



The Perfect Risk Prevention

Identification and Control of
the Common Legal Risk

完美的 风险防范

企业常见法律风险识别与控制

• 168个法律风险防范要点 • 法律风险全流程控制实操指南 • 企业管理经营创业人员必备

陈宏义 主编



为投资者、企业经营管理者以及企业法务工作者逐一击破企业经营过程中可能遭遇的各种法律风险提供有效的理论武器和实践杀手锏，真正为企业规范管理、优化治理结构和体系以及防范风险起到不可替代的指导作用。

——湖南师范大学副校长、教授、博士生导师、国家“万人计划”哲学社会科学领军人才 蒋新苗

全面识别：将企业从设立到终止，在设立形态的选择、企业内部治理、合同管理、投融资、劳动用工、知识产权、刑事犯罪等方面，对企业常见的法律风险进行了全方位分析。侧重从法律规范的角度对民营企业的发展作了谏言与提示，意使民营企业的发展更趋合理与规范，避免成为短线企业。

精准对策：以简明的实操案例，结合最新的法律法规以及当下司法领域认可的审判理念，对企业运营中出现的法律问题有针对性地提出解决措施，对潜在的法律风险全方位地给予防范建议。

实用指南：以专题论述的形式，对民营企业发展的前因后果与发展前途作了全景式论述，辅以真实案例，形式多样，资料翔实并附上文内引用的重要法律法规以供查阅学习。

 独角兽工作室

为法律赋予灵感

上架建议 企业经营·法律风险

LAW PRESS · CHINA 1954 欢迎关注法律出版社



法律出版社官方微信

LAW
法律家



用一种可能的方式
阅读自由与正义 法律出版社官方微店

ISBN 978-7-5197-0331-8



9 787519 703318 >

定价：78.00元

The Perfect Risk Prevention

Identification and Control of
the Common Legal Risk

完美的 风险防范

企业常见法律风险识别与控制

| 陈宏义 主编 |



图书在版编目(CIP)数据

完美的风险防范:企业常见法律风险识别与控制 /
陈宏义主编. —北京:法律出版社, 2017. 2

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0331 - 8

I. ①完… II. ①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(2016)第 295278 号

完美的风险防范

——企业常见法律风险识别与控制
陈宏义 主编

编辑统筹 法商出版社
策划编辑 薛 晗 牛润青
责任编辑 牛润青
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 胡晓雅

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
印张 27.5
字数 468 千
版本 2017 年 2 月第 1 版
印次 2017 年 2 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

投稿邮箱/info@lawpress. com. cn

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0331 - 8

定价:78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编委会名单

主 编

陈宏义

副主编

夏德仁 周群翔

编委会成员

黎飞仙 刘 昱 盛金良

陈汝超 潘 虹 付喜群

序

蒋新苗*

企业的运作很难离开法律,不仅企业内部治理需要法律,而且与外界往来也同样需要法律保驾护航。在企业经营过程中尤其不可忽视企业的法律风险。可以说,企业法律风险存在于企业经营的各个领域、各个环节:企业设立阶段,投资者需要确定企业类型、办理设立登记、签署设立文件,特别情况下,还需承担企业设立不能的法律责任;企业运营过程中,涉及确定治理结构、合同管理、投融资管理、资本运营、劳动用工、知识产权保护等工作的开展……从一定程度看,在企业经营的全过程中,法律风险无处不在。有时,一个微不足道的小小举措,或许就隐藏巨大危机和风险,往往会给企业带来致命的打击。

根据权威部门统计:中国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。看到这些数据,不禁让人尤为震惊,为什么国内企业的寿命如此短暂?仔细分析,企业家风险防范意识的缺失、风险防范的措施不到位就是主要原因之一。

成功的企业家,可以没有法律知识,但不能没有法律意识。个别企业家可以为了一顿饭一掷千金,但对于防控法律风险的投入却一毛不拔。市场竞争日益加剧,法律风险与日俱增,其表现形式也日趋复杂,对于法律风险

* 湖南师范大学副校长、教授、博士生导师、中国第五届“杰出中青年法学家”、长江学者特聘教授、国务院学位委员会法学学科评议组成员、国家“万人计划”哲学社会科学领军人才、中国国际私法学会副会长。

的忽视、或是防范不足必将引发企业诸多危机；而且，法律风险具有隐蔽性、潜伏性，存在于企业设立、运营、终止的整个过程中，只有专业的人才能进行识别并控制。

本书是编者集体智慧的结晶，凝聚其长期的积淀和信念，除细致梳理了企业从设立到终止过程中可能出现的168个风险点外，还特别结合多年的实践经验，将各个风险进行详实分析，并提炼总结了相应的防控措施。全书内容丰富、体例结构合理、针对性强、实用性突出，可为投资者、企业经营管理者以及企业法务工作者一一击破企业经营过程中可能遭遇的各种法律风险提供有效的理论武器和实践杀手锏，真正为企业规范管理、优化治理结构和体系以及防范风险起到不可替代的指导作用。

衷心希望本书能帮助广大投资者、企业经营管理人员在企业经营过程中有所启发、有所收获。

是为序。



2016年12月

目 录



	第一章 企业设立法律风险识别与控制
1	第一节 设立登记的法律风险
1	一、企业设立形态的选择
4	二、企业字号被抢注之法律保护
7	三、公司异地经营的法律风险
10	四、法定代表人的风控研究
13	五、重视前置行政许可程序的必要性
15	第二节 股东出资的法律风险
16	一、注册资本的确定
18	二、隐名出资引发的法律风险
21	三、挂名股东相关法律问题研究
23	四、瑕疵出资引发的法律风险
27	五、抽逃出资的认定情形以及处罚
30	六、知识产权作价出资的法律风险
33	七、土地使用权作价出资的法律风险
35	八、股权出资的法律风险
37	九、债权出资的法律规则分析
39	十、股权结构设置不当的法律风险
42	第三节 签订设立文件的法律风险
42	一、论设立协议的重要性
45	二、公司章程条款的特别设计
49	三、设立协议与公司章程冲突之处理
52	第四节 设立责任承担的法律风险

- 52 一、公司未成立即对外经营的法律风险
- 54 二、公司设立过程中的费用承担
- 57 三、公司成立后连续6个月不营业之法律风险

第二章 企业治理法律风险识别与控制

- 59 第一节 “三会一高”的法律风险
 - 59 一、股东(大)会决议内容和程序瑕疵之法律分析
 - 62 二、如何避免或打破股东(大)会僵局
 - 64 三、公司应当如何避免董事会决议的无效与撤销
 - 66 四、涉及股东大会召集的监事会决议存在程序瑕疵应当如何处理
 - 67 五、监事会职权无法充分行使对公司造成的影响
 - 70 六、“监事会”监督机制的缺失对公司造成的影响
 - 72 七、“两事一高”利用职务之便进行关联交易的法律风险
- 74 第二节 股东资格确认与股东权利行使的法律风险
 - 74 一、出资是否即确认股东资格
 - 76 二、股东会能否决议开除股东资格
 - 78 三、股东资格可否继承
 - 80 四、股东知情权之行使
 - 82 五、股东利益分配请求权的行使方法
 - 86 六、股东滥用代表诉讼权利的法律风险
 - 88 七、股东与公司人格混同的法律风险
 - 90 八、控股股东滥用权利之法律防范
 - 92 九、股东之间约定保底分红条款之效力
 - 94 十、赠与干股之风险分析
- 96 第三节 股权转让法律风险防控
 - 96 一、公司章程能否限制股权转让
 - 98 二、未经其他股东过半数同意对外转让股权的效力
 - 100 三、股权转让中优先购买权的行使
 - 102 四、如何确定股权转让价格
 - 104 五、新股东是否应继承公司原来的债务
 - 106 六、隐名股东转让股权的效力认定
 - 108 七、夫妻一方未经另一方同意私自转让股权之法律分析

- 111 八、出资瑕疵股权转让的法律风险
- 113 九、股权转让后不办理变更登记的法律风险
- 116 第四节 公司印章管理法律风险
- 116 一、公司的公章究竟该谁拿
- 118 二、使用部门印章签订的合同是否一定无效
- 119 三、公司应当如何防止印章使用失控

第三章 企业合同管理法律风险识别与控制

- 122 第一节 合同订立的法律风险
- 122 一、合同主体资格、履约能力审查
- 126 二、合同主体名称不准确、简称使用混乱
- 128 三、合同标的物条款瑕疵
- 130 四、合同质量标准条款约定不明
- 133 五、合同价款条款约定不当
- 135 六、履行期限、履行地点、履行方式约定不明
- 137 七、风险转移条款约定不明
- 140 八、保证条款约定不明的法律风险
- 143 九、如何约定不可抗力免责条款
- 146 十、违约责任条款的具体设置
- 148 十一、争议处理条款的常见风险
- 151 十二、合同生效条款不完备
- 153 十三、格式条款的效力瑕疵
- 156 十四、缔约过失责任法律风险
- 158 十五、合同效力瑕疵法律风险
- 161 十六、合同内容涂改的法律风险
- 163 第二节 合同履行过程中的法律风险
- 163 一、合同履行不能的法律风险
- 165 二、拒绝履行的法律风险
- 168 三、合同履行不当的法律风险
- 170 四、合同履行证据保管不当
- 172 五、合同不当变更的法律风险
- 174 六、合同权利转让的注意事项

177	七、合同义务转移的法律风险	177
179	第三节 合同终止的法律风险	179
179	一、未履行后合同义务	179
182	二、合同解除的法律风险	182
185	三、债务的抵销不符合法定条件和程序	185
187	四、标的物提存不当的法律风险	187
190	五、债务免除的法律风险	190
192	第四节 合同救济的法律风险	192
192	一、抗辩权行使的法律风险	192
194	二、代位权行使的法律风险	194
197	三、撤销权行使的法律风险	197
200	四、和解与调解程序中的法律风险	200
202	五、仲裁过程中的法律风险	202
205	六、诉讼过程中的法律风险	205
	第四章 企业投融资管理法律风险识别与控制	
209	第一节 贷款投融资中的法律风险	209
209	一、抵押物不符合法律规定的法律风险	209
212	二、抵押手续不完备的法律风险	212
214	三、无形资产质押不足值之法律分析	214
216	四、公司对外贷款时保证人选择不当之法律分析	216
217	第二节 风险投融资的法律风险	217
218	一、投融资中股权结构设置不当引发的后果分析	218
220	二、投融资中商业秘密泄露的法律风险	220
222	第三节 私募基金投融资的法律风险	222
222	一、本土私募股权投资机构不成熟之探析	222
225	二、PE 资本退出时的法律风险	225
228	第四节 企业并购的法律风险	228
228	一、公司应当如何避免被恶意并购	228
230	二、公司并购协议制作中的注意事项	230
233	第五节 股权众筹的法律风险	233
233	一、通过众筹平台进行众筹可能碰触到的红线	233

235	二、项目发起人在众筹中存在的法律风险
	第五章 企业劳动用工法律风险识别与控制
238	第一节 招聘录用过程中的法律风险
238	一、招聘录用条件设定不合理的法律风险
241	二、未依法履行告知义务的法律风险
243	三、收取、扣押劳动者财物的法律风险
245	四、忽视入职前健康检查的法律风险
247	五、招用未解除原劳动关系员工的法律风险
249	六、录用离退休人员的法律风险
252	第二节 人事管理过程中的法律风险
252	一、未签订书面劳动合同的法律风险
255	二、试用期条款约定不当的法律风险
257	三、未依法约定服务期的法律风险
259	四、竞业限制条款约定不当的法律风险
262	五、未依法支付工资的法律风险
264	六、未依法缴纳社会保险的法律风险
267	七、用人单位实施骗保行为的法律风险
268	八、调岗、调薪、调级处理不当的法律风险
271	九、对员工进行罚款的法律风险
273	十、违反工作时间有关规定的法律风险
276	十一、逆向派遣的法律风险
278	十二、与不具备劳务派遣资质的单位签订劳务派遣协议 之法律风险
280	十三、劳务派遣用工比例过高的法律风险
282	十四、劳务派遣协议中内容约定不明的法律风险
284	十五、违法制定用工制度的法律风险
287	第三节 解聘离职过程中的法律风险
287	一、协商一致解除劳动合同的法律风险
289	二、未进行离职前健康检查的法律风险
292	三、未遵守劳动关系解除程序的法律风险
294	四、经济性裁员过程中的法律风险

第六章 企业知识产权保护法律风险识别与控制

- 298 **第一节 著作权的相关法律风险**
- 298 一、特殊作品著作权归属的法律风险分析
- 301 二、著作权使用中的法律风险
- 304 三、著作权侵权过程中的法律风险
- 307 四、著作权维权中的法律风险
- 310 **第二节 专利权的相关法律风险**
- 310 一、企业技术研发过程中的专利权法律风险
- 312 二、提出专利申请之前的法律风险
- 315 三、专利权申请过程中的法律风险
- 316 四、使用专利权过程中的法律风险
- 319 五、专利权侵权与维权法律风险分析
- 323 **第三节 商标权的相关法律风险**
- 323 一、商标设计中的法律风险
- 326 二、商标注册中的法律风险
- 328 三、商标使用中的法律风险
- 331 四、商标维权过程中的法律风险
- 334 **第四节 商业秘密的相关法律风险**
- 334 一、商业秘密使用的法律风险分析
- 336 二、商业秘密泄露的法律风险
- 338 三、商业秘密保护过程中的法律风险

第七章 企业终止法律风险识别与控制

- 341 **第一节 公司终止的原因**
- 341 一、公司出现财务危机的法律风险
- 344 二、公司被吊销与公司恶意注销的法律风险
- 347 三、公司合并与分立的法律风险
- 350 四、公司破产的法律风险
- 352 五、公司解散的法律风险
- 354 **第二节 公司终止的方式**
- 355 一、公司终止未清算的法律风险
- 357 二、公司逾期清算的法律风险

- 359 三、清算期间进行经营活动的法律风险
361 四、公司清算未尽通知义务的法律风险
364 五、公司以欺诈手段进行清算的法律风险

第八章 企业刑事法律风险识别与控制

- 367 第一节 企业设立过程中的刑事风险
367 一、虚报注册资本罪
370 二、虚假出资、抽逃出资罪
373 第二节 企业融资过程中的刑事风险
373 一、非法吸收公众存款罪
377 二、集资诈骗罪
381 三、贷款诈骗罪
383 四、高利转贷罪
385 五、骗取贷款罪
388 六、欺诈发行股票、债券罪
390 第三节 企业运营过程中的刑事风险
390 一、生产、销售伪劣产品罪
393 二、非法经营罪
396 三、合同诈骗罪
399 四、侵犯商业秘密罪
401 五、虚假广告罪
404 六、逃税罪
407 七、虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款
 发票罪与虚开发票罪
410 八、职务侵占罪
412 九、挪用资金罪
415 十、对公司、企业人员行贿罪、对单位行贿罪、行贿罪与单位行贿罪
419 十一、公司、企业人员受贿罪
422 第四节 企业终止过程中的刑事风险
422 一、妨害清算罪
424 二、虚假破产罪

第一章 企业设立法律风险识别与控制

第一节 设立登记的法律风险

企业类型、名称、经营范围、法定代表人姓名等是企业申请设立登记时的必填事项,而设立形态、名称、经营范围等确定有何注意事项也是投资者必先关注的重要问题。本节内容即就企业设立登记过程中面临的各种法律风险进行分析,并给出防范之道。

一、企业设立形态的选择

现实生活中,设立形态的选择是企业家投资、创业前必须考虑的首要问题。设立形态选择不当,必然为企业后续的发展埋下法律隐患。以不同的法律为依据,企业的设立形态亦不相同:根据《公司法》可设立有限责任公司和股份有限公司,这里所指的有限责任公司包含国有独资公司和一人有限责任公司;根据《合伙企业法》可设立合伙企业,包含普通合伙、特殊的普通合伙和有限合伙;根据《个人独资企业法》可设立个人独资企业。那么,如何选择最合适的企业设立形态?各企业设立形态又存在哪些优势及缺陷呢?

风险识别

公司制企业、合伙企业及个人独资企业三种设立形态基本构成我国的企业体系,各设立形态优劣各异:

对于公司制企业而言,股东对公司承担的有限责任是最大的优势。但法律对投资者的人数进行了限制,有限责任公司的股东为1人以上50人以下;而股份有限公司(非上市)的发起人应为2人以上200人以下。另外,公司制企业税赋相对较重,公司在缴纳企业所得税后向股东分配利润,股东还应当缴纳个人所得税。而且,公司的设立程序相对复杂,如设立不能,对于公司设立前以及设立中已经发生的债务、费用等,如在事前没有安排妥当,则极易产生纠纷。

对于合伙企业而言,其存在创办成本低、税赋较轻、人数无限制的优点。合伙企业无须缴纳企业所得税,而是由其合伙人缴纳个人所得税。另外,普通合伙企业人数没有限制,有利于筹集资本。但是,合伙企业也存在如下缺点:(1)普通合伙人需要对合伙企业承担无限连带责任,这意味着普通合伙人不仅要以其出资对合伙企业的债务承担责任,在合伙企业财产不足以清偿全部债务的情况下,还应当将个人财产用以抵偿企业债务;(2)合伙企业稳定性差、决策效率低。因合伙更强调“人合性”,故合伙人之间的信任、默契程度对企业发展影响巨大,如果合伙人之间产生矛盾,则易导致某些问题久拖不决,从而影响企业的决策效率。当然,我国在2006年修订《合伙企业法》时增加了有限合伙制度,规定部分合伙人对合伙企业承担有限责任,这一规定无疑使得合伙企业成为风险投资等行业最优的设立形态选择。

对于个人独资企业而言,其同样无须缴纳企业所得税,仅需根据盈余额缴纳个人所得税;且其设立门槛低、创办程序简单。但这类企业的投资者经营风险大、安全系数低,由于个人独资企业不具有法人资格,投资者需以其个人财产对企业承担无限责任,且企业的存续时间直接受投资者寿命的影响,一旦投资者死亡,企业即面临被注销之风险。

风险控制

投资者应当充分了解我国现行的各种企业设立形态,并结合其经营的特点和目的进行不同形态的选择。通常而言,决定企业设立形态应考虑以下几个方面的因素:

1. 投资者责任。根据《公司法》的规定,有限责任公司和股份有限公司的股东仅对公司承担有限责任,一般情况下,当公司资不抵债时,股东无须使用个人财产抵债;而《合伙企业法》规定,在企业财产不足以清偿全部债务时,除有限合伙人对合伙企业承担有限责任外,普通合伙、特殊的普通合伙及有限合伙中的普通合伙人均需以个人财产对企业债务承担无限连带责任;《个人独资企业法》亦规定“投资者以其个人财产对企业债务承担无限责任”。由此可见,公司制企业的有限责任制度对投资者的风险控制意义重大,而采用后两种设立形态则使投资者的责任较大。

2. 设立条件与程序。企业的设立条件与程序一般受投资者的责任制约。通常情况下,如投资者承担较轻的责任,则企业设立条件较为严格,设立程序较

为复杂;如投资者承担较重的责任,则企业设立条件较为宽松,设立程序相对简单。公司制企业设立门槛相对较高,尤其是股份有限公司设立成本较高;而合伙制企业和个人独资企业设立门槛低,设立程序简单,费用低廉。

3. 企业税收负担。公司制企业除需要缴纳企业所得税外,在股东分红的情况下,股东还需缴纳个人所得税;而合伙企业及个人独资企业则无须缴纳企业所得税,只是由企业主和合伙人从企业盈余分配所得中缴纳个人所得税。

4. 投资者资本撤离。投资者有权向企业投入或撤离资本应为其投资自由的应有之义,撤离资本可通过转让、请求企业回购等方式进行。投资者撤离资本的实现度一般与其责任承担方式有很大关联。通常,公司制企业中,投资者对公司承担有限责任,设立条件严格、设立程序复杂、设立费用高昂,其在这个过程中丧失了一定的权益,但其可以通过自由转让股份的方式撤离资本;反之,合伙企业和个人独资企业的投资者从企业撤离资本的难度就很大。

5. 融资需要。企业设立形态的选择对融资亦产生重大影响。如果投资者本身资金充足,拟投资发展的企业资金需求亦不大,则可采用合伙企业或有限责任公司的设立形态;而如果企业未来发展融资需求大,则建议设立股份有限公司。

当然,除上述因素外,投资者还可以从经营期限、企业管理与控制等方面考虑以确定最终的企业设立形态。企业形式选择不当,可能内忧不断、外患连连,但企业设立形态没有最好,只有最合适,故投资者应当在充分了解自身实际的基础上做出最理智的选择。

法条链接

《中华人民共和国公司法》

第二条 本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。

第三条 公司是企业法人,有独立的法人财产,享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任;股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

第六十三条 一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的,应当对公司债务承担连带责任。