

“民商法律师实务”丛书 ⑫

# 公司法合同法 律师实务

(第3辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编

- 股东权利
- 公司解散
- 合同总论
- 合同履行
- 公司治理
- 公司破产
- 合同效力
- 合同与物权法

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

“民商法律师实务”丛书 ⑫

# 公司法合同法 律师实务

(第3辑)

中华全国律师协会民事专业委员会 编

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

公司法合同法律师实务 (第3辑) / 中华全国律师协会民事专业委员会编. —北京: 中国法制出版社, 2008. 10

(民商法律师实务丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0836 - 3

I. 公… II. 中… III. ①公司法 - 中国 - 文集②合同法 - 中国 - 文集 IV. D922. 291. 914 - 53 D923. 64 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 162277 号

## 公司法合同法律师实务 (第3辑)

GONGSIFA HETONGFA LUSHI SHIWU (DI SAN JI)

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2008 年 11 月第 1 版

印张/16.5 字数/367 千

2008 年 11 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0836 - 3

定价: 33.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网 址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66010483

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

# 专业领先与服务深化是不断发展 律师民商事法律服务的灵魂

(代序)

从1998年至今，中国民商法实务论坛（下称论坛）已经走过十个年头。当年，中华全国律师协会民事专业委员会（下称民委会）曹星主任提出并开创的中国民商法实务论坛“十年树木”，已结出了丰硕的成果。自2006年第八届论坛开始，民委会把论坛收到的论文分类汇整，经全国律协审定，以“民商法律师实务”丛书编辑出版。当年收到论坛的论文编辑出版了丛书的第1至第3共3册，2007年第九届论坛收到的论文编辑出版了丛书的第6至第9共4册。今年是论坛开办的十周年，截至9月15日民委会收到论文共257篇，经分类整理，编辑成“民事律师实务”、“建筑房地产律师实务”、“公司法合同法律师实务”以及“婚姻家庭法律师实务”四部分，作为丛书的第10至第13共4册并正式出版。至此，民委会努力创设的“民商法律师实务丛书”已初具规模，从丛书的畅销情况看，这套丛书已在全国律师和有关读者中产生了重要的影响。

民委会把及时总结并推广全国律师的民商事法律服务的实务经验作为最重要的工作，民委会委员责无旁贷地担当了这一重任，此项工作也吸引了全国广大律师积极参与，这是民委会的律师实务研究的一个正确的发展方向。在已有的民商事律师实务研究的基础上，今年的论文集中反映了民商事律师在具体的专业领域领先的研究成果并深化法律服务的明显特点，这是我国民商事实务研究和法律服务的一个创新。

“专业领先”，是民商事律师业务研究的目标和要求，律师的民商事业务领域是最广泛的，分类也是最能够细化的。从今年论坛收到的论文来看，律师在建筑房地产领域中的建筑节能、工程签证和索赔、政府工程代建、工程总承包、市政基础设施特许经营权以及有关物权法中的国家征收、预告登记、登记赔偿、不动产善意取得、车库车位、农村宅基地转让、小产权房等细分后专业领域的新问题都有研究成果；在公司法和合同法研究领域，公司有限合伙与风险投资、公司僵局的救济、股东查账、涉及企业破产中的相关问题，以及在合同法领域的强制缔约、电子签名、信托受益权质押、违约与侵权等一系列前沿的专业法律问题都有律师实务研究的真知灼见；对民事业务侵权范围内的共同危险行为的责任分担、善良风俗原则的民法适用、不作为侵权行为以及虚拟财产等尚无专门立法的复杂法律问题，提供论文的律师都从民法基础理论和律师服务实践相结合的角度进行了深入研究。因此，不论律师的专业在什么具体领域，也不论细化到什么深度，只要实现了“专业领先”，就一定能取得具体领域的话语权，就一定能够确立自己的专业地位。

而“服务深化”，则是专业律师把自己的实务研究成果促进自己专业发展的进程和突破。律师的实务研究如果不来自法律服务，那就不是实务研究，而是其他领域的研究了。深化自己专业领域的服务并形成自己的专业特色和品牌，那么专业律师的地位也自然确立了。以民事业务中最传统的婚姻家庭业务为例，民委会的许多专业从事婚姻家庭业务的律师，尤其是一些年轻的律师，有志于在传统业务领域深化律师的服务，他们在传统的民事业务领域实现了创新，专业细分创新、服务理念创新、指导思想创新、服务方式创新，他们也由此确立了在这一领域的专业地位和话语权，深化服务并创新服务成为民委会婚姻家庭业务发展的原动力。民委会分别于北京、上海连续两次召开的“婚姻家庭实务论坛”，都引起广大律师和学术界的关注，众多具有创新理念的律师，尤其是年轻律师为论坛提供的论文以其新视角和高质

量成为实务丛书精彩华章。

因此，“专业领先”和“服务深化”是不断发展民商事律师法律服务和实务研究的灵魂；律师有自己的专业才有自己的作为，有作为才有地位。从某种意义上说，律师的地位正是“专业领先”和“服务深化”铸成的。

收在今年民商法实务论坛的论文集中的众多论文，是民委会的委员和广大律师共同努力的新收获、新成果，也是民委会全体成员和广大律师积极进取、与时俱进，不断提升实务能力的新进展、新贡献。可以确信：民委会委员和热心于民商法实务研究的广大律师，以“专业领先”和“服务深化”为指导思想，进一步细分专业，开拓创新，我国民商事法律的实务研究一定能够取得新的进步，并且一定能够有效推进律师的业务发展和民商事领域的专业化进程。

中华全国律师协会民事专业委员会主任 朱树英

# 目 录

## 第一篇 公司法篇

### 第一章 股东与股权

有限合伙制度与风险投资法律实务 .....	邓 磊	3
浅析新《公司法》中有关公司僵局的救济 制度 .....	冯 颖 赵 丹	15
论董事会决议与股东权利的行使 ——公司股东关于《公司法》第 22 条法定授权行为 的履行以及对该条出台司法解释的建议 .....	何雪峰	25
外国投资者资产并购境内企业的相关法律问题分 析 ——基于两个实务案例展开的思考 .....	蒋文军 丁 瑜	33
论公司章程对股权转让合同效力的影响 .....	钱 智	44
股东查账权的行使及公司方的应对之策 .....	孙洪义	55
中小企业融资与股权投资基金的法律市场规制 .....	王风和	60
略论有限合伙的内部关系 .....	王金磊	71
浅论《公司法》对小股东权益保护的 法律途径 .....	吴建平	77
国有股权转让存在的问题及解决的对策 .....	姚 婧	83
股东知情权的立法不足及建议 .....	于振森	88

论如何加强对小股东权益的保护 .....	于振森	96
违反股东出资义务的表现形式和违约责任 .....	于振森	101
企业被吊销营业执照后的股东责任问题研究 .....	张洪潮 朱明旭	110
论公司高级管理人员的勤勉义务 .....	张菊香	116
公司诉讼类型浅析 .....	张兴旺	124
论股东直接诉讼的司法标准 .....	周建伟	131
<b>第二章 公司解散与破产</b>		
论法院对重整计划的批准		
——以债权人利益保护为中心 .....	徐永前 李志强	145
证券公司破产法律问题研究 .....	曹笑河 蔡海东	160
浅析新《公司法》司法解释二关于解散公司诉		
讼的相关规定及其意义 .....	崔淑杰	169
论新《企业破产法》中的法律责任制度 .....	王 彬	176
追索被吊销、撤销或因事由解散关闭公司的债的依		
据参照 .....	王小东	182
公司的社会责任 .....	王秀宏	193
从一则案例看最高人民法院《公司法》司法解释二		
中公司解散相关规定的适用 .....	徐双泉	198
中国破产法立法进程的回顾与展望 .....	尹秀超	203
试论破产管理人对必要工作人员的聘用 .....	尹正友	222
破产管理人行业的规范发展 .....	尹正友	227
破产重整制度初探 .....	于 莹	232
企业破产重整中的债权人利益保护 .....	张晟杰	238



关联企业破产立法规制之思考 .....	赵继明 张 怡	245
司法解散公司之诉研究 .....		
——以最高人民法院有关公司解散和清算 的司法解释为中心展开 .....	赵 胜	254

## 第二篇 合同法篇

### 第一章 总 论

《物权法》有关担保物权规定的新突破及司法适用 .....	陈召利	271
电子签名制度法律研究 .....	程守法	283
以《物权法》的视角解读《合同法》的三个条文 .....	高树成	293
城市管道燃气工程采用 BOT 方式实施特 许经营项目的相关法律问题 .....	华 洋 刘玉朋	299
信托受益权质押的法律问题研究 .....	蒋文军	307
典权在《物权法》适用中的问题 .....	李宗胜	322
保险受益人研究 .....	刘显中	327
格式条款浅析 .....	刘学信 张悦强	336
基金份额质押的法律问题分析 .....	马 薇	346
股权（份）质押若干法律问题的分析 .....	马 薇	351
论我国的缔约强制制度 .....	乔 强 卢安龙	359
浅析格式合同 .....	孙元熙 王丽梅	371
论情势变更原则 .....	王言自	381
论对格式条款的规范和限制 .....	王勇伟	393

《物权法》上不动产抵押制度的新规定与新实践·····	邢万兵	400
试论我国浮动抵押制度·····	杨俊波 孙家君	408
撤销权探析·····	张维军	416
浅析缔约过失责任·····	张志勇	424
论《物权法》对担保物权的新规定及司法适用·····	郑德权	431

## 第二章 合同的效力与履行

以土地使用权作为出资的合作开发合同的效力认定标准及司法实务研究·····	程宏伟 李水建	444
信托财产的独立性与交易安全问题·····	程晓燕	452
合同违约中可得利益损失赔偿的几个问题·····	郝斌	461
违约责任和侵权责任的区分标准及两者在法律实务中的联系·····	李水建 程宏伟	469
浅议无证(照)经营者所签合同的效力·····	李晓军	474
论抵押权与抵押合同的效力·····	李宗胜	480
论最高额保证担保债权的确定与决算·····	刘学信 闫凌宇	485
无效合同之财产返还请求权探讨·····	乔强	495
无效合同项下的债权转让探究·····	王哲 陈珂	500
企业间借贷无效的若干探讨·····	文萍	510



公司法合同法律师实务

# 第一篇 公司法篇

股东与股权

公司解散与破产



## 第一章 股东与股权

# 有限合伙制度与风险投资法律实务

邓 磊\*

我国于2006年8月27日十届全国人大常委会第23次会议审议通过了《中华人民共和国合伙企业法（修订案）》（以下称《合伙企业法》），该法于2007年6月1日正式开始实施。《合伙企业法》最大的创新就是借鉴了当今世界大多数国家的做法，设专章规定了“有限合伙企业”。从此，有限合伙正式进入了我国的法律。有限合伙法律制度的确立，不仅完善了我国的合伙制度，丰富了我国的市场主体，而且对增强我国市场经济运行的活力，特别是对我国风险投资的发展和中小企业的壮大将发挥重要的作用。一个行业的活跃发展，必将萌生大量的法律服务需求，本文将从律师角度试对我国有限合伙制度和风险投资法律实务作一粗浅的探讨。

### 一、有限合伙是风险投资的最佳组织形式

#### （一）《合伙企业法》中对有限合伙企业的重点规定

1. 界定了有限合伙的定义，即“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

\* 广东华商律师事务所

合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。”

2. 设“有限合伙企业”专章规定有限合伙人的权利与义务等不同于普通合伙的内容。如普通合伙人行使合伙事务执行权；有限合伙人依据合伙协议享受收益，不对外代表合伙企业，也不直接参与企业经营管理，对企业债务承担有限责任。

3. 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。该法并未规定其他合伙人的优先购买权，但笔者认为在实际法律实践中，还是应该保护其他合伙人的优先购买权。

4. 关于有限合伙人与普通合伙人之间的转变问题，该法规定：“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。”

## （二）有限合伙制度在风险投资中的突出价值

有限合伙作为风险投资企业的最佳组织形式并非偶然，而是因为有限合伙的制度设计满足了风险投资的内在需求。

1. 有限合伙制度解决了风险投资企业的核心问题。风险投资企业需要解决的核心问题包括：首先，投资者与风险投资企业信息不对称而出现的代理问题，投资者把资金投入有限合伙之后不能干预企业经营管理，如无一个有效的制度，则很难保证风险投资企业的忠诚与谨慎；其次，风险投资企业的经营业绩如何做到风险与收益相匹配。有限合伙通过灵活的权责分配解决上述难题，如规定合伙人出资比例、出资时间、合伙企业事务管理权限、收益分配、对利益冲突的协调、顾问委员会等制度，确保了有限合伙制风险投资企业能够安全与高效的运作。

2. 有限合伙可实现风险资本与人力资本的完美结合。有限合伙人通常为有一定资金实力的机构投资者，是风险资本的主要提供者，其对合伙债务依出资比例负有限责任，不介入企业的日常经营管理，作为有限合伙人监督合伙企业的运作，这样既可将风险控制

内，又可以获得高额回报。普通合伙人是风险投资企业的实际管理者，通常为资深的风险投资专家，具有金融、管理和技术专才，其只需向企业注入少量资金，肩负着运作风险项目并将投资变现的任务，对企业承担无限责任。由于投资成功后的高额回报，有限合伙制对普通合伙人和有限合伙人均具有很强的吸引力。这样的法律设计很好地均衡了各方的权利和义务，实现了风险资本与人力资本的完美结合。

3. 有限合伙可降低风险投资企业的运营成本。首先，有限合伙制以其独特治理结构和运行机制吸引和激励投资者投入资金。在运营成本方面，有限合伙的组织结构简单，不存在复杂的层级制约结构，内部沟通与决策便捷，策略意见较易整合，故更有利于降低管理成本。其次，有限合伙人可分阶段注入承诺资本，企业没有确定投资项目时，其认缴的资本可暂不到位，而在确定投资项目时，又可以集中投入资金，从而避免资金积压，提高使用效益。最后，在纳税方面，《合伙企业法》第6条规定，合伙企业的生产经营所得和其他所得，按照国家有关税收规定，由合伙人分别缴纳所得税。因此，有限合伙企业对其收益不纳所得税，仅对合伙人的收益征税，避免了双重征税。

## 二、有限合伙风险投资企业组建的法律实务

在有限合伙风险投资企业组建的法律实务中，除选择合适的合伙人外，最重要的就是制定一份完善的合伙协议，有限合伙企业的合伙协议是有限合伙企业内最重要法律文件，风险投资企业的整个组建过程最终都会体现在合伙协议中，所以风投企业组建的法律事务主要围绕合伙协议开展：

### （一）《合伙企业法》规定的合伙协议基本条款

《合伙企业法》第18条和63条规定，合伙协议应当载明下列事项：（1）合伙企业的名称和主要经营场所的地点；（2）合伙目的和合伙经营范围；（3）普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所；（4）合伙人的出资方式、数额和缴付期限；（5）利润分配、亏损分担方式；（6）合伙事务的执行；（7）执行事务合伙人应具备的条件和选

择程序；(8) 执行事务合伙人权限与违约处理办法；(9) 执行事务合伙人的除名条件和更换程序；(10) 入伙与退伙；(11) 有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；(12) 有限合伙人和普通合伙人相互转变程序；(13) 争议解决办法；(14) 合伙企业的解散与清算；(15) 违约责任。

虽然《合伙企业法》规定了合伙协议的上述必备事项，但从合伙制在美国的成功运作来看，合伙企业的行为所受的约束主要是合伙内部有限合伙人和普通合伙人之间、普通合伙人和普通合伙人之间的相互约束。这种合伙内部约束的执行比法律更及时和有效。由于创业投资独特的运作机制需要企业在进行经营管理时具有较大的自由和灵活性，因此《合伙企业法》并未对合伙企业的运作机制作出过多的、僵化的规定，且在作出规定的同时往往又规定“合伙协议另有约定的除外”。这就为各合伙人的协商预留了极大的制度空间，律师则可针对具体情况制定出恰当的合伙协议来设定各合伙人之间的权利、义务、责任。

## (二) 有限合伙协议重点条款

1. 合伙人的出资额及出资方式。《合伙企业法》规定，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，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。有限合伙人是风险投资的主要出资方（一般出资 99%），普通合伙人只是象征性出资（通常为 1%），但由于风险投资企业募集的资金量大，若有限合伙企业尚未确定投资项目时，占有资金只会增加企业的运作成本，因此合伙协议通常约定有限合伙人采取承诺制方式出资，即有限合伙企业确定投资项目后，再由各有限合伙人按合伙协议约定的比例进行投资。如 2007 年 12 月郑州宇通客车股份有限公司（有限合伙人）、郑州宇通集团有限公司（有限合伙人）和郑州云杉投资管理有限公司（执行事务合伙人）出资设立的郑州云杉股权投资基金（有限合伙企业）采取的就是



这种方式。

2. 合伙企业的管理费。《合伙企业法》第67条规定，有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。管理费并非用于支付普通合伙人管理合伙企业的激励性报酬，而是用于支付维持企业运营的基本成本及相关费用。管理费可有不同计算方法，可按年、半年或事先进行计算。通常，管理费达到一定的节点会进行减少。管理费还可协商确定为每年按一定比例进行减少，通常于投资期结束时或其后两三年开始计算。管理费之所以在此时进行减少，是因为普通合伙人在进行组合投资时，大多数事务是在有限合伙企业存续期间的前几年进行的。

3. 合伙企业的损益分配。普通合伙人和有限合伙人通常按20%和80%的比例进行利润和损失的分配。部分合伙协议会规定普通合伙人仅在有限合伙人已经取得一定比例的投资回报时方可获得合伙企业的利润。此外，有些合伙协议会规定利润和损失先根据普通合伙人和有限合伙人各自的出资比例进行划拨，直至各方收回各自出资之日。普通合伙人和有限合伙人还可协商确定普通合伙人可否在各方收回出资日之前获得企业20%的利润。合伙协议还应确定利润分配的程序。如规定普通合伙人和有限合伙人获得何种收益，承担何种损失；规定各方何时可获得收益，何时承担损失。

4. 合伙企业事务的执行。有限合伙企业通常由全体或三分之二以上的合伙人决定执行合伙事务的合伙人，不执行合伙事务的合伙人有权监督执行事务合伙人执行合伙事务的情况。执行事务合伙人应当定期向其他合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营和财务状况，其执行合伙事务所产生的收益归合伙企业，所产生的费用和亏损由合伙企业承担。合伙人分别执行合伙事务的，执行事务合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时，暂停该事务的执行。如果发生争议，则按照合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过办法进行表决。