

2

2016
第2辑

总第42辑

Nomocracy Forum

法治论坛

广州市法学会 / 编

王荣珍 文花艳

我国新时期家族企业的法律服务方向

吴伟波 柯涵

中国互联网法律服务的若干问题探讨

王晨

刑事证据审查规则建构与庭审防错功能

王凯

涉众电信诈骗犯罪特征与难点适用

谢欣欣 谢春晖

刘某与肖某等民间借贷纠纷案

刘继承 蓝荣富

论口头变更劳动合同的法律效力

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2

2016
第2辑

总第42辑

Nomocracy Forum

法治论坛

广州市法学会 / 编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法治论坛. 第42辑 / 广州市法学会编. —北京:
中国法制出版社, 2016. 6

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7622 - 5

I. ①法… II. ①广… III. ①法学 - 丛刊 IV.
①D90 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 146250 号

责任编辑: 王佩琳 (wangpeilin@zgfs.com)

封面设计: 周黎明

法治论坛 (第42辑)

FAZHI LUNTAN (DI SISHIER JI)

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 毫米×1000 毫米 16 开

版次/2016 年 6 月第 1 版

印张/24 字数/374 千字

2016 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7622 - 5

定价: 55.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66038139

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

编委（按姓氏笔画顺序排列）

丁海湖 马建文 王仲兴 王学沛 王 涛
王雪生 邓成明 邓世豹 乔新生 刘 恒
李伯侨 朱羿锟 邬耀广 吴善积 杜承铭
何素梅 邵维国 张富强 张晋红 林培芬
杨建广 周林彬 周显志 胡充寒 骆梅芬
夏 蔚 徐松林 徐 昕 徐忠明 黄建武
黄 瑶 舒 扬 谢石松 程信和 葛洪义

主 编：张国林

副主编：房国庆

执行主编：卢晓珊

编 辑：陈道欢 杨楠瑶 王耀波 郑隽楚



法律服务创新专题

- 003/ 王荣珍 文花艳
我国新时期家族企业的法律服务方向
- 009/ 詹礼愿
“一带一路”蓝图下广东律师的紧跟战略
- 019/ 冯清清
初探产品思维下的法律服务创新
——以新三板挂牌为例
- 030/ 赵华丽
律师在家族企业传承中的角色及主要作用
- 037/ 苏东海 蒋利 张哲
地方立法权扩容 律师大有可为
——律师参与第三方立法的优势与要诀
- 044/ 陈克宇
论我国临时仲裁制度的建设
- 059/ 李志强 田孝明
“一带一路”战略新形势下我国国际投资争端解决面临的挑战及应对措施
- 066/ 陈北元 张荣伟 汤嘉敏
以利益相关者理论管理“一带一路”战略下中国企业走出去的法律风险
- 082/ 周磊
政府购买法律服务中律师的机遇、角色和挑战

091/ 吴伟波 柯 涵
中国互联网法律服务的若干问题探讨

099/ 梁 鹏 潘振兴
律师为基层政府提供法律服务探析

实务研究

107/ 王 晨
刑事证据审查规则建构与庭审防错功能

116/ 叶三方 王 飞
论刑事案件速裁程序的正当性
——一个实用主义哲学的视角

127/ 张富强 吴泽钦
关于我国房产税计税依据优化设计的法律思考

138/ 杨 凯
规范行政诉讼中法官与律师关系制度建构路径

147/ 李 云
逮捕后变更强制措施乱象治理研究

158/ 王 凯
涉众电信诈骗犯罪特征与难点适用
——以李文锦等 34 人诈骗案为切入点

166/ 胡朝晖 陈鹏飞
论非法证据排除程序中的证据规则若干问题

178/ 阮建华
论数额加重犯的未遂形态

187/ 宋伟锋
从 ATM 机频出假币事件探讨银行责任

192/ 李长志
迅速审判权在审判机关中的迷失与救赎

- 200/ 向 准
生态犯罪规制之空白罪状的评价
- 212/ 张 润
地方人民法院民事裁判文书说理的实践考察
- 225/ 张照东
我国台湾地区人事保证立法对大陆劳动立法的借鉴意义
- 242/ 李洪波 付金良 石东洋
错案界定的现实偏差及要件重构
- 252/ 田 源
探寻“助理”与“辞职”之外的第三条道路
——员额外法官资源的合理化配置问题研究
- 265/ 凌 晓
论刑事盖然性理论的引入
- 275/ 冯泽华
论我国非物质文化生态的行政法保护机制

案例分析

- 289/ 谢欣欣 谢春晖
刘某与肖某等民间借贷纠纷案
- 306/ 杨 毅
银某猥亵儿童案
- 311/ 郭 玉
邹某诉黄某侵占案
- 317/ 石 佳
袁某诉广州某房地产发展有限公司噪声污染责任纠纷案
- 322/ 刘 森
黄某石、梁某文、何翠某诉广州金某物业管理有限公司物业服务合同纠纷案

329/ 杨光宇
赵某诉彭某等机动车交通事故责任案

335/ 黄志坚
被告人邵某、谭某抢劫案

法谈法议

341/ 李 涛
美容院里的投资纠纷：是借贷还是诈骗？

344/ 刘继承 蓝荣富
论口头变更劳动合同的法律效力

349/ 张全印
法治精神的弘扬与培育

358/ 李丹萍
学会尊重他人隐私

362/ 邱淑妙
知识产权“入典”的思考

370/ 鄢 静 李 赞
两岸财税实务热点问题探讨

——中国财税法学研究会 2015 年年会暨第 23 届海峡两岸财税法
学术研讨会会议综述

法律服务创新专题



我国新时期家族企业的法律服务方向

王荣珍 文花艳*

【内容提要】家族企业是指一个家族或数个具有紧密联盟关系的家族拥有企业全部或部分所有权，并直接或间接掌握企业经营权的企业。家族企业拥有庞大的经济实力。我国目前的家族企业治理，主要有人治、法治和人法交治三种模式。在如今依法治国的背景中，家族企业必须尽快过渡到法治阶段，在公司法和公司章程的框架内解决内部治理和管理问题；同时，也需防范婚姻等因素造成企业资产被稀释或外流的风险。因此，专业而且完善的法律服务对于家族企业的永续经营尤为重要。

【关键词】家族企业 法律服务 治理

我国台湾地区学者孙治平认为，当一个家族或数个具有紧密联盟关系的家族拥有企业全部或部分所有权，并直接或间接掌握企业的经营权时，这个企业就是家族企业。¹随着中国经济的快速发展，越来越多有实力的企业家开始组建自己的家族企业，而传统的家族企业也面临着新老交替和接班的问题。那么，新时期家族企业将需要什么样的法律服务，法律工作者又应该为家族企业提供怎样的法律服务？本文将从法律服务的角度，分析我国新时期家族企业治理的特点，探讨《公司法》《婚姻法》对家族企业治理与发展提出的新要求，论证法律工作者应该为家族企业提供法律服务的方向，以求教于大方。

* 王荣珍——广东外语外贸大学法学院副教授；文花艳——广东合高律师事务所律师。

1 孙治平：“家族主义与现代台湾企业”，载《社会学研究》1995年第5期。

一、我国新时期家族企业治理的特点

家族企业是指一个家族或数个具有紧密联盟关系的家族拥有企业全部或部分所有权,并直接或间接掌握企业经营权的企业。从治理的角度看,我国目前的家族企业主要有以下三种各具特色的治理模式。

一是人治模式。一般在家族企业创立初期采取这一模式,这一时期的企业完全由创始人所有和管理。因为我国家族企业的形成有其特定的历史机遇和时代背景,创始人在创立家族企业中均表现出过人的特质,不仅能及时把握特定的历史机遇,而且对商业市场有着敏锐的直觉判断和果敢决断。因此,创始人的经历和素质都决定了企业的重大商业决断和关键决策都是由自己作出的。由于创始人的经历和权威,以及对公司的绝对控制,这时企业的治理结构相对简单。随着社会的发展和经济模式的不断更新、调整,企业需要适应新的经济形势并根据企业所面临的新问题调整自己的治理结构。目前,很多企业虽已建立总经理负责制,但在决策时却往往仍由创始人所在的董事会代替总经理决策和管理企业,导致管理架构形同虚设。我国现在还有相当多的家族企业在发展后由于惯性仍沿袭这一管理模式。

二是人法交治模式。即人治和法治两种管理模式相互交错。经过三十多年的改革开放,我国早期的家族企业基本已完成原始积累,并且在此基础上逐步完成公司规模扩大、业务扩张和股权多元化等目标,使决策和管理的复杂性大大提高。这种管理模式不仅要求领导者有卓绝的人格魅力和自我超越的能力,而且还要设置合理的能相互制约的管理架构。如不能妥善合理地解决,势必给家族企业带来灾难。2010 年国美控制权之争时,国美采取的就是这一管理模式。

三是法治模式。国外长达数百年的家族企业,基本上已在本国法律框架下建立了较为规范的管理模式。我国也有部分家族企业通过上市等方式逐步进入法治治理阶段。但是目前我国采取这一模式的家族企业并不是很多,这里面有法制环境、产业、经济模式等方面的原因。但更重要的是,家族企业未能在法治的前提下根据自身特点和要求量身定做属于自己的独具特色的治理结构和机制。因此,我们需要建立现代企业管理和法治理念,平衡并兼顾所有权和经营权,解除创始人的顾虑,合理利用公司法和公司章程等,让家族企业逐渐学习和适应在法治框架下解决企业问题。

二、我国现行法对家族企业治理提出的新要求

（一）《公司法》对家族企业治理提出的新要求

《公司法》确定的现代企业制度基本原则为三权分离，即股东的所有权、董事会经营权和监事会监督权相互分离，相互制衡。股东大会、董事会、监事会和企业经营管理层各自在其职权范围内行使权利，相互协调、相互配合，尤其是相互制衡。

在公司法确定的基本原则下，所有权和经营权相互分离。所有者负责公司战略性决策和重大计划与投资等，为企业寻找科学高效的经营团队和决策方式；董事会由股东会选举产生，对股东会负责，同时负责落实股东会的经营意图和决策等；而监事会则主要是维护股东权益，负责全面监督公司董事会和其他职能部门的职权行使情况，发挥监督制约作用。²

传统的家族企业大多数采取人治模式。这种治理模式将决策权与经营权混同，最终决策权集中在一人手上，导致出现种种问题，最主要的是股东会一股独大，董事会虚设，监事会不设。股东会股东和董事会成员高度重叠，家族企业的创办人，通常既是企业的董事长又是总经理，其他股东也是董事会主要成员，甚至在一些家族企业中，股东会成员与董事会人员完全一致。这种情况下董事会会议成为大股东的“一言堂”，其他股东根本没有公平发表意见的权利，也就谈不上股东利益的保护等问题。即使有的企业聘请了职业经理人，也仅仅是将经营决策权停留于纸上，实际上仍由董事长一人决策，经理人只是一个执行者，形成了强董事、弱经理的模式。而监事会，很多家族企业干脆不设立或即使设立也只是由家族中某一人名挂而已，根本起不到任何监督作用。³这就与《公司法》强调的分权制衡原则相违背。因此，要在新的经济商业模式中生存、转型继而保持家业长青，家族企业需要调整自身的治理模式和架构以适应当前的法治大环境。

（二）《婚姻法》对家族企业治理提出的新要求

“真功夫”股权纷争案、土豆网 CEO 离婚催生的“土豆条款”等一个个现实生动的案例，已让越来越多的企业家意识到婚姻对家族企业的重大影响。婚姻家庭关系，对于家族企业来说，不再属于个体或私人的事情，作为维系家族

2 周双林：“公司治理与家族企业”，载华律网，<http://www.66law.cn/domainblog/44144.aspx>，最后访问于2015年9月30日。

3 庄培章著：《华人家族企业的制度变迁》，社会科学文献出版社2007年版，第163页。

企业的纽带,它可能成为充分发挥家族优势推动公司发展的推进剂,也可能成为阻碍公司发展的绊脚石,甚至给企业造成致命性打击。据统计,由于家庭关系破裂导致家族企业传承失败的比例高达 60%,超过企业在市场竞争上的失利。

不可否认,婚姻家庭关系对家族企业的成长发展起到了至关重要的作用。很多家族企业基本上都是由早期的夫妻店或姻亲关系的合作发展壮大的,婚姻为家族企业提供了免费、忠诚的人力资本和扩张企业规模的财物资本。香港中文大学的教授曾对泰国最大的 150 家家族企业做过研究,结果发现,泰国家族企业的子女婚姻有 33% 是政治联姻,46.5% 是商业联姻,这两项加在一起,占总样本的 79.5%,将近 80%,只有 20% 的婚姻是由于爱情。当家族企业子女婚姻对象是官员或者其他家族企业的子女时,往往会带来股价的上涨。因此,上述调查至少说明商业联姻对家族企业有着重大影响。

但目前《婚姻法》规定的夫妻财产共有原则,使得持有家族企业股权的家庭成员离婚时,需要基于夫妻共同财产的分割原则对所持股权进行分割,这使得家族企业的股权持有处于不确定状态。同时,由于我国实行三十多年的计生政策,导致家族企业第二代传承人人选匮乏,也导致家族企业传承困境的提前出现。⁴

三、法律团队为家族企业提供法律服务的方向

(一) 为家族企业搭建合理的治理结构

纵观人类几百年的公司发展历史,最典型的是外部人模式和内部人模式两种。外部人模式以美英为代表,其特点是:股权高度分散;所有权与经营权彻底分离,公司大权掌握在经营者手中;直接融资决定了资本市场对管理层有很强的监督约束力;一元制法人治理结构,不设董事会,监督职能由独立董事执行;通过建立健全法律法规体系保护投资者利益。内部人模式以日本和德国为代表,包括大部分经合组织国家,其特点是:股权高度集中在内部人集团中;间接融资形成银行对公司有力度的监控;二元制的法人治理结构,设立监事会,独立行使监督职能;职工参与管理与决策的民主管理制度。⁵

我国的《公司法》虽已实行多年,对公司职能机构设置和权利义务等都有详细的规定,但实际上却很少有家族企业依法设置或即使设置也只是虚设,仍然按创立初期的人治模式进行管理,并没有实现公司法所倡导的三权分离和制

4 卢明生:“婚姻继承问题对家族企业的影响及规制”,载财富传承业团队新浪博客, http://blog.sina.com.cn/s/blog_d196c7210101csjw.html, 最后访问于 2015 年 9 月 30 日。

5 宋红丽:“浅析完善家族式企业治理结构的法律对策”,载《法制与社会》2009 年第 11 期。

衡原则。这里面有种种原因，有的是因为家族企业主并没有完全理解法律设置的意义，有的是因为传统的所有权观念的影响。那么作为法律工作者，就需要全面了解家族企业的需求和顾虑，结合法律的规定，为家族企业量身定做符合其利益需求的职能机构和治理架构，推动家族企业持续向正规的现代化企业迈进。

（二）为家族企业设计合理的公司章程

公司章程是公司作为一个法人组织的重要标志，是公司组织和活动的根本准则，本应是“公司自己的宪法，公司内部的自治法”。但很多企业却完全忽视了公司章程的作用，随便在网上下载，套用模板，千人一面，采用摆设式章程，完全未能让章程在公司管理中发挥其应有的作用。

公司章程由公司的最高权力机构股东会或股东大会在自由协商基础上制定，只要不违反法律强制性规范，完全可以在法律允许的任意性规范中制定股东出资、分红比例、表决权等公司决策、经营的种种思路以及利益分配等公司基本运营规则，促进公司内部股东、董事等成员在公司章程确立的治理框架中相互依存、相互合作和相互制衡。同时，它也是公司的最高行为规范，可以规定并约束董事、监事、高管的职权和行为规范及其他公司治理的基本规则，是公司管理者的行动指南。

因此，作为法律工作者，我们要让家族企业明白公司章程的重要性，同时也要运用法律结合企业实际需求和经营需要量身定做企业自己的个性章程。目前各家族企业经营投资通常跨领域、跨国际，涉及复杂的资本运作和公司运营，需要设计符合自身经营需要和实际情况的具体规则，细化和规范资本运作及公司运营制度，以保证公司灵活、高效、有序运转。同时，公司章程的任意性规范还可以弥补公司法在公司治理结构中存在的制度漏洞，并在此基础上不断探索和创新，创造符合公司实际且领先优秀的公司治理规则，推动公司内部治理的完善。阿里巴巴的管理模式正是公司治理架构和章程的个性化设计的创新和探索的结果。⁶

（三）为家族企业设计合理的财产制度

我国家族企业因其形成发展的特殊背景，“人情味”太重，而法律意识淡薄。婚嫁丧娶等考虑更多的是面子、人情，很少像国外那样签订婚前财产协议等。在婚姻存续时，抹不开面子，对财产问题模模糊糊甚至不置可否，而在婚姻发生

6 郭春宏著：《公司章程个性化设计与疑难释解》，法律出版社2014年版，第15页。

变故后，又失去理性，不能正确处理共同财产分割和个人财产等问题。最典型的是关于父母为子女结婚买房的问题，就是因为碍于人情，父母子女没有充分协商并用相关协议固定，导致出台多个婚姻法司法解释仍不能完全定分止争。

因此，为保证家族企业股权的稳定性，避免类似真功夫企业的情况，我们建议公司建立股东夫妻财产约定制度，即要求股东在结婚前签订婚前财产协议或婚后签订财产约定协议，对共同财产及其分割方式和个人财产在股东间进行公示。为落实该制度，可以在股东间、股东与配偶间或股东与公司间签署相关协议，甚至可以将其写进公司章程，赋予股东会或董事会一定的权利，在股东出现类似婚姻风险时有应对策略和便宜处理的权利，以保护公司的利益。

（四）为家族企业设计合理的所有权和经营权分离制度

我国传统的家族企业，最初通常由父子兄弟、夫妻等共同投资创立，所有权和经营权高度集中于创始人。这种所有权和经营权合二为一的经营模式在企业成立和发展初期发挥了重要作用，因为家族血缘和亲缘关系的特殊凝聚力和家族成员为家族事业的自我牺牲精神在极大地提高企业的生产力的同时降低了企业内部监督成本，但在企业规模扩张和扩大的过程中，这种模式却可能给企业带来越来越多的法律风险。尤其是所有者与经营者的身份混同，导致家庭与企业界限不清；企业财产与家庭财产的混同，可能导致企业独立法律地位的丧失，甚至企业的独立人格被否认。因此，需要根据家族企业的实际情况设计合理的权利制度，即将所有权与经营权进行分离。

所有权与经营权的分离，一是可以解决家族企业后续传承的问题，突破企业接班人自身能力的限制和第二代不愿接班的问题；二是所有者与经营者能够各司其职，各尽所能，促进家族企业的制度化和规范化；三是可以最大限度地避免家族企业的股权稀释外流等风险。

龙湖地产吴亚军离婚案、默多克离婚案均未对企业造成影响，就是因为两家族未雨绸缪，早已通过信托方式将企业所有权与经营权进行了分离。

结语

如今，依法治国已成为我国的基本方略，企业家们也必须依法经营才能保证家业长青，家族企业永续经营。作为家族企业律师，我们要为家族企业的发展保驾护航，就必须要有参与企业的全局观和责任感，而不是仅仅局限于一些常规的事务性的法律工作。我们既要为家族企业提前设计种种制度，建立预防法律风险的“防火墙”，同时也要关注家族企业核心群体的利益诉求，以保证家族企业合法地赚取和积累财富，并不断发展壮大。

“一带一路”蓝图下广东律师的紧跟战略

詹礼愿*

【内容提要】“一带一路”是我国经济走出国门的重大政治与经济战略决策。它依靠中国与有关国家既有的双多边机制，借助既有的、行之有效的区域合作平台，旨在借用古代“丝绸之路”的历史符号，高举和平发展的旗帜，主动地发展与沿线国家的经济合作伙伴关系，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。“一带一路”于律师业而言，有两方面关联：其一是作为市场经济主体的响应，其二是服务内容与模式的响应。吃透中央宏伟蓝图，并加以有效响应，对律师业来讲是个考验性的重要命题。笔者从广东律师的角度，提出响应“一带一路”宏伟蓝图的紧跟战略。

【关键词】“一带一路” 相应措施 紧跟战略

一、“一带一路”战略蓝图的背景及对广东省的落实措施

（一）“一带一路”蓝图的时代背景

2013年9月和10月，中国国家主席习近平分别提出建设“新丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的战略构想，“一带一路”是丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的简称。

当前世界经济形势非常严峻，2008年美国引起的国际经济危机尤其是金融

* 詹礼愿——广州市律师协会副会长，广东博厚律师事务所主任、法学博士后。