

公司与产权法律实务 2

*Operation Guidelines
for the Transfer
of
Equity Interest in Companies*

公司股权转让 操作指南

戈宇 著

股权转让常见疑难业务
股权转让行为的效力判断
股权转让合同通用条款实务操作

股权转让合同实例
股权转让法律意见分析实例
股份转让常见诉讼参考案例

外国投资者的股权并购



法律出版社
LAW PRESS CHINA

公司与产权法律实务 2

*Operation Guidelines
for the Transfer
of
Equity Interest in Companies*

公司股权转让 操作指南

戈宇 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

公司股权转让操作指南 / 戈宇著. —北京:法律出版社,2004.3

(公司与产权法律实务)

ISBN 7-5036-4772-8

I. 公… II. 戈… III. 公司-股份制-法律-
基本知识-中国 IV. D922.291.91

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第009726号

法律出版社·中国

责任编辑/戴伟	装帧设计/李瞻
出版/法律出版社	编辑/法律应用出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/陶松
开本/A5	印张/18.375 字数/482千
版本/2004年4月第1版	印次/2004年4月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939642	传真/010-63939650
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.chinalawbook.com	电子邮件/service@chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-4772-8/D·4490	定价:35.00元

前 言

从律师公司业务执业的情况来看,公司股东的股份转让(出资转让、股权转让)是律师的常规业务。以公司股份为表现形式的公司股东权是法律保护的财产权利之一。股权,也叫股东权,是有限责任公司股东依法享有的对公司的财产、经营、收益等方面的权利。股权或股东权是具有商业价值的,可以依法流通和转让的,是随着公司业绩的起伏和市场行情的变化而变化的。

市场经济中商品的交换形式从低级向高级发展,包括以物易物、货币交易、纸币交易、票据交易、可流通的股票债券交易,到今天的公司股权交易。股权交易作为资本运作的形式之一,同样存在于有限责任公司、股份有限公司和上市的股份有限公司等不同形态的企业组织当中,其股权转让的法律规定和合同的约定以及交易规则、实质要件等因素是各不相同的。在此,我们主要探讨有限责任公司的股份转让的一般规律和操作经验。

由于股权转让而产生的纠纷基本上分为两类。一类是履行股权转让协议而发生的争议,另一类是由于股权转让行为是否具有法律效力而产生的纠纷。

完备、细致的股份转让协议,是由结构科学、记载明确、细致周到、逻辑性强的合同条款组成。合同条款应当具体情况具体约定,因地制宜、实事求是。个性化的条款是对交易信用的有效补充和维护交易安全的客观需要。有的条款是经过了几十年甚至更长时间的考验的,是许多经验的总结和对教训的反思。执业律师代理客户起草和

审核股份转让协议、研究和掌握个性化条款对于预防欺诈、降低风险、减少损失和争取诉讼上的主动有积极意义。

律师执业是法律实践的艺术和技能,是在实践的经验和教训中不断完善和提高了。公司业务律师不但要能够主动地、有针对性地审查、起草和修改投资协议、股份转让协议,提出法律分析意见,而且还应当能够在承办公司设立、变更、清算和注销等各种法律程序中,及时地、客观地、适当地评价预测法律后果,合法地、准确地控制和把握公司行为、股东行为的法律效力,降低和避免法律责任风险、经营成本风险。

从执业律师代理的股权转让纠纷来看,绝大多数案件涉及到股权转让行为的效力是否受法律保护。为了正确处理有限责任公司股东权转让纠纷案件,维护股权转让双方当事人的合法权益,本书结合执业律师代理此类案件的经验和教训,依据法律、行政法规、最高人民法院的司法解释和参照政府规章的具体规定,着重研究和分析股份转让合同个别条款、转让行为合法性的判断和股份转让中经常出现的纠纷等法律问题。

本书写作过程中,得到了诸多业内人士和朋友的指教和帮助,在此深表谢意。

本书是作者在繁忙的律师工作之余写就的,不足之处在所难免,敬请广大同行和读者批评指正。

戈 宇

2004年3月3日

目 录

前 言	1
-----	---

第一章 股权转让行为的效力判断	1
一、股权与股权转让的基本含义	3
二、股权必须依法取得	5
1. 公司应当依法成立	6
2. 股东依法取得资格	7
三、股权转让行为的法律效力	8
1. 股份转让的申请、决议	8
2. 过半数以上股东同意	9
3. 股东会的召集与董事的责任	10
4. 征求其他股东意见	10
5. 会签的意见不能代替股东会决议	11
6. 何为“合理的期限”	11
7. “弃权”与“超低价”的意思表示	12
8. 购买价格和放弃优先购买权	13
9. 客观认定其他股东的意思表示	13
10. 引发的股东派生诉讼	14
四、获得新股东资格以登记为标准	15

第二章 外国投资者的股权并购	17
一、外商投资企业的出资转让	19
1. 中外合资企业的出资转让	19
2. 中外合作经营企业一方的“权利与义务”的转让	22
3. 外商独资有限公司出资的转让,应当 遵守《公司法》的规定	23
二、外国投资者并购与产业准入	24
1. 限制类领域与中方控股的合资、合作	25
2. 禁止类领域外商不可独资	25
3. 经批准允许外资低于法定的 25%	25
三、外国投资者主体资格的判断	26
1. 判断外资的 3 种标准	26
2. 中国以“注册地”标准为原则	26
3. 中国以“资本控制”标准为补充	27
四、国有股权的转让价格	28
1. 账面价收购,协议转让,禁止低价出售	28
2. 财政部最后把关,国有股价不得低于净资产	29
3. 两种对立的评估方法	29
4. 并购价格与外资控股程度直接相关	30
5. 实际交易价的认定问题	30
五、外资并购的出资和置换	30
1. 以货币或动产出资	30
2. 允许以股票出资	31
3. 支付方式与外汇登记	31
六、外国投资者股东权益的限制	32

1. 按实际缴付的出资比例分配收益	32
2. 低于法定比例的出资期限	32
七、外资并购后的债权债务承继	33
八、外资并购法制的缺陷	33
1. 政府直接干预过多	34
2. 重审批,轻操作	34
3. 谁是国有股权的所有者?	35
4. 外汇管制不利于外资并购	35
5. 并购的配套制度尚未建立	35
 第三章 股份转让常见疑难业务	 37
一、瑕疵股权的民事责任	39
1. 出资有瑕疵的股东,分别承担民事责任, 其股权合法性应受到质疑	39
2. 协议垫付出资,并出具验资报告,是抽逃 出资还是虚假出资	40
3. 虚假出资和虚报注册资本的刑事、行政 法律责任	42
4. 公司独立人格的确立,虚假出资的股东 应当承担连带责任	45
5. 人民法院否认公司独立人格的审判依据和标准	47
6. 股东出资不足,如何确定股东、公司的诉讼地位	50
7. 人民法院是否有权判决出资无效?	54
二、股权的权属变更	57
1. 股权转让合同约定的生效要件	57
2. 股权权属变更及权能移转的法律意义和客观标准	58
3. 一人公司的法律地位	59

4. 变为一人公司的股权转让是否有效与人民法院是否有权直接判决一人公司解散 61
5. 子公司为一人公司时所欠债务母公司应当偿还 62
6. 股权转让没有召开股东会议,股权转让行为的法律效力探讨 64
7. 国有股权转让,应当经过评估和政府主管部门批准 66
8. 国有企业经营者的“期股”能否协议转让? 67
9. 夫妻共同设立有限公司,股权是各自个人的财产还是共同财产 69
10. 由于继承、遗赠而获得的股权,包括公益表决权 and 自益财产权吗? 71
11. 如何认定“隐名股东”,“隐名股东”是否受现行公司法律制度的保护? 73
12. 技术股和管理股及其股权转让 75
- 三、股权转让与债权人保护 76
1. 司法执行程序中确定同等条件、拍卖价格与优先购买权之间的关系 76
2. 人民法院强制执行有限责任公司股东股权的难点问题 78
3. 人民法院强制执行上市公司国有股权时是否受发行人3年内不得转让股权的限制? 81
4. 国有股权的转让价格是否不得低于每股净资产值? 81
5. 对于目标公司的担保、侵权、纠纷等或有负债,如何承担责任? 82
6. 违反公司章程规定,董事长或总经理为其他

企业担保,如何承担责任?	83
7. 违反法律规定,董事、经理为公司股东和其他 个人债务担保的,如何承担责任?	84
8. 瑕疵的股权,可以依法转让,债权人利益应当 得到保护	86
9. 公司的合并、分立与兼并中的债权人利益保护	86
 第四章 股权转让合同通用条款实务操作	 91
一、当事人与合同标的条款	93
范例一:有限公司股东向第三方转让股份	94
范例二:有限公司股东内部转让出资额	94
范例三:有限公司股东向外部转让出资额	95
范例四:有限公司股东向外部转让资产	96
范例五:非上市股份有限公司股东向外部转让股份	96
二、股份的认购(subscription)与价金(price)	97
范例一:价款构成	98
范例二:出资额及相关权益转让	99
范例三:时间与债务	99
范例四:转让、过渡与交割	100
范例五:意思表示	101
范例六:有限责任公司股东内部转让	101
三、支付与交付股权条款(payment and consignment)	102
范例一:政府审批,变更登记	104
范例二:移交股权和更换董事	105
四、股票与价款的提存条款(escrow of stock and price)	105
范例一:预付款的交纳及其账户的管理	106
范例二:预付款的支付	107

范例三:预付款与账户	107
五、陈述与保证条款	108
范例一:声明与保证的一般描述	110
范例二:陈述和保证的一般条款	111
范例三:受让方的特别陈述与保证	112
范例四:出让方的一般陈述与保证	112
范例五:出让方的特别陈述与保证	113
范例六:公司内部出资转让的一般性承诺和保证	120
范例七:一般性声明、保证和承诺	122
六、过渡期条款	123
范例一:过渡期间的工作程序	125
范例二:过渡期间的双方的权利与义务	126
范例三:过渡期间的双方义务	127
七、先决条件(conditions)与违约责任条款	127
范例一:条件成就的特别约定	128
范例二:先决条件不成就的法律后果	131
八、避险措施与保密条款(confidentiality)	132
范例一:上市公司协议股份转让的保密和披露	133
范例二:保密责任	134
九、不可抗力、解除合同与通知条款	135
范例一:不可抗力的定义	136
范例二:不可抗力的约定	136
范例三:单方解除的情形	137
范例四:通知	139

第五章 股权转让合同实例	141
实例一:××公司增资股权购买协议	143
实例二:××公司股权转让协议	161
实例三:××公司股权转让事宜股东会决议	172
实例四:股东放弃股份优先购买权声明	173
实例五:股权出让方的声明与保证	174

第六章 法律意见分析实例	183
实例一:××大厦是整体资产转让,还是股权转让的 初步法律分析意见	185
实例二:关于×××上市公司法人股股权转让的法律 意见书	190
实例三:关于××商业银行股权转让事宜的法律意见	192
实例四:×××上市公司无偿划转国家股法律意见书	194
实例五:××上市公司要约收购部分股权的法律 意见书	200

第七章 股份转让常见诉讼参考案例	205
一、股权转让必须具备股东资格	207
二、股权转让应当履行法定程序召开股东会议	212
三、股权转让不得侵害其他股东的优先购买权	214
四、国有资产划转纠纷上诉案	218
五、国有企业资产转让须经批准,转让款迟延交付 构成违约	223
六、集体企业产权转让,须经主管部门审核和批准	227
七、合资公司中方转让国有股,必须经过国资主管	

机关批准	231
八、合资企业的股份转让, 必须经董事会通过和批准	236
九、合资企业的股东之间委托、担保纠纷案	240
十、股份转让涉及设备质量瑕疵的风险负担	246
十一、公司资产转让纠纷上诉案	249
附录: 相关行政法规、部门规章、司法解释及规范性文件	261
一、公司股权转让的登记管理	263
中华人民共和国公司登记管理条例	263
公司登记管理若干问题的规定	277
国家工商行政管理局关于印发《关于国有企业改革中登记管理若干问题的实施意见》的通知	288
二、国有股权转让的管理	287
企业国有资产监督管理暂行条例	287
企业国有产权转让管理暂行办法	296
国家国有资产管理局、国家经济体制改革委员会关于印发《股份有限公司国有股权管理暂行办法》的通知	306
国家国有资产管理局关于对上市公司国家股配股及股权转让等有关问题的通知	314
国家国有资产管理局、国家体改委关于印发《股份有限公司国有股股东行使股权行为规范意见》的通知	316
国家国有资产管理局关于印发《股份制试点企业国有股权管理的实施意见》的通知	321
财政部关于股份有限公司国有股权管理工作有关问题的通知	334

国家国有资产管理局关于印发《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》的通知	339
国有资产评估管理办法	349
国家国有资产管理局关于印发《国有资产评估管理办法施行细则》的通知	355
最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定	370
三、债权转股权	376
国家经贸委、人民银行印发《关于实施债权转股权若干问题的意见》的通知	376
金融资产管理公司条例	381
国务院办公厅转发国家经贸委、财政部、人民银行关于进一步做好国有企业债权转股权工作意见的通知	386
四、上市公司股权转让	391
上市公司收购管理办法	391
上市公司股东持股变动信息披露管理办法	406
关于发布公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第15号、第16号、第17号、第18号、第19号的通知	413
公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第15号——上市公司股东持股变动报告书	414
公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第16号——上市公司收购报告书	428
公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则第17号——要约收购报告书	443
公开发行证券的公司信息披露内容与格式准则	

第 18 号——被收购公司董事会报告书	458
公开发行政券的公司信息披露内容与格式准则	
第 19 号——豁免要约收购申请文件	467
关于加强对上市公司非流通股协议转让活动规范	
管理的通知	478
中国证监会上市部关于加强上市公司主要股东	
变更审查工作的通知	475
股份转让公司信息披露实施细则	476
关于上市公司重大购买、出售、置换资产若干	
问题的通知	499
关于冻结、拍卖上市公司国有股和社会法人股若干	
问题的规定	505
财政部关于上市公司国有股被人民法院冻结拍卖	
有关问题的通知	509
五、涉及外商投资的股权转让	512
关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行	
规定	512
关于向外商转让上市公司国有股和法人股有关	
问题的通知	519
关于外商投资举办投资性公司的暂行规定	521
《关于外商投资举办投资性公司的暂行规定》的	
补充规定	525
《关于外商投资举办投资性公司的暂行规定》的	
补充规定(二)	527
关于修改《关于外商投资举办投资性公司的暂行	
规定》及其补充规定的决定	529
金融资产管理公司吸收外资参与资产重组与处置的	

暂行规定	533
《利用外资改组国有企业暂行规定》	536
外国投资者并购境内企业暂行规定	543
六、股权转让的税收问题	553
财政部、国家税务总局关于企业资产评估增值有关 所得税处理问题的通知	553
财政部、国家税务总局关于企业资产评估增值有关 所得税处理问题的补充通知	555
国家税务总局关于企业股权投资业务若干所得税 问题的通知	557
财政部、国家税务总局关于股权转让有关营业税 问题的通知	561
国家税务总局关于外商投资企业合并、分立、股权 重组、资产转让等重组业务所得税处理的 暂行规定	562
国家税务总局关于外国投资者并购境内企业股权 有关税收问题的通知	570

股权转让行为的效力判断

第一章