

 六和律師事務所
L&H LAW FIRM

企业法律风险 防范与管理

戴文良 王素华 陈科杰 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

六和律师事务所系列丛书

企业法律风险 防范与管理

戴文良 王素华 陈科杰 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

企业法律风险防范与管理 / 戴文良, 王素华, 陈科杰著. —北京: 法律出版社, 2015. 4
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7886 - 1

I. ①企… II. ①戴… ②王… ③陈… 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(2015)第 084872 号

企业法律风险防范与管理
戴文良 王素华 陈科杰 著

编辑统筹 政务分社
策划编辑 张瑞珍
责任编辑 崔丽
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社	开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16
总发行 中国法律图书有限公司	印张 22
经销 新华书店	字数 323 千
印刷 三河市龙大印装有限公司	版本 2015 年 5 月第 1 版
责任印制 吕亚莉	印次 2015 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn 销售热线 / 010 - 63939792/9779
电子邮件 / info@lawpress.com.cn 咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司 / 010 - 62534456	西安分公司 / 029 - 85388843
上海公司 / 021 - 62071010/1636	重庆公司 / 023 - 65382816/2908
深圳公司 / 0755 - 83072995	第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 7886 - 1 定价: 56.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

上编 企业法律风险管理基础知识

第一章 法律风险的界定	(003)
第一节 风险的概念	(003)
一、什么是风险	(003)
二、风险的构成	(004)
三、风险与危险的区别	(006)
第二节 法律风险的概念与特征	(006)
一、法律风险的概念	(006)
二、法律风险的特征	(010)
第三节 企业法律风险的成因	(012)
一、企业内部法律风险	(012)
二、企业外部法律风险	(013)
第四节 企业法律风险的分类	(015)
一、以法律风险的发生方式分类	(015)
二、以法律风险产生的结果是否具有单一性分类	(016)
三、以法律风险对不利后果产生的影响分类	(017)
四、以法律条件变化带来的影响分类	(018)
五、以法律风险发生的概率分类	(019)
六、以法律风险的持续时间分类	(020)
第五节 法律风险演变	(021)
一、法律危机的定义	(021)

二、法律危机的特征	(022)
三、法律风险与法律危机的关系	(023)
四、法律风险发展过程	(024)
第二章 企业法律风险管理概述	(027)
第一节 风险管理的发展历程	(027)
第二节 法律风险管理的由来	(029)
第三节 法律风险管理的概念	(032)
一、企业法律风险管理是一个循环往复、不断改善的过程	(033)
二、纳入企业决策过程	(033)
三、企业法律风险管理对企业经营目标的实现提供合理的保证	(034)
四、企业法律风险管理是企业管理的组成部分,也是企业 全面风险管理的重要组成部分	(034)
第四节 法律风险管理的原则	(034)
一、以企业战略目标为导向的原则	(035)
二、审慎管理的原则	(035)
三、与企业整体管理水平相适应的原则	(035)
四、融入企业经营管理过程的原则	(035)
五、纳入决策过程的原则	(035)
六、纳入企业全面风险管理体系的原则	(035)
七、全员参与、全过程开展的原则	(036)
八、持续改进的原则	(036)
第三章 企业法律风险管理的价值	(037)
第一节 法律是一把双刃剑	(038)
第二节 法律风险最终归结为商业风险	(040)
第三节 用法律创造价值	(042)
第四节 中国企业法律风险现状	(044)
第四章 法律风险管理体系的建构	(047)
第一节 法律风险管理过程	(047)

一、明确法律风险环境信息	(047)
二、法律风险识别	(049)
三、法律风险分析	(050)
四、法律风险评价	(051)
五、法律风险应对	(051)
六、监督和检查	(052)
七、沟通和记录	(052)
第二节 企业法律风险管理体系	(053)
一、企业法律风险管理体系的特点	(053)
二、企业法律风险管理体系的构成	(054)
第三节 企业法律风险管理体系的建立与完善	(055)
一、重视培养企业法律风险意识	(055)
二、进行法律知识培训	(056)
三、建立和完善企业规章制度	(056)
四、根据企业实际抓住工作重点	(057)
五、加强监督与考核	(057)
六、保证法律风险信息沟通的畅通	(057)

下编 企业法律风险管理与防范要点

第一章 企业设立的法律风险	(061)
第一节 企业法律形态	(062)
一、个人独资企业	(062)
二、合伙企业	(065)
三、有限责任公司	(068)
四、股份有限公司	(074)
第二节 企业法律形态选择所要考虑的因素	(077)
一、投资人的责任	(077)
二、设立条件、程序和费用	(078)

三、企业纳税	(078)
四、企业预期存续时间	(078)
五、成员权利	(078)
第三节 企业设立中的主要法律风险	(080)
一、合伙协议中的法律风险	(080)
二、设立协议与公司章程法律风险	(084)
三、隐名出资的法律风险	(091)
四、出资瑕疵的法律风险	(094)
第二章 公司治理中的法律风险	(097)
第一节 公司治理概述	(097)
第二节 公司治理的现状	(098)
一、股东会职权不到位	(099)
二、董事会运作不规范	(100)
三、监事会形同虚设	(101)
四、民营企业的公司治理的制度缺失	(102)
第三节 股东会、董事会会议的法律风险	(102)
第四节 法定代表人设置的法律风险	(113)
第五节 公司僵局的法律风险	(115)
第三章 企业并购法律风险	(118)
第一节 企业并购概述	(118)
一、并购的概念	(118)
二、企业并购的基本分类	(120)
三、企业并购的动因	(122)
四、并购的基本程序	(125)
第二节 企业并购的主要法律风险	(126)
一、反垄断法律风险	(127)
二、职工安置的法律风险	(128)
三、国有资产保护法律风险	(129)

四、金融债权的保护问题	(130)
五、税收法律风险	(133)
六、知识产权法律风险	(133)
第三节 企业并购实施前的准备及法律风险	(134)
一、并购活动的法律策划	(134)
二、对目标公司展开调查	(135)
三、目标公司在并购前的准备	(139)
第四节 企业并购过程中的法律风险避让	(140)
一、并购协议中的条款安排	(140)
二、披露表	(142)
三、保密协议	(142)
四、担保机制	(143)
五、完善公司治理结构	(143)
第四章 设立外商投资企业法律风险	(144)
第一节 外商投资企业概述	(144)
一、外商投资企业的种类	(145)
二、外商投资企业的设立	(146)
第二节 设立外商投资企业的主要法律风险	(149)
一、外商投资企业设立行为的法律风险	(149)
二、出资方面的法律风险	(151)
三、合资中的陷阱	(155)
第五章 合同行为法律风险	(161)
第一节 合同概述	(161)
一、合同的特点	(161)
二、合同类型的划分	(163)
三、合同的相对性	(165)
第二节 合同订立过程的法律风险	(168)
一、要约过程的法律风险	(168)

二、承诺过程的法律风险	(169)
第三节 合同主体的法律风险	(171)
一、主体资格的法律规定	(171)
二、主体不适格及其法律风险	(173)
三、履约能力的法律风险	(174)
四、签约人的资格	(175)
第四节 合同条款的法律风险	(178)
一、当事人的姓名或名称和住所	(179)
二、标的	(179)
三、数量	(180)
四、质量	(181)
五、价款或酬金	(182)
六、履行期限、地点和方式	(182)
七、违约责任	(183)
八、解决争议的方法	(183)
九、其他条款	(184)
第五节 合同效力法律风险	(185)
一、合同生效	(185)
二、合同无效	(185)
三、可变更、可撤销的合同	(186)
四、合同效力待定	(187)
第六节 合同救济的法律风险	(187)
一、对方违约的救济	(187)
二、其他情况的处理	(189)
第六章 知识产权法律风险	(192)
第一节 知识产权概述	(192)
一、知识产权的范围	(193)
二、企业常见的知识产权	(194)
三、企业知识产权管理中的法律风险分析	(195)

四、国际化进程中的知识产权法律风险	(197)
五、知识产权全面保护	(199)
第二节 专利法律风险	(202)
一、专利申请及法律风险	(203)
二、专利侵权的法律风险	(210)
三、专利许可与转让的法律风险	(215)
第三节 企业商标法律风险	(220)
一、商标注册	(221)
二、商标侵权的法律风险	(226)
三、商标转让与许可	(228)
第四节 商业秘密的法律风险	(235)
一、什么是商业秘密	(236)
二、商业秘密保护中的法律风险	(239)
三、商业秘密的自我保护	(241)
四、商业秘密救济	(247)
第七章 人力资源管理的法律风险	(252)
第一节 企业规章制度与法律风险	(253)
第二节 劳动合同与法律风险	(256)
一、劳动合同法律风险概述	(256)
二、劳动合同管理中常见的法律风险	(259)
三、劳动合同条款及法律风险	(263)
四、劳动合同解除的法律风险	(270)
第三节 劳动者权利保障与法律风险	(274)
一、劳动者的基本权利	(274)
二、劳动者权利与法律风险	(275)
第四节 劳动争议解决程序中的法律风险	(279)
一、劳动争议的概念和分类	(280)
二、劳动争议中常见的法律风险	(283)

第八章 产品质量法律风险	(286)
第一节 产品质量法律概述	(286)
一、产品质量法	(286)
二、产品、产品标准与产品质量	(287)
三、产品质量的监督管理制度	(288)
四、产品质量义务	(290)
五、产品质量责任与产品责任	(292)
六、违反《产品质量法》的法律责任	(292)
第二节 产品质量的法律风险	(295)
一、产品警示缺陷风险	(296)
二、产品标志的法律风险	(297)
三、产品责任诉讼风险及抗辩权的行使	(297)
第九章 环境保护法律风险	(303)
第一节 有关环境保护法律制度介绍	(303)
一、环境保护的法律体系	(303)
二、环境保护的主要法律制度	(304)
第二节 企业环境污染的主要表现	(307)
一、环境噪音污染	(308)
二、排放废气问题	(309)
三、水污染问题	(310)
四、光污染	(311)
第三节 环境法律风险及其防范	(312)
一、环境法律风险概述	(312)
二、防范环境法律风险的主要措施	(315)
第十章 纳税筹划法律风险	(316)
第一节 税务筹划法律风险概述	(316)
一、纳税筹划的概念	(316)
二、纳税筹划的法律风险	(317)

第二节 纳税筹划主要方式及法律风险	(319)
一、避税筹划	(319)
二、节税筹划	(321)
三、转嫁筹划	(322)
第三节 纳税筹划具体方法及法律风险	(323)
一、转让定价方法	(324)
二、资产租赁	(326)
三、利用国际避税地避税	(327)
四、利用电子商务避税	(328)
第四节 企业纳税筹划的风险管理	(329)
一、准确把握税收法律政策	(330)
二、关注税收法律政策变动	(330)
三、筹划专业人员的引入	(330)
四、保持筹划方案的适度灵活	(331)
五、加强与税务部门联系	(331)
第十一章 企业刑事法律风险	(332)
第一节 企业刑事法律风险概述	(332)
第二节 企业常见刑事法律风险	(333)
参考书目	(335)

上 编

企业法律风险管理基础知识

第一章 法律风险的界定

法律风险对于一个企业的经营,可以看成是企业 在市场经济的海洋中航行时所触碰到的“暗礁”。这些“暗礁”对企业冲击力非常巨大,甚至可能导致一个规模庞大的企业的倾覆。要防范、控制法律风险就应该首先认识什么是法律风险,然后才能建立科学的法律风险管理体系。

第一节 风险的概念

要了解什么是法律风险,如何进行法律风险管理与防范,就先得从法律风险概念的本源说起。毫无疑问,法律风险属于风险的范畴,研究法律风险的概念应该首先了解风险的含义。

一、什么是风险

风险一词是个舶来品。我国古代典籍中没有见到有关“风险”一词的表述,即使 1989 年版的《辞海》也没有“风险”的释义。风险英文为“risk”,其词根为意大利语“risco”,含有暗礁或礁石之意。

现代风险概念的产生背景可以追溯到近代欧洲地中海一带的频繁的商船贸易往来,风险概念被创造出来主要是为了形容商船在运输货物过程中可能遭遇的触礁或海难等招致损失的危险。由于海上贸易有巨大的利益驱动,人们就得想方设法规避这些不确定发生的危险,于是风险概念就作为一个关键性概念范畴被创造出来,形成了一种认识上的理性自觉,这种风险观念逐渐在制度上加以体现,那就是保险制度的发明。^①风险概念从早期资本主义时期商贸航行

^① 刘岩、孙长智:“风险概念的历史考察与内涵解析”,载《长春理工大学学报》(社会科学版)2007 年第 3 期。

的一个术语,到被引入经济领域并加以考察是在19世纪末。近三十年来,“风险”概念已从单纯技术—经济的范畴扩展为一个社会理论的范畴,并在社会科学文献中逐渐广泛采用。^①

用“不确定性”解释风险具有普遍的代表性,因此,风险可以定义为损失发生的不确定性。比如,吸烟者有死于肺癌的风险,是因为目前看来确实是有发生这种结果的不确定性的。

迄今为止还没有完全统一的风险定义。经济学家、行为科学家、风险理论学者、统计学家、保险精算师等都对风险有其不同的解释和定义。归纳起来,大致有以下几种观点:^②

- (1) 风险是损失机会和损失可能性;
- (2) 风险是损失的不确定性;
- (3) 风险是实际与预期结果的离差或概率;
- (4) 风险是一个事项将会发生并给目标实现带来负面影响的可能性。

第(4)种观点是美国 COSO (The Committee of Sponsoring Organizations of The National Commission of Fraudulent Financial Reporting 全国虚假财务报告委员会下属的发起人委员会)发布的《企业风险管理整合框架》的权威观点。在我国的《中央企业全面风险管理指引》中,企业风险是指未来的不确定性对企业实现其经营目标的影响。

总的来说,风险定义大致有两种:一种强调风险表现为不确定性;而另一种强调风险表现为损失的不确定性。风险表现为不确定性,说明风险产生的结果可能带来损失、获利或是无损失也无获利,此属于广义风险;而风险表现为损失的不确定性,说明风险只表现出损失,而无从中获利的可能性,此属于狭义风险。

二、风险的构成

风险由风险因素、风险事故和损失等要素构成,风险因素、风险事故和损失

^① 刘小枫:《现代性社会绪论》,上海三联书店2000年版,第47页。

^② 余镜怀、马亚明主编:《企业风险管理》,中国金融出版社2012年版,第1页。

之间存在一定的内在联系。

(一) 风险因素(hazard)

风险因素,也称为危险因素,是指引起或增加风险事故发生的机会或扩大损失幅度的条件。它是风险事故发生的潜在原因。比如,天气干燥是造成火灾发生的风险因素。又如,路面结冰是造成交通事故发生的风险因素。风险因素通常可分为实质风险因素、道德风险因素和心理风险因素三种类型。

1. 实质风险因素(physical hazard)是指有形并能直接影响事物物理功能的因素,如人体生理功能、恶劣天气和疾病传染等。

2. 道德风险因素(moral hazard)是指人们怀有犯罪意图、不诚实品质或图谋不轨而引起或增加损失机会的条件,如为了骗保而故意纵火。

3. 心理风险因素(morale hazard)是指与人的心理状态有关的原因而引起或者增加实施机会的条件,如人的过失、知识水平有限等。

还有学者认为,还应该包括法律风险因素。法律风险因素(legal hazard)是指由法律制度或法规监管环境的状况而引起或增加损失机会的条件,如对保险人而言,法律规定酒后驾车发生事故属保险人理赔范围。

(二) 风险事故(peril)

风险事故,也称为危险事故、风险事件或风险源,是指引起损失的直接原因,即风险事故是促使风险很有可能变为现实的事件。火灾、爆炸、机动车辆倾覆、飞机失事等都是风险事故。例如,台风导致房屋倒塌,台风就是造成财产损害的风险事故。由此可见,风险事故是损失的直接原因,是使风险造成损失的可能性转化成现实性的媒介。

(三) 损失(loss)

损失是指非故意的、非预期的和非计划的经济价值的减少。故意行为、折旧、自然损耗等都不能视为损失。此定义中包含两个条件:一是不可预料的;二是经济价值的减少,判断某一事件是否是损失必须同时满足这两个条件。按损失的内容可以分为实质损失、费用损失、收入损失、责任损失四种。

风险是由风险因素、风险事故和损失三者构成的统一体,三者的关系为:风险因素引起或增加风险事故;风险事故发生可能造成损失。例如,暴风雨造成公路路面积水、能见度差、道路泥泞,引起碰撞、倾覆交通事故,造成人员伤亡和