



市场主体法律服务指南系列

# 规模企业 法律服务指南

本册主编：俞建伟

本册作者：俞建伟 陈东豪 陈恩成  
汪家园 陆 琳

宁波市律师协会  
宁波市江北区司法局 宁波市律师协会江北分会  
浙江合创律师事务所



## 市场主体法律服务指南系列

**编辑委员会**

**主 任：**林幼红

**副主任：**欧金铨 徐自立 俞建伟

**编委成员：**朱利军 陶旭峰 王 榕

胡松松 邓旭东 潘申明

# CONTENTS

## 目 录

### 第一章 公司的内部治理

|                        |    |
|------------------------|----|
| 第一节 公司治理的基本知识.....     | 1  |
| 第二节 公司的治理结构与权力分配.....  | 6  |
| 第三节 公司主要管理人员与法律责任..... | 19 |
| 第四节 公司的内部管理与工作制度.....  | 27 |
| 第五节 公司的变化与形式变更.....    | 38 |

### 第二章 企业利益与股东权利保护

|                         |    |
|-------------------------|----|
| 第一节 公司对外投资与提供担保的规范..... | 51 |
| 第二节 关联交易限制与董监高竞业禁止..... | 54 |
| 第三节 企业催讨欠款与债权保全.....    | 59 |
| 第四节 股东对公司债务的连带责任.....   | 65 |
| 第五节 股东的权利保护与救济途径.....   | 74 |

### 第三章 企业合同管理与商业风险防范

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| 第一节 企业的合同管理.....          | 84  |
| 第二节 合同订立阶段常见的法律风险与防范..... | 95  |
| 第三节 合同履行阶段常见的法律风险与防范..... | 103 |
| 第四节 违约责任追究与合同争议解决.....    | 110 |
| 第五节 合同变更、解除及风险防范.....     | 117 |

### 第四章 企业刑事风险防范与合规

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第一节 企业刑事风险的主要类型.....  | 127 |
| 第二节 职务犯罪风险与防范.....    | 129 |
| 第三节 融资刑事风险与防范.....    | 131 |
| 第四节 税务刑事风险与防范.....    | 135 |
| 第五节 市场竞争中刑事风险防范.....  | 139 |
| 第六节 产品生产销售刑事风险防范..... | 144 |
| 第七节 安全生产与环境保护合规.....  | 147 |

### 第五章 高新技术企业申报及税收优惠

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 第一节 高新技术企业的认定条件.....     | 152 |
| 第二节 高新技术企业的认定程序.....     | 159 |
| 第三节 申报高新技术企业的注意事项.....   | 162 |
| 第四节 高新技术企业的资格维护.....     | 166 |
| 第五节 研发费用归集与税前加计扣除.....   | 167 |
| 第六节 高新技术企业的税收优惠政策运用..... | 171 |
| 第七节 高新技术企业的主要税务风险防控..... | 173 |



# 第一章 公司的内部治理

## 第一节 公司治理的基本知识

### 一、对公司治理的概念理解

对于公司治理的概念理解有狭义和广义之分。狭义的公司治理是指公司的所有者（主要是股东）对经营者的一种监督与制衡机制，即通过一种制度安排，合理地配置所有者和经营者之间的权力和责任关系，其目标是保证股东利益的最大化，防止经营者对所有者利益的背离。其核心是公司的治理结构与权力分配，包括股东会的职权与表决规则，董事会的组成与议事规则，监事会的组成与议事规则，审计委员会的设立与议事规则，股东会对董事会的授权，董事会对经理班子的授权与工作制度，公司法定代表人制度，对董事、监事、经理及其他高级管理人员的要求等。

广义的公司治理不局限于所有者对经营者的制衡，还涉及广泛的利益相关者，包括股东、员工、债权人、供应商和政府等与公司有利害关系的集体或个人。所以，公司治理还可以包括股东的加入或退出，企业的内部管理制度，管理人员的任命与免职，员工的劳动合同管理，员工的激励与奖惩，公司对外投资与提供担保的规范，关联交易限制与企业利益保护，企业的社会责任，公司的管理文化，等等。

总之，公司治理是通过一套包括正式或非正式的、内部或外部的制度或者机制来协调公司与所有利益相关者之间的关系，以保证公司决策的科学性与公正性，从而最终维护各方的利益。公司治理的目标不是股东利益的最大化，而是努力使得公司的合法利益最大化与所有利益相关者之间的利益平衡。如给员工加薪，可能会使得员工利益增加但股东利益减少，但如果给员工的薪资较低，将无

法招聘到优秀的员工也无法使得员工为公司努力工作，表面上是降低了人力成本，实质上损害了股东利益，所以很多公司在维持给员工合理的薪资基础上进行股权激励。这样，可以实现员工利益与股东利益之间的利益平衡，目的是实现公司的合法利益最大化。

为实现这一目的，公司治理不能仅局限于内部管理中权力制衡，必须着眼于和确保企业决策的科学性和公正性，不但需要建立完备有效的公司治理结构，更需要建立行之有效的公司治理机制与形成相应的管理文化。

## 二、与公司治理结构相关的主要法律制度

公司治理结构是公司内部治理的核心和基础，是指根据权力结构、执行机构和监督机构互相独立、权责明确、互相制衡的原则实现对公司的治理。公司治理结构是由股东会、董事会、监事会和管理班子组成，决定公司内部决策过程和利益相关者参与公司治理的办法，主要作用在于协调公司内部不同产权主体之间的经济利益矛盾，减少管理成本。

### （一）法定代表人制度

法定代表人指依法律或者法人章程的规定，代表法人行使职权、以法人名义从事民事活动的负责人。通常由董事或经理担任公司法定代表人，在公司章程中予以明确规定，并在公司登记机关依法登记。

### （二）股东会制度

股东会是由全体股东组成的公司权力机构，是股东实现投资收益权、参与公司经营管理权及重大问题决策权的制度保障。首先，《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）对股东会的职权与召集制度作了规定，以维护股东利益，保障股东可以行使相应的权利。其次，《公司法》对股东会的表决制度进行了规定，以保护股东行使对股东会提案做出意思表示的权利。还有，《公司法》还规定了股东会的责任追究制度，即股东会决议瑕疵的救济制度。

### （三）董事会制度

董事会是公司的执行机构，对公司重大事项的日常决策具有重要作用。《公司法》对董事会的职权、董事长的职权、董事会的召集方式、董事会的议事方式

和表决程序、董事会决议瑕疵的救济方式、上市公司的独立董事制度等作出了相关的规定，并规定董事对公司负有忠实和勤勉义务、接受质询和调查的义务。

### （四）监事会或审计委员会制度

监事会是公司的监督机构，包括检查公司财务和对公司董事、高级管理人员执行职务的行为进行监督等。《公司法》对监事会的职权、监事的产生与职工监事比例、监事会的召开及程序、监事会的议事方式和表决程序等作出了相关的规定，并规定监事也对公司负有忠实和勤勉义务、接受质询和调查的义务。根据新修订《公司法》的相关规定，公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使监事会的职权，不设监事会或者监事。

### （五）对经理及其他高级管理人员的要求

高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。《公司法》不仅规定了经理的聘任和解聘、职权、董事会授权等，而且规定了对经理班子的激励与约束机制。《公司法》中详细列举了公司高级管理人员违反对公司忠实义务的行为，要求违反忠实义务的高级管理人员承担相应法律责任。

## 三、公司治理中存在的法律风险

虽然《公司法》中对公司治理结构进行了比较详细、明确的规范，但是在实践中还是会存在一些法律风险。常见的情况有：

（一）因为股东之间或董事之间的矛盾，导致股东会、董事会无法正常召开。有些公司的股权比较分散，没有实际控制人，股东之间存在非常尖锐的矛盾，导致股东会难以召开，即使召开也难以形成共识、通过决议。公司僵局是指公司在存续运行期间因股东之间或董事之间的矛盾激化而处于僵持状态，具体而言即股东会、董事会不能形成有效决议，导致董事会不能行使职权，从而使公司陷入瘫痪、无法正常运行的事实状态。公司一旦陷入僵局，会对公司、股东、债权人、员工及内部管理产生危害后果。若公司僵局长期无法得到化解，则只能通过司法途径解决，通常的结果是解散公司。

（二）大股东利用实际控制人的优势，不召开股东会或者不将其他小股东认

为应该讨论的提案提交股东会、董事会讨论。如按照《公司法》的相关规定，制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案是董事会的职权，审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案是股东会的职权。如果公司有较好的盈利，大股东不愿意分配利润，但其他小股东希望公司分配利润，往往会产生矛盾。但大股东控制的董事会不提交利润分配方案，就无法将利润分配方案列入股东会的提案，小股东可以将股权转让出去或要求公司收购其股权。根据《公司法》第89条的规定，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，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。

（三）公司决议的程序不公正或内容不合法导致公司决议无效、可撤销的，可能会影响到公司稳定与今后长远发展。如公司章程中规定，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保必须要经过股东会通过决议，但后来发生董事会作出决议将公司资金借给大股东控股的另一家公司，显然董事会作出的该项决议是可撤销的，小股东可以请求法院撤销。资金一旦已经出借，可能很难追回，如果因此造成给公司利益造成损失，同意该决议的董事及推动此项决议的大股东应承担赔偿责任。

（四）公司管理人员权责不清晰，公司实际控制人、董事、监事、经理及其他高级管理人员未按照法律、行政法规或公司章程行使职权，损害公司利益。

《公司法》第181条至第184条对董事、监事、高级管理人员的禁止行为与限制行为进行了详细规定。但因为公司财务制度存在漏洞，公司对经理人员的职权规定不明确，总经理擅自决定销售人员可以利用个人的银行账户或微信二维码、支付宝收取货款，结果有个别销售人员借机将公司的货款占为己有。或者有些公司的销售负责人，用家人的名义另外设立一家公司，与所在公司进行关联交易，进行利益输送，实质损害了公司的利益。

#### 四、法律顾问在公司治理中的作用

法律顾问在公司治理中的作用体现多个方面，具体来看有以下几个方面的作用。

#### （一）设计股权结构与股权激励方案

股权结构是公司治理机制的基础，不同的股权结构会使股东行使权力的方式和效果产生较大的区别，进而对公司治理模式的形成、运作及绩效产生较大的影响。企业为了吸引或留住有专长的员工，往往通过股权激励方式实现，律师作为法律顾问可以根据公司特点、股东需求及公司实际情况帮助公司设计股权结构与股权激励方案。

#### （二）设计个性化的公司章程

公司章程是公司组织与行为的基本准则，重要性不言而喻。但很多企业在创立之初，在章程中使用的是公司登记机关提供的示范文本，此后几乎没有变化。股东之间一旦产生矛盾，往往会采取签订协议而非修改公司章程的方式予以处理，如关于利润的分配、公司表决权的调整、对外投资、借款或提供担保等。这样做存在一定的风险，因为股东之间的协议效力不及于第三方，如公司、股东不能以股东之间有协议或公司有内部规定主张法定代表人签字并盖公司章的借款协议无效。公司章程是公司的自治规范，是股东维护其合法权益的重要工具，是保护公司债权人利益的重要手段。法律顾问可以根据公司自身特点及实际情况制定切实可行的章程条款，或者帮助公司进行章程修改并及时办理变更登记，从而建立具有公司特色且有效的自治机制。

#### （三）设计公司机关议事规则和工作制度

虽然公司机关的职权和议事规则的主要内容在《公司法》中有明确的规范，在公司章程中也会进行规定，但往往是比较原则，需要另外起草工作制度。公司常见的议事规则和工作制度有《股东会议事规则》《董事会议事规则》《监事会议事规则》（或《审计委员会议事规则》）《总经理工作制度》《公司财务制度》《员工管理制度》《员工手册》《公司印章管理制度》等。法律顾问可以帮助公司设计机关议事规则和工作制度，进而明确公司各部门的职权及运作规则。

#### （四）辅导董事、监事、经理及其他高级管理人员

根据《公司法》的规定，董事、监事、经理及其他高级管理人员（简称“董监高”）对公司负有忠实、勤勉义务。“董监高”执行职务违反法律、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。但一些“董监

高”并不清楚《公司法》或公司章程的相关规定，或者抱有侥幸心理，如以亲戚名义另设公司与自己所在的公司进行关联交易或从事竞争业务。所以，公司有必要对“董监高”进行培训与教育，律师可以参与其中，法律顾问对“董监高”的辅导主要包括：进行法律知识培训，帮助“董监高”熟知自身权利、义务及责任；对公司章程、议事规则与工作制度的操作进行指导，帮助“董监高”充分了解自身职权及如何正确运用章程完善公司治理；进行实务指导，帮助解决公司运转中的实际问题。

#### （五）其他方面

律师作为法律顾问可以视具体情况根据公司或股东的委托，介入公司办理登记或备案、产权交易、投融资、合同谈判、合同起草与审查、企业争端处理、法律行为见证、规章制度设计、法律意见或建议书出具、法律风险测评、劳动纠纷处理、员工岗位法律知识培训等诸多领域，协助公司防范法律风险，帮助公司全面完善内部治理。

## 第二节 公司的治理结构与权力分配

### 一、股东会的职权与表决规则

#### （一）股东会的职权

股东会，是依法由全体股东组成的公司权力机构。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第80条规定：营利法人应当设权力机构。权力机构行使修改法人章程，选举或者更换执行机构、监督机构成员，以及法人章程规定的其他职权。根据《公司法》第58条与第111条规定，公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依法行使职权。

根据《公司法》第59条第1款的规定，股东会行使下列职权：（1）选举和更换董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；（2）审议批准董事会的报告；（3）审议批准监事会的报告；（4）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（5）对公司增加或者减少注册资本作出决议；（6）对发行公司债券

作出决议；（7）对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；（8）修改公司章程；（9）公司章程规定的其他职权。无论是有限责任公司的股东会还是股份有限公司的股东会，其法定职权都适用该条款规定。

需要注意的是，上述第（1）项至第（8）项是股东会的法定职权。同时，《公司法》赋予公司自治权利，公司可以根据自身经营实际情况，通过公司章程将其他决策事项规定为股东会的职权，如审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案，一定数额以上的对外投资、捐赠、借款或者提供担保等。

此外，有限责任公司的股东对《公司法》第59条第1款所列事项以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名或者盖章。

#### （二）股东会的召开

《公司法》第62条规定，有限责任公司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1/10以上表决权的股东，1/3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。

关于会议的召开时间，章程中可以规定举办定期会议的时间，应在多长时间内召集临时会议等。《公司法》第64条第1款规定，召开股东会会议，应当于会议召开15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。

《公司法》第63条对有限责任公司股东会的召开作出规定：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，由过半数的董事共同推举一名董事主持。董事会不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会召集和主持；监事会不召集和主持的，代表1/10以上表决权的股东可以自行召集和主持。

《公司法》第113条规定，股份有限公司股东会应当每年召开一次年会。出现法定情形之一的，应当在两个月内召开临时股东会会议。

《公司法》第114条与第63条规定相似，差异之处：监事会不召集和主持的，连续90日以上单独或者合计持有公司10%以上股份的股东可以自行召集和主

持。单独或者合计持有公司10%以上股份的股东请求召开临时股东会会议的，董事会、监事会应当在收到请求之日起10日内作出是否召开临时股东会会议的决定，并书面答复股东。

《公司法》第115条对股份有限公司股东会的召开通知方式与实践作出规定：召开股东会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开20日前通知各股东；临时股东会会议应当于会议召开15日前通知各股东。单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，可以在股东会会议召开10日前提出临时提案并书面提交董事会。临时提案应当有明确议题和具体决议事项。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会审议；但临时提案违反法律、行政法规或者公司章程的规定，或者不属于股东会职权范围的除外。公司不得提高提出临时提案股东的持股比例。公开发行股份的公司，应当以公告方式作出前两款规定的通知。股东会不得对通知中未列明的事项作出决议。

### （三）股东会的表决规则

股东表决权是指股东拥有的对股东会提案做出意思表示的权利。表决权的大小通常与股东所持的公司股份多少相对应。《公司法》第4条第2款规定：公司股东对公司依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。

《公司法》第65条适用于有限责任公司的规定，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。如公司章程中可以采取“同股不同权”的规定，没有实际出资的股东没有表决权。实践中，优先股股东对公司事务无表决权、没有选举及被选举权，一般来说对公司的经营没有参与权。

《公司法》第116条适用于股份有限公司的规定，股东出席股东会会议，所持每一股份有一表决权。但是，公司持有的本公司股份没有表决权。第117条规定了特殊表决规则：股东会选举董事、监事，可以按照公司章程的规定或者股东会的决议，实行累积投票制。累积投票制，是指股东会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。

针对不同的表决事项，股东会作出决议的方式有所区别。有限责任公司股东会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。股东会

作出决议，应当经代表过半数表决权的股东通过。股东会作出修改公司章程、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，应当经代表2/3以上表决权的股东通过。

股份有限公司的股东会作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。股东出席股东会会议，所持每一股份有一表决权，类别股股东除外。公司持有的本公司股份没有表决权。股东会作出修改公司章程、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，应当经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

需要注意的是《公司法》第24条规定：公司股东会、董事会、监事会召开会议和表决可以采用电子通信方式，公司章程另有规定的除外。

此外，当公司股东与股东会的决议事项有特别利害关系时，该股东与其代理人均不得就其持有的股权行使表决权，以排除利害关系股东通过行使表决权对关联交易决议造成影响。

## 二、董事会的组成与议事规则

### （一）董事的产生

董事是指由法人权力机构选举产生或职工民主选举或委派产生的法人执行机构的成员，是公司内部治理的主要力量。董事组成董事会，董事会是公司经营决策机关，董事基于股东的信任取得了法律和公司章程赋予的参与公司经营决策的权力。董事作为公司经营运作的管理人，由股东会选举产生，通常是在股东之间协商后提名并在召开股东会前形成一定的共识。

《公司法》第178条对公司的董事、监事、高级管理人员的资格条件作出了一定的限制，如果存在以下情形之一，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：（1）无民事行为能力或者限制民事行为能力；（2）因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年，被宣告缓刑的，自缓刑考验期满之日起未逾二年；（3）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；（4）

担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照、责令关闭之日起未逾三年；（5）个人因所负数额较大债务到期未清偿被人民法院列为失信被执行人。违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。

## （二）董事会的组成

根据《公司法》第68条与第120条规定，公司董事会成员为3人以上，其成员中可以有公司职工代表。特别需要注意的是：新修订的《公司法》第68条规定，职工人数300人以上的有限责任公司，除依法设监事会并有公司职工代表的外，其董事会成员中应当有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

需要注意的是：新修订的《公司法》取消了对董事会的人数限制。公司在确定董事会人数时，建议考虑以下因素：一是公司所处的发展阶段和发展规模。如果公司规模不大，为了保障董事会的运行高效，董事会人数可以少一些，以后可以根据公司的发展逐步扩大董事会规模。二是董事会的决策效率与决策正确性的平衡。在确定董事人数时应平衡各种因素，尤其是股东的人数与所占股份比例。三是宜为单数。董事会决议的规则是一人一票，按照票数多数决，如果董事会成员人数为双数，可能会出现支持或否决的票数相等，导致董事会决议无法通过的情况，影响公司决策，所以多数公司董事会成员人数是单数。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。有所差异是：有限责任公司董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定；股份有限公司董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。

此外，根据《公司法》第75条与第128条规定，规模较小或者股东人数较少的公司，可以不设董事会，设一名董事。该董事可以兼任公司经理。

《公司法》第70条规定：董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年。董事任期届满，连选可以连任。董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞任导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。董事辞任的，应当以书面形式通知公司，公司收到通知之日辞任生效，但存在前款规定情形的，董事应

当继续履行职务。第71条规定：股东会可以决议解任董事，决议作出之日解任生效。无正当理由，在任期届满前解任董事的，该董事可以要求公司予以赔偿。该两项规定不仅适用有限责任公司，也适用于股份有限公司。

## （三）董事会的职权

《民法典》第81条第1、2款规定：营利法人应当设执行机构。执行机构行使召集权力机构会议，决定法人的经营计划和投资方案，决定法人内部管理机构的设置，以及法人章程规定的其他职权。

董事会是公司的执行机构。《公司法》第67条第2款规定，董事会行使下列职权：（1）召集股东会会议，并向股东会报告工作；（2）执行股东会的决议；（3）决定公司的经营计划和投资方案；（4）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（5）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；（6）制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；（7）决定公司内部管理机构的设置；（8）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；（9）制定公司的基本管理制度；（10）公司章程规定或者股东会授予的其他职权。公司章程对董事会职权的限制不得对抗善意相对人。

根据此规定，股东会授权董事会作出其他决定，包括本应属于股东权的职权，如股东会可以授权董事会对发行公司债券作出决议。

根据《公司法》第120条第2款规定，股份有限公司董事会的职权，适用于《公司法》第67条规定。

如果股东人数较少或者规模较小的公司不设董事会，只设一名董事。该董事的职权由公司章程规定，其权限一般小于董事会的权限。

## （四）董事会的召开

《公司法》第72条与第122条第2款规定，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。

《公司法》对有限责任公司的董事会召开次数、开会通知方式与时间没有作出明确规定，通常由公司章程自行规定。如果公司章程没有对此规定，一般采取

不定期开会、临时通知的方式即可，这样可以提高决策效率。《公司法》第123条对股份有限公司的董事会召开进行了规定：董事会每年度至少召开2次会议，每次会议应当于会议召开10日前通知全体董事和监事。代表1/10以上表决权的股东、1/3以上董事或者监事会，可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后10日内，召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

#### （五）董事会的表决方式

《公司法》第73条第1款规定，有限责任公司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。

无论是有限责任公司还是股份有限公司，召开董事会会议有三个相同点：董事会会议应当有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，应当经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决，应当一人一票。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。

《公司法》第125条对股份有限公司董事会作出特别的规范：董事会会议，应当由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书应当载明授权范围。董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东会决议，给公司造成严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任；经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

### 三、监事会的组成与议事方式

#### （一）监事的产生

监事也是管理公司事务的人员，所以对其资格条件也有一定的限制，具体见《公司法》第178条的规定。

根据《公司法》第76条第2款与第130条第2款的规定，监事会成员为3人以上。监事会成员应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

无论是有限责任公司还是股份有限公司，对监事的要求都有一些相同点：董事、高级管理人员不得兼任监事。监事的任期每届为三年。监事任期届满，连选可以连任。

#### （二）监事会的组成

如果公司设监事会，其成员为三人以上。但公司也可以不设立监事会，只设一名监事或在董事会中设置审计委员会，还可以不设监事。《公司法》第83条规定：规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权；经全体股东一致同意，也可以不设监事。第133条规定：规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权。

与有限责任公司一般只设监事会主席略有区别的是，股份有限公司可以设副主席。《公司法》第76条第3款规定：监事会设主席一人，由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。第130条第3款规定：监事会设主席一人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由监事会副主席召集和主持监事会会议；监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。

#### （三）监事会的职权

《民法典》第82条规定：营利法人设监事会或者监事等监督机构的，监督机构依法行使检查法人财务，监督执行机构成员、高级管理人员执行法人职务的行为，以及法人章程规定的其他职权。

监事会是公司的监督机构，其设置是为了更好地对公司进行内部管理和控制。《公司法》第78条规定，监事会行使下列职权：（1）检查公司财务；（2）对董事、高级管理人员执行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、高级管理人员提出解任的建议；（3）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；

(4) 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；(5) 向股东会会议提出提案；(6) 依照本法第一百八十九条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；(7) 公司章程规定的其他职权。

根据《公司法》第79条规定，监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。

根据《公司法》第80条规定，监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告。董事、高级管理人员应当如实向监事会提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

根据《公司法》第131条规定，以上第78条至第80条的规定，适用于股份有限公司监事会。监事会行使职权所必需的费用，由公司承担。

#### (四) 监事会的议事方式

公司监事会的议事方式及表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。监事可以提议召开临时监事会会议。监事会决议应当经全体监事的过半数通过。监事会决议的表决，应当一人一票。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

差异在于：有限责任公司监事会每年度至少召开一次会议；股份有限公司监事会每六个月至少召开一次会议。

#### 四、审计委员会的设立与议事方式

我国的一些公司虽然也设立了监事会，但往往是“名不副实”，没有发挥监事会应起到的作用；而在新修订的《公司法》中引入“审计委员会”这一机构组织形式，可以起到替代监事会的作用。

##### (一) 审计委员会的设立

《公司法》第69条规定：有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。在《公司法》第

121条第1款作出了类似的规定。在第2款中进行细化规定：审计委员会成员为3名以上，过半数成员不得在公司担任除董事以外的其他职务，且不得与公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。

审计委员会与传统监事会的主要差异：审计委员会是在董事会中设置，所以其不是一个独立的机构，要受到董事会的领导；而监事会在公司中是一个与董事会平行的独立机构，主要是起监督作用。审计委员会的成员是由董事组成，但“董事、高级管理人员不得兼任监事”。

##### (二) 审计委员会的议事方式

《公司法》中未对有限责任公司设置审计委员会进行细化的规范，具体由公司章程规定。

《公司法》第121条第3、4、5款对审计委员会的议事方式作出类似监事会的规定：审计委员会作出决议，应当经审计委员会成员的过半数通过。审计委员会决议的表决，应当一人一票。审计委员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。

此外，在《公司法》第137条对上市公司的审计委员会有特殊的规范，上市公司在董事会中设置审计委员会的，董事会对下列事项作出决议前应当经审计委员会全体成员过半数通过：(1) 聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所；(2) 聘任、解聘财务负责人；(3) 披露财务会计报告；(4) 国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

#### 五、公司决议效力确认或撤销的纠纷

##### (一) 公司决议瑕疵及法律救济

股东会、董事会的决议中可能存在的各类瑕疵，或将严重影响公司、股东的利益和债权人的合法权益。股东会、董事会因其重要地位和决议的特点，在程序和内容上必须符合法律、行政法规与公司章程的规定，否则该决议就可能被撤销或确认无效。因此，在法律上对股东会、董事会的瑕疵进行救济具有其不可或缺的意义。

《民法典》第85条规定：营利法人的权力机构、执行机构作出决议的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规、法人章程，或者决议内容违反法人章程的，营利法人的出资人可以请求人民法院撤销该决议。但是，营利法人依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

《公司法》第25条至第28条对股东会决议的瑕疵情形及救济方式作出规定。第25条规定：公司股东会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。第26条规定：公司股东会、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，股东自决议作出之日起60日内，可以请求人民法院撤销。但是，股东会、董事会的会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，对决议未产生实质影响的除外。未被通知参加股东会会议的股东自知道或者应当知道股东会决议作出之日起60日内，可以请求人民法院撤销；自决议作出之日起一年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。第27条规定：有下列情形之一的，公司股东会、董事会的决议不成立：（1）未召开股东会、董事会会议作出决议；（2）股东会、董事会会议未对决议事项进行表决；（3）出席会议的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数；（4）同意决议事项的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数。第28条规定：公司股东会、董事会决议被人民法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司应当向公司登记机关申请撤销根据该决议已办理的登记。股东会、董事会决议被人民法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司根据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

## （二）举例说明公司决议的效力及是否可以被撤销

### 案例一：临时股东会决议部分无效

一审案号为（2021）浙0206民初5395号，二审案号为（2021）浙02民终5515号的公司决议效力确认纠纷案件。案情简介：宁波大榭开发区恒信燃料油品有限公司（以下简称恒信公司）成立于2001年4月26日，营业期限至2021年4月25日。该公司注册资本为3500万元，股权结构为：周某为自然人股东并担任法定代表人，持股比例55%，宁波大榭开发区北油化工有限公司（以下简称北油公司）、宁波大榭开发区海光石化有限公司（以下简称海光公司，周某也担任该公司法定

代表人）为企业法人股东，持股比例分别为20%、25%。恒信公司章程规定：公司股东会是公司权力机构，依照章程行使职权；对公司增加或者减少注册资本，分立、合并、解散或变更公司形式以及修改章程决议，必须经股东一致同意；公司营业期限届满或股东会决议解散等情况出现时，应予解散；公司依照规定解散的，应在15日内成立清算组，清算组人选由股东会确定等。2021年4月7日，恒信公司执行董事周某提议召开临时股东会，并向其他股东发送通知。2021年4月23日，经恒信公司全体股东会决议，形成了3项议案：1.同意公司注销，进行清算；2.公司成立清算组，清算组成员为周某、葛某、邹某，由周某担任清算组负责人；3.清算组在清算期间负责清理债权债务、变卖投资股权、完成税务、工商注销等事宜。其中第2项、第3项事项，北油公司（股权占比20%）持反对意见。2021年4月24日，北油公司向葛某、邹某发送函件《不得实施清算告知书》。2021年5月6日，邹某向北油公司及其法定代表人发送《通知函》，要求其提供办理恒信公司注销的相关手续。葛某、邹某均为律师，接受恒信公司的委托参与清算组工作。

后，北油公司向法院提起诉讼，要求确认2021年4月23日恒信公司《2021年临时股东会决议》第2项、第3项无效。

宁波市北仑区人民法院一审判决驳回北油公司的诉讼请求。

北油公司提起上诉。浙江省宁波市中级人民法院审理后认为，该案的争议焦点是《2021年临时股东会决议》第2项、第3项是否有效。经查，恒信公司成立于2001年4月26日，营业期限至2021年4月25日。恒信公司因经营期限届满解散。为此，2021年4月23日，恒信公司形成了决议事项相同的两个股东会决议，即《股东会决议》和《2021年临时股东会决议》。北油公司法定代表人章某在《股东会决议》中记载“同意先进行清算，第2、3项不同意”。《2021年临时股东会决议》载明：与会股东经过认真审议，已投票表决方式通过了如下议案，其中第2项、第3项事项，北油公司（股权占比20%）持反对意见。北油公司以葛某、邹某系律师，非恒信公司股东，不能作为清算组成员为由，请求确认《2021年临时股东会决议》第2项、第3项无效。对此，《公司法》第183条对于公司经营期限届满而解散的，规定“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。”但《2021年临时股东会决议》第2项清算组成员中葛某、邹某系律师，并非恒信公司的股东，该决议中清算组成员的组成违反了《公司法》的上述规定，且北油公司对此提出了明确反对意见。根据《公司法》第22条第1款的规定：“公司股东会或者股东会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。”故《2021年临时股东会决议》第2项应属无效，第3项因第2项无效而无效。此外，葛某、邹某此前代理与该案相关联的案件，如仍作为公司清算组成员，显然对北油公司是不公平的。所以判决：（1）撤销宁波市北仑区人民法院（2021）浙0206民初5395号民事判决；（2）确认恒信公司于2021年4月23日作出的《2021年临时股东会决议》第2项、第3项无效。

#### 案例二：董事会决议被撤销

案号为（2019）浙0212民初18015号的公司决议撤销纠纷案件。案情简介：宁波市鄞州霖得置业有限公司（以下简称霖得置业公司）于2010年12月7日登记成立，公司共有5名董事、4名监事，全某是公司的法定代表人、董事长兼总经理，该公司有34名股东，李某系股东之一，持有9.2618%股权。该公司章程第9条规定，股东会由全体股东组成，是公司的权力机构，形式下列职权：……（九）对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议……。公司章程第16条规定，董事会行使下列职权：……（7）制订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案……。

2019年11月27日，霖得置业公司的董事全某等人作出董事会决议，主要内容为：该公司开发的A地块商业板块公寓楼207户，在2017年9月21日销售完毕，B地块住宅板块316户，在2017年11月3日也销售完毕。公司董、监事会议作出决议，请相关董、监事按各自分工去政府有关部门办妥歇业注销手续。有4名公司董事与3名监事在该决议上签名。

后，李某向法院提起诉讼，请求依法撤销霖得置业公司董事会于2019年11月27日作出的董事会决议。

宁波市鄞州区人民法院审理后认为，《公司法》第22条第2款规定：“股东会或者股东会、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。”原告李某提出撤销办理公司注销的决议，根据公司章程规定，公司决定注销系应由股东会决议，因此，决议办理公司注销的董事会决议违反了公司章程，应予以撤销。所以判决撤销被告霖得置业公司于2019年11月27日作出的董事会决议中的关于办理公司歇业注销的决议。

### 第三节 公司主要管理人员与法律责任

#### 一、法定代表人的职责与法律责任

##### （一）法定代表人的产生

《民法典》第61条第1款规定：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。第81条第3款规定：执行机构为董事会或者执行董事的，董事长、执行董事或者经理按照法人章程的规定担任法定代表人；未设董事会或者执行董事的，法人章程规定的主要负责人为其执行机构和法定代表人。《公司法》第10条规定：公司的法定代表人按照公司章程的规定，由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。担任法定代表人的董事或者经理辞任的，视为同时辞去法定代表人。法定代表人辞任的，公司应当在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人。

由上述规定可知，公司法定代表人是由公司章程规定，而并非由法律直接规定。法定代表人应是一名自然人。为了防止有些股东逃避责任，将无关人员或不合适的人员委派担任法定代表人，《公司法》规定法定代表人由股东在执行公司事务的董事或者经理之中进行选择。而且，由担任公司何种重要职务的人员担任法定代表人由公司章程进行规定，并依法进行登记。登记后，起到了对外宣示作用，如代表公司对外签订合同或进行诉讼。《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）第51条第2款规定：法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。

##### （二）法定代表人的资格限制

因为公司法定代表人需要担任公司董事或者经理职务之一，所以对法定代

表人的资格限制与对“董监高”的资格限制是一样的。具体见《公司法》第178条第1款规定。需要注意的是该条第2、3款规定：“违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的，公司应当解除其职务。”

《中华人民共和国市场主体登记管理条例》（以下简称《市场主体登记管理条例》）第12条对法定代表人的资格予以了限制。该条规定与新修订后的《公司法》第178条第1款的写法有所区别，按照法律位阶的差异，应以《公司法》的规定为准，主要差异是：第（二）项中最后一句“被宣告缓刑的，自缓刑考验期满之日起未逾二年”与第（五）项“个人因所负数额较大债务到期未清偿被人民法院列为失信被执行人”。

另外，依据《中华人民共和国公务员法》第59条规定，公务员不得违反有关规定从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务。除了公务员不得担任公司法定代表人，事业单位工作人员原则上不能担任或兼任公司法定代表人，除非经过特别批准。

除上述情形外，根据公司章程或合同约定负有竞业限制义务的人、被法院列为失信被执行人的人也不得担任相关单位的法定代表人。

### （三）董事长与法定代表人的差异

在大多数公司中，法定代表人是由董事长担任的。因此，很多人容易误解公司董事长就是法定代表人。两者虽然可能是同一人担任，但是在法律地位上有所区别的。

董事长应从董事中产生。通常，有限责任公司的董事长是由大股东推荐并担任法定代表人，章程中可以规定董事长由董事会选举产生或大股东委派、并经股东会决议通过。股份有限公司的董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。

根据《公司法》的相关规定，董事长的法定职权是：（1）股东会由董事会召集，董事长主持；（2）召集和主持董事会会议；（3）股份有限公司的董事长还要检查董事会决议的实施情况。

实务中，董事长的权限往往不限于此，如根据董事会的授权，履行相关职

责，常见的权限有审批一定条件下的公司投资事项、一定额度范围的财务开支事项。因为董事长召集和主持董事会会议，所以可以决定董事会是否召开、召开时间、讨论议案等，起到实际决策作用。董事长在公司内部管理中起到核心作用。

法定代表人虽然对外代表公司，但如果不担任公司董事长或董事，往往其权限受到一定的限制，不实质负责公司的重要决策事项。

### （四）法定代表人的民事责任

《民法典》第61条第2、3款规定：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62条规定：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。

新修订的《公司法》第11条也有类似规定：法定代表人以公司名义从事的民事活动，其法律后果由公司承受。公司章程或者股东会对法定代表人职权的限制，不得对抗善意相对人。法定代表人因执行职务造成他人损害的，由公司承担民事责任。公司承担民事责任后，依照法律或者公司章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。

法定代表人以法人名义从事民事活动的，其法律后果由法人承受。《民法典》第504条规定：法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。即法定代表人擅自以公司名义与第三人订立合同的，第三人不知道法定代表人超越权限范围的，该合同有效。

需要注意的是，并不是法定代表人以公司名义签订的所有合同都会被认定为有效。根据《公司法》第15条的规定，即使有法定代表人签字、公司盖章的担保协议，如果没有提供董事会或者股东会决议，一般也不会被法院认定为有效。

法定代表人作为公司高级管理人员对公司负有忠实、勤勉义务，不得损害公司利益。如果违反忠实、勤勉义务损害公司利益的，其所得的收入应当归公司所有，给公司造成的损失应当予以赔偿。

### （五）法定代表人的刑事责任

我国《刑法》中规定了单位犯罪，并对大多数单位犯罪实行双罚制，既对单位判处罚金，又对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。虽然并非所有以单位名义实施的犯罪行为都会对法定代表人追究刑事责任，但是法定代表人还是要时刻防范刑事法律风险。如果法定代表人在单位犯罪案件中起决定、批准、授意、纵容、指挥等作用时，法定代表人就会大概率被认定为该单位犯罪行为的“直接负责的主管人员”，应当承担相应的刑事责任。

#### （六）法定代表人的其他责任

如果企业存在违反相关法律法规的行为，其法定代表人可能被处以罚款等行政处罚措施。如根据《公司法》第251条规定，公司未依法公示有关信息或者不如实公示有关信息的，由公司登记机关责令改正，可以处以一万元以上五万元以下的罚款。情节严重的，处以五万元以上二十万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。

法定代表人可能还会因企业的不诚信行为受的不利影响，存在较大的风险。如果企业被纳入失信被执行人名单，人民法院对企业采取限制消费措施，企业的法定代表人、主要负责人、实际控制人也要被采取限制消费措施。

## 二、控股股东、实际控制人的法律责任

### （一）控股股东、实际控制人的定义

《公司法》第265条规定中对控股股东、实际控制人进行了定义。控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额超过50%或者其持有的股份占股份有限公司股本总额超过50%的股东；出资额或者持有股份的比例虽然低于50%，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会的决议产生重大影响的股东。实际控制人，是指通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。

控股股东、实际控制人应具有能够对股东会的决议产生重大影响或者能够实际支配公司行为的权力，其权力渊源是对公司的直接或者间接的股权投资关系。因此，在判断控股股东、企业实际控制人时，应当审查相关主体与企业相应的股权投资关系及个案的实际情况，综合相关主体对发行人股东会、董事会决议的实

质影响、对董事和高级管理人员的提名及任免所起的作用等因素进行分析判断来确定。

### （二）控股股东、实际控制人的法律责任

#### 1. 以公司名义为公司股东、实际控制人作担保的效力及责任

《公司法》第15条第2、3款规定，公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，应当经股东会决议。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。

如果公司股东、实际控制人未经授权而擅自以公司名义为其个人债务作担保的，该担保一般对公司不发生法律效力，而担保协议相对方则有权要求公司股东、实际控制人向其履行担保义务或承担赔偿责任。如果在与公司股东、实际控制人订立担保合同时，相对方明知或应知相关担保事项未经法定决议程序，则该相对方存在一定过错，与实际控制人各按过错承担责任。

#### 2. 控股股东、实际控制人实施关联交易的赔偿责任

《民法典》第84条规定：营利法人的控股出资人、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害法人的利益；利用关联关系造成法人损失的，应当承担赔偿责任。《公司法》第22条作出了类似的规定。从以上两条规定可见，控股股东、实际控制人通过关联交易损害公司利益、造成损失的，应当承担赔偿责任。但对于公司普通股东是否可以实施关联交易，法律并没有明确规定，一般由公司章程进行规范。但如果利用其关联关系损害公司利益，给公司造成损失的，也应当承担赔偿责任。

#### 3. 控股股东、实际控制人为对“董监高”的指示行为承担连带责任

新修订的《公司法》中增加的两条内容，明确了控股股东、实际控制人的责任。一是第180条新增的第3款内容“公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定”。意味着控股股东、实际控制人与“董监高”一样对公司负有忠实义务与勤勉义务。二是新增第192条内容：“公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任”。

#### 4.实际控制人可能会施以失信惩戒

根据国务院办公厅《关于加快推进社会信用体系建设构建以信用为基础的新型监管机制的指导意见》第12条的规定，对被列入失信联合惩戒对象名单的市场主体，依法依规对其实际控制人进行失信惩戒，并将相关失信行为记入其个人信用记录。

##### （三）以案例说明公司实际控制人的连带赔偿责任

《民法典》第83条规定：营利法人的出资人不得滥用出资人权利损害法人或者其他出资人的利益；滥用出资人权利造成法人或者其他出资人损失的，应当依法承担民事责任。营利法人的出资人不得滥用法人独立地位和出资人有限责任损害法人债权人的利益；滥用法人独立地位和出资人有限责任，逃避债务，严重损害法人债权人的利益的，应当对法人债务承担连带责任。

《公司法》第23条第1款规定：公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

在实践中，经常出现公司控股股东、实际控制人滥用权利损害公司或其他股东的利益，或者利用滥用法人独立地位和股东有限责任的，损害公司债权人的利益的情形，其应当对公司债务承担连带责任。

以下举例说明：案号为（2022）浙02民初587号的证券虚假陈述责任纠纷案件。案情简介：浙江省围海建设集团股份有限公司（以下简称围海公司）在深圳证券交易所上市。2019年4月27日，围海公司发布《关于公司违规担保、资金占用等事项的公告》，称其存在违规担保、资金占用等事项，公司未及时履行信息披露义务。其中，围海公司实际被控股股东占用的资金余额为4750万元。2022年2月，中国证监会宁波监管局作出（2022）1号行政处罚决定书，认定围海公司存在未按规定披露为关联方提供担保的情况、未按规定披露关联方非经营性占用资金的关联交易情况，所以决定对围海公司责令改正，给予警告，并处以60万元罚款。该决定书认定，对围海公司担保相关违法行为，直接负责的主管人员为冯某。对围海公司非经营性资金占用的关联交易相关违法行为，直接负责的主管人员为冯某，冯某作为围海公司实际控制人，决定对冯某给予警告，并处以90万元的罚款。同时，对冯某采取10年证券市场禁入措施。

郑某自2019年3月13日开始买卖多笔围海公司股票。后，郑某向法院提起诉讼，请求判令围海公司、围海控股公司、冯某赔偿原告郑某投资损失110万元。

浙江省宁波市中级人民法院审理后认定该案的实施日应为2018年7月18日，虚假陈述的实施日应认定为2017年10月26日，基准日应认定为2019年6月14日，基准价为4.746元。法院认定原告郑某的投资决定与围海公司的虚假陈述存在交易因果关系。法院酌定被告赔偿原告郑某投资损失333,430.30元。法院认为，上市公司董事长应当忠实、勤勉地履行职责。围海公司所涉信息披露违法行为持续时间长、涉及金额大，冯某时任围海公司董事长、法定代表人，系对涉案违规披露义务直接负责的主管人员，该行为在冯某的授意安排下作出。所以，冯某应当对原告郑某的投资损失承担连带赔偿责任。所以判决：（1）被告围海公司应支付原告郑某投资损失333,430.30元；（2）被告冯某对上述款项承担连带赔偿责任。

#### 三、“董监高”的义务与法律责任

##### （一）“董监高”的忠实义务和勤勉义务

《公司法》第265条第（一）项规定对高级管理人员进行了定义。高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

《公司法》第180条第1、2款规定：董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。

“董监高”人员不能凭借其在公司中的特殊地位从中谋取个人利益，也不得将自己置于会造成对公司的义务和对其他人的义务相冲突的位置。忠实义务是指公司高级管理人员应当忠实履行职责，其自身利益与公司利益发生冲突时，应当维护公司利益，不得利用高级管理人员的地位牺牲公司利益为自己或者第三人牟利。董事、高管应当像处于类似位置的普通的谨慎人那样在类似的情况下尽到应尽的注意义务，即理性人标准。当董事、高管履行了一个普通的谨慎人在同样情况下处理同类事情所应尽的勤勉、注意和技能的，就可以免责。而如果行为人

对其行为及其后果尽到了适当的注意义务，即可满足善意的要求。

## （二）“董监高”人员的行为限制

新修订的《公司法》对“董监高”人员的行为限制进行了细化规范，具体见第181条至第186条规定。其中第181条对董事和高级管理人员的禁止性行为做出了详细规定，要求董事、高级管理人员不得有下列行为：（1）侵占公司财产、挪用公司资金；（2）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；（3）利用职权贿赂或者收受其他非法收入；（4）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（5）擅自披露公司秘密；（6）违反对公司忠实义务的其他行为。

《公司法》第182条至第184条分别对关联交易、利用职务便利谋取属于公司的商业机会、经营与其任职公司同类的业务等行为的限制。第185条规定：“董事会对本法第一百八十二条至第一百八十四条规定的事项决议时，关联董事不得参与表决，其表决权不计入表决权总数。出席董事会会议的无关联关系董事人数不足三人的，应当将该事项提交股东会审议。”第186条规定：“董事、监事、高级管理人员违反本法第一百八十一条至第一百八十四条规定所得的收入应当归公司所有。”

## （三）“董监高”有接受质询和调查的义务

《公司法》第187条规定：股东会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。

根据《公司法》第80条与第131条规定，监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告。董事、高级管理人员应当如实向监事会提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

如果公司不设立监事会，是审计委员会行使监事会的职权，可以要求董事、高级管理提供有关情况和资料，提交执行职务的报告。

## （四）以案例说明“董监高”的法律责任

《公司法》第188条规定：董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、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。第191条规定：董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的，也应当承担赔偿责任。

以下举例说明：案号为（2020）浙0203民初805号的损害公司利益责任纠纷案件。案情简介：宁波万瑞汽车销售服务有限公司（以下简称万瑞公司）于2019年4月8日注册成立，成立时股东于某为法定代表人、执行董事兼总经理，万瑞公司成立后，于某负责管理公司。2019年12月18日，公司法定代表人变更为吴某。2019年4月18日，万瑞公司与宁波金瑞新能源汽车销售有限公司（以下简称金瑞公司）签订《加盟直营合作协议书》一份，约定由万瑞公司向金瑞公司缴纳加盟费10万元。2019年4月至9月，金瑞公司分批次向于某转账合计141,480元，2019年4月17日、5月24日万瑞公司向于某转账合计12万元。另查明，金瑞公司出具情况说明一份，内容为：本公司从未收到过来自万瑞公司经理于某交的合作加盟费。后，万瑞公司向法院提起诉讼，要求于某向万瑞公司返还侵占资金241,480元。

宁波市海曙区人民法院审理后认为，该案争议焦点：被告于某是否存在损害原告万瑞公司利益的行为，应否将241,480元返还万瑞公司。法院认为，《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。被告于某作为万瑞公司的高级管理人员、实际控制经营人员，利用其职务便利将属于原告公司项目及员工劳务工资等费用合计241,480元在转至个人名下、未归还给原告公司，属于侵占原告的财产，损害原告的利益。所以判决：被告于某向原告万瑞公司返还侵占的公司资金241,480元。

## 第四节 公司的内部管理与工作制度

### 一、企业内部授权与限制

企业进行内部授权可以提升决策效率，更好地进行工作落实，这是公司内部管理中常用的手段。但如果授权事项不清楚或不恰当，会给企业带来风险，甚至造成重大的损失，所以要进行一定的风险管控。在确保决策效率不会明显降低或

影响正常工作开展的情况下，进行必要的风险管理，明确关键工作决策点，可以增加决策专业性和合理性。

#### （一）股东会对董事会、董事的授权与限制

《公司法》第59条对股东会的职权进行了明确的规定，其中第1款第（九）项内容是“公司章程规定的其他职权”。该条第2款特别规定：股东会可以授权董事会对发行公司债券作出决议。

这就意味着，股东可以通过制定公司章程的方式，将股东会的职权进行必要的扩展，几乎所有与公司相关的重大事项决策都可以成为股东会的职权。常见的扩展职权有：审议批准公司对外进行任何担保事项、审议批准金额超过一定数度的对外投资事项、审议批准公司签订标的额达一定数额的合同等。

《公司法》第67条明确了董事会的职权，其中第2款第（十）项内容是“公司章程规定或者股东会授予的其他职权”。这就意味着股东可以通过制定公司章程的方式，将董事会的职权进行必要的扩展，这是股东们集体对董事会的授权。常见的扩展职权有：制订修改公司章程的方案；制订公司职工的劳动待遇、奖惩制度方案；根据股东会决议，决定公司经营、对外投资、出售资产、对外担保等事项等。此外，股东会可以决议的方式对董事会进行授权。如审议批准金额不超过一定数度的对外投资事项；审议批准公司签订标的额不超过一定数度的合同；对公司聘用或解聘律师事务所、会计师事务所事项作出决议；等。

必要时，股东会可以对属于董事会的职权进行一定限制。如设置某些重要的公司内部管理机构，制定涉及员工考核、奖励制度，决定聘任或者解聘公司经理班子成员及其报酬事项前，应报股东会审核，并接受董事、监事的质询。需要注意的是《公司法》第67条第3款规定：“公司章程对董事会职权的限制不得对抗善意相对人”。

《公司法》第75条规定：“规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设董事会，设一名董事，行使本法规定的董事会的职权。该董事可以兼任公司经理。”实务中，该董事的职权一般是要少于董事会的职权，本应属于董事会的很多职权实际上是股东会在行使。因为很多规模较小的公司中，往往是董事兼

任总经理，让董事决定自己是否被聘任或解聘及报酬，显然是不合适的。如果董事不兼任总经理，其起到的主要作用是代表股东监督总经理；如果董事兼任总经理，其职权应与总经理的职权比较类似或多一些。

#### （二）董事会对法定代表人、董事长、总经理的授权与限制

《公司法》中对法定代表人的职权没有明确规定，但在实务中法定代表人的责任承担却是存在的。法定代表人的最主要工作是代表公司在需要法定代表人签署的协议或其他文件上签字。如公司发行的股票、债权、出资证明书需要法定代表人签名。公司申请变更登记，应当向公司登记机关提交公司法定代表人签署的变更登记申请书等文件。公司变更法定代表人的，变更登记申请书由变更后的法定代表人签署。

如果法定代表人是董事长或董事担任的，董事会对董事长、董事的授权相当于是对法定代表人的授权；如果法定代表人是总经理担任的，董事会对总经理的授权相当于是对法定代表人的授权。

在现实中，董事长的主要职权不局限于召集和主持董事会会议、主持股东会等形式职权，往往会根据董事会的授权，履行相关职责，在公司内部管理中起到核心作用。如董事长可以提名经理人选、提出公司对外投资项目的建议方案、提议公司内新设管理机构等。如果董事会不对董事长进行授权，该董事长相当于“虚位元首”。

《公司法》第74条规定：有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。经理列席董事会会议。《公司法》第126条规定写法相似，主要差异是第一句：“股份有限公司设经理”。此外，第127条规定：“公司董事会可以决定由董事会成员兼任经理”。意味着，有限责任公司可以设经理也可以不设经理，如果不设经理，由董事长或董事行使对公司的日常管理权。股份有限公司则应设立经理。

与此前的规定有区别是，新修订的《公司法》删除了对经理职权的规定，经理的职权是“根据公司章程的规定或者董事会的授权行使”。公司章程规定，相当于股东们集体对经理的授权，权力机构的授权等级还高于董事会作为执行机

构的授权。董事会也可以对经理进行授权，如：批准除由股东会、董事会决定外的公司生产、经营、管理、投资等事项；批准公司签订标的额不超过一定数额的合同；等。如果公司章程没有明确规定或董事会没有授权，不属于经理的职权，经理不能擅自行使，否则属于越权行为。公司章程可以对经理的职权进行一定的限制，如可以规定：总经理只有一次性开支不超过多少额度的开支审批权，公司副经理、财务负责人等高级管理人员由董事会考核并决定聘任而非总经理提名，总经理无权决定中层以上管理人员的解聘，总经理应定期向董事会报告其工作情况，接受董事会的监督和指导。

### （三）企业对员工的授权与限制

企业对员工的授权，常见的情况是：董事会对董事、监事的授权，公司经理对员工的授权。

董事会对董事、监事或审计委员会委员的授权，往往是临时性的，多是因专项工作的需要。如公司拟对外投资，所以董事会派出某几位董事、监事对目标公司进行考察；公司某些重要项目，因为与公司控股股东、实际控制人、某些董事或总经理存在关联关系，所以董事会派出与此无关的其他几位董事、监事对交易进行考察，看是否可能会导致公司利益转移的其他关系。

公司经理对员工的授权，往往是对特定员工的授权。如授权销售人员带上盖有公司合同章的协议书与授权委托书，与客户进行谈判，在一定的销售价格范围内可以代表公司签约；又如授权采购人员，在与客户谈判时，可以作出在一定价格内采购多少数额、何种规格的材料的态度。需要提醒企业注意的是：授权委托书要明确期限与授权事项，工作任务完成后及时收回授权委托书。尽量不要让普通员工带公章、合同章或盖有公司合同章的协议书，如果因为投标需要带上公章，应至少安排两个人一起前往，可以起到互相监督作用。

需要注意《民法典》中对“无权代理”与“表见代理”的规定。第171条第1款规定：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。第172条规定：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。

最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《合同编通则解释》）第21条规定：法人、非法人组织的工作人员就超越其职权范围的事项以法人、非法人组织的名义订立合同，相对人主张该合同对法人、非法人组织发生效力并由其承担违约责任的，人民法院不予支持。但是，法人、非法人组织有过错的，人民法院可以参照民法典第一百五十七条的规定判决其承担相应的赔偿责任。前述情形，构成表见代理的，人民法院应当依据民法典第一百七十二条的规定处理。合同所涉事项有下列情形之一的，人民法院应当认定法人、非法人组织的工作人员在订立合同时超越其职权范围：（1）依法应当由法人、非法人组织的权力机构或者决策机构决议的事项；（2）依法应当由法人、非法人组织的执行机构决定的事项；（3）依法应当由法定代表人、负责人代表法人、非法人组织实施的事项；（4）不属于通常情形下依其职权可以处理的事项。合同所涉事项未超越依据前款确定的职权范围，但是超越法人、非法人组织对工作人员职权范围的限制，相对人主张该合同对法人、非法人组织发生效力并由其承担违约责任的，人民法院应予支持。但是，法人、非法人组织举证证明相对人知道或者应当知道该限制的除外。法人、非法人组织承担民事责任后，向故意或者有重大过失的工作人员追偿的，人民法院依法予以支持。

### （四）企业内部授权中存在的风险及应对措施

1.企业不进行必要的授权，将导致决策效率低下，或者影响日常经营管理工作。如公司章程中规定很多职权由股东会行使，在公司股东人数较小的时候，召开股东会比较容易，但后来随着公司股东人数的增加、股权的分散，导致召开股东会难度较大、通过决议的难度也较大。很多决策迟迟无法做出，可能导致商业机会失去。有些控股股东、实际控制人虽然聘请职业经理人担任公司总经理，但出于不完全信任，对总经理的职权进行较多的限制，尤其是在人员任命、费用支出额度方面，总经理的权限很小。这样，总经理不仅无法实施很多日常的经营管理工作，而且其决定也无法得到下属的支持与落实。建议采取的措施：为了提高决策效率，股东会应将部分职权授权给董事会；为了有效实施日常经营管理，董事会应对经理班子进行合理的授权。

2.企业内部授权不明确，如对授权范围、权限描述不清楚。公司章程中明确总经理的职权中有：批准除由股东会、董事会决定外的公司对外投资事项；但公司章程中在股东会、董事会的职权中没有公司对外投资事项的描述。这种授权就是不清楚的，实践中容易争议。建议采取的措施：授权应该描述清楚，如对股东会、董事会、总经理有权决定公司对外投资事项范围应明确。

3.被授权人员超越权限行使职权。如“董监高”的越权行为可能会导致行为无效，但如果行为的后果已发生，企业不能仅以其“无权代理”为由对抗善意第三人，相对方可以提出“表见代理”的抗辩。公司对“董监高”的授权应进行必要的限制，以降低发生越权行为的风险。建议采取的措施：可以在授权委托书中写明权限，或主动告知相对方，本方参与合同谈判人员的授权范围。

4.公司经理班子不轻易地对员工授权或授权权限过大。权力过于集中，容易导致整体工作效率低下，企业难以有效运转且影响对员工的能力培养，同时难以界定被授权人员的权限和责任，事后难以追责，使得相关责任人员可以规避责任；但如果对员工的授权权限过大，可能会出现员工为了尽早完成工作任务，不为企业利益去努力争取的情况，或者员工接受了合同相对方的商业贿赂，以较高的价格采购或以较低的价格进行销售。建议采取的措施：公司对销售人员、采购人员或因为特殊工作需要的人员进行必要的授权，并建立考核与奖励制度，提升其工作积极性，同时要建立公司内部反腐败的查处机制。

## 二、公司高级管理人员的工作制度

公司高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。本部分主要是指对以公司总经理为主的经理班子的工作制度。

根据《公司法》第67条第2款第（八）规定，董事会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。

在很多公司中，经常由公司董事长或董事兼任总经理，这样可以更好地落实与组织实施董事会决议。多数公司章程或工作制度中会明确“总经理是董事会领

导下的公司日常经营管理的负责人。总经理对董事会负责，执行董事会决议，主持公司的日常生产经营和管理工作。”“总经理列席董事会会议，非董事总经理在董事会上没有表决权。”

对以总经理为主的经理班子的工作制度，主要包括以下一些方面：

1.对总经理及其他管理人员的聘任。通常，总理由董事长提名，董事会决定聘任。经理班子的其他成员，由总经理提名，董事会决定聘任。经理班子是公司日常经营管理的指挥和运作中心。

2.经理班子成员一般是专职的。很多公司董事、监事是兼职的，除了参加董事会、监事会会议，一般不直接参与公司日常经营管理。但经理班子成员需要全身心投入公司的管理工作，所以一般是要求专职，尤其是注意处理好与控股股东、实际控制人之间的关系，如在公司章程或工作制度中可以明确经理班子成员不得在控股股东、实际控制人及其控制的其他企业中担任董事、监事以外的其他职务，也不能领取报酬。还需要注意：高级管理人员不得兼任本公司的监事。

3.经理班子成员的聘期一般不超过董事会的任期，如每届任期三年，但可以连聘。董事会可以在任期内对经理班子成员进行解聘。

4.对经理班子成员的任职资格，应符合《公司法》第178条的资格要求，而且不能突破。公司章程或工作制度中可以对经理班子成员的任职资格提出更高或更细化的要求，如经理班子成员需要有本科以上学历、年龄不能超过65岁、财务负责人需要有注册会计师资格等。

5.对总经理的职权应在公司章程中进行明确并在相关工作制度中进行细化。如总经理担任公司法定代表人的，可以行使法定代表人的职权，签署应由法定代表人签署的文件；总经理可以决定一定限度内的财务支出事项；总经理负责处理公司重大突发事件等。公司章程或工作制度中也可以对总经理的职权进行一定的限制，如不能决定公司对外投资事项；聘任或者解聘一定级别的技术人员或管理人员需要报董事会同意；总经理不能自己保管公司印章等。

6.对经理班子的禁止行为，尤其是违反忠实义务的情况需要进行明确。可以在《公司法》第180条至第188条规定的基础上进行细化与明确。高级管理人员违反忠实义务，给公司造成损失的，应承担赔偿责任。尤其需要明确：总经理必须

根据董事会决议和公司资金、资产管理制度，实施公司资金、资产运用，在未取得董事会的同意或者超越董事会授权的情况下，进行投资、资金给付、处置财产等行为，造成公司损失的，应向公司承担赔偿责任及承担其他责任。

7.经理班子其他成员的职权与分工要明确。副总经理协助总经理工作，对总经理负责，勤勉、尽责、诚信、忠实地履行其分工负责的职责，并定期向总经理汇报工作。总经理不能履行职务或者不履行职务的，由副总经理履行职务，公司有两位及以上的副总经理的，由董事会指定的副总经理履行职务。副总经理的职权与义务，应比照总经理的职权和义务相对适应，由总经理具体分工确定。

8.在规模较大的企业中，一般都设立了总经理办公会议制度。总经理办公会议是研究讨论、组织实施董事会决议、履行总经理职责以及研讨公司日常生产经营中出现的重大问题的工作会议。总经理办公会议由总经理召集并主持，必要时可由总经理指定的副总经理召集和主持。出席总经理办公会议的人员包括公司高级管理人员及相关人员。总经理办公会议分定期会议与临时会议两种形式，为了及时作出决定，临时会议开会的时间、通知方式等相对比较灵活。总经理办公会议前应确定会议的重点议题或者专题，有些议题讨论前应经过会前沟通交流，会议要避免形式、提高效率。对会议所议事项经过充分讨论后形成一致意见的，作出决定；经过讨论后还存在较多分歧的，可以暂不作出决定，或者由总经理做出最后决定。总经理办公会议应作记录，会议主持人和记录员应在会议记录上进行签名。

9.明确什么情况下董事会应当或者可以解聘总经理。公司聘任与解聘总经理，都应当比较慎重。一般在任期内不要解聘总经理，以免影响公司的日常运营。如果出现特殊情况需要提前解聘总经理的，应当召开临时董事会，并经全体董事过半数同意方可解聘总经理。有些公司章程还会规定，董事会在任期内提前解聘总经理，须提前报股东会同意。如果总经理因身体原因或者出现重大失职等情况，可以向董事会提出辞职，并说明辞职原因。总经理辞职必须经公司董事会批准以后才能生效，在董事会批准前，总经理要继续履行职责，不能因此影响公司的正常运营，并做好交接工作。经理班子的其他成员提出辞职，要向总经理提交辞职报告。经总经理同意后，报董事会批准。未经批准擅自离职的，应对公司

产生的损失承担赔偿责任。

10.总经理应当定期向董事会、监事会报告工作，并接受董事、监事的质询。具体汇报的内容，一般是在公司章程或工作制度中进行明确。总经理也可以委托经理班子的其他成员进行专题汇报。如果公司出现一些重大情况，如发生重大劳动事故、安全事故，受到相关政府部门及监管机构的处罚、谴责，发生重大诉讼、仲裁等纠纷，或者发生其他突发情况的时候，总经理应及时做出临时报告，并提出相关的处理意见或建议。总经理应真实、准确、完整地履行报告义务，并协助股东会、董事会作出决策。董事会或者监事会认为必要的时候，也可以要求总经理按照董事会和监事会的要求报告工作情况。

### 三、公司印章管理制度

#### （一）公司印章主要类型

1.公章。用于公司对外事务的处理，工商、税务、银行等外部事务处理时需要加盖。

2.财务专用章。主要用于公司出具票据以及会计业务时加盖。

3.合同专用章。主要在公司签订合同时使用。

4.法定代表人章。主要用于特定的用途，公司出具票据时也需加盖此印章。

5.发票专用章。在公司开具发票时需要加盖。

6.电子印章。法律规定不得适用的情况包括：涉及婚姻、收养、继承等人身关系的；涉及土地、房屋等不动产权益转让的；涉及停止供水、供热、供气、供电等公用事业服务的；法律、行政法规规定的不适用电子文书的其他情形。

7.部门专用章。公司与部门、部门与部门之间内部行文时使用，不对外使用，一般对外不具有法律效力。

#### （二）公司印章可能出现的风险及应对措施

公司印章可能出现的风险主要包括被偷盗、抢、丢失或者被大股东、企业实际控制人把持而形成公司僵局等风险。如果出现前一种情形，公司应立即向公安机关报案，领取报案证明，并及时在每日公开发行的报纸上声明印章作废，然后再到公安机关办理新刻印章备案登记，重新制作印章；如果出现后一种情况，一

般是需要公司或股东提起民事诉讼，要求控制印章的人员返还印章。

面对以上公司印章可能存在的风险情形，企业应当建立风险防控体系，如制定印章管理使用制度，严格要求印章的使用程序，定期检查印章使用情况。

### （三）对公司印章的管理

公司可以在章程和相关管理制度中对印章的使用规则进行约定，并建立日常保管制度。具体包括以下主要内容：

1. 各类印章采取分级保管的制度，各类印章由各岗位专人依职权需要领取并保管。

2. 印章必须由专门保管人妥善保管，不得擅自委托他人保管并在其岗位职责中予以明确。

3. 建立岗位法律风险防控体系，印章管理岗位人员要签订法律风险岗位承诺书，明确印章管理岗位的法律风险防控职责；并加强对印章管理岗位人员法律风险防范的教育，使其认识到印章对企业管理的重要意义，不断提高印章管理的技能和法律风险防范意识。

4. 公司应当建立统一的印章使用台账，制定印章使用申请表。申请使用印章的单位必须按印章管理规定履行审批程序，经过有权部门和领导批准。印章管理人员对用印文件要认真审查，审核与申请用印内容、用印次数是否一致，不能让他人为用印，同时不能让印章离开印章管理人员的视线。

5. 公司应定期检查印章使用情况，发现问题时应及时采取相应措施。

6. 公司内部如需交接印章，应提前确定交接时间、交接地点，应将公司印章当场交接，印章保管人移交印章应当办理移交手续。

7. 如果印章作废，应将相关印章进行割角铭记，并对相关印章在割角前后印模进行留底备案。

## 四、公司印章管理不规范需要承担责任

### （一）司法解释的相关规范

《合同编通则解释》第22条规定：法定代表人、负责人或者工作人员以法人、非法人组织的名义订立合同且未超越权限，法人、非法人组织仅以合同加盖

的印章不是备案印章或者系伪造的印章为由主张该合同对其不发生效力的，人民法院不予支持。合同系以法人、非法人组织的名义订立，但是仅有法定代表人、负责人或者工作人员签名或者按指印而未加盖法人、非法人组织的印章，相对人能够证明法定代表人、负责人或者工作人员在订立合同时未超越权限的，人民法院应当认定合同对法人、非法人组织发生效力。但是，当事人约定以加盖印章作为合同成立条件的除外。合同仅加盖法人、非法人组织的印章而无人员签名或者按指印，相对人能够证明合同系法定代表人、负责人或者工作人员在其权限范围内订立的，人民法院应当认定该合同对法人、非法人组织发生效力。在前三款规定的情形下，法定代表人、负责人或者工作人员在订立合同时虽然超越代表或者代理权限，但是依据民法典第五百零四条的规定构成表见代表，或者依据民法典第一百七十二条的规定构成表见代理的，人民法院应当认定合同对法人、非法人组织发生效力。

### （二）以案例说明公司印章管理不规范需要承担责任

一审案号为（2022）浙0212民初1781号，二审案号为（2022）浙02民终2480号的民间借贷纠纷案件。案情简介：郑某持有宁波麒云众享网络科技有限公司（以下简称麒云公司）80%的股权，原持有宁波麒鑫网络科技有限公司（以下简称麒鑫公司）60%的股权，并在2021年10月27日之前任麒鑫公司的法定代表人。2021年8月，郑某向景某借款50万元，景某于2021年8月16日按郑某指示将50万元汇入麒云公司账户，郑某于当日向景某出具借条一份，约定月利率为2分，在该借条补充条款中约定由麒鑫公司对上述借款及违约费用承担连带保证责任，并由郑某加盖了麒鑫公司的印章。但该担保行为没有经过麒鑫公司董事会或者股东会的决议。上述借款转入麒云公司账户后，郑某马上指示公司财务人员转出给案外人。后景某向法院起诉，要求郑某、麒云公司返还借款50万元，并支付利息，麒鑫公司对此债务承担连带清偿责任。

宁波市鄞州区人民法院审理后认为，景某提交的证据，可以证明郑某向景某借款50万元的事实。对于麒云公司是否应当承担共同返还责任，法院认为，麒云公司并非涉案共同借款人，景某将出借款项打入麒云公司系受郑某指示，且马上又由郑某转出，故对景某的该诉请不予支持。对于麒鑫公司是否应当承担连带

责任。法院认为，郑某在借条上加盖麒鑫公司的公章提供连带保证，并没有经过麒鑫公司董事会或者股东会决议，该担保行为无效。景某在接受麒鑫公司的担保时，应对公司对外担保决议进行合理审查而未审查，具有一定的过错，麒鑫公司也存在对公章使用监管不力，内部管理不当的过错，应承担对郑某不能清偿部分1/2的赔偿责任。麒鑫公司承担赔偿责任后，有权向郑某追偿。所以判决：（1）郑某返还景某借款50万元，并支付相应的利息；（2）郑某支付景某保全担保费2000元；（3）麒鑫公司对上述1、2项确定的债务郑某不能清偿的部分，承担1/2的赔偿责任。麒鑫承担赔偿责任后，有权向郑某追偿。

麒鑫公司提起上诉。浙江省宁波市中级人民法院审理后认为，麒麟公司在未经公司决议机关的授权下为公司股东提供担保，违法了我国《公司法》的规定。即便现实中确实存在公司印章等由该公司法定代表人或者大股东保管的现象，但印章管理使用系公司内部治理问题，并不能成为麒鑫公司在该案中免责的正当理由。所以判决驳回上诉，维持原判。

## 第五节 公司的变化与形式变更

### 一、公司的合并或分立

《公司法》第十一章“公司合并、分立、增资、减资”中与公司合并或分立的相关规定见第218条至第223条。

公司合并可以分为吸收合并和新设合并两种形式。一个公司吸收其他公司为吸收合并，被吸收的公司解散。两个以上公司合并设立一个新的公司为新设合并，合并各方解散。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。

公司合并需要履行一定的程序，具体见《公司法》第220条规定：公司合并，应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。债权人自接到通知之日起30日内，未接到通知的自公告之日

起45日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

根据《公司法》第66条第3款、第116条第3款规定，公司合并或分立，需要由股东会作出决议，有限责任公司须经持有2/3以上表决权的股东通过，股份有限公司须经出席股东会会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

《公司法》第219条对公司合并作出了例外规定：公司与其持股90%以上的公司合并，被合并的公司不需经股东会决议，但应当通知其他股东，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权或者股份。公司合并支付的价款不超过本公司净资产10%的，可以不经股东会决议；但是，公司章程另有规定的除外。公司依照前两款规定合并不经股东会决议的，应当经董事会决议。

公司分立可以分为存续分立与解散分立两种形式。存续分立是指一个公司分立成两个以上的公司，本公司继续存在并设立一个以上新的公司。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。

公司分立也需要履行一定的程序，具体见《公司法》第222条规定：公司分立，其财产作相应的分割。公司分立，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。

需要注意的是《公司法》第255条规定：公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时，不依照本法规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以一万元以上十万元以下的罚款。

### 二、股权转让与股东的加入或退出

#### （一）有限责任公司的股权转让

《公司法》第四章专门规定了“有限责任公司的股权转让”，从第84条至第90条。其中第84条规定：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的，应当将股权转让的数量、价格、支付方式和期限等事项书面通知其他股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。股东自接到书面通知之日起30日内未答复的，视为放弃优先购买权。两个以上股东行

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。

与此前的规定不同的是：股东向股东以外的人转让股权，不再需要“经其他股东过半数同意”。区别于股份有限公司以“资合”为主的特点，有限责任公司更加强调“人合”。如果公司股东之间存在特殊关系，如夫妻关系、父子关系或亲戚关系，不希望新的股东加入其中，这在家族企业中表现得尤其明显。所以，有些公司会在章程对股权对外转让作出限制规定，如：股权只能在现有股东之间转让，不能转让给其他人；新股东的加入，必须得到原股东的一致同意。

因此，有限责任公司的股权转让流程如下：

1. 股权拟转让方就其股权转让事项书面通知其他股东征求意见，如拟转让的股份数额及价格、付款方式、期限等，并确认其他股东是否行使优先购买权。

2. 股权拟转让方与受让方商定转让事宜，签订《股权转让协议》。协议中应明确公司基本情况；明确转让的股权基本情况，包括股权归属、是否存在股权代持、质押等情况；明确股权转让价款的支付方式、期限；明确税费的承担；明确股权变更期限等相关内容。

3. 通过税务部门取得完税证明。

4. 依据相关法律、行政法规及公司章程约定，通过修改公司章程、股东名册中有关股东及其出资额的记载等公司内部程序确认新股东身份。

5. 向公司登记机关办理变更登记。

6. 如果原股东退出、增加新的股东，公司注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书。

## （二）有限责任公司股东的加入或退出

有限责任公司的股东数量一般不多，而且很多有限责任公司是由自然人股东为主组成，所以新股东的加入可能会对公司的董事会组成、公司经营决策产生较大的影响。

《公司法》第86条规定：股东转让股权的，应当书面通知公司，请求变更股东名册；需要办理变更登记的，并请求公司向公司登记机关办理变更登记。公司拒绝或者在合理期限内不予答复的，转让人、受让人可以依法向人民法院提起诉

讼。股权转让的，受让人自记载于股东名册时起可以向公司主张行使股东权利。第87条规定：依照本法转让股权后，公司应当及时注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。对公司章程的该项修改不需再由股东会表决。

此外，有一种特殊的新股东加入的情况：因为继承取得股东资格。《公司法》第90条规定：“自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。”除非公司章程中有特殊规定，继承是取得股东资格的正常方式。但如果公司章程规定“如果股东去世，其股权应转让给其他股东”或类似内容，其他股东应按照市场价格收购该股东的股权，股权转让所得可以作为遗产进行继承。

股东退出还有两种特殊方式：一是强制退出。如果股东是债务人，可能因为人民法院的强制执行导致其股权被强制转让。《公司法》第85条规定：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20日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。二是公司收购股权。《公司法》第89条的规定，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：（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，并且符合本法规定的分配利润条件；（2）公司合并、分立、转让主要财产；（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，股东会通过决议修改章程使公司存续。自股东会决议作出之日起60日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会决议作出之日起90日内向人民法院提起诉讼。公司的控股股东滥用股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权。公司因本条第一款、第三款规定的情形收购的本公司股权，应当在6个月内依法转让或者注销。

## （三）股份有限公司的股权转让

《公司法》第157条至第167条对股份有限公司的股权转让作出了规定。其中第157条规定：股份有限公司的股东持有的股份可以向其他股东转让，也可以向

股东以外的人转让；公司章程对股份转让有限制的，其转让按照公司章程的规定进行。第158条规定：股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。

《公司法》第159条第1款对股票转让进行规定：股票的转让，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式进行；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。

《公司法》第160条对于特定持有人的股权转让进行一定的限制：公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构对上市公司的股东、实际控制人转让其所持有的本公司股份另有规定的，从其规定。公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在就任时确定的任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的25%；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。股份在法律、行政法规规定的限制转让期限内出质的，质权人不得在限制转让期限内行使质权。

《公司法》中还明确：上市公司的股票，依照有关法律、行政法规及证券交易所交易规则上市交易。上市公司应当依照法律、行政法规的规定披露相关信息。此外，《公司法》第162条明确“公司不得收购本公司股份”，但有法定情形的除外。

值得注意的是：新修订的《公司法》增加了一些新的规定，完善了对股份有限公司的股权转让规范。如第161条写法与第89条相似，明确有法定情形之一的，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份，公开发行股份的公司除外。第163条第1款规定：公司不得为他人取得本公司或者其母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助，公司实施员工持股计划的除外。第167条规定：自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，股份转让受限的股份有限公司的章程另有规定的除外。

#### （四）以案例说明公司股权转让纠纷

需要注意的是《公司法》第88条适用于有限责任公司的股权转让规定：股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；受让人未按期足额缴纳出资的，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围內承担连带责任；受让人不知道且不应当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。

以下以案例说明：一审案号为（2020）浙0203民初8658号，二审案号为（2021）浙02民终5691号的股权转让纠纷案件。案情简介：宁波宁兴房地产开发有限公司（以下简称宁房公司）的原股东为宁波宁顺投资有限公司（以下简称宁顺公司）和宁波市昆仑国际经贸有限公司（以下简称昆仑公司），分别持股80.5%、19.5%。2017年7月，南京海茂置业有限公司（以下简称海茂公司）受让宁顺公司持有的宁房公司80.5%的股权。经双方协商一致，由海茂公司出面委托北京卓信大华资产评估有限公司对宁房公司的股权价值进行评估。2017年7月31日，北京卓信大华资产评估有限公司出具评估报告一份，载明：经评估净资产为928,091,800元。经各方当事人多次协商，宁顺公司、海茂公司及宁房公司、昆仑公司、宁波新科瑞国际贸易有限公司（以下简称新科瑞公司）于2017年8月1日共同签订《股权转让合同》一份，该合同约定：宁顺公司同意将其持有的宁房公司80.5%的股权转让给海茂公司，股权转让价款为人民币744,625,000元，股权转让价格以经评估备案的评估值为依据。其中合同第6.7条约定：宁房公司及各个项目在评估基准日的每个合同的应付款项超过附件七中列明的应付金额，则超出部分均由宁顺公司承担其中的80.5%。第9.8条约定：宁顺公司和宁房公司确认经宁房公司盖章的评估清单所列的资产、债权、债务（含或有债务）、对外担保等清单内容均真实、全面、准确，无任何遗漏或者其他隐瞒状况，本合同标的的股权的收购对价构成已覆盖现自然人股东持有宁房公司80.5%股权的全部对价，海茂公司依照本合同约定支付完股权转让价款后，宁房公司80.5%股权项下的全部权益均归属海茂公司，如存在评估清单所列之外的实物资产和债权，其除税后的收益的80.5%归属宁顺公司所有，其除税后收益的19.5%归第三人昆仑

公司所有。宁房公司应予以配合并在收到对应款项后7个工作日内支付给宁顺公司及第三人昆仑公司。第10.7条规定：因本合同第5条所述股权、债权、债务整合而蒙受的税费损失（以实际发生数为准）由宁顺公司、海茂公司双方按照公平合理共同承担的原则处理；合同还对违约责任等进行了约定。另查明，合同附有13个附件，其中附件7《目标公司应付款项清单》列明了评估清单中的应付债务199,389,694元，注明部分款项为未决算工程款。2019年12月，上述工程全部完工并结算完毕，附件7载明的工程款最终决算金额合计173,098,257.64元，比评估清单载明应付金额减少了2,6291,436元。另查明，股权转让前宁房公司向水电部门预付了水电费，股权转让后，水电部门与目标公司结算将剩余款项返还给宁房公司。海茂公司于2020年6月分两次将该款按照股权比例计算的4708,662.21元水电费支付给宁顺公司。后，宁顺公司向法院起诉请求：海茂公司继续支付宁顺公司股权转让款21,164,606元。

宁波市海曙区人民法院审理后认为，宁顺公司、海茂公司及宁房公司签订的股权转让协议系各方当事人的真实意思表示，合法有效，各方当事人均应按约履行。现宁顺公司已经履行了股权转让的义务，海茂公司理应及时支付股权转让款。该案的争议焦点为涉案款项应归谁？该院认为，合同第9.8条、第10.7条中宁顺公司、海茂公司对于债权债务均秉持多退少补的公平原则进行处理，故合同第6.7条也应理解为具有多退少补的意思。合同履行过程中，海茂公司将水电部门结算返还的水电费按股权比例返还给宁顺公司的事实，也说明双方对于合同未列明的财产权益适用多退少补的原则进行处理。所以判决海茂公司支付宁顺公司股权转让款21,094,099元。

海茂公司提起上诉，并提供了一些新证据。二审认定的事实除与一审法院认定的事实一致外，另认定，2017年7月23日，宁房公司通过股东会决议，全体股东一致同意宁房公司的评估协商对价为9.25亿元，由海茂公司收购宁顺公司在宁房公司持有的80.5%股权。

浙江省宁波市中级人民法院审理后认为，宁顺公司与海茂公司签订的涉案《股权转让合同》合法有效，对双方均有约束力。该合同虽约定股权转让价格以经评估备案的评估值为依据，但同时约定了股权转让价款为744,625,000元。

事实上，该744,625,000元并非以经评估备案的评估值（928,091,800元）为基数计算得出，而是以宁房公司股东会决议明确全体股东一致同意宁房公司的评估协商对价9.25亿元为基数计算得出（9.25亿元\*80.5%=744,625,000元）。双方实际也以此价款履行合同。因此，该对价系双方真实意思表示，经双方协商一致的结果，并符合双方签约时的合理预期。关于双方发生争议的涉案《股权转让合同》第6.7条理解问题，该条约定：宁房公司及各个项目在评估基准日的每个合同的应付款项超过附件七中列明的应付金额，则超出部分均由宁顺公司承担其中的80.5%。本院认为，该条款明确时间节点是评估基准日，只有在该基准日的应付款项超过附件7中列明的应付金额，才由宁顺公司承担超出部分的80.5%。涉案合同附有13个附件，其中附件7《目标公司应付款项清单》列明了评估清单中的应付债务199,389,694元，且注明了部分款项为未决算工程款，双方当时十分清楚该工程款并非最终决算金额，而是在评估基准日进行暂估。该条款是出于宁顺公司作为宁房公司原大股东，对宁房公司经营、财务等状况有着充分了解，便于双方顺利完成交易，海茂公司作为股权受让方出于防范负债不实风险的目的而设立，并不包含股权转让款根据若干年后该工程款决算结果进行多退少补之意。涉案《股权转让合同》第9.8条约定：海茂公司依照本合同约定支付完股权转让价款后，宁房公司80.5%股权项下的全部权益均归属海茂公司，如存在评估清单所列之外的实物资产和债权，其除税后的收益的80.5%归属宁顺公司所有。而涉案附件7载明的工程款最终决算金额合计173,098,257.64元，比评估清单载明应付金额减少了26,291,436元，该款项系在评估清单之内的应付款，并属于宁房公司80.5%股权项下权益，故按约应归属海茂公司，也未超出双方预期。据上，海茂公司上诉主张涉案股权转让款不当再行结算、不存在涉案款项返还问题，有合同依据，法院对此予以支持。所以判决：（1）撤销宁波市海曙区人民法院（2020）浙0203民初8658号民事判决；（2）驳回宁顺公司的诉讼请求。

### 三、有限责任公司的股份制改造

企业成立之初，大多是采取有限责任公司的方式。当公司发展 to 一定规模

后，有些有限责任公司出于各种考虑尤其是为了上市做准备，将公司改制成为股份有限公司。如在全国股份转让系统挂牌的公司必须为股份有限公司。

《公司法》第12条规定：有限责任公司变更为股份有限公司，应当符合本法规定的股份有限公司的条件。股份有限公司变更为有限责任公司，应当符合本法规定的有限责任公司的条件。有限责任公司变更为股份有限公司的，或者股份有限公司变更为有限责任公司的，公司变更前的债权、债务由变更后的公司承继。

实践中，大多数是将有限责任改制为股份有限公司，将股份有限公司变更为有限责任公司的情况非常少见，所以本部分所指的改制，是指有限责任公司按照《公司法》、《证券法》及相关法律法规的规定，改制为股份有限公司。

#### （一）有限责任公司与股权有限公司的主要差异

我国《公司法》规定了公司的两种类型：有限责任公司和股份有限公司。

两种类型公司的主要差异：

1. 股东人数差异。有限责任公司由1个以上50个以下股东出资设立。设立股份有限公司，应当有1人以上200人以下发起人，其中应当有半数以上的发起人在中国境内有住所。

2. 设立的方式不同。有限责任公司设立时的股东可以签订设立协议，全体股东共同制定公司章程，共同向公司登记机关申请登记。设立股份有限公司，可以采取发起设立或者募集设立的方式。发起设立，是指由发起人认购设立公司时应发行的全部股份而设立公司。募集设立，是指由发起人认购设立公司时应发行股份的一部分，其余股份向特定对象募集或者向社会公开募集而设立公司。发起人应当签订发起人协议，共同制订公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过公司章程。董事会应当授权代表，于公司成立大会结束后30日内向公司登记机关申请设立登记。

3. 股东缴纳出资的方式有所区别。有限责任公司实行认缴登记制，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。全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起5年内缴足。股份有限公司实行实缴登记制，注册资本为在公司登记机关登记的已发行股份的股本总额。以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当认足公司章程规定的公司设立时应发行的股

份。发起人应当在公司成立前按照其认购的股份全额缴纳股款。在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司章程规定的公司设立时应发行股份总数的35%。向社会公开募集股份的股款缴足后，应当经依法设立的验资机构验资并出具证明。

4. 公司内部组织机构也存在一定的差异。如只有一个股东的有限责任公司不设股东会；有限责任公司可以不设经理；规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，经全体股东一致同意，也可以不设监事。股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，还可以按照公司章程的规定在董事会中设置其他委员会。股份有限公司应设经理，由董事会决定聘任或者解聘。

#### （二）公司股份制改造的必要性

对于企业来说，将有限责任公司进行股份制改造主要有以下好处：（1）有利于建立现代企业制度，规范法人治理结构，促使企业持续稳定经营；（2）有利于提高企业管理水平，降低经营风险；（3）有利于建立归属清晰、权责明确的现代产权制度，增强企业创新的动力；（4）有利于企业进入资本市场进行资本运作，利用金融工具进行资源整合，做大做强。

适合进行股份制改造的企业主要包括：（1）需要规范治理结构、提高管理水平企业；（2）需要扩充股东人数的企业；（3）已有一定业务规模，需要持续发展、扩大业务规模的企业；（4）具有创新业务模式，需要提升品牌、提高估值水平的企业；（5）拟进入国务院批准设立的证券交易场所交易融资，即申请在全国股份转让系统及沪深证券交易所挂牌上市的企业。

#### （三）公司股份制改造的主要流程

将有限责任公司改制为股份有限公司的主要流程是：

1. 制定企业改制方案，并形成有效的股东会决议。根据《公司法》第59、66、67条的规定，由有限责任公司董事会制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案，然后提交股东会决议通过，必须经代表2/3以上表决权的股东通过。

2. 召开董事会，决议进行股份制改造，确定股改的基准日，确定审计、评

估、法律服务等中介机构，并到公司登记机关办理拟成立股份有限公司的名称预核准手续。

3.清产核资。主要是对企业的各项资产进行全面清查，对企业各项资产、债权债务进行全面核对查实。清产核资的主要任务是清查资产数额，界定企业产权，重估资产价值，核实企业资产。

4.资产评估。资产评估是指委托专业的资产评估机构遵循法定标准和程序，科学的对企业资产的现有价值进行评定和估算，并以报告形式予以确认。资产评估范围既包括固定资产，也包括流动资产，既包括无形资产、也包括有形资产。其程序包括申请立项、资产清查、评定估算和验证确认等几个步骤。

5.财务审计。资产评估完成后，应聘请具有法定资格的会计师事务所对企业改制前三年的资产、负债、所有者权益和损益进行审计。会计师事务所对资产评估机构的评估结果进行确认。

6.董事会派人准备《股份有限公司发起人协议书》《股份有限公司章程》等材料，召开董事会与股东会，审议资产评估报告、审计报告，审议相关材料，就公司股改事宜作出决议。

7.发起人签订《股份有限公司发起人协议书》，确定各发起人的股权比例，发出召开股份有限公司创立大会暨第一次股东会的通知；召开职工代表大会选举职工监事；准备办理公司变更登记的相关文件。

8.召开创立大会暨第一次股东会，审议发起人关于公司筹办情况的报告，通过公司章程，选举董事会、监事会成员，对公司的设立费用进行审核，对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核，并审议通过《股东会议事规则》《董事会议事规则》《监事会议事规则》（或《审计委员会会议事规则》）等各项制度。董事会召开第一届董事会，选举董事长，聘任经理、财务负责人、董秘等高级管理人员，审议公司各项内部管理制度；监事会召开第一届监事会，选举监事会主席。

9.认缴出资。企业改制后认缴的出资额是企业经评估确认后的净资产的价值。既包括原企业的资产换算，也包括新认缴注入的资本。《公司法》第108条规定：有限责任公司变更为股份有限公司时，折合的实收股本总额不得高于公司

净资产额。有限责任公司变更为股份有限公司，为增加注册资本公开发行股份时，应当依法办理。

10.创立大会结束后30日内，董事会委派人员到公司登记机关办理变更登记，换发营业执照；制作股份公司公章，变更相关证照、账户名称，办理相关资料和资质过户手续。并及时通知客户、供应商、债权债务等利益相关人公司改制更名事宜。

在公司股份制改造过程中，实际操作时可能会遇到各种法律、财务和经营合规性上的问题，公司股东及“董高监”人员只有坚持走规范经营的道路，在后续发展中才能收获更大的利益，也为企业进入资本市场提供更广阔的空间。

附本章相关的法律、法规、规章及司法解释一览表

| 规范名称                                 | 性质   | 发布或开始实施时间                  | 最新修正或修订时间   |
|--------------------------------------|------|----------------------------|-------------|
| 《中华人民共和国民法典》                         | 法律   | 2020年5月28日                 |             |
| 《中华人民共和国公司法》                         | 法律   | 1993年12月29日                | 2023年12月29日 |
| 《中华人民共和国市场主体登记管理条例》                  | 行政法规 | 2021年7月27日                 |             |
| 《中华人民共和国市场主体登记管理条例实施细则》              | 部门规章 | 2022年3月1日（国家市场监督管理总局令第52号） |             |
| 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》 | 司法解释 |                            | 2023年12月4日  |
| 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）》   | 司法解释 | 2006年5月9日                  | 2014年2月20日  |
| 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）》   | 司法解释 | 2008年5月5日                  | 2020年12月23日 |
| 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）》   | 司法解释 | 2010年12月6日                 | 2020年12月23日 |
| 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》   | 司法解释 | 2016年12月5日                 | 2020年12月23日 |
| 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（五）》   | 司法解释 | 2019年4月22日                 | 2020年12月23日 |

第二章 企业利益与股东权利保护

第一节 公司对外投资与提供担保的规范

一、公司对外投资与提供担保规则

《公司法》第15条规定：公司向其他企业投资或者为他人提供担保，按照公司章程的规定，由董事会或者股东会决议；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，应当经股东会决议。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。

该条规定确立公司对外投资或担保需经公司特别程序通过决议，规范了该事项应为公司意志和相对人主观善意，完成了公司对外担保与越权代表规则的对接，实现了对公司对外担保规则的体系化解释。

二、企业法定代表人越权订立合同的效力问题

《民法典》第504条规定：法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。

由此可见，企业法定代表人超越权限订立的合同原则上对该企业发生效力。即使是该法定代表人擅自行为，但如果是以企业名义从事的民事活动，其法律后果也由企业承受。企业承担民事责任后，依照法律或者企业章程的规定，可以向有过错的法定代表人追偿。但法定代表人超越权限订立的合同是否被认定为有效，需要区分相对人是否善意来进行认定合同。如果相对人知道或者应当知道其

超越权限，就不是善意，该法定代表人超越权限的代表行为可能会被认定为无效。因为《公司法》第15条规定对企业对外提供担保有明确规定，如果企业未提供董事会或者股东会决议，只是企业法定代表人签字签订的担保协议或法定代表人利用其保管公司印章的便利在担保协议上盖章，该担保协议一般会被法院认定为无效。

《合同编通则解释》第20条规定：法律、行政法规为限制法人的法定代表人或者非法人组织的负责人的代表权，规定合同所涉事项应当由法人、非法人组织的权力机构或者决策机构决议，或者应当由法人、非法人组织的执行机构决定，法定代表人、负责人未取得授权而以法人、非法人组织的名义订立合同，未尽到合理审查义务的相对人主张该合同对法人、非法人组织发生法律效力并由其承担违约责任的，人民法院不予支持，但是法人、非法人组织有过错的，可以参照民法典第一百五十七条的规定判决其承担相应的赔偿责任。相对人已尽到合理审查义务，构成表见代表的，人民法院应当依据民法典第五百零四条的规定处理。合同所涉事项未超越法律、行政法规规定的法定代表人或者负责人的代表权限，但是超越法人、非法人组织的章程或者权力机构等对代表权的限制，相对人主张该合同对法人、非法人组织发生法律效力并由其承担违约责任的，人民法院依法予以支持。但是，法人、非法人组织举证证明相对人知道或者应当知道该限制的除外。法人、非法人组织承担民事责任后，向有过错的法定代表人、负责人追偿因越权代表行为造成的损失，人民法院依法予以支持。法律、司法解释对法定代表人、负责人的民事责任另有规定的，依照其规定。

### 三、以案例说明公司法定代表人擅自订立担保合同的效力

担保协议无效，并不意味着担保人不需要承担赔偿责任。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第17条规定，主合同有效而第三人提供的担保合同无效，人民法院应当区分不同情形确定担保人的赔偿责任：（1）债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的1/2；（2）担保人有过错而债权人无过错的，担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任；（3）债权人有过错而担保人无过错的，担保

人不承担赔偿责任。主合同无效导致第三人提供的担保合同无效，担保人无过错的，不承担赔偿责任；担保人有过错的，其承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的1/3。

以下举例说明：案号为（2021）浙0281民初9682号的确认合同无效纠纷案件。案情简介：施某在2015年11月17日至2021年3月30日期间是余姚市乐安湖科技生态农业有限公司（以下简称乐安湖公司）的执行董事及法定代表人，乐安湖公司的股东系上海合气道文化发展有限公司（以下简称合气道公司），合气道公司的股东是施某、马某，马某为合气道公司的执行董事及法定代表人。施某与马某于1996年结婚，2021年11月离婚。2017年7月17日，施某向黄某借款700万元，以乐安湖公司的名义于同日出具担保函，为施某的上述借款提供连带责任担保。2018年7月24日，余姚市房屋征收补偿办公室（甲方）及其受委托方余姚市姚州房屋拆迁有限公司与乐安湖公司（乙方）签订房地产收购协议，约定乐安湖公司将坐落于余姚市马渚镇乐安湖村的非住宅1905.54平方米等交由甲方拆除，总补偿金额为11,380,508.01元。同月26日，乐安湖公司向黄某支付500万元，同日乐安湖公司再次出具担保函，载明“兹有施某于2017年7月因公司用款需要向黄某借款柒佰万元整，至2018年7月26日，已通过乐安湖公司转账方式归还黄某借款人民币伍佰万元整，尚欠本金贰佰万元。2017年7月21日至2018年7月25日期间的利息为人民币柒拾万元整，合计欠款金额为人民币贰佰柒拾万元整。此款延期至2020年7月25日前归还，利息还是按照每年10%计算。公司自愿为上述借款继续承担连带担保责任，并以乐安湖园区内四幢老楼房及两幢四合院提供担保，担保期限至主债务归还期限届满之日起二年”，施某作为欠款人在该担保函上签名。后，乐安湖公司向法院提起诉讼，请求确认乐安湖公司与黄某之间的担保合同关系无效，并要求黄某返还500万元，施某对黄某上述返还款项的义务承担连带责任。

浙江省余姚市人民法院审理后认为，两被告间的借款合同关系不违反法律法规的强制性规定，合法有效。法律规定，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会决议。没有证据证明案涉两份担保函的担保行为已经原告乐安湖公司股东会或股东会决议，属于作为乐安湖公司的时任法定代表

人的被告施某超越权限订立的合同。没有证据表明被告黄某不知道或者不应当知道被告施某订立合同的行为系超越权限的行为，故案涉两份担保函涉及的担保行为无效。致上述担保合同无效，原告乐安湖公司和被告黄某均有过错。根据相关规定，债权人与担保人均有过错的，担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的1/2。民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，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。据此，被告黄某应当返还因无效担保行为取得的财产500万元，但鉴于因上述无效担保行为所担保的主债务人即被告施某因原告的履行而消灭相应的债务，如被告黄某后返还后则应由被告施某支付给被告黄某，为免讼累，应由被告施某负返还责任，被告黄某对被告施某不能清偿部分的1/2负返还责任。所以判决：（1）确认原告乐安湖公司与被告黄某于2017年7月17日、2018年7月26日订立的担保行为无效；（2）被告施某支付原告乐安湖公司500万元；（3）被告黄某对上述第2项被告施某不能清偿部分的1/2负返还责任。

## 第二节 关联交易限制与董监高竞业禁止

### 一、关联关系与关联交易的认定

《公司法》第265条第（四）项规定：关联关系，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不仅因为同受国家控股而具有关联关系。

《公司法》并不禁止关联交易，但是对“利用关联交易损害公司利益”的行为进行了规范。第22条规定：公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

在司法实务中，关联交易损害责任纠纷主要从以下几个方面考量：1.损害方为公司的控股股东、实际控制人、董事、监事或者高级管理人员；2.损害方要有

实际开展关联交易的行为；3.损害的表现形式是直接经济损失与本应得的间接的合法经济利益损失两种；4.损害方的关联交易与企业的受损具有因果关系。

### 二、设立关联交易的限制程序以维护企业利益

关联交易可能损害债权人或中小股东之合法权益，法律、行政法规对公司进行关联交易设有内部决议的程序性限定，公司章程也可以对公司内部决议审批程序作出限制，以尽可能限制不正当的关联交易。如《公司法》第182条规定：董事、监事、高级管理人员，直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。董事、监事、高级管理人员的近亲属，董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业，以及与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的关联人，与公司订立合同或者进行交易，适用前款规定。第183条规定，董事、监事、高级管理人员，不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。但是，有下列情形之一的除外：

（1）向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过；（2）根据法律、行政法规或者公司章程的规定，公司不能利用该商业机会。第185条规定：“董事会对本法第一百八十二条至第一百八十四条规定的事项决议时，关联董事不得参与表决，其表决权不计入表决权总数。出席董事会会议的无关联关系董事人数不足三人的，应当将该事项提交股东会审议。”

在实践中，也可以通过对关联交易是否经公司内部决议机构审议可以作为认定交易相对方是否善意的判断标准之一，如果关联交易未经决议程序进行审议，应由进行关联交易的相对方对交易的合理性、公允性承担举证责任。如果关联交易的实际主体或责任人无法举证交易符合公允条件、商业交易习惯原则、不偏离市场独立第三方的价格或收费标准，应承担相应不利责任。

可以被认定为无效或可撤销的关联交易情形有：1.在公司关联交易中，行为人与相对人利用关联关系进行虚假交易，双方真实的意思表示或交易目的与形式上交易内容不相符，如形式上进行资金拆借，但实质上是进行资金转移的，此时资金拆借交易应被认定为无效。如双方均是虚假意思表示，不以故意损害他人利

益为前提。2.行为人与相对人所进行的交易意思表示可能是真实的，但是双方利用关联关系进行交易存在恶意串通，且交易行为将损害他人合法权益。例如法定代表人、控股股东利用公司与关联方进行交易，双方恶意串通，转移公司资产，损害公司债权人、职工或小股东的合法权益等。

《合同编通则解释》第23条规定：法定代表人、负责人或者代理人与相对人恶意串通，以法人、非法人组织的名义订立合同，损害法人、非法人组织的合法权益，法人、非法人组织主张不承担民事责任的，人民法院应予支持。法人、非法人组织请求法定代表人、负责人或者代理人与相对人对因此受到的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。根据法人、非法人组织的举证，综合考虑当事人之间的交易习惯、合同在订立时是否显失公平、相关人员是否获取了不正当利益、合同的履行情况等因素，人民法院能够认定法定代表人、负责人或者代理人与相对人存在恶意串通的高度可能性的，可以要求前述人员就合同订立、履行的过程等相关事实作出陈述或者提供相应的证据。其无正当理由拒绝作出陈述，或者所作陈述不具合理性又不能提供相应证据的，人民法院可以认定恶意串通的事实成立。

### 三、董监高竞业禁止与非法经营同类业务

《公司法》第184条规定：董事、监事、高级管理人员未向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过，不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。

还需要注意的是：2023年12月29日通过的《刑法修正案（十二）》，将“非法经营同类营业罪”的犯罪主体扩大到民营公司、企业的董事、监事、高级管理人员。《刑法》第165条修改为：国有公司、企业的董事、监事、高级管理人员，利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。

### 四、以案例说明关联交易的认定与责任承担

《公司法》第22条规定：公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。第186条规定：董事、监事、高级管理人员违反本法第一百八十一条至第一百八十四条规定所得的收入应当归公司所有。第188条规定：董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、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。

以下案例予以说明：一审案号为（2015）杭拱商初字第4194号，二审案号为（2019）浙01民终9301号的公司关联交易损害责任纠纷案件。案情简介：浙江康达汽车工贸有限公司（以下简称康达公司）系一家从事汽车销售等相关行业的有限责任公司，截止2013年8月16日，其股东情况为：康桥集团持有49.08%股份、华菱投资公司持有24.5%股份、陈某、周某1等38名自然人持有剩余26.24%股份。康达公司的章程第28条规定：董事会会议的一般决议事项经过全体董事2/3以上同意方能生效，但下列重大事项之决议须经全体董事4/5以上同意通过后始生效：1.决定公司的经营计划和投资方案；……6.土地、厂房、主要资产之买卖、租赁；……章程第35条规定：公司董事、监事、各经理应当遵守公司章程，忠实履行职务维护公司利益，不得利用公司的地位和职权为自己谋私利；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；不得挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人；不得将公司资产以其个人名义或者其它个人名义开立账户存储；不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保；不得自营或者为他人经营与其所任公司同类的营业或者从事损害本公司利益的活动，如违反法律、法规和本公司章程的规定，给公司造成损害的，应当承担赔偿责任。陈某自1999年9月14日起担任公司董事长兼法定代表人职务，周某1担任总经理职务，周某2担任副总经理职务。2012年12月22日，康达公司召开董事会，免去陈某的公司董事长暨法定代表人的职务，相关变更内容经工商登记确认。

浙江联大汽车网络股份有限公司（以下简称联大公司）成立于2008年4月10日，其经营范围包括二手车、汽车零配件、汽车装潢用品、汽车租赁等，公司股

东包括陈某等33名自然人，其中陈某系最大股东，周某1与周某2在该公司也持有股份。浙江双叶实业有限公司（以下简称双叶公司）系联大公司的全资子公司。陈某系联大公司、双叶公司的法定代表人。

2009年12月28日，康达公司与浙江万国汽车有限公司（以下简称万国公司）、浙江江铃汽车销售服务有限公司（以下简称江铃公司）、联大公司、双叶公司签订《汽车互联网发展与人力资源发展战略合作备忘录》一份，约定各家公司共同支持全球汽车网、杭州良渚大学生汽车产业创业园，康达公司、万国公司、江铃公司共同平均投入人员及改造装修、设备资金，共同免费使用，共同平均分摊维护及管理费用。后，康达公司作为乙方与双叶公司作为甲方签订《房屋场地租赁合同》一份，约定：乙方所租房屋位于杭州市余杭区，厂房面积6500平方米，年租金104万元，场地面积3000平方米，年租金17万元，厂房和场地租金每满三年均递增10%；租赁期限为10年，即自2010年1月1日至2019年12月31日止；租金按年分两次缴纳，每年的6月和11月各缴纳年租金的50%。此外，康达公司作为乙方与联大公司作为甲方签订《入驻企业合作合同》一份，约定：本合同合作项目总金额为450万元，每满三年项目总金额递增10%。

2012年6月29日，华菱投资公司向陈某发函件要求陈某就康达关联交易现况进行报告。2012年7月13日，华菱投资公司再次向陈某发函件，称如果关联交易经营上是有其需要，但请明列目前关联交易对象间往来的项目及金额。

2013年2月2日康达公司的董事会决议载明：关于康达公司与联大公司、双叶公司的关联交易问题，目前资料显示涉及金额4000余万元。另有10年的租赁合同，年租金571万元，租金每年递增10%，此合同的签署人为总经理周某1，周某1表示系原董事长陈某要求签署。对于康达公司与联大公司、双叶公司等关联交易问题及相关细节，前董事长陈某未向董事会汇报，董事会其他成员均不知情。

2017年7月17日，《关于康达公司董事会四届三次会议纪要》中载明：康达与江铃、万国、联大可以提供互相担保，但融资担保的计划需报董事会审批；关于康达公司关联交易的问题，同意认可关联交易的必要性，但关联交易的明细需报请董事会认可。

杭州市拱墅区人民法院审理后认为：（一）关于该案是否是关联交易。陈某是康达公司的董事长兼法定代表人，负责康达公司的日常经营；同时，陈某又是联大公司的法定代表人及股东；双叶公司是联大公司投资100%所设立的公司，法定代表人也是陈某，故案涉《汽车互联网发展与人力资源发展战略合作备忘录》《房屋场地租赁合同》《入驻企业合作合同》所涉交易主体，符合关联交易的主体特征。（二）关于康达公司的股东是否对关联交易知情并同意。该案的关联交易未经得股东会同意，即使康达公司的股东对关联交易知情并同意，也不能作为豁免关联交易赔偿责任的理由和依据。（三）康达公司是否因关联交易受损。法院认定《汽车互联网发展与人力资源发展战略合作备忘录》《房屋场地租赁合同》对于康达公司而言显失公平，康达公司的利益显然受损，而联大公司、双叶公司却得到了相应的较大的利益。所以判决：（1）撤销康达公司与万国公司、江铃公司、联大公司、双叶公司于2009年12月28日签订的《汽车互联网发展与人力资源发展战略合作备忘录》中关于房屋租赁部分的内容。（2）撤销康达公司与双叶公司签订的《房屋场地租赁合同》。（3）陈某、周某1、联大公司、双叶公司返还康达公司款项34,399,259.1元。（4）陈某、周某1、联大公司、双叶公司赔偿康达公司相应利息损失。

康达公司、陈某、周某1、联大公司、双叶公司提起上诉。浙江省杭州市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

### 第三节 企业催讨欠款与债权保全

#### 一、企业建立应收款风险防范机制

企业在经营过程中，难免会出现应收款被客户延期支付甚至造成欠款无法收回的情况。如何使应收款按期如数的收回，成了企业商业风险管理中的一个重要内容。

企业要建立应收款风险防范机制，首先做好基础性工作。具体做法如下：

1.签约前要做好对合同相对方的尽职调查。企业唯有事先制定有效的保护措施，

方能确保把失误和风险降至最低。通过尽职调查，可以对企业的资质、经营范围、履约能力、此前的企业信用等有一定的了解，减少以后可能发生的风险。

2.要建立客户信用档案。企业法务部门与财务部门及业务部门一同研究制定客户信用档案，制定一套完整的信用记录，并对其信用状况进行动态的调查分析。

3.严格内部控制，建立一套完整的风险防控制度。如由财务部门赋予业务部门一定的审批权限，超过权限必须由财务部门或更高的管理层审批。业务部门不同级别的人员有不同金额的审批权限，各经办人员只能在各自的额度审批权限审批，超过限额的，必须请示上一级负责人同意。4.落实应收款催收责任制。落实合同的承办部门与联系人，如销售人员必须对每一项销售业务从签订合同到收回资金全过程负责。业务主管对此承担连带责任，并与其经济利益挂钩，直至收回资金为止。

企业要建立应收款风险防范机制，还要加强风险防范管理工作。具体做法如下：1.加强日常性的财务对账工作。这是财务部门日常工作的需要，也是提醒欠款单位提高其还款意识的重要途径。2.货款到期前几天，合同联系人应电话通知或拜访欠款单位负责人，掌握其还款意愿，根据掌握到的具体状况拟定相应措施。3.加强企业财务管理，完善考核制度。如建立和完善应收款内部控制制度；建立销售回款“一条龙”责任制。

如果有些货款长期拖欠，可以通过律师函的方式进行催讨，必要的时候及时提起诉讼或仲裁。

## 二、债权人行使代位权保护债权

合同保全制度，是指法律为防止因债务人财产的不当减少致使债权人债权的实现受到危害，而设置的保全债务人责任财产的法律制度。具体有债权人代位权制度和债权人撤销权制度。

### （一）债权人行使代位权

债权人代位权是指债务人对第三人有到期债权而怠于行使，损害债权人的利益时，债权人可以向人民法院提起诉讼，以自己的名义向第三人主张债务人的债权，以保护自己的合法权益。《民法典》第535条规定：因债务人怠于行使其

债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利，但是该权利专属于债务人自身的除外。代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。相对人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。第537条规定：人民法院认定代位权成立的，由债务人的相对人向债权人履行义务，债权人接受履行后，债权人与债务人、债务人与相对人之间相应的权利义务终止。债务人对相对人的债权或者与该债权有关的从权利被采取保全、执行措施，或者债务人破产的，依照相关法律的规定处理。

在实务中，债权人行使代位权需要注意以下事项：（1）代位权限于以诉讼的方式行使。（2）代位权行使的范围应当以债权人的债权为限，债权人不能超过自己原有的债权范围来行使代位权。（3）代位权诉讼所涉及的主债权和次债权均应不能超过法定的诉讼时效期间，即都应该在诉讼时效期限内提起，并且提起代位权诉讼的，会发生诉讼时效中断的效力。（4）代位权的诉讼主体方面，债权人为原告、次债务人为被告，债务人可以由人民法院列明作为第三人。（5）次债务人对所欠债务人债务是否清偿承担举证责任。（6）债权人胜诉的，诉讼费用由次债务人承担而非债务人，其他必要的费用如差旅费由债务人承担。

### （二）举例说明债权人代位权纠纷

一审案号为（2019）浙0282民初1879号，二审案号为（2019）浙02民终4225号的债权人代位权纠纷案件。案情简介：浙江能美电子科技有限公司（以下简称能美公司）与苏州能美佳安宝电气科技有限公司（以下简称能美佳安宝公司）买卖合同纠纷案件。苏州市虎丘法院作出（2016）苏0505民初4239号民事判决书，判决能美佳安宝公司支付能美公司货款1622,914.71元。江苏省苏州市中级人民法院二审维持原判。判决生效后，能美公司向虎丘法院申请执行。执行过程中，虎丘法院向公牛集团股份有限公司（以下简称公牛公司）发出（2018）苏0505执1121号协助执行通知书，要求公牛公司将能美佳安宝公司在公牛公司处的到期债权在1666193.71元范围内提取至虎丘法院执行款专户。公牛公司于2018年9月13日向虎丘法院提出异议，称公牛公司自2017年4月26日收到虎丘法院停止支付合同款项的协助执行通知书后，即与能美佳安宝公司停止合作，之后未再采购其合

同产品，也未支付任何合同款项，彼时能美佳安宝公司在公牛公司处的合同款项共计813,120元，根据公牛公司与能美佳安宝公司签订的采购框架合同及质量保证协议，公牛公司有权扣留50万元作为产品质保金。公牛公司遂将余款313,120元付至虎丘法院执行款专户。之后，能美佳安宝公司未履行付款义务，虎丘法院在执行中查明能美佳安宝公司名下目前暂无可供执行财产。

能美公司向浙江省慈溪市人民法院提起诉讼，要求公牛公司向能美公司履行代位清偿义务。

浙江省慈溪市人民法院审理后认为，该案中，能美公司与公牛公司之间的主要争议焦点为公牛公司与能美佳安宝公司之间的案涉采购订单是否实际履行，以此确定能美佳安宝公司是否对公牛公司享有该采购订单项下52.8万元货款的到期债权。该案中，公牛公司向该院提交采购订单，并在庭审中陈述该采购订单项下的货物于2017年5月3日交付，以此证明质保金尚未届期。在第二次庭审中，公牛公司反悔，称该采购订单未实际履行。综合其他证据，法院认定案涉采购订单已经履行，能美佳安宝公司对公牛公司享有该订单项下52.8万元货款的到期债权。所以判决：公牛公司支付能美公司102.8万元。

公牛公司提起上诉，并提供新的证据。浙江省宁波市中级人民法院审理后，由于二审中公牛公司及能美佳安宝公司提供了新的证据，致一审认定事实有误，法院予以纠正。公牛公司的上诉请求成立，法院予以支持。所以判决：（1）撤销浙江省慈溪市人民法院（2019）浙0282民初1879号民事判决；（2）公牛公司支付能美公司50万元。

### 三、债权人行使撤销权保护债权

#### （一）债权人行使撤销权

债权人的撤销权，债务人放弃到期债权或者无偿转让财产，或债务人以明显不合理的低价转让财产且受让人明知该情形，对债权人造成损害，债权人可以向人民法院提起诉讼，请求撤销债务人的行为。《民法典》第538条规定：债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民

法院撤销债务人的行为。第539条规定：债务人以明显不合理的低价转让财产、以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，债务人的相对人知道或者应当知道该情形的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。第540条规定：撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。第542条规定：债务人影响债权人的债权实现的行为被撤销的，自始没有法律约束力。

在实务中，债权人行使撤销权需要注意以下事项：（1）债权人行使撤销权应以其债权为限，即只要撤销权结果能够使债权人的债权得以完全实现，债权人就不能再对债务人的其他处分财产的行为行使撤销权。（2）撤销权应在法定的期间内行使，否则撤销权消灭。《民法典》第541条规定：撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。如果债权人在上述期限内没有及时行使撤销权，将会面临撤销权消灭的不利法律后果。（3）债权人为了行使撤销权所支出的诉讼费用、差旅费等必要费用，由债务人承担；受益人、受让人有过错的，应适当分担。

#### （二）举例说明债权人撤销权纠纷

以下举例说明：一审案号为（2022）浙0282民初4467号，二审案号为（2022）浙02民终5871号的债权人撤销权纠纷案件。案情简介：浙江省慈溪市人民法院于2016年7月15日作出（2016）浙0282民初6058号民事判决，判决：（1）被告慈溪市天晟车业有限公司给付平安银行股份有限公司宁波慈溪支行（以下简称平安银行慈溪支行）借款本金600万元、截至2016年6月7日的利息425,006.72元、逾期利息140,838.75元、复利9976.24元，以及逾期利息和复利；（2）被告宁波市力奇亚车业有限公司、慈溪市胜山镇新兴五金厂、蒋某、潜某、徐某对上述判决确定的被告慈溪市天晟车业有限公司的付款义务承担连带清偿责任，在承担保证责任后有权向被告慈溪市天晟车业有限公司追偿。后，该案各被告未自动履行该判决内容，平安银行慈溪支行遂申请执行，慈溪法院于2016年10月31日作出（2016）浙0282执4711号执行裁定，查明被执行人即上述案件各被告暂无可执行的财产，该执行案暂无继续执行的必要，应终结本次执行程序。

慈溪市久腾车业有限公司（以下简称久腾公司）于2014年7月24日登记成立，成立时注册资本为100万元，现注册资本为60万元。2020年5月26日，徐某与其妻子即方某签订股权转让协议，徐某将其在久腾公司的50%股权以30万元转让给方某，并于同年5月28日将股权变更登记至方某名下，未交付转让款。

2021年4月19日，平安银行慈溪支行经向慈溪市市场监督管理局查询，得知徐某在久腾公司的50%股权已变更登记至方某名下。平安银行慈溪支行向法院提起诉讼，要求撤销徐某将其持有的久腾公司50%股权转让给方某的行为。

浙江省慈溪市人民法院审理后认为，债务人以放弃其债权、放弃债权担保、无偿转让财产等方式无偿处分财产权益，或者恶意延长其到期债权的履行期限，影响债权人的债权实现的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。徐某将其在久腾公司的50%的股权以30万元转让给其妻子即方某，但未交付转让款。因徐某至今未履行（2016）浙0282民初6058号民事判决确认的对平安银行慈溪支行的债务，其上述股东转让行为，影响了其债权实现的，现平安银行慈溪支行要求撤销该转让行为，并将股权变更登记回徐某名下，于法有据，予以支持。对方某关于案涉股权系有偿转让的意见不予采纳。关于方某述称的平安银行慈溪支行起诉已超过一年除斥期间的意见，该院认为，平安银行慈溪支行于2021年4月19日经查询得知案涉股权转让事实，于2022年4月13日向浙江法院网网上立案平台提交诉状主张权利，未超过一年除斥期间。所以判决：（1）撤销徐某将其在久腾公司50%股权转让给方某的行为；（2）徐某、方某将登记在方某名下的久腾公司50%股权变更登记至徐某名下。案件受理费5800元，财产保全费2020元，合计7820元，由徐某负担。

#### 四、保护债权的其他方式

《民法典》第536条规定：债权人的债权到期前，债务人的债权或者与该债权有关的从权利存在诉讼时效期间即将届满或者未及时申报破产债权等情形，影响债权人的债权实现的，债权人可以代位向债务人的相对人请求其向债务人履行、向破产管理人申报或者作出其他必要的行为。

如果债务人长期不支付货款,存在成为坏账较大可能性。企业可以采取其他

方式催讨或采取法律救济方式，具体见以下方式。

1.如果债务人丧失还款能力的，应及时起诉其股东或其股权受让人。如提出债务人（公司）的股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任逃避债务，损害债权人的利益，该公司股东应当对公司债务承担连带责任；如果债务人是一人公司的，该公司股东不能提供证据证明其作为股东的个人财产独立于公司财产，就应当对公司的债务承担连带责任；债务人的股东未按照认缴数额或时间出资，存在出资不实，或者符合出资加速到期标准的，可以要求公司股东承担连带责任；如果债务人的股东未尽出资义务前转让股权的，可以要求原股东与受让股东承担连带赔偿责任。

2.对于已经进入破产清算程序的企业，债权人可以向该企业破产管理人申报债权，或者向法院提起诉讼，要求确认债权。如果债务人已经被法院受理破产，但债权人尚未向债务人的股东主张连带清偿责任或者补充赔偿责任的，可以向其破产管理人申报债权。如果破产管理人对该项债权不予确认，债权人可以根据《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）的相关规定，债权人可以向受理破产申请的人民法院提起债权确认的诉讼。

3.申请债务人破产。在债务人已经明显资不抵债的情况下，债权人有权向法院申请债务人破产。《企业破产法》第35条规定，人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。因此，如果法院受理申请人申请债务人破产的，则对于未尽出资义务的债务人股东，债务人的管理人有权要求其缴纳所认缴的出资。

#### 第四节 股东对公司债务的连带责任

《公司法》第4条第1款规定：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。

公司股东的有限责任是公司区别于其他市场主体的主要区别，也是公司成为

市场经济最主要的组织形式的原因。但是在一些特殊情况下，公司股东需要为公司债务承担连带责任或补充赔偿责任。

股东承担责任的原因既有积极的不当行为所致，如滥用股东权利损害公司或公司债权人利益、股东与公司人格混同、一人有限责任公司股东不能证明与公司财产独立、未依法清算就注销公司、抽逃出资以及协助其他股东抽逃出资、大股东损害公司和其他股东利益等。同时，股东承担责任的原因也有怠于履行义务的消极不作为，如未履行出资义务，未及时履行清算义务致公司主要财产、账册、重要文件等灭失而无法进行清算，在清算过程中怠于履行通知债权人的义务，损害债权人利益等。此外，还有基于法律的规定，股东因出资义务加速到期而承担责任的情形。

下面将结合《公司法》及相关司法解释的规定，用案例予以说明。

## 一、公司股东抽逃出资

股东出资是享有股东权益的基础。股东对于出资应予以重视，避免因虚假出资、抽逃出资、瑕疵出资承担相应的法律责任。尤其需要注意《刑法》第159条关于“虚假出资、抽逃出资罪”的规定。

《公司法》第53条规定：公司成立后，股东不得抽逃出资。违反前款规定的，股东应当返还抽逃的出资；给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。第253条规定：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；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以三万元以上三十万元以下的罚款。

《公司法司法解释（三）》第12条规定，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：（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。该解释第14条规定：股东抽逃出资，公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息、协助抽逃出资的其他股

东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任、协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。

以下案例予以说明：再审案号为（2021）最高法民申4683号的追收抽逃出资纠纷案件。最高人民法院审理后认为，该案的争议焦点为：深圳市亿玛信诺科技有限公司（以下简称信诺公司）是否应向深圳市亿玛水体环境科技有限公司（以下简称水体公司）返还出资款及相应利息。该院的认为：第一，水体公司在2011年9月召开股东大会形成决议、修订公司章程确认了增资事项，并将有关事项在工商管理部门进行登记，符合公司增资的法定条件和程序。信诺公司与罗某等人是否另行签订内部出资协议，其内部对出资金额、持股比例等问题的约定不影响公司股东按照工商登记的股权状况履行出资义务。故信诺公司作为公司股东对水体公司于2011年9月13日通过修改章程并进行登记确认的增资事项具有出资义务。第二，2011年9月13日信诺公司向水体公司银行账户转账完成增资。信诺公司在原审庭审中确认其知晓并许可增资以及通过中介公司垫资完成增资登记等事项。根据《公司法司法解释（三）》第12条第（4）规定，信诺公司以获取验资为目的，短暂的将资金转入并转出的行为，构成抽逃出资，应当承担返还义务。第三，2011年9月13日水体公司进行增资时，李某担任水体公司的执行董事、总经理，系公司法定代表人。根据《公司法司法解释（三）》第14条规定，李某不但未监督股东履行出资义务，反而放任并协助股东抽逃出资，应对信诺公司的返还出资责任承担连带责任。所以裁定驳回信诺公司、李某的再审申请。

## 二、公司与股东存在人格混同

《公司法》第23条规定：公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。只有一个股东的公司，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。

该条第3款规定的本意类似于个体工商户或者个人独资企业，公司的财产如果归属于股东一人，股东应当为公司债务承担连带责任。

公司人格混同，是指公司与股东或其他公司人格完全混为一体，以致于形成股东即公司或公司即股东的情形。关联公司的人员、业务、财务等方面交叉或混同，导致各自财产无法区分，丧失独立人格的，构成人格混同。

以下案例予以说明：一审案号为（2019）浙02民初1号、二审案号为（2020）浙民终963号的金融不良债权追偿纠纷案件。案情简介：2013年6月25日，中国工商银行股份有限公司慈溪支行（以下简称工商银行）与兆晶股份有限公司（以下简称兆晶股份）签订《固定资产借款合同》1份，约定：兆晶股份向工商银行借款14000万元，借款用途为项目工程设备款，借款期限为5年。合同签订后，工商银行于2013年6月25日、7月12日分7笔共发放贷款14000万元。此后在2015年5月至2018年1月，工商银行与兆晶股份又陆续签订《最高额抵押合同》3份与《流动资金借款合同》6份。上述《固定资产借款合同》及6份《流动资金借款合同》项下的借款期限届满后，兆晶股份均未依约还本付息。截至2018年4月16日，兆晶股份尚欠上述借款本金192197289.96元，借款期内利息、罚息、复息2953229.12元。2018年5月25日，中国工商银行股份有限公司宁波市分行与宁波金融资产管理股份有限公司（以下简称金融公司）签订《债权转让协议》1份，约定将对兆晶股份等的债权全部转让给金融公司，并在《浙江法制报》上刊登债权转让通知暨债务催收联合公告。后金融公司向法院提出诉讼，并浙江兆晶电气科技有限公司（以下简称兆晶电气）与兆晶股份存在人格混同为由要求兆晶电气承担连带清偿责任。

浙江省宁波市中级人民法院审理后认为，该案的主要争议焦点之一为：兆晶电气、兆晶股份是否存在人格混同，兆晶电气是否应对兆晶股份的涉案债务承担连带清偿责任。法院认为，兆晶股份、兆晶电气在组织机构、财产、业务等方面存在法人人格混同情况，具体理由如下：（一）组织机构存在混同。1.根据金融公司提供的工商登记、社保信息资料显示，兆晶股份董事长杜某，3名董事，3名监事，财务负责人，在兆晶电气成立后，其社保关系先后转入兆晶电气。2.兆晶

电气股东、法定代表人胡某在兆晶电气成立时是兆晶股份的员工。3.兆晶股份实际控制人方某、徐某的社保关系于2019年1月从兆晶股份转入兆晶电气。虽兆晶电气成立时工商登记胡某为执行董事，但兆晶电气网站信息显示，兆晶电气对外宣传称方某为董事长。4.兆晶电气成立后，兆晶股份的员工大量平移转入兆晶电气，兆晶股份的参保人员2018年1月有200多人，2019年3月只有4人，而兆晶电气的参保人员为300多人。（二）财产存在混同。兆晶电气与兆晶股份签订的《租房协议》显示，兆晶电气、兆晶股份于2018年3月15日签订该协议，租金每年10万元。且兆晶电气的生产设备亦向兆晶股份租用。兆晶电气未提供充分证据证明其使用兆晶股份的场地、生产设备向兆晶股份支付了合理的对价。（三）业务存在混同。1.非晶产品经营范围相同。2.客户、供应商混同。3.关联交易。4.对外宣传混同。据此，应认定兆晶电气、兆晶股份人格混同，逃避债务，严重损害金融公司的利益。所以判决：（1）兆晶股份应归还金融公司借款本金192197289.96元，并支付利息、罚息、复息2953229.12元（已计算至2018年4月16日），并支付之后至实际清偿之日止按合同约定计算的罚息、复息；（6）兆晶电气对兆晶股份的上述第一项款项承担连带清偿责任。（其他内容略）

兆晶电气提起上诉，浙江省高级人民法院审理后认为：该案争议焦点在于兆晶电气对兆晶股份案涉债务承担连带清偿责任是否妥当？当关联公司的财产无法区分，丧失独立人格时，就丧失了独立承担责任的基础。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。关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，违背了诚实信用原则，其行为本质和危害结果与《公司法》（2018年）第20条第3款规定的情形相当，因此，关联公司相互之间对外部债务应当承担连带责任。所以二审判决驳回上诉，维持原判。

实践中，发生有些公司股东尤其是公司控股股东、实际控制人多次收取公司转款的行为。对这种行为如何认定，可以以案例予以说明。

最高人民法院（2019）最高法民终960号民事判决书中指出：公司人格独立和股东有限责任是《公司法》的基本原则。否认公司独立人格，由滥用公司法人独立地位和股东有限责任的股东对公司债务承担连带责任，是股东有限责任的例

外情形。否认公司法人格，须具备股东实施滥用公司法人独立地位及股东有限责任的行为以及该行为严重损害公司债权人利益的法定要件。认定公司与股东人格混同，需要综合多方面因素判断公司是否具有独立意思、公司与股东的财产是否混同且无法区分、是否存在其他混同情形等。该案中，单笔转账行为尚不足以证明公司和股东构成人格混同。故人民法院不得依据《公司法》第23条第3款径行判令股东对公司的全部债务承担连带责任。但同时，作为公司股东在未能证明其与公司之间存在交易关系或者借贷关系等合法依据的情况下，接收公司向其转账29518384元，虽然不足以否定公司的独立人格，但该行为在客观上转移并减少了公司资产，降低了公司的偿债能力，公司股东应当承担相应的责任。该笔转账2951.8384万元超出了股东向公司认缴的出资数额，根据举重以明轻的原则并参照《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）》第十四条关于股东抽逃出资情况下的责任形态的规定，股东应对公司的3.2亿元及其违约金债务不能清偿的部分在29518384元及其利息范围内承担补充赔偿责任。

### 三、股权转让不影响对一人有限公司的债务承担责任

《公司法》第88条规定：股东转让已认缴出资但未届出资期限的股权的，由受让人承担缴纳该出资的义务；受让人未按期足额缴纳出资的，转让人对受让人未按期缴纳的出资承担补充责任。未按照公司章程规定的出资日期缴纳出资或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的股东转让股权的，转让人与受让人在出资不足的范围内承担连带责任；受让人不知道且不应当知道存在上述情形的，由转让人承担责任。

以下以案例说明：一审案号为（2022）浙02民初188号，二审案号为（2023）浙民终137号的买卖合同纠纷案例。案情简介：2018年3月15日，上海爱德特检测设备制造有限公司（以下简称爱德特公司）与宁波双林汽车部件投资有限公司（以下简称双林投资公司）签订了《M06项目-阀体总成测试技术协议》和《M06项目变速箱总成测试技术协议》。2018年4月8日，爱德特公司与双林投资公司签订《设备采购合同》，合计总计价款为4086万元（含17%税金）。协议签订后，双方履行了部分义务。2018年6月1日，双林投资公司邮件告知“由于

其零部件采购紧张，目前零件不能满足生产线试样，故通知暂停对M06生产线的制造”。2018年9月12日，双林投资公司向爱德特公司发出《关于M06项目测试重启通知函》并对项目节点进行了约定，按照该通知函2019年8月30日前完成联机调试。由于原合同适用税率为17%，后调整至13%，2019年8月7日双林投资公司与爱德特公司签订补充协议，变更后的含税价款为变更前的含税合同价款除以（1+17%）乘以（1+13%）。2019年9月后，爱德特公司多次通过微信和邮件与双林投资公司沟通，询问何时项目启动完成对接调试尽快完成终验收，双林投资公司以零部件未到、M06设计出现状况、项目没进展等为由未启动项目以供验收。爱德特公司开具了全额发票39,882,153.85元，双林投资公司已经全额抵扣。双林投资公司按照补充协议支付了24,096,923.08元，尚有15,785,230.77元未付。后，爱德特公司向法院提起诉讼，要求双林投资公司支付货款及逾期付款违约金，并要求宁波双林汽车部件股份有限公司（以下简称双林股份公司）、宁波诚烨汽车零部件有限公司（以下简称诚烨公司）对双林投资公司的上述付款义务承担连带付款责任。双林投资公司提出反诉。

审理中查明，双林投资公司为一人公司，双林股份公司系其唯一股东，在该案起诉过程中，双林股份公司将其享有双林投资公司100%股份转让给了诚烨公司，诚烨公司现为双林投资公司唯一股东。

浙江省宁波市中级人民法院审理后认为，双林投资公司与爱德特公司签订的多份协议均系双方真实意思表示，合法有效，双方当事人应依约履行。虽然双方约定的后续付款附有终验收的条件，相对合同双方来讲，是由于双林投资公司的原因不促成合同约定的付款条件，应视为付款条件已成就。根据该案的实际情况，合理确定各方权利和义务，法院酌情扣除10%的价款。故双林投资公司应支付剩余未付款项11,838,923.08元。依约逾期付款利息累计总额不超过应付未付款项11,838,923.08元的30%即3551,676.92元。双林投资公司为一人有限公司，双林股份公司、诚烨公司分别为其不同期间的股东，根据《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。故诚烨公司应当对双林投资公司的债务承担连带责任，双林股份公司作为双林投资公司的原股东，债务形成于其作为股东期间，又

没有证据证明当时其作为股东与双林投资公司的财产保持独立，故其也应对此债务承担连带责任。所以判决：（1）双林投资公司支付爱德特公司货款11,838,923.08元。（2）双林投资公司支付爱德特公司货款11,838,923.08元的逾期付款违约金，但总额不超过应付未付款项11,838,923.08元的30%即3551,676.92元。（3）双林股份公司和诚烨公司对双林投资公司的上述付款义务承担连带付款责任。

双林投资公司、双林股份公司、诚烨公司提起上诉，浙江省高级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

#### 四、夫妻二人出资设立的有限公司实质就是一人有限公司

最高人民法院《关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》中的相关规定。第19条规定：作为被执行人的公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，其股东未依法履行出资义务即转让股权，申请执行人申请变更、追加该原股东或依公司法规定对该出资承担连带责任的发起人为被执行人，在未依法出资的范围内承担责任的，人民法院应予支持。第20条规定：作为被执行人的一人有限责任公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，股东不能证明公司财产独立于自己的财产，申请执行人申请变更、追加该股东为被执行人，对公司债务承担连带责任的，人民法院应予支持。第20条规定：作为被执行人的公司，未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，申请执行人申请变更、追加有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东为被执行人，对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应予支持。

在实务中，还存在较多有两名及以上股东，但股东之间存在特殊的如夫妻、父子或亲戚关系的有限责任公司；尤其是夫妻二人出资成立公司的情况较多，注册资本来源于夫妻共同财产，公司的全部股权属于双方共同共有，即公司的全部股权实质来源于同一财产权，并为一个所有权共同享有和支配，股权主体具有利益的一致性和实质的单一性。在此情况下，该公司与一人有限责任公司在主体构成和规范适用上具有高度相似性，系实质意义上的一人有限责任公司。基于此，应参照《公司法》第23条第3款规定，将公司财产独立于股东自身财产的举证责

任分配给作为股东的夫妻二人。

以下案例予以说明：一审案号为（2017）鄂01民初4309号、二审案号为（2018）鄂民终1270号的申请执行人执行异议之诉案件。案情简介：2011年8月3日，熊某与沈某登记结婚。2011年11月，两人出资成立江西青曼瑞服饰有限公司（以下简称青曼瑞公司），注册资本为200万元，实收资本200万元，熊某、沈某各持股50%。2015年6月24日，湖北省武汉市中级人民法院（以下简称武汉中院）作出（2015）鄂武汉中民商初字第00494号民事调解书，确认青曼瑞公司于2015年7月31日前一次性支付武汉猫人制衣有限公司（以下简称猫人公司）货款2983704.65元。该民事调解书生效后，猫人公司于2015年8月5日向武汉中院申请执行。因青曼瑞公司未履行财产申报义务，武汉中院将其纳入失信被执行人名单。2016年6月2日，武汉中院依法裁定扣划青曼瑞公司在银行账号中的存款13069.31元，并发还猫人公司。因青曼瑞公司无其他财产可供执行，武汉中院裁定终结案件的本次执行程序。猫人公司认为青曼瑞公司符合一人公司的实质要件，请求依据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第20条规定追加熊某、沈某为被执行人，对青曼瑞公司所欠债务承担连带责任。2017年10月11日，武汉中院作出（2017）鄂01执异986号民事裁定书，驳回猫人公司追加熊某、沈某为本案被执行人的请求。猫人公司向法院提起诉讼。

武汉中院审理后认为，关于青曼瑞公司是否为一人有限责任公司问题。《公司法》在2005年修订时增加了关于“一人有限责任公司的特别规定”，将一人有限责任公司定义为“只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司”，并引入“公司法人人格否认制度”。青曼瑞公司设立于2011年，熊某和沈某虽然是夫妻关系，但从法律主体上看，熊某和沈某是两个自然人，是两个独立的法律个体。青曼瑞公司并不因两个自然人股东之间的夫妻关系而被认定为一人有限责任公司。所以一审判决驳回猫人公司的诉讼请求。

猫人公司提起上诉，湖北省高级人民法院审理后认为，该案的争议焦点为：熊某、沈某出资设立的青曼瑞公司是否属于一人有限责任公司，熊某、沈某应对青曼瑞公司的债务承担连带责任。青曼瑞公司股东登记一直为熊某、沈某，但熊某、沈某为夫妻，且青曼瑞公司设立于双方婚姻存续期间。夫妻在婚姻存续

期间所得财产归夫妻共同共有。熊某、沈某经法院限期举证仍未提交证据证明双方对其婚前财产或婚后所得财产归属进行了约定，而青曼瑞公司设立于双方结婚后，故应认定青曼瑞公司的注册资本来源于熊某、沈某的夫妻共同财产。故应认定青曼瑞公司的全部股权这一熊某、沈某婚后取得的财产归其双方共同共有。猫人公司二审中所举证据虽不能证明熊某、沈某的财产与青曼瑞公司财产混同，但从一定程度上印证了熊某、沈某均实际参与了青曼瑞公司的管理经营，青曼瑞公司实际由夫妻双方共同控制。上述全部事实表明，青曼瑞公司的全部股权实质来源于同一财产权，并为一个所有权共同享有和支配，该股权具有利益的一致性和实质的单一性。据此应认定青曼瑞公司系实质意义上的“一人公司”。青曼瑞公司在为同一所有权实际控制的情况下，难以避免公司财产与夫妻其他共同财产的混同。在此情况下，有必要参照《公司法》“一人公司”举证责任倒置规则，将公司财产独立于股东自身财产的举证责任分配给熊某、沈某。在法院就此事项要求熊某、沈某限期举证的情况下，熊某、沈某未举证证明其自身财产独立于青曼瑞公司财产，应承担举证不力的法律后果。熊某、沈某应对青曼瑞公司案涉债务承担连带清偿责任。猫人公司申请追加熊某、沈某为被执行人具有事实和法律依据。所以，判决：（1）撤销武汉中院（2017）鄂01民初4309号民事判决；（2）追加熊某、沈某为武汉中院（2015）鄂武汉中执字第00707号执行案件的被执行人，对青曼瑞公司在武汉中院（2015）鄂武汉中民商初字第00494号民事案件中所负债务承担连带清偿责任。

## 第五节 股东的权利保护与救济途径

### 一、大股东对小股东的利益侵害行为

公司大股东，尤其是控股股东、实际控制人，可以利用“资本多数决”的优势，掌控股股东会，进而掌控董事会，控制高层管理人员的任免，事实上控制了公司的经营权。小股东由于出资比例不高，对公司治理缺少话语权，因此经常处于不利地位。新修订的《公司法》在对股东权利保护方面增加较多内容，主要是对

小股东的权利保护。

在实务中，经常出现大股东侵害小股东利益的行为，具体表现在：大股东名义上向公司投资，但实际上未履行产权转移手续，成为虚假出资；或者出资以后，以控制公司财务的便利，通过各种手段将资金转移，成为抽逃出资；利用关联关系进行交易，损害公司利益；或者利用关联交易转移公司资产；滥用议事规则，不将小股东的提案放入股东会讨论议题；利用在董事会的人数优势，任意罢免或阻挠小股东担任公司高级管理职务；虽然公司连续多年盈利，但找各种理由不分配利润，也不将利润分配方案列入董事会讨论议题；利用私人账户收取货款、虚增成本或债务等方式侵吞公司财产等。

### 二、《公司法》对股东权利的保护

1.保障股东知情权。《公司法》第57条中规定，有限责任公司的股东有权查阅、复制公司章程、股东名册、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、会计凭证。第110条规定，股份有限公司的股东有权查阅、复制公司章程、股东名册、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告。连续180日以上单独或者合计持有公司3%以上股份的股东可以要求查阅公司的会计账簿、会计凭证。

2.提出建议与质询权。《公司法》第110条中规定，股份有限公司的股东有权对公司的经营提出建议或者质询。第187条规定，股东会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。

3.获得公司盈利分配权。《公司法》第4条第2款规定，公司股东对公司依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利。第210条第4款规定：公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司按照股东实缴的出资比例分配利润，全体股东约定不按照出资比例分配利润的除外；股份有限公司按照股东所持有的股份比例分配利润，公司章程另有规定的除外。

4.行使表决权。行使表决权是股东参与重大决策和选择管理者的重要体现。

《公司法》第65条规定：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。根据该规定，有限责任公司的股东可以约定不按照出资比例享有表决权。《公司法》第116条规定：股东出席股东会会议，所持每一股份有一表决权，类别股股东除外。公司持有的本公司股份没有表决权。在股份有限公司中，也存在较多的“同股不同权”的现象，如优先股一般没有表决权。新修改的《公司法》新增了第144条关于“类别股”的专门规定，公司可以按照公司章程的规定发行下列与普通股权利不同的类别股：（1）优先或者劣后分配利润或者剩余财产的股份；（2）每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份；（3）转让须经公司同意等转让受限的股份；（4）国务院规定的其他类别股。

5.召开临时股东会的提议权。《公司法》第61条规定：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。根据第62条规定，代表1/10以上表决权的股东提议召开临时会议的，应当召开临时会议。根据第113条规定，单独或者合计持有公司10%以上股份的股东可以请求召开临时股东会会议，并应当在两个月内召开。根据第114条规定，如果董事会、监事会不召集和主持股东会会议的，连续90日以上单独或者合计持有公司10%以上股份的股东可以自行召集和主持。根据第115条规定，单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，可以在股东会会议召开10日前提出临时提案并书面提交董事会。公司不得提高提出临时提案股东的持股比例。

6.行使股东解散权。《公司法》第231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10%以上表决权的股东，可以请求人民法院解散公司。

7.行使退股权。小股东想主动退出公司，主要是通过转让全部股权的方式退出，此外可以通过要求公司回购股份的方式退出。《公司法》第89条与第161条规定类似，如果出现下列情形之一的，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：（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，并且符合本法规定的分配利润条件的；（2）公司转让主要财产的；（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。此外，公司的控股股东滥用

股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权。根据《公司法》第219条第1款规定，公司与其持股90%以上的公司合并，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权或者股份。

### 三、股东权利的救济途径

1.知情权请求之诉。小股东在具有股东资格或持股期间合法权益受到损害，可以通过起诉公司请求法院查阅或者复制持股期间的公司材料，公司不得以章程、股东间的协议来否决股东知情权。根据《公司法》第57条第2、3、4款规定，股东要求查阅公司会计账簿、会计凭证的，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、会计凭证有不正当目的，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。公司拒绝提供查阅的，股东可以向人民法院提起诉讼。股东查阅前款规定的材料，可以委托会计师事务所、律师事务所等中介机构进行。股东及其委托的会计师事务所、律师事务所等中介机构查阅、复制有关材料，应当遵守有关保护国家秘密、商业秘密、个人隐私、个人信息等法律、行政法规的规定。股东要求查阅、复制公司全资子公司相关材料的，适用前四款的规定。根据《公司法》第110条规定，连续180日以上单独或者合计持有公司3%以上股份的股东要求查阅公司的会计账簿、会计凭证的，适用《公司法》第57条第2、3、4款的规定。公司章程对持股比例有较低规定的，从其规定。股东要求查阅、复制公司全资子公司相关材料的，适用前两款的规定。

2.损害股东利益之诉。公司股东滥用股东权利，损害知情权以外的股东利益的，股东可以向法院提起诉讼。具体见《公司法》第21、190、192条规定。其中第21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。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当承担赔偿责任。第190条规定：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。第192条规定：公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承

担连带责任。

3.损害公司利益之诉（股东代表之诉）。公司的控股股东、实际控制、“董监高”在关联交易损害公司利益，或“董监高”执行公司职务违反法律、行政法规或公司章程的，给公司造成损失的，应承担赔偿责任。具体见《公司法》第21、22、188、189、192条规定。其中第22条规定：公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。第188条规定：董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、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。第189条规定：董事、高级管理人员有前条规定的情形的，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，可以书面请求监事会向人民法院提起诉讼；监事有前条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会向人民法院提起诉讼。监事会或者董事会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30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公司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。公司全资子公司的董事、监事、高级管理人员有前条规定情形，或者他人侵犯公司全资子公司合法权益造成损失的，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，可以依照前三款规定书面请求全资子公司的监事会、董事会向人民法院提起诉讼或者以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

4.确认公司决议无效或撤销之诉。具体见《公司法》第25、26条规定。其中第25条规定：公司股东会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。第26条规定：公司股东会、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，股东自决议作出之日起60日内，可以请求人民法院撤销。但是，股东会、董事会的会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，对决议未产生实质影响的除外。未被通知参加股东会会议的股东自知道或者应当知道股东会决议作出之日起60日内，可以请求人民法院撤销；自决议

作出之日起一年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

5.股权确认之诉。当事人向法院起诉请求确认其股东资格，应以公司为被告，与案件争议股权有利害关系的一方（比如股权转让中的买方）应作为第三人参加诉讼。具体见《公司法》第52、83条规定。其中第52条第3款规定：股东对失权有异议的，应当自接到失权通知之日起30日内，向人民法院提起诉讼。第83条规定：股东转让股权的，应当书面通知公司，请求变更股东名册；需要办理变更登记的，并请求公司向公司登记机关办理变更登记。公司拒绝或者在合理期限内不予答复的，转让人、受让人可以依法向人民法院提起诉讼。股权转让的，受让人自记载于股东名册时起可以向公司主张行使股东权利。

6.出资争议之诉。股东之间对是否已履行出资义务发生争议的，原告股东应提供对被告股东未履行出资义务合理怀疑的证据，被告股东应就其已履行出资义务承担举证责任。《公司法》第49条第1、3款规定：股东应当按期足额缴纳公司章程规定的各自所认缴的出资额。股东未按期足额缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当对给公司造成的损失承担赔偿责任。

7.公司解散之诉。根据《公司法》第231条规定，持有公司全部股东表决权10%以上的股东，有权在下列情形发生时提起公司解散之诉：公司经营管理发生严重困难（具体表现为：公司连续两年未召开股东会；或公司连续两年召开的股东会未能形成有效决议；或公司股东之间长期冲突且无法通过股东会解决），继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其它的途径也无法解决。

8.股权回购请求之诉。出现《公司法》第89条与第161条规定的情形之一的，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。自股东会会议决议通过之日起60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90日内向人民法院提起诉讼。

9.利润分配请求之诉。公司的利润分配的原则为公司意思自治，因此股东应提交载明具体分配方案的股东会的有效决议，否则法院不予支持。根据《公司法》第212条规定，股东会作出分配利润的决议的，董事会应当在股东会决议作出之日起6个月内进行分配。此外，《公司法》第211条规定：公司违反本法规定向股东分配利润的，股东应当将违反规定分配的利润退还公司；给公司造成损失

的，股东及负有责任的董事、监事、高级管理人员应当承担赔偿责任。

#### 四、以案例说明对股东权利的保护

##### 案例一：股东可以要求查阅公司会计帐簿

一审案号为（2023）浙0213民初645号，二审案号为（2023）浙02民终1816号的股东知情权纠纷案件。案情简介：宁波市一禾农业发展有限公司（以下简称一禾公司）于2008年10月30日登记成立，投资人为胡某、李某、吕某，2010年8月23日，经变更后，股东登记为：李某持股比例58%；吕某持股比例25%；胡某持股比例17%。2010年3月8日，李某等与黄某签订协议书，约定李某将一禾公司股金总额7%转让给黄某。2017年7月28日，李某等与黄某签订补充协议，约定企业股权调整为李某40%、胡某30%、黄某30%。同日，三股东签署《股东会决议》，就股权收购价格、债务承担等方面进行了约定。2022年11月8日，黄某以了解公司经营状况为由，向一禾公司的法定代表人李某寄送了《股东查账申请书》，要求查阅一禾公司2008年1月1日至2022年11月10日期间的会计帐簿、会计凭证等资料，但未果。后黄某向法院提起诉讼。

宁波市奉化区人民法院审理后认为，《公司法》第33条第2款规定，股东可以要求查阅公司会计帐簿。会计帐簿查阅权是股东知情权的重要内容，黄某作为一禾公司的股东，只有通过查阅公司会计帐簿了解公司财务状况。查阅会计帐簿必须辅以会计凭证作为审核依据，记账凭证、原始凭证（含作为原始凭证附件入账备查的相关资料）都应属于股东有权查阅的资料范围。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（四）》第10条的规定，股东依据人民法院生效判决查阅公司文件材料的，在该股东在场的情况下，可以由其委托的会计师、律师等依法或者依据执业行为规范负有保密义务的中介机构执业人员辅助进行。对黄某要求复制会计帐簿和会计凭证的请求，明显超出了《公司法》第33条规定的股东知情权的范围，法院依法不予支持。所以判决：一禾公司提供自2008年10月30日起至2022年11月10日期间的公司会计帐簿（包括总账、明细账、日记账和其他辅助性账簿）、会计凭证（包括记账凭证和原始凭证）供黄某及其委托的会计师或律师查阅，查阅时黄某必须同时在场，查阅时间不得超过

10个工作日，查阅地点为一禾公司经营地点。

一禾公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

##### 案例二：股东要求公司回购其股权

案号为（2019）浙0212民初45号的请求公司收购股份纠纷案件。案情简介：洪某是宁波明州投资有限公司（以下简称明州投资公司）的股东之一。2002年4月15日制定的明州投资公司章程显示该公司的注册资本为1500万元，洪某的持股比例为4%，公司营业期限为20年，自营业执照签发之日起算，即营业期限为1994年12月12日起至2014年12月11日止。2014年12月11日，明州投资公司召开股东会会议，讨论公司是否继续经营的问题，全体股东均出席，除洪某以外的其余15位股东均同意将公司营业期限延长为30年，并同意修改相应公司章程规定。同日，明州投资公司至公司登记机关办理了相应的变更登记手续。2014年12月17日，洪某向明州投资公司发函称其不同意延长公司营业期限，要求明州投资公司以3200万元的价格收购其4%股权。后，洪某向法院提起诉讼。

在该案预立案阶段与审理过程中，根据洪某的申请，法院委托三家鉴定机构对不同的内容进行鉴定。

浙江省宁波市鄞州区人民法院审理后认为，明州投资公司对回购洪某持有的4%股权不持异议，双方的争议焦点主要是：如何确定股权回购价格？根据洪某的申请，法院委托有关鉴定机构作出了文会审字[2017]2340号专项审计报告、恒业资评[2018]41号资产评估报告书、信评报字（2019）甬第024号追溯资产评估报告，洪某、明州投资公司均有异议，鉴定机构已作出书面回复。同时根据洪某的申请，作出上述鉴定报告的三家鉴定机构有关鉴定人员均出庭接受了质询，对有关异议作了详尽解释和说明。虽然洪某与提出明州投资公司都各种异议，但都没有足以反驳的相反证据和理由可以推翻鉴定结论。总之，上述三份鉴定报告的出具单位是经相关部门批准和指定的鉴定机构，具有鉴定资格，鉴定程序合法，故法院对该三份鉴定报告均予以确认。根据恒业资评〔2018〕41号资产评估报告书、信评报字（2019）甬第024号追溯资产评估报告的鉴定结论，洪某对明州投资公司持有的4%股权在评估基准日2014年11月30日的股权价值应为16,945，

647.90元，在无其他可参照价值的情况下，应以该评估价值作为确定明州投资公司回购洪某股权的价格依据。由于洪某于2014年12月11日明确表示不同意延长明州投资公司的营业期限，并于同年12月17日依法提出请求要求明州投资公司收购其股权，但因双方对收购价格有争议遂成讼，现经诉讼已确定收购价格，故洪某诉请主张明州投资公司按年利率6%赔偿逾期收购利息损失，可予支持，但应给予明州投资公司合理的必要的给付准备时间，故起算时间点定于洪某提起诉讼之日较为适宜。所以判决：被告明州投资公司收购原告洪某对被告明州投资公司持有的4%股权，并支付原告洪某股权收购款16，945，647.90元，同时赔偿原告洪某利息损失4722，187.21元。

附本章相关的法律、法规、规章及司法解释一览表

| 规范名称                                 | 性质   | 发布或开始实施时间        | 最新修正或修订时间        |
|--------------------------------------|------|------------------|------------------|
| 《中华人民共和国民法典》                         | 法律   | 2020 年 5 月 28 日  |                  |
| 《中华人民共和国公司法》                         | 法律   | 1993 年 12 月 29 日 | 2023 年 12 月 29 日 |
| 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）》   | 司法解释 | 2010 年 12 月 6 日  | 2020 年 12 月 23 日 |
| 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（四）》   | 司法解释 | 2016 年 12 月 5 日  | 2020 年 12 月 23 日 |
| 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（五）》   | 司法解释 | 2019 年 4 月 22 日  | 2020 年 12 月 23 日 |
| 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》 | 司法解释 |                  | 2023 年 12 月 4 日  |
| 最高人民法院《关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》       | 司法解释 | 2016 年 8 月 29 日  | 2020 年 12 月 23 日 |

## 第三章 企业合同管理与商业风险防范

### 第一节 企业的合同管理

#### 一、企业合同管理制度

企业合同管理，是指企业对以自己为当事人的合同依法进行拟订、审查、审批、订立、登记、履行、变更、解除、终止以及合同用章管理、合同信息保密、合同纠纷处理等系列行为。企业通过合同管理，参与市场经营活动并维护自己的合法权益。

在市场经济条件下，市场交易需要通过民事合同的签订与履行来实现，合同管理应坚持全过程、系统性、动态性的原则。全过程，就是从合同的洽谈、起草、签订、生效开始，直至合同履行完成或解除为止，所以企业不仅要重视合同签订前的管理，更要重视签订后、履行过程中的管理。系统性，就是涉及合同约定的相关内容，企业中的各部门都要一起来参与并实现有效的管理。动态性，就是注重履约过程中的情况变化，特别要掌握对己方不利的情况变化，并及时对合同进行变更、解除或终止。

#### （一）设立合同管理部门，实现归口管理与业务管理相结合

合同管理部门包括合同归口管理部门和合同业务管理部门。如果企业内部设立法律事务部（以下简称法务部），一般是由法务部承担起合同归口管理部门的职责；如果企业内部未设立法务部，一般是由行政办公室（或综合管理部门）安排专门人员或企业聘请的法律顾问承担该职能。规模较大、对外业务较多的企业也可以设立专门的合同归口管理部门或在法务部中下设专门部门，具体负责相关规章制度的制定和组织实施企业的合同管理工作。合同归口管理部门主要从法律角度对合同签订前的尽职调查、合同草案条款的完备性、履约过程、纠纷处理、

备案管理及对所属下属单位重大合同的审核把关等方面进行审查和监管。合同业务管理部门（如研发部门、质量检验部门、财务部门）主要对合同中涉及本部门职责范围内的专业性条款进行审查，确保合同中专门条款的写法准确性和合规性，合同业务管理部门是辅助合同管理部门进行合同审查的部门。建议：规模企业应成立专门的法务部或聘请律师担任企业法律顾问。

#### （二）提升人员业务素质，加强合同管理、督促与指导工作

拥有高素质、专业的合同管理人员队伍也是做好企业合同管理工作的重要基础。合同管理人员一般应是法律专业毕业并对企业的业务有一定的了解，其主要职责为：参与合同的洽谈、草拟、审查、签订等工作，必要时进行尽职调查；督促业务管理部门按合同约定行使权利、履行义务；催促合同相对方按合同约定履行合同义务，必要时进行提醒；建立合同的履行台帐及档案；实时跟踪合同履行情况，及时向相关部门报告合同履行过程中出现的异常情况，收集并固定相关证据材料；接受或出具合同履行相关资料，组织相关部门人员进行合同履行情况的验收；根据情况需要向合同相对方提出合同变更的请求或要求提前解除合同；如果出现合同纠纷，应及时提起诉讼或仲裁，或进行应诉或参与仲裁活动。

合同管理人员的业务素质高低将影响合同管理的质量。所以，应通过学习与培训，提升合同管理人员的业务素质，最大程度地保护企业利益不受损害，维护企业发展稳定的局面。

合同管理人员的业务素质将影响合同管理的质量。因此，企业应通过学习与培训，提升合同管理人员的业务素质，最大程度地保护企业利益不受损害，维护企业发展稳定。

#### （三）细化合同过程管理，重视合同的质量和履约的有效性

企业应建立健全合同管理制度。以合同管理科学化、制度化、规范化为目标，进一步细化合同过程管理。落实合同规范化管理制度，作好记载、保存和归类，做到合同档案管理的科学化，使管理工作有章可循。

企业合同管理的主要内容包括：合同协商与谈判，合同起草与审核，合同签订，合同履行，合同结算，合同纠纷处理，合同登记，合同用章管理与信息保密。

合同订立前的准备工作充分，是保证合同质量的关键。合同文本一般由业务承办部门起草、合同归口管理部门审核，必要时邀请合同业务管理部门一起参与审核把关。需要注意的是，重大合同或法律关系复杂的特殊合同（如股权融资合同、技术转让合同）应当由法务部或合同归口管理部门参与起草。国家或行业有合同示范文本的，可以优先选用，但对涉及主要的权利义务，款项及支付期限、方式，违约责任等条款应当进行认真审查，尤其是合同示范文本中双方自行协商的内容，根据实际情况进行适当的修改。同时，合同文本须报经国家有关主管部门审查或备案的，应当履行相应的程序。

合同签订后，企业应当遵循诚实信用原则严格履行合同。合同管理人员对合同履行实施有效监控，强化对合同履行情况及效果的检查、分析和验收，确保合同全面有效履行。如果合同相对方未按时履约，如未支付预付款，合同管理人员应及时提醒、催促合同相对方按合同约定履行付款义务；如果本企业未按时履约，合同管理人员应督促相关业务部门及承办人员按时履行如交付产品，避免出现违约情况导致企业利益受损。如果因为一些特殊原因导致无法履约，也要分析原因，必要时通知对方，并争取达成协议的变更或签订补充协议。

## 二、与企业关系密切的典型合同

《民法典》合同编第二分编“典型合同”中分为十九章，列举了20多种民事合同，这些合同被称为“有名合同”，在市场经济活动和社会生活中应用普遍。其中，与企业关系比较密切的合同类型有以下一些典型合同：

### （一）买卖合同

买卖合同，有些被称为供货合同，是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

在买卖合同履行过程中，常见的卖方违约情况有：无法交货逾期交货、产品质量存在问题、数量不足、包装不符合约定等。常见的买方违约情况有：逾期付款、不足额付款、不及时收货导致出现损失等。

以常见的产品质量问题为例说明：《民法典》第615条规定：“出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质质量说明的，交付的标

的物应当符合该说明的质量要求。”如果卖方交付的货物不符合合同约定的质量要求的，买方可以要求卖方按照合同约定承担违约责任，如适当减少价款、退还货物等。如果约定了违约金，卖方应按照规定向买方支付一定数额的违约金。如果没有约定违约金，但对买方造成损失的，买方可以要求卖方赔偿损失，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。如果卖方逾期交付或买方逾期付款，违约方应按照规定支付违约金。合同中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。

产品的质量往往与产品交付后的检验相关。所以，《民法典》第620条规定：“买受人收到标的物时应当在约定的检验期限内检验。没有约定检验期限的，应当及时检验。”第621条第1款规定：“当事人约定检验期限的，买受人应当在检验期限内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。”第622条第1款规定：“当事人约定的检验期限过短，根据标的物的性质和交易习惯，买受人在检验期限内难以完成全面检验的，该期限仅视为买受人对标的物的外观瑕疵提出异议的期限。”

买卖合同是最为常见、最典型的有偿合同，所以成为其他有偿合同的参照合同。《民法典》第646条规定：“法律对其他有偿合同有规定的，依照其规定；没有规定的，参照买卖合同的有关规定。”

### （二）借款合同

借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。常见的是企业向银行贷款，也有企业与个人、企业与企业之间的民间借贷。

如果是企业向银行贷款，一般是数额较大，银行一般要求企业提供抵押、质押或保证。企业对银行提供的格式合同文本往往没有很多的谈判机会，但要特别注意双方自行约定的内容，如借款的用途、借款人支付利息的期限、借款人返还借款的期限、利息与逾期利息（罚息）、抵押物的处置等。如果企业未按照约定用途使用借款，如合同中约定是用于生产经营需要，实际上企业将从银行中获得的贷款用于对其他企业的高息借款，一旦被银行发现，该转借行为可能会被认定为无效。《民法典》第673条规定：“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。”如果企业不按照约定的借款用途使用借款的，轻则借款被银行收回，重则可能会被认定是“骗贷”行为，需要承担刑事责任。

如果是企业与个人、企业与企业之间的民间借贷。需要注意的是：借款合同应当采用书面形式，一般采取借条形式。借条中要写明借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等内容。需要注意不能有“砍头息”，《民法典》第670条规定：“借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。”还需要注意借款的利息问题，《民法典》第680条规定：“禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定。借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的，按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息；自然人之间借款的，视为没有利息。”根据最高人民法院2020年12月新修订的司法解释《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，以中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心每月20日发布的一年期贷款市场报价利率（LPR）的4倍为标准确定民间借贷利率的司法保护上限。也即，超过一年期贷款市场报价利率（LPR）的4倍的利率会被认定为“高利贷”，不受法律的保护。

### （三）保证合同

保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。保证合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效的，保证合同无效，但是法律另有规定的除外。《民法典》规定了五种担保方式，即保证、抵押、质押、留置和定金担保。企业向银行贷款，一般需要提供抵押物或质押物。有时候，银行还要求企业的大股东、实际控制人以私人名义为企业的债务提供保证，有些还要求企业的其他股东、实际控制人的亲属也要提供保证，才能办理贷款。有时候，企业也经常为其关联企业或其他企业的借款提供保证。

保证合同的内容一般包括被保证的主债权的种类、数额，债务人履行债务的期限，保证的方式、范围和期间等条款。保证合同可以是单独订立的书面合同，

也可以是主债权债务合同中的保证条款。

保证的方式包括一般保证和连带责任保证。需要特别说明的是：《民法典》第686条第2款规定：“当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任。”这与此前的法律规定有明显区别。

如果采取一般保证，只有债务人不能履行债务时，才由保证人承担保证责任。一般保证人有“先诉抗辩权”，《民法典》第687条第2款规定：“一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，有权拒绝向债权人承担保证责任，但是有下列情形之一的除外：（一）债务人下落不明，且无财产可供执行；（二）人民法院已经受理债务人破产案件；（三）债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；（四）保证人书面表示放弃前款规定的权利。”对于企业而言，如果为其他企业提供保证，尽量选择采取一般保证形式。

如果当事人在保证合同中约定保证人和债务人对债务承担连带责任的，则为连带责任保证。如果采取连带责任保证，在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。显然，对于保证人而言，其承担的连带责任要比一般保证的责任要重。

此外，还需要注意的是银行经常要求企业提供“最高额保证”，即保证人与债权人订立最高额保证的合同，约定在最高债权额限度内就一定期间连续发生的债权提供保证。

### （四）租赁合同

租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。房屋租赁合同作为租赁合同中最典型的一种，适用《民法典》合同编第十四章“租赁合同”中的规定。与其他租赁比较，房屋租赁最主要的特征是将房屋作为租赁物，出租人将房屋交付承租人占有、使用、收益，承租人支付租金。对于企业来说，常见的是厂房租赁合同。

房屋租赁合同的内容一般包括租赁物的名称、数量、用途、租赁期限、租金及其支付期限和方式、租赁物维修等条款。需要注意的是：租赁期限不得超过20

年。超过20年的，超过部分无效。租赁期限届满，双方可以续订租赁合同。租赁合同一般不需要办理登记备案手续，未租赁合同登记备案手续的，不影响合同的效力。

在房屋租赁合同中，主要是出租人与承租人双方的权利与义务关系。出租人的主要权利是收取租金，这也是房屋所有权人或实际管理人将房屋进行出租的主要目的。根据《民法典》第721条的规定，承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付租金的期限没有约定或约定不明确，一般是采取“一年一付”的方式。出租人的主要义务是：交付租赁物，保持租赁物符合约定的用途，履行租赁物的维修义务，出卖租赁房屋前应提前通知承租人。因为房屋租赁合同是有偿合同，所以一般认为租金中已包括对房屋的维修费用，应当由出租人承担维修义务。但这不是必然的，双方可以在租赁合同中约定由承租人承担维修义务，或者双方按照维修项目的性质不同分别承担。

承租人的主要权利是按照约定使用该房屋。主要体现在：应当按照约定的方法使用房屋，获得因占有、使用房屋获得的收益，在房屋需要维修时可以请求出租人在合理期限内维修。此外，还有两种特殊权利，因不是承租人的法定权利，所以需要经出租人同意才能行使。一是对租赁物进行改善或者增设他物；二是将租赁物转租给第三人。除了以上权利外，承租人有一些特殊权利，是从租赁权中派生出来的权利，如优先购买权，优先承租权。承租人的主要义务是合理地使用该房屋，如承租人应当妥善保管租赁物。根据《民法典》第714条的规定，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。租赁期限届满，承租人应当返还租赁物。根据《民法典》第733条的规定，返还的租赁物应当符合按照约定或者根据租赁物的性质使用后的状态。除了合理地使用房屋外，承租人的另一项主要义务是“按照约定的期限支付租金”。如果承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金，显然属于违约行为，应按照合同的约定承担违约责任。

在房屋租赁中，出租人一般会要求承租人交纳一定的费用作为“押金”。如果承租人未按照租赁合同约定足额支付或迟延支付租金，或因承租人原因造成房屋或室内设施设备损坏需要维修、合同约定应由承租人承担的相关费用但未支付的，出租人可以在承租人交付的押金中予以扣除，剩余款项返还承租人。如果承

租人已足额支付租金且不存在拖欠费用等违约情况，出租人应在承租人退房时一次性返还全部押金。

除了以上这些常见合同类型外，企业还可能会遇到融资租赁合同、运输合同、技术合同、仓储合同、委托合同等典型合同，因为篇幅所限，就不一一介绍了。有些企业因为企业的经营性质，所以会遇到较多的某类典型合同，如建筑企业较多签订建设工程合同，高科技企业较多签订技术开发合同、技术转让合同和技术许可合同，房地产中介机构较多签订中介合同，物业服务企业较多签订物业服务合同，等。

### 三、合同的一般条款与主要审查要素

#### （一）合同的一般条款

根据《民法典》第470条的规定，合同的内容由当事人约定，一般包括：当事人的姓名或者名称和住所；标的、数量；质量；价款或报酬；履行期限、地点和方式；违约责任；解决争议的方法。

不同类型的合同有不同的内容。如最常见的买卖合同的内容一般包括标的物的名称、数量、质量、价款、履行期限、履行地点和方式、包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款。

当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。商品房买卖合同是买卖合同的一种类型。《商品房销售管理办法》第16条规定：商品房销售时，房地产开发企业和买受人应当订立书面商品房买卖合同。商品房买卖合同应当明确以下主要内容：（1）当事人名称或者姓名和住所；（2）商品房基本状况；（3）商品房的销售方式；（4）商品房价款的确定方式及总价款、付款方式、付款时间；（5）交付使用条件及日期；（6）装饰、设备标准承诺；（7）供水、供电、供热、燃气、通讯、道路、绿化等配套基础设施和公共设施的交付承诺和有关权益、责任；（8）公共配套建筑的产权归属；（9）面积差异的处理方式；（10）办理产权登记有关事宜；（11）解决争议的方法；（12）违约责任；（13）双方约定的其他事项。

又如，企业签订技术合同，一般采用科学技术部发布的《技术合同示范文

本》，类型包括：技术开发（委托）合同、技术开发（合作）合同、技术转让（专利申请权）合同、技术转让（专利权）合同、技术转让（专利实施许可）合同、技术转让（技术秘密）合同、技术咨询合同、技术服务合同。

## （二）合同条款的主要审查要素

1.合同主体，也称合同当事人，包含自然人、法人或者是其他组织三种类型。合同主体是合同的绝对必要条款。任何合同都需要有明确的合同主体，审查合同主体不仅仅要审查主体的真实性，还要审查合同主体的资质及履约能力，因为在特定领域（尤其是国家限制经营的领域），如果不具备法定的资质可能会影响合同的效力，如果对合同主体的履约能力有存疑，则可能导致合同难以顺利履行。如果合同当事人是自然人，且是未成年人、限制民事行为能力人或无民事行为能力人，签署合同应列明代理人以及代理人与本人的关系。如果合同当事人是法人或者其他组织的，一定要写明统一社会信用代码、住所地、法定代表人、联系电话等，并要求在合同签订前提供营业执照等原件予以核对，核对无误后将复印件作为附件或留档。

2.合同标的，是合同法律关系的客体，是合同权利义务指向的对象。关于标的的条款是合同的绝对必要条款。审查合同标的条款，审查的要点包括标的合法性、明确性和特定性三个方面。在合同审查实务中，对于标的条款的审查，合法性审查属于法律审查，明确性和特定性审查更多属于商务审查，需要结合律师的执业经验并充分与当事人进行沟通后方可进行客观的审查。

3.质量条款，虽然不是合同的绝对必要条款，但对于买卖合同而言是合同中的重要条款。标的物的质量、技术标准应在合同中予以明确，否则容易产生纠纷。部分商品存在多个产品质量、技术标准的，买卖双方应当明确约定合同标的物的标准，在标的物交付后，买方履行检验义务时可以有据可依。此外，还需要注意：（1）买卖合同中应约定检验标准、检验期限，对须经运输才能进行验收的标的物，还须区分约定外观瑕疵和隐蔽瑕疵的检验期限。尽量避免对检验标准、检验期限等产生争议，以及在产生争议时没有合同依据；（2）买方应在合同约定的检验期限内，或者没有约定检验期限的合理期限内对标的物进行检验，并及时将检验发现的数量或者质量问题通知出卖方避免因怠于通知而需要承担不

利后果。

4.履行期限,一般称为交货期。在买卖合同中，卖方应当按照约定的时间交付标的物。约定交付期限的，卖方可以在该交付期限内的任何时间交付。关于履行期限，当事人可以协商确定。对于履行期限届满后一方当事人仍不履行交货或付款义务的，应当承担违约责任。如果合同中对履行期限约定不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。但并非只有等到履行期限届满之后不履行合同义务的一方才需承担违约责任。在履行期限届满之前，若一方当事人明确表示或以自己的行为表示在履行期到来后将不履行合同义务，同样要承担“预期违约”的违约责任。

4.履行地点。在买卖合同中，一般会在合同中约定标的物交付地点，出卖人应当按照约定的地点交付标的物。如果收货人与买受人不一致，应在合同时注明。如事先未约定，在交货时出卖方发现收货人与买受人不一致，最好通过可以留证的方式与买受人进行确认再交付货物。但合同履行地点并不完全等同于标的物交付地点，建议在合同中约定履行地点。如果合同约定不明确且不能达成补充协议的，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。在买卖合同中，当事人没有约定交付地点或者约定不明确，按照以上方式还无法确定，则适用下列规定：（1）标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人；（2）标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。

6.双方权利义务条款，这是合同中的最重要内容。合同权利是合同一方依合同享有的请求对方为一定行为的权利。合同义务是合同一方基于合同的约定或法律规定而应当为一定行为的义务。从合同形式来看，合同一般分为首部、正文和尾部三个部分，而正文主要内容就是权利义务条款。当事人双方应明确自身的权利和义务，以保证合同的顺利履行。当事人权利义务是互相对应的，一方的权利往往就是另一方的义务，特别是在强调等价有偿的买卖合同中，买方和卖方的权利义务要相对平衡。

7.违约责任条款，这是容易被当事人忽略的条款。《民法典》第577条规定：“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的，应当承担继续履行、采取补救或者赔偿损失等违约责任。”在审查违约责任条款时，应当谨记违约责任条款的功能，熟悉各种违约责任形态及其适用条件，针对具体合同的特点及当事人的核心利益来进行审查和修改。关于违约责任的设定可由双方协商，只要不违反法律规定，一般是有效的。例如：可要求违约方承担实际履行、采取补救措施、支付违约金、使用定金罚则、赔偿损失、请求减少价款或报酬等。约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。当事人约定的违约金超过造成损失的30%的，一般可以认定为过分高于造成的损失。

8.争议解决条款，是合同当事人对于在发生争议的情况下如何解决的一种事先约定，虽然不决定合同当事人的权利义务，但对于合同争议的解决以及解决争议的便利及成本具有较大的影响。虽然合同类型较多，但在实践当中，最常适用的就是诉讼或仲裁方式。如合同当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）对级别管辖和专属管辖的规定。但需要注意的是：双方不能选择与合同无实际联系的地点的人民法院来管辖。需要专属管辖案件不能通过协商方式确定管辖法院，如因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。仲裁条款可以起到排除诉讼管辖的作用，但约定要明确具体。写法如：因本合同履行产生的纠纷，双方同意提交某仲裁委员会仲裁。需要注意的是：很多地方性的仲裁委员会前只有城市名，如上海、杭州、宁波等，没有“市”字。

9.格式条款。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。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示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。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。所以，如果对方提供的合同中有格式条款，当事人觉得该条款对自己不利，有不合理地免除或者减轻对方的责任、加重己方责任、限制或排除己方主要权利的，可以要求对方对此进行释明外，还要对格式条款内容仔细检查，以免自身权利受到损害。

10.签字盖章生效条款。实践中，我们可以看到很多合同在结尾生效条款做如下约定：“本合同经签字盖章后生效”或“本合同经签字、盖章后生效”。上述关于生效的条款，往往引发争议：是签字或盖章生效，还是签字并盖章生效。对此，仁者见仁、智者见智。以“本合同经签字、盖章后生效”为例，有人认为顿号是个选择关系，签字或者盖章后，合同都可生效；有人认为顿号是个并列关系，必须同时具备签字和盖章，合同才生效。作者认为要结合双方合同的性质、内容等要素综合考量，不能简单以顿号是并列还是选择关系来确定合同是否生效。建议在合同中进行明确的表达：（1）双方签字后生效；（2）双方盖章后生效；（3）双方签字或盖章后生效；（4）双方签字并盖章后生效。合同当事人根据具体需求，明确上述四种表达。

## 第二节 合同订立阶段常见的法律风险与防范

### 一、重要合同订立前的尽职调查

为了确保交易安全，确保合同签订后能够得到全面履行，对于涉及标的额较大、对企业发展关系重要的合同在订立前对交易相对方要进行必要的尽职调查，企业也可以委托律师进行尽职调查。如某企业突然收到一笔数额很大的订单，而且该客户不是企业的老客户，对其情况也不清楚，有进行调查的必要性，这样做是为了稳妥起见、减少被骗的可能性。

#### （一）尽职调查的主要内容

1.合同订立相对方的资质状况与生产能力，有无签约主体资格、有无生产许

可、经营许可等方面的资质及是否超越经营范围。

2.合同订立相对方的经济状况，法人以其全部财产独立承担民事责任，企业的法定代表人或者股东等的财产与企业债务并不构成直接关联，所以企业可以支配的财产对于能否履约非常重要。

3.合同订立相对方的商业信用状况，调查对方是否存在被行政机关处罚或司法机关依法查封、扣押、冻结等情况，同时调查该企业的相关客户评价等商业信用情况。

4.合同订立相对方的涉诉及被执行信息，通过涉诉信息调查，企业可以清楚地知道合同订立相对方在近几年的涉诉情况，这些信息在一定程度上反映出合同订立相对方的真实状况，帮助企业减少以后涉诉的法律风险。

## （二）尽职调查的主要方式

尽职调查的主要方式有：（1）互联网调查；（2）实地调查；（3）相关客户评价；（4）委托第三方调查。这样可以全面地为企业获取有价值的信息，为企业的决策提供有力支持。

互联网调查，主要是通过查找网络信息，发现对自己有用的信息。这种调查方式比较简便，企业工作人员就可以完成。如可以登录国家企业信用信息公示系统查询（<https://www.gsxt.gov.cn/>），在注册后可查询企业基础信息、行政处罚、列入经营异常名录、列入严重违法失信名单（黑名单）、公告等信息。还可以登录中国裁判文书网（<https://wenshu.court.gov.cn/>），在注册后即可查询，在高级检索中“当事人”栏输入拟交易的合同相对方的全名，即可查询到该企业的涉诉信息。

如果拟签订买卖合同，引入的是新的供货方，作为买受人的企业一般会先作实地调查。

了解相关客户的评价也非常重要，可以在拜访相关客户时获得相关信息。如拟签订合同的相对方是供货方，通过对其客户的评价了解产品质量、供货及时性等信息。

企业委托第三方调查一般是委托律师进行尽职调查。调查的方法包括审阅文件、查询资料、访谈、实地调查、内部沟通交换信息和观点等。通过尽职调查，

了解合同相对方的真实经营状况，判断潜在风险，为委托方提供是否签订合同及合同内容的建议。

## 二、合同订立阶段常见的法律风险

在企业的生产经营过程中，签订合同是一个必不可少的法律行为。但实践中，不少企业因缺乏关于合同的风险防范意识，等到出现纠纷后，才发现此前签订的合同有种种错漏，导致企业权益受损。下面介绍一下合同订立阶段常见的一些法律风险。

### 风险点一：对交易相对方的主体审查不严

最常见的是拟签订合同的相对方并不具备签约的主体资格，如相对方仅仅是一个虚拟的主体，其对应的相关文件、印章等均系伪造的，一旦发生纠纷，将面临没有确定的被告的风险，企业想提起诉讼也是困难的。或者相对方的法人资格曾合法存在，但在订立合同时已经被吊销营业执照或已经注销，丧失了合同订立主体的资格。又如，相对方是企业或事业单位的内部机构、部门，不具有独立签订合同的资格。

### 风险点二：对交易相对方的实际履行能力审查不严

企业存续并不代表具有企业实际履行能力。公司资产出资情况、股东情况、财产情况、资质条件、以往业绩等都对合同能否实际履行产生重要影响。如果合同相对方完成合同约定的内容需要具备一定的资质，应在签约前先审查其是否具备资质。如不能将危险品运输业务提供给从事一般道路运输的企业，否则该企业难以履约，即使勉强履约，也容易发生事故。如果发生事故，企业也存在过错需要承担损失。

### 风险点三：欠缺主要条款或主要条款约定不明、不当

合同的内容由当事人约定，不同的合同对主要条款的要求有所不同。如果合同中欠缺主要条款或主要条款约定不明确的，可以采取补充协议的方式解决。

《民法典》第510条规定：合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。

如果合同内容欠缺主要条款，如履行期限、地点和方式等，可能造成的结果是非常致命的。虽然买方很早就订货，但卖方迟迟未发货，等买方去催促时，卖方以合同中没有约定履行期限为由予以拒绝，导致买方因此遭受重大的损失。很多企业在签订合同时，往往是由于疏忽或者处于弱势地位没有写明违约责任或解决争议的方法，一旦发生纠纷导致诉讼，将处于非常不利的地位。如合同相对方虽然没有按时支付货款，但因为合同中没有约定此情况下的违约责任，即使法院判决其违约，其所需要承担的违约金或赔偿责任是比较轻的。

更常见的是在合同中约定内容不当，容易产生纠纷。举例说明：双方在合同中明确约定“开具税率为\*%的增值税发票”，但在履行期间，税率可能会进行调整，而且涉及税差利益问题，易引发纠纷。所以，建议在合同中约定“开具符合国家税收法律规定的增值税专用发票”。

风险点四：对格式条款未尽提示说明义务或未仔细检查合同内容

在企业签订的民事合同，很多是一方拟定的格式合同文本。一旦发生纠纷，对方会以该合同中的多数内容是格式条款为由，主张相关的条款无效。这种情况，尤其在一些承担公共服务职能具有垄断性的企业为不特定的多数人提供服务而签订的合同中比较常见，如电信服务合同，供电、供水、供气合同等。还有，是处于优势地位的企业在与合作企业签订合同时，经常要求对方签订由自己拟定、内容明显对自己有利的合同。

从提供合同的一方角度，己方提供的合同中有格式条款内容，要以合理的方式提示对方当事人注意免除或者限制其责任的条款，对这些条款予以说明并做好相关证明留存。从接受合同的一方角度，如对方提供的合同中有免责条款内容，除了要求对方对此进行释明外，还要对格式条款内容仔细检查，以免损害自身权利。

除了以上四个常见的风险点外，还存在其他一些风险点。如：一方未取得合同原件，或者在对方提供的已盖章合同的传真件或复印件上签字盖章，如果一旦发生纠纷，企业因无合同原件，可能会在诉讼中面临举证不能的不利后果；未写明合同签订日期或倒签日期，导致合同成立时间不确定，对合同权利义务的开始和结束带来影响，容易产生纠纷；有些企业以获得相对方的商业秘密为目的进行

合同签订的磋商谈判，利用对方急于签约的心理，在订立合同之前就要求相对方提供与合同事项相关的技术秘密、经营秘密等信息，等了解到这些商业秘密后以各种理由拒绝签订合同；有些企业为了打击竞争对手，恶意与相对方进行磋商，以订立合同的名义与其进行多次交谈，试图了解相对方与竞争对手合作中的各种信息，或故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；有些企业要求相对方与竞争对手停止合作，转而与自己合作，但等达到目的后，就找理由停止磋商谈判，这样可以破坏竞争对手的业务布局，并对相对方产生不利影响。

### 三、合同订立阶段的风险防范

在合同订立阶段，建议企业应充分重视订立前的法律风险并采取必要的防范措施，这样可以有效避免合同订立及履行过程中的风险，做到防患于未然。具体建议如下。

#### （一）签约前应审查合同相对方的主体是否适格

建议审查合同主体资格时坚持“六不原则”：不与未注册的企业签订合同；不与没有资质的企业签订合同；不与实力差的企业签订重大合同；不与信誉差的企业签订合同；不与频繁变更的企业签订合同；不与企业签订超越主营业务范围的重大合同。

常见的审查方法是通过互联网调查，通过查找网络信息，发现对自己有用的信息。如登录国家企业信用信息公示系统查询，登录中国裁判文书网查询。还可以在启信宝、企查查等商业平台上查询。注册会员付费查询可获得更为详细的信息，如股东、注册资本及变动、经营范围、涉诉风险、开庭公告、裁判文书、执行案件、失信被执行人等，可以为交易决策提供更为全面的参考。涉及特别重大交易，可以委托律师进行尽职调查或委托第三方进行资信调查。

在签合同前，企业应仔细审查交易对方是否真实存在、是否合法、是否具备相应的经营资质要求、经营资质是否超过有效期限、谈判签署合同的代表是否持有公司的授权委托书等。

在签合同前，企业可以要求合同相对方提供营业执照副本、经营资质证书、特许经营许可证等，必要时还可以要求合同相对方提供公司的财务报表、征

信报告等。如果拟签约的合同相对方是分公司，应让其出示总公司的授权文件。如果前期是与企业内部机构、部门磋商的，认为确有必要与之签订合同的，应让其出示企业提供的相关授权文件。需要注意的是，合同的签订主体应是企业，合同当中的名称应是企业的全称。建议在合同办理签字、盖章手续时，要特别注意核对名称是否与营业执照或公章的名字一致，避免出现合同主体名称、公章名称、营业执照名称不一致的问题。

#### （二）签约前应审查合同相对方的经营资格的合法性（选择）

并不是所有合同都需要这样做，至少部分特殊合同在签约前需要这样做。首先是经营范围，企业应按照经营范围从事经营活动，违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的无效。其次是特许经营的资格证书，特许经营资格证书是行政主管部门颁发的证书，没有取得特许经营资格证书而从事该种经营的，将会引发非法经营、合同无效等问题，可能因为行政主管部门的行政处罚导致交易无法正常进行。第三，经营业务的实际能力。经营资格的具备并不代表经营能力的具备，经营能力是需要综合多种因素进行考察的。

#### （三）仔细审查合同的主要条款，尤其是格式条款与定金条款

对于合同条款的审查，前面已经介绍，不再赘述。主要注意的是：有的市场是买方市场，买方在合同中起着主导作用，合同条款在设计上会对买方有所倾斜，而有的市场则是卖方在合同中起着主导作用，合同条款在设计上会对卖方有所倾斜。只有掌握了谈判背景与交易目的，才能准确定位合同双方的地位和利益的取舍，不能一味要求平等。

对于格式条款的审查，提供合同的一方主要是尽到提示义务，而另一方需要认真审查，对合同中的免责条款内容，可以要求对方进行释明；对对方有利、对自己方不利的条款，尤其是违约责任与解决争议方法的条款，要根据己方是否可能会出现违约情况，进行一定的争取，尽量达到双方之间比较公平、合理，尽量避免出现对方违约难以追究责任、己方违约要承担很大违约责任的情况。

在签订合同时可能为了确保合同履行而要求对方交付定金，由于“定金”具有特定法律含义，请务必注明“定金”字样。如果使用了“订金”“保证金”等字样并且在合同中没有明确表述一旦对方违约将不予返还、一旦己方违约将双倍

返还的内容，将无法将其作为定金看待。

#### （四）要预防对方以签订合同的名义进行恶意磋商

如果在开始协商谈判时，对方存在故意拖延谈判进程、打听其他方的相关信息、试图了解本企业的商业秘密等情况，相关参与人员应及时向本企业负责人或主管领导汇报，必要时应停止磋商谈判。

如果在合同签订前的磋商谈判阶段，不可避免地要涉及到本企业商业秘密，相关参与人员应根据不同的情形，要求对方相关人员进行磋商前签订保密协议，尤其是要明确泄密需要承担的责任。保密协议的签订，使得对方当事人能够重视本企业的商业秘密，不敢轻易将获知的商业秘密泄露出去。虽然签订保密协议，不能保证对方当事人一定能够保守秘密，杜绝秘密泄露，但是保密协议的签订确实能极大减少商业秘密泄露风险的发生，或者发生泄密后可以追究责任。

《民法典》第501条规定，当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用；泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。

#### （五）抵押要办理登记才生效，质押要转移占有

如果需要对方提供抵押担保的，建议在签署抵押合同时立即与对方到有关登记机关办理登记手续。仅有抵押合同而没有办理登记手续可能使权益丧失实现的基础。不必要的拖延和耽搁可能使该抵押担保劣后于在之前就同一抵押物办理登记手续的抵押担保。如果对方在签署抵押合同后拖延、拒绝协助办理抵押登记手续的，建议尽快向法院起诉进行处理。如果需要对方提供质押担保的，建议在签署合同时立即与对方办理质押物或者权利凭证的交接手续。仅签署质押合同而没有实际占有质押物的，质押权不成立。

#### （六）慎用善用公章

建议企业完善有关公章保管、使用的制度，杜绝盗盖偷盖等可能严重危及企业利益的行为。在签署多页合同时加盖骑缝章，并紧邻合同书最末一行文字签字盖章，防止对方采取换页、添加等方法改变合同内容。

#### （七）慎用授权文书

企业员工尤其是销售人员或采购人员，对外签约时需要获得授权。建议在有

关介绍信、授权委托书、合同等文件上尽可能明确详细地列举授权范围，以避免不必要的争议。业务完成后建议尽快收回尚未使用的介绍信、授权委托书、合同等文件。

此外，还有一些其他建议，如：应按照实际情况填写合同签订日期与地点，如果一定要倒签时间，也要注意做好相互佐证的材料，证明倒签系双方协商后的结果。企业至少要留存一份合同原件，并做好合同管理及合同台账整理，有条件的可在将合同归档之前进行扫描，留存合同电子版，做到纸质文件与电子文件的统一，日后非必须使用原件时，查询电子版即可。

#### 四、以案说明缔约过失需要承担赔偿责任

《民法典》第500条规定，当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（1）假借订立合同，恶意进行磋商；（2）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（3）有其他违背诚信原则的行为。

以下举例说明：案号为（2021）浙0291民初375号的缔约过失责任纠纷案件。案情简介：坐落于宁波市高新区某处的商场系由宁波意创建设开发有限公司（以下简称意创公司）开发，并由杭州印力商业管理有限公司（以下简称印力公司）负责招商服务。宁波市新华书店有限公司（以下简称宁波新华书店）拟承租该商场部分商铺。2020年9月至12月，宁波新华书店副总经理裘某与印力公司经理于某在微信上就相关事宜进行磋商。10月26日，于某将商铺租赁合同发送给裘某。裘某对其中部分条款提出异议，经协商后，双方基本达成一致。之后因为存在一些分歧，意创公司曾向印力公司表示不与宁波新华书店合作。2020年12月3日，宁波新华书店与某设计院签订了店铺的装修设计合同，约定总设计费131,200元；协议签订后，先付定金39,360元；后又支付了60,600元。2021年1月8日，裘某与意创公司经理刘某通话，刘某表示拒绝该项目的进行。所以，宁波新华书店向法院提起诉讼，要求印力公司、意创公司赔偿损失。

宁波高新技术产业开发区人民法院审理后认为，当事人在缔约阶段，按照诚实信用原则应承担协助、通知、保护、忠实等义务。对于两被告是否存在缔约过

失，结合当事人诉辩及证据，法院评议如下：一、原告宁波新华书店与被告意创公司之间并未缔结租赁合同。二、原告的证据不足以证明被告意创公司或印力公司曾就缔结租赁合同作出过明确保证。三、原告的项目进度并不受被告的安排与约束。四、被告印力公司在2020年10月29日明知被告意创公司已无与原告缔约意愿之后，未将此事告知原告，而是继续与原告协商租赁事宜，属于故意隐瞒与订立合同有关的重要事实，有违诚实信用原则。所以，原告要求被告意创公司承担缔约过失责任依据不足，法院不予支持。被告印力公司在缔约中存在过失，造成原告设计费用损失，应承担赔偿责任。原告在租赁合同未正式签订亦未得到被告意创公司缔约保证，且对商铺装修开业期限具有自主决定权的情况下，最终选择在2020年11月3日启动设计招标属于其自身商业安排，其应承担由此产生的相应风险与损失。结合双方的缔约经过、被告印力公司的过错程度、设计合同的履行情况、设计费支付情况，法院酌定被告印力公司赔偿原告损失3万元。所以判决被告印力公司赔偿原告宁波新华书店损失3万元。

### 第三节 合同履行阶段常见的法律风险防范

#### 一、合同履行阶段常见的法律风险

一些企业重视合同订立阶段的风险防范，却不重视合同履行阶段的风险防范，如不按时交货、不按时足额付款等，导致出现违约行为。或者合同相对方可能出现违约行为，自己没有及时催促或提醒，导致损失扩大，及时后来通过诉讼得到部分补偿，但无法完全弥补损失，更不用说因此给企业的信誉造成的不可弥补的负面影响。

下面介绍一下合同履行阶段常见的一些法律风险。

风险点一：未及时验收货物或检验不仔细

在买卖合同中，检验标准和方法是重要的条款。因为产品存在质量问题产生纠纷，往往与产品检验相关，检验结果是诉讼中说明产品存在质量问题的重要证据，买方签署的验收单成为卖方主张交付产品不存在质量问题的依据。合同中关

于货物检验的约定，主要涉及检验标准（包括质量要求）、检验期限、检验不符的处理等。

尤其需要注意的是：如果在检验时未发现问题但此后发现产品存在质量问题该如何处理，这是实务中容易产生纠纷。《民法典》第622条规定：当事人约定的检验期限过短，根据标的物的性质和交易习惯，买受人在检验期限内难以完成全面检验的，该期限仅视为买受人对标的物的外观瑕疵提出异议的期限。约定的检验期限或者质量保证期短于法律、行政法规规定期限的，应当以法律、行政法规规定的期限为准。

#### 风险点二：合同约定事项变更未签订补充协议或未留存相关证据

在合同履行过程中，经常因为有些原因导致货物的规格、型号、数额、交付时间、付款时间等难以按照合同约定来完全履行，所以双方进行协商，一方同意另一方提出的请求。但出于对合同相对方的信任或者疏忽，双方没有签订补充协议。但后来双方发生纠纷，如买方认为自己同意卖方提出延迟交付的请求，卖方也应该在货款上给予适当减少或同意推迟付款，卖方却没有同意，因此产出纠纷。买方提出卖方延迟交付是违约行为，卖方认为自己延迟交付得到了买方的同意，但因为没有书面形式的证据，被法院判决要承担违约责任。

在合同履行过程中，经常会出现以下情形：合同当事人一方主张经双方协商变更合同中的部分内容，但未签订补充协议；或者一方工作人员对另一方工作人员打了一个电话，提出某项请求，该工作人员认为关系不大，所以口头予以同意，后来诉讼时却拿不出任何证据；一方已经违反合同约定，如迟延某期付款，对方没有提出异议，该方认为对方已经默许，但在诉讼时，对方却将此作为对方违约的情形。类似的事例不胜枚举，由于未签订补充协议或留存相关证据，增加了败诉的风险。

#### 风险点三：不当行使抗辩权可能导致己方违约风险

在合同履行过程中，企业有效行使抗辩权可以预防法律风险。尤其是先履行抗辩权，是比较有效的手段。但企业在行使同时履行抗辩权或不安抗辩权时，需要注意其适用的条件。

如行使同时履行抗辩权时，需要注意的是债务应发生在同一双务合同中，如

果在不同的合同中提出要求的，不能提出所谓的同时履行抗辩权。此外，需要注意的是：在买卖合同履行中，支付货款与开具发票不构成对待给付。

企业是先履行义务的一方，在主张不安抗辩权时，必须有对方丧失或可能丧失履行债务能力的确切证据，而不能凭自己的主观猜测。否则，将会因擅自中止合同履行而承担违约责任，从而使自己处于极为不利的地位。不安抗辩权的行使不符合法律规定的条件或未通知对方的，视同违约不履行合同义务，应承担违约责任。

#### 风险点四：费用支付到个人账户的做法潜藏风险

在一些合同中，虽然约定了付款期限与方式，但没有写清收款账户、账号与开户行，只在合同中写“货款支付到某方指定的账户中”，有些合同中直接写明货款支付到某一个人账户中。

如果合同中写明货款支付到某一个人账户，买方按照合同约定按时、足额支付货款，即使卖方没有收到货款，该责任也是由卖方自行承担。但如果合同中没有写明收款账户，或者明确是支付到某一对公账户中你，但买方没有按照合同约定的要求支付，因此产生损失，将可能由买方承担。即使是按照卖方工作人员的指示要求支付的，买方也存在较大的过错，也需要承担一定的责任。

实践中，经常出现企业要求合同相对方将费用支付到企业大股东或法定代表人的个人账户中的情况，目的是为了偷逃税，这种做法对双方都存在较大的风险，建议企业不要答应这种要求。

#### 风险点五：商业贿赂侵害企业利益的风险

商业贿赂的危害是多方面的，交易对手通过向企业业务人员行贿，获取不正当交易机会，这种情况给企业质量管控、成本控制等带来严重问题，直接从内部侵蚀企业，危害不可忽视。

对于提供商业贿赂的一方来说，不仅增加了费用支出，而且产生了一定的风险。但有时候，处于弱势地位的企业为了尽早拿到货款，采取向合同相对方的负责人或业务人员提供财物的办法，往往可以起到较好的效果。但一旦被查到，可能被合同相对方直接剔除出供应商的名单。这在建筑行业中非常常见，建筑企业为了尽早拿到工程款，希望发包方尽早验收，往往采取给发包方工作人员送礼的

方式。

对于企业而言，如果有员工收取商业贿赂，不仅会影响企业的正常运行，而且会损害与合作企业之间的关系。如合同相对方原已经违约，对本企业产生了较大的经济损失。但因为员工收取了合同相对方的商业贿赂，就同意变更合同中的一些内容，不再追究合同相对方的违约责任，实质上损害了企业的利益。或者企业负责采购人员私自收取供货商的回扣，将价高质低的产品纳入采购范围。近年来，阿里、京东、腾讯等大平台企业，每年要处理一批因为接受贿赂被开除的员工，部分员工因为受贿数额较大而被追究刑事责任。

## 二、合同履行阶段的风险防范

在合同履行阶段，建议企业进行全过程的管理。具体建议如下。

### （一）重视对合同履行情况的追踪与控制

在履行合同过程中，企业合同管理部门要重视相应的追踪与控制，尤其是及时提醒与督促合同承办的相关部门与人员。如货物买卖合同中约定在某期限之前交货，卖方要组织人员生产或安排采购货物，其合同管理部门应及时提醒生产部门与采购部门备货；又如货物买卖合同中约定买方要先支付一定的预付款，买方的合同管理部门应及时提醒财务部门按照合同约定的时间与数额及时支付货款，如果买方不及时或未足额支付货款，卖方可以以此为由推迟供货或者解除合同，并要求买方承担违约责任。

### （二）重视交货检验并将检验中发现的问题及时通知对方

检验条款在买卖合同中非常重要，双方都应予以重视。合同中要约定明确的检验标准、检验期限等内容。对重大复杂生产设备、信息系统等，不仅需要合同的约定，而且要注意严格执行合同的验收流程、要求。不论合格与否，最好形成书面验收意见，书面验收意见的签署也要由授权代表进行。

对于买方而言，不能在合同中有“交货后后果自负”或类似约定，否则一旦发生纠纷，买方可能丧失提出质量异议的权利。无论合同中是否约定检验期限，买方收到货物后及时验货，发现有质量和数量问题的及时通知出卖人。

对于卖方而言，交货后应提醒买方及时检验，并反馈相关信息。如果委托第

三方物流企业送货的，等买方收到货物，在核对数量无误、外观没有明显的瑕疵后，卖方应要求买方的收货人在送货单或确认单上签字确认，交送货的驾驶员带回或寄回给卖方，避免以后产生争议。

### （三）合同约定事项发生变更应及时签订补充协议或出具联系单

在合同履行过程中，因为情况变化而需要变更原来约定的事项，为避免后续产生争议，双方沟通变更事项时，要由能够代表买卖双方的人员，如公司的法定代表人或者授权代表“拍板”，确认双方就变更后的履行事项达成一致意见，形成书面的补充协议。如果双方以短信、微信、邮件等方式变更合同履行内容的，要注意留存证据，同时就变更事项签订一份书面补充协议。

在建设工程施工中，经常会发生一些变化，经常签订补充协议不现实，所以可以采取工程联系单或设计变更单方式解决施工中一些变更事项。

### （四）留存合同履行中的相关证据尤其是书面材料

企业要妥善保管对于证明双方之间合同具体内容具有证明力的下述资料：与合同签订和履行相关的发票、送货凭证、汇款凭证、验收记录、在磋商和履行过程中形成的电子邮件、传真、信函等资料。在合同履行过程中双方变更合作约定，包括数量、价款、交货、付款期限的，也要留下书面凭证。

有些合同履行需要较长时间，其中难免会出现一些差错。尤其是分批交付、分期交付的合同，个别批次出现交付延误或付款延迟，如果双方合作良好，一般不会很计较。有一些产品质量存在问题，一般是采取换货方式，买方一般不会因此就提起诉讼。但如果因为买方没有按时付款的原因，此后卖方提起诉讼，买方会抗辩是卖方没有按时送货、产品存在质量问题等理由，此时需要买方为自己的主张提供证据，如果买方不注意保存证据，就无法提供送货单或入库单证明卖方延迟送货，存有质量问题的产品也已经退换，没有留存问题产品或产品照片作为证据，买方将承担举证不利的后果。

所以建议：在合同中要明确双方的工作联系人和联系方式；企业在合同履行过程中要有证据意识，合同履行的过程都要留痕；尤其是合同相对方出现违约情况时，要及时固定证据尤其是书面材料予以确认；对于双方认可的合同内容变更，要发书面通知或签订补充协议。

#### （五）要按约开具发票、按时支付款项，避免出现违约行为

如果合同中对开具发票、提供证明文件有明确约定，当事人应按照合同约定履行，否则将承担违约责任。如果买方需要卖方提前或在付款同时开具发票的，可以在合同中明确约定“收到卖方开具的符合国家税收法律法规的增值税发票后付款”。

一般而言，除非当事人有明确约定，否则买方以卖方未开票为由拒绝支付货款，将构成违约，并应承担违约责任。如果卖方已经提供产品但没有按时开具发票或提供证明文件，买方因此要求请求解除合同的，法院一般也是不予支持。

需要注意《合同编通则解释》第26条规定：当事人一方未根据法律规定或者合同约定履行开具发票、提供证明文件等非主要债务，对方请求继续履行该债务并赔偿因怠于履行该债务造成的损失，人民法院依法予以支持；对方请求解除合同的，人民法院不予支持，但是不履行该债务致使不能实现合同目的或者当事人另有约定的除外。

#### （六）款项一般要支付到合同相对方的对公账户

在确定付款方式时，无论是付款方还是收款方，除了金额较小的交易外，请尽量通过银行结算。在合同中要明确货款支付方式和收款账号、开户行等信息，尽可能要求合同相对方将款项直接汇至公司指定账户。可以用企业微信或支付宝账户收款，减少人员现金接触的机会，避免风险发生。建立应收账款分析、催收和预警制度，定期清点、整理货款。加强内部监督管理，如果员工通过不正当手段或存在违法行为对公司造成损失的，要对涉事员工进行处理，必要时向公安机关报警。

#### （七）合理行使不安抗辩权

在合同履行过程中，如果有确切证据证明对方经营状况严重恶化、转移财产或者抽逃资金以逃避债务、丧失商业信誉、有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形的，企业可以及时通知对方，并中止履行依照合同约定应当先履行的义务，等待对方提供适当担保。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，企业才可以解除合同。如果直接解除合同或拒绝履行，企业可能将承担违约责任。

#### （八）可以在合同约定反商业贿赂条款

对于大企业而言，反商业贿赂非常有必要。尤其是签订数量较大的物资采购合同，要确保相关人员不能营私舞弊、中饱私囊。在必要情况下，在合同约定反商业贿赂条款，给交易双方形成约束制约，尽量挽回经济损失。

#### （九）合同联系人离职要及时通知相关客户

企业业务人员离开企业后，建议在与其办理交接手续的同时，向该业务人员负责联系的客户发送书面通知，告知客户业务人员离职情况。并将合同中约定的作为联系人的离职员工变更为新的联系人。

#### （十）保证条款要明确，并注意保证期间和方式

如果需要合同相对方提供第三人保证担保，在与相关客户签署保证合同时请务必表述由保证人为债务的履行提供保证担保的明确意思，尽量选用连带责任保证，避免使用由对方“负责解决”“负责协调”等含义模糊的表述，否则法院将无法认定保证合同成立。

如需要向他人提供保证担保。无论是债权人还是保证人，建议在签署保证合同时写明保证期间起止点。如果没有明确约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月。选择“连带保证”还是“一般保证”对双方权利义务影响重大，建议保证合同中写明“连带保证”或者“一般保证”字样。如果在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照对保证人有利的一般保证承担保证责任。

此外，在合同履行过程中可能还会出现其他的风险，建议企业根据自己的行业特点、企业规模与合同性质等情况，制订相应的风险防范措施。如：外贸企业要重视船班的预订，避免出现因没有订上航班导致货物交付延误；制造企业要重视原材料的备货，避免出现因部分材料缺货导致产品无法按时生产出来；从事危化品行业的企业要特别重视安全防范工作，尤其是运输过程中的风险与交付后的仓储工作。

## 第四节 违约责任追究与合同争议解决

### 一、违约行为的表现形态

如果合同当事人出于各种原因造成合同迟延履行、不完全履行或履行存在瑕疵的情况下，另一方当事人一般会受到损失。因此，为保证合同的顺利履行，建议企业在合同中明确约定合理的违约责任条款是非常有必要的。

合同违约行为主要有以下几种表现形态：

#### （一）一方不履行或者履行不符合约定

《民法典》第577条规定：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578条规定：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前请求其承担违约责任。第583条规定：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的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。根据以上规定可知，合同当事人一方出现拒绝履行或者不按照合同约定履行义务的违约行为时，另一方当事人有权追究其违约责任。这是最常见的违约行为表现形态，通常是指一方违约的情况。

#### （二）瑕疵履行

《民法典》第582条规定：“履行不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。”瑕疵履行也是违约行为的一种，通常表现为违约方非出于主观原因造成违约，而且违约造成的后果不严重。有些瑕疵履行是出于意外情况造成，是双方此前难以预料到的，所以在合同中没有约定或者约定不明确。

#### （三）双方均违约与有过失

《民法典》第592条规定：“当事人都违反合同的，应当各自承担相应的责任。当事人一方造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损

失赔偿额。”实践中，往往会出现双方都违约的情况，如一方迟延交货、另一方拖欠货款，所以要判断双方的责任情况。也经常出现一方存在违约行为，另一方明知该情况但不做补救措施，导致损失扩大，法院一般会认定该扩大部分的损失由该方自己承担。所以《民法典》第591条规定了“减损规则”：当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担。

#### （四）因第三人原因造成违约

《民法典》第593条规定：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当依法向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定处理。”因为合同的相对性，即使是第三方的原因造成合同当事人一方违约的，其仍然需要对合同另一方当事人承担违约责任。

## 二、违约责任的承担方式

根据《民法典》第577条的规定，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。

#### （一）继续履行

《民法典》第579条规定：当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，或者不履行其他金钱债务的，对方可以请求其支付。第580条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：（1）法律上或者事实上不能履行；（2）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（3）债权人在合理期限内未请求履行。有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

根据上述法律规定，对于合同一方当事人未履行支付价款或者报酬等金钱债务时，另一方就有权要求其继续履行合同义务，继续支付未支付的价款或者报酬。但如果合同一方当事人未履行的是非金钱债务时，请求继续履行则存在例外

情况。

## （二）采取补救措施

前述违约行为的表现里提到因标的物质量不符合约定的瑕疵履行，而这种瑕疵履行通常说所应承担的违约责任就是采取补救措施。根据《民法典》第582条的规定，补救措施包括“请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任”。如在承揽合同纠纷中，出现承揽人的工作成果不符合质量要求的情况，通常采取补救措施。在建设工程合同纠纷中，如果发包人认定工程质量存在问题但还可以采取补救措施的，可以要求施工人无偿修理。

此外，在《民法典》中新增了一种补救措施——“替代履行”。具体见《民法典》第581条规定：当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定，根据债务的性质不得强制履行的，对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用。根据该条规定，在一方出现违约行为时，合同当事人另一方想选择继续履行的方式，但违约方不配合继续履行且根据债务的性质不得强制履行的，另一方可以选择由第三人替代履行的补救措施，由违约方承担第三人替代履行的费用。

## （三）赔偿损失

《民法典》第583条规定：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的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。由该条规定可见，赔偿损失是违约责任的主要承担方式，即使违约方继续履行义务或采取补救措施，只要对另一方造成了损失，都应赔偿损失。

对于赔偿损失的数额标准，具体见《民法典》第584条规定：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，造成对方损失的，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；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。

赔偿损失的范围可由法律直接规定或由当事人双方约定。在法律没有特殊规定或当事人没有另行约定的情况下，应按完全赔偿原则赔偿全部损失，包括直接损失和间接损失。直接损失指财产上的直接减少。间接损失又称可得利益，是指失去的可以预期取得的利益。在司法实务中，对于直接损失的认定相对比较简单一些，根据主张损失的一方的举证来进行认定。但对于间接损失的认定相对比较

困难，尤其是主张损失的一方往往难以举证，但不予支持又显得不合理。

“合同履行后可以获得的利益”属于可得利益的范畴，是未来可以得到的利益，不包括履行本身获得的利益。由于一方违约，受损害的一方不能取得合同约定应交付的财产，造成其生产经营活动中断或者从事该活动的基础和条件丧失，从而导致利润损失，这就是一种可得利益损失。可得利益是一种未来利益，它在违约行为发生时并没有为合同当事人所实际享有，而必须通过合同的实际履行才能得以实现。同时，可得利益必须具有一定程度的确定性。如果没有确定性，是不能要求赔偿的。

## （四）支付违约金

《民法典》第585条规定：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。约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以减少。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。

违约金一般按照双方合同约定进行确认，主要采取两种方式：一是约定违约方向守约方支付一定数额的违约金；二是约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。总之，违约金的写法各异，没有统一标准，需要注意的是双方的违约责任写法应基本对等，保持公平、合理。

对于约定的违约金过高或过低，可以适当调整的问题，在实践中存在较大的争议，主要焦点是对过高或过低的标准认定。对此问题，《合同编通则解释》第64条规定：当事人一方通过反诉或者抗辩的方式，请求调整违约金的，人民法院依法予以支持。违约方主张约定的违约金过分高于违约造成的损失，请求予以适当减少的，应当承担举证责任。非违约方主张约定的违约金合理的，也应当提供相应的证据。当事人仅以合同约定不得对违约金进行调整为由主张不予调整违约金的，人民法院不予支持。该解释第65条规定：当事人主张约定的违约金过分高于违约造成的损失，请求予以适当减少的，人民法院应当以民法典第五百八十四条规定的损失为基础，兼顾合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过

错程度、履约背景等因素，遵循公平原则和诚信原则进行衡量，并作出裁判。约定的违约金超过造成损失的百分之三十的，人民法院一般可以认定为过分高于造成的损失。恶意违约的当事人一方请求减少违约金的，人民法院一般不予支持。

最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2020年12月修正）第12条规定也值得参考：当事人以约定的违约金过高为由请求减少的，应当以违约金超过造成的损失30%为标准适当减少；当事人以约定的违约金低于造成的损失为由请求增加的，应当以违约造成的损失确定违约金数额。

此外，如果在合同中约定有定金条款时，需要予以特别注意。《民法典》第588条规定：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。定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。

除了以上规范外，还需要注意违约责任与侵权责任竞合如何处理。根据《民法典》第186条的规定，因当事人一方的违约行为，损害对方人身权益、财产权益的，受损害方有权选择请求其承担违约责任或者侵权责任。从该条规定可知，合同当事人一方的违约行为同时又符合侵权行为时，导致违约责任与侵权责任一并产生，违约责任的请求权与侵权责任的索赔请求权发生重叠，形成请求权的竞合，权利人只能选择其中一项行使。

### 三、以案例说明违约责任的承担方式

#### （一）合同中约定给付定金，要根据不同情况进行处理

《民法典》第586条规定：当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。定金合同自实际交付定金时成立。定金的数额由当事人约定；但是，不得超过主合同标的额的百分之二十，超过部分不产生定金的效力。实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的，视为变更约定的定金数额。第587条规定：债务人履行债务的，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，无权请求返还定金；收受定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，应当双倍

返还定金。

需要注意的是：如果不是归责于当事人双方的事由，导致合同未能订立或完全履行的，或者双方在履约过程中都存在违约行为，导致定金的目的没有实现，收取定金的当事人一方应当将定金返还给付定金的当事人一方。

以下举例说明：一审案号为（2023）浙0203民初2440号，二审案号为（2023）浙02民终3551号的定金合同纠纷案件。案情简介：谢某系宁波恒禾汽车销售服务有限公司（以下简称恒禾公司）法定代表人即占股90%的股东。2022年10月17日，浙江龙合科技集团有限公司（以下简称龙合公司，需方）和恒禾公司（供方）签订《车辆销售合同》一份，约定龙合公司向恒禾公司购买某型号搅拌车11辆，计金额343.2万元，约定：供方7天内交货，需方应于合同订立当日支付定金44万元。当日，龙合公司将定金44万元打给被告谢某。当月，龙合公司工作人员于微信中催促谢某抓紧交付车辆并过完成过户，并告知最晚27日必须交车，否则按合同履行。2022年10月27日，谢某向龙合公司退回定金44万元。双方确认该份该合同已经解除。之后，龙合公司向法院提起诉讼。

宁波市海曙区人民法院审理后认为，当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保，定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的20%。该案中，双方于2022年10月17日签订的《车辆销售合同》，龙合公司支付的定金数额44万元未超过主合同标的额343.2万元的20%，法院依法确认该份合同定金为44万元。根据案涉合同约定，交车期为7天内，但从双方的微信记录来看，龙合公司工作人员一直催促恒禾公司交车，恒禾公司直至2022年10月27日仍未能向龙合公司提供车辆。恒禾公司抗辩称因担心龙合公司没有付款能力故未向龙合公司交付车辆，但审理中，恒禾公司未能对其已于2022年10月27日前从第三方处取得了案涉11辆搅拌车作出肯定答复，亦未向该院提供其已取得车辆的相应证据，故法院认为，恒禾公司因自身原因未能向龙合公司提供车辆。恒禾公司未按约履行交车义务，显属违约。关于违约责任承担，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条款或者定金条款，故龙合公司主张恒禾公司双倍返还剩余定金44万元，于法有据，法院予以支持。龙合公司以谢某为恒禾公司股东和法定代表人，案涉款项支付给谢某为由，主张其作为股东和公司财

产混同，请求共同偿还，法院认为，仅以案涉交易流水为证，尚不足以证明股东和公司财产混同的事实，法院对龙合公司主张谢某承担还款责任，不予支持。所以判决被告恒禾公司向原告龙合公司双倍返还剩余定金44万元。

恒禾公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

#### （二）违约金与损害赔偿，只能选一适用，不能同时得到支持

《民法典》第588条规定：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。定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。

以下举例说明：案号为（2019）浙0282民初5759号的合同纠纷案件。案情简介：福建易成纯生态产业股份有限公司（以下简称易成公司）拟进口澳大利亚活牛1500头进境屠宰加工。2019年3月7日，易成公司和浙江一恒牧业有限公司（以下简称一恒公司）签订了一份协议，约定：一恒公司已协助易成公司完成申领隔离检疫场使用证、澳大利亚肉牛进境检疫许可证，另协助办理肉牛入境报关、地方官方检疫等相关合法手续。易成公司确认活牛于2019年4月20日前抵达宁波舟山港镇海码头，截止2019年4月20日仍未到达的，一恒公司有权解除协议，易成公司应当承担造成一恒公司的损失。易成公司有偿使用一恒公司的隔离场、屠宰场厂房、设备，在协议中约定了费用的标准。协议生效后5日内，易成公司应向一恒公司一次性支付按照费用标准计算的50%，合计729,747.50元。协议中的违约责任条款为：1.本协议经双方签字后生效，易成公司于生效后5日内付款。如一方违约，违约者应赔偿本协议总金额的30%作为违约金，且仍应承担违约给对方造成的损失。2.易成公司违反约定未按时付款的，易成公司应以未付金额为基准，每日万分之五的标准支付违约金。协议生效后，因易成公司未能进口活牛进境屠宰加工，导致协议未履行。一恒公司向法院提起诉讼，要求易成公司支付违约金376,192.44元，并赔偿损失1682,171.04元。

浙江省慈溪市人民法院审理后认为，原告根据协议第五条（1）约定，双方必须遵守本协议的内容，如果违约，违约方应向守约方赔偿本协议总金额的30%作为违约金。原告又根据协议第四条约定，认为可以明确“本协议总金额”

为1259,495元，认为双方约定总金额的30%违约金为377,848.50元。对此，被告辩称，其依照协议约定方式计算的违约金185,535元，已足以弥补原告的损失，其余过高请求应予驳回。法院认定双方约定的违约金的计算方法所得的37,7848.50元已超出原告损失（含预期利益）的30%，双方约定的违约金过高，法院酌定违约金为30万元。关于原告要求被告赔偿损失1682,171.04元（指2018年12月至2019年3月的员工工资损失）。违约金本质上属于损害赔偿额的预定，其主要功能在于填补守约方损失。违约金的损失填补功能和替代履行作用决定了若违约金请求权与违约所造成的损害赔偿请求权指向的是同一损害，则应避免同时适用，否则将会出现债权人双重获益的结果。所以，原告主张违约金和损失不能同时得到支持。所以判决被告易成公司支付原告一恒公司违约金30万元、并向原颁证单位申请撤销《进出境动物指定隔离检疫场使用证》、《进境动植物检疫许可证》。

## 第五节 合同变更、解除及风险防范

### 一、合同变更与情势变更规则

#### （一）合同经协商一致变更

合同变更是指当事人对已经发生法律效力，但尚未履行或者尚未完全履行的合同，进行修改或达成补充协议。

合同变更通常采取当事人协商一致变更合同内容的方式，是指合同生效后，因合同履行的主客观环境发生变化或因合同实际履行需要等原因，合同当事人对原有合同约定内容进行变更。如：在供货合同中原来约定是A产品60套、B产品40套，共计100套，单价相同；后来因为买方的业务发生一定的变化，向卖方提出要求改为：A产品40套、B产品60套，总数量与单价不变，卖方表示同意，双方达成新的合同内容，对原来的合同内容进行变更。

《民法典》中关于合同变更的内容有两条规定。第543条规定：当事人协商一致，可以变更合同。第544条规定：当事人对合同变更的内容约定不明确的，

推定为未变更。

可见，经协商方式进行合同变更的条件有以下三个：（1）已存在合法有效的合同关系；（2）合同变更的内容必须明确；（3）当事人必须协商一致。

合同变更后产生的法律效力有：（1）变更后的合同替代原合同；（2）合同变更原则上只对变更后未履行部分发生效力，不具有溯及力；（3）合同的变更不影响当事人要求赔偿的权利。

## （二）情势变更规则

在实践中，经常出现情况发生变化、继续履行合同对于当事人一方明显不公平的情况。如果双方协商变更未达成一致或合同当事人另一方不愿意变更合同内容，这时候势必会陷入到合同僵局中，容易产生纠纷，对双方都不利。从促成合同履行的角度看，适当变更合同中的一些内容，有利于交易达成，也是对双方都是有利的，原有纠纷也得以解决，双方不必通过诉讼或仲裁方式解决争议，这样做不仅省力而且减少成本。

因此《民法典》引入了“情势变更规则”，具体见第533条规定：合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。人民法院或者仲裁机构应当结合案件的实际状况，根据公平原则变更或者解除合同。

## 二、合同的解除

合同解除，是指合同成立以后，未履行或未完全履行前，经当事人协议，或当具备合同解除的条件时，由解除权人行使解除权使合同关系自始或向将来消灭的一种行为。

### （一）合同解除的类型与条件

合同解除可以分为三种类型：协议解除、法定解除、约定解除。

《民法典》第562条第1款规定，当事人协商一致，可以解除合同。无论合同中是否约定合同解除条件，因为出现了特殊情况，导致合同无法继续履行或不能

实现合同目的，双方协商一致，就可以提前解除合同。合同解除的，该合同的权利义务关系终止。而且不受“合同解除程序”的限制。

《民法典》第563条规定了“合同法定解除”，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：（1）因不可抗力致使不能实现合同目的；（2）在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；（3）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（4）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；（5）法律规定的其他情形。以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方。

当事人还可以合同中约定解除条件。《民法典》第562条第2款规定，当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。如双方可以约定：如在租赁期内该房屋被拆迁征收，双方应同意解除合同；如出租人将来要转让该房屋，承租人应同意解除合同等。但要注意“解除权行使期限”与“合同解除程序”。

### （二）当事人提出解除合同的方式

合同当事人可以选择两种方式来解除合同：一种是通知解除，另一种是通过诉讼、仲裁等方式解除。第一种方式解除合同，一方当事人需将解除合同的意思表示传递给对方，可通过口头通知、纸质信函、电子邮箱、微信聊天等方式通知，在关于合同是否解除的诉讼中，行使解除权的一方应当对自己已通知对方负举证责任。第二种方式的解除更为明确，如果法院或仲裁机构确认合同解除，则对方当事人自收到起诉状或仲裁申请书副本之日起合同即解除。

如果因一方原因导致合同无法或难以继续履行下去，守约方当然可以单方解除合同。应遵守《民法典》第565条关于“合同解除程序”规定：当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除；通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除。对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。当事人一方未通知对方，直接以向法院提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或

者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除。

此外，违约方在一定条件下也可以向法院提起诉讼或申请仲裁的方式要求解除合同，但不能以通知方式解除合同。对此情况，见《民法典》第580条第2款的规定：“有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。”

《合同编通则解释》第53条规定：当事人一方以通知方式解除合同，并以对方未在约定的异议期限或者其他合理期限内提出异议为由主张合同已经解除的，人民法院应当对其是否享有法律规定或者合同约定的解除权进行审查。经审查，享有解除权的，合同自通知到达对方时解除；不享有解除权的，不发生合同解除的效力。该解释第54条规定：当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼的方式主张解除合同，撤诉后再次起诉主张解除合同，人民法院经审理支持该主张的，合同自再次起诉的起诉状副本送达对方时解除。但是，当事人一方撤诉后又通知对方解除合同且该通知已经到达对方的除外。

2019年11月发布的《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）对此问题也有规范：“48.违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：（1）违约方不存在恶意违约的情形；（2）违约方继续履行合同，对其显失公平；（3）守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。”

### （三）合同解除后的法律后果

合同解除后的最直接的法律后果是合同终止。需要注意的是《民法典》第567条规定：合同的权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

关于合同解除后的溯及力问题。对于非继续性质的合同，如买卖合同，可以请求返还原物、恢复原状；对于继续性合同，不具有溯及力。已经履行的部分无

法恢复，对于未履行的部分可以主张相关财产的返还。

对于合同解除后的处理，《民法典》第566条规定：合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施，并有权请求赔偿损失。合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外。主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任，但是担保合同另有约定的除外。

在实践中，重点要关注合同解除的主体过错责任。一般来说，如果因为一方实质违约导致无法实现合同目的，另一方可以解除合同并要求违约方承担违约责任或请求赔偿损失。如出租人将房屋“一房多租”，导致有些承租人不能取得租赁房屋；承租人不按时支付租金，经出租人催告后在合理期限内仍未支付。

## 三、合同变更或解除常见的法律风险与防范

风险点一：由于市场发生变化，要求变更或解除合同须慎重

经济形势的变化往往导致货物市场价格发生剧烈波动。建议不要轻易选择主动违约、解除合同或者提起诉讼等方式解决，与对方平等协商、寻找双方都能接受的解决方案更加有利于减少损失。即便是在诉讼时，接受法院主持下的调解也将更加有助于企业利益的保护。

企业要判断市场价格发生变动是商业风险还是异常变化。一般情况下，企业提出要求根据“情势变更规则”，请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同的，得到支持的难度较大。如果觉得提出申请，一定要做好相关证据的收集工作，以不可抗力作为情势变更的原因，获得支持的可能性会较大一些。

防范建议：企业应按照诚信原则履行，在对方没有违约的情况，没有己方不存在特殊情况或原因，不要主动寻求变更或解除合同。

风险点二：单方解除合同可能要承担合同相对方的损失，即使对方违约也须及时止损

合同因违约而解除的，违约方应当承担相应的违约责任。如因不可抗力致使合同解除的，遭受不可抗力影响一方在已经及时通知对方并在合理期限内提供了

不可抗力证明的情况下，可以免除或部分免除责任。但当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

如果对方违约，不管是什么原因造成，企业都应该及时采取措施，防止损失扩大，由此产生的合理费用将由违约方承担。如果消极对待、放任损失的扩大，对于扩大的损失法院将无法予以保护。

防范建议：在对方出现违约的情况下，己方应当及时采取措施防止损失扩大，否则就不能对扩大的损失请求赔偿。

风险点三：约定解除要及时行使合同解除权，并做好证据的留存固定工作

《民法典》第564条规定：法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

防范建议：如今在业务往来使用微信、邮件非常普遍，所以要及时固定证据。对特别重大交易，建议仍选用合同、发函、阶段性会议纪要、备忘等形式，明确交易中涉及的一些重大事项，使用微信、电子邮件等进行沟通存在原件灭失，员工离职导致数据删除等风险。

风险点四：对方提出解除合同，己方不同意解除的异议要及时提

一旦对方通知解除合同而己方对此存在异议，如果合同中约定了异议期限，请务必在约定期限内向对方以书面方式提出。如果在约定期限届满后才提出异议并向法院起诉的，该诉请可能无法获得支持。

#### 四、与合同变更或合同解除相关的案例

（一）请求合同变更时，要注意情势变更与商业风险的区别

商业风险不属于情势变更规则的无法预见的重大变化。商业风险不属于一个严格的法律概念，通常是指在商业活动过程中，由于不确定因素存在而给交易主体带来的遭受损失的可能性。商业风险与情势变更都是客观情势发生变化，两者在发生原因和表现形式等方面存在着相同性或相似性，但两者也存在本质区别。商业风险是从事商业活动的固有风险，情势变更则不是市场系统固有的风险。具

体来说，需要综合考量风险的类型和程度、正常人的合理预期、风险的防范和控制、交易性质以及市场情况等因素，在个案中做出识别。

以下举例说明：一审案号为（2023）浙0206民初1254号，二审案号为（2023）浙02民终3329号的买卖合同纠纷案件。案情简介：2022年5月13日，宁波和丰化工有限公司（卖方，以下简称和丰公司）与宁波炜烨塑化有限公司（买方，以下简称炜烨公司）签订销售合同，合同中约定：产品名称为聚氯乙烯粉（PVC粉）；生产厂家为台塑工业（宁波）有限公司；型号S-65、S-70及S-60数量分别为90吨、60吨、60吨，单价分别为9250元、9350元及9250元；合同金额共计1948,500元。2022年5月23日，双方再次签订销售合同，其中产品型号S-60、S-65及S-70数量均为60吨，单价分别为9080元、9080元及9180元，合同金额共计1640,400元。截至该案起诉之日止，炜烨公司已支付货款1393,500元，和丰公司发货150吨，尚有2195,400元货款未支付，240吨聚氯乙烯粉未发货。

和丰公司员工韩某与炜烨公司员工谷某、李某的微信聊天记录载明，自2022年5月份开始，韩某多次通过微信与谷某、李某联系发货事宜。之后，和丰公司法院提起诉讼，要求炜烨公司依约履行合同，并支付应付未付货款2195,400元。

宁波市北仑区人民法院审理后认为，和丰公司与炜烨公司之间签订的合同系双方真实意思表示，且不违反法律、行政法规强制性规定，合法有效，双方当事人应当按照约定全面履行自己的义务。双方在合同中互负债务，合同约定款到安排发货，即炜烨公司履行付款义务在前，和丰公司履行交货义务在后，在实际履约过程中，炜烨公司未能在交货时间内先行付清全部货款，显属违约，应依法承担相应的违约责任。炜烨公司辩称案涉货物价格变化较大，属于情势变更情形。法院认为，从工商信息记载的炜烨公司经营范围来看，其具备与案涉业务相关的专业背景和交易常识，而交易产品价格波动受市场供需等多种因素的影响，属于正常商业风险范畴，不属于情势变更的情形。炜烨公司还称案涉货物已出售，无履行的可能性，可以用赔偿损失代替继续履行。法院认为，炜烨公司并未就此提供相应证据，而和丰公司虽然自认存在调用货物的情况，但该货物为一般种类物，且和丰公司自述240吨货物仍然存储在台塑公司仓库中，具备随时交付货物

的条件，同时从双方合同约定可知，和丰公司属中间商，为履行案涉合同而在当时向生产厂家台塑公司购货，货物价格也受当时与厂家所签合同的约束，且从双方公司员工的微信聊天记录来看，面对和丰公司多次要求尽快提货的催促，炜烨公司只是回复“资金紧张”、“价格有点高”等，并未明确表明不再履行合同，结合该案实际来看，该案主要问题在于合同签订后交易产品市场价格下降较大，并非合同无法继续履行。炜烨公司还主张调整销售合同的交易价格，缺乏充分的法律依据，法院亦不予支持。所以判决：（1）和丰公司与炜烨公司于2022年5月13日签订的《销售合同》及2022年5月23日签订的《销售合同》继续履行；（2）炜烨公司支付和丰公司货款2195,400元。

炜烨公司提起上诉，浙江省宁波市中级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

#### （二）违约方不享有单方解除合同的权利，但可以诉请法院解除合同

《民法典》第580条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以请求履行，但是有下列情形之一的除外：（1）法律上或者事实上不能履行；（2）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（3）债权人在合理期限内未请求履行。有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

以下举例说明：一审案号为（2021）浙02民初111号、二审案号为（2021）浙民终1262号的房屋租赁合同纠纷案件。案情简介：案涉宁波市鄞州区某处房屋属某小区的物业经营用房，该小区业主委员会于2019年5月10日出具一份委托书，载明规划用途为游泳池建筑、面积为768.93平方米的房屋，委托宁波银亿物业管理有限公司（以下简称银亿公司）对外租赁，并由银亿公司代为签订租赁合同。后，银亿公司（出租方）与宁波斯威鸣体育文化发展有限公司（承租方，以下简称斯威鸣公司）签订了《会所房屋租赁合同》。合同约定案涉房屋租赁期限自2019年5月20日至2022年5月19日止，每季租金为57,500元。合同签订后，斯威鸣公司接收了案涉游泳池并开始营业，支付了水、电、物业费等押金2万元和租房押金8万元，并支付了截至2020年1月31日的租金210,086元。自2020年初疫

情开始，案涉游泳池停业。双方以书面方式进行了多次沟通，斯威鸣公司要求提前解除合同，银亿公司认为双方应按合同继续履行。于是，斯威鸣公司向法院提起诉讼，要求解除租赁合同。

宁波市中级人民法院审理后认为，银亿公司和斯威鸣公司签订的《会所房屋租赁合同》系双方真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，应属合法有效，双方均应依约履行。在履约过程中，虽受疫情影响给斯威鸣公司的游泳池经营带来过阶段性经营困难，但根据疫情防控情况，2020年春夏之交，宁波辖区的游泳池经营陆续开始恢复正常。斯威鸣公司以疫情影响为由，主张解除《会所房屋租赁合同》，法院不予支持。斯威鸣公司支付租金至2020年1月31日，此后未再支付租金，构成违约。从该案双方沟通过程来看，往来函件两个来回，均无法就相关问题达成一致意见，可见双方形成合同僵局；从租金支付情况来看，斯威鸣公司支付租金至疫情发生之前的2020年1月31日，之后也多次发函和银亿公司进行沟通，故斯威鸣公司不存在恶意违约。现斯威鸣公司坚持主张解除合同，属明确表示不履行合同主要内容的情形，法院予以支持。但就合同解除的时间，因双方就合同继续履行还是解除，一直在沟通且未达成一致意见，故解除日期以法院判决作出之日为准。关于押金10万元，因斯威鸣公司系违约方，其无权主张返还押金。所以，判决原告斯威鸣公司与被告银亿公司之间的《会所房屋租赁合同》于2021年6月30日解除。

斯威鸣公司提起上诉。浙江省高级人民法院二审判决驳回上诉，维持原判。

附本章相关的法律、法规、规章及司法解释一览表

| 规范名称                                  | 性质    | 发布或开始实施时间        | 最新修正或修订时间        |
|---------------------------------------|-------|------------------|------------------|
| 《中华人民共和国民法典》                          | 法律    | 2020 年 5 月 28 日  |                  |
| 《中华人民共和国消费者权益保护法》                     | 法律    | 1993 年 10 月 31 日 | 2013 年 10 月 25 日 |
| 《中华人民共和国反不正当竞争法》                      | 法律    | 1993 年 9 月 2 日   | 2019 年 4 月 23 日  |
| 《浙江省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》            | 地方性法规 | 1995 年 12 月 26 日 | 2017 年 3 月 30 日  |
| 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》  | 司法解释  |                  | 2023 年 12 月 4 日  |
| 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》         | 司法解释  | 2012 年 3 月 31 日  | 2020 年 12 月 29 日 |
| 最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》    | 司法解释  | 2003 年 4 月 28 日  | 2020 年 12 月 29 日 |
| 最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》 | 司法解释  | 2009 年 7 月 30 日  | 2020 年 12 月 29 日 |
| 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》         | 司法解释  | 2015 年 6 月 23 日  | 2020 年 12 月 29 日 |
| 最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》  | 司法解释  | 2021 年 1 月 1 日   |                  |
| 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》     | 司法解释  | 2021 年 1 月 1 日   |                  |

第四章 企业刑事风险防范与合规

第一节 企业刑事风险的主要类型

一、市场营销环节刑事法律风险

市场经营法律风险大致可分为生产、销售伪劣产品及违禁品的法律风险，合同疏忽导致的法律风险，安全事故的法律风险、侵犯信息与系统法律风险、进出口货物法律风险、破坏环境资源保护法律风险，以及其他生产经营法律风险。

1.生产销售过程中可能涉及的犯罪

《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）生产、销售伪劣商品罪章节内的相关罪名。其中包括：生产、销售伪劣商品罪；生产、销售伪劣产品罪；生产、销售假药罪；生产、销售劣药罪；生产、销售不符合安全标准的食品罪；生产、销售有毒、有害食品罪；生产、销售不符合标准的医用器材罪；生产、销售不符合安全标准的产品罪；生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪；生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪。

《刑法》侵犯知识产权罪章节内的相关罪名。其中包括：假冒注册商标罪；销售假冒注册商标的商品罪；非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪；假冒专利罪；侵犯著作权罪；销售侵权复制品罪。

《刑法》中规定的，其他禁止销售的产品所涉及的相关罪名，具体包括：非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪；倒卖文物罪；非法出售、私赠文物藏品罪；制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪。

2.进出口过程中可能涉及的犯罪

《刑法》中规定的走私类犯罪相关罪名，具体包括：走私武器、弹药罪；走私核材料罪；走私假币罪；走私文物罪；走私贵重金属罪；走私珍贵动物、珍贵

动物制品罪；走私国家禁止进出口的货物、物品罪；走私淫秽物品罪；走私普通货物、物品罪；走私废物罪。

### 3.其他常见的营销环节可能涉及的犯罪

合同诈骗罪；重大安全责任事故罪；侵犯公民个人信息罪；非法侵入计算机信息系统罪；非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪；提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪；破坏计算机信息系统罪；拒不履行信息网络安全管理义务罪；非法利用信息网络罪；帮助信息网络犯罪活动罪；损害商业信誉、商品声誉罪；虚假广告罪；串通投标罪；合同诈骗罪；组织、领导传销活动罪；非法经营罪；强迫交易罪；伪造、倒卖伪造的有价票证罪等。

## 二、财务与金融法律风险

财务与金融法律风险大致分为融资形式不当的法律风险、金融管理不当的法律风险、违规避税的法律风险。

### 1.企业设立、融资及破产中可能涉及的犯罪

《刑法》中关于融资不当的相关法律规定，具体包括：虚报注册资本罪；虚假出资、抽逃出资罪；欺诈发行股票、债券罪；违规披露、不披露重要信息罪；妨害清算罪；虚假破产罪；隐匿、故意销毁会计凭证、会计帐簿、财务会计报告罪；非法吸收公众存款罪；洗钱罪；集资诈骗罪；贷款诈骗罪；票据诈骗罪；金融凭证诈骗罪；信用证诈骗罪；信用卡诈骗罪；有价证券诈骗罪；保险诈骗罪。

### 2.企业涉税可能涉及的罪名

《刑法》中关于涉税的相关法律规定，具体包括：逃税罪；抗税罪；逃避追缴欠税罪；骗取出口退税罪；虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪；虚开发票罪；伪造、出售伪造的增值税专用发票罪；非法出售增值税专用发票罪；非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪；非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪；非法制造、出售非法制造的发票罪；非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪；非法出售发票罪；持有伪造的发票罪。

## 三、高管刑事责任法律风险

除了前文中提及与直接负责的主管人员和其他直接责任人员相关的以外，企业高管通常涉及的刑事责任法律风险还包括经营不当的法律风险，财务流转方式不当的法律风险以及失职与滥用职权行为的法律风险。

高管的刑事法律风险主要来源于企业经营，故可能涉及的罪名，与上述罪名基本一致。

## 四、公共关系法律风险

企业的公共关系发展与维系是企业健康长远发展的重要影响因素。企业如何处理与官员、媒体、同行、客户、在职员工、离退休员工的关系，与企业的形象树立和经济利益密切相关，而且常常是因为这些关系没有处理好，才导致潜在的法律风险成为现实的法律风险。企业可能存在的公共关系法律风险包括贿赂犯罪、串通投标罪、虚假广告罪等，甚至有一些企业还涉入黑恶势力犯罪。

## 第二节 职务犯罪风险与防范

### 一、挪用资金罪

挪用资金罪是指公司、企业或者其他单位的人员，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，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行为。

防范建议：

1.要强化内部监督管理机制。公司、企业从维护双方当事人的合法权益出发，建立和完善合理的用人机制，严格劳动用工手续，明确各自的身份、职责、职务和严格落实报酬的结算。

2.要堵塞可资犯罪的漏洞。对财务、销售等重点岗位定期审计和对帐，规范销售操作规程，健全货物发放和货款回收制度，并建立客户应收款明细帐、业务

员个人明细帐和和企业、客户、业务员对帐制，详细记载每份合同的发货、收款情况，做到来有来路，去有去处，堵塞各种可能造成财物流失的漏洞，使一些心怀不轨的员工知难而退。同时坚持通过转帐支票、银行汇票、本票等工具进行资金结算，提倡通过银行以托收承付、汇兑等现代支付手段收取货款，尽量减少现金交易，规定收回的现金要及时交财务。

3.要加强对员工的法制宣传教育。经常聘请法律专业人员为员工普及市场经济的有关法律、法规知识，增强他们的守法自律意识，促使有犯罪念头的人悬崖勒马，尽量少发案，减少损失。

4.企业法人要树立以法治企的观念，经常查找管理薄弱环节，进一步完善企业内部管理机制。

5.加强防范和打击，一旦发现员工职务犯罪，应及时向公安机关经侦部门报案，从早从快进行打击。

## 二、职务侵占罪

职务侵占罪是指公司、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，数额较大的行为。

防范建议：

1.对员工进行全方位考察。在用人上，除了专业能力，还要考虑员工的思想品德，尤其是处理财务的人。上岗前应接受严格的业务、法律和职业道德培训。上岗后要进行监督检查和回访，建立人事管理档案。

2.加强公司、企业员工的教育。把员工的素质教育作为一项工作，一项任务。针对社会上的各种不正之风，定期对员工进行世界观、人生观和法制教育，培养员工良好的职业道德，全面加强员工队伍建设。

3.完善公司、企业的管理制度，使公司、企业的管理有法可依、有制可依，真正做到以制度管人，杜绝个别领导以言代政的现象。同事设立举报邮箱，让公司、企业的员工参与监督，让公司、企业的管理者在无形中受到约束，增强守法意识，防患于未然。

4.加强管理，堵塞漏洞，建立严格的监督制约机制。公司、企业要围绕财务

管理、货物流通、合同签订等重要环节制定完善的规章制度。保证金融流通各个环节有章可循，杜绝大额现金结算，注意票据流向的一致性，及时清查应收应付账款，堵塞导致犯罪的漏洞，让一些不法之徒知难而退，造成心中“伸手必被捉”的压力，不敢轻举妄动。

5.在严格控制企业管理的同时，关注员工利益，合理支付员工报酬，真正做到“按劳取酬”，让员工感受到自己不仅是企业的信任，也是改善生存环境的重要途径。

6.充分利用法律武器保护自身利益。公司、企业等单位的决策者要充分认识法律在保护和保障本企业利益中的作用，事前用“法”论证可行性，过程中用“法”规范自己的行为，事后用“法”保护自己的权利。要加强法律的学习、知识和运用，增强防范和维护自身利益的意识和能力。一旦发现员工的职务侵占行为，一定不能姑息。他/她应该根据不同的情况受到严厉的惩罚。情节轻微的，按照公司和企业的规章制度进行处罚。情节严重的，应及时向公安机关报案，为公安机关侦查破案提供有利时机。应积极配合公安机关坚决查处，以身作则，防止其违法行为的继续和蔓延，切实维护公司和企业自身的合法权益。

## 第三节 融资刑事风险与防范

### 一、贷款诈骗罪

贷款诈骗罪，是指以非法占有为目的，编造引进资金、项目等虚假理由，使用虚假的经济合同，使用虚假的证明文件，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，以及以其他方法，诈骗银行或者其他金融机构的贷款，数额较大的行为。

防范建议：

企业经营管理者在实际经济活动中面临着诸多刑事法律风险，其中一些是由于刑事立法上的模糊、市场经济环境不成熟导致的，而有一些却是因为企业经营管理者为谋取企业或少部分人的利益，采取了刑法所禁止的行为方式。为避免贷

款诈骗罪的刑事法律风险，经营管理者可以从以下几个方面着手：

1. 确保提供贷款申请材料的真实性；
2. 确保提供申请贷款相关信息、证据的真实性；
3. 确保申请贷款时有偿还能力，企业正常经营；
4. 确保贷款用途与实际用途一致；
5. 严格把控所需贷款项目的经营风险，防止无法偿还的风险；
6. 使用贷款时严格遵守贷款合同约定，如需变更用途，需要提前通知放贷方；
7. 不得将贷款用于高风险的经营活动，如炒股、炒期货等，有被认定为“具有非法占有目的”的可能；
8. 贷款到期后，应当还本付息；
9. 如遇市场经营风险，无法还本付息，应当及时与金融机构协商。
10. 不能抽逃、转移资金、隐匿财产，隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，逃避返还贷款或拒不返还贷款。

## 二、骗取贷款罪

骗取贷款罪，是指以欺骗手段取得银行或者其他金融机构贷款，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行为。

防范建议：

1. 不得以虚假的理由取得银行贷款；
2. 不得编造经营项目，虚增流水以获取贷款；
3. 不得协助他人，虚增经营额，帮助他人取得银行贷款；
4. 不得协助他人提供虚假证据，帮助他人取得银行贷款。

## 三、合同诈骗罪

合同诈骗罪是指以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，采取虚构事实或者隐瞒真相等欺骗手段，骗取对方当事人的财物，数额较大的行为。

防范建议：

1. 企业在签订合同前，应当衡量自身履行合同的能力；
2. 企业在签订合同前，不能有谋取不正当利益的目的；
3. 企业在签订合同时，不能提供虚假的材料、信息等，导致他人陷入错误认识而订立合同；
4. 企业在签订合同时，不能夸大自己的履行能力，导致他人陷入错误认识而订立合同；
5. 企业在签订合同后，不能不履行合同，将款项用于合同约定以外的项目，更不能用于赌博、炒股等高风险的活动。
6. 企业在签订合同后，不能携款、携物而逃。

## 四、非法吸收公众存款罪

非法吸收公众存款罪，是指违反国家金融管理法规非法吸收公众存款或变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。

防范建议：

1. 由于资本市场直接融资和银行贷款的门槛较高、程序烦琐，不能满足企业发展的资金需求，因而民间融资成为企业融资的优先选择。但是企业在民间融资实际操作过程中必须把握好合法民间融资与非法吸收公众存款罪的界限，防范民间融资跨越刑法的底线
2. 企业创办需要资金，企业在运转过程中更需要大量的资金，但是在融资方式上，不能通过媒体、推介会、传单、手机短信等公开宣传、推介的方式进行融资；
3. 企业融资需要通过非公开的方式进行，如点对点向其他企业或个人借款，如向银行借贷等；
4. 企业融资不能向不特定人群融资，不能通过口口相传的方式，导致企业向大量不特定人群借款融资；
5. 即使企业存在借贷行为，但是也不能将融入的资金用于非法途径，否则可能构成集资诈骗罪；
6. 企业应当将募集的资金用于生产经营活动，否则可能构成诈骗罪；

7.如果企业已经存在非法吸收公众存款的行为，需要想方设法还清债务，否则一旦被刑事立案，就可能难以挽回；

#### 五、欺诈发行股票、债券罪

欺诈发行股票、债券罪，是指在招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容，发行股票或者公司、企业债券，数额巨大、后果严重或者有其他严重情节的行为。

防范建议：

1.公司、企业在发行股票、债券时，必须遵守我国《公司法》《股票发行与交易管理暂行条例》等法律法规的规定。招股说明书、认股书、公司、企业债券募集办法等书面文件应当真实反映公司，企业的经营状况以及股票、债券发行的真实情况。向社会公开发行股票、债券之前应当再三审核上述文件，保证文件的真实性、准确性和完整性。

2.公司、企业在发行股票、债券的过程中，伪造、变造国家机关公文、有效证明文件或者相关凭证、单据的行为也应当杜绝。这些行为可能同时触犯伪造国家机关公文、证件、印章罪以及伪造、变造金融票证罪。

3.通过发行股票、债券筹得资金后，应当保证将资金用于公司、企业合法的经营活动中，而不能利用募集的资金进行违法活动或者转移、隐瞒所募集的资金。

#### 六、以案例说明非法吸收公众存款罪

一审案号为（2019）浙0282刑初1694号，二审案号为（2019）浙02刑终656号的非法吸收公众存款罪案件。案情简介：2009年至2017年期间，被告人周某以“业务发展”为由，通过利用社交关系、经营管理渠道等途径传播吸收资金的信息，并放任吸收资金的信息通过亲友、员工向社会公众扩散，承诺以0.9至1分的利息按期还本付息，以民间借贷的形式向社会不特定对象吸收资金。迄今已查明吸收资金对象共计74人，数额共计人民币3700余万元，其中2800余万元尚未归还。

2015年至2016年期间，被告单位浙江中冠农资有限公司（以下简称中冠公司）法定代表人暨被告人周某以该公司拟“新三板”上市为由，通过利用社交关系、公司年会、经营管理渠道亲自推介、指示员工利用经营渠道对外推介等途径传播吸收资金的信息，并放任吸收资金的信息通过亲友、员工向社会公众扩散，承诺在三年内上市并给予原始股股权、若逾期未上市则按投资额1.3倍回购的方式给予回报，以投资入股的形式向社会不特定对象吸收资金。已查明吸收资金对象共计67人，数额共计人民币2500余万元，资金全部尚未归还。

浙江省慈溪市人民检察院提起公诉。浙江省慈溪市人民法院一审判决：（1）被告人周某犯非法吸收公众存款罪，判处有期徒刑六年，并处罚金人民币30万元；（2）被告单位中冠公司犯非法吸收公众存款罪，并处罚金人民币20万元；（3）责令被告人周某、被告单位中冠公司退赔相关被害人经济损失。

周某提起上诉。浙江省宁波市中级人民法院审理后认为，周某、中冠公司违反国家金融管理法规，非法吸收公众存款，扰乱金融秩序，数额巨大，且周某系中冠公司直接负责的主管人员，周某和中冠公司的行为均已构成非法吸收公众存款罪。周某到案后能如实供述自己的罪行，对周某和中冠公司依法予以从轻处罚。给被害人造成的经济损失，应当责令周某和中冠公司退赔。所以裁定驳回上诉，维持原判。

### 第四节 税务刑事风险防范

#### 一、虚开增值税专用发票罪

虚开增值税发票罪是指为了牟取非法经济利益，故意违反国家发票管理规定，虚开增值税专用发票，给国家造成损失的行为

防范建议：

1.建立健全的财务管理制度，企业涉嫌虚开增值税专用发票的很大程度原因，是因为企业存在一言堂的情况，难以用制度来规范企业开票行为。因此，明确财务管理流程和责任，确保财务数据的真实性和准确性是最为重要的，这就要

求企业实际控制人，要严格遵守制度。

2.严格核查购销合同和发票企业在进行货物或服务交易时，应该严格核查购销合同和发票，确保交易信息的真实性和合法性。如果发现问题，应该及时采取措施，避免被卷入虚开增值税发票行为中。企业应该加强与供应商和客户的沟通和协作，建立长期稳定的合作关系，减少虚开增值税发票的风险。

3.企业应该避免与不良商家合作，尤其是那些经常出现虚开增值税发票行为的商家。如果必须合作，应该加强对商家的调查和了解，确保不会受到虚开增值税发票行为的影响。企业应该加强对供应商和客户的风险评估，提高风险意识，避免受到虚开增值税发票行为的影响。

4.企业应该定期进行财务审计，及时发现财务问题，避免被卷入虚开增值税发票行为中。同时，企业应该选择有资质和信誉的审计机构进行审计，确保审计的准确性和公正性。同时加强对财务审计的监督和管理，确保审计工作的有效性和及时性。

5.企业应该加强对涉税风险的预警和控制，及时发现和解决可能存在的风险问题。同时，应该积极配合税务部门进行税务稽查和审计，避免被卷入虚开增值税发票行为中。企业应该加强对税法的学习和了解，提高税法意识和守法意识，避免违法行为的发生。

## 二、骗取出口退税罪

骗取出口退税罪，是指以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的行为。

防范建议：

- 1.外贸企业想出口退税须办理一般纳税人，小规模纳税人只能免税；
- 2.选择供应商尽量选择注册时间超过2年、信用级别较高的企业；
- 3.出口后符合收入确认的条件应及时确认收入，确认收入实操中一般是在出口当月，是否开具出口发票以主管税务机关的要求为准，如主管税务机关无要求，可用商业发票作收入入账的单据；
- 4.及时联系供应商开具购货增值税专用发票，取得发票后应对发票进行检

查，检查无误应及时勾选确认；

5.电子口岸出口退税模块打印出口货物报关单，打印出的报关单应与已勾选的增值税专用发票抵扣联配对整理好。电子税务局的我要查询中查看报关单及购货发票是否有电子信息，有信息及时申报出口退税；

6.出口企业应及时对申报出口退税的货物进行单证备案；

7.年度末应注意核查出口退税申报情况，未申报出口退税应做好记录，如属于未取得购货增值税专用发票应及时催发票，如属于购货增值税专用发票或出口报关单无电子信息应及时申报信息查询；

8.核查出口退税货物收汇情况，如属于企业操作不正规应及时修正，出口申报退税货物未收汇且不符合视同收汇的9类情形只能做免税处理；

9.发生出口免税（免税不退税）收入，出口企业应自主备案。

## 三、以案例说明骗取出口退税罪、虚开发票罪

一审案号为（2020）浙0206刑初229号，二审案号为（2020）浙02刑终311号的骗取出口退税罪、虚开发票罪案件。案情简介：2016年，杨某和徐某商议，让徐某虚开增值税专用发票，由杨某向税务局申报骗取出口退税。2016年5月至2019年4月，杨某在经营被告单位宁波市蒂赛利商贸有限公司（以下简称宁波蒂赛利公司）期间，为骗取国家出口退税，通过支付开票费的方式，在没有实际货物交易的情况下，取得徐某实际经营的南昌蒂赛利服饰有限公司（以下简称南昌蒂赛利公司）、南昌市雅志针织服装有限公司（以下简称雅志公司）、南昌瑞铭服饰有限公司（以下简称瑞铭公司）、南昌凯蓝特实业有限公司（以下简称凯蓝特公司）等四公司以及其他五家公司虚开的增值税专用发票价税合计151,836,179元，其中税额21,447,514.25元。徐某明知杨某具有骗取国家出口退税的目的，仍以其实际经营的南昌蒂赛利公司、雅志公司、瑞铭公司、凯蓝特公司等四公司虚开给被告单位宁波蒂赛利公司增值税专用发票，税额共计人民币20,333,784.96元。在此期间，杨某从黄某、陈某1（另案处理）等人处非法获取其他公司的出口信息，伪造海运提单、报关单等出口退税凭证，用虚开的增值税专用发票及伪造的相关出口退税凭证骗取国家出口退税，后以宁波蒂赛利公司名

义向宁波保税区国家税务局申报，骗取出口退税款共计人民币21,447,514.25元。

2017年10月至2019年1月，杨某为骗取出口退税而向陈某1购买出口货物信息，并以支付运输费的名义支付相关好处费，让宁波敏思国际物流有限公司向宁波蒂赛利公司虚开了增值税普通发票35份，价税合计1850,240元。

2019年7月，徐某被抓获归案；杨某受到公安机关传唤后交代了相关犯罪事实，并于次日被刑事拘留。后宁波市北仑区人民检察院提起诉讼。宁波市北仑区人民法院作出判决：（1）被告单位宁波蒂赛利公司犯骗取出口退税罪，并处罚金人民币2200万元；犯虚开发票罪，并处罚金人民币10万元。数罪并罚，决定执行罚金人民币2210万元；（2）被告人杨某犯骗取出口退税罪，判处有期徒刑十年六个月，并处罚金人民币2200万元；犯虚开发票罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币10万元。数罪并罚，决定执行有期徒刑十一年，并处罚金人民币2210万元；（3）被告人徐某犯骗取出口退税罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金人民币2050万元；四、被告单位宁波市蒂赛利公司及被告人杨某、徐某骗取的出口退税款，予以追缴。

徐某提起上诉。浙江省宁波市中级人民法院作出裁定驳回上诉，维持原判。

#### 四、以案例说明涉刑企业合规整改后免予刑事处罚

案情简介：安徽省芜湖某工程公司实际控制人邢某为了获得足够增值税专用发票至税务机关认证抵扣税款，在与他人无真实交易的情况下，采取支付票面金额6%至7%开票费的方式，伙同他人為自己实际控制的芜湖某工程公司虚开增值税专用发票13份，所有虚开的增值税专用发票均已向税务部门认证抵扣共计税款17万余元。一审法院经审理，以犯虚开增值税专用发票罪判处被告人邢某拘役一个月，并处罚金2万元。

邢某提起上诉，同时邢某及企业向安徽芜湖市中级人民法院（以下简称芜湖中院）提出企业合规整改申请，芜湖中院予以同意。2022年12月14日，芜湖中院联合芜湖市人民检察院实地走访涉案企业，对能否适用合规整改进行深入研判，对企业相关负责人进行严格考察。经审查后认为，该公司符合启动企业合规整改

的条件。2023年2月22日，芜湖中院裁定对该案中止审理，并启动对涉案企业合规监管考察，考察期限三个月。

考察期内，合议庭成员主持召开监督评估会3次，走访企业4次，提出整改建议6条。涉案企业主动补缴全部税款17万余元，在依法纳税等重点问题上做提升整改。第三方监督评估小组围绕合规风险点为涉案企业举办合规专项培训3次，健全完善制度规范、工作流程20处，组织全体员工签订合规承诺书、廉洁协议，并对全体员工进行合规考试。4月19日，涉案企业完成了既定的合规整改目标，第三方监督评估小组认为：“芜湖某工程公司通过合规整改，已经基本形成了合规文化，完善了合规制度，建立了合规体系，并且设立了相应的检测、举报、调查、处理机制与合规绩效评价机制，合规整改具备有效性，可以通过验收。”

4月27日，芜湖中院公开开庭审理邢某等上诉人虚开增值税专用发票案。合议庭评议认为，芜湖某工程公司已经完成了刑事合规整改，邢某作为公司实际负责人具有自首、认罪认罚、补缴全部税款等法定、酌定从轻、减轻处罚情节，符合适用缓刑甚至免予刑事处罚条件。经该院审判委员会讨论决定，对邢某依法判处免予刑事处罚。

这是芜湖首例由二审法院主导完成的涉刑企业合规整改案，对推动和促进审判阶段涉案企业合规建设作了有益的探索。

近年来，最高人民法院及各地方法院参与涉案企业合规改革，采取具体措施来保障民营经济的健康发展和挽救实体企业的困境，这是一个积极的趋势。这种趋势有助于推动中国市场经济的稳定发展，同时也为保障企业合法权益提供了更加有力的法律保障。

## 第五节 市场竞争中刑事风险防范

### 一、串通投标罪

串通投标罪指投标者相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人利益，或者投标者与招标者串通投标，损害国家、集体、公民的合法权益，情节严重的

行为。

防范建议：

- 1.对招标人而言，不能量身定制投标人的资格条件，以明显不合理的要求排除其他潜在投标人；
- 2.对招标人而言，向特定投标人透露招标底价以帮助投标人串通投标。
- 3.对招标人而言，如果在招标过程中收受财物，可能构成相关职务犯罪。
- 4.对招标人而言，未招标先开工，事后补办招标程序，可能构成犯罪；
- 5.企业不能配合招标人进行串通投标活动；
- 6.企业不能进行陪标活动，提供虚假材料，进行陪标；
- 7.企业不能帮助他人寻找陪标企业，否则可能构成共犯；
- 8.企业不能通过挂靠两家或两家以上有资质的企业进行投标，甚至通过挂靠方式进行围标；
- 9.被挂靠单位如果明知挂靠人通过挂靠串通投标而对外挂靠的，可能构成串通投标罪的共犯。另外，挂靠行为本身属于严重的违法行为，挂靠人和被挂靠人均将承担相应的法律责任。

## 二、非法经营罪

非法经营罪是指未经许可经营专营、专卖物品或其他限制买卖的物品，买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件，以及从事其他非法经营活动，扰乱市场秩序，情节严重的行为。

防范建议：

- 1.在进行各项经营活动以前，对比营业执照，审查是否具有经营资格；
- 2.在外汇、证券、期货、保险、特许经营等各个经营对象中，必须了解相关的经营资质，没有行政许可，不得进行经营活动。
- 3.对自身正在经营的行为进行梳理，对于没有资质的经营活动立刻停止，对于不知道是否可以继续经营的，需要咨询专业人士；
- 4.对于政策法规需要进行不间断的学习，聘请专业法律顾问；
- 5.对于新兴的经营方式，在早期可能还未被纳入监管范围，因此从事相应的

业务并不会被认定为非法经营。但随着监管的介入，越来越多的非法经营行为将会纳入法律法规调整的范畴，如果没有及时停止相关业务的企业就会陷入法律的制裁。

- 6.对于新增的企业经营项目，需要在进入时进行合法性评估。
- 7.对于已经取消监管的经营行为，需要及时了解，可以放心继续经营。

## 三、非国家工作人员受贿罪

非国家工作人员受贿罪，是指公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。

防范建议：

- 1.就公司、企业管理而言，人员治理是非常重要的内容，如果人员治理不当，一旦构成刑事犯罪，使公司、企业相关人员身陷囹圄，还将严重损害单位利益，造成单位财产、声誉、人才等方面的损失。因此做好人员治理方面的合规管理，尤其是刑事合规管理非常重要。

企业文化价值观和规则与我国法律体系的价值观和规则保持一致。企业应当树立廉洁、忠诚的文化，提倡诚实、正直、透明，通过文化的树立和渗透防止腐败和欺诈。企业可以指导和规范员工的日常行为，增强企业人员尤其是高级管理人员的自律意识，从源头上防范刑事风险。

- 2.建立和健全公司治理结构、内控和监督机制，使相关人员在客观上无法实施违法犯罪行为。

- 3.制定完善的员工行为手册，并且要不定期组织员工培训。通过员工行为手册对员工提出基本的行为要求，要求员工必须遵纪守法，维护单位利益，不得从事违法行为。组织员工培训是企业合规计划的重要内容，通过培训可以让员工明确知悉公司的规范和制度，使其遵照执行，让员工知道明确的操作方法。

## 4.积极应对刑事合规危机

对于已经发现和披露的合规风险和违规事件，要积极应对，通过补救整改，将风险扼杀在摇篮里，避免财产、声誉、人才等损失进一步扩大。具体的做法

是，在违规行为发生后，企业要及时开展内容合规调查，对于违规行为及时进行披露，对违规责任人及时进行挽救和惩戒，不能任由事态继续恶化，甚至通过违法违规手段进行掩盖。比如，对于员工实施商业贿赂的行为，应当在通过合规调查后，对已经构成犯罪的员工移送司法处置，而不是采取包庇袒护的做法，更不能为了掩盖犯罪而毁灭相关证据。公司、企业在违规行为引发的危机出现后，还应当针对企业存在的合规管理制度中的漏洞和缺陷进行弥补，甚至积极进行整改，并公示企业高管和员工，使其从中吸取经验教训，让违法违规行得到有效控制。

#### 四、对非国家工作人员行贿罪

对非国家工作人员行贿罪是指为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的行为。

防范建议：

1.加强廉洁意识培养。企业要通过丰富形式不断加强对员工廉洁从业的监督和守法意识的培养。

2.严审重大经济项目。企业要严格审查重大项目和经济活动（含招标投标工作）的具体实施方案并对实施方案进行风险评估。

3.加强内外监督管理。企业在日常经营和业务往来过程中，要对交易相对方进行一定程度的监督，一旦发现商业往来人员存在违反廉政合同情况的，应及时终止合作并留证。

4.加强普法宣传防范。企业因员工商业贿赂行为应及时向公安机关报案，最大限度维护企业合法权益。

#### 五、以案例说明与行贿相关的刑事责任承担

2023年12月29日通过的《刑法修正案（十二）》，将与行贿相关的刑事责任承担进行了修改。其中《刑法》第390条修改为：对犯行贿罪的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别

严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，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。有下列情形之一的，从重处罚：（一）多次行贿或者向多人行贿的；（二）国家工作人员行贿的；（三）在国家重点工程、重大项目中行贿的；（四）为谋取职务、职级晋升、调整行贿的；（五）对监察、行政执法、司法工作人员行贿的；（六）在生态环境、财政金融、安全生产、食品药品、防灾救灾、社会保障、教育、医疗等领域行贿，实施违法犯罪活动的；（七）将违法所得用于行贿的。行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对调查突破、侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。《刑法》第391条修改为：为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，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。《刑法》第393条修改为：单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚。

以下举例说明：案号为（2020）浙0211刑初63号的单位行贿罪案例。案情简介：2016年3月至7月间，在原镇海新城管委会招商科科长黄某（已判决）的介绍下，浙江聚成企业管理有限公司（以下简称聚成公司）、宁波聚才一五八八文化发展有限公司（以下简称聚才公司）承接了镇海新城韵恒大厦和美银大厦的招商业务。2016年4月，黄某向王某（聚成公司、聚才公司股东）索要每年人民币30万元，并要求化整为零，分多次给付。经王某、黄某（聚成公司股东、聚才公司法定代表人）等人商量后，于2016年4月至2017年12月间，聚成公司、聚才公司为在考核申报、政策补贴审批等方面谋取不正当利益，由王某负责出面送予财物，先后多次送予黄某财物共计折合人民币572,280元。后被查处。

宁波市镇海区人民法院认为，被告单位聚成公司、聚才公司为谋取不正当利益而行贿，情节严重，被告人王某、黄某系其他直接责任人员，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以单位行贿罪追究其刑事责任。被告人王某、黄某到案后能如实供述自己的犯罪事实，系坦白，依法可以从轻处罚。被告单位聚成公司、聚才公司、被告人王某、黄某均自愿认罪认罚，依法可以从宽处理。

浙江省宁波市镇海区人民法院审理后作出判决：（1）被告单位聚成公司犯单位行贿罪，并处罚金人民币10万元；（2）被告单位聚才公司犯单位行贿罪，并处罚金人民币10万元；（3）被告人王某犯单位行贿罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年三个月，并处罚金人民币2万元；（4）被告人黄某犯单位行贿罪，判处有期徒刑一年，缓刑一年三个月，并处罚金人民币2万元。

## 第六节 产品生产销售刑事风险防范

### 一、生产、销售伪劣商品罪

生产、销售伪劣商品罪是指生产者、销售者以牟利非法利润为目的，在从事工商业活动中，违反国家产品质量管理法规，生产、销售伪劣商品，严重损害用户和消费者利益，危害社会主义市场经济秩序，应受到刑法处罚的犯罪行为。

防范建议：

1.生产者在生产过程中应当遵循我国《产品质量法》、《工业产品质量责任条例》以及省、自治区、直辖市关于产品质量的地方性法规、规章等的规定，加强产品质量的监督，严把质量关，确保产品质量符合国家标准、地方标准和行业标准。

2.对于销售者来说，明知是伪劣商品而予以销售或者在所销售的商品中掺杂、掺假的行为，构成生产、销售伪劣商品罪的风险极高，销售者在销售商品的过程中应当杜绝和抵制上述行为。

3.生产者、销售者发现所生产、销售的商品存在质量问题时，应当召回并及时采取措施防止危害后果的扩大，减轻民事赔偿责任，也降低刑事犯罪的风险。

### 二、销售假冒注册商标商品罪

销售假冒注册商标商品罪，是指未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，而进行销售的行为。

防范建议：

1.企业未经注册商标所有人许可，不得在同一种商品上使用其注册商标完全相同或在视觉上基本无差别、足以误导公众的商标，不得使用于商品、商品包装、容器、产品说明书、商品交易文书，或用于广告宣传、展览以及其他商业活动。

2.企业可以通过注册商标转让、使用许可等方式，合法使用他人注册商标。与他人签订转让和许可使用协议，要对商标权利证明文件的完整性、真实性、合法性等进行调查核实。对他人在同一种商品上注册的近似商标，或者在类似商品上注册的相同或者近似商标，注意要求一并转让。经许可使用他人注册商标的，要在约定的期限和范围内使用。

3.企业应当增强商标意识，降低商标侵权犯罪风险。设计、使用自己的商标时，应当事先检索排查比对，确保自己的商标具有显著性特征；对自己使用的商标及时注册，防止被别人抢注成功后，反被别人举报侵权；有涉外业务的企业，要注意做好商标国际注册工作；加强注册商标的使用管理，严格按照注册商标的核准内容进行使用，不要更改商标标志或随意扩大商标使用的商品种类；依法做好注册商标的许可备案、转让核准、到期续展等工作，避免注册商标被注销等不利后果。

4.企业明知他人实施假冒注册商标等侵犯知识产权犯罪的，不得为其提供贷款、资金、账号、发票、证明、许可证件，或者提供生产、经营场所或者运输、储存、代理进出口等更便利条件、帮助，以免构成共同犯罪。

5.企业应当加强自身商标权益保护，既要注意防范自身侵犯他人注册商标专用权，又要在自己的注册商标权益受到侵犯时，依法、及时、全面收集和保存相关证据，必要时可通过公证等方式进行证据保全，以便寻求司法保护。所持有的为公众所熟知的商标受到侵害时，可以依法请求驰名商标保护。

### 三、以案例说明销售假冒注册商标商品的企业合规改造过程

2022年9月，宁波市镇海区公安机关接到知名车企报案，镇海辖区内有汽配厂出售假冒该车企注册商标商品，经公安机关立案侦查后，发现该车企二级供应商利用加工时剩余商品或残次品进行销售牟利，该供应商涉嫌销售假冒注册商标商品罪，移送宁波市镇海区人民检察院审查起诉，鉴于涉案企业销售金额较小，经省检察院同意，对涉案企业开展刑事专项合规建设。

浙江合创律师事务所陈东豪、杨维文、王玲玲等3名律师受该涉案企业委托，成立了合规法律服务团，为企业开展为期5个月的知识产权刑事合规专项工作。法律服务团进驻企业，对企业现有制度和 workflows 进行梳理，分别与企业股东、管理层进行谈话，并结合检察机关、第三方监督机构意见，出具《合规整改计划书》。在整改周期内，根据企业经营模式以及流程正式形成了《订单合同合规备案表》、《合格品入库合规备案表》等文件并进行日常管理使用。每月召开合规工作领导小组会议，对合规工作进行阶段性总结和部署，律师团队每月出具《刑事合规专项整改月度合规建设报告》，对合规工作的推进进行总结。在此过程中，律师团队为企业全体员工开展了《知识产权合规专题讲座》，向公司全体员工普及相关法律知识，以防止违法违规案件的再次发生，助力企业良性发展。

经过检察机关、第三方监督机构专家的多次实地走访考察、提出合规建议，法律服务团形成了《刑事合规专项整改总结报告》，2023年5月初由宁波市镇海区检察院召开听证会，法律服务团向听证团陈述了企业合规建设具体过程以及取得成果，接受三位专家组成听证团的询问，最终获得一致通过，检察机关对企业做出不起诉决定。

该案是宁波市镇海区人民检察院第一起适用刑事合规程序的案件，通过对涉案企业经过合规整改，牢固树立了企业合规经营和知识产权保护理念，不仅对中国头部车企的知识产权做到了有效保护，也给了涉案企业合规经营、继续为社会创造价值的机会，取得了良好的教育意义和社会效果。

## 第七节 安全生产与环境保护合规

### 一、重大责任事故罪

重大责任事故罪，是指在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。

防范建议：

1. 在生产作业前，检查所有设备设施，确保设备设施以及工作环境的安全；
2. 在生产过程中，严格按照相关规定进行生产作业，不得省略任何步骤；
3. 在安全教育环节，必须提高所有负责人、管理人员以及重要岗位员工的安全防范意识；
4. 定期对全体人员进行教育和考核的双重检验，确保所有人员处于最专业的的状态；
5. 定期对设备设施进行检修，确保设备设施的安全；
6. 建立健全安全生产规章制度，严格落实；
7. 对于严重规章制度的人员，企业要根据《劳动合同法》和双方签订的《劳动合同》的相关规定、约定，与其解除劳动合同，净化职工队伍，从源头上消除安全生产事故隐患；
8. 企业应针对安全生产故事易发和薄弱环节，建立健全安全事故预防机制，将事故隐患消灭在萌芽状态之中；
9. 重点落实安全监控和报警设备的安装，及时发现生产、经营中存在的安全隐患。

### 二、环境污染罪

污染环境罪是指违反防治环境污染的法律规定，造成环境污染，后果严重，依照法律应受到刑事处罚的行为。

防范建议：

1.加强培训教育，增强法律意识，要广泛宣传和普及法律法规知识，特别是加强员工的环境法律法规培训。

2.注重设施管理维护，规范处置行为，要注重污水处理设施、在线监测设施等的维护管理，加强对危险废物、固体废物等污染物的规范处置。

3.提高企业环保风险防范意识，增强日常生产、废弃物处置等方面的风险防范意识、规范化处理意识，避免因不规范行为导致的企业环保风险。

### 三、以案例说明污染环境企业经合规改造后可以不起诉

企业合规改革试点工作，是指是指检察机关对于办理的涉企刑事案件，在依法做出不批准逮捕、不起诉决定或者根据认罪认罚从宽制度提出轻缓量刑建议等的同时，针对企业涉嫌具体犯罪，结合办案实际，督促涉案企业作出合规承诺并积极整改落实，促进企业合规守法经营，减少和预防企业犯罪。最高人民检察院于2020年3月开始在上海、江苏、广东等地6家基层检察院开展企业合规改革第一期试点工作。2021年6月起，最高人民检察院陆续发布了四批企业合规典型案例。其中第一批案例中有张家港市L公司所涉污染环境案。

案情简介：江苏省张家港市L化机有限公司（以下简称L公司）系从事不锈钢产品研发和生产的省级高科技民营企业，张某甲、张某乙、陆某分别系该公司的总经理、副总经理、行政主管。2018年下半年，L公司在未取得生态环境部门环境评价的情况下建设酸洗池，并于2019年2月私设暗管，将含有镍、铬等重金属的酸洗废水排放至生活污水管，造成严重环境污染。苏州市张家港生态环境局现场检测，L公司排放井内积存水样中总镍浓度为29.4mg/L、总铬浓度为29.2mg/L，分别超过《污水综合排放标准》的29.4倍和19.5倍。2020年6月，张某甲、张某乙、陆某主动向张家港市公安局投案，如实供述犯罪事实，自愿认罪认罚。2020年8月，张家港市公安局以L公司涉嫌污染环境罪向张家港市检察院移送审查起诉。

检察机关进行办案影响评估并听取L公司合规意愿后，指导该公司开展合规建设。检察机关经审查认为，L公司及张某甲等人虽涉嫌污染环境罪，但排放污水量较小，尚未造成实质性危害后果，可以进行合规考察监督并参考考察情况依

法决定是否适用不起诉。同时经调查，L公司系省级高科技民营企业。如果公司及其主要经营管理人员被判刑，对国内相关技术领域将造成较大影响。2020年10月，检察机关向L公司送达《企业刑事合规告知书》，对L公司作出合规考察决定。随后，L公司聘请律师对合规建设进行初评，全面排查企业合规风险，制定详细合规计划，检察机关委托税务、生态环境、应急管理等部门对合规计划进行专业评估。L公司每月向检察机关书面汇报合规计划实施情况。2020年12月，组建评估小组对L公司整改情况及合规建设情况进行评估，经评估合格，通过合规考察。检察机关经审查认为，符合《刑事诉讼法》相关规定，当场公开宣告不起诉决定，并依法向生态环境部门提出对该公司给予行政处罚的检察意见。通过开展合规建设，L公司实现了快速转型发展，企业家和员工的责任感明显提高，企业抵御和防控经济风险的能力得到进一步增强。

附本章相关的法律、法规、规章及司法解释一览表

| 规范名称                                           | 性质   | 发布或开始实施时间              | 最新修正或修订时间        |
|------------------------------------------------|------|------------------------|------------------|
| 《中华人民共和国刑法》                                    | 法律   | 1979 年 7 月 1 日         | 2023 年 12 月 29 日 |
| 《中华人民共和国刑事诉讼法》                                 | 法律   | 1979 年 7 月 1 日         | 2018 年 10 月 26 日 |
| 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑法刑事诉讼法〉的解释》                | 司法解释 | 2012 年 12 月 24 日       | 2020 年 12 月 7 日  |
| 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》              | 司法解释 | 2010 年 11 月 22 日       | 2021 年 12 月 30 日 |
| 最高人民法院、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）》          | 司法解释 | 2010 年 5 月 7 日         | 2022 年 4 月 29 日  |
| 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》        | 司法解释 | 2023 年 8 月 15 日<br>起实施 |                  |
| 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害生产安全刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》   | 司法解释 | 2022 年 12 月 19<br>日起实施 |                  |
| 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理生产、销售伪劣商品刑事案件具体应用法律若干问题的解释》 | 司法解释 | 2001 年 4 月 10 日<br>起实施 |                  |
| 最高人民法院《关于审理走私、非法经营、非法使用兴奋剂刑事案件适用法律若干问题的解释》     | 司法解释 | 2020 年 1 月 1 日<br>起实施  |                  |

| 规范名称                                                  | 性质   | 发布或开始实施时间              | 最新修正或修订时间 |
|-------------------------------------------------------|------|------------------------|-----------|
| 最高人民法院、最高人民检察院《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》               | 司法解释 | 2011 年 4 月 8 日<br>起实施  |           |
| 最高人民法院《关于审理偷税抗税刑事案件具体应用法律若干问题的解释》                     | 司法解释 | 2022 年 11 月 7 日<br>起实施 |           |
| 最高人民检察院、司法部等联合发布《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》        | 部门规章 | 2021 年 6 月 3 日<br>起实施  |           |
| 中华全国工商业联合会办公厅、最高人民检察院办公厅、司法部办公厅《涉案企业合规建设、评估和审查办法（试行）》 | 部门规章 | 2022 年 4 月 19 日<br>起实施 |           |

## 第五章 高新技术企业申报及税收优惠

很多制造类企业发展到一定的规模，具备一定的研发能力之后，希望自己能申报成为高新技术企业，这除了代表企业正在做大做强以外，还有非常实际的好处，就是可以享受企业所得税优惠政策。《企业所得税法》第28条规定，国家需要重点扶持的高新技术企业，减按15%的税率征收企业所得税。而一般企业的企业所得税率为25%。

本章主要对企业申报高新技术企业的相关问题进行介绍，并说明税收优惠政策及税务风险防控。此外，还介绍与高新技术企业密切相关的研发费用归集与税前加计扣除政策。

### 第一节 高新技术企业的认定条件

#### 一、高新技术企业的定义与认定管理机构

根据《高新技术企业认定管理办法》（国科发火〔2016〕32号）第2条的规定，高新技术企业（或简称“高新企业”）是指：在《国家重点支持的高新技术领域》内，持续进行研究开发与技术成果转化，形成企业核心自主知识产权，并以此为基础开展经营活动，在中国境内（不包括港、澳、台地区）注册的居民企业。

科技部、财政部、税务总局负责全国高新技术企业认定工作的指导、管理和监督。以上三部门组成全国高新技术企业认定管理工作领导小组。领导小组下设办公室，由三部门相关人员组成，办公室设在科技部。各省、自治区、直辖市、计划单列市科技行政管理部门同本级财政、税务机关组成本地区高新技术企业

认定管理机构。认定机构下设办公室，由三部门相关人员组成，办公室设在科技行政主管部门。宁波市的企业申报高新技术企业，应向宁波市科技局提交申报材料。

2023年,国务院办公厅发布了《关于调整工业和信息化部职责机构编制的通知》，随着高新技术企业认定工作由科技部门划归工信部门管理，意味着申报要求和标准可能会发生变化。

#### 二、高新技术企业的认定条件

《高新技术企业认定管理办法》第11条规定，认定为高新技术企业须同时满足以下条件：

- 1.企业申请认定时须注册成立一年以上；
- 2.企业通过自主研发、受让、受赠、并购等方式，获得对其主要产品（服务）在技术上发挥核心支持作用的知识产权的所有权；
- 3.对企业主要产品（服务）发挥核心支持作用的技术属于《国家重点支持的高新技术领域》规定的范围；
- 4.企业从事研发和相关技术创新活动的科技人员占企业当年职工总数的比例不低于10%；
- 5.企业近三个会计年度（实际经营期不满三年的按实际经营时间计算，下同）的研究开发费用总额占同期销售收入总额的比例符合如下要求：（1）最近一年销售收入小于5000万元（含）的企业，比例不低于5%；（2）最近一年销售收入在5000万元至2亿元（含）的企业，比例不低于4%；（3）最近一年销售收入在2亿元以上的企业，比例不低于3%。其中，企业在中国境内发生的研究开发费用总额占全部研究开发费用总额的比例不低于60%；
- 6.近一年高新技术产品（服务）收入占企业同期总收入的比例不低于60%；
- 7.企业创新能力评价应达到相应要求；
- 8.企业申请认定前一年内未发生重大安全、重大质量事故或严重环境违法行为。

### 三、知识产权的类型与填报要求

在高新技术企业认定中，知识产权非常重要。对企业知识产权情况采用分类评价方式。需要填报的知识产权类型有：发明专利（含国防专利）、植物新品种、国家级农作物品种、国家新药、国家一级中药保护品种、集成电路布图设计专有权、实用新型专利、外观设计专利、软件著作权等（不含商标）。其中：发明专利（含国防专利）、植物新品种、国家级农作物品种、国家新药、国家一级中药保护品种、集成电路布图设计专有权等按 类评价；实用新型专利、外观设计专利、软件著作权等按 类评价。

对填报的知识产权，有以下一些主要要求：

- 1.需要填报的内容：知识产权编号（IP……）、知识产权名称、类别、授权日期、授权号、获得方式；
  - 2.知识产权权属人应为申请企业；
  - 3.知识产权须在中国境内授权或审批审定，并在中国法律的有效保护期内；
  - 4.按 类评价的知识产权在申请高新技术企业时，仅限使用一次；
  - 5.在申请高新技术企业及高新技术企业资格存续期内，知识产权有多个权属人时，只能由一个权属人在申请时使用；
  - 6.知识产权是通过自主研发、受让、受赠、并购等方式获得；
  - 7.申请认定时专利的有效性以企业申请认定前获得授权证书或授权通知书并能提供缴费收据为准；
  - 8.知识产权对申请企业的主要产品（服务）在技术上发挥核心支持作用。
- 填报的知识产权可以通过相关方式进行查询、查验并确认：
- 1.发明、实用新型、外观设计、集成电路布图设计专有权可在国家知识产权局网站（<http://www.sipo.gov.cn>）查询专利标记和专利号；
  - 2.国防专利须提供国家知识产权局授予的国防专利证书；
  - 3.植物新品种可在农业部植物新品种保护办公室网站（<http://www.cnppv.cn>）和国家林业局植物新品种保护办公室网站（<http://www.cnppv.net>）查询；
  - 4.国家级农作物品种是指农业部国家农作物品种审定委员会审定公告的农作物品种；

5.国家新药须提供国家食品药品监督管理局签发的新药证书；

6.国家一级中药保护品种须提供国家食品药品监督管理局签发的中药保护品种证书；

7.软件著作权可在国家版权局中国版权保护中心网站（<http://www.ccopyright.com.cn>）查询软件著作权标记（亦称版权标记）。

### 四、高新技术领域

企业主要产品（服务）发挥核心支持作用的技术是否属于高新技术领域，应以《高新技术企业认定管理办法》所附的《国家重点支持的高新技术领域》为准。包括以下八大类领域：

（一）电子信息，包括：1.软件；2.微电子技术；3.计算机产品及其网络应用技术；4.通信技术；5.广播影视技术；6.新型电子元器件；7.信息安全技术；8.智能交通和轨道交通技术。

（二）生物与新医药，包括：1.医药生物技术；2.中药、天然药物；3.化学药研发技术；4.药物新剂型与制剂创制技术；5.医疗仪器、设备与医学专用软件；6.轻工和化工生物技术；7.农业生物技术。

（三）航空航天，包括：1.航空技术；2.航天技术。

（四）新材料，包括：1.金属材料；2.无机非金属材料；3.高分子材料；4.生物医用材料；5.精细和专用化学品；6.与文化艺术产业相关的新材料。

（五）高技术服务，包括：1.研发与设计服务；2.检验检测认证与标准服务；3.信息技术服务；4.高技术专业化服务；5.知识产权与成果转化服务；6.电子商务与现代物流技术；7.城市管理与社会服务；8.文化创意产业支撑技术。

（六）新能源与节能，包括：1.可再生清洁能源；2.核能及氢能；3.新型高效能量转换与储存技术；4.高效节能技术。

（七）资源与环境，包括：1.水污染控制与水资源利用技术；2.大气污染控制技术；3.固体废弃物处置与综合利用技术；4.物理性污染防治技术；5.环境监测及环境事故应急处理技术；6.生态环境建设与保护技术；7.清洁生产技术；8.资源勘查、高效开采与综合利用技术。

（八）先进制造与自动化，包括：1.工业生产过程控制系统；2.安全生产技术；3.高性能、智能化仪器仪表；4.先进制造工艺与装备；5.新型机械；6.电力系统与设备；7.汽车及轨道车辆相关技术；8.高技术船舶与海洋工程装备设计制造技术；9.传统文化产业改造技术。

#### 五、高新技术产品（服务）比例认定

企业主要产品（服务）是指高新技术产品（服务）中，拥有在技术上发挥核心支持作用的知识产权的所有权，且收入之和在企业同期高新技术产品（服务）收入中超过50%的产品（服务）。高新技术产品（服务）收入占比是指高新技术产品（服务）收入与同期总收入的比值。

（一）高新技术产品（服务）收入是指企业通过研发和相关技术创新活动，取得的产品（服务）收入与技术性收入的总和。对企业取得上述收入发挥核心支持作用的技术应属于《国家重点支持的高新技术领域》规定的范围。其中，技术性收入包括：

1.技术转让收入：指企业技术创新成果通过技术贸易、技术转让所获得的收入；

2.技术服务收入：指企业利用自己的人力、物力和数据系统等为社会和本企业外的用户提供技术资料、技术咨询与市场评估、工程技术项目设计、数据处理、测试分析及其他类型的服务所获得的收入；

3.接受委托研究开发收入：指企业承担社会各方面委托研究开发、中间试验及新产品开发所获得的收入。

（二）总收入是指收入总额减去不征税收入。具体按照《企业所得税法》及其实施条例的规定计算。

#### 六、科技人员占比认定

申报高新技术企业，要求企业从事研发和相关技术创新活动的科技人员占企业当年职工总数的比例不低于10%。

企业科技人员占比是企业科技人员数与职工总数的比值。

（一）企业科技人员是指直接从事研发和相关技术创新活动，以及专门从事上述活动的管理和提供直接技术服务的，累计实际工作时间在183天以上的人员，包括在职、兼职和临时聘用人员。

（二）企业职工总数包括企业在职、兼职和临时聘用人员。在职人员可以通过企业是否签订了劳动合同或缴纳社会保险费来鉴别；兼职、临时聘用人员全年须在企业累计工作183天以上。

#### （三）统计方法

企业当年职工总数、科技人员数均按照全年月平均数计算。

月平均数 = (月初数 + 月末数) ÷ 2

全年月平均数 = 全年各月平均数之和 ÷ 12

年度中间开业或者终止经营活动的，以其实际经营期作为一个纳税年度确定上述相关指标。

#### 七、研发费用占比认定

申请企业应按照研究开发活动的定义填写《高新技术企业认定申请书》中的“四、企业研究开发活动情况表”。研究开发活动是指，为获得科学与技术（不包括社会科学、艺术或人文学）新知识，创造性运用科学技术新知识，或实质性改进技术、产品（服务）、工艺而持续进行的具有明确目标的活动。不包括企业对产品（服务）的常规性升级或对某项科研成果直接应用等活动（如直接采用新的材料、装置、产品、服务、工艺或知识等）。

评审专家在评价过程中可参考行业标准判断法、专家判断法、目标或结果判定法等方法对是否属于研究开发活动进行判断。

企业研究开发费用占比是企业近三个会计年度的研究开发费用总额占同期销售收入总额的比值。

1.企业的研究开发费用是以单个研发活动为基本单位分别进行测度并加总计算的。企业应对包括直接研究开发活动和可以计入的间接研究开发活动所发生的费用进行归集，并填写《高新技术企业认定申请书》中的“企业年度研究开发费用结构明细表”。

2.企业在中国境内发生的研究开发费用，是指企业内部研究开发活动实际支出的全部费用与委托境内其他机构或个人进行的研究开发活动所支出的费用之和，不包括委托境外机构或个人完成的研究开发活动所发生的费用。受托研发的境外机构是指依照外国和地区（含港澳台）法律成立的企业和其他取得收入的组织；受托研发的境外个人是指外籍（含港澳台）个人。

3.企业应按照“企业年度研究开发费用结构明细表”设置高新技术企业认定专用研究开发费用辅助核算账目，提供相关凭证及明细表，并按《高新技术企业认定管理工作指引》要求进行核算。

4.销售收入为主营业务收入与其他业务收入之和。主营业务收入与其他业务收入按照企业所得税年度纳税申报表的口径计算。

八、企业创新能力评价

企业创新能力主要从知识产权、科技成果转化能力、研究开发组织管理水平、企业成长性等四项指标进行评价。各级指标均按整数打分，满分为100分，综合得分达到70分以上（不含70分）为符合认定要求。四项指标分值结构详见下表：

| 序号 | 指 标        | 分值   |
|----|------------|------|
| 1  | 知识产权       | ≤ 30 |
| 2  | 科技成果转化能力   | ≤ 30 |
| 3  | 研究开发组织管理水平 | ≤ 20 |
| 4  | 企业成长性      | ≤ 20 |

（一）知识产权（≤ 30 分）

由技术专家对企业申报的知识产权是否符合《高新技术企业认定管理办法》和《高新技术企业认定管理工作指引》要求，进行定性与定量结合的评价。

| 序号 | 知识产权相关评价指标                                     | 分值  |
|----|------------------------------------------------|-----|
| 1  | 技术的先进程度                                        | ≤ 8 |
| 2  | 对主要产品（服务）在技术上发挥核心支持作用                          | ≤ 8 |
| 3  | 知识产权数量                                         | ≤ 8 |
| 4  | 知识产权获得方式                                       | ≤ 6 |
| 5  | （作为参考条件，最多加2分）<br>企业参与编制国家标准、行业标准、检测方法、技术规范的情况 | ≤ 2 |

（二）科技成果转化能力（≤ 30 分）

科技成果转化形式包括：自行投资实施转化；向他人转让该技术成果；许可他人使用该科技成果；以该科技成果作为合作条件，与他人共同实施转化；以该科技成果作价投资、折算股份或者出资比例；以及其他协商确定的方式。

由技术专家根据企业科技成果转化总体情况和近三年内科技成果转化的年平均数进行综合评价。同一科技成果分别在国内外转化的，或转化为多个产品、服务、工艺、样品、样机等，只计为一项。

（三）研究开发组织管理水平（≤ 20 分）

由技术专家根据企业研究开发与技术创新组织管理的总体情况，结合以下几项评价，进行综合打分。

（四）企业成长性（≤ 20 分）

由财务专家选取企业净资产增长率、销售收入增长率等指标对企业成长性进行评价。企业实际经营期不满三年的按实际经营时间计算。

第二节 高新技术企业的认定程序

一、高新技术企业认定程序与工作流程

高新技术企业认定程序如下：

### （一）企业申请

企业先进行自我评价。认为符合认定条件的在“高新技术企业认定管理工作网”注册登记，向认定机构提出认定申请，并按照规定提交相关材料。

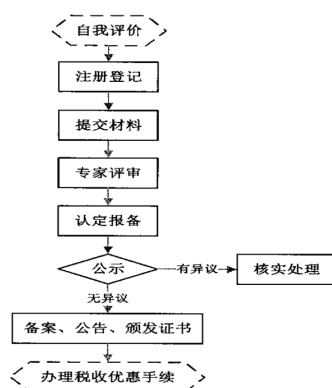
### （二）专家评审

认定机构应在符合评审要求的专家中，随机抽取组成专家组。专家组对企业申报材料进行评审，提出评审意见。

### （三）审查认定

认定机构结合专家组评审意见，对申请企业进行综合审查，提出认定意见并报领导小组办公室。经过公示后无异议的，予以备案，并在“高新技术企业认定管理工作网”公告，由认定机构向企业颁发统一印制的“高新技术企业证书”。

认定流程如下图所示：



## 二、企业注册登记与提交材料

拟申请企业对照《高新技术企业认定管理办法》和《高新技术企业认定管理工作指引》先进行自我评价。认为符合认定条件的，企业登录“高新技术企业认定管理工作网”（网址：[www.innocom.gov.cn](http://www.innocom.gov.cn)），按要求填写《企业注册登记表》，并通过网络系统提交至认定机构。认定机构核对企业注册信息，在网络系统上确认激活后，企业可以开展后续申报工作。

企业登录“高新技术企业认定管理工作网”，按要求填写《高新技术企业认

定申请书》，通过网络系统提交至认定机构，并向认定机构提交下列书面材料：

1.《高新技术企业认定申请书》（在线打印并签名、加盖企业公章）；

2.证明企业依法成立的《营业执照》等相关注册登记证件的复印件；

3.知识产权相关材料（知识产权证书及反映技术水平的证明材料、参与制定标准情况等）、科研项目立项证明（已验收或结题项目需附验收或结题报告）、科技成果转化（总体情况与转化形式、应用成效的逐项说明）、研究开发组织管理（总体情况与四项指标符合情况的具体说明）等相关材料；对于授权公告日在2020年3月3日（含当日）之后的专利，企业可以不用提供纸质专利证书；

4.企业高新技术产品（服务）的关键技术和技术指标的具体说明，相关的生产批文、认证认可和资质证书、产品质量检验报告等材料；

5.企业职工和科技人员情况说明材料，包括在职、兼职和临时聘用人员人数、人员学历结构、科技人员名单及其工作岗位等；

6.经具有资质并符合条件的中介机构出具的企业近三个会计年度（实际年限不足三年的按实际经营年限，下同）研究开发费用、近一个会计年度高新技术产品（服务）收入专项审计或鉴证报告，并附研究开发活动说明材料；

7.经具有资质的中介机构鉴证的企业近三个会计年度的财务会计报告（包括会计报表、会计报表附注和财务情况说明书）；

8.近三个会计年度企业所得税年度纳税申报表（包括主表及附表）。

对涉密企业，须将申请认定高新技术企业的申报材料做脱密处理，确保涉密信息安全。

### 三、认定机构组织专家评审

认定机构收到企业申请材料后，根据企业主营产品（服务）的核心技术所属技术领域在符合评审要求的专家中，随机抽取专家组成专家组，对每个企业的评审专家不少于5人（其中技术专家不少于60%，并至少有1名财务专家）。

评审专家审查企业的研究开发活动（项目）、年度财务会计报告和专项报告等是否符合相关要求。评审专家对企业申报信息进行独立评价，每名技术（财务）专家单独填写《高新技术企业认定技术（财务）专家评价表》。在此基础

上，专家组长汇总各位专家分数，按分数平均值填写《高新技术企业认定专家组综合评价表》。

国家积极推行全流程网上办理，推进网络申报、审查、评审和备案等线上服务。专家评审也可以采取网络评审。

#### 四、认定报备与公示公告

认定机构结合专家组评审意见，对申请企业申报材料进行综合审查（可视情况对部分企业进行实地核查），提出认定意见，确定认定高新技术企业名单，报领导小组办公室备案。

经认定报备的企业名单，由领导小组办公室在“高新技术企业认定管理工作网”公示10个工作日。无异议的，予以备案，认定时间以公示时间为准，核发证书编号，并在“高新技术企业认定管理工作网”上公告企业名单。高新技术企业证书也将逐步实现电子化。

国家推行电子材料备案制度，在高新技术企业认定管理过程中档案实现电子化。

### 第三节 申报高新技术企业的注意事项

#### 一、企业选择申报领域的注意事项

高新技术企业申报领域有八大类，根据高新技术产品/服务（销售收入大于主营业务收入60%）作为选择标准，综合研究开发项目和核心知识产权考虑，企业可以将领域选择从产品行业领域缩小到产品技术层面，使选择更加精准。

如果企业技术或产品（服务）涉及多个领域，是否可以选择多个高新领域？高新技术企业必须确定一个主要高新技术领域，但并没有限定企业不可以跨领域。如企业技术或产品（服务）涉及多个类别，可以在申报书研发项目（RD）和高新收入（PS）情况表中，按单一活动选择相应技术领域。但需要注意的是，核心技术或主要产品（服务）必须和主要高新技术领域保持一致。

#### 二、企业填报知识产权时的注意事项

企业在填报知识产权方面需要注意以下一些事项：

1.发明专利（含国防专利）应是已经授权、可以查到授权号的，不能还只是申请阶段的专利申请权，所以为了申报高新技术企业的需要，企业应向国家知识产权局提出提前进行实质审查的申请要求。

2.知识产权是通过自主研发、受让、受赠、并购等方式获得的，删除了以前的可以“通过5年以上的独占许可方式”获得方式，所以企业要注意，如果存在较多的独占许可方式获得的知识产权，企业应与知识产权所有权人沟通，尽量采取转让方式获得。

3.知识产权评价基本条件是“企业通过自主研发、受让、受赠、并购等方式，拥有1项以上 类知识产权或6项以上 类知识产权所有权”，科技成果转化能力评价指标为“科技成果转化数量平均每年5项为最高档（25-30分）”。因此15项以上授权知识产权是结合了科技成果转化指标得出的结论，是作为一定的参考数据。

4. 类知识产权与 类知识产权的分量相差较大，1项知识产权可以抵5项类知识产权，所以企业在申报专利时，尽量申报发明专利，或者同时申报发明专利与实用新型专利，如果获得发明专利，放弃前期已经授权的实用新型专利。

5.在知识产权获得方式评分上，自主研发要高于受让、受赠、并购等方式，所以企业尽量采取自主研发方式并申报知识产权。如果委托开发，应尽量要求独享知识产权。

6.共有专利可以用于企业高新技术企业申报。但需要注意的是，在申请高新技术企业及高新技术企业资格存续期内，知识产权有多个权利人时，只能由一个权利人在申请时使用。因此共有专利在本企业使用后，其他权利人不得再使用该专利用于高新技术企业申报。如需使用，需其他权利人签署“专利放弃使用承诺书”，作为此项共有专利仅本公司在高新申报中使用的证明。如果企业与科研院所或高校合作，可以采取知识产权共享方式，但应要求由本企业在申请报高新技术企业时使用；如果与其他企业合作开发，采取知识产权共享方式，尽量要求由

本企业在申请报高新技术企业时使用。

7.知识产权权利人必须与申报企业保持一致，公司法定代表人、股东或内部员工的知识产权不能视为公司拥有的知识产权，企业和股东或员工个人为不同民事主体。同理，母公司拥有的知识产权，不能作为子公司知识产权，用于子公司高新技术企业认定申报。如果企业需要使用此类专利完成高企申报，必须将权利由个人转让给公司。办理知识产权转让手续需要一定时间与流程，需要提前规划和准备，完成转让后才可以用于高新技术企业申报。

8.除知识产权数量以外，企业更应注重知识产权与研发项目及核心产品（服务）的关联性。尤其是专利的名称应与企业的主要产品（服务）有较密切的相关性。

9.因为规定“申请认定时专利的有效性以企业申请认定前获得授权证书或授权通知书并能提供缴费收据为准”，所以企业要在专利申请或维护过程中，要注意及时缴费并保存缴费收据。

10.因为商业秘密（包括技术秘密与经营信息秘密）不属于申报高新技术企业的知识产权范围，所以企业要注意处理好技术保密与申报知识产权的关系，可以将一些非机密的技术申请专利等知识产权。

### 三、企业填报相关数据时的注意事项

企业在填写《高新技术企业认定申请书》时，要注意数据的正确性，而且数据应有相关材料佐证。律师应提醒企业注意数据与材料的正确性，不能为数据好看提供虚假材料，否则有可能会被认定为“在申请认定过程中存在严重弄虚作假行为”，而无法申报成功或资格被撤销。尤其是重视以下方面：

- 1.填报的知识产权是可以通过相关方式可查验或核实的；
- 2.填报的员工情况要与工资发放表、社会保险费用缴纳情况一致；
- 3.填报的企业研究开发活动情况表要有相关立项审批书或技术合同等进行证明；
- 4.填报的企业年度研究开发费用要与向税务机关提供的企业财务报表对应起来；

5.填报的高新技术产品（服务）情况要有销售合同、凭证、发票等进行证明；

6.填报的科技成果转化情况要有技术合同、投资协议、合作协议等进行证明，并办理技术合同的备案手续；

7.填报的研究开发与技术创新组织管理情况要有企业制定的规章制度等作为证明。

如果出现个别数据错误，企业要及时更改或能作出合理的解释。

### 四、对企业创新能力评价的注意事项

（一）企业要谨慎选择中介机构。高新技术产品（服务）收入、企业的企业研究开发费用，要由具有资质并符合条件的中介机构进行专项审计或鉴证，并由中介机构出具专项审计报告或鉴证报告（统称“专项报告”）。企业申报高新技术企业，需要由中介机构进行专项审计或鉴证，并出具专项审计报告。虽然企业可以自行选择符合条件的中介机构，但律师应提醒企业要尽量选择成立时间较早、综合实力较强、社会声誉较高、能被当地科技部门认可或推荐的中介机构。

（二）企业“与国内外研究开发机构开展多种形式的产学研合作”活动的认定。首先，企业产学研合作活动的合作研发机构并不专指高校，也包含科研院所与专业研发机构。第二，企业产学研合作活动需要提供签订的合作协议及项目支出发票或付款凭证。第三，签订产学研合作协议的时间，必须是申报前三个年度内。

（三）科技成果转化数量的界定。企业授权知识产权是科技成果，企业产品（服务）或样品样机是转化结果。同一科技成果转化为不同产品（服务）或样品样机只计算为一次转化；多项科技成果转化为同一产品（服务）或样品样机的，有几项科技成果就计算为转化几次。科技成果转化数量平均每年5项以上为最高档评价指标。

## 第四节 高新技术企业的资格维护

### 一、企业应按要求进行年度填报

企业获得高新技术企业资格后，应在每年5月底前在“高新技术企业认定管理工作网”填报上一年度知识产权、科技人员、研发费用、经营收入等年度发展情况报表。

特别提醒企业：在同一高新技术企业资格有效期（三年）内，如果企业累计两年未按规定时限报送年度发展情况报表的，将会被认定机构取消其高新技术企业资格。企业要认真对待填报事项，不要出现数据错误。

### 二、企业发生重大变化时要及时报告

高新技术企业发生更名或与认定条件有关的重大变化（如分立、合并、重组以及经营业务发生变化等）应在三个月内向认定机构报告，在“高新技术企业认定管理工作网”上提交《高新技术企业名称变更申请表》，并将打印出的《高新技术企业名称变更申请表》与相关证明材料报认定机构，由认定机构负责审核企业是否仍符合高新技术企业条件。经认定机构审核符合认定条件的，其高新技术企业资格不变，对于企业更名的，重新核发认定证书，编号与有效期不变；不符合认定条件的，自更名或条件变化年度起取消其高新技术企业资格。

### 三、企业异地搬迁要及时办理手续

跨认定机构管理区域整体迁移的高新技术企业，须向迁入地认定机构提交有效期内的《高新技术企业证书》及迁入地工商等登记管理机关核发的完成迁入的相关证明材料。在其高新技术企业资格有效期内完成迁移的，其高新技术企业资格和《高新技术企业证书》继续有效，编号与有效期不变。由迁入地认定机构给企业出具证明材料，并在“高新技术企业认定管理工作网”上公告。跨认定机构管理区域部分搬迁的，由迁入地认定机构重新认定。

## 四、动态管理与重新认定

高新技术企业认定管理工作实施动态管理。通过认定的高新技术企业，其资格自颁发证书之日起有效期为3年。

高新技术企业资格到期后，企业应及时提出重新认定的申请，按照要求填报，并向认定机构提交最新的相关书面材料。

特别提醒企业：已认定的高新技术企业，无论何种原因被取消高新技术企业资格的，当年不得再次申请高新技术企业认定。

领导小组办公室对高新技术企业可进行随机抽查，对存在问题的企业交由认定机构核实情况并提出处理建议。

对已认定的高新技术企业，税务机关等有关部门在日常管理过程中发现其不符合认定条件的，应以书面形式提请认定机构复核。复核后确认不符合认定条件的，由认定机构取消其高新技术企业资格，并通知税务机关追缴其不符合认定条件年度起已享受的税收优惠。

## 第五节 研发费用归集与税前加计扣除

### 一、企业研发费用归集

研发费用具体按照财政部、国家税务总局、科技部《关于完善研究开发费用税前加计扣除政策的通知》（财税〔2015〕119号）有关规定进行归集，研发项目应按照《国家税务总局关于企业研究开发费用税前加计扣除政策有关问题的公告》（2015年第97号公告）设置研发支出辅助账，由企业留存备查。

研究开发费用的归集范围（也是可以税前加计扣除的费用）包括：

1.人员人工费用，包括企业科技人员的工资薪金、基本养老保险费、基本医疗保险费、失业保险费、工伤保险费、生育保险费和住房公积金，以及外聘科技人员的劳务费用。

2.直接投入费用，是指企业为实施研究开发活动而实际发生的相关支出。包括：

(1) 直接消耗的材料、燃料和动力费用；

(2) 用于中间试验和产品试制的模具、工艺装备开发及制造费，不构成固定资产的样品、样机及一般测试手段购置费，试制产品的检验费；

(3) 用于研究开发活动的仪器、设备的运行维护、调整、检验、检测、维修等费用，以及通过经营租赁方式租入的用于研发活动的固定资产租赁费。

3. 折旧费用与长期待摊费用。折旧费用是指用于研究开发活动的仪器、设备和在用建筑物的折旧费。长期待摊费用是指研发设施的改建、改装、装修和修理过程中发生的长期待摊费用。

4. 无形资产摊销费用，是指用于研究开发活动的软件、知识产权、非专利技术（专有技术、许可证、设计和计算方法等）的摊销费用。

5. 设计费用，是指为新产品和新工艺进行构思、开发和制造，进行工序、技术规范、规程制定、操作特性方面的设计等发生的费用。包括为获得创新性、创意性、突破性产品进行的创意设计活动发生的相关费用。

6. 装备调试费用与试验费用。装备调试费用是指工装准备过程中研究开发活动所发生的费用，包括研制特殊、专用的生产机器，改变生产和质量控制程序，或制定新方法及标准等活动所发生的费用。为大规模批量化和商业化生产所进行的常规性工装准备和工业工程发生的费用不能计入归集范围。试验费用包括新药研制的临床试验费、勘探开发技术的现场试验费、田间试验费等。

7. 委托外部研究开发费用，是指企业委托境内外其他机构或个人进行研究开发活动所发生的费用（研究开发活动成果为委托方企业拥有，且与该企业的主要经营业务紧密相关）。委托外部研究开发费用的实际发生额应按照独立交易原则确定，按照实际发生额的80%计入委托方研发费用总额。

8. 其他费用，是指上述费用之外与研究开发活动直接相关的其他费用，包括技术图书资料费、资料翻译费、专家咨询费、高新科技研发保险费，研发成果的检索、论证、评审、鉴定、验收费用，知识产权的申请费、注册费、代理费，会议费、差旅费、通讯费等。此项费用一般不得超过研究开发总费用的10%。

以上除了第7项外，其余应属于内部研究开发费用。

如果企业研发费用各项目的实际发生额归集不准确、汇总额计算不准确的，

税务机关有权对其税前扣除额或加计扣除额进行合理调整。

此外，企业为获得创新性、创意性、突破性的产品进行创意设计活动而发生的相关费用，可按照规定进行税前加计扣除。创意设计活动是指多媒体软件、动漫游戏软件开发，数字动漫、游戏设计制作；房屋建筑工程设计（绿色建筑评价标准为三星）、风景园林工程专项设计；工业设计、多媒体设计、动漫及衍生产品设计、模型设计等。

## 二、企业研发费用税前加计扣除

加计扣除，是指按照税法规定在实际发生数额的基础上，再加成一定的比例，作为计算应纳税所得额时的扣除数额的一种税收优惠措施。根据《企业所得税法》的规定，企业用于开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用可以在计算应纳税所得额时加计扣除。享受该优惠政策的企业应为会计核算健全、实行查账征收并能够准确归集研发费用的居民企业，高新技术企业一般符合加计扣除条件而且研发费用较高。近年来，企业研发费用加计扣除的比例在逐年提升。

根据财政部、税务总局《关于进一步完善研发费用税前加计扣除政策的公告》（2023年第7号）第1条规定，企业开展研发活动中实际发生的研发费用，未形成无形资产计入当期损益的，在按规定据实扣除的基础上，自2023年1月1日起，再按照实际发生额的100%在税前加计扣除；形成无形资产的，自2023年1月1日起，按照无形资产成本的200%在税前摊销。

根据财政部、国家税务总局、科技部《关于完善研究开发费用税前加计扣除政策的通知》（财税〔2015〕119号）规定，研发活动，指企业为获得科学与技术新知识，创造性运用科学技术新知识，或实质性改进技术、产品（服务）、工艺而持续进行的具有明确目标的系统性活动。根据规定，以下活动不适用税前加计扣除政策：（1）企业产品（服务）的常规性升级；（2）对某项科研成果的直接应用，如直接采用公开的新工艺、材料、装置、产品、服务或知识等；（3）企业在商品化后为顾客提供的技术支持活动；（4）对现存产品、服务、技术、材料或工艺流程进行的重复或简单改变；（5）市场调查研究、效率调查或管理研究；（6）作为工业（服务）流程环节或常规的质量控制、测试分析、维修维

护；（7）社会科学、艺术或人文学方面的研究。

企业共同合作开发的项目，由合作各方就自身实际承担的研发费用分别计算加计扣除。

特别提醒企业：企业集团根据生产经营和科技开发的实际情况，对技术要求高、投资数额大，需要集中研发的项目，其实际发生的研发费用，可以按照权利和义务相一致、费用支出和收益分享相配比的原则，合理确定研发费用的分摊方法，在受益成员企业间进行分摊，由相关成员企业分别计算加计扣除。

还提醒企业的是：没有做研发费用加计扣除也可以申报高新技术企业，但高新技术企业申报书中需要填报“会计核算”、“高新研发专项审计”、“研发费用加计扣除”三个口径的研发费用投入情况，因此建议在企业汇算清缴时进行研发费用加计扣除申报。

### 三、不得加计扣除的费用情况

#### （一）人员人工费用

直接从事研发活动的人员、外聘研发人员同时从事非研发活动的，企业应对其人员活动情况做必要记录，并将其实际发生的相关费用按实际工时占比等合理方法在研发费用和生产经营费用间分配，未分配的不得加计扣除。

#### （二）直接投入费用

1.以经营租赁方式租入的用于研发活动的仪器、设备，同时用于非研发活动的，企业应对其仪器设备使用情况做必要记录，并将其实际发生的租赁费按实际工时占比等合理方法在研发费用和生产经营费用间分配，未分配的不得加计扣除。

2.企业研发活动直接形成产品或作为组成部分形成的产品对外销售的，研发费用中对应的材料费用不得加计扣除。

#### （三）折旧费用

用于研发活动的仪器、设备，同时用于非研发活动的，企业应对其仪器设备使用情况做必要记录，并将其实际发生的折旧费按实际工时占比等合理方法在研发费用和生产经营费用间分配，未分配的不得加计扣除。

#### （四）无形资产摊销费用

用于研发活动的无形资产，同时用于非研发活动的，企业应对其无形资产使用情况做必要记录，并将其实际发生的摊销费按实际工时占比等合理方法在研发费用和生产经营费用间分配，未分配的不得加计扣除。

### 四、举例说明企业研发费用加计扣除中的风险

案例简介：A公司是市内的一家游戏开发公司。在遭遇新冠疫情后，由于人们普遍减少外出和聚集性活动，催生了新一轮游戏热潮，A公司的营收也因此屡创新高。在游戏产业快速发展的同时，行业内部竞争也愈发激烈，使得A公司不得不持续加大研发投入。正在A公司财务小王苦于如何平衡公司的收入与研发支出时，他在某行业展览上了解到，业内企业普遍都享受了研发费用加计扣除优惠。于是，在年度汇算清缴申报时，小王将A公司当前的3个项目均按照适用75%加计扣除进行了填报。后，小王接到税务机关的电话，告知A公司可能存在错误享受研发费用加计扣除优惠的风险。小王按要求提供研发费用支出的相关资料后，经税务机关判断及市科技创新委员会鉴定，A公司所申报的加计扣除项目中，有2个项目属于商品化后为顾客提供的技术支持活动，同时也是作为工业（服务）流程环节或常规指令控制、测试分析、维修维护活动。

根据《关于完善研究开发费用税前加计扣除政策的通知》（财税〔2015〕119号）的相关规定，A公司相关的游戏售后技术支持、游戏故障的维护和游戏常规性升级，属于产品（服务）的常规性升级，以及作为工业（服务）流程环节或常规的质量控制、测试分析、维修维护，不可享受研发费用加计扣除优惠。在税务机关的辅导下，A公司重新梳理并正确归集相关费用，更正申报并补缴企业所得税税款及滞纳金35.4万元。

## 第六节 高新技术企业的税收优惠政策运用

### 一、高新技术企业的税收优惠政策

根据《企业所得税法》第28条的规定，高新技术企业按15%的税率缴纳企业所得税。

具体的办理手续，根据国家税务总局《关于实施高新技术企业所得税优惠政策有关问题的公告》（2017年）的规定，企业获得高新技术企业资格后，自高新技术企业证书注明的发证时间所在年度起申报享受税收优惠，并按规定向主管税务机关办理备案手续。

## 二、高新技术企业汇算清缴时提交备案材料

享受税收优惠的高新技术企业，每年汇算清缴时应按照国家税务总局《关于发布 企业所得税优惠政策事项办理办法 的公告》（2015年第76号公告）的相关规定，向税务机关提交企业所得税优惠事项备案表、高新技术企业资格证书履行备案手续，同时妥善保管以下资料留存备查：

- 1.高新技术企业资格证书；
- 2.高新技术企业认定资料；
- 3.知识产权相关材料；
- 4.年度主要产品（服务）发挥核心支持作用的技术属于《国家重点支持的高新技术领域》规定范围的说明，高新技术产品（服务）及对应收入资料；
- 5.年度职工和科技人员情况证明材料；
- 6.当年和前两个会计年度研发费用总额及占同期销售收入比例、研发费用管理资料以及研发费用辅助账，研发费用结构明细；
- 7.税务机关规定的其他资料。

## 三、高新技术企业的其他优惠政策

根据财政部、税务总局《关于延长高新技术企业和科技型中小企业亏损结转年限的通知》（财税〔2018〕76号），自2018年1月1日起，当年具备高新技术企业的企业，其具备资格年度之前5个年度发生的尚未弥补完的亏损，准予结转以后年度弥补，最长结转年限由5年延长至10年。

企业的高新技术企业资格期满当年，在通过重新认定前，其企业所得税暂按

15%的税率预缴，在年底前仍未取得高新技术企业资格的，应按规定补缴相应期间的税款。

此外，按照《企业所得税法》及其实施条例，符合条件的技术转让所得免征、减征企业所得税，是指一个纳税年度内，居民企业技术转让所得不超过500万元的部分，免征企业所得税；超过500万元的部分，减半征收企业所得税。但企业从直接或间接持有股权之和达到100%的关联方取得的技术转让所得，不享受技术转让减免企业所得税的优惠政策。

## 第七节 高新技术企业的主要税务风险防控

高新技术企业面临的主要税务风险有：高新技术企业资格复核未通过；税务备案未通过；在有效期内未通过随机抽查；高新技术企业资格取消。以下分别进行说明。

### 一、高新技术企业资格复核未通过

随着主管机关加强对高新技术企业的监督管理，尤其是对企业在核心技术和自主研发方面的要求不断提高，企业在复核过程中未通过的风险在不断增大。尤其需要注意以下方面：

- 1.知识产权已不符合认定条件，如专利被无效或撤销、存在知识产权权属纠纷、知识产权已过有效期；
- 2.主要产品（服务）的核心技术与申报的知识产权关系无密切关联，企业不拥有自主知识产权；
- 3.多数知识产权是转让或受赠、并购方式获得，不属于企业自主研发；
- 4.从事研发和相关技术创新活动的科技人员大量流失，占企业职工总数的比例已低于10%；
- 5.研究开发费用总额占同期销售收入总额的比例已不符合相关要求；
- 6.高新技术产品（服务）收入占企业同期总收入的比例低于60%；

7.发生重大安全、重大质量事故或严重环境违法行为。

## 二、税务备案未通过

企业在获得高新技术企业资格后，应在每年汇算清缴时向税务机关提交企业所得税优惠事项备案表、高新技术企业资格证书履行备案手续，提请备案，经税务机关登记备案后方能享受税收优惠政策。如果税务机关审核后认为不符合税收优惠条件的，将向企业送到《企业所得税减免税不予备案通知书》，企业不能享受税收优惠政策。如果企业存在骗税、逃税、偷税等行为受到行政处罚或涉嫌犯罪的，税务机关可能不予以备案。

除了上述的不符合认定条件的情况外，还有以下关于研发费用不规范的情况：

- 1.研发费用归集不符合规定；
- 2.未对研发费用进行专账管理，财务系统中无法体现研发费用；
- 3.没有设置研发费用辅助帐。

## 三、在有效期内未通过随机抽查

科技部、财政部、全国高新技术企业认定管理工作领导小组办公室对高新技术企业可进行随机抽查，对存在问题的企业交由认定机构核实情况并提出处理建议。此前的多轮检查中已经发现许多获得高新技术企业资格的企业存在不同程度的问题，有些企业因为未通过检查被取消高新技术企业资格。如在2012年财政部的检查中，其检查后下发《财政部关于宁波高新技术认定及企业所得税优惠政策执行情况专项检查结论和处理决定》（财监〔2012〕98号），36家宁波的高新技术企业被取消高新技术企业资格，并面临严重的法律后果。

## 四、高新技术企业资格取消

已认定的高新技术企业有下列行为之一的，由认定机构取消其高新技术企业资格，并在“高新技术企业认定管理工作网”上公告：

- 1.在申请认定过程中存在严重弄虚作假行为的；

2.发生重大安全、重大质量事故或有严重环境违法行为的；

3.未按期报告与认定条件有关重大变化情况，或累计两年未填报年度发展情况报表的。

对被取消高新技术企业资格的企业，由认定机构通知税务机关追缴其自发生上述行为之日所属年度起已享受的高新技术企业税收优惠。

## 五、高新技术企业应对风险的主要策略

高新技术企业应对以上风险，可以采取的主要应对策略有：

- 1.突出企业拥有的核心技术，加强自主研发，并及时申报知识产权；
- 2.重视研发活动的持续性，加强研发项目管理，增加研发人员；
- 3.证实研发费用的真实性，加强研发项目经费预算管理与会计核算，建立研发费用辅助帐体系；
- 4.注重知识产权的多样性，尤其是发明专利等 类评价的知识产权，建立知识产权的保护机制；
- 5.提高研发组织管理水平，优化全过程管理，建立专门的研发机构或部门，加强研发设备的投入；
- 6.提供证明材料并妥善保管、留存备查，如企业自主知识产权、研发人员情况、企业科技成果转化能力证明材料、企业产学研证明材料等；
- 7.按时进行年度发展情况填报与企业所得税优惠事项备案；
- 8.建立资格维护的长效机制，如加强知识产权管理与运用、规范企业研发费用的管理、合理制作财务报表与人员表等。

附本章相关的法律、法规、规章及司法解释一览表

| 规范名称                                              | 性质    | 发布或开始实施时间                      | 最新修正或修订时间        |
|---------------------------------------------------|-------|--------------------------------|------------------|
| 《中华人民共和国企业所得税法》                                   | 法律    | 2007 年 3 月 16 日                | 2018 年 12 月 29 日 |
| 《中华人民共和国税收征收管理法》                                  | 法律    | 1992 年 9 月 4 日                 | 2015 年 4 月 24 日  |
| 《中华人民共和国企业所得税法实施条例》                               | 行政法规  | 2007 年 11 月 28 日               | 2019 年 4 月 23 日  |
| 《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》                              | 行政法规  | 2002 年 9 月 7 日                 | 2016 年 2 月 6 日   |
| 《中华人民共和国增值税暂行条例》                                  | 行政法规  | 1993 年 12 月 13 日               | 2017 年 11 月 19 日 |
| 《中华人民共和国增值税暂行条例实施细则》                              | 规章    | 2008 年 12 月 18 日               | 2011 年 10 月 28 日 |
| 财政部、国家税务总局、科学技术部《高新技术企业认定管理办法》（国科发火〔2016〕32 号）    | 规范性文件 | 2016 年 1 月 1 日起实施              |                  |
| 财政部、国家税务总局、科学技术部《高新技术企业认定管理工作指引》（国科发火〔2016〕195 号） | 规范性文件 | 2016 年 1 月 1 日起实施              |                  |
| 财政部、国家税务总局、科技部《关于完善研究开发费用税前加计扣除政策的通知》             | 规范性文件 | 2015 年 11 月 2 日（财税〔2015〕119 号） |                  |
| 国家税务总局《关于实施高新技术企业所得税优惠政策有关问题的公告》                  | 规范性文件 | 2017 年 6 月 19 日                |                  |

| 规范名称                                  | 性质    | 发布或开始实施时间                               | 最新修正或修订时间 |
|---------------------------------------|-------|-----------------------------------------|-----------|
| 财政部、税务总局《关于延长高新技术企业和科技型中小企业亏损结转年限的通知》 | 规范性文件 | 2018 年 7 月 11 日（财税〔2018〕76 号）           |           |
| 财政部、税务总局《关于进一步完善研发费用税前加计扣除政策的公告》      | 规范性文件 | 2023 年 3 月 26 日（财政部、税务总局公告 2023 年第 7 号） |           |

## 浙江合创律师事务所简介

浙江合创律师事务所（简称“合创所”）成立于2001年11月，是一家宁波本土的综合性法律服务律师事务所。总所位于浙江省宁波市江北区湾头路428号星湖湾 26 幢10、11层，双层办公面积近2800平方米。三家分所分别位于余姚市、宁海县、镇海区。截至2024年上半年，全所共220人（总所157人、余姚分所31人、宁海分所17人、镇海分所15人）。从创立初期，合创所就将综合化、规模化、团队化作为自己发展的长期目标，将“客户利益至上、法律和事实至上”作为优质法律服务的理念，精益求精，不断发展完善，成为宁波市优秀律师事务所，曾荣获“宁波著名律师事务所”、“宁波市优秀律师事务所”等荣誉称号，连续多年入选宁波市“3660工程”示范律所，并获得“宁波市企业和谐文化建设先进”单位、宁波市江北区“百强企业”、浙江省高院在编的破产管理人、浙江省重大决策社会风险评估机构、宁波市股权交易中心推荐机构会员、中国银行间市场交易商协会会员等荣誉与资质。

经过多年发展，合创所现有执业律师127名，实习律师22名，兼职律师4名，其中多名律师具有高级职称，兼职律师多是高校教授，包含宁波市名优律师培育对象25名。合创所始终关注行业动态和政策导向，积极参与相关标准的研讨与制定工作，为推动行业规范化发展贡献自己的力量，组建启明刑事团队、万商法律服务团队、旭日建设工程专业法律服务团队、金管家法律服务团队、极光法律服务团队、北辰非诉法律服务团队、经纬房地产法律服务团队、通奕法律服务团队等专业律师团队。其中企业破产与重整团队曾获宁波市“优秀专业律师团队”（北辰非诉法律服务团队前身）。同时，合创所还承担过多项省级、市级重



点项目的法律服务工作，如推动既有住宅加装电梯工作相关政策、破产重整、知识产权保护等，展现了强大的专业实力和服务能力。

合创所重视党建创特色，目前中共浙江合创律师事务所党总支共有中共党员58人，占事务所总人数的近40%，下设三个党支部。我们始终以党建为总抓手，先后荣获“浙江省律师行业先进基层党组织”、“宁波律师行业党建工作项目大比武三等奖”、“甬律先锋”等数十项荣誉称号，是市委组织部授予的四星基层党组织。

合创所积极履行社会责任，成立“合创律动公益中心”，与江北区残联密切合作，为残疾人朋友提供免费法律服务；入驻江北区的专门公益服务组织“五号空间”和“北鸣轩”；加入江北区“徐启照法治宣传工作室志愿者服务团”；目前为宁波市中小企业服务联合会会员、宁波中小企业志愿服务工作站并入驻8718综合服务平台，为企业提供法律服务。2024年入选为第二批浙江省法律援助工作联系点。

合创所将通过以党建促所建、打造专业律师团队、强化内部规范管理、培育青年律师成长等，提高律师的业务水平与整体素质，拓宽法律服务领域，提高法律服务质量，在专业化、团队化、品牌化建设上不断实现新的突破，为宁波市经济建设与社会稳定保驾护航，为更多的客户提供高效、优质的法律服务。

本部分指南撰写者简介



主编：俞建伟

浙江合创律师事务所律师，宁波仲裁委员会仲裁员，被宁波大学聘为法学院兼职硕士生导师，并被相关政府部门聘为宁波市农业农村普法讲师团成员、宁波市既有住宅加装电梯专家、宁波市商业秘密领域专家人才库专家、宁波市知识产权纠纷调解专家、宁波市行政合法性审查服务研究中心实务专家等。主要从事民商事与知识产权领域业务，并开展不动产领域与商业秘密领域的相关法律研究。近三年来，所撰写的论文连续3年在宁波市律师论坛上获奖并在《中国律师》等刊物上发表论文3篇，所研发设计的产品在第二、三届宁波市律师法律服务产品研发设计大赛上获奖。2022年9月，所著的《民法典居住权制度的理论与实践》由法律出版社出版；牵头编写的《城市普通住宅法律一本通》与《农村土地与房屋法律一本通》由法律出版社在2024年9月出版。所管理运行的“不动产法律”微信公众号，已经发表300多篇普法文章。

联系手机号：13705749100



作者：陈东豪

浙江合创律师事务所律师，浙江省优秀青年律师，荣获宁波市检律控辩赛十佳辩手、团体二等奖等数个辩论奖项，并获得宁波市青年律师法律服务产品大赛一等奖和宁波市律协第二届“法治惠企”法律服务产品大赛二等奖。担任多家企业的法律顾问，为中铁建、中远冷链等多家国企进行法律培训，获得良好反响。在处理企业法律事务方面表现出色，能够兼顾刑民法律风险，提供多元化的法律服务，办理的案件曾入选司法部法律援助案例库。

联系手机号：13626802094



**作者：陈恩成**

浙江合创（宁海律师事务所）主任，毕业于西南大学，法学本科学历，二级心理咨询师。担任宁波市人民监督员、宁海县特邀行政执法监督员等社会兼职。主要从事领域：企业法律顾问、经济合同、刑事辩护、婚姻家庭纠纷等。有20多年工作经验，具有丰富的办案经验，兢兢业业，最大限度地维护当事人的合法权益。

联系手机号：13858276566



**作者：汪家园**

浙江合创律师事务所执业律师，参与办理多起建设工程合同纠纷、知识产权侵权纠纷、不良资产处置案件、银行金融借款纠纷等民商事诉讼案件。所撰写的论文在2023年宁波律师论坛上获三等奖。

联系手机号：15057483165



**主编：陆琳**

浙江合创律师事务所合伙人，长期从事以公司法、合同纠纷、财富传承为主线的法律实务，尤为擅长诉讼、辩论与商务谈判。担任多个行业协会及多行业公司的常年法律顾问。

联系手机号：15257863041