



FALÜ FENGXIAN JIBEN LILUN YU
FANGFAN JIQIAO

法律风险 基本理论与防范技巧

韩爱芹 秦玉彬 著



冶金工业出版社
Metallurgical Industry Press

法律风险 基本理论与防范技巧

韩爱芹 秦玉彬 著

北 京
冶金工业出版社
2011

内 容 简 介

本书主要从风险的概念、特征、分类以及管理风险的方法入手,着重论述了法律风险的概念,我国学术界对法律风险的不同理解,法律风险与商业风险、市场风险的联系与区别,风险、保险、法律救济三者之间的密切关系等。在对上述基本理论进行阐释的基础上,分析论证了企业法律风险、房产买卖法律风险、就业法律风险的防范技巧与方法等。

本书可用于辅助创业、就业或置业过程,有效地预防法律风险的发生,从而减少纠纷、损失和伤害,还可作为法学培训的参考书。

图书在版编目(CIP)数据

法律风险基本理论与防范技巧/韩爱芹,秦玉彬著.
—北京:冶金工业出版社,2011.6
ISBN 978-7-5024-5591-0

I. ①法… II. ①韩… ②秦… III. ①法律—研究
—中国 IV. ①D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 088954 号

出 版 人 曹胜利

地 址 北京北河沿大街嵩祝院北巷 39 号,邮编 100009

电 话 (010)64027926 电子信箱 yjcbbs@cnmip.com.cn

责任编辑 张 晶 美术编辑 彭子赫 版式设计 孙跃红

责任校对 石 静 责任印制 李玉山

ISBN 978-7-5024-5591-0

北京百善印刷厂印刷;冶金工业出版社发行;各地新华书店经销

2011 年 6 月第 1 版,2011 年 6 月第 1 次印刷

850mm×1168mm 1/32;5.75 印张;151 千字;172 页

20.00 元

冶金工业出版社发行部 电话:(010)64044283 传真:(010)64027893

冶金书店 地址:北京东四西大街 46 号(100010) 电话:(010)65289081(兼传真)

(本书如有印装质量问题,本社发行部负责退换)

前 言

当权利受到侵害时，我们首先会想到拿起法律的武器保护自己的合法权利，会想到以诉讼、仲裁等方式维护自己的权利。其实，预先采取措施使我们的权利远离、免受侵害，或提前针对侵害而采取防范措施有些时候比前者更重要、更有效。而后者恰恰是人们容易忽视的。近年来，法律风险问题已经受到社会各界的高度关注与重视。法律风险属于风险范畴，具有不确定性和损失性特征。充分认识法律风险的存在及正确界定法律风险的定义有利于风险承受主体事前采取有力的措施避免纠纷、诉讼的发生，更有利于使自己的权利获得最大程度的法律救济，对促进构建良好的社会关系也有着积极的意义。

结合当前法律风险的多发领域以及权利最难救济的领域，作者站在弱势群体的角度，探寻避免法律风险致使自己遭受损失或人身伤害，避免被诉、败诉以及胜诉难以执行的尴尬境地，最大程度地实现自己的合法权益的技巧、方法。希望本书能够为相对处于弱势、权利易遭受侵害的购房者、大学生、农民工群体提供有价值的参考。

本书具有如下几个特色：

(1) 理论与实务兼具。本书针对当前法律风险片面地从某个行业角度下定义的缺陷，论证了法律风险的应有含义，力争全面、准确，并深刻剖析了法律风险防范的重要性。与此同时，针对平时法律风险的多发领域，立足实践，提出了防范法律风险的技巧、方法。

(2) 内容实用。本书避免了枯燥的教科书式的理论阐

释，力求用最简单、明了的方式解决实践中的实际问题，内容较为实用。

(3) 语言平实、通俗易懂。本书考虑到读者对象，力求采用简明、通俗易懂的语言，避免了部分法律读物所惯有的晦涩、难懂。

(4) 立足弱势群体。有关法律风险方面的书籍大多是关于企业高层管理人员如何防范法律风险的，而关于弱势群体如何有效防范法律风险、避免自己遭受损失的法律书籍是少之又少，而恰恰是他们，权利易遭受侵害、难以保障。作者希望本书能够为弱势群体捍卫权利提供可借鉴的参考。

本书编写过程中得到了刘建路、张志远等老师的大力支持，他们为本书提供了亲历的大量案例，在此表示感谢。

由于时间和作者水平所限，本书难免存在不足之处，敬请读者指正。本书涉及到的人名、有关单位名称均为化名，若有雷同，均属巧合。

作 者

2011年3月29日

目 录

第一章 风险概述	1
第一节 风险的含义和特征	1
一、风险的含义	1
二、风险的特征	1
三、风险的分类	3
第二节 风险管理	4
一、风险管理的含义	4
二、风险管理的程序	4
三、风险管理的方法	6
第二章 法律风险与法律风险的管理	9
第一节 法律风险概述	9
一、法律风险的含义	9
二、法律风险的特征	12
三、防范法律风险的重要性	16
四、法律风险的类型	17
五、法律风险的防范与法律救济	17
第二节 法律风险的管理	20
一、法律风险管理的概念	20
二、法律风险管理的机构	20
三、法律风险管理的原则	24
四、法律风险管理的程序	26
第三节 企业法律风险管理	27
一、企业法律风险管理存在的问题	27
二、国有企业法律风险管理机制的完善	30

第三章 房屋买卖中的法律风险防范	33
第一节 商品房预售买卖法律风险防范	33
一、商品房预售的概念与特征	33
二、我国商品房预售制度存在的缺陷	36
三、商品房预售中的法律风险防范技巧	38
第二节 小产权房买卖中的法律风险防范	58
一、小产权房的概念及法律属性	59
二、小产权房买卖中的法律风险防范	61
第三节 二手房买卖中的法律风险防范	69
一、二手房买卖概述	69
二、二手房买卖中的法律风险	70
三、二手房买卖中的法律风险防范技巧	77
第四章 大学生就业中的法律风险及其防范	88
第一节 大学生就业中的法律风险	88
一、误入传销的法律风险	89
二、钱财被骗的法律风险	89
三、公司虚假宣传的法律风险	90
四、未签劳动合同、劳动关系难以证明的法律风险	90
五、劳动合同不规范的法律风险	93
六、遭遇非法劳务派遣的法律风险	94
第二节 大学生就业中的法律风险防范	98
一、识别传销骗局, 防范传销风险	98
二、查明就业单位的基本情况、谨防虚假宣传、 防止受骗	114
三、慎重签订就业协议、及时签订劳动合同	119
第五章 农民工就业中的法律风险及其防范	135
第一节 农民工就业的现状	135

一、农民工的就业领域	136
二、农民工的就业待遇	136
第二节 农民工就业中的法律风险	143
一、劳动、雇佣关系难以证明的法律风险	143
二、工资被拖欠的法律风险	145
三、人身伤亡难以获得赔偿的法律风险	148
四、农民工自救犯罪的法律风险	149
第三节 农民工就业中的法律风险防范	152
一、选择、甄别用人单位	152
二、保留好证据	154
三、签订劳动合同	156
四、合理转嫁风险	163
五、依法维护自己的合法权益	166
第四节 建筑领域农民工工资被拖欠法律风险的巧妙 防范与救济	166
一、选择知根知底的包工头	166
二、了解工程的总承包方	167
三、查看相关证件	168
四、保留好相关证据	169
五、向法院申请支付令	169
六、及时向劳动和社会保障行政部门举报	169
七、向公安机关、检察院举报	170
参考文献	172

第一章 风险概述

第一节 风险的含义和特征

一、风险的含义

风险是指某种事件或者损失发生的不确定性。从广义上讲，这种不确定性既包括盈利的不确定性，也包括损失发生的不确定性。只要某一事件的发生存在两种或两种以上的可能性，那么就认为该事件存在着风险。风险的不确定性既包括风险是否发生的不确定性，也包括风险何时发生的不确定性和风险发生后产生结果的不确定性。

二、风险的特征

（一）风险的不确定性

风险的发生是一种可能性，因此具有不确定性。这种不确定性分为三个方面：一是是否发生不能确定；二是何时发生不能确定；三是发生产生的结果不能确定。

1. 风险是损失发生的不确定性

风险是损失的不确定性，这种不确定性又可分为客观的不确定性和主观的不确定性。客观的不确定性是实际结果与预期结果的差异。主观的不确定性是个人对客观风险的评估，它同风险承受主体的知识、经验、精神和心理状态有关，不同的人面临相同的客观风险时会有不同的主观不确定性。就个体风险而言，其是否发生是偶然的，是一种随机现象，具有不确定性，但在总体上，风险的发生却往往呈现出明显的规律性，具有一定的必然性。

2. 风险发生时间的不确定性

从总体上看,有些风险是必然要发生的,但何时发生却是不确定的。例如,生命危险中,死亡是必然发生的,这是人生的必然现象,但是具体到某一个人,何时死亡,在其健康时却是不确定的。

3. 风险产生结果的不确定性

结果的不确定性,即风险产生后,对风险标的损失程度的不确定性。例如,沿海地区每年都会遭受或大或小的台风袭击,有时是安然无恙,有时却损失惨重。但是人们对未来年份发生的台风是否会造成财产损失或人身伤亡以及损失程度如何却无法预知。

正是风险的这种总体上的必然性与个体上的偶然性的统一,构成了风险的不确定性。

(二) 风险的客观性

风险是一种不以人的意志为转移,独立于人的意识之外的客观存在。例如自然界的地震、台风、洪水,社会领域的战争、瘟疫、冲突、意外事故等,都是不以人的意志为转移的客观存在。因此,人们只能在一定的时间和空间内改变风险存在和发生的条件,降低风险发生的频率和损失程度,但是,从总体上来说,风险是不可能彻底消除的。正是风险的客观存在,决定了保险活动和保险制度从内在的必要性。

(三) 风险的普遍性

风险深入到社会、企业、个人生活的各个方面,风险无处不在,无时不有。正是由于这些普遍存在的对人类社会生产和人们的生活构成威胁的风险,才有了风险管理的必要和发展的可能。

(四) 风险的可预测性

运用统计方法去处理大量相互独立的偶发风险事故,其结

果可以比较准确地反映风险的规律性。根据以往大量资料,利用概率论和数理统计的方法可测算风险发生的概率及其损失程度,并且可构造出损失分布的模型,成为风险估测的基础。

(五) 风险的发展性

人类社会自身进步和发展的同时,也创造和发展了风险。尤其是当代高新科学技术的发展与应用,使风险的发展性更为突出。例如,向太空发射卫星,把风险扩展到外层空间,原子能的利用、核电站的建立则带来了核污染和核爆炸的巨大风险,等等。像日本福岛核电站的核泄漏事故,是新型风险的典型代表。因而,风险会因时间、空间因素的不断变化而发展变化。

三、风险的分类

依据不同的标准,风险可以分成不同的种类。依据风险产生的原因,风险可以分为自然风险、社会风险、政治风险、经济风险和技术风险等;按照风险标的,风险可以分为财产风险、人身风险、责任风险和信用风险;按照风险的性质,风险可以分为纯粹风险和投机风险;按照风险产生的社会环境,风险可以分为静态风险和动态风险;按照产生风险的行为,风险可以分为基本风险和特定风险。最常见的分类方法是按照风险的性质分类,即分为纯粹风险和投机风险。

纯粹风险是一种只有损失机会的风险,而投机风险是一种既有损失可能性,也有盈利可能性的风险。一般而言,纯粹风险具有可保性,而投机风险是不可保的。

个人和企业面临的纯粹风险可以分为以下几类:

(1) 人身风险。人身风险是指由于死亡或丧失工作能力而造成收入损失可能性的风险。其损失原因包括死亡、年老、疾病和失业等。

(2) 财产风险。财产风险是指导致一切有形财产的损失、

灭失或贬值的风险。例如厂房、机器设备、原材料、成员、家具等可能会遭受火灾、地震、爆炸等风险；船舶在航行中，可能遭受沉没、碰撞、搁浅等风险。

(3) 责任风险。责任风险是指由于个人或团体的疏忽或过失行为，造成他人或财产损失或人身伤亡，依照法律、法规、契约或伦理道德应当承担法律责任或契约责任的风险。比如工伤事故、安全责任事故、交通事故、医疗事故等，且都属于纯粹风险。

(4) 违约风险。违约风险，又称信用风险，是指合同一方当事人不履行合同规定的义务而造成另一方经济损失的情况。例如，合同供货方不按时供货，致使买方遭受经济损失的风险。

第二节 风险管理

一、风险管理的含义

风险管理是一个组织或者个人以降低风险的消极结果为目标的决策过程，即系统地管理纯粹风险所暴露的决策过程就是风险管理。从本质上讲，风险管理是应用一般的管理原理去管理一个组织的资源和活动，并以合理的成本尽可能减少灾害事故损失和它对组织及其环境的不利影响。

风险管理的对象是风险，既包括纯粹风险，也包括投机风险。风险管理的主体可以是任何组织和个人，包括营利性组织和非营利性组织。其基本目标是以最小的成本获得最大的安全保障。

二、风险管理的程序

风险管理的基本程序分为制订风险管理计划、风险识别、风险估测和评价、选择风险管理技术、贯彻和执行风险管理的决策及评估风险管理效果六个环节。

（一）制订风险管理计划

制订合理的风险管理计划是风险管理的第一步。其内容包括确定风险管理人员的职责、确定风险管理部门的内部组织机构、控制风险管理计划、编制风险管理方针书等。

（二）风险识别

风险识别是指对企业、家庭或个人面临的和潜在的风险加以判断、归类和对风险性质进行鉴定的过程，即对尚未发生的、潜在的和客观存在的各种风险，系统连续地进行识别和归类，并分析产生风险事故的原因。风险识别主要包括感知风险和分析风险两方面内容。

（三）风险估测和评价

风险估测，风险的衡量，是在风险识别的基础上，通过对所收集的大量资料进行分析，利用概率统计理论，估计和预测风险发生的概率和损失程度，结合其他因素进行全面考察，评估风险发生的可能性及其危害程度，并与公认的安全指标相比较，以衡量风险的程度，并决定是否需要采取相应的措施。处理风险，需要一定费用，费用与风险损失之间的比例关系直接影响风险管理的效益。通过风险的定性、定量分析和比较处理风险所支出的费用，来确定风险是否需要处理和处理程度，以判断为处理风险所支出的费用是否有效益。

（四）选择风险管理技术

根据风险估测和评价结果，为实现风险管理目标，选择最佳风险管理办法是风险管理中最为重要的环节。风险管理方法分为两大类：一类是改变风险的措施，即控制型风险管理技术，如避免风险、损失管理、转移风险；另一类是风险补偿的筹资措施，即财务型风险管理技术，如保险、自担风险。前者的目

的是降低损失频率和减少损失幅度，重点在于改变引起意外事故和扩大损失的各种条件；后者的目的是以提供基金的方式，对无法控制的风险做财务上的安排。

（五）贯彻和执行风险管理的决策

把所选择的对付风险的方法付诸实施是风险管理的第五步，也是关键一步。风险管理的效果如何，完全取决于风险管理决策的贯彻与实施。

（六）评估风险管理效果

评估风险管理效果是指对风险管理技术适用性及收益性情况进行分析、检查、修正和评估。由于风险管理的过程是动态的，风险是在不断地变化的，新的风险会产生，原有的风险会消失，上一年度对风险的管理方法也许不再适用于下一年度。风险管理的决策并不是在任何情况下都是正确的，它也需要经过实践的检验。因此，在风险管理的决策贯彻和执行之后，就必须对其贯彻和执行的情况进行检查和评价，以便及时矫正风险管理的决策。

三、风险管理的方法

风险管理的方法即风险管理的技术，可分为控制型和财务型两大类。

（一）控制型风险管理技术

控制型风险管理技术的实质是在风险分析的基础上，针对企业所存在的风险特征采取控制技术以降低风险事故发生的频率和减轻损失程度，重点在于改变引起自然灾害、意外事故和扩大损失的各种条件。控制风险管理技术主要包括下列方法。

1. 避免

避免是指设法回避损失发生的可能性，即从根本上消除特

定的风险单位和中途放弃某些即存的风险单位，采取主动放弃或改变该项活动的方式。风险单位是指发生一次风险事故可能造成损失的范围。避免风险的方法一般在某特定风险所致损失频率和损失程度相当高或处理风险的成本虽然大于其产生的效益时采用，它是一种最彻底、最简单的方法，但也是一种消极的方法。避免方法虽然简单易行，但有时意味着丧失利润，且避免方法的采用通常会受到限制。此外，采取避免方法有时在经济上是不适当的，或者避免了某一种风险，却可能产生新的风险。

2. 预防

损失预防是指在风险事故发生前，为了消除或减少可能引起损失的各种因素而采取的处理风险的具体措施，其目的在于通过消除或减少风险因素而降低损失发生的频率。这是事前措施，即所谓“防患于未然”。如定期体检，虽不能消除癌症的风险，但可获得医生的劝告或及早防治，因而可以减少癌症发病的机会或减轻其严重程度。

3. 抑制

损失抑制是指在损失发生时或损失发生之后为降低损失程度而采取的各项措施。它是处理风险的有效技术，如安装自动喷淋设备以抑制火灾事故等。

（二）财务型风险管理技术

财务型风险管理技术是以提供基金的方式，降低发生损失的成本，即通过事故发生前所做的财务安排，来解除事故发生后给人们造成的经济困难和精神忧虑，为恢复企业生产、维持正常生活提供财务支持。财务型风险管理技术主要包括以下几种。

1. 自留风险

自留风险是指对风险的自我承担，即企业或单位自我承受风险损害后果的方法。自留风险是一种非常重要的财务性风险

管理技术。自留风险有主动自留和被动自留之分。通常在风险所致损失频率和程度低、损失在短期内可以预测以及最大损失不影响企业或单位财务稳定时采用自留风险的方法。自留风险的成本低，方便有效，可减少潜在损失，节省费用。但自留风险有时会因风险单位数量的限制或自我承受能力的限制，而无法实现其处理风险的效果，导致财务安排上的困难而失去作用。

2. 转移风险

转移风险是指一些单位或个人为避免承担损失，而有意识地将损失或与损失有关的财务后果转嫁给另一些单位或个人承担的一种风险管理方式。转移风险又有财务型非保险转移和财务型保险转移两种方法。

(1) 财务型非保险转移风险。财务型非保险转移风险是指单位或个人通过经济合同，将损失或与损失有关的财务后果，转移给另一些单位或个人去承担，如保证互助、基金制度等；或人们可以利用合同的方式，将可能发生的、指明的、不确定的任何损失责任，从合同一方当事人转移给另一方，如销售、建筑、运输合同和其他类似合同的免责规定和赔偿条款等。

(2) 财务型保险转移风险。财务型保险转移风险是指单位或个人通过订立保险合同，将其面临的财产风险、人身风险和责任风险等转嫁给保险公司的一种风险管理技术。投保人缴纳保费，将风险转嫁给保险人，保险人则在合同规定的责任范围内承担补偿或给付责任。保险作为风险转移的方式之一，有很多的优越之处，是进行风险管理最有效的方法之一。

第二章 法律风险与法律 风险的管理

第一节 法律风险概述

一、法律风险的含义

“法律风险”的表述并不是一个专门术语，但是随着各国对法律风险重视程度的加深，它会成为一个专门术语。针对是否需要定义法律风险这个问题，英国 Roger McCormick 教授从定义法律风险有助于清楚地划分金融机构的法务部门与高级管理层的职责，影响金融机构作出风险管理决策，有利于清楚认识企业的不当行为等方面，阐释了正确定义法律风险的重要意义^①。到目前为止，法律风险还没有通用的正式的法律定义。在国际上，对法律风险的含义作出阐释最早出现在金融领域，各国银行监管部门对法律风险的理解并不一致。英国金融服务局（FSA）侧重于从制度层面上来理解法律风险，认为这种风险是因“没有考虑到法律的影响”、“错误地估计了法律的影响”或者“在法律影响不确定的情况下进行经营活动”而使“法律被证实以一种不利于保险公司的利益或者目标的方式运作”。英格蘭銀行基於原因的方法將支付體系風險背景下的法律風險定義為：未預料到的法律解釋或法律的不確定性，後者將使支付體系或其部分受到無法預料的金融風險暴露或可能損失的風險。國際統一私法協會在探討多層證券持有體系的風險問題時，對

^① Roger McCormick. 金融市場中的法律風險 [M]. 胡濱，譯。北京：中國科學文獻出版社，2009：98-103.