

董事长与总经理 法律风险防范与应对

赵旭东 主编

COPE WITH
LEGAL RISKS
CEO & GM
HAVE A WAY

不只解决企业家法律风险的事前防范，
更重视企业家法律风险的事后应对和化解



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

“我的律师网”资助支持
中国政法大学商法研究中心
企业家法律风险专题研究成果

董事长与总经理 法律风险防范与应对

赵旭东 主编

COPE WITH
LEGAL RISKS
CEO & GM
HAVE A WAY



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

董事长与总经理法律风险防范与应对 / 赵旭东主编.
—北京:法律出版社,2013.6
ISBN 978-7-5118-5084-3

I. ①董… II. ①赵… 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(2013)第 142496 号

董事长与总经理法律风险防范与应对

赵旭东 主编

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
版本 2013 年 6 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 29.75 字数 504 千
印次 2013 年 6 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.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/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:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5084-3

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编写说明

以公司董事长和总经理为代表的当代中国企业家所面对的最大风险既不是市场风险,也不是经营管理风险,而是法律风险。因为其一,市场的剧烈变化并不经常发生,也不是多数企业衰落的主要原因。其二,企业经营管理不善对企业的影响是缓慢渐进的,通常不会对企业和企业家产生致命的影响。一些实力雄厚的中国企业垮掉,一些知名的企业家倒下,往往不是因为市场和经营的原因,而是由于法律的原因。无论一个民营企业做得多大,无论一个企业家多么显赫,在法律的风险面前往往都十分脆弱。而且,法律风险会伴随企业家的财富积累同步积聚,企业规模越大、企业家的财富越多,其法律风险愈加严峻。

近些年来,法律风险问题受到越来越多企业家的密切关注,企业家法律风险防范成为理论界和实务界探讨的热门话题,每一著名企业家遭遇法律风险的事件又将这样的探讨推向高潮。关于企业与企业家法律风险控制与防范的理论著述和操作丛书也日愈丰富。不同层次、不同角度的专题培训、主题研讨和论坛也丰富多彩。众多企业家对这一关乎自身利益的重大主题的研讨表现出积极参与的热情和严肃冷静的思考。无论是将这一问题的交流和研讨推向深入,还是向众多企业家提供有关与此的高层次法律咨询服务,本书的内容都具有重要的价值和意义。

目前,已经出版的关于企业法律风险的图书较多,也有一些丛书。这些图书大多都是以企业而不是以企业家的法律风险为主题,少数以企业家和企业管理人员法律风险为主题的书也是面向所有企业管理人员,而缺少面向特定主体的针对性和对应性。同时,已有的图书关于法律风险的实体内容往往是就企业的民事法律风险、刑事法律风险等某些特定领域的法律风险的分析和阐释,而缺少对各种性质和类型的法律风险的系统性和全面性的总结和阐释。尤其是,迄今为止,几乎所有的法律风险的分析和研究,都偏重和着眼于法律风险的事前防范,而忽略和缺少关于法律风险的事中和事后的应对和化解。

与以往同类著作不同,本书的编写及其内容具有以下两个突出的特色:

1. 突出企业家的特定身份和角色,专以董事长、总经理为对象

不同企业家或公司高管的法律地位不同,权利义务和责任不同,其承受的法律风险也不相同,法律风险的防范和应对也有各自不同的要求和内容。

董事长和总经理是企业家的主要代表,也是企业的核心。企业的法律风险与董事长和总经理个人的法律风险直接融合,密不可分。企业的法律风险往往也是董事长和总经理的风险,董事长和总经理遭遇法律风险,往往也会直接连累,甚至摧毁其投资或管理的企业。抓住董事长和总经理的法律风险也就抓住了企业法律风险的关键,挽救了董事长和总经理可能也就保住和挽救了一个企业。

以往的图书都是面向所有企业家或公司高管人员,范围和问题都过于宽泛,没有突出董事长、总经理的特别身份和角色,缺少专就这两种主要角色的针对性、特定性、具体化研究。以董事长、总经理特定主体的身份和角色为对象,分别分析和阐释其各自的法律风险与防范恰是本书设计的主要特色。

2. 不只解决企业家法律风险的防范,更重视企业家法律风险的应对和化解

由于我国特殊的法治环境,违法行为在企业和企业家中相当普遍,也具有某种程度的必然性,一个民营企业和企业家的成长几乎不可能与违法行为为完全切割,都总有或者不得不进行或多或少、或轻或重的违法行为。而违法责任追究又是不确定的、随意的和选择性的,最容易被追究的往往是那些快速发展、实力雄厚的企业和声名显赫的企业家。企业家的法律风险无法彻底避免,也很难完全控制,许多企业家并非不知法律风险的存在,也完全知晓如何防范,但要完全避免风险,就无法获得商业机会,就会丧失竞争能力,就不能盈利,甚至就无法生存,企业就得关门,为此就只能被迫或无奈地去冒风险。

因此,对于法律风险,事前防范当然重要,而事后应对更为重要。既然法律风险无法完全避免,更为重要的就是在风险降临后,如何最恰当地应对和化解风险,尽可能地制止风险的蔓延、扩大和恶化,最大限度地降低对个人及其家庭的冲击和伤害,最大限度地减少对企业的负面影响和破坏。以往的图书基本上都集中于企业家法律风险的防范,而较少涉及其法律风险的有效应对和化解,而重视法律风险应对和化解并对此进行开拓性的研究和设计,为当事人提供可操作性的对策和方案,恰是本书的又一突出特点。

本书为应用性和操作性的法律实务图书,其读者或适用对象除公司董事长、总经理(经理)外,也适用于与董事长和总经理具有类似法律风险的董事(包括独立董事)监事、财务总监、董秘等公司高级管理人员。同时,为公司和企业家提供法律服务的执业律师和公司法务机构及其法务人员,也是本书的重要读者。

本书的内容是“企业家法律风险专题研究”的成果,本书的编写得到了“我的律师网”的全力支持,在此谨致诚挚的谢意。

参加本书编写的作者由具有丰富执业经验的律师和中国政法大学的研究生构成。他们是(按姓氏拼音为序):包颖晨、蔡东松、蔡世军、邓融、邓雪尔、何超凡、华忆昕、姜川、卢宁、沈杰、杨雪妹、赵国华、赵旭东。

主编 赵旭东
2013年6月1日

目 录

Catalog

第一章 董事长、总经理法律风险的现状	1
第一节 董事长、总经理法律风险概述	3
一、法律风险的一般概念	3
二、董事长、总经理法律风险	5
三、董事长、总经理法律风险的全面高发性	8
四、董事长、总经理法律风险的高破坏性	11
五、其他风险与法律风险的关系	13
第二节 董事长、总经理法律风险的变化	16
一、法律空白的法律风险与第一代企业家	17
二、法律不完善的法律风险与第二代企业家(董事长、总经理)	20
三、体系化的法律风险与第三代董事长、总经理	23
四、董事长、总经理世代变化与法律风险的总结	29
第三节 董事长、总经理法律风险形态	30
一、民事法律风险	30
二、行政法律风险	31
三、刑事法律风险	32
四、民事法律风险与行政、刑事法律风险的转化	34
第四节 董事长、总经理法律风险防控现状	37
一、企业法律风险防控在我国的历史与现状	37
二、董事长、总经理法律风险防控在我国的历史与现状	39
第五节 结语	42

第二章 董事长、总经理的法律地位	43
第一节 董事长的法律定位	45
一、董事长的含义	45
二、董事长的法律地位	48
第二节 总经理的法律定位	54
一、总经理的含义	54
二、总经理的法律地位	59
三、CEO 的法律性质与法律地位	60
第三节 董事长、总经理与公司内部其他机构和主体之间的关系	64
一、董事长与公司内部其他机构和主体之间的关系	64
二、总经理和公司内部其他机构和主体之间的关系	73
三、董事长与总经理的关系	77
第四节 董事长、总经理的权利	81
一、董事长的权利	81
二、总经理的权利——经理权	84
三、董事长、总经理作为法定代表人的权利	86
四、董事会、公司章程授予的其他权利	89
第五节 董事长、总经理的义务	91
一、董事长、总经理的忠实义务	91
二、董事长、总经理的勤勉义务	105
第六节 董事长、总经理的法律责任	107
一、董事长、总经理的民事责任	107
二、董事长、总经理的行政责任	114
三、董事长、总经理的刑事责任	117
第七节 国有企业的董事长、总经理	118
一、国有独资企业的董事长、总经理	118
二、国有控股、参股公司的董事长、总经理	127

第三章 董事长、总经理法律风险的原因	131
第一节 宏观法律风险的来源	133
一、法律变迁导致的法律风险	133
二、法律不确定性导致的法律风险	134
三、法律过严导致的法律风险	135
四、经济转型导致的法律风险	137
五、政治转型导致的法律风险	138
六、政策调控导致的法律风险	140
七、民营企业不公平待遇导致的法律风险	141
第二节 具体法律风险的原因	143
一、依附权力的法律风险	144
二、产权不清的法律风险	147
三、非法经营的法律风险	150
四、侵占挪用的法律风险	153
五、弄虚作假的法律风险	156
六、偷逃税收的法律风险	159
七、非法融资的法律风险	161
八、合同诈骗的法律风险	164
九、对抗国家的法律风险	167
十、跳槽辞职的法律风险	168
十一、公司治理的法律风险	170
第三节 法律风险领域与案发原因	172
一、涉案企业家所在企业的经营领域	173
二、涉案国企案发领域与案发原因	174
三、涉案民企的案发领域与案发原因	175
四、十大企业家犯罪风险点	176
第四章 董事长、总经理法律风险的内容	179
第一节 民事法律风险	181
一、对公司承担民事责任的法律风险	181
二、对股东(投资者)承担民事责任的法律风险	189

三、作为公司股东的民事法律风险	194
四、合同中的民事法律风险	198
五、企业侵权的民事法律风险	212
六、企业知识产权的民事法律风险	218
七、企业人力资源管理中的民事法律风险	225
八、企业破产清算中的民事法律风险	231
第二节 行政法律风险	233
一、公司法中的行政法律风险	233
二、证券法中的行政法律风险	251
三、劳动法中的行政法律风险	265
四、招标投标法中的行政法律风险	266
五、税法中的行政法律风险	267
六、消费者权益保护法中的行政法律风险	274
七、产品质量法中的行政法律风险	275
八、环境保护法中的行政法律风险	277
第三节 刑事法律风险	279
一、企业设立阶段的刑事法律风险	279
二、企业经营阶段的刑事法律风险	283
三、企业终止阶段的刑事法律风险	309
第五章 董事长、总经理法律风险的防范	315
第一节 法律风险防范概述	317
一、防范的重要性	317
二、防范的可行性	318
三、防范的具体途径	319
第二节 树立正确的法律风险观	320
一、防范风险,从我做起	321
二、树立危机意识——“生于忧患,死于安乐”	321
三、正确看待利润与风险	322
四、重视细节	324

五、克服经验主义和自负心理	325
第三节 法律知识的学习	326
一、企业家加强法律知识学习的必要性	326
二、企业家应掌握基本的法律知识	328
三、以科学合理的方式学习法律知识	332
第四节 健全的法律风险防范机构	335
一、法律风险防范机构概述	335
二、法律风险防范机构的设置	336
三、法律风险防范机构之间的相互配合	338
第五节 法律风险防范制度概述	339
一、法律风险防范制度的基本内容	339
二、法律风险防范的流程	340
三、法律风险防范制度的完善	341
第六节 企业法律顾问制度的构建	342
一、企业法律顾问制度概述	342
二、我国企业法律顾问制度的现状	343
三、美国企业法律顾问制度	344
四、企业法律顾问制度的完善	346
第七节 法律风险的识别	348
一、法律风险的识别方法	348
二、法律风险的识别过程	350
第八节 法律风险的评估	352
一、法律风险评估的概念	352
二、法律风险评估的内容	352
三、法律风险评估的方法	354
四、法律风险评估报告的形成	355

第九节 法律风险应急预案	357
一、法律风险应急预案概述	357
二、制定法律风险应急预案需遵循的原则	358
三、法律风险应急预案的组织架构	359
四、法律风险应急预案的演练	364
第十节 行为模式的优化选择	365
一、概述	365
二、以企业境外上市为例看不同行为模式的风险防范	365
三、以避税行为为例看不同行为模式的风险防范	368
四、行为模式优化选择	372
第十一节 法律服务的获取与选择	373
一、法律服务的概念和内容	373
二、法律服务的获取途径	374
三、法律服务途径的选择	374
第六章 董事长、总经理法律风险的应对与破解	377
第一节 法律风险应对中的风险认识	379
一、几种错误应对法律风险的认识	380
二、树立正确的法律风险应对观	385
第二节 危机管理与公共关系	388
一、危机管理理论	389
二、公共关系理论	395
三、危机管理、公关关系理论对法律风险应对的重大意义	396
第三节 法律风险发生后的风险评估	399
一、法律风险发生后的资料收集	399
二、对发生的法律风险进行全面评估	400
三、法律风险应对方式的确定	401

第四节 对个人与公司事务的应急安排与管理	404
一、对个人事务的应急安排与管理	405
二、对公司事务的应急安排与管理	408
第五节 与律师、法律服务机构的沟通与协调	417
一、律师、法律服务机构的作用	417
二、实践中律师及法律服务机构参与法律风险应对中存在的问题	419
三、聘请律师应该注意的几个方面	420
四、律师、法律服务机构参与的原则	422
第六节 与媒体的沟通与协调	426
一、媒体对董事长、总经理与公司的重大作用	427
二、与媒体的沟通与协调	429
第七节 与利害关系人的沟通与协调	438
一、与举报人或控告人的沟通与协调	438
二、与公司债权人的沟通与协调	439
三、与公司关联方的沟通与协调	439
四、与公司交易客户的沟通与协调	440
第八节 与行政执法机关的沟通与协调	443
一、与行政执法机关沟通协调的原则	444
二、与行政执法机关沟通协调的要点	446
第九节 与公检法机关的沟通与协调	450
一、与公安机关、检察院的沟通与协调	450
二、与法院的沟通与协调	454
三、在判决生效后与相关部门的沟通	457
第十节 与社会支持方的沟通与协调	460
一、与行业协会的沟通与协调	460
二、与中介机构的沟通与协调	461
三、与专家学者的沟通与协调	461

第一章

董事长、总经理法律风险的现状

从1999年到2008年,十年间共有19名曾经登上“胡润百富榜”的董事长、总经理因为触犯刑律被掀翻下马,遭受富豪到阶下囚的转变。

十多年来,从20世纪90年代的禹作敏、于志安、牟其中、褚时健到21世纪初的袁宝璟、唐万新、劳德容、赵新先、黄光裕,无论是大型民营企业的老板还是大型国有企业曾经成功的掌舵人,因触犯法律而身陷囹圄者层出不穷。君不见,多少富可敌国、气壮山河的董事长、总经理因为一场始料未及的诉讼而倾家荡产、一贫如洗;又有多少名声显赫、不可一世的商界精英因一个不足为道的小小失误而身陷囹圄、追悔莫及。

我国成功的董事长和总经理被科以刑罚其人数之多、比例之高,恐怕为世界各国所罕有。产生这种现象的根源,就在于中国的董事长和总经理还缺乏与市场经济相适应的法律风险意识,他们还不习惯于用法律的思维、在法制的框架之内去从事企业经营管理活动。因此,中国董事长、总经理们不仅要要在市场经济中学会与狼共舞,而且还应该学会遵循着法律的规则起舞。

市场经济就是法制经济。企业的经营、管理活动,都离不开国家法律的约束。董事长、总经理们的决策行为、经营管理行为乃至日常生活行为,也都离不开国家法律的约束。身处国家法律普遍约束下的企业和它的最高管理者,自然面临着许许多多的法律风险。董事长们应有必要的防范意识和准备。只有对法律风险有充分的认识和防范,企业才能够得到平稳、健康地发展和壮大;董事长、总经理自己才能安然、无忧地享受财富。

第一节 董事长、总经理法律风险概述

一、法律风险的一般概念

(一) 什么是企业风险

我国国务院国有资产监督管理委员会(简称国资委)发布的《中央企业全面风险管理指引》定义企业风险为“未来的不确定性对企业实现其经营目标的影响”。并将企业风险分为:战略风险、财务风险、市场风险、运营风险、法律风险等;或者按照能否为企业带来盈利等机会为标志,分为纯粹风险(只有带来损失一种可能性)和机会风险(带来损失和盈利的可能性并存)。

而美国的全国虚假财务报告委员会(COSO)^①则在《内部控制——整体构架》中将风险定义为“任何可能影响目标实现的负面因素”;COSO在《企业风险管理——整体构架》将风险定义为“一个事项将会发生并给目标实现带来负面影响的可能性”。

结合这一中一美关于企业风险控制的建议性文件,我们发现对于企业风险的界定各有区别,但其具有一定的共性,因此本书将企业风险定义为:对于企业造成损失或不利后果的可能性。

(二) 什么是企业法律风险

企业法律风险是风险预防与控制的核心概念,但是关于这个概念,不同的人有不同的认识。由于在国内没有政府指导性文件或行业组织文件对这个概念进行界定,因此主要考察不同国际组织对于企业法律风险的界定。由于企业法律风险具有国际性,这些国际组织的定义能提供有益的参考。

^① COSO是全国虚假财务报告委员会下属的发起人委员会(The Committee of Sponsoring Organizations of The National Commission of Fraudulent Financial Reporting)的英文缩写。1985年,由美国注册会计师协会、美国会计协会、财务经理人协会、内部审计师协会、管理会计师协会联合创建了反虚假财务报告委员会,旨在探讨财务报告中的舞弊产生的原因,并寻找解决之道。

巴塞尔银行监督委员会^①在《有效银行监管核心原则》中首次以列举的方式对法律风险下了一个定义。其指出,法律风险主要表现为因下列情形而引发的风险:(1)不完善或者不正确的法律意见或者业务文件;(2)现有法律可能无法解决与银行有关的法律问题;(3)法院针对特定银行作出的判决;(4)影响银行和其他商业机构的法律可能发生变化;(5)开拓新业务且交易对手的法律权利不明确。《巴塞尔新资本协议》在前述定义的基础上又作了概括性的说明,即“法律风险包括但不限于因监管措施和解决民商事争议而支付的罚款、罚金或者惩罚性赔偿所导致的风险敞口(risk exposure)”。

国际律师协会(IBA)^②对企业法律风险定义如下:企业法律风险是指企业因经营活动不符合法律规定或者外部法律事件导致风险损失的可能性。

全球企业法律顾问协会(ACC)^③对企业法律风险定义:企业法律风险是指企业所承担的发生潜在经济损失或其他损害的风险。

这些定义我们发现都是从法律风险的原因与法律风险的后果来进行的。法律风险的后果基本都确定为对于企业造成损失或不利后果的可能性,但这种可能性具体是什么在定义中语焉不详。法律原因的定位各有不同,有宽有窄,我们认为法律风险有企业内部引发、外部触发两方面原因:内部引发法律风险包括企业的不规范行为、违约行为、犯罪行为、怠于行使权利等;企业外部触发的法律风险包括法律变动导致的责任变化与成本变化,他人违法行为导致的风险等,因此应该从全面的角度来把握法律风险的原因。

由此本书定义的法律风险是指由于企业外部法律环境变化或法律主体的作为及不作为,导致企业承担法律责任、法律责任加重及权益减少丧失的可能性。

① 巴塞尔银行监督委员会(Basel Committee on Banking Supervision,简称巴塞尔委员会),巴塞尔银行监督委员会原称银行法规与监管事务委员会,是由美国、英国、法国、德国、意大利、日本、荷兰、加拿大、比利时、瑞典10大工业国的中央银行于1974年底共同成立的,作为国际清算银行的一个正式机构,以各国中央银行官员和银行监管当局为代表,总部在瑞士的巴塞尔。

② 国际律师协会(International Bar Association,IBA)是国际性的律师和律师协会组织。国际律师协会的目的是促进全世界范围内法律协会之间的信息交流。该组织通过其所属部门和委员会开展活动,从而在全球范围内实现成员之间,关于法律、实务、与商法实践相关的专业责任等方面的信息和观点的交流。通过这些活动,国际律师协会力求“影响国际法律改革的发展”,并在全球范围内“塑造法律行业的未来”。

③ 全球企业法律顾问协会(Association of Corporate Counsel,ACC)。ACC是全球企业法律顾问的自律性组织,总部设在美国的华盛顿,成立于1982年。ACC的主要工作是向企业法律顾问提供教育培训等服务,为企业法律顾问提供法律资源库,创造国际交流平台,促进企业法律顾问之间的横向交流,维护企业法律顾问及本企业的合法权益。