



律师公司业务 创新与案例

CORPORATE LAW PRACTICE

INNOVATION AND CASE

中华全国律师协会公司法专业委员会 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



律师公司业务 创新与案例

CORPORATE LAW PRACTICE

INNOVATION AND CASE

中华全国律师协会公司法专业委员会 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

律师公司业务:创新与案例/中华全国律师协会公司法专业委员会编著. —北京:北京大学出版社, 2015. 7

ISBN 978 - 7 - 301 - 25985 - 6

I. ①律… II. ①中… III. ①公司法—中国 ②律师业务—中国
IV. ①D922. 291. 91 ②D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 139202 号

- 书 名 律师公司业务:创新与案例
著作责任者 中华全国律师协会公司法专业委员会 编著
策划编辑 陆建华
责任编辑 苏燕英
标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 25985 - 6
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>
电子信箱 yandayuanzhao@163.com
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
印刷者 北京宏伟双华印刷有限公司
经 销 者 新华书店
730 毫米×1020 毫米 16 开本 23.25 印张 469 千字
2015 年 7 月第 1 版 2015 年 7 月第 1 次印刷
定 价 49.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

出版说明

编写本书的缘由

中华全国律师协会公司法专业委员会(以下简称公司法委员会)于2014年组织委员对《公司法》及其相关司法解释相继修正等新形势下律师公司法业务的创新问题进行了认真梳理和专项调研,目的是通过对新形势下律师公司法业务实务操作中的创新、经验、典型案例的汇集和整理,归纳和总结出律师开展公司法实务所遇到的各类前沿问题,增强律师应对各类前沿问题的实务操作的能力,帮助律师提高从事公司法业务的业务水平,同时向有关立法机关、司法机关和行政部门提出相应的立法和司法建议。调研完成后,形成了一批具有典型意义的文章与案例,公司法委员会经反复论证后,决定筛选、优化这些文章和案例,并组织公司法委员会委员进行评析,公司法委员会通过主任办公会等形式,多次就调研的整体思路、方案设计、应该注意的重点问题,在筛选、优化、评析方式、方法等方面作出了详细的安排,并提出了具体要求,就工作布置和分工进行了多次商讨,最终形成本书,经过部分骨干委员审校完善后,再发送给全体作者对文章与案例提出进一步完善的建议,经两轮深加工以后,提交出版。

本书的主要内容

本书分为律师公司业务新形势下的机会与挑战、《公司法》修正的建议与争鸣、律师公司非诉业务的实务

与创新、律师公司诉讼业务的实务与创新,以及律师公司业务案例的分析与启示五大部分。

本书涉及的主要公司法实务具体前沿问题与研究成果主要包括:

1. 《公司法》修正给律师业务带来的机会与挑战方面的研究成果;
2. 创新投资及创新律师服务方面的研究成果;
3. 律师公司非诉业务的突破和创新方面的研究成果;
4. 《公司法》修正的建议与争鸣方面的研究成果;
5. 涉及公司成立和公司章程制定方面的研究成果;
6. 律师在公司的工商登记过程中出具法律意见书方面的研究成果;
7. 股权众筹、互联网时代小微企业融资方面的研究成果;
8. “新三板”上市融资方面的研究成果;
9. 企业法律风险管理方面的研究成果;
10. 认缴资本制下的股东义务与责任方面的研究成果;
11. 股权转让方面的研究成果;
12. 证券虚假陈述民事赔偿案件中系统风险的认定标准方面的研究成果;
13. 涉及公司僵局处理方面的研究成果;
14. 互联网公司尽职调查方面的研究成果;
15. 公司破产清算方面的研究成果。

本书的读者对象

本书由全国律协公司法专业委员会从委员及其他具有丰富经验的执业律师的公司业务经验、总结文章和案例中经反复筛选,分门别类编撰而成。

本书可供律师、企业法务人员、法学理论研究者、法律院系的师生、立法部门、行政管理部門和司法部門的专业人士等使用。

作者

本书作者为全国律协公司法专业委员会的委员或其他经验丰富的律师。公司法委员会是全国律协理事会批准设立并进行组织管理和业务活动指导的下属法律业务专业委员会。

本书所选文章与案例,是作者执业感悟和研究的结果,并不代表公司法专业委员会以及全国律协的意见。在此特别要向北京大学出版社的蒋浩先生、陆建华先生和苏燕英女士表示感谢,感谢他们为此书的出版发行所付出的辛劳和智慧。

由于编辑时间仓促,加之对具体律师公司业务的办理可能仁者见仁、智者见智,以及与此相关的理论研究并无定论,本书中的不妥甚至谬误之处敬请见谅,也敬请读者不吝赐教。

全国律协公司法专业委员会
2015年6月

目 录

第一部分 律师公司业务新形势下的机会与挑战

论《公司法》修正给律师业务带来的机会与风险/张 庆 李琦文	003
创新投资及创新律师服务之困局/龚志忠	009
我国商事登记制度改革背景下律师业务新视角 ——以公司登记法律服务为例/朱涤非 黄 雄	019
新形势下律师服务理念与模式的突破创新/张嘉良	026
我国《公司法》修正给律师业带来的机会和挑战/张秀华	032
非诉业务的突破和创新/朱增进	037
充分发挥律师作用,确保混合所有制改革依法规范进行/吴正林	041
浅析新形势下律师服务的创新/黄振辉	045
公司法在律师业务中的专业拓展之路径探析 ——以公司法、金融法、知识产权法在律师业务中的 “三法合一”为例/唐有良 冯伊祯	047

第二部分 《公司法》修正的建议与争鸣

对我国《公司法》修正的评价和建议/吴和平 张亚琼	057
论完善我国公司律师制度/王 强	061
《公司法》第74条规范功能之检讨 ——兼评最高人民法院再审案例/陈召利	069
关于我国建立公司秘书制度的思考/熊 杰	075
论非公有制经济与公有制经济的平等法律保护/孙艺茹	080
有限责任公司股东注册资本认缴权相关问题的思考/李大明	085
对修正《公司法》有限责任公司出资之评价与建议/黄振辉	090
浅议我国《公司法》的修正/黄振辉	095
浅析注册资本制度变革下债权人权益保护问题/张东平 程 闽	099

公司股东优先购买权浅析

——暨《公司法》第71条解读/贺宝银	107
构建与完善公司法人治理制度的业务思考/杜仲科	113
公司僵局的预防与化解路径选择/刘敏	128
《公司法》修正后股东出资新问题研究/万艺娇 张海宝	134
浅议2014年《公司法》修正/薛峰	139
《公司法》修正后配套法规的完善	
——以公司法律顾问的视角/洪奎	145

第三部分 律师公司非诉业务的实务与创新

股权众筹,互联网时代小微企业融资的福音?/祝传颂	151
互联网公司尽职调查的若干关注事项/黄康熙 胡愚	157
发展混合所有制下的国有企业公司治理问题研究/孙蓉	162
离岸公司	
——中国律师的国际化服务/章朝晖	166
税负约束下外商投资公司形式的选择/吕俊山	173
“新三板”上市融资难问题探讨/莫雷	180
有限责任公司股东会与董事会的经营管理权配置/陈锡康	185
浅议上市公司设立监事会和独立董事的自主选择权/张晓宇 李宁卿	194
如何制定正确调整公司关系的个性化公司章程/苏祖耀	200
制定、修订有限责任公司章程遵循的原则/李占英	212
关于公司章程个性化设计的若干思考	
——新形势下传统法律产品的创新与推广/郭春宏	216
转换企业法律风险管理模式 实现企业法律风险管理创新/刘生林	223
浅谈企业法律风险管理体系的构建/魏淑君 董羿宾	228
中小企业法律风险管理体系实践初探/李沉	234
有限责任公司股权转让及相关律师实务/赵振华	242
关于律师在公司的工商登记过程中出具法律意见书的探讨/李安祥	246

第四部分 律师公司诉讼业务的实务与创新

外部人反向刺破公司面纱

——“公司法人人格否认”在律师实务中的扩张适用/周红民	263
-----------------------------	-----

论股权转让协议的效力/吴洪钢	269
认缴资本制下的股东义务与责任/姜山赫 张 雯	275
瑕疵股权转让的效力及受让人股权限制问题浅析/韩 建 吴东娟	283
证券虚假陈述民事赔偿案件中系统风险的认定标准/张保生 刘思远	286
证券内幕交易的认定及案件应对策略/张保生 周 伟	294

第五部分 律师公司业务案例的分析与启示

上市公司并购新三板公司案例及启示/孙 平	305
实质合并破产清算问题研究	
——以某钢铁公司及其关联企业实质合并 破产清算为例/张智远 孟凡华	313
对赌协议:商事审判思维的反思	
——以“甘肃世恒案”为例/王 瑛	317
一起最高人民法院指导案例对公司法律业务创新的启示/祁 兵	326
从法院对某资产收购引发的系列案作出的一致判决	
——谈对《公司法》第 20 条的理解与适用/孔伟平	331
从两起案例看《公司法》第 22 条规定的 60 日起诉期限制度的 适用困惑及修改/陈东利	338
如何利用《公司法》中关联企业的关联交易行为维护自己的经济利益	
——从一例欠款纠纷实务案例看关联企业、关联 交易的法律意义/徐 江	344
利用否认公司法人人格原理追偿债务	
——何桂钦等诉信宜紫金矿业有限公司等损害赔偿案/苏祖耀	347
主题词索引	357

第一部分



律师公司业务 新形势下的机会与挑战

论《公司法》修正给律师业务带来的机会与风险

张 庆* 李琦文**

〔摘要〕 2013年12月28日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议表决通过了全国人大常委会《关于修改海洋环境保护法》等七部法律的决定。其中,《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)修改了12个条款,主要涉及三个方面。此次《公司法》的修正,给律师业务带来了大量诉讼业务与非诉业务,如未实缴注册资本股东涉及的案件、公司章程设计等,但与此同时,也给今后的律师执业带来了风险。本文就此次《公司法》修正后,给律师业务带来的新的机遇和风险展开论述。

〔关键词〕 公司法 律师业务

《公司法》的每一次修正,都反映出社会发展变革的需要,把实践当中遇到的新问题和政策性文件上升到法律层次,使得修改后的《公司法》指向性更加明确,操作性更加规范,对企业的设立、发展和经营无疑将起到积极的指导作用。《公司法》自1993年颁布实施以来,历经1999年、2004年两次修正,并经2005年和2013年两次修订,达至现状。2013年12月28日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议表决通过了全国人大常委会《关于修改海洋环境保护法》等七部法律的决定。其中,《中华人民共和国公司法》修改了12个条款,主要涉及三个方面。《公司法》的此次修正,给律师业务带来了新的机遇。

一、《公司法》修正的主要内容

(一) 将注册资本实缴登记制改为认缴登记制

公司的注册资本是公司在登记机关登记注册的资本额,也叫法定资本。注册资金是国家授予企业法人经营管理的财产或者企业法人自有财产的数额体现。注册资本与注册资金的概念有很大差异。注册资金所反映的是企业经营管理权;注册资本则反映的是公司法人财产权,所有的股东投入的资本一律不得抽回,由公司行使财产权。注册资金是企业实有资产的总和,注册资本是出资人实缴的出资额的总和。注册资金因随时有资金的增减而发生改变,即当企业实有资金比注册资金增加或减少20%以上时,要进行变更登记。而注册资本非经法定程序,不得随意

* 北京公元博景泓律师事务所主任,全国律协公司法专业委员会主任。

** 北京公元博景泓律师事务所律师。

增减。

注册资本认缴制是指在公司登记注册时,股东可以不实际缴付或只实际缴付部分所认缴的注册资本,剩余部分按照公司章程规定的期限缴付,股东以其认缴的出资为限承担法律责任的制度。

按照修正前《公司法》的规定,申请设立公司,股东必须实缴资本,即使分期缴纳的,对股东首次出资额也有着严格的限制,并且剩余出资额也需要在一定时限内缴足。修正前的《公司法》为了更好地保障注册资本的如期、足额认缴,还要求在公司注册申请登记之前,需要先由依法设立的验资机构对股东缴纳的出资进行验证,可以说修正前的《公司法》对股东实缴资本的把控十分严格。而修正《公司法》却放宽了对股东实缴资本的把控,首先,对于分期缴纳的注册资本,修正《公司法》不再强行设定认缴期间,取消了原来规定的“公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十,也不得低于法定的注册资本最低限额,其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足;其中,投资公司可以在五年内缴足”的规定,并且一人设立有限公司的,也不再需要一次性足额缴纳全部出资。其次,修正《公司法》将实缴登记制度完全改为认缴登记制度,即关于认缴出资额、出资方式、出资期限等,可以全凭公司股东在章程中自主约定,营业执照中只体现全体股东拟认缴的出资额,而不体现已经实际缴纳的出资额。简而言之,如果公司注册资本是50万元,按照新修正的《公司法》,无论一个或者多个股东,都可以选择在首期不出资,只需在承诺的期限(根据章程规定,股东自行设置时间)一次或者分次缴足注册50万元即可。但需要注意的是,认缴制仅适用于除部分金融类的全部内资企业,外资企业需2年内缴足注册资本。也就是说,修正《公司法》彻底解决了过去公司股东“无处筹钱”这一最大难题,然而,与此同时也必须看到由此可能引发公司表面上债务承担能力与实际严重不符的情况出现。

(二) 放宽注册资本登记条件

修正前的《公司法》规定,设立有限责任公司最低注册资本为3万元,股份有限公司最低注册资本是500万元,一人有限责任公司最低注册资本是10万元。修正《公司法》取消了这些规定,不再要求企业必须达到一定的注册资本方可设立公司,也不再限制公司设立时股东的首次出资比例,并且不再限制股东的货币出资比例。修正《公司法》降低了公司设立登记的门槛,使“白手起家”成为了现实。

(三) 简化登记事项和登记文件

修正前的《公司法》规定,股东认缴出资额需要经过验资机构验收资本,办理公司设立登记时,需要提交验资证明文件。但由于修正《公司法》将注册资本实缴登记制度改变为认缴登记制度,即公司在注册时不再要求提交已实缴资本的验资情况,并且公司营业执照也不需要载明公司实收资本,因此,修正《公司法》取消了

在公司登记时需要提交验资报告的规定,减少了登记事项所需要的材料,简化了登记程序,这对于怀揣创业梦想的人来说,也是一项便利举措。

修正《公司法》规定有限责任公司股东认缴出资额、公司实收资本不再作为公司登记事项。公司登记时,不需要提交验资报告。实践中,为了提交一份验资报告,企业往往派专人在银行、工商行政管理部门和会计事务所之间多次“往返跑”。若是企业出资者新投入资本、整体改制、设立分公司等情况下的变更验资,则更是流程繁多、手续繁琐。根据修正前《公司法》的规定,企业注册资本的验资报告均应由会计师事务所提供,企业为此需要向会计师事务所交纳数千元的相关费用,数千元对于创业初始的小企业来说,也是一笔不小的负担,验资报告的取消,相应降低了企业的经营成本。

修正《公司法》将股东的出资额、公司的实收资本不再作为公司的登记事项,减少了政府部门对市场自治事项的干预,对发挥社会组织的监督自律作用、强化企业自我管理、加强市场主体经营行为监管和经营场所管理、切实保障交易安全、增加市场主体的活力有着十分显著的积极意义。

总体来讲,《公司法》的修正,进一步降低了公司设立的门槛,减轻了投资者的负担,便利了公司准入。在充分发挥现代公司制度优势的前提下,能够更加充分地激励投资者的投资热情,鼓励创新、创业,特别是对于促进小微企业、创新型企业的设立、成长,对拉动内需,增强经济发展实力具有重要意义。

二、《公司法》修正后可能新增的律师业务

本次《公司法》修正后,设立公司的门槛降低,小微企业的数量和增长速度都会随着时间的推移逐步增加,由于多数小微企业的法律意识相对较为淡薄,势必为律师带来大量的“开荒”工作。

(一) 公司章程设计

在量身定制公司章程之前,关于如何依据修正《公司法》的规定制定公司章程的咨询业务,有可能大量出现,但如何将简单的咨询业务转变为为公司量身定制公司章程,或以某一股东的利益为出发点制定公司章程,乃至受聘担任该公司的法律顾问等业务,则依赖于律师对修正《公司法》有透彻的理解和实际操作方面的经验。

《公司法》修正前制定公司章程,大多数企业都只是将名称、住所、资本额、股东名称、董事人数等事项予以填写,对其他事项基本上复制工商局的范本,毫无个性可言,无法实至名归地成为公司运作管理的章程。但在认缴制下,公司章程需要根据公司形式和规模的不同,在公司股东的出资期限、出资顺序、未按期缴足情形下利润分配权的调整、股东会议决事项及程序、董事会议决事项及程序、股权转让事项的特别规定等方面应有各种不同的设计。

由于认缴制的实施,会比以往对公司章程的制作提出更加个性化的要求,企业主或股东往往会要求增加更多保障条款,使得在发生争议时有据可依。这主要反映在股东对出资应缴未缴的情形下如何调整股权、公司治理结构中如何设置和调整相应规则等情形,这些都在客观上催生了要求律师为企业量身定做更具有操作性的精细化章程的业务需要。

(二) 公司注册登记程序全程介入

工商行政管理部门需要核实股东身份,但如果所有公司股东均需到登记管理部门进行身份核实,不仅加大了部门的工作量,也会令公司注册程序更加繁琐,办事效率大幅下降。早在《公司法》修正前,工商行政管理部门审核股东身份程序就存在核实股东身份困难的问题,但由于需要实缴出资,冒用他人身份可能性相对较小;但《公司法》修正之后,实缴出资变为认缴出资,而且修正《公司法》未对出资时间作出具体规定,很可能导致滥用他人身份注册公司的情况发生。为避免类似情况的发生,由律师全程介入,对股东身份进行见证,代理公司股东完成注册登记程序,有利于登记管理部门更快速地核实股东身份,避免发生违法利用他人身份代持股权的行为。

(三) 尽职调查业务的增加

由于修正《公司法》将注册资本实缴登记制改为认缴登记制,且实收资本不进行登记,交易双方很难判别相对方的资信情况,使交易安全成为突出问题。为此,交易双方都有可能聘请律师进行尽职调查,调查的内容相对于《公司法》修正前要更加详细,未经工商行政管理部门验证、登记的信息更是重中之重,以确保交易双方获取可信的相对方的资信情况。

(四) 未实缴注册资本股东涉及的案件增加

由于认缴制的实施,会产生股东认缴但尚未实缴或未完全实缴期间,公司资产不足以清偿公司到期债务的情况。这时,公司债权人有权要求未实缴注册资本的股东在其认缴范围内承担连带责任。同样,如果由于股东未在公司章程规定的时间内实缴注册资本,给公司或其他股东造成了经济损失,公司或其他股东同样有权向未按章程规定实缴注册资本的股东主张权利。

(五) 制定股权转让方案业务的增加

由于认缴制的实施,会大量产生股东认缴尚未实缴或未完全实缴期间转让股权的情况。这种情形下的股权转让与实缴制下的股权转让不尽相同。在实缴情形下,股东转让的股权是一种完全的权利,受让方成为股东后就取得了对公司的利润分配权和管理权。但在认缴未实缴的情形下,股权转让后,新股东取得的股权是一种不完全或有瑕疵的股权。因为原股东在未实缴出资的情形下,根据《公司法》的

规定,是不享有利润分配权的,而且是否享有管理公司的权利及权利是否与认缴额一致,也需要公司章程的规定,没有利润分配权和管理权的股权,对于受让股权的新股东不具有实际意义。也就是说,如果股权转让的标的包括原股东对公司应尽的实缴义务,则股权转让的受让方亦应继续履行出资义务,股权转让实为股东权利义务的概括转让,产生新老股东的身份更替;如果股权转让的标的不包括原股东对公司应尽的实缴义务,则新股东取得股权而无需向公司履行出资义务,原股东的出资义务是否当然转移给新股东?进而,如前所述,新股东取得的股权将因未实缴出资而缺乏利润分配权,形成毫无意义的股权。

因此,认缴制下的股权转让,转让双方应当就尚未履行的实缴义务的继续履行问题达成协议,而不是简单的股权交割,并且,在股权转让时,还应参照公司章程对认缴股权的转让作出约定,这就使得律师在转让协议的设计过程中,有着举足轻重、不可替代的作用。

三、新增业务可能带来的执业风险及防范

由于法律、法规的新增和改动,在新出现的律师业务中机遇与风险并存。防范律师业务风险,从根本上来讲需要律师对将要从事的业务的相关法律法规有正确的理解和深入的研究,并且要对新修改的法律及时学习,快速掌握。

(一) 公司章程设计瑕疵带来的风险及防范

由于公司章程设计的委托方有可能是使用公司章程的公司,也可能是该公司的股东,因此,在公司章程的设计过程中,源于委托人权利义务不尽相同,律师设计公司章程的侧重点也大相径庭,如果在公司章程的设计中出现瑕疵,导致公司或股东利益遭受损失,律师对此难辞其咎。

因此,在签订关于制作公司章程的合同时,应尽量规避风险,保证委托人完全了解并认同律师制作的公司章程的意义。在制作公司章程时应规定明确、详尽的公司股东的出资期限、出资顺序、未按期缴足情形下利润分配权的调整、股东会议决事项及程序、董事会议决事项及程序、股权转让事项的特别规定,在保证任意记载事项合理合法前提下,保障委托人的利益最大化。

(二) 代理公司注册登记业务的风险及防范

如前文所述,律师在代理公司注册登记业务时,需要对股东身份进行核实并出具见证意见,但由于律师的职业限制,无法做到全面验证股东身份的真实性,尤其是自然人股东,如果因此给公司或他人造成损失,律师难以避免负担相应的法律责任。

因此,律师在从事该业务时,应保证两名以上律师同时操作,并要求委托人提

供全面且详细的身份证明,如法人股东在工商行政管理部门备案的档案、自然人股东户籍地公安机关开具的证明等。

应该说,《公司法》的修正,为律师拓展新业务创造了良好的条件,但在开拓业务的同时,律师也面临着诸如前文所述的各类法律风险的困扰。《公司法》的修正是历史进程的一个必然阶段,而律师理应在法律修改的进程中成为先驱者,在机遇和挑战并存的环境下不断地完善和充实自我,从而不断开拓业务领域,为律师行业的发展和社会的文明进步作出贡献。