

来自法治现场的报告

公司

的

[法务]

LEGAL AFFAIRS
OF COMPANY

风险预案 30 例

◎ 周连勇 编著

来自法治现场的报告

公司 的

[法务]

风险预案30例

◎周建勇 编著

 南京师范大学出版社
NANJING NORMAL UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

公司的法务：风险预案 30 例 / 周连勇编著. —南京：
南京师范大学出版社，2009.12
ISBN 978-7-81101-675-8/D·102

I. 公... II. 周... III. 公司法—研究
IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 225779 号

书 名	公司的法务：风险预案 30 例
编 著	周连勇
责任编辑	张智灵 朱海榕
出版发行	南京师范大学出版社
地 址	江苏省南京市宁海路 122 号(邮编：210097)
电 话	(025)83598077(传真) 83598412(营销部) 83598297(邮购部)
网 址	http://press.njnu.edu.cn
E-mail	nspzbb@njnu.edu.cn
印 刷	盐城市华光印刷厂
开 本	787×960 1/16
印 张	26.25
字 数	510 千
版 次	2009 年 12 月第 1 版 2009 年 12 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-81101-675-8/D·102
定 价	52.00 元

出 版 人 闻玉银

南京师大版图书若有印装问题请与销售商调换
版权所有 侵犯必究

推荐序

(一)

江苏省经贸委政策法规处处长王冬青研究员推荐了一本名为《公司的法务》的书稿，周连勇先生是该书的作者；该书针对公司常见的法律问题，解读了30篇风险预案。记得美国哥伦比亚大学前校长巴特勒(N. N. Butler)曾经说过：“有限责任公司是当代最伟大的发明，其产生的意义甚至超过了蒸汽机和电的发明”。作为最常见也是最主要的商事主体形态，现实经济生活中的公司，有的其兴也勃，有的则其亡也忽。通过案例系统而清晰地分析公司从设立、运转到清算过程中可能存在的一系列法律风险，并设计出各个阶段的防范预案，这正是本书的独到之处。

鉴于此，我非常乐意把这本专著推荐给从事企业法律顾问实务的同志们，以及对公司法务感兴趣的各界朋友。

国务院国资委政策法规局局长 周渝波

2009年11月18日

(二)

周连勇律师是华中科技大学法学院法律硕士。虽然我不是他的指导教师，但参加过他的硕士论文答辩。记得他在读书期间成绩比较优秀，已有著作出版，是提前毕业参加答辩的。当时，我对于他的学术修养和社会观察力，有较为深刻的印象。

事实上，我对那些具有较高法律业务水平和职业操守的法律人，始终怀着某





种程度的敬意。我是在实务界和学术界“两栖”过的人，也深刻地体悟到那些“混迹”人际关系或者是“玩弄”学问的人对于现实社会所带来的有形或者无形的伤害。中国的法制化与法治社会的形成，最终要靠那些法律职业人在执业过程中不断地阐释与言说，要靠连勇律师他们这些人勤勉而致。

连勇律师著作《公司的法务》，是理论与实务相结合的产物。结合自己的法律执业经验，记录、分析和总结中国法治社会的实践，摆脱学院派自我言说的欢愉，既有对法条规定的融汇贯通，也有现实的解决思路，使得这部著作兼具学理性与可读性。我想，我们推行法律实践性教学，是希望学生们不仅能够分享古希腊与古罗马的荣光，而且更希望他们能够分享法律职业人的技艺与智慧。法学既是一门学问，也是一种实用艺术。

值此书付梓之际，略缀数语以为序。

华中科技大学法学院教授、院长 易继明

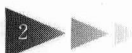
2009年12月4日暨法制宣传日

(三)

公司作为最灵活、最基本、最有效的企业组织形式，对促进各国经济的发展具有非常重要的作用。为此，各国均十分重视公司法律制度建设，我国亦然。我国建立公司法律制度，就是要“按照市场需求，以提高经济效益和劳动生产率、实现资产保值增值、促进社会主义市场经济的发展”为目的，推动公司这一企业组织形态朝着有序、和谐方向发展。然而，面对庞杂的公司法律制度，如何正确理解和严格遵守这些法律制度，是每一个公司必须面对的难题。周连勇主任结合自身公司法律制度实践经验，撰写了极具实用性特点的《公司的法务》一书。该书从公司的设立—公司的运转—公司的清算，分三部分以案说法，言简意赅，“破除”了公司法律制度庞杂、难解障碍，是一本集知识产权法、公司法、劳动法、企业破产法等为“一身”的、适合法律人使用的书。

南京大学法学院教授、博士生导师 胡晓红

2009年11月6日



(四)

现在社会上两种人最厉害,或者说最令人敬畏,一种叫老板,一种叫老师。前者掌握着经济资本,手底下有一个或几个公司;后者掌握着文化资本,一般避免不了写几本书。

厉害不厉害不是我说的。政府也跟这两种人走得近,不信你看看政府组织的各种文化节、恳谈会、招商引资活动,哪一桩少得了老板和老师们?当然,也离不开我们媒体的记者。

老板和老师们一旦见了面,恳了谈,就更不得了,该互补的互补,该勾结的勾结,这也是不可避免的。至少老板们认为有这个需求,因为公司或者老板们的生存、发展离不开知识、智慧,包括法律方面的知识 with 智慧。老师们也愿意以某种泽被众生的方式提供合作,比如周连勇老师就编写了一些与公司有关的法律方面的书。

我看了其中一本书的大样,觉得很实用,如果我要开公司,必须买一本作为指南,否则真的要出问题。买了书就不出问题了?连勇本身是个颇具知名度的律师,还有一个实力强大的博事达律师事务所,可以提供直接的、全方位的保驾护航。

我认识连勇快30年了,觉得他很适合而且很爱好当老板,他曾经私下里侃侃而谈他的企业管理知识和创意,甚至建议我开一个面食总汇,店名就叫“千人一面”。商标专用权已经有了,策划包装、企业形象、经营理念由他一手包办,最后由他以法律为武器保驾护航,条件是他和他的朋友们吃面条要打8折。

据说他这样的点子还不少,像“甲方乙方”置业顾问、“雅皮族”会所,而且不少都经过了登记注册。这就是“老师”的智慧了。

连勇做过至少15年法学老师,也做过教学管理。现在身为律师楼的“老板”,还在做兼职教授,还是缠着法律不放。经常在电视上评长论短,依然是海人不倦。

这是一个精力超群的人,做事常要两手抓两手硬,周老师与周老板在他身上合二为一。这也是一个思维缜密的人,周老师深沉的外表下埋藏着周老板激情四射的心,凡事要讲“大小先后轻重缓急”。我建议当老板的朋友买一本连勇的书,理由我已经说了。建议当老师的朋友也买一本,看看书原来也可以这么写。

建议不当老板也不当老师的朋友也买一本,说不定看完了您就想当老板了,就成老师了。

欧洲媒体人 雅客·唐郎

2009年4月29日

(五)

我与连勇君相识近二十年,特别是自他从不忍舍离的学校,步入滚滚红尘的社会及方兴未艾的律师界之后,我们的接触更加频繁、密切起来。

连勇君做我公司、我个人的法律顾问多年,除了多次帮助公司、个人赢得了错综复杂的联营纠纷诉讼、敏感的税务刑事诉讼、棘手的行政诉讼官司外,我们更多的心得交流则是在法理及法律的形成方面。他使作为一个企业法人代表的我懂得了什么叫“法人”,如何做“法人”,以至如何做“人”。

在我们之间的合作、交谈中,我深感他的儒雅、博学和博爱;也深感博事达律师事务所之所以能发展如此之快、规模和名气如此之大,是与他的执业能力、人格魅力和团队精神分不开的。

近几年来,连勇君在潜心研习法学与法理方面愈加下功夫,精彩的文章、丰富的专集不断面世,使广大读者受益匪浅。为此,他在执业与执教之间,建立了一座互通的桥梁。在繁忙的执业之余,他甚至放弃不少利益和业务,而沉醉在“立志”、“立业”之后的“立言”方面,由此又步入了社会这座无形的大学,实现了他育人的理想。可敬、可佩!

尤为可喜的是,连勇君执业 17 年后,又无私地将各方面经验、研究、感悟集于一册呈现于我们,其在公司治理方面的法务范围之广、研究的实践性之准及可操作性之强都是前所未有的。相信他将在规范企业运作、规范社会经济运行方面发挥出及时、有效的功能和作用。相信这也是连勇君人生旅途中的又一个重要的里程碑。

为此,我庆贺他、感谢他、祝福他!

江苏八达重工机械有限公司董事长 陈利明

2009年9月21日



作者自序

近年来,特别是世界金融危机的背景下企业界关于风险防范的话题愈来愈引起各方关注,那些全球著名的上市公司居然在一夜间轰然倒塌,对于想设立公司、正在运作公司的投资人、经营者而言,不能不作系统的深刻的思索,在前瞻和反思的过程中,不能不去考察面临的法律风险!

而在律师界,针对要不要以及如何受聘担当公司的法律顾问,提供相关法律服务,目前仍然存在两种不同看法:一是认为不值得,因为很多老板(尤其是基层法律工作者服务的小公司老板,过于依赖个人经验、迷信靠“关系”打“官司”的老板)常常把法律顾问当成“消防员”,刚刚收到法院传票,立即电召顾问出庭,只是为了应急救火,服务费用极其低廉;一是感觉不忍舍弃,常年法律顾问服务毕竟是常态的、稳定的律师业务,可以积累经验,可以延伸、保有诉讼和仲裁代理等相关业务。当然,作为成熟的企业家,无疑是期待专业的、敬业的律师顾问来保驾护航的;而作为成熟的律师,推敲的应该是昂贵的法律顾问费用背后的服务内涵和服务技能。

在这里,我要特别感谢三年前在我团队中的杨宏、刘娟、杨云开等优秀的年轻律师,是他们最早响应和实践团队为顾问单位每月撰写、寄发“企业法务信息前瞻性分析报告”的创意!最初的“法务报告”,就想把每个月当中和公司有关的法律动态告知客户,并没有深入的、系统的考虑,仅仅是新颁法条和鲜活案例的挑选,以及公司经营风险防范的几点提醒,但是没有料到这样的服务尽管内容简略、形式粗糙,却很受老板们、经理们的欢迎!团队每月定时给客户寄发“法务报告”,年底汇编成册,再次赠送。客户习惯了这样的信息服务,以至于哪个月份助手们邮寄晚了,客户还来电催索!有时老板、经理会提出一些公司面临的新问



题、新难题向我们求援,让我们研究,进而又丰富了我们“法务报告”的选材,拓宽了后续研究的课题。这是怎样一个法律实务的互动啊!慢慢地,我越来越强烈地意识到这是一项意义深远且又亟待完善的工程,值得认真去做,应该聚精会神策划,从头来写!系统地梳理公司的设立到公司的运转再到公司的清算整个过程的法律风险和防范预案,最后成形的格局就是读者现在看到的每个单篇“法务动态”、“风险评估”、“预案设计”三大板块。“法务动态”尽量展示实务中已经出现的典型案例,最新的法律、法规、规章、司法解释中重要的、主要的条款;“风险评估”意在告知读者某课题相关领域中的法律风险范围和程度;“预案设计”则是作者根据自身对法律的理解和执业经验设计的针对性的防范对策。本书中出现的 30 个风险预案也是从作者平时积累的文稿中挑选的,很可能挂一漏万。令人欣慰的是,目前我的助手曹娅琦、狄永平、施春花等仍在积极协助整理“公司的法务”续篇,我们团队在为顾问公司提供现实预案设计的同时不断延续着对新的风险预案的思考。

我还要特别感谢南京师范大学出版社的林荣芹老师和徐蕾老师,最初关于“来自法治现场的报告”系列丛书的设想就是我向林老师一吐为快的。那天下午,林老师本来急着要外出办事,碰巧被我在宁海路出版社楼下的麦当劳门口遇见,我俩站在路边畅谈了近一个小时,形成出版丛书的雏形。徐蕾老师是丛书的总设计师,无论是在《成功的辩护》还是这本《公司的法务》的编辑、出版过程中都给了我那么多的鼓励和支持,真是让我受益良多!最后应当感谢本书的责任编辑朱海榕老师,知道我律师事务繁重,亲自登门听取对编辑、出版的意见和建议,真诚之至,耐心之至,她的这种谦虚态度、敬业精神也是非常值得我们法律人好好学习的。

如实记录本书的孕育和成长,是为序。

周连勇
2009 年 12 月 7 日

推荐序/1

作者自序/1

上编 公司的设立

- 预案 1 商号的选择/3
- 预案 2 商标申请及商标权纠纷之防范/11
- 预案 3 公司章程与《公司法》规定之协调/37
- 预案 4 股东协议的签订与履行/76
- 预案 5 生产经营场所的时空选定/91
- 预案 6 公司注册影响现实和未来/102
- 预案 7 虚假出资、抽逃出资的责任承担/115
- 预案 8 独立董事的设置及其作用的发挥/126
- 预案 9 公司分支机构的责任担当/141
- 预案 10 法律顾问的正确定位/150

中篇 公司的运转

- 预案 11 “员工手册”的智慧/175
- 预案 12 劳动合同中保密条款和竞业禁止条款的
现实效力/182
- 预案 13 工伤事故之防范与解决/192
- 预案 14 劳务派遣风险防范/202
- 预案 15 劳动合同签订及劳动合同法应对/221
- 预案 16 公司宣传的法律风险/236
- 预案 17 商务交往中证据的收集与保全/249

- 预案 18 对外合同的管理及合同纠纷的解决/256
- 预案 19 公司生产经营与文物保护/275
- 预案 20 远离商业贿赂,谨慎灰色地带/286
- 预案 21 防范资金挪用,重在严抓内控/294
- 预案 22 警惕票据的违法使用/299
- 预案 23 主动应对污染减排,化险为夷/321
- 预案 24 产品质量问题的责任承担/328
- 预案 25 走出违法用地的误区/334
- 预案 26 积极、沉着应对美国 337 条款/351
- 预案 27 公司商誉的保护与反侵犯/364
- 预案 28 公司股东代表诉讼/372

下编 公司的清算

- 预案 29 公司的破产清算/385
- 预案 30 公司的非破产清算/394

参考文献/408

上 编

公司的设立

公司的诞生从获准营业执照开始,在申领执照过程中,商号选择、股东签约、章程确认、出资验审、场所考察、申请并有效利用知识产权等都是必不可少的环节。让我们在公司法律顾问的引领下,化解法律风险,开启公司设立的程序吧!



商号,是指一个公司、企业所取的名称中的字号。它彰显着该公司、企业的个性与特征,使之与其他商事主体相区分。随着市场经济的发展、竞争意识的加强,品牌战略凸显其重要价值,商号正被作为抢占市场占有率、获取最大利益的竞争手段而受到广泛重视,经营主体越来越清楚地认识到商号在现代商业竞争中的地位和意义。与此同时,有关商号权的纠纷、针对商号的侵权行为也日益增多,因此,公司、企业有必要对商号加大法律保护力度,使之发挥出更大的作用。

一、法务动态

(一) 实务案例

【案例 1】 2000 年 9 月 3 日中央电视台“新闻三十分”节目播出了南京冠生园食品有限公司利用陈年旧月饼馅翻新再次使用的新闻,引起国内舆论哗然。在南京事件发生后,媒体接着就上海冠生园蒙受不白之冤的情况进行了报道。9 月 6 日上海《文汇报》第 4 版刊登了一篇题为《上海冠生园蒙不白之冤》的文章,该文章副标题为“此冠生园非彼冠生园”。文章的开头写道:“上海的冠生园(集团)有限公司这几天被‘愤怒’的电话所淹没。这些愤怒的电话来自全国各地,抨击的共同话题是:‘你们把去年月饼的馅子做在今年的月饼里,太无耻了!’这让冠生园集团的领导也丈二和尚摸不着头脑:我们怎么会做这种事呢?”在这次事件中不少消费者将上海冠生园(集团)有限公司与南京冠生园食品有限公司视为了一家,事实上,两家公司只是当初冠生园设在两地的不同企业而已。事件发生后,福州、山西、山东、杭州、石家庄、苏州、常州等地还要求上海冠生园退货。随即上海冠生园通过媒体向公众进行解释,强调两家企业没有任何瓜葛,并强调上海冠生园(集团)有限公司生产的月饼是“生”字牌商标,是轻工业部认证的名牌月饼,消费者可以通过辨认“生”字商标以区别两个不同的冠生园厂家。

【案例 2】 2005 年 8 月,浙江大光明眼镜有限公司到宁波市工商局投诉宁波大光明眼镜有限公司侵犯了其注册商标专用权,得到受理。浙江大光明眼镜有限公司表示,宁波大光明眼镜有限公司故意把企业商号和商标混淆,在眼镜盒等各种产品包装、店面装潢以及经营活动中显著标注、突出使用“大光明”字样,把企业名称当成商标来使用,足以造成消费者的误认。

但是宁波大光明却反戈一击,在同年 12 月牵头省内 16 家大光明眼镜店向国家工商行政管理总局商标评审委员会提出撤销“大光明”商标注册申请,使得浙江大光明眼镜有限公司对其投诉处于中止状态。浙江大光明做梦也没想到,转眼“原告”反成了“被告”。

商评委经审查认为,我国企业名称登记实行分级登记管理制度,这造成了在不同区域可能出现企业名称中商号相同的情况,这一事实并不能说明该商号本身不具备显著性和识别性。商标“大光明”在不同地区登记、注册商号,所起到的仍是识别不同企业的作用。“大光明”既不是眼镜行业中区分不同类别眼镜商品的通用名称,也没有直接表示眼镜商品或相关服务的特点,虽然浙江大光明眼镜有限公司将“大光明”作为商号使用,但其性质仍属于区别不同企业商号,而并非行业通用的贸易场所名称,因此,“大光明”文字组合仍然具有显著性的标志。最终,商评委裁定“大光明”商标合法,予以维持。此后,宁波大光明等 17 家企业对商评委裁定不服,相继向北京市第一中级人民法院、北京市高级人民法院提起诉讼,结果均被驳回。

(二)立法举要

从我国现有法律法规来看,商标权法律制度相对健全,基本上实现了对商标不同角度的保护,但对于商号的保护却明显较弱,甚至到现在还没有关于商号权的概念定义,这也是我国今后商事立法需要进一步完善的地方。

目前我国关于商号的法律保护制度主要规定在《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称《民法通则》)、《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)、《中华人民共和国产品质量法》(以下简称《产品质量法》)、《企业名称登记管理规定》、《中华人民共和国企业法人登记管理条例》(以下简称《企业法人登记管理条例》)及其《实施细则》、国家工商行政管理局关于贯彻《企业名称登记管理规定》的通知、《中华人民共和国公司登记管理条例》(以下简称《公司登记管理条例》)等普通法和专门立法当中。具体规定分述如下:

(1)《民法通则》第 99 条规定,法人、个体工商户、个人合伙享有名称权。企业法人、个体工商户、个人合伙有权使用和依法转让自己的名称。第 120 条规

定,姓名权、名称权受到侵害的,公民或法人“有权要求停止侵害,恢复名誉,消除影响,赔礼道歉,并可以要求赔偿损失”。

(2)《反不正当竞争法》第 5 条第 3 款规定,擅自使用他人的企业名称或者姓名,引人误认为是他人商品的行为是不正当竞争行为,对这种行为该法第 21 条规定依照《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)、《产品质量法》的规定处罚。

(3)《企业法人登记管理条例》第 10 条规定,企业法人只准使用一个名称。企业法人申请登记注册的名称由登记主管机关核定,经核准登记注册后在规定的范围内享有专用权。申请设立中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业应当在合同、章程审批之前,向登记主管机关申请企业名称登记。《实施细则》于 1996 年和 2000 年先后两次修改,对企业法人登记进行了详细的规定。

(4)《个人独资企业登记管理办法》第 6 条规定,个人独资企业的名称应当符合名称登记管理有关规定,并与其责任形式及从事的营业相符合,并指出个人独资企业的名称中不得使用“有限”、“有限责任”或者“公司”字样。

(5)《合伙企业登记管理办法》第 6 条规定,合伙企业的登记事项应当包括:名称;主要经营场所;执行事务合伙人;经营范围;合伙企业类型;合伙人姓名或者名称及住所、承担责任方式、认缴或者实际缴付的出资数额、缴付期限、出资方式 and 评估方式。合伙协议约定合伙期限的,登记事项还应当包括合伙期限。执行事务合伙人是法人或者其他组织的,登记事项还应当包括法人或者其他组织委派的代表(以下简称委派代表)。

(6)《中华人民共和国商标法实施条例》(以下简称《商标法实施条例》)经过 2002 年修订,其中第 53 条规定商标所有人认为他人将其驰名商标作为企业名称登记,可能欺骗公众或者对公众造成误解的,可以向企业名称登记主管机关申请撤销该企业名称登记。企业名称登记主管机关应当依照《企业名称登记管理规定》处理。

(7)《公司登记管理条例》第 11 条规定,公司名称应当符合国家规定,公司只能使用一个名称,经公司登记机关核准登记的公司名称受法律保护。第 17、18、19 条规定,设立公司应将申请名称预先核准,并且具体规定了有限责任公司申请名称预先核准的办法:预先核准的公司名称保留期为 6 个月,在保留期内该名称不得用于从事经营活动,不得转让。此外,该条例第 20、21 条还规定,申请设立有限责任公司和股份有限公司,必须提交企业名称预先核准申请书。

(8)《产品质量法》经过 2000 年修正,其第 5 条规定禁止伪造或者冒用认证标志等质量标志;禁止伪造产品的产地及伪造或者冒用他人的厂名、厂址。第

27、37、53 条还规定产品或者其包装上的标识必须真实,并有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址;销售者不得伪造产地,不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址。违反上述规定的,伪造或者冒用他人厂名、厂址的,伪造或者冒用认证标志等质量标志的,责令改正,没收违法生产、销售的产品,并处违法生产、销售产品货值金额等值以下的罚款;有违法所得的,并处没收违法所得;情节严重的,吊销营业执照。

(9)《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)第 20 条规定,经营者应当标明其真实名称和标记。租赁他人柜台或者场地的经营者,应当标明其真实名称和标记。第 50 条规定,如果经营者伪造产品的产地,伪造或冒用他人的厂名、厂址,则依《产品质量法》或其他法律进行处罚;法律、法规未作规定的,由工商行政管理部门责令改正,视其情节单处或者并处警告、没收违法所得,处以违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款;没有违法所得的,处以 1 万元以下的罚款;情节严重的,责令停业整顿、吊销营业执照。

(10)《驰名商标认定和管理暂行规定》第 10 条规定,自驰名商标认定之日起,他人将与该驰名商标相同或者近似的文字作为企业名称一部分使用,且可能引起公众误认的,工商行政管理机关不予核准登记;已经登记的,驰名商标注册人可以自知道或者应当知道之日起两年内,请求工商行政管理机关予以撤销。

(11)《企业名称登记管理规定》及《企业名称登记管理实施办法》是有关企业名称之登记、变更、转让、监督管理、争议受理的专行法规。

(12)《关于解决商标与企业名称中若干问题的意见》是目前解决商标和企业名称冲突问题的最具指导性的法律文件。

除上述法律、法规和规章外,由于我国已于 1985 年成为《巴黎公约》的成员国,并于 2001 年正式加入世界贸易组织,因此《巴黎公约》和世界贸易组织《TRIPS 协议》对于我国的商号权保护都有指导作用。

二、风险评估

(一) 商号的冲突问题

商号冲突是指不同的商标权人与商号权人因使用了相同或相似的文字而使消费者对商品或服务的来源产生了混淆,使其误认为两者为同一人,或者两者之间存在某种特定联系,从而误购商品或接受服务。前述第一个案例就是由于历史原因导致南京和上海两家不同的企业被混为一谈,给上海冠生园造成了较大的损失。商号冲突的具体形态包括: