

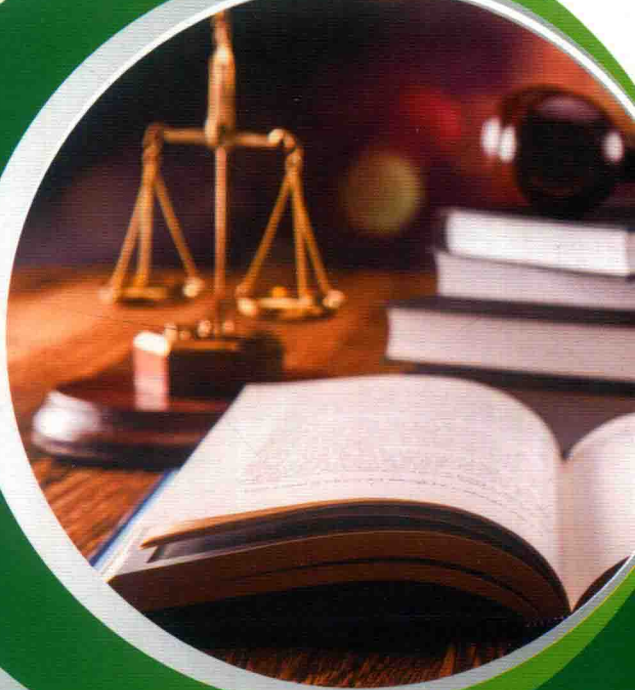
中小企业法律风险防范指南

LEGAL RISK PREVENTION GUIDE FOR
SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES

- 事实及相关证据
- 争议焦点
- 法律条文及司法解释
- 法律分析
- 案例启示

上海市经济和信息化委员会
上海市中小企业发展服务中心

主编



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

中小企业法律风险防范指南

LEGAL RISK PREVENTION GUIDE FOR
SMALL AND MEDIUM-SIZED ENTERPRISES

上海市经济和信息化委员会 主编
上海市中小企业发展服务中心



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中小企业法律风险防范指南/上海市经济和信息化委员会, 上海市
中小企业发展服务中心主编. —北京: 中国经济出版社, 2018. 12
ISBN 978-7-5136-5426-5

I. ①中… II. ①上… ②上… III. ①中小企业—企业法—中国—指南
IV. ①D922.291.91-62

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 252147 号

策划编辑 汪 京
责任编辑 葛 晶
责任印制 马小宾
封面设计 任燕飞装帧设计工作室

出版发行 中国经济出版社
印 刷 者 北京艾普海德印刷有限公司
经 销 者 各地新华书店
开 本 710mm × 1000mm 1/16
印 张 16
字 数 258 千字
版 次 2018 年 12 月第 1 版
印 次 2018 年 12 月第 1 次
定 价 68.00 元

广告经营许可证 京西工商广字第 8179 号

中国经济出版社 网址 www.economyph.com 社址 北京市西城区百万庄北街 3 号 邮编 100037

本版图书如存在印装质量问题, 请与本社发行中心联系调换 (联系电话: 010-68330607)

版权所有 盗版必究 (举报电话: 010-68355416 010-68319282)

国家版权局反盗版举报中心 (举报电话: 12390) 服务热线: 010-88386794

前 言

自党的十八届四中全会提出《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》以来，以“形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，形成完善的党内法规体系”等“五个体系”建设，为依法治国基本方略再上新台阶提供了强有力的保障支撑。成立中央全面依法治国领导小组，设立宪法宣誓制度，完善最高人民法院巡回法庭、再审重大产权案件、成立国家监察委等重大决策，无不彰显我国依法治国所取得的重大进展。

社会主义市场经济是法治经济，作为市场主体的企业，在经营过程中难免遭遇各种风险，其中最重要、破坏性最大的就是法律风险，一旦爆发，轻则给企业造成重大损失，重则危及企业生存。据统计，我国企业平均寿命远低于欧美发达国家，其主要原因就是缺乏法律风险管理防范的投入、教育和服务。在发达国家，企业的法律风险管理，与企业的生产管理、营销管理、财务管理、人力资源管理一样，已经成为企业日常经营管理的重要内容。2006年，我国国务院国有资产管理委员会开始在央企范围内推广全面风险管理，并取得了一定的成果，但广大中小企业的法律风险防范仍处于起步阶段，防范风险的能力和力量远远不能满足企业的实际需求。

上海市中小企业发展服务中心组织编写的《中小企业法律风险防范指南》不同于市面上同类图书，有以下特色：

一是将所有的法律风险防范纳入企业管理全流程，从管理流程中防范控制风险。本书涵盖了企业经营所涉及的组织架构、研发设计、生产、购销、物流、劳动人事、投融资、涉诉管理等常见管理环节，让企业一目了然，便于使用。

二是作者的专业性和权威性。本书的作者既有大型企业首席法律顾

问，也有知名律所的高级合伙人，还有咨询公司的资深顾问，优势互补，强强联手。

三是本书内容有很好的实践基础。近几年，上海举办了多期法律风险防范培训班，对近百家企业进行了法律风险测评，组织了形式多样的沙龙主题活动，在企业法律风险的管理防范方面积累了丰富的经验，也为本书的编写打下了坚实的基础。

本书既可以作为企业法律风险防范培训班的教材，也可以作为企业高层管理人员重要的参考资料，帮助他们在企业经营管理中及时防范各类风险，促进企业持续健康发展。

| 目 录 |

第一章 建设有效的企业法务制度	001
一、企业法务制度建设的必要性	001
二、如何选择适合中小企业的法务团队	006
三、如何让企业法务制度有效运作	013
第二章 企业设立与公司治理结构	019
一、企业设立常见问题	019
二、企业法律形态的选择	021
三、规范股东行为以避免股东权利滥用	024
四、重视公司治理结构，规范公司运作	029
第三章 企业知识产权风险的应对	041
一、知识产权的类型及其法律属性	041
二、知识产权风险的实例分析	046
三、如何防范和应对研发中的知识产权风险——提示与建议	060
四、重视知识产权风险识别和应对下的正向激励	064
第四章 采购、销售与物流的风险管控	065
一、采购、销售与物流的基本概论	065
二、采购、销售与物流的流程管理	069
三、采购、销售与物流的风险控制	073
四、采购、销售与物流的合同实务	093

第五章 企业日常营运中的核心法律风险及其控制	097
一、企业日常营运与企业治理的关系	097
二、与营业执照有关的法律风险及其控制	098
三、与印章有关的法律风险及其控制	104
四、与授权有关的法律风险及其控制	107
第六章 企业劳动用工的风险防范	111
一、员工录用法律风险简述	112
二、人事管理常见法律问题	116
三、解聘与离职：协商解除法律实务	125
第七章 中小企业投融资风险的识别和管理	141
一、前言	141
二、如何管理投资项目（从收购的角度而论）	142
三、如何管理融资项目	163
第八章 企业终止涉及的法律风险	174
一、企业终止的几种情形	175
二、企业终止涉及的企业法律责任	178
三、企业终止涉及的股东（实际控制人）、高级管理人员的 法律责任	181
四、企业终止涉及各类主体法律责任的案例	185
第九章 企业经营刑事法律风险防范	196
一、防范偷漏税类犯罪	196
二、防范破坏金融管理秩序类犯罪	201
三、防范扰乱市场秩序类犯罪	205
四、防范因劳动争议等纠纷引起的侵犯公民人身权利、民主 权利类犯罪	209
五、中小企业经营活动中被侵犯财产类犯罪的刑法保护	211

六、防范利用职务便利的贿赂类犯罪	215
第十章 企业面临诉讼或仲裁如何应对	219
一、诉讼策略的制定	219
二、原告起诉的策略制定	220
三、被告应诉策略及技巧	223
四、上诉及再审的策略制定	226
五、申请执行的策略制定	234
六、以仲裁解决争议的策略制定	238
七、如何选择合适的律所和专业律师	242

建设有效的企业法务制度

众所周知，市场经济是依托于法制建立的经济环境与经济模式，随着我国社会主义市场经济体制及社会主义法制建设的不断发展与完善，我国社会经济发展与法制建设的联系也日趋紧密。法律与企业经营越来越密切相关，合法经营是每个企业必须遵循的基本原则。在此时代背景之下，不断发展变化的市场环境在给中小企业带来机遇的同时，也带来了风险。

一、企业法务制度建设的必要性

提及风险，很多中小企业经营者首先想到的是商业风险，却忽略了法律风险。这跟许多中小企业只关注企业发展，忽视企业管理有关，普遍缺少法律风险防范意识。很多企业经营者只有在产生纠纷或收到法院传票时，才会想到找外部律师帮助解决，风险意识强一些的经营者也只会在重大项目的合同处理上寻求外部律师帮助。而诉讼风险和合同风险仅仅是企业经营中可能面临的众多法律风险的一部分。那么企业经营中还会面临哪些法律风险呢？让我们先来看几个问题：

- (1) 企业设立后，股东一直没有实缴出资会产生怎样的法律后果？
- (2) 股东在企业中持股 51% 与持股 67% 在股东权利上有什么区别？持股 34% 与持股 31% 又有什么区别？
- (3) 为他人提供“一般保证”与“连带保证”有区别吗？
- (4) 网上看到新颖的字体可以下载用作企业网页设计吗？
- (5) “只需使用一周，让你年轻 10 岁”，这样的广告语有问题吗？
- (6) 企业单方解除与员工的劳动合同关系，需要通知工会吗？

(7) 什么情况会导致已签订的合同无效?

(8) 合同中写“订金”还是“定金”有区别吗?

从以上几个简要的问题我们可以发现,企业从设立到终止清算都与法律息息相关。企业设立可能有出资方面的法律风险;内部股东权益可能会产生纠纷;企业对外投融资会面临非法集资的法律风险;企业自有知识产权(商标、专利、著作权、商业秘密)可能面临被侵权的法律风险;企业经营可能产生不正当竞争、侵犯他人权利的纠纷;产品质量不合格可能会产生侵犯用户人身权及财产权的纠纷,企业宣传用语使用不当;可能会面临虚假宣传的问题;企业用工可能会面临违反劳动行政法规的风险或者员工泄露企业商业秘密的风险;企业可能会面临交易对手违约的风险等等。

企业经营中所面临的法律风险将会带来怎样的后果呢?我们先来看一个案例:

案例 1-1

■ 事实及相关证据

A 公司系一家木地板生产企业,张某、李某和王某为 A 公司的股东,其中张某持股 34%,李某持股 15%,王某持股 51%,由王某担任 A 公司的法定代表人、总经理及执行董事。企业设立时,三人委托中介机构代为办理企业设立登记注册手续,公司章程照搬了工商行政管理局的示范文本,约定除修改公司章程、增加或减少注册资本的决议以及公司合并、分立、解散或变更公司形式的决议必须经代表三分之二以上表决权的股东通过外,其他决议经代表二分之一以上表决权的股东通过即可。

2011 年 1 月,A 公司合作多年的商业伙伴 B 公司因承办一个港口开发项目,需要向金融机构 C 公司融资贷款人民币 1000 万元,贷款期限为 5 年,希望 A 公司能为其提供担保。于是,王某与另外两位股东张某和李某商议此事,王某认为 B 公司资产雄厚,其本身具备偿债能力,金融机构要求担保只是走个程序,为稳固两家公司的合作关系,王某提议同意为 B 公司提供担保。张某认为,B 公司的资产主要是一些在建项目和固定资产,现金流比较差,而且 A 公司目前处于发展扩张阶段,不适宜承担如此大的风险,不同意为 B 公司提供担保。李某赞成张某的意见,也不同意为 B 公

司提供担保。会后王某制作了会议纪要，张某和李某均签署了不同意的意见。之后，王某没有顾及张某和李某的反对，还是以 A 公司的名义为 B 公司提供了担保，与 C 公司签订了《保证担保合同》，约定“如果债务人 B 公司不履行义务的，保证人 A 公司愿意承担保证责任”。

2012 年 8 月，A 公司收到 C 公司委托外部律师事务所发出的《律师函》，表明：因 B 公司已经连续 3 个月没有根据贷款协议的约定偿还当期本息，所以，C 公司已根据贷款协议约定解除合同，B 公司有义务在贷款协议解除后一次性偿还全部本金及利息。现 C 公司要求 A 公司履行《保证担保合同》项下的保证责任，代 B 公司偿还全部本金及利息。王某认为，B 公司本身还有在建项目以及其他固定资产可以用来偿还债务，C 公司应该先要求执行 B 公司的资产，不足部分，才由 A 公司代为偿还。张某和李某认为，王某未经他两人同意，违背公司设立时股东间少数人服从多数人的约定，擅自为 B 公司提供担保，所以此《保证担保合同》应为无效合同，A 公司不应该承担保证担保责任。

之后，C 公司将 A 公司和 B 公司一并诉至法院，要求偿清全部剩余贷款金额及利息。最终，法院支持了 C 公司的全部诉讼请求。

■ 争议焦点

- (1) A 公司签署的《保证担保合同》是否有效？
- (2) 在 B 公司尚有资产可供执行的情况下，C 公司是否有权要求 A 公司代 B 公司偿还欠款？
- (3) 王某是否侵害了张某和李某的股东权益？

■ 法律条文及司法解释

《中华人民共和国合同法》（以下简称“《合同法》”）第五十二条：有下列情形之一的，合同无效：

- （一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；
- （二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；
- （三）以合法形式掩盖非法目的；
- （四）损害社会公共利益；
- （五）违反法律、行政法规的强制性规定。

《中华人民共和国担保法》第十九条：当事人对保证方式没有约定或

约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

最高人民法院《关于涉及担保纠纷案件的司法解释的适用和保证责任方式认定问题的批复》：①保证合同中明确约定保证人在债务人不能履行债务时承担保证责任的，视为一般保证；②保证合同中明确约定保证人在债务人不履行债务时承担保证责任，且根据当事人订立合同的本意推定不出一般保证责任的，视为连带保证责任。

《中华人民共和国公司法》第十六条：公司向其他企业投资或者为他人提供担保，按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。

■ 法律分析

(1) A公司签署的《保证担保合同》并没有违反《合同法》第五十二条的相关规定，系A公司的真实意思表示，因此，该合同合法有效。

(2) 根据《保证担保合同》的约定，A公司为B公司提供的保证方式应当被认定为连带责任保证，所以C公司既可以要求B公司偿还欠款，也可以要求A公司履行保证责任代为偿还欠款，因此，C公司同时向法院起诉A公司及B公司并要求二者承担连带清偿责任，得到了法院的支持。

(3) 根据A公司的公司章程，王某的决策程序完全符合章程要求，属于有效决议，没有侵犯张某和李某的股东权益。

■ 案例启示

(1) 公司对外签订的合同，尤其是重大合同应交由法律专业人士审查，理清法律关系及法律后果，识别及防范法律风险。

(2) 公司章程不要简单套用工商行政管理局的示范文本，应根据企业及股东自身情况来拟定，尤其对于出资方式、出资期限、公司决策、公司治理、管理层任免、利润分配等事关股东权利义务的重大事项，要审慎决定，制定出与企业 and 股东自身情况相匹配的公司章程条款。

上面这个案例涉及了企业设立风险、股东权益风险、合同签订风险以及诉讼风险。

A公司在设立之初，为了省时省力，委托第三方中介服务机构代为办

理工商注册登记手续，公司章程照搬了工商行政管理局的示范文本。王某持有 A 公司 51% 的股权，超过二分之一的表决权，所以仅王某同意就可以通过 A 公司对外提供担保的议案。小股东要想防止大股东侵犯自己的权益，必须在公司章程、董事会议事规则、监事会议事规则等这些公司治理文件的拟定上下功夫。

假设王某不是 A 公司的大股东，或者王某并没有就此次对外提供担保事项提请股东会决议，而擅自做了决定，那么 A 公司签署的这份《保证担保合同》是否无效呢？《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第十一条：法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。也就是说除非 B 公司及 C 公司明确知晓王某超越了自身权限来订立这份《保证担保合同》，否则王某作为 A 公司法定代表人签订的这份合同有效。张某和李某只能向王某提起诉讼，要求王某承担赔偿责任。

本案中的《保证担保合同》没有明确约定担保方式，又因一字之差（“不能履行”与“不履行”），由王某以为的一般保证变为实际上的连带保证，给 A 公司造成重大损失。

从上述案例可以看出，企业需非常重视法律风险，因为任何企业经营风险的结果最终都在法律的规定下出现，并通过权利义务的产生、变更及终止体现出来。如果不能及时、有效地识别法律风险并加以防范，可能会给企业造成严重的后果，不仅包括经营性的损失（比如利润损失、成本增加、经济赔偿等），还可能包括行政处罚（比如行政罚款、停业整顿、吊销营业执照等），甚至面临刑事制裁（在刑法规定中，单位犯罪，不仅要单位处以罚金，还要对直接责任人、直接负责的主管人员处以刑罚）。企业法务工作的宗旨就是防范及化解法律风险，实现企业利益的最大化，“头痛医头，脚痛医脚”的法律风险解决模式无法对企业形成真正有效的帮助。因此，建立起企业法务团队及相关制度，才能构建一套企业法律风险防御体系，在实现企业利益最大化的同时，避免企业陷入不利和被动的法律风险。

二、如何选择适合中小企业的法务团队

对于中小企业来说，应该建立什么样的法务团队呢？是在企业内部设置专职的法务人员？还是聘请外部律师兼任企业法律顾问？或者是跟大多数中大型企业一样，拥有企业专职的法务团队的同时，再聘请外部律师兼任企业法律顾问呢？要解决这一问题，我们先要分析企业法务与外部律师在企业法律事务处理上各自的优势。

（一）外部律师与企业法务各自的优势

1. 外部律师的优势

（1）在单项法律专业知识上更专业。

外部律师事务所的外部律师通常术业有专攻，每个外部律师都有各自擅长的法律领域，对于单项的法律规定钻研更深入，掌握得更全面更透彻。比如单就知识产权法而言，有的外部律师是专利方面的专家，有的则是商标方面的专家。

（2）诉讼经验更为丰富。

外部律师不像公司法务只为一家企业服务，而是同时为多家企业提供法律服务，代理企业处理的诉讼案件无论是案件数量还是案件类型通常比企业法务处理的多很多，因此外部律师积累的诉讼经验更为丰富。

（3）法律知识更新更快

外部律师工作机制灵活，外部交流机会多，法律资源更为丰富，因此，能更快地了解、掌握各方面不断更新的法律法规、判例、观点及法律资讯。

2. 企业法务的优势

（1）介入企业事务更为及时、迅速。

外部律师可以同时为多个企业或个人提供法律服务，而企业法务只为其所在的企业服务，所以企业法务有充分的时间和精力为企业提供服务，在企业产生法律风险的时候能够第一时间予以介入处理。同时，因为企业法务每天在企业工作，熟悉企业的各项业务及经营情况，更容易发现企业的潜在法务问题，能及时予以解决，防患于未然。

(2) 为企业提供的服务更为全面。

外部律师是纯粹的法律工作者，他们的工作重点是解决已经产生的或预计将要产生的现实问题。而企业法务除了提供法律服务外，实际上还承担着一部分企业管理职责。纠纷、诉讼或仲裁完，法律事务外部律师的工作就基本结束了。但企业法务还需要从公司管理制度、业务操作流程上对产生纠纷、诉讼/仲裁的原因进行分析总结，查漏补缺，向管理层提出改进建议，避免类似问题再次发生。除了诉讼纠纷处理之外，企业法务还需要处理企业的合同草拟及审核、知识产权及商业秘密的保护、企业重大商业谈判、企业重大项目业务模型的搭建、企业对外宣传稿件的合法审查、公司章程及决议的拟定、企业内部各项规章制度的拟定等方面的法律事务。

(3) 企业对其管理手段更为丰富有效。

企业对外部律师的约束仅限于双方签署的服务合同，并且关于服务质量也很难衡量好坏，主要依赖于外部律师本身的专业能力、职业道德及自我约束。而企业法务属于企业的员工，因此企业对其的管理手段更为丰富，也更为有效。比如：绩效考核、工资调整、职位升降，甚至解除劳动合同关系等等，都能很好地约束企业法务，鼓励他们更好地为公司服务。

(二) 建立法务团队需考量的因素

要设置适合本企业的法律服务团队，大致需要综合考虑以下因素：

1. 企业的发展阶段

如果企业处于快速成长扩张阶段，企业合作伙伴及业务模式越来越多元化，业务规模也越来越大，就需要设置专职的法务人员，以便对业务模式的合法合规、新合作伙伴的尽职调查、企业内部审批流程等方面及时进行法律风险上的把控。

2. 业务数量及复杂程度

在企业发展初期，业务规模比较小，并且业务模式比较单一、固定，可以聘请外部律师兼任企业法律顾问，阶段性地对企业法律风险进行梳理及回顾，针对主营业务拟定公司标准合同文本供公司参照使用。

3. 近几年签订的合同和文件数量、种类及增长趋势

如果企业近几年签订的合同及其他法律文件的数量急剧增长，合同类

型越来越广，且多数情况是使用合作方提供的合同文本，就有必要设置专职的法务人员对合同风险进行把关。

4. 近几年产生的诉讼/仲裁和纠纷的数量及增长趋势

有些企业秉承“和气生财”的原则，真正闹到法庭的诉讼/仲裁并不多，但是双方通过协商和解的纠纷却不少。纠纷比较多的企业，也适合设置专职的法务人员，法务人员可从法律角度对纠纷后果进行预判，与企业业务人员共同制定谈判策略，并参与和解谈判，以确保实现企业利益的最大化。诉讼/仲裁比较多的企业，则有必要在设置专职法务人员的基础上，再聘请诉讼经验更为丰富的专业外部律师代理诉讼/仲裁，争取最有利的判决结果。

5. 企业能够承担的成本/费用

外部律师事务所兼任企业法律顾问多数是以外部律师的工作时长来计收费用的（诉讼/仲裁代理费用另计），企业需要外部律师服务的事项越多，工作时间越长，费用也就越高。企业法务一般采用固定薪资为主的计薪方式，从业年限不同，资历不同，薪资等级也会不一样。

目前很多中大型企业都综合利用外部律师与企业法务各自的优势，在企业内部设置专职的法务团队处理企业日常法律事务的同时，也聘请外部律师兼任企业法律顾问。这样设置的好处在于：

（1）双方优势可以互补，在发生重大/疑难问题的时候，企业法务未必经历过同类问题，聘请有同类经验的外部律师共同商讨，可以避免闭门造车，外部律师可以从法律专业深度上进一步把关，以其经验提出更多的建议来规避风险。在处理诉讼/仲裁方面，无论是同类案件的经验积累，还是与法官的沟通方式上，外部律师积累的经验都更为丰富。

（2）企业法务作为中间人，可以让外部律师与企业的衔接更为顺畅。因为了解法律，企业法务能更好地领会外部律师提出的建议背后的深意及初衷，结合企业业务及企业状况，能够“因地制宜”，综合考量外部律师的建议和企业的实际，提供更适合企业状况的解决方案。同时，作为法律“业内人士”的企业法务，能更准确地对外部律师的专业水准、服务质量及收费标准做出评判，为企业甄选适合的外部律师事务所。

对于中小企业来说，可以考虑在企业内部设置一至两名专职的法务人

员，在专项事务、诉讼/仲裁产生或其他必要时候聘请外部律师共同处理。

（三）如何给企业法务设定工作职能

有人认为，请个专职的企业法务，除了审阅合同，处理一些偶发的诉讼纠纷，就没其他作用了。这是一个认识上的误区，产生这种误区的原因之一是：没有合理设置企业法务的工作职能。企业法务应该具备两大类职能：

1. 管理职能

对企业的管理职能，起到事前防范风险的作用，主要包括以下职责：

（1）参与公司治理：为企业修订公司章程、董事会议事规程、拟定股东会决议、审核内部各项规章制度等规范性文件；

（2）参与重大项目：为企业重大决策性事务提供咨询及法律意见，包括项目前期的尽职调查；

（3）参与各业务流程的制定：审查业务流程是否符合公司治理规范，是否存在风险漏洞；

（4）审查企业对外法律文件：公司对外发布的具有法律效力的文件（包括授权书、解约函、通知函、承诺函、宣传文稿、广告创意文案、招投标文件等等）都应该事先经过法务审查；

（5）合同管理：包括合同签订前的审核或草拟，公司标准合同文本的拟定，合同履行过程中的监督等；

（6）法律培训：对公司员工及管理层开展法律培训，包括企业将要开展的新业务所涉及的法律法规培训，针对企业已发生的事故、纠纷、诉讼/仲裁的经验教训总结，与企业主营业务相关的最新法律法规或重大判例，职业道德及职业犯罪等；

（7）参与违纪案件调查：主要配合企业人力资源部对企业员工违法/违纪、违反公司管理制度，损害公司利益的案件进行调查、处理；

（8）提供法律咨询：为各部门日常工作遇到的法律问题提供咨询。

也有一些企业将公司营业执照申请、变更，商标、著作权、专利的申请、续展，公章的管理等也设置为法务的职能。

2. 救济职能

救济职能属于事后救济，主要体现在纠纷、诉讼、仲裁产生以后企业