

CORPORATE CONTROL 吕良彪◎著

公司控制权之争的序幕一旦拉开，面对内部其他股东挑战、家族成员纷争、职业经理人“变节”和外人觊觎、公权力参与等各种博弈与纷争，企业家当如何从容应对？如何控制好公司？

控制公司

基业长青的大商之道



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

大商之道

控制公司

基业长青的大商之道

CORPORATE CONTROL

吕良彪◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

控制公司:基业长青的大商之道/吕良彪著. —北京:北京大学出版社,2013.1

ISBN 978-7-301-21815-0

I. ①控… II. ①吕… III. ①公司管理-企业法-案例-中国
IV. ①D922.291.915

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 304677 号

书 名: 控制公司——基业长青的大商之道

著作责任者: 吕良彪 著

策 划 编 辑: 陆建华

责 任 编 辑: 陈 康

标 准 书 号: ISBN 978-7-301-21815-0/D·3240

出 版 发 行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新 浪 微 博: @北大出版社燕大元照法律图书

电 子 信 箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730mm×1020mm 16 开本 20.25 印张 347 千字

2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

前言

理性博弈与正义分配

重新做律师并担任北京仲裁委员会、武汉仲裁委员会仲裁员以来,我的执业领域和主要精力便集中于投资争端解决。这种投资争端,主要表现为对公司股权以及实际控制权的争夺。

在此过程中,有幸参与调处涉及“东部率先”、“西部开发”、“东北振兴”、“中部崛起”过程中数以十亿计的投资纠纷,深切感受到中国经济的迅猛发展与社会矛盾的日益尖锐;有幸代理娃哈哈等中国企业成功赢得与国际资本的博弈,深切感受到中国民族经济在融入全球化进程中的任重道远;有幸代理李嘉诚先生公司讼案并赢得尊重,深切感受到中国当下的社会性浮躁及其深远影响;有幸深入研究并适度介入“国美内战”、支付宝股权纠纷、腾讯与360之争等商战,深切感受到当下中国信托责任与商业操守的缺失……生在这样一个时代,深切感受到民主、法治、宪政之重要与艰巨,以及“为权利而斗争”之悲壮与幸运。

在此过程中,深切感受到公司治理是国家治理的缩影,有着共同的哲学基础。其一,主权:国家主权在民;公司主权表现为股权归属于股东。其二,治权:国家表现为政体,即政权组织结构和形式;公司表现为治理结构,即股东会、董事会、监事会、管理层等权力分配与运行方式。其三,文化:国家表现为主导意识形态与价值观;企业表现为核心价值与企业文化。^①

在此过程中,强烈地感受到当下中国社会财富“创造”能力之强大与社会财富“分配”状态之不公——经济强调社会财富的生产效率,法治解决社会财富的公平分配。深感企业尤其是民营企业 and 企业家群体对中国社会、经济、政治进步的伟大历史意义。一言以蔽之:不为权力所垄断和轻易剥夺的社会财富,是公民权利制约公

^① 近年来笔者有幸担任多家知名公司董事、顾问、独立董事,直接参与企业管理及投资决策,与海内外企业家深入沟通交流,加深了与中国企业及企业家间的相互认知与合作。

共权力的物质基础,是实现民主与宪政的物质基础。而企业家,则是社会生产的具体组织者,社会财富最重要的创造者,现代社会最稀缺的资源,和平时期的英雄。企业家成其为企业家的基础,乃在于合法拥有及实际控制公司。现代公司往往主权(股权)与治权(管理权)相分离。公司治理模式,经历了由股东向董事会移转、由董事会向职业经理人让渡的过程。在此背景下,股东之间、股东与董事之间、董事之间、董事与高管之间,就公司实际控制权发动“内战”,既是顺理成章之事,也是公司治理模式与运营机制的自我完善。至于国企的控制权则以权力为核心,其主要负责人通过权力与“市场”业绩的综合考核以行政任命的方式产生,不在本书考量范围。

在此过程中,归纳总结了各种类型的公司控制权之争。(1)以控制公司的方式区分:一是通过控制股权实际控制公司(直接控股,为控制公司最主要方式;间接控股,如SOHO中国通过收购外滩地块项目公司母公司股权从而拥有项目公司50%权益)。二是通过控制公司生产、经营、销售等管理实际控制公司(如宗庆后对娃哈哈合资企业、吴长江对雷士照明之实际控制)。三是通过控制公司核心资产实际控制公司(如马云将支付宝股权从阿里巴巴转移至自己控制公司名下)。(2)以公司类型区分:一是公众公司控制权之争(如“国美内战”);二是非公众公司控制权之争(如“达娃之争”、有限责任公司“政变”);三是国企改制而来的公司控制权之争;四是VIE架构(如新浪、阿里巴巴)公司控制权之争。(3)以公司风险来源区分:一是源于公司其他股东的公司控制权之争;二是源于家庭(族)、婚姻的公司控制权之争;三是源于公司管理层或职业经理人的公司控制权之争;四是源于公司外部的公司或个人的公司控制权之争;五是源于公共权力参与的公司控制权之争。

在此过程中,深切感受到社会矛盾的复杂与争端解决的艰难:在被指责为“开门招商、关门打狗”式的投资纠纷中,我深深地理解地方政府、官员及公检法机关的矛盾与无奈,也深知与这些机构或个人打交道之难及应对之法;在参与国企改制及改制后企业股权与控制权的争夺过程中,我深深地理解国企老总、管理层、员工及投资人的复杂心态及利益诉求;在作为律师、专家、董事等与各类企业家合作的过程中,我感受到中国企业家群体的卓越、远见与蛮横、贪婪的矛盾式并存,得以观察、总结企业、企业家在不同发展阶段的特点及容易出现的问题,创造性地为企业提供服务。

在此过程中,深刻认识到企业家和律师的同盟军:自由的学者、独立的媒体、专业的律师,是公民私权利的忠实代表、社会理性不同声音的忠实代表、集合私权制约公共权力的忠实代表。在某地动用公权力抓捕并以所谓“名为股权转让、实为倒卖

土地”审判企业家时,江平老师等学者仗义执言,《法制日报》等媒体大声疾呼,人大代表奔走呼号,最终使问题回到法制轨道上。在为之辩护的数名民营企业家被以贪污之名判处16年徒刑甚至死缓时,我们与社会各界及相关领域专家合作,从专业角度科学论证所谓被“贪污”财产根本就不构成国有资产,在媒体与学界、工商联及多名全国人大代表等密切关注下,最终在最高人民法院的直接过问下,企业家被认定不构成贪污犯罪,相关公司股权及对企业的控制权亦得以保全。

在此过程中,深切感受到启蒙之重要:一要从宏观上“重新”认识法律:法律是利益分配与再分配的规则与手段;法律的实施过程就是正义的分配与再分配过程。从宏观经济角度而言,法律通过利益分配影响社会资源的配置;通过规则的力量规制资源分配过程,并对受害者提供救济,对违法者给予惩罚。二要从微观上“重新”认识法律:尤其对企业而言,法律是企业发展之“矛”、安全之“盾”和管理之“魂”。其一,法律是凝聚资源的平台,教企业构建商业模式实现稳定发展(典型者如霍英东先生在香港首创“卖楼花”商业模式大获成功);其二,法律是放大资源的杠杆,教企业以小博大实现跨越式发展(上市、期货交易、私募股权融资等均得益于规则的实施);其三,法律教企业建章立制、合规运行,实现可持续发展;其四,法律教企业管理风险,实现安全发展;其五,法律教企业合规运行,降低成本,实现集约发展;其六,法律教企业如何博弈,维护自身权益,实现健康发展。总之,“法律是企业可持续发展的原动力与根本保障”(华润集团董事长宋林语)。

在此过程中,深感律师职业乃“知行合一”之艺术。近年来,在从事律师业务的同时,一直致力于推广现代企业全面法律风险管理体系的建构与企业家法律战略思维的培养,并将企业经营管理、投融资的实战技巧与博弈智慧等相关法律与管理相结合的课程带入北大、清华等高校EMBA教学体系,应中国法学会等机构邀请为总裁班讲授企业、法律、市场相融合的各类课程,创办并主持“企业法律风险管理国际论坛”,应邀赴华润集团等央企及民营企业集团与企业家深入交流;在央视、新浪、腾讯、雅虎等机构,结合“达娃之争”、“国美内战”等热点商战,讲解企业博弈之道。

在此过程中,深感律师职业能力、职业“能量”尤其是职业操守之重要。我一向认为律师要有定力让客户秘密烂在肚子里,素来坚决反对律师通过披露自己所做过案例尤其是其中不为人知的部分来说事。这也是我写作此书过程中一直深感纠结之处。经业界前辈、学界泰斗和企业家长者指点:在客户授权或经媒体充分公开、公众已知悉范围内进行学术性探讨,是一种公益行为。此书中所涉及案例,大部分我曾参与,均已获客户理性授权或已经媒体充分公开;本书仅在已授权或公开的信息

范围内进行学术探讨。

需要说明的是：书中案例，多以非国有经济角度撰写；然而此书绝非仅仅写给民营企业企业家，其中关于企业管理、运营乃至发展、博弈之道，应该适用于所有类型的企业。本书不仅仅是写给企业家的，也希望能给律师同仁、学界同行带去一些启发。本书以实战案例和理性分析的专业演讲形式撰写，希望能成为案例教学的一本有效教材，希望能得到大家指点，使其思想性、理论性、实用性，都能得到提升。

本书撰写过程中，《WTO 经济导刊》杂志副主编林波女士倾注了大量心血并执笔整理了本书第二、三、九、十、十二、十三、十五等章节；北京大学出版社第五图书事业部陆建华先生和陈康女士亦给予了大力支持，在此一并表示衷心感谢。

本书出版之际，恰逢我亲爱的女儿吕晟结束在新加坡的高中学习即将远赴欧洲本硕连读，因此，本书也是一个父亲送给女儿远行的特别礼物。

吕良彪

2012年9月于北京

目 录

001

第一编 “公司丛林”的内部较量——从容应对公司股东的挑战

第一章 导语:公司治理与契约精神

——让法治成为我们的信仰 让诚信成为我们的本能 003

一、公司治理基本哲学 003

二、“契约精神”之实质在于公平 004

三、“成不王、败非寇”:中国商业伦理之反思 006

第二章 股东“战争”——我所亲历的“达能”、“娃哈哈”国际巨额投资纠纷 008

一、达娃之争的实质:国际资本与民族资本的博弈 009

二、研讨与造势:作好舆论和理论准备 012

三、初识宗庆后:“隆中对”确定合作方向 014

四、定位:我要给职工群众做代理律师 016

五、四场艰难的“媒体战” 017

六、全球范围内全方位的“法律战” 024

七、拿捏得体的“政治战” 027

八、有理有据的“偷税门”应对战 029

九、耐人寻味的“买办战” 032

十、妥协的智慧 033

十一、结局 036

十二、后话 036

第三章 股权“对决”——国美内战:国际资本“群狼”与中国市场“猛虎”之博弈 040

一、和谐即共赢:跨国资本 VS 民族资本 041

二、“黄陈大战”的道德资源之争 042

三、“黄陈大战”的人力资源之争 045

四、“黄陈大战”的资本资源之争	048
五、预测：“政治正当性”或将左右国美之争	049
六、资本的博弈与妥协：评点国美特别股东大会	050
七、理性的妥协是国美最大的胜利：“后陈晓时代”的国美成长之路	053
第四章 公司“政变”——被罢黜企业家之自我救赎	064
一、公司“政变”：第二大股东“推翻”第一大股东	064
二、自我救赎：构建博弈的“载体”与方式	065
三、寻找各方利益平衡的思路与方案	067
四、作者点评：平衡博弈的启示	068
第五章 股东“出轨”——股东掏空企业的“常用”方式	070
一、支付宝股权之争：“刘备借荆州”还是马云团队的特别 MBO？	070
二、老股东恶意仲裁掏空公司？	077
第六章 股东“残杀”——公司治理不善，弄不好是要出人命的！	081
一、公司治理失范：大股东“欺负”小股东	081
二、“自力救济”：小股东雇凶杀人	083
三、首次审判：杀人者欲当庭逃跑，买凶杀人者一审被判死缓	084
四、发回重审：认定买凶杀人并判处死刑	086
五、叹息与思考：公司治理、商业伦理与生命价值	088
第七章 真假股东——委托持股与隐名股东的法律隐患处理	089
一、隐名股东“变身”具名股东：股东资格确认以实际出资为准	089
二、如何控制隐名股东非理性地损害公司利益	092

097

第二编 祸起萧墙——妥善处理家族纷争与职业经理人“失节”

第八章 导语：信托责任与家族“立宪”	099
一、强化家族纽带	099
二、强化职业经理人信托责任	100
三、理顺股东、公司、职业经理人之间的关系	101
第九章 “家族”内耗——源于婚姻、家庭与职业经理人的公司控制权之争	102
一、中复电讯：夫妻反目	102
二、新鸿基：手足相煎	107

三、海鑫集团:家族“暗战”	112
四、巨联集团:遭遇“内鬼”	114
第十章 家族:警惕“灭顶之灾”——民营企业有效应对刑事风险	
应当注意的十个问题	118
一、家族企业三大基本纽带	118
二、家族企业与法律的三重关系	119
三、家族企业三大类法律风险	119
四、家族企业刑事风险三大成因	121
五、避免刑事风险三大注意事项	122
六、家族企业有效应对刑事风险的三大机制	123
七、刑事自救的三大基本资源	123
八、刑事自救的三大技巧	124

125

第三编 居心叵测的外人觊觎——应通晓强制并购与反并购的法律技巧

第十一章 导语:中国经济——走出“丛林时代”	127
第十二章 借壳上市——并购上市公司的八种基本手法	129
一、协议收购:金融街集团(000402)的上市之道	130
二、举牌收购:北大方正“吃掉”延中实业(600601)成功上市	131
三、收购母公司:凯雷收购徐工(600520)的“后山小道”	132
四、行政划拨:北京住总集团借壳琼民源(000508)	132
五、司法拍卖:顺义大龙城乡建设开发总公司(600159)上市之道	135
六、先破产再置换:苏宁环球借壳 ST 吉纸(000718)	135
七、与母公司“联姻”:复星集团成功控股南钢股份(000787)	136
八、定向增发加换股吸收合并:华远的戏剧性上市之路(600743)	137
第十三章 暗度陈仓——公司控制与反制的“另类手法”	141
一、控股母公司:郭广昌与潘石屹外滩“地王”之争	142
二、VIE 架构:新浪的协议控制	144
三、应对恶意并购的“三种思路”与“五大战术”	148

第十四章 社会声望——特殊的公司控制力 153

- 一、新闻：“绝不行贿”的李嘉诚旗下公司被曝“行贿” 153
- 二、背景：近十余年来，“新贵之盟”控制下的外商投资领域 155
- 三、失实：媒体任意“裁剪”判决书，“生产”所需要的新闻“事实” 156
- 四、结缘：接触、合作与确定诉讼策略 159
- 五、落实：谁来告？要告谁？怎么告？ 160
- 六、无奈：艰难而漫长的立案 161
- 七、特色：刻意漫长、“漫不经心”的审判与热闹而激烈的法庭辩论 161
- 八、苦笑：艰难的胜诉与不被侵权媒体尊重的判决 170

171

第四编 警惕伸向公司的权力黑手——为权利而斗争！

第十五章 导语：让权利的阳光穿透权力黑幕 173

- 一、企业家群体存在与成长的宪政意义 173
- 二、维护权利的律师作为 175

第十六章 权力“特色”——“红帽子”企业家涂景新的“生死路” 177

- 一、从“红帽子”企业家到死缓囚犯 178
- 二、有名无实的“红帽子” 180
- 三、自相矛盾的终审判决：“国有”与“无罪” 182
- 四、博弈的时代特色与国情特点 183

第十七章 权力“走私”——公权参与抢夺公司控制权的路金生(化名)

非法倒卖土地案 185

- 一、祸起萧墙、好友反目 186
- 二、侵占：荒唐的刑事自诉 189
- 三、“打击”升级：从合同诈骗到非法倒卖国有土地 191
- 四、辩护：守住法律的底线 194
- 五、转机 199
- 六、希望 199

201

第五编 国企改制是个宪政问题——国企改制而来的公司控制权之争

- 第十八章 导语：警惕保护国有资产成为权力的大棒！ 203
- 第十九章 权力“蛮横”——民企参与国企改制后遭遇公权力“三板斧” 206
- 一、“超常规”引进战略投资人 207
- 二、政府换届后的新一轮“洗牌” 207
- 三、尊重法庭与尊重法律：方言语境下的债权人会议交锋 208
- 四、图穷匕见：公安“控制”下的商业谈判 210
- 五、“戏剧性”的拍卖 213
- 六、超越事件本身的博弈 213
- 第二十章 权力“无常”——江南商业实业公司“后 MBO 时代”悲剧 215
- 一、关注“国企改制回头看”现象 216
- 二、一审传统抗辩与二审辩护新思路 218
- 三、法庭外的较量 222
- 四、二审庭审十次交锋 223
- 五、庭审花絮：律师的胆色、气势与技巧 227
- 六、再审改判无罪 231
- 第二十一章 权力碰撞——西北某企业改制案的“公对公”博弈 233
- 一、跨省企业的“联姻”和“破裂” 234
- 二、绝地反击之第一次庭审 238
- 三、绝地反击之第二次庭审 242
- 四、超越单纯法律问题的和解 244
- 附：国企改制是个宪政问题 246

249

第六编 案例教学——控制公司的法律智慧

- 第二十二章 赢在投资——投融资风险控制与争端解决艺术 251
- 一、当前企业投融资基本格局与风险 251
- 二、投融资领域十大基本法律风险与应对战略 254

三、现代企业投融资法律风险管理机制与争议解决艺术	284
第二十三章 企业家的社会责任与道德底线——独立董事的独立性、 专业度与责任感	287
一、独立董事应该独立	288
二、独立董事理应“懂事”	289
三、独立董事的社会责任与历史责任	290
名人名企索引	293
后记 企业家的法律思维——在香港华润集团高级干部法律培训班上的演讲	295

第一编

“公司丛林”的内部较量 ——从容应对公司股东的挑战

1

控制公司
基业长青的大商之道

法律是利益分配与再分配的基本规则；契约是当事人之间的法律。

股东承担有限责任的公司制度，是商业文明最伟大的制度性成果。

公司治理是国家治理的缩影。

主权：国家主权在民；公司主权表现为股权归属于股东。股东权利要落实，既要有中小股东保护机制避免“一股独大”，也要避免落入“内部人控制”。股东要管得住董事会，董事会要管得住CEO。

治权：国家表现为政体，即政权组织结构和形式；公司表现为治理结构，即股东会、董事会、监事会、管理层等权力分配与运行方式。

文化：国家表现为主导意识形态与价值观；企业表现为核心价值与企业文化。

公司股东利益分配的基础，应该是各自所提供的资源的综合价值而非一成不变的文本本身。追求合理的对价基础，是对契约自由精神的不懈追求。但这种追求，当坚守法律之底线。

商业博弈包括三个基本要素：

一为资源。包括资本资源、人力资源、市场资源乃至政治资源、民意资源等。

二为策略。如谈判、诉讼、仲裁、舆论战等。

三为利益分配与再分配之方案。如“达娃之争”、“国美内战”、“支付宝纠纷”、“雷士照明控制权之争”，整体趋势是各方利益的均衡与理性的妥协。

理性妥协才能有共赢；超越“成王败寇”才能有共容。

第一章

导语：公司治理与契约精神

——让法治成为我们的信仰
让诚信成为我们的本能

一、公司治理基本哲学

公司治理与国家治理有着共同的哲学基础：主权、治权、文化。（1）股权宜多元：若一股独大别人就没戏了；要有中小股东保护机制，否则大股东必然膨胀。（2）股东权利要到位：若内部人控制股东就完了，股东会要管得住董事会，董事会要管得住 CEO。（3）要有健康的核心价值观与企业文化。

——吕良彪

毋庸置疑，股东承担有限责任的公司制度，是商业文明最伟大的制度性成果。公司制度最有效地凝聚社会资源，尤其是现代公众公司（上市公司）的出现，甚至可以使全球范围内、彼此相互完全不知晓乃至有敌对关系的投资人，将其资源投入同一家公司，使公司规模飞速成长。公司在国内、国际各个领域产生举足轻重的影响力，极大地推动人类文明的进步。

公司是众人利益紧密融合的特殊实体。公司治理是国家治理的微结构，具有相同的哲学基础，包括三个基本元素：

一为主权：国家主权在民，人民通过制宪会议制定宪法，规制公共权力，保障人

权;公司所有权在股东,股东通过契约约定彼此的权利义务关系,通过制定章程规制公司运行。

二为治权:国家表现为政体,即政权组织形式;公司表现为治理结构,即股东会、董事会、监事会、管理层等机构之权限设置及相互关系。

三为文化:国家体现为意识形态和主流文化及文化包容度;公司体现为核心价值观与企业文化,没有价值追求的公司不过是共同谋利的利益共同体;企业文化是企业形成凝聚力、影响力与发展力的核心精神因素。

公司治理的基本原则,在于股权与治权的平衡与制衡:既要避免大股东“一股独大”,损害中小股东和公司利益;也要防止公司落入过于“专制”的职业管理人之手而沦为“内部人控制”,损害股东和公司利益。公司治理之道正合民主、共和、宪政之价值追求:权利由股东依股权或约定平等享有;股东有权自由表达各自意志;股东会、董事会、监事会等机构设置核心在于管理权限的约束与制衡。

公司治理的基本结构在于股东会选举董事组成董事会,公司章程在法定范围内设置股东会与董事会的管理权限。公司法定代表人(往往也是实际控制人)产生的法定程序,是股东会选举公司董事,董事会选举产生董事长;不设董事会的,由股东会任命执行董事。股东会与董事会的关系往往成为公司实际控制权的关键,股东之间多在股东会、董事会层面争夺公司实际控制权。

非公众公司股东有限,且人合因素占据相当的重要性。虽受公司法等法律、法规及公司章程制约,但很多事情相对要隐秘得多:股东之间可能“真刀真枪”爆发“股东战争”(如“达娃之争”),亦可能由部分股东联合发动“公司政变”驱逐原实际控制人(如“江南某大市场案”),甚至可能是部分股东“卷走”公司核心资产(如“支付宝事件”);而公众公司治理相对要完备、透明得多,亦受到相对严格之监管,故其“掌门人”之争,多以公开透明之方式进行,可以是公司股东间的“股权对决”(如“国美内战”),亦可能是股东间一次性“选票对决”(如“胜利股份控制权之争”)。值得提醒的是:公司治理不当,甚至可能出现股东间自相残杀(如“周祖豹案”)的极端状况。

二、“契约精神”之实质在于公平

法律是利益分配与再分配的规则与手段。契约是当事人之间的法律。

公司股东利益分配的基础,是各自所提供资源的价值,而非一成不变的契约文