

Q I F A N G F A Y A N



# 七方法研

2024年

2期

总第26期

民商纵横

| 交易主体风险调查实务分析——袁凤翔律师团队

公司治理

| 新《公司法》百问百答——周松涛

聚焦劳动法

| 混同用工中劳动报酬发放法律问题解析——王年俊

# 目录

## 民商纵横

未雨绸缪——交易主体风险调查实务分析	01
民事调解书在强制执行阶段的迟延履行责任	05
穿透防火墙：解读新《公司法》横向人格否认制度	11

## 罪与罚

从电影《第二十条》谈“正当防卫”制度的适用	16
-----------------------	----

## 公司治理

新《公司法》百问百答	23
新《公司法》下存量公司的减资行为的相关问题全解读	55

## 聚焦劳动法

“离线休息权”法律分析	60
混同用工中劳动报酬发放法律问题解析	64
用人单位不得在解除劳动合同之后添加或变更解除理由 ——最高院指导案例 180 号解析	69
企业商业秘密保护与员工就业自由之间的价值选择	73

## 未雨绸缪——交易主体风险调查实务分析

作者：袁凤翔律师团队

企业交易出现风险后，款项的清收对企业来说是一个痛苦的过程。即便是历经辛苦取得了胜诉判决，因被执行人无财产而执行不能的案例也比比皆是。因此，在交易之前对交易对象进行分析，尽可能地识别出可能出现风险的交易对象就显得尤为重要。

笔者律师团队具备较为丰富的商事诉讼和仲裁经验，并在此基础上深耕疑难执行案件领域多年。在疑难案件的执行过程中，我们发现尽管不同的被执行人逃避债务、无力偿债的方式和原因各不相同，但这些容易出现风险的交易主体却具备很多共性。

就此类高风险交易主体的共性识别，我们将其总结为“六看”，即“看资本”、“看信用”、“看工商登记”、“看关联方”、“看行业”及“看担保”。以下对这六个方面进行简要阐述，与读者共同探讨。希望通过对执行案件被执行人的共性研究，协助企业尽可能早地预判和防范可能出现的应收账款风险。

### 【看资本】

一定程度上，注册资本是企业实力的体现之一。但在注册制背景下，注册资本却成为部分“居心不良”企业的华丽而又虚幻的外衣。部分企业设置高昂的注册资本却纯属“认缴”且实缴期限遥遥无期，部分则是通过第三方中介机构筹集注册资金后抽逃，或通过将低价

值的知识产权等财产评估为高价资产入股等方式，以虚假或近似虚假的注册资本取得交易对手的信任。此类交易主体往往存在较高风险，且一旦出现风险，很容易出现无财产可供执行的状况。

### 1、警惕注册资本高昂却无实缴的企业

部分企业注册资本极高，有的甚至

高达几十上百亿元。细究之下却会发现，很多此类企业的注册资本都是“认缴”，出资期限则设定在30年、50年甚至更长，基本没有实缴可能。对于此类交易对象，在交易前需要予以特别关注，除极少部分有实力的央企、国企外，多数情况下建议“敬而远之”。

好消息是，最新《公司法》修订之后，股东滥用出资期限的行为将得到极大遏制，但关注交易对象的注册资本金额及其出资期限仍有很大意义。

## 2、警惕股东实力与注册资本明显不符的企业

对于部分注册资本高昂并显示“实缴”，而股东履历却极其简单的自然人或其他明显不具备实缴高额注册资本实力的股东，同样需要特别关注。此类“实缴”的注册资本，可能存在抽逃注册资本或通过提高评估价以低价值财产入股的风险。一旦出现应收账款风险，此类企业“无财产可供执行”的风险极高。

### 【看信用】

随着司法公开的逐步推进，公开渠道可查询的市场主体信用信息越来越全面。对于拟交易对象，几个方面的信用信息需要予以特别关注：



1、失信信息。如交易主体被列为“失信被执行人”，或被市场监管机构列入禁入名单，在未来交易出现风险的概率较高。

2、被执行信息，尤其是终结本次执行程序的被执行信息。如交易主体存在被执行案件，甚至是该主体作为被执行人的案件已因无财产可供执行而终结本次执行程序，意味着其在部分债务上已经失去清偿能力或清偿意愿，此类主体出现交易风险的概率将极高。

3、开庭公告。如交易主体近期不正常地频繁作为原告出现，意味着其应收

账款管理可能出现了风险，这可能会影响该主体的现金流；如交易对象近期不正常地频繁作为被告出现，甚至大量出现劳动仲裁案件，则更应当加以警惕。

至于查询渠道，裁判文书网、最高院被执行人查询系统、破产案件查询系统、天眼查等渠道的数据都可作为参考。

### 【看工商登记】

工商信息除注册资本外，还有一些容易忽略的信息也可能预示着一定的风险。

#### 1、警惕实控人与大股东、法定代表人不一致的企业

部分企业的工商信息显示，其实控人与大股东并不一致，或者法定代表人在公司不持有任何股权，也不是实控人/大股东的配偶。此类企业，意味着实控人已经提前做好风险隔离，交易即使出现风险，其实控人/大股东也无需担心被列入限高、失信名单。显然，与此类企业的交易一旦出现风险，诉讼和执行往往较难推进，因此需要予以特别关注。

#### 2、警惕工商信息频繁变更的企业

还有一种情况是，交易对象的工商登记信息，如董监高、法定代表人，甚至是大股东频繁变更，却又并非通常意义上的正式股权转让引起的变更。此类工商登记信息的频繁变化，很可能意味着该企业的股东是代持股，真正的实控人隐藏在幕后。一旦交易出现风险，实控人往往逃之夭夭，诉讼和执行手段都很难真正产生效果。

#### 3、警惕假国企

关注交易对象的工商登记信息，还有一个需要识别的风险在于“假国企”。每年均有部分国企会公布打假名单，对表面登记为该国企子公司的“假国企”进行打假。对股东为国企、国有事业单位尤其是一些冷门机关单位的交易对象，需要特别注意，此类企业往往是假国企的重灾区。

### 【看关联方】

“看关联方”，即不但要关注交易对象本身，还要关注其关联主体。例如，实践中我们建议提高警惕的一种情形

是：交易对象存在多个与其经营同类甚至相同业务，且实控人、大股东、法定代表人或董监高大量重合的企业，即典型的“一套班子，多块牌子”。这种情况下，一方面意味着交易对象随时可以在风险发生后将业务、资金转至其关联企业；另一方面，这些关联企业往往混同，进入执行程序后却又由于法律手段的局限难以进行穿透，此类交易对象逃债的可能性和便利性都将大大增加。

### 【看行业】

“看行业”即关注交易对象所处行业的总体状况。如交易对象所在行业处于典型的下行周期，甚至是难以逆转的下行趋势，则交易中应以更严格的标准评估交易对象可能存在的风险。实践中，考虑到企业基于商业考量，对交易对象所处行业难以进行选择，此时不但要提高评估标准，还需要辅助以其他的评估和预防手段，在兼顾商业利益的同时，尽可能地规避交易风险。

### 【看担保】

如交易过程中需要交易对象提供担保的，需要对担保人和担保财产的状况予以同样关注。如果担保人有前述注册资本问题或出现信用风险，或有前述实控人与大股东/法定代表人不一致等情形，或担保人所处行业出现不正常变化等，则应当提高警惕。此外，还需要关注担保人状况是否有与此前不一致的明显异常。如担保人是交易的重要考量，则担保人的状况变化往往会对交易风险等级产生较大影响。

### 【结语】

本文是笔者结合执行案件经验，对交易对象的风险识别提供的一些简便且易于操作的评估角度。实践中，必要时往往需要结合详细的尽职调查等手段，对交易对象做更准确的评估。但无论如何，以上“六看”的经验，有助于企业在进行交易之前，筛选掉一些较高风险的交易对象，减少可能的交易风险。



## 民事调解书在强制执行阶段的迟延履行责任

作者：袁凤翔律师团队

**【引言】**民事调解制度是极具我国特色的化解矛盾、定纷止争的争议解决途径，被国际社会誉为“东方经验”、“东方之花”，是我国司法体系中重要的一环。但是在实践中，即使双方在调解阶段达成了一致，并形成了生效的民事调解书，也可能因为一方拒不履行或迟延履行导致案件最终需要进入执行阶段，借助司法的强制力最终达成案件纠纷的解决。但是，当民事调解书中未明确确认迟延履行金时，针对迟延履行一方是否应当承担法定的迟延履行金，在实践中则存在较多争议。本文将结合法条和司法实践中的判例，针对上述问题进行探讨和简要分析。

## 一、法定迟延履行责任及民事调解协议中对迟延履行的法律规定

《中华人民共和国民事诉讼法》（2023年修正）（以下简称“民事诉讼法”）第二百六十四条规定：被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。被执行人未按判决、裁定和其他法律文书指定的期间履行其他义务的，应当支付迟延履行金。

同时，《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》（2020修正）（以下简称“调解问题规定”）第十五条第一款规定：调解书确定的担保条款条件或者承担民事责任的条件成就时，当事人申请执行的，人民法院应当依法执行；第二款规定了：不履行调解协议的当事人按照前款规定承担了调解书确定的民事责任后，对方当事人又要求其承担民事诉讼法第二百五十三条规定的迟延履行责任的，人民法院不予支持。

《调解问题规定》第十五条系对民事调解书作为强制执行依据时，被执行人承担迟延履行责任的特殊规定，就法条字面意思而言，当被执行人承担了调解书中确定的民事责任时，则被执行人不再承担法定的迟延履行责任。故而如何理解法条中的“民事责任”就成了问题的焦点。民事调解书中是否有确定的“民事责任”成为了被执行人是否承担法定迟延履行责任的前提。

## 二、实践中对法条所表述的“民事责任”的理解和认定

### 1、案例一：（2021）最高法执监401号案件

本案中申请人A公司就其与B公司的借款抵押保证合同纠纷一案达成调解协议，并由法院出具民事调解书，其中约定B公司如未按约定的时间偿还本金，应支付A公司违约金45万元。

后在执行过程中，执行法院裁定B公司应偿还A公司尚未执行到位的案件本金及利息和违约金45万元以及迟延履行金（即按照日万分之1.75标准计



算的加倍部分利息)。后B公司主张该案执行依据为民事调解书，被执行人逾期履行仅应支付约定的违约金，不应承担加倍部分债务利息。执行法院审查后支持了B公司的主张，A公司不服，向省高院申请复议，并对省高院复议结果不服最后向高院申诉。

高院认为：根据《调解问题规定》第十五条第二款规定，当事人可于调解协议中约定一方不履行调解协议义务时，应当承担的民事责任，如一方当事人承担了调解书确定的违约责任，则不再同时承担民事诉讼法规定的迟延履行责任。本案中，据以执行的民事调解书已明确当事人不履行调解协议确定义务时应承担的民事责任，即“B公司如未按约定时间偿还担保公司本金，应支付担保公司违约金45万元”。该内容表述系当事人就不履行调解协议应当承担民事责任的约定。根据前述司法解释的规定，B公司据此承担45万元的违约金后，不应再承担《民事诉讼法》第二百五十三条规定的迟延履行金。



## 2、案例二：(2021)最高法执监271号案件

本案中，调解书中确定B公司分期履行债务，同时调解书第3项确定若B公司未按期履行还款义务构成违约，还应支付相应的违约金。后因B公司未按期履行还款义务，A公司申请强制执行该调解书，执行的内容包括尚欠付的款项，违约金等。在执行中，执行法院认定的被执行人欠付总执行款数额为：本金2623394.52元+违约金8791592.51元+加倍部分利息1617750.33元+诉讼费63427元+保全费5000元，总金额为13101164.36元。对于上述的执行款数额中的加倍部分利息，高院认定：关于迟延履行利息给付问题，依据《最高人民法院关于人民法院民事调解工



作若干问题的规定》第八条、第十五条的规定，因原民事调解书第3项已经约定了一方不履行应当承担的民事责任，复议所在的省高院已按照该约定计算逾期支付的违约金，则不应再同时要求被执行人按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条的规定承担迟延履行期间的加倍部分债务利息。

### 3、案例三：（2024）沪01执复15号

本案中，被执行人石某与申请执行人杨某在二审中达成和解，法院出具民事调解书，调解书中确定石某向杨某分期支付欠款，如石某未按上述任一期足额履行，则杨某有权按照上述协议申请强制执行。但调解书中并未确定违约责任与迟延履行责任。

后杨某向一审法院申请执行石某，并在申请事项中申请法院依法强制执行被执行人向申请执行人支付迟延履行金。后执行法院认为：异议人杨某在被执行人未按约履行付款义务时，可就剩余款项一并申请执行，但未约定发生

此种情形时违约方须承担的法律責任。在该违约情形发生时，被执行人未就该种情形承担约定的违约责任，因而异议人要求被执行人按法律规定支付迟延履行期间的债务利息，应予支持。根据法律规定，被执行人未按判决、裁定或其他法律文书指定的期间履行给付金钱义务的，应当加倍支付迟延履行期间的债务利息。后执行法院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条、第二百六十条、《最高人民法院关于执行程序中计算迟延履行期间的债务利息司法解释》第一条、第二条、第三条、第四条之规定，针对申请执行人强制执行迟延履行金的请求作出裁定：继续执行案件中的加倍部分债务利息。

被执行人针对上述裁定不服，向上海一中院申请复议，一中院依据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十四条认为申请人逾期履行生效民事调解书的支付义务，应承担迟延履行期间的法定加倍部分债务利息。执行法院支持申请执行人杨某的执行异议申请，认定

的事实和适用的法律，并无不当。最终裁定驳回了石某的复议申请。

### 三、针对法条和案例的分析



从上述案例我们不难看出，针对民事调解书的执行，在司法实践中，《调解问题规定》第十五条第二款中的“民事责任”多被认定为民事调解书中确认的违约责任，这种违约责任旨在确保迟延履行方承担由迟延履行甚至拒绝履行所带来的惩罚性后果，从根本上进一步保证民事调解书的顺利如约履行。与此同时，实践也表明，违约方承担的违约责任亦足以被视为其迟延履行民事调解书的惩罚措施，故而法条中的“民事责任”与法定的迟延履行责任具有一定程度上同等的惩罚性作用，如并行则

会是对违约方的重复惩罚，故而确实不宜并行。同时，在调解双方对“民事责任”有调解确认的情况下，法院依照双方确认的内容进行强制执行，也尊重了调解双方的基本意思自治，符合调解制度的初衷。反之，在“民事责任”和迟延履行金均未有约定的情况下，当事人可以通过法定的迟延履行金获得一定救济，要求调解书的违约方承担应当承担的违约责任。在前文所述的上海一中院的裁定中，法院虽未直接适用《调解问题规定》第十五条，但从法院观点可以看出法院依然参考了该法规在实践中的运用，最终保护了当事人的合法权益。

综上所述，当民事调解书未确定迟延履行金的情况下，对被执行人是否应当承担法定的迟延履行金存在如下两种情况：

1、当民事调解书中确定了迟延履行方的违约责任，则在被执行人作为违

约方已经承担了民事调解书中确定的违约责任后，不再由被执行人承担迟延履行期间的法定迟延履行部分利息；2、反之，如民事调解书中未明确违约责任时，应当由被执行人按照《民事诉讼法》的规定承担法定的迟延履行利息，视为其对民事调解书未确定的违约责任之补充。

#### 四、总结

民事调解制度作为我国特色的争议解决途径，其作为强制执行依据也具备一定特殊性，故而律师建议案件当事人在调解阶段明确调解书如未如约履行时所产生的违约责任，充分了解各自在调解书中的权利义务，不仅能够更好保障各自权益的顺利实现，同时也能够在必须进入执行程序时，及时维护自身的合法权益。

## 穿透防火墙：解读新《公司法》横向人格否认制度

作者：张春球

【引言】即将于 2024 年 7 月 1 日生效的新《公司法》中，为更好地保护债权人利益，对公司注册资本制度作了进一步完善，加重了股东的责任。比如新《公司法》第五十四条的规定就加重了股东出资责任：“公司不能清偿到期债务的，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。”据此，股东出资加速到期，不再要求“经法院穷尽执行措施仍无可供执行的财产，具备破产原因但不申请破产”的条件，而只要能确定“公司不能清偿到期债务”即可要求股东出资加速到期，也即债权人无须等到执行阶段才能追加已认缴出资但未届出资期限的股东出资加速到期，而是在诉讼阶段即可将其列为共同被告。

但笔者以为，新《公司法》第二十三条的修订，才是对公司人格否认制度更为有力的完善：

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。（原有条文）

股东利用其控制的两个以上公司实施前款规定行为的，各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。（新增条文）

对于公司股东或实控人来说，这一条款可能是致命的，费尽心机设置的防火墙公司很有可能被一一击破。它不光“纵向穿透”了股东按照出资额承担公司有限责任的盔甲（第一款），还“横向穿透”了关联公司人格相互独立的防火墙（第二款），使得关联公司之间的债务互相承担连带清偿责任。我们把它分别称之为纵向人格否认制度和横向人格否认制度。

其实，新增的横向人格否认制度在2013年最高院的指导性案例中就已显露端倪。

### 最高法院指导性案例【法(2013)24号】 徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同 纠纷案



#### 一、基本案情

原告徐工集团工程机械股份有限公司（以下简称A公司）诉称：成都川交工贸有限责任公司（以下简称B公司）拖欠其贷款未付，而成都川交工程机械有限责任公司（以下简称C公司）、四川瑞路建设工程有限公司（以下简称D公司）与B公司人格混同，三个公司实际控制人王某某以及B公司股东等人的个人资产与公司资产混同，均应承担连带清偿责任。请求判令：B公司支付所欠贷款10916405.71元及利息；C公司、D公司

及王某某等个人对上述债务承担连带清偿责任。

#### 二、裁判要点

1. 关联公司的人员、业务、财务等方面交叉或混同，导致各自财产无法区分，丧失独立人格的，构成人格混同。

2. 关联公司人格混同，严重损害债权人利益的，关联公司相互之间对外部债务承担连带责任。

#### 三、裁判理由

B公司与C公司、D公司人格混同。一是三个公司人员混同。三个公司的经理、财务负责人、出纳会计、工商手续经办人均相同，其他管理人员亦存在交叉任职的情形，B公司的人事任免存在由C公司决定的情形。二是三个公司业务混同。三个公司实际经营中均涉及工程机械相关业务，经销过程中存在共用销售手冊、经销协议的情形；对外进行宣传时信息混同。三是三个公司财务混同。三个公司使用共同账户，以王某某的签字

作为具体用款依据，对其中的资金及支配无法证明已作区分；三个公司与A公司之间的债权债务、业绩、账务及返利均计算在B公司名下。因此，三个公司之间表征人格的因素（人员、业务、财务等）高度混同，导致各自财产无法区分，已丧失独立人格，构成人格混同。

C公司、D公司应当对B公司的债务承担连带清偿责任。公司人格独立是其作为法人独立承担责任的前提。《公司法》第三条第一款规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”公司的独立财产是公司独立承担责任的物质保证，公司的独立人格也突出地表现在财产的独立上。当关联公司的财产无法区分，丧失独立人格时，就丧失了独立承担责任的基础。《公司法》第二十条第三款规定：“公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。”本案中，三个公司虽在工商登记

部门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界限模糊、人格混同，其中B公司承担所有关联公司的债务却无力清偿，又使其他关联公司逃避巨额债务，严重损害了债权人的利益。上述行为违背了法人制度设立的宗旨，违背了诚实信用原则，其行为本质和危害结果与《公司法》第二十条第三款规定的情形相当，故参照《公司法》第二十条第三款的规定，C公司、D公司对B公司的债务应当承担连带清偿责任。

#### 四、裁判结果

1. B公司于判决生效后 10 日内向A公司支付货款 10511710.71 元及逾期付款利息；

2. C公司、D公司对B公司的上述债务承担连带清偿责任。

#### 五、律师解读

上述案例为最高院对于横向人格否认制度的指导性判例，对关于公司人格否认制度的审判实务和《公司法》的修订都具有重要的意义。2019年，《全国法院民商事审判工作会议纪要》（简

称《九民纪要》)第10至12条,分别归纳了人格混同、过度支配与控制和本显著不足三种股东滥用公司法人独立地位及股东有限责任的行为。在符合特定情形下否认股东或实控人控制的子公司或关联公司独立人格,把这些公司视为一个整体,对债务承担连带责任。

新《公司法》就是在现行《公司法》纵向人格否认制度的基础上,结合《九民纪要》,并参考最高院的指导案例和审判实践,增补了“横向穿透”条款,进一步完善了公司人格否认制度。

公司人格否认制度起源于美国1905年“美国诉密尔沃基冰柜运输公司”案。之后在美国逐渐被接受和确立,被称为“刺破公司面纱”。该制度的实质是:如果公司独立人格被滥用,那么该公司将不再被视为一个独立民事主体,而是沦为股东或实控人非法牟利的工具。

纵向人格否认处理的是法人与股东之间的责任关系。横向人格否认处理的则是关联公司之间、母子公司之间或

控股子公司之间横向、并列的责任关系。横向人格否认制度源于上述纵向人格否认制度,是一种必然的延伸,指的是股东利用其控制的两个以上公司,滥用公司法人独立地位和股东有限责任,逃避债务,严重损害公司债权人利益的,各公司应当对任一公司的债务承担连带责任。也即“横向穿透”N个公司。

判断横向人格否认的核心要素是:关联公司人格混同和股东对公司过度支配和控制。



认定关联公司人格混同最关键的标准是公司是否具有关联关系、是否拥有独立意思和独立财产。首先可以依据《企业所得税法实施条例》等规定来认定关联关系的存在;再者可以从人员、业务、财产等三个方面认定关联公司是否存在人格混同:公司的股东、董事、经理、负责人等与其他公司的同类人员



是否相混同；不同公司之间的业务类型、经营模式、交易方式、定价机制等是否存在混同；公司财务核算是否缺乏独立性，实践中一般依据公司账户、账簿、核算盈亏等方面的情况进行分析。必要时，可以向裁审机构申请财务审计。

公司股东或实控人对关联公司过度支配与控制主要表现在：操纵公司的决策过程，使公司完全丧失独立性，沦为控制股东的工具或躯壳，严重损害公司债权人利益。司法实践中常见的情形

有：关联公司间资产无对价转移或无合理依据的转移；母子公司之间或者子公司之间进行利益输送；母子公司或者子公司之间进行交易，收益归一方，损失却由另一方承担；先从原公司抽走资金，然后再成立经营目的相同或者类似的公司，逃避原公司债务；先解散公司，再以原公司场所、设备、人员及相同或者相似的经营目的另设公司，逃避原公司债务等等。

### 【结语】

新《公司法》中人格否认制度设立和完善的目的，是为了约束那些妄图进行非法逃避法律责任的公司大股东或实际控制人。通过横向人格否认制度可以有效地扼杀那些企图通过不法的股权架构设计和设置所谓的防火墙公司以达到逃债的目的，为突破股东、关联公司对公司债务不承担责任的一般规定、判令其承担连带责任提供了新的法律依据。



张春球 律师

上海七方律师事务所 合伙人

中国中小企业协会调节中心 调解员

业务方向：公司商事 诉讼与争端解决

联系方式：15800560008

## 从电影《第二十条》谈“正当防卫”制度的适用

作者：赵珞宏

近日，电影《第二十条》爆火，该片以检察官韩明为核心，通过三个紧密相连的案件，体现了正当防卫制度在我国司法实践中的运用。影片通过展现韩明内心的演变，以及其对正当防卫条款从不敢用到主动适用的转变，也展示了正当防卫制度适用的困境。

近年来，不少涉及正当防卫的案件备受关注，引发各界对如何合理运用这一制度的热烈讨论。笔者将结合电影《第二十条》的背景，通过分析正当防卫条款的规定和实务应用，希望能让大家对正当防卫有更深刻的认识，也能感受到公平正义的力量。

### 一、《刑法》第二十条的具体内容

《刑法》第二十条第一款涉及正当防卫，规定如下：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”

第二款涉及防卫过当，规定如下：“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害

的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”

第三款则涉及无限防卫，规定如下：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”。

### 二、正当防卫的构成条件

在司法实践中，正当防卫的判定标准 一直以来都是备受关注的焦点。判定正当

防卫的构成，需要全面考量以下几个条件：起因、意图、时间、限度及对象。

首先，正当防卫必须是在面临非法侵害的情况下才能实施。这里的非法侵害包括但不限于盗窃、抢劫、强奸、杀人等犯罪行为。在侵害行为尚未展开或已告一段落的情况下，防卫行为将难以确立充分的合法依据。

其次，实施防卫行为的人必须是出于保护自己或他人的人身、财产安全的目的。如果防卫行为是出于报复、泄愤或是主动挑衅别人等非法目的，则无法被认定为正当防卫。例如，若故意通过言语刺激对方发动攻击，随后进行反击，鉴于缺乏防卫意图，此类情况无法构成正当防卫。

第三个条件是时间。正当防卫必须在非法侵害行为正在进行的过程中实施。如果侵害行为尚未开始或者已经结束，那么

就不能构成正当防卫。然而，在实际操作中，对该要件的认定却引发了诸多争议。

第四，需关注防卫的限度问题。正当防卫须是在必要的前提下进行。所谓必要性，是指防卫行为应当与被侵害的合法权益相适应。如果防卫行为明显超过了保护合法权益所必需的程度，则就超出了正当防卫的限度。

最后是对象。正当防卫的对象必须是对自己或他人实施非法侵害的人。如果防卫行为针对的是无辜第三人，那么就不能构成正当防卫。

总之，在司法实践中，判定正当防卫的构成需要全面考量起因、意图、时间、限度及对象这五个条件。只有当这五个条件都得到满足时，防卫行为才能被认定为正当防卫，从而使实施防卫的人免于承担法律责任。

### 三、“正当防卫”条款适用何以如此艰难

长期以来，正当防卫制度被很多人视为“沉睡条款”，适用艰难，原因主要有以下几点：

## 1. 法律条款模糊

我国《刑法》对正当防卫的定义和适用条件的规定相对模糊，导致司法实践中难以准确把握。虽然《刑法》第二十条明确了正当防卫的三个条件，即不法侵害、正在进行、不超越必要限度，但在具体案件中，如何界定不法侵害、如何确认正在进行、如何衡量必要限度仍存在较大争议。

## 2. 防卫行为与侵害行为的基本相适应原则在应用中颇具挑战

该原则要求防卫行为与侵害行为在性质、手段、强度及后果方面保持基本相适应。然而，在具体操作过程中，判断防卫行为是否符合基本相适应原则具有一定的难度，容易引发争议。

## 3. 防卫过当的认定标准尚不明确

正当防卫条款中并未明确规定防卫过当的具体认定标准，这使得在司法实践中，判断防卫行为是否过当存在一定的主观性，容易产生分歧。

## 4. 司法实践中案例的复杂性

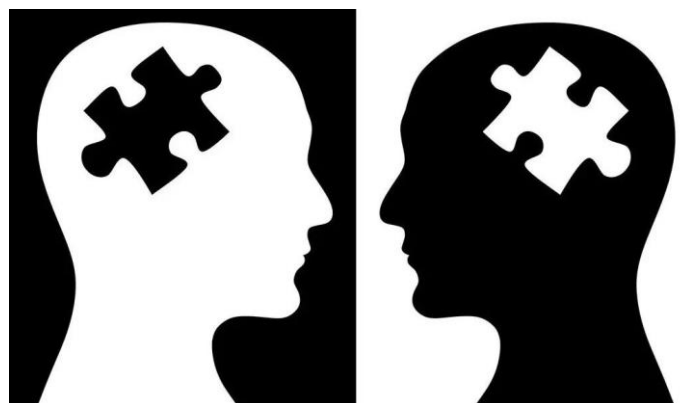
现实生活中的案例千差万别，很难用

统一的标准来评判。同一类型的案件，在不同地区、不同法官的审理下，可能得出截然不同的结论，这体现了正当防卫条款在适用过程中的复杂性。

## 5. 社会舆论的影响

正当防卫案件往往受到社会公众的广泛关注，有时甚至引发舆论狂欢。这种舆论氛围可能对司法机关及法官产生压力，从而影响司法公正。在防卫行为导致死亡的案件中，司法人员可能还需面对被害人家属的压力，如围堵办案单位、四处上访等。

总之，实务中涉及正当防卫的案件事实和证据通常较为复杂，这使得在认定过程中容易出现较大争议。因此，在处理此类案件时，司法机关通常会采取谨慎的态度。



然而，2018年的昆山反杀案使得“沉睡条款”得以唤醒。近年来，司法机关依法办理了系列备受社会关注的正当防卫案件，明确了“法不能向不法让步”的法治精神，这已成为检察官办理此类案件必须遵循的理念。

笔者认为，山东辱母案、昆山反杀案等典型案例对推动最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》的制定与实施发挥了积极作用。然而，在司法实践过程中，《刑法》第二十条在适用方面所面临的难题和困境依然存在。

#### 四、司法实践中对正当防卫认定的难点和痛点

实务中，防卫行为的界定具有一定的复杂性。在特定情境下，防卫行为可能被视为故意伤害或者故意杀人，这给司法机关带来了巨大的压力。此外，防卫过当的界定亦存在一定争议。在某些情况下，防卫行为虽超出必要限度，但未导致严重后果，此时是否视为防卫过当，仍为一个颇

具探讨空间的问题。另外，在特定场景中，如遭受家庭暴力或性侵害时，自卫行为可能被误认为恶意攻击，从而给司法实践带来一定困扰。总之，在司法实践中，正当防卫认定的难点和痛点主要是对时间条件和限度条件的把握。

##### （一）如何界定“不法侵害从开始到结束”？

正当防卫必须发生在不法侵害正在进行的过程中。然而，关于“正在进行过程中”的界定，曾在辱母杀人案和昆山反杀案中引发巨大争议。电影中的情境同样为例，当刘文经的强奸行为已经结束，性侵犯者离去之际，丈夫王永强愤而与其发生

打斗，此种情况是否视为事后防卫？

针对王永强持剪刀将刘文经捅死的状况，检察院上会讨论之际，绝大部分检察官认为刘文经对郝秀萍的不法侵害已经结束，王永强再找刘文经打斗的行为并无防卫性质，不仅不属于防卫过当，甚至

与正当防卫毫无关联，实为故意伤害致人死亡。唯有主办检察官吕玲玲认为王永强是正当防卫，因为王永强供述，“刘文经说到车上取刀”，认为王永强面对的不法侵害尚未结束，因此，他用剪刀捅刺刘文经应被视为正当防卫。

2020年9月《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)指出：“对于不法侵害是否已经开始或者结束，应当立足防卫人在防卫时所处情境，按照社会公众的一般认知，依法作出合乎

情理的判断，不能苛求防卫人。”

当刘文经对郝秀萍的侵害行为结束后，是否可以认为不法侵害已经终结？

王永强在妻子遭受刘文经侮辱后，冲出大门与刘文经发生撕扯，这是人的正常反应。在冲突过程中，刘文经表明欲前往车内取刀，之后也有朝车走去的实际动作。考虑到刘文经既往作风与品性，及王永强当时所处的情境，我们不能苛求王永强在此情况下冷静分析或预判。在此情景下，无论刘文经对郝秀萍的侵害行为是否已经停止，或该刀具是否实际存在，笔者认



为，都可视为刘文经对王永强构成了新的、紧迫的不法侵害。据此，可认定刘文经的不法行为已经开始并正在进行，尚未结束。

## （二）不能苛求防卫人把握好防卫限度

《指导意见》指出：“根据刑法第二十条第二款的规定，认定防卫过当应当同时具备‘明显超过必要限度’和‘造成重大损害’两个条件，缺一不可。”只有结果和行为双过当，才属于防卫过当。

片中的王永强案，一部分人认为，即使王永强满足正当防卫的时间要件，但可能超越了限度条件。在听证会上，认为防卫过当的人主张，王永强在刘文经失去侵害能力之际，本应停止捅刺，然而他却连续用剪刀攻击刘文经 26 次，导致刘文经死亡的严重后果。据此认为王永强的行为已超出防卫限度，构成防卫过当。

这种观点显得有些“事后诸葛亮”，《指导意见》第十二条规定“…防卫是否‘明显超过必要限度’，应当综合不法侵害的性质、手段、强度、危害程度和防卫的时机、手段、强度、损害后果等情节，

因此，王永强所采取的防卫行动完全符合时间条件，不存在事后防卫的问题。

考虑双方力量对比，立足防卫人防卫时所处情境，结合社会公众的一般认知作出判断。在判断不法侵害的危害程度时，不仅要考虑已经造成的损害，还要考虑造成进一步损害的紧迫危险性和现实可能性。不应当苛求防卫人必须采取与不法侵害基本相当的反击方式和强度。通过综合考量，对于防卫行为与不法侵害相差悬殊、明显过激的，应当认定防卫明显超过必要限度。”

可见，《指导意见》要求司法人员在把握限度条件时同样将自己带入防卫人所处的情境中进行判断。在当时的情境下，要求王永强判断刺击多少次能令刘文经丧失侵害能力，实属严苛。因此，刺击 26 次不应作为判断王永强是否明显超过必要限度的依据。

在不法侵害遇到正当防卫时，事态发

展处于混乱且难以全面精确预测的状态。对于不法侵害是否已经开始或结束，以及防卫行为是否超出必要限度，办案人员在事后进行判断时，应立足于防卫人在防卫

时刻所处的境地，遵循社会公众的一般认知，依法作出符合情理的评估。如电影中所说，“法律是让坏人犯罪的成本更高，而不是让好人出手的代价更大！”

## 五、结语

法律并非冰冷的逻辑，法律人在坚守尺度之际，亦需兼具人文关怀。在正当防卫的适用中，需坚持“法理”与“情理”相结合的原则，将社会普遍情理与人之常理融入正当防卫的理解及具体案例的适用之中，从而使正当防卫的适用既能彰显法治精神，又能体现情理的温度。

希望《第二十条》引发的热潮，能带来更多如吕玲玲、转变观念后的韩明这样的法律人，也希望未来有更多既符合常理又符合公众朴素正义观念的判断，“让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。”

(本文内容仅代表律师个人观点)



### 赵珞宏 律师

上海七方律师事务所 律师

七方刑事辩护与刑事合规法律服务部 律师

业务方向：刑事辩护、企业法律顾问

联系方式：18089390623





## 新《公司法》百问百答

作者：周松涛

新《公司法》自去年颁布以来引发了热议，笔者对新公司法进行专项研究后，特将此次修订的主要内容以及简明解读整理成较为通俗易懂的问答形式，以供读者参考和交流学习。

（阅读提示：内容按重要性分为一颗星★，两颗星★★，三颗星★★★）

### Q1 为什么修订《公司法》？★

- (1) 修改公司法，是深化国有企业改革、完善中国特色现代企业制度的需要。
  - (2) 修改公司法，是持续优化营商环境、激发市场创新活力的需要。
  - (3) 修改公司法，是完善产权保护制度、依法加强产权保护的需要。
  - (4) 修改公司法，是健全资本市场基础性制度、促进资本市场健康发展的需要。
- （《关于〈中华人民共和国公司法（修订草案）〉的说明》）

## Q2 公司法立法目的增加了什么内容？★

公司法立法目的在于规范公司的组织和行为，保护公司、股东、债权人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展的基础上，又增加了两个目的：完善中国特色现代企业制度和弘扬企业家精神。（新《公司法》第1条）

## Q4 法定代表人人选有什么变化？★★

原《公司法》规定，法定代表人原来由董事长、执行董事或者经理担任。新《公司法》调整为由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。（新《公司法》第10条）

## Q5 法定代表人想辞任是否可以？具体如何操作？★★

法定代表人可以辞任，辞任后公司应当在30日内确定新的法定代表人。（新《公司法》第10条）

## Q6 如果公司拒不确定新的法定代表人，辞任的法定代表人能否要求公司登记机关删除登记？★★

这在法律上称为法定代表人的涤除登记，新《公司法》对此没有明确规定，

## Q3 公司法保护对象有什么变化？★

公司法保护对象增加了职工，公司法不仅保护公司、股东、债权人的合法权益，还保护职工的合法权益。

（新《公司法》第1条）

能代表公司执行公司事务的董事可以不止一人，因此能够担任法定代表人的范围适当扩大了。但注意实务当中有其他人员担任法定代表人的情况比比皆是，实际并不合法。

辞任具体操作方式新《公司法》没有规定，通常以书面方式向公司董事会或执行公司事务的董事提出并送达较为合理。

这需要《市场主体登记管理条例》等法律法规作配套修订。

### Q7 法定代表人以公司名义对外签订合同，公司能否以章程规定法定代表人无此权限为由否认合同效力？★★

不能，新《公司法》规定公司章程或者股东会对法定代表人职权的限制，不得对抗善意相对人。（新《公司法》第11条）

这里的善意怎么理解？这里的善意是指相对人不知道法定代表人职权受限的情况。只要相对人不知情就构成善意，公司就不能否认合同效力。

### Q8 法定代表人造成他人损害，由公司还是自己承担责任？★★

如果法定代表人是因为执行职务造成他人损害的，由公司承担责任；如非执行职务则由法定代表人自己承担责任。前一种情况中，如果法定代表人是有过错的，公司承担责任后，可以向法定代表人追偿。（新《公司法》第11条）

这里所说的过错怎么理解？过错包括故意和过失，这与第191条所说的董事、高级管理人员承担责任时须存在故意或者重大过失不同，这里法定代表人只是一般过失也可以被公司追责。所以法定代表人被追责的门槛更低，应当谨慎行事。

### Q9 公司应当承担哪些社会责任？★★

公司承担社会责任主要体现在经营过程中要充分考虑相关方的利益，主要包括公司职工、消费者的利益，以及生态环

境保护等社会公共利益，同时承担社会责任。（新《公司法》第20条）

### Q10 公司是否必须定期公布社会责任报告？★

不是必须而是鼓励。国家鼓励公司参与社会公益活动，公布社会责任报告。（新《公司法》第20条）

积极参与社会公益活动，主动公布社会责任报告，其实对于提升公司文化、塑造公司形象、扩大公司影响有很好的作用，公司在这方面可以加大投入。

## Q11 什么情况下关联公司要对债务承担连带责任？★★★

如果两个以上关联公司受同一股东控制，该股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，不仅该股东要对公司债务承担连带责任，而且上述关联公司也要对任一公司的债务承担连带责任。（新《公司法》第23条）

新《公司法》在股东承担连带责任的基础上增加了受该股东同一控制的关联公司也须承担连带责任，属于横向公司人格否认。

什么情况属于股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任？常见的情形有人格混同、过度支配与控制、资本显著不足。（1）人格混同最根本的判断标准是公

司是否具有独立意思和独立财产，最主要的表现是公司的财产与股东的财产是否混同且无法区分。（2）过度支配与控制是股东滥用控制权使多个子公司或者关联公司财产边界不清、财务混同，利益相互输送，丧失人格独立性，沦为控制股东逃避债务、非法经营，甚至违法犯罪的工具。

（3）资本显著不足指公司设立后在经营过程中，股东实际投入公司的资本数额与公司经营所隐含的风险相比明显不匹配。股东利用较少资本从事力所不及的经营，表明其没有从事公司经营的诚意，实质是恶意利用公司独立人格和股东有限责任把投资风险转嫁给债权人。（《全国法院民商事审判工作会议纪要》）

## Q12 一人公司的股东是否要对公司债务承担连带责任？★★

一人公司的股东如果不能证明公司财产独立于股东自己的财产，股东应当对公司债务承担连带责任。（新《公司法》第23条）

新《公司法》仍然维持对一人公司股东推定连带责任的制度，股东要免责必须

举证证明公司财产独立于自己的财产。所以一人公司日常经营中应注意保持财产独立，建立规范的财务制度并遵照执行，保留好相关材料，以便在被连带追责时可据以抗辩，免除连带责任。

### Q13 “三会”是否可以采取线上会议的方式开会？★

可以。股东会、董事会、监事会召开会议和表决都可以采用电子通讯方式。如果股东们不想采取线上方式，只采用传统

的线下面对面的方式，也可以通过公司章程加以约定。（新《公司法》第 24 条）

线上电子通信方式包括电子邮箱、微信群、语音电话、视频会议等方式。

### Q14 会议未按规定程序召集，或者未按规定程序表决，作出的决议是否可以撤销？★★

不一定。如果会议召集或表决的程序只有轻微瑕疵，对决议没有产生实质影响，则决议有效，不能被撤销。（新《公司法》第 26 条）

会，如果缩短的 5 天没有影响股东参加会议，也没有影响股东对议题作相应准备，则该瑕疵属于轻微瑕疵，所作决议不能因此而被撤销。比如开会过程中乘个别股东离开会场的间隙组织其余股东就所议事项进行表决，这对于决议形成有实质影响，当属重大瑕疵，股东有权请求法院撤销该决议。

什么样的瑕疵属于轻微瑕疵？判断瑕疵是否轻微，主要看对决议有没有产生实质影响。比如章程规定通知股东开会的时间不少于 15 天，而实际通知 10 天后开

### Q15 召开股东会，故意不通知或遗漏通知某个股东，而该股东的持股比例较低（比如仅 10%），即便参会也不足以改变决议结果，那是否可以认为属于轻微瑕疵而决议不可撤销？★★

不是。此种情况下，该未被通知参会的股东有权请求法院撤销该决议。（新《公司法》第 26 条）

单以其持股比例判断是否会对决议产生的实质影响，其参会及发表意见存在影响其他股东投票决策的可能，因此不能认为这是轻微瑕疵，而是影响股东基本权利的重大瑕疵，该股东享有撤销该决议的权利。

该股东未被通知参会意味着其参与重大决策的基本权利被侵害，同时不能简

**Q16 对决议行使撤销权是不是发撤销通知就可以实现？★**

不是。股东要行使撤销权必须向法院起诉，请求法院通过判决撤销决议。（新《公司法》第 26 条）

**Q17 对决议行使撤销权的期限有多长？★★**

决议作出之日起 60 日，股东必须在这个期限内向法院起诉，否则撤销权就消灭。对于未被通知参会的股东则自知道或

者应当知道决议作出之日起 60 日，但最长也不能超过自决议作出之日起一年。（新《公司法》第 26 条）

**Q18 哪些情况下决议不成立？★★**

有下列情形之一的，股东会、董事会的决议不成立：（1）未召开股东会、董事会会议作出决议；（2）股东会、董事会会议未对决议事项进行表决；（3）出席会议的人数或者所持表决权数未达到本法或

者公司章程规定的人数或者所持表决权数；（4）同意决议事项的人数或者所持表决权数未达到本法或者公司章程规定的人数或者所持表决权数。（新《公司法》第 27 条）

**Q19 如果董事会作出决议采购大批物资，之后该决议被法院撤销，那签订的采购合同还有效吗？供货方是否还有权索要货款？★★**

采购合同仍然有效，供货方的权利不受影响。股东会、董事会决议被法院宣告无效、撤销或者确认不成立的，公司根据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。（新《公司法》第 28 条）

在重大瑕疵不知情。回到问题，也就是只有当供货方在签订合同时不知道该决议存在重大瑕疵，合同才仍然有效。反之，如果供货方当时知情，则不构成善意，合同效力因此将受到影响。

这里有个条件是相对人要善意，如何理解？这里的善意是指相对人对决议存

### Q20 纸质营业执照的效力是否高于电子营业执照？★

不是，电子营业执照与纸质营业执照具有同等法律效力。（新《公司法》第 33 条）

### Q21 变更法定代表人需要向登记部门提交变更登记申请书，申请书上又要求法定代表人签字，如果该法定代表人还想继续留任，拒绝在申请书上签字，该变更如何能完成？

★★

以往这的确是个难题，实务中常有发生。为解决这一矛盾，新《公司法》规定变更登记申请书由变更后的法定代表人签署，而不再需要原法定代表人签署了。（新《公司法》第 35 条）

### Q22 今后能否在公开信息上查到某家公司的实缴出资？★

可以。新《公司法》规定，有限责任公司公示不仅要公示股东认缴的出资额，还要公示实缴的出资额，以及出资方式和出资日期；股份有限公司则要公示发起人认购的股份数。这些信息应当在国家企业信用信息公示系统上公示。（新《公司法》第 40 条）

### Q23 今后能否在公开信息上查到某家股份公司股份转让的情况？★

可以。对于股份公司，以往只能查询到发起人，而无法查询到股份转让以及受让人的相关信息，这与有限责任公司不一样。新《公司法》规定，有限责任公司股东的股权变更信息和股份有限公司发起人的股份变更信息都应当公示。（新《公司法》第 40 条）

### Q24 发起人股东在公司设立过程中签订的设立协议或股东协议在公司成立后是否持续有效？与公司章程发生矛盾，以哪个为准？★★★

设立协议明确的是发起人股东在公司设立过程中的权利和义务。（新《公司法》第 43 条）

以此来看，设立协议应当至公司成立时终止，后续股东权利义务关系应以公司章程为准。

如果签订的是股东协议，其内容不仅

约定股东在公司设立过程中的权利义务，还涉及公司设立后的权利义务，后者如与章程发生矛盾，则应当根据具体情况分析哪份文件是股东的真实意思表示，以真实意思表示的文件为准。如果无法区分或者均为真实意思表示，则应以在后签订的文件为准，在后签订或变更的通常是章程。

**Q25 为公司设立后经营需要，发起人股东在公司设立过程中以自己的名义对外签订租赁合同，后续如付不出租金，是由签订合同的股东承担违约责任吗？★★**

如果公司设立成功，则应由公司承担责任。如果公司未能设立，则由股东承担连带责任。（新《公司法》第 44 条）

**Q26 在公司未设立情况下，如果个别发起人股东对外承担了责任，可以要求其他发起人股东分担吗？如何分担？★**

可以要求其他发起人股东分担。有约定责任承担比例的，按照约定的比例分担责任；没有约定责任承担比例的，按照约

定的出资比例分担责任；没有约定出资比例的，按照均等份额分担责任。（《公司法司法解释三》第 4 条）

**Q27 新《公司法》规定有限责任公司实缴注册资本最长期限是几年？股份有限公司呢？★★★**

有限责任公司的全体股东应当在 5 年内缴足全部注册资本。（新《公司法》第 47 条）

股份有限公司的发起人股东应当在公司成立前按照其认购的股份全额缴纳股款。（新《公司法》第 98 条）



与原《公司法》规定的完全认缴制不同，新《公司法》对有限责任公司采用限期认缴制，限定在5年内缴足注册资本；对股份有限公司采用实缴制，公司成立前发起人股东就必须缴足自己认购的股份。

股份有限公司分为发起设立和募集设立两种方式，发起设立的发起人股东应当在公司成立前缴纳所有发行股份的股款；募集设立的发起人股东应当在公司成立前缴纳不低于发行股份总额30%的股款。

### Q28 面对注册资本制度的重大变化，已设立的存量公司是否需要作调整？如何调整？

★★★

对于已设立的存量公司，出资期限超过新《公司法》规定期限的，应当逐步调整至规定期限以内；对于出资期限、出资

额明显异常的，公司登记机关还可以要求其及时调整。具体实施办法由国务院规定。（新《公司法》第266条）

### Q29 国务院对注册资本制度调整是否已有规定？存量公司如何按规定调整？★★★

目前正式规定还未出台，市场监管总局组织起草了《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》，已向社会征求意见。征求意见稿为存量公司设置了3年的过渡期。对于有限责任公司，应当于新《公司法》施行之后3年过渡期内将剩余出资期限调整至5年内；股份有限公司应当在3年过渡期内，缴足认购股份的股款。

新《公司法》于2024年7月1日起施行，因此可以理解为最晚到2027年6月30日，有限责任公司剩余出资期限不足5年的，无需调整，剩余出资期限超过5年的，应当将剩余出资期限调整至5年内；股份有限公司则应当在2027年6月30日前缴足认购股份的股款。（《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》第3条）

### Q30 对于增资的实缴有限期要求吗？★★

增资与初始出资要求相同。（新《公司法》第 228 条）

有限责任公司增资，应当在 5 年内缴足。股份有限公司增资，应当在股东全

缴足股款后，办理注册资本变更登记。

（《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》第 2 条）

### Q31 办理公司登记注册时，是否需要提交验资证明？★

有限责任公司、发起设立或者定向募集设立的股份有限公司，办理公司登记注册时，无需提交验资证明。向社会公开募集设立的股份有限公司，需要提交验资证

明。（《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》第 2 条）

### Q32 是否有简便的方式进行减资？★★★

新《公司法》规定了简易减资的方式，可以不用通知债权人清偿债务或提供担保，但有适用条件，即用减少注册资本弥补亏损时才能适用。而用减少注册资本弥补亏损又有前提条件，即用任意公积金、法定公积金、资本公积金弥补亏损后，仍有亏损的，才可以通过减少注册资本来弥补亏损。如果公司确实属于这种情况，可以采用简易减资的方式，这种方式下，只需自减资决议作出之日起 30 日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告即可。（新《公司法》第 225 条）

除此之外，市场监管总局拟为过渡期内存量公司减资提供另一简便的方式，适用情形是申请减少注册资本但不减少实缴出资，而且要符合下列条件：（1）不存在未结清债务或者债务明显低于公司已实缴注册资本等情形；（2）全体股东承诺对减资前的公司债务在原有认缴出资额范围内承担连带责任；（3）全体董事承诺不损害公司的债务履行能力和持续经营能力。这种方式下，公司只需通过国家企业信用信息公示系统向社会公示 20 日。公示期内债权人没有异议的，则可办理减

资登记；公示期内债权人提出异议的，则不能再通过该方式减资，只能回到新《公司法》规定的一般减资或简易减资方式。

（《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》第5条）

### Q33 什么情况属于出资期限、出资额明显异常？★★★

公司出资期限超过30年或者出资额超过10亿元的，将被列入异常研判对象。公司登记机关将结合股东出资能力、主营业务项目、资产规模等情况，对注册资本的真实性进行研判，可以要求公司提供情况说明，也可以组织行业专业机构进行评估，或者与相关部门协商研判。经过研判后，如果认定该公司出资期限、出资额确实存

在明显异常的，经省级市场监督管理部门同意后，可以要求该公司在六个月内对出资期限、出资额进行调整，调整后的出资期限自2027年7月1日起不得超过5年。

（《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》第7条）

### Q34 公司公示股东实缴注册资本信息需要提供什么材料？★

公司应当通过国家企业信用信息公示系统上传股东名册、财务报表等说明股东实缴的相关材料。（《国务院关于实施

〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》第10条）

### Q35 股东的出资方式是否有增加？增加了什么方式？★★★

股东出资方式包括货币方式和非货币方式，非货币方式在原有实物、知识产权、土地使用权等方式外，又增加了股权、债权两种方式。（新《公司法》第48条）

也就是股东可以将持有第三方的股权和债权向公司出资。注意，作为出资的非货币财产都必须经过评估作价。

### Q36 股东拖延不出资有什么后果？★★★



股东未按期足额缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当对给公司造成的损失承担赔偿责任。（新《公司法》第49条）

该股东可能会面临董事会催缴。如果经过催缴，该股东在宽限期内仍未出资的，则董事会有权作出决议，该股东将因此丧失股权。（新《公司法》第52条）

这是新《公司法》引入的股东失权制度，该制度需要注意几个要点：（1）催缴

出资给与股东的宽限期不能少于60日；

（2）关于失权的决议由董事会作出而非股东会；（3）自通知发出之日起而非送达之日起，股东丧失股权；（4）股东只丧失未缴纳出资的股权，而非全部股权，这一点区别于《公司法司法解释三》第17条规定的股东除名制度。（5）股东对失权有异议的，可以自接到失权通知之日起30日内起诉主张。

### Q37 董事会不向股东催缴出资，是否有责任？会承担什么责任？★★★

未及时向股东催缴出资，给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。（新《公司法》第51条）

什么情况下董事负有责任？比如执行公司事务的董事未核查股东出资情况，或者核查发现有股东未按期出资却不向董事会汇报，或者不赞同催缴出资等。这些情况下，该董事应当负有责任，对公司损失应当赔偿。

损失赔偿的标准是什么？按照公司实际发生的损失为准，此前已有有案例中法院判决赔偿的损失就是股东未缴的出资。因此董事有可能须向公司赔偿股东未缴纳出资的金额。

董事赔偿后能否向未出资的股东追偿？新《公司法》没有规定，参照《公司法司法解释三》第13条第4款的规定，董事应当向该股东追偿。

### Q38 股东未按期缴纳出资，其他股东对此是否需要承担连带责任？★★★

有限责任公司在设立时，如有股东未按照章程规定实际缴纳出资，设立时的其他股东与该股东在出资不足的范围内承担连带责任。除此之外，还包括有股东实际出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的情形，其他股东同样要承担连带责任。（新《公司法》第50条）

注意，这里仅限于有限责任公司在设立时章程规定需要实缴的出资，而对于认缴的出资，即最长实缴期限可以5年的出资，则不在此范围内，即其他股东对此无需承担连带责任。

股份有限公司如有发起人不按照其认购的股份缴纳股款，或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认购的

股份的，其他发起人与该发起人在出资不足的范围内承担连带责任。（新《公司法》第99条）

股份有限公司虽然没有强调在公司设立时，但实际上就是公司设立时，因为新《公司法》规定股份有限公司出资实行实缴制，即在公司设立时所有发起人就必须缴足自己认缴的股款。因此，在这里就是指公司设立时，所有发起人股东都要对彼此的出资承担连带责任。

其他发起人股东承担连带责任后能否向瑕疵出资的股东追偿？新《公司法》没有规定，参照《公司法司法解释三》第13条第3款的规定，其他发起人股东应当向该股东追偿。

### Q39 股东抽逃出资，董监高有什么相关责任？★★★

股东抽逃出资，给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。（新《公司法》第53条）

什么情况下董监高负有责任？比如负有核查股东出资状况义务的董监高没有履行核查义务；明知股东通过虚假交易

抽逃出资，相关董事、高管配合完成虚假交易、转出资金等。

公司的债权人是否可以要求负有责任的董监高对债务承担连带责任？新《公司法》没有规定，参照《公司法司法解释三》第14条的规定，公司债权人应当有权请求负有责任的董监高承担连带责任。

**Q40 如果公司章程规定股东实缴出资的期限为5年，则5年内公司若无法清偿债务，债权人是否有权要求股东提前实缴出资？★★★**

可以。只要公司不能清偿到期债务，公司或者已到期债权的债权人有权要求已认缴出资但未届出资期限的股东提前缴纳出资。这就是股东出资加速到期的制度。（新《公司法》第54条）

**Q41 股东知情权的范围有哪些变化？★★**

股东有权查阅、复制公司文件的范围在原来公司章程、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基础上增加了股东名册。股东有权查阅公司文件的范围在原来会计账簿基础上增加了会计凭证。股份有限公司的股东要求连续180日以上单独或者合计持有公司3%以上股份的才有此权限。（新《公司法》第57、110条）

而且，股东知情权对象还扩展到了公司的全资子公司。注意，这里仅限于全资子公司。（新《公司法》第57、110条）

**Q42 股东行使知情权只能自己操作吗？★★**

除了自己外，股东还可以委托会计师事务所、律师事务所等中介机构协助操作。（新《公司法》第57条）

**Q43 股东会的职权有什么变化？★★**

法定的股东会职权有两项删除：（1）有差别的但实质相同的决定公司的经营计划和投资方案这项职权由董事会独立行使；上述第二项职权新《公司法》没有规定，按修订逻辑来推定，应当也归属董事会。（新《公司法》第59条）

为赋予和发挥董事会更大作用，更好维护公司独立法人人格，与上述第一项略

公司章程可以对此作出明确规定。

## Q44 股东会作出一般决议，是否经代表二分之一以上表决权的股东通过即可？★★

表述不准确，应当经代表过半数表决权的股东通过，此次新《公司法》增加了该内容。（新《公司法》第66条）

根据《民法典》第1259条规定，民法所称的“以上”、“以下”、“以内”、“届满”，包括本数。所以二分之一以上

也包括二分之一，如果赞成方二分之一，反对方也是二分之一，则并未形成多数决，此时决议不能通过。而“过半数”则是超过了二分之一，形成了多数决，此时决议才能通过。

## Q45 董事会的职权有什么变化？★★

法定的董事会职权有一项删除：制订公司的年度财务预算方案、决算方案。（新《公司法》第67条）

该项职权新《公司法》没有规定，按修订逻辑来推定，应当归属于经理或高管层。

## Q46 公司章程是否可以规定部分法定的董事会职权转为股东会行使？★★

股东会为公司最高权力机构，应当有权通过章程或决议将董事会职权转为股东会职权。此外，新《公司法》第67条最后一款规定：“公司章程对董事会职权的

限制不得对抗善意相对人。”以此来看，公司章程可以对董事会职权作出限制，限制包括部分职权取消，既然如此，这部分职权转为股东会行使当被允许。

## Q47 董事会人数是否有限制？★

公司的董事会成员要求3人以上，取消了上限限制。（新《公司法》第68、120条）

## Q48 什么情况下董事会成员中必须要有职工代表？★

职工人数300人以上的公司，董事会成员中应当有公司职工代表，职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或

者其他形式民主选举产生。（新《公司法》第68、120条）

## Q49 什么情况下要设置审计委员会？如何设置审计委员会？★★

公司章程可以规定在董事会中设置审计委员会，其成员由董事组成。审计委员会行使监事会的职权，因此不设监事会或者监事。（新《公司法》第 69、121 条）

如果董事会中虽然设置了审计委员会，但不行使监事会的职权，则仍可以设监事会或者监事。

## Q50 董事如何辞任？★★

董事辞任的，应当以书面形式通知公司，公司收到通知之日辞任生效。（新《公司法》第 70、120 条）

## Q51 董事被股东会解任，否能要求赔偿？

★★

在任期届满前董事被股东会解任，如果缺乏正当理由，则该董事可以要求公司予以赔偿。（新《公司法》第 71、120 条）。

## Q52 董事会作出决议需要多少比例的董事通过？★

董事会会议应当有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，应当经全体董事的过半数通过。（新《公司法》第 73、124 条）

## Q53 经理的职权有什么变化？★

经理的法定职权由列举式改为概括式表述，即根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。（新《公司法》第 74、126 条）

## Q54 公司可以不设董事会只设一名执行董事吗？★★

规模较小或者股东人数较少的公司，可以不设董事会，设一名董事，这里就简单称为董事，而不再表述为执行董事。该

董事行使董事会的职权。该董事可以兼任经理。（新《公司法》第 75、128 条）。



**Q55 监事会的职权有什么变化？★**

监事会在原有职权基础上增加了可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告。（新《公司法》第 80、131 条）。

**Q56 公司能否不设监事会而只设监事？★**

可以。规模较小或者股东人数较少的公司，可以不设监事会，设一名监事，行使监事会的职权。这里不同于原《公司法》，在不设监事会情况下，可以设一到两名监事，新《公司法》调整为只设一名监事。（新《公司法》第 83、133 条）

**Q57 公司能否既不设监事会也不设监事？★★**

可以。分两种情况，一种情况是，当董事会设置了审计委员会，并且行使监事会的职权，此时不设监事会或者监事，此种情况对于有限责任公司和股份有限公司均适用。另一种情况是，全体股东一致同意不设监事，也可以不设监事，此种情况仅使用于有限责任公司，但不适用于股份有限公司。（新《公司法》第 69、121、83、133 条）

**Q58 公司股权转让需要经过其他股东同意吗？★★**

有限责任公司的股东之间可以相互转让股权，不受限制，除非章程另有规定。股份有限公司的股东持有的股份可以向其他股东转让，也可以向股东以外的人转让，不受限制，除非章程另有规定。（新《公司法》第 84 条）

股份有限公司的股东持有的股份可以向其他股东转让，也可以向股东以外的人转让，不受限制，除非章程另有规定。（新《公司法》第 157 条）

**Q59 公司股权发生转让的，公司应当办理什么手续？★**

股东转让股权的，应当书面通知公司，公司接到通知后应当变更股东名册，并向公司登记机关办理变更登记。（新《公司法》第 86 条）

#### Q60 股权受让人何时取得股东权利？★★

当股权受让人登记于股东名册时取得并有权向公司主张行使股东权利。（新《公司法》第 86 条）

股权受让人取得股东权利不是在签订合同时，也不是在完成工商变更登记时，而是在登记于股东名册时。

#### Q61 股权发生转让，未实缴的出资责任由谁承担？★★★

这要分两种情况。一种情况是股权转让时还没到章程规定的出资期限，这种情况下由受让人承担缴纳出资的义务，也就是到期后由受让人负责缴纳出资；如果届时受让人未能足额缴纳出资的，转让人要对受让人未缴纳的出资承担补充责任，也就是受让人未完成的出资，转让人也要承担缴纳的责任。（新《公司法》第 88 条）

此种情况下，如果股权发生了多次转让，则之前历次转让人是否都要承担缴纳出资的补充责任？法条未限制，则历次转让人都在担责范围内。从法理和逻辑来

推，也应当得出相同结论，否则转让方只要安排受让方再次将股权转让出即可逃脱出资责任，这与该新规则设置的初衷相悖。

另一种情况是股权转让之前就已经到了章程规定的出资期限，但是转让人没有完成出资或者出资的非货币财产的实际价额显著低的，这种情况下转让人与受让人要对出资不足的部分承担连带责任；如果受让人不知情也没有义务知情的，则受让人可以免责。（新《公司法》第 88 条）。

#### Q62 如果控股股东或实际控制人从公司非法获取利益或通过其他方式欺压小股东，小股东能否直接选择以合理价格退出股权？★★★

可以。新《公司法》增加了小股东退出方式，即如果控股股东滥用股东权利，严重损害公司或者其他股东利益的，其他股东有权请求公司按照合理的价格收购其股权。注意，这里控股股东损害公司或者其他股东利益要达到严重的程度。（新《公司法》第 89 条）

### Q63 股份公司最少要有几个股东？★★

最少可以只有一个股东。（新《公司法》第 112 条）

原《公司法》规定有限责任公司可以只有一个股东，被称为一人公司；股份有

法条规定的是控股股东滥用股东权利，那实际控制人滥用权利能否适用呢？从立法本意出发，是为了给与受欺压的小股东以退出路径和救济渠道，所以当实际控制人以非股东身份滥用控制权时，其效果与控股股东滥用股东权利类似，此时应当同样赋予小股东相同的救济权利。

限公司至少要有 2 个股东。新《公司法》规定，股份有限公司最少也可以只有一个股东，也就是一人股份公司。

### Q64 股东会会议召开前，是否所有股份公司股东都有权提出临时提案？★★

不是。只有单独或合计持有公司 1%以上股份的股东才有资格提出临时提案。（新《公司法》第 115 条）

原《公司法》这项比例为 3%，新《公司法》降至 1%，扩大了享有提案权的股东范围。

### Q65 上市公司的审计委员会有什么特殊权限？★★

董事会对下列事项作出决议前应当经审计委员会全体成员过半数通过：（1）聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所；（2）聘任、解聘财务负责人；（3）披露财务会计报告；（4）国务院证券监督

管理机构规定的其他事项。（新《公司法》第 137 条）

前三个事项均与财务有关，先由审计委员会审议，通过后才能上董事会作决

议，这样能够更好地确保上市公司财务和审计的独立、公正、透明。

## Q66 股权或股份代持都是合法的吗？★★★

新《公司法》明确禁止违反法律、行政法规的规定代持上市公司股票。（新《公司法》第 140 条）

注意，这里并没有一刀切地禁止所有代持上市公司股票行为，而是违反法律、行政法规的代持被禁止。这就说明还有被法律、行政法规允许的或者没有违反法

律、行政法规的股票代持，这种情形不被禁止，比如在沪港通、深港通、QFII 等业务中就有名义持股，上市公司股东名册上登记的是结算机构等名义持有人。

除此之外，非上市公司的股权或股份代持只要不违法法律法规，并不禁止。

## Q67 母公司与子公司之间是否可以形成交叉持股？★★

新《公司法》明确规定，上市公司控股子公司不得取得该上市公司的股份。如因公司合并、质权行使等原因持有上市公司股份的，不得行使所持股份对应的表决权，并应当及时处分相关上市公司股份。（新《公司法》第 141 条）

禁止上市公司与其控股子公司之间形成交叉持股，是为了防止出现利益冲突和不当控制等问题。除此之外，新《公司法》没有禁止非上市公司与其控股子公司之间进行交叉持股。

## Q68 股份是不是都要有面额？★★

在面额股基础上，新《公司法》引入了无面额股。一家公司只能选择采用面额股或者无面额股中的一种方式，不能混合

使用；但两种方式可以相互转换，转换时要全部股份转换，不能部分转换。（新《公司法》第 142 条）

## Q69 什么是类别股？股份公司可以发行哪些类别股？★★★

类别股就是不同于普通股的具有某种特别权利或特别义务的股份。

股份有限公司可以发行的类别股包括：（1）优先或者劣后分配利润或者剩余财产的股份；（2）每一股的表决权数多于

或者少于普通股的股份；（3）转让须经公司同意等转让受限的股份；（4）国务院规定的其他类别股。

（新《公司法》第 144 条）

### Q70 有限责任公司能否设置类别股？★★

新《公司法》仅规定了股份有限公司中发行类别股的内容，没有涉及有限责任公司。但其实有相关规定，只不过没有使用类别股的表述，实质上是允许公司对股权和股东的权利义务作特别设置的，相当于类别股。比如，原《公司法》第 42 条和新《公司法》第 65 条都有规定，股东会

议由股东按照出资比例行使表决权，但公司章程另有规定的除外。再比如，原《公司法》第 34 条和新《公司法》第 210 条都有规定，有限责任公司按照股东实缴的出资比例分配利润，全体股东约定不按照出资比例分配利润的除外。

### Q71 类别股还有什么特殊权利？★★

类别股除了根据自身属性本身所具有的特别权利义务外，还有法定的用以加强保护的特别权利。比如，表决权数多于或者少于普通股的类别股，就监事或者审计委员会成员的选举和更换投票时，该类别股与普通股每一股的表决权数相同。再比如，股东会作出修改公司章程、增加或

者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议时，除应当经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过外，还应当经出席类别股股东会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。（新《公司法》第 144、146 条）

### Q72 董事会是否有权决定发行股份？★★



公司章程或者股东会可以授权董事会  
在三年内决定发行不超过已发行股份  
50%的股份。（新《公司法》第 152 条）

这是新《公司法》引入的授权资本制，

由章程或者股东会授权董事会发行股份，  
提高了公司增资的灵活性和便捷性。授权  
资本制仅适用于股份有限公司，不适用于  
有限责任公司。

### Q73 公司能否为他人取得本公司或者其母公司的股份提供财务资助？★★

一般不可以。公司不得为他人取得本  
公司或者其母公司的股份提供财务资助，  
财务资助包括赠与、借款、担保等方式。  
个别情况除外：（1）公司实施员工持股计

划的；（2）为公司利益，经股东会或董事  
会决议，这种情况为他人提供财务资助的  
累计总额不得超过已发行股本总额的  
10%。（新《公司法》第 163 条）

### Q74 如果有人违反规定让公司为他人取得本公司或者其母公司的股份提供了财务资助，有什么责任？★★★

如果董监高违反规定为他人提供财务资助，须赔偿公司因此造成的损失。（新《公  
司法》第 163 条）

### Q75 凡是有国有资本出资的公司就是国家出资公司吗？★★

新《公司法》所称国家出资公司是指  
国家出资的国有独资公司、国有资本控股  
公司。（新《公司法》第 168 条）

这是新《公司法》引入的新概念，不  
是所有国有资本投资的公司都是国家出  
资公司，而仅限于国有独资和国有资本控  
股的公司，国有资本仅仅参股而不控股的

公司则不是。注意，这个概念不同于《企  
业国有资产法》中的“国家出资企业”。

这里的国家出资公司应当是指“一级  
公司”层面的国有独资公司和国有资本控  
股公司。国有独资公司，是指由国家单独  
投资、国务院或者地方人民政府授权本级  
人民政府国有资产监督管理机关履行出

资人职责的一人公司。国有资本控股公 50%以上，或者虽不足 50%但其表决权足  
司，是指国有资本出资额或持股份额占 以对股东会决议产生重大影响的公司。

### Q76 国家出资公司由谁对国家出资部分履行出资人职责？★★

由国务院或者地方人民政府分别代 国有资产监督管理机构或者其他部门、机  
表国家依法履行出资人职责，享有出资人 构代表本级人民政府对国家出资公司履  
权益。国务院或者地方人民政府可以授权 行出资人职责。（新《公司法》第 169 条）

### Q77 党组织在国家出资公司中发挥怎样的作用？★★★

中国共产党的组织，按照中国共产党 重大经营管理事项，支持公司的组织机构  
章程的规定发挥领导作用，研究讨论公司 依法行使职权。（新《公司法》第 170 条）

### Q78 国家出资公司的董事会组成有何特别要求？★★

国有独资公司的董事会成员中，应当 职工代表大会选举产生。（新《公司法》  
过半数为外部董事，并应当有公司职工代 第 173 条）  
表。董事会成员由履行出资人职责的机构 国有资本控股公司则无上述特别要  
委派；但董事会成员中的职工代表由公司 求。

### Q79 不得担任公司的董监高的情形有什么变化？★★

在原《公司法》列明的若干情形基础 二年的；调整了一种情形：个人因所负数  
上，新《公司法》增加了一种情形：被宣 额较大债务到期未清偿被人民法院列为  
告缓刑的，自缓刑考验期满之日起未超过 失信被执行人。（新《公司法》第 178 条）

### Q80 如果让具有禁止情形的人员担任董监高，效力如何？★★

违反公司法规定，让具有禁止情形的人员担任董监高的，这样的选举、委派或者聘  
任无效。（新《公司法》第 178 条）

### Q81 什么是董监高的忠实义务和勤勉义务？★★★

在原《公司法》基础上，新《公司法》进一步明确了董监高的忠实义务和勤勉义务的具体含义。忠实义务是指董监高要采取措施避免自身利益与公司利益冲突，

不得利用职权牟取不正当利益。勤勉义务是指董监高执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。

（新《公司法》第 180 条）

### Q82 董监高的忠实义务有哪些？★★★

对于董监高的忠实义务，新《公司法》采取了实质判断标准加列举式规定的立法模式，实质判断标准就是上述关于忠实

义务的定义，列举式规定主要体现在新《公司法》第 181—184 条。（新《公司法》第 180—184 条）

### Q83 董监高的勤勉义务有哪些？★★★

对于董监高的勤勉义务，新《公司法》没有加以列举。《上市公司章程指引》第 98 条规定：“董事应当遵守法律、行政法规和本章程，对公司负有下列勤勉义务：

- （一）应谨慎、认真、勤勉地行使公司赋予的权利，以保证公司的商业行为符合国家法律、行政法规以及国家各项经济政策的要求，商业活动不超过营业执照规定的业务范围；
- （二）应公平对待所有股东；
- （三）及时了解公司业务经营管理状况；
- （四）应当对公司定期报告签署书面确认

意见。保证公司所披露的信息真实、准确、完整；（五）应当如实向监事会提供有关情况 and 资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权；（六）法律、行政法规、部门规章及本章程规定的其他勤勉义务。”第 125 条规定：“本章程第九十八条第（四）项、第（五）项、第（六）项关于勤勉义务的规定，同时适用于高级管理人员。”参考该规定，可以借以理解董监高的勤勉义务。

### Q84 公司的股东、实际控制人要对公司承担忠实义务和勤勉义务吗？★★★



公司的股东、实际控制人如果担任董监高的，自然对公司负有忠实、勤勉义务；如果不担任董监高的，其对公司并不直接负担该义务。但是，如果控股股东、实际控制人虽然不担任公司董事，但实际执行公司事务的，也要承担忠实、勤勉义务。

（新《公司法》第 180 条）

这是新《公司法》引入的事实董事或实质董事的制度，以便将形式上规避董事身份、实质上行使董事职权的控股股东、实际控制人纳入约束范围，限制其逃避责任。

### Q85 是否绝对禁止董监高与公司进行交易？★★

并不是绝对禁止。董监高如果要与公司订立合同或进行交易，应当向董事会或者股东会报告，经决议通过则被允许，未通过则不被允许。该限制还适用于董监高

的近亲属、董监高或其近亲属直接或者间接控制的企业、董监高的其他关联人。（新《公司法》第 182 条）

### Q86 是否绝对禁止董监高利用职务便利谋取属于公司的商业机会？★★

原则上禁止，有两种情形例外：（1）其向董事会或者股东会报告，并经决议通过；（2）根据法律、行政法规或者公司章

程的规定，公司不能利用该商业机会。（新《公司法》第 183 条）

### Q87 是否绝对禁止董监高自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务（即竞业禁止）？★★

原则上禁止，例外情形是其向董事会或者股东会报告，并经决议通过。（新《公司法》第 184 条）。

### Q88 子公司的董监高或者他人侵害子公司利益的，母公司的股东是否可以代表公司起诉追责？★★★

董监高或者他人侵犯全资子公司合法权益造成损失的，母公司股东可以书面请求全资子公司的监事会、董事会向人民法院提起诉讼或者以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。（新《公司法》第189条）

股东代表公司起诉相关责任人的制度被称为股东代表诉讼制度，新《公司法》在原有制度基础上进一步升级为双重股东代表诉讼制度，即母公司股东不仅可以在母公司层面运用这一制度，在子公司层面同样可以运用这一制度起诉损害子公司利益的主体。

这里需要注意几个要点：（1）能够适用这一制度的仅限于全资子公司，非全资的子公司则不适用；（2）有限责任公司的股东不论股权比例大小，都有这项权利，而股份有限公司的股东必须是连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东才享有这项权利；（3）对全资子公司行使这项权利时，同样要有前置程序的要求，即应当先行向子公司的监事会、董事会提出起诉请求，在履行了前置程序而不得的情况下，才能以股东自己的名义起诉。

### Q89 董事、高管在执行职务过程中，给他人造成损害的，是否都由公司承担责任，自己不用担责？★★★

不是。董事、高管在执行职务过程中，给他人造成损害，如果董事、高管存在故意或者重大过失的，则除了公司要承担赔偿责任外，董事、高管自己也要承担赔偿责任。（新《公司法》第191条）

这也就意味着，如果董事、高管没有过错或者只是一般过失，则仅仅是公司承

担责任，董事、高管不用担责。

董事、高管在应当承担责任的情况下，是与公司承担连带责任吗？不是连带责任。因为《民法典》第178条规定，连带责任由法律规定或者当事人约定。公司法此处并没有表述为连带责任，因此就不是连带责任。此处的责任形式没有明确，

但基本可以理解为补充责任，也就是由公司先行承担赔偿责任，不足部分由董事、

## Q90 如果董事、高管损害公司或者股东利益，背后实际是受控股股东、实际控制人指示所为，则该由谁承担责任？★★★

这种情况下，发出指示的控股股东、实际控制人与该董事、高管承担连带责任。（新《公司法》第192条）

这是新《公司法》引入的“影子董事”规则，即把发出指示的控股股东、实际控制人视为躲藏在背后的影子董事。既然损

害公司或股东利益的指令源自控股股东、实际控制人，就不能只是挡在前面的董事、高管担责，控股股东、实际控制人也应当担责，这与公司人格否认制度相类似。

## Q91 董事责任重大，是否有相应的保障措施？★★

新《公司法》规定，公司可以在董事任职期间为其因执行公司职务承担的赔偿责任投保责任保险。

董事责任险为董事可能承担的责任提供了安全保障，有利于董事放开手脚做事。（新《公司法》第193条）

## Q92 投保了董事责任险，是否董事的任何责任都能由保险公司理赔承担？★★

不是。《上市公司治理准则》第24条规定，上市公司可以为董事购买责任保险，责任保险范围由合同约定，但董事因违反法律法规和公司章程规定而导致的责任除外。参考此规定，董事责任险保障

的范围应当是董事合法合章情况下仍然产生的责任，违法违章产生的责任不予理赔。如果所有责任都能理赔的话，董事将有恃无恐，董事的信义义务将被架空。

## Q93 是否有监事、高管责任险？★★

新《公司法》没有规定，实务中保险公司有相应保险产品。

**Q94 股东违法分配利润有什么责任？★★**

公司违反公司法向股东分配利润的，股东应当将分配的利润退还公司；给公司造成损失的，股东应当承担赔偿责任。此

外，负有责任的董监高也要承担赔偿责任。（新《公司法》第 211 条）

**Q95 股东会就利润分配作出了决议，但拖延不分配，是否有期限限制？★★**

新《公司法》规定，董事会应当在股东会决议作出之日起 6 个月内进行分配。（新《公司法》第 212 条）

《公司法司法解释五》规定完成利润分配的期限是 1 年，此次新《公司法》调整为 6 个月，更具合理性。

**Q96 资本公积金能弥补亏损吗？★★**

原《公司法》规定，资本公积金不得用于弥补亏损。新《公司法》作出了相反规定，调整为在一定条件下可以使用资本公积金弥补亏损。这个条件是应当先使用

任意公积金和法定公积金弥补亏损，仍不能弥补的，才能使用资本公积金。（新《公司法》第 214 条）

**Q97 公司合并事项上新《公司法》是否有新制度？★★**

新《公司法》引入了简易合并制度。包括两种情况：（1）公司与其持股 90% 以上的子公司合并，子公司可以不经股东会决议，只经董事会决议即可。子公司其他股东想退出的，可以请求母公司按照合理

的价格收购其股权或者股份。（2）公司合并支付的价款不超过本公司净资产 10% 的，可以不经股东会决议，只经董事会决议即可。（新《公司法》第 219 条）

**Q98 当大股东通过减资退出时，小股东能跟着减资吗？★★**

一般情况下可以。新《公司法》规定了同比比例减资的原则，当公司减少注册资本时，应当按照股东出资或者持有股份的比例相应减少出资额或者股份，也就是各股东按持股比例同比比例减资。只有在法律另有规定、有限责任公司全体股东另有约定或者股份有限公司章程另有规定时，可

以不按比例减资。（新《公司法》第 224 条）

同比比例减资的原则有利于保护小股东利益，避免大股东通过定向减资方式（即只减某股东、某一部分股权或股份）独自退出股权或股份。

## Q99 违法减资有什么后果？★★

违法减资的，股东应当退还收到的资金，减免股东出资的应当恢复原状；给公司造成损失的，该股东应当承担赔偿责

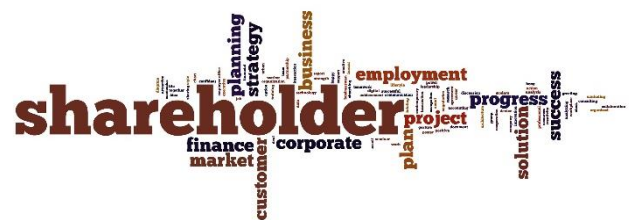
任。此外，负有责任的董监高也要承担赔偿责任。

（新《公司法》第 226 条）

## Q100 公司增资时，股东是否享有优先认购权？★★

有限责任公司增资时，股东在同等条件下有权优先按照实缴的出资比例认缴出资，除非全体股东另有与此不同的约定。股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东不享有优先认购权，除非公司

章程或股东会另有与此不同的规定、决议。（新《公司法》第 227 条）



## Q101 公司解散清算的，谁是清算义务人？有什么责任？★★★

原《公司法》规定，有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。新《公司法》规定，不论是有限责任公司

还是股份有限公司，清算组均由董事组成，除非公司章程另有规定或者股东会决议另选他人。而且明确规定，董事就是清算义务人，清算义务人如果未及时履行清



算义务，给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。（新《公司法》第 232 条）

清算的义务和责任从股东转到董事身上，董事应予高度重视，在公司解散时应当及时组织清算，否则造成的损失将由董事承担，而非股东。

### Q102 清算组成员有什么责任？★★

除董事外，清算组也有其他人员，比如法院指定的人员。清算组成员履行清算职责，负有忠实义务和勤勉义务，如果怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；因故意或者重大过失给

债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。（新《公司法》第 238 条）

清算组成员应当忠实、勤勉、尽责，否则有可能成为公司债权人起诉的对象被追责。



### Q103 公司注销是否有简易程序？★★★

有，新《公司法》引入了简易注销程序。符合以下条件的，公司可以通过简易

程序注销公司：（1）公司在存续期间未产生债务，或者已清偿全部债务；（2）全体

股东就前述内容作出承诺。如承诺不实的，股东应当对公司债务承担连带责任。

（新《公司法》第 240 条）

全体股东只要承诺就能走简易注销程序，但承诺内容也就是公司在存续期间未产生债务或者已清偿全部债务一定要核实清楚，避免不符合实际情况而导致股

东本可以承担有限责任的进而转为无限连带责任。

简易注销的步骤包括：（1）通过国家企业信用信息公示系统公告不少于 20 日；（2）公告期限届满后，未有异议的，公司即可向公司登记机关申请注销登记。（新《公司法》第 240 条）

### Q104 “僵尸企业”长期不办理注销会有什么后果？★★

会被强制注销。新《公司法》引入了强制注销制度。只要公司被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销，满 3 年未申请注销登记的，公司登记机关就可以注销公司登记。程序要求是，通过国家企业信用信息公示系统公告不少于 60 日，公告期限届满后未有异议即可。公司被强制注

销，原股东、清算义务人的责任不受影响。（新《公司法》第 241 条）

满 3 年的“僵尸企业”将被强制注销。如果公司有债务，原股东未全部实缴出资，公司债权人可以追诉原股东；如果由于清算义务人怠于办理公司清算而导致公司损失、债权人损失的，公司债权人可以追诉清算义务人即公司董事。

### Q105 实际控制人是公司股东吗？★★

可以是也可以不是。原《公司法》规定实际控制人是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。新《公司法》将“虽不是公司的股东”删除了，不再限定

于非股东身份。（新《公司法》第 265 条）

这就说明新《公司法》对实际控制人的界定发生了改变，实际控制人可以是股

东也可以不是，其与公司的关系可以是投资关系，其中不排除股东投资关系，也可以是协议关系或其他安排，通过这些关系而能够实际支配公司行为。

### Q106 满足什么条件可以被认定为实际控制人？★★

新《公司法》没有规定明确的标准。《上市公司收购管理办法》第84条规定：“有下列情形之一的，为拥有上市公司控制权：（一）投资者为上市公司持股50%以上的控股股东；（二）投资者可以实际支配上市公司股份表决权超过30%；（三）投资者通过实际支配上市公司股份表决权能够决定公司董事会半数以上成员选任；（四）投资者依其可实际支配的上市公司股份表决权足以对公司股东大会的决议产生重大影响；（五）中国证监会认定的其他情形。”该规定可以作为参考，再结合具体情况作合理调整。比如，一般的有限责任公司股权不分散的，第（二）项投资者可以实际支配公司股权表决权超过的比例就要调高，通常应当超过50%更合适。



#### 周松涛 律师

上海七方律师事务所 副主任、高级合伙人

七方公司与财税法律服务部 主任

上海律协税务业务研究委员会 委员

法务会计师

业务方向：公司股权、公司治理、并购重组、

商业谈判、商业诉讼、税务

联系方式：18621368850



## 新《公司法》下存量公司的减资行为的相关问题全解读

作者：陈怡泓

《中华人民共和国公司法》（以下简称“新《公司法》”）将于2024年7月1日起施行，

此次的新《公司法》修订最大亮点，同时也是引起最大范围讨论的方面是：注册资本金有认缴转为了实缴，虽然不是彻底转变为了实缴制，但此规定还是对存量公司产生巨大影响。

《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》第三条：“依照公司法第二百六十六条规定，设置三年过渡期，自2024年7月1日至2027年6月30日。公司法施行前设立的公司出资期限超过公司法规定期限的，应当在过渡期内进行调整。公司法施行前设立的有限责任公司自2027年7月1日起剩余出资期限不足五年的，无需调整出资期限；剩余出资期限超过五年的，应当在过渡期内将剩余出资期限调整至五年内。调整后股东的出资期限应当记载于公司章程，并依法在国家

企业信用信息公示系统上向社会公示。公司法施行前设立的股份有限公司应当在三年过渡期内，缴足认购股份的股款。”

可见，存量公司需要在三年内调整注册资本实缴期限，也即2027年6月30日前修改公司章程对实缴期限的规定，则最晚存量公司需要在2032年6月30日前将注册资本金全部实缴到位。

《新公司法》由认缴转为实缴注册资本金的修改目的是整顿企业经营乱象，避免小企业设定不切实际的或给债权人造成假象的过高注册资本金，对于这类注册资本金设定过高的公司和近年公司经营发展已然不能实缴到位的公司，则需要考虑如何进行减资。

那么这些类型公司现在就需要考虑的问题就是，最晚8年内公司是否能够将注册资本金实缴到位？如果不能，是否考虑减资？减资程序如何？需要如何申请？减资又需要注意哪些关键，避免责任扩大，甚至违法？

## 一、减资分为实质减资和形式减资

减资分为实质减资和形式减资。

实质减资，指公司向股东返还出资的减资，在资产负债表上一般体现为公司的资产和所有者权益同时减少，或公司的负债增加的同时所有者权益减少。实质减资将引起公司的财产流向股东，因此实质减资将影响公司的对外偿债能力，可能使债权人的权益受到侵害，是相关法律法规重点规制的对象。

形式减资，则指公司为弥补亏损仅降低注册资本，并不向股东返还出资，在资产负债表上往往反映为公司的实收资本或股本减少，而未分配利润增加。形式减资由于不涉及公司财产的流出，一般情况下不会影响公司的偿债能力，对债权人造成不利影响的可能性较小。形式减资一般不涉及降低公司债务清偿能力，因此新公司法规定形式减资无需通知债权人，即决议作出之日起三十日内公告即可。



## 二、减资程序规定

### （一）简易减资

根据《国务院关于实施〈中华人民共和国公司法〉注册资本登记管理制度的规定（征求意见稿）》第五条，存量公司进行减资，但不减少实缴出资的，需要符合以下要求才能凭申请书、承诺书办理注册资本变更登记：

1. 公司不存在未结清债务或者债务明显低于公司已实缴注册资本等情形；
2. 公司全体股东承诺对减资前的公司债务在原有认缴出资额范围内承担连带责任；

### （二）一般减资程序

1. 董事会制定公司减少注册资本的方案。

减资方案应明确原注册资本数额、减资的注册资本数额、所采用的减资方式、减资对象、减资后股权结构、债权人利益安排等内容。

2. 股东会作出减资决议。

3. 全体董事承诺不损害公司的债务履行能力和持续经营能力；

4. 公司通过国家企业信用信息公示系统向社会公示二十日。公示期内债权人没有提出异议的。

这几项要求中，我们值得注意的是全体股东要对公司债务承担担保责任的，同时，随着新《公司法》对公司董事责任的加重，简易减资同时也对董事做出了勤勉履职的要求。

股东会应当就减资事宜依法作出决议。如果公司章程对于减资的表决权有特别约定，还需满足公司章程的约定。

3. 编制资产负债表及财产清单。

资产负债表应当如实反映公司现有资产和负债的数额、比例等情况，财产清

单应当体现公司现有无形资产和有形资产的价值、数量和质量等情况。

4. 通知债权人同时在报纸或企业信用系统进行公告。

一般情况下，公司减资应及时通知债权人并进行公告。债权人自接到通知之日

起 30 日内，未接到通知的自公告之日起 45 日内，有权要求公司清偿债务或提供相应担保。若公司未能按照债权人要求清偿债务或提供相应担保，在办理后续工商变更登记时，则可能无法提供必要的债务清偿情况说明，导致难以办理减资手续。

### 三、减资中的风险

#### （一）涉税风险

如果减少的是注册资本金的实缴部分，公司净资产数大于实缴注册资本金数，减值的部分就需要缴纳 20% 的税费。

注册资本金是不能低于公司净资产的，一旦低于净资产即意味着转让公司资产，这就需要缴纳 20% 的个人所得税。

#### （二）股东连带责任

正如前文所述，减资程序中，要求全体股东承诺对减资前的公司债务在原有认缴出资额范围内承担连带责任；

#### （三）可能违法减资的风险

根据前文所述的减资程序，我们就可以知道如果减资决议未达法定表决权比例、公司减资未依法通知债权人、以及公司未清偿债务但向工商部门提交了虚假说明办理减资等，就属于违法减资。

登记机关责令改正，被处以一万元以上十万元以下的罚款。

2. 违法减资的股东应向公司退还其收到的资金，恢复原状，给公司造成损失的应承担赔偿责任。

违法减资会产生什么后果？

3. 对违法减资负有责任的董事、监事

1. 首先针对未通知债权人，公司会被

及高级管理人员应当承担赔偿责任。



## 四、对策建议

1. 把握减资程序每一环节的合法合规，避免随意省略步骤，有必要时咨询相关领域律师或咨询机关进行减资程序。

2. 若公司已经完成减资登记但仍有存量债务，建议公司尽早复查减资程序，内部核实是否可能对债权人利益造成损害，尽早采取措施减少相关风险。

3. 公司的董事、监事及相关管理人员应该严格履行法定及公司章程中约定的义务，协助公司进行合法减资。

4. 公司如果存在巨额债务无力清偿，更多的应该考虑重组、破产清算来解决。从新《公司法》对公司违法减资责任后果的明确规定我们可以看出，若公司违法减资，将面临着诸多民事责任和行政责任后果。公司减资时“债权人要求公司清偿债务或者提供相应担保”，减资可不是逃过一劫，实质的公司偿债能力问题不能靠减资来掩盖。



**陈怡泓 实习律师**

上海七方律师事务所 实习律师

业务方向：金融、股权激励

联系方式：13976386285

# “离线休息权”法律分析

作者：李华平

今年全国两会期间，全国政协委员、全国总工会办公厅主任吕国泉提交的一份《关于保障劳动者离线休息权的提案》引起广泛热议，“离线休息权”作为一个“新鲜事物”背后究竟还有什么样的法律问题需要去关注，本文将结合现行法律法规的规定，对“离线休息权”进行一个简要的法律分析。

### 一、劳动者的休息权受宪法和法律保护！

保障劳动者离线休息权，从根本上来讲就是保障劳动者的身体健康权利，这也是公民的基本权利。《宪法》第四十三条规定，中华人民共和国劳动者有休息的权利。《劳动合同法》第三条规定，劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假

的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。因此劳动者的休息权是受宪法和法律的

保护。

### 二、“离线不休息”，苦之久矣！

之所以“离线休息权”提案受到广泛热议，主要是劳动者受“离线不休息”之苦久矣。近年来互联网技术迅猛发展，数字化工具的使用为远程办公提供了极大便利，通过电子邮件、电话、短信、微信、视频会议等即时通讯方式可以把工作指令及时发出，工作任务不

必要求必须在用人单位的办公场所才能完成，劳动者随时随地可以开展工作，这增加了工作安排的灵活性和自主性，但也模糊了劳动者工作与私人生活之间的界限。实践中，有的用人单位要求劳动者的手机必须保持24小时开机、单位工作群必须始终在线，一有工作指令就

## 聚焦劳动法

得及时响应完成，加班加点成为家常便饭。长此以往，劳动者并不能得到真正的休息，必然影响身体健康，近年来劳动者猝死、职场“过劳死”等情形屡见

不鲜。因此，这次保障劳动者离线休息权的提案一提出，就广受欢迎，也是恰逢其时。

### 三、“离线”后的工作安排，劳动者是否有权拒绝？

《劳动法》第四十一条规定，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，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过三小时，但是每月不得超过三十六小时。根据《劳动法》规定，用人单位安排劳

动者加班，需要和工会与劳动者协商。请问，有协商吗？基本没有，劳动者基本上都是单方面服从安排。当然，劳动者能否拒绝用人单位的加班安排呢？从法律上讲是可以拒绝。既然劳动者有权拒绝用人单位的加班安排，那劳动者“离线休息权”即使没有单独立法，其权利也是在《劳动法》的保障范围中。

### 四、“离线不休息”，从“有权拒绝”到“被同意”！

尽管劳动者有拒绝用人单位“离线”后工作安排的权利，但在职场中不可避免地会出现“内卷”现象，即在同一用人单位，有的劳动者会拒绝用人单位的“离线工作”安排，而有的劳动者则会同意，不同的意思表示可能会导致用人单位对其职位晋升、绩效考核、劳动报酬等方面都会受到不同的影响和差

别对待。那么劳动者为了在该用人单位中有较好的职业发展，往往会选择忍气吞声、逆来顺受，针对用人单位的“离线工作”安排也就只能“被同意”了。从“有权拒绝”到“被同意”，看上去这是一种无奈，也是一种悲哀，但会是一种现状。

### 五、“离线休息权”，落地不容易！

## 聚焦劳动法

保障劳动者的“离线休息权”，根源并不在劳动者有权拒绝接受用人单位“离线”后的工作安排权利。仅仅把“拒绝”权交给劳动者，解决不了实质问题，劳动者只能选择“被同意”。所以，看上去很美的“离线休息权”，要真正落地不容易。

一方面，要完善工时制度。目前我们国家的“不定时工作制”实行的是审批制。一旦某岗位被批准执行不定时工作制，工作时间变为不确定，“离线”就成了“随时在线”。那么针对这些人员，如何保障其“离线休息权”？用人单位在申请不定时工作制时，劳动行政部门会要求提供安排必要休息的方案，但是几乎连劳动者自己都不知道用人单位安排的何种休息方案。实务中，不定

时工作制，往往成为用人单位免除支付加班费的正当理由。

另一方面，要完善加班时间计算规则。针对标准工时工作制的岗位，在离线后完成单位安排的工作任务，其加班时间的边界难以界定。相同的工作任务，不同的人员需要的工作时间不完全一样，是按照每个人完成工作任务的时间来计算加班费，还是按照任务本身确定加班费金额？加班时间的举证责任，是由劳动者来承担还是用人单位来承担？实务中，对劳动者“离线”后工作的，要界定具体的加班时间会是一个相当困难的事情，最后基本都落到裁审部门的自由裁量当中，酌定一个加班费数额。

### 六、保障“离线休息权”，集体协商是趋势

通过集体协商的方式，将会是保障“离线休息权”一个比较好的趋势。每个用人单位的生产经营和岗位特性不一样，可以通过用人单位和工会或职工代表进行协商的方式，来对劳动者“离线”的工作安排以及加班费用进行确

定，保障劳动者获得报酬和休息权利。同时，在通过民主程序制定规章制度时，可明确劳动者在离线拒绝接受用人单位的工作安排，不受处罚、不影响绩效考核等内容。行业性工会也可以发挥相应的作用，由行业协会针对行业工作



特点，推行符合行业性质的“离线权”  
相关指导标准。

### 七、保障“离线休息权”，监管不能少

《劳动法》规定，劳动者每个月加班时间不得超过三十六个小时。但是，超时加班现象仍极为普遍。一般情形下，劳动者关注的是自己加班了，用人单位是否足额加班费，并没有特别在意是否超过三十六个小时。《劳动保障监察条例》第二十五条规定，用人单位违

反劳动保障法律、法规或者规章延长劳动者工作时间的，由劳动保障行政部门给予警告，责令限期改正，并可以按照受侵害的劳动者每人100元以上500元以下的标准计算，处以罚款。法律早就有了，就看执法力度了。

### 结语

总之，从保护劳动者合法权益的角度，“离线休息权”入法是非常好的事

情。理想很丰满，现实很骨感。要真正落地，还有很长的路要走。



### 李华平 律师

上海七方律师事务所 主任

上海市律协劳动与社会保障专业委员会 副主任

全国律协劳动与社会保障法专业委员会 委员

上海市律协对外宣传与联络委员会 副主

任

上海市总工会法律顾问团成员

华东政法大学文伯书院校外导师

上海社科院法学所硕士生实务导师

业务方向：劳动法、企业法律顾问、

法律培训

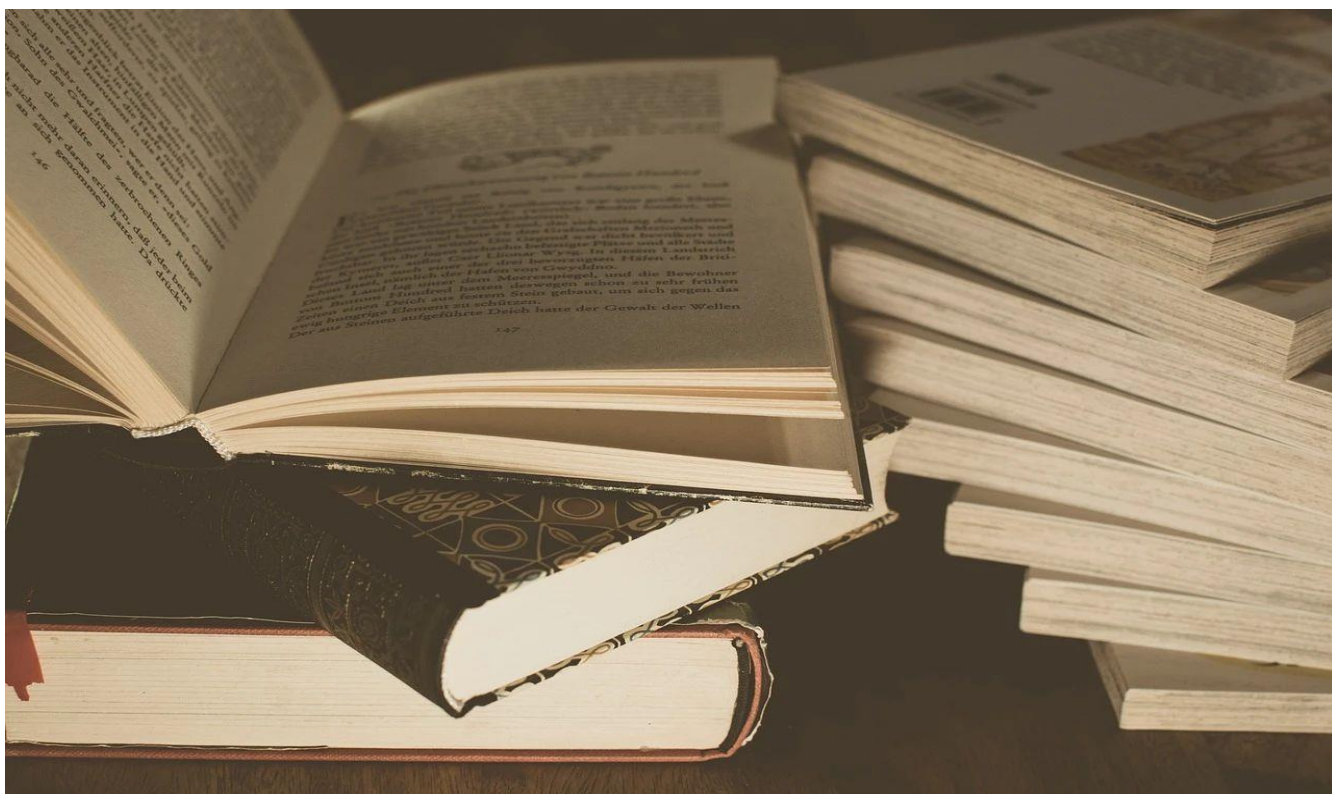
## 混同用工中劳动报酬发放法律问题解析

作者：王年俊

### 一、案情简介

2021年4月，胡某入职M公司并通过M公司的钉钉系统考勤。2022年4月，胡某与Y公司签订劳动合同，合同约定Y公司规章制度包括《M公司管理制度》等，工作内容未发生变化。胡某在职期间，每月工资由M公司法定代表人以银行转账的形式发放。M公司系Y公司的股东，两公司法定代表人为同一人，

股东和高级管理人员存在重合，办公场所相邻，均使用M公司钉钉系统进行考勤管理。胡某工作至2022年8月底，于同年9月1日办理了离职手续。胡某离职后申请劳动仲裁，请求两公司共同支付拖欠的提成工资，仲裁委员会予以支持。M公司不服，诉至法院。



### 二、裁判结果

法院经审理认为，M公司和Y公司的股东和高级管理人员存在重合，Y公司与胡某签订的劳动合同书约定M公司的各项劳动规章制度适用于胡某，胡某从事

的工作系M公司的业务组成部分，可认定两关联公司对胡某存在混同用工的事实。法院判决Y公司支付胡某提成工资，M公司承担连带责任。

### 三、律师评析

#### （一）何谓混同用工？

混同用工是指劳动者同时为两个或两个以上的单位提供劳动，难以分辨劳动者和哪家单位存在劳动关系，出现用工主体不明确的现象。部分用人单位为了降低用人成本，通过混同用工来模糊承担劳动法上的义务主体，在发生劳动争议时，相互推诿法律责任或直接将法律责任推卸到没有实际偿付能力的主体上，以达到规避劳动法律义务的目的。由于混同用工往往发生在关联企业之间，那么该如何认定用人单位？存在混同用工的用人单位是否需要承担连带责任？这些问题在司法实践中往往存在一定的争议，各地法院理解也不完全一致，也有不同的裁判规则。

#### （二）关联关系和混同用工

劳动法没有对关联关系作出规定，我们可以参考其他法律对关联关系的认定情况。公司法上的“关联关系”，是指公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。用人单位出于利益相关性，为了降低用人成本，往往采用混同用工的形式来进行生产经营。关联关系的存在并不必然导致混同用工，但基于混同用工绝大多数发生在关联关系之间，关联关系的成立是混同用工成立的诱因和条件。

#### （三）实践中关于混同用工劳动关系的认定分歧

## 聚焦劳动法

在混同用工这一事实存在的前提下，劳动者是否可以与该不同用人单位均建立劳动关系这一问题上，有些法院认为劳动者在同一时期内为不同单位工作，与不同单位同时建立劳动关系，且均符合劳动关系构成的要件，因而属于双重或多重劳动关系。另有一些法院认为劳动者在同一时间只能为一家单位工作，只能与一家单位建立劳动关系，即单一劳动关系，只有实际的用人单位才与劳动者之间存在劳动法意义上的劳动关系。

### （四）混同用工的责任承担

采用双重或多重劳动关系的法院，则会确立由与劳动者签订劳动合同或者在没有签订劳动合同时由实际为劳动者发放工资、缴纳社保的用人单位承担责任，并由其他关联公司对劳动者承担连带责任。采用单一劳动关系的法院，通常来说倾向于只认定与劳动者存在劳动关系的用人单位承担法律责任，其出发点是坚持劳动关系的相对性。当然，实

践中后者为少数观点，有些法院甚至在认定单一劳动关系之后，赋予劳动者选择劳动用工主体的权利，并可就其具有给付内容的请求由其他具有混同用工的用人单位承担连带责任。

### （五）构成混同用工的用人单位承担连带责任的范围

第一，未签订劳动合同的双倍工资差额。如果构成混合用工的用人单位都未提供证据证明与劳动者签订了劳动合同，那么需要支付劳动者未签订劳动合同的双倍工资差额，并就此内容有些法院在判决时判决混用用工的用人单位需承担连带责任。

第二，未发工资、提成等劳动报酬。如果用人单位没有证据证明向劳动者发放了工资，那么要承担连带的给付责任。如果劳动者有充分的证据证明自己完成了提成协议中规定的任务或者工作量，但是用人单位没有证据证明已经发放了提成工资，那么用人单位应当支付劳动者相应的提成工资。

## 聚焦劳动法

第三，加班费。劳动者对加班事实进行了初步的举证后，举证责任转移至用人单位，用人单位应当就已经安排了调休或支付了加班工资进行举证，用人单位举证不能则需承担支付加班费的义务。

第四，应休未休年假工资。用人单位没有证据证明已经安排劳动者休年假的，应当支付劳动者未休年假工资。

第五，未缴纳社会保险的损失。对于劳动者要求用人单位缴纳社会保险的，劳动仲裁和法院均不予受理，需要通过向劳动监察部门或社保中心投诉等途径解决。但是，由于用人单位未能缴纳社会保险而导致劳动者损失的，对于

劳动者针对该损失的诉讼请求，可以向人民法院提起诉讼。

第六，解除劳动合同的经济补偿金。劳动合同解除时，用人单位应当就不需要支付经济补偿金的事由承担举证责任，否则就要承担不利后果。混合用工中，由于用人单位都对劳动者实行了混同的用工行为，对劳动者解除劳动合同的事实往往是明知的，主观上的过错也具有一致性，经济补偿金也无法进行划分，故应对此承担连带责任。

第七，解除劳动合同的赔偿金。实践中，用人单位要对解除劳动合同的合法性承担举证责任，否则就要支付违法解除劳动合同的赔偿金。

### 四、律师建议

实践中，发放工资的主体、缴纳社会保险的主体、工作地点、工作内容等均可作为综合判断是否存在劳动关系的因素。在有关联关系的用人单位交叉或轮换使用劳动者，工作内容交叉重叠的

情况下，劳动者可就其涉及有给付内容的主张，要求一家用人单位承担责任，或由多家用人单位承担连带责任。有些省市对混同用工承担连带责任已有明确的地方性规定，有些地区尚未有地方性



## 聚焦劳动法

的规定，因而在有些地区要求承担连带责任，甚至在提起劳动仲裁时同时仲裁两家混同用工的用人单位都存在一定的难度。希望《最高人民法院对《关于审

理劳动争议案件适用法律问题的解释

(二)》(草案)通过后，正式实施保留有关混用用工承担连带责任的条款，这将对劳动者权益保留有更多的保障。



王年俊 律师

上海七方律师事务所 律师

七方公司与清算法律服务部 律师

业务方向：公司法、商事诉讼、

企业重整与清算

联系方式：19821802660

## 用人单位不得在解除劳动合同之后添加或变更解除理由 ——最高院指导案例 180 号解析

作者：谢亦团

### 一、提出问题

劳动争议案件中，因解除劳动合同引发争议的案件占比最大，而用人单位作出解除劳动合同行为是否合法，取决于解除行为是否具有事实和法律依据，因此作出解除劳动合同的理由极其重要。实务中，常常出现这样一种情形，即一些用人单位在作出解除后，尤其是

在应诉过程中，发现原来的解除理由并不充分，于是在应诉过程中就会添加或变更解除理由。此时，裁审机构是否需要添加或变更的理由进行实质审查呢？笔者结合最高人民法院发布的指导案例进行解析。

### 二、案情简介

2016年7月1日，孙某进入某人力资源公司，从事邮件收派与司机岗位工作，双方签订了一份书面劳动合同，期限为自2016年7月1日起至2019年6月30日止；同时签署了《员工手册》《奖励与处罚管理规定》《员工考勤管理规定》等文件。2017年9月12日、10月3日、10月16日，孙某先后存在在工作时间未穿工作服、代他人刷考勤卡、在

单位公共平台留言辱骂公司主管等违纪行为。事后，公司依据《奖励与处罚管理规定》，由用人部门负责人、经营部门负责人、工会负责人、人力资源部负责人共同签署确认，对孙某上述违纪行为分别给予扣2分、扣10分、扣10分处罚。2017年10月17日，孙某被用人单位以未及时上交履职期间的营业款项为由安排停工。次日，孙某至公司刷卡

## 聚焦劳动法

考勤，显示刷卡信息无法录入。10月30日，公司出具解除劳动合同通知书，载明孙某在未履行请假手续也未经任何领导批准情况下，自2017年10月20日起无故旷工3天以上，依据国家的相关法律法规及单位规章制度，经单位研究决定自2017年10月20日起与孙某解除劳动合同关系，限于2017年11月15日前办理相关手续，逾期未办理，后果自负。之后，孙某申请劳动仲裁，要求公司支付

违法解除劳动合同赔偿金68500元。公司在案件审理过程中提出，孙某在职期间存在未按规定着工作服、代人打卡、谩骂主管以及未按照公司规章制度及时上交营业款项等违纪行为，严重违反用人单位规章制度；自2017年10月20日起，孙某在未履行请假手续且未经批准的情况下无故旷工多日，依法自2017年10月20日起与孙某解除劳动合同关系，符合法律规定。

### 三、裁判结果

仲裁委员会以超过审理期限为由终止审理；孙某起诉至法院，一审法院经过审理后最终认定公司解除违法，判决

公司向孙某支付违法解除劳动合同赔偿金；公司不服一审判决，提起上诉，二审维持原判。

### 四、律师评析

本案主要的争议焦点是孙某确实存在在工作时间未穿工作服、代他人刷考勤卡、在单位公共平台留言辱骂公司主管等违纪行为，但公司却又是以旷工超过3天为由作出解除的，在仲裁诉讼过程中，除了旷工违纪事由外，其他严重违纪行为能否作为解除理由？

（一）劳动合同解除权系形成权，一方作出解除的意思表示送达至对方后，即发生劳动合同解除的法律效力。

现实生活中，有的劳动者提出辞职后，出于各种原因，提出撤回辞职申请；同样地，有的用人单位意识到作出的解除是违法的，或者以劳动者非过失



## 聚焦劳动法

性作出解除劳动合同后发现劳动者有严重违纪行为，撤回原解除通知后重新出具一份新的解除通知。但由于解除权系形成权，只要解除劳动合同的意思达到对方后，发生解除的法律效力，因此无论是劳动者还是用人单位作出解除后在未获得对方同意的情况下，都不得撤回。

**(二)判断用人单位作出的解除行为是否合法，应当以作出解除行为时的事实和法律依据是否符合法律规定，应诉过程中对解除理由进行添加和变更行为不应当得到支持。**

有的用人单位因为缺乏法律知识、工作疏忽或解除当时未能发现劳动者的严重违纪行为，在仲裁诉讼过程中，为了使解除达到合法的目的，常常对解除理由进行添加或变更。但司法实践中，裁判部门在审查用人单位作出解除的事实依据时，都将仅对解除劳动合同通知书中记载的内容和范围为限，而不会对

用人单位在应诉过程中添加或变更的理由以及证据纳入评价解除是否合法的依据。因为这将违背劳动关系中劳资双方都应当秉持诚实信用的基本原则，造成劳资双方权益保障的失衡。

本案中，尽管孙某存在上班时间内未穿工作服、代他人刷考勤卡、在单位公共平台留言辱骂公司主管等严重违纪行为，但公司在解除通知书中记载的解除理由为旷工3天以上，所以裁判部门仅需对孙某是否存在旷工这一违纪行为进行审查而无需对公司所陈述的其他严重违纪是否成立进行审查。由于公司安排孙某自2017年10月17日停工，次日孙某至公司处发现无法考勤录入，公司没有证据证明通知孙某复工的情况下，仅以孙某没有确认的考勤记录作为旷工的依据是不充分的。最终，法院认定公司的解除理由不成立，属于违法解除，判决公司支付孙某违法解除的赔偿金。

### 五、律师建议

作为用人单位在对劳动者作出解除时，一定要事先了解清楚劳动者是否存在严重违纪，并且有相关的证据予以支撑，而且解除的理由描述要准确、完整、合规，否则仍然可能承担败诉的风险。作为劳动者，用人单位作出解除尤

其是口头解除时要让用人单位明确作出解除的具体理由，防止用人单位事后添加或变更。需要特别注意的是，在沟通协商解除过程中不能违反用人单位规章制度和劳动纪律，否则将要不到经济补偿金或赔偿。



#### 谢亦团 律师

上海七方律师事务所 高级合伙人

上海市律协劳动与社会保障业务研究委员会 委员

上海市静安区劳动人事争议仲裁委员会

兼职仲裁员

上海市闵行区总工会、人民法院 特邀调解员

上海市普陀区人民法院 特邀调解员

业务方向：劳动法、合同法、常年法律顾问

联系方式：13585507739

# 企业商业秘密保护与员工就业自由之间的价值选择

作者：薛克拉提·塔依尔

在我国科技兴国、人才强国的发展背景下，企业信息化、科技化发展已逐渐成为主要趋势，企业重要经营信息、技术信息成为企业商业运作的核心，大多数企业会选择将该商业信息作为商业秘密保护，并采取多种多样的保护措施，已保证核心内容不被泄露。

即便如此，商业秘密侵权案件仍频繁发生，而大多数案件的起因为“内患”，“千防万防家贼难防”，有时商业秘密的泄露有时会给企业带来“灭顶之灾”，企业采取商业秘密保护措施有一定的必要性和合理性，法律也赋予企业相应的权利及救济途径。但实践中，往往企业为了避免商业秘密从内部泄露，采取过度保护行为，导致权利滥用，从而严重侵害员工就业自由，所以平衡企业商业秘密保护与员工择业自由权之间的价值关系是解决前述问题的基础。

### 一、在劳动关系中，商业秘密保护的常见措施

#### （一）建立保密制度

根据我国《劳动合同法》第二十三条第一款规定，用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。该条规定了，员工在劳动关系中需要履行忠实保密

义务，该义务设立依据在于劳动关系人格上的从属性。据此，企业通常通过在劳动合同中约定保密义务条款或在企业规章制度增设保密制度，从而确定企业商业秘密的管理范围、具体内容和流程。对相关涉密载体、涉密场所、涉密人员等要

## 聚焦劳动法

素进行统筹管理，同时对员工进行一定的培训，使员工对保密义务拥有更清晰、具体的认识。

又根据《劳动合同法》第九十条规定，劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。即便企业未与劳动者签订竞业限制协议的情况下，企业也可依据此条要求违反保密义务的员工赔偿损失。

### （二）约定脱密期

1996年10月31日，原劳动部下发了《关于企业职工流动若干问题的通知》（劳部发[1996]355号）第二条规定，用人单位与掌握商业秘密的职工在劳动合同中约定保守商业秘密有关事项时，可以约定在劳动合同终止前或该职工提出解除劳动合同后的一定时间内（不超过六个月），调整其工作岗位，更劳动合同中相关内容；

《上海市劳动合同条例》第15条也有类似的规定：对负有保守用人单位商业

秘密义务的劳动者，劳动合同当事人可以就劳动者要求解除劳动合同的提前通知期在劳动合同或者保密协议中作出约定，但提前通知期不得超过六个月。在此期间，用人单位可以采取相应的脱密措施。

脱密期约定也是企业保护商业秘密常见措施之一，即企业可以与负有保密义务的员工约定其在离职之前必须提前通知企业，并继续为企业提供一定期限的劳动，该期限届满，员工才可以正式离职。而在这段时间内，企业可以变更员工的岗位，将其调动至无须保密的部门工作，以确保员工逐渐脱离保密内容，同时不再接触新的商业秘密。

### （三）签订竞业限制协议

我国《劳动合同法》第二十三条第二款规定，对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位

## 聚焦劳动法

支付违约金。以及第二十四条竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过二年。

企业与员工签订竞业限制协议是企业保护其商业秘密的重要手段。正如上述法条规定，竞业限制的主体、适用范围、期限均有一定的限制，由企业与员工签订书面的竞业限制协议，在限定时间内，员工不得从事竞业范围内的工作，企业也须支付员工经济补偿以保证员工在竞业期间的正常生活保障，同时竞业限制协议是劳动法领域为数不多能够约定违约金条款的法律文书。

### 二、劳动关系中，企业商业秘密保护措施引发的常见问题

#### （一）企业商业秘密内容保护范围超出合理限度

我国《反不正当竞争法》第九条第四款规定，本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。即我国《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》（下称“商业秘密法律适用

规定”）第一条规定，与技术有关的结构、原料、组分、配方、材料、样品、样式、植物新品种繁殖材料、工艺、方法或其步骤、算法、数据、计算机程序及其有关文档等信息，人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的技术信息。

与经营活动有关的创意、管理、销售、财务、计划、样品、招投标材料、客户信

## 聚焦劳动法

息、数据等信息，人民法院可以认定构成反不正当竞争法第九条第四款所称的经营信息。

前款所称的客户信息，包括客户的名称、地址、联系方式以及交易习惯、意向、内容等信息。

从上述法条看，我国对企业商业秘密采用“三要件”说，商业秘密须具备秘密性、价值性以及具有相应的保护措施，其客体为技术信息、经营信息等商业信息，商业秘密法律适用规定第一条也对商业信息的类型作出了进一步明确。

但往往在实践中，企业更侧重用自身的商业秘密保护，不管是在劳动合同中还是企业的规章制度里都非常宽泛地定义商业秘密的保护范围。不管是否符合商业秘密构成要件，均被约定为“商业秘密”。最为常见的就是员工在劳动关系履行期间所获得的经验、技能和知识也被纳入企业商业秘密保护措施的体系中，严重影响员工的就业自由和生存等基本权利。

### （二）企业脱密期约定多数情况中成为“摆设”

虽然我国有关于“脱密期”的相关规定，但《劳动合同法》第二十三条也明确规定了除违反“服务期”和“竞业限制”的情形外，企业不能与劳动者约定违约金，所以虽然企业向员工提前通知了脱密期的有关内容，也无法对真正负有保密义务员工起到规制作用，并不能够强制要求员工履行脱密期的相关义务，即便是通过约定“违约金”的方式向员工施加压力，最终也会因为《劳动合同法》第二十三条被认定为无效，所以导致脱密期的相关约定在劳动关系中形同虚设。

### （三）企业处于优势地位，竞业限制协议内容约定的“广”与“宽”

#### 1、竞业限制协议适用主体过度宽泛

我国《劳动合同法》规定，竞业限制协议适用范围仅包括高级管理人员、高级管理人员以及其他负有保密义务的人员。但往往某些企业会和所有员工签订竞业限制协议，对于其他负有保密义务的人员

## 聚焦劳动法

的解释范围过于广泛，甚者即便某员工并非实际负有保密义务，但面对处于优势地位的企业要求其签订竞业限制时，也无法强力反驳自身的保密义务，反而因签订了保密协议而被推定为“劳动者也认可自身负有保密义务”，如此形成一个“悖论”，导致劳动者在相关诉讼的开局便失去有利的抗辩。

### 2、竞业限制协议竞业范围过于广泛

一般竞业限制范围，主要包括两部分，除所述商业秘密的范围界定外，另一部分是竞业限协议中所限定的从业范围，根据《劳动合同法》第二十四条规定，具体分为：

(1) 劳动者不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位；

(2) 自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的。

其中“同类业务”“同类产品”“有竞争关系”的相关定义均比较模糊，实践

中基于便利原则，企业往往直接照抄法条，比如“员工离职一年后，不得接受原单位竞争对手的聘用”、“离职后两年后，不得直接或间接地在中国国内，直接或间接从事与原工作单位从事的且在受雇过程中曾参与的行业或商业活动有竞争性的任何行业或商业活动”等，不难看出，相关的约定内容比较模糊且限制范围非常广泛，如此履行，最终将导致员工在离职后无法继续在自己熟悉的行业工作，严重限制了员工自由择业的权利。

### 3、竞业限制期限约定“一刀切”

我国《劳动合同法》第二十四条已明确竞业限制期的上限为两年，所以大多数企业会将相关人员的竞业限制期设置为两年。从底层逻辑分析，企业实际没有动机根据不同人员的岗位、职责、接触商业秘密的可能性以及所处行业的特点，将竞业限制期控制在为维护其利益所必需的范围之内，所以竞业限制期限约定为法定最高期限实际上并不奇怪。

## 三、商业秘密保护与员工自由就业之间的价值关系

## 聚焦劳动法

如上所述，实践中，商业秘密的保护往往与员工自由就业之间产生了一些问题与矛盾，而要解决商业秘密保护与员工自由就业价值之间的平衡关系，最根本是要厘清商业秘密保护价值及员工自由就业之间的价值关系，无非是比较二者之间价值的“高低”。从法理学对价值位阶的划分，自由价值高于正义价值高于秩序价值。

商业秘密属于知识产权，其价值位阶更多地对应秩序的建立，即制定规则，严格实施，通过相关法律调整建立起来的人与人、人与社会之间相对稳定，和谐有序的状态。而劳动者就业自由的价值位阶对应的是“自由”价值。自由是人的本质，自由就是不受决定，不受约束，而法律是对自由的限制和保障。在人类思想史上，马克思第一次对人的本质作出科学界定。马克思关于人的本质的思想主要有三个命题：一是“劳动或实践是人的本质”；二是“人的本质是一切社会关系的总和”；

三是“人的需要即人的本质”。关于第一个命题，马克思在《1844年经济学哲学手稿》中指出：“人的类特性恰恰就是自由的自觉的活动”

简单粗暴地对比下来，员工自由就业的价值位阶略高于企业商业秘密保护的价值。员工自由就业是一项基本权利，不需要任何法律条文去定义，即“劳动或实践是人的本质”，但为了调整建立人与人、人与社会之间稳定、和谐的状态，这种自由需要法律建立秩序，对其进行限制和统一。所以法律究竟应该偏向商人不受某些形式的竞争，还是侧重保护个人不受限制地谋生，其答案的重心无疑倾向后者。

明确商业秘密保护价值与员工就业自由价值之间的关系，对于平衡二者之间的关系起到非常重要的作用，所以法律在限制“自由”权利时应当保持高度审慎及谦抑性，尤其要多方考虑实践操作中可行性，过于模糊的规定会导致相关权利被不恰当地限制，制度设计中应当注意避免。

### 四、平衡企业商业秘密保护及员工自由择业价值关系的具体举措建议



### （一）区分劳动者普通知识与技能与商业秘密的关系

随着科技兴国相关政策的不断深入，国家对知识产权保护的力度也逐渐加强，国家也在不断地强调把握企业商业秘密与员工择业自由之间的价值关系之间的平衡，最高人民法院印发《关于当前形势下做好劳动争议纠纷案件审判工作的指导意见》的通知内容第十条提到：“妥善处理因竞业限制引发的纠纷。在审理竞业限制纠纷案件时，要充分考虑到我国经济和科技发展的实际水平，坚持以社会公共利益为基点，既要维护社会主义市场经济的公平竞争秩序，又要注意平衡市场主体的利益关系；既要防止因不适当扩大竞业限制的范围而妨碍劳动者的择业自由，又要保护用人单位的商业秘密等合法权益，最大限度地实现设立竞业限制制度的立法本意和目的。”

2020年9月10日，最高人民法院《关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》发布，对商业秘密保护制度的进行了进一步的规范。

但如前文所述，在日常操作中，仍存在员工在劳动关系履行期间所获得的经验、技能和知识也被纳入企业商业秘密保护措施中的问题，此行为严重影响员工的就业自由和生存等基本权利。

企业为了保障自身的竞争优势，经常会在规章制度或者保密条款详尽列明员工的保密义务，同时约定员工禁止使用公司披露的所有保密信息或在劳动合同存续期间，从公司所获取的所有保密信息，显然该类约定严重影响了员工离职后的工作。

但区分普通知识与商业秘密之间的边界是非常复杂的，而且往往员工不管是在保密条款谈判还是相关诉讼中均处于弱势地位，能力并不对等，所以诉讼中应当对员工给予适度的倾斜，比如对于是否属于保密信息应当仍由企业来详细举证，未能举证证明的部分不应认定为商业秘密，不得再继续归责于员工。凡是未能举证证明为保密信息，应当视为普通知识与技能。

### （二）企业约定竞业限制须把握“合理范围”

对于企业而言，竞业限制协议是防止离职员工侵占客户信息的重要手段，同时也限制了员工自由择业的权利。所以严格把握“合理范围”才是真正调整二者价值平衡的重要手段：

#### 1、竞业限制保护的应当合理，不得超过自身合法利益

通常来说，竞业限制协议保护的利益，最主要的还是商业秘密，其主体限定为高级管理人员、高级技术人员以及其他负有保密义务的人员。而对于“其他负有保密义务的人员”的主体身份，在司法实践中也应做进一步审查，应当由企业举证证明其有机会接触相关商业秘密，否则不应被认定为“负有保密义务的人员”。

其次，企业应当注意其保护的应当合理，不应该超出自身的合法利益，例如普通知识与技能不能作为企业商业秘密的保护范围；企业不得以通过竞业限制协议作为手段来限制一般范围内本身存在的竞争关系；在员工仅接触客户而缺乏其他实质影响客户关系的条件下，并不必然导致企业合法利益的侵害，也不应划入竞业限制范围内。前述情境均需要进一步在审判实践中得到更明确的审判依据。

#### 2、企业须保证员工正常生活的进行，不得对员工生活制造不合理的障碍

根据我国最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释（一）》第三十六条规定，当事人在劳动合同或者保密协议中约定了竞业限制，但未约定解除或者终止劳动合同后给予劳动者经济补偿，劳动者履行了竞业限制义务，要求用人单位按照劳动者在劳动合同解除或者终止前十二个月平均工资的30%按月支付经济补偿的，人民法院应予支持。

前款规定的月平均工资的30%低于劳动合同履行地最低工资标准的，按照劳动合同履行地最低工资标准支付。

## 聚焦劳动法

本条规定的是在企业与员工未约定的情况下，才可以按照离职前十二个月平均工资的30%去主张竞业限制补偿金，而双方已约定了竞业限制，且明显低于前述标准，甚至低于劳动合同履行地最低工资标准的情况，并未有明确处理的方案及依据。

当然，司法实践中，员工可以去起诉调整、变更相关竞业限制条款，但由于各行各业收入不相同，市场进入条件有高低，比如某些咨询行业、市场行业本身就具有一定的专业局限性，若存在竞业限制约定，即意味着该员工需要远离相关咨询行业，导致其无法再靠专业知识获取收入，只能另辟蹊径，竞业限制补偿金甚至低于当地最低工资标准，严重影响到员工的生活，即便诉讼进行调整，也存在着一定的不确定性。所以就该类造成员工不合理生活障碍的情况，相关法律还需进一步明确。

### 3、竞业限制地域及期限的合理判断

如前文所述，企业一般“一刀切”式地约定2年的竞业期在实践中已屡见不鲜，但在竞业限制协议往往很少会提到相关地域限制，而在竞业限制相关法律法规中也未进行过明确，笔者认为，合理的地域限制既有利于保护企业商业秘密，也有利于保证员工的就业自由。但这部分的规则制定还需要审判实践不断地摸索确定比较合理的地域限制规则。

不管竞业限制期限的规定还是未来可能存在的地域限制的规则，均须要把握合理的原则，而我国通过诉讼调整竞业限制期限的案例基本不存在，实际上，对于员工来说，签订竞业限制时间基本是在入职期间就已签订，签订时本身就处于一个弱势地位，所以对于期限、补偿金等条款并不能做过多的“拉扯”，所以笔者认为就该种情形，劳动者有权在离职时根据自身情况再次获得与企业谈判的权利，即便是需要通过诉讼，确定相关约定的合理性才是平衡二者关系的重要前提。

如何判定相关竞业限制的合理性呢？笔者认为有以下几点：

## 聚焦劳动法

(1) 竞业限制期限长度是否足以保护企业合法商业利益；(2) 竞业限制期限的约定是否将造成员工正常生活之障碍；(3) 竞业限制期限是否足以影响市场正常的竞争秩序。

### 结语

以上分析内容仅是笔者的个人意见，实践中仍存在各种各样影响合理性的因素，法律人无法做到面面俱到，但是可以未雨绸缪，提前做准备，而让一些必然合理的因素成为合法因素才是实现两种价值平衡的最终举措。



薛克拉提·塔依尔 律师

上海七方律师事务所 合伙人

七方知识产权业务部 副主任

业务方向：娱乐法、知识产权、劳动法

联系方式：18302189863



# 医者仁心 律者思方



---

主 编：王晓鹏

编 辑：吕新雅、朱好婕、岑玉姣、刘永琴

主办单位：上海七方律师事务所

电 话：021-56782789

网 址：[www.7-dimension.com](http://www.7-dimension.com)

地 址：上海市徐汇区肇嘉浜路789号均瑶国际广场28楼A、C、D座