

法学实训课程系列教材

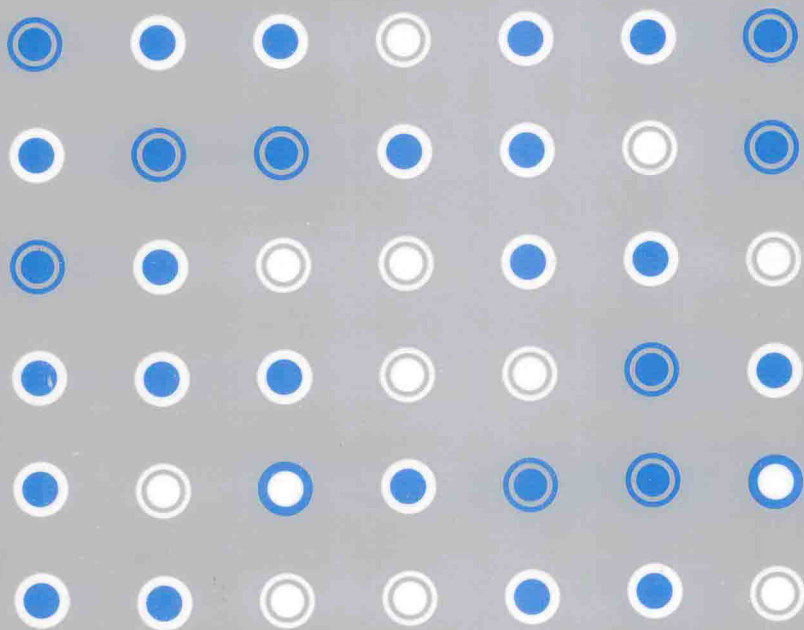
# 商事法律 实务

黄勇著

## Commercial Law Practice




法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



合同·招标投标·公司设立·法人治理结构·股票与债券·并购·改制·私募股权·新三板·IPO·借壳上市·信托·资产证券化·无形资产利用·劳动管理·公司终止·诉讼与仲裁·商事谈判·法律文书制作

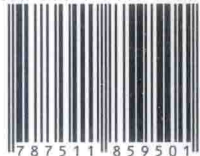
最基本、最必需的商事法律知识  
最新鲜、最前沿的商事法律实务  
最重要、最实用的商事法律技能

为预入职场和初入职场的法科学子而写，  
**50**个实例，**170**幅图表，**360**度场景模拟式学习，  
置身商事法律环境去思考、判断和解决问题！

 **独角兽工作室**  
平面设计

上架建议 法学教材·法律实务·商法学

ISBN 978-7-5118-5950-1



9 787511 859501 >

定价：48.00元

# 商事法律 实务

黄勇著

Commercial  
Law Practice



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

商事法律实务 / 黄勇著. —北京: 法律出版社, 2014. 2  
ISBN 978-7-5118-5950-1

I. ①商… II. ①黄… III. ①商法—中国 IV. ①D923.99

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第013559号

## 商事法律实务

著 者 黄 勇  
责任编辑 吴 昉  
装帧设计 乔智炜  
内文制作 凌点工作室

---

开本 720毫米×960毫米 1/16  
版本 2014年8月第1版  
出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 24 字数 480千  
印次 2014年8月第1次印刷  
编辑统筹 法律教育出版分社  
经销 新华书店  
责任印制 沙 磊

---

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

---

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号: ISBN 978-7-5118-5950-1

定价: 48.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

## 前 言

无论是在城市,还是农村,无论是你,还是我们,几乎每个人每天都存在有商事行为,比如说吃饭、购物、消费、等等。商事活动每时每刻地渗入到社会的血脉中,无处不在。我们对身边的商事活动早已习以为常,似乎浑然不觉,因为一切都已经像呼吸那样自然。但是,一旦社会没有了商事活动就像没有了空气,离开了有组织的商业活动,就不会有现代社会。

商事活动的行为主体包括自然人、法人和非法人经营实体,而公司则是最广泛、最典型和最活跃的商事主体。商事行为广泛涉及市场经济的各个领域,商事法律成为与社会经济活动最密切、最实用、最有价值和最重要的法律规范。商法覆盖公司法、企业法、证券法、破产法、金融法、信托法、海商法、保险法等众多学科,商事法律实务成为法律工作者运用法律知识进行分析、判断和处理各种各样的商事活动所必须掌握的最重要、最基本和最实用的法律技能。

商法学本身就是一门应用性极强的具有高度实践性的学科,但是,长期以来我国传统法学教育注重书本、课堂理论教学,疏忽实践能力的培养,局限于单纯书本知识传授和教育学生取得良好的“学业”,不够重视培养和训练学生掌握从事实际工作的技能,较少顾及学生今后的个人就业与工作需求。<sup>1</sup> 这使我国目前法科大学生毕业应聘时难以满足社会单位的工作岗位要求,即使被聘用也是在相当长的一段时期内难以适应和胜任法律实务工作需要。

美国耶鲁、哈佛大学法学院注重教给学生以不变应万变的基本知识,日后处理各种复杂法律问题必须具备的法律原理、原则;法律职业特有的思维方式和发现问题、判断问题、解决问题的能力,教会学生能够“像律师那样思考”,这对于学生今后一生的工作是至关重要的。<sup>2</sup>

1 李傲、Pamela N. Phan:《实践型法律人才的培养——诊所式法律教育的经验》,法律出版社2005年版,序(莫洪宪),第1页。

2 李傲、Pamela N. Phan:《实践型法律人才的培养——诊所式法律教育的经验》,法律出版社2005年版,序(莫洪宪),第2页。

有人说:法律工作者要比医务工作者更有判断力,因为他们没有精密的诊断辅助仪器,只能靠丰富的经验和知识来证明他们拥有着比一般人更强、更准的判断能力。医术高深甚至不需要良好的口才,而法律人却要能言善辩。一个优秀的法律工作者需要花费很多精力去克服自身的不足、去积累知识经验。

在现实社会中,刚刚踏入社会的法科大学生们面对着各种各样的法律事务,面对着拥有丰富社会经验的各级领导,面对着长期在诉讼战场上“摸爬滚打”且屡战屡胜的“职业杀手”——律师,面对着非诉讼领域受过良好教育的智力精英时,会发现他们普遍具备较高的综合素质,具有较高的运筹帷幄的能力。此时,或许才会发现知识贫乏与能力欠缺,或许才能感到法学院开设法律实务课是多么必要。

本书编写的目的是帮助学生提高将法学理论应用于法律实际工作的能力,培养学生适应未来从事法律工作的实务能力和综合素质,培养学生在未来现实的社会生活中有效发展自身事业的基础,培养学生对法律知识和法律实务能力积极探求的兴趣,培养学生熟悉当前商事领域最新、最前沿的非诉讼和诉讼业务的法律实务知识与运作的的能力。

本书编写以我国目前最新的商事法律实务内容为目标,其内容覆盖商事法律实务基本技能、商事非诉讼法律实务、商事诉讼法律实务和商事法律文书制作四大方面。

本书是在课堂教学课件的基础上编写而成,所引入的大量法律实务运作知识均是作者在长期律师执业实践中积累而成,所引入的案例大都为作者亲身代理的案件,所制作的法律文书均是在作者现实工作形成的文书基础上修改而成,且经过相关当事人的同意。

本书各章结构为:首先以相关案例提出思考的问题,进而引入与案例相关的法学理论和法律实务内容,最后结合本章理论与实务内容分析案例。采用“引入案情—提出思考—引入知识—分析案情”的编写模式。

本书亦为作者主持的中南财经政法大学“法学实务课实用新型教学模式研究”科研课题成果之一。

湖北中和信律师事务所林琳律师、张好奇律师为本书编写给予了大力支持,中南财经政法大学法学院硕士研究生程芳菲、谭凯、施卓南、段浪、路士忠、徐梓捷、张景旭同学参加了资料收集、整理与分析工作。在此,一并表示感谢!

作 者

2014年2月16日

# 目 录

<b>1</b>	<b>商事法律实务概述</b>	<b>1</b>
	1.1 商事法律实务的含义与业务分类	3
	1.2 商事法律实务的基本技能	4
<b>2</b>	<b>商事合同制度法律实务</b>	<b>13</b>
	2.1 商事合同法律实务概述	15
	2.2 商事合同订立法律实务	19
	2.3 商事合同法律效力判定法律实务	35
	2.4 商事合同履行中的法律实务	41
	2.5 商事合同解除法律实务	45
<b>3</b>	<b>招标投标制度法律实务</b>	<b>49</b>
	3.1 招标投标法律制度概述	51
	3.2 招标阶段法律实务	53
	3.3 投标阶段法律实务	58
	3.4 开标、评标和中标阶段法律实务	62
<b>4</b>	<b>公司设立制度法律实务</b>	<b>67</b>
	4.1 公司设立法律制度概述	70
	4.2 公司设立与公司成立法律实务	72
	4.3 公司发起人出资制度法律实务	73
	4.4 公司章程制定法律实务	78

---

<b>5</b>	<b>公司资本制度法律实务</b>	<b>83</b>
	5.1 公司资本制度概述	85
	5.2 公司注册资本瑕疵出资法律实务	88

---

<b>6</b>	<b>公司产权制度法律实务</b>	<b>91</b>
	6.1 公司产权制度概述	94
	6.2 股权转让与股权救济法律实务	98

---

<b>7</b>	<b>公司的人格能力制度法律实务</b>	<b>103</b>
	7.1 公司权利能力法律实务	105
	7.2 公司行为能力法律实务	106
	7.3 公司责任能力法律实务	108

---

<b>8</b>	<b>公司法人治理结构法律实务</b>	<b>111</b>
	8.1 公司法人治理结构概述	113
	8.2 公司股东会制度法律实务	114
	8.3 公司董事会制度法律实务	116
	8.4 公司监事会制度法律实务	119
	8.5 董事、监事和高级管理人员忠实义务和勤勉义务	120

---

<b>9</b>	<b>关联企业、分支机构和独资公司法律实务</b>	<b>123</b>
	9.1 商事关联企业与法人分支机构制度	125
	9.2 一人有限责任公司法律实务	128
	9.3 国有独资公司法律实务	129

---

<b>10</b>	<b>公司股票和债券法律实务</b>	<b>135</b>
	10.1 股份有限公司与股票发行法律实务	137
	10.2 公司债券发行法律实务	144



---

<b>11</b>	<b>企业并购法律实务</b>	<b>149</b>
	11.1 企业并购法律实务概述	151
	11.2 资产并购与股权并购法律实务	157
	11.3 企业并购尽职调查与资产评估法律实务	162
	11.4 企业并购税收筹划法律实务	164

---

<b>12</b>	<b>企业改制法律实务</b>	<b>169</b>
	12.1 企业改制法律实务概述	171
	12.2 企业改制方案制定与实施法律实务	173

---

<b>13</b>	<b>证券场外交易市场法律实务</b>	<b>181</b>
	13.1 证券与证券市场法律制度概述	183
	13.2 私募股权投融资业务法律实务	186
	13.3 新三板业务法律实务	196

---

<b>14</b>	<b>IPO 与“借壳上市”法律实务</b>	<b>205</b>
	14.1 公司 IPO 业务法律实务	207
	14.2 “借壳上市”法律实务	221

---

<b>15</b>	<b>商事信托与资产证券化法律实务</b>	<b>235</b>
	15.1 商事信托法律实务	237
	15.2 资产证券化法律实务	242

---

<b>16</b>	<b>公司产品质量业务法律实务</b>	<b>251</b>
	16.1 产品、产品质量与产品品牌概述	253
	16.2 产品质量侵权赔偿法律实务	256

---

<b>17</b>	<b>公司无形资产利用与保护法律实务</b>	261
17.1	无形财产权法律制度概述	263
17.2	无形财产权的利用与保护法律实务	270

---

<b>18</b>	<b>公司劳动管理制度法律实务</b>	277
18.1	劳动管理法律制度概述	279
18.2	劳动合同的履行与变更、解除与终止法律实务	283
18.3	劳动争议仲裁与诉讼法律实务	286

---

<b>19</b>	<b>公司终止法律实务</b>	291
19.1	公司终止制度概述	294
19.2	公司解散法律实务	296
19.3	企业破产法律实务	298
19.4	公司清算法律实务	304

---

<b>20</b>	<b>商事诉讼与仲裁法律实务</b>	307
20.1	商事诉讼法律实务	309
20.2	商事仲裁法律实务	318

---

<b>21</b>	<b>商事谈判法律实务</b>	325
21.1	商事法律谈判概述	327
21.2	商事法律谈判工作要点	330
21.3	商事诉讼法律调解谈判	332

---

<b>22</b>	<b>常用商事法律文书制作法律实务</b>	335
22.1	常用非诉讼商事法律文书制作法律实务	338
22.2	常用诉讼案件法律文书制作法律实务	353

---

	<b>参考文献</b>	375
--	-------------	-----

# 第 1 章

## 商事法律实务概述

市场经济活动中的典型的商事主体是公司，商事法律实务是公司法律工作的主要内容。那么，商事法律实务的含义与业务分类是怎样的？商事法律实务工作者的综合执业素质有哪些要求？执业技能应该如何掌握和提高呢？



## 1.1 商事法律实务的含义与业务分类

### ■ 商事法律实务的含义

“商”通常是指以营利为目的的活动;作为营利性活动意义上的“商”,人们常常用“商事”<sup>1</sup>一词来取代之。“商”的标的包括动产、有形资产、不动产、股权、债权、有价证券、票据、知识产权和无形资产。商事行为包括买卖、代理、证券发行与交易、融资租赁、信托、物流、保险、海商等。

商事法律实务,指从事法律职业的社会工作者在实际社会活动中基于当事人委托或岗位职责,对各种商事法律事务运用法律知识进行分析、判断和处理,从事法律活动的过程。

商事法律实务一般分为商事非诉讼法律实务和商事诉讼(仲裁)法律实务。商事非诉讼法律实务,指对各类无争议的商事事务,或者虽已发生争议,但不需要或尚未进入诉讼或仲裁司法程序的商事法律事务。商事诉讼(仲裁)法律实务,指通过人民法院或者经济仲裁部门按照审判(仲裁)程序,行使审判(仲裁)权来处理商事纠纷的商事法律实务。

### ■ 商事法律实务的类型

商事法律实务主要分为商事非诉讼法律实务和商事诉讼(仲裁)法律实务两大类。

#### 商事非诉讼法律实务

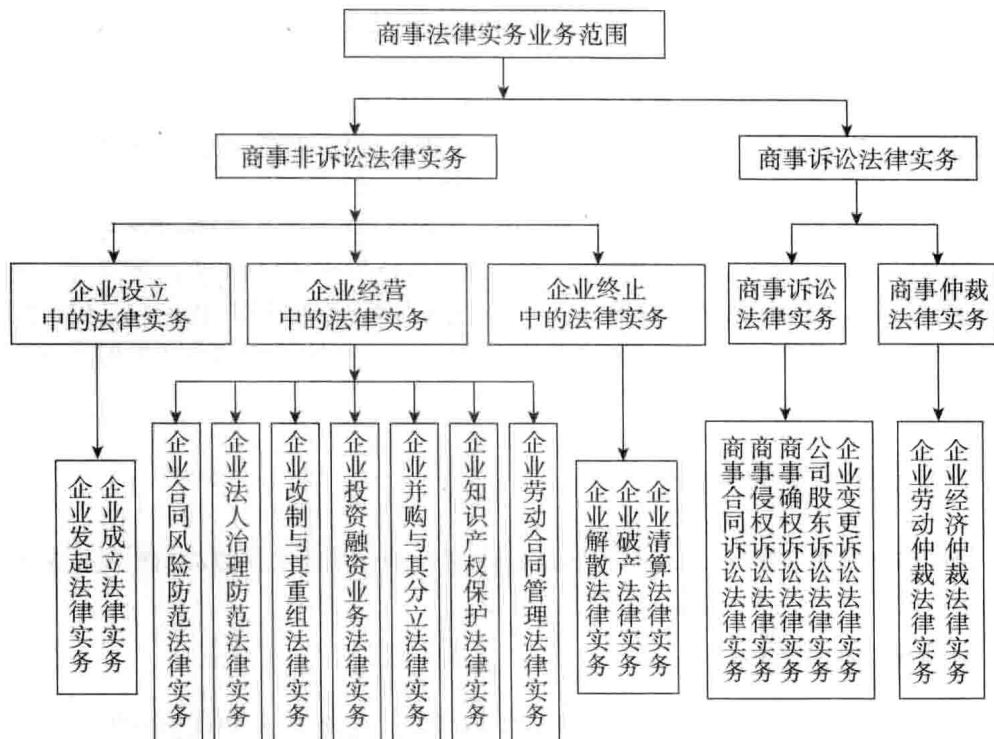
商事非诉讼法律实务不仅是国家机关、事业单位、企业、公司和社会团体的法务部门法律工作者的主要工作,也是目前北京、上海和其他沿海经济发达地区的律师事务所的主要业务,并成为律师事务所主要的创收来源,同时也成为衡量律师事务所业务水平的重要标准之一。

商事非诉讼法律实务主要工作内容包括:为委托人提供各类法律咨询、审查或起草商事合同、起草和制定商事谈判方案和相关法律文书并参与商事谈判、起草和修改企业规章制度、起草和修改尽职调查方案和进行尽职调查并出具尽职调查报告、对委托事项(企业并购、投融资、企业合并或分立、企业改制、资产重组、债务清欠、企业解散或破产、PE业务、新三板业务、IPO业务、BOT业务、资产证券化业务、WTO业务、知识产权利用与保护业务等)进行法律分析论证并出具法律意见书,以及协助委托单位建立法律事务机构、培训法律实务人才等工作。

1 参见范健主编:《商法》,高等教育出版社、北京大学出版社2002年版,第4页。

## 商事诉讼法律实务

商事诉讼法律实务主要工作内容包括:接受当事人委托或单位指定委托办理授权和委托手续、进行证据调查取证、案件证据分析、制定诉讼方案和具体措施计划、撰写各类司法诉讼相关文书(包括撰写起诉状、答辩状、反诉状、上诉状、证据索引、代理词、财产保全或证据保全申请书、先予执行申请书、强制执行申请书等)、代理委托人向人民法院办理各类诉讼申请手续(如申请立案、申请保全、申请执行)、代理委托人参加法院开庭(如参加举证、质证、法庭辩论和法庭调解)等诉讼代理工作。



## 1.2 商事法律实务基本技能

### ■ 四大基本实务技能

#### “听中析”实务技能

初始接触一个案件,往往来自于当事人的自我叙述,而当事人的叙述往往滔滔不绝、毫无重点,有时带着当事人片面认识自我观点。一个有经验的法律工作者往往能够在倾听中分析,去粗取精,迅速地基本辨清案件主体和各法律关系,能够基本清晰地记住与案情有关的重要证据,能够在倾听中分析出案件的焦点和难点,能够在倾听中形

成案情的主线,于脑海中迅速制定出处理问题的基本方案和主要措施。在倾听中努力做到:(1)迅速地抓住案情的主线、抓住案件的关键;(2)清楚地记住与案件有关各类当事人,并厘清各个当事人之间建立起的法律关系;(3)准确地分析出有利于当事人的证据和不利于当事人的证据,以及应当补充调查的证据,在脑海中形成证据链;(4)不断地通过分析删除与案件无关的信息,筛选出与案件有关的有用信息;(5)准确地判断出当事人的真正心理,以及他们想要达到的基本目的;(6)边听边想,在已经获取有用信息和厘清法律关系的基础上,制定出当事人下一步的应对方案。

### “看中析”实务技能

无论是在法律咨询中,还是在法院开庭中,对当事人出具的所有证据材料,都要通过认真地看,辨别和发现其中是否存在任何微小的法律瑕疵,包括其证据的真伪性、签章的真伪性、证据内容的真伪性、证据的可靠性、证据的有效性和证据来源的合法性等;通过认真地看,辨析出哪些证据可能是不真实的、伪造的、错误的、无效的、与本案无关的,在“看”中分析证据对案件胜诉可能带来的有利与不利因素。通过“看”制定需要发问的内容和需要反驳的观点。

### “说中析”实务技能

“说”包括发问和回答两个方面。通过发问分析,厘清不清楚的地方或需要确定的问题,整理回答的思路,思考回答的方式和内容。

一个老练的法律工作者,在回答当事人的咨询,或者向领导汇报案情,或者在法庭辩论时,往往能够做到语句简练、语气坚定、冷静评述,直奔案情焦点,清晰地阐述出观点,在交谈中分析对方的想法,在辩论中判断对方的心理,实时根据交谈或辩论的现况准确做出应对措施。

### “做中析”实务技能

即使是一个刚步入社会的年轻法律工作者,办案经历和经验不够丰富,但是如果他能够在办案的具体工作中边做边析,吃透案件所有案情,尽一切努力收集能够收集到的证据以及与案件相关所有法规和司法解释,尽一切努力思索办案方案和运作程序,往往能胜出一些经验丰富的资深法律工作者。因为其在“做”的过程中充分运用了智力、精力,且不辞辛苦。

## ■ 两种常用案情分析法

对案情(尤其是复杂案情)进行分析时,刚刚从事法律事务的工作者应当熟练掌握两种案情分析的基本方法,即框图分析法和数轴分析法,对案情进行分析讨论。将这两种方法综合运用往往能够从繁杂的证据中、从繁乱的法律关系中,迅速厘清复杂的案情,发现案件的焦点,找出案件中各当事人之间的法律关系和有利与不利的证据,便于制定方案或出具法律意见书。



### 案情框图分析法

框图分析法的主要目的是厘清案情中涉及哪些民事主体、各个民事主体之间的法律关系、案情所涉及的资产流向、案情所涉及的人员流向、案情所发生的顺序等。

#### 框图分析法实验要点

1. 将所涉及案情的主体选出,用框图标识,切不可漏掉主体;
2. 将各个主体之间的法律关系用连线标识,注明属于合同关系、侵权关系、投资关系、债权债务关系、担保关系等;
3. 在连线旁注明该法律行为发生的时间、地点等。

### 案情数轴分析法

数轴分析法的主要目的是厘清案情发生的起始点和起因、案情发展顺序和产生背景、案件争议时间点和违约点、诉讼时效中断情况等。

#### 数轴分析法实验要点

1. 将手中掌握的全部证据,按照每份证据所发生的时间先后,依次在数轴上标明时间点;
2. 将每个时间点所发生的行为和地点,以容易看懂的缩写文字在数轴上依次按照时间顺序标出;
3. 将案件争议的时间点在数轴上标出;
4. 将案件中各类违约(侵权)时间点和违约(侵权)行为在数轴上标出;
5. 将各方当事人行使的抗辩权的行为时间点标出;
6. 将诉讼时效中断点在数轴上标出。

### 实例运用·案例一

一私营企业家王某与长子及其他两位亲戚一起作为发起人,拟成立一个注册资本为1000万元的武汉商贸有限责任公司(以下简称A公司)。王某作为发起人于2003年4月将自己的现有个人不动产和固定资产(评估价1500万元)作为抵押担保,向B股份公司个人借款1000万元。

2003年5月,王某将1000万元借款中的500万元存入在工商银行为设立A公司而专门指定的临时账户,作为A公司全体发起人的出资。某会计师事务所验资后出具了王某、王某的长子和其他两位亲戚出资的1000万元全部到位的验资报告。经工商管理机关批准,于2003年6月颁发了注册资金为1000万元的A公司法人营业执照。

2003年7月,A公司与B股份公司签订了《购货合同》,以支付货款形式转出500万元,实际是返还B股份公司用于偿还500万元债务。此时A公司实际成为空壳公司。

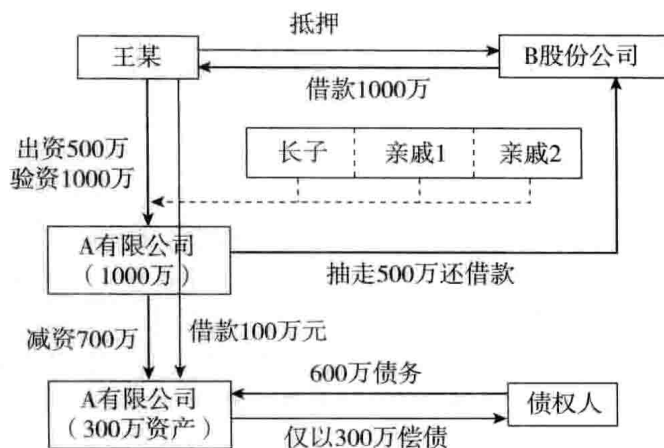
2003年12月,王某争取到一个项目,需要启动A公司,于是个人向公司转入100万元启动资金。该笔资金作为A公司向王某借款,公司向王某出具了没有还款日期的100万元借条。



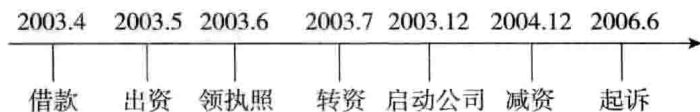
一年后,A公司资产增长到300万元,但A公司对外负债达600万元。A公司以公司经营方向改变,经营业务规模缩小为由,隐瞒了对外负债600万元的事实,向工商部门申请降低了注册资本金。经工商局变更批准并经公告,A公司注册资金由原1000万元减资到300万元。使得A公司的注册资金额与公司实际现有资产价额一致。

2006年6月,债权人对A公司提起追债诉讼,试对本案件进行法律分析。

### 1. 本案运用框图分析法:



### 2. 本案运用数轴分析法:



通过框图和数轴分析,可以分析出本案案情中存在虚假出资、虚假验资、抽逃出资和逃债减资的违法行为,违反了资本三原则,分别应当承担出资补足、抽资赔偿、验资赔偿的民事责任,具体责任分担为:

1. 王某、长子和两亲戚共计对A公司仅实际出资500万元,虚假出资500万元,违反了公司法的资本确定原则,他们四人应各自应对章程中认缴的出资数额不足的部分承担连带出资补足的责任。

2. 王某从A公司抽逃注册资金500万元,违反了公司法的资本维持原则,王某应在抽逃注册资金的500万元范围内对A公司债务承担责任。

3. 会计师事务所为A公司虚假验资500万元,应当在虚假验资数额500万元的范围内对A公司债务承担连带赔偿责任。

4. A公司为逃避公司债务而违法减少注册资金,不符合法定条件和程序,违反了公司法的资本不变原则,其减资无效,且股东在减资的700万元范围内承担连带责任。