

民营企业法律实务

MIN YING QI YE FA LV SHI WU

朱山 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

民营企业法律实务

MIN YING QI YE FA LV SHI WU

朱 山 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

民营企业法律实务 / 朱山主编. — 北京: 法律出版社, 2014. 11

ISBN 978-7-5118-6944-9

I. ①民… II. ①朱… III. ①民营企业—企业法—基本知识—中国 IV. ①D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 227305 号

民营企业法律实务

朱山 主编

责任编辑 郑导
装帧设计 熊猫装帧设计

© 法律出版社·中国

开 本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16

印 张 28 字数 300 千

版 本 2014 年 11 月第 1 版

印 次 2014 年 11 月第 1 次印刷

出 版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经 销 新华书店

印 刷 北京荣泰印刷有限公司

责任印制 张建伟

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

销售热线 /010-63939792/9779

网址 /www.lawpress.com.cn

咨询电话 /010-6393976

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 /010-65382816/2908

西安分公司 /029-85388843

重庆公司 /023-65382816/2908

上海公司 /021-62071010/1636

北京分公司 /010-62534456

深圳公司 /0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5118-6944-9

定价: 65.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

改革开放 35 年来，我国民营经济取得了长足的发展，不论在经济总量、企业规模、占有国民经济比例，还是在服务社会、创造就业机会、改善民生方面，都有着翻天覆地的变化。党的十八届三中全会首次强调：“公有制经济和非公有制经济都是社会主义市场经济的重要组成部分，都是经济社会发展的重要基础。”中共中央政治局常委、全国政协主席俞正声指出，发展非公有制经济不是权宜之计，而是战略方针，是实现中国梦的强大动力。这些都充分体现了党和国家支持民营经济发展的坚定态度。

近年来，贵州省委、省政府高度重视民营经济发展，通过舆论引导、政策扶持、优化环境、创新机制等一系列措施给民营经济加快发展注入了强劲动力，民营经济每年以 30% 的速度增长，“三年倍增计划”取得显著成效。以贵州省统计部门的数据为例，截至 2013 年底，全省民营经济增加值首次突破 3400 亿元，占全省生产总值的比重也首次突破达到 43%，完成民间投资首次突破 5000 亿元，私营企业数首次突破达到 20 万户，企业注册资本首次突破 10,000 亿元；既有大企业大集团顶天立地，又有中小企业和个体工商户铺天盖地。可以说，持续快速发展的民营经济已经成为全省经济发展及其重要的支撑之一，成为区域经济发展不可或缺的重要力量。当前，全省面临 2020 年与全国同步建成全面小康社会，进而转入现代化建设阶段的历史重任。新的形势、新的任务要求我们更应从战略的高度重视民营经济发展，不断激发民营经济的活力和创造力，以民营经济的大繁荣推动全省经济的大发展。

回顾我国民营经济发展的这三十多年，非公人士走得很不容易，道路坎坷，这与民营经济本身发展的特点密切相关。我国民营经济形式最初以个体工商户出现，继而出现合伙企业、独资企业、有限责任公司、股份公司等；由于在创业之初，民营企业实施家庭式管理（通常是夫妻式投资与管理），在管理上十分松散；在决策上很不科学，尤其在重大投资上冒险成分非常大；企业财

务很不透明,存在做假账偷税、漏税情形不少;企业产品与服务离标准化、规范有很大差距。据贵州省工商联最近调研走访企业中发现,市场主体少,规模小;企业人才较为匮乏;科技创新滞后,转型压力大;准入门槛高、审批难、用地难、融资难、负担重、政策落地难问题已经成为影响民营企业发展的“顽疾”。其中民营企业融资难、融资贵又是企业反映最为突出的问题。

贵州贵达律师事务所自2000年成立以来,一直为贵州省个体私营企业提供法律服务与咨询,十余年来积累了较为丰富的服务经验,为全省各类个体私营经济挽回了巨大的经济损失。2011年该所获得了由贵州省人民政府授予的“贵州省十佳民营经济服务机构”。

本书是贵州贵达律师事务所根据服务贵州民营经济所积累的经验,总结了民营企业在市场经济环境中容易出现经济纠纷与法律风险,从企业法律实务的角度,为企业解决实务法律问题指出规范的思路与方法。本书涵盖的内容主要包括企业经营决策、内部制度管理、股权结构、合同审查、劳资纠纷、法律风险防范、企业重组等。

本书由该所朱山律师组织全所精干律师参与编写,突出地体现了以下特点:

一是注重实务。本书是基于民营企业在实际经济活动中产生的纠纷或法律问题而编撰,是为解决企业实际问题而编写,全书所有章节的内容都是针对企业活动相关的法律问题。

二是理论宣导。本书不仅仅关注实务,还勇于研讨民营经济发展的理论前沿,如关于民营经济发展环境现状与优化的阐述,认为法治环境是民营经济发展环境的重要组成部分,通过相对完善的法律制度来规范、保障和服务于民营经济的生产经营活动,是一种软环境,也是一个国家或者地区发展软实力的体现。市场经济对法律的内在要求和法律本身的特点,决定了法治环境在民营经济发展中的作用更带有根本性、长期性和稳定性。又如,宣传强化民营经济主体自身的市场化意识。实践中,民营经济主体对形势研判不够,市场化意识不强,遇事找政府,过分依赖政府。民营经济主体一定要认识到,自己是市场主体,自身要有担当,要有社会责任,优胜劣汰、生长沉浮、权责明确、责任自负本是市场应有之义。

三是地域性强。本书是贵州贵达律师事务所服务贵州省中小企业民营经济此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

济的经验总结，主要结合贵州经济、政治、司法实务而编撰，带有明显的地方特色。

四是通俗易懂。本书既可以作为企业法律顾问的参考读物，也可以作为企业法务人员的实务教材，同时企业管理者即使不具有法科知识背景，也可以读懂本书。

本书的亮点，体现在编者结合民营企业的法律实务，阐述了企业的股权制度与企业的并购重组实务，这是反映民营经济从产生、发展到今天壮大的根本性问题，这两个问题分别从法律的角度揭示了民营资本内部积累与外部扩张的动力源泉与根本路径。党的十八届三中全会指出，要积极发展混合所有制经济。

2014年李克强总理在政府工作报告中也提到，要“优化国有经济布局 and 结构，加快发展混合所有制经济，建立健全现代企业制度和公司法人治理结构”。纵观改革开放35年来，国有企业与民营企业一直是相互融合、相互补充、相互协调中发展。今天提出的发展混合所有制经济，无疑将推动国有经济和民营经济在更大范围、更广领域，形成“你中有我、我中有你”的新局面。我相信这本书会给广大的企业管理者与法律实力人员带来更具实践的指导意义。

是为序。

吴大华

2014年5月于贵阳甲秀楼

【吴大华：贵州省社会科学院院长、法学博士后、经济学博士后、博士生导师、全国第三届十大杰出中青年法学家】

目录

CONTENTS

序 言 / 001

第一章 中国民营企业的发展状况 / 001

第一节 概述 / 002

第二节 历史沿革 / 009

第三节 民营企业的现状 / 016

第四节 民营企业的法律制度 / 022

第二章 国内外民营企业法律顾问制度的比较 / 031

第一节 我国民营企业法律顾问的状况及特点 / 033

第二节 外国民营企业法律顾问的状况及特点 / 048

第三章 企业重大经营决策与重要商务活动 / 063

第一节 概述 / 064

第二节 法律顾问参与重大经营决策和重要商务活动的主要方式 / 068

第三节 法律顾问参与重大经营决策和重要商务活动的基本要求 / 074

第四节 法律意见书 / 078

第四章 企业规章制度建设 / 081

第一节 股东（大）会制度 / 082

第二节 董事会制度 / 086

第三节 监事会制度 / 090

第四节 公司章程 / 093

第五节 合同管理制度 / 095

第五章 企业商务谈判合同审查 / 097

第一节 商务谈判 / 098

第二节 合同草拟 / 102

第三节 合同审查 / 107

第六章 企业人力资源法律实务 / 111

第一节 劳动力招录审查 / 112

第二节 劳动合同制度 / 115

第三节 商业秘密与竞业禁止、竞业限制 / 128

第四节 劳动争议处理 / 131

第五节 企业社会保险制度 / 134

第七章 企业知识产权法律实务 / 151

第一节 概述 / 152

第二节 企业专利法律实务 / 153

第三节 企业商标法律实务 / 161

第四节 企业著作权法律实务 / 168

第五节 企业商业秘密法律实务 / 175

第八章 企业经济纠纷处理 / 177

第一节 概述 / 178

第二节 经济纠纷处理方式 / 179

第九章 企业刑事法律风险 / 195

第一节 企业刑事法律风险概述 / 196

第二节 企业刑事法律风险的防范 / 205

第十章 公司的设立、解散、清算、注销 / 213

第一节 公司设立 / 214

第二节 公司解散 / 223

第三节 公司清算 / 226

第四节 公司注销 / 237

第十一章 企业兼并重组法律实务 / 239

第一节 概述 / 240

第二节 企业并购管制 / 243

第三节 企业并购程序 / 249

第四节 交易结构 / 251

第五节 煤矿企业并购 / 259

第十二章 企业证券发行与上市 / 265

第一节 首次公开发行股票及上市交易 / 266

第二节 公开发行公司债券及上市 / 278

第三节 中小企业私募债的发行 / 281

第十三章 企业职工持股制度 / 287

第一节 企业职工持股制度的发展状况 / 289

第二节 建立企业职工持股制度的理论依据 / 298

第三节 建立企业职工持股制度的意义 / 305

第四节 如何建立我国的公司职工持股制度 / 309

第五节 建立我国企业职工持股制度亟待解决的法律问题和建议 / 322

第十四章 企业房地产法律实务 / 329

- 第一节 概述 / 330
- 第二节 房地产开发公司的设立 / 331
- 第三节 土地使用权取得流程 / 332
- 第四节 房地产项目申请立项 / 335
- 第五节 房地产项目建设阶段 / 336
- 第六节 房地产销售经营阶段 / 338
- 第七节 物业管理 / 340
- 第八节 房地产开发的法律风险 / 340

第十五章 企业国际业务 / 343

- 第一节 国际货物贸易业务 / 344
- 第二节 国际货物运输与保险业务 / 355
- 第三节 国际贸易支付业务 / 364
- 第四节 国际业务纠纷解决 / 370

第十六章 民营企业实务案例 / 377

- 第一节 企业人力资源管理纠纷案例 / 378
- 第二节 知识产权实务案例 / 383
- 第三节 企业合同实务案例 / 387
- 第四节 企业刑事法律风险案例 / 392
- 第五节 企业登记、设立、清算、破产实务案例 / 396
- 第六节 企业内部治理实务案例 / 402
- 第七节 建筑与房地产实务案例 / 407
- 第八节 企业担保实务案例 / 412

附录：各级政府关于民营企业政策文件选编 / 418

后记 / 437



第一章 中国民营企业的发展状况

第一节 概述

一、民营企业的概念及内涵

民营经济广义上是各类民营企业的统称,狭义地讲指个体、私营等非公有制企业。

中国在过去 35 多年里维持了令世人瞩目的高经济增长。推动这一高经济增长的动力,由最初的国有、集体企业混合引擎逐步过渡到国有、民营和外资三大引擎,且民营经济份额不断拓展^[1],其对中国经济增长的贡献越来越大。

从广义上看,民营企业只与国有独资企业相对,是指在中国境内除国有独资企业以外的所有非公有制企业。因此,归纳民营企业的概念就是:非国有独资企业均为民营企业。我们认为,根据十八届三中全会决议,混合所有制企业中民营控股企业亦为民营企业。

从狭义的角度来看,“民营企业”仅指私营企业和以私营企业控股的混合所有制企业。事实上,如今我国的民营企业多数是私营企业。“私营企业”这个概念由于历史原因不易摆脱歧视色彩,无论是私营企业的投资者、经营者,都倾向于使用中性的“民营企业”这个名称,这就使“民营企业”在许多情况下成为私营企业的别称。同时,由于私有制与传统公有制相冲突,我国政府便将它们命名为“民营企业”。因民营企业的英文名是 private business 或者是 private enterprise,翻译成中文即为私营企业,所以,“民营企业”是具有强烈中国特色的词汇,在中国大陆和台湾地区甚为普遍,在欧美等主要市场经济国家则一般称为私有企业或私营企业。

[1] 《中国民营企业模式的历史演变和展望》,周春生2007年随笔。

二、民营企业与国有企业的区别

（一）国有企业的概念及特点

国有企业是指资本全部或主要由国家投入并为国家所有，依法设立从事生产经营活动的组织，包括国有独资企业、国有独资公司或者国有资本控股公司。国有企业是一种特殊企业，它的资本全部或主要由国家投入，其全部资本或主要股份归国家所有。

国有企业作为法人同一般企业法人比较，具有其特殊性。凡法人都应拥有独立财产，一般企业法人对其财产拥有所有权，但我国国有企业（这里指国有独资企业）对财产只享有经营管理权，而无所有权。在所属法人类型上，国有企业法人也有其特殊性，法人通常可分为私法人与公法人、社团法人与财团法人、营利法人与公益法人等，一般的企业法人属于私法人、社团法人和营利法人，而国有企业却兼具有不同类型法人的特点。

1. 兼具私法人的特点

国有企业全部或主要由国家投资设立，由国家有关主管机关或其授权部门进行管理，在国有并国营情况下，国家还委派国家工作人员进驻企业主持生产经营活动。它分担一定的国有管理职能，但不同于国家机关以专司某种国家管理为本职，它主要从事生产经营活动。国家及其有关政府部门对它进行较为严格的管理，但毕竟不同于对一般国家机关或其部门的管理。它的组织与活动所适用的法律具有公法性，但又有许多私法性质的条款，并适用其他一般企业法的许多基本规定。

2. 兼具社团与财团法人特点

国有企业是一个组织体，具有“人的团体”的特征，但其并不必备“两个以上出资人”的条件而全部或主要由国家出资，体现出以国有投资的“特定财产为中心”这一财团法人的性质；它具有社团法人“对于人的团体赋予权利能力”的特征，又有财团法人“对于供一定目的（用于生产经营）的特定财产赋予权能力”的性质；它有一定的人为其成员，但其作为成员并非为股东；它有最高权力机关，但并非为社员（股东）大会，它的机关有一定决策权，但非为

全权，许多重大事项必须经国家主管机关决定。此外，社团法人的设立须有两人以上的合同行为，国有企业不具备这一要求；财团法人限于公益法人，不具有营利性，但国有企业兼具有两者的特点。

3. 兼具有营利法人与公益法人的特点

国有企业一般有营利的目的，但往往不以营利为其唯一目的，有些国有企业从其开办就不是或主要不是为了营利，而是为了实现国家调节经济或其他国家政策，为了国民经济的总体和长远发展或其他方面的国家和社会利益；营利法人不仅有营利目的，而且以其利润分配于其成员，而国有企业在实行国营时，其利润则上缴国家。

综上所述，国有企业是企业，但是一种特殊企业；是法人，但是一种具有特殊性质的法人。如果注重国有企业的营利性一面，减轻其政策性使命，扩大它的生产经营自主权，放宽和改善政府对它的干预管理，则国有企业便更像企业（更接近于一般企业的各项特征）；作为法人，它更接近于私法人、社团法人和营利法人。反之，则国有企业更像国家机关或其附属物；作为法人，更接近于公法人，财团法人和公益法人。实行政企分开，深化国有企业改革，建立现代企业制度是国有企业发展的必然。

（二）民营企业对于国有企业的优势和劣势

民营与国有最大的差异在于管理、福利、组织、市场、资金等方面。

国有企业所有的决策都要经过一段冗长的讨论、申报、审批过程，它的反应比较慢，管理相对死板，因此很多国有企业逐步通过关闭停产等退出市场，原因即在于此。国有企业的激励机制、约束机制比较滞后，但民营企业在这方面与国有企业具有非常明显的不同。可随市场要求及时做出合理适时的调整甚至革新，因此，民营企业决策过程比较短，反应灵活，机制比较灵活。

民营企业职工福利随企业业绩增幅而不断变化，有种无形的全系企业成败的安危联系，而国有企业相对就是大锅饭，煮好煮坏都是国家的。

民营企业组织架构相对简单实效，职权相对到位，奖惩明显，国有企业组织架构过于行政化且官僚主义严重，责任推诿，管理混乱。

民营企业市场相对多变，潜在市场有待开发几率较高，市场开拓能力较强。国有企业市场狭隘，主要靠贸易拉动市场，攻关能力只能借助政治色彩掩

护，经不起真正经济市场的检验。

民营企业和国有企业比的劣势是，民营企业普遍受到政府的歧视，民营企业从银行处贷款十分困难，资金相对薄弱。而国有企业全部或者主要由政府出资，资金充裕，享受政府各方面政策的巨大支持。民营企业总体上规模偏小，经营管理方式落后，抵御市场风险的能力较弱，很多企业缺乏长远规划和科学管理。一旦经营不善，发生资金链断裂、造成停产歇业或资不抵债，大多数企业便以故意不参加年检的方式等待工商行政管理部门吊销营业执照。

三、民营企业与私营企业的区别

（一）私营企业的概念及特征

根据国务院 1988 年 6 月 25 日发布的《中华人民共和国私营企业暂行条例》（以下简称《条例》），第 2 条规定：“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。”综观《条例》的规定，私营企业具有如下法律特征：

1. 从所有权上看，私人企业的资产属于私人所有

私营企业的资产，是由私人进行投资形成的，从所有权性质上来说，属于私有经济，因而，私营企业的资产，不论是其初始投资还是以后的增值部分，都属于私人所有。这可以看做是私营企业与国有企业和集体企业的根本区别。当然，这里所说的“私人”，既可以是一个“私人”，也可以是若干个“私人”。

2. 在劳资关系上，私人企业以雇佣劳动为基础

在私营企业中，私营企业的投资者是企业的主人，而工人只是投资者所雇用的劳动者，劳资之间的关系是典型的雇佣劳动关系。

3. 在雇佣工人的人数上，私营企业必须是雇用 8 人以上

这里所说的雇工，指的是投资者以外的受雇于企业的人员。私营企业的雇工应该不少于“8 人”。这里的数量要求，是从劳动用工的角度来限制，而不是从投资者的人数来限制。私营企业的这一特性为其与个体工商户之间划清了界限。如前所述，私营企业以雇佣劳动为基础，而个体工商户则以自己的劳动为主，因此，私营企业的雇工必须有一定的规模，即 8 人以上，而个体工商户则主要靠自己的劳动，虽然有时个体工商户也可请一两个帮手。如果个体工商户

的雇佣工人在 8 人以上（含本数），则应登记为私营企业。

4. 从性质上说，私营企业是营利性的经济组织

私营企业是由私人投资、雇工劳动、独立参加社会经济生活并以营利为目的的经济组织。私营企业的营利性，是其与其他由私人出资的慈善组织或社会福利组织等之间的本质区别。

5. 从业务范围来看，私营企业的经营范围有一定的限制

《条例》第 12 条规定：“私营企业可以在国家法律、法规和政策规定的范围内，从事工业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、服务业、修理业和科技咨询等行业的生产经营。私营企业不得从事军工、金融业的生产经营，不得生产经营国家禁止经营的产品。”由此可见，《条例》有其突出了私营企业不得从事“军工”和“金融业”的生产经营。随着中国改革开放和市场经济的发展，特别是国务院 36 条出台后，私营企业和民营资本逐步进入垄断行业。党的十八届三中全会决议明确了以私营企业为主的非公有制经济可通过独资、控股、参股等形式进入金融、军工等行业。

（二）私营企业的种类

根据《条例》的规定，我国的私营企业分为独资企业、合伙企业、有限责任公司三种形式。

1. 私营独资企业

即个人独资企业，是指依照《中华人民共和国个人独资企业法》在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。私营企业不具有法人资格。私营独资企业不仅应受《条例》的调整，还应受《中华人民共和国个人独资企业法》的调整。

2. 私营合伙企业

是指在中国境内设立的由各合伙人订立合伙协议，按照协议投资、共同经营、共负盈亏，并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。合伙企业也不具有法人资格。私营合伙企业受《条例》和《中华人民共和国合伙企业法》的双重调整与保护。

3. 私营有限责任公司

是指投资者即股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产

对公司的债务承担责任的企业法人。私营企业的投资者对其所投资设立公司的财产责任只限于其所出资的部分，而不涉及投资者的其他财产。公司以其全部独立的法人财产对公司的债务承担责任。私营有限责任公司依法取得法人资格，受《条例》和《中华人民共和国公司法》的双重规范与调整。^[1]

（三）民营企业与私营企业的区别

1. 民营企业的范围远远比私营企业的范围大，私营企业属于民营企业的一部分。因此，民营企业不等于私营企业，国有企业民营化也不能等于私有化，民营化表明了政府退出企业的方向，大力发展混合所有制经济也不等于私有化，不会改变国有经济的主导地位。

2. “私营企业”是一个法律概念，我国法律明确承认了“私营企业”的概念，而“民营企业”则不是一个法律概念。民营是从经营机制上说的，私营是从产权说的，后者受到相关法律保护，前者只是存在于学术理论上的说法。尽管实际运行中人们常说到民营企业，但民营企业不是一个法律概念，在工商部门也没有民营的统计口径。中国先后制定了《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国个人独资企业法》、《中华人民共和国合伙企业法》等法律，这些法律对相应的企业在各方面都做了具体的法律规定，基本上涵盖了现阶段中国各种类型的企业，但均没有“民营企业”这一称谓。“民营企业”概念，是中国企业改革的现实复杂性的产物。中国经济体系中的传统主体是国有企业和集体企业，这两类企业的固有弊端已经受到政府和社会的关注。中央政府已经采取一系列的措施对这两类企业进行改革。但是，由于过渡时期内“私有”、“私营”概念的局限性——与公有的明显对立性，使得人们选择和发展了“民营”的概念。正由于私营企业的概念受到了法律的诸多限制，使得充满了活力和灵活性的“民营企业”概念得到了我国现实经济生活的青睐。除非以后约定俗成，给“民营企业”更严格的法律地位，否则，民营这个概念将会逐渐消失。

民营经济是以反映投资主体或经营主体为主要特征的经济成分，是在一个国度里由本国居民投资创办、经营或控股经营的企业和事业单位等经济要素的

[1] 陈荣文：《私营企业法律制度教案》，2000年论文。