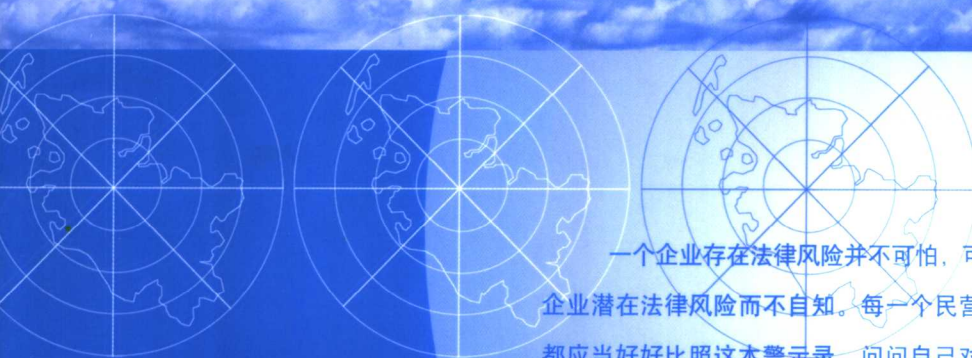


钱卫清 / 著

民营企业 运作的法律风险与防范



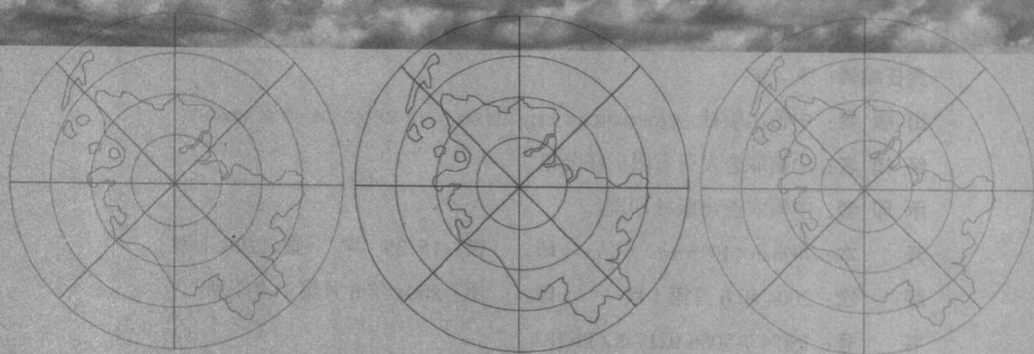
一个企业存在法律风险并不可怕，可怕的是企业潜在法律风险而不自知。每一个民营企业企业家都应当好好比照这本警示录，问问自己对企业乃至自身存在的法律风险了解多少？



中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

钱卫清 / 著

民营企业 运作的法律风险与防范



中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民营企业运作的法律风险与防范 / 钱卫清著. —北京: 中信出版社, 2004.6
ISBN 7-5086-0217-X

I. 民… II. 钱… III. ①私营企业—企业管理: 风险管理—研究—中国
②私营企业—企业法—基本知识—中国 IV. ①F279.245 ②D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 049252 号

民营企业运作的法律风险与防范

MINYING QIYE YUNZUO DE FALÜ FENGXIAN YU FANGFAN

著 者: 钱卫清

责任编辑: 张 芳

出 版 者: 中信出版社 (北京市朝阳区东外大街亮马河南路 14 号塔园外交办公楼 邮编 100600)

经 销 者: 中信联合发行有限责任公司

承 印 者: 中国农业出版社印刷厂

开 本: 787mm×1092mm 1/16 **印 张:** 15.25 **字 数:** 208 千字

版 次: 2004 年 6 月第 1 版 **印 次:** 2004 年 6 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-5086-0217-X/D·182

定 价: 36.00 元

版权所有·侵权必究

凡购本社图书, 如有缺页、倒页、脱页, 由发行公司负责退换。服务热线: 010-85322521

http: // www.publish.citic.com

010-85322522

E-mail: sales@citicpub.com

author@citicpub.com

序 言

温元凯*

1945年黄炎培先生在与毛主席的一次谈话中说：“历史上无论是一个个人、一个政党、还是一个朝代，都是其兴也勃焉，其亡也忽焉”。毛主席在新中国成立的前夜仍然在反复咏叹。2003年，中国民营企业家群体似乎再次陷入了这样一个可怕的“兴亡周期率”之中，多少昔日明星企业家，纷纷成为今日阶下囚。过去，我们更多地关心民营企业家群体以及民营企业的成长，现在，或许我们应当把目光分散一点，关注一下民营企业家、民营企业的（事业意义上）死亡。

理论上讲，民营企业和民营企业家的个人事业不会如同生命体一样自然死亡，正如我们在2003年的故事里看到的一样，每一起“事故”的发生都有其内在的根源。对此，经济学家更多的是从企业管理、运作、制度等层面寻找问题的答案。在过去的研究中，我们从家族制、粗放式经营、管理水平、企业家素质等各个方面检讨了民营企业以及民营企业家个人存在的种种问题，但是“问题”依然在发生，甚至越来越多地在我们关注范围之外发生。

钱卫清先生的新作为我们解开这一谜团提供了一个崭新的视角，它以一个法律人特有的思维和敏锐，从民营企业潜在的法律风险角度给出了自己的答案。这不仅给关注民营企业问题的经济学家一个重要启示，而且，更重要的是给我们千百万的民营企业和民营企业家一个响亮的警示。该书讨论的问题都是我们所熟悉的，但书中的讨论又是我们未曾想到的，很让

* 温元凯，著名经济学家，教授。北京南洋林德企业顾问有限公司董事长。《亚洲资本论坛》董事。

人有平地惊雷之感。

钱卫清先生首先从现实事件入手，把当前中国民营企业和民营企业群体身上存在的各种问题摆到我们面前，然后再细细地剖析每一种问题所可能存在的法律风险与法律危机。该书以非常开阔的思路和对现实的高度把握，探讨了我国民营企业和民营企业家所共同面临的重大法律问题。全书直指痛处，以一种几近严酷的方式系统地揭示了当前绝大多数民营企业和民营企业家所普遍存在的潜在法律风险和法律危机，道出了民营企业和民营企业家死亡的另一重隐秘原因。

关心死亡的目的在于探寻如何避免死亡。钱卫清先生也并未止步于对问题的解构，而是以一种法学家的责任感给出了问题的可能答案。该书针对法律风险的一般特点，创造性地提出化解法律风险的可能方式和途径，为我们认清问题并解决问题提供了非常有价值的借鉴，可谓是字字灼见，句句良言。书中多次呼吁每一个民营企业都应当建构自己的法律风险预警机制，时刻注意企业管理、运作中可能引入的法律风险，检测企业已经存在的法律隐患，在风险导致危机之前及时化解，避免民营企业的千里之堤，溃于法律风险的蚁穴。对照我国大多数民营企业对法律风险问题疏于防范的现状，钱卫清先生的这一建议可谓是针对时弊的又一剂良方。钱卫清先生虽然并非民营企业家群体中的一员，但字里行间，我们可以感受到他对民营问题的密切关注和深度把握。

当然，该书也并未接近完美，钱卫清先生独到的法律思维或许在某种程度上妨碍了他从经济学的角度看待问题。应当说，民营企业家流年不利的原因是多样的，法律风险固然是至关重要的一个环节，但是与法律风险交织在一起的，还有其他许多复杂的问题值得我们关注。钱卫清先生仅就共性问题开出的“药方”，也不是适合每一个民营企业和民营企业家的万灵药。但即便如此，也无法掩饰该书的独特价值和钱卫清先生对中国民营问题研究的重要贡献。

正如钱卫清先生所言，一个企业存在法律风险并不可怕，可怕的是企业潜在法律风险而不自知。每一个民营企业家都应当好好地比照这本警示

录，问问自己对企业乃至自身存在的法律风险了解多少?! 每一个为法律风险所困扰的民营企业企业家都可以参照这本良方册，及时寻找防范和化解法律风险的答案。

最后，借用一句广告词，愿钱卫清先生的力作能够帮助中国所有的民营企业和民营企业企业家：“远离风险，珍视生命。”

目 录

第一篇 概 述

第一章 民营企业的法律危机忧思	3
一、法律界定	3
二、中国民营经济的法律地位演变回溯	8
三、民营企业法律危机探因	11
四、民营企业法律危机的危害	16
第二章 产权纷争——法律危机的根源	19
一、切点：仰融与华晨	19
二、风险：产权不清的法律危机	22
三、方案：民营企业产权难题的法律思路	25
四、实践：民企产权的先行厘定	30
五、反思：民企产权界定任重道远	34

第二篇 管理的法律危机

第三章 家族模式	39
一、家族企业的跌宕命运	39
二、家族经营的利弊	42
三、家族企业法律危机的化解	49
第四章 畸形公司	59
一、形形色色的民营企业	59
二、畸形公司的法律风险	64
三、畸形公司的法律矫正	69

第三篇 经营中的法律危机

第五章 融资的法律危机	77
一、“孙大午案”	77
二、“孙大午案”的罪与非	78
三、民企融资的法律栈道	81
四、民营企业融资的法律方案	92
第六章 不正当竞争中的法律危机	105
一、商业秘密：为什么受伤的总是你	105
二、揭开商业秘密的“法律盖头”	106
三、商业秘密保护的措施	111
第七章 资本市场中的法律危机	119
一、香港股市的悲凉流星	119
二、“侯丽萍案”的法律评说	121
三、海外上市法律风险全透视——以香港上市为例	122
四、民营企业海外上市前的审慎观察	127
第八章 国退民进中的法律危机	135
一、“金泰”失利	135
二、民企参与国企改制的历史背景	137
三、民企参与国企改制的法律路径	139
四、民企参与国企改制的法律风险及原因探视	142
五、民企参与国企改制的法律风险防范与化解	152

第四篇 民营企业家的个体危机

第九章 沉重的“原罪”	159
一、民营企业家“原罪”观	159
二、“原罪”的法律诘问	160
三、法律上的伪命题	166

四、民营企业家超常规发展的法律价值	166
第十章 纳税中的法律危机	169
一、从“刘晓庆税案”谈起	169
二、税收违法的风险揭示	175
三、民营企业“防罪”体系的构建	179
四、纳税对改善民营企业生存环境的价值	181
第十一章 生存环境的法律危机	185
一、企业家严峻的生存环境	185
二、企业家人身权保护体系亟待加强	186
三、企业家人身权保护的方案体系	188
第十二章 婚姻关系中的法律危机	193
一、一起离婚诉讼的反思	193
二、婚姻的法律脉络	194
三、民营企业家婚姻法律风险防范	203
第十三章 继承中的法律危机	211
一、海鑫集团危而不倒	211
二、民营企业继承的法律拆解	213
三、民营企业的财产如何继承	214
四、民营企业经营权继承危机化解方案	215
结论：超越危机	
一、民营企业：建立风险预警机制和危机应对机制	225
二、国家立法：构建民企可持续发展的法律环境	227
余思：“修宪”与民营经济	229

第一篇

概 述

第一章 民营企业的法律危机忧思

2004年3月14日第十届全国人大第二次会议通过了《中华人民共和国宪法修正案》，明确指出：“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。”民营企业的发展呈现出一片晴朗的天空。

较之以前民营企业艰难的生存环境，现在有了根本的好转。在外部环境良好的大背景下，该是民营企业从内部审视企业运作，建立现代企业的管理机制，依法治理的时候了。

应当看到，当前我国大多数的民营企业都处于一种法律意义上的不规范状态，它们或者为突破融资瓶颈而铤而走险，采取灰色的融资方式；或出于各种考虑，采取公司制之形而偏离公司制度之实；更多壮大了的民营企业，不顾或不知法律的风险，贸然踏上海外上市的不归路，诸如此类法律问题严重威胁着未来中国民营企业的发展，同时也让法律工作者感到一种责任，有必要系统地揭示当前民营企业运营过程中存在的或者可能涉及的法律风险，并提供一般意义上的可操作的风险预警和防范方案。

一、法律界定

民营企业与民营企业家是一对相互关联的概念，我们就此问题开展论述之前，有必要对这两个概念从法律上进行基本的廓定。

（一）民营企业（私营企业）的法律界说

大体上“民营企业”和“私营企业”是两个可以等同的概念，不同的是，所谓的“民营企业”一词显然是根据计划经济时代“国营企业”一词派生而来的，是一个很不规范的概念，而“私营企业”却是一个有明确的

法律界定的概念。《中华人民共和国私营企业暂行条例》（1988年6月25日国务院颁布），在该条例的第2条明确规定：“本条例所称私营企业是指企业资产属于私人所有、雇工八人以上的营利性的经济组织。”该条例在界定了私营企业概念之后，同时描述了私营企业的特征，这包括：（1）企业资产属于私人所有；（2）企业存在雇佣劳动关系，有八人以上的雇工；（3）是营利性的经济组织。该条例又划定了私营企业的类型，其中第6条规定私营企业分为以下三种：（1）独资企业；独资企业是指一人投资经营的企业，独资企业投资者对企业债务负无限责任。（2）合伙企业；合伙企业是指二人以上按照协议投资、共同经营、共负盈亏的企业。合伙企业应当有书面协议。合伙人对企业债务负连带无限责任。（3）有限责任公司；有限责任公司是指投资者以其出资额对公司负责，公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业。有限责任公司投资者超过三十人的，应当向工商行政管理机关作专项申报，经同意后始得办理登记。^①

我们对民营企业（私营企业）的界定显然不能停留在《中华人民共和国私营企业暂行条例》的水平上。有必要从法律的视角去分析民营企业及其相关概念，为本书以下章节的论述提供一个科学的逻辑原点。

• 民营企业。经过我们的考察，民营企业概念最初是作为国营企业的相对物出现的。随着改革不断深入，尤其是所有权和经营权分离这种改革

① 《中华人民共和国私营企业暂行条例》第9条 有限责任公司是指投资者以其出资额对公司负责，公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业。

有限责任公司应当符合下列规定：

（一）公司名称标明有限责任公司或者有限公司的字样；

（二）有符合本条例规定的公司章程；

（三）投资者为二人以上三十人以下；

（四）注册资金取得合法的验资证明；

（五）投资者转让出资应当取得其他投资者的同意，投资者为三人以上的，需要取得半数以上的投资者的同意；

（六）不得减少注册资金；

（七）不得向社会发行股票。

有限责任公司投资者超过三十人的，应当向工商行政管理机关作专项申报，经同意后始得办理登记。

第10条 有限责任公司依法取得法人资格。

模式的确立,国营企业逐渐为国有企业的概念所取代,^①但是民营企业这个概念仍然独立存在下来,并成为一种约定俗成的叫法。这一方面反映了概念这一意识存在的独立延续性,另一方面主要是因为民营企业领域没有经历所有权和经营权分离的改革,甚至,时至今日大多数的民营企业的所有权和经营权仍然是统一的。在这个意义上,民营企业概念仍然有它存在的意义,但是已不再是一个国营企业的附属物,相反,它指代且仅仅可以指代那些所有权和经营权统一的、为私营企业主掌控的企业类型。

• 私有企业。这一概念首先是以所有制标准划分企业类型的产物,另一方面,它同私营企业的概念一样是“国有”的相对物,它伴随“国有企业”这个概念的出现而出现。但因为各种混合所有制企业的存在,它又不是“国有”的反面。如果给私有企业一个较为准确的界定,它可以指代那些国有、混合所有之外的,为个人或多人联合所有的企业类型。

由此可以看出,给民营企业或者私有企业下一个确定的、科学的法律概念几乎是不可能的,原因在于“民营企业”、“私有企业”本身就是一个前法治社会环境下的产物,与逻辑严密的法律体系不能很好兼容。但是出于人们理解的需要和讨论平台的建立,我们又不得不使用这一概念。权衡其见,仅仅出于论述方便的需要,本书使用的“民营企业”的概念是上述两个概念的调和,它当然包括那些私有并私营的典型企业,同时也包括以私有和私营为主的企业。所以,本书中“民营企业”是指“私有”和“私营”两个要素同时出现的企业类型。

^① 改革开放以后,许多传统的经济概念都遇到了挑战。首先遇到挑战的是国营经济和国营企业。1984年10月20日党的十二届三中全会通过的《中共中央关于经济体制改革的决定》提出增强企业活力是经济体制改革的中心环节,并第一次提出了“所有权和经营权是可以适当分开的”和“实行政企职责分开”问题,这是理论上的一大突破。但当时还没有,也不可能提出所有制改革和所有制结构的调整与完善问题,在这种情况下,经济理论界为了探讨搞活国有企业的途径,提出了对国有企业实行多种经营方式问题。既然所有权与经营权是可以分开的,并且对同一种所有制企业也可以采用不同的经营方式,因此,再使用国营经济、国营企业的概念就不适应经济改革和经济发展的需要了。国营经济、国营企业的概念就被国有经济、国有企业的概念所取代。

（二）民营企业界定

在界定了“民营企业”的概念之后，似乎民营企业家的概念是显而易见了，但其实并不那么简单。因为，在我们看来，虽然民营企业家与私营企业主有着非常紧密的联系，但是民营企业家并不能与私营企业主等同，相反，民营企业家应当放到不同的环境中，从不同的纬度去观察。

首先，在大量个体、合伙、独资企业中，民营企业家等同于私营企业主。由于在上述几种类型的企业中，所有权和经营权是高度统一的，企业的所有人和经营人没有明显的分化，民营和民有是一体的，因此私营企业主和民营企业家也是一体的。

其次，在公司制企业中，民营企业家的概念完全不能与私营企业主等同，同时也不能与企业的出资人或者产权所有人等同。相反，在公司制企业中，至少从理论上说，已经出现了所有权和经营权的高度分化，于是经营人从所有人的范围中独立出来而成为一个独立的角色。这时民营企业家是指企业的经营人或者公司的经理，而不是公司的股东。

再次，随着企业规模的扩大和公司制企业的盛行，在民营经济领域也有可能出现独立的企业家群体，这些企业家并不拥有企业的产权，他们只是基于自己的职业能力为企业服务，只不过他们服务的对象是民营企业，因此从这个意义上可以称其为民营企业家。

最后，我们应当认识到，民营企业家一方面是一个个体概念，指代某个具体的企业家个人；另一方面，它又是一个集体的概念，指代民营企业家这个独特的群体。区分这两个层次的意义，并不仅仅在于追求逻辑上的完美，更在于使中国的民营企业家获得一种集体认同，意识到在中国的社会环境中，民营企业家之间的命运是休戚相关的，每一个民营企业家都有责任维护这个群体的声誉，同时对这个群体的社会认可度和价值的提升，也意味着企业家个人价值的提升和生存环境的改善。

（三）超越“民营”概念，实现科学划分

“民营经济”、“民营企业”的概念是在经济体制改革过程中产生的。在改革开放之前，我国只有国营经济、国营企业和集体经济、集体企业两

种经济形态和两种性质的企业。所谓国营经济、国营企业，是全部由国家投资形成的经济或企业。由于计划经济时期企业的所有权和经营权是合二为一的，就国有企业来说，都是由国家行使的，因此国有经济、国有企业就被统称为国营经济、国营企业。所谓集体经济、集体企业则是由集体经济组织，如农村乡镇、城市街道出资建立的经济或企业。随着改革的不断深入，非国有经济得到了迅猛发展，所有的非公有制经济和非公有制企业就被统称为民营经济和民营企业。同时，随着国有企业产权制度的改革，大量的混合所有制经济和混合所有制企业不断涌现，国有经济、国有企业的概念也不那么准确了，于是国有独资企业、国有控股企业和国有参股企业等概念也就相继产生了。实践告诉我们，在改革大潮中，人们的思想观念和经济理论会不断更新，各种经济概念也有一个与经济改革和经济发展的步伐相适应的问题。

由于“民营经济”、“民营企业”的概念不那么科学和准确，不能客观地反映事物的本质特征，因此再继续使用这些概念就会产生许多弊端。“民营经济”、“民营企业”不能科学地反映这些企业的财产制度，从而不能准确地界定企业的所有者、经营者和劳动者。“民营经济”、“民营企业”没有相应的法律地位，容易造成社会对这些企业的歧视。随着经济体制改革的不断深入，特别是随着我国加入 WTO，我国的经济法律将会逐步建立和完善。在有关企业的法律方面，我国先后制定了《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国合伙企业法》和《中华人民共和国个人独资企业法》等，都对相应的企业在设立、治理结构、事务管理和合并、分立、破产、解散与清算、法律责任等方面做了具体的规定。这些法律基本上涵盖了现阶段我国各种类型的企业，但还没有，也不可能对“民营经济”、“民营企业”做出相应的法律规定。也就是说，“民营经济”、“民营企业”并没有相应的法律地位。使用“民营经济”、“民营企业”概念，不利于国家加强对这些企业的监管。

为了加强国家对各类企业的监管和企业自身的管理，应当按照企业的财产制度，即企业的资本组织形式划分企业的类型。事实上，自从《中华

《中华人民共和国公司法》颁布以来,我国有关企业的法律是按照企业的资本组织形式制定的,而不再按照企业的所有制形式来制定。按照我国目前的法律,我国的企业按其资本组织形式划分为:国有独资公司、国有控股公司、有限责任公司、股份有限公司(又分为上市公司和非上市公司)、合伙企业和个人独资企业等。这样的划分能够反映企业的本质特征,便于加强对企业的管理。“民营企业”作为一种法律上对某种企业类型的称谓,已经不符合经济发展的现实要求,应当逐渐退出历史的舞台。在现阶段,它仅仅作为一种约定俗成的习惯用语存在。

二、中国民营经济的法律地位演变回溯^①

改革开放二十多年来,中国民营经济经历了五个发展阶段。

(一) 起步期(1979年—1982年)

从1979年到1982年,随着对民营经济认识的逐步深化,相关的法律和政策逐步放松。1981年十一届六中全会通过的《中共中央关于建国以来党的若干历史问题的决议》中指出:“国营经济和集体经济是我国基本的经济形式,一定范围的劳动者个体经济是公有制经济的必要补充,必须实行适合于各种经济成分的具体管理制度和分配制度。”1981年7月国务院肯定了个体工商户的存在与发展。1982年12月4日,五届人大五次会议把发展和保护个体经济写入《宪法》:“在法律规定范围内的城乡劳动者个体经济,是社会主义公有制经济的补充。国家保护个体经济的合法的权利和利益,国家通过行政管理,指导、帮助和监督个体经济。”

(二) 缓慢发展期(1982年—1988年)

这一时期,对民营经济的认识还主要停留在“个体经济”范畴。1988年第二次修宪,明确了个体经济和私营经济是社会主义公有制经济的必要补充。当时全国的私营企业已达八万多家。个别私企通过承包或租用国营

^① 茅于軾、张玉仁:《中国民营经济的发展与前景》,载于《国家行政学院学报》2001年第6期;何军香:《民营企业获得高层次发展的对策研究》,载于《企业经济》2003年第6期;胡峰:《论我国民营企业发展演进的历程、问题与趋势》,载于《福州党校学报》2003年第1期(总第81期)。