

实训教程丛书

总主编 徐 平 杨志安

公司非诉讼法务 实训教程

刘大伟 编著

G

SFSSFWXSXJC

GSFSSFWXSXJC

辽宁大学出版社

实训教程丛书

总主编 徐 平 杨志安

公司非诉讼法务 实训教程

刘大伟 编著

辽宁大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公司非诉讼法务实训教程/刘大伟编著. —沈阳: 辽宁大学出版社, 2009. 8

(实训教程丛书/徐平, 杨志安主编)

ISBN 978-7-5610-5875-6

I. 公… II. 刘… III. 公司法—中国—高等学校—教材
IV. D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 147514 号

出 版 者: 辽宁大学出版社

(地址: 沈阳市皇姑区崇山中路 66 号 邮政编码: 110036)

印 刷 者: 抚顺光辉彩色广告印刷有限公司

发 行 者: 辽宁大学出版社

幅面尺寸: 170mm×228mm

印 张: 13.75

字 数: 240 千字

出版时间: 2009 年 8 月第 1 版

印刷时间: 2009 年 8 月第 1 次印刷

责任编辑: 郭胜鳌

封面设计: 邹本忠 徐澄珩

责任校对: 齐 悦

书 号: ISBN 978-7-5610-5875-6

定 价: 28.00 元

联系电话: 024-86864613

邮购热线: 024-86830665

网 址: <http://press.lnu.edu.cn>

电子邮件: lnupress@vip.163.com

实训教程丛书

编 委 会

主 任 徐 平 杨志安

编 委 (以姓氏笔画为序)

王德朋 刘钧霆 邢源源 肖 升

吴 炜 张学本 邵剑兵 姜 蕾

崔日明 路 军

编 务 白永生

编者的话

辽宁大学是辽宁省唯一一所综合性大学，也是国家重点建设的“211工程”院校。现有经济学、管理学、法学、政治学、历史学、文学、哲学、外国语言文学、艺术学、数学、物理学、化学、生物学、生命科学等学科门类。

辽宁大学始终将人才培养质量作为立校之本。通过深化教学改革，不断探索和完善既符合高等教育发展规律，又适应社会发展需要的人才培养模式，有些改革措施曾在全国产生过一定的影响。2005年，辽宁大学以优异成绩通过了教育部本科教学水平评估。

“重基础、强实践”是本科教育的基本原则。加强实验室建设和加强实验教学环节，是教育部“质量工程”建设的重要内容，也是深化教学改革的重要体现。学校在推进人才培养模式改革中，不断吸纳理工科实验教学经验，尝试开展适合文科类各学科（专业）特点的实训教学。尽管学校高度重视文科类各学科（专业）的实训教学，但由于专业区割、功能单一、自我封闭等原因，导致各学科（专业）之间的实训教学水平参差、投资分散、资源闲置、管理多头、运行不畅等现象十分严重，“合之双美、互为促进”的文科综合优势仍然难以发挥，社会对具有整合知识能力的复合型文科人才培养的新诉求难以满足。

为落实教育部“质量工程”建设精神以及教育部颁发的关于实验教学示范中心指示精神，学校以服务学生为根本，以服务社会为

使命，以培养高素质复合型文科类创新人才为目标，按照“注重基础、强化训练、促进综合、培养能力”的要求，以“知行合一、智则通达”为理念，通过“形为一体、神为一脉”的系统化设计，成立了包括经济学、管理学、哲学、法学、文学、历史学、心理学、政治学等学科的文科综合实训教学中心，旨在构建体现学科（专业）特点，涵盖多学科（专业）的综合型、现代化、开放共享的文科综合实训平台，真正实现文科类各学科（专业）资源的多元融合。

经过多年探索和实践，辽宁大学文科综合实训教学基本实现了实训规划从单独设计向综合设计的转变、实训教学从分散管理向集成管理的转变、实训教学体系由重视单一能力培养向重视综合能力培养的转变、实训功能从专业功能向复合功能的转变，构建了一个有利于“基础好、能力强、复合式、创新型”人才培养的文科综合实训教学新模式，为学生提供了更加丰富多样的实训教学资源。

为了实现培养目标和取得良好教学效果，我们组织相关教师编写了这套文科综合实训教程，这也是我们在文科综合实训教学方面所进行的新的探索。既然是探索，不免会挂一漏万。我们期待着这套教材能够在人才培养模式的创新实践中发挥其应有的作用，并不断得到完善。

编委会

2009年7月16日

前 言

企业一词在英语中称为“enterprise”，即由“enter—”和“—prise”两个部分构成，其中“enter—”前者具有“获得、开始享有”的含义，可引申为“盈利、收益”；“—prise”则有“撬起、撑起”的意思，引申为“杠杆、工具”。两个部分结合在一起，表示“获取盈利的工具”。因此，企业是从事生产、流通、服务等经济活动，以生产或服务满足社会需要，实行自主经营、独立核算、依法设立、具有经济法人资格的一种营利性的经济组织。^①

企业与公司是两个不同的概念，公司是一种企业组织形式，从严格意义上讲，公司是指依照法律规定，由股东出资设立的以营利为目的的社团法人。换句话说，公司是按照一定组织形式组成的经济实体，以赢利为目的，从事商业经营活动的组织。因此，公司的外延要小于企业。在现代社会中，由于“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任”（《公司法》第三条），公司已经成为市场经济活动的主体。^②

在纷繁的活动中，公司同时面对内部复杂的管理关系（公司治理结构内部之间和公司员工之间）和外部复杂的交易关系（与其他企业组织之间的交易）以及社会管理关系（与政府部门之间）。同

① 企业具有多种多样的表现形式。例如，以投资人的出资方式和责任形式为标准，企业可以分为个人独资企业、合伙企业、公司制企业；以投资者的不同为标准，企业可以分为内资企业、外商投资企业和港、澳、台商投资企业；按所有制结构为标准，企业可以分为全民所有制企业、集体所有制和私营企业。

② 公司同样具有多种多样的表现形式。例如，以股东对公司负责人不同为标准，公司可以分为无限责任公司、有限责任公司和股份有限公司；以信用等级为标准，公司可以分为人合公司、资合公司和人合兼资合公司。此外，还可以将公司分为以公司间的关系为标准，公司可以分为母公司和子公司。

时,随着社会责任理论的兴起,公司也开始在道义上承担更多的法律责任。从这个意义上讲,研习法律的学生没有理由不好好研究公司法务。从法律技术层面来讲,公司作为一个赢利性组织,绝大多数行为必然是在与其他利益主体之间的利益冲突下展开活动的。从相当程度来讲,公司法务也是所有法务活动中涉及面最广、法律关系最为复杂、法律技术要求较高的一个法务部门。因此,在接近实战的情况下,研习法律的学生在法律实训过程中充分感受、领悟公司法务的魅力对于未来的工作和现实法律能力的提高都大有裨益。

基于这一目的,本书主要以作者在实践中经历的具有现实意义的案例为突破口,从公司成立、公司对外交易和对内管理三个角度对公司法务进行较为充分的介绍。主要内容包括公司成立、股权交易、买卖合同、运输合同、担保合同、租赁合同、劳动合同、劳务派遣合同、企业内部规章(《员工手册》)、出具法律意见书等。这些基本上包涵了企业从成立至日常运营的所有环节^①,涉及到《公司法》、《合同法》、《民法通则》、《物权法》、《担保法》、《劳动法》、《劳动合同法》等大量民法、商法的法律法规及相应的司法解释,能够较为全面地满足实训学员对于相关知识的综合运用和提高了的实训目的。

为了更好地便于学生的理解和实际应用,本书在编辑体例上进行了富有创新的设定,除了常规的一些说明以外,在“背景提示”一节中,结合笔者本人的司法实践,对该章涉及到的、在公司法务实践中经常碰到的问题进行了较为详尽的论述,指出了公司法务人员应该注意的问题和处理方法。在案例的选择上,书中的大多数案例都是笔者亲自处理并为了适应实训的需要,进行了系统的整理,具有较强的针对性和实用性。

本书在写作过程中,得到了教育部国家级实验示范中心建设单位——“辽宁大学法学教学综合实训中心”的大力支持和帮助,在此表示深深的感谢。至于书中的缺陷与不足,由笔者自负其责。

^① 由于公司破产清算环节涉及大量的政策性内容,并且试训性不强,本书不予论述。

目 录

第一编 公司组织法务实训概述	1
一、公司组织法务的内容和地位	1
二、实训学员应有的素质	2
第一章 内资公司成立法务实训	4
一、实训步骤与说明	4
二、实训背景	5
三、实训步骤	9
四、实训解析	10
五、自主训练	12
第二章 外商投资企业设立法务实训	13
一、实训目的、要求与原理	13
二、实训背景	14
三、实训步骤	19
四、实训解析	19
第三章 公司章程的审定	28
一、实训目的、要求与原理	28
二、背景资料	29
三、实训步骤	32
四、实训解析	32
五、自主训练	39
第四章 公司股权转让法务实训	49
一、实训目的、要求与原理	49
三、背景资料	50
三、实训步骤	57
四、实训解析	57

五、自主训练	59
第二编 企业合同法务实训概述	64
一、合同在企业法务中的地位	64
二、企业合同的特点	65
三、实训学员应具有素质	67
第五章 买卖合同审定法务实训	71
一、实训目的、要求与原理	71
二、背景材料	72
三、实训步骤	76
四、实训解析	76
五、自主训练	81
第六章 运输合同审定法务实训	86
一、实训目的、要求与原理	86
二、背景材料	87
三、实训步骤	89
四、实训解析	89
五、自主训练	93
第七章 担保合同审定法务实训	95
一、实训目的、要求与原理	95
二、背景资料	96
三、实训步骤	99
四、实训解析	99
五、自主训练	102
第八章 租赁合同审定法务实训	110
一、实训目的、要求与原理	110
二、背景资料	111
三、实训步骤	114
四、实训解析	114
五、自主训练	119
第九章 劳动合同审定法务实训	123
一、实训目的、要求与原理	123
二、背景材料	124
三、实训步骤	132
四、实训解析	132

五、自主训练	139
第十章 劳务派遣合同的审定	143
一、实训目的、要求与原理	143
二、背景资料	144
三、实训步骤	147
四、实训解析	147
五、自主训练	151
第十一章 《员工手册》审定法务实训	155
一、实训目的、要求与原理	155
二、背景资料	156
三、实训步骤	158
四、实训解析	159
第三编 法律意见书实训概述	188
一、法律意见书地位	188
二、公司法务人员应该具有的素质	188
第十二章 拟订法律意见书	190
一、实训目的、要求与原理	190
二、背景材料	191
三、实训步骤	196
四、实训解析	196
五、自主训练	202
附：课程教学大纲	204
参考文献	206

第一编 公司组织法务实训概述

公司作为一个商事组织，其成立和运行必须依赖法律制度的确认与保障。与之相对应，对公司的组织形式进行学习研究是公司法务人员的第一项工作内容。

一、公司组织法务的内容和地位

公司组织法务的核心是就公司内部治理结构进行权利义务配置，这些配置会极大地影响公司未来的运行。例如，某公司有甲乙两个股东，其中甲股东占了61%的股份，乙股东占了39%的股份，但由于《公司章程》中规定甲股东在董事会占三个名额，乙股东在董事会占了两个名额，并且董事会的议事规则是三分之二以上多数通过。同时，《公司章程》规定公司董事长由甲股东的代表担任，公司的总理由乙股东的代表担任。结果，虽然甲股东在投资比例上占据绝对的多数，但在公司实际控制权的争夺中，却处于劣势，并且在实际经营过程中遭受了较大的损失。虽然，公司设立过程中的《公司章程》规定的公司治理结构是根源。

从法律规定的角度来讲，《公司法》是最基本的一门商法之一。与之相对应，公司法务实训是所有公司法务实训的基础性内容。这一点在《公司章程》的审定过程中表现得特别明显。

从内容上讲，公司成立法务实训主要包括公司成立和股权转让两个方面。其中，在公司成立方面，虽然2006年修订的《公司法》对内资、外资公司作了较为统一的规定，但在实际运作过程中，由于产业政策等因素，公司的设立还有一些比较特殊的地方，并且这种特殊性在很大程度上体现为公司设立过程中需要了解的政策性规定。因此，对外资企业的设立，本实训教程也作为一个专题予以讨论。

二、实训学员应有的素质

公司组织法务的内容是公司这一商事主体的组织和运作形式中的权利、义务。因此,公司组织实训要求实训学员有较强的商事法律知识。此外,公司组织法务涉及大量的政策性因素,公司法务实训学员对此也应有一定程度的了解。

(一) 商事法律知识

传统的商法包括公司法、票据法、海商法和保险法四个组成部分。与学员普遍掌握的民法知识不同,公司法的基本原理有其自身的特殊性,因此,公司法务实训要求实训学员必须在有较为坚实的民事法律知识的基础上,对于商事法律知识有一定的了解。例如,在公司法务中,股东之间以出资协议、公司章程的形式明确相互间的权利义务关系。兴办企业,除了个人独资外,只要是与他人一起出资兴办企业,不管是合伙还是合资,都要签订一份出资协议,对双方的出资份额、比例、管理权限、盈亏分担、企业终止后财产分割和债务分担等内容作出十分明确的约定。这个协议如果签得不好,一旦发生纠纷就难以解决。公司章程相当于企业内部的宪法,经过企业登记机关登记注册后,就会对外产生公示作用。现实生活中,一些投资者由于复杂的关系,往往在股东身份上产生大量的问题。例如,有人为了追求或掩盖特定目的,设法找几个人冒充股东,或者搞假合资,拟了个假协议,并拟好了章程,几个假股东也在章程上签了字。公司成立赚钱后,假股东突然跳出来,要求分红、分财产,最后闹上法庭。法院到公司登记机关查档后,股东们的出资比例和权利义务在档案里规定得清清楚楚,无法证明股东是假的。对此,除非保存股东假出资的证据,否则极有可能输掉官司;或者即使打赢了官司,也会因为造假、搞假登记而受到行政机关的处罚,甚至被追究刑事责任。^①

(二) 政策性知识

在市场经济条件下,虽然公民的创业权受到法律的极大保护,但由于商事组织涉及一定的社会公共管理秩序,所以世界各国无一例外地对于商事组织的成立在实际运作过程中保留了一定的自由裁量权给相关部门。在这种情形下,

^① 高长玉:《合同与企业管理》, http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=1347, 2009年3月18日。

相关的政策性内容就成为影响公司组织的重要因素。

同时，虽然中国已经加入 WTO，但保护民族产业和产业结构升级仍然是国家产业政策的重要组成部分。在这种情况下，为了实现特定的目的，国家对于外商投资往往有比较严格的政策性规定。这些政策性规定往往没有形成书面文件，必须需要公司法务人员在实践中不断搜索、掌握。

此外，在中国的现实国情下，由于各个地区之间的激烈竞争和国家与地方分税的现有税收征管体制，不同的地区在产业政策、税收优惠措施等方面具有较大的差异性。这些政策性的差异也必须由公司法务人员在实践中不断搜索、掌握。

第一章 内资公司成立法务实训

一、实训步骤与说明

(一) 审定《公司成立协议》

(二) 实训目的

帮助实训学员了解审定《公司成立协议》应注意的问题和方法，并通过审定具体的《公司成立协议》对应该注意的问题和有效的方法有更为深刻的理解。同时，通过审定《公司成立协议》，对于内资公司成立过程中的步骤、股东出资形式和要求等内容有较为深刻的了解。

(三) 实训要求

1. 实训总体要求

- (1) 系统查阅、全面了解实训材料中涉及的法律问题；
- (2) 能对实训材料的案例提出有针对性的修改意见；
- (3) 语言表述准确、简练、妥帖。

2. 实验分组要求

- (1) 全面收集与实训材料相关的法律、法规的规定；
- (2) 对实训材料涉及的争议焦点提出处理意见；
- (3) 科学有效地审定《公司成立协议》，并将各个版本的《公司成立协议》进行保留、整理；
- (4) 形成最后的《公司成立协议》。

(四) 实训原理

公司^①设立是指公司设立人依照法定的条件和程序，为组建公司并取得法人资格而必须采取和完成的法律行为。公司设立不同于公司的设立登记，后者仅是公司设立行为的最后阶段；公司设立也不同于公司成立，后者不是一种法律行为，而是设立人取得公司法人资格的一种事实状态或设立人设立公司行为的法律后果。所以，公司设立的实质是一种法律行为，属于法律行为中的多方法律行为。

《公司成立协议》是公司成立过程中，出资人（股东）对于公事未来治理结构等根本性问题所作的一个初步约定，在出资人（股东）间具有法律约束力。这些约定直接决定着公司未来的经营效益和纠纷的解决依据。因此，公司法务人员应该根据明确权责、科学设置的原则，对出资人（股东）之间的权利义务作出较为科学、可行的法律安排。

二、实训背景

公司法务人员对于公司成立相关法律事项的审定可以有效地防止将来可能发生的冲突或者尽可能为将来可能爆发的冲突提出相关的制衡之道。笔者个人认为，公司法务人员在公司成立过程的工作主要包括以下几个方面：

(一) 发起人的资格

设立有限责任公司，发起人既可以是国家或有权代表国家投资的政府部门或机构、企业法人，也可以是具有法人资格的事业单位和社会团体，还可以是自然人，包括私营企业主、个体工商户或者其他公民个人；但国家有禁止或限制的特别规定者除外。根据相关法律规定，发起人的资格受到限制的情形主要包括：

1. 自然人作为发起人应当具备完全行为能力。虽然《公司法》对此没有作限制，但设立行为的性质主要属于法律行为，并且对发起人直接产生了实体上的权利义务关系，因此应当适用《民法通则》关于自然人行为能力的规定，只有完全民事行为能力人才能参与公司设立，因此无行为能力人和限制行为能力人，均不能参与公司的设立。此外，法律禁止设立公司的自然人，如我国的国家公务员、检察官、法官等不得作为公司的股东。

^① 限于涉及问题的复杂程度和法律实训的实际要求，此处的“公司”仅指“有限责任公司”。

2. 发起人应是法律上不受限制的法人。在我国,法律、法规禁止党政机关、军队等经商办企业。

3. 公司不得自为股东。根据《公司法》第143条的规定,公司一般不得收购本公司股票。

4. 《公司章程》约定不得成为股东的人不得为公司的股东。对于上述不得成为公司发起人的资格限制,公司法务人员在审定公司成立的法律文件中,必须严加注意。

(二) 公司设立协议^①

公司设立协议是出资人为规范公司设立过程中各出资人的权利和义务而签署的协议。设立协议一般包括如下内容:公司的注册资本数额、出资方式 and 出资时间,出资人在设立过程中的权利和义务,公司设立不成时费用的承担等。

1. 缺少书面公司设立协议的法律风险。实践中,公司的出资人因较少考虑公司设立过程中出现的问题,或缺乏书面的设立协议,导致出资人之间缺少设立协议的约束,权利和义务的边界模糊。当公司设立活动出现与预想结果相悖的情况时,纠纷和诉讼可能性增加。而且由于出资人放弃了明确股东之间进一步权利义务划分的机会,潜在的不确定法律风险将一直持续存在于公司股东之间。因此,只要可能,公司法务人员就应当强烈建议采用书面协议的方式。

2. 公司设立协议约定不当的法律风险。公司设立协议从本质上隶属民事法律关系中的合同,所有违反公司设立协议的行为,对出资人而言都是违约行为,适用《合同法》的有关规定。在公司不能依法成立的情形下,设立协议显得格外重要:可以根据设立协议确定公司不能合法设立的原因;可以根据设立协议判定出资人的违约行为;可以根据设立协议确定违约人的赔偿责任等。然而,当公司设立协议并没有明确约定权利义务以及违约责任时,法律风险同样存在。实践中公司设立协议约定事项违法的情况也偶有发生,违法条款某些是个别无效,某些则可能影响公司成立。

3. 设立协议的保密条款。公司在设立过程中,有关将来公司的很多资料、信息都没有采用其他保密措施,出资人之间依君子协定并不能完全解决保密问题,在设立协议中应当明确保密条款,尤其是具有特定的专利技术、技术秘密,或者具有特殊的经营方式或服务理念的公司,更应作保密的约定。对于公

^① 卫龙:公司设立协议及法律风险[EB/OL], <http://www.whylaw.com/Html/2008105233817-1.Html>, 2009年4月3日;赵旭东:浅析设立协议与公司章程的法律效力[EB/OL], <http://news.sohu.com/61/03/news147640361.shtml>, 2009年4月3日。