

企业风险管理与防范策略丛书

SME LAW RISK AND
中小企业创业经营
法律风险与防范策略
PREVENTION
STRATEGY

吴家曦◎主编

法眼天下

透析种种创业经营法律风险

独辟蹊径

打造冷峻理智企业管理人员



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

浙江省社会科学界联合会
2007年社科普及课题重点立项课题成果

中小企业创业经营 法律风险与防范策略

吴家曦◎主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中小企业创业经营法律风险与防范策略 / 吴家曦主编.
北京:法律出版社,2008.8
ISBN 978-7-5036-8640-5

I. 中… II. 吴… III. 中小企业—企业法—基本知识—
中国 IV. D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 101635 号

© 法律出版社·中国

中小企业创业经营法律风险与防范策略
吴家曦 / 主编

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 孙 慧
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 22.75
字数 370 千
版本 2008 年 11 月第 1 版
印次 2008 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址/ www.lawpress.com.cn

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978-7-5036-8640-5

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《中小企业创业经营法律风险与防范策略》

编辑委员会

主 任

吴家曦 浙江省经济贸易委员会副主任
浙江省中小企业局局长

副主任

孙笑侠 浙江大学光华法学院院长、博士生导师、教授
浙江省法学会中小企业法学研究会会长
高剑明 浙江省中小企业局副局长

委 员 (以姓氏笔画为序)

王小军 刘 恩 刘应邦 孙笑侠 朱智慧 应云进
劳俊华 吴家曦 郑金都 胡祥甫 高剑明 梁上上
康莉莹 章靖忠

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

万剑飞 王 嫣 王全明 王红燕 白 龙 申柱石
刘 恩 江 力 任 辉 朱智慧 李 政 应云进
汤云周 吴连明 劳俊华 陈洵熙 李俊凤 吴海珍
郭 力 娄建江 郭人菡 黄伟源 崔海燕 黄新发
葛 成 裘 陈 颜 飏 戴 筠

前 言

市场经济是法治经济。中小企业是市场经济主体的基础,是国民经济的细胞。完善的社会主义市场经济体制,建立在与之相适应的健全的法律法规及其政策体系的基础之上。随着我国市场经济体制的逐步发展完善和国家法治体系的不断健全,防范创业经营过程中的法律风险正在成为中小企业发展日益突出的新课题。

重视创业经营法律风险的防范是不断完善市场经济体制的必然要求。党的十七大报告提出,要深化对社会主义市场经济规律的认识,从制度上更好发挥市场在资源配置中的基础性作用,形成有利于科学发展的宏观调控体系。现阶段的创业与改革开放初期的创业已不可同日而语。我国的改革开放是计划经济逐步被打破,市场经济逐步建立的过程。以往民众创业往往是胆大做英雄,发展到今天,市场经济体制不断健全和完善,中小企业创业经营要遵循市场交易规则,讲诚信守信用,才能得到持续发展,如果违反市场交易规则,则会得到相应的处罚。

重视创业经营法律风险的防范是建设社会主义法治国家的内在要求。近年来,国家先后制定出台了新《公司法》、《物权法》、《反垄断法》、《劳动合同法》、《企业所得税法》等一系列新法律。这几部法律的出台,标志着中国特色社会主义法律体系的进一步形成,标志着促进企业特别是中小企业发展的基本法律制度的进一步健全,标志着我国经济社会法治环境的进一步完善。从某种程度上讲,中小企业的发展程度反映市场经济的发育程度,中小企业的法治水平体现市场经济体制的完善程度。党的十七大报告提出,全面落实依法治国基本方略,加快建设社会主义法治国家。重视法律风险的防范是法治国家建设对中小企业创业经营提出的内在要求。

重视创业经营法律风险的防范是中小企业依法治企的自身需要。这里讲的“依法治企”包括两方面的含义:一方面,要依法行政。例如,《反垄断法》要求政府及其有关部门应为中小企业提供公平的竞争环境;《物权法》强调平等保护中小企业的物权;《企业所得税法》则坚持中小企业同等国民待遇的原

则。另一方面,包括中小企业在内的所有企业应依法经营管理。比如,新《公司法》是创立公司的组织法,是公司规范运作的保障法,是建立现代企业制度的基本法律制度。它要求公司制企业依法组建和经营。《劳动合同法》规范了企业与职工之间的劳动合同,要求企业建立和谐的劳资关系。了解法律、遵守法律、善于运用法律日渐成为中小企业对外拓展国内外市场特别是国际市场的先导,正在成为中小企业对内推进规范管理依法经营的重要保障。

当前浙江中小企业正处在转型发展阶段,处在创业创新的新起点上,全省上下正在积极贯彻落实省第十二次党代会提出的“创业富民,创新强省”总战略。正是基于对中小企业创业经营法律风险防范重要性的认识,同时本着为中小企业提供公共服务的理念,我们把组织律师事务所及其律师和高校法学专家编写《中小企业创业经营法律风险与防范策略》读本,作为贯彻落实“两创”总战略,推动中小企业更好创业创新的一项基础性工作来抓。

中小企业创业经营法律风险涉及的法律部门比较多,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,我们在结构编排时将各章以中小企业创业与经营发展过程为依据进行划分,以便既能较好地涵盖中小企业法律风险防范的主要方面和环节,又避免重复和冗杂。为此,我们在编写上重视和把握以下几个方面的要求。

明确读者定位。本书主要面向中小企业创业者、中小企业经营管理人员以及为中小企业服务的律师。本书既可以作为中小企业主开展创业经营的法律知识读本,也可作为中小企业经营管理人员工作必需的法律实务手册;既可作为中小企业工作部门对中小企业法律秘书进行公益培训的教材,也可作为律师办案的参考书。

注重体例创新。充分考虑读者对象的实际需要,以通俗易懂为原则,采取了“引言+典型案例+法律评析+防范策略”的体例进行编写,突出本书的可读性、指导性和实用性。典型案例多数改编自律师办案的实例,从中读者可以汲取前车之鉴;法律评析则从相关的法律规定出发,对涉及的法律问题进行深入的剖析;防范策略是从企业常见法律风险出发为企业提出相应的防范对策。

掌握基本环节。全书共十二章,涵盖了中小企业创业经营法律风险的方方面面。从法律部门看,包括行政风险、民事风险和刑事风险等;从风险环节看,包括中小企业创立、发展、消亡全过程的风险;从空间看,包括中小企业内部、外部甚至全球化条件下的风险。本书针对中小企业创业经营基本环节的法律风险进行了富有针对性的分析并提出了相应的策略。

追求实务应用。本书是实务指导和应用参考类的法律知识读本,撰写各

章节的作者主要来自浙江几家律师事务所的专业律师,他们既具备扎实的法学理论功底又拥有较丰富的法律实务经验,尤其是对中小企业的法律风险有较深的思考和研究,因此,在撰写本书时,作者运用自身的丰富经验,注重分析中小企业常见的法律风险,力求为中小企业的法律风险防范提供行之有效的方法。

延伸法律服务。本书以附录形式刊登参与书稿编写的五家律师事务所的介绍,并在相应章节和案例下列明负责撰写或提供案例的律师的姓名、业务领域等,便于中小企业根据需要有针对性地详细咨询相关法律问题,及时获得法律服务。

我们组织编写这本书的根本目的,是为广大中小企业在更高起点上推进创业创新,加快转型发展提供指导。我相信,在科学发展观的引领下,随着“创业富民、创新强省”总战略的深入实施,浙江经济社会发展将会走上科学发展的道路。

本书从2007年6月获得浙江省社科联课题立项到编写成书,历时一年多,是政府部门、律师事务所、高校等几方面齐心协力、共同合作的成果。鉴于撰写人员都是利用繁忙工作之余参加编写,本书肯定还存在不少疏漏和不足之处,恳请读者批评指正。

吴家曦

2008年8月8日

目 录

第一章 中小企业设立的法律风险防范	(1)
第一节 企业法律形态的选择	(3)
第二节 公司章程的制定	(12)
第三节 出资与验资	(18)
第四节 公司登记	(23)
第二章 中小企业治理法律风险防范	(29)
第一节 公司股东资格的认定	(31)
第二节 有限责任公司股东会制度	(38)
第三节 有限责任公司董事会制度	(44)
第四节 有限责任公司高管制度	(52)
第三章 中小企业人力资源管理法律风险防范	(61)
第一节 劳动合同的订立	(63)
第二节 劳动合同的履行和变更	(70)
第三节 劳动合同的解除和终止	(76)
第四节 特殊劳动合同	(84)
第五节 员工薪酬与激励	(91)
第四章 中小企业融资法律风险防范	(101)
第一节 银行贷款的风险防范	(103)
第二节 内源融资的风险防范	(110)
第三节 民间融资的风险防范	(115)
第四节 私募发售的风险防范	(118)

第五章	中小企业交易合同法律风险防范	(125)
第一节	合同签订的程序风险	(127)
第二节	合同条款的风险	(133)
第三节	空白合同的风险	(142)
第四节	合同担保的风险	(145)
第五节	履约风险	(152)
第六章	中小企业税务法律风险防范	(157)
第一节	税收政策适用面临的风险	(159)
第二节	应纳税额核算面临的风险	(165)
第三节	纳税筹划面临的风险	(170)
第四节	纳税申报的筹划	(177)
第七章	中小企业上市法律风险防范	(183)
第一节	企业上市前的法律风险防范	(185)
第二节	企业上市过程的法律风险防范	(191)
第三节	企业上市后的法律风险防范	(195)
第四节	企业境外上市的法律风险防范	(200)
第八章	中小企业国际化发展法律风险防范	(207)
第一节	营销国际化风险	(209)
第二节	生产国际化风险	(214)
第三节	投资国际化风险	(220)
第四节	服务国际化风险	(226)
第九章	中小企业知识产权法律风险防范	(233)
第一节	专利侵权风险	(235)
第二节	著作权侵权风险	(244)
第三节	品牌侵权风险	(250)
第四节	商业秘密侵权风险	(256)
第十章	中小企业履行社会责任法律风险防范	(265)
第一节	侵犯消费者权益的风险	(267)

第二节 忽视安全生产的风险	(275)
第三节 破坏生态文明的风险	(280)
第四节 参与公益活动的风险	(286)
 第十一章 行政管制法律风险防范	(291)
第一节 应对违法行政处罚	(293)
第二节 依法取得行政许可	(299)
第三节 如何签订行政合同	(305)
第四节 运用行政复议维权	(311)
 第十二章 中小企业创业者法律风险防范	(319)
第一节 重视健康 珍视生命	(321)
第二节 创业者刑事法律风险	(328)
第三节 创业者民事法律风险	(336)
第四节 创业者婚姻与继承的法律风险	(340)
 附录:首批浙江省中小企业法律服务顾问所简介	(346)
 后记	(352)

第一章

中小企业设立的法律风险防范^①

“千里之行，始于足下”，“良好的开端是成功的一半”，“基础不稳，地动山摇”。企业设立是所有企业创业者和再创业者都要经历的第一步，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，是创业者和再创业者首先必须考虑的问题。选择合适的企业法律形态之后，在具体的设立过程中，又如何按照法律的规定，办理相关的文件手续，履行自己的法定义务，更是防范企业设立风险的重中之重。

^① 本章作者简介：朱智慧，男，1970年5月生，浙江金道律师事务所高级合伙人、公司法律部主任，浙江省中小企业法学研究会副会长，民盟浙江省委法律委员会副主任，杭州市律师协会公司与证券业务委员会副主任，浙江省中小企业创业创新法律顾问；主要研究公司法。

第一节 企业法律形态的选择

现代企业是沿着从单一股东的私营企业到多人股东的公众股份公司的轨道发展起来的。1694年,第一家股份制企业英格兰银行在英国诞生,1830年,英国利物浦—曼彻斯特铁路成为第一个通过股份公司形式修建的铁路。正如马克思所论述的:“假如必须等待积累来使某些单个资本增长到能够修建铁路的程度,那么恐怕直到今天世界上还没有铁路。但是,集中通过股份公司转瞬之间就把这件事完成了。”^①

在中国,最初企业形态表现为商号,而今天大部分的企业已经逐渐衍变为现代的有限公司和股份公司;计划经济时代按所有制区分企业形态,今天市场经济环境下已经逐渐衍变为按责任形式区分企业形态。随着新公司法等法律的出台,曾盛极一时、颇具时代特色的个体工商户形态正在逐渐衰落,越来越多的个体工商户改组为公司。在宏观上,企业法律形态之变迁,反映了社会经济生活的变迁。而在微观上,如何在现有的法律框架下,正确选择适合于企业发展的形态,却是影响企业能否长期发展壮大的重要课题。

■典型案例

合作设立分公司 官司缠身损失大^②

H集团公司是一家专门生产农用机械等产品的知名企业,年销售额达20亿元,是中国民营企业500强、农机行业前十强企业,且连续多年保持高幅度增长,在行业内赫赫有名。但就是这样一家实力雄厚、发展迅速的企业却曾由于与他人在合作中选择形态不妥,导致官司缠身,差点蒙受重大经济损失。

2006年,H集团公司为开拓北方市场,与河南洛阳T公司进行了多次洽

^① 《马克思恩格斯全集》第23卷,人民出版社1972年版,第688页。

^② 本案例改编自浙江金道律师事务所承办案件,原案承办律师朱智慧、俞玲丽、李佳,由朱智慧律师整理。改编案例不同于实际案件,请勿对号入座。

谈,确立了由双方共同合作,在洛阳设立生产、销售基地的意向。在该基地的设立形态上,有人提出了借用H集团在业内的知名度,设立“H集团公司洛阳分公司”的主张,H集团公司觉得有利于市场开拓,予以同意。

2006年7月,双方签订了关于设立“H集团公司洛阳分公司”的协议书,约定由H集团公司提供生产设备、图纸并委派生产专业技术人员、提供配件,T公司则提供厂房与流动资金,共同生产农用机械。协议书中还确定T公司全权负责“洛阳分公司”的经营并承担全部盈亏。协议书签订后,H集团公司按约定拉去了生产设备、委派了技术人员,提供了图纸与配件,T公司也负责生产出了部分产品并销售,T公司法定代表人还掌握了“洛阳分公司”印章等全部相关资料。

但是,双方的合作并不顺利。T公司在掌管“洛阳分公司”期间,由于资金不足,经常拖欠技术人员工资,导致技术人员不愿去洛阳而纷纷返回。同时,由于H集团公司注重质量,对不符合要求的产品严格把关,不发放合格证明,导致T公司的不满。而T公司拖欠应付给H集团公司的配件款、绕开H集团公司私下销售产品回收销售款、违规开具发票等,更使得双方的矛盾升级。

2007年,T公司法定代表人因拖欠与H集团公司有关联的他人巨额债务被起诉,多处财产被查封。10月,T公司突然在洛阳起诉H集团公司,要求H集团公司赔偿其在“洛阳分公司”的投入等160余万元;不久,又另案再次起诉H集团公司,要求支付“洛阳分公司”经营期间应付给其的货款160余万元。更为蹊跷的是,T公司法定代表人名下的另外一家Y公司,还突然拿着一张与“洛阳分公司”签订的供货合同,要求H集团公司与“洛阳分公司”支付货款近100万元。连续起诉的三案均通过法院进行了诉讼保全,H集团公司账上400多万元现金被查封,多个银行账号被冻结。T公司甚至还以支付劳动报酬为由,申请法院先予执行了H集团公司40余万元。一时间,H集团公司上下风声鹤唳。

H集团公司发现,所有案件中,都有“洛阳分公司”加盖公章或合同章的文件,被T公司或Y公司用做关键证据。尤其是在Y公司一案中,H集团公司对所谓的“洛阳分公司”与Y公司签订的供货合同一无所知,而合同约定的货物价格却远远高于市场价。通过进一步调查发现,该份盖有分公司合同章的供货合同,很可能是诉讼之前才新鲜出炉的。也就是说,由于T公司法定代表人掌管了“H集团公司洛阳分公司”的印章,像Y公司这样的诉讼,几乎随时可能冒出,而依据法律,H集团公司却不得不无止境地承担“洛阳分公司”的债务。

H集团公司向律师求助,在律师的建议下,立即向警方报案。同时,律师还建议H集团公司对T公司提出反诉以及另行提起民事诉讼。然而,由于双方协议共同设立“洛阳分公司”并由T公司负责经营的事实,导致很多证据无法取得。而且,基于T公司的现状,即使最终胜诉,损失可能也难以挽回。最后,在各方压力以及律师的沟通协调下,T公司终于主动要求和解,H集团公司为避免更大经济损失和讼累,在同意给予T公司90余万元补偿的基础上,与T公司达成了和解协议,终止了“洛阳分公司”的经营。

■法律评析

在上述案例中,最关键的是合作双方如何选择合作经营的实体形态。任何经济上的合作都可能产生矛盾,而H集团公司之所以在矛盾爆发后陷入被动,根源不在于矛盾的本身,而在于合作的方式或者说企业设立形态的选择。

企业设立形态的选择,是牵涉到经营、管理与风险控制的综合考虑。如果选择不当,则将给企业的经营管理和发展带来限制,甚至如上述案例一样,给企业投资者带来巨大的风险和损失。

我国自1993年开始,对企业设立形态进行改革,即由过去按所有制与行业标准来分设,转为按投资方式与投资者对所投资企业债务承担责任的形式来分设,这种改革从根本上改变了我国企业的组织类型。经过10多年的努力,目前我国企业的设立形态有:个人独资企业、合伙企业、公司(含有限责任公司、股份有限公司)以及农民专业合作社^①、企业分支机构等。另外,根据我国《民法通则》的规定,个体工商户虽不属于企业,但从事经营活动,为市场中的特殊主体。

一、企业设立的主要形态

(一)个体工商户

个体工商户是指经依法核准登记、从事工商业经营的公民。所以,严格地讲,个体工商户不是企业。^②

^① 2006年10月31日,十届全国人大常委会第二十四次会议通过了《中华人民共和国农民专业合作社法》,并自2007年7月1日起施行。农民专业合作社自此正式成为我国企业设立的形态之一。但是,限于本书的主题,我们在下文中将不再涉及该企业形态的有关问题。

^② 鉴于个体工商户在现实生活中的常见性,且很多个体工商户有实力按一般企业运作,实际上也多按企业模式进行经营管理,在讨论企业设立形态时,无法加以回避,故为行文方便,本文将其列为企业形态之一加以表述,以下不再予以特别说明。

个体工商户有以下特点:

1. 个体工商户不具有法人资格,以个人或家庭的财产对外承担债务。
2. 个体工商户只能经营法律、政策允许个体经营的行业。
3. 个体工商户可以起字号、刻印章、在银行开设账户及申请贷款、与劳动者签订劳动合同等,但个体工商户雇工人数一般不超过7人,且不得设立分支机构。

个体工商户是一种具有中国特色的经济形式,它是在我国由计划经济向市场经济转变过程中产生的。随着我国市场经济的逐步完善,尤其是《中华人民共和国个人独资企业法》颁布实施后,相当数量的个体工商户(特别是有自己的字号名称,有一定的出资,有固定的生产经营场所和生产经营条件的个体工商户)将转变为个人独资企业。

(二) 个人独资企业

个人独资企业是指由一个自然人投资,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。

6

个人独资企业有以下特点:

1. 个人独资企业的出资人是一个自然人。
2. 个人独资企业的财产归投资人个人所有。该企业财产不仅包括企业成立时投资人投入的初始资产,而且包括企业存续期间积累的资产。投资人是个人独资企业财产的唯一合法所有者。
3. 个人独资企业不具有法人资格,投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任,这是个人独资企业的重要特征。也就是说,当投资人申报登记的出资不足以清偿个人独资企业所负的债务时,投资人就必须以其个人财产甚至是家庭财产来清偿债务。

(三) 合伙企业

合伙企业是指由各合伙人订立合伙协议,共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险,并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。

合伙企业有以下特点:

1. 合伙企业具有很强的人合性,合伙协议是合伙企业成立的基础。合伙人之间是平等的,合伙企业的利润和亏损,由合伙人依照合伙协议约定的比例分配和分担。合伙协议未约定利润分配和亏损分担比例的,由各合伙人平均分配和分担。
2. 合伙企业不具有法人资格。
3. 合伙企业的合伙人对企业债务承担无限连带责任。所谓无限连带责

任,是指合伙企业财产不足以抵偿企业债务时,合伙人应以其个人甚至家庭财产清偿债务,而且债权人可以就合伙企业财产不足清偿的那部分债务,向任何一个合伙人要求全部偿还。

(四)公司

公司是指依法设立的、有独立的法人财产、以其全部财产对其债务承担责任的、以营利为目的的企业法人。在我国,公司包括有限责任公司和股份有限公司两种形式。

公司有以下特点:

1. 公司须依照公司法规定的设立条件和设立程序成立。
2. 公司具有法人资格,公司财产独立于股东个人财产;公司责任独立于股东个人责任。公司以其全部财产对公司的债务承担责任,股东以其认缴的出资或认购的股份为限对公司承担责任。
3. 公司以营利为目的,公司设立的目的是为了获得利益并且将所得利益分配于股东。

(五)企业分支机构

个人独资企业、合伙企业、公司都可以依法设立分支机构,分支机构不具有独立法人资格,分支机构的民事责任包括其债务,全部由设立该分支机构的企业承担。我国企业设立分支机构的主要形式有分公司(分厂、分行、分部等)与代表处(办事处、联络处等),前者可以从事经营活动,而后者只能从事相关联络活动。

二、企业设立形态的主要区别

(一)个体工商户、个人独资企业、一人有限责任公司的主要区别

个体工商户、个人独资企业、一人有限责任公司是个人投资可供选择的三种不同形态,具体区别如下:

1. 名称

个体工商户可以起字号,也可以不起字号;设立个人独资企业必须有合法的企业名称;一人有限责任公司应当具有公司名称。

2. 法律地位

个体工商户不具有法人资格,甚至不是企业;个人独资企业也不具有法人资格,虽然可以对外以企业名义从事民事活动,但这只是自然人进行商业活动的一种特殊形态;一人有限责任公司符合公司设立条件,是具有完全法人资格的经济实体。