

● 每个公司、每个经理人**最迫切需要**的一堂法律课

经理人

必备的法律思维

穆晓军/著

你可以记不住**法律条文**，但不能没有**法律思维**

- 一字之差就损失**几百万**
- 一个生造词**弄垮**一个企业
- 一句啰嗦的话让对方的“**背信弃义**”正大光明
- 最后一个签合同如何保障**公司利益**



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

穆晓军/著

经理人 必备的法律思维



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

经理人必备的法律思维 / 穆晓军著. —北京: 北京大学出版社, 2010.4
ISBN 978-7-301-17046-5

I. 经… II. 穆… III. 商业管理—培训—中国 IV. F923.99

中国版本图书馆CIP数据核字 (2010) 第047696号

书 名: 经理人必备的法律思维

著作责任者: 穆晓军 著

责任编辑: 付会敏

标准书号: ISBN 978-7-301-17046-5 / F · 2499

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672

编辑部 82893506 出版部 62754962

电子邮箱: tbcbooks@vip.163.com

印 刷 者: 北京市密东印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

787毫米 × 1092毫米 16开本 12.5印张 150千字

2010年4月第1版第1次印刷

定 价: 29.00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; 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

如果有一只表不走了，也许有人会说“这只表坏了”，但法律人（指专业从事法律事务的人）只说“这只表不走了”，因为并没有确凿的证据表明这只表确实是坏了，不能排除“没上弦、没电了”等其他原因，也不能排除这本来就是一只手表的模型，它的时针根本不会走动。所以，法律思维不预设立场，不主观臆断，不省略和跨越证据做下一步的推理和结论，法律思维追求确定性，谨慎地就能够确认的实证表现进行判断，建立缜密严格的推理结构。

如果看到一条规定：“购买商品满五年转让的，要征收营业税”，法律人的第一反应肯定是问“五年的定义是什么”。“五年”是从签订合同之日还是从交房之日算起？或者，是从办理产权登记还是缴纳契税之日算起？不同定义之间的区别很大，现实生活中，签订合同和缴纳契税之间相隔超过五年时间的情况就相当常见。所以，必须首先厘清“五年”的定义，这条管理规定的执行操作才能明确稳定，社会效率和社会秩序才能达到管理的预期。

同理，法律人起草合同条款，不会写“货到后付款”，只会写“货到后五日内付款”，因为“货到后”是一个开放的时间区间，“货到后100年”也属于约定的时间范围，必须准确界定付款期限的外延，才能方便合同的执行和责任的认定。更加缜密的合同中，会对“日”进行准确定义，明确阐释为“日历天”或“工作日”。总之，法律思维通过不断的怀疑去追寻事物的定义，追求清晰的内涵和外延，追求思维和表达的缜密性，具备严格的逻辑理性。

法律人起草的合同中，通常不会出现“违约方应赔偿守约方一切损失”这样的条款，因为法律人深知，主张赔偿损失是要承担举证责任的，这等于是加重了守约方的成本和风险，不利于保护诚实信用和救济权利恢复完满状态。

上述这些思维方式，都是法律思维的典型特征，是法律职业共同体引以为荣的职业能力。法律思维在各种职业思维中，特色鲜明，茕茕独立，既是一种哲学思维，又是一种“实学”思维。

从哲学角度，法律思维关注自然界和人类社会的秩序，关注公平、正义和普遍权利，古罗马时代提出的“私权神圣、契约自由”等理念，迄今仍是人类经济交往的基本准绳；从“实学”角度，法律思维关注合同条约的签署、职能部门的流程、企业登记的要求、权利保护的落实，以及违约金的计算、关联交易的认定、劳动争议的裁决等，甚至具体到一份文件中一个使用不当的标点符号，都是法律思维关注的领域。

如果说人生是由一连串不断的选择所组成的，那么，法律思维就是在这个选择决策过程中按照法律的逻辑来思考、分析、解决问题的思考模式，或叫思维方式。经理人的法律思维，则是经理人对法律的一种概括性认识，是经理人在企业经营管理工作，用法律的分析方法和思维方式去分析、推理、决策的一种管理能力。

中国正在走向市场经济，绝大多数中国企业和经理人，都已经或将要在市场中生存和博弈。从某种意义上说，市场经济就是法治经济，对市场商业规则和经济秩序的理解和把握，是现代经理人必须具备的职业素养。

任何一位经理人，无论是集团公司的总经理还是中小企业的初级经理人，都无需成为法律专家，也没必要去背诵和记忆汗牛充栋的法规条款，但每一个合格的经理人都必须掌握法律的思维方式和分析方法，才能对企业经营管理中遇到的各种法律问题，保持适当的敏感，能够识别其重要性，继而做出科学的判断。

即使企业有专门的法务部或者专业法律顾问，经理人自己也要知道“在什么情况下，该问什么”，或者“虽然不知道具体是什么法律问题，但感觉到一定是有问题”。也就是说，企业管理中的第一个法律判断，需要经理人的法律素养予以支持，然后才能与法律人对接。

“科层制”是现代企业组织的基本特征，企业的对外经营和内部管理都是有秩序运行的。法律思维以其缜密性、批判性和建设性，建立和维护着整个人类社会的秩序体系。经理人研习和熟悉法律思维方式，非常有利于提升经营管理能力。

法律也是重要的生产要素，是“经济增长的内生性变量”，所以，对法律的理解、掌握和运用技巧，以及对法律趋势的认知和把握，是当代经理人最重要的管理知识。这种法律筹划能力，是经理人的高级法律思维能力，从根本上影响着企业的竞争力。从经济强国的发展史和国际化企业集团的发展历程来看，在其他资源类似的情况下，经理人的法律思维能力，决定着企业经营的现状和未来。

法律思维博大精深，本书择其要者，贴近经理人的工作需要和思维习惯，举例阐释法律思维的主要特点以及对经理人的启发和借鉴价

值。

面对纷繁众多的各种社会事务和管理事务，法律人的思维模式通常是这样的一个过程：

第一，澄清定义，厘清法律关系。

任何事物都是有内涵和外延的，必须首先确定事物的定义，才能进行有效的讨论和分析，判定事情的性质和问题的焦点，并最终明晰出各方之间的权责关系和利益格局，这是法律思维模式的基本前提。

第二，判断效力，总体评价。

法律思维是一种规范性思维，习惯于从事物是否符合法律规范的角度展开分析，事情在法律上是有效的还是无效的，将产生截然不同的法律后果，而当事人的行为会获得法律的肯定还是否定评价，从根本上影响当事人的风险和利益。

第三，深入分析法律关系。

在澄清定义和效力判断之后，法律思维从“主体—权利—行为—责任”四个维度对事情进行详尽的分析和判断，以便认清当事人的相互关系和利益之得失归属，甄别和阐释各方的利益和责任，帮助人们得出最终的处理解决方案。

第四，审核证据，反思批判。

在进行系统的法律分析之后，法律思维必须寻找和甄别各种证据，用证据支持法律分析的结果，并根据证据情况的不同，通过否定之否定的反思，修正或巩固对“主体—权利—行为—责任”的分析方案。

第五，考察程序，决定操作方案。

进行完前面的思维过程之后，法律思维还要审慎地研究程序性事项，追求事物的建设性，追求“解决问题”。法律思维是缜密的逻辑

推理思维，“偏执刻板”地追求程序的公平性、稳定性、明确性和可操作性，笃信程序正义，程序是操作的指引，是建设性的力量，一切法律权利义务、一切管理决策执行，都需要在程序中得以最终实现！

本书的基本章节结构，是按照法律思维的这种基本模式安排的，将法律思维的思辨性与商业实践的致用性相结合，通过大量生动活泼的实践案例，阐释和提炼其中蕴含的法律思维特征，再以法律思维与商业思维互相辅佐，演绎出适用于不同管理领域的方法和方案。

必须强调的是，法律思维决不是简单地背诵法条，本书也尽量减少条文引用，而是侧重于阐述思维方式和分析方法。事实上，将法律理解为数以万计的法条是错误的，将学习法律理解成背诵法条更是危险的。法条实在太多，每年也都在变化，只有法律思维才是稳定的经营管理思维能力，可以使我们对纷繁复杂的管理问题和动态的商业环境。

其实，不仅经理人的法律修养应当以培养法律思维的方式进行，任何一位法官或者律师，都不是靠背诵法条成为专业人士的，还是靠法律思维。法律思维最重要的特征，就是面对任何事情时，即使不知道法律是如何规定的，也能分析和判断“法律应该是怎样规定的”。法律人俗称“不做律师、做法师”，意思是说应该具备一种“立法意识和能力”，具备“从应然到实然”的解决能力。

经理人的法律思维能力影响甚至决定着一个组织的管理质量，具备成熟法律思维的管理者，不仅可以管理大型企业集团，而且可以管理整个社会秩序和公共事务。当今世界法治建设较为进步的国家 and 地区，其社会政治家和公共事务管理者，大多是法律素养很高的，有的本身就是执业律师。由此可以印证，法律思维是高级经理人必备的管理能力。

前言 /001

第一章 在规则中获取最大自由 /001 ——法律思维促进管理目标实现

一、法律思维缺失造成的管理难题 / 003

- ① 什么叫“融资8000万”
——商业用语不是法律用语 / 004
- ② 销售明星遭遇“手套公司”
——“债有主”需明确主体 / 006
- ③ 业务员和货款一起“人间蒸发”
——增加违法成本以激励守约 / 009
- ④ 匪夷所思的其他应收款
——及时对接法律人 / 012
- ⑤ 离职的员工不交违约金
——法律筹划先行一步 / 014

二、经理人的四种“法律角色” / 017

- ① 行事缜密严谨的管理者 / 018
- ② 敏锐识别风险的“对接人” / 019
- ③ 法律筹划的战略家 / 020
- ④ 企业内部的立法者 / 021

三、与法律人有所不同 / 023

一、欠债还钱——你欠债——你还钱 / 028

- ① 用人单位应当支付经济补偿金的21种情形 / 028
- ② “以事实为根据、以法律为准绳” / 031
- ③ 法律应该有“价格” / 033

二、澄清定义是一切的前提 / 035

- ① 代理商不是法律意义的代理 / 037
- ② 劳动合同还是劳务合同 / 042
- ③ 销售总监“制造”合同签订地 / 046
- ④ 你的工资是多少? / 050
- ⑤ 不要乱造概念 / 052

三、有效或无效的后果迥异 / 056

- ① 违反强制性规范的行为无效 / 057
- ② 无底薪劳动合同违法 / 060
- ③ 为什么不能“延期转正”? / 062
- ④ 法定义务不能转让 / 066
- ⑤ 约定排除法定 / 071
- ⑥ 企业规章制度可能无效 / 074

一、先厘清交易对象是谁 / 080

- ① 新来的员工都是实习生? / 083
- ② “豪华”的融资骗局 / 083

二、主体和权利相匹配 / 087

- ① 公司不能出售自身的股权 / 087

- ② 月球没有土地权证 / 090
- ③ “废纸一张的绩效股” / 093
- ④ 分红留存型的MBO / 096

三、行为决定责任 / 099

- ① 保姆学校还是家政公司? / 100
- ② 商业秘密必须是保密的 / 102
- ③ 有绩效工资，没绩效考核 / 105

四、责任是一种“法律价格” / 107

- ① 行为与责任相匹配 / 108
- ② 被吊销执照不等于逃债成功 / 110

五、制造违约成本，激励守约行为 / 112

- ① 什么样的《还款承诺》才可信? / 113
- ② 防止腐败条款 / 116

第四章 法律筹划 / 119

——现代经理人必备的商业智慧

一、按照规则去做，而不是钻空子 / 121

二、软件为什么是著作权? / 124

三、微软成功的法律思维 / 127

四、商标防守和专利布局 / 130

五、低成本挽留员工的薪酬结构 / 133

- ① 基本工资 / 134
- ② 岗位职务工资 / 135
- ③ 岗位职务报销额度 / 135
- ④ 合同工龄奖金预付 / 136
- ⑤ 全勤奖金 / 137
- ⑥ 减少加班费 / 137
- ⑦ 业绩或绩效奖金筹划 / 138

- ⑧ 满约奖金 / 139
- ⑨ 培训代替奖金 / 139

第五章

证据意识 / 141

——经理人最重要的法律意识

一、举证之所在，败诉之所在 / 145

- ① 擅自离职还是口头辞退 / 146
- ② 证明程度：事实及事实之全部 / 148
- ③ 违约责任绝不是赔偿损失 / 150

二、诉讼时效：法律只帮助警醒的人 / 152

- ① “借条”和“欠条”的不同 / 154
- ② 中断就是重新计算 / 155
- ③ 加班费可以“秋后算账” / 157

三、送达没送达，这是个问题 / 160

- ① 事实不重要，证据才重要 / 161
- ② 拒绝签收：取得送达回证 / 163
- ③ 约定送达方式，约定举证方式 / 165

四、如何“制造证据” / 167

五、原告比被告更难胜诉 / 171

跋 / 175

附录 / 179

第一章

在规则中获取最大自由

——法律思维促进管理目标实现

法律像空气一样，也许你看不到它，但它无处不在。

现代经济中，法律确实无处不在，对企业管理而言，从创业者申请企业注册、登记企业名称的那一刻起，经营管理工作就离不开法律事务。之后的各种经营环节，比如购买材料、雇佣员工、销售产品、引进投资、海外并购等企业多数工作，都兼具商业事务和法律事务两种特征，商业和法律经常结合。

面对林林总总的法律事务，经理人应当了解一些与本岗有关的具体法条规定，否则工作无法开展，但经理人又不可能熟知本领域的各种法条，也不必都熟知，否则就背离了经理人的职业角色，所以，经理人必须培养法律思维，提高法律素养，通过谨慎对待、及时识别、积极咨询来处理遇到的法律问题，并最终保证企业的价值提升和可持续发展。

随着企业从初创、发展到成熟，随着企业从抓住偶然的机遇到可持续发展，随着外部市场不断成熟和有序、企业竞争的升级和国际化的需要，经理人提升法律素养迫在眉睫。



法律思维缺失造成的管理难题

中国的市场经济刚刚起步，很多商业领域处于初级竞争阶段，规

范化管理和精细化管理尚未普及，所以，现实中由于经理人法律思维缺失而造成的管理难题屡见不鲜。

① 什么叫“融资8000万” ——商业用语不是法律用语

一家投资公司和一家房地产公司合作开发一个大型房地产项目，双方为此注册成立了专门的项目公司，负责开发运营这个房地产项目。投资公司和房地产公司的合作协议中明确约定：“投资公司保证为项目公司融资8000万人民币，否则承担违约责任。”此后，经过投资公司的积极争取和成功斡旋，项目公司用土地使用权作为抵押，成功地从银行获得了9200万的贷款，投资公司认为融资工作“大功告成”，还超额完成了任务。

房地产公司却认为，这笔9200万元的银行借款是项目公司自身的贷款，并不是投资公司投入项目公司的钱，于是，房地产公司明确提出，投资公司已经违约。他们主张，投资公司应当继续履行合同，“为项目公司融资8000万”，并且根据合作协议的规定，投资公司还应该向房地产公司支付数百万的违约金。

究竟什么叫“融资8000万”，双方争得不可开交，并因此打起了官司，本来很好的一个合作项目，也因此运营得一塌糊涂。

这个案件当中，事实十分清楚，双方争议的唯一焦点是“融资”的定义究竟是什么。融资不是一个标准的法律用词，而是一个日常使用的商业用词。按照商业活动中约定俗成的常识性理解，融资就是“融通资金”，也就是筹集现金给企业使用。至于融资这个词汇的外延，

相当宽泛，股权投资的资本金和债权借款是最常见的两种融资方式，但从财务筹划和资本运作的角度看，融资绝不仅仅是这两种方式，常规的商业操作中的融资租赁、延缓付款账期、提前预收账款、债权人免除债务等，也都具备融通资金的效用。在较为先进的资本运作中，可转债、优先股、资产证券化等兼具股权和债权性质的资本合作方式，也都属于融资的范畴。

法律思维的首要特征就是追寻定义，追求词语定义的严谨和确定，最大限度地避免歧义，所以，融资这个词汇在商业领域可以模糊不清、似是而非地使用，大家都理解为“总之是在筹钱”，“拿到钱的结果最重要”，但是，如果把这个商业词汇写进合同，变成一种法律约定的话，就必须按照法律思维“定义明确”的基本要求，进行详尽准确的描述。

比如，可以把条款细化为“投资公司为项目公司融资8000万，是指投资公司为项目公司提供8000万人民币的借款”，这样就把融资的定义限制在确定的范围之内，关系明确、义务清楚，继而明确地界定了投资公司违约和守约的判断标准；根据双方洽商的结果，也可以约定合同条款为“投资公司为项目公司融资8000万，是指采用各种方式帮助项目公司获得房地产开发所必需的资金支持”，如此，则融资的形式被充分扩大，定义也是清楚的，融资是为合作目标服务的，只要项目顺利进展，不介意具体的融资形式，重要的是双方合同目的的实现。以上这两种约定既符合法律思维的严谨性要求，也符合合作双方的商业目的。

按照法律思维的要求，明确对“融资”这个概念进行定义，绝不是毫无价值的咬文嚼字；恰恰相反，作为双方整个交易模式的核心词汇，作为最重要的一个合同目的，首先必须把融资的定义清晰明确，