



何 涛 莫文球◎著

企业常见 法律风险及防范

专业视角 精准定位企业常见法律风险点
实务导向 全面指引风险防范与企业管理

Common Legal Risks and Prevention of Enterprises

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



企业常见 法律风险及防范

Common Legal Risks and Prevention of Enterprises

藏书

何 涛 莫文球◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



图书在版编目 (CIP) 数据

企业常见法律风险及防范 / 何涛, 莫文球著. —北京: 中国法制出版社, 2017.2

(法商实务系列)

ISBN 978-7-5093-8240-0

I. ①企… II. ①何… ②莫… III. ①企业法—研究—中国
IV. ① D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 031462 号

策划编辑: 戴蕊 (dora6322@sina.com)

责任编辑: 程思

封面设计: 李 宁

企业常见法律风险及防范

QIYE CHANGJIAN FALÜ FENGXIAN JI FANGFAN

著者 / 何涛 莫文球

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

版次 / 2017 年 6 月第 1 版

印张 / 30.25 字数 / 495 千

2017 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-8240-0

定价: 68.00 元

值班电话: 010-66026508

传真: 010-66031119

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66066620

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

改革开放以来，中国特色社会主义市场经济和国家法治建设蓬勃发展，企业与企业之间，企业与国家、集体之间的对外经济联系日趋广泛。我国经济领域市场体制的发展勃兴，促使各种经济关系不断涌现，由此不可避免地带来大量经济纠纷。在此时代背景下，企业要最大限度地获得发展和盈利，就必须遵循市场经济规律，合法和规范经营。

在市场经济中，企业参与经营活动，必然会遭遇或者面临各种风险。然而，风险本身并不可怕，可怕的是企业对潜在的风险不自知。市场经济作为法治经济，法律风险是企业日常经营最易遭遇的一种风险类型。在企业运作过程中，若企业管理者法治意识不强，则上述潜在的风险很可能演变成致命的现实灾难。因此，在企业发展中，企业管理者必须具备风险意识和守法意识，在日常经营中能够保持清醒的头脑，做到防患于未然。

为帮助企业及其管理者梳理企业的法律风险，何涛与莫文球作为执业多年的资深律师、企业法律顾问，他们对防范企业法律风险、处理企业法律纠纷有着宝贵经验。在本著作中，两位律师从法律顾问实务及代理的大量诉讼案件中，归纳总结了企业管理运营过程中容易发生的各种法律风险点，并将部分企业曾经为之付出巨大代价的教训转化为为客户服务的宝贵经验，为企业及其管理者提供全面防范企业法律风险的方法和技巧。

本书以企业法律事务为中心，内容主要涵括企业成立、治理结构、合同管理、人力资源管理，投资、融资，诉讼、改制重组、企业及其相关人员刑事责任风险等各项企业日常经营管理活动。对于上述内容，作者均直面企业及其

管理者最关心的问题，对这些问题所涉关键知识点进行了深入浅出的解释，提炼了日常经营管理过程中最易见的法律风险和解决之道。在提供防范对策的同时，作者还将其呕心沥血的实务经验和策略予以归纳，并作了简要提示。

总体说来，本书的最大特色在于：一改以往同类书籍单纯侧重理论知识提炼或法律条文释义的写作手法，直接引入关键知识点，对实务中最易涉及、管理者最易疏忽的企业法律风险进行提示，简明扼要地将法律风险表现形式及法律后果罗列清楚，并就每个法律风险提出切实可行的防范技巧和方法。相信此书会给企业家、企业管理者、法务人员等，带来一定的启迪作用。

最后，诚如唐李白《行路难》诗云：“长风破浪会有时，直挂云帆济沧海。”在本书即将出版之际，我衷心祝愿作者在法律事业中再立新功、再创佳绩！

广西民族大学法学院院长 教授 何立荣
法学学科带头人 法学硕士生导师

2017年3月22日

第一章 企业设立、治理、解散的法律风险与防范 / 001

第一节 企业设立法律风险与防范 / 003

一、企业组织形态的选择及其法律风险与防范 / 003

二、涉及出资的法律风险与防范 / 007

三、隐名股东 / 011

四、法定代表人 / 015

五、企业注册过程中法律风险与防范 / 017

第二节 企业治理法律风险与防范 / 020

一、公司设立协议和公司章程 / 021

二、股东（大）会、董事会及监事会设置 / 025

三、总经理和高管的激励约束机制 / 032

四、关联交易风险及防范 / 036

第三节 企业解散及清算法律风险与防范 / 040

一、公司解散 / 040

二、公司非破产清算 / 045

三、股东退股 / 048

第二章 企业合同管理中法律风险与防范 / 053

第一节 合同签约前法律风险 / 055

一、合同及基本要求 / 055

二、合同基本条款 / 058

第二节 合同签订程序的法律风险与防范 / 064

一、要约与承诺 / 064

二、合同的成立与生效 / 068

三、合同形式 (含签字和盖章、公证与见证) / 070

四、合同草拟及修改 / 073

五、定金和预付款 / 077

六、缔约过失 / 080

第三节 合同履行的法律风险与防范 / 081

一、履行标的和期限 / 082

二、履行地点和方式 / 085

三、合同履行中的第三人 / 091

四、合同履行不能 (情势变更) / 095

五、履行抗辩权 / 096

第四节 合同担保的法律风险与防范 / 098

一、保证担保 / 099

二、抵押担保 / 102

三、质押担保 / 106

四、一般保证与连带责任保证 / 109

第五节 违约索赔的法律风险与防范 / 113

一、违约行为 / 114

二、违约责任 / 117

三、免责事由 / 120

四、违约责任与侵权责任竞合 / 123

第三章 企业人力资源管理的法律风险与防范 / 127

第一节 签订劳动合同的法律风险与防范 / 129

第二节 公司规章制度的法律风险与防范 / 133

第三节 社会保险及薪酬待遇的法律风险与防范 / 135

第四节 违纪员工处理及解除劳动关系的法律风险与防范 / 139

第四章 企业融资的法律风险与防范 / 145

第一节 银行贷款筹资法律风险与防范 / 147

一、贷款、承兑汇票 / 147

二、担保、互保、联保中的风险与防范 / 152

三、委托贷款 / 156

四、银行保理融资 / 159

五、信托融资 / 161

第二节 民间融资法律风险与防范 / 163

一、企业间借款 / 163

二、企业与股东间借款 / 167

三、企业向员工集资 / 169

四、小额贷款公司借款 / 171

五、民间高利贷 / 173

第三节 股权融资法律风险与防范 / 175

一、股权溢价转让的风险与防范 / 175

二、增资扩股 / 179

三、股权的私募融资 / 183

第四节 其他融资方式的法律风险与防范 / 188

一、新三板融资 / 188

二、发行公司债 / 192

三、对赌协议 / 194

四、融资租赁 / 199

第五节 新型融资方式的法律风险与防范 / 203

一、互联网金融 / 204

二、金融租赁 / 204

三、融资性贸易 / 205

四、托管式加盟 / 206

五、股权众筹 / 207

六、前海跨境人民币贷款 / 209

七、福费廷 / 210

八、法律风险与防范 / 212

第五章 企业改制重组的法律风险与防范 / 217

第一节 企业并购的法律风险与防范 / 219

一、并购准备阶段 / 220

二、并购实施阶段 / 225

三、并购整合阶段 / 230

第二节 企业托管经营的法律风险与防范 / 235

一、企业托管经营的主体 / 235

二、托管经营的客体 / 238

三、托管经营主体的权利及义务 / 240

四、托管形式 / 244

五、托管的履行及监管 / 248

六、托管的考核和终止 / 251

第三节 联营、挂靠、合资合作 / 252

一、联营 / 252

二、挂靠、转包、分包 / 259

三、合资、合作 / 264

第四节 承包经营、租赁经营的法律风险与防范 / 270

一、承包经营 / 270

二、租赁经营 / 276

第五节 申请破产的法律风险与防范 / 280

一、破产申请与宣告 / 280

二、破产管理人的法律风险与防范 / 285

三、财产清理中的法律风险与防范 / 290

四、债权人会议的法律风险与防范 / 294

第六章 企业涉诉法律风险 / 299

第一节 企业在民事诉讼中的法律风险与应对 / 301

一、起诉与受理 / 301

二、应诉与答辩 / 306

三、诉讼保全 / 313

四、庭审 / 318

五、上诉 / 322

第二节 企业在商事仲裁中的法律风险与防范 / 326

一、仲裁协议 / 327

二、选择仲裁员 / 333

三、一裁终局及救济途径 / 336

第三节 企业在劳动仲裁中的法律风险与防范 / 341

一、仲裁前置 / 341

二、举证责任倒置 / 343

三、“一裁二审”与一裁终局 / 348

四、工伤认定 / 351

第四节 企业在强制执行中的法律风险与防范 / 355

- 一、申请执行人 / 356
- 二、被申请执行人 / 358
- 三、案外人（协助执行人，财产所有人第三人）/ 362

第七章 公司刑事法律风险防范 / 369

第一节 内部管理中的刑法风险及防范 / 371

- 一、职务侵占罪（贪污罪）/ 371
- 二、挪用资金罪（挪用公款罪）/ 376
- 三、非国家工作人员受贿罪（受贿罪）/ 381

第二节 生产经营中的刑法风险及防范 / 384

- 一、生产、销售伪劣商品罪 / 384
- 二、重大责任事故罪 / 388
- 三、消防责任事故罪 / 394
- 四、重大劳动安全事故罪 / 397
- 五、工程重大安全事故罪 / 402

第三节 投融资的刑法风险及防范 / 406

- 一、贷款诈骗罪 / 406
- 二、骗取贷款罪 / 411
- 三、合同诈骗罪 / 416
- 四、非法经营罪 / 425
- 五、非法吸收公众存款 / 431
- 六、擅自发行股票、公司、企业债券罪 / 437

第四节 知识产权保护中的刑法风险及防范 / 443

- 一、侵犯商业秘密罪 / 443
- 二、假冒注册商标罪 / 450
- 三、假冒专利罪 / 455

第五节 公关活动中的刑法风险及防范 / 458

一、行贿罪 / 458

二、单位行贿罪 / 464

三、对非国家工作人员行贿罪 / 467

后记 / 471

1

CHAPTER

第一章

企业设立、治理、解散的法律风险与防范

本章从企业设立开始，包括从企业组织形态的选择、投资人出资方式、不想张扬的投资者及其代持股份的隐名股东、法定代表人的选择以及企业注册过程进行述说；继而对企业治理机构解析，即公司设立协议和公司章程的撰写、股东（大）会、董事会及监事会设置、总经理和高管的激励约束机制与企业的关联交易，进行风险提示与防范。最后，提示企业解散、清算和股东退股的法律风险，并对上述涉及的内容存在可能的法律风险进行提示及提出防范思路，让投资者（读者）对企业从成立到解散涉及的法律问题和其存在的风险有初步的了解，进而防范其发生和发生法律问题后如何进行规避、应对。

第一节 企业设立法律风险与防范

企业设立是指发起人为了企业成立而实施的一系列行为。企业成立的标志是工商部门颁发营业执照。营业执照颁发，企业成立，企业设立结束。实践中大部分发起人只重视企业设立的结果，不重视企业设立过程中存在的法律风险，从而导致企业成立后（或不成立）出现大量的纠纷。

国家为了鼓励创业投资，让有能力的投资者自由选择企业组织形式，同时避免因审批权而产生的腐败和权力寻租现象，2014年2月7日，国务院以国发〔2014〕7号印发《注册资本登记制度改革方案》（以下简称《方案》）。该《方案》大大降低了企业设立的门槛。但是，工商行政审批程序的简略，绝不意味着投资者设立企业工作量的降低，起码在法律风险上并没有减少。相反，因为国家管控范围的转移，原本由国家工商机关可以过滤的部分企业设立风险改由投资者自己去识别防控和承担。因此，企业设立要严格执行和利用国家的法律法规，只有如此才能保证企业合法设立，避免出现不必要的法律风险。

一、企业组织形态的选择及其法律风险与防范

现代经营社会中，经营组织形态可分为：个人独资企业、合伙企业、公司制企业。公司制企业又细分为有限责任公司和股份有限公司。与此相对应的还有子公司、分公司。企业组织形式的不同反映了不同企业的性质、地位和作用。因此，不同企业组织形态的法律风险及后果不一样，投资者应对涉及企业组织形态相关联的知识点有基本的了解。选择企业组织形式时还要考虑各种不同企业形式的区别，进行优劣比较，选择适合自己的企业形式。

（一）投资人的责任

1. 个人独资企业投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任。
2. 合伙企业，除有限合伙人承担有限责任外，普通合伙、特殊的普通合

伙及有限合伙中的普通合伙人均承担无限连带责任。

3. 公司制企业，有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

（二）财产权性质

1. 个人独资企业财产是投资人个人所有。
2. 合伙企业财产是合伙人共有。
3. 公司制企业是法人财产权，即公司所有。

（三）税务缴纳

1. 个人独资企业缴纳个人所得税。
2. 合伙企业缴纳个人所得税。
3. 公司制企业缴纳企业所得税；公司分配红利的，还需缴纳个人所得税。

（四）出资转让

1. 个人独资企业投资人对本企业财产所享有的财产权可以转让和继承。

2. 合伙企业。除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权；但是，合伙协议另有约定的除外。

3. 公司制企业。有限责任公司股东出资转让：股东之间可以相互转让其全部出资或者部分出资（但股东之间不可因转让其全部出资而使股东少于二人）。股东向股东以外的人转让其出资时，必须经全体股东过半数同意，不同意转让的股东应购买该转让的出资，如果不购买转让的出资，视为同意转让。

股份有限公司出资转让：除限制期内，投资者持有的股份可以依法自由转让。

此外，涉及各种组织形态的区别还包括设立的条件、程序、费用均有不同要求，以及企业存续期限、对投资人的要求、出资形式等也不一样。

根据多年的办案经验及企业法律顾问实务，综合比较，本书认为，就企

业组织责任形式选择，应注意以下法律风险，并应清楚其防范技巧和方法。



法律风险一

1. **风险名称：**对产业、行业要求不明，盲目选择企业法律形态。

2. **表现形式：**违反法律法规的强制性规定，选择不适当的企业组织形态，如诊所、律师事务所等需承担无限连带责任的不能成立公司；而造价咨询、工程建设、房地产等因其自身的特质，涉及较大风险或者管制需要则只能以公司的形式出现。

3. **法律后果：**企业设立申请无法获批，造成企业设立成本的增加。

4. **防范技巧和方法：**在拟设立时查询相关法律法规政策，并咨询相关管理部门，确保企业形式与法律法规政策相符合。



法律风险二

1. **风险名称：**资金不足却坚持选择不适当的企业法律形态。

2. **表现形式：**在资金不足的情况下采取违法手段追求较高级的法律形态，如借款需要成立小额贷款公司、为借款提供担保需要成立融资性担保公司等，此类公司不但有最低注册资本数额限制，而且不允许注册资本认缴登记，必须是实缴资本，投资人因暂时资金不到位，采取拖延出资、虚假出资、虚报注册资本、抽逃出资等方式。

3. **法律后果：**（1）发起人须补足出资，缴纳罚款，以及承担虚假出资、虚报注册资本、抽逃出资的行政和刑事责任风险；（2）公司面临罚款、撤销登记或吊销营业执照的风险。

4. **防范技巧和方法：**（1）依照法律法规的规定履行出资义务；（2）用变通的形式暂时开展业务，等条件成熟时再进行注册变更。如借款需要通过民间借贷（个人借贷）先开展业务，或以没有准入限制的投资公司、财务公司或资产管理公司开展业务，条件成就时再成立小额贷款公司；为借款提供担保业务的可以成立普通担保公司开展非银行担保业务，为银行贷款提供担保的可以以个人名义联保等，条件成熟时再成立融资性担保公司。