

山东省社科联人文社会科学课题

民营企业

法律风险的识别与防范

侯鲜明/著

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

山东省社科联人文社会科学课题

MINYINGQIYE
FALV FENGXIAN DE SHIBIE YU FANGFAN

民营企业

侯鲜明/著

法律风险的识别与防范

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

民营企业法律风险的识别与防范 / 侯鲜明著. — 济南: 山东人民出版社, 2017. 7

ISBN 978-7-209-10896-6

I. ①民… II. ①侯… 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(2017) 第148488 号

民营企业法律风险的识别与防范

侯鲜明 著

主管部门 山东出版传媒股份有限公司

出版发行 山东人民出版社

社 址 济南市胜利大街 39 号

邮 编 250001

电 话 总编室 (0531) 82098914

市场部 (0531) 82098027

网 址 <http://www.sd-book.com.cn>

印 装 山东省东营市新华印刷厂

经 销 新华书店

规 格 16 开 (169mm × 239mm)

印 张 23.25

字 数 350 千字

版 次 2017 年 7 月第 1 版

印 次 2017 年 7 月第 1 次

印 数 1—1000

ISBN 978-7-209-10896-6

定 价 42.00 元

如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换。

前言 | PREFACE

市场经济是法治经济。民营企业是我国市场经济的重要主体,也是国民经济的细胞。完善的市场经济体制,需要与之相适应的健全的法律体系。随着我国市场经济体制的逐步完善和国家法制体系的不断健全,识别和防范经营过程中的法律风险正在成为我国民营企业发展过程中日益突出的新课题。

从历史的角度考察,“民营企业”是一个具有强烈中国特色的词语。民营企业的概念最初是作为计划经济时代国营企业的相对物出现的。随着我国改革开放的不断深入,尤其是所有权和经营权分离这种改革模式的确立,国营企业逐渐被国有企业的概念所取代,但是民营企业这个概念仍然独立延续下来,并成为一种约定俗成的习惯用语。这一方面反映了该概念意识独立存在的延续性,另一方面也反映了时至今日,在民营企业领域仍然没有经历所有权和经营权分离的改革,事实上,目前很多民营企业的所有权和经营权仍然是统一的。因此从这个意义上,民营企业的概念仍然有其存在的意义。

我国法律中并没有“民营企业”的概念,要给民营企业明确界定一个科学的法律概念几乎是不可能的。但出于理解的需要和讨论的方便,本书中的民营企业是指在我国境内除国有企业、国有资产控股企业和外商投资企业以外的其他企业,包括个人独资企业、合伙企业、有限责任公司和股份有限公司。

作为改革开放后成长起来的新生事物,我国民营企业克服了基础薄弱和先天不足等劣势,随着中国经济的迅速增长而得到了飞速发展。民营企业已成为我国国民经济的重要组成部分,并逐渐在优化资源配置、维护供需平衡、推动技术创新、扩大劳动就业和增加税收等方面发挥着重要作用。据统计,近十年来,民营企业已稳占我国国民经济的半壁江山,对税收和固定资产投资的贡献率均超过 50%,对 GDP 的贡献率超过 60%,对新增就业的贡献率超过 90%,已成为我国国民经济中最为活跃的经济增长点。

在取得辉煌成绩的同时,近年来民营企业在发展过程中存在诸多法律问题,它们或者为了突破融资瓶颈铤而走险,采取灰色的融资方式;或者为了在夹缝中生存与政府官员结合,进行“权钱交易”;或者为了保持对企业的控制权,笃信家族化管理,缺乏现代化的企业治理结构,难以在市场中保持长久的优势和竞争力;或者为了超常规发展而采取违法手段盲目扩张,导致企业的经营和信誉受损,从而引发严重不良的法律后果。诸如此类的法律问题在实践中严重威胁着民营企业的生存与发展,同时也让法律工作者感到一种责任和压力,感到有必要对民营企业运营过程中存在的或者可能涉及的法律风险进行多方位的思考分析,并提供一般意义上的可操作的风险防范和化解的方案。

我国民营企业运营过程中存在或可能涉及的法律问题比较多,内容交叉性强,难以进行精确的分类。为了在内容和体系上做到相对合理的分类,本书在写作框架上,以当前我国经济转型、产业结构调整作为研究

背景,根据作者多年从事民营企业相关法律工作的经验,结合我国民营企业发展运营过程中存在的隐患与法律风险,按照“事前预防、事中控制、事后救济”的思路,从宪法、民法、商法、经济法、刑法、环境保护法等多角度,依次对我国民营企业在设立、合同交易、劳动用工、知识产权保护、融资方式、境内外上市、履行社会责任的法律风险,以及企业家面临的个人财产继承以及刑事责任风险等方面进行系统分析,并有针对性地提出防范与化解法律风险的措施。上述内容基本涵盖了我国民营企业发展经营过程中遇到的各类法律风险,从法律部门看,包括行政风险、民事风险和刑事风险等;从空间看,涉及民营企业的内部、外部甚至全球化条件下的风险。

本书是作者承担的2016年度山东省社科联人文社会科学课题的研究成果,也是作者根据自己的经验和认知角度,对我国民营企业运营过程中存在或可能涉及的法律风险的一种分析阐述。由于作者时间、精力和能力的局限,该成果肯定还存在不足或缺陷,也难免挂一漏万、表述不清,恳请读者批评指正。如果该研究成果能够成为读者批评的靶子从而能加深读者对我国民营企业运营中法律风险的认识和预防,作者将深感荣幸;如果对该研究成果的批评有理有据从而能让作者获得新知,作者将深表谢意。

侯鲜明

2017年6月

目 录 | CONTENTS

前 言	1
第一章 民营企业设立的法律风险	1
第一节 企业法律形态的选择	2
第二节 股东出资的法律风险防范	19
第三节 公司章程的法律风险防范	34
第四节 企业设立登记法律风险防范	43
第二章 民营企业交易合同法律风险	53
第一节 合同订立阶段的法律风险	54
第二节 合同主体的法律风险	70
第三节 合同条款的法律风险	78
第四节 合同救济的法律风险	92
第三章 民营企业劳动用工法律风险	106
第一节 劳动合同的订立	107
第二节 劳动合同的履行	135
第三节 劳动合同的解除和终止	145
第四节 劳动争议的解决	155

第四章 民营企业知识产权法律风险	161
第一节 企业专利法律风险	162
第二节 企业商标法律风险	170
第三节 企业商业秘密法律风险	187
第五章 民营企业融资法律风险	194
第一节 民间借贷的法律风险	195
第二节 债券融资的法律风险	208
第三节 融资租赁的法律风险	214
第四节 私募股权融资的法律风险	219
第六章 民营企业上市法律风险	230
第一节 股票发行上市中的法律风险	231
第二节 企业上市后的法律风险	243
第三节 民营企业境外上市的风险	261
第七章 民营企业履行社会责任的法律风险	282
第一节 保护消费者权益	283
第二节 节约资源, 保护环境	300
第三节 参与公益慈善事业	311
第八章 民营企业创业者的法律风险	323
第一节 刑事法律风险	324
第二节 民事法律风险	333
第三节 财产继承的法律风险	350
主要参考书目	362



第一章

民营企业设立的法律风险

从法律意义上讲，企业是连续稳定地从事经济活动的营利性社会组织。企业作为社会主体之一，在现代经济生活中发挥着非常重要的作用，但是企业作用的发挥是以其有效存在为前提。作为法律拟制的主体，企业需要按照法定的条件程序设立。企业设立的过程就是企业创业者合理组织各种生产要素，进行人力、物力和资产投资，进行基本建设和其他方面的组建工作，以形成企业的生产经营能力的过程。企业设立过程中存在因素选择，隐含着诸多法律风险，如果选择不当甚至有瑕疵，不仅会影响企业的正常经营活动，甚至会影响到企业未来的生存发展。

第一节 企业法律形态的选择

企业设立是所有创业者都要经过的第一步，是企业发展的起点和根基，其重要性不言而喻。琐碎复杂的设立程序中隐藏了各种各样的法律风险，如何选择对自己最有利的企业形态，是创业者首先必须考虑的问题。目前我国将公司、合伙企业和个人独资企业作为企业法定分类的基本形态，这三类企业在资本构成、责任形式和法律地位等方面有很大的区别。

一、有限责任公司

有限责任公司，又称有限公司，是指依照《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）设立，股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任的企业法人。由于有限公司的出资人承担有限责任，能够最大限度地有效避免投资风险，受到大多数投资者的青睐，因此，这种企业形式成为最常见的市场主体。

（一）有限责任公司的设立条件

根据我国《公司法》第23条的规定，设立有限责任公司必须具备以下条件。

1. 具有符合法律规定的股东人数

《公司法》规定，有限责任公司由五十个以下股东出资设立。一个自然人或者一个法人可以投资设立一人有限责任公司（简称“一人公司”），一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。法律对有限责任公司股东作出最高人数的限制，主要在于使有限责任公司符合“人合”的性质，能反映股东间彼此信任的特点。

2. 有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额

2013年12月28日，十二届全国人大常委会第六次会议通过的《中华人民共和国公司法》修正案，取消有限责任公司的法定最低注册资本，实行注

注册资本认缴登记制，从而降低了注册登记公司的门槛，有利于大众创业，也适应了国际资本市场的规则。当然，法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。目前在我国，银行业金融机构、证券公司、期货公司、基金管理公司、保险公司、保险专业代理机构和保险经纪人、直销企业、对外劳务合作企业、融资性担保公司，典当行、保险资产管理公司、小额贷款公司等 27 个行业的公司继续实行注册资本实缴登记制。例如，我国《保险法》第 69 条规定，设立保险公司，其注册资本的最低限额为人民币二亿元。注册资本必须为实缴货币资本。商务部、公安部 2005 年颁布的《典当管理办法》规定，典当行注册资本最低限额为三百万元，从事房地产抵押典当业务的，注册资本最低限额为五百万元，从事财产权利质押典当业务的，注册资本最低限额为一千万元。典当行的注册资本最低限额应当为股东实缴的货币资本。

3. 有发起人共同制定的公司章程或一人公司股东制定的章程

公司章程是记载公司组织规范和行动准则的书面文件，须由全体发起人共同制定和签署。公司章程体现着全体股东的共同意志，对公司、全体股东、公司的组织机构和经营管理人员均有约束力。《公司法》第 25 条对有限责任公司章程应当载明的事项作了明确规定。

4. 有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构

公司名称是公司法人人格特定化的标记，是公司在生产经营活动中用以区别于其他民事主体的固定称谓，也是公司商誉的重要组成部分，是一种无形财产。在一定时期一个公司只能有一个名称。公司名称应符合名称登记管理的有关规定，名称中须标明“有限责任公司”或“有限公司”字样。公司组织机构是公司存在和运行的制度体现和保障，也是公司实现有效治理的基础。公司组织机构通常由权力机构、决策和代表机构、执行机构、监督机构等构成，每一机构执掌不同的权力，具体包括股东会、董事会（执行董事）、监事会（监事）和经理。

5. 有公司住所

公司住所是公司的主要办事机构所在地，也是公司最重要的生产经营场所。

公司的生产经营场所可以有多个，但公司的住所只能有一个。公司住所是公司章程必须记载的事项。确定公司住所是为了便于国家有关机关对公司的行政管理和司法管辖，确定某些法律对该公司的适用以及便于他人与公司的民事往来等。

（二）有限责任公司的特征

与其他的公司类型相比，有限责任公司具有以下特征。

1. 股东人数的限制性

对有限责任公司的股东人数，凡是不承认一人公司的国家，其公司法中都有下限和上限的规定，一般规定股东人数为二人以上三十人以下或五十人以下；凡是承认一人公司的国家，其公司法中一般仅规定股东人数的上限，而无下限的规定。我国公司法承认一人公司，没有股东人数下限的规定，但规定股东人数上限为五十人。之所以如此规定，是由有限责任公司的自身性质决定的。因为有限责任公司虽是资合公司，却具有一定的人合性，股东须相互信任，这就决定了其股东人数不可能太多，有必要作出上限规定。

2. 股东责任的有限性

有限责任公司的股东仅以其出资额为限对公司承担责任。除此之外，对公司以及公司的债权人不负任何财产责任，公司的债权人也不得直接向股东主张债权或请求清偿。这是有限责任公司与无限责任公司的根本区别。

3. 公司资本的封闭性

有限责任公司的资本只能由全体股东认缴，不能向社会公开募集资本，不能发行股票。由于不能向社会公开募集资本，有限责任公司的会计账簿无须向社会公开。另外，对公司股东出资的转让也有严格限制。股东向股东以外的第三人转让股权，应当经其他股东过半数同意；不同意转让的股东应当购买该转让的股权，如果不购买，视为同意转让。

4. 公司组织的简便性

有限责任公司的设立程序简便，只有发起设立，而无募集设立，公司的资本总额由设立时的股东全部认足，不可向外招募；公司的组织机构比较简单、灵活，股东会的召集方法和决议形成的程序亦较简便；股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以不设董事会和监事会，只设一名执行董事和一至两

名监事。

5. 资合与人合的统一性

有限责任公司虽然从本质上说是一种资本的联合，但因其股东人数有上限的规定，资本又具有封闭性的特点，故而股东相互间存在人身信任因素，具有人合的色彩，这就决定了此类公司一般是适合于中小企业的组织形式。

（三）有限责任公司的评价

有限责任公司是公司制度发展过程中出现最晚的一种公司形式，它兼采了无限公司和股份有限公司的优点，又克服了它们的不足。一方面，有限责任公司具有无限公司的人合性，股东人数较少，相互了解信任，容易协调，协商一致解决公司事务的难度较小，而这些股东又不必像无限公司的股东那样承担无限责任；另一方面，有限责任公司又具有股份有限公司资合性的特点，股东仅以其出资额为限对公司承担责任，又不像股份有限公司的股东那样以放弃对公司业务的管理权作为代价。另外，有限责任公司因其人合性决定了其具有封闭性的特点，有限责任公司的财务信息、经营状况等情况只需对公司股东公布，而无须向社会公众公布。

但是，有限责任公司也因其具有人合性和封闭性的特点，使得其具有诸多弊端。一是有限责任公司缺乏社会公众监督，难免会出现个别股东滥用公司形式，不适当逃避责任和风险；二是有限公司不注重公示主义，股东或公司更容易忽视债权人及社会公众利益；三是有限责任公司股东在对外转让股权时必须经过其他股东同意，且要保障其他股东的优先购买权，这就导致有限责任公司的股权流动性较差，股东的投资变现能力受到影响，投资风险相对较高。所以，有限责任公司一般难以成长为大型企业，总体上它是更符合中小企业需要的公司形式。各国实践中，大多数中小企业都采取了有限责任公司的形式。

二、股份有限公司

股份有限公司，简称股份公司，是指公司全部资本分为等额股份，股东以其认购的股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业法人。

（一）股份有限公司的设立条件

根据我国《公司法》第 76 条的规定，设立股份有限公司必须具备以下条件。

1. 发起人符合法定人数

发起人也称创办人，是订立公司发起协议，提出设立公司申请，认购公司股份，并对公司设立承担责任的人。发起人在公司成立后即成为公司的首批股东。一般而言，公司的发起人可以是自然人，也可以是法人，只要发起人具有民事权利能力和民事行为能力，就可成为公司的发起人。《公司法》第 78 条规定，设立股份有限公司，应当有二人以上二百人以下为发起人，其中必须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

2. 有符合公司章程规定的全体发起人认购的股本总额或者募集的实收股本总额

根据《公司法》的规定，股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。2013 年 12 月 28 日，十二届全国人大常委会第六次会议通过的《中华人民共和国公司法》修正案，取消了股份有限公司注册资本的最低要求限制，淡化了资本信用的要求，强化了资产信用。同时，《公司法》也规定，法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。例如，我国《保险法》规定，设立保险公司，其注册资本的最低限额为人民币二亿元。

3. 股份发行、筹办事项符合法律规定

法律对于股份发行及公司的筹办事项有严格规定，设立股份有限公司应当符合这些规定。例如，发起人承担公司筹办事务，应当签订发起人协议，明确各自在公司设立过程中的权利和义务。以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份；一次缴纳的，应即缴纳全部出资；分期缴纳的，应即缴纳首期出资。以非货币财产出资的，应当依法办理

其财产权的转移手续。发起人首次缴纳出资后，应当选举董事会和监事会。以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之三十五；但是，法律、行政法规另有规定的，从其规定。发起人向社会公开募集股份，必须公告招股说明书，并制作认股书。发起人向社会公开募集股份，应当与证券公司签订承销协议，并同银行签订代收股款协议。发行股份的股款缴足后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。发起人应当自股款缴足之日起三十日内主持召开公司创立大会。

4. 发起人制订公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过

公司章程是公司最重要的自治规则，是公司高效有序运行的重要前提。对于发起设立的股份有限公司，在公司成立之后成为公司股东的投资者仅限于发起人。因此，发起设立的股份有限公司仍然具有封闭性的特点。发起人所制订的章程已经反映了公司设立时所有投资者的共同意志。因此，只要发起人在所制订的章程上签字或盖章，表示同意接受章程的内容，就标志着章程制订程序的结束。而对于募集设立的股份有限公司，在公司成立之后成为公司初始股东的不仅有发起人，而且还有众多的认股人，公司的股东已经社会化，因此，募集设立的股份有限公司属于开放式的公众性公司。这样，发起人制订的公司章程并不一定能够反映公司设立的所有投资者，特别是认股人的意志。因此，公司申请登记之前，必须召开创立大会，讨论审议与设立公司有关的事宜，其中就包括通过公司章程。只有经过创立大会通过的章程，才能反映公司设立阶段所有投资者的意志。

5. 有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构

拟设立的股份有限公司应当依照法律规定确定公司名称，并建立股东大会、董事会、监事会和经理等公司的组织机构，明确其职权和职责。

6. 有公司住所

住所是公司主要办事机构所在地，是公司章程的必备条款之一，也是公司注册登记的事项之一。一个公司只能有一个住所。确认公司住所具有十分重要的意义。它不仅是确定工商登记、税收等机关的前提，而且也是在诉讼中确认地域管辖和诉讼文书送达地的一项基本标准，同时在涉外诉讼中，还是解决法

律冲突的重要依据。^①

（二）股份有限公司的特征

股份有限和公司与其他公司类型相比，具有以下特征。

1. 股东责任的有限性

股份有限公司的股东对公司债务仅以其认购的股份为限承担责任，公司的债权人不得直接向公司股东提出清偿债务的要求。股东责任的有限性，是股份有限公司区别于无限公司的主要法律特征。

2. 股份发行和转让的公开性、自由性

股份有限公司的这一特征，是区别于其他各种公司的最主要的特征。为了适应社会化大生产对巨额资本的需求，股份有限公司通常是通过向社会公众广泛地发行股票来募集资本，这种募集方式使得股份有限公司股东人数众多，分散广泛。同时，为了提高股份的融资能力和吸引投资者，股份必须具有较高程度的流通性，股票必须能够自由转让和交易，否则不利于资本募集的实现。因此，股份有限公司的股票除了可以在一般交易场所转让交易外，还可以申请在证券交易所挂牌上市交易，股份有限公司也由此成为上市公司。

3. 股东出资的股份性

这是股份有限公司与有限责任公司的区别之一。股份有限公司的全部资本划分为金额相等的股份，股份是构成公司资本的最小单位。这种资本股份化的采用，是为了适应股份有限公司独特的向社会公开募集资本的便利性需求，同时也便于股东股权的确定和行使。而有限责任公司股东的出资并不是划分为等额股份，而是以其实际的出资金额或出资比例来确定和行使股权。

4. 公司经营状况的公开性

由于股份有限公司股份发行的公开性以及股份转让的自由性，使得股份有限公司的经营状况不仅要向股东公开，而且还必须向社会公开，使社会公众了解公司的经营状况，以最大限度地保护股东、债权人及社会公众利益。对于公开发行股票并上市的股份有限公司而言，其社会性更强。在证券法中，信息公

^① 施天涛著：《公司法论》，法律出版社2006年版，第154页。

开原则是最重要的法律原则，也是上市公司需要遵循的最重要的行为准则，上市公司必须将其包括财务会计报告等在内的一切重要的经营事项，全面、及时、准确地向社会公开。这种公开性的特点与有限责任公司的封闭性完全不同。

5. 信用基础的资合性

股份有限公司的信用基础在于公司资本和资产，这与股东的有限责任是相联系的。公司资本和资产不仅是公司进行经营的基本条件，也是公司承担债务的基本担保。因此，股份有限公司实行严格的资本确定、资本维持和资本不变原则，实行法定资本制的国家一般都要求公司设立必须达到法定资本的最低限额。股东只能以货币、实物等出资，而不能以信用、劳务出资。公司的盈余分配严格实行“无盈不分”的原则。这些都与人合性的无限公司截然相反。此外，相对于兼具资合性和人合性的有限责任公司而言，股份有限公司在募集资本和股东分布的广泛性、股份的流通性和转让的自由性等方面，都体现了更为充分和彻底的资合性。因此，股份有限公司是最典型的资合公司。

（三）股份有限公司的评价

股份有限公司作为社会化大生产的组织形式，符合和适应了生产力发展的客观要求，大大加速了社会资本的集中过程。在现代市场经济中，股份有限公司具有其他公司和企业形式无可比拟的优越性，但同时它又有不可避免的缺陷或不足。因此，对股份有限公司应进行辩证的分析，以对其作出全面、客观的评价。

1. 股份有限公司的优越性

（1）利于快速集资。股份有限公司是集中资本的一种最有利的公司形式，这不仅是由于它可以对外发行股票，而且由于它的股份金额一般较少，任何投资者只要认购股票和支付股款，都可以成为股份有限公司的股东。因此，股份有限公司可以更为广泛地吸收社会的小额分散资金，将超量的生活资金转化为生产资金。

（2）分散风险。由于股份金额较少，股份有限公司大量的股东个人所拥有的股份只占公司总资本很少的一部分，而股东又只以其拥有的股份金额对公