

民营企业全流程法律风控指南

MIN YING QI YE QUAN LIU CHENG FA LV FENG KONG ZHI NAN

四川省律师协会◎主编

内部资料 免费交流

民营企业全流程法律风控指南

四川省律师协会◎主编

- 民营企业发展的政策和法律支持
- 民营企业的设立
- 民营企业内部经营管理及风险防范
- 民营企业外部经营发展及风险防范
- 民营企业的知识产权管理与保护
- 债务清理与市场主体退出规范指引

（内部资料 免费交流）

民营企业全流程风控指南

编纂委员会

主　任：李世亮

副主任：张　勇　袁　志　罗伟军

委　员：方　灿　杨曼曼　卢　勇　邓文博　陈　武　刘一宏
王春燕　蔡　斌

主　编：方　灿

副主编：梁开阔　李　强　何亚林

撰　稿：张凯翔　潘有为　李仕勇　肖敬双　李剑波　田银行
银天宝　郭啸海　杜泽学　付庆刚　罗楷燃　安建明
冯　咏　黄大海　邓　蓝　刘　坤　吴亦雨　高璐璐
曾　丹　陈籽行　谢惠芬　刘熙萍　唐梓涵　冯圣林
兰　英　张利英　张成晟　文思思　赵　曼　李莎莎
青川子　张晓芸　邓仪伟

前言

民营经济是推进中国式现代化的生力军，也是高质量发展不可或缺的重要基础，在国民经济发展全局中占据举足轻重的地位。近年来，《民营经济促进法》等一系列法律法规与扶持政策相继落地，持续推动市场化、法治化营商环境优化升级，为民营企业和企业家合法权益筑牢制度屏障，市场化、法治化、国际化营商环境持续向好。

同时，我们也应清醒的意识到，当前市场环境复杂多变，民营企业从设立运营、内部管理、投融资布局到知识产权保护、债务有序退出的生命周期全链条中，各类隐性法律风险交织叠加。不少企业因长期存在“重业务拓展、轻合规建设”的惯性思维，风控体系缺位、合规意识薄弱，陷入合同纠纷、劳资矛盾、权益受损乃至涉刑追责的困境，原本向好的发展步伐被迫受阻。因此，一套贴合民企实际、覆盖全流程的法律风控指引，是当下众多民营企业的迫切所需，编撰《民营企业全流程法律风控指南》，恰逢其时、意义深远。

全书紧扣企业从设立到退出的完整生命周期，围绕民企设立、内部治理、外部经营、知识产权、企业家风险、债务清算六大板块，既系统解读了《民营经济促进法》《保障中小企业款项支付条例》等制度红利，也深度剖析了公司架构、劳动用工、数据合规、投融资、涉刑高发风险等实务难题，搭配典型司法案例拆解风险成因与防控路径，兼具政策高度、法律专业度与实操指导性，是凝聚了各方智慧，适配民营企

业家、企业法务、经营管理人员的合规工具书。

法治是最好的营商环境。对民营企业而言，健全法律风控体系绝非对经营活力的束缚，而是支撑企业行稳致远的“安全铠甲”。希望广大民营经营者主动转变传统发展思维，以本指南为参考，在设立时科学选择组织形式，厘清股东权责；在运营中完善财税、数据、反舞弊和劳动风控体系；在交易和融资中规范合同行为，筑牢知识产权保护屏障；同时高度关注自身人身、财产与刑事法律风险，守好经营底线，当我们把合规意识融入企业决策、生产、交易、用工的每一个环节，法治思维就会逐渐沉淀为企业的核心竞争力。

期待广大民营企业以本书为抓手，树牢诚信守法经营理念，将全流程风险防控机制与法治思维转化为自身核心竞争力，深耕主业、创新突破，积极投身新质生产力发展的广阔赛道，在中国式现代化建设广阔舞台上大展拳脚。也希望编纂团队持续跟进新法新规与司法实践动态，不断丰富完善《指南》内容，为民营经济法治化建设提供持久的专业支撑。

愿法治之光守护每一位奋斗者，愿民营经济在公平、透明、可预期的环境中根深叶茂、行稳致远。

目录

第一章　民营企业发展的政策和法律支持

第一节 民营企业发展的环境支持.....1
一、政策环境优化.....3
二、法制环境优化.....4
第二节 民营企业发展的政策支持.....6
一、国家支持民营企业发展的政策导向.....6
二、总书记与民营企业发展.....7
三、中共中央、国务院《关于促进民营经济发展壮大的意见》.....10
四、《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》.....11
五、国家发改委《关于进一步完善政策环境加大力度支持民间投资发展的意见》.....12
六、四川省支持民营企业发展的相关政策.....14
第三节 民营企业发展的法律支持.....15
一、《民营经济促进法》.....15
二、最高人民法院关于贯彻落实《民营经济促进法》的指导意见.....17
三、《保障中小企业款项支付条例》.....19

第二章 民营企业的设立

第一节 企业组织形式.....22
一、有限责任公司.....22
二、股份有限公司.....25
三、合伙企业.....28
第二节 有限责任公司与股份有限公司的区别与联系.....31

一、区别.....31
二、联系.....33
第三节 合伙企业的特性及管理运行.....35
一、合伙企业与有限公司优缺点比较.....35
二、有限合伙企业中普通合伙人与有限合伙人的区别与联系.....39
三、合伙协议构建要点.....48
四、合伙企业管理与运行规范.....50
第四节 企业设立指引.....60
一、企业组织形式选择的考量要点.....60
二、不同企业组织形式的特征及识别.....62
三、企业设立的注意事项及风险分析.....62
四、企业设立流程图.....70

第三章 民营企业内部运营管理及风险防范

第一节 内部风险.....72
一、民营企业内部典型风险及成因概述.....72
二、内部风险防控体系的构建.....74
第二节 民营企业内部经营指引.....75
一、公司治理.....75
二、税务合规.....77
三、信息安全与数据合规.....80
四、反舞弊机制建设与合规管理.....99
第三节 劳动人事.....103
一、劳动合同法律问题.....103
二、社会保险缴纳法律问题.....113
三、工伤认定法律问题.....119
四、企业如何避免劳动争议.....121

五、实务问答.....127

第四章　民营企业外部经营发展及风险防范

第一节 外部风险.....131
一、风险类型.....131
二、风险应对.....132
第二节 民营企业外部经营发展.....134
一、合同及合同签署.....134
二、合同履行及解除.....140
三、口头协议或事实履行.....146
四、涉及合同的常见法律问题.....149
第三节 民营企业融资及资本市场发展.....160
一、融资.....160
二、发行与上市.....191

第五章　民营企业的知识产权管理与保护

第一节 知识产权概述.....215
一、知识产权制度的产生.....215
二、知识产权的价值.....216
三、知识产权类型.....218
四、不正当竞争.....223
第二节 企业设立时的知识产权管理与保护.....225
一、专利与商业秘密保护.....226
二、商标的管理与保护.....228
三、著作权管理与保护.....229
四、不正当竞争行为.....230
第三节 企业经营中的知识产权管理与保护.....230
一、人力资源管理中的知识产权管理与保护.....230

二、企业研发、设计中的知识产权管理与保护.....232
三、企业采购中的知识产权管理与保护.....235
四、企业销售（宣传）中的知识产权管理与保护..... 237
五、企业融资（挂牌/上市）中的知识产权管理.....239
第四节 企业终止时的知识产权管理与保护.....243
一、企业终止时的专利价值.....243
二、企业终止时的商标纠纷.....244
三、知识产权接管.....244
四、商业秘密接管.....244
五、知识产权处置.....245
六、扩大拍卖信息的传播范围.....245

第六章　民营企业家风险防范

第一节 民营企业家民事责任风险与防范建议.....247
一、民营企业家常见的民事责任风险.....247
二、民营企业家民事责任风险防范建议.....255
第二节 民营企业家行政责任风险与防范建议.....258
一、民营企业家常见的行政责任风险.....259
二、民营企业家行政责任风险防范建议.....261
第三节 民营企业家的常见刑事法律问题.....263
一、民营企业家涉嫌刑事犯罪的现状与成因分析..... 263
二、民企涉及刑事案件的责任主体以及责任后果..... 272
三、民企涉及刑事法律风险防范.....287
第四节 常见涉企刑事犯罪及典型案例.....297
一、非法集资类犯罪.....297
二、企业员工侵害公司利益犯罪.....305
三、侵害国家工作人员廉洁性犯罪.....312
四、扰乱市场秩序犯罪.....320

五、危害税收征管类犯罪.....326
六、食药环卫危害民生类犯罪.....332
七、侵犯知识产权类犯罪.....340
八、危害公共安全类犯罪.....346
九、其他常见涉企刑事犯罪.....349
十、刑法修正案（十二）民企涉及新增犯罪.....356

第七章　债务清理与市场主体退出规范指引

第一节 企业债务清理各程序简述.....363
一、企业退出市场的清算程序.....363
二、保留公司的债务清理程序.....364
第二节 企业自行清算与强制清算.....365
一、自行清算实施要点.....365
二、强制清算实施要点.....367
第三节 破产清算、重整与和解.....369
一、企业破产程序基本规定.....369
二、破产清算程序.....376
三、破产重整程序.....378
四、破产和解程序.....380
第四节 个人债务集中清理制度实务指引.....382
一、个人债务集中清理适用条件与程序.....382
二、个人破产特别问题处理.....386
第五节 破产实务问题处理指引.....390
一、企业破产典型问题处理.....390
二、川内破产程序衔接机制.....396

后记.....400

第一章　民营企业发展的政策和法律支持

第一节 民营企业发展的环境支持

良法善治，保障和激发民营企业创新创业活力；法治民企，提升和夯实民营企业行稳致远内功。民营企业是推动我国经济社会发展的重要力量，建设现代化经济体系的重要基础，也是我国创业创新的活力源泉、扩大就业的主要途径。但突如其来的新冠肺炎疫情给中国经济带来了严峻的考验，尤其是后疫情时代使民营企业继续面临巨大压力，难以为继。民企纾困需要“硬核”，优化营商环境也需要“硬核”。良好的营商环境需要有法治手段、制度规则来保证，而营商环境的核心与根本是法治环境，因此要健全法规政策体系，提升行政服务水平，营造社会诚信环境，激发民营经济的发展活力。

改革开放以来，党对民营企业从允许存在和发展，再到鼓励、支持和引导其发展，帮助民营企业解决发展中的困难逐步成为党领导民营企业的重要途径。党的十八大以来，在党的领导下，各级政府推出了一大批扩大民营企业市场准入、促进各类市场主体公平竞争和平等发展的改革举措，基本形成了引导和支持民营经济健康发展的体制机制。党的十八大以来，习近平总书记在民营企业座谈会上发表重要讲话两周年之际，全国民营企业不断向好发展，认真学习领会习近平总书记关于法治是最好的营商环境、保护企业家人身和财产安全、企业家要做诚信守法的表率等一系列重要指示精神，

按照中央部署，充分发挥桥梁纽带作用，横向沟通，纵向联动，携手协力，同向发力，努力以“法律服务强起来”助力“法治观念立起来”“法治企业建起来”“法治营商环境靓起来”的口号与精神，在不断发展民营企业经济的同时，也为法治的发展贡献民营企业的力量。

在进入政府对于民营企业的管理模式探究之前，对于民营企业的界定是在中国这个特殊历史背景下需要先明晰的一个概念。“民营”一词的含义非常宽泛。《汉语大词典》中给民营下的定义为“民间经营”。民营等同于“非国营”，是利用民间资本、民间力量、民间办法进行的经营活动。总的来说，我国的企业根据所有制不同划分为国有和私有两种形式，民营企业是相对于我国的国有企业而言的一种企业，它的表现形式嵌套于我国对于公司的规定与分类之中。民营企业按照市场经济的要求自筹资金、自主经营、自负盈亏、自担风险。

民营企业发展过程中的政府作用，指的是政府在民营企业向现代公司治理转型过程中体现政府意志的程度，包括政府在其中是否对民营企业的经营行为进行干预、干预的方式和方法，以及政府干预的深度、广度和力度。由于我国现代企业制度发展较晚，我国民营企业在发展的过程中受到各种因素的影响，尤其是很多具有国家性质的国有企业改制过程中，大量的集体企业、合作组织、国有控股企业等发展成为民营企业，所以改制之后的民营企业带有政府遗留的印记。

民营企业的发展离不开政府的作用，政府行为“在一定程度上可以调整产业结构，优化企业资源配置，降低市场主体在经营过程中的交易费用，从而有利于民营企业的发展”。在政府职能从管理型政府向服务型政府转变的过程中，法治化的营商环境有助于明确政府、营商主体及其他利益相关者之间的法律定位，可以有效约束和规范政府的行为，使其在阳光下行政的过程中，充分调动企业的经营活力。

中国政府在管理民营企业的过程中，要不断提高民营企业的市场地位，实现平等化和法治化管理，尽可能消除不完善的市场准入机制和发展资源的限制等政策性制约因素。在政府制定总的制度与法律框架的过程中，具体包括以下几个方面:

一、政策环境优化

公共管理理论要求政府在市场失灵时发挥政府干预的作用，但政府的作用不是预设企业制度创新的方向或结果，政府不应具体地规定民营企业必须采取什么形式的制度，而应当主动向民营创新主体提供产权调整所必需的而个体自由市场交易活动又无法供给的公共制度产品，如专业化的信用评级机构、猎头公司、经理人市场等讲求“诚信”的商业文化环境，从而为民营企业的发展提供宏观战略保障。

各级政府把加快民营经济发展摆在全局工作的重要位置，制定了民营经济发展规划，从而逐步充实了民营经济发展基金，建立了中小企业发展专项基金，加大了各级政府对民营企业的扶持力度，进一步放宽了民间资本的市场准入条

件，用探索和改革创新的办法解决民营企业融资难、融资贵、用地难、资源要素价格高等问题。为进一步开放民间投资准入领域，实行了积极的开放型投资准入政策。根据相关政策规定，除涉及国家安全和必须由政府垄断的领域及国家明令禁止的行业外，所有其他领域都允许民间资本进入；入世后，凡我国对外资开放的领域先对国内民间资本开放；凡允许民间资本准入的投资领域，在税收、土地使用、开办企业、项目审批和银行贷款等方面对民间法人和自然人与国有单位一视同仁。此外，这项政策还鼓励民间投资以独资、合作、联营、参股、特许经营等方式，参与经营性基础设施和公益事业项目建设，民间资本在进入城建、交通、卫生、教育、文化、社会福利等行业时，都享有相应的配套扶持政策。

在市场经济的环境下，各个企业处于公平竞争的单位，政府要重视民营企业的地位和作用，给予其与国有经济同等的扶持与帮助。要对不同经济所有制的企业统一立法规范，在法律上、政策上给予公平竞争的保障，改变对非公有制经济存在的诸多歧视性待遇，并提升规范化的管理水平，加大执法的力度。

二、法治环境优化

在行政法治化的过程中，为了贯彻总书记依法治国的理念，各级行政部门强化了法治观念，制定相关规范，把对民营企业的管理和服务纳入法治化轨道，政府顺应民营经济发展的需要，在全国各地出台了许多法规以及部门规章，例如《中共中央国务院关于营造更好发展环境支持民营企业改

革发展的意见》《关于支持民营企业加快改革发展与转型升级的实施意见》，保护民营企业的合法权益，保障民营企业平等获取生产要素和政策支持，清理、废除与企业性质挂钩的不合理规定，优化民营经济发展环境，增强民营企业发展信心，支持、引导民营经济更快、更好地发展。此外，加强了对民营企业安全生产、环境保护、劳动保护、社会保障等方面的管理、引导，促进了企业治理结构向现代企业制度转型，不仅在现有的环境法、劳动法等法律框架之下对于民营企业进行保护，而且也不断地向国外学习，促进我国民营企业的整体水平向国际水平靠拢。

政府不断从法律法规、政策等方面对民营企业内部管理体制革新不断进行引导。运用税收、信贷等手段，规范市场的基本关系；应用公司法、合同法等法律，来规范企业行为；运用反不正当竞争法、反垄断法等规范市场竞争的秩序。政府要加强对民营企业产权的保护，并从制度和政策供给上给予民营企业支持和引导。研究并公布一套科学合理、切实可行的企业治理结构评价体系，指导民营企业正确选择和构建企业产权结构、治理结构和监督机制。

在市场环境的管理过程中，习近平强调：“要改善投资和市场环境，加快对外开放步伐，降低市场运行成本，营造稳定公平透明、可预期的营商环境，加快建设开放型经济新体制，推动我国经济持续健康发展。”在有关法律诚实守信的基础上，不断改善民营企业公平竞争的市场环境基础。有关政府部门逐渐建立了企业信用评级与认证、有关人员的社

会信息披露系统和征信系统，加强了对有关失信人员的惩戒，树立起一个良好的企业经营氛围。为了避免加入世界贸易组织之初我国民营企业知识产权侵权现象严重的问题，我国也在相关条约的背景之下，不断加强对知识产权的一系列权利的保护，严厉打击侵犯知识产权的行为，提高民营企业的创新能力，鼓励知识创新与科技研发，以创新驱动发展，将创新的重点聚焦于技术、制度、管理、产品、工艺的变革上，提高民营经济产品的信誉，促进民营企业的发展。

第二节 民营企业发展的政策支持

一、国家支持民营企业发展的政策导向

目前，国家支持民营企业发展的政策导向主要体现在破除准入壁垒、优化发展环境、加强权益保护、拓宽融资渠道等方面，形成了一套涵盖法律保障、市场准入、财税支持、融资服务等全方位的政策体系，可概括为：“法治化保障、平等化竞争、精准化赋能、系统化推进”。

始终坚持“两个毫不动摇”的基本方略，基本方针一以贯之。党的二十大和三中全会均明确要求坚持和完善社会主义基本经济制度，致力于为非公有制经济发展营造良好环境和提供更多机会的方针政策是一贯的、连续的，旨在稳定社会预期，增强发展信心。

民营经济发展的相关制度保障正不断健全，对民营经济的法治保障迈向新阶段，政策支持正从阶段性政策推动，转向建立法治化、制度化的长效机制。特别是，2025 年 5 月

20日起施行的《中华人民共和国民营经济促进法》，作为我国首部专门关于民营经济发展的基础性法律，标志着对民营经济的支持从以政策为主导向法治保障为基石的新阶段跨越。该法将“平等对待、公平竞争、同等保护、共同发展”的原则以法律形式确立下来，为民营企业产权和企业家权益提供了坚实的法律保障，极大增强了政策的稳定性和可预期性。

政策导向紧密围绕中国式现代化和高质量发展这一核心任务，聚焦高质量发展核心任务。鼓励和引导民营企业向高端化、智能化、绿色化转型，支持其参与国家重大战略、重大工程和重点产业链供应链建设。鼓励民营企业在推进科技自立自强和科技成果转化中发挥更大作用，支持其参与国家重大技术攻关任务，平等使用国家重大科研基础设施。此外，也要引导民营企业提升合规经营水平和国际竞争力，实现健康发展。

二、总书记与民营企业发展

习近平总书记高度重视民营经济发展，其相关论述是制定各项支持政策的根本遵循。总书记多次强调，“民营经济是我国经济制度的内在要素，民营企业和民营企业家是我们自己人”，总书记创造性地提出“民营经济是我国经济制度的内在要素”，将民营经济置于社会主义基本经济制度框架内，打破了将公有制与非公有制经济对立起来的片面认识。同时，“民营企业和民营企业家是我们自己人”的论断，深刻阐明了民营经济人士是中国特色社会主义事业的建设者，

从情感上、政治上给予了充分肯定，极大地凝聚了共识，提振了信心。

总书记将民营经济定位为“推进中国式现代化的生力军”。这一判断建立在民营经济实实在在的贡献之上，即广为人知的“56789”特征：贡献了超过50%的税收、60%以上的国内生产总值、70%以上的技术创新成果、80%以上的城镇劳动就业，以及占90%以上的企业数量。这表明，民营经济的历史贡献不可磨灭，其地位作用不容置疑，在全面建设社会主义现代化国家的新征程中，“不仅不能‘离场’，而且要走向更加广阔的舞台”。

总书记指出，当前民营经济发展中遇到的困难和挑战是“在改革发展、产业转型升级过程中出现的而不是制度性的，是局部的而不是整体的，是暂时的而不是长期的，是能够克服的”，他鼓励广大民营企业要“不为困难所惧，不为干扰所惑”，保持定力、增强信心。总书记要求“扎扎实实落实促进民营经济发展的政策措施”，并明确提出要坚决破除依法平等使用生产要素、公平参与市场竞争的各种障碍，着力解决拖欠账款问题，切实依法保护民营企业和民营企业家合法权益，进一步构建亲清政商关系。同时，寄语广大民营企业要“勇担时代重任，敢作敢为、善作善成”，坚定不移走高质量发展之路。

为支持民营经济发展壮大，习近平总书记提出了一系列明确的实践要求和制度保障措施。

总书记高度重视运用法治思维和法治方式为民营经济保驾护航，强调要“优化民营企业发展环境，依法保护民营企业产权和企业家权益”。特别是2025年5月20日起正式施行的《民营经济促进法》，作为我国首部专门关于民营经济发展的基础性法律，将党和国家对民营经济的大政方针法律化，以法律形式确立“权利平等、机会平等、规则平等”的原则，为民营经济发展提供了固根本、稳预期、利长远的坚实法治保障。同时，要求深化“放管服”改革，全面实施市场准入负面清单制度，破除各种形式的市场准入壁垒，持续打造市场化、法治化、国际化营商环境。

总书记鼓励民营企业做创新发展的探索者、组织者、引领者。实践表明，民营经济贡献了70%以上的技术创新成果，涵盖了超过80%的国家专精特新“小巨人”企业和超过90%的高新技术企业。此外，总书记创造性提出构建“亲清统一的新型政商关系”，要求领导干部既要主动靠前服务，帮助解决实际困难，又要守住底线、把好分寸；同时也要引导企业家洁身自好、守法经营，这为政商交往指明了方向，净化了发展生态。

习近平总书记对民营企业和企业家寄予厚望，引导他们将企业发展融入国家发展大局。总书记希望民营企业家增强家国情怀、担当社会责任，做“爱国敬业、守法经营、创业创新、回报社会的典范”。这要求企业家不仅要提升经营能力，更要将企业发展同国家繁荣、民族兴盛、人民幸福紧密

结合，在更高水平上参与国际合作与竞争，形成更多具有全球竞争力的世界一流企业。

总书记明确指出，“无论是国有企业还是民营企业，都是促进共同富裕的重要力量，都必须担负促进共同富裕的社会责任”。这意味着民营企业要在内部积极构建和谐劳动关系，让发展成果更公平惠及全体员工；在外部通过高质量发展创造更多就业岗位，并积极参与公益慈善事业，在先富带后富、助力社会和谐中展现担当。

总而言之，习近平总书记关于民营经济发展的重要论述，是一个内涵丰富、逻辑严密、与时俱进的科学理论体系。它植根于中国实践，服务于国家战略，为民营经济在新时代新征程上坚定信心、轻装上阵、大胆发展提供了强大思想武器和行动指南。

三、中共中央、国务院《关于促进民营经济发展壮大的意见》

2023 年 7 月中共中央、国务院发布的《关于促进民营经济发展壮大的意见》，是新时代促进民营经济发展壮大的纲领性文件，其核心要义在于构建系统性、长效性的支持环境。《意见》首次明确将民营经济定位为“推进中国式现代化的生力军”，是高质量发展的重要基础，以及推动全面建成社会主义现代化强国的重要力量。这一定位从中国式现代化的战略高度肯定了民营经济的不可或缺性。《意见》的出台也直面了一个时期以来民营经济发展环境发生变化、不少民营企业面临困难和挑战的现实。它旨在完善促进民营经济发展

壮大的体制机制，以提振预期信心，进一步激发民营经济发展活力。

优化发展环境：《意见》围绕持续优化稳定、公平、透明、可预期的发展环境作出部署，旨在破除制约民营企业发展的各种壁垒。

加大支持力度：《意见》在融资、人才、创新等方面提出了一系列具体支持措施，着力降低企业经营成本，激发内生动力。

强化法治保障：《意见》明确要求强化民营经济发展法治保障，这直接推动了后续《民营经济促进法》的立法进程。

推动高质量发展：《意见》引导民营企业提升核心竞争力，鼓励其加快技术改造，向价值链高端迈进，积极履行社会责任。

四、《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》

中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议 2024 年 7 月 15 日至 18 日在北京举行，全会审议通过了《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》，对包括经济体制在内的全面深化改革作出了系统部署，其中多项内容直接利好民营经济发展。

改革主题与民营经济的新定位：分析中国式现代化作为改革主题如何提升民营经济地位，使用表格对比政策定位演变。

制度主线与民营经济的法治保障：探讨制度建设如何转化为民营经济法治保障，分析民营经济促进法等法治化举措。

经济体制改革与民营经济发展：从市场准入、融资支持、创新引导等方面分析支持民营经济的体制机制创新。

战略意义与民营经济的未来展望：总结民营经济在推动中国式现代化中的战略价值，展望未来发展方向。

构建高水平社会主义市场经济体制：《决定》强调充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用。聚焦构建全国统一大市场，加强公平竞争审查刚性约束，破除地方保护和行政性垄断，旨在为民营企业创造更加广阔和公平的竞争舞台。

坚持和落实“两个毫不动摇”：《决定》不仅重申“两个毫不动摇”，更明确提出“制定民营经济促进法”，并从深入破除市场准入壁垒、完善民营企业参与国家重大项目建设长效机制、完善民营企业融资支持政策制度等方面提出了具体改革路径。

健全推动高质量发展体制机制：《决定》要求健全因地制宜发展新质生产力体制机制，促进数字经济和实体经济深度融合，这为民营企业创新发展、转型升级指明了方向，并提供了制度支撑。

五、国家发改委《关于进一步完善政策环境加大力度支持民间投资发展的意见》

2022 年 10 月 28 日，国家发改委发布的《关于进一步完善政策环境加大力度支持民间投资发展的意见》（以下简称

《意见》），是深入贯彻落实党的二十大精神、坚持“两个毫不动摇”的关键举措，旨在系统性解决民间投资面临的障碍，激发民营经济活力。这份《意见》的创新之处在于其精准的问题导向和机制性构建。

《意见》提出的“三清单一平台”机制（即国家重大工程和补短板项目清单、重点产业链供应链项目清单、完全使用者付费的特许经营项目清单，以及统一的向民间资本推介项目平台），旨在构建“三清单一平台”，解决“无处可投”的困境，为民间资本提供清晰、优质的投资标的，解决“不知道往哪投”的问题

《意见》创新性地提出探索开展投资项目环境、社会和治理（ESG）评价。这有助于引导民营企业更好地预判和管控投资风险，规范投资行为，从追求短期收益转向注重长期可持续发展。

《意见》特别强调通过基础设施 REITs、PPP 模式、并购重组等多种方式盘活存量资产。这相当于为民营企业开辟了一条将沉淀资产转化为再投资资本的快捷通道，有助于优化资产负债表，实现投资的良性循环。

再好的政策也需要切实执行，为确保《意见》落地，《意见》着力在融资、准入、权益保护等方面建立长效机制，这是从文件到落地的关键路径。

通过建立投贷联动机制和全国重点民间投资项目库，目的是打通资金流向民间项目的堵点。发展改革部门负责筛选推荐优质项目，金融机构则提供精准支持，形成协同效应。

文件要求持续深化“放管服”改革，全面实施市场准入负面清单制度，健全案例督查督办机制，旨在从根本上清理各类显性和隐性壁垒，确保民营企业能够公平参与市场竞争。

通过健全政府守信践诺机制、加大政务失信惩戒力度，并依法保护产权，为民营企业提供稳定的制度预期，这是提振投资信心的基石。

总而言之，这份《意见》的核心价值在于其系统性、机制性和前瞻性。它不仅是应对当前民间投资下行压力的短期举措，更是着眼于构建高水平社会主义市场经济体制的长远制度安排。随着这些措施的深入落实，民间投资有望在更广阔的舞台上发挥其作为推进中国式现代化生力军的关键作用。

六、四川省支持民营企业发展的相关政策

为了促进民营经济的蓬勃发展，中共四川省委办公厅、四川省人民政府办公厅印发了《四川省民营经济发展环境提升行动方案》《关于促进民营企业发展壮大的若干措施》《关于进一步促进个体工商户发展的若干措施》，四川省人民政府办公厅印发了《关于应对新型冠状病毒肺炎疫情缓解中小企业生产经营困难的政策措施》《关于进一步激发市场活力推动当前经济运行持续向好的若干政策措施》，四川省交通运输厅印发了《关于支持交通运输领域民营经济健康发展的实施意见》，四川省文化和旅游厅印发了《关于进一步促进民营文化旅游企业健康发展的实施意见》，省工商联组织撰写并发布了《四川省民营企业绿色发展报告》等大量推动民

营经济发展的政策措施，为筑牢政策导向和引领民营经济稳步发展奠定了坚实基础。

第三节 民营企业发展的法律支持

一、《民营经济促进法》

《中华人民共和国民营经济促进法》已于2025年4月30日由十四届全国人大常委会第十五次会议表决通过，自2025年5月20日起正式施行。作为我国第一部专门关于民营经济发展的基础性法律，该法在我国民营经济发展历程中具有里程碑意义。

改革开放以来，我国民营经济从小到大、从弱到强，成为国民经济的重要组成部分，在推动发展、促进创新、增加就业、改善民生等方面发挥着重要作用。《民营经济促进法》将党中央关于促进民营经济发展工作的重大方针政策、重大制度成果转化为法律规范，第一次将“两个毫不动摇”写入法律，第一次明确民营经济的法律地位，第一次规定“促进民营经济持续、健康、高质量发展，是国家长期坚持的重大方针政策”。核心制度两点如下:

（一）明确法律地位，稳定发展预期

法律明确民营经济是“社会主义市场经济的重要组成部分，是推进中国式现代化的生力军，是高质量发展的重要基础，是推动我国全面建成社会主义现代化强国、实现中华民族伟大复兴的重要力量”。这一规定以法律形式确认了民营经济的宪法地位，为民营经济发展提供了根本法律保障。

（二）保障公平竞争，破除隐性壁垒

法律着力健全民营经济组织公平参与市场竞争的制度机制，规定市场准入负面清单以外的领域“非禁即入”。要求各级政府部门落实公平竞争审查制度，定期清理、废除妨碍全国统一市场和公平竞争的政策措施。在招标投标、政府采购等公共资源交易中不得限制或排斥民营经济组织。

（三）强化要素平等，消除所有制歧视

法律规定国家保障民营经济组织依法平等使用资金、技术、人力资源、数据、土地等生产要素和公共服务资源。各级政府在制定实施政府资金安排、土地供应、资质许可、标准制定等方面的政策措施时，应当平等对待民营经济组织。

（四）创新融资支持，破解资金难题

法律专设“投资融资促进”章节，支持民营经济组织参与国家重大战略和重大工程。要求金融机构开发适合民营经济特点的金融产品和服务，推动应收账款、仓单、股权、知识产权等权利质押贷款。建立健全融资风险市场化分担机制，健全多层次资本市场体系。

（五）鼓励科技创新，促进转型升级

法律支持民营经济组织参与国家科技攻关项目，向民营经济组织开放国家重大科研基础设施。加强对民营经济组织原始创新的保护，加强知识产权保护的区域、部门协作。这些规定为民企参与国家重要科技创新扫除了障碍。

（六）加强权益保护，解决突出问题

法律对民营经济组织及其经营者的人身权利、财产权利

以及经营自主权等合法权益提供全面保护。严格规范涉案财物查封、扣押、冻结程序，严格区分经济纠纷与经济犯罪，禁止利用行政或刑事手段违法干预经济纠纷。规范异地执法行为，禁止为经济利益等目的滥用职权实施异地执法。

（七）保障账款支付，直击企业痛点

法律强调国家机关、事业单位、国有企业不得以人员变更、履行内部付款流程等为由拒绝或拖延支付民营经济组织账款，特别规定不得以审计结果为结算依据。对于中小民营企业，还规定不得约定“背靠背”条款，有效保护中小企业的收款权利。

（八）优化政府服务，建设服务型政府

法律规定登记机关应当为民营经济组织提供依法合规、规范统一、公开透明、便捷高效的登记服务，降低市场进入和退出成本。建立健全矛盾纠纷多元化解机制，为民营经济组织维护合法权益提供便利。

《民营经济促进法》的颁布实施，标志着我国民营经济发展进入了全新的法治化阶段，为构建高水平社会主义市场经济体制注入了持久动能。随着法律的落地实施，民营经济必将迎来更加广阔的发展空间，为强国建设、民族复兴伟业作出更大贡献。

二、最高人民法院关于贯彻落实《民营经济促进法》的指导意见

最高人民法院为贯彻落实《民营经济促进法》，于2025年8月发布了共计25条的《最高人民法院关于贯彻落实《民

营经济促进法》的指导意见》，旨在通过司法手段保障民营经济健康发展。其核心要点可概括为以下四个方面：

（一）依法平等保护，增强发展信心

落实“非禁即入”：严格执行全国统一的市场准入负面清单制度，依法破除区域壁垒和地方保护，保障民营经济组织公平参与市场竞争。

助力拓宽融资渠道：依法支持新型融资担保方式，规范金融机构信贷行为，打击“高利贷”等非法金融活动，着力解决“融资难、融资贵”问题。

解决账款拖欠问题：完善账款预防和清理机制，对拖欠账款案件开通快立、快保、快审、快执的“绿色通道”，并强化对拖欠主体的强制执行。

强化科技创新保护：加大知识产权司法保护力度，同时遏制权利滥用，保障企业公平获得创新资源。

（二）引导规范经营，夯实发展基础

惩治内部腐败：依法惩治民营经济组织内部的腐败犯罪行为，并通过典型案例发挥警示和震慑作用。

推动合规建设：引导企业完善内部治理、诚信守法经营、规范用工并保护消费者权益。

保障安全“出海”：健全国际商事纠纷多元化解决机制，发布典型案例，服务保障民营经济组织拓展国际市场。

（三）坚持严格司法，稳定发展预期

加强产权保护：依法惩处侵害企业权益的犯罪行为，严格区分经济纠纷与经济犯罪的界限。

规范涉案财物处置：严格区分违法所得与合法财产，规范涉案财物的查封、扣押、冻结程序，防范超标查封，最大限度减少对企业正常生产经营的影响。

（四）践行善意文明，激发发展活力

优化诉讼服务：在立案、审判、执行各环节为民营经济组织提供便利，降低其解纷脱困成本。

完善信用机制：健全失信惩戒和信用修复机制，精准区分“失信”与“失能”，并与相关部门协同，依法依规及时修复企业信用。

三、《保障中小企业款项支付条例》

国务院于2025年3月17日公布了修订后的《保障中小企业款项支付条例》，该条例于2025年6月1日起正式施行。此项立法旨在破解中小企业长期面临的“回款难”问题，维护中小企业合法权益，优化营商环境。

（一）明确支付期限，规范支付行为

严格付款时限：机关、事业单位：自货物、工程、服务交付之日起30日内支付款项；合同另有约定的，最长不得超过60日。大型企业：自交付之日起60日内支付款项。

禁止“背靠背”付款：不得以收到第三方付款作为向中小企业支付款项的条件，或按第三方付款进度比例支付款项。

规范验收与结算：合同应约定明确、合理的检验或验收期限，不得拖延验收。

禁止强制以审计结果作为结算依据（法律法规另有规定的除外）。

非现金支付限制：不得强制中小企业接受商业汇票等非现金支付方式，不得借此变相延长付款期限。

（二）强化监管措施，健全投诉机制

明确监管职责：建立“属地管理、分级负责”的监管体系，省级政府对本行政区域支付工作负总责。县级以上人民政府可通过函询、约谈、督办、通报等措施加大清理拖欠力度。

完善投诉处理：国家建立统一的拖欠中小企业款项投诉平台。处理投诉部门应自收到投诉材料之日起 30 日内形成处理结果并反馈，最长不超过 90 日。

（三）保障企业权益，加大失信惩戒

保障中小企业合法权益：部分争议不影响整体付款：交易中存在部分争议时，对无争议部分应当履行及时付款义务。

禁止打击报复：严禁对提出付款请求或投诉的中小企业及其工作人员进行恐吓、打击报复。

逾期付款需支付利息：双方对逾期利息的利率有约定的，约定利率不得低于合同订立时 1 年期贷款市场报价利率。未作约定的，按照每日利率万分之五支付逾期利息。

信用惩戒与联合约束：拖欠行为将记入信用记录，情节严重或造成严重不良社会影响的，相关信息将纳入全国信用信息共享平台和国家企业信用信息公示系统，向社会公示。

对拖欠方实施联合惩戒：对机关、事业单位在经费安排等方面采取限制措施；对大型企业，在财政资金支持、投资项目审批、融资获取、市场准入、资质评定、评优评先等方

面依法依规予以限制。

《保障中小企业款项支付条例》的修订与实施，通过明晰支付责任、强化政府监管、畅通投诉渠道、加大失信惩戒等措施，为破解中小企业账款拖欠问题提供了坚实的法治保障。这对于改善中小企业现金流、提振发展信心、构建公平竞争的市场环境具有重要意义，也是优化营商环境、推动经济高质量发展的关键举措。

第二章　民营企业的设立

第一节 企业组织形式

一、有限责任公司

（一）概念

由一个以上五十个以下的股东共同出资，每个股东以其所认缴的出资额对公司承担有限责任，公司以其全部资产对其债务承担责任的经济组织。这类公司，根据公司法的规定，必须在公司名称中标明“有限责任公司”或者“有限公司”字样。

根据 2024 年 7 月 1 日实施的《公司法》规定，设立有限责任公司应当具备以下条件:

1. 股东符合法定人数;

2. 有符合公司章程及法律规定的全体股东认缴的出资额;

3. 股东共同制定公司章程;

4. 有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构;

5. 有公司住所。

（二）特点

1. 有限责任

每个股东以其所认缴的出资额对公司承担有限责任。例如: 某股东成立了一家有限责任公司，注册资金为 500 万元，因为经营不善导致倒闭，而此时该公司外债欠款 700 万元，作为该有限责任公司的股东，该股东只需要在其认缴的注册

资金500万元范围内承担股东出资责任，如果某股东仅认缴注册资金为300万元,那么该股东的有限责任就是300万元。

2.人合性与资合性相结合

有限责任公司是属于“人资两合公司”其运作不仅是资本的结合，而且还是股东之间的信任关系。有限责任公司是在对无限公司和股份有限公司两者的优点兼收并蓄的基础上产生的。它将人合性和资合性统一起来：一方面，它的股东以出资为限，享受权利，承担责任，具有资合的性质，与无限公司不同；另一方面，因其不公开招股，股东之间关系较密切，具有一定的人合性质，因而与股份有限公司又有区别。

3.有限责任公司不对外发行股票，设立程序也比较简单，例如：只需要到当地工商局注册登记。

4.有限责任公司的治理结构相对灵活，有限责任公司可以选择设立董事会，或不设立董事会仅设立执行董事。有限责任公司可以选择设立监事会，或不设立监事会仅设立监事，或按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。

5.有限责任公司股东的权利转让一般受到章程的限制，不能像股份有限公司股票那样可以自由流通。

（三）一人有限责任公司的特殊规定

《公司法》允许设立只有一个自然人或法人股东的“一人有限责任公司”。除遵循有限责任公司的一般规定外，还

有以下特别规定:

1.身份公示：在公司登记中需注明自然人独资或法人独资，并在营业执照中载明。

2.决策记录：股东作出决定时，应当采用书面形式，并由股东签名或盖章后置备于公司。

3.财产独立要求：股东必须能证明公司财产独立于股东自己的财产，否则应对公司债务承担连带责任。这在实践中对财务管理的规范性提出了极高要求。

（四）对民营企业家的优劣势分析

1.优势:

风险隔离效果明确：股东个人财产与公司债务严格分离，是防范经营风险的核心屏障。即使公司经营失败，也仅限于投资损失，不会波及股东的个人和家庭财产。

设立与运营成本较低：相较于股份有限公司，其设立程序更简洁，治理结构要求更灵活(如可不设董事会、监事会)，内部决策效率高，非常适合中小型企业。

控制权与稳定性强：股东人数较少且关系紧密，股权转让受限，有利于维持创始人或核心团队的控制权，保证经营策略的稳定性和连续性。

商业信誉度适中：“有限公司”的法律形态在商业合作中比个人独资企业或合伙企业更具公信力，更容易获得合作伙伴的信任。

2.劣势:

融资渠道相对单一：不能向社会公众公开发行股票或债

券，融资手段主要依赖于股东追加投资、利润留存和银行信贷，在高速发展期可能面临资金瓶颈。

资本运作与退出不便：股权缺乏公开交易市场，转让程序复杂且受其他股东限制，导致资本流动性差，投资者退出困难，对企业估值和吸引外部投资有一定影响。

治理规范性要求提升：随着规模扩大，虽然结构可简化，但仍需建立规范的财务和决策记录制度，尤其是一人有限公司，若无法证明财产独立，将面临“法人面纱被刺穿”的风险。

二、股份有限公司

（一）概念

我国《公司法》规定：股份有限公司是指其全部资本分为等额股份，股东以其所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任的企业法人。依照《公司法》设立的股份有限公司，应当在公司名称中标明股份有限公司或者股份公司字样。

根据 2024 年 7 月 1 日实施的《公司法》规定，设立股份有限公司，可以采取发起设立或者募集设立的方式。发起设立，是指由发起人认购设立公司时应发行的全部股份而设立公司。募集设立，是指由发起人认购设立公司时应发行股份的一部分，其余股份向特定对象募集或者向社会公开募集而设立公司。设立股份有限公司应当具备以下条件：

1.发起人符合法定人数，即应当有一人以上二百人以下为发起人，其中应当有半数以上的发起人在中华人民共和国

境内有住所;

2.有符合公司章程及法律规定的全体发起人认购的股本总额或者募集的实收股本总额;

3.股份发行、筹办事项符合法律规定;

4.发起人制订公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过;

5.有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构;

6.有公司住所。

（二）特点

1.资合性

股份有限公司是彻底的资合公司，是股东的资本结合，不基于股东间的信任关系。股份有限公司的组成和信用基础是公司的资本，与股东的个人人身性(信誉、地位、声望)没有联系，股东个人也不得以个人信用和劳务投资，这种完全的资合性与有限责任公司不同。

2.法律对公司股东人数只有最低限度，无最高额规定。

3.股东以其所认购股份对公司承担有限责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任。

4.股份有限公司的股份的表现形式是股票，在经济上代表一定价值，在法律上体现一定资格和权利义务的一种有价证券。一般地说，与持有者的人身并无特定联系，法律允许其自由转让，这就必然加强股份有限公司的活跃性和竞争性，同时也必然招致其盲目性和投机性。

5.公开发行股票的股份有限公司账目须向社会公开，以便于投资人了解公司情况，进行选择。

（三）上市公司特别规定

上市公司是指其股票在证券交易所上市交易的股份有限公司。除遵守《公司法》外，还需严格遵循《证券法》及证监会、证券交易所的规定:

1.严格的信息披露义务：必须定期（季度、半年度、年度）披露经审计的财务报告，并及时公告所有可能对股价产生重大影响的事件。

2.更完善的公司治理：必须设立符合要求的独立董事、董事会专门委员会（如审计、薪酬与考核委员会等），并建立严格的内控与风险管理体系。

3.关联交易与重大事项的严格监管：关联交易、对外担保、重大资产重组、收购兼并等行为需履行严格的内部决策程序和外部审核或备案程序。

4.持续性的市场监管：股价异常波动、股东持股变动等均受到证券交易所的实时监控。

（四）对民营企业家的优劣势分析

1.优势:

强大的融资能力：具备公开发行股份和债券的资格，能够直接从资本市场募集大量资金，为企业的快速扩张和重大项目提供强有力的资本支持。

股份流动性高：股票可以依法自由转让，为原始股东和后续投资者提供了便捷的退出通道，极大地增强了公司对资

本的吸引力。

品牌信誉与公众形象佳：股份有限公司，特别是上市公司，具有很高的市场认可度和公信力，有助于提升企业形象、吸引高端人才和获取政府支持。

现代企业治理结构：要求建立规范的股东会、董事会、监事会和管理层架构，权力制衡机制清晰，有利于决策的科学化和企业的长期可持续发展。

2.劣势：

设立与运营门槛高、成本大：设立程序复杂严格，注册资本要求较高。日常运营中需要承担高昂的审计、信息披露以及合规成本，并需要配备专业的法律、财务和董秘团队。

控制权稀释与争夺风险：随着多次股权融资，创始人或控股股东的持股比例可能被不断稀释，存在控制权弱化甚至丧失的风险，也可能面临恶意收购的挑战。

商业秘密难以保护：严格的信息披露制度要求公司将诸多经营和财务数据公之于众，这使得保护核心技术和商业秘密的难度加大。

监管严格，决策流程可能较长：尤其是上市公司，需要遵守证券监管机构的诸多规定，重大决策需履行内部审议和外部公告程序，决策速度和灵活性可能受到影响。

三、合伙企业

（一）概念

合伙企业是指由自然人、法人和其他组织依照《合伙企业法》在中国境内设立的组织体，包括普通合伙企业和有限

合伙企业两种类型。普通合伙企业的所有合伙人对合伙企业的债务都承担无限连带责任。有限合伙企业则包括普通合伙人和有限合伙人，前者对合伙企业债务承担无限连带责任，后者则只以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

根据《中华人民共和国合伙企业法》规定，设立合伙企业应当具备以下条件:

1.有二个以上合伙人。合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力;

2.有书面合伙协议;

3.有合伙人认缴或者实际缴付的出资;

4.有合伙企业的名称和生产经营场所;

5.法律、行政法规规定的其他条件。

（二）分类

普通合伙企业：由普通合伙人组成，全体合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。

有限合伙企业：由普通合伙人和有限合伙人组成。普通合伙人执行合伙事务，对合伙债务承担无限连带责任；有限合伙人不执行事务，以其认缴的出资额为限对合伙债务承担责任。

（三）特点

1.责任形式的双重性：普通合伙人承担无限连带责任，有限合伙人承担有限责任。

2.高度的人合性与协议自治：建立在合伙人高度互信基础上，合伙协议拥有极大的自主约定空间。

3.税收穿透：合伙企业本身不缴纳企业所得税，利润直接分配给各合伙人，由合伙人依法缴纳个人所得税。

（四）对民营企业家的优劣势分析

1.优势：

设立简便，治理灵活：注册程序简单快捷，成本低。内部治理主要依据合伙协议约定，决策流程高效，没有复杂的法定会议制度，非常适合初创团队和需要快速反应的市场。

显著的税收优势：避免了对企业利润的“双重征税”（即企业所得税和股东个人所得税），所有经营利润直接穿透至合伙人层面纳税，有效降低了整体税负。

出资方式灵活多样：合伙人除可以用货币、实物、知识产权出资外，普通合伙人还可以用劳务出资，这为拥有专业技能但缺乏资金的个人参与创业提供了可能。

有限合伙形式的资本与智力结合：有限合伙企业是风险投资（VC）、私募股权（PE）和员工持股平台的理想载体，实现了管理团队（GP）的无限责任与资金方（LP）的有限责任的完美结合。

2.劣势：

普通合伙人的无限责任风险巨大：这是最核心的风险。普通合伙人需对合伙企业的全部债务承担无限连带责任，一旦企业资不抵债，债权人有权利直接向普通合伙人追索其个人及家庭财产，可能导致个人破产。

稳定性和连续性较差：合伙企业的存续高度依赖合伙人的人身关系。任何合伙人的退出、死亡、破产都可能导致合

伙企业的解散或重组，影响经营的稳定性。

外部融资能力较弱：由于法律形态和无限责任的特征，合伙企业难以像公司那样通过出让股权进行大规模融资，银行贷款也常因缺乏法人资格和稳定资产而受限。

公众信誉度相对较低：在商业往来中，相较于公司制企业，在普通合伙人个人财力有限的情况下，合伙企业的信用和偿债能力更容易受到质疑。

第二节 有限责任公司与股份有限公司的区别与联系

一、区别

（一）股东的数量不同

有限责任公司的股东人数具有较强灵活性。除允许设立一人有限责任公司外，一般有限责任公司的股东人数为二人至五十人。股东会是公司的最高权力机构，行使决策职能。

股份有限公司具有更强的开放性和融资潜力。在设立时，发起人人数须在一人以上二百人以下。在成为公众公司后，股东人数原则上没有上限。股份有限公司必须设立股东会，作为公司的最高权力机构。示例：某科技初创企业由三位创始人共同设立，选择有限责任公司形式，股东人数符合法律规定。若该企业发展壮大后计划向社会公众募集资金，可改制为股份有限公司，股东人数可突破五十人上限，甚至通过上市达到数万人。

（二）公司组织机构的权限不同

有限责任公司的组织机构设置灵活，可根据公司规模选

择简化模式。例如，股东人数较少或规模较小的，可设一名执行董事，不设立董事会；可设一至二名监事，不设立监事会，也可按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。所有权与经营权分离程度相对较低，股东往往直接参与经营管理。

股份有限公司的所有权与经营权分离程度较高，必须设立完整的组织机构，包括董事会和监事会。由于公司规模通常较大，需要专业管理人员负责日常运营，因此股东会的权限在法律和章程框架下会受到一定限制，公司的实际经营管理多由董事会及管理层负责。

（三）财务状况公开程度不同

有限责任公司的财务封闭性较强，其财务状况、财务会计报告通常只需按章程约定期限送交各股东查阅，无须向社会公开，有利于保护商业秘密。

股份有限公司，特别是公开发行股份的上市公司，则具有较高的公开性。为保障广大投资者（尤其是中小股东）的知情权，法律规定其必须定期向社会公开经审计的财务报告，投资者主要通过这些公开信息了解公司经营状况。

特别提示：上市公司须遵守严格的信息披露义务，任何虚假记载、误导性陈述或重大遗漏都可能引发严重的法律责任。

（四）股权转让条件限制不同

有限责任公司的股权转让受到严格限制，具有明显的人

合性特点。

有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东向股东以外的人转让股权的，其他股东在同等条件下有优先购买权。公司章程还可对股权转让设定更严格的限制。

股份有限公司以资合性为主，股份转让通常更为自由。特别是无记名股票，依法交付即可转让。但对发起人、董事、监事、高级管理人员等转让其股份存在一定的期限与比例限制，其宗旨在于防范内幕交易、维护市场稳定。

示例：某有限责任公司股东拟对外转让股权，即便找到出价更高的外部受让方，也必须先保障其他股东的优先购买权。相比之下，股份有限公司的股东（受限人员除外）在公开市场上卖出股票则自由便捷得多。

（五）股份增减要求不同

在增加资本方面，有限责任公司新增资本时，除非全体股东另有约定，否则股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。股份有限公司发行新股时，其决策机制与发行方案则由股东会或董事会依据章程决定。

在减少注册资本方面，二者程序基本一致，均需编制资产负债表及财产清单，并依法通知债权人及进行公告，以切实保护债权人利益。公司减资后的注册资本均不得低于法定最低限额。

二、联系

（一）实行了资本三原则

资本确定原则：公司在设立时，必须在章程中明确确定公司的注册资本总额，并由股东全部认足或认购，以确保公司资本的真实、可靠。

资本维持原则：公司在存续期间，应当维持与其资本总额相当的实有财产，禁止不当分配、抽逃出资等行为，以保障公司清偿能力，维护债权人利益。

资本不变原则：公司的注册资本一经确定，非依法定程序不得随意增减。资本的变动必须经过严格的股东（大）会决议、公告、债务清偿或担保等法定程序。

（二）实行了"两个所有权分离"原则

两者均实现了公司法人财产权与股东财产权的分离。股东一旦完成出资，其出资财产即转化为公司法人财产，股东丧失对该财产的直接支配权，公司对其法人财产享有占有、使用、收益和处分的权利。

与此同时，股东获得股权，依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利，并可依法转让其股权。公司终止时，股东有权依法参与剩余财产的分配。

（三）实行了有限责任原则

无论是有限责任公司还是股份有限公司，其股东均承担有限责任。有限责任公司股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司股东以其认购的股份为限对公司承担责任。公司则以其全部独立财产对其自身债务承担责任。这一原则是现代公司制度的基石，有效降低了投资者的风险。

风险提示：一人有限责任公司的股东若无法证明公司财

产独立于个人财产，则可能对公司债务承担连带责任，从而面临"有限责任"保护被击穿的风险。

（四）公司都具有法人地位

两者均是依法设立的企业法人，具有独立的法人资格，能够以自己的名义独立享有民事权利、承担民事义务，并以其全部财产对外承担责任。公司的法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或经理担任，代表公司进行民事活动。

第三节 合伙企业的特性及管理运行

一、合伙企业与有限公司优缺点比较

合伙企业与有限公司是基于不同的法律规范设立的现代商业体系中最常见的两种企业形式，其中合伙企业遵循《中华人民共和国合伙企业法》、有限公司遵循《中华人民共和国公司法》，两者在出资人责任、组织架构、管理模式、税负承担方面存在根本性差异，二者具有各自的优缺点。

（一）出资人责任方面

1.合伙企业

普通合伙人：对合伙企业的债务承担无限连带责任。当合伙企业财产不足以清偿债务时，债权人有权要求普通合伙人以其个人财产进行清偿。这是普通合伙人最大的风险所在。

有限合伙人：以其认缴的出资额为限，对合伙企业债务承担有限责任。这是风险投资、私募股权等行业普遍采用有限合伙形式的重要原因，它实现了管理权与风险的分离。

2.有限公司

所有股东：均以其认缴的出资额为限对公司承担责任，公司以其全部财产对公司债务承担责任。股东承担有限责任，这是有限公司最核心的优越性，它将股东的个人财产与公司债务有效隔离，极大地鼓励了投资和创业。

例外情况：在“公司法人人格否认”情形下（如财产混同、滥用公司独立地位），股东可能需要对公司的债务承担连带责任，但这属于司法实践中的例外。

（二）组织架构方面

1.合伙企业

合伙企业的组织架构基于“人合性”，其核心是合伙人之间的人身信赖关系。组织架构相对简单，一般由普通合伙人和（或）有限合伙人构成。普通合伙人负责执行合伙事务，对外代表合伙企业；有限合伙人则不执行合伙事务，不得对外代表企业。

优点：第一、设立简便。合伙企业设立程序和要求相对简单，法律规定的强制性条款较少，给予合伙人较大的自治空间，可以通过合伙协议灵活约定内部权责。第二、灵活性高。合伙企业组织机构一般由合伙人自行决定设置。

缺点：稳定性较弱。高度的人合性导致其稳定性受合伙人变动影响大。一旦有合伙人死亡、退伙或丧失偿债能力，均有可能导致合伙企业解散。

2.有限公司

有限公司更强调其独立的法人地位。有限公司设立和运

行严格遵循《中华人民共和国公司法》。组织架构具有规范性要求，必须设立股东会、董事会（或董事）、经理等权力、执行和监督机构，形成相互制衡的法人治理结构。

优点：第一、结构稳定。具有独立的法人资格，其存续不受股东变更、死亡等因素的直接影响，生命周期更长，稳定性强。第二、具有更强的融资优势。清晰的股权结构和法人地位使其更容易通过股权转让或增资扩股的方式吸引外部投资。

缺点：第一、设立程序严格。必须制定公司章程，且章程内容受到《中华人民共和国公司法》大量强制性规范的约束，自治空间相对较小。第二，决策周期较长。严格的治理结构导致决策流程较长，不如合伙企业灵活。

（三）管理模式方面

1.合伙企业

合伙企业原则上由全体普通合伙人共同执行合伙事务，即“共同经营”。但通过合伙协议可以约定委托一名或数名普通合伙人执行事务。

优点：第一，高度自治。管理权限的分配、决策程序、利润分配等均可由合伙协议自由约定，自由度高。第二，决策效率高。在协议授权范围内，执行事务合伙人可以快速做出决策。

缺点：第一，专断风险。权力过度集中可能带来专断风险，极容易出现利用执行合伙事务的便利损害其他合伙人利益的情况。第二，执行事务合伙人的限制。有限合伙人不得

执行合伙事务，也不得对外代表合伙企业。

2.有限公司

有限公司实行的是“所有权与经营权分离”的治理模式。股东通过股东会行使权力，选举董事组成董事会负责经营决策，聘任经理层负责日常管理。

优点：第一，专业化管理。可以聘请职业经理人团队进行专业化运营，避免股东个人能力对企业发展的限制。第二，权力制衡。股东会、董事会、监督机构三权分立，相互制约，可以有效降低单一人员控制风险，决策更为科学严谨。

缺点：第一，成本更高。复杂的组织架构通常意味着需要更多的人员，更高的成本，同时所有者与经营者的分离，为激励经营者为所有者创造更高的价值，通常需要设计复杂的激励与监督机制来确保管理层为股东利益服务。第二，内部程序更长，重大决策一般需要通过数个会议审核通过，程序更为复杂，可能错失市场机会。

（四）税负方面

两者在税负方面存在较大的差异，这也是企业家考量设立企业形式的一个重要因素。

1.合伙企业

合伙企业本身不是纳税主体，无需缴纳企业所得税。它将年度利润根据合伙协议约定比例或法律规定的比例“分配”到各合伙人名下，然后由各合伙人就其分得的利润，分别缴纳个人所得税。

优点：避免双重征税。仅在合伙人层面征一次税，税收

成本相对较低。

缺点：无论利润是否实际分配给合伙人，只要在账面上确认，合伙人均需就该利润纳税。

2.有限公司

有限公司作为独立的纳税主体，具有纳税义务，需要就其利润总额缴纳企业所得税，税后利润在分配给股东（个人）时，股东还需要就所获得股息、红利缴纳个人所得税。

优点：利润留存于公司扩大再生产的部分，只征收了一次企业所得税。

缺点：整体税负重。对于最终将利润分配给个人股东的情形，同一笔利润被征收了两次税。

二、有限合伙企业中普通合伙人与有限合伙人的区别与联系

（一）区别

1.对企业债务的责任承担方面

根据《中华人民共和国合伙企业法》的规定，有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。可以看出，普通合伙人对企业债务的承担范围要大于有限合伙人。

2.与本企业交易方面

根据《中华人民共和国合伙企业法》规定，除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外，普通合伙人不得同本合伙企业进行交易。而有限合伙人可以同本有限合伙企业

进行交易。因此，在关联交易方面，法律允许有限合伙人与本企业进行交易。

3.在竞业禁止方面

根据规定，普通合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。而有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务，但是，合伙协议另有约定的除外。可以看出，法律允许有限合伙人从事与本企业相竞争的业务。

4.在财产份额出质方面

根据《中华人民共和国合伙企业法》规定，普通合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。而有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质。

5.在财产份额转让方面根据规定

除合伙协议另有约定外，普通合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意；而有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前30日通知其他合伙人。可以看出，除合伙协议另有约定外，普通合伙人向合伙人以外的人转让财产份额时，须经其他合伙人“一致同意”，而有限合伙人转让时，仅需要按照规定进行“通知”。

6.在出资方面

根据《中华人民共和国合伙企业法》规定，普通合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，也可以用劳务出资；而有限合伙人不得以劳务出资。

7.在合伙企业事务执行方面

根据《中华人民共和国合伙企业法》规定，一般情况下由普通合伙人享有合伙事务管理权，有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。但第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与之交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。

8.在退伙方面

个人丧失偿债能力不是有限合伙人的当然退伙事由。作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行为能力的，其他合伙人不得因此要求其退伙。作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。有限合伙人退伙后，对基于其退伙前发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产为限承担责任。可见有限合伙人在退伙方面上有一些特殊例外规定。

（二）普通合伙人的权利义务

1.权利

（1）共有财产权

共有财产权是指合伙财产归合伙人共有，而非合伙人个

人所有。我国合伙企业法明文规定，合伙企业财产由全体合伙人共同管理和使用。并规定在合伙企业进行清算前，合伙人不得请求分割合伙企业的财产，但本法另有规定的除外。在这里，所谓另有规定，就是指退伙这种情形。

合伙企业的财产来源，根据我国《中华人民共和国合伙企业法》的规定，合伙企业存续期间，合伙企业的财产来自两个方面：一是合伙人的出资；二是所有以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产。

（2）合伙经营权

共同经营是合伙企业的重要特点，因此，合伙经营权是合伙人最重要的权利。具体而言，合伙经营权包括以下这样几个权利：

合伙事务的决定权。合伙重大事务，应由全体合伙人作出决定；合伙日常事务，可由业务执行人自行决定。

合伙事务执行权。一般来说，合伙企业的事务应由全体合伙人共同执行。但根据协议和全体合伙人决定，也可以设立合伙事务执行人，此时其他合伙人不再执行合伙事务。

监督检查权。当设立合伙事务执行人、其他合伙人不再执行合伙事务时，其他合伙人有权监督合伙事务的执行情况；另外，当合伙事务由合伙人分别执行时，合伙人对其他合伙人执行的事务享有提出异议的权利。

查阅账簿权。对于合伙企业的经营状况和财务状况，合伙人享有查阅账簿的权利，从而使其能够在合伙决议中做出正确判断。

（3）利润分配请求权

合伙人组成合伙企业、进行经营的目的在于获得经济利益。因此，利润分配请求权应是合伙人最基本的权利，应当依据合伙协议中的约定行使。

2.义务

（1）出资义务

根据《中华人民共和国合伙企业法》规定，合伙人应当按照合伙协议约定的出资方式、数额和缴付期限，履行出资义务。未履行出资义务的，经其他合伙人一致同意，可以决议将该合伙人除名。

（2）对合伙债务承担无限连带责任

普通合伙人负责合伙事务的经营和控制，为了保障与合伙企业发生往来的债权人的利益，普通合伙人对合伙企业债务承担连带清偿责任。连带责任承担对普通合伙人构成了一种有力的强约束，使真正对合伙企业运作履行诚信义务与责任。

（3）信息披露义务

普通合伙人要定期向有限合伙人提供合伙企业的经营状况和财务状况的报告。

（三）有限合伙人的权利义务

1.权利

（1）参与盈余分配权

有限合伙人有请求盈余利润分配的权利。根据《中华人民共和国合伙企业法》第三十三条之规定“合伙企业的利润

分配、亏损分担，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。”因此，有限合伙人与普通合伙人一样有权请求利润分配。

《中华人民共和国合伙企业法》第六十九条规定对有限合伙进行了补充说明，“有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但是，合伙协议另有约定的除外。”这对应了实践中约定前期将所有盈余分配给出资较多的有限合伙人以收回资本的常见做法的情形。因此，有限合伙企业盈余分配权是可以事先约定的。

（2）合伙份额转让权

有限合伙人有在完成通知义务后按合同约定转让自己份额的权利。合伙人的出资、以合伙的名义取得的收益或其他财产依法为合伙企业的财产，为全体合伙人所共有，同时，合伙人在合伙企业中的份额当属于个人财产，由合伙人个人对其享有完全的所有权。依据《中华人民共和国合伙企业法》第七十三条之规定“有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前三十日通知其他合伙人。”可见法律赋予了有限合伙人在约定情况下，完成通知义务后依约转让自己份额的权利。

（3）特殊情况合伙事务执行权

一般情况下有限合伙人不执行合伙事务，不对外代表有

限合伙企业，但为避免普通合伙人滥用支配地位，在特殊情况下合伙事务执行权。根据《中华人民共和国合伙企业法》第六十八条规定“有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。有限合伙人的下列行为，不视为执行合伙事务:

①参与决定普通合伙人入伙、退伙;

②对企业的经营管理提出建议;

③参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所;

④获取经审计的有限合伙企业财务会计报告;

⑤对涉及自身利益的情况，查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料;

⑥在有限合伙企业中的利益受到侵害时，向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼;

⑦执行事务合伙人怠于行使权利时，督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼;

⑧依法为本企业提供担保。

（4）自我交易权

相较于普通合伙人较为严格的自我交易限制条件，有限合伙人有与有限合伙本身从事自我交易的权利。《中华人民共和国合伙企业法》第七十条规定“有限合伙人可以同本有限合伙企业进行交易；但是，合伙协议另有约定的除外。”

（5）竞业自由权

不同于普通合伙人严格禁止从事与合伙相竞争业务的

规定，有限合伙人有竞业自由的权利。依据《中华人民共和国合伙企业法》第七十一条之规定“有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务；但是，合伙协议另有约定的除外。”

（6）财产份额出质权

依据《中华人民共和国合伙企业法》第七十二条之规定，在合伙协定没有禁止约定的情况下，有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质。

2.义务

（1）缴付出资的义务

有限合伙人有依法缴纳出资的义务，有限合伙人若在未按期足额出资时应承担责任。如《中华人民共和国合伙企业法》第六十五条规定“有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资；未按期足额缴纳的，应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。”《中华人民共和国合伙企业法》在第六十四条也对有限合伙人出资的方式做出了相应规定，即有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资，但不得以劳务出资。这也是考虑到有限合伙人只以出资承担有限责任因此不执行合伙事务的特点所进行的制度设计。

（2）不执行合伙事务的义务

有限合伙人不得执行合伙事务，否则有限合伙人可能会承担相应的法律责任。如《中华人民共和国合伙企业法》第六十八条规定“有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表

有限合伙企业。”。

如《中华人民共和国合伙企业法》第七十六条规定“第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。”

（四）普通合伙人与有限合伙人之间身份转换及可能涉及的法律风险

1.身份转换限制性规定

根据《中华人民共和国合伙企业法》“第八十二条除合伙协议另有约定外，普通合伙人转变为有限合伙人，或者有限合伙人转变为普通合伙人，应当经全体合伙人一致同意”，普通合伙人与有限合伙人进行身份转换具有严格的限制条件，除合伙协议明确约定的情况外，必须经全体合伙人一致同意。

同时根据规定，若身份转换后有限合伙企业仅剩有限合伙人的，应当解散合伙企业；有限合伙企业仅剩普通合伙人的，转为普通合伙企业。

2.身份转换可能涉及的法律风险

根据《中华人民共和国合伙企业法》“第八十三条　有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。　第八十四条普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间

合伙企业发生的债务承担无限连带责任”。对于普通合伙人转为有限合伙人而言，其对于担任普通合伙人期间合伙企业发生的债务仍需承担连带责任，从责任范围来看并未扩大，仅是连带责任的延续。对于有限合伙人转为普通合伙人而言，转换身份意味着从“有限责任”状态主动踏入“连带责任”的漩涡，他不仅要对未来新发生的债务承担连带责任，也需要对其作为有限合伙人期间合伙企业发生的债务承担连带责任，一旦企业存在未披露的或潜在的历史负债，将面临远超原出资额的巨大风险。

三、合伙协议构建要点

（一）合伙协议必要具备内容

《中华人民共和国合伙企业法》“第十八条　合伙协议应当载明下列事项：（一）合伙企业的名称和主要经营场所的地点；（二）合伙目的和合伙经营范围；（三）合伙人的姓名或者名称、住所；（四）合伙人的出资方式、数额和缴付期限；（五）利润分配、亏损分担方式；（六）合伙事务的执行；（七）入伙与退伙；（八）争议解决办法；（九）合伙企业的解散与清算；（十）违约责任。　第六十三条　合伙协议除符合本法第十八条的规定外，还应当载明下列事项：（一）普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所；（二）执行事务合伙人应具备的条件和选择程序；（三）执行事务合伙人权限与违约处理办法；（四）执行事务合伙人的除名条件和更换程序；（五）有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；（六）有限合伙人和普通合伙人相互转变

程序”。上述规定列明的内容不仅是法律规定合伙协议应当载明的内容，同时也是合伙企业稳定正常运行的基石，能够有效预防和减少未来可能发生的纠纷。

（二）合伙协议建议具备内容

1.合伙协议修改或者补充的例外情况。《中华人民共和国合伙企业法》“第十九条 .....修改或者补充合伙协议，应当经全体合伙人一致同意；但是，合伙协议另有约定的除外”，若合伙人之间对修改或补充合伙协议有特殊约定，需要提前在合伙协议中明确清楚。

2.合伙份额转让。《中华人民共和国合伙企业法》对合伙企业份额转让有明确规定，若存在例外情况，如允许部分合伙人直接对外转让合伙份额等，需要明确清楚。

3.对有限合伙人的限制性约定。较普通合伙人而言，《中华人民共和国合伙企业法》赋予了有限合伙人在竞业自由、与合伙企业交易、合伙份额出质等方面更高的自由权，若需要加以限制，需要明确清楚。

4.合伙人议事规则。《中华人民共和国合伙企业法》对合伙人会议的规定并不明确，合伙协议中可以进一步约定合伙人会议的召开事由、方式、频率、通知流程。

5.合伙期限与延续。协议可以载明合伙企业的经营期限，以及期限届满后的延续条件和程序。

6.退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法。合伙协议中可以直接明确清楚出现退伙时，具体财产份额的退还方式，如直接以实物、货币等。

（三）合伙协议起草风险点防范

1.合伙人主体资格。合伙人如为限制民事行为能力人、无民事行为能力人、《中华人民共和国合伙企业法》禁止担任普通合伙人的情况等，可能导致合伙协议效力存疑。

2.出资约定不明。协议中若仅笼统表述“出资 XX 元”或“以技术出资”，而未明确出资期限、评估方式、瑕疵出资、逾期出资责任等，极易引发争议。

3.事务执行与决策僵局。如果协议仅约定“共同管理”而未区分日常事务与重大事务的决策权限和程序，容易导致决策效率低下甚至陷入僵局。

4.协议变更与退出机制缺失。若协议未约定修改程序，根据规定，修改或补充协议需经全体合伙人一致同意。一旦有合伙人持不同意见，协议将难以调整，可能导致企业陷入僵局。

5.合伙企业经营僵局最终的处理。合伙企业具有较强的人和性，一旦合伙人之间出现冲突，容易造成合伙企业陷入僵局，而该僵局又不属于《中华人民共和国合伙企业法》规定的情况，将直接导致合伙企业彻底停摆而又无法解决，可以通过合伙企业提前明确清楚此种情况下的处理方式。

四、合伙企业管理与运行规范

（一）合伙企业组织形式的选择

普通合伙人享有合伙事务管理权，对合伙债务负无限责任。而有限合伙人不执行合伙事务，对合伙企业负有限责任，是中小企业有效筹集资金，实现知识技术与资本的完美结合

的方法之一。[1]

首先，就有限合伙的成立而言，相比公司繁琐的设立程序，严格的法律要求，复杂的法人治理结构，有限合伙设立显然相对简单，尤其适合中小型企业的创立与发展。

其次，就投资者的责任而言，有限合伙中的有限合伙人对合伙债务仅以出资额为限承担有限责任，极大的调动了投资者的投资热情；而一般合伙中，所有合伙人都要承担无限责任，投资者的投资风险无疑要大得多：一旦投资失败，投资者不仅丧失了在合伙企业中的出资，还可能会负上巨额债务，甚至倾家荡产。这样，投资者势必不会轻易选择一般合伙作为其投资对象。

再次，就税收而言，选择合伙企业可以避免双重纳税问题。当今各国对于企业征税的通常做法是：只有对具有法律上独立主体资格的企业才征收企业所得税；而对不具有法人资格的企业，如独资企业、合伙企业等直接征收投资人的个人所得税，而不征收其所得税。即对公司来说，要对公司和股东分别征税，公司要缴纳公司所得税，股东取得股利后还要缴纳个人所得税；而就合伙企业来说，合伙企业本身不征税，仅对从合伙企业取得投资回报的合伙人征收个人所得税。这对于中小企业，尤其对我国刚刚发展的创业投资无疑具有极大的吸引力。

（二）利用合伙协议防范合伙企业僵局

《中华人民共和国合伙企业法》在第十八条当中规定了

[1]有限合伙价值论，http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=8184

合伙协议必备的十个方面的内容。[2]但是对于这些内容只是提纲，具体的内容仍需各合伙人协商议定，《中华人民共和国合伙企业法》给合伙人很大的意思自治的权利。这一点，对于通过合伙协议来防范和解决合伙企业僵局，提供了方法和渠道。首先在合伙协议中要考虑决策权、执行权的分配，设计出符合企业经营需要的企业治理结构，尤其是对执行事务合伙人进行科学的监督和制约。其次，在合伙协议中对企业的表决制度进行修补，如设计合伙企业的一票否决权等。最后，在合伙协议当中，要设计出合伙企业僵局的解决机制，进一步明晰。在合伙企业僵局出现时，相应的处理条款，如按照怎样的规则，采取妥协或者退出合伙和解散的方案。

（三）利用合伙企业退出机制避免合伙企业解散

预先确定合伙企业的退出规则，通过部分合伙人的退伙来解决合伙企业僵局是比较理想的方式。《中华人民共和国合伙企业法》中规定了企业的退伙，有主动退伙、当然退伙和除名等方式。在现实中通常有合伙企业的一方合伙人要求另一方的合伙人退伙，同时另一方合伙人要求对方退伙，最终无法形成退伙的结果；或者一方要求退伙，其他方不允许其退伙的现象。甚至合伙人双方都要求将对方除名，却都无

[2]《合伙企业法》第十八条，合伙协议应当载明下列事项：
(一)合伙企业的名称和主要经营场所的地点；
(二)合伙目的和合伙经营范围；
(三)合伙人的姓名或者名称、住所；
(四)合伙人的出资方式、数额和缴付期限；
(五)利润分配、亏损分担方式；
(六)合伙事务的执行；
(七)入伙与退伙；
(八)争议解决办法；
(九)合伙企业的解散与清算；
(十)违约责任。

法达到结果。如果能够根据协议达到退伙或者是除名的效果，那么这个纠纷就不是合伙企业僵局[3]，根据合伙协议和《中华人民共和国合伙企业法》就可以解决争议。作为人合性的企业，合伙企业陷入合伙企业僵局之后，人合性已经遭到破坏，合伙人之间的感情基础损失殆尽，继续合伙经营，已经不可能。为避免合伙企业解散的结局，一方的退伙是最佳的解决方案，也避免了解散合伙企业造成更大的经济损失。

（四）签订合伙协议未设立合伙企业的情况

在民事活动中，当事人之间签订《合伙协议》但未在工商部门登记为合伙企业的情况非常普遍。这种组织形态被称为“个人合伙”或“民事合伙”。当此类合伙发生纠纷时，一个核心的争议点便是：其内部关系和外部责任应如何确定。司法实践中的主流观点是合伙协议可以参照《中华人民共和国合伙企业法》的相关规定进行处理。

1.法律效力与参照处理的法律基础

当事人之间自愿签订的《合伙协议》，只要内容不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗，即为有效合同，对全体合伙人具有法律约束力。《合伙企业法》对于未登记的民事合伙，该法并非直接强制适用。但是，根据《民法典》的相关精神以及最高人民法院的司法观点，在合伙协议没有约定或约定不明的情况下，由于《合伙企业法》系统地规定了合伙的核心规则（如出资、事务执行、利润分配、入伙退伙、债务承担等），它可以作为商业惯例和法理，被参照适用以填补合同漏洞，解决争议。

[3]苏震、合伙企业僵局研究[D].华东政法大学,2018.

2.参照《合伙企业法》处理的具体方面

（1）出资义务与财产性质

参照点：合伙人应当按照协议约定履行出资义务（《合伙企业法》第十七条）。合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产，均为合伙财产（《合伙企业法》第二十条）。合伙财产在清算前，原则上不得请求分割。

（2）合伙事务的执行与决策

参照点：各合伙人对执行合伙事务享有同等的权利(《合伙企业法》第二十六条）。执行事务合伙人应当向其他合伙人报告事务执行情况（《合伙企业法》第二十八条）。改变合伙企业名称、处分不动产等重大事项，需经全体合伙人一致同意（《合伙企业法》第三十一条）。

（3）利润分配与亏损分担

参照点：合伙企业的利润分配、亏损分担，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担（《合伙企业法》第三十三条）。

3.法律风险与核心限制

尽管可以参照，但民事合伙与合伙企业存在本质差异，由此带来显著风险：

1.合伙人对外承担无限连带责任

这是最大的风险。根据《民法典》第九百七十条，合伙

人对合伙债务承担连带责任。换言之，债权人可以向任何一位合伙人主张全部债权，而无需考虑其内部出资比例或协议约定。这与有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限承担有限责任有天壤之别。即使协议内部约定了责任份额，该约定也仅在合伙人之间有效，不能对抗外部债权人。

2.缺乏独立主体资格，诉讼地位复杂

登记的合伙企业可以作为独立的诉讼主体（原告或被告）。而个人合伙发生纠纷时，通常需要将全体合伙人作为共同诉讼人参加诉讼，程序上更为复杂。

3.法律适用的不确定性

“参照处理”赋予了法官较大的自由裁量权。对于哪些可以参照，哪些不能，在具体案件中可能存在争议，导致判决结果存在一定不确定性。

4.工商登记与公示公信力的缺失

未经登记，合伙组织不具备商事主体的公信力，在与第三方交易时，可能面临更多的审查与不信任，影响商业活动的开展。

（五）相关案例

案例 1：有限合伙人与有限合伙企业合同纠纷[4]

1.基本案情

2013 年 8 月 11 日，孙立文与中农基金公司签订《有限合伙协议》，约定:合伙企业名称为中农投资中心。本企业按 10%-12%的预期年化收益率依照合伙人的实缴出资比例向

[4]孙立文与北京中农宝来投资中心（有限合伙）等一审民事判决书，北京市顺义区人民法院，（2019）京 0113 民初 473 号

全体合伙人分配利润；合伙期限届满，如投资债权未能转为股权，则执行事务合伙人向所有合伙人归还投资本金及进行最后一期的利润分配。2013 年 8 月 28 日，孙立文给付该 500 万元投资款。2016 年 10 月 9 日，中农投资中心向合伙人发出《情况说明》，内容大致为：本企业于 2013 年共向上海东怡实业有限公司（以下简称东怡公司）支付款项 5514.6 万元，用于投资红木项目。投资期限届满后，本企业多次催促东怡公司还款未果，因东怡公司不能如期还款，故本企业未能向全体合伙人按照有限合伙协议约定的时间返还投资款及收益。

2.裁判结果

法院认为，中农基金公司作为普通合伙人、执行事务合伙人在《有限合伙协议》中的承诺其实质系中农基金公司作为普通合伙人、执行事务合伙人，为吸引投资，以自己的资信向孙立文作出一定形式的保证，使得投资方孙立文确信自己的投资是安全的，并且能够在适当时机要求中农基金公司兑现承诺来减轻投资风险。孙立文之所以向中农投资中心进行投资正是基于中农基金公司的上述承诺和保证。因此，孙立文基于内部约定要求中农基金公司向其归还投资本金 500 万元的诉求，于法有据，本院予以支持。但是，根据《合伙企业法》第二十一条之规定：“合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产”现中农投资中心并未清算，孙立文现要求中农投资中心与中农基金公司共同承担上述给付义务，将涉及对合伙企业财产的分割，本院不予支持。

3.典型意义

有限合伙协议合法有效，对全体合伙人具有约束力。有限合伙企业中普通合伙人、执行事务合伙人为吸引投资，以自己的资信向其他合伙人作出一定形式的保证或承诺有效。另外在合伙企业清算前，除法律明确规定外，合伙人不得要求财产分割。

4.案例来源

孙立文与北京中农宝来投资中心（有限合伙）等一审民事判决书，北京市顺义区人民法院，（2019）京0113民初473号。

案例2:拟入伙合伙人与普通合伙人、合伙企业合同纠纷案。[5]

1.基本案情

2016年3月21日，普泰公司与深圳东方汇富签订入伙安排协议，约定普泰公司出资9000万元入伙萍乡东方汇富，专项用于乐视体育B轮融资。2016年8月，深圳东方汇富将其在萍乡东方汇富的权益转让给善邦资本，善邦资本成为新的普通合伙人。2017年2月，善邦资本与普泰公司签订有限合伙协议，确认普泰公司为新有限合伙人，并约定未按期完成变更登记需返还出资及利息。2017年3月，三方签订补充协议，明确30个工作日内未完成工商变更的，善邦资本需督促合伙企业返还出资，支付180万元违约金，深圳东方汇富对此违约金承担连带责任。普泰公司已于2016年3月缴

[5]深圳市普泰投资发展有限公司与萍乡市东方汇富投资中心（有限合伙）合同纠纷一案一审民事判决书，江西省高级人民法院，（2019）赣民初78号

纳 9000 万元，但善邦资本一直未办理工商变更登记手续，将普泰公司登记为有限合伙人，投资款也未返还，普泰公司遂提起诉讼。

2.裁判结果

萍乡东方汇富作为一家有限合伙企业，只有一名普通合伙人即善邦资本，善邦资本作为合伙企业唯一的普通合伙人担任执行事务合伙人，对外代表合伙企业，执行合伙事务，其效力归于萍乡东方汇富，萍乡东方汇富未在《有限合伙协议补充协议》规定的时限内办理变更登记，普泰公司据此要求萍乡东方汇富承担返还 9000 万元出资额的责任系违约责任。法院判决萍乡东方汇富返还普泰公司 9000 万元出资额及相应利息，善邦资本系萍乡东方汇富普通合伙人，根据《中华人民共和国合伙企业法》第二条第三款规定，善邦资本应对萍乡东方汇富的该债务承担无限连带责任。

3.典型意义

明确执行事务合伙人的行为效力边界，善邦资本作为萍乡东方汇富的执行事务合伙人，其代表合伙企业办理入伙登记的行为属于职权范围，相关协议对萍乡东方汇富具有约束力。同时普通合伙人对有限合伙企业债务承担无限连带责任。

4.案例来源

深圳市普泰投资发展有限公司与萍乡市东方汇富投资中心（有限合伙）合同纠纷一案一审民事判决书，江西省高级人民法院，（2019）赣民初 78 号。

案例 3：私募基金有限合伙企业之有限合伙人对赌效力

的认定原则[6]

1.基本案情

长安财富公司是诸暨天空长安股权投资合伙企业的A类有限合伙人，长城影视集团为该基金B类有限合伙人。2016年10月25日，双方签订《无条件受让及差额付款合同》，约定若约定期限内长城影视集团实际控制的上市公司未完成对基金全资控股标的公司的收购，长城影视集团需无条件受让长安财富公司持有的基金份额。同日，长安财富公司与赵某勇、陈某美签订《保证合同》，二人对前述义务承担连带责任保证。截至约定期限2019年6月29日，标的公司收购程序未启动，长安财富公司遂诉请长城影视集团支付受让价款、赔偿损失，赵某勇、陈某美承担连带责任。

2.裁判结果

本案争议的法律关系实质为私募基金有限合伙企业的有限合伙人之间因对赌协议触发有限合伙企业份额的对内转让关系。根据合伙企业法的规定，法律并未禁止合伙人之间的合伙财产份额转让，对赌内容未违反《合伙企业法》规定的利润和亏损分配原则，也未违反法律规定的私募基金管理人、私募基金销售机构不得向投资者承诺投资本金不受损失或者承诺最低收益的监管规定，相应合同应为有效合同。另合伙协议明确该合同作为合伙协议的附件，是合伙协议的组成部分，而合伙协议已经全体合伙人签字生效，即已确认该《无条件受让及差额付款合同》对全体合伙人具有法律效

[6]长安财富资产管理有限公司诉长城影视文化企业集团有限公司、赵某勇、陈某美其他合同纠纷案一审民事判决书，上海金融法院，(2019)沪74民初379号

力，应视为全体合伙人对此已实质形成了一致意思表示，故对本案所涉的基金份额转让不需再另行进行合伙协议约定的表决程序。

3.典型意义

一是私募基金有限合伙企业中对赌协议，只要协议主体、内容及履行方式合法，且不违反金融监管要求，协议即有效。二是合伙协议经全体合伙人签字生效，对全体合伙人具有法律效力，合伙协议附件作为合伙协议的一部分，应视为全体合伙人已实质性达成一致意见。

4.案例来源

长安财富资产管理有限公司诉长城影视文化企业集团有限公司、赵某勇、陈某美其他合同纠纷案一审民事判决书，上海金融法院，(2019)沪 74 民初 379 号。

第四节 企业设立指引

一、企业组织形式选择的考量要点

关于民营企业组织形态的选择。现实中的民营企业经营组织形态可分为个人独资企业、合伙企业、公司制企业。公司制企业又可分为有限责任公司和股份有限公司，与此相对应的还有子公司、分公司。企业组织形态不同，反映了不同的企业性质、地位和作用。因此，不同企业组织形态的法律风险及后果不同。

（一）避免对特定产业、行业领域设立企业组织形态的相关规定不了解，盲目选择企业组织形态

投资者违反法律法规的强制性规定，选择不适当的企业组织形态，可能导致企业设立申请无法获批，从而增加企业的设立成本。因此，投资者应深入了解所涉及行业的企业组织形态，在选择企业组织形式时，严格遵守法律法规政策，确保企业形式与法律法规政策相符合。

（二）避免资金不足却坚持选择不适当的企业组织形态

设立企业时，发起人在资金不足的情况下如果采取违法手段追求较高注册资本的组织形态，则面临需要发起人补足出资，缴纳罚款，以及承担虚假出资、虚报注册资本、抽逃出资的行政和刑事责任风险。所设企业可能面临罚款、撤销登记或吊销营业执照的情形。因此，投资者应依照法律法规的规定履行出资义务，切忌拖延出资、虚假出资、虚报注册资本、抽逃出资等。可根据资金情况，用变通的形式暂时开展业务，等资金条件成熟时再进行注册资本变更。

（三）避免缺乏综合考量而选择不适当的企业组织形态

企业设立涉及到出资人责任大小、税负、企业组织正式化程度、存续期限、运营成本、股东对企业财产的控制权、股份权益转移自由度等多种因素。发起人若无法进行多种因素的综合考量，容易导致选择不适合企业组织经营发展和发起人利益的企业形态。建议投资者充分考量发起人的条件及资格，选择合适的企业组织形态；综合考量出资人的出资目的、经营预期和管理能力等因素，以选择适当的企业组织形

态。

二、不同企业组织形式的特征及识别

1.有限责任公司/有限公司。名称中包含“有限责任公司”或“有限公司”字样。特征：这是中国最常见的公司形式，股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任。

2.股份有限公司/股份公司。名称中包含“股份有限公司”或“股份公司”字样。特征：通常规模较大，可以公开发行股份募集资金。股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

3.普通合伙企业。名称中包含“普通合伙”字样。特征：所有合伙人均为普通合伙人，对企业债务承担无限连带责任。

4.有限合伙企业。名称中包含“有限合伙”字样。由普通合伙人和有限合伙人组成。普通合伙人承担无限连带责任，有限合伙人承担有限责任。

5.企业分公司。名称中包含其总公司的全称，并后缀“分公司”字样。特征：分公司不具备主体资格，由总公司承担责任。

6.个人独资企业。名称中标有（个人独资）字样。特征：投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任。

三、企业设立的注意事项及风险分析

（一）法定代表人注意事项

法定代表人根据法律、法规和公司章程的规定，以企业名义所从事的行为，即视为企业行为，由企业承担相应法律后果。在某些特殊情况下，由于法定代表人的特殊身份和职

责，在一定条件下，可能会就企业的行为承担相应的民事、行政或刑事责任，而这种情况往往是法定代表人违反法律、法规和公司章程规定而产生。但无论是法定代表人本人还是企业均应对法定代表人的法律风险防范有所了解。

1.避免法定代表人与法人或法人代表发生概念性混淆

法定代表人是指依法律或法人章程规定代表法人行使职权的负责人。我国法律规定了单一的法定代表人制，一般认为法人的正职行政负责人为其唯一法定代表人。企业法人是指具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的企业本身。法人代表是指根据法人的内部规定，担任某一职务或由法定代表人指派代表法人对外依法行使民事权利义务的人。作为民事权利主体的法人，其法人代表可以有多个，但均需法定代表人的授权而产生。

2.避免轻易挂名法定代表人

实践中，民营企业出于种种原因，有的股东或投资人并不愿出任法定代表人，而是以他人的名义担任企业法定代表人。对于企业，一旦挂名法定代表人与实际股东或投资人发生矛盾或争议，整个企业将处于难以控制的风险之中。由于只需签名即发生法律效力，该挂名法定代表人直接以企业名义对外举债或进行担保的后果，将全部由企业承担。对于挂名者，如果实际控制人操纵企业时存在虚假或抽逃出资等行为，或者在诉讼过程中有隐匿、转移资产等违法行为，公司的法定代表人都要面临承担相应的民事赔偿责任的法律后果。因此，股东或投资人借助他人担任法定代表人必须慎重，

个人也不要轻易担任他人企业的挂名法定代表人。

3.避免法定代表人的越权代表行为

除了法律有强制性规定或者第三人知道外，法定代表人以企业名义作出的代表人行为对企业具有法定约束力，企业必须承担该越权行为带来的不利风险及法律后果。建议强化企业财务负责人对法定代表人的制衡机制，保证财务负责人能事先制止法定代表人超越内部权力机制以企业名义作出的代表行为；实行企业印章分类管理机制，企业印章保管和使用分离，通过印章保管人对印章使用人的监督确保以企业名义作出的行为符合公司利益。

（二）企业注册注意事项

关于企业注册。在企业注册过程中，应注意以下几个容易被忽略、不被重视，但在现实中往往会引起纠纷或给投资者带来意料之外的法律风险:

1.避免注册地与经营地不一致

实践中，民营企业出于经营成本或税收政策的考虑，企业注册地和实际经营地往往不一致，这也容易滋生法律风险，如容易出现债权债务履行地点不明确，遇诉讼事项时，可能涉及管辖法院、法律文书送达等问题。建议变更工商登记，将企业注册地址变更为经营所在地；设立分公司，即在经营所在地以外设立分公司；如涉及税收优惠，流转税可以在经营地缴纳，也可以由总公司汇算清缴，所得税由总公司汇算清缴；注册地址应有文书信函联络人，签收文书信函能够及时转发至企业经营所在地。

2.避免超经营范围经营

民营企业超经营范围经营，可能会导致行政处罚或经营合同无效，无法得到法律保护。每个企业都需要根据其业务来确认其经营范围。确定企业的经营范围时有几点需要注意:在确定经营范围时，不仅要考虑目前的业务与经营活动，也要考虑近期有计划开展或从事的业务与经营活动；不仅要考虑实际从事的业务与经营活动，还要考虑与该等实际业务与经营活动相关的或周边的业务与经营活动；关于业务经营范围的具体描述，工商登记部门有专门的规范用语，不能随意编写。

3.避免出现因企业设立不能时而产生的各类债务及责任

由于未能达到我国法律规定的成立要件、发起人未按期召开设立大会、创立大会作出不设立公司的决议等各种原因，导致企业的设立申请没有被审核批准。这种情况下，企业发起人要对企业设立行为所产生的债务和费用、应返还认股人的股款及同期利息、过失致企业利益损害等承担连带责任。建议发起人在签订设立协议的过程中，要尽量完善相关条款，提前做好各项防范。

（三）出资注意事项

私人出资是民营企业的资本来源。出资是投资者向企业投入的资本，是企业赖以生存的物质基础，是企业对外承担债务的前提，同时也是权益划分的依据来源。投资者应充分注意出资的法律风险，并加以防范。

1.避免出资形式选择不当。

出资形式选择不当，将导致企业的设立申请不被受理和批准、出资协议无效、向其他债权人承担无限清偿责任或有限补充清偿责任的法律后果。建议投资者在出资前对关于公司设立的法律规定进行全面的了解，或者借助专业机构的帮助，对出资资产进行严格的审核。现金出资要注意资金来源是否合法。外币出资的还要注意汇率折算。以房屋、土地使用权等非货币的出资，要注意及时办理产权转移手续。

2. 避免出资实际价额显著低于其出资时的评估价额等资产评估不实的情形。

出资实际价额显著低于其出资时的评估价额，可能导致评估结果不被有关机关认可，延误企业设立或者最终使企业设立不能等法律风险，甚至被公司债权人主张出资不实的责任。建议聘请有资质的机构进行评估；签署有效的作价认可协议。对于投资者而言，在资本认缴制度下，没有必要夸大注册资本，合理控制注册资本数额，减少股东应出资对企业产生的负债。在确定注册资本数额时，要考虑企业发展的实际需要、企业未来为取得某项资质可能需要的注册资本，以及企业与投资者的税务筹划，既不可盲目求大，也不可过于贪小。

3. 避免虚假出资。

虚假出资的法律后果是，虚假出资人要为自己的虚假行为向其他出资人承担违约赔偿责任、向公司承担补缴出资责任及赔偿责任、向公司债权人承担无限清偿责任或有限补充清偿责任等。建议严格遵守验资制度，在公司成立后，要设

立专门的账户保障公司资金的安全，并且严格监督资金的流向，防止股东抽逃资金；通过审计确定是否抽逃出资。审计由专业机构和专业人员审查，并由其签名和盖章；建立严格的公司内部管理制度。

4.避免以股权、债权出资的法律风险。

出资人单纯以其对第三人的债权出资、以对公司的债权出资、用限制的股权出资，容易导致出资无效、债权到期后无法实现、债权价值不合理估算等风险。出资人以股权出资的，建议确保：出资的股权由出资人合法持有并依法可以转让；出资的股权无权利瑕疵或者权利负担；出资人已履行关于股权转让的法定手续；出资的股权已依法进行了价值评估。出资人以债权出资的，在法律没有明确规定前，应尽量避免用于新设立的公司。出资人债转股增资的，确保债权应当符合下列情形之一：债权人已经履行债权对应的合同义务，且不违反法律、行政法规、国务院决定或者公司章程的禁止性规定；经人民法院生效裁判文书或者仲裁机构裁决确认；公司破产重整或者和解期间，列入经人民法院批准的重整计划或者裁定认可的和解协议。此外，如有可能，要求第三人提供担保。[7]

（四）相关案例

案例 1:关于抽逃出资的认定[8]

1.基本案情

[7]民营企业常见法律风险防范指引，http://jinanzy.sdcourt.gov.cn/jinanzy/376238/376211/5700985/index.html

[8]北京昌鑫建设投资有限公司（原北京昌鑫国有资产投资经营有限公司、北京昌鑫国有资产投资经营公司）等与北京弘大汽车空调散热器有限公司买卖合同纠纷执行裁定书，最高人民法院，（2014）执申字第 9 号

2006 年 6 月 9 日，昌鑫公司向弘大公司增资 2545 万元。该笔资金在完成验资、工商变更登记手续办结前，于 6 月 12 日转回昌鑫公司账户。昌鑫公司主张该笔转账是弘大公司偿还其在先合法债权，其早在 2004 年就通过受让工行昌平支行债权，成为弘大公司的债权人。案件进入执行程序后，潍坊中院、山东高院均认定昌鑫公司行为构成抽逃出资，裁定追加其为被执行人。昌鑫公司不服，向最高人民法院申诉。

2. 裁判结果

抽逃出资的认定需同时满足形式要件与实质要件。昌鑫公司对弘大公司存在合法在先债权，案涉资金流转是偿债行为，并非无真实债权债务关系的抽逃。该行为未损害弘大公司及债权人权益，昌鑫公司仅将债权转化为投资权益，未减少公司责任财产、降低偿债能力。本案虽符合抽逃出资的形式要件，但不满足“损害公司权益”的实质要件，不能认定为抽逃出资。最终最高人民法院裁定撤销山东高院、潍坊中院的相关裁定。

3. 典型意义

一是明确抽逃出资的认定标准，需同时具备形式要件和实质要件，缺一不可，不能仅依据资金流转表象判定。二是厘清合法债权清偿与抽逃出资的边界，存在真实合法在先债权的资金回流行为，不构成抽逃出资。

4. 案例来源

北京昌鑫建设投资有限公司（原北京昌鑫国有资产投资经营有限公司、北京昌鑫国有资产投资经营公司）等与北京

弘大汽车空调散热器有限公司买卖合同纠纷执行裁定书，最高人民法院，（2014）执申字第9号。

案例2：关于股东在认缴注册资本未到期前提下的公司债务清偿责任以及增资效力的认定[9]

1.基本案情

九易公司法定代表人及持股90%的股东为陈添福，公司初始注册资本30万元且已实缴。2017年5月，九易公司工商登记注册资本变更为100万元，陈添福需新增认缴63万元，出资期限为2037年7月6日。案涉股东会决议及公司章程签字经鉴定非陈添福本人所签，陈添福主张对增资不知情，认为该增资无效。九易公司与千嘉公司存在合同纠纷，九易公司无财产可供执行且未申请破产。千嘉公司申请追加陈添福为被执行人，要求其在未实缴63万元范围内承担责任。陈添福不服执行裁定，提起执行异议之诉。

2.裁判结果

九易公司无财产可供执行且具备破产原因但未申请破产，符合股东出资加速到期的例外情形，陈添福不能以出资期限未届满抗辩。工商登记具有公示公信力，千嘉公司作为善意第三人，基于对登记信息的信赖与九易公司交易，应受法律保护,陈添福作为法定代表人对公司负有管理责任，不能以股东会决议非本人签字、对增资不知情为由对抗外部善意债权人。法院最终判决驳回陈添福的诉讼请求。

3.典型意义

[9]陈添福与成都千嘉科技有限公司执行异议之诉，成都市双流区人民法院、成都市中级人民法院，（2020）川0116民初7268号、(2021)川01民终4901号

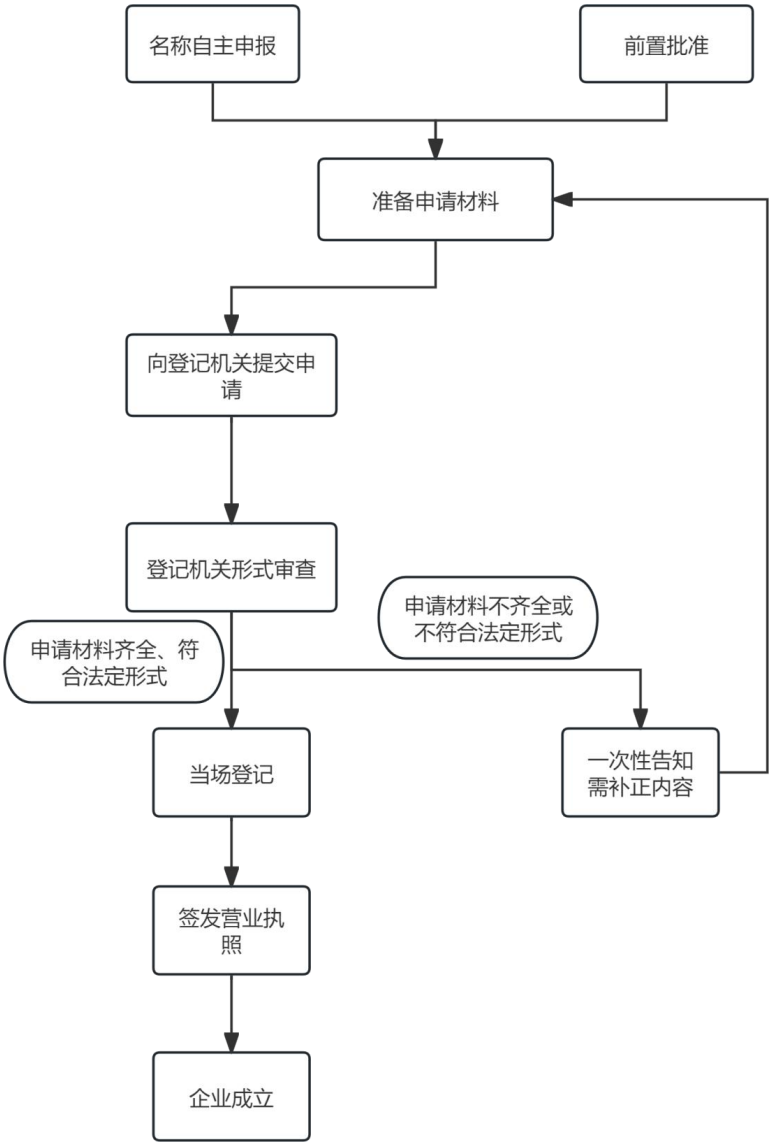
一是明确注册资本认缴制下出资加速到期的适用场景，公司具备破产原因但未申请破产时，股东出资期限利益丧失。二是强调工商登记的公示公信效力，外部善意第三人的信赖利益优先于公司内部争议。

4.案例来源

陈添福与成都千嘉科技有限公司执行异议之诉，成都市双流区人民法院、成都市中级人民法院，（2020）川 0116 民初 7268 号、(2021)川 01 民终 4901 号。

四、企业设立流程图

（一）设立流程图



（二）注意事项

1.名称自主申报

名称审核通过是申请设立企业的前置条件和必备环节。企业名称一般要求由“行政区划名称+字号+行业或者经营特点+组织形式”组成。

2.前置批准

经营范围中属于在登记前依法须经批准的许可经营项目，需在申请登记时提交有关批准文件。

3.申请资料

不同地区登记机关对于申请资料的要求和形式可能存在差异，通常登记机关有资料模板，可以按照对应模板准备。根据《中华人民共和国市场主体登记管理条例》，申请资料包括（一）申请书；　（二）申请人资格文件、自然人身份证明；（三）住所或者主要经营场所相关文件；（四）公司、非公司企业法人、农民专业合作社（联合社）章程或者合伙企业合伙协议；（五）法律、行政法规和国务院市场监督管理部门规定提交的其他材料。

4.登记设立后事宜

领取营业执照后，需要持营业执照刻制企业印章、开立银行账户、税务登记等。

第三章　民营企业内部运营管理及风险防范

第一节 内部风险

一、民营企业内部典型风险及成因概述

（一）典型风险

改革开放40年来，民营企业蓬勃发展，民营经济从小到大、由弱变强，在稳定增长、促进创新、增加就业、改善民生等方面发挥了重要作用，成为推动经济社会发展的重要力量。

民营企业是国民经济的基本单位之一，是市场经济活动的重要参与者。也正是因为市场经济活动的参与，民营企业不可避免地受到市场浪潮的冲击，在带动民营企业发展的同时，随之而来的还有各种各样不可避免的风险，在考验并打磨着民营企业。

目前，一些民营企业在经营发展中遇到不少困难和问题，这些困难和问题成因是多方面的，是外部因素和内部因素、客观原因和主观原因等多重矛盾问题碰撞的结果。其中，法律风险是民营经济在生产经营中必然要面对和防范的。因此，在民营企业的经营活动中，预知风险、提高风险的防控能力尤为重要。

通过本章内容的讲述，有利于民营企业加强内部自我风险防控，也有利于民营企业更好、更完善地自我管理，健康、科学、可持续发展，共同努力构建稳定、公平、透明的法治化营商环境。

（二）成因

企业在经营管理过程中发生法律风险的因素较为复杂，包括外部因素及内部因素。内部因素是解决问题的关键，首先控制内部风险，外部风险的发生概率也随之降低。因此，只有企业对法律风险内部因素有深刻的认识，才能找到预防法律风险工作中的不足，从而有的放矢地完成法律风险预防工作。[10]

1.对法律规定掌握不足

我国政府及各行业均设有相应的法律规定，社会公共问题亦受到法律规范的约束。这些法律规定会根据社会形态和经济发展态势进行适时调整。若企业对国家法律规定认识不全，在工作中便难以避免法律风险，也有部分企业知法犯法。企业主观的法律认识不足，为后续的法律问题滋生提供铺垫，因此，这也是导致企业遭遇法律风险的主要原因。

2.企业内部风险管理机制不健全

企业在经营管理过程中，采取有效的风险控制制度，有利于减少法律风险引发的诉讼事件，但多数企业在经营发展过程中将经济效益放在主要位置，对内部风险控制关注度不高，并未建设完善的法律风险防范系统。部分企业内部权力结构不清晰，在内部管理上没有强力的监督机制，加之人们对法律知识认识不足，导致法律风险防范建设并未跟随市场变化，引发一系列的法律问题[11]。比如，企业内部在合同审查过程中不严格，签订不合理的条款，企业对印章管控不严格，被他人盗用，这些均是潜在的法律风险，与企业内部控

[10]彭姝晨.浅析企业管理中存在的法律风险及其防范策略[J].法制与社会,2020(32):45-46.

[11]马丽娅·哈则孜别克．企业合同管理中的法律风险管理与防范策略探析[J]．法制与社会，2019(34):224-225.

制直接相关。

3. 在法律风险管理投入不足

企业应当树立防范思维，在法律风险管理过程中投入一定的人力、物力、财力，从而完善法律监督及管理工作，可以采取聘请公司律师、设置法务部门、聘请法律顾问等方式管控企业风险。

二、内部风险防控体系的构建

所谓企业内部法律风险，是指企业内部管理、经营行为、经营决策等因素引发的法律风险。由于引发因素是企业自身能够掌控的，所以企业内部法律风险是防范的重点。企业作为法律主体，经营管理中的一切事务和法律责任都必须相应承担，但是一些企业从决策、项目承揽、业务设计到计划、财务、人事、合同等，很多缺少严谨的制度，任何闪失都可能给企业的生存发展带来灾难性后果。因此，只有尽快提高企业防范法律风险的意识和能力，将一切经营风险主动控制在事前状态，才能保证企业的健康有序发展。

建立健全风险管控体系，可以有效规避、控制、解决企业运营过程中的各项风险问题，提高企业战略规划的执行力度。然而，当前阶段部分企业更注重经营效益的整体提升，对风险管理工作有所忽视，没有结合市场发展情况对风险控制机制进行调整，使得企业在发展决策、合同签订、投资管理、处置资产等重大经营项目中缺乏可靠的支持，提升了法律风险发生的可能性。针对该种情况，企业应从实际情况出发，及时转变风险防控理念，从侧重事后补救，到事前预防

与事中、事后控制并重，将防控关口前移并切实做到从源头上防范和控制法律风险，为企业的健康发展营造一个良好的法律氛围成为当务之急。从实践情况来看，在企业内部推进、普及现代风险防控意识仍需要多方努力。

第二节 民营企业内部经营指引

一、公司治理

（一）民营企业公司治理和合规管理的核心价值

民营企业公司治理与合规管理是企业的“免疫系统”，能有效识别经营中的法律风险。实践中民营企业因缺乏专业公司合规管理导致决策失误的案例比比皆是，不仅仅导致企业因违规操作面临处罚，更造成客户流失和商誉损毁。完善的公司治理和合规体系可降低法律纠纷成本，同时提升合作伙伴信任度，这在招投标、融资等关键环节尤为显著。

公司治理是指为了实现公司长期稳定发展，保护股东权益，提高公司价值，建立起一整套严谨、有效的管理体系和机制。良好的公司治理模式和框架能够促进公司的透明度和公平性，提高企业的竞争力和可持续发展性。

（二）公司治理的机构设置

股东会与董事会机构完善，建立协同机制。明确重大事项（如股权变更、重大投资）的决策机制和表决权比例要求。董事会下设各专门委员会，负责专项工作，权责清晰。

公司治理组织机构设计，建议设立独立合规部门或合规专员，直接向董事会或执行董事汇报。

（三）公司治理中的制度体系建设

民营企业常常出现管理制度的缺失，要形成完善的公司管理体系，需要对公司的管理制度进行体系化建设。包括股东会董事会决策制度、合同管理制度、劳动用工制度、财税管理制度、经营规范流程制度等。通过制度的体系化建设，形成规范，防范风险。

制度体系的建设应注重公司风险识别与分级。建立进行风险评估制度，建议以发生概率（高/中/低）和影响程度（严重/重大/一般）为维度，划分四级风险。例如，税务稽查风险属“高概率-严重”级，需每月自查；员工商业贿赂风险属“中概率-重大”级，需季度培训。

（四）公司文化培育

公司合规文化培育是公司治理的关键环节。通过公司文化培育建立和弘扬良好的企业文化和价值观，强调企业的社会责任和伦理道德，倡导诚信经营和可持续发展。建立从管理层到基层的渗透分层培训体系，构建正向激励和反向约束机制，正向激励：设立“合规标兵”奖，对主动上报合规风险（如发现合同条款漏洞）的员工给予奖金、晋升优先权。反向约束：明确违规后果，给予相适应的处罚（如财务人员虚开发票直接解雇并追究刑事责任；销售人员收受回扣给予扣减绩效。）

综上，民营企业公司治理与合规管理需以“业务导向、风险可控、文化渗透”为核心，通过治理结构优化、夯实制度建设等路径，构建与民营企业规模相适应的公司治理模式。

民营企业公司治理与合规管理是防范法律风险、提升市场竞争力的系统工程。

二、税务合规

（一）税务合规管理原则与核心框架

在现代经营环境中，企业要实现长久稳定发展，离不开对税务合规的持续重视与系统治理。税务合规不仅是遵守法律法规的底线，也是企业治理水平、风险管理能力和经营透明度的重要体现。建立健全的税务合规体系，可以降低税务违规风险、提升申报与结算的准确性、优化现金流与资本运作、提升对外信用与投资者信心。

税务合规管理是企业通过系统化手段防范涉税法律风险、提升税务管理效能的治理活动。其核心在于以企业经营管理行为和员工履职行为为对象，建立覆盖全流程的合规体系。根据国家税务总局 2025 年发布的《民营企业涉税领域合规指引 1.0 版》，合规管理需贯穿企业“从创办到退出”的全生命周期，通过正负面清单引导、自检工具赋能等方式，实现合规管理的可操作性和持续性。

（二）税务合规治理结构与职责分工

税务合规建设的第一步，是建立清晰的治理结构和职责分工。建议设立由高级管理层牵头的税务治理委员会，成员覆盖财务、法务、采购、信息技术和业务一线等相关部门，形成跨职能协作的工作机制。具体职责应包括：制定税务合规目标与风控标准、监督制度执行、定期评估税务风险、推

动税务信息化建设、对重大税务争议和筹划决策进行前期审议及后期追踪。

在日常运营中，必须确保关键岗位具备明确的岗位职责、权限及流程节点，并建立税务负责人、内控专员、数据管理员等角色的任职标准与交叉评审机制。在制度层面，应采用“应当/不得”等规范性表述来界定行为边界，确保各部门在交易策划、成本分摊、定价、采购及合同执行等环节均经过税务合规的前置评估与事后复核。通过这些措施，进一步完善税务制度与流程体系。

（三）税务合规制度体系建设

企业应建立系统化的税务合规制度，形成完整税务体系。包括以下:

1.税务合规手册：明确税种适用、申报口径、优惠政策边界、常见合规风险及处理原则，形成可执行的操作指引。

2.票据与发票管理制度：对开具、领取、验真、报销、存档、异常发票处理等环节设定流程、审批权限和留存期限，确保发票真实性与合规性。票据是税务合规的核心要素之一。要建立从开票权限、发票信息核对、税控设备管理、异常发票识别、电子发票与纸质票据的留存与报销衔接等全流程管理机制。对高风险环节，如增值税专用发票的验真、跨区域开票、跨月申报的票据对账等，设置专门的审查流程与快速处置机制。对发票异常、丢票、损毁等情况，制定应急处置流程，确保税务申报的时效性与准确性。

3.税务筹划与审批制度：提出“合规、审慎、可追溯”的筹划原则，对涉及税收优惠、税负优化、交易结构调整等重大事项进行事前评估、多方意见征求与合规性复核。

4.资料留存与档案管理制度：规定发票、合同、交易凭证、申报材料、审计材料等的留存期限、存放方式、访问控制及信息安全要求。

5.税务稽核与整改制度：明确自查、专员复核、部门联动、整改时限、复核效果评估等。

（四）建立系统的税务风险识别与评估机制

税务风险具有多维度、跨部门的特征，常见风险包括交易结构的合规性、价格与成本的合理性、增值税发票的真实性与合规性、税收优惠政策的适用边界、跨境交易的定价是否符合转让定价规则，以及信息系统与数据口径的统一性等。企业应建立以风险为导向的识别与评估机制，采用定期自评、内部稽核、外部咨询与主管部门沟通相结合的方式，建立风险矩阵和分级管理。

每个年度应设定核心税种的重点监控点，如增值税、企业所得税、个人所得税代扣代缴、印花税、地方教育附加等。对高风险领域，制定详细的控制措施和执行清单，明确谁负责、在何时完成、如何验证与留痕。定期开展自查自纠，对暴露的问题制定整改计划并跟进落地，形成持续改进的闭环。

（五）税务合规培训与文化

合规是系统工程，需在组织文化层面形成共识与自觉。应制定年度培训计划，覆盖新员工税务基础知识、重大税务

变化、跨境交易要点、票据与数据治理要求、内部控制与合规案例分析等内容。通过培训促使员工理解合规的重要性、掌握具体操作要点、提升风险识别能力。将合规表现纳入绩效考核与奖惩机制，形成“人人有责、事事有据、可追溯”的合规文化氛围。

通过定期数据分析与管理层评估，及时调整治理重点、优化资源配置，推动制度、流程、系统、人员的协同升级，确保税务合规体系与企业发展阶段相匹配。

三、信息安全与数据合规

（一）概述

随着数字经济的深度发展，数据已成为民营企业核心生产要素，但其在数据收集、存储、使用、传输等全流程中的合规风险也日益凸显。民营企业由于合规意识参差不齐、技术投入有限、专业人才匮乏等原因，信息安全与合规问题逐渐成为制约其健康发展的关键瓶颈。

我国的信息安全与合规的法律规制已形成以“三法一条例”为核心的完整体系。核心法律包括《中华人民共和国网络安全法》（以下简称《网络安全法》）、《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》）、《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）。重要行政法规包括 2025 年 1 月 1 日起施行的《网络数据安全管理条例》，对网络数据处理活动作出细化规定。此外，各地出台的《公共数据管理办法》、《数据出境安全评估办法》、《统计数据分类分级标准规范（2022）》等部门规章

和标准，共同构成了数据合规的具体操作依据。同时，《刑法》中关于侵犯公民个人信息罪、非法获取计算机信息系统数据罪等规定，为数据安全提供了行为规范指引。

民营企业在经营过程中面临的信息安全与合规风险贯穿数据全生命周期，主要集中在五个方面。一是数据分类分级缺失，未建立科学的数据资产梳理机制，核心数据与一般数据混同管理，导致安全防护资源错配。二是网络安全基础薄弱，未落实网络安全等级保护制度，系统存在高危漏洞未及时修补，易遭受网络攻击和数据泄露。三是个人信息处理不规范，存在过度收集、知情同意不充分、敏感信息未单独授权等问题，侵犯用户合法权益。四是数据流转合规性不足，向第三方共享数据未明确安全义务，跨境传输未履行安全评估程序。五是合规管理体系不完善，缺乏专门的数据合规团队和管理制度，应急响应能力薄弱，发生安全事件后处置不当扩大损失。

（二）数据分类分级与保护

数据分类分级是数据安全保护的基础前提，通过科学界定数据类别和安全等级，能够实现差异化、精准化的安全防护，避免“一刀切”导致的资源浪费或防护不足。

1.法律规定的义务

（1）分类分级义务：《数据安全法》第二十一条明确要求建立数据分类分级保护制度，国家数据安全工作协调机制统筹制定重要数据目录，各地区、各部门确定本行业、领域的重要数据具体目录。《网络数据安全管理条例》第五条

进一步规定，国家根据数据重要程度和危害后果对网络数据实行分类分级保护要求。

（2）重点保护义务：对列入目录的重要数据和核心数据，企业应当采取更严格的安全保护措施，包括制定专门的管理制度、实施加密存储、限制访问权限等。

（3）动态管理义务：数据分类分级并非一成不变，企业需根据业务发展、数据性质变化和外部风险动态，及时调整数据类别和安全级别。

2.常见问题

（1）未开展系统性分类分级：多数中小民营企业缺乏数据资产盘点意识，未组建专门工作小组，仅凭经验判断数据重要性，导致核心数据未被识别，安全防护流于形式。

（2）分级标准不科学：部分企业虽进行了分类分级，但未结合自身业务特点制定具体标准，照搬通用模板，出现“重要数据泛化”或“重要数据低估”的情况，影响防护效果。

（3）落地执行不到位：分类分级结果未有效嵌入业务流程，数据存储、访问、传输等环节未根据分级采取差异化措施，台账更新不及时，无法适应数据动态变化。

（4）第三方数据管理缺失：采购公共数据或接收第三方共享数据时，未核查数据来源的分类分级合规性，导致违规数据流入企业引发连带风险。

3.法律责任

（1）行政责任：违反数据分类分级保护义务的，根据《数据安全法》第四十五条，由有关主管部门责令改正，给予警告，可以并处五万元以上五十万元以下罚款；拒不改正或者造成大量数据泄露等严重后果的，处五十万元以上二百万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五万元以上二十万元以下罚款。

（2）民事责任：因未履行分类分级保护义务导致数据泄露、篡改，侵犯他人合法权益的，需承担停止侵害、消除影响、赔偿损失等民事责任。

（3）刑事责任：若因分类分级失职导致重要、核心数据或大量个人信息泄露，情节严重的，可能构成《刑法》第二百五十三条之一规定的侵犯公民个人信息罪，或第二百八十五条规定的非法获取计算机信息系统数据罪，相关责任人将面临刑事处罚。

4.合规措施建议

（1）构建分类分级工作体系：组建由法务、IT、业务部门代表组成的专项小组，制定符合自身业务的分类分级标准，明确数据类别（如业务数据、技术数据、管理数据、公共数据）和安全等级（核心数据、重要数据、一般数据）的具体判定依据。

（2）开展全面数据资产盘点：梳理企业全流程数据，包括内部生成数据、外部采购数据、用户提供数据等，填写

数据资产清单，明确数据来源、存储位置、处理方式、责任人等信息，形成分类分级台账并报管理层备案。

（3）实施差异化安全防护：核心数据采用加密存储、离线备份、严格访问控制等措施，仅限必要人员授权访问；重要数据实行定期备份、安全审计、访问日志留存；一般数据采取常规安全防护措施，合理配置资源。

（4）建立动态更新机制：每年至少开展一次分类分级复核，当业务发生重大变更、数据性质改变或出现新的安全风险时，及时调整数据类别和防护措施，确保台账实时准确。

（5）强化第三方数据管控：采购公共数据前，核查数据提供方的资质、数据脱敏处理情况及开放权限；与第三方合作共享数据时，在合同中明确数据分类分级结果和安全保护义务，定期监督履约情况。

（三）网络安全

网络安全是数据安全的基础保障，民营企业的网络系统作为数据存储和处理的载体，其安全防护水平直接决定数据安全的实现程度。

1.法律规定的义务

（1）网络安全等级保护义务：《网络安全法》第二十三条要求网络运营者按照网络安全等级保护制度的要求，履行安全保护义务，包括制定内部安全管理制度和操作规程，采取防范计算机病毒和网络攻击、网络侵入等技术措施，监测、记录网络运行状态和安全事件。根据《信息安全等级保

护管理办法》的要求，第二级（含）以上网络需到公安机关备案。

（2）安全漏洞与风险处置义务：《网络数据安全管理条例》第十条规定，发现网络产品、服务存在安全缺陷、漏洞等风险时，应立即采取补救措施，告知用户并向主管部门报告；涉及危害国家安全、公共利益的，需在24小时内报告。

（3）数据安全事件应急义务：《网络数据安全管理条例》第十一条规定，网络数据处理者应当建立健全网络数据安全事件应急预案，发生安全事件时立即启动预案，防止危害扩大，并按规定报告主管部门。

（4）第三方服务安全义务：为国家机关、关键信息基础设施运营者提供服务的，需履行更严格的安全保护义务，未经委托方同意不得访问、获取、泄露网络数据。

2.常见问题

（1）等级保护制度落实不力：部分民营企业认为“小系统无需等保备案”，未开展网络定级、备案、等级测评等工作，系统安全建设不符合国家标准。

（2）技术防护措施不足：未部署必要的防火墙、入侵检测、数据加密等技术设施，高危漏洞长期未修补，内部网络与外部网络缺乏有效隔离。

（3）内部管理混乱：员工账号权限分配不合理，离职员工权限未及时回收，存在弱密码、共用账号等问题，易引发内部数据泄露。

（4）应急响应能力薄弱：未制定应急预案或预案缺乏可操作性，未开展应急演练，发生网络攻击或数据泄露后无法及时处置，导致危害扩大。

（5）第三方安全管控缺失：委托第三方建设、运维信息系统时，未明确安全责任，未对第三方的安全资质和履约情况进行监督。

3.法律责任

（1）行政责任：违反网络安全保护义务的，根据《网络安全法》第六十一条，由有关主管部门责令改正，给予警告，可以处一万元以上五万元以下罚款；拒不改正或者导致危害网络安全等后果的，处五万元以上五十万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。关键信息基础设施运营者违规的，处罚幅度可达十万元以上一百万元以下。

（2）民事责任：因网络安全漏洞导致他人数据泄露或合法权益受损的，需承担民事赔偿责任。根据《民法典》第一千一百九十七条，网络服务提供者未尽到相关义务，导致网络用户侵害他人权益的，将承担连带赔偿责任。

（3）刑事责任：企业明知他人利用网络实施犯罪仍为其提供技术支持，情节严重的，可能构成《刑法》第二百八十七条之二规定的帮助信息网络犯罪活动罪，相关责任人将被追究刑事责任。

4.合规措施建议

（1）严格落实等级保护制度：按照网络安全等级保护相关国家标准，对企业信息系统进行定级，第二级及以上系统及时向公安机关备案，定期开展等级测评，根据测评结果整改安全隐患。

（2）强化技术防护能力：部署防火墙、入侵检测与防御系统、数据加密设备等安全技术产品，采用加密算法对敏感数据进行加密存储和传输；建立漏洞管理机制，定期开展漏洞扫描和修补，重点关注高危漏洞。

（3）规范内部安全管理：建立账号权限管理体系，实行最小权限原则，为员工分配唯一账号并定期更换密码；加强员工安全培训，提高防范钓鱼邮件、恶意软件的意识；规范员工离职流程，及时回收访问权限。

（4）完善应急响应机制：制定网络安全事件应急预案，明确应急组织架构、处置流程、责任分工；定期开展应急演练，提升实战处置能力；发生安全事件后，按规定时限向主管部门报告，同时采取措施防止危害扩大。

（5）加强第三方安全管控：选择具备相应安全资质的第三方服务商，在合同中明确网络安全责任、数据保护义务和违约责任；对第三方的服务过程进行安全监督，定期开展安全评估。

（四）个人信息保护

个人信息作为民营企业经营中最常接触的敏感数据类型，其保护水平直接关系到员工的合法权益、用户信任和企业声誉，也是监管执法的重点领域。

1.法律规定的义务

（1）基本原则遵循义务：处理个人信息应当遵循合法、正当、必要和诚信原则，公开透明原则，确保信息质量原则和安全保障原则，不得过度收集个人信息。

（2）知情同意义务：处理个人信息需向个人充分告知处理目的、方式、范围等事项，取得个人同意；处理敏感个人信息需取得单独同意，处理不满十四周岁未成年人个人信息需取得监护人同意。

（3）安全保护义务：采取分类管理、加密、去标识化等安全技术措施，合理确定操作权限，定期开展安全教育培训，防范个人信息泄露、篡改、丢失。

（4）个人权利保障义务：保障个人行使查阅、复制、更正、补充、删除、限制处理等权利，提供便捷的行使途径，不得设置不合理条件限制个人合理请求。

（5）合规审计与风险评估义务：定期开展个人信息处理合规审计，处理敏感个人信息前需进行个人信息保护影响评估并记录。

2.常见问题

（1）知情同意不规范：隐私政策冗长晦涩、隐藏重要条款，采用“一揽子同意”“默认同意”等方式获取授权，未明确告知数据处理的具体范围和用途。

（2）过度收集个人信息：超出业务必要范围收集与服务无关的信息，如APP要求提供手机号、身份证号等核心信息但未说明必要性，或强制获取位置信息、通讯录等权限。

（3）敏感信息保护不足：处理生物识别、医疗健康、金融账户等敏感个人信息时，未取得单独同意，未采取专门的安全保护措施。

（4）个人权利响应滞后：未建立便捷的权利行使渠道，对用户的信息查询、删除请求推诿拖延，或设置繁琐的验证流程。

（5）委托处理与共享违规：委托第三方处理个人信息时未签订安全协议，未对第三方进行监督；向第三方共享个人信息时未告知用户并取得同意。

3.法律责任

（1）行政责任：违反个人信息保护义务的，根据《个人信息保护法》第六十六条，由相关主管部门责令改正，给予警告，没收违法所得；拒不改正的，并处一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。情节严重的，处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，可责令暂停相关业务或吊销营业执照。

（2）民事责任：侵犯个人信息权益的，需承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等责任。造成严重后果的，被侵权人有权请求惩罚性赔偿。

（3）刑事责任：违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，构成《刑法》第二百五十三条之一规定的侵犯公民个人信息罪，最高可处七年有期徒刑，并处罚金。

4.合规措施建议

（1）规范个人信息收集行为：遵循“最小必要”原则，仅收集实现业务目的所必需的个人信息，明确收集范围并向员工、用户说明必要性；采用清晰易懂的语言制定隐私政策，突出告知核心内容，提供单独同意选项，禁止强制授权。

（2）强化敏感信息特殊保护：建立敏感个人信息专门管理机制，处理前进行风险评估，取得用户单独同意；采用加密存储、严格权限控制等强化保护措施，避免敏感信息泄露。

（3）完善个人权利保障机制：设立便捷的权利行使渠道，如在线申请入口、客服专线等，明确响应时限；简化验证流程，及时受理用户的查询、更正、删除等请求，并做好记录。

（4）规范委托处理与共享行为：委托第三方处理个人信息时，签订书面协议，明确处理范围、期限和安全义务，定期监督第三方履约情况；向第三方共享个人信息前，告知用户共享的目的、接收方等信息并取得同意，禁止超范围共享。

（5）加强内部合规管理：指定个人信息保护负责人，定期开展合规审计和员工培训；建立个人信息保护影响评估制度，对高风险处理活动进行评估并记录；定期开展安全检测，及时发现和整改安全隐患。

（五）典型案例

案例 1：江苏公安机关侦办的某短信平台未采取技术防

护措施被网络攻击案（摘自：公安部“护网—2025”专项工作 6 起行政执法典型案例）

1.案情简介

2025 年 5 月，江苏苏州吴江某公司建设的短信群发系统被攻击冒用，并发送诈骗短信 27000 余条。江苏公安机关网安部门查明因相关短信群发平台未进行等保备案测评，未采取技术防护措施，导致被犯罪嫌疑人攻击控制，短信服务被冒用滥发。当地公安机关已依法对该系统建设运维方予以行政处罚并责令限期改正。犯罪嫌疑人已依法另案处理。

2.典型意义

网络安全等级保护制度是法律要求，是维护国家网络空间主权的关键，是保障公共服务稳定的基础，是降低企业安全风险、保护权益的必要措施。网络运营者通过开展等级保护工作可以发现系统内部的安全隐患与不足之处，可提升系统的安全防护能力，降低被网络攻击的风险。

案例二：上海某科技有限公司违法违规收集人脸信息案（摘自：网信中国 2025.9.16 国家网信办近期网络安全、数据安全、个人信息保护相关执法典型案例）

1.案情简介

该公司运营的自动售货机在用户支付环节，存在未经用户同意收集人脸信息的问题。同时，该公司未建立个人信息保护影响评估制度，且相关系统存在 SQL 注入高危漏洞。该行为违反了《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和

国个人信息保护法》等规定。属地网信办依法责令其改正，并予以警告处罚。

典型意义

人脸信息属于生物识别信息，是敏感个人信息。人脸、指纹、基因，都属于“敏感个人信息”。《个保法》规定，处理这些信息必须取得个人的“单独同意”，并且要有“充分的必要性”，并同步告知处理目的、方式等。处理敏感个人信息、利用个人信息进行自动化决策等场景，必须事前开展个人信息保护影响评估（PIA）

案例三:员工被针对性监控后打伞抗议案(2022)沪 0117 民初 10875 号

（1）案情简介

原告（用人单位）在被告（员工）工位的正上方安装了一个摄像头。该摄像头的监控范围仅限于该员工个人的工位，无法覆盖完整的办公区域，因此具有明显的针对性。员工认为此举侵犯其个人隐私，多次与公司沟通要求拆除，但均遭拒绝。为表达抗议和自我保护，该员工在上班期间采取了打伞的行为，以规避摄像头的监控。公司随后以该员工“不服从工作安排、不听从上级指令”为由，对其作出了记过处分。双方由此发生争议，并诉至法院。

法院认定公司对员工作出的记过处分缺乏依据，不予支持。

（2）裁判理由

一是监控行为超出合理限度。法院认为，用人单位虽有权基于用工安全和管理需要对工作场所进行监控，但本案中，原告安装的摄像头位置特殊（位于被告正上方），且监控范围仅针对被告一人，无法覆盖公共办公区。这表明其安装目的并非出于一般的办公区域安全管理，而是对特定员工的持续性、针对性监视，明显超出了管理的合理限度，构成了对员工人格尊严的不当干预。

二是员工打伞行为具有合理性。在人格尊严受到侵害且多次沟通无果的情况下，员工采取打伞的方式进行消极抵抗，是其维护自身权益、表达不满的合理方式。该行为是对公司不当管理行为的反应，具有可谅解的原因。

三是公司处分决定不当。公司未能反省自身管理行为的失当，反而以员工打伞的行为“不服从工作安排”为由进行处分，该决定缺乏事实与法律基础，法院不予认同。

（3）典型意义

为平衡企业管理权与员工隐私权，规避法律风险，企业应建立以“合法、正当、必要、透明”为核心原则的合规体系：遵循目的正当性原则，监控必须有明确、合理且合法的商业目的，如保障网络安全、防范数据泄露、调查员工严重不当行为等。遵循范围最小化与手段适度原则，对于监控范围，监控设备应主要安装在公共区域（出入口、通道），严禁覆盖更衣室、卫生间等私密空间。电子监控应针对公司资产（办公电脑、企业邮箱），避免触及私人通讯。企业要履行全面告知义务，必须通过《员工手册》《电子资源使用政

策》或独立的《员工个人信息处理政策》，明确、清晰地告知员工：一是监控目的、范围（何种设备、何种数据）与期限；二是个人信息处理种类、目的、合法性基础及存储时间；三是员工如何行使其个人信息权利。

数据安全与合规已成为民营企业生存发展的必修课，不仅关系到企业自身的合法权益和核心竞争力，更直接影响数字经济的健康发展。民营企业需建立“合规先行”的经营理念，将数据安全与合规要求嵌入业务全流程，通过完善分类分级保护、强化网络安全防护、规范个人信息处理、健全合规管理体系，系统性防范数据安全风险。随着监管体系的不断完善和执法力度的持续加大，民营企业的数据合规工作任重道远。唯有主动适应法律规制要求，平衡数据利用与安全保护的关系，才能在数字经济浪潮中实现可持续发展。

附：民营企业数据合规自查清单（参考）

一、基础合规管理体系

序号	核查类别	具体核查要点	法律依据/参考标准
1.1	制度建设	1.是否制定《数据安全管理制度》《个人信息保护管理办法》等核心制度 2.制度是否覆盖数据全生命周期各环节 3.制度是否根据法规更新同步修订（如《网络数据安全管理条例》）	《数据安全法》第27条、《个人信息保护法》第51条
1.2	组织架构	1.是否明确数据安全负责人、个人信息保护负责人及责任部门（法务/IT/业务协同）2.关键岗位是否配备合	《数据安全法》第27条、《个人信息保护法》第52条

序号	核查类别	具体核查要点	法律依据/参考标准
		规专员 3.员工数据安全职责是否写入岗位说明书	
1.3	合规培训	1.是否开展全员数据合规培训（每年不少于 1 次）2.新员工是否进行岗前合规考核 3.培训内容是否涵盖法规要求与典型案例	《个人信息保护法》第 51 条
1.4	合规审计	1.是否每季度开展数据处理合规自查 2.是否每年委托第三方进行独立合规审计 3.审计问题是否形成整改闭环	《个人信息保护法》第 54 条

二、数据分类分级保护

序号	核查类别	具体核查要点	法律依据/参考标准
2.1	资源盘点	1.是否完成全量数据资产梳理（含内部数据、第三方数据、云端数据）2.是否建立数据资产清单（明确来源、存储位置、责任人）3.清单是否覆盖业务系统、员工终端、合作方交互数据	《数据安全法》第 21 条、《数据安全技术数据分类分级规则》
2.2	分级分类	1.是否按“核心-重要-一般”三级划分数据等级 2.是否识别并标注重要数据（对照行业目录）3.个人信息是否单独分类并标注敏感信息亚型	《数据安全法》第 21 条、《网络数据安全管理条例》第 5 条、《数据安全技术数据分类分级规则》
2.3	动态管理	1.分类分级结果是否每年复核更新 2.业务变更时是否同步调整数据等级 3.数	《数据安全技术数据分类分级规则》

序号	核查类别	具体核查要点	法律依据/参考标准
		据发生合并、变更时，分类分级是否进行了动态调整更新	
2.4	差异化防护	1.核心数据、重要数据是否采取加密存储、离线备份、访问权限管控等措施 2.一般数据是否采取基础防泄漏措施 3.重要数据的处理者是否每年度对其网络数据处理活动开展风险评估并报告	《数据安全法》、《网络数据安全管理条例》第 33 条

三、网络安全基础防护

序号	核查类别	具体核查要点	法律依据/参考标准
3.1	等级保护落实	1.网络系统是否完成定级（二级及以上需备案）2.是否取得等保备案证明及测评报告 3.测评问题是否限期整改	《网络安全法》第 23 条、《网络安全等级保护基本要求》
3.2	技术防护	1.是否部署防火墙、入侵检测/防御系统 2.敏感数据传输是否采用加密技术（如国密算法）3.服务器是否定期进行漏洞扫描（每月至少 1 次）4.留存相关的网络日志不少于六个月	《网络安全法》第 23 条、《数据安全法》第 27 条
3.3	权限管理	1.是否实行“最小权限”原则分配账号 2.离职员工权限是否 24 小时内回收 3.重要、核心数据访问是否采用多因素认证	《网络安全法》第 23 条

序号	核查类别	具体核查要点	法律依据/参考标准
3.4	第三方管控	1.外包服务商是否具备安全资质 2.合同是否明确网络安全责任与数据保密义务 3.是否对第三方进行安全评估	《网络安全法》第23条、《数据安全法》第27条

四、个人信息保护专项

序号	核查类别	具体核查要点	法律依据/参考标准
4.1	收集环节	1.隐私政策是否清晰易懂（避免冗长晦涩）2.是否遵循“最小必要”原则（无无关信息收集）3.敏感信息是否取得单独同意（如生物识别信息）	《个人信息保护法》第6条、第29条
4.2	存储与处理	1.个人信息是否与非必要系统隔离存储 2.超过存储期限是否自动删除 3.处理前是否完成个人信息保护影响评估（PIA）	《个人信息保护法》第19条、第55条
4.3	个人权利保障	1.是否提供便捷的查询/更正/删除渠道 2.权利请求是否在15日内响应 3.是否存在拒绝合理请求的情形	《个人信息保护法》第45-47条
4.4	共享与委托	1.向第三方共享是否取得用户同意 2.委托处理是否签订安全协议 3.是否对第三方处理活动进行监督 4.向其他网络数据处理者提供、委托处理个人信息和重要数据的处理情况记录，应当至少保存3年	《个人信息保护法》第22条、第23条 《网络数据安全管理条例》第12条

五、数据流转全流程管控

序号	核查类别	具体核查要点	法律依据/参考标准
5.1	内部流转	1.跨部门传输敏感数据是否有审批流程 2.员工外发数据是否经过内容审计 3.移动设备存储数据是否加密	《数据安全法》第27条
5.2	外部共享	1.共享数据是否进行脱敏/去标识化处理 2.共享协议是否明确数据使用范围与期限 3.是否留存共享记录（至少3年）	《网络数据安全管理条例》第18条
5.3	跨境传输	1.重要数据出境是否进行安全评估 2.个人信息出境是否完成安全评估或个人信息保护认证以及标准合同要求 3.是否留存跨境传输日志	《数据安全法》第31条、《个人信息保护法》第41条、《数据出境安全评估办法》、《个人信息出境标准合同办法》
5.4	销毁环节	1.电子数据销毁是否达到“无法恢复”标准 2.废弃设备是否物理销毁存储介质 3.销毁过程是否有全程记录	《数据安全法》第27条

六、应急响应与风险处置

序号	核查类别	具体核查要点	法律依据/参考标准
6.1	预案建设	1.是否制定数据安全事件应急预案 2.预案是否明确分级响应流程（一般/较大/重大）3.是否涵盖用户告知与部门报告要求	《网络数据安全管理条例》第11条

序号	核查类别	具体核查要点	法律依据/参考标准
6.2	应急演练	1.是否每半年开展1次应急演练 2.演练是否覆盖数据泄露、系统瘫痪等场景 3.是否形成演练评估报告并整改	《网络数据安全管理条例》第11条
6.3	事件处置	1.发生泄露是否上报主管部门 2.是否及时告知受影响用户 3.是否留存处置记录	《个人信息保护法》第57条
6.4	风险评估	1.重要数据是否每年开展风险评估 2.评估是否涵盖技术漏洞与管理缺陷 3.评估报告是否报送监管部门	《数据安全法》第30条

四、反舞弊机制建设与合规管理

（一）企业反舞弊合规管理的必要性

在企业的运营过程中，舞弊行为严重威胁着企业的健康发展。一方面损害企业利益，包括资产的流失，比如资金被挪用、资产被侵占等，另一方面破坏企业的内部管理秩序，让规章制度如同虚设。

（二）舞弊行为的界定与常见类型

舞弊行为是指企业员工或外部合作方，为谋取不正当利益，故意违反企业规章制度、法律法规及商业道德，采取欺骗、隐瞒、虚报、挪用、侵占等手段，损害企业利益、股东利益或第三方合法权益的行为。常见舞弊行为如下:

1.财务舞弊：包括虚报费用（如伪造发票报销、虚增差旅费用等）、挪用资金（擅自将企业资金转入个人账户或用

于非业务用途）、侵占资产（如盗取企业现金、存货、固定资产等）、编制虚假财务报表（虚增收入、虚减成本以粉饰业绩）、设立“小金库”（截留企业收入、隐瞒资金收支）等。

2.业务舞弊：涵盖商业贿赂（向客户、供应商或公职人员支付回扣、礼金、有价证券，或提供旅游、宴请等不正当利益以获取业务机会）、利益输送（与关联方进行不公平交易，将企业利益转移至个人或关联方控制的单位）、内幕交易（利用企业未公开的经营、投资、财务等内幕信息，为个人或他人谋取利益）、串标围标（与竞争对手串通，操纵招投标流程以获取项目）、泄露商业秘密（将企业核心技术、客户信息、报价策略等商业秘密泄露给竞争对手或第三方）等。

3.管理舞弊：包括滥用职权（利用职务便利为个人或他人谋取利益，如违规审批、干预采购/人事决策）、任人唯亲（在招聘、晋升中优先任用亲属或关系人，破坏公平竞争环境）、虚报业绩（夸大工作成果、隐瞒工作失误，骗取绩效奖励或晋升机会）、违规决策（未经授权或未履行合规审批流程，擅自决定重大投资、合作等事项，导致企业损失）等。

（三）反舞弊合规管理的核心制度建设

反舞弊需要明确的行为准则，企业要制定详细的员工行为准则，明确规定哪些行为是被允许的，哪些是禁止的。常见制度包括《反舞弊管理制度》：明确反舞弊工作的目标、

原则、组织架构、职责分工、舞弊行为界定、举报流程、调查程序、处理措施及责任追究机制。《廉洁从业管理制度》：规定员工在工作中的廉洁义务，禁止商业贿赂、利益冲突申报、保密义务等，明确违规行为的处罚标准。《财务管理制度》：强化资金管理、费用报销、资产管理等环节的管控，明确财务审批流程，设置财务监督机制，防范财务舞弊。《采购管理制度》：规范采购流程，包括供应商遴选、招标采购、合同签订、验收付款等环节，防止采购过程中的利益输送、围标串标等行为。《举报与调查管理制度》：明确举报渠道（如举报电话、邮箱、信箱等），规定举报受理、调查取证、结果反馈的流程，保障举报人安全。

（四）反舞弊组织架构的搭建

设立独立的反舞弊牵头部门：根据企业规模，可在法务部、审计部下设反舞弊专项小组，或成立独立的反舞弊合规部，负责统筹反舞弊工作，包括制度修订、培训组织、举报受理、调查协调等。工作目标为监督企业运营全流程的合规性，调查涉嫌舞弊的异常行为，处理已确认的违规事项。相关岗位人员应该具备相应的专业知识和技能，能够独立执行监督任务，并对发现的问题及时采取相应的措施。

（五）反舞弊合规文化建设与培训

在企业内部营造诚信的文化氛围，让诚信成为企业的核心价值观之一。通过宣传诚信事迹、表彰诚信员工等方式，让员工感受到诚信的重要性。加强员工的道德教育，培养员

工的职业道德和社会公德。让员工明白，只有遵守道德规范，才能在企业中立足，才能获得长远的发展。

定期组织全体员工学习反舞弊相关制度，通过新员工入职培训、季度/年度合规培训、案例分享会等形式，确保员工理解舞弊风险及后果；对关键岗位（如财务、采购、销售、管理层）开展专项培训，强化风险意识。

具体方式可以通过企业内网、公众号、宣传栏等渠道，定期发布反舞弊案例、合规知识、制度解读等内容；在员工手册、劳动合同、合作协议中明确反舞弊要求，将反舞弊文化融入企业日常经营管理的各个环节，让廉洁合规成为员工的行为习惯。

企业反舞弊机制建设是一项长期而艰巨的任务。它关系到企业的生存和发展，关系到每一位员工的切身利益。通过完善制度体系、建立有效的监督机制、加强培训与教育以及建设良好的企业文化等措施，可以有效地预防和发现舞弊行为，保护企业的利益。在建设过程中，要不断总结经验教训，及时解决出现的问题，确保反舞弊机制的有效运行。只有这样，企业才能在健康的轨道上持续发展，在激烈的市场竞争中立于不败之地。

总之，有效防控企业内部舞弊行为是每个企业都需要重视和积极应对的问题。通过建立明确的制度和规范、加强内部控制、加强监督和内部检查、建立奖惩制度和合理的激励机制，企业可以有效地减少内部舞弊风险，保护企业的利益和良好的声誉，促进企业的可持续发展。

第三节 劳动人事

按照《劳动法》《劳动合同法》等法律法规的规定，保护劳动者合法权利、建立符合社会主义市场经营需要的劳动用工制度，构建和谐稳定的劳动关系，是我国劳动立法的重要目的。民营企业在日常劳动用工管理中，应尤为重视劳动用工问题，实现合法合规用工，降低劳动用工风险，保障劳动者合法权利，并维护本单位正常用工秩序。因此，围绕民营企业劳动用工中涉及的问题和法律基本要求，我们制定以下指引内容:

一、劳动合同法律问题

劳动合同是指劳动者与用人单位依法确立劳动关系，明确双方权利义务的协议。

《劳动合同法》第十条中规定，建立劳动关系应当订立书面劳动合同。已建立劳动关系，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

企业招用员工，与劳动者建立劳动关系，必须与劳动者签订劳动合同，这是法律的强制性规定。

（一）订立劳动合同的基本法律要求

1.主体资格合法

根据《劳动合同法》的规定，用人单位包括中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位以及与劳动者建立劳动关系的国家机关、事业单位、社会团体等。同时，依据《劳动合同法实施条例》第三条，依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会，也属于劳动合

同法规定的用人单位。

依据《劳动法》第二条的规定，用人单位是依法成立的各类企业、个体经济组织、实行企业化管理的事业组织以及与在国家行政编制外录用的工勤人员建立劳动合同关系的国家机关、事业组织、社会团体（以下简称用人单位）。

《劳动合同法》第九十三条规定，对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

2. 内容合法

依据《劳动法》第十七条的规定，劳动合同的内容不得违反法律、行政法规的规定。根据《劳动合同法》第二十六条，一方当事人采取欺诈、胁迫方式订立劳动合同，或者劳动合同内容违反法律、行政法规强制性规定，免除用人单位法定责任、排除劳动者权利的劳动合同无效或部分条款无效。

3. 平等协商原则

《劳动合同法》第三条规定，用人单位与劳动者订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。

4. 书面形式

《劳动法》第十九条要求所有的劳动合同均以书面形式订立，《劳动合同法》第十条进一步强化了劳动合同的书面形式：

①用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。建立劳动关系应当订立书面劳动合同。

②已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

有一种例外的情况需要注意，即根据《劳动合同法》第六十九条，非全日制用工可以订立口头协议。

《劳动合同法实施条例》第五条、第六条和第七条对未订立书面劳动合同的情况做了更加详细的规定:

①自用工之日起一个月内，经用人单位书面通知后，劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，无需向劳动者支付经济补偿，但是应当依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬。

②用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当依照《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，并与劳动者补订书面劳动合同；劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的，用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系，并依照《劳动合同法》第四十七条的规定支付经济补偿。

③用人单位自用工之日起满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，自用工之日起满一个月的次日至满一年的前一日应当依照《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，应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

5.试用期

《劳动合同法》根据劳动合同期限规定试用期期限，具体期限规定如下:

①劳动合同期限三个月以上不足一年的，试用期不得超过一个月;

②劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月;

③三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同试用期不得超过六个月。

需要注意的是，根据《劳动合同法》第十九条第三款，以完成一定任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。根据《劳动合同法》第七十条，非全日制用工不得约定试用期。

6.违约金限制

只有以下情形用人单位可以与劳动者约定由劳动者承担的违约金:

①用人单位出资对劳动者进行专项技能培训，与劳动者签订协议约定服务期，可以约定劳动者违反服务期约定的，向用人单位支付违约金，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;

②用人单位与本单位高级管理人员、高级技术人员或者负有保密义务的劳动者在劳动合同中约定保密义务，或者另行签订保密协议，并可以签订竞业限制协议（或者在劳动合同中约定竞业限制义务），约定劳动者在劳动合同解除或终

止后负有竞业限制义务，劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

根据《劳动合同法》第二十五条，除上述情形之外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担的违约金。

根据《〈中华人民共和国劳动合同法〉宣传提纲》，除以上两种情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担的违约金，或者以赔偿金、违约赔偿金、违约责任金等其他名义约定由劳动者承担违约责任。对于约定由用人单位承担的违约金，《劳动合同法》没有作出禁止性规定。

7.劳动合同应由双方完成签署

根据《劳动合同法》第十六条，劳动合同由用人单位与劳动者协商一致，并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章，完成签署后生效。

8.不得要求劳动者提供担保及扣押身份证明

根据《劳动合同法》第九条，用人单位招用劳动者，不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。

此外，《劳动合同法》第八十四条进一步规定，用人单位违反本法规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。

用人单位违反本法规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人五百元以上二千元以下的标准处以罚款；给劳动者造

成损害的，应当承担赔偿责任。

劳动者依法解除劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

对此，原劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第二十四条即规定，用人单位在与劳动者订立劳动合同时，不得以任何形式向劳动者收取定金、保证金（物）或抵押金（物）。对违反以上规定的，应按照劳动部办公厅《对“关于国有企业和集体所有制企业能否参照执行劳部发[1994]118号文件中的有关规定的请示”的复函》的规定，由公安部门和劳动行政部门责令用人单位立即退还给劳动者本人。[12]

（二）企业经营中有关劳动合同的法律风险

1.不规范签订劳动合同的法律风险

我国《劳动合同法》除第十七条规定应当具备签订劳动合同的必备条款外，还在第八十一条规定，用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。第八十二条规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。第十四条第四款规定，用人单位自用

[12]《上海劳动法实务完全指南》，姜俊禄等，金杜律师事务所。

工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

2.合同履行与变更风险

劳动合同履行期间的法律风险。劳动法规定用人单位应严格遵循劳动合同条款与要求，依法向劳动者及时足额支付劳动报酬。若用人单位拖欠或未向劳动者足额支付报酬时，劳动者可以申请劳动争议仲裁，也可以依据用人单位出具的欠付工资的凭证向当地人民法院申请支付令。经营管理期间，企业若存在拖欠或未足额支付劳动者报酬、强迫劳动者加班或强令冒险作业等行为时，劳动者有权提出解除劳动合同并要求用人单位支付经济补偿，用人单位还应按照法律规定承担相应的法律责任。

变更劳动合同的风险。劳动者与用人单位协商一致时，劳动合同内容可以依法变更，且采用书面修改方式，若没有采用书面形式，还会可能承担劳动合同变更不能生效的法律风险。

3.劳动合同解除风险

解除劳动合同的法律风险。合同法明确规定用人单位解除劳动合同的几种基本情况，当企业在解除劳动合同时没有严格遵循法律、行政法规规定进行，则属于违法解除劳动合同。

终止劳动合同的法律风险，合同法明确提出终止合同的几种情形，除法律、行政法规规定外，不得约定劳动合同终止的情形。

4.企业规章制度风险

企业应在结合自身实际情况的基础上制订，且遵循内容合法、民主程序制订以及公示等基本要求，以便作为确立当事人权利义务的依据。

（三）企业关于劳动合同法律风险防范

1.不得与员工签订空白劳动合同

企业应将需与员工协商确定的内容以固定方式在劳动合同确定后，再交由员工签订，避免在劳动合同中的出现空白内容。企业可针对需求量大、流动性强的岗位专门制定相应的劳动合同，届时只需由员工本人在劳动合同中填上员工的个人信息（姓名、身份证号码、住址、联系方式）以及在合同落款处签字即可。企业应当将签订完成后的劳动合同交予员工一份，并由员工在企业留存的那一份劳动合同中写上“本劳动合同一式两份，其中一份本人已签字并取走”等字样并签名和记载签名日期。

并且，在合同订立过程中应严格遵循合法、公平、公正的基本原则，做到协商后确定，在订立、变更、解除以及终止合同时应尽量采用书面形式。其次，企业应严格根据劳动合同法的相关规定确定试用期及工资待遇。当合同以完成一定工作任务或期限不满三个月时，不设置试用期。试用期间，应根据规定设置劳动者工资，不得低于合同约定工资的 80%或本单位相同岗位最低工资，并且不得低于用人当地最低工资标准。

2.调整先上岗后签合同的做法，及时签署劳动合同

企业应将先上岗后签合同的做法调整为员工入职同时签合同，以避免因事实劳动关系持续时间超过一个月后，员工主张双倍工资的风险。如果员工入职超过一个月未订立书面劳动合同的，用人单位应当与劳动者补签劳动合同。[13]

3.合法解除、终止劳动合同

用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。

在符合劳动合同法规定的其他情形时，用人单位可以按照劳动合同法规定的事由和程序解除与劳动者的劳动合同。

用人单位解除与劳动者签订的劳动合同，应当具有相应的依据。用人单位因劳动者严重违反规章制度解除劳动合同的，还应当具有明确的规章制度（奖惩制度）、劳动纪律等依据。

用人单位发生严重生产经营困难等《劳动合同法》第四十一条规定情形的，需要一次性裁减人员超过20人，或者虽未超过20人但达到本单位员工总人数10%以上的，应当提前30日向全体员工或者工会说明情况，制定裁减人员方案，并听取工会或者员工意见，经报告劳动行政部门后，与员工解除劳动合同。

出现《劳动合同法》第四十四条规定情形的，用人单位与员工签订的劳动合同终止。

用人单位按照《劳动合同法》第三十九条、第四十条规定解除劳动合同的，应当在解除劳动合同前将解除劳动合同的理由告知工会，工会提出意见的，用人单位应当予以研究

[13]周洪波.企业不规范签订劳动合同的法律风险[J].上海企业,2020(11):80-81.

并答复处理结果。

员工存在《劳动合同法》第四十二条规定情形的，用人单位不能按照劳动合同法第四十条、第四十一条规定解除劳动合同；若员工存在此类情形，但双方签订的劳动合同期限届满的，劳动合同期限相应的顺延至相应情形消失。

解除或者终止劳动合同的，用人单位应当在解除劳动合同时向员工出具解除、终止劳动合同的证明。按照《劳动合同法实施条例》第二十四条的规定，解除、终止劳动合同证明应写明劳动合同期限、解除或者终止劳动合同的日期、工作岗位、在本单位的工作年限。

用人单位保存员工个人档案的，应当在劳动合同解除或终止后 15 日内转出，并转移社会保险缴费关系。

用人单位按照《劳动合同法》第四十条规定，以额外支付一个月工资方式通知员工解除劳动合同的，额外支付的一个月工资应当按照该员工上一个月的工资标准确定。用人单位解除、终止劳动合同应向劳动者支付经济补偿的，应在员工办结工作交接时支付。

4.依法制定劳动规章制度

为了保证员工的管理效果，企业应在结合自身实际情况的基础上依法制订劳动规章制度，为劳动争议纠纷的处理提供更多依据，以有效防范因规章制度制订不完善而产生的法律风险。

企业在劳动规章的履行过程中应充分注重劳动者权益，保证合法性，并督促其实现自身义务。

企业制定与员工切身利益有关的劳动报酬、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的，应当按照劳动合同法第四条规定的程序制定，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。制定完成的规章制度应向全体员工公示或者向员工告知。

实行重大规章制度或工作事项过程中职工认为不当且理由合理时，企业应及时改进。企业应保留民主程序的相关制订依据（如员工大会记录、员工意见等），严格遵循劳动规章制度办事。企业在告知职工规章制度时应采用书面告知或公示方法，严格遵循公示流程，保留书面证据。在公示规章制度时，企业应还可以采用内部培训、发放员工手册、入职登记以及考试等形式。[14]

二、社会保险缴纳法律问题

企业未依法为劳动者缴纳社会保险费用或缴纳不合规的情形并不少见，由于该违法行为的普遍性，许多企业对社保合规并未给予足够的重视。[15]

（一）法律规定

《社会保险法》第五十八条规定：“用人单位应当自用工之日起三十日内为其职工向社会保险经办机构申请办理社会保险登记。”第六十条规定：“用人单位应当自行申报、按时足额缴纳社会保险费，非因不可抗力等法定事由不得缓

[14]王承铭.企业管理中的劳动合同法律风险及对策[J].商讯,2020(31):105-106.

[15]《劳动争议新常态——大数据视角下的劳动用工合规指引》，金杜律师事务所、荷兰威科集团.

缴、减免。职工应当缴纳的社会保险费由用人单位代扣代缴，用人单位应当按月将缴纳社会保险费的明细情况告知本人。”

《劳动法》七十二条规定：“社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实行社会统筹。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。”

据此，用人单位具有为劳动者按时、足额缴纳社会保险费的法定义务。如因用人单位未依法缴纳社会保险，劳动者有权要求补缴；给劳动者造成损失的，劳动者有权主张损失的赔偿；用人单位未依法为员工缴纳社会保险费的，员工可以按照《劳动合同法》第三十八条的规定通知用人单位解除劳动合同，并要求用人单位支付经济补偿。

（二）《社会保险法》下的法律责任

1.不办理社会保险登记的法律责任

《社会保险法》第八十四条规定，用人单位不办理社会保险登记的，由社会保险行政部门责令限期改正；逾期不改正的，对用人单位处应缴社会保险费数额一倍以上三倍以下的罚款，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五百元以上三千元以下的罚款。

2.未按时足额缴纳社会保险费的法律责任

《社会保险法》第八十六条规定，用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以

下的罚款。

3.用人单位未按时足额缴纳社会保险费的法律责任

根据《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》第二十九条，2011 年 7 月 1 日后对用人单位未按时足额缴纳社会保险费的处理，按照社会保险法和本规定执行；对 2011 年 7 月 1 日前发生的用人单位未按时足额缴纳社会保险费的行为，按照国家和地方人民政府的有关规定执行。

2011 年 7 月 1 日之前的法律责任如下:

缴费单位未按规定缴纳和代扣代缴社会保险费的，由劳动保障行政部门或者税务机关责令限期缴纳；逾期仍不缴纳的，除补缴欠缴数额外，从欠缴之日起，按日加收千分之二的滞纳金。缴费单位逾期拒不缴纳社会保险费、滞纳金的，由劳动保障行政部门或者税务机关申请人民法院依法强制征缴。

2011 年 7 月 1 日之后的法律责任如下:

①限期缴纳或补足

根据《社会保险法》第六十三条，用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令其限期缴纳或者补足。

②加收滞纳金

《社会保险法》第八十六条规定，用人单位未按时足额缴纳社会保险费的，由社会保险费征收机构责令限期缴纳或者补足，并自欠缴之日起，按日加收万分之五的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由有关行政部门处欠缴数额一倍以上三倍以

下的罚款。

职工应当缴纳的社会保险费由用人单位代扣代缴，用人单位未依法代扣代缴的，由社会保险费征收机构责令用人单位限期代缴，并自欠缴之日起向用人单位按日加收万分之五的滞纳金。用人单位不得要求职工承担滞纳金。

③强制征缴

根据《社会保险法》第六十三条，用人单位逾期仍未缴纳或者补足社会保险费的，社会保险费征收机构可以向银行和其他金融机构查询其存款账户；并可以申请县级以上有关行政部门作出划拨社会保险费的决定，书面通知其开户银行或者其他金融机构划拨社会保险费。用人单位账户余额少于应当缴纳的社会保险费的，社会保险费征收机构可以要求该用人单位提供担保，签订延期缴费协议。用人单位未足额缴纳社会保险费且未提供担保的，社会保险费征收机构可以申请人民法院扣押、查封、拍卖其价值相当于应当缴纳社会保险费的财产，以拍卖所得抵缴社会保险费。

在社会保险经办机构征收社会保险费的地区，社会保险行政部门应当依法履行社会保险法第六十三条所规定的有关行政部门的职责。

4.拒不出具终止或者解除劳动关系证明，导致职工无法享受社会保险待遇的法律责任

《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》第十九条规定，用人单位在终止或者解除劳动合同时拒不向职工出具终止或者解除劳动关系证明，导致职工无法享受社会保

险待遇的，用人单位应当依法承担赔偿责任。

5.未按月将缴纳社会保险费的明细情况告知职工本人的法律责任

用人单位未按月将缴纳社会保险费的明细情况告知职工本人的，由社会保险行政部门责令改正；逾期不改的，按照《劳动保障监察条例》第三十条的规定，将被处2000元以上2万元以下的罚款。

6.骗取社会保险待遇的法律责任

《社会保险法》第八十八条规定，以欺诈、伪造证明材料或者其他手段骗取社会保险待遇的，由社会保险行政部门责令退回骗取的社会保险金，处骗取金额二倍以上五倍以下的罚款。[16]

（三）社会保险缴纳违法行为的追溯时效

《行政处罚法》第三十六条规定，违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚。法律另有规定的除外。前款规定的期限，从违法行为发生之日起计算；违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。

与《行政处罚法》第三十六条的规定相对应，对于劳动违法行为的查处，《劳动保障监察条例》第二十条规定：“违反劳动保障法律、法规或者规章的行为在2年内未被劳动保障行政部门发现，也未被举报、投诉的，劳动保障行政部门不再查处。前款规定的期限，自违反劳动保障法律、法规或者规章的行为发生之日起计算；违反劳动保障法律、法规或

[16]《上海劳动法实务完全指南》，姜俊禄等，金杜律师事务所。

者规章的行为有连续或者继续状态的，自行为终了之日起计算。”

劳动监察领域，在《行政处罚法》基础上增加了未被举报投诉的情形，实际上在某种程度上扩充了“未被发现”的范围。与《劳动保障监察条例》第二十条的规定相对应，《关于实施〈劳动保障监察条例〉若干规定》第十八条第一款第一项和第二款规定，对符合下列条件的投诉，劳动保障行政部门应当在接到投诉之日起5个工作日内依法受理，并于受理之日立案查处:(一)违反劳动保障法律的行为发生在2年内的。对不符合第一款第(一)项规定的投诉，劳动保障行政部门应当在接到投诉之日起5个工作日内决定不予受理，并书面通知投诉人。

社会保险缴纳相关规定中，对用人单位未按规定缴纳社会保险的，《社会保险法》《社会保险费征缴暂行条例》《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》中仅规定了有关部门的后续查处以及劳动者的救济途径，未体现关于时效的特殊规定。就该问题，《人力资源社会保障部对第十二届全国人大五次会议第5063号建议的答复》(人社建字〔2017〕105号）指出，为维护参保人员社会保险权益，强化征缴清欠工作，经办机构接到超过《劳动保障监察条例》第20条第一款2年的追诉期投诉后，一般也按程序进行受理。对能够提供佐证材料的，尽量满足参保者诉求，予以解决，以减少企业职工临近退休时要求企业足额补缴欠费的问题发生。即社保经办机构追缴社保历史欠费并未从法律层面设定追

诉期，而从答复的意见看，实际上是不受追诉时效限制的。

为此，虽然从劳动监察领域社保追诉时效规定比较明晰，但在社会保险缴纳相关规定以及回复中，该问题又实际默认了社保补缴不受追诉时效限制。不仅如此，2 年的查处时效仅针对于一般的违法行为，对于存在持续或继续状态的违法行为，则以行为终了之日起开始起算 2 年的诉讼时效。而对劳动保障违法行为是否属于连续或继续状态，不同的司法机关和劳动保障行政机关内部和外部之间的理解和认识存在较大差异。[17]

三、工伤认定法律问题

（一）应当认定工伤的情形

职工享受工伤保险待遇的基本前提，是职工因工作遭受事故伤害或患职业病。对此，《工伤保险条例》规定了以下 7 种应当认定为工伤的情形:

1. 在工作时间和工作场所内，因工作原因受到事故伤害的。

2. 工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的。

3. 在工作时间和工作场所内，因履行工作职责受到暴力等意外伤害的。

4. 患职业病的。职业病，是指企业、事业单位和个体经济组织等用人单位的劳动者在职业活动中，因接触粉尘、放射性物质和其他有毒、有害因素而引起的疾病。

5. 因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下

[17]《社保缴纳违法行为时效问题研究》，程阳、杨丽秋，北京市兰台律师事务所.

落不明的。《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》对工伤认定情形中的“工作原因、工作时间和工作场所”等相关情形进行了如下明晰：（1）“因工外出期间”的工伤认定上述《规定》第五条第一款规定：“社会保险行政部门认定下列情形为‘因工外出期间’的，人民法院应予支持：（一）职工受用人单位指派或者因工作需要在工作场所以外从事与工作职责有关的活动期间；（二）职工受用人单位指派外出学习或者开会期间；（三）职工因工作需要的其他外出活动期间。”

6.在上下班途中，受到非本人主要责任的交通事故或者城市轨道交通、客运轮渡、火车事故伤害的。关于“上下班途中”的认定。《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第六条规定：“对社会保险行政部门认定下列情形为‘上下班途中’的，人民法院应予支持：（一）在合理时间内往返于工作地与住所地、经常居住地、单位宿舍的合理路线的上下班途中；（二）在合理时间内往返于工作地与配偶、父母、子女居住地的合理路线的上下班途中；（三）从事属于日常工作生活所需要的活动，且在合理时间和合理路线的上下班途中；（四）在合理时间内其他合理路线的上下班途中。”[18]

7.法律、行政法规规定应当认定为工伤的其他情形。

（二）应当认定视同工伤的情形

鉴于实际生活中通常存在一些不符合工伤认定条件，却

[18]《深圳劳动法实务完全指南》，姜俊禄等，金杜律师事务所。

又与工伤相近的情形，从符合情理的角度出发，《工伤保险条例》规定了以下几种可以视同工伤的情形:

1.在工作时间和工作岗位，突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的。

2.在抢险救灾等维护国家利益、公共利益活动中受到伤害的。

3.职工原在军队服役，因战、因工负伤致残，已取得革命伤残军人证，到用人单位后旧伤复发的。

在上述三种可以视同工伤的情形中，前两种职工可以完全享受工伤保险待遇，第三种职工可以享受除一次性伤残补助金以外的工伤保险待遇。

四、企业如何避免劳动争议

劳动争议是企业经常遇到的难题，近年有急速上升的趋势。而且经员工提请劳动争议仲裁委员会仲裁后，企业败诉的也越来越多。企业因为劳动争议败诉，其损失不仅仅是支付一定的经济补偿、赔偿以及承担仲裁活动的相关费用，还有因为应诉而发生的人工费、交通费、会议成本、时间成本等各种成本，此外还存在更重要的损失，即：企业因为败诉必然会在社会、客户、企业内部等范围形成一定程度的不良影响，企业形象将受到一定程度的损害。如何避免和减少可能败诉的劳动争议，是企业经营管理者追求的目标。

（一）建立规范的劳动合同关系

有些企业为了逃避劳动合同的约束，不与劳动者订立劳动合同，这种做法是不可取的。如果没有订立劳动合同，劳

资双方的劳动权利和义务缺乏合同依据，双方很容易发生纠纷。一旦有纠纷，双方各执一词，当纠纷诉诸法律时，用人单位仍须承担应承担的法律责任。《劳动法》明确规定，用人单位与劳动者应当依法订立劳动合同。不签订劳动合同而建立劳动关系，法律上称为事实劳动关系。按照最高人民法院《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）》规定，劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同，但已形成劳动关系后发生的纠纷，人民法院也应当受理。所以，不签订劳动合同并不能减轻用人单位的义务，相反却容易引发纠纷，增加纠纷的处理难度。因此，企业在与劳动者建立劳动关系时，应当依法订立用工合同。订立劳动合同后因情况发生变化，企业应与职工就未尽事宜签订补充条款或者补充协议，或者就劳动合同部分条款作修改。

（二）不得随意辞退试用期间的员工，也不要在效益不好时随意裁员

根据《劳动法》第 25 条的规定，用人单位在员工试用期间随时解除劳动合同的条件是：员工在试用期间被证明不符合录用条件。用人单位必须举证证明员工不符合录用条件，否则用人单位就不能随意解除劳动合同。用人单位在试用期间如随意辞退员工，需承担因违法解除劳动合同所带来的支付经济补偿金等相应的法律后果。根据《劳动法》第二十七条、《劳动合同法》第四十一条，《经济性裁减人员规定》等规定，企业进行经济性裁员的条件及程序是：(1)企业濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，

确需裁员的；(2)企业应提前 30 日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工意见；(3)裁员必须向劳动行政部门报告。而且企业进行经济性裁员应给予员工解除劳动关系的经济补偿金，在六个月之内录用人员的，应优先录用被裁减的人员。因此，企业在一段期间内效益不好时想减少开支，应尽量避免随意裁员。

（三）不得随意对员工调岗调薪

首先，企业依法享有用工管理自主权，可根据生产经营需要及员工表现对员工的工作岗位进行调整，但绝不能随意；其次，在承认和保护企业的用工管理自主权的同时，要防止此权利的滥用（比如滥用此权利来打击报复），同时企业也要注意不要单方变更劳动合同关于岗位和工资的约定；最后，为防止此权利的滥用，企业应对其调岗调薪行为举证证明其“充分合理性”。因此，企业在符合条件的情况下有权对员工调岗调薪，但这种权利却不是任意无限制的，企业应谨慎为之，最好与职工协商变更劳动合同。

（四）通过合同约定保护商业秘密和竞业限制

近年来，国内侵犯商业秘密的案件时有发生，用保密协议来约束企业雇员是企业通常采用的手段。在与职工签订保密协议时应注意对于不同的工作岗位应签订不同的保密协议。对于像一般行政内勤人员、保安人员这样不直接接触本企业核心秘密的员工，其保密义务相对其他人员来说并不特定且内容较简单，对于这类人员不需签订专门的保密协议，可以在其劳动合同中加入相应的保密义务条款。对于在其工

作范围内有可能接触到企业的商业秘密的人员，则应该签订专门的保密协议，而且依据其接触商业秘密的程度和范围，协议内容应尽可能地细化。由于高级研发技术人员和高级经营管理人员，通常掌握着企业最核心的商业秘密，对于这些人还应签订竞业限制协议，但需要注意的是，如果签订竞业限制协议，协议中应约定公司给予该雇员一定的经济补偿，以显示公平原则，否则竞业限制条款可能无效。《劳动部关于企业职工流动中若干问题的通知》的规定，竞业限制的基本条件是：(1)员工必须是掌握企业商业秘密的员工；(2)竞业限制的范围是不得自营或为他人经营与原用人单位有竞争关系的业务；(3)竞业限制时间在终止或解除劳动合同后不得超过2年；(4)给予受竞业限制的员工以一定数额的经济补偿，该补偿数额每月不低于该员工离职前平均工资的30%。

（五）建立健全合理的企业管理制度

企业管理制度是企业自行制定的内部规范性文件，它是企业经营管理的基本规则。企业在制订和修正管理制度时，要注意与国家法律法规的衔接，不能与国家法律法规相冲突。例如，在人员定岗与班次安排时，要考虑国家对劳动者工作时间和休息休假的规定；在推行结构工资制度时，要考虑工资含量定额与最低工资标准和企业福利待遇之间关联性；在人事管理方面，要考虑国家劳动合同制度和社会保险制度等规定；还要考虑国家劳动安全卫生制度、对女职工和未成年工的特殊保护制度、国家鼓励职业培训制度等等。通过有效

引用过错辞退条款，预防和解决辞退补偿金纠纷。根据劳动法有关规定，员工有下列情形之一的，用人单位可以随时解除劳动合同，且不需支付辞退补偿金：（一）试用期内证明不符合录用条件；（二）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度；（三）严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；（四）被依法追究刑事责任。在辞退纠纷中，上述（二）、（三）项是经常被企业引为辞退理由的。但在司法实践中，这两项的标准都难以掌握。什么是“严重”违纪，多大损害才算“重大”，都是十分模糊的标准。如果交由劳动仲裁委员会或者法院去判断，大多数的违纪行为不会被认为是“严重”，大多数的损害不会被认定为“重大”。因此，在这种情况下，大多数企业面临败诉的局面。但如果企业在其规章制度中明确规定辞退且不支付补偿金的情形，只要这些规定不违法，发生纠纷后，劳动仲裁委员会和法院一般就会依照企业规章的规定作出裁决。在企业规章制度中规定辞退条件，可以有以下几种方式：一是单独对辞退条件作规定。如有的单位规章就规定：“员工有以下行为之一的，立即予以辞退，并不支付经济补偿金：1.……”；二是在具体守则中规定。如：“员工不能正常上班应请假，未按程序请假的视为旷工。旷工 3 天以上的，予以辞退，并不支付经济补偿金。”；三是对于某些违纪行为虽然性质较轻，但如果屡教不改，也应当规定为辞退条件；四是由于企业的规章不可能对所有违纪行为都详尽列举，因此还需要规定类比情形条款，如：“……对于其他违纪行为，公司可以根据其性

质参照本条予以处罚。”；五是对于上述的辞退条件，建议都附加“不支付经济补偿金”、“不予补偿”等字句，以减少争议。

虽然根据企业自身情况和需要制定规章制度是法律赋予企业经营管理自主权的重要内容。但并非所有的规章制度都能有效约束员工。根据相关法律规定，制定合理有效的企业规章制度应做到：一是通过民主程序制定。如充分的听取、收集员工意见，并与本单位工会、职工代表或全体职工进行协商；二是内容不违反法律强制性规定；三是已经向员工出示。可以采取公示或让员工阅读的方式。但企业应保留公示或让员工阅读的证据，以证明员工“应当知道规章内容”。

（六）过错辞退中有关证据的保全和收集

在辞退补偿金纠纷中，若企业以严重违纪或者严重失职等理由辞退员工，一旦纠纷发生，企业必须对职工的严重违纪和严重失职行为举证，因此，保全和收集证据至为重要。企业所要保全和收集的证据，主要是两类：其一是员工所违反的企业规章及劳动纪律的具体条款；其二是员工的违纪行为。通常，可以证明员工违纪行为的证据主要有：一是违纪员工的“检讨书”、“求情书”、“申辩书”、违纪情况说明，等等；二是有违纪员工本人签字的违纪记录；三是其他员工及知情者的证明；四是有关物证；五是有关书证及视听资料；六是政府有关部门的处理意见、处理记录及证明等。

司法实践中，有违纪员工签字的书面材料，往往是劳动争议仲裁委员会和法院乐于采纳的最有力的证据。因此，企

业在辞退职工之前，应尽量取得有违纪员工签字的书面材料。对于有违法行为（如赌博、盗窃等）的员工，可以要求政府有关部门处理，政府有关部门的处理结论或者记录，就可能是有力的证据。对于“大错不犯，小错不断”的员工的违纪行为，应注意平时记录在案。每次违纪时，企业都作出相应的书面处理材料，要求员工签字。[19]

五、实务问答

（一）第三人侵权发生的工伤，如果单位未给员工缴纳工伤保险，怎么处理？

答：因第三人侵权而发生的工伤，如用人单位未为劳动者缴纳工伤保险费，应由用人单位按照《工伤保险条例》的有关规定向劳动者（或直系亲属）支付工伤保险待遇。其中属于工伤保险基金应当报销的医疗期和支付的相关待遇，由工伤保险基金支付，但侵权的第三人已全额给付劳动者（或直系亲属）医疗费不再报销。

（二）用人单位与劳动者约定，工资中包括用人单位负担的养老、医疗、失业等社会保险费，而不向社会保险经办机构缴纳社会保险费的，其效力如何认定？

答：用人单位负有自行申报按时足额缴纳社会保险费的法定责任，劳动者应当缴纳的社会保险费由用人单位代扣代缴。用人单位与劳动者约定工资中包括社会保险费，而不向社会保险经办机构缴纳社会保险费的行为无效。

（三）超过法定退休年龄的农民工在工作期间发生工伤

[19]《企业如何避免和减少可能败诉的劳动争议？》，https://mp.weixin.qq.com/s/s6JFXw5Vsq0JsyK_9fA6Ww.

的，如何处理？

答：超过法定退休年龄的农民工在工作期间因工作原因发生事故伤害，符合《工伤保险条例》规定的认定工伤或者视同工伤情形的，按照工伤处理并享受有关待遇。

（四）单位员工住在公司院内的职工宿舍，员工下班骑电动三轮车去距离职工宿舍5千米左右远的地方买菜和办理其他个人事务，返回宿舍途中与一辆重型货车相撞发生交通事故，致罗某受伤，该事故经交警部门认定员工不负事故责任。员工是否可以认定为工伤？

答：《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》第六条第（三）项规定，上下班途中是指从事属于日常工作生活所需要的活动，且在合理时间和合理路线的上下班途中。员工办理个人事务，不是从事属于日常工作生活所需要的活动，且到距离宿舍5千米左右的菜市场买菜，也不属于合理路线，故其在返回途中发生交通事故受伤，不符合上述行政法规和司法解释规定的工伤认定条件，不能认定为工伤。[20]

（五）退休人员能够与用人单位签订劳动合同吗？

答：通常情况下，已经依法享受基本养老保险待遇或领取退休金的退休人员不能与用人单位建立劳动关系并签订《劳动合同》，一般可以签订《劳务合同》或《聘用协议》，约定双方权利义务，并保障退休人员基本权益。

（六）挂靠关系中的用人单位如何确定？

[20]《下班后的工伤认定问题》，https://mp.weixin.qq.com/s/rnowlfUQ4VTcAE-vQO1dOw.

答：根据《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（二）》的第二条的规定，“不具备合法经营资格的组织或者个人挂靠具备合法经营资格的单位对外经营，该组织或者个人招用的劳动者请求确认被挂靠单位为承担用工主体责任单位，承担支付劳动报酬、认定工伤后的工伤保险待遇等责任的，人民法院依法予以支持。”

（七）用人单位招聘外籍工作人员需要具备哪些条件？

答：用人单位聘用外国人须为该外国人申请就业许可，经获准并取得《中华人民共和国外国人就业许可证书》后方可聘用。用人单位聘用外国人从事的岗位应是有特殊需要，国内暂缺适当人选，且不违反国家有关规定的岗位。用人单位不得聘用外国人从事营业性文艺演出，但经文化部批准持《临时营业演出许可证》进行营业性文艺演出的外国人除外。

（八）用人单位与在校大学生签订劳动合同是否有效？

劳动部《关于贯彻执行<中华人民共和国劳动法>若干问题的意见》第12条规定：“在校生利用业余时间勤工助学，不视为就业，未建立劳动关系，可以不签订劳动合同。”该条规定针对利用学习之余空闲时间打工补贴学费、生活费的在校学生。在校学生是否与用人单位存在劳动关系，除重点考察劳动是否是利用业余时间勤工助学，即双方基于劳动者提供劳动所形成的关系是否具有临时性外，应以是否符合《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部〔2005〕12号）相关事实劳动关系要件为依据。

（九）有哪些用人单位可以单方解除劳动合同且不支付

经济补偿的情形？

答：劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同且不支付经济补偿：

（1）在试用期间被证明不符合录用条件的；

（2）严重违反用人单位的规章制度的；

（3）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；

（4）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；

（5）因劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的情形致使劳动合同无效的；

（6）被依法追究刑事责任的。[21]

[21]《劳动法相关80个重要问题的详细解答》，杨丽娜、杨兰、卓越、郭子溪、田地、牛泽华、刘佳莹等，https://mp.weixin.qq.com/s/kuzWGKsJ8MhOslOSOT9tjw.

第四章　民营企业外部经营发展及风险防范

第一节 外部风险

企业外部风险主要是指外部环境变化而使企业被动接受的风险。外部环境是企业生存的基础，企业的外部环境变化对企业的正常经营带来风险，包括自然、政治、政策、市场等风险。企业对外部风险的控制一般很难做到防患于未然，只能是发现风险的时候，以最快的速度做出最有利的经营决策，把风险带来的损失降低到最小。

一、风险类型

企业的外部风险主要体现在以下五个方面:

（一）自然环境灾害风险

地震、海啸、旱灾、河流改道等自然灾害带来的风险，常常使遭受打击的企业面临灭顶之灾。

（二）经济环境变化风险

企业能否盈利，在很大程度上受国家经济状况和经济实力的影响。总体宏观经济环境决定了企业发展的机会程度，经济不景气会影响市场对企业产品或服务的需求，而优越的经济条件会给企业提供扩展的机会。在经济环境中，利率、税率、经济增长率、通货膨胀水平等均是评价企业的一些经济指标。比如，美国的次贷危机对全球金融市场的影响，给金融企业带来相当大的经营风险。

（三）政治环境变动的风险

政治环境是国家意志的体现，是经济方针策略生成的根源。如政府间的关系、政府预算规模、税法变革、环境保护、

货币政策、反垄断等都可能会影响企业的行为，一方面会给某些企业创造发展机遇，另一方面则可能制约某些企业的持续发展。比如我国出口退税制度的变化，就影响到很多进出口贸易企业的经营策略。

（四）市场波动的风险

市场环境是企业最需要关注的外部环境。市场资源配置、市场运行规律（进入规则、运行规则、竞争规则、退出规则）、市场需求状态等，从根本上决定着企业的生存与发展。强势竞争者高调进入某领域市场，会对原领域规则和资源分布强势洗牌，如微软计划开发搜索引擎，就立刻引起了谷歌的高度重视。

（五）文化环境变化风险

文化环境对企业经营的影响主要表现在市场消费文化发生改变，如民俗、宗教影响及消费趋向等。[22]

二、风险应对

（一）风险管理策略

风险管理策略是指企业根据自身条件和外部环境，选择适合的风险管理工具，围绕企业发展战略，确定风险偏好，风险承受程度，风险管理有效性标准，确定风险管理所需人力、财力资源配置原则的总体策略。

风险承担是指企业自己承担风险损失。当某种风险不能避免，或因预期收益超过管理成本时，则选择接受风险带来的影响与损失。

风险规避是指选择放弃、停止或拒绝等方式处理面临的

[22]王磊著，《有效制订年度经营计划》，第 158 页

风险。

风险转移是指企业将损失的财务和法律责任通过合同、经济和金融工具等形式转嫁给他人，以达到降低风险发生率和降低损失程度的目的。

风险控制是指企业对既不愿放弃也不愿转移的风险，通过查找风险因素借助风险事故形成损失的源头，降低损失发生的可能性、频率，缩小损失程度，达到风险控制目的的控制措施与方法。

企业应进行阶段性总结和分析，建立风险管理方针和预案，根据不同阶段评价已制定的风险管理策略的有效性与合理性，结合实际不断修订和完善。

（二）风险应对措施

当企业发展到一定阶段，对风险的良好应对将成为企业继续发展壮大的重要因素，企业可以建立风险管理部门或指定专门人员负责制定风险应对措施。

1.制定措施

风险管理部门根据年度重大风险评估结果，在广泛征求意见的基础上，将年度重大风险管理任务分解落实到各部门。各部门在合规合法的前提下，结合实际情况与年度工作计划，坚持经营战略与风险策略一致、风险控制与运营效率及效果相平衡的原则，制定具体的风险应对措施。

风险应对措施主要包括风险项、主要风险事件描述、制定单位、风险动因、监控指标、风险应对措施等。风险应对措施制定后需各部门的一把手审核批准，再由风险管理部门

汇总执行。

2.重大风险决策

对于企业的风险评估结果与风险应对措施，将通过公司高级管理层或审计委员会进行决策，以确定企业的重大风险事项与化解风险事项的措施，明确年度的风险关注点，同时也让企业高层了解企业的风险。

经决策后的重大风险管理策略及应对措施，将以管理任务形式下发给各相关单位，由风险管理部门持续进行风险跟踪。

第二节 民营企业外部经营发展

一、合同及合同签署

根据《民法典》第464条规定，合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。在现代商业社会，判断交易对象是否恪守诚信，需要耗费长时间的观察和验证。因此，签署书面的合同就成为陌生人间最节约交易成本的方式。[23]民营企业在经营和发展的过程中不可避免地涉及合同签署，下文将简要介绍合同签署方面的法律法规、注意要点等。

（一）法律法规概述

合同作为最常见的法律文本之一，涉及的法律法规庞杂，除法律法规外，还有大量的司法解释，常用的法律法规及司法解释包括：如《中华人民共和国民法典》《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》《最高人

[23]签署书面的合同的重要性，访问地址：https://www.66law.cn/laws/131565.aspx。

民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》《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》《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》等。

《合同法》原是市场经济的基本法，在现代市场经济法治保障中发挥着最为基础性的作用。进入《民法典》时代，《合同法》废止的同时，《民法典》亦专门设有合同编。我国民法典合同编一共分为三个分编（通则、典型合同、准合同），共计526条，占民法典条文总数的40%以上，几乎占据民法典的半壁江山，在民法典中具有举足轻重的地位。[24]合同编在原《合同法》规定的买卖合同等15种典型合同的基础上，增加了保证合同、保理合同、物业服务合同、合伙合同四种新的典型合同，使更多的合同能够在民法典中对号入座。除此外，合同编关注民生，回应了社会热点，诸如限制“霸座”、禁止高利放贷等内容，在合同编中均有体现；尊重意思自治，诸多条款遵循了合同主体“约定优先”，突出了意思自治。[25]可以预见，在《民法典》实施后，合同类的法律法规将进一步完善，这对于企业外部经营而言大有裨益，让企业签署合同有法可依；当然这对于企业而言也是一个不

[24]民法典合同编的中国特色，来源：北京日报，访问地址：http://www.xinhuanet.com/politics/2020-07/14/c_1126235133.htm

[25]厉莉：从具体条文看民法典合同编亮点，访问地址：https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2020/06/id/5288507.shtml

小的挑战，如果企业对合同方面的法律法规不够熟悉、缺乏风险防范意识、缺乏专业支撑，亦可能在合同签署过程中承担风险。

（二）合同必备条款

我国《民法典》规定了合同一般应包括的条款，即合同必备条款。这些条款是一个完整的合同最基本的条款，也是必不可少的条款，构成了合同的基本框架和主要内容。具体包括以下条款:

1.合同主体信息

合同双方的主体信息应真实详细。所谓真实，是能提供相应的证件或者资质佐证；所谓详细，是指能够尽可能全面地提供信息，以保证联络畅通。合同主体信息具体包括：名称或者姓名，证件名称及号码，住址，联系电话，传真号码，电子邮件地址等。

2.标的

合同标的系合同中权利义务指向的对象。关于合同标的，在合同中应有具体明确的描述。例如：产品销售合同中，合同标的为产品，应对产品名称、产品性能、产品操作等进行详细描述，一般情况下，产品质量、规格等不符合合同约定的，守约方有权解除合同或者采取其他补救措施，因此对于产品的各项指标、规格等进行详细约定能够保障守约方的合法权益，如果内容过多，则可以附件的形式单独制作一份产品介绍附在合同后面。

3.数量

合同产品或者服务的数量属于合同履行的具体内容，要求在合同中必须明确约定。对于产品而言，是约定数量，对于服务而言，是约定次数。实践中产品的数量通常约定得较为清楚，但是，服务的次数却很容易被忽略。例如：服务提供方将向服务接收方提供关于产品使用的培训服务，服务内容为产品操作内容，但是，双方未将培训的次数、每次的时长等信息详细约定清楚，次数和时长的不同，将直接导致服务提供方工作量和工作成本的不同，也直接影响服务接收方学习的效果。因为双方对具体内容的认知存在差异，所以，一旦约定不明，在操作时就很容易出现互相推诿的现象，小则不欢而散，大则对簿公堂。

4.质量

合同产品或者服务的质量关系到合同能否实现交易目的，所以，合同应对质量问题做出明确约定，具体包括：质量标准、评判质量的方式、何时评判质量、不符合质量标准的处理方案。实践中，质量判断问题还经常与付款条件挂钩，买方通过付款条件来制约卖方质量达标。根据《民法典》第511条规定，质量标准可以根据双方意思进行约定，约定不明确的，按照强制性国家标准履行；没有强制性国家标准的，按照推荐性国家标准履行；没有推荐性国家标准的，按照行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。但是，双方还是对质量标准做出约定为宜，双方的约定一方面体现了双方的合意，另一方面也避免双方对质量标准认识不统而适用《民法典》第

511 条的麻烦。《民法典》第 511 条并非一定能够确定质量标准，如果没有国家标准、行业标准，双方对通常标准或者符合合同目的的特定标准又理解不一时，极易发生争议。

5.价款或者报酬

合同价款或者报酬是合同的核心条款之一，对于价款或者报酬的约定应明确，金额应确定。更为重要的是，付款条件应确定，合同应约定分几次付款，每笔付款应该有明确的时间节点，节点可以是交货、验收、质保期满等，具体的付款时间最好约定为节点后的一个时间段，这样可以使付款方有时间准备款项。

付款方式即付款采用现金、支票或者转账等方式，常见的问题是未约定具体的付款方式，虽然付款的时间已经到达，但是双方因为如何付款仍达不成一致。在约定支票或者转账的方式付款时，收款人信息是必备信息，在合同中写明收款人信息，作为买方可以在合同中约定：由于收款人提供信息的错误导致付款不成功，付款人不承担责任。

6.履行期限、地点和方式

合同履行期限应确定起始和截止的时间点，或者合同履行的具体时间段，因为期限利益对于合同双方至关重要，无期限就无利益，尤其是时间性较强的交易，例如：月饼销售合同，交货一方一定要在中秋节前的一段时间内完成交货。

合同履行地点应具体且真实存在。有些合同的履行地点仅写明像北京、上海这样的地名，而没有细化到具体地点，有的合同甚至约定的地点不存在，只是臆想存在的地点，这

都会导致履行地点不明确，给合同履行带来困难。

合同履行方式也应在合同中约定。履行方式的不同关系着合同能否顺利履行。例如：货运合同中，关于货运的方式是铁路、公路运输，还是水运、航空运输，货物包装要求是普通包装还是防潮包装，以及是卖方办理托运还是代办托运，卖方是否应投保运输保险等，这些都应明确约定。

合同是双方履行义务的依据，对于合同履行的问题，合同约定得越清楚，日后履行就越不容易出问题。尤其对合同履行期限、地点和方式这些容易被合同双方忽略的细节而言，在订立合同时更要引起重视。

7.违约责任

违约责任是合同一方不履行合同义务或者履行义务不符合约定时应承担的责任。违约责任的约定是对权利义务条款的保证，如果没有关于违反权利义务的违约责任，那么违反权利义务也就得不到有效的救济。

《民法典》第584条规定，“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。”这说明，即使合同中没有约定具体的违约责任，也可以按照《民法典》要求对方承担违约责任，但是实际损失的证明和认可是件非常困难的事情，而且具体的违约情形和违约责任没有明确约定，也会导致违约情形的认定和违约责任的承担出现问题，所以，

在合同中根据权利义务来约定明确且具有可操作性的违约责任至关重要，而且最好以违约金的形式约定，以便在违约赔偿时容易计算。

违约责任条款可以约定违约金的计算方法、不支付违约金的法律后果。将违约责任与双方最关心的事项联系起来，例如：逾期交货、逾期付款应承担一定的违约责任，可以约定按日计算违约金，违约达到一定程度时赋予守约方单方解约权。合同还可以约定免责事由，作为违约事由的例外规定。

8.解决争议的方法

解决争议的方法是合同必备条款，但是这一条款经常被忽视。因为订约双方在订约时容易忽视日后纠纷的处理问题，也都很避讳在订约时就约定纠纷的处理及管辖问题。对于合同，法律赋予了约定管辖的权利，根据《民事诉讼法》第三十五条规定，“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”合同双方可以约定选择管辖法院或者协议选择仲裁机构仲裁解决，将解决争议的方法赋予合同双方，这符合合同意思自治的原则，方便纠纷的处理。[26]

二、合同履行及解除

（一）合同履行的基本原则

合同履行是指合同当事人按照合同的约定，全面、适当地完成各自所承担的合同义务的行为。这一过程遵循以下几

[26]兰台律师事务所著，《企业法律顾问实务操作全书第2版》，第346页-350页

项基本原则：

全面履行原则：要求当事人按照合同约定的标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、地点和方式等，全面完成自己的义务。任何方面的不符，都可能构成违约。

诚实信用原则：这是贯穿整个合同法领域的“帝王原则”。在履行阶段，它要求当事人在履行自身义务的同时，应秉持善意，相互协作，告知重要信息，为对方的履行提供必要的便利，并根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等附随义务。

绿色原则：绿色原则是《民法典》的重大创新，要求在履行合同的整个过程中，当事人都应当考量自己的行为，节约资源，避免浪费，避免污染环境和破坏生态的行为。

（二）合同履行中的抗辩

抗辩权是指在双务合同中，一方当事人有依法对抗对方要求或否认对方权利主张的权利。主要类型包括：

同时履行抗辩权（《民法典》第五百二十五条）：当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行请求。例如，买卖合同中，约定“货到付款”，卖方未交货时，买方有权拒绝付款。

先履行抗辩权（《民法典》第五百二十六条）：当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。例如，

先付款后发货的合同中，买方未付款，卖方有权拒绝发货。

不安抗辩权（《民法典》第五百二十七条）：应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金，以逃避债务；丧失商业信誉；有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人行使不安抗辩权中止履行的，应当及时通知对方。若对方提供适当担保，则应恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。

（三）合同的解除

合同解除是指合同有效成立后，当具备法定或约定的条件时，因当事人一方或双方的意思表示，使合同关系解除的行为。解除方式主要分为三类：

1.协议解除

协议解除（《民法典》第五百六十二条第一款）是指合同成立后，未履行或未完全履行前，当事人通过协商一致解除合同。这是当事人意思自治的充分体现，只要解除协议内容不违反法律、行政法规的强制性规定，不损害国家、社会公共利益和第三人权益，即为有效。

2.约定解除

约定解除（《民法典》第五百六十二条第二款）是指当事人在订立合同时，预先在合同中设定解除条款，约定一方或双方在某种特定情况（解除条件）成就时，享有解除合同

的权利。例如，合同中约定“若买方逾期付款超过 30 天，卖方有权单方解除本合同”。一旦条件成就，解除权人即可行使解除权，无需再与对方协商。

3. 法定解除

法定解除是指当法律直接规定的解除事由出现时，享有解除权的一方当事人通过行使解除权而解除合同。根据《民法典》第五百六十三条，主要情形包括:

因不可抗力致使不能实现合同目的：不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。如地震、战争等导致合同根本无法履行。此时，双方均享有解除权。

预期违约：在履行期限届满前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务。对方可以立即解除合同，无需等待履行期届满。

迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行：当事人一方迟延履行主要债务，先进行催告并给予一个合理的宽限期。若在宽限期内仍未履行，方可解除合同。

根本违约：当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。这是法定解除的核心标准。此时，非违约方无需催告，可直接解除合同。例如，季节性商品错过销售季节、定制产品不符合特定要求等。

法律规定的其他情形:

租赁合同：当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依据民法典第五百一十条的规定仍不能确定的，视为不定期租赁；当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前

通知对方。

保管合同：当事人对保管期限没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时请求寄存人领取保管物；约定保管期限的，保管人无特别事由，不得请求寄存人提前领取保管物。

（四）解除权的行使与限制

1.行使方式

解除权的行使属于形成权，单方意思表示到达对方即可发生解除效力，无需对方同意。

通知方式：当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。通知可以采用书面、口头等形式。合同自通知到达对方时解除。

司法/仲裁程序：如果对方对解除有异议，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。此外，在实践中，如果解除权人未通知对方，直接以提起诉讼或申请仲裁的方式依法主张解除合同，法院或仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或仲裁申请书副本送达对方时解除。

2.行使限制

解除权并非可以无限期、无条件地行使，它受到以下限制：

除斥期间的限制：法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。没有规定或约定的，解除权人自知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权

利消灭。（《民法典》第五百六十四条）

违约方的有限解除权：在特定条件下，违约方本身不享有解除权。但根据《民法典》第五百八十条，当债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高，或债权人在合理期限内未请求履行，出现这三种情形致使不能实现合同目的时，人民法院或者仲裁机构可以根据违约方的请求终止合同权利义务关系，但不影响违约责任的承担。这实质上赋予了违约方通过司法程序“解除”合同的可能性，以避免合同僵局。

（五）合同解除的法律后果

合同解除后，将产生面向将来和溯及既往的双重法律效果。

终止履行：合同解除后，尚未履行的部分，终止履行。

恢复原状与采取补救措施：已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施。恢复原状通常适用于非继续性合同，如货物买卖、动产租赁等，旨在返还已受领的财产（如货物、价款），使双方财产关系恢复到合同订立前的状态。对于采取其他补救措施，某些继续性合同（如长期供应、委托、服务合同）或履行内容为无形财产的合同，恢复原状已不可能或不必要，则应当采取折价补偿等补救措施。例如，对已经提供的服务，可折价补偿。

赔偿损失：合同解除不影响当事人要求赔偿损失的权利。损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预

见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。

违约责任条款的独立性：合同中关于结算和清理的条款以及争议解决条款（如仲裁条款），不因合同的解除而失效，它们继续有效。

三、口头协议或事实履行

相较于正式的书面合同，口头协议具有便捷、高效的特点。同时，当合同因形式瑕疵可能被认定无效时，“事实履行”行为则成为挽救合同关系、确定双方权利义务的重要依据。然而，这两种形式均伴随着显著的法律风险，需予以审慎对待。

（一）法律认可但存在证明困境

1.口头协议的有效性。根据《中华人民共和国民法典》第四百六十九条的规定，当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。口头协议符合法律规定的形式，只要双方意思表示真实，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗，且当事人具备相应的民事行为能力，口头协议即依法成立并生效。

2.事实履行效力。“事实履行”是指当事人双方未订立书面合同，但一方或双方已经实际实施了履行主要义务的行为，对方也予以接受的情形。根据《民法典》第四百九十条第二款，法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。这一规定赋予了事实履行两层关键法律意义，一是补正形式瑕疵，对于应当采用书

面形式而未采用的合同，事实履行可以弥补形式上的缺陷，使合同关系得以成立。二是确认合同内容，双方的实际履行行为，本身构成了对彼此权利义务关系最直接的确认，是推断合同内容（如标的、价款、质量要求等）的最有力证据。

（二）履行过程中的注意事项

鉴于口头协议和事实履行的固有特性，在履行过程中必须采取审慎措施，以固定证据、明确权责。

1.强化证据意识，全程留痕。

沟通记录：尽量使用微信、短信、电子邮件等可以留下文字记录的方式，对洽谈过程、关键条款（如价格、数量、质量标准、履行期限）的确认进行沟通。

付款凭证：通过银行转账、支付宝、微信支付等方式进行款项支付，并务必备注款项用途（如“XX货物货款”、“XX服务费”）。避免使用无法追踪的现金支付。

履行凭证：交付货物时，要求对方签署收货单、入库单；提供服务时，保留工作记录、现场照片、验收确认单等。

录音录像：在面对面或电话沟通重要事项时，在符合法律规定（如告知对方）的前提下，进行录音录像，作为辅助证据。

2.明确关键条款，及时确认。

即使没有书面合同，也应通过上述可留存的方式，将合同的核心要素（标的、数量、质量、价款、履行期限和地点）予以明确固定。

在履行过程中，如出现变更（如增加订单、延期交货），

必须就变更内容达成新的口头一致，并同样通过可留存的方式予以确认。

3.适时转化为书面形式

对于履行周期较长、标的额较大或关系复杂的交易，应积极寻求将口头协议内容整理成简单的书面确认书、订单或框架协议，由双方签字盖章，从根本上降低风险。

（三）主要法律风险

1.举证困难与败诉风险

这是口头协议等最核心的风险。一旦发生争议，主张权利的一方负有沉重的举证责任。他必须向法庭证明：合同关系存在，且合同的具体内容是什么。如果无法提供充分、有效的证据链，将面临“空口无凭”、诉求无法得到法院支持的不利后果。

2.合同内容不明确的风险

口头协商等往往过于随意，容易遗漏重要条款或对条款的理解产生歧义。例如，对“产品质量合格”的标准、“尽快交货”的具体时间、“市场合理价格”的确定方式等，双方可能各有解读。在缺乏书面依据的情况下，争议极易发生，且难以裁决。

3.主体身份识别与确认风险

在口头协议等中，尤其是与陌生交易方合作时，可能存在无法准确核实对方身份的风险。一旦发生纠纷，可能连明确的被告都难以确定，导致起诉困难。

4.部分合同强制要求书面形式的风险

根据法律规定，某些特殊类型的合同，如劳动合同等，法律规定应当采用书面形式。虽然事实履行可以在一定程度上补正，但在办理行政许可、产权登记等手续时，仍可能遇到障碍。

四、涉及合同的常见法律问题

以下合同签订与履行过程中的常见法律风险问答供企业参考:

1.口头订立的合同是否有效?

答: 能。但要注意保留证据，避免纠纷时无法证明口头合同的存在。《民法典》第469条规定，当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。

2.通过电子邮件商量好的内容能否算作合同的一部分?

答: 能。《民法典》第469条规定，书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。

3.合同没有约定的事项怎么处理?

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

第511条规定，当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第五百一十条的规定仍不能确定的，适用下列规定:

（1）质量要求不明确的，按照强制性国家标准履行；没有强制性国家标准的，按照推荐性国家标准履行；没有推荐性国家标准的，按照行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

（2）价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，依照规定履行。

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

（4）履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。

（5）履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

（6）履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担；因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。

4.未在书面合同上签字合同就一定不成立吗？

答：不一定。《民法典》第490条规定，采用合同书形式订立合同，在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

5.一方提供的格式条款在什么情况下无效？

答：《民法典》第496条第2款规定，采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

第497条规定，格式条款具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形，或者提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利，或者排除对方主要权利的，该条款无效。

《民法典》第一编第六章第三节第144条规定，无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。

第146条规定，行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。

第153条规定，违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。违背公序良俗的民事法律行为无效。

第154条规定，行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。

《民法典》第506条规定，合同中的下列免责条款无效：

（1）造成对方人身损害的；

（2）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

6.什么情况下可以解除合同？

答：《民法典》第562条规定，当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。

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

7.什么情况下可以变更或撤销合同？

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

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

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

第150条规定，“一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有

权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

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

8.可以撤销的合同的撤销权有时间限制吗？

答：是的。为了惩罚那些“躺在权利上睡觉的人”，法律对某些权利设定了有效期。《民法典》第152条规定，有下列情形之一的，撤销权消灭：

（1）当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权；

（2）当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；

（3）当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。

当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

9.不履行合同义务需要承担什么违约责任？

答：继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等。《民法典》第577条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。第580条规定，当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（1）法律上或者事实

上不能履行；（2）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；（3）债权人在合理期限内未要求履行。

10.双方既约定了违约金又约定了定金，违约时怎么适用？

答：《民法典》第588条规定，当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。定金不足以弥补一方违约造成的损失的，对方可以请求赔偿超过定金数额的损失。

（四）案例

案例1:确认合同无效纠纷

指导案例33号：瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案，本案为最高人民法院公报案例。[27]

1.基本案情

嘉吉公司与金石集团存在商业合作纠纷，经仲裁裁决金石集团需向嘉吉公司支付1337万美元。裁决生效后，金石集团未履行还款义务。2006年5月，金石集团旗下福建金石公司以2569万元的明显不合理低价，将其土地使用权、厂房、设备等主要资产转让给关联公司田源公司。田源公司转账2500万元后，福建金石公司当日即将该款项转至另一关联公司账户，田源公司未实际支付对价。2008年2月，田源公司又将上述资产以2669万元转让给汇丰源公司，汇丰源公司仅支付569万元。嘉吉公司因福建金石公司无可供执行

[27]瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案，最高人民法院，（2012）民四终字第1号

财产，诉请确认两份资产转让合同无效，并要求返还财产。

2.裁判结果

福建金石公司与田源公司存在关联关系，田源公司明知福建金石公司对嘉吉公司负有巨额债务，仍以明显不合理低价受让资产，且未实际支付对价，构成恶意串通。汇丰源公司受让资产时知晓相关债务情况，未足额支付价款，其与田源公司的转让合同同样属于恶意串通损害第三人利益的情形。案涉两份合同均无效，因嘉吉公司对福建金石公司仅享有普通债权，案涉财产应返还原所有权人福建金石公司，而非直接返还给嘉吉公司。

3.典型意义

一是明确关联公司间恶意串通转让资产无效的认定要件，即主观上明知债务人负债情况、客观上以不合理低价转让且未实际支付对价。二是厘清合同无效后的财产返还规则，普通债权人无权直接取得返还财产，财产应返还原所有权人。

4.案例来源

瑞士嘉吉国际公司诉福建金石制油有限公司等确认合同无效纠纷案，最高人民法院，（2012）民四终字第1号。

案例2:合同解除及股权转让纠纷

指导案例67号：汤长龙诉周士海股权转让纠纷案，本案为最高人民法院公报案例。[28]

1.基本案情

2013年4月，汤长龙与周士海签订协议，约定汤长龙分

[28]最高人民法院指导案例67号：汤长龙诉周士海股权转让纠纷案，成都市中级人民法院，（2013）成民初字第1815号

期支付 710 万元受让周士海持有的公司 6.35%股权。汤长龙支付首笔 150 万元后，逾期支付第二期款项。周士海遂发函解除合同，汤长龙次日支付第二期款项并履行后续付款义务，周士海却退回全部款项。案涉股权此前已过户至汤长龙名下，汤长龙诉请确认解除通知无效。

2.裁判结果

法院认为，股权转让分期付款合同与一般消费类分期付款合同不同，不适用《合同法》第一百六十七条的合同解除权规定。汤长龙逾期付款后及时履行了后续义务，合同目的能够实现，另从诚实信用的角度,周士海即使依据《合同法》第一百六十七条的规定，也应当首先选择要求汤长龙支付全部价款，而不是解除合同。从维护交易安全的角度，有限责任公司的股权交易，关涉诸多方面，如其他股东对受让人汤长龙的接受和信任（过半数同意股权转让），记载到股东名册和在工商部门登记股权，社会成本和影响已经倾注其中。本案中，汤长龙受让股权后已实际参与公司经营管理、股权也已过户登记到其名下，如果不是汤长龙有根本违约行为，动辄撤销合同可能对公司经营管理的稳定产生不利影响。

3.典型意义

一是明确股权转让分期付款合同的法律适用边界，区分商事交易与消费买卖的不同规则，维护股权交易的稳定性，股权交易不宜简单适用分期付款的规定。二是明确了法定解除权适用规则，仅属一般违约，能够继续履行，合同目的能够实现的情况下，不能直接要求解除合同。

4.案例来源

最高人民法院指导案例 67 号：汤长龙诉周士海股权转让纠纷案，成都市中级人民法院，（2013）成民初字第 1815 号。

案例 3:居间合同纠纷

指导案例 1 号：上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案，本案为最高人民法院公报案例。[29]

1.基本案情

原产权人李某某就涉案房屋在多家中介公司挂牌出售。2008 年 10 月至 11 月期间，陶德华及其妻子先后通过两家中介公司看房，11 月 27 日又通过中原公司看房，并与该公司签订《房地产求购确认书》。该确认书约定，陶德华若在验房后六个月内利用中原公司提供的房源信息，绕开中介与卖方交易，需按成交价的 1%支付违约金。中原公司对房屋报价 165 万元，另一中介公司报价 145 万元且积极协商价格。11 月 30 日，陶德华通过后者与卖方签订买卖合同，成交价 138 万元，并支付佣金 1.38 万元。中原公司认为陶德华构成“跳单”违约，诉请其支付违约金 1.65 万元。

2.裁判结果

案涉《房地产求购确认书》中的禁止“跳单”条款，未免除一方责任、加重对方责任或排除主要权利，合法有效。认定“跳单”违约的关键在于买方是否利用了中介提供的房源信息。本案中，涉案房屋由卖方多渠道挂牌，陶德华通过

[29]指导案例 1 号：上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案，上海市第二中级人民法院，（2009）沪二中民二（民）终字第 1508 号

其他正当途径获取房源信息，有权选择报价更低、服务更好的中介促成交易。陶德华未利用中原公司的信息和机会，不构成“跳单”违约。

3.典型意义

一是明确禁止“跳单”条款的有效性，保护中介公司的合法居间权益，维护居间服务市场的基本秩序。二是厘清“跳单”行为的认定标准，强调以“是否利用中介独家房源信息”为核心要件，而非单纯看房后的成交行为。三是平衡中介与买方的权利义务，认可买方在多渠道房源信息下的选择权，鼓励中介行业通过提升服务质量、降低报价增强竞争力。

4.案例来源

指导案例1号：上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案，上海市第二中级人民法院，（2009）沪二中民二（民）终字第1508号。

案例四：借款合同纠纷

日照港集团有限公司煤炭运销部与山西焦煤集团国际发展股份有限公司借款合同纠纷案，本案为最高人民法院公报案例。[30]

1.基本案情

2007年，山西焦煤公司、日照港运销部与肇庆公司签订三方合作协议，约定开展煤炭合作经营。日照港运销部与山西焦煤公司签订煤炭购销合同，约定煤炭单价523元/吨，日照港运销部支付货款1760万元后，山西焦煤公司未依约

[30]日照港集团有限公司煤炭运销部与山西焦煤集团国际发展股份有限公司借款合同纠纷案，最高人民法院，（2015）民提字第74号

供货。山西焦煤公司又与肇庆公司签订同类合同，单价 510 元/吨，肇庆公司亦未发货。同时，日照港运销部与肇庆公司存在煤炭买卖业务，单价 533 元/吨。三方形成封闭式循环买卖，肇庆公司低价卖出、高价买入，不符合营利法人的经营常理。山西焦煤公司主张肇庆公司已代其返还 1760 万元货款，但未提供有效证据。日照港运销部诉请山西焦煤公司交付煤炭或返还货款及利息。

2. 裁判结果

三方交易形式为煤炭买卖，实质是封闭式循环交易，肇庆公司低卖高买违背商业常理，该买卖是掩盖借贷的虚伪意思表示，相关购销合同无效。日照港运销部不具备放贷资质却以放贷为常业，山西焦煤公司借款并非用于生产经营，而是转贷牟利，双方实际形成的借贷合同亦无效。现有证据无法证明肇庆公司支付的款项是代山西焦煤公司返还的预付款，山西焦煤公司需承担还款责任。因日照港运销部对合同无效存在过错，法院酌定山西焦煤公司按银行同期同类存款基准利率返还 1760 万元本金及相应利息。

3. 典型意义

一是明确企业间以买卖形式掩盖借贷的认定标准，重点审查交易是否构成封闭式循环、是否符合商业常理、是否存在真实买卖意图。二是厘清虚伪意思表示合同的效力规则，虚假意思表示的合同无效。三是划定企业间借贷的合法边界，强调借贷需基于生产经营需要，禁止无资质主体以放贷为常业，维护金融市场秩序和公平交易原则。

4.案例来源

日照港集团有限公司煤炭运销部与山西焦煤集团国际发展股份有限公司借款合同纠纷案，最高人民法院，（2015）民提字第74号。

第三节 民营企业融资及资本市场发展

一、融资

（一）融资方式及法律风险

按照监管逻辑的不同，企业常见融资区分为民间融资、类金融机构融资、金融机构融资、股权及资本市场融资四类[31]：

1.民间融资

（1）企业向员工借贷

法律依据：《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十一条：法人或者非法人组织在本单位内部通过借款形式向职工筹集资金，用于本单位生产、经营，且不存在民法典第一百四十四条、第一百四十六条、第一百五十三条、第一百五十四条以及本规定第十三条规定的情形，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。

法律依据：《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条：未向社会公开宣传，在亲友或者单位内部针对特定对象吸收资金的，不属于非法

[31]部分参考律师：2016，企业融资37种方式全解读｜从未如此详细，访问地址：https://mp.weixin.qq.com/s/h7I02-Z93VBHAj09004VEQ

吸收或者变相吸收公众存款。

（2）企业向特定非员工借贷

法律依据：《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第一条本规定所称的民间借贷，是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。

法律风险：《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第一条：违反国家金融管理法律规定，向社会公众（包括单位和个人）吸收资金的行为，同时具备下列四个条件的，除刑法另有规定的以外，应当认定为刑法第一百七十六条规定的“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”

（3）企业向非金融企业借贷

法律依据：《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十条法人之间、非法人组织之间以及它们相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，除存在民法典第一百四十六条、第一百五十三条、第一百五十四条以及本规定第十三条规定的情形外，当事人主张民间借贷合同有效的，人民法院应予支持。

（4）融资性贸易

融资性贸易业务不涉及银行方，有着一定隐蔽性，具有贸易合同主体存在关联关系或同属于同一实际控制人、贸易合同签约时间接近、标的物为同批货物且不发生位移、合同收益固定、中间贸易商不承担转售交易风险等显著特征，是

以签订货物购销合同之名掩盖企业间借贷之实质业务。而贸易融资是银行短期融资产品，是以企业真实商品贸易为背景，基于商品贸易中的应收账款、预付账款、存货等资产的短期融资业务，具有合法性，受法律保护。

法律风险：公司之间以签订买卖合同为名，进行企业间借贷融资，违反《民法典》第146条，“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效”之规定，认定买卖合同无效。

2.类金融机构融资

（1）商业保理

商业保理指供应商将基于其与采购商订立的货物销售/服务合同所产生的应收账款转让给保理商，由保理商为其提供应收账款融资、应收账款管理及催收、信用风险管理等综合金融服务的贸易融资工具。商业保理的本质是供货商基于商业交易，将核心企业（即采购商）的信用转为自身信用，实现应收账款融资。

（2）融资租赁

融资租赁（FinancialLeasing）又称设备租赁（EquipmentLeasing）或现代租赁（ModernLeasing），指出租人根据承租人对租赁物件的特定要求和对供货人的选择，出资向供货人购买租赁物件，并租给承租人使用，承租人则分期向出租人支付租金，在租赁期内租赁物件的所有权属于出租人所有，承租人拥有租赁物件的使用权。租期届满，租金支付完毕并且承租人根据融资租赁合同的规定履行完

全部义务后，对租赁物的归属没有约定的或者约定不明的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定，仍然不能确定的，租赁物件所有权归出租人所有。

（3）典当

典当，是指当户将其动产、财产权利作为当物质押或者将其房地产作为当物抵押给典当行，交付一定比例费用，取得当金，并在约定期限内支付当金利息、偿还当金、赎回当物的行为。

（4）小额贷款公司

小额贷款公司是由自然人、企业法人与其他社会组织投资设立，不吸收公众存款，经营小额贷款业务的有限责任公司或股份有限公司。与银行相比，小额贷款公司更为便捷、迅速，适合中小企业、个体工商户的资金需求；与民间借贷相比小额贷款更加规范、贷款利息可双方协商。

3.金融机构融资

（1）银行贷款

银行贷款是目前债权融资的主要方式，其优点在于程序比较简单，融资成本相对节约，灵活性强，只要企业效益良好、融资较容易，缺点是一般要提供抵押或者担保，筹资数额有限，还款付息压力大，财务风险较高。

（2）信托贷款

信托贷款是指受托人接受委托人的委托，将委托人存入的资金，按其（或信托计划中）指定的对象、用途、期限、

利率与金额等发放贷款，并负责到期收回贷款本息的一项金融业务。委托人在发放贷款的对象、用途等方面有充分的自主权，同时又可利用信托公司在企业资信与资金管理方面的优势，增加资金的安全性，提高资金的使用效率。

（3）银行承兑汇票

银行承兑汇票主要有三种应用方式：（1)是企业以银行承兑汇票支付货款来弥补短期资金不足，从而节省现金流支出；（2)是企业开出差额保证金银行承兑汇票，可放大信用，用更少的钱、更低的融资成本筹集更多资金；（3)是企业资金短缺时还可将收到的银行承兑票据申请贴现或者背书转让，及时补充流动资金或支付货款。

（4）信用证

信用证融资是国际贸易中使用最为广泛的融资产品，特别是对于进口商，银行依据申请开立信用证，承诺单证相符时先行付款，以银行信用替代商业信用降低交易风险。信用证的优点及生命力正是能为买卖双方提供融资服务。信用证融资是银行一项影响较大、利润丰厚、周转期短的融资业务，银行都把贸易融资放在重要地位。

（5）金融租赁

金融租赁是指由承租人选定所需设备后，由出租公司（出租人）负责购置，然后交付承租人使用，承租人按租约定期缴纳租金。金融租赁合同通常规定任何方不能中途毁约，租赁期满后，租赁设备可以由承租人选择退租、续租或将产权转移给承租人。金融租赁方式大多用于大型成套设备的租

赁。与融资租赁不同的是金融租赁是金融机构。

（6）银行保理

保理业务是一项集贸易融资、商业资信调查、应收账款管理及信用风险担保于一体的新兴综合性金融服务，企业可将应收账款转让给银行进行融资。银行的保理业务可分为国内保理业务和国际保理业务两类。其中国内保理服务于境内贸易，而国际保理则针对进出口贸易。

4.股权及资本市场融资

（1）股权融资

股权融资是通过让渡公司部分股权来换取资金的融资方式。其主要渠道包括引入合作伙伴或天使投资人、风险投资（VC）、私募股权（PE）等专业投资机构，也包括通过公开发行股票上市在资本市场引入公众投资者。通过股权融资无需像贷款或其他债权融资进行还本付息，能将投资者的资源与公司深度绑定，但代价是创始人股权会被稀释，甚至可能影响公司的决策主导权。尤其适合具备成长潜力、愿意分享未来收益以换取快速发展资金的企业。

（2）优先股

《优先股试点管理办法》：本办法所称优先股是指依照《公司法》，在一般规定的普通种类股份之外，另行规定的其他种类股份，其股份持有人优先于普通股股东分配公司利润和剩余财产，但参与公司决策管理等权利受到限制。

上市公司可以发行优先股，非上市公众公司可以非公开发行优先股。优先股股东按照约定的股息率分配股息后，有

权同普通股股东一起参加剩余利润分配的，公司章程应明确优先股股东参与剩余利润分配的比例、条件等事项。

（3）公司债

《公司债券发行与交易管理办法》规定：在中华人民共和国境内，公开发行公司债券并在证券交易所、全国中小企业股份转让系统交易或转让，非公开发行公司债券并按照本办法规定承销或自行销售、或在证券交易所、全国中小企业股份转让系统、机构间私募产品报价与服务系统、证券公司柜台转让的，适用本办法。法律法规和中国证券监督管理委员会（以下简称中国证监会）另有规定的，从其规定。本办法所称公司债券，是指公司依照法定程序发行、约定在一定期限还本付息的有价证券。

（4）企业债

企业债券是指企业依照法定程序发行、约定在一定期限内还本付息的有价证券。按照职能分工，由省级发改委预审、国家发改委核准的企业债券仅限于在中华人民共和国境内注册的非上市企业发行的债券（上市公司发行公司债券由证监会监管）

（5）资产证券化

资产证券化是以特定资产组合或特定现金流为支持，发行可交易证券的一种融资形式。通俗而言就是指将缺乏流动性、但具有可预期收入的资产，通过在资本市场上发行证券的方式予以出售，以获取融资，以最大化提高资产的流动性。

（二）融资担保

在进行融资的过程中，特别是借贷等债权融资，融资方一般需要以其持有的资产向贷款人等资金方提供担保。主要涉及以下担保方式:

1.股权质押

股权质押，是指出质人（公司股权所有人）以其所拥有的股权作为质押标的物而设立的质押，以担保主债权实现的一种融资担保方式。相关质押须在市场监督管理部门等监管机构办理质押登记，质押自登记之日起有效设立。

2.不动产抵押

不动产抵押，是指抵押人（或第三方）为担保债务的履行，将其合法的房屋、土地使用权等不动产财产，在不转移占有的情况下，抵押给债权人（如银行）的一种融资担保方式。简单来说，就是债务人“押房借钱”，但房子仍可正常居住或使用。如果债务到期未能清偿，债权人依法有权将该抵押的不动产折价、拍卖或变卖，并就所得的价款优先受偿。房屋、土地等不动产抵押，须在国土部门、不动产登记中心等主管部门办理抵押登记，抵押权自登记之日起有效设立。

3.动产浮动抵押

动产浮动抵押是指特定的抵押人以其现有的和将来所有的生产设备、原材料、半成品、产品等动产为债权人设定抵押权担保，当债务人不履行债务时，债权人（抵押权人）有权以抵押人于抵押权实现时尚存的财产优先受偿。

4.仓单质押

根据我国票据法规定，仓单除了具有所有权凭证作用外，

还可以通过背书转让的方式进行流通，从而作为一种衍生的金融工具使用。同样，仓单作为票据，存货人可以作为出质人与质权人订立质押合同，以仓单作为质押物进行融资，存货人在仓单上背书并经过保管人在上面签字或盖章，将仓单交于质权人后，质押权产生效力，这就是仓单质押的雏形。相较于传统的实物抵押、质押或者是第三人保证贷款，仓单质押融资很大程度上是对典型融资担保方式的突破。

5.保单质押贷款

保单质押贷款是投保人把所持有的保单直接抵押给保险公司，按照保单现金价值的一定比例获得资金的一种融资方式。若借款人到期不能履行债务，当贷款本息积累到退保现金价值时，保险公司有权终止保险合同效力。

保单本身必须具有现金价值。人身保险合同分为两类：一类是医疗费用保险和意外伤害保险合同，此类合同属于损失补偿性合同，与财产保险合同一样，不可以作为质押物；另一类是具有储蓄功能的养老保险、投资分红型保险及年金保险等人寿保险合同，此类合同只要投保人缴纳保费超过一年，人寿保险单就具有了一定的现金价值，保单持有人可以随时要求保险公司返还部分现金价值以实现债权，这类保单可以作为质押物。

6.存单质押

是以自己或他人的定期存单做质押从金融机构贷款；二是自然人之间或者自然人与法人、其他组织之间法人、其他组织相互之间存在债权债务关系，由债务人以自己所有或是

第三人所有的存单作为债权的质押担保。用于向金融机构贷款质押的存单，贷款机构会在核实存单的真实性以后，通知出具存单的存款银行办理资金冻结即登记止付手续，俗称“核押”，并与借款人签订质押贷款合同，同时将存单保存在贷款机构手中，以防止存单所有人在借款人归还全部贷款本息之前将存款提走。第二种方式中，债务人为向债权人（非金融机构）担保自己的履约能力，把自己或第三人所有的存单交由债权人占有，以此作为自己的债务能如期履行的担保，并与债权人约定，在债务到期后，如债务人不能全部履行债务，则债权人可以此存单上的款项优先受偿。此两种方式的质押在我国法律上称之为“权利质押”或“权利质权”，其中存单质押的相关规定见于我国《民法典》第 440、441、442 条。

7.知识产权质押

知识产权质押融资是指企业以其合法拥有的、具备财产价值的专利权、商标权、著作权等知识产权作为质押物，向银行等金融机构申请贷款。这是一种典型的“知产”变“资产”的融资路径，尤其适合拥有核心技术但缺乏重资产的科技型中小企业。知识产权质押一般须由具备资质的评估机构对知识产权的市场价值进行专业评估，并且需前往国家知识产权局或版权局等主管部门办理质押登记手续，质押权自登记之日起正式设立。鉴于知识产权的价值评估存在较大不确定性，且处置变现渠道相对传统不动产更为复杂，导致金融机构接受度可能受限。企业需选择在细分领域有专业经验的

银行或担保机构合作，并可积极利用各省市针对知识产权质押融资提供的贴息、风险补偿等配套政策，以降低融资成本与难度。

8.数据资产质押

数据资产质押融资是指企业将其合法拥有、并经过资产化确认的数据资源（如经过脱敏处理的用户行为数据、工业数据、商业数据等）作为质押物，为债务履行提供担保的创新融资方式。企业的“数据”正逐步成为与土地、知识产权同等重要的新型融资工具。数据资产质押一般需首先由企业需对数据资源进行合规性审核与资产化确认，明确其产权归属、合规状态与应用价值；其次，由专业评估机构对数据资产的经济价值进行量化评估；最后，双方需在相关机构（如地方数据交易机构或主管部门）完成质押登记，抵押权自登记完成时设立。需要注意的事数据资产的价值评估体系尚在发展完善中，其价值波动性可能较大；同时，数据的合规风险（如隐私保护、国家安全审查）是核心关切，一旦数据被认定不合规，质押价值可能将不被认可。建议企业在融资前完成严格的数据合规内审，并优先选择在有明确支持政策的地区（如北京、上海、深圳、四川等区域）与对此业务有前瞻性研究的金融机构进行对接。

（三）融资协议中需要注意的条款

在融资完成时，投融资双方需要签订融资协议。但是因为很多创业者对融资协议条款不太熟悉，未能看清融资协议中一些暗藏的风险，将致使公司的控制权面临潜在的威胁。

1.债权融资协议注意条款

（1）借款金额与用途条款

需明确协议约定的借款总额是否满足需求。特别关注资金提取是否有额外前提条件（如再次提供报表、满足特定经营指标），避免资金无法按需到位。如协议约定可循环提款，但实际操作中银行可能因行业政策突变或自身额度紧张，在您最需要资金时以“内部风控要求”为由拒绝放款，导致提款权名存实亡。同时，需确认资金用途的规定是否足够灵活。如协议严格限定“仅用于支付XX供应商货款”，当存在更好的采购机会时，资金使用将存在不便。应争取“用于日常经营性支出”等相对宽泛的表述。

（2）利率与费用条款

利率与费用是融资的直接成本。除关注名义年利率外，还需厘清是否包含其他费用（如安排费、承诺费、代理费等），计算综合年化融资成本。如一笔贷款名义利率为5%，但需一次性支付贷款总额0.5%的安排费，若贷款期限为一年，实际融资成本将显著高于5%。同时，需额外留意“罚息”条款，其利率通常远高于正常水平（如按150%上浮），可能对意外情况下的财务造成巨大压力。

（3）担保与资产限制条款

担保与资产限制条款关乎企业甚至企业家个人的资产安全与再融资能力，担保措施条款一般会明确需要提供的担保方式（如不动产抵押、应收账款质押、实际控制人连带责任保证等）。其中需审慎对待“个人无限连带责任担保”。

这意味着一旦企业违约，企业家的家庭财产（如房产、存款）都将用于偿债。应尽量争取将担保责任限定在部分资产或金额之内。

资产处置限制条款可能限制融资人在没有取得该债权人同意的情况下，将资产抵押、质押给其他方。如融资协议中可能约定“未经债权人书面同意，债务人不得将其现在或未来的任何资产（无论是否为本协议项下抵押物）抵押、质押、质押或设置任何形式的权利负担予任何第三方”。在该条款下，如企业希望将新购入的设备抵押给另一家银行获取流动资金，会因该条款限制而无法操作。

（4）承诺与约束条款

承诺与约束条款分为肯定性条款与否定性条款。肯定性条款一般会对融资人需要定期主动履行的义务进行约定，如按要求提供财务报表、保持一定的流动性比率、资产负债率等财务指标，需谨慎评估相关指标或义务达成的可行性。

否定性条款一般会对融资人的经营行为进行限制，包括但不限于对外担保限制：是否限制为子公司或其他关联方提供担保；投资限制：是否限制进行一定金额的股权投资或资产收购（如“单笔投资超过净资产 5%需经债权人同意”）。控制权变更或股权转让条款：明确约定若实际控制人发生变更或股权发生转让，须取得债权人同意。对于有上市计划或正在洽谈并购重组的企业尤为重要，需提前与债权人沟通，争取在满足特定条件（如 IPO、特定受让方接手）时豁免此条款。

（5）风险与控制条款

首先违约事件条款是协议中最关键的风险条款。需逐项审阅构成违约的具体情形。除了未能按期还本付息外，还需特别注意“交叉违约”条款。如一笔小额网贷上意外逾期，可能触发与主要合作金融机构的大额贷款的交叉违约，导致金融机构有权要求所有贷款立即到期，引发系统性风险。需尽量争取提高触发交叉违约的其他债务金额门槛（如“超过净资产 3%的其他债务违约”）。

此外，宽限期与补救期条款也需进行关注，对于非核心条款的违约（如提交报表晚于约定日期 3 天），应争取设置合理的宽限期（如 15-30 天），为融资人提供纠正失误的机会。缺乏宽限期将任何微小的行政疏忽都可能造成严重后果。

2.股权融资协议注意条款

（1）业绩对赌条款

在实务中，有不少公司因为急需资金，所以采取了业绩对赌的方式，和投资方签订了一些业绩对赌条款。业绩对赌条款是指以被投资公司未来的经营业绩为对赌标的，以创业者与投资人之间相互转让一部分股权或者退回一部分投资款作为赌注，以激励公司管理层努力工作同时达到调整公允估值目标的一种条款。

实务中，一般都是通过财务业绩作为对赌标的。财务业绩作为对赌标的是指被投资公司在约定期间能否实现承诺的财务业绩。因为业绩是估值的直接依据，融资公司想获得高估值，就必须以高业绩作为保证，一般都是以净利润作为

对赌标的。许多公司就是因为把对赌标的定得过高，最后因无法达成目标而失去了对公司的控制权。

（2）一票否决权条款

为了保护小股东的利益，增强小股东的话语权，同时防止大股东滥用股东权利。投资人往往会在融资协议中规定在特定事项中其拥有一票否决的权利。一票否决权是指股东在公司章程中约定，某一个或数个董事或股东对董事会或股东会决议的事项拥有一票否决权，其本质是强调董事会或股东会决议必须经过某一个或数个董事的一致同意，方能有效。

投资人拥有一票否决权的目的是维护小股东利益，但现实中有不少投资人以此来掌控公司，使公司的创始人失去决策权，最后失去公司的控制权。所以，在签订融资协议时，一定要注意投资方是否要求一票否决权。如要求，就要慎重考虑是否接受对方的投资，或者对其否决的范围进行约定。

（3）反稀释条款

反稀释条款也称为反股权摊薄协议，是用于优先股协议中的一个条款。是指投资方在投资后，被投资公司进行后续项目融资或者定向增发的过程中，投资人避免自己的股权被贬值及份额被过分稀释而采取的措施。

投资人要求签署反稀释条款是为了避免因目标公司进行降价融资而被严重稀释，直至被踢出局。反稀释条款对保障投资人的权利与后续战略退出至关重要，所以，反稀释条款往往是融资协议中的焦点。

（4）回购权条款

投资人会要求融资公司同意其有权在投资完成的一段时间内，按照其投资时的股权价格加上一定比例的回报回购当初购买的股份。一般是在交割日完成的第四年至第六年。如果公司无法上市或经营出现问题时，回购权就会生效。

如某公司的股权回购条款的触发条件规定：不论任何主观或者客观原因，融资公司无法在规定时间前实现首次公开发行股票并上市，原因包括但不限于融资公司经营业绩方面不具备上市条件，或由于公司历史沿革方面的不规范，或参与公司经营的原股东存在重大过错、经营失误等。投资方就有权要求融资公司或者原股东回购投资方所持有的全部公司股份。

（5）共同出售权条款

共同出售权是指其他股东特别是初始股东想转让或出售股份时，投资方有权按照出资比例用原始股东出售的价格与初始股东一起向第三方转让股票。

投资方在投资时之所以会要求签订共同出售权条款，是因为在初始股东撤退时，也能让自己获得一个撤退的机会。需要注意的是，该条款只能对公司股东产生约束力，而不能约束第三方。而共同出售权条款正好涉及了第三方，所以，在共同出售权条款的设计上，可以约定初始股东出让股份需要经过投资方同意，否则不能出让股份。

某公司在融资协议中对共同出售权条款做了以下规定：原股东经投资方书面同意向公司股东以外的第三方转让其股份时，投资方有权按第三方给出的相同条款和条件，根据

原股东及投资方当时的持股比例共同出售股份。投资方选择按相同条款和条件与原股东按持股比例共同出售股份给受让方的，原股东应保证收购方优先购买投资方的股份。

（6）优先权条款

优先权条款包括 3 个方面的内容：一是优先分红权，签订此条款后，每年公司的净利润要按照投资方投资金额的一定比例，优先于其他股东分给投资方红利；二是优先购股权，公司上市户如要增发股份，投资方可优先于其他股东认购增发的股份；三是优先清算权，公司进行破产进行清算时，投资方可优先于其他股东分配剩余财产。[32]

（四）民营企业融资实务问答

1.家族公司在经营中可能面临哪些风险？

答：实践中，该种情况多存在于民营企业中。公司一般注册为夫妻两人或者其他家庭成员，实质上由一人出资经营。该股权结构一般有经营管理活动不规范，容易造成“公”、“私”不分，财产混同，存在法人人格被否定的法律风险；同时可能产生股权确认纠纷、公司控制权纠纷、持股比例不清等问题。

2.初创时期的民营企业一般的融资方式？

答：由于初创时期的民营企业营业收入、资产规模、现金流量较少，无法满足金融机构的债权类融资条件，一般建议采取经营性债权融资、私募股权融资。

3.私募股权基金的主要形式？

答：私募基金的主要组织形式有契约制、有限合伙制、

[32]吴道富著，《企业融资整体解决方案》，第 165 页

公司制，受监管规则、税赋成本等因素，其中私募股权基金的主要组织形式为有限合伙制。

4.如何辨别是否为合法私募股权基金?

答：通过在中国证券投资基金业协会官方网站、APP 查询即可，私募基金管理人、私募股权基金均有其对应的登记编号。

5.公司股东能否利用股权进行融资?

答：可以。股权融资与债权融资是公司融资最主要的两种方式。其中，股权融资是指企业的股东愿意让出部分所拥有的企业股权，通过企业增资的方式引进新股东的一种融资方式。

6.股权投资后，可以通过哪些方式退出并获得收益?

答：所谓退出是指股权投资机构或个人在其所投资的创业企业发展相对成熟后，将其持有的权益资本在市场上出售以收回投资并实现投资收益的过程，退出也是股权投资的终极目标。常见的退出方式主要有 IPO（首次公开发行股票，即“上市”）、并购、新三板挂牌、股权转让、回购、借壳上市、清算等。

7.申请办理股权出质登记，需向市场监督管理局提交哪些材料?

答：依照《股权出质登记办法》第 7 条规定，申请股权出质设立登记，应当提交下列材料：（一）申请人签字或者盖章的《股权出质设立登记申请书》；（二）记载有出质人姓名（名称）及其出资额的有限责任公司股东名册复印件或

者出质人持有的股份公司股票复印件(均需加盖公司印章);（三）质押合同;（四）出质人、质权人的主体资格证明或者自然人身份证明复印件（出质人、质权人属于自然人的由本人签名，属于法人的加盖法人印章）;（五）国家市场监督管理总局要求提交的其他材料。指定代表或者共同委托代理人办理的，还应当提交申请人指定代表或者共同委托代理人的证明。

8.什么是股权置换？股权置换过程中，应当注意哪些问题？

答：股权置换是指两家或两家以上的公司通过互换股权，来达到调整公司的股权比例、改善公司的股本结构、实现公司整合的一种方式。其目的通常在于引入战略投资者或合作伙伴。股权置换通常不涉及控股权的变更。股权置换的结果是，实现公司控股股东与战略伙伴之间的交叉持股，以建立利益关联。股权置换过程中，应注意以下几个问题：（1）置换双方须经各自公司董事会批准程序及必要的工商变更登记手续，属于国有资产的，还应进行评估和审批程序;（2）应充分了解所置换股权的相关信息，以确定是否存在瑕疵，确认置换合同各方均符合主体资格，审查是否存在出资不实、出资不到位（违约）、抽逃出资、股权出质等瑕疵;（3）应由专业的资产评估机构对被收购公司的资产及权益进行评估，出具评估报告。

9.什么是交叉持股，交叉持股是否违反法律规定？

答：交叉持股，即互相持股，通常是一公司与他公司之

间通过相互投资，相互持有对方一定比例的股份，相互成为对方股东，进而形成的一种相互支持、相互抑制的公司联合形式。交叉持股多发生在母子公司之间。除证券公司有明确规定不得交叉持股外，《公司法》等相关法律法规并没有明确限制和禁止母子公司之间进行交叉持股，因此，对于非上市公司之间存在的交叉持股情况，只要不存在其他法律瑕疵（如涉嫌虚假出资或抽逃出资），则应认定为是合法的投资关系。

10.什么是股权激励，股权激励有何优点？

答：股权激励是公司通过有条件地给予激励对象部分股东权益，对员工进行长期激励的一种方法。股权激励属于期权激励的范畴，是公司为了激励和留住核心人才，而推行的一种长期激励机制。股权激励制度中员工通过获得公司股权的形式得到一定的经济权利，并能够以股东的身份参与公司决策、利润分享，承担经营风险，员工自身利益与公司利益更大程度地保持一致，从而勤勉尽责地为公司的长期发展而服务。股权激励对改善公司治理结构、降低治理成本、提升管理效率、增强公司凝聚力和市场竞争力起到非常积极的作用。[33]

（五）融资实务案例

1.俏江南资本之殇——对赌协议

1988 年，出身于知识分子家庭的张兰，毅然决然的放了“铁饭碗”，靠着在国外打工，攒下了回国的创业费用。

[33]民营企业法律法规知识问答（四）股权投融资问题，访问地址：https://mp.weixin.qq.com/s/GGWyZEgL3GxIC5KxZf3UZg

2000 年，拥有十年餐饮经验与资金积累的张兰，在北京国贸开办了第一家俏江南餐厅，迎来了属于她和俏江南的时代。从 2000 年到 2010 年，10 年间，俏江南在中国餐饮市场上得了一席之地，其业务也逐步向多元化发展，生出包括兰会所在内的多个业态。

2007 年，俏江南的销售额达到了 10 亿左右；2009 年，张兰首次荣登胡润富豪榜第三名，财富估值为 25 亿元。

2008 年下半年，偶然的机会张兰结识了鼎晖投资的合伙人王功权。前者急需资金扩张，后者则是有意愿入股的金主，二者一拍即合。据当时媒体的报道，鼎晖以等值于 2 亿元人民币的美元，换取了俏江南 10.53%的股权。据此计算，俏江南的估值约为 19 亿元。既然是私募股权融资，创业方与投资方自然少不了要签署包含系列条款的投资协议，比如董事会条款、防稀释条款、行业禁止条款，以及外界耳熟能详的对赌条款等。这一系列投资条款清单，少则十几条多则数十条，是 VC/PE 在过往的实践中吸取各种教训而总结出来的，以全方位对创业方形成各种制约、保护自身的投资利益。

鼎晖的投资，给俏江南带来资金的同时，也给其套上了枷锁，令其不得不疲于奔命。当时媒体报道称，俏江南与鼎晖的“对赌协议”内容为：如果非鼎晖方面原因，造成俏江南无法在 2012 年底之前上市，鼎晖有权以回购方式退出俏江南。2011 年 3 月，证监会冻结了餐饮企业的 IPO 申请，当时的俏江南刚刚向证监会发行部提交了上市申请。据了解，餐饮企业的 IPO 申请之所以处于冻结状态，原因是，“采购端与销售端都是现金交易，收入和成本无法可靠计量，无法

保证会计报表的真实性”。2012 年，证监会披露 IPO 申请终止审查名单，俏江南赫然在列。A 股无门，便开始转战港股。为了在年底尽快上市，张兰甚至移民到了加勒比岛国圣基波因，为此放弃了朝阳区政协委员的身份。2012 年 12 月“中央八项规定”出台，受此影响，奢侈品、高档酒店、高端消费等皆受影响。这对定位于中高端餐饮的俏江南无疑造成了沉重的打击。

上市之路中间历经多番波折，仍未能在规定期限内上市，导致其触发了向鼎晖融资时签的“股份回购条款”。这就意味着，俏江南必须用现金将鼎晖所持有的俏江南的股份回购回去，同时还得保证鼎晖获得合理的回报。处于经营困境之中的俏江南，显然无法拿出这笔巨额现金来回购鼎晖手中的股份。在恶劣的形势下，俏江南的门店数量从 2012 年末的 70 家缩减至 50 余家，由此可以推想其实际的财务困境。其实不然，鼎晖依然还有后路可循，既然俏江南没钱回购，那就设法将手中的股权转让给第三方。此时，当初签署的“领售权条款”就开始发挥作用了。领售权，乃领衔出售公司之权利，按照标准条款，如果多数 A 类优先股股东同意出售或者清算公司，则其余的股东都应该同意此交易，并且以相同的价格和条件出售他们的股份。

在俏江南，A 类优先股股东只有鼎晖一家，因此只要其决定出售公司，张兰这个大股东是必须无条件跟随的。那么，鼎晖只要能找到愿意收购俏江南的资本方，鼎晖就能顺利套现自己的投资，张兰也得跟着被迫卖公司。

显然，俏江南的命运已经不再掌握在张兰手中了，一切

都由鼎晖说了算。正是在这个背景之下，2013 年 10 月 30 日，路透社爆出欧洲私募股权基金 CVC 计划收购俏江南的消息。2014 年 4 月，CVC 宣布正式入主俏江南，成为最大股东。CVC 并未披露收购价格和股比，不过外界传其持有俏江南 82.7%的股权，其中张兰出售的 69%股权，作价 3 亿美元。CVC 入主俏江南之后，张兰成为仅持股百分之十几的小股东，已然无法左右俏江南的发展了，辛苦打拼 20 多年，却为他人做嫁衣，令人不胜唏嘘。[34]

2.如家融资案例——私募股权融资

（1）融资历程

2002 年 6 月，携程与中国资产最大的酒店集团——首旅集团共同出资成立经济型连锁酒店“如家”，注册资本 1000 万元且按双方股权比例出资。尽管双方达成合作，但按照当时的保守估计，其自有资金杯水车薪，因此开始设立如家时，就打算进行私募股权融资。经过一个波折，如家终于获得投资者的青睐，于 2003 年初开启了第一轮私募股权融资（见下表）。

	第一轮私募股权融资	第二轮私募股权融资	第三轮私募股权融资	上市前持股		上市后持股	
投资方				持股数量	所占比例	持股数量	所占比例
IDG VC	150 万美元	30 万美元		7 372 217	13.48%	5 160 552	8.0%
美国梧桐	250 万美元	50 万美元		12 286 828	22.46%	8 600 780	13.34%
SIG			500 万美元	3 265 841	5.25%		4.46%

数据来源:根据如家招股说明书及相关报道整理。

2006 年 10 月 26 日，如家成功登陆纳斯达克。IPO 定价

[34]俏江南资本之殇——对赌协议！访问地址：https://mp.weixin.qq.com/s/zHORONxWk7d_vy6vYpp5tA

13.8 美元，高出 10-12 美元计划价格区间的上限。上市当天，其开盘价为 22 美元，高出发行价 13.8 美元 59.4%，当日股价一度飙至 23.75 美元，最低为 21.5 美元，最后当天收盘 22.5 美元，较发行价上涨 63.04%，市盈率超过 100，融资高达 1.09 亿美元。

（2）融资效果

经过三轮私募股权融资，除了在一定程度上缓解了如家对资金的需求，基本解决资金问题外，战略投资者也为其注入新鲜血液，提供增值服务。为如家 2006 年成功登陆纳斯达克奠定了基础，更为其上市后在资本市场的后续发展埋下了伏笔。

①资金支持快速扩张

经济型酒店数量及覆盖地区大小是维持其生存的一项重要基础。因此企业要发展就要快速扩张，要在各市布点，而这背后雄厚的资金支持是不可或缺的。私募的引入对需要大量资金进行扩张的如家如同甘霖。2002 年 6 月，如家成立之初时仅仅四家店，之后通过私募股权融资，如家迅速扩张，占据市场。

从分布来看，其业务以长三角、渤海湾、珠三角区域为主，扩展至全国各地，从最初的上海、北京等一线大城市逐渐延伸至其他二、三线城市另外，从店数量来看，如家的连锁发展轨迹一路飙升，从 2003 年 4 个城市的 10 家酒店；2004 年 8 个城市的 26 家店；2005 年 22 个城市的 68 家店；再到上市前的 6 月 30 日止，覆盖 26 个城市，82 家店，发展速度

令人惊叹。

在自有资金不足，私募股权融资的支持下，如家大跨步前进。2004 年，只用近两年的时间就与 1997 年创立，中国最早期的经济型酒店的代表锦江之星酒店数量持平，随后又成功超越。至此，成为中国第一家经济型连锁酒店，在上市后更以迅之势发展。从 2007 年的 266 家，2008 年的 471 家 2009 年的 610 家直至 2010 年 146 个城市的 818 家。

②增值服务加速发展

私募股权并不是唯一的融资方式，但在多数情况下，尤其对初创期的中小企业来讲，却是可供选择的一种很好的融资渠道。它在解决企业资金瓶颈的同时，引入战略性私募投资者，在不干预企业日常经营管理的情况下，其宏观的视角为企业带来增值服务，为企业的加速发展起到决定性推动作用。这一点，从如家的私募股权融资中就可以看到:

首先，优化收入与成本结构。如家上市前运用私募股权融资不断扩大经营，导致酒店数量和客房数量的剧增，从而使总营业收入的不断增加。与此同时，为了支持经营的扩张，企业销售与营销费、管理费等运营成本开支也在不断上升。

其次，改善股权结构。一方面，如家初创时，按照出资比例携程持 55%股份，首旅持 45%股份。根据如家招股说明书，企业经过三轮的私募股权融资和系列交易，携程转让了如家的所有股份，企业高管上市前只拥有 20.72%的股权，与私募各方投资者基本均衡持股，形成一个“一碗水端平”、没谁占优势的“一股独大”转变为由资金雄厚、上市经验丰

富、资本运营能力强的私募股权投资者与创业团队共同持股的状态。这样，如家私募股权融资在改善了企业股权结构的同时，也使其更趋于合理化、法治化。另一方面，如家设立了离岸控股公司的红筹股权架构，这也为其更好地实现境外主体私募和上市做好了充分的准备

再次，提高管理水平。一方面，为保护投资者，私募股权融资是期分批实现的。如家为了扩张，能否获得后续资金的支持，取决于其是否有优良的管理使企业迅速发展，为投资者带来高额回报。另一方面，如家发行可转换优先股融资，并决定在企业 PO 时将其自动转换成普通股。这样，如家能否上市成为私募股权投资者转股的前提。所以，如家上市前，管理层任何有损其企业价值的行为，都可能降低上市的可能，降低转股的可能性，从而损害管理层及其大股东的利益。这样一来，便激励如家更加努力地提高管理水平和改善管理系统。2005 年，如家开发中央管理系统，该系统有更好的信息化平台和综合分析运用能力。这种管理水平的提升，使如家形成最大的连锁酒店网络体系。另外，正由于私募的青睐，如家吸引了孙坚等优秀的管理人才进入，提高了企业管理水平。

最后，提升企业形象，提高资本市场认同度。由于投资如家的 IDGVC、美国梧桐等私募投资者在国际市场中拥有良好的品牌、经验和信誉，因此，谋求上市的如家也会产生品牌效应。一方面，IDGVC 等在如家之后的融资中除了继续跟进外，其利用自身的国际名望、关系网络提升如家形象，为

其引进其他资源互补的战略伙伴，使如家再次融资变得易行。另一方面，私募投资者的声望、资源在资本市场上也对公众投资者具有很强的号召力，为如家上市时找到了具有同样国际地位的瑞士信贷、美林等承销商，提高其市场认同度，募集可观的资金，用于如家扩大连锁酒店规模、改进店设施以及企业运营，使如家拓展自身国际影响力的同时，也在更广阔的资本市场上寻求到更多的机会和资源，加速了发展。[35]

3.阿里巴巴和京东融资方式分析——轻资产企业融资方式

轻资产公司，就是具有资产特征的公司，高现金流、固定资产所占比重低，存在较多的无法计量的无形资产。目前学术界把轻资产公司分为四种类型，类金融型、知识产权型、品牌引领型和互联网型。

（1）轻资产公司融资困境的分析

①从企业自身角度

由于轻资产公司的特征，其具有较少的固定资产，其价值较高的资产大多是无法准确计量的无形资产，因此没有可以用来抵押的固定资产，很难从银行得到货。且投资在公司收入具有较大不确定性，尤其是文化产业，这也增加了融资的难度。企业在初创期也很难达到在中小板上市的标准。

②从外部金融体系及政策角度

目前尚没有完善的评估无形资产价值的体系，很难用无形资产作抵押，又由于信息不对称，轻资产公司风险高，绝

[35]薛小荣,李真.我国中小企业私募股权融资效果及因素分析——基于“如家”案例[J].会计之友,2012(01):39-42.

大多数金融机构对轻资产公司信心不足，在扶持上，我国也没有较完善的体系及许多创新的融资方法也没有过实践，因此资产融资困境明显问题突出。

（2）基于阿里巴巴和京东的案例分析

①融资历程

a.阿里巴巴

初创期：1999 年马云投入 50 万元原始资本，然后接受以高盛为首的风险投资 500 万美元。

成长期：阿里巴巴以其良好的发展前景吸引软银投资 2000 万美元“4xo”优秀领导团队使得公司在技术研发、运营等各方面有了更大的提升，又获得软银、富达公司、GGV 计 8200 万美元的投资。

快速发展期：2005 年收购雅虎并获得雅虎 10 亿元的投资

成期：上市融资

b.京东

初创期：1998 年刘东成立公司

成长期：2007 年获得今日资本 1000 万美元投资；2009 年获得今日资本、雄牛资本、梁伯韬私人公司投资 2100 万美元；2011 年获得俄罗斯 DST、老虎基金、红杉资本等 6 家基金和个人融资 15 亿美元；2012 年获得加拿大安大略教师退休基金、老虎基金 4 亿元；2013 年获得加拿大安大略教师退休基金和 KingdomHoldingsCompany 等 7 亿美元投资。

成熟期：2014 年获得腾讯 2.14 亿美元上市融资。

（3）案例分析

a.初创期

从阿里巴巴和京东的融资历程可以看出，轻资产公司初创期首先是内部融资，但是内部融资金额十分有限。发展初期公司既没有可以抵押的资产，品牌形象也没有建立起，信用也得不到银行的认可，想要向银行贷款是不可能的事。而风险投资和私募资金相对于银行贷款而言限制较少，给许多初创企业带来了希望。但想要引风险投资前提是要有足的吸引力，有巨大的创造利润的能力，才能够让各种投资人敢于并乐于投资，京东和里巴巴看到电子商务良好的发展前景及巨大的发展空间，抓住了机会，也成功地吸引到风险投资和私募基金。

b.成长期

企业到了成长期，需要更多的资金来支持企业在各个方面的提升与发展。但是由于企业已拥有了一些知名度，品牌形象逐渐建立起来，信用等级也在不断提高，融资也就较初创期容易一些，可以从上述两个例看出，两个企业在达到成长期后，有更多的风险投资，数目也相当大，这不仅得于企业良好的发展前景，也在于企业经营带来了更多的收益使风投对企业更加有信心，在这样的背景下银行也敢于向企业贷款，同时企业也具备了创业板上市的一些条件，因此企业在成长期可以通过风险投资，内部融资，银行贷款，创业板上市等多种方式进行融资。

c.成熟期

在成熟期，企业已实力雄厚知名度较高，融资压力较小，可以发行债券和股票，也可以以其竞争优势挤占上下游资金，并减少股利的发放进行内部融资，从而减少融资成本。

京东和阿里巴巴资产公司的特征：较多的现金，较少的固定资产，商誉价值较高，而且其应付账款和应付票据等都在逐年上升。这就说明这两个企业都利用自己的争优和议价能力挤占上下游资金获得无息负债。由于企业良好，有较多的收入，企业本身的留存收益也可供内部使用，从资产负债表中可以看出企业的短期投资呈上升趋势，说明企业创造的价值不仅内部融资使用，还有多余闲现金进行短期投资，从而降低机会成本。而且两家企业都已上市，这是企业进入成长期较好的融资方式，融资数量大，速度快，对企业快速发展有很大的帮助。[36]

4.兴业银行与某公司借款纠纷案

（1）基本案情

某贸易公司作为债务人（借款人），向兴业银行股份有限公司（以下简称“兴业银行”）融资并签订了《流动资金借款合同》。因该贸易公司的其他债务违约，兴业银行依据合同中的交叉违约条款，宣布与该公司贷款提前到期并提起诉讼。该贸易公司的控股股东作为本案的连带责任保证人，与该公司一同被银行起诉。

（2）争议焦点及法院认定

该案的核心争议点在于，该贸易公司及其控股股东暨连

[36]贺小敏,贺春阳.轻资产企业融资方式探索——基于阿里巴巴和京东的案例分析[J].科技创业月刊,2015,28(13):50-51.

带责任保证人认为，其在《流动资金借款合同》项下的本息尚未逾期，银行仅因其在另一债务项下违约就宣布流动资金贷款提前到期，不尽公平。此外，其亦认为银行未履行作为格式条款提供方应尽的合理提示义务或说明义务，相关条款不产生效力。

关于交叉违约条款的认定与适用，法院明确指出，案涉《流动资金借款合同》中约定的交叉违约条款合法有效，并适用于本案情形。判决书表明本案合同明确约定，借款人在本合同项下或其他融资项下的债务出现违约，贷款人均有权宣布贷款立即到期。该约定系双方自愿达成，内容不违反法律强制性规定，属有效约定。其他债务与流动资金贷款均反映了借款人的偿债能力和信用状况。借款人在其他债务项下已发生违约，足以表明其整体偿付能力恶化，对本案借款的安全构成了实质性风险。因此，债权人兴业银行根据合同约定宣布借款提前到期，是控制信用风险的正当行为，应予支持。

关于格式条款的效力认定，法院在判决中明确，案涉合同中的相关条款虽为预先拟定，但其内容具体、明确，特别是关于违约情形和后果的约定，并未超出合理控制风险的范畴。作为商事主体的借款人与保证人，在签署此类重要金融合同时，负有审慎阅读、理解合同条款的义务。在无证据证明该条款存在《合同法》规定的无效情形（如免除对方主要责任、加重对方责任、排除对方主要权利）时，应当尊重合同约定，确认其法律效力。

二、发行与上市

（一）概念简介

广义的证券上市是指公开发行的证券进入证券市场交易。因证券交易包括场内交易和场外交易，因此广义的证券上市包括在证券交易所挂牌上市和在场外交易市场挂牌上市。在我国大陆和台湾地区，证券上市采狭义的概念，即仅指在证券交易所挂牌上市，在场外交易市场挂牌上市被称为证券上柜或店头市场登记。

证券上市以证券发行为前提，以证券交易为目的，是证券发行与证券交易的中间环节，证券发行后，要实现在证券交易所挂牌交易的目的，必须借助于证券上市。因此，证券上市对投资者和证券发行人而言，都有着重要的意义。

首先，证券上市意味着证券流通性的增强，可以增强投资者认购热情。证券发行后即在发行人与投资者之间建立起股权关系或债权债务关系，如果投资者不能转让所持证券或者转让较为困难的，则意味着投资者投资购买发行人发行的证券的风险加大，投资者认购热情就会受到影响。

其次，证券上市有助于降低证券交易的风险。一方面，相关法律法规规定了不同于证券发行的证券上市条件，符合法定证券上市条件的发行人才可能被获准上市交易；另一方面，在证券上市过程中，证券交易所要审查证券发行人及其所提供资料的合法性和完整性，以决定是否准许其证券上市，这都有助于保障上市交易证券的品质，从而有助于降低证券交易的风险。[37]

[37]冯果主编，《证券法》，第 78 页

（二）发行与上市类型

依据上市证券类型的不同，证券上市主要包括股票上市和债券上市。

1.股票发行与上市

股票上市，是指股份有限公司已经发行的股票经证券交易所批准后，在交易所公开挂牌交易的法律行为。在我国，股票公开发行后即获得上市资格。

根据股票上市方式和上市地点的不同，股票上市还包括首发上市、买壳/借壳借壳上市和分拆上市等类型。

（1）首发上市：首发上市即常说的 IPO，首次公开发行股份并上市，指一家企业首次向公众发行股票并在公开市场交易，是市场上最常见的上市方式。目前，企业 IPO 时可选择的上市途径越来越多，境内上市有上交所、深交所和北交所，境外主要有港交所、纽交所、纳斯达克等。

（2）买壳/借壳上市：买壳/借壳上市，是指一些非上市公司通过收购或利用自身控股的一些业绩较差、筹资能力弱化的上市公司，剥离相关公司资产，注入自己的资产，从而实现间接股票上市。如：广东宜华地产股份有限公司，通过收购“ST 光电（000150）”，取得“ST 光电”这个壳资源，实现宜华地产公司的间接上市。又如强生集团由上海出租汽车公司改制而成，拥有较大的优质资产和投资项目，近年来，强生集团充分利用控股的上市子公司——浦东强生的“壳”资源，通过三次配股集资，先后将集团下属的第二和第五分公司注入到浦东强生之中，从而完成了集团的借壳上

市。

（3）分拆上市：分拆上市是指一家母公司将其部分业务或某个子公司独立出来，另行公开发行股份并上市的行为。市场上有不少分拆上市的经典案例，如碧桂园分拆碧桂园服务、海底捞分拆颐海国际、海康威视分拆萤石网络、腾讯分拆腾讯音乐、生益科技分拆生益电子、正泰电器分拆正泰安能等。

2.债券发行与上市

债券上市，是指公司债券的发行者依法向有关部门提出申请，经有关部门批准后，在证券交易所上市交易的法律行为。

我国的国债，包括国库券、基本建设债券等，只要国家在发行时规定准许其上市，无须审批就可上市交易；但企业债券或金融债券，若要上市，则必须达到证券交易所规定的上市标准，经证券交易所审核批准后才可挂牌上市交易。[38]

（三）上市利弊

不知从何时开始，互联网上流传一个段子：“永不上市老四家，顺丰华为老干妈，还有一个娃哈哈”。结果，这个“不上市联盟”却已经瓦解了，先是顺丰在2017年2月借壳鼎泰新材登陆A股，紧接着一直声称“不差钱不上市”的娃哈哈董事长宗庆后开始松口，称会考虑上市。

对绝大多数企业来说，企业上市与否到底有何利弊？

1.上市优势

对公司来说，上市的好处总结起来可以分为3个方面：

[38]罗绍明主编，《证券投资基础》，第64页

融资、品牌影响力、财富创造。

（1）融资容易。众所周知，企业发展离不开资金的支持，而对多数民营企业，尤其是多数中小型民营企业来说，一直存在着融资难融资贵的困境，银行贷款一直是它们的首选，但是往往很难得到，因此有的企业在遇到资金问题时，往往选择民间高利率借贷过活，最典型的例子就是电视剧《人民的名义》中大风厂的老板蔡成功，背负着近10亿的民间高利贷。而对上市公司来说，融资却相对容易得多，一方面，公司IPO时发行的新股就同时获得了资金，后续发展的过程中还可以继续发行股票或者债券融资，即使是向银行申请贷款，那也可以比非上市公司获得更多的利率优惠，甚至还有银行会向大型上市公司追着屁股后面，希望为其贷款。

（2）品牌影响力巨大。而在品牌影响力方面，上市公司的优势更是远超非上市公司。在世界500强企业中，499家是上市公司，唯一没有上市的就是华为。耳熟能详的苹果、微软、谷歌、腾讯、阿里巴巴、百度、工商银行、建设银行、中石油等等，全是上市公司，它们在人们心中的巨大品牌影响力，很大程度上是因为上市的加成作用。因为上市，他们业务、业绩透明度比较高，如果出了任何问题，媒体也会密集报道，他们舞弊违规的成本非常高。

（3）快速造富。很多人的财富来自于公司上市，今年胡润富豪榜公布的富豪前10名，除了正威集团掌门人王文银，其他富豪全部来自上市公司。而即使如此，王文银也对媒体表示，正威集团也会启动上市计划，预计会在A股和港

股分别并购一家公司，并向其注入优质资产。不仅仅是企业的高层，即使是中层、基层员工，也会因为自己所在公司的上市，而有可能获得丰厚的财富。

2.上市弊端

当然了，任何事物都有利有弊，公司上市的弊端主要体现在控制权旁落风险和信息公开透明上。

以华为来说吧，目前任正非只持有华为约1.4%的股份，这是非常低的持股比例了，一旦上市，公司控股权的旁落不可避免。如此一来，任正非的位置能否保住都是一个问题。另外，作为一家非上市公司，华为对外的信息披露不需要太透明，这对于华为的发展是有好处的。而一旦成为上市公司，信息披露需要透明，这就很容易导致华为一些需要保密的重要信息被泄漏出去，让自己在竞争中处于不利地位。

也正因如此，对于华为来说，不上市确实对企业的发展更加有利。而华为的发展事实也表明，企业发展不一定非要走上市这条路，这需要视各家企业的发展状况而定。尤其是一些好企业，登陆A股市场尤其需要保持慎重。[39]

（四）资本市场实务问答

1.什么是资本市场？

答：资本市场由各种融资活动组成，按融资方式的不同可分为证券市场和银行中长期信贷市场，主要包括股票、公司债券、大额可转让存单、不动产抵押贷款和金融衍生工具等。在通常意义上，资本市场主要指证券市场。我国目前已经形成涵盖股票和债券等融资工具的资本市场体系，建立了

[39]老干妈不上市——企业上市利与弊，访问地址：https://mp.weixin.qq.com/s/Z97h5mlA-2-1fNCmkMifmw

包括深沪主板、创业板、科创板、北交所、全国中小企业股份转让系统和区域性股权市场的多层次资本市场，为促进改革开放和经济社会发展作出了重要贡献。

2.什么是股票市场？

答：股票是股份有限公司为筹集资金而发行给股东，作为持股凭证并借以取得股息的一种有价证券。每股股票代表股东对企业拥有一个基本单位的所有权，这种所有权为一种综合权利，包括知情权、资产收益权（收取股息、取得股份转让差价等）、公司重大决策参与权（参加股东会、行使表决权、提案权、质询权等）、监督权以及求偿权等。

股票市场由发行市场和流通市场两个部分组成，又称一级市场和二级市场。一级市场是指投资者从发行人处认购新增股份，典型形式为股份有限公司首次面向公众公开发行股票（IP0）、定向增发；流通市场是指股票持有人之间的交易，典型形式为通过证券交易所买卖已上市的股票。

股票市场主要有如下功能：（1）筹集资本。公司作为资金需求方发行股票，投资者认购股票，从而使资金从投资者流向发行股票的公司。（2）转让资本。股票市场为股票的流通转让提供了场所，为资产提供了流动性。（3）转化资本。股票市场在股票买卖者之间架起了一座桥梁，可以使非资本的货币资金转化为生产资本。（4）发现价格。股票市场众多投资者的买卖行为产生了投资者认可的股票价格。

3.如何判断所属行业是否适合上市？

答：《首次公开发行股票注册管理办法》明确规定，发

行人的生产经营须符合法律、行政法规和公司章程的规定，并符合国家产业政策。下列行业（或业务）将受到限制：第一，国家发改委发布的《产业结构调整指导目录》中限制类、淘汰类的行业及国家专项宏观政策调控的行业；第二，有些行业虽不受限制，但法律、政策对相关业务有特别制约的也将受到限制，如国家风景名胜区的门票经营业务、报刊杂志等媒体采编业务、有保密要求导致不能履行信息披露义务最低标准的业务等。对于特殊行业，在审核实践中通常会从企业经营模式的规范性、合法性；募集资金用途的合理性；所属行业技术标准的成熟度；所属行业监管制度的完备性；市场的接受程度；对加快经济增长方式转变、经济结构战略性调整的推动作用；所属行业上市与公众利益的契合度等。

4.上市大致需要多长时间？

答：一般情况下，企业自筹划改制到完成发行上市总体上需要 3 年左右，主要包含重组改制、尽职调查与辅导、申请文件的制作与申报、发行审核、路演询价与定价及发行与挂牌上市等阶段。如果企业各方面基础较好，需要整改的工作较少，则发行上市所需时间可相应缩短。

5.上市需要承担哪些费用？

答：据近年来的市场实践，我国境内 A 股 IPO 的总发行成本约占融资金额的 6%-8%。这部分费用主要包括支付给保荐机构、会计师事务所、律师事务所等中介机构的费用，以及交易所费用和推广费用。根据会计准则，成功的发行上市费用将从募集资金中扣除，而不影响当期利润。从各板块来

看，以近期数据为例，主板、科创板、创业板企业的平均发行费用相对较高，而北交所企业的平均费用则低得多，这主要与融资规模和企业体量相关。此外，许多地方政府提供的上市补贴也在一定程度上降低了企业的实际负担。

6.上市主要有哪些中介机构或参与主体?

答：企业上市是一项系统工程，需要企业与相关机构共同努力，主要涉及的机构如下：（1）中介机构：是指为股票的发行、交易提供服务的各类市场机构，如证券公司、律师事务所、会计师事务所、资产评估机构等。（2）证券监管机构：主要包括中国证监会及其派出机构、证券交易所。中国证监会及证券交易所主要负责拟订在境内发行股票并上市的规则，审核在境内首次公开发行股票的申请文件并监管其发行上市活动。（3）地方政府：主要包括地方政府、行政职能部门及当地金融办。在上市过程中，企业需地方政府及相关部门协调解决的问题主要包括各种无重大违法行为的证明及认定及企业瑕疵问题的整改、解决等。地方政府一般通过当地金融办、行政职能部门等机构对企业上市工作进行归口管理，协调处理企业上市相关问题，推动企业顺利申报材料。

7.如何选择中介机构

企业一般需聘请保荐机构、会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等专业中介机构来完成改制上市相关工作，在选择时需要关注的共同点包括：（1）中介机构项目运作机制及重视程度；（2）项目组承做人员执业水平和勤勉尽责

度；（3）中介机构团队的沟通便利性和配合协调度；（4）中介机构人脉资源平台的深度与广度。其他诸如业务排名、过往项目过会率及收费标准等也是考虑因素。

保荐机构承担对其他中介机构出具的专业意见进行核查的职责，因此选择保荐机构尤为重要，需注意以下几点：（1）保荐机构的经营稳健性和资产质量；（2）保荐机构的知名度、专业水平和行业经验；（3）保荐机构的业务运作模式（大投行模式还是小团队模式）；（4）保荐机构团队的专业水平、沟通协调能力、敬业精神和道德素养。

8.股票发行审核中监管部门主要关注哪些问题？

答：根据近年来证监会发行监管部公布的反馈意见和发审委询问的主要问题，发行审核中监管部门主要关注财务、法律、信息披露等方面的问题，具体如下：（1）财务方面的问题重点关注财务信息披露质量，包括财务状况是否正常、内部控制制度是否完善、会计处理是否合规、持续盈利能力是否存在重大不利变化等；（2）法律方面的问题主要包括是否存在同业竞争和显失公允的关联交易、生产经营是否存在重大违法行为、股权是否清晰和是否存在权属纠纷、董事和高管有无重大变化、实际控制人是否发生变更、社会保险和住房公积金缴纳情况等；（3）信息披露方面主要关注招股说明书等申请文件是否存在虚假记载、误导性陈述或重大遗漏，如引用数据是否权威、客观，业务模式、竞争地位等披露是否清晰，申请文件的内容是否存在前后矛盾，申请文件内容与发行人在发审委会议上陈述内容是否一致等。

9.企业上市后需要注意哪些问题？

答：（1）规范运作。上市公司要严格按照《公司法》《证券法》等相关法律法规的要求，完善股东会、董事会制度，形成权力机构、决策机构、监督机构与经理层之间权责分明、各司其职、有效制衡、科学决策、协调运作的法人治理结构，规范股东会、董事会、经理等高管人员的运作等。

（2）严格遵守证券上市协议。证券上市协议是上市公司与交易所签订的，用以规范股票、可转换公司债券、公司债券等证券及其衍生品种上市行为的协议。上市协议中明确规定了公司上市后应履行的各项义务，公司上市后应积极履行在证券上市协议中承诺的各项义务，包括严格遵守承诺及深交所业务规则及其他相关规定、接受深交所的自律监管、合法合规履行信息披露义务、配合交易所现场检查和非现场检查、按时交纳上市费等。

（3）提高公司运营的透明度。上市公司要切实履行作为公众公司的信息披露义务，严格遵守信息披露规则，保证信息披露内容的真实性、准确性、完整性、及时性和公平性，增强信息披露的有效性。要制定并严格执行信息披露管理制度和重要信息的内部报告制度，明确公司及相关人员的信息披露职责和保密责任，保障投资者平等获取信息的权利。公司股东及其他信息披露义务人，要积极配合和协助上市公司履行相应的信息披露义务。上市公司要积极做好投资者关系管理工作，拓宽与投资者的沟通渠道，培育有利于上市公司健康发展的股权文化。

（4）配合监管部门进行各项检查。公司上市后将接受中国证监会、中国证监会派出机构、交易所三方的监管，公司应积极配合监管部门的各项检查，并落实监管部门的监管意见。

10.根据新证券法，股票发行制度有什么变化？公开发行证券申请审核有何新规定？

答：证券发行由核准制改为注册制。根据新证券法第九条，公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门注册。未经依法注册，任何单位和个人不得公开发行证券。证券发行注册制的具体范围、实施步骤，由国务院规定。有下列情形之一的，为公开发行：（一）向不特定对象发行证券；（二）向特定对象发行证券累计超过二百人，但依法实施员工持股计划的员工人数不计算在内；（三）法律、行政法规规定的其他发行行为。

新证券法新增了证券交易所等审核公开发行证券申请的规定。根据新证券法二十一条，国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门依照法定条件负责证券发行申请的注册。证券公开发行注册的具体办法由国务院规定。按照国务院的规定，证券交易所等可以审核公开发行证券申请，判断发行人是否符合发行条件、信息披露要求，督促发行人完善信息披露内容。新证券法同时删除了国务院证券监督管理机构设发行审核委员会审核股票发行申请的制度。[40]

[40]企业上市实务：中小板创业板股票发行上市问答精选（51问），https://mp.weixin.qq.com/s/NEFZBnyYzUBgnYcEetlaNw

（五）案例

1.顺丰借壳上市

2016 年 2 月 18 日，一直低调声称“不上市”的顺丰发布《上市辅导公告》，顺丰控股（集团）股份有限公司拟在国内证券市场 IPO（首次公开发行股票并上市），目前正在接受券商辅导。按照常规路径，顺丰控股要实现最终挂牌上市，正常情况下需要 3 年左右的时间。鉴于目前 IPO 排队时间过长，顺丰果断放弃 IPO，选择借壳上市。而在当下，借壳上市成为在竞争日趋激烈的快递行业迅速完成资本扩张和资源整合的最优路径。

2016 年 5 月 30 日，停牌 1 个多月的上市公司鼎泰新材（002352）发布公告，顺丰控股拟借壳上市。2016 年 5 月 22 日，顺丰控股全体股东（明德控股、嘉强顺风、招广投资、元禾顺风、古玉秋创、顺信丰合、顺达丰润）与鼎泰新材、刘冀鲁及其一致行动人刘凌云签订《重大资产置换及发行股份购买资产协议》，顺丰借壳鼎泰新材正式拉开序幕。需要说明的是，明德控股为顺丰控股的控股股东，而顺丰创始人王卫先生持有明德控股 99.90%的股权。

（1）重组方案的具体内容

本次交易方案包括：1）重大资产置换；2）发行股份购买资产；3）募集配套资金。其中，重大资产置换和发行股份购买资产互为条件，共同构成本次交易不可分割的组成部分，任何一项因未获得监管机构批准而无法付诸实施，则另一项交易不予实施。募集配套资金在前两项交易的基础上实

施，最终成功与否不影响前两项交易的实施。

①重大资产置换

鼎泰新材以全部资产及负债（置出资产，作价 8 亿元）与顺丰控股全体股东持有的 100%股权（置入资产，作价 433 亿元）的等值部分进行置换。置出资产与置入资产的差额部分（425 亿元），由鼎泰新材向顺丰控股全体股东非公开发行股份进行购买。

【解释】上市公司鼎泰新材要换取顺丰控股 100%的股权，需要向顺丰控股的全体股东支付 433 亿元，而上市公司鼎泰新材的全部资产及负债只有 8 亿元（都给你还不够），对于不足的 425 亿元，由鼎泰新材向顺丰控股的全体股东非公开发行股份用于补偿。

②发行股份购买资产

本次发行股份购买资产的定价基准日为鼎泰新材第三届董事会第十三次会议决议公告日，股票发行价格为 10.76 元/股（经除权、除息调整后），不低于定价基准日前 60 个交易日股票均价的 90%。最终发行价格需经鼎泰新材股东大会审议通过及中国证监会的核准。

按照本次股票发行价格 10.76 元/股计算，本次拟发行股份数量约为 39.50 亿股（10.76 元/股 × 39.50 亿股 = 425 亿元）。假设明德控股持有原顺丰控股 80%的股权，明德控股将获得本次非公开发行股票的 80%，即 39.50 亿元 × 80% = 31.60 亿股。

【解释】上市公司发行股份购买资产，发行股份的价格

不得低于市场参考价的 90%。市场参考价为本次发行股份购买资产的董事会决议公告日前 20 个交易日、60 个交易日或者 120 个交易日的公司股票交易均价之一。

③锁定期

由于本次交易完成后，明德控股将取得对上市公司的实际控制权，因此，明德控股在本次重组中取得的鼎泰新材股票，自该股票登记在明德控股名下之日起 36 个月内不得转让。

原顺丰控股的小股东（嘉强顺风、招广投资、元禾顺风、古玉秋创、顺达丰润、顺信丰合）在本次重组中取得的鼎泰新材股票：①若其持有顺丰控股股份未满 12 个月，自相关股份登记至其名下之日起 36 个月内不得转让；②若其持有顺丰控股股份已满 12 个月，自相关股份登记至其名下之日起 12 个月内不得转让。

【解释】特定对象以资产认购而取得的上市公司股份，自股份发行结束之日起 12 个月内不得转让。属于下列情形之一的，36 个月内不得转让：（1）特定对象为上市公司控股股东、实际控制人或者其控制的关联人；（2）特定对象通过认购本次发行的股份取得上市公司的实际控制权；（3）特定对象取得本次发行的股份时，对其用于认购股份的资产持续拥有权益的时间不足 12 个月。

④置出资产的处理

鼎泰新材确定或者新设立一家有限责任公司，用以承接置出资产包含的资产、负债、人员及业务。

（2）募集配套资金

①发行对象

向其他不超过 10 名的特定投资者非公开发行股份，募集不超过 80 亿元的配套资金。

②发行价格

本次配套融资发行股份的定价基准日为公司第三届董事会第十三次会议决议公告日，发行价格不低于定价基准日前 20 个交易日公司股票交易均价的 90%，即不低于 11.03 元/股（经除权、除息调整后）。最终发行价格将在本次交易获得中国证监会核准后，由公司董事会根据股东大会的授权，按照相关法律、行政法规及规范性文件的规定，依据市场询价结果确定。

③锁定期

本次募集配套资金采用询价方式发行，发行对象认购的股份自发行结束之日起 12 个月内不得转让，之后按照中国证监会和深交所的相关规定执行。

【解释 1】本次募集配套资金属于普通的非公开发行股票：（1）发行对象不超过 10 名；（2）发行价格不低于定价基准日前 20 个交易日公司股票均价的 90%；（3）由于发行对象并非上市公司的控股股东、实际控制人，也不属于董事会拟引入的境内外战略投资者，而且通过认购本次非公开发行的股份也不会取得上市公司的实际控制权，因此，其认购的股份自发行结束之日起 12 个月内不得转让。

【解释 2】根据新修订的《上市公司重大资产重组管理

办法》（自 2016 年 9 月 8 日公布之日起施行），上市公司发行股份购买资产的，可以同时募集部分配套资金，但构成“借壳上市”情形的除外。由于顺丰已构成“借壳上市”，按照新规定在发行股份购买资产时是不能同时募集配套资金的，但顺丰的重组方案是在 2016 年 9 月 8 日之前拟订的，为了让考生准确区分募集配套资金（普通的非公开发行股票）和发行股份购买资产（特殊的非公开发行股票），我们仍将该方案予以保留，特此说明。

（3）本次重组交易的性质

①本次交易构成重大资产重组。同时，本次交易涉及向特定对象发行股份购买资产，根据《重组管理办法》的规定，本次交易需提交中国证监会上市公司并购重组审核委员会审核并经中国证监会核准后方可实施。

【解释】在本案中，通过本次交易，上市公司鼎泰新材将持有顺丰控股 100%的股权。根据《重组管理办法》的规定，购买股权导致上市公司（鼎泰新材）取得被投资企业（顺丰控股）控股权的，其资产总额以被投资企业的资产总额（3,471,657 万元）和成交金额（4,330,000 万元）二者中的较高者为准，营业收入以被投资企业的营业收入（4,810,115 万元）为准，资产净额以被投资企业的净资产额（1,369,573 万元）和成交金额（4,330,000 万元）两者中的较高者为准。

②本次交易构成借壳上市。本次交易完成后，明德控股的持股比例为 64.58%，将成为上市公司的控股股东，王卫将

成为上市公司的实际控制人。在本次交易中，上市公司鼎泰新材拟向收购人购买的资产总额为433亿元，占上市公司控制权发生变更的前一个会计年度（2015年）经审计的合并财务会计报告期末资产总额（8.8541亿元）的比例达到4890%，远远超过了100%。按照《重组管理办法》的规定，本次交易构成借壳上市，需提交中国证监会上市公司并购重组审核委员会审核并经中国证监会核准后方可实施。

（4）7个月完成借壳上市

①2016年10月12日，顺丰借壳方案获得中国证监会有条件通过。

②2016年12月，王卫任上市公司总经理，鼎泰新材原管理层辞职，完成置出资产。

③2017年2月15日，鼎泰新材召开2017年第二次临时股东大会，审议通过了《关于变更公司名称及证券简称的议案》。之后，经深圳证券交易所核准，自2017年2月24日起，公司证券简称由“鼎泰新材”变更为“顺丰控股”，公司证券代码不变。

④2017年2月24日上午9点，顺丰速运创始人、顺丰控股董事长王卫先生现身深交所举行的重组更名暨上市仪式（按照2017年2月23日的收盘价计算，王卫个人身价高达1356亿元）。[41]

2.成大生物分拆上市

上市公司分拆是资本市场优化资源配置的重要手段，有利于公司拓宽融资渠道，获得合理估值，完善激励机制。而

[41]经济法案例分析之顺丰借壳上市，访问地址：https://zhuanlan.zhihu.com/p/28111512

在实践中，随着部分上市公司采取多元化经营战略，涉足新的产业或行业，为实现业务聚焦与不同业务的均衡发展，产生了将其部分业务分拆出来独立上市的诉求。2019 年初,《设立科创板并试点注册制的实施意见》首次明确，“达到一定规模的上市公司，可以依法分拆其业务独立、符合条件的子公司在科创板上市。”

2019 年 12 月，证监会发布了《上市公司分拆所属子公司境内上市试点若干规定》，填补了过去上市公司分拆子公司在境内上市所面临的监管空白。《若干规定》确立了上市公司分拆子公司在境内上市的主要规则，包括分拆实质性条件、程序性要求、分拆监管与发行规则衔接等方面做出了相应规定，同时强化中介机构核查督导职责以及对分拆过程中可能存在的信披违规、内幕交易、操纵市场等违法违规行为的严格监管。

自《若干规定》发布实施以来，已有多家上市公司公告欲拆子公司至科创板上市，如长春高新（000661.SZ）拟分拆百克生物、中国铁建（601186.SH）拟分拆铁建重工、上海电气(601727.SH)拟分拆电气风电、紫江企业(600210.SH)拟分拆紫江新材、生益科技拟分拆生益电子、厦门钨业拟分拆厦钨能源、辽宁成大（600739.SH）拟分拆成大生物、中国中铁（5.320,0.07,1.33%）拟分拆高铁电气等。

以下以成大生物分析分拆上市的核查要点:

成立时间：2002 年 06 月（股改时间：2010 年 11 月）

控股股东：辽宁成大（600739），持股比例 78.67%

中介机构：中信证券+恒信律师+容诚会计师

申报板块：科创板 IPO

申报时间：2020 年 5 月 8 日

主要业务：人用疫苗研发、生产和销售。核心产品包括人用狂犬病疫苗及乙脑灭活疫苗，公司的人用狂犬病疫苗为目前中国唯一在售的可采用 Zagreb2-1-1 注射法的狂犬病疫苗，公司的乙脑灭活疫苗为目前中国唯一在售的国产乙脑灭活疫苗产品。

（1）辽宁成大符合上市持续期要求

辽宁成大于 1996 年在上交所上市，股票境内上市已满 3 年，符合上市持续期要求。

（2）辽宁成大盈利符合要求

辽宁成大最近三年（2017 年度、2018 年度和 2019 年度）归属于上市公司股东的净利润（以扣除非经常性损益前后孰低值计算）分别为 125,263.59 万元、59,976.33 万元、110,905.17 万元，符合“最近 3 个会计年度连续盈利”的规定。

成大生物最近三年（2017 年度、2018 年度和 2019 年度）归属于母公司普通股股东的净利润（以扣除非经常性损益前后孰低值计算）为 55,035.19 万元、61,244.23 万元、68,865.06 万元，扣除按权益享有的成大生物归属于母公司普通股股东的净利润后，辽宁成大归属于上市公司股东的净利润（以扣除非经常性损益前后孰低值计算）累计不低于 6 亿元。

（3）辽宁成大及成大生物净资产比例和净利润比例最近一年（2019 年度）符合要求

成大生物 2019 年度归属于母公司普通股股东的净利润（以扣除非经常性损益前后孰低值计算)为 68,865.06 万元，辽宁成大 2019 年度合并报表中按权益享有的成大生物的净利润占归属于上市公司股东的净利润（以扣除非经常性损益前后孰低值计算）的比重为 37.72%，不超过 50%，符合《分拆细则》要求。

成大生物 2019 年末归属于母公司股东权益为 345,295.07 万元，辽宁成大 2019 年末合并报表中按权益享有的成大生物净资产占归属于上市公司股东的净资产的比重为 9.72%，不超过 30%，符合《分拆细则》要求。

（4）辽宁成大的合规性符合要求

辽宁成大不存在资金、资产被控股股东、实际控制人及其关联方占用的情形，不存在其他损害公司利益的重大关联交易。

辽宁成大及其控股股东、实际控制人最近 36 个月内未受到过中国证监会的行政处罚；辽宁成大及其控股股东、实际控制人最近 12 个月内未受到过证券交易所的公开谴责。

辽宁成大最近一年（2019 年）财务会计报告被容诚会计师事务所（特殊普通合伙）出具容诚审字[2020]110Z0003 号无保留意见审计报告。

（5）成大生物不属于不得进行分拆的业务和资产

辽宁成大不存在使用最近 3 个会计年度内发行股份及募

集资金投向的业务和资产、最近 3 个会计年度内通过重大资产重组购买的业务和资产作为成大生物的主要业务和资产的情形。成大生物所处行业属于医药制造业，未从事金融业务。

（6）辽宁成大和成大生物董事、高级管理人员及其关联方持股比例符合要求

辽宁成大董事、高级管理人员及其关联方直接和间接持有成大生物的股份不超过本次分拆前成大生物总股本的 10%；成大生物董事、高级管理人员及其关联方直接和间接持有成大生物的股份不超过本次分拆前成大生物总股本的 30%。因此，辽宁成大和成大生物董事、高级管理人员及其关联方持股比例符合要求。

（7）辽宁成大及成大生物独立性符合要求

①本次分拆后，辽宁成大将专注于自身主业，提升专业化经营水平，增强独立性。其中，成大方圆、成大医疗将分别围绕医药流通业务和医疗服务开展经营，充分发挥辽宁成大在医药流通领域的品牌优势和客户优势，并积极拓展医院项目和相关的医疗服务；辽宁成大在证券、保险、基金等金融投资领域布局的拓展和逐渐完善，对保障辽宁成大盈利能力，促进辽宁成大产融协同具有重大战略意义；在供应链服务（贸易）领域，辽宁成大将坚持稳健经营，加快经营模式转换升级，实现规模有质量的增长；在能源开发领域，辽宁成大将采取有力措施以实现稳产、达产，推动与疆内油品深加工企业开展战略合作，实现规模化销售以提高项目整体收益。

②本次分拆后，辽宁成大与成大生物均符合中国证监会、上海证券交易所关于同业竞争、关联交易的监管要求。

辽宁成大业务涵盖了生物制品、医药流通、医疗服务、金融投资、供应链服务（贸易）和能源开发等业务。成大生物主要从事生物制品业务，主要为人用疫苗的研发、生产和销售工作。辽宁成大及下属其他企业不存在开展与成大生物相同业务的情形。因此，辽宁成大与成大生物之间不存在构成重大不利影响的同业竞争情形，本次分拆符合中国证监会、上海证券交易所关于同业竞争的要求。

为避免未来产生同业竞争，保护中小投资者利益，辽宁成大出具《关于避免同业竞争的承诺函》。针对本次分拆，成大生物出具了《关于避免同业竞争的承诺函》。

本次分拆成大生物上市后，辽宁成大仍将保持对成大生物的控制权，成大生物仍为辽宁成大合并报表范围内的子公司，辽宁成大的关联交易情况不会因为本次分拆成大生物上市而发生变化。2017 年至 2019 年成大生物与辽宁成大之间不存在关联交易。

为保证关联交易合规性、合理性和公允性，辽宁成大出具了《关于规范关联交易的承诺函》。针对本次分拆，成大生物出具了《关于规范关联交易的承诺》。[42]

3.欣某股份有限公司、温某乙、刘某胜欺诈发行股票、违规披露重要信息案

（1）基本案情

欣某股份有限公司（以下简称欣某公司）原系深圳证券

[42]科创板 IPO 案例研习：分拆上市的核查要点分析，访问地址：https://mp.weixin.qq.com/s/Q5H5DiZ30w1Eimixqdtu9A

交易所创业板上市公司。该公司实际控制人温某乙与财务总监刘某胜为达到使欣某公司上市的目的，组织单位工作人员通过外部借款、使用自有资金或伪造银行单据等方式，虚构2011年至2013年6月间的收回应收款项情况，采用在报告期末（年末、半年末）冲减应收款项，下一会计期期初冲回的方式，虚构了相关财务数据，在向证监会报送的首次公开发行股票并在创业板上市申请文件和招股说明书中记载了上述重大虚假内容，骗取了证监会的股票发行核准，公开发行股票募集资金2.57亿元。欣某公司上市后，于2013年7月至2014年12月间，沿用前述手段继续伪造财务数据，粉饰公司财务状况，并分别于2014年4月15日、2014年8月15日、2015年4月25日向公众披露了虚假和隐瞒重要事实的2013年年度报告、2014年半年度报告、2014年年度报告。

（2）诉讼过程及结果

辽宁省丹东市公安局以欣某公司、温某乙、刘某胜涉嫌欺诈发行股票罪向丹东市人民检察院移送起诉。检察机关审查发现，欣某公司上市公开发行股票之后，在向社会公开披露的三份财务报告中仍包含虚假财务信息，涉嫌违规披露重要信息犯罪，遂将该案退回公安机关，要求公安机关对温某乙、刘某胜在公司上市后的违规披露重要信息犯罪进行补充侦查。公安机关补充侦查后，以欣某公司、温某乙、刘某胜涉嫌欺诈发行股票罪，违规披露、不披露重要信息罪再次移送起诉。检察机关审查认为，欣某公司为达到上市发行股票的目的，采取伪造财务数据等手段，在招股说明书中编造重大财务虚假内容并发行股票；作为信息披露义务主体，多次

向股东和社会公众提供虚假和隐瞒重要事实的财务报告，严重损害股东利益。温某乙、刘某胜为直接负责的主管人员。2017 年 4 月 20 日，辽宁省丹东市人民检察院以欣某公司、温某乙、刘某胜涉嫌欺诈发行股票罪，违规披露、不披露重要信息罪提起公诉。2019 年 4 月 23 日，丹东市中级人民法院作出一审判决，以欺诈发行股票罪，判处被告单位欣某公司罚金人民币 832 万元；以欺诈发行股票罪，违规披露、不披露重要信息罪对被告人温某乙、刘某胜数罪并罚，对温某乙决定执行有期徒刑三年，并处罚金人民币 10 万元；对刘某胜决定执行有期徒刑二年，并处罚金人民币 8 万元。被告单位和被告人均未上诉，判决已生效。中国证监会对欣某公司的欺诈发行和违规披露重要信息行为进行调查后，于 2016 年 7 月 5 日作出行政处罚。深圳证券交易所决定对欣某公司股票终止上市并摘牌。欣某公司退市后，主承销商设立先行赔付专项基金，涉案投资人的损失得到相应赔偿。[43]

[43]最高检、证监会联合发布证券违法犯罪典型案例，访问地址：
https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202011/t20201106_484204.shtml

第五章　民营企业的知识产权管理与保护

第一节 知识产权概述

《中华人民共和国民法典》第一百二十三条规定，民事主体依法享有知识产权。知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利：（一）作品；（二）发明、实用新型、外观设计；（三）商标；（四）地理标志；（五）商业秘密；（六）集成电路布图设计；（七）植物新品种；（八）法律规定的其他客体。因此，知识产权的定义可以概括为，权利人依法就某些特殊客体享有的专有的权利。通常理解为：知识产权是人们对自己智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、商誉依法享有的权利。在我国，法学界曾长期对其采用“智力成果权”的说法，自 1986 年《中华人民共和国民法通则》颁布后，我国开始使用“知识产权”的称谓。

依据上述定义可知，知识产权的本质是一项权（利），是一项产权。但是，知识产权不等同于物权。一是知识产权有期限，物权没有期限。二是知识产权包括人身权与财产权，而物权仅有财产权。

一、知识产权制度的产生

知识产权是随着社会分工而出现的脑力劳动的成果。古代有门客、谋士、军师、师爷等岗位，近现代有参谋、顾问等岗位。这些岗位存在的价值就是他们提供了不可替代的社会价值，即智力成果。

公元前 362 年秦孝公继位时，秦国国力积弱，面临诸侯轻视的困境。为革新图强，秦孝公发布《求贤令》广纳天下

贤才，承诺“宾客群臣有能出奇计强秦者，吾且尊官，与之分土”。此举吸引卫国人商鞅入秦，最终通过变法使秦国走向强盛。此处的“奇计”便是知识产权内容之一。历史也证明了“奇计”的“功效”——实现了强秦的目标。

虽然知识产权制度源自近代欧洲。但是，在中国古代普遍认同了智力成果的价值，“千军易得，一将难求”便有其中之意。这可以理解为中国古代便有尊重知识的文化氛围。有文化意识，但没有相关制度。

知识产权制度的产生是基于尊重知识、鼓励创新、保护创新者权益的一种分配制度。党的十九届四中全会将社会主义基本经济制度概括为：“公有制为主体、多种所有制经济共同发展，按劳分配为主体、多种分配方式并存的社会主义市场经济体制”。知识产权是一项权利，是一项产权，是一项知识类产权，也即知识产权是一项资产，无形资产，是一项可以变现的财产性权利。知识产权的权利人当然可以直接参与社会分配。最常见的变现方式就是知识产权转让和知识产权许可。

二、知识产权的价值

较为完善的知识产权制度起源于工业时代的欧洲。20 世纪 80 年代，中国改革开放，需要引入西方的资金和技术。随着改革开放的深入，我国开始引入并逐步完善知识产权制度与竞争法制度。具体制度的建立包括：我国于 1982 年 8 月 23 日颁布《中华人民共和国商标法》（1983 年 3 月 1 日起施行），于 1984 年 3 月 12 日颁布《中华人民共和国专利

法》（1985 年 4 月 1 日起施行），于 1990 年 9 月 7 日颁布《中华人民共和国著作权法》（1991 年 6 月 1 日起施行），于 1993 年 9 月 2 日颁布《中华人民共和国反不正当竞争法》（1993 年 12 月 1 日起施行）。

2008 年 4 月 9 日，国务院常务会议审议并原则通过知识产权局等部门研究起草的《国家知识产权战略纲要》。自此，知识产权保护成为国家战略之一。

2021 年 9 月，中共中央、国务院印发了《知识产权强国建设纲要（2021－2035 年）》。文件指出，“进入新发展阶段，推动高质量发展是保持经济持续健康发展的必然要求，创新是引领发展的第一动力，知识产权作为国家发展战略性资源和国际竞争力核心要素的作用更加凸显。实施知识产权强国战略……”。至此，知识产权与强国目标紧密联系。

在《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十五个五年规划的建议》的第四部分（加快高水平科技自立自强，引领发展新质生产力）第（12）项（推动科技创新和产业创新深度融合）中提到“加强知识产权保护和运用”。知识产权的价值不言而喻。

对于企业而言，知识产权的价值在于获得一定时期的合法的垄断性利益。拥有知识产权能够增强企业竞争优势。拥有知识产权能够获得较大经济价值和良好的社会声誉。

以“自拍杆”专利为例，2014 年 9 月 11 日，源某公司申请了《一种一体式自拍装置》实用新型，该实用新型于 2015 年 1 月 21 日获得授权。源某公司获得该实用新型专利权后，

先后共发起了4000余起维权诉讼，已结案的2000余起维权案件全部胜诉。根据业内人士的估计，源某公司在多次维权诉讼中，共计获利可能上亿元。因该专利的权利非常稳定，且多次实践和诉讼证明其确实具有极大的商业价值，该专利还在第二十届中国专利奖评选活动中荣获专利金奖。可见，优质知识产权，例如高质量专利，可以为企业带来巨大且直接的经济价值，并赋予企业社会荣誉。

三、知识产权类型

《中华人民共和国民法典》第一百二十三条规定，民事主体依法享有知识产权。知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利：（一）作品；（二）发明、实用新型、外观设计；（三）商标；（四）地理标志；（五）商业秘密；（六）集成电路布图设计；（七）植物新品种；（八）法律规定的其他客体。因此，知识产权的类型有以下这几种：

（一）专利权

专利权，是指权利人依法就发明创造享有的专有的权利。

依据《中华人民共和国专利法》（下文简称：专利法）第二条的规定，在我国受专利法保护的发明创造有三类，分别是发明、实用新型和外观设计。发明创造不等于专利。因此，发明、实用新型和外观设计也不等于专利。可以理解为，发明创造（发明、实用新型和外观设计）是专利权的载体。权利人想要就发明创造获得专利权，需要向国家知识产权局进行申请，经审查和授权后，才能取得专利权，并受专利法保护。发明专利和实用新型专利是对技术方案进行保护，外

观设计专利是对产品外观设计方案（形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计）进行保护。

专利制度是为了保护专利权人的合法权益，鼓励发明创造，推动发明创造的应用，提高创新能力，促进科学技术进步和经济社会发展而产生的一项知识产权制度。

例如，以无人机产品蜚声中外的大疆公司，在无人机领域布局了大量专利，构建了专利护城河。2019 年，大疆公司指控某贸易公司生产的无人机产品侵犯其“旋翼飞行器（phantom）”外观设计专利权。法院审理认为：被诉侵权产品与专利设计在整体视觉效果上无实质性差异，构成近似设计；并判决被告立即停止侵权行为，并赔偿大疆公司经济损失及合理维权费用共计人民币数十万元。

企业在日常经营、研发中，应当注意专利先行，从而有效保护研发成果。同时，在产品推广中，有必要做“专利侵权风险检索”（FTO，FreedomtoOperate,自由实施分析，后文进行详细阐释），以规避专利侵权风险。

（二）商标权

商标是狭义的品牌。就是老百姓说的牌子。通常，每个商品或者服务都有商标。如同每个自然人都有姓名，有了商标才便于区分商品或服务的来源。

《中华人民共和国商标法》（下文简称：商标法）第四条规定，自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请

商标注册。因此，并不是只有经国家知识产权局商标局核准注册的商业标识才叫商标。没有经国家知识产权局核准注册的商业标识，但主要是识别商品或服务来源作用的标识，都是商标。商标不是必须向商标局申请注册的。但是，经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护。需要注意的是，法律、行政法规规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，不得在市场销售。

任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。申请注册的商标，应当具有显著特征，便于识别，并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。

商标法规定，申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则。不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回。比如某企业在疫情期间，申请注册“雷神山”“火神山”文字商标。如果这家企业与武汉“雷神山”医院、“火神山”医院没有直接关系，且没有得到授权，则可以推断其申请注册商标的行为属于“不以使用为目的的恶意商标注册申请”，难以注册成功。

商标制度是为了加强商标管理，保护商标专用权，促使生产、经营者保证商品和服务质量，维护商标信誉，以保障消费者和生产、经营者的利益，促进社会主义市场经济的发展而产生的一项知识产权制度。

还需注意的是，商标是一把双刃剑，其注册和使用都应当以诚实信用为原则，不应当侵害他人的在先合法权利。例如，迈克尔•乔丹曾指控乔丹体育公司注册的“乔丹”系列商标侵犯其姓名权。法院经一审、二审和再审后，最终审理认为：“乔丹”商标具有较高知名度，与迈克尔•乔丹存在特定联系，乔丹体育公司的注册行为构成对迈克尔•乔丹姓名权的侵犯；并判决撤销乔丹体育公司的部分注册商标，乔丹体育公司需停止使用相关商标。

（三）著作权

著作权是对作品所享有的专有权利。

依据《中华人民共和国著作权法》第三条的规定，所谓的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果，包括：（一）文字作品；（二）口述作品；（三）音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；（四）美术、建筑作品；（五）摄影作品；（六）视听作品；（七）工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；（八）计算机软件；（九）符合作品特征的其他智力成果。

依据《中华人民共和国著作权法》第十条的规定，著作权包括下列人身权和财产权：（一）发表权，即决定作品是否公之于众的权利；（二）署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利；（三）修改权，即修改或者授权他人修改作品的权利；（四）保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利；（五）复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、

录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的权利；（六）发行权，即以出售或者赠予方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利；（七）出租权，即有偿许可他人临时使用视听作品、计算机软件的原件或者复制件的权利，计算机软件不是出租的主要标的的除外；（八）展览权，即公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利；（九）表演权，即公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利；（十）放映权，即通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、视听作品等的权利；（十一）广播权，即以有线或者无线方式公开传播或者转播作品，以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播的作品的权利，但不包括本款第十二项规定的权利；（十二）信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的权利；（十三）摄制权，即以摄制视听作品的方法将作品固定在载体上的权利；（十四）改编权，即改编作品，创作出具有独创性的新作品的权利；（十五）翻译权，即将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字的权利；（十六）汇编权，即将作品或者作品的片段通过选择或者编排，汇集成新作品的权利；（十七）应当由著作权人享有的其他权利。其中，第一项至第四项规定的权利属于人身权，第五项至第十七项规定的权利属于财产权。

依据《中华人民共和国著作权法实施条例》第六条的规定，著作权自作品创作完成之日起产生。也即是否登记版权

与是否取得版权没有关系，取得版权登记证书仅是拥有相关权利的初步证据材料。

著作权相关制度是为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权，以及与著作权有关的权益，鼓励有益于社会主义精神文明建设的作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣而产生的一项知识产权制度。

四、不正当竞争

为了促进社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，预防和制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，我国制定了《中华人民共和国反不正当竞争法》。现行反不正当竞争法规定了九类不正当竞争行为，包括混淆行为、商业贿赂行为、虚假宣传行为、侵犯商业秘密行为、不正当有奖销售行为、诋毁商誉行为、网络不正当竞争行为、平台要求低价倾销行为、滥用优势地位行为。

混淆行为，是包括商品名称、包装、装潢的假冒或仿冒行为，名称、姓名的假冒或仿冒行为，域名主体部分、网站名称、网页、新媒体账号名称、应用程序名称或者图标等假冒或仿冒行为，其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

商业贿赂行为，是指经营者采用给予财物或者其他手段贿赂特定单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势的行为。

虚假宣传行为，是指经营者对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解

的商业宣传，欺骗、误导消费者和其他经营者；或者经营者通过组织虚假交易、虚假评价等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。

侵犯商业秘密行为，是指以不正当手段获取，非法或未经允许披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密的行为，以及为前述行为提供帮助的行为（包括教唆行为、引诱行为）。

不正当有奖销售行为，是指经营者在有奖销售过程中存在有奖销售信息不明确，影响兑奖的行为，或者无正当理由变更奖品、中奖条件、中奖金额等行为，或者谎称有奖、内定中奖的行业，或者最高奖的金额超过五万元的行为。

诋毁商誉行为，是指经营者编造、传播或者指使他人编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害其他经营者的商业信誉、商品声誉的行为。

网络不正当竞争行为，是指经营者利用数据和算法、技术、平台规则等，通过影响用户选择或者其他方式，实施妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为；或者经营者以欺诈、胁迫、避开或者破坏技术管理措施等不正当方式，获取、使用其他经营者合法持有的数据，损害其他经营者的合法权益，扰乱市场竞争秩序的行为；或者经营者滥用平台规则，直接或者指使他人对其他经营者实施虚假交易、虚假评价或者恶意退货等行为，损害其他经营者的合法权益，扰乱市场竞争秩序的行为。

平台要求低价倾销行为，是指平台经营者强制或者变相

强制平台内经营者按照其定价规则，以低于成本的价格销售商品，扰乱市场竞争秩序的行为。

滥用优势地位行为，是指大型企业等经营者滥用自身资金、技术、交易渠道、行业影响力等方面的优势地位，要求中小企业接受明显不合理的付款期限、方式、条件和违约责任等交易条件，拖欠中小企业的货物、工程、服务等账款的行为。

反不正当竞争法即企业获得公平竞争机会的维权利器，也是地方政府营造营商环境的重要依据。

例如，元气森林诉某食品公司不正当竞争纠纷中，元气森林公司发现市场上存在与其知名商品“元気森林”苏打气泡水包装装潢高度近似的产品，经调查系某食品公司生产销售。法院审理认为被告的行为构成不正当竞争，侵犯了元气森林公司的知名商品特有包装装潢权益，并判决被告立即停止不正当竞争行为，赔偿元气森林公司经济损失及合理开支。

第二节 企业设立时的知识产权管理与保护

《中华人民共和国公司法》第四十八条规定，股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权、股权、债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。

一、专利与商业秘密作价投资

当某些股东提出以专利与商业秘密作价出资时，其他股东有必要充分评估（尽调）其拟用于出资的专利与商业秘密的具体内容，与拟投资公司的经营内容是否匹配。比如将要投入的专利是关于羽绒服的技术方案，但公司的经营商品主要是泳装，显然二者并不匹配，除非公司计划开发羽绒服相关产品。

专利与商业秘密的技术先进性也是需要考虑的重要内容。关于技术先进性的问题，不能仅凭自己的现有经验进行评价，而需要客观评价，就需要做技术的检索分析，尤其是专利技术的检索分析。

此外，还需要注意评估专利与商业秘密商业价值和法律价值。商业价值需要充分地调研市场环境，预测产业趋势。现实中，评估公司给出的评价价格，通常难以被各方均认可；往往企业自己更了解行业和市场，更有经验评估其商业价值。

而法律价值则在专利技术中表现得更为明显，因为一项专利技术即便技术先进、权利稳定，产品也很有市场前景，还可能存在专利保护范围不完善，难以起到排除和限制他人竞争的目的。那这样的专利技术价值就仅仅在于宣传，而难以在维权保护中取得成功，法律价值大打折扣。

很多企业有一个认识误区：我已经获得了某项专利权，我就可以不经他人允许自由实施该项技术方案。这种认识可以简单概括为“我有专利我就不会侵害别人专利权”。这是对专利制度的误解。专利法第十一条规定：发明和实用新型

专利权被授予后，除本法另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

也即是说，专利权是一项排他权。我们将专利法的相关规定与商标法的相关规定作比较可知：商标法第三条规定，经商标局核准注册的商标为注册商标；商标注册人享有商标专用权，受法律保护。但专利法并没有类似的规定。

那么，专利权人是否有权不经他人允许自由实施自己的专利技术方案呢？答案是不一定。专利法只规定了专利权人可以“排他”，而未规定专利权人可以“专用”或“自由使用”。实施自有专利技术但侵害在先专利的情况并不鲜见。专利法第五十六条规定，一项取得专利权的发明或者实用新型比之前已经取得专利权的发明或者实用新型具有显著经济意义的重大技术进步，其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的，国务院专利行政部门根据后一专利权人的申请，可以给予实施前一发明或者实用新型的强制许可。在依照前款规定给予实施强制许可的情形下，国务院专利行政部门根据前一专利权人的申请，也可以给予实施后一发明或者实用新型的强制许可，这种相互之间进行许可的方式即俗称

的“交叉许可”。因此，完全有可能一项专利技术方案的实施需要依赖于另一项专利技术方案，此时，专利权人未经前一专利权人的许可实施自己的专利技术，就属于侵害前一专利权的行为。专利法规定强制许可的价值就在于特定情况下，破解在先权利人不愿意授权在后专利权人，在后权利人无权实施自己专利技术的困局。

因此，企业在使用自己专利技术前，有必要聘请专利代理师、专利律师做FTO检索分析。FTO检索分析（FreedomtoOperate，自由实施分析）是一种针对特定技术或产品在目标市场进行的专利风险评估方法，旨在系统检索和分析有效专利权利，评估商业化实施是否会侵犯他人专利权。

二、商标的管理与保护

首先，公司名称不等于商标。公司简称可以作为商标使用。但是自己公司的简称在没有注册商标时，直接使用，则可能构成对他人的商标侵权行为。

比如A公司的简称“中新”，使用在餐饮领域。但是在餐饮领域，已有B公司注册了“中新”商标。那么，A公司未经许可在自己的店铺门头使用“中新”二字的行为就可能构成商标侵权。

其次，注册商标的取得方式可以是受让取得，也可以是自己申请取得。如果是受让取得某商标，一定要注意审核其核准注册的商品或服务项目是否能够覆盖本公司意图使用的商品或服务项目。比如注册核准的商品项目是啤酒，但公

司使用的商品项目是白酒，则显然不能满足自身需求。

再次，如果是自己申请取得注册商标，那么在前期的商标设计、商标取名阶段，既要考虑相关商品的定位和客户群体接受程度，也要考虑商标法的强制性规定，尤其要关注商标法第十条规定的不得作为商标使用的标识，以及商标法第十一条规定的不得作为商标注册的标志。

最后，商标取名的策略大体分为三类，一类直接表明商品或服务的内容，比如将“视频号”三个文字商标使用在视频类服务平台，但这类取名需要注意“显著性”问题；二类与商品或服务内容没有直接关系，比如“瓜子”使用在二手车交易的服务平台；三类为臆造一个不存在的词汇，比如“顺丰”使用在快递服务领域。

三、著作权管理与保护

对于文创类企业、文创类产品而言，著作权是其核心资产和竞争优势所在。这类企业主要经营文字作品、口述作品、音乐、戏剧、曲艺舞蹈、杂技艺术作品、美术作品、建筑模型作品、摄影作品、视听作品、工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品、计算机软件等。

在企业设立时，有必要与员工（包括创始人）明确版权归属。某些创始人以作品版权、软件著作权缴纳注册资本，则企业应当与该创始人通过协议等方式，将这些版权归于企业财产的范畴，以防范后续发生不必要的争议。另外，有必要办理权属转让手续。

在企业设立时，如以公开征集的方式确定企业的图形商

标，也应当注意著作权的归属问题，需要提前约定发表权归属于征集单位。另外还需要注意对人身权和财产权的区分：著作权法第十条规定的十七项权利中，第一项至第四项规定的权利属于人身权，第五项至第十七项规定的权利属于财产权。其中，财产权可以转让、许可/授权，而人身权不能转让，但可以许可授权。以公开征集的方式确定企业的图形商标，要注意约定发表权许可于征集单位行使。

四、不正当竞争行为

现行反不正当竞争法规定了九种不正当竞争行为，包括混淆行为、商业贿赂行为、虚假宣传行为、侵犯商业秘密行为、不正当有奖销售行为、诋毁商誉行为、网络不正当竞争行为、平台要求低价倾销行为、滥用优势地位行为。

第三节 企业经营中的知识产权管理与保护

一、人力资源管理中的知识产权管理与保护

在专利领域，发明创造是否属于职务发明，是近年来多发的争议问题。专利法第六条规定，执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位，申请被批准后，该单位为专利权人……利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。企业在经营过程中，要注意保存相关证据材料，防止发生职务发明创造的归属权纠纷。

企业应当制定科学合理的激励制度，鼓励员工为企业经营和发展贡献智慧。专利法第十五条规定，被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励；发明创造专利实施后，根据其推广应用的范围和取得的经济效益，对发明人或者设计人给予合理的报酬。国家鼓励被授予专利权的单位实行产权激励，采取股权、期权、分红等方式，使发明人或者设计人合理分享创新收益。

企业在招募员工，尤其是招募、聘请技术类人员、管理类人员时应作适当的背景调查，以防止其将原单位的知识产权带到本公司来使用，给企业带来侵权风险和权属纠纷风险。企业可以从技术来源、技术水平高低、员工学习背景、员工工作背景、离职证明、员工业绩、员工在前单位的表现等多角度进行调查核实。另外，还需要注意新员工带来的可能属于原单位的客户信息等经营信息。防范经营信息侵权风险可以从其入职时间、入职成绩、客户开发沟通记录等多角度进行调查核实。

企业要招募、聘请高级技术人员、技术团队前，有必要聘请专利代理师、专利律师对其既往专利信息进行检索分析，以评估技术方案的价值和法律状态等重要信息。

在企业与员工之间的版权归属方面，企业既然注意提醒入职员工不应当侵权第三方的版权（特别是员工前单位的版权，甚至商业秘密），也应及时与员工划清版权归属的界限。《中华人民共和国著作权法》第十八条规定了工程设计图、计算机软件等作品，企业享有除署名权以外的其他权利，该

作品属于职务作品。但并未规定所有作品的权属，为了避免权属纠纷，企业通常应当与入职员工约定职务行为产生的作品的著作权归企业享有。如果未作约定或者约定不明确，则可能会产生版权权属和侵权纠纷的风险。

二、企业研发、设计中的知识产权管理与保护

通常，企业的研发、设计活动可以是自主开发，也可以是合作开发，还可以是委托开发。

（一）自主开发

企业组建研发团队前，要有相关的管理制度，并针对技术研发人员制定不一样的劳动合同模板、保密协议和绩效计算方式。管理制度主要需关注两个方面，一是权属约定（哪些属于职务发明），二是奖惩规定。

一个完善的、明确的职务发明制度可以帮助企业妥善管理职务发明的权属，减少与员工和发明人的纠纷，同时可以激励企业内部不断实现技术创新。职务发明导致的权属纠纷主要包括：离职后员工专利权属纠纷，职务发明奖励纠纷。

例如，某研究员在某生物公司任职期间，为完成生物公司委派的任务而完成了一项发明创造，后离职加入竞业公司，并将该发明以个人名义申请专利。生物公司发现后，诉称该发明创造属于职务发明，且研究员的行为侵害了公司的商业秘密，并违反了公司相关制度和保密协议。

法院审理认为：该发明创造属于职务发明，专利申请权应归生物公司所有，且研究员需配合办理专利权变更手续。

（二）合作开发

合作开发，是指两家及以上的单位或者自然人一起开发。合作开发的技术、设计成果的知识产权归属，有约定的从其约定，没有约定或者约定不明确的，应当是共同所有。

只有当共有方同意时，才可以申请专利。如果一方声明放弃，则其他共同方可以共同申请专利。

当专利授权后，需要所有共有方同意，才可以转让专利。如果一方转让其专利申请权，则其他各方享有以同等条件优先受让的权利。当专利授权后，各方可以普通许可他人使用，但所获得的收益应当分配给其他方。

放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。各方可以单独自行实施共有专利技术，各方自行实施的，则无需向其他方分配收益。

（三）委托开发

委托开发的技术、设计成果的知识产权归属，有约定的从其约定。没有约定或者约定不明确的，应当是受托方享有，受托人有权申请专利。

当专利授权后，如果需要转让，委托人享有以同等条件优先受让的权利。当专利授权后，委托人、受托人不具备实施条件的，可以普通许可给他人使用。

受托人获得专利的，委托人可以依法实施。

（四）使用商业软件、开源软件进行研发时注意

使用开源软件时，应评估开源协议的法律风险，严格遵循开源协议规则，防止违反开源协议而招致版权或专利等相关诉讼。

（五）全面立体保护

对于核心设计，申请多种类型的知识产权。比如商品的包装设计可以申请外观设计专利或者实用新型专利，并登记美术版权，甚至还可以注册图形商标或者立体商标。比如青花郎、红花郎的酒瓶即申请了立体商标。

（六）申请专利与商业秘密保护的衔接

一项技术方案或者新设计是以申请技术专利的形式进行保护，还是以商业秘密的形式保护，是一个专业性极强的问题。二者的主要区别在于：一是申请专利会公开专利技术方案、设计方案（特殊情况不会公开，即保密专利），而选择商业秘密保护则不同，除非泄密或者主动公开，否则商业秘密通常是处于非公开状态；二是专利授权后有保护期限（发明专利最长 20 年，实用型专利最长 10 年，外观设计专利最长 15 年）；而商业秘密只要不公开，就可以一直获得保护，长期有效。

那么实践中，企业应当具体选择以哪种方式保护？通常需要考虑保密的可行性（泄密风险是否可控），技术或者设计的商业价值大小，被反向工程的可能性，技术的先进性（创造性大小），技术生命周期的长短，维权取证的难易程度，市场价值的集中度（如果太分散，保密成本太高，维权难度较大则不宜采用商业秘密保护），技术成熟度（技术方案本身是否持续优化改进），是否需要获得多国保护等等。

因此，企业具体选择以哪种方式保护是动态变化的，需要实时综合考虑上述因素，及时调整保护措施。

一般来说，不能形成完整技术方案的技术信息，比如实验失败的数据信息，则只能作为商业秘密保护。

（七）技术标准

业界有一种观点“三流的企业卖产品，二流的企业卖专利，一流的企业卖标准”。

《中华人民共和国标准化法》第二条规定，本法所称标准（含标准样品），是指农业、工业、服务业以及社会事业等领域需要统一的技术要求。标准包括国家标准、行业标准、地方标准和团体标准、企业标准。国家标准分为强制性标准、推荐性标准，行业标准、地方标准是推荐性标准。当企业有自己的技术核心，并且该技术对行业有重大影响的，建议规划申请认定标准。

国家标准化委员会和国家知识产权局于2013年12月联合发布《国家标准涉及专利的管理规定（暂行）》（文号：2013年第1号）第四条国家标准中涉及的专利应当是必要专利，即实施该项标准必不可少的专利。当企业有自己的技术核心，并且该技术对行业有重大影响的，在申请认定标准时，建议充分考虑将相关专利融入标准文件中，成为标准必要专利，通过标准最大程度推广专利技术并获得许可收益。

三、企业采购中的知识产权管理与保护

（一）招标采购

在某些特殊产品、特殊设备、特殊工法的招标时，让供应商提供知识产权证书，专利缴费票据，如果是实用新型专利、外观设计专利，可以要求供应商提供其专利权稳定性的

相关证明文件。用以证明采购方已经尽到了合理注意义务。

当相关产品、设备、工法被诉侵权时，采购单位可以提出合法来源抗辩，以期达到即便认定为侵权但免予赔偿的效果。

（二）多个供应商

部分企业为了保障供应链的安全，为了保证产品功能与效果一致，采购方可能会将 A 供应商提供的样品交 B 供应商开发、生产，而没有考虑到其中可能存在的知识产权的授权与许可使用问题。如果 A 供应商对相关商品拥有知识产权，则采购方和 B 的行为可能构成知识产权侵权行为。

（三）ODM、OEM 协议

ODM（原始设计制造商）和 OEM（原始设备制造商）协议是两种不同的代工生产合作模式。

OEM 协议是指品牌厂商提供产品设计和核心技术，委托制造方按照指定要求进行生产的合作模式。在 OEM 协议中，品牌方负责产品设计开发，制造方仅承担生产任务，产品的知识产权归属于品牌方。ODM 协议是指制造方自行完成产品设计、研发和生产，由品牌方贴牌销售的合作模式。在 ODM 协议中，制造方提供从研发、设计到生产的全流程服务，品牌方通常只负责销售。

在 OEM 协议中，由于设计稿件是采购方提供，出现知识产权纠纷，由采购方承担法律责任。但是采购方在提供相关设计稿件和设计参数时，要警惕和预防生产商泄露商业秘密的行为，且有必要采取多种保密措施，防止泄密。此外，如

果采购方提供的信息没有完善知识产权保护，还应警惕被生产方抢先申请知识产权。

ODM 协议中，全部技术由生产商提供，采购方要确认生产商使用的是现有技术，还是自主研发的技术，或者是他人的技术。建议由生产商提供书面说明或者承诺函。此外，生产商提供的技术方案，如果是其自主知识产权的产品，不要直接将这些信息提供给新的生产商，或者要求其依样生产，避免侵害原供应商知识产权。

四、企业销售（宣传）中的知识产权管理与保护

（一）遵守广告法的要求，必须做到广告合规。

（二）商品包装上的标识信息要符合产品质量法的要求。

（三）FTO 专利检索

技术密集型产品上市前，均有必要做 FTO 专利检索。

FTO 专利检索分析，即专利自由实施（FreedomtoOperateSearch）检索，是企业在产品生产、销售或技术应用前，对相关专利进行系统性检索与侵权分析，以确认自身技术是否具备合法实施权的关键流程。FTO 专利检索的主要目的是避免产品或者服务侵犯其他人的专利权。

很多企业有一个认识误区：我已经获得了某项专利权，我就可以不经他人允许自由实施该项技术方案。但事实是，完全有可能一项专利技术方案的实施需要依赖于另一项专利技术方案，此时，专利权人未经前一专利权人的许可实施自己的专利技术，就属于侵害前一专利权的行为。

（四）新品侵权风险排查

为避免产品或者服务侵犯其他人的知识产权，有必要在新产品上市前，从专利、商标、著作权、仿冒混淆、广告法、产品质量法等角度做侵权风险排查，并根据排查情况进行整改。

这里的风险排查，不仅需要关注产品的外部设计、信息标识，还需要关注产品的技术方案；另外还需要关注知识产权问题、公平竞争权益问题以及行政管理的合规性要求。

（五）展会

将商品或服务拿去参展，很有面子，同时也可能成为别人的靶子。常常会出现知识产权权利人组织人员在相关参会上进行侵权调查和侵权取证活动。企业计划参展前，有必要对自己的产品进行充分的合法性评估分析，并做出应对预案，同时了解展会的投诉机构、投诉程序、投诉要求、申诉程序等。

在国外的某些展会中，如果被指控侵权，消极不理会的结果可能会促使权利人申请临时禁令，从而可能产生展品被法院从展会清除、参展人员被拘留、产生高额罚款等严重后果。

在国内展会中，在涉嫌知识产权侵权的同时，还可能涉嫌知识产权刑事犯罪；情节严重的，甚至可能会被采取刑事强制措施。

例如，2008 年，国内高空吊篮知名企业——申锡公司在参加美国的工程机械展会时，接到了世界高空作业机械龙头——赛开利和达克泰的起诉书。赛开利和达克泰状告申锡公

司的高处作业吊篮核心部件涉嫌外观设计专利侵权和不正当竞争，试图以高额、烦琐的海外知识产权诉讼逼迫申锡公司放弃美国市场。面对国际巨头的恶意起诉，前期的知识产权评议为申锡公司打足了不侵权的底气，申锡公司毅然进入应诉程序。其利用早有准备的1900多页研发记录，从容应对外观设计专利侵权的指控，并最终在诉讼中彻底胜诉，为自己赢得了新的商机和发展空间。

（六）知识产权海关备案

知识产权海关保护是指海关依法在边境采取的制止侵犯知识产权的货物进/出境的措施。在WTO《贸易有关的知识产权协议》（TRIPS协议）中被称为知识产权“边境措施”。

（七）不侵权之诉

不侵权之诉，是经被警告人催告，在被警告人接到侵权警告函1个月后，或者权利人发出通知后2个月内，权利人没有向人民法院起诉侵权，也没有撤回警告的情况下，收函人向人民法院起诉，启动确认不侵权的法律程序。

五、企业融资（挂牌/上市）中的知识产权管理

（一）在企业融资过程中，可将知识产权许可费作为抵押物。

知识产权许可费抵押融资，是指企业以未来通过知识产权许可使用获得的收益权作为抵押物，向金融机构申请贷款的一种融资模式。其核心在于将知识产权的“潜在经济价值”转化为“现实融资能力”，尤其适用于轻资产、高技术的科技型企业。

许可费作为知识产权财产权的衍生收益，需满足“可预期、可量化、可处置”的条件。例如，专利许可合同需明确许可范围、期限、费用支付方式等条款，确保收益权具有确定性。同时需要注意的是：知识产权质押需在国家知识产权局或指定机构办理登记，以对抗第三人。若以许可费质押，需在质押合同中明确约定收益权归属，并同步登记许可合同信息，避免因权属争议导致抵押失效。

上海某环保科技公司持有核心污水处理专利，拟向某环保设备公司许可使用该技术，但需资金扩大生产。传统知识产权质押因专利估值波动大、变现周期长，难以满足融资需求。上海某银行基于真实许可交易背景，创新采用“专利许可收益权质押”模式。上海某环保科技公司将未来 5 年许可费收款权质押给银行，获得数千万元流动资金贷款，贷款期限与许可合同期限匹配。

这样，一方面上海某环保科技公司无需转让专利或提供其他抵押物，即获得低成本资金，许可费收入直接用于还贷，形成“技术输出—资金回笼—技术升级”的良性循环。而在银行层面，也通过控制收益权账户，降低了抵押物处置风险；同时，许可费质押拓宽了科技型企业的融资渠道。

（二）在企业融资过程中，可以知识产权转让权作为抵押物。

以商标转让权进行抵押融资，但办理商标转让手续时，国家知识产权局要求一并转让多件商标。因为多件商标属于近似商标，根据商标法的相关规定，需要一并转让。例如双

方约定转让“牡丹仙”商标（注册号240876），则国家知识产权局商标局通常要求一并转让“牡丹宴”商标（注册号902001）。

（三）知识产权质押贷款

办理知识产权质押融资时，要注意质权的生效日期不是约定的，而是法定的。《中华人民共和国民法典》第四百四十四条，以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，质权自办理出质登记时设立。《注册商标专用权质押登记程序规定》第二条，企业以商标权出质的，应及时办理出质登记，避免因未登记而导致质权未设立，无法对抗第三人、不能优先受偿的情形。

（四）知识产权作价入股，也即以知识产权缴纳企业注册资本。

知识产权作价入股，也即是以知识产权缴纳企业注册资本。此时要关注技术类知识产权的内容是不是企业经营所契合的领域，另外注意其商业价值与评估价值是否匹配。如果股东均同意该知识产权作价入股，且对其约定的入股价格均无异议，要及时办理产权变更手续。

需要注意的是，知识产权使用权也可以作价入股。

（五）投资和招商

招商引资时，尤其是引入技术领先的项目时，一定要充分调查核实其技术实力，其权利范围，权属是否清晰，其权利基础以及其权利稳定性。

例如，2001年底，台湾“硬盘狂人”朱宝麒和美国硅谷

精英苏宗祥给某省带来一个产值能达1000亿美元的微硬盘大计划。某省政府全力支持，协调省内资源，前后共投入20多亿元，引得微硬盘项目落地当地。然而，正当事业蒸蒸日上之时，国外知名微硬盘公司日立环球存储手持5000项专利找上门来，状告微硬盘项目侵权。同时，苏宗祥的母公司也在加州起诉其盗窃商业机密。最终，随着日立环球存储的胜诉，某省微硬盘项目黯然落幕，给当地政府留下了8.7亿元的不良贷款，前期投入也都打了水漂。

（六）技术项目合作

在技术项目合作时，有必要充分调查核实其技术实力，其权利范围，权属是否清晰，其权利基础以及权利稳定性。否则可能成为被骗对象。如果真的不幸被骗，则在知道被骗时，需要及时采取保全措施，甚至提起刑事控告程序。此处的刑事控告罪名可能是诈骗罪、合同诈骗罪，也可能是假冒专利罪、侵犯著作权罪、侵犯商业秘密罪等。

2003年，留美归国博士陈进主导的“汉芯项目”在微电子界刮起了一场“汉芯传奇”风。该项目不仅成为国家级重点科技攻关项目，还成为各级政府资助青睐的对象，在两年间获得各类国家资助上亿元。然而，2006年，一纸举报信剥下了“汉芯”光鲜的外衣：陈进履历造假、“汉芯一号”是自行打磨过的摩托罗拉芯片、团队核心专利造假、“汉芯”的知识产权名不副实。人民对“汉芯”所抱的期望彻底破灭，这个空头项目不仅浪费了大量科研资金，还延误了创新时机。

（七）科创板上市

科创板上市，非常看重企业的科创属性指标。上交所对科创属性的关注点包括专利数量、核心技术未采用专利进行保护、专利权质押、专利申请时间、专利断崖、专利共有、专利授权和专利许可等产生的问题、专利纠纷（专利侵权纠纷、专利权属纠纷、专利合同纠纷、专利无效案件）等。所以，科创板上市辅导团队中需要有专利律师、专利代理师参与其中。

（八）信息披露

公众公司均有经营信息披露的义务。其中，知识产权信息披露的六个要求：真实、准确、完整、及时、清晰、规范。基于该要求，做好知识产权管理非常重要。

2010 年，作为国内激光有机光导鼓龙头企业，苏州恒久备受社会追捧，已经无限接近创业板上市的目标。然而，就在获准创业板公开发行股票的前夜，苏州恒久被爆出其在招股说明书中披露的知识产权状况与事实不符：其所拥有的四项外观专利以及实用新型专利因“未缴年费”而被终止专利权，同时，其声称正在审查的 3 项发明专利申请中，有 2 项在实质审查生效后因被视为撤回而放弃专利申请。此事一经曝光，证监会立即介入调查核实，并最终撤销了苏州恒久的上市资格。

第四节 企业终止时的知识产权管理与保护

一、企业终止时的专利价值

发挥好专利等知识产权的价值，对濒临破产的企业来讲，

可能会起到起死回生的作用。例如，某公司申请破产重整案中，法院认为，该公司不仅拥有多项专利，还具备继续生产经营的场地、设备、人员等基础，具有一定的重整价值。

二、企业终止时的商标纠纷

通常，商标受让方所获得商标权利的范围由双方在转让合同中进行约定。商标出让人对商标转让生效前发生的侵权行为有权起诉，商标受让人对商标转让生效之后发生的侵权行为有权起诉。公司拥有商标起诉的权利，就有获得收益的可能。

三、知识产权接管

接管企业财产过程中，知识产权不能被遗漏。大到企业的商号、专利技术、注册商标，小到商品包装装潢等，都属于企业的知识产权，共同构成了企业的知识产权体系。

通常，处于开发和申请阶段的知识产权可能被忽略。但事实上，专利申请权也是企业的一项重要财产，清算组织在接收企业财产时应当注意不要忽略。

四、商业秘密接管

由于技术秘密的特殊性，需要对清算企业的行业、产品或者服务有相当了解程度的技术人员介入或者征求他们的意见，在做好功课的前提下，再与清算企业的技术人员交流。

对于经营秘密，要与管理人员直接沟通交流，并查看是否签署了单独的保密协议或者在劳动合同中是否有保密条款等，及时回收、封存商业秘密的载体，避免商业秘密的流失。

五、知识产权处置

清算组织应当对知识产权的评估予以重视，并有必要吸纳知识产权方面的专家或者聘请知识产权方面的顾问，在清算中对企业的知识产权进行专门的讨论。

另外，寻找合适的买方是知识产权处置工作的重点和难点。以下提供几个更容易寻找到适合买方的方法:

（一）选择地域性、行业性较强的报纸、媒体，尽可能地使潜在的竞买人可以看到拍卖公告，提高知识产权拍卖成交的机会。

（二）清算组织可以根据掌握的企业竞争对手信息、产业链上下游客户信息等，通过个别通知的方法将拍卖信息传播出去。甚至可以发动企业职工协助寻找竞买人。

（三）知名企业在进行清算时，其商号、核心技术等往往是同行业企业、同类型企业甚至是非同类企业争夺的对象。

（四）及早对知识产权进行统计清查，并进行处置，可以预留足够的时间使拍卖信息能够传播至潜在竞买人。

（五）注意不能将知识产权与有形资产打包拍卖，应当凸显或者单独拍卖。

六、扩大拍卖信息的传播范围

选择地域性、行业性较强的报纸、媒体，尽可能地使潜在的竞买人可以看到拍卖公告，提高知识产权拍卖成交的机会。

清算组织可以根据掌握的企业竞争对手信息、产业链上下游客户信息等，通过个别通知的方法将拍卖信息传播出去。

甚至可以发动企业职工协助寻找竞买人。

知名企业在进行清算时，其商号、核心技术等往往是同行业企业、同类型企业甚至是非同类企业争夺的对象。

及早对知识产权进行统计清查，并进行处置，可以预留足够的时间使拍卖信息能够传播至潜在竞买人。

并注意不能将知识产权与有形资产打包拍卖，应当凸显或者单独拍卖。

第六章　民营企业家风险防范

第一节 民营企业家民事责任风险与防范建议

公司独立法人地位和股东有限责任制度，在民营企业家、其家庭与公司之间建立了一道“防火墙”。正常情况下，公司债务不会波及民营企业家和他的家庭，民营企业家以其出资为限承担有限责任。但由于中国的民营企业家几乎都是在“一穷二白”的基础上进行创业，普遍面临公司注册资本金不足和账目混乱的问题，加之股东和经营管理人员很多都具有家庭成员关系，欠缺公司财产独立的思想意识，导致公司的所有权和经营权不分，造成“揭开公司面纱”的后果，股东对公司债务承担连带责任，使企业家个人、家庭的财产暴露在风险之下。

一、民营企业家常见的民事责任风险

（一）公司面纱被刺穿

这是民营企业家面临的最重大、最颠覆性的风险。公司的独立法人地位和股东的有限责任是现代公司制度的基石，但在特定情形下，法律会否认公司的独立人格，让股东直接对公司债务承担责任，即"刺破公司面纱"。

1.人格混同

（1）法律规定

《中华人民共和国公司法》第二十一条规定：公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当承担赔

偿责任。

《中华人民共和国公司法》第二十三条规定：公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

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

只有一个股东的公司，股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

（2）风险分析

人格混同的实质是公司与股东在财产、人员、业务、场所等方面界限模糊，公司丧失独立意志和独立财产，沦为股东的工具或"另一个自我"。法院在判断时主要考量以下因素：

财产混同：公司与股东/关联方资金往来频繁，无清晰财务记录；公司账户与个人账户/家庭账户混用；公司财产被股东无偿占用、处分。

业务与人员混同：公司与股东或其他关联公司业务不分，人员交叉任职且权责不清，共用信笺、电话、网站等。

场所混同：公司与股东或其他关联公司经营场所无法区分。

利益输送：公司收益随意转化为股东个人或家庭财产，或在不同关联公司间不当流转，损害某一公司债权人利益。

（3）典型案例

某贸易公司拖欠供应商货款数百万元。经查，该公司法定代表人王某长期将公司账户资金转入其个人账户，用于购

买豪宅、豪车及家庭消费，公司账目与个人账目混乱不清。法院审理后认为，王某的行为构成滥用公司法人独立地位和股东有限责任，严重损害了债权人利益，判决王某对公司债务承担连带清偿责任。

2.资本显著不足

（1）风险分析

此处的"资本不足"并非指未达到法定最低注册资本（现已普遍认缴），而是指公司在设立时，股东投入的资本与其经营规模和所隐含的风险极不匹配。例如，一个承接数千万工程项目的公司，注册资本仅10万元，且无任何实质资产。这种情况下，股东被视为从一开始就缺乏利用公司独立人格进行正当经营的诚意，而是意图将经营风险转嫁给债权人。

（2）法律规定

现行《中华人民共和国公司法》虽未明确规定，但在司法实践中，最高人民法院的相关判例和指导意见已将"资本显著不足"作为判断是否构成人格混同、适用法人人格否认的重要考量因素之一。2025年9月发布的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释（征求意见稿）》进一步细化了公司人格否认的适用标准。

3.一人有限责任公司的特殊风险

（1）法律规定

《中华人民共和国公司法》第二十三条第三款规定："只有一个股东的公司，股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。"

（2）风险分析

这是一人公司股东面临的"举证责任倒置"风险。普通公司的债权人需要举证证明股东与公司存在人格混同，而在一人公司中，一旦公司拖欠债务，股东必须自己证明公司财产与自己个人财产是严格分离的。如果无法证明，则直接承担连带责任。这无疑为一人公司股东设定了极高的合规要求。

（3）案例简述

张某成立一人有限公司，后公司欠债。债权人起诉张某个人。法庭上，张某无法提供清晰、经审计的财务报告证明公司财产独立，最终被判承担连带责任。

（二）出资责任风险

认缴制赋予了股东出资期限的自由，但并未免除其最终的出资义务。在特定情况下，出资责任会加速到期，甚至引发连带责任。

1.出资加速到期

（1）法律规定

《中华人民共和国公司法》第五十四条规定："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缴资期限的股东提前缴纳出资。"最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的解释（征求意见稿）第二十四条进一步明确了股东认缴出资加速到期的适用条件和程序规则。

（2）风险分析

这意味着，在公司无法清偿到期债务时，无论股东认缴

的出资期限是否届满，债权人都有权要求股东提前缴纳出资。若公司资不抵债，股东需在未出资本息范围内对公司债务承担补充赔偿责任。

2.股东抽逃出资的连带责任

（1）法律规定

《中华人民共和国公司法》第五十三条规定：公司成立后，股东不得抽逃出资。违反前款规定的，股东应当返还抽逃的出资；给公司造成损失的，负有责任的董事、监事、高级管理人员应当与该股东承担连带赔偿责任。

（2）风险分析

抽逃出资行为（如验资后立即转走、虚构债务转出资金等）直接损害公司资本维持原则。不仅抽逃的股东需要返还，协助其抽逃的董事、监事、高级管理人员等也可能承担连带责任。在抽逃出资的本息范围内，对公司不能清偿的债务，债权人有权要求该股东承担补充赔偿责任。

（三）清算责任风险

公司终止时，清算程序的合规性至关重要。不规范清算可能导致股东对公司债务承担连带责任。

1.未依法履行清算义务

（1）法律规定

《中华人民共和国公司法》第二百三十二条规定：公司因本法第二百二十九条第一款第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（五）项规定而解散的，应当清算。《中华人民共和国公司法》第二百三十八条　清算组成员履行清算职

责，负有忠实义务和勤勉义务。清算组成员怠于履行清算职责，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。

（2）风险分析

公司出现解散事由（如章程规定的营业期限届满、股东会决议解散、被吊销执照等）后，股东有义务在规定期限内组织清算。如果怠于履行该义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人可以主张股东对公司债务承担连带清偿责任。

2.恶意处置公司资产与"虚假清算"

（1）法律规定

《中华人民共和国公司法》完善了清算规则，强化了清算义务人的责任。虽然具体司法解释尚未正式出台，但司法实践一贯坚持，股东恶意处置公司财产或虚假清算的，应当对公司债务承担赔偿责任。

（2）风险分析

股东在公司解散后，私自变卖、隐匿、分配公司财产，或者制作虚假的清算报告谎称已清算完毕并办理注销，均构成对债权人利益的严重侵害，需直接对公司债务承担赔偿责任。

（3）案例简述

甲公司负债累累，股东会决议解散。股东王某等人未通知已知债权人，也未依法清算，便私自将公司核心设备低价转让，随后用虚假清算报告注销了公司。原债权人发现后起

诉王某等人，法院判决股东对公司债务承担连带赔偿责任。

（四）违法担保与关联交易中的个人责任

企业家个人常常为公司债务提供担保，或与公司发生关联交易，这些行为本身即蕴含着直接的个人责任风险。

1.个人为公司债务提供担保

（1）风险分析

这是最直接的连带责任来源。许多企业家在为企业向银行贷款或与其他方签订合同时，应对方要求，以个人名义签署了《保证合同》或《连带责任担保书》。一旦公司未能履行债务，债权人有权直接要求企业家个人以其全部个人财产承担担保责任，且通常无法享受"先处置公司财产"的顺序利益。

（2）案例简述

企业家李某为公司一笔500万元的银行贷款提供了个人连带责任保证。后公司经营不善无法还款，银行直接起诉李某，法院判决李某以其个人财产（包括房产、存款等）对500万元贷款本息承担清偿责任。

2.关联交易损害公司利益

（1）法律规定

《中华人民共和国公司法》第一百八十条规定：董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。公

司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定。第一百八十二条规定：董事、监事、高级管理人员，直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当就与订立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告，并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。董事、监事、高级管理人员的近亲属，董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业，以及与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的关联人，与公司订立合同或者进行交易，适用前款规定。

（2）风险分析

企业家若利用其控制地位，与公司进行不公允的关联交易（如高价向公司出售个人资产、低价从公司购买资产、让公司为个人消费买单等），损害了公司利益，进而损害了公司债权人和其他股东的利益。公司或其他股东有权要求其承担赔偿责任。在公司破产时，管理人有权追回被不当处置的财产。

（五）职务侵权所致的个人责任

1.法律规定

《中华人民共和国民法典》第一千一百九十一条规定：用人单位的工作人员因执行工作任务造成他人损害的，由用人单位承担侵权责任。用人单位承担侵权责任后，可以向有故意或者重大过失的工作人员追偿。

2.风险分析

通常情况下，员工职务侵权由公司承担责任。但是，如

果企业家作为公司的法定代表人、董事或高级管理人员，在执行职务时存在故意或重大过失，并因此给他人造成损害，公司在对外赔偿后，有权向该企业家追偿。

（六）控股股东、实际控制人的加重责任

新《中华人民共和国公司法》强化了对控股股东和实际控制人的规制，增加了企业家的个人风险责任。

1.法律规定

《中华人民共和国公司法》第一百九十二条规定：公司的控股股东、实际控制人指示董事、高级管理人员从事损害公司或者股东利益的行为的，与该董事、高级管理人员承担连带责任。

2.风险分析

这意味着，即使不直接担任公司职务，但实际指示董事、高管从事损害公司利益行为的控股股东和实际控制人，也需直接承担法律责任，进一步压缩了幕后操作的灰色空间。

二、民营企业家民事责任风险防范建议

面对上述错综复杂的风险，企业家必须从理念到行动，构建一套系统的风险防范体系。

（一）理念先行：牢固树立公司独立法人观念

敬畏"有限责任"：深刻理解"有限责任"是法律赋予的特权，其前提是公司独立性的维持。绝不能将公司视为私产，任意取用。

尊重公司程序：公司是一个拟制的"人"，其意志必须通过法定的程序（股东会、董事会决议等）形成。杜绝"一言

堂"，让公司治理文件"活"起来。

（二）制度保障：建立规范的财务与治理结构

1.财务绝对独立

设立独立账户：公司必须开设独立的银行账户，所有收支均通过公司账户进行。

建立规范账册：聘请专业财务人员或代理记账机构，建立清晰、完整、经得起审计的财务账册。

杜绝资金混同：严禁股东与公司之间无依据、无凭证的资金往来。股东借款必须签订正式借款协议，约定利息和还款期限，并按时归还。公司分红必须依法缴纳个人所得税后，再进行分配。

定期审计：特别是对于一人有限责任公司和存在多个关联公司的集团，应定期（如每年）进行财务审计，形成审计报告，作为财产独立的证据。

2.完善公司治理

厘清角色与职权：明确股东会、董事会（或执行董事）、监事（或监事会）及管理层的职责边界，并形成书面制度。

完整保存会议记录：所有重大决策，如增资、减资、担保、关联交易、利润分配、解散清算等，都必须留有书面决议，与会人员签字确认。

规范关联交易：不可避免的关联交易必须遵循公允原则，履行内部披露、审议和批准程序（如需要回避的股东进行回避表决），并保留完整的定价依据和审批文件。

（三）行为规范：关键节点的审慎操作

1.慎重提供个人担保

在为公司债务提供个人连带责任担保前，必须充分评估公司的偿债能力和自身的承受能力。

尽量设定担保限额和担保期限，避免无限额的"一揽子"担保。

考虑寻求反担保措施，如要求公司或其他股东提供抵押、质押等。

2.审慎确定认缴资本

摒弃"认缴资本越高越好"的虚荣心态，根据公司实际经营需求和自身财力，设定一个合理、可实现的认缴出资额。

在公司发展良好、资金充裕时，可考虑实缴部分或全部资本，以巩固信用。

3.依法合规退出与清算

当公司决定终止经营时，必须启动合法的清算程序。成立清算组，通知所有已知债权人并公告，全面清查资产、债务。在清偿全部债务（或与债权人达成和解）后，如有剩余财产，再依法向股东分配。最终凭合法的《清算报告》办理公司注销登记。切忌"一关了之"、"置之不理"。

4.严格区分家庭与公司

建立家庭与公司之间清晰的财务"防火墙"。家庭生活开支从个人账户支出。对于夫妻共同经营的公司，更应建立规范的财务制度，避免被认定为人格混同。

（四）工具运用：善用法律与金融工具

1.聘请常年法律顾问：让专业律师介入公司重大决策、

合同审查、制度建设和风险诊断，将风险防范关口前移。

2.购买董事及高级管理人员责任险：对于规模较大的公司，可通过购买董责险，分散因履职不当而引发的个人赔偿责任风险。

3.合理的股权结构与资产配置：考虑通过控股公司持有运营公司的股权，建立风险隔离层。

4.将核心资产（如不动产、知识产权）与高风险业务运营公司相分离，通过租赁、许可使用等方式关联。

5.在个人与公司之间，进行必要的家庭财产规划。

民营企业家是社会经济活力的源泉，保护其创新创业的积极性与保护债权人利益、维护市场秩序同等重要。新《中华人民共和国公司法》的实施，进一步强化了控股股东、实际控制人和高管的个人责任，对企业完善治理提出了更高要求。对企业而言，最大的风险是看不见风险。唯有从被动应对转向主动管理，将风险防范意识融入企业文化的血液，将合规治理落实到经营管理的每一个细节，才能真正筑牢个人财富与家庭幸福的"安全堤坝"，在商海搏击中行稳致远。

第二节 民营企业家行政责任风险与防范建议

民营企业家个人行政风险是指企业家在投资经营过程中，因企业违反行政管理法规而可能承担个人法律责任的风险。在当前监管环境下，行政机关普遍采用"双罚制"，即在对企业进行处罚的同时，直接追究企业家个人的行政责任。这种风险具有关联性（与企业违法行为紧密相连）、派生性

（由企业违法派生而来）、直接性（直接影响个人权益）和可预见性（可通过合规管理预防）等特征。随着监管力度不断加大，企业家面临行政风险的范围和程度都在显著增加。

一、民营企业家常见的行政责任风险

（一）环境保护领域

环保领域是当前行政监管的重中之重，企业家在此面临严格的个人责任追究:

1.违规排污风险：企业通过暗管、渗坑等逃避监管方式排放污染物，或未经批准擅自拆除、闲置污染防治设施的，企业家可能面临行政拘留的个人处罚。

2.应急措施违抗风险：在重污染天气应急响应期间，未按要求实施停产、限产等措施，公安机关可对企业负责人处以行政拘留。

3.数据造假风险：篡改、伪造环境监测数据或干扰监测设施，除高额罚款外，直接负责人员可能被处以行政拘留。

4.许可违规风险：建设项目未批先建、未验先投，或者无证排污，企业家可能面临个人罚款乃至行政拘留的处罚。

（二）安全生产领域

安全生产实行"主要负责人第一责任人"制度，个人行政风险尤为突出:

1.事故责任风险：因未履行安全生产管理职责导致事故发生，企业家面临个人年收入30%-80%的高额罚款，对重大事故负责任的，终身不得担任本行业主要负责人。

2.投入不足风险：未保证安全生产所必需的资金投入，

致使企业不具备安全生产条件的，个人经营的投资人可能被处以罚款；导致事故的，处罚力度进一步加大。

3.应急救援失职风险：事故发生时不立即组织抢救或在调查期间擅离职守、逃匿的，除高额罚款外，可能面临行政拘留。

（三）劳动保障领域

劳动保障关乎劳动者基本权益，是行政风险密集区：

1.欠薪责任风险：用人单位拖欠劳动报酬，法定代表人逃匿的，可能面临个人罚款；情节严重的，还可能被追究刑事责任。

2.社保违规风险：未按规定办理社会保险登记或未按时足额缴纳社保费，直接负责的主管人员面临个人罚款。

3.违法用工风险：使用童工或在工作场所违法使用童工，法定代表人可能被处以个人罚款；拒不改正的，处罚力度加大。

4.超时加班风险：违法延长劳动者工作时间，直接负责的主管人员和其他责任人员面临个人罚款。

（四）市场监管领域

市场准入和公平竞争领域的个人行政风险不容忽视：

1.许可欺诈风险：在申请行政许可时提供虚假材料，直接负责的主管人员面临警告或罚款；涉及重要领域的在一定期限内禁止再次申请。

2.无证经营风险：未经行政许可擅自从事经营活动，举办者面临违法所得1-5倍罚款；实际经营者个人直接承担处

罚后果。

3.产品质量风险：在产品中掺杂掺假、以假充真，直接负责人员面临个人罚款。

4.价格违法风险：不执行政府定价或实施不正当价格行为，直接责任人员可能被处以警告或罚款。

5.广告违法风险：发布虚假广告，明知或应知广告虚假仍设计、制作、发布的直接责任人员面临个人罚款。

（五）税务财务领域

税务合规是企业家个人行政风险的传统高发区：

1.偷税行为风险：采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报，直接负责人员面临个人罚款。

2.欠税不缴风险：逾期不缴或少缴税款，经责令仍不缴纳，直接责任人员面临个人罚款。

3.发票违法风险：虚开发票或非法代开发票，直接负责的主管人员和其他责任人员面临个人罚款。

4.会计造假风险：伪造、变造会计凭证或编制虚假财务报告，直接负责人员面临个人罚款，会计人员可能被禁止从业。

二、民营企业家行政责任风险防范建议

（一）构建系统化合规管理体系

制度建设：建立与企业规模、行业特点相适应的合规管理制度，覆盖所有重点风险领域。大型企业设立独立合规部门，中小企业明确合规职责。

治理完善：健全法人治理结构，明确各机构职责边界，

避免公司人格混同，确保企业财产与个人财产严格分离。

流程嵌入：将合规要求嵌入业务流程各环节，编制合规手册，明确岗位职责，定期评估更新。

（二）强化人员培训与考核

定期培训：组织员工特别是管理人员参加合规培训，确保熟悉相关法规制度。企业家主动学习最新法律法规，了解执法动态。

考核激励：建立合规绩效考核机制，将合规表现与薪酬、晋升挂钩，设立严格问责制度。

（三）规范证据与文档管理

资料保全：完善文件资料管理制度，妥善保管经营凭证，按规定期限归档重要文件。

电子数据管理：加强电子数据管理，定期备份，确保电子邮件、通讯记录等电子证据的完整真实。

法律文书归档：专门保管行政法律文书，保留与行政机关沟通记录，规范应对行政调查。

（四）建立风险应急机制

预案准备：制定行政风险应急预案，明确风险识别、内部报告、决策程序和应对措施。

调查应对：规范行政调查应对程序，确保员工了解行为准则，平衡配合调查与维护权益。

（五）善用专业资源与法律救济

专业支持：聘请合适的专业律师作为法律顾问，早期介入企业决策和业务活动。

定期体检：建立定期法律体检制度，全面评估法律风险，及时整改发现的问题。

救济途径：善用行政复议、行政诉讼等法律救济途径，维护合法权益。

听证权利：重视并合理运用听证权利，通过正式程序充分表达意见，争取有利结果。

民营企业家个人行政风险分布广泛、形式多样，可能给企业家带来财产损失、人身自由限制和从业资格影响。防范政治风险需要企业家树立合规创造价值的理念，将合规管理融入企业文化和日常经营，建立系统的风险防控机制。

通过健全合规体系、加强人员培训、规范内部管理、建立应急机制等多方面措施，可以有效预防和降低行政风险。在面对行政调查和处罚时，积极应对、善用专业资源、依法维护权益同样重要。只有在法治框架下稳健经营，民营企业才能实现可持续发展，为经济繁荣和社会进步作出更大贡献。

第三节 民营企业家的常见刑事法律问题

一、民营企业家涉嫌刑事犯罪的现状与成因分析

在当今中国的市场经济主体中，民营企业作为推动创新、激发市场活力与保障社会就业的核心力量，占据了经济总量的显著份额，其健康发展至关重要，不仅支撑着经济增长，还促进了产业升级和社会稳定。然而，与之相伴的是，民营企业家群体所面临的刑事法律风险日益凸显，涵盖了非法集资、内部腐败、扰乱市场环境等方面的多种形式犯罪，已成

为一个不容忽视的重要社会问题，不仅威胁企业生存，还可能导致市场环境波动和经济秩序紊乱。企业家犯罪状况，如同一面多棱镜，不仅映照出企业家群体自身的治理缺陷与法律意识水平，例如内部监督机制缺失和法律知识匮乏，更深层次地揭示了国家制度环境与营商环境中存在的隐患与挑战，如监管体系不完善和政策执行偏差。因此，对民营企业家刑事风险进行系统性的现状梳理与成因剖析，具有极为重要的现实意义。

（一）现状[44]

当前，民营企业家涉嫌刑事犯罪呈现出规模庞大、主体特征鲜明，且风险点高度集中于特定罪名与环节的总体态势。

1.犯罪规模与主体结构：数量占比高，核心管理层风险大

数据显示，在企业家犯罪总量中，民营企业家占据了绝对主导地位。在2023年度统计中，企业家犯罪案例中，民营企业家涉案次数占比高达88.0%。将观察周期延长至过去五年，这一比例依然稳定在87.9%左右，与国有企业家及外商企业家形成了悬殊对比。这一数据充分证明，民营企业家已成为当前刑事法律风险最为集中、最为严峻的群体。

从犯罪主体的身份特征来看，风险呈现出高度规律性。首先，在性别与年龄上，男性企业家是绝对高发群体，占比超过86%。年龄结构则与事业高峰期高度重合，40至49岁年龄段是风险最高发期，紧随其后的是50至59岁和30至

[44]本部分内容所有数据均引用自《2023企业家刑事风险分析报告（2022暨2017-2021数据对照分析）》，作者：张远煌，“河南警察学院学报”第32卷第4期

39 岁年龄段。这三个年龄段的企业家正值年富力强，手握决策与执行大权，同时面临巨大的经营压力与诱惑，导致刑事风险在此集中爆发。其次，在学历分布上，犯罪并非低学历者的“专利”。数据显示，犯罪民营企业家的学历以大学（大专）及以上、高中（中专）和初中为主体，分布相对均匀。这深刻揭示出，教育背景的高低与法律知识的掌握并不等同于对违法犯罪具有免疫力，建立并落实有效的内控机制远比单纯的理论知识更为关键。最后，在职务构成上，权力与风险呈显著正相关。企业的法定代表人、董事长、总经理等主要负责人是风险最高的群体，占比超过 60%。实际控制人与股东占比约 12%，而财务、技术、销售（采购）等核心部门的负责人合计占比约 25%。刑事风险贯穿于企业的决策层、治理层与关键执行层，任何缺乏有效监督的权力环节都可能滋生犯罪。

2.高频罪名与风险高发环节：融资困境与内部腐败问题是两大核心痛点

序号	罪名	触犯频次	占比
1	非法吸收公众存款罪	328	18.28%
2	职务侵占罪	276	15.38%
3	挪用资金罪	104	5.80%
4	非国家工作人员受贿罪	88	4.91%
5	串通投标罪	75	4.18%
6	诈骗罪	69	3.85%
7	合同诈骗罪	66	3.68%

8	集资诈骗罪	66	3.68%
9	拒不支付劳动报酬罪	65	3.62%
10	重大责任事故罪	64	3.57%

（2022年民营企业家触犯频次位列前十的罪名）

高频罪名并非孤立存在，而是与企业的特定运营环节紧密挂钩，相伴相生。

- 融资环节：是非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪的绝对高发地
- 财务管理环节：是职务侵占罪、挪用资金罪滋生蔓延的温床
- 工程承揽与物资采购环节：易引发串通投标罪、非国家工作人员受贿罪
- 日常经营与贸易环节：广泛覆盖了合同诈骗罪以及各类腐败犯罪

这种罪名与环节的交叉印证表明，刑事风险已系统性嵌入企业从资本运作、内部管控到市场交易的全流程。对民营企业而言，强化融资合规与完善内部治理，是防控刑事风险不可偏废的两大主战场。

（二）成因分析

民营企业家刑事风险的高发态势，是外部环境压力、内部治理缺陷以及法律制度与实践等多种因素复杂交织、共同作用的结果。

1.外部环境因素：经营压力与制度壁垒

融资困境的逼迫：“融资难、融资贵”是长期横亘在民

营企业，尤其是中小微企业面前的“高山”。当企业面临扩张需求或资金链断裂风险时，若无法从正规金融体系获得及时、足额的贷款，部分企业家便可能被迫转向民间融资，并在操作中因规范意识不足或急于求成而滑入非法吸收公众存款甚至集资诈骗的犯罪深渊。高频罪名中非法集资类犯罪的突出地位，正是这一情况的直观体现。

市场竞争激烈与隐性壁垒的存在：在某些行业和领域，市场准入、行政许可、资源获取等方面仍存在对民营企业不利的隐性壁垒。为了在激烈的竞争中脱颖而出、拿下项目或获取关键资源，部分企业家可能采取非正当手段，如通过串通投标来确保中标，或通过行贿来打通关节，从而触犯法律红线。

经济大环境与政策调整的冲击：经济下行压力加大或产业政策发生剧烈调整时，企业经营的确定性和利润空间受到严重挤压。在生存压力下，一些企业可能采取违法违规行为来降低成本或维持运转，例如通过虚开增值税专用发票来骗取退税、通过合同诈骗来转嫁风险，或通过拒不支付劳动报酬来缓解现金流压力。

2.内部治理因素：企业内发性风险的根源

这是导致企业内部产生刑事风险最根本的原因，主要体现在公司治理与内部管理的缺陷性上。

现代企业制度形同虚设：许多民营企业，特别是家族企业，存在产权与经营权不分、决策高度集中于一人的“一言堂”色彩。“一言堂”的治理模式使得股东会、董事会、监

事会的制衡机制失效，内部监督匮乏。这为企业实际控制人或高管随意侵占、挪用公司财产大开方便之门，使得职务侵占、挪用资金等犯罪行为易于实施且难以被及时发现。

内部管理制度严重缺失与混乱：财务内控虚化，缺乏规范的财务制度和透明的资金审批流程，公私账户混用，为侵占、挪用、逃税等犯罪行为提供了天然的土壤；内部合规机制缺位，绝大多数涉案企业没有建立有效的风险识别、评估、预警和防控体系。对业务环节中的法律红线认知模糊，对高管和关键岗位员工缺乏必要的法律培训与行为监督，使得企业整体在“裸奔”中经营；企业负责人法律意识淡薄，部分企业家存在“重商轻法”“权大于法”的错误观念，过于迷信“潜规则”和“关系”，对法律的敬畏之心不足，心存侥幸，最终以身试法。

不良的企业文化与价值观：一些企业将追求经济利益作为唯一目标，忽视了诚信守法、公平竞争的企业文化建设。在内部，这种价值观的缺失会默许甚至鼓励员工为了达成业绩而不择手段；在外部，则表现为企业缺乏社会责任感，易引发产品质量、环境污染、食品安全等领域的刑事犯罪。

3.立法与司法的发展：平等保护与犯罪预防的综合考量

2021 年之前的刑法体系对公有制经济的保护具有明显侧重，对于分属于公私两类经济体系中的同类犯罪，不论在法律规定的量刑区间亦或司法解释规定的犯罪数额与情节认定标准方面都有明显区别，相较于民营经济，更突出对国家工作人员在违反职务廉洁性、侵害公有经济以及滥用权力

的打击。

但随着《中华人民共和国刑法修正案（十一）》《中华人民共和国刑法修正案（十二）》先后于2021年、2024年实施，前者先是从法律层面将前述如贪污罪对应职务侵占罪、受贿罪对应非国家工作人员受贿罪、挪用公款罪对应挪用资金罪等，虽分属公私两个经济体系但在法益保护上大体相同的罪名在法定量刑区间方面进行了趋同调整，后者则是将部分原专属于国有公司、企业、事业单位的高管及工作人员部分罪名设置扩大至民营企业高管及工作人员，如非法经营同类营业罪，为亲友非法牟利罪，徇私舞弊低价折股、出售公司、企业资产罪。2026年5月1日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》（法释〔2026〕6号，以下简称《解释（二）》）正式实施，在刑事司法层面与立法衔接，确立了国家自刑事立法至刑事司法全面强调对所有市场主体给予平等保护的刑事政策，针对民营企业多见的非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪、职务侵占罪、挪用资金罪等罪行除最高刑外，在入罪、量刑等标准上已明确参照受贿罪、行贿罪（单位行贿罪）、贪污罪、挪用公款罪的定罪量刑标准执行。

4.《解释（二）》体现的民企保护核心精神

刑罚毕竟是事后的惩罚模式，侧重于对犯罪企业家个人施以自由刑和对犯罪单位处以罚金，虽然实现了惩处目的，但往往产生“办一个案子，垮一个企业，失业一批员工”的

负面社会效应。这种模式在犯罪预防方面存在功能性不足，难以激励企业主动建立内部“防火墙”。2026 年 4 月“两高”联合发布的《解释（二）》，对民营企业保护具有里程碑意义，其核心精神主要体现在以下几个层面:

第一，彻底终结“双轨制”，对公私“同罪同罚”。

长期以来，公职人员贪污受贿与民营企业内部人员职务犯罪在入罪门槛、量刑梯度上存在明显差距。2016 年司法解释中，非国家工作人员相关犯罪的数额起点是国家工作人员的二至五倍。《解释（二）》第八条明确非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪、职务侵占罪、挪用资金罪的定罪量刑标准，分别参照受贿罪、行贿罪、贪污罪、挪用公款罪执行，彻底终结了“重公轻私”的司法差异。这一规定以刚性司法规则将不同所有制企业平等保护推向全新高度。

第二，推动民企内部反腐从“宽松软”走向“严紧硬”。

此前，民企内部贪腐常被视为“经营纠纷”或“家务事”，刑事追责偏轻偏缓，加之民企自我预防、保护手段能力有限，相较于公有制经济体系中常见的贪腐罪行而言，民企在贪腐和权力滥用方面因犯罪成本低致使泛滥成灾。《解释（二）》通过全面拉平入罪标准，意在从源头上解决这一问题。以职务侵占罪为例，“数额巨大”由一百万元降至二十万元，并首次明确“数额特别巨大”为三百万元以上。这一调整使得民企内部反腐威慑力显著提升，通过量刑尺度完全对标国企加大对民企内部贪腐渎职的打击力度，促使民营企业家及工

作人员牢树红线意识、强化法律信心、健全内部治理。

第三，依法平等保护产权的制度创新。

从2016年产权保护上升为国家战略，到2024年《刑法修正案（十二）》将非法经营同类营业、为亲友非法牟利、徇私舞弊低价折股等国企渎职类罪名延伸至民营企业，再到《解释（二）》实现公私领域贪腐犯罪量刑标准的全面对标，我国对民营企业的刑事法律保护已经从“政策宣示”走向“制度落地”。

第四，实务指引：确保罪责刑相适应。

需特别指出的是，考虑到侵犯法益的本质差异（公权力廉洁性与公司财产与忠实义务），《解释（二）》第九条赋予了司法机关在办理非国家工作人员案件时，综合考虑犯罪性质、情节、后果以确保罪责刑相适应的自由裁量权，为精准司法留有余地。这意味着，虽然入罪标准已经统一，但司法机关在个案量刑时仍会综合考量，不会机械适用。

综上所述，我国民营企业家刑事风险形势依然严峻，其现状特征表现为数量上的绝对主体，即民营企业家在刑事案件中占据绝大多数比例；主体上的中年高管核心群体，这些高管多为40至60岁的关键决策者,在企业中担任核心职位;罪名上以融资与内部腐败主导，常见如非法吸收公众存款、职务侵占等犯罪；环节上的全流程渗透，刑事风险贯穿企业设立、运营、融资及清算的各个阶段。其成因则可归结为外部营商环境压力下的被动应对，如政策变动和经济下行导致的融资困难；内部治理结构缺陷导致的刑事法律风险；以及

法律制度在犯罪预防上还有待优化的现实问题。

二、民企涉及刑事案件的责任主体以及责任后果

（一）民企涉及刑事犯罪责任主体

刑事责任上承担主体的认定，是追究犯罪行为法律后果的前提。在涉企犯罪这一领域，责任主体的认定呈现出鲜明的层次性与复杂性，不仅包括实施具体行为的自然人，更可能会延伸至企业这一法律拟制主体本身。

1.个人犯罪中的犯罪责任主体

在涉企刑事犯罪中，个人犯罪的主体通常为实施犯罪行为的自然人，具体包括但不限于以下人员：

（1）核心决策与领导层

此层级人员位于企业权力金字塔的顶端，其意志和行为往往对企业的方向与合规底线起着决定性作用，因而成为刑事风险最为集中的群体。

法定代表人：虽然法定代表人的身份是法定的，但当其以个人意志，利用代表公司的便利实施犯罪行为时，将可能直接作为个人犯罪主体被追究。例如，其个人决定并实施合同诈骗，或侵占公司资金。

控股股东、实际控制人：他们虽未必在公司的治理结构中担任具体职务，但通过投资关系、协议或其他安排，能够实际支配公司行为。当其利用这种支配力，指令、批准或默许实施犯罪行为时，其作用可能超越普通高管，被认定为主要犯罪嫌疑人，从而被追究刑事责任。

董事、监事、高级管理人员：作为公司的决策者和经营

者，若其指令、批准犯罪行为，即使不由其直接执行具体犯罪行为，但因其拥有绝对影响力，其决策和默许行为被视为犯罪的核心环节，从而被追究刑事责任。

（2）负有直接管理职责的业务与职能部门负责人

这部分人员是企业运营的中坚力量，掌握着关键的资源、信息或资金通道，其岗位本身即蕴含着较高的刑事风险。

财务负责人：直接经手和管理公司的资金流转与财务账目，其专业能力若用于犯罪，危害巨大。例如，通过制作虚假账目、隐匿收入等方式侵占公司资产（职务侵占罪），或违反财务制度，擅自将单位资金挪作个人使用或借贷给他人（挪用资金罪），或协助公司进行税务造假（涉税犯罪）。

销售/采购负责人：身处企业与市场对接的关键节点，掌握着合同签订、价格谈判、供应商/客户选择等核心权力，是商业贿赂的“高发区”。他们可能利用职权，收受对方给予的回扣、好处费（非国家工作人员受贿罪），或者为谋取不正当商业利益，向交易相对方的负责人行贿（对非国家工作人员行贿罪）。

技术负责人/核心研发人员：在知识经济时代，技术秘密与知识产权是企业的生命线。此类人员若违反保密义务，将本单位的技术秘密披露、允许他人使用，或利用职务便利窃取、使用他人的商业秘密，可能构成侵犯商业秘密罪。此外，在研发、生产过程中，若违反国家规定，造成环境污染事故，也可能承担相应刑事责任。

（3）实施犯罪行为的执行层员工

刑事责任的承担并不以具备管理职权为前提，即使没有管理头衔，在涉企刑事犯罪中任何实施犯罪的员工都是直接的责任主体。

2.单位犯罪中的犯罪责任主体

（1）什么是单位犯罪？

根据刑法和《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》的规定，以单位名义实施犯罪，违法所得归单位所有的，是单位犯罪。[45]

2001年3月20日就落实《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》，最高人民法院刑二庭负责人答《人民法院报》记者问时进一步指出，“认定单位犯罪必须同时具备两个条件：一是以单位名义实施犯罪；二是违法所得归单位所有”。因此，单位犯罪必须满足犯罪行为的单位外观及利益归属两个要件。

以单位名义实施犯罪，即犯罪行为是由单位决策机构（如股东会、董事会）或代表单位权利的负责人（如法定代表人）决定，并以单位的名义对外实施。行为具有“单位意志”的属性，而非纯粹的个人行为；违法所得归单位所有，即犯罪所获得的非法利益最终归属于单位整体，用于单位的经营发展或集体分配，而非由决策者或个人私分。

（2）单位犯罪的处罚

对单位犯罪的处罚，主要有两种原则，双罚制和单罚制。双罚制，单位犯罪的，对单位和单位直接责任人员均予以刑罚处罚，单罚制，单位犯罪的，只对单位予以刑罚处罚而不

[45]最高人民法院《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》第二部分第（一）条

对直接责任人员予以处罚，或只对直接责任人员予以刑罚处罚而不处罚单位。

《中华人民共和国刑法》第三十一条[46]规定了单位犯罪的处罚，单位犯罪的，适用双罚制，刑法分则其他法律另有规定的，依照规定。在《中华人民共和国刑法》分则中规定的犯罪类型，大部分单位犯罪采用的是双罚制，只有少数几种单位犯罪，采取单罚制，比如《中华人民共和国刑法》第一百六十一条违规披露、不披露重要信息罪，第一百六十二条妨害清算罪，一般处罚其责任人员。

（3）单位犯罪中，哪些人员要承担刑事责任？

①直接负责的主管人员

直接负责的主管人员，是在单位实施的犯罪中起决定、批准、授意、纵容、指挥等关键作用的人员，通常是单位的高层领导或核心决策成员。比如，在公司涉嫌虚开增值税专用发票案件中，公司的董事长为了追求非法经济利益，而安排企业的财会人员在没有真实交易情况下，对外虚开增值税专用发票。在此案中，该公司的董事长便是直接负责的主管人员，因其在单位犯罪决策过程中发挥主导作用，对犯罪行为的发生负有不可推卸的责任。直接负责的主管人员往往凭借职务之便，运用自身的决策权和影响力，推动单位犯罪行为的实施，其行为与单位犯罪的危害后果之间存在直接的法律意义上的因果关系。这类人员对公司的业务以及业务之外的事项（包括违法事项）有决策权，他们的决策对于单位犯

[46]单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。

罪的形成和发展具有决定性作用，也会直接影响着犯罪结果的实现。

②其他直接责任人员

其他直接责任人员，是具体执行单位犯罪决策，在犯罪实施过程中起到较大作用的人员。他们可能是单位的中层管理人员，也可能是高级管理人员，或者企业的普通员工，但普通员工仅仅是一般事务性的工作，往往不会被追究刑事责任。以某公司涉嫌单位行贿案为例，财务部门的财务人员明知公司提出现金为了行贿，仍然协助公司准备现金，协助实施行贿行为。这些财务人员就是其他直接责任人员，他们直接参与了行贿犯罪的实施，在犯罪过程中承担具体某一个环节的工作，为单位犯罪的完成提供了必要支持。这类人员虽然不像直接负责的主管人员那样处于决策核心，但在犯罪行为的具体操作层面发挥着关键作用，其行为直接促成了单位犯罪的发生，依法应当承担刑事责任。

③企业分支机构责任的认定

单位的分支机构或内设部门，在特定条件下也可能成为单位犯罪的主体并承担刑事责任。如果分支机构或内设部门以自己的名义实施犯罪，且违法所得归该机构所有，那么该机构及其相关责任人员需承担刑事责任。例如，某单位的分公司实施合同诈骗行为，该分公司的行为构成合同诈骗罪，分公司作为单位犯罪主体，分公司的负责人及责任人员需承担刑事责任。

（4）对单位罚金的适用及财产的处置

关于罚金的适用，《中华人民共和国刑法》第三十一条规定了单位犯罪的，对单位判处罚金。《最高人民法院关于适用财产刑若干问题的规定》第二条第一款规定：“人民法院应当根据犯罪情节，如违法所得数额、造成损失的大小等，并综合考虑犯罪分子缴纳罚金的能力，依法判处罚金。刑法没有明确规定罚金数额标准的，罚金的最低数额不能少于1000元。”《中华人民共和国刑法》分则对于罚金的适用，一般都有明确的标准，比如非法经营罪：违反国家规定，有非法经营行为，扰乱市场秩序，情节严重的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得1倍以上5倍以下罚金；情节特别严重的，处5年以上有期徒刑，并处违法所得1倍以上5倍以下罚金或者没收财产。

关于财产的处置，《中华人民共和国公司法》第二百六十四条规定：“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”第二百六十三条规定：“公司违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的，其财产不足以支付时，先承担民事赔偿责任。”结合《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十三条规定：“被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任，其财产不足以支付的，按照下列顺序执行：

（一）人身损害赔偿中的医疗费用；

（二）退赔被害人的损失；

（三）其他民事债务；

（四）罚金；

（五）没收财产。

债权人对执行标的依法享有优先受偿权，其主张优先受偿的，人民法院应当在前款第（一）项规定的医疗费用受偿后，予以支持。”从上述规定可知，若公司构成单位犯罪，被判处罚金，其合法财产不足以支付全部的债务和罚款、罚金的，应按顺序先以其财产支付人身损害赔偿的医疗费用、享有优先受偿权的民事债务、其他民事债务，有剩余的，再执行罚款、罚金。

（二）涉企刑事犯罪刑罚种类

根据《中华人民共和国刑法》第三十二至三十四条规定，刑罚分为主刑和附加刑。

1. 主刑

● 管制

内容：对犯罪分子不予关押，但限制其一定自由，依法实行社区矫正。

期限：3 个月以上 2 年以下（数罪并罚不超过 3 年）。

特点：适用于罪行较轻、人身危险性较小的犯罪。犯罪分子仍可留在原单位工作或劳动，在劳动中应同工同酬。

● 拘役

内容：短期剥夺犯罪分子的人身自由，由公安机关就近执行。

期限：1 个月以上 6 个月以下（数罪并罚不超过 1 年）。

特点：执行期间，犯罪分子每月可以回家一至两天；参加劳动的，可以酌量发给报酬。

- 有期徒刑

内容：在一定期限内剥夺犯罪分子的人身自由，并强制进行劳动改造。

期限：6个月以上15年以下（数罪并罚时，总和刑期不满35年的，最高不能超过20年；总和刑期在35年以上的，最高不能超过25年）。

特点：被判处有期徒刑的犯罪分子，在监狱或者其他执行场所执行；凡有劳动能力的，都应当参加劳动，接受教育和改造。这是涉企犯罪中最常见、适用最广泛的自由刑。

- 无期徒刑

内容：剥夺犯罪分子终身自由；被判处无期徒刑的犯罪分子，在监狱或者其他执行场所执行；强制参加劳动，接受教育和改造。

特点：适用于罪行严重，但不必判处死刑的罪犯。在实际执行中，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，有机会减为有期徒刑。

- 死刑

内容：剥夺犯罪分子生命。

特点：仅适用于罪行极其严重的犯罪分子，对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。

2.附加刑

附加刑既可以独立适用，也可以与主刑并行适用。

- 罚金

内容：强制犯罪分子或犯罪单位向国家缴纳一定数额的金钱。

特点：在涉企刑事案件中涉经济类犯罪适用极为普遍。法院会根据犯罪情节（如涉案金额、违法所得等）判处数额不等的罚金，这直接针对犯罪的经济动机。

- 剥夺政治权利

内容：剥夺犯罪分子的选举权和被选举权；言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；担任国家机关职务的权利；担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

特点：期限为一年以上五年以下，对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利；对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身；在死刑缓期执行减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑的时候，应当把附加剥夺政治权利的期限改为三年以上十年以下；对于被判处管制附加剥夺政治权利的期限与管制的期限相等。

- 没收财产

内容：将犯罪人所有财产一部或者全部强制无偿地收归国有。

特点：比罚金刑更严厉的财产刑，主要适用于重大经济犯罪。没收的只能是犯罪人个人的合法所有且没有用于犯罪的财产，同时需对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。

（三）涉企刑事犯罪危害后果

涉企刑事犯罪一旦发生，其引发的危害后果是系统性、多层面且影响深远的，绝非仅止于对犯罪个体判处刑罚。这种后果会从犯罪行为人自身开始，例如导致其自由被剥夺、个人声誉扫地、职业生涯终结，甚至引发家庭和社会关系的破裂；随后，危害逐步扩散至其所在的企业实体，表现为企业面临巨额财产处罚、信誉严重受损、经营许可可能被吊销，以及日常运营陷入混乱；进而，这种负面影响波及企业员工，造成大规模失业、员工士气低落和生活困境，同时侵蚀商业伙伴的信任基础，导致已有业务中止和合作机会丧失。最终，市场秩序遭受冲击，如公平竞争环境被破坏、投资者信心下降和市场波动加剧，并延伸至社会公共利益层面，引发公共安全担忧、法律权威削弱以及社会资源的巨大浪费，从而对整个社会造成持久性伤害。

1.对企业人员个人的影响

企业人员，特别是决策层与核心管理人员，一旦卷入刑事案件并被定罪量刑，其个人将面临法律、职业、社会与家庭的多重毁灭性打击。

（1）刑事处罚

刑事处罚是最直接、最严重的法律后果。

自由的剥夺：从短期的拘役（1-6个月）到长期的有期徒刑（6个月至15年，数罪并罚最高可达25年），直至无期徒刑，意味着犯罪分子将在相当长的时间内甚至终身失去人身自由，与社会和家庭隔离，在监狱等场所接受改造。这不仅是对犯罪行为的惩罚，更是对其个人发展、家庭生活和

社会关系的强制性中断。对于正值事业黄金期的企业家或高管而言，数年的刑期足以使其苦心经营的事业网络、商业机会和个人技能严重贬值甚至归零。

生命刑的极端后果：在涉企犯罪中，虽然罕见，但对于致人死亡或有其他特别严重情节的，如生产、销售、提供假药，生产、销售有毒、有害食品罪，相关责任人员仍有可能被判处死刑，被直接剥夺生命。

经济与权利剥夺：罚金刑在涉经济类犯罪中适用极为普遍，旨在剥夺犯罪分子的经济收益和再犯能力。没收财产则更为严厉，可直接没收犯罪分子个人所有财产的一部或全部，使其个人及家庭积累的合法财富瞬间化为乌有，即使为其扶养的家属保留必需生活费用，也往往意味着生活水平的断崖式下跌。

剥夺政治权利：此附加刑剥夺的是犯罪分子的核心公民政治权利与特定职业资格，对于有志于参与公共事务或希望在体制内相关领域发展的个人而言，这意味着政治生命的终结和重要职业通道的关闭。

（2）行政处罚的衔接后果

即使犯罪行为未被追究刑事责任，或者在被追究刑事责任的同时或之后，行为人仍可能面临严肃的行政处罚。

罚款与没收违法所得：行政机关可依法对违法行为人处以罚款，并没收其通过违法行为获得的非法收益。

吊销相关执照与许可：对于需要特定执业资格（如律师、注册会计师、证券从业资格等）的人员，一旦因犯罪受到刑

事处罚或特定行政处罚，其执业证书很可能被吊销，终身或长期不得再从事该行业。

市场禁入：根据《中华人民共和国证券法》等法律法规，因特定违法犯罪行为被判处刑罚的人员，在一定期限内直至终身不得从事证券业务、证券服务业务，不得担任证券发行人的董事、监事、高级管理人员，或者一定期限内不得在证券交易所、国务院批准的其他全国性证券交易场所交易证券的制度；《中华人民共和国政府采购法》也有类似规定，对于供应商、代理机构有相关违法行为的，在一至三年内禁止参加政府采购活动。

（3）“从业禁止”制度的预防性惩戒

为预防犯罪分子在刑罚执行完毕后利用职业便利再次犯罪，《中华人民共和国刑法》第三十七条之一规定了“从业禁止”制度。对于因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年。这一制度对于掌握特定资源、技术的企业高管（如财务、技术负责人）而言，意味着即使在服刑期满后，其核心职业技能也可能在数年内无法在相关领域施展，职业生涯遭受重创。

（4）间接与衍生影响

社会评价的降低：犯罪记录伴随一生，个人声誉扫地，社会关系网络破裂，长期面临社会歧视与信任危机。

家庭生活受到冲击：家庭主要经济来源可能中断，家庭

成员（尤其是子女）在就学、就业等方面可能受到负面影响，承受巨大的精神压力。

经济状况持续恶化：除了罚金和没收财产，为应对诉讼而产生的经济成本，以及因失去工作而导致的收入中断，将使个人及家庭经济陷入困境。

2.对企业本身的冲击

企业法人作为法律拟制的“人”，其自身在涉刑后同样会受到全方位的负面影响，这些影响往往更具持续性，甚至可能导致企业最终无法正常经营而面临“死亡”。

（1）直接的刑事与行政处罚

单位罚金：在单位犯罪中，法院将对单位判处罚金。罚金数额可能非常巨大，尤其是对于非法经营、走私、金融诈骗类的涉经济犯罪，罚金常以违法所得倍数计算，可能高达数百万、数千万甚至上亿元，直接抽干企业现金流，导致资金链断裂。

追缴违法所得：单位通过犯罪行为获得的一切违法所得将被依法追缴，使其“竹篮打水一场空”，甚至可能因追缴而导致原有合法资本受损。

行政处罚：行业主管机关（如市场监管、税务、银保监、证监等）可依据相关行政法规，对涉罪企业处以警告、罚款、责令停产停业、吊销相关许可证或营业执照等处罚。

（2）经营资格与市场机会的丧失

政府采购与招投标资格的限制：根据《中华人民共和国政府采购法》及其实施条例，企业在参与采购过程中有特定

违法行为，将在一至三年内被禁止参加政府采购活动，有违法所得的，并处没收违法所得，情节严重的，由工商行政管理机关吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。这对于许多依赖政府订单或公共项目生存的企业而言，无异于被排除在主流市场之外。

金融机构业务资格的剥夺与融资困难：在金融、证券、保险等领域，企业若涉及严重刑事犯罪，其业务资质可能被监管机构吊销。即使未达到吊销资格的程度，企业的犯罪记录也会被纳入其信用信息中，导致其在银行贷款、发行债券、上市融资等方面受到严格限制，融资成本显著提高，甚至完全无法从正规金融渠道获得资金。

特定行业准入与资质认证的否定：在高新技术企业认定、知识产权示范企业评选、各类质量、环境、安全管理体系认证等过程中，企业的守法合规记录是核心评审要素。刑事犯罪记录通常会导致“一票否决”，使企业无法获得这些含金量高的资质，从而在市场竞争中处于劣势。

（3）企业征信与商业信誉的受损

企业信用记录的污点：企业的刑事处罚、行政处罚信息会被依法归集至国家企业信用信息公示系统，向社会公示。这将在企业征信报告上留下永久性污点，使其被标记为“高风险”主体。

商业伙伴信任的崩塌：客户、供应商、合作伙伴在得知企业涉刑后，出于对经营稳定性、合规风险及品牌声誉的担忧，往往会中止合作、取消订单、要求提前付款或提高交易

条件，导致企业商业机会大幅减少，供应链和销售渠道受阻。

品牌价值与市场声誉的贬值：涉刑事件，特别是涉及产品质量、食品安全、环境污染、商业欺诈等直接关乎公共利益的犯罪，一经曝光，会引发强烈的社会舆论谴责，导致企业品牌形象一落千丈，消费者抵制，市场占有率急剧萎缩。重建信任需要付出漫长的时间和巨大的经济成本，且往往收效甚微。

（4）内部管理与运营秩序的混乱

核心人才的流失与团队士气低落：企业涉刑，尤其是高管涉案，会引发内部恐慌，导致关键岗位的技术、管理人才大量流失，以避免自身职业发展受到牵连。剩余员工士气低落，工作效率下降，企业凝聚力瓦解。

治理结构的瘫痪与决策失效：若法定代表人、董事长、总经理等核心决策者被采取强制措施，企业可能陷入“群龙无首”的状态，重大决策无法做出，日常运营停滞，甚至引发公司控制权之争。

内部管理的失控风险：刑事案件暴露出企业严重的内部治理缺陷。在案件调查和处理期间，企业的管理重心可能被迫转向应对司法程序，从而忽视正常的经营管理，进一步加剧内部管理的混乱和风险。

（5）衍生民事赔偿责任

涉企刑事犯罪往往伴随着与其他民事主体的民事纠纷或侵权。企业除了承担刑事责任外，还需承担相应的民事责任。

3. 对社会与市场秩序的危害

民营企业家及企业的刑事犯罪，其负面影响绝非局限于个体与单体企业，它还会破坏健康的社会与市场经济秩序。

破坏公平竞争的市场环境：行受贿、串通投标、侵犯商业秘密等犯罪行为，严重影响了资源配置机制，使守法经营的企业在竞争中处于不公平地位，挫伤其创新和发展的积极性，导致“劣币驱逐良币”的恶性循环。

侵蚀社会诚信基石：合同诈骗、集资诈骗、制假售假等行为严重破坏商业伦理和社会信任，增加整个社会的交易成本和监管成本，动摇市场经济赖以运行的信用基础。

引发经济与社会稳定风险：非法集资类犯罪可能引发区域性、系统性金融风险，造成大量投资人血本无归，进而引发群体性事件。拒不支付劳动报酬罪则直接侵害劳动者基本权益，影响社会稳定。重大公共安全、食药环卫类犯罪更是直接危及公众生命健康和生态环境安全。

损害法治化营商环境：企业家犯罪高发，尤其是因融资困境等外部因素导致的“被动犯罪”，会削弱国内外投资者对当地法治环境和政府治理能力的信心，影响地区经济的长期健康发展。

三、民企涉及刑事法律风险防范

（一）民营企业中个人刑事法律风险防范

企业是由人组成的组织，任何刑事风险最终都需通过自然人的行为来实现。因此，个人，尤其是掌握权力的决策层与关键岗位人员，是风险防范的第一道关口。民营企业中的

个人，必须实现从“被动应对”到“主动防控”的观念转变，将合规意识转化为行为准则。

1.强化个人法律意识与底线思维

树立合规意识：彻底摒弃“重业务、轻合规”“权大于法”的错误观念。应深刻认识到，有效的合规管理能够避免巨大的经济损失、声誉损失和自由代价，本身就是企业核心竞争力的重要组成部分。平安稳健的经营远胜于高风险下的短暂辉煌。

筑牢“法律红线不可触碰”的底线思维：企业家和高管必须时刻保持对法律的敬畏之心。在做出任何重大决策，尤其是涉及融资、税务、招投标、商业合作等领域时，首要考量是法律风险，而非单纯的经济利益。面对诱惑或压力，应坚守底线，明确认识到违法犯罪行为的成本远超其可能带来的收益。

持续进行法律知识更新：法律体系处于不断发展和完善中。企业家和高管应有计划地学习与自身行业、业务密切相关的法律法规，特别是《中华人民共和国刑法》及其修正案、相关司法解释。重点关注最高法、最高检发布的指导性案例、典型案例以及本地司法机关发布的涉企犯罪白皮书，了解司法实践的最新动态和打击重点。

杜绝“公私不分”的财务混乱：这是防范职务侵占、挪用资金等罪名的基础。严格区分个人财产与公司财产，严禁将公司资金随意转入个人账户用于消费或投资，严禁使用公司资金报销个人开支。建立清晰、透明的个人与公司之间的

财务往来记录。

审慎行使决策权与审批权：在审批合同、支付款项、决定投资等环节，必须基于公司利益最大化和合法合规的原则，履行必要的审查、评估程序，避免因盲目决策、违规操作而陷入违法犯罪。对于重大事项，坚持集体决策，并保留完整的决策过程记录（如会议纪要、签字文件）。

净化社交圈，抵制商业贿赂：保持与国家机关及相关公职人员、商业伙伴健康、透明的交往关系。坚决抵制任何形式的索贿、受贿行为，同时严格约束自身及下属，绝不为了获取不正当利益而主动行贿。对所谓的“潜规则”保持高度警惕，不随波逐流，应意识到其巨大的法律风险。

2.建立个人法律风险定期评估机制

聘请专业法律顾问：与专业的律师团队建立长期顾问关系，定期就个人在企业经营中的重大决策、特定业务模式的法律定性等问题进行咨询，获取前瞻性的风险提示。

进行“法律体检”：定期对个人职务行为进行全面的法律风险排查，审视在融资、税务、对外担保、关联交易等方面是否存在潜在风险点，及时进行纠正和整改。

3.正确应对刑事风险

保持冷静，积极应对：一旦意识到自身可能被卷入刑事案件，应保持冷静，第一时间寻求专业律师的帮助，在法律框架内积极应对，而非试图通过隐匿、销毁证据或串供等方式对抗调查，否则只会加重法律责任。

（二）民营企业单位刑事法律风险防范

单位刑事风险防范，是从组织层面构建一套能够有效识别、评估、预警和控制刑事风险的内控体系，其目标是杜绝“以单位名义”实施的犯罪行为，使企业成为依法经营的坚实堡垒。

1.完善现代企业治理结构，实现有效制衡

破除“一言堂”，落实分权制衡：特别是对于家族企业，必须逐步淡化人治色彩，真正确立股东会、董事会、监事会（或监事）的“三会”治理架构。明确各自的权责边界，确保重大决策经过民主商议和科学论证，杜绝实际控制人“一意孤行”带来的系统性风险。监事会应切实履行监督职责，对董事、高管的违规行为及时提出纠正意见。

优化股权结构，引入外部监督：适时引入战略投资者或机构投资者，优化过于集中的股权结构，借助外部力量促进公司治理的规范化和透明化。这有助于形成内部权力制衡，降低因个人绝对控制而引发的决策风险。

2.建立健全内部管理制度，扎紧制度“篱笆”

财务管理制度：建立严格的资金审批、支付流程，明确不同层级人员的审批权限；确保会计资料真实、完整，严禁设立“账外账”“小金库”；定期进行内部审计和专项审计，及时发现和纠正财务违规行为；严格区分公司账户与股东、高管个人账户，杜绝资金混同。

合同管理制度：推行标准合同模板，对重大合同实行法律顾问强制审查制度；建立合同履行跟踪机制，及时发现对方违约或潜在的履约风险，避免自身从受害方转为加害方合

同诈骗等。

知识产权与商业秘密保护制度：明确知识产权的权属，与核心技术人员、高管签订保密协议和竞业限制协议；建立涉密信息的访问权限管理和物理隔离措施，防止技术秘密和经营信息泄露。

安全生产与环保管理制度：严格遵守国家安全生产和环境保护法律法规，制定详尽的操作规程和应急预案；定期组织安全、环保培训，进行隐患排查，加大对安全、环保设施的投入，严防重大责任事故和污染环境事件的发生。

3.设立独立的合规管理机构与流程

设立合规部门或合规岗位：条件成熟的企业，应设立独立的合规管理部门或首席合规官，直接对董事会负责，确保其独立性和权威性。其职责包括制定合规政策、组织合规培训、实施合规审查、处理违规事件等。

建立合规风险评估与预警机制：定期对企业各业务环节进行刑事法律风险扫描和评估，识别风险点，并制定应对预案。建立内部举报制度，鼓励员工通过保密渠道举报违规行为，并对举报人予以保护。

开展全员合规培训与文化培育：将合规培训作为员工入职和在职培训的必修课，内容应结合真实案例，具有针对性和警示性。企业最高领导人应以身作则，带头践行合规承诺，通过持续的宣传和制度建设，将“诚信守法、合规经营”的理念融入企业文化的血脉，使之成为全体员工的共同价值观和行为自觉。

4.善用外部专业资源

借助外部专业力量，提升合规专业性：积极聘请外部律师事务所、会计师事务所等专业机构，对企业进行合规体检、协助构建合规体系、参与涉及合规的重大事件处置。

（三）民营企业易发刑事风险环节提示[47]

1.内部经营管理易发刑事风险环节

股东出资、增资或者减资风险：股东出资应办理权属转移，货币、知识产权、土地使用权等应办理手续，确保权属归属公司，避免股东出资不充足、未办理权属转移等瑕疵出资或者抽逃出资行为。公司减少注册资本时，应由股东会作出决议，经代表三分之二表决权的股东通过，并编制资产负债表及财产清单，依法通知债权人，向公司登记机关办理变更登记。

股东会决议瑕疵风险：部分中小民营企业因股东人数少、股东之间关系密切或法律意识淡薄等原因不重视股东会，导致决议因缺少本人签名盖章等出现效力瑕疵、程序瑕疵或者内容瑕疵。

董事、监事、高级管理人员经营管理风险：董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职务便利为自己或他人谋取属于公司的商业机会。董监高或者其近亲属、关联人与董监高所在公司订立合同或进行交易，应当经董事会或股东会决议通过。董监高违反竞业禁止性规定所得收入应当归公司所有，给公

[47]内容引用自《成都市检察机关涉企检察工作白皮书（2023-2024年）》，作者：成都市人民检察院，发布时间2025年3月24日。

司造成损失的应当承担赔偿责任。

财税制度风险：公司应当建立财务、会计制度，并编制年度财务会计报告，进行审计，按照规定送交股东。公司应当按照相关税务规定缴纳税款，为避税而伪造或变造文书的，应承担相应法律责任。公司内部或外部经营中应对税款负担作出明确约定，避免因税款负担不明而遭受经济损失。公司在经营中应遵守票据法律规定，严禁开具空头支票、伪造或变造票据等违法行为。

公司为股东或者关联公司提供担保的法律风险：公司向其他企业投资或者为他人提供担保的，由董事会或股东会决议；为股东或实际控制人提供担保的，应当经股东会决议，该股东或控制人不参与担保事项的表决。公司管理层或者实际控制人在实施再投资或为股东提供担保事项时，应严格按照相关规定执行，避免程序瑕疵、内容瑕疵导致决议无效，造成公司经营风险。

2.对外交易易发刑事风险环节

合同主体法律风险：对于公司、股东个人、实际执行人不做严格的区分，忽略对合同相对人的预先确定，往往会引发债务责任主体的争议。在订立合同时，应当对合同主体进行必要审慎的审查，如签订合同时要求相对方或相对方签约代表出示授权委托材料并在合同上签字、盖章，避免就合同主体出现争议和纠纷。特定行业如果对从业资格进行限制性规定，应要求相对方出示资格证书。

合同订立法律风险：交易过程中企业应尽量签订书面合

同，如果采用书面合同以外的交易方式，应当保留足以证明合同关系存在的书面证据。签订合同时，应特别注意合同内容的完备性、明确性、合法性，尽量明确约定货物名称及数量、支付方式及时间、产品质量及规格、违约责任等，避免前后矛盾、产生歧义。可以通过选择分期发货、定期结账或者先款后货等风险较低的价款支付方式、要求对方提供担保等，尽量降低合同欺诈风险。提供格式条款的一方应当认真履行提示说明义务，如果因未尽义务致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款，对方当事人可以主张该条款不成为合同内容、不对当事人产生约束力。

合同履行的法律风险：应当尽量规范交易模式、交易流程，避免因交易双方相互熟识等因素导致的随意性，同时注意收集及保留可以证明交易过程、交易事实的交易凭证等证据，规范交易凭证的记载内容，有效规避出现纠纷时举证不能的风险。

3.安全生产易发刑事风险环节

消防安全风险：企业应当严格按照法律规定落实消防安全责任，如制定本单位的消防安全制度、消防安全操作规程，按照国家标准、行业标准配置消防设施、器材，开展建筑消防设施年度全面检测，保障疏散通道、安全出口，组织防火检查等。消防安全重点单位还应履行确定消防安全管理人、实行每日防火巡查、进行岗前消防安全培训等职责。

安全生产许可证使用风险：企业应在安全生产许可证期满前三个月向原安全生产许可证颁发管理机关办理延期手

续，避免因许可证过期影响正常生产经营。同时，应持续加强安全生产管理与监督，加大安全生产的投入保障力度，确保作业现场环境安全。

事故隐患排查报告风险：企业应建立健全并落实安全事故隐患排查治理制度，采取技术、管理措施，及时发现并消除事故隐患。要如实记录并通报事故隐患排查治理情况，对于重大事故隐患排查治理情况，应及时向负有安全生产监督管理职责的部门和职工（代表）大会报告。企业未建立事故隐患排查制度，或者未按规定报告的，将面临行政处罚或被追究刑事责任。

4.知识产权保护易发刑事风险环节

商标恶意抢注风险：企业应当提升知识产权保护意识，及时申请商标注册，防止在商标未注册之前被他人恶意抢注。除在主要商品或服务类别上注册商标外，企业还应考虑在相关或未来可能拓展的商品或服务类别上注册，以扩大保护范围。企业应当加强商标监测与检索，密切关注商标注册情况，加强市场调查、追踪，一旦发现他人申请注册商标与自己的商标存在冲突，及时提出异议，阻止抢注行为。

著作权侵权及权属风险：企业在广告、宣传材料、软件等内容制作过程中，要注意对文字、图片、图案、软件等作品的著作权保护，避免在未经授权的情况下使用他人作品，进而侵犯他人著作权。对于企业委托他人创作的作品或者员工职务作品，应在合同中明确约定知识产权权属，详细说明各方权利、义务，避免因权属约定不明导致企业丧失本应取

得的技术成果所有权或使用权。

商业秘密风险：企业与供应商、经销商、技术合作方等合作伙伴共享信息时，要注意签订保密协议，避免合作伙伴泄露其知晓的商业秘密。企业应注意加强对研发人员的管理培训，采取保密措施，以保护研发过程中产生的实验数据、设计图纸、技术资料乃至阶段性成果等“过程资料”，避免竞争对手“剽窃抄袭”。要加强企业员工保密培训教育和合同约束，避免员工因疏忽大意而在社交场合无意透露关键信息，或者为牟取利益而主动泄露企业技术配方、营销策略等商业秘密。

5.劳动用工易发刑事风险环节

订立劳动合同风险：企业与职工建立劳动关系应当订立书面劳动合同，不得超过最长一个月的宽限期（自用工之日起）。劳动合同期限届满后且继续工作的，应当在一个月内订立新的书面劳动合同，否则，企业将面临支付二倍工资和视为已订立无固定期限劳动合同的风险。企业与职工约定试用期，应当符合法律规定，不得滥用试用期，否则可能面临行政处罚或支付赔偿金。

辞退职工法律风险：职工不辞而别通常被视作旷工，但不意味劳动关系自动解除或员工自动离职。企业应积极履行管理职责，联系了解情况，经催告返岗后仍未按期返岗的，应依法解除劳动合同并送达职工，避免因劳动关系不确定影响企业正常运营，或面临违法解除劳动合同、支付赔偿金风险。

支付劳动报酬、缴纳社会保险费风险：企业应当及时足额支付劳动报酬，并为职工缴纳社会保险费，否则职工可以通知企业解除劳动合同，并要求企业支付经济补偿。企业不依法为职工缴纳社会保险费，职工发生工伤事故的，企业还将面临赔偿工伤保险待遇风险。

6.生态环保易发刑事风险环节

环保设施建设与运行风险：企业建设项目应当配套建设环保设施，并保证设施正常运行。严格遵守排污许可管理规定，加强对生产设备和环保设施的日常维护和管理，按时完成排污许可证的变更、延续等工作，并积极配合生态环境主管部门的监督检查。如未建设相关设施或建成后不正常运行导致污染物超标排放，将面临行政处罚或被追究刑事责任。

危险废物管理风险：企业对于生产产生的危险废物，应按照国家有关规定进行申报登记、收集、贮存、运输和处置。应当建立危险废物贮存台账，记录危险废物出入库情况，认真核实接收单位的危险废物经营资质，确保危险废物在转移过程中全程可追溯。企业对危险废物管理不善可能面临行政处罚或被追究刑事责任。

第四节 常见涉企刑事犯罪及典型案例

一、非法集资类犯罪

（一）非法吸收公众存款罪

1.法律规定

非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩

序的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑，并处罚金。

2.典型案例

杨卫国等人非法吸收公众存款案——最高人民检察院发布第十七批指导性案例之一【检例第64号】

（1）基本案情：浙江望洲集团有限公司（以下简称望洲集团）于2013年2月28日成立，被告人杨卫国为法定代表人、董事长。自2013年9月起，望洲集团开始在线下进行非法吸收公众存款活动。2014年，杨卫国利用其实际控制的公司又先后成立上海望洲财富投资管理有限公司（以下简称望洲财富）、望洲普惠投资管理有限公司（以下简称望洲普惠），通过线下和线上两个渠道开展非法吸收公众存款活动。其中，望洲普惠主要负责发展信贷客户（借款人），望洲财富负责发展不特定社会公众成为理财客户（出借人），根据理财产品的不同期限约定7%－15%不等的年化利率募集资金。在线下渠道，望洲集团在全国多个省、市开设门店，采用发放宣传单、举办年会、发布广告等方式进行宣传，理财客户或者通过与杨卫国签订债权转让协议，或者通过匹配望洲集团虚构的信贷客户借款需求进行投资，将投资款转账至杨卫国个人名下42个银行账户，被望洲集团用于还本付息、生产经营等活动。在线上渠道，望洲集团及其关联公司以网络借贷信息中介活动的名义进行宣传，理财客户根据望

洲集团的要求在第三方支付平台上开设虚拟账户并绑定银行账户。理财客户选定投资项目后将投资款从银行账户转入第三方支付平台的虚拟账户进行投资活动，望洲集团、杨卫国及望洲集团实际控制的担保公司为理财客户的债权提供担保。望洲集团对理财客户虚拟账户内的资金进行调配，划拨出借资金和还本付息资金到相应理财客户和信贷客户账户，并将剩余资金直接转至杨卫国在第三方支付平台上开设的托管账户，再转账至杨卫国开设的个人银行账户，与线下资金混同，由望洲集团支配使用。

因资金链断裂，望洲集团无法按期兑付本息。截至 2016 年 4 月 20 日，望洲集团通过线上、线下两个渠道非法吸收公众存款共计 64 亿余元，未兑付资金共计 26 亿余元，涉及集资参与人 13400 余人。其中，通过线上渠道吸收公众存款 11 亿余元。

（2）裁判结果：2018 年 2 月 8 日，杭州市江干区人民法院作出一审判决，以非法吸收公众存款罪，分别判处被告人杨卫国有期徒刑九年六个月，并处罚金人民币五十万元；判处被告人刘蓓蕾有期徒刑四年六个月，并处罚金人民币十万元；判处被告人吴梦有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币十万元；判处被告人张雯婷有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金人民币十万元。在案扣押冻结款项分别按损失比例发还；在案查封、扣押的房产、车辆、股权等变价后分别按损失比例发还。不足部分责令继续退赔。宣判后，被告人杨卫国提出上诉后又撤回上诉，一审判决已生效。本案追赃挽

损工作仍在进行中。

3.最高人民检察院解读

（1）向不特定社会公众吸收存款是商业银行专属金融业务，任何单位和个人未经批准不得实施。任何单位或个人，包括非银行金融机构，未经国务院银行业监督管理机构批准，面向社会吸收公众存款或者变相吸收公众存款均属非法。在案件中，要准确把握法律法规、金融管理规定确定的界限、标准和原则精神，准确区分融资借款活动的性质，对于违反规定达到追诉标准的，依法追究刑事责任。

（2）金融创新必须遵守金融管理法律规定，不得触犯刑法规定。金融也需要发展和创新，但金融创新必须有效地防控可能产生的风险，必须遵守金融管理法律法规，尤其是依法须经许可才能从事的金融业务，不允许未经许可而以创新的名义擅自开展。

（3）网络借贷中介机构非法控制、支配资金，构成非法吸收公众存款。网络借贷信息中介机构依法只能从事信息中介业务，为借款人与出借人实现直接借贷提供信息搜集、信息公布、资信评估、信息交互、借贷撮合等服务。信息中介机构不得提供增信服务，不得直接或间接归集资金，包括设立资金池控制、支配资金或者为自己控制的公司融资。

（二）集资诈骗罪

1.法律规定

以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；数额巨大或

者有其他严重情节的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

2.典型案例

阿某融资担保公司集资诈骗案——非法集资类案件中单位犯罪的认定（人民法院案例库 2024-04-1-134-001 号）

（1）基本案情：被告人鞠某等人成立被告单位阿某融资担保公司，鞠某担任法定代表人。该公司于 2012 年 5 月取得融资性担保机构经营许可证。鞠某控制 20 余家空壳公司用于代持资产和银行贷款。因经营不善，截至 2015 年底，鞠某所控制的公司负债严重，对外有欠款 6 亿余元，亏损 2 亿余元。为筹集资金，鞠某于 2015 年 12 月成立并实际控制威海诺某民间融资登记服务公司。2016 年 1 月至 2019 年 11 月，鞠某伙同其他被告人未经有关部门依法批准或者借用合法经营形式，公开宣传，采用通过诺某平台借款、从个人和企业手中借款、以项目名义向员工集资、从小额贷款公司和典当公司借款等方式向社会不特定对象吸收资金，承诺还本付息，并由鞠某控制的阿某担保公司提供担保，吸收资金进入鞠某等人控制的资金池，并由鞠某支配、使用。吸收资金共计 82.24 亿元，主要用于偿还吸收资金的本金、利息、对外借款等。被告人鞠某在上述非法集资过程中起组织、策划、指挥作用，造成经济损失共计 7.79 亿余元。

（2）裁判结果：山东省威海市中级人民法院于 2022 年

7月19日作出（2020）鲁10刑初48号刑事判决：被告单位山东阿某融资担保股份有限公司无罪；被告人鞠某犯集资诈骗罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。宣判后，被告人鞠某提出上诉。山东省高级人民法院于2022年12月30日作出（2022）鲁刑终360号刑事裁定，维持原判。

3.人民法院解读

非法集资案件中，被告人往往通过成立公司，并以公司名义对外非法吸收公众存款。此种情形下，是否应认定为单位犯罪，不可一概而论。虽然系以单位名义对外非法吸收存款，但并非系经过单位集体决策，或者违法所得并没有归单位所有，不能认定系单位犯罪，而应该按照自然人犯罪处理。司法实践中，对于是否构成单位犯罪的认定，可以从以下三方面着手审查：

（1）单位实施非法集资犯罪活动，全部或者大部分违法所得归单位所有的，应当认定为单位犯罪。要重点审查非法集资活动是否体现单位意志；违法所得是否归单位所有。

（2）个人为进行非法集资犯罪活动而设立的单位实施犯罪的，或者单位设立后，以实施非法集资犯罪活动为主要活动的，不以单位犯罪论处，对单位中组织、策划、实施非法集资犯罪活动的人员应当以自然人犯罪依法追究刑事责任。

（3）判断单位是否以实施非法集资犯罪活动为主要活动，应当根据单位实施非法集资的次数、频度、持续时间、

资金规模、资金流向、投入人力物力情况、单位进行正当经营的状况以及犯罪活动的影响、后果等因素综合考虑认定。

（三）组织、领导传销活动罪

1.法律规定

组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名，要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格，并按照一定顺序组成层级，直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据，引诱、胁迫参加者继续发展他人参加，骗取财物，扰乱经济社会秩序的传销活动的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。

2.典型案例

危某某组织、领导传销活动案——组织、领导传销活动罪的犯罪主体认定(人民法院案例库 2023-05-1-168-001 号）

（1）基本案情：“珠海市林某盛贸易有限公司”是一家在珠海没有任何工商登记资料，并假借网络连锁在深圳市宝安区龙华镇大肆发展人员，积极从事非法传销活动的假公司。“珠海市林某盛贸易有限公司”衍生出“珠海市昌某盛贸易有限公司”“珠海市合某盛贸易有限公司”等传销公司，这些公司按照传销人员在公司中各自发展的人数（包括下线及下下线的人数总和）来确定这些传销人员的等级地位。具体确定等级的标准是:发展 1-2 人属于一级传销商;发展 3-9 人属于二级传销商;发展 10-59 人属于三级传销商;发展 60～240 人属于四级传销商；发展 240 人以上属于五级传销商。

而注册传销公司的传销人员（传销公司的法人代表及股东）则必须达到“五级传销商”的资格，被称为传销“总裁”。根据该传销组织的内部规定，每个被发展进传销公司的人都必须先交3600元购买“钢煲”或“臭氧饮水机”一个（如果不要钢煲或饮水机，可以返还500元）。加入人员购买上述产品后，即取得该传销组织所谓的“营销权”，可以发展其下线人员，以此形成严密的人员网络，从中获取提成。另以“下线发展越多，提成越多”来诱骗新的人员参与传销活动。每介绍一人加入传销公司提成525元，被介绍人成为介绍人的下线；下线再介绍1人，介绍者可提成175元；下下线再发展1人，介绍者可提成350元；下线再发展1人，介绍者可获取280元。

2006年，被告人危某某通过其直接上线张某余的发展，加入了“珠海市林某盛贸易有限公司”，在宝安区龙华街道以开展推销“钢煲”“臭氧饮水机”等经营活动为名从事传销活动。经过发展下线及下下线，危某某已经成为传销公司珠海市康某源贸易有限公司的法人代表，属于五级传销商，其利用传销公司名义直接发展下线及下下线241人以上，非法经营额至少为867600元。2010年8月12日，公安人员将危某某抓获归案。

（2）裁判结果：广东省深圳市宝安区人民法院于2010年12月10日作出（2010）深宝法刑初字第4546号刑事判决：被告人危某某犯组织、领导传销活动罪，判处有期徒刑二年，并处罚金人民币二千元。宣判后，危某某提出上诉。

广东省深圳市中级人民法院于2011年2月21日作出(2011)深中法刑二终字第294号刑事裁定，驳回上诉，维持原判。

3.人民法院解读

传销犯罪是一种“涉众型”的经济犯罪，在组织结构上通常呈现出“金字塔形”的特点，在司法实务中应当贯彻宽严相济的刑事政策，根据传销活动参与者的地位、作用，科学合理地划定打击对象的范围：对于在传销网络建立、扩张过程中起组织、策划、领导作用的首要分子给予刑事处罚；对于并非策划、发起人，但积极加入其中，并在由其实施的传销活动中起组织、领导、骨干作用的，也应以组织者、领导者追究刑事责任；对于参与传销活动的一般人员则可以通过行政处罚、教育遣散等方式进行处理，不宜追究刑事责任。

二、企业员工侵害公司利益犯罪

（一）职务侵占罪

1.法律规定

公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。[48]

2.典型案例

山东陈某骅职务侵占案（公安部公布5起民营企业内部

[48]2026年5月1日实施的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》第八条，职务侵占罪的定罪量刑标准参照贪污罪标准执行。具体标准如下：职务侵占数额在三万元以上的，属于“数额较大”，处三年以下有期徒刑或者拘役；数额在二十万元以上的，属于“数额巨大”，处三年以上十年以下有期徒刑；数额在三百万元以上的，属于“数额特别巨大”，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。处罚力度显著加大。

腐败犯罪典型案例之五）

（1）基本案情：2024 年 7 月，山东省济南市公安局章丘分局依法立案侦办陈某骅涉嫌职务侵占案。经查，2019 年 10 月至 2020 年 5 月，犯罪嫌疑人陈某骅在担任山东某建设投资有限公司总经理时，利用职务便利，在其负责的某投资项目过程中，虚构该公司在项目中总投资 4000 万元、但实际投资只有 2000 万元的事实，随后将总投资中的 2000 万元占为己有，并用于购买多处房产。案发后，陈某被抓获归案。

（2）裁判结果：2025 年 2 月，济南市章丘区人民法院以犯职务侵占罪对陈某骅作出有罪判决。

3. 典型意义

民营企业内部腐败治理，既需要公安机关依法严厉打击，又需要各家企业构建科学严密、措施严格的廉洁合规体系。

一是加强内部监督，健全反腐防腐体系，形成科学、有效的企业内部治理结构，完善反腐败职能机构设置，加强廉政调查和内部审计。强化企业高层和关键人物的反腐败主体责任，建立廉洁管理责任清单。

二是完善制度建设，提高廉洁防控能力，健全内部合规制度，切断权力寻租路径。对重点部门、重点岗位加强专项审计，建立诚信档案互通机制和行业“黑名单”，利用大数据、人工智能等技术构建智能化廉洁防控平台，及时发现异常、预警处置。

三是加强廉洁教育，营造风清气正文化，定期开展全员警示教育培训和廉洁文化宣传，通过案例分析、情景再现等

形式，提升全员法律素养和廉洁意识。

（二）挪用资金罪

1.法律规定

公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还的，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处三年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑；数额特别巨大的，处七年以上有期徒刑。[49]

2.典型案例

周某萍挪用资金案——依法惩治民营企业工作人员挪用资金犯罪（最高人民法院发布促进民营经济发展典型刑事案例之三）

（1）基本案情：被告人周某萍系某商业连锁有限公司（以下简称某连锁公司）地区团购经理。2021年6月，某连锁公司与某数字科技有限公司（以下简称某科技公司）签订一卡通商户合作协议，由周某萍具体负责项目开展。2021年11月，周某萍将某连锁公司账户中的487万余元转入自己账户，并以挂账形式登记在与某科技公司的业务往来名下，转出钱款被周某萍用于归还个人所欠债务、日常开支及出借给他人。2022年3月底，某连锁公司与某科技公司对账后发现

[49]2026年5月1日实施的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》第八条，挪用资金罪的定罪量刑标准参照挪用公款罪标准执行。具体标准如下：“数额较大”：（一）挪用本单位资金数额在5万元以上，超过三个月未还的；（二）挪用本单位资金数额在5万元以上，进行营利活动的；（三）挪用本单位资金数额在3万元以上，进行非法活动的。“数额巨大”：挪用公款归个人使用，进行非法活动，数额在三百万元以上的；挪用公款归个人使用，进行营利活动或者超过三个月未还，数额在五百万元以上的。
注：挪用公款罪未规定“数额特别巨大”，故挪用资金罪“数额特别巨大”尚无规定或参考标准。。

账款存在大量差额，遂报案。次日，周某萍到公安机关主动投案。2022 年 8 月，周某萍退赔某连锁公司 13.8 万元。

（2）裁判结果：江西省新余市渝水区人民法院经审理认为，被告人周某萍作为某连锁公司的工作人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金 487 万余元归个人使用，数额巨大，且超过三个月未归还，其行为已构成挪用资金罪。周某萍具有自首等情节，依法可以从轻处罚。综合考虑周某萍的犯罪事实、性质、情节和对社会的危害程度，以挪用资金罪判处周某萍有期徒刑三年；责令周某萍向某连锁公司退赔 473 万余元。一审宣判后，在法定期限内没有上诉、抗诉，一审判决已发生法律效力。

3.最高人民法院解读

本案是人民法院依法惩治民营企业工作人员挪用资金犯罪的典型案例。资金是民营企业发展的血脉，资金安全是民营企业健康发展的重要前提。民营企业工作人员挪用本单位资金归个人使用，侵害了民营企业的资金使用收益权，也给民营企业的经营发展带来重大隐患，应依法予以惩治。本案中，被告人周某萍利用职务上的便利，挪用资金 487 万余元归个人使用，数额巨大，严重侵害了某连锁公司合法权益。人民法院依法对周某萍判处刑罚并责令退赔尚未归还的钱款，充分说明民营企业资金受法律保护，挪用民营企业资金归个人使用构成犯罪的，将要承担刑事责任、受到刑罚处罚。

（三）非国家工作人员受贿罪

1.法律规定

公司、企业或者其他单位的工作人员，利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金。[50]

公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照前款的规定处罚。

2.典型案例

刘某非国家工作人员受贿案——依法惩治民企内部腐败（最高人民法院发布人民法院依法平等保护民营企业和企业家合法权益典型案例之一）

（1）基本案情：被告人刘某于2019年1月至2023年1月间，利用其在某公司担任业务发展经理的职务便利，为张某某在调整换量比例、恢复换量合作、提供流量扶持等方面予以帮助，收取张某某给予的行贿款人民币600余万元。

2019年3月至2020年4月间，刘某利用其在某公司担任业务发展经理的职务便利，为陈某在下架违规竞品、APP上架审核、提供流量扶持等方面予以帮助，收受陈某给予的行贿款人民币14万元。

另查明，被告人刘某于2023年1月31日向公安机关投案，如实供述上述犯罪事实，并退缴违法所得157万余元。

[50]2026年5月1日实施的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》第八条，非国家工作人员受贿罪的定罪量刑标准参照受贿罪标准执行。受贿“数额较大”（三年以下）的标准为三万元，“数额巨大”（三至十年）为二十万元，“数额特别巨大”（十年以上）为三百万元。

（2）裁判结果：被告人刘某犯非国家工作人员受贿罪，判处有期徒刑四年，罚金人民币四万元；继续追缴被告人刘某的违法所得，予以没收；在案钱款人民币一百五十七万八千元及在案冻结银行账户内之钱款，用于执行判决主文第二项；在案手机四部，均予以没收。

3.最高人民法院解读

互联网企业内部人员受贿表现出“小权力、大腐败”的特点。一方面，行贿人谋求的不当利益不断迭代更新，并与新兴互联网技术紧密结合，不局限于金钱物质等传统形式的不当利益；另一方面，受贿人不一定是传统贿赂犯罪中手握决定性权力的重要角色，互联网业务流程审批中的每一环节均可能存在贪腐漏洞。本案中，被告人刘某作为互联网公司的业务发展经理，为他人在调整换量比例、恢复换量合作、提供流量扶持等方面予以帮助，表现出“小权力、大腐败”特点。人民法院依法认定刘某非国家工作人员受贿犯罪并判处刑罚，充分体现了司法机关对新兴领域犯罪严惩不贷、绝不姑息的鲜明态度，对互联网企业工作人员起到良好的警示和震慑作用。

（四）对非国家工作人员行贿罪[51]

1.法律规定

为谋取不正当利益，给予公司、企业或者其他单位的工作人员以财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，

[51]2026年5月1日实施的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》第八条，对非国家工作人员行贿罪的定罪量刑标准参照行贿罪（单位行贿罪）标准执行。个人对非国家工作人员行贿罪“数额较大”（三年以下）的标准为三万元，单位对非国家工作人员行贿罪“数额较大”的标准为二十万元，个人对非法国家工作人员行贿罪“数额巨大”（三至十年）的标准为一百万元，单位对非国家工作人员行贿“数额巨大”的标准为二百万元。

并处罚金；数额巨大的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

2.典型案例

袁某、赵某串通投标、行受贿案——依法惩治教育领域的串通投标行为（最高人民法院、国家发展改革委联合发布依法惩治串通投标及其关联犯罪典型案例之四）

（1）基本案情：2021年间，为中标云南省富宁县某公立学校食堂大宗食品原料统一配送项目，被告人袁某向与富宁县某领导关系密切的郑某（另案处理）行贿60万元，请托其帮助被告人赵某实际控制的云南某立公司成为本次招标代理机构，以达到操纵该项目招投标的目的。云南某立公司成为该项目的招标代理机构后，袁某向赵某行贿60万元并伙同其通过“拆分售卖标段”的方式，在投标过程中由招标代理机构事先审核投标书，协商多家投标公司的标书内容，内定云南某昇公司中标该项目的食品配送单位，中标金额共计6565.55万元。招投标期间，袁某共收取卖标费400万元，行贿120万元。调查期间，袁某主动退赃11万元，赵某主动退赃55万元。

（2）裁判结果：被告人袁某以串通投标罪、对非国家工作人员行贿罪、对有影响力的人行贿罪，数罪并罚，决定执行有期徒刑四年二个月，并处罚金人民币十五万元；对被告人赵某以串通投标罪、非国家工作人员受贿罪，数罪并罚，决定执行有期徒刑二年八个月，并处罚金人民币八万元。对被告人退缴的违法所得人民币二百七十五万元予以追缴，上

缴国库；不足部分，继续追缴。判决已生效。

3.最高人民法院解读

本案是一起发生在教育领域的串通投标典型案例。教育是国之根本，依法从严惩处学校食堂大宗食品原料统一配送环节的串通投标犯罪，不仅是保障学生“舌尖上的安全”的必要措施，更关乎国家的发展和民族的未来。本案中，被告人袁某、赵某等人以行受贿、围标、卖标等多个手段串通招投标，内定招投标代理机构及中标食品配送单位，严重干扰校园食品原料配送管理和学生饮食健康需求，对青少年的身心健康构成潜在威胁。对此，人民法院依法对被告人数罪并罚，进一步加大适用财产刑力度，通过判处罚金、追缴违法所得等措施，全力“打财断血”，彰显了坚决斩断教育领域围标、串通投标利益链条的鲜明态度，守护青少年健康成长、维护教育民生安全、推动社会治理现代化的坚定决心。

三、侵害国家工作人员廉洁性犯罪

（一）行贿罪[52]

1.法律规定

为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，是行贿罪。

在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的，以行贿论处。

[52]2024年3月1日实施《中华人民共和国刑法修正案（十二）》将刑法第三百九十条修改为：“对犯行贿罪的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”并新增七种从重情节。

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。

对犯行贿罪的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

有下列情形之一的，从重处罚：多次行贿或者向多人行贿的；国家工作人员行贿的；在国家重点工程、重大项目中行贿的；为谋取职务、职级晋升、调整行贿的；对监察、行政执法、司法工作人员行贿的；在生态环境、财政金融、安全生产、食品药品、防灾救灾、社会保障、教育、医疗等领域行贿，实施违法犯罪活动的；将违法所得用于行贿的。

行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对调查突破、侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

2.典型案例

刘某某行贿案——某省检察院发布4起行贿犯罪典型案例之三

（1）基本案情：被告人刘某某，男，1985年7月1日出生，汉族，某市某公司董事长。2009年至2012年，刘某某为感谢时任A市市委常委、某县委书记倪某某（已判刑）利用职务便利为其在A市某县某银行违规获得融资贷款，送

给倪某某60万元。2017年至2020年，刘某某为在竞买土地资格条件设定、提前办理商品房预售许可证等方面获取不正当利益，给予时任B市政府党组成员、副市长叶某某（已判刑）财物共计折合676.5万元。

（2）裁判结果：刘某某行贿案经某省监察委员会指定管辖，由某市某县监察委员会调查终结。经某省人民检察院指定管辖，2022年7月，某县人民检察院提起公诉。2023年1月,某县人民法院以刘某某犯行贿罪判处有期徒刑五年，并处罚金一百万元。

3.人民检察院解读

严厉打击重点领域行贿犯罪，持续优化营商环境：在国有土地出让、工程招投标、房地产开发等重点领域，巨额行贿、多次行贿现象较突出，有的行贿人对公职人员竭力腐蚀、精准“围猎”，主观恶性大，后果严重。这类行贿人往往将行贿作为企业竞争的重要手段，对政治生态、法治环境、营商环境和市场规则等破坏极大，必须坚决严肃查处，推动构建公平竞争的市场秩序和亲清政商关系。

（二）单位行贿罪[53]

1.法律规定

单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的，对单位判处

[53]2024年3月1日实施《中华人民共和国刑法修正案（十二）》将刑法第三百九十三条修改为：“单位为谋取不正当利益而行贿，或者违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费，情节严重的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照本法第三百八十九条、第三百九十条的规定定罪处罚。”2026年5月1日实施的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释（二）》第四条规定，单位行贿数额在二十万元以上的，或者数额在十万元以上不满二十万元，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百九十三条规定的“情节严重”。同时规定，存在五种情形之一的，前述数额标准减半适用。

罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照刑法第三百八十九条、第三百九十条[54]的规定定罪处罚。

2.典型案例

上海盛某基础工程有限公司、丁某某等单位和个人行贿、董某某受贿系列案——某省法院发布惩治重点领域贿赂犯罪典型案例之一

（1）基本案情：2003年至2015年间，被告单位上海盛某基础工程有限公司、被告人吉某某、丁某某、陈某某为各自单位或个人承接南京、苏州两地轨道交通工程总承包单位的分包工程，先后请托被告人董某某向总承包单位打招呼，并多次向董某某行贿。被告人董某某利用担任南京地下铁道工程建设指挥部工程管理处副处长、工程监理一处处长，苏州轨道交通有限公司总经理助理兼工程处长、副总经理，苏州轨道交通集团有限公司副总经理、建设分公司总经理等职务上的便利，为上述单位和个人顺利承接工程提供帮助，分别6次非法收受担任被告单位上海盛某基础工程有限公司法定代表人的吉某某贿赂款共计120余万元；10次非法收受丁某某贿赂款共计200余万元；6次非法收受陈某某贿赂款共计260余万元。被告人董某某还利用上述职务上的便利，为其他单位和个人在工程承接、施工、结算等方面谋取利益，非法收受包括上述单位和个人在内的他人财物共计1300余

[54]《刑法》第三百八十九条、第三百九十条是关于行贿罪及其处罚的规定。

万元。

（2）裁判结果：某市某区人民法院综合各被告人犯罪事实和情节，以受贿罪判处被告人董某某有期徒刑十一年六个月，并处罚金人民币二百万元；以单位行贿罪判处被告单位上海盛某基础工程有限公司罚金人民币一百万元，判处被告人吉某某有期徒刑一年六个月；以行贿罪分别判处被告人丁某某有期徒刑五年，判处被告人陈某某有期徒刑三年六个月；依法追缴各被告单位、被告人犯罪所得及其孳息。上述案件均已发生法律效力。

3.人民法院解读

交通工程建设特别是城市轨道交通建设，是关系城市发展与群众利益的重大基础设施建设，其工程涉及面广、资金密集、时间周期长、利益环节多，在项目招标、工程承揽、资金结算等方面极易形成“围猎”与被“围猎”的利益链，一旦发生腐败犯罪将严重破坏市场竞争规则和营商环境，甚至可能危害工程质量引发安全事故。人民法院在审理中严格落实受贿行贿一起查意见，在严厉打击受贿犯罪的同时，依法从严惩处多次行贿、巨额行贿等犯罪行为，对相关被告单位、被告人均判处了较重的刑罚，有力惩治了交通工程建设领域的贿赂犯罪，具有强烈的警示作用。

（三）利用影响力受贿罪

1.法律规定

国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用

该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物，数额较大或者有其他较重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处七年以上有期徒刑，并处罚金或者没收财产。

离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人，利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件实施前款行为的，依照前款的规定定罪处罚。

2.典型案例

王某利用影响力受贿罪一案——中央纪委国家监委以案明纪释法丨利用影响力骗取财物构成何罪

（1）基本案情：王某（Z市某私营企业法定代表人）与严某（Z市国有企业D公司总经理）二人系大学同学，有着共同的爱好，大学毕业后两人依然交往频繁，成为亲家，经常一起聚餐。

2013年，王某结识工程老板田某。王某告诉田某Z市D公司领导严某系其大学同学，他可以拿到D公司的项目，并在工程款拨付上得到照顾，并问田某是否有意愿实施，田某表示愿意。2014年初，田某看中王某有D公司的资源，为维系关系向王某赠送了2万元。

2015年初，王某通过严某得知D公司的A、B、C三个项目将对外招标，王某与田某约定，王某负责协调关系要项目，

不出资金，不参与项目施工和管理上的一切事务，也不承担任何项目风险，由田某自己投资实施项目、自行负责经营管理并承担项目风险等，田某在获利后给王某一定的分成。严某在王某的请托下，违反相关规定将A、B、C等三个项目分包给无施工资质的田某先施工，后招标，并且在工程拨款上给予照顾。2016年初，王某以分成为名，收受田某财物折合人民币343万余元，并在2016年5月至2017年2月期间，先后分2次送给严某30万元。

（2）裁判结果：认定王某收受田某财物345万余元是利用影响力受贿所得，王某的行为符合利用影响力受贿罪的构成要件，以利用影响力受贿罪对其定罪处罚。同时王某为谋取不正当利益，送给严某30万元，构成行贿罪，与利用影响力受贿罪数罪并罚。

3.案例解读

“利用影响力受贿罪”的犯罪主体并不是“受贿罪”犯罪主体中的国家工作人员，该犯罪主体是特殊主体。本罪的主体与被利用的国家工作人员之间具有近亲属或者其他密切的关系。根据刑法规定，本罪的犯罪主体可分为五类人员：国家工作人员的近亲属、其他与该国家工作人员关系密切的人、离职的国家工作人员、离职的国家工作人员的近亲属、其他与离职的国家工作人员关系密切的人。这五类犯罪主体都是对国家工作人员施加“影响力”的主体，是请托人和最终动用职权的国家工作人员之间的纽带。这五类主体最本质的特征就是与被利用的国家工作人员“关系密切”。

本案中，王某和严某系大学同学，有着共同的爱好，大学毕业后两人交往依然频繁，成为亲家，经常一起聚餐，这些事实是证明两人之间密切程度的基础依据。人民法院案例库（编号 2024-03-1-406-001）“孙某甲利用影响力受贿案”一案的裁判要旨也指出，对于国家工作人员近亲属以外的人员，认定为刑法第三百八十八条之一规定的“其他与该国家工作人员关系密切的人”，应结合交往时间、频次、对外称呼以及能否对国家工作人员履职行为产生影响力等情况进行综合判断。由此可见，即便并非国家工作人员，与国家工作人员有密切关系的人员，仍可能因影响国家工作人员的职务廉洁性而认定犯罪。

（四）对有影响力的人行贿罪

1.法律规定

为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人行贿的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处七年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

2.典型案例

袁某、赵某串通投标、行受贿案——依法惩治教育领域的串通投标行为（最高人民法院、国家发展改革委联合发布依法惩治串通投标及其关联犯罪典型案例之四）

（1）基本案情：略，详见本节第二部分第（四）项对非国家工作人员行贿罪典型案例。

（2）裁判结果：略，详见本节第二部分第（四）项对非国家工作人员行贿罪典型案例。

3.最高人民法院解读

略，详见本节第二部分第（四）项对非国家工作人员行贿罪典型案例。

四、扰乱市场秩序犯罪

（一）串通投标罪

1.法律规定

投标人相互串通投标报价，损害招标人或者其他投标人利益，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益的，依照前款的规定处罚。

2.典型案例

袁某、赵某串通投标、行受贿案——依法惩治教育领域的串通投标行为（最高人民法院、国家发展改革委联合发布依法惩治串通投标及其关联犯罪典型案例之四）

（1）基本案情：略，详见本节第二部分第（四）项对非国家工作人员行贿罪典型案例。

（2）裁判结果：略，详见本节第二部分第（四）项对非国家工作人员行贿罪典型案例。

3.最高人民法院解读

略，详见本节第二部分第（四）项对非国家工作人员行贿罪典型案例。

（二）合同诈骗罪

1.法律规定

有下列情形之一，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；以其他方法骗取对方当事人财物的。

2.典型案例

廖某茂合同诈骗案——依法惩治财务造假型合同诈骗犯罪（最高人民法院发布促进民营经济发展典型刑事案例之五）

（1）基本案情：廖某茂系某科技有限公司（以下简称

某科技公司）法定代表人。2015 年起，廖某茂为增加某科技公司市值进而为高价转让做准备，安排公司财务、仓储等人员通过私刻交易相对方印章、伪造采购、销售单据及流水等方式虚增公司经营业绩。2016 年 12 月，被害单位某机电股份有限公司（以下简称某机电公司）决定通过发行股份及支付现金方式收购某科技公司全部股份。为隐瞒真实业绩情况，在某机电公司委托中介机构进行调查时，廖某茂又采取截留询证函、伪造回复函证等方式，骗取某机电公司信任，致使某机电公司以 34 亿元收购某科技公司全部股份，廖某茂以其持有股份获得 19 亿余元。经评估，某科技公司实际股权价值仅为 9.8 亿元，廖某茂通过财务造假手段取得的评估价值与真实价值的差额达 24.2 亿元。

（2）裁判结果：江苏省南京市中级人民法院经审理认为，被告人廖某茂以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额特别巨大，其行为已构成合同诈骗罪。综合考虑廖某茂的犯罪事实、性质、情节和对社会的危害程度，以合同诈骗罪判处廖某茂无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；依法追缴廖某茂犯罪所得 19 亿余元并发还被害单位。一审宣判后，廖某茂提出上诉。江苏省高级人民法院裁定驳回上诉，维持原判。

3. 最高人民法院解读

本案是人民法院依法惩治通过财务造假实施合同诈骗犯罪的典型案例。社会主义市场经济是信用经济、法治经济。财务造假行为严重冲击投资者信心，损害广大投资者合法权

益，破坏市场秩序，必须坚决予以惩治。本案中，被告人廖某茂违背诚信原则，通过财务造假的方式致使某机电公司在并购重组期间被骗，遭受数十亿元损失，经营发展受到严重影响。人民法院依法判处廖某茂无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产，依法追缴犯罪所得并发还被害单位。对于财务造假型合同诈骗犯罪行为，人民法院既依法严惩，切实维护市场秩序和交易安全，又把追赃挽损摆在与定罪量刑同等重要的位置，不让犯罪分子从犯罪行为中获利，不让被害企业因犯罪行为受损。

（三）非法经营罪

1.法律规定

违反国家规定，有下列非法经营行为之一，扰乱市场秩序，情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处违法所得一倍以上五倍以下罚金；情节特别严重的，处五年以上有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金或者没收财产：未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或者其他限制买卖的物品的；买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他法律、行政法规规定的经营许可证或者批准文件的；未经国家有关主管部门批准非法经营证券、期货、保险业务的，或者非法从事资金支付结算业务的；其他严重扰乱市场秩序的非法经营行为。

2.典型案例

尹某某等非法经营案——代客炒股并场外配资行为性质及情节特别严重的认定（人民法院案例库

2023-03-1-169-002号）

（1）基本案情：被告人尹某某于2014年4月成立重庆某发资产管理有限公司（以下简称某发公司），经营范围不包括银行、证券、保险等需要取得许可或审批的金融业务。某发公司先后从事场外配资供客户炒股、现货等业务。自2016年下半年开始，尹某某通过指使招募的业务员电话推销、制作宣传片等方式宣传某发公司实力雄厚、有专业操盘团队、专门从事证券投资业务、能够操控股市等，引诱客户到公司面谈。后由工作人员带客户参观办公场所、展示虚假盈利截图、查看受托客户账户、口头承诺承担亏损等方式获取客户信任，进而签订《借款协议》《交易委托协议书》等，为客户提供配资并代为炒股。客户将本金转入尹某某指定的账户，由某发公司财务部人员根据尹某某指示将该本金转给被告人程某某。程某某明知尹某某经营的某发公司不具有经营证券业务的资格，仍为该公司提供配资，收取利息，并在“牛管家”等交易软件中开设子账户后提供给某发公司，某发公司再发送交易软件让客户下载。客户可通过上述软件查看自己账户的交易情况。尹某某实际控制的某发公司通过上述方式，以收取客户配资的利息、交易佣金、客户获利后的分成等方式，获取非法利益。经统计，2016年6月至案发，被告人尹某某等人共计收取184名客户资金2923余万元，承诺配资金额7034万元，委托交易总金额9962万元。户名为尹某某、张某某的四个银行账户共计转入7356.41万元，转出7361.78万元，其中流入被告人程某某账户的资金共计

3633.64 万元，返还客户 900 余万元。

（2）裁判结果：重庆市渝中区人民法院于 2020 年 12 月 29 日作出（2019）渝 0103 刑初 651 号刑事判决：一、被告人尹某某犯非法经营罪，判处有期徒刑十二年，并处罚金一百万元。二、被告人程某某犯非法经营罪，判处有期徒刑十一年，并处罚金九十万元。三、对被告人尹某某、程某某的违法所得依法予以追缴；对依法冻结的证券账户中的资金及股票变卖后的款项按比例发还投资人。宣判后，二被告人均提出上诉。重庆市第五中级人民法院于 2021 年 8 月 24 日作出（2021）渝 05 刑终 225 号刑事裁定，驳回上诉，维持原判。

3.人民法院解读

代客炒股是证券法规定的证券资产管理类业务，具备证券资产管理的本质特征，未经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准，任何个人或组织不得经营证券业务。场外配资本质上属于只有证券公司才能依法开展的融资业务活动，2019 年修订的证券法第一百二十条将融资融券业务规定为特许经营行为，同时规定除证券公司之外，任何单位和个人不得从事证券承销、证券保荐、证券经纪和证券融资融券业务，明确了融资融券业务的特许性。行为人违反国家规定，吸引他人投资并配资，扰乱市场秩序，属于非法经营证券业务，情节严重的，构成非法经营罪。

非法经营证券业务的经营数额，应以委托交易金额即投资人投入的本金加配资认定。将客户投入的本金认定为非法

经营数额不必赘述，关键在于如何评价配资行为。场外配资与场内配资并不以物理或空间区域区分，一般以是否需要金融牌照或批准以及是否需要接受金融监管为划分标准。非法配资即指场外配资，是此类犯罪行为的典型特征之一。

五、危害税收征管类犯罪

（一）虚开发票罪

1.法律规定

虚开刑法第二百零五条规定[55]以外的其他发票，情节严重的，处二年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；情节特别严重的，处二年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

2.典型案例

江苏A建设有限公司等七家公司及其经营者虚开发票系列案——对处于从属地位，被动实施共同犯罪的民营企业，依法从宽处理（2019年最高检发布涉民营企业司法保护典型案例之四）

（1）基本案情：涉案单位江苏A建设有限公司（以下简称“A公司”）等7家公司均为民营企业，经营建筑工程相关业务。许某等7人分别是以上7家公司负责人，分别于2018年4月25日至5月2日被取保候审。2011年至2015年，陈某在经营昆山B置地有限公司、昆山C房地产开发有限公司、昆山市D房产开发有限公司（陈某及以上3家公司另案处理）期间，在开发“某花园”等房地产项目过程中，

[55]关于虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票罪的规定

为虚增建筑成本，偷逃土地增值税、企业所得税，在无真实经营业务的情况下，以支付6%～11%开票费的方式，要求A公司等7家工程承揽企业为其虚开建筑业统一发票、增值税普通发票，虚开金额共计3亿余元。应陈某要求，为顺利完成房地产工程建设、方便结算工程款，A公司等7家企业先后在承建“某花园”等房地产工程过程中为陈某虚开发票，使用陈某支付的开票费缴纳全部税款及支付相关费用。许某等7人在公安机关立案前投案自首，主动上缴违法所得、缴纳罚款。江苏省苏州市公安局直属分局2018年4月20日以涉嫌虚开发票罪对A公司等7家涉案公司立案侦查，5月23日分别向昆山市人民检察院移送审查起诉。

（2）处理结果：昆山市人民检察院经审查认为，A公司等7家公司及许某等7人实施了刑法第二百零五条之一规定的虚开发票行为，具有自首、坦白等法定从轻或减轻处罚情节，没有在虚开发票过程中偷逃税款，案发后均积极上缴违法所得、缴纳罚款，在犯罪中处于从属地位，系陈某利用项目发包、资金结算形成的优势地位要求其实施共同犯罪，具有被动性。依据刑事诉讼法第一百七十七条第二款规定，昆山市人民检察院于2018年12月19日对A公司等7家公司及许某等7人作出不起诉决定。同时，对陈某及其经营的3家公司以虚开发票罪依法提起公诉。

3.最高人民法院解读

对于在经济犯罪活动中处于不同地位的民营企业经营者，要依法区别对待，充分考虑企业在上下游经营活动中的

地位。对在共同犯罪中处于从属地位，主观恶性不大，自首、坦白，积极退赃退赔、认罪认罚的，应当依法从宽处理，促进民营企业恢复正常生产经营活动，维护企业员工就业和正常生活。对于在共同犯罪中，主观恶性较大、情节严重、采取非法手段牟取非法利益的主犯，应当依法追究刑事责任。

（二）虚开增值税专用发票罪

1.法律规定

虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

单位犯本条规定之罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑；虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。

虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、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。

2.典型案例

赵某某等虚开增值税专用发票案——虚开增值税专用

发票罪中“虚开行为”的内涵及犯罪数额的认定标准（人民法院案例库 2023-05-1-146-001 号）

（1）基本案情：2011 年 11 月至 2013 年 1 月期间，被告单位山东省肥城泰某实业有限公司（以下简称泰某公司）在购买河北省安平县旺某五金丝网厂（以下简称旺某五金，该厂系个体工商户，无开具增值税专用发票资格）货物的过程中，泰某公司原法定代表人兼总经理赵某某安排该公司原经营部部长赵某、原主管会计郭某某核算需要虚开的增值税专用发票数额后，赵某某等人联系旺某五金的经营者，由后者联系被告人董某，商定以支付开票费的方式让董某为泰某公司虚开增值税专用发票。在没有真实货物交易的情况下，董某向其代销货物的天津两公司提供虚构的开票信息，陆续向泰某公司虚开增值税专用发票共计 59 份，价税合计 6046308.32 元。在此过程中，泰某公司通过旺某五金经营者向被告人董某支付开票费 20.34 万元，泰某公司实际抵扣税款计 781251.7 元。

（2）裁判结果：山东省肥城市人民法院于 2022 年 6 月 2 日作出（2022）鲁 0983 刑初 32 号刑事判决：一、被告单位泰某公司犯虚开增值税专用发票罪，判处罚金五万元。被告人赵某某犯虚开增值税专用发票罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年。被告人赵某犯虚开增值税专用发票罪，判处有期徒刑二年，缓刑二年。被告人郭某某犯虚开增值税专用发票罪，判处拘役六个月，缓刑六个月。被告人董某犯虚开增值税专用发票罪，判处有期徒刑二年六个月，缓刑二年六个月，

并处罚金五万元。二、扣押于泰安市公安局的违法所得203400元依法予以没收，由扣押机关上缴国库。审理过程中肥城泰某实业有限公司所退缴违法所得781251.7元依法予以没收，上缴国库。宣判后，被告人赵某某不服，提出上诉。山东省泰安市中级人民法院于2022年7月5日作出（2022）鲁09刑终125号刑事裁定，驳回上诉，维持原判。

3.最高人民法院解读

虚开增值税专用发票罪虚开行为的界定，要结合被告人的主观目的进行认定。利用增值税专用发票可以抵扣税款的核心功能，从国家骗抵税款的虚开行为，本质上与诈骗犯罪无异，危害性大，因此刑法对虚开增值税专用发票罪规定了严厉的法定刑。抵扣税款的前提是进项已缴纳税款。对于虽有实际交易、但没有缴税的业务，因其购买环节没有缴纳税款，因此其也无权抵扣；被告人若从第三方购买发票进行抵扣，本质上就是骗抵税款的虚开行为。被告人购买发票的“开票费”等支出，卖票方不会作为税款上缴国家，对国家而言损失的是被告人抵扣的全部税款，因此犯罪数额中不能扣除“开票费”。

（三）走私普通货物、物品罪

1.法律规定

走私刑法第一百五十一条[56]、第一百五十二条[57]、第三百四十七条[58]规定以外的货物、物品的，根据情节轻重，分别

[56]关于走私武器、弹药罪，走私核材料罪，走私假币罪；走私文物罪，走私贵重金属罪，走私珍贵动物、珍贵动物制品罪；走私国家禁止进出口的货物、物品罪的规定。
[57]关于走私淫秽物品罪、走私废物罪的规定。
[58]关于走私、贩卖、运输、制造毒品罪的规定。

依照下列规定处罚:

走私货物、物品偷逃应缴税额较大或者一年内曾因走私被给予二次行政处罚后又走私的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金。

走私货物、物品偷逃应缴税额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金。

走私货物、物品偷逃应缴税额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处偷逃应缴税额一倍以上五倍以下罚金或者没收财产。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑。

对多次走私未经处理的，按照累计走私货物、物品的偷逃应缴税额处罚。

2.典型案例

薛某某走私普通货物案——境外发货人按照境内收货人要求实施逃避海关监管行为的处理（人民法院案例库2024-03-1-085-002号）

（1）基本案情：2018年5月至2019年3月，被告人薛某某在日本使用千牛、支付宝等聊天工具与位于我国境内的王某某（已判决）取得联系后，多次将其在日本收购的大量英特尔品牌CPU向王某某销售牟利。薛某某将上述CPU自日

本通过邮政 EMS 国际快递方式寄送入境，其明知上述 CPU 为应税货物，仍伙同王某某通过伪报货物信息、伪报贸易性质、变更国内收货地址等方式逃避海关税款征收。经海关核定，自 2018 年 5 月至 2019 年 3 月，薛某某向王某某出售的走私货物、物品应缴税额共计人民币 267.927828 万元，偷逃税款共计人民币 267.927828 万元。

（2）裁判结果：河北省廊坊市中级人民法院于 2022 年 9 月 30 日以（2022）冀 10 刑初 8 号刑事判决，认定被告人薛某某犯走私普通货物罪，判处有期徒刑四年，并处罚金人民币二十万元。宣判后，没有上诉、抗诉，判决已发生法律效力。

3.最高人民法院解读

对于境外发货人按照进口货物收货人的要求实施伪报货物信息、大包改小包、更换收货地址、委托通关公司清关等行为，且收货人支付给发货人的货款中不包含税款的，应当认定涉案关税纳税义务人是进口货物的收货人。境外发货人按照境内收货人要求实施逃避海关监管的行为，系为收货人实施走私偷逃税款提供帮助的行为，在共同犯罪中起辅助作用，可以认定为从犯。

六、食药环卫危害民生类犯罪

（一）生产、销售伪劣产品罪

1.法律规定

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，销售金额五万元以上

不满二十万元的，处二年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额二十万元以上不满五十万元的，处二年以上七年以下有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额五十万元以上不满二百万元的，处七年以上有期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金；销售金额二百万元以上的，处十五年有期徒刑或者无期徒刑，并处销售金额百分之五十以上二倍以下罚金或者没收财产。

2.典型案例

潘某某等人生产、销售伪劣产品案（检察机关依法惩治制售伪劣商品犯罪典型案例一）

（1）基本案情：2023年3月至7月期间，被告人潘某某借用被告人陈某某申请的“三盛”牌干粉灭火器3C资质证书和检验报告，租用陈某某名下三盛公司的部分厂房，雇佣被告人张某某等人组织生产“三盛”牌干粉灭火器。潘某某负责采购灭火器筒体、灌装机、包装机、贴标机等生产加工设备、原材料，张某某具体组织工人进行筒体灌装干粉、加压、贴标、打包等工作。潘某某等人为节约生产成本，采购壁厚不符合国家标准的灭火器筒体，违规使用空气压缩机加压，并填充性能不符合国家标准的灭火剂，生产不合格的手提式干粉灭火器。潘某某、张某某将生产的“三盛”牌干粉灭火器全部销售给吴某某（另案处理）等人经营的南京某科技发展有限公司共计484821具，应收货款1111万余元，已收货款1007万余元。

其间，被告人陈某某将其名下三盛公司一半厂房出租给潘某某用于灌装灭火器，同时生产厚度不符合国家标准的0.8mm、0.9mm灭火器筒体398850具，并销售给潘某某等人使用，应收货款352万余元，已收货款290万余元。

经江苏省产品质量监督检验研究院检测，涉案“三盛”牌手提式干粉灭火器的主要成分含量（磷酸二氢铵）、灭火剂充装总量误差、筒体爆破压力等项目均不符合强制性国家标准规定的要求。

（2）裁判结果：2023年12月14日，安徽省淮北市烈山区人民检察院将本案报送淮北市人民检察院审查起诉。2024年1月25日，淮北市人民检察院以生产、销售伪劣产品罪对潘某某、陈某某、张某某提起公诉。2024年4月28日，安徽省淮北市中级人民法院作出一审判决，以生产、销售伪劣产品罪判处潘某某有期徒刑十五年，并处罚金人民币五百一十万元；判处陈某某有期徒刑八年，并处罚金人民币一百万元；判处张某某有期徒刑四年，并处罚金人民币五万元。一审宣判后，陈某某提出上诉，2024年7月29日，安徽省高级人民法院裁定驳回上诉，维持原判。

3.典型意义

“公共安全是最基本的民生”，灭火器作为保障公共安全的重要一环，对于控制火势发展、减少火灾损失具有重要作用。本案被告人将生产的筒体壁厚缩水、灭火剂性能不达标的不合格灭火器混入正规销售渠道，造成“带病流通”的安全隐患。

对犯罪链条中组织生产、技术造假、销售核心等关键人员，综合考量其主观恶性、社会危害、违法所得等因素从严惩处；对共同犯罪中所起作用较小、参与程度较低、犯罪情节轻微的人员从宽处理。

（二）生产、销售不符合安全标准的食品罪

1.法律规定

生产、销售不符合食品安全标准的食品，足以造成严重食物中毒事故或者其他严重食源性疾病的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；后果特别严重的，处七年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

2.典型案例

谢某荣生产、销售不符合安全标准的食品案——生产、销售不符合安全标准的食品罪的认定（人民法院案例库2025-02-1-071-001）

（1）基本案情：被告人谢某荣系河南省襄城县某庄乡某烤鸭店实际经营人，该店主要销售凉菜、卤煮熟食等即食食品。在开业促销活动中，因低价促销，购买消费者多，售卖窗口没有及时关闭，室内温度过高，导致食物滋生细菌，且有的食材超过保质期。多人在该店购买熟食食用后出现身体不适，其中10人以上出现食物中毒症状并就医治疗。经河南省某测检测技术有限公司检验，在当天抽检的40份单品中，11批次凉菜检测出“大肠菌群”“金黄色葡萄球菌”，

17 批次“金黄色葡萄球菌”超出标准限值，鸡翅、烤鸭亚硝酸盐严重超标。2022 年 4 月 18 日，谢某荣主动到公安机关投案，如实供述犯罪事实，自愿认罪认罚并积极赔偿受害人医疗费用等经济损失。

（2）裁判结果：河南省襄城县人民法院于 2023 年 3 月 31 日作出（2023）豫 1025 刑初 64 号刑事判决：被告人谢某荣犯生产、销售不符合安全标准的食品罪，判处有期徒刑一年，并处罚金人民币二万元。宣判后，没有上诉、抗诉，判决已发生法律效力。

3.最高人民法院解读

对于生产、销售不符合安全标准的食品犯罪的主观故意，应当综合行为人的认知能力、食品质量、进货或者销售的渠道及价格等主、客观因素进行认定。长期从事相关食品、生产、销售行业的人员，不依法履行保障食品安全义务的，依法认定具有主观故意。

（三）生产、销售有毒、有害食品罪

1.法律规定

在生产、销售的食品中掺入有毒、有害的非食品原料的，或者销售明知掺有有毒、有害的非食品原料的食品的，处五年以下有期徒刑，并处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；致人死亡或者有其他特别严重情节的，依照刑法第一百四十一条[59]的规定处罚。

[59]生产、销售假药的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；致人死亡或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。药品使用单位的人员明知是假药而提供给他人使

2.典型案例

侯某生产、销售不符合安全标准的食品案——校外供餐饭店滥用亚硝酸盐引发学生集体严重食物中毒（最高人民法院发布校园食品安全典型案例一）

（1）基本案情：2021年3月，被告人侯某与某小学签订供餐协议，由其经营的饭店负责供应某小学学生午餐。同年4月8日，侯某明知餐饮服务单位禁止采购、存储、使用食品添加剂亚硝酸盐，仍在其给某小学供餐的排骨中添加亚硝酸盐，销售金额共计400余元。该小学学生食用后，56人出现头疼、呕吐等食物中毒症状并住院治疗。经诊断，上述学生均系亚硝酸盐中毒。经检测，上述学生食用的排骨、排骨汤及呕吐物内均检出亚硝酸盐成分，其中排骨汤内亚硝酸盐含量达1396毫克/千克。

（2）裁判结果：法院经审理认为，被告人侯某在食品生产、销售过程中超范围、超限量滥用食品添加剂，造成56人严重食物中毒，后果特别严重，其行为已构成生产、销售不符合安全标准的食品罪。侯某具有自首情节，认罪认罚，案发后协助抢救被害人、积极赔偿并取得大部分被害人谅解，依法对其从轻处罚。据此，以生产、销售不符合安全标准的食品罪判处被告人侯某有期徒刑七年，并处罚金。

3.典型意义

亚硝酸盐是肉类制品加工中经常使用的食品添加剂，具有护色、防腐功能。根据食品添加剂使用标准的规定，亚硝酸盐允许在腌腊肉、酱卤肉等八类肉制品中使用，最大使用

用的，依照前款的规定处罚。

量为 0.15 克/千克，在不同肉制品中的最大残留量为 30 毫克/千克至 70 毫克/千克不等。亚硝酸盐虽然是允许使用的食品添加剂，但具有较强毒性，且潜伏期短，中毒发病迅速。为有效防止亚硝酸盐中毒事故发生，国务院有关部门发布公告，明令禁止餐饮服务单位和餐饮服务提供者采购、存储、使用亚硝酸盐，仅允许食品生产企业使用。本案中，被告人侯某作为餐饮服务提供者，在当地市场监管部门多次前往其经营的饭店开展亚硝酸盐滥用添加检查、明知饭店不允许使用亚硝酸盐的情况下，既未遵守国务院有关部门公告关于亚硝酸盐使用主体的要求，又严重超出限量标准使用亚硝酸盐，造成 56 名小学生严重食物中毒的特别严重后果。法院依法对其判处有期徒刑七年，体现了从严惩处危害校园食品安全犯罪的鲜明立场，对警示、震慑此类犯罪具有积极意义。

（四）污染环境罪

1.法律规定

违反国家规定，排放、倾倒或者处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质或者其他有害物质，严重污染环境的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金；有下列情形之一的，处七年以上有期徒刑，并处罚金：在饮用水水源保护区、自然保护地核心保护区等依法确定的重点保护区域排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质，情节特别严重的；向国家确定的重要江河、湖泊水域排放、倾倒、处置有放射性的废物、含

传染病病原体的废物、有毒物质，情节特别严重的；致使大量永久基本农田基本功能丧失或者遭受永久性破坏的；致使多人重伤、严重疾病，或者致人严重残疾、死亡的。

有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

2.典型案例

某养殖合作社、张某伦污染环境案——依法严格追究偷排养殖污水污染环境犯罪，司法助力农业面源污染综合治理（最高人民法院2024年度人民法院环境资源审判典型案例二）

（1）基本案情：2020年8月至2022年3月，某养殖合作社在生猪养殖期间未有效运行污染处理设施，在法定代表人张某伦的许可和安排下，通过私挖粪污储存池、私设管道的方式，利用养猪场附近的喀斯特地形，多次直接排放未经处理且严重超标的养殖粪水，排放的养殖粪水通过溶洞、渗坑，流入地下水系，三次污染饮用水水源，造成乡镇集中式饮用水水源取水中断数月。为恢复取水，某水务公司采取应急取水措施，重新安装水泵、敷设输水管道等。本案污染环境造成公私财产损失160万余元。

（2）裁判结果：四川省广安市中级人民法院一审认为，某养殖合作社违反《中华人民共和国水污染防治法》《畜禽规模养殖污染防治条例》等规定，多次直接向自然界排放未经处理的生猪养殖粪水等有害物质，导致有害物质经地下水系统污染饮用水水源，造成乡镇集中式饮用水水源取水中断、

公私财产损失160万余元，情节严重，构成污染环境罪。张某伦系实施污染环境行为直接负责的主管人员，其参与实施违法排污，情节严重，构成污染环境罪。综合犯罪事实、情节和对社会的危害程度及认罪悔罪态度，依法判处某养殖合作社罚金40万元，张某伦有期徒刑四年、并处罚金10万元。一审判决已生效。

3.最高人民法院解读

本案是人民法院依法惩治偷排养殖污水污染环境犯罪，司法助力农业面源污染综合治理的典型案例。近年来，一些畜禽养殖企业为压缩粪水处理成本，以非法排放的方式进行处理，严重破坏生态环境，影响公众健康。本案某养殖合作社的非法排污行为，直接导致周边村镇生产生活用水停供，严重影响当地社会秩序和人民群众身体健康。人民法院充分发挥审判职能，依法启动生态环境损害鉴定，准确认定公私财产损失数额，依法定罪量刑，积极回应人民群众对饮水安全和美好人居环境的期待，对保障民生、助力农业面源污染综合治理具有重要意义。

七、侵犯知识产权类犯罪

（一）假冒注册商标罪

1.法律规定

未经注册商标所有人许可，在同一种商品、服务上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

2.典型案例

姚常龙等五人假冒注册商标案——最高检发布第二十六批指导性案例之四【检例第101号】

（1）基本案情：2015年至2019年4月，被告人姚常龙安排被告人古进购进打印机、标签纸、光纤模块等材料，伪造“CISCO”“HP”“HUAWEI”光纤模块等商品，并安排被告人魏子皓、张超、庄乾星向境外销售。姚常龙、古进共生产、销售假冒上述注册商标的光纤模块10万余件，销售金额共计人民币3162万余元；现场扣押假冒光纤模块、交换机等11975件，价值383万余元；姚常龙、古进的违法所得数额分别为400万元、24万余元。魏子皓、张超、庄乾星销售金额分别为745万余元、429万余元、352万余元；违法所得数额分别为20万元、18.5万元和14万元。

（2）裁判结果：以假冒注册商标罪分别判处被告人姚常龙、古进、庄乾星、张超、魏子皓有期徒刑二年二个月至四年不等，对古进、庄乾星、张超、魏子皓适用缓刑。同时对姚常龙判处罚金500万元，对古进等四人各处罚金14万元至25万元不等。一审判决后，上述被告人均未上诉，判决已生效。

3.最高人民检察院解读

凡在我国合法注册且在有效期内的商标，商标所有权人享有的商标专用权依法受我国法律保护。未经注册商标所有人许可，假冒在我国注册的商标的商品，无论由境内生产销往境外，还是由境外生产销往境内，均属违反我国商标管理

法律法规，侵害商标专用权，损害商品信誉，情节严重的，构成犯罪。司法实践中，要加强对跨境侵犯注册商标类犯罪的惩治，营造良好营商环境。

侵犯注册商标犯罪案件往往涉案人数较多，呈现团伙作案、分工有序实施犯罪的特点。实践中，对被告人客观行为表现为生产、销售等分工负责情形的，检察机关应结合假冒商品生产者和销售者之间的意思联络情况，销售者对商品生产、商标标识制作等违法性认知程度，对销售价格与正品价格差价的认知情况，销售中对客户有无刻意隐瞒、回避商品系假冒，以及销售者的从业经历等因素，综合判断是否构成共同犯罪。对于部分被告人在假冒注册商标行为持续过程中产生主观明知，形成分工负责的共同意思联络，并继续维持或者实施帮助销售行为的，应认定构成共同犯罪。

（二）销售假冒注册商标的商品罪

1.法律规定

销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。

2.典型案例

袁某等人生产、销售伪劣产品、销售假冒注册商标的商品案（检察机关依法惩治制售假冒伪劣商品犯罪典型案例二）

（1）基本案情：2022年5月至2023年5月，被告人袁某通过微信联系他人购买化肥颗粒，未经商标权利人许可，

使用私自印制的带有某农业集团股份有限公司注册的“某安”“某利”商标、某化肥有限公司注册的“某富”商标标识的包装袋，在其租赁的仓库内进行分装。袁某使用本人及他人身份信息在某电商平台注册经营9家网络店铺，与被告人郭某甲、丁某合伙经营3家网络店铺，销售假冒伪劣化肥至河南、江西等10余个省份，并由被告人郭某乙提供物流运输服务。袁某还向他人经营的网络店铺和微信客户提供假冒伪劣化肥，销售金额共计778万余元。被告人郭某乙、于某某明知袁某生产、销售的是假冒伪劣化肥，仍向其购买并通过某平台网络店铺进行销售，郭某乙个人经营的店铺销售金额26万余元，郭某乙、于某某合伙经营的店铺销售金额27万余元。经检验，袁某生产、销售的化肥总养分、总氮、有效磷等数值不符合国家标准要求，为不合格产品。2023年11月3日，山东省临沭县人民检察院以袁某犯生产、销售伪劣产品罪，郭某乙、郭某甲、丁某犯销售伪劣产品罪，于某某犯销售假冒注册商标的商品罪提起公诉。

（2）裁判结果：同年12月29日，临沭县人民法院作出一审判决，以生产、销售伪劣产品罪判处被告人袁某有期徒刑十五年，并处罚金人民币五百万元；以销售伪劣产品罪判处被告人郭某乙、郭某甲、丁某有期徒刑八年六个月至八年不等，并处罚金人民币二百万元至一百三十万元不等；以销售假冒注册商标的商品罪判处被告人于某某有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金人民币十五万元。判决已生效。

3.典型意义

化肥是粮食的“粮食”，对于促进农作物增产稳产、保障粮食安全具有重要意义。本案被告人生产、销售的假冒伪劣化肥不仅影响农作物产量与质量，还可能破坏土壤结构，污染环境。其假冒他人注册商标，侵犯商标权利人的经济利益和商誉，扰乱市场经济秩序。

打击假冒伪劣农资违法犯罪行为涉及部门多、领域广、周期长，是一项综合性治理工作。检察机关在办理涉农资案件时，应以案件办理为切口，以高质效履职办案服务保障高质量发展。本案中，检察机关在依法严惩犯罪的同时，与农业农村、市场监督管理、邮政等部门共同发力，有效推动当地农资市场整治。

（三）侵犯商业秘密罪

1.法律规定

下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金：以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的；披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的；违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的。

明知前款所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密论。

本条所称权利人，是指商业秘密的所有人和经商业秘密

所有人许可的商业秘密使用人。

2.典型案例

郭某侵犯商业秘密案——上海法院依法平等保护促进民营经济发展营造良好法治化营商环境典型案例（第六批）

（1）基本案情：绍兴某公司、上海某公司系母子公司，共同从事人工智能芯片的研发及销售。被告人郭某作为公司创始人，因与其他股东产生矛盾，为便于离职后使用相关数据，利用其任职所掌握的root账户权限，违反两被害企业保密规定，多次绕开服务器安全管理设置，擅自将包括涉案两种芯片技术信息在内的两被害企业大量保密数据，非法复制、传输至本地电脑后上传至其个人网盘。经评估，涉案两项技术信息的合理许可使用费为231万元。

（2）裁判结果：法院经审理认为，涉案两项技术信息构成两被害企业的商业秘密，依法受到法律保护。本罪属于非法获取持有型侵犯商业秘密罪，从权利人实施商业秘密的实际情况出发，可以依据由成本法计算的虚拟许可使用费确定权利人的损失数额；又结合涉案芯片产品的特征及存疑有利于被告人的原则，精细化计算方式。郭某以盗窃手段获取两被害企业的商业秘密，给两被害企业造成损失231万元，情节严重，其行为已构成侵犯商业秘密罪，判决被告人有期徒刑二年，缓刑二年，并处罚金人民币十万元。

3.人民法院解读

本案系全国首例人工智能芯片领域侵犯商业秘密刑事案件。两被害企业作为科创类民营企业，共同从事人工智能

芯片的研发及销售，涉案技术信息系其核心资产。被告人作为被害企业联合创始人和股东，其侵权行为不仅给初创科技企业造成极大不利影响，更对芯片行业的安全发展造成危害。本案在制止、打击犯罪的基础上，推动被害企业与被告人一揽子解决股权争议，助力被害企业尽快甩掉包袱、轻装上阵，有力保障了芯片行业的健康有序发展，对构建商业秘密保护制度具有积极意义。

八、危害公共安全类犯罪

（一）重大责任事故罪

1.法律规定

在生产、作业中违反有关安全管理的规定，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别恶劣的，处三年以上七年以下有期徒刑。

2.典型案例

余某某等人重大劳动安全事故重大责任事故案（最高检第二十五批指导性案例，检例第94号）

（1）基本案情：被告人余某某，男，湖北A化工集团股份有限公司（简称A化工集团）原董事长、当阳市B矸石发电有限责任公司（简称B矸石发电公司，该公司由A化工集团投资控股）原法定代表人。

被告人张某某，男，A化工集团物资供应公司原副经理。

被告人双某某，男，B矸石发电公司原总经理。

被告人赵某某，男，A化工集团原副总经理、总工程师。

被告人叶某某，男，A化工集团生产部原部长。

被告人赵玉某，男，B矸石发电公司原常务副总经理兼总工程师。

被告人王某某，男，B矸石发电公司原锅炉车间主任。

2015年6月，B矸石发电公司热电联产项目开工建设。施工中，余某某、双某某为了加快建设进度，在采购设备时，未按湖北省发展与改革委员会关于该项目须公开招投标的要求，自行组织邀请招标。张某某收受无生产资质的重庆某仪表有限公司（简称仪表公司）负责人李某某给予的4000元好处费及钓鱼竿等财物，向其采购了质量不合格的“一体焊接式长颈喷嘴”（简称喷嘴），安装在2号、3号锅炉高压主蒸汽管道上。项目建成后，余某某、双某某擅自决定试生产。

2016年8月10日凌晨，B矸石发电公司锅炉车间当班员工巡检时发现集中控制室前楼板滴水、2号锅炉高压主蒸汽管道保温层漏汽。赵玉某、王某某赶到现场，未发现滴水情况和泄漏点，未进一步探查。8月11日11时许，锅炉运行人员发现事故喷嘴附近有泄漏声音且温度比平时高，赵玉某指示当班员工继续加强监控。13时许，2号锅炉主蒸汽管道蒸汽泄漏更加明显且伴随高频啸叫声。赵玉某、王某某未按《锅炉安全技术规程》《锅炉运行规程》等规定下达紧急停炉指令。13时50分至14时20分，叶某某先后三次接到B矸石发电公司生产科副科长和A化工集团生产调度中心调度员电话报告“2号锅炉主蒸汽管道有泄漏，请求停炉”。叶某某既未到现场处置，也未按规定下达停炉指令。14时

30 分，叶某某向赵某某报告“蒸汽管道泄漏，电厂要求停炉”。赵某某未按规定下达停炉指令，亦未到现场处置。14 时 49 分，2 号锅炉高压主蒸汽管道上的喷嘴发生爆裂，致使大量高温蒸汽喷入事故区域，造成 22 人死亡、4 人受伤，直接经济损失 2313 万元。

（2）裁判结果：2018 年 8 月 21 日，当阳市人民法院以重大劳动安全事故罪分别判处被告人余某某、双某某、张某某有期徒刑五年、四年、五年；以重大责任事故罪、帮助毁灭证据罪分别判处被告人赵某某有期徒刑四年、六个月，数罪并罚决定执行四年三个月；以重大责任事故罪分别判处被告人叶某某、赵玉某、王某某有期徒刑四年、五年、四年。各被告人均未上诉，判决已生效。

3. 典型意义

（1）准确适用重大责任事故罪与重大劳动安全事故罪。两罪主体均为生产经营活动的从业者，法定最高刑均为七年以下有期徒刑。两罪的差异主要在于行为特征不同，重大责任事故罪是行为人“在生产、作业中违反有关安全管理的规定”；重大劳动安全事故罪是生产经营单位的“安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定”。实践中，安全生产事故发生的原因如果仅为生产、作业中违反有关安全管理的规定，或者仅为提供的安全生产设施或条件不符合国家规定，罪名较易确定；如果事故发生系上述两方面混合因素所致，两罪则会出现竞合，此时，应当根据相关涉案人员的工作职责和具体行为来认定其罪名。具体而言，对企业安全生产负

有责任的人员，在生产、作业过程中违反安全管理规定的，应认定为重大责任事故罪；对企业安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定负有责任的人员，应认定为重大劳动安全事故罪；如果行为人的行为同时包括在生产、作业中违反有关安全管理的规定和提供安全生产设施或条件不符合国家规定，为全面评价其行为，应认定为重大责任事故罪。

（2）准确界定不同责任人员和责任单位的罪名，依法追诉漏罪漏犯，向相关部门移交职务违法犯罪线索。安全生产刑事案件，有的涉案人员较多，既有一线的直接责任人员，也有管理层的实际控制人，还有负责审批监管的国家工作人员；有的涉及罪名较广，包括生产、销售不符合安全标准的产品罪、玩忽职守罪、受贿罪、帮助毁灭证据罪等；除了自然人犯罪，有的还包括单位犯罪。检察机关办案中，要注重深挖线索，准确界定相关人员责任，发现漏罪漏犯要及时追诉。对负有监管职责的国家工作人员，涉嫌渎职犯罪或者违纪违法的，及时将线索移交相关部门处理。

九、其他常见涉企刑事犯罪

（一）侵犯公民个人信息罪

1.法律规定

违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

违反国家有关规定，将在履行职责或者提供服务过程中

获得的公民个人信息，出售或者提供给他人的，依照前款的规定从重处罚。

窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息的，依照第一款的规定处罚。

单位犯前三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照各该款的规定处罚。

2.典型案例

非法买卖人脸信息情节严重的，构成侵犯公民个人信息罪——徐某、李某侵犯公民个人信息案（最高人民法院利用网络、信息技术侵害人格权典型案例五）

（1）基本案情：2021年6月起，徐某通过其社交账号自他人处购买约130套公民个人身份信息（包括公民的动态人脸图等信息）和1套软件。在未经游戏账号所有人同意的情况下，徐某用购买的公民个人信息和该软件解封多人的游戏账号，还对外有偿出租该软件、出售公民个人信息给社会人员，用于解封社交账号、游戏账号。徐某获利约6000元。

2021年8月起，李某通过使用徐某提供的软件，采取人脸识别、完成观看任务视频等方式为他人解封社交账号，还将从多个渠道购进的公民个人信息(包括人脸照片、视频等）转卖，获利约3万元。徐某、李某被检察机关提起公诉。

（2）裁判结果：审理法院认为，徐某、李某违反国家有关规定，非法获取、出售或提供公民个人信息，情节严重，其行为均已构成侵犯公民个人信息罪，应依法惩处。两人归案后如实供述犯罪事实，自愿认罪，积极退缴违法所得，依

法可以从轻处罚。最终判决：李某犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑九个月，并处罚金人民币 3 万元；徐某犯侵犯公民个人信息罪，判处有期徒刑六个月，并处罚金人民币 6000 元；违法所得及手机、电脑等作案工具予以没收。

3. 典型意义

人脸照片、视频等公民个人信息也是刑法保护的对象。非法获取、出售或提供人脸照片、视频等公民个人信息，情节严重的，将构成侵犯公民个人信息罪。本案中，人民法院对徐某、李某通过网络等渠道非法获取、出售或提供人脸照片、视频等公民个人信息的犯罪行为依法予以惩处，一是明确人脸信息属于侵犯公民个人信息罪的犯罪对象，有利于法律适用的统一；二是充分保护广大群众的人格权益，维护正常的生产和生活秩序；三是警示有非法出售或提供他人人脸信息行为企图的人悬崖勒马，否则可能受到刑罚处罚。

（二）拒不执行判决、裁定罪

1. 法律规定

对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

2. 典型案例

侯某某、邱某拒不执行判决、裁定案——以虚假和解方式放弃到期债权逃避执行（最高人民检察院拒不执行判决、

裁定罪典型案例一）

（1）基本案情：2016 年 11 月至 2017 年 5 月期间，被告侯某某以公司周转困难为由，多次向原告程某借款。债务期限届满后，被告侯某某未依约按时还款，原告程某向法院起诉要求侯某某偿还借款，广东省深圳市中级人民法院作出民事裁定，判令被告侯某某应向原告程某偿还借款本金 310 万余元并支付利息。

判决生效后，侯某某仍未履行还款义务，程某遂向深圳市南山区人民法院申请强制执行。在执行过程中，执行法官查明侯某某对另案被告邱某享有 210 万余元的到期债权，于是多次向邱某发出履行到期债权通知书，要求邱某暂停向侯某某支付到期欠款，并在上述款项付款时间到达时，直接将应付给侯某某的款项转付至法院账户。又查，因邱某未履行还款义务，侯某某亦向其他法院申请强制执行，并查封邱某名下房产。其后，二人为了各自的利益，经商讨后于 2021 年 8 月 21 日达成虚假的执行和解协议书，协议约定邱某以支付 10 万元作为对价，换取侯某某主动放弃剩余债权，并且向另案法院申请结案，申请解除对邱某名下房产的查封以及解除一切执行措施，意图以此保住邱某的房产，进而达到规避法院强制执行的目的。经执行法官多次释法说理，侯某某与邱某仍拒不悔改，矢口否认恶意串通的情况，且侯某某继续不履行判决确定的义务，致使生效判决无法执行。

南山区法院将侯某某、邱某涉嫌拒不履行判决、裁定罪的相关证据移送公安机关立案侦查。2022 年 4 月，侯某某被

公安机关抓获，邱某经侦办民警劝说后向公安机关投案自首。案件审理阶段，侯某某认识到自身行为的严重性，主动供述其与邱某虚假和解的情况，表示要撤销与邱某之间的和解协议；同日，另案执行法院裁定重新查封邱某名下原涉案房产。

（2）裁判结果：2022 年 6 月，经南山区人民检察院提起公诉，法院依法审理，以侯某某、邱某犯拒不履行判决、裁定罪，分别判处有期徒刑八个月、有期徒刑六个月。

3.典型意义

本案被执行人侯某某具有履行能力，通过和另案当事人邱某达成虚假和解的方式，放弃部分到期债权，并向另案法院申请结案，意图规避对到期债权的执行，致使生效判决无法执行，情节严重，构成拒不执行判决、裁定罪。法院将其犯罪线索依法移交公安机关启动刑事追究程序，并依法定罪判刑，有效惩治了拒执犯罪，维护了司法权威。同时促使侯某某撤销虚假的执行和解协议，法院得以及时重新查封涉案房产，推动执行，有效保障了申请执行人的合法权益，取得了良好的法律效果和社会效果。

（三）拒不支付劳动报酬罪

1.法律规定

以转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

有前两款行为，尚未造成严重后果，在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，可以减轻或者免除处罚。

2.典型案例

冉某某拒不支付劳动报酬案——恶意欠薪且造成恶劣影响的，依法从严惩治（最高检依法惩治拒不支付劳动报酬犯罪推动治理欠薪典型案例二）

（1）基本案情：被告人冉某某，男，A路桥劳务有限公司（以下简称A劳务公司）原法定代表人。

2020年，被告人冉某某以A劳务公司与Z工程建设有限责任公司（以下简称Z工程建设公司）签订合同，承接贵州某高速公路D大桥施工作业工程。冉某某找来费某某合作组织施工，冉某某负责机械设备、费某某负责招工及现场施工管理。2021年2月至12月，费某某先后组织冉某贵、陈某雄等60余名工人施工作业。其间，Z工程建设公司陆续支付给冉某某和费某某187万元，用于发放工人工资。对于尚未支付的工人工资，在当地政府协调下，冉某某、Z工程建设公司经理龙某向费某某书面承诺，将于2022年1月25日前付清。之后，Z工程建设公司陆续拨付工人工资给冉某某、费某某，其中70万元付至A劳务公司账户后，被冉某某转出归个人使用，并未按承诺支付工人工资。

其后，费某某等人向冉某某追讨工资，冉某某采取各种

理由推诿乃至隐匿、躲藏。费某某等人到贵州省榕江县劳动保障局监察大队举报，监察大队多次联系冉某某协商未果。2022年3月10日，榕江县劳动保障监察大队向冉某某下达《劳动保障监察责令改正决定书》，冉某某收到文书后在规定期限内仍未支付，引发费某某采取过激手段讨薪。

2022年4月6日,贵州省榕江县公安局对该案立案侦查。同年5月5日，冉某某被公安机关抓获。5月12日，冉某某家人委托县劳动保障监察大队将实际拖欠费某某等人的工资人民币65万元全部发放。2023年3月3日，榕江县公安局以涉嫌拒不支付劳动报酬罪对冉某某移送审查起诉。

（2）裁判结果：同年8月30日，榕江县人民检察院以涉嫌拒不支付劳动报酬罪对冉某某提起公诉。同年9月11日，榕江县人民法院以拒不支付劳动报酬罪判处冉某某有期徒刑一年六个月，缓刑一年六个月，并处罚金人民币五千元。冉某某未上诉，判决生效。

3.典型意义

工资是劳动者最基本的生活保障。根据刑法第二百七十六条之一的规定，以转移财产、逃匿等方式逃避支付劳动者报酬或者有能力支付而拒不支付劳动者的劳动报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的，依法构成拒不支付劳动报酬犯罪。本案中，冉某某虽然在提起公诉前足额支付了劳动者的劳动报酬，但冉某某的欠薪行为致使劳动者在多次讨要无果后出现过激讨薪行为，造成较为恶劣的影响，应当依法提起公诉、从严惩处。实践中，相关责任人应当以

此为鉴，依法及时支付欠薪，积极化解矛盾，有力维护农民工合法权益、维护社会和谐稳定。同时，检察机关还要加大依法维权宣传力度，对采取过激手段讨薪的行为进行法治教育，引导其依法维权。

十、刑法修正案（十二）涉及民企的新增犯罪

（一）修订内容及立法精神

2024年3月1日施行的《中华人民共和国刑法修正案(十二)》基于平等保护民营企业财产权益等考量，对既有罪名作出修订，旨在全面惩治典型的企业内部腐败与背信犯罪行为。具体而言，通过修改《中华人民共和国刑法》第165条、第166条及第169条，将原适用于“国有公司、企业”相关人员的犯罪规定，扩展至民营企业领域。该修正案将民营企业内部发生的非法经营同类营业、为亲友非法牟利、徇私舞弊低价折股或出售资产等三类行为，明确纳入刑事法律规制范畴。

修订后的三罪刑法条文体现为:

1.非法经营同类营业罪

国有公司、企业的董事、监事、高级管理人员，利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。

其他公司、企业的董事、监事、高级管理人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，致使公司、企业利益遭受重

大损失的，依照前款的规定处罚。

2.为亲友非法牟利罪

国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，有下列情形之一，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的；以明显高于市场的价格从自己的亲友经营管理的单位采购商品、接受服务或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品、提供服务的；从自己的亲友经营管理的单位采购、接受不合格商品、服务的。

其他公司、企业的工作人员违反法律、行政法规规定，实施前款行为，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。

3.徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪

国有公司、企业或者其上级主管部门直接负责的主管人员，徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售，致使国家利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；致使国家利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑。

其他公司、企业直接负责的主管人员，徇私舞弊，将公司、企业资产低价折股或者低价出售，致使公司、企业利益遭受重大损失的，依照前款的规定处罚。

最高法、最高检、公安部、全国人大常委会法工委等部

门有关负责人在“就刑法修正案（十二）答记者问”中明确表示：“此次刑法修改，将实践中反映最为集中、迫切的发生在民营企业内部的非法经营同类营业、为亲友非法牟利和徇私舞弊低价折股、出售资产等三类行为规定为犯罪，进一步依法平等保护民营企业和企业家权益。实践中要注意做好以下几方面的工作：一是要准确把握本次修改的三个犯罪的犯罪本质和构成条件，通过依法惩治民营企业内部人员腐败犯罪实现保护民营企业的目的。二是执法司法中要落实加大对民营企业的保护力度，有关方面要重视和研究解决实践中反映突出的涉民营企业内部腐败案件的立案难、查处难等问题。三是准确界定法律责任，对于涉及企业内部股东之间、家族成员之间的矛盾纠纷，要注意把握好犯罪界限和民刑交叉法律问题，防止利用刑事手段干涉企业正常生产经营活动。四是进一步完善民营企业内部腐败的源头防范和治理腐败的体制机制”。上述发言充分体现出，此举旨在通过惩治民营企业内部人员及关键岗位人员实施的“损企肥私”犯罪，实现对企业和企业家合法权益的保护，为民营企业有效预防和惩治内部腐败犯罪提供法律依据，从而助力企业及企业家开展内外部反腐工作，也进一步要求民营企业及企业家在企业经营过程中，增强刑事法律风险的防范意识。

（二）案例评析

1.近期案例

2024年3月1日起施行的《中华人民共和国刑法修正案（十二）》（以下简称《刑法修正案（十二）》）在《中华

人民共和国刑法》第一百六十五条非法经营同类营业罪中增加了保护民营企业条款，对于严惩民营企业内部人员背信行为具有里程碑意义。上海法院近日发布了适用有关条款对民企腐败行为进行刑事打击的首例判例。

某照明公司是一家自2009年扎根上海嘉定的民营企业，专注照明灯具制造销售，在行业深耕多年，积累了稳定的客户与市场份额。郑某系某照明公司总经理，手握公司生产、销售管理大权，却于2023年8月私下“另起炉灶”，成立同为民营企业且经营同类照明灯具业务的某工业公司，将《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）规定的高管人员“忠诚履职”义务抛诸脑后。

2024年2月起，郑某利用职务便利，将某照明公司的客户订单“悄无声息”地转移到其私下成立的某工业公司，甚至让某照明公司为某工业公司无法生产的零配件“代工”，堂而皇之地经营同类照明灯具业务，对原公司利益进行“蚕食”。2024年3月起至11月15日，短短数月间，某工业公司靠“截留”订单，创下了3700余万元的销售额，直接导致某照明公司损失200余万元经营利润。2024年11月15日，郑某接到公安机关电话通知后主动投案，到案后如实供述了主要犯罪事实。2025年5月，上海市嘉定区人民检察院指控被告人郑某犯非法经营同类营业罪，向嘉定区人民法院提起公诉。被告人郑某自愿认罪认罚。审理过程中，郑某的家属代为退出200余万元以赔偿某照明公司经济损失。

2.法院裁判

嘉定区人民法院经审理认为，被告人郑某作为某照明公司的高级管理人员，违反法律、行政法规规定，利用职务便利，自己经营与其所任职公司同类的营业，致使公司利益遭受重大损失，其行为已构成非法经营同类营业罪。被告人郑某主动投案并如实供述自己的罪行，系自首，可以从轻处罚；自愿认罪认罚，可以从宽处理；主动赔偿某照明公司损失，可以酌情从轻处罚。据此，嘉定区人民法院作出一审判决，以非法经营同类营业罪判处被告人郑某有期徒刑十个月，并处罚金人民币三十万元。该判决已生效。

3.法官释法

2025年5月20日，《中华人民共和国民营经济促进法》（以下简称《民营经济促进法》）正式施行，为民营经济发展提供了全方位的法治保障，其核心是平等保护民营经济主体的合法权益，激发民营经济的创新活力与发展动力。最高人民法院《关于贯彻落实〈民营经济促进法〉的指导意见》（以下简称《指导意见》）也强调，司法机关要充分发挥审判职能作用，依法保护民营企业产权和企业家权益，为民营经济高质量发展营造稳定、公平、透明、可预期的法治环境。

本案对《刑法修正案（十二）》的适用，正是上述法律及《指导意见》精神在刑事司法领域的具体实践。

（1）以平等保护营造公平法治环境

《民营经济促进法》明确，民营经济组织与其他各类经济组织在法律地位、市场机会和发展权利上平等，核心是破除所有制差异带来的待遇鸿沟。《刑法修正案（十二）》将

非法经营同类营业罪的犯罪主体由“国有公司、企业的董事、经理、高级管理人员”，延伸至所有公司、企业的董事、监事及高级管理人员。

本案中，郑某作为民营企业总经理，其身份符合该罪的主体要求，这意味着民营企业高管与国有企业高管在实施“靠企吃企”行为时，会受到刑法同等力度的制裁，是《民营经济促进法》平等保护精神在刑事司法领域的直接体现。同时，最高人民法院《指导意见》也着重强调，要准确把握涉民营经济组织腐败案件的法律适用标准，这也确保了不同所有制企业的高管在刑事司法面前待遇一致，为民营经济营造了公平的法治环境。

（2）以精准惩治保护企业自身利益

刑事打击作为维护市场秩序的最严厉手段，需在惩治腐败与保障企业发展间精准平衡。

本案中，在犯罪行为构成上，严格以“违反法律、行政法规规定”和“经营同类业务”为条件，郑某未经某照明公司董事会或股东会决议通过，违反《公司法》关于竞业禁止的明确要求，私自经营与本人所在企业经营的同类“照明灯具制造销售”业务，被认定为非法经营同类营业行为，清晰划定了行为边界，避免将民企高管合理的市场行为错误入罪。在危害后果上，聚焦高管人员“致使企业利益遭受重大损失或特别重大损失”，郑某利用职务便利，将某照明公司的客户订单转由某工业公司承接，致使某照明公司损失金额为200余万元，应认定致使该公司利益遭受重大损失。

相关认定贴合民营企业保护自身利益的实际需求，体现了精准惩治不同企业高管人员腐败行为的刑事政策，也有效引导民营企业及内部管理人员遵守法律法规，承担社会责任。

（3）以协同发力规范企业内部治理

实现民营企业内部治理的有效完善，需要企业、行业、司法机关等各方协同发力，为民营企业内部治理优化提供坚实保障。

司法机关层面，既要依法严惩涉案高管，做好追赃挽损工作；也要积极响应《指导意见》关于发挥案例警示、教育作用的相关要求，及时制发司法建议、宣传典型案例，推动企业完善内部管理制度、弥补管理漏洞，形成“司法裁判—企业整改—行业规范”的良性传导机制。

行业层面，行业协会应以本案为鉴，制定高管忠诚行为指引等文件明确民企高管人员行为边界，提升全行业从业人员的法律意识与职业操守。

企业层面，应优化公司治理结构，明确董事会、监事会、高管的职责边界，通过权力制衡避免核心管理人员专权，防范类似本案“总经理一人独大”的管理漏洞；建立高管业务审查机制，对高管私下设立公司、参与同类经营等行为严格备案审核，从源头阻断利益冲突；强化内部风控，定期审计客户订单流转、核心资源留存情况，及时排查并阻断“截单自营”“挪用资源代工”等腐败苗头，筑牢自身反腐防线。

第七章　债务清理与市场主体退出规范指引

第一节 企业债务清理各程序简述

企业债务清理，是指当企业陷入财务困境，无法按期、足额清偿其到期债务时，通过一系列法律、财务和商业手段，对其资产、负债和权益结构进行系统性、集中式的处置与重组，以期解决债务危机，最终实现企业存续再生或有序退出的过程。债务清理不仅仅是一个简单的“还债”行为，而是一个涉及多方利益平衡（债权人、股东、职工、社会公共利益）的系统工程。其核心在于，在法律的框架下，对企业进行一场财务手术，使其要么摆脱负担、重获新生，要么清理后合法、公平地退出市场。

一、企业退出市场的清算程序

企业退出市场时的债务清理，主要通过清算程序实现，包括自行清算、强制清算、破产清算。

1.自行清算

自行清算适用于资可抵债的主动退出，公司在出现法定解散事由（如营业期限届满、股东会决议解散）后，由公司自行组织清算组，处理未了结业务，清理资产和债务，分配剩余财产，并最终办理注销登记的程序。其核心特点为自愿性，清算组由公司股东资源组成。采用该程序的前提条件为公司资产足以清偿全部债务，如发现资不抵债，需转入破产程序。

2.强制清算

强制清算是司法介入下的被动清算，当公司解散后逾期

不成立清算组，或清算组违法清算可能损害债权人/股东利益时，债权人或股东向人民法院申请指定清算组进行清算的程序。其核心特点为由法院指定清算组，具有强制力，是对自行清算不能的司法补救措施。采用该程序的前提条件为公司资可抵债。清算过程中发现资不抵债的，也应转入破产程序。

3.破产清算

破产清算是在企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力时，由人民法院依照《企业破产法》宣告其破产，并指定管理人对破产财产进行变价和公平分配给债权人的程序。其核心特点为司法性与强制性，全程在司法程序内法院监督下进行，是最终的强制性的市场退出机制。

二、保留公司的债务清理程序

旨在挽救企业、使其重获生机的债务清理程序，主要包括庭外重组与司法重整两类路径，主要为庭外重组、破产重整、破产和解程序。此类程序以企业摆脱债务困境、恢复经营能力、实现存续和发展为目标。庭外重组通过自主协商实现债务调整，灵活高效；若需司法强制力保障，则可启动破产重整或破产和解程序。前者对企业进行全方位“手术”，后者侧重于债务清偿方案的妥协。三者共同构筑了帮助企业摆脱财务困境、实现存续发展的法律通道。

1. 庭外重组

庭外重组并非严格的司法程序，而是指债务企业与债权

人（主要是金融债权人）在庭外自主协商，通过债务展期、减免、债转股等方式重新安排债务的法律行为。其特点为自愿协商，依赖于各方的自愿与合作，无法约束所有债权人，缺乏法律强制力，若无法达成一致，可能失败。

2. 破产重整

破产重整是对具有重整价值和再生希望的债务人企业，在法院的主持和利害关系人的参与下，进行业务上的重组和债务调整，以帮助其摆脱困境、恢复营业能力的司法程序。其核心特点为司法强制力，一经法院裁定受理，对所有债务个别清偿中止，诉讼、执行程序中止，为企业的债务清理提供了“保护期”。

3. 破产和解

破产和解是债务人在人民法院受理破产申请后、宣告破产前，向法院和债权人会议提出和解协议草案，就债务清偿达成协议，经法院认可后生效，避免破产宣告的程序。其核心特点除破产重整的司法强制力外，主要围绕债务清偿方案（如减免比例、清偿期限），一般不涉及复杂的股权和业务调整，相较于重整，程序更为简单、周期更短。

第二节 企业自行清算与强制清算

一、自行清算实施要点

1. 清算组成立条件与人员构成要求:

根据《公司法》规定，公司因公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现、股东会或者股

东会决议解散、依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销等原因解散时，应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组，开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东会确定的人员组成。

清算组成员须具备专业能力，熟悉公司财务、法律等相关知识，能够胜任清算工作。同时，成员之间应无利害关系冲突，确保清算过程的中立和公正。例如，清算组成员不得与公司的债权人、债务人存在利益关联，避免在清算过程中出现偏袒或损害相关方利益的行为。若逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算，人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。

2. 清算方案制定与执行监督机制：

清算组在成立后，应当及时编制资产负债表和财产清单，全面清查公司的资产和负债情况。在此基础上，制定清算方案，该方案应包括财产处置方式、债务清偿顺序、职工安置方案等内容。清算方案需报股东会或者股东会确认，对于有限责任公司，由股东会审议确认；对于股份有限公司，由股东会审议确认。若公司解散是由人民法院强制清算的，清算方案还需报人民法院确认。

在执行过程中，清算组应接受债权人会议的监督。债权人会议有权对清算方案的执行情况提出质疑和建议，清算组应当及时回应并作出解释。对于重大财产处置事项、债务清偿安排等，清算组需及时向债权人会议披露相关信息，确保

清算程序的合法合规和公开透明。例如，在处置公司重大资产时，清算组应提前告知债权人会议处置方式、价格评估情况等，充分保障债权人的知情权和参与权。

3. 清算期间债务处理与资产分配规则：

清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司的主要任务是清理债务和分配资产。在债务处理方面，公司应按照法定顺序清偿债务，首先支付清算费用，包括清算组人员的报酬、办公费用、公告费用等；其次是职工债权，涵盖职工工资、社会保险费用、法定补偿金等；然后缴纳所欠税款；最后清偿公司债务。

在资产分配方面，公司财产在分别支付上述费用和清偿债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。资产处置需遵循公平、公正、公开的原则，通常应进行评估作价，通过拍卖、变卖等公开方式进行处置，避免低价贱卖或私下交易，损害债权人利益。例如，对于公司的不动产、大型设备等资产，应委托专业评估机构进行评估，以合理的价格进行处置，确保资产价值得到充分实现，从而保障债权人能够获得合理的清偿。

二、强制清算实施要点

1. 强制清算申请条件与管辖权认定：

当公司出现逾期不成立清算组进行清算、虽然成立清算组但故意拖延清算、违法清算可能严重损害债权人或者股东利益等情形时，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成

清算组进行强制清算。此外，公司股东在特定情况下也可以申请强制清算，如公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司并进行清算。

强制清算案件由公司住所地的人民法院管辖，公司住所地是指公司主要办事机构所在地。若公司主要办事机构所在地不明确、存在争议的，由公司注册登记地人民法院管辖。申请人申请强制清算时，需提供公司解散事由证明，如股东会决议、行政机关的处罚决定等，以及清算组未成立或怠于履职的证据，如催告函、相关会议记录等，人民法院经审查后裁定是否受理。

2.法院指定清算组程序与资格要求:

人民法院受理强制清算申请后，应当及时指定清算组成员。清算组成员一般从律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构中选任，这些机构须具备相应的专业资质和丰富的清算经验。清算组成员个人也须具备执业资格，如律师须持有律师执业证，会计师须具备注册会计师资格等，且无不良记录，包括未受到过行业处罚、无违法犯罪记录等。

法院指定清算组后，清算组应当在规定时间内接管公司财产、印章、账簿等资料，全面开展清算工作。清算组需依法履行职责，如清理公司财产、编制资产负债表和财产清单、处理与清算有关的公司未了结业务、清缴所欠税款以及清算

过程中产生的税款、清理债权债务等。若清算组成员存在违反法律规定、怠于履行职责等情形，人民法院可以根据债权人、股东的申请，或者依职权更换清算组成员。

3.清算过程监督与争议解决机制:

人民法院在强制清算过程中全程监督清算组的工作，确保清算程序依法依规进行。债权人、股东有权对清算组的工作提出监督意见和建议，若发现清算组成员有违法或者失职行为，可向人民法院申请更换清算组成员。

在清算过程中，可能会出现各种争议，如对清算方案的异议、财产处置争议、债权债务认定争议等。对于这些争议，首先可以通过债权人会议进行协商解决，由债权人会议对相关事项进行表决，形成决议。若协商无果，当事人可以向人民法院提起诉讼，由人民法院依据相关法律法规和事实证据进行裁决。例如，债权人对清算组核定的债权金额有异议，可先向清算组提出复核申请，若对复核结果仍不满意，可向人民法院提起债权确认之诉，以维护自身合法权益。

第三节 破产清算、重整与和解

一、企业破产程序基本规定

（一）破产申请与受理

1.债务人申请破产的实质要件与程序要求

根据《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》）第二条规定，债务人申请破产的实质要件为“企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或

者明显缺乏清偿能力”。不能清偿到期债务是指债务的履行期限已届满，且债务人明显缺乏清偿能力，呈现出持续的状态，并非暂时的资金周转困难。例如，企业因资金链断裂，无法按时支付到期的贷款本息，且经过多方努力仍无法解决资金问题，就符合不能清偿到期债务的情形。资产不足以清偿全部债务，通常可通过债务人的资产负债表，或者审计报告、资产评估报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债来认定，除非有相反证据足以证明债务人资产能够偿付全部负债。而明显缺乏清偿能力则涵盖多种情形，如因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务；法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务；经人民法院强制执行，无法清偿债务；长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务等。

债务人申请破产时，应当向人民法院提交破产申请书和有关证据。破产申请书应载明申请人、被申请人的基本情况；申请目的；申请的事实和理由；人民法院认为应当载明的其他事项。此外，债务人还需提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况等材料。在程序要求方面，债务人应在符合破产实质要件的情况下，及时向有管辖权的人民法院提出破产申请。人民法院收到破产申请后，一般应自收到申请之日起十五日内裁定是否受理。但如果案件较为复杂，存在特殊情况，经上一级人民法院批准，可以延长十五日。若人民法院裁定受理破产申请，应当自裁定作出之日

起五日内送达申请人；若裁定不受理，申请人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。

2.债权人申请破产的资格认定与证据标准

债权人申请债务人破产，首先需对债务人享有合法、有效且已到期的债权，该债权应当是确定的、无争议的。例如，债权人与债务人签订了合法有效的借款合同，约定了借款金额、还款期限等内容，且还款期限已届满，债务人未履行还款义务，此时债权人就具备申请债务人破产的基础。同时，债务人不能清偿到期债务也是重要条件，即债务人处于持续不能清偿状态，包括现金流量不足、资产已抵押或质押无法变现等情形。

在证据标准上，债权人申请破产时，应当提交债务人不能清偿到期债务的有关证据。这些证据通常包括债权债务证明，如债权合同、借据、收据等，用以证明债权的存在和具体金额；履行凭证，如交付货物的凭证、提供服务的记录等，以证明债权人已履行相关义务；催告记录，如催款函、短信、邮件等，表明债权人已向债务人进行过催款，而债务人仍未清偿债务。这些证据需形成完整的证据链，足以证明债务人存在破产原因。人民法院在审查时，会重点核实债权的真实性、合法性以及债务人的清偿能力，以确定是否受理破产申请。

3.人民法院受理破产案件的审查要点与裁定规则：

人民法院对破产案件的审查包括形式审查和实质审查两个方面。形式审查主要判定破产申请是否具备法律规定的

申请形式，内容包括：申请人是否具备破产申请资格，即是否为《企业破产法》规定的债权人、债务人或者清算责任人；债务人是否为依法可适用企业破产程序的主体，如是否为企业法人或者法律规定的其他组织；受案法院对本案是否有管辖权，依据《企业破产法》及相关司法解释确定；申请文件是否符合要求，即申请书内容完整、相关证据齐备、法定文件齐全。若在形式审查中发现有可补正的形式缺陷，法院可以在规定的时限内，责令申请人补正。

实质审查旨在判定破产申请是否具有法律规定的破产申请实质条件，即债务人是否存在破产原因。但在破产案件受理阶段的实质审查是一种表面事实的审查，依据申请人提交的材料，对债务人是否具有破产原因进行初步判断。人民法院在收到破产申请后，应当及时对申请人的主体资格、债务人的主体资格和破产原因，以及有关材料和证据等进行审查，并依据《企业破产法》第十条的规定作出是否受理的裁定。法院在收到破产申请时，应当向申请人出具收到申请及所附证据的书面凭证。在审查过程中，法院需在五日内通知债务人，债务人对申请有异议的，应当自收到通知之日起七日内提出。法院应自异议期满之日起十日内裁定是否受理。若异议成立，法院将裁定不予受理；若异议不成立，法院则裁定受理破产申请。人民法院裁定受理破产申请后，应当在五日内送达债务人，并责令债务人依法提交其财产状况说明、债务清册、债权清册、财务会计报告等有关材料，债务人拒不提交的，人民法院可以对债务人的直接责任人员采取罚款

等强制措施。

4.受理后的法律效果

法院受理破产申请是破产程序正式启动的标志，同时产生一系列重要的法律效力。

中止执行：对债务人财产采取的民事保全措施解除，执行程序中止。

债务个别清偿无效：债务人对个别债权人的债务清偿无效。

诉讼仲裁中止：有关债务人的民事诉讼或仲裁应当中止

（二）债权申报与审查

1.债权申报期限与材料要求清单：

债权申报期限自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算，最短不得少于三十日，最长不得超过三个月。在债权申报期限内，债权人应当向管理人申报债权。债权人申报债权时，需提交以下材料：债权证明材料，如债权合同、票据、银行转账凭证等，用以证明债权的发生事实和金额；身份证明材料，债权人为法人或非法人组织的，应当提交营业执照复印件、法定代表人或者负责人身份证明及其身份证复印件；债权人为自然人的，应当提交申报人身份证等个人有效证件复印件；债权申报登记表，详细填写债权的基本信息，包括债权金额、性质、有无担保等。

若债权有担保的，还应当提交抵押合同、质押合同、保证合同及他项权利证书等材料；债权涉及诉讼或者仲裁的，应当提交已生效的诉讼或者仲裁文书；与债权有关的其他材

料，如债权转让协议、债务催收记录等。未到期的债权，在破产申请受理时视为到期；附利息的债权自破产申请受理时起停止计息，以保证债权申报的全面性和准确性。

2.债权审核标准与异议处理机制：

管理人按照合法性、真实性、关联性的标准

（三）财产调查、管理及处置

1.财产调查范围与接管程序规范：

财产调查范围包括债务人所有的动产、不动产，如厂房、设备、存货、车辆等；知识产权，如专利、商标、著作权等；对外投资，如对其他公司的股权、债权投资等；以及其他财产权益。管理人应当对这些财产进行全面清查，编制详细的财产清单，准确记录财产的名称、数量、价值、存放地点等信息。

接管程序方面，管理人在人民法院受理破产申请后十日内完成对债务人财产的接管工作。管理人有权要求债务人移交印章、证照、财务资料等，债务人应当积极配合，如实提供相关材料。若债务人拒不移交，管理人可申请人民法院采取强制措施。在接管过程中，管理人需对财产进行妥善保管，确保财产的安全完整，防止财产被隐匿、转移、毁损等。例如，对于易变质的存货，管理人应及时采取合理的保管措施或进行处置；对于重要的财务资料，应妥善存放，防止丢失或损坏。

2.破产财产变价程序与处置规则：

在对破产财产进行变价前，需委托专业的评估机构对财

产进行估值，以确定合理的变价参考价格。评估机构应具备相应的资质和经验，按照法定的评估方法和程序进行评估。变价方式通常包括拍卖、变卖等公开处置方式，以确保财产处置的公平、公正和透明。对于一些特殊资产，如房地产、股权等，经债权人会议同意，也可以通过协议转让的方式进行处置。

变价方案需经债权人会议通过，管理人应在债权人会议上详细说明变价方式、变价时间、预计变价金额等内容，接受债权人会议的审议和监督。人民法院对破产财产变价过程进行监督，确保变价程序合法合规，实现财产价值最大化。例如，在拍卖破产财产时，应遵循相关拍卖法律法规，选择合适的拍卖机构，确定合理的拍卖保留价，以吸引更多的竞买人参与竞拍，提高财产的变现价值。

3.特殊资产处理与价值最大化原则：

特殊资产如在建工程、知识产权等，由于其具有专业性和特殊性，需要进行专业评估和分析。对于在建工程，需考虑工程进度、质量、后续建设成本等因素，结合市场需求制定合理的处置方案，如继续建设后转让、整体转让、分阶段转让等。对于知识产权，应评估其市场价值、剩余有效期、应用前景等，可通过许可他人使用、转让等方式实现价值。

对于关联企业交叉持股、担保资产等情况，需进行剥离或协调处理。在处理关联企业交叉持股时，应准确界定股权关系，避免股权价值的重复计算或低估。对于担保资产，要在保障担保权人合法权益的前提下，合理处置资产，实现担

保资产价值与普通破产财产价值的平衡。同时，在处理特殊资产过程中，要严格遵守法律法规，避免因程序瑕疵导致资产价值贬损，确保特殊资产能够得到合理处置，实现价值最大化。例如，在处置涉及多个担保权人的担保资产时，应按照担保物权的先后顺序和法律规定进行分配，保障各担保权人的优先受偿权。

二、破产清算程序

（一）破产清算程序适用条件

破产清算程序适用于企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力，且无重整或和解价值，资产不足以清偿全部债务且无挽救可能的情形。例如，企业长期亏损，主营业务停滞，核心资产严重贬值，已无法通过重整或和解恢复经营和偿债能力，就符合清算程序的适用条件。

（二）破产清算程序流程

1.申请与受理：申请人向债务人住所地人民法院提交书面申请和相关证据。人民法院在收到申请后，会在法定期限内（一般为 5 日至 15 日，可延长）进行审查，判断是否具备破产原因。如果符合条件，法院将裁定受理破产申请。

2.指定管理人与接管企业：法院裁定受理破产申请的同时指定管理人。管理人可以是律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构，也可以是具备专业资格的个人。管理人全面接管债务人的财产、印章、账簿、文书等

资料，负责调查财产状况、管理内部事务、代表企业参与诉讼等。此时，债务人的经营管理层基本丧失管理权。

3.债权申报与审查：法院受理破产申请后，会确定债权申报期限（自发布公告之日起，最短 30 日，最长 3 个月）。债权人应在期限内向管理人申报其债权，说明数额、有无担保，并提交证明材料。管理人进行审查，提交债权人会议核查。

4.财产调查：管理人接管企业后，依职权进行财产调查。

5.破产宣告：这是进入实质性清算阶段的标志。若债务人符合破产原因，且不具备重整或和解的可能性。人民法院将书面裁定宣告债务人破产。

债务人正式成为“破产人”，其财产正式成为“破产财产”，待清偿的债权成为“破产债权”。

6. 破产财产的变价与分配财产变价：管理人应当及时拟订破产财产变价方案，提交债权人会议讨论通过（或法院裁定）。管理人按照方案，通过拍卖、变卖等方式，将非货币形式的破产财产（如房屋、设备、股权等）转变为货币现金。财产分配是破产清算的核心目的。管理人根据破产财产变价所得的现金，按照《企业破产法》规定的法定顺序进行清偿：破产费用和共益债务：包括破产案件的诉讼费、管理人报酬、为全体债权人共同利益而支付的费用等。职工债权：破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金。社会保险

费用和税款：破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款。普通破产债权：如一般的货款、借款等。重要规则：只有上一顺序的债权全部清偿完毕后，才能清偿下一顺序的债权。如果破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求，则按照比例分配。在全部财产分配完毕后，管理人将提请人民法院终结破产程序。

7. 程序终结与注销登记：人民法院收到管理人请求终结破产程序的报告后，作出终结破产程序的裁定。管理人持此裁定，向破产企业的原登记机关（市场监督管理局）办理注销登记。至此，该企业的法人资格正式消灭，破产清算程序全部结束。

三、破产重整程序

（一）重整程序适用条件与申请时机

重整程序的适用对象主要是具有挽救价值和再建希望的企业。这些企业虽然面临财务困境，但仍具备一定的优势，如主营业务持续、核心资产完整、具有独特的技术或品牌等，通过债务调整与经营改善有可能恢复偿债能力。例如，一家科技企业因短期资金周转困难导致债务逾期，但拥有核心技术和研发团队，市场前景依然看好，这类企业就适合适用重整程序。

申请时机方面，债务人或者债权人可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前提出重整申请。对于债务人而言，应在意识到企业出现财务危机，可能面临破产风险时，尽早评估企业的重整可行性，及时提出重整申请，以争取更

多的挽救机会。对于债权人来说，若认为债务人具有重整价值，也可在规定的时间内提出重整申请，期望通过重整实现债权的更大程度受偿。此外，出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，也可以向人民法院申请重整，以维护自身的投资权益。

（二）重整程序流程

1.重整的申请与受理

2.企业管理：管理人管理模式：由管理人负责管理公司财产和营业事务，这是常见模式。债务人自行管理模式：在重整期间，经债务人申请，人民法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务。此时，债务人的经营管理层恢复管理职权，但重大决策需受管理人监督。

3.重整计划的制定：重整计划是重整程序的核心，它规定了如何调整各方利益以拯救企业。在管理人管理模式下，由管理人制定。在债务人自行管理模式下，由债务人制定。

提交时间：自人民法院裁定重整之日起六个月内，应同时向人民法院和债权人会议提交重整计划草案。有正当理由的，可以延期三个月。

内容要求：债务人的经营方案：如何改善经营、提升盈利的核心商业计划；债权分类：将债权分为不同组别，如：有财产担保的债权、职工债权、税款债权、普通债权等（有时会对小额普通债权单独分组）；债权调整方案：对每一类债权，如何进行调整。例如：普通债权减免比例、延期清偿、

债转股等；债权受偿方案：明确清偿的具体方式、时间和金额：

重整计划的执行期限；重整计划执行的监督期限。

4. 召开债权人会议表决重整计划并申请法院批准

分组表决：债权人会议依照债权分类，分组对重整计划草案进行表决。通过标准：出席会议的同一表决组的债权人过半数同意，并且其所代表的债权额占该组债权总额的三分之二以上的，即为该组通过；批准方式：正常批准及强制批准；

5. 重整计划的执行与监督

执行主体：由债务人负责执行；

监督主体：已获得批准的重整计划，由管理人在监督期内监督执行；

法律后果：成功执行完毕：按照重整计划减免的债务，债务人不再承担清偿责任。企业恢复正常经营状态，获得新生。不能执行或不执行：人民法院经管理人或者利害关系人请求，应当裁定终止重整计划的执行，并宣告债务人破产。即转入破产清算程序。

四、破产和解程序

（一）和解程序适用条件与协议效力：

和解程序由债务人提出申请，适用条件为债权债务关系明确，双方有协商基础。通常情况下，债务人须具备一定的偿债意愿和偿债能力，能够提出合理的和解协议草案，且债权人对债务人的偿债计划有一定的信任和认可。例如，企业虽然存在债务违约，但资产状况相对清晰，与债权人之间能

够就债务清偿方式、期限等问题进行有效沟通和协商，就具备适用和解程序的条件。

（二）和解程序流程

1.和解的申请与受理

2.企业管理：债务人自行管理，但重大决策需受管理人监督。

3.和解协议的表决：由出席会议的债权人过半数同意，并且其所代表的债权额占无担保债权总额的三分之二以上的，即为通过。

4.和解协议的认可：正常批准：如果债权人会议表决通过了和解协议，人民法院应对协议进行审查。若协议内容合法、公平，没有欺诈情形，法院应当裁定认可，和解协议经法院认可后，对全体和解债权人具有约束力。未通过或未认可：如果和解协议草案未获得债权人会议通过，或者虽然通过但未获得人民法院认可的，人民法院应当裁定终止和解程序，并宣告债务人破产。

5.和解协议的执行

执行主体：由债务人负责执行;

成功执行完毕：按照和解协议减免的债务，债务人不再承担清偿责任。企业恢复正常经营状态，获得新生。

不能执行或不执行：人民法院经管理人或者利害关系人请求，应当裁定终止和解协议的执行，并宣告债务人破产，即转入破产清算程序。

第四节 个人债务集中清理制度实务指引

一、个人债务集中清理适用条件与程序

（一）申请主体资格认定

1.诚实但不幸债务人的认定标准:

“诚实但不幸”的债务人是个人破产制度（即个人债务集中清理）的核心适用对象，旨在给予因客观原因陷入债务困境但秉持诚信原则的债务人重新开始的机会。在认定“诚实”方面，债务人需无欺诈性转移财产行为，即在破产申请前一定期限内，如一年或两年，未将个人财产无偿转让、以明显不合理的价格交易、对没有财产担保的债务提供财产担保、对未到期的债务提前清偿，以及放弃债权等行为。例如，在温州蔡某个人债务集中清理案中，蔡某如实申报财产，不存在转移隐匿财产的情况，符合诚实标准。

债务人还需如实申报财产与债务，全面、准确地向法院和管理人披露本人及其配偶、未成年子女以及其他共同生活的近亲属名下的所有财产和财产权益，包括动产、不动产、金融资产、知识产权等，以及详细的债务清单，涵盖债权人信息、债务金额、债务形成原因和时间等。在深圳梁文锦个人破产重整案中，梁文锦如实申报财产和债务，积极配合破产程序，最终成功达成重整计划。同时，债务人应积极配合破产程序，按照法院、管理人的要求及时提供各类文件和信息，出席债权人会议并如实回答询问，不得故意拖延、阻挠破产程序的进行。

在“不幸”认定上，债务人需因失业、疾病、自然灾害

等客观原因导致无法清偿债务。失业可能是由于行业不景气、企业倒闭等原因，导致债务人失去稳定收入来源，无法按时偿还债务。疾病方面，重大疾病的治疗费用高昂，可能使债务人家庭经济陷入困境，如债务人因患癌症，多年积蓄用于治疗仍无法偿还债务。自然灾害如地震、洪水等，可能导致债务人的财产严重受损，生产经营活动无法正常开展，从而无法履行债务清偿义务。若债务人因赌博、奢侈消费等不良行为导致债务缠身，则不属于“不幸”范畴，排除在个人破产申请主体之外。

2.四川试点地区适用范围与条件:

四川在成都、德阳等地区开展个人破产试点，适用对象包括试点地区的自然人，以及个体工商户、个人独资企业投资者等。这些主体需满足一定条件，户籍在试点区域内，或者主要财产所在地位于试点区域，以明确司法管辖权和便于财产清查与处置。债务总额不超过500万元，此标准旨在筛选出适度规模债务的债务人，避免过度债务规模对社会经济秩序造成过大冲击。同时，债务人未列入失信被执行人名单，体现对诚信债务人的保护，对于有失信行为的债务人，需在纠正失信行为、修复信用后，才可能符合申请条件。

3.债务豁免与行为限制适用原则:

债务豁免需经过免责考察期，通常设置为1-3年，具体时长根据债务人的债务规模、还款能力和诚信表现等因素综合确定。在深圳呼某个人破产清算案中，呼某自宣告破产之日起进入为期三年的免责考察期。在考察期内，债务人需遵

守严格的消费限制，不得乘坐高铁、飞机的商务舱、头等舱等高消费交通工具，不得入住星级酒店、高档会所等场所，限制非生活必需的高消费行为，确保债务人将有限的资金用于债务清偿。债务人还需定期申报收入，如每月或每季度向管理人申报个人收入、支出和财产状况等信息，便于管理人监督资金流向和债务偿还进度。

若债务人在考察期内严格遵守各项规定，积极履行债务清偿义务，考察期满后，法院将裁定免除未清偿债务，给予债务人经济重生的机会。债务豁免与行为限制需平衡债权人与债务人利益，在保障债权人公平受偿的前提下，给予债务人合理的救济，促进社会信用体系的修复和完善。

（二）个人破产程序流程

1.申请材料清单与财产申报要求:

个人申请破产时，需提交申请书，详细说明申请人基本信息，包括姓名、性别、年龄、身份证号码、联系方式、家庭住址等；申请破产的原因，如失业、疾病、经营失败等导致无法清偿债务的具体情况；申请的事实和理由，阐述债务形成过程、目前的债务状况以及无力偿还的原因等。财产清单涵盖动产，如车辆、家电、家具、金银首饰等，需注明品牌、型号、购置时间、价值等信息；不动产，如房产、土地使用权等，提供产权证书编号、位置、面积、评估价值等；投资，包括股票、基金、债券、股权等，注明投资金额、持股比例、投资平台等；知识产权，如专利、商标、著作权等，说明权利归属、有效期、市场价值等。

债务清册需明确债权人姓名或名称、联系方式、债权金额、债权性质（如普通债权、担保债权）、债务形成时间和原因等。收入证明可提供银行工资流水、劳务报酬支付凭证、经营收入记录等，证明近一年或半年的收入情况。诚信承诺书则承诺如实提供上述材料，不存在隐瞒、虚报财产和债务等欺诈行为，如有虚假将承担相应法律责任。财产申报需全面、准确，债务人应如实申报本人及其配偶、未成年子女以及其他共同生活的近亲属名下的所有财产和财产权益，隐瞒财产将导致免责申请被驳回，情节严重的可能面临刑事责任追究。

2、管理人调查职责与权限范围:

管理人负责全面调查债务人财产，通过查询银行账户，了解债务人的资金流动和存款情况；查询房产登记信息，确定债务人的房产数量、位置、产权状况等；查询车辆登记信息，掌握债务人的车辆持有情况；查询信用记录，了解债务人的信用状况和过往债务履行情况等。管理人需调查债务人收入来源，包括工资、劳务报酬、租金收入、投资收益等，分析收入稳定性和可持续性。管理人还需调查债权债务关系，核实债权人申报的债权真实性、合法性和金额准确性，审查债务合同、借条、还款记录等相关凭证，确保债权债务关系清晰明确。

债务人需积极配合管理人调查，按要求提供各类文件和信息，如财务凭证、合同协议、身份证明等。若债务人拒绝提供资料或提供虚假资料，将承担不利后果，可能导致法院

对其作出不利裁决，影响债务豁免和信用修复，情节严重的还可能面临罚款、拘留等处罚。

3、重整计划与免责考察期设置:

重整计划需明确收入分配方案，合理规划债务人未来一定期限内的收入用途，如每月或每年的收入中，按一定比例用于偿还债务，剩余部分用于维持基本生活和必要支出。债务清偿期限一般不超过 5 年,根据债务人的收入和债务规模，制定合理的分期还款计划，明确每期还款金额和还款时间节点。重整计划需经债权人会议通过，在债权人会议上，债务人需详细说明重整计划内容，包括收入分配、债务清偿、经营改善措施等，债权人进行表决，若通过则按计划执行，若未通过则需重新协商或进入清算程序。

免责考察期内，债务人需定期向法院和管理人报告收入支出情况，如每月提交收入支出报表，记录各项收入来源和具体金额，以及各项支出项目和金额，便于监督资金使用和债务偿还情况。债务人需严格遵守行为限制，不得违反消费限制规定，不得从事高风险投资或经营活动，避免财产不当减少，确保考察期内履行债务清偿义务和遵守相关规定。考察期届满且无违规行为的，法院裁定免除剩余债务，债务人实现债务豁免，重新回归正常经济生活，信用记录也将逐步修复。

二、个人破产特别问题处理

（一）夫妻共同债务分割规则

1. 共同债务认定标准与处理原则:

夫妻共同债务认定以“共债共签”为首要标准，即夫妻双方共同签名或者夫妻一方事后追认等共同意思表示所负的债务，属于夫妻共同债务。例如，夫妻双方共同在银行贷款合同上签字，该贷款债务即为夫妻共同债务。夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务，也属于夫妻共同债务，如为购买家庭日常生活用品、支付水电费、子女教育费等所产生的债务。对于夫妻一方以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务，债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的，认定为夫妻共同债务；否则为个人债务。

在债务分割时，先以夫妻共同财产清偿，夫妻共同财产包括夫妻在婚姻关系存续期间所得的工资、奖金、生产经营收益、知识产权收益等。若夫妻共同财产不足以清偿共同债务，不足部分由双方连带承担，债权人有权向夫妻任何一方主张全部债权，一方清偿全部债务后，有权就超出其应承担份额部分向另一方追偿。在破产程序中，债务人个人债务豁免不影响债权人向其配偶主张权利，以保障债权人的合法权益。

2.个人财产与共同财产区分规则：

明确区分债务人个人财产与夫妻共同财产，债务人个人财产包括婚前财产，如婚前购买的房产、车辆等，其购买时间在结婚登记之前，产权明确属于债务人个人；专用生活用品，如债务人个人的衣物、首饰、化妆品等，仅供债务人个人使用，具有专属性；遗嘱或赠予合同中确定只归一方的财

产，若遗嘱或赠予合同明确表明财产仅归债务人一方所有，则该财产为个人财产。

夫妻共同财产中债务人份额纳入破产财产，在分割夫妻共同财产时，一般遵循均等分割原则，但根据财产的具体情况和夫妻双方的贡献等因素，也可适当调整分割比例。分割需经法定程序，如双方协商一致，可签订财产分割协议；若协商不成，可向法院提起诉讼，由法院根据法律规定和实际情况进行裁决，保障配偶合法权益，避免因破产程序损害配偶的财产权益。

3.债务豁免对家庭成员的影响:

债务豁免仅针对债务人个人债务，不影响配偶及子女固有权利，配偶的个人财产不受影响，子女依法享有的受抚养、教育等权利也不受侵害。需限制债务人家庭高消费行为，避免债务人通过家庭财产转移逃避债务，如限制家庭购买高档消费品、奢侈品，限制家庭成员入住高档酒店、出国旅游等高消费活动，确保债务豁免程序的公平性和公正性，维护债权人利益和社会信用秩序。

（二）豁免财产范围争议解决

1.豁免财产认定标准与例外情形:

四川试点规定豁免财产包括基本生活必需品，如衣物、家具、家电等，价值不超过 5 万元，以保障债务人及其家庭成员的基本生活需求；职业工具，如专业设备、工具等，不超过 2 万元,有助于债务人在破产后能够继续从事职业活动，维持生计；人身损害赔偿金，因其具有人身专属性，用于弥

补债务人因人身损害所遭受的损失，不纳入破产财产范围。

例外情形方面，奢侈品如名贵手表、珠宝首饰等，因其并非生活必需且价值较高，不纳入豁免范围；投资性资产，如股票、基金、投资性房产等，主要用于获取投资收益，不属于保障基本生活和职业发展的范畴，也不纳入豁免，确保在保障债务人基本生存权的同时，最大程度实现债权人的债权受偿。

2. 争议解决程序与审查标准：

债权人对豁免财产清单有异议的，可向法院提起诉讼，在规定的期限内，在收到豁免财产清单通知后的 15 日内，向受理破产案件的法院提交书面异议和相关证据材料。法院审查以“必要性、合理性”为标准，综合考虑债务人家庭状况，包括家庭成员数量、年龄、健康状况等，以及当地生活水平，确定豁免财产的范围和价值是否合理。例如，对于一个有老人和小孩的家庭，在认定基本生活必需品时，会考虑老人的医疗需求和小孩的教育需求，适当调整豁免财产的范围和价值，避免过度豁免或不当剥夺债务人的基本生活保障。

3. 川内政策衔接与实施细则适用：衔接《四川省个人破产试点办法》，明确豁免财产价值限额，依据当地经济发展水平和物价指数，适时调整豁免财产的价值标准，确保其符合实际生活需求。明确申报流程，债务人应在规定时间内，如破产申请受理后的 10 日内，向法院和管理人提交豁免财产清单，并提供相关证明材料。明确争议解决时限，法院在受理异议后的 30 日内作出裁决，提高争议解决效率，确保

破产程序顺利进行。

参照成都中院《个人破产案件审理规程》细化操作，规范豁免财产的评估、认定、处置等环节，统一各地法院的裁判尺度和操作标准，确保政策落地统一，保障债务人、债权人的合法权益，促进个人破产制度在四川的有效实施。

第五节 破产实务问题处理指引

一、企业破产典型问题处理

（一）股东责任边界认定

1.未实缴出资追责程序与标准:

根据《公司法》及相关司法解释，在企业破产程序中，管理人有权要求未实缴出资的股东缴纳所认缴的出资，且不受出资期限的限制。这是为了确保企业破产财产的完整性，以最大限度地保障债权人的利益。例如，A 公司进入破产程序后，发现股东甲认缴出资 100 万元，但仅实缴 30 万元，剩余 70 万元未缴纳，此时管理人可依法要求甲缴纳剩余的 70 万元出资。

追责程序方面，管理人首先应向未实缴股东发出书面通知，明确告知其需缴纳出资的金额、期限以及不履行义务的法律后果。若股东在规定期限内仍未缴纳，管理人可通过召开股东会会议，形成要求股东履行出资义务的决议。若股东对该决议仍置之不理，管理人则可代表企业向人民法院提起诉讼，通过司法途径强制股东履行出资义务。在诉讼过程中，管理人需提供充分的证据证明股东存在未实缴出资的事实，

如公司章程中关于股东出资的约定、公司的财务记录、股东的出资凭证等。

在认定股东未实缴出资的标准上，应以公司章程、出资协议等为主要依据。公司章程是公司的“宪法”，其中明确规定了股东的出资方式、出资额和出资时间等重要事项，是判断股东是否履行出资义务的关键文件。出资协议则是股东之间就出资事宜达成的合意，也具有重要的证明效力。若股东的实际出资情况与这些文件的规定不符，即可认定其存在未实缴出资的情形。此外，若公司的财务记录、验资报告等也能反映股东的出资情况，这些材料也可作为认定股东未实缴出资的辅助证据。

2.滥用法人独立地位的责任认定:

当股东滥用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时，需对公司债务承担连带责任，此即“法人人格否认”制度的核心内容。该制度旨在矫正股东有限责任制度在特定情形下对债权人保护的不足，维护公平正义的市场秩序。例如，B 公司的股东乙将公司的主要资产转移至自己名下，导致公司资产不足以清偿债务，严重损害了债权人的利益，此时乙就需对 B 公司的债务承担连带责任。

在认定股东滥用法人独立地位时，需综合考虑多方面因素。从人员混同角度看，若公司的高级管理人员、董事、监事等与股东存在交叉任职的情况，如公司的法定代表人同时也是股东的直系亲属，且在公司决策中完全听从股东的指令，

这可能表明公司与股东在人员管理上存在混同，公司缺乏独立的决策和管理机制。业务混同方面，若公司与股东或股东关联企业之间的业务范围高度重合，交易价格不合理，交易行为缺乏商业实质，例如公司的主要业务完全依赖于股东的其他企业，没有独立的市场开拓能力，且在交易过程中存在明显的利益输送行为，这就可能构成业务混同。财务混同也是重要的判断因素，如公司与股东的账目混乱不清，无法区分公司财产与股东财产，公司资金随意转入股东个人账户，股东又用该资金进行个人消费或投资，而没有明确的借款协议或还款记录，或者公司与股东共用银行账户，这些都表明公司与股东在财务上存在混同。

认定股东滥用法人独立地位需结合《公司法》第二十条的规定及相关司法案例进行综合判断。在司法实践中，法院会根据具体案件的事实和证据，全面审查公司与股东之间的关系，以确定股东是否存在滥用法人独立地位的行为。例如，在某一案例中，法院通过审查公司的财务账目、业务合同、人员任职情况等多方面证据，发现股东通过控制公司的财务和业务，将公司的资产转移至自己名下，严重损害了债权人的利益，最终判决股东对公司债务承担连带责任。

3.关联企业实质合并破产规则：关联企业实质合并破产主要适用于关联企业之间存在资产混同、财务不分、利益输送等情形，导致各关联企业的法人人格高度混同，无法区分各自财产和债权债务的情况。例如，C 集团旗下的 D 公司和 E 公司，在经营过程中资金随意划转，财务账簿不分，资产

归属不清，且存在大量关联交易和利益输送行为，严重损害了债权人的利益，此时可考虑对D公司和E公司进行实质合并破产。

在判断是否符合实质合并破产标准时，需证明关联企业之间法人人格高度混同，如存在人员、业务、财务等方面的高度混同，且这种混同严重损害了债权人的公平清偿利益。同时，区分各关联企业成员财产的成本过高也是重要考量因素，若区分关联企业财产需要耗费大量的人力、物力和时间，且可能导致债权人的清偿利益受到严重损害，如在区分过程中会导致企业资产价值大幅贬损，影响债权人的受偿比例，也可考虑实质合并破产。

在程序上，一般由管理人向人民法院提出实质合并破产申请，申请时需提交充分的证据证明关联企业符合实质合并破产的条件，如关联企业之间的财务往来记录、业务合同、人员任职文件等。人民法院受理申请后，会组织听证，听取各方当事人的意见，并对提交的证据进行审查。若法院经审查认为符合实质合并破产条件，将裁定对关联企业进行实质合并破产，各关联企业的财产将合并处理，统一用于清偿债务，不再区分各关联企业的独立财产和债权债务。

（二）重整期间特殊问题处理

1.共益债务认定与清偿规则:

共益债务是指在破产程序中，为全体债权人的共同利益而负担的债务。根据《企业破产法》规定，共益债务包括因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕

的合同所产生的债务；债务人财产受无因管理所产生的债务；因债务人不当得利所产生的债务；为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；债务人财产致人损害所产生的债务等。例如，在 F 公司重整期间，为继续经营业务，管理人决定继续履行与供应商 G 公司签订的原材料采购合同，由此产生的货款债务就属于共益债务。

共益债务由债务人财产随时清偿，这体现了共益债务的优先性，旨在保障破产程序的顺利进行，维护全体债权人的共同利益。在认定共益债务时，需符合“为全体债权人利益”这一目的，若债务的产生并非为了全体债权人的利益，如个别债权人因自身利益与债务人产生的债务纠纷，则不属于共益债务。若对共益债务的认定存在争议，可由人民法院进行裁决。例如，债权人 H 公司认为管理人在重整期间购买设备的费用不属于共益债务，与管理人产生争议，此时可向人民法院提起诉讼，由法院依据相关法律规定和事实证据进行判断和裁决，确保共益债务的认定准确无误，保障破产重整程序的正常运转。

2.待履行合同处理原则：

在重整期间，对于债务人尚未履行完毕的合同，管理人有权决定继续履行或者解除合同。管理人在做出决策时，需综合考虑多方面因素，平衡企业经营需要与合同相对方利益。若继续履行合同有利于债务人的重整，如合同涉及债务人的核心业务，继续履行能够维持企业的正常生产经营，增加企

业的重整成功率，管理人通常会选择继续履行合同。但继续履行合同需保障对方当事人的债权作为共益债务，由债务人财产随时清偿，以确保对方当事人的合法权益不受损害。例如，I 公司在重整期间，管理人决定继续履行与 J 公司签订的房屋租赁合同，此时 J 公司的租金债权应作为共益债务，优先从债务人财产中得到清偿。

若管理人决定解除合同，因解除合同给对方当事人造成的损失，对方当事人可将该损失作为普通债权申报。在处理待履行合同时，管理人需及时通知对方当事人，并遵循相关法律程序。例如，管理人决定解除与 K 公司的货物买卖合同，应在合理期限内书面通知 K 公司，告知解除合同的决定及理由，K 公司可根据通知要求申报普通债权，以维护自身的合法权益。管理人在处理待履行合同时，需谨慎权衡利弊，确保决策既能满足企业重整的需要，又能保障合同相对方的合理利益，避免因合同处理不当引发纠纷，影响重整程序的顺利进行。

3. 重整计划执行监督机制：

重整计划执行监督机制是确保重整计划得以有效实施的重要保障。在重整计划执行期间，由管理人负责监督债务人执行重整计划，债务人需定期向管理人报告重整计划的执行情况，如每月或每季度提交执行进展报告，详细说明各项重整措施的实施情况、财务状况的变化、债务清偿的进度等。债权人有权查阅债务人的财务报告和重整计划执行情况，了解重整计划的执行进展，维护自身的知情权。例如，债权人

L公司可向管理人申请查阅M公司重整计划执行期间的财务报告，以了解公司的经营状况和债务清偿情况。

若发现债务人的执行行为偏离重整计划，管理人有权及时制止，并可申请人民法院介入。人民法院可根据具体情况，采取相应措施，如责令债务人限期改正、裁定终止重整计划的执行并宣告债务人破产等，以确保重整计划得到严格执行，维护各方当事人的合法权益和预期利益。例如，管理人发现N公司在重整计划执行期间，擅自挪用重整资金用于与重整无关的项目，偏离了重整计划的规定，管理人可立即申请人民法院介入，人民法院经审查后，可责令N公司限期改正，若N公司拒不改正，人民法院可裁定终止重整计划的执行，宣告N公司破产，保障债权人的利益不受损害。

二、川内破产程序衔接机制

（一）司法与行政程序协同

1.税务注销与破产程序衔接流程:

在四川，法院裁定终结破产程序后，管理人可持法院的裁定书向税务机关申请办理税务注销。税务机关在收到申请后，会简化办理流程，对破产企业的税务注销事项进行快速处理。根据相关政策规定，对于破产企业的罚款、滞纳金等，在非欠税本金的情况下，税务机关可予以豁免，实现“破产即清税”，大大降低了企业的退出成本。例如，0公司破产程序终结后，管理人向税务机关申请税务注销，经审核，0公司存在一定金额的滞纳金，但因其属于破产企业，税务机关依法豁免了该滞纳金,顺利为0公司办理了税务注销手续，

提高了企业的退出效率。

2.工商登记注销协同办理机制:

为畅通市场主体退出渠道，四川建立了法院与市场监管部门的信息共享通道。管理人可凭法院出具的裁定书等相关文书，直接向市场监管部门申请办理工商登记注销，无需再提交股东会决议等传统注销所需材料。通过这一协同办理机制，企业工商登记注销时间可压缩至15个工作日内，大幅提升了企业的退出效率。例如，P公司破产程序完成后，管理人凭借法院的裁定书和相关文件，向市场监管部门申请工商登记注销，市场监管部门通过信息共享通道获取了法院的相关信息，对申请材料进行审核后，在15个工作日内为P公司办理了工商登记注销手续，简化了办理流程，缩短了办理时间。

3.特殊行业许可终止办理程序:

针对金融、建筑等特殊行业，四川建立了法院与行业主管部门的许可终止联动机制。在企业破产程序中，管理人提交特殊行业许可终止申请后，行业主管部门会在10日内办理相关手续，及时终止企业的特殊行业许可，避免因许可失效导致的法律风险。例如，Q金融公司进入破产程序后，管理人向金融监管部门提交了许可终止申请，金融监管部门在收到申请后的10日内，依法办理了许可终止手续，确保了Q金融公司的破产程序顺利进行，避免了因许可问题引发的后续纠纷。

（二）跨部门协作机制

1.府院联动机制运行规则：四川建立了政府（财政、人社、公安等部门）与法院的常态化协调会议机制，旨在解决破产程序中的各类复杂问题，形成工作合力。在职工安置方面，人社部门负责提供就业指导、职业培训等服务，帮助破产企业职工实现再就业；财政部门则提供必要的资金支持，用于解决职工安置过程中的困难和问题。在资产处置方面，政府相关部门协助法院和管理人协调解决资产处置过程中的土地、房产等相关手续问题，确保资产能够顺利处置。信用修复方面，法院与金融监管部门、信用管理机构等协同合作，为重整成功的企业制定合理的信用修复方案，帮助企业恢复信用，重新融入市场。

在府院联动机制中，明确各部门职责分工，形成“党委领导、政府支持、法院主导”的工作格局。党委发挥领导核心作用，统筹协调各方力量，确保破产工作的正确方向；政府各部门积极配合，提供政策支持和资源保障；法院则充分发挥司法主导作用，依法审理破产案件，监督破产程序的进行。例如，在R公司破产案件中，通过府院联动机制，人社部门为R公司的职工提供了就业培训和岗位推荐，帮助大部分职工实现了再就业；财政部门提供了资金支持，用于支付职工的经济补偿金；公安部门协助维护破产程序中的秩序，保障了破产工作的顺利进行。

2.信用修复与公示制度衔接：

当企业重整成功后，法院会及时向信用平台推送信用修复通知，信用平台在收到通知后的30日内删除企业的失信

信息，恢复企业的信用记录。债务人可凭法院的裁定书向银行、税务等部门申请信用修复，相关部门依据裁定书和信用平台的信息更新，为企业办理信用修复手续，帮助企业恢复市场主体资格，重新开展经营活动。例如，S 公司重整成功后，法院向信用平台推送了信用修复通知，信用平台在规定时间内删除了 S 公司的失信信息，S 公司凭法院裁定书向银行申请信用修复，银行审核后，恢复了 S 公司的信用额度，为 S 公司的后续发展提供了支持。

3. 试点政策与统一立法过渡安排:

四川在破产领域的试点政策为国家统一立法提供了宝贵的实践经验和参考依据。在过渡期间，四川参照《企业破产法》及地方试点办法，对个人破产等新增内容制定过渡期指引，明确相关操作流程和标准，确保新旧规则平稳衔接。例如，在个人破产试点方面，四川根据本地实际情况，制定了详细的过渡期指引，对个人破产的申请条件、程序流程、财产处置等方面做出了具体规定，使个人破产试点工作在过渡期间能够有序开展，同时也为国家统一立法提供了实践样本，推动了我国破产法律制度的不断完善和发展。

后　记

2018 年 11 月，习近平总书记主持召开民营企业座谈会，为民营经济发展定心鼓劲。紧随其后，司法部、全国工商联同步部署民企法治保障、民营企业“法治体检”专项工作。为更好地贯彻落实相关工作，同年，四川省律师协会出台服务民营经济十八条举措，并筹划设立民营企业权益保障专门委员会，搭建全省律师统一服务民营经济的专业平台。

在此之前，省律协依靠公司、民商、劳动等多个分散专委会对接民营企业法律服务，缺少统筹协调、上下联动的综合机构。省律协寄希望于全新设立的民企委，打造跨领域综合专业平台：对内统筹、指导全省律师行业开展民企法律服务；对外统筹民企维权、常态化法治体检、营商环境法治调研，搭建政企法商协同通道；常态化对接省工商联、经信厅、市场监管局等职能部门。

2018 年末，第九届四川省律师协会理事会审议通过设立民营企业权益保障工作委员会，正式纳入省律协常设专门委员会序列，首批委员均遴选自全省各地深耕民企商事实务、具备丰富一线办案经验的骨干律师。2019 年，民企委全面正式履职。

彼时放眼全国，各地律协鲜有同类型专门服务机构，无成熟工作范式可供借鉴。民企委整个团队都在摸索前行的路径。依托全体委员多年深耕公司商事领域的实务积淀，我们下沉走访万千市场主体，梳理提炼民营企业、尤其是本土中

小微企业，区别于大型集团的差异化法律需求，普遍无专职法务，生存发展为第一要务，法律服务诉求集中体现为低成本、轻量化、事前风险预防、纠纷快速调处、普惠简易合规五大特征，高频风险高度集中在劳动用工、应收账款催收、资金周转、财税票据管理等领域。

找准痛点，我们随即落地全省民营企业“法治体检”常态化工作，统筹指导各市州律协、律所铺开公益法律服务，组建省级民营企业法律服务志愿团。看着无数中小创业者在经营中因缺乏简明合规指引频频踩线，我们萌生了编撰一本通俗实用手册的想法。最初内部文稿定名《四川省民营企业科学合法经营指引》，仅作为民企委内部工作参考材料。2019年底完成第一版初稿，在当年12月的全体委员工作会议上发布电子版，供各地律师开展法治体检、民企普法使用。此后每一年，我们结合新法规、新案例、企业反馈持续修订打磨，逐年完善内容框架与实操条款。

2022年省律协完成第十届各专委会换届，民企委班子同步更新，方灿出任民企委主任，何亚林继续留任委员会秘书长，两代服务民营经济的法律人接续坚守，《指引》文稿的迭代完善依旧是我们每年固定的核心工作。

数载伏案修订、反复打磨之余，我们始终怀揣一份朴素心愿：希望这份沉淀多年的实务手册能够正式编纂出版，走出行业内部传阅的范畴，惠及全省更广范围的民营企业、基层创业者。

2025年，指引迎来正式出版契机。经四川省律师协会

审议同意，启动全面充实内容、编纂出版工作。同年 8 月，民营企业权益保障工作委员会作为牵头单位，联合省律协法律顾问、公司业务、知识产权、破产法律事务、刑事辩护、金融证券、企业合规、劳动与社会保障法等八个专业委员会协同修订、统稿编纂，历经多轮研讨、逐条打磨，最终正式定名《民营企业全流程法律风控指南》。指南共计七章 21 万余字，内容涵盖民营企业的法律支持、企业设立、内部运营管理、外部发展风险、知识产权问题、企业家风险防范、债务清理及市场退出等民营企业法律全生命周期。

自 2019 年九届民企委成立至 2026 年，两届委员会八载光阴，无数个伏案校稿、走访研讨的日夜，皆凝于此书。谨以此册，记录四川省律师协会民营企业权益保障工作委员会两届八年默默耕耘的笔墨时光；记录省律协各专业委员会、全体投身民企法律服务的律师同仁，为守护民营经济稳健前行共同扛起的责任与坚守；更将此书献给所有民营企业、实干企业家与创业逐梦者。

看似寻常最奇崛，成如容易却艰辛。若本书能为经营者厘清一处法律疑问、提前规避一项经营风险，在企业踽踽前行的漫漫长路上，为其点亮一缕微光、撑起一把法治的伞，我们数年伏案耕耘的初心，便已然圆满。

主编：

2026 年 7 月 5 日