

兰州大学MBA课程

# 中国商法（一）

兰州大学 胡珏

- 企业（公司）设立中的法律风险及防范
- 企业（公司）出资纠纷及防范
- 企业（公司）的终止及风险防范
- 合伙企业、个人独资企业和一人公司
- 公司的内部治理及风险防范
- 企业（公司）对外经营及风险防范
- 企业（公司）经营中的经济犯罪
- .....

- 《民法典》（2021年1月1日生效）
- 《公司法》
- 《合伙企业法》
- 《个人独资企业法》
- .....

## 第一讲 企业（公司）设立中的法律风险及防范

- 一、出资与法定股东资格的确认
- 二、注册资本认缴制与股东出资的暂缓缴纳
- 三、公司筹备阶段的债务承担
- 四、公司设立中发起人或投资人能否要求退回投资
- 五、企业（公司）注册地的法律意义及重要性

### 一、出资与法定股东资格的确认

出资，并不仅仅是缴纳注册资本，而是泛指一切公司投资人向公司支付投资款的行为。2013年《公司法》的修正，取消了对设立公司注册资本的最低要求，设立公司初期不需要强制实缴注册资本，但股东仍然需要按照约定认缴注册资本，且需要根据自己的认缴额承担相应的责任。

### 一、出资与法定股东资格的确认

#### 【问题】

加入公司做股东，需要向公司缴纳投资款项。但是当你足额出资了，是否就必然成为公司的股东呢？缴纳了注册资本、向公司支付了投资款，是否就可以认为自己已经成为股东？

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

## 一、出资与法定股东资格的确认

### 【案例】没有登记的投资人并不具有股东身份，不享有完全的股东权利

2020年，陈某与A公司原有股东甲、乙两人约定，三人同意由陈某向A公司投资300万元，加入公司的管理层并参加公司的经营及决策。三人只签订了一份投资协议。在其后的公司日常经营过程中，陈某自己及公司上下均认定陈某为股东。2021年3月，因为部分投资决策等问题，陈某与甲、乙之间意见不合产生矛盾，陈某向法院提起诉讼，认为自己是股东，要求行使股东知情权，对公司的账簿进行查阅。甲、乙二人以**陈某并非公司实际股东**为由提出抗辩。

## 一、出资与法定股东资格的确认

### 【评析】

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

## 一、出资与法定股东资格的确认

### 【风险提示】

1. 一些公司的投资人、管理层人士，在公司的经营过程中自称是公司的股东，公司内部也都承认其身份地位，他们对公司的经营决策也有**发言权和决定权**。但实际上，在工商部门查档的时候却发现股东资料中**并没有将其作为股东**身份进行登记。在这种情况下，这类人员**实际上并非股东**。
2. 投资人作为发起人缴纳注册资本，必须在**投资协议**中约定自己是公司股东，确定自己的**姓名或名称**记录在股东名册上；办理公司登记注册时，股东信息中也应该录入自己的身份资料。

## 一、出资与法定股东资格的确认

### 【风险提示】

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

## 一、出资与法定股东资格的确认

### 【风险提示】

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

## 二、注册资本认缴制与股东出资的暂缓缴纳

《公司法》2013年修正时，将股东成立有限公司的注册资本从**实缴制**改为**认缴制**。区别在于，以前开设公司，股东需将注册资本实际缴存入账户并由注册会计师验资；而认缴制的实施则使股东在设立公司的时候**无需立即实际缴纳**注册资本，只需要在工商登记部门提出自己公司的注册资本数额、承诺缴纳的期限并办理相关登记手续即可。

## 二、注册资本认缴制与股东出资的暂缓缴纳

### 【问题】

因为无需在开公司时立即实际缴纳注册资本，且大众习惯以一家公司的注册资本数额来判断公司的实力，所以有很多人在开设公司的时候会存在一个**认识误区**，认为反正不用马上出钱，注册资本当然是报得越多越好。于是近年来经常遇到这样的情况：有人开公司时，出现类似“我要成立一家公司，注册资本一千万！”“我要注册一个亿！”这样的“豪言壮语”。

《公司法》第3条第2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。根据该条法律规定，**股东的责任范围**是根据自己认缴的注册资本比例来认定的，**与是否实际缴纳出资无关**。况且股东在成立公司时会明确注册资本的缴纳期限，这属于股东设立公司时对外的责任承诺。所以，若一家公司认缴注册资本一千万，虽然没有实际缴纳注册资本，但是该公司依然要承担一千万的责任，股东也要在认缴的比例内承担责任。

## 二、注册资本认缴制与股东出资的暂缓缴纳

### 【案例】认缴制下公司股东的出资只是暂缓缴纳，而不是永久免除

2014年4月，吴某投资公司进行增资，将公司的注册资本从原来的**400万元增至10亿元**。但吴某投资公司此次增资**实际上并没有实缴注册资本**，股东实缴注册资本仍然为公司当年设立时的400万元。吴某投资公司章程约定，股东将在2024年12月31日之前缴纳出资。

2014年11月，吴某投资公司与其贸易公司签订了一份合同，约定吴某投资公司出资2000万元购买某贸易公司99%的股份。某贸易公司完成了工商变更登记，吴某投资公司成了某贸易公司的股东，但是吴某投资公司却没有按合同约定支付2000万元的股份购买款。

随后，吴某投资公司将注册资本从**10亿元减资为400万元**。某贸易公司以吴某投资公司**股东逃避债务为理由**起诉股东承担法律责任。

## 二、注册资本认缴制与股东出资的暂缓缴纳

### 【判词摘录】

认缴制下公司股东的出资**只是暂缓缴纳，而不是永久免除**。在公司经营发生了重大变化时，公司及债权人均**可以要求公司股东缴纳出资**，以用于清偿公司债务。在注册资本认缴制下，公司股东在登记时承诺在一定时间内缴纳注册资本（例如，在本案中被告吴某公司的股东承诺在10年内缴纳），该承诺规定在公司章程中，备案在工商登记资料中，对外具有公示效力。公司股东这样的承诺，可以认为是其对社会公众包括债权人所作的一种承诺。但是，任何承诺、预期都是在一定条件下作出的，这样的条件有可能会产生重大变化。在条件发生重大变化、足以改变相对人（债权人）预期的时候，如果再僵化地坚持股东一直到**认缴期限届满时才负有出资义务**，只会让资本认缴制成为个别股东逃避法律责任的借口。

## 二、注册资本认缴制与股东出资的暂缓缴纳

### 【风险提示】

公司的经营实力，并不仅仅是由**注册资本登记**的多少来决定的。注册资本虽然不用在成立公司的时候立即缴纳，但并不代表股东不需要承担股东责任，股东仍然需要按照自己认缴出资额的比例来承担相应的责任。

## 三、公司筹备阶段的债务承担

公司在设立时期，即需要处理许多合同上的交易，如成立公司办理工商登记之前，股东需要租赁办公场所、购买或租赁办公家具、与合作方签订日后公司成立后的合作合同、招聘前期工作人员支付工资等。这些费用在公司尚未成立时就已产生，由股东以自然人个体的身份进行签订合同事宜或对这些费用进行缴纳。

对于这类情况，**法律后果的承担**有两种方式：

(1) 因为新公司尚未领取营业执照尚未进行经营，**股东以自己的名义**与外界签订合同或是支付费用的，当公司成立后，**债务将转由公司承担**，股东已支付的费用计入公司费用之中；

(2) **若公司日后无法成立的**，则债务由发起设立的股东分摊，部分股东已支付的费用，由其他发起股东根据约定的占股比例分摊费用。

## 三、公司筹备阶段的债务承担

### 【案例1】公司未成立，发起股东对已产生的费用按出资比例分摊

2019年5月，李某与投资咨询公司签订合作协议，约定双方各出资占股50%，准备**成立商务酒店经营公司**，对某地块的旧楼进行改造并经营连锁式酒店。在商务酒店经营公司进行工商登记注册之前，李某与建筑公司签订了建筑安装工程合同，约定由建筑公司进行即将合作经营的商务酒店的建筑安装工程，同时约定工程款1000万元由**成立后的商务酒店经营公司支付**。2019年10月，建筑公司按照约定完成了旧楼的建筑安装改造，而李某与投资咨询公司之间却因为出现矛盾，**导致商务酒店经营公司无法成立**，李某也因此拖欠工程款未付。建筑公司于是向法院提起诉讼，要求李某与投资咨询公司对工程款承担连带清偿责任。

### 三、公司筹备阶段的债务承担

#### 【评析】

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

### 三、公司筹备阶段的债务承担

#### 【案例2】

发起协议需全体股东签名，若公司设立失败，发起人及股东侵犯其他股东利益的需求承担连带责任。周某、李某、陈某、林某四人在2018年7月经过商定签订了一份发起人协议，约定共同发起成立商务管理公司，由**周某担任主要发起人**。随后陈某没有在发起人协议上签名，公司的设立最终宣告失败。林某要求周某返还自己缴纳的投资款，后得知**周某和李某将自己的投资款用于其他投资事项**，于是诉至法院。

### 三、公司筹备阶段的债务承担

#### 【评析】

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

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

### 三、公司筹备阶段的债务承担

#### 【应对方案】

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

### 三、公司筹备阶段的债务承担

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

### 三、公司筹备阶段的债务承担

3. 发起设立时所收取的投资款，不应挪作他用。若公司最终设立失败，收取的投资款需要返还给股东，实践中往往由主要发起人收取投资款，因此主要发起人就应当承担返还义务。另外，对挪用投资款存在过错的股东，也需要承担连带责任。



#### 四、公司设立中发起人或投资人能否要求退回投资

公司在设立的过程中，若发起人或投资人**单方提出要求退回投资**，势必对共同设立公司的其他人造成影响，也有可能导致公司设立**面临失败**。但是目前《公司法》及相关司法解释中**没有关于**公司设立阶段发起人或投资人单方要求退回投资应当如何处理的规定。

公司若要筹备设立，首先是由发起人和投资人之间针对共同出资设立公司事宜，通过签订投资协议来约定设立期间各方的权利与义务。在公司的设立阶段，发起人或投资人之间建立了合同关系。公司尚未成立，发起人和投资人还不是公司的股东，在投资协议没有特殊约定不能退回投资的情况下，任何一方都可以单方提出退出并要求退回投资。



#### 四、公司设立中发起人或投资人能否要求退回投资

虽然发起人或投资人可以在设立公司的过程中要求退回投资，但属于在**合同履行期内的违约行为**，要求退回投资的发起人或投资人是违约方，需要根据签订的投资协议的约定向其他守约方**承担违约责任**，对于因此而造成的经济损失，违约方也应当作出赔偿，退出投资前的投入应当进行分摊，**按投资比例扣除相应款项**。



#### 四、公司设立中发起人或投资人能否要求退回投资

##### 【案例2】投资人在公司设立阶段退出应承担违约责任

A、B、C三人协商共同成立一家项目投资公司，2018年2月三人签订《投资协议》，协议中三方约定：三人作为公司的发起人，拟投资6000万元，分两期支付投资款，三人各投资2000万元。第一期投资款3000万元在2018年3月1日投入约定账户，第二期投资款3000万元在2018年4月1日投入约定账户。

A、B、C三人按约定支付了第一期投资款项，项目投资公司设立阶段正式开始。2018年4月1日，**A向B、C称自己不喜欢公司未来的前景以及资金紧张，希望退出**，并提出要求退回已投资的1000万元。B、C认为A中途提出退出投资损害了其利益，不同意A的要求并要求A应按约定支付剩余的投资款。



#### 四、公司设立中发起人或投资人能否要求退回投资

##### 【评析】

项目投资公司尚未成立，A、B、C三位股东之间建立的是一种**合同关系**，A是否可以在公司设立阶段单方退出，要看**三人的投资协议中是否有禁止退出的约定**。如果投资协议中没有禁止性约定，且公司还没有成立，A是有权随时提出退出的，并有权要求退回投资款项。但是A的行为**违反了约定**，因此如果投资协议中有违约责任，A就要承担相应的责任，同时在A退出之前因公司设立过程中所支出的费用（如租用办公场地的租金、购买办公用品、聘请会计及法务的劳务费用等），B、C有权按照A的投资比例要求其分摊费用，并在退回A的1000万元投资款中予以扣减。



#### 四、公司设立中发起人或投资人能否要求退回投资

##### 【应对方案】

1. 公司设立过程涉及发起人或投资人之间复杂的利益关系，且设立时间较长，在此期间发起人或投资人会存在中途萌生退意的可能性，而如果投资协议中没有对这个问题做好事先的预判并作出约定，发起人或投资人之间则会产生纠纷。发起人或投资人在投资协议中，**应当明确任何一方在公司设立过程中退出的赔偿责任，也可以通过投资协议明确约定不得退出投资**。

2. 在公司设立期间**所产生的费用应该保存相应的票据或支出凭证**，当公司设立期间有发起人或投资人提出退出并退回投资款的，守约的发起人或投资人可以凭借具体的票据和凭证证明费用的实际产生，**并对退回的投资款予以相应扣减**。



#### 五、企业（公司）注册地的法律意义及重要性

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



五、企业（公司）注册地的法律意义及重要性

住所法律上主要有三点意义：

(1) 确认诉讼中的管辖。我国《民事诉讼法》规定的一般诉讼管辖原则是“原告就被告”，当被告为公司的时候，被告的所在地即为公司的住所地。法院的诉讼文书都会送达工商登记中所显示的公司住所地。例如，在公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等诉讼中，《民事诉讼法》规定了由公司住所地的法院管辖。

五、企业（公司）注册地的法律意义及重要性

(2) 合同的债务履行地问题。在合同约定的履行地点不明确且没有补充协议的约定以及不能按照合同有关条款或者交易习惯确定的情况下，给付金钱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。因此，住所就是法律义务的履行地。

(3) 公司的住所决定了公司所属的行政管辖区域。公司受到当地政府的管管理，同时也有可能享受当地行政区域的优惠政策。例如，公司的住所所在地的经济技术开发区，则有可能享有开发区税收减免、专利技术补贴等专项优惠政策，公司也需要向所属行政区政府缴纳税费及接受管理。

五、企业（公司）注册地的法律意义及重要性

【案例】司法机关向公司送达法律文书的地址一概以公司注册地为准

A公司自2020年成立，出于避税等原因，公司的注册地在广州的从化区，而实际办公地在广州市中心的CBD商务区。2022年某月，A公司与B公司发生贷款纠纷，B公司向法院提起诉讼，法院将传票送到A公司在从化区的办公地址，随后法院在A公司不到庭参加诉讼的情况下作出了缺席判决。

五、企业（公司）注册地的法律意义及重要性

【评析】

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

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

五、企业（公司）注册地的法律意义及重要性

【应对方案】

1. 目前公司注册地与实际经营地不一致的情况较为普遍，但是行政机关对此并没有太大的处罚力度。即使处罚力度不大，如果有当事人投诉举报并经过查实，工商行政部门仍然会作出处罚。
2. 尽量避免出现公司注册地与经营地不一致的情况，实在无法避免的，建议公司注册地还是安排人员驻守或者不定期地到公司注册地查收邮件。否则公司注册地人去楼空，容易发生上述案例中的诉讼风险以及行政处罚风险。

五、企业（公司）注册地的法律意义及重要性

【评析】

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

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



兰州大学MBA课程

# 中国商法（二）

兰州大学 胡珏

## 第二讲 企业（公司）出资纠纷及防范

- 一、代缴出资的股东如何保护自己的债权
- 二、出资多等于占股多？出资与股份占有并不必然形成正比
- 三、抽逃出资的认定情形以及处罚
- 四、作为注册资本的知识产权贬值时如何处理？
- 五、干股的赠与

### 一、代缴出资的股东如何保护自己的债权

出资是股东在成立公司时所应承担的**第一项义务**。股东若没有按照投资协议或章程的约定缴纳注册资本，需要向公司补缴注册资本，对已经缴纳出资义务的其他股东承担违约责任。

在实际经营过程中，有的股东可能因为资金紧缺，自己应缴纳的部分由其他有资金的股东**代为缴纳**。但是代缴出资的股东在代其他股东出资之后，因为双方之间**缺少书面的协议约定**，难以证明两人之间存在**代出资的法律关系**，以致在出现法律纠纷的时候，代缴出资的股东很容易吃亏，自己的债权难以得到保护。

### 一、代缴出资的股东如何保护自己的债权

#### 【案例】帮其他股东出资，有可能会变成赠与

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

### 一、代缴出资的股东如何保护自己的债权

#### 【评析】

为了能够顺利成立公司，在有些股东资金不足时由其他股东代为补足的情况在现实时有发生，特别是在几个朋友一起合资成立公司的时候，非常常见。在上述案例中，李某的“**代出资行为**”存在很大的法律风险。公司成立之后，工商局的企业注册资料登记中，只会反映出两位股东各自的出资数额以及股份，而不会说明以及承认股东之间的代出资关系，李某代贺某出的资金反映在官方资料中就是贺某自己的资金。在双方没有任何约定及证明的情况下，李某代贺某出资，就相当于**赠与**了10万元给贺某。在诉讼中，若李某证据不足且贺某否定李某代出资的情况，李某将会有败诉的风险。

### 一、代缴出资的股东如何保护自己的债权

#### 【应对方案】

股东A代股东B出资，为了保障A对B的债权日后能够追讨，A应该做如下工作：  
1. A应该与B签订一份**代出资协议**，代出资协议**明确约定**B因为缺乏注册资金，其注册资金实际上是由A所出。  
双方通过协议约定明确代出资的事实并厘清相关法律关系，A可以避免相应的法律风险。协议中还可以约定B对于A的**代出资款如何归还以及利息数额**等问题。在法律上，**代出资实际上等同于借款**，若B在协议约定的期限内没有归还款项，A可以通过诉讼要求B返还。约定清晰明确的协议，是日后追讨欠款的重要依据和理由。

一、代缴出资的股东如何保护自己的债权

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

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

二、出资多等于占股多？出资与股份占有并不必然形成正比

多数企业管理者会将股东出资额与股份占有额两个概念等同，错误地认为股东出资额有多少，对应的占股比例就是多少。实际上股东的出资与股份占有并不必然形成正比。

一、代缴出资的股东如何保护自己的债权

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

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

二、出资多等于占股多？出资与股份占有并不必然形成正比

多数企业管理者会将股东出资额与股份占有额两个概念等同，错误地认为股东出资额有多少，对应的占股比例就是多少。实际上股东的出资与股份占有并不必然形成正比。

在注册资本符合法定要求的情况下，我国法律并未禁止股东内部对各自的实际出资额和占有股权比例作出约定。

二、出资多等于占股多？出资与股份占有并不必然形成正比

出资与股份占有额不成正比，是要在股东特殊约定下才能实现，为了防止大股东欺压小股东损害小股东的利益，司法实践中法院认为若要针对股东持股比例作出特殊约定的，需要全体股东一致同意方为有效。

二、出资多等于占股多？出资与股份占有并不必然形成正比

【风险提示】

1. A公司与B公司投资200万元共同成立C公司经营双方的合作项目，其中A公司出资150万元，B公司出资50万元，A占股份49%，B占股份51%，另外双方还约定A、B的收益分配为1:2。

A公司负责人询问：这样的约定是否合法、合理？这样的约定是合法的。在一般情况下，实际经营中往往都是“谁出多少钱，就占多少股份”，但认缴出资额与股份占有额是两个不同的概念，并不能排除上述出钱多占股少的情况发生。在本案中，A、B作为股东共同成立C公司，虽然A公司出钱比B公司多，但是B公司对C公司的重要性应该要比A公司大，如掌握了合作项目中的重要人脉资源、品牌等。





## 二、出资多等于占股多？出资与股份占有并不必然形成正比

### 【风险提示】

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



## 三、抽逃出资的认定情形以及处罚

股东将缴纳给公司的注册资本取出作非正常运营所用，又不在市场监管局办理减资登记手续的，就属于抽逃出资。

《公司法》第35条规定：公司成立后，股东不得抽逃出资。

可能有人会问：“股东成立公司之后，把注册时投入公司的注册资金拿出来用，不是常有的事情吗？把钱放在基本户不用，已经很少见了啊，也没看见有什么问题。”其实上述问题中的情况，就属于抽逃出资的范畴。因为公司的注册资金是公司存续经营的基础，已属于公司的资产而非个人财产，公司以注册资金数额承担有限责任，注册资金相当于保证金的性质，若资金不足，则股东自然要对此承担相应的法律责任。



## 三、抽逃出资的认定情形以及处罚

抽逃出资的行为判定，最高人民法院司法解释列举了以下几种情形：

- (1) 制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配；
- (2) 通过虚构债权债务关系将其出资转出；
- (3) 利用关联交易将出资转出；
- (4) 其他未经法定程序将出资抽回的行为。

根据《公司法》第200条的规定，属于抽逃出资的，工商局会责令公司改正，股东有将抽逃的资金重新缴回公司的责任，工商局会对公司股东处出资金额5%以上15%以下的罚款。



## 三、抽逃出资的认定情形以及处罚

对于抽逃出资情节严重的，还有可能触犯刑法的应承担刑事责任。至于如何认定是否属于情节严重，根据司法实践，有下列两种情形之一的，将会被认定为情节严重而被追诉：

- (1) 抽逃出资给公司、股东、债权人造成的直接经济损失累计数额在10万元至50万元以上的；
- (2) 虽未达到上述数额标准，但是抽逃出资致使公司资不抵债无法经营、因为抽逃出资受过2次以上违法处罚后又抽逃出资，或者利用抽逃出资所得的资金进行违法犯罪活动的。



## 三、抽逃出资的认定情形以及处罚

### 【案例】股东将注册资金挪作他用的，需要承担法律责任

余某与陈某是夫妻，于2018年5月共同成立了一家外贸公司，注册资本为100万元。2018年7月，余某在外做生意，因为资金不足，于是与外贸公司之间签订了一份借款协议，约定向公司借款60万元，借款合同没有约定还款时间以及利息等，之后从外贸公司的基本账户中的100万元里转了60万元到余某的个人账户上。2018年12月，因为经济不景气，外贸公司欠了大量债务，无法还清，公司面临破产。有债权人向法院起诉，认为外贸公司抽逃出资，要求股东承担赔偿责任。



## 三、抽逃出资的认定情形以及处罚

### 【律师评析】

将公司基本账户的钱转给私人，需要哪些手续？是否合法？像案例中余某那样，将注册资金抽出，且签订了借款协议，就是希望将自己挪用外贸公司的注册资金的行为变为表面上的合法，但实际上某的这种做法并不能规避抽逃资金的法律责任。例如，公司为股东提供抵押担保或者以赠与等形式将注册资金变相还给股东的，也都难以逃避抽逃出资的责任。



### 三、抽逃出资的认定情形以及处罚

对于名为借款、实为抽逃出资的行为，有法官认为可以从以下几个方面认定：

- 第一，股东把公款项借给自己的关联公司，而关联公司并不出具任何形式担保，在借款到期后，借款将难以追回。
- 第二，股东把公司款项借出后，根本未打算索回，放任自己的关联公司使用，甚至放任超过诉讼时效，直接导致公司丧失通过法律手段追回借款的权利。
- 第三，关联公司根本不缺钱用，现金流充裕，经营状况良好，可以证明公司股东有故意行为；或者关联公司本来就是皮包公司，款项既已划出，必将难以追回，甚至使追回款项成为不可能。

### 三、抽逃出资的认定情形以及处罚

#### 【风险提示】

- 1. 现实中将注册资本抽出公司基本账户并使用的情况非常多见，但是这么做着实是有法律风险的。当公司出现债务导致资不抵债需要破产时，公司需要对自己的资产进行清算，而当出现注册资本不足时，则需要股东将注册资本重新填补进公司，除此之外，股东还需要承担相应的赔偿责任。
- 2. 公司是法人，并没有自然人的意识，具体事务都是由股东来操控，但是对于抽逃出资，法律的惩罚对象仍然是公司。公司的负责人或法定代表人，发现股东抽逃出资切不能放任不管，因为负责人或法定代表人代表了公司，当抽逃出资出现时，责任人也很难脱得了干系。抽逃出资情节严重触犯刑法的，还有可能遭受牢狱之灾。

### 四、作为注册资本的知识产权贬值时如何处理？

《公司法》第27条规定，股东可以用货币出资，也可以用知识产权出资。使用知识产权出资的，需要对知识产权进行评估作价。

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

### 四、作为注册资本的知识产权贬值时如何处理？

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

### 四、作为注册资本的知识产权贬值时如何处理？

#### 【案例】作价出资的知识产权价值大幅缩水，是否需要补足出资需看股东之间的约定

富某公司是主营医疗康复器材及康复家庭用具的公司。公司于2018年由股东王某、陈某和X公司三人发起设立，其中，王某与X公司各以货币出资1000万元，陈某以自己的一项医疗康复器材发明专利作价出资，经评估为800万元。因此，三人共出资2800万元成立了富某公司。富某公司在成立后，基于陈某所拥有的专利技术生产器械设备进行销售盈利。2020年5月，因为富某公司医疗康复器材的销售不如预期，公司经营困难。王某与X公司重新委托评估公司对陈某所拥有的发明专利进行评估，得出价值为100万元的结论。于是，王某与X公司认为陈某在成立公司时出资不实，应补足出资700万元。

### 四、作为注册资本的知识产权贬值时如何处理？

#### 【律师评析】

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



#### 四、作为注册资本的知识产权贬值时如何处理？

##### 【应对方案】

1. 公司设立时，如果有股东是以知识产权评估作价出资，公司股东之间一定要对知识产权存在贬值的风险作充分的考虑。
2. 若出资产作价的知识产权对于公司的经营有重大影响，知识产权的贬值足以影响公司存续的话，股东之间应该对知识产权在贬值的情况下注册资本是否应该补足作出明确的约定。
3. 根据《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释（三）》第15条的规定，如果股东在成立公司时以及在公司的存续过程中，没有就出资产作价的知识产权贬值是否需要补足出资作出明确约定的，法院会判定股东无须承担补足出资的法律责任。



#### 五、干股的赠与

干股并非法律上的概念，而是一种与股份相区别的称谓，是指未实际对公司进行出资或投资但享有分红的权利。为了公司的发展或者奖励对公司有功的人士，有的公司会给予他人干股，使其参与分红。公司向他人赠送干股，实际上并不会向市场监管局进行股份变更登记。所以，取得干股的人，并不真正拥有法律意义上的股权，他们只是有权按照干股份额参与公司利润分配而已。



#### 五、干股的赠与

公司向他人赠送干股，双方实际上是一种合同法上的赠与合同关系，有法官对此认为：“公司赠与他人股份，即所谓干股，原则上有效，赠与人应按赠与公司或者口头赠与与意思表示办理，但如果在履行中赠与人反悔的，通常根据赠与应当实际履行的原则，赠与人随时有权撤销自己的赠与行为。”

特别是赠与干股不同于股东实际出资的确认，亦无须在工商部门办理登记手续，赠与人的自主权比较明显，不能对赠与人的撤销行为加以限制。”也就是说，干股的赠与，因为不需要在工商局进行登记，所以公司作为赠与人，在实际赠与前，是随时可以提出撤销赠与、取消干股的。在履行过程中，若没有合同的约定，公司也有权在日后不再向他人赠与干股。



#### 五、干股的赠与

##### 【案例】未办理登记、未签订合同约定干股，公司有权不再赠送

王某自2019年开始入职信息网络科技有限公司担任高级技术员。因为工作努力以及自己能力较强，王某在职期间开发多款网络软件应用，为公司赚了很多钱。2021年，公司为了鼓励王某留在公司，向他赠与了5%的干股，王某凭借干股的比例分取公司一定的利润。双方没有到工商局办理股权登记，也没有签订明确的协议。2022年3月，王某因一款软件的知识产权归属问题与公司产生纠纷，双方对簿公堂。公司因此取消了王某的干股，并表示不再向王某支付相应的利润，王某于是向法院起诉要求确认公司撤销自己持有干股的行为无效。



#### 五、干股的赠与

##### 【律师评析】

公司送不送干股，怎么送，都是公司的权利。公司之前送后来不送了，也是公司的权利。信息网络科技有限公司与王某仅存在赠与合同的法律关系，公司向王某赠送的干股并没有进行工商登记，王某仅仅是凭借十股份额有权领取相应的利润。对于赠与合同，法律规定赠与人有权撤销赠与。也就是说，公司有权随时反悔不再向王某赠送干股。对此王某提起诉讼，认为公司撤销自己持有干股的行为无效，不能得到法院的支持。



#### 五、干股的赠与

##### 【风险提示】

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

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

兰州大学MBA课程

# 中国商法（三）

兰州大学 胡珩

## 第三讲 企业（公司）的终止及风险防范

- 一、股东起诉要求公司解散的条件及方法
- 二、公司解散纠纷中，法院如何认定公司是否陷入僵局？
- 三、有限责任不有限：有限责任公司人格的否定
- 四、公司在清算期间应注意的法律问题
- 五、公司被吊销与公司恶意注销后的法律责任

### 一、股东起诉要求公司解散的条件及方法

《公司法》第180条规定了公司在“和平情况下”解散的四种情况：

- （一）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；
- （二）股东会或者股东大会决议解散；
- （三）因公司合并或者分立需要解散；
- （四）被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销。”

### 一、股东起诉要求公司解散的条件及方法

#### 【问题】

但在公司实际的经营过程中，要解散的时候，哪会出现那么多“好聚好散”“皆大欢喜”的情况呢？就拿上述第二项来说，若一家有限责任公司某股东持有公司的公章，在其他股东均希望解散公司的时候，他就有可能予以抵触和抗拒，处处掣肘，导致公司根本无法向市场监管局提交解散申请资料。

### 一、股东起诉要求公司解散的条件及方法

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

### 一、股东起诉要求公司解散的条件及方法

《最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（二）》第1条第1款明确了股东可以起诉解散公司的四种情况：

- （1）公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；
- （2）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；
- （3）公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；
- （4）经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。

# 一、股东起诉要求公司解散的条件及方法

## 【案例1】公司经营管理发生严重困难，股东可诉公司解散

戴某与林某在2012年共同成立了凯某公司，两人为公司的股东，各占50%的股份，戴某为法定代表人和执行董事，林某为总经理兼任监事。凯某公司章程明确规定：股东会的决议须经代表二分之一以上（不包括本数）表决权的股东通过，但对公司增加或减少注册资本、合并、解散、变更公司形式、修改公司章程作出决议时，**必须经代表三分之二以上表决权的股东通过**。股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。公司经营了四年，因戴某与林某存在矛盾，公司从未开过股东会。2016年，林某多次提出召开股东会并希望解散公司，戴某均拒绝。林某遂向法院提起诉讼要求解散公司。法院最终判决公司解散。

# 一、股东起诉要求公司解散的条件及方法

## 【案例2】股东以公司利润分配不足为由起诉要求解散公司不会得到法院的支持

某机械设备有限公司成立于2019年年初，股东有李某和戴某二人，双方各出资100万元。2019年年底，袁某作为新股东加入，向公司增资100万元。三股东在协议中约定，袁某占有三分之一的股份。公司在经营过程中，于2020年底及2021年底分别向三股东分红20万元。2022年3月，因对公司经营模式存在分歧，袁某与李某和戴某两人产生矛盾，不再参加股东会，也不再处理公司事务。2022年年底公司出现经营困难，利润没有往年那么多，李某与戴某各分红5万元，没有向袁某支付红利。袁某向法院起诉，要求法院判决解散公司。李某和戴某不同意，认为公司的解散条件并不成立。

# 一、股东起诉要求公司解散的条件及方法

## 【应对方案】

1. 现在法院处理离婚纠纷案件的原则是：劝和不劝离，能不离的就判不离。对待公司解散之诉也是如此。法院判决公司解散，有可能会产生许多难以解决的“后遗症”，无法执行的判决不利于法院“案结事了”的审判原则，法院审判庭的法官一般不会判出一些难以执行的“烂摊子”给执行局法官同事来收拾，如公司解散后的债权债务的处理等。**在未穷尽一切救济方法之前**，股东起诉要求解散公司，一般不会得到法院的支持。

# 一、股东起诉要求公司解散的条件及方法

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

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

# 一、股东起诉要求公司解散的条件及方法

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

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

# 二、公司解散纠纷中，法院如何认定公司是否陷入僵局？

《公司法》第182条规定，只有通过其他途径不能解决时、才赋予股东请求解散公司的权利。实践中，法院对通过司法程序解散公司向来都是持谨慎的态度，尽可能维持公司的存续。在审查公司是否应当予以解散时，法院对《公司法》第182条“公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失”规定的前置性条件进行的是实体审查。该条规定较为概括，即使《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（二）》第1条对于这个前置性条件给出进一步的解释，但上述规定对于公司经营管理发生严重困难的界定仍不够明确。各地法院在司法实践中仍存在分歧。从目前的司法实践来看，经营管理发生严重困难并非简单地指公司资金缺乏、经营亏损等商业经营能力发生困难，而是着重于公司管理方面的决策机构、治理状态是否已经失灵及陷入僵局。





## 二、公司解散纠纷中，法院如何认定公司是否陷入僵局？

### 【案例】公司无法顺利召开股东会不能正常经营，股东有权提出解散公司

某升公司于2013年成立，股东仅有王某一人。2015年王某与妻子黄某离婚，因为某升公司是王某婚后设立，所以公司股份被认定为夫妻共同财产，公司的股东因此变为二人，王某与黄某各享有50%的股权。自黄某因判决成为公司股东后，公司经营管理仍由王某一人决定。黄某多次要求召开股东会，了解某升公司的经营状况及查阅公司财务账册，王某均拒绝，公司一直无法正常召开股东会。黄某以无法召开股东会、作为股东无法对公司进行管理为由要求解散某升公司，经一审、二审法院审理，均判决解散某升公司。



## 二、公司解散纠纷中，法院如何认定公司是否陷入僵局？

### 【判词摘录】[广州市中级人民法院 (2018) 粤01民终15499号民事判决书]

#### 本案争议焦点是某升公司是否符合公司法解散的条件。

首先，某升公司的经营管理已发生严重困难。公司的正常经营管理通常建立在权力机构（股东会）、执行机构（董事或执行董事）及监督机构（监事会或监事）有效运行的基础上，某升公司的股权结构为王某与黄某各持50%，一旦两名股东之间发生意见分歧，必将导致两股东无法对涉及公司资本变动、经营方针、利润分配方案等重大经营管理事务形成有效决策。在黄某因判决成为公司股东后，公司至今无法正常召开股东会，可见内部机制已无法正常运行，该公司的经营管理已陷入困境。



## 二、公司解散纠纷中，法院如何认定公司是否陷入僵局？

其次，某升公司的继续存续会使股东黄某的利益受到重大损失。某升公司的内部运作机制早已失灵，黄某虽为股东，但却连工商部门存档的股东会决议和章程等文件的签名均被王某代签，说明其股东权处于被剥夺状态。如果这样的局面继续存续，其合法权益将进一步遭受重大损失。

最后，某升公司的僵局长期无法解决，法院应当及时判决。庭审中，黄某和王某无法达成一致意见，公司不同意收购黄某的股份。据此，某升公司的股东已穷尽了其他救济途径，仍无法打破公司僵局，符合通过司法程序解散的条件。黄某持有某升公司50%的股权，符合法律规定的关于提起公司解散诉讼的股东须持有公司10%以上股份的条件。



## 二、公司解散纠纷中，法院如何认定公司是否陷入僵局？

### 【应对方案】

1. 为防止公司出现僵局，公司设立时尽量避免采取50:50的股权结构。公司陷入僵局的常见原因之一就是股权分配不合理，根据公司法规定，股东大会对一般事项作出决议须经出席会议的股东所持表决权过半数通过，而实践中最常见的不合理股权比例就是人均五五分。由于股东会决议的形成需要多数决，一旦股东间出现50:50的表决权对峙，就会导致决策机制失灵，影响公司的经营管理，从而引发僵局。因此，公司应尽量避免采取50:50的股权比例，如果公司实在无法避免，可以同时在公司章程中特别约定表决权比例。



## 二、公司解散纠纷中，法院如何认定公司是否陷入僵局？

2. 公司章程中应设置保障小股东权利的条款，同时应对股东出现离婚、死亡等情形进行股权处理的条款设置。一方面，章程中可对大股东的决策和表决的权利进行一定的限制，使得大股东不会滥用表决权使公司陷入僵局；另一方面，为保护小股东的权利，章程应规定董事会成员与股东会成员不得完全重合。由于有限责任公司兼具资合性和人合性，可以在章程中事先规定在股东死亡、离婚情况下的股权处理方式，避免因新股东的加入影响公司的经营管理。



## 三、有限责任不有限：有限责任公司人格的否定

《公司法》第3条规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”

公司法人的独立人格，是公司法的重要原则和精神，债权人不能直接要求股东对公司的债务承担责任，而是由公司对其债务，以自己的全部财产来承担。







### 三、有限责任不有限：有限责任公司人格的否定

《公司法》第20条规定：“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，**不得滥用股东权利**损害公司或者其他股东的利益；**不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任**损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法**承担赔偿责任**。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”



### 三、有限责任不有限：有限责任公司人格的否定

股东滥用公司法人人格的具体形式主要包括“公司资本显著不足”“过度控制”“人格混同”（或称为“公司人格形骸化”）三种情形。具体阐述如下：

(1) 公司资本显著不足，指公司在经营的过程中股东为**逃避债务抽逃注册资金等行为**使公司的注册资本减少的情况。公司的注册资金是公司履行债务的最低保障，如前文所述，注册资金有担保的性质，公司以注册资金数额来承担法律责任，因此，当股东将公司的资本减少时，势必会损害债权人的利益。



### 三、有限责任不有限：有限责任公司人格的否定

(2) 过度控制，是指在股东设立了多家公司或有总公司及分公司架构的情形下，股东为了逃避债务，以**关联交易的形式让欠债的公司出现亏损**等可以逃避债务的方式。

(3) 人格混同，是指目前经常出现的“一套班子，N块牌子”的公司经营情况。例如，A公司与B公司都是独立登记的法人，但实际上A公司和B公司在同一个地方办公，两家公司有相同的股东、相同的员工。**A公司是空壳公司**，在经营的过程中，以A公司的名义对外签订合同，以B公司的名义负责具体经营，**当经营过程中出现债务时，则可以由A公司出面来抵偿**，将所有的法律风险都转嫁给A公司。**人格混同是股东滥用公司法人人格最常见且最为严重的情况。**



### 三、有限责任不有限：有限责任公司人格的否定

#### 【案例1】股东滥用股东权利给公司造成损失，需要承担连带责任

王某是A公司的股东，占有公司30%的股份。王某于2019年9月向某银行申请贷款1000万元经营器械生产业务，希望**A公司可以为其提供担保**。A公司于2019年9月召开股东会，决定以A公司自有的房产**为王某提供担保**。在股东会召开会议讨论时，部分股东不同意，而**王某也作为股东参加会议并表决同意**公司为其担保。2020年4月，王某的器械生产业务因经营不善无力向银行还款，银行提前收贷，将王某及A公司告上法庭，要求以A公司的房产抵偿王某的债务。A公司的债权人B得知此事后，也向法院提起诉讼，要求**王某与A公司承担连带责任清偿债务**。



### 三、有限责任不有限：有限责任公司人格的否定

#### 【评析】

根据《公司法》第16条的规定，公司向股东提供担保的，必须经股东会或股东大会决议并经过股东会或股东大会过半数通过，**被担保的股东因为与事项有利害关系，因此不能参加事项的表决，参加表决的则在程序上是不合法**。在本案中，王某占有公司30%的股份，他的股份占有额足以影响整个表决。王某参加表决，属于《公司法》第20条股东滥用股东权利的行为，公司因为王某提供了担保而需要向银行清偿债务，公司其他债权人的合法权益受到了损害，因此，王某需要对该笔债务承担连带清偿责任。



### 三、有限责任不有限：有限责任公司人格的否定

#### 【案例2】股东未尽妥善保管义务，致使公司财产、账册等灭失，并导致公司无法清算的，应对公司债务承担连带清偿责任

杜某、双某公司是鸿某公司的股东，鸿某公司于2006年6月19日经工商注册登记成立，注册资本50万元。鸿某公司在与天某公司的一次合作中拖欠了天某公司26万元的贷款而被天某公司起诉，鸿某公司在败诉后无财产可供法院执行。2008年，鸿某公司被工商局吊销了营业执照，于是天某公司起诉要求鸿某公司强制清算。在强制清算的过程中，因为鸿某公司人员、账册、重要文件下落不明，无法查明其财产状况最终导致无法清算。





### 三、有限责任不有限：有限责任公司人格的否定

【判词摘录】【北京市第三中级人民法院（2016）京03民终10445号民事判决书】

股东承担连带清偿责任的条件有：（1）股东怠于履行义务；（2）股东怠于履行义务的行为导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失；（3）股东怠于履行义务的行为导致公司无法进行清算。本案中，鸿某公司2008年被吊销营业执照后，杜某、双某公司未组成清算组进行清算，显属怠于履行清算义务。鸿某公司存在无法进行清算的情形……无法进行清算的原因系鸿某公司人员、账册、重要文件下落不明，无法查明其财产状况导致无法清算。



### 三、有限责任不有限：有限责任公司人格的否定

【风险提示】

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



### 三、有限责任不有限：有限责任公司人格的否定

2. 有限公司如果不进行年审会被工商局吊销营业执照，被吊销的公司仍然具有诉讼主体的身份，公司的股东还暂时不会被直接追究承担连带责任。如果发现出资不足，股东需要对出资进行补足。若账目不清，或者公司主要财产、账册等重要文件灭失的，法院则会认定股东对公司法人地位和股东有限责任的滥用，股东因此要对公司的债务承担连带责任。



### 四、公司在清算期间应注意的法律问题

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

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



### 四、公司在清算期间应注意的法律问题

在清算过程中，清算组的具体工作之一也是最主要的一项工作，就是通知债权人，让债权人申报债权以便公司进行清算工作；若清算组不通知债权人导致公司逃避了应需要支付的债务，债权人可以要求清算组股东承担赔偿责任。

《公司法》第185条第1款规定：“清算组应当自成立之日起十日内通知债权人，并于六十日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，向清算组申报其债权。”



### 四、公司在清算期间应注意的法律问题

【案例1】清算组未尽告知义务对债权人造成的损失，清算组股东需赔偿

王某与赵某在2019年成立了广州风顺公司经营货运业务，2020年因与客户香港某物流公司产生合同纠纷，风顺公司因欠香港某物流公司500万元而被告上法庭，法院最终于2021年2月终审认定风顺公司违约需足额支付欠款。2021年3月王某与赵某协商，决定对公司进行注销解散，于是两人组成清算组对公司的债权债务进行清算。在清算期间，他们于《广州日报》上刊登清算公告告知债权人申报债权事宜。公告期满后，王某与赵某到工商局办理了注销登记，解散了公司。香港某物流公司在向法院提起强制执行程序后才发现风顺公司已解散，于是向法院再次提起诉讼，要求王某与赵某赔偿损失500万元。



#### 四、公司在清算期间应注意的法律问题

##### 【律师评析】

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

#### 四、公司在清算期间应注意的法律问题

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

廖某、黄某、陈某及刘某是广州某投资咨询公司的股东。2013年，公司与某中介公司签订了**商铺独家代理合同**，约定公司委托中介独家代理销售某楼盘商铺项目。后中介促成了三位买家分别购买了三间商铺，但是公司没有支付佣金。2013年9月，公司股东会通过决议，决定停止公司经营，成立清算组，成员为四位股东。清算组虽然在清算期间将清算公告刊登在了《广州日报》上，**但是并没有直接通知中介公司咨询公司正在清算**。2013年12月，公司注销。中介公司向法院起诉，要求四位股东连带赔偿佣金421964元及违约金。

#### 四、公司在清算期间应注意的法律问题

##### 【判词摘录】【广州市荔湾区人民法院（2014）穗荔法民二初字第425号民事判决书】

四名被告作为咨询公司的股东，通过股东会决议停止经营并组成清算组进行清算，清算组的组成形式不违反法律规定。依照《公司法》的规定清算组应当自成立之日起**10日内通知债权人，并于60日内在报纸上公告**。**本案不存在中介公司下落不明无法通知的情形**，但四名被告没有提供证据证明清算组曾通知中介公司申报债权。咨询公司清算组成立后虽然在报纸上公告，**但其没有履行通知中介公司申报债权的义务**，故股东以“公司在报纸上进行了清算公告，催报债权”为由，称“公司清算程序完备，注销过程合法，清算组成员依法履行了清算义务”的主张不成立。判决廖某、黄某、陈某及刘某自判决发生法律效力之日起10日内向中介公司连带清偿佣金421964元及违约金。

#### 四、公司在清算期间应注意的法律问题

##### 【应对方案】

1. 在公司解散前的清算工作中，一定要成立清算组予以清算，对于债权人的通知，**要根据已知的债权人和未知的债权人两种情况分别告知**。通知程序若做得不到位，清算组成员则需要替公司的债务承担责任。
2. 对于享有债权的公司来说，要留意债务人是否趁自己不注意而**偷偷成立清算组注销公司**，一旦发现应立即向工商局反映或向法院**提起诉讼予以制止**。在诉讼的过程中，更是要随时留意债务人是否在偷偷办理注销手续以逃避日后的债务履行。

#### 五、公司被吊销与公司恶意注销后的法律责任

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

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

#### 五、公司被吊销与公司恶意注销后的法律责任

若公司被工商局吊销，**公司股东就应当根据法律规定对公司进行清算**，如果公司股东不对公司进行清算，债权人有权**向法院起诉要求股东清算**。在法院要求公司股东对公司进行清算时，如果发现公司的账目不清、账册等重要文件丢失，法院则不会对不履行清算义务的公司股东进行有限责任的保护，而会**要求股东对公司债务承担连带责任**。公司在吊销后到清算注销前的这一期间，如果仍然对外经营，**签订的合同会被视为无效**。因为，在此期间，公司只能做与清算有关的事，对外做业务已不被允许。



## 五、公司被吊销与公司恶意注销后的法律责任

### 【案例1】诉讼过程中公司恶意清算注销，股东应承担连带责任

（日本）本田技研工业株式会社是制造摩托车、汽车、发动机等产品的公司，拥有“HONDA”“本田”文字注册商标专用权。2000年，本田公司发现同样生产摩托车的**力某摩托车公司**将其生产的摩托车的商标定为“HONGDA”，本田公司认为力某摩托车公司**侵犯了自己的商标专用权**，给公司造成了损失，因此起诉要求力某摩托车公司赔偿。在本田公司向法院提起诉讼后，**力某摩托车公司却经工商局核准注销**。因力某摩托车公司的股东为力某实业公司和王某，所以本田公司认为两股东**恶意注销公司**，要求两股东承担连带责任。



## 五、公司被吊销与公司恶意注销后的法律责任

### 【判词摘录】【北京市第二中级人民法院（2004）二中民初字第04376号民事判决书】

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



## 五、公司被吊销与公司恶意注销后的法律责任

### 【应对方案】

1. 一些被吊销的公司，法定期限内股东怠于履行清算义务的，会有被债权人起诉的法律风险，法院一旦介入强制要求清算，发现公司账目不清等情况，股东就要对公司债务承担连带责任。事实上，被吊销或者虽未吊销但已人去楼空的那些被起诉的公司，经调查发现账目都是不清的。因此，**建议公司在经营的过程中，对于账册、重要文件等应该妥善保管，账目记载应该清晰明确。**
2. 在与公司签订合同时，**应该留意该公司是否被吊销或者该公司是否正在清算**。一旦发现合作公司有上述吊销、清算的情况，就不应与其签订合同，以避免签订的合同陷入无效的法律风险。



兰州大学MBA课程

## 中国商法（四）

兰州大学 胡珀



## 第四讲 合伙企业、个人独资企业和一人公司

- 一、普通合伙企业与一般公司法人的区别
- 二、有限合伙企业是对外融资和设置股权激励的有利工具
- 三、个人独资企业投资人的无限责任
- 四、一人公司的优势和法律风险
- 五、一人公司为股东作担保的股东责任



## 一、普通合伙企业与一般公司法人的区别

“合伙”是一个专有法律名词，其组织形式与一般的有限责任公司和股份有限公司之间有一定的区别。根据法律的规定，已成立的有限责任公司与股份有限公司在法律上被称为“法人”，法人具有民事权利能力和民事行为能力，独立享有民事权利和承担民事义务，**我们可以把公司看作一个虚拟的人**。而合伙则是指两个以上的公民或法人按照大家**订立的协议**，各自提供资金、实物、技术等，共同经营、共同劳动、共担风险的组织形式。

法律上**没有赋予合伙组织“人”的特性**，因此，合伙组织的债权由合伙人共有。在行政机关所发的营业证明中，法人企业所持有的是企业营业执照，而合伙企业所持有的是**合伙企业营业执照**。



## 一、普通合伙企业与一般公司法人的区别

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

## 一、普通合伙企业与一般公司法人的区别

### 【案例1】合伙企业的合伙人需要为企业欠下的债务承担连带责任

A、B两人为好友，按约定两人各出资一万元，成立了一家合伙企业，经营玉石加工销售生意。合伙一年不到，两人就因为经营不善，导致合伙企业严重亏损，欠债100万元。A因为其他投资失败而没有任何财产，而B尚有存款300多万元。债主要求B全额偿还所欠债务。

## 一、普通合伙企业与一般公司法人的区别

### 【律师评析】

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

## 一、普通合伙企业与一般公司法人的区别

### 【案例2】合伙人之间债务的分摊，需根据合伙协议约定或利润分配来决定

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

## 一、普通合伙企业与一般公司法人的区别

### 【律师评析】

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

## 一、普通合伙企业与一般公司法人的区别

### 【案例3】用劳务出资占有股份的，属于合伙关系而非劳动关系

简某三兄弟为合伙人，成立了某电镀厂，工厂属于合伙企业性质。2013年5月，简某大哥的妻弟王某加入工厂，大家签订协议，约定王某用劳务出资，占5%的股份并分取利润。2014年3月，工厂出现200万元债务，需要清偿欠款，合伙人之间承担连带责任，而王某认为自己是在工厂打工，与工厂属于劳动关系，自己不是合伙人。



## 一、普通合伙企业与一般公司法人的区别

### 【律师评析】

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

## 一、普通合伙企业与一般公司法人的区别

### 【应对方案】

1. 对于合伙企业的债务承担，法律规定的承担方式比一般法人企业的承担方式更为严格，合伙人需要对债务承担连带责任。**建议在有条件成立企业法人的情况下，不要成立合伙企业。**
2. 若成立合伙企业的，在成立之前所有合伙人都应该**拿出一定份额的财产作为担保**，以确保日后出现债务的时候，合伙人之间可以顺利地进行债务追偿。合伙协议应该对管理分工、利润分配、责任分摊等情况**予以约定**，万一日后在分摊利润和责任上出现纠纷，便于凭借协议中的约定厘清责任。

## 一、普通合伙企业与一般公司法人的区别

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

## 二、有限合伙企业是对外融资和设置股权激励的有利工具

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

## 二、有限合伙企业是对外融资和设置股权激励的有利工具

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成。根据相关法律的规定，有限合伙人**不参与经营管理**，可通过合伙协议约定由普通合伙人一票决定合伙企业的所有事项。

基于此，**第一**，可以让获得股权激励的员工作为有限合伙人，合伙企业另设一名普通合伙人，由公司的法人代表或授权代表担任；**第二**，让有限合伙企业入股公司，成为公司的股东，从而能够达到合伙人与公司分红挂钩的目的，同时又不影响企业的经营和管理。对于公司而言，将有限合伙企业作为股东之一，就能以普通合伙人一票决定控制权控制有限合伙企业。

## 二、有限合伙企业是对外融资和设置股权激励的有利工具

### 【案例3】有限合伙企业入股公司，既能作为融资平台又能维护母公司的稳定

健某生物医药公司研发了一项国内之前尚不存在的医疗技术产品，并在研发完成领取许可证后对外销售。公司因为拥有颇具前景的知识产权而受到外部资本的青睐，多家投资公司或个人均表示愿意向公司投资，并希望项目完成后能够分一杯羹。公司因处在研发阶段，需要花费大量的资金，确实希望引入资本，但公司的三位股东又担心太多新的投资人入股会削减自身在公司的权利，同时担心投资人的加入会影响公司的经营管理。

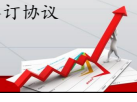




## 二、有限合伙企业是对外融资和设置股权激励的有利工具

### 【律师评析】

三位股东的担心不无道理，让外界投资人直接做股东入股公司，会稀释原有三位股东的股份，也确实容易使外界投资人在担任新股东后影响公司的正常经营管理。此时，三位股东可以委派一位股东或其他管理人员担任普通合伙人，来成立一家有限合伙企业，然后由该有限合伙企业入股健某生物医药公司。日后引进投资人或公司实施员工股权激励的时候，均可以将他们作为有限合伙人引入有限合伙企业中，通过有限合伙企业与他们签订协议来保障他们的分红权利。



## 三、个人独资企业投资人的无限责任

2005年修订前的《公司法》，规定有限责任公司的股东最少为两人。那时，一些投资人遇到想个人开设公司不希望再拉其他股东加入的情况，就会根据《个人独资企业法》开设个人独资企业。与一般的有限责任公司股东承担有限责任不同，个人独资企业投资人需要为企业的债务承担连带责任，并不承担有限责任。



## 三、个人独资企业投资人的无限责任

### 【案例1】投资人需对个人独资企业的债务承担连带责任

刘某在2003年时开设了一家模具加工厂，因为不想再找其他合作伙伴，就在工商局设立了个人独资企业，由刘某自己投资10万元开设了晨星模具加工厂，进行模具的生产和销售。自2008年开始，因经济环境不甚理想，工厂的营业额下滑厉害，工厂开始频繁拖欠材料供应商货款，直至2009年年底，工厂共欠债权人超过100万元。2010年年初，多位债权人向法院起诉要求模具加工厂归还欠款，并要求刘某承担连带责任。



## 三、个人独资企业投资人的无限责任

### 【律师评析】

根据《个人独资企业法》第31条的规定，个人独资企业的投资人要对企业的债务承担连带责任。本案中，模具加工厂是以个人独资企业的形式存在的，它对所欠的100多万元贷款如果还不清，刘某作为投资人，就需要承担这笔债务。另外，如果刘某成立模具加工厂在进行工商登记的时候注明由家庭共有财产出资，那么刘某的配偶也要为模具加工厂的债务承担连带责任。



## 四、一人公司的优势和法律风险

2005年修订的《公司法》实施之前，一般的有限责任公司注册资本不得少于3万元，股东不能少于2人。而在实际的公司经营中，拉人头凑数的情况频频出现，公司实际上就是一个人经营和管理，其他股东都是为了成立公司而挂名。基于此，2005年修订的《公司法》特别确认了一人有限公司的法律地位。2013年修正的《公司法》取消了最低注册资本的规定，成立一人公司也没有了最低10万元注册资本的限制。



## 四、一人公司的优势和法律风险

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





#### 四、一人公司的优势和法律风险

##### 【案例1】一人公司财产不独立，股东承担连带责任

某销售公司与广州民某公司于2007年4月5日签订《商品购销合同书》，合同有效期为2007年1月1日至2008年3月31日。合同签订后，某销售公司在2007年5月4日至2007年9月17日向广州民某公司在广州地区的7家合作店供应了价值192618.03元的日用品。广州民某公司在收货后没有向某销售公司支付货款，某销售公司于是向法院起诉，**要求广州民某公司支付货款192618.03元**。由于广州民某公司是一人公司，**深圳民某公司是广州民某公司的股东，两家公司财产混同，应当对债务承担连带责任**。深圳民某公司不同意某销售公司的诉讼请求，但未能举证证明自己的财产独立于广州民某公司。



#### 四、一人公司的优势和法律风险

##### 【判词摘录】[广州市中级人民法院 (2008)穗中法民二终字第2196号民事判决书]

广州民某公司是一人有限责任公司，依《公司法》第64条的规定，深圳民某公司作为广州民某公司的唯一股东，如果不能证实后者的财产为独立股东自己的财产，就应当对公司债务承担连带责任。对于一人有限责任公司独立人格的标准，应当包括三个方面：**独立的财产、独立的组织机构、能独立承担财产责任**。对该独立人格的举证责任，依法应由深圳民某公司承担。深圳民某公司在诉讼中，对广州民某公司的**独立人格并未举证予以证实**。关联企业存在经营混同的事实，因此，深圳民某公司应当对广州民某公司的债务承担连带责任。



#### 四、一人公司的优势和法律风险

##### 【案例2】一人公司的股东需举证证明自己的财产独立于公司财产，才能免除连带责任

嘉某商贸公司成立于2006年8月9日，股东只有**陈某**一人。2012年8月2日，**应某与嘉某商贸公司**签订《投资合同》并约定：应某对嘉某商贸公司进行投资，总投资额为1000万元，并取得嘉某商贸有限公司51%的股份。随后，**因与嘉某商贸公司的股东陈某发生纠纷**，应某要求嘉某商贸公司退还部分投资款，但是应某与陈某未能就退出问题达成一致意见，于是应某将嘉某商贸公司诉至法院，**并以公司为一一人公司、公司账目和股东个人账目混同为由**，同时起诉陈某要求陈某承担连带责任。陈某认为自己的账目跟公司账目分得很清楚，并向法院提交了公司的财务报表予以证明。



#### 四、一人公司的优势和法律风险

##### 【判词摘录】[上海市第一中级人民法院 (2014)沪一中民四(商)终字第S1267号民事判决书]

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

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



#### 五、一人公司为股东作担保的股东责任

《公司法》第16条规定，公司如果用自己的资产为他人提供担保，需要通过董事会、股东会或股东大会的决议，为公司实际控制人提供担保的，则需要通过股东会或股东大会的决议。

一人公司只有一个股东，如果公司为该股东提供担保，**就不需要经过股东会等会议程序**。



#### 五、一人公司为股东作担保的股东责任

##### 【案例】一人公司为股东提供担保无须经过股东会决议

某电动车公司是一人公司，股东是卜某。2008年，卜某与谢某协商转让公司，双方约定谢某出价50万元购买公司所有股权。双方在合同签订后，谢某先向卜某支付了首期款15万元，双方办理了股权转让手续后，谢某又支付了20万元，**剩余15万元谢某一直无力支付**。随后卜某与谢某协商，由谢某向卜某出具15万元欠条，并由**电动车公司加盖公章对谢某的欠款提供担保**。2008年12月，因谢某一直拖欠尾款不支付，卜某向法院起诉要求谢某还钱，并要求电动车公司承担连带责任。谢某认为，**当初电动车公司向谢某提供担保，没有按照《公司法》第16条的规定由股东会进行决议，程序不合法，担保应属无效**。





## 五、一人公司为股东作担保的股东责任

【判词摘录】[常州市中级人民法院（2009）常民二终字第0451号民事判决书]

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



兰州大学MBA课程

# 中国商法（五）

兰州大学 胡珺



## 第五讲 公司的内部治理及风险防范

- 一、章程——公司的“宪法”
- 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？
- 三、开会啦！——股东大会的召开与临时股东会
- 四、投票吧！——股东大会的表决机制
- 五、股东资格的认定与隐名股东
- 六、股东资格的继承
- 七、有限责任公司的股权转让规则
- 八、新股东加入公司，是否应承继原来的公司债务
- 九、小股东的利益如何保护



## 一、章程——公司的“宪法”

**章程是公司内部的“法律”，是公司的“宪法”。**

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

股东应当在公司章程上签名、盖章。”



## 一、章程——公司的“宪法”

【案例1】公司章程的制定与修改需经备案，否则有章程无效的法律风险

某化工厂注册资本600余万元，共有股东50人。工厂在1998年成立时订立了章程并向工商局备案，章程中对**工厂的表决方式实行一人一票**，章程载明“股东大会是企业的权力机构，股东大会行使下列职权……修改企业章程等，股东大会应有三分之二以上股东出席才能召开；股东出席股东大会，**每一位股东有一次表决权**，作出的决议必须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过方才有效，但对企业合并、分立或解散，以及修改企业章程，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过方才有效。”



## 一、章程——公司的“宪法”

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





## 一、章程——公司的“宪法”

【判词摘录】[广州市中级人民法院（2008）穗中法民二终字第571号判决书]

1998年经股东大会制定并通过的章程是经过合法程序订立的，并在工商行政管理部门登记备案，合法有效。根据工厂1998年章程的规定，**股东大会应制作会议记录，会议决议事项应形成会议纪要**，由出席会议的董事签名。……工厂未能提交其就修改章程制作了符合上述要求的会议纪要。因此，工厂主张的2000年修订章程的事实存在内部通过程序中存在瑕疵，工厂2000年的新章程不发生法律效力。



## 一、章程——公司的“宪法”

【案例2】公司章程中对相关事项有特殊规定的，应从其规定

2010年9月，某车辆公司成功改制为有限责任公司，王某是公司的原始股东之一，出资占注册资本的1%。2016年，**某车辆公司修改章程**，章程中约定“公司注册资本中的**权益只能转让给公司现有股东**。现有股东外，任何人不得受让公司股权。无论因何种原因，无论股东自愿出让还是被强制出让其股权的，**受让人均只能是现有股东**。股东要求转让股权但无任何现有股东愿意受让股权的，由公司回购，回购价格按回购日上一年度经审计机构审计确定的公司净资产计算。”



## 一、章程——公司的“宪法”

2019年年初，某车辆公司年度股东大会以97%的比例通过了《股东会决议》，**王某参加了股东会但拒绝在股东会决议及章程修改案上签字**。2019年4月，王某向法院提起诉讼，认为股东会决议侵犯了股东的合法财产权、公平退出股份的权利等，要求法院确认股东会决议无效。



## 一、章程——公司的“宪法”

【律师评析】

《公司法》第71条第2款虽然规定了股东向股东以外的人转让股权的应当经其他股东过半数同意，但是法律尊重“公司自治”原则，因此，章程中所规定的事项与法律规定相冲突时，**法律会赋予一些具体事项以章程约定为准的权利**。《公司法》第71条第4款规定：“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。”本案中，**某车辆公司不准王某对外转让股权看似不合理、不公平**，侵犯了王某的权利，但是**公司章程转让股权的禁止性规定并不违反《公司法》的相关规定**，是合法有效的，王某是公司的股东，就要受到章程的约束。因此，**王某的诉讼请求不能得到法律的支持**。



## 一、章程——公司的“宪法”

【案例2】只要不违反法律的强制性规定，章程的内容均有效

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



## 一、章程——公司的“宪法”

【判词摘录】[参见：“南京安某财务顾问有限公司诉祝某股东会决议罚款纠纷案”，载《最高人民法院公报》2012年第10期]

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





## 一、章程——公司的“宪法”

本案中，安某财务顾问有限公司章程第36条第2款明确记载有“**股东会决议罚款**”，根据章程本身所使用的文义进行解释，能够得出在出现该条第1款所列八种情形时，安某财务顾问有限公司的股东会**可以对当事股东进行罚款**。鉴于上述约定是安某财务顾问有限公司的全体股东所预设的对违反公司章程股东的一种制裁措施，符合公司的整体利益，体现了有限公司的人合性特征，**不违《公司法》的禁止性规定**。



## 一、章程——公司的“宪法”

祝某违反了公司章程，安某财务顾问有限公司股东会可以对祝某处以罚款。**根据我国《行政处罚法》的规定，对违法行为给予行政处罚的规定必须公布；未经公布的，不得作为行政处罚的依据，否则该行政处罚无效。**本案中，安某财务顾问有限公司在修订公司章程时，虽规定了股东在出现第36条第1款的八种情形时，股东会有权对股东处以罚款，**但却未在公司章程中明确记载罚款的标准及幅度**，使得祝某对违反公司章程行为的后果无法作出事先预料。安某财务顾问有限公司股东会**对祝某处以5万元的罚款已明显超出了祝某的可预见范围**。故安某财务顾问有限公临时股东会作出对祝某罚款的决议**明显属法定依据不足，应认定为无效**。



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

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



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

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

1. **公司章程与股东协议都对某一项作出约定，而两者的约定不一致。**例如，A公司的**章程约定**了公司的股东为甲、乙、丙三人，而甲、乙、丙、丁四人当初在成立公司的时候，**约定公司由四人出资**，四人皆为股东。公司章程在公司成立时需要提交一份供工商局备案，日后公司章程的修改均需要提供修改版。任何第三方都可以通过向工商局提出申请并查询内档的方式而得知公司章程的内容。而**股东协议属于股东之间私下签订的协议，并不能对抗第三人**，因此，当公司章程与股东协议的内容存在矛盾时，一般情况下应以公司章程中约定的内容为准。



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

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

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



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

**【案例1】股东协议约定了章程中没有约定的事项，协议条款有效**

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







## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

公司在成立时范某与罗某签订了项目公司章程，章程的内容是工商局提供的范本，条款均是成立有限责任公司的格式条款。2012年3月，因经济不景气，公司持续亏损，**范某单方面提出停止合作**，罗某不同意，要求范某支付违约金40万元。范某认为，**双方之间签订的章程没有对违约事项作出约定**，因此他拒绝赔偿。



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

### 【律师评析】

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



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

### 【案例2】多份公司章程内容不一致的，原则上以备案章程条款为准

红某公司由股东**东某公司**及朱某、刘某、许某等十位自然人组成。2004年6月5日，**红某公司全体股东签订了一份公司章程**，章程中约定**东某公司**以土地使用权进行出资，占股60.57%，**享有公司的利润分配权但没有表决权**。2004年6月8日，红某公司全体股东又签订了一份公司章程，章程中的条款与6月5日签订的大致相同，但是在公司表决条款中**约定公司股东按照出资比例行使表决权**。该份公司章程被红某公司**提交工商部门登记备案**。



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

2012年8月28日，红某公司召开股东会，股东经过表决免去了朱某的董事职务，**东某公司在本次表决中投了赞成票**，使得表决同意票数超过了50%。在这次股东会中投反对票的朱某、许某等股东认为公司的表决程序有误，根据全体股东在**2004年6月5日签订**的公司章程规定东某公司是没有表决权的，**2004年6月8日的公司章程仅仅是用于备案**，所以8月28日的公司决议无效应当撤销。



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

【判词摘录】【**广西省南宁市兴宁区人民法院（2012）兴民二初字第569号民事判决书、广西省南宁市中级人民法院（2014）南市民二终字第339号民事判决书**】

本案中，红某公司在工商备案的2004.6.8章程规定“**股东会议由股东按照出资比例行使表决权**”，**与红某公司2004.6.5章程规定不相一致**。朱某等十人和东某公司在两个版本的章程上**均签名盖章**，而2004.6.8章程的签订时间在后，故2004.6.8章程为红某公司各股东**最终合意的结果**，是当事人的真实意思表示，不违反法律和行政法规的规定，应属有效。根2004.6.8章程，东宇公司占注册资本比例60.57%，享有根据出资份额行使表决权的股东权利。



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

### 【案例3】股东协议的约定不对抗善意第三人

张某与李某于2010年分别出资50万元占60%股权和25万元占40%股权成立某贸易公司，公司提交备案的章程是格式条款，对于股权转让事宜约定**股东向股东以外的人转让股权**，应当经其他股东**过半数同意**。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求意见，其他股东自接到书面通知之日起三十日内未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。公司成立后，**张某与李某另行签订了一份合作协议**，对股权转让事宜，双方约定为“**李某对外转让股权，若李某不同意，李某只能将股权以作价的八折价格转让给张某**”。







## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

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



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

### 【律师评析】

公司的章程在工商局备案，可以供外界进行查阅，存在公示的性质，第三人可以通过章程了解公司的治理规则。股东之间的协议仅对在协议中签名确认的股东产生约束力，并不能对抗善意第三人。

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



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

### 【应对方案】

1. 股东协议中约定了在公司章程中没有约定的内容，这种情况可以看成股东协议中的该条款是对公司章程的一种补充性约定，因此，股东协议中约定的内容只要不是法律禁止的事项，都应该是有效的。

2. 未备案的公司章程仅为股东协议的性质，如果条款与已备案的公司章程存在内容上的冲突，司法实践中倾向认定已备案的公司章程条款有效，除非股东可以证明未备案的公司章程条款有效的除外。



## 二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？

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

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

5. 与公司进行公司治理管理方面的交易合作（如注资入股、购买股权）的第三方当事人，应该在与公司交易之前认真了解公司股东之间对于该特定的事项是否作出了特别的约定，必要时应到工商局查询公司内档查看公司章程。



## 三、开会啦！——股东会的召开与临时股东会

《公司法》第41条第1款规定应当于会议召开15日前通知全体股东，如果章程中对于股东会召开的通知期限另有规定，或者全体股东对于股东会召开通知期限另有约定的，则按照章程中规定或全体股东的约定进行处理。

第一次股东会会议，由出资最多的股东召集和主持。其他时候召开股东大会，一般情况下由董事会召集，不设董事会的有限公司则由执行董事召集，会议根据上述两种情况分别由董事长或执行董事进行主持。



## 三、开会啦！——股东会的召开与临时股东会

法律将股东会的召开分为两种，一种是“定期会议”，另一种是“临时会议”。一般来说，定期会议都不会在股东之间引发太大争议，往往是临时股东会的召开，总是会引发种种矛盾。

根据《公司法》第39条第2款的规定：“……代表十分之一以上表决权的股东，三分之一以上的董事，监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。”





### 三、开会啦！——股东会的召开与临时股东会

至于多少人参与会议才可以合法召开和表决，法律上没有明确的限定，有法官认为，按照一般议事规则的要求，有限责任公司中，出席会议的股东数应当超过全体股东数的半数，方可进行表决。例如，共有9位股东，应当在5位及5位以上股东出席的情况下才能形成决议表决，或者有的股东**不能出席**，提供书面表决意见也视为参加了表决，视为合法。法律规定及司法审判中并没有对此予以严格规制，只要在形式上符合法律规范要求即可。



### 三、开会啦！——股东会的召开与临时股东会

#### 【风险预防】

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



### 三、开会啦！——股东会的召开与临时股东会

2. 《公司法》对股东会的召集人有严格的限制。根据《公司法》第40条的规定，股东会召集人的顺序依次是“**董事长（或执行董事）一监事一股东**”，**监事和股东没有优先召集的权利**。因此，召开股东会不能“越俎代庖”，只有当享有召集权的人失职时，后面的人才能够代替他召开股东会。



### 三、开会啦！——股东会的召开与临时股东会

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



### 三、开会啦！——股东会的召开与临时股东会

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



### 三、开会啦！——股东会的召开与临时股东会

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



#### 四、投票吧！——股东会的表决机制

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

#### 四、投票吧！——股东会的表决机制

股东参加股东会，通过投票行表决来体现自己的意志，而我国法律上对于决议的形成是采取“资本多数决”的原则。“资本多数决”原则又有简单多数和绝对多数之分。这是根据股东会决议可分为普通决议和特别决议所作的划分。普通决议，是指股东会会议就法律或者公司章程专门规定事项之外的事项所作的决议。这些事项一般只需要出席股东表决权的简单多数通过即可。特别决议，是指法律或者公司章程专门规定事项作出的决议，这类事项往往需要表决权的绝对多数通过。

#### 四、投票吧！——股东会的表决机制

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

#### 四、投票吧！——股东会的表决机制

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

一些公司的创始人股东为了牢牢控制公司的经营管理决策权，往往会通过公司章程将股权和表决权予以分离，以达到自己的股权虽然不能占据绝对控股地位，但却拥有超过三分之二以上表决权的目的。

#### 四、投票吧！——股东会的表决机制

**【案例】公司具体事项的决议方式，可以在章程中明确作出特别约定**

峰某电子公司有股东四人，分别为张某、谢某、蒋某与王某，张某为法定代表人，并且为公司的执行董事。张某占股40%、谢某占股20%、蒋某占股35%、王某占股5%。2011年6月，公司召开临时股东会，会议事项是罢免张某法定代表人的职务，并由蒋某担任执行董事及法定代表人职务，会议中，谢某与蒋某提出支持，张某提出反对，王某弃权，最终决议通过。张某不服，认为罢免法定代表人属于重大事项，必须三分之二以上表决权通过才可以，于是向法院提起诉讼要求撤销公司决议。

#### 四、投票吧！——股东会的表决机制

**【律师评析】**

更换法定代表人，在公司章程没有明确约定的情况下是否属于重大决议事项？对此法院认定不一，不能简单地根据法律来作出判断。若章程中没有特别的重大事项约定，那么根据《公司法》第43条第2款的规定，只有修改公司章程、变更注册资本、变更公司形式、公司合并分立或解散事宜的决议，才需要三分之二以上的表决权通过。在本案中，判断撤销张某法定代表人及执行董事职务是否属于重大事项，关键要看公司制定的章程中，是否有将张某担任法定代表人及执行董事的情况写入其中，如果上述问题写进了章程，则意味着撤换了张某让蒋某任职，势必要更改原来的章程，那么修改章程就属于第43条中的情况之一，自然也就属于重大事项。

#### 四、投票吧！——股东会的表决机制

##### 【风险预防】

1. 除了《公司法》第43条中所规定几种决议事项属于重大事项外，公司在章程中也可以自行约定哪些决议事项属于重大事项。因此，哪些属于重大事项，哪些属于一般事项，股东应该在公司章程中予以明确，如果章程中没有对此作出约定，也应该另行订立相关的公司股东会议事规则，通过书面的约定把重大事项确定下来，以免在实际的投票表决中出现不必要的纠纷，引发争议。

#### 四、投票吧！——股东会的表决机制

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

#### 五、股东资格的认定与隐名股东

成为公司股东的途径有两种：一种是原始产生；另一种是继受产生。原始产生的股东，是当事人出资设立公司或增资入股公司而取得公司股东身份的情况。继受产生的股东，则是当事人通过股权转让或继承、公司合并等取得公司的出资或股份的情形。

#### 五、股东资格的认定与隐名股东

##### 1. 股东资格的认定

判断是否具有完全的股东资格，需要注意以下一系列很重要的形式要件：公司章程—认缴出资—办理工商登记—公司股东名册上的登记—公司成立后向股东签发出资证明书。形式要件无法达到，投资人需要证明自己具有股东的身份，就需要从实质上是否参与了公司的经营决策以及是否以股东的身份对公司进行管理上来证明自己，如是否领取红利，是否在股东会会议文件及相关决策文件上签字等。

#### 五、股东资格的认定与隐名股东

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

#### 五、股东资格的认定与隐名股东

##### 2. 隐名股东

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

## 五、股东资格的认定与隐名股东

我国的法律原来对隐名股东采取不鼓励的态度，之前并没有法律对隐名股东的问题作出相应的规范，直到2011年最高法院公布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》，其中第25、26条（2014年修正后为第24、25条）才对隐名股东与显名股东之间的法律关系的认定和纠纷处理方式有了明确的规范。

## 五、股东资格的认定与隐名股东

上述两条明确规定：关于隐名股东的身份认定，要看隐名股东和名义股东之间是否有明确的合同约定；对于隐名股东，其享有收益权，有权分得公司的利润，但并不能随意要求替换名义股东，只有经过公司其他股东半数以上同意的才能变更股东登记；名义股东处分股权给隐名股东造成损失的，隐名股东请求名义股东承担赔偿责任的，法院给予支持。总结上述内容，隐名股东有“有权”“无名”“可索赔”三大特点。

## 五、股东资格的认定与隐名股东

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

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

## 五、股东资格的认定与隐名股东

【判词摘录】【上海市第一中级人民法院（2008）沪一中民五（商）初字第277号民事判决书】

柏某与李某在郁某公司注册之时，并未投入资金，注册资金系高某公司在其后的经营活动中陆续投入，故从实际出资的角度来看，郁某公司的实际出资人应为高某公司，而不是柏某和李某。从柏某发送给高某公司法定代表人阙某的大量传真信件来看，时间跨度之长久，内容涉及之细致，传真发送之频繁，语气用词之谦恭，均超出商业活动中同行交流之正常范畴。由此可见，阙某虽人在台湾地区，但对于郁某公司事无巨细、悉数掌控，几乎涵盖公司经营涉及的各个层面，是公司的实际管理控制人。高某公司从郁某公司处分得了红利，这是股东享有并行使权利的重要表现形式。

## 五、股东资格的认定与隐名股东

### 【应对方案】

1. 司法审查当事人是否具有股东资格，主要以形式要件是否符合法律规定，结合实质要件来认定。在形式要件不符合法律规定的前提下，当事人应该尽量收集证据证明自己参与了公司的经营并领取了公司利润的分配。若有股东之间的私下协议确认当事人是股东的身份则更好，如果没有，当事人应尽量说服公司各股东，征得股东们的同意和认可，由股东们确认当事人的身份，这样当事人被法院认可具有股东资格的可能性就会很大。
2. 起诉确认股东身份的案件，原告一定要注意：不能将与涉案股权有利害关系的人列为被告，而应该以公司为被告，将与涉案股权有利害关系的人列为第三人。

## 五、股东资格的认定与隐名股东

3. 由于隐名股东的存在有悖于交易秩序与安全，现行法律规定并不鼓励投资者采取隐名投资的方式。对于投资者来说，不要贪图一时便利进行隐名投资，否则可能承担更大的风险；如果投资者采取了隐名投资的方式，应当注意采取适当的方式保护自己的权益。例如，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》对隐名股东的认可，主要基于隐名股东与名义股东之间的协议，因此隐名股东应该与名义股东签订明确的代持股协议。若无代持股协议，则应该证明自己已实际的投资，且自己是公司的实际控制人。因此，隐名股东给名义股东的投资款，应该尽量以转账的方式支付，保留支付凭证并尽量要求名义股东签收确认。另外，对于收取公司的利润分配，隐名股东也应尽量保存相关的证据。





## 六、股东资格的继承

公司的股东死亡，其名下拥有的股权能否继承？有限责任公司具有人合性质，股东之间的合作和沟通非常重要，当股东死亡，其他股东往往不希望其股权由他人继承。因此，关于股东资格继承的法律问题，《公司法》仅在有限责任公司部分作出了规定。

《公司法》规定了股东资格继承的原则性处理方案，当章程**没有作出继承的禁止性约定**时，股权则应当**转移给继承人持有**，公司有义务为其办理变更手续。



## 六、股东资格的继承

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



## 六、股东资格的继承

### 【案例1】章程无特别约定，股份可继承

某机电钢材公司有股东**金某**与**薛某**两人，公司成立于2002年。2007年7月30日，金某在德国因病死亡，生前未留有遗嘱。机电钢材公司原章程**没有对股东死亡后的股权继承问题作出规定**。金某的继承人金乙随后凭借《继承权公证书》，到机电钢材公司，要求股东薛某签署公司变更登记申请书、公司章程修正案以及股东会决议等文件，薛某拒绝，金乙随后向法院起诉，要求公司对股东资格向工商局申请做变更登记。



## 六、股东资格的继承

### 【判词摘录】[上海市第一中级人民法院（2009）沪一民五（商）终字第7号民事判决书]

自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。本案金乙出具的《继承权公证书》证明其为公司股东金某的合法继承人，而**公司章程亦未对股东资格继承另有约定**，故金乙在继承金某在公司的股权的同时，亦应继承相应的股东资格，而**无须公司过半数股东的同意**。有限责任公司自然人股东死亡后，其合法继承人继承股东资格的，公司应当依照规定申请股权变更登记。



## 六、股东资格的继承

### 【案例2】法人股东注销后，其所持有的股份不得继承

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



## 六、股东资格的继承

### 判词摘录[上海市第二中级人民法院（2012）沪二民四（商）终字第1182号民事判决书]

经济开发公司与电力开发公司作为**投资发展公司原股东资产管理公司的股东**，要求在资产管理公司注销后继受股东资格成为投资发展公司的股东**应当具有相应的法律依据**。我国《公司法》明确规定，自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但公司章程另有规定的除外。**对法人股东注销后的股东资格继受问题则未作规定**。投资发展公司的章程中也仅约定了股东的出资额可以依法继承。如资产管理公司注销后确有发现遗漏了对外投资权益未作处理，应当依法另行向债务人主张和追索。**但并不代表经济开发公司与电力开发公司有权直接成为投资发展公司的股东**。







## 六、股东资格的继承

### 【应对方案】

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



## 六、股东资格的继承

2. 《公司法》规定，只有在章程作出特别规定的情况下，股东资格才不会产生继承的效果，因此公司在制定章程时，**股东之间应该对自己的股东资格能否被继承的问题作出详细的规定，若认可股东资格不能继承的，应当作出明确约定。**

3. 为避免自然人股东死亡家属不得继承股东资格的约定引发股东之间的猜忌或不愉快，可以考虑将**股权继承与股东分红权继承**在协议中进行分离，约定自然人股东死亡，股东资格家属虽不得继承，**但可以继承基于股份所产生的分红权利。**

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



## 七、有限责任公司的股权转让规则

### 1. 股权如何转让先看章程

《公司法》第71条是有关股权转让的一般规定，共4款条文，前3款规定了股权转让的基本规则，第4款规定了除外的情形：“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。”因此，对于股权转让规则，**先看章程是否有特别的约定**，如果章程没有特别的约定，才可以按照法律的规定进行处理。

### 2. 股东之间可以随意转让

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



## 七、有限责任公司的股权转让规则

### 3. 向外转让需要过半数同意

股东向**外人转让股权**的，需要**书面通知**其他股东征求其同意，若有**过半数**股东同意，才可以进行转让。**收到通知30天内不回复的，也视为同意。**如果过半数以上股东**不同意对外转让股权**，那么这些不同意的股东**就要购买**该转让的股权，如果不买，也视为同意。

### 4. 股东按出资比例享有优先购买权

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



## 七、有限责任公司的股权转让规则

### 5. 法院可以强制转让

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



## 七、有限责任公司的股权转让规则

### 6. 股权强制卖回公司的三种情况

(1) 公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合《公司法》规定的分配利润条件的；(2) 公司合并、分立、转让主要财产的；(3) 公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。当公司提出上述三种决议事项，若有股东不同意决议而投反对票，股东可以要求退出公司并强制要求公司按照合理的价格回购股权。至于什么是“合理的价格”，法律没有对这个概念作出解释，因此股东和公司之间常会因为价格问题谈不拢而闹上法庭，而法院对“合理的价格”的评判，会借助评估公司通过评估涉案股权的价值来作出认定。



## 七、有限责任公司的股权转让规则

### 7. “一股数卖”纠纷的处理方法

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

## 八、新股东加入公司，是否应承继原来的公司债务

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

## 八、新股东加入公司，是否应承继原来的公司债务

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

## 八、新股东加入公司，是否应承继原来的公司债务

### 【案例】股东转让股份，并不影响公司债务的承担

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

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

## 八、新股东加入公司，是否应承继原来的公司债务

### 【律师评析】

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

## 八、新股东加入公司，是否应承继原来的公司债务

### 【应对方案】

1. 新股东加入公司，甚至将公司的股份全部购买，原则上均不会影响公司原来所发生的债务，除非有证据表明该债务是因为原公司股东滥用股东地位而造成的，法律上才能让原股东为公司的债务承担赔偿责任。因此，新投资入股的股东，应当在投资之前，了解清楚公司的经营状况，尤其应当注意是否存在大量的债务，在确保公司资产（账目、实物）清晰和完整的前提下再加入公司。



## 八、新股东加入公司，是否应承继原来的公司债务

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



## 八、新股东加入公司，是否应承继原来的公司债务

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



## 九、小股东的利益如何保护

### 1. 股东有权起诉撤销股东会、董事会的决议

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



## 九、小股东的利益如何保护

在司法实践中，法院对这类案件有十分严格的限制。法院在处理这类案件时，只会审查如下两个方面的问题：

- (1) 会议召集程序、表决方式是否违反法律、行政法规或者公司章程；
- (2) 决议内容是否违反公司章程。

其余问题法院一概不理，如公司作出的决议所依据的事实是否属实、作出决议的理由是否成立，都不属于法院司法审查的范围。



## 九、小股东的利益如何保护

### 【案例】公司决议的内容是否属实不影响公司决议的效力

A、B、C三人是某贸易公司的股东，其中A持股45%、B持股40%、C持股15%，三人成立董事会并由B担任董事长，A、C担任董事。公司任命A为总经理处理公司日常经营事务。**因公司怀疑A私自动用公司资金在二级市场炒股**，造成了巨大损失，特由董事长B召集股东召开董事会，A、B、C三人均出席，董事会决议免除A的总经理职务，即日生效。B、C在决议上签名，A否认炒股的事实，并未在决议上签字。同时A向法院提起诉讼，认为公司决议认定自己动用公司资金炒股给公司造成巨大损失的理由不实，要求法院撤销该股东会决议。



## 九、小股东的利益如何保护

### 【判词摘录】[上海市第二中级人民法院（2010）沪二民四（商）终字第436号判决书]

从某贸易公司的公司章程来看，规定了董事会**有权解聘公司经理**，对董事会行使这一权力未作任何限制性规定，**即未规定必须“有因”解聘经理**。因此，某贸易公司董事会行使公司章程赋予其的权力，在召集程序、表决方式符合《公司法》和决议内容不违反公司章程的前提下**“无因”作出的聘任或解聘总经理的决议，均应认定为有效**。“总经理A不经董事会同意私自动用公司资金炒股造成巨大损失”是某贸易公司董事会对行使解聘总经理职务列出的理由，这一理由仅是对董事会为何解聘A总经理职务作出的“有因”陈述，**该陈述内容本身不违反公司章程，也不具有执行力**。A是否存在不经董事会同意私自动用公司资金在二级市场炒股，造成巨大损失这一事实，不应影响董事会决议的有效性。





## 九、小股东的利益如何保护

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

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



## 九、小股东的利益如何保护

### 【案例1】股东起诉要求查阅会计账簿，视为向公司提出申请

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



## 九、小股东的利益如何保护

### 【案例2】会计账簿只可以查阅不能复制

某蓄能工贸公司2003年改制，黄某是该公司改制后的其中一名股东。2008年黄某多次向公司提出申请，希望查阅和复制公司自2003年改制以来的所有会计账簿及原始凭证，但公司均不予答复。黄某不服，于是向法院提起诉讼。



## 九、小股东的利益如何保护

### 【判词摘录】

《公司法》明文规定行使股东知情权的范围，黄某主张的查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告的诉讼请求，符合《公司法》第34条第1款规定的范围，其请求应予支持。

《公司法》第34条第2款明文规定股东只可以要求查阅公司财务会计账簿，并未规定复制权，鉴于公司法条款对公司的会计账簿知情权的特殊规定，故黄某提出的要求查阅会计账簿的诉讼请求符合相关法律规定。



## 九、小股东的利益如何保护

### 3. “一致表决通过”事项可遏制大股东

《公司法》中规定了特定的决事项需要所有股东一致表决通过才可以执行，如股东对于分红的问题约定不按照出资比例分红，新增资本不按照出资比例优先配股的决议时，需要股东一致表决通过方为有效。

《公司法》的强制性规定，大股东无法通过修改公司章程来对其进行改变。对于股东一致表决通过才有效的决议，《公司法》也规定了可以由章程具体规定。因此，小股东也可以通过章程来规定需要一致表决通过的事项，来遏制大股东的权力。



## 九、小股东的利益如何保护

4. 公司为大股东或实际控制人提供担保的，需要经过股东会决议通过，为了避免大股东或公司的实际控制人控制公司，让公司为他们个人债务提供担保，《公司法》第16条规定了若公司为大股东或实际控制人提供担保的需要通过股东会决议，且受益股东不能参加股东会表决。





## 九、小股东的利益如何保护

### 【判词摘录】

《公司法》明文规定行使股东知情权的范围，黄某主张的查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告的诉讼请求，符合《公司法》第34条第1款规定的范围，其请求应予支持。

《公司法》第34条第2款明文规定股东只可以要求查阅公司财务会计账簿，并未规定复制权，鉴于公司法条款对公司的会计账簿知情权的特殊规定，故黄某提出的要求查阅会计账簿的诉讼请求符合相关法律规定。



## 兰州大学MBA课程

# 中国商法（六）

兰州大学 胡珀



## 第五讲 公司的对外经营及风险防范

### 第一节 合同的签订

### 第二节 合同的履行

### 第三节 抵押担保、借贷与融资



## 第一节 合同的签订

### 一、合同签订前的合作方审查

公司对外经营，与他人做生意，首先要对合作方有较为深入的了解。一些公司在与他人签订合同之前，只是随意了解一下对方的情况并没有深入调查，如谈判时看了一下对方的办公环境，或者仅仅是了解一下对方公司的注册资本以及曾经做过的业务。实际上，这样做是远远不够的。

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



## 第一节 合同的签订

### 【案例1】. 签订合同前，公司应充分调查了解对方的履约能力

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

金某公司在合同签订后，只根据合同约定向文化传播公司支付了第一期费用50万元，随后的费用因为自己招商不利而无法按约支付，致使5月的颁奖活动资金链断裂，文化传播公司无奈自己垫钱将活动举办完毕。事后文化传播公司向法院提起诉讼，要求金某公司支付欠款450万元。经查，金某公司的注册资本仅为50万元。



## 第一节 合同的签订

### 【律师评析】

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

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





## 第一节 合同的签订

### 【案例2】建立合作前，应尽可能地了解对方是否“有案在身”

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

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



## 第一节 合同的签订

### 【律师评析】

在甄某考虑是否要借钱给刘某的时候，曾问过律师：“这笔钱可以借吗？”律师回答是：“是否同意借，律师无法为您作决定。但是在作决定之前，您可以稍微做一下调查，看刘某是否存在被其他人起诉败诉了的案例，或者他是否因不能履行债务而被最高人民法院的入了失信人员名单，可惜甄某当时没有听从律师的意见去花一点时间上网查询一下刘某的情况。因为甄某的这点疏忽，导致他借给刘某的1200万元至今无法收回。



## 第一节 合同的签订

### 【风险提示】

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

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



## 第一节 合同的签订

### 二、合同的盖章与签名

在我国，通常是“认章不认人”，公章代表了公司的意志，在一份文件(包括合同)中加盖公司的公章，就视为公司认可文件上的内容，如果公章并非虚假，文件就是有效的，加盖了公章的公司就应该受到文件内容的约束。

目前，常见如下一些使用公章的情况：（1）对于一些文件尤其是合同，因走流程太久或者公司业务员嫌麻烦而不盖公章，以法定代表人或相关负责人签名作为代替；（2）除了提交公安机关、工商部门备案的公章之外，公司另外还会将私刻的合同专用章、财务专用章、部门章等私章用在合同等文件上。



## 第一节 合同的签订

合同是否成立，关键是看签订合同的各方是否对合同的内容达成了一致的意见。有法官认为：“在合同书上加盖公章只是表达缔约意思的方式之发生纠纷时，法院须根据双方磋商过程、参与缔约人员的权限、嗣后履行情况、发票开具情况等案情综合判定双方是否存在并向对方表达缔约的真实意思。虽然一方当事人主张买卖合同上所盖并非合同专用章或备案公章，但该方当事人并不因此当然免除合同义务与责任……”。



## 第一节 合同的签订

最高人民法院在(2001)民二终字第155号民事判决中提出：“当事人的签字，包括自然人本人或其委托代理人签字，企业法人或者其他经济组织的法定代表人、负责人或其委托代理人签字。根据《民法通则》第38条和第43条的规定，企业的法定代表人签字的合同代表了企业的意思表示，可以产生合同成立的法律效果。同样，盖章也可以产生合同成立的效果。”

如果一份合同没有加盖公章或合同专用章，但是合同上有法定代表人的签名或具有授权身份的负责人、经办人签名的，合同并不一定是无效的。另外，除了合同之外，对于订单对账单之类的文件资料，公司在上面加盖非经过备案的公章的，也并不一定会被法院认定为无效；相反，如果有其他证据能够证明事实，法院认定盖章有效的可能性会很大。





### 第一节 合同的签订

在合同中约定了“自双方签字、盖章之日起生效”，如果合同只有盖章或签字，两者没有同时具备的，属于合同形式上存在瑕疵，若合同当事人没有对此瑕疵提出异议，就不会影响合同的效力。



### 第一节 合同的签订

#### 【案例1】合同不加盖备案公章，并不会必然导致无效的后果

某广告传媒公司与某房产项目公司于2013年1月1日签订《年度广告投放代理合同》，双方约定某房产项目公司向某广告传媒公司支付广告投放费1000万元，某广告传媒公司则根据双方合同中的具体约定履行广告代理投放业务。某房产项目公司总部在上海，某广告传媒公司总部在广州，其在上海有华东事业部，身处上海的业务员为了节省时间想尽快签订合同，**没有将合同寄回广州加盖公章**，而是盖了**华东事业部使用的部门章并有该部门负责人签名确认**。对于使用部门章签订合同一事，某广告传媒公司与某房产项目公司均**没有提出异议**。



### 第一节 合同的签订

2014年1月1日，因为结算时某广告传媒公司在上年度没有按照合同的约定为某房产项目公司代理投放足够的广告业务，某房产项目公司认为某广告传媒公司任务没有完成，要求该公司承担违约责任并赔偿损失。某广告传媒公司认为，**自己没有在合同上加盖公章**，故不认可合同的效力，自己无须承担违约责任。



### 第一节 合同的签订

#### 【律师评析】

在本案中，业务员以部门章代替公章签订合同，某广告传媒公司没有提出异议，且合同中有部门负责人签名确认。在签订合同后，某广告传媒公司也确实按照合同履行，只是没有完成任务，因此可以证明某广告传媒公司已经认可了合同的内容。在此事件中，**某广告传媒公司只是存在公章管理的漏洞，双方签订的合同仍然成立且有效**。

在合同有效成立的前提下，某广告传媒公司没有按照合同约定完成广告投放任，需要向某房产项目公司承担违约责任。



### 第一节 合同的签订

#### 【案例2】对于未加盖公章的文件，法院可能依其他证据认定其有效

朗某公司分别三次以传真的方式（未加盖公章）发《订购单》给鸿某公司，要求订购价值1048050美元的集成电路产品。鸿某公司接单后，依约将朗某公司订购的货品交付朗某公司。朗某公司收货后，陆续支付了部分货款。但朗某公司迟迟不付尾款，只是在2008年5月22日向鸿某公司出具了一份《账款偿还承诺书》表明会支付尾款，但是**承诺书没有加盖公章，只有公司负责人签名**。朗某公司随后一直未履行承诺。

鸿某公司向法院提起诉讼，朗某公司认为**自己没有在《订购单》和《账款偿还承诺书》上签名或盖章**，否认双方有购销合同关系。



### 第一节 合同的签订

#### 【判词摘录】[深圳市中级人民法院（2010）深中法民四终字第225号民事判决]

◆鸿某公司提交的三份抬头为朗某公司的《订购单》，虽然没有加盖朗某公司的公章，但是**作为国际货物买卖交易**，当事人之间通过传真等方式订立合同的情况普遍存在，并且为国际贸易法律普遍认可。

◆鸿某公司已经履行了交货义务，向《订购单》注明的收货地址交付了《订购单》约定的货物，**并向朗某公司开具了发票**。





### 第一节 合同的签订

◆朗某公司在2008年5月22日向鸿某公司出具《账款偿还承诺书》，承认拖欠鸿某公司账款。虽然朗某公司对于签名人员身份和印章均不予确认，但是经核实，在该份《账款偿还承诺书》上加盖的印章在朗某公司进行工商登记、变更、年审时均使用过。

◆上述的证据可以形成完整的证据链，证明鸿某公司和朗某公司之间存在买卖合同关系。



### 第一节 合同的签订

#### 【应对方案】

1. 公司签订合同或者出具对外文件、对账单等，应该尽量使用公章。合同没有加盖公章，或者加盖的并非经过官方备案的公章，合同并不一定会被确认为无效。在此，提醒公司(尤其是较大的、有分公司或外地项目部的公司)一定要严格制定公章管理规定，正确按照公章流程办事。因为公司的业务员基于他们薪酬待遇的特点，喜欢贪图方便、求快，他们追求的是尽快将合同敲定从而能够更快地向公司索要提成。在发现问题后，鉴于合同已签，公司往往只着眼于合同上的利益而不提出异议，默认合同内容并履行。一旦合同出现纠纷，公司再提出合同没有盖公章而无效的观点，不一定得到法院的支持。



### 第一节 合同的签订

2. 涉及签订长期交易供货合同或服务类合同的情况下，公司一般会跟合作方先签订一份框架合同或总合同约定双方最基本、最原则性的问题，然后在合作过程中公司会与合作方通过订单、服务验收确认等文件进行合同履行细节上的确认，而通常订单、服务确认等文件因为讲究效率，所以常会采取只签名不盖章的情况。为了避免订单、服务确认等相关能够证明合同履行事实情况的文件不会在出现纠纷的时候被对方否认，建议公司在签订的合同中可以与合作方事先明确双方往来文件的电子邮箱以及后续代表公司在文件中签名的人员，在后续合同的履行过程中，各方当事人还应当严格按照合同事先约定的条款履行。



### 第一节 合同的签订

#### 三、合同的标的、数量、质量等重要条款应当约定明确

在审查合同时往往会发现：关于合同的标的、数量、质量等重要条款约定不清。那么，我们签订的商业合同到底是给谁看的？如果合同当事人都严格按照合同履行自己的义务，双方没有发生纠纷，那么这份合同就是废纸一张。合同是当事人达成交易并履行交易行为的基础，约定了当事人各自的权利与义务，是当事人之间在履行合同过程中发生纠纷时的重要证据材料，所以，合同是给法官看的。实践中有的企业在签订合同时只求自己明白条款的具体意思而忽略了第三方（如日后出现纠纷审理案件的法官）是否能读懂合同条款的具体意思，当发生纠纷拿出合同来主张权利的时候，就会因为合同条款约定不清而产生败诉的风险。



### 第一节 合同的签订

#### 【案例】合同标的条款约定不清，当事人发生纠纷时难以凭借合同主张权利

某材料公司与客户薄膜公司签订了一份买卖合同，由材料公司向薄膜公司出售20桶硅胶，但是双方在合同中仅约定由材料公司向薄膜公司出售20桶“CL-21”产品，同时约定了每桶的单价以及合同的总价款。CL-21是材料公司生产的硅胶产品的编号，但是在这份合同中，双方并没有明确约定CL-21具体指的是硅胶。薄膜公司在购买了材料公司的硅胶产品后用于自己的生产，因为硅胶质量问题导致薄膜公司机器的损坏。双方协商不成，薄膜公司向法院起诉要求材料公司承担赔偿责任。



### 第一节 合同的签订

#### 【律师评析】

材料公司与薄膜公司双方签订的买卖合同中的标的条款约定不明确，法官仅凭合同并不能查明“CL-21”到底是什么东西。薄膜公司如果主张材料公司提供的硅胶质量有问题要求材料公司赔偿，前提条件是要证明有质量问题的硅胶是材料公司出售的产品，而双方的合同中并不能直接证明材料公司出售了硅胶给薄膜公司，所以当材料公司否认事实的情况下，薄膜公司很可能会因为无法举证证明事实而承担败诉的风险。





## 第一节 合同的签订

### 【应对方案】

1. 标的物的名称要用规范的全称，避免用俗名、习惯名及该类产品的统称进行约定，可以避免各方当事人因为对产品的误解而产生纠纷。
2. 涉及供应方的产品有多种型号规格等问题的，合同中一定要明确标的物的厂家、品牌、规格和型号等信息。
3. 标的物的数量要明确，同时合同中应避免采用笼统或不明确的计量单位。
4. 目前对于产品的质量，有行业标准和国家标准的区别，合同中应当明确约定标的物的质量是采用行业标准还是国家标准，以及当合同当事人对产品质量存在争议时如何进行鉴定。



## 第一节 合同的签订

### 四、格式条款的效力

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



## 第一节 合同的签订

### 【案例1】加重对方责任、规避自己义务的格式条款无效

广州的湛某在北京卓某信息技术公司运营的电商平台购买了一款产品，产品买回后湛某不满意，向广州的法院起诉要求赔偿。卓某公司认为，湛某在该网站上购买了涉案产品，**代表其接受并同意该网站的“隐私声明”和“使用条件”中约定的纠纷提交北京市朝阳区法院诉讼解决的管辖条款**，所以案件不应当在广州的法院审理，而应当将案件移送北京的法院审理解决。



## 第一节 合同的签订

【判词摘录】[广东省广州市中级人民法院（2016）粤01民辖终2957号民事裁定书]

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

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



## 第一节 合同的签订

◆根据《民法典》的规定，“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明”。故本案中，卓某公司所属网站上的“隐私声明”和“使用条件”中的争议解决“通过网站购买的产品的任何形式争议应提交北京市有管辖权的法院诉讼解决”的管辖格式条款**应视为对湛某无效的**格式条款。



## 第一节 合同的签订

【案例2】格式条款存在不同解释的，应作出不利于提供格式条款一方的解释

黄某2009年在某商场购买空调机一台，在购买空调当日办理了商场的会员卡一张，金卡上记载“两年内可享受壁挂空调**免费充氟或移机一次**（限市区、运费自理）。2010年，黄某想将空调移位，于是电召公司工作人员来对空调进行移位，事后公司向黄某收取**240元的费用**。黄某认为公司应该免费为其移机，于是向法院提起诉讼。公司则认为**移机跟移机费**不是同一个概念，移机会产生多项费用，移机费只是其中一个项目，除了移机费还包括材料费等，这些都应该向黄某收取。





## 第一节 合同的签订

### 【判词摘录】

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

◆《民法典》规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款方的解释……”在本案中，“两年内可享受免费移机一次”的条款系公司提供的格式条款。从其表述上看，该条款既可理解为整个移机过程免费，亦可理解为仅对单项移机费进行免除。故公司在移机过程中收取的240元款项应退还给黄某。



## 第一节 合同的签订

### 【风险提示】

1. 在目前的司法审判中，法院认定是否为格式条款以及认定是否有效，主要看合同条款是否预先拟定好并重复使用，在合同的磋商中该条款是否经过协商，如果一个合同条款由强势一方拟定并重复使用，**不允许合同的另一方修改和讨论**，那么该条款就会被法院认定为格式条款。一旦被认定为格式条款，该条款如果严重侵犯了合同另一方的合法权利，**就会被认定为无效**。

2. 公司在签订合同时，若作为强势一方制作格式条款，不应完全剥夺另一方应有的权利，“只让自己得益让对方吃亏”的合同条款，一旦出现纠纷被提交到法院裁决，被认定无效的可能性很大。

3. 签订合同的最终目的是在保护自身合法权益的前提下促成交易。合同各方应是平等的，若一味地贪求自己要强势而打压对方，最终导致合同签不成或引发纠纷，自己的利益便也受到了损害。



## 第一节 合同的签订

### 五、定金与订金

为保证对方履行约定以及避免因对方违约而造成自己一方的损失，双方在合作、签订合同时会商谈交付定金的问题。现实中的生意往来常见的定金方式有以下三种：**立约定金、违约定金、解约定金**。**立约定金**，是指为保证合同可以正式签订，双方在合同订立前由一方方向另一方交付的定金。**违约定金**，是指以违约赔偿为目的的定金。**解约定金**，是当事人一方单方面解除合同的代价。定金是保障合同能够顺利履行的一种担保方式，法律规定交付定金一方不履行债务的，无权要求返还定金；接受定金一方不履行债务的，应当双倍返还定金。这在法律上被称为**“定金罚则”**。



## 第一节 合同的签订

现实中大家容易将“定金”与“订金”搞错搞混，两个词普通话读音虽然相同，但在法律上却是完全不同的两个概念，因此大家在签订合同时千万不要写错。如果合同中签订是**“订金”**的，**则不适用关于定金的相关法律规定**，不管以什么理由合同解除，**订金都需要退还给支付方**，收取订金的一方在单方面解除合同或违约的情况下，**也无须向支付订金的一方双倍返还**。除此之外，当事人签订合同时还会写如**“预付款”“预定金”“担保金”“保证金”“诚意金”**等字眼，这些是否具有定金的性质，则需要根据**合同的本质**来作出具体判断。



## 第一节 合同的签订

### 【案例1】签订合同前先行收取定金的，必须有书面约定

东方公司生产五金制品和模具。2013年2月10日，客户王某向公司预定一批价值5万元的货物，并约定双方于2014年3月1日签订合同。为了保障合同能够顺利签订，东方公司要求王某先行支付定金1万元。王某向东方公司支付1万元后东方公司向王某开出收据：“**今东方公司收到王某定金一万元**”。

2014年3月1日，王某向东方公司提出不再购买货物，并要求东方公司退还先支付的1万元，东方公司拒绝，诉至法院。



## 第一节 合同的签订

### 【律师评析】

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







第一节 合同的签订

【案例2】定金超出本金20%的,超出部分不视为定金

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

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



第一节 合同的签订

【判词摘录】[河南省焦作市中级人民法院(2012)焦民三终字第31号民事判决书]

- ◆郑某所付的11500元应包含定金和预付款两种性质的款项内容。
- ◆依照《最高人民法院关于适用(中华人民共和国担保法)若干问题的解释》第121条的规定:“当事人约定的定金数额超过主合同标的额百分之二十的,超过的部分,人民法院不予支持。郑某认为其所付的11500元为购砖的定金,该款数额明显超过了购砖总额的百分之二十,故本院认为按照购买10万块砖的总价款15000元计算定金最高额为3000元,超过部分,应认定为预付款。



第一节 合同的签订

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



第一节 合同的签订

【案例3】一份合同中既写“定金”又写“订金”字样的,法院认定为订金

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

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



第一节 合同的签订

【判词摘录】[浙江省宁波市中级人民法院(2010)浙甬商终字第817号民事判决书]

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

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



第一节 合同的签订

【应对方案】

1. 在一份合同中,如果约定的是“订金”字样,则不适用定金罚则的法律规定,当给付订金的一方不履行合同义务,收取订金一方是需要将订金退还的,当然收取订金的一方不履行合同义务,也无须将订金双倍返还。审查公司合同时,常常遇到当事人将“定金”与“订金”混为一谈的情况,特别提醒注意。若合同中没有写明“定金”字样,而是以上述“订金”或者“担保金”“保证金”“押金”等字样代替的,一定要明确该费用是定金的性质,并应在合同中明确约定定金罚则。





## 第一节 合同的签订

2. 定金具有担保性质，是一种为保证合同履行的担保金。因此，定金并非合同款项中的一部分。为了更好地明确双方对于定金的约定，建议签订合同时，应该查这一条款对定金作出约定，同时还应该再作出如下约定：“甲因已预先向乙支付了xx元作为定金，因此甲乙双方同意在支付余款时与缴纳的定金相抵扣”或“合同履行终止之日起xx个工作日内，退还定金。”

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



## 第一节 合同的签订

### 六、让败诉方支付胜诉方律师费的方法

当事人常咨询：“官司打完，律师费能让对方支付吗？”我们国家的法律没有规定败诉方必须为胜诉方支付律师费，知识产权案件及一些侵权案件除外，败诉方需要向胜诉方支付因为起诉而支付的合理费用。

合同是双方的真实意思表示，双方在合同中的约定只要不违反法律的强制性规定，原则上法院都会认可。因此，在出现诉讼纠纷时，若想要败诉方承担律师费，则需要在合同中约定如果出现诉讼纠纷，败诉方要为胜诉方支付聘请律师所产生的费用。同时，除在合同中明确约定律师费支付方法外，诉讼时还应该提交自己与律师的委托代理合同和发票，以便使法院能够确定律师费的数额。如果数额不确定，法院便无法对其作出判决。



## 第一节 合同的签订

### 【案例】合同中明确约定律师费支付方式的，可以得到法院的支持

新某医药公司于2011年3月向某银行申请贷款3000万元，双方签订《流动资金借款合同》。合同约定：如果新某医药公司在贷款期间出现法律纠纷，银行有权单方面终止贷款并要求新某医药公司提前还贷，双方因借款合同出现法律纠纷诉讼的，败诉方要承担胜诉方的律师费。

2011年12月，新某医药公司因为与合作伙伴产生经济纠纷，被诉至法院。银行根据贷款合同的约定提前要求新某医药公司还贷。2012年5月7日，银行向新某医药公司主张提前收回贷款，随后向法院提起诉讼。新某医药公司在遭到银行要求提前还贷的当月便没有再按照贷款合同的约定向银行支付利息。银行在诉讼中，要求新某医药公司支付自己已向律师支付的律师费45万元，并提供了与律师事务所签订的委托合同以及律师费发票作为证据。而新某医药公司则认为自己不应支付律师费，且认为银行主张的律师费数额偏高。



## 第一节 合同的签订

### 【判词摘录】[ 广州市天河区人民法院（2012）穗天法民二初字第2147号民事判决书；广州市中级人民法院（2013）穗中法金民终字第39号民事判决书]

◆从银行与某律师事务所签订的委托合同来看，该委托合同约定的是银行与新某医药公司就本案讼争纠纷的事项，无论本案是否经一审、二审，甚至执行，银行所支付的律师费均是45万元，也即本案是否须经过二审、执行，均不影响律师费用金额的增减。

◆因双方合同中明确约定新某医药公司违约，致使银行采用诉讼方式实现债权的，新某医药公司承担律师费，且45万元律师费用的收取并未超过相关物价部门规定的标准。



## 第一节 合同的签订

### 【风险提示】

1. 律师费与向法院缴纳诉讼费不同。诉讼费在起诉的时候先由原告预交，在判决后法院根据原告、被告双方的责任再进行分摊，而律师费则是“自己请的律师自己付钱”，但是如果合同有约定，就按照合同的约定履行。合同中如果没有明确约定律师费的承担方式，当出现纠纷时，法院是不会判败诉方向胜诉方支付已缴纳的律师费的。除了合同约定由败诉的一方支付律师费之外，起诉时还应该与有律师签订的委托合同以及发票，证明自己已经实际支付了律师费用，且律师费用有依据，可以计算得出，方便法院作出判决。不能提供委托合同和律师费发票的，或者没有实际支付律师费的，法院有可能会认为费用并没有产生、没有出现损失，从而不会判决由败诉方支付律师费。



## 第一节 合同的签订

2. 一般来说，在司法实践中，律师费会被视为为了防止损失而产生的“合理费用”的一部分，打官司时，可以尝试以合理费用作为主张依据。在知识产权以及侵权案件中，法院一般会支持合理费用的支付，而在合同纠纷中，除非是当事人为了减少损失而支出的费用，否则较难得到法院的支持。

3. 律师的收费标准各个地方不一样，但均有物价局规定的收费幅度，超出的收费不被认可。





## 第一节 合同的签订

### 七、司法争议解决中诉讼与仲裁的选择

争议发生的解决方式是合同的重要条款之一，签订合同的当事人可以约定履行合同的过程中出现纠纷的司法解决方法。目前我国司法争议解决方式有两种：一种是通过法院诉讼，另一种是通过商事仲裁机构仲裁。**合同中如果没有具体约定争议解决方式，则视为通过法院诉讼解决**，而一些合同条款会特别约定纠纷提交仲裁委员会仲裁解决。



## 第一节 合同的签订

根据《民事诉讼法》的规定，选择通过商事仲裁处理经济纠纷的案子，**法院不会对其进行处理**，除非仲裁本身涉及违法(如仲裁员徇私舞弊、裁决违背公共利益、程序违法等)，仲裁裁决才有可能被法院撤销，否则当事人对仲裁裁决不服的，是不能向法院上诉的。

仲裁的设置，是为了追求快捷，且仲裁庭审以及裁决均不会像司法判决那样公开，所以有其特有的优势，当事人在签订合同的时候可根据自己的实际情况对诉讼或仲裁进行选择。



## 第一节 合同的签订

### 【案例】合同中存在商事仲裁条款的，法院不予受理案件

网络科技有限公司与销售公司签订了一份网站设计制作合同，约定网络科技有限公司为销售公司设计并制作网站，同时负责销售公司的网络推广工作，为期一年。网络科技有限公司在广州，销售公司在上海，双方签订的合同中**特别约定了管辖条款**，约定合同履行若出现纠纷，提交**北京仲裁委员会**仲裁解决。

随后在合作过程中，双方出现纠纷，**网络科技有限公司向法院提起诉讼**。



## 第一节 合同的签订

### 【律师评析】

本案中网络科技有限公司与销售公司**通过书面形式签订了合同**，合同中约定了合同履行过程出现争议**提交北京仲裁委员会仲裁解决**。因此，对于本案出现的纠纷，网络科技有限公司向法院提起诉讼，**法院是不予受理的**。

如果网络科技有限公司有证据证明自己签订该份合同属于非自愿，又或者可以证明该仲裁条款属于格式条款，加重了自己的责任排除了自己的主要权利(有关格式条款)，**才可以确认该仲裁条款无效**。本案中，双方签订合同没有涉及欺诈和胁迫的问题，双方约定纠纷交由北京仲裁委员会仲裁也并没有让网络科技有限公司丧失诉讼权利，因此网络科技有限公司向法院起诉，法院将裁定**不予受理或驳回起诉**。



## 第一节 合同的签订

### 八、合同上的内容能否涂改

签订合同时若发现合同内容有误，能否直接在上面涂改？

一方当事人的合同单方面存在涂改条款内容的，法院会认定另一方当事人手上**没有涂改的合同条款有效**。如果要认定涂改的合同条款为有效的话，各份合同都应该统一修改并在修改处签名或者盖章。在诉讼案件中，如果一方当事人向法院提出对方手上的合同是单方面修改的，应该提出证据予以证明，至少要将自己手上的合同拿出来进行**比对**。

一些法院的判决会认为在签订合同的时候，若一方修改了合同条款，而**另一方没有对他的修改提出异议**，则视为接受修改条款。



## 第一节 合同的签订

### 【案例】认为另一方对合同有单方面修改的，应提供无修改的合同作为证据

某联合公司与某对外贸易公司签订一份进口货物购销合同，联合公司向对外贸易公司购买一批设备。对外贸易公司向联合公司交付设备后不到两个月，设备出现了质量问题，因对保质期存在争议，联合公司将对外贸易公司告上法庭。联合公司**提交自己手持的货物购销合同**，上面约定“对于内在的、需要运行一段时间方能发现的质量问题联合公司保留6个月的追诉(确定是否合格)权利”。但该条款**是在合同末尾横线上手写的内容**，对外贸易公司认为该条款是联合公司**单方面增加的，应属无效**。





## 第一节 合同的签订

### 【律师评析】

合同中如果没有约定合同份数，**应视为合同签订方人手一份**。若对外贸易公司认为联合公司提供的合同上面的条款是联合公司自己单方面增加的，**就应该将自己手上的合同提交给法院**。如果对外贸易公司手上的合同**末尾横线上没有填写内容**，法院一般会认定联合公司合同上的**条款无效**。对外贸易公司如无正当理由不提供自己的那份合同，法院就会**推定对外贸易公司手上所持有的合同中也有手写部分的条款**，从而认定联合公司合同上的手写部分属于**真实有效**的条款。



## 第二节 合同的履行

### 一、产品买卖的验收规则

公司在出售或购买产品，产品在交付之后如果出现了外观上的瑕疵、数量上短少以及产品质量问题时，买卖双方就会发生争议与纠纷，双方主要的争议焦点就在于：**买方是否已经对货物进行了验收确认**。

产品的验收程序至关重要，若买方对卖方提供的产品进行了验收确认，那么日后在产品出现问题时，买方将很难追究卖方的违约责任挽回损失。涉及产品买卖的合同中，验收规则是否作为条款写入合同至关重要。《民法典》规定“买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。没有约定检验期间的，应当及时检验。”所以如果合同中约定了产品检验期的，则双方需要按照合同中的约定对产品进行检验，超过检验期买方没有提出异议的，一般情况下视为产品已验收。如果合同没有约定产品检验期的情况下，则根据《民法典》的规定，买方应当在合理期限内或自收到产品之日起两年之内提出异议。



## 第二节 合同的履行

### 一、产品买卖的验收规则

公司在出售或购买产品，产品在交付之后如果出现了外观上的瑕疵、数量上短少以及产品质量问题时，买卖双方就会发生争议与纠纷，双方主要的争议焦点就在于：**买方是否已经对货物进行了验收确认**。

产品的验收程序至关重要，若买方对卖方提供的产品进行了验收确认，那么日后在产品出现问题时，买方将很难追究卖方的违约责任挽回损失。涉及产品买卖的合同中，验收规则是否作为条款写入合同至关重要。



## 第二节 合同的履行

《民法典》第620条规定“买受人收到标的物时应当在**约定的检验期间内检验**。没有约定检验期间的，**应当及时检验**。”所以如果合同中约定了产品检验期的，则双方需要按照合同中的约定对产品进行检验，**超过检验期买方没有提出异议的**，一般情况下视为产品已验收。

如果合同**没有约定产品检验期**的情况下，则根据《民法典》第621条的规定，买方应当在合理期限内或自收到产品之日起两年之内提出异议。



## 第二节 合同的履行

### 【案例】产品质量检验的合理期间最长可为两年

2010年12月起，A自行车厂向B公司采购自行车齿盘，双方约定齿盘必须符合日本JS标准，A自行车厂向B公司发出订单，B公司按照订单所要求的型号和数量进行生产和发货。

2011年10月和2012年1月，B公司分别向A自行车厂提供了齿盘，A自行车厂在B公司交货时进行了签收确认。双方没有约定关于产品质量的检验期间和方式。

2012年2月，A自行车厂的客户向其反映，称2011年10月和2012年2月交付的自行车出现齿盘断裂存在安全隐患问题，出现质量问题的两批次自行车正是使用了B公司生产的齿盘。A自行车厂在接到投诉后紧急采购另外两家公司生产的齿盘重新进行更换，最终在2012年8月底重新更换完毕，先后更换共6320套。A自行车厂将有问题的齿盘带回国内检测，确实存在质量问题。



## 第二节 合同的履行

2012年2月至2013年4月，**A自行车厂未向B公司提出质量异议**，也没有向B公司支付货款。

2013年4月，B公司向法院起诉称其向A自行车厂供应自行车齿盘，但A自行车厂没有按约定支付2011年10月和2012年1月的货款共计20万元。A公司反诉，称B公司生产的**产品存在质量问题**，应承担因质量问题导致客户退、换、维修等产生的相关费用共计40万元。





## 第二节 合同的履行

### 【判词摘录】

1. 双方未约定检验期间，根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第15条的规定，自行车厂签收送货单等收货行为仅是对数量和外观瑕疵的检验。

2. 根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第17条的规定，认定《民法典》第621条规定的“合理期间”时，应当综合当事人之间的交易性质、交易目的、交易方式、交易习惯、标的物的种类、数量、性质、安装和使用情况、瑕疵的性质、买受人应尽的合理注意义务、检验方法和难易程度、买受人或者检验人所处的具体环境、自身技能以及其他合理因素，依据诚实信用原则进行判断。



## 第二节 合同的履行

3. 案涉齿盘配件交易数量巨大，交易目的系用于自行车整车生产并出口日本销售，争议的质量瑕疵是齿盘强度等隐蔽瑕疵，不可能在交付齿盘配件时进行检验，而只能在整车销售过程中发现，自行车厂的客户在日本销售自行车整车时发现齿盘配件的质量瑕疵，自行车厂至2012年8月底在日本全部更换完毕有瑕疵的齿盘配件，后又将从日本带回的瑕疵齿盘配件自行委托鉴定，依据诚实信用原则进行判断，应认定自行车厂提出质量异议未超过《民法典》第621条规定的“合理期间”，更未超出该条款规定的两年最长“合理期间”。



## 第二节 合同的履行

### 二、质保期与质保金

买卖双方交付产品之后，买方需要在使用产品一段时间后才能知道产品是否存在质量问题，除了双方可以通过产品验收规则进行产品质量检验期的约定之外，还可以通过约定质量保证期（俗称“质保期”）来约束卖方以确保卖方的产品符合质量要求。

在质保期内，卖方需要承担产品质量保证义务。目前买卖合同若约定了质保期的，买方通常会预留一定比例的货款（如合同总价款的10%）作为质保金，在质保期后约定的时间内，若卖方无违约责任的，则买方支付质保金；若卖方存在违约责任的，买方可以扣除质保金，待双方问题解决后再支付。



## 第二节 合同的履行

### 【案例】买卖双方可以约定货款的一部分作为质保金并在质保期满后支付

美某涂料公司以包工包料的方式承接鼎某建设公司某小区商住楼部分外墙涂装项目，双方的总承包合同约定鼎某建设公司预留工程款的5%（68000元）作为质量保证金，在项目竣工验收合格满5年后15天内支付。

涉案项目工程于2011年6月30日通过竣工验收。2016年7月19日，美某涂料公司向法院起诉要求鼎某建设公司支付拖欠的工程尾款68000元及逾期支付工程款所产生的利息。



## 第二节 合同的履行

### 【判词摘录】

1. 鼎某建设公司未支付美某涂料公司的工程款68000元作为质量保证金业经双方确认。根据双方签订的总承包合同约定的质量保证金返还时间为竣工验收合格满5年后15天内及本院生效判决对该事实的确认，结合工程于2011年6月30日通过竣工验收的实际情况，鼎某建设公司应于2016年7月15日前返还，而鼎某建设公司逾期未予返还，构成违约，应承担相应的民事责任。

2. 该款项实质上是工程余款，美某涂料公司要求鼎某建设公司予以支付并支付逾期利息，合法有据，予以支持。



## 第二节 合同的履行

### 三、预开发票的法律风险

在经营过程中，常有所谓的“财务制度”与法律规定相冲突的事情发生。“预开发票”是常常遇到的情况。一般来说，普通的销售发票在法律上是付款方的一个重要凭证。当出现纠纷时，若无相反证据予以证明的情况下，法院一般会认定发票是付款的凭证。财务上现在的要求往往是，要收款方先交付发票，然后再付款，那么当收款方开出了发票后付款方因赖账、倒闭等原因没有付款的，有可能会因为合同对此没有清楚的约定或说明等原因，而导致付款方难以向法院主张权利的风险发生。

相比之下，增值税专用发票则不会被法院认定为已付款的凭证。







## 第二节 合同的履行

### 【案例】预开发票应有合同约定

某广告公司与某外贸公司在2014年3月1日签订合同约定，外贸公司委托广告公司设计制作广告，费用为3万元，约定广告稿件交付之日起3日内付款。

2014年3月10日，广告公司向外贸公司交付稿件，外贸公司确认后告知广告公司，如果要付款需要广告公司先向外贸公司开具发票。广告公司按照外贸公司的要求开具发票后，却一直沒有收到外贸公司的付款，广告公司多次索要无果向法院提起诉讼。



## 第二节 合同的履行

### 【律师评析】

本案中如果外贸公司否认自己没有付款，并提出自己是以现金的形式向广告公司支付的，广告公司对此却没有证据可以反驳，且已开具了发票给外贸公司。在此情况下，广告公司有可能要承担败诉的风险。



## 第二节 合同的履行

### 【应对方案】

1. 如果付款方要求预开发票，双方在签订合同时一定要将预开发票事宜**约定清楚，写明先开发票再付款**，还应该增加“**预开的发票不作为付款凭证**”这样的话在合同条款中。另外，合同中也要对**款项支付的形式**(汇款还是现金支付)作出约定。

2. 预开发票的交易，为保证收款方的合法权益不受侵犯，除了上述合同中应该明确预开发票事宜之外，还应该约定以转账形式收取款项，避免现金收付。因为如果在合同中约定转账付款，那么在出现纠纷时，法院会审查付款方究竟是否有转账记录和凭证，**避免付款方以“已用现金支付”为由规避责任**。



## 第二节 合同的履行

3. 对于保护付款方而言，合同约定先开发票后付款的，付款方如果在收取发票后用现金方式付款的话，就应该在付款后**要求收款方再开一张收据**，确保日后出现纠纷时可以用来证明对方已收现金款。如上述第2点，因为用转账的方式可以留有转账记录和凭证作为证据，所以对于付款方来说，转账同样也比付现金更安全。

4. 增值税专用发票不能作为付款凭证，因此预开增值税专用发票不会产生上述法律风险。



## 第二节 合同的履行

### 四、合同被撤销的法律风险

合同签订后，若出现法律规定的情况，当事人**有权撤销合同**。

《民法典》第147条规定，基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

《民法典》第148条规定，一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

《民法典》第149条规定，第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。



## 第二节 合同的履行

《民法典》第150条规定，一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

《民法典》第151条规定，一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

**合同被撤销，导致的法律后果就是合同自始无效，原来已经履行了的合同内容也需要回归原状**，因为合同被撤销后遗留的问题太多，因此法院对于这类案件都非常谨慎，不到万不得已不会判决撤销合同。





第二节 合同的履行

例如，广州在2010年发生了一次极为罕见的特大强降雨，全城内涝，许多车因被水浸泡而报废，一些二手车行收购报废车，私自改装后隐瞒事实予以出售，有市民在不知情的情况下购买了这些浸水二手车，随后发现存在质量问题，向法院起诉要求撤销合同，在这类案件中，二手车行就存在欺诈的行为。



第二节 合同的履行

在签订合同的时候，合同内容中的权利义务不平等，一方只有权利而无义务，另一方则全是义务而没有任何权利，甚至违约责任都是单方的，那么合同很有可能会因“显失公平”而被法院认定为可撤销。司法实践中对于合同是否存在显失公平的情况，主要从以下方面认定，可供读者参考：“一是要对合同显失公平的认定应结合双方当事人权利义务是否对等、一方获得的利益或另一方所受损失是否违背法律或者交易习惯等方面综合衡量；二是要考察合同订立中一方是否故意利用其优势或者对方轻率、没有经验。



第二节 合同的履行

【以案说法】欺诈或显失公平的合同会被撤销而导致无效

某网络公司对外宣传，称自己可以为客户制作设计网页，同时可以为客户进行网站的运营宣传。该网络公司在宣传资料和一些简介中，虚构自己服务过许多大型知名企业。

某食品贸易公司与网络公司签订服务合同，但合同非常简单，主要是约定由网络公司为其制作设计网站，并代理网络运营和宣传，服务费为5万元。合同是网络公司格式版本，但并没有明确网络公司的具体服务，同时对网络公司自身网页制作及运营的违约责任也没有进行约定。食品贸易公司一次性支付钱款后，网络公司只是随意为其做了一个网站，因此食品贸易公司并不满意，向法院提出撤销合同，要求网络公司退还全款。



第二节 合同的履行

【律师评析】

本案中涉及虚假宣传的欺诈行为以及合同显失公平两点。

首先，网络公司对外虚假宣传许多知名企业是自己的客户，让外界相信自己有一定的实力从而骗取他人与自己签订合同。网络公司夸大虚假的宣传违背了诚实信用原则，其行为构成欺诈。

其次，服务合同应属于双务、有偿合同，食品贸易公司按照合同的约定支付了5万元的服务费，但该合同并没有约定网络公司相对应的义务和违约责任，网络公司与食品贸易公司在这个交易中处于不对等的状态，合同内容背离了等价有偿原则。因此，食品贸易公司在签订合同时显失公平。

综上，因为网络公司存在欺诈以及签订合同时显失公平，双方签订的服务合同应被认定为可撤销，食品贸易公司的主张可以得到法院的支持。



第三节 抵押担保、借贷与融资

一、公司与银行的贷款法律纠纷

公司因资金运作向银行申请贷款，是经济活动中常有之事。银行放贷多也导致了不良资产的增加，相关的诉讼纠纷常常见诸报端。从目前的情况来看，法院处理公司欠债的银行贷款纠纷案件，一般都会较为偏向银行一方。例如，这类案件往往涉及的标的都较大，诉讼费或查封的保全费都较高，而法院对本地区的一些银行有减免缴纳诉讼费用的优惠；另外，在判决上，银行胜诉的概率也比较高。



第三节 抵押担保、借贷与融资

一些贷款项目银行还会要求借款人提供财产担保或者提供担保人进行担保。在某些情况下，公司有可能不是借款人，而是帮助其他关联企业或者合作伙伴以自己名下的财产进行担保。此时，如果借款人无法还款而违约，银行会起诉要求以提供担保的财产进行抵债，或者要求担保人对借款承担连带责任。

另外，一旦被银行起诉要求提前还贷，在法院未判决前，双方的借贷关系仍然存在，公司切勿因为银行已提起了诉讼而不继续支付利息。银行向企业追讨不良资产，一些公司就是因遭受起诉而不再支付利息，导致法院因其不按照合同约定缴纳利息而认定其违约。





### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 【案例】遭银行起诉提前还贷，法院未判决之前，公司不应停止支付利息

新某医药公司于2011年3月向某银行申请贷款3000万元，双方签订《流动资金借款合同》。合同约定，如果新某医药公司在**贷款期间内出现法律纠纷**，银行有权单方面终止贷款并要求新某医药公司提前还贷，双方因贷款合同出现法律纠纷诉讼的，败诉方应承担胜诉方的律师费。

2011年12月，新某医药公司因为与合作伙伴产生经济纠纷，被诉至法院，部分财产被法院冻结。银行根据贷款合同的约定提前要求新某医药公司还贷。2012年5月7日，银行向新某医药公司主张提前收回贷款，随后向法院提起诉讼。新某医药公司在遭到银行要求提前还贷的**当月便没有再按照贷款合同的约定向银行支付利息**。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 【判词摘录】

◆原告与被告新某医药公司签订了借款合同后，被告除在合同履行初期按约支付利息，自2012年5月起已没有按约付息，且在合同约定的期限届满（也即在2012年8月24日）后，被告新某医药公司仍未按约向原告偿还本金3000万元及利息，已严重违反了合同的约定。

◆因在涉案借款合同期内新某医药公司已与其他公司陷入诉讼中，亦未按合同约定向贷款人偿还借款利息，新某医药公司的行为已构成了违约，且涉案合同期限现已届满，故原审法院判令新某医药公司向银行偿还借款本金3000万元及相应利息处理恰当，本院予以维持。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 二、公司为他人提供担保的法律责任

在融资贷款等纠纷案件中，常有公司为他人提供担保的情况。公司的股东、关联公司或者他人在经营中需要提供担保的，公司有时会作为担保人，将公司名下的财产拿出来作抵押。

为防止公司大股东或实际控制人恶意控制公司损害其他股东的利益，法律对公司对外提供担保有严格的规定。当公司向**公司以外的人**提供担保时，**必须要通过董事会或者股东会、股东大会的决议**；若为公司的**股东或实际控制人提供担保的，则必须要通过股东会或股东大会的决议**。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

在目前的审判实践中，公司向他人提供担保的案件，无论公司程序是否合法，法院都会承认担保的有效性而判决公司需要承担连带清偿责任；如果公司内部程序不合法的，则公司在承担了连带清偿责任后，可另行追讨相关责任人的法律责任。

另外，在司法实践中对公司对外担保，采用“禁止反言”的规则，所谓“禁止反言”，就是指自己说过的话、承诺过的事，不能事后反悔。在担保行为中，公司已经与他人签订了担保协议，确认了要为他人提供担保的，**不能在事后又以公司之前的担保决定不合法等理由提出反悔**。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 【案例1】债权人对于抵押担保的财产有权优先受偿

新某医药公司于2011年3月向某银行申请贷款30万元，双方签订《流动资金借款合同》。合同约定，如果新某医药公司在贷款期间内出现法律纠纷，银行有权单方面终止贷款并要求新某医药公司提前还贷。

为了帮助新某医药公司能顺利取得银行贷款，**杨某作为法定代表人的A贸易公司、B贸易公司、科技公司、发展公司四家公司将共同名下**所拥有的位于广州市越秀区xx路xx号写字楼的3楼全层的房屋产权**作为抵押担保**。随后新某医药公司违约无法还贷，**银行要求法院判决以产权抵债**。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 【判词摘录】

被告(A贸易公司、B贸易公司、科技公司、发展公司)作为广州市越秀区xx路xx号3楼房产的所有权人，以该房产为被告新某医药公司与原告(银行)所签订的《流动资金借款合同》项下的债务作抵押担保，上述抵押房产已办理了抵押登记备案手续，原告与上述被告之间抵押关系成立，并合法有效。原告作为上述房产的抵押权人，依法有权从处分上述抵押房产所得的**价款中优先受偿**。其承贷后，有权向被告新某医药公司追偿。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 三、民间借贷法律问题

除向银行贷款外,在日常经营过程中,公司之间或公司与个人之间也会互相借款。为了保护银行的利益以及防止民间高利贷等行为的发  
生,法律对民间借贷在操作上有着严格的规定。为规范社会上的民间借  
贷行为,最高人民法院在2015年8月6日发布了《最高人民法院关于审理  
民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(已于2015年9月1日施行),对  
民间借贷的法律关系作出了明确的规定。

### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 1. 借款合同以及借款凭证等需要完备、规范

借款人和出借人之间,应该就借贷事宜签订书面合同,并约定放款的方式。笔者  
认为,为避免日后出现不必要的纠纷或出现纠纷的时候易于举证,借款应该尽量采用  
转账的方式,以便证明出借人确实已将钱借出,在借款人收到借款后,还需要出具收条。

#### 2. 利息预先在本金中扣除的做法不被法院认可

双方签订借款合同,如约定借款10万元,但出借人在放款时实际上只向借款人支  
付了9万元,1万元扣下预先作为利息,这种情况在民间借贷中很常见,有点像以前社会  
高利贷的“九出十三归”。法院是不会认可预先扣除利息的做法的,如果利息已在本  
金中扣除,实际出借的金额会被法院认定为本金。

### 第三节 抵押担保、借贷与融资

3. 若借贷存在利息,需要有合同明确约定;民间借贷的利息应遵循24%与36%的“两  
区三线”规则。

根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第26条  
的规定,借贷双方约定的利率未超过年利率24%,出借人请求借款人按照约定的利率  
支付利息的,法院会支持;超过部分,法院不予支持。

如果借贷双方约定的利率超过年利率36%,超过部分的利息约定是无效的。借款  
人若请求出借人返还已经支付的超过年利率36%部分的利息,人民法院会判决返还。

至于借贷双方约定的年利率在24%—36%的,法律不保护,但已经支付了的利息不  
追究,如果借款人还没有支付,则超出24%的部分可以不支付。

### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 4. 公司负责人为了公司利益而向他人借款的情况

公司的负责人以自己的名义向他人借款,如果所借回的款项是用于  
公司的经营发展、业务需要,属于“私贷公用”。公司负责人的这种借  
款行为若属于职务行为,公司就有可能需要承担还款的义务。公司是否  
需要承担还款义务,法院主要从负责人借回款项的用途、是否将借款  
汇入公司账户、公司是否有授意要求负责人对外借款、出借人是否清  
楚实际借款人的情况、是否以公司的收入进行过还款等方面进行审查。  
借款期届满,借款的个人已离开公司的,并不影响公司的还款义务。

### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 5. 企业之间仅能因生产经营的需要而借款

在《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》出台以前,企业之间互相拆借是被禁止的,而上述司法解释对企业  
间的拆解作了部分解禁。该司法解释第11条规定,企业间因生产、经  
营的需要订立民间借贷合同的,合同有效。

### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 四、民间担保抵押中债权人的权利保护

为了防止合同相对方违约,一些公司为了保护自己的利益以及债权  
的安全性,会要求对方提供抵押担保或者要对方另寻他人对合同债务  
提供担保。双方会约定:如果违约,便将抵押物进行抵债处理。但是,抵  
押担保在一些情况下需要办理特定的手续,签订抵押合同也有相关的法  
律禁止条款,这是一些当事人在办理抵押手续时没有注意到的。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

根据《物权法》和《担保法》的相关规定（2021.1.1后为《民法典》），若用土地使用权、房产等建筑物、车辆、机械设备等作为抵押物的，当事人必须去**办理抵押登记**，如果没有办理抵押登记，则该抵押效果不能对抗善意的第三人，即在未办理抵押登记的情况下，抵押物被转让的，债权人有可能难以实现自己的抵押权。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

另外，法律禁止**流质抵押**，即有一些当事人会签订协议，写明如果违约将**直接以物抵债**。《民法典》第401条规定：“抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。”对于法律禁止这种流质抵押的目的，有利于防止担保设定人和与担保人串通以逃避债务、损害担保设定人的其他债权人的利益。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 【案例】抵押担保不符合法定手续的，抵押权不被法院认可

东兴公司与裕华公司于2012年4月3日签订借款协议，裕华公司向东兴公司借款500万元，借期为一年。因为裕华公司名下有一套价值近1000万元的别墅，所以东兴公司与裕华公司在合同中约定，裕华公司将名下**别墅抵押**给东兴公司，在借款期满之日裕华公司若不能还清借款，裕华公司将抵押给东兴公司的**别墅直接过户**给东兴公司。

截至2013年4月2日，裕华公司因资金周转不善，无法还清借款，东兴公司多次索要无果。2013年12月，东兴公司发现裕华公司已**将名下别墅转让给第三方**，于是向法院提起诉讼，**请求法院将别墅过户到自己名下**。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 【律师评析】

涉及将**房产作为抵押物抵押**的，根据《民法典》的规定，**必须办理抵押登记手续**，没有登记手续的，抵押关系不能对抗善意第三人。在本案中，如果第三方并非与裕华公司进行串通的话，那么买卖关系是成立的，东兴公司的抵押权无法得到实现。

对于东兴公司向法院起诉要求**将房屋直接过户到自己名下**的诉求，因法律**禁止流质抵押**，该条款属于无效。因此，东兴公司的起诉，是得不到法院支持的。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 五、企业融资暗藏杀机

企业在发展过程中需要资金，除向银行贷款外，更多的情况下会寻求投资方投资资金的支持。投资方向企业投资，会与融资企业及股东签订投资协议，在协议中给融资企业设定具体的“任务”（即融资后需要做到的成绩或应在指定的时间达到某一具体的条件），若融资企业无法完成任务的，股东则需要向投资机构承担合同约定的赔偿责任，这称之为“**对赌协议**”或“**对赌条款**”。

另外，投资方给企业投资，有可能会产生无法获得利益回报甚至无法收回投资本金的风险，因此投资机构在投资协议中还会约定有利于自己的**退出条款或股权转让条款**，以确保自己日后的利益不受损害。



### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 【案例】融资企业若没有按照投资协议约定完成业绩要求的，股东需承担责任

2007年11月1日，海富公司作为投资方与世恒公司及股东D签订了《增资协议书》。协议中关于业绩对赌部分的内容为：1. 海富公司增资200万元人民币取得世恒公司3.85%的股权。2. 世恒公司2008年净利润不低于3000万元人民币；如果世恒公司2008年实际净利润完不成3000万元，海富公司有权要求世恒公司予以补偿；如果世恒公司未能履行补偿义务，海富公司有权要求股东D行补偿义务。3. 2010年10月20日前上市及相关股权回购约定。

因世恒公司2008年度实际净利润仅为2685813元，未达到《增资协议书》约定的该年度承诺净利润额。2009年12月30日，海富公司向法院提起诉讼，要求股东D向其支付补偿款。







### 第三节 抵押担保、借贷与融资

#### 【判词摘录】

在《增资协议书》中,D对于海富公司的补偿承诺并不损害公司及公司债权人的利益,不违反法律法规的禁止性规定,是当事人的真实意思表示,是有效的。D对海富公司承诺了世恒公司2008年的净利润目标并约定了补偿金额的计算方法。在世恒公司2008年的利润未达到约定目标的情况下,D应当依约应海富公司的请求对其进行补偿。



谢谢!

2020. 6. 21

