

董家友 周爱春

著

线缆企业法律风险 管理研究

RESEARCH ON
LEGAL RISK MANAGEMENT
OF CABLE COMPANIES

 江苏大学出版社
JIANGSU UNIVERSITY PRESS

董家友 周爱春 著

线缆企业法律风险 管理研究

RESEARCH ON
LEGAL RISK MANAGEMENT
OF CABLE COMPANIES

 江苏大学出版社
JIANGSU UNIVERSITY PRESS

镇 江

图书在版编目(CIP)数据

线缆企业法律风险管理研究 / 董家友, 周爱春著
—镇江: 江苏大学出版社, 2015. 12
(漫修书系)
ISBN 978-7-5684-0144-9

I. ①线… II. ①董… ②周… III. ①电线—电缆—
工业企业—企业法—研究—中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 314525 号

线缆企业法律风险管理研究

Xianlan Qiye Falü Fengxian Guanli Yanjiu

著 者/董家友 周爱春

责任编辑/张小琴 孙文婷

出版发行/江苏大学出版社

地 址/江苏省镇江市梦溪园巷 30 号(邮编: 212003)

电 话/0511-84446464(传真)

网 址/http://press.ujs.edu.cn

印 刷/句容市排印厂

经 销/江苏省新华书店

开 本/787 mm×1 092 mm 1/16

印 张/31.5

字 数/753 千字

版 次/2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷

书 号/ISBN 978-7-5684-0144-9

定 价/68.00 元

如有印装质量问题请与本社营销部联系(电话:0511-84440882)

序

董家友

千淘万漉虽辛苦,吹尽狂沙始到金。两年来近 700 个日夜的辛苦煎熬和不懈努力终于换来了这叠沉甸甸的书稿。

近年来,随着中国电力工业、数据通信业等行业的快速发展,线缆行业的发展规模迅速扩大。目前,全国线缆生产企业已超过 7000 家,据前瞻产业研究院发布的《2014—2018 年中国电线电缆行业市场需求预测与投资规划分析报告》显示,我国已逐渐成为亚洲最大的电线电缆需求国,各种线缆的需求持续增长。

然而,我国当前国内线缆市场竞争秩序并不规范,法治环境尚不健全,这在一定程度上影响了线缆行业的规范、快速发展。如何有效防范和化解法律风险,是线缆行业需要重点关注和研究的课题,也是每一个线缆企业和经营者应重视的责任和目标。

多年来,我一直致力于企业法律风险管理的研究工作,且为众多线缆企业提供法律顾问服务,因此,在为线缆企业提供各类法律风险防范、处理措施方面,总结了较为丰富的经验。

本书在总结、归纳线缆企业从设立到生产、从管理到营销、从采购到销售等全流程环节的法律风险的基础上,结合本所的法律服务经历,对线缆企业的设立变更、采购、市场、融资、财务、人力资源、产品质量、知识产权、合作生产及诉讼等方面的法律风险进行识别和分析,进而提出了相关的防控措施。概括起来,本书具有以下特点:

第一,立意鲜明。本书摆脱传统法律风险防控研究大而全的模式,专门针对线缆企业进行法律风险识别分析并提出应对措施。研究中专门针对线缆行业独特的法律风险进行了梳理,并开展了明确细致的探讨研究,提出了呼应的管理方法,具有显著的行业特色,针对性强。

第二,定位准确。本书定位于为线缆企业经营者及相关人员提供企业法律风险防控的专门性工具书。因而,研究和论述中很少展开理论分析,大多立足于现实问题,提出法律风险的表现形式及其后果,进而依据法律规范和其他因素提出防控措施。

第三,参考性强。本书从线缆企业的实际需要出发,通过大量的真实案例,生动形象地阐述线缆企业发生过的典型法律风险并展开针对性分析,在此基础上提出防控措施;同时,精心整理出有关文本,为线缆企业事先预防法律风险提供丰富的参考范本。

第四,适用性广。本书对线缆企业的法律风险进行了详细的分析,适合于所有线缆企业的管理人员,可以成为线缆企业上到经营决策者、中到经营管理者、下到具体工作

者学习、参照的依据,也可以成为法律行业专业人员执业的参考,同时也可以作为高校法学、管理学等专业师生的参考用书。

在本书的写作过程中,江苏大学文法学院部分教师和江苏漫修律师事务所的部分律师充分发挥自身的经验和特长,无论是从本书的体系框架还是具体的案例、文本选择、内容分析,都提出了宝贵的意见,为顺利完成本书贡献了自身力量。

风险不是要预言未来,而是要为未来做好准备。很好地防范和处理法律风险不仅可以避免预期的损失,而且可能带来超出预期的收益。各行各业既具有所有行业一般的法律风险,又具有自己行业特殊的法律风险,专门针对一些重要行业分析探讨相应的法律风险,是我们在法律风险管理领域探索的新方向。

是为序。

目 录

第一章	线缆企业设立变更法律风险管理	001
第二章	线缆企业采购法律风险管理	055
第三章	线缆企业销售法律风险管理	108
第四章	线缆企业融资法律风险管理	156
第五章	线缆企业财务法律风险管理	212
第六章	线缆企业人力资源法律风险管理	274
第七章	线缆企业产品质量法律风险管理	354
第八章	线缆企业知识产权法律风险管理	389
第九章	线缆企业合作生产法律风险管理	431
第十章	线缆企业诉讼法律风险管理	451

线缆行业作为国民经济的基础性产业,为国民经济发展、重大工程建设乃至国防建设提供了重要配套和支撑。随着我国经济的快速增长及工业化、城镇化进程的进一步加快,我国线缆行业需求将保持持续增长的趋势。根据《电线电缆行业“十二五”发展规划》,我国电线电缆行业“十二五”期间销售规模年均增长率将达到4%~8%^①。然而,我国当前线缆行业发展水平较低,如产业集中度不高,自主创新能力不强,中低端产品同质化竞争严重,企业融资行为不规范等,这些问题势必会制约线缆行业的良性发展。

由此可见,在今后一段时间内,受市场需求增加、产业结构调整等因素的影响,线缆行业在继续涌现新设线缆企业的同时,企业间的变更重组也将成为常态。本章将从线缆企业及其投资方的视角出发,从线缆企业设立、变更及解散等方面对线缆企业面临的法律风险展开分析并提出防控措施。需要说明的是,根据2014年电线电缆行业分析报告,我国的线缆企业90%以上都是公司制企业。而有限责任公司在线缆企业中占据主体地位,故若无特别说明,本章所分析的线缆企业设立变更法律风险均指有限责任公司。

第一节 线缆企业设立中的法律风险管理

公司设立是指线缆企业投资方依照法定的条件和程序,为组建公司而必须采取和实施的行。《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)为公司的设立规定了一系列完善的程序和条件,然而实践中投资方在线缆企业设立过程中因对法律规定认知不足或有意规避等原因容易滋生法律风险,使发起人、股东乃至外部人之间发生利益冲突。

一、发起人协议的法律风险管理

(一) 发起人协议的法律风险识别

发起人协议是各发起人之间就线缆企业在设立过程中的出资情况、违约责任、权利义务等事项达成的约定。发起人协议是线缆企业顺利设立的保证,也是公司设立不成功时责任承担的依据,其在法律性质上是发起人之间的民事合伙协议。如公司顺利成立,则该合伙协议自动终止;如公司设立失败,则依据该协议对线缆企业筹备中的债权债务承担进

^① 《2014—2018年中国电线电缆行业市场投资策略及未来前景预测研究报告》。

行分配。发起人协议的法律风险主要表现在:

1. 企业类型选择的风险

线缆企业按照不同标准可以做出不同分类。如按照企业承担责任的方式,线缆企业可以分为无限责任企业和有限责任公司。前者以合伙和个人独资企业比较典型;后者以有限责任公司、股份有限公司为主。无限责任企业间的人身信任和相互信赖性很强,相互合作是以相互了解为前提;而有限责任公司大多是将资金的联合和股东间的信任作为公司不可或缺的两个共同信用基础。此外,按照企业组织形式的不同,线缆企业还可以分为个人独资企业、合伙企业、公司企业;按照企业法律属性的不同,可以分为法人企业、非法人企业。实践中,有些线缆企业的投资人并不清楚不同类型企业在组织机构、治理结构、信息公开等方面的区别,从而导致线缆企业成立后产生治理结构等方面的诸多问题。

2. 缺乏保密条款和竞业禁止规定

我国《公司法》只对董事和高级管理人员规定了竞业禁止义务,《公司法》第一百四十九条第五款规定:“未经股东会或者股东大会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务。”但对发起人在公司设立阶段的竞业行为却没有相关禁止性规定。实践中,线缆企业发起人即使未参与公司的设立筹备工作,也有可能通过大量途径获得公司的相关信息。其中可能会涉及各位发起人的财产状况、公司注册资本、固定资产信息和有关知识产权、公司经营方向、目标规划等重要信息。这些信息的泄露可能会给公司带来潜在竞争对手、遭受恶性竞争等不利后果,甚至可能会导致发起人故意阻止企业设立而自行开办企业的后果。这无疑在线缆企业设立阶段就埋下了市场风险。

3. 不如实记载股东信息

现实生活中,实际投资人出于规避法律禁止性规定、享受税收优惠、简化投资程序及避免关联交易等目的而暗中持股的情况并不少见。例如,为了规避《公司法》对有限责任公司股东的资格和人数上的限制或规避国家公务员不得经商等禁止性规定等,一些线缆企业投资人作为隐名股东通过与显名出资人之间的合同关系而作为实际投资人。这一做法在现实中法律风险较大,因为《公司法》对此并没有相应规范,全国各地法院在审理相关案件时,往往采用类推的方式,将这种隐名投资关系类推为借贷关系、代理关系、委托关系、信托关系等,从而导致隐名股东的权益得不到充分保护。

【案例 1-1】

2003 年 6 月 23 日,原告陈某某与被告王某某、赵某某共同设立被告某科技发展有限公司,并订立合作协议。同年 7 月 25 日,原告按照约定支付给被告王某某人民币 10 万元。王某某以原告投资款的名义出具了收据。公司成立后,原告在被告某科技发展有限公司工作了 6 个月。至 2004 年底,原告要求公司分红,被告以公司亏损为由,不支付原告红利。后原告到工商登记部门查询,原告的名字并不在工商登记的股东名册中。

原告认为,由于被告隐瞒了登记时的客观事实,使原告没有成为在工商登记部门认可的股东,从而无法享受股东的权利,为此要求法院判决被告返还原告欠款 10 万元。

被告王某某与被告某科技发展有限公司辩称:原告与被告王某某、赵某某共同决定设立公司用于电子产品的销售。约定由王某某出资 30 万元,陈某某出资 10 万元,赵某某出

资10万元,共计注册资本为50万元,王某某为法定代表人。由于陈某某当时为国企员工,不宜开公司,此情况当时已经告知过陈某某,故工商登记的股东为王某某与赵某某。原告陈某某当时投入的是投资款,三方都是明确的。

本案的焦点是原告所投入的资金是投资款还是作为借款给被告使用?工商登记是一个证权程序,并非设权程序。工商登记虽然对外具有公示的效力,但就股东内部而言,工商登记并非确定股东地位的唯一依据。从合作协议来看,很显然陈某某是公司设立时的成员之一。王某某给陈某某开具的收据也表明是投资款,且陈某某在公司成立后曾在公司工作了一段时间,参与了公司的经营与管理。本案陈某某实质上是公司的隐名股东。隐名股东与显名股东之间发生的股权纠纷,应当根据当事人之间的真实意思表示,对股东的资格据实来做出认定。^①

(二) 发起人协议的法律风险防控

1. 重视发起人协议的签订

根据调研,我们发现线缆企业中家族企业较多。发起人大多是亲戚、朋友甚至是夫妻关系,至少也是彼此熟悉、互相信任的人。因而实践中并不重视该协议的签订,这就为后续线缆企业的设立埋下了隐患。由于出资人之间缺少设立协议的有效约束,导致权利义务边界模糊,一旦线缆企业设立活动与预想结果相悖,纠纷和诉讼的可能性将会大大增加。

为充分保障投资人在企业设立中的正当权益,建议线缆企业投资人重视发起人协议的完善,设计逻辑严密、条款完善的发起人协议,对线缆企业自设立始到成立止全过程中的各种事项进行约定。笔者认为,完整的发起人协议^②应包括以下内容:

- ① 设立人的基本信息;
- ② 拟设立公司的基本情况,如公司名称、住所和经营范围等;
- ③ 拟设立公司注册资本具体信息,如设立人的出资数额、出资比例、出资方式、出资的缴付期限、所占股权比例、股权的转让规定等;
- ④ 设立人在设立过程中的基本流程、权利和义务等;
- ⑤ 设立人对公司设立信息的保密约定;
- ⑥ 设立人协商确定的约束股东特定行为的条款,如竞业限制等;
- ⑦ 公司设立成功或不成功时的费用承担;
- ⑧ 违约责任条款;
- ⑨ 公司利润的分配。

2. 选择适合线缆行业特点的企业类型

从比较的视角看,各个类型的企业形式特点各异,很难区分孰优孰劣。其中,合伙企业运行机制灵活;股份有限公司有利于广泛融集资金,采取所有权与经营权相分离的经营方式更有利于科学管理;而个人独资企业无须缴纳企业所得税。我们认为线缆企业形式

^① 柳丽爽:《隐名股东与显名股东纠纷案例分析》, <http://www.lawtime.cn/info/lvshi/changshi/20101109/6505.html>, 2010年11月09日。

^② 参见范文1-1:发起人协议(有限责任公司版)。

的选择应当考虑到其自身资金运行要求高、企业股东大多参与经营、企业分支机构较多等特点,因此建议一般情况下采取有限责任公司的形式。主要理由是:① 有限责任公司具有封闭性,如股东出资总额全部由发起人认购,出资证明书不得自由流通转让,经营事项和财务账目无须向社会公开等,满足家族性电缆企业封闭化运行的需求;② 有限责任公司设立程序简单,如设立协议的签订、章程的制定和出资的履行均主要由设立人自己掌握,立法不过多地干预;③ 线缆企业股东较少,股东相对稳定,相互信任,其人合性可以保证有限责任公司正常运行。

值得注意的是,线缆企业之间的市场竞争较为激烈,对销售网点的设置需求较大,且销售的区域性要求明显。为此,设立分公司是线缆企业的普遍需求。但是分公司不具有法人资格,其民事责任由公司承担,因此对分公司运行的法律风险防控也就显得尤为重要。其中向分公司总经理颁发授权书^①,明确授权范围并在公司内部予以公示是防控分公司风险的有效措施之一。

3. 重视拟定保密与竞业禁止条款

由于线缆企业的经营是销售主导的,客户信息非常重要,而线缆企业区域集中度较高,行业企业间人员流动性较强,容易造成客户信息的流失。因此,建议在发起人协议中明确保密条款和竞业禁止条款,内容除了前文所述的客户信息外,还包括当下线缆企业比较重视的特定专利技术、技术秘密等。对于公司成立后有部分股东不参与经营管理的公司,建议在协议中约定将保密条款扩大到公司成立之后。

4. 重视对设立风险的分摊

发起人协议的生效期间止于公司成立,而从发起人设立线缆企业到公司正式成立需要经过一段时间。《公司法》第九十五条第三款规定:“在公司设立过程中,由于发起人的过失致使公司利益受到损害的,应当对公司承担赔偿责任。”线缆企业设立后,发起人所为的设立行为必须经过发起人会议的审议以确认其是否具有正当性。如果发现发起人有不当行为,应由发起人自己承担责任。因此,发起人协议中应当明确发起人的行为范围、方式及禁止性约定。作为线缆企业的发起人,也应当在设立行为中注重按照发起人协议的约定约束自身行为。

同时,发起人在此期间应当在其权限内以设立中公司的名义进行对外活动。《公司法》司法解释三第三条规定:“发起人以设立中公司名义对外签订合同,公司成立后合同相对人请求公司承担合同责任的,人民法院应予支持。”因此,投资人应当在发起人协议中约定要求发起人在设立公司过程中应当以拟设立公司的名义实施设立行为,并约定相关违约责任。

5. 尽量避免作为隐名股东

尽管我国《公司法》及相关司法解释已经做出了具体规定,支持隐名出资人的合理诉求。但隐名股东的权益保护风险较大,一般不能对抗善意第三人,因此建议尽量避免隐名股东的情况。即使出于个人利益的需要,必须采用隐名股东方式的,也应与挂名股东之间

^① 参见范文1-2:分公司总经理授权书。

签订代持股权协议书^①等书面协议,最好能够征得其他股东的同意,并签署书面同意书,以使其他股东知道或应当知道这一事实。同时也应将资金款项提供给显名股东作为注册资金的证据,以及证明隐名股东事实上参与了公司的经营管理、资产收益,已经实际以股东身份行使权利。

二、线缆企业章程制定的法律风险管理

(一) 线缆企业章程制定的法律风险识别

1. 章程违反法律强制性规定

公司章程是设立公司的必要法律文件,线缆企业当然也不能例外。因而,无论是在形式上还是在内容上,公司章程都必须符合法律的强制性要求。在形式上,章程的订立必须采用书面形式,经全体股东或发起人同意并在章程上签名盖章,公司章程才生效;在内容上,对绝对必要记载事项和相对必要记载事项应依照法律规定必须记载于公司章程之中的条款,缺少其中任何一项或任何一项记载不合法,就有可能导致整个章程无效。实践中,工商部门对章程的合法性审查较严,线缆企业章程如果得不到审慎制定,就有可能会因为提交的材料存在瑕疵而导致退回修改,从而耽误线缆企业设立的效率,更有甚者会引发诉讼。

【案例 1-2】

在李某一与宗某、李某二、原审第三人北京某新媒体技术有限公司章程条款效力纠纷案中,股东李某一诉请法院确认北京某新媒体技术有限公司章程第十三条的规定无效。其他股东宗某、李某二认为公司章程的规定系各方真实意思表示,请求法院驳回原告诉讼请求。经查明,公司章程第十三条规定:“股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议,股东会会议对公司其他变更事项所作出的决议,必须经代表三分之一以上表决权的股东通过。”法院审理认为:我国《公司法》第四十四条第二款规定:“股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议,以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议,必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。”这是法律对于公司股东会特别表决程序的强制性规定。北京某公司章程第十三条的规定明显违反了《公司法》的强制性规定,故此,法院判决该公司章程第十三条无效。

2. 章程制定不符合公司实际

公司章程是指依法制定的,规定公司性质、宗旨、名称、住所、经营范围、组织结构及其活动规则、各方权利义务等重大事项的文件,是关于公司内部关系和开展业务活动的基本规则和“根本大法”。公司章程制定的最佳状态是在法律强制规定范围内,结合本公司具体情况,制定出最适合本公司的公司章程。然而,实践中有一部分投资人误认为公司章程仅仅是为了完成注册而向工商登记机关提交的一份普通文件,还有一部分投资人认为有限责任公司股东已经在发起人协议中对关键事项进行明确,从而无须在章程中重复约定。因此,不少线缆企业的章程均不通过专业律师制作完成,大多照搬《公司法》的规定,导致

^① 参见范文 1-3:代持股权协议书。

没有根据本企业的特点和实际情况通过章程建立切实可行的自治机制,造成公司章程可操作性较差,不能体现公司自身特点,也导致章程规定内容不适应公司需求。在面对公司与股东之间、股东之间及股东与高级管理人员之间的争议时缺乏相应的约定,很难发挥定纷止争的作用。

【案例 1-3】

在浙江华瑞集团有限公司、浙江吉华集团有限公司与都邦财产保险股份有限公司董事会决议效力纠纷案中,原告华瑞公司、吉华公司共同诉称:两原告公司都为都邦公司股东。都邦公司董事会办公室于 2008 年 7 月 7 日向各位董事发出召开临时董事会的会议通知,列明了会议议题,但 2008 年 7 月 12 日的董事会却做出了罢免公司总裁战鹰的董事会决议,该决议内容明显超出了本次董事会议题,违反了公司章程和《董事会议事规则》的规定,决议事项违法。为维护自身合法权益,两公司起诉至法院,请求撤销 2008 年 7 月 12 日的董事会决议中关于罢免总裁战鹰的决议。法院认为:都邦公司是依法设立的股份有限公司,受该公司章程、我国《公司法》及其他法律行政法规的调整和规范。都邦公司于 2008 年 4 月制定的《董事会议事规则》是公司章程的附件,《中华人民共和国保险法》规定,保险公司修改公司章程须经保险监督管理机构批准,该附件虽未经报批,但不因此无效,未经批准只是不具有对抗都邦公司之外的人的效力,但对都邦公司每个股东及董事会具有约束力。都邦公司于 2008 年 7 月 12 日召开董事会会议,会议通知的议题没有明确说明包括讨论免去战鹰总裁职务,而董事会决议却做出了免去战鹰总裁职务的决定,违反《董事会议事规则》的规定,华瑞公司和吉华公司作为都邦公司的股东,有权要求撤销该决定。故此,法院支持两原告的诉讼请求。

上述案例体现了一个完善的、详尽的公司章程对股东权益保护、公司纠纷解决所起到的重要作用。《董事会议事规则》是其公司特有的针对董事议事的原则与程序做出的规定,是股东之间真实的合意,对全体股东及董事都具有约束力。若其公司章程没有这一特色附件对公司股东议事规则做出约定,该案的判决结果可能会大不相同。

3. 缺乏对企业高管的约束条款

在公司制企业中,董事、高管及监事都处于极其重要的地位,他们不仅熟悉、掌管公司的内部事务和业务秘密,而且在法律和公司章程的范围内被授予了广泛管理公司事务和处置公司财产的权力。在现实生活中,一些线缆企业没有在章程中明确高管的相关义务,容易导致董事和高级管理人员利用掌握的公司管理权和业务执行权,侵占公司和股东利益,甚至将个人的经营风险转嫁至公司,公司高级管理人员的职务犯罪率呈现大幅上升趋势。

(二) 线缆企业章程制定的法律风险防控

1. 提高对企业章程制定重要性的认识

一份好的公司章程对于完善公司治理结构、提高公司自治能力和解决纠纷的效率、降低公司的法律风险,都有重要的现实意义。线缆企业各股东在制定公司章程时,应充分表达自身利益诉求,详细审核公司章程条款并评估其影响,保证章程的合理合法。线缆企业章程的制定涉及诸多专业的公司法律知识,特别是规模较大的公司的章程制定工作繁重,非专业人员极有可能出现重大纰漏。建议由专业的律师来完成公司章程的起草,至少也

应由律师参与公司章程制定的审核定稿,以防违反法律强制性规定的条款出现。

实践中有些线缆企业投资人不能有效区分发起人协议与公司章程。事实上,发起人协议与公司章程的制定目的都是为了顺利设立公司,章程的内容很大程度上来源于股东协议。两者不同的是发起人协议是调整全体发起人之间的关系,因而只在发起人之间具有法律约束力;而公司章程是调整所有股东之间、股东与公司之间、公司的管理机构与公司之间的法律关系,其中包括章程制定后加入公司的新股东也受章程约束。^①从效力期间看,设立协议调整的效力期间是从设立行为开始到设立过程终止,公司成立即意味着协议终止,而公司章程的效力则及于公司成立后整个存续过程。

2. 依法制定修改线缆企业章程

为确保章程的合法有效,线缆企业在制定修改章程时应当注重程序方面的合法性。就章程的修改而言,应遵循以下程序:首先,应由董事会提出修改章程的提议,并提出章程的修改草案;其次,将修改线缆企业章程的提议通知其他股东;再次,由股东会对章程修改条款进行表决,修改公司章程的决议必须经代表三分之二以上表决权的股东通过并制作股东会决议;最后,应向工商行政管理机关申请变更登记。

3. 规避章程记载事项的瑕疵

新《公司法》赋予公司章程极大的自主性,除了《公司法》第二十五条对有限责任公司章程内容的绝对必要记载事项做出明确规定外,其他事项主要依据全体股东的共同意愿自由约定。但这并不意味着股东意思自治可以打破《公司法》的强制性规范条款。绝对必要记载事项是章程必不可少的事项,是章程的要素,其中一项记载违法,将导致章程无效,甚至公司的设立无效。线缆企业章程应该载明如下事项:① 公司名称和住所;② 公司经营范围;③ 公司注册资本;④ 股东的姓名或者名称;⑤ 股东的出资方式、出资额和出资时间;⑥ 公司的机构及其产生办法、职权、议事规则;⑦ 公司的法定代表人。以上属于绝对必要记载事项,这些要素在章程记载上的欠缺将导致公司章程无效。

此外,还要注意其他法律、行政法规和部门规章所规定的章程中的绝对必要记载事项。实践中,工商部门都会提供公司登记时的章程范本,这些范本都全面体现《公司法》所规定的基本内容,为线缆企业章程提供了基本要求和框架。

4. 针对线缆企业实际进行完备记载

任意记载事项尽管不是章程规定的强制性要求,但公司章程的最大作用是规范处理公司经营过程中出现的各种问题,而最终目的是保护股东也就是公司投资人的合法权益,如果在章程中没有约定公司经营过程中的重要问题,将会导致风险的发生。所以,在制定公司章程的过程中,股东要充分表达自身的利益诉求,以及对可能出现的风险的防范方法。^②其中,应当特别关注以下方面:

(1) 治理规则。对企业重大事项的决策与实施程序进行明确约定,如线缆企业转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项是否必须经股东会做出决议。

针对个别线缆企业高管人员滥用企业运营权的情形,应重视,并在章程中制定相关条

① 吴文毅:《公司设立法律制度研究》,郑州大学硕士学位论文,2003年。

② 参见范文1-4:××××电缆有限公司章程。

款进行约束,以保护股东,特别是中小股东的正当权益。如股东会选举董事、监事,是否实行累积投票制;监事会中公司职工代表的具体比例;股东会和董事会权限划分的法律风险;经理职权约定上的风险,公司可以根据实际以章程对经理职权予以限制、删减或增设;因高管过错导致的企业经营损失的责任分摊等。

(2) 股东权益。如约定股东实际拥有多少权益,包括表决权、利润分配权益、增资权益和转让权益等。

(3) 股东权益行使。公司章程可以做出其他规定,根据《公司法》第四十三条和第一百六十七条的规定,公司章程可以规定:有限责任公司股东可以不按照出资比例行使表决权,股份有限公司的股东可以不按照持股比例分配利润。

如甲为持股 30% 的股东,甲除了出资以外,还同意公司无偿使用甲方的采购渠道和销售渠道,另外还主要承担公司经营管理的责任。为此,股东一致同意在公司章程中规定甲在股东会审议通过有关经营管理事项的决议时拥有 51% 的表决权。

三、线缆企业股东出资的法律风险管理

出资是股东的基本义务,是设立公司的一个重要环节,也是线缆企业设立过程中风险高发的环节。因为出资、验资不仅关系到公司是否能够最终成立,还关系到公司成立后股东权益的保护。

(一) 线缆企业股东出资的法律风险

1. 虚假出资引起的风险

我国《公司法》对注册资本的规定经历了由严苛到逐步宽松的过程。这主要与人们对注册资本信用功能的认识逐步清晰有关。随着公司实践的展开,人们意识到注册资本不能充分反映公司真实的经营状况和实际经营规模,还有可能导致公司一次性募集的资金闲置浪费,不符合效益原则。根据 2014 年最新《公司法》的规定,公司注册施行授权资本制度,即除另有规定外,线缆企业股东可以自主约定认缴出资额、出资方式、出资期限等,并记载于公司章程。当然,虽然线缆企业股东不需要一次性缴足认缴的资本,但是仍然要履行出资义务。实践中,个别线缆企业存在既要提高注册资本额以获得客户信用,同时又不愿或不能如实出资的情况。

线缆企业股东为达到设立公司的目的而虚假出资的行为主要有以下四种:

- ① 出资人或验资委托人用虚假的出资材料骗取注册会计师的信任获取验资报告。
- ② 出资人或验资委托人与相关人员合谋,或与银行工作人员,或与评估机构的评估人员,甚至直接与注册会计师合谋,弄虚作假。
- ③ 出资人用伪造的验资报告骗取工商登记。
- ④ 出资人将出资额转入公司账户,在经过验资后,立即转出。

虚假出资行为不仅要承担相应的民事责任,还要承担行政责任,严重者还可能负刑事责任。其中,民事责任主要表现在两个方面:① 虚假出资人对其他股东承担出资违约责任。根据股东协议或公司章程的约定,无论是否有过错,均应追缴出资,向已足额缴纳出资的股东承担违约责任,赔偿给其他股东造成的财产损失。② 虚假出资人对于线缆企业设立后的债务承担补充责任,在企业财产不足以清偿债务时,债权人可以直接要求未履行

出资义务的股东和其他股东清偿,其他股东清偿后,可以向未履行出资义务的股东追偿。

【案例 1-4】

甲线缆公司(以下简称甲公司)与乙贸易公司(以下简称乙公司)一直有业务往来。2011 年 5 月 24 日,乙公司欠甲公司线缆货款共计 72 万元,双方经协商,达成还款协议,乙公司于 2011 年 12 月 30 日前偿还全部货款,逾期按日万分之三支付违约金。到期后乙公司未按时还款,甲公司诉至法院,请求法院判决乙公司偿还欠款并承担违约责任。

判决生效后,甲公司发现此时乙公司已无财产可以执行,执行法院裁定本案中止执行。中止执行后,律师通过对乙公司的财产情况和注册登记情况进行调查,发现乙公司是由李某、王某、黄某三人共同投资成立的有限责任公司,注册资金为 150 万元。其中李某以现金出资 30 万,占 20% 的股份;王某以自购的宝马车一辆(经评估作价 45 万元)作为出资,占 30% 的股份;黄某以自己的一套商品房(经评估作价 75 万元)出资,占 50% 的股份。三个股东的出资除了李某的现金出资到位外,王某的汽车并未过户到乙公司的名下,现仍在王某使用;黄某的商品房也未过户到乙公司的名下,仍在自己使用。甲公司遂向法院申请追加王某、黄某为被执行人,在其出资不实的范围内承担民事责任。最终由王某、黄某对公司的债务承担了补充责任。

2. 出资财产权利瑕疵引起的风险

出资财产瑕疵,既可能存在于货币出资,也可能存在于非货币出资。出资财产的财产权利瑕疵可能引起股东间的利益争端,股东权利受限或股东资格丧失,严重者将导致公司设立失败。对线缆企业而言,出资财产权利瑕疵主要表现为:

(1) 已经交付的非现金资产存在权属争议。常见于股东以需要登记确定权属的财产出资,而权属证明还没有取得,或权属证书上有第三人权利,或权属证书已经被用于担保,或权属证书已经被保全,或尚未生效、失效、过期、附条件及存在其他瑕疵。

(2) 出资人依约应实缴的出资尚未缴付完毕。包括实物没有实际移交和权利没有完成转移手续,到期应缴付的现金出资没有缴付到账。需要注意的是,根据《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条第三项规定,当事人对基于投资关系产生的缴付出资请求权提出诉讼时效抗辩的,人民法院不予支持。

【案例 1-5】

在姜光先诉昌邑市华星矿业有限公司股东资格确认案中,华星公司是由原告姜光先等 49 名股东共同出资成立,注册资金 50 万元,姜光先出资 14 万元,姜光先诉请:① 被告支付原告公司盈余分配款 88 万元。② 被告支付原告股权利息款 12.88 万元。③ 确认原告的股东资格。④ 被告承担诉讼费。由于姜光先的出资是挪用改制前国有公司资金,故被昌邑市人民检察院依法提起公诉,最终被法院判处有期徒刑三年,缓刑三年。本案经历了一审、二审、再审程序,再审法院认为被告挪用国有企业资金作为出资,损害了国家利益,出资行为无效,对原告的股东资格不予确认。

上述案例是出资财产权利瑕疵的典型案件,凸显的是违法犯罪所得能否作为出资,行为入是否能获得股东资格的问题。

3. 评估不实与虚假验资风险

评估不实和虚假验资风险主要是由于评估机构违反职业道德、不正确履行职责,根本

原因在于股东不正常的利益诉求和股东间的利益冲突。

评估不实包括高估和低估两种情况。高估的原因包括:为增加线缆企业的账面注册资本数额,提高公司交易可信度;或为增加股东自身的出资比例,提高分红和在公司的话语权。低估的原因包括:线缆企业股东间利益冲突所致,为降低其他股东出资比例、分红数额、公司话语权等,部分股东与评估机构勾结,蓄意低估其他股东的出资。

虚假验资主要是部分股东为了逃避出资义务、获得验资报告、保障公司设立,而与验资机构或其工作人员相勾结。

【案例 1-6】

季某、夏某、姚某三人于 2002 年 2 月约定共同出资设立一家注册资本为 500 万元的建筑装潢有限公司。由于资金缺乏,三人商定搞虚假出资。先筹集现金 120 多万元存入银行,然后采取“资金不出银行,账面反复存取空转的手法”,获得 470 万元的银行现金交款单。另外,姚某以实物水泥折价 30 万元作为出资(实际无实物)。某会计师事务所未实施必要的验资程序,便出具了三名股东出资 500 万元到位的验资报告。此公司因此而得以设立,设立注册资本 500 万元。后因公司经营不善,亏损严重,债权人纷纷向法院起诉。法院在审理时发现,该公司注册资本仅为 120 万元,其余 380 万元为虚假不实验资。故此法院判令该会计师事务所在虚假验资范围内向债权人承担赔偿责任。法院还建议行政机关、司法机关追究会计师事务所和相关责任人的行政责任和刑事责任。

上述案例中,会计师事务所对姚某 30 万元的实物出资未做实际评估,470 万元的银行对账单也未依照既有程序进行验证,便出具验资报告,这绝不会是该会计师事务所的“一时疏忽”,其承担相应责任也就成为必然。至于该公司如何运作以实现其注册资本 500 万元设立公司,并不是我们要关注的重点,我们要关注的是在公司设立阶段,这两种行为会对公司设立造成什么样的影响。就《公司法》的规定而言,个别股东与评估机构、验资机构相勾结,要求其出具证明其出资额的虚假评估文书和虚假验资文书,倘若其行为被公司筹备组、股东代表人或其他出资人发现,《公司法》对此没有具体的强制规定,公司设立行为如何进行?对于股份有限公司而言,《公司法》第九十五条规定:“在公司设立过程中,由于发起人的过失致使公司利益受到损害的,应当对公司承担赔偿责任。”线缆企业筹备组可以要求其切实履行出资义务、承担违约责任、损害赔偿甚至要求剥夺其发起人资格,对公司的设立影响不大。但是对于有限责任公司而言,人合性较强,股东之间联系比较密切,线缆企业的设立很大程度上是建立在相互信任关系的基础上,个别股东逃避出资义务的行为极有可能导致公司设立的失败。

(二) 线缆企业股东出资的法律风险防控

1. 建立诚信出资的良性机制

线缆企业的各投资人首先应树立正确的企业设立观念,秉承诚实守信原则,缴纳认缴出资额并坚决摒弃以不正当手段虚假评估、虚假验资。

同时,投资人在投资开展线缆项目投资中应当审慎选择合作方。不管是设立线缆公司还是其他任何公司,不管是设立有限责任公司还是股份有限公司,在寻找合作伙伴时,首先要具有良好的信誉,其次要具有一定的资本。

2. 明确出资义务与监督机制

各股东在设立线缆企业过程中,应当在股东协议、公司章程中明确规定各股东认缴出资额、首次出资额,各股东应按期认缴出资;同时应当明确公司设立阶段各股东出资、验资的具体程序。

在线缆企业设立阶段,公司尚未有法律人格,各位股东的货币出资是转移到公司设立组的临时账户,非货币出资的现实“交付”,动产一般直接转移到公司的住所地或生产经营场所;不动产出资的,应到房产局等部门办理不动产过户手续;以专利权出资的,应向专利管理机关登记并公告。为防止出现责任不清,建议明确股东代表人制度,股东代表人要及时督促其他股东履行出资义务,核查各股东的实际出资情况。在股东协议中应明确约定公司筹备组、股东代表的权利义务,规定二者对于股东出资的审查时间、审查方式、审查内容、审查结果的公示方法,以及未能恰当履行审查义务而导致出资权利瑕疵未能发现,给公司和其他股东造成损失所要承担的责任。

3. 严格规范出资、验资程序

按我国《公司法》规定,股东应该按期足额缴纳公司章程中各自所认缴的出资额。出资方式包括:货币、实物、知识产权和土地使用权等。非货币出资要满足两个条件:一是可以用货币评估作价,二是可以依法转让。以货币出资的,应当将货币足额存入线缆企业在银行开设的账户,非货币出资的应当依法办理其财产权转移手续,股东缴纳出资后,经法定的验资机构验资并出具证明,才算完成了出资义务。

在委托会计事务所或资产评估公司时,应将资产的权属审查约定到评估范围。对于实物非独占、知识产权系共有或存在诉争、土地使用权上存在他物权等情况,评估机构应及时向公司设立人反映,不予验资。

验资是经法定的验资机构,对股东的全部出资的机制和真实性进行检验并出具检验证明的行为。为确保线缆企业设立工作的顺利开展,投资人应当审慎选择客观公正的验资机构。

4. 尽量避免虚假出资、抽逃出资行为

虚假出资、抽逃出资行为的责任主体是特殊主体,即公司发起人或股东。在有限责任公司中,虚假出资和抽逃出资的行为主体是公司的股东;在股份有限公司中,虚假出资、抽逃出资的行为主体是公司的发起人或股东。而如前所述,虚假出资、抽逃出资引起的法律责任是多元的。就民事责任而言,对内是指虚假出资、抽逃出资的股东、发起人对公司和其他股东、发起人的出资违约责任,外部责任是指因其虚假出资、抽逃出资行为给债权人造成损失时所应承担的损害赔偿责任。除此之外,还有可能招致行政和刑事方面的责任追究。可见,虚假出资、抽逃出资行为的违法成本极高,线缆企业股东应当注意避免该类行为的发生。

四、线缆企业设立登记的法律风险管理

公司设立登记的本质是将具备法律规定条件的公司最后在法律上予以确认,并赋予其法人资格,允许其开始营业的状态。公司设立登记也是确定公司独立法人财产的界限。自设立登记起,线缆企业拥有了股东投资形成的全部法人财产权,并以其独立的财产承担