



上海市律师协会  
公司与商事专业委员会

# 公司与商事实务前沿

(2025年11月，第十一期)

编委会

主 编：王竞

副主编：张政、李慧琴、邓海虹

责任编辑：何莹、车丽

## 目 录

一、新法速递 .....	1
财政部 国务院国资委 中国证监会关于印发《行政事业单位、国有企业、上市公司选聘资产评估机构管理办法》的通知 .....	1
市场监管总局关于公开征求《互联网平台反垄断合规指引（征求意见稿）》意见的公告 .....	4
二、观点速递 .....	19
《新〈公司法〉公司章程制定与修改实务问题解答》——摘自“最高人民法院司法案例研究院”微信公众号 .....	19
股东协议与股东会决议、公司章程的关系——摘自“最高人民法院司法案例研究院”微信公众号 .....	27
典型案例   员工私接客户委托造成亏损，期货公司应否承担管理不当之责？——摘自“上海金融法院”微信公众号 .....	31
三、实务研究 .....	40
《最高人民法院关于公司担保案件的裁判要旨精选》——摘自“最高人民法院司法案例研究院”微信公众号 .....	40
《最高法：即使验资报告、审计报告均能证明已出资，但客观上并未出资的，原股东和新股东均应追加为被执行人》——摘自“最高人民法院司法案例研究院”微信公众号 .....	44
《最高法：“实际控制人”是否需对公司债务承担连带责任》——摘自“最高人民法院司法案例研究院”微信公众号 .....	47

四、实务论道： .....	54
新《公司法》“董事会中心主义”框架下董监高责任的立法转向和责任承担	54

## 一、新法速递

### 财政部 国务院国资委 中国证监会 关于印发《行政事业单位、国有企业、 上市公司选聘资产评估机构管理办 法》的通知

#### 财资〔2025〕137 号

党中央有关部门，国务院各部委、各直属机构，全国人大常委会办公厅，全国政协办公厅，最高人民法院，最高人民检察院，各民主党派中央，有关人民团体，各省、自治区、直辖市、计划单列市财政厅（局）、国资委，新疆生产建设兵团财政局、国资委，各证监局，有关国有企业、上市公司、资产评估机构：

为规范行政事业单位、国有企业、上市公司选聘资产评估机构行为，推动提升资产评估业务质量，根据《中华人民共和国资产评估法》、《国有资产评估管理办法》（国务院令 91 号）等，我们制定了《行政事业单位、国有企业、上市公司选聘资产评估机构管理办法》，现予印发，请遵照执行。

财政部 国务院国资委 中国证监会

2025 年 10 月 14 日

### 行政事业单位、国有企业、上市公司选聘 资产评估机构管理办法

第一条 为规范行政事业单位、国有企业、上市公司（以下简称选聘单位）选聘资产评估机构行为，推动提升资产评估业务质量，根据《中华人民共和国资产评估法》、《国有资产评估管理办法》（国务院令 91 号）及相关法律法规，制定本办法。

第二条 本办法所称选聘资产评估机构，是指选聘单位针对法定评估事项，依法委托资产评估机构出具资产评估报告的行为。

第三条 国有企业选聘资产评估机构，应当按照相关法律法规和所属集团公司制度规定，规范开展选聘事宜，由股东会、董事会或者内设部门机构等决定相关选聘事项。

本办法所称国有企业包括国有及国有控股企业、国有实际控制企业。

第四条 上市公司为证券业务活动选聘资产评估机构的，应当选聘已依法备案从事证券服务业务的资产评估机构。

本办法所称上市公司，是指其股票在境内证券交易所上市交易的股份有限公司。

第五条 选聘单位选聘资产评估机构应当坚持公平、公正的原则，采用公开招标、邀请招标、竞争性磋商及其他能够充分了解资产评估机构胜任能力的选聘方式。

第六条 选聘单位采用公开方式选聘资产评估机构的，应当通过选聘单位官网、电子采购交易平台等公开渠道发布选聘文件。

选聘文件应当包含评估目的、评估对象和评估范围、评估基准日等项目基本信息、评价要素、具体评分标准等内容。

选聘单位应当依法合理确定资产评估机构提交应聘文件的时间，确保资产评估机构有充足时间获取选聘信息、准备应聘材料。选聘单位不得以不合理的条件限制或者排斥潜在拟应聘资产评估机构，不得为个别资产评估机构量身定制选聘条件。

第七条 选聘单位应当细化选聘资产评估机构的评价标准，对资产评估机构的应聘文件进行评价，并对参与评价人员的评价意见予以记录并保存。

选聘资产评估机构的评价要素，应当包括但不限于资产评估费用报价、资产评估机构的资质条件、执业诚信记录、内部管理和质量控制水平、工作方案、人力及其他资源配备、信息安全管理、风险承担能力水

平、相关项目经验等内容。

选聘单位应当组织对每个有效的应聘文件单独评价、打分，汇总各评分因素的得分。其中，质量控制水平的分值权重不应低于40%，重大资产评估项目的评估费用报价分值权重不应高于15%，一般资产评估项目的评估费用报价分值权重由企业自主决策，可适当放宽。选聘单位应当综合考虑评估目的、评估标的资产规模、评估标的特点等因素，合理确定本单位重大资产评估项目划分标准。

第八条 选聘单位评价资产评估机构的质量控制水平时，应当重点评价质量控制制度及执行情况、职业道德水平、执业过程中的质量控制措施、意见分歧解决、近三年监管部门的质量检查奖惩情况、执业辅助系统等事项。

第九条 选聘单位评价资产评估机构报价时，应当将满足选聘文件要求的资产评估机构报价的平均值作为选聘基准价，按照下列公式计算报价得分：

选聘报价得分 =  $(1 - | \text{选聘基准价} - \text{评估费用报价} | / \text{选聘基准价}) \times \text{评估费用报价要素所占权重分值}$

第十条 选聘单位选聘资产评估机构原则上不得设置最高限价，确需设置的，应

当在选聘文件中说明该最高限价的确定依据及合理性。

第十一条 选聘结果应当及时公示，公示内容应当包括拟选聘资产评估机构和评估费用。

第十二条 选聘单位对选聘、应聘、评审、受聘文件和相关决策资料应当妥善归档保存，不得伪造、变造、隐匿或者销毁。文件资料的保存期限为选聘结束之日起至少10年。

第十三条 选聘单位和资产评估机构应当提高信息安全意识，严格遵守国家有关信息安全的法律法规，认真落实监管部门对信息安全的监管要求，切实担负起信息安全的主体责任和保密责任。选聘单位在选聘时要加强对资产评估机构信息安全管理能力的审查，在选聘合同中应当设置单独条款明确信息安全保护责任和要求，在向资产评估机构提供文件资料时加强对涉密敏感信息的管控，有效防范信息泄露风险。资产评估机构应履行信息安全保护义务，依法依规依合同规范信息数据处理活动。

第十四条 履行出资人职责的机构或部门、主管部门、证券监督管理机构按照职责对选聘单位选聘资产评估机构行为实施

监督管理。

国有企业违反本办法规定的，对其监管的履行出资人职责的机构或部门、主管部门可以依法采取要求更换资产评估机构等管理措施。

上市公司违反本办法规定的，证券监督管理机构可以依法采取责令改正、监管谈话、出具警示函等管理措施。

资产评估机构违反法律法规的，依法承担法律责任。

第十五条 选聘资产评估机构涉及国家秘密或者企业重大商业秘密的，应符合国家或者企业保密有关规定。

第十六条 非法定评估业务可以参照本办法选聘资产评估机构。

第十七条 选聘资产评估机构事项属于政府采购项目的，按照政府采购法律法规规定执行。

第十八条 国有金融企业不适用本办法。

第十九条 本办法由财政部、国务院国资委、中国证监会负责解释。

第二十条 本办法自印发之日起施行。

## 市场监管总局关于公开征求《互联网平台反垄断合规指引（征求意见稿）》意见的公告

### 关于《互联网平台反垄断合规指引（征求意见稿）》的起草说明

为贯彻落实党中央、国务院决策部署，支持和引导平台经营者有效防范反垄断合规风险，健全反垄断合规管理机制，保护相关主体合法权益，维护市场公平竞争秩序，促进平台经济健康发展，根据《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）等法律规定，市场监管总局研究起草了《互联网平台反垄断合规指引（征求意见稿）》（以下简称《指引》）。现将有关情况说明如下：

#### 一、起草背景

党的二十大对完善公平竞争市场经济基础制度，加强反垄断作出决策部署。党的二十届三中全会指出，促进平台经济创新发展，健全平台经济常态化监管制度。《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》强调，完善监管，推动平台经济创新和健康发展。2025 年《政府工作报告》明确，制定重点领域公平竞争合规指引。市场监管总局认真贯彻落实党中央、国务院决策部署，综合运用梯次性监

管工具，依法查处重大典型垄断案件线索，持续健全反垄断制度规则体系，将监管执法经验转化为制度性、指引性成果，不断提升平台经营者反垄断合规水平，推动平台规则公平、算法向善、竞争合规，有力维护多方主体合法权益。

近年来，我国平台经济快速发展，在提高社会资源配置效率、推动技术创新和产业变革、促进经济社会发展等方面发挥着重要作用。同时，互联网平台网络效应明显，平台经营者具有一定的管理者属性，可能通过数据和算法、技术、资本优势、平台规则等影响平台竞争生态，若从事排除、限制竞争行为，会损害多方主体利益。执法实践显示，互联网平台具有独特的竞争特点和规律，在垄断行为类型、表现、损害等方面与传统领域存在一定差异，平台经济新业态新模式不断涌现，竞争行为纷繁复杂，平台经营者对识别垄断风险、明晰行为边界充满期待。制定《指引》是对反垄断合规制度规则的进一步细化，有利于回应平台经营者关切，支持、引导其精准识别、评估、防范垄断风险。

市场监管总局根据《反垄断法》等法律规定，参考《关于平台经济领域的反垄断指南》《经营者反垄断合规指南》等指南指引，总结执法经验，广泛征求意见，充分凝聚共

识，起草形成《指引》，为平台经营者提供更加明确、清晰的行为指引，进一步健全平台经济领域反垄断常态化监管制度，促进平台经济创新和健康发展。

## 二、起草过程

（一）开展专题研究。组织第三方机构开展互联网平台反垄断合规专题论证，全面梳理总结互联网平台垄断风险，以及竞争治理经验做法。跟踪研究全球数字经济领域反垄断监管动态，深入分析域外互联网平台反垄断合规实践，结合我国实际提出切实可行的意见建议。

（二）深入开展调研。深入行业协会、互联网平台等进行调研，了解市场竞争状况和行业发展特点，梳理我国平台经营者反垄断合规实践做法。总结流量竞争、数据共享、科技赋能、跨市场整合等发展趋势，从企业实际需求出发，明确互联网平台反垄断合规的制度框架，进一步稳定市场预期，激发我国平台企业公平竞争动力和创新活力。

（三）广泛征求意见。征求有关行业主管部门、省级市场监管部门意见，强化政策协同、监管协同。多次组织开展专题论证，听取反垄断法、经济学、互联网行业等领域专家学者的意见建议。召开相关行业协会

和平台企业座谈会，充分听取意见建议。共收集意见135条，经过认真研究分析，采纳68条，部分采纳46条。

## 三、主要内容

《指引》共五章38条，主要内容如下：

（一）第一章总则（第1—5条）。对目的和依据、相关概念、合规管理必要性、基本原则、合规总体要求作出系统说明。

（二）第二章风险识别（第6—20条）。重点规定垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中和滥用行政权力排除、限制竞争4类垄断风险，明确平台经营者识别垄断风险的考虑因素。结合实际对关注度较高的新型垄断风险作出提示。

（三）第三章风险管理（第21—30条）。明确风险评估、风险提醒的重点内容，推动开展事前、事中、事后全链条风险防控，对平台规则审查、算法筛查、配合调查、合规整改、合规激励作出规定。

（四）第四章合规保障机制（第31—36条）。对合规管理机构、合规汇报、合规培训、合规考核、合规监督、合规管理信息化作出规定，明确相关人员和部门的职能。

（五）第五章附则（第37—38条）。对《指引》的效力和解释作出规定。

#### 四、创新与亮点

（一）紧扣行业特点，对互联网平台新型垄断风险作出提示。《指引》结合国内平台经济领域反垄断监管执法实践，借鉴域外相关经验做法，根据平台经济行业特点、经营模式、竞争规律等，提出平台间算法共谋、组织帮助平台内经营者达成垄断协议、平台不公平高价、平台低于成本销售、封禁屏蔽、“二选一”行为、“全网最低价”、平台差别待遇8个场景中的新型垄断风险，为平台经营者加强反垄断合规管理提供可操作性强的指导建议。

（二）注重内容衔接，健全互联网平台垄断风险防控体系。《指引》按照《反垄断法》《关于平台经济领域的反垄断指南》《经营者反垄断合规指南》等规定，详细梳理互联网平台垄断风险，对平台经营者利用数据和算法、技术、资本优势、平台规则等可能存在的重点风险进行明确提示，引导平台经营者落实落细合规管理机构设置以及健全合规汇报、合规培训、合规考核、合规监督、合规管理信息化等系统性垄断风险防控体系的主体责任。

（三）明确防控措施，引导平台经营者增强反垄断合规的针对性、穿透性。《指引》支持和鼓励平台经营者建立健全覆盖事前、事中、事后全链条的合规管理制度，结合具

体场景的重要环节，采取平台规则审查和算法筛查等方式对相关风险进行识别、评估和防范，确保发挥合规管理机构的协作效能，将风险管理和合规激励相结合，充分体现“宽严相济”。

### 互联网平台反垄断合规指引

#### （征求意见稿）

#### 第一章 总则

##### 第一条 目的和依据

为支持和引导平台经营者有效防范反垄断合规风险，健全反垄断合规管理制度，保护相关主体合法权益，维护市场公平竞争秩序，促进平台经济健康发展，根据《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）等法律规定，制定本指引。

##### 第二条 相关概念

本指引所称互联网平台，是指通过网络信息技术，使相互依赖的双边或者多边主体在特定载体提供的规则下交互，以此共同创造价值的商业组织形态。

本指引所称平台经营者，是指向自然人、法人以及其他市场主体提供经营场所、交易撮合、信息交流等互联网平台服务的经营者。

本指引所称平台内经营者，是指在互

联网平台内提供商品或者服务（以下统称商品）的经营者。

本指引所称反垄断合规风险，是指平台经营者及其员工因违反《反垄断法》相关规定，引发法律责任、造成经济或者声誉损失以及其他负面后果的可能性。

本指引所称反垄断合规管理，是指以防控反垄断合规风险为目的，针对平台经营者的经营管理行为和员工履职行为开展的有组织、有计划、全流程的管理活动。

### 第三条 合规管理必要性

互联网平台网络效应明显，涉及平台经营者、平台内经营者、消费者和从业人员等多方主体。平台经营者通常具有一定的管理者属性，通过数据和算法、技术、资本优势、平台规则等影响平台竞争生态，要切实加强反垄断合规管理。

平台经营者违反《反垄断法》，将承担相应的法律责任，产生相关商业风险和信用风险。平台经营者加强反垄断合规管理，可以避免因从事垄断行为产生的风险，培育良好品牌形象和核心竞争优势。

平台经营者增强反垄断合规意识，健全反垄断合规管理制度，有利于提高竞争层次和水平，优化资源配置，提升运行效率，维护多方主体合法权益，推动平台竞争生

态持续优化，实现平台经济创新发展。

### 第四条 基本原则

平台经营者遵循以下基本原则，参考本指引开展反垄断合规管理工作，实现规则公平、算法向善、竞争合规：

（一）针对性原则。结合所处行业、商业模式和治理结构等因素，有针对性地识别、评估和防控合规风险，开展反垄断合规管理。

（二）全面性原则。推进事前事中事后全链条合规，实现业务领域、部门、员工全覆盖，贯穿决策、执行、监督各环节，构建协同联动的全面合规体系。

（三）穿透性原则。贯通平台经营者总部和分公司、控股子公司等，完善总部指导、协调、监督和考核机制，压实各分支机构等自身合规管理职责，实现层级穿透、业务穿透、规则算法穿透。

（四）持续性原则。健全反垄断合规长效机制，保障合规管理制度持续有效执行，防止“一次性”“阶段性”合规，定期评估自身合规经营情况，及时更新完善反垄断合规管理制度。

### 第五条 合规总体要求

平台经营者要切实承担反垄断合规主

体责任，健全反垄断合规制度，加强反垄断合规管理，依法竞争、合规经营，不得利用数据和算法、技术、资本优势、平台规则等从事《反垄断法》禁止的垄断行为。

## 第二章 风险识别

### 第一节 垄断协议

垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。《反垄断法》禁止经营者达成垄断协议。平台经营者要避免在提供平台服务或者开展自营业务等过程中达成垄断协议，以及组织其他经营者达成垄断协议或者提供实质性帮助。

平台经营者识别垄断协议风险，通常首先分析相关行为是否属于《反垄断法》第十七条、第十八条第一款和第十九条规定的情形，再分析上述行为是否符合《反垄断法》规定的不予禁止或者豁免条件。

#### 第六条 横向垄断协议

具有竞争关系的平台经营者，要避免通过以下方式达成固定或者变更价格、限制产（销）量、分割市场、限制新技术（产品）、联合抵制交易等横向垄断协议：

（一）利用会议、电话、短信、电子邮件、共享文档、即时通讯工具、共享数据池、互操作协议、云存储平台、人工智能等进行

意思联络和信息交流；

（二）收集、交换定价模式、佣金比例、优惠政策、客户名单、流量分配机制以及研发、投资、生产、营销、推广策略等竞争性敏感信息；

（三）利用数据、算法、技术、平台规则等实现用户分类、动态定价、流量分配、商品排序等方面的协调一致行为。

风险示例：平台间算法共谋

具有竞争关系的平台经营者利用算法，通过意思联络、交换敏感信息、行为协调一致等方式，达成垄断协议。比如：平台经营者甲、乙之间具有竞争关系，甲和乙通过算法进行共谋，统一定价机制、抽佣比例等，达成横向垄断协议，排除、限制市场竞争。

#### 第七条 纵向垄断协议

平台经营者要避免通过以下方式与交易相对人达成固定转售价格、限定最低转售价格等纵向垄断协议：

（一）利用大数据分析、人工智能等技术手段对转售价格进行自动化设定；

（二）利用接口调用、数据使用、流量分配、促销活动、店铺管理、用户权益保护等方面的平台规则对转售价格进行统一；

（三）利用用户画像、预测算法等对转

售价格进行直接或者间接限定。

#### 第八条 组织与实质性帮助

平台经营者要避免通过以下方式组织平台内经营者等其他经营者达成垄断协议或者为达成垄断协议提供实质性帮助：

（一）通过共享数据、发布通知、签署协议等组织、协调平台内经营者等其他经营者进行意思联络；

（二）为平台内经营者等其他经营者获取竞争性敏感信息、实现协调一致行为提供必要支持、创造关键性便利条件等。

风险示例：组织帮助平台内经营者达成垄断协议

平台经营者组织、协调具有竞争关系的平台内经营者达成横向协议，或者通过提供必要支持、创造关键性条件进行实质性帮助。比如：平台经营者甲与具有竞争关系的平台内经营者分别签署内容相同或者相似的调价协议，在此过程中，促成平台内经营者进行了意思联络，交换了竞争性敏感信息，最终形成一致的定价行为，排除、限制市场竞争。

#### 第二节 滥用市场支配地位行为

滥用市场支配地位行为，是指具有市场支配地位的经营者从事的以不公平高价

销售、以不公平低价购买或者没有正当理由低于成本销售、拒绝交易、限定交易、搭售、附加其他不合理条件、差别待遇等行为。

《反垄断法》禁止具有市场支配地位的经营者从事滥用市场支配地位行为。市场力量较大的平台经营者要定期评估是否在相关市场具有市场支配地位，避免在提供平台服务或者开展自营业务等过程中从事滥用市场支配地位行为。

平台经营者识别滥用市场支配地位行为风险，通常首先界定相关市场，评估在相关市场是否具有市场支配地位、是否实施相关行为，再结合是否具有正当理由以及相关行为是否排除、限制市场竞争，具体分析是否构成滥用市场支配地位行为。

#### 第九条 市场支配地位的考虑因素

平台经营者评估在相关市场是否具有市场支配地位，可以考虑以下因素：

（一）平台经营者的市场份额以及相关市场竞争状况。确定平台经营者市场份额，可以考虑交易金额、交易数量、销售额、注册用户数、活跃用户数、点击量、使用时长、平台内经营者数量或者其他指标在相关市场所占比重，同时考虑该市场份额持续的时间。分析相关市场竞争状况，可以考虑相关市场的发展状况、竞争性平台经营

者数量以及市场份额、平台竞争特点、平台差异程度、规模经济、潜在竞争性平台经营者情况、创新和技术变化等。

（二）平台经营者控制市场的能力。可以结合线上和线下业务多样性、纵向一体化等因素考虑平台经营者控制上下游市场或者其他关联市场的能力，阻碍、影响其他平台经营者进入相关市场的能力，相关经营模式、网络效应，以及影响或者决定价格、流量或者其他交易条件的能力等。

（三）平台经营者的财力和技术条件。可以考虑投资者情况、资产规模、资本来源、盈利能力、融资能力、技术创新和应用能力、拥有的知识产权、掌握和处理相关数据的能力，以及该财力和技术条件能够以何种程度促进业务扩张或者巩固、维持市场地位等。

（四）平台内经营者等其他经营者对该平台经营者在交易上的依赖程度。可以考虑其他经营者与该平台经营者的交易关系、交易量、交易持续时间，锁定效应、用户黏性，以及其他经营者转向其他平台的可能性以及转换成本等。

（五）其他平台经营者进入相关市场的难易程度。可以考虑市场准入、平台规模效应、资金投入规模、技术壁垒、用户多栖

性、用户转换成本、数据获取的难易程度、用户习惯等。

（六）基于平台经济特点认定平台经营者具有市场支配地位的其他因素。

#### 第十条 不公平高价或者不公平低价

具有市场支配地位的平台经营者，要避免通过以下方式滥用市场支配地位，以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品：

（一）向平台内经营者收取明显高于其他同类业务平台经营者在相同或者相似市场条件下的佣金、注册费、手续费、会员费、技术服务费、信息服务费、营销推广费等费用，或者在成本基本稳定的情况下，超过正常幅度提高向平台内经营者收取的上述费用；

（二）通过拆分服务项目、增加收费名目等，变相向平台内经营者收取不公平的高额价格；

（三）向平台内经营者支付明显低于其他同类业务平台经营者在相同或者相似市场条件下的商品价格。

#### 风险示例：平台不公平高价

具有市场支配地位的平台经营者，借助平台规则、技术和算法等，滥用市场支配

地位，向平台内经营者收取不公平的高额费用。比如：具有市场支配地位的平台经营者甲，在成本基本稳定的情况下，连续多年超过正常幅度提高服务费用，对平台内经营者收取不公平的高额费用，损害平台内经营者利益。

#### 第十一条 低于成本销售

具有市场支配地位的平台经营者，要避免滥用市场支配地位，没有正当理由，通过过度补贴、交叉补贴等方式，以低于成本的价格销售商品或者提供服务，排除、限制市场竞争。

分析是否构成低于成本销售，一般重点考虑平台经营者是否以低于成本的价格排挤竞争性平台经营者，以及是否可能在将竞争性平台经营者排挤出市场后，获取非公平竞争水平下的不当利益、损害市场公平竞争和消费者合法权益等情况。

在计算成本时，可以综合考虑平台涉及多边市场中各相关市场之间的成本关联情况及其合理性。

#### 风险示例：平台低于成本销售

具有市场支配地位的平台经营者，滥用市场支配地位，没有正当理由，通过过度补贴、超过合理限度的优惠政策等方式，以低于成本的价格提供服务，排除、限制市场

竞争。比如：具有市场支配地位的平台经营者甲，明显超出合理期限，给予新的平台内经营者免费入驻、大额补贴优惠，待竞争性平台经营者退出相关市场后，大幅提高入驻费等相关费用，获取不当利益，损害了市场公平竞争和消费者合法权益。

#### 第十二条 拒绝交易

具有市场支配地位的平台经营者，要避免通过以下方式滥用市场支配地位，没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易，排除、限制市场竞争：

（一）通过下架商品、封禁账号、设置复杂的交易流程、限制流量、关闭接口、中断数据共享等，停止、拖延、中断与交易相对人的交易；

（二）通过设置不合理的选品条件、显著高于市场合理水平的服务费、停止提供应用程序更新、中断数据更新等，拒绝与交易相对人进行交易；

（三）利用流量分配算法、商品发布规则等，限制获取流量、接受订单，实质性削减与交易相对人的交易数量；

（四）制定不合理的营销、研发等平台规则，或者使用歧视性算法设置不合理的限制和障碍，使交易相对人难以开展交易；

（五）通过控制构成必需设施的特定数据、模型、应用平台等，拒绝与交易相对人以合理条件进行交易。

风险示例：封禁屏蔽

具有市场支配地位的平台经营者，滥用市场支配地位，没有正当理由，对交易相对人在应用层、传输层、网络层等进行封禁屏蔽，导致其无法进入相关市场，排除、限制市场竞争。比如：具有市场支配地位的平台经营者甲，没有正当理由，通过限制链接跳转或者端口接入等方式，导致交易相对人无法开展特定业务、参与市场竞争。

### 第十三条 限定交易

具有市场支配地位的平台经营者，要避免通过以下方式滥用市场支配地位，没有正当理由，限定交易相对人只能与其或其指定的经营者进行交易，或者不能与特定经营者进行交易，排除、限制市场竞争：

（一）在商家入驻、平台服务、内容发布、应用开发等平台规则中设置独家合作条款，要求平台内经营者只能与本平台合作，或者只能将特定商品、内容在本平台发布；

（二）通过活动规则、合作协议、站内通知等，要求平台内经营者不能与特定竞争性平台合作，或者不能参与特定竞争性

平台的促销活动；

（三）通过屏蔽店铺、搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金、罚款、取消参加促销活动资格、拖延上线、差别费率等惩罚性措施实施限制；

（四）通过补贴、折扣、优惠、流量资源支持、赠送增值服务等激励性措施变相实施限制。

风险示例：“二选一”行为

具有市场支配地位的平台经营者，滥用市场支配地位，没有正当理由，强迫交易相对人在该平台经营者和其他竞争性平台经营者间作出选择，并通过惩罚性措施或者激励性措施保障实施前述“二选一”行为，排除、限制市场竞争。比如：具有市场支配地位的平台经营者甲，没有正当理由，要求平台内经营者承诺不与竞争性平台开展合作，并对不遵守承诺的平台内经营者采取搜索降权、下架商品、限制流量、扣取保证金等方式予以惩戒，限制平台内经营者自由选择权，产生了排除、限制市场竞争的效果。

第十四条 搭售或者附加其他不合理条件

具有市场支配地位的平台经营者，要避免通过以下方式滥用市场支配地位，没

有正当理由，搭售或者附加其他不合理交易条件，排除、限制市场竞争：

（一）利用难以选择、更改、拒绝的格式条款、弹窗、操作必经步骤等，要求平台内经营者、消费者在使用其服务时，必须搭配使用指定商品；

（二）通过采取搜索降权、流量限制、技术障碍、关停服务、取消授权等惩罚性措施，强制平台内经营者、消费者等接受其他商品；

（三）强制或者变相强制平台内经营者、消费者等参加推广、促销、优惠活动，或者承担应当由平台经营者承担的费用、风险等；

（四）对交易条件和方式、服务提供方式、付款方式和手段、售后服务等附加不合理的限制；

（五）在交易价格之外强制收取未经明确公示的技术服务费、流量推广费等不合理费用，或者通过重复收费等收取交易价格之外的不合理费用；

（六）强制收集非必要的用户信息或者附加与交易标的无关的交易条件、交易流程、服务项目。

风险示例：“全网最低价”

具有市场支配地位的平台经营者，滥用市场支配地位，没有正当理由，要求平台内经营者向其提供全网最低价格，排除、限制市场竞争。比如：具有市场支配地位的平台经营者甲，没有正当理由，要求平台内经营者在该平台销售的商品价格不得高于其他竞争性平台，若在其他平台降价，须在甲平台内降价至相同或者更低水平，并采取措施确保相关要求的执行，产生排除、限制竞争的效果。

不具有市场支配地位的平台经营者，要求平台内经营者在商品价格、数量等方面向其提供等于或者优于竞争性平台的交易条件，可能构成纵向垄断协议。

#### 第十五条 差别待遇

具有市场支配地位的平台经营者，要避免通过以下方式滥用市场支配地位，没有正当理由，对交易条件相同的平台内经营者、消费者等交易相对人实施差别待遇，排除、限制市场竞争：

（一）对商品类别、订单数量、评分等级等交易条件相同的交易相对人，在进入平台、收取费用、营销推广等方面实行差异性标准、规则、算法；

（二）基于用户偏好、交易历史、终端设备等数据，利用支付能力、用户黏性、价

格敏感度等分析算法，实行差异性交易价格、付款条件、交易方式等。

前款所称交易条件相同，是指交易相对人之间在交易安全、交易成本、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面不存在实质性影响交易的差别。平台经营者在交易中获取的交易相对人的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同。

#### 风险示例：平台差别待遇

具有市场支配地位的平台经营者，滥用市场支配地位，没有正当理由，对交易条件相同的平台内经营者、消费者等交易相对人，实施价格、政策等方面的差别待遇，排除、限制市场竞争。比如：平台经营者甲具有市场支配地位，没有正当理由，对规模、商品、信用等方面交易条件均相同的平台内经营者，按明显不同的抽佣比例收取佣金，产生排除、限制市场竞争的效果。

#### 第十六条 正当理由

平台经营者在评估是否具有本指引第十一条至第十五条规定的正当理由时，可以考虑以下因素：

（一）在合理期限内，为发展平台内其他业务、为促进新商品进入市场、开展促销活动等；

（二）符合公平、合理、无歧视的平台规则，或者为防止平台经营者利益发生不当减损；

（三）为保护交易相对人、消费者、从业人员合法权益或者维护合理的经营模式所必需；

（四）符合正当的行业惯例和交易习惯；

（五）为保护知识产权、商业秘密、个人信息或者针对交易进行的特定资源投入所必需；

（六）为保护交易安全、数据安全或者网络安全所必需；

（七）存在不可抗力等客观因素；

（八）能够证明行为具有正当性的其他理由。

与竞争性平台经营者做法一致、顺应消费趋势、保护市场价格稳定性、维持平台生态整体性等理由一般不属于本指引第十一条至第十五条规定的正当理由。

#### 第三节 经营者集中

经营者集中包括以下情形：经营者合并，经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权，经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或

者能够对其他经营者施加决定性影响。

#### 第十七条 经营者集中申报

经营者集中达到申报标准的，经营者应当事先向市场监管总局申报，未申报或者申报后获得批准前不得实施集中。

#### 第十八条 经营者集中合规

平台经营者可以参考《经营者集中反垄断合规指引》，识别、评估和管控经营者集中反垄断合规风险，避免具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中，防范因违法实施集中承担法律责任。

#### 第四节 滥用行政权力排除、限制竞争

《反垄断法》禁止行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织（以下称行政主体）滥用行政权力排除、限制竞争。平台经营者要避免主动或者被动在行政主体协调、推动或者要求下从事垄断行为。

#### 第十九条 行政主体协调、推动的垄断行为

平台经营者要避免主动参与行政主体协调或者推动的《反垄断法》禁止的垄断行为，或者利用与行政主体签订合作协议、备忘录等实施垄断行为。

#### 第二十条 行政主体要求的垄断行为

行政主体要求平台经营者从事垄断行为时，鼓励平台经营者予以明确拒绝，并保存相应的证据材料。

平台经营者收到行政主体要求执行的办法、决定、公告、通知、意见、函件、会议纪要等文件时，要重点关注文件内容是否存在反垄断合规风险，存在风险的，及时向行政主体作出提示，必要时向反垄断执法机构反映。

### 第三章 风险管理

#### 第二十一条 风险评估

平台经营者可以根据所处行业特点和市场竞争状况，结合自身经营规模、商业模式等因素，建立风险评估指标体系，全面评估反垄断合规风险。鼓励平台经营者基于风险评估施行分类分级管理，对不同类别、等级的风险采取不同措施。

#### 第二十二条 风险提醒

鼓励平台经营者对员工施行分岗分级提醒，根据不同岗位、级别和工作范围的员工所面临的不同风险，针对性开展风险提醒。重点做好以下人员的风险提醒：

（一）法定代表人、董事、高级管理人员；

（二）主要业务负责人、新业务负责人；

（三）可能与竞争性平台经营者或者上下游经营者接触的人员；

（四）负责销售、采购、价格和商务政策制定、并购管理、销售网络管理以及联络行业协会等事项的部门中知晓竞争性敏感信息的人员；

（五）曾为竞争性平台经营者工作可能知晓其竞争性敏感信息的人员；

（六）负责企业并购项目的人员；

（七）其他反垄断合规高风险人员。

#### 第二十三条 事前风险防控

平台经营者可以在制定规则、设计算法、签订协议、商业洽谈、投资并购、调整业务模式、组织营销活动等重要事项前，对有关事项进行反垄断风险识别评估，并依据本指引第二十二条进行风险提醒。

#### 第二十四条 事中风险防控

平台经营者在经营过程中要根据法律法规、行业情况、市场结构、业务布局等发生的变化，及时更新风险评估指标体系，重新评估反垄断合规风险，提出关于平台经营者风险防控工作的合规建议。

#### 第二十五条 事后风险防控

平台经营者可以在营销活动、投资交易、商贸合作等完成结束后对反垄断合规风险进行复盘，提出关于加强和改进自身风险防控工作的反馈意见，防范化解反垄断合规风险。

#### 第二十六条 平台规则审查

平台经营者可以重点对账户管理规则、终端用户政策、平台内经营者协议和管理办法、第三方服务商合作协议、流量分配规则、促销活动政策等平台规则进行全量审查，避免发生反垄断合规风险。

#### 第二十七条 算法筛查

平台经营者可以对互联网平台内使用的各类计价算法、推荐系统、排序逻辑、广告投放策略等核心算法模型进行定向筛查和动态监测，重点关注是否存在歧视性设计、不公平交易导向、价格过度调整、统一定价推送等问题，避免发生反垄断合规风险。

鼓励平台经营者通过技术手段与人工复核相结合的方式，确保算法逻辑透明可解释，避免算法黑箱破坏市场竞争秩序、损害消费者利益和社会公共利益。鼓励平台经营者建立算法迭代纠偏机制，发现风险后及时下线调整相关算法，并留存完整审计记录。

## 第二十八条 配合调查

平台经营者及其员工要配合反垄断执法机构的调查，如实提供反垄断执法机构要求提交的证据材料，避免以下拒绝或者阻碍调查的行为：

- （一）拒绝、阻碍执法人员进入经营场所；
- （二）拒绝提供相关文件资料、信息或者其获取权限；
- （三）拒绝回答问题；
- （四）隐匿、销毁、转移证据；
- （五）提供误导性信息或者虚假信息；
- （六）其他拒绝、阻碍反垄断调查的行为。

## 第二十九条 合规整改

平台经营者按照反垄断“三书一函”要求进行整改的，要注意及时提交整改方案，有序推进整改工作，按时提交整改报告。平台经营者可以采取适当方式对整改效果进行评估，持续完善合规管理制度、改进合规管理体系。

平台经营者可以主动向社会公开整改措施和成效，接受监督。

## 第三十条 合规激励

平台经营者要建立完善的反垄断合规管理制度，并真实、有效实施。平台经营者遇到反垄断调查时，可以依据《经营者反垄断合规指南》规定，向反垄断执法机构申请合规激励。反垄断执法机构可以依法酌情考虑平台经营者反垄断合规制度的建设实施情况。

## 第四章 合规保障机制

### 第三十一条 合规管理机构

反垄断合规管理机构负责统筹、组织和推进反垄断合规管理工作，可以专设，也可以由有关部门承担相应职责。鼓励平台经营者为合规管理机构独立履职提供必要的资源，保障反垄断合规管理有效实施。

平台经营者总部可以要求分公司、控股子公司等配合开展风险排查、举报调查、监督检查和问题整改等反垄断合规管理工作。

### 第三十二条 合规汇报

鼓励平台经营者建立反垄断合规汇报机制，由反垄断合规管理负责人听取合规管理牵头部门报告合规管理落实情况和合规风险，并定期向平台经营者主要负责人汇报反垄断合规管理情况，及时报告反垄断合规重大风险。合规管理牵头部门可以组织业务以及职能部门汇报本部门的反垄断

断合规工作情况和合规风险。

鼓励平台经营者总部定期听取分公司、控股子公司等合规管理牵头部门汇报反垄断合规管理落实情况和重大风险，收集反垄断合规管理工作所需的资料和信息，及时掌握合规风险事项。

### 第三十三条 合规培训

鼓励平台经营者投入有效资源，建立反垄断合规培训机制，将反垄断合规培训纳入员工培训计划和常态化合规培训机制，结合不同岗位的合规管理要求针对性地开展培训。鼓励平台经营者建立合规培训台账，结合反垄断法相关规定及时更新培训内容，定期评估培训效果。

### 第三十四条 合规考核

鼓励平台经营者建立健全反垄断合规人事考核以及奖惩机制，将考核结果作为员工及其所属部门绩效考核的重要依据，激励和督促员工自觉遵守反垄断合规管理要求。对于考核结果不合格、涉及投诉举报的人员或者部门，采取相应纠正整改措施。

平台经营者总部可以对分公司、控股子公司等反垄断合规管理工作进行考评和指导。

### 第三十五条 合规监督

鼓励平台经营者建立反垄断合规举报

处理和反馈机制，积极响应员工、平台内经营者、消费者、从业人员等的反垄断合规投诉和举报，并组织开展核查。

鼓励平台经营者建立平台内经营者、消费者、从业人员等平台用户以及独立第三方等的外部评价机制，自觉接受社会监督，不断完善平台治理规则。

### 第三十六条 合规管理信息化

鼓励平台经营者加强合规管理信息化建设，将合规要求和风险防控机制嵌入业务信息化流程，支持业务以及职能部门对本部门日常工作开展信息化合规管理，强化对经营管理行为合规情况的过程管控和运行分析，记录和保存相关信息，提高合规工作效率。

## 第五章 附则

### 第三十七条 指引的效力

本指引是关于互联网平台的专项反垄断合规指引，旨在对平台经营者反垄断合规提供一般性指引，不具有强制性。

平台经营者、有关行业协会可以参考本指引，根据反垄断法律法规规章指南等的规定，结合自身特点，建立健全反垄断合规制度，优化合规工作体系。

### 第三十八条 指引的解释

本指引由市场监管总局负责解释。

## 二、观点速递

### 《新〈公司法〉公司章程制定与修改实务问题解答》——摘自“最高人民法院司法案例研究院”微信公众号

新《公司法》第五条、第四十五条、第四十六条、第六十六条第三款、第九十四条、第九十五条、第一百零四条、第一百一十六条第三款构建了完整的公司章程制定与修改规则。本文所载12个问题是公司章程制定与修改规则在实务应用中可能会面临的问题，供读者收藏备查。

#### 1. 什么是公司章程？

公司章程（charter），又称公司宪章（constitution），是指公司必须具备的、由发起设立公司的投资者依法制定的，并对公司、股东、董事、监事及公司高级管理人员具有约束力的，调整公司组织和行为的基本规则。公司章程是以书面形式固定下来的反映全体股东共同意思表示的基本法律文件，是公司法规定的公司成立和存续的必备文件，也是公司运营的总纲领。公司章程有实质意义与形式意义之分。实质意义上的公司章程则，是指规定公司组织和行为的公司基本规则本身；形式意义上的公司章程，是指记载公司组织和行为的

基本规则的书面文件。在大陆法系国家和地区，公司章程是由一份单一的法律文件构成，德国、法国、日本、意大利、葡萄牙以及我国都是如此。在英美法系国家和地区，公司章程由章程大纲和章程细则两个法律文件组成，并由法律赋予这两种文件不同的订立、修改的主体及程序以及不同的内容、作用与效力，将公司最重要的事项记载在章程大纲中，而将数量众多的其他事项规定在章程细则中。

〔参考文献：①最高人民法院民事审判第二庭编著：《中华人民共和国公司法理解与适用（上）》，人民法院出版社2024年版，第185页；②范健、王建文著：《公司法（第六版）》，法律出版社2024年版，第145-146页；③赵旭东主编、刘斌副主编：《新公司法讲义》，法律出版社2024年版，第109页；④曹守晔主编：《公司法修改条文理解与适用》，法律出版社2024年版，第134页；⑤周友苏著：《中国公司法论》，法律出版社2024年版，第217页、第220-221页；⑥李建伟著：《公司法学（第六版）》，中国人民大学出版社2024年版，第115页；⑦施天涛著：《公司法论（第五版）》，法律出版社2025年版，第104页〕

#### 2. 公司章程可以分为哪些类型？

公司章程可以依据不同的标准进行分

类：（1）依公司类型的不同，可分为股份有限公司章程和有限责任公司章程。其中，股份有限公司章程还可以分为上市公司章程、非上市公众公司章程和非公众股份有限公司章程。（2）依公司章程是否为单一文件构成，可以分为单一文件章程和复合文件章程。我国《公司法》规定的章程为单一文件构成。复合文件章程主要是一些英美法系国家采取的做法，公司章程由章程大纲（或称组织章程、设立章程、外部章程）和章程细则（或称运作章程、内部章程）两个文件构成。（3）依制定时间的不同，可以分为初始章程与修订章程。初始章程是指公司设立时由设立人共同制定的章程。修订章程是指公司成立后对公司章程修改的情形。根据《公司法》的规定，修订章程与初始章程最大的区别在于其通过遵循“资本多数决”的原则，无须全体股东意思表示一致，通过后的公司章程对包括不同意股东在内的全体股东都具有约束力。

〔参考文献：①最高人民法院民事审判第二庭编著：《中华人民共和国公司法理解与适用（上）》，人民法院出版社2024年版，第185页；②赵旭东主编、刘斌副主编：《新公司法讲义》，法律出版社2024年版，第109页；③曹守晔主编：《公司法修改条文理解与适用》，法律出版社2024年版，

第134页；④周友苏著：《中国公司法论》，法律出版社2024年版，第217页、第220-221页；⑤李建伟著：《公司法学（第六版）》，中国人民大学出版社2024年版，第115页）

### 3. 公司章程具有哪些法律特征？

公司章程具有要式性、法定性、真实性和公开性等特征。（1）要式性。即公司章程必须采用书面形式，并且必须依法记载。要式性是公司章程的效力要件，章程如不依法记载，比如章程没有记载法律规定的必要记载事项或者记载不正确，将导致章程不能生效。（2）法定性。即公司章程的法律地位、内容、形式、修改程序以及效力均由公司法明确规定。法定性直接影响公司章程的效力，章程的制定、修改等没有满足法律的要求，比如有限责任公司章程未经全体股东签章，则不发生效力，修改公司章程如不符合法定表决规则，将导致该修改条款无效。（3）自治性。即公司章程是公司规范内部组织关系与公司行为的基本文件与规则。公司章程是股东或发起人意思自治的产物，只要其内容不违背法律的强制性规定，均具有法律约束力。（4）公开性。即公司章程须依法登记并置于规定场所供股东查阅或者依法向社会公众予以披露。首先，公司章程须依法登记注册；其次，公司章程须置于规定场所供股东查阅；

最后，公司章程是公司发行证券时必须予以披露的文件之一。新《公司法》第五十七条第一款、第一百零九条、第一百一十条第一款等明确规定了公司章程的公开制度。

（5）真实性。即公司章程记载的内容必须是客观存在的、与实际相符的事实。这是公司章程最基本的法律要求。需要注意的是，公司章程的真实性不仅可以而且必须通过公司章程的法定性和公开性来体现，章程的法定性是其真实性的前提和基础，而公开性则是真实性的保障和监督。

〔参考文献：①施天涛著：《公司法论（第五版）》，法律出版社2025年版，第105-106页；②范健、王建文著：《公司法（第六版）》，法律出版社2024年版，第147-149页〕

#### 4. 有限责任公司章程与股份有限公司章程有哪些不同？

有限责任公司章程与股份有限公司章程主要有以下不同：（1）记载事项不同。根据新《公司法》第四十六条和第九十五条的规定，有限责任公司章程的必要记载事项为7项，股份有限公司章程的必要记载事项为12项（上市公司的更多），前者少于后者。但对于任意记载事项，有限责任公司则多于股份有限公司，即法律对股份有限公司的规制比有限责任公司要严格。（2）

修改通过要求不同。根据新《公司法》第六十六条和第一百一十六条的规定，有限责任公司和股份有限公司章程的修改虽然都必须由股东会的复杂多数通过，但前者是指代表公司全部股份2/3以上表决权的股东通过，而后者是指出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过，即法律对有限责任公司章程的修改通过要求更为严格。（3）公开程度不同。两种公司对章程依法公开的程度有所不同。根据新《公司法》第一百零九条和第一百一十条的规定，股份有限公司应当将公司章程置备于本公司，以方便股东查阅和复制；而根据新《公司法》第五十七条的规定，有限责任公司股东有查阅和复制公司章程的权利，但法律没有要求公司必须将公司章程置备于公司，即股份有限公司章程的公开程度高于有限责任公司。

〔参考文献：周友苏著：《中国公司法论》，法律出版社2024年版，第221-222页〕

#### 5. 公司章程的法定性主要体现在哪些方面？

所谓公司章程的法定性，是指公司章程的法律地位、内容、形式、修改程序以及效力均由公司法明确规定。这主要体现在以下五个方面：（1）地位法定。《民法典》

第七十九条、新《公司法》第五条要求设立公司必须依法制定公司章程。即公司章程是法律强制要求的设立公司所不可或缺的法律文件，公司章程的制定也构成了公司设立行为的中心。基于公司章程在调整公司组织关系中的核心地位，学者们甚至称其为“公司的宪法”。（2）内容法定。公司章程的内容一般由公司法直接规定，尤其是绝对必要记载事项不可或缺，否则可能导致章程无效。此外，基于国家干预的原则，公司章程不得与强制性规范相抵触。（3）形式法定。公司章程必须采用书面形式并履行法定备案或登记手续。（4）制定与修改法定。公司章程的制定与修改必须遵照法定的权限与程序。具体而言，在有限责任公司中，由股东共同制定章程，股东应在公司章程上签名、盖章。在股份有限公司中，如果采用发起设立，由发起人制订公司章程；如果采取募集设立，由发起人制订公司章程，并经成立大会通过。在公司章程修改方面，有限责任公司章程的修改应当经代表2/3以上表决权的股东通过；股份有限公司章程的修改应当经出席股东会议股东所持表决权的2/3以上通过。公司章程经修改变更内容之后，还必须办理相应的变更登记手续。（5）效力法定。新《公司法》第五条直接规定了公司章程的效力范围，即公司章程对公司、股东、董事、监事、高级

管理人员具有约束力。公司章程的法定性直接影响公司章程的效力。公司章程的制定、内容、形式、修改等违反法律的强制性规定，将导致章程不发生效力或者无效。

（参考文献：①李建伟著：《公司法（第六版）》，中国人民大学出版社2024年版，第116页；②范健、王建文著：《公司法（第六版）》，法律出版社2024年版，第147-148页；③施天涛著：《公司法论（第五版）》，法律出版社2025年版，第105页）

## 6. 新《公司法》对公司章程的公开提出了哪些要求？

公司章程往往涉及不特定第三人乃至社会公众的利益，因而法律要求以一定的方式公示其内容，相关规定如下：（1）对所有公司，都要求其章程应当向登记机关办理备案（《市场主体登记管理条例》第九条）。（2）对有限责任公司，新《公司法》第五十七条规定股东都可以查阅、复制公司章程。（3）对股份有限公司，新《公司法》第一百一十条规定股东可以查阅、复制章程，第一百零九条还要求股份有限公司将章程置备于公司。（4）对上市公司，相关法规规定章程是上市公司信息披露的一个重要内容。（5）对外国公司的分支机构，新《公司法》第二百四十六条规定其必须置

备该外国公司的章程。（6）对于公司公开发行股票或者债券的，公司章程是必须报送主管机关审核与向社会公众披露的文件之一。

（参考文献：①李建伟著：《公司法（第六版）》，中国人民大学出版社2024年版，第116-117页；②范健、王建文著：《公司法（第六版）》，法律出版社2024年版，第148页）

### 7. 公司章程的自治性主要体现在哪些方面？

公司章程的自治性主要体现在以下三个方面：（1）公司章程作为一种行为规范，不是由国家而是由公司依法自主制定的。公司法虽然就公司行为准则作出了一系列较为完整的规定，但已大幅降低了强制性规定比例，并以授权公司章程另行规定的方式赋予公司较充分的章程自治权。（2）公司章程是一种法律以外的行为规范，由公司自行执行，无须国家强制力来保证实施。出现违反公司章程的行为，只要该行为不违反法律，即可由公司自行解决，而不必借助司法程序。若因此发生诉讼，只要章程条款未违反法律的强制性规定，司法机关也应认可其效力。（3）公司章程作为公司内部规章，其效力仅及于公司和相关当事人而不具有普遍的约束力。

（参考文献：范健、王建文著：《公司法（第六版）》，法律出版社2024年版，第149页）

### 8. 公司章程的虚假记载可能会带来哪些法律后果？

公司章程的虚假记载可发生一定的法律后果：（1）登记机关拒绝登记。公司在申请登记注册时，公司登记机关将对包括公司章程在内的登记注册事项进行审查。如果发现公司章程虚假记载，登记机关将拒绝对公司登记注册。（2）承担民事责任。公司章程对外具有公信作用，第三人与公司打交道，很大程度上依赖于公司章程所揭示的内容。如果公司章程记载虚假，将构成对第三人的欺诈，并将导致公司承担民事责任。（3）接受行政处罚。例如，新《公司法》第三十九条、第二百五十条规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，并处以罚款；情节严重的，吊销营业执照或者撤销公司登记。

（参考文献：施天涛著：《公司法论（第五版）》，法律出版社2025年版，第105-106页）

### 9. 公司章程的法律性质是什么？

关于公司章程的性质，理论界主要有“合同说”“自治法规说”“折中说”和“决议说”四种观点。（1）合同说认为，公司章程是股东之间订立的一种特殊商事合同或者称之为组织合同。具体到法律适用环节，在公司章程相关条款的效力及约束力认定问题上，主张将合同法规则适用于公司章程。比如部分观点认为，初始章程系由全体股东一致同意制定，具备合同的合意机制，可限制甚至剥夺股东权；但章程修订案系由股东会多数决定机制形成，一般不具备合意机制，所以其对股东权利的限制性，尤其是剥夺性规定，有效力瑕疵。（2）自治法规说认为，公司章程是公司制定的规定公司组织和其活动的自治法规。根据该说，公司章程某条款是否有效并不取决于其是否具备合意机制、是否事先征得异议股东同意，而是取决于该条款本身的制定或者修改程序及条款内容本身是否合法、合规。（3）折中说是“合同说”和“自治法规说”的折中，认为应从类型化的视角，具体认定某些章程条款，如关于公司组织管理的条款属于自治法规，而另一些条款如关于股东权益的条款具有合同属性。（4）决议说认为，公司章程具有决议的法律属性，其制定与修改须经股东会决议，其发生效力也基于决议行为。在公司章程“决议说”项下，章程条款的效力可以适用决议的效

力性规则，在当事人认为章程所载内容无效或形成过程可撤销时，可通过提起决议的相关诉讼予以解决。相对而言，“决议说”既兼顾了公司的组织法定位与股东私权之间的冲突平衡关系，又契合了民商合一立法体例下法律行为理论贯通适用于公司自治行为的体系自治下的要求，观点较为科学。但“决议说”也有值得商榷之处，因为并非所有的章程条款均要通过决议。公司章程包括初始章程和修订章程，前者为全体股东共同签名确认即可，而后者才需要股东会决议通过，决议仅仅是修改公司章程的方式或途径，与初始章程并无关联。

〔参考文献：①曹守晔主编：《公司法修改条文理解与适用》，法律出版社2024年版，第134页；②王毓莹著：《新公司法二十四讲：审判原理与疑难问题深度释解》，法律出版社2024年版，第55-60页；③周友苏著：《中国公司法论》，法律出版社2024年版，第217页；④葛伟军著：《图解公司法》，当代中国出版社2024年版，第95页〕

## 10. 公司章程与合同（契约）有哪些主要区别？

公司章程可以视作制定者之间的一种特殊契约，但此种契约不同于合同法意义上的普通契约，是一种特殊的民事法律行为，具有组织法上的特点。结合新《公司法》

有关公司章程的规定，公司章程与合同有以下主要区别：（1）订立、变更的要求不同。有限责任公司、发起设立股份有限公司的初始章程虽由全体设立人一致同意才能制定，但修改遵循“资本多数决”的规则，并不完全要求全体股东一致同意，体现的是公司组织的意志而非每位股东的意志，即使对此持有异议的股东也须受此约束。至于募集设立股份有限公司的初始章程，其制定与修改都不需要全体发起人（股东）的同意。而合同的订立与变更，均以当事人的意思表示一致为要件，体现了每位当事人的意志，如果没有当事人的合意，合同就不能成立。在制定程序上，公司章程需要遵循严格的法定程序并以书面形式进行，还须向公司登记机关申报才能最终生效；合同的订立则一般无严格的程序与形式要求，符合生效要件即可生效，一般无须报经有关主管机关备案或审批。（2）效力的范围不同。公司章程具有明显的涉他性，其约束的对象超越了订立当事人的范围，可以约束不赞成章程的股东、不参与订立的公司管理层、未参与订立的后加入股东，以及无法参与订立的公司本身四类主体。而合同则一般仅具有相对性，仅能约束订约当事人，不得为第三人设定义务。即便是涉他合同，其所指“他”也往往是特定的第三人，本质上仍然具有相对性。（3）法律规制的

程度不同。公司法对公司章程的规制强度比合同法对合同的规制强度更大。公司章程必须反映和体现新《公司法》及相关法律法规对公司内外关系的强制性要求。所有设立的公司均应按照新《公司法》及相关法律法规规定的必要条款来制定和修改公司章程。而合同则纯属双方当事人意思表示的结果，只要不违背法律的强制性规定与公序良俗，法律一般不予干预，表现出明显的意思自治性。（4）公开性的要求不同。公司章程具有一定的公开性，首先，登记是公司的一项法定义务，通过登记不仅标志着公司已经取得法人人格，也意味着公司章程内容向登记机构公开；其次，根据新《公司法》第一百一十条关于股份有限公司“股东有权查阅、复制公司章程”的规定，章程对于作为公众投资者的股东也应当公开。而合同则具有私密性，合同当事人没有将合同内容公开的法定义务，反而还可以在合同中约定，合同的内容只限于合同当事人知悉，不准对外泄露。

〔参考文献：①李建伟著：《公司法学（第六版）》，中国人民大学出版社2024年版，第118页；②周友苏著：《中国公司法论》，法律出版社2024年版，第219-220页；③范健、王建文著：《公司法（第六版）》，法律出版社2024年版，第151页〕

## 11. 公司章程与公司设立协议有哪些主要区别？

公司设立协议，又称发起人协议、股东协议，是指由公司的发起人在公司成立过程中制定的关于公司成立事宜的协议。公司设立协议与公司章程之间具有一定的共性，如均以设立公司为目的，均会就公司形式、股东出资方式、出资时限、公司组织架构等作出明确约定。并且，通常情况下，公司章程以公司设立协议为基础，吸收设立协议的核心内容。但二者在性质和功能上也存在显著差别，主要体现在以下三个方面：（1）法律性质不同。设立协议是公司发起人之间订立的合同，遵循合同法的一般规则，通常属于不要式法律文件，其内容由各设立人自定；而公司章程是要式法律文件，其记载事项由公司法明确规定，制定和修改也必须遵循公司法规定的程序。（2）适用对象不同。设立协议为发起人之间的合同，基于合同相对性，设立协议仅在签订协议的股东之间具有约束力；而公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员均具有约束力，且不仅对公司设立时的股东等当事人有约束力，对以后新加入的股东等也具有同样的约束力。（3）效力期间不同。设立协议调整公司设立法律关系，因而效力期间始于设立行为、终于公司成立。

如果没有特别约定，设立协议在公司成立后因其目标达成而失去效力。当事人在公司成立后诉请确认设立协议无效或解除设立协议的，应予驳回。而公司章程为公司经营的根本性文件，其效力一般自公司成立时起至公司终止时止。需要说明的是，对于设立协议中作出规定但并没有内化为公司章程的内容，在公司成立后通常认为可以在缔约的股东之间继续有效，但不能对公司产生约束力。

（参考文献：①赵旭东主编、刘斌副主编：《新公司法讲义》，法律出版社2024年版，第113页；②李建伟著：《公司法（第六版）》，中国人民大学出版社2024年版，第125页；③王欣新主编：《公司法（第五版）》，中国人民大学出版社2024年版，第132页；④云闯著：《新公司法司法实务与办案指引》，法律出版社2024年版，第108页）

## 12. 制定公司章程应当遵守哪些基本原则？

从立法与公司设立实践来看，公司章程制定的基本原则如下：（1）真实性。即公司章程记载的内容必须是客观存在的、与实际相符的事实，不能有虚假记载。（2）不重复。即新《公司法》已经作了明确规定的內容一般不在章程中再作记载。（3）个

性化。即根据公司的资本规模、股权结构、股东个体情况、管理者个体情况等，突出公司章程的个性，避免千篇一律。（4）不违法。即公司章程记载的内容不得违反法律、行政法规的效力性强制规范，不能为谋取公司利益而故意规避有关法律法规，不得违反公序良俗和损害社会公共利益。（5）可操作。即公司章程应注意填补公司法的授权性空白和立法漏洞，增强规则的可操作性。（6）有弹性。即在保证公司章程内容稳定的同时，可以根据实际需要对其内容进行适时修改，以保持章程内容的弹性与可持续发展。

（参考文献：①李建伟著：《公司法学（第六版）》，中国人民大学出版社2024年版，第120-121页；②周友苏著：《中国公司法论》，法律出版社2024年版，第231页）

## 股东协议与股东会决议、公司章程的关系——摘自“最高人民法院司法案例研究院”微信公众号

### 一、股东参与公司治理的三种形式

#### （一）裁判实务提出的问题

股东参与公司治理并形成意思表示主要有三种形式：一是由股东会形成意思表示即决议，或不设股东会的公司中一名股东作出的决定，此处决议、决定的含义及效力是一样的（下文的股东会决议也包含一名股东的决定）；二是股东在设立公司时制定的章程或公司运营过程中修订的章程；三是全体股东或者部分股东形成的涉及公司治理事项的股东协议。其中，决议与章程是股东参与公司治理的正式制度安排，在公司法中处于主流地位；但在实务中，各类股东协议却大行其道，尤其在封闭公司，股东协议俨然成为除章程、股东会决议之外的第三种公司治理方式，且大有做大之势。由于股东协议的私密性、相对性、小团体性，有学者谓之为“公司暗箱治理方式”。

股东协议能够取代股东会决议、公司章程吗？如何看待股东协议在实务中的流行现象？如股东协议的内容与股东会决议、公司章程发生冲突，又当如何处理？是

公司法裁判实务中不能回避的问题。

## （二）股东协议的法律地位

股东协议的最重要分类是全体股东协议与部分股东协议，由于要讨论股东协议与股东会决议的关系，且考虑到股东会由全体股东组成（至于全体股东是否实际参会，是另一回事），部分股东协议与股东会决议实无可比性。所以，下文如无特别说明，股东协议就是指全体股东协议。

在公司法法条中检索“全体股东约定”“全体股东一致同意”关键词，可以发现有多处规定，主要有第五十九条第三款、第六十四条第一款、第八十三条、第二百一十条第四款、第二百二十四条第三款、第二百二十七条第一款等规定。审视这些规定可以看出：一是有关全体股东约定的规定全部出现在有限公司章节；二是有限公司的全体股东约定与股份公司的章程另有规定可等量齐观；三是“全体股东另有约定”受到公司法的尊重，在某些事项上可以排除公司法规定的适用。

除上引诸条款外，实务中还存在形形色色的全体股东约定条款，例如全体股东通过《投资协议》对各个股东出资义务、法人机关席位分配、总经理职位、公司分红政策等进行约定，不仅涵盖股东间的权利义

务关系，且多涉及公司治理事项，这些事项与公司章程、公司决议事项多有交叉。

## 二、股东协议与股东会决议关系的动态审视

### （一）互补关系

例如，公司法第五十九条第三款规定：“对本条第一款所列事项股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名或者盖章。”这是对有限公司股东会决议作出方式的灵活性规定，契合有限公司的封闭性假设。有人认为，这等于承认了全体股东协议对股东会决议的功能替代，这也许是一个误解。准确的解读是，经全体股东一致同意可以豁免决议的程式化适用。公司决议必须符合法定程序要求并实际召开会议，先有“会”后有“议”最后才得到“决”，否则即构成程序瑕疵，并进一步导致决议不成立。但在有限公司实务中，考虑到股东人数较少、股东相互之间较熟悉、人合性较强等因素，公司法设置了上引多个关于有限公司“全体股东另行约定”的但书条款，这些条款表明，全体股东协议得拘束公司，也即具有组织法效力，必须限定在公司法明文允许的情形下。

此外，根据公司法第一百一十二条第

一款的规定，关于股东会书面一致决的规定不适用于股份公司，这体现出两类公司在治理规范性上的不同要求。

## （二）股东协议不能替代股东会决议

股东会决议是公司治理的法定程序（形式），具有法律强制性和普遍约束力。股东会决议的通过、实施必须符合公司法的规定，任何股东协议都不能违背公司法的强制性规定。例如，如股东要对公司法第五十九条关于股东会职权的事项作出约束公司组织的意思表示，仍需依托公司决议。仅在某些情况下，股东协议可以对股东会决议的内容进行补充和细化。虽从意思自治的角度，全体股东协议似乎比股东会决议更能反映股东的真实意思，但股东协议也仅在部分法定情形下可以取代股东会决议。

## 三、股东协议与公司章程的联系

实务中，股东们往往通过股东协议自行创设权利义务，以达到排除、取代、补充公司法、公司章程规定的目的，且有喧宾夺主之势。公司章程作为公司的宪章，在公司运行、公司治理中的地位不可动摇。但在很多封闭型公司中，各类股东协议的盛行对公司章程的确产生了侵蚀效应，不能不引起警惕。

## （一）联系与区别

股东协议与公司章程都是公司治理的工具，且二者在内容上会有重叠。公司章程的内容既有强制性，例如绝对必要记载事项以及相对必要记载事项，也有任意性，如任意记载事项。在公司内部，公司章程的制定与修改都要遵循某种程式，在公司外部，其内容也具有一定的要式性，在公司设立时，公司章程需要提交登记机关审查、备案，如有修改，也要及时变更。股东协议的内容是签约股东自由协商的结果，完全遵循意思自治规则，不仅无须公示，制定及变更也更加灵活。因此，股东可以将部分公司治理事项以股东协议的形式确定下来，作为章程的有效补充。

二者的主要区别在于：

1. 参与人不同。股东协议可以由部分股东签署，也可以由全体股东签署。公司章程的制定及修改则可以由全体股东参与，至于是否参与，取决于股东自身行权的意愿。

2. 约束事项不同。股东协议处理的事项都是签约股东间的权利义务。公司章程作为公司宪章，处理的则是公司组织运行与治理的基本事务，其中也会涉及公司股东之间的某些权利义务关系，二者的内容

既有交叉也有不同。

3. 效力范围不同。股东协议遵循合同相对性规则，仅约束签约股东。唯有全体股东签署的股东协议，在公司法明文允许的情形下，才可能具有组织法效力，也即可以约束公司本身。而公司章程则首先约束公司，也同时约束全体股东、董监高。

4. 意思形成机制不同。无论是全体股东参与的股东协议还是部分股东参与的股东协议，都遵循合意，也即一致同意规则。而公司章程的制定、修订遵循资本民主原则，尽管并不排斥合意，但大多数情况下并不要求合意。

## （二）关系处理的两种模式

1. 股东协议对公司章程的细化与补充。例如在某案件中，法院认为，案涉《增资扩股协议书》关于“在不违背章程的前提下具有最高效力、公司及全体股东是协议主体、章定记载事项构成协议的一部分”等约款，表明该协议书的性质是公司对公司章程规定的具体解释，虽冠以协议之名，但违反该协议书形同违反公司章程，故构成决议的撤销事由。据此，全体股东协议乃公司章程的解释文本，违反协议视同违反公司章程。

2. 股东协议与公司章程内容不一致的

处理。基本原则是区分内部事务与外部事务。如涉及公司内部事务，则依据股东最后的意思作出处理。例如，针对分红问题，公司章程与全体股东协议约定不同的，可以进一步考察股东协议与公司章程的制定时间，在后的意思表示如可视为对在前意思表示的变更或补充，可从之；否则，仍需裁判者审慎处置，要坚持股东协议不具有组织法效力的基本原则。

如涉及公司外部事务处理，则应当以公司章程的规定为准。这是由公司章程的有限公示性决定的。例如，股东协议与公司章程就对外担保问题作了不同的规定，当第三人要求公司承担担保责任时，就应以公司章程的规定为准，若公司或股东以股东协议的内容进行抗辩，应不予支持。

当然，治理规范的公司应当尽量避免二者的内容冲突。如有新的形势发展，应尽可能修改公司章程，如出于程序原因来不及修改而先订立全体股东协议，后续公司章程当尽快吸收股东协议的内容，并及时办理公司章程的变更备案手续，以尽量克制股东协议与公司章程的内容冲突。

（作者：李建伟（中国政法大学）

来源：《人民法院报》2025年10月30日第7版）

## 典型案例 | 员工私接客户委托造成 亏损，期货公司应否承担管理不当 之责？——摘自“上海金融法院” 微信公众号

### 【裁判要旨】

期货公司从业人员私自接受期货交易  
者委托进行违规交易，在双方就该种交易  
蓄意隐瞒期货公司的情况下，员工行为系  
其个人行为，并非职务行为。员工并非接受  
期货公司指示，或为期货公司利益而作此  
行为，期货交易者的损失与期货公司的管  
理行为无因果关系，该行为的法律后果不  
应由期货公司承担。

### 【案情】

原告：康某

被告：建某期货有限责任公司（以下简  
称建某期货）

2020年3月26日，康某向建某期货申  
请开户进行期货交易。建信期货向康某出  
具了《普通投资者适当性风险揭示书》《普  
通投资者适当性匹配意见告知书》，双方在  
线签署《期货经纪合同》《客户须知》等。  
其中，《客户须知》第三条第二款规定，“客  
户应当知晓期货交易中任何获利或者不会

发生损失的承诺均为不可能或者是没有根  
据的，期货公司不得与客户约定分享利益  
或共担风险。”2020年3月27日，康某在  
建信期货处开通期货账号。自2013年以来，  
朱某已在上海良某期货经纪有限公司（以  
下简称良某期货）任职。2014年4月，良  
某期货改名为建某期货。

2020年7月11日，康某与朱某加为微  
信好友，2020年7月22日，康某（以下聊  
天记录中简称康）与朱某（以下聊天记录中  
简称朱）微信聊天记录发生如下对话：朱：  
“行啊，想合作的话，准备好资金随时可以，  
多了也不要，就300-500的规模，我们都是  
打小市值的”；康：“好的，听老师的”；  
朱：“可以的，准备好一个户，账号密码丢  
过来，我们这里买，你看着自己的账户，一  
般都是一个标的一个标的结算。不过康总，  
这个事儿只能是你和我知哈，毕竟和公司  
的工作不是一路的，望谅解”；康：“好  
的”。

2020年7月24日的聊天记录显示：  
朱：“多少资金康总，你自己说了算。多少  
我都带着你做，一起赚一起亏。提成这事我  
不敢要啊。你是我们良某期货时期的老客  
户了，还是我们陈总朋友。赚了再说行吧。  
有难同当了再谈有福同享嘛。”康：“老师  
有赚肯定要有抽成。”“二成三成的能做

好康总看着给。”2020年7月26日微信聊天记录显示：朱：“所有的事康总替我保密哈”；康：“好的”。之后又有聊天记录显示：朱：“康总不好意思，因为银行员工的关系，我不方便有资金往来，用的是我朋友的卡：某行，上海市普陀区中山北路支行。”康：“没事，还有老师我就汇100，零头就不汇了，你看怎么样。”朱：“好的，没问题。”康：“当时说20-30，我不与老师讨价还价，老师能够帮忙赚钱，我多付10%无所谓。”朱：“谢康总，股票的损失我全记录着，之后的盈亏，我会全部算着的，过年前我们一起算好吧。”

2021年10月13日聊天记录显示：康：“现在做什么已经不重要了，造成的损失你需要给我一个交代，我直说吧，我的目的只有一个，赔偿损失”；朱：“我也无能为力，赚钱的时候我也只是帮忙，你自己几次心态亏损造成的损失，不管是之前甲醇赚了也好，螺纹跌了我说坚持也罢。但凡坚持这次的亏损也只是小损失。我不能因为后期帮忙，你的止损亏钱我来买单是吧？”康：“赚钱的时候我给你一百万我二话没说吧，现在出了问题，那就都是我自己的责任？我会找期货公司的。”

2021年10月20日聊天记录显示：朱：“我努力凑钱给你这100万啊，一份工作

让我承担这亏损我也承担不了啊。是吧”；康：“你上次说其余的部分一起跟公司沟通解决指的是什么意思？”；朱：“你不是说要赔偿吗？我没那个能力”；康：“那这个赔偿谁来赔呢，你们公司什么意见？”朱：“你不是投诉了吗，我不知道啊。公司也才知道。”

2021年11月9日，建某期货出具《关于给予朱某开除处分的决定》，载明：“朱某作为期货从业人员，私下与客户达成合作并指导客户进行期货交易，收受客户分成款，其行为违反了中国证监会《证券期货经营机构及其工作人员廉洁从业规定》（证监会令第145号）第十条，《期货公司从业人员执业行为准则》（建期总发〔2018〕68号）第十五条的有关规定。根据《期货公司员工违规处理办法》（建期总发〔2017〕49号）第四十五条之规定，经公司总裁办公会2021年第27次会议审议、征求工会意见并经公司党委会2021年第15次会议审批，决定给予朱某开除处分。”同日，朱某签收该份决定。

2022年9月23日，上海证监局出具《关于对朱某采取出具警示函措施的决定》，载明朱某在建某期货任职期间，存在以下违规事实：一是不具备期货投资咨询资格但向投资者提供具体的期货投资咨询

建议，构成了《期货公司期货投资咨询业务试行办法》第三条第二款规定的行为。二是与客户约定分享利益，构成了《期货公司期货投资咨询业务试行办法》第十三条第一款第一项规定的行为。上述行为违反了《期货从业人员管理办法》第十五条第三项的规定，根据《期货从业人员管理办法》第二十九条的规定，现决定对朱某采取出具警示函的监督管理措施。

审理中，康某自述知晓朱某违规与其进行合作，但是朱某教唆其不要向建某期货陈述真实情况，其冒着违规风险和朱某合作是因为想赚钱，其自身虽有过错，但建某期货管理不当也对其损失发生有过错，应当承担责任。

### 【审判】

上海金融法院经审理后认为，本案争议焦点在于原告康某因与被告建某期货当时的员工朱某合作进行期货交易而产生的损失是否应由建某期货承担。康某认为，朱某作为建某期货的工作人员，其违规行为导致康某期货交易产生损失，建某期货对员工管理不当存在过错，该损失应由建某期货予以赔偿。建某期货则认为，朱某的行为系个人行为，建某期货对康某损失产生没有过错，不应赔偿。

法院认为，首先，朱某的行为并非职务行为，所造成的后果不应由建某期货承担。经审查，康某在建某期货开立期货账户时，双方签订了《期货经纪合同》，建某期货并对康某进行了投资者适当性评估，并向其送达了《客户须知》等文件，建某期货已将期货交易需要知晓的事项、期货交易存在的风险、期货公司不得与客户约定分享利益或共担风险等事项告知了康某，履行了适当性管理义务，故康某在开户时应当了解期货交易的风险及要求。审理中，康某陈述在接受朱某的指示之前，也自己进行过期货交易，故对于期货交易也具有一定认知，其自述也清楚朱某为其提供期货投资建议系违规行为，但为了赚钱而愿意冒风险与朱某合作进行投资，双方并约定了投资分成。合作过程中，朱某明确告知康某该做法与公司规定不一致，让康某不要告诉公司，并要求康某将分成打入第三人账户，康某均予以同意，并将100万元分成转入朱某提供的第三人账户。从双方合作过程来看，双方均明知该合作交易行为违规，并合意隐瞒建某期货，朱某并非接受建某期货的指示，或为建某期货的利益而作此行为，朱某的行为系其个人行为，并非作为建某期货员工的职务行为，该行为的法律后果不应由建某期货承担。

其次，在本案的民事赔偿法律关系中，建某期货的管理行为与原告康某损失没有直接因果关系。康某认为建某期货存在员工管理不当的过错，但康某本可以及时向建某期货或相关监管部门告知情况，却一直刻意隐瞒直至大额损失发生，康某与朱某的行为与案涉交易损失具有直接因果关系。从建某期货提供的证据来看，其要求员工签署《员工执业行为合规承诺书》、向员工发送《投资咨询业务的合规提示》等行为也尽到基本管理职责，对于员工与外部人串通隐瞒的行为，确实难以知晓。而且，建某期货即便存在员工管理不当的行为，也应由行政监管部门进行核查处理，而且处理结果也不影响康某与朱某的行为与案涉交易损失具有直接因果关系的认定，故对康某申请法院进一步调查建某期货是否因本案事项受到监管部门处理的申请，不予采纳。此外，康某援引的《中华人民共和国期货和衍生品法》（以下简称《期货和衍生品法》）系2022年8月1日起施行，本案行为发生于该法律实施之前，不应适用。而且，该法第六十九条第三款规定：“期货经营机构从事期货业务的人员在从事期货业务活动中，执行所属的期货经营机构的指令或者利用职务违反期货交易规则的，由所属的期货经营机构承担全部责任”，但本案中朱某并非执行建某期货的指令，也

并非利用职务之便，其行为所造成的损失不应由建某期货承担责任。故对康某的意见，不予采信。上海金融法院一审民事判决，驳回原告康某的诉讼请求。一审判决作出后，双方当事人均未上诉，一审判决生效。

### 【评析】

自20世纪90年代中国第一家期货交易所成立以来，中国期货市场迎来快速发展期，交易品种不断增加、参与主体日益多元、市场规模不断扩大。因期货交易具有杠杆高、风险大、投机性强的特点，法律及行政监管对期货经营机构、期货交易者均作出了严格的准入限制，对期货从业人员亦作出严格的行为规范。《期货公司期货投资咨询业务试行办法》第十三条以“列举”加“兜底”的规范方式，对期货公司及其从业人员在开展期货投资咨询服务时，禁止从事的行为进行规定，其中包括不得向客户做获利保证，或者约定分享收益或共担风险。而当期货公司从业人员从事上述禁止性事项导致客户损失时，该等行为之后果应否由期货公司承担在实践中争议较大，该争议实质牵涉两方面问题：一是期货从业人员行为是否为职务行为的认定；二是期货公司日常管理行为与客户损失是否有因果关系的判断。

#### 一、期货公司承担替代责任之法理分

析

《期货和衍生品法》第六十九条第三款规定：“期货经营机构从事期货业务的人员在从事期货业务活动中，执行所属的期货经营机构的指令或者利用职务违反期货交易规则的，由所属的期货经营机构承担全部责任”。尽管《期货和衍生品法》发布于2022年，但该规定本质是对职务代理行为产生后果归属于被代理人等民法规定在特别法中的重述和演绎。《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第一千一百九十一条也规定，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。该等规定的法学原理在于，期货公司工作人员和期货公司之间系从属性用工关系。用工方和劳动者应视为一个整体，劳动者属于用工方之“手臂”，最终损害的发生与用工方违反了选任、监督、指示、安全保障的法定义务不无关系。因而用工方对最后的损害结果也应承担相应的责任，而不能通过向劳动者追偿而转嫁风险。其目的一方面在于减少或避免期货公司侵权行为的发生，促使期货公司提高管理水平，更严格地约束工作人员，减少损害发生。另一方面，期货交易杠杆性强、风险度大，而与员工个人赔偿能力相比，期货公司的赔偿能力更为充足，由期

货公司直接承担责任有利于保护受害人的合法权益。以代理行为理论为起点，如何判断期货公司从业人员之行为是否属于职务行为，须先考察职务行为通常之构成要件，再结合具体期货相关行为予以认定。

## 二、期货公司从业人员职务行为之司法认定

### （一）职务行为之构成要件

根据学理及《民法典》的规定，职务行为的构成需要三个要件。其一，代理人需要是法人或者非法人组织的工作人员，二者存在劳动关系或委托关系，即职务代理人被纳入法人或非法人组织的机构内，为其工作。其二，需以法人或者非法人组织名义实施法律行为，这是显名主义的具体应用，以区分个人行为与职务行为。其三，该行为需与其职务范围有关，这涉及是否为有权代理。而通常情况下，期货公司工作人员接受期货公司之委托，从事期货交易行为，符合与期货公司之间存有劳动关系、以期货公司名义实施法律行为、行为与职务范围有关等构成要件，因此，期货公司工作人员实行与其工作有关之交易行为时，该法律后果及责任大多归因于期货公司所承担。但需注意特定情况下职务行为与个人行为的区分，即是否系执行工作任务的行为。

## （二）执行工作任务的认定标准

根据职务行为的构成三要件，认定职务行为在第一要件是否存有劳动合同及第二要件是否以公司名义从事活动两方面比较容易判断，但在判断第三要件是否系执行工作任务的的行为时则比较复杂。王泽鉴教授认为：“所谓职务的范围，应当是指一切与雇用人所命令执行的职务具有通常合理相关联的事项。这一事项，与雇用人所委托办理的事务，既具有内在联系，雇用人可以加以预见并事先加以防范，因此得以计算其损失于整个企业之内而设法予以分散”。即王泽鉴教授认为界定执行工作任务范围的核心在于有内在关联。台湾学者黄立对执行职务下定义为：“执行职务应指他人为雇用人的利益作为，不论其工作是否有报酬，只要受雇人所给付者，系由他人确定的工作，其工作报酬可高可低，可为纯事实上的工作、经济上的工作、法律性的工作”。该定义认为界定执行工作任务范围的核心在于为用人者利益而为。

总而言之，学界及司法实务界中，“执行工作任务”的认定主要存在主观说、客观说和折中说三种观点。

观点一：主观说。主观说认为，界定被使用人的活动是不是属于法律条文中规定的执行工作任务，应当从当事人的意思内

容出发来判断。主观说又包括用人者意思说和被使用人意思说这两种，即分别从雇主和员工的意思表示出发。但主观说可能导致主观不当意图反受法律保护。故在司法实践中，纯粹采用主观说判断职务行为较为少见。有法院认为，动机因素是主观考量的内容，难以通过客观的证据来予以证明。个人的主观目的既不能取代和否定为执行工作任务需要外出的动机，也不能从整个时空的标准上影响执行工作任务行为的界定。

观点二：客观说。客观说认为，应以行为的外观为标准，只要行为从外观上属于社会观念上的执行职务，无论公司还是员工主观上如何认识，该行为都属于职务行为的范畴。

观点三：折中说。折中说认为，应当从行为人的主观意思和行为的客观性质两个方面加以判断，员工和雇主主观上认为是执行职务行为，在客观上又不悖于情理，就可认定该行为是执行职务。例如，有法院认为，考量用人单位工作人员的行为是否属于执行工作任务（职务行为），需要同时符合下列标准：第一，实施时间、实施地点是否在工作时间、工作地点。第二，是否有单位的授权或足以使人相信有单位的授权。第三，所得收益是否归于用人单位。第四，

用人单位是否明知。第五，用人单位是否有权对行为人的行为进行监督和制止。

随着社会经济的发展，民商事行为日趋复杂化，折中说观点通常结合如行为的内容、行为的时间、地点、场合、行为之名义（以用人单位名义或以个人名义）以及行为的受益人（为用人单位受益或个人受益），以及是否与用人单位意志有关联等等因素进行考察，较为全面。本案亦是采用折中说观点判断是否构成执行工作任务的行为。

### 三、期货公司从业人员职务行为的特殊性考量

虽然期货公司从业人员职务行为与一般职务行为的认定标准在原则上是一致的，但鉴于期货行业高风险的特殊性，以及期货从业人员对于市场信息的先天优势，为保护投资者权益以及控制期货市场风险，期货公司从业人员的职务行为认定还有一些特别的考量因素，这在司法实践中也有体现。如李某诉某期货公司期货经纪合同纠纷案，该案中，从2010年8月至2014年5月，李某的账户共发生2万多次交易记录，成交金额达200多亿元。2014年6月李某对其中1万多次交易有异议，认为系期货公司的工作人员私自登陆其账户并进行交易等，给其造成巨额亏损，开始多次向湖南证监局等部门进行信访、投诉举报。湖南证

监局对李某的投诉进行多次答复，载明，2011年11月18日期货公司工作人员彭某在李某账户中进行过平仓操作，该行为违反了《期货从业人员管理办法》等规定。最高人民法院认为，李某主张案涉争议1万多笔交易由期货公司员工操作，在期货公司有员工曾操作李某账户，且案涉争议1万多笔交易发出指令的IP地址均为期货公司的情况下，期货公司作为交易记录的持有者，其更有能力证明案涉争议交易的具体操作地址和操作人，应当对该争议交易指令不是其员工操作承担举证证明责任，但期货公司未能就此提供证据予以证明，应承担举证不能的不利后果。李某关于案涉争议交易系由期货公司员工操作的主张，予以确认。期货公司对其员工负有监督管理职责，督导员工严格遵守法律法规及行业规则，禁止员工接受客户委托进行交易。本案期货公司对其员工未尽到监督管理职责，存在过错。从事实后果看，期货公司已从其员工的违规行为中受益。期货公司应当就1万多笔交易对李某造成的损失承担相应的过错赔偿责任。

该案中，关于期货从业人员是否为职务行为，法院从实体上分析了交易行为是否以期货公司或者期货从业人员之名义，以及期货公司是否因行为受益等；还从程

序上将举证责任分配给期货公司，在发出交易指令的IP地址为公司的情况下，由期货公司证明该交易并非由公司员工操作，这种举证责任的平衡即是在期货公司与交易者之间信息获取能力不对等的情形下，对期货公司等专业机构的管理职责方面的要求更为严格。

而本案中，在判断期货从业人员是否为职务行为时，因期货交易者自述也清楚期货公司员工为其提供期货投资建议系违规行为，但为了赚钱而愿意冒风险与工作人员合作进行投资，双方并约定了投资分成。合作过程中，员工明确告知交易者该做法与公司规定不一致，让交易者不要告诉公司，并要求交易者将分成打入第三人账户，交易者均予以同意，并将100万元分成转入员工提供的第三人账户。从双方合作过程来看，双方均明知该合作交易行为违规，并合意隐瞒期货公司，员工既未用期货公司之组织名义实施法律行为，也非为期货公司的利益而作此行为，员工及交易者亦主观明知该等行为与员工日常职务无关，员工的行为系其个人行为，并非作为期货公司员工的职务行为，不符合职务行为的构成要件和认定标准，该行为的法律后果不应由期货公司承担。

四、期货公司管理行为与客户损失是

否存在因果关系的判断

从侵权民事赔偿行为的一般原理而论，如果期货公司需承担管理不当的责任，则其行为需与被侵权人所受损害之间存在相当因果关系。《期货和衍生品法》《期货公司监督管理办法》《期货公司期货交易咨询业务办法》均对期货公司及从业人员的禁止行为作出规定。在实操中，具体行为一般由期货从业人员进行，期货公司的行为规范则通过管理其工作人员之行为进行。故而期货公司的管理行为是其在工作人员违规后承担责任的义务来源。以《期货和衍生品法》第五十条规定的适当性义务为例，工作人员违反适当性义务，致使交易者遭受损失，则期货公司如管理不力导致工作人员违反适当性义务，亦应承担违反适当性义务的后果。在张某诉陶某、北京某期货公司期货交易纠纷案中，张某通过居间人陶某在北京某期货公司从事期货交易并受到损失，认为陶某和北京某期货公司均存在过错造成其损失。北京高院认为，作为期货居间人的陶某应严格履行“投资者适当性义务”，同时对投资者应当负有诚实守信、勤勉尽责的义务。陶某未履行“投资者适当性义务”，导致张某在对期货投资的高风险认知不充分的情况下进行了投资，增加了张某经济损失发生的客观可能性，且

高风险随后被现实化。同时，陶某因为张某的交易而获取高额比例的居间报酬。陶某对于张某期货交易损失的发生具有较大的主观过错，该过错与损失之间具有法律上的因果关系。因此，陶某应当承担相应的赔偿责任。虽然北京某期货公司的履约行为对于张某期货交易损失的发生不具有直接因果关系，但北京某期货公司对期货居间人疏于管理，导致期货居间人陶某未履行“投资者适当性义务”，因此，期货公司具有一定过错，应承担相应的赔偿责任。张某的损失发生直接源于期货交易市场的波动，并与张某采取的操作方式相关。张某对期货投资的高风险不做充分分析判断，对他人指定的期货居间人陶某的身份未向首创期货公司进行核实，后发生期货交易损失。结合张某、陶某及北京某期货公司存在的过错、过错的性质及大小、过错和损失之间的因果关系等因素，酌定陶某赔偿损失的30%，期货公司赔偿损失的10%。

与上述案例不同，本案中，从期货公司提供的证据来看，其要求员工签署《员工执业行为合规承诺书》、向员工发送《投资咨询业务的合规提示》等行为也尽到基本管理职责，对于员工与外部人串通隐瞒的行为，确实难以知晓，若要求期货公司对内部员工所有不法行为均承担管理责任，实属

苛责。如前所述，期货公司替代责任的优势在于，一是促使期货公司提高管理水平，减少损害发生。二是更好保护受害人合法权益。但当交易者对员工的违规操作行为系属明知，则并非在“受害者”之序，不应用期货公司替代责任保护该种违规行为。本案交易者早已知晓员工的违规行为，本可以及时向期货公司或相关监管部门告知情况，却一直刻意隐瞒直至大额损失发生，其亏损的直接原因是因为员工的个人违规行为，不应由期货公司承担赔偿责任。

#### 【结语】

《期货和衍生品法》系2022年8月1日起施行，本案行为因发生于该法律实施之前，故并未适用《期货和衍生品法》，但裁判精神亦符合《期货和衍生品法》之规定。期货交易本身杠杆性高、风险较大，期货从业者应遵守法律和监管的相关规定，审慎合规处理期货交易，期货交易亦应有基本风险意识，其与从业者私下委托交易所产生的损失不应由期货公司承担。

（文章刊载于中国金融出版社出版的《期货及衍生品法律评论（第五卷）》）

### 三、实务研究

#### 《最高人民法院关于公司担保案件的裁判要旨精选》——摘自“最高人民法院司法案例研究院”微信公众号

最高人民法院组织本院各审判业务部门对近年来生效裁判进行全面梳理，并提炼裁判要旨，同时，由各庭室推荐资深法官、业务骨干组成专业研究小组，对裁判要旨进行审核。各庭专业法官会议对裁判要旨再次进行讨论和修改，作为统一法律适用、类案强制检索、辅助法官办案的重要参考。经精心编校和案件分类整理，收录在《最高人民法院裁判要旨精选》一书，并由人民法院出版社公开出版。这些裁判要旨突出实践性、实效性，集中展现了法官的司法理念、裁判思路和法律适用方法，对全国法官及其他法律从业者具有积极的参考价值。

**法定代表人越权签订合同，对方当事人知道或者应当知道的该合同对公司不产生效力**

——宇某公司与托某某公司合同纠纷上诉案

案号：（2020）最高法民终676号

**关键词：**民事/合同/合同效力/董事会决议

**相关法条：**《中华人民共和国公司法》第16条（参见2023年修正、2024年7月1日施行的《中华人民共和国公司法》第15条），《中华人民共和国合同法》第50条（对应《中华人民共和国民法典》第504条）

#### 裁判要旨

《协议书》中涉及公司向其他企业投资的内容，根据《公司法》第16条之规定，公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议。对外投资的托某某公司主张其对于《协议书》并未参与，并不知情。《协议书》的签订未经托某某公司董事会或股东会决议，系越权行为。宇某公司法定代表人系托某某公司董事，全程参与了托某某公司搬迁至宇某公司事宜，对托某某公司是否作出董事会决议及股东会决议系明知，而宇某公司明知托某某公司未作出相关公司决议依然与之签订合同，并非善意相对方，不符合《合同法》第50条规定，故《协议书》对托某某公司不发生法律效力。

#### 案情摘要

2014年，子某公司与顺某公司、托某某公司三方签订《合作框架协议书》，约定

三方同意顺某公司以现金及土地等入股托某某公司，入股后，子某公司持托某某公司33%，顺某公司持67%等。同年6月5日，子某公司与顺某公司签订了《增资扩股协议》。双方办理了工商登记变更批复。顺某公司委派宇某公司法定代表人王某强等担任托某某公司董事。2014年8月26日，托某某公司《会议纪要》载明了托某某公司搬迁至石家庄宇某公司。2014年8月29日，托某某公司与宇某公司签订8·29《协议书》，约定了托某某搬迁到宇某公司，并约定托某某公司承诺于2016年1月底全部搬迁至宇某公司，否则自愿以总投资78300万元的20%（15660万元）作为违约金赔偿给宇某公司，并自愿承担宇某公司为实现债权所产生的费用，负责赔偿宇某公司该项目的实际损失。

后合作方发生纠纷，2015年11月，子某公司起诉讼要求撤销托某某公司变更企业类型的批复，法院裁定因顺某公司提交的土地证及公司企业法人营业执照不真实而撤销批复，并撤销工商局的变更登记。宇某公司另案起诉托某某公司，请求托某某公司偿还宇某公司垫付的代购款及利息，合计1516.8万元，法院判决支持。

宇某公司提起本案诉讼，认为其为托某某公司的项目搬迁，专门进行了大量建

设和购买设备等准备工作，现托某某公司不予搬迁，要求根据8·29《协议书》约定，请求判令托某某公司赔偿不履行搬迁义务的违约金15660万元、律师费100万元等，共计15760万元。一审判决认为托某某公司对搬迁至宇某公司以及宇某公司已实际履行的事实是知情的，8·29《协议书》有效，但8·29《协议书》中约定的项目总投资额78300万元以及双方各自的资产估算数额并无客观依据，不能作为违约金的计算基数，经过综合考虑，酌定判决托某某公司向宇某公司承担违约金22211359.5元。宇某公司与托某某公司均不服上述判决，提起上诉。二审判决认为8·29《协议书》对托某某公司不发生法律效力，宇某公司主张托某某公司违约并请求其支付违约金没有事实及法律依据。宇某公司为筹备托某某公司搬迁事项所遭受的损失，是在顺某公司、托某某公司、宇某公司等主体合作过程中产生，宇某公司如欲主张该损失，可另行起诉，查明各方主体合作内容，合作中各方投入、收益以及产生的损失，合作破裂的原因，各方主体过错程度等，最终确定各方应承担的责任。故判令撤销一审判决，驳回宇某公司诉讼请求。

（撰写人：潘勇锋）

善意相对人对上市公司担保行为的审

## 查义务

——中某某某公司与华某江西分公司及武汉绿某公司、北京中某公司借款合同纠纷申请再审案

案号：（2020）最高法民申 5166 号

关键词：民事/担保/借款合同纠纷/效力/善意相对人/

## 上市公司

相关法条：《中华人民共和国公司法》第 16 条（参见 2023 年修正、2024 年 7 月 1 日施行的《中华人民共和国公司法》第 15 条）

## 裁判要旨

公司章程和内部制度对相关担保的决议机关规定属于约定限制，相对人的审查义务并非基于其对外效力，故应以形式审查为限。在董事会决议已经声明担保金额和相关事项完全符合《公司法》和《公司章程》规定的情况下，要求债权人对于上市公司已经对外作出担保的数额和公司实际总资产的关系进行实质审查，超出了合理审查的范围，亦增加了债权人的举证责任和交易成本，不应将其作为债权人是否善意的考量因素。（本案一审判决后，《全国法院民商事审判工作会议纪要》与《最高人民

法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》对上市公司对外担保作出了不同于一般公司对外担保的规定，即认可债权人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立的担保合同的效力。其中，《全国法院民商事审判工作会议纪要》第 22 条的理解适用认为：“上市公司是公众公司，不是封闭公司，其必须遵守交易所的规则，这些规则就包括所有‘提供担保’须公开披露；为他人提供担保，哪些是董事会的职权，哪些是股东大会的职权等。作为与上市公司签订担保合同的担保权人，作为善意的相对人，其理应知道上市公司签订担保合同哪些事项需经董事会决议，哪些事项不仅需要董事会决议，还必须经过股东大会决议。”）

## 案情摘要

2017 年，北京中某公司将其对武汉绿某公司拥有的金额为 3 亿元的债权转让给华某江西分公司，华某江西分公司与武汉绿某公司签订《还款协议》。同时，华某江西分公司与中某某某公司签订《保证协议》，并取得该公司出具的同意提供连带责任保证担保的董事会决议，声明案涉担保金额及相关事项完全符合《公司法》及《公司章程》的规定。中某某某公司系上市公司，根

据其公开披露的《公司章程》《对外担保管理制度》显示，单笔担保数额超过公司最近一期经审计净资产 10%的，应提交股东大会审议通过。2020 年，上海证券交易所对中某某公司作出《纪律处分决定书》，载明案涉担保占公司 2016 年度经审计净资产的 12.97%，未及时披露，也未按规定履行股东大会审议程序。

（撰写人：郁琳）

**《公司法》第 16 条第 1 款规定不应作为判断公司对外合同效力的唯一依据**

**——华某公司与富某公司借款合同纠纷申请再审查**

**案号：**（2021）最高法民申 117 号

**关键词：**民事/借款合同纠纷/公司对外合同效力的判断

**相关法条：**《中华人民共和国公司法》第 16 条第 1 款（参见 2023 年修正、2024 年 7 月 1 日施行的《中华人民共和国公司法》第 15 条第 1 款），《中华人民共和国合同法》第 52 条第 5 项（参见《中华人民共和国民法典》第 153 条第 1 款）

**裁判要旨**

《公司法》第 16 条第 1 款规定“公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依

照公司章程的规定，由董事会或股东会、股东大会决议”属于管理性而非效力性规定，不属于《合同法》第 52 条第 5 项的“法律、行政法规的强制性规定”的效力性强制性规定，是否经董事会或股东会、股东大会决议不应作为判断公司对外签订合同效力的唯一依据，但债权人具有明显过错的除外。

**案情摘要**

担保人富某公司系上市公司，债权人华某公司应当根据上市公司公开披露的关于担保事项是否经过董事会或者股东大会决议通过的信息订立担保合同，而富某公司法定代表人未经股东会或股东大会、董事会等公司机关决议对外签订《保证协议》，且该协议亦未经过公司追认。华某公司作为上市公司，应当知晓公司对外担保的相关规定，亦应当知道富某公司法定代表人超越权限订立担保合同，且根据《收购重组湖南某技等对中技桩业持有的非金不良债权项目》载明，本案其他担保公司已实际提供股东会决议等文件，华某公司未举证审查了富某公司董事会或股东大会文件，不构成善意相对人，故华某公司与富某公司签订的《保证协议》无效，富某公司不应承担保证责任。

（撰写人：贾劲松、范怡倩）

公司提供关联担保，未出具公司股东会决议，是否应承担保证责任

——鑫某某公司与郑某、吴某炎、龙某某公司等民间借贷纠纷再审案

案号：（2021）最高法民再312号

关键词：民事/民间借贷纠纷/关联担保

相关法条：《中华人民共和国公司法》第16条（参见2023年修正、2024年7月1日施行的《中华人民共和国公司法》第15条），《全国法院民商事审判工作会议纪要》第17条、第18条

### 裁判要旨

公司为公司股东或者实际控制人提供关联担保，债权人在签订担保合同时，应按照法律规定要求，审查有无公司股东会或股东大会决议。若债权人未进行合理审查，则应认定未尽合理审查义务，不构成善意第三人，担保合同对公司不发生效力。

### 案情摘要

郑某作为出借人，吴某炎、龙某某公司等作为共同借款人，鑫某某公司作为担保人签订了《借款合同》，吴某炎作为保证人鑫某某公司的法定代表人在合同保证人处签字。鑫某某公司为其法定代表人及股东

吴某炎提供担保，但合同签订时未出具相关股东会决议。另外无证据证明案涉借款担保属于鑫某某公司为自身开展经营活动或自身利益向债权人提供担保。后因借款到期不能偿还，郑某向吴某炎等主张偿还借款及利息，并要求鑫某某公司就此承担担保责任。

（撰写人：李延忱、高玥）

《最高法：即使验资报告、审计报告均能证明已出资，但客观上并未出资的，原股东和新股东均应追加为被执行人》——摘自“最高人民法院司法案例研究院”微信公众号

【裁判要旨】1、有限责任公司股东是否实际出资应当综合货币出资存入银行开设账户、验资证明、出资证明书等予以认定。被申请人追加人仅依据公司的验资报告、审计报告，即主张其有理由相信聂某斌已实

际出资，不予支持。2、一审法院已查明公司收取发起股东入股款项的银行账户并不存在，原股东未履行出资义务，结合被申请追加人无偿受让股权这一事实，一、二审法院推定被申请追加人应当知道原股东未履行或者未全面履行出资义务并无不当。

**中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2024）最高法民申5990号**

**再审申请人（一审被告、二审上诉人、被申请追加人）：**张某民，男，1969年7月2日出生，汉族，住陕西省渭南市临渭区。委托诉讼代理人：寇晓，泰和泰（西安）律师事务所律师。**被申请人（一审原告、二审被上诉人、申请执行人）：**成都某某科技有限公司，住所地四川省成都市高新区。法定代表人：温某。委托诉讼代理人：张卫，陕西君勤律师事务所律师。委托诉讼代理人：薛玉融，陕西君勤律师事务所律师。**一审被告（被执行人）：**陕西某某医药咨询管理有限公司，住所地陕西省渭南市经济技术开发区。法定代表人：张某民。**一审被告（被申请追加人）：**聂某斌，男，1963年3月20日出生，汉族，住陕西省渭南市临渭区。**一审被告（被申请追加人）：**赵某利，男，1963年5月10日出生，汉族，住陕西省渭南市临渭区。**一审被告（被申请追加人）：**王某，男，1987年1月8日出生，汉族，

住陕西省渭南市临渭区。再审申请人张某民因与被申请人成都某某科技有限公司（以下简称某1公司）及一审被告陕西某某医药咨询管理有限公司（以下简称某2公司）、聂某斌、赵某利、王某变更、追加被执行人执行异议之诉一案，不服陕西省高级人民法院（以下简称二审法院）（2023）陕民终489号民事判决（以下简称二审判决），向本院申请再审。本院受理后，依法组成合议庭对本案进行了审查，现已审查终结。**张某民申请再声称，**（一）某2公司在成立时已经过法定验资程序，会计事务所亦出具审计报告，张某民在受让聂某斌的股权时已尽到合理审查义务，有充分理由相信聂某斌已经实际履行出资义务。（二）根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（三）》第十八条规定，只有公司或债权人证明受让人对公司股东未履行或未全面履行出资义务即转让股权知道或者应当知道的情况下，受让人才承担连带责任。某1公司未提供充分证据证明张某民知道或应当知道聂某斌未出资的事实。一、二审判决仅以张某民受让股权时未支付对价为由推定张某民知道或应当知道原股东聂某斌实缴出资未缴足的事实，举证责任分配不当，属于适用法律错误。另外，案涉股权转让时已不具备相应价值，股权转让未支付对价有合理事由。

综上，张某民根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十一条第二项、第六项的规定申请再审。某 1 公司提交意见称，（一）一、二审法院已查明某 2 公司出资账户不存在，聂某斌未履行出资义务。张某民受让股权时仅通过查看验资报告、工商登记等材料，未进行实质性调查，没有尽到谨慎的注意义务。某 2 公司于 2016 年 8 月 5 日作出股东会决议，将法定代表人变更为张某民。某 2 公司股权转让协议于 2016 年 10 月 13 日签订，14 日完成股权变更登记，张某民有足够时间了解受让股权的出资情况。张某民受让股权后担任某 2 公司法定代表人，具备查阅公司财务记录的权利，张某民应当知道原股东未履行出资义务。张某民未提供证据证明其已支付股权转让款，亦未提供合理解释。（二）依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十八条，张某民受让股权时知道原股东聂某斌未全面履行出资义务，作为股权受让人应当被追加为被执行人，在未依法出资范围内承担责任。另外，张某民属于未缴纳出资的股东，依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十三条第二款、《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第十七条等规定，张某民亦应被追加为被执行人，作为

股权受让人对原股东的出资义务承担连带责任。综上，请求驳回张某民的再审申请。本院经审查认为，本案的审查重点为：应否推定张某民应当知道原股东未履行出资义务。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉时间效力的若干规定》第一条第二款规定：“公司法施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释有规定的，适用当时的法律、司法解释的规定。”本案涉及的基本法律事实均发生在新公司法施行之前，故本案可以适用《中华人民共和国公司法》（2005 年修订）、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》等法律、司法解释的规定。张某民受让原股东聂某斌 60% 的股权，应对聂某斌是否履行出资义务具有更高的注意义务。某 2 公司在注册资本实缴制背景下设立，依据《中华人民共和国公司法》第二十八条、第二十九条、第三十条、第三十二条等规定，有限责任公司股东是否实际出资应当综合货币出资存入银行开设账户、验资证明、出资证明书等予以认定。张某民仅依据某 2 公司的验资报告、审计报告，即主张其有理由相信聂某斌已实际出资，不予支持。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》第十八条第一款规定：“有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资

义务即转让股权，受让人对此知道或者应当知道，公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；公司债权人依照本规定第十三条第二款向该股东提起诉讼，同时请求前述受让人对此承担连带责任的，人民法院应予支持。”一审法院已查明某 2 公司收取发起股东入股款项的银行账户并不存在，原股东未履行出资义务，结合张某民无偿受让股权这一事实，一、二审法院推定张某民应当知道原股东未履行或者未全面履行出资义务并无不当。现张某民提供其受让股权前后某 2 公司银行流水信息，意欲证明其受让股权时未支付对价具备合理事由，依据不足，本院不予支持。综上，张某民的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十一条第二项、第六项规定的情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十五条第一款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百九十三条第二款之规定，裁定如下：驳回张某民的再审申请。

审判长冯文生

审判员张艳

审判员王丹

二〇二四年十二月二十四日

法官助理孟鑫

书记员王志刚

《最高法：“实际控制人”是否需对公司债务承担连带责任》——摘自“最高人民法院司法案例研究院”微信公众号

【裁判要旨】根据《公司法》第 20 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。”尽管被告非案涉公司股东，但《公司法》第 20 条规制股东滥用公司法人人格之立法目的自应涵盖公司实际控制人滥用公司法人格之情形，故法院基于此判令被告对案涉债务承担连带清偿责任符合《公司法》第 20 条之立法目的，并不属于适用法律确有错误之情形。

中华人民共和国最高人民法院民事裁定书（2019）最高法民申 6232 号

再审申请人（一审被告、二审上诉人）：

杜敏洪。委托诉讼代理人：孙敬国，北京市中喆律师事务所律师。委托诉讼代理人：马育丹，北京市中喆律师事务所律师。再审申请人（一审被告、二审上诉人）：杜觅洪。委托诉讼代理人：孙敬国，北京市中喆律师事务所律师。委托诉讼代理人：马育丹，北京市中喆律师事务所律师。被申请人（一审原告，二审被上诉人）：中国石化销售有限公司江西石油分公司，住所地江西省南昌市。负责人：毛陆军，该分公司总经理。委托诉讼代理人：顾金其，上海市锦天城律师事务所律师。委托诉讼代理人：茅国伟，上海市锦天城律师事务所律师。一审被告：佛山市南海能盛油品燃料有限公司，住所地广东省佛山市南海区。法定代表人：杨富金，该公司总经理。委托诉讼代理人：李杰南，广东骏和律师事务所律师。委托诉讼代理人：徐凤霞，广东骏和律师事务所律师。一审被告、二审上诉人：佛山市南海能顺油品燃料有限公司，住所地广东省佛山市。法定代表人：杜炳强，该公司总经理。委托诉讼代理人：李杰南，广东骏和律师事务所律师。委托诉讼代理人：徐凤霞，广东骏和律师事务所律师。一审被告：广东省肇庆市能源交通贸易有限公司，住所地广东省肇庆市。法定代表人：高佳源，该公司总经理。一审被告：肇庆西江发电厂（B厂）有限公司，住所地广东省肇庆市。法定代表人：高佳源，

该公司总经理。一审被告：肇庆西江发电厂有限公司，住所地广东省肇庆市。法定代表人：廖志辉，该公司总经理。一审被告：佛山市隆泰能源有限公司，住所地广东省佛山市。法定代表人：吴漫琳，该公司经理。一审被告、二审上诉人：何锦棠。再审申请人杜敏洪、杜觅洪因与被申请人中国石化销售有限公司江西石油分公司（以下简称中石化江西分公司），原审被告佛山市南海能盛油品燃料有限公司（以下简称能盛公司）、佛山市南海能顺油品燃料有限公司（以下简称能顺公司）、广东省肇庆市能源交通贸易有限公司（以下简称能源交通公司）、肇庆西江发电厂（B厂）有限公司（以下简称西江发电厂B厂）、肇庆西江发电厂有限公司（以下简称西江发电厂）、佛山市隆泰能源有限公司（以下简称隆泰公司）、何锦棠买卖合同纠纷一案，不服本院作出的（2019）最高法民终30号民事判决，向本院申请再审。本院依法组成合议庭进行了审查，现已审查终结。杜敏洪、杜觅洪申请再声称：原判决存在《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项规定的应当再审之情形，请求本院撤销（2019）最高法民终30号民事判决；改判驳回中石化江西分公司对杜敏洪、杜觅洪的诉讼请求；判令本案一审、二审诉讼费用由中石化江西分公司承担。事实和理由：一、能顺公司

与何锦棠之间的股权转让是真实、合法、有效的，且手续完整，一、二审质疑股权转让不真实丝毫没有证据。何锦棠早在2005年就已成为能盛公司的股东。2012年3月1日，能顺公司将其所持能盛公司的89%股权转让给何锦棠。对此，双方订立了股权转让合同，通过了能顺公司股东会决议，并完成了相应的工商变更登记，何锦棠依约支付了股权转让价款。原审中能顺公司提供了股权转让合同、完税证明、收取股权转让款的记账凭证；何锦棠提供了付款凭证、工商局备案的股权转让合同等证据。两方证据完全对应并相互印证。原审仅以股权转让合同订立时间与付款凭证、《税收缴款书》显示时间相距甚久，能顺公司收到何锦棠支付的股权转让款后未以股权转让款名义记账为由否定股权转让的真实性属于认定事实错误。二、原审认定杜敏洪、杜觅洪系能盛公司实际控制人，实施了滥用能盛公司独立人格，侵犯中石化江西分公司债权利益之行为，并判令杜敏洪、杜觅洪对能盛公司所欠中石化江西分公司债务承担连带清偿责任，在事实认定和法律适用上均存在错误。具体如下：1. 能顺公司已经于2012年将其所持有的能盛公司股权全部转让给何锦棠，同时杜敏洪、杜觅洪亦不再担任能盛公司的董事或监事，完全不存在杜敏洪、杜觅洪通过能顺公司或何锦棠控制能盛公

司的情形。2. 中石化江西分公司提供的录音证据不能证明杜敏洪、杜觅洪是能盛公司的实际控制人。由于最初能盛公司与中石化江西分公司开展业务合作时是杜敏洪、杜觅洪负责的，故何锦棠委托二者代表能盛公司与中石化江西分公司协商还款事宜。在谈判过程中，尽管中石化江西分公司方面的律师百般引诱，但在谈话录音中没有任何内容能够表明杜敏洪、杜觅洪是能盛公司的实际控制人。与此相反的是，杜敏洪、杜觅洪多次明确表示其个人无法控制公司的行为。不仅如此，该份录音证据本身属于偷录，是否完整存在疑点，因此该录音不具有客观性、真实性及合法性，根本无法证明对话人的真实意思表示及客观事实。3. 最高人民法院（2016）最高法民终755号民事裁定书裁定对本案进行重审，该裁定书明确：“重审中，能盛公司、能顺公司、能源交通公司、隆泰公司、西江发电厂B厂及西江发电厂应当提交与有关行政主管部门备案会计报表相一致的银行账户流水、财务账册、合同、票据等原始财务资料进行司法审计鉴定。”原审法院并未委托相关机关进行财务审计，而是由法院内部机构进行初查。其内部机构初查后也说明，是否有人格混同、是否存在个人财产与公司财产混同等情形无法体现。但原审法院不顾其内部机构的初查结果，径行推定杜敏洪、杜觅洪

是能盛公司的实际控制人，这不仅与事实不符，更与其内部机构的初查结果相矛盾。

4. 原审认定杜敏洪、杜觅洪将能盛公司收取的货款转付给能源交通公司、隆泰公司及其个人是缺乏证据的，属于认定事实错误，涉案货款并未流向杜敏洪、杜觅洪。杜敏洪及能源交通公司均已提供了《借款合同》、转账凭证等证据证明1697万元借款的真实性。原审却以杜敏洪的前妻是能源交通公司的股东为由，认为这笔借款是否是借款性质不能确定，以此否定杜敏洪与能源交通公司之间借款往来的真实性，属认定事实错误。

5. 杜敏洪、杜觅洪已经尽到全部举证责任，不应再承担举证不能的法律后果。

6. 原审在认定能盛公司系一人公司，何锦棠系该一人公司唯一股东的情况下，判令何锦棠对能盛公司的债务承担连带清偿责任，同时又认定杜敏洪、杜觅洪为能盛公司的实际控制人，两种认定结论之间相互矛盾。

7. 原审随意扩大、类推适用《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第二十条第三款的规定，违反了《公司法》规定的公司法人独立承担法律责任的原则，属于适用法律错误。中石化江西分公司答辩称，工商行政管理部门备案的相关登记材料不足以证明案涉股权转让关系的真实性，杜敏洪与杜觅洪系能盛公司的实际控制人确凿无疑。案涉资金确实流向

杜敏洪及其关联公司，这已为相关证据所证实。原审判令何锦棠、杜敏洪、杜觅洪均对案涉债务承担连带清偿责任，并不矛盾。原审类推适用《公司法》第二十条关于法人人格否认的规定，不仅适用法律并无不当，而且维护了案件审判的公平正义。何锦棠答辩称，本案未经过司法审计，在重审一审中存在程序错误，二审对于该程序性错误未予纠正。原审既然否定了案涉股权转让关系的真实性，本人即应当仅仅是能盛公司的小股东而非一人公司股东，而原审却又判令本人对能盛公司债务承担连带清偿责任，前后矛盾。能盛公司答辩称，能盛公司目前正在积极筹措资金用于还款。原审认定杜敏洪、杜觅洪系能盛公司实际控制人属于事实认定错误。能盛公司在收到中石化江西分公司的货款后即用于偿还所欠货款，案涉资金流向均合法有据。能顺公司答辩称，本案未经司法审计鉴定，原审判决推定杜敏洪、杜觅洪为能盛公司实际控制人系事实认定错误。

本院经审查认为，本案再审审查主要涉及杜敏洪、杜觅洪是否是能盛公司的实际控制人，杜敏洪、杜觅洪是否应对能盛公司所欠中石化江西分公司债务承担连带清偿责任两个方面的问题。一、关于杜敏洪、杜觅洪是否是能盛公司的实际控制人的问

题。《公司法》第二百一十六条规定：“**实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人**”。杜敏洪、杜觅洪虽然已经不是能盛公司股东，但基于以下事实，可以认为其为实际控制人：其一，杜敏洪、杜觅洪在能顺公司将股权转让给何锦棠之前，一直长期直接或者通过能顺公司控制能盛公司，并长期在能盛公司担任管理职务。其二，杜敏洪、杜觅洪以及何锦棠均未能提供充分证据证明能盛公司案涉股权转让的真实性。一审中，何锦棠提供了一份股权转让合同、两份中国农业银行的客户收(付)款入账通知、一份税收缴款书来证明其受让也即杜敏洪、杜觅洪出让能盛公司股权的真实性。尽管相关款项数额一致，但是存在以下不符合商业交易惯例之情形：一是能顺公司与何锦棠的股权转让合同签订日期为2012年3月1日，税收缴款书的日期是2014年10月10日，两份中国农业银行的客户收(付)款入账通知的日期是2015年10月19日，三个时间节点明显不对应；二是作为股权转让合同，仅约定股权转让款，却没有约定股权登记变更的时间；三是根据股权转让合同，何锦棠应当在合同订立后十五日内一次性支付转让款，但实际上何锦棠在2015年10月19日，即在能盛公司收到中石化江西分公司支付货款后不久才

转账支付了与股权转让款本金一致的款项，且没有证据显示在股权已经变更登记两年多的时间里与能顺公司协商过股权转让款支付事宜。其三，本案发生后，杜敏洪、杜觅洪多次与中石化江西分公司就还款事宜进行协商交涉，说明杜敏洪、杜觅洪对能盛公司的经营管理具有决定性的影响力。其四，从案涉资金流向上看，能盛公司收到中石化江西分公司的货款后，案涉资金几乎均直接或者间接流向杜敏洪个人及其相关关联公司，这也说明杜敏洪对能盛公司具有财务控制力。最高人民法院（2016）最高法民终755号民事裁定指出：“**重审中，能盛公司、能顺公司、能源交通公司、隆泰公司、西江发电厂B厂及西江发电厂应当提交与有关行政主管部门备案会计报表相一致的银行账户流水、财务账册、合同、票据等原始财务资料进行司法审计鉴定**”系对当事人举证义务的明确，而非是对法院认定事实的要求。而且，一审法院要求当事人提供能证明基础交易真实性、相关公司之间财产独立、公司财产与股东财产相互独立的原始财务资料、年度财务会计报告等证据，但仅能盛公司、能顺公司、何锦棠提交了部分材料，以致于资料不足，未能进入鉴定程序。因此，**原审综合多方证据，并根据认定案件事实的民事诉讼证据盖然性规则，认定杜敏洪、杜觅洪是能盛公司实**

际控制人，并不缺乏证据证明。（二）关于杜敏洪、杜觅洪是否应对能盛公司所欠中石化江西分公司债务承担连带清偿责任的问题。从本案货款支付后的资金流向情况看，能盛公司收到中石化江西分公司支付的货款后，将部分款项转付给能源交通公司、隆泰公司，能源交通公司又将部分款项转付给杜敏洪、何锦棠等人。付款人为能盛公司、收款人为能源交通公司的回单上并未注明转款用途，并且能盛公司亦未能提供供货合同实际履行所涉的货物交付凭证，因此而不能证明该笔款项系用于支付向能源交通公司购买燃料油的货款。能源交通公司向杜敏洪转款1537万元，不仅与杜敏洪主张的《借款合同》项下借款数额不对应，转账凭证上亦未注明系用于偿还欠款，不能证明借款关系真实存在。在能盛公司、能顺公司、杜敏洪均未能提供证据证明能盛公司向能源交通公司、能源交通公司向杜敏洪转款所依据的基础性法律关系真实存在的情况下，前述转款已然属于滥用能盛公司独立人格，严重损害了中石化江西分公司的债权利益。综合能盛公司的股权控制情况，杜敏洪、杜觅洪与中石化江西分公司就盛公司还款事宜进行交涉的事实，能盛公司向能源交通公司、能源交通公司向杜敏洪转款的事实以及能源交通公司股东与杜敏洪之间的关联关系等一系列事实，

原审认定杜敏洪、杜觅洪系能盛公司实际控制人，并且滥用能盛公司独立法人格，故意逃废债务，侵害中石化江西分公司的债权利益，并无不当，亦不缺乏证据证明。《公司法》第二十条规定：“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。”尽管杜敏洪、杜觅洪非能盛公司股东，但《公司法》第二十条规制股东滥用公司法人格之立法目的自应涵盖公司实际控制人滥用公司法人格之情形，故原审基于此判令杜敏洪、杜觅洪对案涉债务承担连带清偿责任符合《公司法》第二十条之立法目的，并不属于适用法律确有错误之情形。

《公司法》第六十三条规定：“一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。”何锦棠基于其一人公司股东身份及不能举证证明其个人财产独立于公司财产之事实，而应当对能盛公司债务承担连带清偿责任，这一责任与杜敏洪、杜觅洪的能盛公司实际控制人身份并不冲突。原审判令杜敏洪、杜觅洪及何锦棠就盛公司欠付中石化江西分公司债务承担连带清偿责任虽基于不同的具体事实与法律依据，但均指向不得滥用公司独立法人格、损

害债权人利益之法理。且何锦棠并未对本案申请再审，其在本案再审申请期间提交的书面意见仅仅是作为原审当事人的答辩意见，不能因此引发本案再审。综上，杜敏洪、杜觅洪的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百条第二项、第六项规定的应当再审之情形。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零四条第一款之规定，裁定如下：驳回杜敏洪、杜觅洪的再

审申请。

审判长王朝辉

审判员陈佳

审判员贾劲松

二〇二〇年五月二十九日

法官助理吴飞飞

书记员牛奕



## 四、实务论道

### 新《公司法》“董事会中心主义” 框架下董监高责任的立法转向和责 任承担

——李明明 上海市建纬律师事务所 合伙人

随着我国公司股权结构的分散化、公司经营复杂性和专业性，使得公司的权利结构发生从“股东会中心主义”向“董事会中心主义”转变，这一转变导致股东会权利削弱和董事地位、权利强化。但同时“董事会中心主义”不仅是治理结构的转移，更是责任重心的转移。因此本文将围绕公司治理结构的立法转向、董监高（“董事、监事和高级管理人员”的简称）责任的明确、董事责任的穿透、董监高责任的承担四个角度，讨论《中华人民共和国公司法》（2023年修订）（以下简称“新《公司法》”）“董事会中心主义”框架下董监高责任的立法转向和责任承担。

#### 一、公司治理结构的立法转向

新《公司法》修改赋予了董事会更高职权和行使职权的便捷性，从立法上体现了公司治理结构由“股东会中心主义”向“董事会中心主义的”转变，主要从四个方面体

现。

#### （一）削减股东会的法定职权——保障公司决策的专业性

新《公司法》删除原股东会“决定公司的经营方针和投资计划”（新《公司法》五十九条）职权，将“决定公司经营计划和投资方案”（新《公司法》六十七条）保留给董事会。

这样的一项设置，使得股东从“管理者”回归到“所有者”的角色——董事会作为专业的团队作出专业的经营决策，以适应现代市场竞争的复杂性，保障董事会的独立决策空间。董事会从“执行股东意志”升级为“公司专业决策中枢”。

#### （二）扩充董事会职权——提高决策作出效率性。

新《公司法》董事会职权除了“公司章程规定的其他职权”增加了“股东会授予的其他职权”（新《公司法》第六十七条）。

虽然公司章程也是由股东会决议通过，但股东会直接授权使得董事的职权的获得程序上增加了便捷与灵活性。而如果是由章程规定，在临时需要增加董事会职权时，需要三分之二决议通过才能修改公司章程。股东会直接授权就方便将本属于股东会的一些职权下放给常设机关董事会，提高决

策效率。

### （三）经理职权由法定走向议定——方便决策执行的高效性。

删除原法中列举式经理职权，改为“根据公司章程的规定或者董事会的授权”（新《公司法》第七十四条）。

经理作为公司决策执行的具体实施者，职权由董事会授权，使得公司的管理经营更贴合董事会意志。

### （四）鼓励董事会履行监督职责——提高日常监督的便捷性。

“有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。”（新《公司法》第六十九条）

解决原监事会“形骸化”问题，由于监事会缺乏独立性、专业性和信息又不对等，在董事会中设审计委员会提高了监督的便捷性，将监督提到日常监管中。

## 二、董监高责任的明确——忠实、勤勉义务

董监高执掌公司的决策权、监督权、执行权，他们在很大程度上实际控制公司的运营。但作为公司的“代理者”而非“所有

者”，就存在个人利益与公司利益、股东利益存在冲突，为了避免此种冲突，法律规定了董监高的忠实勤勉义务，现行公司法又对忠实勤勉义务内涵和内容进一步予以了明确，以体现一方面放权激励，另一方面予以明确约束的原则。

董监高对公司同时负有忠实义务和勤勉义务。忠实义务是要求董监高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。勤勉义务是要求董监高执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。如果说忠实义务是个人利益和公司利益不能发生冲突的“不可为”行为，而董监高的勤勉义务就是为了公司的最大利益而应当“积极作为”的行为。虽然新《公司法》只是对这两个原则内涵的概括性解释，但在董监高履行职务中有了一定的标准。

### （一）董监高的忠实义务

董监高忠实义务的具体内容法律进行了明确的类型化列举。

#### 1. 董监高忠实义务的法律红线——绝对禁止行为

董监高忠实义务的绝对禁止行为新《公司法》第一百八十一条进行了类型化列举，其中包括公司财产侵占、资金存储与

挪用、贿赂、收受佣金贿赂、披露商业秘密等，这些行为都是保护公司的基本财产权，作为民事主体，公司财产权受法律保护，任何主体包括董监高都不得侵犯。绝对禁止是法律红线，一旦碰触不仅要承担民事责任，也可能触犯刑法，承担刑事责任。每一项违反忠实义务行为都有可能构成刑事犯罪，比如职务侵占罪、挪用资金罪、非国家机关工作人员受贿罪、侵犯商业秘密罪等。忠实义务是董监高的基本执业操守，要求董监高执行职务过程中，不仅要遵守公司章程和规则，还要守住法律红线。

## 2. 董监高忠实义务的可豁免履职——相对禁止行为

相对禁止的违反忠实义务的行为，包括禁止自我交易、禁止篡夺公司的商业机会，以及竞业禁止。

董监高的自我交易不仅是指董监高自己直接或者间接与公司进行交易，新《公司法》将交易范围扩大到董监高近亲属，董监高自己控制的公司，董监高近亲属控制的公司，以及与董监高有其他关联的关联人这四类主体。实践中大股东和董监高通过高价采购关联方商品、低价出售资产给关联方、接受不必要的高额关联方服务等隐蔽方式将公司利润、财产转移损害公司、股东利益，而扩大认定范围，能有效遏制利益

输送行为，大大增加了利益输送的难度，保护公司利益的同时也保护了小股东和投资人的利益。

董监高篡夺商业机会，是将本属于公司的机会转给他人或自己。比如某汽车配件公司董事得知某汽车生产公司需要采购汽车配件，该信息属于公司业务机会。但他却将该机会透露给其近亲属，并协助其近亲属的公司达成交易。该行为构成篡夺公司商业机会，违反董事忠实义务。当然也不是所有从公司获取的商业机会都是属于公司的商业机会，要综合判断本公司的经营范围、承接能力、对公司是否有利益或者期待利益、是否对公司构成竞争等来判断是不是“公司不能利用”的行为。

同样的竞业禁止行为中的“同类”也要综合判断，该同类业务是否损害公司利益，是否与公司造成了竞争，比如上海某大酒店的董事，在北京与他人投资经营一家酒店，由于地域性原因，不存在竞争，也就不存在竞业禁止。

2024年《刑法修正案（十二）》将原来仅适用于国有公司、企业的董监高犯罪扩展至其他公司、企业相关人员，原第一百六十五条非法经营同类营业罪、第一百六十六条为亲友非法牟利罪和第一百六十九条徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪。这几

个罪名法律基础就是董监高以上几项忠实义务，这次修订将犯罪主体扩大到“其他公司、企业”的相关人员，进一步实现了刑法对各类市场主体（国有、民营、外资等）一体化平等保护。实际上也是回应现实中民营企业内部腐败问题，董监高通过另设同类公司、围标、飞单等方式侵害企业利益，现象日益严重，通过打击商事主体内部犯罪，优化营商环境，促进公平竞争。

当然，在自由竞争的市场环境下，如果是正当交易，以上三种行为不一定损害公司利益，同时法律赋予了董监高豁免的权利，董监高可以通过及时向股东会或董事会披露信息，在关联人员回避表决情况下，股东会或董事会决议通过，免除董监高的责任。

司法实践不仅考察“信息披露+回避+决议”的“程序合法性”，还要考察行为“是否损害公司利益”。如果损害公司利益，决议无效。比如，以不合理的低价将公司核心资产转让给大股东的关联公司，损害公司及其他小股东利益，虽然经股东会决议，但属于恶意串通，根据《民法典》第一百五十四条规定“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。”最终导致决议无效。

#### 【参考案例】

【(2012)民四终字第15号】林某恩与李某山等损害公司利益纠纷案

#### 【案情介绍】

香港新纶公司股东为李某山（持股50%）、林某恩（持股50%），于2004年成立子公司江西新纶公司。华通公司于2004年成立，股东为李某山、涂某雅，华通公司是万和公司的唯一股东，之后分别于2005年与2006年将其持有的万和公司全部股权转让给力高公司。

2004年3月11日，香港新纶公司与南昌县某管理委员会签订《合同书》，约定由香港新纶公司兴办“江西新纶公司”投资项目，南昌县某管理委员会以挂牌方式依法出让700亩商住用地给甲方。但2005年9月22日，万和公司向南昌县国土资源局（现已撤销）交纳6000万元土地出让款。2005年12月7日，甲方香港新纶公司，乙方南昌县国土资源局，丙方万和公司签订《补充协议书》，内容为：甲方根据甲乙双方于2005年9月19日签订的《协议书》向乙方提供的700亩项目用地土地出让金预付款人民币6000万元整系丙方所有，其全部权益也归丙方。2006年3月7日，南昌县相关部门发布国有土地使用权出让公告，万和公司参与竞买。2006年4月7日，南昌县国土资源局与万和公司签订成交确认书，确认万

和公司竞得该国有土地使用权。

对此,原告林某恩以被告李某山、涂某雅、华通公司共同侵犯香港新纶公司的商业机会等为由,请求法院判令:李某山赔偿因其谋取第三人香港新纶公司商业机会造成的经济损失;李某山谋取的上述收入归香港新纶公司所有;涂某雅、华通公司因共同侵权承担连带赔偿责任。

### 【判决结果】

一审法院江西省高级人民法院作出(2010)赣民四初字第4号民事判决,认为,李某山利用万和公司,谋取了属于香港新纶公司的商业机会,应当承担损害赔偿责任。

二审最高人民法院作出(2012)民四终字第15号判决,认为,林某恩没有提供充分证据证明李某山单独或者与他人共同采取了欺骗、隐瞒或者威胁等不当手段剥夺或者谋取了本属于香港新纶公司的商业机会,故其有关李某山损害香港新纶公司合法权益的诉讼请求依法不能成立。

### 【案件分析】

这是一个关于董事篡夺公司商业机会的案件,引申出以下几个相关问题:

第一,在香港新纶公司已经与土地出

让方签订合同合同,约定了受让土地主体为香港新纶的子公司的情况下,是否属于香港新纶公司的商业机会?

本案中,法院认为香港新纶公司与县管委会签订的合同并不是无条件的,相反土地受让方江西新纶公司必须满足一定的条件,比如注册资金3亿港元,投资总额8亿港元,挂牌时支付4800万保证金等条件。没有证据证明其满足这些条件,因此并非当然属于香港新纶公司的商业机会。

第二,香港新纶公司是否为了该商业机会作出实质性努力?

林某恩明确表示保本撤资的情况下,香港新纶公司已经不能如约履行投资的目的。在此情况下,李某山选择以万和公司名义竞买,并不损害公司利益。

第三,李某山、图某雅、华通公司是否采取了剥夺或谋取的行为?

林某恩对香港新纶公司可能获得700亩土地使用权的商业机会是明知的,李某山、涂某雅、华通公司没有隐瞒这一商业机会,也没有采取欺骗手段骗取林某恩放弃该商业机会。故李某山、涂某雅、华通公司在本案中的行为,不但不应被认定为侵权行为,反而应当定性为为避免香港新纶公司违约而采取的合法补救行为是各方为维

护其自身权益而采取的正当经营或者交易行为。

第四，如果本案被认定为谋取公司商业机会的行为，股东林某雅、万和公司、华通公司是否承担连带责任？

如果本案二审维持一审判决，认定李某山谋取了商业机会，该行为属于侵权行为，那要看其他各方是否共同实施了侵权行为。万和公司对于该行为明知且收益，应当承担连带责任。华通公司、林某雅的行为代表万和公司，应当视为万和公司的行为，不应当承担连带责任。

## （二）董监高的勤勉义务

董监高的勤勉义务是董监高应当作为的行为，义务范围较广，法律进行了部分类型化列举，同时也要结合司法实践进行判断。

### 1. 董监高勤勉义务的法律列举

董监高的勤勉义务法律进行了部分列举，主要分为四大类，分别是公司的治理义务、资产充实义务、清算义务和资料保存义务。

#### （1）公司治理义务

第一项治理义务是审查董事会决议，董事参与公司经营管理主要是通过董事会

决议。新《公司法》第一百二十五条“董事应对董事会的决议承担责任，如果董事会决议违反法律规定或公司章程、股东会决议的，给公司造成严重损失的，董事应承担赔偿责任，除非董事提异议的情形被记录在案，才能免除责任”。董事本人应当对自己的表决承担责任，这就对董事参与公司治理提出了更高的要求，在作出表决前应调查、审查，作出专业判断，不能走形式。当然法律也赋予董事豁免的权利，只要提出异议并记录的，可免除责任。但是董事如果弃权或者因某些原因未参与投票，是否可以免责。学术界说法不一，有观点认为只要没有给决议通过起作用，就不应当承担赔偿责任。也有观点认为法律明确是提出异议并且记录在案，当董事尤其是那些挂名董事，如果决议很明显损害公司利益时，董事应当积极作为，提出异议，而不是弃权，否则等于是纵容错误行为。因此弃权董事的赔偿责任，在案件中也要综合判断，该决议是否明显会给公司造成损失，如果是，弃权股东也要承担责任。

第二项治理义务是接受股东会质询，股东会要求董监高列席并接受质询的，董监高应当如实、及时、完整的答复质询，否则违反勤勉义务。因此，在损害公司利益责任纠纷案件中，就向董监高提出了更高的

举证责任，对于诉请方的质疑要做出合理解释，并不是不参加、不知情、不回复就可以免责的。

## （2）资本充实义务

第一项资本充实义务是出资核查与催缴，根据新《公司法》第五十一条“有限责任公司成立后，董事会应当对股东的出资情况进行核查，发现股东未按期足额缴纳公司章程规定的出资的，应当由公司向该股东发出书面催缴书，催缴出资。未及时履行前款规定的义务，给公司造成损失的，负有责任的董事应当承担赔偿责任。”核查、催缴义务董事会履行，但并不是所以董事会成员都要承担赔偿责任，承担责任的主体是“负有责任的董事”，具体是指董事会中职责分工的董事或者对催缴投反对、弃权票的董事。“给公司造成损失”主要是指由于错过催缴时机造成瑕疵出资股东履行不能而给公司造成的损失。

第二项资本充实义务是制止股东抽逃出资，根据新《公司法》第五十三条规定，股东抽逃出资给公司造成损失的，负有责任的董监高应当与该股东承担连带赔偿责任。此处的责任范围包括协助抽逃出资，或者知情后不及时催缴的行为。如果股东抽逃出资后董监高发现，应当及时向董事会提出，由董事会向股东催缴，但因股东无能

力补足，该董监高不存在过错，不承担责任。

## （3）公司清算义务

董事作为清算组成员未及时履行或怠于履行清算义务，给公司或者债权人造成损失的，应承担赔偿责任。董事会中心主义形势下，清算也是公司治理的一部分，及时清算保障债权人和股东利益是董事的义务，体现权责一致。

## （4）资料保存义务

公司法司法解释（四）第十二条为保证股东依法行使股东知情权，董事、高级管理人员对于公司文件资料，具有制作及保存义务。这一项是董监高接受股东质询衔接的，更说明司法实践董监高有更高的举证责任，不能提供完整资料就要承担相应责任。

## 2. 董监高勤勉义务的司法实践

董监高的勤勉义务由于法律未进行全面列举，司法实践中就要从多角度判断董监高是否违反了勤勉义务。

一是否尽到了“合理注意”义务，董监高履职中的“合理注意”主客观两个角度判断。首先是客观标准，称之为“理性管理人”标准，要求参照行业指引、上市公司治理准则、公司章程等，同职位、同行业、同规模

公司董监高履职标准基本一致。比如独立董事的作用主要在于确保战略决策的妥当性、合理性和强化公司的经营监督，而内部董事则主要承担企业具体运营职责。其次是主观标准，由于“个体能力”差异化而有所不同，由该名董监高的学历、从业年限、专业资格、行业领域等决定，比如具有财务、法律、行业专长等专业背景的董监高在专业领域履职中应有更高的注意义务。

二是要以董监高履职行为作为判断标准，以过程论而非结果。首先董监高履职中是否进行了必要的调查和咨询，如投并购业务，是否听取了律师、会计师等专业机构意见。其次，是否积极参加了公司治理，包括是否积极出席董事会、是否对明显违法或损害公司利益的决议提出异议投反对票。最后，是否尽到监督和风险控制职责，是否建立了有效的内控和和监督体系，是否对预警信号采取了行动。

三是以司法判例作为参考，董监高违反勤勉义务主要分为以下几种类型：

**（1）重大决策严重失误且程序瑕疵：**如未经充分论证和评估即进行巨额投资，导致公司遭受巨大损失。

**（2）放任风险不管：**如发现公司内部控制存在重大缺陷或高管存在舞弊行为，

却未采取任何纠正或报告措施。

**（3）消极不作为：**长期不参加董事会、不审阅文件，对公司经营状况一无所知，完全“挂名”。

**（4）在明显违法的文件上签字：**如在虚假的财务报告上签字认可。在上市公司较常见，重大信息披露等情况。

**（5）违反法律强制性规定：**如明知不可为而为之，例如进行违规担保、资金占用等。

#### 【参考案例】

**【(2019)沪74民初2509号】**彭某与中安科股份有限公司等证券虚假陈述责任纠纷案

#### 【案情介绍】

2013年4月，中安科股份有限公司（以下简称中安科公司）启动重大资产重组项目，拟向深圳市中恒汇志投资有限公司（以下简称中恒汇志公司）以非公开发行股份的方式购买中恒汇志公司持有的中安消技术有限公司（以下简称中安消技术公司）100%股权。

2013年11月15日、2014年3月12日，中安科公司就涉案重大资产重组置入资产评估项目召开了两次专家评审会议。

2014 年 4 月 25 日，银信评估公司出具《评估报告》。

2014 年 6 月 10 日，中安科公司第八届第十四次董事会审议通过重大重组议案，董事邱某、朱某、蒋某、殷某、常某表决同意，关联董事黄某等回避表决。六名董事中，黄某、邱某、朱某是中安科公司内部董事，分别担任董事长、总经理、财务总监一职，殷某、常某、蒋某是中安科公司的独立董事。

2014 年 6 月 11 日，中安科公司发布《关联交易报告书（草案）》，披露了中安科公司通过向中恒汇志公司非公开发行股份的方式购买中恒汇志公司持有的中安消技术公司的 100% 股权。当日，中安科公司公告了包括资产评估报告在内的重大资产重组文件。

2015 年 1 月 23 日，本次配套募集资金新增股份完成登记。至此，中安科公司本次重大资产重组实施完成。

2016 年 12 月 24 日，中安科公司发布《关于收到中国证券监督管理委员会调查通知书暨风险提示公告》，载明：因公司涉嫌违反证券法律法规，证监会决定对公司进行立案调查。2019 年 5 月 31 日，中安科公司发布关于收到证监会行政处罚决定书的公告。证监会认定中安科公司在其 2014

年 6 月 11 日发布关联交易报告书中所披露的置入资产评估值及 2013 年度营业收入存在严重虚增，构成证券市场虚假陈述。同时受到处罚的还有本案其余被告，包括多家中介机构等。

原告彭某向上海金融法院提出诉请：1. 判令中安科公司赔偿彭某投资差额损失、佣金及印花税损失合计 1,248,012 元；2. 其余各被告承担连带赔偿责任。

六名董事辩称：行政责任不同于民事赔偿责任，上市公司董事受到相关行政机关的行政处罚，并不必然导致或者推定其在民事纠纷中存在过错并承担相应的民事赔偿责任。本案中，六名董事出席、审议并签署了相关董事会会议决议。在重组过程中，六名董事和中介机构就重组问题多次展开讨论，要求中介机构就发现的问题进行论证和答复，认真审阅中介机构出具的报告，不存在任何怠于履行职责的情形。六名董事还严格要求中安消技术公司、中恒汇志公司及相关中介机构书面承诺该等文件真实、准确和完整，预防其出具不实文件和资料的风险。同时，六名董事积极要求中安科公司和中恒汇志公司签署了严格的利润补偿协议，防止上市公司及其股东因中恒汇志公司无法完成盈利预测而遭受损失。六名董事已经尽力避免案涉重大资产重组

可能产生的资产高估情形，防止因中恒汇志公司无法完成业绩承诺而导致中安科公司、股东及中小投资者的损失。故六名董事对投资者的损失不存在主观过错，彭某不能基于行政处罚要求其承担连带赔偿责任。六名董事作为被借壳方的董事，并非标的公司中安消技术公司的运营、管理和实际控制人员，并不熟悉中安消技术公司的经营情况。《盈利预测报告》和《评估报告》属于专业报告，不能以专业人士的标准对六名董事加以要求。本案中，六名董事还单独聘请独立财务顾问，对重大资产重组文件进行审核。六名董事有理由信赖该等专业权威中介机构的意见，故六名董事已勤勉尽责，不应对被告中安科公司的偿付义务承担连带赔偿责任。

### 【裁判结果】

上海金融法院于2021年7月30日作出（2019）沪74民初2509号民事判决：1. 被告中安科公司向原告赔偿彭某投资差额损失259,718.28元及相应佣金、印花税损失；2. 中安消技术公司、中恒汇志公司、涂某身、银信评估公司对中安科公司的付款义务承担相应连带责任；3. 黄某、邱某、朱某对被告中安科公司的赔偿义务在2%的范围内承担连带责任；4. 驳回彭某的其余诉讼请求。判决后，中安科公司不服向上海市

高级人民法院提起上诉了，六名董事均服判息诉。上海市高级人民法院于2022年1月21日作出（2021）沪民终870号民事判决，判决：驳回上诉，维持原判。

### 【案件分析】

这是一个董事违反勤勉义务的案件，引申出如下几个问题：

第一，被告殷某、常某、蒋某作为独立董事，是否承担责任？

审理法院认为，被告殷某、常某、蒋某为独立董事，未在中安科公司任职。作为独立董事，被告殷某、常某、蒋某并不参与公司的经营活动，仅是对公司的经营决策提供建议和监督，况且本案中他们是对重大资产重组所涉的标的公司中安消公司的经营状况进行表决。同时，专业中介服务机构对本次重大资产重组置入资产进行了审计和评估，也未发现置入资产存在营业收入及评估值虚增的情形。对于被告殷某、常某、蒋某这3名外部董事而言，既不参与公司经营，又非专业人士，还要求其持续关注标的公司“班班通”项目的履行进程，并对已经专业机构评审的项目进行审核，未免过于苛刻，故被告殷某、常某、蒋某应予免责。

被告黄某、邱某、朱某作为内部（执行）董事，是否承担责任？

审理法院认为，被告黄某、邱某、朱某系中安科公司的内部（执行）董事，其对于公司所负有的勤勉义务标准理应高于独立董事。该3名董事当时分别担任中安科公司董事长、财务总监、总经理一职，有义务对交易对方及标的公司提供的相关资料尽到谨慎审核义务，现他们未能提供证据证明其已尽到勤勉之责，故应对被告中安科公司在重大资产重组中存在虚假陈述行为致使投资者彭某遭受损失承担相应的民事责任。另一方面，因本案所涉重组交易中除了有独立财务顾问、审计机构、评估机构等中介服务机构外，还有申银万国公司提供专业咨询意见。同时，被告中安科公司就置入资产评估项目曾召开两次专家评审会议。因此该3名执行董事结合其过错程度，在公司赔偿范围内承担2%的连带责任。

第三，被告关联董事黄某回避表决，为何仍要承担赔偿责任？

根据新《公司法》第一百二十五条董事提异议的情形被记录在案，是可以免除赔偿责任的，但本案中黄某回避表决，却承担了赔偿责任。原因是本案中黄某虽未参加表决，未对决议成立结果做贡献，但其回避是因客观原因未参与公司决议。黄某作为董事长，虽回避表决，但对于决议事项负有日常管理职责，虽未参与董事会，但对于决

议事项的信息收集、管理、履行必然进行了参与，有审慎核查义务，如果发现有损公司利益，应及时提出并纠正，因此黄某因未尽到合理注意义务而承担相应责任。

### 三、董事责任主体的扩大——控股股东、实际控制人

根据公司法第一百八十条“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。”将控股股东、实际控制人扩大到董事责任主体范围，双控人没有董事之名，行董事之实，实际执行公司事务的主体。

常见的识别工具有《合伙人协议》、《一致行动人协议》、有限合伙资金池、公章管理制度。比如阿里巴巴，在2019年马云退休前，其持有公司股份约6%（并非绝对控股），也早已不再担任董事长和董事。然而，通过其创立的“阿里巴巴合伙人制度”，他及其团队始终保持着对董事会人选提名的主导权，从而对公司战略和文化保持着深远的影响力。这是一种通过制度设计而非股权来实现对公司控制的高级形式。

双控人对我国公司治理中有较大的影响。我国大多数公司普遍存在股权结构集中，公司治理中经常发生控股股东、实际控制人利用管理、控制公司的地位，实施损害

公司利益的行为，小股东或投资人无从维权。另一方面，我国个人财富普遍不透明，代持股盛行，双控人通过直接担任事实要职或者控制影子的方式对公司进行控制，但因不显名，不承担董事履职责任，无从约束。

新《公司法》将影子董事纳入公司治理的规范对象，说明我国的司法和监管趋势是不断强化“穿透式监管”，坚持“实质重于形式”的原则，追究幕后实际控制人的法律责任，从而保护小股东和债权人利益。

#### 四、董监高责任承担

##### （一）董监高民事责任的承担方式

董监高民事责任对内承担方式不仅包括经济上返还财产、赔偿损失，还包括行为上要停止损害、确认行为无效等。违反忠实义务的所得收入，应当归入公司，这也体现了对公司利益的重视，进一步强化了董监高违反法律、法规、公司章程责任的承担。

董高对外责任的承担打破了公司人格的界限，根据新《公司法》第一百九十一条“董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的，

也应当承担赔偿责任。”一般职务行为由公司直接承担责任，根据《民法典》“雇主责任”规定，实施侵权行为的职员无需向第三人承担直接的责任。董高作为特殊职务行为，当其“存在故意或者重大过失的”情况下，第三人可直接起诉董高，打破公司的人格界限，保护公司和股东利益。董高直接对外承担责任，是由董高的职务自主权决定的，新《公司法》格局下，赋予董监高更高的履职职权，其作为决策作出者，应当对自己履职行为承担更高的注意义务，对于存在故意或重大过失的错误行为给第三人造成损害的，第三人可以直接要求其承担责任。

##### （二）董事责任保险

鉴于董监高履职责任加重、执业风险激增，新公司法新增董事责任保险制度，根据新《公司法》第一百九十三条“公司可以在董事任职期间为董事因执行公司职务承担的赔偿责任投保责任保险。公司为董事投保责任保险或者续保后，董事会应当向股东会报告责任保险的投保金额、承保范围及保险费率等内容。”

据《中国上市公司董责险市场报告（2025）》<sup>1</sup>（下称“报告”）统计，2024年共有475家A股上市公司披露购买董责险

<sup>1</sup> 作者王民博士，上海市建纬律师事务所律师，载于

CPCU 国际大使。

计划，同比增长34%。其中，有234家上市公司为首次披露。截止2024年12月底，A股整个市场总共累积1205家上市公司公告披露购买董责险计划，相比去年971家，同比增长了24%。2024年新增投保董责险的A股上市公司中，“计算机、通信和其他电子设备制造业”、“专用设备制造业”、“信息传输、软件和信息技术服务业”、“化学原料及化学制品制造业”等行业位居前列，此外还有“批发和零售业”、“金属制品业”等。从董责险的渗透率来看，公告购买董责险的上市公司渗透率在多个行业中超过20%，其中电热燃气及水供应业渗透率高达39%，房地产业更是达到43%。根据《报告》，房地产行业自2020年8月恒大暴雷事件后，投保董责险的公司连年持续增多，由此可见董责险作为风险管理工具的重要性愈发突出。

董事责任险为倡导性规范，保险对象不仅包括董事，还包括监事、高管群体，所有类型公司均可参保。董事责任险可以减

轻企业董监高承担责任的风险，有利于弘扬企业家精神，为企业家创造一个容错、试错、鼓励冒险的创业环境。同时随着董事责任险市场越来越成熟，也使得保险公司为承保企业定制更加严格的董事履职规范，促进承保公司合规管理。但需要注意的是，故意犯罪行为和恶意行为通常不在责任保险覆盖范围内。

总之，“董事会中心主义”背景下，董监高权力在董事会、风险在个人、保障在董责险。

参考文献：

李建伟 《公司法评注》，2024年6月第2次印刷，法律出版社

赵旭东主编《新公司法适用与最高人民法院公布案例解读》2024年1月第1次印刷，法律出版社

赵旭东主编《新公司法重点热点问题解读——新旧公司法比较分析》2024年1月第1次印刷，法律出版社