BUSINESS & LAW

法商实务系列

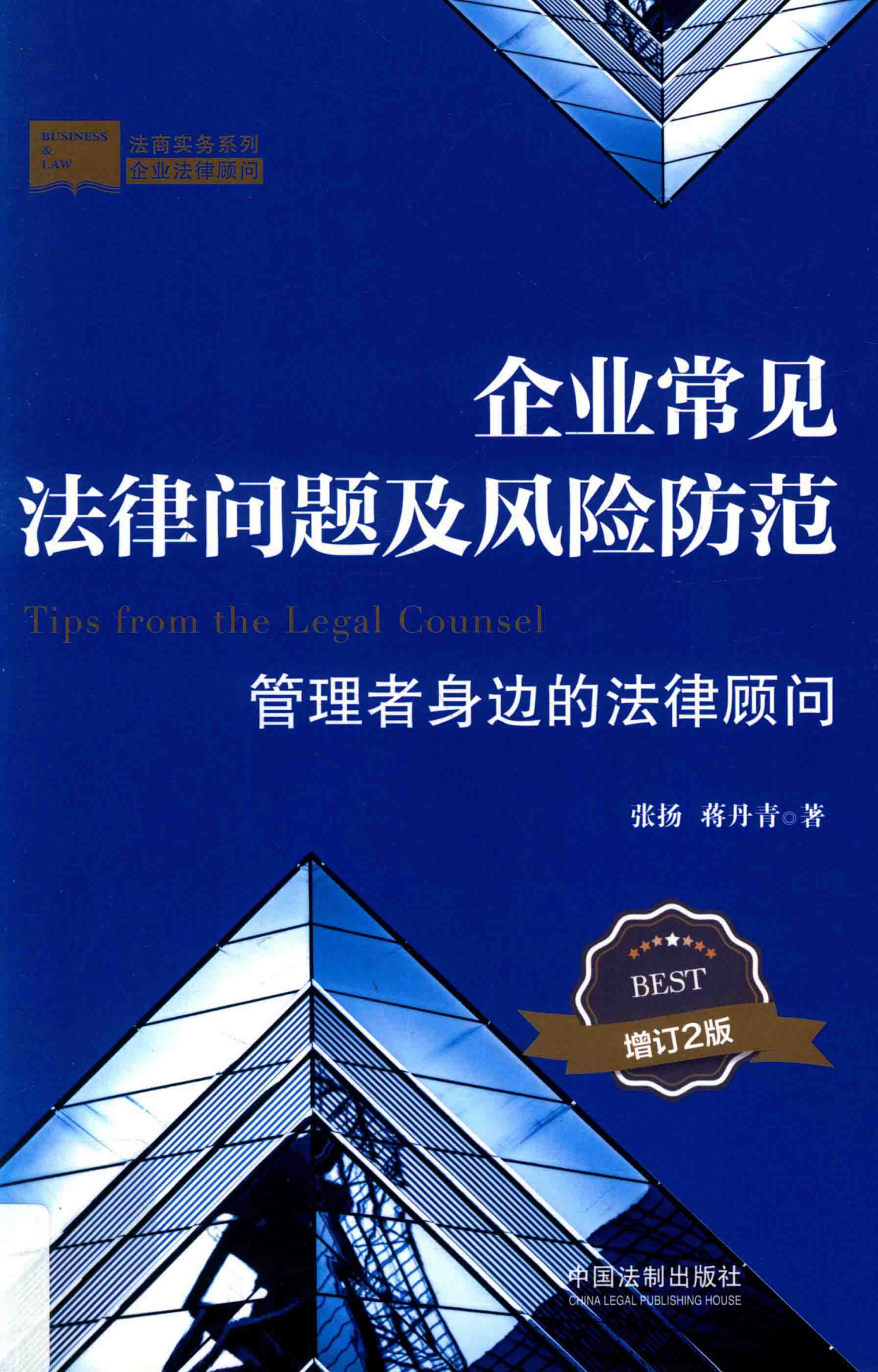
企业法律顾问

企业常见法律问题及风险防范

Tips from the Legal Counsel

管理者身边的法律顾问

张扬 蒋丹青◎著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

企业常见法律问题及风险防范

Tips from the Legal Counsel

管理者身边的法律顾问

张扬 蒋丹青◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

企业常见法律问题及风险防范：管理者身边的法律顾问 / 张扬，蒋丹青著 . —2 版（增订本）. —北京：中国法制出版社，2017.4

ISBN 978-7-5093-8106-9

Ⅰ. ①企… Ⅱ. ①张… ②蒋… Ⅲ. ①企业法—研究—中国 Ⅳ. ① D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2017）第 058792 号

策划编辑：王佩琳（editor_wangpl@163.com）

责任编辑：薛　强（editor_xue@163.com）　　封面设计：李　宁

企业常见法律问题及风险防范：管理者身边的法律顾问

QIYE CHANGJIAN FALÜ WENTI JI FENGXIAN FANGFAN: GUANLIZHE SHENBIAN DE FALÜ GUWEN

著者 / 张　扬　蒋丹青

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本 / 710 毫米 ×1000 毫米　16 开　　印张 / 25.25　字数 / 387 千

版次 / 2017 年 5 月第 2 版　　2017 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8106-9　　定价：68.00 元

值班电话：010-66026508

北京西单横二条 2 号　邮政编码 100031　　传真：010-66031119

网址：http://www.zgfzs.com　　**编辑部电话：010-66038139**

市场营销部电话：010-66033393　　**邮购部电话：010-66033288**

（如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926）

增订版序

拙著《企业常见法律问题及风险防范：管理者身边的法律顾问》在2014年11月面世之后，得到了广大读者的支持。许多读者在阅读本书后通过信函、电话等形式向笔者告知了阅读感受并根据自己的经验对该书提出意见，在此谨对读者的爱护表示感谢。

笔者认为，律师为企业提供法律服务，主战场不在法庭，而在庭前。如何通过自身的法律知识为企业的日常经营和管理保驾护航、避免纠纷，才是律师作为企业法律顾问的关键。近年来，国家全面推进依法治国，政府也贯彻依法行政，不断提升自己的治理能力，政府部门和基层组织都在购买法律服务，积极聘请律师担任法律顾问。相较而言，企业更应该在经营和管理上具备法律意识，了解律师工作的重要性。

本书作为增订二版，笔者在第一版内容的基础上增加了这两年多以来为企业提供法律顾问服务、代理诉讼案件所获得的新经验，同时也对第一版内容作了部分修改和调整。

法律的运用和解释并没有标准答案，本书的内容是笔者根据自身经验及所学来提出的观点和建议，加上本书篇幅所限及内容的概括性，书中的观点并不是个案的法律意见，不适用于个案情况。若读者在阅读本书过程中有不同的看法和意见，敬请不吝指正。

张扬　蒋丹青

二〇一七年四月于广州

第一版序

接受企业或个人的聘请，为其提供日常法律服务的专业律师一般被称为法律顾问。笔者认为，优秀的法律顾问除了擅长处理诉讼事务之外，还需要懂得如何为企业规避法律风险，以及一旦发生纠纷如何帮助企业尽量避免损失。

为企业规避法律风险，并不是只在形式上做到对企业有利，而且需要从发生纠纷的角度来考虑最佳解决办法。

笔者曾经遇到一个这样的案例：甲乙双方需要就一个项目进行合作，两公司的总部都在广州。因为涉案项目在鄂尔多斯，乙公司在鄂尔多斯另设立了分公司丙公司，因此合同签订方为甲公司与丙公司。在合同条款沟通过程中，乙公司的一位法务专员以“合同为格式版本不能修改”为由，要求必须将合同中的管辖权条款写为“若合同在履行的过程中出现纠纷，双方将纠纷提交丙公司所在地法院诉讼解决”。从字面上看，这样约定管辖对于丙方有利，但是从实际出发，该项目合作一直由丙公司在广州的总公司乙公司进行处理，双方总部都在广州，一旦发生纠纷，难道就近的法院不去，还要大老远地飞到鄂尔多斯的法院去解决问题吗？

一些管理者认为，“为企业购买法律服务”没有必要，或认为企业内部已有法务专员，没有聘请专业律师做企业法律顾问的必要。笔者认为，企业法务专员与律师担任的法律顾问，可以对企业的发展起到互补的作用。法务专员属于企业内部的员工，因受限于上下级关系，有时很难从法律专业角度上对领导提出并坚持异议。此外，法务专员的日常工作更倾向于企业内部合规建设，诉讼事务上的经验也相对缺乏。目前越来越多的企业在聘请1—2名法务专员处理企业日常法律事务之外，同时聘请具有系统理论知识、

丰富实务经验的专业律师来协助企业管理，规避法律风险、维护企业权益。

常见一些企业管理者抱怨，聘请的法律顾问对企业似乎没有太大的帮助。对此，笔者认为作为法律顾问的律师肯定有责任，同时，企业管理者也有一定的责任。从律师的角度看，担任企业的法律顾问，不仅需要被动接受咨询，更应该主动为企业出谋划策，及早发现问题并及时提出解决方案。企业管理者也应该多与企业法律顾问进行沟通，让律师随时了解企业的状况。

在归纳总结企业常见法律问题的基础上，结合实务工作经验并不断地学习反思，笔者撰写了此书。书中所选取的案例均为真实发生，部分为笔者以及律所同事所经办的有代表性的案件，其余选自各级法院公开的裁判文书。希望读者通过阅读此书，可以在了解基本的法律规定的基础上，发现企业存在的类似问题，并从本书的应对方案或风险提示中获得启发与帮助。

在此需要特别说明的是，因篇幅所限以及内容具有一定的概括性，书中所提观点并不能当具体个案的法律意见来做援引。企业在遇到法律纠纷时，应尽快咨询律师。在阅读本书的过程中，如有相关问题、建议或批评意见，欢迎读者与笔者联系。

愿这本书能成为企业管理者身边的“法律顾问”！

张扬　蒋丹青

二〇一四年九月于广州

目　录

第一章　公司的设立与终止 001

第一节　公司的设立 / 003

一、公司注册地的法律意义及重要性 / 003

二、出资并不代表法定股东资格的确认 / 006

三、公司筹备阶段所产生的债务该如何承担？ / 009

四、注册资金的新规定：商事登记改革——从审查制向登记制的转变 / 012

第二节　公司出资纠纷 / 016

一、代缴出资的股东如何保护自己的债权？ / 016

二、实缴出资与股份占有并不必然成正比 / 018

三、抽逃出资的认定情形以及处罚 / 021

四、作为注册资本的知识产权贬值时如何处理？ / 024

五、干股的赠与 / 026

第三节　公司的终止 / 029

一、股东起诉要求公司解散的条件及方法 / 029

二、有限责任公司人格的否定 / 035

三、公司在清算期间应注意的法律问题 / 040

四、公司被吊销与公司恶意注销后的法律责任 / 045

第二章　合伙企业、个人独资企业和一人公司 049

第一节　合伙企业 / 051

一、普通合伙企业与一般公司法人的区别 / 051

二、有限合伙企业是对外融资和设置股权激励的有利工具 / 054
第二节　个人独资企业和一人公司 / 057
一、个人独资企业投资人的无限责任 / 057
二、一人公司的优势和法律风险 / 058
三、一人公司为股东做担保的股东责任 / 063
第三章　公司的内部治理 067
第一节　公司章程与股东协议 / 069
一、章程——公司的“宪法” / 069
二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？ / 075
第二节　股东会与董事会 / 080
一、开会啦！——股东会的召开与临时股东会 / 080
二、投票吧！——股东会的表决机制 / 086
三、董事会 / 090
第三节　股东的权利 / 095
一、股东资格的认定与隐名股东 / 095
二、股东资格的继承 / 103
三、有限责任公司的股权转让规则 / 106
四、新股东加入公司，是否应承继原来的公司债务 / 115
五、51%对 49%——大股东的权益体现 / 117
六、小股东的利益如何保护 / 119
七、“两事一高”的忠实与勤勉义务 / 127
八、股东离婚对公司经营决策的影响 / 130
第四节　公司的人事架构及管理权限 / 133
一、公司的公章究竟该谁拿——公司的控制权 / 133
二、公司监督机制如何充分发挥作用 / 136
第四章　公司的对外经营 139
第一节　合同的签订 / 141
一、合同签订前的合作方审查 / 141
二、格式条款的效力 / 143

三、定金与订金 / 148
四、预开发票的法律风险 / 152
五、司法争议解决中诉讼与仲裁的选择 / 154
六、合同上的内容能否涂改 / 156
七、合同被撤销的法律风险 / 158
八、几种常见的合同范本 / 162
第二节　抵押担保、借贷与融资 / 166
一、公司与银行的贷款法律纠纷 / 166
二、公司为他人提供担保的法律责任 / 168
三、民间借贷法律问题 / 172
四、民间担保抵押中债权人的权利保护 / 178
第三节　民事纠纷中的法律责任 / 182
一、分公司与子公司的法律责任承担 / 182
二、违约责任与抗辩权 / 184
三、违约金与违约赔偿 / 189
四、让败诉方支付胜诉方律师费的方法 / 193
第四节　其他常见经济纠纷 / 196
一、公章的使用规范 / 196
二、代理、授权以及员工职务行为的认定 / 200
三、关联公司在经营上的法律风险 / 204
四、公司应收账款的法律风险以及对账单与催款函的制作 / 208
五、公司合并、分立后的债务承担 / 211

第五章　企业人力资源管理 215

第一节　现行劳动法律的适用 / 217
第二节　公司内部人事管理 / 220
一、公司招聘员工应注意哪些问题 / 220
二、劳动合同该如何制作与签订 / 224
三、不签订劳动合同的双倍工资计算标准 / 228
四、退休员工的聘用 / 232

五、大学生顶岗实习 / 233
第三节 劳动用工制度 / 239
一、公司规章制度如何做到合法有效 / 239
二、调岗与减薪 / 246
三、解雇员工要“缓” / 250
四、公司能否与员工约定违约金条款 / 254
五、非全日制劳动用工 / 257
六、劳务派遣的新规定 / 262
第四节 劳动报酬与劳动待遇 / 266
一、工资表中的项目明细与加班费之间的法律关系 / 266
二、公司在考勤制度上容易犯的错误 / 271
三、工伤的认定 / 274
四、员工因病或非因工死亡待遇 / 279
五、公司为员工提供培训后的服务期约定 / 281
第五节 竞业限制与保密义务 / 285
一、劳动合同法中的竞业限制 / 285
二、员工违反保密条款的认定 / 288
第六节 劳动纠纷仲裁与诉讼 / 291
一、劳动争议案件的受理范围 / 291
二、劳动纠纷中的“举证责任倒置” / 293

第六章 企业品牌的知识产权保护 297

第一节 企业设立初期的知识产权保护 / 299
一、企业应该如何起名 / 299
二、企业字号被他人抢注，怎么办 / 303
三、保护好网络域名 / 308
四、知识产权入股的权利人变更 / 312
第二节 企业对内经营管理中的知识产权保护 / 314
一、核心技术人员带走企业商业秘密的处理方法 / 314
二、员工是否可以将工作成果以个人的名义结集出版 / 319

三、利用专利保护好企业的技术成果 / 322
四、善用管辖权向异地网络侵权者进行维权 / 326
第三节　公司对外推广过程中的知识产权保护 / 329
一、商品包装、装潢莫踏入侵权误区 / 329
二、网络销售中的知识产权保护 / 334
三、宣传广告的图片与字体应避免侵权 / 339
四、勿为他人做嫁妆——商标的授权使用 / 342
五、商标许可期届满后，商家对印有许可人商标的积压产品能否继续销售 / 345
六、公开征集 LOGO 的注意事项 / 347
七、企业微博、微信公众账号的运营维护 / 351
八、合资公司的知识产权在清算时的处理 / 355

第七章　企业经营中的经济犯罪 359

第一节　管理者容易触犯的经济犯罪 / 361
一、职务侵占罪 / 361
二、商业贿赂 / 363
三、合同诈骗罪 / 365
四、非法吸收公众存款罪及集资诈骗罪 / 368
五、挪用资金罪 / 372
六、骗取贷款罪和贷款诈骗罪 / 374
七、损害商业信誉、商品声誉罪 / 377
第二节　单位犯罪 / 379
第三节　面临经济犯罪刑事指控时需注意的问题 / 382
一、刑事和解 / 382
二、口供很重要 / 384

后　记 / 387

主要参考书目 / 389

第一章

公司的设立与终止

导　读

我国《公司法》自1993年年底出台，直至2014年，共经历了三次修正（1999年、2004年和2013年）和一次修订（2005年）；最高人民法院相应出台了三个司法解释（其中2006年司法解释是针对《公司法》实施前后的法律适用问题；2008年司法解释主要是针对公司解散和清算进行规定；2011年司法解释主要是明晰关于公司的设立、出资和股权确认的一些规定）。当然，随着市场情况的变化，针对不断出现的新的争议问题，立法机关还将对《公司法》进行修订，最高人民法院还将发布具有针对性的司法解释。

本章将围绕一般有限责任公司的设立与终止所涉及的常见法律问题展开讲解。在有限责任公司设立和解散的过程中，程序上需符合法律的规定至关重要，纠纷的出现多是因为设立和解散过程中程序不合法而导致的，如主要涉及股东或第三人代缴出资的纠纷、股东提起解散公司的纠纷，没有严格按照法律规定的程序要求进行处理，就有可能出现权利不被法院所认可的情况。另外，认缴资本与股份占有额、公司注册地与经营地不一致、公司法人格否认制度，也是企业常会遇到的法律问题。

第一节 公司的设立

一、公司注册地的法律意义及重要性

公司成立时，需将自己的主要办事机构的地址进行登记，作为公司的注册地。根据《公司法》第10条的规定，公司以其主要办事机构所在地为住所。因此，公司的注册地，也称为公司的住所。《公司登记管理条例》第12条还规定："公司的住所是公司主要办事机构所在地。经公司登记机关登记的公司的住所只能有一个。公司的住所应当在其公司登记机关辖区内。"

住所在法律上主要有三点意义：（1）确认诉讼中的管辖。我国《民事诉讼法》规定的一般诉讼管辖原则是"原告就被告"，当被告为公司的时候，被告的所在地即为公司的住所地。法院的诉讼文书都会送达工商登记中所显示的公司住所处。例如，在公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等诉讼中，《民事诉讼法》规定了由公司住所地的法院管辖。（2）合同的债务履行地问题。《合同法》第62条第（3）项规定，在合同约定的履行地点不明确且没有补充协议的约定以及不能按照合同有关条款或者交易习惯确定的情况下，给付货币的在接受货币一方所在地履行，交付不动产的在不动产所在地履行，其他标的在履行义务一方所在地履行。对此，公司若为接受货币一方或者非货币及不动产标的履行义务的一方，其住所就是法律义务的履行地。（3）公司的住所，决定了公司所属的行政管辖区域。公司受到当地区政府的管理，同时也会有可能享受当地行政区域的优惠政策。例如，公司的住所在开发区，则有可能会享有开发区税收减免的优惠政策，公司也需要向所属行政区政府缴纳税费及接受管理。

公司的注册地与实际经营地不同，会面临怎样的法律处罚？《公司登记管理条例》第69条规定："公司登记事项发生变更时，未依照本条例规定办理有关变更登记的，由公司登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以1万元以上10万元以下的罚款……"

以案说法

司法机关向公司送达法律文书的地址一概以公司注册地为准

A公司自2010年成立，为了避税等原因，公司的注册地在广州的从化区，而实际办公地在广州市中心的CBD商务区。2012年某月，A公司与B公司存在货款纠纷，B公司向法院提起诉讼，法院将传票送到A公司在从化区的办公地址，随后法院在A公司不到庭参加诉讼的情况下作出了缺席判决。

【律师评析】

在一审判决败诉后，A公司负责人希望委托笔者作为诉讼代理人向法院提起上诉。该公司负责人询问，公司能否以“注册地无人办公，公司不清楚开庭时间”为由提起上诉？

公司的这个上诉理由是完全得不到二审法院的支持的。法院寄送传票，一定会以公司的注册地址作为传票和诉讼文书的送达地址，即使法院知道公司的实际办公地与注册地不一致，也不会将实际办公地作为送达地址。除非A公司有诉讼代理人，在诉讼过程中向法院签署了相关的送达地址确认书，法院才会在日后按照确认书的地址寄送材料。

应对方案

1. 目前公司注册地与实际经营地不一致的情况较为普遍，虽然《公司登记管理条例》第69条对此情况规定了相应的处罚措施，但是目前行政机关对此并没有太严格的处罚力度。即使处罚力度不大，如果有当事人投诉举报并经过查实，工商行政部门仍然会作出处罚。

2. 尽量避免出现公司注册地与经营地不一致的情况，实在无法避免的，建议公司注册地还是安排人员驻守或者不定期地到公司注册地查收邮件。否则公司注册地人去楼空，容易发生上述案例中的诉讼风险以及行政处罚风险。

3. 公司注册地这个问题看似简单，实际上，目前有很多公司都没有按照规定执行。原因有很多，避税、减少设立公司的成本是最常见的。笔者见过有公司在郊区登记设立，租用一间小型办公室放几台电脑，实际上的办公地在市区的某高档写字楼。有一次某公司收到其客户发来的律师函，笔者第一时间告知公司负责人，近期一定要常留意注册地，看是否有法院发来的传票，

以防成了被告自己还不知情。

4. 成本与风险这两者之间的权重，需要管理者根据自己公司的实际情况分析考虑。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第十条 公司以其主要办事机构所在地为住所。

《中华人民共和国民事诉讼法》

第二十一条 ……

对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

……

第二十六条 因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。

《中华人民共和国合同法》

第六十二条

……

（三）履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

……

《中华人民共和国公司登记管理条例》

第十二条 公司的住所是公司主要办事机构所在地。经公司登记机关登记的公司的住所只能有一个。公司的住所应当在其公司登记机关辖区内。

第六十九条 公司登记事项发生变更时，未依照本条例规定办理有关变更登记的，由公司登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以1万元以上10万元以下的罚款……

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》

第二十四条 解散公司诉讼案件和公司清算案件由公司住所地人民法院管辖。公司住所地是指公司主要办事机构所在地。公司办事机构所在地不明确的，由其注册地人民法院管辖。

基层人民法院管辖县、县级市或者区的公司登记机关核准登记公司的解散诉讼案件和公司清算案件；中级人民法院管辖地区、地级市以上的公司登记机关核准登记公司的解散诉讼案件和公司清算案件。

二、出资并不代表法定股东资格的确认

出资，并不仅仅是支付注册资金，而是泛指一切公司投资人向公司支付投资款的行为。

2013 年 12 月《公司法》修正，对成立公司已没有注册资本的最低要求，成立公司初期也不强制实缴注册资本，但股东仍然需要按照约定认缴注册资本，且需要根据自己的认缴额承担相应的责任。新加入公司做股东，也需要向公司缴纳投资款项。但是当你足额出资了，是否就必然成为了公司的股东呢？其实，缴纳了注册资金、向公司支付了投资款，就认为自己已经成为了股东，是很多人常会陷入的误区。以笔者的一位朋友为例：他出资 100 多万元和另外三位合伙人签订了投资协议并一起开了一家酒店，三年多来他一直负责部分公司经营业务。后来大家因在酒店经营管理方面思路不同而决定散伙，在解散公司、分配利润时，这位朋友才发现，原来酒店在成立的时候，工商登记只有另外三位合伙人的名字，自己并不是工商登记的股东。而在这三年多里，他都一直认为自己是这家酒店的股东之一。

《公司法》第 32 条第 2 款规定："记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。"也就是说，只有登记在股东名册上的人才是法律意义上的股东。股东对外的体现，是工商局打印的企业注册基本资料中所出现的投资人名称。若在公司股东名册上面没有作出登记，而且在工商局打印的企业注册基本资料中也没有自己的名字，那么即使自己已向公司注资，也并不必然能成为法律上的股东。

以案说法

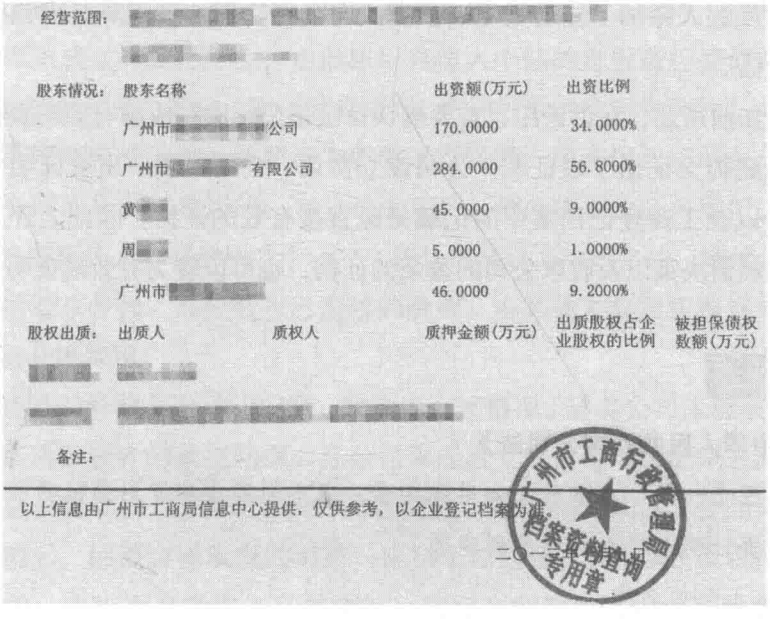
没有登记的投资人并不具有股东身份，不享有完全的股东权利

2010 年，陈某与 A 公司原有股东甲、乙两人约定，三人同意由陈某向

A公司投资300万元，加入公司的管理层并参加公司的经营及决策。三人只签订了一份投资协议。在其后的公司日常经营过程中，陈某自己及公司上下均认定陈某为股东。2013年3月，因为部分投资决策等问题，陈某与甲、乙之间意见不合产生矛盾，陈某向法院提起诉讼，认为自己是股东，要求行使股东知情权，对公司的账簿进行查阅。甲、乙二人以陈某并非公司实际股东为由提出抗辩。

【律师评析】

若只有一份投资协议，陈某在法律上难以被认定为具有股东的身份，陈某最多是一个投资者的角色。《公司法》规定了股东需登记在公司的股东名册中。实践中，有很多公司尤其是中小企业，内部并没有制作股东名册，法院在审理这类案件时会查阅公司的工商登记资料，若工商登记资料中的股东信息中没有记载陈某的信息，则法院会判决陈某败诉。



经营范围：

股东情况：	股东名称	出资额(万元)	出资比例
	广州市 公司	170.0000	34.0000%
	广州市 有限公司	284.0000	56.8000%
	黄	45.0000	9.0000%
	周	5.0000	1.0000%
	广州市	46.0000	9.2000%

股权出质：	出质人	质权人	质押金额(万元)	出质股权占企业股权的比例	被担保债权数额(万元)

备注：

以上信息由广州市工商局信息中心提供，仅供参考，以企业登记档案为准。

广州市工商行政管理局 档案资料查询专用章 二〇一

图1-1 有限责任公司在工商登记资料中的股东信息

风险提示

1. 一些公司的投资人、领导层人士，在公司的经营过程中自称是公司的股东，公司内部也都承认其身份地位，他们对公司的经营决策也有发言

权和决定权。但实际上，在工商部门查档的时候却发现股东资料中并没有将其作为股东身份进行登记。在这种情况下，这类人实际上并非股东。

2. 投资人作为发起人缴纳注册资本，必须要在投资协议中约定自己是公司股东，确定自己的名字需记录在股东名册上；办理公司登记注册时，股东信息中也应该录入自己的身份资料。

3. 投资人向某公司注资后，并不代表自己就理所当然地具有了法律上所认可的股东身份，因此，投资人在注资后必须要求公司出具相关材料证明自己具有公司的股东身份并及时办理股东变更登记。投资人起诉到法院要求确认自己是股东并有权行使股东权利的，法院会要求投资人举证自己是股东，若投资人无法拿出投资协议（或发起协议）、股东名册、工商登记基本资料进行证明，那么在公司否认其股东身份的情况下，投资人会因法院认定证据不足不认可投资人具有股东的身份而败诉。在法律不认可的情况下，发起人缴纳了注册资本、投资人向公司注册，最多算是借钱给人开公司而已。

4. 如前所述，在诉讼中，若要确认自己是公司股东或享有股东资格，需要向法庭提交证据予以证明。公司设立协议、公司章程、出资证明书、股东名册以及工商登记档案中的记载是最直接有效的证据。除此之外，参与公司的经营决策以及收取公司的盈余的证据，也可以较为有效地证明。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第三十一条 有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。

出资证明书应当载明下列事项：

（一）公司名称；

（二）公司成立日期；

（三）公司注册资本；

（四）股东的姓名或者名称、缴纳的出资额和出资日期；

（五）出资证明书的编号和核发日期。

出资证明书由公司盖章。

第三十二条 有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：

（一）股东的姓名或者名称及住所；

（二）股东的出资额；

（三）出资证明书编号。

记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。

公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

三、公司筹备阶段所产生的债务该如何承担？

公司在设立时期，即需要处理许多合同上的交易，如成立公司办理工商登记之前，股东需要租赁办公场所，购买或租赁办公家具，与合作方签订日后公司成立后的合作合同，招聘前期工作人员支付工资等。这些费用在公司尚未成立时就已产生，由股东以自然人个体的身份进行签订合同事宜或对这些费用进行缴纳。对于这类情况，法律后果的承担有两种方式：（1）因为新公司尚未领取营业执照尚未能够进行经营，股东以自己的名义与外界签订合同或是支付费用的，当公司成立后，债务将转由公司承担，股东已支付的费用计入公司费用之中；（2）若公司日后无法成立的，则债务由发起设立的股东分摊，部分股东已支付的费用，由其他发起股东根据约定的占股比例分摊费用。

上述是对外债务的承担问题，而除了上述情况，还有公司未能成立时，公司股东内部债务的承担问题。在公司未能成立的情况下，股东之间所约定的成立公司的协议便归于无效，《合同法》第 58 条规定："合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。"因此，主要发起人向股东收取的投资款便需要足额返还，同时还有可能需要支付一定的利息。实践中常见的纠纷是主要发起人在收取其他股东的资金后，与部分股东将资金用于筹备公司期间的投资事项，公司随后未能成立，他们没有相应的钱款可以向股东们返还，造成了股东们的损失。对此法院一般判决交付给

主要发起人的投资款需返还，且其他存在过错的股东需要承担连带清偿责任。

以案说法

1. 公司未成立，发起股东对已产生的费用按出资比例分摊费用

2012 年 5 月，李某与投资公司签订合作协议，约定双方各出资占股 50%，成立商务酒店经营公司，对某地块的旧楼进行改造并经营连锁式酒店。在商务酒店经营公司进行工商登记注册之前，李某与建筑公司签订了建筑安装工程合同，约定由建筑公司进行即将合作经营的商务酒店的建筑安装工程，同时约定工程款 1000 万元由日后的商务酒店经营公司支付。2012 年 10 月，建筑公司按照约定完成了旧楼的建筑安装改造，而李某与投资公司之间却因为出现矛盾，导致商务酒店经营公司无法成立，李某也因此拖欠工程款未付。建筑公司于是向法院提起诉讼，要求李某与投资公司对工程款承担连带清偿责任。

【律师评析】

李某为了让商务酒店能够尽快经营，在自己与投资公司合作成立的商务酒店经营公司尚未登记注册成立、未领取营业执照的时候，就以自己的名义与建筑公司签订了建筑安装合同。李某签订的这份合同，是为了日后商务酒店经营公司的利益所签订的，所发生的费用是基于股东共同利益的追求，若商务酒店经营公司能够顺利成立，这笔债务实际上就应该由商务酒店经营公司来承担。但本案中商务酒店经营公司最终并未成立，因此，这笔债务需要由李某和投资公司两位股东来承担。李某与投资公司的承担方式并非如建筑公司的诉求那样承担连带责任，而是按照双方投资比例来分摊费用，根据双方各投资占股 50%的情况，需要李某和投资公司各向建筑公司承担 500 万元的债务。

2. 发起协议需全体股东签名，若公司设立失败，发起人及股东侵犯其他股东利益的需承担连带责任

周某、李某、陈某、林某四人在 2008 年 7 月经过商定签订了一份发起人协议，约定共同发起成立商务管理公司，由周某担任主要发起人。随后

发起人协议陈某没有签名，公司的设立最终宣告失败。林某要求周某返还自己缴纳的投资款，后得知周某和李某将自己的投资款用于其他投资事项，于是诉至法院。

【律师评析】

因为发起人之一陈某没有在协议中签名，因此四人的协议并不产生法律效力，公司最终未能成立，这也是导致发起协议无效的原因之一。基于协议无效、公司不成立这一原因，主要发起人应当将收取的股东投资款返还给股东。

在本案中，林某缴纳的投资款是为了用于公司的设立，在未征得林某同意的情况下，主要发起人周某和股东李某将投资款用于其他投资事项，对此，除了周某要承担返还林某投资款的责任外，李某也应当承担连带责任。

应对方案

1. 若非因商业利益等急迫性的需要，在公司成立之前，应尽量避免以股东个人的名义签订与日后公司有关的合同或产生费用（签订办公室的租赁合同除外，因为办理工商登记的前提是必须要有已承租的办公场地），若日后公司无法顺利登记成立，债务则摊派在各股东的头上，对于股东来说这显然是很大的损失。此时股东分摊债务，互相之间也容易出现矛盾产生纠纷，导致讼累。

2. 从另一个角度进行分析，如从上述第一个案例中的建筑公司的角度来看，在与他人签订这些“用于日后成立的公司”的合同前，一定要谨慎地分析风险。在签订合同时应当尽量要求全部发起股东在合同中签名。为了在日后公司无法成立时能够更好地保护自己的权利，可以要求各发起股东之间承诺承担连带清偿责任。否则，日后公司一旦无法成立，债务则需要根据各发起股东的出资比例分摊，有可能会出现有的股东因没钱而无法清偿债务的情形。例如，上述“以案说法”中的第一个案例，如果投资公司已倒闭或者李某已无可供执行的财产，建筑公司就难以足额获取应得的建筑款。

3. 发起设立时所收取的投资款，不应挪作他用。若公司最终设立失败，

收取的投资款需要返还给股东，实践中往往由主要发起人收取投资款，因此主要发起人就应当承担返还义务。另外，对挪用投资款存在过错的股东，也需要承担连带责任。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第五十八条 合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。

四、注册资金的新规定：商事登记改革——从审查制向登记制的转变

目前我国《公司法》关于注册资金的规定，属于审查制，即由股东将注册资金存入银行账户，并将账户交由会计师事务所验资，工商局凭借会计师事务所的验资报告，对股东缴纳的注册资金予以认可。之前旧《公司法》要求有限责任公司的注册资本最低为 50 万元，后 2005 年的《公司法》实施，规定一般的有限责任公司注册资本最低为 3 万元，一人有限责任公司注册资本最低为 10 万元。从市场经济及社会的发展来看，对于公司的成立要求，是向一种越来越宽松、越来越容易的趋势发展，因此，2013 年 12 月修正的《公司法》取消了最低注册资本的约定，注册资本也从实缴制改为认缴制。

新《公司法》对注册资本的取消，源于近年来行政机关对公司设立要求的一个新趋势，制度上从原来的审查制向等级制进行了转变。所谓登记制，是指股东成立公司，无须再预先实缴注册资金，而只需向工商管理部门申报公司的注册资金及各股东的认缴数额即可，公司股东日后按照申报的数额承担相应的有限责任。另外，商事登记改革还有一个新的重大修改，旧的《公司法》规定公司的注册地和经营地必须一致，而新制度打破了这个规定，注册地和经营地可以分开（两者的分开需要办理相关工商登记手

续，不办手续仍属违法，如本节第一点所谈及的问题）。

2013 年 10 月 27 日，中央政府门户网站发布新闻报道："国务院总理李克强 10 月 25 日主持召开国务院常务会议，部署推进公司注册资本登记制度改革，降低创业成本，激发社会投资活力。会议指出，改革注册资本登记制度，放宽市场主体准入，创新政府监管方式，建立高效透明公正的现代公司登记制度，是新一届政府转变职能总体部署和改革方案中又一项重要举措，目的是为了进一步简政放权，构建公平竞争的市场环境，调动社会资本力量，促进小微企业特别是创新型企业成长，带动就业，推动新兴生产力发展。将这一改革举措全面推开，十分必要。这样做不仅顺应广大市场主体的热切期盼，有利于扩大社会投资，巩固经济稳中向好的发展态势，而且符合新技术、新产业、新业态等新兴生产力发展的要求，有利于建设服务型政府，减少对市场的微观干预，保障劳动创业权利，营造良好营商环境，创造更多就业机会，使人民群众在深化改革、不断解放和发展生产力中更多受益。会议强调，推行注册资本登记制度改革，就是要按照便捷高效、规范统一、宽进严管的原则，创新公司登记制度，降低准入门槛，强化市场主体责任，促进形成诚信、公平、有序的市场秩序。会议明确了改革的主要内容：一是放宽注册资本登记条件。除法律、法规另有规定外，取消有限责任公司最低注册资本 3 万元、一人有限责任公司最低注册资本 10 万元、股份有限公司最低注册资本 500 万元的限制；不再限制公司设立时股东（发起人）的首次出资比例和缴足出资的期限。公司实收资本不再作为工商登记事项。二是将企业年检制度改为年度报告制度，任何单位和个人均可查询，使企业相关信息透明化。建立公平规范的抽查制度，克服检查的随意性，提高政府管理的公平性和效能。三是按照方便注册和规范有序的原则，放宽市场主体住所（经营场所）登记条件，由地方政府具体规定。四是大力推进企业诚信制度建设。注重运用信息公示和共享等手段，将企业登记备案、年度报告、资质资格等通过市场主体信用信息系统予以公示。推行电子营业执照和全程电子化登记管理，与纸质营业执照具有同等法律效力。完善信用约束机制，将有违规行为的市场主体列入经营异常的'黑名录'，向社会公布，使其'一处违规、处处受限'，提高企业'失信成本'。五是推进注册资本由实缴登记制改为认缴登记制，降低开办公司成本。在抓紧完善相关法律法

规的基础上，实行由公司股东（发起人）自主约定认缴出资额、出资方式、出资期限等，并对缴纳出资情况真实性、合法性负责的制度。”①

其实近年来，在广东地区的深圳和珠海，商事登记改革已经施行在先，而且取得了比较好的成绩和数据，因此，广州的经济技术开发区（含广州高新技术产业开发区、广州保税区、广州出口加工区）、广州南沙新区、广州增城经济技术开发区、中新广州知识城、广州国际生物岛和天河中央商务区（珠江新城区域）在2013年9月1日也开始进行商事登记改革，2014年开始全市实施。

图1-2　商事登记改革后新营业执照式样

风险提示

1. 商事登记改革先是在沿海商业经济较为发达城市试行，现全国已经推行，2013年年底《公司法》修正就配合了商事登记改革。政府的这项改革，是为了增加公司成立的数量，鼓励大家成立公司，刺激经济的发展、活跃经济。

2. 新闻媒体及政府发布的信息均是宣扬商事登记改革的好处，但我们知道，任何政策除了有优点之外，不可避免地也会有副作用的产生。笔者

① 参见“李克强主持召开国务院常务会议部署推进公司注册资本登记改革　降低创业成本激发社会投资活动”，载中央政府门户网站，http://www.gov.cn/ldhd/2013-10/27/content_2516227.htm。

认为，商事登记改革后因为注册资金无须实缴，可能会导致公司形同虚设，股东只需要申报而无须实缴资本，那么，没有经济实力的股东也都可以向行政机关申报千万元甚至上亿元的注册资金额。在公司没有实际缴纳注册资金的情况下，当出现法律纠纷需要公司承担有限责任的时候，股东又不会将资本实际补足，基于此，做生意的风险便大大增加，生意人便会感到很不踏实。因此，在实行商事登记改革的地区与公司签订合同，一定不能只看公司的注册资本，更需要关注公司的真正实力，切勿被工商登记中的高额注册资本数额所蒙骗。

3. 目前，一些皮包公司或为了逃避债务的公司常常存在注册地与经营地不一致的情况，即使商事登记改革后，政府允许企业在注册地外另设经营地，但皮包公司对经营也不作登记，还是容易导致打官司找不到被告、法院难以进行司法强制执行等情况发生。

4. 虽然注册资金无须足额实缴，但股东还是按照认缴的数额来承担有限责任。

5. 商事登记改革后，公司的成立无须委托会计师事务所进行验资，因此，股东需要保存好自己向公司缴纳的注册资金的证据材料。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第二十六条 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。

……

《深圳经济特区商事登记若干规定》

第十三条 设立商事主体的，申请人应当申报住所或者经营场所信息材料。

第十六条 有限责任公司实行注册资本认缴登记制度。

申请人申请有限责任公司设立登记时，商事登记机关登记其全体股东认缴的注册资本总额，无需登记实收资本，申请人无需提交验资证明文件。

《珠海经济特区商事登记条例》

第十六条 申请商事登记的，申请人应当申报住所或者经营场所。

商事主体以其主要办事机构所在地为住所，作为商事主体的法定地址。

商事主体的经营场所是其从事经营活动的营业场所，经营场所可以与住所不一致。经营场所和住所不一致的，可以办理分支机构登记，也可以向商事登记机关申请备案。

……

第十九条 有限责任公司实行注册资本认缴登记制度，其登记的注册资本为全体股东认缴的出资额。商事登记机关不登记有限责任公司的实收资本，申请人无需提交验资证明文件。

《广州市商事登记制度改革实施办法（试行）》

第十八条 有限责任公司和发起设立的股份有限公司实行注册资本认缴登记制度。商事登记机关登记全体股东、发起人认缴的注册资本或认购的股份，不登记实收资本。

……

第二十一条 企业在住所所属行政辖区（区、县级市，下同）内增设经营场所，不需申请分支机构设立登记，但应当申报经营场所信息。

……

第二节 公司出资纠纷

一、代缴出资的股东如何保护自己的债权？

虽然新《公司法》取消了最低注册资本的限制，但是股东出资仍然是股东的法定义务，股东应当按期按约足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户。

出资是股东在成立公司时所要承担的第一项义务。股东若没有按照投资协议或章程的约定缴纳注册资本，需要向公司补缴注册资本，对已经缴纳出资义务的其他股东承担违约责任。实际经营过程中，有的股东可能因为资金紧缺，自己应缴纳的部分由其他有资金的股东代为缴纳。但是代缴出资的股东在代其他股东出资之后，因为双方之间缺少书面的协议约定，难

以证明两人之间存在代出资的法律关系，以致在出现法律纠纷的时候，代缴出资的股东很容易吃亏，自己的债权难以得到保护。

以案说法

帮其他股东出资，有可能会变成赠与

李某与贺某两人拟成立一家注册资本为20万元的公司，股份每人各占50%。李某因有充足的资金，于是将20万元平均分成两份，其中一份10万元打入了贺某的账户，贺某将该10万元打入公司基本户，公司随后成立。一年以后，因为公司经营困难，两人因经营决策的问题存在矛盾而反目，李某提出要求退出经营并要求贺某向自己返还成立公司时代其缴纳的10万元出资款，贺某拒绝。

【律师评析】

为了能够顺利成立公司，在有些股东资金不足时由其他股东代为补足的情况在现实中时有发生，特别是在几个朋友一起合资成立公司的时候，非常多见。

在上述案例中，李某的“代出资行为”存在很大的法律风险。公司成立之后，工商局的企业注册资料登记中，只会反映出两位股东各自的出资数额以及股份，而不会说明以及承认股东之间的代出资关系，李某代贺某出的资金反映在官方资料中就是贺某自己的资金。笔者认为，在双方没有任何约定及证明的情况下，李某代贺某出资，就相当于赠与了10万元给贺某。在诉讼中，若李某证据不足且贺某否定李某代出资的情况，李某将会有败诉的风险。

应对方案

假设股东A代股东B出资，为了保障A对B的债权日后能够追讨，A应该做如下工作：

1. A应该与B签订一份代出资协议，代出资协议明确约定B因为缺乏注册资金，其注册资金实际上是由A所出。双方通过协议约定明确代出资的事实并厘清相关法律关系，A可以避免相应的法律风险。协议中还可以约定B对于A的代出资款如何归还以及利息数额等问题。在法律上，代出资实际上等同于借款，若B在协议约定的期限内没有归还款项，A可以通过

诉讼要求B返还。约定清晰明确的协议，是日后追讨欠款的重要依据和理由。

2. A的出资应通过银行转账的形式支付，并保留转账凭证。目前的实际操作中，通过自动柜员机转账打印出来的凭条容易出现掉色、字迹消失等情况，A应通过银行柜台转账，柜台转账后通过银行职员打印出来的凭条可以永久保存。

3. 除了需要通过转账支付代出资款之外，A还应该尽快向B索要收条。收条是B收到A转入款项的证据。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第二十六条 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。

法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。

第二十八条 股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

二、实缴出资与股份占有并不必然成正比

许多人会将实缴出资额与股份占有额两个概念等同，认为股东实缴出资多少，就必须占有多少股份。其实这种认识是错误的。足额缴纳注册资本，是股东成立公司的法定义务，而各股东之间在公司中占有多少股份，则通过股东的协议或公司章程予以确认。例如，两人共同合资成立公司，若各出资10万元，并不意味着他们的股份就必须各占50%。

股东认购的注册资本是构成公司资本的基础，但公司的有效经营有时还需要其他条件或资源，因此，在注册资本符合法定要求的情况下，我国法

律并未禁止股东内部对各自的实际出资数额和占有股权比例作出约定，这样的约定并不影响公司资本对公司债权担保等对外基本功能的实现。这并非规避法律的行为，应属于公司股东意思自治的范畴。[①]

《公司法》第34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。"根据该条规定，实缴出资额在法律上一般只与股东的分红以及当公司新增资本时股东按照实缴出资的比例认缴新增资本有关。但是，当全体股东约定了不按照各自出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资时，则根据全体股东的意见具体执行。

以案说法

股东占有股份份额及盈利分配可以根据股东之间的约定处理而不受实缴出资的影响

启某公司、国某公司和豫某公司作为股东，共同成立科某投资公司。三方协议约定了出资额、股份比例以及盈利分配等事项。协议签订后，国某公司除了自己履行了出资义务外，还代启某公司和豫某公司缴纳了注册资本。在公司的经营过程中，三家公司出现了矛盾，国某公司以启某公司和豫某公司未实际缴纳出资为由起诉到法院，要求法院认定公司的股份全部归自己所有。

【判词摘录】[②]

◆ 股东认缴的注册资本是构成公司资本的基础，但公司的有效经营有时还需要其他条件或资源，因此，在注册资本符合法定要求的情况下，我国法律并未禁止股东内部对各自的实际出资数额和占有股权比例作出约定，这样的约定并不影响公司资本对公司债权担保等对外基本功能实现，并非规避法律的行为，应属于公司股东意思自治的范畴。

◆ 启某公司、国某公司、豫某公司约定对科某投资公司的全部注册资

① 《中国指导案例》编委会编：《人民法院指导案例裁判要旨汇览（公司卷）》，中国法制出版社2013年版，第47页。

② 最高人民法院（2011）民提字第6号判决书。

本由国某公司投入，而各股东分别占有科某投资公司约定份额的股权，对公司盈利分配也作出特别约定。这是各方对各自掌握的经营资源、投入成本及预期收入进行综合判断的结果，是各方当事人的真实意思表示，并未损害他人的利益，不违反法律和行政法规的规定，属有效约定，当事人应按照约定履行。

风险提示

1. 笔者的一个顾问单位 A 的负责人就曾拿着一份协议前来咨询，负责人称协议中约定 A 公司与 B 公司投资 200 万元共同成立 C 公司经营双方的合作项目，其中 A 公司出资 150 万元，B 公司出资 50 万元，A 占股份 49%，B 占股份 51%，另外双方还约定 A、B 的收益分配为 1 ： 2。A 公司负责人因此询问笔者：这样的约定是否合法合理？笔者认为，这样的约定是合法的。在一般情况下，实际经营中往往都是“谁出多少钱，就占多少股份”，但认缴出资额与股份占有额是两个不同的概念，并不能排除上述出钱多占股少的情况发生。在本案中，A、B 作为股东共同成立 C 公司，虽然 A 公司出钱比 B 公司多，但是 B 公司对 C 公司的重要性应该要比 A 公司大，如掌握了合作项目中的重要人脉资源、品牌等。在公司内部股份的分配上，各股东占有股份的多少，可以看出股东在公司中的地位以及各股东之间在公司中的主与次的情况。

2. 法律上是以股份来决定股东的话语权，出资的多少与公司经营的话语权并无直接关联，因此，股东在注资公司时一定要注意这一问题，了解清楚股东协议及投资协议中自己在公司所占股份的份额，切勿有“出资多少比例就占多少股份”的简单想法。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第三条 公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

第三十四条 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。

三、抽逃出资的认定情形以及处罚

股东将缴纳给公司的注册资本取出作非正常运营所需，又不在工商局办理减资登记手续的，就属于抽逃出资。《公司法》第35条明确规定公司成立后，股东不得抽逃出资。可能有读者会问："股东成立公司之后，把注册时投入进公司的注册资金拿出来用，不是常有的事情吗？把钱放在基本户不用，已经很少见了啊，也没看见有什么问题。"其实上述问题中的情况，就属于抽逃出资的范畴。因为公司的注册资金是公司存续经营的基础，已属于公司的资产而非个人财产，公司以注册资金数额承担有限责任，注册资金相当于保证金的性质，若资金不足，则股东自然要对此承担相应的法律责任。

抽逃出资的行为判定，最高人民法院司法解释列举了以下几种情形：（1）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；（2）通过虚构债权债务关系将其出资转出；（3）利用关联交易将出资转出；（4）其他未经法定程序将出资抽回的行为。

根据《公司法》第200条的规定，属于抽逃出资的，工商局会要求公司对其进行责令改正，股东有将抽逃的资金重新缴回公司的责任，工商局会对公司股东处出资金额5%以上15%以下的罚款。股东除缴回出资及罚款外，还需承担其他赔偿责任吗？若出资人从公司收回资金，在其没有证据证明除注册资金外另有其他形式资金投入公司的情况下，应当认定出资人收回的资金是公司资产的组成部分，出资人的行为属于抽逃公司资产，对于公司对外所负债务，公司首先应以其自有财产清偿，如果公司的财产不足以清偿债务，出资人应当承当相应的赔偿责任。[①]

① 奚晓明主编、最高人民法院民事审判第二庭编：《商事审判指导》（总第21辑），人民法院出版社2010年版，第163-175页。

对于抽逃出资情节严重的，还有可能触犯刑法，承担刑事责任。至于如何认定是否属于情节严重，根据司法实践，有下列两种情形之一的，将会被认定为情节严重而被追诉：（1）抽逃出资给公司、股东、债权人造成的直接经济损失累计数额在10万元至50万元以上的；（2）虽未达到上述数额标准，但是抽逃出资致使公司资不抵债无法经营、因为抽逃出资受过2次以上违法处罚后又抽逃出资，或者利用抽逃出资所得的资金进行违法犯罪活动的。[①]

以案说法

股东将注册资金挪作他用的，需要承担法律责任

余某与陈某是夫妻，2013年5月共同成立了一家外贸公司，注册资本为100万元。2013年7月，余某在外做生意，因为资金不足，于是与外贸公司之间签订了一份借款协议，约定向公司借款60万元，借款合同没有约定还款时间以及利息等，之后从外贸公司的基本账户中的100万元里面转了60万元到余某的个人账户上。2013年12月，因为经济不景气，外贸公司欠了大量债务，无法还清，公司面临破产。有债权人向法院起诉，认为外贸公司抽逃出资，要求股东承担赔偿责任。

【律师评析】

经济环境不好的时候，时常有做生意的当事人或朋友发短信给笔者，询问的内容大致是：将公司基本账户的钱转给私人，需要哪些手续？是否合法？等等。像案中余某那样，将注册资金抽出，且签订了借款协议，就是希望将自己挪用外贸公司的注册资金的行为变为表面上的合法，但实际上余某的这种做法并不能规避抽逃资金的法律责任。例如，公司为股东提供抵押担保或者以赠与等形式将注册资金变相还给股东的，也都难以逃避抽逃出资的责任。

对于名为借款、实为抽逃出资的行为，有法官认为可以从以下几个方面认定：第一，股东把公司款项借给自己的关联公司，而关联公司并不出具

① 张明楷著：《刑法学》（第二版），法律出版社2003年版，第599页。

任何形式担保，在借款到期后，借款将难以追回；第二，股东把公司款项借出后，根本未打算索回，放任自己的关联公司使用，甚至放任超过诉讼时效，直接导致公司丧失通过法律手段追回借款的权利；第三，关联公司根本不缺钱用，现金流充裕，经营状况良好，可以证明公司股东有故意行为；或者关联公司本来就是皮包公司，款项既已划出，必将难以追回，甚至使追回款项成为不可能。[①]

风险提示

1. 现实中将注册资本抽出公司基本账户并使用的情况非常多见，但是这么做着实是有法律风险的。当公司出现债务导致资不抵债需要破产时，公司需要对自己的资产进行清算，而当出现注册资本不足时，则需要股东将注册资本重新填补进公司，除此之外，股东还需要承当相应的赔偿责任。

2. 公司是法人，并没有自然人的意识，具体事务都是由股东来操控，但是对于抽逃出资，法律的惩罚对象仍然是公司，具体的做法是罚款。公司的负责人或法定代表人，发现股东抽逃出资切不能放任不管，因为负责人或法定代表人代表了公司，当抽逃出资出现时，责任人也很难脱得了干系。抽逃出资情节严重触犯刑法的，还有可能遭受牢狱之灾。

法规速递

《中华人民共和国刑法》

第一百五十九条 公司发起人、股东违反公司法的规定未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资，或者在公司成立后又抽逃其出资，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额百分之二以上百分之十以下罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。

---

① 吴庆宝主编：《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题（2013—2014年卷）》，中国法制出版社2013年版，第38页。

《中华人民共和国公司法》

第三十五条 公司成立后，股东不得抽逃出资。

第二百条 公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款。

《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（三）》

第十二条 公司成立后，公司、股东或者公司债权人以相关股东的行为符合下列情形之一且损害公司权益为由，请求认定该股东抽逃出资的，人民法院应予支持：

（一）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；

（二）通过虚构债权债务关系将其出资转出；

（三）利用关联交易将出资转出；

（四）其他未经法定程序将出资抽回的行为。

四、作为注册资本的知识产权贬值时如何处理？

知识产权越来越成为现代商业社会的核心竞争力，股东以知识产权出资的情况越来越普遍。《公司法》第27条规定，股东可以用货币出资，也可以用知识产权出资。使用知识产权作为出资的，需要对知识产权进行评估作价。

知识产权要评估后才能得出价值多少的结论，但是评估作价需要由评估公司来作，不同的评估公司得出的结果可能不一样。另外，知识产权的价值是不会长期固定的，有可能一个发明专利在评估的时候作价100万元，但在随后的时间里因为有新的同类专利出现，原专利就有可能变得一文不值。因此，用作出资的知识产权贬值等情况所导致的纠纷也是常有之事。

为了平衡各出资人的投资风险以及保护公司的利益，《公司法》第30条规定了非货币出资不足时股东补足出资的法律责任，法律规定当有限责任公司成立后，非货币财产的出资实际价额显著低于公司章程所定价额的，该非货币财产出资的股东应当补足其差额，公司设立时的其他股东承担连带责任。但是正如上述因知识产权不保值、价值容易出现变动的原因，《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（三）》第15条规定，如果因为市场变化或客观因素导致了知识产权贬值的，该非货币财产出资的股东无须承担补足出资的法律责任，但股东之间另有约定的除外。

以案说法

作价出资的知识产权价值大幅缩水，是否需要补足出资需看股东之间的约定

富某公司是主营医疗康复器材及康复家庭用具的公司。公司于2011年由股东王某、陈某和X公司三人发起设立，其中，王某与X公司各以货币出资1000万元，陈某以自己的一项医疗康复器材发明专利作价出资，经评估为800万元。因此，三人共出资2800万元成立了富某公司。富某公司在成立后，基于陈某所拥有的专利技术生产器械设备进行销售盈利。

2013年5月，因为富某公司医疗康复器材的销售不如预期，公司经营困难。王某与X公司重新委托评估公司对陈某所拥有的发明专利进行评估，得出价值为100万元的结论。于是，王某与X公司认为陈某在成立公司时出资不实，应补足出资700万元。

【律师评析】

两次知识产权评估都是合法的且数额正确。陈某所拥有的该项医疗康复器材发明专利之所以两次评估作价相差甚远，主要还是在于知识产权的特性。在公司成立时，陈某确实是通过评估作价以800万元足额出资，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第15条的规定，在公司成立时陈某并无出资不足的过错。在股东之间没有对知识产权贬值该如何处理、是否应该补足出资作出约定的情况下，王某和X公司起诉要求陈某补足出资，是不会得到法律支持的。

应对方案

1. 公司设立时，如果有股东是以知识产权评估作价出资，公司股东之间一定要对知识产权存在贬值的风险作充分的考虑。

2. 若出资作价的知识产权对于公司的经营有重大影响，知识产权的贬值足以影响公司存续的话，股东之间应该对知识产权在贬值的情况下注册资本是否应该补足作出明确的约定。

3. 根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第15条的规定，如果股东在成立公司时以及在公司的存续过程中，没有就出资作价的知识产权贬值是否需要补足出资作出明确约定的，法院会判定股东无须承担补足出资的法律责任。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第二十七条 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。

对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。

第三十条 有限责任公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额；公司设立时的其他股东承担连带责任。

《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（三）》

第十五条 出资人以符合法定条件的非货币财产出资后，因市场变化或者其他客观因素导致出资财产贬值，公司、其他股东或者公司债权人请求该出资人承担补足出资责任的，人民法院不予支持。但是，当事人另有约定的除外。

五、干股的赠与

干股并非法律上的概念，而是一种与股份相区别的称谓，是指未实际对公司进行出资或投资但享有分红的权利。为了公司的发展或者奖励对公

司有功的人士，有的公司会给予他人干股，使其参与分红。公司向他人赠送干股，实际上并不会向工商局进行股份变更登记。所以，取得干股的人，并不真正拥有法律意义上的股权，他们只是有权按照干股份额参与公司利润分配而已。

公司向他人赠送干股，双方实际上是一种合同法上的赠与合同关系，有法官对此认为："公司赠与他人股份，即所谓干股，原则上有效，赠与人应按赠与公司或者口头赠与意思表示办理，但如在履行中赠与人反悔的，通常根据赠与应当实际履行的原则，赠与人随时有权撤销自己的赠与行为。特别是赠与干股不同于股东实际出资的确认，亦无须在工商部门办理登记手续，赠与人的自主权比较明显，不能对赠与人的撤销行为加以限制。"[①] 也就是说，干股的赠与，因为不需要在工商局进行登记，所以公司作为赠与人，在实际赠与前，是随时可以提出撤销赠与、取消干股的。在履行过程中，若没有合同的约定，公司也有权在日后不再向他人赠与干股。

在附条件的赠与干股的协议中，如果条件并未成立（如为了合作某一项目而向他人赠与干股，但项目最终未能谈成；又如，赠与干股的前提是研发某科研项目，但最终研发项目不成功），那么赠与干股的协议就不再产生法律效力。

以案说法

1. 未办理登记、未签订合同约定的干股，公司有权不再赠送

王某自2010年开始入职信息网络科技公司担任高级技术员。因为工作努力以及自己能力较强，王某在职期间开发了多款网络软件应用，为公司赚了很多钱。2013年公司为了鼓励他留在公司，向王某赠与了5%的干股，王某凭借干股的比例分取公司一定的利润。双方没有到工商局办理股权登记，也没有签订明确的协议。

2014年3月，王某因一款软件的知识产权归属问题与公司产生纠纷，双方对簿公堂。公司因此取消了王某的干股，并表示不再向王某支付相应

① 吴庆宝主编：《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题（2009—2010年卷）》，中国法制出版社2009年版，第17页。

的利润。王某于是向法院起诉要求确认公司撤销自己持有干股的行为无效。

【律师评析】

公司送不送干股，怎么送，都是公司的权利。公司之前送后来不送了，也是公司的权利。信息网络科技公司与王某仅存在赠与合同的法律关系，公司向王某赠送的干股并没有进行工商登记，王某仅仅是凭借干股份额有权领取相应的利润。对于赠与合同，法律规定赠与人有权撤销赠与。也就是说，公司有权随时反悔不再向王某赠送干股。对此王某提起诉讼，认为公司撤销自己持有干股的行为无效，不能得到法院的支持。

2. 附带条件的赠与干股合同，条件不成立时，合同不生效

芦甲、何某与芦乙三人签订协议，共同成立新英房产公司，芦甲占股90%，何某和芦乙各占股5%。三人签订的协议中还约定三人共同成立的新英房产公司目的是筹建某大学学院的建设项目。协议约定，因项目资金紧张，何某再出资不少于250万元，新英房产公司则为何某配送干股250万元，芦乙再出资不少于200万元，新英房产公司则为芦乙配送干股200万元。

新英房产公司成立后，建设项目因为未获批准而停工，新英公司经营停顿而面临清盘。在公司剩余财产分配问题上，何某和芦乙认为自己除了占有5%股份外，还应该收取干股利益。

【判词摘录】[①]

◆ 出资协议约定为部分股东配送干股的条款并不是设置“空股”，不违反我国《公司法》的相关规定。但是该协议能否生效，除了要看协议是否具备法律规定的成立和生效要件，还要看协议所附条件是否成就。实际履行中，两个条件均未成就，因此，芦甲、何某、芦乙签订的出资协议中关于配送干股的约定并未生效。

◆ 在通常情况下，配送干股是公司为了自身发展的需要，为吸收接纳和激励有特殊身份者或者有管理经验、能带来经营项目的、对公司有特殊贡献的高级经理人才或者掌握特殊技能者，但干股的配送在一般状态下应以公司的正常运营为前提。本案中，三股东签订出资协议的目的是为建设

① 河南省高级人民法院（2008）豫法民二终字第8号民事判决书。

学院筹集资金，但学院因未获得相关行政许可已停工，新英房产公司的经营活动也处于停顿状态，各股东签订出资协议的目的已不能实现。在此情况下，以为何某、芦乙配送的干股为基础分配公司没有运行而剩余的财产不符合公平正义的基本理念。

风险提示

1. 干股并非法律的术语，我国法律中并没有干股的概念，但干股在实际公司管理中大量存在。法律上将公司向他人赠送干股的行为认定为赠与合同的关系。赠与的干股，如果没有进行工商登记，也没有合同明确约定，在这种情况下，公司可以随时反悔并不再赠送干股。

2. 公司与受赠人之间对赠送干股事宜，若没有明确的书面合同约定或者合同约定不清，就可能产生很多纠纷。无论是公司一方还是受赠一方，都应该签订合同予以明确，以避免纠纷的产生。实践中，一些赠送干股的行为，是公司或者受赠方为了避免税收等原因而为之。为了规避风险而采取持有干股的形式，各方也需要知道具体法律风险的存在。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第一百八十六条 赠与人在赠与财产的权利转移之前可以撤销赠与。

……

第三节 公司的终止

一、股东起诉要求公司解散的条件及方法

公司有成立，就有解散，正如天下无不散之筵席。一家公司成立之后，可能因各种原因而解散，如经济不景气、生意不好做导致公司严重亏损、股东之间合作不愉快，等等。法律允许股东之间依据自己的约定而成立公司，

也赋予了公司在一定条件下可以解散的权利。

《公司法》第180条规定了公司在“和平情况下”解散的四种情况：“（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（二）股东会或者股东大会决议解散；（三）因公司合并或者分立需要解散；（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销。”

但在公司实际的经营过程中，要解散的时候，哪会出现那么多“好聚好散”“皆大欢喜”的情况呢？就拿上述第（二）项来说，若一家有限责任公司某股东持有公司的公章，在其他股东均希望解散公司的时候，他就有可能予以抵触和抗拒，处处掣肘，导致公司根本无法向工商局提交解散申请资料。例如，公司的大股东，裹挟小股东，使得小股东难以退出，最终公司的业务全面停顿，不但损害了债权人的利益，公司股东的利益也无法很好地得到保障。“加入了公司，却难以退出”，是目前很多股东苦恼头痛的一件事。

鉴于此，《公司法》第180条第（5）项及第182条规定了股东可以请求法院强制解散公司的权利，《公司法》第182条规定：“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。”

法律为保护股东的权益，赋予了他们向法院提起诉讼解散公司的权利。但法律的规定还是过于笼统，如经营严重困难如何界定、“其他途径不能解决”又具体指的是什么等，都不甚明晰。为了要防止股东滥用诉权影响公司的正常经营，该条法律规定必须有严格的适用条件和限制条件，因此，《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（二）》的第1条第1款明确了股东可以起诉解散公司的四种情况：（1）公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；（2）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；（3）公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；（4）经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。另外，该条第2款还规定了股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公

司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。

对于股东起诉要求公司解散的案件中，如何在诉讼的过程中防止控股股东继续侵害其他股东，尤其是小股东的利益？《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第3条赋予了股东起诉公司过程中享有财产保全和证据保全的权利，防止控股股东在诉讼的过程中恶意转移公司财产。在股东提供了担保且不影响公司正常经营的情况下，法院一般会同意股东的申请，对公司的财产或证据进行保全。

以案说法

1. 公司经营管理发生严重困难，股东可诉公司解散

戴某与林某在2002年共同成立了凯某公司，两人为公司的股东，各占50%的股份，戴某为法定代表人和执行董事，林某为总经理兼任监事。凯某公司章程明确规定：股东会的决议须经代表二分之一以上（不包括本数）表决权的股东通过，但对公司增加或减少注册资本、合并、解散、变更公司形式、修改公司章程作出决议时，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。公司经营了四年，因戴某与林某存在矛盾，公司从未开过股东会，2006年，林某多次提出召开股东会并希望解散公司，戴某均拒绝。林某遂向法院提起诉讼要求解散公司。法院最终判决公司解散。

【判词摘录】[①]

◆ 凯某公司仅有戴某与林某两名股东，两人各占50%的股份，凯某公司章程规定“股东会的决议须经代表二分之一以上（不包括本数）表决权的股东通过”，因此，只要两名股东的意见存有分歧、互不配合，就无法形成有效表决，显然会影响公司的运营。

◆ 凯某公司已持续四年未召开股东会，无法形成有效股东会决议，也就无法通过股东会决议的方式管理公司，股东会机制已经失灵。执行董事

① 江苏省高级人民法院（2010）苏商终字第0043号民事判决书。

戴某作为互有矛盾的两名股东之一，其管理公司的行为，已无法贯彻股东会的决议。

◆ 林某作为公司监事不能正常行使监事职权，无法发挥监督作用。由于凯某公司的内部机制已无法正常运行、无法对公司的经营作出决策，即使尚未处于亏损状况，也不能改变该公司的经营管理已发生严重困难的事实。

2. 股东以公司利润分配不足为由起诉要求解散公司不会得到法院的支持

某机械设备公司成立于2009年年初，股东有李某和戴某二人，双方各出资100万元。2009年年底，袁某作为新股东加入，向公司增资100万元。三股东在协议中约定，袁某占有三分之一的股份。公司在经营过程中，于2010年年底及2011年年底分别向三股东分红20万元。2012年3月，因对公司经营模式存在分歧，袁某与李某和戴某两人产生矛盾，不再参加股东会，也不再处理公司事务，2012年年底公司出现经营困难，利润没有往年那么多，李某与戴某各分红5万元，没有向袁某支付红利。袁某向法院起诉，要求法院判决解散公司。李某和戴某不同意，认为公司的解散条件并不成立。

【律师评析】

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第1条第2款规定："股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。"股东的知情权或利润分配权如果受到了损害，可以通过协商或诉讼的方式争取利益；公司经营上的困境，可以通过经营上的努力摆脱；股东之间若有不可调和的矛盾，也可以通过转让股份、退出等方式处理。

本案中，公司没有给袁某分红，袁某完全可以通过提起诉讼，要求根据协议取得分红；若以分配利润不足为由起诉公司解散，则不会得到法院的支持。

应对方案

1. 现在法院处理离婚纠纷案件的原则是：劝和不劝离，能不离的就判不离。对待公司解散之诉也是如此。法院判决公司解散，有可能会产生许多难以解决的"后遗症"，无法执行的判决不利于法院"案结事了"的审判原

则，法院审判庭的法官一般不会判出一些难以执行的“烂摊子”给执行局法官同事来收拾，如公司解散后的债权债务的处理等。在未穷尽一切救济方法之前，股东起诉要求解散公司，一般不会得到法院的支持。

2. 司法实践中根据《公司法》第 182 条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第 1 条的规定判断公司的经营管理是否出现了严重困难，法院会从公司的股东会、董事会或执行董事及监事会或监事的运行现状进行综合的分析得出结论。

3. 对于法律中所说的“公司经营管理发生严重困难”，法院会将其理解为公司管理方面存在严重的内部障碍，如股东会机制失灵或者股东会无法就公司的经营管理进行决策等情况。

4. 股东起诉要求解散公司，如果仅有证据证明公司资金缺乏或公司严重亏损等经营性困难，而没有证据可以证明如上所述公司管理方面存在严重内部障碍的，法院则会判决股东败诉。因此，股东起诉时，应该要在证明公司内部管理方面多下功夫。

5. 股东如果要提起诉讼要求解散公司，笔者建议股东一定要在立案的同时向法院申请财产保全或证据保全，申请证据保全需要提供相应数额的现金等财产担保。目前我国司法程序在判后的执行上仍然相对较弱，且有许多需要改进的地方。诉讼程序漫长，往往容易出现不愿解散公司的控股股东或既得利益者恶意损害公司或其他股东的利益的情况，导致股东起诉解散公司后利益受到损害而无法追讨。

6. 在实施保全的具体过程中，首先，应当保全公司的财务账目，以防止大股东或控制股东伪造财务账目，损害股东们的利益；其次，控制公司流动资金及对外债权，防止流动资金流失与债权被恶意处置；再次，控制公司股东资产，防止大股东将不动产等低价转让；最后，应当控制住公司公章，防止大股东被剥夺控制权后拒不交出公章，甚至利用公章从事有损公司利益的担保、借款行为的发生。[①]

① 吴庆宝主编：《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题（2009—2010 年卷）》，中国法制出版社 2009 年版，第 49 页。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第一百八十条 公司因下列原因解散：

（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；

（二）股东会或者股东大会决议解散；

（三）因公司合并或者分立需要解散；

（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；

（五）人民法院依照本法第一百八十二条的规定予以解散。

第一百八十二条 公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》

第一条 单独或者合计持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，以下列事由之一提起解散公司诉讼，并符合公司法第一百八十二条规定的，人民法院应予受理：

（一）公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；

（二）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；

（三）公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；

（四）经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。

股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。

第三条 股东提起解散公司诉讼时，向人民法院申请财产保全或者证据保全的，在股东提供担保且不影响公司正常经营的情形下，人民法院可予以保全。

二、有限责任公司人格的否定

《公司法》第3条规定："公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。"公司法人的独立人格，是公司法的重要原则和精神，债权人不能直接要求股东对公司的债务承担责任，而是由公司对其债务，以自己的全部财产来承担。

关于公司的解散事由，笔者已在上一节作出了阐述。在解散事由出现之日起15日内，公司需要成立清算组，对公司的资产进行清算清理，厘清公司的债权债务关系，处理公司尚未了结的业务并进行收尾工作。当清算时发现公司资不抵债的，公司则需要进入破产程序，宣告破产。

公司的这一独立人格制度有助于市场经济的发展，股东以其认缴出资额承担法律责任，避免个人的其他财产因公司债务而受到追偿。但是，有限责任制度并不能绝对或者无条件地适用，当超出一定的界限时，就会受到法律的限制适用。这主要是防止在实际中常出现的股东利用公司法的这个天然的制度优势，来损害债权人以及公司的合法权益的情况发生。《公司法》在公司具有独立法律人格的有限责任制的基础上，专门制定了一项特殊的规定，也即股东滥用权利的法律责任，法律上称为"揭开公司的面纱"。

《公司法》第20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。"当股东滥用自己的股东权利给公司、其他股东造成了损失，或者是为了恶意逃避债务而滥用公司法人独立地位和股东有限责任且损害了债权人的合法权益的，公司的法人人格就会被法律否认，股东的有限责任就会被推翻，股东需要对公司的债务承担连带责任。

股东滥用公司法人人格的具体形式主要包括“公司资本显著不足”“过度控制”“人格混同”或称为“公司人格形骸化”三种情形。具体阐述如下：（1）公司资本显著不足，指公司在经营的过程中股东为逃避债务抽逃注册资金等行为使公司的注册资本减少的情况。公司的注册资金是公司履行债务的最低保障，如前文所述，注册资金有担保金的性质，公司以注册资金数额来承担法律责任，因此，当股东将公司的资本减少时，势必会损害债权人的利益。（2）过度控制，是指在股东设立了多家公司或有总公司及分公司架构的情形下，股东为了逃避债务，以关联交易的形式让欠债的公司出现亏损等可以逃避债务的方式。（3）人格混同，是指目前经常出现的“一套班子，N块牌子”的公司经营情况。例如，A公司与B公司都是独立登记的法人，但实际上A公司和B公司在同一个地方办公，两家公司有相同的股东、相同的员工。A公司是空壳公司，在经营的过程中，以A公司的名义对外签订合同，以B公司的名义负责具体经营，当经营过程中出现债务时，则可以由A公司出面来抵挡，将所有的法律风险都转嫁给A公司。人格混同是股东滥用公司法人人格最常见且最为严重的情况。（公司经营上的人格混同的法律责任，笔者会在本书第四章第四节之三中予以详述。）

以案说法

1. 股东滥用股东权利给公司造成损失，需要承担连带责任

王某是A公司的股东，占有公司30%的股份。王某于2012年9月向某银行申请贷款1000万元经营器械生产业务。王某希望A公司可以为其提供担保。A公司于2012年9月召开股东会，决定以A公司自有的房产为王某提供担保。在股东会召开讨论事项时，部分股东不同意，而王某也作为股东参加会议并表决同意公司为其担保。2013年4月，王某的器械生产业务经营不善无力向银行还款，银行提前收贷，将王某及A公司告上法庭，要求以A公司的房产抵偿王某的债务。A公司的债权人B得知此事，也向法院提起诉讼，要求王某与A公司承担连带责任清偿债务。

【律师评析】

根据《公司法》第16条的规定，公司向股东提供担保的，必须经股东

会或股东大会决议并经过股东会或股东大会过半数通过，被担保的股东因为与事项有利害关系，因此不能参加事项的表决，参加表决的则在程序上不合法。在本案中，王某占有公司30%的股份，他的股份占有额足以影响整个表决。王某参加表决，属于《公司法》第20条股东滥用股东权利的行为，公司因为为王某提供了担保而需要向银行清偿债务，公司其他债权人的合法权益受到了损害，因此，王某需要对该笔债务承担连带清偿责任。

2. 公司被吊销营业执照后，股东不积极履行清算义务导致债权人利益受损的，股东应当承担连带清偿责任

存某贸易公司向拓某机械设备公司供应钢材，拓某机械设备公司尚欠货款1395228.6元。在尚欠货款的情况下，拓某机械设备公司不参加年检而被工商局吊销营业执照，之后一直没有组织清算。房某、蒋某和王某是拓某机械设备公司的股东，存某贸易公司于是向法院起诉，认为三位股东怠于履行清算义务导致公司财产流失、灭失从而导致存某贸易公司的债权得不到保护，存某贸易公司因此请求法院判决三位股东承担连带责任。诉讼中，蒋某和王某辩称自己并未参与公司的实际经营，因此无须承担连带责任。

【判词摘录】[①]

◆ 存某贸易公司按约供货后，拓某机械设备公司未能按约付清货款，应当承担相应的付款责任及违约责任。

◆ 房某、蒋某和王某作为拓某机械设备公司的股东，应在拓某机械设备公司被吊销营业执照后及时组织清算。因房某、蒋某和王某怠于履行清算义务，导致拓某机械设备公司的主要财产、账册等均已灭失，无法进行清算，房某、蒋某和王某怠于履行清算义务的行为，违反了《公司法》及其司法解释的相关规定，应当对拓某机械设备公司的债务承担连带清偿责任。

◆ 拓某机械设备公司作为有限责任公司，其全体股东在法律上应一体成为公司的清算义务人。《公司法》及其相关司法解释并未规定蒋某、王某所辩称的例外条款，因此，无论蒋某、王某在拓某机械设备公司中所占的股份为多少，是否实际参与了公司的经营管理，两人在拓某机械设备公司被吊销

① 上海市第一中级人民法院（2010）沪一中民四（商）终字第1302号民事判决书。

营业执照后，都有义务在法定期限内依法对拓某机械设备公司进行清算。

3. 股东未尽妥善保管义务，致使公司财产、账册等灭失，并导致公司无法清算的，应对公司债务承担连带清偿责任

杜某、双某公司是鸿某公司的股东，鸿某公司于2006年6月19日经工商注册登记成立，注册资本50万元。

鸿某公司在与天某公司的一次合作中拖欠了天某公司26万元的货款而被天某公司起诉，鸿某公司在败诉后无财产可供法院执行。2008年，鸿某公司被工商局吊销了营业执照，于是天某公司起诉要求鸿某公司强制清算。在强制清算的过程中，因为鸿某公司人员、账册、重要文件下落不明，无法查明其财产状况，最终导致无法清算。

随后，天某公司向法院起诉杜某和双某公司，认为鸿某公司无法清算是因为杜某和双某公司怠于履行股东义务，要求法院判决杜某和双某公司对鸿某公司所拖欠的其中之一笔货款承担连带清偿责任。杜某和双某公司认为自己已经足额缴纳了注册资本，已尽股东义务，无须承担连带清偿责任。

【判词摘录】[①]

◆ 股东承担连带清偿责任的条件有：（1）股东怠于履行义务；（2）股东怠于履行义务的行为导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失；（3）股东怠于履行义务的行为导致公司无法进行清算。

◆ 本案中，鸿某公司2008年被吊销营业执照后，杜某、双某公司未组成清算组进行清算，显属怠于履行清算义务。鸿某公司存在无法进行清算的情形……无法进行清算的原因系鸿某公司人员、账册、重要文件下落不明，无法查明其财产状况导致无法清算。

◆ 杜某、双某公司作为股东负有妥善保管保管公司财产、账册、重要文件的义务，其未妥善履行相关义务，导致不能清算的客观结果。杜某、双某公司怠于履行义务的行为直接导致鸿某公司人员、账册、重要文件下落不明与公司无法清算的结果具有因果关系，可认定杜某、双某公司怠于履行义务的行为导致鸿某公司无法进行清算。杜某、双某公司应当对鸿某公

① 北京市第三中级人民法院（2016）京03民终10445号民事判决书。

司对天某公司的债务承担连带清偿责任。

◆ 双某公司主张应以股东认缴的出资额为限对公司承担责任以及双某公司对于强制清算无任何过错，天某公司遭受的损失与其无关的上诉意见，缺乏事实及法律依据，本院不予支持。

风险提示

1. 股东在公司经营过程中，如果利用自己股东或者是负责人的地位优势做出有损公司和股东利益的行为（如私自代表公司签约、挪用公款、通过公司进行不当投资等），需要向公司和其他利益受损股东承担赔偿责任。公司以及股东在平日的经营过程中，应互相监督，做好防范。一旦出现上述股东损害他人利益导致公司权益受损时，就为时已晚。

2. 有限公司如果不进行年审便会被工商局吊销营业执照，被吊销的公司仍然具有诉讼主体的身份，公司的股东还暂时不会被直接追诉承担连带责任。这种被工商局吊销营业执照的公司十分常见，股东是否需要与公司一起承担连带责任，关键是看公司的审计清盘。法律规定，公司在解散或被工商局吊销营业执照后，股东应当履行清算义务。笔者总结出清算三要素：资金到位、合理作账、结业审计。如果发现出资不足，股东需要对出资进行补足。若账目不清，或者公司主要财产、账册等重要文件灭失的，法院则会认定股东对公司法人地位和股东有限责任的滥用，股东因此即需要对公司的债务承担连带责任。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第三条 公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

第二十条 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。

第一百八十条 公司因下列原因解散：

（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；

（二）股东会或者股东大会决议解散；

（三）因公司合并或者分立需要解散；

（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；

（五）人民法院依照本法第一百八十二条的规定予以解散。

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

第一百八十四条 清算组在清算期间行使下列职权：

（一）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；

（二）通知、公告债权人；

（三）处理与清算有关的公司未了结的业务；

（四）清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；

（五）清理债权、债务；

（六）处理公司清偿债务后的剩余财产；

（七）代表公司参与民事诉讼活动。

三、公司在清算期间应注意的法律问题

根据《公司法》第183条的规定，当公司出现下列四种情形而解散公司时，公司需要在解散前成立清算组，对公司的债权债务予以清算：（1）公

司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（2）股东会或者股东大会决议解散；（3）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；（4）公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权 10% 以上的股东起诉要求解散公司，法院作出判决解散的。

成立清算组是法律的强制性要求，有限责任公司的清算组成员由股东组成，而股份有限公司的清算组则由董事或者股东大会确定的人员组成。若公司在法律规定的情况出现时不成立清算组进行清算，相关债权人还可以申请法院指定有关人员组成清算组进行清算。

法律规定清算组成员负有“忠实勤勉”的义务，《公司法》第 189 条规定：“清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。”

在清算过程中，清算组的具体工作之一也是最主要的一项工作，就是通知债权人，让债权人申报债权以方便公司进行清算工作；若清算组不通知债权人导致公司逃避了应需要支付的债务，债权人可以要求清算组股东承担赔偿责任。《公司法》第 185 条第 1 款规定：“清算组应当自成立之日起十日内通知债权人，并于六十日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，向清算组申报其债权。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》第 11 条规定：“公司清算时，清算组应当按照公司法第一百八十五条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。”根据上述法律规定可以看出，法律规定清算组的通知告知工作是有“已知债权人”与“未知债权人”两种区分，即对已知债权人必须进行直接书面通知，不能简单以公告方式代替；对未知债权人要

在省级以上的报纸上进行公告。[①]

以案说法

1. 清算组未尽告知义务对债权人造成的损失，清算组股东需赔偿

王某与赵某在2011年成立了广州风顺公司经营货运业务，2012年因与客户香港某物流公司产生合同争议纠纷，风顺公司欠香港某物流公司500万元而被物流公司告上法庭，法院最终于2013年2月终审认定风顺公司违约需足额支付欠款。

2013年3月王某与赵某协商，决定对公司进行注销解散，于是两人组成清算组对公司的债权债务进行清算，在清算期间，他们于《广州日报》上刊登清算公告告知债权人申报债权事宜。公告期后，王某与赵某到工商局办理了注销登记，解散了公司。香港某物流公司在向法院提起强制执行程序后方才发现风顺公司已解散，于是向法院再次提起诉讼，要求王某与赵某赔偿损失500万元。

【律师评析】

王某与赵某输了官司，关于风顺公司所欠香港某物流公司的款项已由法院最终确认，很明显香港某物流公司属于已知债权人的情况。而王某与赵某在成立清算组后，仅以在报纸上刊登公告的形式通知债权人，对于已知的债权人香港某物流公司，没有尽到法律所要求的通知告知义务。法律要求对于已知债权人，清算组需要直接地书面通知。王某与赵某的做法，显然是在恶意逃避债务。公司已被工商局注销，香港某物流公司无法再通过正常的执行程序取得500万元的债权，导致这个结果发生完全是由于王某和赵某恶意逃避债务的所为，因此，香港某物流公司的损失，应当由王某与赵某予以承担。

2. 清算组应当明确通知已知债权人（无论是否经司法确认）要求其申报债权，否则清算组成员需对债务承担连带责任

廖某、黄某、陈某及刘某是广州某投资咨询公司的股东。2013年，公

① 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院2013年度案例·公司纠纷》，中国法制出版社2013年版，第218页。

司与某中介公司签订了商铺独家代理合同，约定公司委托中介独家代理销售某楼盘商铺项目。后中介促成了三位买家分别购买了三间商铺，但是公司没有支付佣金。

2013 年 9 月，公司股东会通过决议，决定停止公司经营，成立清算组，成员为四位股东。清算组虽然在清算期间将清算公告刊登在了《广州日报》上，但是并没有直接通知中介公司咨询公司正在清算。2013 年 12 月，公司注销。

中介公司向法院起诉，要求四位股东连带赔偿佣金 421964 元及违约金。

【判词摘录】[①]

◆ 四名被告作为咨询公司的股东，通过股东会决议停止经营并组成清算组进行清算，清算组的组成形式不违反法律规定。依照《公司法》第 185 条第 1 款的规定，清算组应当自成立之日起 10 日内通知债权人，并于 60 日内在报纸上公告。

◆ 本案不存在中介公司下落不明无法通知的情形，但四名被告没有提供证据证明清算组曾通知中介公司申报债权。咨询公司清算组成立后虽然已在报纸上公告，但其没有履行通知中介公司申报债权的义务，故股东以“公司在报纸上进行了清算公告，催报债权”为由，称“公司清算程序完备，注销过程合法，清算组成员依法履行了清算义务”的主张不成立。

◆ 判决廖某、黄某、陈某及刘某自判决发生法律效力之日起 10 日内向中介公司连带清偿佣金 421964 元及违约金。

应对方案

1. 在公司解散前的清算工作中，一定要严格按照法律规定的要求办理清算事宜，在符合《公司法》第 180 条第（1）、（2）、（4）、（5）项条件时一定要成立清算组予以清算，对于债权人的通知，要根据已知的债权人和未知的债权人两种情况分别告知。另外，在诉讼案件中，若有人对公司提出了债权的主张，无论案件是否已经审结，公司都应当将诉讼对方列为已知债

① 广州市荔湾区人民法院（2014）穗荔法民二初字第 425 号民事判决书。

权人进行通知，而不论该人所主张的债权内容是否经由法律程序得到确认。通知程序若做得不到位，清算组成员则需要替公司的债务承担责任。

2. 对于享有债权的公司来说，要留意债务人是否趁自己不注意而偷偷成立清算组注销公司，一旦发现应立刻向工商局反映或向法院提起诉讼予以制止。在诉讼的过程中，更是要随时留意债务人是否在偷偷办理注销手续以逃避日后的债务履行。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

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

第一百八十五条 清算组应当自成立之日起十日内通知债权人，并于六十日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，向清算组申报其债权。

债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。

在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

第一百八十六条

……

清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前，不得分配给股东。

第一百八十九条 清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。

清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。

清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

第二百零五条 公司在清算期间开展与清算无关的经营活动的，由公司登记机关予以警告，没收违法所得。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》

第十一条 公司清算时，清算组应当按照公司法第一百八十五条的规定，将公司解散清算事宜书面通知全体已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围在全国或者公司注册登记地省级有影响的报纸上进行公告。

清算组未按照前款规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债权人主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

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

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

……

四、公司被吊销与公司恶意注销后的法律责任

公司的吊销，是指当公司没有按照法律规定进行年检或者出现违法行为时，工商部门强制取消公司资格的行为。吊销是行政机关对公司的一种行政处罚。而注销是指公司歇业、被撤销、宣告破产或者因其他原因终止营业并向工商部门登记终止的行为。

被吊销的公司，仍然有诉讼主体资格，可以作为原告或被告参与案件诉讼，而公司注销后，就不再有诉讼资格。

若公司被工商局吊销，公司股东就应当根据法律规定对公司进行清算，如果公司股东不对公司进行清算，债权人有权向法院起诉要求股东清算。在法院要求公司股东对公司进行清算时，如果发现公司的账目不清、账册等重要文件丢失，法院则不会对不履行清算义务的公司股东进行有限责任的

保护，而会要求股东对公司债务承担连带责任。公司在吊销后到清算注销前的这一期间，如果仍然对外经营，签订的合同会被视为无效。因为，在此期间，公司只能做与清算有关的事，对外做业务已不被允许。

对于注销后的公司，并不是说其之前所欠债务就可以一笔勾销，如果注销公司是为了逃避债务，在清算期间没有根据法定程序通知债权人，股东需要对所欠债务承担连带责任。

以案说法

1. 诉讼过程中公司恶意清算注销，股东应承担连带责任

（日本）本田技研工业株式会社是制造摩托车、汽车、发动机等产品的公司，拥有“HONDA”、“本田”文字注册商标专用权。2000年，本田公司发现同样生产摩托车的力某摩托车公司将自己生产的摩托车的商标定为“HONGDA”，本田公司认为力某摩托车公司侵犯了自己的商标专用权，给公司造成了损失，因此起诉要求力某摩托车公司赔偿。

在本田公司向法院提起诉讼后，力某摩托车公司却经工商局核准注销。因力某摩托车公司的股东为力某实业公司和王某，所以本田公司认为两股东恶意注销公司，要求两股东承担连带责任。

【判词摘录】[①]

◆ 力某摩托车公司制造、销售标有涉案标志的摩托车的行为，对原告享有的涉案注册商标专用权、使用权构成了侵害，作为侵权行为人其应当承担停止侵权行为、赔偿损失的法律责任。

◆ 虽力某摩托车公司在本案诉讼期间被注销，但根据本案查明的事实，力某实业公司作为力某摩托车公司的股东及清算主体之一……在对力某摩托车公司的债权债务进行清算及申请注销之前，明知力某摩托车公司已为未决诉讼中的被控侵权行为人，其组织清算并同意注销力某摩托车公司的行为，具有使力某摩托车公司逃避侵权民事责任的主观恶意，其为此应当承担相应的法律责任。

◆ 王某作为力某摩托车公司的股东亦应为恶意清算、注销行为承担相

① 北京市第二中级人民法院（2004）二中民初字第04376号民事判决书。

应的法律责任。

2. 公司被吊销，对外签订的合同无效

某资产公司2012年因没有按照规定参加年检，随后被工商局吊销了营业执照，但公司股东并没有组成清算组对公司进行清算。2013年1月，资产公司为某贸易公司的一项涉及500万元的业务提供担保。2013年3月贸易公司违约，债权人向法院起诉要求资产公司承担连带责任。

【律师评析】

资产公司不按照要求参加年检被吊销，其已属于清盘的状态，应该组成清算组对公司进行清算。公司在清算期间只能办理与清算有关的事务，不得继续参与经营活动，因此对外所签订的合同都属于无效。在本案中，资产公司为贸易公司提供的担保属于无效行为，对此债权人要求资产公司承担连带责任的主张是不能得到法院支持的。

应对方案

1. 一些被吊销的公司，法定期限内股东怠于履行清算义务的，会有被债权人起诉的法律风险，法院一旦介入强制要求清算，发现公司账目不清等情况，股东就要对公司债务承担连带责任。事实上，笔者经办过多起这类案件，被吊销或者虽未吊销但已人去楼空的那些被起诉的公司，经调查发现账目都是不清的。因此，笔者建议公司在经营的过程中，对于账册、重要文件等应该妥善保存，账目记载应该清楚明确。

2. 在与公司签订合同时，应该留意该公司是否被吊销或者该公司是否正在清算。一旦发现合作公司有上述吊销、清算的情况，就不应与其签订合同，以避免签订的合同陷入无效的法律风险。（这方面属于合同签订前合作方的审查问题，相关内容请参见本书第四章第一节之一。）

法规速递

《中华人民共和国企业法人登记管理条例》

第二十条 企业法人歇业、被撤销、宣告破产或者因其他原因终止营业，应当向登记主管机关办理注销登记。

《最高人民法院关于企业法人营业执照被吊销后，其民事诉讼地位如何确定的复函》

辽宁省高级人民法院：

你院《关于企业法人营业执照被吊销后，其民事诉讼地位如何确定的请示》收悉。经研究，答复如下：

吊销企业法人营业执照，是工商行政管理机关依据国家工商行政法规对违法的企业法人作出的一种行政处罚。企业法人被吊销营业执照后，应当依法进行清算，清算程序结束并办理工商注销登记后，该企业法人才归于消灭。因此，企业法人被吊销营业执照后至被注销登记前，该企业法人仍应视为存续，可以自己的名义进行诉讼活动。如果该企业法人组成人员下落不明，无法通知参加诉讼，债权人以被吊销营业执照企业的开办单位为被告起诉的，人民法院也应予以准许。该开办单位对被吊销营业执照的企业法人，如果不存在投资不足或者转移资产逃避债务情形的，仅应作为企业清算人参加诉讼，承担清算责任。你院请示中涉及的问题，可参照上述精神办理。

此复

第二章

合伙企业、个人独资企业和一人公司

导　读

本章主要介绍与合伙企业（普通合伙企业、有限合伙企业）、个人独资企业和一人公司相关的法律问题。

我国的公司组织均为有限责任制，分为一般有限责任公司和股份有限公司两种。除此之外，社会上还大量存在着非公司形式的合伙企业。合伙企业分为普通合伙企业和有限合伙企业。普通合伙企业即自然人、法人和其他组织依照《中华人民共和国合伙企业法》在中国境内设立的，由两个或两个以上的自然人通过订立合伙协议，共同出资经营、共负盈亏、共担风险的企业组织形式。普通合伙企业由合伙人共同承担经营上的法律风险，互相承担连带责任。有限合伙企业由二个以上五十个以下合伙人设立，至少应当有一个普通合伙人，一个或多个有限合伙人。普通合伙人对企业债务承担无限责任，有限合伙人仅承担有限责任。在目前的商业社会中起着非常大的作用，运用得当，可以成为公司融资、员工股权激励的有利工具。

2005 年《公司法》修订之前，有限责任公司最少需有两个股东，个人成立公司的，只能以个人独资企业的形式进行经营，但个人独资企业中，投资人需要承担较大的法律责任。一人公司制度则是 2005 年《公司法》修订时新增加的。一人公司属于一般有限责任公司的特殊形式，对于只有一个股东的一般有限责任公司，法律对其有更加严格的规定。尤其在法律责任上，当股东与公司之间产生混同时，一人公司的有限责任形式会被否定，股东需要为公司的债务承担连带责任。

第一节 合伙企业

一、普通合伙企业与一般公司法人的区别

与朋友聊天时经常能听到“我与 × × × 合伙做生意”、“与朋友合伙开个公司”等类似的话。在法律中，“合伙”是一个专有法律名词，其组织形式与一般的有限责任公司和股份有限公司之间有一定的区别。根据法律的规定，已成立的有限责任公司与股份有限公司在法律上被称为“法人”，法人具有民事权利能力和民事行为能力，独立享有民事权利和承担民事义务，我们可以把公司看作一个虚拟的人。而合伙则是指两个以上的公民或法人按照大家订立的协议，各自提供资金、实物、技术等，共同经营、共同劳动、共担风险的组织形式。法律上没有赋予合伙组织“人”的特性，因此，合伙组织的债权由合伙人共有。在行政机关所发的营业证明中，法人企业所持有的是企业营业执照，而合伙企业所持有的是合伙企业营业执照。

关于债务的承担，有限责任公司以法人的财产对外承担有限责任，而合伙组织出现债务时，法律规定合伙人要对债务承担连带责任。在向债权人承担完责任后，关于合伙人之间如何分配债务的承担，则需要按照合伙人之间的协议或利润分配的比例来分摊。

因为《合伙企业法》规定了合伙人可以劳务出资，因此，实践中常出现究竟是劳动者还是合伙人的认定纠纷，若认定为合伙人，则该人需要承担连带责任。对此法院主要看协议如何约定，如果该人签订的是一份劳动合同，那么他就是劳动者的身份；如果签订的是投资入股性质的协议，并约定了其占有合伙企业的一定股份比例，那么此人就属于合伙人而不是劳动者。

以案说法

1. 合伙企业的合伙人需要为企业欠下的债务承担连带责任

A、B 两人为好友，按约定两人各出资一万元，成立了一家合伙企业，

经营玉石加工销售生意。合伙一年不到，两人就因为经营不善，导致合伙企业严重亏损，欠债100万元。A因为其他投资项目失败而没有任何财产，而B尚有存款300多万元。债主要求B全额偿还所欠债务。

【律师评析】

合伙人即使是多年的好友、挚交，成立合伙企业也不一定一帆风顺，涉及生意上的事情，一旦出现债务上的纠纷，反目成仇是常有的事。合伙企业不是法人，不能独立承担民事义务，因此，合伙企业所欠债务需要由合伙人来共同承担，且合伙人需要对债务承担连带责任。也就是说，100万元的债务不能因为合伙企业的“资不抵债”、倒闭而免除，A、B必须清偿所欠债务。由于A、B承担连带责任，债权人有权向A或B任何一个人追讨，如A无力清偿债务，那么B就必须全额还债。至于B多清偿的债务，只能在日后另行向A追讨。

2. 合伙人之间债务的分摊，需根据合伙协议的约定或利润分配来决定

高某和许某合伙成立了一家食品店，高某出资20万元，许某出资5万元。双方在投资入股协议中约定：合伙经营期间，两人按照5:5的比例分配利润和承担责任。2014年1月，因为食品店拖欠债权人货款达80万元，高某和许某被债权人起诉，判决承担连带责任。归还了债务后，高某和许某对债务的分配存在争议。

【律师评析】

合伙经营，合伙人要对合伙企业对外的债务承担连带责任。责任对外承担后，内部如何分摊已承担的债务，是合伙人之间赔完债务后的又一常见纠纷。如何分配利润、内部如何分摊责任、如何进行合伙管理和工作分工，都需要合伙人之间签订协议具体约定。本案中，虽然许某出资只有5万元，但是他与高某的协议中约定了利润五五分成，责任也五五分摊，因此，食品店在向债权人承担了债务后，高某和许某需要对80万元的债务各自分摊40万元。

3. 用劳务出资占有股份的，属于合伙关系而非劳动关系

蔺某三兄弟为合伙人，成立了某电镀厂，工厂属于合伙企业性质。2013年5月，蔺某大哥的妻弟王某加入工厂，大家签订协议，约定王某用劳务

出资，占5%的股份分取利润。2014年3月，工厂出现200万元债务，需要清偿欠款，合伙人之间承担连带责任，而王某认为自己在工厂打工，与工厂属于劳动关系，自己不是合伙人。

【律师评析】

王某并没有与工厂签订劳动合同，而是与蔺某三兄弟签订了合伙协议，王某以劳务入股，占有5%的股份，有权分取公司利润，因此，王某是合伙人而非劳动者。所以，王某需要对工厂的债务负责，与蔺某三兄弟一起承担连带责任。

应对方案

1. 对于合伙企业的债务承担，法律规定的承担方式比一般法人企业的承担方式更为严格，合伙人需要对债务承担连带责任。建议在有条件成立企业法人的情况下，不要成立合伙企业。

2. 若成立合伙企业的，在成立之前所有合伙人都应该拿出一定份额的财产作为担保，以确保日后出现债务的时候，合伙人之间可以顺利地进行债务追偿。合伙协议应该对管理分工、利润分配、责任分摊等情况予以约定，万一日后在分摊利润和责任上出现纠纷，便于凭借协议中的约定厘清责任。

3. 合伙经营可以用劳务入股，合伙人应避免将劳动关系和合伙关系混淆。以劳务入股的合伙人，需要签订合伙协议，而不应签订劳动合同。而在合伙企业中提供劳务的人，也需要注意自己在公司里的角色，避免出现自己在法律上已是合伙人却自以为只是一个劳动者的情况出现。

法规速递

《中华人民共和国民法通则》

第三十五条 合伙的债务，由合伙人按照出资比例或者协议的约定，以各自的财产承担清偿责任。

合伙人对合伙的债务承担连带责任，法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。

《中华人民共和国合伙企业法》

第二条

……

普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。本法对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。

第十六条 合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资。

……

二、有限合伙企业是对外融资和设置股权激励的有利工具

与普通合伙企业不同，有限合伙企业内部合伙人的组成，除了普通合伙人之外，还有有限合伙人。有限合伙人，顾名思义，只承担有限责任，而不必像普通合伙人那样需要承担风险非常巨大的无限责任。《合伙企业法》第 61 条规定，一般情况下，有限合伙企业由二个以上五十个以下合伙人设立，有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人为该合伙企业承担连带责任。

在目前的商业社会中，很多公司会基于有限合伙企业的特点，将其作为公司员工股权激励或对外融资的平台。公司如果直接让员工或外来投资人持股，一方面可能产生很多管理上的风险；另一方面，一家公司股东太多，一旦需要作出公司决议即需要每个股东签名，则会使公司决策、管理流程变得异常烦琐，陷入被动的局面。将有限合伙企业作为一个持股的平台用以捆绑需要股权激励的员工或第三方投资人，不仅能达到控制风险的目的，而且不至于过于影响公司企业的经营管理。

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成。根据相关法律的规定，有限合伙人不参与经营管理，可通过合伙协议约定由普通合伙人一票决定合伙企业的所有事项。基于此，第一，可以让获得股权激励的员工作为有限合伙人，合伙企业另设一名普通合伙人，由公司的法人代表或授权代表担任；第二，让有限合伙企业入股公司，成为公司的股东，从而能够达到合伙人与公司分红挂钩的目的，同时又不影响企业的经营和管理。对于公司而言，将有限合伙企业作为股东之一，就能以普通合伙人一票决定权控制

有限合伙企业。

需要特别说明的是，虽然在有限合伙企业中，普通合伙人仍需承担无限连带责任，但普通合伙人不必过于担忧，因为若有限合伙企业成立的目的仅是捆绑需要股权激励的员工或对外融资的话，那么该有限合伙企业仅是入股母公司，并不对外经营其他业务，所以普通合伙人如无特殊情况是无任何经营风险的。

以有限合伙企业作为股权激励的员工持股平台，需要注意将合伙协议相关的风险点约定清楚，明确企业、员工双方的权利、义务，甚至约定相应的继承限制和退伙条件等内容。如此一来，既能达到股权激励的目的，最大限度地激励员工，同时又能减免母公司的担忧，保障公司的权益，可谓一举两得。

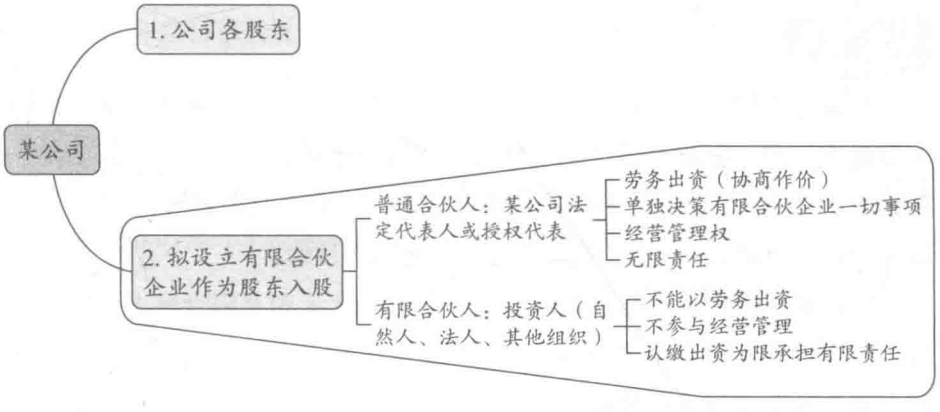


图 2-1 公司将有限合伙企业作为持股平台示意图

以案说法

有限合伙企业入股母公司，既能作为融资平台又能维护母公司的稳定

健某生物医药公司研发了一项国内之前尚不存在的医疗技术产品，并在研发完成领取许可证后对外销售。

公司因为拥有颇具前景的知识产权而受到外部资本的青睐，多家投资公司或个人均表示愿意向公司投资，并希望日后项目完成后能够分一杯羹。

公司因处在研发阶段，需要花费大量的资金，确实希望引入资本，但

公司的三位股东又担心太多新的投资人入股会削减自身在公司的权利，同时担心投资人的加入会影响公司的经营管理。

【律师评析】

三位股东的担心不无道理，让外界投资人直接做股东入股公司，会稀释原有三位股东的股份，也确实容易使外界投资人在担任新股东后影响公司的正常经营管理。

此时，三位股东可以委派一位股东或其他管理人员担任普通合伙人，来成立一家有限合伙企业，然后由该有限合伙企业入股健某生物医药公司。日后引进投资人或公司实施员工股权激励的时候，均可以将他们作为有限合伙人引入有限合伙企业中，通过有限合伙企业与他们签订协议来保障他们的分红权利。

应对方案

1. 成立有限合伙企业，是为了将对外投资人或需要给予股权激励的员工聚拢在一起，把这些单个的个体整合为一个整体，让这个整体作为单一股东入股母公司，使这个有限合伙企业成为一个“持股平台”，从而达到融资或股权激励但不影响母公司正常经营、运作的目的。

2. 根据法律规定，有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，有限合伙企业由普通合伙人负责经营管理，有限合伙人不参与管理。为了保证有限合伙企业以及母公司的稳定性，母公司应牢牢控制普通合伙人（一般情况下，普通合伙人由母公司法定代表人担任，普通合伙人可以以劳务出资），投资人或被实施股权激励的员工只需担任有限合伙人即可。

法规速递

《中华人民共和国合伙企业法》

第六十一条 有限合伙企业由二个以上五十个以下合伙人设立；但是，法律另有规定的除外。

有限合伙企业至少应当有一个普通合伙人。

第六十四条 有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权

或者其他财产权利作价出资。

有限合伙人不得以劳务出资。

第六十七条 有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。

第六十八条第一款 有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

第二节 个人独资企业和一人公司

一、个人独资企业投资人的无限责任

2005年修订前的《公司法》，规定有限责任公司的股东最少为两人。那时，一些投资人遇到想个人开设公司却不希望再拉其他股东加入的情况，就会根据《个人独资企业法》开设个人独资企业。

与一般的有限责任公司股东承担有限责任不同，个人独资企业投资人需要为企业的债务承担连带责任，投资人并不承担有限责任。

以案说法

刘某在2003年时开设了一家模具加工厂，因为不想再找其他合作伙伴，就在工商局设立了个人独资企业，由刘某自己投资10万元开设了晨星模具加工厂，进行模具的生产和销售。

自2008年开始，因经济环境不甚理想，工厂的营业额下滑厉害，工厂开始频繁拖欠材料供应商货款，直至2009年年底，模具加工厂共欠债权人超过100万元。2010年年初，多位债权人向法院起诉要求模具加工厂归还欠款，并要求刘某承担连带责任。

【律师评析】

根据《个人独资企业法》第31条的规定，个人独资企业的投资人要对企业的债务承担连带责任。本案中，模具加工厂是以个人独资企业的形式

存在的，模具加工厂对所欠的100多万元货款如果还不清，刘某作为投资人，就需要承担这笔债务。

另外，如果刘某成立模具加工厂在进行工商登记的时候注明由家庭共有财产出资，那么刘某的配偶也要为模具加工厂的债务承担连带责任。

应对方案

1. 相对于有限责任公司而言，个人独资企业的投资人所承担的责任非常大，只要是个人独资企业所拖欠的债务，投资人都要承担连带责任，当该个人独资企业由家庭共同财产出资时，债务的偿还甚至会牵涉投资人的配偶。笔者认为，个人独资企业与有限责任公司相比并没有太多的优势，反而容易让投资人和自己的配偶“身陷险境”，所以建议投资人应尽量设立有限责任公司。

2.2005年修订后的《公司法》，取消了有限责任公司股东最少两人的限制，所以根据法律规定，成立只有一名股东的一人公司也是可以考虑的，一人公司依然是有限责任公司，股东承担有限责任。但是需要提醒的是，一人公司在出现股东个人账目和公司账目混同的情况时，股东依然要为公司债务承担连带责任。（详见本章本节之二）

法规速递

《中华人民共和国个人独资企业法》

第十八条 个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

第三十一条 个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

二、一人公司的优势和法律风险

在2005年修订的《公司法》实施之前，一般的有限责任公司注册资本

不得少于3万元，股东不能少于2人。而在实际的公司经营中，拉人头凑数的情况频频出现，公司实际上就是一个人在经营和管理，其他股东都是为了成立公司而挂名。基于此，2005年修订的《公司法》特别确认了一人有限公司的法律地位，将一人公司的经营制度规范了起来。商事登记改革后，法律取消了最低注册资本，2013年修正的《公司法》取消了最低注册资本的规定，成立一人公司也没有了最低10万元注册资本的问题。

由于一人公司只有股东一人，没有其他股东作为制衡、监督的力量，且一人公司属于有限责任公司，股东对于公司的债务承担有限责任，为了保障债权人的利益以及维护社会交易的稳定，《公司法》第58条特别规定一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。增加设立一人公司的难度，目的在于防止一人公司的泛滥设立。

成立一人公司的好处，在于可充分利用公司经营的高效率，公司在经营过程中不会因为股东之间的纠纷而影响到公司的存续，减少了内部的法律纠纷。但是一人公司也有很大的法律风险，因为只有一个股东自行决策，容易在公司的经营过程中出现股东与公司之间账目不分的情况。《公司法》第63条规定："一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。"

以案说法

1. 一人公司财产不独立，股东承担连带责任

某销售公司与广州民某公司于2007年4月5日签订《商品购销合同书》，约定由广州民某公司代销某销售公司的日用产品，合同约定商品的结算方式为代销月结30天。有效期为2007年1月1日至2008年3月31日。合同签订后，某销售公司在2007年5月4日至2007年9月17日向广州民某公司在广州地区的7家合作店供应了价值192618.03元的日用品。广州民某公司在收货后没有向某销售公司支付货款，某销售公司向广州民某公司追讨货款未果，于是向法院起诉，要求广州民某公司支付货款192618.03元。由于广州民某公司是一人公司，深圳民某公司是广州民某公司的股东，两家

公司财产混同，应当对债务承担连带责任。深圳民某公司不同意某销售公司的诉讼请求，但未能举证证明自己的财产独立于广州民某公司。

【判词摘录】[①]

◆ 广州民某公司是一人有限责任公司，依《公司法》第64条的规定，深圳民某公司作为广州民某公司的唯一股东，如果不能证实后者的财产为独立股东自己的财产，就应当对公司债务承担连带责任。

◆ 对于一人有限责任公司独立人格的标准，应当包括三个主要方面：独立的财产、独立的组织机构、能独立承担财产责任。对该独立人格的举证责任，依法应由深圳民某公司承担。

◆ 深圳民某公司在诉讼中，对广州民某公司的独立人格并未举证予以证实。

◆ 关联企业存在经营混同的事实，因此，深圳民某公司应当对广州民某公司的债务承担连带责任。

2. 一人公司的股东无证据证明其个人财产独立于公司财产的，股东对债务承担连带责任

缪某是馨某公司的唯一股东，公司注册资本只有50万元。

2012年7月12日，郎某与馨某公司签订《买卖合同》一份。依据合同约定，郎某向馨某公司购买铜质佛像及艺术品共计货款1600万元，合同约定交货时间为2012年7月30日。合同签订后，郎某从银行办理了个人消费贷款申请，贷款900万元，由银行向馨某公司支付了900万元货款。

由于馨某公司没有按照合同的约定交付货物，于是郎某向法院提起诉讼，要求解除买卖合同，同时要求馨某公司返还货款900万元并支付相应利息，缪某应对上述还款义务承担连带责任。缪某在法庭上辩称买卖合同与她本人没有任何关系。

【判词摘录】[②]

◆ 一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

---

① 广州市中级人民法院（2008）穗中法民二终字第2196号民事判决书。

② 广州市中级人民法院（2008）穗中法民二终字第2196号民事判决书。

◆ 郎某认为，馨某公司系一人有限责任公司，缪某作为馨某公司的唯一股东，在未证明其财产独立于公司财产的情况下，应当与馨某公司承担连带还款责任。缪某认为，其财产独立于公司财产，不应对公司债务承担个人责任。本院认为，馨某公司作为依法成立的法人，享有民事主体资格，具有民事责任能力，应当独立承担责任。但同时，馨某公司仅有缪某一个股东，属于一人有限责任公司，缪某作为馨某公司的唯一股东，对于其个人财产与公司财产相互独立，应当承担举证责任。

◆ 缪某在本案一审、二审期间均未提供任何证据证明其个人财产独立于公司财产，应当由缪某承担举证不能的责任。郎某要求缪某与馨某公司承担连带还款责任的上诉请求于法有据，本院应予支持。

3. 一人公司的股东需举证证明自己的财产独立于公司财产，才能免除连带责任

嘉某商贸公司成立于2006年8月9日，股东只有陈某一人。

2012年8月2日，应某与嘉某商贸公司签订《投资合同》并约定：应某对嘉某商贸公司进行投资，总投资额为1000万元，并取得嘉某商贸有限公司51%的股份。随后，因与嘉某商贸公司的股东陈某发生纠纷，应某要求嘉某商贸公司退还部分投资款，但是应某与陈某未能就退出问题达成一致意见，于是应某将嘉某商贸公司诉至法院，并以公司为一人公司，公司账目和股东个人账目混同为由，同时起诉陈某要求陈某承担连带责任。

陈某认为自己的账目跟公司账目分得很清楚，并向法院提交了公司的财务报表予以证明。

【判词摘录】[①]

◆ 一人有限责任公司的股东应将公司财产与个人财务严格分离，且股东应就其个人财产是否与公司财产相分离负举证责任。

◆ 本案中，陈某提供了嘉某商贸公司的相关审计报告，可以反映嘉某商贸公司有独立完整的财务制度，相关财务报表亦符合会计准则及国家外汇管理的规定，且未见有公司财产与股东个人财产混同的迹象，可以基本

① 上海市第一中级人民法院（2014）沪一中民四（商）终字第S1267号民事判决书。

反映嘉某商贸公司财产与陈某个人财产相分离的事实。

风险提示

1. 一人公司很容易出现财产混同的情况，有时候并不是股东故意所为，而是在经营的过程中，很难将个人财产与公司财产分得清清楚楚。就实践中笔者代理的案件以及担任一些公司法律顾问的情况来看，大部分公司在账目上都存在或多或少的问题。一人公司一旦被法院认定为股东财产与一人公司财产无法分清、不能独立，或者与关联公司在经营上混同，股东就需要对一人公司的债务承担连带责任。

2. 如果一人公司的股东通过公司担保导致股东财产与公司财产混同，损害公司债权人合法权益，则公司人格否定制度同样适用于一人公司，即由该公司股东首先举证证明公司财产独立于自己的财产，否则即可否定公司人格，由股东对公司债务承担连带责任。这与一般情况下由公司债权人举证证明公司股东存在滥用公司独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害债权人利益不同。[①]

3. 成立一人公司的股东，账目一定要分清，关联公司之间在交易时不能代收付款项，以避免公司人格混同。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第五十七条

……

本法所称一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。

第五十八条 一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。

第六十三条 一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东

① 中国应用法学研究所编：《公司诉讼指导案例选评》，法律出版社 2013 年版，第 24 页。

自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

三、一人公司为股东做担保的股东责任

《公司法》第16条规定，公司如果用自己的资产为他人提供担保，需要通过董事会、股东会或股东大会的决议才可以进行担保，为公司实际控制人提供担保的，则需要通过股东会或股东大会的决议。（公司对外提供担保的法律问题详见本书第四章第二节之二）

一人公司只有一个股东，如果公司为该股东提供担保，就不需要经过股东会等会议程序。司法实践中法院认为，一人公司的股东就是实际控制人，就算是开会决议也是股东一个人开，因此，按照上述《公司法》第16条的规定进行操作已无必要。公司章程对提供担保设定了条件的，则需要按照公司章程的规定进行操作。

如果一人公司为股东提供了担保最终损害债权人的利益，债权人有权提起诉讼要求撤销公司的担保行为；如果一人公司提供担保是为了逃避债务，一人公司的有限责任则会被法院所否认，股东需要与公司承担连带责任。

以案说法

一人公司为股东提供担保无须经过股东会决议

某电动车公司是一人公司，股东是卜某。2008年，卜某与谢某协商转让公司，双方约定谢某出价50万元购买公司所有股权。双方在合同签订后，谢某先向卜某支付了首期款15万元，双方办理了股权转让手续后，谢某又支付了20万元，剩余15万元谢某一直无力支付。随后卜某与谢某协商，由谢某向卜某出具15万元欠条，并由电动车公司加盖公章对谢某的欠款提供担保。

2008年12月，因谢某一直拖欠尾款不支付，卜某向法院起诉要求谢某还钱，并要求电动车公司承担连带责任。谢某认为，当初电动车公司向谢某提供担保，没有按照《公司法》第16条的规定由股东会进行决议，程序不合法，担保应属无效。电动车公司则提出担保行为损害了公司的利益，担保应属无效。

【判词摘录】[①]

◆ 实践中，一人公司不存在大股东与小股东之别，也不存在利害关系股东之分，唯一的股东同意提供担保不仅体现了股东意志，也体现了公司意志，在没有其他利害关系股东存在的情形下，也就谈不上损害其他股东的利益，因此，一人公司的股东可以自行作出由一人公司为自己债务提供担保的决定。

◆ 况且一人公司因仅有一个股东，自然无法成立股东会并形成股东会决议，只要公司章程不禁止，股东个人同意后公司对外担保的能力就具备了。

◆ 公司为其股东谢某提供担保，在章程未作特别约定的前提下，卜某没有过错，其对担保的合理期待应当受到保护，故应认定该担保有效。至于认为一人公司为股东担保有损资本维持原则，甚至存在抽逃出资的嫌疑，则完全可以援引《公司法》关于股东抽逃出资或者股东滥用公司法人地位等法律规定，来另行追究股东的法律责任。

风险提示

1.《公司法》第16条中规定的公司为股东提供担保需要经过股东会决议的限制，并不适用于一人公司。在一人公司的章程中对为股东提供担保的问题没有特殊约定的前提下，法院一般是认可一人公司无须召开股东会就可以向股东提供担保的。

2.然而，并不是说一人公司的股东可以通过担保的方式逃避债务，一人公司股东通过公司担保导致股东财产与公司财产混同，损害公司债权人合法权益的，股东仍需承担连带责任。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第十六条

……

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东

① 常州市中级人民法院（2009）常民二终字第0451号民事判决书。

大会决议。

前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

第六十三条 一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

第三章

公司的内部治理

导　读

本章探讨公司内部治理、股东纠纷的法律问题。

与公司有关的纠纷较为复杂，主要原因在于公司类似于家庭，是一个封闭的空间。在我们一般家庭的日常生活中，不是什么事都有规则可循、都有记录可以作为依据的，公司运作亦是如此。双方做买卖有合同、有付款凭证、有验收标准，双方的买卖约定一切都在契约中，而公司在内部运作过程中则很难做到这一点。正基于此，在公司无规则运作和无记录证明的情况下有了纠纷，谁是谁非，往往很难说得清楚，外界如司法机关、仲裁机构也很难看清楚、作判断。

公司内部的股东纠纷，往往会影响公司对外的正常经营，如何确保股东之间和谐发展，是笔者作为企业法律顾问常要为自己的客户思考和解决的问题。

本章将以公司章程、股东会、董事会以及监事会为基础，探讨公司内部治理以及股东之间所常见的法律纠纷。

第一节 公司章程与股东协议

一、章程——公司的“宪法”

章程是公司内部的“法律”，是公司的“宪法”。公司需要依据在章程中所订明的规则来运作和经营。根据《公司法》第23条的规定，股东共同制定公司章程是设立有限责任公司的必备条件之一。《公司法》第25条规定：“有限责任公司章程应当载明下列事项：（一）公司名称和住所；（二）公司经营范围；（三）公司注册资本；（四）股东的姓名或者名称；（五）股东的出资方式、出资额和出资时间；（六）公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；（七）公司法定代表人；（八）股东会会议认为需要规定的其他事项。股东应当在公司章程上签名、盖章。”

公司章程对公司、股东、董事、监事、高管都具有约束力。章程是公司内部的“宪法”，也是股东之间在设立公司时所订立的一致决议，内容具有制度性和普遍性的特点，有“一诺千金”的意义在里面。章程绝对、排他的效力，使得法律在一定程度上给予其很大的尊重，章程中约定的条款在某种程度上甚至可以突破《公司法》的有关规定，如《公司法》中有的条款会在最后加一句“公司章程另有规定的除外”这样的话。

正因为公司章程的重要性，所以目前我国各地的工商局都会制定模板供大家参考。在很多地区，要成立公司的公民在向工商局填写和递交申请资料的时候，工商局甚至会强制派发章程模板要求公民使用。

以案说法

1. 公司章程的制定与修改需经备案，否则会有章程无效的法律风险

某化工厂注册资本600余万元，共有股东50人。工厂在1998年成立时订立了章程并向工商局备案，章程中对工厂的表决方式实行一人一票，章

程载明："股东大会是企业的权力机构，股东大会行使下列职权……修改企业章程等，股东大会应有三分之二以上股东出席才能召开；股东出席股东大会，每一位股东有一次表决权，作出的决议必须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过方才有效，但对企业合并、分立或解散，以及修改企业章程，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过方才有效。"

2000年，工厂召开股东会宣布修改公司章程，表决方式由原来的"一人一票"改为"一股一票"，会上对新章程进行了现场表决后在未进行点票的情况下宣布新章程获得通过。2007年工厂召开临时股东会，提出对企业经营等问题进行表决，表决方式按"一股一票"进行，包括陆某、冯某、黄某等在内的部分股东对此提出异议，认为2000年的章程根本未通过，表决方式不能按"一股一票"进行，要求继续执行1998年章程中的"一人一票"表决。为此，部分股东与工厂发生纠纷，陆某、冯某、黄某向法院提起诉讼。

【判词摘录】[①]

◆ 1998年经股东大会制定并通过的章程是经过合法程序订立的，并在工商行政管理部门登记备案，合法有效。

◆ 根据工厂1998年章程的规定，股东大会是企业的权力机构，股东大会行使下列职权……修改企业章程等，股东大会应有三分之二以上股东出席才能召开；股东出席股东大会，每一位股东有一次表决权，作出的决议必须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过方才有效，但对企业合并、分立或解散，以及修改企业章程，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过方才有效。1998年的章程对修改企业章程这一重大事项规定了特别程序，工厂主张2000年通过的章程合法有效，在陆某、冯某、黄某否认的情况下，工厂应当提供证据予以证实其已通过了原章程规定的修订章程的特殊程序。

◆ 根据工厂1998年章程的规定，股东大会应制作会议记录，会议决议事项应形成会议纪要，由出席会议的董事签名……工厂未能提交其就修改章程制作了符合上述要求的会议纪要。因此，工厂主张的2000年修订章程的事实在内部通过程序中存在瑕疵，工厂2000年的新章程不发生法律效力。

① 广州市中级人民法院（2008）穗中法民二终字第571号判决书。

2. 公司章程中对相关事项有特殊规定的，应从其规定

2000 年 9 月，某车辆公司成功改制为有限责任公司，王某是公司的原始股东之一，出资占注册资本的 1%。

2006 年，某车辆公司修改章程，章程中约定："公司注册资本中的权益只能转让给公司现有股东。除现有股东外，任何人不得受让公司股权。无论因何种原因，无论股东自愿出让还是被强制出让其股权的，受让人均只能是现有股东。股东要求转让股权但无任何现有股东愿意受让股权的，由公司回购，回购价格按回购日上一年度经审计机构审计确定的公司净资产计算。"

2009 年年初，某车辆公司年度股东大会以 97% 的比例通过了《股东会决议》，王某参加了股东会但拒绝在股东会决议及章程修改案上签字。2009 年 4 月，王某向法院提起诉讼，认为股东会决议侵犯了股东的合法财产权、公平退出股份的权利等，要求法院确认股东会决议无效。

【律师评析】

《公司法》第 71 条第 2 款虽然规定了股东向股东以外的人转让股权的应当经其他股东过半数同意，但是法律尊重"公司自治"原则，因此，章程中所规定的事项与法律规定相冲突时，法律会赋予一些具体事项以章程约定为准的权利。《公司法》第 71 条第 4 款规定："公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。"

本案中，某车辆公司不准王某对外转让股权看似不合理、不公平，侵犯了王某的权利，但是公司章程转让股权的禁止性规定并不违反《公司法》的相关规定，是合法有效的，王某是公司的股东，就要受到章程的约束。因此，王某的诉讼请求，不能得到法律的支持。

3. 只要不违反法律的强制性规定，章程的内容均有效

祝某是南京安某财务顾问有限公司的股东之一，公司调查发现祝某在公司经营过程中存在严重的违纪行为，如具有主观故意侵占或损害公司利益、利用在公司的地位和职权为自己牟私利、违反公司同业禁止等行为。祝某于 2008 年 7 月 24 日辞职，公司于 2009 年 1 月 5 日召开股东会，根据公司章程的约定作出对祝某处以 5 万元罚款的股东会决议。在祝某拒绝支付罚款的情况下，公司向法院提起诉讼要求祝某缴纳罚款。

安某财务顾问有限公司的章程第36条约定："股东退出分为自愿退出和强制退出。任何股东有下列行为之一出现时，必须全部转让其在公司的股份，由股东会强制取消其股东身份：（一）主观故意侵占或损害公司利益者；（二）利用在公司的地位和职权为自己牟私利者；（三）利用职权收受贿赂或者其他非法收入者；（四）私自动用公司资金或者将公司资金借贷给他人或者用本公司资产为个人债务提供担保者；（五）不按本章程的议事规则和国家有关法律、法规解决股东间有关公司发展和公司治理的分歧，而采取非法手段者；（六）违反公司同业禁止约定者；（七）受公司除名处分者；（八）其他有损公司利益，董事会决议强制退出者。此种情况下转让股份的价值按当时公司账面净值折算后扣除给公司造成的损失及股东会决议的罚款后的余额计算。"

【判词摘录】[①]

◆ 在公司章程未作另行约定的情况下，有限公司的股东会并无对股东处以罚款的法定职权，如股东会据此对股东作出处以罚款的决议，则属超越法定职权，决议无效。

◆ 本案中，安某财务顾问有限公司章程第36条虽主要是关于取消股东身份的规定，但该条第二款明确记载有"股东会决议罚款"，根据章程本身所使用的文义进行解释，能够得出在出现该条第1款所列八种情形时，安某财务顾问有限公司的股东会可以对当事股东进行罚款。鉴于上述约定是安某财务顾问有限公司的全体股东所预设的对违反公司章程股东的一种制裁措施，符合公司的整体利益，体现了有限公司的人合性特征，不违反《公司法》的禁止性规定，被告祝某亦在章程上签字予以认可，故包括祝某在内的所有股东都应当遵守。据此，安某财务顾问有限公司的股东会依照《公司法》第38条第（11）项之规定[②]，享有对违反公司章程的股东处以罚款的职权。

◆ 祝某违反了公司章程，安某财务顾问有限公司股东会可以对祝某处以罚款。根据我国《行政处罚法》的规定，对违法行为给予行政处罚的规定必须公布；未经公布的，不得作为行政处罚的依据，否则该行政处罚无效。本

① 参见："南京安某财务顾问有限公司诉祝某股东会决议罚款纠纷案"，载《最高人民法院公报》2012年第10期。

② 2005年《公司法》第38条规定："股东会行使下列职权：……（十一）公司章程规定的其他职权。"2013年《公司法》已相应修改为第37条。

案中，安某财务顾问有限公司在修订公司章程时，虽规定了股东在出现第36条第1款的八种情形时，股东会有权对股东处以罚款，但却未在公司章程中明确记载罚款的标准及幅度，使得祝某对违反公司章程行为的后果无法作出事先预料。安某财务顾问有限公司股东会对祝某处以5万元的罚款已明显超出了祝某的可预见范围。故安某财务顾问有限公司临时股东会所作出对祝某罚款的决议明显属法定依据不足，应认定为无效。

应对方案

1. 章程对于公司来说，是非常重要的。在法律没有禁止性规定的前提下，股东在章程中都可以对相关事项根据自己的意愿予以约定。例如，在《公司法》中，我们可以看到在一些条款中有“公司章程对 × × × 另有规定的，从其规定”的说法。但如果法条中对某一事项有具体、明确的规定而没有“留尾巴”，则必须严格依照法律的规定行事，不能按章程的约定处理。

2. 使用工商局提供的章程模板，优点在于工商局可以根据《公司法》的规定将一些重要的条款在章程中列明，避免公民因为不懂法律而对章程中的条款约定不明确从而导致无效的情况发生，减轻了公民在成立公司时的负担，同时也方便了工商局对公司登记资料的管理。使用模板的缺点则在于每个公司的成立都有其特殊的情况，股东之间会对公司未来的经营和运作有自己的约定，完全使用模板有时并不能满足股东的需要。股东提交的章程，里面的内容有时并非双方之间在成立公司时的真实约定。一些地方的工商局为了贪图自己管理方便，会强制要求成立公司必须使用章程范本，而这些范本在笔者等法律专业人士看来，却往往是一份非常糟糕的文书，其中的内容约定得极其粗糙，一些重要问题甚至没有在范本中出现，大多只是将《公司法》中的一些规定照抄入章程。使用范本，容易在公司的治理过程中产生一些本可不必要出现的纠纷。

3. 对于修改后的章程，公司也应该尽快向工商局备案，对外公示。修改后的章程未经备案，也有可能产生章程无效的风险。

4. 对于一些工商局强制要求提交章程范本的情况，股东应该另行签订投资协议，对章程中没有约定或约定不清的事宜作更详细的约定。

5. 如何制定一份好的章程？有法官给出了以下的指引："首先，要考虑到公司重大事项表决的程序、通过比率，不宜比《公司法》更严格，否则，容易导致股东会难以召开，重大事项难以表决通过。其次，要注重保护各个股东的合法权益，即公司连续 3 年以上盈利时，要给全体股东分红；一般分红比率可为公司当年盈利的 35%—40%。要充分保护股东对公司经营管理的知情权、发言权、表决权，不能忽略股东对公司的利益表达诉求。因此，公司陷入僵局时应有妥善的化解办法，如应当规定详细的股权转让、股东退出、股权剥夺机制，最大限度地保护公司权益，妥善保护各个股东的合法权益。最后，要充分保护公司资本维持原则。各个发起人股东应当带头履行出资承诺，履行对公司的各项责任和义务，履行对其他股东应当承担的责任义务，维护好公司整体利益。"[①]

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第十一条 设立公司必须依法制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

第二十三条 设立有限责任公司，应当具备下列条件：

（一）股东符合法定人数；

（二）有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额；

（三）股东共同制定公司章程；

（四）有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；

（五）有公司住所。

第二十五条 有限责任公司章程应当载明下列事项：

（一）公司名称和住所；

（二）公司经营范围；

（三）公司注册资本；

（四）股东的姓名或者名称；

① 吴庆宝主编：《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题（2012—2013 年卷）》，中国法制出版社 2013 年版，第 43 页。

（五）股东的出资方式、出资额和出资时间；

（六）公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；

（七）公司法定代表人；

（八）股东会会议认为需要规定的其他事项。

股东应当在公司章程上签名、盖章。

《中华人民共和国公司登记管理条例》

第二十条 ……

申请设立有限责任公司，应当向公司登记机关提交下列文件：

……

（三）公司章程；

……

二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

在成立公司时，发起设立的股东之间应就一些成立公司的相关事宜作出约定并签订协议，法律上称该协议为发起人协议。而在公司的经营过程中，公司的股东有可能出现增减，也有可能因特殊情况需要股东之间专门另行签订相关协议。

那么，当公司章程与股东协议的内容存在矛盾的时候，两者的法律效力该如何认定呢？主要分两种情况：

1. 公司章程与股东协议都对某一事项作出约定，而两者的约定不一致

例如，A 公司的章程约定了公司的股东为甲、乙、丙三人，而甲、乙、丙、丁四人当初在成立公司的时候，约定公司由四人出资，四人皆为股东。

公司章程在公司成立时需要提交一份供工商局备案，日后公司的章程修改（如增加股东、增资等）均需要提供修改版。任何第三方都可以通过向工商局提出申请并通过查询内档的方式而得知公司章程的内容。而股东协议属于股东之间私下签订的协议，并不能对抗第三人，因此，当公司章程与股东协议的内容存在矛盾时，一般情况下应以公司章程中约定的内容为准。

因目前设立公司采取认缴制，许多公司的股东会私下协商缴纳出资的时间，这与实际的工商登记备案时所提交的章程约定有冲突。在这种情况下，

有法官认为，部分股东的实际出资方式不符合公司法的规定，为便于登记备案，便在章程中作出不符合事实的登记，在实践中并不鲜见。一旦股东之间的内部约定与对外登记公示的章程发生冲突，进而产生纠纷时，如何认定两个协议的效力成为关键。在认缴制下，强调对外以认缴资本承担责任，暗合了章程对外的法律效力，即如涉及公司以外的债权人利益的，应当以章程为准；如涉及股东之间的出资纠纷，应当以股东订立的符合其真实意思的合同为准。[①]

2. 公司章程中没有约定的内容，在股东协议中作出了约定

例如，B公司的股东有甲、乙、丙三人，公司章程并没有约定若股东出现了出资不能的情况该如何承担违约责任的问题。但股东协议中作出了很明确的约定，约定三人中若有出资不能的情况，不但要在指定的期限内出资，还需要向守约的股东承担相应的违约金。

3. 股东协议只对在协议上签字的股东产生效力

股东协议只约束签订协议之人，并不约束第三方。但是章程不同，章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员都具有约束力，上述人员无论何时加入公司，都必须无条件服从章程中约定的事宜。

以案说法

1. 股东协议约定了章程中没有约定的事项，协议条款有效

范某与罗某两人于2011年成立了一家项目公司，双方签订协议约定由范某出资80万元，罗某出资20万元，范某占80%股权，罗某占20%股权。在公司的日常管理运作模式上，约定由范某负责公司的内部事务，罗某对外负责管理业务，合作期限以协议约定的项目完成之日止，双方在经营的过程中任何一方不得单方解除合作，违约方需要向守约方支付守约方投资额200%的赔偿。

公司在成立时范某与罗某签订了项目公司章程，章程的内容是工商局提供的范本，条款均是成立有限责任公司的格式条款，如章程中约定，“股

① 参见王冬青：“认缴资本制下股东出资义务应以实际约定为准”，载《人民法院报》2016年2月18日，第6版。

东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过”。

2012年3月，因经济不景气，公司持续亏损，范某单方面提出停止合作，罗某不同意，要求范某支付违约金40万元。范某认为，双方之间签订的章程没有对违约事项作出约定，因此他拒绝赔偿。

【律师评析】

公司章程的格式条款大多是从《公司法》中的法律条款中直接引用过来的，范某与罗某签订的章程中对于合作过程中的违约该如何赔偿的问题没有作出约定。但是，双方在成立公司的时候签订了发起人协议，约定了章程中所没有的违约责任，该违约责任也属于公司成立和解散所遇到的事项之一，可以看作对章程的一种补充，因此是合法有效的。虽然范某依据自己的股份占有额，可以提出解散公司终止合作，但是罗某要求范某对其赔偿，是可以得到法院的支持的。

2. 股东协议的约定不对抗善意第三人

张某与李某于2010年分别出资50万元占60%股权和25万元占40%股权成立了某贸易公司，公司提交备案的章程是格式条款，对于股权转让事宜约定：“股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。”公司成立后，张某与李某另行签订了一份合作协议，对股权转让事宜，双方又约定为“李某对外转让股权，若张某不同意，李某只能将股权以作价的八折价格转让给张某”。

2013年，李某希望将自己名下的20%股权转让给第三人吴某，李某将此事告知张某，张某不同意，并要求李某将股权按照转让股权价格的八折转让给自己。随后因李某与张某之间就转让价格的问题谈不拢，李某与吴某签订协议，双方约定李某将自己名下20%的股份以100万元的价格转让给吴某，随后因张某的阻挠，公司一直不为吴某办理股东变更事宜。吴某不服向法院起诉。

【律师评析】

本案中，第三人购买公司股东的股份而公司其他股东阻挠拒绝办理股东变更登记的情况十分常见，因此而引发的纠纷也很多。对于本案该如何处理，法院之间也有很大的争议，广州有法院对此类案件判决转让股权的行为无效，理由在于股东之间的协议也具有章程的性质，在章程与协议存在冲突的情况下应该适用在后的约定。许多法律界人士对判决理由提出了异议。[①] 笔者认为，公司的章程在工商局备案，可以供外界进行查阅，存在公示的性质，第三人可以通过章程了解公司的治理规则。股东之间的协议仅对在协议中签名确认的股东产生约束力，并不能对抗善意第三人。

本案中的吴某在与李某商谈购买股权事宜时，并不能知悉李某与张某之间存在折价转让股份的约定，吴某只能在工商局查阅内档看到公司章程的内容，而章程中并没有李某与张某折价转让的约定。吴某购买股份的行为应该认定为有效，而张某只能以李某存在违约行为主张相应的违约责任。

3. 涉及股东之间的出资纠纷案件，章程与股东内部协议约定不一致的，以股东内部协议的约定为准

2014 年 4 月 19 日，丁某、同某公司与沈某、钱某和王某签订了一份《合作协议书》，五方约定共同设立某中医门诊部，注册资本 500 万元。五方私下约定：丁某以办理公司各类证件为出资方式，同某公司以提供经营住所及企业名号等为出资方式，沈某以现金 500 万元为出资方式，钱某以落实沈某资金和提供药物配方等无形资产为出资方式，王某以智力投入为出资方式。五方协商，沈某将首付款 200 万元汇入公司开办账户，剩余 300 万元按公司经营需求逐步到账。

基于工商局登记的要求，五方在公司章程上约定各股东按约定的股份比例以现金出资，丁某认缴 50 万元、同某公司认缴 115 万元、沈某认缴 150 万元、钱某认缴 145 万元、王某认缴 40 万元。公司于 2014 年 5 月 14 日成立，并取得《医疗机构执业许可证》。

2015 年，丁某、同某公司与钱某和沈某之间因为在门诊部的经营和管

① 参见广州市律师协会编：《知·行：广州律师案例精选》，中国法制出版社 2012 年版，第 269–273 页。

理过程中出现矛盾，关系恶化，8月27日，由钱某提议，在丁某和同某公司未到会的情况下，钱某、沈某和王某召开了临时股东会议，并形成股东出资、出资期限等相关决议。丁某和同某公司不服股东会决议，于是向法院起诉，要求钱某和沈某立即向公司账户存入之前未缴纳的300万元出资款。[①]

【判词摘录】[②]

◆ 有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。股东未履行或者未全面履行出资义务，公司或者其他股东有权请求其向公司依法全面履行出资义务。

◆ 在不违反法律、行政法规等关于股东出资的强制性规定的前提下，具体出资时间属公司自治行为。

◆ 驳回原告丁某、同某公司的诉讼请求。

应对方案

1. 股东协议中约定了在公司章程中没有约定的内容，这种情况可以看成股东协议中的该条款是对公司章程的一种补充性约定，因此，股东协议中约定的内容只要不是法律禁止的事项，都应该是有效的。在目前公司章程普遍使用范本的情况下，公司不同股东之间也有各自的约定，因此，股东之间经常签订相关的股东协议是非常有必要的。

2. 股东在成立公司时签订的协议是股东协议，协议仅对在上面签字的股东产生法律效力，因此，在公司设立后的经营过程中，如若有新股东的加入，大家需要对一些章程中没有明确的问题作出约定的，应该重新签订股东协议作出约定。

3. 股东协议中约定的内容，不能与《公司法》规定的内容相冲突，也不能约定法律禁止性的事项，否则股东协议会被认定为无效。

4. 与公司进行公司治理管理方面的交易合作（如注资入股、购买股权）的第三方当事人，应该在与公司交易之前认真了解公司股东之间对于该特

① 案情参见王冬青："认缴资本制下股东出资义务应以实际约定为准"，载《人民法院报》2016年2月18日，第6版。

② 南京市秦淮区人民法院（2015）秦商初字第2140号民事判决书。

定的事项是否作出了特别的约定，必要时应到工商局查询公司内档查看公司章程。在进行交易合作时，签订协议应该尽量征得公司全体股东的同意并签字，这样可以尽量避免不必要的纠纷发生。

法规速递

《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见（试行）》

4. 发起人之间在设立公司过程中产生的纠纷按照发起人协议或投资协议处理，未订立发起人协议或投资协议的，按照公司章程处理。发起人协议或投资协议被确认无效的，按照有关法律规定处理。

公司成立后，发起人协议或投资协议与公司章程规定不一致的，以公司章程规定为准。但发起人之间有特殊约定的除外。

第二节　股东会与董事会

一、开会啦！——股东会的召开与临时股东会

股东会的召开，需要有明确的议题和具体的决议事项。《公司法》第41条第1款规定应当于会议召开15日前通知全体股东，如果章程中对于股东会召开的通知期限另有规定，或者全体股东对于股东会召开通知期限另有约定的，则按照章程中规定或全体股东的约定进行处理。第一次股东会会议，由出资最多的股东召集和主持。其他时候召开股东大会，一般情况下由董事会来召集，不设董事会的有限公司则由执行董事召集，会议根据上述两种情况分别由董事长或执行董事进行主持。

法律将股东会的召开分为两种，一种是“定期会议”，另一种是“临时会议”。

依《公司法》的规定，定期会议根据公司的章程所规定的方式召开。但实际上，像笔者所接触到的公司及所服务的顾问单位，没有几家公司会真正按照公司章程所约定的时间定期召开股东会。因为对于一些公司来说，并没

有那么多大事需要开定期会议作出决议。另外，一些公司属于中小企业，股东只有两三个人，平日上班也常见到，一些经营管理等决策上的事见面讨论的机会很多，甚至有些股东发几个短信就互相把事情给商议好了。

一般来说，定期会议都不会在股东之间引发太大争议，往往是临时股东会的召开，总是会引发种种矛盾。笔者总结自己经办的案件以及查阅法院公开的案例发现，法院处理的关于股东会召开的纠纷，基本上都是以部分股东不满公司召开临时股东会及产生的相关决策所引发的案件。

根据《公司法》第 39 条第 2 款的规定："……代表十分之一以上表决权的股东，三分之一以上的董事，监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。"综上，提议召开临时股东会的程序有三种：一是代表十分之一以上的表决权的股东有权提议召开；二是三分之一以上的董事有权提议召开；三是监事会或者不设监事会的公司的监事有权提议召开。这里的"以上"包括本数。临时股东会的召开，是公司运作中的重要事项，当公司在管理和经营上一切正常时（正如笔者在前面所讲的，一般公司在和谐、正常运作的时候股东之间往往都是私下商讨并作出决策），基本上是不会有人提出召开临时股东会的；只有在公司运营出现异常情况时，才会有人提出"要马上开会"的意见。

至于多少人参与会议才可以合法召开和表决，法律上没有明确的限定。有法官认为，按照一般议事规则的要求，有限责任公司中，出席会议的股东数应当超过全体股东数的半数；没有董事会的公司中，出席董事会的董事要超过全体董事的半数，方可进行表决。例如，共有 9 位股东，应当在 5 位及 5 位以上股东出席的情况下才能形成合议表决，或者有的股东、董事不能出席，提供书面表决意见也视为参加了表决，视为合法。[①] 因此也延伸出开股东会是否一定要真正到场参与的问题。正如上文所述，不能出席的股东提供书面表决意见也视为合法。因为在现实中，许多股东人数少的小公司，所谓的"开股东会"，只是把需要决议的事项以及会议内容事先写好，然后让股东签名同意，事实上并没有真正以"开会"的形式进行。法律规定及司法审

① 吴庆宝主编：《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题（2009—2010 年卷）》，中国法制出版社 2010 年版，第 42 页。

判中并没有对此予以严格规制，只要在形式上符合法律的规范要求即可。

以案说法

股东会的召开违反法定程序的，股东会所作决议会被撤销

2006年10月，刘某和喻某共同出资成立科某公司并制定了章程。刘某出资24万元占公司48%的股份，喻某出资26万元占公司52%的股份。2008年6月23日，喻某向刘某发出通知，告知将于6月25日在公司召开临时股东会并告知了相关的议题。刘某接到通知后告知喻某，称自己25日没空，并提出将会议调整到26日，喻某同意。

2008年6月26日，科某公司召开临时股东会，刘某与喻某参加，会议由喻某主持，讨论早前已约定好的议题。在会议的最后，因为刘某与喻某意见不合，刘某提前离开。喻某在会议上临时增加决议：即日起免去刘某执行董事及经理的职务，公司一切业务由喻某负责管理。会议记录只有喻某签字，刘某因提前离开没有签名。

刘某不满科某公司的临时股东会决议，向法院提起诉讼，认为临时股东会没有提前15天发出通知，且喻某主持会议及临时增加议题不合法，要求撤销临时股东会对撤销自己职务的决议。

【判词摘录】[①]

◆《公司法》将通知期限规定为提前15日，是为了保障股东有足够的时间对股东会审议的事项进行相应准备，确保股东有效行使权利。违反提前15天通知的时限，是否影响股东会决议的效力，还需根据实际情况加以衡量和判断。倘若虽未提前15天通知，但通知时间得到股东认可，或者股东在会议召开前通过其他渠道已经知道通知会议事宜，并且没有对此提出异议，或者股东知道会议时间后，通过其他方式对会议时间予以变通，则通知时间上的瑕疵即得到救济，并不影响股东会决议的效力。

◆喻某如果要求召开临时股东会，其权利为就此问题向刘某提议，并由刘某召集和主持临时股东会。只有刘某未响应喻某的提议，不能履行召

① 北京市西城区人民法院（2008）西民初字第10587号民事判决书；北京市第一中级人民法院（2009）一中民终字第929号民事判决书。

集和主持会议的职责时，喻某才可以自行召集和主持会议。喻某的行为违反了现行法律关于股东会召集和主持程序的强制性规定，该次临时股东会所作决议，因此而应当被撤销。

◆ 有限责任公司召开股东会，并不禁止会议期间临时增加议题和对增加议题进行表决。

应对方案

1.《公司法》规定了股东会开会需有 15 天的通知时限，但是即便没有按照规定的时限通知，只要股东没有提出反对的意见，都不会有太大的问题。公司在提出召开股东会的时候，一定要做到“通知到位”，即使 15 天的时间不够，只要“通知到位”而其他股东没有反对，都不会有太大影响。

关于“通知到位”，有如下两个方面的要求：一是“是否有通知”，二是“是否通知到具体的股东”。而对于上述两方面的事实，法院会要求公司承担举证责任。一般来说，公司股东之间和谐相处，便不会产生什么纠纷，而一旦产生纠纷，在法庭上，那些“不配合开会”的股东就会否认公司已经尽到了通知义务。因此，建议公司在进行通知的时候务必注意方式方法，目前大多数公司采用的是以邮政 EMS 快递的形式通知，对于 EMS 快递底单的填写方法，也需要予以注意。

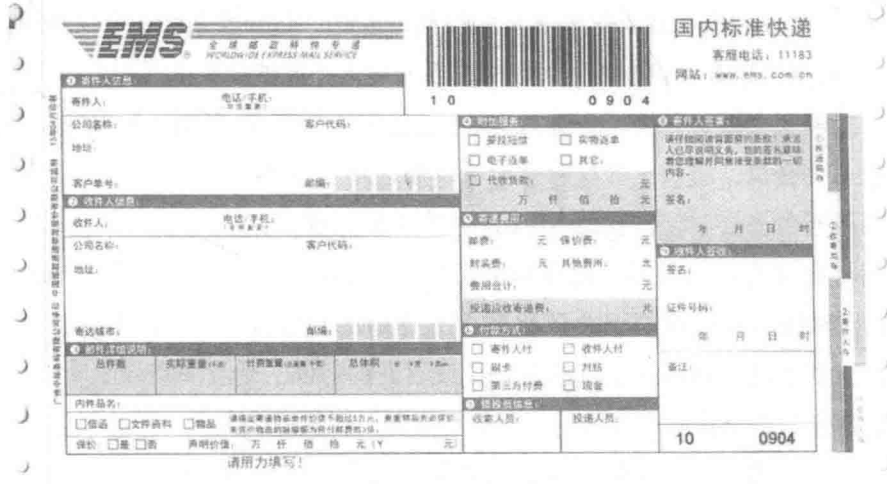


图 3–1 用以通知股东的 EMS 快递单

通知股东召开临时股东会，采用邮政 EMS 快递的形式发出通知，是比较便捷有效的一种做法，因为邮政 EMS 可以向寄件人提供快递的妥投证明，寄件人也可以自行上网输入单号查看快递是否妥投及签收情况。寄件人寄出快递后，需要妥善保管快递底单，对于寄件人提交的快递底单，连同提交的妥投证明或网上投递情况打印件，法院均认可快递的投递是真实有效的。

对于快递底单该怎么写，也是有严格要求的。例如，在寄件人一栏中，若定期股东会的召开根据法律规定是由董事会或不设董事会的执行董事召集，寄件人应填写“董事会”或具体执行董事的姓名；若是临时股东会，则填写提议召开临时股东会的股东名称，且需要完整填写公司名称和地址。在收件人一栏中，收件人应填写需要通知的股东，不能填写股东的秘书、助理等其他人。

快递左下角有“内件品名”一栏，内件品名上填写的内容非常重要。一些公司发快件通知开会，仅仅在上面写“通知”等简单的词句，这是不符合证据举证要求的。例如，有人会质疑：只写“通知”二字，到底是通知什么？没有明确即属于约定不明，收件的股东如果存心想刁难，在庭上否认快递里面的内容是关于“召开临时股东会的通知”，那么法院会因为书写内容不明确而认定快递邮寄的内容并非开会通知。

2.《公司法》对股东会的召集人有严格的限制。根据《公司法》第 40 条的规定，股东会召集人的顺序依次是“董事长（或执行董事）—监事—股东”，监事和股东没有优先召集的权利。因此，召开股东会不能“越俎代庖”，只有当享有召集权的人失职时，后面的人才能够代替他召开股东会。

3. 对于有限责任公司召开股东会，《公司法》第 41 条第 1 款规定：“召开股东会会议，应当于会议召开十五日前通知全体股东。”而对于股份有限公司召开股东会，《公司法》第 102 条第 1 款则规定：“召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东；临时股东大会应当于会议召开十五日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开三十日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。”从上述两个法条中我们可以发现，股份有限公司召开股东大会，需要提前告知会议的审议事项，而有限责任公司则没有这方面的强制性规定，因此，有限责任公司在开股东会的时候临时增加审议事项是符合法律规定的。一些

股东提出召开临时股东会，通知的时候不告知议题甚至是告知一个其他的议题，待开会的时候搞“突然袭击”临时增加议题，让部分参会的股东措手不及以达到自己的目的。对于这些股东，无法追究其法律责任，因为他们的行为是合法的。

4.《公司法》第41条第2款规定：“股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。”但是仍然会有股东会不合作，参加股东会却拒绝在会议记录上签名，为的是阻挠股东会决议的通过。笔者建议召开股东会前，在股东出场时就应该强制要求其签到，拒绝签到的股东可以不准其进入会场。前来开会签到的股东，随后拒绝在会议记录上签名的，就可以通过签到表证明股东已到场参加会议，即使他未参与投票，也不会直接导致股东会召开出现瑕疵而无效的风险。

5. 股东人数少的小公司不实际开会的情况较为普遍，但一定要符合股东会决议召集和表决程序在形式上的要件，尤其是在股东不实际出面签名的情况下，一定要要求股东出具委托手续授权他人代为签名，不能出现冒签或没有代理手续代股东签名的情况。若出现这种情况，则属于股东会程序有瑕疵，决议会被撤销。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第三十八条 首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持，依照本法规定行使职权。

第三十九条 股东会会议分为定期会议和临时会议。

定期会议应当依照公司章程的规定按时召开。代表十分之一以上表决权的股东，三分之一以上的董事，监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。

第四十条 有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。

有限责任公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持。

董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持。

第四十一条 召开股东会会议，应当于会议召开十五日前通知全体股东；但是，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。

股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。

第一百零二条 召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东；临时股东大会应当于会议召开十五日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开三十日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。

单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东，可以在股东大会召开十日前提出临时提案并书面提交董事会；董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东大会审议。临时提案的内容应当属于股东大会职权范围，并有明确议题和具体决议事项。

股东大会不得对前两款通知中未列明的事项作出决议。

……

二、投票吧！——股东会的表决机制

有限责任公司的全体股东组成股东大会，股东会是公司的“最高权力机构”，公司的一切重大问题、重大决定，都必须按照法律的规定由股东会依照股权比例以“少数服从多数”的原则作出决议。通过股东会所达成的决议上升为公司的整体意志，公司日后对相关事项的处理则需要按照该决议来履行。公司股东会的召开、投票、决议等，相当于我们国家全国人大开会并作出决议。

股东参加股东会，通过投票进行表决来体现自己的意志，而我国法律上对于决议的形成是采取“资本多数决”的原则。

“资本多数决”原则又有简单多数和绝对多数之分。这是根据股东会决议可分为普通决议和特别决议所作的划分。普通决议，是指股东会会议就

法律或者公司章程专门规定事项之外的事项所作的决议。这些事项一般只需要出席股东表决权的简单多数通过即可。特别决议，是指法律或者公司章程专门规定事项作出的决议，这类事项往往需要出席规定表决权的绝对多数通过。①

所以，《公司法》将公司的决议事项分为一般事项的决议和重大事项的决议。根据该法第43条第2款的规定，重大事项的决议，是指修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，除此之外，公司章程也可以专门增加除上述几种情形外的其他重大事项决议。除重大事项外，其他事项则称为一般事项。重大事项决议必须经代表三分之二以上表决权的股东通过，一般事项的决议则只需要有超过百分之五十以上表决权的股东通过即可。

根据上述法律规定，表决权与股东的股权（即占股比例）并非直接挂钩。《公司法》第42条规定，除非章程有特别的约定，否则股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。所谓的出资比例，其实就等同于占股比例，因为在目前的工商登记中，占股是与认缴出资比例挂钩的，也就是说，在章程没有特别约定的情况下，原则上股东占股多少就有多少比例的表决。例如，某公司注册资本为100万元，公司有甲、乙两个股东，甲占股60%，乙占股40%，在公司章程对表决权没有特殊约定的情况下，甲就有60%的表决权，乙就有40%的表决权。

在一些公司中，创始人股东为了牢牢控制公司的经营管理决策权，往往会通过公司章程将股权和表决权予以分离，以达到自己的股权虽然不能占据绝对控股地位，但却拥有超过三分之二以上的表决权的目的。例如，曾有媒体报道："根据当当网的股权架构，李国庆占股股份是32%，投票权是75.2%；俞渝占股股份是3.9%，投票权是8.3%，夫妻俩投票权加在一起为83.5%，拥有绝对话语权。这便是通过公司章程掌控表决权的典型例子。

对于初创企业来说，笔者认为三七开的股权结构最理想，因为单独占有七成表决权的股东可以作出公司的所有决策，这样有利于公司创业初期的稳定发展，而不会受到股东之间对经营管理存在"矛盾"的影响。事实

① 刘兰芳主编：《新公司法疑难案例判解》，法律出版社2009年版，第284页。

上我们可以看到，现在有很多有名的初创型企业或者知名企业，大多都是因为公司股权比例分配不善而使公司决策权无法统一，最终导致股东散伙、公司倒闭，严重的甚至出现股东坐牢的情况。

以案说法

公司具体事项的决议方式，可以在章程中明确作出特别约定

峰某电子公司有股东四人，分别为张某、谢某、蒋某与王某，张某为法定代表人，并且为公司的执行董事。张某占股40%、谢某占股20%、蒋某占股35%、王某占股5%。2011年6月，公司召开临时股东会，会议事项是罢免张某法定代表人的职务，并由蒋某担任执行董事及法定代表人职务，会议中，谢某与蒋某提出支持，张某提出反对，王某弃权，最终决议通过。张某不服，认为罢免法定代表人属于重大事项，必须要三分之二以上表决权通过才可以，于是向法院提起诉讼要求撤销公司决议。

【律师评析】

更换法定代表人，在公司章程没有明确约定的情况下是否属于重大决议事项？对此法院认定不一，不能简单地根据法律来作出判断。若章程中没有特别的重大事项约定，那么根据《公司法》第43条第2款的规定，只有修改公司章程、变更注册资本、变更公司形式、公司合并分立或解散事宜的决议，才需要三分之二以上的表决权通过。

在本案中，判断撤销张某法定代表人及执行董事职务是否属于重大事项，关键要看公司制定的章程中，是否有将张某担任法定代表人及执行董事的情况写入其中，如果上述问题写进了章程，则意味着撤换了张某让蒋某任职，势必要更改原来的章程，那么修改章程就属于第43条中的情况之一，自然也就属于重大事项。反过来，若章程中没有对张某的任职情况作出说明，那么由蒋某担任新职，则无须对原来的章程作出修改。

应对方案

1. 除了《公司法》第43条中所规定的几种决议事项属于重大事项外，公司在章程中也可以自行约定哪些决议事项属于重大事项。因此，笔者建议，哪些属于重大事项，哪些属于一般事项，股东应该在公司章程中予以

明确，如果章程中没有对此作出约定，也应该另行订立相关的公司股东会议事规则，通过书面的约定把重大事项确定下来，以免在实际的投票表决中出现不必要的纠纷，引发争议。

2. 股权和表决权可以通过公司章程约定予以分离。持有过半表决权的股东可以作出一般事项的决策，而持有超过三分之二表决权的股东可以作重大事项的决策。表决权对于初创企业创始股东来说尤为重要，对于发展稳定的企业来说，当涉及融资的时候创始股东的股权难免会被稀释，如果创始股东想继续控制公司的经营管理权，也只能从牢牢抓住表决权下手。

第五章 公司注册资本、股东、认缴出资额、出资方式、出资时间

1. 公司认缴注册资本：人民币 万元。（可调整，无下限限制）

2. 股东名称、认缴的出资额、出资方式、出资时间

股东姓名或名称	出资比例	缴资期数	出资数额（万元）	出资方式	出资时间
甲方	70%	1期	最少20%	实缴	注册时
		2期	剩余80%	认缴	自拟截止时间
乙方	30%	1期	最少20%	实缴	注册时
		2期	剩余80%	认缴	自拟截止时间

3. 股东的权利和义务

3.1 股东的权利

3.1.1 按出资额所占比例享有股权和分取红利。

3.1.2 参加股东同意对公司重大事项决策（修改公司章程，增加或者减少注册资本的决议，以及公司的合并、分立、解散或者变更公司形式的决议），乙方持有70%的表决权，甲方持有30%的表决权。

图 3-2 某初创企业在成立时股东之间在章程中对表决权作出特别约定

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第四十二条 股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。

第四十三条 股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。

股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

三、董事会

有的公司设立董事会，有的公司不设。设董事会的公司，人数在3~12人之间，董事长为总负责；不设董事会的公司则应任命执行董事负责公司相关管理事宜。设立董事会还是设立执行董事，由公司自行决定。设立执行董事而不设立董事会，针对的主要是股东人数少公司规模小的情况。

董事会的董事长是不是公司当然的法定代表人？2005年以前我国施行的旧《公司法》强制要求董事长必须是公司的法定代表人，而2013年修改后的《公司法》，第13条对以前的强制要求作了改变，该条规定："公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任……"对于中外合资企业，根据《中外合资经营企业法实施条例》的规定，法定代表人仍然必须是董事长。

董事会的议事规则和投票程序，与股东会略有不同。董事会决议的表决方法，采取一人一票、人数多数决（相对于股东会资本多数决而言）的形式，而股东会决议的票数则并非按人头计算的（详见本节之二）。董事会开会时需要作会议记录，且出席会议的股东都必须在董事会会议记录上签名，缺少签名或冒签的，董事会会议无效。

董事会召集的时间、董事如果缺席能否委托他人出席、投票通过的基数是全体董事还是到会董事、表决事项是全票通过抑或是多数决通过如何认定等问题，《公司法》第48条第1款规定，若《公司法》没有对董事会的议事方式和表决程序作出强制性规定，则以公司章程的约定为准。对于一般的内资有限责任公司，笔者上述提到的关于召集时间、缺席委托、投票基数等问题《公司法》均没有明确的约定，因此公司章程的约定非常重要。除此之外，公司通知开会也应该尽可能客观、中立地通知到所有参会

人，不能故意让参会人不知道开会的时间，否则董事会的决议也有被法院撤销的风险。对于中外合资企业，董事会开会程序则有相关的具体规定。《中外合资经营企业法实施条例》第32条第1款与第2款规定："董事会会议每年至少召开1次，由董事长负责召集并主持。董事长不能召集时，由董事长委托副董事长或者其他董事负责召集并主持董事会会议。经1/3以上董事提议，可以由董事长召开董事会临时会议。董事会会议应当有2/3以上董事出席方能举行。董事不能出席的，可以出具委托书委托他人代表其出席和表决。"第33条规定，章程的修改、公司中止与解散、公司增减注册资本、公司合并与分立四种情况的决议需要全体出席董事会会议的董事一致通过，其他事项则根据公司章程载明的议事规则作出决议。

以案说法

1. 董事会的召开违反法律强制性规定的，会被认定为无效

谢某是持有岩某公司29.64%股份的股东，原任岩某公司董事长和法定代表人。2009年10月20日，谢某委托律师到工商局调查时发现，公司已于2009年9月2日通过董事会决议免去了其董事长和法定代表人职务，改任陈某为董事长和法定代表人。谢某于是向法院提起诉讼，认为自己从未收到董事会会议的召开通知，未参加过上述董事会会议，也没有委托其他董事参加会议，董事会决议的签名也是他人仿冒，要求法院认定董事会决议无效。

【判词摘录】[①]

◆ 董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事会的会议召集程序、表决方式应不违反法律、行政法规或者公司章程，否则，股东可以请求人民法院撤销。因此，岩某公司召开董事会更换董事长应符合其章程的相应规定，并且应该承担相应的举证责任。

◆ 关于谢某参加董事会会议和在董事会决议上签名的真实性，谢某不

① 深圳市中级人民法院（2010）深中法民四终字第146号民事判决书。

予确认，岩某公司亦不能确认其董事会决议文件上的签名系谢某本人所签，只是认为有可能是谢某自己委托他人签名，对此，没有相关证据予以证明。

◆ 岩某公司没有证据证明董事会会议的召集程序符合公司章程规定以及董事会决议的真实性。谢某作为股东，在法定期限内请求撤销董事会决议有事实和法律依据，本院予以支持。

2. 公司通知召开董事会应通过章程进行约定，且应尽到合理的通知义务

某餐饮公司的章程约定："三分之二董事通过本人出席、电话会议或委托代理人的方式出席会议，即构成董事会会议的法定人数；但是，如果召开董事会会议的通知已经适当发出，而一方指定的董事未能通过本人出席、电话会议或委托代理人的方式出席董事会会议，使会议不能达到前句所述的法定人数，则该等董事会会议应被押后并于15日之后在同一地点和时间重新召开；如果在重新召开的董事会上，上述董事仍未能通过本人出席、电话会议或指定代理人的方式出席会议，则重新召开的董事会会议主持人应被视为上述董事指定的代理人代其出席会议并就有关决议投票（上述决议的草案应已与董事会会议的通知一并发送给董事）；以上述方式通过的决议应具有完全的法律效力。"

2013年12月9日，餐饮公司在广州市召开2013年度第一次临时董事会。会前，公司以快递的方式向法定代表人陈某身份证地址邮寄送达会议通知及会议提案。陈某在当时已因涉嫌刑事犯罪被羁押在广州市第一看守所内，公司寄到陈某身份证地址的快递，陈某无法签收。

会议召开当日，董事潘某、方某、王某亲自到会，陈某本人因在看守所没有收到通知也无法派代表参加。会议最终决议修改公司章程并撤销陈某董事长的职务，董事长由潘某担任。

陈某认为公司明知他在看守所且知道他的代理人情况，却故意向自己的身份证地址寄送开会通知，是故意不让他知道董事会的召开，于是向法院起诉要求撤销该次董事会所作出的决议。

【律师评析】

餐饮公司章程规定了在向各董事发出董事会会议通知及提案时应符合"适当发出"的要求。"适当发出"的标准是怎样的法律并无明确规定，这

就要看章程中是否有具体明确的约定，如果章程条款没有明确各董事的通知送达地址的，那么所谓“适当发出”，即要求当事人从善意、中立的立场出发，根据已知的信息通过合理方式发出有关通知，以使通知内容尽可能被对方知晓。

餐饮公司拟召集2013年第二次临时董事会会议期间，公司已经知道了陈某因在公司任职期间涉嫌职务犯罪被羁押，其作为与刑事案件密切相关的一方，完全能够通过合理途径获知陈某的联系方式（包括被羁押地点及委托辩护人等的情况）。法律、法规也并没有禁止公司跟陈某取得联系（包括通信方式）。公司没有证据证明其已采取适当方式尝试与陈某本人联系，但确因客观原因未能成功。所以餐饮公司若以其不清楚陈某的羁押地点且双方联系存在法律障碍为由抗辩称其无法联系陈某本人并向其送达会议通知及提案的理由是不会得到法院支持的。

餐饮公司董事会在向陈某送达2013年第一次临时董事会会议通知及提案的过程中，因为未能合理保障陈某就该次会议所享有的基本权利，送达行为存在了瑕疵。所以陈某以餐饮公司董事会召集程序违反公司章程为由要求撤销2013年第一次临时董事会会议决议是有道理的。

应对方案

1. 与股东会的召开不同的是，法律对于董事会召开的通知程序，没有严格的规定，对于董事会开会召集程序存在瑕疵的，董事会所作出的决议并不一定会产生无效的法律后果。

2. 内资公司只要章程中并没有对董事会的召开程序有特别的约定，中外合资公司只要按照《中外合资经营企业法实施条例》第32条的规定召开董事会，股东参与并到场对所议事项作出了表决，根据少数服从多数的规则通过了决议的，董事会决议的效力便不会受到影响。

3. 董事会是公司的最高决策机构，但是，当一家公司是个人独资企业，决策者只有老板一个人时，公司没有其他股东的约束，没有董事会的决策，公司的运作就有可能受决策者的知识和认知所限，而导致决策出现问题。

若一家公司的决策出了问题，往往会导致公司出现大的损失。为避免出现此类问题，笔者曾帮助几家个人独资企业设立了一种新的管理模式：模拟董事会。笔者认为，个人独资公司都可以考虑组建这种“模拟董事会”，以此作为公司决策咨询运作架构。该模式是聘请相关管理层或优秀员工为“模拟董事”，由他们对公司的决策（如公司投资某一项目）进行审议和提出建议，“模拟董事”若对公司决策提出异议，决策者依然可以作最终的拍板。设立“模拟董事会”的好处在于让公司决策者多听他人意见，冷静地考虑和处理公司问题，同时也可以培训和发掘管理人才，减轻决策者的负担。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第四十六条 董事会对股东会负责，行使下列职权：

（一）召集股东会会议，并向股东会报告工作；

（二）执行股东会的决议；

（三）决定公司的经营计划和投资方案；

（四）制订公司的年度财务预算方案、决算方案；

（五）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；

（六）制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；

（七）制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；

（八）决定公司内部管理机构的设置；

（九）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；

（十）制定公司的基本管理制度；

（十一）公司章程规定的其他职权。

第四十七条 董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。

第四十八条 董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。

董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在

会议记录上签名。

董事会决议的表决，实行一人一票。

第五十条 股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理。

执行董事的职权由公司章程规定。

《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》

第三十二条 董事会会议每年至少召开1次，由董事长负责召集并主持。董事长不能召集时，由董事长委托副董事长或者其他董事负责召集并主持董事会会议。经1/3以上董事提议，可以由董事长召开董事会临时会议。

董事会会议应当有2/3以上董事出席方能举行。董事不能出席的，可以出具委托书委托他人代表其出席和表决。

董事会会议一般应当在合营企业法定地址所在地举行。

第三十三条 下列事项由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议：

（一）合营企业章程的修改；

（二）合营企业的中止、解散；

（三）合营企业注册资本的增加、减少；

（四）合营企业的合并、分立。

其他事项，可以根据合营企业章程载明的议事规则作出决议。

第三十四条 董事长是合营企业的法定代表人。董事长不能履行职责时，应当授权副董事长或者其他董事代表合营企业。

第三节 股东的权利

一、股东资格的认定与隐名股东

成为公司股东的途径有两种：一种是原始产生；另一种是继受产生。原始产生的股权，是当事人出资设立公司或增资入股公司而取得公司股东身份的情况。继受产生则是当事人通过股权转让或继承、公司合并等原因取得公司的出资或股份的情形。本部分笔者先谈谈股东原始产生的资格问题，

对于股东资格的继承以及股权转让的法律问题，笔者则会在下文详细讨论。

1. 股东资格的认定

通过原始方式取得股东身份的情况，正如在本书第一章第一节之二所谈到的，出资并不代表当事人理所当然地成为公司的法定股东。如前所述，判断是否具有完全的股东资格，需要注意以下一系列很重要的形式要件：公司章程——认缴出资——办理工商登记及公司股东名册上的登记——公司成立后向股东签发出资证明书。形式要件无法达到，投资人需要证明自己具有股东的身份，就需要从实质上是否参与了公司的经营决策以及是否以股东的身份对公司进行管理上来证明自己，如是否有领取红利、是否在股东会会议文件及相关决策文件上签字等。

对于股东资格确认纠纷案件，法院主要根据形式要件并结合实质要件来进行分析和认定。向法院起诉请求确认具有股东资格的，应该以公司作为被告，与案件争议股权有利害关系的人作为第三人参加诉讼。如果打官司“找错了对象”，会被法院以被告不适格为理由驳回起诉。

对于未按照约定履行出资义务的股东，公司能否将他除名并取消他的股东身份？《公司法》规定了未实际出资或不足额出资的股东应补缴出资，以及向其他股东承担违约责任（《公司法》第 28 条第 2 款）。因此，公司可以以原告的身份起诉违约股东要求足额补缴出资，公司的股东也可以以原告的身份起诉违约股东承担相应的违约责任，在未用尽以上救济方法之前，并不能直接将未按照约定履行出资义务的股东除名。

2. 隐名股东

关于代持股的法律关系中的股权归属，涉及隐名股东究竟能否被法律所认可的问题。所谓隐名股东，是指当事人借用他人名义出资，以他人的名义作为登记股东的公司出资人。一些当事人基于各种原因，不愿意将自己的身份公开，于是找他人代替自己登记为公司股东。又或者，当事人拥有外国国籍，对于成立一般的有限责任公司有一定法律上的困难，为了便利便由中国籍当事人作为挂名的股东。

我国的法律原来对隐名股东采取不鼓励的态度，之前并没有法律对隐名股东的问题作出相应的规范，直到 2011 年最高法院公布《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（三）》，其中第 25 条、

第26条，才对隐名股东与显明股东之间的法律关系的认定和纠纷处理方式有了明确的规范。上述两条明确规定：关于隐名股东的身份认定，要看隐名股东和名义股东之间是否有明确的合同约定；对于隐名股东，其享有收益权，有权分得公司的利润，但并不能随意要求替换名义股东，只有经过公司其他股东半数以上同意的才能变更股东登记；名义股东处分股权给隐名股东造成损失的，隐名股东请求名义股东承担赔偿责任的，法院会给予支持。总结上述内容，笔者归纳隐名股东有“有实”“无名”“可索赔”三大特点。另外，在确认隐名股东的纠纷案件中，法院一般还会审查隐名股东是否有实际出资，且成为隐名股东的时候，其是否被公司其他股东所知悉并认可。若上述两点隐名股东均无法向法院提出证明，那么其隐名股东的身份就极有可能不被法院所认可。

以案说法

1. 原告起诉确认股东资格，应以公司为被告

2005年，穆某与张某签订代持股协议书，约定：“因经营工作需要，为满足工商登记要求，穆某委托张某在百某公司的工商注册登记中以张某的名义代持该公司99.3%的股权。现双方就该笔投资代持事宜达成以下协议：一、此笔投资的实际出资人是穆某，穆某拥有该笔投资的所有权益，并承担相应责任和义务。张某只是名义上的出资人，不享有投资人的任何权责和义务……”协议签订后，张某按约定替穆某代持百某公司99.3%的股权，并办理了工商登记。直至2011年，张某自行在外经营新某公司，且新某公司与百某公司的经营范围及业务完全相同。穆某要求张某向其归还股份，办理工商变更登记，张某拒绝。穆某向法院起诉，以张某为被告、百某公司为第三人，要求法院确认自己拥有百某公司的股东身份。

【判词摘录】[①]

穆某作为本案原审原告，其诉讼请求为确认自己系百某公司的股东，实际享有登记在张某名下的百某公司99.3%的股权，并请求张某与百某公司协助办理股权的工商登记变更手续。因在工商登记中，张某为百某公司的股东，

① 广东省高级人民法院（2012）粤高法民二终字第5号民事判决书。

持有该公司 99.3% 股份，故穆某的诉讼请求，系请求确认其百某公司的股东资格。《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（三）》第二十二条[①]规定："当事人向人民法院起诉请求确认其股东资格的，应当以公司为被告，与案件争议股权有利害关系的人作为第三人参加诉讼。"据此，穆某以张某为本案被告，百某公司作为本案第三人提起诉讼不符合上述司法解释的规定。因此，原审法院根据穆某的原审起诉确认其为百某公司的股东，并享有登记在张某名下百某公司 99.3% 股权及张某、百某公司协助办理百某公司 99.3% 股权变更登记手续的判决不当，应予纠正。

2. 股东资格应从形式要件和实质要件综合予以认定，隐名股东与名义股东因基于合同关系而成立

娄某委托温某，以温某的名义成立某科技公司。因娄某太信任温某，所以对公司的经营，娄某一直不予过问。直至随后由于温某的原因，公司陷入困境，温某躲避在外导致公司无法继续正常经营，娄某要求接管公司，因温某不配合办理工商变更登记，娄某向法院起诉要求确认自己拥有科技公司的股东身份。

【判词摘录】[②]

◆ 股东取得完整无瑕疵的股东资格和股东权利，须符合两个要件，即实质要件和形式要件，实质要件是以出资为取得股东资格的必要条件，形式要件是对股东出资的记载和证明，是实质要件的外在表现。

◆ 关于公司章程与股东名册：娄某并非公司章程与股东名册中记载的股东。

◆ 关于实际出资：通过案件的审理，娄某向法庭提交的其与科技公司、温某之间的款项往来仅能佐证双方之间的债权、债务关系，而无法使法庭作出其向科技公司实际出资的事实认定。

◆ 有关出资证明：在案件审理过程中，娄某向法庭提供了由温某向其出具的股权说明书一份，其上载明：科技公司所持原始股权，娄某占 40%，娄某认为该股权说明书具有持股证明（出资证明）的属性。法院认为，持

① 现为第二十一条（2014 年 2 月 20 日修改）。

② 北京市西城区人民法院（2012）西民初字第 6351 号民事判决书；北京市第一中级人民法院（2012）一中民终字第 12053 号民事判决书。

股证明是公司应当向其股东签发的文件，是一种权利证书。温某向娄某出具的股权说明书与法律规定的持股证明（出资证明）在形式上存在差异。此外，持股证明只是一种证明股东所持股份或出资的凭证，系认定股东资格的初步证明，而非认定股东资格的唯一要件。股东资格的确认，还必须对相对人的实际出资行为进行审查。而依据前文认定，娄某现无证据佐证其实际出资行为，故该院认为娄某向法庭提交股权说明书在本案中缺乏证明力。

◆ 关于隐名股东：隐名股东系依隐名出资人与显名人之间的合同关系而产生。而在本案中，娄某并未向法庭提交相关证据佐证其与温某之间存在此种合同关系。

综上，法院对娄某提出的相关诉讼请求不予支持。

3. 隐名股东与名义股东之间无书面代持股协议的，法院需审查隐名股东是否有实际投资及其是否为公司的实际控制人

高某公司于1991年成立于台湾，法定代表人是阙某。2001年，高某公司在大陆成立郁某公司，并以柏某和李某为名义股东。高某公司与两名义股东之间对于代持股事宜没有书面形式的约定，仅有口头协议。公司成立至2006年，一直由阙某作为郁某公司的实际控制人。2006年因为郁某公司的业务非常好，柏某和李某不再听从高某公司的指令。高某公司于是向法院起诉，要求确认自己拥有股东身份。柏某与李某提出否定，认为高某公司并非隐名股东，高某公司与郁某公司的关系仅是品牌代理关系。

【判词摘录】[①]

◆ 柏某与李某在郁某公司注册之时，并未投入资金，注册资金系高某公司在其后的经营活动中陆续投入，故从实际出资的角度来看，郁某公司的实际出资人应为高某公司，而不是柏某和李某。

◆ 从柏某发送给高某公司法定代表人阙某的大量传真函件来看，时间跨度之长久，内容涉及之细致，传真发送之频繁，语气用词之谦恭，均超出商业活动中同行交流之正常范畴。由此可见，阙某虽人在台湾，但对于

① 上海市第一中级人民法院（2008）沪一中民五（商）初字第277号民事判决书。

郁某公司事无巨细、悉数掌控，几乎涵盖公司经营涉及的各个层面，是公司的实际管理控制人。

◆ 高某公司从郁某公司处分得了红利，这是股东享有并行使权利的重要表现形式。

应对方案

1. 司法审查当事人是否具有股东资格，主要以形式要件是否符合法律规定，结合实质要件来认定。在形式要件不符合法律规定的情况下，当事人应该尽量搜集证据证明自己参与了公司的经营并领取了公司利润的分配。若有股东之间的私下协议确认当事人是股东的身份则更好，如果没有的话，当事人应尽量说服公司各股东，征得股东们的同意和认可，由股东们确认当事人的身份，这样当事人被法院认可具有股东资格的可能性就会很大。

2. 起诉确认股东身份的案件，原告一定要注意：不能将与涉案股权有利害关系的人列为被告，而应该以公司为被告，将与涉案股权有利害关系的人列为第三人。

3. 由于隐名股东的存在有悖于交易秩序与安全，现行法律规定并不鼓励投资者采取隐名投资的方式。因此，法院在审理时应当慎重考虑，既要考虑出资人的利益，也要保护公司制度的良好运行。对于投资者来说，不要贪图一时便利进行隐名投资，否则可能承担更大的风险；如果投资者采取了隐名投资的方式，应当注意采取适当的方式保护自己的权益。[①] 例如，《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（三）》对隐名股东的认可主要基于隐名股东与名义股东之间的协议，因此隐名股东应该与名义股东签订明确的代持股协议。若无代持股协议，则应该证明自己有实际的投资，且自己是公司的实际控制人。因此，隐名股东给名义股东的投资款，应该尽量以转账的方式支付，保留支付凭证并尽量要求名义股东签收确认。另外，对于收取公司的利润分配，隐名股东也应尽量保存相关的证据。

① 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2013 年度案例 · 公司纠纷》，中国法制出版社 2013 年版，第 9 页。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第三十一条 有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。

出资证明书应当载明下列事项：

（一）公司名称；

（二）公司成立日期；

（三）公司注册资本；

（四）股东的姓名或者名称、缴纳的出资额和出资日期；

（五）出资证明书的编号和核发日期。

出资证明书由公司盖章。

第三十二条 有限责任公司应当置备股东名册，记载下列事项：

（一）股东的姓名或者名称及住所；

（二）股东的出资额；

（三）出资证明书编号。

记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。

公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

《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（三）》

第二十一条 当事人向人民法院起诉请求确认其股东资格的，应当以公司为被告，与案件争议股权有利害关系的人作为第三人参加诉讼。

第二十二条 当事人之间对股权归属发生争议，一方请求人民法院确认其享有股权的，应当证明以下事实之一：

（一）已经依法向公司出资或者认缴出资，且不违反法律法规强制性规定；

（二）已经受让或者以其他形式继受公司股权，且不违反法律法规强制性规定。

第二十三条 当事人依法履行出资义务或者依法继受取得股权后，公司未根据公司法第三十一条、第三十二条的规定签发出资证明书、记载于股东名册并办理公司登记机关登记，当事人请求公司履行上述义务的，人

民法院应予支持。

第二十四条 有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同，约定由实际出资人出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东，实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无合同法第五十二条规定的情形，人民法院应当认定该合同有效。

前款规定的实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议，实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的，人民法院应予支持。名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的，人民法院不予支持。

实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。

第二十五条 名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

名义股东处分股权造成实际出资人损失，实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第二十六条 公司债权人以登记于公司登记机关的股东未履行出资义务为由，请求其对公司债务不能清偿的部分在未出资本息范围内承担补充赔偿责任，股东以其仅为名义股东而非实际出资人为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

名义股东根据前款规定承担赔偿责任后，向实际出资人追偿的，人民法院应予支持。

《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》

第十四条 当事人之间约定一方实际投资、另一方作为外商投资企业名义股东，实际投资者请求确认其在外商投资企业中的股东身份或者请求变更外商投资企业股东的，人民法院不予支持。同时具备以下条件的除外：

（一）实际投资者已经实际投资；

（二）名义股东以外的其他股东认可实际投资者的股东身份；

（三）人民法院或当事人在诉讼期间就将实际投资者变更为股东征得了

外商投资企业审批机关的同意。

二、股东资格的继承

公司的股东死亡，其名下拥有的股权能否继承？股份有限公司具有资产融合的性质，人与人之间的合作并不重要，大的股份有限公司股东之间甚至相互不认识，股份有限公司的股东并不太考虑股份可否继承的问题。相反的是，有限任公司具有人合性质，股东之间的合作和沟通非常重要，当股东去世时，其他股东往往不希望其股权由他人继承。因此，关于股份继承的法律问题，《公司法》仅在有限责任公司部分作出了规定。

《公司法》规定，股份继承是原则性的处理方案，当章程没有作出继承的禁止性约定时，股权则应当转移给继承人持有，公司有义务为其办理变更手续。

另外，若继承人为多人时该如何处理？有法官认为，当继承人为多数时，公司应变更股东名册，按照继承人的继承份额析分各人的持股份额，将他们分别登记为股东。由于有限责任公司实行的是资本多数决，基于继承而增加股东人数也不会对其他股东的权益造成实质性影响。不过，由于有限责任公司股东人数最多不能超过 50 人，当多个继承人分别取得股东资格会突破有限责任公司人数上限时，应当由各继承人协商转让其继承份额，以使公司股东人数符合法定要求。[①]

以案说法

1. 章程无特别约定，股份可继承

某机电钢材公司有股东金某与薛某两人，公司成立于 2002 年。2007 年 7 月 30 日，金某在德国因病死亡，生前未留有遗嘱。机电钢材公司原章程并没有对股东死亡后的股权继承问题作出规定。

金某的继承人金乙随后凭借继承权公证书，到机电钢材公司，要求股东薛某签署公司变更登记申请书、公司章程修正案以及股东会决议等文件，薛某拒

① 中华人民共和国最高人民法院民事审判第一庭编、奚晓明主编：《民事审判指导与参考（总第 43 集）》，法律出版社 2011 年版，第 236 页。

绝。金乙随后向法院起诉，要求公司对股东资格向工商局申请做变更登记。

【判词摘录】[①]

◆ 自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。本案金乙出具的《继承权公证书》证明其为公司股东金某的合法继承人，而公司章程亦未对股东资格继承另有约定，故金乙在继承金某在公司的股权的同时，亦应继承相应的股东资格，而无须公司过半数股东的同意。

◆ 有限责任公司自然人股东死亡后，其合法继承人继承股东资格的，公司应当依照规定申请股权变更登记。

2. 法人股东注销后，其所持有的股份不得继承

经济开发公司与电力开发公司共同为资产管理公司的股东。2000 年，资产管理公司与胡某共同成立投资发展公司，公司章程规定，股东的出资额可以依法继承。2011 年，资产管理公司解散，股东经济开发公司与电力开发公司向投资发展公司提出自己应继承资产管理公司名下的股份，成为投资发展公司的新股东。投资发展公司不同意，于是经济开发公司与电力开发公司起诉至法院主张权利。

【判词摘录】[②]

◆ 经济开发公司与电力开发公司作为投资发展公司原股东资产管理公司的股东，要求在资产管理公司注销后继受股东资格成为投资发展公司的股东应当具有相应的法律依据。我国《公司法》明确规定，自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但公司章程另有规定的除外。对法人股东注销后的股东资格继受问题则未作规定。

◆ 投资发展公司的章程中也仅约定了股东的出资额可以依法继承。法人股东的注销与自然人股东死亡在法律后果上有明显的区别。

◆ 如资产管理公司注销后确有发现遗漏了对外投资权益未作处理，应当依法另行向债务人主张和追索。但并不代表经济开发公司与电力开发公司有权直接成为投资发展公司的股东。

① 上海市第一中级人民法院（2009）沪一民五（商）终字第 7 号民事判决书。

② 上海市第二中级人民法院（2012）沪二民四（商）终字第 1182 号民事判决书。

应对方案

1. 与股份有限公司不同，有限责任公司讲究股东之间的合作，属于人合性质的企业。因此，当有股东死亡时，对于来源于死者出资的股份，死者的继承人可以继承。但是，对于股东资格，相信公司其他股东都不会太愿意死者的继承人取得。因为，取得了股东资格即意味着有权管理公司，股东们可以与死者在生前很好地合作，却不一定能与死者的家属融洽合作，一起经营公司业务。所以，其他股东一般都希望家属继承了股份之后，将股份兑现，不参与公司的经营，即不要继承股东资格。

2.《公司法》规定，只有在章程作出特别规定的情况下，股东资格才不会产生继承的效果，因此公司在制定章程时，股东之间应该对自己的股东资格能否被继承的问题作出详细的讨论，若认可股东资格不能继承的，应当作出明确约定。有法官认为，拒绝原股东的继承人获得股东资格，必须有继承人所持股权合理退出公司的机制，应当从公司章程、议事规则、发起人协议等方面审查有无继承人不得成为公司股东的限制性规定。如果没有，则由于有限责任公司的人合性特征，公司需要回购继承人所继承的股份，或者将公司解散，如果各方能达成继承人不进入公司的协议亦可予以认可。[①]

3. 曾有一家公司的章程中约定了股权可以继承的条款，该公司有一位股东死亡，家人提出继承股权。公司负责人向笔者咨询能否通过股东会决议修改章程废除股权可继承条款，以便于阻止股东家属进入公司？我国《继承法》第 2 条规定："继承从被继承人死亡时开始。"也就是说，家属继承股权从股东死亡时即完成，股权实际上已属于继承人所有，公司对股权进行变更登记只是一种程序上的工作，如果公司不予变更，继承人可以起诉要求变更。所以，前述该公司负责人想通过修改公司章程阻止修改章程前的继承，是无法实现的。

4. 为避免自然人股东死亡家属不得继承股东资格的约定引发股东之间的猜忌或不愉快，企业可以考虑将股权继承与股东分红权继承在协议中进行分离，约定自然人股东死亡，股东资格家属虽不得继承，但可以继承基

① 吴庆宝主编：《最高人民法院专家法官阐释民商事裁判疑难问题（2009—2010 年卷）》，中国法制出版社 2010 年版，第 20 页。

于股份所产生的分红权利。

5. 目前股东资格的继承仅适用于自然人股东死亡的情况，对于法人股东注销等“法人死亡”的情况，股东资格不产生继承的法律后果。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第七十五条 自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。

《中华人民共和国公司登记管理条例》

第三十四条 ……

有限责任公司的自然人股东死亡后，其合法继承人继承股东资格的，公司应当依照前款规定申请变更登记。

……

《广东省高级人民法院民二庭关于民商事审判实践中有关疑难法律问题的解答意见》

三、适用公司、企业法律疑难问题

……

（八）有限责任公司股东身份是否可以继承取得

《中华人民共和国公司法》第七十六条[①]明确规定，股东资格可以继承。除公司章程规定另有规定外，继承人有权当然继承股东资格。但在公司章程另有规定或继承人不愿继承股东资格等情形下，继承人仅享有股权中的财产权，由股权价款中得到补偿。

三、有限责任公司的股权转让规则

1. 股权如何转让先看章程

《公司法》第71条是有关股权转让的一般规定，共4款条文，前3款规

① 2013年修正后的《中华人民共和国公司法》第七十五条。

定了股权转让的基本规则，第 4 款规定了除外的情形："公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。"因此，对于股权转让规则，先要看章程是否有特别的约定，如果章程没有特别的约定，才可以按照法律的规定进行处理。

2. 股东之间可以随意转

股东之间对于股权的转让，法律没有作出禁止的限制，任何股东都可以把自己的股权全部或部分以任何的价格转让给公司其他的股东，其他股东或公司以外的第三人不能提出反对意见。

3. 向外转需要过半数同意

股东向外人转让股权的，需要书面通知其他股东征求其同意，若有过半数股东同意，才可以进行转让。收到通知 30 天内不回复的，也视为同意。如果过半数以上股东不同意对外转让股权，那么这些不同意的股东就要购买该转让的股权，如果不买，也视为同意（对于股东书面通知其他股东对外转让股权的方法，请读者参考本章第二节之二）。

4. 股东按出资比例享有优先购买权

股东对外转让股权，其他股东在同等条件下享有优先购买权。多个股东都愿意在同等条件下行使优先购买权进行购买，大家可以协商各自的购买份额，如果协商不成，则按照股东出资比例来分配各自的购买额度。

5. 法院可以强制转让

股权属于股东的财产，可以成为法院强制执行的标的。法院通过强制执行程序强制转让股权的，会事先通知公司和全体股东，给予各股权在同等条件下优先购买的权利，若法院通知满 20 日股东仍不予答复，则视为放弃优先购买权，法院随后可以将股权放到市场上交易，价高者得。

6. 股权强制卖回公司的三种情况

（1）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合《公司法》规定的分配利润条件的；（2）公司合并、分立、转让主要财产的；（3）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。当公司提出上述三种决议事项，若有股东不同意决议而投反对票，股东可以要求退出公司并强制要求公司按照合理的价格回购股权。如果公司与股东在决议通过之日起 60 日内无法协商一致，公司不同意回购，股东可以在决议通过之日起 90 日内向法

院提起诉讼要求公司强制回购。至于什么叫作“合理的价格”，法律没有对这个概念作出解释，因此股东和公司之间常会因为价格问题谈不拢而闹上法庭，而法院对“合理的价格”评判，会借助评估公司通过评估涉案股权的价值来作出认定。

7.“一股数卖”纠纷的处理方法

股东将股权转让他人，随后又再次将已转让的股权转让给第三人，两次股权转让的效力该如何认定？从股权转让的一般手续来看，股东要转让股权给他人，需要与购买人签订股权转让协议，然后股东应该通知公司，购买人与公司签订新的章程，并到工商局办理股权变更手续。笔者认为，对于股权同时卖给多人的情况，可以参照《物权法》对于一房数卖的处理方式进行处理。已办理工商变更登记的转让为有效；若都没有办理工商变更登记，则参考各份转让协议签订的时间，先签订协议的买方可以对抗后签订协议的买方。

以案说法

1. 股权转让的合同义务已完成并实际履行，成为新股东不受工商登记的影响

国某公司成立于2000年6月23日，注册资本人民币1000万元，徐甲是公司的股东之一，持股比例22%。

2010年1月18日，徐甲就其名下股权出让事宜向国某公司发出书面通知，在征得公司股东同意的前提下，徐甲与公司之外的第三人徐乙签订了股权转让协议，徐乙支付了股权转让款给徐甲，随后徐乙与国某公司签订了新的章程，但因各种原因，公司并没有为徐乙办理股东变更登记手续。

2010年8月20日，徐甲与嘉某公司又签订了股权转让协议，并再次向国某公司发出通知，告知原股权转让协议的受让人变更为嘉某公司，协议内容也作了变更，要求国某公司各股东在法定期限内行使优先购买权。国某公司于2010年9月19日向徐甲作出回复，认为鉴于之前协议签订及履行情况，徐甲与徐乙之间的股权转让协议已在法律和事实上生效，徐乙已成

为公司股东，因此对徐甲于8月31日通知的股权转让不能接受。

徐甲不服，于是向法院起诉，要求判令国某公司依法办理股权转让工商登记手续，将徐甲持有国某公司的22%股权转让给嘉某公司。

【判词摘录】[①]

◆ 虽然徐乙的股东身份尚未经过工商变更登记，但工商变更登记手续仅是对外公示方式，其股东身份是否经过工商变更登记，是否已经完全支付股权转让款，不是徐乙成为国某公司股东的必要条件。

◆ 对国某公司内部而言，国某公司其他股东已经以股东会决议的方式同意徐甲与徐乙之间的股权转让，徐乙也以通过签署公司章程的行为表明其已成为国某公司股东。因此，徐乙已是国某公司股东的事实应予确认。在徐乙是国某公司股东的前提下，徐甲与嘉某公司签订的股权转让协议其形式和内容均是无效的。

2. 股东内部转让股权不适用优先购买权的规定

刘某、陈某、喻某、付某和夏某是某矿业公司的股东。2009年5月公司召开股东会，股东会决议刘某将股份转让给喻某，刘某与喻某签订了股权转让协议。股东会召开次日，刘某与喻某私下签订了一份补充协议，约定双方股权转让行为终止，刘某的股权不再转让，原协议作废。2009年6月，夏某将自己名下的股份转让给刘某，刘某与夏某私下签订股权转让协议。刘某与夏某签订协议后，通知公司协助办理股东变更事宜，股东陈某、喻某、付某认为刘某与夏某的股权转让协议无效，且股东应享有优先购买权。

【判词摘录】[②]

◆ 刘某与喻某签订了补充协议，双方同意终止股权转让协议，刘某在矿业公司的股份不再转让给喻某，那么实际上刘某将其在公司的全部股份转让给喻某的协议已经终止未实际履行，双方也未在工商部门备案，刘某仍是矿业公司的实际和法定股东。因此，刘某与夏某之间签订的股权转让协议系股东内部的转让。

◆ 股东向公司股东以外的人转让股权的，为了维持有限责任公司的人

① 上海市第二中级人民法院（2011）沪二民四（商）终字第307号民事判决书。

② 湖南省高级人民法院（2010）湘高法民再终字第109号民事判决书。

合性，应当经其他股东过半数同意，且规定在同等条件下其他股东有优先购买权。法律之所以规定股东享有优先购买权，主要是为了保证有限责任公司的老股东通过行使优先购买权实现对公司的控制权。面对股东之间转让股份，由于不涉及股东以外的人的利益，同时股东之间的人合因素也没有受到影响，对未受让之股东来说，也没有改变其在公司的持股比例，因此，股东之间转让股份无须其他股东的同意，转让方与受让方协商一致，转让即可成立。

◆ 优先受让权是公司股东相对于公司外第三人而言的，目的是保证公司的人合性不被破坏，而公司内部股东之间的股权转让不涉及人合问题，故不存在优先购买权的问题。刘某与夏某所签订的股权转让协议并不违反《公司法》的有关规定。

3. 有限责任公司股东可以通过章程及协议的约定限制股权的自由转让

交通公司是2004年6月改制成立的有限责任公司，有股东70人，其中李某是交通公司的股东之一。2006年1月20日，交通公司召开股东会并表决通过了《股权管理办法》，办法中规定因个人原因离开公司不再为公司服务的或被公司开除的股东和出资人，所持股权必须转让，暂由公司代为收购。

2011年5月23日，李某提出辞职并与公司解除劳动关系。公司于2011年11月2日向李某发函，要求李某在收到函件之日起15日内到公司办理股权转让及费用结算手续。李某在收到函件后拒绝办理，公司认为李某的行为对公司的经营和管理造成了妨碍，于是向法院提起诉讼。

【判词摘录】[①]

◆ 交通公司作为有限责任公司，为维护其人合性，保证公司运营架构稳固及股东间相互信赖，可以通过制定章程等方式限制公司股份的任意流转。

◆ 本案中，交通公司通过召开股东大会制定《股权管理办法》，对公司股份的流转作出规定，符合有限责任公司人合性特征，并不违反法律、行

① 南京市中级人民法院（2012）宁商终字第840号民事判决书。

政法规的强制性规定。

4. 一股二卖股权转让协议的有效性，应看股权转让的具体履行情况

2009 年 4 月，环宇公司与汪某签订合作协议，约定共同经营同胜公司。2010 年 1 月同胜公司成立，环宇公司出资 1000 万元占 67%股权，汪某出资 500 万元占 33%股权。

2010 年 6 月，汪某将自己名下的所有股权转让给环宇公司并通过了股东会决议，环宇公司成为同胜公司的唯一股东，但环宇公司未向汪某支付股权转让款。2010 年 7 月，同胜公司向工商局提交变更股东以及申请改为一人公司的资料，工商局以资料不足为由驳回。

2010 年 12 月，汪某与良宇公司签订股权转让协议，约定汪某在同胜公司名下的 33%股权转让给良宇公司。环宇公司对汪某再次转让股权的行为不予认可，同胜公司也拒绝为良宇公司办理工商登记。

【判词摘录】[①]

◆ 汪某与环宇公司之间股权转让的工商变更登记未能实现，工商登记中显示同胜公司 33% 的股权仍由汪某持有，他人基于对工商登记的信赖仍可能与汪某之间发生合法有效的股权转让关系。综上，同胜公司在环宇公司与汪某的股权转让协议存在纠纷、转让协议尚未履行完毕、外部变更登记未完成的情况下，认为环宇公司已取得汪某的股权，汪某无权处分的主张不能成立。

◆ 汪某与环宇公司均为同胜公司的股东，汪某若对外转让股权则应按《公司法》第 72 条办理。汪某是在与环宇公司就股权转让事宜之纠纷尚未依法解决的情况下，又与良宇公司就同一股权签订一份股权转让协议，属于“一股二卖”。

◆ 汪某先与环宇公司之间存在股权转让协议，后虽又与良宇公司签订股权转让协议，但该协议为环宇公司所反对，且协议内容亦未充分履行，同胜公司的内部股权结构并未因此发生变更。汪某与良宇公司在上述问题均未解决的情况下，即要求同胜公司直接办理工商变更登记的条件显然不成

① 安徽省高级人民法院（2012）皖民二终字第 00042 号民事判决书。

就，同胜公司认为其无法律义务为汪某与良宇公司办理变更登记的理由成立，应予支持。

应对方案

1. 股权转让必须要按照法律规定的形式进行，除非章程对转让的规则有特别的约定，否则转让会被视为无效。

2. 股权转让协议内容应该明确，尤其是转让价格；转让后应配合办理所需要的变更登记的手续等，并约定好相应的违约责任。目前工商局所提供的一些股权转让范本，常常并不要求股东约定转让的价格，笔者认为这是有瑕疵的格式合同。若股东使用了工商局提供的范本，则有可能因为股权转让价款约定不明而导致纠纷的出现。在转让方与受让方对股权的转让价格意见不一，且无证据可以证明股权转让价格的情况下，法院会通过评估的方式予以认定。

3. 在现实生活中，对于股东优先购买权的问题，出卖股权的股东其实很容易规避。出卖股权的，公司股东如果不想卖给公司内部股东而希望卖给外人，常常会通过与外部人士签订“阴阳合同”的形式达到目的。即签两份合同，其中一份合同将价格抬得很高，交给工商局备案并做转让登记之用，并宣称外部人士出高价购买股权。例如，甲希望将自己名下的股权卖给外人乙而不想卖给公司股东丙与丁，于是甲便向丙与丁通知乙的股权转让价，该价格会很高，足以让丙与丁无法购买，而实际上，甲与乙之间却私下约定了一个实际履行的转让价。出卖股权的股东通过这种方式从而打破了“同等条件”的法律规定，逃避优先购买权的规定达到对外转让股权的目的。作为公司或内部其他股东，针对这种情况，则需要有充分的证据证明出卖股权的股东与外部人士恶意串通签订“阴阳合同”的事实，才足以将出卖股权的股东与外部人士的转让行为认定为无效。

4. 股权转让合同中，需要约定以下几个重要的必备条款：（1）每股价格以及转让总价；（2）股份转让款的支付时间、支付方式以及股份转让所涉及的税费承担；（3）股权转让方应对自己所转让的股份保证有处分权，以及当无法成功转让股份时双方的违约责任；（4）股份转让后关于公司盈亏的承担

方式（具体内容详见本节之四）。

5. 一般来说，有限责任公司对于股东身份非常看重，股东的变化，会影响股东之间的合作和公司的经营决策，因此很多公司都会在章程中约定股份发生变化，即新股东加入或替换旧股东，公司即行解散的条款，以避免股东的利益在股权转变后受到损害的风险。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第七十一条 有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

第七十二条 人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满二十日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

第七十四条 有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：

（一）公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；

（二）公司合并、分立、转让主要财产的；

（三）公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。

自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。

《中华人民共和国物权法》

第一百零六条 无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：

（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；

（二）以合理的价格转让；

（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。

受让人依照前款规定取得不动产或者动产的所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求赔偿损失。

当事人善意取得其他物权的，参照前两款规定。

《公司注册资本登记管理规定》

第十二条 有限责任公司依据《公司法》第七十四条的规定收购其股东的股权的，应当依法申请减少注册资本的变更登记。

《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（一）》

第三条 原告以公司法第二十二条第二款、第七十四条第二款规定事由，向人民法院提起诉讼时，超过公司法规定期限的，人民法院不予受理。

《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（三）》

第二十七条 股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记，原股东将仍登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，受让股东以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照物权法第一百零六条的规定处理。

原股东处分股权造成受让股东损失，受让股东请求原股东承担赔偿责任、对于未及时办理变更登记有过错的董事、高级管理人员或者实际控制人承担相应责任的，人民法院应予支持；受让股东对于未及时办理变更登记也有过错的，可以适当减轻上述董事、高级管理人员或者实际控制人的

责任。

《山东省高级人民法院关于审理公司纠纷案件若干问题的意见（试行）》

53. 公司章程规定股东因退休、解聘、调动等原因离开公司时应将股权转让给其他股东，但未规定具体受让人，且当事人无法协商一致的，股东会确定的股东有权受让该股权。公司章程对股权转让价格未作规定，且当事人不能协商一致时，一方请求以评估方式确定股权转让价格的，人民法院应予支持。

四、新股东加入公司，是否应承继原来的公司债务

当新的股东直接增资入股，或者新股东通过股权转让的形式向原股东购买股权加入公司时，新股东是否需要负担其加入公司前所产生的公司债务？例如，笔者服务的一些当事人中有一些是项目投资人，他们这些人擅长投资社会上的一些项目，通过入股他人公司或直接购买公司所有股权等方式对公司名下的项目进行继续经营，这些人往往就会较为注重公司原来是否有大量的债务需要承担，并因此委托笔者调查和咨询避免承担债务的方式。

实际上，当公司欠下了债务，原则上是不会因为股东的变更而改变的。有法官撰文认为："有限责任公司股权转让合同是以有限责任公司股东所持有的股权为标的的买卖合同，理应适用《中华人民共和国合同法》关于买卖合同的相关规定，出卖人对标的物的品质应承担瑕疵担保义务。就有限责任公司股份转让合同而言，转让方对受让方同样负有瑕疵担保义务。有限责任公司股份转让时，受让方通常需对公司现有资产价值进行评估，以确定转让价格。转让方需据实向受让方告知公司的现有资产及负债情况。转让方隐瞒公司债务，则必然虚增公司现有资产价值，使转让价格脱离公司股权的实际价格，侵害受让方利益。因此转让方负有向受让方保证公司不存在未披露债务的义务。"[①]

另外，公司在股权出现变更后，公司自身能否否定过往债务？这类问

① 崔荣涛："公司内部股权转让不影响公司债务的承担"，载中国法院网，http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/09/id/1102933.shtml。

题常见于个人独资或法人独资公司对公司所有股权进行了转让而新公司否认原债务的情形。笔者认为，为了保证债权人的债权得以实现，公司所欠下的债务，是无论如何都不能否定的，股权转让后的公司，如果原股东没有向新股东披露公司债务，那么公司可以在偿还债务后，向原股东进行追偿。

以案说法

股东转让股份，并不影响公司债务的承担

张某与王某常年有生意往来，2012年因为经济不景气，王某欠张某1000万元未能归还。王某是某商务酒店的股东之一，占股20%，张某认为该商务酒店经营良好，有利可图，于是和王某协商，让王某将商务酒店的股份让渡给张某，同时免除其1000万元的债务。王某同意，与商务酒店其他股东协商一致后，王某将自己所占股份完全转让给张某，双方没有签订任何协议。

张某在入股商务酒店后，在2013年发现酒店一直都拖欠生意伙伴大量债务，经营状况一直很差，甚至面临被债权人起诉，资不抵债倒闭的可能。张某提出，公司的债务与自己无关，希望将所占股份折现。

【律师评析】

商务酒店拖欠债务，不受公司内部股权转让的影响。新加入公司的张某所提出的要求并不能得到满足。只能怪张某在入股时，没有好好地了解商务酒店的经营状况。另外，张某可以在入股时，与王某签订一份协议，明确让王某承诺公司的经营状况良好，不涉及债务，如果公司因债务纠纷导致张某利益受损的，张某有权向王某索赔，如此一来，张某便可以在利益受到损害后，向王某提出赔偿。

应对方案

1. 新股东加入公司，甚至将公司的股份全部购买，原则上均不会影响公司原来所发生的债务，除非有证据证明该债务是因为原公司股东滥用股东地位而造成的，法律上才能让原股东为公司的债务承担赔偿责任。因此，

新投资入股的股东，应当在投资之前，了解清楚公司的经营状况，尤其应当注意是否存在大量的债务，在确保公司资产（账目、实物）清晰和完整的前提下再加入公司。

2. 新股东可以在加入公司前，与原股东签订协议，明确约定若新股东加入之前所产生的债务导致了新股东日后出现损失的，新股东有权向原股东追偿。又或者，新股东可以让原股东对公司过往的债权债务情况作出书面的承诺，若原股东有不实披露的，新股东在日后出现损失时有权向原股东进行追讨。

3. 本节之三中的应对方案笔者已提到关于股权转让合同应当约定的必备条款，其中对于股份转让前后公司盈亏的承担问题，股东可以约定如下两条：（1）股份转让协议生效后，股份受让方根据占股比例享有公司的利润以及承担相应比例的亏损风险；（2）双方签订本股权协议书时若转让方未如实向受让方告知股份转让前公司所负债务，受让方成为公司股东后因此而造成相应损失的，转让方应对受让方进行赔偿。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第一百五十条 出卖人就交付的标的物，负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务，但法律另有规定的除外。

五、51%对 49%——大股东的权益体现

法律上并没有给予“大股东”和“小股东”明确的定义，实践中所谓的大股东就是指在公司占有股份多，足以影响公司决策的股东。例如，一家公司有两位股东，甲占股 51%乙占股 49%，甲乙两人的占股比例使得两人在公司的权利“天差地别”。

1. 大股东自己看好的项目，可以强行表决、推行吗？

如本章第二节之二中笔者关于股东会表决规则和程序的说明，公司决议的投票采取多数决的方式进行，普通决议只需要出席股东表决权的简单

多数通过，特别决议需要出席规定表决权的绝对多数通过。因此，大股东在手续完整，自己持股比例达到了公司章程或法律所规定的投票通过比例数时，则可以自行推动表决通过。

2. 大股东可以独自任命高管吗?

若公司章程无特别约定，对公司高管的任命只需要股东会简单多数投票通过即可。当大股东持股比例超过50%时，则可以独自任命高管。

3. “补钱”及“限权”

当有股东违约不足额缴纳注册资本的时候，大股东可以通过公司的决议，控制公司，起诉小股东违约并要求其补缴出资，还可以通过限制小股东的权利来对抗其违约的行为，如不补缴出资的则不能按照股份分取红利等。

以案说法

大股东在符合法定程序的前提下，可以强行推行公司提案

某公司有股东三人，分别为蒋某、李某和张某，其中蒋某占股90%，李某和张某各占股5%。

2013年4月，公司有一项对外投资计划，需要出资500万元，该投资计划是蒋某谈下来的，因此蒋某希望能够推进，而李某和张某都不看好投资计划，并提出反对。2013年5月，蒋某向李某和张某寄出股东会开会通知，按照法定程序告知了开会的时间和表决事项，随后李某和张某拒绝到会，蒋某以通过公司决议的方式通过了投资计划。

【律师评析】

蒋某占股90%，已是完完全全的大股东。占股超过三分之二的股东，基本上在履行合法程序的情况下，可以强行推行任何决策。在本案中，无论李某和张某如何反对，是否到会，只要蒋某召集股东会的程序合法，蒋某自己在公司的股东会上表决通过，即可以通过自己想推进的投资计划。

应对方案

1. 占股51%与占股49%有天壤之别。《公司法》中只规定了少数表决事

项需要全票或占股三分之二通过，其他表决事项如果没有章程的特殊规定，均以简单多数通过即可。因此，占股超过 50% 的股东对于公司的经营决策起到了很大的影响。

2. 大股东要推行自己看好的项目，在有其他股东不同意的情况下，如果大股东自己所持股份额足够，完全可以以股份来控制股东会，强制推行。但是，大股东这样操作的前提是必须要把手续办妥，如召开股东会的通知不能出现瑕疵、开会的程序要完全符合法律规定等，否则有可能会被小股东以股东会程序有瑕疵为由向法院起诉要求撤销决议。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第四十二条 股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。

第四十三条 股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。

股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

六、小股东的利益如何保护

关于笔者在前文所述体现大股东权益的内容，有读者会问：股东的份额占有足够大时，是否真的可以为所欲为？比如，占有股份超过三分之二的股东，岂不是可以随意控制公司，而小股东基本上没有自主的余地？曾经有一位当事人向笔者反映：他们公司大股东控制全局，与小股东之间存在不可调和的矛盾，最终导致公司陷入僵局。这个小股东于是向笔者咨询自己作为小股东，何以对抗大股东的“为所欲为”？

1. 股东有权起诉撤销股东会、董事会的决议

有限责任公司的股东会以及股份有限公司的股东大会都是公司的最高

权力机关，公司的董事会是公司的经营决策机关。公司通过股东会、股东大会以及董事会的召开来产生公司决议，公司决议属于公司的意志。公司的决议对公司以及所有股东具有法律约束力。

根据《公司法》第22条的规定，当公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的，决议属无效。会议的召集程序、表决方式违反法律、行政法规或公司章程，或者决议的内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起60日内，向法院提起诉讼，要求法院撤销公司的决议。

公司自治是公司法的原则之一，而公司决议就是公司自治的一种体现。法律虽然赋予股东起诉要求撤销公司决议的权利，但是需要注意的是，对于法律规定的原则，股东必须要在保护公司自治的前提下合法合理地予以适用，否则就会导致股东滥用诉权，不单浪费司法资源，也不利于公司的正常运作经营，致使公司疲于诉讼而怠于经营。因此在司法实践中，法院对这类案件有十分严格的限制。法院在处理这类案件时，只会审查如下几个方面的问题：（1）会议召集程序、表决方式是否违反法律、行政法规或者公司章程；（2）决议内容是否违反公司章程。其余问题法院一概不理，如公司作出的决议所依据的事实是否属实，作出决议的理由是否成立，都不属于法院司法审查的范围。

以案说法

公司决议的内容是否属实不影响公司决议的效力

A、B、C三人是某贸易公司的股东，其中A持股45%，B持股40%，C持股15%，三人成立董事会并由B担任董事长，A、C担任董事。公司任命A为总经理处理公司日常经营事务。贸易公司的章程规定：董事会行使包括聘任或者解聘公司经理等职权；董事会须由三分之二以上的董事出席方才有效；董事会对所议事项作出的决定应由占全体股东三分之二以上的董事表决通过方才有效。

因公司怀疑A私自动用公司资金在二级市场炒股，造成了巨大损失，特由董事长B召集股东召开董事会，A、B、C三人均出席，董事会决议

免除A的总经理职务，即日生效。B、C在决议上签名，A否认炒股的事实，并未在决议上签字。同时A向法院提起诉讼，认为公司决议认定自己动用公司资金炒股给公司造成巨大损失的理由不实，要求法院撤销该股东会决议。

【判词摘录】[①]

◆ 从某贸易公司的公司章程来看，规定了董事会有权解聘公司经理，对董事会行使这一权力未作任何限制性规定，即未规定必须“有因”解聘经理。因此，某贸易公司董事会行使公司章程赋予其的权力，在召集程序、表决方式符合《公司法》和决议内容不违反公司章程的前提下“无因”作出的聘任或解聘总经理的决议，均应认定为有效。

◆ 从董事会决议内容分析，“总经理A不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股，造成巨大损失”是某贸易公司董事会对行使解聘总经理职务列出的理由，这一理由仅是对董事会为何解聘A总经理职务作出的“有因”陈述，该陈述内容本身不违反公司章程，也不具有执行力。A是否存在不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股，造成巨大损失这一事实，不应影响董事会决议的有效性。

2. 股东可以行使“股东知情权”要求查阅、复制公司章程、会议记录和会计报告，有权依申请有条件、有手续地要求查阅会计账簿

股东查阅、复制相关公司材料的权利称为“股东知情权”。公司章程、会议记录、会计报告，股东有权要求查阅并复制，公司不能拒绝。但是，为了平衡股东与公司的利益，法律规定对于公司会计账簿，股东仅可以有条件地按照法律规定的手续提出申请要求查阅（不允许复制）。需要注意的是，所谓行使“股东知情权”，并不是股东什么材料都可以要求公司出具，如公司的商业机密文件，项目、业务或客户资料等，公司都有权拒绝提供给股东查阅并复制。股东的知情权利仅限于法律所圈定的“章程、会议记录、会计报告、会计账簿”四类。

股东行使知情权利，还需要符合具体的程序才能被认定为有效，具体手续是股东先要以书面向公司申请，书面申请需要说明目的，公司在接到

① 上海市第二中级人民法院（2010）沪二中民四（商）终字第436号判决书。

申请后，认为股东有不当目的或者股东查阅有损公司利益的，可以在接到申请之日起15日内提出书面的拒绝并说明理由，股东不服的可以向法院提起诉讼。

以案说法

1. 股东起诉要求查阅会计账簿，视为向公司提出申请

刘某和屈某是某电器厂的其中两位股东。2006年1月，刘某和屈某向法院提起诉讼要求查阅自2002年起公司的财务资料（包括财务会计报告、会计账簿、原始凭证、销售发票），他们认为公司财务报表中所记载的部分数据与实际经营状况严重不符。电器厂认为，刘某和屈某没有根据法律规定的程序提出申请，因此拒绝两人的查阅申请。电器厂在法庭上并没有说明拒绝两人查阅的理由和提交相应证据证明。

【判词摘录】[①]

◆ 股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面申请，说明目的。公司有合理依据认为股东查阅公司会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起15日内书面答复股东并说明理由。该规定的实质在于给予股东和公司以均衡的权利，在保护股东知情权的同时，给予公司相应的抗辩权。

◆ 刘某、屈某在起诉前没有通过书面向电器厂申请，要求查阅该公司的会计报告和会计账簿等财务资料，现刘某、屈某的起诉可视为已经向电器厂提出了书面申请。电器厂在接收起诉状后，在合理的时间内没有向刘某、屈某以“合理的拒绝理由”作出书面答复。同时没有提供财务资料给刘某、屈某。

◆ 如果要求刘某、屈某重新提出书面要求，则势必会造成累讼及司法资源的浪费。

◆ 由于电器厂并未对拒绝刘某、屈某要求的理由给予合理的答复，故本院认定电器厂应向刘某、屈某提供财务账簿以供查阅。又基于刘某、屈

① 广州市中级人民法院（2006）穗中法民二终字第1445号民事判决书。

某并没有按照《公司法》规定的程序行使其相应的知情权，而造成本案的诉讼，诉讼费由刘某、屈某承担。

2. 会计账簿只可以查阅不能复制

某蓄能工贸公司2003年改制，黄某是该公司改制后的其中一名股东。

2008年黄某多次向公司提出申请，希望查阅和复制公司自2003年改制以来的所有会计账簿及原始凭证，但公司均不予答复。黄某不服，于是向法院提起诉讼。

【判词摘录】[①]

◆《公司法》明文规定行使股东知情权的范围，黄某主张的查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告的诉讼请求，符合《公司法》第34条第1款规定的范围，其请求应予支持。但《公司法》第34条第2款明文规定股东只可以要求查阅公司财务会计账簿，并未规定复制权，鉴于公司法条款对公司的会计账簿知情权的特殊规定，故黄某提出的要求查阅会计账簿的诉讼请求符合相关法律规定。

◆ 根据会计准则，相关契约等有关资料也是编制记账凭证的依据，应当作为原始凭证的附件入账备查。公司的具体经营活动也只有通过查阅原始凭证才能知晓，不查阅原始凭证，中小股东可能无法准确了解公司真正的经营状况。据此，黄某查阅权行使的范围应当包括会计账簿（含总账、明细账、日记账和其他辅助性账簿）和会计凭证（含记账凭证、相关原始凭证及作为原始凭证附件入账备查的有关资料）。故黄某要求查阅公司会计账簿及原始凭证的诉讼请求符合法律规定。

◆ 黄某请求复制会计账簿及原始凭证的诉讼请求，因涉及公司商业机密和重要经营信息，法律规定明确限定查阅范围，因此黄某该诉请既无法律上的规定，又超出了公司章程的约定，应不予支持。

3.“一致表决通过”事项可遏制大股东

《公司法》中规定了特定的表决事项需要所有股东一致表决通过才可以执行，如股东对于分红的问题约定不按照出资比例分红，新增资本不按照

① 湖南省高级人民法院（2016）湘民再2号民事判决书。

出资比例优先配股的决议时，需要股东一致表决通过方为有效（详见本章第二节之二）。《公司法》的强制性规定，大股东无法通过修改公司章程来对其进行改变。

对于股东一致表决通过才有效的决议，《公司法》也规定了可以由章程具体约定。因此，小股东也可以通过章程约定来制定需要一致表决通过的事项，来遏制大股东的权力。

4. 公司为大股东或实际控制人提供担保的，需要经过股东会决议通过

为了避免大股东或公司的实际控制人控制公司，让公司为他们的个人债务提供担保，《公司法》第 16 条规定了若公司为大股东或实际控制人提供担保的需要通过股东会决议，且收益股东不能参加股东会表决（关于公司对外以及为股东担保的法律问题，笔者还会在本书第二章第二节之二以及第四章第二节之二中进行详述）。

5. 其他几种股东可起诉的情形

除了上述关于公司决议不当股东有权起诉之外，当“两事一高”侵犯股东或公司权利的时候，股东也有权提起诉讼。所谓的“两事一高”具体是指“董事、监事及高管”这三类公司高层职务人员。若“两事一高”在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。有限责任公司的股东、股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司 1% 以上股份的股东有权向法院提起诉讼。当“两事一高”的行为损害股东利益时，任何股东都可以向法院提起诉讼。

应对方案

1. 追求股东和谐是最高境界。公司大小股东之间常有矛盾、常闹纠纷，并不利于公司正常经营。笔者经办过的一些案例，常见大股东欺压小股东，而小股东则以起诉公司要求解散作为反制手段。股东之间不和，最终还是双输。

2. 当小股东的合法权益受到侵害，大股东控制公司“以大欺小”时，小股东若要借助外力解决问题，诉讼是最重要的通道。

3. 基于公司的整体利益，笔者认为，小股东应该抓紧公司的监督权。与公司的监事、监督机构站在一起，共同对公司的经营予以监督，防止大股

东控制公司侵害公司利益。

4. 如本节之五所述，大股东强行推行自己的意志，也必须要保证手续完备，该开的会还是必须要开。因此，即使是小股东，也有自己密切关注并及时行使的权利（如大股东违法开会所作出的决议，股东有撤销权、股东知情权等）。

5. 股东要求行使股东知情权，需要根据法律规定的程序提出申请，当公司违反法定程序时，方可以向法院起诉主张权利。对于股东没有按照程序要求向公司提出知情权要求而直接向法院起诉的情况，目前有很多法院会以提起诉讼即视为向公司主张行使知情权且避免诉累为由，认定股东行使知情权的程序有效；但也还是会有法院认为股东没有在诉前行使法定程序而判其败诉。鉴于目前各地法院对此问题认定不一，判决各不相同，建议股东在诉前还是尽量完全依据法律的规定和程序来做，实在迫不得已且情况紧急需要直接起诉的，为避免败诉，也应尽量向法院提交相关认定“股东起诉即视为提起行使知情权”的判例以求得法官的支持。

6. 法律对公司行为的限制，体现在其行为的程序上，因为公司自治是公司法的基本原则，因此法律一般不会介入公司的内部事务，以便最大限度地赋予公司内部自治的权力。公司在作出决策的时候，一定要注意召集程序、表决方式、决议内容不能违反法律、行政法规或公司章程（详见本章第二节之一、二）。只要做到程序上不违法和不违反章程，决议就可以被法院认定为有效。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第十六条

……

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。

前款规定的股东或者受前款规定的实际控制人支配的股东，不得参加前款规定事项的表决。该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半

数通过。

第二十二条 公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。

股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。

股东依照前款规定提起诉讼的，人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。

公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的，人民法院宣告该决议无效或者撤销该决议后，公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。

第三十三条 股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。

股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。

第三十四条 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。

第一百五十一条 董事、高级管理人员有本法第一百四十九条规定的情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百四十九条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难

以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，本条第一款规定的股东可以依照前两款的规定向人民法院提起诉讼。

第一百五十二条 董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。

《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(一)》

第四条 公司法第一百五十一条规定的180日以上连续持股期间，应为股东向人民法院提起诉讼时，已期满的持股时间；规定的合计持有公司百分之一以上股份，是指两个以上股东持股份额的合计。

七、“两事一高”的忠实与勤勉义务

笔者在前文谈到小股东维护自身利益的方法，其中涉及股东的诉权问题。当公司的“两事一高”（董事、监事、高管）侵犯公司权益或股东利益的时候，股东可以提起诉讼，这里便引申出《公司法》对“两事一高”所特别规定的义务：忠实义务与勤勉义务。忠实义务是指“两事一高”应当忠诚地履行公司职责，不得利用自己的权利做出有损公司利益、为自己或第三人牟利之事。勤勉义务是指“两事一高”在管理公司事务时应当尽职尽责、勤勉谨慎，保护公司利益而不受到损失。《公司法》第147条规定：“董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。”

董事、监事、经理等高级管理人员并非公司的股东，他们由公司的股东会选举产生，或受聘于公司的董事会，他们的薪酬与公司的经营效益密切相关，从此种意义上讲，他们的利益与股东利益存在一致性。但他们并非股东，他们仅是代理股东来经营公司，享有公司经营的决策权、监督权等核心权利。作为独立的个体，他们的利益与股东的利益存在差异，因此就可能出现公司的高级管理人员为了一己私利而损害公司利益的情况。在

巨大利益的驱动下，仅仅凭借公司高管人员的职业道德和操守等自我约束机制来防范其产生损害公司利益的行为是远远不够的，还需要通过法律对高管人员的行为予以规制。我国旧公司法并未对高管人员的忠实和勤勉义务作出概括性规定，只是具体规定了董事、监事、经理不得利用其地位和职权谋取私利、不得侵占公司财产、不得挪用公司资金等。[①] 新公司法则明确规定了公司高管人员的诚信义务，包括忠实义务与勤勉义务两个重要方面。同时规定，董事、监事、高级管理人员执行职务违法时，股东在一定条件下可以自己的名义向法院起诉，对董事、监事和高级管理人员起到监督和制约作用，从而维护公司的权益。[②]“两事一高”违反忠实与勤勉义务所获取的收益，将归公司所有。

根据《公司法》的规定，笔者将“两事一高”违反忠实与勤勉义务的几种情况总结如下：

（1）利用职权收受贿赂或者其他非法收入、侵占公司的财产；

（2）利用分管、负责或者办理某项职务的权利或职权所形成的便利条件，擅自将公司所有或公司有支配权的资金挪作他用，主要是为其个人使用或者为与其有利害关系的他人使用；

（3）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；

（4）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人者以公司财产为他人提供担保；

（5）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，董事、高级管理人员与本公司订立合同或者进行交易；

（6）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；

（7）接受他人与公司交易的佣金归为己有；

（8）擅自披露公司秘密。

---

① 刘兰芳主编：《公司法疑难案例判解》，法律出版社 2009 年版，第 407 页。

② 黄军辉编：《公司法一本通——中华人民共和国公司法总成》，法律出版社 2009 年版，第 3 页。

以案说法

法定代表人代表公司签署合同不应损害公司和股东的利益

陈某是南粤贸易公司的法定代表人，占有公司70%的股份。2012年陈某作为隐名股东，以自己丈夫蒋某的名义成立货仓物业管理公司经营厂房租赁业务。2013年2月，陈某代表南粤公司与物业公司签订厂房租赁合同，以超过相同地段同类厂房市场价格的30%承租物业公司名下的厂房作为货物存放之用。

南粤公司的股东吴某及李某等人认为陈某代表公司承租货仓物业管理公司的行为以及陈某分别于2011年、2012年与其他单位签订人事代理协议、法律顾问合同、支出部分费用等行为侵犯了公司的利益，遂向法院起诉，要求陈某承担相应的赔偿。

【律师评析】

首先，根据《公司法》的规定，董事负有忠实与勤勉义务，案中陈某作为法定代表人，代表公司签订厂房租赁合同，而她寻找的合作方是自己丈夫所开的物业管理公司，且租赁价超过了相同地段同类厂房的价格，陈某的行为已属于一种“利益输送”，间接获取了非法利益而造成公司利益的损害。

至于陈某与其他单位签订人事代理协议、法律顾问合同以及支付部分费用等行为，则属于法定代表人行使企业内部的人事权等管理权，若支付相关服务费、顾问费属合法合理且无相关利益输送，则应认定为合法，并不违反法律、行政法规和公司章程的规定。

应对方案

1. 公司中的管理层人员在履行对公司的职责时，法律要求他们应当像一个合理而谨慎的人所应表现出的谨慎、勤勉和技能一样履行相关职责，要采取合理的防范措施以防止公司利益遭受损失，为实现公司最大利益而努力工作。否则，因违反忠实和勤勉义务而给公司造成损害的，应当承担赔偿责任。

2. 现实中许多公司的高层管理人员在多家公司身兼数职，如既担任A

公司的董事长，又担任B公司的监事等，在这种情况下该高层管理人员是否忠诚？判断该高管是否忠诚，主要看他身兼数职的公司是否有竞争关系，或者说这几家公司经营的业务是否存在一致，如果没有冲突，法律一般不会禁止，若有证据证明几家公司之间出现交易是由该高层管理人员利用职务之便促成的，从而使公司利益受损或自己收取佣金好处，则其需要承担法律规定的赔偿责任。

3.“两事一高”或控股股东等人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，侵害公司利益，而公司在上述人员控制下不能或怠于以自己的名义主张权利，导致其他股东利益受到损害的，其他股东为维护自身合法权益以及公司的利益，有权向人民法院提起诉讼。[①]

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第一百四十七条 董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。

董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。

八、股东离婚对公司经营决策的影响

股东持有的公司股份属于股东的财产，如果股东是已婚人士，则该财产在股东及其配偶未进行特殊约定的情况下，属于夫妻共同财产。如果股东离婚，配偶可以以股份为夫妻共同财产为由要求分割。因此，股东离婚会影响公司的经营和管理。

例如，某视频网络公司在向美国证券交易委员会递交上市申请的第二天，创始人王某的妻子向其提出离婚，为了不影响公司的经营和上市业务，最终王某与妻子达成和解协议，向妻子支付了700万美元的现金补偿。

① 参见“吴林祥、陈华南诉翟晓明专利权纠纷案”，载《最高人民法院公报》2008年第1期。

夫妻离婚影响公司上市的状况频发，一些投资人在考察投资项目的时候，会把目标项目创始人的婚姻问题作为考察内容之一，并要求创始人签订相应的不离婚或股份为个人财产的协议。因闹离婚影响公司正常经营而不得不花费巨额金钱弥补的例子还有很多，公司为确保经营稳定，需要注意此类事件的发生。

以案说法

股东离婚分割股份影响公司权力格局

苏某（男）与黎某（女）于2000年结婚。

2012年，苏某与合伙人张某、钱某共同出资成立某贸易公司经营进出口食品业务。苏某占股51%，张某占股40%，钱某占股9%。公司因为合伙人团结、有资源，两三年来生意做得非常红火，三人赚了不少钱。

2015年4月，贸易公司因为经营良好且有较好的发展前景，被一家投资公司看上，投资公司决定向贸易公司进行投资。在这个时间点上，黎某向苏某提出因为感情不和希望与苏某离婚，并提出离婚应分割苏某在贸易公司的51%股份。

苏某虽然同意离婚，但认为成立贸易公司是自己出资，股份是自己的，与黎某无关。退一步说，如果真的分出一半股份给黎某，则两人各占股25.5%。苏某向黎某提出，这样分股对两人不利，只会让占股40%的张某成为最大的股东。黎某听了苏某的担忧后，也认为苏某说的似乎有道理。

【律师评析】

黎某与苏某离婚，分割了苏某在贸易公司的51%股份，两人各占股25.5%，这样做看似两人都成了小股东，让张某“坐收渔翁之利”，但实际上张某也仅占股40%，根据《公司法》第43条的规定，张某在公司的经营上是无法独立通过一般事项的表决的。

更为关键的是，未分割股权之前，苏某占股51%，可以单方面作出一般事项的表决，然而，如果苏某分割了一半股份给黎某，则公司在苏某分股后，四位股东（苏某、黎某、张某、钱某）没有一个人可以单独通过一般事项的经营决策，这就导致日后在公司的经营过程中，股东与股东之间可能出现“联盟”的问题。

黎某与苏某离婚后，虽然分到的仅仅是贸易公司25.5%的股份，但是苏某或张某任何一方与黎某联合起来都可以拥有超过50%的股份，并有权通过一般事项的表决。也就是说，在公司日后的经营中，黎某很可能会成为一种大家都希望联合的第三方力量（当苏某和张某就某一经营决策意见不一时，大家都会寻求黎某的支持）。我们看到一些国家，当议会两大党派的议席均无法过半数的时候，小党派分别会受到两大党派极力争取，这是一个道理。

应对方案

1. 公司可以在章程中预设“股份不得对外转让”的条款，夫妻离婚分股份也属于股份对外转让。设定了这样的条款，股东离婚时不能将其在公司所持有的股份分配给配偶，从而能够保护公司其他股东的利益。

2. 股东之间可以约定股东的退出机制，明确规定“股东因遭遇离婚而导致配偶向公司主张股权的，该股东应无条件退出公司，其他股东按该股东的出资额回购股份”。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第四十三条 股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。

股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

第七十一条 有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

第四节 公司的人事架构及管理权限

一、公司的公章究竟该谁拿——公司的控制权

在目前的司法实践中，对材料真实性的认定，适用“认章不认人”的做法。在一些中小型民营公司私有企业里，一般情况下公章均由法定代表人或公司实际控制人持有；而在一些更为规范的企业，公章则由专门的行政职员管理，需要根据公司的具体规定来处理使用。签名在司法实践中作用和价值都不大，而公章则是认定材料内容真实性的重要依据，具有“至高无上”的意思表示功能。也正因如此，在一些公司的股东纠纷中，常出现某一控制公司的大股东或者法定代表人控制了公司的公章，当与其他股东之间存在矛盾时，不经其他股东的同意便使用公章对外代表公司，从而引发其他股东向法院起诉的案件。

加盖公章是公司意思表示的象征，而公章则必然由个人持有。因此，组织体内有权掌管和占有公章的自然人一旦被解除授权（多数情况下为解除其原职务），其就无法继续掌管和占有这种有形物，应当交还于组织体；如果不交还，即转化为非法持有，并构成对组织体的有形物权利和其代表的组织体的人格权和其他合法民事权益的侵害，同时妨害组织体进行正常的经营活动。[①]

因为公章的重要性及特殊性，因此要求返还公章的案件，实际上是关于股东之间对公司控制权的纠纷。

---

① 最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》（1999年第2辑），人民法院出版社1999年版，第104页。

以案说法

1. 公章的所有权归属应当根据公司制定的相关规章制度进行认定

东方公司是由水产品公司、农产品公司及水产市场经营管理公司共同成立的。2007年东方公司制定了《印章管理制度》，明确公章由总裁办公室专人负责保管，公司领导或法定代表人授权委托人签字批准并登记后方可盖章或带出使用。2009年，因为法院的强制执行，农产品公司及水产市场经营管理公司所拥有的股份转让给了禹某投资公司，禹某投资公司成为大股东并委派张某担任东方公司的总裁，但未进行法定代表人的变更。

股权转让后新旧股东之间的关系并不融洽，常常出现纠纷，随后东方公司的公章一直由原来的法定代表人胡某所控制，张某于是向法院起诉要求胡某交出公章。法院判决张某胜诉并要求胡某交出公章。随后，水产市场经营管理公司以东方公司股东的身份向法院起诉张某，要求张某在取得公章后交还给东方公司。

【判词摘录】[①]

◆ 即使张某依据董事会决议担任东方公司法定代表人的主张能够成立，法定代表人作为公司设置的机构之一，其仍应当在公司章程、股东会决议、董事会决议，以及公司管理制度规定的范围内对外行使职权。

◆ 东方公司已制定了明确的《印章管理制度》，其中规定公司公章由总裁办公室专人负责保管，公司领导或法定代表人授权委托人签字批准登记后使用。可见，负责保管之人并非由法定代表人任意指定即可，且使用公章只需经过特定程序方可。如张某的主张成立，则东方公司指定的《印章管理制度》将形同虚设，显然与其指定初衷相悖。

◆ 因此，水产公司以股东身份依据公司管理制度代表东方公司主张返还公章并无不当。

2. 公司对于公章管理权的变更，需要按照章程的约定处理

天某房地产公司是由纺织公司、台某投资公司以及信某国际公司共同成立的。2004年11月，三股东签订了《关于合作公司印章管理的补充协议》，

① 上海市第二中级人民法院（2011）沪民二中民四（商）终字第1139号民事判决书。

约定就合作公司印章管理制度制定如下补充协议：（1）合同专用章由台某投资公司保管，使用需要按合同规定的程序审批。（2）财务专用章由信某国际公司保管。（3）合作公司公章由三方共同保管使用，具体由合作公司购买保管设施，三方各执钥匙和密码。公章使用时由三方委派人员共同开启，按规定审批登记确认后使用。

2010年7月9日，天某房地产公司召开董事会提出了公司存在印章违法使用的问题并要求作出纠正，董事会最终提出了《关于纠正公司印章违法管理的问题》的决议，立即变更原公章的使用和管理方式，不再执行三方共管；坚持依法变更公司银行账户的预留个人名章（印鉴）为董事长指定的人员。纺织公司不同意对公章管理使用进行变更，认为董事会决议应予撤销，遂向法院提起诉讼。

【判词摘录】[①]

◆ 就本案诉争董事会决议的表决内容看：《关于纠正公司印章违法管理的问题》的董事会决议，涉及印章管理使用问题，是以过半数“多数决”的方式予以表决通过的，明显与合作经营合同“关于印章管理使用问题需要三方一致同意”的约定相悖。

◆ 撤销天某房地产公司《关于纠正公司印章违法管理的问题》的董事会决议。

应对方案

1. 公司应当制定严格完善的公章使用管理规定，做好公章使用的审批和备案手续，对于文件盖章由谁审批、谁同意，需要有明确的记载，以便公章的使用出现问题时追责。

2. 虽然现实生活中由法定代表人持有公章的情况十分常见，但是，公章是公司对外意思表示的象征，属于公司的财物，原则上应归公司管理，即使是法定代表人，也应当根据相关的公司管理制度使用。若公章管理不善，则很有可能会导致法定代表人或公司实际控制人持有公章对外私自使用，损

① 江苏省徐州市中级人民法院（2013）徐商终字第0133号民事判决书。

害公司及其他股东的利益。

法规速递

《最高人民法院关于印发〈第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要〉的通知》

91. 外商投资企业以持有该外商投资企业公章的自然人、法人或者其他组织为被告向人民法院提起诉讼，请求返还公章的，人民法院应予受理。

二、公司监督机制如何充分发挥作用

公司中的监事，其职责是监督公司的运作，以通俗的话来说，监事即是代表股东监督公司以及公司董事及高管的人。按理说，监事以及公司监事会作为公司的监督机构，理应充分发挥自身的作用。但实际上，公司设立时，工商局的章程模版或者股东之间的设立协议，对于任命谁为监事以及设立监事会的问题，都规定的较为随意；有时候甚至随便挑一个小股东的名称写上，完全不像任命公司的法定代表人那么重视。

事实上，监事的作用是亟须重视的，监事除了能监督公司运作，还能代表股东进行相应的诉讼。如笔者在前文（本章第三节之五）所述，当公司的董事及高管侵犯公司利益时，股东可以书面向监事提出请求，要求监事代表股东进行诉讼。

以案说法

监督机构的缺失容易导致公司经营陷入僵局

某重点大学的科研室主任张老教授，与儿子张甲共同设立了一家技术公司，并建立工厂生产高新技术原材料。建厂的过程中因为资金有缺口，于是他们与盖厂房的包工头石某协商，由石某以部分工程款折现入股技术公司，石某对张老教授父子的高科技生意非常感兴趣，于是同意入股，大家到工商局正式办理了工商登记备案。公司由张甲担任法定代表人，张老教授、张甲与石某为股东，石某的小姨子是公司的出纳，负责公司公章登记使用。

在之后的经营过程中，因为张老教授、张甲与包工头石某的经营理念不和，工厂管理无序，大家都希望对方退出，但因为厂房有产权且工厂有资产保值，因此各股东均不愿退出，公司陷入僵局无法继续运作。

【律师评析】

本案在发生之后，当事人张老教授与儿子张甲找到笔者寻求帮助。了解整件事的过程后，笔者“哭笑不得”。一边是大学教授父子，文化学识渊博，一边是初中都还没有毕业的包工头，双方根本不是“同一个世界”的人，固然难以产生共同的经营理念。张老教授这一方，一切均是按规则办事，且心思大部分都放在科研生产上；而包工头石某一方，则安插自己的亲属进入公司。其实他们对公司的生产和经营也并不精通，他们之所以入股，只是因为盖厂房时张老教授一方不够资金所致。有限责任公司讲究“人合”，人与人之间的合作关系非常重要，更重要的是，从这件案子可以看出这家技术公司缺乏监督机制，公司没有一个独立且有效的监事机构参与管理，使得“不同世界”的双方股东无法共同参与公司的经营。

笔者与同事接受案件委托后认为，既然任何一方均不愿意退出公司，且若将公司解散对大家都没有好处，因此积极介入公司内部事务，参与调解。另外一项重要的工作就是帮助该公司建立监督机构，使运行管理机制恢复正常，同时建立起清晰的人事管理、财务管理制度。

应对方案

1.《公司法》明确规定公司的董事、高级管理人员不得兼任监事，但在实践中公司不规范操作的情况并不罕见。监事会或监事的任命和指派切不可随随便便，监事应该发挥好监督的作用，才能制约公司的大股东及高层，以防止其损害公司和股东的利益。

2. 当公司的监督机制运行不佳甚至失灵的时候，法律顾问，往往可以从另一个角度发挥作用，即如前述案例中的情况，律师作为第三方机制进入公司，以客观中立的角色担任公司的监督机构，确保公司运作顺畅。

3. 在公司的运作与经营过程中，股东之间或公司与股东之间，一定要制定好“游戏规则”。对于股东如何参与公司的经营等重大问题，均应该

作出相应的约定，且一定要细致。明确的约定是预防纠纷的最好办法。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第五十三条 监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：

（一）检查公司财务；

（二）对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；

（三）当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；

（四）提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；

（五）向股东会会议提出提案；

（六）依照本法第一百五十一条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；

（七）公司章程规定的其他职权。

第四章

公司的对外经营

导　读

合同是经济活动的细胞，合同签订是否符合法律规范，会影响到日后的合同履行。如果在经营的过程中涉及违约行为、赔偿责任、费用款项的争议等纠纷，法院处理案件时均以合同作为基础，通过合同的约定再佐以其他证据来审理和判断案件。

本章开篇第一节谈的是合同签订的法律问题，签好合同是日后顺利履行合同、做好生意的关键和基础。本节总结归纳的问题都是笔者在担任公司法律顾问期间帮助公司审查合同时常见的一些容易引发争议却往往被公司所忽略的问题。

公司为了融资，不可避免地要和银行打交道，自然银行是强势一方，银行的融资贷款合同均是格式化条款，公司签订时有哪些注意事项？从银行借到钱之后，要注意哪些问题以避免因自己违约而导致银行提前收贷？公司帮助其他个人或者其他公司融资而向银行提供担保时，有哪些法律风险？另外，我国法律为了防止高利贷的产生对民间借贷有严格的规定，民间借贷流程该如何规范操作？上述法律问题本章第二节会作出说明。

违反了合同约定、没有完整地履行合同义务的，需要承担违约责任；给他人造成经济损失的，还要做出相应的赔偿。在第三节中，笔者将探讨分公司与子公司对于法律责任的承担，以及经济纠纷中的违约责任所涉及的相关法律问题。

除了合同的签订以及借贷、抵押担保之外，笔者在第四节中还会将自己认为常见易发的纠纷类型列出，以供参考。

第一节 合同的签订

一、合同签订前的合作方审查

公司对外经营，与他人做生意，首先要对合作方有较为深入的了解。一些公司在与他人签订合同之前，只是随意了解一下对方的情况并没有深入调查，如谈判时看了一下对方的办公环境，或者仅仅是了解一下对方公司的注册资本以及曾经做过的业务。实际上，这样做是远远不够的。例如，有些公司的办公室是租回来的，一旦公司违约，很可能会人去楼空；对于注册资金，现实中中介代办公司帮股东垫资的虚假注册资金的情况时有发生，且2014年开始国家已推行商事登记并修正了公司法，注册资金已不再需要实缴（有关商事登记的法律问题，详见本书第一章第一节之四）。

无论合作规模大小，公司签订合同前都应该对合作方有一个细致的审查，合作涉及的金额较大的更要严谨对待、认真处理。如果合作方是公司，除了要了解合作方的经营实力外，还可以在工商局查询合作方的内档，了解对方的股东情况，看股东是否稳定；也可以在合作谈判中了解或是自行调查合作方有无诉讼或行政处罚案件、抵押贷款等。

以案说法

1. 签订合同前，公司应充分调查了解对方的履约能力

某文化传播公司是某大型颁奖活动的主办方，2012年3月文化传播公司与金某公司签订合作合同，双方约定金某公司是承办方，共同于2012年5月在海口举办一场大型颁奖活动。金某公司应分三期向传媒文化传播公司支付承办费500万元。

金某公司在合同签订后，只根据合同约定向文化传播公司支付了第一期费用50万元，随后的费用因为自己招商不利而无法按约支付，致使5月

的颁奖活动资金链断裂，文化传播公司无奈自己垫钱将活动举办完毕。事后文化传播公司向法院提起诉讼，要求金某公司支付欠款450万元。经查，金某公司的注册资本仅为50万元。

【律师评析】

本案是一起欠款纠纷，根据合同的约定，金某公司应支付款项而没有支付的，应该承担相应的法律责任。文化传播公司向法院起诉要求金某公司支付应付而未付的450万元欠款，是可以胜诉的。

但是法院判决胜诉并不代表能够顺利执行胜诉判决。案中的金某公司只有注册资金50万元，根据公司法的有限责任制，公司以其全部财产对公司的债务承担责任。文化传播公司在与金某公司洽谈合作的时候，应该知道金某公司的注册资金情况，充分了解经营上的风险。金某公司若没有财产或者根据合法程序提出破产的，文化传播公司的债权将难以实现。

2. 建立合作前，应尽可能地了解对方是否“有案在身”

甄某是一位企业家，因为资金较为充裕，社会上的一些朋友会向他借款谈合作。2013年5月的某一天，刘某找到甄某，称自己正在开发的工程出现资金链断裂的问题，并称工程项目正等待验收，验收后资金即可回笼。刘某希望甄某能够借自己1200万元好渡过难关，并承诺会在2013年12月31日前连本带息一并归还，月利息为1.5%。

甄某最终决定借钱给刘某，并足额向刘某指定的账户上汇入借款。2013年12月31日，甄某要求刘某还钱，刘某以工程款尚未回笼自己没有钱为理由多次推脱，直到2014年12月刘某仍没有向甄某还钱。甄某考虑向法院起诉要求刘某还钱，在起诉前甄某发现，原来刘某早在甄某借钱给他之前的2013年1月已经被最高人民法院列为失信人员。

【律师评析】

在甄某考虑是否要借钱给刘某的时候，曾问过律师：“这笔钱可以借吗？”律师回答是：“是否同意借，律师无法为您作决定。但是在作决定之前，您可以稍微做一下调查，看刘某是否存在被其他人起诉败诉了的案例，或者他是否因不能履行债务而被最高人民法院纳入了失信人员名单。”

可惜甄某当时没有听从律师的意见，去花一点时间上网查询一下刘某

的情况。因为甄某的这点疏忽，导致他借给刘某的1200万元至今无法收回。

风险提示

1. 因为公司均属有限责任制，对于一般民事债权债务，公司股东不会与公司承担连带责任。如果合作方是公司，可能因经营不善而被注销、破产，甚至合作方直接倒闭人去楼空；若合作方是个人，也可能会因为逃跑、失踪而无法寻找，或者个人名下没有财产，这些情况下公司的债权都难以追讨。公司在与他人合作、签订合同前应做好调查了解的工作，慎重选择合作伙伴。

2. 在合作事项涉及的金额较大的情况下，笔者建议应让对方提供相应的担保，以加大日后债权实现的可能性。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第三条 公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

二、格式条款的效力

笔者担任公司的法律顾问，审查公司合同是日常的工作之一，而该项工作的一个“苦恼”，就是常会听到公司反馈说：“对方说合同不能改。”而笔者在这些“不能改”的合同中，常会发现一些不平等的格式条款。例如，一份建筑设计合同中的一个条款大致是这样约定的：“客户要求设计方对工程项目进行设计修改的，设计方应无条件配合并按照客户的要求进行设计修改，设计方需要对修改的设计成果所产生的法律后果负全责。”夸张一点来想，如果客户要求设计方设计一栋会倒塌的房子（比如下面尖上面圆，或者是倾斜的房子），房屋盖好后倒塌的，应该由谁承担责任？根据该条款推断，设计方无条件按照客户要求对设计项目进行修改，出现了任何法律

后果，都需要设计方承担责任。很明显，这个条款是十分荒谬且不合理的，当事人务必注意该条款的风险以及必须要求客户对此条款进行修改。

所谓格式条款，是指当事人为了重复使用而预先设定并在签订合同时不与对方协商的合同条款，简言之，即不准修改的合同条款。在经济交往中，签订合同的两方或多方，总是有强有弱，强势一方往往会通过格式条款的签订来达到自己的利益，这么做却容易侵犯弱势一方的利益。基于此，《合同法》特别对格式条款进行了约束，保护弱势一方在签订合同时的利益。如果格式条款是为了规避一方的责任而加重另一方责任的，格式条款无效。格式条款出现歧义时，法律认为应当作出不利于提供格式条款一方的解释。

另外，对于一些提供服务的经营者，当他们向自己的消费者或者客户提供服务签订合同时，往往会向他们提供自己的格式化合同版本，对此，如果格式合同内有条款是对公司提供的服务有限制条件的，就应该在签订合同的时候向消费者或客户明确告知，以便让他们有选择的权利。如果剥夺了消费者或客户的选择权，那么作为经营者的公司所提供的格式化合同中的具体限制性条款则会被法院认定为无效。①

需要说明的是，并非所有格式条款都是无效的，只有在出现了上述法律规定的情形的（即加重对方的义务规避自己的责任）才可能会被认定无效。例如，最高人民法院公报案例“成路诉无锡轻工大学教学合同纠纷案”，法院判决认为：“……并非只要是格式合同就一定无效。当事人签订的格式合同内容是合法的，也是明确的。对该合同的内容当事人在上诉中并未提出不同的理解，也不解释自己为什么在其上签字，却以该合同是格式合同，内容虚假，不是自己真实的意思表示，主张该合同无效，该理由不能成立。”②

以案说法

1. 加重对方责任、规避自己义务的格式条款无效

广州的谌某在北京卓某信息技术公司运营的电商平台购买了一款产品，

① 参见“刘超捷诉中国移动徐州分公司电信服务合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2012年第10期。

② 参见“成路诉无锡轻工大学教学合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2002年第1期。

产品买回后谌某不满意，向广州的法院起诉要求赔偿。

卓某公司认为，谌某在该网站上购买了涉案产品，代表其接受并同意该网站的“隐私声明”和“使用条件”中约定的纠纷提交北京市朝阳区法院诉讼解决的管辖条款，所以案件不应当在广州的法院审理，而应当将案件移送北京的法院审理解决。

【判词摘录】[①]

◆ 本案争议的焦点是卓某公司在所属网站“使用条件”中争议解决条款是否有效。经审查，“隐私声明”和“使用条件”的内容均属于链接内容，消费者注册时无须打开链接查看即可进行注册，故不能认定卓某公司已经采取了合理方式提请消费者注意。

◆ 该协议管辖格式条款严重不合理地加重了消费者在管辖方面的负担。因为对广大消费者而言，网上购物的商品往往价格不高，但其住所地或合同履行地往往与网站所在地相隔甚远。如果根据该协议管辖格式条款，可能使得网站所在地以外的所有消费者负担大量额外的、相比购物价格明显不合理的差旅和时间花费，导致消费者的诉讼权利无法正常实现。

◆ 因此，根据《合同法》第39条、第40条的规定，“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明”。“提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效”。根据《消费者权益保护法》第26条的规定，“经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效”。故本案中，卓某公司所属网站上的“隐私声明”和“使用条件”中的争议解决“通过网站购买的产品的任何形式的争议应提交北京市有管辖权的法院诉讼解决”的管辖格式条款应视为对谌某无效的格式条款。

① 广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民辖终2957号民事裁定书。

2. 格式条款存在不同解释的，应作出不利于提供格式条款一方的解释

黄某2009年在某商场购买空调机一台，在购买空调当日办理了商场的会员金卡一张，金卡上记载“两年内可享受壁挂空调免费充氟或移机一次（限市区、运费自理）”。2010年，黄某想将空调移位，于是电召公司工作人员来对空调进行移位，事后公司向黄某收取240元的费用。

黄某认为公司应该免费为其移机，于是向法院提起诉讼。公司则认为移机跟移机费不是同一个概念，移机会产生多项费用，移机费只是其中一个项目，除了移机费还包括材料费等，这些都应该向黄某收取。

【判词摘录】[①]

◆ 公司为黄某办理的金卡上所列服务内容，应视为公司对附属服务义务向黄某所作的承诺，系真实意思表示，合法有效。双方应遵照达成的约定行使权利和履行义务。

◆《中华人民共和国合同法》第41条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释……”在本案中，“两年内可享受免费移机一次”的条款系公司提供的格式条款。从其表述上看，该条款既可理解为整个移机过程免费，亦可理解为仅对单项移机费进行免除。若公司欲表达仅对移机费这一单一项目进行免除，完全有条件清晰列明所指含义，避免歧义的发生。现由于字面上存在不同的解释，造成该条款属于歧义条款。根据法律规定，应对提供格式条款方作不利解释，故公司在移机过程中收取的240元款项应退还给黄某。

风险提示

1. 在目前的司法审判中，法院认定是否为格式条款以及认定是否有效，主要看合同条款是否预先拟定好并重复使用，在合同的磋商中该条款是否经过协商，如果一个合同条款由强势一方拟定并重复使用，不允许合同的另一方修改和讨论，只能选择接受与否的，那么该条款就会被法院认定为

① 深圳市福田区人民法院（2010）深福法民一初字第2172号民事判决书；深圳市中级人民法院（2011）深中法民一终字第484号民事判决书。

格式条款。一旦被认定为格式条款，该条款如果严重侵犯了合同一方的合法权利，就会被认定为无效。

2. 公司在签订合同时，若作为强势一方制作格式条款，不应完全剥夺另一方应有的权利，“只让自己得益让对方吃亏”的合同条款，一旦出现纠纷被提交到法院裁决，被认定无效的可能性很大。而作为弱势一方签订合同，遇到格式条款有损自身利益也无须担心，应该对该格式条款进行磋商，实在不允许修改的，建议事后发函给对方单方面告知自己对该格式条款的意见，以便日后出现纠纷时有证据可以证明，自己在谈判签订合同的时候是对该格式条款存在异议的。

3. 签订合同的最终目的是在保护自身合法权益的前提下促成交易。合同各方应是平等的，若一味地贪求自己要强势而打压对方，最终导致合同签不成或引发纠纷，自己的利益便也受到了损害。合同是“协商一致”的结果，公司不应贪求于制作加重对方责任、排除对方权利的格式条款。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第三十九条 采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

第四十条 格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

第四十一条 对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

三、定金与订金

为保证对方履行约定以及避免因对方违约而造成自己一方的损失，双方在合作、签订合同时会商谈交付定金的问题。现实中的生意往来常见的定金方式有以下三种：立约定金、违约定金、解约定金。

立约定金，是指为保证合同可以正式签订，双方在合同订立前由一方向另一方交付的定金。违约定金，是指以违约赔偿为目的的定金。解约定金，是当事人一方单方面解除合同的代价。[①] 定金是保障合同能够顺利履行的一种担保方式，法律规定给付定金一方不履行债务的，无权要求返还定金；接受定金一方不履行债务的，应当双倍返还定金。这在法律上被称为“定金罚则”。

如上所述，合同签订前所支付的定金叫立约定金，对此需要特别指出的是，对于立约定金的收取，必须要有书面的约定，因为当时尚未签订合同，如果没有任何对于先行收取定金事宜的约定，一旦合同签订不成，定金将有可能会被法院认定为无效而被视为预付款，被认定为预付款的，收取定金一方则需要对其进行返还。

现实中大家容易将“定金”与“订金”搞错搞混，两个词普通话读音虽然相同，但在法律上却是完全不同的两个概念，因此大家在签订合同时常会写错。如果合同中签订是“订金”的，则不适用关于定金的相关法律规定，不管以什么理由合同解除，订金都需要退还给支付方，收取订金的一方在单方面解除合同或违约的情况下，也无须向支付订金的一方双倍返还。除此之外，当事人签订合同时还会写如“预付款”“预定金”“担保金”“保证金”“诚意金”等字眼，这些是否具有定金的性质，则需要根据合同的本意来作出具体判断，法院一般会看合同中是否约定上述款项在收取方违约后需要双倍返还，如果没有双倍返还的约定，法院就不会将上面的字眼作扩大解释认定为定金。[②]

定金的支付超出本金 20% 的，超出部分将不会被认定为定金，而被视为合同款项。

---

① 参见郭明瑞：《担保法》，法律出版社 2004 年版，第 281 页。

② 参见刘德权主编：《最高人民法院裁判意见精选》（上），人民法院出版社 2011 年版，第 397–398 页。

以案说法

1. 签订合同前先行收取定金的，必须有书面约定

东方公司生产五金制品和模具。2013 年 2 月 10 日，客户王某向公司预定一批价值 5 万元的货物，并约定双方于 2014 年 3 月 1 日签订合同。为了保障合同能够顺利签订，东方公司要求王某先行支付定金 1 万元。王某向东方公司支付 1 万元后东方公司向王某开出收据："今东方公司收到王某定金一万元"。2014 年 3 月 1 日，王某向东方公司提出不再购买货物，并要求东方公司返还先行支付的 1 万元，东方公司拒绝，诉至法院。

【律师评析】

王某与东方公司在买卖合同未签订之前，先行向东方公司支付定金，属于立约定金的性质。虽然东方公司在收条中写明收到的是 1 万元定金，但是王某可以在事后否定该笔钱款属于定金而应属于预付款。在双方支付立约定金事宜没有书面约定和确认的情况下，法院认定为定金的可能性极小。因此王某向东方公司支付的 1 万元一旦被法院认定为预付款，东方公司则需要向王某归还该笔款项。

2. 定金超出本金 20% 的，超出部分不视为定金

杨某是某砖厂负责人，2007 年郑某通过杨某买砖，双方约定郑某购买 10 万块砖，每块砖单价为 0.15 元，并约定郑某先行向杨某支付定金 11500 元。郑某按约支付费用后，在砖厂的入库单上写明"砖　交定金款（单价 0.15 元）11500.00 壹万壹仟伍佰元整"，杨某在入库单厂长栏签名并加盖砖厂公章。

随后，因为杨某未能按照约定向郑某交付货物，双方出现纠纷诉至法院。郑某认为自己向砖厂支付的 11500 元是定金，杨某应该双倍返还。

【判词摘录】[①]

◆ 郑某所付的 11500 元应包含定金和预付款两种性质的款项内容。

◆ 依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 121 条的规定："当事人约定的定金数额超过主合同标的额 20%

① 河南省焦作市中级人民法院（2012）焦民三终字第 31 号民事判决书。

的，超过的部分，人民法院不予支持。”郑某认为其所付的 11500 元为购砖的定金，该款数额明显超过了购砖总额的百分之二十，故本院认为按照购买 10 万块砖的总价款 15000 元计算定金最高额为 3000 元，超过部分，应认定为预付款。

◆ 因此，郑某要求双倍返还 11500 元的请求，不能全部给予支持。本案定金数额应为 3000 元，由于杨某没有履行约定义务，构成违约，其应对 3000 元定金双倍返还；剩余部分的 8500 元应为预付款，杨某应退还给郑某。

3. 一份合同中既写定金又写订金字样的，法院认定为订金

庄某公司与星某公司于 2010 年 2 月 2 日签订一份购销合同，双方约定庄某公司向星某公司购买数控机床一台，合同中还约定“星某公司交货期为收到订金后的二十个工作日”，以及“庄某公司首付定金 30%，发货前付到货款总价的 90%，剩余 10% 在设备调试完付清”。

事后因为设备无法安装调试，庄某公司于 2010 年 4 月 22 日通知星某公司解除合同，要求星某公司双倍返还定金。

【判词摘录】[①]

◆ 庄某公司、星某公司的买卖合同合法有效，双方均应按约履行。由于星某公司交付的标的物质量不符合要求，致使不能实现合同目的，庄某公司有权解除合同，退还设备并要求星某公司返还预付款。

◆（对）庄某公司提出要求星某公司双倍返还定金的诉请，由于合同条款中既有“定金”字样，也有“订金”字样，故庄某公司诉请应适用定金法则，理由不足。

应对方案

1. 在一份合同中，如果约定的是“订金”字样的，不适用于定金罚则的法律规定，当给付订金的一方不履行合同义务，收取订金一方是需要将订金退还的，当然收取订金的一方不履行合同义务，也无须将订金双倍返还。

① 浙江省宁波市中级人民法院（2010）浙甬商终字第 817 号民事判决书。

笔者在担任公司法律顾问审查公司合同时，常常遇到当事人将“定金”与“订金”混为一谈的情况，特别提请注意。若合同中没有写明“定金”字样，而是以上述“订金”或者“担保金”“保证金”“押金”等字样代替的，一定要明确该费用是定金的性质，并应在合同中明确约定定金罚则。

2. 定金具有担保性质，是一种为保证合同履行的担保金。因此，定金并非合同款项中的一部分。为了更好地明确双方对于定金的约定，笔者建议签订合同时，应该专设一条款对定金作出约定，同时还应该再作出如下约定：“甲因已预先向乙支付了 ××× 元作为定金，因此甲乙双方同意在支付余款时与缴纳的定金相抵扣”或“合同履行终了之日起 ××× 个工作日内，退还定金”。

3. 定金不能超过合同总价款的 20%，超出的部分会被视为预付款。如果一份合同没有合同价款或者合同总价款难以计算的（如服务合同、劳务合同等），定金的约定也不宜过高，若出现纠纷诉至法院，法院会适当进行调整。

法规速递

《中华人民共和国担保法》

第八十九条 当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

第九十条 定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。

第九十一条 定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的百分之二十。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

第一百一十五条 当事人约定以交付定金作为订立主合同担保的，给付定金的一方拒绝订立主合同的，无权要求返还定金；收受定金的一方拒绝订立合同的，应当双倍返还定金。

第一百一十八条 当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质的，当事人主张定金权利的，人民法

院不予支持。

第一百二十一条 当事人约定的定金数额超过主合同标的额百分之二十的，超过的部分，人民法院不予支持。

四、预开发票的法律风险

在经营过程中，常有所谓的“财务制度”与法律规定相冲突的事情发生。“预开发票”就是笔者做公司法律顾问时常常遇到的情况。

一般来说，普通的销售发票在法律上是付款方的一个重要凭证。当出现纠纷时，若无相反证据予以证明的情况下，法院一般会认定发票是付款的凭证。财务上现在的要求往往是，要收款方先交付发票，然后再付款，那么当收款方开出了发票后付款方因赖账、倒闭等原因没有付款的，有可能会因为合同对此没有清楚的约定或说明等原因，而导致付款方难以向法院主张权利的风险发生。

相比之下，增值税专用发票则不会被法院认定为已付款的凭证。

以案说法

预开发票应有合同约定

某广告公司与某外贸公司在2014年3月1日签订合同约定，外贸公司委托广告公司设计制作广告，费用为3万元，约定广告稿件交付之日起三日内付款。

2014年3月10日广告公司向外贸公司交付稿件，外贸公司确认后告知广告公司，如果要付款需要广告公司先向外贸公司开具发票。广告公司按照外贸公司的要求开具发票后，却一直没有收到外贸公司的付款，广告公司多次索要无果向法院提起诉讼。

【律师评析】

本案中如果外贸公司否认自己没有付款，并提出自己是以现金的形式向广告公司支付的，广告公司对此却没有证据可以反驳，且已开具了发票给外贸公司。在此情况下，广告公司有可能要承担败诉的风险。

应对方案

1. 如果付款方要求预开发票，双方在签订合同时一定要将预开发票事宜约定清楚，写明先开发票再付款，笔者建议还应该增加“预开的发票不作为付收凭证”这样的话在合同条款中。另外，合同中也要对款项支付的形式（汇款还是现金支付）作出约定。

2. 预开发票的交易，为保证收款方的合法权益不受侵犯，除了上述合同中应该明确预开发票事宜之外，还应该约定以转账形式收取款项，避免现金收付。因为如果在合同中约定转账付款，那么在出现纠纷时，法院会审查付款方究竟是否有转账记录和凭证，避免付款方以“已用现金支付”为由规避责任。

3. 对于保护付款方而言，合同约定先开发票后付款的，付款方如果在收取发票后用现金方式付款的话，就应该在付款后要求收款方再开一张收据，确保日后出现纠纷时可以用来证明对方已收现金款。如上述第 2 点，因为用转账的方式可以留有转账记录和凭证作为证据，所以对于付款方来说，转账同样也比付现金更安全。

4. 增值税专用发票不能作为付收凭证，因此预开增值税专用发票不会产生上述法律风险。

法规速递

《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》

第八条第二款 合同约定或者当事人之间习惯以普通发票作为付款凭证，买受人以普通发票证明已经履行付款义务的，人民法院应予支持，但有相反证据足以推翻的除外。

《广东省高级人民法院民二庭民商事审判实践中有关疑难法律问题的解答意见》

（十三）买卖合同中，增值税专用发票能否作为已付款的凭据

一般的销售发票应作为已付款的凭据，增值税专用发票则不能作为已付款的凭据。

五、司法争议解决中诉讼与仲裁的选择

争议发生的解决方式是合同的重要条款之一，签订合同的当事人可以约定履行合同的过程中出现纠纷的司法解决方法。目前我国司法争议解决方式有两种：一种是通过法院诉讼，另一种是通过商事仲裁机构仲裁。合同中如果没有具体约定争议解决方式，则视为通过法院诉讼解决，而一些合同条款会特别约定纠纷提交仲裁委员会仲裁解决。

根据《民事诉讼法》的规定，选择通过商事仲裁处理经济纠纷的案子，法院将不会对其再进行处理，除非仲裁本身涉及违法（如仲裁员徇私舞弊、裁决违背公众利益、程序违法等），仲裁裁决才有可能会被法院撤销，否则当事人对仲裁裁决不服的，是不能向法院上诉的。商事仲裁的设置，是为了追求快捷，且仲裁庭审以及裁决均不会像司法判决那样公开，商事仲裁有自己特有的优势。

但是通过代理大量商事仲裁案件，笔者认为目前我国的商事仲裁还有一些欠缺之处，在一般民事活动中签订合同，还是尽量不要选择以商事仲裁的方式解决纠纷。仲裁委员会的仲裁员均是兼职，主要来自律师和学者，还会聘请一些退休法官。虽说够格聘请做仲裁员的人士一般都可以算是法律界的“精英”，但毕竟与法院不同，仲裁员的水平还是参差不齐，裁决质量难以保证。且仲裁委不像法院的法官，在审理案件时会有一个基本的案件审理和裁判的标准。仲裁出现错误的时候，除非是程序违法，否则当事人没有救济机制。

以案说法

合同中存在商事仲裁条款的，法院不予受理案件

网络科技公司与销售公司签订了一份网站设计制作合同，约定网络科技公司为销售公司设计并制作网站，同时负责销售公司的网络推广工作，为期一年。网络科技公司在广州，销售公司在上海，双方签订的合同中特别约定了管辖条款，约定合同履行若出现纠纷，提交北京市仲裁委员会仲裁解决。

随后在合作过程中，双方出现纠纷，网络科技公司向法院提起诉讼。

【律师评析】

案中网络科技公司与销售公司通过书面形式签订了合同，合同中约定了合同履行过程出现争议提交北京市仲裁委员会仲裁解决。因此，对于本案出现的纠纷，网络科技公司向法院提起诉讼，一般情况下法院是不予受理的。

如果网络科技公司有证据证明自己签订该份合同属于非自愿，又或者可以证明该仲裁条款属于格式条款，加重了自己的责任排除了自己的主要权利（有关格式条款的论述，详见本章本节之二），才可以确认该仲裁条款无效。本案中双方签订合同没有涉及欺诈和胁迫的问题，双方约定纠纷交由北京市仲裁委员会仲裁也并没有让网络科技公司丧失诉讼权利，而且此约定并未免除销售公司的相关责任，因此网络科技公司向法院起诉，法院会裁定驳回。

风险提示

1.《南方都市报》在2013年8月8日刊登了一篇题为《买房看清合同 有纠纷要慎选仲裁——一旦选择仲裁法院不会再理，一裁终局难再翻盘》的新闻报道，提出购买保险、房产时，在由商家准备好的格式合同中会常见到商事仲裁条款的约定，“因认识误区，致仲裁后的官司量急升”，法院法官建议在签订合同时需格外留意。[①] 笔者认为，虽然商事仲裁有便捷、快速等优点，但是相对于法院来讲，审理案件的专业性还是稍有欠缺，且一裁终局，对裁决不服不能向法院起诉以及采取其他司法救济途径，因此一旦案件出现错判，除非仲裁本身涉及违法可以由法院对裁决进行撤销，否则将难以更改仲裁结果。

2. 商事仲裁与法院诉讼不同的一点是商事仲裁案件为非公开审理，所以，案件若涉及公司的重大商业、专利技术等秘密，可以考虑在合同中约定选择仲裁程序处理纠纷。而对于其他案件，笔者建议在签订合同时了解清楚诉讼与商事仲裁的特点，约定纠纷适用商事仲裁的需要慎重。

3. 签订合同时，应看清楚管辖条款的约定。一些公司会在网上摘取合

① 吴笋林：“买房看清合同 有纠纷要慎选仲裁——一旦选择仲裁法院不会再理，一裁终局难再翻盘”，载《南方都市报》2013年8月8日，广州读本A13版。

同模板来使用，此时，切忌对网上合同模板照搬连看都不看。因为一些合同模板对纠纷解决约定的是商事仲裁程序，当事人若对合同条款未加更改即签订的话，日后出现纠纷会导致法院不受理案件而需要走商事仲裁程序。

法规速递

《中华人民共和国民事诉讼法》

第一百二十四条

……

（二）依照法律规定，双方当事人达成书面仲裁协议申请仲裁、不得向人民法院起诉的，告知原告向仲裁机构申请仲裁。

……

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》

145. 依照民事诉讼法第一百一十一条第（二）项[①]的规定，当事人在书面合同中订有仲裁条款，或者在发生纠纷后达成书面仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院裁定不予受理，告知原告向仲裁机构申请仲裁。但仲裁条款、仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的除外。

六、合同上的内容能否涂改

合同签订时若发现合同内容有错误，能否直接在上面涂改？

常见的合同尾部，一般都会有约定“本合同一式 × 份，甲方执 × 份，乙方执 × 份，具有同等法律效力”。这样的合同约定是为了保证合同各方当事人手上所持有的合同内容一致，避免因涂改、修改而引发法律纠纷。一方当事人的合同单方面存在涂改条款内容的，法院会认定另一方当事人手上没有涂改合同的条款有效。如果要认定涂改的合同条款为有效的话，各份合同都应该统一修改，并在修改处签名或者盖章。在诉讼案件中，如果一方当事人向法院提出对方手上的合同是单方面修改的，应该提出证据予

① 现为《民事诉讼法》第一百二十四条第（二）项（2012 年 8 月 31 日修正）。

以证明，至少要将自己手上的合同拿出来进行比对，因为根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第2条的规定："当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。"所以，如果诉讼时提出了对方合同有篡改的主张，但是无法提供证据予以证明的，则不会得到法院的支持。

一些法院的判决会认为在签订合同的时候，若一方修改了合同条款，而另一方没有对他的修改提出异议，则视为接受修改条款。

以案说法

认为另一方对合同有单方面修改的，应提供无修改的合同作为证据

某联合公司与某对外贸易公司签订一份进口货物购销合同，联合公司向对外贸易公司购买一批设备。对外贸易公司向联合公司交付设备后不到两个月，设备出现了质量问题，因对保质期存在争议，联合公司将对外贸易公司告上法庭。联合公司提交自己手持的货物购销合同，上面约定"对于内在的、需要运行一段时间方能发现的质量问题联合公司保留6个月的追诉（确定是否合格）权利"。但该条款是在合同末尾横线上手写的内容，对外贸易公司认为该条款是联合公司单方面增加的，应属无效。

【律师评析】

合同中如果没有约定合同份数，应视为合同签订方人手一份。若对外贸易公司认为联合公司提供的合同上面的条款是联合公司自己单方面增加的，就应该将自己手上的合同提交给法庭。如果对外贸易公司手上的合同末尾横线上没有填写内容，法院一般会认定联合公司合同上的条款无效。对外贸易公司如无正当理由不提供自己的那份合同，法院就会推定对外贸易公司手上所持有的合同中也有手写部分的条款，从而认定联合公司合同上的手写部分属于真实有效的条款。

应对方案

1. 合同内容应尽量不涂改，确实需要涂改修正的，需要各方持有的合同在内容上保持一致，修改部分加盖公章或签名。对于合同中常见的横线

或者手写栏，填写的内容也应该一致。

2. 合同涂改纠纷中，合同一方认为另一方存在涂改、篡改、单方面修正或增加内容的，应该要提供自己手上的合同给法庭作为证据，如果自己手上没有合同可以提供，法院则会推断修改内容是有效的。最高人民法院在（2007）民二终字第 33 号民事判决书中认为："导致合同当事人分别持有的合同文本内容有出入的原因复杂多样，不能据此简单地认定合同某一方当事人存在故意欺诈的情形。合同一方当事人如果据此主张对方当事人恶意欺诈应当承担举证责任，提供其他证据予以证明。"[①] 笔者提醒公司注意：自己一方保存的合同丢失了并非合理的理由，因为合同丢失无法证明，所以在一方合同丢失的情况下，应该尽量重新签订补充合同。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第七十七条 当事人协商一致，可以变更合同。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

七、合同被撤销的法律风险

合同签订后，若出现法律规定的情况，当事人有权撤销合同。《合同法》第 45 条规定，因当事人存在重大误解而签订了合同，或者在签订合同时双方当事人显失公平的，当事人有权提出撤销合同，另外当一方当事人欺诈、胁迫或者乘人之危让另一方违背自己意愿签订合同的，受损方也有权提出合同撤销的主张。合同被撤销，导致的法律后果就是合同自始无效，原来

① 参见"中国农业银行长沙市先锋支行与湖南金帆投资管理有限公司、长沙金霞开发建设有限公司借款担保合同纠纷案"，载《最高人民法院公报》2009 年第 1 期。

已经履行了的合同内容也需要回归原状，因为合同被撤销后遗留的问题太多，因此法院对于这类案件都非常谨慎，不到万不得已不会判决撤销合同。

国外的一些较著名的案例，笔者在读书时常有研习。例如，希腊罗德岛发生了饥荒，某商人从埃及亚历山大港运来稻米以高价出售，实际上其他运稻米的船只也正在赶来的途中，该商人知道情况却为了牟利而隐瞒不报。又如，美国内战时新奥尔良港被封锁，烟草无法出口而大幅降价。商人 Organ 在得知港口即将被解封前的数小时，以低价向另一商人 Laidlaw 收购烟草，随后港口开放，烟价大涨。Laidlaw 认为自己受到了 Organ 的欺诈而向法院起诉要求撤销合同。[①] 上述两件外国案例，随后均被认定合同有效不被撤销。国内也有类似的例子，早年政府出台房屋限购政策，一些开发商提早收到消息，于是趁着限购政策出台提前数天甚至是前一天的晚上大幅降价抛售房产，导致许多业主交了定金、房款而在政策出台后不符合购房的政策。大量业主向法院提起诉讼要求认定开发商欺诈并要求撤销合同，引发争议。

法院为了维护交易的安全与稳定，如上所述尽量不会判决合同撤销。签订合同时信息不对称，合同一方当事人没有义务向另一方当事人告知自己掌握的讯息，不能认定为存在“重大误解”、“欺诈”或“显失公平”等情节。有学者认为，“1. 因为资讯的取得需要成本。2. 各当事人应自行取得必要资讯，不能仰赖他人提供；否则双方将难获得必要资讯，使缔约失其效率。3. 磋商缔约应容许当事人有所保留，不能尽泄底牌，完全透明”。[②]

但是，在违反诚实信用原则，一方意在损害另一方利益的情况下，法院便会考虑判决撤销合同。例如，广州在 2010 年发生了一次极为罕见的特大强降雨，全城内涝，许多车因被水浸泡而报废，一些二手车行收购报废车，私自改装后隐瞒事实予以出售，有市民在不知情的情况下购买了这些浸水二手车，随后发现存在质量问题，向法院起诉要求撤销合同，在这类案件中，二手车行就存在欺诈的行为。另外，在签订合同的时候，合同内容中的权利义务不平等，一方只有权利而无义务，另一方则全是义务而没有任何权利，甚至违约责任都是单方的，那么合同很有可能会因“显失公

① 两案例均参考自王泽鉴：《债法原理》（第一册），中国政法大学出版社 2001 年版，第 245 页。

② 王泽鉴：《债法原理》（第一册），中国政法大学出版社 2001 年版，第 245 页。

平”而被法院认定为可撤销。司法实践中对于合同是否存在显示公平的情况，主要从以下方面认定，可供读者参考：“一是要对合同显失公平的认定应结合双方当事人权利义务是否对等、一方获得的利益或另一方所受损失是否违背法律或者交易习惯等方面综合衡量；二是要考察合同订立中一方是否故意利用其优势或者对方轻率、没有经验。所谓利用优势，是指一方利用其在经济上或其他方面的优势地位，使对方难以拒绝对其明显不利的合同条件；所谓没有经验，是指欠缺一般生活经验或者交易经验。显失公平的合同中，利益受损的一方往往因为无经验，或对合同的相关内容缺乏正确认识的能力，或者因为某种急迫的情况，并非出于真正的自愿而接受了对方提出的合同条件。”[①]

以案说法

欺诈或显失公平的合同会被撤销而导致无效

某网络公司对外宣传，称自己可以为客户制作设计网页，同时可以为客户进行网站的运营宣传。该网络公司在宣传资料和一些简介中，虚构自己服务过许多目前市面上的大型知名企业。

某食品贸易公司与网络公司签订服务合同，但合同非常简单，主要是约定由网络公司为其制作设计网站，并代理网络运营和宣传，服务费为5万元。合同是网络公司格式版本，但并没有明确网络公司的具体服务，同时对网络公司自身网页制作及运营的违约责任也没有进行约定。食品贸易公司在一次性支付钱款后，网络公司只是随意为其做了一个网站，因此食品贸易公司并不满意，向法院提出撤销合同，要求网络公司退还全款。

【律师评析】

本案中涉及虚假宣传的欺诈行为以及合同显失公平两点。

首先，网络公司对外虚假宣传许多知名企业是自己的客户，让外界相信自己有一定的实力从而骗取他人与自己签订合同。网络公司夸大虚假的宣传违背了诚实信用原则，其行为构成欺诈。

① 参见“家园公司诉森得瑞公司合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2007年第2期。

其次，服务合同应属于双务、有偿合同，食品贸易公司按照合同的约定支付了5万元的服务费，但该合同是网络公司制作的格式版本，并没有约定网络公司相对应的义务和违约责任，因此网络公司与食品贸易公司在这个交易中处于不对等的状态，合同内容背离了民法的等价有偿原则。因此，食品贸易公司在签订合同时显失公平。

综上，因为网络公司存在欺诈以及签订合同时显失公平，双方签订的服务合同应被认定为可撤销，食品贸易公司的主张可以得到法院的支持。

风险提示

1. 虽然法院在判决合同撤销的案件中都较为谨慎，但是在出现欺诈行为以及合同显失公平时，法院仍然会对合同判决撤销。欺诈和显示公平是较为常见的合同撤销的原因。

2. 公司在招揽业务、洽谈合作时，往往会对自己的能力进行一些夸大，就像现在的一些广告一样。适度地宣传夸耀是可以的，但是不能虚构事实骗取他人信任，这种做法是欺诈行为，签订的合同会被认定为可撤销。

3. 合同签订应该遵循公平、等价原则，一些较为强势的公司会用格式合同与他人签订，合同中只有别人的义务、自己的权利，这样的合同极不对等，法院会将此认定为显失公平而判定合同可撤销。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第五十四条 下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：

（一）因重大误解订立的；

（二）在订立合同时显失公平的。

一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

……

《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》

68. 一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误意思表示的，可以认定为欺诈行为。

72. 一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的，可以认定为显失公平。

73. 对于重大误解或者显失公平的民事行为，当事人请求变更的，人民法院应当予以变更；当事人请求撤销的，人民法院可以酌情予以变更或者撤销。

可变更或者可撤销的民事行为，自行为成立时起超过一年当事人才请求变更或撤销的，人民法院不予保护。

八、几种常见的合同范本

有些公司会在网上搜索合同模板进行参考，但是网上的模板有时候太过原则性，常会出现公司使用模板吃了亏的情况。

现笔者将自己及律所为客户制作的一些较常见、较容易出现纠纷的经济领域的合同范本归纳整理如下，仅供参考。合同范本只是一个基本的合同形态，公司还需要根据自己在交易过程中的实际情况，增删内容。

范本一：销售代理合同

甲方：×××有限公司

乙方：×××贸易公司

为了维护、发展×××品牌的商品，达到甲乙双方共赢的结果，甲乙双方经平等协商，达成乙方以代理销售的方式销售甲方商品的协议：

一、甲方是×××商标的所有人，该商标及所属商品的外观专利、包装图案等附属商品上的知识产权权利归属甲方所有。乙方在履行合同及之后都不得以任何形式侵犯甲方上述权利。

二、甲方将其产品委托乙方代理销售，该代理有区域性，甲方的销售为在区域内排他性的许可，代理有约定期限。

三、甲方许可乙方代理销售区域为：_____（不包括网上销售），即乙方不得向本区域外的商家进行销售，同时出于区域性要求，甲方如对区域内批发商进行售卖的，则相关合同要明确约定，买入者不在区域外进行销售，乙方的销售合同需每月汇总交甲方备案。

四、甲方在同一区域内（网上销售除外）不会另行委托他人进行批发经营，即甲方予乙方的代理权是排他性的。同时，乙方也保证在代理区域内不销售与代理商品同类的商品。

五、代理期限

本合同期限至_____年____月____日，合同期满60天前需确定是否续约。60天达不成续约的，合同将自动终止。此期间内甲方有权不继续供货，同时双方要对尾货、货款进行全面清理。

合同履行期间，因故合同解除的，乙方应在10天内汇总当时的货、款的情况，双方对此进行处置，其时，违约方需承担对方的损失。

六、价格的约定

为保证价格的合理性，甲方对代理商、经销商予以限定价格的要求，即乙方不得在甲方给出的最低价格以下进行销售，因促销等活动需在“最低价格”以下销售的，应事先得到甲方书面确认，在最低价格以下销售的原则是节日式有特殊理由的。

七、甲乙双方每季需将期间往来的电子邮件进行汇总后书面盖章确认，需将当前的货及货款进行核对、确认。本条确认指确认需盖双方的公章。

八、品牌的维护

乙方在代理过程中应维护×××品牌的商誉（包括商品、专利著作权等），对于涉及甲方商品品质的投诉、行政处罚、诉讼需及时汇报甲方，在此过程中乙方没有责任的相关处理，完全由甲方承担，乙方协助并甲方承担对应的后果。在此过程中，乙方有责任的，处理应双方共同负责，并根据责任过错比例分担损失。因乙方责任直接给品牌商誉等造成重大损失的，甲方有权提出索赔。

乙方对品牌宣传的投入，经甲方确认会以各种形式予以一定比例的奖励。

九、违约责任

合同无法履行的，按_____万计付违约金，因合同产生纠纷，双方努

力协商未果的，应在合同签订地法院进行诉讼。

十、其他

双方联系地址及邮箱如下，一方向另一方以联系地发出的信函、邮件为代表单位的有效联系，拒收或变更联系方式未经对方书面确认的承担相应过错责任。

甲方邮箱：_____ 乙方邮箱：_____

本合同一式两份，双方各执一份，具有同等法律效力。

范本二：买卖合同

甲方（买方）：×××公司

乙方（卖方）：×××公司

合同签订地：____市____区（签订地的约定应该要具体到市辖区）

甲乙双方就买卖_____事宜，达成以下内容：

一、合同标的

商品名称；规格；数量；金额。

二、交货时间及交货地点

合同签订后（首款收到后）____天内交货。乙方将货物运至甲方指定的以下目的地交货：_____。（交货地点应明示，否则与运输形式有关联，涉及合同履行地的认定及影响司法管辖）

三、运输方式、费用的承担以及所有权转移

乙方负责办理货物运至甲方指定的目的地，包括保险和储存在内的一切事项，有关费用已包括在合同总价中。货物的灭损风险在甲乙将货物交接时转移。

四、付款时间

一般合同签订付二至三成，到货验收后再付齐。（或可以选择保留一成左右作为质保金，在保质期过后再支付）

五、违约责任

简单设定违约金的计算方法即可。（数额不足的法院可以追加补偿，数额过大的法院会调整）

部分条款违约但不影响整体合同履行的，双方应继续履行。（不扩大损

失原则）

六、纠纷的解决

本合同履行过程中出现纠纷的，纠纷提交（合同签订地、合同履行地、甲方所在地、乙方所在地）法院诉讼解决。（慎选仲裁）

七、送达

双方确认以下地址与邮箱为有效（代表本方）的联系渠道，如有变化需向对方说明并取得书面确认，否则因地址（邮箱）变化而无法联系的（包括拒收对方信函的）需承担相应的法律责任。

另：涉及存在保质期的设备类商品，还应约定以下内容：

安装与调试：时间要求需具体，验收有分段进行的特征，即设备外表，调试运行的验收。

保质期：保质期为_____，自货物交付之日起计。乙方对货物的维修须及时高效，应不影响到甲方的生产，否则甲方可以要求乙方调换新货或承担实际损失。在产品质量保证期内，如出现产品质量问题，甲方有权随时要求乙方免费维修或更换；如属甲方人员使用不当不能正常使用，乙方也应及时提供维修服务，但甲方应承担乙方人员的差旅费和材料成本费用。

产品责任风险：因产品设计等本身质量原因导致出现生产事故的，由乙方（即卖家）承担责任并负担因此而造成的损失。

范本三：货物买卖的居间合同

甲方（委托方）：_____

乙方（居间人）：_____

一、甲方委托乙方为其货物出卖提供居间服务。

二、居间服务形式是报告订立合同机会及提供媒介服务。（当居间目标实践后，媒介服务的内容多少不对付费有所影响）

三、乙方提供信息过程不得弄虚作假，执行合同过程中不得有损害甲方利益的行为，在达成合同后负有保守秘密责任。

四、居间费用为促成签订的合同总标的额的____%，该费用由甲方支付，但促成的合同对应第三方同意分担居间费的，在甲方、乙方、第三方协商一致的情况下可作相应调整。居间费用在甲方与第三人签订合同之日三天

内支付乙方。

五、未能促成合同签订的，甲方不支付任何费用，包括乙方已实际付出的费用也由乙方自己承担。

六、本合同有效期为半年，甲方无故中途解约的需赔偿乙方实际损失，中途解约或期满后二年内，如甲方有利用乙方居间成果的，仍需要向乙方支付中间费。

（关于“居间人的资格”说明：法律没有直接的限定，但特定行业中介服务准入是有限制的，如证券、保险、房屋等。对限定行业如实在不能取得资质，也应在居间合同中注明：居间人实际身份情况，在该领域的拥有的知识与经验或相关优势，且委托人对此认同并承诺不以居间人身份不符为理由提起任何主张。）

第二节　抵押担保、借贷与融资

一、公司与银行的贷款法律纠纷

公司因资金运作向银行申请贷款，是经济活动中常有之事。银行放贷多也导致了不良资产的增加，相关的诉讼纠纷常常见诸报端。从目前的情况来看，法院处理公司欠债的银行贷款纠纷案件，一般都会较为偏向银行一方。例如，这类案件往往涉及的标的都较大，诉讼费或查封的保全费都较高，而法院对本地区的一些银行有减免缴纳诉讼费用的优惠；另外，在判决上，银行胜诉的概率也比较高。

公司向银行申请贷款需要签订贷款合同，因为贷款合同都使用统一模板，公司基本上不能对合同中的条款产生质疑，所以在签订合同时应该看清楚条款中对自己责任的约定，尤其是要明白在什么情况下银行有权提前收贷（如一些银行会约定：如果借款方出现法律纠纷有可能影响贷款偿还的有权提前收贷；借款方所借款项没有用于贷款合同约定的项目中的有权提前收贷；等等），以避免自己在经营的过程中出错而遭到银行的追讨。

一些贷款项目银行还会要求借款人提供财产担保或者提供担保人进行

担保。在一些情况下，公司有可能不是借款人，而是帮助其他关联企业或者合作伙伴以自己名下的财产进行担保。此时，如果借款人无法还款而违约，银行会起诉要求以提供担保的财产进行抵债，或者要求担保人对借款承担连带责任。

另外，一旦被银行起诉要求提前还贷，在法院未判决前，双方的借贷关系仍然存在，公司切勿因为银行已提起了诉讼而不继续支付利息。笔者经常代理银行向企业追讨不良资产，一些公司就是因遭受起诉而不再支付利息，导致法院因其不按照合同约定缴纳利息而认定其违约。

以案说法

遭银行起诉提前还贷，法院未判决之前，公司不应停止支付利息

新某医药公司于2011年3月向某银行申请贷款3000万元，双方签订《流动资金贷款合同》。合同中约定，如果新某医药公司在贷款期间内出现法律纠纷，银行有权单方面终止贷款并要求新某医药公司提前还贷，同时合同还约定，双方因贷款合同出现法律纠纷诉讼的，败诉方应承担胜诉方的律师费。

2011年12月新某医药公司因为与合作伙伴产生经济纠纷，被诉至法院，部分财产被法院冻结。银行根据贷款合同的约定提前要求新某医药公司还贷。2012年5月7日，银行向新某医药公司主张提前收回贷款，随后向法院提起诉讼。新某医药公司在遭到银行要求提前还贷的当月便没有再按照贷款合同的约定向银行支付利息。

【判词摘录】[①]

◆ 原告与被告新某医药公司签订了借款合同后，被告除在合同履行初期按约支付利息，自2012年5月起已没有按约付息，且在合同约定的期限届满（也即在2012年8月24日）后，被告新某医药公司仍未按约向原告偿还本金3000万元及利息，已严重违反了合同的约定。

◆ 因在涉案借款合同期内新某医药公司已与其他公司陷入诉讼中，亦

① 广州市天河区人民法院（2012）穗天法民二初字第2147号民事判决书；广州市中级人民法院（2013）穗中法金民终字第39号民事判决书。

未按合同约定向贷款人偿还借款利息，新某医药公司的行为已构成了违约，且涉案合同期限现已届满，故原审法院判令新某医药公司向银行偿还借款本金3000万元及相应利息处理恰当，本院予以维持。

应对方案

1. 公司遭到银行提起诉讼时，即使认为自己有理银行起诉有错，自己的胜算很大，也不能在诉讼时不按照合同的约定缴纳利息，因为在法院未作出终审判决之前，贷款关系仍然存在，作为借款方，公司仍然要承担支付利息的义务，如果不支付利息，就会被视为违约，银行就更有要求提前还贷的理由。

2. 公司向银行贷款时，应注意自己在合同中所签订的违约责任，搞清楚在什么情况下自己的行为或者经营状况会导致违约。例如前文所提到的，一些银行约定公司出现诉讼纠纷即视为危害贷款的清偿，会被认定为违约。很多公司不会仔细留意相关条款，导致自己在“无意中”违反了约定。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第二百零三条 借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

第二百零五条 借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照本法第六十一条的规定仍不能确定，借款期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付；借款期间一年以上的，应当在每届满一年时支付，剩余期间不满一年的，应当在返还借款时一并支付。

二、公司为他人提供担保的法律责任

在笔者经办的融资贷款等纠纷案件中，常有公司为他人提供担保的情况。公司的股东、关联公司或者他人在经营中需要提供担保的，公司有时会作为担保人，将公司名下的财产拿出来作抵押。

为防止公司大股东或实际控制人恶意控制公司损害其他股东的利益，法

律对公司对外提供担保有严格的规定。当公司向公司以外的人提供担保时，必须要通过董事会或者股东会、股东大会的决议；若为公司的股东或实际控制人提供担保的，则必须要通过股东会或股东大会的决议。

但是，根据最高人民法院2011年2月发布的公报案例，公司违反上述规定为他人提供担保的，并不应简单地将其认定为无效。公报案例中提出："公司违反前述条款的规定，与他人订立担保合同的，不能简单认定合同无效。第一，该条款并未明确规定公司违反上述规定对外提供担保导致担保合同无效；第二，公司内部决议程序，不得约束第三人；第三，该条款并非效力性强制性的规定；第四，依据该条款认定担保合同无效，不利于维护合同的稳定和交易的安全。"[①] 综上，笔者认为在目前的审判实践中，公司向他人提供担保的案件，无论公司内部程序是否合法，法院都会承认担保的有效性而判决公司需要承担连带清偿责任；如果公司内部程序不合法的，则公司在承担了连带清偿责任后，可另行追讨相关责任人的法律责任。

在一些因为债务人违约不还款而导致担保人被追究法律责任的案件中，担保人往往会提出"债务人违约不还款导致合同无效，自己也无须承担保证责任"的抗辩意见，对此法院是不予认可的。在最高人民法院（2005）民二终字第150号民事判决书中，担保人在案中就提出了上述抗辩意见，法院则认为："债务人无正当理由未在合同约定的期限内还款，担保人未按照合同约定承担保证责任，均构成合同履行中的违约，本应承担违约责任，而债务人、担保人反以不正当理由主张合同无效的，有违诚实信用原则，依法不应支持。"[②]

另外，在司法实践中对公司对外担保，采用"禁止反言"的规则，所谓"禁止反言"，就是指自己说过的话、承诺了的事，不能事后反悔。在担保行为中，公司已经与他人签订了担保协议，确认了要为他人提供担保的，不能在事后又以公司之前的担保决定不合法等理由提出反悔。

---

① 参见"中建材集团进出口公司诉北京大地恒通经贸有限公司、北京天元盛唐投资有限公司、天宝盛世科技发展（北京）有限公司、江苏银大科技有限公司、四川宜宾俄欧工程发展有限公司进出口代理合同纠纷案"裁判摘要，载《最高人民法院公报案例》2011年第2期。

② 参见"西安市商业银行与健桥证券股份有限公司、西安信用担保有限公司借款担保合同纠纷案"，载《最高人民法院公报》2006年第9期。

以案说法

1. 债权人对抵押担保的财产有权优先受偿

新某医药公司于2011年3月向某银行申请贷款3000万元，双方签订《流动资金贷款合同》。合同中约定，如果新某医药公司在贷款期间内出现法律纠纷，银行有权单方面终止贷款并要求新某医药公司提前还贷，同时合同还约定，双方因贷款合同出现法律纠纷诉讼的，败诉方应承担胜诉方的律师费。

2011年12月新某医药公司因为与合作伙伴产生经济纠纷，被诉至法院，部分财产被法院冻结。银行根据贷款合同的约定提前要求新某医药公司还贷。2012年5月7日，银行向新某医药公司主张提前收回贷款，随后向法院提起诉讼。新某医药公司在遭到银行要求提前还贷的当月便没有再按照贷款合同的约定向银行支付利息。

另外在案中，为了帮助新某医药公司能否顺利取得银行贷款，杨某作为法定代表人的A贸易公司、B贸易公司、科技公司、发展公司四家公司将共同名下所拥有的位于广州市越秀区××路××号写字楼的3楼全层的房屋产权作为抵押担保。随后新某医药公司违约无法还贷，银行要求法院判决以产权抵债。

【判词摘录】[①]

被告（A贸易公司、B贸易公司、科技公司、发展公司）作为广州市越秀区××路××号3楼房产的所有权人，以该房产为被告新某医药公司与原告（银行）所签订的《流动资金贷款合同》项下的债务作抵押担保，上述抵押房产已办理了抵押登记备案手续，原告与上述被告之间抵押关系成立，并合法有效。原告作为上述房产的抵押权人，依法有权从处分上述抵押房产所得的价款中优先受偿。其承责后，有权向被告新某医药公司追偿。

2. 公司对外签订担保协议后，不能以之前的决议违法而反悔

外贸公司为了筹集资金，向资产公司贷款1000万元，实业公司为外贸公司提供等额的担保，并与资产公司签订了《保证合同》，为外贸公司承担连带保证责任。外贸公司在借款后，因经营上的问题，导致最终无法按照

① 广州市天河区人民法院（2012）穗天法民二初字第2147号民事判决书。

借款合同向资产公司归还欠款，资产公司于是起诉要求实业公司承担连带责任。实业公司的股东提出反驳，认为当初实业公司为外贸公司提供担保的公司决议不符合公司章程规定的表决程序，所作出的决议并不合法，因此要求法院认定实业公司的担保行为无效。

【律师评析】

担保行为在司法审判中适用“禁止反言”原则，公司在之前已经同意了提供担保，并签订了《保证合同》，至于公司同意担保的这个决议是如何作出的，是否存在违反公司章程、违反程序的情况，这些对外界、债权人资产公司来说，是无法得知也无法调查的。决议作出的程序有瑕疵，只是公司内部的问题，公司只能内部进行追责，不能因此损害无辜债权人的利益。本案中，为了保证债权人的债权，实业公司提出的抗辩理由是无法得到法院的支持的。

风险提示

公司为他人提供担保，无论公司内部是否通过董事会、股东会、股东大会的决议，都不影响公司对外签订担保合同的有效性。如果债务人无法还债，公司作为担保方，则需要对债务承担连带责任。公司提供财产作担保的，财产就会被拿来抵债。对于公司内部出现的问题，如提供担保的手续不合法，没有召开董事会、股东会、股东大会，或者提供担保是受到公司内部负责人的控制等，公司只能在承担连带责任后，再另行追究他人的相关法律责任。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第十六条 公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。

……

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

第十一条 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

三、民间借贷法律问题

除了向银行贷款外，在日常经营过程中，公司企业之间或公司与个人之间也会互相借款。为了保护银行的利益以及防止民间高利贷等行为的发生，法律对民间借贷在操作上有着严格的规定。为规范社会上的民间借贷行为，最高人民法院在2015年8月6日发布了《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（已于2015年9月1日实行），对民间借贷的法律关系作出了明确的规定。

1. 借款合同以及借款凭证等需要完备、规范

借款人和放款人之间，应该就借贷事宜签订书面合同，并约定放款的方式。笔者认为，为避免日后出现不必要的纠纷或出现纠纷的时候易于举证，借款应该尽量采用转账的方式，以便证明出借人确实已将钱借出，在借款人收到借款后，还需要出具收条。

借贷关系和借贷内容等事实，一般由出借人承担举证责任，在原告只有借款合同而没有借款转账凭证或收条的情况下，根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第16条的规定，如果被告在庭上抗辩称自己已经偿还了借款，被告要先举证证明，如果被告提供了还款凭证而原告无证据反驳，则法院一般会判决借款已清偿；如果被告在庭上抗辩双方根本不存在借贷关系，原告并没有实际按照约定放款，法院会结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等事实和因素，综合判断查证借贷事实是否发生。但笔者认为，一般情况下如果被告口说无凭，法院是不会支持被告提出的主张的。

针对实践中常见的当事人只有转账凭证却没有借款合同或收条等书面材料而主张另一方还钱的情况，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第17条规定，被告一方如果认为原告提交的转账凭

证不是借款而是双方其他的债权债务关系（如双方做生意的往来款、货款等），被告要对自己的主张举证证明。如果被告无法举证证明自己的主张，则法院很有可能会支持原告的主张，将该笔转账认定为双方存在借贷关系。如果被告举证证明了自己的主张，则原告还要就借贷关系的成立承担举证证明的责任，原告在被告举证证明自己主张的情况下无法再举证的，法院则会认定民间借贷关系不成立。

现实生活中，一些作为供货或提供服务一方的企业或个体经营者在与他人做生意的时候，往往忽略签合同的环节，习惯于在供货后收款，或是提供服务后收款，合作过程既没合同，也没有任何履行合同的凭据，如供货单、验收单、确认书等。这就可能让对方钻法律空子，以上文提到的司法解释的规定为依据，向法院起诉索要已经支付的钱款，由于在交易的过程中没有合同或履行合同的凭证，被告会因无法举证而吃亏。

2. 利息预先在本金中扣除的不被法院所认可

双方签订借贷合同，如约定借款 10 万元，但出借人在放款时实际上只向借款人支付了 9 万元，1 万元扣下预先作为利息，这种情况在民间借贷中很常见，有点像以前社会高利贷的“九出十三归”。法院是不会认可预先扣除利息的做法的，如果利息已在本金中扣除，实际出借的金额会被法院认定为本金。

3. 若借贷存在利息，需要有合同明确约定；民间借贷的利息应遵循 24% 与 36% 的“两区三线”规则

没有在借款合同中约定借贷期间利息的，一般都会被视为该次借款没有利息。笔者见过一些当事人在日后的欠条中补充说明利息支付的，一般也比较难以得到法院的支持。但是，若借款人迟延还款，即使双方没有事先的约定，对于迟延还款之后的利息，出借人也可以要求借款人按照银行同期贷款利率计算利息。

根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第 26 条的规定，借贷双方约定的利率未超过年利率 24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，法院会对该利息的支付予以支持。如果借贷双方约定的利率超过年利率 36%，超过部分的利息约定是无效的。借款人若请求出借人返还已经支付的超过年利率 36% 部分的利息，人民法院会

判决返还。至于借贷双方约定的年利率在24%—36%的，法律不保护，但已经支付了的利息不追究，如果借款人还没有支付，则超出24%的部分可以不支付。

出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用的，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率24%的部分，人民法院不予支持。

4. 公司负责人为了公司利益而向他人借款的情况

公司的负责人以自己的名义向他人借款，如果所借回的款项是用于公司的经营发展、业务需要，属于“私贷公用”。公司负责人的这种借款行为若属于职务行为，公司就有可能需要承担还款的义务。公司是否需要承担还款义务，法院主要从负责人借回款项的用途、是否将借款汇入公司账户、公司是否有授意要求负责人对外借款、出借人是否清楚实际用款人的情况、是否以公司的收入进行过还款等方面进行审查。借款期届满，借款的个人已离开公司的，并不影响公司的还款义务。

关于民间借贷案件的审理，有法官认为：“近年来，民间借贷案件逐步增多，审理难度不断加大，社会广为关注。总结起来，当前的民间借贷案件主要有以下几个特点：一、社会诚信思想缺失，案件当事人为了财产利益不惜说假话，出具假证明。证据审查难度增大。二、当事人法律意识不高，缺乏正规的借贷书面证据，不易衡量是否存在真实的借贷法律关系。三、案款逐步增大，动辄数十万上百万的借款，但同时又缺乏钱款往来明细，真假难辨。四、当事人以民间借贷方法掩盖其他合法或者非法的行为，导致案件审理中法律关系复杂，事实难以认定。”[①] 另外，“对于大额的借贷关系，不应仅仅从借据等证据上认定，更应该深入对借贷行为的审查，对当事人的出借能力、当事人的钱款流转明细、当事人的借款目的，甚至借款的时间、地点都应该有充分的涉及。如果仅仅有借据而无其他任何钱款往来，被告又予以否认，不能轻易认定存在借款的意思表示”。[②] 对此，笔者深有感触，

① 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院2013年度案例·借款担保纠纷》，中国法制出版社2013年版，第36页。

② 同上。

笔者曾经办过两起公司之间以及公司与个人之间的借贷案件，均因借款人一方否认或不出庭应诉，出借人没有实际出借钱款凭据，最终导致借贷关系不被法院所认定。司法实践中法院的这个判决规则，笔者提请作为出借方的读者注意。

5. 企业之间仅能因生产经营的需要而借款

在《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》出台以前，企业之间互相拆借是被禁止的，而上述司法解释对企业间的拆解作了部分解禁。该司法解释第 11 条规定，企业间因为生产、经营的需要订立民间借贷合同的，合同有效。

以案说法

1. 除借款合同外，借款记录证明也是民间借贷纠纷的重要证据

张某与黎某两人常有生意往来。2012 年 7 月 1 日，黎某因生意上周转不畅，向张某提出借款 60 万元，张某同意，双方签订了一张《借据》，约定借期为 2010 年 7 月 1 日至 2010 年 10 月 1 日。

借款到期后，黎某生意上经营不善，一直不予还钱，张某多次索要无果，向法院提起诉讼。黎某对于张某的起诉持消极态度，不答辩、不提交证据，也不出庭应诉。

【判词摘录】[①]

◆ 一审判词[②]：本案的争议焦点是被告黎某是否存在向原告借款未还的事实。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 64 条第 1 款的规定，当事人对自己的主张有责任提供证据。据此，原告为证明其主张的事实，提供了以被告名义立下的《借据》，由于被告下落不明，没有到庭应诉，无法确认借据上签名“黎 ××”的真实性。此外，原告提出在借款当天通过网上转账方式，将 60 万元交付给被告黎某，原告未能对此予以举证证明。鉴于原告提供的证据不能充分证明被告借款未还的事实，对原告的诉讼请求，本

① 广州市越秀区人民法院（2011）穗越法民一初字第 1968 号民事判决书；广州市中级人民法院（2012）穗中法民二终字第 590 号民事判决书。

② 一审诉讼中，张某没有向法院提交自己的银行转账凭证。——笔者注

院不予支持。

◆ 二审判词[①]：张某为证实黎某向其借款60万元未还的主张，提供了以黎某名义立下的《借据》（原件）以及黎某立下《借据》当天从其本人账户通过网银转账凭证等证据予以证实。因经两级法院合法传唤，黎某均未到庭应诉，应当视其放弃有关抗辩权利，对于张某提供的证据，本院确认其真实性。张某于2010年7月1日向黎某出借60万元，按《借据》约定，黎某应于2010年10月1日向张某归还上述款项，现没有证据证明黎某返还了上述款项，故张某诉请黎某返还60万元本金以及支付逾期返还款项期间的利息，符合法律规定，本院予以支持。

2. 借款人否认民间借贷关系存在而认为是投资的，需对涉案转账钱款的性质予以举证

自2013年3月16日起，陈某先后向杨某转账六笔款项，杨某确认收到上述六笔转账款项合共149万元。

2014年，陈某提供银行的转账凭证向法院提起诉讼，要求法院确认自己向杨某一共借出了149万元，并要求杨某还钱。庭审中，杨某确认收到了上述钱款，但是抗辩称这149万元是陈某向他经营的佛山某餐饮公司支付的投资款。

【判词摘录】[②]

◆ 在本案中，杨某既没有提供其与陈某协商合伙的任何书面证据，也没有提供公司相关账册证实涉案款项的收入及支出情况，更没有提供当时装修的任何凭证予以佐证。

◆ 因此，杨某的该抗辩不具有让人内心确信的合理性，杨某应当对其主张的事实不能确定承担不利后果，本院对其抗辩意见不予采信。

风险提示

1. 对于民间借款，双方除了需要签订借款合同外，出借人还应尽可能地以转账的形式支付借款给他人。借款人收取借款后，应该书写收条进行

① 张某不服一审判决提起上诉，在二审中提交了银行转账凭证。——笔者注

② 佛山市中级人民法院（2015）佛中法民一终字第2015号民事判决书。

确认。因为，若出现纠纷案件打到法院，法官审查发现没有证据可以证明出借人实际将钱支付给了借款人，且借款人否认或不到庭的，就极有可能认定双方不存在借贷关系而判出借人败诉。

2. 公司之间，尤其是关联公司之间的互相借款，也应该遵循上述规则，严格操作。对于公司负责人向他人借款而用于公司的，该借款行为属于职务行为，公司应该为负责人所借款项承担还款义务。

法规速递

《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》

第十一条 法人之间、其他组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，除存在合同法第五十二条、本规定第十四条规定的情形外，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。

第十六条 原告仅依据借据、收据、欠条等债权凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩已经偿还借款，被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。

被告抗辩借贷行为尚未实际发生并能作出合理说明，人民法院应当结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等事实和因素，综合判断查证借贷事实是否发生。

第十七条 原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务，被告应当对其主张提供证据证明。被告提供相应证据证明其主张后，原告仍应就借贷关系的成立承担举证证明责任。

第二十六条 借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。

借贷双方约定的利率超过年利率36%，超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息的，人民法院应予支持。

第二十七条 借据、收据、欠条等债权凭证载明的借款金额，一般认

定为本金。预先在本金中扣除利息的，人民法院应当将实际出借的金额认定为本金。

《广东省高级人民法院全省民事审判工作会议纪要》

58. 审判实践中对于民间借贷纠纷案件的证据认定，应从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。对于存在借贷关系及借贷内容等事实，出借人应承担举证责任；对于已经归还借款的事实，借款人应承担举证责任。对形式有瑕疵的“借条”，出借人应对交付款项给借款人承担举证责任。对形式有瑕疵的“欠条”或“收条”等，应结合其他证据认定是否存在借贷关系。对当事人主张通过现金交付的借贷，应根据交付凭证、借贷金额大小、出借人的支付能力、资金来源、交易习惯、当事人关系以及当事人陈述的交付细节经过等因素综合判断是否存在借贷关系。

59. 一般应将民间借贷借据上记载的借款金额认定为本金，但当事人约定利息预先在本金中扣除的，应按照实际出借金额确定本金。

60. 民间借贷既约定利息又约定违约金，当事人同时请求支付利息和违约金的，可予以支持，但二者之和不能超过依据最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第六条规定的利率限度所计算的数额；对于超出该数额的部分，一般不予保护。

61. 当事人仅约定借期内利率，未约定逾期利率，出借人以借期内的利率主张逾期还款利息的，应予支持。当事人既未约定借期内利率，也未约定逾期利率，出借人主张自逾期还款之日起的利息损失，其计算标准不超过中国人民银行规定的同期同类贷款基准利率的，应予支持。

四、民间担保抵押中债权人的权利保护

为了防止合同相对方违约，一些公司为了保护自己的利益以及债权的安全性，会要求对方提供抵押担保或者要对方另寻他人对合同债务提供担保。双方会约定：如果违约，便将抵押物进行抵债处理。但是，抵押担保在一些情况下需要办理特定的手续，签订抵押合同也有相关的法律禁止条款，这是一些当事人在办理抵押手续时没有注意到的。

根据《物权法》和《担保法》的相关规定，若用土地使用权、房产等建

筑物、车辆、机械设备等作为抵押物的，当事人必须去办理抵押登记，如果没有办理抵押登记，则该抵押效果不能对抗善意的第三人，即在没有办理抵押登记的情况下，抵押物被转让的，债权人有可能便难以实现自己的抵押权。

另外，法律禁止流质抵押，即有一些当事人会签订协议，写明如果违约将直接以物抵债。《担保法》第40条规定："订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。"《物权法》第186条也规定："抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。"对于法律禁止这种流质抵押的目的，有法官认为："首先，有利于防止担保设定人和与担保人串通以逃避债务、损害担保设定人的其他债权人的利益。如果法律允许流质抵押条款，那么担保设定人与担保权人就有可能恶意串通，通过订立流质抵押条款这种合法的方式，来逃避担保设定人对其他债权人的债务，从而给其他债权人造成损害。其次，有利于防止债务人与债权人串通以损害担保设定人的利益。在担保设定人不是债务人的情况下，如果允许流质抵押条款，那么债务人就有可能与债权人串通，债务人到期故意不履行债务从而让债权人取得担保物的所有权，并以此来损害担保设定人的利益，特别是在担保设定人不能及时、有效地对债务人行使追偿权的情况下，担保设定人的利益更有可能受到损害。最后，禁止流质抵押的终极目的在于保护担保设定人及其他债权人的利益。在担保物的价值不是一般的高于而是过分高于被担保的债权额时，如果允许流质抵押条款的存在，则不仅会造成担保设定人和债权人之间的利益失衡，造成显失公平，在担保设定人没有足够的财产以满足他的其他债权人的债权时，还会造成担保设定人的其他债权人与债权人之间的利益失衡。"[①] 笔者担任了一些贸易商务公司和个人的法律顾问，他们主要从事贸易以及民间借贷融资业务，其与一些债务人签订的抵押合同中就常见流质抵押条款，对此，笔者也会就这个法律禁止问题向客户说明，使他们明白自己的合同条

① 郑淑梅："借款抵押合同中流质抵押条款无效"，载中国法院网，http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/04/id/952792.shtml。

款有可能存在被法律认定为无效的风险。

以案说法

抵押担保不符合法定手续的，抵押权不被法院认可

东兴公司与裕华公司于2012年4月3日签订借款协议，裕华公司向东兴公司借款500万元，借期为一年。因为裕华公司名下有一套价值近1000万元的别墅，所以东兴公司与裕华公司在合同中约定，裕华公司将名下别墅抵押给东兴公司，在借款期满之日裕华公司若不能还清借款，裕华公司将抵押给东兴公司的别墅直接过户给东兴公司。

截至2013年4月2日，裕华公司因资金周转不善，无法还清借款，东兴公司多次索要无果。2013年12月东兴公司发现裕华公司已将名下别墅转让给第三方，于是向法院提起诉讼，请求法院将别墅过户到自己名下。

【律师评析】

涉及将房产作为抵押物抵押的，根据《担保法》的规定，必须办理抵押登记手续，没有登记手续的，抵押关系不能对抗善意第三人。在本案中，如果第三方并非与裕华公司进行串通的话，那么买卖关系是成立的，东兴公司的抵押权无法得到实现。

对于东兴公司向法院起诉要求将房屋直接过户到自己名下的诉求，因法律禁止流质抵押，该条款属于无效。因此，东兴公司的起诉，是得不到法院支持的。

应对方案

1. 即使抵押权人与抵押人之间签订了抵押合同，为保证如土地使用权、房屋、汽车等以登记作为所有权依据的抵押物不在抵押担保期间被抵押人私自处理，建议双方将抵押物进行抵押登记。

2. “以物抵债”的抵押合同没有法律效力。以物抵债抵押合同中的标的物在债务人无法履行债务的情况下，仍需通过拍卖等方式将抵押物变现后向债权人偿还债务。

法规速递

《中华人民共和国物权法》

第一百八十条 债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

（一）建筑物和其他土地附着物；

（二）建设用地使用权；

（三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；

（四）生产设备、原材料、半成品、产品；

（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；

……

第一百八十六条 抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

第一百八十七条 以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

《中华人民共和国担保法》

第四十条 订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。

第四十一条 当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。

第四十二条 办理抵押物登记的部门如下：

（一）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；

（二）以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；

（三）以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；

（四）以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；

（五）以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》

第五十七条 当事人在抵押合同中约定，债务履行期届满抵押权人未

受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效不影响抵押合同其他部分内容的效力。

第三节　民事纠纷中的法律责任

一、分公司与子公司的法律责任承担

公司在经营过程中扩大规模，需要成立自己的下属企业或分支机构，一般有成立分公司或设立子公司两种方式。分公司是总公司设立的分支机构，而子公司是独立的公司，一般是通过母公司控股或通过协议来对子公司产生控制，或者由母公司独资另行设立的公司。根据法律规定，分公司不具有法人资格，而子公司具有法人资格。两者在财务制度上或许有一些区别，公司经营者往往对财务上的区分较为熟悉，但是却忽视了两者在法律责任上承担的不同，在此，笔者特针对法律责任的区分进行说明。

分公司属于公司下辖的分支机构，与总公司的关系就像大脑与肢体一样，是一体的，所以分公司的一切法律责任都由总公司承担，总公司如果出现了法律纠纷承担责任，或者是被行政机关吊销、处罚等，都会影响分公司的运作。子公司则不同，子公司与母公司的关系就像父与子的关系，虽然两者之间“有血缘关系”，但是父子之间是两个人，所以两者各自独立承担法律责任。

在母公司与子公司的关系中，如果母公司过度控制子公司，导致母公司与子公司混为一体的，则涉及公司的混同。实际经营中常见有子公司对外签订的合同，由母公司全部或部分履行合同义务、享有合同权利，则会导致两家公司承担连带责任。

以案说法

1. 分公司引发的民事责任由总公司承担

某外贸公司总部设在广州，专门进口和生产食品，因为业务扩张，公司于2012年在深圳设立外贸公司深圳分公司，由深圳分公司专门处理港澳以及国外食品的进口事务。2013年3月，因分公司自身的过错，导致一批

进口食品涉及有毒有害物质，因此发生了重大的食品安全责任事故，外贸公司被消费者起诉以及面临工商行政部门的处罚。

【律师评析】

本案中，即使是分公司自身的责任、自身的过错，相关的民事责任也应由总公司负责。因为分公司没有独立的法人资格，相关的权利义务都归属于总公司。在本案中，如果深圳的公司是外贸公司出资另行成立或者是控股的公司，那么结果就会大不相同，如果是深圳公司的过错使得进口的食品致人损害，那么广州的外贸公司就无须承担民事责任。

2. 子公司与总公司财产分明没有混同的，双方不承担连带责任

某贸易集团总公司以独资的方式，设立了具有独立法人的外贸经营公司，外贸经营公司有独立的银行账户，财务制度也与集团总公司独立。但在经营上，外贸经营公司一直使用贸易集团总公司所拥有的房屋作为经营场地，财务上外贸经营公司将应缴税款交给总公司，由总公司代缴。2014 年 2 月，贸易集团总公司因逾期拖欠货款，遭债权人起诉，债权人认为外贸经营公司虽然是子公司，但是两家公司混同，应承担连带责任。

【律师评析】

子公司财务独立核算，具有独立的法人资格，因此，应对自己的行为承担法律责任，总公司引发的法律责任，如果与子公司无关，子公司不需要与总公司一起承担。但是，如果子公司在财务和经营上与总公司混同，就有可能承担连带责任。

本案中，虽然外贸经营公司使用总公司的办公场地进行经营，但两家公司并没有不分你我，在财务上和经营上完全独立的情况下，并不产生混同的后果。案中外贸经营公司的税款由总公司代缴，这只是总公司控制子公司的一种管理方法，若总公司过度控制，也仅有可能产生子公司的财务由总公司来承担连带责任的结果。本案中，是总公司欠下了债务，因此子公司不需要和总公司承担连带责任。

应对方案

1. 公司设立分公司还是子公司，需要通过自己的经营特点进行考量，

充分了解两种方式的利弊。一些较大型的产销一体的企业，会将自己公司的行政销售等文职业务部门通过设立分公司而交由分公司进行管理，总公司则专事生产。对此笔者认为，抛开财务制度不谈，这样的企业更应该设立多家独立的公司通过控股来进行管理，如总公司负责控股和投资，行政人员与总公司建立劳动关系，而销售业务另行设立销售经营公司进行管理，生产则另行设立生产公司进行管理，这样可以将经营、生产独立出总公司，以避免因经营、生产等任何一个环节出现问题而影响总公司的运作。

2. 分支机构、分公司在经营的过程中注销、停业的，因为分支机构、分公司本身不具有独立的法人资格，民事责任由总公司承担，所以分公司注销、停业，总公司仍然要为其引起的民事责任“埋单”。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第十四条 公司可以设立分公司。设立分公司，应当向公司登记机关申请登记，领取营业执照。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。

公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。

《中华人民共和国公司登记管理条例》

第四十五条 分公司是指公司在其住所以外设立的从事经营活动的机构。分公司不具有企业法人资格。

二、违约责任与抗辩权

合同一方当事人如果没有按照合同的约定履行义务，另一方当事人可以要求其承担违约责任，除了违反合同的约定需要承担违约责任之外，在合同一方当事人明确告知或者用自己的行动来表明自己不履行合同义务时，另一方也可以在合同期限未届满时要求其承担违约责任。

违约方需要根据合同的约定承担违约责任并向守约方支付相应的赔偿。违约责任在法律上分为金钱债务的违约责任与非金钱债务的违约责任，前者是指违约方不支付合同价款或者劳动报酬的，守约方有权要求违约方支付欠缴的费用；后者是指违约方没有按照合同的约定履行非金钱义务的，守

约方有权要求违约方履行应履行而未履行的义务，但是在“法律或事实上不可能履行”“履行义务费用过高”或者“守约方在合理期限内没有要求违约方履行”的情况下，违约方可以不再履行义务。

在一些特定情况发生时，法律赋予当事人可以不履行合同义务的权利，在法律规定的情况下不履行合同义务的，可以不承担违约责任，当被起诉违约时，可以提出抗辩。合同法上主要有以下三种履行中的抗辩权：

1. 同时履行抗辩权

合同中没有对先后履行义务有约定的，当事人应该一起履行合同义务。例如，甲、乙双方签订互换合同，约定在3月1日上午，甲向乙交付一架钢琴，乙向甲交付一台音响设备的，双方同时进行互换。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

2. 先履行抗辩权

合同中有约定履行义务的先后顺序时，如果先履行义务的一方没有按照合同约定履行义务，后履行合同义务的一方可以不履行义务，并有权要求先履行义务的一方承担违约责任。例如，甲、乙双方签订互换合同，约定甲先于3月1日向乙交付钢琴，乙于3月2日向甲交付音响设备，甲在3月1日没有如约交付钢琴或交付的钢琴不符合要求的（如合同约定甲交付教学专用钢琴但实际甲交付的是普通钢琴），乙有权在3月2日不交付音响设备并可以要求甲承担违约责任。

3. 不安抗辩权

在近些年因经济不景气导致金融危机发生的情况下，不安抗辩权在合同履行中时常发生。

不安抗辩权，是指在上述有先后履行义务顺序的合同中，后履行合同义务的一方突然出现了丧失履行合同能力的情况（主要有经营状况严重恶化、转移财产抽逃资金、丧失商业信誉等），先履行合同义务的一方为了保证自己的权利、防止对方出现违约，可以暂停履行合同，等到对方有能力履约后才继续履行合同。例如，甲、乙双方签订互换合同，约定甲先于3月1日向乙交付钢琴，乙于3月2日向甲交付音响设备，当甲在2月28日得知乙要交付的进口音响设备在海外运送途中损毁，乙根

本不可能按约定交付时，甲有权在3月1日不向乙交付钢琴，并有权要求乙承担违约责任。

法律对不安抗辩权的行使有严格的要求，不支持一方当事人随便以行使不安抗辩权为由提出中止合同，借机损害合同另一方当事人的利益。另外，行使不安抗辩权的当事人应当履行通知对方的义务，在对方提供了适当担保或者恢复履约能力后，应当继续履行合同。有法官认为："适用不安抗辩权的法定条件较多，同时还与其他合同权利、义务交织，并非一次发货、一次付款即完成交易"[①]，所以在实际的司法审判中，到底如何界定先后履行顺序，有时候很难判断，这也是审理不安抗辩权案件的复杂之处。同时还认为："法律设立不安抗辩制度主要针对的应是合同对方丧失履约能力，而非针对合同标的物，但在实际纠纷中，不少当事人主张不安抗辩往往是基于合同标的物本身存在瑕疵或其他不能交付、过户的情形。"[②]但是，在这种情况下当事人的主张是得不到法院的支持的。

以案说法

1. 不安抗辩权需严格依照法律要求行使

商务公司与资产公司签订合同，约定由商务公司出资2000万元购买资产公司名下的位于市区的一整层房屋。双方约定商务公司先付首期1000万元，资产公司在收到首款后5日内办理房屋过户手续，之后商务公司再支付剩余的1000万元尾款。

签订合同后商务公司如约向资产公司支付了首款，资产公司正准备办理过户之际，得知商务公司被他人起诉，涉案标的将近5000万元，同时商务公司名下的财产全部被冻结，有破产的风险。恰逢房价高涨，于是资产公司告知商务公司，暂停办理房屋过户手续，并提出解除合同。商务公司认为资产公司违约，双方协商不成诉至法院。

【律师评析】

商务公司被他人起诉，涉案标的巨大且资产被冻结，一旦败诉，的确

① 田朗亮编著：《买卖合同纠纷裁判规则与案例适用》，中国法制出版社2013年版，第311页。

② 同上，第311、317页。

会有资不抵债的风险。在商务公司的资产被冻结的情况下，已没有能力再向资产公司支付尾款1000万元，资产公司完全可以预计商务公司不支付尾款不履行合同义务的风险的存在，一旦将房屋过户，将会造成损失。因此资产公司行使不安抗辩权有合理的依据。

但是，当资产公司告知商务公司并行使不安抗辩权后，商务公司可以通过第三方提供担保的方式要求合同继续履行，如法定代表人或股东凑足1000万元作为保证金，或者用其他财产作为担保。另外，如果案件终结资产解冻，在可以避免资产公司产生损失或者商务公司恢复履约能力的情况下，合同就应当继续履行。

2. 只有在合同一方不履行主要债务或有确切证据证明合同一方丧失履约能力的，合同另一方才有权主张不安抗辩权

1994年1月12日，投资公司与工具公司签订了合资经营南华工具（集团）有限公司的合同。双方约定由投资公司分五期投入注册资金，工具公司则以现有固定资产、分厂、门市部及其他第三产业等作价投入，在取得营业执照一个月内一次性缴清。

投资公司在缴纳了三期注册资本后，剩余两期注册资本没有缴纳，而工具公司投入的资产则已按约定交付给合资公司实际使用，工具公司便不将投入的资产进行过户。随后，工具公司向法院提起诉讼要求投资公司承担违约责任缴足注册资金，而投资公司则辩称工具公司不过户资产属于预期违约，自己是行使不安抗辩权，可以免责。

【判词摘录】[①]

◆ 据此本案可以适用我国《合同法》中有关不安抗辩和预期违约的规定。根据《合同法》第68条、第69条有关不安抗辩的规定，应当先履行债务的当事人行使不安抗辩权首先要有确切证据证明对方存在法定的几种有丧失或者可能丧失履行债务能力的情形，其次要尽及时通知对方的义务。而本案中投资公司与工具公司并不存在谁先履行债务的问题，投资公司也没有通知工具公司要中止履行合资合同，因此不符合《合同法》中有关不

① 天津市高级人民法院（2000）高经初字第42号民事判决书；最高人民法院（2002）民四终字第3号民事判决书。

安抗辩的规定。

◆ 工具公司已将作为出资的设备和房产交予合资公司实际使用，只有少部分房产未办理过户手续，其履行了主要债务而不是不履行主要债务，因此，也不符合《合同法》第 94 条对预期违约的规定。故投资公司上诉提出其不按约投入第四期、第五期资金是一种预期违约，属行使不安抗辩权，因而可以免责的理由不能成立，本院不予支持。

风险提示

1. 违约责任基于合同的约定，任何一方违反合同约定的，都要承担违约责任。

2. 在法律规定的情况下，当事人可以行使抗辩权，但是为保证抗辩权不被滥用，行使抗辩权有严格的要求，其中同时履行抗辩权是以合同各方当事人约定了同时履行义务为前提；先履行抗辩权是以合同各方当事人约定了先后履行义务顺序为前提；而不安抗辩权则规定得更为严格，需要以先后履行义务为前提，行使权利时需要尽到告知义务，同时法律还特别规定了不安抗辩权消灭的情况。如果抗辩权的行使不符合法律要求，则会被认定为违约。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第六十六条 当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

第六十七条 当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

第六十八条 应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：

（一）经营状况严重恶化；

（二）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；

（三）丧失商业信誉；

（四）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

第六十九条 当事人依照本法第六十八条的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

第一百零七条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

第一百零八条 当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。

三、违约金与违约赔偿

违约一方支付违约金，具体该怎么支付？违约金的计算依据是什么？这些都是基于合同的约定。违约金的约定有惩罚性违约金和补偿性违约金两种情况，《合同法》第 114 条第 1 款规定："当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。"其中前半部分"根据违约情况向对方支付一定数额的违约金"是惩罚性违约金，而后半部分"约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法"则属于补偿性违约金。

对于违约金的支付依据，虽然要求必须要在合同中明确约定，但是法律也禁止约定数额过高或过低，虽然法律没有强制性地给予一个违约金最低和最高的"指导价"，但却赋予了当事人有权主张违约金调整的权利。当违约金约定过低或过高时，当事人可以向法院起诉要求调整违约金支付数额。一般来说，违约金超过造成损失的 30%，当事人提起诉讼的，被法院判决调低的可能性会很大。最高人民法院在青岛市光明总公司与青岛啤酒股份有限公司啤酒买卖合同纠纷案（2004）民二终字第 125 号判决书中认为："《中华人民共和国合同法》第 114 条等规定已经确定违约金制度系以赔偿非违约方的损失为主要功能，而不是旨在严厉惩罚违约方；违约金在合同法

中主要体现为一种民事责任形式，因此，不能将违约金条款完全留待当事人约定，尤其是对数额过高的违约金条款，更是如此。如果任由当事人约定过高的违约金且以意思自治为由予以支持，在有些情况下，无异于鼓励当事人通过不正当的方式取得暴利，也可能促使一方为取得高额违约金而故意引诱对方违约。有鉴于此，人民法院可以对不合理的违约金数额进行调整，以维护民法公平和诚实信用原则，并使违约方从高额且不合理的违约金责任的束缚中解脱出来。”

当事人在合同中既约定定金的支付，又约定违约金条款的，一方出现违约时，守约方并不能同时主张两种惩罚方式，但有权选择由违约方承担定金罚则还是承担支付违约金。

笔者在给公司审查合同时常发现类似的约定：如果一方违约，除了要支付违约金外，还应该向守约方作出损害赔偿，包括守约方直接或间接的经济损失。笔者认为，这样的约定虽然是合法的，但在实际操作中并不可行，真正主张直接和间接损失非常困难。因为法律规定了损害赔偿金的支付，适用于“可预见原则”，《合同法》第 113 条第 1 款规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”法院支持损失赔偿的前提，是直接或间接损失必须要“可量化”，在没有明确的证据可以证明自己已实际遭受了损失，没有明确的证据证明自己即将且不可避免地要遭受损失，以及违反可预见损失范围的情况下，主张直接或间接损失的损害赔偿是很难得到法院的支持的。

以案说法

1. 违约金的支付如果过高或过低，法院有权进行调整

2009 年某开发公司与某投资公司签订协议，约定某一项目投资，根据合同约定，违约方需要按照每日 5‰支付违约金并不设上限。按照当时的情况，5‰的违约金已远远超出同期银行贷款利率数十倍。随后投资公司违反了合同的约定，被开发公司告上法庭，开发公司要求投资公司支付违约金，而投资公司则认为当时签订合同中约定的违约金数额过高，请求法院调低。

【律师评析】

虽然两家公司签订合同时是自愿的，且合同内容是真实的意思表示，但在司法实践中，若违约金的约定明显过高或者过低而不足以弥补当事人的实际损失的，法院会在当事人提出调整的前提下作出适当的调整，但是违约金的赔偿不会超过本金。

2. 违约金过高，法院通常会将中国人民银行逾期贷款利息作为违约金的计算标准

某产业技术公司向置业公司承租了置业公司名下的一处办公楼做办公和技术研发之用。双方签订了租赁合同，合同约定："承租人不支付租金或逾期支付租金的，承租人需按当月租金额的2%向出租人支付违约金。"

2015年10月至2016年9月，因为产业技术公司的原因未能按合同约定向置业公司支付租金，于是置业公司起诉要求产业技术公司交租并按照合同约定支付违约金。产业技术公司认为合同约定的违约金过高，希望法院能够调低违约金的计算标准。

【判词摘录】[①]

◆ 违约金的支付应以实际损失为基础。原告主张的违约金过高，本院依法予以调整。

◆ 本案中，双方均无举证证明原告的损失情况。

◆ 结合本案的实际，根据《房屋租赁合同》的实际履行情况、双方当事人的过错程度、原告损失等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则，本院参照中国人民银行制定的银行同期同类贷款基准利率上浮50%的标准计付违约金。

3. 损害赔偿金的支付需要有实际的损失，且需符合可预见原则

百某公司与博某公司一直有业务往来，双方约定百某公司按订购单向博某公司供应颜料产品，博某公司签收后陆续支付货款。

一次，博某公司向百某公司购进了货款为8250元的颜料，随后转售给自己的两家客户，不久博某公司就收到了客户的投诉和索赔，称使用该颜

① 广州市黄埔区人民法院（2016）粤0112民初3536号民事判决书。

料加工的产品铅超标，未达美国和欧盟相关产品质量被退货。博某公司于是向法院起诉，称因为颜料用于玩具并要出口美国，自己因为颜料质量不合格而与客户协商签订了赔偿340000元的协议，要求百某公司向自己赔偿340000元。

【判词摘录】[①]

◆ 博某公司虽然提交了其与客户关于赔偿的协议文件，但是，上述赔偿的履行情况博某公司未提交证据证明，博某公司对其损失数额的证据举证不充分。

◆ 即使百某公司应承担违约责任，百某公司应当赔偿的数额应受到合理预见规则的限制。没有证据显示百某公司知道博某公司购买产品的最终用途是用于玩具并且出口美国，百某公司显然难以预见其违约所导致的损失。而百某公司与博某公司就争议产品的交易额仅为人民币8250元，如果要求百某公司承担人民币340000元的损失，权利义务明显不对等，有失公允。

风险提示

1. 违约金约定得过高或过低，理论上都会存在被法院调整的风险。在目前的司法审判实践中，笔者尚未见过因约定违约金过低而由法院判决调高的案例，法院之所以不愿意调高违约金，主要原因还是在于法官难以自行决定违约金到底该在原约定的基础上加判多少。

当事人约定的违约金超过造成损失的30%的，法院一般就会认定违约金的约定过分高于造成的损失而判决调低违约金。笔者代理过多起涉及调低违约金的诉讼案件，法官认为违约金过高的，在判决时均会根据中国人民银行同期贷款利率计算违约金。

2. 要向法院主张违约方给自己造成的经济损失，光凭合同中原则性的约定是没有作用的，要有相应的实际发生的损失作为依据。按照目前的司法实践情况，如果有证据证明自己的损失有可能发生（如已与第三方签订了赔偿协议等），虽然理论上可以以可预见损失向法院主张权利，但得到法院支持的可能性还是比较小。

① 深圳市中级人民法院（2011）深中法民二终字第1812号民事判决书。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第一百一十三条 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

……

第一百一十四条 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

第一百一十六条 当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

《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)》

第二十九条 当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的，人民法院应当以实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则予以衡量，并作出裁决。

当事人约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，一般可以认定为合同法第一百一十四条第二款规定的“过分高于造成的损失。”

四、让败诉方支付胜诉方律师费的方法

当事人常向笔者咨询：“官司打完，律师费能让对方支付吗？”我们国家的法律没有规定败诉方必须要为胜诉方支付律师费，知识产权案件

及一些侵权案件除外，败诉方需要向胜诉方支付因为起诉而支付的合理费用。

合同是双方的真实意思表示，双方在合同中的约定只要不违反法律的强制性规定，原则上法院都会认可。因此，在出现诉讼纠纷时，若想要败诉方承担律师费，则需要在合同中约定如果出现诉讼纠纷，败诉方要为胜诉方支付聘请律师所产生的费用这样的条款。同时，除在合同中明确约定律师费支付方法之外，诉讼时还应该提交自己与律师的委托代理合同和发票，以便使法院能够确定律师费的数额。因为，如果数额不确定的话，法院便无法对其作出判决。

以案说法

合同中明确约定律师费支付方式的，可以得到法院的支持

新某医药公司于2011年3月向某银行申请贷款3000万元，双方签订《流动资金贷款合同》。合同中约定：如果新某医药公司在贷款期间内出现法律纠纷，银行有权单方面终止贷款并要求新某医药公司提前还贷，同时合同还约定，双方因贷款合同出现法律纠纷诉讼的，败诉方要承担胜诉方的律师费。

2011年12月新某医药公司因为与合作伙伴产生经济纠纷，被诉至法院，部分财产被法院冻结。银行根据贷款合同的约定提前要求新某医药公司还贷。2012年5月7日，银行向新某医药公司主张提前收回贷款，随后向法院提起诉讼。新某医药公司在遭到银行要求提前还贷的当月便没有再按照贷款合同的约定向银行支付利息。

外贸公司为了筹集资金，向资产公司贷款1000万元，实业公司为外贸公司提供等额的担保，并与资产公司签订了《保证合同》，为外贸公司承担连带保证责任。外贸公司在借款后，因经营上的问题，导致最终无法按照借款合同向资产公司归还欠款，资产公司于是起诉要求实业公司承担连带责任。实业公司的股东提出反驳，认为当初实业公司为外贸公司提供担保的公司决议不符合公司章程规定的表决程序，所作出的决议并不合法，因此要求法院认定实业公司的担保行为无效。

另外，银行在诉讼中，还要求新某医药公司支付自己已向律师支付的律师费45万元，并提供了与律师事务所签订的委托合同以及律师费发票作

为证据。而新某医药公司则认为自己不应支付律师费，且认为银行主张的律师费数额偏高。

【判词摘录】[①]

◆ 从银行与某律师事务所签订的委托合同来看，该委托合同约定的是银行与新某医药公司就本案讼争纠纷的事项，无论本案是否经一审、二审，甚至执行，银行所支付的律师费均是45万元，也即本案是否须经过二审、执行，均不影响律师费用金额的增减。

◆ 因双方合同中明确约定新某医药公司违约，致使银行采用诉讼方式实现债权的，新某医药公司承担律师费，且45万元律师费用的收取并未超过相关物价部门规定的标准。

风险提示

1. 律师费与向法院缴纳诉讼费不同。诉讼费在起诉的时候先由原告预交，在判决后法院根据原被告双方的责任再进行分摊，而律师费则是“自己请的律师自己付钱”，但是如果合同有约定，就按照合同的约定履行。合同中如果没有明确约定律师费的承担方式，当出现纠纷时，法院是不会判败诉方向胜诉方支付已缴纳的律师费的。除了合同约定由败诉的一方支付律师费之外，起诉时还应该有与律师的委托合同以及发票，证明自己已经实际支付了律师费用，且律师费用有依据，可以计算得出，方便法院作出判决。不能提供委托合同和律师费发票的，或者没有实际支付律师费的，法院有可能会认为费用并没有产生、没有出现损失，而不会判决由败诉方支付律师费。

2. 一般来说，在司法实践中，律师费会被视为为了防止损失而产生的“合理费用”的一部分，打官司时，可以尝试以合理费用作为主张依据。在知识产权以及侵权案件中，法院一般会支持合理费用的支付，而在合同纠纷中，除非是当事人为了减少损失而支出的费用，否则较难得到法院的支持。

3. 律师的收费标准各个支出地方不一样，但均有物价局规定的收费幅

① 广州市天河区人民法院（2012）穗天法民二初字第2147号民事判决书；广州市中级人民法院（2013）穗中法金民终字第39号民事判决书。

度，超出的收费不会被认可。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第一百一十九条 ……

当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担。

第四节 其他常见经济纠纷

一、公章的使用规范

曾有当事人问笔者："公司能否刻一个蓝色的方形章，专门用于对外与客户往来合作文件的发布？"又有当事人问过笔者："因为公司大部门多，公司的合同专用章能否刻三个，第二个章除了公司名字之外加一个'2'，第三个章除了公司名字之外加一个'3'？"

在我们国家，通常是"认章不认人"，公章代表了公司的意志，在一份文件（包括合同）中加盖公司的公章，就视为公司认可文件上的内容，如果公章并非虚假，文件就是有效的，加盖了公章的公司就应该要受到文件内容的约束。

目前，常见如下一些使用公章的情况：（1）对于一些文件尤其是合同，因为走流程太久或者公司业务员嫌麻烦而不盖公章，以法定代表人或相关负责人签名作为代替；（2）除了提交公安机关、工商部门备案的公章外，公司另外还会使用私刻的合同专用章、财务专用章、部门章等私章用在合同等文件上。

合同是否成立，关键是看签订合同的各方是否对合同的内容达成了一致的意见。例如，有法官认为："在合同书上加盖公章只是表达缔约意思的方式之一。发生纠纷时，法院须根据双方磋商过程、参与缔约人员的权限、嗣后履行情况、发票开具情况等案情综合判定双方是否存在并向对方表达缔约的真实意思。虽然乙方当事人主张买卖合同上所盖并非合同专用章或备

案公章，但该方当事人并不因此当然免除合同义务与责任……”[①] 又如，最高人民法院在（2001）民二终字第155号民事判决中提出：“当事人的签字，包括自然人本人或其委托代理人签字，企业法人或者其他经济组织的法定代表人、负责人或其委托代理人签字。根据《民法通则》第38条和第43条的规定[②]，企业的法定代表人签字的合同代表了企业的意思表示，可以产生合同成立的法律效果。同样，盖章也可以产生合同成立的效果。合同书上盖章的意义在于证明该合同书的内容是印章记载当事人的意思表示，此时合同书上的印模具有证据的作用。加盖真实印章的合同，其权利义务由该当事人承受。”[③] 综上所述，笔者认为，如果一份合同如果没有加盖公章或合同专用章，但是合同上有法定代表人的签名或具有授权身份的负责人、经办人签名的，合同并不一定是无效的。另外，除了合同外，对于订单、对账单之类的文件资料，公司在上面加盖非经过备案的公章的，也并不一定会被法院认定为无效；相反，如果有其他证据能够证明事实，法院认定盖章签订有效的可能性会很大。

在合同中约定了“自双方签字、盖章之日起生效”，如果合同只有盖章或签字，两者没有同时具备的，属于合同形式上存在瑕疵，若合同当事人没有对此瑕疵提出异议，就不会影响合同的效力。

以案说法

1. 合同不加盖备案公章，并不会必然产生无效的后果

某广告传媒公司与某房产项目公司于2013年1月1日签订《年度广告投放代理合同》，约定某广告传媒公司代理某房产项目公司进行广告投放，双方约定某房产项目公司向某广告传媒公司支付广告投放费1000万元，某广告传媒公司则根据双方合同中的具体约定履行广告代理投放业务。某房产项目公司总部在上海，某广告传媒公司总部在广州，其在上

① 田朗亮编著：《买卖合同纠纷裁判规则与案例适用》（增订版），中国法制出版社2013年版，第140页。

② 现为《民法总则》第61条和第62条。

③ 参见“建行浦东分行诉中基公司等借款合同纠纷案”，载《最高人民法院公报》2004年第7期。

海有华东事业部，身处上海的业务员为了节省时间想尽快签订合同，没有将合同寄回广州加盖公章，而是盖了华东事业部使用的部门章并有该部门负责人的签名确认。对用部门章签订合同一事，某广告传媒公司与某房产项目公司双方均没有提出异议。

2014年1月1日，因为结算时某广告传媒公司在上年度没有按照合同的约定为某房产项目公司代理投放足够的广告业务，某房产项目公司认为某广告传媒公司任务没有完成，要求某广告传媒公司承担违约责任并赔偿损失。某广告传媒公司认为，自己没有在合同上加盖公章，故不认可合同的效力，自己无须承担违约责任。

【律师评析】

某广告传媒公司的业务员为了贪图方便，使用了部门私章签订合同，原则上是不合法的。因为部门章并没有对外的效力，最多只是内部认可使用有效，若对外加盖部门章却没有得到公司的确认或追认，并不存在法律效力。

在本案中，业务员以部门章代替公章签订合同，某广告传媒公司没有提出异议，且合同中有部门负责人签名确认。在签订合同后，某广告传媒公司也确实按照合同履行，只是没有完成任务，因此可以证明某广告传媒公司已经认可了合同的内容。在此事件中，某广告传媒公司只是存在公章管理的漏洞，双方签订的合同仍然成立且有效。

在合同有效成立的前提下，某广告传媒公司没有按照合同的约定完成广告投放任务，需要向某房产项目公司承担违约责任。

2. 对于未加盖公章的文件，法院可能依其他证据认定其有效

朗某公司与鸿某公司存在合作关系，2007年4月10日、4月16日、5月17日朗某公司分别三次以传真件的方式（未加盖公章）下《订购单》给鸿某公司，要求订购价值1048050美元的集成电路产品。鸿某公司接单后，依约将朗某公司订购的货品交付朗某公司。朗某公司收货后，陆续支付了部分货款。但朗某公司尾款迟迟不付，只是在2008年5月22日向鸿某公司出具了一份《账款偿还承诺书》，表明会支付尾款，但是承诺书没有加盖公章，只有公司负责人签名。朗某公司随后一直未履行承诺。

鸿某公司向法院提起诉讼，朗某公司认为自己没有在订购单和承诺书上签名或盖章，否认双方有购销合同关系。

【判词摘录】[①]

◆ 鸿某公司提交的三份抬头为朗某公司的《订购单》，虽然没有加盖朗某公司的公章，但是作为国际货物买卖交易，当事人之间通过传真等方式订立合同的情况普遍存在，并且为国际贸易法律普遍认可。

◆ 鸿某公司已经履行了交货义务，向《订购单》注明的收货地址交付了《订购单》约定的货物，并向朗某公司开具了发票。

◆ 朗某公司在2008年5月22日向鸿某公司出具《账款偿还承诺书》，承认拖欠鸿某公司账款。虽然朗某公司对于签名人员身份和印章均不予确认，但是经核实，在该份《账款偿还承诺书》上加盖的印章在朗某公司进行工商登记、变更、年审时均使用过，且朗某公司代理人在二审审理期间，对该印章的真实性不否认，即是不确认是否在《账款偿还承诺书》上盖章，故本院确认系朗某公司的印章。

◆ 上述的证据可以形成完整的证据链，证明鸿某公司和朗某公司之间存在买卖合同关系。

风险提示

签订合同或者出具对外文件、对账单等，公司应该尽量使用公章。合同没有加盖公章，或者加盖的并非经过官方备案的公章，合同并不一定会被确认为无效。在此，笔者提醒公司（尤其是较大的、有分公司或外地项目部的公司）一定要严格制定公章管理规定，正确按照公章流程办事。因为公司中的业务员基于他们薪酬待遇的特点，喜欢贪图方便、求快，他们追求的是尽快地将合同敲定从而能够更快地向公司索要提成。在发现问题后，鉴于合同已签，公司往往只着眼于合同上的利益而不提出异议，默认合同内容并履行。一旦合同出现纠纷，公司再提出合同没有盖公章而无效的观点，是得不到法院的支持的。

① 深圳市中级人民法院（2010）深中法民四终字第225号民事判决书。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第十条 当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

……

《中华人民共和国民法总则》

第六十一条 依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。

法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。

法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。

第六十二条 法定代表人因执行职务造成他人损害的，由法人承担民事责任。

法人承担民事责任后，依照法律或者法人章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。

二、代理、授权以及员工职务行为的认定

对于公司的对外经营，老板不可能事无巨细地亲力亲为，经营业务的公司会雇佣大量业务员对公司的业务与客户交涉并签订合同。公司经营过程中的代理与授权一般有两种情形：一种是公司授权内部员工、业务员，由他们对外洽谈业务签订合同；另一种是公司将自己的品牌授权给他人使用，由他人代理公司品牌进行经营从而赚取利润。此处着重讨论上述第一种关于公司内部代理与授权的情况。

经常容易引发纠纷的，主要是无权代理、表见代理以及滥用代理权限三种情况。

首先谈一下无权代理和表见代理。无权代理，是指没有代理的权限而进行代理事务的，相关法律责任，由无权代理人自行承担。虽然行为人无权代理或者超越代理权限，但相对人有理由相信该行为人有代理权的，在法律上则构成表见代理行为。被法院认定为表见代理的，代理行为视为有效，被代理人需要承担因此而产生的法律责任，至于行为人因为表见代理

而导致被代理人承担了责任的，被代理人可以在赔偿之后，另行向行为人追究责任。在1999年最高人民法院审理的一起案件中，某公司的公章由办公室主任管理，他在一份向银行提交的担保书上加盖了公司的公章，同意为他人提供担保，事后产生纠纷时，公司否认自己的担保行为，最高人民法院在（1999）民终字第52号判决书中认为，没有证据证明盖章员工与银行串通，且“银行尽到了注意义务，行为没有过错。公司盖章人员是公司办公室主任，负责管理公章和法定代表人名章，其利用管理公章及法定代表人名章的便利，未经公司同意，私自实施公司的担保行为，是公司内部管理问题，不属于盗盖公章的行为，公司不能免责，其自身过错造成的损失，不能转移给无过错的一方”。[①]如果合同的签订是“以合法形式掩盖非法目的”（如通过与银行串通签订贷款合同骗取贷款后用于挥霍的），或者是相对人存在过错（如在上述案例中银行与办公室主任串通）的，行为人通过代理所签订的合同才会被判定为无效。

再说滥用代理权限的问题。滥用代理实际上是代理人辜负了被代理人的信任，违反了法律上的诚实信用原则，而违反诚实信用原则的，被代理人可以提出代理人的代理行为无效。例如，甲委托乙在其代理权范围内出售自己的古董，提出售价不能低于50万元，如果此时丙愿意以60万元购买该古董，而乙的朋友丁只愿意以最低价50万元购买，乙为了关照好友丁而将古董以50万元出售，则属于滥用代理权限的行为。乙的代理出售古董的行为因为违反诚实信用原则而无效。[②]

笔者还要提醒读者注意无权代理的追认制度。法律规定，行为人无权代理而被相对人发现的，相对人可以向被代理人进行确认，如果被代理人收到确认要求后一个月内不予答复的，视为不予确认。如果被代理人作出确认的，则代理行为有效。在被代理人追认前，相对人有权提出撤销与行为人的法律关系。

---

① 参见“武汉市商业银行民主路支行与中国经济开发信托投资公司武汉证券业务部、武汉四星旅业娱乐实业发展有限公司确认担保效力纠纷上诉案”，载最高人民法院民事审判第一庭编：《中华人民共和国最高人民法院判案大系》（民事卷 -1999年卷），人民法院出版社2003年版，第128-130页。

② 参见王泽鉴：《债法原理》（第一册），中国政法大学出版社2001年版，第300-301页。

以案说法

1. 越权代理，事后被代理人不予追认的，代理行为无效

某机械设备厂生产和销售模具器械，陈某是工厂的业务员，负责对外销售设备。陈某有工厂的授权书，工厂授权陈某可以代表公司进行签约销售自己所生产的机器，但是销售价格是固定的。

一次对外与客户协商时，陈某在没有征得工厂同意的情况下，擅自与客户贸易公司签订机械设备购销合同，将原价为3万元的机器降价为2万元销售，货到付款。贸易公司知道陈某的权限，但认为陈某还是有权与自己签订合同的。事后工厂知道了陈某的越权行为，对其进行了处罚，贸易公司随后要求工厂按照陈某作为代表所签订的合同履行，工厂不同意并拒绝交付货物，认为合同无效。于是双方产生纠纷。

【律师评析】

在本案中，陈某作为工厂的业务员，获得公司的授权代理公司对外洽谈业务并签订合同。工厂对于产品的售价有明确的要求，陈某并没有权利决定工厂产品的售价，因此陈某属于超越了自己的权限进行代理，属于无权代理。工厂在此事件上并无过错，在知悉了此无权代理事件后，工厂并没有对陈某的代理行为进行追认确认，也没有履行合同，所以陈某代表工厂与贸易公司签订的合同应属无效。

2. 未获得授权的员工无法代表公司对外签订文件

展览服务公司与经营公司于2014年3月签订了一份《展会合作协议》，双方约定由展览服务公司为经营公司提供“五一车展”的展览服务，场地费用为121万元/次，若在展览服务过程中新增场地，则按98元/平方米计算费用，合同中也明确约定了新增费用的计付方式。

2014年“五一车展”当天，展览服务公司在展会即将开始、参展商即将入场的时候，向经营公司派驻现场的负责人李某提出，目前展会使用面积超出了原定面积，且布展期间涉及大量人员加班问题，因此需要经营公司签订增加场地使用确认书以及工作人员加班费确认书，两份文件共计费用50余万元。该要求被经营公司拒绝后，展览服务公司提出如果经营公司不确认文件，就不让参展商进场。为了确保展会能顺利进行，经营公司驻

场负责人李某在场地使用确认书和工作人员加班费确认书两份文件上签名确认，但是经营公司并未盖章。

2014年8月，展览服务公司多次向经营公司索要新增费用无果，于是向法院起诉。庭审中，经营公司并不承认场地使用确认书和工作人员加班费确认书两份文件，而展览服务公司则称李某的身份代表了经营公司，李某签名应属于表见代理，责任应由经营公司承担。

【律师评析】

李某并非经营公司的法定代表人，也非经营公司所确认的授权签约代表。从本案现有的证据看，李某虽然是经营公司的员工，但他并没有获得经营公司的授权，不能代表公司对外签名，所以李某的签字确认行为并不构成表见代理。

展览服务公司要想合理、合法地收取新增场地费用，应该让经营公司在文件中盖章确认，或者让经营公司出具授权书明确李某有签名代表公司的权利，仅凭案中的证据，展览公司是无法得到法院的支持的。

应对方案

1. 公司的分支机构、业务员、营销人员代理公司对外洽谈业务时，公司应该对其有明确的授权指示，应该将代理事项尽可能地细化，如果宽泛地给予代理权限，代理人的权利就会很大，极有可能会损害公司的利益。

2. 公司应该妥善保管公章，严格建立公章使用制度。在一些代理纠纷案件中，因为合同、文件中存在公司的公章或印鉴，从而导致表见代理的认定，公司需要对表见代理所产生的法律后果承担责任。

3. 出现公司内部人员对外进行无权代理的，公司应该在知情后第一时间向相对方提出否认代理权限；相对方主动要求公司追认的，公司如果不追认，即视为否定代理权限的存在。另外，公司在此类事件中不能存在过错，而且不能履行合同，否则就会被视为同意代理行为而最终导致合同有效。

法规速递

《中华人民共和国合同法》

第四十八条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被

代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。

相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

第四十九条 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

《最高人民法院印发〈关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见〉的通知》

13. 合同法第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证责任，不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权。

三、关联公司在经营上的法律风险

公司法中有关于有限责任公司人格否定的规定，即股东需要对公司的债务承担连带责任（关于公司法人格否定的法律问题，详见本书第一章第三节之二）。笔者在本书第一章中提到，股东利用自己职务上的便利造成公司需要对外承担法律责任的，股东需要承担连带责任；在公司解散清算时，股东不积极履行清算义务的，也需要对公司的债务承担连带责任。

在现实生活中，常会见到多家关联公司之间以互相“协助”的方式对外经营，经常出现“一套班子，N 块牌子”的公司经营情况。例如，A 公司与 B 公司都是独立登记的法人，但实际上 A 公司和 B 公司在同一个地方办公，两家公司拥有相同的股东和相同的员工。A 公司是空壳公司，在经营的过程中，以 A 公司的名义对外签订合同，B 公司的名义负责具体经营，当经营过程中出现债务时，则可以由 A 公司出面来抵挡，将所有的法律风险都转嫁给 A。关联公司之间界限模糊、人格混同的目的是逃避债务，对于这种情况，法律是予以禁止并打击的。涉及的法律责任，关联公司之间需要连带承担。

最后笔者顺带提一下法律上对关联公司的判断标准，特列举如下，供有兴趣的读者参考。根据国家税务总局颁布的《特别纳税调整实施办法（试行）》第9条的规定，关联公司是指：（1）一方直接或间接持有另一方的股份总和达到25%以上，或者双方直接或间接同为第三方所持有的股份达到25%以上。若一方通过中间方对另一方间接持有股份，只要一方对中间方持股比例达到25%以上，则一方对另一方的持股比例按照中间方对另一方的持股比例计算。（2）一方与另一方（独立金融机构除外）之间借贷资金占一方实收资本50%以上，或者一方借贷资金总额的10%以上是由另一方（独立金融机构除外）担保。（3）一方半数以上的高级管理人员（包括董事会成员和经理）或至少一名可以控制董事会的董事会高级成员是由另一方委派，或者双方半数以上的高级管理人员（包括董事会成员和经理）或至少一名可以控制董事会的董事会高级成员同为第三方委派。（4）一方半数以上的高级管理人员（包括董事会成员和经理）同时担任另一方的高级管理人员（包括董事会成员和经理），或者一方至少一名可以控制董事会的董事会高级成员同时担任另一方的董事会高级成员。（5）一方的生产经营活动必须由另一方提供的工业产权、专有技术等特许权才能正常进行。（6）一方的购买或销售活动主要由另一方控制。（7）一方接受或提供劳务主要由另一方控制。（8）一方对另一方的生产经营、交易具有实质控制，或者双方在利益上具有相关联的其他关系，包括虽未达到本条第（1）项持股比例，但一方与另一方的主要持股方享受基本相同的经济利益，以及家族、亲属关系等。

以案说法

1. 公司之间界限模糊、人格混同，公司之间应承担连带清偿责任

徐某公司向法院起诉，称自己在与川某工贸公司做生意的过程中，川某工贸公司一共拖欠了货款10916405.71元。在公司人员方面，川某工程机械公司、瑞某建设工程公司与川某贸易公司三家公司的经理、财务负责人、出纳会计、工商手续经办人均是同一人，三家公司的管理人员也是交叉任职，三家公司甚至适用同一账户收款，共同发布招聘信息。徐某公司诉至法院，认为三家公司人格混同，要求三家公司对债务承担连带责任。

【判词摘录】[①]

◆ 三家公司虽在工商登记部门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界限模糊、人格混同。

◆ 川某工贸公司承担所有关联公司的债务却无力清偿，又使其他关联公司逃避巨额债务，严重损害了债权人的利益。

◆ 上述行为违背了法人制度设立的宗旨，违背了诚实信用原则，其行为本质和危害结果与《公司法》第20条第3款规定的情形相当，故参照《公司法》第20条第3款的规定，川某工程机械公司、瑞某建设工程公司对川某工贸公司的债务应当承担连带清偿责任。

2. 多公司表面独立但实际上人格混同的，需对债务承担连带责任

1999年11月，装饰公司与银行签订贷款合同，房屋公司与娱乐公司为装饰公司提供担保并与银行签订抵押合同。当月，银行与装饰公司完成了借款手续。装饰公司、房屋公司与娱乐公司三家公司均由沈氏公司出资，法定代表人同为沈某，三公司互相参股，办公地址、电话号码、财务管理人员均相同。

装饰公司在取得银行借款后，通过法定代表人沈某的操控，将借款用在娱乐公司的一个项目中。在借款到期后，装饰公司并没有足额归还借款。银行将债权转让给资产公司后，资产公司起诉装饰公司还款，并要求娱乐公司与房屋公司承担连带责任。

【判词摘录】[②]

◆ 装饰公司、房屋公司、娱乐公司股权关系交叉，均为关联公司，实际均为沈氏公司出资设立，沈某作为公司的董事长，同时身兼三公司的法定代表人，其利用对三公司的控制权，将装饰公司贷款大量投入娱乐公司中国酒城项目。

◆ 装饰公司、房屋公司、娱乐公司还存在同一地址办公、联系电话相同、财务管理人员在一段时期内相同的情况。

◆ 上述事实表明，装饰公司、房屋公司、娱乐公司表面上是彼此独立的公司，但各公司之间已实际构成了人格混同。其行为违背了法人制度设

① 江苏省高级人民法院（2011）苏商终字第0107号民事判决书。

② 最高人民法院（2008）民二终字第55号民事判决书。

立的宗旨，违反了诚实信用和公平原则，损害了债权人利益。因此，原审法院判令装饰公司的债务应由娱乐公司和房屋公司承担连带清偿责任并无不当，本院予以维持。

3. 办公地、公司管理层等相同的公司会被法院认定为人格混同

1992 年建筑工程公司与万豪国际酒店筹建处签订工程合同，约定由建筑工程公司为万豪国际酒店所在的三晋大厦进行改扩建工程。合同签订后的施工期间，因为万豪国际酒店的资金不能完全到位，导致工程经常停工，双方常有纠纷。1996 年万豪国际酒店因为香港方面的投资人撤资改名为三晋国际饭店，续建工程被三晋大厦接管，但与建筑工程公司的矛盾仍未解决。后来，在三晋大厦未组织竣工验收的情况下，便将工程投入使用，部分工程款未向建筑工程公司支付。

三晋国际饭店由万豪酒店更名而来，与三晋大厦属不同的公司法人，但是两家公司在同一个办公地办公、具有相同的工作人员。建筑工程公司向法院起诉，要求两家公司共同归还工程欠款。

【判词摘录】[①]

◆ 由原万豪国际酒店筹建处签订的建设工程合同一直得到履行，三晋国际饭店系原万豪国际酒店筹建处在港方资金撤走后的企业法人的更名，依法应享有原万豪国际酒店筹建处的权利并承担义务。

◆ 三晋国际饭店是对外营业的称谓，与三晋大厦系同一住所地、同一法定代表人、使用同一财务报表和账户，管理层和基本职能机构相同，三晋国际饭店与三晋大厦承接了原万豪酒店筹建处的全部权利和义务。因此，一审判决三晋国际饭店和三晋大厦共同承担支付拖欠工程款的责任，并无不当。

风险提示

一般情况下，法院认定公司之间是否属于人格混同从公司员工、财务以及经营业务上作出分析判断。在公司员工相同，都是一套班子，且财务账目无法区分，经营业务也有交叉或相同的情况下，很有可能被法院认定

① 最高人民法院（2003）民一终字第 29 号民事判决书。

为人格混同，公司的独立人格就会丧失。人格混同的各公司需要互相承担连带责任。因此，关联公司之间的人员及财产应该独立区分，否则公司就会丧失独立人格的基础。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第二十条 ……

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。

四、公司应收账款的法律风险以及对账单与催款函的制作

在交易和合同履行过程中，出现欠款的情况是很常见的。笔者担任公司的法律顾问，帮助公司处理应收账款是主要的工作之一，也是除了顾问费之外较为重要的服务收费项目之一。民营企业的利润本来就不高，经济形势不好，利润更低。因此，当坏账占较大比例时，足以影响公司的正常经营，甚至影响到公司的生死存亡。由于司法程序冗长、法院的强制执行力度较弱、律师付费较高等原因，一些公司喜欢找收账公司代为清收欠款，或者请所谓的“黑社会”介入处理。虽然法律没有明文规定公司不能聘请收账公司清收欠款，但是收账公司人员在代为收款的过程中造成他人伤亡或做出犯罪行为时，委托他们收账的公司相关负责人也需要一起承担刑事责任。深圳就有公司相关负责人因为雇佣收账公司收账而被羁押的案例。目前法院一般会对收账公司按照非法经营罪处罚，委托人或成为共犯，也就是说，企业主可能因委托收账公司收账而涉嫌犯罪。公司在处理坏账的时候，通过司法途径解决更为稳妥。而且，当出现坏账、需要打官司的时候，损失其实已经发生了，更好的方法是，公司应在坏账出现前的交易过程中，尽量防范坏账的发生。

在交易合作中，合同各方会对合作情况制作对账单，这个在较长期的合作中是很常见的。对账单是日后出现坏账时，证明对方欠款的重要证据之一，因此在制作上需要严格要求，需要对对账的数额有清晰的计算依据，

对账单应加盖公司公章以保证其具有法律效力。笔者办过一起案件，甲公司与乙公司进行年度合作，乙公司向甲公司每月支付费用，费用月结，因为乙公司在合作过程中有欠款的出现，甲公司便与乙公司制作对账单，双方对月度所欠款项以及利息进行确认，但是对账单上只有两方公司业务员的签名，并没有加盖公章，事后甲公司将乙公司起诉至法院，乙公司否认对账单的有效性，证据上的不完善让甲公司的诉讼十分困难。

另一种常见的是催款函，催款函不仅能起到催款的作用，欠款的追讨有自欠款发生之日起两年[①]的诉讼时效，超过两年不主张权利就得不到法院的支持，而催款函在欠款期间内发出，诉讼时效则会从对方收到催款函之日起重新起算两年，起到了延续诉讼时效的作用。另外，催款函也是法庭上证明欠款的证据之一。

以案说法

发函催款，可以起到延续诉讼时效的作用

顺恒实业公司与天下贸易公司签订合作协议，双方合作经营，由天下贸易公司进口货物，顺恒实业公司出钱购买。2011年受国外经济危机影响，导致货物价格高涨，而顺恒实业公司也因经营不善，拖欠了天下贸易公司300万元货款，2011年4月1日是300万元货款的最后期限，顺恒实业公司一直拖欠不付。在之后的时间里，双方仍然有一些经济往来，但天下贸易公司还是分别在2011年12月31日、2012年12月31日向顺恒实业公司发律师函要求支付欠款，顺恒实业公司一直不予理会。2013年5月10日，天下贸易公司向法院提起诉讼，而顺恒公司则认为天下贸易公司的起诉已过诉讼时效。

【律师评析】

法律规定一般案件的诉讼时效是权利人知道或应当知道权利受到损害之日起两年。超过两年不向法院提起诉讼的，权利将得不到保护。2011年4月1日是顺恒实业公司向天下贸易公司付款的最后期限，若顺恒实业公司不在当天付款，则天下贸易公司可以在2011年4月2日至2013年4月1日的两年间向法院提起诉讼。在本案中，天下贸易公司为了要顺恒贸易公司

① 2017年10月1日《中华人民共和国民法总则》生效后，普通诉讼时效改为3年，下同。

归还欠款，两次出具律师函，发函是向他人主张自己的权利，诉讼时效可以在发函之日重新计算两年期间，因此，天下贸易公司的诉讼时效应是从2012年12月31日开始计两年，天下贸易公司并没有超过诉讼时效。

应对方案

1. 公司应收账款法律风险的规避先要从客户评估开始，公司不去创造利润就是一种罪恶，不能带来利润的客户是公司的负债而不是客户，公司在和客户签约前要对客户进行财务状况与信誉资料调查，对客户的信用作出评价，控制应收账款规模（关于评估客户的具体法律问题，参见本章第一节之一）。

2. 公司应把收款责任落实到签约人员，并对其以收款进行绩效考核，完善合同的约定，尤其要注意主体适格、纠纷处理方式和管辖的约定。欠账出现后要用律师函催收，确定是坏账时马上起诉，方便的时候要做好财产保全的工作。

3. 对账单是证明欠款的重要证据之一。笔者代理过当事人起诉追款，公司在提交的证据中对账单的制作不够注意，从而导致欠款方否定欠款事实或者否认欠款数额，最终难以胜诉的案件。公司在与欠款方签订对账单时，应尽量在单据上加盖公章，不能随意由公司工作人员代劳，因为日后欠款方若有意否认欠款的事实，可以以签名的并非公司员工、没有此人等为理由进行抗辩。如果对账单没有盖章而只有员工签名的，应要求法院调去签名员工的社保资料以便查证签名人确实为公司员工，如果没有社保资料或工资资料，以及其他可以证明公司授权他人在对账单上签名的证据，对账单有可能会因为制作、签名不合格而不被法院所认可。

4. 如果公司尚不急于提起法律诉讼追讨欠款的，就应该及时向欠款方发出催款函，催款函可以起到延续诉讼时效的作用，让自己有更多的时间准备和考虑。在寄出催款函后，应将催款函复印件以及快递底单留底，同时打印对方的签收情况，以便日后起诉时提交证据，作为欠款方欠款的证据之一。

法规速递

《中华人民共和国民法总则》

第一百八十八条 向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。

诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。

第一百九十五条 有下列情形之一的，诉讼时效中断，从中断、有关程序终结时起，诉讼时效期间重新计算：

（一）权利人向义务人提出履行请求；

（二）义务人同意履行义务；

（三）权利人提起诉讼或者申请仲裁；

（四）与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的其他情形。

《广东省高级人民法院民二庭民商事审判实践中有关疑难法律问题的解答意见》

（八）买卖合同的送货单、对账单等交易凭证中仅有员工签名而无企业盖章，能否认定企业为合同当事人

应由收货企业举证证明签名人不是其员工，或者由法院主动调取员工社保资料等，查证签名人是否企业员工。如果没有相关社保、工资发放等资料，或相关资料不能反映签名人是企业员工，但有其他证据证明企业授权签名人收货的，或者可构成表见代理的，亦应认定企业为债务人。

五、公司合并、分立后的债务承担

公司合并分为吸收合并和新设合并两种。吸收合并是某公司吸收其他公司加入，某公司主体不变；而新设合并则是公司之间组合成立新的公司。当公司合并时，合并各方原来的债务，由合并后存续的公司或者新设的公司来承接。公司合并后，被合并的原公司应该根据法律规定的程序办理公

告以及注销的手续。当出现公司合并后原公司不注销的情况时，债务如何承担？根据《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》第34条的规定，如果公司被合并后没有按照规定注销的，债权人起诉要求原公司履行债务的，法院会根据具体情况要求债权人追加合并后存续的公司或者新设立的公司作为被告，并判决原公司与合并存续的公司或新设立的公司承担连带责任。

公司分立是指一家公司通过股东会决议和法律上规定，拆分成两家以上的公司。公司分立前的公司债务，在分立后由各公司一并承担连带责任。除了上述原则性规定外，法律赋予了公司作为债务人可以与债权人进行协商的权利，如果公司在分立前，与债权人就分立后哪家公司负责偿还债务进行了约定的话，那么就按照约定的方式来执行。

以案说法

公司被合并后不注销，需要对债务承担连带责任

2012年7月，食品公司向机电公司购买价值500万元的食品生产加工设备，双方签订合同后，食品公司支付收款250万元，机电公司按约将设备交付能源公司。2013年2月，因食品公司经营不善，公司人员、财产和设备全部并入了某饮食产品生产公司，尾款250万元食品公司一直未向机电公司支付，食品公司并入饮食产品生产公司时机电公司并不知情，在随后的生产和经营中，机电公司知道了这一情况，于是起诉两家公司承担连带责任，共同清偿250万元尾款。

【律师评析】

本案中，食品公司将公司的工作人员、财产、设备都并入了饮食产品生产公司继续经营，此行为已属于公司之间的吸收合并。按照一般的情况，食品公司应该根据《公司法》所规定的程序通知债权人、办理注销登记，然后它的债务就由饮食产品生产公司来继受。但是食品公司没有注销，而是变成了没有任何资产的皮包公司，对于机电公司来说，食品公司的行为损害了机电公司的利益。根据最高人民法院的司法解释，合并后食品公司不注销，需要与饮食产品生产公司承担连带责任。

应对方案

1. 公司合并有两种方式，无论采用何种方式，在合并前，各方都应该对合作方的债务情况作一个了解。公司合并后各方的债务都归入合并后存续的公司，笔者建议在合并前，各方应签订一个协议，约定当合并后存续公司清偿了债务后，公司有权向所产生债务的一方进行追偿。

2. 合并后原公司不注销的，需要承担连带责任。

3. 公司分立，分立后的各公司对原公司的债务承担的是连带责任，因此，分立前各方可考虑协商债务的分配方式，并可以与债权人进行协商。各方也可以签订协议，约定承担连带责任后的债务追偿方式。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第一百七十四条 公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

第一百七十六条 公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》

第三十四条 企业吸收合并或新设合并后，被兼并企业应当办理而未办理工商注销登记，债权人起诉被兼并企业的，人民法院应当根据企业兼并后的具体情况，告知债权人追加责任主体，并判令责任主体承担民事责任。

第五章

企业人力资源管理

导　读

近年来，因为经济不景气，许多公司面临很大的经营困难，尤其是中小企业，更是困难重重。企业因收入减少，便需要降低成本，而劳动用工成本在企业成本中占据很大的分量，如何在避免劳动纠纷的同时减少用工成本，在合法用工的同时达到劳资关系的和谐，是目前许多企业管理者开始注重的问题。笔者服务的顾问单位中有许多是国有企业及外资企业，它们的负责人都非常注重劳动用工法律问题。劳动法律方面的咨询，几乎占了法律顾问咨询的一半。一家港资公司曾希望聘请笔者担任他们公司的法律顾问，在会议室与公司负责人第一次见面时，该负责人向笔者询问的第一个问题就是："律师，你是否熟悉《劳动法》？"

目前，劳资双方的矛盾呈愈演愈烈之势，处理劳动纠纷的劳动争议仲裁委员会以及法院的案件也越来越多。对于公司法律顾问来说，其职责包含对公司劳动合同、保密协议等文件的草拟、审查以及对公司与员工关系处理问题（如调岗、减薪、辞退等）的方案设计，当员工提起劳动仲裁、诉讼的时候代理公司出庭应诉等。笔者的感触是：一个谙熟劳动法律以及劳动争议纠纷审判规则的法律顾问，对维护企业的合法权益，保持企业团队精神和士气有着相当重要的作用。

第一节 现行劳动法律的适用

1. 法律的制定较倾向劳动者

平时笔者常会接到朋友们打来的电话，说自己受到公司的“欺负”不知道该怎么维权，又或者是说公司做了一些侵害自己合法权益的事情但因为不懂法而吃了亏。笔者认为，目前劳动法律的规定其实还是倾向于保护劳动者的，对公司的规制很严格（如对于一些重要证据由单位负举证责任的规定，就是公司的一个紧箍咒）。在笔者看来，只要劳动者了解劳动法的基本规定，清楚自己的权利，并运用得当，当与公司在劳动用工的过程中出现纠纷时，劳动者还是比较容易胜诉的。

目前，“人工”“税费”“融资”应该算是公司肩膀上的“三座大山”，其中“人工”问题不仅仅包括工资，更可以宽泛地理解为劳动用工的成本支出。而法律在制定之时就较为倾向于劳动者的利益保护，对于公司的人力资源管理来说，就需要更加慎重。

2. 法律条文繁杂

广东省劳动人事争议仲裁院在2010年所汇编的《劳动人事争议处理法规政策大全》，整理了我国的劳动法律、法规以及司法解释，还有仅限于广东地区的劳动用工的地方性规章和政策制度，即便如此，整本书也有1503页之多。

笔者认为，没有任何一个领域的法律、法规比劳动领域的更为庞杂和多样。劳动用工涉及的不仅仅是《劳动法》《劳动合同法》和相关司法解释，还有国家各层面的行政法规，除此之外各省各市甚至各区都还有很多地方性的规章制度以及政策。笔者在执业过程中因担任公司的法律顾问，已经处理了大量劳动争议案件，然而，在准备案件、打官司开庭、宣判的时候，依然会遇到自己之前没有留意到的地方规章或政策。

以笔者执业的广州市地区为例，开发区的劳动用工政策就与市区的其他行政区域不同，如在开发区的企业，高管等公司管理者可以申请不定时

工作制，而在广州市的其他行政区，要申请不定时工作制却十分困难，这主要是因为各区政策不同而形成的。用工关系的不同，会影响到案件的处理结果。试想，劳动用工、人力资源管理的法律、法规以及政策如此复杂，律师甚至法官都难以掌握得清清楚楚，那么作为劳动者和公司，想彻底了解劳动法律就更难了。

3. 劳动仲裁只是前置程序，司法程序是最终的裁判

与一般民事程序不同，我国劳动用工审判实行劳动仲裁前置程序，即当公司与劳动者出现劳动纠纷的时候，必须先通过劳动局所下设的劳动争议仲裁委员会仲裁，任何一方对劳动仲裁的结果不服，都可以向法院提起诉讼程序。

劳动仲裁前置程序的本来目的是先通过行政上的劳动仲裁裁决，减轻法院的压力，让一部分劳动争议案件可以在司法程序之前通过行政裁决妥善解决。但实际上，因为劳动仲裁委员会归属于行政机关的劳动局管理，劳动仲裁委员会的仲裁员的裁决，更多地需要考虑行政意志和政策，与作为司法机关的法院，对于法律的理解和适用上有很大的不同；且劳动仲裁员的法律专业性，也普遍比法院法官要差。另外，因为行政机关与司法机关相互独立，所有劳动仲裁委员会的裁决若日后被法院改判，也不会受到错案追究的影响，因此，劳动仲裁被法院判决改变的情况比比皆是。就拿笔者经办的劳动案件来说，将近一半的劳动案件，法院都会对劳动仲裁的结果作出修改。

4. 司法审判受到不同时期政策和经济环境的影响

不同时期的政策以及经济环境，都会影响劳动争议案件的裁判。比如，在经济不景气的时候，司法裁判就会对公司“网开一面”，而在平时，司法裁判则会以有利于劳动者的原则进行处理。而作为行政机关下属的劳动仲裁委，在许多时候则考虑“维稳”等因素，裁决劳动者胜诉。

5. 公司在劳动用工管理上普遍存在不规范现象

除了上述情况之外，公司作为用人单位，本身不严格适用劳动合同法，不能做到合法用工，也是目前劳资纠纷出现增多的主要原因之一。

广州市中级人民法院在其于 2011 年出版的《广州劳动争议诉讼情况白皮书（2008—2010）》中认为：从审判实践来看，用人单位劳动关系管理不

规范的现象主要有：一是内部的规章制度不合法。有些用人单位在制定规章制度时，未经职工代表大会或者全体职工讨论通过，亦未公示告知劳动者；有的用人单位制定的规章制度不合法，或者虽然未违反法律的明确规定，但是内容异常苛刻，在发生争议时均不能作为有效证据。例如，一用人单位以劳动者在食堂吃饭时喝了一瓶啤酒违反公司关于“饮酒者即可以解除劳动合同”的规章制度为由，予以辞退。人民法院以用人单位的规章制度毫无节制地扩大自身的经营管理权限、严重损害了劳动者的合法权益应属无效为由，认定用人单位解除劳动合同违法并判决用人单位支付相应的经济补偿金。判后双方当事人均服判息诉。[①] 二是没有严格依法执行劳动合同制度。有些用人单位与劳动者之间不订立书面劳动合同，不按法律规定办理终止或解除劳动合同的手续；有些用人单位为规避不签劳动合同的“双倍工资”处罚，自行印制“自愿不签订劳动合同”的书面承诺，强迫职工签名；还有些用人单位的劳动合同签订程序较为随意，劳动者离职后诉请未签订劳动合同双倍工资，用人单位虽提交了劳动者的书面劳动合同，但经鉴定却不是劳动者本人所签，因此，用人单位仍需承担举证不能的败诉责任，向劳动者支付双倍工资。[②] 三是拖欠、克扣工资和加班工资。工资和加班工资应依法及时、足额支付。实践中，确实存在一些用人单位因种种原因拖欠、克扣劳动者工资和加班工资的现象。还有一些用人单位劳动考勤制度不健全，工资支付项目不清，一旦进入诉讼，拿不出按标准工时用工和依法计发加班工资的证据。四是劳动关系协商调解机制不完善。有些用人单位不重视工资协商和集体合同的签订、履行，也不重视工会协调劳动关系的职能作用。司法实践中出现工会主席维权的劳动争议案件，[③] 在一定程度上反映了工会维权职能弱化的现状。[④]

① 广州市黄埔区人民法院（2008）黄民一初字第 95 号劳动合同纠纷。

② 广州市中级人民法院（2010）穗中法民一终字第 5290 号劳动争议。

③ 广州市中级人民法院（2008）穗中法民一终字第 1179 号劳动争议。

④ 广州市中级人民法院：《广州劳动争议诉讼情况白皮书（2008—2010）》，第 6–9 页。

应对方案

1. 合法用工：在劳动法律的倾向性以及经济不景气的双重压力下，公司出现劳资纠纷的风险增大，公司更需要在劳动法律的规范内合法合理地用工。

2. 降低风险：公司应学好劳动法，出现劳资纠纷的法律风险就会大大降低；即便有纠纷，也可以尽量少输官司。

3. 劳资和谐：当大家都清楚“游戏规则”的时候，劳资关系便可以处于和谐状态。公司熟悉运用劳动法，公司压迫不了员工，而员工也欺骗不了公司。

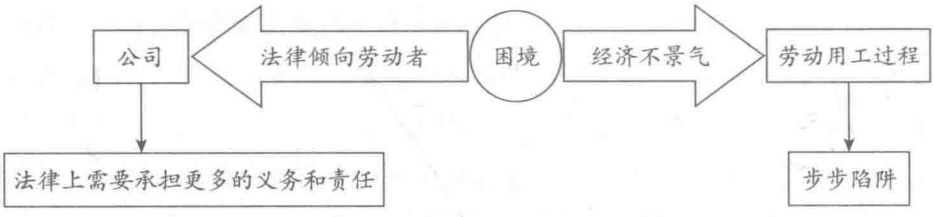


图 5-1　公司在劳动用工、人力资源管理上所面临的困境

第二节　公司内部人事管理

一、公司招聘员工应注意哪些问题

1. 劳动者的告知义务以及公司的说明义务

在招聘会上或者在公司面试员工的场合，大多情况下见到的都是公司向求职者询问相关的情况并决定是否录用，而鲜见求职者向公司“问三问四”。其实，我国劳动法律是赋予了劳动者知情权的，只是目前公司与求职者相比较为强势，工作难找使得求职者放弃了自己的知情权。

法律规定劳动者有如实向公司告知情况的义务，也有知情的权利。《劳动合同法》第 8 条规定：“用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相

关的基本情况，劳动者应当如实说明。”

2. 公司不应招用尚未在其地方离职的劳动者

公司招用尚未在其他地方离职的劳动者，实际上属于俗话所说的“挖墙脚”。一些劳动者在其他公司尚未离职，急于招聘的公司便匆忙与其办理入职手续，可能是看中该劳动者的才干，抑或希望通过该劳动者获取他所掌握的商业信息。1995 年，原劳动部发布了《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》，在第 6 条中规定了招用尚未离职的劳动者，给原公司造成损失的，除了劳动者需要向原公司赔偿外，招聘公司也要承担连带赔偿责任。

3. 公司不得扣押劳动者证件和要求提供担保

在一些劳动密集型企业，不少用人单位的管理者由于害怕员工流失等原因，会要求劳动者在职期间提供身份证原件作为担保直到离职。这种做法将会面临罚款和承担对劳动者的赔偿责任。[①]

4. 公司向应聘者发出录用通知后却反悔的，是否应当承担违约责任?

当公司向劳动者发出了录用通知，之后又反悔的，公司需要承担违约责任吗？公司在没有与即将入职的劳动者签订劳动合同和办理入职手续前，有没有后悔的权利？笔者认为，若公司已向劳动者发出录用通知书，公司若反悔，劳动者可以向法院提起诉讼，要求公司对由于此次招聘而停止工作的时间根据原工作单位的工资水平赔偿损失。

以案说法

应聘者不如实告知、欺瞒个人重要事项情节严重的，公司有权开除

周某于 2011 年 5 月进入酒店公司工作，担任销售经理一职，双方签订了劳动合同，合同约定若劳动者在签订合同时采取欺骗手段，故意隐瞒个人重要事项的，公司有权解除合同，且不受应提前三十日以书面形式通知的期限限制。在公司向周某提供的《员工应聘入职登记表》上有何时何地受到何种处分或奖励等栏目，周某在该表上仅填写了自己的姓名、性别、联系电话及相关工作经历，该表中的奖惩内容周某未填写。

① 张扬、郭旺生、吴春婉:《劳动用工完全法律指南》，中国法制出版社 2013 年版，第 59 页。

2012年4月，酒店公司了解到周某曾经在2002年时因犯盗窃罪被法院判处有期徒刑一年，因吸毒而被强制戒毒六个月。于是酒店公司向周某提出解除劳动关系。周某不服，认为自己的工作合格认真，公司属于非法解除劳动关系。

【判词摘录】[①]

◆ 首先，原、被告签订的劳动合同系双方的真实意思表示，双方均应按约履行。原、被告的两份合同均约定：原告签订合同时采取欺骗手段，故意隐瞒个人重要事项的，被告有权解除合同等。

◆ 原、被告劳动合同的签订，是一种双向选择。用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明，劳动者对自身的基本情况不得隐瞒。这有利于用人单位合理地使用劳动者，有利于劳动合同的顺利履行。

◆ 被告作为一个企业，有多个工作岗位可供选择。被告制定的《员工应聘入职登记表》上有何时何地受到何种处分或奖励等栏目，说明被告在招聘时，就要求了解劳动者的基本情况，并安排其相应的岗位。原告未如实告知其受过有关部门刑事处罚的经历，致使被告招聘原告为销售经理岗位。原告的前述行为，违反了法律相关规定和合同的约定。本院认定被告解除原告劳动合同未违反法律规定。

应对方案

1. 当劳动者在入职时向公司询问关于所应聘工作的相关情况时，公司不应对其进行隐瞒。若故意不告知或故意隐瞒而导致他人错误地签订合同，会产生合同无效的后果，公司也有可能需要承担相应的违约责任。

2. 对于公司而言，在员工入职时若需要对员工各方面的情况予以了解的，应当制作入职登记表，表中列明公司需要员工回答的问题，如“是否受到过刑事处罚”“是否为本科学历”等，由劳动者对表中的问题作出回

① 上海市普陀区人民法院（2012）普民一（民）初字第4699号民事判决书。

答并签名。日后公司若发现劳动者有虚假说明隐瞒事实的情况，则可以结合双方签订的劳动合同，解除与劳动者的劳动关系。

3. 在招用员工时，应当尽可能地要求应聘者在入职时提供原公司所出具的离职证明书。

4. 切勿收取求职者相应的钱财，或者在入职时扣押劳动者的财产或证件，要求劳动者提供相应的担保也是不允许的。遇到这种情况，劳动者可以起诉要求公司对扣押的财物进行返还，若劳动部门介入，还会对公司进行罚款。笔者认为，通过上述方式来保证员工的忠诚度，只能是得不偿失，通过改善工作环境、营造吸引人的企业文化等合法的方式才是正道。①

5. 招聘新员工，是否发出录用通知书对双方建立劳动关系并无影响，双方只有签订劳动合同并正式办理入职手续后才存在劳动关系。公司无须提前向即将入职的员工发出录用通知书，因为一旦发出录用通知书，再想后悔不录用，将可能面临承担违约责任的风险。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第八条 用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

第九条 用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

第八十四条 用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。

用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下

① 张扬、郭旺生、吴春婉：《劳动用工完全法律指南》，中国法制出版社 2013 年版，第 59 页。

的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

《违反〈劳动法〉有关劳动合同规定的赔偿办法》

第六条 用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，除该劳动者承担直接赔偿责任外，该用人单位应当承担连带赔偿责任。其连带赔偿的份额应不低于对原用人单位造成经济损失总额的70%。向原用人单位赔偿下列损失：

（一）对生产、经营和工作造成的直接经济损失；

（二）因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失。

赔偿本条第（二）项规定的损失，按《反不正当竞争法》第二十条的规定执行。

二、劳动合同该如何制作与签订

笔者在本书第三章谈到公司章程的问题时，曾提到工商局提供公司章程模板这一情况，并要求股东均需要按照模板的要求填写章程。类似地，劳动合同也有行政机关提供的模板，许多公司会直接下载模板与劳动者签订劳动合同。与公司章程模板情况不同的是，劳动合同是公司与劳动者之间签订的合同，实际上是不需要签订第三份交行政机关备案的，因此，模板无须强制使用。

那么，劳动合同该如何制作和签订呢？根据《劳动合同法》第17条的规定，劳动合同中有几项约定属于必备条款，必须要出现在劳动合同上：（1）公司名称、住所和法定代表人或负责人；（2）劳动者的姓名、住址以及身份证号码；（3）双方劳动关系的期限；（4）工作内容和工作地点；（5）工作时间和休息休假；（6）劳动报酬；（7）社会保险；（8）劳动保护、劳动条件和职业危害防护。但在司法实践中，司法机关在处理案件时并不会非常严格地履行上述法律对必备条款的具体约定，像上述第（5）、（7）、（8）项条款，劳动者的休息和休假的权利是法律所赋予的，不会因为劳动合同里面约定每天必须上班二十四小时劳动者就必须要这么做，一般情况下，超过法定

工作时间的公司就要支付加班费。购买社保是公司必须要履行的义务，劳动保护和职业危害的防护，也是公司所必须要提供的，劳动合同中是否有明确约定并不会存在影响。因此笔者认为，劳动合同中，工作内容和地点以及劳动报酬这两项最为重要，且是司法机关在审理劳动纠纷中会重点关注的两项。

关于工作地点和工作内容的约定，不能在日后工作的过程中随意单方面变更，因此，在劳动者尚未入职、还在与公司洽谈时，双方就应当对其进行商议。变动工作地点和工作内容，会出现因调岗而引发的法律纠纷（关于调岗引发的法律纠纷，笔者会在本章第三节中探讨）。对于劳动报酬的约定，若该工作岗位的薪酬待遇是每个月不变的，可以在劳动合同中明确约定；但是，若工作岗位有绩效考核或者涉及提成奖励以致每个月工资不同的，公司则很难在劳动合同中约定一个具体的工资数额，因此，只需要在劳动合同中约定基本工资，然后公司再与劳动者之间签订关于绩效考核的约定，将工资的计算方法书面约定。

虽然笔者认为并不必要完全严格地按照《劳动合同法》规定的必备条款来制定劳动合同，但是劳动合同的格式仍应该具备，而不应该简单地只约定一两条有关工作和报酬的事项，否则该合同可能因不属于“劳动合同”而产生未签订劳动合同的法律后果。

以案说法

1. 签订的劳动合同不具备主要条款的，会被法院认定为未签劳动合同

胡某与某酒家于2010年10月15日签订《合同书》，该《合同书》的内容是：“一、基本工资。1. 酒家月营业额未达到180000元，酒家支付胡某基本工资3500元。2. 酒家月营业额达到180000元，酒家支付胡某基本工资4000元。二、提成方案。1. 酒家月营业额达到180000元至250000元。酒家按超出180000元至250000元的营业额部分提成5%计算支付给胡某。2. 酒家月营业额达到250000元以上，酒家按超出250000元的营业额部分提成按8%计算支付给胡某。三、合同有效期从2010年11月1日至2012年11月1日止。”签订上述《合同书》后，胡某从2010年10月16日起到该酒家工作，

任楼面经理一职。

在随后的工作中，由于酒家的月营业额从未达到180000元，所以酒家每月只支付基本工资3500元给胡某。胡某随后向劳动仲裁委提起劳动仲裁，认为双方未签订劳动合同，要求酒家向自己支付双倍工资差额。而酒家则认为，酒家与胡某之间并非劳动关系，双方签订的《合同书》属于合作经营的关系，胡某并非酒家的员工，双方是合作伙伴。

【判词摘录】①

◆ 酒家与胡某签订《合同书》约定了胡某的基本工资和提成方案，合同签订后胡某到该酒家工作，酒家按月向胡某支付工资，酒家与胡某之间形成劳动关系。

◆ 双方签订的合同书虽约定了提成方案，但并无分享利润和共担风险的内容，且酒家事实上每月均支付基本工资3500元给胡某，因此，提成方案仍属于对工资的约定，酒家称其与胡某是合作关系的主张不能成立，本院不予采纳。

◆ 由于酒家与胡某签订的《合同书》不完全具备《劳动合同法》第17条所规定的劳动合同的必备条款，法院认定双方未签订书面劳动合同，酒家需向胡某支付未签订劳动合同的双倍工资差额是正确的。

2. 劳动合同并非劳动者亲笔签名的，视为合同无效

朱某于2013年4月1日入职科技通信公司北京分公司，位于广州的总公司在4月10日寄给了朱某两份劳动合同，要求朱某在3天内，在劳动合同上签名后，一份自己留存，一份寄回公司。朱某收到合同后，因事务繁忙，由她的丈夫张某代朱某在合同上面签名。

2013年12月，朱某向科技通信公司辞职，并提出原合同因并非自己签名而无效，要求公司支付双倍工资差额。

【律师评析】

在诉讼中，当公司与劳动者之间就劳动合同上的签名真伪存在不同意见的时候，法院需要将这份劳动合同上的签名做笔迹鉴定，才可以判定谁是谁非。若公司一方提出拒绝的，法院则会直接采纳劳动者的观点。

① 广州市中级人民法院（2011）穗中法民一终字第4766号民事判决书。

例如，在本案中，劳动者提出劳动合同上的签名并非自己所签，法院会询问公司一方是否同意做笔迹鉴定，如果公司无法确认合同上的签名是否为劳动者所签，又不愿意做笔记鉴定，在这种情况下，法院就不会对合同上的签名做笔迹鉴定，而会直接判决劳动者与公司之间没有签订劳动合同。

应对方案

1. 公司在与劳动者签订劳动合同的时候，应当尽可能地要求劳动者在公司当面签订，以确保劳动合同上的签名是劳动者亲笔所签。实践中，常有一些公司将合同交给劳动者，告知劳动者拿回去签字，于限定的时间内交回公司，这样做对公司来说存在很大的风险。若劳动者把合同交给他人代签名，由于劳动者实际上并没有在劳动合同上签字，从法律层面上会导致劳动合同无效的后果，这样就变成了公司与劳动者之间没有签订劳动合同，公司便需要向劳动者支付双倍工资差额。

2. 劳动合同应当具备基本的格式，虽然合同不需要约定得太过复杂，但是基本的条款必须具备，如薪酬待遇、上班地点、工作内容等，若缺少必备条款，劳动合同有可能无效。另外，实际劳动用工中，很多类型的工作已经很难以固定数字约定月工资收入，因此，在薪酬待遇方面，也应该尽可能地约定公司与劳动者之间关于薪酬待遇的计算方法。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第十七条 劳动合同应当具备以下条款：

（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；

（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；

（三）劳动合同期限；

（四）工作内容和工作地点；

（五）工作时间和休息休假；

（六）劳动报酬；

（七）社会保险；

（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；

（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。

第八十一条 用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

三、不签订劳动合同的双倍工资计算标准

公司与劳动者之间在不签订劳动合同的情况下所进行的劳动用工，属于法律上所称的“事实劳动关系”，存在事实劳动关系的，公司自劳动用工之日一个月后开始，在一年期限内需要支付给劳动者双倍的工资。

看似简单的规定，在司法机关审理案件时，却出现了许多困难。有法官认为，长期以来，我国劳动力市场不甚规范，企业用工不签订书面劳动合同的现象较为突出，但因此而涉诉的情况较少。《劳动合同法》自 2008 年 1 月 1 日颁布实施以来，以“未签订书面劳动合同双倍工资差额”为诉讼标的的劳动争议仲裁与诉讼呈“井喷式”增长，不论是劳动争议仲裁委员会，还是人民法院，均面临着“案多人少”的压力，深感力不从心。有关“未签订书面劳动合同双倍工资差额”的规定直接体现为《劳动合同法》第 82 条，该条规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付双倍的工资。此规定被劳动者视为主张“未签订书面劳动合同双倍工资差额”的直接依据。客观地评价，《劳动合同法》设置此制度用心良苦，主要是为了促使用人单位规范用工行为，使劳动者与用人单位发生劳动争议时能够拿得出切实的书面证据。但作为一项新的制度，在司法实践中遇到的诸多问题都超出了立法者的一般预期，相关规范不尽明确、配套规定不完善，加之个人理解的不同，导致了司法实践中对“未签订书面劳动合同双倍工资差额”问题适用法

律上的复杂性。[①]

上文所述的复杂性，各个案件涉及的方面有很多，各有不同。其中在笔者经办劳动案件中遇到较为常见的一种就是双倍工资的计算标准。双倍工资的计算标准问题，也即当公司与劳动者之间不签订劳动合同存在事实劳动关系需要支付双倍工资时，公司发给劳动者的酬劳里面，哪些内容属于工资，应该计入双倍工资中？目前许多公司与劳动者之间在劳动合同以及在实际中履行的劳动用工关系中，劳动者每个月的收入都并不固定，往往“平均工资”是大于“基本工资”的。在司法实践中，法院对此标准也认定不一，一些法院认为双倍工资的计算标准应以基本工资进行计算，另一些法院则认为应以平均工资即实际发放的工资进行计算。

近年来，因为经济不景气，公司违反劳动法的情况增多，不签劳动合同侵犯劳动者利益的情况非常普遍。因此，在司法实践中，法院在审理案件的时候，往往会对不签劳动合同的公司予以较严重的处罚。为了统一双倍工资差额的计算标准，在没有法律、法规明确规定计算标准的情况下，法院会对不签劳动合同的赔偿计算标准出具审判上的指导意见。例如，2012 年 6 月 21 日广东省高级人民法院与广东省劳动人事争议仲裁委员会发布的《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》第 14 条明确了双倍工资的计算标准。该纪要认为，二倍工资差额的计算基数为劳动者当月应得工资，但是“支付周期超过一个月的劳动报酬”（如季度奖、半年奖、年终奖、年底双薪以及按照季度、半年、年结算的业务提成等）以及“未确定支付周期的劳动报酬”（如一次性的奖金，特殊情况下支付的津贴、补贴等）则不包括其中。按照纪要的上述规定，按月计算的提成、加班费，应计入二倍工资的计算基数内。

① 朱江主编：《北京市第二中级人民法院经典案例分类精解·劳动争议卷》，法律出版社 2013 年版，第 49 页。

以案说法

加班费也计入双倍工资的计算基数内

李某于2012年2月1日入职建设实业公司，担任公司工程项目的预结算员，公司与李某约定月工资为8000元但双方并未签订劳动合同。因工程项目繁杂，李某工作较忙，周六日李某经常需要加班干活。2012年6月30日，李某向公司提出辞职，并要求公司支付双倍工资差额及加班费。根据公司与李某确认的加班天数所计算出的加班费约为25000元。

【律师评析】

建设实业公司未与李某签订劳动合同，双方存在事实劳动关系，因此，公司应当自2012年的3月1日开始，向李某支付双倍工资，即3月1日至李某离职的6月30日之间，每月支付工资16000元。因每月公司已向李某支付了8000元的月薪，因此还欠每月8000元的工资差额未支付，共计40000元。

除此之外，建设实业公司还需向李某支付加班费25000元。因为加班费也计入双倍工资的计算标准中，因此公司还要向李某支付双倍加班费，即公司需要向李某支付50000元的加班费。综上，李某自2月入职建设实业公司，到6月30日离职，因为双方未签订劳动合同，公司在每月已足额向李某支付8000元月薪的前提下，尚需要支付90000元的双倍工资差额。

应对方案

1. 试用期也必须签订劳动合同，试用期不签劳动合同的，公司需要向劳动者支付双倍工资。如果一份劳动合同里面只约定了试用期，那么合同中的试用期无效，约定的期间属于劳动正式用工，但因为有劳动合同的存在，公司不需要支付双倍工资。

2. 劳动合同的格式并不需要太过于严格限制，只要约定明确劳动者的大致工作内容、薪酬待遇或者薪酬待遇的计算方式等主要的合同条款就可以了。劳动合同签订的目的在很大程度上是保护劳动者，使其有证据可以证明与公司之间存在劳动关系，避免公司不与劳动者签订劳动合

同而产生日后否认双方存在劳动关系，使得劳动者权利遭受损失的情况发生。

3. 不签劳动合同需要支付双倍工资，对于哪些内容应计入双倍工资范畴，法律上没有具体明确的规定，各地司法机关的认定也各不相同。但总的趋势是对公司不签订劳动合同的行为加大了处罚的力度，如前述的广东省高级人民法院和广东省劳动人事争议仲裁委员会联合发布的会议纪要中就将双倍工资的范畴予以了明确，将加班费等费用计入不签订劳动合同的双倍工资中。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第八十二条 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》

14. 用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者签订书面劳动合同，或者虽通知劳动者签订书面劳动合同但劳动者无正当理由拒不签订，用人单位未书面通知劳动者终止劳动关系的，应当按照《劳动合同法》第八十二条的规定向劳动者每月支付二倍工资。二倍工资差额的计算基数为劳动者当月应得工资，但不包括以下两项：

（1）支付周期超过一个月的劳动报酬，如季度奖、半年奖、年终奖、年底双薪以及按照季度、半年、年结算的业务提成等；

（2）未确定支付周期的劳动报酬，如一次性的奖金，特殊情况下支付的津贴、补贴等。

……

四、退休员工的聘用

公司基于现实需要，有时候会考虑聘用已到退休年龄的人员入职公司。公司的一些技术骨干或是为公司服务多年的员工，到了退休年龄时，往往身体还足够健康，公司也愿意让他们继续留任。关于聘用退休员工，需要注意哪些法律问题呢？

《劳动合同法》规定，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动者与用人单位的劳动合同终止。也就是说，当劳动者已达退休年龄，开始有权享受养老保险待遇时，他已经没有资格再与公司之间订立劳动合同确立劳动关系了。如果公司在劳动者退休后仍然聘用，则属于劳务雇佣关系。在劳务雇佣关系中，虽然公司可以随意对雇员提出解除劳务雇佣合同的要求，而无须支付经济赔偿金，但是雇员在劳务过程中，人身受到损害的，雇主仍需要给予赔偿。

以案说法

聘用的退休员工在工作中出现伤亡，公司应对其进行赔偿

江某于2000年入职某科技公司，一直工作至2013年12月31日。因为已到退休年龄，所以江某办理了退休手续。工作期间，江某是公司的技术骨干，因此公司希望江某继续留任，江某同意。双方于2014年1月1日签订了一份《劳动合同》，约定科技公司每月向江某支付工资1万元。2014年5月10日，江某在上班时发生意外，坠楼以致伤残，江某及家属认为这属于工伤，要求公司赔偿。

【律师评析】

因为江某已经退休，所以江某在2014年1月1日与科技公司所签订的“劳动合同”，实际上是劳务雇佣合同，双方原劳动关系在2013年12月31日终止，并重新建立了劳务雇佣关系。江某已不属于法律上所称的“劳动者”，在进行雇佣活动中人身受到损害的，也不能认定为工伤。但是江某是科技公司的雇员，在劳务雇佣关系中，雇员在雇佣活动中发生了意外，科技公司需要为江某支付医疗费用。

应对方案

已退休的员工与公司建立的并非劳动关系，而是劳务雇佣关系。因为退休员工已开始享受基本养老保险，无须再缴纳社保，所以没有工伤保险。作为雇员的退休人员在工作过程中出现了伤亡，公司需要支付医疗费等相关治疗赔付费用。笔者建议公司应尽量不要聘用已退休人员，如果非用不可，则建议公司为该退休员工购买商业保险。

法规速递

《劳动合同法》

第四十四条 有下列情形之一的，劳动合同终止：

（一）劳动合同期满的；

（二）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；

（三）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；

（四）用人单位被依法宣告破产的；

（五）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；

（六）法律、行政法规规定的其他情形。

五、大学生顶岗实习

大学生到公司实习越来越常见，尤其是一些人手不足且希望减少劳动用工成本的公司，非常欢迎大学生到公司顶岗实习。笔者根据自己的实践经验以及所见过的案例，就大学生到公司实习事宜公司应该要注意的事项总结如下：

1. 公司与实习生签订实习协议或签订劳动合同的问题

大学生实习时，往往会带着学校出具的实习协议或者实习回执，要求公司盖章，以作为学生实习的依据计算学分。在笔者看来，有些协议或回执存在一定的法律问题，需要公司予以注意。

表 5-1　广州某学院实习顶岗回执

广州　学院学生就业顶岗实习联系函回执

<table>
<tr><td>学生姓名</td><td colspan="2"></td><td>专业班级</td><td></td><td>联系电话</td><td colspan="3"></td></tr>
<tr><td>单位名称（全称）</td><td colspan="4"></td><td>单位联系人</td><td></td><td>是否愿意成为我院就业顶岗实习合作企业</td><td></td></tr>
<tr><td>单位详细地址</td><td colspan="4"></td><td rowspan="2">单位联系电话</td><td colspan="3">固定电话：
（区号：非常重要）</td></tr>
<tr><td>单位性质</td><td colspan="4">□国家机关 □国有企业 □三资企业
□私营企业 □民营企业 □其他：__</td><td colspan="3">手机：</td></tr>
<tr><td>企业指导教师</td><td>姓名</td><td colspan="3"></td><td>联系电话</td><td colspan="3"></td></tr>
<tr><td colspan="3">是否接受学生就业</td><td colspan="3">□是 □否</td><td>就职岗位</td><td colspan="3"></td></tr>
<tr><td colspan="9">单位盖章：
年　月　日</td></tr>
</table>

备注：本回执由实习单位填写后，由学生于顶岗实习开始后二周之内负责带（寄）回学校。

如表中广州某学院给公司的回执中，表上一栏“是否接受学生就业”就存在问题。公司若在该项目中的“是”前面打钩，是否就承诺日后学生毕业后应该接受该学生进入公司工作呢？实习生与公司之间的关系，并非劳动关系，实习生并未正式就业，公司不应在此时对日后该学生毕业时能否入职公司作出承诺。

另外，还有一些学校，为了将应届毕业生的数据做得好看，要求实习生把就业情况信息表交给公司盖章。笔者认为，针对此种情况，公司不应该配合学校方面作假，因为公司盖章，就意味着该学生在公司并非实习生的身份，而是正式就业。即便公司与实习生另行签订实习协议确认实习关系，也并不一定能够完全否定之前所盖章的就业情况信息表的效力。

表 5-2 广州某学院就业情况信息表

广州 学院 届毕业生就业情况信息表

系别:_____ 专业班级:_____ 学号:_____

毕业生基本信息	姓名		性别		QQ	
	手机				家庭电话	
	电子邮箱	非常重要，常用邮箱				
	离校后信件可接收详细地址	_____省_____市_____区（县）_____				
单位基本信息	用人单位全称					
	单位机构码				依托单位规模（人）	
	用人单位详细地址	_____省_____市_____区（县）_____				
	邮政编码					
	单位性质	1. 机关［□国家机关（公务员）□党群系统 □政法系统 □部队 □社会团体 □其他］ 2. 企业［□国有 □集体 □股份合作 □有限责任 □联营 □股份有限 □港澳台 □外商 □私营 □其他］ 3. 事业［□高校 □普教 □科研 □医疗 □其他］ 4. 其他:_____					
	所属行业	□农林牧渔业 □采矿业 □制造业 □电力、燃气及水的生产和供应业 □建筑业 □教育 □交通运输、仓储和邮政业 □信息传播、计算机服务和软件业 □批发和零售业 □金融业 □住宿和餐饮业 □房地产业 □水利、环境和公共设施管理业 □居民服务和其他服务业 □卫生、社会保障和社会福利业 □文化、体育和娱乐业 □公共管理和社会组织 □国际组织 □租赁和商务服务业 □科学研究、技术服务和地质勘查业 □其他:_____					
单位联系信息	联系人 1	姓名		联系电话	固定电话:（区号：非常重要）	
		职务			手机:	
		电子邮箱	非常重要，常用邮箱			
	联系人 2	姓名		联系电话	固定电话:（区号：非常重要）	
		职务			手机:	
		电子邮箱	非常重要，常用邮箱			
就职信息	就职部门				就职岗位	
	薪酬（试用期转正后）	□ 1000 元以下 □ 1000~1300 元 □ 1300~1600 元 □ 1600~1900 元 □ 1900~2200 元 □ 2200~2500 元 □ 2500~2800 元 □ 2800~3100 元 □ 3100~3400 元 □ 3400~3700 元 □ 3700~4000 元 □其他:_____					
	单位盖章	年 月 日		毕业生签名	年 月 日	

温馨提示：此表需存档，请用钢笔如实填写，字迹要端正清楚。

大学实习生与公司之间究竟是否存在劳动关系？一般法院均认为实习生尚未从学校毕业，在行政管理上不能像一般劳动者一样缴纳社保，档案关系尚在学校，因此，原劳动部发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第12条规定："在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。"实习生与公司之间不存在劳动关系。但是，如果实习生在实习期间向公司表达了求职就业的愿望，实习生与公司之间还进行了求职登记并签订正式劳动合同的话，只要实习生达到了法定就业年龄16周岁，就应当视为双方建立了劳动关系。最高人民法院认为，如果"即将毕业的大专院校在校学生以就业为目的与用人单位签订劳动合同，且接受用人单位管理，按合同约定付出劳动；用人单位在明知求职者系在校学生的情况下，仍与之订立劳动合同并向其发放劳动报酬的，该劳动合同合法有效，应当认定双方之间形成劳动合同关系"。①

2. 实习生在实习中受到人身伤害公司是否应该赔偿的问题

大学生到公司实习，双方并不存在劳动关系，公司也没有办法帮助实习生购买社保，因此，如果大学生在实习期间受到了人身伤害（如实习上下班途中遭遇车祸、实习过程中受到人身伤害等），就不属于工伤。那么实习生能否向公司主张相应的人身损害赔偿或补偿呢？对此，法律并没有详细的规定，各地法院对此也有不同的看法。笔者认为，实习生与公司之间虽然没有劳动关系，但仍属于劳务雇佣关系，根据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条的规定，雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害的，雇主应当承担赔偿责任。

以案说法

1. 大学生在实习期间受到人身伤害的，虽不属于工伤，但是公司仍需赔偿②

陈某是某大学机械制造学院大四学生，在学校规定的实习期间，陈某在某机械制造公司的机械检修室上班实习，公司按月向陈某支付1000元的补

① 参见"郭懿诉江苏益丰大药房连锁有限公司劳动争议案"，载《最高人民法院公报》2010年第6期（总第164期）。

② 案例及评析的部分内容摘自张扬、郭旺生、吴春婉：《劳动用工完全法律指南》，中国法制出版社2013年版，第51–52页。

助。2014年1月6日，陈某在跟随师傅检修设备时因设备发生故障，导致陈某手指造成永久性伤害。陈某认为自己是在工作期间受到人身伤害的，于是向法院提起诉讼，请求确认自己与公司具有劳动关系，应得到工伤赔偿。

【律师评析】

本案中，大学生与公司之间是否存在劳动关系以及大学生实习期间发生意外是否属于工伤范畴是案件处理的关键。根据原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第12条的规定，在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可不签订劳动合同。在目前的司法实践中，法院不认定大学生在实习期间与公司存在劳动关系，既然不存在劳动关系，也就不存在工伤的问题，因为认定为工伤应以劳动关系的存在为前提。陈某的起诉，是得不到法院的支持的。

但是陈某受伤不属于工伤并不意味着公司就完全没有责任。因为陈某与公司之间是劳务雇佣关系，陈某在实习工作中受到了身体上的损伤，公司应该向陈某进行赔偿。

2. 公司与大学生签订了劳动合同的，视为双方存在劳动关系

某大学大四学生季某听说升某空调设备公司招聘文员，于是携带了学院的《毕业生双向选择就业推荐表》到公司应聘。公司在面试后认为季某很合适，便与季某签订了《劳动合同协议书》。

因为季某尚未毕业，所以公司没办法为季某购买社保。

一天，季某在下班途中发生了车祸受伤，于是向劳动部门申请工伤并以公司未帮其购买社保为由要求公司给予赔偿。公司认为季某还没有大学毕业，双方之间并不存在劳动关系。

【判词摘录】[①]

◆ 季某年满21周岁具有完全民事行为能力和责任能力。

◆ 虽然季某尚未从学院毕业，但是其本身属于自由劳动者，在没有法律、法规明确禁止在校生与用人单位建立劳动关系的情况下，在校生参与劳动关系不应受限。而且季某提供了《毕业生双向选择就业推荐表》。

◆ 季某是适格的劳动合同主体。

① 江苏省南通市中级人民法院（2008）通中民一终字第0180号民事判决书。

应对方案

1. 公司不应配合学校对大学生就业数据造假，因为公司一旦对“是否同意学生入职”“是否接受就业”等事项表态或者在就业情况表上盖章，会产生同意该学生日后毕业到公司工作的一种承诺，日后公司若不履行承诺，很有可能会被告上法庭。若公司在存在上述行为的前提下与实习生再另行签订一份补充协议，笔者认为仍然存在一定的风险。

2. 公司与实习生签订劳动合同，会被法院认定为双方之间存在劳动关系。公司与实习生之间签订的实习协议，内容上应当与一般的劳动合同有所区别而不应混同。

3. 实习生在实习期间人身受到损害不按照工伤对待，并不意味着公司可以逃避责任。随着实习生因实习而引发的人身损害案件的增加，有些法院为了使实习生可以得到赔偿，会按照双方存在雇佣关系、雇主需要向雇员作出赔偿来进行判决。在目前我国尚没有法律具体规范公司与实习生之间的权利义务的情况下，建议公司可以为实习生购买商业意外保险，减轻实习生发生意外时公司的责任。

法规速递

《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》

第十一条 雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任。雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担赔偿责任后，可以向第三人追偿。

雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。

……

《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》

12. 在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。

第三节 劳动用工制度

一、公司规章制度如何做到合法有效

国有国法，家有家规。每个公司都会有自己的规矩，公司的规章制度就是公司规矩的书面体现，属于公司内部针对所有员工的“法律”。公司有权制定规章制度对公司员工进行管理，是行使劳动用工自主权的一种体现。依法制定的规章制度，能够作为管理劳动者的依据，与公司建立劳动关系的劳动者，均应当遵守公司的规章制度。目前，大多数公司所制定的、员工需要遵守的规章制度，核心是惩罚性内容，公司将规章制度作为劳动合同的补充，从公司的角度来看，规章制度似乎非常好用。而实际上，公司将规章制度用好却并不那么容易。什么样的规章制度才是合法的？公司制定的所有规章制度是否都有效？笔者作为执业多年的律师，服务了很多国有和私营大中型企业及外资公司，遇到许多关于规章制度的案例，发现目前许多公司所制定的规章制度在内容上或程序上都存在瑕疵。当出现纠纷的时候，公司把规章制度拿出来交给司法机关裁决，被认定为无效的可能性很大。

关于规章制度的法律规定，在《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》第19条有所体现。该条规定“用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据”。根据上述法律条文的规定可以推断出，有效的公司规章制度，需要符合以下两点要求：

1. 公司的规章制度需要符合民主制定的程序

笔者在给一些公司作劳动法培训的时候，往往会提到民主程序问题，公司负责人或人事部门负责人听到往往会很疑惑：什么是“民主程序”？他们常常反映自己公司的规章制度均是内部领导之间商议出来的结果，有些负责人甚至对自己公司的规章制度是如何制定的都不太清楚。笔者在此提醒各位相关负责人：如果公司的规章制度的制定不符合民主程序，就会直接导致规章制度无效。

所谓民主程序，是指公司的员工通过职工大会、职工代表大会或者通过工会或推举代表参与公司的管理；以及公司的员工通过职工大会、职工代表

大会或者通过工会或推举代表与公司进行平等协商。对于规章制度的制定，法律要求公司涉及员工切身利益的事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案意见，与工会或者职工代表平等协商确定。规章制度制定完毕后，公司还需要公示，即要求对规章制度进行“广而告之”，不能对规章制度“遮遮掩掩”。在笔者办理的劳动争议案件中，常会见到有公司为了规避给付经济补偿金或经济赔偿金等义务，事后针对案件中有争议的情况后补所谓的规章制度，并将其作为劳动仲裁和诉讼的依据。为了防止公司损害员工的合法权益，法律对规章制度的公示、通知的要求甚为严格，所有未经公示或者通知员工的规章制度均视为无效。[①]

2. 公司规章制度的内容需要合法

判断公司规章制度的内容是否合法，要以是否违反法律和行政法规的强制性规定为认定标准。例如，在现实生活中，不少公司禁止“双职工”在同一用人单位出现，若发现则要求其中一人离开公司，并将此作为公司的规章制度予以公示。那么，这种禁止“办公室恋情”的规章制度是否有效呢？类似这种情况的处理方式，公司根据已经公示的规章制度对员工进行处罚、管理，看似无可厚非，实则违法。《民法通则》第 103 条规定：“公民享有婚姻自主权，禁止买卖、包办婚姻和其他干涉婚姻自由的行为。”这意味着，公民有权决定自己的恋爱、婚姻等相关人生大事，任何组织和个人均无权加以干涉，公司如此规定实属违反法律的强制性规定，因此是无效的。[②]

对规章制度合法性的审查，是法院审理劳动案件的重要事项之一。各地法院也在此问题上态度明确。例如，广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会《关于使用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》第 20 条明确：如规章制度内容合法并经公示、不存在明显不合理的情形，可以作为劳动仲裁和人民法院裁判的依据。北京市第二中级人民法院则认为，用人单位按照《劳动合同法》第 4 条的规定制定的规章制度，可以作为其解除劳动合同的有效依据。但人民法院有权审查该规定的合法性，如有关规定过于严苛或明显违反公序良俗，法院有权认定相应条款无效。[③]

---

① 张扬、郭旺生、吴春婉：《劳动用工完全法律指南》，中国法制出版社 2013 年版，第 155–156 页。

② 张扬、郭旺生、吴春婉：《劳动用工完全法律指南》，中国法制出版社 2013 年版，第 155 页。

③ 朱江主编：《北京市第二中级人民法院经典案例分类精解 · 劳动争议卷》，法律出版社 2013 年版，第 166 页。

以案说法

1. 公司的规章制度需经过民主程序制定

曾某是东某食品公司制作面包及糕点的员工，是公司下辖经营的某门店店长，负责该门店的管理工作。2011 年 6 月 23 日晚，公司临时检查各门店，在对曾某管理的门店进行盘点后发现存在短款的现象，现金盘点数与 POS 机收款额存在差异，少收金额 200 元。

2011 年 6 月 24 日，公司负责人与曾某就盘点短款问题进行谈话，询问了 6 月 23 日的销售状况并制作了笔录由曾某签名确认。2011 年 7 月 4 日，公司向曾某发出了《临时解雇信》，信上告知曾某违反了公司的收银操作和库存守则，给公司造成了损失，根据公司的《纪律及诚信守则》和《员工手册》中的规定，对曾某予以开除。曾某不服，认为公司属于违法解除劳动合同，应当作出赔偿。而公司则认为曾某违反公司的规章制度，开除曾某是合法的。

【判词摘录】①

◆ 除《纪律及诚信守则》外，其余规章制度公司未举证送达给曾某。

◆《纪律及诚信守则》签约卡仅能证明曾某签收过一份《纪律及诚信守则》，但不能证明曾某签收的版本是公司认为的版本，且签约卡已经载明曾某签收的《纪律及诚信守则》仅有 4 页，而公司提交的《纪律及诚信守则》有 5 页，此差异足以证实公司提交的非曾某彼时所签阅并确认无误的《纪律及诚信守则》，故对公司提交的《纪律及诚信守则》的真实性、合法性、关联性法院均不予确认。

◆ 涉案所有规章制度，公司未举证系经过民主程序所制定（如《纪律及诚信守则》仅有行政总裁签名），故均不得作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

◆ 因此，法院认定现有证据仅能证明曾某有监管过失尚不至于严重失职，而公司径行解除劳动关系则没有制度、法律依据，属违法解除，故公司应当支付经济赔偿金。

2. 员工提出不知悉规章制度的存在且公司无法举证的，规章制度不能作为处罚员工的依据

王某为报社下辖某发行站的站长，负责管理站内报纸发行以及发行员

① 广州市越秀区人民法院（2011）穗越法民一初字第 3890 号民事判决书。

的送报工作。2009年7月17日，报社当天印刷出版的报纸中，用铜版纸发行了恒大足球特刊。时值当时纸张收购价高，报纸发行的当天出现了大量恶意收购报纸当废纸变卖赚取差价的事情，当天王某发行站负责的区域在一些地方甚至无报纸可卖。

因为事件影响较坏，报社对此事件作出调查后认为王某参与了这次私收报纸的事件，帮助他人私收报纸。随后，报社以其发行管理部门的规章制度《奖惩管理规定》中的“在发行特刊中物流发行员若出现监守自盗或联合他人变卖报纸导致报社或读者的利益受损的，报社将对其作出辞退处理”为依据，将王某解雇。王某不服，提起诉讼。在法庭上，王某否认自己知道报社的《奖惩管理规定》，报社也没有证据证明王某知悉。

【判词摘录】[①]

◆ 本案中，虽然报社主张王某作为管理人员，严重违反报社规章制度，影响报社的经营，故对王某作出开除处理，并提供《奖惩管理规定》佐证。但报社没有证据证明王某知道《奖惩管理规定》，王某对此予以否认，报社以此证明王某严重违反报社规章制度依据不足，报社承担举证不能的不利后果，故报社解除与王某的劳动合同的行为已构成违法解除劳动合同的事实。

应对方案

1. 公司制定的规章制度程序、内容要合法。首先，公司制定涉及员工切身利益的规章制度时应当经职工代表大会或者全体员工讨论，由员工提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定，公司领导们切勿自己关起门来制定规则。没有经过民主程序制定出来的规章制度，是不会被法院作为案件审理的依据的。其次，规章制度的内容不能违反法律、法规等规定。最后，为使规章制度能够真正起到“有章可循”的作用而不被法院否定，公司应尽量根据不同岗位的工作内容细化禁止性条款，这样在员工违反规定时，才能真正做到有章可循。在司法实践中，若规章制度的设定过于粗糙，那么法院采纳的可能性则比较低。

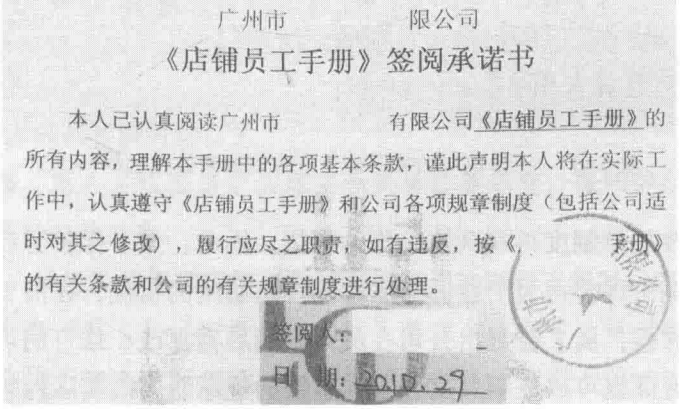
2. 公司制定的规章制度应当让员工签收，且修改后的规章制度也必须要

① 广州市越秀区人民法院（2011）穗越法民一初字第3908、3909号民事判决书。

员工重新签收。这样做似乎有点“强人所难”，但是法律确实对公司提出了严格的要求。对于涉及员工切身利益的规章制度必须公示和告知员工，这个程序非常重要。对于规章制度，要公告、组织学习、签收，做到人手一册。在很多案例中，公司会以员工违反规章制度中的某条或某几条为由指出员工的不当行为进而作出处理，但此时往往出现举证困难的情形（如上述案例）。笔者建议，在员工入职时，公司应复印一份规章制度，并要求员工在该复印件上书面签上“已领取该规章制度”的字样。与此同时，在有新的或经修改的规章制度时，公司也应及时下发给员工，同样要求其书面签收确认，该书面签收证明应明确文件的名称或文号。公司应该保留好职工代表大会或者全体职工讨论、协商规章制度的一些书面证据，如会议纪要、会议记录等，同时应不定期地对规章制度进行培训和考试，并要求员工签到。

图 5-2 公司规章制度不被法院采纳的原因

下面两幅图，是两种常见的“不合格”的关于确认规章制度有效性的材料，笔者相信许多公司都会让员工签订类似的文件。实际上，这两份文件是没有任何法律效力的。因为员工在签订这两份文件时，公司并不能证明员工承诺理解的规章制度的内容究竟是什么。这些所谓的规章制度，都是可以由公司随意修改的，公司甚至可以在诉讼发生之后，按照有利于自己



广州市 限公司

《店铺员工手册》签阅承诺书

本人已认真阅读广州市 有限公司《店铺员工手册》的所有内容，理解本手册中的各项基本条款，谨此声明本人将在实际工作中，认真遵守《店铺员工手册》和公司各项规章制度（包括公司适时对其之修改），履行应尽之职责，如有违反，按《 手册》的有关条款和公司的有关规章制度进行处理。

签阅人：

日 期：2010.29

图 5-3 “不合格”的关于确认规章制度有效性的材料之一

广州分公司营销人员劳动合同补充承诺函

承诺函是营销人员与广州分公司签订《劳动合同》前的承诺保证，与《劳动合同》具有同等法律效力。签署本承诺函，代表您在就职期间遵守以下相关发文（见文件），接受其约束，并承担违反相关发文的各种责任。

一、严格遵守《　　营销人员日常管理规定》（二〇一〇年七月二十一日颁布）；

二、严格遵守《　　广州分公司营销业务人员绩效考核管理规定》（二〇一一年六月二十六日颁布）；

三、严格遵守《广州分公司渠道营销后勤人员薪酬考核细则》（二〇一一年七月五日颁布）；

四、严格遵守《广州分公司渠道营销晨会制度》（二〇一一年七月五日颁布）；

五、严格遵守《广州分公司渠道营销区域管理人员岗位设置及竞聘管理办法》（二〇一一年七月五日颁布）；

六、严格遵守《广州分公司营销后勤人员、区域管理人员及营销拓展部主管绩效评议管理办法》（二〇一一年七月五日颁布）；

七、严格遵守《广州分公司员工亲属回避管理办法》（二〇一一年七月二十七日颁布）；

八、严格遵守《广州分公司营销人员招聘办法》（二〇一一年七月二十七日颁布）；

九、严格遵守《　　广州分公司培训制度管理规定》（二〇一一年八月二日颁布）；

十、严格遵守《广州分公司业务管理部营销费用使用规范细则》（二〇一一年八月八日颁布）；

十一、严格遵守《广州分公司渠道营销员工劳动纪律行为准则》；（二〇一一年八月十六日颁布）；

十二、严格遵守《广州分公司渠道营销团队考勤管理制度》。（二〇一一年八月十六日颁布）；

以下内容由乙方本人抄写：

本人（姓名，身份号码）已阅读并了解上述发文的详细内容，具备相应的工作能力及合规意识，本人承诺：严格遵守以上发文制度要求（包括修订后的相关制度及管理办法），自愿承担违反所带来的各种责任。

本人，身份证号码　　已阅读并了解上述发文的详细内容，具备相应的工作能力及合规意识，本人承诺：严格遵守以上发文制度要求（包括修订后的相关制度及管理办法），自愿承担违反所带来的各种责任。

乙方签名：

图 5–4　“不合格”的关于确认规章制度有效性的材料之二

的情况修改规章制度再拿到法院作为证据。因此，为了保护劳动者的合法利益，避免出现公司为了胜诉随意修改规章制度的情况，在员工与公司发生纠纷的时候，员工若提出公司在员工签阅后有篡改、修订的可能性，且公司又没有证据可以证明员工签收、签阅的规章制度的实际内容时，法院会支持员工的意见而认定规章制度无效。另外，这两份文件中，都有公司

要求员工承诺遵守公司日后修改或新制定的各项规章制度的条款，这种做法也是无效的，因为法律不会支持公司要求员工作出未来不确定的承诺。

3. 为了避免员工在事后否认自己违反了公司规章制度中的内容，公司事先进行一定的“内部调查”是十分有必要的。通过内部调查，将事情的前因后果作详细说明，并要求员工在双方达成共识的调查笔录上签字确认，以避免日后出现“口说无凭”的情况。另外，公司还可根据具体违规事件向员工发出书面警告信（详见下表），警告信应结合公司的劳动合同及规章制度作出处理意见，信上留有一定的空间可以让员工进行填写，对公司所警告的内容予以解释以示公平。书面警告信的发出，可以作为日后处罚处理员工的重要证据之一。

表 5-3 警告信模板

警告信（指正书）
违规事情经过：
违反条款：
拟处理意见：
员工解释及意见： 员工签名：
处理结果： 负责人签名：

法规速递

《中华人民共和国劳动法》

第四条 用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利和履行劳动义务。

《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》

第十九条 用人单位根据《劳动法》第四条之规定，通过民主程序制定的规章制度，不违反国家法律、行政法规及政策规定，并已向劳动者公示的，可以作为人民法院审理劳动争议案件的依据。

二、调岗与减薪

公司为了节省劳动用工成本，会绞尽脑汁想尽各种办法。一些公司对员工调岗、减薪，以达到节省费用甚至“变相裁员”的目的。笔者在2013年曾办理过一件多位公司业务经理起诉某上市公司的劳动纠纷案，案中公司因业务下滑等原因，将原本月收入2万多元的工资降为2000元。为了保护劳动者不被公司以调岗和减薪的形式变相侵害合法利益，法律对于公司调岗和减薪有着非常严格的规定和要求。

调岗往往会伴随着减薪的发生，公司对员工进行调岗和减薪，本应是公司行使劳动用工自主权的体现，公司根据自身组织架构以及员工自身工作能力的情况，作出相应的调整。但是，并非任何调整，都可以说是公司行使劳动用工自主权。

工作内容和薪酬待遇，都是劳动合同的必备条款，变更工作内容和薪酬待遇，需要公司与员工双方达成一致方可变更，公司在法律所不允许的情况下单方面作出变更的，员工可以根据《劳动合同法》第38条第（1）项或第（2）项的规定，以公司未按照劳动合同的约定提供劳动条件或者足额支付劳动报酬为由，与公司解除劳动合同并要求公司支付经济补偿金。那么，在什么情况下允许公司单方面对员工调岗、减薪呢？法律上对此并没有明确的规定，但是在司法实践中，各地法院在审理这类案件时都会有一个大致的标准。广东省高级人民法院和广东省劳动人事争议仲裁委员会于2012年6月21日发布的《关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》的第22条中规定，在“调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要”“调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当”“不具有侮辱性和惩罚性”以及“无其他违反法律法规的情形”这四个条件都具备的情况下，公司将员工调岗才属合法。

以案说法

1. 公司将员工调岗，需要符合一般社会常理

罗某于2010年1月21日入职佛某服饰公司，自2011年5月5日起在

公司位于广州市天河区珠江新城友谊商店的专柜担任店长一职。公司认为罗某担任友谊商店专柜店长时期销售量较低，于是想调罗某到其他门店的专柜工作。

2012年5月24日，佛某服饰公司向友谊商店发出证明，证明称公司将自2012年5月25日起调罗某到与目前工作地点相距约40公里远的广州市花都区广百百货专柜工作，担任领班一职。公司之后又在当天重新向友谊商店发出证明，改为让其担任店长一职。罗某当天在商场看到了这两份证明，且又有公司派来的新店长来交接，无奈之下进行了交接。

佛某服饰公司没有班车，在花都区也没有宿舍，罗某有丈夫和小孩，因为花都区离广州市区较远，因此罗某对公司的调整不服，于是在2013年5月25日就没再上班。2013年5月30日罗某向劳动仲裁委提起劳动仲裁，要求与公司解除劳动合同并要求公司支付经济补偿金。佛某服饰公司在收到劳动仲裁委的通知后，于2013年6月13日向罗某发出《督请上班通知书》，提出罗某旷工的主张。

【判词摘录】[①]

◆ 工作岗位是劳动合同履行的重要内容，用人单位对劳动者的工作岗位变更依法必须与劳动者进行协商。

◆ 罗某作为公司的员工在商场专柜工作，其不仅要受公司的管理，同时也受到商场管理方的管理，罗某可以看到商场方的证明及不可能回原来的商场上班符合社会常理。

◆ 公司于2012年5月24日发出通知调罗某从天河区至花都区工作，并要求罗某于2012年5月25日到岗明显有违社会常理。

◆ 罗某要求公司支付解除劳动合同关系的经济补偿金的请求符合《劳动合同法》第38条的规定，法院予以支持。

2. 公司以员工“不能胜任原岗位”为由将员工调离，需要足够证据予以证明

孙某自2006年2月供职于广州南某广告公司，担任公司设立在上海的

① 广州市天河区人民法院（2012）穗天法民一初字第2405号民事判决书；广州市中级人民法院（2013）穗法民一终字第2357号民事判决书。

华东事业部业务经理一职。

2010年1月21日，公司单方以孙某不胜任工作为由向其发出岗位调整通知书，将孙某由业务经理岗位降低至初级媒介顾问岗位，并相应调低孙某的工资，岗位补贴也从4400元降至1900元，工作地点由上海调至广州。孙某不服，以书面形式回复公司，但未收到公司回应。孙某继续在原岗位上班，但自2010年2月起公司按调整后的岗位向孙某支付工资。

孙某遂以公司未足额支付工资为由向公司发出书面解除劳动关系通知书并诉诸法院，要求公司支付经济补偿金。

在诉讼的过程中，公司提出孙某并不能胜任原业务经理的职务，而孙某则向法院提交了2009年7月、9月、11月及2010年1月公司向孙某颁发的获奖证书，以证明自己工作成绩优秀并非如公司所言不能胜任工作。

【判词摘录】[①]

◆ 根据《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》第13条的规定，因用人单位作出的减少劳动报酬决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。

◆ 现公司主张孙某不能胜任业务经理职位。但从公司2009年7月、9月、11月及2010年1月连续向孙某颁发的获奖证书反映出，公司现在所提出的主张与其以往所作出的实际行动是相矛盾的，因此，法院对公司现在提出的主张不予确认。公司单方作出减少孙某劳动报酬的决定，孙某对此不服并提出解除双方劳动合同、要求公司支付经济补偿是符合《劳动合同法》第38条、第46条规定的，法院予以支持。

应对方案

1. 公司虽然可以行使用工自主权，但是法律对此却有严格的要求，主要目的在于保护劳动者的合法权益。所以公司基本上不能单方面变更员工的劳动条件及劳动待遇。在经济不景气或遇到公司对员工的职务必须予以调整时，调岗、减薪的情况不可避免，但是公司在作决定之前，应该尽量与员工协商达成一致，并通过书面形式确认（如协商笔录）。

① 广州市越秀区人民法院（2010）越法民一初字第3757号民事判决书。

2. 公司应当制定详细的与调岗调薪有关的规章制度（详见本章第三节之一），完善员工工作能力考核标准，相关的制度和标准需要公示，让员工知悉。

3. 公司为了鼓励员工积极工作，经常向员工发放证书（这在私营企业尤其常见，笔者甚至见过某一中小型企业的员工，几乎人人都有证书）。公司向员工发放证书，是员工证明自己工作优秀的最有力的证据之一。公司在向员工发放相关证书后，又提出所谓的“不能胜任”工作等理由将员工调岗或减薪（甚至辞退），将难以得到法院的支持。因此，公司发放证书需要适度，不要泛滥。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第三十八条 用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；

（二）未及时足额支付劳动报酬的；

……

《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》

第十三条 因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。

《广东省高级人民法院、广东省劳动人事争议仲裁委员会关于审理劳动人事争议案件若干问题的座谈会纪要》

22. 用人单位调整劳动者工作岗位，同时符合以下情形的，视为用人单位合法行使用工自主权，劳动者以用人单位擅自调整其工作岗位为由要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持：

（1）调整劳动者工作岗位是用人单位生产经营的需要；

（2）调整工作岗位后劳动者的工资水平与原岗位基本相当；

（3）不具有侮辱性和惩罚性；

（4）无其他违反法律法规的情形。

用人单位调整劳动者的工作岗位且不具有上款规定的情形，劳动者超

过一年未明确提出异议，后又以《劳动合同法》第三十八条第一款第（一）项规定要求解除劳动合同并请求用人单位支付经济补偿的，不予支持。

三、解雇员工要“缓”

在员工无过错的情况下，公司是不能单方面解雇员工的，否则需要向员工支付经济赔偿金。笔者接受顾问单位的法律咨询时，常被公司的负责人问到能否辞退某一员工，笔者最常回复的一个字是“缓”。理由是根据《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》第13条的规定：“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。”在现实生活中，员工即便有过错，公司往往也难以举证证明，在公司未能有充分的证据可以证明员工有过错的情况下就急于将其解雇，员工一定会起诉公司要求经济赔偿金，届时吃亏的就是公司自己。

以案说法

1. 公司认为员工有过错而将其解雇的，需承担举证责任

胡某自2012年5月入职某经贸公司担任营销总监一职，公司与胡某在5月27日约定胡某的年销售任务是人民币800万元。

2013年2月5日，公司发出了《关于开除原营销总监胡某的公告》，公告上载：“因原营销总监胡某不服从公司管理，阻滞公司考核，且身为营销中心第一责任人，对团队管理不善，导致公司严重亏损，且顶撞上司，对下属员工造成了极其不良的影响，经公司研究决定，对其作出开除处理。”

胡某不服，提起诉讼。公司认为，胡某没有能够完成年销售任务，辞退胡某是合法的。

【判词摘录】[①]

◆ 开除公告系公司作出，公司依法应对上述公告提及的胡某存在的上

① 广州市天河区人民法院（2013）穗天法民一初字第1534号民事判决书。

述情形以及公司可以根据上述情形依法解除的劳动合同承担举证责任。

◆ 但在本案中，公司提交的营销总监岗位职责由胡某于2012年5月27日签名确认，虽约定胡某的销售任务为年销售额人民币800万元。但至胡某离职时仍未达到半年，法院认为公司认定胡某未完成销售目标依据不足，且公司在开除胡某的公告中并没有提及系因为胡某未完成销售目标。

2. 公司解雇员工应尽告知义务，必须向员工明确说明解雇的理由以及依据

曾某是东某食品公司制作面包及糕点的员工，是公司下辖经营的某门店店长，负责该门店的管理工作。2011年6月23日晚，公司临时检查各门店，在对曾某管理的门店进行盘点后发现存在短款的现象，现金盘点数与POS机收款额存在差异，少收金额200元。

2011年6月24日，公司负责人与曾某就盘点短款问题进行谈话，询问了6月23日的销售状况并制作了笔录由曾某签名确认。2011年7月4日，公司向曾某发出了《临时解雇信》，信上告知曾某违反了公司的收银操作和库存守则，给公司造成了损失，根据公司的《纪律及诚信守则》和《员工手册》中的规定，对曾某予以开除。曾某不服，认为公司属于违法解除劳动合同，应当作出赔偿。而公司则认为曾某违反了公司的规章制度，开除曾某是合法的。

【判词摘录】[①]

◆ 公司已确认解除劳动关系的实际依据是《纪律及诚信守则》第12条、《员工手册》奖惩条例的即时解雇情形第（16）项及奖惩条例的辞退情形，但在《临时解雇信》中公司仅告知曾某“严重违反公司的收银操作和库存守则”，并未告知曾某解雇的具体制度条款，故公司未尽告知义务。

3. 公司在解雇员工前，应当尽量先使用告诫、警告的方式

高某于2005年6月1日入职广州顶某食品公司处工作，工作岗位为业务代表。双方的劳动合同约定，依照公司制定并经工会确认的《员工奖惩管理办法》，员工之奖惩事项经权责主管核准后进行奖励和扣罚。

① 广州市越秀区人民法院（2011）穗越法民一初字第3890号民事判决书。

2010年5月13日，公司向高某出具《解除劳动合同通知》，上面记载：因高某在本年度工作期间，有拒绝听从主管的指挥监督，经劝导仍不听从命令的行为，且在本年度有两次大过的处分，依据公司制度《奖惩管理办法》中5.4.4条第Q项的规定，公司依法与高某于2010年6月3日解除劳动合同，不支付经济补偿金。

高某认为公司属于非法解雇，提起诉讼要求公司支付经济赔偿金。为证明高某存在拒绝听从主管的指挥监督、经劝导仍不听从命令的行为，公司提供了《业绩追踪表》，表中并无高某拜访客户的记载，也提供了负责人黄某与高某的《谈话记录》和《人事令》，《谈话记录》中黄某告知高某应该积极拜访客户，《人事令》则是对高某调岗的证明，除此之外，公司还提供了部分客户提供的书面证明。

【判词摘录】[①]

◆ 业绩追踪表上有其他员工的相关记录，而原告的部分业绩完成记录以及全部拜访客户记录为空白，原告主张其有按照被告的规定到客户处拜访，但未能提供任何证据予以证明。

◆ 因拜访客户是高某应履行的职责，故未拜访客户的行为符合拒绝听从主管的指挥监督、怠于履行职务的情形。

◆ 黄某告诫高某要去拜访客户，高某仍然不拜访客户，且高某在调整工作岗位后依然不履行拜访客户的职责，均足以认定高某经被告劝导仍不听从命令。

◆ 公司依据《奖惩管理办法》第5.4.4条第Q项的规定与其解除劳动合同关系，于法有据，应认定为合法解除，故高某要求公司支付违法解除劳动合同的赔偿金，缺乏事实和法律依据，法院不予支持。

应对方案

1. 解雇是公司对员工最严厉的一种惩罚方式，在并无法定可解雇的情况下，公司不能单方面解雇员工，否则需要向员工承担经济赔偿。公司一旦向员工发出解雇的通知，即视为单方面解除劳动关系，后果将难以挽回。

① 广州市萝岗区人民法院（2011）萝法民三初字第4号民事判决书。

所以公司在作出解雇决定前，一定要收集好证据，缓慢处理，不应操之过急。

2. 员工在工作中难免犯错，甚至有一些员工在平日工作中小错不断，对于犯错的员工，公司若想对其进行处理或者惩戒，就必须解决举证的问题。劳动争议案件由公司负主要举证责任，要惩戒员工、辞退员工，公司更是必须举证。笔者建议，公司平时对员工的错误行为必须有记录（记录错误的方法参见本章第三节之一中警告信的使用）。

3. 公司解雇员工有告知的义务，公司在其解雇通知书上的内容应尽量详细说明解雇的依据。如果解雇通知中没有明确解雇依据，则视为公司没有向员工尽到告知的义务。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第四十七条 经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

本条所称月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资。

第四十八条 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照本法第八十七条规定支付赔偿金。

第八十七条 用人单位违反本法规定解除或者终止劳动合同的，应当依照本法第四十七条规定的经济补偿标准的二倍向劳动者支付赔偿金。

《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》

第十三条 因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。

四、公司能否与员工约定违约金条款

违约金是合同当事人因为违反了合同的约定，需要向遵守约定的合同另一方当事人支付的赔偿。一方向另一方主张违约金，必须要有合同的约定作为前提，只有在合同中具体约定违约情况以及违约金数额的，才会得到法院的支持。但在劳动用工中，法律对违约金有特别的约定，《劳动合同法》仅限定了在两种情况下，公司才可以与员工约定违约金条款：（1）公司为员工提供了专项培训费用，对员工进行了专业技术培训的，可以与员工订立服务期合同（有关服务期的法律问题，详见本章第四节之五），若员工违反服务期的约定的则视为违约，公司可以与员工约定违约金。（2）公司与员工之间因为商业秘密的问题约定了竞业限制条款的，员工若违反竞业限制规定，公司可以与员工约定违约金。

除了上述法律明确规定的两种情况可以约定违约金外，有法官认为公司为劳动者提供了特殊待遇的，也允许另行约定违约责任，情况有三种："第一种情况，用人单位为劳动者解决户口关系的，可以约定特定的服务期，以及劳动者违约情形下的违约责任。第二种情况，用人单位为劳动者解决配偶、子女户口移转、上学、工作等情形的，可以约定特定的服务期及违约责任。第三种情况，作为人才引进，用人单位为劳动者解决住房、破格提拔、任用重要工作岗位的，双方可以约定特定的服务期和违约责任。"[①]

除了上述情况外，公司不得与员工约定其他由员工承担违约金的情形。但需要说明的是，约定公司承担违约责任的情形不受限制。

以案说法

1. 违反劳动合同法规定的违约金条款无效[②]

徐某2006年7月5日入职天某公司担任技术总监，双方签订合同约定

① 吴庆宝主编：《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题（2009—2010年卷）》，中国法制出版社2009年版，第108页。

② 本案例摘自最高人民法院民事审判第一庭编、奚晓明主编：《民事审判指导与参考（总第43辑）》，法律出版社2011年版，第205-209页。

劳动期限为2006年7月5日至2011年7月4日，年薪8万元，同时徐某保证入职两年内天某公司所生产出来的产品均达到国家相应的产品标准，如违约应支付天某公司40万元违约金。

2007年7月，天某公司所生产的某款电池出现了产品质量事故。2007年9月1日，徐某出具《事故报告》，陈述愿承担相应的事故责任。2008年1月15日，徐某提出辞职。同日，天某公司以徐某任职期间严重失职使公司遭受损失为由，要求徐某支付违约金，徐某不服，双方诉至法院。

【判词摘录】[①]

◆ 徐某在担任天某公司技术部门主管期间，对发生的质量事故负有责任，但《劳动合同法》并未规定因劳动者失职造成用人单位损失的，用人单位可以向劳动者主张赔偿金。而《劳动合同法》第22条、第23条虽规定了用人单位可以与劳动者约定违约金的情形，即用人单位可因劳动者违反服务期限的约定而根据专项培训费用主张违约金，或者因劳动者违反竞业禁止的规定而主张违约金。但该法第25条同时规定，除上述两种情形外，用人单位不得与劳动者约定违约金。

◆ 所以，本案用人单位向劳动者主张违约金不符合相关规定，用人单位与劳动者之间关于因劳动者违约即承担40万元违约金的规定属无效条款。

2. 与员工承担违约责任的情形不同，公司的违约责任没有限制

张某于2012年6月入职海业公司，双方在劳动合同中有条款约定："任何一方违反本劳动合同的任何一条，都必须支付给另一方10万元违约金。"2012年10月，海业公司法定代表人要求张某辞职，张某当日离职后，起诉要求公司支付违约金。公司认为，合同中的违约金条款只有在服务期和竞业限制方面才可以进行约定，其他情形约定属于无效。

【判词摘录】[②]

◆ 根据《劳动合同法》第25条的规定，除了劳动者有违反服务期约定或竞业限制条款的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约

① 湖州市中级人民法院（2009）浙湖民终字第62号民事判决书。

② 佛山市顺德区人民法院（2013）佛顺法民四初字第31号民事判决书；佛山市中级人民法院（2013）佛中法民四终字第1070号民事判决书。

金。根据上述规定，在张某不存在除外情形的前提下，海业公司约定由张某承担违约金违反了法律的禁止性规定，上述约定由张某承担违约金的条款部分无效。

◆ 由于法律仅规定了用人单位不能与劳动者约定由劳动者承担违约金，并未规定不能约定由用人单位承担违约金，因此，双方约定若用人单位违反协议约定应承担违约金赔偿的条款仍具有法律效力，海业公司应该按协议的约定承担相应的违约责任。

应对方案

1. 公司除了可以与员工就服务期或竞业限制的违反约定违约金条款之外，其他任何情况下公司都不可以与员工在合同中约定由员工承担违约金。另外，对于用人单位根据劳动合同约定违约条款对劳动者进行罚款的，其性质应认定为违约罚款，即名为罚款，实为违约金，应为无效。①

2. 若因为员工个人原因失职而给公司造成了损失，公司可以以遭受损失为由，要求员工进行赔偿，当然赔偿的依据还需要公司提供足够的证据证明损失的具体数额，损失必须是可以量化、可以计算且已实际发生的，否则难以得到法院的支持。例如，在上述第一个案例中，公司可以提供因产品责任事故而需要销毁的电池数量，并提供生产电池的单个成本，以此来计算遭受的损失，若公司因为质量之故向合作方支付了违约金，也可以要求徐某对此作出赔偿。

3. 在劳动合同中约定公司向员工承担违约金的情形不受法律限制。劳动合同法更倾向于对劳动者的保护，需要公司方面留意。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第二十二条 ……

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违

① 最高人民法院民事审判第一庭编、奚晓明主编：《民事审判指导与参考（总第43集）》，法律出版社2011年版，第205页。

约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

……

第二十四条 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

第二十五条 除本法第二十二条和第二十三条规定的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

五、非全日制劳动用工

什么是非全日制劳动用工？《劳动合同法》第 68 条规定，“以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式”。

实践中用人单位与劳动者签订非全日制劳动合同并不需要到劳动部门备案，因此十分方便，也给当今社会的劳动用工带来了极大的好处。自 2008 年 1 月 1 日《劳动合同法》颁布实施起，用人单位必须为全日制用工的劳动者购买社保，为非全日制用工的劳动者购买基本的养老、医疗保险和工伤保险。但法律规定在一些企业中并没有（尤其是劳动密集型企业）得到很好的实施，这不单因为企业为节省成本导致，更大的原因在于目前个人缴纳社保部分费用过高且人员流动性极大。根据现行社保政策，若劳动者从用人单位离职后不再续买社保，则日后无法享受社保待遇。因此，许多劳动密集型企业采取了全日制及非全日制用工制度并存的方式，用工要求不变，由劳动者自行选择签订哪种合同。劳动者一旦选择非全日制用工，用人单位会将节省的社保成本的一部分比例转化为津贴发还给劳动者。这种操作制度往往可以得到较好的执行，因为用人单位避免了潜在的劳动风险，节省了大量的成本费用，还可以将节省的社保成本用于非全日制用工的津贴中。同时对于劳动

者来说，这样也解决了他们的实际需求并切实提高了待遇福利。[①]

公司选择与员工建立非全日制劳动关系的，公司除了无须缴纳社保外，还无须对非全日制用工的员工支付加班费，并可以随时解除与员工的劳动关系而无须支付任何经济补偿金和经济赔偿金。但公司在适用非全日制劳动用工时，需要根据法律的要求，结合司法机关判案规则，严格操作。如果在适用非全日制劳动用工过程中操作不当，则可能会被司法机关否定而视为全日制劳动用工。

以案说法

1. 适用非全日制劳动用工，公司应当严格按照规定操作

宋某是某经营公司的员工，自2008年入职时起，公司便与他签订了非全日制劳动合同，宋某在签订合同的时候还签订了同意书，同意非全日制用工的模式。

2013年9月，因宋某多年来自己未购买社保权利受到了损害，于是提起诉讼。宋某提出自己平日上班是从凌晨4点到晚上七八点，并提供了没有登记上下班时间的考勤表，要求法院确认自己与经营公司之间并非存在非全日制劳动关系，而应该是全日制的劳动关系。

【判词摘录】[②]

◆ 原、被告于2012年1月12日签订非全日制劳动合同，且附有宋某签名的申请书，申请书显示宋某了解非全日制和全日制用工的规定，自愿签订非全日制劳动合同。宋某主张其是在领导的诱导下签订了非全日制劳动合同，但未能提供证据证明其主张，应当承担举证不能的不利后果。

◆ 双方确认工资每月支付两次。

◆ 根据《劳动争议调解仲裁法》第6条规定，当事人对自己提出的主张有责任提供证据。宋某主张其实际是全日制用工，工作时间为凌晨四点至晚上七八点，提供了考勤表，考勤表上只有出勤记录，不能证明其工作时间。

---

① 张扬、郭旺生、吴春婉：《劳动用工完全法律指南》，中国法制出版社2013年版，第125-126页。

② 广州市越秀区人民法院（2013）穗越法民一初字第4207号民事判决书。

◆ 综上，原、被告非全日制用工劳动合同中的约定和实际履行均符合法律规定，宋某请求确认双方存在全日制用工劳动关系无事实及法律依据，法院不予支持。

2. 非全日制劳动用工，公司无须向员工支付补偿金和加班费

刘某是某报社的送报员，报社与刘某签订的是非全日制劳动合同，刘某在签订合同时，还签订了一份同意适用非全日制劳动用工的《申请书》。

刘某平日的工作是早上5点至晚上9点的送报工作，工资按每小时4.6元支付，每个月15日及25日各发一次工资。在刘某完成日常的送报工作后，刘某额外会帮助报社收购废报纸或在外为报社的客户或读者进行征订的工作，报社会根据刘某的工作成果额外支付提成和奖励。

2011年7月，报社认为刘某工作表现差且存在违规行为，因此与其解除劳动关系。刘某不服提起诉讼，认为自己与报社之间表面上是非全日制劳动关系，实际上自己是全日制用工，要求报社向自己支付经济赔偿金。刘某向法院提交了公司的考勤表，考勤表记载刘某几乎天天都出勤，但并未记录具体上下班时间，刘某根据考勤表的记载要求公司支付休息日以及法定休假日的加班费。

刘某离职前十二个月的月平均工资为4226.6元。

【判词摘录】[①]

◆ 刘某签订的劳动合同约定刘某的工作时间按照非全日制用工制度执行，刘某向报社递交的《申请书》也写明其已全面了解《劳动合同法》关于非全日制与全日制用工的规定，并请求签订非全日制劳动合同。上述《申请书》及《劳动合同》是刘某的真实意思表示，没有违反法律的规定。

◆ 虽然考勤表显示刘某休息日和法定休假日有上班，但因刘某是非全日制用工，现没有证据证实平时用工是否超过4小时，而且刘某的工资由绩效工资和每月数额不固定的提成组成，报社实际上支付给刘某的月平均工资为4226.6元，该数额已超出劳动合同约定的工资金额，现刘某要求支付休息日和法定休假日加班工资的理由依据不足，法院不予支持。

① 广州市越秀区人民法院（2013）穗越法民一初字第493、696号民事判决书。

◆ 刘某认定其属全日制用工依据不足，法院不予认可。《劳动合同法》第71条规定，非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。本案中，报社可以随时通知刘某终止用工，现刘某要求支付违法解除劳动合同赔偿金的理由依据不足，法院不予支持。

3. 非全日制用工的劳动者，应自行缴纳基本养老保险

黄某于2011年7月入职某经营公司，双方签订非全日制劳动合同，且黄某在同一签订非全日制劳动合同的申请书上签名确认。2011年9月12日，黄某酒后驾驶一辆二轮摩托车在街上与一辆重型专项作业车发生碰撞并当场死亡。事后，劳动部门对黄某的死亡不认定为工伤。

事发后，黄某家属向经营公司提出索赔，要求经营公司支付丧葬补助金和一次性抚恤金。

【判词摘录】[①]

◆《社会保险法》第12条第3款规定，无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员参加基本养老保险的，应当按照国家规定缴纳基本养老保险费，分别计入基本养老保险统筹基金和个人账户。根据该条规定和双方劳动合同约定，黄某应自行缴纳基本养老保险费。

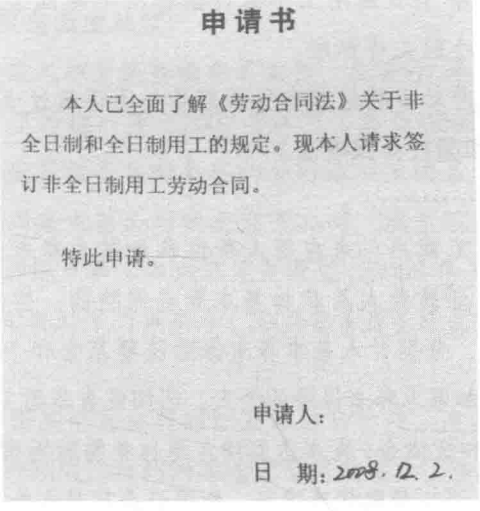
◆《社会保险法》第17条规定，参加养老保险的个人，因病或者非因工死亡的，其遗属可以领取丧葬补助金和抚恤金。据此，黄某的丧葬补助金和一次性抚恤金本应由基本养老保险统筹基金支付，由于黄某未自己缴纳基本养老保险费，导致其无法从基本养老保险统筹基金中偿付上述费用，并非是公司的过错，黄某家属要求公司承担丧葬补助金和一次性抚恤金缺乏事实依据。

应对方案

1. 公司在适用非全日制劳动用工的具体操作方式上，一定要注意以下三

① 广州市越秀区劳动争议仲裁委员会越劳仲案非终字（2012）1421号仲裁裁决书。

点：（1）除了公司与员工需要签订非全日制劳动合同外，还必须要求员工签订同意书或申请书。（2）考勤不详细记录上下班时间。在月工资数不变的情况下，将工资拆分成两次发放。月工资总数不低于最低工资标准即可。（3）若员工在公司的工作时间超出 4 个小时的，那么在支付基本工资的基础上，公司可以对该员工超出 4 小时的工作酬劳以奖励、奖金或额外工作酬劳的名义与基本工资一起发放。



申请书

本人已全面了解《劳动合同法》关于非全日制和全日制用工的规定。现本人请求签订非全日制用工劳动合同。

特此申请。

申请人：

日 期：2008.12.2.

图 5–5 可得到法院认可的非全日制用工申请书

2. 非全日制用工并不能完全替代全日制用工。根据法律规定，使用非全日制劳动用工的公司可以随时将非全日制员工辞退而不需支付经济补偿，也无须支付加班费，因此往往出现公司滥用非全日制劳动用工的情形。公司在使用非全日制劳动用工的时候，应该严格符合操作方法，且不应借助非全日制劳动用工的便利故意损害员工的合法权益。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第六十八条 非全日制用工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。

第六十九条 非全日制用工双方当事人可以订立口头协议。

从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行。

第七十条 非全日制用工双方当事人不得约定试用期。

第七十一条 非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工，用人单位不向劳动者支付经济补偿。

第七十二条 非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。

非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。

《中华人民共和国社会保险法》

第十二条 ……

无雇工的个体工商户、未在用人单位参加基本养老保险的非全日制从业人员以及其他灵活就业人员参加基本养老保险的，应当按照国家规定缴纳基本养老保险费，分别计入基本养老保险统筹基金和个人账户。

第十七条 参加基本养老保险的个人，因病或者非因工死亡的，其遗属可以领取丧葬补助金和抚恤金；在未达到法定退休年龄时因病或者非因工致残完全丧失劳动能力的，可以领取病残津贴。所需资金从基本养老保险基金中支付。

六、劳务派遣的新规定

劳务派遣涉及三方，一方是劳动者，一方是用人单位，一方是派遣单位。劳动者与派遣单位签订劳动合同，派遣单位与用人单位签订劳务派遣合作合同，基于上述两份合同，派遣单位将劳动者派到用人单位工作。用通俗点的话来说，就是公司用派遣单位的员工，员工的劳动问题是他们与派遣单位的事，涉及工伤、辞退、社保、补偿等，公司统统都不需要管，既省心又省钱，所以近年来劳务派遣制度发展迅速。

2013 年 7 月 1 日开始实施新修改的《劳动合同法》对于劳务派遣的问题作出了更严格的规定，修正的主要原因在于目前有很多企业通过劳务派遣的方式逃避劳动用工责任。具体的法律变更情况如下：（1）原法规定劳务派遣公司注册资本不得少于 50 万元，新法规定注册资本不得少于 200 万

元；（2）劳务派遣公司需要行政部门特别登记许可方可经营；（3）新法严格要求被派遣劳动者应与普通劳动者同工同酬，且工作岗位持续时间不得超过6个月；（4）劳务派遣用工人数不得超过国务院劳动行政部门所规定的比例。

以案说法

公司不得自设劳务派遣单位

1998年7月皮某入职普某音响公司工作，在2007年4月，皮某与嘉某劳务咨询公司签订了为期一年（2007年4月1日至2008年3月31日）的劳动合同，其后，皮某被嘉某劳务咨询公司派驻至国某电器公司工作。因为普某音响公司是国某电器公司的全资子公司，属于国某电器公司的木工部，所以皮某的工作地点和工作内容完全没变。2008年3月29日，皮某又与嘉某劳务咨询公司签订了为期两年（2008年4月1日至2010年3月31日）的劳动合同。

2009年4月，国某电器公司组织员工进行体检。皮某经检查认定患有肺结核。皮某在治疗期间，接到国某电器公司的通知，告知皮某不要再来上班。皮某不服提起诉讼。国某电器公司认为，皮某属于劳务派遣用工，自己与皮某之间不存在劳动关系。

【判词摘录】[①]

关于皮某是否与国某公司、嘉某劳务咨询公司存在劳务派遣关系的问题。国某电器公司确认普某公司是其子公司，也是其公司现在的木工部，说明皮某入职后的工作岗位及性质未发生实质变更。但在双方劳动关系履行过程中，国某电器公司通过与嘉某劳务咨询公司签订劳务派遣协议、皮某与嘉某劳务咨询公司签订劳动合同、再由嘉某劳务咨询公司将皮某派遣到国某电器公司的做法，企图中断与皮某的劳动关系，属于规避法律规定、损害劳动者合法权益的逆向劳务派遣，应属无效。

① 广州市中级人民法院（2011）穗中法民一终字第2727号民事判决书。

应对方案

1. 新法出台后，劳务派遣会如何演化有待观察，除了修改法律，关于如何适用劳务派遣的问题还会进一步出台细则。较多法律人士或企业管理人士提出：规避劳务派遣违法的做法是采取外包的形式，如整条流水线劳务发包之类的做法。这种做法也不一定能得到法律认可，如承包一条生产线的劳务，其实质仍属劳务外聘，与新修改的法律精神相冲突，派遣公司承包整条生产线劳务的行为也有经营之嫌，恐超出经营范围而不受法律保护。

2. 劳务派遣在新法修订之前就已提出应同工同酬，新修订的法律更加强调同工同酬的问题，笔者在执业过程中遇到一些公司（很大一部分是外资企业），对于同等职务的劳务派遣工和正式工，无论是从工资上还是福利待遇上都有很大的差别。需要注意的是，新法于2012年12月8日公布，在之前签订的劳务合同仍继续执行（但注意不得违反同工同酬的规定），对于同工同酬的条款应引起公司的重视。

3. 作为用工单位，虽然并不与员工直接签订劳动合同（劳动合同由劳务派遣公司与员工签订），但是公司规章制度应当作为劳动合同的补充和辅助，如在规章制度中约定加班费、绩效奖金以及提供与工作岗位相关的福利待遇的支付；对在岗被派遣员工进行工作岗位所必需的培训；连续用工的，实行正常的工资调整机制等问题，加强公司对劳务派遣员工的管理，避免无章可循。

4. 2012年12月28日由全国人民代表大会常务委员会发布的《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》提出，在2012年12月28日该决定发布前已签订的劳务派遣合同继续有效至合同期限届满为止，但违反法律劳务派遣合同的除外。除此之外，在2013年7月1日新法施行前经营劳务派遣的公司，将从2013年7月1日起给予一年的缓冲期重新办理登记。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第五十七条 经营劳务派遣业务应当具备下列条件：

（一）注册资本不得少于人民币二百万元；

（二）有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施；

（三）有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度；

（四）法律、行政法规规定的其他条件。

经营劳务派遣业务，应当向劳动行政部门依法申请行政许可；经许可的，依法办理相应的公司登记。未经许可，任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。

第六十三条 被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位应当按照同工同酬原则，对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同和与用工单位订立的劳务派遣协议，载明或者约定的向被派遣劳动者支付的劳动报酬应当符合前款规定。

第六十六条 劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

前款规定的临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位；辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位；替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。

用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量，不得超过其用工总量的一定比例，具体比例由国务院劳动行政部门规定。

第六十七条 用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。

《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》

本决定公布前已依法订立的劳动合同和劳务派遣协议继续履行至期限届满，但是劳动合同和劳务派遣协议的内容不符合本决定关于按照同工同酬原则实行相同的劳动报酬分配办法的规定的，应当依照本决定进行调整；本决定施行前经营劳务派遣业务的单位，应当在本决定施行之日起一年内依法取得行政许可并办理公司变更登记，方可经营新的劳务派遣业务。具体办法由国务院劳动行政部门会同国务院有关部门规定。

第四节　劳动报酬与劳动待遇

一、工资表中的项目明细与加班费之间的法律关系

目前，各行各业都竞争激烈，员工加班是常有之事，从事业务方面工作的员工，更是常常需要加班。一些公司在向员工支付加班费后，仍然会遭到员工的起诉，控告公司支付的加班费不足额。公司往往会感到困惑：什么情况下的加班才需要支付加班费呢？当今社会企业之间竞争激烈，过多支付加班费，无疑会让公司难以负担，但员工若因加班费支付不足额而不加班干活，公司又将失去竞争力。

法律对于加班工资应该如何支付作了明确的规定（《劳动法》第44条），但是对于什么情况下公司可以豁免支付加班费，法律并没有很明确的规定，这主要是在各地方法规以及司法审判实践中得出结论。笔者以广东省和广州市的情况为例。《广东省高级人民法院、广东省劳动争议仲裁委员会关于适用〈劳动争议调解仲裁法〉、〈劳动合同法〉若干问题的指导意见》第27条指出："用人单位与劳动者虽然未书面约定实际支付的工资是否包含加班工资，但用人单位有证据证明已支付的工资包含正常工作时间工资和加班工资的，可以认定用人单位已支付的工资包含加班工资……"另外，广州市中级人民法院2009年发布了《关于审理劳动争议案件的参考意见》，其中第3条规定："在审理加班工资争议案件中，对于用人单位实行不同于标准工时制的固定工时制度（如固定每月工作五天，每天9小时或每周工作六天，每天8小时等）且劳动报酬固定的双固定（固定时间，固定报酬）用工模式，劳动者要求用人单位支付加班工资的，用人单位主张劳动者入职时已明确的工资已包含全部工作时间（标准工作时间和加班工作时间）内的标准工资和加班工资并提供证据予以证实，且该工资收入不低于以当地最低工资数额作为标准工时工资折算的工资总额，人民法院对该抗辩理由可予以采信，不再另行计算加班工资。"第4条规定："对于在岗时间较长、劳动强度不大、工作时间灵活或间断性、具有

提成性工资性质的特殊行业岗位，人民法院应当充分考虑上述岗位的工作性质和当地劳动力价格水平，且尊重该行业和岗位工资支付的行规惯例，对于劳动者主张在标准工作时间以外的加班工资，从严掌握。”第5条规定：“用人单位应发工资高于劳动合同约定的标准工资，如果应发工资列明工资构成的，但工资构成无加班工资项目且用人单位亦不能证实其他收入项目具有加班工资性质的，应当认定用人单位未支付加班工资；如果应发工资未明确工资构成的，用人单位主张劳动者实发工资中包含加班费并提供证据予以证实，且符合当地行业正常收入水平的，人民法院可以结合案情予以确认。”对于上述司法审判规则，可供其他地区的法律同行及企业参考，并可了解一下当地是否也有相关的法院审判规则和指导意见可供适用。

以案说法

1. 奖励及提成可根据行业管理，视为属于延长工作时间的工资

曾某是东某食品公司制作面包及糕点的员工，是公司下辖经营的某门店店长，负责该门店的管理工作。2011年6月23日晚，公司临时检查各门店，在对曾某管理的门店进行盘点后发现存在短款的现象，现金盘点数与POS机收款额存在差异，少收金额200元。

2011年6月24日，公司负责人与曾某就盘点短款问题进行谈话，询问了6月23日的销售状况并制作了笔录由曾某签名确认。2011年7月4日，公司向曾某发出了《临时解雇信》，信上告知曾某违反了公司的收银操作和库存守则，给公司造成了损失，根据公司的《纪律及诚信守则》和《员工手册》中的规定，对曾某予以开除。曾某不服，认为公司属于违法解除劳动合同，应当作出赔偿。而公司则认为曾某违反了公司的规章制度，开除曾某是合法的。

曾某在遭到东某食品公司解雇后，除了要求法院确认公司违法解除劳动合同外，还要求法院确认自己存在加班的事实并要求公司支付加班费。

【判词摘录】[①]

◆ 对于曾某主张延长工作时间的加班费。因曾某提供的工资条（仅有部分月份）已经反映存在销售奖（600元、300元、150元不等），且曾某基本工资为广州市最低工资、月平均工资则为2181元，可见平均至各月销售奖与奖金占工资相当之比例，考虑销售岗位与工资支付的行业管理，法院认定销售奖与奖金已经体现了曾某延长工作时间的加班工资，对曾某该请求法院不予支持。

2. 工资中支付提成，法院会根据行业特点认定属多劳多得性质的工作而豁免加班费的支付

王某为报社下辖某发行站的站长，负责管理站内报纸发行以及发行员的送报工作。2009年7月17日，报社当天印刷出版的报纸中，用铜版纸发行了恒大足球特刊。时值当时纸张收购价高，报纸发行的当天出现了大量恶意收购报纸当废纸变卖赚取差价的事情，当天王某所在的发行站负责的区域在一些地方甚至无报纸可卖。

因为事件影响较坏，报社对事件作出调查后认为王某参与了这次私收报纸的事件，帮助他人私收报纸。随后，报社以其发行管理部门的规章制度《奖惩管理规定》中的“在发行特刊中物流发行员若出现监守自盗或联合他人变卖报纸导致报社或读者的利益受损的，报社将对其作出辞退处理”为依据，将王某解雇。王某不服，提起诉讼。在法庭上，王某否认自己知道报社的《奖惩管理规定》，报社也没有证据证明王某知悉。

王某在遭到报社解雇后，要求确认自己存在加班的事实并要求公司支付加班费。而报社确认王某每天都要上班，但在法庭上提供了王某2009年5月到2011年4月期间的工资表，认为工资中有提成和固定加班费，所以王某属于自愿的多劳多得而不应再支付加班费。

【判词摘录】[②]

◆ 王某领取的工资包括提成工资，该工资是根据工作量计算支付的，

① 广州市越秀区人民法院（2011）穗越法民一初字第3890号民事判决书。

② 广州市越秀区人民法院（2011）穗越法民一初字第3908、3909号民事判决书；广州市中级人民法院（2012）穗中法民一终字第1370、1371号民事判决书。

王某在超出标准工时以外的时间进行劳动以获取更高的提成工资，表明王某自愿在标准工时以外的时间进行劳动以获取更高的提成工资，王某自愿在标准工时以外的时间加班，其领取的提成工资应视为包括加班的工资部分。

◆ 根据报社提供的王某 2009 年 5 月到 2011 年 4 月期间的工资表显示，王某每月均有提成，2010 年 5 月至 2011 年 2 月期间王某均有固定加班工资，因王某是从事具有提成性质的特殊行业岗位，其每月收入符合当地劳动力价格水平，故对王某主张的加班工资，法院不予支持，报社无须向王某支付加班工资。

应对方案

1. 根据法院在司法实践中判决的案件以及一些地区法院的审判指导文件，当公司中的员工工作属于双固定（固定加班时间、固定加班费）模式时，公司若能证明自己已与员工约定了工资中包含加班费，且工资收入不低于以当地最低工资数额作为标准工时工资折算的工资总额的，员工再主张公司支付加班费，则得不到法院的支持。

2. 在司法实践中，工资构成项目将影响公司是否需要向员工支付加班费。

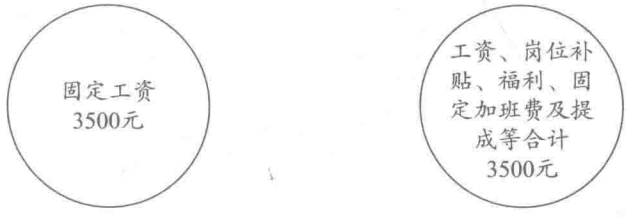


图 5-6 两家公司员工的工资构成情况

如上图，A、B 两名员工都存在加班事实，但用人单位不需要向 B 支付加班费。在诉讼实务中，法官会认为公司支付的工资里面已包含加班工资或属多劳多得性质，公司不需再向 B 支付加班工资。

表 5-4　符合法律规范、曾在诉讼案件中被法院认定无须支付加班工资的工资表（供参考）

时间	基本工资	餐补	岗位工资	考核工资	加班费	生日费	奖励	补发	补贴	××提成	××提成	补发提成	事病假扣罚	应发合计	养老保险	医疗保险	12% 内的公积金	代扣税	扣预收报款	已发奖励	还借支	扣生日活动费	工会费	房租	服装费	扣其他	实发合计
2009.5	800		700	2018			200			682.39	1256.61			5737.00	240	60	240	354.55									4842.45
2009.6	800		700	2000			100			666.46	1065.41			5531.87	240	60	240	323.78									4668.09
2009.7	800		700	2000			100			672.43	1603.66			5896.09	240	60	240	378.41								100	4877.68
2009.8	800		700	2120		100	100			680.33	2891.74			7992.07	240	60	240	715.41				27				100	6609.66
2009.9	800		700	2000						672.17	1012.47			5824.64	240	60	240	367.70								100	4816.91
2009.10	800		700	2000			200			616.79	1216.81			5033.60	240	60	240	249.04									4244.56
2009.11	800		700	2000			300			599.19	1098.22			5577.41	240	60	240	330.61									4706.80
2009.12	800		700	2000			###			650.42	1133.56			7913.98	240	60	240	699.80					48				6626.18
2009 年年终奖	年终奖应发合计		年终奖代扣税			扣借支																					年终奖实发合计
	12772.62		1252.26																								11520.36

法规速递

《劳动法》

第四十四条 有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：

（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；

（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的百分之二百的工资报酬；

（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

二、公司在考勤制度上容易犯的错误

公司对员工进行评核的依据之一就是考勤，一般情况下，考勤的方法有两类：一类是考勤表详细记录上下班时间与不记录上下班时间只记录是否出勤，另一类是人工手写式的考勤与电子机器考勤（如指纹考勤）。

第一类的考勤方法有利有弊。对于全日制员工，如果考勤不记录上下班时间，有可能会产生记录不清导致日后员工向公司主张加班费时公司难以举证的情况，如员工向法院提出自己中午没有休息，或者是晚上下班时间延迟数小时等，而公司的考勤记录因为没有详细登记时间，公司就有败诉的可能。但是，对于适用非全日制的员工，公司使用不登记上下班时间的方式，则对公司有利，如非全日制员工提出自己上班时间超过了法律规定的4小时，而公司则可以提出员工的考勤登记没有记录时间而无法证明超过4小时的说法，若公司平日还额外向员工发出提成、奖励等，则法院判决公司不需要承担加班费的可能就很大。

第二类的考勤方法，原则上都是要求员工对考勤表上的数据进行签名确认。因为考勤数据掌握在公司的手上，作为公司一方，是可以随时对数据进行篡改的，所以在考勤表无员工签名且员工否认考勤表上数据的情况下，很有可能会被法院认定为无效。

以案说法

1. 非全日制用工，考勤不记录上下班时间的法院认定

刘某是某报社的送报员，报社与刘某签订的是非全日制劳动合同，刘某在签订合同时，还签订了一份同意适用非全日制劳动用工的《申请书》。

刘某平日的工作是早上五点至晚上九点的送报工作，工资按每小时4.6元支付，每个月15日及25日各发一次工资。在刘某完成日常的送报工作后，刘某额外会帮助报社收购废报纸或在外为报社的客户或读者进行征订的工作，报社会根据刘某的工作成果额外支付提成和奖励。

2011年7月，报社认为刘某工作表现差且存在违规行为，因此与其解除了劳动关系。刘某不服提起诉讼，认为自己与报社之间表面上是非全日制劳动关系，实际上自己是全日制用工，要求报社向自己支付经济赔偿金。刘某向法院提交了公司的考勤表，考勤表记载刘某几乎天天都出勤，但并无记录具体上下班时间，刘某根据考勤表的记载要求公司支付休息日以及法定休假日的加班费。

刘某离职前十二个月的月平均工资为4226.6元。

刘某除了向法院提交了公司的考勤表记载了刘某几乎天天都出勤（但并无记录具体上下班时间）外，对于自己的上班情况也向法庭作出了说明，表示自己的工作时间远远超过非全日制劳动用工的4个小时，延长工作时间至8.5个小时，但是除了考勤表外，刘某并无其他证据予以证明自己的观点。

【判词摘录】[①]

◆ 劳动者[②]在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4个小时，每周工作时间累计不超过24个小时的用工形式。

◆ 刘某主张其每天延长工作时间至8.5个小时，但刘某提交的《×××考勤表》只能证明其每周基本没有休息，但无法证实其每天实际的工作时间，按刘某主张其接报时间半小时、分报时间约1小时，至于其主张每天在发行站值班处理投诉至晚上九点，没有证据证实，即现有证据无法证实刘某每天工作超过4小时。

① 广州市越秀区人民法院（2013）穗越法民一初字第493、696号民事判决书。

② 此指非全日制劳动者。——笔者注

2. 考勤表上无员工签名，有可能会被认定为无效

卓某于2012年2月入职某建筑公司，担任预结算员，工资固定为每月8000元。2012年6月30日，卓某认为工作不适合，于是向公司提出辞职，卓某向公司提出要求公司支付加班费，并以2月至6月的考勤表作为依据。卓某提供的考勤表上记载，自卓某2月入职以来，因工程项目等原因几乎每天都要上班工作。而公司方面则提供了另一份考勤表，除2月份的考勤记录是一样的之外，3月到6月的考勤记录均与卓某提供的不同，公司的考勤记录显示卓某有正常的休息和休假，并非天天上班。

卓某和公司提交的考勤表都是以电脑制作的，没有记载上下班时间，只登记了每天是否出勤。考勤表有公司负责人的签名，但没有卓某的签名。

【判词摘录】[①]

◆ 关于双方提交的考勤表。原、被告提交的考勤表从表格制作形式、内容及每月由哪个领导签字等项目均一致，而重要的区别在于出勤、休假的日期以及各个月份中各领导签字的笔画和位置（除2月份是所有均一致）。其中出勤、休假的天数均是电脑制作，但各个月份中领导签字都是手写的，卓某作为劳动者不可能私下获得所有领导在同一份考勤表上签字，而公司作为用人单位可以随时制作相应的考勤表。故法院对卓某提交的考勤表予以采信。

应对方案

1. 一些公司的考勤只记录是否有出勤，只打钩打叉，没有详细记录上下班时间，这样的考勤方式存在一定的风险，如没有记录中午的上下班时间，而导致日后有纠纷诉至法庭时，法院有可能会认定员工中午的时间也在上班。不记录下班的时间，也会出现日后员工主张加班费时，公司难以举证员工是否存在加班以及加班时间的问题。笔者建议公司根据员工的实际情况而分别选择考勤的方式，对于非全日制员工，可以不记录上下班时间；而对于公司的管理层，因为工作较为灵活，岗位的特殊性，也可以不予考勤；

① 广州市黄埔区人民法院（2013）穗黄法民一初字第120号民事判决书。

对于一般公司的员工，如需考勤的，还是应该详细记录上下班时间。

2. 考勤表都是由公司制作并掌握数据，如果在诉讼中员工不主动提交考勤表，公司应该就考勤情况提交证据进行举证。员工和公司都提供了考勤表，但内容是不一样的，法院会根据实际情况进行分析和鉴别真实性。因为作为公司一方，很容易随便更改考勤的数据，所以在员工没有在公司的考勤表上签名，公司通过电子文档生成的纸质文件提交给法院时，员工如果否认考勤记录的话，公司的考勤记录不被法院认可的风险很大。人数不多的公司，考勤记录应尽量做到由每个员工签字确认。通过电子方式实行的考勤，考勤数据需要员工确认和签收；通过电子文档或 OA 系统发送的，需要有送达的记录。

法规速递

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》

第六条 发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

《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（三）》

第九条 劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。

三、工伤的认定

只要涉及工作时间、工作地点、工作内容，与工作有关系的人身伤亡，一般都会被认定为工伤，只有员工故意犯罪、醉酒吸毒，或者自残自杀的情况除外。公司若没有为员工购买社保，则需要自行向受到工伤的员工支付与工伤保险等额的赔偿。员工在工作中因自己的过错而受伤（如开压机不按照正常规范操作而压断了手指、在工地不戴安全帽等），并不影响工伤的认定。

除了上述在工作过程中因工作原因而造成的伤害可以被认定为工伤之外，在上下班途中受到非本人主要责任的交通事故或者搭乘城市轨道交通、客运渡轮以及火车而遭受事故伤害的，也会被认定为工伤。该处工伤的认定强调员工是非主责的交通事故受伤，或在规定的交通工具上受伤的才属于工伤，如员工在上下班途中自己骑车不注意掉入水坑受伤，或下班搭乘飞机回家而受伤的，均不属于工伤。对于“上下班途中”该如何界定？法院在审理案件时会根据“合理时间”和“合理路线”来进行具体的分析认定。哪些情况是“合理时间”或“合理路线”呢？法院会根据个案具体情况具体分析，如员工为了避免下班高峰期而晚一个小时下班，搭乘回家的公交车而遭遇事故，虽然该员工晚了一个小时离开公司，但却是为了避免下班的高峰期，因此可以认定为“合理时间”。又如员工在下班途中顺路到家附近的菜场买菜而被车撞伤，因为买菜地点属于顺路且在家的附近，因此可以认定为“合理路线”。

以案说法

1. 员工存在过错并不影响工伤的认定

朱某是港某公司招用在番禺区雍景山庄工地的杂工，2005 年 12 月 1 日，朱某在工地从事外墙空调机架翻新的油漆工作，下午 4 时左右朱某在空调机架上休息时，违反操作规程和安全守则吸烟，引燃身边的易燃物料天拿水，导致全身衣物起火燃烧，朱某被送至番禺区中医医院治疗，被诊断为“全身多处烧伤”。

朱某于 2006 年 11 月 7 日向南沙社保局提出工伤认定申请，南沙社保局认定朱某受伤属于工伤。

2007 年 6 月 11 日，港某公司不服工伤认定，将南沙区社保局起诉至法院。港某公司认为，朱某是在休息的时候发生事故受伤的，而非在工作时间内；事故的发生是因为朱某吸烟导致，不是由于工作原因。且朱某作为一个智力正常的人，应当具备在天拿水等易燃物品旁不得吸烟的常识。因此，朱某的情形不能认定为工伤。

南沙法院一审判决支持了社保局的工伤认定。港某公司不服判决提起

上诉。广州市中级人民法院二审认为：朱某违反禁火的操作规程吸烟，导致起火被烧伤。其受伤与其从事使用油漆翻新空调机架的工作没有联系，朱某受伤不属于因工作原因受伤，依法应当予以撤销。

二审判决生效后，朱某向检察机关申请抗诉，得到支持，案件由广东省高院再审。

伤害事故发生前，港某公司并没有为朱某购买工伤保险。[①]

【判词摘录】[②]

◆ 关于朱某受伤是否是因工作原因所造成的问题。《工伤保险条例》立法目的在于有效保障劳动者的合法权益，工伤认定应适用无过错原则，对《工伤保险条例》所称的工作时间、工作场所和工作原因亦应作广义的、统一的理解。

◆ 朱某所从事的油漆工作具有间断性的特点，在工作过程中需要间隔休息是由该项工种的工作量集中、劳动强度大的性质所决定的，工间休息是整个工作时间的一部分。

◆ 朱某工间休息时吸烟，与喝水饮食一样，是为了恢复由于工作原因而造成的身体疲劳。

◆ 朱某所处的工作场所存放有油漆、天拿水等易燃物品，工作环境存在不安全的客观因素，但港某公司对该工作环境致害因素并未采取必要的安全管理和有效的防范措施，是导致生产安全事故隐患不能从根本上得到消除的客观原因。

◆ 朱某在工间休息时所受的伤害属于在工作时间、工作场所内、因工作原因受到的事故伤害，应认定为工伤。抗诉机关抗诉理由成立，本院予以支持。原审判决以朱某吸烟并非劳动中必然产生的行为，认为朱某受伤不具备“因工作原因受到事故伤害的”这一认定工伤的必要要件不当，本院予以纠正。

---

① 陈万如：“工人自己过错是否认定工伤各级法院各有见解，高院一锤定音——工地吸烟酿火烧身4年诉讼确认工伤”，载《南方都市报》2013年6月5日，广州读本A18版，网址：http://epaper.oeeee.com/G/html/2013-06/05/content_1870893.htm。

② 广东省高级人民法院（2011）粤高法审监行再字第9号行政判决书。

2. 下班路途属合理路线的，出现非自己主责的交通事故属工伤

某铝材加工厂有工人400多人，因晚上常要加班，且工厂考虑员工的安全等问题，因此厂区内盖有宿舍楼，免费分配给工人居住。员工赵某是铝材加工厂的普工，分得了房间后并不在宿舍居住，而自愿在离工厂十几公里外的城中村租房居住。

2011年12月17日晚上8点，赵某下班，在骑自行车回家的路上，于晚上8点15分时与一辆货车发生碰撞，造成重伤，送往医院经抢救无效死亡。经交警对事故的认定为：赵某无责任。

工厂在事故发生前没有为工人购买工伤保险。赵某家属认为赵某的死属于工伤，要求工厂向他们支付工伤保险赔偿金。工厂认为，赵某有宿舍不住偏要在外面租房，因此出了事应该自己负责，另外赵某从工厂回出租屋有很多条路可以走，而出事的路段并非工厂到出租屋的最短路线，工厂认为赵某当时并非想直接回家，因此不属于在下班的途中发生事故。

【律师评析】

工厂向员工提供了宿舍，但是员工住不住宿舍，是员工自己的选择。赵某可以选择拿了宿舍钥匙后，在外面另租房屋居住。赵某下班不回宿舍而是在回外面出租屋的路上发生事故，仍然属于在下班的路上发生非本人存在主要责任的事故，因此赵某属于工伤。

而对于工厂所提出的有多条路线可以供赵某选择回到出租屋，但赵某选择的路线并非最短路线，怀疑赵某当时并非想直接回家因此不属于在下班途中的说法，是无法得到法院的支持的。法院在判断是否为上下班途中的问题上，往往有一个“合理路线”的认定，会结合出事的路线和出事的时间来具体判断。案中赵某在下班后十五分钟即发生事故，且在回出租屋的某一条路径中，因此被法院判定为合理路线。

应对方案

1. 公司不为员工购买工伤保险是基本的错误。即使员工主动要求不买并签字的，发生工伤事故，公司仍然不能免责。

2. 工作条件、工作环境只能由公司尽力做好。对于一些工作中的操作规整、注意事项等，公司应当对员工进行培训或者安全学习，培训和学习要注意留存证据，避免在事后公司难以举证。

3. 对于劳动密集型企业，公司可以为员工另行购买团体商业意外保险。在保险公司允许的情况下，应将受益人写为公司；受益人不允许写公司的，那么公司应当在劳动合同中与员工作出明确的约定，写明公司为员工购买团体意外保险，目的是为了填补社保工伤保险等不足而产生的损失。在员工发生意外事故受伤或死亡时，公司可以作为受益人领取保险赔偿，然后将保险赔偿支付给员工或家属，以避免未购买工伤保险、社保而导致的损失。

法规速递

《工伤保险条例》

第十四条 职工有下列情形之一的，应当认定为工伤：

（一）在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的；

（二）工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的；

（三）在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的；

（四）患职业病的；

（五）因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的；

（六）在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的；

（七）法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

第十六条 职工符合本条例第十四条、第十五条的规定，但是有下列情形之一的，不得认定为工伤或者视同工伤：

（一）故意犯罪的；

（二）醉酒或者吸毒的；

（三）自残或者自杀的。

四、员工因病或非因工死亡待遇

当员工发生了工伤事故受伤或死亡，工伤保险会向员工及家属赔偿一定的费用，若公司没有为员工购买工伤保险的，公司则需要支付该笔费用作为补偿。那么，在员工出现因病或非因工受伤、死亡的时候，法律是如何规定的呢？

员工若不是因为工伤而导致的受伤或死亡，工伤保险基金是不会作出赔付的。但是，当员工非因工死亡时，社保基金和公司需要向员工家属支付一些补偿费用，根据《社会保险法》第17条的规定，当员工出现因病或因工死亡，其养老保险部分可以支付员工家属的丧葬补助金和抚恤金。

除了上述丧葬补助金和抚恤金由社保基金支付外，各地还会制定一些规章制度，要求公司作为用人单位增加支付项目，以广东省为例，《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤金待遇暂行规定》第10条第1款规定："职工（含离退休人员）因病或非因工负伤死亡，发给丧葬补助费，供养直系亲属一次性救济金（或供养直系亲属生活补助费）、一次性抚恤金。"根据该条规定可以看出，除了《社会保险法》中规定支付的丧葬费和抚恤金外，广东省还额外增加了一笔称为"供养直系亲属一次性救济金"的费用，具体数额为六个月工资，月工资按当地上年度社会月平均工资计。

另外，在北京和上海，也有关于支付供养直系亲属一次性救济金的规定，如北京规定公司需要根据死者亲属的人数支付一定数额的"救济费"。

以案说法

员工非因工死亡，企业在社保外有可能仍需补偿

黄某是广州某物流公司的员工，于2012年9月1日入职，负责送货的工作。2012年10月11日中午，黄某吃饭时因喝醉酒，随后在上班的途中遭遇车祸死亡。

黄某遗属随后向人社局提出工伤认定，人社局认为黄某的死亡不属于工伤。黄某遗属要求公司支付相关补偿费用，因公司已为黄某缴纳了社保，于是认为社保已报销了所有的费用，自己无须再支付其他补偿。

【律师评析】

在公司已经为黄某缴纳社保的情况下，黄某家属可以通过社保领取丧葬费和抚恤金。本案发生在广东省广州市，因此公司还需要根据前文所述的《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤金待遇暂行规定》第10条的规定，自行向黄某的遗属支付“供养直系亲属一次性救济金”，具体支付的费用是28734元（广州市2011年度社会平均月工资4789元×6个月）。

应对方案

1. 对于因病或非因工死亡的支付赔偿问题，各地的规定都有所不同。法律规定应支付丧葬费和抚恤金，但地方往往还会额外让公司另行增加支付赔偿项目，因此公司需要充分了解自己所在省、市关于这类情况的规章制度。

2. 公司可以结合自身的情况，计算一下风险与成本，平衡员工因病或非因工负伤死亡时所要支付的额外费用与额外购买商业保险的费用，看是否有为员工购买商业保险的必要。通过购买商业保险的方式，在向死者家属支付费用后，因为公司是受益人，所以可以从保险公司处报销费用，从而转嫁风险。

3. 在公司额外购买商业保险的情况下，公司应与保险公司协商，看能否将保险受益人写为公司。若无法将保险受益人写为公司，就需要在与员工签订劳动合同时明确约定公司为劳动者购买了商业保险，该商业保险购买的目的是为了弥补劳动者在出现因病或非因工死亡等情况下超出社会保险支付的范围而给公司造成的损失。

法规速递

《中华人民共和国社会保险法》

第十七条 参加基本养老保险的个人，因病或者非因工死亡的，其遗属可以领取丧葬补助金和抚恤金；在未达到法定退休年龄时因病或者非因工致残完全丧失劳动能力的，可以领取病残津贴。所需资金从基本养老保险基金中支付。

《广东省企业职工假期待遇死亡抚恤金待遇暂行规定》

十、职工（含离退休人员）因病或非因工负伤死亡，发给丧葬补助费，供养直系亲属一次性救济金（或供养直系亲属生活补助费）、一次性抚恤金。

丧葬补助费的标准：3个月工资（月工资按当地上年度社会月平均工资计，下同）；

供应直系亲属一次性救济金标准：6个月工资；

一次性抚恤金标准：在职职工6个月工资；离退休人员3个月工资。

已参加社会养老保险的离退休人员死亡，由当地社会保险机构按养老保险有关规定发放待遇；在职职工因病或非因工负伤死亡，除有规定纳入社会保险支付的地方外，由企业按上述标准发给死亡抚恤待遇。

《北京市劳动和社会保障局、北京市财政局关于调整企业职工因病或非因工死亡后供养直系亲属救济费标准的通知》

一、企业职工和退休人员因病或非因工死亡后，仍按照《中华人民共和国劳动保险条例》的有关规定，根据供养直系亲属的人数分别给相当于死者本人工资6个月、9个月、12个月的救济费。“死者本人工资”指按死亡时全市最低工资为标准。

五、公司为员工提供培训后的服务期约定

一些公司会为员工提供培训服务，目的是让员工增强劳动技能从而更好地为公司创造财富，而员工也会非常乐意参加公司所组织的培训，因为培训费用由公司支付，自己培训后提升了技能，对未来的发展也有很大的帮助。

公司支付费用让员工培训，员工在享受到优惠的同时，也要承担相应的义务。公司可以要求员工在接受培训项目后，在一定的期间内不准离职，必须服务满一定的期限，在法律上该期限称为服务期。

公司为员工提供了专项培训费用，对员工进行了专业技术培训的，可以与该员工订立协议约定好服务期。当员工违反了双方的约定，在服务期内提出辞职的，则视为违约，需要向公司作出相应的赔偿。但法律规定，违约金的赔偿数额，不能超过公司提供的培训费用，若在服务期内员工辞职

的，公司要求员工支付的违约金不能超过服务期尚未履行的部分所应分摊的培训费用。但是要提醒公司注意的是，只有为员工提供了专项培训的才能要求签订服务期协议约定服务期，专项培训并不包括公司日常自行组织的培训，一些公司认为只要为员工提供了培训就可以约定服务期，这种想法是错误的。

以案说法

1. 公司提供专项培训才能与员工约定服务期及违约条款[①]

陈某于2008年3月入职科技软件开发公司，任职软件开发员，月薪过万。陈某入职后，凭借其出色的能力，开发了好几套功能强大的软件，深得公司领导的赞赏，并于2009年5月升任为公司的项目经理，公司给了他配车配司机的待遇。

科技软件开发公司为留住人才，在给予陈某配车配司机待遇的同时，要求与陈某签订服务期协议，协议约定陈某必须要为公司服务五年，从2009年5月起算，违约则需要向公司赔偿40万元。2010年5月陈某向公司提出辞职，公司认为陈某违反服务期的约定，要求陈某支付违约金。

【律师评析】

本案的争议焦点在于，公司为陈某提供配车配司机的待遇，能否作为陈某为公司服务五年的条件。在现实中，许多用人单位都会认为，自己为劳动者提供了额外的福利，当然有权要求劳动者作出一定的承诺。但是，《劳动合同法》仅规定为劳动者提供专项培训才能约定服务期及违反服务期违约金条款，其他任何额外的待遇都不能成为约定服务期的依据。因此，公司若提起诉讼要求陈某支付违约金，是得不到法院支持的。

2. 员工违反培训合同关于服务期的约定，公司可以要求其承担违约责任

苏某于1992年7月27日到第四建筑公司工作，任职施工管理，之后升

① 案例及评析均摘自张扬、郭旺生、吴春婉：《劳动用工完全法律指南》，中国法制出版社2013年版，第122页。

任为造价管理。苏某、第四建筑公司自1995年开始签订劳动合同，最后一份合同于2004年11月8日签订，双方约定：劳动期限自2004年11月8日起至2007年11月7日止。

苏某、第四建筑公司在2005年8月28日签订关于考取造价师执业资格证的《员工培训合同》，约定苏某为第四建筑公司服务的年限为5年。苏某、第四建筑公司于2006年5月10日签订关于考取高级工程师的《员工培训合同》，约定苏某需为第四建筑公司服务5年，培训费/奖励金额为6000元。苏某、第四建筑公司在2006年5月29日签订关于考取一级建造师执业资格证的《员工培训合同》，约定苏某为第四建筑公司服务的年限为10年，培训费/奖励金额为10000元。上述三份《员工培训合同》均约定：若因苏某个人原因致使合同无法履行的，苏某应承担违约责任，返还第四建筑公司已支付的费用并支付违约金30000元。

2007年11月8日因合同期限届满，苏某提出离开第四建筑公司，而第四建筑公司认为苏某应与该公司续签劳动合同，否则苏某应向公司支付违约金。苏某不同意，认为自己与公司之间的劳动合同期限已届满，双方签订的《员工培训合同》也应该相应地终止。

【判词摘录】[①]

◆ 苏某与第四建筑公司自愿签订的《劳动合同》，是双方的真实意思表示，且未违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效，双方的劳动合同关系受国家法律保护。之后，双方先后签订的三份《员工培训合同》，是以已经存在的劳动合同为基础的，且与《劳动合同》的内容并无矛盾或冲突，应视为对劳动合同内容的补充和特殊约定，是双方劳动合同的一部分，双方的劳动服务年限因此调整至2016年1月9日。

◆ 劳动合同是劳动者与用人单位确立劳动关系、明确双方权利和义务的协议，本案双方签订的《员工培训合同》是劳动合同的一部分。双方在《员工培训合同》中对苏某参加学习后取得一定的资质或职称的情况下，将双方的权利和义务进行了特殊约定，其中并不存在使苏某产生误解的条款。

① 广州市中级人民法院（2009）穗中法民一终字第1541号民事判决书。

◆ 苏某、第四建筑公司的劳动合同虽在2007年11月8日期满，但不因此影响双方在《员工培训合同》中约定的服务期限及违约金条款的效力。苏某在合同期限届满后，没有与第四建筑公司重新订立劳动合同，终止了与第四建筑公司的劳动关系，该行为违反了《员工培训合同》的约定，苏某的行为已构成违约，其应承担违约责任。现苏某要求不需向第四建筑公司支付违约金30000元，明显违反了双方的约定，对苏某的该项请求，不予支持。

应对方案

1. 公司在向员工提供专项培训前，应该与员工单独签订服务期合同，合同中应该明确具体提供的培训内容以及培训费用。

2. 员工在参加专项培训时应该签到，参加培训的签到记录，公司应当妥善保存，因为日后有可能会出现员工否认自己参加了培训的情况。

3. 当员工违反服务期的约定时，公司除了可以要求员工支付合同中所约定的违约金之外，还可以要求员工根据违约的情况返还一定的培训费用，而公司所提出返还培训费用，必须要有支付培训费用的票据作为依据，否则将会因为证据不足而得不到法院的支持。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第二十二条 用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

《中华人民共和国劳动合同法实施条例》

第十六条 劳动合同法第二十二条第二款规定的培训费用，包括用人

单位为了劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。

第五节 竞业限制与保密义务

一、劳动合同法中的竞业限制

所谓竞业限制，亦称之为“竞业禁止”，是指负有特定义务的员工在任职期间或者离开工作岗位后的一定时间内不得自营或为他人经营与其所任职的公司同类的经营项目。自从微软前副总裁李开复跳槽到 Google 公司引发了关于竞业限制的案件后，该词就已不再陌生了，许多公司尤其是外资企业，非常重视公司技术及高层员工跳槽的问题。

《劳动合同法》与《反不正当竞争法》都有关于竞业限制的规定，两部法律对竞业限制的规定稍有不同，这里谈及的仅限于《劳动合同法》中关于公司与员工之间关于竞业限制的法律规定，有关反不正当竞争中的竞业限制问题，笔者在第四章中将详细论述。

公司与员工签订竞业限制合同的要点有：（1）员工离职后不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。（2）竞业限制的对象只限于：高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的员工。（3）必须支付补偿金且时间不超过两年。

公司与员工签订了竞业限制合同后，公司应根据合同约定，在员工竞业禁止期间，支付相应的经济补偿，如果公司不按照合同的规定支付经济补偿，员工可以要求公司支付或者要求与公司解除竞业限制关系。如果公司与员工之间的竞业限制的条款中没有约定经济补偿标准，竞业限制并不会无效，北京市高级人民法院、北京市劳动和社会保障局所发布的《关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要》第 39 条规定：“用人单位与劳动者在劳动合同或保密协议中约定了竞业限制条款，但未就补偿费的给付或具体给付标准进行约定，不应据此认定竞业限制条款无效，双方可以通

过协商予以补救，经协商不能达成一致的，可按照双方劳动关系终止前最后一个年度劳动者工资的20%—60%支付补偿费。用人单位明确表示不支付补偿费的，竞业限制条款对劳动者不具有约束力。”

以案说法

竞业限制需要有明确的合同约定

左某于2011年7月1日入职某某公司担任舞蹈老师的工作，双方签订了书面的《劳动合同》及《保密协议》。2012年2月16日，左某以个人原因为由向公司申请离职，并于同月23日提交了《员工离职审批表》。当日，公司在左某的《员工离职审批表》上填写“自离职之日起启动竞业禁止条款，公司按月支付经济补偿金”，公司总经理意见栏则签署“同意”。《员工离职审批表》左下角员工签字确认处有左某的签名。

左某离职以后，于同年5月到某舞蹈学校从事舞蹈教学工作。2012年3月1日，某某公司通过工商银行向左某的账号汇入3000元，在其保留的转账凭证用途一栏注明“竞业禁止补偿金”，备注一栏注明“2012年3月竞业禁止补偿金”。此后，左某拒收公司支付的补偿金并注销了银行账号。2012年5月15日，某某公司向法院提起诉讼，提出公司的《员工手册》中已经明确记载了关于竞业限制的规定，而左某在入职时已经阅读《员工手册》知悉自己应承担竞业限制的义务，因此请求法院判决左某履行竞业限制的义务并判决左某支付违约金。左某否认自己知悉《员工手册》中关于竞业限制的内容并认为自己无须承担竞业限制义务。

【判词摘录】[①]

◆ 本案中，公司与左某签订的劳动合同书与保密协议中均无竞业限制条款；左某离职后，公司在《员工离职审批表》上填写“自离职之日起启动竞业禁止条款”及之后公司以竞业禁止补偿金的名义向左某账户汇款，均系公司单方行为。

◆ 左某在某某公司的工作不属于高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。且公司提交的证据不能充分佐证载明有竞业限制条

① 杭州市中级人民法院（2012）浙杭民终字第2913号民事判决书。

款的《员工手册》就是左某在确认书中所确认查收、阅读并声明遵守的那份《员工手册》。故本院对公司要求左某履行竞业限制的义务并支付某某公司违约金的诉讼请求不予支持。

应对方案

1. 公司要求员工履行竞业限制义务的，需要签订竞业限制合同予以明确，合同的签订时间在劳动合同开始之日及劳动关系存续期间均可。没有合同予以明确的，当员工提出异议时，公司要求员工履行竞业限制义务将难以得到法院的支持。

2. 员工履行竞业限制义务的，公司必须向员工支付经济补偿金，数额约为工资的三分之一到三分之二。如工资是双方协商的结果，补偿金也应由双方通过协商得出，一般不少于三分之一。补偿金太少会导致竞业限制的约定无效。

3. 即使公司与员工之间签订了竞业限制协议，公司也并不能完全杜绝商业机密外泄、离职员工与公司竞争的情况发生。对于违反协议的员工，公司可以起诉员工要求他承担违约责任。

4. 违反竞业限制的处罚数额，法律无具体强制性要求，公司与员工之间可以协商约定，公司可结合《劳动合同法》第 90 条的规定保留追究损失的权利。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第二十四条 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

第九十条 劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。

《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用若干问题的解释（四）》

第六条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制，但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿，劳动者履行了竞业限制义务，要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的30%按月支付经济补偿的，人民法院应予支持。

前款规定的月平均工资的30%低于劳动合同履行地最低工资标准的，按照劳动合同履行地最低工资标准支付。

第七条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，当事人解除劳动合同时，除另有约定外，用人单位要求劳动者履行竞业限制义务，或者劳动者履行了竞业限制义务后要求用人单位支付经济补偿的，人民法院应予支持。

第八条 当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制和经济补偿，劳动合同解除或者终止后，因用人单位的原因导致三个月未支付经济补偿，劳动者请求解除竞业限制约定的，人民法院应予支持。

第九条 在竞业限制期限内，用人单位请求解除竞业限制协议时，人民法院应予支持。

在解除竞业限制协议时，劳动者请求用人单位额外支付劳动者三个月的竞业限制经济补偿的，人民法院应予支持。

第十条 劳动者违反竞业限制约定，向用人单位支付违约金后，用人单位要求劳动者按照约定继续履行竞业限制义务的，人民法院应予支持。

二、员工违反保密条款的认定

公司应与内部涉密人员签订保密协议或者在劳动合同中明确约定保密条款，以确定保密的具体范围，尤其要注明公司的核心机密，警示泄露机密的员工除了要承担民事责任外还可能承担刑事责任。所谓“商业秘密”，根据《反不正当竞争法》第10条第3款的规定，是指不为公众所知悉、能

为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。商业秘密包括两部分：非专利技术和经营信息。

对于需要承担保密义务的员工违反保密条款的，公司可以根据《劳动合同法》第90条的规定，要求员工承担公司因泄密所造成的损失。

保密义务与竞业限制的关系为：前者可独立于后者，后者一定程度上是为前者服务的（还有竞争人才的考虑）；违反保密条款除了会受到民事上的惩罚外，还有可能会被追究刑事责任，而违反竞业限制的员工即使没有泄密，也需承担违约金的赔偿；另外，保密条款约束的时间较长，而竞业限制的期限最长只能约定为离职后的二年内。

以案说法

员工离职后短期即发展了与公司相重叠的客户，员工涉嫌侵犯商业秘密

2000年7月28日，陈某入职正某机电设备公司，担任业务主管，双方签订了《劳动合同》，劳动合同中约定了竞业限制及保密条款。约定若陈某离职，2年内不得入职相关企业与正某机电设备公司进行不正当竞争，公司向陈某支付一定的经济补偿。2000年9月14日，双方又签订了一份《补充协议》，再次明确竞业禁止与保密的问题。

2001年陈某向公司提出辞职，随后与别人共同投资成立众某机械设备公司，经营与正某机电设备公司相同的业务。陈某在离职后，没有向正某机电设备公司索要经济补偿金。

在陈某入职正某机电设备公司期间及之前，公司有16家较为重要的销售客户，而陈某在离职成立众某机械设备公司的半年内，即与该16家公司建立了业务联系。正某机电设备公司向法院提起诉讼，认为陈某侵犯了自己的商业秘密，要求陈某立即停止违约行为并退出众某机械设备公司。而陈某则认为，正某机电设备公司并没有关于保密协议的规章制度，并且这16家客户名单是公开的，并非自己所窃取。

【判词摘录】[①]

◆ 关于正某机电设备公司是否制定有保密制度的问题。陈某不承认正某机电设备公司制定有书面的保密制度，但是，双方在订立的劳动合同中约定了竞业禁止条款和保密条款，并从中明确要求职工不得违反保密制度，而约定竞业禁止条款的目的也是为了更好地保密，避免受到不正当竞争；同时，双方在已签订的劳动合同基础上又慎重地签订补充协议，对竞业禁止条款和保密条款作了进一步的补充，因此，正某机电设备公司主张其制定有保密制度的事实是可以认定的。

◆ 至于众某机械设备公司、陈某是否侵犯正某机电设备公司商业秘密的问题。众某机械设备公司在成立半年后即迅速发展了与正某机电设备公司相重叠的客户，而陈某曾在正某机电设备公司任职，具有接触这些客户名单的条件。由此可以认定，此争议客户名单并非众某机械设备公司投入相应的劳动自主开发而来，而系陈某将正某机电设备公司的客户资料泄露给众某机械设备公司，而众某机械设备公司未经许可使用了这些客户名单，故已构成侵权。

应对方案

1. 公司与高管、主要员工、技术骨干等签订保密协议，是为了保护公司的商业秘密。虽然保密是每个员工应尽的义务，但是签订了保密协议，公司就能对员工在保密的内容、范围、违约责任等方面作更为详细、更有针对性的约定。日后，对于签订保密协议但却泄露了公司商业秘密的行为，公司便拥有了更有力的追偿依据，便于在法庭上进行举证。

2. 证据收集是重点。公司有义务举证证明员工有泄密的行为，如果公司没有办法举证，就需要承担举证不能的责任进而有败诉的风险。

3. 侵犯商业秘密，严重的还会触犯刑法。公司发现有前员工泄露公司

① 佛山市中级人民法院（2001）佛中法知初字第98号民事判决书；广东省高级人民法院（2003）粤高法民三终字第39号民事判决书。案例摘自陶凯元主编：《掩卷而思：反不正当竞争案例选萃》，法律出版社2006年版，第67-76页。

商业机密的，应充分地与当地公安机关进行沟通，这一点是很重要的，出现异地泄密的情况时，更需如此。因为当地的公安机关对于辖区内公司商业机密遭受侵犯有管辖权，公安机关如果同意帮助公司并介入调查，他们可以赴异地调查取证及拘留泄密者。一旦出现追究刑事责任的可能，对那些想泄密或者已泄密的人就更具威慑力。总之，公安机关的介入能够更好地保护公司的合法权益不受进一步的损害。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第二十三条 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

……

第六节 劳动纠纷仲裁与诉讼

一、劳动争议案件的受理范围

根据《劳动争议调解仲裁法》第2条的规定，只有以下五种劳动争议纠纷才会被劳动仲裁委和法院受理：（1）确认劳动关系的争议；（2）因订立、履行、变更、解除或终止劳动合同所发生的争议；（3）因除名、辞退和辞职、离职所发生的争议；（4）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；（5）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿金或赔偿金所发生的争议。

上述五种类型之外的纠纷，均不属于司法机关劳动争议案件的受理范围。在这里需要特别提出的是，有很多未购买社保的员工会向司法机关起诉，要求公司依法缴纳社保。目前，对于要求补缴社保的案件，法院是不予受理的，如广东省高级人民法院和福州市中级人民法院认为，政府主导的国有企业改制引发的下岗、整体拖欠工资、住房公积金的缴纳纠纷，社

会保险费的缴纳和发放发生的纠纷以及当事人已签收劳动争议仲裁机关的调解书又反悔的四类案件法院不应受理。[①]

以案说法

员工起诉公司要求补缴社保，司法机关不予受理

骆某在某建筑公司上班，是建筑公司雇佣的建筑工，双方签订了劳动合同，期限从2010年1月1日至2013年12月31日。双方在履行劳动合同期间，建筑公司一直没有为骆某购买社保。2014年骆某离开建筑公司，认为建筑公司没有为其购买社保，权益受到了损害，于是提起诉讼，要求建筑公司为其补缴社保。

【律师评析】

劳动者向司法机关起诉要求公司为其补缴社保，并不属于司法机关的案件受理范围，对补缴社保纠纷，劳动仲裁委和法院是不予受理的。劳动者如果有劳动合同可以明确证明自己与公司之间存在劳动关系，可以凭借劳动合同到劳动监察部门投诉，劳动行政管理部门会对其作出调查，如果劳动者所说属实，公司除了要补缴外，还会处以罚款。若劳动者没有与公司签订劳动合同，公司又予以否认，劳动者就需要先起诉确认双方的劳动关系，然后再凭借司法文书去投诉。

另外需要提醒公司的是，虽然补缴社保纠纷不会被司法机关受理，但是因没有缴纳社保而导致损失，劳动者是可以起诉要求公司补偿的。例如，劳动者因为没有社保，看病的费用比有社保的情况下要高，那么劳动者可以凭借看病的单据，在劳动争议一年的诉讼时效之内起诉，得到司法机关支持的可能性就很大。

风险提示

虽然劳动者因公司没有为自己购买社保而要求补交，向劳动仲裁委提

① 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院2013年度案例·劳动纠纷》，中国法制出版社2013年版，第143页，脚注1。

起仲裁或向法院提起诉讼时，不会被司法机关受理；但是公司切不可掉以轻心，因为不为劳动者购买社保，会受到行政机关的处罚，而且公司因不购买社保而导致的劳动者利益受到的损失，劳动者可以起诉要求公司补偿。

法规速递

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》

第二条 中华人民共和国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议，适用本法：

（一）因确认劳动关系发生的争议；

（二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；

（三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；

（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；

（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；

（六）法律、法规规定的其他劳动争议。

二、劳动纠纷中的“举证责任倒置”

打官司就是打证据，如果没有证据的支持，官司是打不赢的。民事诉讼中有“谁主张，谁举证”的基本诉讼举证规则，即如果提出主张的一方当事人不能举出证据证明自己的主张，该主张就得不到法院的支持，无法举证证明的当事人，需要承担举证不能的败诉后果。

劳动争议纠纷属于民事纠纷的一种，但劳动者与用人单位之间的关系较为特殊，双方在一定程度上并非平等，而是一种隶属关系。在劳动者需要接受公司管理的情况下，劳动者在劳动法律关系中往往是弱势的一方，一些控制在公司手中的证据并不容易使劳动者掌握。基于此，劳动合同法中有较多举证责任倒置的规定，即在一些特殊情况下，由用人单位一方即公司来承担举证责任，如果公司无法举证的，法院则采纳劳动者即员工一方的主张而判决公司败诉。

以案说法

公司不向法院提供自己掌握的证据，需承担不利后果

郭某于2012年3月1日入职某公司，一直工作到2012年12月10日，工作期间公司经常安排郭某加班，但是公司没有按照规定向郭某支付加班费。郭某于是起诉要求公司支付所欠加班费，并向法院提交了自己向公司提交的有公章的加班申请表，对于加班时间的问题，郭某提出自己加班后均有打卡，上下班记录由公司掌握，公司拒不提供。

【律师评析】

像工资表、考勤表等资料，都由公司所掌握，如果公司在诉讼中不提供相关证据的，法院将会采纳劳动者所提供的证据并支持劳动者的主张。郭某因为有公司盖章的加班申请表作为存在加班事实的证据，对于加班时间，应该通过考勤表来作出进一步的认定，但是考勤表都掌握在公司手中，根据法律规定，考勤由公司举证。所以，在本案中，公司拒不提供考勤数据的，法院则会采信劳动者的说法。

应对方案

1. 对于劳动案件来说，如本章第一节中所提及，法律以及司法审判都倾向于保护劳动者，立法上在举证责任方面，给了劳动者很多一般民事纠纷中所没有的便利。举证责任的倒置对公司提出了更为严格的要求，因此公司需要了解法律对自身的要求，充分保存证据，避免因为无法举证而遭受不必要的损失。

2. 公司要熟悉、了解劳动纠纷中的举证责任，还有一个原因，就是目前很多劳动仲裁委在向公司寄送开庭通知的时候，往往还会“附赠”一份举证告知书，要求公司对告知书上的事项进行举证。这些看似“便民”、“提供了指引”的告知书，里面的一些事项有可能根本不应由公司负举证责任证明。对于劳动仲裁委的举证告知书，公司可以不用理会上面的举证要求，一切举证要求只需要根据法律规定来办即可，不属于举证责任倒置的事项以及并非由公司提出的主张，则公司无须承担举证责任，切勿“自证其罪”。

市　　区劳动争议仲裁委员会
应诉通知书

劳仲案字〔201 〕　　号

有限公司：

本委决定受理　　与你（单位）的因确立劳动关系、工资等劳动争议案件，现将其仲裁申请书（副本）送与你（单位），并将有关事项通知如下：

一、被申请人应当在收到仲裁申请书（副本）十日内按申请人人数向本委提供答辩书和有关证据，不按时提交或不提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

二、被申请人如是单位的，需填写法定代表人（或主要负责人）身份证明书；如委托代理人的需填写授权委托书，于201 年 月 日前提交本委。

三、被申请人如提出反诉申请，应当在举证期限届满前书面提出，逾期作另案处理。

四、被申请人需在收到本通知书之日起十日内向本委补充提供下列证明材料：

1、工商营业执照（副本）复印件；

2、法定代表人身份证明；

3、劳动合同或存在劳动关系的证明材料；

4、职工花名册；

5、　　2009年9月至2011年12月17日的工资支付证明材料；

6、其他与本案有关的证据材料。

五、请在本通知送达回证上签收。

二〇　　四月二十八日

注：1.附申请书（副本）一份，法定代表人（或主要负责人）身份证明书一份，授权委托书三份。

2.被申请人向仲裁委提交答辩书及证据材料应提供正副本各一份。

图 5-7　某劳动仲裁委向应诉公司寄送的应诉通知书

法规速递

《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》

第六条 发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第六条 在劳动争议纠纷案件中，因用人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。

《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》

第十三条 因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位负举证责任。

《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（三）》

第九条 劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。

第六章

企业品牌的知识产权保护

导　读

当下企业的竞争，早已不完全是单纯有形资产的比拼，品牌等无形资产的较量占据越来越重要的位置，因此如何保护自身品牌，避免误入他人知识产权保护禁地，日益成为企业管理者的必备知识。

知识产权一般包含著作权、商标权、专利权、反不正当竞争权等。从1980年参加世界知识产权组织开始，我国陆续颁布了《商标法》《专利法》《著作权法》《反不正当竞争法》，还加入了各类知识产权保护的国际公约。其中《著作权法》《商标法》《专利法》为知识产权专门法，侧重于保护权利人的智力成果，激励创新；而《反不正当竞争法》，是从维护市场公平秩序、制止不正当竞争的角度提供保护，与知识产权专门法相互补充。随着市场经济的发展及司法实践，相关知识产权法律也进行了多次修订。

在企业设立初期，法律已经开始对企业涉及的知识产权进行规范，管理者应该从企业起名字、定标识、注册域名等方面考虑企业的知识产权及品牌保护。

随着企业的运营发展，对内企业应当梳理企业各项知识产权，设立专门的部门进行统一规范管理；对外企业在拓展宣传过程中，应避免侵权，并利用知识产权提升自身的品牌影响力与市场竞争力。即使企业进入清算程序，作为无形资产的知识产权仍不可忽视，应积极妥善处理。

本章将以企业发展为脉络，结合我国知识产权法律，从设立初期到日常经营管理，再到对外拓展推广，提出在企业不同阶段，管理者应该关注的品牌知识产权基础保护及风险防范问题。

第一节 企业设立初期的知识产权保护

一、企业应该如何起名

名称是一个企业的门面招牌，企业设立的第一步就是要起一个满意的名字，并进行工商注册登记。经过国家工商机关依法核准登记的企业名称，将受到法律相应的保护。

家里有新生儿诞生，一般家里人都会通过翻阅字典、查阅各类书籍等方法，给宝宝取名。那给企业取名是否可以一样随性，只要是企业创办者喜欢的字、词都可以使用在企业名称当中呢？答案当然是否定的，企业作为市场经济中的主体，从起名开始就受到我国法律的约束与保护。

依据《企业名称登记管理规定》《企业法人登记管理条例》等相关规定，企业名称只有经过核准登记注册才可以使用，并且一个企业只准使用一个名称，在同一辖区内不得与其他同行业企业名称相同或者近似。对于企业名称的构成，也有相应的规定，一般应当包含行政区划、字号、行业、组织形式四部分，其中字号是区别不同企业的主要标志。

此外，突显企业高大上的“中国”“中华”“国际”等词语，也不可以随意在企业名称中使用，只有特定类型的企业经过申请批准方可使用。

以案说法

1. 不同地区的企业字号相同或者近似造成混淆，保护在先注册的企业名称

世纪金源公司于2001年7月核准注册成立，当年9月更名为世纪金源投资集团有限公司，简称“世纪金源集团”，经营范围涉及投资经营房地产、酒店、大型购物中心等领域。自2005年1月，集团及关联公司中有18家公司以“金源”“世纪金源”为主要字号进行公司名称登记，上

述公司遍布北京、湖南、江西、福建、云南、重庆等地区。集团通过对其投资项目的大力发展与宣传，获得多项荣誉，在地产、酒店行业享有较高知名度。

河南世纪金源公司于2005年1月在河南省工商行政管理局注册成立，经营范围为房地产开发与经营、建材的销售。2006年起在河南郑州开发房地产项目，分别命名为“金源第一城”“金源城上城”。

世纪金源集团认为，河南世纪金源公司在企业名称和开发楼盘中使用“世纪金源”“金源”标识的行为，构成不正当竞争，向法院提起诉讼。

【判词摘录】[①]

◆ 2005年1月之前，世纪金源集团已经开展了一系列经营活动，并进行大力宣传推广，“世纪金源”“金源”在房地产行业已具有标识意义，为相关公众所知悉。这两个商业标识体现了世纪金源集团及关联公司较高的商誉和知名度，为其无形资产。

◆ 河南世纪金源公司于2005年1月注册，其主要经营范围也是房地产的开发与销售，在企业名称中使用“世纪金源”，容易使公众误认为河南世纪金源公司与世纪金源集团之间存在某种联系，这种关联关系的误认能够给河南世纪金源公司带来竞争优势。

◆ 河南世纪金源公司攀附世纪金源集团商业标识声誉使自己更具有竞争优势的行为，侵犯了世纪金源集团的在先企业名称权，构成了不正当竞争。世纪金源集团有权要求河南世纪金源公司立即停止在其企业字号中使用“世纪金源”“金源”文字，变更企业名称；并立即停止在其开发的房地产项目中使用“金源”标识，赔偿世纪金源集团相应的经济损失。

2. 将他人注册商标近似的文字登记为企业名称，构成侵权

湖北周黑鸭食品有限公司（简称湖北周黑鸭公司）成立于2006年6月，一直使用“周黑鸭”文字作为其所生产销售鸭类卤制品的商品标识，并于2009年4月7日取得第4685626号“周黑鸭”文字加图形商标。其通过长期的经营及大力推广，在湖北风味卤制品市场上具有较高知名度。

① 河南省郑州市中级人民法院（2007）民三初字第274号民事判决书；河南省高级人民法院（2009）民三终字第12号民事判决书。

湖北汉味周黑鸭饮食文化公司（简称汉味周黑鸭公司）成立于2009年3月19日，与湖北周黑鸭公司属于同一地域，经营范围是技术服务和食品批发、零售。其通过委托他人加工、销售“汉味周黑鸭”卤制品，并通过网站发布“汉味周黑鸭”加盟广告对外招商，授权他人使用“汉味周黑鸭”字号等。

湖北周黑鸭公司认为，汉味周黑鸭公司恶意注册并不当使用“汉味周黑鸭”企业名称，侵犯了“周黑鸭”知名企业和知名商品的特有名称及第4685626号商标专用权，向法院提起诉讼。

【判词摘录】[①]

◆ 本案涉案的两家公司同属湖北地区，均是经过当地工商管理机关核准登记的合法企业。注册商标与企业名称均是依照相应的法律程序获得的标志性权利，分属于不同的标志序列，依照相应法律受到相应的保护，在两者相冲突的时候，应根据诚实信用原则及公平原则处理。

◆ “汉味周黑鸭”为汉味周黑鸭公司的企业字号，而企业名称中的字号最具有区别特征，汉味周黑鸭公司仅在“周黑鸭”之前加上“汉味”二字，并不使其具有其他特别的含义，相反使“汉味周黑鸭”在同一地域具有更为正宗之意味，而真正发迹于武汉且具有较高知名度的“周黑鸭”产品生产商的身份倒显得可疑，其市场地位无疑受到影响，从而造成消费者的混淆或误认，扰乱正常市场经营秩序。

◆ “周黑鸭”不光为湖北周黑鸭公司的字号，也为该企业的注册商标。汉味周黑鸭公司将与他人具有较高知名度的在先注册商标相同或者相近的字号注册登记为企业名称，构成侵权。

◆ 法院判决汉味周黑鸭公司停止使用带有“周黑鸭”字号的企业名称，并向湖北周黑鸭公司支付相应的赔偿。

应对方案

1. 为避免因不知他人商标注册或者同一区域内字号使用在先，而注册相

① 武汉市中级人民法院（2010）武知初字第293号民事判决书；湖北省高级人民法院（2011）鄂民三终字第25号民事判决书。

同字号的企业名称的情况出现，可以通过登陆省工商行政管理局的官方网站进行企业名称使用是否受限查询，如广东省工商行政管理局官网“企业登记名称查重”栏目（http：//wsnj.gdgs.gov.cn/aicnet/keyWordCheck/checkRepeat.jsp）。也可以登录国家工商行政管理总局商标局官网进行商标检索，商标检索入口为：http：//sbcx.saic.gov.cn/trade/。

2. 对于不同区域企业字号（名称）相同或者近似的情况，因我国企业名称采取的是分级登记制度，只能有效避免企业名称在同一辖区与已经核准的同行业登记的企业名称字号相同或者近似。故目前司法实践对于不可避免的出现在不同区域企业字号相同或者近似的情形，主要规范的是同行业企业名称与在先具有一定的市场知名度、为公众熟悉的企业字号相同或者相似的不正当竞争行为。

3. 对于企业名称与注册商标之间的冲突，目前司法实践主要是依照诚实信用、维护公平竞争和保护在先权利等原则进行处理。最高院在再审李惠廷诉王将饺子（大连）餐饮有限企业侵犯注册商标专用权案中，明确指出：如果注册使用企业名称本身具有不正当性，如将他人具有较高知名度的在先注册商标，作为字号注册登记为企业名称，具有搭便车、傍名牌的嫌疑，即使规范使用仍足以产生市场混淆的，可以按照不正当竞争处理，根据权利人的请求判决停止使用或者变更企业名称。如果是不规范使用企业名称，在相同或者类似商品上突出使用与他人注册商标相同或者相近的企业的字号，容易使相关公众产生误认的，属于给他人注册商标专用权造成其他损害的行为，依照侵犯商标专用权行为处理；判决侵权方规范使用企业名称、停止突出使用字号行为足以制止侵权行为的，不宜判决停止使用或者变更企业名称。[①]

4. 目前使用他人知名商标或字号进行企业名称注册的情况比较普遍，很多人认为这是企业发展的捷径，实际上有可能给企业带来不可预知的侵权风险。一旦被权利人起诉，法院认定侵权成立，企业面临的很有可能是停止使用该字号、企业改名、登报道歉，甚至支付赔偿。所以企业在起名的时候，应该提前考虑到未来可能发生的侵权风险。

① 最高人民法院（2010）民提字第 15 号民事判决书。

5. 为保护自身企业核心标识，企业名称一旦成功注册登记，应及时向国家商标总局申请注册商标。因注册商标为统一注册，全国有效，可以突破企业名称工商登记注册对字号保护的地域限制，让企业名称及相应标识可以得到两种不同序列的法律保护。

法规速递

《中华人民共和国商标法》

第五十八条 将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，构成不正当竞争行为的，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。

《中华人民共和国反不正当竞争法》

第五条 经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：

……

（三）擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；

……

《企业名称登记管理规定》

第三条 企业名称在企业申请登记时，由企业名称的登记主管机关核定。企业名称经核准登记注册后方可使用，在规定的范围内享有专用权。

第六条 企业只准使用一个名称，在登记主管机关辖区内不得与已登记注册的同行业企业名称相同或者近似。

确有特殊需要的，经省级以上登记主管机关核准，企业可以在规定的范围内使用一个从属名称。

二、企业字号被他人抢注，怎么办

企业名称是区别不同市场主体的标志，其中字号是区别不同企业的主要标志，起到区分不同经营者的作用。最高人民法院在审理“正野”商标专用权及不正当竞争案中写道：“受反不正当竞争法保护的企业名称，特别

是字号，不同于一般意义上的人身权，是区别不同市场主体的商业标识。”[①] 故企业字号具有财产权的属性，或者说更重要的是一种财产权，受到法律保护。

商标是一种使用在商业上的标识，是用来区分商品或者服务的，其最基本的特征是标识性，商标权由此而成为一种标识权。[②] 商标由文字、图形或者其组合构成，其基本功能在于能够区分商品或者服务的来源，避免市场混乱，防止消费者产生混淆。

如果企业的字号作为商标申请注册，一旦核准，即获得了商标专用权和商标禁用权。商标专用权是指商标注册人在核定使用的商品或者服务上使用其注册商标的权利；商标禁用权是指商标注册人禁止他人在相同或类似商品或服务上使用与其注册商标相同或者近似标识的权利。可见法律对于企业字号（名称）的保护和对于注册商标的保护，分属于不同的序列，通过将企业字号注册为商标，将获得双重序列、更为完善的保护。

如果企业因缺乏对品牌标识的保护意识，长期经营推广使用的字号，一直未能申请注册商标，品牌标识突然被他人抢注成功，企业可以采取哪些救济措施，避免自身经营多年的品牌标识被他人拿走？

以案说法

在先并长期持续使用的字号，应尽早申请注册商标

西安西普企业成立于1991年，并以“西普”为其字号，研究开发生产并在四川、北京、新疆、河南、安徽等多个省市进行各种变频调速设置、变流器的销售，同时在报纸杂志上进行了大量的宣传，在市场上获得了一定商誉，在消费者中具有相当的知名度。

2000年浙江西普企业成立，经营范围包括电机软启动器、低电压器、电套电器的制造加工，并于2002年向国家商标局申请注册文字商标“西普电气”，2003年4月该争议商标被核准注册，核定使用在第9类（其中包括电动调节设备、减压器、断路器、稳压电源、配电箱、配电控制台、启动

① 最高人民法院（2005）民三监字第15-1号民事裁定书。

② 孔祥俊：《商标法适用的基本问题》，中国法制出版社2012年版，第57页。

器等八项商品）商品上。

2003年9月西安西普企业向商标评审委员会提出撤销注册申请。

【判词摘录】[①]

◆ 字号是企业名称的组成部分，是区别不同企业的主要标志。根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第6条的规定，具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的企业名称中的字号，可以认定为《反不正当竞争法》第5条第（3）项规定的“企业名称”。依据《商标法》第31条的规定，申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，在先权利是指在争议商标申请注册日之前取得的，除商标权以外的其他权利，包括字号权。

◆ 本案中西安西普企业成立于1991年，并以“西普”作为其字号，并且相关证据能够证明其在1991年至2001年在全国多个省市地区销售软启动器、变频调速器等商品，经过大量宣传，西安西普企业的“西普”字号在市场上获得了一定商誉，在消费者中具有一定知名度，构成了《商标法》第31条规定的“他人现有在先权利”。

◆ 争议商标“西普电气”的显著识别部分“西普”与西安西普企业字号“西普”相同，争议商标核定使用的电动调节设备、减压器等八项商品，与西安西普企业销售的“软启动器、变频调速器”商品属于类似商品，与西安西普企业经营销售的主要产品在功能用途、消费群体等方面关联程度较高，争议商标核定使用在上述商品上易使相关公众误以为该商标所标识的商品来自西安西普或者与西安西普企业有某种特定联系，从而损害西安西普企业的利益。

◆ 法院终审裁定，争议注册商标“西普电气”使用在“启动器”等八项商品上构成《商标法》第31条所指的损害他人的在先权利的情形。支持商标评审委员会第3475号裁定，裁定在电动调节设备、减压器、断路器、稳压电源、配电箱、配电控制台、启动器等八项商品上予以撤销，在其他商品上予以维持。

① 北京市高级人民法院（2011）高行终字第641号行政判决书。

应对方案

1. 不管是《商标法》《反不正当竞争法》，还是最高人民法院的相关司法解释，对于企业字号都给予了一定程度的法律保护。但是，这种保护的力度，不足以支撑企业品牌全面构建与市场发展的需求，故在法律对企业字号权的保护之外，企业应当寻求其他方式加强对于以企业字号为核心的品牌标识的保护。

2. 虽然在先使用并长期经营获得一定知名度的企业字号，被他人抢注之后，可以向商标评审委员会申请撤销（见图 6–1），但撤销他人注册商标的条件较为严格，即使能够获得撤销支持，往往也仅仅限制在同类别或者相似类别的商品上。从企业的长远发展来看，对于业务领域的拓展及品牌的构建，是极为不利的。

3. 一家企业在设立初期，确定企业名称与经营方向后，通过一定的市场运营及推广，应尽早地将企业字号及相应的品牌标识向商标局申请注册为商标，获取超越地域限制、相似领域限制的保护。

4. 此外，一旦企业字号核准注册为商标，并经过持续的使用、长期的大范围的经营及推广，在市场上获得较高的知名度，一经认定为驰名商标，其获得的将是跨类别的保护，其保护力度将远远超过普通注册商标和尚未申请注册的在先使用的字号。

法规速递

《中华人民共和国商标法》

第十四条 驰名商标应当根据当事人的请求，作为处理涉及商标案件需要认定的事实进行认定。认定驰名商标应当考虑下列因素：

（一）相关公众对该商标的知晓程度；

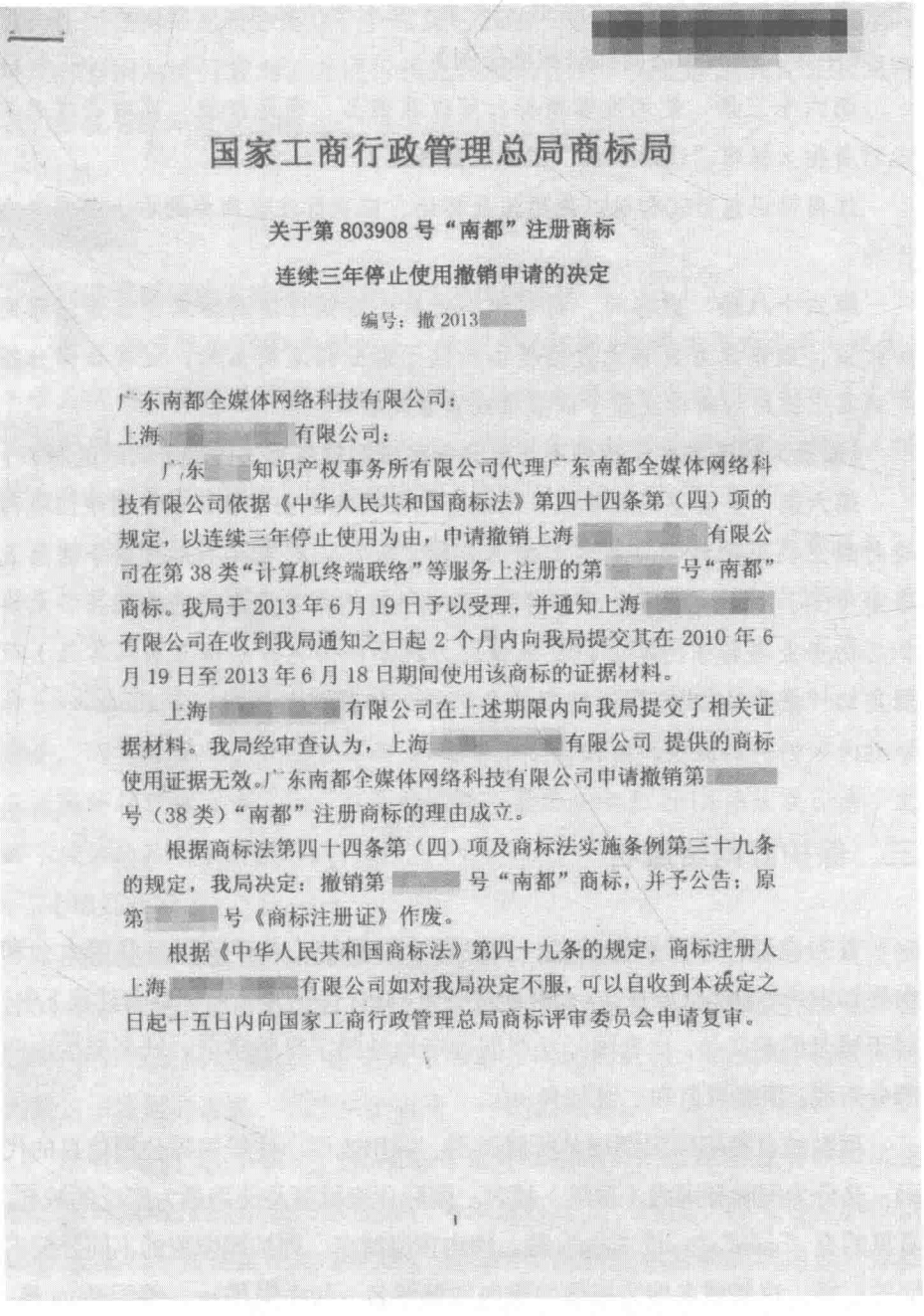
（二）该商标使用的持续时间；

（三）该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围；

（四）该商标作为驰名商标受保护的记录；

（五）该商标驰名的其他因素。

……



国家工商行政管理总局商标局

关于第803908号“南都”注册商标
连续三年停止使用撤销申请的决定

编号：撤2013

广东南都全媒体网络科技有限公司：
上海 有限公司：

广东 知识产权事务所有限公司代理广东南都全媒体网络科技有限公司依据《中华人民共和国商标法》第四十四条第（四）项的规定，以连续三年停止使用为由，申请撤销上海 有限公司在第38类“计算机终端联络”等服务上注册的第 号“南都”商标。我局于2013年6月19日予以受理，并通知上海 有限公司在收到我局通知之日起2个月内向我局提交其在2010年6月19日至2013年6月18日期间使用该商标的证据材料。

上海 有限公司在上述期限内向我局提交了相关证据材料。我局经审查认为，上海 有限公司 提供的商标使用证据无效。广东南都全媒体网络科技有限公司申请撤销第 号（38类）“南都”注册商标的理由成立。

根据商标法第四十四条第（四）项及商标法实施条例第三十九条的规定，我局决定：撤销第 号“南都”商标，并予公告；原第 号《商标注册证》作废。

根据《中华人民共和国商标法》第四十九条的规定，商标注册人上海 有限公司如对我局决定不服，可以自收到本决定之日起十五日内向国家工商行政管理总局商标评审委员会申请复审。

图6-1 商标局撤销他人在第38类注册的“南都”商标的决定（第一页）

第三十二条 申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。

《中华人民共和国商标法实施条例》

第六十三条 使用注册商标，可以在商品、商品包装、说明书或者其他附着物上标明“注册商标”或者注册标记。

注册标记包括㊟和®。使用注册标记，应当标注在商标的右上角或者右下角。

第六十八条 商标局、商标评审委员会撤销注册商标或者宣告注册商标无效，撤销或者宣告无效的理由仅及于部分指定商品的，对在该部分指定商品上使用的商标注册予以撤销或宣告无效。

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》

第六条 企业登记主管机关依法登记注册的企业名称，以及在中国境内进行商业使用的外国（地区）企业名称，应当认定为反不正当竞争法第五条第（三）项规定的“企业名称”。具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的企业名称中的字号，可以认定为反不正当竞争法第五条第（三）项规定的“企业名称”。

……

三、保护好网络域名

首先说说什么是网络域名。1999 年 9 月保护工业产权巴黎联盟大会和世界知识产权组织（WIPO）大会通过的《WIPO 保护驰名商标联合建议》中，对于域名的定义是：代表国际互联网数字地址的字母数字串。域名至少由两部分组成：顶级域名和二级域名。

顶级域名是用以识别域名所属类别、应用范围、注册国等公用信息的代码，又分为国际和国内（顶级）域名。国际顶级域名是使用最为广泛的域名，常见的有“.com”“.net”“.org”等。国内顶级域名，即按照国家的不同分配不同的后缀，这些域名即为该国的国内顶级域名，如中国是 cn，美国是 us 等。两者在实际使用和功能上没有任何区别，均为互联网上的具有唯一性的标识。

二级域名则是域名注册人自己设计的，能体现其特殊性的字符串。

随着互联网的快速发展，网络越来越成为企业宣传营销的一个重要渠道，如何在网络发展中建立企业自身的领地？笔者认为企业应在设立初期，对其官方网站进行规划，并进行预先性域名注册，为企业品牌在互联网领域的拓展与延伸打下基础。

以案说法

网络域名被他人抢注，应积极寻求司法救济

南×都市报为1997年创刊的一份都市类报刊，历经多年的发展与经营，不管是新闻品质还是广告营收，都已经成为全国都市类报刊的领头羊。随着互联网的迅猛发展，南×都市报在2006年开始着手建设官方网站，将优质的新闻内容通过官方网站传播给更多的网络用户。

但是在官网设立初期，遇到的首要问题是，www.nandu.com这个以南×都市报简称南都的拼音作为二级域名的网络域名，已经被他人于2003年抢注，无法使用。后只能退而求其次，先启用www.nddaily.com这个域名，并和www.nandu.com域名的所有者一位印度人进行沟通。www.nandu.com几经转手，所有者变成了一位了解南×都市报市场价值的中国人，对方向报社开出高价转让该域名。迫于发展的需要，最后双方在2010年达成合意，完成了域名的转让手续。

【律师评析】

从上述域名被他人抢注的案例来看，正是因为在报社设立初期直到2003年，长达7年的时间，并没有对域名进行预先性注册保护，导致在2006年要拓展网络领域、建立自己的官方网站的时候，才发现问题所在，最终迫于发展的需要，高价从所有者手中购买域名。

笔者认为，在本案中，报社没有充分利用现有的法律法规启动救济途径。国际域名按照相关国际规则，可以进行买卖、转让、许可等，所以国际顶级域名一直是抢注的重灾区。但我国依然具有相应的救济途径，依据《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》的相关规定，任何机构或个人认为他人已注册的域名与该机构或个人合法的权益发生冲突的，均可以向争议解决机构投诉。

从另外一个角度思考，“南都”作为南 × 都市报社的简称及核心标识，如果已经被南 × 都市报社申请注册为商标，历经多年的经营，在全国范围拥有较高知名度与美誉度，“南都”二字很有可能被认定为驰名商标，而我国法律对驰名商标的保护力度比普通注册商标更大。包括禁止在与注册商标不相同或者不相类似的商品上使用与该注册商标相同或者近似的商标误导相关公众的行为，也包括禁止在与注册商标相同或者相类似的商品上使用与该未注册商标相同或近似的商标易导致混淆的行为。

应对方案

1. 对于域名最好的保护，是事先防范，而不是在发现问题之后进行事后补救。事先风险防范主要的手段就是在企业设立初期对域名进行全面的注册，即把企业名称、商标等域名及关联域名，中文、英文及汉语拼音，“.com”“.net”“.org”和“.com.cn”“.net.cn”等进行全面注册，防止域名被他人抢注，从而全方位的保护自身品牌的权益。

2. 一旦域名被他人抢注，应积极通过司法途径寻求救济。仲裁解决已经成为域名纠纷主要的救济途径之一，可以通过中国国际经济贸易仲裁委员会域名争议解决中心、香港国际仲裁中心等仲裁机构寻求救济。

3. 依照《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 8 条的规定：“人民法院认定域名注册、使用等行为构成侵权或者不正当竞争的，可以判令被告停止侵权、注销域名，或者依原告的请求判令由原告注册使用该域名；给权利人造成实际损害的，可以判令被告赔偿损失。”三种民事责任承担方式中，停止侵权、注销域名，是承担民事责任的一般处理方式；判令原告注册使用该域名，即直接将域名判给主张权利的一方，不过前提是要求被告是该域名的使用人和注册人，否则难以执行。

4. 企业的域名保护是企业品牌架构中重要的一环，并且域名的维权还往往涉及企业的名称权、商标权、著作权等多种知识产权问题，所以在预先注册性保护的同时，需要与其他知识产权保护一起建立企业立体的保护墙，才能对企业的品牌发展实现全面保护。

法规速递

《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第一条 下列行为属于商标法第五十二条第（五）项规定的给他人注册商标专用权造成其他损害的行为：

……

（三）将与他人注册商标相同或者相近似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的。

《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第四条 人民法院审理域名纠纷案件，对符合以下各项条件的，应当认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争：

（一）原告请求保护的民事权益合法有效；

（二）被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译；或者与原告的注册商标、域名等相同或近似，足以造成相关公众的误认；

（三）被告对该域名或其主要部分不享有权益，也无注册、使用该域名的正当理由；

（四）被告对该域名的注册、使用具有恶意。

第八条 人民法院认定域名注册、使用等行为构成侵权或者不正当竞争的，可以判令被告停止侵权、注销域名，或者依原告的请求判令由原告注册使用该域名；给权利人造成实际损害的，可以判令被告赔偿损失。

《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》

第八条 符合下列条件的，投诉应当得到支持：

（一）被投诉的域名与投诉人享有民事权益的名称或者标志相同，或者具有足以导致混淆的近似性；

（二）被投诉的域名持有人对域名或者其主要部分不享有合法权益；

（三）被投诉的域名持有人对域名的注册或者使用具有恶意。

第九条 被投诉的域名持有人具有下列情形之一的，其行为构成恶意注册或者使用域名：

（一）注册或受让域名的目的是为了向作为民事权益所有人的投诉人或其竞争对手出售、出租或者以其他方式转让该域名，以获取不正当利益；

（二）多次将他人享有合法权益的名称或者标志注册为自己的域名，以阻止他人以域名的形式在互联网上使用其享有合法权益的名称或者标志；

（三）注册或者受让域名是为了损害投诉人的声誉，破坏投诉人正常的业务活动，或者混淆与投诉人之间的区别，误导公众；

（四）其他恶意的情形。

四、知识产权入股的权利人变更

依据《公司法》第27条的规定，出资人可以以知识产权入股。那何为以知识产权入股？即是指通过转让知识产权的方式向企业出资，企业根据知识产权的价值评估确定知识产权出资人的股东地位。

股东如果以知识产权作价转让的方式出资，具体的操作规范又是如何？首先，需要具有相应资质的中立第三方评估机构对知识产权进行专业的评估作价；其次，应当将知识产权的权利转登记到企业的名下，并提供相应的知识产权转移证明文件；再依据上述文件向工商登记机关提出申请。

但是在实际的操作中，因为受到办理知识产权价值评估、转让手续的复杂性等限制，很多公司的股东通过书面约定知识产权出资入股，但并未实际办理知识产权入股的相应手续，结果在经营合作出现重大分歧的时候，对于知识产权的归属等问题出现了许多不必要的纠纷。

以案说法

知识产权转让入股，应尽快办理权利人变更登记

A公司是一家知名品牌设计公司，因此A公司的商标在业界十分有名，许多客户看中A公司持有的商标所带来的巨大商业价值选择与其进行合作和投资。2011年年初，A公司需要扩大业务范围，与B公司、C公司整合，共同成立了D公司。三方合同约定B、C公司分别出资500万元，各占股35%，A公司以其持有的商标作价入股，占股30%，由D公司统一对外经营

原来A、B、C三家公司的业务，并使用A公司持有的商标。但是商标的所有权一直登记在A公司名下，没有进行变更，B公司和C公司也一直没有提出异议。

直至2014年5月，因在经营理念上发生重大分歧，A、B、C三位法人股东决定解散D公司。当月，A公司即授权E公司使用涉案商标继续开展经营。B、C两公司认为涉案商标归属于合资公司D，A无权私自将该商标授权给任何第三方使用，于是诉至法院。

【律师评析】

A、B、C三方成立合资公司，并约定A以其持有的商标入股，占股30%。但是在本案中，并未对其涉案商标进行价值评估，也没有实际办理涉案商标权利人的变更登记。涉案商标一直登记在A的名下，A仍旧为该商标的所有人。三方之间的约定，一般无法对抗善意第三人。

风险提示

1. 一方携带知识产权入股，应依照法律要求尽快完成知识产权的权属变更登记。不能因为知识产权入股手续的复杂性和办理周期的限制就不进行变更登记，给了以知识产权入股的一方股东身份，但却没有实际办理相关手续，其他股东及公司在此合作中将处于较为被动的地位。

2. 如果股东之间仅书面约定其中一方以知识产权入股公司，并没有对入股的知识产权进行独立价值评估及办理权属变更登记，则当权利人将该知识产权授权予第三人使用，其他股东或者公司一般无法对抗善意第三人。

3. 如果股东之间不但书面约定了其中一方以知识产权入股公司，也邀请了第三方评估机构对该知识产权进行价值评估，并将评估价值计入公司的注册资本中，实际将知识产权交付给公司使用的，但未能办理知识产权的权属变更登记，在这种情况下，笔者认为可以通过实际履行认定出资人已经履行出资的义务，该知识产权应当归属于公司。

4. 知识产权入股应当依照法定程序办理相应手续。否则即使公司解散，进入清算程序，围绕未能办理权属变更登记的入股知识产权的归属问题，也

必将产生不必要的纠纷。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第二十七条 股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。

对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。

《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(三)》

第十条 出资人以房屋、土地使用权或者需要办理权属登记的知识产权等财产出资，已经交付公司使用但未办理权属变更手续，公司、其他股东或者公司债权人主张认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当责令当事人在指定的合理期间内办理权属变更手续；在前述期间内办理了权属变更手续的，人民法院应当认定其已经履行了出资义务；出资人主张自其实际交付财产给公司使用时享有相应股东权利的，人民法院应予支持。

出资人以前款规定的财产出资，已经办理权属变更手续但未交付给公司使用，公司或者其他股东主张其向公司交付、并在实际交付之前不享有相应股东权利的，人民法院应予支持。

第二节 企业对内经营管理中的知识产权保护

一、核心技术人员带走企业商业秘密的处理方法

商业秘密是一个企业的生命，那什么是商业秘密？《反不正当竞争法》中对商业秘密的定义如下：不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。即商业秘密需

要具备秘密性、商业价值性、实用性三大条件。

在市场经济环境下，随着人才的加速流动，员工跳槽所引发的商业秘密纠纷已经成为侵犯商业秘密诉讼的主要诱因之一，所以企业对于商业秘密中秘密性的保护到位与否，将直接影响企业的品牌甚至企业的生存发展。以可口可乐企业为例，作为全球最大的饮料生产商之一，其并没有通过申请专利，将饮料的配方等绝密信息通过公之于众的方式进行传统的知识产权保护，而且通过对相关核心员工进行商业秘密保护管理的方式，让这款受到全球大众喜爱的绝密配方一直延续使用，并持续保持神秘状态，其他企业无法窃取复制，创造了可口可乐这个品牌的奇迹。

有人会问，通过申请专利也可以保护企业的技术成果，商业秘密的保护和专利的保护有何不同？商业秘密是权利人通过自我保护而存在的权利，而非经过公权力机构事先认定并公示其内容的权利。[①] 通过专利获取法律保护与商业秘密的保护，最大的区别在于，申请专利就必须公开企业的商业秘密。故对于一些无法通过公开后获取法律保护的商业秘密，需要企业在对内经营管理的过程中，通过企业保密规章制度的梳理规范、与员工签订保密协议等方式，保障技术创新型企业的品牌可持续发展。

公司的高管及核心技术人员，利用自己掌握的企业商业秘密，非法牟取私利的现象普遍存在，特别是在某一个行业中处于领先发展地位的企业核心人员。核心技术人员或管理人员在工作几年后，利用工作便利掌握的技术秘密及客户资源，成立同类型小企业或者加盟成为原企业竞争对手，损害原企业利益。

以案说法

核心技术人员将企业商业秘密带走，构成侵权

幸某为江钻公司的核心技术人员，从1983年入职至2001年离职，一直处于企业核心技术岗位。江钻公司于20世纪90年代以有偿转让方式从美国引进牙轮钻头制造技术，依据技术许可协议，江钻公司不得向第三方泄

① 孔祥俊主编：《商业秘密司法保护实务》，中国法制出版社2012年版，第36页。

露任何保密的技术资料。江钻公司也一直将技术含量高且具有巨大商业价值的三牙轮钻头设计制造技术纳入其商业保密范围，先后制发了《科研工作保密管理规定》《关于确定企业保密范围及涉密项点的通知》《企业专利、专有技术管理规定》等文件，对企业文件和资料等十二个保密类别均作了详细的规定。并在企业员工手册中明文规定应严格保守企业机密。

立钻公司成立于2001年，江钻公司核心技术人员幸某在立钻公司筹备期间，自荐到立钻公司工作，主持牙轮钻头的产品设计，并负责制定相关企业技术标准和检验规程工作。幸某在立钻公司工作期间，违反江钻公司对离职员工的保密规定，非法使用江钻公司技术秘密，制定有关钻头的公司标准；非法使用轴承设计技术，并制作了有关钻头的图纸；用于立钻公司制造销售三牙轮钻头产品。截至2006年6月，给江钻公司造成经济损失人民币10692282.61元。

江钻公司于2008年6月向法院提起侵犯商业秘密之诉，要求立钻公司及幸某停止侵权，并赔偿经济损失。

【判词摘录】[①]

◆ 本案所涉三牙轮钻头技术信息依法属于江钻公司的商业秘密。幸某以不正当手段获取江钻公司的三牙轮钻头轴承设计图纸，用于立钻公司进行钻头轴承设计，同时还违反江钻公司有关保密的要求，非法使用其在江钻公司工作期间掌握的技术，为立钻公司制定相关企业技术标准，用于制造、销售三牙轮钻头产品的行为，侵犯了江钻公司的商业秘密。

◆ 立钻公司明知江钻公司拥有国内领先的三牙轮钻头设计制造技术和该技术给江钻公司带来的市场竞争优势，且知晓幸某在江钻公司涉密岗位工作多年，系其高级技术人员，掌握了有关技术秘密。立钻公司为谋求不正当经济利益，聘用幸某，非法使用江钻公司的商业秘密制造、销售三牙轮钻头产品，亦侵犯了江钻公司的商业秘密。

◆ 一审判决幸某和立钻公司停止侵权，并销毁记载江钻公司技术秘密的文件、资料及相关技术秘密信息；赔偿截至2006年6月30日的经济损失

① 湖北省汉江中级人民法院（2008）汉民初字第13号民事判决书；湖北省高级人民法院（2009）鄂民三终字第30号民事判决书。

10692282.61 元人民币。同时，江钻公司于 2005 年向公安机关报案，2006 年 1 月幸某被刑事拘留，后以侵犯商业秘密罪，判处有期徒刑六年，并处罚金 50000 元。

应对方案

公司面对核心技术人员或者高管带走商业秘密的问题，该如何应对？

首先，公司应订立商业秘密保密机制，制定员工保密手册、保密管理规范等相关规章制度。严格限定接触商业秘密的人员范围，并安排不同人员负责商业秘密的不同部分，以方便日后追责；加强保密文件的管理，要求非相关人员不得查阅相关文件资料，并对文件进行编号，划分保密等级，配备必要的保密设备，确保保密资料的安全性。

其次，公司应该与核心技术人员及高管签订保密协议，或者将保守商业秘密条款作为劳动合同的组成部分，防止泄露商业秘密。需特别强调的是，保密条款中应明确规范保密对象的内容和范围，不可笼统地进行概括性描述。比如，保密条款中涉及保密费用，就明确表述保密费用，而不应该写成餐饮补偿或者加班补偿等其他项目，否则在侵权行为发生后，将影响权利的正常主张。[①]

最后，公司应在保密条款中，明确约定保守商业秘密的方式、时间期限以及违约金、赔偿金。比如，可以约定在终止劳动关系之后两年内，相关人员必须继续履行保守商业秘密的义务。

竞业限制是保护商业秘密的另一有效方式。如果公司觉得一般保密协议有时候难以达到预期的保护商业秘密的效果，还可以通过竞业限制条款或者协议来限制核心技术人员或高层流向竞争对手。通常约定劳动合同终止或解除后一定期限内，相关人员不得自营、为他人经营或到与原用人单位同类业务企业任职。当然，依据法律规定，用人单位与相关人员约定了竞业限制条款，需要在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内向相关人员支付一定的经济补偿（有关竞业限制的法律问题分析，详见本书第五章第五节之一）。

① 深圳市律师协会知识产权与高新技术法律业务委员会编：《智赢：出自律师的企业知识产权实务谋略》，法律出版社 2012 年版，第 58 页。

法规速递

《中华人民共和国劳动合同法》

第二十三条 用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

《中华人民共和国反不正当竞争法》

第十条 经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密：

（一）以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；

（二）披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；

（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。

本条所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》

第九条 有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的“不为公众所知悉”。

具有下列情形之一的，可以认定有关信息不构成不为公众所知悉：

（一）该信息为其所属技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例；

（二）该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，进入市场后相关公众通过观察产品即可直接获得；

（三）该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露；

（四）该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开；

（五）该信息从其他公开渠道可以获得；

（六）该信息无需付出一定的代价而容易获得。

二、员工是否可以将工作成果以个人的名义结集出版

在传媒、设计、音视频制作等文化传播型企业常常会遇到这些问题：员工在公司工作多年之后，想要将自己的工作作品结集出版发行，怎样处理其中的知识产权归属问题？这种方式是否可行？如果同意了一位员工这么操作，是否会产生效仿效应？结集出版所产生的收益如何划分？

笔者所服务的一家报纸杂志社就出现过类似的问题。一位在单位工作多年的资深员工，在工作时间利用单位提供的物质技术等条件，为单位创作了很多作品，在未知会单位的情况下结集出版，在行内引起热议。正是因为单位与员工之间没有事先对职务作品进行明确约定，最终导致双方谈判不成，不欢而散。

这涉及职务作品权利归属的问题。《著作权法》第16条规定："公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品，除本条第二款的规定以外，著作权由作者享有，但法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。"

依据法律的规定，职务作品的著作权归属存在两类情形：第一类为著作权由作者本人享有，但单位有权在其业务范围内优先使用。第二类为署名权归作者本人享有，著作权的其他权利由单位享有。此种情形存在于通过合同约定著作权归属单位的情况，以及主要利用单位的物质技术条件创作，并由法人或者其他组织承担责任的产品设计图、地图、工程设计图、计算机软件等职务作品中。

以案说法

无特别约定，员工可将职务作品结集出版

李某为某报社的一名资深记者，与报社存在劳动法律关系，依据报社的要求开展各类报道工作。2006年报社策划百大历史学者访谈系列报道专题，由李某负责国内外历史学者的访谈及撰写报道的工作，报道内容通过编辑审核修改后刊登于报刊上。李某在工作时间内，利用报社提供的电脑、电话等办公室设备，陆续开展系列报道工作，并多次往返美国、法国等采

访者定居地进行采访，所产生的国内外交通差旅等费用均由报社承担。

历经一年多的时间，2007年6月李某完成对100位国内外历史学者的采访工作，以“××报社问，对方答”的对话模式，刊登在该报社出版的报纸上，引起较大的反响。两年后，李某未经过报社的同意，联系出版社将系列采访的内容集结出书，并将原“××报社问，对方答”的模式改成“李某问，对方答”的模式，书出版后，在单位内引起热烈的讨论。

李某在工作时间利用单位提供的物质技术条件创作的作品属于什么作品？是否可以不经过单位同意私自结集出版？如果经过单位同意后出版，个人是否应该和单位共同分享收益？

【律师评析】

本案中李某与报社签订了劳动合同，为报社员工，与报社之间属于劳动法律关系。依据《著作权法》的规定，李某在劳动关系存续期间，为完成报社策划的百大历史学家系列报道工作而创作的作品，为职务作品。

本案的焦点之一是：李某与报社之间是否通过劳动合同或者其他合同形式约定著作权的归属问题？如果李某与报社之间对于职务作品著作权的归属有着明确的约定，约定归属于报社所有，则本案中百大历史学者系列报道的除署名权外的著作权归报社所有，李某不得未经报社同意，私自结集出版，构成对报社权利的侵犯。

本案的焦点之二是：如果李某与报社之间未能对著作权的归属进行任何形式的约定，则要判断是否符合《著作权法》第16条第2款第（1）项中的情形，从而除署名权之外的著作权归属于单位。而本案中系列访谈报道作品，虽然利用单位提供的各类办公设备，以及大额差旅费用等物资条件创作，但不属于法条中所明确列举的由法人或者其他组织承担责任的产品设计图、工程设计图、地图、计算机软件中的任何一项。

如果不能证明本案的情形符合《著作权法》第16条第2款当中两项例外情形中的任何一项，则按照一般情况，职务作品的著作权归属于作者本人，但是单位拥有优先使用权。在作品提交两年之后，经过单位同意，个人可授权出版社将职务作品结集出版，单位与个人之间按照双方约定的比例共享收益。

应对方案

1. 如何规范管理创作型或者文化传播类企业员工工作成果的问题，一直困扰着很多企业。报纸杂志社员工创作的文字作品、漫画，设计企业员工创作的各类设计作品，知识产权如何归属与划分？笔者认为，企业可以在员工入职签订劳动合同的时候，对部分创作生产型岗位，如报社的编辑记者、设计企业的设计师等，明确通过合同条款或者知识产权合同的形式约定职务作品的著作权除署名权外，归属于单位。

2. 知识产权归属协议的规范，有利于单位管理工作成果，并统一对外开展宣传及维权工作。笔者所服务的一家企业，在发生过多起员工与单位的知识产权纠纷之后，管理层终于下定决心对内梳理知识产权管理体系，与所有在职员工签订著作权等知识产权协议。对于新入职的员工，在签订劳动合同时同步签订知识产权协议，进行知识产权的统一规范管理，为日后对外维权打下基础。

3. 为了方便公司日后可以统一对外维权、主张权利，公司劳动合同中可约定条款如下："员工同意，其在职期间完成的法人作品、职务作品，均由单位以单位独立名义对该作品进行相关权益的维护、管理，许可、禁止他人使用，以及对侵害该作品著作权权利（包括署名权在内）的行为提出交涉、诉讼和追偿损失。"

4. 公司若将作品展示在其官方网站上，笔者建议公司在网站上应进行权利说明，示例如下：本网站所刊登的所有内容，包括但不限于图片、文字及多媒体形式的信息等，未经著作权人合法授权，禁止一切形式的下载、转载使用或者建立镜像。获得合法授权的，应在授权范围内使用，必须为作者署名并注明"来源：××××"字样。违反上述声明者，本网站将依法追究其相关法律责任。

法规速递

《中华人民共和国著作权法》

第十一条 著作权属于作者，本法另有规定的除外。

创作作品的公民是作者。

由法人或者其他组织主持，代表法人或者其他组织意志创作，并由法人或者其他组织承担责任的作品，法人或者其他组织视为作者。

如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。

第十六条 公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品，除本条第二款的规定以外，著作权由作者享有，但法人或者其他组织有权在其业务范围内优先使用。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。

有下列情形之一的职务作品，作者享有署名权，著作权的其他权利由法人或者其他组织享有，法人或者其他组织可以给予作者奖励：

（一）主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件创作，并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品；

（二）法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或者其他组织享有的职务作品。

《中华人民共和国著作权法实施条例》

第十一条 著作权法第十六条第一款关于职务作品的规定中的“工作任务”，是指公民在该法人或者该组织中应当履行的职责。

著作权法第十六条第二款关于职务作品的规定中的“物质技术条件”，是指该法人或者该组织为公民完成创作专门提供的资金、设备或者资料。

第十二条 职务作品完成两年内，经单位同意，作者许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品所获报酬，由作者与单位按约定的比例分配。

作品完成两年的期限，自作者向单位交付作品之日起计算。

三、利用专利保护好企业的技术成果

对于一个创新型企业而言，发明创造是企业赖以生存及发展的基础，为了保护好新的技术和产品为企业占领市场、创造经济价值，一般情况下申请专利保护成为很多企业的首要选择。

何为专利？专利有哪些类型？如何利用专利来保护企业技术成果？依照《专利法》的规定，发明、实用新型、外观设计，都为发明创造，均可

以申请专利保护。其中发明专利权的保护期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请之日起计算。除了保护期限不相同外，发明专利对于产品的创造性要求更高，一旦申请成功获取的法律保护更为完善，当然申请流程也更为严格，期限也更长。

申请了一项专利，是否就意味着对技术成果的保护到位了？答案是否定的，特别是存在重大市场价值的核心技术，竞争对手为了争夺市场利益，一定会对获得专利保护的技术发起各种攻势。目前常用的进攻方式有两种：一种是申请宣告该专利无效，如果该专利被确认无效，则将丧失法律保护，竞争对手及任何人均可无须支付任何专利许可使用费，随意使用该项技术成果。另一种是通过改变、替换该专利中的一个或者数个技术特征而绕开该专利的保护，最终使得该项专利无法发挥其保护企业技术成果的作用。①

所以，对于企业核心技术成果的保护，不光是要申请专利，而且需要通过系列专利的申请，对核心技术成果实现包围式的保护。当对于一项核心技术形成了整体式的全方位专利保护后，竞争对手常用的两种进攻破解办法将难以得到施展，企业才能加强与巩固单个专利与整体专利的系统关系，实现对企业核心技术成果的保护。

以案说法

非创造性改变某个技术特征，仍构成对专利权人的侵犯

格力企业是专利号为ZL200710097263.9，名称为“控制空调器按照自定义曲线运行的方法”发明专利的专利权人，专利处于有效期内。格力企业在本案中主张的权利要求为权利要求2。

格力企业从公开场合获取美的制冷企业20种型号空调产品的宣传资料，并公证购买了KFR-26G/DY-V2（E2）型号的空调器。该型号空调器使用安装说明书对“舒睡模式3”的功能和操作步骤进行了说明，并称该说明书适用于另外三款空调器。

经过司法鉴定，涉案专利权利要求2的技术特征与被诉侵权空调器在

① 深圳市律师协会知识产权与高新技术法律业务委员会编：《智赢：出自律师的企业知识产权实务谋略》，法律出版社2012年版，第96页。

"舒睡模式3"运行方式下的相应技术方案进行对比，认为除"当设置完成后，遥控器将已设置好的自定义曲线数据存储在遥控器自带的记忆芯片中"（3A）与"遥控器将设置完的舒睡时间和舒睡时间中每小时的温度参数存储在遥控器的控制芯片中的存储器中"（3B）特征等同外，其他特征均相同。

格力企业以美的制冷企业生产的系列空调产品在"睡眠模式3"运行方式下的技术特征完全覆盖了涉案发明专利独立权利要求2记载的必要技术特征，侵犯了格力企业的专利权为由，向法院提起诉讼，要求立即停止侵权，并赔偿相应的经济损失。

【判词摘录】[①]

◆ 根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第7条的规定，被诉侵权技术方案包含与权利要求记载的全部技术特征相同或者等同的技术特征的，人民法院应当认定其落入专利权的保护范围。本案中，依据鉴定机构出具的《司法鉴定意见书》，美的制冷企业"舒睡模式3"功能的空调器的技术方案除部分技术特征（3A与3B）等同外，其他技术特征均相同，故认定美的制冷企业该技术方案落入涉案专利的保护范围。

◆ 依照《专利法》的规定，发明和实用新型专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得以生产经营为目的制造、使用、销售、许诺销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法直接获得产品。本案中，格力企业依法申请获得涉案发明专利，美的制冷企业制作的含"舒睡模式3"功能的空调器，使用了被诉侵权专利，构成侵权。

◆ 法院判令美的企业立即停止使用格力企业享有的涉案专利权，停止销售相关型号的空调器产品，并赔偿格力企业经济损失。

应对方案

1. 做好专利检索及事先分析工作，可以避免企业误入雷区。企业在研发或者使用一项新技术之前，应先通过专利数据库进行检索分析，可使用

① 广东省珠海市中级人民法院（2009）珠中法民三初字第5号民事判决书；广东省高级人民法院（2011）粤高法民三终字第326号民事判决书。

国家知识产权局官网提供的免费专利检索数据库（网址为：http://www.sipo.gov.cn/zljsfl/）。

2. 如果企业已经投入市场正在使用的新技术误入他人专利技术范围，应立即启动排雷程序，即可以设法启动无效宣告程序，申请相关专利无效。如果该方式不可行，则应该评估该项专利对于企业产品市场的价值，通过谈判的方式获取对方专利使用授权。

3. 此外，管理者应该注意专利的三种类型，特别注意区分发明专利与实用新型。笔者的某顾问单位设计研发残疾人用品器械，在经营的过程中，专利代理机构为他们申请了满满一屋子的“专利证书”，但是企业的技术成果一直没能得到很好的保护。后来笔者发现，代理机构为其申请的均是无须经过实质审查、容易获得证书的“实用新型专利”。因为对于实用新型来说，商标局是对申请材料进行“形式审查”，只要材料符合提交要求，文件符合提交格式，商标局就可以发给实用新型证书。而对于发明专利来说，商标局则是对申请材料进行“实质审查”，专利需要具备“新颖性”“实用性”和“先进性”，才会发给发明专利证书。也就是说，发明专利的申请要比实用新型严格，因为实用新型是“形式审查”，所以当有第三人向商标局提出异议，原来申请的实用新型就容易被商标局撤销。

4. 通过专利保护企业技术成果和支撑品牌发展战略，是一项长期且全面的工程，不能仅仅依靠某一项专利而实现对企业整体的保护。对于企业的核心技术，需要通过多项基础专利，实现由内而外全方位的保护，让竞争对手无懈可击，从而才能牢固的占有市场地位。在通信技术领域处于领先地位的华为公司，拥有超过 7 万人的技术研发团队，在中国的专利申请量连续多年排名第一。华为公司正是依靠着其数以万计的专利，才拓展了其国内外市场，实现了技术成果的国际话语权。

法规速递

《中华人民共和国专利法》

第二条 本法所称的发明创造是指发明、实用新型和外观设计。

发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。

实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。

外观设计，是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

第十一条 发明和实用新型专利权被授予后，除本法另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。

外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

第三十九条 发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的，由国务院专利行政部门作出授予发明专利权的决定，发给发明专利证书，同时予以登记和公告。发明专利权自公告之日起生效。

第四十条 实用新型和外观设计专利申请经初步审查没有发现驳回理由的，由国务院专利行政部门作出授予实用新型专利权或者外观设计专利权的决定，发给相应的专利证书，同时予以登记和公告。实用新型专利权和外观设计专利权自公告之日起生效。

《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》

第七条 人民法院判定被诉侵权技术方案是否落入专利权的保护范围，应当审查权利人主张的权利要求所记载的全部技术特征。

被诉侵权技术方案包含与权利要求记载的全部技术特征相同或者等同的技术特征的，人民法院应当认定其落入专利权的保护范围；被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求记载的全部技术特征相比，缺少权利要求记载的一个以上的技术特征，或者有一个以上技术特征不相同也不等同的，人民法院应当认定其没有落入专利权的保护范围。

四、善用管辖权向异地网络侵权者进行维权

依照《著作权法》的规定，原创图文作品受到我国著作权法的保护，除

《著作权法》第22条和第23条的限制外，未经权利人许可，任何人不得使用。

然而，许多网络媒体因缺乏版权意识，为保证其网站信息量，未经许可通过抓取软件大量抓取传统报纸杂志社原创内容的侵权情况，每天都在发生。依照《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条的规定，因侵犯著作权行为提起的民事诉讼，由侵权行为的实施地、侵权复制品储藏地或者查封扣押地、被告住所地人民法院管辖。

侵权行为的实施地网站就是侵权网站的所在地，如果要向全国各地的侵权网站进行维权，依照此管辖原则，权利人需要到侵权网站所在地进行立案起诉，势必要支付高额的维权成本。

《民事诉讼法》在第35条规定，同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中一个人民法院起诉。

笔者建议，当侵权方与原告不在同一城市时，可以通过增加与原告在同一城市的被告的方式，争取诉讼管辖在同城进行，尽量减少维权支出，保护权利人著作权。

以案说法

向异地侵权网站维权，如无特别情况的一般由被告所在地法院管辖

A为广州一家杂志社，通过百度检索并进行核查后发现，注册地为北京的B网站2008年至2012年，侵权使用A杂志社原创图文内容多达3000篇。这些侵权文章至A杂志社起诉前均保留在B网站上，供用户浏览阅读。

2013年A杂志社对B网站的侵权文章进行了逐一公证保存，并在公证后向B网站寄送了多份律师函，要求B网站就侵犯著作权事宜主动联系协商处理。在双方沟通无果的情况下，A杂志社决定起诉B网站。

因A杂志社在广州，而B网站注册地为北京，A杂志社想要在广州提起诉讼的要求是否会得到法院的支持？

【律师评析】

依照我国法律规定，对于侵犯著作权的诉讼，由侵权行为的实施地或者被告住所地人民法院进行管辖。而侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网

络服务器、计算机终端等设备所在地，对难以确定侵权行为地和被告住所地的，原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。

依据此规定，结合本案被告注册地、网络服务器、计算机终端等设备均在北京的实际情况，地处广州的A杂志社想要在广州起诉难以得到支持。如果希望由广州法院进行管辖，必须进行合理的变通，如增加地处广州的被告。

应对方案

1. 立案工作由法院的立案庭完成，而根据我国法律的规定，法院在立案阶段仅对管辖地问题进行形式上的审查，不进行实质审查。

2. 向异地网络侵权者维权，为降低维权成本，想要在本地进行管辖，笔者认为可以尝试在公证阶段，请公证员进入原告所在地的一家网吧完成侵权证据保全工作，网吧即为发现侵权行为所在地。将网吧作为第二被告，将其与异地侵权方共同诉至法院，法院可以根据第二被告所在地进行管辖。

3. 司法实践中，不同地区法院对于著作权侵权赔偿的标准各不相同，将北京、上海、深圳、广州各法院赔偿平均标准进行对比，笔者依据自身办案经验排出的顺序是：北京地区法院判赔标准最低，上海、深圳法院判赔标准勉强可以填补维权成本，广州法院判赔标准较上海、深圳法院略高。企业在进行著作权维权的时候，也可以充分考虑各地法院的赔偿标准，擅用管辖权争取最大利益。

法规速递

《中华人民共和国民事诉讼法》

第二十一条 对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。

对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的，各该人民法院都有管辖权。

《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第四条 因侵犯著作权行为提起的民事诉讼，由著作权法第四十六条、

第四十七条所规定侵权行为的实施地、侵权复制品储藏地或者查封扣押地、被告住所地人民法院管辖。

……

第三节 公司对外推广过程中的知识产权保护

一、商品包装、装潢莫踏入侵权误区

随着市场经济的发展，商标侵权的形式越来越多样化，直接将他人的注册商标作为商品包装或者装潢的情况仍旧存在。此外，较为隐蔽的侵权形式是将他人的注册商标作为商品包装、装潢突出使用的同时，同步使用自身的注册商标，只是对自身的商标进行了淡化处理。

在中国加入 WTO 之后，随着贸易市场的逐步开放，国际交流的增多，巨大的消费市场吸引了越来越多的境外公司在中国设立办事处、全资公司，开展商务活动。有些公司利用商标及公司名称注册的地域性，在境外注册合法公司，其字号与中国知名商标相同或近似，然后授权其在中国生产商品，并在商品包装装潢上突出使用，容易使消费者产生混淆，是更为隐蔽的侵权模式。

目前法院认定是否构成商标侵权，一般会通过两个步骤来进行判断。第一步判断被控侵权商品与注册商标使用的商品是否相同或者类似，足以构成消费者对商品来源的误认；第二步则是判断争议标识是否相同或者近似。

以案说法

1. 将他人商标作为商品装潢误导公众构成侵权

科奇公司（coach.inc）为一家全球知名品牌公司，在中国许多主要城市设立了多家专卖店。经过我国工商局核准注册，2007 年 12 月科奇公司取得第 4033334 号“ ”及第 4033336 号“ ”大 C 图形商标，核定使用商品为第 25 类服装、围巾、领带、鞋等，有效期至 2017 年 12 月。并在中

国大陆 coach 专卖店销售含有上述图形商标的鞋子，售价为人民币 1300 元。涉案第 4033336 号及第 4033334 号大 C 图形商标，经过科奇公司投入大量资金进行品牌宣传，已经成为科奇公司的标识，并为相关用户所熟知，具有较高的知名度。

七匹狼公司成立于 2001 年 7 月，是一家服装设计制造公司，在中国大陆拥有 3000 多家专卖店，拥有注册号为第 933429 号“七匹狼及图”的注册商标，核定使用商品为第 25 类，并在其各专卖店店面显著位置标注了“七匹狼及图”商标。

科奇公司发现七匹狼公司制造并在各大专卖店销售的一款售价 599 元的皮鞋，虽然鞋底、鞋里带有“七匹狼”商标，但是鞋面两侧的布料图案为多个英文字母“C”组合而成的图案，其中包括与科奇公司大 C 图案注册商标相同的图案。科奇公司认为七匹狼公司将其注册商标用于商品装潢，侵犯了其商标专用权，遂向法院提起诉讼。

【判词摘录】[①]

◆ 七匹狼公司制作销售的被控侵权的鞋面上使用的图案，包括与科奇公司涉案注册商标相同的图案，虽然七匹狼公司主张在被控侵权商品上使用的图案是任意排列的多个英文字母 C，仅作为鞋的装饰使用，但是科奇公司的涉案注册商标通过广泛的使用及宣传推广，已经在相关公众中具有较高的知名度和影响力。因此，相关公众在购买被控侵权的商品时，看到被控侵权的商品上使用了与科奇公司注册商标完全相同的图形，定会联想到所购买的商品来源与科奇公司存在某种关联，从而产生混淆，故即使该图案只是被七匹狼公司用作商品的装潢使用，但是其已经起到表示商品来源的作用。

◆ 科奇公司是涉案注册商标的商标权人，其所享有的商标专用权受到法律保护。在未经科奇公司许可的情况下，七匹狼公司在与科奇公司涉案注册商标核定使用的相同商品上，将与涉案注册商标相同的图案作为商品的装潢使用，足以误导公众，侵犯了科奇公司的商标专用权。

◆ 科奇公司依据被控侵权商品的销售价格，专卖店的数量，按照每家

① 北京市高级人民法院（2011）高民终字第 2578 号民事判决书。

专卖店每月销售一双被控侵权的商品，估算七匹狼公司侵权获利在人民币300万元以上，向法院主张赔偿人民币200万元。因科奇公司并未能提交证据证明其因侵权所受到的损失，也不能证明七匹狼公司因侵权所获得的利润，因此法院根据涉案侵权行为的性质、持续时间、主观过错程度等因素，在法律规定的数额内酌情确定赔偿数额为20万元人民币。

2. 在商品装潢上突出使用与他人商标近似的企业名称，构成侵权[①]

厦门正新公司是1989年成立的台商独资公司，经营范围为：生产加工制造轮胎内胎、轮胎外胎等橡胶制品，自1992年投产以来，一直处于国内轮胎行业的龙头地位，拥有第335599号“正新牌”和“正新CST（图形）”注册商标，并于2004年被国家商标局认定为驰名商标。

正新轮胎（台湾）控股集团有限公司（以下简称正新控股公司）由大陆居民孙某于2007年10月在香港注册成立，经营范围为：生产、销售轮胎产品，其商标为“防刺王”。其授权天津豪文公司（孙某与他人共同出资设立）为大陆地区的总代理，负责“防刺王”系列轮胎产品在大陆地区的销售，并在轮胎外胎显著位置突出标示“正新轮胎（台湾）控股集团有限公司”全称。

厦门正新公司认为正新控股公司与天津豪文公司的行为构成侵权，向法院提起诉讼。

【律师评析】

厦门正新公司拥有“正新牌”和“正新CST（图形）”注册商标，随着厦门正新公司的快速发展、优异的产品质量，商标知名度日益提升，2007年两被告成立之前，厦门正新公司的“正新”商标已被认定为驰名商标，“正新”字号也早已具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉，依法应受到保护。

正新轮胎（台湾）控股集团有限公司为境外合法注册公司，其授权天津豪文公司在大陆市场的总代理，生产销售“防刺王”系列轮胎产品。但是在商品中突出使用“正新轮胎（台湾）控股集团有限公司”全称，淡化弱化自身商标“防刺王”，足以使相关公众对该商品的来源产生误认，误以

① 天津市第二中级人民法院（2008）二中民三字第78号民事判决书。

为原被告双方之间存在某种特定联系。

被告的行为具有明显“搭便车”的故意，在同类商品上，将他人注册商品相同的标志作为商品装潢使用，误导公众，违反了我国《反不正当竞争法》及《商标法实施条例》第50条的规定，两被告共同承担侵权赔偿责任。但是鉴于被告正新控股公司为香港合法注册公司，故法院无法判令被告在大陆范围之外停止使用“正新”字样。

应对方案

1. 知识产权的保护具有地域性的特点。“在中国境外取得的企业名称等，即便其取得程序符合境外的法律规定，但在中国境内的使用行为违反我国法律和扰乱我国市场经济秩序的，按照知识产权的独立性和地域性原则，依照我国法律认定其使用行为构成商标侵权或者不正当竞争。”[①] 所以，企业不要对于这种表面合法实质侵权的行为存在侥幸心理，合法的形式也无法遮盖违法的实质，即使再隐蔽的侵权形式，也存在被权利人起诉的风险。

2. 对于“搭便车”的侵权行为，企业利用的就是普通消费者不能正确区分商标、商品名称、商品装潢和公司字号，只要在商品上看到自己熟悉的文字或者图形，不太会仔细去判断是被作为商标或其他使用，直接用来判断商品或者服务的来源。[②] 因此，目前在司法实践中将他人商标作为商品包装、商品装潢、公司字号等使用，只要具有使消费者产生混淆的可能，均构成商标侵权，企业不要试图通过这样的捷径来实现商品的销售与推广，长此以往必将不利于企业品牌的塑造，一旦被权利人起诉，面临的将会是毁灭性的经营危机。

3. 企业在进行商品包装装潢设计的时候，应主动避免以任何形式侵犯他人的注册商标权，一旦不慎构成侵权，遭遇权利人起诉，应积极沟通探知权利人起诉的主要目的，尽量在不影响现有商品销售回款的同时，避免

---

① 《最高人民法院副院长曹建明在第二次全国法院知识产权审判工作会议上的讲话——求真务实　锐意进取　努力建设公正高效权威的知识产权审判制度》（2008年2月19日）。

② 北京市高级人民法院知识产权庭编：《北京法院商标疑难案件法官评述》，中国法制出版社2013年版，第147页。

高额的赔偿。

4. 从另外一个角度讲，容易造成消费者误认的产品包装装潢，大多源自颜色和图片的相似，故企业对重点产品的包装装潢，应及时申请外观设计专利。申请外观设计专利无须进行实质审查，周期较短，且办理登记之后即可获得专利证书，总体过程比较简易，且可以受到专利法的保护。

法规速递

《中华人民共和国反不正当竞争法》

第五条 经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：

……

（二）擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品；

……

《中华人民共和国专利法》

第十一条

……

外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

《中华人民共和国商标法》

第五十七条 有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

……

（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；

……

（六）故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；

……

《中华人民共和国商标法实施条例》

第七十五条 为侵犯他人商标专用权提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所、网络商品交易平台等，属于商标法第五十七条第六项规定的提供便利条件。

第七十六条 在同一种商品或者类似商品上将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢使用，误导公众的，属于商标法第五十七条第二项规定的侵犯注册商标专用权的行为。

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》

第一条 在中国境内具有一定的市场知名度，为相关公众所知悉的商品，应当认定为反不正当竞争法第五条第（二）项规定的“知名商品”。人民法院认定知名商品，应当考虑该商品的销售时间、销售区域、销售额和销售对象，进行任何宣传的持续时间、程度和地域范围，作为知名商品受保护的情况等因素，进行综合判断。原告应当对其商品的市场知名度负举证责任。

在不同地域范围内使用相同或者近似的知名商品特有的名称、包装、装潢，在后使用者能够证明其善意使用的，不构成反不正当竞争法第五条第（二）项规定的不正当竞争行为。因后来的经营活动进入相同地域范围而使其商品来源足以产生混淆，在先使用者请求责令在后使用者附加足以区别商品来源的其他标识的，人民法院应当予以支持。

第二条 具有区别商品来源的显著特征的商品的名称、包装、装潢，应当认定为反不正当竞争法第五条第（二）项规定的“特有的名称、包装、装潢”。

……

知名商品特有的名称、包装、装潢中含有本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量以及其他特点，或者含有地名，他人因客观叙述商品而正当使用的，不构成不正当竞争行为。

二、网络销售中的知识产权保护

随着网络的普及、电子商务的发展，越来越多的年轻人已经将网购作

为日常购物的主要方式。据媒体报道，大家熟知的淘宝、天猫电商交易平台，2013 年“双十一”狂欢节当天的成交额，已经由 2009 年双十一交易额的 1 亿元飙涨至 350 亿元。以电商为代表的新的商业模式已经开始颠覆传统商业模式，在这种情形下企业不得不思考拓展网络销售渠道的必要性。

但正是由于网络销售的低门槛，任何人都可以较为容易地通过第三方销售平台开设店铺，网络销售中侵犯商标权专用权的现象也越来越严重。依照《商标法》第 57 条的规定，未经商标注册人的许可，在同一种或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的，容易导致混淆的，构成侵权。此外，销售侵犯注册商标专用权的商品，或者故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利的，也构成对权利人的侵犯。

企业耗费大量人力、物力及资金打造的品牌，可能因为部分商家网络假冒销售，以及网络销售平台方未能及时对假冒销售信息采取屏蔽删除等处理，给企业品牌造成难以挽回的损失。

以案说法

销售平台方知道并放任商标侵权行为的，需与侵权方一起承担连带责任

衣念公司拥有第 1545520 号和第 1326011 号注册商标，核定使用的商品均为服装。自 2009 年 9 月起，衣念公司发现杜某发到淘宝网上销售的衣服，使用了衣念的注册商标，并在网店上载明“本店销售的部分商品是仿原单货……”于是衣念公司针对杜某通过淘宝网销售的服装侵犯其注册商标专用权的行为，7 次向淘宝公司发函投诉，要求删除侵权商品的信息，投诉信息达 13 万余条。淘宝公司对衣念公司举报的侵权信息，经过审核后删除了 12 万余条，且遭到卖家反通知的比率很小。直至 2009 年 11 月，淘宝网上仍存在大量侵权商品的信息。

2010 年 7 月衣念公司向法院提起诉讼，认为淘宝公司在知道杜某以销售侵权商品为业的情况下，依然向其提供网络服务，继续纵容杜某的侵权行为，要求淘宝公司与杜某承担连带赔偿责任，并公开致歉。

【判词摘录】[①]

◆ 本案被告淘宝公司，作为第三方网络交易平台提供商，仅提供交易平台，不参与实际的交易，但是在杜某利用其网络平台侵害他人商标权，被多次投诉后而未采取必要有效措施的情况下，是否构成共同侵权并承担连带责任，是本案的焦点。

◆ 法院认为，淘宝公司对其网站上大量存在商标侵权商品的现状是知道的，并且也知道仅仅通过删除链接的处理方式效果并不明显。衣念公司向淘宝投诉侵权的数量巨大，但是直至2009年11月，仍然存在大量被投诉侵权商品的信息。

◆ 淘宝公司完全可以依据衣念公司投诉函中明确且大量的投诉信息，判断侵权成立。并且通过杜某在其网店的公告上载明的内容，可以明显看出杜某销售侵权商品，淘宝公司在处理相关侵权投诉链接的时候对此当然是知道的，由此也能证明淘宝公司知道杜某实施的是商标侵权行为。

◆ 判断投诉的侵权行为是否成立，不仅从投诉人提供的证据考查，还应结合卖家是否反通知进行判断。通常情况下，经过合法授权的商品信息被删除，被投诉人肯定会做出积极回应，及时提出反通知，但是本案中淘宝公司在多次删除投诉信息后，杜某没有提出回应或者申诉。据此也可以判断淘宝公司完全知道杜某实施了销售侵权商品的行为。

◆ 法院认为淘宝公司知道杜某利用其网络平台实施商标侵权行为，但仅是被动地根据权利人的通知采取没有任何成效的删除链接的措施，未采取必要的能够防止侵权行为发生的措施，从而放任、纵容侵权行为的发生，其主观上具有过错，客观上帮助了杜某实施侵权行为，构成共同侵权，与杜某一起承担连带责任，共同赔偿衣念公司经济损失及合理费用。

应对方案

1. 随着互联网的发展，用户消费习惯的改变，企业不管是从提升销售额还是拓展品牌的角度，都应该积极开展网络营销。在自行经营网络专营

① 上海市浦东新区人民法院（2010）浦民三（知）初字第426号民事判决书；上海市第一中级人民法院（2011）沪一中民五（知）终字第40号民事判决书。

店的同时，企业可以进行品牌授权，授权他人在各大互联网交易平台开设品牌授权店，并进行区分管理，实现经营及品牌效益的最大化。

2. 企业在规范并拓展品牌网络授权店的同时，应同步向网络销售侵权或假冒者维权。大型网络交易平台提供商均提供了维权平台，并对其平台内的侵权行为进行了一定程度的规范。以大型 C to C 交易平台淘宝为例，如果企业发现该平台存在侵权使用商标信息，可以第一时间通过阿里巴巴集团知识产权保护平台（http：//ipp.alibabagroup.com/index.htm）进行投诉，《淘宝规则》中对出售假冒商品等侵权商家的处理措施进行了相应的规定。

3. 通常情况下，大型第三方网络交易平台提供商，如淘宝、京东、亚马逊等，仅提供交易平台，不参与实际的交易，且因网络交易平台上的信息海量，对于网络用户的侵权行为不具有预见性和避免的能力，一般情况下无须承担共同侵权责任。但是，在知道网络用户利用其网络平台侵害他人商标权而未采取必要措施的情况下，则构成共同侵权。故企业在进行维权的时候，一定要积极向网络交易平台进行投诉，确保平台方“知道”侵权情形的存在，为后续维权无果、诉讼要求销售假冒产品及平台方承担连带责任作好准备。

4. 笔者认为，基于目前电商平台的存续状态，维权成本较高且存在一定难度。平台方既是服务的提供商，又是平台规则的制定者和纠纷的仲裁者，权利人对网络假冒者进行维权，特别是“隐形”侵权，如实际销售为假冒产品，而在店铺上明确写明正品保证、假一赔十等承诺的店铺，还存在由谁来判定货品真假的现实难题。

5. 综上，企业发现网络侵权行为，根据各大交易平台的规则进行投诉是第一步，如果投诉未能取得实质性的效果，应通过公证的方式积极保存侵权证据，并向法院提起诉讼，要求侵权者与网络交易平台提供商承担共同侵权责任。在维护公司自身品牌利益的同时，督促各大网络交易平台加强对侵权行为的管理与制裁。

法规速递

《中华人民共和国商标法》

第五十七条 有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

（一）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；

（二）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的；

（三）销售侵犯注册商标专用权的商品的；

（四）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；

（五）未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的；

（六）故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的；

（七）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

《中华人民共和国侵权责任法》

第三十六条 网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。

网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。

网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。

《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》

第九条 人民法院应当根据网络用户侵害信息网络传播权的具体事实是否明显，综合考虑以下因素，认定网络服务提供者是否构成应知：

（一）基于网络服务提供者提供服务的性质、方式及其引发侵权的可能性大小，应当具备的管理信息的能力；

（二）传播的作品、表演、录音录像制品的类型、知名度及侵权信息的明显程度；

（三）网络服务提供者是否主动对作品、表演、录音录像制品进行了选

择、编辑、修改、推荐等；

（四）网络服务提供者是否积极采取了预防侵权的合理措施；

（五）网络服务提供者是否设置便捷程序接收侵权通知并及时对侵权通知作出合理的反应；

（六）网络服务提供者是否针对同一网络用户的重复侵权行为采取了相应的合理措施；

（七）其他相关因素。

三、宣传广告的图片与字体应避免侵权

公司在不同发展阶段，会通过网络、报纸杂志、展会、微博微信等不同渠道对公司品牌及相关产品进行宣传推广，许多公司在自行制作或者委托第三方制作宣传广告、宣传手册、官方网站的时候，为了节省成本或贪图方便，会通过图片网站查找高清图片、使用网站上设计精美的字体，或将他人的网页整体设计直接套用，未经过权利人许可便直接使用，导致侵权。

宣传广告中，使用最多的元素即为文字与图片。撇开文案内容是否抄袭的问题，文字字体本身的使用与图片的使用，均有可能构成侵权。根据《著作权法》及实施条例的规定，著作权法意义上的作品是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。文字作品、美术作品、摄影作品等均受到著作权法的保护，未经权利人许可用于任何形式的商业使用，均构成对著作权的侵犯。

近年来，类似的案件层出不穷，笔者所服务的一家顾问单位也遇到过同样的问题，在报纸宣传广告中使用网上随意下载的高清图片和美术字体，权利人将报社及广告主一并告上法庭，最终以赔偿比正常授权使用费高几倍的价钱结案。

以案说法

公司宣传画册未经许可使用他人图片，构成对著作权的侵犯

Getty 公司为美国知名的专业图片经营公司，其授权华盖公司在中国境内展示、销售、许可他人使用拥有著作权的图像资料，并开展相关维权诉讼。

重庆外运公司在2006年委托第三方广告公司策划、设计制作公司宣传画册《中国外运重庆公司画册》，并支付设计制作费9000元，画册中使用了一张内容为仓库的图片。该图片与美国Getty公司在其网站上（http://www.gettyimages.cn/）发布的某编号的图片完全相同，网站图上加有“Getty Images”的水印。此外，Getty公司在其网站首页标注了“本网站所有图片均由Getty公司授权发布，侵权必究”。

2009年3月，作为Getty公司在中国的授权代表——华盖公司，起诉重庆外运公司侵权使用涉案图片，要求立即停止侵权、赔礼道歉，并赔偿经济损失和维权成本。

【判词摘录】[①]

◆ 本案中，重庆外运公司在宣传画册中使用的图片与Getty公司在其网站上呈现的图片，完全相同。因重庆外运公司未能提交证据证明涉案图片的著作权不属于Getty公司，亦未能证明其对涉案图片的使用有合法依据，结合相关证据认定Getty公司对涉案图片享有著作权，受到著作权法的保护。

◆ 重庆外运公司未经许可，擅自使用涉案图片，并用于公司宣传推广，侵犯了华盖公司依法享有的复制权和发行权，应当承担停止侵权、赔偿损失的民事责任。重庆外运公司以其只是公司宣传册的使用者，不是制作者，没有侵权的故意，不构成侵权的抗辩理由不能成立。对于公司宣传画册制作者的责任，重庆外运公司可以依据其与该制作者签订的合同，另案解决。

◆ 对于华盖公司请求判令重庆外运公司赔礼道歉的问题，因赔礼道歉属于侵犯著作权人人格权利所应承担的民事责任，而华盖公司不是涉案图片的作者，其不享有涉案图片著作权中的人格权利，故对该项主张不予支持。

应对方案

1. 企业在宣传推广过程中，要加强权利意识，即使广告非自身员工设计制作，而是委托第三方制作，第三方机构未经许可使用他人作品，企业虽然没有直接实施制作广告的行为，但由于广告介绍的是其产品或者服务，

① 重庆市第一中级人民法院（2009）渝一中法民初字第209号民事判决书；重庆市高级人民法院（2010）渝高法民终字第71号民事判决书；最高人民法院（2010）民提字第199号民事判决书。

广告实际上为其所用，企业被视为广告中未经许可使用他人作品的主体，侵犯了他人的相关权利，同样需要承担侵权责任。

2. 企业委托第三方制作宣传画册、报纸杂志广告、宣传海报时，应在与第三方签订委托合同的时候，明确要求其在设计制作过程中不得侵犯他人合法权利，包括但不限于著作权、肖像权、名誉权、商标权等，否则责任由其承担。这样企业在面临侵权之诉的情况下，还可以事后找第三方设计制作公司追偿。

3. 由于被权利人追究侵权责任的情况可能发生在广告推广使用数年之后，第三方公司可能已经倒闭，故笔者建议委托他人进行宣传广告设计的时候，在要求第三方提交设计广告成品的同时，还要提供广告图案、文字的合法来源素材，涉及人物图片的可提供拍摄时间、地点及模特姓名等证明材料。依照“谁主张，谁举证”的民事诉讼基本原则，企业作为广告主可以此证明材料进行抗辩。

4. 在一些案件当中，因为报纸杂志对侵权使用他人作品的宣传广告予以刊登，权利人往往会将刊登涉案作品广告的媒体也一并作为被告诉至法院。依据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 20 条的规定，出版者对其出版行为的授权、稿件来源和署名、所编辑出版物的内容等未尽到合理注意义务的，也要承担赔偿责任。所以媒体在刊登广告的时候，需要从以上几个方面进行审查，以避免赔偿责任的承担。

法规速递

《中华人民共和国广告法》

第六十九条 广告主、广告经营者、广告发布者违反本法规定，有下列侵权行为之一的，依法承担民事责任：

（一）在广告中损害未成年人或者残疾人的身心健康的；

（二）假冒他人专利的；

（三）贬低其他生产经营者的商品、服务的；

（四）在广告中未经同意使用他人名义或者形象的；

（五）其他侵犯他人合法民事权益的。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》

第二条 当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。

没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。

《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》

第二十条 出版物侵犯他人著作权的，出版者应当根据其过错、侵权程度及损害后果等承担民事赔偿责任。

出版者对其出版行为的授权、稿件来源和署名、所编辑出版物的内容等未尽到合理注意义务的，依据著作权法第四十八条的规定，承担赔偿责任。

出版者尽了合理注意义务，著作权人也无证据证明出版者应当知道其出版涉及侵权的，依据民法通则第一百一十七条第一款的规定，出版者承担停止侵权、返还其侵权所得利润的民事责任。

出版者所尽合理注意义务情况，由出版者承担举证责任。

四、勿为他人做嫁妆——商标的授权使用

说到品牌授权，大家首先会想到连锁店与加盟店，遍布城市各个角落的“全家”“7-eleven”等生活便利店，在中国拥有众多加盟店的肯德基、麦当劳等，都是通过品牌授权，实现在各大城市，乃至全球范围的品牌拓展与营销，并收取不菲的品牌授权费。

品牌授权当中最重要的一环是商标的授权。这些企业正是通过对于其商标全方位的保护，为企业品牌构建了极强的防御系统，再结合企业名称、外观设计等授权，并进行规范化管理，任何人无法轻易打破其商标保护体系，参照其模式构建同类竞争企业。

商标授权许可的模式一般有三种：独占许可、排他许可和普通许可。独占许可，即任何第三人，包括许可人，不得在商标有效期内使用被许可的商标，可以视为商标所有人将该商标的使用权交由被许可人。排他许可，即许可人不可以再将该商标许可他人使用，许可人自身可以继续使用。普通许可，即许可人可以将商标许可给多人使用，且许可人自身也可以使用。

依据《商标法》第43条的规定："商标注册人可以通过签订商标使用许可合同，许可他人使用其注册商标……许可他人使用其注册商标的，许可人应当将其商标使用许可报商标局备案，由商标局公告。商标使用许可未经备案不得对抗善意第三人。"故企业在进行商标授权许可时，应当与被许可人签订正式的书面许可协议，并报国家商标局备案。

以案说法

商标授权及管理的混乱，导致市场的混乱[①]

2013年中秋将至，月饼销售迎来最后一轮高峰，市面上出现了打着"陶陶居"品牌的两种月饼，包装和生产商却完全不同。在广州的各大型超市，可以看到两种包装的"陶陶居"月饼，一种是之前未出现过的黄灰色外包装"陶陶居"月饼，委托方是"广州饮食服务公司集团陶陶居食品有限公司"，受委托生产方是广州市悦盛金发食品有限公司；另外一种是过去经常见到的红色旧包装"陶陶居"月饼，生产商为广州幸运楼食品有限公司，月饼礼包表面刻着"中华老字号"。两种月饼的价格相近，究竟哪种月饼才是正宗的陶陶居月饼呢？

据了解，在2006年之前，广州饮食服务公司集团曾拥有众多饮食老字号和名牌食府，包括泮溪酒家、莲香楼、陶陶居等。2000年开始，广州饮食服务公司集团授权幸运楼使用中华老字号商标"陶陶居"，经过十多年的努力，"陶陶居"这个品牌得到较好的经营与发展，大众认为广州幸运楼食品有限公司就几乎等同于"陶陶居"品牌，但是幸运楼公司一直没有取得"陶陶居"商标的所有权或者独占许可权。所以就出现了2013年中秋前夕两个生产商生产的不同包装的"陶陶居"月饼的情形。

【律师评析】

广州饮食服务集团是陶陶居商标的所有权人，幸运楼公司是从广州饮食服务集团获得"陶陶居"中华老字号商标的经营许可。虽然幸运楼公司努力经营"陶陶居"商标多年，但是并非"陶陶居"商标的所有人。

① 参见何伟杰："一个陶陶居也有两种月饼"，载《羊城晚报》2013年9月17日，A16版。

本案中，幸运楼公司获得的“陶陶居”商标许可不具有独占性，即幸运楼公司获得的商标许可不属于独占许可，商标所有者有权委托其他厂家生产带有“陶陶居”商标的月饼，因此市场上就出现了同时存在两种陶陶居月饼的情况。

商标的被许可使用方幸运楼公司，正是在商标授权许可合作的合同中，未能就授权许可的条件等进行独占性的约定，或者在经营到一定阶段请求转让获取该注册商标的所有权，导致努力经营多年的品牌及所产生的价值，可以轻易地转为他人所有。

应对方案

1. 就商标许可方而言，在进行商标许可使用的时候，双方应签订书面商标授权许可合同，就商标许可使用的模式、使用范围、使用期限、使用规范、许可使用费支付等事项，一一进行明确约定，并报商标局备案。此外，商标许可方应有权监督被许可人依约使用被许可商标，发现严重违反合同的情况可以收回授权，并追究被许可方相应的法律责任。这样可以避免商标人辛苦经营的商标，因许可他人不当使用，而造成对商标声誉的破坏。

2. 就被许可方而言，与许可人签订商标授权使用协议之前，首先，需要考察清楚许可人是否有权进行授权许可，是否为该注册商标的所有人。其次，对于许可的期限、范围、许可模式，以及支付许可使用费的方式，需要明确根据自身对于获得许可后的经营规划，与许可人进行明确协商，以避免支付高额商标许可使用费用后，发现无法按照规划开展经营。

3. 此外，被许可方对于出现商标侵权情况，由谁进行维权与索赔，也应当事先与许可人进行书面约定。许可方一般在进行商标授权许可的同时，也需要预防和打击侵权使用许可商标的行为，更好地保障被许可人的经济利益。

法规速递

《中华人民共和国商标法》

第四十三条 商标注册人可以通过签订商标使用许可合同，许可他人使

用其注册商标。许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。

经许可使用他人注册商标的，必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。

许可他人使用其注册商标的，许可人应当将其商标使用许可报商标局备案，由商标局公告。商标使用许可未经备案不得对抗善意第三人。

五、商标许可期届满后，商家对印有许可人商标的积压产品能否继续销售

商标所有人有权将自己的注册商标授权给商家，与商家签订商标使用许可合同，约定许可期间，同意商家在许可期内将自己的注册商标印在商家生产或销售的商品上。

实践中关于商标授权常会出现一个问题，即当商标使用许可合同终止后，商家继续销售合同终止前所生产的带有许可人注册商标的商品，是否会构成商标侵权？《商标法》并没有对这个问题作出相关的约定，但北京市高级人民法院在2006年所发布的《关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》中第23条可供参考："……商标使用许可合同有约定或者当事人就此问题达成协议的，按照当事人的约定处理。没有约定或者当事人不能达成协议的，可以根据具体情况确定合理销售期限。在该期限内被许可人销售使用许可合同期限内制造的商品的，不认定为侵权；被许可人逾期销售的，构成侵权。"对上述解释中所提出的"合理销售期限"是多长，法院并没有明确说出，该期限需要法院就个案来进行认定。

以案说法

无合同约定的情况下，商标许可期满后应给予合理的销售期限让商家销售许可期间生产的剩余商品

喜乐传媒广告公司是注册商标"喜乐兔"的所有权人。因为"喜乐兔"的商标是一只可爱的兔子而受到小朋友们的喜爱。欢欣饼干公司为了更好

地销售自己的儿童饼干，与喜乐传媒广告公司在2012年1月1日签订了一份《商标使用许可合同》，约定许可费用为500万元，许可期至2013年12月31日止。欢欣饼干公司在商标许可期间生产的儿童饼干均打上了喜乐兔的商标图案，饼干冠以“喜乐兔欢欣儿童饼干”的名称。

2014年2月，喜乐传媒广告公司在市面上发现仍有欢欣饼干公司生产的印着“喜乐兔”的儿童饼干在销售，于是向法院提起诉讼，认为欢欣饼干公司的行为属于侵权。欢欣饼干公司答辩称，市面上仍在销售的饼干是在商标许可期间生产的，是仓库的积压货物，许可期满后生产的儿童饼干并没有印“喜乐兔”的商标。

【律师评析】

商标许可期届满后，如果仍然在生产或销售的商品上印有别人的注册商标，当然是属于侵权的行为，但是法律也会考虑实际的情况，若印有授权商标的商品是在许可期内生产的情况下，法院会考虑给予商家一定的清货期限。而目前我国的法律对这个期限没有明确的约定，法院会根据积压货物的数量自由裁量合理的期限。在本案中，双方没有在合同中具体约定清货是否侵权的问题，所以法院会给予欢欣饼干公司一定的清货期限，喜乐传媒广告公司的起诉并不一定能得到法院的支持。

应对方案

因为法律上并没有对商标许可期满后对滞销货物的清理是否存在侵犯商标权的行为作出详细的规定，往往在许可期后商家销售印有商标的货物，会引发不必要的纠纷。所以无论是商标所有权人，还是使用商标的商家，都应该在商标许可合同中对许可期满后积压货物的清理问题进行约定，双方可以约定一个合理的销售期限，也可以约定许可期满应停止销售。

法规速递

《中华人民共和国商标法》

第四十三条 商标注册人可以通过签订商标使用许可合同，许可他人使用其注册商标。许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。被

许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。

经许可使用他人注册商标的，必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。

许可他人使用其注册商标的，许可人应当将其商标使用许可报商标局备案，由商标局公告。商标使用许可未经备案不得对抗善意第三人。

《北京市高级人民法院关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》

23. 商标使用许可合同终止后，被许可人继续销售合同终止前生产的带有许可人注册商标的商品的，是否构成商标侵权？

商标使用许可合同有约定或者当事人就此问题达成协议的，按照当事人的约定处理。没有约定或者当事人不能达成协议的，可以根据具体情况确定合理销售期限。在该期限内被许可人销售使用许可合同期限内制造的商品的，不认定为侵权；被许可人逾期销售的，构成侵权。

六、公开征集 LOGO 的注意事项

许多公司会选择通过对外公开征集公司的形象标识、宣传语等方式，实现对公司的品牌推广。如果征集的方案够有创意，用于奖励获奖者的奖金足够诱人，往往能吸引到很多人的关注及参与，从而引起人们对这家公司的关注。笔者浏览了一些征集类网站，发现 LOGO 的征集广告比比皆是，可以看出企业标识征集的普遍性。

1980 年 5 月，美的公司公开征集注册商标图案，并表示入选者将获得一台电风扇，在当时一台电风扇相当于普通员工几个月的工资，属于一笔很大的报酬。公开征集广告贴出后，最终邵某创作的“美的”图案入选，美的公司按照征集广告的约定给付了邵某一台电风扇。1981 年，美的公司以自己的名义将“美的”图案向国家商标局申请注册商标而获得批准，后该商标运用于美的公司电扇、空调等多款产品中。在事隔 16 年后，邵某于 1997 年以美的公司未经其许可擅自使用“美的”商标图案，侵害其著作权为由向法院起诉。

美的公司当时的征集行为受到很多人的关注。虽然实际交付了一台电风扇给邵某，但是美的公司在征集广告中未明确知识产权归属问题，事后也未

与邵某签订任何形式的书面文件，导致在十几年之后遭到邵某的起诉，最终邵某的诉求没能得到法院的支持。此类纠纷至今仍常有发生，这些案例值得那些想要通过公开征集 LOGO 进行营销推广的企业管理者思考与注意。

公司公开征集 LOGO，征集者和入选者是一种什么样的法律关系？是著作权转让关系还是委托创作关系？

关于委托创作作品的权利归属，《著作权法》第 17 条规定：受委托创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人。

但从委托创作的特征来分析，委托创作关系中的双方是特定的，双方的约定是明确的，委托人与受托人之间通常存在某种信任关系，而公开征集 LOGO 的行为，面对的是未知的不确定入选者，完全通过提交作品的水平确定最终的入选者或者获奖者，入选者在获取奖金或者奖品之后，不再享有该作品的著作权。因此，笔者认为征集者与入选者之间不属于委托创作关系，而属于著作权转让关系。

依照《著作权法》第 25 条的规定，转让著作权，应当订立书面合同。故企业在公开征集 LOGO 标识成功选取入选者的作品后，应当与入选者签订正式的书面合同，对权属关系进行明确约定。

以案说法

LOGO 征集广告，知识产权条款必不可少[①]

2014 年 3 月 13 日，289 艺术项目通过报纸、杂志、微博、微信等渠道，以奖金 10 万元公开向全球征集 LOGO。以下是公司发布的征集文案：

设计内容：LOGO 主体——289；广告语——艺术就是生活；至少包括运用于杂志名称——ART289 艺术风尚。

设计要求：1. 新颖独创，别具匠心，简约大气，吉祥生动，过目难忘。2. 方式一：提供不小于 A4 纸大小的三维设计图和彩色效果图，并配文字说明。3. 方式二：提供分辨率不小于 1024 × 768 的 jpg 设计图，建议 LOGO 文

① 案例源自 289 艺术项目官方微信“289 艺术”2014 年 3 月 13 日发布的微信消息。

件不小于100kb并附设计说明文档。

两个奖项：征集工作截稿后，将对所有应征作品进行评选，选出头等奖和优秀奖，结果另行通知。头等奖：1位。作品一经采用，奖金税前人民币10万元。优秀奖：5位。奖金每位税前人民币8000元。

知识产权说明：1. 设计方应保证所设计的作品为原创，未在国家商标局注册过，未侵犯他人著作权，否则由设计方承担所有责任。2. 若获得奖项，设计方必须提供其获奖设计作品的完整方案，包括各种矢量图形源文件和所用到的字体及软件。3. 南方289艺术传播有限公司享有获得奖项的设计作品的所有知识产权，有权对设计作品进行修改、组合和应用。设计者不得再在其他任何地方使用该作品，否则构成侵权。南方289艺术传播有限公司保留依法追究侵权方法律责任的权利。4. 所有来稿恕不退回，请设计者自留底稿。5. 本公告最终解释权归南方289艺术传播有限公司。

【律师评析】

从征集广告的结构来看，这是一份相对完整全面的征集广告，除了包含常规的设计内容、设计要求、奖项设置之外，还有特别的知识产权说明部分。

通过知识产权说明，一是明确征集人享有获得奖项设计作品的所有知识产权；二是要求设计者提交的必须为原创作品，不得侵犯他人著作权，未经过商标登记注册。此约定也是征集者尽量确保其最终采用的作品为合法作品的一种保障方式，要求设计者在提交设计作品时进行自我约束。

本案征集者对获奖作品来源的合法性要求及知识产权归属进行了明确约定，可以在一定程度上避免日后产生知识产权纠纷。

应对方案

1. 对参赛者提交作品来源合法性的约束应成为征集广告的必备条款。征集LOGO或者公司标识广告，需明确设计者提交作品来源的合法性。公司设置奖金公开征集标识的主要目的在于最终采纳入选的作品，用作公司系列产品或者整个公司形象标识，既然通过支付奖金的方式获取了入选作品，当然希望对作品享有完整的知识产权，不存在侵权隐患。但是，设计作品千千万万，征集者无法一一审查到位，故要求设计者提交的作品具有原创

性，未被任何人使用，未侵犯任何人的权利，设计者对其提交的作品享有完整知识产权成为必备条款。此外，征集者应当在评审后期，对基本确定入选作品及相似作品进行商标检索，进一步确认作品来源的合法性问题。

2. 征集广告需要明确获奖作品的知识产权归属问题。笔者在前面写到，征集广告模式对于入选者与征集者双方而言是一种著作权转让关系，但是对于征集标识的企业而言，为避免争议，仍建议企业应将获奖作品的知识产权归属条款明确呈现在征集广告中，成为征集广告中的必备说明。

3. 在确定获奖者之后，特别是需要采纳获奖者的作品的情况下，企业务必与获奖者签订书面的协议，明确双方各项权利义务，避免日后产生不必要的纠纷。所有获奖者，征集标识的企业，都应该与获奖者签订书面协议，依照《著作权法》第 25 条关于著作权转让协议的要求，明确约定双方权利义务，设计者保证提交作品无权利瑕疵，征集者保证在支付奖金后一次性完整获取作品的知识产权等相关事项。

4. 对于奖金涉及 10 万元及以上较大金额的征集广告，笔者建议征集者可以与公证机关合作，由公证机关代收所有参赛作品，确保整个评选过程的公开透明及规范性。此举除了能够吸引更多的优秀设计者参与外，对于相似或者类似作品的选择，还可以依据参赛者提交作品至公证机关的先后顺序等进行综合判断。

法规速递

《中华人民共和国著作权法》

第十七条 受委托创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人。

第二十五条 转让本法第十条第一款第（五）项至第（十七）项规定的权利，应当订立书面合同。

权利转让合同包括下列主要内容：

（一）作品的名称；

（二）转让的权利种类、地域范围；

（三）转让价金；

（四）交付转让价金的日期和方式；

（五）违约责任；

（六）双方认为需要约定的其他内容。

七、企业微博、微信公众账号的运营维护

随着微博、微信的发展，越来越多的企业开通微博、微信公众账号，甚至组建专门的团队进行公众账号的维护，通过拥有几亿用户的微博、微信平台，推广公司文化及品牌。

不管是微博还是微信，对其运营维护，依靠的都是内容的发布或者推送，这就涉及著作权的问题。

依照《著作权法》第 22 条的规定，只有在法律明确的特定情况下使用作品，才可以不经过著作权人的许可，不需要向其支付报酬。一般情况下，侵权方抗辩的理由来自《著作权法》第 22 条第 1 款第（3）项“为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品”的规定和第（4）项的规定：“报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外。”

普通微博账号的正常维护，每天需要发布 15—20 条信息，虽然每条微博信息限制不超过 140 个字，但是通过添加图片以及原文链接的方式，微博的内容可以很丰富。一个企业如果无法做到自行编写微博内容，使用原创图片，就意味着需要转载使用他人文字或者图片内容，如果未经许可未支付报酬擅自使用，除已经发表过的时事新闻外，就可能构成侵权。

微信公众账号分为服务号和订阅号两种，服务号更多的是为客户提供各类查询、修改服务的账号，可以理解为客服的另一种呈现形式；订阅号，则会每天固定地向关注用户推送消息，更具推广传播属性。微信的内容维护同样存在著作权侵权的问题，从微信的小标题点击进入的全文阅读部的内容，源自哪里？如果不是原创内容，未经许可使用即存在侵权风险。

以案说法

未经许可在微博、微信上转载使用他人的内容，构成侵权

A为全国知名的媒体，经常深度发掘一些引起社会共鸣的独家新闻，其运行的官方微博账号同样具有较大影响力。A媒体的一条长达万字的独家深度调查新闻，第一时间通过A媒体的官方网站全文发布后，其官方微博同步发布140字的新闻概要，独家新闻图片，并添加该新闻在官网的全文链接。

该新闻事件受到许多人的关注，信息发布1个小时内即有超过1万名微博粉丝同步在A媒体的官方微博上进行评论和转发。几个小时后，B媒体发现A媒体的该条独家新闻受到很多人的关注，未经过A媒体的同意，便将文章内容全文复制至B媒体的官方网站进行发布，重新进行概要之后，配上原图，加上B媒体官网上的新闻链接地址，发布至B媒体的官方微博及官方微信上。

B媒体的行为是否构成对A媒体权利的侵犯？

【律师评析】

A媒体的独家深度调查新闻，由A媒体策划采写，著作权归A媒体享有。并且，深度调查新闻非时事消息，未经过著作权人A媒体的许可，任何人不得进行转载使用。

A媒体的新闻配图，由A媒体的记者拍摄，著作权同样归属A媒体享有，未经过著作权人的许可，任何人无权使用。

B媒体是在阅读A媒体深度调查新闻原文的基础上，自行进行概要，并配上原图，用在B媒体的官方微博及微信上。笔者认为B媒体将一篇长达万字的深度报道，按照自身的理解，自行编写成100个字左右的概要，不构成对A媒体著作权的侵犯。但是未经A媒体的许可，使用新闻原图的行为，侵犯了A媒体的著作权。

B媒体将A媒体报道的原文复制在其官方网站，并在其官方微博和微信上添加B媒体官网上的文章链接的行为，构成了对A媒体信息网络传播权的侵犯。

应对方案

1. 在微博、微信平台设立公司官方账号，可以实现信息的及时发布与即时传播，但是如果没有固定的人力及运营规划，作为公共传播渠道的微博

微信账号并不适合盲目开设。以微博账号运营为例，每天发布的内容除企业自身信息3—5条外，更多的是体现公司风格的原创内容或者将热点事件进行公司风格加工后的信息。如果公司官方微博运营，缺少原创内容，大多需要通过使用其他微博内容实现内容发布，就容易产生著作权侵权问题。

2. 如果确实缺乏内容，需要从他人处转载内容发布，应通过转发的模式进行，或者将内容用自己的文字组织后，注明信息来源，以及原文链接地址，避免侵权。

3. 微博、微信平台管理方为特定的平台商，其管理规则不够公开透明，且存在政策上的不稳定性，许多媒体账号曾遭遇过莫名其妙的封号事件，所以企业在微博微信平台的人力物力投入上，需要整体权衡其风险与价值。

4. 很多服务性的公司可以选择微信服务账号，不但可以减轻客户电话的压力，还可以收到不错的服务效果。例如，顺丰快递的微信服务号，具有查询跟踪快件、通过微信寄件及查询附近网店，并进行订单管理等功能，非常人性化、便捷。同时可以在微信里面设置公司文化等栏目，想要了解公司的粉丝可以自行点开查阅。选择对的运营方式，既可以服务用户，又可以避免侵权。

法规速递

《中华人民共和国著作权法》

第二十二条 在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利：

（一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；

（二）为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；

（三）为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；

（四）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的

时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；

（五）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；

（六）为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；

（七）国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；

（八）图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；

（九）免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；

（十）对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；

（十一）将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；

（十二）将已经发表的作品改成盲文出版。

前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

第四十七条 有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任：

（一）未经著作权人许可，发表其作品的；

（二）未经合作作者许可，将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表的；

（三）没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的；

（四）歪曲、篡改他人作品的；

（五）剽窃他人作品的；

（六）未经著作权人许可，以展览、摄制电影和以类似摄制电影的方法使用作品，或者以改编、翻译、注释等方式使用作品的，本法另有规定的除外；

（七）使用他人作品，应当支付报酬而未支付的；

（八）未经电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的著作权人或者与著作权有关的权利人许可，出租其作品或

者录音录像制品的，本法另有规定的除外；

（九）未经出版者许可，使用其出版的图书、期刊的版式设计的；

（十）未经表演者许可，从现场直播或者公开传送其现场表演，或者录制其表演的；

（十一）其他侵犯著作权以及与著作权有关的权益的行为。

八、合资公司的知识产权在清算时的处理

企业对外拓展，往往会考虑与本地知名企业成立合资公司，当合资公司合作到期后，再成立独资公司自行开展业务。当合资公司合作到期需要解散之时，需要进行清算。

依照《公司法》的规定，公司因解散、被撤销、破产等原因终止，应当成立清算组进行清算。清算的目的在于依照法定程序清理公司债权债务、处理公司剩余财产并最后终止其法律人格。公司进入清算阶段，需要清理其所拥有的各项资产，梳理各项资产的权属关系，并对其进行妥善的处置。

公司的资产既包括土地、厂房、设备等有形资产，也包括商标权、专利权、著作权、商业秘密、经营特许权等无形资产。故清理资产的过程中，不能忽略企业的知识产权，在清理核查企业拥有哪些知识产权的同时，应对于其所处的法律状态、权属关系进行梳理、价值评估后，通过拍卖、折现等方式进行处置。

依照《公司法》第186条的规定："……清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前，不得分配给股东。"

故公司进入清算阶段，股东之间不可以私自分配公司的知识产权，任何股东想要获取该知识产权，必须通过合法程序。当然，可以在公司章程中约定，股东或者授权许可使用者享有优先购买权。

以案说法

公司解散，股东不可随意支配合资公司的知识产权

A公司为法国一家知名的冷冻食品生产企业，拥有"雪人"注册商标，

其产品在中国拥有众多的粉丝，为进一步开拓中国市场，A公司在2000年与广东本地的知名牛奶生产企业B公司共同出资成立了C公司，双方各占50%的股份，合作期限为十二年。其中约定合资公司可以使用A公司的注册商标“雪人”。

在合资经营的过程中，C公司独立研发多个雪糕产品配方，并设计出多款系列冷冻食品外包装，且在所有产品上使用注册商标“雪人”，一经推出，深受消费者的喜爱。

2012年双方合作到期，合资公司解散。A公司2013年在中国成立独资公司，继续生产其拥有注册商标的“雪人”产品。由合资公司C公司独立研发的系列产品及包装，A公司在成立独资公司之后是否可以继续生产？

【律师评析】

合资公司独立研发的雪糕产品配方及设计的系列包装装潢，属于合资公司的知识产权。合资公司解散，在对其进行清算过程中应将该知识产权作为一项重要的资产，单独进行价值评估。

虽然合资公司在生产新研发的系列雪糕产品，使用的仍旧是A公司所拥有的注册商标“雪人”，但是并不代表A公司即拥有合资公司研发的系列产品的知识产权，可以不经过合资公司的同意，使用该技术配方及包装装潢。

A公司如果希望继续使用拥有一定市场基础、由合资公司研发的系列雪糕产品的技术配方及包装设计，应在合资公司解散进入清算程序之前，主动与知识产权的所有者合资公司积极沟通转让事宜。

风险提示

1. 合资公司解散，在进行财产清算时，不可忽略合资公司所拥有的商标、专利、技术秘密等知识产权，应对合资公司的知识产权进行独立的价值评估，计入合资公司财产的组成部分。依照公司法的规定，公司财产在支付清算费用、职工工资、社会保险费用和法定补偿金、税款等之后，剩余的财产按照股东出资比例进行分配。

2. 一旦公司进入清算程序，股东之间不可以随意就合资公司所拥有的知识产权进行协商分配，故若合资公司的股东想要合法获取合资公司的知识产权，可以通过两个途径：一是在公司解散之前，与合资公司协商进行知识

产权转让；二是在公司进入清算程序后，由清算组对知识产权进行估价后，经合法程序，通过竞价获取合资公司的知识产权。第二种获取途径存在的风险为，若经过清算组进行估价后对外出售，依照价高者得的原则，如果有他人出高价购买该知识产权，合资公司的股东需要付出更高的价格才能竞得，这就存在一个成本价值评估的问题。故如果合资公司的股东想要获得合资公司的知识产权，建议应尽量采取第一种途径，在合资公司进入清算程序之前协商解决知识产权转让事宜。

3. 因知识产权的价值容易受到外部环境以及背景因素的影响，所以，在清算阶段应该优先处置知识产权。清算的过程往往需要很长的一段时间，如果在公司停业进入清算一年后才开始对知识产权进行处置，其价值也许只剩下刚刚停业阶段的十分之一。

法规速递

《中华人民共和国公司法》

第一百八十条 公司因下列原因解散：

（一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；

（二）股东会或者股东大会决议解散；

（三）因公司合并或者分立需要解散；

（四）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；

（五）人民法院依照本法第一百八十二条的规定予以解散。

第一百八十六条 清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制定清算方案，并报股东会、股东大会或者人民法院确认。

公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前，不得分配给股东。

第七章

企业经营中的经济犯罪

导　读

所谓经济犯罪，顾名思义即是在经济领域、经济活动中与经济有关的刑事犯罪。2011年刑法修正案中对经济犯罪免除了死刑。经济犯罪的最高刑期是无期徒刑。

本章第一节讲述的是管理者容易触犯的经济犯罪，也可以说是管理者经常会“不小心”触犯的经济犯罪。触犯这些刑法罪名的企业管理者，或许并没有犯罪的主观意图，但却因为不懂法而导致自己的行为构成了刑法所规定的犯罪。

本章第二节则简单探讨了关于公司法人犯罪的一些基本问题。

经济犯罪中，定罪前的刑事和解现象很普遍，刑事和解的法律适用以及实际效果是怎样的，又需要注意哪些问题？另外，在刑事侦查中，涉案口供是定罪的重要证据。上述这些，都是当企业或负责人面临经济犯罪的刑事指控时常见且需要注意的法律问题。笔者在本章第三节予以详述。

公司的负责人、管理层，在经营的过程中，除了要考虑多赚钱之外，也一定要注意合法经营、合法管理的问题，除了要防范民事纠纷之外，还需要注意自己不能触犯刑法。经济犯罪往往都是误犯所导致的，该如何理解这类犯罪？又该怎样防范？对于这些问题，笔者将结合案例一一与读者分享。

第一节 管理者容易触犯的经济犯罪

一、职务侵占罪

民营企业人员利用自己的职务之便占有公司的财物，数额较大的，触犯职务侵占罪。所谓“利用职务之便”，是指行为人在实施犯罪时，利用自身的职权，或者利用自身因执行职务而获取的主管、管理、经手本单位财物的便利条件。职务侵占罪与贪污罪相对应，但与职务侵占罪不同的是，触犯贪污罪的人是国家公职人员或者是国有企业派驻到民营企业从事公务的人员（视同为国家公职人员）。职务侵占罪的刑罚比贪污罪要轻。

不只是公司高层、负责人会触犯职务侵占罪，公司一般职员也常因这类罪而被起诉。只要是公司员工利用职务上的便利，如因工作权限接手或管理公司的财物而非法占有、业务员收取货款后不上交公司而用于自己的投资等行为。

私营企业高管或负责人通过公司之间的关联交易行为变相让亲属朋友牟取利益并损害公司利益的行为，也会涉嫌触犯职务侵占罪。

以案说法

没有书面合法文件占有公司钱款的，有触犯职务侵占罪的风险

某餐饮连锁公司于2012年向银行贷款1.2亿元，申请贷款时，公司董事长蔡某向银行提供了担保。蔡某与公司约定，公司按照蔡某担保金额的30%向蔡某指定的银行账户缴存反担保金。蔡某与公司之间并没有书面文件确认反担保金支付的情况。

2013年5月，公司向银行还清了贷款，而蔡某收取的公司的反担保金却没有归还给公司。2013年7月，因公司经营上等问题股东之间产生纠纷，部分股东向公安机关报案称蔡某侵吞公司资产。

【律师评析】

蔡某为公司提供担保，为防止公司无法还清贷款自己需要承担法律责任，因此要求公司向自己支付反担保金。若蔡某与公司之间达成书面的协议，明确约定蔡某为公司作担保以及公司向蔡某支付反担保金的事宜，则日后蔡某逾期不向公司返还公司所支出的反担保金也只是民事债权债务的问题，并不会上升到刑事处罚。本案中，就是因为蔡某与公司之间没有书面的协议，公司也并无股东会等决议内容，因此蔡某收取的公司反担保金就没有相应的书面合法依据。蔡某收取公司的金钱而逾期不归还就变成了一种侵占公司财产的行为，因此构成了职务侵占罪。

应对方案

1. 职务侵占罪，是管理松散的民营企业容易触犯的罪名。事后被追究的犯罪行为，因为欠缺规范的操作，企业负责人在面临刑事指控时，往往说不出、想不起当时是怎样操作的，无法举证证明来反驳指控。为避免出现此类犯罪，公司的股东、管理者在公司日常经营过程中，对资金来往等操作一定要规范，事前应该有手续确认，如授权书、同意书等，在事后必要的时候也应有公司或其他股东追认的书面凭证。

2. 在没有发生法律纠纷之前，事后确认、追认都是合法的、可操作的。笔者认为，有必要同期性地汇总重要文件，进行股东、董事之间的汇报和确认，无论是一个月、一个季度还是半年，避免日后出现纠纷的时候没有证据予以证明。

法规速递

《中华人民共和国刑法》

第二百七十一条 公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产。

……

二、商业贿赂

现如今商业竞争激烈，各公司之间为了争取客户用尽各种方法，其中较为常见的是公司在经营中向客户或者第三方支付介绍费、提成或者好处费。在我国刑法中，向国家公职人员支付财物以获取利益的行为属于行贿罪，而在私企之间或私企与非国家工作人员之间所发生的类似行为，则有可能涉嫌触犯商业贿赂的罪名。

给好处费、提成的行为若发生在合法的商业来往中，而非为了谋取违反法律、法规、规章或者政策规定的利益，或者并无要求对方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件的，若数额不大就仅是有违职业操守，司法机关一般不予处理。但是如果涉及金额过大，就有被追究刑事责任的风险，如2006年12月25日发布的《广东省高级人民法院刑事审判第二庭审理商业贿赂犯罪案件适用法律指导意见（试行）》第10条规定："经营方在经济活动中账外暗中以现金、实物或其他方式给予对方单位经办人员或主管人员一定比例的商品或服务价款回扣，数额较大或者情节严重的，对给予回扣方和收受回扣方以商业贿赂犯罪追究刑事责任。"

最高人民法院、最高人民检察院于2008年发布的《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》（法发〔2008〕33号）第10条规定："办理商业贿赂犯罪案件，要注意区分贿赂与馈赠的界限。主要应当结合以下因素全面分析、综合判断：（1）发生财物往来的背景，如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度；（2）往来财物的价值；（3）财物往来的缘由、时机和方式，提供财物方对于接受方有无职务上的请托；（4）接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益。"

我国刑法将商业贿赂犯罪行为称为"对公司、企业人员行贿罪"，《刑法》第164条第1款规定："为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。"上述最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》明确了商业贿赂中的"财物"既包括金钱和实物，也包括可以用金钱计算数额的财产性利益，如提供房屋装修、含有金额的会员卡、

代币卡（券）、旅游费用等。但是司法机关的解释仍有较大的漏洞，这就是为什么难以对近年来常有的通过“性贿赂”来牟取非法利益的行为进行处罚的原因。因为“性贿赂”并不属于财产、财物，因此对于通过“性贿赂”实施的商业贿赂，司法机关往往难以查处。

以案说法

支付单据、账册等资料是商业贿赂的重要定罪依据

广州某贸易公司经营监控软件设备业务，自2009年9月起，为了维系客户，公司开始向自己购买软件的公司相关工作人员以“维护费”、“调试费”等名义支付好处费。

2013年2月，公司经人举报被工商局调查，工商局办案人员上门调查，封存了公司的保险柜和公司负责人的几台电脑，查获了公司支付好处费的详细数据。经查，贸易公司自2009年至2013年支付好处费20余万元，公司的业务员也常在公司负责人的授意下向有业务往来的单位人员发放红包，共计5万元。

【律师评析】

商业贿赂要定罪，数额需为较大。如果数额达不到较大的标准，则不会被处以刑罚，而仅仅是行政处罚。在本案中，贸易公司已经支付了20多万元的好处费，数额已较大，处以刑罚的概率很大。

工商行政部门在调查过程中，对公司的保险柜和电脑予以查封，并查出了支付好处费的凭证，这是对公司进行刑事处罚的重要证据。

风险提示

1. 单位之间支付“好处费”，本应以折扣的方式进行处理，即便书面写成“好处费”，只要账目处理得当，钱不进私人腰包，是不认定为犯罪的。但是若公对私、私对私之间支付名义上为“服务费”“协办费”“信息费”等实际上是好处费性质的金钱，则触犯了《刑法》的规定。

2. 虽然法律规定触犯商业贿赂罪的目的是为了“谋取不正当利益”，但在目前的司法实践中，只要是为了牟取利益而向他人支付好处费的，即便

所涉利益是正当的，也涉嫌商业贿赂。

3. 无论是事前还是事后给好处费，区别是不大的，都会被认定为商业贿赂。针对性地给好处费和非针对性地给好处费都有可能会被认定为商业贿赂。

4. 数额在该罪中的认定非常重要，数额如果没有达到“较大”的，就不会认定为犯罪。具体多少数额为“较大”，各地标准不一。向相同人或不同的人多次支付好处费的，数额会累计。

法规速递

《中华人民共和国刑法》

第一百六十四条 为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

……

《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》

第十一条 为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，个人行贿数额在一万元以上的，单位行贿数额在二十万元以上的，应予立案追诉。

三、合同诈骗罪

通过作假，利用签订合同的形式来收取他人的钱财，就构成合同诈骗罪。为什么这种行为会触犯刑法而不止引发一般的民事债权债务纠纷？主要原因在于有“骗”的成分在里面。正常签订合同而无法履约的，属于一般的民事债权债务纠纷，若是以骗取他人信任而作假的，就属于刑事犯罪的范畴。

刑法结合现在在经营过程中较容易触犯合同诈骗罪的情形，列举了四类行为：（1）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；（2）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；（3）没有实际履行能力，

以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；（4）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；（5）以其他方法骗取对方当事人财物的。

对于公司向银行骗取贷款的行为，由于单位不构成贷款诈骗罪的主体，法院通常以合同诈骗罪定罪处罚（详见本节之六）。

以案说法

1. 虚构公司主体与他人签订合同无法履约的，构成合同诈骗罪

张某为个体工商户，2012年起在广州市区的布匹市场开了一家布匹行。张某在对外经营的过程中，一直将他的布匹行以“广州某布匹行贸易有限公司”对外经营，并私刻了一个写有“广州某布匹行贸易有限公司业务章”的圆形章，与他人签订供货合同时加盖。

2013年5月，张某又以广州某布匹行贸易有限公司的名义，与徐某签订价值一万元的布匹供货合同，张某在合同上盖了私刻的公章。2013年8月，在徐某已足额支付货款的情况下，张某无法按照合同的约定向徐某供货，徐某认为张某违约并进行调查，得知张某并未开办公司而仅是个体工商户，于是报案称张某存在合同诈骗。

【律师评析】

张某开办的布匹行为个体工商户性质，因此应该是其自己与客户签订供货合同，而不应该私刻一个公司的公章与他人签约。本来，张某若以自己的名义与他人签约，在日后无货可供的情况下，仅需要承担一般合同上的违约责任，退还货款或另外支付违约金即可。但是张某盖假公章，就属于采取欺骗的方法与他人签订合同的范畴了，若张某在签订合同后无货可供，又没有其他偿还能力，被追究合同诈骗罪的可能性极大。

2. 冒用他人名义、伪造授权与他人签订合同的，构成合同诈骗罪

池某自2010年起经营某工程队，带领一帮建筑工人挂靠在某建筑公司名下，承接该建筑公司转包下来的工程建设项目。2013年2月，建筑公司不再与池某进行合作。

2013年5月，池某为了能够取得某置业发展公司即将开发建设的某高

档住宅楼建设项目，私刻建筑公司公章并假冒建筑公司委托代理人及代表的名义，与置业发展公司签订《建设工程施工合同》。2014年3月，池某的工程队由于没有施工单位资质证明，未能办理工程质量、安全监督、建设工程施工许可证等手续，住宅楼建设项目被政府责令停工，造成置业发展公司巨额损失，项目涉及金额数千万元。置业发展公司向公安机关报案，池某被公安机关逮捕。

【律师评析】

如果池某的工程队还挂靠在建筑公司，且工程项目的合同是通过正常合法的手续以建筑公司的名义签订的，那么池某并不会触犯刑法，构成犯罪。

本案中，池某构成犯罪的关键，是他私刻了建筑公司的公章，并且伪造了建筑公司的授权文件，借助虚假的文件假冒建筑公司的代理人，通过以上假冒行为来骗取置业公司将工程项目承包给他。因为池某并非挂靠在某建筑公司，因此其行为属于“以非法占有为目的，冒用他人名义签订合同”，构成了合同诈骗罪。

应对方案

1. 做生意签订合同，不能作假是根本。一般来说，在签订合同不存在虚假的情况下违约，仅需要承担一般的民事债权债务上的违约责任，若存在虚假的情况，则属于诈骗的性质。

2. 签订的合同是否具有履行的可能性，是判断是否存在合同诈骗的关键。公司在经营过程中常常出现的货物损失、连环债务所导致的合同无法履行等情况，在合同为真实签订的前提下都不会构成犯罪。但是，如果收取了对方所支付的金钱，却根本不希望按照合同履约，且在事发后没有偿还能力，就会被认定为合同诈骗。因此，若发现自己没有能力履行合同，就不要贸然与他人签订合同，更不能诱骗他人签约。

3. 除了合同本身存在造假以及根本无履约能力的情形外，通过其他虚假的文件、授权或开具空头支票等行为骗取对方与自己签订合同的，也属于合同诈骗罪的情形。

法规速递

《中华人民共和国刑法》

第二百二十四条 有下列情形之一，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：

（一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；

（二）以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；

（三）没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；

（四）收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；

（五）以其他方法骗取对方当事人财物的。

四、非法吸收公众存款罪及集资诈骗罪

不具有银行资质而向社会不特定的公众集资，属于违法犯罪行为，即我们通常所说的“非法集资”。非法集资主要涉及两个罪名：一个是非法吸收公众存款罪，另一个是集资诈骗罪。

无证照资质而经营银行业务的，就会触犯非法吸收公众存款罪。非法吸收公众存款的行为五花八门，如通过预付款购买会员卡、转让虚假股权、销售虚假债券、物业分割、电子交易等方式集资，都有可能触犯该罪名。如果是通过集资的形式进行诈骗，集资回来的钱款自始至终都不打算归还的，则构成集资诈骗罪。

非法吸收公众存款罪与集资诈骗罪的相同点在于，二者都是向不特定的公众集资且数额较大，行为上都扰乱了国家的金融体系、金融秩序；两罪的不同点在于，前罪的资金是真正用于生产经营，无抽逃及资金被用于其他地方且无法归还的情况，而后罪的资金则并非用于真正的生产，集资人通过欺骗的手段筹钱。非法吸收公众存款罪的刑期相对于集资诈骗罪的刑

期要轻，主要是因为集资诈骗罪有诈骗的成分在里面。

在一般的经济活动中，公司及相关负责人容易触犯的罪名是集资诈骗罪，为了能够更有效地吸收公众资金，公司往往会以投资一个项目或购买一件货物等为由吸收资金，一旦项目等无法顺利运作或者属于虚假欺骗的情况，就会触犯集资诈骗罪。2009 年至 2012 年轰动社会的“吴英案”中，浙江女企业家吴英被法院认定在 2005 年至 2007 年向社会公众非法集资 7 亿多元。据了解，公安机关开始是以涉嫌非法吸收公众存款罪将吴英刑事拘留，随后经过调查认为吴英在集资过程中有诈骗的情节，因此最终吴英被控犯集资诈骗罪，被法院终审判决死缓。另外还有 2013 年的“曾成杰案”，曾成杰最终也以集资诈骗罪被判处死刑。

以案说法

1. 设立空壳公司向不特定的公众集资骗取金钱的构成集资诈骗罪

李某是某钢琴厂的董事长，因生产资金不足，委派儿子到广州开办分公司，并招聘业务员到广州市区各公园景区等向不特定的公众筹集资金。

公司与他人签订投资合同，约定年利率为 23%，利息按月返还。2008 年 9 月至 2010 年 5 月，共向 150 人筹集了资金 13134000 元。随后，李某并没有完全将筹集来的资金用于公司的钢琴生产，而是将一部分用于向业务员支付提成和向公众返利，剩下的大部分则被李某的儿子挥霍。

2010 年 6 月，公司因无法按照投资合同的约定进行返利而人去楼空，150 位投资人共计收到 1548500 元的回报，损失 11585500 元，于是报案称自己受骗。2010 年 9 月，李某被公安机关抓获。后据公安机关调查，李某的钢琴厂早在 2008 年便部分停产了，效益一直很差。

【判词摘录】[①]

◆ 从涉案公司的实质来看……被告人李某注册成立总公司和广州分公司，目的在于不断吸收投资款而不在于公司的生产经营，公司实质上属于空壳公司，是被告人李某为实施犯罪而成立的。

① 广州市中级人民法院（2011）穗中法刑二初字第 105 号刑事判决书；广东省高级人民法院（2012）粤高法刑二终字第 91 号刑事判决书。

◆ 从作案手段来看……被告人李某利用公司，隐瞒事实真相，在明知其公司根本无实业也无偿还本金能力的情况下，以高回报、高提成为诱饵，实施了骗取集资款的行为。

◆ 从实际结果来看……公司通过欺诈的手段获取的投资款根本没有投入所谓的钢琴生产当中，而是被非法占有。

◆ 上述事实表明，该公司实属空壳公司，其经营模式根本无法实现其所承诺的高额利润，而被告人李某在明知没有归还能力的情况下使用诈骗方法获取资金，反映出其主观上具有非法占有的目的和故意，依法应当认定为集资诈骗罪。

2. 向特定对象筹集资金的，不属于非法集资

2002 年至 2007 年，贾某某在担任某厂厂长期间，为维持该厂生产经营，以高额利息向自己的亲友、工厂员工及员工家属等 20 人高息借款共计人民币 1077 万余元。造成损失共计人民币 429 万余元。贾某某认为其借款的行为不构成犯罪，自己只是因为工厂资金困难，向员工及家属借钱，属于民间借贷，不构成犯罪。①

【律师评析】

无论是非法吸收公众存款，抑或集资诈骗，两种犯罪行为的共同特征即是行为人向社会上不特定的公众吸收资金，没有向不特定的社会公众募集资金的，不构成上述两种罪名。

贾某某代表的某厂吸收存款的形式有两种：一是在本单位内部向职工借款，二是通过贾某某本人、贾某某的亲友、单位职工介绍向该厂有业务关系的人借款，这些人虽不是该厂职工，但与该厂的职工或厂方有关系，属于特定的人。且该案目前没有关于该厂通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传的形式借款的证据。②

另外，贾某某在向他人募集资金的时候，也没有采取欺诈的方式骗取

① 北京市第二中级人民法院（2011）二中刑终字第 175 号刑事判决书，摘自朱江主编：《北京市第二中级人民法院经典案例分类精解·经济犯罪卷》，法律出版社 2013 年版，第 46 页。

② 朱江主编：《北京市第二中级人民法院经典案例分类精解·经济犯罪卷》，法律出版社 2013 年版，第 47 页。

资金。因此，贾某某的行为不属于非法集资，不构成非法吸收公众存款罪或集资诈骗罪。

风险提示

经济不景气的时候，中小企业贷款更是困难，因此不少公司都在集资，有的甚至还公开进行，一旦日后生产资金链断开，这种向公众融资的行为就有可能触犯非法集资的罪名。民间熟人之间的高利息借贷不构成犯罪，公司之间正常业务活动中所产生的互相拆借问题也不构成犯罪，但是向社会公众集资就属非法，一旦事发，很可能发展为群体性、敏感性的案件。

法规速递

《中华人民共和国刑法》

第一百七十六条 非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

第一百九十二条 以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》

第一条 违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收资金的行为，同时具备下列四个条件的，除刑法另有规定的以外，应当认定为刑法第一百七十六条规定的“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”：

（一）未经有关部门依法批准或者借用合法经营的形式吸收资金；

（二）通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传；

（三）承诺在一定期限内以货币、实物、股权等方式还本付息或者给付回报；

（四）向社会公众即社会不特定对象吸收资金。

未向社会公开宣传，在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法吸收或者变相吸收公众存款。

五、挪用资金罪

公司、企业或其他单位的工作人员，如利用职务之便将公司的资金擅自取出供自己或他人使用，如果超过三个月不归还，或者没超过三个月但是擅自取出的资金用于营利或进行非法活动，当涉及金额较大时，会触犯刑法上的挪用资金罪。

挪用资金罪与职务侵占罪有哪些区别？相对于职务侵占，挪用资金的行为只是暂时地使用公司的资金，行为人的行为以及相关证据可以证明行为人挪用公司的资金的确有归还的意图。挪用资金罪在法律上并不需要行为人对公司的资金有非法占有的意图，而职务侵占罪则相反。一般情况下，行为人有无非法占有的目的，从犯罪手段上会有所表现。前者一般不采用掩盖本单位资金被挪用的手段，而后者往往为了不被发现，要采取伪造单据、作虚假平账、销毁账目等财务手段，以掩盖侵占的事实。[①]

另外，针对一些公司在注册成立的过程中，在领取营业执照前，公司的股东将公司的注册资金以及存入银行用于开办公司的经费挪出另作他用的行为，最高人民检察院认为同样也触犯了挪用资金罪。《最高人民检察院关于挪用尚未注册成立公司资金的行为适用法律问题的批复》指出："筹建公司的工作人员在公司登记注册前，利用职务上的便利，挪用准备设立的公司在银行开设的临时账户上的资金，归个人使用或者借贷给他人，数额

① 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释：对最高人民法院、最高人民检察院关于罪名司法解释的理解和适用》，人民法院出版社2003年版，第456页。

较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，应当根据刑法第二百七十二条（即挪用资金罪）的规定，追究刑事责任。”

以案说法

利用职务之便将公司资金挪作营利或非法活动的，构成挪用资金罪

刘某与陈某于2011年共同投资成立了某投资发展公司。2012年1月开始，刘某多次利用自己职务上的便利，将公司资金取出并转入自己的账上，总共约15万元，用于自己的炒股、赌博和借给他人收取利息。

2013年5月，公司及陈某要求刘某归还挪用的公司资金，因炒股亏损以及他人所借款项无法归还等，刘某无法将资金归还给公司，公司及陈某于是向公安机关报案。

【律师评析】

根据法律规定，一般情况下利用职务之便挪用公司资金超过三个月不还的，即触犯挪用资金罪。如果利用职务之便挪用资金是用于营利或者进行非法活动，则无须考虑归还期限，只要挪用就属犯罪。

刘某作为投资发展公司的股东之一，通过自己职务上的便利将公司资金取出供自己私人使用，将钱挪用主要用于自己炒股和赌博。炒股和赌博属于营利和非法活动行为，因此刘某的行为已构成挪用资金罪。即使刘某自挪用公司资金之日起三个月内如数归还，也不能免予刑事处罚。

法规速递

《中华人民共和国刑法》

第二百七十二条 公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的，处三年以上十年以下有期徒刑。

……

六、骗取贷款罪和贷款诈骗罪

在做生意的过程中，出现资金不足的情况在所难免，公司向银行申请贷款已是普遍现象。在贷款融资中，会出现许多不规范的行为，如公司向银行申请贷款的真实目的并不是将贷款投入在生产经营上。国家为了打击这种行为，避免银行遭受损失，在2006年6月29日《刑法》修改时特别增加了骗取贷款的罪名，公司或个人以欺骗的手段虚构事实向银行获取贷款，并最终导致银行产生重大损失的，就会触犯骗取贷款罪。

与骗取贷款罪较为相似的是贷款诈骗罪。同样的贷款数额，若触犯贷款诈骗罪，处罚会比触犯骗取贷款罪更重。贷款诈骗罪与骗取贷款罪两个罪名的根本区别在于个人或公司是否存在“非法占有贷款”的目的，存在非法占有目的的，构成贷款诈骗罪，没有非法占有目的的，则构成骗取贷款罪。在认定是否具有非法占有贷款的目的时，法院主要会从贷款人是否有归还贷款的意愿来进行认定。例如，“行为人明知其所在的单位没有正常业务，经营处于恶性停滞状态，根本不具备贷款偿还能力，他还大量骗取贷款，则可以认定其具有非法占有目的。而如果行为人所在单位存在正常业务，一直处于正常运营状态，骗取贷款时具备较强的经济能力和偿还能力，则不应认定为其具有非法占有目的”。[①] 又如，将借到的款项用在自己身上大肆挥霍或用在其他地方，而非将贷款真正投入生产经营中，也会被认定为具有非法占有贷款的目的。

2001年最高人民法院发布的《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》（法〔2001〕8号）指出：“要严格区分贷款诈骗与贷款纠纷的界限。对于合法取得贷款后，没有按规定的用途使用贷款，到期没有归还贷款的，不能以贷款诈骗罪定罪处罚；对于确有证据证明行为人不具有非法占有的目的，因不具备贷款的条件而采取了欺骗手段获取贷款，案发时有能力履行还贷义务，或者案发时不能归还贷款是因为意志以外的原因，如因经营不善、被骗、市场风险等，不应以贷款诈骗罪定罪处罚。”在贷款纠纷中，如

① 朱江主编：《北京市第二中级人民法院经典案例分类精解·经济犯罪卷》，法律出版社2013年版，第40页。

果借款人在向银行申请贷款时有欺骗的行为，没有非法占有的目的，即使不构成贷款诈骗罪，也会构成骗取贷款罪。但是需要指出的是，如前所述，骗取贷款罪是2006年6月29日《刑法》新增加的罪名，因此，如果案发在2006年6月29日以前，则不构成犯罪。

另外，单位不能成为贷款诈骗罪的主体，但单位可以触犯骗取贷款罪。所以，公司进行贷款诈骗的，不能对单位进行处罚，公司的负责人和主管人员也无法被追究贷款诈骗罪。但是，如果是利用贷款合同进行诈骗的，法院则会以单位合同诈骗罪定罪，并对公司负责人或主管人员判处刑事处罚。

以案说法

1. 虚构事实向银行骗取贷款但没有非法占有故意的，认定为骗取贷款罪

2012年5月，张某以购买生产机器为名向银行贷款，他以自己经营的昌某公司名义，提供了一份虚假的房产资料向银行作抵押，最终获得了银行的1200万元贷款。张某向银行借出贷款后，实际上并没有将贷款用在购买机器设备上，而是用于清偿昌某公司在之前经营中所欠下的债务。直至2014年5月贷款到期时，昌某公司因为经营不善，仍有本金180多万元没有归还给银行。

【律师评析】

张某以昌某公司的名义，向银行借款时存在造假、虚构事实的行为，且在借得银行1200万元的款项后，将其用在清偿公司债务方面。如果张某将借回的款项用于自己挥霍或者偿还自己个人的债务，随后的日子里也没有根据借款合同约定偿还贷款，又或者采取逃跑等躲避方式逃避还贷，就触犯了贷款诈骗罪。但在本案中，昌某公司还是具有一定的偿还能力的，在案发时，虽然还有180多万元没有还清，但是昌某公司一直没有逃避归还贷款的行为。因此，昌某公司和张某触犯了骗取贷款罪。

如果本案发生在2009年6月29日之前的话，由于《刑法》尚没有骗取贷款罪的罪名，昌某公司和张某则不构成犯罪。

2. 单位不触犯贷款诈骗罪，但利用虚假合同骗取银行贷款的，构成合同诈骗罪

山某是某汽车销售服务公司的法定代表人，2003 年 11 月至 2004 年 7 月。因为公司出现了严重的亏损，山某便虚构合同，虚假制造了很多购车人与公司签订的合同，虚构购车消费事实，向银行骗取消费贷款，后案发。

【判词摘录】[①]

◆ 被告人山某作为汽车销售服务有限公司的法定代表人，在该公司经营亏损的情况下，直接或者指使他人虚构销售汽车的事实，并借为客户办理汽车消费贷款之名，诱骗银行与该公司和相关人员签订合同，骗取银行汽车消费贷款，用于该公司日常开支及支付银行月还款等用途，造成银行经济损失，其行为系以非法占有为目的，已构成合同诈骗罪，且诈骗数额特别巨大，对其依法应按单位直接负责的主管人员予以惩处。

风险提示

1. 合法取得贷款，没有欺骗的故意，即使在获得贷款后没有用在原先贷款合同中所约定的用途上，在日后贷款到期无法归还时，也只会引发民事上的贷款纠纷。因为公司经营不善、生意中所遭遇的风险等原因而导致没办法顺利偿还贷款，是不会承担刑事责任的。但是，用欺骗的手段获得银行贷款，若在贷款到期时仍然无法还清，银行会向公安机关报案，公司以及公司相关责任人有可能面临刑事指控。

2. 公司以及公司负责人向银行申请贷款时，切勿制造虚假材料、编造虚假事实来获得贷款，以避免触犯骗取贷款的罪名。更不应该将贷款用于自己的挥霍或者赌博、放贷以及偿还自己的个人债务，若有上述行为，法律会以贷款诈骗罪对其进行处罚。

① 北京市第二中级人民法院（2005）二中刑初字第 2180 号刑事判决书。

法规速递

《中华人民共和国刑法》

第一百七十五条之一 以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款、票据承兑、信用证、保函等，给银行或者其他金融机构造成重大损失或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；给银行或者其他金融机构造成特别重大损失或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

第一百九十三条 有下列情形之一，以非法占有为目的，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产：

（一）编造引进资金、项目等虚假理由的；

（二）使用虚假的经济合同的；

（三）使用虚假的证明文件的；

（四）使用虚假的产权证明作担保或者超出抵押物价值重复担保的；

（五）以其他方法诈骗贷款的。

七、损害商业信誉、商品声誉罪

商业竞争应该公平，任何商业主体都不能通过捏造事实贬损竞争对手。如果发布了不符合事实的言论贬低竞争对手，使对方名誉、商誉受到了损害，从民事上讲，侵犯了对方的名誉权，法律后果是赔礼道歉、消除影响。一些公司或经营者，误以为侵犯公司名誉的行为只需负民事法律责任，处罚并不严重，于是为了打击竞争对手而不惜代价贬低他人。实际上，如果给对方造成了一定的严重后果，如给受害方造成了巨额的经济损失使受害

方倒闭破产或者造成恶劣影响的，就不仅仅是民事责任上的处罚了，还需要承担刑事责任。

以案说法

侵犯他人商业或商品的名誉，严重的需要承担刑事责任

曾某是天秀装饰公司的法定代表人，在自己经营的区域内，还有一家华饰装修公司。两家公司做同样的业务，客户群体都是一样的，所以两公司是竞争对手。

2014 年 3 月，因为华饰装修公司恶意压低价格，导致天秀装饰公司的业务量大减，曾某怀恨在心，便以天秀装饰公司的名义在网上发布华饰装修公司使用装修材料不合格导致业主身体受损害等言论，并提出华饰装修公司服务质量差、装修人员态度不好还有小偷小摸等行为。网络言论发布后，华饰装修公司遭到工商部门的调查，并因为该言论而受到媒体的关注和报道，华饰装修公司的经营受到了严重影响。于是，华饰装修公司向公安机关报案。

【律师评析】

曾某在没有确切证据的情况下，在网络上公开发布有关竞争对手的不实言论，已属于侵犯他人的名誉。本案中，曾某对华饰装修公司的言论在网上公开后，被公众关注、媒体跟进报道、工商部门查处，均可以看作已造成了严重的恶劣后果。华饰装修公司因为曾某的造谣而遭受了巨大的经济损失。因此，天秀装饰公司和曾某触犯了损害商业信誉罪。

风险提示

竞争对手之间的你争我斗是正常的事情，但是不能做违法的事，不能用捏造事实、编造谣言的方法来打击竞争对手。若公司或公司经营者实施了捏造并散布虚伪事实，损害他人商品声誉，给他人造成重大损失且情节严重，不管公司或公司经营者出于什么动机、什么目的，是否存在恶意，都不影响犯罪的构成。

法规速递

《中华人民共和国刑法》

第二百二十一条 捏造并散布虚伪事实，损害他人的商业信誉、商品声誉，给他人造成重大损失或者有其他严重情节的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

第二节 单位犯罪

单位犯罪，规定在《刑法》第30条和第31条。根据第30条的规定，如果刑法在具体条文中没有规定存在单位犯罪，那么单位就不会触犯该罪名。第31条则规定了单位犯罪具体的处罚方式，单位犯罪的，一般采取双罚制的方式，对单位处以罚款，对单位的负责人处以有期徒刑。

单位犯罪中，单位注销或破产的，实际上单位“已死亡”，对此刑法不会再对单位进行处罚，但是单位的负责人或直接责任人还是无法脱离干系。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第286条规定，在审理单位犯罪的过程中，当公司灭失时，公司中单位犯罪的直接责任主管和其他直接责任人仍然应当负刑事责任。

以案说法

触犯单位犯罪的，公司及负责人均需承担刑事责任

杨某是江某造纸厂的厂长。2000年某日，杨某召集工厂经营副厂长、财务科长、副科长、出纳和工厂劳动服务公司的出纳到其办公室，指使上述人员共同对工厂劳动服务公司1999年度的财务支出流水账、凭证等会计资料进行审核，确认无异议后，将余额结转到新账簿上，由在场人签名。之后，杨某决定延用工厂一直以来的做法，让工厂工人将审核过的会计资料烧毁。

2001年4月5日，杨某仍沿用前次做法，将审核过的工厂财务和年度财务流水账、凭证等会计资料烧毁。检察院以杨某和造纸厂为被告提起诉讼，指控杨某和造纸厂触犯销毁会计资料罪。

【判词摘录】[①]

◆ 杨某身为被告单位江某造纸厂的厂长、法定代表人，召集有关人员审核并指使他人烧毁该厂的会计资料，事实清楚，证据确凿、充分。

◆ 会计凭证、会计账簿是会计法规定依法应当保存的会计资料，任何单位与个人均不得隐匿或者故意销毁。被告单位江某造纸厂为本厂私利，经该厂决策机构集体研究同意后，用锅炉烧毁了依法应当保存的上述会计资料，其行为与法律的规定公开相悖，可视为情节严重。依照《刑法》第162条之一的规定，江某造纸厂的行为构成销毁会计资料罪。依照《刑法》第162条之一第2款和《刑法》第30条关于“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任”的规定，江某造纸厂应当承担刑事责任。

◆ 被告人杨某身为江某造纸厂的厂长、法定代表人，召集有关人员审核并指使他人烧毁会计资料，对江某造纸厂实施的销毁会计资料犯罪行为负有直接责任，是《刑法》第162条之一第2款规定的“直接负责的主管人员”，也应当依照《刑法》第162条之一第1款的规定承担销毁会计资料的刑事责任。

◆ 被告单位江某造纸厂犯销毁会计资料罪，判处罚金10万元。被告人杨某犯销毁会计资料罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年，并处罚金5万元。

风险提示

1. 单位犯罪的处罚对象除了单位之外，公司负责人、经办人（即直接责任人）一般情况下也要承担刑事责任。在一些公司常会存在挂名法定代表人的情况，挂名法定代表人在因公司触犯单位犯罪面临起诉指控的时候，即使其只是挂名的法定代表人，仍然需要作为公司的负责人承担刑事责任。

2. 单位犯罪对于公司来讲是金钱上的处罚，对于责任人来讲则是有期徒刑的处罚。但在单位犯罪中对责任人处罚的刑期，会比自然人犯罪所受处

① 参见“江某造纸厂、杨某销毁会计资料案”，载《最高人民法院公报》2002年第4期。

罚的刑期要低。商业社会中的行贿行为，刑法有行贿罪与单位行贿罪之分，前者是自然人犯罪，后者是单位犯罪。对触犯行贿罪的自然人，一般处五年以下有期徒刑或拘役；若因行贿谋取不正当利益情节严重的将有可能处五年以上十年以下有期徒刑；当情节特别严重时则会处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。若触犯单位行贿罪的，直接负责的主管人员和其他直接责任人员只会被处以三年以下有期徒刑。

法规速递

《中华人民共和国刑法》

第三十条 公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。

第三十一条 单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。

《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》

为依法惩治单位犯罪活动，根据刑法的有关规定，现对审理单位犯罪案件具体应用法律的有关问题解释如下：

第一条 刑法第三十条规定的“公司、企业、事业单位”，既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位。

第二条 个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处。

第三条 盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》

第二百八十六条 审判期间，被告单位被撤销、注销、吊销营业执照或者宣告破产的，对单位犯罪直接负责的主管人员和其他直接责任人员应当继续审理。

第三节　面临经济犯罪刑事指控时需注意的问题

一、刑事和解

民事纠纷中，双方当事人可以通过和解的方式解决纠纷。任何民事案件，只要双方当事人达成一致协议，法院原则上都应无条件同意。在刑事诉讼中，也有受害人与加害人之间可以达成刑事和解的情况，但是刑事和解与民事和解不同，并非所有犯罪都能随意与受害人和解以免除刑事处罚。

刑事诉讼中，被告人与被害人方面达成民事赔偿协议，往往伴随被侵害方不追究的内容（谅解书）。刑事和解签订的协议，主要有自诉案件中的撤诉协议和刑事谅解书（即提交给法院的求情信）两种形式。

只有极有限的刑事案件可以通过刑事和解来免除行为人的刑事责任，如自诉案件、因民间纠纷引起的涉嫌触犯侵犯公民人身权利罪和侵犯财产罪可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件、除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件。一般的公诉案件并不能通过当事人之间的和解而使检察院撤回控诉，公诉案件的和解协议也只能作为法院从轻量刑、从宽处理的参考依据之一。

刑事和解近年来常在刑事案件中被使用，各地司法机关均有文件予以规范，在给予支持鼓励的同时也作出了严格的限制。例如，2012 年广东省高级人民法院、广东省人民检察院、广东省公安厅、广东省司法厅联合发布的《关于在刑事公诉案件中适用和解的实施意见（试行）》（粤高法发〔2012〕44 号）指出，因民间纠纷引起的涉嫌触犯侵犯公民人身权利罪和侵犯财产罪可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件、除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件可以适用和解程序的同时，还应符合“（1）当案件事实清楚，证据确实、充分；（2）犯罪嫌疑人或者被告人自愿认罪、悔罪；（3）犯罪嫌疑人或者被告人与被害人双方在平等、自愿基础上进行和解”三个条件，才能启动和

解程序，并规定在侦查阶段和解协议签署后，如果一方或者双方当事人反悔或者不履行协议的，公安机关应认定和解协议无效并对案件依法作出处理。

以案说法

公诉案件的刑事和解并不能逃避刑事责任的追究

刘某于20年前接手经营了一家集体企业，一直独自经营。自2006年开始，刘某邀请了好友丘某作为公司股东入资200万元。丘某作为公司股东后，一直没有参与公司的经营。

2006年至2011年公司的生意一直很一般，因此两股东也没有什么分红，丘某并无提出任何异议。2012年公司接到了一个大项目，赚了500多万元，于是刘某便伪造了一份与丘某的退股协议并向工商局作了变更登记。丘某得知此事后向公安机关报案，随后公安机关立案侦查。

2012年11月10日，刘某与丘某签订协议书，约定：刘某承认丘某占有公司200万元的股权，在2006年至2012年的经营中，刘某应分180万元利润给丘某并在协议签订后五日内支付，丘某收到利润后将不再追究此事。双方签订协议后，刘某仍然被公安机关以职务侵占罪逮捕。

【律师评析】

虽然刘某与丘某签订了和解协议，丘某同意不再追究刘某的任何责任，但是公安机关已经介入侦查，且本案并非侮辱、诽谤等自诉案件而是公诉案件，因此，双方私下签订的刑事和解协议并不能使公安机关退出侦查。另外，刘某在与丘某签订的协议中，承诺了向丘某支付利润180万元，该条款属于民事范畴，是有效的。因此，刘某签订这份和解协议不但不能让自己免除刑事处罚，还必须向丘某承担180万元的债务。

风险提示

1. 刑事犯罪一旦实施，就会面临被国家追究刑事责任的可能。刑事诉讼中原告是检察院，检察院代表了国家，即国家提起公诉。因此，一般的公诉案件不能通过签订刑事和解协议来免除处罚。

2. 可以通过和解来销案的刑事案件极为有限，一般情况下，在重婚、

造成轻伤等刑罚在三年以下的轻微自诉案件中较为常见，而经济犯罪案件在司法实践中则基本上没有通过和解销案的可能，即使双方达成书面协议，加害方做了赔偿、受害方向司法机关出具了销案的请求，司法机关仍然会对犯罪行为进行处理，有受害方的请求只能作为宽大处理的依据而已，可以从轻处罚。

3. 写谅解信、求情信在近年的刑事案件中常常出现，这种方式得到了司法机关的认可和支持。但是刑事和解就有点像“花钱买刑期”，所以对于这种做法，法律和司法解释都有严格的限制，因此在签订和解协议时要慎重。

法规速递

《中华人民共和国刑事诉讼法》

第二百七十七条 下列公诉案件，犯罪嫌疑人、被告人真诚悔罪，通过向被害人赔偿损失、赔礼道歉等方式获得被害人谅解，被害人自愿和解的，双方当事人可以和解：

（一）因民间纠纷引起，涉嫌刑法分则第四章、第五章规定的犯罪案件，可能判处三年有期徒刑以下刑罚的；

（二）除渎职犯罪以外的可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件。

犯罪嫌疑人、被告人在五年以内曾经故意犯罪的，不适用本章规定的程序。

《最高人民法院关于常见犯罪的量刑指导意见》

10. 对于当事人根据刑事诉讼法第二百七十七条达成刑事和解协议的，综合考虑犯罪性质、赔偿数额、赔礼道歉以及真诚悔罪等情况，可以减少基准刑的50%以下；犯罪较轻的，可以减少基准刑的50%以上或者依法免除处罚。

二、口供很重要

目前，在我国的刑事侦查中，公安机关和检察机关仍然比较重视犯罪

嫌疑人的口供。当行为人涉嫌触犯刑法而被侦查机关调查时，会接受侦查机关的讯问，而记录下来的口供，则是对自己行为的看法以及对自己的主观意图的证明。在经济犯罪中，如本章开篇所述，许多行为人是在“不小心”“不注意”的情况下触犯了刑法，自己在犯罪过程中持一个什么样的心态，是怎样的主观意图，有时候往往是决定是否有罪的关键。

以案说法

没有其他主要证据可以证明犯罪的，被告人口供不承认罪名，不应定罪

许某经营甲客运公司，但该客运公司的法定代表人为许某的表弟胡某，而许某的妻子谢某则经营另一家乙客运公司。胡某虽然是甲客运公司的法定代表人，但从不管理公司事务，自己仅仅是公司的挂名负责人，公司一切均由许某操控。2012 年 7 月，许某为了让甲客运公司中标而涉嫌行贿，被刑事拘留。胡某随后也被公安机关刑事拘留，被控作为甲客运公司的法定代表人串通投标。胡某实际对许某的行贿以及投标并不知情，对自己犯罪一直不予承认。

【律师评析】

投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人利益情节严重的，触犯串通投标罪。胡某被控涉嫌串通投标，公安机关需要证明胡某是投标人，并与他人串通投标报价。在本案中，胡某作为挂名的法定代表人，并不知道公司实际控制人许某行贿、串标的行为，在胡某对自己被指控的罪名予以否认的情况下，若无其他证据可以直接证明胡某对串标知情并实际参与了投标，是不能对其定罪的。但是，在公安机关对胡某的讯问中，若胡某对被指控的罪名供认，承认自己参与了串标的行为，结合胡某公司法定代表人的身份，则胡某很有可能因为自己的口供而被认定犯罪。

风险提示

1. 公安机关办理刑事案件，一般强调需要被告人的口供来进行罪名指控。目前，在我国的刑事案件中，公安机关对于口供还是较为依赖的。虽

然将一个人定罪除了口供外还需要其他辅助证据予以证明，但是口供的确还是公安机关对被告人定罪的重要证据之一。

2. 当遇到公安机关来侦查取证时，必须实事求是地配合调查，但在自己记不清楚的情况下还需谨慎作答，这也是对案件负责、对办案人员负责。毕竟说过的口供要再改是很难的。只要有一次讯问笔录承认了“犯罪事实”，或者是口供中所陈述的内容与犯罪构成相吻合，日后很难推翻原口供中自己所说的话。若日后一旦因自己的不当口供导致错案，将给各方带来不好的结果。

3. 刑讯逼供是我国法律所严厉禁止的。为了走向法治的轨道，我国不断提高公安队伍的法律教育和加大硬件投入。例如，审讯室有同步录像录音。但是，“坏习惯”也不是一天就能改好的，所以最高人民法院在出台《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》时，增加了刑事案件中的非法证据排除程序，即在庭审过程中，辩方可就证据（主要是遭刑讯而取得的口供）进行非法性的排除，这也是对被告人修正口供的最后一道司法救济的手段。

法规速递

《中华人民共和国刑事诉讼法》

第四十八条 ……

证据包括：

……

（五）犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；

……

第五十三条 对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。

……

后 记

写这本书用了半年的时间。律师工作并非朝九晚五，一旦接到当事人的指令，我们就要连续忙碌。因为工作繁忙，大部分的写作都安排在难得空闲的晚上进行，有时则赶在早上，趁上班前专心地写上几段。

多年前，我们就有一个心愿：将平日从事法律顾问工作时积累的经验，以及受邀为企业做法律培训的内容，整理成书。在一次与中国法制出版社编辑王佩琳的交流中，我们告诉了她这个想法，她鼓励我们尽快动笔，把“心愿”完成。从选题策划到体系大纲的形成，佩琳编辑一直参与其中（那次她来广州出差，在茶餐厅同我们喝奶茶吃菠萝包，她的话题总离不开这本书的写作，不断催促我们快点“做功课”）。在写作的过程中，我们遇到问题向她请教，她都会放下手头工作耐心地为我们解答。

美国法学家霍姆斯曾说：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”写一本关于企业常见法律问题的书，要有大量实战经验作为基础。正因为有了那些聘请我们担任法律顾问的企业，有了他们的信任与支持，我们才有了许多接触实务、深入反思、提升自我的机会，也才有了这本书的面世。这些企业大多在我们执业初期便开始与我们合作，可以说，我们在共同成长。

要写好这本书，在资料准备方面，仅取材于经办的案件、所服务企业的案例，还是远远不够的。因此，我们还查阅了上千个案例（能够顺利地查阅那么多案例，除了案例检索系统的完备外，还归功于很多法院将自己审理的案件主动发布在自己的官方网站上。近年司法审判改革的不断进步，让我们对中国的法治建设充满信心），以及阅读参考了一些司法案例书，从中提炼精义，作较详尽的分析、总结。书稿完成后，我们将书稿发给了几

位前辈审阅，他们反馈了很多意见与建议，使我们获益良多。

律师这个职业充满魅力。我们能做律师、做好律师，需要一直以来的努力和坚持。感谢上天赐给我们的好运气，以及家人的理解与支持。

张扬　蒋丹青

二〇一七年四月于广州

主要参考书目

1. 吴庆宝主编:《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题(2009—2010年卷)》,中国法制出版社2009年版。

2. 吴庆宝主编:《最高人民法院专家法官阐释民商裁判疑难问题(2013—2014年卷)》,中国法制出版社2013年版。

3. 刘德权主编:《最高人民法院裁判意见精选》,人民法院出版社2011年版。

4. 刘兰芳主编:《新公司法疑难案例判解》,法律出版社2009年版。

5. 中华全国律师协会公司法专业委员会编著:《律师公司业务前沿问题案例及评析》,北京大学出版社2013年版。

6. 朱江主编:《北京市第二中级人民法院经典案例分类解析·公司法疑难案件卷》,法律出版社2013年版。

7. 宋晓明、刘俊海主编:《人民法院公司法指导案例裁判要旨通纂》,北京大学出版社2014年版。

8. 中国应用法学研究所编:《公司诉讼指导案例选评》,法律出版社2013年版。

9. 国家法官学院案例开发研究中心编:《中国法院2013年度案例·公司纠纷》,中国法制出版社2013年版。

10. 国家法官学院案例开发研究中心编:《中国法院2014年度案例·公司纠纷》,中国法制出版社2014年版。

11. 国家法官学院案例开发研究中心编:《中国法院2015年度案例·公司纠纷》,中国法制出版社2015年版。

12.《中国案例指导》编委会编：《人民法院指导案例裁判要旨汇览·公司卷》，中国法制出版社 2013 年版。

13. 王军：《中国公司法》，高等教育出版社 2015 年版。

14. 陈支辉、蒋勇主编：《天同码：中国商事诉讼裁判规则（精装全七册）》，法律出版社 2016 年版。

15. 张扬、郭旺生、吴春婉：《劳动用工完全法律指南（双色图文版）》，中国法制出版社 2013 年版。

16. 北京市律师协会编：《劳动法疑难问题与典型案例》，北京大学出版社 2012 年版。

17. 朱江主编：《北京市第二中级人民法院典型案例分类精解·劳动争议卷》，法律出版社 2013 年版。

18. 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2013 年度案例·劳动纠纷（含社会保险纠纷）》，中国法制出版社 2013 年版。

19 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2014 年度案例·劳动纠纷（含社会保险纠纷）》，中国法制出版社 2014 年版。

20. 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2015 年度案例·劳动纠纷（含社会保险纠纷）》，中国法制出版社 2015 年版。

21. 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2016 年度案例·劳动纠纷（含社会保险纠纷）》，中国法制出版社 2016 年版。

22.《中国案例指导》编委会编：《人民法院指导案例裁判要旨汇览·劳动、社保卷》，中国法制出版社 2013 年版。

23. 王泽鉴：《债法原理：基本理论债之发生》，台湾三民书局 2012 年版。

24. 北京市高级人民法院编：《合同法新型疑难案例判解》，法律出版社 2007 年版。

25. 田朗亮编著：《买卖合同纠纷裁判规则与案例适用（含最新买卖合同司法解释解读及案例）》，中国法制出版社 2013 年版。

26. 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2013 年度案例·借款担保纠纷》，中国法制出版社 2013 年版。

27. 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2014 年度案例·借

款担保纠纷》，中国法制出版社 2014 年版。

28. 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2015 年度案例 · 借款担保纠纷》，中国法制出版社 2015 年版。

29. 国家法官学院案例开发研究中心编：《中国法院 2016 年度案例 · 借款担保纠纷》，中国法制出版社 2016 年版。

30. 朱江主编：《北京市第二中级人民法院典型案例分类精解 · 网络知识产权卷》，法律出版社 2013 年版。

31. 广州市律师协会编：《知 · 行：广州律师案例精选》，中国法制出版社 2012 年版。

32. 深圳市律师协会知识产权与高新技术法律业务委员会编：《智赢：出自律师的企业知识产权实务谋略》，法律出版社 2012 年版。

33. 奚晓明主编：《中国知识产权指导案例评注（上下卷）》，中国法制出版社 2011 年版。

34. 奚晓明主编：《中国知识产权指导案例评注（第三辑）》，中国法制出版社 2012 年版。

35. 奚晓明主编：《中国知识产权指导案例评注（第四辑）》，中国法制出版社 2013 年版。

36. 奚晓明主编：《中国知识产权指导案例评注（第五辑）》，中国法制出版社 2014 年版。

37. 最高人民法院知识产权审判庭编：《中国知识产权指导案例评注（第六辑）》，中国法制出版社 2015 年版。

38. 最高人民法院知识产权审判庭编：《中国知识产权指导案例评注（第七辑）》，中国法制出版社 2016 年版。

39. 奚晓明主编：《最高人民法院知识产权审判案例指导（第五辑）》，中国法制出版社 2013 年版。

40. 奚晓明主编：《最高人民法院知识产权审判案例指导（第六辑）》，中国法制出版社 2014 年版。

41. 最高人民法院知识产权审判庭编：《最高人民法院知识产权审判案例指导（第七辑）》，中国法制出版社 2015 年版。

42. 最高人民法院知识产权审判庭编：《最高人民法院知识产权审判案例指导（第八辑）》，中国法制出版社 2016 年版。

43. 北京市高级人民法院知识产权庭编：《北京法院商标疑难案件法官评述·2011》，法律出版社 2012 年版。

44. 北京市高级人民法院知识产权庭编：《北京法院商标疑难案件法官评述·2012》，法律出版社 2013 年版。

45. 北京市高级人民法院知识产权庭编：《北京法院商标疑难案件法官评述·2013》，法律出版社 2014 年版。

46. 北京市高级人民法院知识产权庭编：《北京法院商标疑难案件法官评述·2014》，法律出版社 2015 年版。

47. 陶凯元主编：《冲突与平衡：广东法院知识产权审判十年巡礼》，法律出版社 2006 年版。

48. 北京市高级人民法院民三庭编：《北京知识产权审判年鉴》，知识产权出版社 2005 年版。

49. 唐善新主编：《最新知识产权典型疑难案例判解（第二辑）》，羊城晚报出版社 2010 年版。

50. 陶凯元主编：《掩卷而思：反不正当竞争案例选萃》，法律出版社 2006 年版。

51. 北京市律师协会编：《著作权、专利权疑难问题与典型案例》，北京大学出版社 2012 年版。

52. 孔祥俊主编：《商业秘密司法保护实务》，中国法制出版社 2012 年版。

53. 孔祥俊主编：《最高人民法院知识产权司法解释理解与适用》，中国法制出版社 2012 年版。

54. 孔祥俊：《商标法适用的基本问题》，中国法制出版社 2012 年版。

55.《中国指导案例》编委会编：《人民法院指导案例裁判要旨汇览·知识产权卷》，中国法制出版社 2014 年版。

56. 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2003 年版。

57. 周道鸾、张军主编：《刑法罪名精释：对最高人民法院、最高人民检察院关于罪名司法解释的理解和适用》，人民法院出版社 2003 年版。

58. 陈兴良、张军、胡云腾主编：《人民法院刑事指导案例裁判要旨通纂（上下卷）》，北京大学出版社 2013 年版。

59. 朱江主编：《北京市第二中级人民法院典型案例分类精解·经济犯罪卷》，法律出版社 2013 年版。

◎《企业常见法律问题及风险防范》一书条目清晰，分类明细，不仅有以案说法、律师评析、风险提示，还配套梳理出相关的法规条文，这让该书成为企业管理者了解企业经营、人力资源管理、品牌运营及维护相关法律实务的一扇窗口，更是企业管理者遇到相关问题时必备的一本很好的工具书。点赞！

——广东电台珠江经济台《以案说法》
节目主持人 郑慧敏

◎值得一提的是，《企业常见法律问题及风险防范》一书从全局角度，为企业提前预见和规避掉很多风险，为企业经营者节约更多的资金和精力，是近年来企业经营法律方面最好、最切实有用的贴身顾问书，非常值得推荐。

——新经典文化股份有限公司
市场部总监 张卫平

企业常见法律问题及风险防范

管理者身边的法律顾问

BEST
增订2版

BUSINESS & LAW 法商实务系列
企业法律顾问

◎企业管理者必须掌握不断变化的社会、市场的趋势，尤其得适时且主动地掌握和社会发展密切相关的法律，《企业常见法律问题及风险防范》这本书在这一点上给了我们新的启发。

——株式会社 明治 芝田知幸

◎《企业常见法律问题及风险防范》这本书是非常好的经验分享。律师同行可以将这些经验用于自己服务的客户身上；企业管理者也能从中了解律师的重要性以及法律服务不可或缺。那些在管理和经营上看似简单的问题，其实都暗藏玄机，需要律师助力。

——广东法则明律师事务所律师 童春燕

◎《企业常见法律问题及风险防范》全书融“案例、法理、法条”于一体，内容实用，不仅能成为企业管理者身边的法律顾问，而且可以作为高校法学专业学生学习企业法律重要的参考书，也适合任何对企业法律感兴趣的读者阅读。

——澳门科技大学法学院教授 黄明健

上架建议 企业管理·法律实务
ISBN 978-7-5093-8106-9
9 787509 381069
定 价：68.00元

中国法制出版社
官方微信