

Mar / Apr

2020 / 三月 / 四月 / 合刊

51

总第51期

谦虚

严谨

恪己

仁爱

Hebei Hongce Law Firm

宏策律师



一辈子

一金融

一地产

 河北宏策律师事务所
Hebei Hongce Law Firm

卷首语

喜欢就去做吧

起初，我们总是会害怕，害怕不能得到自己渴望的物质生活，害怕遇不到那个好好爱自己的人，害怕失去青春也换不回事业上的进步，害怕会做出一个让自己悔恨的决定，可这一路，我们就是这样踩着自己的害怕和悔恨走来，渐渐地在害怕中一点点成长、充实，日益强大，对当初做下的决定释然，最终迎接另一种不惧怕未来的自己。

有人说喜欢读书，却一直抱怨没有时间；有人说自己计划晨跑，但总会推脱起不了床；有人说梦想是一个人旅行，却又因为怯懦一次次放弃。其实，生活已经厌倦了说说而已的把戏，或许就算有人告诉你如何去做，你也不会照做，因为你根本什么都不做。真正有行动力的人不需要别人告诉他如何做，因为他已经在做了。就算碰到问题，也会自己想办法，自己动手去解决或者主动寻求可以帮助他的人，而不是等着别人为自己解决问题。

很多人说现实束缚了自己，其实在这个世界上，我们一直都可以有很多选择，生活的决定权也一直都在自己手上，可是我们缺乏的是行动力。如果安于现状是你想要的，那安于现状就会让你幸福和满足；如果你不甘平庸，在追求不平庸的过程中，你也一样会感到快乐。

所谓的成功，即是按照自己想要的生活方式生活。

目 录

◆ 立法新知

国务院办公厅关于贯彻实施修订后的证券法有关工作的通知

国办发〔2020〕5号

国家发展改革委关于企业债券发行实施注册制有关事项的通知

发改财金〔2020〕298号

国务院关于授权和委托用地审批权的决定

国发〔2020〕4号

河北省人民政府办公厅关于做好近期建设用地报批工作的通知

冀政办字〔2020〕37号

最高人民法院印发《关于推进破产案件依法高效审理的意见》的通知

法发〔2020〕14号

◆ 专业解读

IPO过程中实际控制人的认定分析

建筑施工挂靠情形下的开票义务责任主体及风险规范

关于公司人格否认制度的最新法律分析

◆ 实战案例研习

混合担保的担保人之间能否行使内部追偿权

如何利用“强制分配利润”制度实现盈余分配

◆ 经典经济读物鉴赏

《一课经济学》

——这是一本了不起的著作。这本书以罕见的勇气和正直，准确地写出了最需要写的东西。

名家语录

——害怕危险的心理比危险本身还要可怕一万倍。

◆ **立法新知** 金融形势瞬息万变，地产风云变幻莫测，立法新知将为您传递金融、地产领域最新的法律、法规、政策，为您准确把握政策，洞悉市场走势提供法律依据。

国务院办公厅关于贯彻实施修订后的 证券法有关工作的通知

国办发〔2020〕5号

各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构：

《中华人民共和国证券法》（以下简称证券法）已由十三届全国人大常委会第十五次会议于2019年12月28日修订通过，自2020年3月1日起施行。为做好修订后的证券法贯彻实施工作，经国务院同意，现就有关事项通知如下：

一、充分认识证券法修订的重要意义

本次证券法修订系统总结我国资本市场改革发展、监管执法、风险防控的实践经验，作出全面推行证券发行注册制、显著提高证券违法成本、完善投资者保护制度、强化信息披露义务、压实中介机构责任等制度改革，为打造一个规范、透明、开放、有活力、有韧性的资本市场提供了有力法制保障，对于深化金融供给侧结构性改革，健全具有高度适应性、竞争力、普惠性的现代金融体系，维护国家经济金融安全具有重要意义。各地区、各有关部门要充分认识本次证券法修订的重要意义，做好学习宣传，分类分层开展培训，不断提高证券行政执法人员依法行政、依法监管、依法治市能力。

二、稳步推进证券公开发行注册制

（一）分步实施股票公开发行注册制改革。证监会要会同有关方面依据修订后的证券法和《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》的规定，进一步完善科创板相关制度规则，提高注册审核透明度，优化工作程序。研究制定在深圳证券交易所创业板试点股票公开发行注册制的总体方案，并及时总结科创板、创业板注册制改革经验，积极创造条件，适时提出在证券交易所其他板块和国务院批准的其他全国性证券交易场所实行股票公开发行注册制的方案。相关方案经国务院批准后实施。

在证券交易所有关板块和国务院批准的其他全国性证券交易场所的股票公开发行人注册制前，继续实行核准制，适用本次证券法修订前股票发行核准制度的规定。

（二）落实好公司债券公开发行注册制要求。依据修订后的证券法规定，公开发行公司债券应当依法经证监会或者国家发展改革委注册。依法由证监会负责作出注册决定的公开发行公司债券申请，由证监会指定的证券交易所负责受理、审核。依法由国家发展改革委负责作出注册决定的公开发行公司债券申请，由国家发展改革委指定的机构负责受理、审核。申请公开发行公司债券的发行人，除符合证券法规定的条件外，还应当具有合理的资产负债结构和正常的现金流量。鼓励公开发行公司债券的募集资金投向符合国家宏观调控政策和产业政策的项目建设。

（三）完善证券公开发行注册程序。证监会指定的证券交易所等机构、国家发展改革委指定的机构按照规定受理、审核公开发行证券申请，主要通过审核问询、回答问题方式开展审核工作，督促发行人完善信息披露内容，并根据审核情况提出同意发行或终止审核的意见。证监会、国家发展改革委收到有关机构报送的审核意见、发行人注册申请文件及相关审核资料后，履行发行注册程序。证监会、国家发展改革委应当制定发布相关证券公开发行注册的具体管理办法。

三、依法惩处证券违法犯罪行为

严格落实修订后的证券法规定，进一步完善证券监管执法标准，提高监管能力和水平。加大对欺诈发行、违规信息披露、中介机构未勤勉尽责以及操纵市场、内幕交易、利用未公开信息进行证券交易等严重扰乱市场秩序行为的查处力度。加强行政执法与刑事司法衔接，强化信息共享和线索通报，提高案件移送查处效率。公安机关要加大对证券违法犯罪行为的打击力度，形成有效震慑。

四、加强投资者合法权益保护

有关部门要认真贯彻修订后的证券法，采取有力有效措施，依法保护投资者特别是中小投资者合法权益。要积极配合司法机关，稳妥推进由投资者保护机构代表投资者提起证券民事赔偿诉讼的制度，推动完善有关司法解释。严格执行信息披露规定，完善有关规则，明确信息披露媒体的条件，做好规则修订前后的过渡衔接，依法保障投资者知情权。

五、加快清理完善相关规章制度

证监会、司法部等部门要对与证券法有关的行政法规进行专项清理，及时提出修改建议。有关部门要对照证券法修订后的新要求，抓紧组织清理相关规章制度，做好立改废释等工作，做好政策衔接。

国务院办公厅
2020年2月29日

国家发展改革委关于企业债券发行 实施注册制有关事项的通知

发改财金〔2020〕298号

各省、自治区、直辖市及计划单列市、新疆生产建设兵团发展改革委，中央国债登记结算有限责任公司、中国银行间市场交易商协会：

修订后的《中华人民共和国证券法》自2020年3月1日起施行，根据《国务院办公厅关于贯彻实施修订后的证券法有关工作的通知》（国办发〔2020〕5号，以下简称《通知》）有关要求，现就企业债券发行实施注册制的有关事项通知如下。

一、企业债券发行全面施行注册制

按照《中华人民共和国证券法》和《通知》有关要求，企业债券发行由核准制改为注册制。国家发展改革委为企业债券的法定注册机关，发行企业债券应当依法经国家发展改革委注册。

国家发展改革委指定相关机构负责企业债券的受理、审核。其中，中央国债登记结算有限责任公司为受理机构，中央国债登记结算有限责任公司、中国银行间市场交易商协会为审核机构。两家机构应尽快制定相关业务流程、受理审核标准等配套制度，并在规定的时限内完成受理、审核工作。

企业债券发行人直接向受理机构提出申请，我委对企业债券受理、审核工作及两家指定机构进行监督指导，并在法定时限内履行发行注册程序。

二、明确企业债券发行条件

企业债券发行人应当具备健全且运行良好的组织机构，最近三年平均可分配利润足以支付企业债券一年的利息，应当具有合理的资产负债结构和正常的现金流量，鼓励发行企业债券的募集资金投向符合国家宏观调控政策和产业政策的项目建设。

三、强化信息披露要求和中介机构责任

确立以信息披露为中心的注册制监管理念，明确发行人是信息披露的第一责任人。发行人应当遵循真实、准确、完整、及时、公平的原则，按照法律法规及我委的有关规定，通过指定的渠道披露信息，并承担相应的法律责任。承销机构、信用评级机构、会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等中介机构应勤勉尽责、诚实守信。中介机构应对债券发行人进行充分的尽职调查，协助做好信息披露等工作，对所出具的专业报告和专业意见负责。受理审核机构可对信息披露内容和形式进行督促检查。

四、落实省级发展改革部门监管职责

按照注册制改革的需要，取消企业债券申报中的省级转报环节。债券募集资金用于固定资产投资项目的，省级发展改革部门应对募投项目出具符合国家宏观调控政策、固定资产投资管理法规和产业政策的专项意见，并承担相应责任。省级发展改革部门要发挥属地管理优势，通过项目筛查、风险排查、监督检查等方式，做好区域内企业债券监管工作，防范化解企业债券领域风险。

五、加强与有关部门的协调配合

国家发展改革委将与证监会等有关部门密切配合，贯彻落实好《中华人民共和国证券法》和《通知》的有关要求，协同有序推进注册制实施的各项工作。我委将积极支持证监会开展债券市场统一执法工作，依法严惩企业债券领域的违法违规行为。

六、稳妥做好新旧制度衔接

企业债券发行实施注册制是重大改革，企业债券市场参与各方应充分认识本次改革的重要意义，认真贯彻落实相关要求。对于修订后的《中华人民共和国证券法》施行前已受理的企业债券项目，我委将按原核准制有关要求继续推进。我委将不断完善监管规则，制定注册文件格式、申报文件目录等配套文件，建立公开、透明、高效的企业债券发行注册管理体系。

现阶段，申报文件内容和格式仍参照现行规定办理。

国家发展改革委

2020年3月1日

国务院关于授权和委托用地审批权的决定

国发〔2020〕4号

各省、自治区、直辖市人民政府，国务院各部委、各直属机构：

为贯彻落实党的十九届四中全会和中央经济工作会议精神，根据《中华人民共和国土地管理法》相关规定，在严格保护耕地、节约集约用地的前提下，进一步深化“放管服”改革，改革土地管理制度，赋予省级人民政府更大用地自主权，现决定如下：

一、将国务院可以授权的永久基本农田以外的农用地转为建设用地审批事项授权各省、自治区、直辖市人民政府批准。自本决定发布之日起，按照《中华人民共和国土地管理法》第四十四条第三款规定，对国务院批准土地利用总体规划的城市在建设用地规模范围内，按土地利用年度计划分批次将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，国务院授权各省、自治区、直辖市人民政府批准；按照《中华人民共和国土地管理法》第四十四条第四款规定，对在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围外，将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，国务院授权各省、自治区、直辖市人民政府批准。

二、试点将永久基本农田转为建设用地和国务院批准土地征收审批事项委托部分省、自治区、直辖市人民政府批准。自本决定发布之日起，对《中华人民共和国土地管理法》第四十四条第二款规定的永久基本农田转为建设用地审批事项，以及第四十六条第一款规定的永久基本农田、永久基本农田以外的耕地超过三十五公顷的、其他土地超过七十公顷的土地征收审批事项，国务院委托部分试点省、自治区、直辖市人民政府批准。首批试点省份为北京、天津、上海、江苏、浙江、安徽、广东、重庆，试点期限1年，具体实施方案由试点省份人民政府制订并报自然资源部备案。国务院将建立健全省级人民政府用地审批工作评价机制，根据

各省、自治区、直辖市的土地管理水平综合评估结果，对试点省份进行动态调整，对连续排名靠后或考核不合格的试点省份，国务院将收回委托。

三、有关要求。各省、自治区、直辖市人民政府要按照法律、行政法规和有关政策规定，严格审查把关，特别要严格审查涉及占用永久基本农田、生态保护红线、自然保护区的用地，切实保护耕地，节约集约用地，盘活存量土地，维护被征地农民合法权益，确保相关用地审批权“放得下、接得住、管得好”。各省、自治区、直辖市人民政府不得将承接的用地审批权进一步授权或委托。

自然资源部要加强对各省、自治区、直辖市人民政府用地审批工作的指导和服务，明确审批要求和标准，切实提高审批质量和效率；要采取“双随机、一公开”等方式，加强对用地审批情况的监督检查，发现违规问题及时督促纠正，重大问题及时向国务院报告。

国务院

2020年3月1日

律师解读：

《国务院关于授权和委托用地审批权的决定》（以下简称《决定》）主要涉及两方面的审批权下放：一是将国务院可以授权的永久基本农田以外的农用地转为建设用地的审批事项，授权各省、自治区、直辖市人民政府批准；二是试点将永久基本农田转为建设用地和国务院批准土地征收审批事项，委托部分省、自治区、直辖市人民政府批准。

《决定》对相关审批权下放旨在“增效”。通过下放相关建设用地审批权，给省级地方政府更多的自主权，使其能够因地制宜，提高审批效率、项目落地效率和土地利用效率。但《决定》并未对建设用地规模“松绑”，目的是提高“效率”，而非建设用地规模“增量”。

虽然这次放权力度确实较大，但十分珍惜、合理利用土地和切实保护耕地基本国策没有改变，对于土地管理的要求并没有放松。

《决定》中，要求委托试点省份自然资源主管部门必须遵循严格保护耕地、节约集约用地的原则，按照法律政策规定及审查标准规范进行用地审查。同时，生态保护红线、永久基本农田和城镇开发边界这三条控制红线没有放松。此外，规划建设用地总量调控没有放松。

河北省人民政府办公厅

关于做好近期建设用地报批工作的通知

冀政办字〔2020〕37号

各市（含定州、辛集市）人民政府，各县（市、区）人民政府，雄安新区管委会，省政府有关部门：

2020年1月1日，经修改的《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）开始施行，对土地征收范围、征收程序、补偿标准等作出了新的规定。2020年3月1日，国务院印发《关于授权和委托用地审批权的决定》（国发〔2020〕4号），将永久基本农田以外的农用地转用审批权授权省级政府。为落实《土地管理法》规定和国务院国发〔2020〕4号文件精神，做好近期全省建设用地报批工作，现就有关事项通知如下：

一、明确界定审批权限

（一）分批次报批。石家庄、张家口、秦皇岛、唐山、保定、邯郸等6市在土地利用总体规划确定的中心城区建设用地规模范围内，按土地利用年度计划分批次将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，国务院授权省政府审批；原已经国务院批准农用地转用和土地征收方案的，按程序报省政府批准实施。除以上6个城市中心城区以外的市、县，在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内，按土地利用年度计划分批次将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，报省政府或者其授权的设区的市政府批准。符合公共利益需要，确需征收农民集体所有土地的，同时报省政府批准。

（二）按项目报批。在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围外的单独选址建设项目，将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，国务院授权省政府批准。涉及征收农民集体所有土地的，依据法定权限报国务院或省政府批准。其中，属于国务院征地批准权限的，省政府批准农用地转用后报国务院批准土地征收；属于省政府征地批准权限的，同时报省政府批准土地征收。

占用永久基本农田的重大建设项目用地，农用地转用和土地征收同时报国务院批准。

二、做好项目用地预审

（一）批准权限。建设项目用地实行分级预审，由建设项目批准、核准和备案机关同级的自然资源主管部门批准。其中，国务院或其投资主管部门、中央军委及其有关部门批准、核准、备案的建设项目，需新增建设用地且不占用永久基本农田的，自然资源部授权省自然资源厅预审。占用永久基本农田的重大建设项目，报自然资源部预审。

（二）预审阶段。批准类建设项目在可行性研究阶段，由项目建设单位提出用地预审申请。核准类建设项目在项目申请报告核准前，由项目建设单位提出用地预审申请。备案类建设项目在办理备案手续后，由项目建设单位提出用地预审申请。

三、规范开展土地征收

（一）征收范围。符合《土地管理法》第四十五条第（一）至（四）项规定的情形，确需征收集体所有土地的，可依法实施土地征收。《土地管理法》第四十五条第（五）项规定成片开发建设确需征收集体土地的，在国家成片开发建设标准出台前，国家级和省级开发区范围内可依法实施土地征收，其他土地征收范围待国家标准出台后按规定办理。

（二）征收程序。市、县政府要严格按照《土地管理法》第四十七条规定，履行“调查、评估、公告、听证、登记、协议”六步土地征收程序，相关前期工作完成后，方可申请征收土地。履行土地征收程序的相关资料在市、县自然资源主管部门卷宗中留存，用地报批时由市、县政府就土地征收有关情况作出说明。

（三）补偿标准。在省政府公布新的征地区片价之前，土地征收补偿继续按照《河北省人民政府关于实行征地区片价的通知》（冀政〔2008〕132号）和《河北省人民政府关于修订征地区片价的通知》（冀政发〔2015〕28号）规定执行。

四、依法做好工作衔接

（一）落实主体责任。市、县政府作为土地征收的实施主体，要切实履行主体责任，依法履行征地程序，及时支付补偿费用，落实安置措施，做好被征地农民的社会保障工作，妥善解决被征地农民的生产和生活，保障被征地农民原有生活水平不降低、长远生计有保障。

（二）做好工作衔接。2019年12月31日前，国家和省已经受理的建设用地卷宗，按原《土地管理法》继续完成审批。2019年12月31日前，已履行“告知、确认、听证”征地程序的，需按照新的规定，完善“调查、评估、公告、听证、登记、协议”六步土地征收程序。

（三）保障用地需求。市、县政府要根据建设项目用地需求，引导建设项目合理选址，提前开展土地征收前期工作，拟定用地报批计划，加快组卷报批速度。省自然资源厅要加强对各地建设用地报批工作的指导和服务，明确审批要求和标准，及时解决存在的问题，统筹做好建设用地报批工作，切实提高审批质量和效率。

雄安新区建设用地报批工作可参照执行。

河北省人民政府办公厅

2020年3月20日

律师解读：

为落实《土地管理法》和《关于授权和委托用地审批权的决定》，河北省政府办公厅于3月20日印发《关于做好近期建设用地报批工作的通知》，对做好近期全省建设用地报批工作提出明确要求。

通知明确了界定审批权限。从行政区划上，河北省将分批次报批。石家庄、张家口、秦皇岛、唐山、保定、邯郸6市在土地利用总体规划确定的中心城区建设用地规模范围内，按土地利用年度计划分批次将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，国务院授权省政府审批；原已经国务院批准农用地转用和土地征收方案的，按程序报省政府批准实施。除以上6个城市中心城区以外的市、县，在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内，按土地利用年度计划分批次将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，报省政府或者其授权的设区的市政府批准。符合公共利益需要，确需征收农民集体所有土地的，同时报省政府批准。

从项目类别上，河北省要按项目报批。在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围外的单独选址建设项目，将永久基本农田以外的农用地转为建设用地的，国

务院授权省政府批准。涉及征收农民集体所有土地的，依据法定权限报国务院或省政府批准。其中，属于国务院征地批准权限的，省政府批准农用地转用后报国务院批准土地征收；属于省政府征地批准权限的，同时报省政府批准土地征收。

另外，占用永久基本农田的重大建设项目用地，农用地转用和土地征收同时报国务院批准。

通知要求，规范开展土地征收。征收范围方面，符合《土地管理法》规定，确需征收集体所有土地的，可依法实施土地征收。《土地管理法》规定成片开发建设确需征收集体土地的，在国家成片开发建设标准出台前，国家级和省级开发区范围内可依法实施土地征收，其他土地征收范围待国家标准出台后按规定办理。

征收程序方面，市、县政府要严格按照《土地管理法》，履行“调查、评估、公告、听证、登记、协议”六步土地征收程序，相关前期工作完成后，方可申请征收土地。

最高人民法院印发

《关于推进破产案件依法高效审理的意见》的通知

法发〔2020〕14号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

现将《最高人民法院关于推进破产案件依法高效审理的意见》（下称《意见》）印发给你们，请遵照执行。

各级人民法院要认真学习 and 正确理解《意见》精神，努力提高破产审判效率，降低破产程序成本。要根据案件具体情况和经济社会发展形势，特别是在当前统筹推进新冠肺炎疫情防控和经济社会发展工作的形势下，充分发挥重整、和解、破产清算等不同程序的制度功能，加强执行程序与破产程序的衔接，将推进破产案件依法高效审理贯穿于促进市场主体积极拯救和及时退出等过程中，以更好地服务和保障国家经济高质量发展，助推营造国际一流营商环境。

特此通知。

最高人民法院

2020年4月15日

最高人民法院关于推进破产案件依法高效审理的意见

为推进破产案件依法高效审理，进一步提高破产审判效率，降低破产程序成本，保障债权人和债务人等主体合法权益，充分发挥破产审判工作在完善市场主体拯救和退出机制等方面的积极作用，更好地服务和保障国家经济高质量发展，助推营造国际一流营商环境，结合人民法院工作实际，制定本意见。

一、优化案件公告和受理等程序流程

1. 对于企业破产法及相关司法解释规定需要公告的事项，人民法院、管理人应当在全国企业破产重整案件信息网发布，同时还可以通过在破产案件受理法院公告栏张贴、法院官网发布、报纸刊登或者在债务人住所地张贴等方式进行公告。

对于需要通知或者告知的事项，人民法院、管理人可以采用电话、短信、传真、电子邮件、即时通信、通讯群组等能够确认其收悉的简便方式通知或者告知债权人、债务人及其他利害关系人。

2. 债权人提出破产申请，人民法院经采用本意见第1条第2款规定的简便方式和邮寄等方式无法通知债务人的，应当到其住所地进行通知。仍无法通知的，人民法院应当按照本意见第1条第1款规定的公告方式进行通知。自公告发布之日起七日内债务人未向人民法院提出异议的，视为债务人经通知对破产申请无异议。

3. 管理人在接管债务人财产、接受债权申报等执行职务过程中，应当要求债务人、债权人及其他利害关系人书面确认送达地址、电子送达方式及法律后果。有关送达规则，参照适用《最高人民法院关于进一步加强民事送达工作的若干意见》的规定。

人民法院作出的裁定书不适用电子送达，但纳入《最高人民法院民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》的试点法院依照相关规定办理的除外。

4. 根据《全国法院破产审判工作会议纪要》第38条的规定，需要由一家人民法院集中管辖多个关联企业非实质合并破产案件，相关人民法院之间就管辖发生争议的，应当协商解决。协商不成的，由双方逐级报请上级人民法院协调处理，必要时报请共同的上级人民法院。请求上级人民法院协调处理的，应当提交已经进行协商的有关说明及材料。经过协商、协调，发生争议的人民法院达成一致意

见的，应当形成书面纪要，双方遵照执行。其中有关事项依法需报请共同的上级人民法院作出裁定或者批准的，按照有关规定办理。

二、完善债务人财产接管和调查方式

5. 人民法院根据案件具体情况，可以在破产申请受理审查阶段同步开展指定管理人的准备工作。管理人对于提高破产案件效率、降低破产程序成本作出实际贡献的，人民法院应当作为确定或者调整管理人报酬方案的考虑因素。

6. 管理人应当及时全面调查债务人涉及的诉讼和执行案件情况。破产案件受理法院可以根据管理人的申请或者依职权，及时向管理人提供通过该院案件管理系统查询到的有关债务人诉讼和执行案件的基本信息。债务人存在未结诉讼或者未执行完毕案件的，管理人应当及时将债务人进入破产程序的情况报告相关人民法院。

7. 管理人应当及时全面调查债务人财产状况。破产案件受理法院可以根据管理人的申请或者依职权，及时向管理人提供通过该院网络执行查控系统查询到的债务人财产信息。

8. 管理人应当及时接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料。债务人拒不移交的，人民法院可以根据管理人的申请或者依职权对直接责任人员处以罚款，并可以就债务人应当移交的内容和期限作出裁定。债务人不履行裁定确定的义务的，人民法院可以依照民事诉讼法执行程序的有关规定采取搜查、强制交付等必要措施予以强制执行。

接管过程中，对于债务人占有的不属于债务人的财产，权利人可以依据企业破产法第三十八条的规定向管理人主张取回。管理人不予认可的，权利人可以向破产案件受理法院提起诉讼请求行使取回权。诉讼期间不停止管理人的接管。

9. 管理人需要委托中介机构对债务人财产进行评估、鉴定、审计的，应当与有关中介机构签订委托协议。委托协议应当包括完成相应工作的时限以及违约责任。违约责任可以包括中介机构无正当理由未按期完成的，管理人有权另行委托，原中介机构已收取的费用予以退还或者未收取的费用不再收取等内容。

三、提升债权人会议召开和表决效率

10. 第一次债权人会议可以采用现场方式或者网络在线视频方式召开。人民法院应当根据企业破产法第十四条的规定，在通知和公告中注明第一次债权人会议的召开方式。经第一次债权人会议决议通过，以后的债权人会议还可以采用非

在线视频通讯群组等其他非现场方式召开。债权人会议以非现场方式召开的，管理人应当核实参会人员身份，记录并保存会议过程。

11. 债权人会议除现场表决外，可以采用书面、传真、短信、电子邮件、即时通信、通讯群组等非现场方式进行表决。管理人应当通过打印、拍照等方式及时提取记载表决内容的电子数据，并盖章或者签字确认。管理人为中介机构或者清算组的，应当由管理人的两名工作人员签字确认。管理人应当在债权人会议召开后或者表决期届满后三日内，将表决结果告知参与表决的债权人。

12. 债权人请求撤销债权人会议决议，符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》第十二条规定的，人民法院应予支持，但会议召开或者表决程序仅有轻微瑕疵，且对决议未产生实质影响的，人民法院不予支持。

四、构建简单案件快速审理机制

13. 对于债权债务关系明确、债务人财产状况清楚、案情简单的破产清算、和解案件，人民法院可以适用快速审理方式。

破产案件具有下列情形之一的，不适用快速审理方式：

（1）债务人存在未结诉讼、仲裁等情形，债权债务关系复杂的；

（2）管理、变价、分配债务人财产可能期限较长或者存在较大困难等情形，债务人财产状况复杂的；

（3）债务人系上市公司、金融机构，或者存在关联企业合并破产、跨境破产等情形的；

（4）其他不宜适用快速审理方式的。

14. 人民法院在受理破产申请的同时决定适用快速审理方式的，应当在指定管理人决定书中予以告知，并与企业破产法第十四条规定的事项一并予以公告。

15. 对于适用快速审理方式的破产案件，受理破产申请的人民法院应当在裁定受理之日起六个月内审结。

16. 管理人应当根据企业破产法第六十三条的规定，提前十五日通知已知债权人参加债权人会议，并将需审议、表决事项的具体内容提前三日告知已知债权人。但全体已知债权人同意缩短上述时间的除外。

17. 在第一次债权人会议上，管理人可以将债务人财产变价方案、分配方案以及破产程序终结后可能追加分配的方案一并提交债权人会议表决。

债务人财产实际变价后，管理人可以根据债权人会议决议通过的分配规则计算具体分配数额，向债权人告知后进行分配，无需再行表决。

18. 适用快速审理方式的破产案件，下列事项按照如下期限办理：

(1) 人民法院应当自裁定受理破产申请之日起十五日内自行或者由管理人协助通知已知债权人；

(2) 管理人一般应当自接受指定之日起三十日内完成对债务人财产状况的调查，并向人民法院提交财产状况报告；

(3) 破产人有财产可供分配的，管理人一般应当在破产财产最后分配完结后十日内向人民法院提交破产财产分配报告，并提请裁定终结破产程序；

(4) 案件符合终结破产程序条件的，人民法院应当自收到管理人相关申请之日起十日内作出裁定。

19. 破产案件在审理过程中发生不宜适用快速审理方式的情形，或者案件无法在本意见第 15 条规定的期限内审结的，应当转换为普通方式审理，原已进行的破产程序继续有效。破产案件受理法院应当将转换审理方式决定书送达管理人，并予以公告。管理人应当将上述事项通知已知债权人、债务人。

五、强化强制措施和打击逃废债力度

20. 债务人的有关人员或者其他人员有故意作虚假陈述，或者伪造、销毁债务人的账簿等重要证据材料，或者对管理人进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打、打击报复等违法行为的，人民法院除依法适用企业破产法规定的强制措施外，可以依照民事诉讼法第一百一十一条等规定予以处理。

21. 债务人财产去向不明，或者债权人、出资人等利害关系人提供了债务人相关财产可能存在被非法侵占、挪用、隐匿等情形初步证据或者明确线索的，管理人应当及时对有关财产的去向情况进行调查。有证据证明债务人及其有关人员存在企业破产法第三十一条、第三十二条、第三十三条、第三十六条等规定的行为的，管理人应当依法追回相关财产。

22. 人民法院要准确把握违法行为入刑标准，严厉打击恶意逃废债行为。因企业经营不规范导致债务人财产被不当转移或者处置的，管理人应当通过行使撤销权、依法追回财产、主张损害赔偿等途径维护债权人合法权益，追究相关人员的民事责任。企业法定代表人、出资人、实际控制人等有恶意侵占、挪用、隐匿企业财产，或者隐匿、故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计账簿、财务会计

报告等违法行为，涉嫌犯罪的，人民法院应当根据管理人的提请或者依职权及时移送有关机关依法处理。

律师解读：

《关于推进破产案件依法高效审理的意见》（以下简称《意见》）共 22 条，主要从“优化案件公告和受理等程序流程”、“完善债务人财产接管和调查方式”、“提升债权人会议召开和表决效率”、“构建简单案件快速审理机制”、“强化强制措施和打击逃废债力度”五个方面推进破产案件依法高效审理，具体而言：

一、优化了案件公告和受理等程序流程

《意见》该部分主要明确了破产环节中公告、通知的方式以及送达、管辖的程序性问题。对于需要公告的事项，统一确定为法院和管理人应当在全国企业破产重整案件信息网发布，充分发挥了破产重整案件信息平台的枢纽作用。

对于在破产程序中法院和管理人需要通知或者告知债权人、债务人及其他利害关系人的事项，明确可以采用现代电子化的方式通知或者告知，改变了过去只能通过邮寄纸质文书的方式。

针对实践中出现因各种原因无法联系债务人的情况，《意见》明确如果债权人提出破产申请，法院无法通过邮寄或电子化方式通知，到其住所地也无法通知的，法院可以在全国企业破产重整案件信息网、破产案件受理法院公告栏、法院官网、报纸刊登或者在债务人住所地通过张贴等方式进行公告，公告期间从过去的 6 7 天缩短为 7 天，极大的提高了破产案件的受理效率。

二、完善了债务人财产接管和调查方式

《意见》赋予了法院可以根据管理人对破产案件贡献的大小，确定或者调整管理人报酬方案；而且法院可以将内部的“案件管理系统”及“网络执行查控系统”用于破产案件；同时《意见》明确对债务人应当移交拒不移交这一情形可以处以罚款；最后，《意见》赋予了管理人解除权，能够有效的督促评估、鉴定、审计等中介机构按期完成相关工作。

三、提升了债权人会议召开和表决效率

《意见》明确了第一次债权人会议不仅可以采用现场方式召开，也可以通过网络在线视频方式召开。在第一次债权人会议决议通过后，以后的债权人会议还可以通过非现场方式召开。债权人会议除现场表决外，还可以采用非现场方式进行表决。对会议召开或是表决程序轻微瑕疵，对决议未产生实质影响的，不影响破产案件的审理，《意见》基本实现了办理破产全程网络化，极大解决了疫情期间债权人会议召开难、表决难的问题，保障破产审理工作正常推进。

四、构建了简单案件快速审理机制

《意见》该部分确定了破产案件快速审理方式的条件及案件类型、采用快速审理方式的破产案件的审限等内容，赋予了全体债权人缩短债权人会议召开过程中相关期限的权利。管

理人在一债会中可一并表决财产变价方案、分配方案以及或有追加分配方案。

五、强化了强制措施和打击逃废债力度

《意见》该部分强调了法院对债务人的有关人员或其他人员违法行为的处罚，将妨碍破产案件审理的违法行为作为妨碍司法的行为，《意见》还进一步明确管理人对债务人财产的调查义务，在符合条件的情况下及时行使取回权，同时强调法院要发挥打击逃废债的职能，对申请破产案件进行甄别，严厉打击“假破产”恶意逃废债的行为。

- ◆ **专业解读** 法律风险无处不在，此处专业解读了各企业在运营过程中极易混淆疏忽的法律问题，有助您规避法律风险，为您保驾护航！

IPO 过程中实际控制人的认定分析

在公司 IPO 过程中，实际控制人的认定和变化会直接影响经营决策的稳定性和连续性，亦会给投资者的投资决策带来关键性影响，因此，实际控制人的认定历来是证券监管部门审核的重点，本文将实际控制人的认定问题为核心，进行详尽阐述。

一、实际控制人的认定

1、《公司法》对实际控制人的界定

根据《公司法》第二百一十七条第三款的规定，“**实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。**”

在此，需要注意一点，**控股股东是与实际控制人不同的概念**。根据《公司法》第二百一十七条第二款的规定，“**控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。**”

因此，基于《公司法》条文，**控股股东与实际控制人的根本区别在于是否直接持有公司股份，控股股东直接持有公司股份，而实际控制人不直接持有公司股份。**

2、证监会扩大了实际控制人的内涵

根据《首次公开发行股票并上市管理办法》第十二条规定：“**发行人最近 3 年内主营业务和董事、高级管理人员没有发生重大变化，实际控制人没有发生变更。**”但是关于这个“实际控制人”在实践中存在很大的问题，因此关于它的理解和适用，证监会专门公开发文予以解释。

根据《〈首次公开发行股票并上市管理办法〉第十二条“实际控制人没有发生变更”的理解和适用——证券期货法律适用意见第 1 号》（证监法律字[2007]15

号》), 证监会认为从立法意图看, 《首发办法》第十二条规定要求发行人最近 3 年内实际控制人没有发生变更, 旨在以**公司控制权的稳定**为标准, 判断公司是否具有持续发展、持续盈利的能力, 以便投资者在对公司的持续发展和盈利能力拥有较为明确预期的情况下做出投资决策。由于公司控制权往往能够决定和实质影响公司的经营方针、决策和经营管理层的任免, 一旦公司控制权发生变化, 公司的经营方针和决策、组织机构运作及业务运营等都可能发生重大变化, 给发行人的持续发展和持续盈利能力带来重大不确定性。而**公司控制权是能够对股东大会的决议产生重大影响或者能够实际支配公司行为的权力, 其渊源是对公司的直接或者间接的股权投资关系**。因此, 认定公司控制权的归属, 既需要审查相应的股权投资关系, 也需要根据个案的实际情况, 综合对发行人股东大会、董事会决议的实质影响、对董事和高级管理人员的提名及任免所起的作用等因素进行分析判断。

综上, 实务中, **实际控制人是指虽不直接持有公司股份, 或者其直接持有的股份达不到控股股东要求的比例, 但通过投资关系、协议或者其他安排, 能够实际支配公司行为的自然人、法人或者其他组织**。因此, 不论是直接或间接持有股权, 均有可能认定为实际控制人, 在实践中, 证监会也确实有将控股股东和实际控制人界定为同一人的案例。

3、如何判断是否拥有公司控制权

在实务中判断是否拥有公司的控制权(即其是否能够对公司决策产生重大影响或者是否能够实际支配公司行为), 除投资者对公司间接的股权投资关系外, 还应根据具体情况, 综合以下因素进行分析判断:

- (1) 其对股东大会的影响情况;
- (2) 其对董事会的影响情况;
- (3) 其对董事和高级管理人员的提名及任免情况;
- (4) 公司股东持股及其变动情况;
- (5) 公司董事、高级管理人员的变动情况;
- (6) 发行审核部门认定的其他有关情况。

二、共同实际控制人

在直接或间接持有公司股权的人员之间存在某种特殊关系或股权比例较为

分散，且没有一方持股到 50%以上的情况下，公司的实际控制人并非一人，存在两人及以上共同控制公司的情况。

例如，从公司的股权结构来看，第一大股东为 A，但是 A 可能不参与公司的日常经营决策，而影响公司经营决策的董事会层面，甚至对公司董事和高管的提名任免方面，能够施加重大影响的为 B。此时无论是认定 A 或者 B 为公司的实际控制人都存在片面或不妥之处。又或者，一些中小企业由关系密切的家庭成员如夫妻共同设立，双方持股比例相当，在公司的经营决策上同进同退，并都对公司的运营具有着举足轻重的作用，此时，只认定其中一方为实际控制人也不能真实地反映公司的控制权状况。

因此，便引入了共同实际控制人这一概念。

在判断能否认定为共同实际控制人需要考虑多方在报告期内是否形成一致行动关系以及在上市后能否确保在一定期间内仍保持一致行动关系，而判断各方是否存在一致行动关系主要从以下几个方面进行认定。

1、由家庭成员关系认定为共同实际控制人

实务中，由关系密切的家庭成员共同设立公司并长期以来共同控制公司的情况并不鲜见，这其中最常见的夫妻关系。由于夫妻在法律上本来就存在着共同财产的概念，双方之间本来对公司控制权的归属问题可能就不如其他关系中那么敏感，因此更容易产生共同实际控制人的现象。

当然，除了夫妻关系之外，父母之女都有可能成为共同“组团”控制公司的主体。在中国父业子承的观念下，许多子女并未参与公司的创立发展，但是却受让其父母大量乃至全部的股份，但在公司的日常运营决策中，仍然由父母进行掌控的公司也是非常常见。此时，作为创始者的父母对公司的董事高管任命，董事会及股东会的决议都有可能产生决定性作用，那么，仅因为其未持股或持股比例低而不列为实际控制人则是不恰当的，此种情况下宜将各方都列为共同实际控制人。

2、基于一致行动协议而产生的共同实际控制人

在一些上市企业中，对于没有婚姻或血缘关系的股东之间，基于共同控制公司的需要，也需要通过签署《一致行动协议》，实现共同控制。

实务中：两种约定：

A: 约定相关行动人在投票前，应充分协商，取得一致意见，保持表决的一致性；

B: 约定相关行动人按照其中一人的意见一致行动，或者其他人委托其中一人行使股权权利。

目前的审核实践来看，《一致行动协议》的签署主要有以下几种情况。

一种是发行人有的在申报前才签署《一致行动协议》，以保证上市后股权的稳定，这种是可以被认可的，但是需要解释报告期内在没有《一致行动协议》情形下控制人是否共共同决策且从未出现分歧。

另一种是发行人在报告期初期甚至报告期以前，各方面早已签署了《一致行动协议》，此时需要从多个方面考虑《一致行动协议》的真实性，可以从以下几个方面进行综合评判：

(1) 历次股东大会和董事会会表决时一致行动人的意见是否保持一致，是否存在过不一致的情形；

(2) 在董事提名、高管任命工情况，是否保持一致，是否存在过重大分歧；

(3) 一致行动人在公司管理层的任职情况，在公司管理过程中的分工情况，是否可以充分保证一致行动人在公司日常生产经营决策上能够保持一致。

3、基于事实的一致行动而产生的共同实际控制人

在一些公司当中，各股东之间并无家庭成员关系，也无一致行动协议，但实务中也有被认定为共同实际控制人的情况，典型如公司引入战略投资者使原创始人失去控股权的情况。对于投资者，特别是专业的投资机构而言，其主要看中的是公司的长远发展及收益，但鉴于其本身并非该行业专家，其无法也不可能参与到公司的日常经营决策当中，而公司原创始人虽然让出了控股权，却由于其专业能力和经验能够对公司的日常经营决策施加重大影响。

此时，创始人与投资者是一种相互依存以实现各自目的的关系，双方各自满足第 1 号意见中所提及的控股权的一些方面，因此，应当谨慎地将双方列为共同实际控制人。当然，除全面体现控制权之外，是否为“共同控制”才是共同实际控制人的重点，如双方各拥有对公司的一部分控制权，却长期意见冲突，内部不能统一，则共同控制无从谈起，公司更有可能陷入僵局的危险。

由此可见，既使没有一致行动协议，但基于事实的一致行动，根据公司本身

的特殊状况，也可以将多人列为共同实际控制人。上述引入战略投资者的情况只是其中的一种，事实上，只要满足由多人共同实际控制公司，并事实上保持了一致行动，均可以被认定为共同实际控制人。

4、关于共同实际控制人，如发行人及其保荐人和律师主张多人共同拥有公司控制权的，应当符合的条件是什么？

(1) 每人都必须直接持有公司股份和/或者间接支配公司股份的表决权；

(2) 发行人公司治理结构健全、运行良好，多人共同拥有公司控制权的情况不影响发行人的规范运作；

(3) 多人共同拥有公司控制权的情况，一般应当通过公司章程、协议或者其他安排予以明确，有关章程、协议及安排必须合法有效、权利义务清晰、责任明确，该情况在最近3年内且在首发后的可预期期限内是稳定、有效存在的，共同拥有公司控制权的多人没有出现重大变更；

(4) 发行审核部门根据发行人的具体情况认为发行人应该符合的其他条件。

三、无实际控制人

同时存在以下三种情形的一般来说可认定为公司无实际控制人：

第一，公司股权结构分散，不存在控股股东；

第二，单一股东无法控制股东会 and 董事会；

第三，股东之间不存在一致行动协议，且不保证一致行动。

公司无实际控制人的主要法律风险在于使得公司易被作为收购对象，而一旦被他人收购的话则公司控制权将会发生变化，会对公司的经营管理带来不确定性影响。同时，公司无实际控制人会导致公司易出现决策迟缓甚至是无法做出决策的情形。

作为拟IPO企业，若认定企业无实际控制人，则应当确保自身满足公司控制权没有发生变更的如下规定：

第一，发行人的股权及控制结构、经营管理层和主营业务在首发前3年内没有发生重大变化；

第二，发行人的股权及控制结构不影响公司治理有效性；

第三，发行人及其保荐代表人和律师能够提供证据充分证明。

综上，IPO实务中，对于实际控制人的认定，除应遵守真实性、合理性、稳

定性原则外，还应坚持谨慎性原则，对于实际控制人的认定应从严把握，避免在审核过程中出现因实际控制人认定不够谨慎被要求修正之情形。

建筑施工挂靠情形下的开票义务责任主体及风险防范

挂靠施工一直是建设工程实务中比较普遍的现象，挂靠施工是指没有资质的施工人或资质低的施工人（即挂靠人）借用有资质或高资质的建筑施工企业（即被挂靠人）的名义承揽工程并向其交纳管理费的行为，这种行为在法律上被称为“挂靠”。《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》（法释〔2004〕14号）规定，没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的，建设工程施工合同无效，建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。这是对于挂靠施工的效力、法律后果的原则性规定。在司法实践中，挂靠施工中的纠纷主要表现在工程质量纠纷和工程款结算纠纷两方面，其中在涉及到工程款结算的纠纷中，往往伴随着谁来承担开具建筑工程发票义务的问题，本文将对此进行探讨。

一、挂靠施工情形下开具发票义务的法律分析

营业税改征增值税后，对于以挂靠方式经营的纳税义务承担主体，《营业税改征增值税试点实施办法》（以下简称“实施办法”）已有明确规定，《实施办法》第2条规定，“单位以承包、承租、挂靠方式经营的，承包人、承租人、挂靠人（以下统称承包人）以发包人、出租人、被挂靠人（以下统称发包人）名义对外经营并由发包人承担相关法律责任的，以该发包人为纳税人。否则，以承包人为纳税人”。但是对挂靠人与被挂靠人结算资金时如何开具发票尚缺少明确的规范。

国家税务总局在其网站发布的《关于〈国家税务总局关于纳税人对外开具增值税专用发票有关问题的公告〉的解读》中指出，“如果挂靠方以被挂靠方名义，向受票方纳税人销售货物、提供增值税应税劳务或者应税服务，应以被挂靠方为纳税人。如果挂靠方以自己名义向受票方纳税人销售货物、提供增值税应税劳务或者应税服务，被挂靠方与此项业务无关，则应以挂靠方为纳税人。”

同时，根据《关于〈国家税务总局关于纳税人对外开具增值税专用发票有关问题的公告〉的解读》所述，“如果挂靠方以被挂靠方名义，向受票方纳税人销售

货物、提供增值税应税劳务或者应税服务，应以被挂靠方为纳税人。被挂靠方作为货物的销售方或者应税劳务、应税服务的提供方，按照相关规定向受票方开具增值税专用发票，属于本公告规定的情形；如果挂靠方以自己名义向受票方纳税人销售货物、提供增值税应税劳务或者应税服务，被挂靠方与此项业务无关，则应以挂靠方为纳税人。这种情况下，被挂靠方向受票方纳税人就该项业务开具增值税专用发票，不在本公告规定之列。”

综合以上规定，可以得出如下结论：即挂靠情形下如果是以被挂靠人名义对外销售货物、提供劳务、服务，则被挂靠人是纳税义务人，应承担开票义务；反之，如果是挂靠人以自己名义对外销售货物、提供劳务、服务，被挂靠人与此项业务无关，则挂靠人为纳税人，应承担开票义务。

二、挂靠施工情形下开具发票义务的实践争议

如上文所述，根据国家税务机关的相关规定，在挂靠施工情形下，谁来承担开具发票的义务主要遵循一个“显名”的规则，即如果是挂靠方（即实际施工人）借用被挂靠方（即建筑施工企业）的名义，对外显名的是被挂靠方，那么开具发票的义务应由被挂靠方承担，反之，如果显名的是挂靠方，那么应由挂靠方承担开票义务。

但以上规定是税务上对于挂靠经营下纳税和开票义务的处理原则，在建筑施工领域，尤其是在关于工程款结算的纠纷中，开具发票往往会成为一个较为复杂的问题。

首先，开具发票是否是承包方的合同义务？这直接影响发包方能否起诉承包方开具发票，在实践中，有的法院判例认为开具发票属于税务机关依行政职权管理的范围，而非人民法院受理案件的管辖范围，如果合同中没有将承包方开具发票作为一项合同义务，那么法院可能不予受理。

其次，发包方能否主张因承包方未开具发票因而拒绝支付工程款？由于获取建筑工程发票对于发包方抵扣税款、核减成本具有重要意义，如果发包方向承包方支付了工程款，而承包方一直未向发包方开具发票，那么对于发包方来说，工程项目的建设成本、税款便无法核减、抵扣，这会给发包方造成损失。且如果施工合同中并未将开具发票作为承包方的一项义务，那么发包方也很难以此为由拒绝支付工程款。

此外，在挂靠施工的情形下，实际履行施工合同的是挂靠方，被挂靠方可能根本不收取工程款，也不向发包方开具发票，而挂靠方实际施工人往往是没有施工资质的个人，其又无法开具符合要求的增值税专用发票，这便导致发包方很难获取发票来抵扣税款、核减成本。

综上所述，在挂靠施工情形下涉及到工程款结算纠纷时，开具发票往往会成为一个难题，且由于法律对此种情形下承担开具发票义务的主体并无明确规定，一旦发生争议，对作为发包方的房地产开发企业风险很大。

三、挂靠施工情形下发包方防范开票风险的实务建议

由于获取建筑工程发票对于发包方抵扣税款、核减成本具有重要意义，那么如何才能规避风险、获取符合要求的发票呢，本文对此提出以下几方面的建议。

首先，发包方在签订施工合同前应谨慎核查承包方相关资质，包括其是否具备签订、履行合同的资质、是否有开具工程发票的能力等，这不仅影响着承包方是否能完成工程建设，还影响着施工合同的效力，为避免之后因工程建设引发相关纠纷，发包方在签订合同时应尽到谨慎注意义务，做好防范。

其次，发包方应在施工合同中明确约定承包方负有开具发票的义务，并明确承包方应开具发票的类型及税率，另外，最高人民法院有判例支持了在协议中约定“发包方在承包方未开具发票的情形下有拒付工程款的权利”的效力，因此发包方可以在施工合同中约定承包方开具并交付发票是发包方支付工程款的前提，即在承包方未开具符合要求的发票情况下，发包方有权拒绝支付工程款，这样可以有效督促承包方积极开具发票，防范承包方拒不开具发票而发包方又不能依次拒付工程款的风险。

此外，发包方可在施工合同中明确约定承包方拒不开具发票、非法出借资质等的违约责任，设置较高的违约金，在承包方拒不开具发票、违约出借资质的情形下，可依据该条约定要求承包方承担支付违约金、赔偿损失的责任以弥补不能获取发票的损失，这可以作为保障发包方权利的一道保险和屏障。

附：相关规定

《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》（法释〔2004〕14号）

第一条 建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据合同法第五十二条第（五）项的规定，认定无效：

- （一） 承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；
- （二） 没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；
- （三） 建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

第二条 建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。

《财政部、国家税务总局关于全面推开营业税改征增值税试点的通知》（财税〔2016〕36号）之附件《营业税改征增值税试点实施办法》

第二条 单位以承包、承租、挂靠方式经营的，承包人、承租人、挂靠人（以下统称承包人）以发包人、出租人、被挂靠人（以下统称发包人）名义对外经营并由发包人承担相关法律责任的，以该发包人为纳税人。否则，以承包人为纳税人。

《国家税务总局关于纳税人对外开具增值税专用发票有关问题的公告》（国家税务总局公告2014年第39号）

纳税人通过虚增增值税进项税额偷逃税款，但对外开具增值税专用发票同时符合以下情形的，不属于对外虚开增值税专用发票：

一、纳税人向受票方纳税人销售了货物，或者提供了增值税应税劳务、应税服务；

二、纳税人向受票方纳税人收取了所销售货物、所提供应税劳务或者应税服务的款项，或者取得了索取销售款项的凭据；

三、纳税人按规定向受票方纳税人开具的增值税专用发票相关内容，与所销售货物、所提供应税劳务或者应税服务相符，且该增值税专用发票是纳税人合法取得、并以自己名义开具的。

受票方纳税人取得的符合上述情形的增值税专用发票，可以作为增值税扣税凭证抵扣进项税额。

《关于〈国家税务总局关于纳税人对外开具增值税专用发票有关问题的公告〉的解读》

二、以挂靠方式开展经营活动在社会经济生活中普遍存在，挂靠行为如何适

用本公告，需要视不同情况分别确定。第一，如果挂靠方以被挂靠方名义，向受票方纳税人销售货物、提供增值税应税劳务或者应税服务，应以被挂靠方为纳税人。被挂靠方作为货物的销售方或者应税劳务、应税服务的提供方，按照相关规定向受票方开具增值税专用发票，属于本公告规定的情形。第二，如果挂靠方以自己名义向受票方纳税人销售货物、提供增值税应税劳务或者应税服务，被挂靠方与此项业务无关，则应以挂靠方为纳税人。这种情况下，被挂靠方向受票方纳税人就该项业务开具增值税专用发票，不在本公告规定之列。

关于公司人格否认制度的最新法律分析

公司被视为独立的法人并以其全部财产对其所负债务承担全部责任，公司人格否认制度不仅突破了现代公司存续的两大基础：公司人格独立、股东有限责任，也突破了合同相对性，实现了在特定情况下，向滥用公司法人独立地位的特定主体追索，责令其承担公司的义务和责任的目的。

2019年11月15日，最高人民法院正式发布《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）。其中，关于公司纠纷案件审理的第四款，再次强调并明确了公司人格否认制度。

一、公司人格否认制度的法律依据

公司人格否认制度在《公司法（2005年修订）》中首次进行了明确，在最新的《公司法（2018年修订）》中也保留了第20条第3款的规定：“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。”此条规定虽然明确了公司人格否认原则，但并未对“滥用公司法人独立地位和股东有限责任”的具体情形以及公司债权人利益损害“严重”的认定标准进行列举或详细描述。这虽然为法官的自由裁量提供了空间，为日后配套规范性文件的内容留出了余地，但也因此增加了争议解决中公司人格否认制度利用的难度。

二、公司人格否认制度的新趋势

《九民纪要》在前述背景下再次将法律界的目光聚焦到了公司人格否认制度上，并对于该制度的适用提出了“坚持慎用、当用则用、个案处理”的原则，要

求审判既不能动摇公司人格独立和股东有限责任制度的基石，又要敢于运用该条款，揭开公司面纱，综合判断，从而保障当事人的合法权益。其具体内容如下：

（一）适用条件

公司人格独立是公司法的基本原则，人格否认则是例外。因此，要从严掌握公司人格否认制度的适用条件。在程序上，适用公司人格否认制度应当以当事人主张为前提，人民法院不得依职权主动适用。在实体上，须同时具备公司法第二十条所规定的主体要件、行为要件和结果要件，避免因滥用该制度而动摇公司人格独立原则的基石。我们还需要明确的是，否认公司人格的个案判决，其效力原则上仅于该案当事人，不适用于其后判决；也即公司人格否认制度并不等同于因不符合公司设立条件而彻底否认公司法人资格的情况。

（二）认定标准

1、人格混同

公司人格否认，需要确定其存在人格混同。通常情况下，股东与公司存在财产混同、业务混同、人事混同、住所混同情形的，可以认定股东与公司人格混同。

《九民纪要》将财产/财务混同界定为人格混同的**重要表现**，并明确了下述财产/财务混同情形构成公司人格混同的**“充分情形”**：

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

除上述充分情形外，公司业务和股东业务混同、公司员工与股东员工混同（特别是财务人员混同）、公司住所与股东住所混同等情形均为公司人格混同的**“补强情形”**。这些补强情形都无法直接单独构成公司的人格混同，也不是认定公司人格混同的必备要件，但其可以作为证明财务/财产混同的补强情况。

2、过度支配与控制

公司控制股东对公司过度支配与控制，操纵公司的决策过程，使公司完全丧失独立性，沦为控制股东的工具或躯壳，严重损害公司债权人利益，应当否认公司人格，由滥用控制权的股东对公司债务承担连带责任。

《九民纪要》对过度支配与控制的情形进行了如下界定：母子公司之间或者子公司之间进行利益输送的；母子公司或者子公司之间进行交易，收益归一方，损失却由另一方承担的；先从原公司抽走资金，然后再成立经营目的相同或者类似的公司，逃避原公司债务的；先解散公司，再以原公司场所、设备、人员及相同或者相似的经营目的另设公司，逃避原公司债务等。上述利益传送的行为将直接导致公司的人格否认，债权人可以刺破“公司人格独立”的面纱直接追究特定股东责任。

《九民纪要》特别提到了控制股东或实际控制人控制多个子公司或者关联公司的情况，如滥用控制权使多个子公司或者关联公司财产边界不清、财务混同，利益相互输送，丧失人格独立性，沦为控制股东逃避债务、非法经营，甚至违法犯罪工具的，可以综合案件事实，否认子公司或者关联公司法人人格，判令承担连带责任。

3、资本显著不足

根据《九民纪要》，资本显著不足包括设立时不足、设立后不足两种情形。其中公司设立时资本显著不足，是指股东实际投入公司的资本数额与公司经营所隐含的风险相比明显不匹配。这里的“显著”、“明显”等程度词也表明了最高院对于适用该制度的坚持慎用原则；而公司设立后的资本显著不足则是指股东通过明显不合理的分红、明显不合理的高工资等方式抽走资金，导致其经营的事业规模与隐含的风险相比明显不匹配。

三、举证责任的分配。

对上述人格混同、滥用控制、资本显著不足等事实，应当由主张公司人格否认的债权人承担举证责任，但一人公司除外。公司债权人能够提供初步证据证明股东滥用公司独立法人地位和股东有限责任，但因公司经营情况的证据由公司掌握而无法进一步提供证据予以证明的，人民法院可以根据公平原则和诚实信用原则，确定进一步证明是否存在滥用公司人格行为的举证责任由公司或股东承担。

- ◆ **实战案例研习** 本栏目将分享亲自实操的典型案例，运用清晰的逻辑思维能力进行案例的研究学习、答疑解惑，为您规避风险，成竹在胸。

混合担保的担保人之间能否行使内部追偿权

一、案情简介

2018年1月30日，A公司与B公司签订《借款合同》，约定B公司向A公司借款，为保证《借款合同》的切实履行，同日A公司与B公司、C公司签订了《抵押合同》并办理了抵押登记，约定：C公司以其名下国有土地使用权，为B公司向A公司的借款提供抵押担保，A公司还同时与B公司、唐某签订了《保证合同》，抵押担保和保证担保的范围均约定为包括：主债权本金、利息、罚息，以及诉讼费、律师费、处置费、过户费等抵押权人实现债权和抵押权的一切费用。债务履行期限届满后，B公司未能按照《借款合同》约定完全履行还款责任，基于以上担保合同的约定，A公司选择要求保证人唐某承担保证责任。

二、重点问题研习

本案的争议焦点为：A公司要求唐某承担连带责任之后，唐某是否可以向C公司行使追偿权。

（一）混合担保下的内部追偿权争议

混合共同担保是指，对于同一个债务，同时存在第三人提供的物的担保和保证人；混合共同担保追偿权，是指在“保证人”与“物上保证人”并存的情况下，其中一个担保人承担担保责任之后，依法可要求其他担保人予以分担的权利。

《物权法》出台后，在混合担保下承担了担保责任的保证人能否向其他担保

人追偿这一问题存在分歧，出现争议的原因是《物权法》第 176 条与《担保法解释》第 38 条的规定不一致。《物权法》第 176 条规定当事人可以对担保问题在合同项下提前约定，首先明确意思自治效力大于法律规定的效力，但是当第三人提供物的担保和保证人承担连带责任并存时，相较于《担保法解释》第 38 条的规定而言，对于承担了担保责任的保证人能否向其他担保人追偿并未作出明确规定，我国实务界对此问题存在两种不同说法。

一种观点肯定内部追偿权。首先保证人和物上保证人的存在，都是为债权人提供了担保，无论保证人和物上保证人有没有提前约定相互追偿，其中一个担保人承担担保责任后，就免除了其他担保人的担保责任，其他担保人相对而言获得了利益，承担责任的担保人继受了债权人的地位，如果不允许向其他担保人追偿相应份额的责任，未免有失公平。其次《物权法》并没有明确否定《担保法解释》对此担保问题的规定，所以认为立法者否定了担保人之间的内部追偿权缺乏正当性。相反，另一种观点否定内部追偿权。一是对于担保问题没有约定或者约定不明确，如果允许各担保人相互追偿，其追偿份额难以计算，其操作性不符合诉讼经济的理念。二是《物权法》没有明确规定保证人和物上保证人可以相互追偿，并且《物权法》第 178 条规定“担保法与本法规定不一致的，适用本法”相当于废止了《担保法解释》规定的内部求偿权，在无意思自治的情况下，允许相互追偿没有法律依据。

（二）《全国法院民商事审判工作会议纪要》对此问题的决定

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《会议纪要》）已于 2019 年 9 月 11 日经最高人民法院审判委员会民事行政专业委员会第 319 次会议原则通过。《会议纪要》的出台，对统一裁判思路具有重要意义。

《会议纪要》第 56 条明确指出：“被担保的债权既有保证又有第三人提供的物的担保的，担保法司法解释第 38 条明确规定，承担了担保责任的担保人可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额。但《物权法》第 176 条并未作出类似规定，根据《物权法》第 178 条关于‘担保法与本法的规定不一致的，适用本法’的规定，承担了担保责任的担保人向其他担保人追偿的，人民法院不予支持，但担保人在担保合同中约定可以相互追偿的除外。”从该条规定可得知，《会议纪要》对于《物权法》第 176 条中没有明确的部分作出了结论，即一个债权同时存在保

证人和物上保证人时，除了明确约定可以相互追偿的以外，各担保人之间不享有追偿权。因为对于本案的争议问题，担保合同中并没有提前约定担保人之间可以相互追偿，所以对于承担了担保责任的保证人不可以向其他担保人行使追偿权。

除了《会议纪要》对此作出了解释以外，《民法典（草案）》第 329 条：“被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。”该条与《物权法》第 176 条的规定基本一致，从此处可以看出《民法典草案》对担保人追偿持否定态度。

二、实务建议

我们建议在以后的实践中，如要提供担保，首先需要了解清楚即将要担保的担保类型以及是否存在其他担保人。共同保证和共同抵押均有法律规定担保人之间可以相互追偿，那么存在混合担保时，为防后续发生求偿不能的情况，担保人之间可以提前要求各方共同签订合同，明确各担保人之间的追偿关系，且应详细到行使追偿权时的责任承担范围和比例。

如何利用“强制分配利润”制度实现盈余分配

一、案情简介

甲独资设立了 A 公司，A 公司又与 B 公司成立了 C 公司，A 公司出资比例 60%，B 公司出资比例 40%，甲为 A 公司和 C 公司的执行董事、法定代表人。甲利用其实际控制人、法定代表人的身份，滥用职权，未经 C 公司股东会决策同意，将 C 公司 5600 万元的收入转入自己名下的 A 公司，由 A 公司长期占用。经审计，C 公司存在可分配利润 7000 万元，但成立至今，C 公司股东会一直未形成任何公司股利分配方案，长期不向股东分配利润。B 公司诉至法院，请求判决 C 公司对盈余的 7000 万元向 B 公司进行分配；判决甲和 A 公司对上述盈余分配的请求承

承担赔偿责任。

二、重点问题研习

(一) 法院是否可以强制 C 公司向 B 公司进行盈余分配？

(二) 甲和 A 公司是否应对 C 公司的盈余分配给付不能承担赔偿责任？

三、具体分析

(一) 法院是否可以强制 C 公司向 B 公司进行盈余分配？

《公司法》第四条规定“公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。”第三十四条规定“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。”第一百六十六条第四款规定“公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第三十四条的规定分配；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。”根据我国《公司法》的规定，B 公司享有按照其在 C 公司的出资比例分取红利的权利，C 公司应当依法向股东 B 公司分配利润。

《公司法》第三十七条第一款规定公司股东会行使审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案的职权，即公司股利分配属于公司股东会决策事项。公司在经营中存在可分配的税后利润时，有的股东希望将盈余留作公司经营以期待获取更多收益，有的股东则希望及时分配利润实现投资利益，一般而言，即使股东会或股东大会未形成盈余分配的决议，对希望分配利润股东的利益不会发生根本损害，因此，原则上这种冲突的解决属于公司自治范畴，是否进行公司盈余分配及分配多少，应当由股东会作出公司盈余分配的具体方案。当部分股东变相分配利润、隐瞒或转移公司利润时，则会损害其他股东的实体利益，已非公司自治所能解决，此时若司法不加以适度干预则不能制止权利滥用，亦严重违背了诚实信用、公平等基本原则，落空了中小股东合理的投资收益预期。

虽然目前有股权回购、公司解散、股东代表诉讼等法定救济路径，但不同的救济路径对股东的权利保护有实质区别，故需司法解释对股东的盈余分配请求权进一步予以明确。为此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第十五条规定“股东未提交载明具体分配方案的股东会或

者股东大会决议，请求公司分配利润的，人民法院应当驳回其诉讼请求，但违反法律规定滥用股东权利导致公司不分配利润，给其他股东造成损失的除外。”

但书规定在公司股东滥用权利导致公司不分配利润而给其他股东造成损失的情况下，即使没有分配方案或股东会决议，司法权可以进行适当干预，强制公司进行分配利润。它首次为中小股东利润分配请求权的保护打开了一条绿色的司法救济通道，肯定了利润分配请求权的可诉性与可裁性，一定程度上弥补了股权转让、股权回购、公司决议瑕疵之诉等替代性救济途径的不足，填补了中小股东利益保护机制不完善的立法漏洞。

本案中，首先，C公司审计可分配利润7000万元，有巨额的可分配利润，具备公司进行盈余分配的前提条件。其次，C公司成立至今股东会未形成任何股利分配方案，C公司存在可分配的利润，但是长期不向股东分配利润，严重损害了股东的权益。第三，甲为A公司的独资股东，且又作为C公司及其控股股东A公司的法定代表人，未经股东会决议，无合理事由将5600万元公司收入转入A公司账户，转移公司利润，给B公司造成损失，属于A公司滥用股东权利，符合《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》第十五条但书条款规定应进行强制盈余分配的实质要件。因此，法院可以强制C公司向B公司进行盈余分配。

（二）甲和A公司是否应对C公司的盈余分配给付不能承担赔偿责任？

《中华人民共和国公司法》第二十条第二款规定“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”，第二十一条规定“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”，第一百四十九条规定“董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任”。

盈余分配是用公司的利润进行给付，公司本身是给付义务的主体，若公司的应分配资金因被部分股东变相分配利润、隐瞒或转移公司利润而不足以现实支付时，不仅直接损害了公司的利益，也损害到其他股东的利益，利益受损的股东可直接依据《中华人民共和国公司法》第二十条第二款的规定向滥用股东权利的公司股东主张赔偿责任，或依据《中华人民共和国公司法》第二十一条的规定向利

用其关联关系损害公司利益的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员主张赔偿责任，或依据《中华人民共和国公司法》第一百四十九条的规定向违反法律、行政法规或者公司章程的规定给公司造成损失的董事、监事、高级管理人员主张赔偿责任。

本案中，首先，A公司为C公司的控股股东，甲既是C公司法定代表人，又是A公司法定代表人。A公司利用控股股东地位，甲利用其实际控制人和法定代表人的地位将C公司5600万元收入转入到A公司，甲和A公司严重损害C公司和股东B公司的利益。若甲和A公司不能将相关资金及利息及时返还C公司，则甲和A公司应当按照《中华人民共和国公司法》第二十条第二款、第二十一条、第一百四十九的规定对该损失向公司承担赔偿责任。

其次，B公司应得的盈余分配先是用C公司的盈余资金进行给付，在给付不能时，则甲和A公司转移C公司财产的行为损及该公司股东B公司利益，B公司可根据《中华人民共和国公司法》第二十条第二款、第二十一条、第一百四十九的规定要求甲和A公司在C公司给付不能的范围内承担赔偿责任。

四、律师提示

若大股东或者控股股东滥用股东权利拒绝作出利润分配决议或者作出决议也不履行，致使小股东的投资利益无法实现，中小股东可以依据相关规定要求法院强制分配公司的利润，但提起该等诉讼需要满足一定的条件，具体而言：（一）需要证明公司有可分配的利润。中小股东相较于控股股东或公司管理层而言，往往在知情权、决定权等方面处于劣势，难以获取真实完整的财务报表、股东（大）会记录和决议、董事会记录和决议、会计账簿、原始会计凭证，因此中小股东作为原告诉请法院强制分配公司利润前，可以考虑先行使知情权或者起诉要求进行司法审计，以便得知公司是否存在可分配的利润及利润金额。（二）需要证明公司股东或者实际控制人等滥用股东权利、从事损害公司的关联交易等。

◆ **经典经济读物鉴赏** 业精于勤，荒于嬉。行成于思，毁于随。知之者不如好之者，好之者不如乐之者。读书足以怡情，读书足以养性。经典读物鉴赏带您一同领略四季的变换，体会知识的奥妙。

《一课经济学》

——亨利·黑兹利特

第四章 公共建设工程意味着税收

1

在当今世界上，没有哪种信任能比民众对政府支出抱有的信任更持久、更具影响力。各国的政府支出都被当作治愈所有经济弊病的灵丹妙药。不是说私营行业有点不景气吗？我们可以用政府支出去解决。不是说出现失业问题了吗？这显然也是“私人购买力不足”造成的。解决办法明摆着还是政府支出。总之，只需要政府花足够多的钱去补齐“不足”。

众多文献都基于这一谬论，与其他荒唐的说法相互支撑，并使之成为盘根错节的谬论之网的一部分。我们无法在本章解析整个谬论网，不过，我们能在此剖析孕育这一评论的“谬论之母”，也就是该谬论网的主干。谬论网中的其他分支则在后面的章节去解析。

除了大自然的馈赠之外，我们取得任何东西都是要付出代价的。这个世界上所谓的经济学家有的是，且个个都有不劳而获的种种办法。他们说，政府根本不用收税就能有花不完的钱；政府可以无限累积债务，根本不用偿还，因为“钱是我们欠自己的”。后面我们还会再来剖析这类奇谈怪论，但这里恐怕要坚决指出，

他们过去做的这种美梦，已经无一例外地因为国家破产或者通货膨胀而破灭。我们必须明确：政府所有的支出最后都必须靠纳税人来埋单；通货膨胀本身只是税收的一种表现形式，并且是极其有害的形式。

对于有赖于政府长期借款和通货膨胀的谬论网，我们稍后再讨论。本章我们所持的是这样一种基本观点：政府即将或者最终要支出的每一元钱，都必须通过征税来弥补。一旦我们用这种方式来看问题，所谓政府支出造就的奇迹就会是另一番景象。

一定数额的公共开支对执行基本的政府职能是必要的。一定数量的公共设施建设，如街道、桥梁、隧道、兵工厂、海军船坞、议会大厦、警察局和消防队，是提供基本的公共服务所必需的。社会对这些公共工程本身有需要，需要就是其存在的理由。我要讨论的不是这方面的实际建设，而是将公共建设当作一种手段，用以“提供就业”，或者创造出原本并不存在的社会财富。

假设要建一座桥，如果它是为了满足民众的迫切需要，缓解难以克服的交通或运输问题，就不应该反对。简言之，如果让纳税人觉得集体把纳税的钱投在这里，比不纳税、个人自掏腰包更有价值，那么兴建这样的桥梁就没有什么问题。但如果是为了“提供就业机会”而建桥，那就是另外一回事了。当以提供就业机会为目的后，有无兴建桥梁的实际需要就会成为次要问题。这时，“工程”就得无中生有。政府不再只考虑哪里必须建桥，而是开始自问自答：桥可以建在哪里。政府能够想出貌似可信的理由来说明为什么需要再建一座桥，把河东和河西连接起来。没过多久，这座桥就非建不可了，那些对建桥必要性提出质疑的人，则会被认为碍手碍脚和不识时务。

关于建桥，一般有两种论调。其一主要发生在造桥之前，另一个主要流传于完工之后。第一种论调指出，造桥能够提供就业机会，比如说，一年可以提供 500 个工作机会。这其中的暗示是，不建这座桥，就不会有这些工作机会。

这仅是眼前的结果而已。如果我们学会进一步去看背后的结果，也就是说，不只是关注那些政府公共建设工程的直接受益者，还要同时考虑那些间接受到影响的人，我们的认识就会迥然不同。没错，造桥工人这一特殊群体可能会获得更多的工作机会，然而造桥的钱却必须从税收中支出，造桥每花一元钱，就得向纳税人征一元钱的税。要是建造这座桥得花 1 000 万美元，纳税人就得贡献出 1 000

万美元。而本来他们是可以用这笔钱去购买各自最需要的东西。

因此，造桥工程每创造一个用于公共建设的就业机会，就必定会破坏掉一个用于私人领域的就业机会。我们看到了桥梁工地上的工人们，看到了他们在工作。所以，政府支出创造就业机会的论调也就变得活灵活现，令大多数人深信不疑。但有些东西我们是看不到的，因为它们根本无法产生。这些看不到的东西，是从纳税人的口袋拿走 1 000 万美元之后而消失的就业机会。造桥工程只不过使就业机会发生了转移。造桥工人在增加，汽车工人、电视机技术员、制衣工人、农民却在减少。

桥终于建好了，这时，第二种论调上场了。不妨假定那是一座漂亮的大桥。第二种论调会说，这都得归功于政府支出的神奇魔法。要是当初那些反对者得逞，还会有这座大桥吗？若少了这座桥，国家肯定比现在更穷。

主张政府支出的人更能说服那些只看到眼前利益的人。他们看到的是桥。但如果他们能学会既看直接结果又看间接影响的话，那些原本可能产生而没有产生的东西便会呈现在他们的想象之中。他们将看到没能盖起来的房子，没能生产出来的汽车和洗衣机，没能做出来的礼服和外套，没能种出来和卖出去的食物。要看到这些没有被制造出来的东西，得靠某种想象力，这正是许多人所缺乏的能力。我们也许曾经想到过这些不存在的东西，但却不像我们每天上下班路过桥梁时所看到的那样历历在目。这其中所发生的仅仅是一件东西被创造出来，而其他的東西却没有。

2

这种推理方法同样适用于其他各种形式的公共工程。例如，动用公共资金兴建供低收入家庭使用的公共住宅。这么做，只不过是用征税的方式让收入较高的家庭把钱拿出来（也可能有一小部分是其他低收入家庭的钱），强迫他们补贴那些政府选定的低收入家庭，让后者以相同或更低的租金，住上比原来更好的房屋。

我不打算在这里探讨兴建公共住宅的种种赞成或反对意见，只想指出，赞成兴建公共住宅的最常见的两种论调都存在谬误。其一是它能“创造就业”，其二是它所创造的财富是其他方式不能产生的。这两种论调都站不住脚，因为它们忽

视了赋税所造成的损失。用于兴建公共住宅的税负所毁掉的其他行业的就业机会，跟它在住房建设行业创造的就业机会一样多。这也导致有些私人住房无法盖起来，有些洗衣机和电冰箱无法生产出来，以及其他不计其数的商品和服务供给不足。

这个问题不可能有别的答案，虽然有人说兴建公共住宅不需要一次拨一大笔钱，靠每年的租金补贴就能盖好。但这种技术上的处理并未改变问题的本质，那只是把纳税人的负担分摊到许多年，而不是集中在一年。

兴建公共住宅能带来不少心理上的“益处”。建设时能看到繁忙的工地，完工后能看到崭新的建筑，入住时能看到乔迁新居的人喜气洋洋地带着亲朋好友参观房间。相反，因赋税而损失的工作是看不见的，那些无法生产出来的产品和无法提供的服务也是看不见的。每次看到那些房子，看到那些住在里面的幸福快乐的人，我们都需要重新集中精力，才能想象出那些没有被创造出来的财富。如果让主张兴建公共住宅的人注意到这点，他们会指着实实在在的公共住宅反驳说，你说的那些只是想象出来的、不存在的事物，是纯理论的东西。他们的言行令人惊讶吗？就像萧伯纳（Bernard Shaw）的剧作《圣女贞德》（Saint Joan）中的那个人物，当他被告知毕达哥拉斯的理论说地球是圆的，而且是绕着太阳转时，他驳斥道：“十足的白痴！他不会用自己的眼睛去看吗？”

对于像田纳西河谷管理局这样的宏伟工程，我们仍需进行同样的推理。由于这项工程十分浩大，其视觉冲击力更容易让人产生错觉。你看，这是一座巨大的拦水坝，这是一座令人震撼的弧形钢筋混凝土建筑。它“比私人资本能够建造的任何东西都伟大”，它是摄影师的朝圣地、社会主义者的天堂，也是最常被引述的公共建设、公共所有权、公共设施运营奇迹的象征。这里有巨大的水轮发电机组和电站厂房。据说单靠这项工程就带动了更多的新工厂和新产业，整个地区的经济水平也得以提高。拥护者对此推崇备至，说这里创造了没有负面效应的经济净收益。

对于田纳西河流域治理工程或者类似的公共工程的功绩，我们不必在这里讨论。然而，我们必须看一看这本账的负债部分，这需要加倍努力去运用想象力，因此似乎很少人能够做到。如果政府把从个人和企业那里征收来的钱集中花在某个地方，使当地变得相对富裕，那有什么好令人惊奇的？凭什么应该视之为奇迹？但请不要忘了，其他地方会因此变得相对贫穷。所谓“私人资本建造不出来”

的伟大工程，实际上正是用私人资本建造的，即利用从民间征来的税收来筹集建造工程的资本（如果是发行国债借钱的话，最后也要靠征税去偿还）。我们必须再次借助想象力，才看得到那些不存在的私营发电厂、民宅、打字机和电视机。这些东西之所以没被造出来，是因为全国各地人民口袋中的钱都被拿去建设了特别上镜的诺里斯大坝。

3

我特意选了几个备受称道的形象工程做例子，这些公共支出计划都是主张政府支出的人推崇备至的，也是公众最认可的。这类不讲求效用的欺骗性工程不胜枚举。政府推行这类计划的主要目的，无一例外都是“提供就业机会”和“让人们有工作可做”。至于计划本身的效用如何，正如我们所见，反而成了次要问题。况且，工程越是铺张浪费，耗费的人力越多，就越能达到提供更多就业机会这个目标。在这种情况下，就每花一元钱所带来的财富和福利的净增幅来说，政府官僚提出的工程计划极有可能不如纳税人自行购置或制造所需物品，这样花钱比被迫上交给国家一部分收入更值当。

第 5 章 税负抑制生产

还有一个深层原因，导致政府支出所创造的财富不可能完全补偿其为这笔支出征税所破坏的财富。人们常常认为，税负就好比把国家的钱从右边的口袋掏出来放进左边的口袋，但问题并非如此简单。例如，主张政府支出的人告诉我们，如果全年国民收入是 15 000 亿美元，联邦税收是 3 600 亿美元，那么就只有 24% 的国民收入从私人用途转到公共用途。这种说法就好像把整个国家当成资源汇聚在一处的大公司，资源转移只是账面上的调整而已。政府支出的主张者们忘了他们是把 A 方的钱拿去付给了 B 方。更确切地说，他们对此十分清楚，但他们大谈这个过程给 B 方带来的利益，以及由此给他带来的其他种种美好，并宣称如果没有把钱转移给他，这些美好前景就不会发生。却忘了这场交易对 A 方造成的影响。

人们看到的是 B 方，却遗忘了 A 方。

在现代社会中，每个人所承受的所得税比例不尽相同。所得税负的重担往往会落在占国民收入很低比例的一部分人身上。而且，还必须开征其他名目繁多的赋税加以补充。这些税负不可避免地会影响纳税人的行为和动机。如果一家公司发生亏损时全额自负，赢利时每赚 1 美元却只能自留 52 美分，那么在其盈利不足以弥补亏损之时，公司的经营政策就会受到影响，它不会再扩大经营，或者只扩张那些风险最低的业务。觉察到这种状况的人甚至会打消再创业的念头。现有的雇主将不再增加员工数量，或者不想再增加那么多雇员；其他人则根本不打算成为雇主。设备改进和工厂装备改善将会放慢进度。长此以往，消费者将买不到原本可以更加物美价廉的产品，实际工资则不升反降。

把个人所得税率调升至 50%、60%或 70%都会有类似的影响。人们将开始扪心自问：辛辛苦苦一年下来，为什么有 6 个月、8 个月甚至 9 个月全是在为政府做贡献，只剩下 6 个月、4 个月甚至 3 个月的所得供自己和家人使用？赔钱的时候，自己必须承担全部损失，赚钱的时候却只能留下一小部分利润。他们会认为，拿自己的钱去冒这种风险未免愚不可及。此外，他们可以用来冒险的多余资金也大幅缩水，因为资本还没有来得及累积就已经被征走。简而言之，可以用来创造私有部门新就业机会的资本，一开始就无法形成，能够投入的资本，又缺乏创业的激励。主张扩大政府支出的人，宣称他们的用意是要解决失业问题，然而到头来反而制造出了失业问题。

当然，为了执行基本的政府职能，一定数量的税收必不可少，围绕这个目的的合理税收对生产不会造成太大的损害。作为回报，政府所提供的公共服务既能保护生产又能为生产者提供更多的回馈。但是，税负占国民收入的比率越高，私人生产和就业受到的抑制就越大。等到总税负大到超过能够忍受的限度时，寻求不会抑制和搅乱生产的税收机制就会成为一个无解问题。

第 6 章 政府信贷扭曲生产

政府对于企业的“扶持”有时和政府的反对行为一样可怕。扶持的形式通常表现为政府直接贷款，以及政府担保的民间贷款等。

政府信贷往往可能导致通货膨胀，这使问题变得更加复杂。对于通货膨胀造成的各种影响，我们留待后面的章节再去分析。为了简化起见，本章先假设我们讨论的政府信贷不具有通货膨胀的特性。后面我们将了解到，通货膨胀虽然会使分析复杂化，但不会从根本上改变所讨论政策的实施结果。

国会中常见的此类提案是增加对农民的贷款。大多数国会议员认为，农民取得的贷款永远都不够，在他们眼中，私营抵押贷款公司、保险公司或乡村银行提供的贷款从来谈不上“充足”。不管人们已经替农民找到了多少贷款，国会总能不断挖掘出现有的贷款机构还没有填补的新缺口。农民获得的长期贷款和短期贷款似乎已经够多了，但现实结果表明，“中期”贷款还不够多，农民们或者指责贷款利率太高，或者抱怨私人贷款只贷给了家道殷实的农民。因此，国会便通过立法给农民安排更多的新的贷款机构和新的贷款类别。

不难发现，有两类短视行为导致人们对这些政策“满怀信心”。一类是只从借钱农民的立场来考虑问题，另一类则是只关心交易的前半部分。

在诚信的借款人看来，所有的贷款最终都是要偿还的。所有的信用都是债务。因此，提高信用额度的提案，不过是加重债务负担的提案的代称。要是我们习惯使用第二个名称——加重债务负担的提案，而不用第一个名称——提高信用额度的提案，相信那些提案就不会再那么受欢迎了。

我们不必在这里讨论私营机构提供给农民的常规贷款，其中包括抵押贷款，让农民用于购买汽车、电冰箱、电视机、拖拉机和和其他农用机械的分期付款贷款，以及供农民在收获和销售谷物前用于资金周转的银行贷款。我们这里要讨论的只是政府机构提供给农民的直接贷款，以及由政府担保的贷款。

这些贷款有两大类。一类用以帮助农民把谷物囤积起来，暂不上市销售。这是一类特别有害的贷款，让我们留待后面讨论政府实施商品管制问题时再作具体分析。另一类贷款是为农民立业提供资金——让他们买得起农场、骡子或拖拉机。

乍一看，这类政府贷款似乎很有必要。赞同者会站出来说，这里有个贫困家庭，缺乏谋生手段，让他们靠领取救济金生活是一种冷酷和浪费的解决办法。要

帮助他们买个农场，帮他们立业，使他们靠劳动成为自食其力的公民，使他们能为国家的 GDP（国内生产总值）尽一份力，并用自己的产出来偿还贷款。赞同者还会说，那里有位农民，买不起拖拉机，还在使用原始落后的方式耕种土地。要借钱给他买台拖拉机，帮助他提高生产力，让他能够靠增产所赚来的钱还本付息。这样一来，既能让他靠劳动致富，又能增加产出，使整个社会更加富有。赞同者最后下结论说，这类贷款因为是“自偿性”的贷款，根本不需要政府和纳税人来负担成本。

实际上，这正是私营信贷机构每天都在做的事情。倘若某人想买农场，但手头的积蓄只够农场售价的一半或三分之一，储蓄银行或邻居们会以抵押贷款的方式借钱给他凑够买价。倘若他想买拖拉机，农机公司或金融公司可以允许他首付三分之一的货款，其余的欠款可由拖拉机日后创造的利益分期偿还。

但是，私人提供贷款与政府提供贷款这二者有根本的不同。每个私营放贷者都是在用自己的资金承担风险。（银行家虽然是利用别人委托给他的钱去冒险，但一旦有损失，他也必须拿自己的钱去赔付，否则只有破产出局。）当人们拿自己的钱去冒险时，通常会慎重审查借款人是否有足够的资产做抵押，审查其经营能力和诚信度如何。

倘若政府依照同样严格的标准去办理贷款业务，那政府根本没有必要涉足这一行，去做私营机构已经在做的事。不过，政府一向是以不同的标准行事。政府之所以涉足贷款业，就是要向那些从私营机构借不到钱的人提供资金。换句话说，私营放贷者不肯拿自己的钱去冒的风险，政府却愿意拿纳税人的钱去冒。实际上，有时这种措施的支持者承认政府放贷的坏账率高于民间放贷，但他们仍坚持认为，那些有借有还的人所增加的产出，加上大部分有借无还的人所增加的产出，在抵消坏账损失后仍有剩余。

只有当我们将关注点锁定在政府资金的借款人，而忽视那些被政府的计划剥夺了资金的人的时候，这种主张才貌似成立。政府真正借出的不是钱，而是实体资本，钱不过是交易的媒介。（前面已经提醒过，我们稍后再谈由信用扩张引发的通货膨胀和其他后果。）政府真正借出去的是农场或拖拉机本身。农场的数量有限，拖拉机的产量也有限（只要不是牺牲其他产品去生产过剩的拖拉机）。把农场或拖拉机借给了 A，就没办法再借给 B。因此，真正的问题在于：应该得到

农场的到底是 A 还是 B?

接下来我们就要比较 A 和 B 各自的优势所在，以及他们各自对生产有哪些贡献，或者有能力做什么贡献。假定政府不干预，A 会得到农场。当地的银行家和邻居都了解他，知道他的过去。他们也想为自己手上的资金找出路。他们知道 A 善于经营农场，诚实、守信，值得在他身上冒险。A 已经通过实干、节俭和远见攒下了足够支付农场四分之一的价款。人们若将其余四分之三的价款贷款给他，他就得到了农场。

国外有种奇怪的想法，放贷者都以为信用是银行家赋予的。恰恰相反，信用是人已经拥有的东西。一个人有信用，或许是因为他拥有资产的现金价值大于他想取得的贷款，或许是因为良好的个人品行和履历让他获得了信用。一个人本身具备信用，银行家才愿意借钱给他。银行家绝不会随随便便地借钱给别人，他需要得到偿还的保证。银行家只是把借款人的资产或信用从流动性较低的形式转换成流动性较高的形式而已。有时银行家也难免失误，这样一来，不但银行家自己受损失，整个社会也会受损失，因为借款人没能创造出应有的价值，资源被浪费了。

可以看出，具备信用的 A 是银行家愿意借钱的对象。但抱着施舍心态的政府也进入到了信贷行业，因为它更担忧 B 的处境。缺乏信用的 B，没办法从私营放贷者那里取得抵押贷款和其他贷款。他没有储蓄，缺乏出色的农场经营履历，靠领救济金生活。政府信贷的提倡者争辩说，为什么不借给他足够的钱，帮助他买农场、买骡子、买拖拉机，帮助他立业，使其成为对社会有用的生产者呢？

上述争辩就个别的案例来说，或许行得通，但就整体而言，按政府标准选定的信贷对象，风险显然高于按私营放贷标准选定的信贷对象，把钱贷给他们损失会更大。他们的失败率要高得多，效率更低，浪费的资源也更多。可是，获得政府贷款的他们将买到农场和拖拉机，本来有望获得私人贷款的人却反而得不到。B 有了农场，A 却被剥夺了拥有农场的机会。由于政府信贷导致利率上升，农场的价格也随之上涨，邻近地区也没有其他农场可买，A 可能就这样遭到排挤。总之，政府信贷所造成的净效果是减少而不是增加了社会所能创造的财富，因为可用的实体资本（由实际的农场、拖拉机等构成）没有交给效率更高的、值得信赖的人，而是落到了低效率的借款人手里。

谈完农业，再来谈谈其他的商业形式，我们就可以更加清楚地认识政府信贷的谬论。经常会有人提出这样的议案：政府应该承担起“私营产业承担不起”的大风险。这意味着应该准许政府官僚拿纳税人的钱去冒险，做那些没有人会用自己的钱去冒险的事情。

这种政策会带来很多弊端。它会导致徇私舞弊：放贷给亲朋好友或者收受贿赂。它必然会导致丑闻。它会因为纳税人的钱被挥霍于失败的企业而招致责难。它会提高人们对社会主义的呼声：人们当然会问，既然政府需要承担风险，那为什么不应该同时享有利润？让纳税人承担风险而让私人资本获利，这样做有什么道理？（后面会谈到的，政府对农民提供的“无追索权”贷款，正是出自这种无益的要求。）

让我们暂且略过上述诸多弊端，只谈政府贷款的一种后果：浪费资本和削弱生产。政府信贷会把可用的资本丢进糟糕的计划中，充其量也是丢进好坏难辨的计划中。政府信贷更可能把资本交给能力比较差，或者比较不可靠的人，而非应该获得的人。可是在任何时候，实体资本的数量都是有限的（有别于靠印钞机印出来的货币资本）。交到 B 手中的东西，就不可能再交给 A。

人们想用自己的资本投资，但态度谨慎。他们希望连本带利地收回投资。因此，大部分放贷者把钱投下去之前，都会预先仔细审查投资计划，仔细衡量获利预期和亏损概率。他们有时也会犯错误，但犯错的可能性小于政府放贷者。理由如下：首先，他们借出去的钱是自己的，或是别人自愿托付给他们的，而政府借出去的钱却是从纳税人那里强制征收来的，不需要顾及纳税人的个人意愿。私人资金只会投在获利回报有明确预期的地方。这表明借款人被期望能生产有市场需求的東西。而政府投钱很可能是为了诸如“创造就业”之类的模糊目的；并且，越是投向低效率项目——也就是相对于同样的产出所雇用的人数越多——此类投资提案反而越有可能受青睐。

其次，私营放贷者是经过严酷的市场筛选胜出的。经营失败就会赔钱，就再也拿不出钱借给别人。他们只有经营得很成功，才可能有更多的钱借出去。因此，

私营放贷者（除去通过继承遗产获得资金的一小部分人）经过了优胜劣汰的严格考验。反观政府贷款的承办人员，要么是通过了公务员考试，知道如何用假设的方式回答假设性的问题，要么是善于找到最动听的理由把钱贷出去，善于在贷款出问题找到最合适的借口推脱责任。不过最终结果却不会因此改变：私人贷款比政府贷款更能充分运用现有的资源和资本，政府贷款与私人贷款相比会浪费更多的资源和资本。总之，与私人贷款比较来看，政府贷款会削弱生产，而不是增进生产。

总的来说，主张政府对民间的个人或项目放贷的提案，往往都只看到 B 而忘记了 A。它只看到从中获得资本的人，而忽视了那些应该得到而没有得到资本的人；它只看到有政府贷款注入的项目，而忽视了无法获得资本的其他项目；它只看到某个群体的眼前利益，而忽视了其他群体的损失，以及整个社会的净损失。

反对政府为私人企业或个人提供担保贷款和抵押贷款的理由与反对政府直接提供贷款和抵押贷款一样充分，尽管前者更具隐蔽性。主张政府担保抵押贷款的人，同样忽视了一点，即实际借出的终究是有限的实体资本，如果扶助了看得到的 B，必然会牺牲看不到的 A。政府担保的住房抵押贷款（尤其是免首付款或首付款很少的住房抵押贷款）不可避免地会产生更多的坏账。政府强迫全体纳税人去承担恶性风险并补偿这些损失，鼓励人们去“购买”自己其实负担不起的房子，最终造成住房供给相对过剩。政府一时间过度刺激楼市，会使得每个人（包括以政府担保抵押贷款购买房子的人）负担的房价升高，甚至可能误导建筑业过度扩张，最终结果将是各方损失惨重。简而言之，从长期来看，政府信贷并没有提高国家整体的生产，却鼓励了不当投资。

本章开篇处提道，政府对于企业的“扶持”有时和政府的反对行为一样可怕。这个说法，除了适用于政府贷款，也适用于政府补贴。政府必须先从企业身上取走某些东西，才有可能借钱给企业，或者给企业其他东西。我们经常听到“新政”支持者和其他的中央集权论者吹嘘，美国政府在 1932 年及其后一段时间内，通过复兴银行公司、房主贷款公司及其他政府机构来“帮助经济走出困境”。但要

是政府不在事先或事后对企业课税，它就没有钱给予企业财务援助。政府的资金都来自税收。即便是备受推崇的“政府信用贷款”也是通过税收偿还贷款为前提。当政府向企业提供贷款或补贴的时候，其实就相当于对经营成功的私人企业征税，然后拿钱去扶持经营不善的私人企业。在某些紧急状况下，这么做或许可取，在此不作赘述。不过长期来看，从国家整体的观点出发，这种做法似乎得不偿失，且实际经验表明，确实如此。

第七章 诅咒机器

1

在所有的经济错觉中，“机器必然导致失业”这种错觉最为阴魂不散。这种错误曾经被无数人驳倒过，但总能死灰复燃，并且和以往一样“充满活力”。每当出现长时期失业潮的时候，机器总是被指责为罪魁祸首。这一谬论仍然是许多工会组织并开展运动的基础。而公众之所以普遍容忍这些做法，或者是由于他们认为工会做得对，或者是由于搞不清工会到底错在哪里。

所有那些机器导致失业的想法，若从逻辑的一致性来讲，必然都会得出一个荒谬的结论：不仅我们今天的每一项技术进步都会带来失业，就连原始人尝试摆脱苦力劳动的时候，也已经开始造成失业问题了。

让我们追溯到 1776 年出版的《国富论》(The Wealth of Nations)。亚当·斯密 (Adam Smith) 这本巨著的第 1 章叫作“论分工”，在这一章的第 2 页，作者告诉我们，一个扣针制造业工人，如果不知道如何使用机器，“也许一天也做不出 1 枚扣针，要做 20 枚，当然是绝不可能的了”。但是使用机器之后，他一天能做 4 800 枚扣针。这样看来，在亚当·斯密时代的扣针制造厂，每多一台机器，就会有 240~4800 个工人丢掉饭碗。如果机器只会让人失业的话，那么扣针制造业导致的失业率就高达 99.98%，还有什么比这更糟的吗？

当时的确还有更糟的，毕竟那时工业革命正处于萌芽期。让我们来看看那场革命中的一些事件和角度。以针织袜业为例，新织袜机刚投入使用时就遭到了手

工工人的破坏（一次暴动毁掉了超过 1 000 台机器），厂房被烧毁，发明人受到威胁而被迫逃命。直到军队出动，暴乱头目有的被流放，有的被处以绞刑之后，秩序才得以恢复。

必须牢记的是：单就暴乱者对于当下和未来的考虑来看，他们抵制机器是合乎理性的。威廉·费尔金（William Felkin）在《机器针织史》（History of the Machine-Wrought Hosiery Manufactures, 1867 年版）中告诉我们（尽管其描述不大可信），在使用机器后的 40 年里，英格兰的 5 万名针织长袜工人和他们的家庭，大多数最终也没能从因机器而致的饥饿和困苦中彻底解脱出来。然而，大部分暴乱者坚信机器会永远取代人力的想法却是错的，因为到了 19 世纪末，针织袜业所雇用的劳工人数比 19 世纪初反而增长了至少 100 倍。

理查德·阿克莱特（Richard Arkwright）在 1760 年发明了新型纺纱机。据估计，当时在英格兰有 5 200 名使用纺车的纺纱工，以及 2 700 名织布工——总共有 7 900 人从事棉纺织品的生产。阿克莱特的发明在推广时遭到抵制，理由是它将威胁到棉纺工人的生计。最后，当局只好动用武力来平息抵制浪潮。然而到了 1787 年，也就是阿克莱特的发明问世后的第 27 个年头，议会的一项调查表明，实际从事棉纺织业的人数从 7 900 人增加到 32 万人。

要是读者有机会去翻一翻 1889 年版戴维·韦尔斯（David A. Wells）所著的《近来的经济变革》（Recent Economic Changes）一书，便会发现有一些章节，抛开其中的日期和数值，就跟今天那些恐惧科技的人所写的文字如出一辙。让我们来看看其中几段：

从 1870 年到 1880 年这 10 年间，英国的航运业不断扩大，仅进出口清关吨数就增至 2 200 万……但与 1870 年相比，1880 年航运业雇用的人数只剩下约 3 000 人（准确数字是 2 990 人）。这是怎么回事呢？原来，各个码头和船坞都安装了蒸汽吊装机和谷物升降机，并采用蒸汽动力等。

1873 年，贝塞麦转炉钢在英格兰能卖到每吨 80 美元，这个价格并不是因保护性关税所形成的高价。而到了 1886 年，还是在英格兰，每吨钢的售价不到 20 美元，产销仍有利可赚。同期，贝塞麦转炉钢的年产量增加了 4 倍，而所用的人工却比从前更少了……

据柏林统计局估计，1887 年在全世界投入使用的蒸汽机的动力总和，大约

相当于 2 亿匹马的力量，相当于约 10 亿人的劳动力，或至少是全球劳动人口数量的 3 倍……

我们可以想象，最后的这些数据应该会让韦尔斯陷入沉思，他想不通为什么到 1889 年这个世界上竟然还有人工作可做。但他只是矜持悲观地下了这样的结论：“照此下去，工业生产过剩……可能会变为长期问题。”

在经济大萧条期间的 1932 年，把失业问题归罪到机器的把戏再度上演。短短几个月内，一个自称“技术统治主义”的团体提出的理论如森林大火般席卷全美。我不打算在这里详述该团体罗列的怪诞数字，也不打算通过事实真相来反驳他们。读者们只需要知道他们所倡导的“技术统治主义”是老调重弹，鼓吹机器会永远取代人力就够了。而这些人竟然以为这个论调是他们首创的真知灼见。“技术统治主义”再次印证了作家乔治·桑塔亚纳（George Santayana）说过的一句话：忘记历史的人将重蹈覆辙。

“技术统治主义”最终在人们的嘲笑声中销声匿迹，但是在此之前就已出现的信条依然存在，并且以“制造工作机会准则”“限产超雇准则”等名义反映在数百次工会行动中。公众之所以容忍甚至赞同这些准则和行动，是因为他们还没有弄清楚最基本的问题。

1941 年 3 月，科温·爱德华兹（Corwin Edwards）代表美国司法部在美国临时经济委员会（TNEC）作证时，围绕这类行动列举了大量实例。例如，纽约市的电气工会被指控拒绝安装纽约州以外的企业生产的电气设备，除非那些设备在安装现场拆解后重新组装才行。在得克萨斯州的休斯敦，高级管道工和管道工工会要求，在施工现场，预制管道一端的螺纹必须先锯掉，然后再重新切削螺纹，才允许安装。各地油漆工会的分会则纷纷限制使用油漆喷枪，只准用效率低下的油漆刷，主要是为了“制造工作机会”。美国卡车司机工会的一个分会，要求进入纽约市区的每一辆卡车，除了原来开车的司机，还必须多雇用一名当地的司机。许多城市的电气工会要求，建筑工地如果要使用临时照明或临时用电，必须雇用一名全职的维修电工，但不准安排这个电工参与电气施工工作。爱德华兹先生说，根据这个规定，建筑工地“往往雇用一名终日无所事事的人，整天翻报纸、玩纸牌，其工作就是在上下班时按一下电源开关”。

在其他许多领域，也都存在这种凭空“制造工作机会”的做法。在铁路行业，

工会坚持在那些不需要司炉的火车机车上雇用司炉工。剧场工会坚持雇用布景装拆工人，哪怕演出中不用布景也不能例外。音乐家联合会要求在即使放唱片就能完成的演出中，也要雇用所谓的占位音乐人，或甚至整团的占位管弦乐队。

到1961年，没有丝毫迹象显示这种谬论已经销声匿迹。这时，不但工会领袖，就连政府官员也郑重地宣称，“自动化”是失业的主要原因。他们谈到自动化，好像那是一个全新的事物。其实那只是持续的技术进步和省力设备不断改进后的新名称而已。

2

然而，即便在今天，反对省力机械的论调不只出现在不懂经济学的人身上。在1970年就出版了一本这样的书，其作者颇受尊崇且后来荣获了诺贝尔经济学奖。他在书中反对经济欠发达国家采用省力机械，理由竟是机器会“减少对劳动力的需求”！按此逻辑得到的结论就是：要想创造尽可能多的就业机会，就必须让所有劳工尽可能地从事缺乏效率和收益的工作。这就意味着，19世纪初捣毁织袜机、蒸汽动力织布机和剪切机的英国卢德派暴乱分子的所作所为都是对的。

我们可以用一大堆数字来说明，过去那些恐惧科技进步的人错得有多么离谱，但这样做无济于事，除非我们清楚地认识到他们出错的原因。因为如果我们不能以演绎的方式，对事实有一个起码的认识，经济学中的统计数学和历史就没有任何意义——这就意味着我们必须了解为什么过去在采用机器和其他的省力装置之后，必然会产生那样的结果。要是我们不这样做，恐惧科技进步的人就会狡辩说：“过去的状况还能说得过去，但是今天的状况已经发生了根本性的变化，如今我们根本无法承受更多省力机器的开发。”（当有人指出他们前辈的预言被证明是荒谬的时候，他们正是以此来辩解的。）1945年9月19日，在某报业集团旗下的报纸专栏中，第一夫人埃莉诺·罗斯福（Eleanor Roosevelt）写道：“发展到今天，省力装置只有在不使人们失业的情况下，对我们才是有利的。”

如果采用省力机器确实会造成失业率不断上升、加剧不幸的话，我们将合乎逻辑地得出颠覆性的结论，不仅会颠覆技术领域的观念，而且会颠覆整个人类文明的观念。我们不仅应该把所有的新技术进步都视为一场灾难，而且更该觉得过

去所有的技术进步也同样恐怖。每天，我们每个人在处理个人事务时，总希望省心省力做完该做的事情。每个人都想少花力气多办事。大大小小的雇主，总在设法通过节约劳动力来提高经济效益。头脑灵活的工人，都会想办法以最少的付出去完成上面指派的工作。雄心勃勃的人，总在坚持不懈地跟时间赛跑，设法提高工作效率。如果严守逻辑上的一致性，那么恐惧科技进步的人必须摒弃所有这些进步和智巧，因为技术进步不但无益，反而有害。比方说从芝加哥运货到纽约，要是能大量雇用人力，我们何必还要用火车，让人扛起货物背过去得了。

类似这样的错误理论，在逻辑上从来都站不住脚，但危害巨大，因为还是有人相信。因此，我们需要设法弄明白：技术改良和采用省力机械之后，到底会发生什么事？每个实例的细节各不相同，取决于某个行业或特定时期的具体状况，我们将采用一个囊括主要可能性的范例。

假设有位制衣商了解到，有种机器可以用以往一半的人力生产男式和女式大衣。他购置了这种机器，并且裁掉了一半的员工。

乍看起来，这是明显的就业机会损失。然而，机器本身需要劳工去生产，从而带来原本不存在的工作机会作为补偿。不过，只有当这种机器可以用过去一半的人力生产出更好的大衣，或是能以更低的成本生产出同样的大衣时，制衣商才会购置机器。假设是后一种情况，我们就不能假定制造机器耗费的劳动量，以工资来计算的话，正好等于制衣商购置机器时期望能长期节省的劳动量，否则就没有经济效益可言，制衣商也不会购置那种机器。

这么算来，就业机会仍然出现净损失。但我们至少要记住，采用省力机械带来的第一个效果很有可能是增加社会整体就业。因为制衣商使用机器，通常只是期望机器能长期帮他省钱：也许得花几年时间机器才能“挣回本钱”。

等到机器挣够了本钱，制衣商就可以获得比从前更多的利润（我们假设其大衣的售价仍和竞争对手相同且能轻松降价促销）。这时候，似乎劳工的就业机会遭受了损失，只有那位制衣商（也就是资本家）才能从中获利。但正因为资本家有了超额利润，相应的社会利益才得以体现。这位制衣商只有三种途径用掉超额利润，并且有可能在三个方面都分配一些资金：（1）用超额利润扩大生产，购置更多的机器，生产更多的大衣；（2）将超额利润投资到其他行业；（3）将超额利润花掉，增加个人消费。无论他把利润用于哪个方面，都会增加就业机会。

换句话说，这位制衣商由于节省开支而获得了以前没有的利润。他从制衣工人的直接工资中节省下来的每一元钱，现在必须以间接工资的形式支付给新机器的生产工人，或者支付给他所投资的其他行业的工人，或者支付给为他盖新房、造新车的工人，或者通过为太太添置珠宝和皮草，支付给相关行业的人。不管支付给什么人（除非他是十足的守财奴），他所间接提供的工作机会，将和他削减的直接工作机会一样多。

此外，事情不会，也不可能就此打住。如果这位事业心强的制衣商跟竞争者相比在业界拥有相当大的成本优势，他要么会开始扩张运营规模，威胁竞争者，要么逼迫他们也着手添置机器。于是，机器生产工人将得到更多的工作机会。同时随着竞争的加剧和产品的增多，市场也会开始压低大衣的价格。那些新添置机器的制衣商无法享有以前那么高的利润。率先使用新机器的制衣商的获利率也开始下滑。仍未使用机器的制衣商可能根本无法获利。换句话说，原先节省下来的成本开始向大衣的购买者——也就是消费者转移。

大衣越便宜，买得起的人就越多。这意味着，尽管生产同样数量的大衣需要更少的劳工，但现在的大衣总产量却比以往大了许多。如果人们对大衣的需求像经济学家所说的那样具有“弹性”，也就是说，价格下跌能刺激消费，消费者花在购买大衣上的总金额会比以前多，那么整个制衣业所雇用的劳工人数，甚至可能比使用机器之前更多。我们已经看到历史上这种情况曾出现在制袜业和其他纺织品业中。

但是，新的就业并不完全依赖于特定产品所具有的需求弹性。假设大衣的价格降了几乎一半——比如从先前的 150 美元降为 100 美元，且总销量跟以前持平，其结果就是，消费者和以前一样都有了一件新大衣，每位消费者现在都节省下了 50 美元。他可以把这 50 美元花到其他地方，从而增加其他行业的就业机会。

总之，整体而言，机器、技术进步、自动化、降低成本和提高效率并不会使人失去工作。

名家语录

1. “没有目的，就做不成任何事情；目的渺小，就做不成任何大事。”
——《未知》
2. “人永远都无法知道自己该要什么，因为人只能活一次，既不能拿它跟前世相比，也不能在来生加以修正。没有任何方法可以检验哪种抉择是好的，因为不存在任何比较。一切都是马上经历，仅此一次，不能准备。”
——《生命中不能承受之轻》
3. “害怕危险的心理比危险本身还要可怕一万倍”
——《鲁宾逊漂流记》
4. “决心不过是记忆的奴隶，它会根据你的记忆随意更改。”
——《哈姆雷特》
5. “一个人可以被摧毁，但是不能被打败。”
——《老人与海》
6. “上帝给了人们有限的力量但却给了人们无限的欲望。”
——《基督山伯爵》
7. “勇敢产生在斗争中，勇气是在每天对困难的顽强抵抗中养成的。我们青年的箴言就是勇敢、顽强、坚定，就是排除一切障碍。”
——《钢铁是怎样炼成的》
8. “释放无限光明的是人心，制造无边黑暗的也是人心，光明和黑暗交织着，厮杀着，这就是我们为之眷恋而又万般无奈的人世间。”
——《悲惨世界》

9. “每个人都会有缺陷，就像被上帝咬过的苹果，有的人缺陷比较大，正是因为上帝特别喜欢他的芬芳。”

——《战争与和平》

10. “世间的很多事物，追求时候的兴致总要比享用时候的兴致浓烈。”

——《威尼斯商人》

11. “他不知道那个梦已经丢在他背后了，丢在这个城市那边那一片无垠的混沌之中不知什么地方了，那里合众国的黑黝黝的田野在夜色中向前伸展。”

——《了不起的盖茨比》

12. “历史孕育了真理，他与时间抗衡，保存了人们的实践；他是往昔的见证，当今的教训，未来的借鉴。”

——《堂吉诃德》

13. “欢乐与忧伤交汇在命运之杯里，然而其中绝没有辛酸的眼泪；因为就连忧伤本身也已冲淡，又裹在了那样甜蜜、亲切的回忆之中，失去了所有的苦涩，成了一种庄严的快慰。”

——《雾都孤儿》

14. “如果你渴望得到某样东西，你得让它自由，如果它回到你身边，它就是属于你的，如果它不会回来，你就从未拥有过它。”

——《基督山伯爵》

15. “一个人成长的过程，不仅是肌肉和体格的增强，而且随着身体的发展，精神和心灵也同时扩大。”

——《哈姆雷特》



河北宏策律师事务所

Hebei Hongce Law Firm

宏 策 与 您 同 行

编委会：齐凯欣 赵乾虎 郭孟 高才婷 李宁

执行主编：郭孟

装帧设计：宏策设计部

联系电话：0311-67795630 18730277823

邮箱：hongcelawyer@163.com

网址：www.hongcelawyer.com

邮编：050011

地址：河北省石家庄市裕华区槐安东路105号怀特商业广场写字楼C座19层

©本册所有修改权，更新权及最终解释权均属于河北宏策律师事务所所有。