

企业经营宝典

——法律风险与防范——



曹友志 著

亡羊补牢，不如未雨绸缪。
如何提高企业家的法律风险意识？
如何为企业构筑法律风险防火墙？
如何让企业在商海搏击之中，乘风破浪，永立潮头？
身经百战的律师在本书中为您支招！

清华大学出版社



企业经营宝典

——法律风险防范——

曹友志 著

清华大学出版社
北 京

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签，无标签者不得销售。
版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目 (CIP) 数据

企业经营宝典：法律风险与防范/曹友志著. —北京：清华大学出版社，2014
ISBN 978-7-302-36634-8

I. ①企… II. ①曹… III. ①企业法—研究—中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 113776 号

责任编辑：朱敏悦
封面设计：汉风唐韵
责任校对：王凤芝
责任印制：王静怡

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>，<http://www.wqbook.com>
地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编：100084
社 总 机：010-62770175 邮 购：010-62786544
投稿与读者服务：010-62776969，c-service@tup.tsinghua.edu.cn
质 量 反 馈：010-62772015，zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者：清华大学印刷厂

经 销：全国新华书店

开 本：185mm×260mm 印 张：21.75 插 页：3 字 数：435 千字

版 次：2014 年 6 月第 1 版 印 次：2014 年 6 月第 1 次印刷

印 数：1~4000

定 价：48.00 元

产品编号：059504-01

推 荐 序

曹友志律师在繁重的业务工作之余，积极钻研、思考，完成了这样一部著作，请我为之作序。我在表示祝贺的同时，借此机会说几点个人看法。

曹律师常年执业于江苏的苏州无锡常州，这是我国民营企业比较发达的地区。曹律师主要的业务领域，就是为当地民营企业的法律风险防范与控制提供法律服务。曹律师的这本著作，书名是《企业经营宝典——法律风险与防范》，就是属于这一业务领域，是作者对自己长期的执业心得、工作经验的思考和总结。对本书涉及的具体业务领域，对本书具体内容和观点的评价和讨论，我把它交给行家里手，我这里仅就律师钻研学问、著书立说这种有一定普遍性的现象说一点个人意见。

在我国当前，越来越多的律师在繁忙的业务工作之余，还刻苦钻研法律学问。他们积极参加学术活动，登台讲授法学知识，奋笔著书立说，成为学者型律师、专家型律师。我认为，无论就律师行为发展来说，还是就社会主义法治国家建设来说，这都是十分可喜的现象，值得充分肯定和热情鼓励。

首先，积极钻研法律学问，对律师本人的业务工作是有较大的促进作用的。律师是法律职业重要的组成部分，而法律实践作为一种职业，需要优秀的品行和专业的技艺才能胜任，而这些品行和技艺需要长期的、系统的、专门的学习和训练才能形成。一如英国法官柯克所言，法律乃一门艺术，一个人只有经过长期的学习和实践才能获得对它的认知。虽然职业准入的门槛让律师保证了必要的品行和专业的知识，但是律师获得执业许可之后，继续学习和钻研仍然是必要的。这是因为，职业准入虽然保证了一般性的知识储备，但是具体的执业活动中要遇到很多非常具体、专业的领域，社会的、经济的生活的变化也日新月异，原有的一般性的知识储备仍然不够充足。另一方面，律师之间竞争日益激烈，对特定领域更专业的律师在竞争上更具优势。而律师通过钻研学问，可对自己的经验和心得进行整理，可以更加系统地、深入地思考相关的知识和技能，进而提升专业水平，增进业务能力。

其次，律师就执业经验和研究心得著书立说，很大程度上是一件公益事业。随着律师职业的社会化，律师成为主要向社会提供有酬服务的经济主体，律师所掌握的知识和技能，所付出的时间和劳动，主要用来提供有报酬的法律服务。在这种体制下，律师耗费大量的时间和精力把自己赖以谋生的经验、知识和技能整理出来出版和发表，于自己而言通常没有什么经济效益，但是这些成果的社会效益却是很显著。因此可以说，律师著书立说在很大程度上是一件公益事业，是一种不以经济收入为追求目标的活动。在现在这样一个商业社会中，一些律师愿意从事一些公益事业，这当然值得肯定和鼓励。

再次，律师钻研学问，可以架起沟通理论和实践的桥梁。法律首先是一项广泛开

展的社会实践，基于这样的实践，才有法律的学问。一如美国法学家庞德所说，法律是一项社会工程；美国法学家富勒也说，法律是使人们服从规则治理的事业。因此，法学研究格外强调理论联系实际，任何脱离实践的法学研究，都不能具有旺盛的生命力。然而在现代社会中，由于分工的发展，法律实践和法律研究在很大程度上分属于不同的群体，如何实现理论和实践的结合，成了一个新的课题。在这种分工背景下，律师钻研法律问题，对于理论和实践的结合，具有特别重要的意义。相比专职于科研的法学家，律师的学术研究有一个显著的特点，就是立足于自己的执业实践。虽然法学家的科研活动也强调理论联系实际，但是这种联系，主要依靠二手材料，或者来自自己作为一个旁观者的考察。律师则不同，律师自己就是实践人员，能够实际地、多次地、深入地从事具体的法律实践，从而形成丰富的、深切的心得和体会。因此，律师钻研学问，本身就是利用原理和理论，整理和分析自己实际获得的现实经验。与此同时，律师的著书立说，也在很大程度上将实践经验传递给专职科研人员，丰富了法学家获得经验材料的渠道。

最后，律师钻研法律学问，有利于加强法律职业群体的认同，进而促进法治国家的建设和维护。从现代各国社会历史经验看，法治的建立和运行，无不有赖于一个高素质的、自律的、相互认同的法律职业群体。在新的历史时期，依法治国，建设社会主义法治国家已经成为我国基本的治国方略，因此，建立和保持一个自律的、高素质的、高度认同的法律职业群体，也是法治国家建设的一个重要任务和条件。法律职业共同体的建立和维护需要多方面的努力，而包括律师在内的法律职业人加强法律知识的学习、钻研和交流，也具有重大的功用。通过这样的学习、钻研和交流，可以巩固和拓展法律职业群体同享的法律知识和伦理价值的范围，可以增进相互的理解、认同和尊重，进而增强法律职业群体的认同感，改善法律职业不同群体之间的关系。

正是基于上述看法，我对曹律师基于自己的执业工作经验完成了这样一部专著表示祝贺！我相信，曹律师在本书的思考和写作过程中，提升了业务能力，增强了理论素养。我也相信，这样一部立足于长期的、实际的业务经验的著作，对企业家及企业高级管理人员提高法律风险意识、预防法律风险具有重要的价值和意义。我相信，围绕这部著作的讨论和交流，可以促进法学研究中理论和实际的结合，可以增强法律职业共同体共享知识和价值范围的扩展，增强相互之间的了解、信任和认同。

是为序。



司法部律师公证工作指导司司长

2014年5月20日

自序

现代社会中，企业不仅要面临经营管理活动中产生的法律风险，还要处理外部法律事件所引起的不确定的法律风险。无论一个企业规模做到多大，也无论一个企业家的身份地位多么显赫，在法律风险面前往往都十分脆弱。每个法律风险的防范对于企业而言都是至关重要的，任何的法律风险都不容小视。法律风险的出现都极有可能给企业的生产经营带来严重的后果。法律风险的问题也越来越多地为企业所重视。企业要想避免法律风险的发生，最好的办法就是采取防范性的措施来预防隐性法律风险的出现，使得企业在正常经营的轨道上良性发展，从而实现企业的基业长青。否则，就像自然灾害出现后才发出预警警报一样，只能是亡羊补牢，为时已晚。损失已经实际发生，产生的后果将无法挽回。

企业家和企业高级管理人员应该懂得如何识别法律风险，如何防范可能出现的法律风险，如何选择法律服务机构，为企业构筑起法律风险的防火墙，以防范企业在运营过程中出现法律风险。

有鉴于此，在执行繁重的律师业务的同时，我进行了本书的写作。我常年执业于江苏的苏州无锡常州三市——这一民营企业最为发达的地区，为民营企业提供法律服务过程中积累了很多经验，本书是对这些经验的一个系统总结。本书从实务的角度出发，通过学理分析、案例评价以及防范措施经验性的提示，对企业及企业家所面对的法律风险如何妥善处理进行了全面的阐述。这些知识对于广大的企业家及企业高级管理人员提高法律风险意识、预防法律风险具有重要的意义和价值。

本书针对现代企业在运营过程中经常出现的法律风险问题，将法律知识和管理经验融合在一起，从企业的项目投资、采购管理、销售管理、人力资源、财务管理及知识产权等诸多方面揭示企业所面临的法律风险，为企业家和企业高级管理人员提出预防措施及解决方案，希望能对企业有效地预防和化解法律风险提供必要帮助。

相信读者朋友定能从本书中探求到带领企业拨开迷雾、突出重围的法律风险防范秘诀，防患于未然，从而引领企业走向卓越之路，在商海搏击之中，乘风破浪，永立潮头。

曹友志

2014年5月28日

目 录

推荐序	司法部律师公证工作指导司司长 杜 春
自 序	曹友志
第一章 企业投资的法律风险与防范	(1)
第一节 投资规划阶段法律风险与防范	(1)
一、因企业内部决策机制缺失所导致的法律风险与防范	(1)
二、因尽职调查失败引起的法律风险与防范	(6)
第二节 投资实施阶段法律风险与防范	(10)
一、股权结构设置不当引起的法律风险与防范	(11)
二、投资合同条款的法律风险与防范	(18)
三、因出资引发的法律风险与防范	(22)
第三节 因特定投资对象引发的法律风险与防范	(28)
一、房地产投资法律风险与防范	(28)
二、金融资产投资法律风险与防范	(32)
三、股权投资法律风险与防范	(34)
第二章 企业采购管理的法律风险与防范	(42)
第一节 体系化采购管理制度缺失法律风险与防范	(42)
一、有效采购内控体系缺失法律风险与防范	(42)
二、采购人员管理制度法律风险与防范	(45)
第二节 采购具体环节法律风险与防范	(50)
一、采购计划法律风险与防范	(50)
二、供应商选择法律风险与防范	(52)
三、验收付款法律风险与防范	(55)
第三节 采购合同管理法律风险与防范	(58)
一、企业缺少合同管理机制的法律风险与防范	(58)
二、企业采购合同订立阶段的法律风险与防范	(61)

三、合同履行阶段的法律风险与防范	(81)
第三章 企业销售管理的法律风险与防范	(90)
第一节 企业销售环节法律风险与防范	(90)
一、企业销售流程管理法律风险与防范	(90)
二、销售人员管理法律风险与防范	(93)
第二节 销售和收款的内部会计制度法律风险与防范	(96)
一、销售内控法律风险与防范	(96)
二、应收账款控制不当法律风险与防范	(98)
三、企业销售会计制度法律风险与防范	(102)
第三节 企业销售合同管理的法律风险与防范	(105)
一、企业缺乏销售合同管理机制法律风险与防范	(106)
二、销售合同订立阶段的法律风险与防范	(110)
三、合同履行阶段的法律风险与防范	(129)
第四章 企业财务管理的法律风险与防范	(141)
第一节 企业财务风险管理内部控制的法律风险与防范	(141)
一、财务人员管理的法律风险与防范	(141)
二、银行账户管理的法律风险与防范	(145)
三、财产物资保管的法律风险与防范	(148)
四、现金流管理的法律风险与防范	(151)
第二节 会计资料管理的法律风险与防范	(154)
一、会计凭证管理法律风险与防范	(155)
二、财务报告法律风险与防范	(161)
第三节 企业筹资财务法律风险与防范	(165)
一、债权性融资法律风险与防范	(165)
二、权益性融资法律风险与防范	(169)
第五章 企业人力资源管理的法律风险与防范	(177)
第一节 企业人力资源管理体系法律风险与防范	(177)
一、人力资源规划法律风险与防范	(178)
二、企业劳动规章制度法律风险与防范	(181)
三、招聘与录用制度法律风险与防范	(187)
四、工资制度法律风险与防范	(189)

五、加班制度制定不合理导致的法律风险与防范	(192)
第二节 会业劳动合同签订过程中的法律风险与防范	(194)
一、劳动合同文本内容设计法律风险与防范	(194)
二、劳动合同变更与续签的法律风险与防范	(219)
三、企业使用劳务派遣人员的法律风险与防范	(222)
四、非全日制用工不当的法律风险与防范	(225)
五、劳动关系与劳务关系的混淆导致的法律风险与防范	(227)
第三节 企业发生工伤事故的法律风险与防范	(229)
一、构成工伤或视为工伤情形的法律风险与防范	(229)
二、工伤保险待遇的法律风险与防范	(231)
三、工伤保险待遇与民事侵权赔偿竞合的法律风险与防范	(233)
第四节 企业劳动合同解除和终止的法律风险与防范	(235)
一、用人单位单方解除劳动合同的法律风险与防范	(235)
二、劳动者单方解除劳动合同的法律风险与防范	(238)
三、经济补偿金与赔偿金的法律风险与防范	(240)
四、违法解除劳动合同的法律风险与防范	(244)
五、劳动合同终止的法律风险与防范	(247)
第六章 企业知识产权的法律风险与防范	(250)
第一节 企业知识产权管理与运营的法律风险与防范	(250)
一、企业知识产权战略的法律风险与防范	(250)
二、知识产权内部管理体系的法律风险与防范	(254)
三、企业知识产权运营的法律风险与防范	(257)
第二节 商标保护的法律风险与防范	(266)
一、商标注册的法律风险与防范	(266)
二、商标使用的法律风险与防范	(271)
三、商标侵权的法律风险与防范	(275)
第三节 专利与商业秘密的法律风险与防范	(279)
一、技术研究开发过程中的专利法律风险与防范	(280)
二、专利转让、实施许可的法律风险与防范	(283)
三、专利侵权的法律风险与防范	(289)
四、商业秘密的法律风险与防范	(293)
第七章 企业经营管理人员违法犯罪行为法律风险与防范	(297)
第一节 企业经营管理人员违法犯罪行为风险内在原因分析与防范	(297)

一、组织结构设置不当带来的法律风险与防范	(297)
二、信息和沟通不通畅引起的法律风险与防范	(303)
第二节 企业经营管理人员违法行为的法律风险与防范	(307)
一、违反忠实义务的法律风险与防范	(307)
二、违反勤勉义务的法律风险与防范	(320)
第三节 企业经营管理人员犯罪的法律风险与防范	(322)
一、侵犯商业秘密罪的法律风险与防范	(322)
二、职务侵占罪的法律风险与防范	(324)
三、挪用资金罪的法律风险与防范	(326)
四、背信损害上市公司利益罪的法律风险与防范	(328)
五、非国家工作人员受贿罪的法律风险与防范	(330)
六、证券、期货内幕交易、泄露内幕信息罪的法律风险与防范	(333)
参考书目	(336)
后记	(338)

第一章 企业投资的法律风险与防范

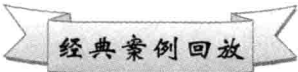
企业投资是指企业在本身主要经营的业务范围以外，以现金、实物、无形资产等财产方式，或者以购买股票、债券等有偿证券方式向境内外的目标企业进行投资、以未来获得投资收益为目的经济行为。企业投资行为所产生的收益是企业总收益的组成部分，也是企业除了主营业务之外所产生的企业利润。随着我国市场经济的快速发展以及经济发展的全球化趋势越来越明显，金融市场体系也不断发展和完善，企业对外投资已经成为企业经济活动的重要内容。每一个企业对于防范投资风险、保障资金安全、提高投资产出效益等问题都会予以特别关注。

企业投资风险因不同投资对象的特定性而表现为不同形态。本章前两节概况性地从投资规划阶段、实施阶段述及企业对外投资所普遍涉及的风险及防范，第三节则详细探讨因特定投资对象而引发的投资风险及防范问题。

第一节 投资规划阶段法律风险与防范

当企业决定对外投资时，应当由企业决策部门对投资当时的政治、经济、社会等宏观风险因素和企业投资项目所投向的产业方向、投资权益属性、投资对象、投资方式等微观因素进行风险评估，由此做出投资决策并制定风险防范机制。如何实现投资决策的科学性，有赖于企业内部合理决策机制的建立，更取决于决策过程中所涉及的诸如投资对象和投资方式选择是否正确和适当，尽职调查是否完善，风险评估是否全面准确等各项因素的综合考量。

一、因企业内部决策机制缺失所导致的法律风险与防范



经典案例回放

案例 1:

吉林省第一家上市公司——东北华联集团股份有限公司（以下简称东北华联）于

1993年8月上市，是一家以商业经营为主的股份有限公司。公司好景不长，经营业绩持续走低，产生了亏损，直至1997年年末为止连续累计亏损多达2.5亿元。到2002年时，公司员工全部放假，公司经营也已经停止。后被长春高斯达生化药业集团收购，公司被更名为“高斯达”。

东北华联成功上市后，超额募得资金1.6亿元，资金充裕了以后，东北华联集团雄心勃勃，准备大干一场。提出了“科、工、贸全方位发展，立足吉林，放眼全国、走向世界”的战略规划。在吉林省内，东北华联先后兼并了辽源一百、四平金龙集团等三家企业，投资设立了第二华联商厦、华联实业总公司、外贸总公司等16家全资企业。在广州、上海、深圳等多地买房购地，进行投资；在美国、泰国、俄罗斯等国设立境外企业。在刚刚上市的一年之内，东北华联便由一个股份有限公司摇身变成了拥有55个全资子公司、6个控股和参股企业，资产5.6亿元的集商业、实业、房地产于一体的跨区域综合性企业集团。

然而，企业的规模扩大了，新上马的项目却无一例外地都失败了：第二华联商厦很快停业整顿，6000万元白白损失掉了；白山华联总公司和白山五交化公司创立后毫无收益，5700多万打了水漂；江山木业公司自投入了982万元成立后就开始亏损；在美国购置了房产却闲置在那里，未有任何商业用途；在泰国投资建设了一个大酒店，基本上是投了多少，赔了多少……就在短短的两年之内，公司损失了将近两亿元，所募集来的资金也基本被挥霍一空。

企业党委副书记、也是东北华联创始人之一的李某说，企业上市，有钱以后头脑发热，使企业掉进了扩张的“陷阱”。企业突然间多出了上亿元的资金，就放在企业里，这么多的钱该怎么花出去？公司中高层管理者争着抢着报项目，只要你说能赚钱，董事会主要成员感觉好，马上就投资，一点也不犹豫。公司原监事会主席曾建议设立投资责任追究制度，但是没有得过董事会的通过。

东北华联上市以后，在证券市场上募集到了大量的资金，在项目对外投资管理上，根本就没有相应的内部管理措施。首先，在投资立项上，没有对投资项目是否符合公司制定的战略规划，是否顺应了市场经济的变化规律，是否符合国家制定的宏观经济政策和法律规定等问题进行深入分析，盲目立项。其次，在投资项目评估上，没有组织公司内部的技术人员对立项的投资项目进行可行性的评估分析，也没有聘请外部具有相应资质的咨询公司对项目进行分析、研究和评估，而是由董事会成员们依靠自己的直觉来决定投资与否。

案例2：

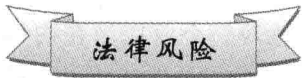
2000年年初，天津大学决定对校办企业进行股份制改造并争取上市，以提高学校校办企业的科技实力和实现可持续发展。学校有关部门负责人和深圳某公司就校办企

业上市事宜进行了接洽,在未进行任何可行性调查和论证,也未开董事会,未得到董事会决议授权,未向有关部门批准的情况下,便与该公司签订了合作协议,由该公司负责为校办企业在证券市场上进行运作,并将1亿元资金分3批在2009年9月至2001年8月间支付给了该公司。该公司将收到的学校委托款项用于购买股票,又将之前购进的股票向银行进行质押融资。2003年下半年,该公司在银行质押的股票被开户的证券公司强行平仓,股票所卖款项被划走,该公司的当事人随后潜逃。天津大学有关负责人在得知这一情况后,立即向公安机关报案,并通过民事诉讼方式进行追偿。虽然校方采取了相应的补救措施,但损失以无可避免,已经造成了学校财产的重大损失。

本案中,天津大学的相关负责人应当负主要领导责任。天津市十四届人大常委会2006年11月21日举行第三十三次会议,投票表决通过了罢免天津大学原校长单平第十届全国人民代表大会代表职务的决定,并将此决定报全国人大常委会备案,由全国人大常委会审查并公告。会议审议通过了终止单平天津市人大代表资格的报告,由其担任的天津市十四届人大常委会委员职务相应撤销。

案例1中的东北华联公司惨败出局的原因在于:(1)缺少对于企业投资风险的认识,缺少对于风险的评估及投资管理程序的设置;(2)企业盲目进行对外扩张,对企业投资业务未进行预算控制,没有制定科学合理的对外投资计划;(3)在项目决策前未进行可行性研究,而是只要说能赚钱,班子主要成员感觉好,就马上投资,一点也不犹豫;(4)监事会提出的应建立投资责任追究制度,没有得到董事会的通过,最终导致了连年亏损。

案例2则突显出企业决策机构设置的重要性,企业的重大决策、重大项目安排、重要人事任免及大额度资金运作等,一定要强调按照规定的权限和程序实行集体决策审批或者联署制度。任何人不得单独进行决策或者擅自改变集体决策意见,避免“一言堂”“一支笔”现象。



法律风险

上述两案例均显示出企业投资决策阶段设置合理高效的决策机制的重要性。基于投资环境的复杂性,任何一家企业在进行项目投资前,均应对该项目投资可行性,企业就该项目投资的管理能力,项目投资后所面临的收益、购买力、变现风险等问题进行评估,具体而言,企业对外投资决策阶段应注意防范以下风险:

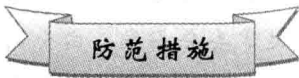
(1) 欠缺风险意识未设置合理完善的企业决策机制,未建立其科学的投资目标和规划,缺乏投资责任追究制度,使企业项目投资决策主观随意性大,完全凭领导人直觉进行决策,陷入盲目投资或者坐失投资机遇的恶性循环。

(2) 投资项目的可行性研究过于简化,经济预算不合理,草率投入后,才发现投

入大，回报低，但由于沉淀成本已经产生，往往不甘心及时退出，等到确实难以为继时，往往不能全身而退，引致损失。尤其是一个对于企业发展至关重要的大型投资项目，历时长，投入资金多，如果对该项目投资在技术上是否可行、经济上是否合理，缺乏科学、全面、周密的调查，没有进行严谨的计算和科学论证，将企业的发展产生灾难性影响。

(3) 企业内部治理结构不完善，内部控制制度不健全，引致投资决策风险。缺乏严格的决策程序和严密的内部控制制度，难以做出慎重合理的投资决策。

(4) 投资成败没有和决策者的利益挂钩，一旦投资失败，对决策者没有任何的事后追究机制。



防范措施

企业在对外投资时应注意因投资决策失误，引发盲目扩张或丧失发展机遇，可能导致资金链断裂或资金使用效益低下的法律风险。企业应当根据投资目标和规划，合理安排资金投放结构，科学确定投资项目，拟订投资方案，重点关注投资项目的收益和风险。企业选择投资项目应当突出主业，谨慎从事股票投资或衍生金融产品等高风险投资。境外投资还应考虑政治、经济、法律、市场等因素的影响。企业采用并购方式进行投资的，应当严格控制并购风险，重点关注并购对象的隐性债务、承诺事项、可持续发展能力、员工状况及其与本企业治理层及管理层的关联关系，合理确定支付对价，确保实现并购目标。

1. 企业应加强对可行性研究的控制

企业应当加强对投资方案的可行性研究，重点对投资目标、规模、方式、资金来源、风险与收益等做出客观评价。企业根据实际需要，可以委托具备相应资质的会计事务所、律师事务所等专业机构进行可行性研究，提供独立的可行性研究报告，以确保对外项目投资决策合法、科学、合理，有效降低项目投资的风险。企业应当在内部相关部门对投资项目和目标企业进行实地考察和调研的基础上，进行充分科学的分析及论证，编制投资项目建议书。对于重大的对外投资项目，企业应委托具有相应资质的专业机构对投资项目出具可行性研究报告，重点对投资项目的目标、规模、投资方式、投资的风险与收益等进行独立评价，形成评估报告。评估报告应当全面反映评估人员的意见，并由所有评估人员签章。

企业进行投资项目评估时应注意以下几个方面的问题：

(1) 投资项目是否符合国家产业政策及相关法律、法规的规定，投资项目所在地的各级政府部门之前有无类似项目的先例，是否符合所在地区的产业发展规划，有无招商引资的优惠政策或者其他禁止性规定或者限制条件，项目投资存在哪些潜在的法

律风险及出现风险后的应对措施及解决问题付出的成本预估,等等。

(2) 在环境污染日益严重和土地市场供求不足的背景下,企业对外进行项目投资应考察环境保护及土地使用的法律风险。所投资的项目是否会产生污染,产生污染后所需的治理费用,是否能通过环境影响评价,能否通过所在地区环境保护部门的评估和审查。投资项目所需的土地数量及价格,所在地区是否具有优惠政策,项目选址是否符合当地的规划要求,能否通过招标、拍卖、挂牌出售的方式取得土地使用权,等等。

(3) 投资项目所处行业在当前国内外的现状及未来的发展趋势,是否符合当今政府的宏观经济政策,行业内主要的竞争对手及其所占的市场份额,企业进入该行业的比较优势,等等。企业投资项目所在的行业景气情况的变化也可能使企业面临较大的风险。如果投资行业得到国家产业政策的鼓励和支持,正处于上升或稳定发展时期,而且投资的目标企业在行业该行业内具有某种优势,那么实施该投资活动获得成功的可能性就会比较大。但是,如果目标企业所在行业处于不景气,或是趋于被淘汰的落后行业,那么企业投资风险较大,投资活动须三思而后行。

(4) 投资项目是否符合企业投资战略目标和规划、是否具有相应的资金能力、投入资金能否按时收回、预期收益能否实现,项目投资对于企业现有的整体生产经营状况产生的影响,等等。

2. 决策审批控制

企业应当按照规定的权限和程序对投资项目进行决策审批,重点审查投资方案是否可行,以及投资和并购风险是否可控等。重大投资项目,应当按照规定的权限和程序实行集体决策或者联签制度。投资方案须经有关管理部门批准的,应当履行相应的报批程序。投资方案发生重大变更的,应当重新进行可行性研究并履行相应审批程序。

应建立对外投资业务的授权审批制度。对外投资业务的相关部门与经办人员应严格履行授权审批程序,审批人应严格遵守审批权限,不得超越权限审批。首先由公司投资管理部门提出立项申请,将项目报审资料(包括但不限于对外投资项目申请报告或建议书;对外投资项目可行性研究报告;对外投资方式及资金来源;被投资企业的资产负债及经营状况;有关合作单位的资信情况;政府或主管部门的有关文件。)上报总经理;总经理委托投资管理部门或专业机构对投资项目进行初审、可行性论证、方案确定等工作,并对投资项目进行审议,审议通过后,上报董事会决策审批。董事会在权限范围内根据总经理对项目做出的审核建议,经集体讨论后,签署审批意见。对于重大的对外投资项目,例如单项运用资金超过最近一期经审计净资产20%的对外投资项目须经董事会审议通过后,报股东大会决策审批。

公司应建立对外投资业务的岗位责任制,明确相关部门和岗位的职责、权限,确保办理对外投资业务的不相容岗位相互分离、相互制约和相互监督。合法的对外投资

业务应在业务的授权、执行、会计记录以及资产的保管方面有明确的分工，不得由一个人同时负责对外投资业务流程中两项或两项以上的工作。具体言之：

- (1) 对外投资项目的可行性研究人员与评估人员在职责上必须分离；
- (2) 对外投资计划的编制人员不能同时控制计划的审批权；
- (3) 对外投资的决策人员与对外投资的执行人员必须由不同的人员负责；
- (4) 负责对外投资的执行人员不能同时担任会计记录工作；
- (5) 对外投资处置的审批与执行不能由相同的人员负责；
- (6) 对外投资项目进行投资绩效评估的人员与执行人员在职责上必须分离。

3. 加强企业项目投资的会计控制

企业应当加强对投资项目的会计系统控制，根据对被投资方的影响程度，合理确定投资会计政策，建立投资管理台账，详细记录投资对象、金额、持股比例、期限、收益等事项，妥善保管投资合同或协议、出资证明等资料。企业财会部门对于被投资方出现财务状况恶化、市价当期大幅下跌等情形的，应当根据国家统一的会计准则制度规定，合理计提减值准备、确认减值损失。具体而言，应做到：

- (1) 应按照会计准则的规定，对投资项目进行准确核算、记录和报告，制定合理的会计政策，客观评价被投资企业的真实状况；
- (2) 妥善保管资协议、备忘录、合同、出资证明与投资项目相关的重要法律文件；
- (3) 建立投资管理台账档案制度，详细记录并保存被投资企业名称、金额、期限等情况，以备将来查用；
- (4) 及时跟踪投资项目，高度关注投资对象的运营情况，投资对象出现财务状况恶化、市价大跌等情形时，应按照会计准则相关规定，进行计提减值准备。企业应合理估计减值状况，不得滥用减值准备，将其作为企业调节利润的一种手段。

二、因尽职调查失败引起的法律风险与防范

经典案例回放

案例：

甲公司是一家集研发、生产和销售为一体的医药集团公司，为了配合企业战略扩张、增加产品种类，甲公司向乙公司发出收购要约，表示愿意以合并吸收的方式收购乙公司 100% 股权，最终取得乙公司的 A、B、C 三个药品所有权，双方协商一致并签订《合作意向书》，特别注明两点：1. 鉴于药品 B 和 C 没有取得《新药证书》，而我国法律规定“未取得《新药证书》的品种，转让方与受让方应当均为符合法定条件的药品生产企业，其中一方持有另一方 50% 以上股权或股份，或者双方均为同一药品生产

企业控股 50% 以上的子公司”，因此甲公司拟收购乙公司 100% 股权；2. 甲乙双方在当地银行开设共管账户，作为履行《合作意向书》的担保。甲公司没有外聘会计人员和资产评估人员，只安排公司财务人员和项目经理配合外聘律师完成法律尽职调查工作。

律师调取了工商档案资料，发现乙公司 2003 年以“股份合作制”企业设立，且有一个国有资产股东，后经股权转让退出，但没有按照《企业国有产权转让管理暂行办法》的要求在“产权交易机构中公开进行”，目前的经济性质仍然保持“股份合作制”。然而，乙公司工商资料记载的 2003—2008 年的《公司章程》中第一条均显示“……由股东共同出资建立企业法人，依照《公司法》的规定，制定本章程……”，章程中亦可见《公司法》关于有限责任公司的规定，乙公司的历次变更均采用《公司法》关于有限责任公司变更的规范，据此判断，乙公司设立至今都是以“股份合作制”企业的外壳存在，但是实质是以“有限责任公司”存在运行。“股份合作制”企业是历史产物，不受《公司法》调整。律师现场访谈乙公司法定代表人王某，王某表示当时设立时的法律并不完善，对股份合作制企业并没有概念，以为就是有限责任公司。

经律师审查，乙公司是一个药品研究机构，2003 年之前属于市政府某部门的三产单位，没有取得“药品生产许可证”，其在《合作意向书》中承诺“拥有 A、B、C 三种药品完整所有权”其实是基于乙公司与丙公司签订的《合作开发药品协议》。《协议》约定：1. 乙公司负责新药或仿制药品的开发申报工作并组织好产品招商；丙公司配合乙公司做好新药或仿制药品开发中的申报工作并组织生产。2. 合作开发药品取得的生产批准文号，其所有权归乙公司所有，乙公司向丙公司提交生产订单，由丙公司组织生产并组织销售。但事实上，三种药品的《药品注册批件》上“药品生产企业”一栏中都填写着丙公司的信息，因此从法律上讲，丙公司才是这三种药品生产技术的真正所有者。前述《协议》有关“合作开发药品取得的生产批准文号，其所有权归乙公司所有”的约定，虽系合同双方的真实意思表示，但违反了我国有关药品注册的法律规定，应属无效法律行为。

乙公司声称拥有三种药品的专利权，律师审查了《发明专利证书》原件，并经过国家知识产权局网站进行了专利搜索核实，确认情况属实，但其中药品 B 的专利权是通过专利转让合同取得的，系乙公司与原专利权人李某共同所有，律师核查了国家知识产权局发布的专利转让《手续合格通知书》，确认专利转让合同已经登记而生效。律师通过电话征询李某的意见，李某明确表示不同意乙方单方面转让药品 B 的专利权。

经律师查明，药品 C 是一种仿制的化学原料药，丙公司于 2006 年 4 月取得《药品注册批件》和“药品批准文号”，之前 2005 年已有两家公司获得了“药品批准文号”，其中包括丁公司。2008 年乙公司获得专利授权，取得《发明专利证书》，“权利要求书”要求保护的是“一种制备工艺方法”。律师在审查三种药品市场信息时，发现丁公司的相同产品在特定区域销售份额很高，已经影响到药品 C 作为本次收购标的物的价值。