**民营企业（中小企业）法律问题百问百答**

## 1、法人、法人代表、法定代表人的区别是什么？

**法人**：即法律上拟制的人，是与自然人相对的一个概念，是具有民事权利和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。法人的实质，是一定社会组织在法律上的人格化。最常见的法人如“有限责任公司”、“股份有限公司”等。因此，大家常听到“这个单位的法人是某某”的说法是错误的。

**法人代表**：也可称为法人的授权代表，这个代表可以是甲、也可以是乙，他不是固定的，而是取决于法人的授权，这个授权可以一事一授权，也可以是一揽子事项的授权。这与法定代表人是完全不同的两个概念。

**法定代表人**：**《民法通则》**规定：“依照法律或者法人组织章程规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。”这就是说，作为法定代表人必须是法人组织的负责人，能够代表法人行使职权。法定代表人可以由厂长、经理担任，也可以由董事长、理事长担任，这主要看法律或章程如何规定。法定代表人代表企业法人的利益，按照法人的意志行使法人权利。法定代表人在企业内部负责组织和领导生产经营活动；对外代表企业，全权处理一切民事活动。法定代表人的权力，是由法人赋予的，法人对法定代表人的正常活动承担民事责任。但是代表人的行为超出法人授予的权利范围，法人就可能为其承担责任。

## 2、公司法定代表人必须由公司董事长担任吗?

不是。

**《公司法》**第十三条：公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记。

【**律师解析**】

按照公司法设定的公司治理架构，董事会是公司经营层面的最高决策机构，董事长是董事会的组织者、代表人；总经理是公司经营的组织实施者、执行者。法定代表人是依法对外代表公司的人，通过印章使用、文件签署控制公司的重大经营活动；对外代表公司开展业务，其法律意义上的言、行，均可被视为公司的言行。

从权力位阶上看，董事长高于总经理，当法定代表人的身份赋予董事长时，董事长的实际权力大增；当法定代表人的身份赋予总经理时，由于公司的经营由总经理组织实施，同时又能对外代表公司，故总经理的实际权力大幅膨胀，且存在架空董事会、董事长的可能。

对公司运营的参与、控制程度，是每个股东十分重视也应该重视的问题。决定公司控制权的因素有：法定代表人、董事、监事、高管、印章管理、财务的掌控等。其中，法定代表人及印章对控制权有特别重要的意义。

鉴于董事长、总经理的身份特征，当董事长为股东推选，总经理为社会招聘的职业经理人时，法定代表人一般不宜由总经理担任。

因此，如何分配公司经营管理的掌控权，需股东综合考量。

## 3、公司法定代表人能否自行决定向其他企业投资或者为他人担保？

不能。

**《公司法》**第十六条第一款：公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

【**律师解析**】

投资有风险，决策须谨慎。对外担保，可能使公司因承担或然债务而遭受重大损失。考虑到投资或担保均可能对股东权益造成重大影响，故一般由股东自行决定比较稳妥，即由股东会或股东大会决议；当股东对董事会足够信任时，可考虑授权董事会决策。

此外，担保决策自治权仅限于对外担保。当公司为公司股东或者实际控制人提供担保时，必须经股东会或者股东大会决议；且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。

## 4、股东会的表决权的行使是否必须与出资比例一致？

可以不一致。

**《公司法》**第四十三条：股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。

【**律师解析**】

股东会的内部治理绝大多数内容均可由股东自行决定。股东可以根据实际需要，充分体现各自的利益诉求。公司通过增设股东会职权、设计合理的表决权制度（例如特别事项的一票否决权），可对公司经营管理中的重大事项进行表决甚至否决，有效控制投资风险。另外，使股东让渡部分经营决策权以换取其他方面的优惠也成为可能，使得股权在一定程度上的结构化设计有了制度空间。

## 5、股东的知情权有何限制？

【**案例简介**】

2010年，甲、乙等6人共同发起成立花语精细化工公司，乙为法定代表人，《公司章程》第二十一条规定：“股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告；股东可以要求查阅、复印公司会计账簿、会计凭证、交易资料”。

2012年6月15日，甲发《关于股东行使知情权的公函》给广州花语公司及乙，要求花语公司提供自筹建以来至2012年5月31日的所有股东会议记录、董事会会议决议、财务会计报告、会计账簿、会计凭证、交易资料供甲或其委托人查阅并复制。乙于2012年6月30日以花语公司名义正式复函，认为甲提出复制会计账簿不符合法律规定，且甲并未提出查阅会计账簿的理由，且甲所要求查阅并复制会计凭证不属于股东知情权的范围，故不同意甲的请求，甲对此不服遂提起诉讼【**(2013)穗中法民二终字第203号**】。

【**律师解析**】

本案的争议焦点为甲是否能得以行使**《公司法》**规定的知情权。**《公司法》**作出股东知情权的规定是为保障非控制公司的股东了解公司的经营状况，得以充分行使股东权利。甲起诉要求查阅花语公司的会计账簿包括建账的原始凭证是甲作为股东的当然权利亦符合公司法规定的程序。但股东享有知情权的权利并非是无限的，仅限于**《公司法》**第三十三条列举的范围。根据**《公司法》**第三十三条的规定，股东对于会计账簿的知情权利仅限于查阅，并不包括复制，故甲主张复制会计账簿的请求无法律依据，无法获得法院支持。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国公司法》**第三十三条

## 6、股东会决议在什么情况下无效？

【**案例简介**】

国治公司成立于2008年6月23日。股东谢海荣根据查阅的工商登记资料发现2009年1月19日，国治公司进行了工商变更登记。但是，该次变更登记所依据的2009年1月19日的第二届第一次股东会并未真实召开，谢海荣对此也并不知情。该股东会决议和公司章程上的签字均不是谢海荣本人所签。故谢海荣诉至一审法院，要求确认国治公司2009年1月19日第二届第一次股东会决议无效，最终得到法院支持【**(2014)二中民终字第06472号**】。

【**律师解析**】

律师认为，根据**《中华人民共和国民法通则》**关于民事法律行为应当具备的条件的规定，当事人的意思表示真实是民事法律行为应当具备的条件。违反法律或者社会公共利益的无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。**《中华人民共和国公司法》**第二十二条第一款规定：“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。”有限责任公司股东会由全体股东组成，股东会是公司的权力机构，依照**《公司法》**行使职权。国治公司作为依法设立的有限责任公司，其设立、变更、终止等事项均应受公司章程及我国法律、行政法规的调整与规范，股东会的决议内容亦应是公司各股东的真实意思表示。根据股东谢海荣查明的事实，本案争议所涉及的国治公司的股东会，并未实际召开，各位股东并未与会，股东会决议之文件上 “谢海荣”并非由本人亲笔签字，因此本案争议所涉及的股东会决议，并不是国治公司或者其股东的真实意思表示。

律师提示，**《公司法》**第二十二条对瑕疵股东会决议区分了无效和可撤销两种情形，公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效；而决议内容程序违反公司章程或程序违反法律的，为可撤销决议。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国公司法》**第二十二条

## 7、股东资格是否一定可以继承？

不一定。

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

【**律师解析**】

有限责任公司具有人合性和资合性的双重特征，且通常认为人合性特征更为明显，股东间的相互了解、信任是合作的基础。股东的亲属往往与其他股东相互熟识，再考虑到维持公司股权结构基本稳定、合理保护继承人股权权益等问题，公司法允许自然人股东死亡后，其股东资格由继承人继承。但是，股东资格由继承人继承时，可能会出现以下问题：

1）自然人死亡后，其配偶、父母、子女为第一顺序继承人，股东资格由其继承，股东人数迅速增加，且每个继承人的经营理念可能差异较大，会导致经营决策、公司治理上的不顺，甚至形成公司治理僵局。如果死亡股东没有第一顺位继承人，其股权由第二顺序继承人即兄弟姐妹、祖父母、外祖父母继承，继承中再引入转继承、代位继承等问题，则股权分配、公司治理问题将更加复杂。

2）继承人中如有法律意义上的外国人，公司性质将因股东“外国人”的身份发生变更，股权变更的审批、公司的经营范围、业务开展等均可能受到影响。

3）有些股东间的合作，仅仅是基于对股东本人的信任、对其能力的认可而展开，换作股东继承人时，合作基础可能不再存在，致使合作无法继续。

因此，股权的重视和争夺可能对公司的经营造成重大影响。故在实际操作过程中，股东应特别重视对股东资格继承问题的处理。

## 8、如何预防公司僵局？

【**案例简介**】

**案例1**:中农草业有限责任公司注册资本为1200万元，其中中国农业科学院出资480万元，占注册资本的40%，自然人贾某和郑某各出资360万元，各占注册资本的30%，贾某和郑某为一致行动人。由于在公司运营过程中各股东发生了冲突，股东之间、股东与公司及高管之间发生了多次诉讼，无论何种决议中国农业科学院均投反对票，从而导致了公司僵局。

**案例2**:上海博华基因芯片技术有限公司注册资本为4000万元，上海三毛企业(集团)股份有限公司出资2000万元，占注册资本的50%；上海博星基因芯片有限责任公司等关联三方合计出资2000万元，占注册资本的50%。因为股东之间的矛盾，股东会和董事会难以召开，公司处于僵局状态，致使公司经营管理发生严重困难，虽经多次诉讼，但仍难以解决，公司的价值已经消失怠尽。

【**律师解析**】

案例1，股权比例不理想。一致行动人的持股比例过高，且由于股东间发生冲突，公司的人合性遭到了破坏，只要该股东投反对票，公司的重大事项就难以达成一致意见，从而产生公司僵局。

案例2，股权比例过于平均。显然，如果股东间就公司未来战略、管理构架或个人关系发生冲突，则难以达成任何决议。

公司僵局的破坏性非常巨大，在僵局下，公司的经营处于停滞状态，公司利益受损，对公司、股东及利益相关者的权益将造成很大的损害。而且，对公司员工及债权人等利益相关者也造成巨大的损害，同时损害了社会资源的合理配置。上述案例中，股东合作关系不复存在，取而代之的是股东、公司及高级管理人员之间一系列的诉讼甚至刑事上的举报，公司雇员丧失了工作，曾经熟悉的品牌、商品和服务被消费者抛弃，政府则逐渐失去一个纳税人。

深究其原因，可以发现，在公司章程对公司僵局没有设置预防性机制的情况下，股权结构的不合理是公司僵局产生的本质原因。

**如何打破公司僵局呢？**

**首先**，在设立前合理设置股权结构，尽量避免50:50和一致行动人持股为33.4%的股权比例的出现；

**其次**，如果无法避免上述持股比例或者这种结构已经既成事实，则通过以下制度安排来对这种潜在的威胁进行缓存，以避免公司僵局的出现给企业的发展带来伤害。

1）独立董事制度。在股东会将权力充分授权给董事会的情形下，设置独立董事并由独立董事做出最终的决断有助于避免公司僵局的产生。独立董事不但在股权对等的股权结构中可以适用，在单个股东的持股比例为33.4%的公司中同样适用，一些小股东所担心的多年不分红，大股东通过关联交易及高薪回报方式转移利润等情形，通过独立董事制度也能得以缓解。

2）指定临时管理人。在未设置独立董事的情形下，在公司章程中约定，在公司僵局持续至特定的情形下，将由确定的管理人暂时接管公司运营，此时管理层应向临时管理人移交权力。这样不但可以防止公司财产的非正常减损，而且可以保障公司营业的继续。如果实际管理人拒绝移交权力，则股东可以提起诉讼，此时应列公司为被告，临时管理人为第三人。

尽管管理人的权限可能会受到限制，但是最起码可以维持公司最低限度的运营，这有助于保障债权人的利益。

3）股权强制收购制度。我国**《公司法》**第七十五条规定了股权回购制度，然而这种回购属于公司回购，且仅在三种特定的情况下才能适用。如果在公司章程中预先设置股权回购方案，则有利于僵局的解决。公司章程可以规定，如果连续两次股东会或董事会对重大事项难以达成决议，则持有公司50%以上股权的股东或一致行动人，有权收购投反对票的股东的股权。确定一个公平合理的收购价格是强制收购股权的一个关键问题，公司可以预先在章程中规定强制收购股权的价格计算方法。不过这种规定仅限于股价计算方法，而不是直接规定具体的每股收购金额，因为股价是随时变动的。

**第三**，解散公司。**《公司法》**第一百八十三条规定了当公司处于僵局状态时，持有公司表决权百分之十以上的股东可以请求人民法院解散公司。这也是解决公司僵局的一种方式，解散意味着公司将完全消失，不能再为经济运行作出贡献，也会给社会整体经济带来损失。从经济角度或效率角度上看，预防僵局的形成更具有价值。

## 9、向公司支付投资款就一定属于公司的股东吗？

不一定。

【**案例简介**】

甲应乙的邀请，双方达成口头投资协议，由甲出资50万元入伙A公司，双方未对投资期限、分红方式、分红比例以及投资款利息等达成协议约定。A公司在2011年11月25日---12月22日期间先后收到甲款项合计50万元，并向甲出具三份款项内容为投资款的收据；2012年2月28日A公司成立，法定代表人为乙，但在工商登记备案资料上甲未被列为公司股东。期间甲也未参与公司管理。

甲于2013年9月14日领取A公司分红款12.5万元，同年12月，甲欲投资设立一家典当行，遂要求A公司返还投资款，而A公司则以甲的行为是在抽逃公司注册资本为由予以拒绝【**(2014)浙杭商终字第88号**】。

【**律师解析**】

甲与A公司之间形成的投资关系没有违反法律规定，合法有效，且甲业已实际交付投资款。本案中，甲虽已向A公司实际交付投资款项，但并未取得公司签发的出资证明书，未被载入公司股东名册，在工商登记中也未被列为公司股东，双方之间的投资协议并不构成《**公司法》**意义上的投资，甲并没有真正成为A公司的股东。根据甲向A公司投资但并未参与A公司经营管理的事实，甲投入A公司的50万元实为A公司向甲的融资，甲领取的12.5万元分红实际属于A公司给予甲的融资回报，因此，甲要求A公司返还投资款行为并不属于抽逃公司出资行为，又因双方并未约定融资期限，故对于甲要求A公司返还投资款项的请求应予支持并无不当。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国公司法》**第二十五条和第三十二条

## 10、什么是“隐名股东”？

【**案例简介**】

2010年6月30日，甲乙丙丁签订出资合同，约定由四人共同出资，建立依凡公司，计划投资240万元，乙任监事会主席，丙任总经理；同时约定如若退股需经董事会同意。甲在签订出资协议后，一直参与之之餐饮公司成立之前的筹备工作，并在相关单据的经手人上签字。2010年7月15日和9月10日甲分别出资40万元和20万元。2010年10月4日，依凡公司正式成立，工商登记材料中记载的股东为：乙、丙、丁。但甲依旧直接参与该公司经营和管理。2010年12月15日，乙向工商局提交将依凡公司变更为之之餐饮公司的申请书，股东由乙、丙、丁变更为乙和戊二人。2010年12月20日，工商局为之之餐饮公司颁发企业法人营业执照。

2012年8月7日，甲从之之餐饮公司拿走5000元现金，并给该公司出具一张收条，注明：今收到股金款5000元。后甲沉迷于炒股，多次要求之之餐饮公司退还全部投资款未果后提起诉讼【**(2013)信中法民终字第1613号**】。

【**律师解析**】

隐名股东，又称“实际投资人”，是指依据书面或口头协议委托他人代其持有股权者。隐名股东的姓名不会登记在册，但在事实上该自然人承担了相应的义务，也享有作为该公司股东的权利。

本案中，之之餐饮公司实际是由依凡公司变更而来，之之餐饮公司的营业执照是2010年12月20日颁发的，注册登记的股东虽然没有甲，但**《公司法》**并未规定公司的股东必须全部注册登记。之之餐饮公司注册成立后，甲和其他股东一样直接参与了公司的经营管理，在公司的筹备过程中，甲甚至在相关单据的经手人位置上签字，说明甲认可其系该公司的一名股东。2012年8月7日甲从之之餐饮公司拿走5000元现金，并出具收条注明“收到股金款5000元”，应当视为甲仍认可其作为该公司的股东身份。

由此可见，甲实质上属于该公司的一名“隐名股东”，隐名股东在被确认股东资格以后，与显名股东其实并无两样，同样应当遵循资本维持原则，在公司正式登记后，不得随意抽逃出资。

故甲的诉请缺乏法律依据，不能成立。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国公司法》**第七条

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（三）》**第二十五条

## 11、股权代持的法律风险有哪些？

【**案例简介**】

甲为乙公司的原始出资人，实际股东，甲去世后，其妻丙继承了甲名下全部股权，并与丁约定，由丁代为行使股东权利，丙与丁签订了《股权代持协议书》。2014年11月25日，丁私自与戊公司签订了一份《股权转让协议》，将丙所有但由丁代为持有的乙公司7%的股份以140万人民币的价格转让给戊公司，并于2015年2月2日到工商局备案登记。嗣后，丙向人民法院提起诉讼，请求确认其与丁所签订的《股权代持协议》无效【**（2015）朝民初字第1726号**】。

【**律师解析**】

本案中，丁代为持有丙所有的乙公司股权，并且在未与丙商定的情况下擅自与戊公司签订了股权转让协议，损害了股权实际所有人丙的合法利益。在现实生活中，股权代持的情形并不鲜见，其对于实际投资人的潜在风险主要包括：一是实际投资人和名义股东之间《股权代持协议》的合同效力问题，根据我国**《公司法》**相关司法解释的规定，若双方的协议内容存在我国**《合同法》**关于合同无效的相关情形，则会被认定无效；二是类似本案中名义股东可能会利用其对股份的控制权损害实际投资人利益，如滥用经营管理权、表决权、增资优先权、出让或质押股权等等；三是名义股东自身出现负债、离婚、死亡等情况时，其代持的股权可能会随之卷入民事纠纷，进而损害实际出资人的利益。为规避股权代持可能带来的潜在风险，建议实际出资人在签订代持协议时详细约定双方法律关系，约定高额违约责任并公证，同时提前与代持人签订针对被代持股权的股权转让协议，以随时变更为股东身份，还可以要求名义股东将代持股权质押给出资人，以此来保障自身的合法利益不受损害。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第五十二条

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国公司法>若干问题的规定（三）》**第二十五条

## 12、公司股东分红以及认购新增资本是否可以不按出资比例进行？

可以。

**《公司法》**第三十四条：股东按照实缴的出资比例分取红利；公司新增资本时，股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。

**《公司法》**第一百六十六条：公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第三十四条的规定分配；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

【**律师解析**】

股东在背景、能力、资源、诉求等方面均会有所差异，比如有的股东不看重对公司的实际控制，愿意从治理结构上让渡一部分权力，但同时希望在红利分配上做适当倾斜。对此，公司法给出了一个一般规则，即有限责任公司股东按照实缴的出资比例分取红利，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配红利；但同时充分尊重股东意思自治，允许股东以约定的方式改变红利的分配规则，改变后的分配比例、方式没有任何限制，完全由股东商定。

## 13、初创公司的股权结构如何设置才合理？

【**案例简介**】

小王在婴幼儿产品行业工作多年，十分熟悉这个行业的门道。现在，他准备与四个朋友一起创业，做一个婴幼儿产品的电商品牌。这五个创业伙伴里面，小王和两个朋友是全职工作，另外一个朋友打算兼职，过一段时间再全职加入，还有一个朋友只出资金。

小王志向远大，对自己这次创业信心十足。但他现在苦恼的是，公司的股权结构该怎么设置?

【**律师解析**】

1）股权结构不要平均化

如果创业团队的5个人同时拿股份，股权结构平均化，在企业发展了一段时间后，大家的贡献可能不一样，平均股权就会带来一些问题；兼职人员由于精力有限，不能全身心投入到工作中，会影响创业团队的效率，而且实操中兼职创业的成功率不高；只出资金，不参与经营的，实则为隐形持股人，在实际操作中弊端太多。而且如果要做境内上市，一个创业团队从开始创立到最后上市，一般要经过天使轮→A轮→B轮→C轮，3--4轮的融资，第一轮可能要稀释10%^20%的股权，第二轮稀释百分之十几，第三轮又稀释百分之十几，公司每轮出让10%^20%的股份的同时，所有股东同比例稀释股权，基本上到上市时所剩股份就没多少了。而投资人一般都希望初创团队里面大股东能保持不低于60%的股份。

因此建议，初创团队持股人不超过3人，小王本人为初创团队的大股东，占股60%^70%，负责决策，2个全职朋友占股30%^40%，有话语权，辅助小王工作，并能随时提出合理化建议；不建议兼职人员和隐形持股人加入到初创团队中来。如果确需这二位加入，可以在今后以定向增发的形式吸引进来。

2）股权分配：利益结构要合理

创业期的公司一般都是有限责任公司。出资形式可以现金、实物和知识产权等，实物和知识产权出资需要进行评估，按价值设定股权比例。换句话说，可以从三个层面来划分股权比例，资金、工作能力、原来的背景+将来的贡献。

股权分配的基本原则是：利益结构要合理，贡献要正相关。股权只发给不可替代的人，可被替代的人一般不需要股权。比如销售型公司，负责销售的创始人股份多占一些，而产品型公司，负责研发的创始人就多占一些。

对于开始不在公司工作、资源型的创始人，因其可能掌握一些流量或者一些客户关系，这对初创企业特别重要，但公司发展到一定阶段后，其重要性会降低，如果他持有的股份太多，反而会变成公司发展的一个障碍，故可根据对其贡献的评估，给予不超过5%的股权。如果觉得这样的人比较重要，可在利益分配上，根据其提供的资源给予适当的补助。

3）设立防冲突机制

有限责任公司在存续、发展了一段阶段后，股东之间由于经营理念的分歧或出于谋取己方利益的最大化，较常出现争夺控制权、人合性破裂的情况，因此设立防冲突机制是非常必要的。故建议创始团队签订一个共同发起公司的协议书，明确各自的权利、义务包括发生纠纷的解决办法。比如在协议中须明确，股东必须要退出时，以什么价格、什么方式收回其股份。如该股东在公司工作一年之内离开，要明确应收回多少股份；工作一年之后或者两年后要收回多少股份。一般约定三到五年。

4）要适时发放股票期权

股票期权是把双刃剑，获得股票期权后，如果价值在不停地增长，

对员工的激励非常强；但是如果获得股票期权后，发现期权价值没增长，甚至是下跌，则没有任何意义。

一般互联网类公司自成立伊始就会留有股票期权池，但其他类型公司可能会晚些，具体时间点要根据业务发展来定。

一般来讲，在业务已经可以看到比较明确的成长性的时候，设立股票期权将会是个较好的时间点，能够让员工在企业持续发展的阶段中切实感受到期权价值的增长。如果太早，虽然拿出了不少股份用做股权激励，但是实际上员工没有什么感觉。一般做一次期权激励，拿出不超过10%的股份比较合适。

## 14、公司股权转让是否可以约定条件？

可以。

**《公司法》**第七十一条第四款：公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

【**律师解析**】

有限责任公司具有很强的人合性特征，股东间彼此了解，鉴此，当股东间转让股权时，因不会引入新的股东，故无需其他股东同意；当股东对外转让股权时，因会引入新的“陌生”股东，故赋予其他股东优先受让以排除“陌生”股东进入的权利，但同时又设定此类优先受让应是“同等条件下”的，以防止转让人的正当权益受到损害。

只要股东对股权转让规则在章程中有了明确约定，即可按约定方式转让。股东的约定可能使转让更加简化，也可能使转让变得更加复杂，甚至限制部分股东的转让股权。无论怎样，这种允许股东以事先约定的规则转让股权的做法，都具有重要的意义。因此，实务中，对该问题应充分重视，并应向股东重点提示。股东确有特殊需求，如希望能够灵活退出，或者希望限制某些技术股东退出，则应在公司章程中载明。

## 15、公司股权转让过程中有何法律风险？

【**案例简介**】

2005年3月甲与乙公司分别出资40万元、60万元发起设立了丙公司。丙公司在经营期间于2008年1-9月曾数次从丁经营的钢材店赊购钢材，所欠钢材款共计约30万元。2010年1月及2月，丙公司的股东乙公司和甲分别将其所拥有的股份按原价转让给戊公司和自然人己。但甲和乙公司在股权转让过程中，均隐瞒了丙公司存在约30万元债务之事实。2012年5月，丁将甲、乙公司以及丙公司起诉至法院，要求偿付欠款。法院经审理认为，甲与乙公司作为丙公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，因而在其已经足额缴纳出资且合法办理了股权转让手续后，不应再向甲乙双方要求偿付欠款，应由丙公司按照买卖合同的约定给付欠款。而股权受让人戊公司和己对甲、乙在股权转让过程中隐瞒债务的行为，可另行提起诉讼。

【**律师解析**】

本案中，丙公司的两方股东均相互协商将自身所认缴的股份转让给他人，且都向受让人隐瞒了丙公司已经存在30万元债务的事实，由于钢材买卖合同的买方当事人系丙公司，无论是原股东还是现任股东均不承担连带的赔偿责任，所以法院仅要求丙公司偿还债务的认定无误。此外，有限责任公司股权转让合同可以认定为是有限责任公司股东所持有的以股权为标的的买卖合同，因而可以适用我国**《合同法》**中关于买卖合同的相关规定，出卖人应对标的物的品质承担瑕疵担保义务，甲和乙公司隐瞒公司债务的行为，会虚增公司现有价值，使转让价格脱离公司股权的实际价格，侵害受让方的利益，因而受让人戊公司和自然人己可以向甲、乙申请赔偿损失。

综上，在受让他人股权的过程中，应仔细审核其公司的债务情况，并让出让方充分履行披露公司债务的义务。还应注意和出让方约定债务分担问题，以便在出现纠纷后作为向出让方追索赔偿的直接依据。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国公司法》**第一百四十八条和第一百五十条

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）》**第十九条

## 16、“股权转让”与“资产转让”有何区别？

【**案例简介**】

甲公司和乙公司素有贸易往来，双方自2011年3月至2015年3月间多次签订买卖合同，在此期间，乙公司累计对甲公司拖欠货款300万元。2015年4月11日，乙公司的唯一股东丙与自然人丁和戊签订了《股权转让协议》，约定将丙所持有的乙公司的全部股权分别以80%和20%的比例转让给丁和戊，转让价格分别为2400万元和600万元。同年4月13日，三方办理了股东变更工商登记。2015年4月15日，甲公司以乙公司拖欠货款、丙对外转让公司全部资产规避债务为由，将丙和乙公司诉至法院，要求丙在公司资产转让价格范围内对乙公司所欠债务承担连带责任。丙辩称，甲公司混淆了资产转让和股权转让的区别，乙公司在进入诉讼前已经是由丁和戊两名股东所组成的有限责任公司，丙与丁和戊签订的转让协议的性质应为股权转让协议【**（2016）赣执复4号**】。

【**律师解析**】

本案中，丙与自然人丁和戊所签订的转让协议，并无证据表明丙对公司财产进行了处置、交付及办理过户登记手续，反而是三方在本案进入诉讼程序之前已经在工商部门针对股权转让办理了工商变更登记，故丙不涉及恶意转让公司资产以规避债务，甲公司可就乙公司所欠货款向乙公司请求赔付。

对外转让股权是企业的经营行为，并不需要债权人同意，如果对外转让价格明显低于正常的市场价格，损害债权人利益的情况下，可以行使撤销权。

本案中，当事人双方的主要争议事项在于，丙所签订的转让协议究竟是资产转让协议还是股权转让协议，在司法实践中，二者经常会被混淆，一般而言，股权转让和资产转让的区别包括以下几个方面：一是交易的主体不同，资产的所有者是公司，股权的所有者是股东，公司有权转让属于自己的资产，而不能转让属于公司股东的股权，而公司股东也只能转让自己对公司所拥有的股权；二是来源不同，资产来源于股东（出资人）对于公司投入的资本金、公司在生产经营过程中累积的和通过举债所获得的资金来源，股权却只存在于公司中，不是公司制企业就不存在股份；三是获得的权利不同，资产收购获得的是对企业全部资产的实质性经营权，收购方可对已收购的固定资产、无形资产享有绝对的处置权，而股权收购购买的是对公司股权的所有权，收购方不能直接参与被收购公司的生产经营活动，对其财产亦没有直接的处置权；四是承担风险的方式不同，资产转让后受让方承担和处理公司可能发生的一切风险活动，如决策风险、销售风险以及资产储备风险等等，而股权转让后受让方仅仅承担投资收益风险。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第七十二条

## 17、股东可以凭借知识产权作价出资吗？

可以。

【**案例简介**】

自然人甲通过向其他股东借款，于2007年7月4日将52万元存入C公司账号，并与自然人乙、A公司、B公司共同出资设立了C公司。2008年12月1日及12月5日，甲与C公司签订了《专利权转让协议》与《补充协议》，约定甲以人民币一百元的价格转让涉案专利的专利权，C公司以人民币一百元的价格受让涉案专利专利权；且甲将本项专利权按“专利权转让协议”转让给C公司，以此作为知识产权作价出资，构成公司的技术方并赎回其他股东以借款形式代为垫付的货币投资。现甲与C公司对于甲是以现金向C公司出资还是以涉案专利权出资及涉案专利权归属产生纠纷，并诉至法院【**（2014）高民终字第731号**】。

【**律师解析**】

**《公司法》**第二十七条规定，股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。因此，股东是可以凭借知识产权作价出资的。

本案中，结合《转让协议》及《补充文件》所记载的全部内容分析，甲在C公司成立之初，系以技术进行入资，获得公司相应股份比例，甲所持有股份的认缴额由其他股东进行垫付，由此甲所持有涉案专利的实际对价系获得C公司相应的持股比例。因此，甲应当配合C公司将涉案专利的专利权人变更为C公司。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国公司法》**第二十七条

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）》**第九条

## 18、认缴股东在认缴期限内投资未到位时应承担哪些法律责任？

【**案例简介**】

2014年5月1日，甲公司与乙公司签订了《股权转让协议》，协议约定乙公司以7960万元的价格购买甲公司持有的丙公司99.5%的股权，乙公司应于股权转让协议签订后30日内向甲公司支付全部股权转让款。2014年5月，甲公司依约完成了股权转让的工商变更登记手续，但乙公司迟迟未予支付。嗣后，乙公司与甲公司达成了补充协议，约定了股权转让款的具体分期支付计划，首期款项应于2014年8月30日前支付，期限届满，乙公司仍未履行支付义务，甲公司遂将其诉至法院。经法院审理查明，自然人丙和丁为乙公司的发起人，乙公司注册资本为2000万，其中丙认缴出资额为1400万，实缴280万，丁认缴600万，实缴120万。2014年4月2日，丁与自然人戊签订了股权转让协议，将其名下乙公司30%的股权转让给戊。2014年4月6日，乙公司通过了一个股东会协议，决定成立包括丙和戊两位股东的新一届股东会，并将公司资本增资到10亿元，认缴期限为10年。2014年7月20日，乙公司再次作出股东会决议，决定公司注册资本减至400万元，减资后由自然人己受让丙所有的乙公司70%的股份，股东会决议上的签字人为己和戊。甲公司诉请丙、丁、戊、己对乙公司所负债务承担补充赔偿责任，但丙、戊、己三人以其认缴期限仍未届满为由，拒绝对乙公司的债务承担责任【**（2014）普民二（商）初字第5182号**】。

【**律师解析**】

本案中，乙公司拖欠甲公司的股权转让款事实清楚，乙公司应依法履行自己的付款义务，案件争议的焦点在于乙公司的两个发起人丙、丁及股权受让人戊、己是否应该对乙公司的债务承担责任。由于股东丁是在甲乙签订股权转让协议之前便将自己的股份转让给受让人戊，故已经不是乙公司股东的丁不应对该笔股权转让款承担责任，而丙、戊、己三人以其认缴期限（本案中乙公司章程中约定为10年）仍未届满为由，拒绝对乙公司的债务承担责任。

对于资本认缴制下股东的出资义务只是暂缓缴纳，而非永久免除，当公司经营发生了重大变化时，公司包括债权人可以要求公司股东缴纳出资，以用于清偿公司债务。若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。因此，本案中的丙、戊、己三位股东应履行其出资义务，以维护债权人的合法权益。

律师提示，当公司经营状况发生重大变化时，即使股东的认缴期限仍未届满，认缴股东仍应在公司负有到期债务、公司财产不能清偿债务的情况下，缴纳与公司债务相当的注册资本，以清偿公司债务。

【**法条链接**】

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）》**第十三条和第十四条

## 19、公司的章程对外有效力吗？

在工商行政主管部门登记备案的公司章程对外有效率；未经备案的公司章程对外则无效力。

【**案例简介**】

2009年Q县人民政府与祝春公司就一级水电站项目建设签订了《水电站项目合同》。合同签订后，祝春公司雇佣甲的施工队进行投资建设。甲投入人力和劳务对电站沙场及外围进行建设，后经双方结算，祝春公司应当支付甲工程款、民工工资合计145万元。祝春公司于2011年2月3日出具欠条，认可欠款事实，承诺145万元欠款分二次支付，并加盖公章。祝春公司支付了70万元后，剩余部分未予支付。期间双方协商把此电站转让给甲，一切手续由祝春公司办理。后祝春公司称资金紧张，又向甲借款8万元，以上共计欠款83万元，至今未还。2011年3月15日祝春公司与秀清公司签订了《股份转让协议》，将祝春公司的股份转让于秀清公司，并修改祝春公司的章程及登报声明：调整后的公司将不再承担双方原有的债权债务。2012年5月，甲要求祝春公司清偿欠款86万元未果，遂提起诉讼【**(2014)青民一终字第99号**】。

【**律师解析**】

祝春公司虽将全部股份转让给了秀清公司，并修改公司章程及登报声明“调整后的公司不承担双方原有的债权债务”。但是公司章程的修改仅属于祝春公司与秀清公司之间的内部约定，甲并不知情，因此不能对抗甲的债权。

根据**《公司法》**的规定，公司内部章程的修改对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力，这意味着公司章程本身并不能产生对外的效力。祝春公司所欠甲工程款83万元的事实有欠条为证，且欠条上加盖了祝春公司的公章。甲要求祝春公司清偿83万元欠款的诉求理由成立，应予以支持。甲要求祝春公司偿还3万元借款的诉求，因甲未能提供相关证据加以证明，不予支持。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国公司法》**第十一条和第二百八十六条

## 20、公司印章分哪几种？分别有什么用途？

公司印章主要分为五种：

1）**公章，**用于公司对外事务处理，工商，税务，银行等外部事务处理事需要加盖。

2）**财务专用章**，用于公司票据的出具，支票等在出具时需要加盖，通常称为银行大印鉴。

3）合**同专用章**，顾名思义，通常在公司签订合同时需要加盖。

4）**法定代表人章**：用于特定的用途，公司出具票据时也要加盖此印章，通常称为银行小印鉴。

5）**发票专用章**，在公司开具发票时需要加盖。

其中，公章在所有印章中具有最广的使用范围，是法人权利的象征，在现行的立法和司法实践中，审查是否盖有法人公章成为判断民事活动是否成立和生效的重要标准。除法律有特殊规定外（如发票的公章），均可以公章代表法人意志，对外签订合同及其他法律文件，具有极高的法律效力，凡是以公司名义发出的信函、公文、合同、介绍信、证明或其他公司材料均可使用公章。

## 21、“企业名称权”与“商标专用权”有何区别？

【**案例简介**】

2004年4月14日，N市开心大药房有限公司经商标局核准注册了“开心人大药房”商标，其中粗体大号“开心人”三字在上，小号字体的“大药房”三字在下，该商标特别注明“大药房”文字放弃专用权。后该商标于2006年成功入选该省某杂志社颁发的“中国连锁药店百强排行榜”。

无独有偶，2004年4月29日，Z市开心人大药房的企业字号被Z市工商局核准。2004年6月16日，Z市开心人大药房成立独资企业，经营范围为处方药和非处方药。2006年7月5日，Z市开心人大药房在L街道正式开设小港分店。

2014年1月23日，N市开心人公司向法院起诉称，Z市开心人大药房未经该公司许可，擅自在该店小港分店的店招及购物袋等上突出使用“开心人大药房”、“开心人”文字的标识，侵害了N市开心大药房的注册商标专用权，请求判令Z市开心人公司立即停止商标侵权并赔偿经济损失50万元【**(2014)浙知终字第232号**】。

【**律师解析**】

注册商标用于标示商品和服务的来源，N市开心人公司依法享有“开心人大药房”注册商标专用权；而企业名称是用于区别不同市场主体的标志，Z市开心人大药房经工商部门核准登记，亦享有相应的企业名称权。“商标专用权”与“企业名称权”均系经法定程序确认，权利人均得以合法行使，但不得超越各自的权利边界。

N市开心人公司主张Z市开心人大药房将“开心人”作为企业名称中的字号使用侵犯其注册商标专用权。涉案注册商标使用的“开心人”并非主观臆造词，但该商标的显著性和区分效度着实较弱，且单凭由某杂志社编纂的“中国连锁药店百强”称号不足以证明涉案商标当时在国内已经具有较高的知名度和美誉度，故Z市开心人大药房将“开心人”作为企业名称中的字号并不违反诚实信用原则。至于Z市开心人大药房将“开心人”作为企业名称中的字号是否导致会相关公众的混淆误认，从而侵害涉案商标权，则属于**《反不正当竞争法》**所调整的范畴。综上所述，Z市开心人大药房规范使用企业名称全称，属于正当行使企业名称权，不构成对涉案注册商标专用权的侵害。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国商标法》**第五十二条

## 22、订立合同时应注意哪些事项？

合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同是确定交易各方权利义务关系的依据，是维护自己的合同权益的前提，是执行交易的基础。现实生活中常因各种原因导致部分企业不能正常履约，期间又难免会有少数企业利用合同上的欠缺来逃避违约责任，因此完备的书面合同对于保证企业交易安全以及维护与客户间的长久关系十分重要。订立合同时还应注意以下几点，以避免法律风险的产生。

1）认真审查对方的履约能力

对交易对手的资格进行审查是防范合同风险的第一道防线。通过主体资格审查，判断对方当事人是否具有订立合同的民事权利能力和民事行为能力。

2）妥善保管合同相关证明材料

实际操作过程中，合同履行过程中双方会因种种原因变更合同内容，其中包括但不限于数量、价款、交货、付款期限等。为避免纷争，企业应妥善保管对双方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。

3）完善公章保管、使用制度

企业应完善有关公章保管、使用的制度，杜绝偷盖盗盖等可能严重危及企业利益的行为。在签署多页合同时要加盖骑缝章并紧邻合同书最末一行文字签字盖章，防止少数缺乏商业道德的客户采取换页、添加等方法改变合同内容侵害企业的权益。

4）细化业务人员的签约授权

企业业务人员对外签约时需要授权。在有关介绍信、授权委托书、合同等文件上应尽可能明确详细地列举授权范围，以避免不必要的争议。业务完成后要尽快收回尚未使用的介绍信、授权委托书、合同等文件。

5）业务人员离职时，务必通知相关客户

遇有业务人员离职，企业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。

6）一定要在一年内行使撤销权

如果认为客户在与企业签署合同过程中存在欺诈、胁迫行为，或事后发现签署合同时对合同内容有重大误解，或认为合同权利义务安排显失公平，企业可以请求法院撤销合同。但是务必自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使撤销权，否则将失去请求法院撤销合同的权利。当然，在撤销权行使期限内提出的请求是否能得到法院支持还将取决于请求方所举证据是否充分。

7）“订金”、“保证金”不等于“定金”

签订合同时为了确保合同履行而要求对方交付定金的，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，法院将无法将其作为定金看待。

8）保证担保需明确相关意思表示

如果业务需要对方提供保证担保的，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，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的成立。

如因业务需要需向他人提供保证担保的，无论企业是债权人还是保证人，在签署保证合同时应写明保证期间起止点。如果没有明确约定的，法律将视保证期间为主债务履行期届满之日起六个月。虽然选择“连带保证”还是“一般保证”取决于与客户之间的谈判磋商，但保证合同中务必写明“连带保证”或者“一般保证”字样。如果没有明确约定，法院将认为是连带责任保证。

如果是债权人，采取“一般保证”方式的保证合同所担保的债务到期后没有偿还的，请务必在保证期间内向债务人和保证人提起诉讼或者仲裁。采取“连带保证”方式的保证合同担保的债务到期后没有偿还的，请务必在保证期间内以可以证明的有效方式向保证人明确要求其立即履行担保义务。如果没有在保证期间内行使权利，保证人将免除其担保责任。

9）抵押担保务必办理登记手续

如遇业务需对方提供抵押担保，签署抵押合同时即与客户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将可能丧失权益实现的基础。不必要的拖延和耽搁将可能使企业的权利劣后于在企业之前办理登记手续的其他企业。如果客户在签署抵押合同后拖延、拒绝协助办理抵押登记手续的，应尽快向法院起诉，请求法院帮助强制办理登记手续。

10）质押担保须确保货物的交付

如遇业务需对方提供质押担保，签署合同时即与客户办理质押担保物或者权利凭证的交接手续。仅仅签署质押合同而没有实际占有质押物的，法院将无法保护质押权的实现请求。

## 23、合同履行过程中应注意哪些事项？

合同的履行是合同法律效力的重要内容，合同目的是通过合同履行实现的。因此在合同履行中，要注意全面履行合同，包括合同标的、数量、标准、价款、时间、地点等完全按照合同约定履行，并保留好实际履行的书面材料原件，例如收货单、验收单、收条等。合同履行中不得随意变更，否则变更方可能承担违约责任。

为了充分保护当事人的合法权益，在合同履行过程中要注意以下法律问题：

1）按约履行合同义务

依法成立的合同受法律保护。企业和客户之间订立的合同如果不存在违反法律、行政法规的强制性规定、损害社会公共利益等情形，即为受法律保护的有效合同，双方有义务严格遵循约定，全面履行合同。无论是单位改变名称、企业股权易手，还是法定代表人、负责人、经办人变更，都不能成为不履行合同的理由，这也是维系企业商业信誉的重要保证。

2）积极寻求利益最大化的纠纷解决方法

遇到货物市场价格发生剧烈波动时，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，与客户平等协商、寻找双方都能接受的解决方案更加有利于减少损失。即便是在诉讼程序之中，接受法院主持下的调解将也更加有助于企业利益的保护。

3）尽量通过银行结算

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，应尽量通过银行结算，以减少现金结算可能会带来的不必要的麻烦。

4）及时验收货物、提出异议

购进货物是企业经营的日常业务，要及时验收货物，发现货物不符合合同约定的，一定要在法律规定或者合同约定的期限内尽快以书面方式向对方明确提出异议。不必要的拖延耽搁，有可能导致索赔权的丧失。

5）不要泄露商业秘密

在磋商、履行合同过程中，经常不可避免地接触到交易伙伴的商业信息甚至是商业秘密。在磋商、履行合同乃至履行完毕后务必不要泄露或者使用这些信息，否则将可能承担相应责任。

6）适当行使不安抗辩权

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、有丧失或可能丧失履行债务能力的其他情形的，可及时通知对方中止履行合同，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没有提供适当担保的，可以解除合同。

**不安抗辩权**，是指当事人互负债务，有先后履行顺序的，先履行的一方有确切证据证明另一方丧失履行债务能力时，在对方没有恢复履行能力或者没有提供担保之前，有权中止合同履行的权利。规定不安抗辩权是为了切实保护当事人的合法权益，防止借合同进行欺诈，促使对方履行义务。

7）按期提出解除合同的异议

当收到客户解除合同的通知而企业对此存有异议，且双方订立的合同中约定了异议期限的，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，法院将无法支持；如果合同中没有约定异议期间，务必在解除合同通知到达之日起三个月内向法院起诉，否则法院将不能支持当事人对合同解除的异议。

8）履行减损义务

如果客户违约，无论是什么理由，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。

9）注意诉讼时效的相关规定

诉讼时效是指民事权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利，当时效期间届满时，人民法院对权利人的权利不再进行保护的制度。

客户拖欠货款现象在企业经营过程中时有发生，故一定要遵守法律关于诉讼时效的规定，向法院请求保护民事权利的诉讼时效期间一般为两年。如出于维系与客户关系等因素不愿意在两年内采取提起诉讼、仲裁等激烈措施的，为了保护当事人权利不丧失，可在诉讼时效期间届满前以向对方发送信件或者邮件等可以证明当事人主张权利的有效方式进行处理，信件中务必要有催请尽快支付拖欠货款的内容，并尽可能要求对方在上述文书上签字、盖章。

## 24、合同终止与合同解除的区别是什么？

【**案例简介**】

甲租赁乙的房屋用于经营宾馆，2014年4月，甲与丙经协商确定：双方自2014年4月21日起合伙创建一家洗浴中心，甲占35%份额，丙占65%份额；甲所经营的宾馆折价40万元，改建成丁洗浴中心，洗浴中心的装潢及日常管理由丙负责，甲丙双方之后签订了《合伙协议》一份，嗣后，双方出资对宾馆进行装潢，将其改建成洗浴中心，2015年7月，丙因个人债务问题下落不明，洗浴中心亦因此关门歇业，2015年11月，甲向人民法院提起诉讼，请求解除甲丙双方所签订的合伙协议【**（2015）衢柯商初字第1523号**】。

【**律师解析**】

本案中，丁洗浴中心系甲丙双方共同出资，合伙经营，可认定为个人合伙。双方签订了合伙协议，明确了各自的权利义务，因丙的失踪，使丁洗浴中心无法再通过合伙的方式正常经营，以致关门歇业。丙的不作为行为表明其未能履行合伙义务，导致甲丙双方合伙经营洗浴中心获取盈利的合同目的无法实现，根据我国**《合同法》**关于合同解除的相关规定，对于一方延迟履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的的，另一方有权要求解除合同。因此本案中的甲可以依法请求解除合同，合同解除后，合同的权利义务终止，甲可以根据丙的履约情况，要求其恢复原状、采取补救措施或者赔偿损失。

司法实践中，合同解除与合同终止极为相似，都具有使债权债务关系归于消灭的效力。二者的区别在于合同解除可发生溯及既往的效力，可以如本案一样请求相对方恢复原状甚至赔偿损失，而合同终止仅使合同关系发生将来消灭的效力。此外，二者的适用范围也不尽相同，根据法定的合同解除情形可知，其通常被视为对违约行为的一种补救措施，实质上是对违约方的一种制裁。因此除却不可抗力的情形，合同解除一般仅适用于违约场合。而合同终止虽然也适用于一方违约的情形，但其还可适用于其他非违约的场合，比如合同的依约履行，债务的相互抵消，债务的免除，债权债务同归一人等等，因此，也可以认为合同终止的范围包含合同解除。

【**法条链接**】

《**中华人民共和国合同法》**第九十一条、第九十四条和第九十七条

## 25、遇到合同欺诈该怎么办？

【**案例简介**】

2011年11月1日，甲与乙签订了《房屋租赁合同》，约定将甲名下的一间门面房租赁给乙进行经营管理，合同中明确约定租期为六年，乙在承租期间不得转让所租赁的房屋。2015年3月14日，乙未经房主甲的同意，欲将所租赁的该房屋转租给丙使用，并收取了丙装修补贴款3万元，后因房主甲不同意乙丙之间的转租请求，丙在协商无果后，将乙诉至法院，要求其返还装修款3万元【**（2015）桐民商初字第00044号**】。

【**律师解析**】

本案中，承租人乙明知其未经同意转租房屋的行为违反了其与房主甲签订的《房屋租赁合同》中不得转租的约定，其故意隐瞒这一事实，使丙做出了错误的意思表示，与其达成了租赁合意，并支付了装修补贴款，因而乙的行为构成合同欺诈，丙有权请求变更或撤销合同，并要求乙返还装修款项。在日常生活中，如遇合同相对方故意告知虚假信息或者隐瞒真实情况，以误导己方与之签订合同时，应认定为合同欺诈，根据我国**《民法通则》**及《**合同法》**的相关规定，对待合同欺诈，受欺诈方可以请求变更或者撤销该合同，或者请求确认双方的民事行为无效，继而要求返还财产、赔偿损失。若对方的行为已达到刑事科处的程度，则应立即向司法机关报案，提供相关证据和线索，以及时挽回因合同诈骗所遭受的经济损失。

【**法条链接**】

《**中华人民共和国民法通则》**第五十八条和第六十一条

**《中华人民共和国合同法》**第五十二条和第五十四条

## 26、合同中的定金、订金、违约金、预付款的区别是什么？

【**概念解释**】

**定金**：是在合同订立或在履行之前支付的一定数额的金钱或替代物作为担保的担保方式。给付定金的一方称为定金给付方，接受定金的一方称为定金接受方。

**订金**：预订所付的钱。根据我国现行法律的有关规定，其不具有定金的性质，只是单方行为，不具有明显的担保性质。

**违约金**：违约金是指按照当事人的约定或者法律直接规定，一方当事人违约的，应向另一方支付的金钱。

**预付款**：预付款是一种支付手段，其目的是解决合同一方周转资金短缺。预付款不具有担保债的履行的作用，也不能证明合同的成立。收受预付款一方违约，只须返还所收款项，而无须双倍返还。此外，法律对预付款的使用有严格规定，当事人不得任意在合同往来中设置预付款项，而对定金则无此限制。

【**案例简介**】

2015年6月1日，经甲公司中介，自然人乙、丙及甲公司签订了《二手房居间买卖合同》，合同约定，乙将其所有的一处房屋以194万元的价格出售给丙，出售房屋的原贷款由乙提前还清，合同签订生效当日，丙应向乙支付购房定金5万元，乙在收到定金后，应于丙贷款审批手续完成后的2日内办理完房屋所有权的过户手续，而丙则应于其贷款审批完成的2个工作日內向乙支付首付款35万元。合同中约定的违约责任是，若因乙的原因导致丙无法办理产权过户手续的，丙有权解除合同，届时乙应向丙支付合同总价款10%的违约金，并向丙赔偿由此造成的全部经济损失。之后，丙向乙支付了5万元购房定金，并于同年6月8日向其支付了35万元首付款，但乙在收到定金及首付款后，既未向甲公司提交房屋产权证及土地使用证原件，也没办理完毕提前还贷手续，且不配合丙办理房屋产权过户手续。之后，该房屋被法院查封，丙在与乙协商退还购房款无果后，将其诉至法院，请求解除合同，返还购房款，双倍返还定金并支付违约金【**（2015）鄂黄陂民商初字第00454号**】。

【**律师解析**】

本案中，因房主乙在购房者丙依约履行了付款义务后，拒不配合丙办理房屋产权过户手续，且因其自身的原因导致系争房屋被法院查封，故丙可以申请解除合同，返还已付购房款。至于丙提出的双倍返还定金并支付违约金的诉求，根据我国**《合同法》**的相关规定，当事人既约定了违约金又约定了定金的，一方违约时，对方可以选择违约金或定金条款。故本案中，丙只能选择其中一项要求对方承担，不能同时适用。实践中，定金和违约金都可以明确约定在合同中，二者的区别比较明显，定金是指合同当事人为保证合同履行，由一方当事人预先向对方缴纳一定数额的钱款，其既可作为合同的一种担保，也可以起到证明合同成立的作用。违约金则是由当事人约定的或者由法律直接规定的，在违约方不履行合同时，偿付给守约方的一定数额的钱款，其带有补偿及惩罚的性质。此外，在众多合同文本中，也经常涉及到“订金”和“预付款”等字眼，订金其实不是一个规范的法律概念，其虽与“定金”只是一字之差，却不具备其担保的性质，只能作为当事人的一种支付手段，合同若继续履行，则可抵做整体价款的一部分，若不能履行，也只能如数返还，而不能如定金一样要求双倍返还；预付款则是当事人将合同总价款的一部分预先支付给对方当事人，其交付行为仅仅是债的履行行为，同样不具备担保的性质，其主要作用是为接受预付款的一方解决资金上的困难，使其更有条件按合同规定适当履行其义务。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第一百一十四条和第一百一十五条

《**中华人民共和国担保法》**第八十九条、第九十条和第九十一条

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国担保法>若干问题的解释》**第一百一十八条

## 27、公司派发的宣传资料构成要约还是要约邀请？

【**概念解释**】

**要约**：是当事人一方向对方发出的希望与对方订立合同的意思表示。发出要约的一方称要约人，接受要约的一方称受要约人。

**要约邀请**：是希望他人向自己发出要约的意思表示，是当事人在订立合同的过程中的一种预备行为，但不是订立合同的一种必经程序。要约邀请仅仅在于促成对方发出要约。要约邀请在相对人发出要约以后，在经过自己的承诺，才能使合同有效成立。

【**案例简介**】

2000年10月尹美丽依据青岛伟东置业有限公司宣传与承诺，与其签订了商品房买卖合同，购买了伟东置业期房一套。2005年，伟东置业在尹所购房屋前建成了5座楼高为24层的高层，其中3座高层直接对尹所购房屋的通风、采光及眺望等方面构成严重影响，导致尹所购房屋市场现有使用价值大幅度贬值。尹起诉至人民法院称，伟东置业的虚假宣传误导致使尹购买了该房屋，该宣传彩页应当作为合同的一部分内容，伟东置业违反了合同约定，应承担违约责任。尹提交宣传彩页一宗，证明依据伟东置业的宣传彩页，所购买的房屋应当紧靠南京路，并且周边有两块绿地，但现实情况与宣传彩页上的严重不符【**（2013）鲁民提字第321号**】。

【**律师解析**】

律师认为，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》**第三条规定：“商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，但出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。”

该条规定中的“商品房规划范围”应指经政府相关部门批准的商品房规划范围。本案中，尹房屋所在小区的建设项目与遮挡其房屋的项目分别取得建设工程规划许可证，且后者于2004年才取得房地产权证书，由此可以认定两个小区并非处于同一商品房开发规划范围内，尹主张宣传彩页应当视为要约，没有事实和法律依据。

同时，伟东集团没有在宣传彩页中对绿地作出明确具体的允诺，未明确说明要将该处设为绿地或承诺以后不在此处建设楼房，故宣传彩页中的内容应当视为要约邀请，不可作为双方签订合同的组成部分，对双方亦不具有约束力。尹主张伟东集团违约没有依据。

律师提示，要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。公司寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。如果商业广告的内容符合要约的规定，则视为要约。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第十五条

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》**第三条

## 28、网上签订合同有效吗？

有效。

【**案例简介**】

2009年3月16日，原告和被告的委托人刘强（被告之子）一同到北京市朝阳区房屋权属登记中心填写了《存量房自行成交网上签约申请表》并签字。2009年3月17日，原告和刘强在北京市朝阳区房屋权属登记中心再次签字确认了《存量房买卖合同信息表（自行成交）》。原告认为房屋的出售价格过低，拒绝与被告进行书面合同的签订，并欲注销在北京市朝阳区房屋权属登记中心登记的网上信息。但根据双方网签的约定，只能由买方进行网上信息的注销，原告无法单方进行网上信息的注销，原告诉至法院【**（2010）二中民终字第05439号**】。

【**律师解析**】

本案集中的焦点在于网签形式是否符合合同成立的要件。律师认为，虽然房屋买卖双方尚未签订书面的购房合同，但是双方已经进行了网签，而且明确了合同的价款、房屋信息，所以应当认定双方的买卖合同已经生效。

网签是合同订立的合法形式之一。我国**《合同法》**规定“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。”而其中的书面形式既包括传统的有形的合同书、信件，也包括无形的数据电文，例如电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件，只要其可以明确地表现合同的内容即可。本案中，双方填写了《存量房买卖合同信息表（自行成交）》，并签字确认了《合同信息表》的内容，并经建委审核后在网上进行公示。因此，双方已经就房屋买卖的主要意向形成数据电文，是合同订立有效形式之一。

2009年5月13日开始实施的**《最高人民法院关于〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》**第一条规定“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。”而本案诉争双方所签订的《存量房买卖合同信息表》中，明确标注出卖人信息、买受人信息、房屋及交易信息（包括房屋的基本状况，即房屋所有权证号、户型楼层、房屋性质、抵押情况、土地使用状况、成交价款以及签约密码等等），完全满足上述司法解释中对合同成立条款的要求。此时，合同的主要权利义务已经确定，合同的条款是明确的。在这种情况下，应当认定诉争合同已经成立。

律师提示，数据电文是合同订立有效形式之一，即网签合同意味着合同有效订立。因此合同双方应重视网签合同的意义，达成合意后签署，以免纠纷。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第十条和第十一条

最高人民法院关于**《〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》**第一条

## 29、摁手印和签字的合同是否都成立？

成立。

【**案例简介**】

2014年1月26日，甲因经营需要向乙借款人民币6万元，并向乙出具了借条一张，自然人丙、丁为该笔借款提供连带担保责任，担保范围包括借款本金、利息及债权人为实现债权而花费的所有费用，担保期限为两年。其中丙在借据中担保人处签字并摁手印，丁由丙在担保人处代为签字并亲自摁了手印。借款期限届满后，甲未能及时偿还所借款项，乙遂将债务人甲及担保人丙、丁诉至法院，请求三人承担连带赔偿责任【**（2015）大三民初字第00483号**】。

【**律师解析**】

本案中，甲乙双方缔结借款合同系真实的意思表示，合法有效，甲应依法偿还乙借款本金及利息。丙在借款合同中担保人处签字并摁了手印，其担保人身份确认无疑，丁并未在借款合同中的担保人处签字，仅仅是摁了手印，根据我国**《合同法》**司法解释的相关规定，当事人采用合同书形式订立合同的，应当签字或者盖章。当事人在合同书上摁手印的，人民法院应当认定其具有与签字或者盖章同等的法律效力。由此可知，本案中的丁虽未亲自签字，但其捺印的行为与签字具有同等的法律效力，故应确认其担保人的身份，与债务人共同承担赔偿责任。当然，签字或者摁手印只是合同成立的要件，但并非意味着带有签字和手印的合同一定是有效的，如果合同具有**《合同法》**中规定的无效情形，依然会被归于无效。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第三十二条和第五十二条

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释（二）》**第五条

## 30、合同上没有加盖合法、有效的公章，但有法定代表人签字，合同是否有效？

不一定。视具体情况而定。

【**案例简介**】

2010年12月1日，峰煤公司向龙鑫公司出具委托书一份，内容为：“潞安公司：兹有峰煤公司委托龙鑫公司总经理张海军同志代理我公司与贵公司办理精煤采购相关事宜。”同日，龙鑫公司（作为乙方）、峰煤公司（作为甲方）签订了关于甲方委托乙方代理到潞安公司订购精煤合作事项的代理合作协议书一份，其中第二条约定，甲方按乙方合同签订精煤数量每吨付乙方业务代理费（劳务费）用20元。第八条约定，本合作协议一式二份，签字盖章生效。落款有甲方代理人梁树新（时任峰煤公司原料部部长）签字未盖公章，乙方代理人张海军签字并盖有龙鑫公司单位公章。上述协议第二条乙方业务代理费每吨20元及第五条乙方代理劳务费20元／吨的“20”均为龙鑫公司自行填写数字，而峰煤公司持有的一份协议书上该数字处为空白。双方为代理合作协议书是否成立与处理委托事务而支付的费用由谁负担而发生争议【**（2012）邯市民三终字第103号**】。

【**律师解析**】

律师认为，因双方签订的代理合作协议书中，甲方代表梁树新虽在落款栏内签字但未盖章，不符合协议中签字盖章才能生效的约定，且峰煤公司方持有的协议书上劳务费一栏处为空白，说明双方对劳务费的报酬未协商一致，故该协议不能成立。但龙鑫公司作为峰煤公司委托人，确实为峰煤公司与他人签订了两份煤炭买卖合同，后峰煤公司因煤炭质量问题，致合同未履行。为此峰煤公司应承担一定的责任。根据合同法规定，“受托人完成委托事务的，委托人应当向其支付报酬。因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬”。故龙鑫公司为处理委托事务而支付的合理费用，应由被委托人即峰煤公司承担。

律师提示，虽然法律规定采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立；但当事人有特别约定的，须依照约定。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第三十二条、第三十三条和第四百零五条

## 31、收取定金后不履行合同，只退还定金就可以吗？

不可以。

【**案例简介**】

2014年7月31日，甲以代理人身份代表乙，与丙在房产代理销售公司签订了存量房买卖合同及补充协议，双方约定将乙名下一处房屋出售给丙，议定价格为52万余元，合同签订后由丙向出卖方乙支付定金1万元，乙在收到定金后应配合丙方办理房屋所有权移转手续。嗣后，丙依约向乙方交付了1万元购房定金，乙迟迟不与丙办理过户手续，且将房屋转售他人，丙沟通无果后将其诉至法院，要求乙双倍返还定金并赔偿损失【**（2015）合民一终字第03454号**】。

【**律师解析**】

本案中，乙在收取丙支付的购房定金后未能按照合同约定配合丙办理房屋过户手续，而是将房屋转售给他人，导致合同无法继续履行，其行为已经构成违约，应当依法承担违约责任，根据我国**《合同法》**中定金的相关规定，收受定金的乙方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金，故乙应返还丙定金2万元。此外，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》**的相关规定，买卖合同约定的定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方请求赔偿超过定金部分的损失的，人民法院可以并处，但定金与损失赔偿的数额总和不应高于因违约造成的损失。因此，若购房者丙因乙的违约行为所遭受的损失高于双倍返还定金的数额，则丙仍有权要求乙方在违约责任内继续赔偿损失。由此可见，合同当事人一方在收取定金后若不履行合同，非但需要依照定金罚则双倍返还定金，还有可能在违约范围内承担赔偿责任。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第一百一十三条和第一百一十五条

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》**第二十八条

## 32、哪些情形下的合同可以撤销？合同被撤销后，给对方造成的损失要赔偿吗？

合同被撤销后合同违约方应向对方赔偿损失。

【**案例简介**】

2015年7月28日，甲通过房产经纪公司丙与乙签订了《房地产买卖居间协议》，约定由甲以263万元的价格购买乙所有的一套房屋，房屋性质为住宅，甲以现金方式支付80万元，剩余183万元以贷款方式支付。同年8月16日，甲和乙签订了《上海市房地产买卖合同》，约定：甲方受让乙方自有房屋及该房屋占用范围内的土地使用权，转让价款为263万元，甲支付首付款后，余183万元向银行申请贷款，由银行在见抵押权证、新产证后直接放款给乙账户等。甲共向乙支付了首付款75万元。办理银行贷款时，银行告知其欲购买的房屋土地性质是工业用地，故不能办理贷款。至此，甲方知乙和丙均向其隐瞒了实际情况，因此导致户口无法迁入，且使用年限与住宅用地也存在巨大差别。故甲向法院提起诉讼，主张甲与乙签订的房屋买卖合同系基于重大误解而订立的，请求撤销该合同【**（2015）杨民四（民）初字第4732号**】。

【**律师解析**】

本案中，房主乙在与购房者甲签订房屋买卖合同时，并未明确告知对方该房屋的土地性质系工业用地，导致甲不能申请购房贷款，而且在户口转入、使用年限等方面也与甲的购房预期存在较大差异，并且甲并非专业人士，不具备自行判断该土地性质的能力，故应该认定甲在签订合同时存在重大误解，应撤销双方签订的《房屋买卖合同》。根据我国**《合同法》**第五十四条的规定，可撤销合同包括以下几种法定情形：一是因重大误解而订立，二是在订立合同时显失公平，三是一方以欺诈胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立合同。而合同在被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还，不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。在本案中，甲基于重大误解与乙订立了房屋买卖合同，并依约向其支付了房屋首付款，在合同被撤销后，乙应依法返还甲该笔款项。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第五十四条和第五十八条

## 33、合同转让没有经过抵押权人同意有效吗？

有效，但不能发生抵押物的物权变动。

【**案件简介**】

甲公司于2013年6月份，因经营急需资金，其从工商银行贷款20万元，将其一处房屋抵押给工商银行并办理了抵押登记。在房屋抵押权存续期间，甲公司未告知工商银行也未经其同意，以85万元的价格将房产转让给乙公司，双方签订房屋买卖合同，乙公司支付首付款30万元，后因办理产权过户登记手续事宜双方发生纠纷。为此，乙公司诉至法院，要求甲公司协助办理房屋产权过户登记手续，工商银行得知双方讼争纠纷后申请参加诉讼，并作为有独立请求权的第三人提出诉求，要求确认甲乙公司签订的房屋买卖合同无效，并要求甲公司偿还贷款。

案件在审理过程中，人民法院依法对各方当事人进行了释明，乙公司将剩下55万元购房款中的25万元支付给了工商银行用于代替甲公司偿付贷款及银行利息，最后人民法院判决甲乙公司之间签定的房屋买卖合同继续有效，因工商银行的抵押权已经实现，由工商银行协助办理解押手续。甲公司在规定的时间内协助办理过户手续。

【**律师解析**】

律师认为，在房屋买卖合同约定的履行期限届满时，出卖人仍未取得抵押权人的同意，也未向抵押权人清偿债务消灭抵押权的情况下，依据建设部**《房屋登记办法》**第三十四条的规定，抵押期间，抵押人转让抵押房屋的所有权，申请房屋所有权转移登记的，应当提交抵押权人同意抵押房屋转让的书面文件。因此，未经抵押权人书面同意，出卖人与买受人共同申请办理房屋所有权转移登记手续，房屋登记机关是不予办理的。由于出卖人无法履行为买受人办理房屋所有权转移登记的义务，合同无法继续履行，构成法律上的履行不能，买受人签订合同的目的无法实现，买受人有权解除合同，并要求出卖人承担相应的违约责任。买受人要求继续履行合同，办理房屋所有权转移登记的，法院应当向买受人释明，告知其变更诉讼请求，经释明后买受人坚持不变更的，应驳回其诉讼请求。本案最终也是按照第三种观点进行的最终判决。

律师提示，**《物权法》**第一百九十一条第二款规定中的“不得转让抵押财产”应理解为不能发生抵押物的物权变动，但不影响抵押物转让合同的效力，只对合同能否继续履行、买受人能否办理房屋所有权转移登记产生影响。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国物权法》**第一百九十一条

**《房屋登记办法》**建设部令（第168号）第三十四条

## 34、企业变更/合并/分立后，以前的合同是否还要履行？原债务应由谁来承担？

需要继续履行。原债务应由变更后的法人承担。

【**案例简介**】

A建筑公司(以下简称A公司)于1996年11月与建设银行签订了为期3年的贷款合同，贷款金额为人民币1500万元。后A公司于1998年4月分立为B建筑公司（以下简称B公司）和C建筑公司(以下简称C公司)，两企业形式均为有限责任公司。原A公司被注销。至1999年11月贷款到期，新成立的两家法人企业拒不承担原A公司的债务，致使建设银行的贷款未能及时得到偿还。建设银行经多次向B公司和C公司催还贷款未果，遂以两公司为被告起诉至法院，请求法院判令两被告偿还本金及利息。而两被告辩称，原贷款合同为A公司与建设银行签订，B公司与C公司非合同当事人，没有偿还贷款的义务。

【**律师解析**】

我国**《民法通则》**第四十四条规定："企业法人分立、合并，它的权利和义务由变更后的法人享有和承担。"根据**《民法通则》**的精神，现行的**《中华人民共和国合同法》**第九十条规定："当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。"因此，当事人合并或者分立后，不仅原有的一切债权债务依法由合并或者分立后的法人或者其他组织承担，而且原有的财产所有权、经营权、知识产权等也都转移给合并或者分立后的企业。

律师提示，此种权利义务的一并转移与一般合同转让有所区别。由于合同的转让是一种处分行为，其条件之一是，须由转让人与受让人就合同转让协商，达成一致意见并经对方当事人同意，合同转让才有可能发生。由企业分立导致的权利义务的转移是基于法律的规定而发生的，而非当事人的合议，称法定转移，其目的是有效地防止债务人假借合并或者分立逃避债务，从而更好地保护债权人的合法权益。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国民法通则》**第四十四条

**《中华人民共和国合同法》**第九十条

## 35、合同违反法律、行政法规强制性规定的都无效吗？

不一定。

【**案例简介**】

2013年6月9日，鸿仁泰公司与两岸中心签订《协议书》，约定双方合作经营推广及销售两岸中心特许授权开发的《妈祖贡酒》系列酒品及五通码头二楼贵宾厅会员VIP卡，约定了经营所得利润五五分成等内容。后鸿仁泰公司因与两岸中心纠纷，主张合同无效，理由是根据国务院**《民办非企业单位登记管理暂行条例》**第二条、第四条的规定，民办非企业单位不得从事营利性经营活动。两岸中心作为民办非企业单位，其章程中也明确了其系“从事非营利性社会服务活动的社会组织”，故两岸中心对其不得从事营利性活动的单位性质本身是清楚知晓的。《协议书》是双方为了合作从事营利性经营活动而订立的，与两岸中心的单位性质相悖。《协议书》违反了法律法规的强制性规定，应当认定为无效【**(2014)厦民终字第1001号**】。

【**律师解析**】

讼争《协议书》系双方在真实意思表示下签订的，并未违反法律法规的效力性强制规定及出现损害国家利益和社会公共利益的内容，应当被确认为合法有效。

对于如何适用**《合同法》**第五十二条第（五）项的规定，最高人民法院作出了以下司法解释：**《民办非企业单位登记管理暂行条例》**第十四条规定，**《合同法》**第五十二条第（五）项规定的‘强制性规定’，是指效力性强制性规定。违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力。效力性首先是指强制性规定是否明确规定了违反的后果是合同无效，如果规定了违反的后果是导致合同无效，该规定属于效力性强制性规定。其次，法律、行政法规虽然没有规定违反将导致合同无效的，但违反该规定如使合同继续有效将损害国家利益和社会公共利益的，也应当认定该规定是效力性强制性规定。**《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》**第十六条规定：“……如果强制性规定规制的是当事人的‘市场准入’资格而非某种类型的合同行为，或者规制的是某种合同的履行行为而非某类合同行为，人民法院对于此类合同效力的认定，应当慎重把握，必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院”。

**《民办非企业单位登记管理暂行条例》**并非属于效力性强制性规定，而是属于管理性强制性规定。该条例的调整对象是民办非企业单位的主管部门对民办非企业单位进行登记管理所发生的权利义务关系。其立法目的，主要是为了实现对民办非企业单位进行有效行政管理和保障民办非企业单位的合法权益而制定的，并未明确规定违反该条例规定的后果就会导致合同无效，也未规定违反该条例如使合同继续有效将损害国家利益或者社会利益。因此该条例不影响其所签订的民事合同的效力。

律师提示，合同违反法律、行政法规强制性规定的，不必然导致合同无效。判断合同是否无效，应当分析合同条款是否违反效力性强制规定。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第五十二条

**《关于适用﹤中华人民共和国合同法﹥若干问题的解释（二）》**第十四条

最高人民法院印发**《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》**的通知（法发〔2009〕40号）第五条第十五和第十六款

**《民办非企业单位登记管理暂行条例》**

## 36、企业如何参与政府采购？

【**案例简介**】

2011年3月，重庆沙坪坝区园林管理局（以下简称沙区园林局）委托甲公司将沙坪坝区东部城区道路整治项目通过竞争性谈判方式选择施工单位。甲公司于2011年3月17日至2011年3月23日在重庆市建设工程信息网上发布了该项目的竞争性谈判公告信息。乙公司、丙公司及丁公司按照公告规定的时间报名并购买了竞争性谈判文件。2011年4月8日，沙区园林局向乙公司发出了《重庆市建设工程中标通知书》，4月10日，沙区园林局同乙公司签订了一份《道路整治项目工程合同》。后因沙区园林局未能如期支付相应工程款，乙公司将其诉至法院，要求其履行合同义务。后经法院审理，认定该《道路整治项目合同》属无效合同，因为该工程属于政府采购范畴，根据**《中华人民共和国政府采购法》**和**《中华人民共和国招标投标法》**的相关规定，本案中的这一类工程建设项目在进行政府采购时应采取公开招标而非竞争性谈判的形式，故而经由竞争性谈判而产生的后续工程合同无效【**（2014）民一终字第302号**】。

【**律师解析**】

本案中，沙区园林局意欲对该区东部城区道路进行整治，该项目系大型基础设施、公共事业等关系社会公共利益、公共安全的工程建设项目，应属政府采购的范畴，虽然政府采购也可采取竞争性谈判的方式，但根据我国**《招标投标法》**的相关规定，在我国境内进行的大型基础设施、涉及公众安全及社会公共利益的工程建设项目，必须进行公开招标。因而该项目未经过公开招标的方式来进行项目采购，违反了**《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》**中关于建设工程必须进行招标的规定，故而无效。政府采购项目对于民营企业而言风险低，安全有保障，因而许多企业会选择参与竞争取得政府采购项目，但企业参与政府采购一方面要具备法律规定的适格条件，如具有良好的商业信誉和健全的财务会计制度，具有履行合同所必需的设备和专业技术能力，拥有依法缴纳税收和社会保障资金的良好记录以及具有独立承担民事责任的能力等；另一方面，企业还应严格遵循我国政府采购的法定程序，对于政府采购所采取的不同形式（如公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价等等）均需审查自身是否符合相应的资格要求。此外，企业在参与政府采购过程中，不得以向采购人、采购代理机构、评标委员会的组成人员、竞争性谈判小组的组成人员、询价小组的组成人员行贿或者采取其他不正当手段谋取中标或者成交。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国政府采购法》**第二十一条、第二十四条、第二十五条和第二十六条

**《中华人民共和国招标投标法》**第三条

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》**第一条

## 37、卖方交付的货物与样品不一致怎么办？

【**案例简介**】

2006年，普瑞赛斯公司与江西省结核病防治所就中标项目签订买卖合同，为后者购买直径40毫米高30毫米规格痰盒200万只。后普瑞赛斯公司与科析公司签订买卖合同，合同约定普瑞赛斯公司向科析公司购买直径40毫米高30毫米规格蜡纸痰盒200万只；质量标准为相关行业标准或买受人确认的样品为准。后科析公司与明生仪器厂签订了《供货合同》，合同约定：由明生仪器厂向江西省结核病防治所提供痰盒200万只，质量标准为以样品为准。双方确认的样品为有盖纸杯，但明生仪器厂与科析公司均未对样品进行封存。

到货后，江西省结核病防治所向普瑞赛斯公司发函，函称收到痰杯200万只，经与合同比对不符合要求，望予重发货。2006年8月15日，普瑞赛斯公司发函给科析公司，对因明生仪器厂提交的痰盒不符合合同约定的规格被拒收一事向科析公司提出抗议并要求其赔偿全部损失，于是科析公司向明生仪器厂提起诉讼【**（2008）成民终字第1209号**】。

【**律师解析**】

律师认为，双方确认的样品为直径40毫米高30毫米的有盖纸杯，根据**《中华人民共和国合同法》**第一百六十八条的规定，凭样品买卖的当事人应当封存样品，并可以对样品质量予以说明。但由于明生仪器厂与科析公司并未封存样品，导致法院对样品的品质无法验证，对此双方均负有责任。按照《新华字典》中对盒的解释为：有底、有盖的盛东西的器物。所谓痰盒应是有盖的盛痰的器皿。因明生仪器厂向江西省结核病防治所送货后，江西省结核病防治所向明生仪器厂出具的收条上载明收到明生仪器厂的痰杯系无盖纸杯，而科析公司向明生仪器厂订制的是痰盒。由于明生仪器厂提供的产品不符合合同规定，故科析公司请求判令明生仪器厂返还货款、退还200万只痰盒的诉讼请求，符合法律规定，应予支持。

律师提示，凭样品买卖的合同，双方应当注意封存样品，以避免纠纷。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第一百六十八条和第一百六十九条

## 38、没有按约定时间提货而导致货物损毁的，损失由谁承担?

【**案例简介**】

B公司向A公司售卖了一批建材，约定于2015年8月30日前在C仓库提货。8月25日，B公司将这批建材存放在仓库并通知A公司提货，但A公司因未能筹足货款，故未如约提货。9月3日，C仓库突发火灾，导致这批建材全部被焚。因A公司并没有付款，B公司要求A公司赔偿全部货款，A公司应当赔偿全部货款吗？

**【律师解析**】

A公司应当赔偿全部货款。按照我国法律规定，买受人自提标的物的，自出卖人将标的物置放于约定或者法定地点时起，货物的风险由买受人承担。本案中，B公司已经履行了自己的义务，本身没有过错，若A公司能够如约提货，则建材就不会损失。**《中华人民共和国合同法》**第一百四十六条：出卖人按照约定或者依照本法第一百四十一条第二款第二项的规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第一百四十六条

## 39、什么样的借款合同不受法律保护？

【**案例简介**】

2014年3月12日，甲银行与乙公司签订流动资金借款合同一份，约定乙公司向甲银行借款200万元，贷款年利率为6.032%，贷款期限自2014年3月12日至2014年6月11日止，按月结息、到期还本，逾期还款部分罚息利率按照贷款利率上浮50%确定。甲银行于2014年3月12日依约向乙公司发放贷款200万元，借款期限届满后，乙公司未能按时还款，甲银行遂诉至法院。而在2014年6月1日，丙市公安局已对乙公司法定代表人丁骗取贷款案立案侦查，2015年3月13日，本案主审法院对犯罪嫌疑人丁贷款诈骗案做出一审判决，认定丁以非法占有为目的，使用虚假的财务报表、经济合同，以乙公司的名义向甲银行骗取银行贷款计200万元，其行为构成贷款诈骗罪【**（2014）嘉海商初字第642号**】。

【**律师解析**】

本案中，乙公司的法定代表人丁假借公司名义，通过虚假的财务报表，经济合同等向甲银行骗取贷款200万元，根据我国**《合同法》**第五十二条的规定，一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益和以合法形式掩盖非法目的，合同无效。故丁骗取贷款的犯罪行为导致甲银行及乙公司所签订的借款合同属于法定的无效合同，不受法律保护，因该合同取得的财产，应当予以返还，有过错的乙公司还应赔偿甲银行相应产生的利息损失。根据我国**《合同法》**及相关司法解释的规定，法律仅保护合法有效的借贷关系，对于那些通过借贷行为进行非法活动，通过缔结借款合同从事非法金融业务活动，所订立的借款合同属法律规定的无效合同及可撤销合同的，均不在法律所保护的范围之内，行为人还要承担相应的民事责任甚至刑事责任。

【**法条链接**】

《**中华人民共和国合同法》**第五十二条和第五十四条

最高人民法院印发**《<关于人民法院审理借贷案件的若干意见>的通知》**第六条和第十条

最高人民法院**《关于如何确认公民与企业之间借贷行为效力问题的批复》**

## 40、借款合同没有约定还款时间怎么办？

【**案例简介**】

甲向人民法院诉请，其自2012年9月18日至2014年7月18日，分数次向乙公司出借人民币485万元，约定月利息为1.5分。嗣后，甲又介绍并担保丙和丁向乙公司出借人民币150万元，后经丙和丁的催要，甲与丙和丁于2015年3月1日签订了债权债务转让协议，乙和丁将两笔共计150万元债权转让给甲，并通知了乙公司。截止2015年2月底，乙公司欠甲的借款利息共计137余万元。由于甲乙双方的借款合同中并未约定还款期限，故法院审理后认定甲可依据**《中华人民共和国合同法》**关于借款期限的规定随时向乙公司主张权利，即可以要求乙公司在合理期限内返还【**（2015）渭中民立初字 第00007号**】。

【**律师解析**】

本案中，甲乙双方的债权债务关系清晰，丙和丁对乙享有的债权也合法地让与甲，但由于甲乙双方在借款合同中并未约定还款时间，合同生效后，双方也没有按照**《中华人民共和国合同法》**第六十一条的规定对还款时间进行协议补充，因而可以依据**《中华人民共和国合同法》**第二百零六条的规定，债权人可以随时要求对方返还，但应给予对方合理的准备期限。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第六十一条、第六十二条和第二百零六条

## 41、债务人没有履行能力，债权人应该怎么办？

【**案例简介**】

甲公司因建设工程施工合同纠纷，将乙公司诉至法院。经法院调解，认定乙公司欠甲公司工程款166万元及利息共计171万元，应于2013年11月31日付清。判决生效后，乙公司并未按时履行义务，甲公司遂申请强制执行，但乙公司并无能力清偿全额债务。2014年6月30日，甲公司得知乙公司对丙公司享有到期债权，故而再次向法院提起申请，请求代位执行乙公司对丙公司的到期债权【**（2015）冀执复字第17号**】。

【**律师解析**】

本案中，甲公司经法院判决确认了对乙公司享有的到期债权，但在执行过程中发现乙公司并无清偿债务的能力，根据我国**《民事诉讼法》**司法解释中关于执行程序的规定，经过财产调查未发现可供执行的财产，可以裁定终结执行程序，只有当申请执行人发现被执行人有可供执行的财产的，方可再次申请执行。本案中，债权人就是主动发现了被执行人享有到期债权，故其可以依法申请代位执行，以保障自身债权的实现。

**代位执行**是指在执行程序中，当被执行人不能清偿债务，但对第三人享有到期债权时，人民法院根据申请执行人或者被执行人的申请对第三人的财产予以执行，以实现债权的行为。

综上，当在债权执行阶段，遇到债务人无履行能力之时，债权人不能被动等待，应主动去了解其是否享有对他人的到期债权，通过代位执行的方式也可维护自身的合法权益。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国民事诉讼法》**第二百五十七条

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》**第五百一十九条

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见》**第三百条

最高人民法院**《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》**第六十一条

## 42、债务人欠款不还并低价转让资产，债权人该怎么办？

【**案例简介**】

甲为某家具制造公司的股东，其与乙签订230万元转让自己全部股权的转让协议，乙随即在工商管理部门办理了股东变更登记。但乙迟迟没有向甲支付转让款，协议约定的期限届满，乙仍未支付，甲遂向法院起诉，法院判决乙应支付甲股权转让款230万元。在判决生效后执行中，乙与其胞弟签订了房屋买卖合同及机动车转让合同，分别以50万元及13万元的价格将75平方米和37平方米（市价约150万元）的房屋以及丰田汉兰达汽车（市价约30万元）低价转让给其胞弟。

【**律师解析**】

本案涉及债的保全，也即法律为防止债务人财产的不当减少给债权人的债权造成损害进而设置的债的保障形式。主要的债的保全形式包括两种：一是债权人代位权，二是债权人撤销权。本案中债权人甲所需要的保全方式是---债权人撤销权。

**债权人撤销权**是指债权人依法享有的为保全其债权，对债务人不当处分作为其债务履行资力的现行财产的行为，请求法院予以撤销的权利。债权人行使撤销权需遵守相应的程序并具备相应的条件：首先，债务人必须实施了危害其债权的行为。本案中，债务人乙拒不履行到期债务，并在法院判决后拒不执行，还将其个人财产以明显的低价转让给其胞弟，因而可以确定其实施了危害他人债权的行为；其次，处分行为具有主观恶意，且受让人对债务人以明显不合理低价转让财产的行为是明知的，也即债务人是出于损害债权人利益的心理而实施的财产处分行为，受让人也并非善意取得债务人处分的财产。本案中，债务人乙在法院判决生效后执行过程中，将个人财产低价转让给其亲属的行为，明显为不愿履行债务，意图使债权人得不到清偿，此外，乙的胞弟作为其近亲属，以明显的低价收购乙的房屋及机动车，也可推断其是明知乙的不当处理财产的事实；第三，债权人主张撤销的，应当通过诉讼的方式提出；第四，撤销权应当在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。

综上，本案中的债权人甲应当自知道乙不当处理其个人财产之日起及时向人民法院提起诉讼，请求人民法院撤销乙的处分行为。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第七十四条和第七十五条

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释（一）》**第二十五条

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释（二）》**第十八条

## 43、没有借条如何讨债？出具或持有欠条、收据，应注意什么问题？

【**案例简介**】

2010年5月16日，甲从北京华盛福源汽车销售服务有限公司处购买了天籁轿车一辆，费用合计307,000.00元。付款时，甲现金支付了7000.00元，乙在该汽车销售公司以刷卡方式支付了300000元，所购车辆登记于甲名下。后乙向甲索要用于购车的借款300,000.00元被拒绝，遂诉至法院。法院审理查明，甲乙系亲属关系，甲主张乙的付款行为是对其的赠与，乙主张其代为垫付购车款的行为是借款行为，二人均未能出具证明付款行为性质的赠与合同或欠条。嗣后，法院根据双方的举证，决定采信华盛福源为双方服务的汽车销售员丙关于双方在购车时口头约定先由乙垫付购车款，甲将过后偿还的证词，认定甲乙间的借款事实存在，甲应向乙偿还借款30万元【**（2013）三中民终字第1353号**】。

【**律师解析**】

本案中，因债权人未要求债务人出具欠条，以致在主张权利时遇到困难，尤其是双方对缴付购车款的性质各执一词时，法院只能根据当事人双方出具的证据进行认定，由于双方提供的证人证言多是出自与自己有亲属关系或利害关系的证人，法院一般不会予以采信，而汽车销售员丙与甲乙二人不存在利害关系，其在售车过程中也确有可能得知双方对乙所付款项的约定内容，故其证言的真实性、合法性以及关联性更容易得到法院的认可。

在现实生活中，在书写欠条时，为保证其具备法律效力，减少日后产生纠纷的可能性，应注意以下几点：一是欠条内容完整，比如，应书写清楚借款人和放款人的法定全名，大写及小写的借款金额，借款的时间期限，包括借款的起止年月日和明确的借款期限，若涉及到利息，还应清楚写明年利率或月利率以及最终应支付的借款利息总额，付款方式，还应有借款本人亲自签章、手印或亲笔书写的签字等等；二是欠条书写应字迹清晰可辨认，并书写紧凑减少可增添内容的留白；三是要注意欠条的保管，防止因时间推移字迹褪色或遭到腐蚀。若在借款时没有留存欠条或者欠条遗失，则应尽可能的寻找其他证据加以证明债权债务关系的存在，比如与双方没有利害关系的见证人，包含借款内容的影音通讯资料，付款凭证或银行转账凭证等等。

【**法条链接**】

最高人民法院**《关于民事诉讼证据的若干份规定》**第二条

## 44、发票能否作为付款凭证？

不一定。

【**案例简介**】

2014年3月，甲公司与乙公司签订买卖合同，合同约定由甲公司提供价值70万元的钢材，乙公司收到货物后先支付40万元货款，剩余30万元货款在收货后三个月内结清。甲公司依照合同约定向乙公司提供了全部货物，乙公司要求甲公司一次性开具70万元发票。2015年6月20日，甲公司依照合同约定向乙公司索要余下的30万元货款，乙公司以其已经收到货物全额发票，可以证明其已经支付了全额货款为由拒绝了甲公司的付款请求，甲公司协商未果，遂起诉到法院。

【**律师解析**】

本案中，乙公司在收到货物后要求甲公司提供货物的全额发票，但彼时其并未全额支付货款，根据**《中华人民共和国发票管理办法》**第三条的规定，“发票是指在购销商品、提供或者服务以及从事其他经营活动中，开具、收取的收付款凭证”，由此可知，发票并不是“开具、收取的已收付款凭证”，也即发票是财务上“应收款”或者“应付款”的合法凭据，而不是指“已收款”或“已付款”的凭证。因此，乙公司不能仅凭货物的全额发票证明其已经支付了全额货款，还应提供其他证据材料进行辅证。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国发票管理办法》**第三条

北京市高级人民法院**《审理买卖合同纠纷案件若干问题的指导意见（试行）》**第四十一条

上海市高级人民法院**《关于增值税发票证明力的相关问题》**

山东省高级人民法院**《合同纠纷审判实践中的若干疑难问题（一）》**第十五项

## 45、误付款到别人的账号，对方不返还，怎么办？

【**案例简介**】

2013年9月14日，甲误将26,400.00元汇入乙的账号，事后，甲多次与乙沟通，要求其返还不当利益，乙迟迟不还，故甲将乙诉至法院。法院审理查明，甲从事摩托车、汽车配件生意，往来账款委托其弟丙收支。与甲有生意往来的客户中有两人同名同姓，其中包含本案当事人乙。事发当天，甲委托其弟丙向案外人丁汇货款26,400.00元，丙通过网银支付货款时，错误的将此笔款项汇到了与客户丁同名同姓的当事人乙的账户。9月15日，案外人丁向甲催要货款时，甲才发现汇款错误。嗣后，甲要求乙归还其错误汇出的26,400.00元，乙予以拒绝，但未能提供证明该笔款项系其合法所得的依据【**（2015）东民初字第962号**】。

【**律师解析**】

本案中，甲因操作失误将款项汇到乙的账户，当事人乙不能提供此笔款项是其合法所得或者二者间存在账务往来的证据，故其取得该款项没有合法根据，属于不当得利，依照我国**《民法通则》**中第九十二条的规定：“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”故本案的不当得利者乙应将此款项及其利息（以26,400.00元为本金，按中国人民银行同期活期存款利率自2013年9月15日起计算至实际履行之日止）返还给甲。

综上，若不慎付款到别人的账户，经协商，对方仍不予以返还的，可将其起诉至人民法院，以对方不当得利为由主张返还。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国民法通则》**第九十二条

最高人民法院**《关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见（试行）》**第一百一十三条

## 46、债务人失踪了，债权人该如何催讨其所负的债务？

【**案例简介**】

2009年5月，甲因病急需做手术，向乙借款6万元，并约定1年后归还本息62,000.00元。2010年6月，借款期限届满，乙向甲主张债权，甲以病情尚未好转为由请求延缓还款，乙遂与甲签订了为期6个月的借款展期合同。2011年3月，乙再次与甲联系索要借款，却得知甲已于当年1月独自外出求医并不在家，其亲属也联系不上，后乙多次上门寻甲未果。2013年3月，乙向甲住所地人民法院提起诉讼，以甲下落不明满2年为由，请求法院对其宣告失踪，并指定财产代管人，代其清偿债务。

【**律师解析**】

本案中，债务人甲在还款期限届满后独自外出访医，债权人乙及其家人均不能联系上其本人，根据我国**《民法通则》**有关宣告失踪的规定，在其下落不明满2年后，债权人乙可以作为其利害关系人申请宣告失踪，并向其财产代管人主张债权。

现实生活中，当债务人失踪满一定期限时，债权人可视期限长短请求法院宣告失踪或宣告死亡，将债权债务关系转移至自身与被宣告失踪或被宣告死亡人的财产代管人之间，从而增加债权实现的可能性，在此过程中，需注意诉讼时效的保护，可通过发布公告、提起仲裁、诉讼等方式令诉讼时效中断。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国民法通则》**第二十条和第二十一条

最高人民法院**《关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》**第二十四条、第三十二条和第三十三条

## 47、债务人去世后，其遗留的债务该由谁来承担？

【**案例简介**】

2014年6月3日，甲因需要装修其儿子丙的结婚新房，与乙签订了借款合同，约定甲向乙借款50,000.00元，一年后归还本息52,250.00元。2015年1月，甲因突发心脏病死亡，其配偶丁和儿子丙共同继承了其名下的一处房产，市场估值约180,000.00元，2015年7月，债权人乙因还款事宜联系甲才发现甲已经去世，并获悉甲的一处房产被其配偶和儿子继承，故立即与两位继承人索要债务，甲的儿子丙称借款合同是其已过世的父亲签订的，如今人已经去世，债务也随之消灭。乙多次协商无果，后将甲的配偶及儿子诉至法院。

【**律师解析**】

本案中，甲与乙签订了为期一年的借款合同，借款期内甲病逝，由于其有遗产被配偶和儿子继承，根据我国**《继承法》**第三十三条的规定，被继承人生前的债务应由继承人在所继承的遗产范围内清偿，故甲乙间的债权债务关系移转至债权人乙和继承人丙与丁之间，乙可以依法取得低于遗产价值（18万元）的5万余元借款本息。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国继承法》**第三十三条

最高人民法院**《关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》**第六十一条和第六十二条

## 48、什么是债权债务的诉讼时效？超过诉讼时效时有什么法律后果？债权人该如何处理？

【**概念解释**】

**债权债务的诉讼时效：**是指权利人在一定期间不行使权利，即丧失依诉讼程序保护其权利的可能性的民事诉讼法律制度。我国**《民法通则》**第一百三十五条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效为二年，法律另有规定的除外。”第一百三十七条规定：“诉讼时效期从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期。”

【**案例简介**】

甲向朋友乙借款10万元，约定于2012年5月1日偿还，还款期限届满前，甲因工作调动搬至其他城市居住，乙也一直未向甲提及还款之事。2015年初，乙急需用钱，于是找到甲要求其偿还之前的借款10万元，甲表示其不能立即筹集到10万元，需要一个月的时间筹措。为了让乙放心，甲当场写下了还款保证书，表明自己将在2015年3月1日前还清其之前的借款10万元。嗣后，由于甲迟迟未能将欠款还上，乙持欠条及还款保证书将甲起诉至法院。甲辩称，之前的债务已过诉讼时效，请求法院判决驳回乙的诉讼请求。

【**律师解析**】

本案中，债权人乙向债务人甲索要债务时，其二年的诉讼时效已过，按照民法通则第一百三十五条关于诉讼时效的规定，乙当时已经丧失了胜诉权，但债务人甲通过书写还款保证书的方式对债务进行了重新确认，根据**《民法通则》**第一百三十八条的规定，超过诉讼时限后，当事人自愿履行的，该债权债务仍受法律保护，故债务人甲不能再以债务已过诉讼时效为由拒不履行。

根据本案我们可以得知，即使在诉讼时限届满后，当事人的承诺偿还债务行为仍会起到确认债权债务关系，重新计算诉讼时效的作用，但在此类纠纷中，只有提供切实有效的证据，法院才能对债务人重新承诺的事实进行认定。因此，在债务人承诺还款或者履行相关义务时，权利人应当学会保留债务人做出承诺的证据，比如，要求债务人书面承诺并签名、寻找无利害关系的见证人，留存通讯记录等等，如此才能最大限度地保障自己的债权得到法律的支持。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国民法通则》**第一百三十五条、第一百三十七条和第一百三十八条

最高人民法院**《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》**第二十二条

## 49、如何延长到期债务的诉讼时效？

【**案例简介**】

恩平市粮油厂于1999年9月5日向中国工商银行恩平支行贷款125万元用于购买粮食，借款合同中约定还款期限至2000年8月15日，后双方又于2000年8月14日签订《借款展期协议》，商定将还款期限延长至2001年6月15日。期限届满后，恩平市粮油厂未能足额还款，截至2004年12月30日，粮油厂仍拖欠恩平工商行贷款本金37万元。至2005年2月22日，粮油厂在恩平工商行发出的《催收贷款通知》上盖章确认尚欠贷款本金37万元。2005年7月20日，工商银行广东省分行将本案债权转给信达资产管理公司并在报纸上公告，信达公司陆续于2007年7月27日、2009年7月15日、2011年7月6日等在南方日报刊登《债权催收公告》，要求粮油厂清偿借款。嗣后，信达公司于2012年将该债权转让给天晟物业管理公司，双方于2013年1月16日通过报纸发出债权转让公告，并要求粮油厂履行还款义务。粮油厂迟迟未予还款，天晟公司遂诉至法院【**（2015）江恩法民二初字第16号**】。

【**律师解析**】

本案中，借款合同双方在第一次还款期限届满前签订了展期协议，但合同展期期限届满后被告仍未足额还款，2005年，借款合同的诉讼时效已过，但被告粮油厂在恩平工商行发出的《催收贷款通知》上盖章确认了其尚欠余款的事实，重新认可了二者间的债权债务关系，故此时，诉讼时效重新计算，此后，虽然恩平工商行将债权转让给信达公司，信达公司在享有债权期间，均于诉讼时效内在报纸上发布催款公告，使得诉讼时效连续中断，以至其将债权依法转让给天晟公司时，诉讼时效并未届满，天晟公司受让债权后，不仅履行了告知债务人的法定义务，同时又发布了催款公告，使其在诉诸至法院时依旧未超过诉讼时效。

根据本案，对于到期债权，在诉讼时效未届满前，债权人可以通过多种方式令其中断重新计算，比如：通过公共渠道向债务人发布催款公告，申请仲裁、调解、提起诉讼，要求债务人书写还款计划或还款承诺书并签字确认等等，若诉讼时效已届满，也可与债务人沟通，争取令其出具承诺还款、履行义务的有效证明文件，以重新确认债权债务关系。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国民法通则》**第一百三十五条、第一百三十七条和第一百三十八条

最高人民法院对**《关于贯彻执行最高人民法院“十二条”司法解释有关问题的函》**的答复

## 50、聘请讨债公司的法律风险是什么？

【**案例简介**】

2013年4月18日，甲与乙公司签订了一份《商债催收委托代理合同》，约定甲全权委托乙公司向甲的债务人丙进行逾期账款催收，乙公司可从实际催收的到帐款中抽取45%的佣金，甲还应支付在催收过程中乙公司先行垫支的对债务人资产和信用的调查成本。合同签订后，乙公司向债务人丙发出了《商账催收函》，并委托丁公司调查债务人丙的房产登记、资金流向以及婚姻状况，丁公司随后对债务人的相关情况进行了调查，但乙公司并未按时全额向丁公司全额支付委托调查费用，以致丁公司将乙公司诉至法院。乙公司败诉后向甲要求赔偿此笔款项的损失，并以甲的债权已经实现为由，要求甲支付其应得的佣金被拒绝，遂向法院提起诉讼。该案件经法院二审认定甲与乙公司签订的委托合同是为委托人甲催讨所欠款项，然后按照约定比例支付佣金。根据现行国家政策明令取缔讨债公司，禁止一切形式的讨债行为，故该委托合同内容违法，应当认定无效，并不能得到法律保护【**（2014）泰中商终字第00332号**】。

【**律师解析**】

本案中，债权人甲为收回应收账款，委托了“讨债公司”乙公司代为催讨债务，讨债公司不但收取高额佣金，还要求委托人支付其垫支名目众多的调查费用，最后还因佣金问题被诉至法院，从债权人变为了“讨债公司”的“债务人”。如本案中的审理法院所认定，现行国家政策明令取缔讨债公司，禁止一切形式的讨债行为，即现行法律对商业化的讨债行为不予保护和支持。在现实生活中，请讨债公司存在诸多风险：一是讨债行为不符合法律规定；二是许多讨债公司采用心理威胁甚至暴力威胁的方式进行催讨，多是游走在违法边缘或已经采取了违法犯罪行为，故作为委托人的甲方会不可避免的受到牵连；三是部分讨债公司不仅收取高额佣金，甚至在所催收账款并未按约定收到时就向委托人索取佣金及各类调查费用，往往令委托人得不偿失。因此，在遇到债权纠纷时，应通过正当的途径如与当事人协商解决、寻求法律工作者帮助通过非诉方式解决、通过仲裁和诉讼途径解决，而非冒险寻求“讨债公司”的帮助。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第五十二条

国家工商总局**《关于停止办理公、检、法、司所属的机关申办的讨债公司登记注册问题的通知》**

## 51、企业间的融资有什么风险？

【**案例简介**】

甲公司于2014年8月5日与乙公司签订债务融资协议，约定向乙公司融资300万元，用于企业引进生产线，扩大规模，月利率为1.5%，借款期限为一年。乙公司应分别于2014年8月25日与2015年4月1日向甲公司提供融资资金各150万元。2015年3月，受市场供需关系变化的影响，甲公司生产的产品大量滞销，损失巨大，乙公司担心第二批融资资金的投入风险巨大，遂以甲公司经营状况严重恶化为由，行使不安抗辩权，主张中止履行合同，并要求甲公司提供还款担保，否则将解除合同。

【**律师解析**】

本案中，甲公司通过融资的形式来扩大规模，却因经营不善导致债权人拒绝继续履行借款合同，使自身损失惨重。现实生活中，企业间的融资较为普遍，形式也比较多样，常见的方式包括本案中的债务融资，其过程简易，速度较快，成本较低，但其风险在于企业需要按期还本付息，若不能及时偿付，则会引发债务纠纷乃至财务危机；还有一种融资方式是通过转让部分股权以吸收资金，其虽然没有还本付息的压力，但可能导致企业原有股东的股权被削弱，控制权遭到稀释；企业间的融资还要警惕不法分子的诈骗行为，这就要求企业在融资前不仅要建立有效的风险评估和分析模式，还要谨慎选择融资模式，努力降低资金成本。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第六十八条和第六十九条

## 52、企业债务重组的方式有哪些？

【**案例简介**】

2012年11月6日，甲公司与乙公司签订了钢材买卖合同，约定由乙公司向甲公司供应钢材，甲公司支付钢材的货款为260余万元，合同签订后，乙公司及时向甲公司供应了钢材，但截至2012年12月23日，甲公司仍未支付货款。嗣后，乙公司发现甲公司在一起民事诉讼中享有对丙公司约235万元的债权，已被法院通知协助执行却并未主张其合法到期债权，故乙公司向人民法院诉请代位行使债务人的债权【**（2015）河商初字第0220号**】。

【**律师解析**】

本案属于典型的债权人代位权纠纷，债权人乙公司有权依法以自己的名义对债务人甲公司的到期债权主张实现。这是解决甲乙丙三个公司之间的“三角债”的有效方式，既实现了甲乙两家公司的债权，也令甲丙两家公司履行了各自的债务，当然，这属于“被动”的债务重组，现实生活中，当债务人发生财务困难时，会与债权人协商争取保障其债权能得以实现的行为即是债务重组。一般而言，债务重组的方式多种多样，主要包括：债务转移和债权让与、债务抵消、债务豁免、债务混同、债务削减、债务转股、融资减债等等。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第七十三条

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题的解释（一）》**第十一条、第七十九条和第八十四条

## 53、应收账款的法律风险控制与防范应注意的法律问题是什么？

企业应收账款的数据往往能直接反映企业的生产销售规模、企业效益、财务状况等信息，与企业的发展和存亡息息相关，已成为企业经营活动中非常重要的问题。究竟该如何监控应收账款的发生以及如何处理企业的不良债权？实际操作中应注意以下几方面问题：

1）欠款产生前的防范

居安思危，未雨绸缪。在应收欠款产生前采取一些必要的防范措施，企业在欠款中就会处于比较有利的地位。作为债权人应注意以下几个方面：

（1）重视审查债务人的主体资格；

（2）审查债务人的经营范围；

（3）审查双方所经营内容是否合法；

（4）审查债务人的偿债能力；

（5）审查债务人是否有良好的商业信誉；

（6）审查有无必要签订合同或协议，准备签订的合同或协议条款是否齐备，双方权利义务关系是否明确；

（7）审查有关条据是否规范，严格审查债务人出具票据是否规范，尽量不接受欠条之类的条据；

（8）尽可能要求债务方提供担保，因为经担保后的债权优于其他债权优先受偿，这是降低风险的有效方法，当然在设立担保时要注意担保在法律上的有效性。

2）密切关注债务人经营状况

债权人往往在欠款产生后忽视对债务人的经营状况进行必要的了解和监测，以为欠款还钱是天经地义的事，导致很多欠款到期后不是因债务人生产经营状况发生严重恶化、面临倒闭，就是因债务人早已人去楼空，在这种情况下要将全部欠款顺利收回，其难度可想而知。债权人如果在欠款产生后对债务方的经营状况进行必要的了解和监测，一旦发现债务方的经营状况严重恶化，或出现转移财产、抽逃资金，或有丧失、可能丧失履行债务的能力等情况，则应当采取必要的应对措施。

3）应当及时采取有效措施实现债权

欠款纠纷产生后的解决方式很多，如协商、调解、仲裁和诉讼等，只要运用及时和恰当，就会获得事半功倍的效果。但由于一些债权人常常为了不伤和气，协商阶段的时间拖得太长，从而坐失了很多收回欠款的良机。

（1）申请支付令是收回欠款的有效途径之一。根据我国**《民事诉讼法》**第二百一十四条规定，债权人请求债务人给付金钱、有价证券，符合下列条件的，可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令：债权人与债务人没有其他债务纠纷;支付令能够送达债务人。第二百一十六条第二款规定，债务人应当自收到支付令之日起十五日内清偿债务，或者向人民法院提出书面异议。第三款规定，债务人在前款规定的期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请强制执行。可见向人民法院申请支付令以收回欠款的最大好处就是时间短、见效快。当然若债务方在法定时间内向人民法院提出了书面异议，则必须通过诉讼程序处理。

（2）诉讼手段是最有效的也是最终的保护债权的手段。诉讼手段之所以是最有效的手段，其根本原因就是它依靠的是国家强制力，只要债务方不履行人民法院已生效的法律文书，债权人则可向人民法院申请强制执行，而且不以债务人的意志为转移。

（3）对分期还款债权的处理。有的债权人担心分期还款的最后期限没有到期就起诉，可能对已不利，根据**《合同法》**第六十七条规定：“分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的五分之一的，出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同。”，因此，对分期还款的债务人，债权人既可通过要求对方支付全部价款也可解除合同。

（4）债权人还可在起诉之前或起诉之后，向人民法院申请财产保全，以确保在判决之后能顺利收回应收欠款。

4）证据的收集和举证

民事诉讼实行“谁主张，谁举证”的原则，如果当事人对自己提出的主张举证不能，则要承担不利的法律后果。因此证据收集和及时举证就显得尤为重要，不然就会面临不利的后果。

在欠款纠纷中，债权人要注意收集以下证据：有关债务方主体资格的证据、合同或协议、送货单(一定要债务方签收，是单位的要加盖公章)、托运单、欠条及各种结算票据等，其他与该欠款有关的电报、传真、函件等都应妥善保存。

对于那些因特殊情况可能灭失或今后难以取得的证据，可以及时向人民法院申请证据保全；对于那些因客观原因不能自行收集的证据，可及时申请人民法院调查收集。对于已收集到的证据要及时向人民法院提供。

5）诉讼时效

诉讼时效是指权利人在一定期间不行使权利，即丧失依诉讼程序保护其权利的可能性的民事诉讼法律制度。当事人在法律规定的期限内若不主张自己的权利，则将丧失胜诉权。我国民事诉讼的诉讼时效一般有两种，一种是普通诉讼时效，又称一般诉讼时效，是指除法律有特别规定外可以普遍适用于各种民事法律关系的诉讼时效，我国的普通诉讼时效为二年;另一种是特别诉讼时效，又称特殊诉讼时效，是指法律规定仅适用于某些特定民事法律关系的诉讼时效，我国法律规定的特别诉讼时效有一年、三年等。

因此，债权人应当及时行使自己的权利并保留相关证据。退一步讲，即使没能实现债权，但主张自己的权利会导致诉讼时效中断，重新计算，则可以避免因诉讼时效超过债权无法实现的问题。

## 54、企业如何选择争议解决的方式？

企业间的争议通常通过诉讼或仲裁的方式来解决。

【**概念解释**】

**诉讼**：是当事人就特定民事争议向法院提出的保护自己民事实体权益的请求。人民法院在双方当事人和其他诉讼参与人的参加下，依法审理和解决民事纠纷案件和其他案件的各种诉讼活动，以及由此所产生的各种诉讼法律关系的总和。

**仲裁**：是指双方当事人在争议发生之前或者争议发生之后达成协议，自愿将争议交给第三方做出裁决，争议双方有义务执行该裁决，从而解决争议的法律制度。

【**案例简介**】

2003年5月，江西商人李某基于政府招商引资，与西部某省交通厅下属省高速公路集团公司签订投资合作协议，约定李某设立项目公司投资建设经营高速公路三处加油站服务区，每处服务区投资额不少于5000万元，并约定项目公司支付省高速公路的收益方式、对双方合作产生的纠纷约定由某市仲裁委员会仲裁解决等。李某取得政府投资文件后遂引进两名自然人股东，三人共同投资设立了项目公司,经过三年的投资建设，服务区投入运营，2008年3月省高速集团公司因利益分配问题等拟收回服务区经营权，解除与李某签订的合作协议。省高速集团公司根据双方合作协议仲裁条款约定，向某市仲裁委提请仲裁申请，仲裁委员会组成仲裁庭，经过对案件的仲裁审理，作出了公正裁决，依法维护了双方的各自利益。

【**律师解析**】

仲裁作为一种解决民事纠纷的重要方式，在世界范围内被广泛采用。根据**《中华人民共和国仲裁法》**规定，平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁，包括了**《中华人民共和国合同法》**所规定的15种合同纠纷。以下合同纠纷解决均适用仲裁：

1）买卖、供用电、水、气、热、建筑工程、赠与、借贷、租赁、融资租赁、承揽、运输、技术、保管、仓储、委托、行纪、居间等合同；

2）知识产权合同纠纷，包括著作权合同纠纷与商标许可使用纠纷；委托创作、出版、专利使用许可等合同纠纷；

3）金融、证券、保险、期货交易纠纷；

4）房地产合同纠纷，包括房地产转让、抵押、租赁等合同纠纷；

5）涉外经济合同纠纷，主要为中外合资合同、中外合作合同纠纷以及涉外经济贸易中的其他合同纠纷；

6）其他财产权益纠纷，包括消费者权益、民间借贷、个人合伙、产品质量等各种侵权纠纷。

基于当事人可以选择仲裁员、仲裁保密性及仲裁一局等特点，仲裁越来越为企业所选择。本案中，通过仲裁，还有效地避免了地方政府的干预。

仲裁与诉讼是两种不同的解决民事纠纷的方式，既有相同点，也有不同之处，其相同之处在于：

1）仲裁机构与法院都是以公正的权威者出现，对争议的权利义务关系进行公正的裁判；

2）仲裁与诉讼都必须遵循一定的程序进行；

3）仲裁与诉讼中的某些规则和制度是一致的；

4）仲裁裁决与诉讼判决具有相同的法律效力，双方当事人必须全面履行。

不同之处在于：

1）受案范围不同，部分纠纷不能通过仲裁解决。仲裁法规定，与身份有关的案件，如离婚、继承、抚养、赡养等以及需要特别程序的案件不能通过仲裁解决；

2）管辖权不同，法院诉讼实行地域管辖和级别管辖，仲裁则实行协议管辖，充分体现了仲裁活动的自愿性；

3）审理者产生方式不同，诉讼当事人不能选择审判员，也不能超过管辖级别选择管辖法院，而仲裁活动的当事人既可以选择仲裁机构，还可以选择仲裁员；

4）秘密性不同，仲裁实行不公开审理，除非当事人要求公开审理，诉讼则不同，实行公开审理；

5）专业性不同，仲裁员由各仲裁机构聘任，一般都是在特定领域享有一定声誉，经验丰富的专业人员或从业人员担任，诉讼中审判人员则为具备法定资格的审判机关工作人员；

6）强制权力的不同，仲裁对干扰仲裁活动的当事人，无权行使强制措施，而证据保全和财产保全、强制执行，也必须通过法院进行；

7）终局程序不同，除劳动仲裁外，仲裁实行一裁终局制，诉讼则实行两审终审制。

此外，当事人仲裁与诉讼的选择还可以参考以下几方面：

1）效率问题。仲裁的受理和开庭程序相对简单，而诉讼相对复杂；且由于人民法院的诉讼资源有限，案件从受理至判决生效往往较仲裁更消耗时间。仲裁裁决立即生效；而诉讼案件经过初审还有可能由一方当事人提起上诉，消耗较多时间。

2）灵活性问题。在选择仲裁作为纠纷解决途径时，双方当事人可对仲裁机构、仲裁员、适用的实体法等内容进行约定，从而较诉讼更为灵活、具有更大的自主性。

3）专业性问题。在有些纠纷的事实判别强于法律判断时，相较于大多只具备法律专业知识的诉讼审判人员，仲裁中具备权威的相关专业知识且熟悉法律规范的专家仲裁人员则更有利于这些纠纷的解决。

4）风险防控问题。由于仲裁实行一裁终局制，在仲裁程序合法的情况下当事人之间的纠纷或争议已随裁决得到解决；相较于诉讼则不再具有上诉并进行二审的机会。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国民事诉讼法》**第二百七十一条

**《中华人民共和国仲裁法》**第二条和第六条

## 55、企业上市面临哪些法律风险？

1）主体资格风险

证监会所颁布的**《首次公开发行股票并上市管理办法》**、**《首次公开发行股票在创业板上市管理办法》**中的发行条件中明确了主体资格、独立性、规范运行、财务与会计、募集资金运用等内容，从企业发展进程的时间坐标上涉及到企业的前世、今生和来世。从法律角度而言，企业最易出现的风险在于其前世(主体资格)存在一些问题。公司的主体资格(设立与沿革)是企业上市审核过程中间审核人员最为关注的法律问题，因为这涉及到公司的股本是否属实，公司的股东取得股份是否合法，公司作为一个上市公司的主体资格是否成立的基本判断。发行条件要求企业是依法设立，合法存续的，公司身份清白；企业历史沿革是清晰可见，历次增资、重组、扩张、股权转让、引入战略投资者合法合规。

2）公司主要资产方面的法律风险

拟上市公司在土地、房产、无形资产、商标专利等方面主要存在权属方面的问题。

（1）企业产权问题。对于一些名义为国家(或集体)所有但实质为私人所有的公司，为了避免出现产权纠纷。首先应当对企业定性，明确其是国有(集体)还是个人所有，一般要求发行人出具省级政府的确认文件，确立法律主体，然后再进行其他方面工作。对于一些将国有资产转让给个人的情况，应按国资部门要求履行评估确认手续，并报送国资部门批准，按国资部门的要求进行产权交易。

（2）行业及公司持续表现问题。公司所处行业状况、公司在行业中的地位、市场占有率、持续发展能力等都会对拟上市公司有影响。

（3）土地问题。如公司在上市前取得的土地使用权不合法，一律要求予以纠正。

生产经营用地一定要合法、合规，具有土地使用或其他权利，不应当有现实的或潜在的风险;如果募集资金投资项目中有新增用地，必须签署了正式的土地出让合同，有明确的出让价格，并拥有土地使权;如果是拟发行上市的房地产公司，募投用地必须拿到土地使用权证和规划许可证。

（4）其他问题，拟上市公司的资产完整性也要高度关注。商标、专利、土地、主要生产经营用的厂房等是否完整地进入拟发行上市公司，也需要高度关注；此外，董事、监事、高管还应遵守竞业禁止的规定，书面保证不投资与拟发行上市公司同类业务的公司。

3）知识产权风险

（1）企业存在知识产权信息披露不实问题。拟上市企业应尽到知识产权等相关信息的披露义务。中国证监会要求上市企业对自身知识产权的内容，包括商标、专利、专有技术的取得、使用、价值等情况进行真实、准确、完整、及时披露。广东省企业无形资产管理与保护协会制定的《上市企业无形资产信息披露指引》第二十七条规定，企业在定期报告中要对报告期内所发生所有的知识产权（无形资产）诉讼情况进行总括的披露；第二十九条规定，上市企业不得以任何借口拒绝披露知识产权（无形资产）信息。

（2）存在知识产权纠纷的风险。知识产权作为企业生产和销售的重要资产如有纠纷特别是核心知识产权的纠纷不仅会使企业负担较大的诉讼成本，影响其当期的财务状况，而且会使企业进一步发展或保持持续盈利的能力处于一种不确定的状态，而不确定即意味着企业对这些知识产权的使用存在一定的风险。发行人在使用的商标、专利等重要资产或者技术的取得或者使用存在重大不利变化的风险往往构成企业上市的“硬伤”。

4）对赌协议风险

（1）证监会要求股权是相对比较稳定的，但是对赌协议在没有发行上市之前，都可能产生调整，比如说因发行没有成功，业绩不达标等进行股权调整，而上市材料审核期间股份是不允许调整的。如果有股份比例调整的业绩对赌协议，则意味着公司的股权处于不确定状态，证监会不允许这类企业申报上市材料，所以即使投融资双方有这样的约定也都是私下约定。如不能如实披露，又存在信息披露方面的问题。

（2）约定每年的基本分红回报问题。依照法律规定，最有效的约定应该在《公司章程》中约定，该类约定分红实际是“优先股”，但又享受“普通股”的权利而不承担“普通股”的义务，这并不符合中国**《公司法》**精神，国内上市股票种类只有普通股，因此《公司章程》也不会支持这样的约定。此外，当公司先后经历几轮融资后，这种分红约定操作起来也有很大的难度。

（3）回购操作问题，按**《公司法》**的规定，回购股份需要注销，但注销系减少注册资本的行为，需要公告并取得债权人的认可。而且，当回购涉及股东人数众多的时候，回购法律主体协调难度很大，特别是在融资企业多轮投资的情况下操作难度更大。

（4）如果存在现金补偿的对赌协议，容易存在融资以后资金的用途会被控股股东用来偿还风险投资公司，从而损害中小股东的利益的可能性。

（5）对赌协议还存在着是否符合法律法规强制性的规定，是否存在显失公平、欺诈、趁人之危的条款，是否如实披露、执行状态如何等问题。从上市角度来考虑的话，对赌协议应当在上市前执行完毕，且协议中不能存在上市时间对赌、股权对赌协议、业绩对赌协议、董事会一票否决权安排、企业清算优先受偿协议等条款。

## 56、公司对外担保有哪些法律风险？

【**案例简介**】

2011年3月11日，重庆懿灏公司与易贸商通公司签订编号为DT的借贷协议，约定重庆懿灏公司同意直接或者通过关联公司向易贸商通公司提供合计本金为8630万元的有息贷款。重庆懿灏公司又与海南大唐公司签订编号为DT的保证协议，约定为确保易贸商通公司与重庆懿灏公司签订借贷协议的切实履行，保证债权人债权的实现，海南大唐公司愿意为债务人易贸商通公司依主合同与债权人所形成的债务提供连带责任保证担保，被保证的主债权为借贷协议项下重庆懿灏公司所享有的包括借款本金8630万元及利息的全部债权。后重庆懿灏公司依约支付8630万元借款，但借款到期后易贸商通公司未履行还款义务。最终法院判决：易贸商通公司于判决生效之日起十日内向重庆懿灏公司返还借款本金8630万元以及利息损失；同时判决海南大唐公司对易贸商通公司上述债务承担连带清偿责任；海南大唐公司承担其上述债务后有权向易贸商通公司追偿【**北京市高级人民法院（2015）高民（商）终字第1163号**】。

【**律师解析**】

本案中债权人重庆懿灏公司已依约支付8630万元借款，但债务人易贸商通公司到期未履行还款义务，保证人海南大唐公司依据保证协议的约定应承担连带保证责任，即在保证期间内，债权人依法向连带责任保证人请求承担保证责任，保证人不得拒绝。如此，一旦债务人没有履行能力，保证人海南大唐公司在履行了保证责任后，将面临无法向债务人追偿的巨大法律风险。

**律师提示**：公司对外担保不同于公司以自己的财产为自己的债务提供担保，在公司以自己财产为自己的债务提供担保的情况下，由于公司可以直接获得融资，所以一般来说这种担保对公司是有利的，而对外担保会对公司所有资产产生影响。具体而言，公司对外担保，可能存在下述法律风险：

1)公司对外担保，可能会造成公司资产的减少，与公司营利性的本质特征相悖。如公司对外的高额担保承担责任，更将动摇公司存续的根基;

2)公司担保将使股东承担不必要的风险。股东投资成立公司旨在营利，如果放任公司对外提供担保，公司资本的风险将无限放大，使股东承担血本无归的风险。

3)公司担保可能侵害债权人利益。公司以全部资产对外承担有限责任，一旦借款人不能履行债务，公司即有义务承担代为清偿等责任，从而使公司其他债权人的利益难以得到保障。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国合同法》**第八条

**《中华人民共和国担保法》**第十八条、第二十一条和第三十一条

## 57、股东间股权形成的债务由公司担保是否有效？

【**案例简介**】

南通机械厂、建设公司系公路公司的股东，分别持有75%和25%的股权。2007年4月17日，机械厂与建设公司签订股权转让协议书一份，约定将机械厂所持公路公司75%股权全部有偿转让给建设公司，并由公路公司为建设公司付款义务提供不可撤销第三方连带保证，如建设公司未能付款，公路公司应先行垫付。后建设公司及公路公司均未履行相应义务，机械厂诉至法院【**江苏省高级人民法院公报2011年第6辑**】。

【**律师解析**】

按照我国**《公司法**》规定，公司为股东提供担保的，必须经股东会或股东大会决议，相关股东不得参加前款规定事项的表决。股权转让发生时公路公司只有机械厂和建设公司这两个股东，公司为股东提供担保，建设公司对该担保事项没有表决权，且由于有利害关系的股东在对担保事项表决时应当回避，本案中为股东的债务提供担保并不存在有表决权的股东，故**《公司法》**第十六条在本案中不能适用；其次，公司法仅允许有限责任公司在有限的三种情形之下回购本公司的股权，公司为股东内部股权转让提供担保的行为，实际是以公司资产担保股权转让款的实现，一旦需要公司承担担保义务，则无异于以公司资产为股权转让买单，本质上发生回购本公司股权的情形，这与**《公司法》**将有限责任公司回购本公司股权的情形严格限定在三种情形之下的规定相违背；最后，公路公司为其股东之间的股权转让交易提供担保，承担担保义务的后果实质是公司向一方股东退还出资。**《公司法》**规定：“公司成立后，股东不得抽逃出资。”公路公司在本案中的保证行为虽然并非直接抽逃出资，但实际造成公司资本的不当减少，将损害公司及债权人合法权益，应当给予否定，如果公路公司为其股东在公司资产的范围内承担连带清偿责任，显然将以牺牲公路公司广大债权人的利益和社会交易安全为代价，而实现建设公司的个别债权利益，违背法律适用的一般准则。

因此，公路公司提供的担保无效。

【**法条链接**】

**《中华人民共和国公司法》**第十六条

## 58、借款人向P2P公司借款有什么法律风险？

目前法律还没有清晰界定，2011年9月，银监会办公厅专门下发了一个**《关于人人贷有关风险提示的通知》**（银监办发[2011]254号）。从这份文件来看，人人贷的合法性基本还是得到了监管部门的承认，但同时也提示了包括影响宏观调控效果、易演变为非法金融机构、业务风险难控、不实宣传影响银行体系整体信誉、监管职责不清法律性质不明、信用风险高贷款质量差、开展房地产二次抵押业务存在风险隐患等七大风险。这就是说，监管部门并没有因为良莠不齐而“一刀切”的否定人人贷整个行业存在的合法性，但已经意识到了其中隐含的金融风险，某些具体公司的业务和不实宣传可能会被视为非法。

另外，根据2014年4月银监会的表态，在鼓励P2P网贷平台创新发展同时，要规避突破四条法律红线：一是要明确平台的中介性；二是明确平台本身不得提供担保；三是不得搞资金池；四是不得非法吸收公众存款。也就是说，从目前监管层的角度来看，只要没触犯以上法律红线，都不算违法。

2015年12月28日，国务院法制办正式发布**《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法（征求意见稿）》**，系P2P网贷进入中国8年来首份行业监管细则意见稿。征求意见稿中，明确规定了网络借贷信息中介机构禁止从事的活动（详见第十条）。但征求意见稿并未明确禁止P2P平台公司以自有名义向借款人出借资金的借款行为。

【**法条链接**】

**《关于人人贷有关风险提示的通知》**（银监办发[2011]254号）

**《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法（征求意见稿）》**第十条

## 59、境外投资会有什么法律风险？

我国**《境外投资管理办法》**中规定的境外投资，是指在中华人民共和国境内依法设立的企业（不包括中央企业）通过新设、并购及其他方式在境外拥有非金融企业或取得既有非金融企业所有权、控制权、经营管理权及其他权益的行为。商务部和省级商务主管部门通过"境外投资管理系统"（以下简称"管理系统"）对企业境外投资进行管理。

企业境外投资应当遵守投资目的地法律法规、尊重当地风俗习惯，履行社会责任，做好环境、劳工保护、企业文化建设等工作，促进与当地的融合。

企业境外投资，面临的法律风险主要体现在以下几个方面:

1）不了解东道国的投资法律环境

一些企业海外投资常常被投资国的丰富的自然资源以及低廉的劳动成本吸引，不实际对投资国家关于外商投资法律及政策进行调查，轻率作出投资决定。

例如，有很多矿企被刚果民主共和国（刚果（金））丰富的铜、钴、黄金等矿产资源所吸引，仓促进入刚果（金），而缺乏对这个国家的投资环境尤其是法律环境的充分了解，等到进入了这个国家，才发现原矿不能出口，必须对开采出来的矿石进行一定程度的加工。

又如，某个企业准备去柬埔寨种植木薯用来制淀粉，如果没有进行预先的法律环境调研，就不会知道，在柬埔寨，如果公司中的外国股东持股超过 50%，则该公司被认定为外国公司，那么这个公司不能成为柬埔寨土地的所有人。当然这个问题有解决方案，因为通过进一步的调研可以发现，如果以土地特许的方式通过租赁取得使用权，最多可以享有 70年土地使用权。

因此，做海外投资之前，需要对东道国做一个法律环境调研，而法律环境是投资环境中非常重要的一个指标，投资环境的好坏，甚至比项目的好坏更为重要。投资东道国的种种法律规定，决定了企业该如何投资，甚至是否投资。

一般而言，需要从东道国法律规定的资本准入制度、投资促进政策、本土化政策、企业形式、产业开发政策、劳动法律制度、环保以及外汇管理制度等方面着手。

2）缺少对项目的深度调查

有很多中国企业海外投资的时候，轻信项目合作方的陈述，不对项目做深入的尽职调查。不做尽职调查导致的风险可能是灾难性的，包括收购的资产的合法性以及权属问题，有可能收购的公司有巨大的隐藏债务或者诉讼风险，甚至公司本身已经不再合法存在。

在海外的尽职调查方面，尤其是当涉及到发展中国家、法制不健全的国家的项目时，一定要高度重视进行现场调查。不仅仅局限于对资料的审查，而且要做深入的访谈，与项目公司的管理层、员工进行访谈，特别应当对投资国的政府部门进行访谈，从而发现项目本身可能存在的问题。

3）不仔细设计投资结构，不设离岸公司，导致收益风险

在参与的海外投资的项目中，常常能见到简单化处理投资结构的案例。中国企业用境内的公司直接作为股东到投资东道国设立项目公司，不愿意为这个投资项目在某个国家或者地区设立离岸公司，而作为境外项目公司股东的中国公司可能是一个大型央企或者是一个上市公司，这样简单化的结构无论是在税务减免、投资企业责任规避、还是投资撤出的便利性上都可能遇到较大的问题。

一家上市公司在境外直接设立的电信公司的转让项目，就出现了这样的问题。该项目由境内上市公司与投资东道国政府直接设立，由于投资结构过于简单化，在转让过程中遇到三个问题：首先，由于电信行业的特殊性，项目的转让必须得到东道国的电信部的批准，批准过程既费时又费力，导致很高的沟通成本，从而大大延缓了交易时间；其次，该东道国对投资的资本溢价征收高达20%的资本利得税，假如转让溢价为2亿美元，则需要缴纳高达4000万美元的资本利得税，这是一笔巨大的损失；第三，由于转让主体是国内的上市公司，涉及到很复杂的披露问题。

如果这个项目在当初投资时，在中间设立一层或者二层离岸公司，在转让时，直接转让中间的离岸公司，不仅仅不需要经过东道国的审批，还可能省掉大额的资本利得税（很多离岸地如香港是没有资本利得税的）。所以巧妙设计投资架构可以大大减少利润损失风险。

4）逃避国内主管部门的审批，导致合规风险以及项目转让时的瑕疵

根据法律，中国企业去境外投资，必须在相关主管部门如国家发改委、商务部进行审批，去国家外汇管理局备案。根据投资企业情况和投资领域的情况，一些项目还需要报备国资委、国土资源部等相关部门。

很多企业急于在海外拿到项目，或者觉得境内的这一套审批程序耗时费力，往往逃避境内审批，直接用境外的资金进行投资，直接在境外设立用于投资的离岸公司或者项目公司。前期看来，似乎效率高，省了不少事。但是撇除由于不合规导致的处罚风险不谈，在项目希望上市或者转让时，由于前期没有进行合法审批的问题就构成一个不大不小的瑕疵，可能给项目上市或者转让带来一个极大的麻烦。交易所或者项目受让方可能据此认为未经中国境内主管部门审批构成一个瑕疵，因此延缓上市或者给转让造成困难。

因此，企业在海外投资的时候，不要轻视境内审批这一环节，考虑到审批的过程较长，建议企业多与相关部门进行提前深入沟通，充分准备相应的材料。

5）不重视谈判签约，制造交易陷阱或者违约风险

中国企业的海外投资有不少是跨行业投资、脱离主业投资，对于海外投资的行业（例如矿业领域）不熟悉，在谈判和签署合同的时候由于不了解相关行业的细节，临时招募的团队又不能充分发挥其作用，从而出现在项目谈判时忽略项目的细节。此外，中国企业急于拿到项目，可能还作出一些不可能实现的承诺，例如承诺一些不现实的工期和项目进展计划，最后给自己造成违约风险。

此外，在谈判的过程中，中国企业可能往往相信投资东道国的官员所作出的一些口头承诺，不将这些承诺落实到文字，最后由于该官员离职等原因导致承诺不能兑现。在谈判签约中，如果合作方是外国国家，中国企业往往不了解签署“国家合同”的特殊性而面临一系列风险。

**国家合同**是指由一个国家和一个外国私人投资者签订的合同。有时也被称作经济开发协议，主要适用于石油、矿业以及其他资源开发领域。在国家合同中，一方是私人，另一方是东道国国家，而东道国国家具有主权国家和商事主体的双重属性。这种合同中，具有主体的不平等性：国家具有立法权、司法裁判权、征收权等主权。就内容而言，这类合同既涉及商业权利义务的分配，也涉及东道国行使经济主权的内容，例如授予特许经营权、给予税收或者关税减免。

在这类国家合同中，在选择管辖法律以及争议解决条款时，一定要注意其与一般商事合同的区别，尽量避免东道国既当运动员又当裁判员，还当规则制定者的情况。此外，还要避免东道国政府所做的承诺因为违反本国宪法而不能兑现的情况。

6）轻视项目流程管理，造成谈判失利或者项目前期的违约风险

海外投资前期筹备、谈判签约、交割后的项目实施是一个系统工程，必须有严格的项目流程管理意识。从一开始接触签署保密协议、独家谈判协议到组织尽职调查、企业内部审批以及到交割，都必须有严格和周密的计划，提高组织和决策的效率。

很多企业在与合作方签署一个备忘录或者独家谈判协议之后，开始走企业内部审批，然后是集团审批等冗长的程序，由于事先与上级企业沟通不够，在独家谈判期限到期之后内部程序尚未走完，最后项目被第三方抢走。还有些企业在拿到项目基本信息后，立即开始着手在国内寻找合作方，而忘记保密义务的重要性，导致违反保密承诺。此外，在中介机构的聘请上，片面相信国际大牌机构，而国际大牌机构往往将相应工作转委托给当地的中介机构，工作成果差强人意。上述种种，都可能影响项目的效率，甚至导致项目的风险，因此须通过企业认真组织流程，聘请真正专业的中介机构才能避免。

7）法律文件管理混乱，导致项目退出和诉讼时由于证据不充分等而失利

中国企业进行境外投资项目，很少有企业对项目法律文件和资料进行规范管理。往往是文件和资料分布在不同的部门，还有一些企业的重要的法律文件和资料甚至丢失。如遇项目转让时，企业无法迅速应对受让方的尽职调查。接到项目受让方的尽职调查文件清单时，才发现项目法律文件和资料无法及时提供，不得不临时补办，工作变得非常被动。此外，由于不重视法律文件的管理，一旦遇到在境外的诉讼，往往发现相关的证据由于没有保管好，在诉讼时非常被动，面临败诉风险。

8）政治风险

政治风险与法律工作密切相关。

第一，政治风险往往以法律风险的形式表现出来，外国的政府在违约之前，在进行国有化或者征收之前，往往从签署的合同或者外国投资者履约过程中找毛病，如果投资企业与外国企业或者政府签署的协议有一点不符合该国法律甚至宪法以及国际条约，或者在履约过程中有一定违约的行为，就会被东道国政府作为把柄，要求修改或者终止协议。

第二，政治风险在一定程度上可以通过投保的方式来获得救济，能够承保这类风险的机构在国内有中国出口信用保险公司，在国外有世界银行下设的多边投资担保机构 MIGA。在遇到政治风险的时候，这类保险机构可给予赔偿。

## 60、企业如何在不同阶段防范刑事法律风险？

在过去的几年里，企业家涉刑案频发，触礁者转眼间身败名裂，丧失财富、自由乃至生命，因此，企业家应在以下几个环节做好刑事法律风险防范以避免出现大败局。

1）企业在设立、清算和融资环节的刑事法律风险防范

（1）在设立和清算环节，企业容易涉及虚报注册资本罪、虚假出资、抽逃出资罪、妨害清算罪、虚假破产罪等罪名。

（2）避免因融资而“倒下”。企业要维持正常的生产和经营，资金起到如同“血液”般的作用。但是，无论是证券融资，还是银行贷款，企业都必须严格遵守有关证券、金融法律法规，否则，很可能触犯刑律。市场缺乏完善的金融供应体系和民间资本难以健康发展是企业家因“找钱”而“倒下”的部分外因，而将行为规范在法律范围之内则是自保之所需。

① 违反证券融资的相关法律规定可能涉嫌擅自发行股票、公司、企业债券罪、内幕交易、泄露内幕信息罪、诱骗投资者买卖证券罪以及操纵证券交易价格罪。违反现行贷款融资相关法律禁止性规定的，可能涉嫌贷款诈骗罪、高利转贷罪以及骗取贷款、票据承兑、金融票证罪。以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的，可能构成高利转贷罪。

② 企业在资金短缺急需融资来缓解资金压力，但又无法正常获取银行贷款的时候，企业可能不得不从其他渠道来寻求融资，在这种情况下有的企业家可能采取其他非法手段获取资金。比如，非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，可以构成“非法吸收公众存款罪”；如果是以非法占有的目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的，则可能构成“集资诈骗罪”。

2）企业在生产、销售环节的刑事法律风险防范

不同行业的企业都有质量标准、安全生产、卫生以及环保等方面的要求。如果企业未达标生产或者销售，情节严重或者造成严重后果的，企业及其负责人则可能要承担刑事责任。

**《刑法》**第一百四十条至一百五十条专门设立生产、销售伪劣商品罪一节，来规范企业的生产、销售产品的行为。对于生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真、以次充好或者以不合格产品冒充合格产品的破坏市场经济秩序的行为规定了“生产、销售伪劣产品罪”；同时特别针对药品、医用器材、食品、农药、兽药、化肥、种子、化妆品以及一些对使用安全性要求比较高的产品设立了专门的刑法规定，对这些产品的质量管理提出了更加严格的要求。生产、销售伪劣产品罪要求行为者主观上是明知，且生产、销售要达到一定的数额方构成既遂；而针对食品类、医药类商品，则多数只需行为者实施了生产、销售特定商品的行为，或者行为构成了一定的危险则既遂成立。

3）企业财务管理环节的刑事法律风险防范

（1）税务管理中的刑事法律风险

企业必须依法纳税，如果违反国家关于税务征收和管理的法律法规，具有偷税、逃税，抗拒缴税、逃避追缴欠税或者骗取出口退税行为，给国家造成严重税款流失的，可能构成逃税罪、抗税罪、逃避追缴欠税罪、骗取出口退税罪等。

① 逃税罪

纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报，逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的；扣缴义务人采取前款所列手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，数额较大的，均有可能触犯逃税罪。

逃税罪主观方面一般为故意。确因疏忽而没有纳税申报的，属于漏税，依法可以补交，其行为不构成犯罪。

② 骗取出口退税罪

现实中存在着专门以骗取出口退税而维持企业生计和发展的企业。做企业，需要冒一定的风险，需要一定的智慧，但是必须要谨守法律的底线。

（2）发票管理中的刑事法律风险

为防止税款流失，国家对发票的制造、销售、适用和购买等一系列行为制定了严格的法律规定。在票制造和出售发票环节，法律禁止非法制造、出售非法制造的各类发票，禁止非法出售各类发票，否则要承担刑事责任。发票使用环节，法律禁止虚开增值税专用发票和可以用于骗取出口退税、抵扣税款的发票。发票的购买环节，禁止非法购买增值税专用发、禁止购买伪造的增值税专用发票，否则构成相应的犯罪，要接受刑罚的制裁。

4）避免因管理内部人员而带来的刑事法律风险

（1）因贿赂而带来的刑事法律风险

① 受贿罪

刑法规定，国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。

② 行贿罪

为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，是行贿罪。因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。

（2）挪用类犯罪

① 挪用公款罪

国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪。

② 挪用资金罪

挪用资金罪与挪用公款罪在客观行为上面极为类似，区别之一在于主体，挪用资金罪的主体为公司、企业或者其他单位的工作人员。

（3）侵占类犯罪

刑法对国有资产和非国有公司企业的合法财产采取了强有力的保护措施。对公司、企业人员使用窃取、骗取、侵吞等手段实施的侵害国有企业资产以及其他性质企业财产的行为予以严厉打击。

① 贪污罪

国企老总因贪污而涉案的占很大的比例，且贪污数额一般较大。在贪污数额达到5千元的情况下，行为人的行为是否造成客观的危害结果，是否构成既遂，成为应当努力把握的情节。

② 职务侵占罪

现实中，有些企业家认为企业的财产就是自己的财产，企业的一切都是自己的，这种想法是错误的。企业大多具有自己独立的财产，企业家的财产应当与企业的财产分离，否则容易引发法律问题。

③ 私分国有资产罪

现实中，一些国企高管私设小金库或者已单位名义将国有资产分给员工，他的行为或许只是为了企业的普通员工能生活得更好，自己并未多分一分钱，但是最后却东窗事发、身陷囹圄。

## 61、企业挂靠经营时如何控制法律风险？

**【案例简介】**

2003年9月5日，私营企业业主郭某以山东某起重机械公司（以下简称甲公司）委托代理人的名义与唐山公司签订《工矿产品购销合同》，合同约定，供方为甲公司，需方为唐山公司，供方为需方制作5台起重机，总价款为1,098,625.00元，需方预付30%的货款。合同中加盖了甲公司合同专用章。2003年9月11日，唐山公司将预付货款329,000.00元汇到甲公司帐户。2003年9月14日，郭某从甲公司处领走预付货款。后因甲公司未按时交货，唐山公司提起诉讼，甲公司承担赔偿责任后为追索损失向法院提起对郭某的诉讼。

另查明，郭某自2003年9月23日至2005年7月4日共从甲公司领取需方预付货款103笔400余万元，并为甲公司出具了收款证明和欠增值税税款的欠条。2003年9月5日甲公司与唐山公司签订合同上的联系电话的机主为郭某。案经审理，法院认定郭某与甲公司挂靠关系成立，依法判处郭某偿还甲公司为其垫付的货款329,000.00元。

**【律师解析】**

在本案中，郭某使用山东机械公司的合同专用章、介绍信以山东机械公司名义与他人签订合同，且郭某多次从山东机械公司处领取货款并交纳一定的费用，由此可以认定二者的挂靠关系成立。**《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第四十三条**规定，个体工商户、个人合伙或私营企业挂靠集体企业并以集体企业的名义从事生产经营活动的，在诉讼中，该个体工商户、个人合伙或私营企业与其挂靠的集体企业为共同诉讼人；**第五十二条**规定，借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账户的，出借单位和借用人为共同诉讼人。因此，在对外法律关系中，挂靠者与被挂靠者对外负连带责任，在内部法律关系中，被挂靠者因赔偿权利人损失后，可以向挂靠者追偿。因此，本案判决被告偿还山东机械公司损失是正确的。

新法**《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五十四条**：“以挂靠形式从事民事活动，当事人请求由挂靠人和被挂靠人依法承担民事责任的，该挂靠人和被挂靠人为共同诉讼人。”的规定取代了旧法**《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第四十三条**，但实质并未发生变化（**注：**当时判决时，新法未出）。

本案中，因生产制造起重机应取得特别设备制造许可证，换言之，国家对生产制造起重机实行的是许可制度，未取得特别设备制造许可证不得进行起重机的生产制造，原被告的行为还构成行政违法。

律师提示， 挂靠是指个体工商户、个人合作业或私营企业等生产、经营者，与另一经营主体约定，由前者以后者提供的经营资格和凭证进行经营活动，并向后者提供报酬的经营形式。挂靠说到底是一种“资格借用”，是未取得从事某种经营资质的市场主体借用他人资格从事经营活动的行为，是逃避法律、法规监督的行为，从行政法上讲是违法的，情节严重可构成犯罪。

【**法条链接**】

**最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》**第五十四条

**《中华人民共和国行政许可法》**第八十条

**《中华人民共和国刑法》**第二百二十五条

## 62、公司证照被他人非法占有后，股东有何救济途径？

**【案例简介】**

2011年，甲与乙分别出资25万元成立九观咨询公司，各占50%的股份。其中，甲任公司法定代表人，乙任监事。2013年6月因双方之间就公司发展产生分歧，乙擅自将公司的全部证照（包括公章、法人章、财务章、合同专用章、发票专用章等）带离公司办公场所并由其个人占有和控制，并多次以股东之间存在纠纷为由，拒绝为公司日常经营的正当事由提供公司证照，导致公司的正常经营遭受严重影响。同年年9月，公司租用的办工场所租约到期，因双方的分歧，乙不同意在续租合同上盖章，公司只得搬家，将所有物品另行租用仓库存放。

2013年12月29日，甲以公司的名义诉至法院，请求判令乙立即返还公司公章等全部扣押证照【(**2014)三中民终字第04174号**】。

**【律师解析】**

九观咨询公司系依法设立的有限责任公司，其公司相关证照应当由公司持有，任何个人或单位均不得自行占有相关证照。乙将持有的公司证照存放在保管公司并持有保险柜钥匙，但乙并不是公司的法定代表人，且股东之间亦未形成共同决议由乙持有公司证照，故其应将持有的公司证照返还给九观咨询公司。公司的法定代表人依法代表法人行使职权，甲作为九观咨询公司的法定代表人在公司权利受到侵犯时有权以公司名义提起诉讼，代公司主张权利。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国公司法》**第四十五条

**《中华人民共和国物权法》** 第三十四条

## 63、公司营业执照被吊销后，股东义务是否就此履行完毕？

不是。

**【案例简介】**

2007年6月28日，飞侨公司与太泳公司建立钢材买卖合同关系。飞侨公司履行了7,095,006.6元的供货义务，太泳公司已付货款5,699,778.00元，尚欠货款1,395,228.60元。甲、乙和丙为太泳公司的股东，所占股份分别为40％、30％、30％，但丙并不实际参与公司的经营管理。

2008年12月25日，太泳公司因未进行年检，被工商部门吊销营业执照。后太泳公司以主要财产及账务均已灭失为由长期拖欠飞侨公司货款，股东丙则称自己并不参与公司的实际运营管理，没有还款义务，飞侨公司遂起诉太泳公司要求其继续履行还款责任【**（2010）沪一中民四（商）终字第1302号**】。

**【律师解析】**

公司营业执照被吊销后，并不意味着股东义务就全部履行完毕。太泳公司作为有限责任公司，其全体股东在法律上应一体履行公司的清算义务。

本案中，飞侨公司按约供货后，太泳公司未能按约付清货款，应当承担相应的付款责任及违约责任。甲、乙和丙作为太泳公司的股东，应在太泳公司被吊销营业执照后及时组织清算。因甲、乙和丙怠于履行清算义务，导致太泳公司的主要财产、帐册等均已灭失，无法进行清算，三人怠于履行清算义务的行为，违反了公司法的相关规定，应当对太泳公司的债务承担连带清偿责任。无论甲、乙、丙在太泳公司中所占的股份为多少，亦无论其是否实际参与了公司的经营管理，三人在太泳公司被吊销营业执照后，都有义务在法定期限内依法对太泳公司进行债务清算。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国公司法》**第二十条和第一百八十四条

## 64、非企业人员是否可以按照职务侵占罪的共犯追究刑事责任？

**【案例简介】**

甲系某A公司（非国有公司）的前台收银员领班,乙系A公司财务日审员，2005年6月至11月间，甲、乙和无业人员丙经共同预谋，制造虚假单据，将A公司所收取房费以“返佣”的名义，并通过冒充客人签名的方法予以侵吞，三人共计侵吞A公司公款共计人民币78 万余元，所得赃款由甲、乙、丙三人平分。

**【律师解析】**

职务侵占罪的主体是特殊主体，为公司、企业或者其他单位的人员。由于本罪是真正的身份犯，不具有特定身份者不能单独成立本罪。本案中甲、乙均系非国有公司A公司的人员，二人利用分别担任A有限公司前台收银员领班和财务日审员的职务便利，将A公司收取的房费占为己有，数额较大，依据**《刑法》第二百七十一条**的规定，已构成职务侵占罪；而丙虽不是A公司的人员，但其与甲、乙共同实施了侵占A公司财物的行为，依据《**最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》第二条**的规定，“行为人与公司、企业或者其他单位的人员勾结，利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利，共同将该单位财物非法占为己有，数额较大的，以职务侵占罪共犯论处”，故丙的行为也已经构成职务侵占罪。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国刑法》**第二百七十一条

**《最高人民法院关于审理贪污、职务侵占案件如何认定共同犯罪几个问题的解释》**（法释〔2000〕15号）第二条

## 65、用虚构的公司名义买卖货物并骗取货款的行为如何认定？

**【案例简介】**

甲虚构了一家有限公司（未进行工商登记）A公司，并以A公司的名义与B公司签订了买卖合同，向B公司出售电视机200台，B公司要求将合同中的付款方式约定为“货到付款”。后甲又以A公司的名义与C公司签订了采购合同，从C公司处采购电视机200台，甲在合同中要求C公司将货物送至指定地点后付款，而实际上甲指定的该收货地系B公司的办公地。C公司按照合同约定的日期将货物送至甲指定的收货地，并要求甲接收货物，在卸货过程中，甲趁机从B公司处收取货款人民币60余万元后逃匿。C公司将全部电视卸货后，要求在场的B公司人员签收电视并支付货款时，才得知B公司已将货款交给甲。因拨打甲的电话始终无法接通，C公司欲将已卸货的电视机拉回，但B公司却称货款已付，拒绝C公司拉回电视机。双方争执不下，遂报警。

**【律师解析】**

根据**《刑法》第二百二十四条**的规定，甲以虚构A公司的名义及销售电视机的事实与B公司签订了买卖合同，隐瞒了公司所卸货物的真实情况，骗取了B公司支付的货款60余万元，甲的行为已构成合同诈骗罪。甲虚构了不存在的A公司的名义及购买电视机的事实，并与C公司签订了买卖合同，但甲的主观上并非要非法占有C公司的财物，其安排C公司送货至B公司，实际是为了实现其从B公司处骗取货款的目的，且C公司的货物卸货后，甲及B公司均未签收，该批电视机并未实际交付，因此C公司仍享有该批电视机的所有权及控制权。故，本案中的实际受害人应当为B公司，C公司有权取回送至B公司的200台电视机。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国刑法》**第二百二十四条

**《中华人民共和国合同法》**第一百三十三条

## 66、公司解散与清算的联系和区别是什么？

**【概念解释】**

**公司解散：**是指已成立的公司基于一定的合法事由而使公司消灭的法律行为。公司解散的原因有三大类：一类是一般解散的原因;一类是强制解散的原因;一类是股东请求解散。

**公司清算：**是指公司解散后，在公司面临终止的情况下，负有清算义务的主体按照法律规定的方式、程序对公司的资产、负债、股东权益等公司的状况作全面的清理和处置，使得公司与其他社会主体之间产生的权利和义务归于消灭，从而为公司的终止提供合理依据的行为。公司除因合并或分立而解散外，其余原因引起的解散，均须经过清算程序。公司清算分为3种，普通清算、特别清算和破产清算。

**【案例简介】**

2009年7月31日，甲公司向自然人乙借款20万元，并出具了加盖“甲公司财务专用章”的收款凭证一张，双方约定月利率为1.5%。借款后，甲公司支付了2010年8月1日前的利息，借款本金20万元及剩余利息一直未付。甲公司于2010年12月27日经股东会决议解散公司，成立了清算组，成员为甲公司的股东丙和丁，甲公司于2010年12月28日在温州日报刊登注销公告，并于2011年3月8日经工商部门登记注销。甲公司在向工商部门提交的公司清算报告中载明：截止2011年2月15日公司债务为零；企业负债为0元，债权债务现已清算完毕。剩余资产股东也已分配完毕。嗣后，自然人乙以甲公司在清算期间未按公司法规定通知其申报债权，导致其未获清偿为由，将清算组成员丙和丁诉至法院，法院判丙和丁应对乙的损失承担赔偿责任【**（2015）温苍龙商初字第1676号**】。

**【律师解析】**

本案中，甲公司经股东会决议将公司解散，并随后成立清算小组，启动了公司的解散清算程序，清算组在清算期间负责清理公司财产、清缴所欠税款及职工工资、清理债权债务、处理公司清偿债务后的剩余财产，并向工商部门申报注销登记以最终消灭其法律人格。由此可见，公司解散和清算的联系在于，清算是公司由解散到终止的必经程序，解散则是引发公司开启清算程序的法定事由之一。二者的区别在于，公司解散事由出现后，清算程序开始之前，并未丧失其开展民事活动的资格，其仍可继续进行合法的经营活动，但进入到清算程序后，公司虽然存续，但已经不能开展与清算无关的经营活动。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国合同法》**第二百零五条和第二百零六条

**《中华人民共和国公司法》**第一百八十条**、**第一百八十四条和第一百八十六条

最高人民法院**《关于适用﹤中华人民共和国公司法﹥若干问题的规定（二）》**第十一条

## 67、公司解散后的债权债务如何处理？

**【案例简介】**

2002年9月30日，甲公司与乙公司签订《购货协议》一份，约定甲公司向乙公司购买钢丝绳等货物，甲公司需向乙公司支付货款共计8万余元。乙公司供货后，甲公司向乙公司支付6千余元，直至2005年12月13日，甲公司向乙公司出具欠款报告一份，显示其所欠的7万余元货款，因其尚未收到丙公司的货款，暂时无力支付，请求乙公司能够削减债务。2006年4月3日，甲公司因未按规定申报年检被工商局吊销营业执照，及至2006年7月13日，甲公司经工商局核准登记注销登记，其注销清算报告中载明:经公司股东会会议决定解散公司，清算组成员由陈甲、陈乙和陈丙担任，清算组已在成立之日起10日内通知了所有债权人并在解放日报上刊登了注销公告，清算结果为公司债务已全部清偿。2007年12月3日，乙公司将陈甲、陈乙、陈丙起诉至法院，诉称三人通过注销公司的手段逃债，遂请求判令三人共同支付甲公司货款及滞纳金【**（2009）沪二中民三(商)终字第625号**】。

**【律师解析】**

本案中，甲乙公司的《购货协议》合法有效，甲公司理应偿还货款，嗣后，因甲公司被吊销营业执照，其独立的法人资格消灭，公司不得不解散。公司解散后，注销登记前，虽然其成立了清算组对债权债务及公司财产进行清算与分配，但并未书面通知乙公司申报债权导致其未获清偿，根据我国**《公司法》**司法解释的相关规定，清算组成员应在公司清算时将公司解散的清算事宜书面通知全体已知债权人，若未履行该通知和公告义务，导致债权人未能及时申报债权而未获清偿，债权人有权主张清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任。故本案中，若被告三位清算组的成员不能有效证明其履行了通知义务，则应承担赔偿责任。此外，清算组在清算期间可行使的职权包括代表公司参与民事诉讼活动，也即公司享有的到期债权也可在此阶段由清算组通过法律途径代为处理。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国公司法》**第一百八十条、第一百八十三条、第一百八十四条和第一百八十五条

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题解释（二）》**第十一条

## 68、公司已进入清算阶段能否起诉追索欠款？

**【案例简介】**

2013年6月8日，甲与乙公司签订了借款合同，约定乙公司向甲借款人民币22万元，借款期限至2013年8月5日止，若到期未还则追加3%的利息，合同签订后，甲将22万元汇入乙公司账上，乙公司到期未能偿还借款，嗣后，甲于2014年10月共收到价值约9万元的货物冲抵借款。2015年4月26日，乙公司决定终止经营，面向社会张贴公告，声明其已开始进行清算，清算组负责人为丙，请有关债权人向其申报债权并办理债权登记手续。甲获悉后，将清算组负责人丙诉至法院，请求法院判令偿还其借款本息**【（2015）兴民初字第1888号**】。

**【律师解析】**

本案中，乙公司因经营不善决定终止营业，在注销登记前开启了清算程序，甲作为债权人在此阶段向法院起诉主张债权，根据我国**《公司法》第一百八十五条**的规定，清算组在清算期间可行使的职权包括代表公司参与民事诉讼活动，即虽然清算期间，公司存续，且不得开展与清算无关的清算活动，但仍可由清算组代为应诉。所以，在公司进入清算阶段，债权人仍可以向清算组提起诉讼追索欠款。当然，债权人也可以在此阶段通过向债权人申报债权的方式来维护自身权益。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国公司法》**第一百八十五条和第一百八十七条

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题解释（二）》**第十二条

## 69、公司注销后遗漏债务如何处理？

**【案例简介】**

2010年9月28日，甲公司与乙公司签订买卖合同一份，约定由乙公司供应四连杆自动给汤机两台，共计人民币10万元，甲公司按合同30%支付预付款，乙公司则需在同年10月15日前向甲公司交付货物两台，若延迟交付，每延误一天，应支付每天400元的违约金。合同签订后，甲公司按约向乙公司支付预付款3万元，但乙公司未如期交付货物。乙公司的股东为丙、丁二人，股东会于2010年11月24日决议解散，并成立清算组，于同年11月29日在青年报上公告，要求债权人申报债权。2011年2月14日在工商部门申请注销登记，其清算报告中显示公司债权债务已经清理完毕，若有未了事宜，股东愿意承担责任。2011年2月16日，乙公司被工商局核准注销。嗣后，甲公司以其清算组未予通知即告注销为由，向人民法院提起诉讼，请求解除合同，并赔偿其3万元预付款，并支付1.5万元违约金**【（2011）新商初字第76号】**。

**【律师解析】**

本案中，乙公司未按照买卖合同约定向甲公司交付货物，甲公司有权请求解除合同及赔偿损失。乙公司在尚未清偿债务的情况下申请注销登记，需完成法律规定的清算程序，若其清算组成员未在清算时告知债权人甲公司申报债权导致甲公司债权未得到实现，根据我国**《公司法》**司法解释的相关规定，甲公司有权要求瑕疵履行清算义务的清算组代为赔偿损失。一般而言，公司的注销登记是具有公信力的，其意味着公司所有的债权债务已经全部处理完毕，也即注销后其主体资格绝对地、永久地消灭，不再享有任何民事权利，也不再承担任何民事义务。但前提是申请注销登记的公司在注销前严格履行了清算义务，全面彻底的清理债权债务，倘若在公司解散后，公司的股东或实际控制人恶意处置公司财产给债权人造成损失；或者未经过清算，清算组就以虚假的清算报告骗取公司登记机关办理法人注销登记的；或者清算组在清算过程中，没有对债权人履行告知义务导致债权人损失的，因为上述情形造成的公司注销登记后的债务遗漏问题，债权人仍然可以依法申请相关责任人赔偿损失。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国公司法》第一百八十六条**

最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国合同法>若干问题解释（二）》**第十一条、第十八条、第十九条和第二十条

## 70、营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致的，如何确定当事人？

**【案例简介】**

中国电信股份有限公司遵义红花岗区分公司于2012年7月25日与被告红花岗区华友花园酒店签订《“酒店万美联盟”业务使用合同》，约定：中国电信红花岗分公司投资45,000.00元为花园酒店提供从电信红花岗分公司遵义公司机房到被告机房之间的光缆和配套的光纤收发器建设，1条光纤上网的带宽10M，为被告免费提供1个因特网固定IP地址、为被告免费建设100门固定电话电缆；被告对第一期装修好的客房50门固定电话按2,250.00元／月支付费用，1条10M高宽带光纤接入按1,500.00元／月支付费用，后期装修的电话按45.00元／门／月支付费用；合同期限为10年等。被告自2014年9月起拖欠电话费，至2015年3月供拖欠费用26,250.00元。故原告诉至人民法院，请求判令解除与被告红花岗区华友花园酒店签订的《“酒店万美联盟”业务使用合同》，由被告支付通信费用26,250.00元、滞纳金878.50元及违约金9,000.00元，并赔偿投资损失45,000.00元。被告红花岗区华友花园酒店的《营业执照》载明，该酒店的经营者系熊健，为个体工商户，红花岗区华友花园酒店系该酒店的字号。熊健于2014年9月15日与雷宇签订《遵义市华友花园酒店转让协议》，将该酒店转让给了雷宇。该酒店于2014年10月取得的《特种行业许可证》载明法定代表人为雷宇，雷宇现系该酒店的实际经营者。法院经审理裁定驳回原告中国电信股份有限公司遵义红花岗区分公司的起诉【**(2015)红民商初字第184号**】。

**【律师解析】**

根据最高人民法院**《[关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释](javascript:SLC(242703,0))》第[五十九条](javascript:SLC(242703,59))第二款**“营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致的，以登记的经营者和实际经营者为共同诉讼人”的规定，红花岗区华友花园酒店不是本案适格的被告。根据最高人民法院**《[关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释](javascript:SLC(242703,0))》第[二百零八条](javascript:SLC(242703,208))第三款**“立案后发现不符合起诉条件或者属于[民事诉讼法](javascript:SLC(183386,0))第[一百二十四条](javascript:SLC(183386,124))规定情形的，裁定驳回起诉”的规定，本案应裁定驳回起诉。

律师提示，在普通民事诉讼案中，原来以前的民法通则意见和民事诉讼法意见是规定将个体工商户的业主作为被告进行起诉，但要标明系某字号的业主。但是，现根据2015年生效的最高人民法院**《关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>的解释》第五十九条**规定：“在诉讼中，个体工商户以营业执照上登记的经营者为当事人。有字号的，以营业执照上登记的字号为当事人，但应同时注明该字号经营者的基本信息。营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致的，以登记的经营者和实际经营者为共同诉讼人”，对于起诉具有字号的个体工商户，在普通民事诉讼案和劳动争议案件，则将个体工商户的字号作为被告进行起诉，但要标明业主基本信息。

**【法条链接】**

最高人民法院**《[关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释](javascript:SLC(242703,0))》**第五十九条

## 71、什么是侵犯专利权行为？都有哪些类型？专利侵权应负哪些法律责任？

[专利权](http://www.fabao365.com/zhuanli/zhuanliquan" \t "http://www.fabao365.com/zhuanli/11166/_blank)是独占权，根据专利法规定，未经专利权人许可，实施其专利，即以生产经营为目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品或者使用使专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品；或者制造、销售、进口其外观设计专利产品的行为，就是专利侵权。

**专利侵权行为的主要类型:**

1）未经许可制造专利产品的行为；

2）故意使用发明或实用新型专利产品的行为；

3）销售、许诺销售未经许可的专利产品的行为；

4）使用专利方法以及使用、销售、许诺销售依照专利方法直接获得的产品的行为；

5）进口专利产品或进口依照专利方法直接获得的产品的行为；

6）假冒他人专利的行为；

7）冒充专利的行为。

**专利侵权又分直接侵权行间接侵权行两类:**

**直接侵权行为**：是指直接由行为人实施的侵犯他人专利权的行为。其表现形式包括：制造发明、实用新型、外观设计专利产品的行为；使用发明、实用新型专利产品的行为；许诺销售发明、实用新型专利产品的行为；销售发明、实用新型或外观设计专利产品的行为；进口发明、实用新型、外观设计专利产品的行为；使用专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品的行为。

**间接侵权行为**：是指行为人本身的行为并不直接构成对专利权的侵害，但实施了诱导、怂恿、教唆、帮助他人侵害专利权的行为。间接侵权行为通常是为直接侵权行为制造条件，常见的表现形式有：行为人销售专利产品的零部件、专门用于实施专利产品的模具或者用于实施专利方法的机械设备；行为人未经专利权人授权或者委托，擅自转让其专利技术的行为等。

**专利侵权应负的法律责任：**

1）行政责任

对专利侵权行为，管理专利工作的部门有权责令侵权行为人停止侵权行为、责令改正、罚款等，管理专利工作的部门应当事人的请求，还可以就侵犯[专利权](http://www.fabao365.com/zhuanli/zhuanliquan" \t "http://www.fabao365.com/zhuanli/17539/_blank)的赔偿数额进行调解。

2）民事责任

（1）停止侵权。是指专利侵权行为人应当根据管理专利工作的部门的处理决定或者人民法院的裁判，立即停止正在实施的专利侵权行为。

（2）赔偿损失。侵犯专利权的赔偿数额，按照专利权人因被侵权所受到的损失或者侵权人获得的利益确定；被侵权人所受到的损失或侵权人获得的利益难以确定的，可以参照该[专利许可](http://www.fabao365.com/zhuanli/zhuanlixuke" \t "http://www.fabao365.com/zhuanli/17539/_blank)使用费的倍数合理确定。

（3）消除影响。在侵权行为人实施侵权行为给专利产品在市场上的商誉造成损害时，侵权行为人就应当采用适当的方式承担消除影响的法律责任，承认自己的侵权行为，以达到消除对专利产品造成的不良影响。

3）[刑事责任](http://www.fabao365.com/xingshi/xingshizeren" \t "http://www.fabao365.com/zhuanli/17539/_blank)

依照专利法和[刑法](http://www.fabao365.com/xingshi/xingfa" \t "http://www.fabao365.com/zhuanli/17539/_blank)的规定，假冒他人专利，情节严重的，应对直接责任人员追究刑事责任。

## 72、职务作品著作权归谁？

**《著作权法》**规定，公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品。职务作品的可以分为两种情况：**作者享有著作权，单位享有优先使用作品的权利；职务作品的著作权归单位，作者享有署名权。**

一般职务作品的著作权归作者，但法人或者非法人单位有权在其业务范围内优先使用。作品完成2年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。但如果在作品完成2年内，单位在其业务范围内不使用的，作者可以要求单位同意由第三人以与单位使用的相同方式使用其作品，单位没有正当理由不得拒绝。在作品完成2年内，经单位同意，作者许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品所获报酬，由作者与单位按约定的比例分配。作品完成的2年期限，自作者向单位交付作品之日起计算。

有下列情形之一的职务作品，作者享有署名权，著作权的其他权利由法人或者非法人单位享有，法人或者非法人单位可以给予作者奖励：

1）主要是利用法人或者非法人单位的物质技术条件创造，并由法人或者非法人单位承担责任的工程设计、产品设计图纸及其说明、

计算机软件、地图等职务作品；

2)法律、行政法规或者合同约定著作权由法人或者非法人单位享有的职务作品。

此外，对于计算机软件的职务作品，根据我国**《计算机软件保护条例》**第十三条，自然人在法人或者其他组织中任职期间所开发的软件有下列情形之一的，该由该法人或者其他组织享有，该法人或者其他组织可以对开发软件的自然人进行奖励：

1）针对本职工作中明确指定的开发目标所开发的软件；

2）开发的软件是从事本职工作活动所预见的结果或者自然的结果；

3）主要使用了法人或者其他组织的资金、专用设备、未公开的专门信息等物质技术条件所开发并由法人或者其他组织承担责任的软件。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国著作权法》**第十六条

**《中华人民共和国著作权法实施条例》**第十二条

**《计算机软件保护条例》**第十三条

## 73、作者死亡后的作品著作权如何行使？

著作权行使是指作者和作者以外的著作权人依法对作品的各种利用。著作权包括**人身权和财产权**。

人身权，又称精神权利，具体包括：

1. 发表权，即决定作品是否公之于众的权利；
2. 署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利；
3. 修改权，即修改或者授权他人修改作品的权利；
4. 保护作品完整权，即任何单位在采用作品时未经著作权人同意一般不得对原作进行增删和改动。

这些权利随着著作人的死亡而消灭，不能继承。

著作权中的财产权利是指，著作人在他人依合同利用其创作成果(包括出版、上演、改编、翻译、录音、录像等)时取得报酬的权利。作者死后，其著作权中的财产权可以依法继承。

根据**《[著作权法](http://www.66law.cn/tiaoli/14.aspx" \t "http://www.66law.cn/laws/_blank" \o "著作权法)》**的规定，公民死亡后，其作品的使用权和获得报酬权在法律规定的保护期内，依照继承的规定转移。按照**《著作权法》**的规定，著作权的保护期限为作者终生及其死亡后的50周年。因经继承人继承著作权的，可以享有50年的著作权。对于作者没有发表的作品，如果作者没有明确表示不发表，作者死亡后的50周内，其发表权可由继承人或受[遗赠](http://www.66law.cn/laws/hunyinjiating/jichengfa/yizeng/" \t "http://www.66law.cn/laws/_blank" \o "遗赠)人行使，没有继承人又无人受遗赠的，由作品原件的合法所有人行使。法人或非法人单位为著作权人时，其财产权利不属于公民个人，也不能作为遗产被继承。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国著作权法》**第十九条和第二十一条

## 74、商标无效的情形有哪些？法律后果是什么？

为了保护合法商标权，**《商标法》**第四十四条规定：“已经注册的商标，违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标局宣告该注册商标无效。其他单位或者个人，可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。”

根据这一规定，商标局主动宣告注册商标无效的条件，包括两个方面。

**首先，**商标中含有不得作为商标使用的标志、形状的。具体包括3种情形：**一是**使用本法第十条的禁止性使用标志的，包括(1)同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、国歌、军旗、军徽、军歌、勋章相同或者近似的，以及同中央国家机关的名称、标志、所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的；(2)同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗等相同或者近似的，但经该国政府同意的除外；(3)同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记等相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外；(4)与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，但经授权的除外；(5)同“红十字”“红新月”的名称、标志相同或者近似的；(6)带有民族歧视性的；(7)带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的；(8)有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。同时，县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标；但是地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。 **二是**使用本法第十一条禁止作为商标注册标志的商标，包括(1)仅有本商品的通用名称、图形、型号的；(2)仅仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；(3)其他缺乏显著特征的。但是，上述3类所列标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。**三是**使用本法第十二条禁止注册形状的商标，例如以三维标志申请注册商标的，仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，不得注册。

**其次，**以欺骗手段或者其他不正当手段取得商标注册的。所谓欺骗手段，是指申请人采取虚构、隐瞒事实真相，或者伪造申请书及有关文件的方式，取得商标注册。所谓以其他不正当手段，是指申请人采取欺骗方式以外的其他不正当方法，如通过给经办人好处等方式，取得商标注册。

根据该法条，上述情况也可以由商评委被动宣告商标无效。不过，**《商标法》第四十五条**则规定，对于已注册商标违反本法第十三条第二款和第三款、第十五条、第十六条第一款、第三十条、第三十一条、第三十二条规定的，则只能由在先权利人或者利害关系人请求商评委宣告无效，其他单位和个人无权提出宣告无效请求，商标局也无权宣告无效。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国商标法》**第十条、第十一条、第十二条、第四十四条和第四十五条

## 75、商标侵权有哪几种表现形式？

**【案例简介】**

甲公司经国家工商行政管理总局商标局核准注册了第1948353号“SINOPEC”商标，2012年经续展注册将有效期延长至2022年10月27日，核定服务项目为第37类商品，包括：车辆加润滑油、车辆加油站等。2010年3月16日，甲公司授权乙公司及其下属单位使用该注册商标，并约定了对侵犯授权商标专用权的不法行为，行使向工商行政管理部门和司法部门举报、控告、维权、诉讼的权利等内容。2013年12月6日，乙公司的下属单位丙公司发现有一处标有“聊城石化”的加油站在未经许可的情况下，擅自在其加油站罩棚上使用和“SINOPEC”注册商标相同的商标。丙公司随即联络公证机构进行了证据采集公证，并将该加油站负责人丁诉至法院，要求其停止侵权并赔偿损失【**（2015）聊民三初字第295号**】。

**【律师解析】**

本案中，甲公司依法对第1948353“SINOPEC”商标享有商标专用权，有权禁止他人未经许可擅自使用其商标，乙公司及其下属单位丙公司经授权取得该商标的使用权，并对侵犯该商标专用权的不法行为，享有向工商行政管理部门和司法部门举报、控告、维权及诉讼的权利。自然人丁未经许可在同一种商品上使用与他人注册商标相同的商标的行为，侵犯了甲公司的注册商标专用权，故其应依法停止侵权并赔偿因其侵权行为给丙公司造成的经济损失。

在司法实践中，存在形式多样的商标侵权行为，一般包括以下几种主要形式：一是未经商标权人许可在同一种或类似商品上使用与注册商标相同或者近似的商标；二是销售侵犯注册商标专用权的商品；三是伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识；四是未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场；五是故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利，帮助他人实施侵犯商标专用权行为的。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国商标法》**第五十七条

**《中华人民共和国商标法实施细则》**第四十一条

## 76、商业秘密的构成包括哪些要件？

**【案例简介】**

2010年7月，甲与乙公司签订了劳动合同，合同约定，甲的工作内容为在研发部门从事业务岗位，合同对甲在工作期间掌握的乙公司的业务、技术、客户往来、营销等企业信息约定了保密业务。2013年7月，甲与乙公司续签了劳动合同，合同期限为2013年7月27日至2015年7月26日。合同同样就甲的保密义务做了和之前合同相同内容的约定，甲在任职期间，曾在包含保密条例的员工手册签收单上签字，2013年12月，甲同乙公司解除了劳动合同。2013年7月10日，甲成立了丙公司，届时甲仍为乙公司的员工，丙公司的经营范围同乙公司存在业务重合，为拓展业务，2013年11月期间，甲通过丁快递公司向被列入乙公司客户名单的五家公司发出快递，內呈丙公司经营商品的报价单，这些商品同乙公司以往和这五家公司交易的商品类似，2013年11月18日，五家客户中的一家公司就报价单中的商品同丙公司签署了价格协议。乙公司知悉后，将甲及丙公司诉至法院，请求其停止侵犯乙公司商业秘密的行为，并赔偿损失。乙公司为证明甲所获得的五家公司的客户名单系其商业秘密，向法院提交了一系列证据材料，包括：甲乙双方的劳动合同、载有甲的签名的乙公司《客户信息表》和《客户拜访表管理办法》、丙公司向五家公司发出的商品报价单等等【**（2015）杭滨知初字第362号**】。

**【律师解析】**

本案中，乙公司诉称其原旗下员工甲利用在任职期间获得的乙公司的客户名单，违反公司的保密规定，私下同客户开展交易的行为构成对其商业秘密的侵害，应当承担侵权责任。本案的关键在于确认甲所披露的客户名单的确属于乙公司的商业秘密，这便涉及到商业秘密的构成，根据我国**《反不正当竞争法》**的相关规定，商业秘密的构成应包括四个要素：一是不为公众所知悉，也即具有一定的秘密性，公众难以通过公开的渠道获得；二是能为权利人带来经济利益，也即该保密事项具有一定的价值，能使权利人从中获益；三是具有实用性，须具备实际操作性或可预期操作可能性；四是权利人须采取保密措施加以保护。具体到本案，乙公司制定了含有保密条例的员工手册，而且对于客户的相关信息，乙公司制定了专门的审核及管理办法，只有特定的员工方能接触，也说明了其已经采取了保密措施，加之这些客户名单的商业价值表现在可增加乙公司的交易机会，能为其带来一定的竞争优势，兼具价值性和实用性，故可以认定甲所使用的客户名单为乙公司的商业秘密，而甲在尚未离职的情况下，违反公司有关保守商业秘密的要求，披露、使用其所掌握的公司客户信息，因而构成对乙公司商业秘密的侵犯，应当依法停止侵害，并赔偿损失。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国反不正当竞争法》**第十条

最高人民法院**《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》**第十三条和第十四条

## 77、企业使用明星电影海报做商业宣传，除需要取得电影制片方著作权许可外，是否还需要取得明星关于肖像权的授权？

**【案例简介】**

2015年，佛山市南海星际铝业有限公司（被告）未经许可，在其产销的“星派名门”之推拉门等产品包装上使用周迅（原告）的肖像照片，并称“《孔子》主演：周迅”，使社会大众误认为原告代言了被告产品，原告认为被告的行为侵犯了自己的肖像权，遂委托律师取证并起诉至法院。

在诉讼过程中，被告辩解声称其当时是为了配合电影《孔子》（周润发、陈建斌、周迅等主演）宣传而从事了涉案行为，其取得了电影制片方著作权授权，其没有过错，不应承担侵权责任。

后本案在法院的组织下，双方达成和解，被告停止侵权，并赔偿了一定费用【**（2015）丰民初字第04216号】**。

**【律师解析】**

电影海报，可以认定为摄影作品，其中包含着两种权利，一是电影制片方对该摄影作品享有的著作权，二是明星享有的肖像权，两种权利是完全不同的权利类型，前者属于著作权，后者属于人格权，同时，根据人格权不能转让的法律理论，著作权和人格权可以分属于不同的权利人控制，并分开授权使用。

诚然，明星参与电影摄制，自然会授权制片方在电影中使用明星肖像，但是，并不必然能得出明星授权制片方将其肖像（哪怕是电影海报）使用于电影宣传和发行之外的其他商业用途。因此，通常来说，除电影宣传和发行之外，企业如果要在其他领域商业使用电影海报的，既要取得电影制片方关于电影海报著作权授权，又要同时取得明星肖像权侵权，否则势必会造成肖像权侵权，从而可能承担停止侵权、赔礼道歉、赔偿损失的民事责任。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国民法通则》**第一百条和第一百二十条

## 78、企业官方网站、微信、微博上使用了他人享有著作权的图片，是否要承担侵权责任？应承担何种侵权责任？

**【案例简介】**

2015年，华盖创意（北京）图像技术有限公司（原告）发现，在宜信惠民投资管理（北京）有限公司（被告）官方微博之微文中使用了原告享有著作权的两幅摄影作品，遂取证并起诉被告，要求停止侵权、登报赔礼道歉、赔偿损失。

法院经审理认为，被告在其经营管理的“宜信加V”微博中将原告享有权利的涉案作品作为微博文章配图使用，未取得原告许可，也未支付报酬，侵犯了原告著作权，原告要求被告停止侵权、赔偿损失的诉讼请求，于法有据。对于原告要求赔礼道歉的诉讼请求，因赔礼道歉是人身性权利受到侵害时适用的责任承担方式，原告对涉案作品的权利系经授权取得，并不享有涉案作品的著作人身权，故对于原告的此项主张不予支持。法院同时判决被告按每张图片1000元的标准对原告进行赔偿【**（2015）朝民（知）初字第04412号】**。

**【律师解析】**

随着互联网的迅猛发展，绝大部分企业会开通官方网站、微信、微博，并利用其进行宣传、营销。不少企业抱着侥幸的心里，认为只是使用了少量的他人图片，可以算作合理使用，因此不用承担侵权责任。此种认知是对著作权法认识的不足。

著作权法规定，只有为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品，或者，为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品等少量情况，方可视为合理使用，可以不向著作权人取得许可，也不需要支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人享有的其他权利。

回到本案，被告在其官方微博中使用涉案图片，并没有在长篇大论中只是穿插使用单幅图片，因为微博文字不能超过140个字，造成配图自然会成为微博文章的重要组成甚至是实质组成部分，此种情况，不能算作“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品”，更何况，被告该条微博文章也没有“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品”这样的意愿，所以被判决侵权应该不算冤枉。

值得注意的是，本案没有判决被告赔礼道歉，不是因为被告不应该赔礼道歉，而是因为本案原告的权利是从图片原始著作权人处授权得来，而根据著作人身权不能转移并由他人享有的法律原理，因此，原告没有权利要求被告赔礼道歉，换言之，如果本案是图片的原始著作权人作为原告，法院应该会判决被告赔礼道歉，而如果法院判决被告在其官方微博或者登报赔礼道歉的话，势必会对其商誉造成一定负面影响。

因此，律师提醒企业，无论在企业网站，还是在其微信、微博中，凡是涉及突出使用了他人图片的，尤其是图片质量较高、商业价值较大的图片，应该事先需要取得图片著作权人的同意，否则就可能承担侵权责任。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国著作权法》**第四十八条第一项、第四十九条第二款

## 79、企业的哪些收入为免税收入？

根据我国**《企业所得税法》**规定，企业的下列收入为免税收入：

1）国债利息收入，指企业持有国务院财政部门发行的国债取得的利息收入。

2）符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益。符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益，是指居民企业直接投资于其他居民企业取得的投资收益。

3）在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益。

第2）、3）的股息、红利等权益性投资收益，不包括连续持有居民企业公开发行并上市流通的股票不足12个月取得的投资收益。

4）符合条件的非营利组织的收入。符合条件的非营利组织，是指同时符合下列条件的组织：

（1）依法履行非营利组织登记手续；

（2）从事公益性或者非营利性活动；

（3）取得的收入除用于与该组织有关的、合理的支出外，全部用于登记核定或者章程规定的公益性或者非营利性事业；

（4）财产及其孳息不用于分配；

（5）按照登记核定或者章程规定，该组织注销后的剩余财产用于公益性或者非营利性目的，或者由登记管理机关转赠给与该组织性质、宗旨相同的组织，并向社会公告；

（6）投入人对投入该组织的财产不保留或者享有任何财产权利；

（7）工作人员工资福利开支控制在规定的比例内，不变相分配该组织的财产。

前款规定的非营利组织的认定管理办法由国务院财政、税务主管部门会同国务院有关部门制定。

符合条件的非营利组织的收入，不包括非营利组织从事营利性活动取得的收入，但国务院财政、税务主管部门另有规定的除外。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国企业所得税法》**第二十六条

## 80、在计算应纳税所得额时，哪些支出不得扣除？

根据我国**《企业所得税法》**规定： 在计算应纳税所得额时，下列支出不得扣除：

1）向投资者支付的股息、红利等权益性投资收益款项；

2）企业所得税税款；

3）税收滞纳金；

4）罚金、罚款和被没收财物的损失；

5）本法第九条规定以外的捐赠支出（即企业发生的公益性捐赠支出，在年度利润总额12%以内的部分，准予在计算应纳税所得额时扣除）；

6）赞助支出；

7）未经核定的准备金支出；

8）与取得收入无关的其他支出。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国企业所得税法》**第十条

## 81、哪些所得，可以免征、减征企业所得税？

1）**《中华人民共和国企业所得税法》**第二十五条规定，国家对重点扶持和鼓励发展的产业和项目，给予企业所得税优惠。

重点扶持和鼓励发展的产业和项目，包括**《财政部 国家税务总局关于进一步鼓励软件产业和集成电路产业发展企业所得税政策的通知》**（财税〔2012〕27号）所列举的产业和项目：关于鼓励软件产业和集成电路产业发展的优惠政策，是指

（1）集成电路线宽小于0.8微米（含）的集成电路生产企业，经认定后，在2017年12月31日前自获利年度起计算优惠期，第一年至第二年免征企业所得税，第三年至第五年按照25%的法定税率减半征收企业所得税，并享受至期满为止。

（2）集成电路线宽小于0.25微米或投资额超过80亿元的集成电路生产企业，经认定后，减按15%的税率征收企业所得税，其中经营期在15年以上的，在2017年12月31日前自获利年度起计算优惠期，第一年至第五年免征企业所得税，第六年至第十年按照25%的法定税率减半征收企业所得税，并享受至期满为止。

（3）我国境内新办的集成电路设计企业和符合条件的软件企业，经认定后，在2017年12月31日前自获利年度起计算优惠期，第一年至第二年免征企业所得税，第三年至第五年按照25%的法定税率减半征收企业所得税，并享受至期满为止。

（4）国家规划布局内的重点软件企业和集成电路设计企业，如当年未享受免税优惠的，可减按10%的税率征收企业所得税。

2）**《中华人民共和国企业所得税法》**第二十七条规定，企业的下列所得，可以免征、减征企业所得税：

（1）从事农、林、牧、渔业项目的所得；是指

➀蔬菜、谷物、薯类、油料、豆类、棉花、麻类、糖料、水果、坚果的种植；

➁农作物新品种的选育；

➂中药材的种植；

④林木的培育和种植；

⑤牲畜、家禽的饲养；

⑥林产品的采集；

⑦灌溉、农产品初加工、兽医、农技推广、农机作业和维修等农、林、牧、渔服务业项目；

⑧远洋捕捞。

（2）企业从事下列项目的所得，减半征收企业所得税：

➀花卉、茶以及其他饮料作物和香料作物的种植；

➁海水养殖、内陆养殖。

（3）从事国家重点扶持的公共基础设施项目投资经营的所得；是指《**公共基础设施项目企业所得税优惠目录**》规定的港口码头、机场、铁路、公路、城市公共交通、电力、水利等项目。这里电力是指核电、风力发电、水力发电、海洋能发电，太阳能发电、地热发电，不含火力发电。

企业从事上述国家重点扶持的公共基础设施项目的投资经营的所得，自项目取得第一笔生产经营收入所属纳税年度起，前3年免征，第4--6年减半。企业承包经营、承包建设和内部自建自用本条规定的项目，不得享受本条规定的企业所得税优惠。

（4）从事符合条件的环境保护、节能节水项目的所得；

符合条件的环境保护、节能节水项目，包括公共污水处理、公共垃圾处理、沼气综合开发利用、节能减排技术改造、海水淡化等。项目的具体条件和范围由国务院财政、税务主管部门商国务院有关部门制订，报国务院批准后公布施行。

企业从事上述符合条件的环境保护、节能节水项目的所得，自项目取得第一笔生产经营收入所属纳税年度起，前3年免征，第4--6年减半。

依照**《企业所得税法实施条例》**第八十七条和第八十八条规定享受减免税优惠的项目，在减免税期限内转让的，受让方自受让之日起，可以在剩余期限内享受规定的减免税优惠；减免税期限届满后转让的，受让方不得就该项目重复享受减免税优惠。

（5）符合条件的技术转让所得；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。非居民企业取得**《企业所得税法》第二十七条第(五)项**规定的所得，减按10％的税率征收企业所得税。

3）**《中华人民共和国企业所得税法》**第二十八条规定，

（1)符合条件的小型微利企业，减按20%的税率征收企业所得税。对年应纳所得额低于30万余（含30万元）的小型微利企业，其所得减按50%计入应纳税所得额，按20%的税率缴纳企业所得税。符合条件的小型微利企业，是指从事国家非限制和禁止行业，并符合下列条件的企业：

➀工业企业，年度应纳税所得额不超过30万元，从业人数不超过100人，资产总额不超过3000万元；

➁其他企业，年度应纳税所得额不超企业所得税法第二十八条第一款所称过30万元，从业人数不超过80人，资产总额不超过1000万元。

（2）国家需重点扶持的高新技术企业，减按15％的税率征收企业所得税。国家需要重点扶持的高新技术企业，是指拥有核心自主知识产权，并同时符合下列条件的企业：

➀产品（服务）属于《国家重点支持的高新技术领域》规定的范围；

➁研究开发费用占销售收入的比例不低于规定比例；

➂高新技术产品（服务）收入占企业总收入的比例不低于规定比例；

④科技人员占企业职工总数的比例不低于规定比例；

⑤高新技术企业认定管理办法规定的其他条件。

**《国家重点支持的高新技术领域》**和高新技术企业认定管理办法由国务院科技、财政、税务主管部门商国务院有关部门制订，报国务院批准后公布施行。

4）**《中华人民共和国企业所得税法》**第三十条规定， 企业的下列支出，可以在计算应纳税所得额时加计扣除：

（1）开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用；

是指企业为开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用，未形成无形资产计入当期损益的，在按照规定据实扣除的基础上，按照研究开发费用的50%加计扣除；形成无形资产的，按照无形资产成本的150%摊销。

对从事文化产业支撑技术等领域的文化企业，开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用，允许按照税收法律法规的规定，在计算应纳税所得额时加计扣除。

（2）安置残疾人员及国家鼓励安置的其他就业人员所支付的工资。

所称企业安置残疾人员所支付的工资的加计扣除，是指企业安置残疾人员的，在按照支付给残疾职工工资据实扣除的基础上，按照支付给残疾职工工资的100%加计扣除。残疾人员的范围适用《**中华人民共和国残疾人保障法》**的有关规定。

5）**《中华人民共和国企业所得税法》**第三十一条规定，创业投资企业从事国家需要重点扶持和鼓励的创业投资，可以按投资额的一定比例抵扣应纳税所得额。

抵扣应纳税所得额，是指创业投资企业采取股权投资方式投资于未上市的中小高新技术企业2年以上的，可以按照其投资额的70%在股权持有满2年的当年抵扣该创业投资企业的应纳税所得额；当年不足抵扣的，可以在以后纳税年度结转抵扣。

6）**《中华人民共和国企业所得税法》**第三十二条规定， 企业的固定资产由于技术进步等原因，确需加速折旧的，可以缩短折旧年限或者采取加速折旧的方法。所称可以采取缩短折旧年限或者采取加速折旧的方法的固定资产，包括：

（1）由于技术进步，产品更新换代较快的固定资产；

（2）常年处于强震动、高腐蚀状态的固定资产。

采取缩短折旧年限方法的，最低折旧年限不得低于本条例第六十条规定折旧年限的60%；采取加速折旧方法的，可以采取双倍余额递减法或者年数总和法。

集成电路生产企业的生产设备，其折旧年限可以适当缩短，最短可为3年（含）。企业外购的软件，凡符合固定资产或无形资产确认条件的，可以按照固定资产或无形资产进行核算，其折旧或摊销年限可以适当缩短，最短可为2年（含）。

7）《**中华人民共和国企业所得税法》**第三十三条规定， 企业综合利用资源，生产符合国家产业政策规定的产品所取得的收入，可以在计算应纳税所得额时减计收入。

减计收入，是指企业以《资源综合利用企业所得税优惠目录》规定的资源作为主要原材料，生产国家非限制和禁止并符合国家和行业相关标准的产品取得的收入，减按90%计入收入总额。

前款所称原材料占生产产品材料的比例不得低于《资源综合利用企业所得税优惠目录》规定的标准。

8）**《中华人民共和国企业所得税法》**第三十四条规定， 企业购置用于环境保护、节能节水、安全生产等专用设备的投资额，可以按一定比例实行税额抵免。

税额抵免，是指企业购置并实际使用**《环境保护专用设备企业所得税优惠目录**》、《**节能节水专用设备企业所得税优惠目录》**和《**安全生产专用设备企业所得税优惠目录》**规定的环境保护、节能节水、安全生产等专用设备的，该专用设备的投资额的10%可以从企业当年的应纳税额中抵免；当年不足抵免的，可以在以后5个纳税年度结转抵免。

享受前款规定的企业所得税优惠的企业，应当实际购置并自身实际投入使用前款规定的专用设备；企业购置上述专用设备在5年内转让、出租的，应当停止享受企业所得税优惠，并补缴已经抵免的企业所得税税款。

9）下列所得可以免征企业所得税：

（1）外国政府向中国政府提供贷款取得的利息所得；

（2）国际金融组织向中国政府和居民企业提供优惠贷款取得的利息所得；

（3）经国务院批准的其他所得。

备注：本问答没有涵盖全部，详情请见**《企业所得税优惠事项备案管理目录（2015年版）》**

## 82、“营改增”后不能抵扣的发票有哪些？

1. 票款不一致不能抵

票款不一致的增值税专用发票。

**《国家税务总局关于加强增值税征收管理若干问题的通知》**（国税发192号）第一条第（三）项规定：“购进货物或应税劳务支付货款、劳务费用的对象。纳税人购进货物或应税劳务，支付运输费用，所支付款项的对象，必须与开具抵扣凭证的销货单位、提供劳务的单位一致，才能够申报抵扣进项税额，否则不予抵扣。”

1. 对开发票不能抵扣

“对开发票”不能抵扣进项税金。

所谓“对开发票”是指购货方在发生“销售退回”时，为了规避开红字发票的麻烦，由退货企业再开一份销售专用发票视同购进后又销售给了原生产企业的一种行为。

纳税人如果未能按规定开具红字专用发票，实行对开发票有可能增加税收负担。**《增值税暂行条例实施细则》**第十一条规定，企业如果发生销货退回行为，应按规定开具红字发票。未按规定开具红字发票的，重开发票增值税额将不得从销项税额中扣减。

纳税人如果未能按规定开具红字专用发票，税务机关在有足够证据的情况下，可根据**《发票管理办法》**第三十五条规定，未按照规定开具发票的，由税务机关责令期限改正，没收非法所得，可以并处10000元以下的罚款。

**3）营改增前购买，税改后收到**

营改增前签订的材料采购合同，已经履行合同，但建筑材料在营改增后才收到并用于营改增前未完工的项目，而且营改增后才付款给供应商而收到材料供应商开具的增值税专用发票。

**4）营改增前购买，税改后付款**

营改增前采购的材料已经用于营改增前已经完工的工程建设项目，营改增后才支付采购款，而收到供应商开具的增值税专用发票。

**5）过渡期间的非工程采购**

营改增之前采购的设备、劳保用品、办公用品并支付款项，但营改增后收到供应商开具的增值税专用发票。

**6）**没有销售清单不能抵扣

没有供应商开具销售清单的开具“材料一批”、汇总运输发票、办公用品和劳动保护用品的发票。

国税发156号第十二条规定：一般纳税人销售货物或者提供应税劳务可汇总开具专用发票。汇总开具专用发票的，同时使用防伪税控系统开具《销售货物或者提供应税劳务清单》，并加盖财务专用章或者发票专用章。因此，若没有供应商开具销售清单的开具“材料一批”、汇总运输发票、办公用品和劳动保护用品的发票，不可以抵扣进项税金。

**7）简易办法纳税人不得开具专用发票**

获得按照简易征收办法的供应商开具的增值税专用发票。

**《国家税务总局关于简并增值税征收率有关问题的公告》**（国家税务总局公告第36号）规定：一般纳税人销售自产的下列货物，可选择按照简易办法依照3%征收率计算缴纳增值税，同时不得开具增值税专用发票：

（1）建筑用和生产建筑材料所用的砂、土、石料。

（2）以自己采掘的砂、土、石料或其他矿物连续生产的砖、瓦、石灰（不含粘土实心砖、瓦）。

1. 商品混凝土（仅限于以水泥为原料生产的水泥混凝土）。

**8）职工福利的专用发票不得抵扣**

购进用于集体福利或个人消费的货物或者应税劳务以及随之发生的运输费、销售免税货物的运输费用，其进项税不得从销项税额中抵扣，已申报抵扣的应作进项税额转出处理。

**《营业税改征增值税试点实施办法》**第二十七条第一款规定，用于简易计税方法计税项目、免征增值税项目、集体福利或者个人消费的购进货物、接受加工修理修配劳务或者应税服务的进项税额不得从销项税额中抵扣。

**9）非正常损失材料发票不得抵扣**

非正常损失的购进货物指因管理不善造成货物被盗、丢失、霉烂变质，以及因违反法律法规造成货物被依法没收、销毁、拆除的。

**《营业税改征增值税试点实施办法**》第二十七条第二款规定，非正常损失的购进货物，以及相关的加工修理修配劳务和交通运输业服务的进项税额不得从销项税额中抵扣。

第三款规定，非正常损失的在产品、产成品所耗用的购进货物（不包括固定资产）、加工修理修配劳务和交通运输服务。

非正常损失的在产品、产成品所耗用的购进货物、加工修理修配劳务和交通运输服务是指因管理不善造成在产品、产成品被盗、丢失、霉烂变质，以及因违反法律法规造成在产品、产成品被依法没收、销毁、拆除的。该在产品、产成品所耗用的购进货物、加工修理修配劳务和交通运输服务所对应的进项税额不得抵扣。

**10）自营建筑消耗的材料不得抵扣**

房地产公司开发的开发产品，例如商铺、商场、写字楼自己持有经营，此类开发产品以及自建工程所耗用的建筑材料和建筑公司提供的建筑劳务部分的进项税额不得从销项税额中抵扣。

**11）自超180天未认证的发票不得抵扣**

**《国家税务总局关于调整增值税扣税凭证抵扣期限有关问题的通知》**（国税函617号）第一条规定：增值税一般纳税人取得2010年1月1日以后开具的增值税专用发票（货物运输增值税专用发票）和机动车销售统一发票，应在开具之日起180日内到税务机关办理认证，并在认证通过的次月申报期内，向主管税务机关申报抵扣进项税额。基于此规定，获得的增值税专用发票超过法定认证期限180天不可以抵扣进项税额。

## 83、找人虚开增值税发票有什么法律后果？代人虚开增值税发票有什么法律后果？

**【案例简介】**

**案例1：**李某经营公司期间，为非法抵扣税款，在没有实际业务往来的情形下，以支付开票费的方式，通过本公司会计王某并由王某让他人虚开销货单位为甲公司、乙公司的增值税专用发票20份，税款合计人民币390,593.00元。上述发票中的18份已向税务机关申报抵扣，造成国家税款损失人民币356,651.00元。

**案例2：**张某应丙公司法定代表人杨某的要求为丙公司虚开增值税专用发票。后张某以支付开票费的方式，通过会计赵某并由让他人虚开销货单位为丁公司的增值税专用发票8份，税款合计人民币101,825.00元。上述发票均已向税务机关申报抵扣，致使国家同额税款被骗取。

**【律师解析】**

虚开增值税专用发票或者虚开用于抵扣税款的其他发票，是指有为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的行为。在没有实际业务往来的情况下，以支付开票费的方式，找他人虚开增值税发票用于抵扣税款的行为触犯了刑法，属虚开增值税专用发票罪。案例中的公司法人代表李某、会计王某、张某、丙公司法人代表杨某和会计赵某的行为均构成虚开增值税专用发票罪。其中李某和会计王某为案例1的共同犯罪人；张某、杨某和会计赵某为案例2的共同犯罪人。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国刑法》**第二百零四条第一款、第四款和第二十五条

## 84、外贸企业与他人签订虚假购销合同，购买、虚开增值税发票，以达到出口退税的目的，涉案单位及人员有何法律风险？

**【案例简介】**

2015年2月，个体户王某与山东龙力国际贸易有限公司签订了一份《委托授权协议书》，代表该企业在深圳等地开展木家具出口业务，同时王某与河北省定州市的毛某互相串通，在没有货物交易的情况下虚开增值税专用发票214份 ，销售额合计1869万元，并谎称该货物已出口，申报出口退税266万元。案发后，山东国家税务局对山东龙力国际贸易有限公司追缴骗取的出口退税款266万元、并处以所骗税款一倍266万元的罚款，同时对其已申报出口退税919万元不予退税。王某则被法院以骗税罪一审判处有期徒刑十三年零六个月。

**【律师解析】**

让他人为自己虚开增值税专用发票，指没有货物购销或者没有提供或接受应税劳务的单位或者个人要求合法拥有增值税专用发票的单位或者个人为其开具增值税专用发票，或者即使有货物购销或者提供或接受了应税劳务但要求他人开具数量或者金额不实的增值税专用发票或者进行了实际经营活动。本案中，王某让他人为自己代开增值税专用发票的行为构成虚开增值税发票罪。

出口退税主要是通过退还出口产品的国内已纳税款来平衡国内产品的税收负担，使本国产品以不含税成本进入国际市场，与国外产品在同等条件下进行竞争。本案中王某没有实际产品，不具备出口经营权也没有出口产品，虚报出口外销产品，以假报出口的欺骗手段，骗取国家出口退税款，而且数额较大，严重破坏了国家的进出口制度，构成骗取出口退税罪。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国刑法》**（2015年修正）第二百零三条和第二百零四条

**《中华人民共和国税收征收管理法》第六十六条**

## 85、企业收取现金收入不入或少入账，存入小金库有何问题？

**【案例简介】**

某教育培训机构开办文化补习班，所收学费大部分为现金，该机构将部分现金不做收入处理而是直接存入了小金库。

**【律师解析】**

人为减少营业收入使企业应纳税额减少，是企业逃避营业税和所得税的常见手段，纳税人采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐薄、记帐凭证，在帐薄上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报等构成逃税罪。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国刑法》**（2015修正）第二百条

**《中华人民共和国税收征收管理法》第六十三条**

## 86、企业应在何时与劳动者签订劳动合同？企业与劳动者未签订书面劳动合同有何风险？

**【案例简介】**

杨某自2012年9月经应聘入职于某公司工作，双方口头约定试用期6个月，但未签订书面劳动合同。2013年1月双方解除劳动关系。随后，杨某申请仲裁要求公司支付未签订书面劳动合同的另一倍工资。仲裁支持杨某请求。公司不服诉至法院要求判决不予支持，认为是杨某自己不愿意签订劳动合同，但未提供相关证据，而杨某则辩称自进入公司工作后，多次要求与公司签订劳动合同，但公司均不予理睬。法院最终判决支持杨某请求。

**【律师解析】**

**《劳动合同法》**之所以明确要求用人单位有用工行为即必须与劳动者签订书面劳动合同，原因在于保护劳动者的弱势地位，通过签订劳动合同使劳动者和企业之间劳动关系具有书面依据，使双方的实体权利义务有据可遁。因此，企业应自用工之日起一个月内及时与劳动者签署书面劳动合同。如企业未在法定期间与劳动者签书面合同的，则需承担自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日依照**《劳动合同法》第八十二条**的规定向劳动者每月支付两倍的工资，并视为自用工之日起满一年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同的法律后果。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国劳动合同法》**第八十二条

**《中华人民共和国劳动合同法实施条例》**第五条、第六条和第七条

## 87、试用期是否包含在劳动合同期限内?试用期工资是否有最低标准要求?

**【案例简介】**

2011年6月1日，方某与A公司签订了为期一年的劳动合同，其中约定试用期从2011年6月1日开始至2011年8月31日结束；合同中还约定方某试用期工资每月2000元，转正后工资每月3000元。入职三个月后，方某从该公司辞职。后方某向仲裁委员会提起申诉，要求公司支付2011年6月和7月两个月的工资差额共计800元以及2011年8月试用期工资与转正工资之间的工资差额1000元。仲裁裁决支持了方某的申诉请求，该公司不服裁决结果，向法院提起诉讼。法院最终驳回了A公司的诉讼请求，判决该公司支付方某2011年6月至8月工资差额共计1800元。

**【律师解析】**

首先，依据**《中华人民共和国劳动合同法》**规定，员工在试用期的工资不得低于劳动合同约定工资的百分之八十；本案中，A公司与方某约定了转正后每月工资3000元，则公司应按照每月2400元的工资标准支付方某2011年6月和7月的工资报酬；其次，用人单位与员工签订的劳动合同期限在一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月。用人单位违法约定试用期的，应该按照正式职工待遇支付员工工作期间的劳动报酬。公司与方某在一年期的劳动合同中约定了期限为三个月的试用期，已超过法定期限，因此，A公司应该按照3000元的工资标准支付方某8月份的工资。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国劳动合同法》**第十九条和第二十条

**《中华人民共和国劳动合同法实施条例》**第十五条

## 88、试用期期间企业是否应给劳动者缴纳社会保险?

是。

**【案例简介】**

2013年3月2日，周某应聘到某公司从事管理工作，双方签订了为期三年的劳动合同，合同约定了六个月的试用期。试用期六个月内，公司一直未替周某缴纳社会保险费，直到2013年10月，公司才为周某开始缴纳社会保险费。周某向当地社保中心投诉要求公司为其缴纳试用期内六个月的社会保险费。最终社保中心支持周某请求，责令公司为周某补缴试用期六个月的社会保险。

**【律师解析】**

**《劳动法》**规定，劳动关系自用工之日起建立。用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。由此可看出，在试用期内用人单位与劳动者已建立用工关系，试用期包含在劳动合同期限内，用人单位应在用工时即为劳动者缴纳社会保险，而不区分是否在试用期内。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国劳动法》**第七十二条

**《中华人民共和国劳动合同法》**第十条和第十九条

## 89、劳动合同中未约定劳动报酬如何处理？

**【案例简介】**

甲于2009年11月进入A公司工作，双方口头约定工资待遇，与公司相同岗位薪资待遇一致。 甲在进入A公司之前已从事该岗位工作多年，具有非常丰富的工作经验。但甲在首月领取拿工资时，却比相同岗位其他员工工资低了20%。甲查阅双方签订的劳动合同，其中虽未约定工资数额，但也未约定试用期，甲向公司负责人提出异议，得到回复，根据公司规定，新进员工需有熟悉业务过程，所以前六个月按80%发放工资。甲认为按照之前的口头约定，公司应当向其发放全额工资，且公司的相关制度，在之前从未跟他提起过，遂申请劳动仲裁要求公司支付20%的工资差额。仲裁认为虽然甲是新进员工，但是其工作岗位、工作内容皆与其他员工一致，应当享受与其他员工同等待遇，最终支持甲的请求。

**【律师解析】**

本案是因双方对劳动报酬未明确约定而引起的争议。那么如何解决此类问题，依据**《劳动合同法》**及相关法律规定，允许双方可以重新协商，因劳动合同本身就是双方协商一致的产物，所以只要双方能够就未约定明确的事项达成一致意见，有针对性的进行补充协议，仍可有效地解决争议问题。但如果双方未能就不明确条款达成一致，那么应当适用集体合同约定。集体合同作为职工一方与公司签订的确定双方权利义务的合同，代表了双方真实的意思表示，在个体合同中没有相应的约定时，可以予以适用。如果企业未与职工方签订集体合同，则应当实施同工同酬。所谓同工同酬，是指对同种、同类工作岗位的劳动者应当同等对待，支付同等工资。本案中，A公司在双方劳动合同未约定且在公司制度未告知新进员工的情况下扣发 20%的工资与法无据，不符合同工同酬原则。因此，需补发甲20%的工资差额。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国劳动合同法》**第十八条

## 90、企业制订规章制度应履行哪些程序？规章制度如何对劳动者产生约束力？

**【案例简介】**

甲于2012年3月入职A公司工作，双方未签订劳动合同，直至同年8月，公司要求倒签劳动合同，即将劳动合同起始时间写为甲入职之日。甲不同意，双方就劳动合同签订事宜发生争议，甲于2012年9月鼓动其他员工停止工作到相关部门进行维权。A公司认为甲的行为已构成怠工、罢工和煽动他人怠工、罢工，即以甲严重违反《员工手册》规定（员工不得怠工、罢工和煽动他人怠工、罢工）为由书面通知解除双方劳动关系。甲认为其并不知晓公司相关规章制度，该《员工手册》并未公示，对其无束力，同时认为其亦无A公司所指的违纪行为。便向劳动争议仲裁委员会提起劳动争议要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金。仲裁认为，规章制度即《员工手册》是否已向职工公示的事实应由公司进行举证，但公司未能就此提供证据，所以应当承担举证不能的不利后果，因此该《员工手册》对甲不具有约束力，故确认公司违法解除劳动关系并向甲支付赔偿金。

**【律师解析】**

本案是一起公司以员工违反规章制度解除劳动合同的案件，争议的焦点在于《员工手册》是否对劳动者有约束力。依据《**中华人民共和国劳动合同法**》规定，用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位在制定、修改或者决定直接涉及劳动者切身利益的劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度实施过程中，工会或者职工认为用人单位的规章制度不适当的，有权向用人单位提出，通过协商作出修改完善。直接涉及劳动者切身利益的规章制度应当公示，或者告知劳动者。依据上述规定，合法有效的规章制度，应当严格履行民主程序和公示程序才能对劳动者产生约束力。否则，将产生对员工不具有法律约束力的后果。

本案中公司未能提供规章制度向员工公示的证据，无法证明员工已知悉规章制度内容，从而导致败诉后果。因此，用人单位规章制度在制定时除应履行民主程序外，还应向劳动者及时公示，并保留规章制度民主讨论、签领、内部培训、劳动合同约定、传阅、意见征询等方式的记录。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国劳动合同法》**第四条

## 91、企业解除劳动合同是否应当通知工会？

企业有工会组织的应当通知。

**【案例简介】**

甲与公司签订为期三年的劳动合同。甲在工作期间因与公司其他员工打架损坏公司财产，公司依据劳动合同、《员工守则》等相关规定与甲解除劳动关系。双方签订的劳动合同约定：殴打或暴力攻击他人的，单位可以随时解除劳动合同。公司《员工守则》也规定，殴打同事的，公司有权随时解除劳动关系。该《员工守则》经过员工代表大会民主讨论程序通过，且通过公司网站向员工公示。公司尚未建立工会。甲认为公司单方解除劳动合同应以通知工会为前置程序，公司解除劳动合同没有经过通知工会的程序，故属违法解除。从而申请劳动仲裁，要求公司支付违法解除劳动合同赔偿金。仲裁最终驳回甲的请求。

**【律师解析】**

本案的争议焦点在于未建立工会组织的用人单位解除劳动合同符合**《中华人民共和国劳动合同法》**第三十九条、第四十条规定，但未按照**《劳动合同法》**第四十三条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院是否应当支持。

**《工会法》**第二条规定，工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织，是企业职工的自愿行为。就本案而言，劳动者自入职至单位解除劳动关系之前，用人单位并未组建工会。虽然劳动合同法第四十三条规定，用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会，但事先通知工会应以单位已成立工会为前提。在单位未建工会的情况下，公司解除劳动合同无法完成通知工会的程序。据此，甲关于公司解除劳动合同未通知工会不构成违法解除劳动关系的事由。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国劳动法》**第三十条

**《中华人民共和国劳动合同法》**第四十三条

最高人民法院**《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》**第十二条

## 92、企业与劳动者可否约定解除劳动合同条件？

**【案例简介】**

　　胡某于2015年2月1日进入某科技公司担任销售部高级客户经理，劳动合同期限至2018年1月31日，约定试用期为3个月。试用期满后，胡某的销售业绩一直未能达标。2015年7月1日，应公司要求，胡某与单位签署了《个人业绩改进计划》，该计划中公司给予胡某3个月的观察期，胡某承诺2015年7月至9月期间其本人每月的销售业绩不低于5万元，如未能完成该销售业绩，胡某需自行提出辞职。后胡某未能完成该销售业绩。2015年9月30日，某科技公司以胡某履行其自行离职的约定为由，要求胡某离职并收回了办公电脑、考勤卡等。胡某依照公司要求办理了离职手续，但不认为是自行离职。后胡某提出仲裁申请，要求公司支付其违法解除劳动合同赔偿金。仲裁委审理后，支持了胡某的仲裁请求。

**【律师解析】**

本案实质上是某科技公司与胡某约定了解除劳动合同条件，但该约定不符合法律规定，故公司要求胡某离职的行为构成违法解除。

本案中胡某未能完成销售业绩，属于不能胜任工作，按照**《劳动合同法》**第四十条第(二)项的规定，劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，才可以解除劳动合同。某科技公司与胡某的约定，实际上是在胡某不胜任时单位可以立即解除劳动合同，且可以不支付解除劳动合同经济补偿金。该约定不符合**《劳动合同法》**的相关规定，以这种方式解除劳动合同属于违反《劳动合同法》，构成违法解除劳动合同。

**【法条链接**】

**《中华人民共和国劳动合同法》**第四十条

## 93、针对企业高管或核心技术人员离职后带走公司资源和商业秘密的情况，企业应当如何避免？

**【案例简介】**

王云敏在恒生网络公司负责软件技术开发工作，入职与公司签订《保密及竞业限制协议》，约定在劳动合同履行过程中以及离职后，保守恒生网络公司商业秘密和知识产权相关的保密事项，并履行约定两年的竞业限制义务，若王云敏违反上述义务，则应当向恒生网络公司承担违约责任。双方于2011年6月15日解除劳动关系，王云敏在《离职员工承诺书》上签字，保证切实履行《劳动合同》与《保密及竞业限制协议》中所约定的有关竞业限制义务。2011年6月20日，王云敏向天骄文韵软件公司投资60万元并担任该公司经理。恒生网络公司于2011年12月26日提起诉讼，请求王云敏按约定支付违约金并立即停止违反竞业限制的行为。法院最终支持了恒生网络公司的请求【**(2014)浙杭民终字第62号**】。

**【律师解析】**

经查，天骄文韵软件公司的经营范围为计算机网络技术、计算机软件的技术开发、咨询、服务、转让，与恒生网络公司存在竞争关系。王云敏离职后与他人共同投资天骄文韵软件公司，并担任该公司经理，其行为违反了双方的竞业限制协议，王云敏应停止竞业限制行为，并支付相应的违约金。

律师提示，**竞业限制**，是指员工在任职期间或者离职后一定时间内不得自己从事与企业相竞争的业务或者到与原所在企业存在竞争关系的相关企业任职。设定竞业限制是企业进行商业秘密保护的手段之一。为了保护企业商业秘密不受到员工离职的泄露，企业可以与负有保密义务的员工签订保密及竞业限制的协议。通常，限制竞业有期限，但这并不意味着限制竞业期满后离职员工就不再承担保守商业秘密的义务。无论在职或是离职员工违反保密义务给企业造成损失的，应当承担民事赔偿责任，情节严重的还构成刑事犯罪。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国劳动合同法》**第二十三条、第二十四条和第二十五条

## 94、企业能否强迫劳动者加班?

正常情况下，企业不能强迫劳动者加班。

**【案例简介】**

甲2010年进入某公司工作，双方签订了为期五年的劳动合同。2011年4月公司因临时性生产需要，要求甲所在车间员工突击加班，甲因未在公司要求时间加班被公司辞退。甲遂申请仲裁要求公司支付违法解除劳动关系的赔偿金被仲裁委支持。

**【律师解析】**

休息权作为劳动者的法定权利，已受到法律的明确保护。加班是员工超出正常工作时间，在原本应该休息的时间内进行的工作，是工作时间在休息时间中的延伸。为了保护员工的休息权，我国法律法规对加班进行了严格的限制。用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。法律明文规定用人单位不得随意安排劳动者加班，因生产经营需要要求劳动者加班的，应与劳动者协商一致，只有在劳动者自愿的情况下才可以安排加班。如果劳动者不同意，也不可强令其加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过一小时；因特殊原因需要延长工作时间的每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。加班是建立在用人单位与劳动者协商基础上的，用人单位不得强迫员工加班，员工也无权单方面决定加班。

本案中用人单位不仅未就加班事宜与劳动者达成一致，事后更以此为由解除与甲的劳动关系，这一行为显然违反**《劳动合同法》**的规定，属于违法解除，应承担违法解除的法律后果。 【**法条链接】**

**《中华人民共和国劳动法》**第四十一条、第四十二条和第四十三条

**《中华人民共和国劳动合同法》**第三十一条

## 95、劳动者未经企业批准自愿加班能否要求支付加班费?

不能。

**【案例简介】**

甲与A公司签订一年期的劳动合同，从事财务工作。劳动合同约定甲实行法定标准工作时间（即每天8小时、每周40小时）。在职期间，甲经常在下班后自行加班完成工作。在工作过程中，甲每天下班前都向上级领导汇报当日工作进展。一年后，甲在合同期限届满时表示不再续签，但申请了劳动仲裁要求公司支付其一年内的加班工资，并出示了一年内延长工作时间的考勤记录及每天工作汇报。公司辩称，甲平时的延时加班不是由公司安排的，而是由甲自愿进行的；公司规章制度对加班需进行审批的规定，且该制度甲已知悉，但甲在延时加班时并未履行公司规定的加班审批手续。因此，甲要求公司支付其自愿且未履行手续的延时加班工资缺乏依据。仲裁驳回了甲的请求。

**【律师解析】**

本案争议的焦点在于未经单位审批同意的加班，单位是否应当支付劳动者加班工资。我国现行劳动法律法规并未对加班审批进行规定，但**《劳动合同法》**规定，用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。依此规定，用人单位经合法程序制订与国家法律不相抵触的规章制度，并告知劳动者的，双方应当予以遵守。在本案中，甲已知悉公司规章制度中关于加班需经公司主管部门审批的规定，但其并未履行审批程序。因此，王某要求支付加班工资不符合公司的加班制度规定，用人单位可以不支付其加班工资。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国劳动法》** 第四条

**《中华人民共和国劳动合同法》**第三条和第四条

最高人民法院**《关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》**第九条

## 96、劳动者违反专项培训服务期约定是否需要支付违约金?

需要。

**【案例简介】**

甲与公司签订为期2年的《劳动合同》，合同期限从2010年3月12日至2012年3月11日。2010年6月，公司出资送甲参加专项培训，并与其签订了《员工培训协议》，双方约定在甲培训结束后，回公司继续工作服务，服务期限2年。一年后，甲离开公司，未再履行剩下服务期的相关约定。公司向劳动争议仲裁委员会提起书面申请，要求甲向公司支付违约金，包括培训学费及差旅费在内的全部费用。仲裁认为，因甲培训结束后已履行了一年的服务期，故仅需向公司支付包括培训学费、差旅费在内一半的违约金。

**【律师解解析】**

**《劳动合同法》**第二十二条规定，用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分应分摊的培训费用。本案中，公司为甲提供专项培训，双方签订《员工培训协议》，符合法律的规定。甲未完全履行服务期限即离职，违反了双方订立的《员工培训协议》，已构成违约，应当承担约定的违约责任，向公司支付违约金。因甲已履行一年的服务期，故公司只能要求甲支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国劳动合同法》**第二十二条第二款

**《中华人民共和国劳动合同法实施条例》**第十六条

## 97、企业未为劳动者缴纳工伤保险，劳动者发生工伤后企业如何承担责任？

**【案例简介】**

甲于2010年5月入职于一家实业公司工作，双方签订1年期劳动合同，公司按月向甲支付工资但未缴纳社会保险。同年10月，甲在工作时不幸摔伤，被诊断为双侧腓骨粉碎性骨折，造成六级伤残，经认定为工伤。住院期间，公司承担了所有的医疗费用。但在进行第二次手术时，拒绝承担医疗费。甲出院后向当地劳动争议仲裁委员会提起仲裁申请，要求公司赔偿医疗费、一次性伤残补助金、一次性伤残就业补助金等费用。仲裁裁决支持甲的请求。

**【律师解解析】**

本案涉及的是用人单位未给劳动者缴纳保险，在发生工伤时责任如何承担的问题，依据**《劳动法》**规定，用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。甲自入职公司之日起即与公司形成劳动关系，公司应当及时为甲缴纳社会保险，甲在工作中发生事故受到伤害，经劳动部门已认定为工伤，公司没有为甲参加工伤保险，按照**《工伤保险条例》**规定，应由用人单位按照工伤保险待遇项目和标准支付甲相关的工伤待遇。

**【法条链接】**

**《工伤保险条例》**第六十二条

## 98、企业能否与在孕期严重违纪的女职工解除劳动合同？

可以。

**【案例简介】**

甲于2010年9月进入A公司工作，双方签订了为期5年的劳动合同。公司《员工手册》、《行为规范》等甲均签收确认并承诺遵守。2014年2月，甲向公司因怀孕请病假1个月。病假期满后甲未到公司上班，也未按公司规章制度办理任何手续。公司多次通知甲尽快到单位上班，但甲接到通知后，一直未再回到公司。同年4月公司根据单位的规章制度解除与甲的劳动合同。后甲称自己是因怀孕不上班，公司不应解除她的劳动合同,要求公司撤销解除劳动合同决定。公司不同意，甲遂向当地劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁申请。仲裁委作出裁决书驳回了甲的请求。甲不服提起诉讼，本案经过一审、二审后甲的请求均未获得支持。

**【律师解析】**

本案争议的焦点是用人单位能否与在孕期严重违反规章制度的女职工解除劳动合同。**《劳动合同法》第四十二条**规定，女职工在孕期、产期、哺乳期的，不能依照本法第四十条、第四十一条的规定解除其劳动合同。也就是说用人单位不得以非因劳动者过失、单位裁员等与孕期、产期、哺乳期的女职工解除劳动合同。虽然国家法律对女职工孕期、产期、哺乳期给予特殊保护，但是这种保护并不是无条件、无原则的。如果上述女职工严重违反用人单位规章制度的规定的，用人单位仍有权依据**第三十九条**解除劳动合同。本案中，公司制定的规章制度明确规定职工连续旷工15天的，公司可解除劳动合同。该规章制度依法建立，并已向职工公示。因此，用人单位依据劳动者严重违反规章制度为由解除劳动合同是合法有效的。

**【法条链接】**

**《中华人民共和国劳动合同法》**第三十九条、第四十条、第四十一条和第四十二条

## 99、劳动合同终止后企业是否应支付劳动者补偿金？ 补偿金的支付标准有哪些？

视具体情况。

**【案例简介】**

2009年3月甲与A公司签订了3年的劳动合同，在劳动合同到期前A公司人力资源部通知甲不再续签劳动合同。甲遂要求公司支付经济补偿金，而公司则认为合同是正常到期终止，而且按照劳动合同法的规定，提前一个月通知员工，所以不需要再支付经济补偿金。甲离职后申请劳动仲裁要求公司支付补偿金，仲裁最终支持了甲的请求。

**【律师解析】**

本案争议的焦点是劳动合同到期终止后用人单位是否应向劳动者支付经济补偿金。**《劳动合同法》**规定，劳动合同期满除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，劳动者不同意续订的情形外，用人单位应当向劳动者支付经济补偿，经济补偿的标准按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月的平均工资，以劳动者在用人单位工作的年限，每满一年支付一个月工资。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，按职工月平均工资三倍的数额支付，年限最高不超过十二年。

从上述规定可以看出，劳动合同终止后，只有在用人单位维持或者提高劳动合同约定，因劳动者本人不愿意续订合同的情况下，用人单位才无需给劳动者经济补偿金。在本案中，劳动合同终止时用人单位并没有主观意愿与劳动者订立劳动合同，最终造成劳动者不能续订劳动合同，因此应给予劳动者经济补偿金。

【**法条链接】**

**《中华人民共和国劳动合同法》**第四十四条、第四十六条和第四十七条

## 100、劳务关系与劳动关系的区别是什么？

**【概念解释】**

**劳动关系**，是指用人单位与劳动者之间，依法所确立劳动过程中的权利义务关系。根据**《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》**规定，用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分的劳动关系成立。

**劳务关系**，是平等主体之间就劳务的提供与报酬的给付所达成的协议。从主体上看，双方是平等主体之间的自然人、法人、合伙等其他组织，双方地位平等，在人身关系上不具有隶属关系。从法律关系上看，双方的法律关系基于民事法律规范成立，并受民事法律规范的调整和保护。双方的权利义务基于合同的约定产生。

**【案例简介】**

2013年6月，甲应聘A公司业务员岗位，双方签订《劳务协议》，期限1年，其中试用期1个月，公司每月5日支付甲上月劳务报酬4000元。2013年10月由于甲没有完成当月销售业绩，公司拒绝向甲支付当月劳务报酬，并以效益不好为由将甲辞退，未支付任何补偿。甲遂提起仲裁，认为双方应为劳动关系，要求公司支付当月工资及违法解除劳动关系的赔偿金。仲裁对其申请不予受理。甲诉至法院，公司主张双方为劳务关系，并辩称依据双方签订的《劳务协议》约定，公司依据甲完成业绩的情况有权调整劳务报酬等事项，甲应当服从公司的安排，且双方有权随时解除劳务协议，互不承担违约责任。因甲当月未完成业绩，公司有权不支付甲劳务报酬，要求公司支付解除劳动关系的赔偿金于与无据。法院经审理支持了甲的诉讼请求。

**【律师解析】**

本案争议的焦点在于甲与公司之间建立的是劳动关系还是劳务关系。

依据前述【概念】，从劳动关系的主体上看，一方是符合法律规定的机关、企事业单位、社会团体、个体经济组织或其他组织，另一方是符合劳动年龄并具有与履行劳动合同义务相适应能力的自然人。从用工关系上看，劳动法律关系建立后，劳动关系中的劳动者与用人单位具有隶属关系，劳动者应接受用人单位的管理，服从用人单位的安排。从法律关系上看，双方的权利义务受劳动法律规范调整。从而衍生出用人单位应为劳动者缴纳社会保险、解除劳动关系时的补偿、赔偿金等法定义务。

而在本案中，甲与公司虽然签订的是《劳务协议》，但协议中约定了甲的工作时间、工作内容，并且甲入职后受公司员工守则的约束，公司按月定期支付工资，双方存在管理与被管理的情形，这些都符合劳动关系的特点，具备关于劳动关系成立的条件。法院据此认定双方实为劳动关系，故公司拒绝向甲支付工资及解除劳动关系的行为显然违法劳动法相关规定，因此法院支持了甲的诉求。

**【法条链接】**

**《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》**

**《中华人民共和国合同法》**第二条、第三条和第五条