外的其他董事（无需股东大会决议），以保证合伙人提名或指定的董事占董事会人数的半数以上。根据相关披露，阿里巴巴选择合伙人条件要求为：1、合伙人必须在阿里服务满5年；2、合伙人必须持有公司股份，且有限售要求；3、由在任合伙人向合伙人委员会提名推荐，并由合伙人委员会审核同意其参加选举；4、在一人一票的基础上，需经超过75%的合伙人投票同意通过。合伙人的选举和罢免无须经过股东大会审议或通过。此外，成为合伙人还要符合两个弹性标准：对公司发展有积极贡献；高度认同公司文化，愿意为公司使命、愿景、和价值观竭尽全力。

而后用的是“表决权差异安排”，在其下位的相关具体股权层面则指称为“特别表决权”。最早2018年9月国务院发布的《关于推动创新创业高质量发展打造“双创”升级版的意见》(以下简称“《双创意见》”)用的是“同股不同权”。而后2019年1月28日中国证券监督管理委员会(以下简称“中国证监会”)发布的《关于在上海证券交易所设立科创板并试点注册制的实施意见》(以下简称《实施意见》)用的是“特别表决权”。再后2019年3月1日上海证券交易所(以下简称“上交所”)发布《上海证券交易所科创板股票上市规则》(以下简称“《科创板上市规则》”)用的是“表决权差异安排”并在其下位概念用的“特别表决权”，最新2019年4月17日中国证监会修订后发布的《上市公司章程指引》在下位概念用的也是“特别表决权”。本文对相关术语的使用亦遵循其例。

### 第三部分\ 差异化表决权架构安排的功能及其局限弊害

先哲亚当·斯密指出，私人利润的打算是决定资本用途的惟一的动机。<sup>12</sup>公司领域尤其如此。特别表决权架构的出现完全是不同特质股东逐利之下利益交换合意的结果。在这种架构

下，于创始人团队而言，其在公司后续融资尤其是大额融资中将能够牢牢把握公司控制权，而不至于因一次次融资被稀释股权而使控制权旁落他人<sup>13</sup>；于投资人而言，其享有的作为政治权利的表决权虽然受损甚至没有，但其享有的经济权利比如分红、清算分配仍然得按其持股比例平等享有，甚至还享有优先的权利，更重要的是仍然受有限责任的保护。普通股东由此成为亚当斯密笔下“心满意足地接受董事会每年或每半年分配给他们的红利，不找董事的麻烦”典型的“省事”股东。<sup>14</sup>而就公司而言，凭借资本的不断注入，公司得以实现快速发展壮大。对于差异化表决权架构的公司，其由此可充分提高公司决策效率、专注于其目的事业的长期战略规划和稳定经营。对于上市公司因其可有效免受公开市场上敌意收购的外部压力尤其如此。因此，差异化表决权架构尤其受高风险又依赖于资本推动的科创企业创业者和相关VC投资机构的欢迎，至少其为提供了同股同权架构之外的其他可能性，也增加了公司股权基本制度的包容性。但值得思考的是：

1、该等架构安排的企业管治是否一定意味着高效率？<sup>15</sup>单说拥有特别表决权股东相对于普

12. (英) 亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》(上卷)，商务印书馆，1974年6月版，第344页。  
13. 扎克伯格：若没有控制权，我早被facebook开除了：[https://finance.sina.cn/2019-10-06/detail-iicezrrr0432193.d.html?sinawapsharesource=newsapp&wm=3200\\_0001](https://finance.sina.cn/2019-10-06/detail-iicezrrr0432193.d.html?sinawapsharesource=newsapp&wm=3200_0001)，2019年10月8日访问。  
14. (英) 亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》(下卷)，商务印书馆，1974年6月版，第303页。  
15. 《OECD企业支配结构原则》就认为其实一股一表决权原则更有效率。

通公司一股一权在公司治理上无疑更具有独断专制的优势地位,进而产生压制、侵害公司和其他股东利益的风险,因此其可能加剧公司代理成本问题。<sup>16</sup>

2、特别表决权股东尤其是创始人股东的“神人”(即所谓“英明神武”或“天赋异禀”)以及“圣人”(即始终以公司最佳利益为行为准绳而无所偏私)假设是否成立,即使在有限程度上成立,又能持续多久?<sup>17</sup>赋予与其持有的股比不相称的表决权、控制权是否会恰恰大大加大其道德风险?由此在理论与实务界引发了激烈、持续的争议,实践中爆出的个案弊害更让其饱受攻击。<sup>18</sup>对立的观点完全可进一步主张,所谓的核心灵魂人物创始人在传统行业可能都存在<sup>19</sup>,尚未有证据表明在科技创新企业此点表现得更为突出。而也有许多科技创新企业没有实行差异化表决权架构照样不影响其同样优秀乃至卓越。进而言之,如果承认新经济持续创新和加速迭代的特质,相关企业的核心灵魂人物创始人本身是否同样也需要迭代才能赶得上趟?而设定差异化表决权架构以反对创始人团队迭代是否恰恰与新经济的前述特质矛盾?等等不无疑问。

以上种种不一而足,其实也较充分印证了伯利、米恩斯“两权分离”(所有权与控制权相分离)的经典理论。<sup>20</sup>但与该经典理论所阐述不同



的是,在伯利米恩斯时代,差异化表决权架构远谈不上流行,而且伯利米恩斯所述“两权分离”现象在中国并没有局限在股权分散的大公司,更发生在股权还相对比较集中的中小公司,即使就中国的上市公司而言,也远谈不上股权分散,公认的现实是恰恰是其反面即一股独大、控制权过于集中。在这个意义上,实行差异化表决权架构必然使得“两权分离”的问题更为突出。也为防“两权分离”产生的风险和弊害,公司法、证券法等相关法律法规规则有必要对差异化表决权架构此私法自治安排予以一定限制亦属合理。

16. 相关优势和风险利弊的详细分析详见:郭雳、彭雨晨:《双层股权结构国际监管经验的反思与借鉴》,载微信公众号北京大学经济法;傅穹,杨金慧:《不同投票权制度:争议中的胜出者》,载《证券法苑》(2018年第25卷)

17. 另外一个批评角度是此种安排的假设可能过于夸大了创始人的不可替代性,也压制了可能更为优秀且“年富力强”人才的涌现。论者可能主张:乔布斯确实很伟大,但没有乔布斯的苹果也并没有垮了,库克不也干得挺好;拉里·佩奇和谢尔盖·布林创办了谷歌也很了不起,但他们隐退后谷歌也照样坚挺。

18. 其著例如UBER和WeWork。Cremers, Lauterbach和Paust(2018)发现,没有证据证明,拥有双重股权的公司,其长期业绩好于单一类别股票的公司。而Anderson, Ottolenghi, and Reeb(2017)发现,双重股权公司的治理质量实际上取决于它们的股权结构以外的其他因素,例如控股股东的持股情况。也就是说,希望中的“一股一权的公司可能更容易实现良好的治理”的想法,显然是不合理的。转引自《法经治理|公司治理中四个被误读的重要概念》,法经笔记:[https://mp.weixin.qq.com/s/B4109\\_qgDET1MnqCPQrBVglSS](https://mp.weixin.qq.com/s/B4109_qgDET1MnqCPQrBVglSS)(2019年12月3日访问)。而标准普尔、道琼斯和富时罗素(FTSE Russell)等股市指数提供商已开始对相关双重表决权架构的上市公司施加压力,要求它们取消双重股权结构,限制双重股权的公司股票纳入其指数。

19. 在美国,不少传统领域上市公司如AMC、伯克希尔哈撒韦、CBS、雅诗兰黛、福特、耐克、Ralph Lauren、泰森食品和维亚康姆等也实行特别表决权架构。

See Edward Kamonjoh, *Controlled Companies in the Standard & Poor's 1500: A Follow-up Review of Performance & Risk*, Investor Responsibility Research Ctr. Inst, available at <https://irrinstitute.org/wp-content/uploads/2016/03/Controlled-Companies-IRRCI-2015-FINAL-3-16-16.pdf>, accessed May 4th, 2018.

20. (美)阿道夫·A.伯利、加德纳·C.米恩斯:《现代公司与私有财产》,商务印书馆2005年版。

## 第四部分\ 我国科创板差异化表决权制度的 创立及其实践

尽管经历了重重争议甚至激烈的反对以及反复，特别表决权架构从私募融资纯粹的市场博弈行为在资本市场的激烈竞争中最终被主流资本市场接纳<sup>21</sup>。如美国、新加坡和香港地区、日本等也都经历了这样或长或短的历程。<sup>22</sup>但也正因为其存在的诸多弊端，即便该等接纳差异化表决权架构的主流资本市场对其也并非全然拥抱，而是都加以诸多限制和约束。迄今为止，采取差异化表决权架构上市的公司家数和采取同股同权架构上市的公司数量完全不可同日而语。<sup>23</sup>而我国现行公司法传统上受“一股一权”的传统公司法理念影响较大，尤其是股份公司和资本市场，从其基本原则立场上以同股同权为基本原则，以同股不同权为例外。对于有限责任公司，允许股东不按出资比例行使表决权和分红，而对于仅被境内资本市场接纳为唯一的法定组织形式的股份有限公司，《公司法》仅在第131条“国务院可以对公司发行本法规定以外的其他种类的股份，另行作出规定”为其实行同股不同权架构预留了空间。承该条规定，2018年9月国务院发布的《双创意见》明确提出“允许科技企业实行‘同股不同权’治理结构”，至此，科

创企业同股不同权架构制度空间被国务院正式确立。随后2019年1月28日，中国证监会发布《实施意见》，允许科技创新企业发行具有特别表决权的类别股份，每一特别表决权股份拥有的表决权数量大于每一普通股份拥有的表决权数量，其他股东权利与普通股份相同。2019年3月1日上交所发《科创板上市规则》设第四章第五节“表决权差异安排”专门对科创板上市的差异化表决权架构公司具体要求和制度安排作出进一步规定（比如要求持有特别表决权股份的股东应当为对上市公司发展或者业务增长等作出重大贡献，并且在公司上市前及上市后持续担任公司董事的人员或者该等人员实际控制的持股主体；又如要求持有特别表决权股份的股东在上市公司中拥有权益的股份合计应当达到公司全部已发行有表决权股份10%以上、每份特别表决权股份的表决权数量应当明确规定且相同<sup>24</sup>，且不得超过每份普通股份的表决权数量的10倍以及特别表决权股份转让、转换的一系列具体限制性规定）。2019年4月17日，中国证监会发布修订后《上市公司章程指引》，对存在特别表

21. 这种竞争是否为为争抢上市资源的朝底竞争 (race to the bottom) 尚待讨论。

22. 根据香港交易所《双层股权结构架构与生物科技企业的上市制度改革研究报告》(2018年4月)，全球最大的46个国家股票市场中有30个国家有或曾经使用双层股权结构的公司上市。双层股权(差异化表决权)架构在主流资本市场发展的历史参见蒋学跃：《公司双重股权结构问题研究》，载《证券法苑》(2014年第13卷)；林海、常铮：《境外资本市场差异化表决权监管路径探究及启示》，载《证券法苑》(2018年第24卷)；傅穹、杨金慧：《不同投票权制度：争议中的胜出者》，载《证券法苑》(2018年第25卷)。

23. 从1995到2002年间，美国大概仅有6%的上市公司采用双重股权结构，约占美国上市公司总市值的8%。但自2004年来谷歌(Google)上市重启了美国高科技企业采用双重股权结构的新时代。在此之前，在美国上市的高科技企业多数没有双重股权结构，著名者如Apple, Microsoft, Amazon和Netflix。而2004年之后上市的主要高科技公司几乎都有这种架构，比如2012年IPO的所有大型高科技企业——Groupon, LinkedIn, Yelp, Facebook和Zynga——就都使用了同股不同权架构。载张巍：《双重股权结构：美国、香港和新加坡的经验以及中国的立法建议》(未刊稿)。

24. 可见科创板只承认双层表决权架构，不承认多层表决权架构。

决权股份的上市公司要求在公司章程中明确规定特别表决权股份的持有人资格、特别表决权股份拥有的表决权数量与普通股份拥有的表决权数量的比例安排及参与表决事项范围、相关股份锁定安排及转让、转换限制性规定。

我国科创板差异化表决权制度实践是：2019年4月1日，首家差异化表决权架构公司优刻得科技股份有限公司（以下简称“优刻得”）的科创板首发上市申请获得上交所受理；同年9月27日，获上交所科创板上市委审议通过；同年12月24日，获中国证监会同意注册；2020年1月20日，上交所科创板挂牌上市。我国资本市场由此首次出现具有差异化表决权架构安排的上市公司，差异化表决权制度的资本市场实践迈下了坚实的一步。

## 第五部分 差异化表决权制度设计应遵循的两个基本原则

如果说相对于无限责任，有限责任特权的树立是公司法历史上在承认和限制其缺陷基础上第一次伟大的妥协，那么相对于同股同权公司，差异化表决权的引入可能是公司法历史上第二次伟大的妥协，当然同样也是在承认和限制的基础上。而且考虑到差异化表决权是在有

限责任基础上赋予，相关股东特权的放大是几何级的，由此给公司和其他股东以及其他利益相关者造成的损害程度也可能是几何级的。而从权力的正当行使保障和适度制衡正反两面两个角度，合理的差异化表决权安排应该遵循两个基本原则：

一方面，差异化表决权设置要有足够的刚性从而充分尊重和保障相关股东特别表决权长期稳定的拥有和行使，防止随意“翻烧饼”而影响公司控制权的相对稳定性更陷于“群龙无首”的混乱无序。

另一方面，也要看到相关特别表决权股东滥用此“专制”的特权而可能对公司和其他股东以及其他利益相关者合法权益造成的侵害，故亦需予以有效的管控和监督。根据比例原则，视相关侵害情形发生的可能性及造成后果程度的大小，当于此情形采取限制特别表决权的行使，严重时得剥夺其特别表决权。

当然，在具体制度设计上还需把握上述二者的适度而微妙的平衡。而且，二者的具体运用也都需遵守正当程序的原则。当出现相关争议时，在穷尽内部救济以及外部调解介入仍然不成的情况下，秉承司法最终解决的原则宜由法院作出最终的裁断。

## 第六部分\ 科创板差异化表决权制度完善的 若干具体意见

《科创板上市规则》第四章第五节对表决权差异公司的表决权差异安排时间点、市值要求、主体资格、特别表决权限制、特别表决权股份和普通股份转换、普通股股东表决权保障以及信息披露等方面进行了全面、系统和细密的规定。本着前述两个原则，进一步检视相关特别表决权制度规则，本文以为以下两端可进一步完善：

### （一）差异化表决权架构安排保障端——补强刚性

#### 1、增加差异化表决权架构的无因调整制度之合理限制

《科创板上市规则》第4.5.10条规定：“上市公司股东对下列事项行使表决权时，每一特别表决权股份享有的表决权数量应当与每一普通股份的表决权数量相同：…（二）改变特别表决权股份享有的表决权数量…上市公司章程应当规定，股东大会对前款第二项作出决议，应当经过不低于出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过…”该条实际上规定了差异化表决权架构的无因调整制度。

根据相关规定，普通股股东只要持有公司

10%以上已发行有表决权股份，无需任何理由随时可以提出改变特别表决权股份的议案<sup>25</sup>，而在审议该议案时，因普通股股东和特别表决权股东同股同权，故普通股股东可能依赖其出席会议较高的持股比例占据投票优势而通过该议案，从而终止公司的差异化表决权架构安排。由此可见，差异化表决权架构实际上很容易被动摇甚至倾覆，上市公司控制权稳定性也难以得到刚性保障，而这显然并不符合差异化表决权架构制度创建的目的。为此，本文建议对此种差异化表决权架构的无因调整制度进行适当限制，比如适当限缩无因的适用情形、将审议相关决议的表决权法定人数由出席会议的股东所持表决权数修改为公司全部已发行股份表决权数、提高相关议案提出或通过的相关表决权比例<sup>26</sup>或加以其他合理限制以保障差异化表决权架构具有足够的刚性。

#### 2、增设强制性固定期限日落条款

就特别表决权转化的设定内涵而言，特定事件/条件的发生是或然的，而时间的到来是必然的。在这个意义上，仅设定特定条件触发表决权转化而不设定固定期限日落转化条款，理论上就是赋予特别表决权股东终身制的特权，就

25.《科创板上市规则》第4.5.7条：上市公司应当保证普通表决权比例不低于10%；单独或者合计持有公司10%以上已发行有表决权股份的股东有权提议召开临时股东大会；单独或者合计持有公司3%以上已发行有表决权股份的股东有权提出股东大会议案。

26.当然，《科创板上市规则》第4.5.10条后项说的是上市公司股东大会对相关改变特别表决权架构作出决议应当经过“不低于”出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过，实践中，上市公司可以规定比这更高比如四分之三或更高的比例。

是假设特别表决权股东的“英明神武”可以“长生不老”，然而现实告诉我们英雄总有迟暮日，美人亦有白头时。而根据美国CFA协会等机构等的研究，采用差异化表决权结构的公司价值和效率随着时间推移逐步降低，为防止此，固定期限日落条款是最有效的保障，且不超过5年将特别表决权股份转换为普通表决权股份的强制性日落是最合适的。<sup>27</sup>和大多数设置了固定期限日落条款的差异化表决权架构的主流资本市场不同，科创板相关规则未强制上市申请人采纳此种设置。我们理解，可能是考虑到强制性固定期限日落条款的利弊权衡结果。当然，科创板相关规则不强制要求不代表相关上市申请人自己不可以主动代入该等条款。但为增强设置差异化表决权架构安排和公司控制权的相对稳定性，故建议在《科创板上市规则》第4.5.10条或者在《上市公司章程指引》等规范设置差异化表决权制度的上市公司在章程中增设固定期限日落条款（尤其对那些在上市前特别表决权比例不高的公司尤其应该设置该等条款），该固定期限可要求最短不得低于1年，最长不超过5年，差异化表决权制度固定期限非发生负面法定事项并经法定程序不得取消。同时，保留到期后的灵活性、自主性，可进一步规定，固定期限届满即告终止，但届时经全体股东以一股一票并以不低于三分之二以上公司有表决权股份表决通过的

方式同意延长的除外。

此外，如果限定日落条款为某些特定情形触发，需要注意防止特别表决权股东滥用控制权使得日落条款不被触发从而照样悬空日落条款。<sup>28</sup>

### 3、适时引进任期表决 (tenure voting) 制

荷兰、法国等近年出现一种以股东持有股份的时间长度来计算表决权的制度，即赋予持股一定年限的长期股东多倍表决权，可称之为任期表决权制度。该制度属于忠诚股制度设计的一种，而后者除任期表决权外还包括对长期股东发放特别股利或授予其认股权证等制度设计。<sup>29</sup>其制度理念都在于通过对长期股东的经济或表决权激励安排而鼓励长期价值投资。除荷兰对任期表决权制度的规定较为灵活宽松外，法国、意大利、比利时的法律一般允许公司向持续持有至少两年股份的股东提供最多每股两份表决权。<sup>30</sup>

尽管任期表决权制度和特别表决权制度的目的并不相同，但仍可给予我们一定启发，将持股时间长短作为特别表决权股东适格的一个标

27. CFA Institute: Dual-Class Shares: The Good, The Bad, and The Ugly, A Review of the Debate Surrounding Dual-Class Shares and Their Emergence in Asia Pacific. (August 2018)  
28. 根据美国Lucian Bebchuk和 Kobi Kastiel教授的研究，在Pinterest案例中，Silbermann去世后，Pinterest的日落安排也将其结构转换为一股一票。然而，Silbermann目前仅36岁。鉴于一个人在99%的概率中预期寿命目前为87岁，Silbermann可能活得超过五十年。因此，投资者面临着将控制权锁定在少数控制人手中五十年或更长时间的风险。参见《双重股权结构潜在风险的再探讨——以Pinterest公司为例》，原创：微信公众号法经笔记（2019-05-31）。  
29. 高皓、曾斌：《意大利首富阿涅利家族企业注册荷兰背后任期表决制：企业控制的第三条道路？》，载《新财富》2019年6月号。  
30. 同特别表决权制度相比，该等任期表决权制度对于每股所含表决权的倍数有更加严格的限定。其根源可能在于任期表决权制度的目的是鼓励股东对公司的长期投资；而特别表决权制度的目的是加强创始股东对公司的控制，实现公司的长期价值，赋予创始股东每股复数表决权的特别表决权，是实现制度目的最直接、有效的手段。



准是一个值得考虑的思路。持股时间长的股东对公司的认识可能更加深刻也反映了其对公司的忠诚度和长期价值投资的理念,而且真正的创始股东通常必然也是持股时间最长的股东,而不一门心思为所谓的财富自由而绞尽脑汁想着早日套现。正所谓“陪伴是最长情的告白”。《科创板上市规则》第4.5.3条从特别表决权股东应当为公司发展作出重大贡献并持续担任公司董事的条件上隐含了持股或任职时间的要求,但借鉴该任期表决制的制度理念和设计,该规则仍可进一步明确细化,如规定在设置差异化表决权安排时,特别表决权股东应当为持有公司股份一定期限(如两年或三年)的股东。在参

考任期表决权制度时,考虑的两个方向分别是:将持股时间长短作为特别表决权股东资格认定条件之一;或是特别表决权股东持股一定期限后可拥有更多的表决权倍数。当然,具体制度设计上可以再讨论,但对于此种设计可能导致某些长期股东畸高表决权的情形也需有封顶限制,而不能无限增加。

#### **4、适度限缩特别表决权股份因股份转让、表决权委托而转化为普通股份**

根据《科创板上市规则》第4.5.9条之第一款第(三)项规定,“持有特别表决权股份的股东向他人转让所持有的特别表决权股份,或者将特别表决权股份的表决权委托他人行使”,特别表

决权应当转化为普通股份。我们理解该规定系出于特别表决权股份具有人身专属性考虑,但考虑到具体情况,该规定可能需要进一步限缩:

i、于转让之情形,如果受让方亦为持有特别表决权股份的股东,原则上应该豁免强制转换。除非对此他人做狭义解释为除所有特别表决权股东之外的人,而非仅为作为转让方的特别表决权股东之外的人。

进而言之,特别表决权股份本来为非流通股份,而其一经转让给他人即可转换成普通股份即流通股份,而除了普通的减持新规外,科创板相关规则对于相关特别表决权转让并未有相关专门限定,从而可能为特别表决权股东变相减持套现提供了方便之门,这可能是一个制度漏洞亟待弥补。

ii、于表决权委托之情形,股东委托他人代其行使表决权一般属于法律允许,如特别表决权股东概况性或特别授权或以信托等方式处置其表决权的,可以认为相关特别表决权股份已脱离原特别表决权股东专属身份及意志属性,这种程度可以允许进行强制转化。但在特别表决权股东就每一议案作出明确投票指示的情况下,受托人投票反映的是委托人的意志,在这种情况下,将特别表决权股东委托他人行使表决权一概作为特别表决权转化的事由似欠妥。

据此,本文建议将《科创板上市规则》第

4.5.9条第一款第(三)项可修订为“持有特别表决权股份的股东向不持有特别表决权股份的人转让所持有的特别表决权股份,或者将特别表决权股份的表决权概括性地委托他人行使而未事先对股东大会每一议案的投票作出明确具体指示”,或将同条第一款“出现下列情形之一的,特别表决权股份应当按照1:1的比例转换为普通股份”修改为“出现下列情形之一的,除非经本所(上交所)豁免,特别表决权股份应当按照1:1的比例转换为普通股份”,从而为市场操作和主管机构判定留有一定空间和灵活性。此外,特殊表决权股份质押实现也会导致特别表决权被动转让的效果,对此情形,相关质押限制和股份表决权变动效果规定尚付阙如,也有待进一步明确。

## **(二) 差异化表决权架构安排管控端——增强监督救济性**

在差异化表决权公司架构里,拥有特别表决权的股东具有对普通股东压倒性的优势地位,其利用该优势地位损害上市公司和普通投资者合法权益的机会、条件都大大加大,其和普通股东之间的利益冲突无疑也更加突出。而对于上市公司而言,差异化表决权架构的设置如前所述还可能带来规避公开的控制权市场监督的问题,其很容易维护一个掌握上市公司巨大资源却无需承担相应责任的管理层,即使经营

效率降低也难以撼动其地位,降低了控制权市场的威慑作用,<sup>31</sup>也降低了公开市场普通股票交易的价格从而损害了投资者的利益<sup>32</sup>。因此,对差异化表决权架构加强相关管控、监督从而实现普通股东和公司的救济完全是必要,也是衡平的。

### 1、适度赋予公司和普通股东自力救济权

根据公司法救济原理,司法救济以公司及利益相关者穷尽内部救济即所谓自力救济为原则,只有在内部救济不逮时诉诸司法救济。《公司法》第二十条关于股东滥用股东权利侵害公司和其他股东以及债权人利益时应对该等受损害方承担损害赔偿责任的规定,此之“股东”无疑也包括特别表决权股东。<sup>33</sup>但该条仅限于损害赔偿之救济而且主要依赖于司法救济,在差异化表决权架构上市公司里对受害方的救济力度和及时性无疑都较为有限。故《科创板上市规则》在4.5.13条进一步规定,特别表决权股东滥用特别表决权损害投资者合法权益的,上交所可以要求公司或者特别表决权股东予以改正,投资者由此可不依赖通过司法提起损害赔偿救济。这一新规定确立了更为及时有效的救济方式,颇值赞许。但从实践执行情况看更值得进一步思考的是,于此情形,交易所的判定和执行上存在较大难度,因此仅依赖于交易所的介入可能仍尚不足以有效防止损失的扩大,制度上应

进一步明确公司和普通股东自力救济的权利,比如普通股股东自行召集股东大会审议将特别表决权股份强制转化为普通股份,或协商暂停特别表决权股东特别表决权行使,或其他相关侵权行为及/或公司撤销原决议或重新作出决议等行为(包括作为与不作为)。<sup>34</sup>

### 2、加强对特别表决权股东信义义务的司法审查

最高人民法院于2019年6月20日发布的《关于为设立科创板并试点注册制改革提供司法保障的若干意见》明确提出“坚持‘控制与责任相一致’原则,在‘同股不同权’的同时,做到‘同股不同责’”,由此为对科创板上市公司特别表决权股东课以更重的责任和义务埋下了伏笔。借鉴美国司法实践的经验并考虑到实践中追究控股股东责任规制及其实践的不足,本文认为,首要的就是适度加重差异化表决权结构上市公司的特别表决权股东的信义义务和确立对其责任的追究机制。比如,对于特别表决权股东从事的关联交易是否损害公司利益,运用《公司法》第21条<sup>35</sup>进行判断时应采用实质公平原则而非同

31. 参见北京大学金融法中心与万商天勤律师事务所:《科创板研究报告》, [https://mp.weixin.qq.com/s/OUIqNYz\\_Jvd2xmj9oz1P0Q](https://mp.weixin.qq.com/s/OUIqNYz_Jvd2xmj9oz1P0Q), 2019年12月11日访问。

32. 转引自何海峰、李凌霜:《双层股权结构动了谁的奶酪——Lyft上市背后的利益博弈》(未刊稿)。

33. 该条规定:“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程,依法行使股东权利,不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益;不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的,应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,应当对公司债务承担连带责任。”

34. 修订后新的《民事诉讼法》相关行为保全的规定内容仍然是公力救济而不是私力救济。该法第100条规定,当事人可以在诉讼过程中向人民法院申请,在正式判决作出之前,要求对方当事人作出一定行为或者禁止其作出一定行为(即所谓诉中禁令)。第101条规定,在提起诉讼或者申请仲裁之前,当事人亦可以向法院申请,要求被申请人作出一定行为或者禁止作出一定行为(即所谓诉前禁令)。

35. 《公司法》21条:“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。”

股同权架构常规适用的商业判断规则。相关公司或其他股东就该关联交易相关事项提出的诉讼应实行举证责任倒置,由特别表决权股东对交易的合法性、必要性、合理性和公允性承担举证责任,不能证明的,应当承担相应的赔偿责任。

### 3、董事会设置由独立董事组成的专门委员会对差异化表决权安排和行使合规性发表意见

对于存在差异化表决权安排的公司,因制度异化而产生的特别表决权股东滥用权力的风险和危害更大,为防范该等风险,《科创板上市规则》第4.5.12条规定了由监事会在年度报告中就差异化表决权安排和行使的合规性等事项出具专项意见。<sup>36</sup>但考虑到:

i、监事会人员来源为大股东(在科创板主要即特别表决权股东)提名和公司内部以及其监督偏事后因此效能发挥较为有限的实际情况;<sup>37</sup>

ii、根据《科创板上市规则》第4.5.10条第一款规定就“聘请或解聘独立董事”事项,特别表决权股东和普通股东同样为一股一票,相对于传统上市公司控股股东一股独大控制独立董事席位,独立董事独立性难以得到充分保障,差异化表决权架构特别表决权股东持股比例通常不高,又按此一股一票的安排,则特别表决权股东亦难以控制独董席位从而较好降低了前述传统上市公司一股独大的种种弊害并较好得保证了

独立董事的独立性;

iii、兹事体大,单个独立董事难以承担此重担

基于以上,本文认为宜由董事会下设全部由独立董事组成的专门委员会(如名之为公司治理委员会或表决权差异化安排委员会)承担此职能。以充分发挥独立董事对此的监督作用。<sup>38</sup>

### 4、确立差异化表决权架构上市公司特定情形普通股退出制度和要约收购制度

实践证明,外部市场的敌意收购制度是实现良好公司治理的三大法宝之一。<sup>39</sup>就差异化表决权架构上市公司而言,根据《科创板上市规则》第4.5.8条,特别表决权股份不得在二级市场进行交易而仅可进行相关转让因此系具有“非流通股”性质,在这个意义上,克减(表决)权利的普通股股东“用控制权换取了流动性”<sup>40</sup>,而特别表决权股东用流动性换取了控制权。差异化表决权架构上市公司由此实际上处于“股权分置”状态。由此,特别表决权股东内无可以挑战其“固若金汤”的控制地位的少数股东,外无公开市场的收购压力,特别表决权股东和管理层难免可能陷入不思进取的安乐窝中。

36.具体为:(一)持有特别表决权股份的股东是否持续符合本规则第4.5.3条的要求;(二)特别表决权股份是否出现本规则第4.5.9条规定的情形并及时转换为普通股份;(三)上市公司特别表决权比例是否持续符合本规则的规定;(四)持有特别表决权股份的股东是否存在滥用特别表决权或者其他损害投资者合法权益的情形;(五)公司及持有特别表决权股份的股东遵守本章其他规定的情况。

37.当然,目前独立董事制度目前也存在不少问题比如选任和薪酬来源的问题,也确实也亟待改进。

38.事实上,香港联交所也是采取成立完全由独立董事构成的公司管治委员会,就特别表决权事宜提供咨询意见的做法。

39.其他两个是积极股东和卖空交易。详见张巍:《公司治理,那不是一场和风细雨》,载微信公众号:比较公司治理,2019年12月30日访问。

40.(美)阿道夫·A.伯利、加德纳·C.米恩斯:《现代公司与私有财产》,商务印书馆2005年版,第11页。

另外,也为了保证在上市公司收购时让其他非控股股东尤其是公众股东享有退出的权利,且也享受到控股股东控制权转让的溢价,所以各国证券法多规定了上市公司收购时的强制要约制度。

新修订的《证券法》(2019年12月28日第十三届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议第二次修订)第六十九条关于“收购要约提出的各项收购条件,适用于被收购公司的所有股东”和“上市公司发行不同种类股份的,收购人可以针对不同种类股份提出不同的收购条件”的规定亦似无适用之余地,因如前所述根据《科创板上市规则》第4.5.8条规定,收购人无从直接在公开市场上对上市公司特别表决权股东而仅可对普通股东主动发出要约,无论是部分要约还是全部要约。为适度打破此“股权分置”的局面而促进上市公司控制权股份流动而给与特别表决权股东和管理层适度压力,在收购人为收购特别表决权上市公司控制权而发出的全面要约时是否不在此限?在此基础上:进一步的问题是:(1)是否必须同时对特别表决权股东和普通股股东发要约?(2)对特别表决权股东和普通股股东发要约并设置不同的要约条件,该等不同的要约条件(收购数量、价格、支付方式及期限)无疑也仍然要做到底线或整体意义上的公平?<sup>41</sup>另外一个值得讨论的场景是,假使收购人以直

接要约方式取得差异化表决权架构上市公司不可行,通过协议方式受让特别表决权股达到30%此时是否触发强制要约,因问题是此时收购人取得的特别表决权股自动转换为普通股可能又并未取得公司控制权。更有意思的问题是,在此情形下,因为此时特别表决权股转换成普通股使得其他普通股持有人的表决权比例被动升高,从而也很可能超过30%的表决权而被动触发强制要约线。在此情形,该等被动触发要约收购的普通股东是否也要发出要约,向谁发出要约?<sup>42</sup>

本文认为出于公平以上答案都应为是。其理据在于无论是要约收购或协议转让,在上市公司特别表决权股份转让或置换等方式转移给第三方而导致上市公司实际控制权变更时,都应赋予相关上市公司原普通股股东公平退出上市公司的权利。当然,以上进一步都有待比如科创板上市公司收购特别规定等相关规定的出台而予以弥补。

41. 我们注意到,《上市公司收购管理办法》第二十六条规定为:以要约方式进行上市公司收购的,收购人应当公平对待被收购公司的所有股东。持有同一类别股份的股东应当得到同等对待。而最新《证券法》前述第六十九条已删除前述“公平”字样。

42. 根据现行的科创板规则,假设特别表决权股份比例为10%而表决权比例为90%,其在全转换后,原来持股总计90%的普通股股东恢复为总计90%的表决权。详见张巍:《当强制要约遇到同股不同权》,载谢康、徐明主编:《多层次资本市场研究》(2019年第1辑),中国金融出版社2019年10月版。

## 第七部分 余论

《科创板上市规则》《科创板上市公司持续监管办法》《上市公司治理准则》《上市公司章程指引》等科创板专门规则或其他相关规则对特别表决权股东的资格（包括积极资格和消极资格，比如就自然人而言，积极资格核心的比如特别表决权股东或其实际控制人如系自然人需具备完全民事行为能力；消极资格核心的比如不得为失信被执行人或被处以证券市场禁入<sup>43</sup>）和义务以及特别表决权行使、限制及其转化（《科创板上市规则》第4.5.9条强制转化条款内容上漏洞尚待填补<sup>44</sup>、操作性尚待进一步补充完善<sup>45</sup>，而其配套罚则尚应付阙如<sup>46</sup>）、类别表决机制<sup>47</sup>及其信息披露（比如在信息披露上在股东大会决议公告中在披露表决结果时应分别披露特别表决权股东和普通股东的投票情况<sup>48</sup>）做出明确、具体的专门规定，进一步加大独立董事在此方面的监督作用等等。

科创板是新生事物，差异化表决权制度也是新生事物。犹如蹒跚学步的新生儿，任何新生事物不可能一下子就达到成熟完善的地步，都需要成长的过程，也更需要足够的耐心和包容。而且，该制度在资本市场引入本身也是资本市

场制度包容性的体现，而为相关企业和投资者提供另类选择的可能。为未雨绸缪，但归根结底需要等待其在发展中逐步呈现和及时修补。因此，差异化表决权制度引入后实践运行具体情况和效果及其可能弊端、问题也需要密切关注、评估以及时调整完善。除了上述作者一般性的问题建议外，以下两个目前实践中碰到的问题也值得关注 and 回应：

1、双创意见提出允许科技企业实行“同股不同权”治理结构。《科创板上市规则》也规定，发行人在首次公开发行并上市前不具有表决权差异安排的，不得在首次公开发行并上市后以任何方式设置此类安排。由此随之而来的问题是，未申报上市时相关企业是自己还是官方判断以及如何判断其是否为合资格可以设定双重表决权架构的科技企业，尤其是在距离申报上

43. 特别表决权资格合法性植根于为实现其立法目的宗旨之正当性，其轻度滥用时限制其资格待滥用情形消除及损害填补后予以恢复，而其重度滥用或其根据不复存在时消除其资格，在此情形得依相关当事人申请而强制特别表决权股份向普通股的转化。因此，相关资格的规定和转化的规定存在内在逻辑上的关联，但不具有必然性。自此而言，《科创板上市规则》第4.5.9条（转化条款）和第4.5.3条（资格条款）各自内容上存在进一步完善的空间（尤其是资格条款）。

44. 比如严重损害公司及其他股东利益的情形无疑应当触发强制转化。又如兼顾上市公司收购肯认和特别表决权维护之平衡应当设立打破规则，即收购人在收购或持有公司股份达到一定比例时也应触发强制转化。

45. 比如不同情形的认定及强制转化应当履行何种具体程序。

46. 比如相关触发强制转化条款的特别表决权股东未予或怠于通知上市公司应承担的相关责任。有学者也认为现在科创板上市规则当中，对持有高权重投票权股东的不当行为惩处力度较弱。在低权重投票权股东对公司缺乏实质性控制的情境下，其难以维护自身合法利益，因此需要政府提供有力的法律保障，加强对高权重投票权股东滥用表决权或其他违法违规行为的追责力度。详见于莹、张赫曦：《机构投资者与我国差异化股权制度的适应性发展》，载2019年中国资本市场法治论坛会议论文集《公司法修改中公司类型、公司治理与股权保护的制度创新》。但无论如何，加强对公司或特别表决权股东的违规的处理，比下达警示函、关注函和警告、公开谴责、限制或剥夺表决权以及损害赔偿等等，更进一步考虑强制退市等等。

47. 相关规则必须根据“利益相关原则”进一步明确，详见朱慈蕴、沈朝辉：《类别股与中国公司法的演进》，载《中国社会科学》（2013年第9期）。具体表决机制建议可借鉴《到境外上市公司章程必备条款》（1994年颁行）第九章的规定。

48. 现有规则仅规定了上市公司应当在股东大会通知中列明持有特别表决权股份的股东、所持特别表决权股份数量及对应的表决权数量、股东大会提案是否涉及第4.5.10条规定事项等情况。而并未对表决结果相关披露要求做进一步规定。

市还较为遥远还很不确定的初创设立时?<sup>49</sup>

2、当发行人为境外具有差异化表决权架构的红筹企业时,《科创板上市规则》第四章第五节表决权差异安排和第十三章第一节红筹企业特别规定产生了竞合,何者规定优先适用,还是择其严者适用?<sup>50</sup> ❷

49. 显然,相关规定将此判断权交给了企业自己,交给了市场。我们注意到,在优刻得案例,其系于2018年9月14日由优刻得有限整体变更而成的股份有限公司,而后在上市申报前夕(2019年4月1日)即2019年3月17日召开2019年第一次临时股东大会,表决通过《关于<优刻得科技股份有限公司关于设置特别表决权股份的方案>的议案》设置特别表决权架构。根据相关法律意见书:通过保荐机构出具的《保荐机构关于发行人符合科创板定位要求的专项意见》并经保荐机构、发行人律师核查,发行人系一家合法设立并有效存续的股份有限公司,且为一家符合科创板定位的科技创新企业,符合《双创意见》有关实行“同股不同权”治理结构的企业应当为一家“科技企业”、以及《注册制实施意见》有关设置特别表决权安排的企业应当为一家“科技创新企业”的要求。当然,将来是否可以对非科技企业放开?限定“同股不同权”治理结构的企业应当为“科技企业”在世界比较少见,其著例如巴菲特持有股份的伯克希尔哈撒韦就不是科技企业或所谓新经济公司,但其实行的是典型的同股不同权架构。

50.《科创板上市规则》第4.5.1条:上市公司具有表决权差异安排的,应当充分、详细披露相关情况特别是风险、公司治理等信息,以及依法落实保护投资者合法权益规定的各项措施。《科创板上市规则》第13.1.3条:红筹企业在境内发行股票或者存托凭证并在本所科创板上市,股权结构、公司治理、运行规范等事项适用境外注册地公司法等法律法规的,其投资者权益保护水平,包括资产收益、参与重大决策、剩余财产分配等权益,总体上应不低于境内法律法规规定的要求,并保障境内存托凭证持有人实际享有的权益与境外基础证券持有人的权益相当。理论上而言,上市规则规定的上市条件,和红筹企业公司法规则是两个层面的规定应不构成直接冲突,但如果有一致的无疑应按更严的标准适用。



张诗伟  
合伙人  
资本市场部  
北京办公室  
+86 10 5957 2022  
zhangshiwei@zhonglun.com

# 全裝修商品房買賣過程的 常見糾紛類型及裁判審查要點

作者：慈龍軍、孫珊珊



## 第一部分\ 相关背景

自2017年起,浙江省及下属各地市、海南省、江苏省等开始陆续出台关于全装修商品房的相关专门规定;2019年2月15日,住建部办公厅发布了关于《城乡给水工程项目规范》等38项住房和城乡建设领域全文强制性工程建设规范公开征求意见的通知,其中《住宅项目规范(征求意见稿)》(以下简称“住宅项目规范”)第2章第2.3.2条明确规定“城镇新建住宅建筑应全装修交付”,可以预见,未来新建商品房中,全装修商品房的占比将越来越大。

2019年12月16日,江苏省高院印发了《商品房装修房买卖合同装修质量纠纷案件审理指南》,然而目前我国关于全装修商品房的相关法律法规仍不完善,裁判尺度并不统一,有关全装修商品房的纠纷也非常繁杂。基于此,我们进行了全装修商品房法律法规及案例的专门搜集检索,对全装修商品房的法律规制及裁判审查要点进行了如下总结。

## 第二部分\ 目前我国有关全装修商品房的法律规制

### (一) 关于全装修商品房的法律界定

《住宅项目规范》

第3章第2.3.2:城镇新建住宅**全装修交付**,即所有功能空间的固定面全部铺装或粉刷完成,给水排水、供暖、通风和空调、燃气、照明供电等系统基本安装到位,厨房和卫生间的基本设备全部安装完毕,达到基本使用标准。

同时,住宅交付时应当具备接通水、电、燃气、暖气等条件,配套设施具备交付使用条件,安全防护设施验收合格。

### (二) 关于全装修商品房预售/买卖合同的相关规定

#### 1. 浙江省实施《中华人民共和国消费者权益保护法》办法(自2017年5月1日起实施)

第二十条:房地产经营者销售全装修商品房的,应当在合同中明确所用主要装修材料的名称、品牌、规格、型号、等级和施工质量标准等内容;提供室内设施设备的,应当明确提供的设施设备的名称、品牌、规格、型号、等级和安装标准等内容。

#### 2.《台州市住房和城乡建设局关于加强住

## 宅全装修样板房管理的通知》(台建〔2019〕38号)

第六条:全装修住宅项目应当使用2018版《浙江省商品房买卖合同示范文本》(包括预售合同示范文本和现售合同示范文本)。

### 3.南京市《关于进一步加强我市商品住宅全装修建设管理的通知》(宁房市字〔2019〕15号)

第十一条:新上市商品住宅销售价格中的毛坯价格和装修价格,在商品房销售合同中进行明确,商品房销售合同应包括房屋总价、毛坯部分价格和装修部分价格等项内容。

### 4.海南省住房和城乡建设厅关于印发《海南省商品住宅全装修管理办法》(试行)的通知(琼建质〔2017〕131号)

第十九条:建设单位与购房者签订的商品房买卖合同中应当约定全装修商品住宅的总价,并载明装修主要材料、部品、设备、施工质量和质量保修期的具体标准。合同中未明确上述内容的,不得向房管部门申请合同备案。

## (三)关于全装修商品房样板间及广告宣传的相关规定

目前我国不同地区关于样板间的保留时间、是否必须作为交付标准等规定并不统一,例如,浙江省规定“在展示样板房对合同订立有重

大影响时,应当作为房屋装修质量的交付标准”,而海南省则规定“样板房应作为房屋交付参照标准,交付的装修质量和标准不得低于样板房标准”。具体规定如下:

### 1.江苏省高院《商品装修房买卖合同装修质量纠纷案件审理指南》

第六条:出卖人的广告宣传、样板房对装修价格等所作说明和允诺是具体确定,对买卖合同的订立和房屋价格的确定有重大影响,应当视为合同内容。

商品装修房销售时,出卖人设置样板间的,交付房屋的装修质量应当与样板房的装修质量相同。样板房装修的部分材料、施工质量和品质档次,应当作为装修质量要求的认定依据。

商品房买卖合同概括性排除样板房、广告宣传对装修质量要求约定的,不予支持。

### 2.浙江省实施《中华人民共和国消费者权益保护法》办法(自2017年5月1日起实施)

第二十条:房地产经营者预售全装修商品房的,应当提供交付样板房。交付样板房的保留时间,自全装修商品房交付消费者之日起不少于六个月,或者自建设项目竣工验收合格之日起不少于两年。全装修商品房的展示样板房、模型、展示板以及广告对于合同订立有重大影响的,应当作为房屋装修质量的交付标准。

### 3.海南省住房和城乡建设厅关于印发《海

## 南省商品住宅全装修管理办法》(试行)的通知(琼建质[2017]131号)

第十八条:建设单位应当在预售许可前按照装修设计文件设置样板房及产品展示区,鼓励设置装修施工工艺展示。样板房要真实反映装修标准和施工质量,作为房屋交付参照标准,交付的装修质量和标准不能低于样板房标准。样板房保留的时间自全装修商品住宅交付之日起不少于1年,或者自工程竣工验收备案之日起不少于2年。

## 4.《台州市住房和城乡建设局关于加强住宅全装修样板房管理的通知》(台建[2019]38号)

第六条:交付样板房应当与房屋买卖合同约定和最终交付给购房者的住宅全装修标准相一致。

## 5.南京市《关于进一步加强我市商品住宅全装修建设管理的通知》(宁房市字[2019]15号)

第十六条:新建全装修住宅项目应按所售主力户型1:1要求建设交付标准样板间,交付标准样板间应与装修评估报告、全装修示范合同的装修标准一致,在公开展示的交付标准样板间中标注各大件的标准品牌,对于部分定制产品,需注明材质标准。非交付标准须在现场明示,并在合同中注明。

## 第三部分 常见纠纷类型及裁判审查要点

通过在无讼网站输入关键词“全装修”、“商品房预售合同纠纷”进行检索,共计检索到高院案例7件,中院案例675件,基层人民法院案例2351件,其中,近5年以来的案例共计1237件。我们通过对近5年以来高院及中院相关裁判案例的查阅及分析,发现司法实践中关于全装修房屋涉及的争议类型主要包括三类:第一类是商品房是否为全装修房屋的争议;第二类为业主以装修价值不达标主张返还装修差价及利息的争议,第三类为业主以装修价值不达标为由主张解除购房合同的争议,其中以第二类纠纷居多,具体如下:

### (一) 业主主张所购房屋为全装修房屋,以交付房屋为毛坯房为由主张返还装修款

#### 审查要点:

#### 1. 审查购房合同关于装饰设备标准的约定,确定是否为全装修房屋

来源:(2019)浙01民终7311号案,具体如下:

周磊、董婷婷认为其所购买的商品房为精装修商品房。本院认为,《商品房买卖合同》第十二条明确,商品房装饰设备标准约定于合同附

件四,附件四中明确了案涉房屋的外墙、内墙、顶棚等交付标准,未明确案涉房屋系精装修。

## 2. 审查开发商向政府行政部门申请备案的销售方案是否明确系争房屋为全装修房,同时审核预售合同约定的价款是否为全装修房屋价款

**来源:** (2018)沪02民终2402号,具体如下:

本院认为,《预售合同》虽约定系争房屋不含全装修的总价为3,080万元,但同时约定该房屋全装修总价亦为3,080万元,《补充协议》也明确房屋价款按《预售合同》约定的全装修总价3,080万元执行,被告向政府行政部门申请备案的销售方案亦明确系争房屋为全装修房,故本院认为双方合同标的为全装修房屋。

## 3. 审查样板间是否构成交付标准,审查出卖人的广告、楼书、沙盘及其他宣传资料中关于全装修的宣传是否属于合同的组成部分

**来源:** (2019)浙01民终7311号案,具体如下:

双方签订的合同中亦未明确样板间为交付标准,且附件八中载明出卖人的广告、楼书、沙盘及其他宣传资料属于要约邀请,不作为合同的组成部分。周磊、董婷婷主张的样板间及实际交付房屋装修差价及违约金缺乏依据,原审未予支持并无不当。

## (二) 业主主张装修价格低于合同约定价格,要求返还装修价差及资金占用利息

### 1. 不支持返还价差及利息的审查要点

(1) 购房合同关于计价方式的约定,表明双方买卖的是全装修房屋,而非在毛坯房之外由开发商另行提供装修服务

**来源:** (2019)鲁02民终11760号案,具体如下:

上诉人与被上诉人签订的《青岛市商品房预售合同》补充协议第一条第五款明确载明买受人已完全知悉且理解涉案房屋价格无法拆分毛坯价和装修价,并且承诺不单独就房屋价格问题向出卖人主张任何权利。现上诉人主张涉案房屋装修价值另外单算,依据不足,其要求被上诉人返还装修差价,不符合合同约定。上诉人上诉主张该补充协议第一条第五款剥夺其诉权,为无效条款,依据不足,本院不予采纳。

(2) 商品房本身属于交易商品,在销售中必然包含开发商的可得利润,房屋价格并非毛坯价和装修价的简单相加,装修价值更非对房屋装修中各单项项目用材及施工价值的简单累加

**来源:** (2019)鲁02民终11760号案,具体如下:

商品房本身就属于交易商品,其在出售过程中必然包含开发商的可得利润,合同约定是开发商综合了交易市场的供求关系、价值规律、

利润空间等各种因素,在双方当事人自愿平等协商的基础上形成的,房屋价格并非毛坯价和装修价的简单相加,装修价值更非对房屋装修中各单项项目用材及施工价值的简单累加。合同约定的装修价值或者登记备案的装修价值高于实际交付的装修价值是符合商品市场正常运行规律的。

**(3) 购房合同未明确约定样板间作为交付标准或明确约定样板间只作为参考,对业主主张的样板间及实际交付房屋装修差价不予认可**

**来源:** (2019)浙01民终7292号案,具体如下:

双方签订的合同中未明确样板间为交付标准,且附件八第六条第5点已明确样板间仅供风格及装修效果的参考,不作为交付标准。袁友胜、项新蓉主张的样板间及实际交付房屋装修差价及违约金缺乏依据,本院难以支持。

**(4) 出卖人的广告、楼书、沙盘及其他销售、宣传资料仅为要约邀请,不应视为正式要约的内容,双方的权利和义务应以合同及附件约定的内容为准**

**来源:** (2019)皖11民终2115号案,具体如下:

合同约定开发商针对上诉人所购商品房及其所在楼宇、项目做的销售资料及宣传资料仅供上诉人购房时参考,并不视为正式要约之内

容,开发商不因上述广告、宣传资料而承担违约责任,上述广告、宣传资料于本合同及其附件内容不一致的,以本合同及其附件为准。双方在交易过程中口头表示的意向和信息,不构成合同内容,双方不受其约束。故开发商针对上诉人所购房屋所做的宣传资料不应视为正式要约的内容,双方的权利和义务应以合同及附件约定的内容为准。开发商广告宣传资料不能作为认定涉案房屋装修价值的依据,双方签订的商品房预售合同亦未明确约定房屋装修的价值,故上诉人主张涉案房屋装潢价值为1500元/平方米的诉讼请求不能成立。

**(5) 对装修价值进行评估不具有参考意义从而不支持业主的鉴定申请**

**来源:** (2019)浙01民终7292号案,具体如下:

袁友胜等向本院申请对样板房和涉案房屋的装修装饰设备价值进行鉴定,以证明欢乐城公司交付的商品房未达到质量标准。本院认为,袁友胜等在一审中已经就该鉴定提出申请,袁友胜等未能提交充分有效证据证明双方约定的商品房交付标准系以案涉楼盘的样板房为准,且双方已经在附件中明确约定样板房仅供风格及装修效果的参考,不作为交付标准,本院对该鉴定申请不予准许。

## **2.支持返还价差及利息的审查要点**

**(1) 以委托评估机构对涉案房屋的装修价**

值评估或与涉案房屋同批购买房屋的装修价值评估结论作为依据,如预售合同约定的装修价格高于评估价格,则开发商应予以退还

**来源:** (2015)西中民二终字第01532号案,具体如下:

李佳奕要求法院参照与其同批购买被告公司房屋的孙菁等案件法院委托评估机构对涉案房屋装修价值进行评估的结论来处理本案,理由成立。本院综合孙菁等案件对房屋装修价值进行评估的结论,其平均每平方米的装修价值远远低于双方合同中约定的装修价款。被告公司理应将装修款差额部分退还给李佳奕。

(2) 开发商交付房屋明显与合同约定的交付标准不符,如缺少交付标准中相关设施的,开发商应返还差价及赔偿

**来源:** (2018)沪01民终2382号案,具体如下:

系争预售合同第四条明确约定,系争房屋的总房价款包含附件三中所列明装修及设备的价款,而附件三中写明的“浴缸”理应包含于房屋总价款中。但是,开发商交付的系争房屋内并未安装浴缸,故开发商应支付屠其雨、魏芝浴缸折价补偿款1,728元。

(3) 开发商的宣传资料就案涉房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定,对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影

响,应认定为要约,从而认定以宣传资料中的标准作为装修交付标准,结合装修工程造价鉴定结论,认定应返还差价

**来源:** (2016)粤06民终2377号案,具体如下:

富逸湾公司在与黎劲涛签订案涉合同前,就案涉房屋的销售发放过宣传单,该宣传单明确均价6180元/㎡含2000元/㎡全屋品牌豪装,宣传单还附有房门、卫生间门、防火门、橱柜、灯饰、浴室、地砖、空调、地板的品牌及参考价。故虽然商品房的销售广告和宣传资料一般情况下为要约邀请,但富逸湾公司就案涉房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定,对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响,原审法院据此并结合当事人双方在涉案《商品房买卖合同》中关于涉案房屋的装修标准未作出新的约定之案件事实,将富逸湾公司在上述宣传单中关于房屋装修标准为2000元/㎡的承诺认定为涉案《商品房买卖合同》的应有内容妥当,本院予以维持,原审法院以广东同益达工程顾问有限公司出具的《工程造价鉴定书》作为案涉房屋工程造价的依据,并据此判决富逸湾公司向黎劲涛支付装饰装修差价67057.32元妥当,本院予以维持。

### (三)购房者以全装修未达到约定的\*\*\*元/平方米装修标准为由,主张解除购房合同

不支持解除合同的裁判审查要点

装修不达标不构成合同目的不能实现,应不予支持

来源:(2017)鲁民申717号案,具体如下:

关于装修标准,涉案合同第十三条约定:“出卖人交付使用的商品房的装饰、设备标准应符合双方约定(附件三)的标准,达不到约定标准的,买受人有权要求出卖人按约定予以完善或据实向买受人补偿装饰、设备差价,合同继续履行”。《中华人民共和国合同法》第九十四条第(四)项规定,当事人一方迟延履行债务或者其他违约行为致使不能实现合同目的,当事人可以解除合同。根据以上查明的事实,王敬顺主张房屋精装修不达标不属于上述情形,原审驳回王敬顺依据该条款行使解除权的诉求,并无不当。

## 第四部分 结语

纵观商品房开发销售的整个工程,自在建工程报批、报监及竣工验收备案至商品房销售方案备案阶段、前期销售宣传至最终的商品房预售/买卖合同签订及商品房交付阶段,就全装

修商品房而言,每一个环节都存在引发法律争议的风险。目前存在争议较多的阶段应属前期销售宣传阶段,各地的法律规制及裁判尺度尚不统一,且通常易被开发商忽视的阶段也是前期销售宣传阶段,而该阶段开发商向购房人发放的宣传资料、展示的样板间等,往往又会成为法院在裁判过程中的关注焦点,目前江苏省高院已明确作出了“商品房买卖合同概括性排除样板房、广告宣传对装修质量要求约定的,不予支持。”的规定。在前述背景下,建议各地房企除应加强对销售人员、营销代理的管理外,还应及时关注当地法院、住建管理部门等有关主管部门关于全装修商品房的法律规制动态,以便更好的对商品房销售等行为的法律后果作出预判,最大程度防范自身的法律风险。☞



慈龙军  
合伙人  
房地产和基础设施部  
青岛办公室  
+86 532 5572 8667  
cilongjun@zhonglun.com



中伦研究院出品



*laurent-b\_pA5RUGRPvg-unsplash*

特别声明:以上所刊登的文章仅代表作者本人观点,不代表北京市中伦律师事务所或其律师出具的任何形式之法律意见或建议。未经本所书面授权,不得转载或使用该等文章中的任何内容,含图片、影像等试听资料。如您有意就相关议题进一步交流或探讨,欢迎与本所联系。