



公司法务高级管理丛书

8

总编 王正志

王正志 王怀◎编著

公司法律风险防范与管理

Gongsi

Falu Fengxian Fangfan yu Guanli



解决公司各种法律困境

提供有效预防公司法律风险的策略与方法

融法律于公司管理全过程

通过法律专业人士对公司运营细节的把握，堵塞法律漏洞，实现公司规范管理



法律出版社

LAW PRESS·CHINA



中国注册会计师全国统一考试教材

2011 年 11 月

注册会计师全国统一考试教材

公司法律风险防范与



Case Study

Practice Management Perspective Case Study



中国注册会计师全国统一考试教材

中国注册会计师全国统一考试教材

中国注册会计师全国统一考试教材

中国注册会计师全国统一考试教材





公司法务高级管理丛书
GONGSI FAWU GAOJI GUANLI CONGSHU

● 总编 王正志

8

公司法律风险防范与管理

■ 王正志 王怀◎编著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

Gongsi Falu Fengxian Fangfan yu Guanli

图书在版编目(CIP)数据

公司法律风险防范与管理/王正志,王怀编著.
—北京:法律出版社,2007.10
(公司法务高级管理丛书)
ISBN 978-7-5036-7739-7

I. 公… II. ①王…②王… III. 公司法—
研究—中国 IV. D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 147766 号

©法律出版社·中国

责任编辑/林红

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/16.5 字数/247 千

版本/2007 年 10 月第 1 版

印次/2007 年 10 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.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:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7739-7

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



公司法务高级管理丛书
GONGSI FAWU GAOJI GUANLI CONGSHU

编委会

总编：王正志

副总编：

李和平 刘 瑛 邵 男 孙红新
王辉才 王 瑜 张亚梅 欧阳光

编辑委员会（按姓氏拼音排序）：

郭 晶 戢 磊 刘 韬 刘 瑛
欧阳光 商家泉 孙红新 田美玉
汪桂林 王 怀 王晓丰 王 瑜
王正志 吴 帆 温宇洋 于学英
张杨清 朱怡研

出版前言

The Law Press Preface

“其实并不是 GE 的业务使我担心,而是有什么人做了从法律上看非常愚蠢的事而给公司的声誉带来污点,并使公司毁于一旦。”

杰克·韦尔奇

当前公司法律服务市场上存在一种极不正常的需求现象,即许多公司重诉讼而轻预防。这些公司常常会在诉讼临门时不惜一切代价试图胜诉。实践证明,诉讼是公司解决危机与风险的最后选择,也是一种善后处理方式。胜诉需要坚实的证据基础和先在的许多严密管理制度和法律程序的保障,而出现问题的公司在此方面常处于劣势。因此当公司诉讼缠身企图寻求律师帮助时,也往往回天乏术。

事实上,公司的核心能力并非取决于其诉讼能力,而是通过一系列的管理能力提升和避免由于工作中的疏忽而引起的争议和诉讼,从而以较小的成本支出达到化解不特定法律风险的目的。这才是企业应当采取的上策,当然,这需要企业在管理能力、人员素质上都有较大的提高。

公司作为一种组织体,从筹建到成立之后的运营时刻都处于动态之中,其所从事的决策或交易之间往往具有一定的关联性,因此法律风险的发生或法律问题的出现常常是全局运作中因果链条中的一环。在这种现状下,解决公司各种法律困境、有效预防风险,最好也最实用的手段就是融法律于公司运营的全过程,通过法律专业人士对公司运营细节的把握,堵塞法律漏洞,实现规范管理。

本套丛书旨在告诉读者,在公司运营过程中,法务人员扮演着至关重要的角色。法律专业人士将以其熟练的法律知识、富于实效的法律技能,为公司经营者提供优质的法律咨询并通过为公司量身设计、制作规范的管理制度,来防控法律风险,实现公司对经济利益的追求。这也是成熟市场经济国家商事交易中律师价值的最大体现。

简而言之,公司法务工作主要分为以下两方面:

- 通过跟踪公司运营的全过程,以法律的手段与方法管理公司;
- 针对具体法律问题提供解决策略。

针对上述法务工作的重点,通过与经验丰富的公司法律专业人士研究与探讨,本套丛书最终圈定在公司实务领域发生概率最大,与公司运营切身利益直接相关的合同、劳动人事、知识产权、债权债务、投资、税收、法律纠纷及法律风险八个专题展开创作。

本套丛书总体上采用深入浅出的写作手法,在阐述法律规定及原理的同时,更注重对具体法务管理流程及操作实践的展示,具有很强的实务性。

公司业务对于所有法律从业者而言,几乎占据法律服务市场的半壁江山,因此,如何以完备的法律知识为公司提供优质服务,恐怕是所有法律执业者孜孜以求之事。从这个意义上看,本套丛书立足于公司法律管理经验及方法、策略的实务创作方式,或许能够唤起公司法律人士的共鸣。希望读者通过阅读本套丛书,能够在公司法务管理方法、技能、流程与经验上有所提升,并最终形成自己一套行之有效的法务管理经验,来为公司提供法律帮助。

最后要说的是,本套丛书虽以公司法务(包括内聘与外聘)、律师等作为主要读者,但非律师的公司管理者、经营者或其他商业人士亦可以从中获益。通过本套丛书,在理解法律管理重要性的同时,商业人士可以与法律精英合作打造完美公司的管理范例,并对法律人士提供的服务作出合理评定。

序

Preface

随着市场经济的逐步完善,公司作为核心经济主体的地位日益彰显。经济学定律表明,利益越大,风险越大。在竞争日益激烈与市场环境变化莫测的背景下,公司既可能面临丰厚的经济回报,也蕴涵着更多风险。公司风险主要有自然风险、商业风险和法律风险。前两种风险分别是以不可抗力和市场因素为特征,具有不可预期性。而法律风险是以势必承担法律责任为特征的,具有可预期性和可控性。因此,面对生动、纷繁复杂、非规则化的法律实践,公司经营者必须树立一种全新的法律管理理念,以法律专业人士对其经营管理的全过程进行指导,使其在实现经营目标并获得可持续发展的利润空间的同时,达到最大限度化解公司法律风险的目的。

公司聘请专业法律人士为其出谋划策需要注意把握两个关键点,即法律专业能力+介入时机。其重要性可从我国古代一则故事中得到启示:

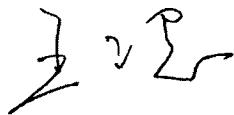
魏文王问名医扁鹊:“你们家兄弟三人,都精于医术,到底哪一位最好?”扁鹊答:“长兄最好,中兄次之,我最差。”文王再问:“那为什么你最出名?”扁鹊答:“长兄治病,是治病于病情发作之前。由于一般人不知道他事先能铲除病因,所以他的名气无法传出去。中兄治病,是治病于病情初起时。一般人以为他只能治轻微的小病,所以他的名气只及本乡里。而我是治病于病情严重之时。一般人都看到我在经脉上穿针管放血、在皮肤上敷药等大手术,所以以为我的医术高明,名气因此响遍全国。”

该则故事说明一个道理,医生看病在时机的选择上,事后控制不如事中控制,事中控制不如事前控制。由此推之,公司法务工作亦是如此。有远见的公司领导者或投资人在成立公司初期或公司筹建过程就应该意识到法律对公司的价值并在恰当时机将最适合的人选纳入公司这一组织体内部,以达到从源头上防范公司法律风险的目的。毫无疑问,公司长远发展与规范经营需要扁鹊式长兄式的法律人士为

其出谋划策,公司应该避免犯上述故事中普通人的错误认识。

基于上述目的,笔者根据多年从事公司法律实务的经验,通过对业内公司领域法律专家、律师、公司内部法务人员(in house lawyer)以及公司管理者等的调查,总结公司法务工作的操作思路、运作流程以及行之有效的管理手段,针对目前公司运营过程中多发性的法律问题,汇集成合同、法律风险、债权债务、劳动人事、法律纠纷、投资、知识产权以及税收等八个专题,从法律的角度进行了全方位的梳理与规范。相信这些管理经验及策略能够给那些行走在公司法律服务旅程中的律师、法务人员、管理者提供一些处理实际问题的思路和方法。

本书主要由具有丰富法律实务经验的专业人士著就。写作过程实非坦途,个中艰辛,如人饮水,冷暖自知。但所幸本套丛书的作者团队,能够在繁忙的工作中自始至终维持创作热情。在本套丛书即将付梓之际,谨向所有参与本套丛书的作者、高博隆华律师事务所、飞科艾普知识产权公司的同仁以及法律出版社的林红编辑道声感谢!

A handwritten signature in black ink, appearing to read '王忆志' (Wang Yizhi), located at the bottom right of the page.

自序

The Author's Preface

何为法律风险？法律风险对于公司的生存发展究竟有什么样的影响？如何进行法律风险的识别？如何充分有效地开展法律风险防范工作？探究这些问题的答案对于公司决战商海是至关重要的因素。但实践中很多公司对此并未形成清晰的认识，也无法给出正确的答案。面对这种尴尬的现状，作为法律工作者，我们认为有必要以此为契机，通过运用专业知识并结合实践工作经验帮助公司找到解决上述问题的方法与钥匙。

若将公司比喻成“人”，那么法律风险就是与这个“人”的健康成长、生死存亡相伴而生的整个过程。法律风险存在于“人”一生的各个阶段，唯一不同的是每个阶段所面临的法律风险各异，造成的可能后果也不一致。基于这一特点，本书主要针对公司从设立直到终止所历经的各个阶段中可能面临的法律风险展开分析，并提出相应的防范手段来化解。

公司法律风险防范与管理的目标应该是在充分理解法律规定的基础上，通过合理运用法律漏洞，规避法律风险，使公司的经济效益达到最大化。因此，本书主要通过对与公司运营有关的现行法律规定含义的理解与诠释，帮助公司正确认识法律风险防范工作的意义，并通过实践摸索最终建立高效的法律风险防范与管理体系，为公司在“商战”中的最终胜利保驾护航。

不可否认的是，我国对公司法律风险防范与管理工作的认识相对于一些发达国家而言较晚，并且由于一些相关的法律法规尚不完善，留有很多空白地带，这些现状无疑加大了推进公司法律风险防范与管理工作的难度。所以在本书的最后一章，笔者介绍了一些发达国家在公司法律风险防范与管理方面的现状与经验，希望可以帮助在思想意识方面乃至具体工作中为我国公司提供参考与指引。

法律风险防范与管理是一个新兴、不断摸索、发展中的课题，欢迎有志之士与我们交流探讨。本书纰漏之处在所难免，也欢迎读者批评与指正。



Contents 目 录

出版前言 / 1

序 / 1

自序 / 1

第1章 开启公司法律风险防范与管理之门/1

第一节 识别公司法律风险/1

一、法律风险的界定/1

二、法律风险的分类/2

三、法律风险防范与管理的价值/2

第二节 清理公司法律风险防范与管理的误区/3

一、法律风险防范意识之误区/3

二、公司内部防范与管理体系构建误区/4

三、法律风险防范与管理的切入点误区/5

第三节 构建规划公司法律风险防范与管理制度/6

一、法律风险评估——公司法律风险的全面“体检”/7

二、公司法律风险防范与管理工作的行动纲领/8

第2章 公司设立的风险防范与管理/11

第一节 公司设立登记的风险与管理/11

一、公司设立登记的法律漏洞/11

二、公司设立登记的制度防范措施/12

第二节 公司设立条件的法律风险与管理/14

一、有限责任公司设立的必备条件/14

二、股份有限公司设立的必备条件/17

三、国有独资公司设立的必备条件/20

四、公司虚假设立警示/22

第三节 公司设立程序中“模糊地带”的法律风险防范与管理/23

- 一、公司设立过程中的行为限制规定/23
- 二、股份有限公司发起人风险防范与管理/26
- 三、设立过程中设立主体对外签订合同的风险防范与管理/29
- 四、公司设立无效法律风险的鉴别/31

第3章 公司章程的法律风险防范与管理/35

第一节 公司章程制定的法律风险防范与管理/35

- 一、充分认识公司章程/35
- 二、订立公司章程/41
- 三、公司章程的效力风险/48

第二节 公司章程执行的风险防范与管理/51

- 一、重视违反公司章程的法律后果/52
- 二、违反公司章程的法律后果分类/53

第三节 公司章程修改的法律风险防范与管理/66

- 一、公司章程修改的限制/66
- 二、公司章程修改应遵循的程序/74
- 三、公司对章程修改要求与救济措施/76

第4章 公司治理结构的法律风险防范与管理/80

第一节 公司决策机构/81

- 一、股东会的风险管理/82
- 二、股东大会的风险管理/84

第二节 董事会取权的法律风险管理/88

- 一、董事会的组成单元——董事/88
- 二、董事会的法律地位及人员组成管理/92
- 三、董事会的内部结构管理/92
- 四、董事会会议管理/94
- 五、董事会的职权管理/97

第三节 监事会取权的法律风险管理/98

- 一、监事会的组成管理/98
- 二、监事的任期管理/99
- 三、监事会的会议制度和议事规则管理/99
- 四、监事会的职权管理/99
- 五、监事行使职权的物质保障/100

第四节 经理职权的法律风险管理/100

- 一、经理在公司中的地位/101
- 二、经理的产生方式与办事规则/102
- 三、经理的职权/102
- 四、公司经理的义务/103
- 五、公司经理的任免/109

第五节 公司高级管理人员的法律风险防范与管理/109

- 一、任职资格风险防范/110
- 二、高级管理人员的义务和责任管理/111

第六节 上市公司组织机构的特殊法律风险防范与管理/115

- 一、重大事项的决策/116
- 二、设立独立董事/116
- 三、公司董事会秘书/117
- 四、“关联董事”的回避/117

第5章 公司经营的风险防范与管理/119

第一节 公司债的法律风险管理/120

- 一、控制措施/120
- 二、管理方式/122
- 三、坏账的法律风险管理/123

第二节 公司财务会计法律风险与管理/123

- 一、公司财务治理结构法律风险管理策略/124
- 二、公司财务会计报告的法律风险警示/126

第三节 公司的合并、分立与变更登记的法律风险与管理/128

- 一、公司合并的法律风险防范管理/128
- 二、公司分立的法律风险防范与管理/137
- 三、公司变更问题概要/143

第四节 公司无形资产法律风险防范与管理/145

- 一、我国无形资产管理中的风险漏洞/146
- 二、公司无形资产通常管理方式/147
- 三、无形资产管理的具体措施/150

第五节 公司合同管理的法律风险/177

- 一、合同在企业运营中的价值体现/177
- 二、合同风险隐患/178

三、公司合同风险识别/181

四、公司合同风险防范体系/183

第6章 公司终止与清算的法律问题研究/189

第一节 公司终止的相关法律问题/190

一、“公司僵局”相关法律问题/190

二、公司解散相关法律问题/198

三、公司被吊销营业执照后的法律事务处理/208

四、公司破产系列法律问题/217

第二节 公司清算相关问题研究/234

一、公司清算的界定/234

二、公司清算的分类/236

三、清算组织/237

四、清算程序/238

第7章 外国公司法律风险防范与管理/240

第一节 外国公司法律风险防范与管理的历史沿革与模式形态/240

一、美国/240

二、德国/242

三、外国公司法律风险防范与管理模式呈现的新特点/244

第二节 企业总法律顾问制度的中国化/246

一、企业法律顾问制度启示/246

二、我国企业法律顾问制度的完善建议/248

第 1 章

开启公司法律风险防范与管理之门

第一节 识别公司法律风险

一、法律风险的界定

论及公司法律风险,在实践中公司管理层经常关心的问题主要有:“这样操作会不会违法?”“我们有没有侵权?”“我们可以采取哪些措施来保护我们的权利?”“这样做我们将有多大的损失?”这些都属于法律风险管理中常见的问题。但是提到法律风险的界定,却经常出现将法律风险等同于法律纠纷,或直接将其等同于商业风险,这些做法都是不可取的。法律风险由于其“风险”属性,其结果具有不确定性,即相关损害或损失有可能发生而当前并未发生,而法律纠纷通常是实际损害已经发生。法律风险是商业风险的一种,重点是指一旦企业违反法律法规而将承担的损失或损害,其不是商业风险的全部。商业风险还包括其他非法律因素而引致的损失或损害。

综合实践经验,笔者将公司法律风险界定为,因法律法规因素所引致的由公司企业承担的潜在经济损失或其他损害的风险。这些损失或损害包括:经营性损失(收益或利润损失、成本或责任增加等);民事索赔、判决或裁决(包括辩护及和解费用);行政或刑事处罚或制裁;企业资产(包括有形和无形财产)受损;商誉受损以及其他损害。而且

需要明白的是,这些风险会贯穿于公司发展的整个过程,与公司的生死存亡息息相关。

二、法律风险的分类

公司的法律风险根据不同标准有不同的种类,在此,笔者仅根据法律风险的来源将其归结为内部法律风险和外部法律风险两类。

(一)公司内部法律风险

所谓公司内部法律风险,是指由于公司自身设立及内部运营而带来的各种法律风险。这类法律风险如同一条隐形的法律底线,底线之上,法律赋予了公司充分自主经营生存的权利;跨越底线,意味着将受法律惩罚制裁的风险。充分利用规则谋求公司经营发展的最大利益是无可非议的,但实践中很多公司为了追求公司经营的利益最大化,不惜“兵行险招”,以自以为可以有效规避法律强制性规定的方式乱闯“法律雷区”,结果必定是“粉身碎骨”的灭亡。

(二)公司外部法律风险

所谓公司外部法律风险,是指公司在与他方进行合作、交易的过程中所存在的法律风险。公司最主要的工作就是通过“经”这个手段达到“营”的目的。在“经”的过程中,公司不可避免地要与他方打交道,因此必定面临着相应的风险。这种与他方之间的法律风险基本上是公司最为常见的风险形式,虽然这种风险比起第一种更容易引起公司的关注,但是这类风险更加琐碎细微,若将第一种风险表述成“自我生产”,那么这种风险可以表述为“他方制造”。

针对法律风险的不同类别,具体的防范措施与管理的手段也各不相同,相关内容在本书后续部分将予以详细介绍。

三、法律风险防范与管理的价值

1. 有利于公司利润的获取

利润与风险同在,没有无风险的利润,这是商业经营中的自然法则。但是,这里的风险并不完全是指商业风险,它还包括重要的法律风险。例如,巴林银行、美国安然公司的破产就不是简单的商业风险

问题,恰恰是由于被众多公司所忽略的法律风险所致。公司每当谈及商业风险时,都会如临大敌,但对法律风险却知之甚少。究其深层原因,无非是对于法律风险的含义及作用没有清晰正确的认识,继而导致缺乏法律风险的防范与管理。此点在目前我国的公司发展实践中非常严重,单纯的追求利润而忽视法律风险的管理是我国公司寿命相对较短的重要原因。

2. 有利于其他风险的管理

法律风险与公司经营过程中面临的其他风险形成紧密联系、环环相扣的链条。法律风险的管理,对于行政、运营风险管理都有积极的促进作用,使公司在正规化运营的同时,降低公司整体风险,提升公司商誉。

第二节 清理公司法律风险防范与管理的误区

由于对公司法律风险概念的错误认识,常使公司在操作实践中陷入各种各样的误区,以至公司不但不能获益,反受其害。

一、法律风险防范意识之误区

对于绝大多数公司来讲,法律风险防范可有可无,这是目前公司在法律风险防范上最主要的误区。这种误区主要是因为公司法律风险意识薄弱,直至纠纷发生才幡然悔悟。

对此可通过如下两组数据来说明:

第一组数据:据统计,中国民营企业的平均寿命只有 2.9 年,中国每年约有 100 万家民营企业破产倒闭,60% 的企业将在 5 年内破产,85% 的企业将在 10 年内消亡,能够生存 3 年以上的企业只有 10%,大型企业集团的平均寿命也只有 7~8 年,其中有 40% 的企业在创业阶段就宣告破产。在中国每天有 2740 家企业倒闭,每小时就有 114 家企业破产,每分钟就有两家企业破产。日本企业的平均寿命为 30 年,是我们的 10 倍;美国企业平均寿命为 40 年,为中国的 13 倍。

第二组数据:跨国公司用在风险管理上的费用仅律师费占公司总收入的比例,美国就达到了 1%,欧洲达到了 0.7%,壳牌公司 1 年的律师费是 23 亿美元,美孚公司 1 年的律师费达到 25 亿美元。

通过上面的数据,第一组表明了企业作为市场经济的主体之一,