

LEGAL THINKING  
PROJECTING  
&  
APPLICATION

The Essential Legal Thinking and Legal Projecting of Investment  
Business Operation and Corporation Management

# 法律思维 筹划运用

投资、经营管理必备

储小青 著



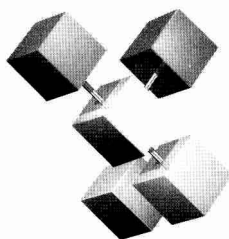
商道尚法  
运筹帷幄



启迪投资者法律智慧  
拓展经理人法律思维



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



LEGAL THINKING  
PROJECTING  
&  
APPLICATION

The Essential Legal Thinking and Legal Projecting of Investment  
Business Operation and Corporation Management

# 法律思维 筹划运用

投资、经营管理必备  
法律思维及法律筹划

储小青 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

法律思维筹划运用:投资、经营管理必备法律思维  
及法律筹划 / 储小青著. —北京:法律出版社,  
2012.1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2665 - 7

I. ①法… II. ①储… III. ①法律—基本知识—中国  
IV. ①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第215389号

法律思维筹划运用

——投资、经营管理必备法律思维及法律筹划  
储小青 著

编辑统筹 法律应用出版分社

策划编辑 薛 晗

责任编辑 薛 晗

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 11.25

字数 148千

版本 2012年1月第1版

印次 2012年1月第1次印刷

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 - 2665 - 7

定价:35.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 前 言

“现代市场经济是法治经济”早已是有识之士的共识。中国现阶段的种种不尽如人意之处,只能说明现代市场经济在中国目前的发展阶段,却无法阻挡法治经济的趋势。而且这一趋势正随着信息与互联网等科技和人文水平的发展,迅速向前推进。尽管有时我们看到种种貌似相反的现象,但那只是现象,不是本质。

我一直主张,无论现在还有多少不尽如人意之处,都不能否认当今中国所取得的法治成果,更不能否认法治经济的趋势。作为一名执业律师,我所能做的就是,呼吁市场经济的主体共同形成合力,以使法治的步伐跟上经济发展的速度,并身体力行,将此付诸实践。

有市场,就有竞争。市场是需方选择供方的平台和机制,市场是供方向需方展现自己的舞台和场所,供方与需方在市场中谈判、磋商、比较、选择和达成交易。如果没有竞争就根本也不需要市场,因为你无法比较,亦没有选择,当然不需要提供比较和选择机会的市场。离开竞争,市场经济便无从谈起。所以,反竞争的垄断是市场经济的毒瘤,反垄断是市场经济的至高原则,犹如市场经济中的宪法原则。市场中的竞争,既可以是供方的竞争,也可以是需方的竞争;甚至还包括竞争主体组织内部的竞争,以使有才能者得以重用,有效资源得以充分利用,提高竞争主体组织内部的效率,提升竞争主体对外的竞争力。

有竞争,就要有竞争的规则。没有规则的竞争,必然导致无序和混乱,最终后果是资源的浪费和市场的毁灭。现代市场经济中的竞争,必然是有规则的竞争。充满着竞争的现代市场经济活动,犹如一场场没有硝烟的战争,正所谓商场如战场,这一场场没有硝烟的战争依竞争规则开战、进攻、防守、结束战斗、获取战利品以及战胜者利益。

在这纷繁复杂的现代商业活动中,投资和经营管理者都遵循着一定的规则,这些规则除包括上述王牌竞争的规则以外,还包括合作的规则、用人的规则、管理的规则等,很多人将这些规则以及这些规则所体现的思想模糊、概括地称为“商道”。随着市场经济的不断发展,法治的特征也会越发明显地表现出来,法治经济的思想必然在商道中占有不可替代的地位。因此,如想达到“运筹帷幄之中,决胜千里之外”的境界,投资和经营管理企业者,须以规则的思维方式研究商业活动并加以实施,方能在现代经商中实现为商价值。

现代市场经济中,规则是什么?是法律,正如前所述“现代市场经济是法治经济”。规则的思维方式就是法律思维的方式。所以,实际上,若想运筹帷幄于现代商业活动中,就必须以法律思维的方式,研究、制定并实施投资和经营管理行为。

法律是什么?理论界有各种定义,从站在易于投资和经营管理企业者理解的角度来说,在某种意义上,法律不外乎情理,更加完整一点的表述是:法律应当是建立在情与理基础之上的游戏规则。法律作为一种游戏规则并非冷冰冰,也讲究人与人之间的情,如有限责任公司的人合性特征,原股东对其他股东股权的优先受让权规则;再如,精神损害赔偿规则;还有继承法律中的按关系亲疏划分顺位的继承规则等。当然法律规则更讲究理。建立在情与理基础之上的这种游戏规则受国家各种权力的认可和保护,由国家法定拥有立法权的机构制定。就我国目前国情和实际立法情况而言,有些规则制定得很细很具体,有些规则并没有制定得很细很具体,在某些领域甚至只有一些原则,这些原则或者难以具体操作,或者对其的具体应用和理解众说纷纭,立法往往落后于社会的发展。在我们这个高速发展的国家,整个社会处于转型期,立法落后于社会发展的这种特征表现地尤其明显。所以,相应的立法和修法亦显得尤为快速,甚至让人目不暇接。有时候,别说投资和经营管理企业者来不及更新法律知识,就连律师、法官等法律职业群体中的人也时常觉得不断学习新的法律是一种巨大的投入。作为投资和经营管理企业者,常常对日新月异的法律条文感到措手不及,在与其所聘请的律师的沟通过程中亦

常常感到理解慢,跟不上。

这就需要投资和经营管理企业者具备一定的法律思维,以相对宏观的法律思维指导投资和经营管理行为。但往往一种思维的养成需要一定知识的积累,这种知识当然包括已细化成文的法律条文及其正确理解,也包括尚未细化成为具体法律条文的法律精神和原则。养成的法律思维反过来又可以促进新的法律知识的吸收,包括那些随着社会不断发展变化而更新的法律条文。这看似矛盾,但其实也相辅相成。本书的写作目的,意在通过一定数量法律知识的介绍,结合相当数量的案例分析,帮助投资和经营管理企业者养成一定的法律思维,至少在与所聘请的律师的沟通过程中能比较顺利,听得懂、跟得上。

那么法律思维又是什么呢?投资和经营管理企业者应当具备的法律思维至少包括以下含义:在投资和经营管理企业过程中,应当以现行有效法律以及法律所彰显的原则和精神为准绳,以从逻辑上可以推理、证明、判断的事实为依据,认识、思考、分析投资和企业经营管理中的现象,进而作出对投资或企业最有利的决策,最终实现所追求的目标和价值。这种决策受国家各种权力保护,依赖于这种决策所追求的投资和企业的目标与价值才是现实的和受保障的目标与价值。

举一个经典的例子,一位没有法律思维的人看到钟表不走了,可能会说“这只表坏了”,但一位具备法律思维的人看到钟表不走了,只会说“这只表不走了”,绝不会说“这只表坏了”。因为“钟表不走了”只是一个现象,而“这只表坏了”是关于这只表性能的结论。在没有经过有准则有事实依据的分析与判断情况下,当然不能必然得出“这只表坏了”的结论,更不能根据“这只表坏了”的结论而做出更进一步的结论。因为“这只表不走了”有可能是因为其他原因,如如果以电池为动力的,可能是电池没有电了。这就是普通人与具备法律思维的人看问题不同之所在。

当然,谈投资和经营管理企业者的法律思维,就不得不提到投资和经营管理。从不同的角度,企业投资和经营管理可以做不同的分类。从企业分部

门(横向)的角度,可以分为企业的财务管理、企业的人力资源管理、企业的行政与后勤管理、企业的销售管理、企业的生产管理、企业的品牌管理等。当然,现在有些人习惯在管理前面加上“战略”两个字,就变成企业财务的战略管理、企业人力资源的战略管理等。从企业投资流程(纵向)的角度,可以分为企业筹建管理、企业设立管理、企业运营管理、企业融资管理、企业投资方退出(企业清算、股权转让等)管理等。无论是横向角度的分类,还是纵向角度的分类,投资和经营管理企业者从事这些行为时,都应当具备一定的法律思维,遵循合法的规则,统筹考虑和安排,最大限度地获得受保护的权益。

常常有公司在请我做他们公司常年法律顾问的时候会问这样的问题:“储律师,我们请你做常年法律顾问,主要对我们公司能起到什么样的作用?”我常常跟我的顾问单位打这样一个比方:你们公司好比一艘漂泊在茫茫大海中的船舶,航行的目的是实现企业的价值和目标,我们律师因为先前知识和经验的积累,已经对所航行的这片茫茫大海可能会出现某些风险的状况比较清楚,在你行进的过程中,我们时而会提醒你们哪里会有暗礁,哪里可能会有一些海盗等。同时,我们也会应你们公司的要求,给出绕开暗礁和海盗的建议。一句话,我们的作用,就是为了让公司在茫茫大海中更加安全地前进。当然,从法律筹划的角度,我们还会在适当的时候告诉你,哪里可以通过更近更方便航道行驶,以便公司可以更加有效率地前进。但是,即使我们能够提醒,能够建议,也需要投资和经营管理企业者有法律思维的配合,否则,我们再多提醒,再多的建议,可能还是无济于事,船舶还是可能偏离原来的航道,甚至发生航海事故。

现实中,我们也的确时常苦恼于我们提出的提醒和建议得不到投资和经营管理企业者的有效采纳,有些投资和经营管理企业者时常抱着“我以前一直这么做的,没事”“我哪里哪里政府或部门关系好”“我之所以能做到现在,靠的就是我这样做事的方式”等。殊不知,时代变了,思维观念也得跟着变,“打江山容易,坐江山难”。很多企业很快地做大,但之后却迅速地倒下,很大程度上的原因在于做大之后没有及时调整思维方式,适应时代变化,尤其是

没有适应法律环境的变化。前面也提到,中国现在处于高速发展的转型期,法律变化之迅速连法律职业群体中的人,也须投入很大的精力学习更新法律知识。而且,现在网络传播的速度非常快,信息会在极短的时间内传播到世界的每一个角落。如果投资和经营管理者,你不去跟上时代的变化,不去跟上法律环境的变化,不去建立法律思维以适应不断更新的法律知识,你的竞争对手不会等着你,你的员工不会等着你,往往到最后,你失去的可能不仅仅是财富,失去的可能还包括别人和社会当初对你的认可和评价。

有这样一个真实的案例,我一个朋友的同乡,20世纪80年代就到上海经营杂货铺,后来,抓住了浦东开发开放的机遇,经营快速消费品,踩准了时代发展的节拍,迅速地做大做强起来,最高峰时的员工达到两千多人,其中一大半是销售。因为企业的性质和经营范围的影响,销售人员的流动性比较大,所以,在之前,公司与销售人员一直都不签订书面劳动合同,也不缴纳任何社会保险。2008年劳动合同法实施以后,这个公司还是这么做,就连给他开车的司机都提醒过他,想跟公司签订书面劳动合同。但这个公司的老板一算账,签订书面劳动合同,缴纳社会保险,总共两千多号人,每月增加成本很大,于是就拖沓下来,一直没有跟员工签订书面劳动合同。后来,该公司被数十名离职员工申请劳动仲裁,要求支付双倍工资和缴纳社会保险。给公司造成经济损失不算,也造成了极恶劣的影响,尤其在劳资关系上,更是恶化,员工情绪非常大,最后,有几个销售骨干自己出去开同类型公司,抢占了一大片市场,这家公司的业务也日渐没落。

其实,这家公司的老板,因为没有法律思维,所以没有认真思考过下面几个问题:

(1) 不签订书面劳动合同,公司是否就未与员工建立劳动关系?

(2) 不签订书面劳动合同,公司是否就不需要给员工缴纳社会保险?

(3) 签订书面劳动合同,是否就一定对公司不利?有什么法律途径可以约束公司的员工在离职后不得从事与本公司存有竞争关系的业务?

实际上,公司是否与员工建立劳动关系并不以员工是否与公司签订书面



劳动合同为准,而是以发生的事实为准进行判断。如果已经发生劳动合同关系的事实,即使未签订书面劳动合同,公司仍有义务按法律规定为员工缴纳社会保险。

从我们执业经验来看,签订了书面劳动合同并不一定就对公司不利。公司可以在签订的书面劳动合同中,对员工某些行为作出约束。比如,对员工在离职后竞业限制的约定。

因为没有法律思维,所以没有认真思考过这几个问题,可能导致公司整体受到恶劣的影响,直至偏离公司正常发展轨道,走向衰落。可见,投资和经营管理企业者具备法律思维是多么的重要。

本书从相对宏观的角度,力图以投资和经营者较容易阅读和理解的语言(更加类似讲座语言),辅助以众多的案例,来阐释投资和经营管理必备之法律思维以及如何运用法律思维进行法律筹划。同时,“将复杂的问题简单化”也是本书在写作过程中所追求的目标之一。

在本书的整体架构上,以如何建立法律思维到法律思维的养成标志和特征,再到法律思维的具体实施,最后是法律思维的运用——法律筹划为写作主线构建整本书的体系;同时,在第四章“法律思维运用的至高境界:法律筹划”中,系统地阐述了法律筹划的基本原则、法律筹划的基本原理和方法,并且列举了十一个法律筹划案例,以期给读者关于法律筹划的具体感性认识。

总之,整本书力求以实务为基调,以适当结合理论的通俗语言为表述方式,期望能为众多投资和经营者提供有针对性的实用价值。

## 目 录

<b>第一章 法律思维建立的基本前提与途径:分析和厘清法律关系</b> .....	1
<b>第一节 投资和经营管理企业八大法律关系常识</b> .....	3
一、君子合资,诚信契约	
——股东与股东之间的法律关系 .....	3
二、人格独立,多重属性	
——股东与公司之间的法律关系 .....	5
三、组织代表,法定之职	
——法定代表人与公司及股东之间的关系 .....	7
四、劳动关系,并非唯一	
——公司与员工之间的法律关系 .....	8
五、各享其权,各司其职	
——公司治理中的几个法律关系 .....	9
六、多种关系,融通资金	
——公司融资的几种法律关系 .....	11
七、业务类型,决定关系	
——公司与客户之间的法律关系 .....	16
八、纳税经营,服务管理	
——公司与政府之间的法律关系 .....	17
<b>第二节 分析和厘清不同的法律关系,发现和确立迥异的权利义务</b> .....	18
一、透过表象,追求实质 .....	18
二、综合判断,界定确切 .....	26

三、事先选择,防范风险 .....	30
四、维权前提,准确定位 .....	35
五、忽视强制,可能无效 .....	44
<b>第二章 法律思维养成的重要特征与标志:</b>	
<b>逻辑性与严谨性</b> .....	51
<b>第一节 皮之不存,毛将焉附</b>	
——基础前提得实在,事物方赖以存在 .....	53
<b>第二节 雁过留声,踏雪有痕</b>	
——事过必然留痕迹,缜密搜寻与论证 .....	59
<b>第三节 冤有其头,债有其主</b>	
——判断准法律关系,确定好正确主体 .....	70
<b>第四节 述或无心,听者有意</b>	
——用语须规范明确,方确定内涵外延 .....	74
<b>第五节 淮南为橘,淮北为枳</b>	
——明确了不同前提,才得出区别结论 .....	77
<b>第六节 各就各位,狗勿拿耗</b>	
——责能所在有边界,权力所限相匹配 .....	79
<b>第七节 规矩已备,方圆可定</b>	
——履约与否之标准,事先约定须明确 .....	85
<b>第三章 法律思维具体实施的关键性因素:可量化和可执行</b> .....	89
<b>第一节 没有义务就没有权利</b> .....	91
<b>第二节 没有责任就没有义务</b> .....	92
<b>第三节 责难以量化近乎无责</b> .....	94
<b>第四节 权不可量化等于无权</b> .....	95
<b>第五节 责不可执行即可逃避</b> .....	96

<b>第四章 法律思维运用的至高境界:法律筹划</b> .....	99
<b>第一节 法律筹划的基本原则</b> .....	101
一、第一原则,合法为基:合法性原则 .....	101
二、未雨绸缪,事先规划:事先性原则 .....	101
三、节约成本,提高效益:节约性原则 .....	102
四、紧扣目的,不离不弃:目的性原则 .....	103
五、高瞻远瞩,切勿短视:前瞻性原则 .....	103
<b>第二节 法律筹划的基本原理和方法</b> .....	104
一、权利内容,拆分利用:权利内容的可分性 .....	104
二、义务履行,划分阶段:义务履行的过程性 .....	105
三、条件期限,合理附加:附条件附期限行为 .....	106
四、关系多重,相互转换:法律关系不唯一性 .....	107
五、上述几点的综合运用 .....	107
<b>第三节 法律筹划实务案例</b> .....	109
一、转换合法途径,实现间接控制	
——借款实现服务期约定 .....	109
二、表决分红约定,达到特殊目的	
——表决权与分红权的自由约定实现特殊目的 .....	116
三、要求股东担保,增强可执行性	
——法人人格独立于股东人格,要求股东为担保人	
增强债权可执行性 .....	124
四、资产剥离设计,税负成本迥异	
——并购中的资产剥离 .....	134
五、利用非劳关系,减少人力成本	
——劳动关系与顾问关系、劳务关系的转换运用 .....	137

六、抵押锁定标的,公证方便操作	
——隐名委托购买房产中对房产的控制 .....	141
七、债权引进资金,股权享受收益	
——债转股的安排 .....	145
八、罚款转为奖金,正面激励引导	
——基本工资 + 奖金 1 + 奖金 2 + 奖金 3 + 奖金 4	
+ .....模式实现绩效奖励的正面效果,而非	
扣除式罚款的负面效果 .....	152
九、续签换成变更,降低用工风险	
——劳动合同到期后的续签与变更 .....	154
十、建设经营移交,低成本高收益	
——BOT 模式及其延伸 .....	156
十一、分步多次实施,绕开大步限制	
——收购典当公司的分步实施 .....	159
后记及致谢 .....	167

# Chapter one

**法律思维建立的基本前提与途径：  
分析和厘清法律关系**

---



## 第一节 投资和经营管理企业 八大法律关系常识

### 一、君子合资,诚信契约

#### ——股东与股东之间的法律关系

合作共同投资的投资者之间,或者一个公司内部的股东与股东之间到底是一个什么样的法律关系?

这个问题貌似很无聊,其实不然,把这个问题搞清楚了,才能悟出股东之间的相处之道,才能建立一个股东与股东之间的相处原则。

股东与股东之间其实就是一种契约关系(就是一种合同关系),只不过这种契约关系,同时需要建立在公司法这个框架下。通俗一点说,就是几个股东,说好了,达成一致意思表示,自愿一起共同出资经营某种或某几种业务的生意,再与管理者商量好,分红谈好;在经营过程中,有什么其他重大事情,股东再一起商量,达成协议或决议。总之,股东与股东之间的权利义务主要是靠股东与股东之间谈判并达成一致意思表示定出来的。反过来说,如果哪个股东违反了之前所达成一致意思表示所作的承诺,则须向其他股东承担违约责任。

比如,几个股东说好,并且签署了相关的书面文件,各股东在公司设立时均实际出资到位占到各自认缴出资的30%,两年之内,必须缴足各自认缴的出资。后来,有一个股东未能按期出资,除公司可以追究股东法律责任外,其他股东还可以要求该未按期出资的股东承担违约责任。

另外,股东之间也可以就股东之间的分红权、表决权等事宜,达成一致意思表示,订立协议。投资者应当从上述法律关系所对应的权利义务角度出发,以法律思维理解和解决股东之间的问题。



尽量详尽合理地订立股东之间的契约,并按诚实信用原则的要求,严格履行,是股东之间的相处之道,把握并运用好这一相处之道往往对公司的经营发展影响重大。

在司法实践中,涉及公司股东与股东之间的法律关系,以及有某些股东背信弃义,不诚信履行股东与股东之间契约行为可能产生的责任还有以下体现:

如果有股东未履行或者未全面履行出资义务,其他股东有权请求其向公司依法全面履行出资义务。同时,如果公司以后发生债务,公司债权人还可以请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任;此时,作为公司发起人的股东还可能与被告股东承担连带责任的;当然,公司的发起人股东承担责任后,可以向被告股东追偿。

如果有股东抽逃出资,其他股东可以请求其向公司返还出资本息。

如果一个股东虽然自己没有抽逃出资,但有协助其他股东抽逃出资的,亦应就该抽逃出资股东的行为对公司债权人承担连带责任。

如果有股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资的,其他股东可以以股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合理限制。

如果设立有限责任公司后,有股东未履行出资义务或者抽逃全部出资,经公司催告缴纳或者返还,其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资,其他股东可以股东会决议解除该股东的股东资格。当然,此种情形下公司应当及时办理法定减资程序或者由其他股东或者第三人缴纳相应的出资。

另外,如有股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资,其他股东请求其向公司全面履行出资义务或者返还出资的,不受两年诉讼时效的限制。