

企业法律顾问 实务操作全书

The Comprehensive Book on Corporate Law Practicing for In-House Consels and Lawyers

◇ 企业设立 ◇ 企业投融资 ◇ 公司并购 ◇ 企业改制与上市 ◇ 公司内部及外部治理 ◇ 企业合同管理 ◇ 劳动合同实务 ◇ 企业知识产权管理 ◇ 企业终止 ◇ 企业涉诉纠纷处理 ◇ 企业经营管理中的刑事风险及防范

**Professional
& Practical**

兰台律师事务所 编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



兰台律师事务所
Lantai Partners

企业法律顾问 实务操作全书

The Comprehensive Book on Corporate Law Practicing for In-House Counsels and Lawyers

兰台律师事务所 编著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

企业法律顾问实务操作全书/兰台律师事务所编著.

—北京: 中国法制出版社, 2012. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3557 - 4

I. ①企… II. ①兰… III. ①企业 - 法律顾问 - 基本知识 - 中国 IV. ①D926. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 031904 号

策划编辑 赵宏 (health - happy@163. com)

封面设计 周黎明

企业法律顾问实务操作全书

QIYE FALU GUWEN SHIWU CAOZUO QUANSHU

编著/兰台律师事务所

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

版次/2012 年 4 月第 1 版

印张/ 38 字数/ 584 千

2012 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3557 - 4

定价: 108.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66010483

邮购部电话: 66033288

前 言

做最好的企业法律顾问律师，是兰台律师事务所（以下简称“兰台所”）的发展战略。

今年是兰台所成立十周年，经过十年，在兰台所业务指导委员会下，我们有了12个专业部门，从企业的设立到清算，以至在财富的传承、企业和企业家的刑事责任等领域，我们可以提供专业和独到的服务。

法治的进程，浩浩汤汤，不可阻挡，这种进步，不仅体现在法制体系的完备，更体现在市民社会形成的过程中，行为后果的可确定性是走向市场经济的基石，自己行为、自己责任使得企业法律顾问成为必须，公司制一体化的组织架构成就了兰台所的发展战略——做最好的企业法律顾问律师。

企业最重要的组织形式无疑是公司，公司制度也是人类有史以来最伟大的发明之一，它是一种制度，也是一种实体，更是一种文化。当我们理解到公司这个词本身蕴涵着的历史和文化价值，当人类把这种文化规定下来的时候，便产生了公司法律制度。

虽然直到1886年美国最高法院才承认了公司作为“人”，应该受到《权利法案》的全面保护，但并不妨碍公司从落地的那刻起，即有了人逐利的本能，这种本能，使得公司跨越了血缘、地缘，将资源汇集在一起，甚至是地球两端的人，并不断地进行着制度创新。用法律的语言来说，就产生了股本、股东、有限责任、公司治理的概念，但这还远远不够，对市场的无限渴求，要求公司必须更有效的配置资源，这样就产生了并购和重组。融资也成了公司永恒的话题，向股东融资，向资本市场融资，成就了今天的华尔街的荣耀。

人类近代文明最重要的标志之一就是确定了所有权的稳定性和不可侵犯性，这正是自由交易和市场形成的前提，而当人类摆脱了身份的枷锁，平等的桅杆鼓荡起契约的风帆，公司开始在一个新的巨大的市场中扬帆起航。

内生的欲望，使得公司比军队更有效率，也使得公司自诞生之日起便处在功与过的争论中。公司为全球81%的人口提供了工作机会，创造了全球生产总值的94%。但既不是第一次，也不会是最后一次的经济危机，成千上万的死难劳工，掺杂在芝加哥香肠里的老鼠肉，让人们一次又一次把指责的目光投向了公司。长久盈利的愿景让公司有了内在改变的动力，在无数次激烈的冲突和斗争之后，有远见的

公司开始寻求改变，在1815年的一次事故之后，杜邦公司开始向死难工人家属支付养老金，也成为第一批向工人支付加班费的美国公司。2008年1月1日开始实施的《中华人民共和国劳动合同法》让中国劳动者的生存环境从形式上向欧美国家靠得更近了。

二十世纪初，在资本与技术结合成的公司的推动下，美国取代了英国，成为世界经济的龙头，当后来居上的日本人收购了美国哥伦比亚电影公司，买下了洛克菲勒中心的14栋大楼，似乎将要引领世界，引得一批一批美国人前去一探究竟的时候，创新让美国人又站在了世界的前沿，虽然创新从公司诞生之日就如此奇异，却从来没有像今天这样重要过，知识产权保护成为公司生死存亡的问题，出现了无形资产超过有形资产的公司。但比创新还重要是能够引发创新的机制，这里既包括文化，更有法律将其制度化后对人们的指引。

1980年，Robert Clark教授在《哈佛法律评论》上发表文章指出，投资基金作为一种集体投资组合方式，属于资本主义四个阶段中的第三个阶段。有限合伙这种企业组织形式适应了这个阶段，成为基金最经常的组织形态。组织制度的创新为企业融资提供了另一种的通路，助跑了科技向生产力的转化和企业的腾飞。

企业法律顾问（包括律师）能够为企业做些什么？应该做些什么呢？如果顺着企业组织形态产生和发展的主线，我们其实可以知道企业公司和什么相关，并进而厘清这个问题。我们应该知道企业是什么，企业从出生的那天起，成长的轨迹是什么，最终的归宿在哪里，我们还应该知道企业生长的环境怎样，会对企业产生什么样的影响。

在这本书中我们试图回答这些问题，我们的经验也随着这本书、随着我们的实践生长着，“心想、事成、不逾矩”是我们提供企业法务服务的一贯标准，我们相信“律师服务创造价值”！

目 录

前 言	1
-----------	---

第一章 企业法律实务概述

第一节 企业法律实务概说	1
一、企业法律实务的概念及分类	2
二、企业法律事务管理模式	6
第二节 不同视角下的企业法律实务	17
一、企业战略下的法律实务	17
二、企业法律风险控制下的法律实务	20
第三节 企业法律顾问如何有效提供服务	25
一、建立良好的服务机制	26
二、设立完善的内部工作日报制度	27
三、有效提供法律顾问服务	28

第二章 公司设立与投融资法律实务

第一节 公司设立实务操作与法律风险防范	30
一、有限责任公司	30
二、股份有限公司	57
三、一人有限责任公司与国有独资公司	69
四、合伙企业	72
第二节 企业投资实务	77
一、涉外投资	77
二、隐名投资	84

三、技术投资	91
第三节 企业融资实务	106
一、银行贷款融资	106
二、信托融资	116
三、债券融资	120
四、融资租赁	126
五、私募股权融资	129
六、企业拆借	140

第三章 公司并购法律实务

第一节 概 述	149
一、并购与分立	150
二、并购与重组	150
三、并购分类	151
第二节 并购管制	153
一、反垄断审查	153
二、安全审查	155
三、交易审批	156
第三节 并购实施程序	169
一、一般流程	169
二、特别要求	171
第四节 交易结构	176
一、交易方式	176
二、法律结构	179
三、支付安排	180
四、融资安排	181
五、人员安排	182
六、风险分摊与控制	183
第五节 案例分析:联想收购 IBM 全球 PC 业务	188
一、交易概述	188
二、交易结构的法律分析	189
第六节 法律顾问在并购中的作用	192
一、交易管理	192

二、可行性分析	192
三、风险评估与控制	193
四、参加业务谈判	193
五、提供法律意见	193
六、法律尽职调查	193
七、参与制定交易结构	194
八、协助进行融资安排	194
九、参与进行税务筹划	194
十、起草、审阅交易文件	194
十一、协助办理交割	194
十二、事务代理	194

第四章 企业改制与上市法律实务

第一节 企业改制法律实务	197
一、改制形式	197
二、改制方案	199
三、改制程序	200
四、律师参与企业改制工作	205
五、案例分析与小结	205
第二节 企业上市实务	208
一、公开发行股票并上市的条件	209
二、发行上市的中介团队	214
三、发行上市程序及律师职责	215
四、拟发行上市公司需注意的事项	216
五、特殊行(企)业上市的特殊要求	220
六、中小企业板和创业板特点	225
七、信息披露	226
八、境外上市	229
九、案例分析	234
十、小结	237
附录:2011 年度主板(含中小板)部分 IPO 不予核准情况	238

第五章 公司治理法律实务

第一节 公司内部治理实务	269
一、股东(大)会制度	269
二、董事会制度	273
三、监事会制度	277
四、高管人员的义务及违法义务的法律后果	279
五、公司章程	282
第二节 公司外部治理实务	286
一、公司社会责任	286
二、公司治理与中介机构	290
三、债权人与公司治理	295

第六章 企业合同管理操作实务

第一节 合同订立前的法律风险防范	300
一、合同交易情况调查	300
二、合同主体是否适格	302
三、合同涉及法律法规政策调研	303
第二节 合同订立过程中细节操作	304
一、合同必备条款	304
二、合同其他条款	307
三、特别注意事项	308
第三节 合同履行的管理	310
一、合同文本的管理	310
二、合同履行的具体事项	311
三、合同履行中慎用的权利	312
第四节 合同终止	313
一、合同终止概述	313
二、合同终止法律实务	315
三、合同约定解除条件的限制	317
第五节 电子合同	320
一、网上购物合同	320

二、电子合同的概念	325
三、网络服务合同纠纷案评析	329
第六节 涉外合同	331
一、涉外合同概述	331
二、订立涉外合同应注意的问题	333
三、涉外合同争议的解决	334
小结:合同管理的作用和意义	335

第七章 劳动合同实务

第一节 规章制度制定、公示与适用	336
一、规章制度的制定	336
二、规章制度的公示	339
三、规章制度的适用	340
四、企业法律顾问的工作	341
第二节 劳动者入职管理	342
一、入职审查	342
二、入职告知	345
三、禁止要求担保、禁止收取“风险抵押金”	346
四、劳动合同的签订	347
第三节 劳动合同履行和变更	349
一、劳动合同履行	349
二、劳动合同变更	359
第四节 劳动合同解除和终止	360
一、劳动合同解除	360
二、劳动合同终止	365
第五节 其他需要注意的问题	371
一、过渡条款的操作与适用	371
二、用人单位异地注册的用工风险	375
三、建筑施工企业承担用工主体责任风险	376

第八章 企业知识产权法律实务

第一节 企业专利的保护	379
一、专利概述	379
二、专利的特征	380
三、企业专利的类型	381
四、企业如何获得专利	382
五、专利权人的权利和义务	387
六、企业专利侵权概述	389
第二节 企业商标权的保护	394
一、商标权概述	394
二、企业商标选择的法律风险分析	398
三、企业商标注册规划	402
第三节 企业的商业秘密保护	403
一、商业秘密基本知识	403
二、商业秘密的法律保护	405
三、企业商业秘密保护体系的构建	408
第四节 网络环境下著作权的保护	415
一、网络环境下的著作权侵权现状	415
二、网络著作权侵权行为的构成要件	416
三、网络著作权侵权的特点	417
四、我国当前关于著作权侵权的立法现状及相关思考	419
五、法院判决对网络环境下企业行为的规范及保护的指引	420
六、网络作品著作权侵权行为的救济	423
七、结语	427
第五节 企业著作权保护	428
一、企业著作权合同的审查与管理	428
二、著作权拥有企业的权利保护	433
三、著作权使用企业的权利保护	437

第九章 企业终止的法律规制与实务

第一节 企业依法终止的法律规制	443
一、企业终止的概念	443
二、企业终止的原因	444
三、企业终止的程序	445
四、企业终止的法律责任	447
五、小结	448
第二节 公司解散清算(自行清算)法律实务	448
一、公司自行清算事例	448
二、公司自行清算的法律依据	449
三、相关法律文书指引	451
第三节 公司强制清算法律实务	457
一、公司强制清算事例	457
二、公司强制清算的法律依据	457
三、公司强制清算程序	458
四、公司强制清算同破产清算的衔接	459
五、相关法律文书指引	460
第四节 企业破产清算法律实务	460
一、破产清算申请及受理	460
二、破产管理人开展破产清算工作	464
三、破产清算程序	466
四、债权人会议	467
五、破产法实务中的重要问题——我国破产撤销权的行使机制	467
六、相关法律文书指引	470

第十章 涉诉纠纷的处理

第一节 处理涉诉纠纷的理念问题	475
一、影响裁判的因素	475
二、诉讼和仲裁的选择	489
三、各种司法程序的协调运用	493

第二节 诉讼程序的提出和进行	498
一、如何判断是否提起诉讼	498
二、如何进行诉讼	500
第三节 如何提出合适的诉讼理由	509
一、诉由的地位和作用	509
二、诉由的逻辑和层次	511

第十一章 企业经营管理中的犯罪与风险防范

第一节 企业经营管理中犯罪概述	514
一、我国企业的法律形态	514
二、企业与法人、单位的关系	515
三、企业经营管理中犯罪的构成	517
四、企业经营管理中犯罪的种类	519
第二节 认定企业经营管理中犯罪的司法疑难问题	521
一、企业经营管理行为罪与非罪的界限	521
二、单位犯罪与自然人犯罪的界限	522
三、企业单位犯罪的共同犯罪	523
四、企业犯罪一罪与数罪的界限	524
第三节 企业犯罪原因以及风险防范	525
一、企业犯罪的原因	525
二、企业犯罪的风险防范对策	527
第四节 企业经营管理中犯罪的司法认定及案例分析	530
一、企业设立中的犯罪	530
二、质量管理中的犯罪	543
三、安全生产管理中的犯罪	552
四、财税管理中的犯罪	559
五、企业融资中的犯罪	563
六、扰乱市场秩序的犯罪	569
七、上市公司及证券犯罪	572
八、企业管理人员的职务犯罪	579
后 记	594

第一章

企业法律实务概述

第一节 企业法律实务概说

企业法律实务的业务范围,主要有五大类:一是与行政监管相关的法律事务,包括反垄断、环境保护、知识产权、劳动、税费、资源、土地法律事务;二是平等的民商事主体之间所为的法律事务,包括公司、证券、合同、谈判、招投标等;三是争议解决法律事务,包括诉讼、仲裁等;四是对国家立法、司法、政策制定的参与和影响;五是对企业的法律培训。

针对上述不同的法律事务,企业进行处理的情形或者方式主要包括:先期介入业务进行法律有效性及法规合规性审查,常规法律事务处理的流程化、标准化,企业内部各个层级的法律专业人员协商解决复杂法律问题,有效使用和管理社会律师处理专项或争议事务。

企业法律事务处理能力的强弱,决定企业核心竞争能力是否持续长久;法律事务处理能否职能化、专业化、技术化,决定企业治理结构是否完善。企业治理结构的完善,意味着企业管理模式的制度化、企业经营的法治化。所谓管理模式的制度化,主要是指公司权力结构的制衡性安排;所谓经营的法治化,则主要从企业经营的流程、结果等角度控制企业经营上的法律风险。企业的法务部门及其外部律师,也正是从这两个方面对企业的管理、经营予以规制、规范。

企业权力结构的制衡性安排,是企业法务及其外部律师作业的起点,随后企业的法务伴随着企业管理与经营的始终,在企业的经营管理过程中无所不在。无视或忽视企业法务的经营管理,带来的风险是多样化的、多层次的。从民商的角度而言,企业法律风险蕴含在企业的设立、劳动关系、知识产权、投融资、衍生品交易等各个领域;从行政监管的角度而言,企业的法律风险涉及税收、不正当竞争、环保、工商监管等各个方面;从刑事角度而言,企业法律风险则包括与注册资本金、税务征收、不当行为等相关的各个环节。此外,更加重要的是,需要企业法务及其外部律师思考,企业法务服务除了风险防范以外,在企业管理制度上是否可以创新及优化,对于企业的各个交易,是否可以从流程、结构、模式等方面予以设计、优选或改进。

因此,企业法务及其外部律师的价值所在不但在于风险防范,解决企业能够生存下去以及低成本生存下去的问题;更在于解决方案的提出与合规性审查,解决企业的竞争性优势及发展的问题;而且,一旦进入争议处理阶段,企业法务,尤其是外部律师所起的作用就更加重要了。

一般情况下,企业法务所处理的事务均是本企业内部的事务,无论何种规模何种类型的企业,企业法务所能涵括的范围及其视角,都有一定程度的局限性。而对于有经验的外部律师而言,其视野范围和角度因为法律实务处理的多样性可以给企业带来不同解决问题的路径或者不同的思维方式,这种路径及思维方式的改变,有可能会产生截然不同的法律效果。因此,在企业法律实务的处理过程中,聘请企业的外部律师,是企业通行的选择。

一、企业法律实务的概念及分类

企业法律实务从字面上说即为企业法律事务的实际处理,我们这里所说的法律实务特指企业法律顾问(包括企业法务人员及外部律师)对企业法律事务的实际处理,从企业法律顾问处理企业法律事务的角度来看,企业法律实务包括以下三大类:

(一)企业常规法律实务

即企业日常经营活动中所涉及到的常规性的法律事务,一个企业的法律顾问应该可以熟练地处理这些基础性的法律服务。其通常包括:

1. 通过电话、传真、电子邮件和会议形式为企业 provide 日常法律咨询;
2. 为企业建立完善的法律保障体系提供法律协助;
3. 为企业建立完善的风险监控机制提供法律协助;
4. 协助公司制订和完善日常规章制度;
5. 协助公司起草劳动用工合同和用工手册;
6. 起草、审查、修改公司对外经营各类合同;
7. 为企业对外合作与商业谈判提供法律咨询;
8. 为企业日常业务出具法律意见和分析报告;
9. 协助企业处理各类非诉讼法律事务;
10. 代理企业的诉讼、仲裁业务;
11. 其他常规性法律业务。

(二)企业专项法律实务

即对企业单独项目提供专项法律服务,这往往是律师为非顾问单位提供的法律服务或是为顾问单位提供的日常法律实务之外的法律服务,企业亦可与律师协商将专项法律实务约定为企业日常法律实务。专项法律实务又包括非诉讼类专项法律实务和涉诉类专项法律实务。

1. 非诉讼类专项法律实务中涉及的法律事务涵括法律顾问专业类别的各个方面,系法律顾问利用法律专业、过往的实践经验、契合企业需求的特定化响应,为企业提供的专项服务。该种专项服务所涉及的交易模式、交易结构与交易流程,或者定性与定量的法律分析要素以及各种法律报告的结构,随着经济的发展而处于不断演变、创新之中。如各种不同类型不同国别资本的企业设立、企业改制、并购重组、投融资(含上市)、产权界定、项目开发、知识产权实务处理、公司治理、薪酬设计、私募基金、信托运用、争议的多元化处理(非诉方式)、专项尽职调查、专项法律风险防控、税收筹划、解散清算等。

非诉专项法律事务,考量的是企业法律顾问解决问题的角度、方向以及思维的宽度,考验的是企业法律顾问对于法律、法规、政策全面的衡量以及把握能力。企业法律顾问不能简单陷入风险防范的误区,保持风险防范的意识,简单出具有关交易不可为或法律风险不可控制的法律意见。相反,企业法律顾问应该明了,经济是不断地在突破各种限制、规制中前行,需要法律顾问做出相应的交易安排以响应该种突破,修订已有的交易思维及惯行做法,逐渐形成一种通行的交易模式。因此,企业法律顾问为企业提供非诉专项法律服务的标准是:心想,事成,不逾矩。这种标准,其实也可以说是一种服务的意识与境界,从某种意义上而言,也是企业法律顾问非诉专项法律服务的三个阶段:事前,了解企业所想,想企业所想,明晰企业交易目的,明了企业的法律服务需求;事中,想方设法,达成企业所想,提出实现企业交易目的的法律服务方案;事后,检视该法律服务方案,使该法律服务方案在现行法规、政策范围之内,不逾越,但有创新。

上述三个阶段的顺序不是单向发展的,而是在法律服务过程中循环往复的。比如,在事中交易结构的设计阶段,可以根据事后检视的合规性要求,修订事前的交易目的及需求;根据对于合规性的考量及合规性的发展趋势,深刻把握合规性的内涵,可以在事中交易结构的设计阶段有所创新,体现企业法律顾问的服务意识、境界以及服务方案的品质。

2. 涉诉类专项法律实务,即争议解决(以诉讼或仲裁的方式)专项法律事务,由企业法律顾问提供的专项代理服务。企业法律顾问代理服务的主要事项为:

- (1) 接受委托,进行诉前的案件法律分析、研讨、评估;
- (2) 接受委托,代理进行诉前、诉中调查取证法律事务;
- (3) 接受委托起草、修改、审查诉讼法律文书;
- (4) 接受委托,调查诉讼所涉主体的工商登记;
- (5) 接受委托,代理诉前财产保全和诉中财产保全的法律事务;
- (6) 接受委托,代理证据保全的法律事务;
- (7) 接受委托,代理起诉、应诉、提起反诉、参加法庭审理、参加调解、参与和解;

(8)接受委托,书写律师函;

(9)接受委托,代理办理公证事务;

(10)为委托方就日常的民商事诉讼提供经常性的法律咨询,协助委托方完善各种诉讼资料的积累和保管工作;

(11)其他委托事务。

涉诉类专项法律事务,考量的是企业法律顾问的思维方式,本质上是方法论的问题。对于一项涉诉法律事务,究竟应如何处理,与其说是法律规范的构成要件与案件事实之间的脉络关联问题,不如说是一个将事实涵摄于法律规范过程中的价值判断以及裁判结果的妥当性考量问题。企业法律顾问妥善处理好涉诉争议事项的前提是,完整、体系性地认识法律规范;对于案件事实进行合乎目的的整理。要理解法律规范,“就必须发掘其中所包含的评价及该评价的作用范围”;法律规范的适用则要求,应“依据规范来评价待判断的事件,换言之,在判断事件时,应将规范所包含的评价依其意义付诸实现”。^①

在处理涉诉法律事务时,企业往往要求法律顾问分析案件事实、评价法律规范、预测可能的裁判结果,并据此衡量法律顾问的工作水平与质量。这是一项包含有价值判断及价值取向的要求,企业法律顾问应该依据多种方法进行价值判断和法益衡量。无论是根据法感,还是采用类型塑造、事件比较,抑或是涵摄的方式,企业法律顾问对于裁判结果的多维度、多方向的权衡,可以使得企业能够从中进行可能的利益比较以及进退取舍,并进而做出恰当的商业安排。

追求可能更好的争议结果是法律顾问主要职责所在,但不是唯一的职责。企业法律顾问应该让企业在争议的处理与解决过程中有各种可能的选择机会及可能。

(三)企业法律意识培训

之所以是法律意识方面的培训而不是简单的法律培训,是有深刻内涵的。在此所讲的法律意识的培训包括法律文化、法律价值、法律感受等诸多方面。较之法律专业培训,法律意识培训是根本性的、人的自然属性方面的培训。IBM 公司董事会主席、总裁兼 CEO Samuel J. Palmisano 就正确论述过法律专业与文化的差异:“企业的运行仅仅依靠规章制度是远远不够的,还必须依靠文化、道德准则和价值观。”

理解这一点,并不难。仅从争议解决事项的角度而言,在对企业的相关人员进行培训,尤其是对企业内设的法务人员、管理人员进行培训时,需要讲授的不仅仅是争议事项本身的专业问题,更需要进行以下几个方面的培训:争议思维方面的培训;争议事项可能的裁决结果及对企业制度、交易模式、发展战略的影响方面的培训;组织争议事项的案件事实并进行法律判断的培训,即企业对案件客观事实取舍的角度背

^① [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,序言。