

# 加馬馭風險

——企业家法律风险防范指南

主编 汲斌昌



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

D922. 29/290

2008

# 加馬馭風險

——企业家法律风险防范指南

主编 汲斌昌  
副主编 姚洪胜 王广仁

  
法律出版社  
LAW PRESS CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

驾驭风险:企业家法律风险防范指南 / 汲斌昌主编.  
—北京:法律出版社,2008.7  
ISBN 978-7-5036-8608-5

I. 驾… II. 汲… III. 企业法—基本知识—中国 IV.  
D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 093338 号

©法律出版社·中国

责任编辑/班运华

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/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/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/8.875 字数/234千

版本/2008年7月第1版

印次/2008年7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

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978-7-5036-8608-5

定价:22.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编:汲斌昌

副主编:姚洪胜 王广仁

编 委:王广仁 石振源 汲斌昌 任战江

陈晓军 周 新 周继勇 姚洪胜

姚虎明 段清新 耿国玉 董一鸣

韩洪刚 葛长峰

# 序言

风险管理已经成为全球企业界的一项共同课题。作为代表国家履行出资人职责的国资监管机构,肩负国资监管与国资安全的重要历史使命,风险控制和管理始终是我们工作的重中之重。我们不断对成功经验与惨痛教训进行分析和总结,在此基础上不断创新与探索。本书的编写即缘起于2006年山东省首届“国有企业法律风险防范与控制论坛”召开时期,其间与会代表们对企业家法律风险防范的普遍关注,促使我们对企业法律风险防范体系建设及企业家的法律风险防范需求进行了重新审视。

“企业家使经济资源的效率由低转高”,法国经济学家让·巴蒂斯特·萨伊于1800年以这样的评价提出了“企业家”这一概念。正所谓“千军易得,一将难求”。归根结底,企业法律风险的控制与管理始终不能脱离对“人的风险”的防范与控制。企业家是企业的决策者与经营管理者,对企业的经营、管理和决策起着举足轻重的作用。中国的企业要发展壮大,走出国门、走向世界,首先必须要有优秀的企业家。企业家法律风险不仅事关企业家个人名誉、政治或商业前途乃至人身自由,而且企业家法律风险与企业的法律风险具有同一性、关联性,两者是辩证的统一体。然而,企业家的法律风险防范意识与当前社会法制不断完善的进程不相适应,因此,我们需要将企业家法律风险防范的必要性与紧迫性提升到新的战略高度。一方面,市场经济存在着必然的风险,而部分企业家法律知识欠缺,法律意识有待进一步提高;另一方面,法律风险具有潜在性、隐蔽性,而目前我们的

企业法律风险防范机制还不够健全。在此背景之下,对企业家法律风险防范的探讨无疑具有重要的理论及现实意义。

奔驰公司前总裁埃沙德·路透的办公室里挂着一幅巨大的恐龙照片,照片下面写着这样一句警句:“在地球上消失了的不会适应变化的庞然大物比比皆是”。从某种意义上讲,风险意识应当成为企业家的第一素质。实践证明,大凡成功的企业家也都具备强烈的风险意识。因为惟有如此,企业家才能将自己的风险理念贯彻到战略决策和执行过程之中,从而切实增强自身的风险预见性和风险控制力。这也是本书的写作宗旨与期冀所在。本书拈取了数十例近年来在国内外具有重大影响的案例作为出发点,力求通过深入浅出的理论研究得出精辟独到的风险提示与观点建议,从而着力提高企业家们的风险意识与防范法律风险的能力。我们期待并乐见的是,本书的可读性、新颖性与实用性可以为企业家们提供真正有所裨益的帮助。

本书的编写是一项积极的探索与有益的尝试,力有未逮之处,望各位专家、读者多多批评斧正。

是为序。

山东省人民政府国有资产监督管理委员会主任:

谭成义  
二〇〇八年六月

## 前言：驾驭风险——与企业家们共勉

“企业家是一个经营冒险事业的组织者，是组织、拥有、管理并承担这一事业全部风险的人”。——韦伯斯特(Stephen Webster)

### 企业家与法律风险

我们的企业家们太累。花旗银行前总裁瑞斯顿(Walter Wriston)先生说，“我们的一生是在管理风险”。杰克·韦尔奇先生说：“我们的公司是个了不起的组织，但是如果未来不能适应时代的变化就将走向死亡。如果你想知道什么时候达到最佳模式，回答是永远不会。”同样，张瑞敏先生在谈到海尔的发展时感叹道，这些年来他的总体感觉可以用一个字来概括——“惧”，真是如临深渊，如履薄冰，战战兢兢。

我们的企业家们太忙。通常，他们不可能有闲暇时间去阅读关于法律风险防范的文章，他们也不可能事无巨细地处理日常经营管理过程中碰到的法律问题。但是，企业家们对法律风险防范仍然有着迫切的需求。我们能够听到企业家们的追问，“我的决策可能会面临怎样的法律风险”、“我该如何避免可能存在的法律风险”……

这是一个看似矛盾的话题。不是所有法律风险都是可以预测的，也不是所有法律风险都是可以避免的。甚至于企业家们最初往

往难以接受专家的建议,本书所选的案例已经很好地证明了这一点。但是,企业家们必须在与法律风险的博弈中占据主动。作为法律工作者,我们必须告诉企业家们该怎样做,告诉他们如何驾驭风险。

## 何为驾驭风险

驾驭风险即是对风险的管理。针对不同的对象,风险管理本身往往有着不同的含义。对法律工作者来讲,风险管理意味着对法律风险的防范与控制;对于企业家而言,其经营管理行为本身就意味着对风险的管理。究其本质而言,法律风险只是经营管理风险在法律领域的反映,法律风险仍然属于经营管理风险的范畴。

由此看来,驾驭风险已经转变为管理学上的概念,即如何实现有效的管理,而这正是企业家的职责所在。驾驭风险是企业家们熟悉而又擅长的一环,它既不是遥不可及的特异功能,也不是幻想世界的空中楼阁。在企业家的字典里,驾驭风险与有效管理是同一命题。

当然,驾驭风险也绝不像说起来那么轻松,它首先应当是一种境界。就如同“不战而屈人之兵”,你的目标是要战胜敌人,而敌人却从不会束手就擒。没有万无一失,没有全盘皆赢,商场如战场。

## 如何管理风险

谈到如何管理风险,或许企业家们更有发言权。作为当事人,他们每一天都会经历,每一天都要面对。然而,这一个个一再重复的故事,这一幕幕一再上演的悲剧,让我们还是有一些肺腑之言要与企业家们分享。

战略,准确的企业定位。我们最为强烈的感触是个体价值观与企业核心价值观的双重缺失,譬如陈久霖、尹军之辈。战略是什么?战略就是柯林斯(James C. Collins)在《从优秀到卓越》一书中提到的“刺猬理念”。“刺猬理念”是一套关于卓越的严格标准,它不仅仅是指发展实力和竞争力,而且是要明白你的企业在哪方面真正有潜能



成为最优秀的。恪守企业的核心价值观，同时严守作为企业家的人生准则，以此指导您的言与行。

决策，德先生与赛先生。松下幸之助先生穷其一生悟出的至理名言为：“集合众智，无往不利。”新文化运动使国人认识了德先生与赛先生，但显然至今尚未领悟其中的真谛。所谓民主，就是指团队精神。企业不是只属于你一个人的，而你也不是一个人在战斗；至于科学决策，真是说得容易、做得难。简而言之，科学意味着客观而非主观、全面而非片面，意味着胆识与气魄，注重细节而又不失高瞻远瞩。

执行，要做到始终如一。战略与决策贵在执行，这其中存在制度的风险与人的风险。但有一点是非常明确的，知人善用、因人而治。莫学孔明挥泪斩马谩，结局还是要喝下自己酿的苦酒。

## 风险管理的本质

什么是风险管理的本质？对此，我们可以参考伯恩斯坦（Peter L. Bernstein）在《与天为敌：风险探索传奇》一书中的表述，“风险管理的本质，就是把我们对结果有所控制的领域最大化，而把我们完全不能控制结果和我们弄不清因果联系的领域最小化”。风险管理已经不仅仅是一门艺术，更应当是一门科学。

细节，一切尽在掌握。老子曾说过：“天下大事，必做于细。”只有抓住每一个细节，才能实现可控风险的最大化。当然，细节并不是面面俱到、事无巨细，不是张家长、李家短的陈芝麻、烂谷子。从本质意义上讲，细节是一种习惯，是一种积累，也是一种眼光，一种智慧。细节是一种经过长期的准备而获得的机遇。

抉择，壮士断臂之勇。既然必须要做出选择，就应当学会放弃。学会放弃，既是一种战略智慧，也是企业家的责任。所谓理性的放弃，是指在最初选择时就要做好放弃的准备，在该放弃时当机立断，要有壮士断臂的胆识与气魄。

无论是细节还是抉择，其深刻而广泛的内涵都是需要用心去品味、去领悟的。而这种体会与我们的人性相关。

## 人性——与风险相关

人性,也是与风险密切相关的一个话题。对于企业家而言,人性之于风险管理或许具有更为重要的意义。那么,我们要说的人性是什么呢?

稻穗理论在商界是耳熟能详的理论,说的是当秋天来临的时候,只有成熟饱满的稻穗才是低头谦恭的,未成熟的稻穗总是耀武扬威地随风飘来荡去。在美国,柯林斯曾经用了5年时间,对1965年以来《财富》杂志历年500强排名中的每一家公司(共1400多家)进行了研究。其研究结果是只有11家公司实现了从优秀业绩到卓越业绩的跨越,包括雅培、吉列、金百利—克拉克、富国银行、菲利普·莫里斯等。而它们的当家人都具有一项关键的品质:企业的利益永远是第一位的,企业的成功高于个人的财富和名誉。

这些企业家们具有双重的人格,他们“平和而执著,谦逊而无畏”。他们抛开自我的需要,投身到建立卓越企业的宏伟目标中。他们不是没有自我或自身利益,实际上他们个个都胸怀大志。他们更希望看到的是,公司在下一代经理人的领导下取得更大的成功。即使大多数人都不知道,没有他们的努力就没有公司今天的成功,他们也甘之若饴。柯林斯的研究成果实际上是再次验证了稻穗理论。

还是记住风险一词的词源本意吧,古意大利语“risicare”——意思是“害怕”。对于风险,要长存敬畏之心。

编者

2008年6月

# 目 录

<b>前言：驾驭风险——与企业家们共勉</b>	1
<b>第一篇 企业家的法律风险及其防范</b>	1
<b>第二篇 产权方面法律风险防范</b>	11
第一章 产权不清，危机四伏	13
第二章 股权激励不能“大跃进”	29
第三章 团队协作 MBO，谨防私分国有资产	47
第四章 母子公司——剪不断理还乱的母子关系	62
<b>第三篇 日常经营管理法律风险防范</b>	79
第五章 依法纳税，立足之本	81
第六章 竞业禁止，安身之道	98
第七章 依法宣告破产，切莫投机取巧	113
第八章 防人之心不可无，谨防合同诈骗	129
<b>第四篇 资本市场法律风险防范</b>	149
第九章 上市融资——说不尽的坎坷路	151
第十章 内幕交易——诱人的毒果	169
第十一章 境外期货交易——想说爱你不容易	186
第十二章 信息披露——不得不说的秘密	205

<b>第五篇 重组、并购法律风险防范</b>	227
第十三章 国企改革,勿忘自我保全	229
第十四章 知识产权保护	243
第十五章 上市公司反收购——与狼共舞	259

# 第一篇 企业家的法律风险及其防范



企业的发展是促进我国经济发展的重要推动力,企业的安定是维护我国社会和谐的内因。推动我国企业的发展和安定,企业家是其中的核心力量。如何在推动我国企业发展的同时,维护企业家的权益,着力防范企业家面临的法律风险,是进一步促进我国现代企业制度的构建并进一步推动我国企业向世界发展的关键。本篇旨在梳理企业家的权利义务体系,并进而对企业家面临的法律风险做出预测和防范。

企业家与企业可谓休戚与共,一荣俱荣、一损俱损。企业家与企业的法律风险具有同一性、关联性。市场的天然风险性、企业家本身的法律知识、意识的欠缺及企业法律风险防范机制的缺位都使企业家时时深陷潜在的法律风险中。企业家在日常企业经营管理中不仅要注意本人的人身、财产、政治及商业前途,而且需要面对诸多法律规制,承担诸多法律责任,需要尽心防范诸如职务犯罪、单位犯罪的“两罚制”等刑事法律风险,行政处分、行政处罚等行政法律风险,经济责任、资格限制等商事法律风险。建立企业家自身的法律风险防范机制,是企业家和社会的共同责任。

## 一、企业与企业家的法律风险防范

在企业普遍建立法律风险控制管理体系的今天,是否有必要进一步强调企业家的法律风险防范?这在理论上可能根本没有疑问,但在实践中与企业较为成熟的法律风险防范机制相比,企业家的法律风险防范正在淡出人们的视线,这不能不令人忧虑。究其原因在于大家对企业家与企业的法律风险防范实为一体这一概念缺乏深刻认识。这主要体现在以下几个方面:

(1)法律风险的同一性。所谓同一性是指企业家与企业面临着共同的法律风险,企业家与企业的风险往往根源于同一个事件。例如,根据刑法的相关规定,单位犯罪不仅要对企业处以罚金,直接责

任人亦难逃刑事责任；而当企业因资不抵债不能清偿到期债务濒临破产时，负有直接责任的经营管理人员也将会因此承担赔偿责任。

(2) 法律风险的关联性。企业家与企业法律风险的关联性主要体现在风险的防范方面，即如果企业家不能合理地防范、规避自身的法律风险，那么企业的法律风险概率必然会大幅度地增加，面临被追诉或处罚的危险；而在企业法律风险失控或失范的情况下，企业家对于企业资产的流失必然也难辞其咎，往往要因此承担相应的法律责任。

(3) 法律风险的直接性。企业的法律风险防范的缺失直接影响到企业家的个人人身、财产、商业及政治前途，从而也可以说，企业的法律风险防范是企业家法律风险防范的固有内容。企业家作为决策者与经营管理者，名誉及信用对于企业家来说甚至比经济利益更为重要，国有企业的企业家们尤其是如此，企业的法律风险往往影响到企业家的政治或商业前途。如《企业国有资产监督管理暂行条例》第41条规定，“对企业国有资产损失负有责任受到撤职以上纪律处分的国有及国有控股企业的企业负责人，5年内不得担任任何国有及国有控股企业的企业负责人；造成企业国有资产重大损失或者被判处刑罚的，终身不得担任任何国有及国有控股企业的企业负责人”。

## 二、企业家法律风险防范的必要性

企业家的法律风险与企业的法律风险是辩证统一的，在防范企业法律风险的同时，我们需要对企业家法律风险防范的必要性与紧迫性予以足够的重视。

首先，市场经济存在天然风险。“商场如战场”，风险与利益本就是硬币的不同两面。从决策到交易、从经营到管理，风险无时、无处不在，法律风险也是企业家不得不面对的风险之一。在此意义上，法律风险防范是市场经济的客观需要。

其次，企业家的法律知识欠缺，法律意识尚待提高。由于历史的原因，企业家法律观念的缺失成为一个较为普遍的现象。现实经济生活中许多案例的发生，大都是因为风险防范意识欠缺所致。而法



律风险防范正是改变此种尴尬境地的良方。

再次,企业法律风险防范机制不健全。企业家与企业法律风险之间的联系是如此紧密,可谓“一荣俱荣,一损俱损”。在当前中国企业建立成熟完善的法律风险防范机制无疑已经被作为重要课题,但在企业建立成熟完善的法律风险防范机制之前,企业家法律风险防范显得尤为必要。

最后,法律风险的潜在性、隐蔽性。法律风险的识别与防范具有很强的技术性,因为法律风险本身极富潜在性与隐蔽性。正是出于这方面的考虑,我们必须将法律风险防范作为一项长期的、专门的工作。

如果说企业的法律风险防范关注的是企业利益、国家利益,那么企业家的法律风险防范则更多地体现了对个体的人文关怀。企业家法律风险防范机制的建立能有效预防企业家的人身财产损失,有利于实现企业的法律风险防范机制的建立、健全并有效实施,实现企业的持续发展,增强企业国际竞争力。

### 三、企业家面临的具体法律风险

正如上所述,企业家除要面临一般公民遇到的法律风险外,其企业日常经营中行使权力、履行职责,需要面临众多法律风险。就其面临的法律风险内容而言,大体有企业产权方面的法律风险、日常经营管理方面的法律风险、竞业禁止等特定职责方面的法律风险、资本市场法律风险、财务会计方面的法律风险以及在企业改制、重组、并购等变更中的法律风险等方面。就企业家在企业经营管理中的特定身份,从法律风险引发的法律责任的角度可以大致将法律风险分为刑事、行政及商事法律风险三个方面。由于本书后述章节将对具体内容的法律风险做具体分析,因此,在本节中我们将主要从法律风险引发的法律责任的角度做一分析。

#### (一) 刑事法律风险

刑事法律风险的特点是其后果的严重性,因为刑事责任往往是