



法律风险防范文集

FA LV FENG XIAN FANG FAN WEN JI

——满江红律师论文汇编

- ★ 公司篇
- ★ 婚姻财产篇
- ★ 刑法篇
- ★ 执行篇
- ★ 其他篇
- ★ 案例篇

浙江满江红律师事务所

法律风险防范

FALVFENGXIANFANGFAN WENJI

——
满江红律师论文汇编

文



浙江满江红律师事务所

序

读《法律风险防范文集》，于学习者受益匪浅，于管理者深感欣慰！

律师之职在于维护法律尊严，律师之责在于维护合法权益，律师之力在于维护公平正义。满江红律师能在尽职尽责尽力的片余中，静心研究探讨诸多法律问题，实属难能可贵。《论文集》虽无大家之作，亦无华秀之章，但不乏法与理、思与辨、是与非、争与鸣等微甘微辣之韵味，细品之，必有所收获、有所启发、有所感悟、有所通透。

律师，当精于法律、融于社会、根于百姓，彰显自我形象，展示社会责任。法庭上的慷慨激昂，源自谙熟法律；服务中的引经据典，源自深垦社会；为当事人倾情倾力，源自厚爱百姓。有思贵有说、有说贵有为，《论文集》之长，在于它是律师们对某一类法律问题、某一款法律条文、某一项具体事务的细究深读，是实践之心得、辨法之理喻，对于推动法制完备、推动法治进程、推动法务优化，确有添砖加瓦之效。

律师文化，是由律师的精神、责任、形象、文理、氛围、环境等方面构成的，《论文集》虽为律师文化一小壁，但定然有助律师良好学风、良好行风树立，有助临安律师行业整体面貌改观，有助临安司法行政事业的深远、稳固、创新发展。

谨以短文推荐《论文集》，意在鼓励律师、宣传律师，同时恳请社会各界更加关心关注关爱律师事业。

临安市司法局局长



2012年元月30日

目 录

公 司 篇

公司僵局的非解散公司之救济方法·····	吴桂江/ 3
我国上市公司股权结构法律优化的研究·····	邱文强/ 13
新公司法第一百五十二条审视·····	胡志坚/ 34
股权转让的章程限制的理解·····	方永锋/ 41
一人公司之人格否定制度·····	巫晓军/ 47
分公司的诉讼地位和能力·····	陈 卫/ 54
浅论有限责任公司股东优先受让权·····	胡 斌/ 59

婚姻家庭篇

婚内离婚协议的效力认定及法律后果分析·····	童红英/ 71
也谈夫妻财产约定制度·····	巫晓军/ 76

刑 法 篇

非法吸收公众存款的成因和对策·····	吴桂江/ 83
论商业贿赂犯罪·····	胡志坚/ 93

执 行 篇

案外人异议之诉研究·····	陈新生/105
----------------	---------

论唯一房产的认定及执行.....	钱建光/116
------------------	---------

其他篇

农村宅基地流转问题的法律思考.....	袁永明/131
深析企业“工程事故”在公、私法域中的责任区别及规制重点	钱向灵/139
企业间借贷合同的效力及趋势分析.....	潘 颜/152
《劳动合同法》下用人单位用工风险及应对策略.....	周密礼/166
自主创新企业的专利战略.....	戴群芳/175

案例篇

谁是真正的股东.....	/183
团队合作的力量.....	/189
刑辩与刑辩以外——胡志坚律师在办案中化解群体性上访.....	/191



文集

FALVENCIXIANFANGFAN
WENJI

法律风险防范



公司篇

GONGSI PIAN





公司僵局的非解散公司之救济方法

◆ 浙江满江红律师事务所 吴桂江

【摘 要】 公司僵局是指公司处于股东或董事相持不下的局面，即公司处于僵持不让或困窘的局面，面临被解散的“死亡”后果，解散公司，这是一种成本最高、效率最低、损失最大、利益最小的处理模式。除了根据《中华人民共和国公司法》第一百八十三条之规定，人民法院可能做出解散公司的判决之外，处理公司僵局应当还有很多诸如在公司设立过程中通过人品股东遴选，公司股东的股本结构安排以及公司的权利分配（表决权的设置）上来预防公司出现僵局，以及公司出现僵局后采用解决股东权益争端之去根法、股权强制置换之退出法、公司分立之分流法、改选董事之更换法、股份收购之抽身法，独立董事之临管法、第三方之斡旋法等非解散公司的事前预防和事后救济的方法解决。

【关键词】 公司僵局 非解散公司救济方法

《中华人民共和国公司法》第一百八十三条规定：公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东，可以请求人民法院解散公司^①。该法条规定了解决公司陷入僵局的最后处理方式为公司解散。

所谓的公司僵局，是指公司在经营过程中，由于股东、董事之间矛盾激化而处于僵持状况，导致公司股东会、董事会无法按照公司法

以及公司章程的规定作出决策，从而使公司无法运作、不能经营甚至瘫痪、无人管理等状况。

根据公司法的规定，公司僵局的认定须满足以下三个条件：第一，公司经营管理发生严重困难；第二，继续存续会使股东利益受到重大损失；第三，通过其他途径不能解决。

公司僵局可分为股东会僵局和董事会僵局。一个公司有两个管理机构，一个是股东会，负责制订公司的战略决策，行使公司法第三十八条规定的权力以及公司章程赋予的权力；另一个是董事会，是一个实际经营管理公司的机构，行使公司法、公司章程以及股东会赋予的权力。而这两个机构除一人公司外，均是有两个以上的主体组成的，不同的主体就有着不同的利益。当不同的主体利益相一致或基本一致时，公司呈现出团结的局面，当不同的主体之间的利益相左时，即会产生对抗，以致落入对立的局面，那就是僵局。

在股东会中，对立两派股东的表决权相等或一方行使否决权致使股东会不能召开或者股东会决议不能通过⁽²⁾，就形成股东会僵局。

在董事会中，对立的兩派表决权相等或者一方行使否决权以致董事会不能召开或者不能通过决议⁽³⁾，就形成了董事会僵局。

公司陷入僵局，对公司、公司股东、公司员工以及各交易人都会产生严重的损害后果。

首先是公司，由于无法作出经营决策，公司不能正常进行经营活动，管理混乱，甚至瘫痪，导致公司的无谓损耗和财产流失；

第二是股东的投资目的难以或无法实现，股东投资的目的在于获取利益，公司一旦陷入僵局，不仅不能获得利益，反而会被其他股东侵害；

第三是公司员工的利益无法保障，谁都想要有一份稳定的工作，稳中有升的报酬，而公司陷入僵局，一定会导致公司业务的下降，效益降低，以致公司会采取措施裁员，降低薪金报酬，如果公司解散，直接导致员工解除劳动关系，继而下岗失业；

第四是损害了相关交易人的利益，公司业务萎缩，会导致相关交易人的交易量下降，公司的违约、毁约事件的发生。如果公司解散，则会导致所有未履行的合约都要解除，严重影响了相关交易人的利益，并有可能引发连锁反应，对市场产生震荡；

第五，导致税收减少、财富贬值等。

公司除了资金联合之外，还有信用关系，特别是规模不大的有限公司，也就是所谓的资合和人合并重的模式，很多公司正是基于这两点，再通过公司的组织结构而致公司以正常运行，很多情况下，这种人合的内容多为股东间存在着血亲和姻亲关系。而一旦股东间由于利益冲突的矛盾凸现，会引起信用关系丧失，很多股东甚至会把很多公司以外的矛盾对抗带入公司内部，使公司的运作陷入停滞和瘫痪，即公司陷入僵局。

进一步深究公司僵局的制度成因，最主要的就在于公司决策和管理所实行的多数决制度⁽⁴⁾，《中华人民共和国公司法》第四十四条规定：股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。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。该条规定了资本多数决的原则。

另外，公司的资本维持原则也是导致公司僵局产生的原因之一⁽⁵⁾，资本维持是公司的基本原则之一，其目的是为了维护公司的持久经营能力以及保护与公司有关的其他人的利益。公司的注册资本一旦缴纳，就不得再抽回投资，除非经过十分严格的减资程序。在上市公司的股东可自由买卖股权的状况下，对公司有意见或者没有信心的股东可以在证券市场出让自己的股权，当不至于形成公司僵局。但是，公司存在的形式绝大多数都是有限公司，其股权转让缺乏公开的交易市场，尤其是自由的交易市场。出让股权，特别是向公司股东以外的股东转让股权，还受制于另外的股东，《中华人民共和国公司法》第七十二条第二款规定：股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东

过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让^⑥。由于该条的法律规定，有限公司的股权转让在股东之间尚没有多大矛盾的时候就如此困难，何况在僵局形成过程中，更不用说在僵局形成之后，因为依靠股东自身力量是难以打破僵局的。

当公司僵局发生时，在现有的法律体制下，法律的最后解决方法是解散公司，这是一种成本最高、效率最低、损失最大、利益最小的处理模式。为了避免这种情况的发生，须研究和采用非解散公司的救济方法，以实现利益的最大化。

公司的僵局的产生，不论是资本多数决的制度引起的还是资本维持的原则造成的，最根本的是人的因素引起的。无论是企业法人股东还是自然人股东，其操作和运作公司的毫无疑问是人，是由于不同的人站在不同的立场，为了各自不同的利益，而不同主体之间的利益又不为相容，而是相背而引起的，这才是最根本的原因，找到病根，才能对症下药。

首先，应当把解决问题的机制和原则建立在设立公司之初，所有的股东投资者都要有风险意识，除了经营的风险意识之外，还需要有公司结构治理的风险意识。现在的有限公司的股东很多是朋友式或姻亲式的，而这种建立在非血缘关系上的合作关系，从某种制度上来说是很脆弱的（笔者也不是认为基于血缘关系的家庭公司不会出现公司僵局，只是这种可能相对小一点，因为中国社会毕竟还是一个亲情社会）。中国人由于重面子，很多人都认为先行设定公司僵局的解决方法，会伤了大家的心。还有些人为了图吉利，在公司设立之初，绝不提公司僵局之防范等解决方法的预设。再者，现在的公司章程标准格式文本也害人不浅，工商部门只认可他们自己搞的章程文本标准，造成章程的千篇一律，你们搞的个性化章程他还不批呢！一些后来从工

工商行政管理局分流出来的代理机构，也是按照这套文本做的，很多初涉投资领域的股东由于缺乏专业机构的指导、提醒，对公司结构治理方面的问题没有意识，更不会说准备了，所以，现在在公司章程中预设公司僵局处理机制的几乎是空白，因此，加强风险意识的教育，特别是对初涉投资的股东，显得十分必要和迫切，只有让投资人意识到了风险的可能以及一旦发生后果的严重性，才会让他们有所警觉，才会让准股东们树立起防范的意识，只有这样，才能让他们去考虑风险防范的制度设计，所以说，第一关是准股东们要有风险意识，这种风险意识，不仅仅是经营风险，还必须要有公司结构治理的风险意识。

有了风险意识，才能引起准股东的注意。防范公司僵局的第二个方面是查找和考察合作伙伴，人品是决定成功的重要因素之一。很难想象，一个人品低下、自私自利、想方设法把公司的资产占为己有的人能与他人和平相处。考察准股东，除了考察人品之外，还要考察与所有准股东之间其他各个方面的利益冲突和潜在的利益冲突可能。例如，一股东和他的已陷入婚姻危机的妹夫尽量不要一起成为股东，因为这种婚姻状况的持续或终止，都有可能使股东之间因经营之外的利益冲突而引起公司僵局，所以说在成立公司之前，对准股东的人品考察或者准股东们之间已经存在或可能存在的其他利害关系进行考察，是十分重要的。

当准股东们就股东之间的人品及利害进行考量后，认为可以组建公司时，应当对公司僵局的出现进行预判，并在制度上进行构建。

当一股独大，可以左右公司的决策的公司股东结构，并无公司僵局之虞，但是公司的组织结构并非简单如此，公司股东的多元化随着经济的发展正呈现出强劲势头。由于人口结构的关系，家族式的公司结构模式正在减少，多元化的股本结构正在蓬勃发展，而多元化的股本结构也呈现出它的科学性和积极性。那么，如何在多元化的股本结构中构建出合理的股东结构模式，来防止公司僵局的出现是值得我们研究的课程，笔者认为，有两种或两种兼备的方法，即防止公司僵局

出现的股东结构设计以及公司章程中股东会或董事会表决制度的创新是可以防止公司僵局出现的。

公司股东结构的合理配置，实质就是出资比例分配的设置，这种比例的设置究其本质就是股本权利的预设，特别是在多元化的股东中，股东们为了自身的利益，总是首先想在股本结构的结构中占得先机，大股东总想拥有决策权，小股东总是担心大股东损害小股东的利益，因为小股东的有效表决率太低，现金分配率太低的现象普遍存在，所以利益的博弈从公司的酝酿过程就产生了。

《中华人民共和国公司法》第四十四条规定第二款规定：股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。

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⁽⁷⁾。

根据这一规定：公司的绝对控股权也就是三分之二，即 66.67%。大股东当然希望自己拥有三分之二以上的股权，但是小股东认为不能让大股东占有三分之二以上的股权，那么，其就要提出股权的配置，如果是两个股东，双方均不让对方占三分之二以上的，那么就给公司僵局埋下祸根，所以，准股东们面对只有二个股东的时候，必须有其势较弱的一方作出让步，以避免在股本结构上给公司僵局预留机会，而较弱这方须得衡量占三分之一以下股权的可行性和风险。如果是三个股东以上的，对大股东的限制须在三分之二以下，便要其联系一个或多个股东之后才能达到三分之二的多数，不仅体现资本多数决，也体现人数多数决的民主决策机制。

笔者曾为一改制企业设计了一个股权设置方案，实践证明，股本的合理设置表达了各股东的心态，导致改制企业的领头人的胜出。一个改制企业，决定以授权于核心骨干为股东，实行企业改制，其中有两位优秀人物均要求以大股东的身份实行改制，但这两大股东该占多少比例为妥当，A 提出其必须占 51%，这一提议遭到了其他骨干的内

心反对。B也想赢得这场竞争，请教于笔者，笔者告诉他占46%即可（因为除A、B以外，其他人股份已经设定上限不超过5%）。笔者告诉他，就公司的一般事务只要51%的简单多数决议就可以了。如果其他股东你连一个都不能达成共识的话，干脆就不要参与竞争，更不要去害人了。也正是这只占46%决定，比51%少了5%，让其他股东感到受到了尊重，而导致核心骨干把绝大部分的票投给了他，他赢得了改制。

还有一种制度，就是股东会表决权的设置。在公司章程没有规定的情况下，就是按照资本多数决的方式为决定的，但是《中华人民共和国公司法》第四十三条规定：股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外^⑧。这里就确定了一个原则，法律把公司的股东会的表决机制与方式授权于公司的股东，股东可以作出不同于公司法的制度设计，也就是说，股东会决议时，大家是按照股权比例决议，还是不按股权比例，而按另外一个约定的表决权比例投票，可以在章程中另行规定。例如《中华人民共和国公司法》第三十八条第二款：选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项。这里就可以在章程中规定，采用累积投票制，而不是资本多数决制。所谓累积投票制是指：股东大会选举董事或者监事时，每一股拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。这种方法，就使小股东们把自己的代言人选进董事会成为可能。

还有的制度设计就是在章程中规定董事的结构分配方法。出资多者一方委派董事长，中小股东委派的董事可以占多数。不设董事会的，执行董事由出资多者担任，而总理由小股东选任，且执行董事无权解聘或另行聘任总经理；

大胆创新地引入上市公司才有的独立董事的举措，当大股东和小股东委派的董事人数相等时，独立董事的作用将会是独特的。

以上是对公司治理结构进行合理设置的设想，另外，还可以对表

决权制度进行更为科学合理的设计。

《中华人民共和国公司法》规定了公司章程可以规定公司股东按照自行约定的方式行使表决权⁽⁹⁾，而《中华人民共和国公司法》第十六条第二款规定：公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。公司在为股东或者实际控制人担保时，股东或实际控制人不得参加前款规定事项的表决，这一规定为我们设计利害股东、董事的表决事项拓展了视野，股东们可以在章程中规定利害股东、董事长表决回避制度。股东会或董事会讨论的事项有关利害股东或董事的，应当规定该利害股东或董事回避，既不得派选代理人参加，也不能委托其他股东或董事行使表决权。更为甚者，为解决中国人的面子问题，可以采用无记名投票的方式投票。为了无记名投票的顺利实施，可以将股份分成等份的份额，再用打钩或画圈的方式行使。

限制控股股东所享有表决权的最高数额，是避免小股东担心大股东损害其利益而出现公司僵局的又一体制设计，为了防止资本多数决制度，侵害少数股本的合法权益，可在章程中规定限制控股股东所享有表决权的最高数额。

规定类别表决制度，是解决因类别股东反对而引起公司僵局的制度设计，即交付股东会表决的特定事项必须经特定的类别股东同意方能通过⁽¹⁰⁾，实际上是保护类别股东的权利，通过这种类别保护，也能起到预防公司僵局的作用。

以上这些均是在公司设立过程中通过人品股东遴选，公司股东的股本结构安排以及公司的权利分配（表决权的设置）上来预防公司出现僵局，但是公司的僵局出现并不因为你的预防而彻底杜绝，因为出现公司僵局的状况不胜枚举，防不胜防。当我们公司出现僵局时，是否除解散一途而别无他路，也是我们应该着力研究的另一个公司僵局出路的问题。经过研究，在解决公司僵局问题上，也是有着多种途径的，分别有解决股东权益争端之去根法、股权强制置换之退出法、公

司分立之分流法、改选董事之更换法、股份收购之抽身法，独立董事之临管法、第三方之斡旋法等方法。

根据《中华人民共和国公司法》第一百八十三条之规定，公司解散之前提条件之一是“通过其他途径不能解决的。”在公司解散之诉讼中，该条件的成就应当由主张解散的股东来承担举证责任，如果被告公司或者第三人——其他股东提出尚有其他途径可供选择，法庭应不审理该途径是否可行，而先行驳回原告的诉讼请求。当然，为了防止公司或第三人——其他股东故意拖延时间，以损害原告的利益，法院可在责令被告公司或第三人提供担保后，对原告的诉讼请求予以驳回。

公司僵局的出现，是由于股东间或者董事间由于一个或多个因素而引起的，那么，解决争端不失为挽救公司解散之命运的良药。公司僵局的出现往往起于股东之间的利益之争，治病治源，将引起公司僵局的争端解决了，自然公司的僵局也就解决了，这里可以根据争议的不同，提起不同的诉讼，如侵权之诉、违约之诉等等，这就是所谓的解决“股东权益争端之去根法”。

股权强制置换之退出法。公司僵局就是两个股东“顶牛”，让一方退出而且是以合理的方式退出是解决公司僵局的一个有效方法。当股东全归置于一方时再产生公司僵局，就成为不可能。至于退出的方法，可以确定类似于“拍卖”的方法，首先征求双方的意见，谁愿意收购对方的股权，以价高者得，这种方法，一方面避免了公司僵局的继续，另一方面由于采用“价高者得”的方法，最大限度地保护了另一方的利益，可谓皆大欢喜。

至于公司分立之分流法，是将公司一分为二，对立的双方可以通过协商、竞价或抽签等方式分得公司的一部分，从此以后，各自经营，也是避免公司解散的方法之一。

如果公司的僵局是由董事会的僵局产生的，则可以通过改选董事的方法以解决，可以更换董事，可以增加职工董事或独立董事等引进

第三方无利害冲突的董事参加董事会的方法，以解决因董事僵局而引起

的公司僵局，这就是改选董事之更换法。

股权强制置换的退出法，是双方股东要求另一方股东退出，以“价高者得”竞得股权，而股份收购之抽身法指的是当公司陷入僵局，一方股东以退出的方式解决公司僵局，而另一方无收购之意，则由法院判令公司以合理的价格收购之股权，要求公司收购股权的法律依据是《中华人民共和国公司法》第七十五条之规定，但该条规定中并无因公司陷入僵局而要求公司收购其股权的规定，但是我们可以由此规定而在章程中创设出此项规定。在公司产生僵局后，股东最好的做法就是转让股权，从而代替公司的强制解散⁽¹¹⁾。

当董事会中双方的董事人数相等而导致公司陷入僵局，而双方股东又不肯更换董事时，为避免公司的运作陷入瘫痪，给公司及双方的利益造成损害，可以由双方公推独立董事或聘请具备独立董事之资格人士，或由职工代表选举独立董事以临时接管公司，以维护公司在陷入僵局和在解决公司僵局的过程中公司的正常运作，直至公司僵局解决或公司解散。

调解有法院主持的调解或非司法（含仲裁）途径的调解，非司法途径的调解（称之为第三方斡旋，这第三方可以是德高望重人士，也可以是公司的关联交易人，或其他与公司有利害关系的人），此时的所谓“旁观者清”将会起着举足轻重的作用，方法得当，将会发生“四两拨千斤”的效果。

总之，公司的僵局可防可治，可以通过事前预防和事后救济的方法解决，由此可以肯定，解散并非解决公司僵局的唯一途径。

劳动人们的智慧是无穷的，我们一定要相信，方法总比困难多。