

中小企业常见法律问题 与 风险管理

王英 聂彦萍 田莉 著



黄河出版传媒集团
宁夏人民出版社

“公司治理的法律风险管理” 由田莉撰写；

“企业合同的风险管理” 由聂彦萍撰写；

“劳动用工中的风险管理” 由王英撰写；

王英负责了全书的统稿和出版工作；

宁夏黄河志律师事务所参编

作者简介



王英，法律硕士，宁夏司法警官职业学院教师，宁夏黄河志律师事务所兼职律师，擅长民商事法律事务。



聂彦萍，上海市嘉华律师事务所律师，多年致力于中小企业的相关法律研究和实践，熟悉企业内部法律管理控制，代理的案件大多涉及企业合同、公司治理以及劳动人事纠纷等诉讼与非诉讼法律业务。目前担任多家中小企业的常年法律顾问。



田莉，律师，兼具经济学与法学专业背景，擅长公司治理、合同纠纷等案件的处理，现任上海中夏旭波律师事务所专职律师。

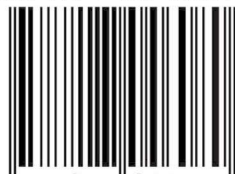
责任编辑：杨海军 丁 佳

丁丽萍 马文梅

封面设计：刘锦凤



ISBN 978-7-227-04608-0



9 787227 046080 >

定 价 35.00元

中小企业常见法律问题与 风险管理

王英 聂彦萍 田莉 著



黄河出版传媒集团
宁夏人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中小企业常见法律问题与风险管理 / 王英, 聂彦萍,
田莉著. -- 银川: 宁夏人民出版社, 2010.12
ISBN 978-7-227-04608-0

I. ①中… II. ①王… ②聂… ③田… III. ①中小企
业—企业法—研究—中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 237813 号

中小企业常见法律问题与风险管理

王英 聂彦萍 田莉 著

责任编辑 杨海军 丁 佳 丁丽萍 马文梅
封面设计 刘锦凤
责任印制 霍珊珊

黄河出版传媒集团
宁夏人民出版社 出版发行

地 址 银川市北京东路 139 号出版大厦(750001)
网 址 www.nxcbn.com
网上书店 www.hh-book.com
电子信箱 nxhhsz@yahoo.cn
邮购电话 0951-5044614
经 销 全国新华书店
印刷装订 宁夏捷诚彩色印务有限公司

开本 880mm×1230mm 1/32 印张 10 字数 280 千
印刷委托书号(宁)0005925 印数 1800 册
版次 2010 年 12 月第 1 版 印次 2010 年 12 月第 1 次印刷
书号 ISBN 978-7-227-04608-0/D·335

定价 35.00 元

版权所有 侵权必究

序 一

杨 梓

王英、聂彦萍、田莉三位律师,有着深厚的法学理论功底和多年从事法律实务操作的经历,这本《中小企业常见法律问题与风险管理》是他们多年律师执业经历的结晶,是一本不可多得的专业书籍,读来让人受益匪浅,具有很强的实务指导作用,可以视为是中小企业风险管理的一本必备工具书。

这本书特点之一是,没有过多的理论赘述,每一章节的内容都直奔实务操作的关键。目前,大多数的企业风险防范书籍理论性过强,导致非法学专业的企业管理者很难理解和阅读,也让他们无法从繁杂的理论分析中找到自己真正想要的内容,更无法“对症下药”。这本书的出版恰恰解决了这一难题,对梳理到的法律问题及风险,直接从实务操作方面着手,直至最终解决问题,具有极强的操作性。如果企业管理者或其他人员在实践中遇到相关方面的法律问题或风险,通过查阅相关章节的内容,就可以对专业性的法律问题有一个清楚的认识,同时,也可以从中找到解决问题的途径,对企业进一步制定风险应对策略或防范方案,将会起到事半功倍的作用。

特点之二是,这本书的条理清晰、完整,且很有针对性。可从书中的具体内容举例说明,例如第八章合同订立的法律风险与防范的第一节中合同主体的法律风险与防范,作者一开始就直接提出问题,接着就是如何解决问题,同时还提供了具体真实的案例,甚至还有法院针对案例的判决结论以及律师的专业点评;而且,书中对不同行业和领域就同一法律问题及风险还做了区别处理与分析,进一步增强了其操作性。这种特别的架构安

排,给阅读者的感觉就像是在倾听专业人员对专门问题的解决方案,通过实实在在的问题,让读者感受到风险的存在点,如何发现风险,风险防范的必要性以及如何来防范。而且,读者可直接从目录中找到自己需要了解的风险点,在短时间内获取最有价值的信息,这又充分体现了效率与价值在实务操作中并重的管理理念。

在企业的现代化管理中,各部门多种类别的防控归根结底是风险管理,而风险管理的核心则是法律风险防控与管理,遗憾的是在这方面具有很强实务操作性的专业书籍还很少,这本书的出版,将会在很大程度上填补这一领域的空白,成为中小企业在法律风险防范方面的有力助手。

当然,上述内容只是本人在首次阅读之后的一些个人感受与见解,可能还不是很准确、很全面,希望大家在阅读了这本书后能有更多新的收获,并能够在实务中提供更多有效的法律帮助。

序 二



2010年10月25日,中国社会科学院发布的《2010国家竞争力蓝皮书》称:中国的国家竞争力近20年实现跨越式上升,已由第73名升至第17名。从规模竞争力来看,中国经济总量巨大,位居全球前列,目前已直逼前三……

中国企业在国家综合竞争力里面发挥的巨大作用自然不必怀疑。当前的形势是外资大量涌入,民企异军突起,乡镇企业也风起云涌,融资、并购、上市,甚是热闹。但这热闹的背后,却往往风险重重,危机丛生。国美电器控制权之争刚刚暂告一个段落,雅虎与阿里巴巴又僵持难下。而更多的中小企业由于历史原因,自身的财力、人才以及其他诸多局限,往往存在产权不明晰、组织制度不健全、经营管理队伍素质不高、人才尤其是高级管理人才缺乏、法律意识相对薄弱等情况,企业主、经营管理者往往是凭经验做事,容易忽视法律风险的存在,对法律风险的控制没有相应的经验和对策,这些原因,往往制约企业的发展,甚至最终酿成重大的损失直至破产倒闭。

许多中小企业对于法律服务的关注更多集中于争议和诉讼发生之后的程序,但是,这往往是风险应对的最后一步。未雨绸缪,做好企业法律的风险防范和控制,应该是企业永续经营和健康发展优先考虑的策略。

经过32个年头,改革开放已经进入纵深发展的阶段,许多行业经过粗放型发展后,已进入精细化管理时期,社会也由“人治”向“法治”迈进,中小企业面对这纷纭变化的社会,加强对相关法律的了解,适应法律环境

丁伟奇,上海市建设工程咨询行业协会副会长,上海市工程建设咨询监理有限公司董事长,高级经济师。

的变化就变得愈加迫切。但法律书籍汗牛充栋,即便是有关中小企业法律顾问管理方面的书籍,也是林林总总。如何选择一本适合中小企业企业主和管理者的书籍,成了学习者的一个难题。

恰逢此时,聂彦萍、王英、田莉三位律师以丰富的实践经验,深厚的理论功底,共同编写了《中小企业常见法律问题和风险管理》。本书通过对大量真实案例的深入分析,使读者能够对相关的法律风险有较为直观和透彻的理解,具有较高的实用价值。对于企业经营者,能够答疑解惑,规避风险;对于企业法务人员,可以以案学法,提升法律理解力。相信这本书的出版,会让中小企业主、企业经营管理者、企业法务人员有所收获,有所感悟。

前 言

利益与风险往往相伴相生。企业在追求利益最大化的过程中,面临着政策、市场、法律、道德等各种风险,大多数情况下,这些风险最终以法律风险的形式表现出来。据统计,各经济体企业的平均寿命中,欧美企业是40年,日本企业是30年,中国企业是7.3年,中国民营企业是2.9年;中国每年约有100万家民营企业倒闭。与成熟市场相比,中国企业尤其是中小企业的平均寿命短,原因众多,其中一个不可忽视的原因就是法律风险管理意识不强。因此,企业法律风险管理已经成为决定企业胜败的重要原因之一。

企业法律风险是指企业在生产经营过程中,因不懂法律规则、疏于法律审查、逃避法律监管,从而造成的经济纠纷和涉诉给企业带来的潜在或已发生的重大经济损失。

实际上,企业法律风险并不可怕,可怕的是企业管理者对其缺乏应有的重视和防范,如果任其滋生、发展,可能会给企业带来灭顶之灾。随着经济的发展,企业的销售模式早已从产品推销转变为市场营销了,我们对法律风险的认识也应从“救火”提高到“防火”,从依法维权意识提升到依法治企意识。作为一个企业家,如果想让自己的企业发展壮大,健康茁壮成长,就应当提升自己的法律风险防范意识,防微杜渐,未雨绸缪,防患于未然,建立起法律“防火墙”,将法律风险消灭在萌芽状态,将法律危机杜绝在发展之外。

与大企业相比,中小企业的生存环境更加艰难:管理者缺乏经验、经济实力薄弱、人才匮乏、内部管理不健全等,致使其一方面更容易面临法律风险,而另一方面又更容易忽视法律风险,甚至漠视法律和法律风险。随着中国法律进程的推进,中小企业在经营管理和发展中存在的法律风险已逐步为企业家、投资人、管理者所了解,但对其认识深度还远远不够,

也往往未采取必要的措施，或者有远见者已经充分认识到企业法律风险防范对企业生存之重要，但面对浩如烟海的法律规范、庞杂的案例，却无从选择。

基于此，针对中小企业常见法律问题，田莉律师针对公司治理，聂彦萍律师针对企业合同管理，王英律师针对企业人力资源管理，从三个方面剖析了中小企业经常面临的法律风险，并从大量的实践工作经验出发提出相应的风险防范措施。希望通过本书的介绍，帮助中小企业形成“自我保护、自我约束”的依法经营机制，在源头上消除中小企业法律风险的发生，使法律风险被控制在企业所能接受的范围内，实现企业承担的法律风险与经营收益的优化和平衡。

在此非常感谢宁夏黄河志律师事务所主任韩瑞玺律师，是他鼓励笔者写此书并给予了宝贵的建议和意见。由于笔者理论知识和实践经验的局限性，不妥之处，敬请广大读者批评指正。

目 录

序一	001
序二	003
前言	001

第一部分 公司治理的法律风险管理

第一章 隐名股东的风险管理	003
第一节 隐名股东的风险所在	003
第二节 风险管理	009
第二章 股东出资的风险管理	015
第一节 股东出资的风险所在	015
第二节 风险管理:不冒险也能达到目的	018
第三章 股东退出机制与股权转让的风险管理	019
第一节 股东退出的风险所在	019
第二节 风险管理:如何在当前增加确定性	022
第四章 公司僵局与公司组织机构、议事规则的风险管理	026
第一节 公司僵局的风险所在	026
第二节 风险管理:用章程的形式固定政治协商结果	031
第三节 司法介入解决公司僵局	038

第五章 股东代表诉讼的风险管理	041
第一节 股东代表诉讼是减轻中小股东投资风险的制度	041
第二节 股东代表诉讼的风险管理在于其诉讼的独特性	042
第六章 揭开公司面纱的风险管理	050
第一节 揭开公司面纱的风险所在	050
第二节 风险管理思路:分离股东个人、关联企业 与公司之间的法律关系	058
第七章 公司清算的风险管理	059
第一节 清算风险	059
第二节 目前强制清算的工作进展缓慢但趋向越来越规范	061
第三节 风险控制思路	066

第二部分 企业合同的风险管理

第八章 合同订立的风险管理	077
第一节 合同主体的风险管理和控制方法	077
第二节 合同内容和形式的法律风险与防范	088
第九章 合同效力的风险管理	100
第一节 合同成立、生效及缔约过失责任	100
第二节 合同无效的风险提示和防范	107
第十章 合同履行的风险管理	119
第一节 正确行使抗辩权,以抵御法律风险	119
第二节 及时行使撤销权,降低法律风险	123

第三节 行使代位权,有效控制法律风险	127
第十一章 违约责任的风险管理	130
第一节 违约的具体表现	130
第二节 违约责任承担的主要方式	132
第三节 适当的违约条款可以降低法律风险	134
第十二章 合同终止和解除的风险管理	138
第一节 合同终止不等于合同解除	138
第二节 合同解除的法律风险提示	141
第十三章 买卖合同的风险管理	152
第一节 买卖合同的主要权利义务	152
第二节 买卖合同的必备条款	156
第十四章 借款合同的风险管理	174
第一节 借款合同的权利义务	174
第二节 借款合同签订时的必备条款	175
第十五章 租赁合同的风险管理	180
第一节 出租人和承租人的权利义务	180
第二节 租赁合同的合同条款	184

第三部分 劳动用工中的风险管理

第十六章 劳动合同签订的风险管理	195
第一节 未签劳动合同的风险管理	195
第二节 续签劳动合同的风险管理	198

第三节 无固定期限劳动合同的法律误解	202
第四节 试用期劳动合同签订的风险管理	205
第十七章 劳动合同变更的风险管理	209
第一节 劳动合同变更的法律规定	209
第二节 企业调岗调薪的风险管理	212
第十八章 解除与终止劳动合同的风险管理	217
第一节 协商一致解除劳动合同的风险管理	218
第二节 过失性解除劳动合同的风险管理	219
第三节 非过失性解除员工劳动合同的风险管理	227
第四节 经济性裁员的风险管理	231
第十九章 劳动合同条款约定的风险管理	234
第一节 劳动合同的必备条款	234
第二节 劳动合同的约定条款	239
第二十章 如何制定合法有效的规章制度	244
第一节 企业制定规章制度的重要性	244
第二节 企业规章制度制定的法律要求	247
第三节 企业规章制度的主要内容及制定技巧	253
第二十一章 企业劳动争议预防及处理技巧	298
第一节 劳动争议的预防	298
第二节 发生劳动争议后企业应注意的法律问题	302
参考文献	305

第一部分

公司治理的法律风险管理

公司治理是一项系统性工作,集中处理公司内部同一阶层即股东、高管之间的关系,它不仅是一项技术,更是一门哲学。对于法律问题,如果仅从法律角度进行应对,难免失之于刻板严酷,缺乏灵魂和弹性,容易引发与多元价值观念的冲突和内耗。公司治理的重要性,在于维护企业自身生命力,公司治乱之演进,进退之所在,都需要有一个精神统帅作为其生命力的源泉,在使用法律技术处理公司内部治理时,方能不被细致的法律技术诱导,远离正道。笔者认为,这种精神统帅是:法律风险管理不能完全理解为“合规性”管理,否则将大大“缩减”法律风险管理的范围,即法律风险管理不应囿于现行法律规定,而应以追求经济发展为主轴,以中国五千年的文化积淀为源泉,预见立法趋势,以法律技术辅助经济发展和企业文化的建立与深化,综合进行公司治理。

公司治理的法律管理系统,集中表现为章程的形式和内容。章程是公司的宪法,本质是对公司治理权的确认,而不是对公司治理权的憧憬。章程的形成,既要重视章程的内容,更要重视章程的形成过程,投资人有没有对将要形成的文字进行过讨论协商,这是非常重要的。实务中,很多中小企业主甚至不知道自己公司的章程内容是什么,对重要内容没有达成共识,或者虽然达成了共识但是没有以章程的形式进行确认,当未来形势发生变化时,极易引发本不应该发生的变局,埋下极大的不稳定隐患。本篇要特别指出的是,公司投资人重视公司治理,应当“为之于未有,治之于未乱”,在合作蜜月期,将公司战略问题进行充分讨论,在各股东头脑中对原则性问题达成共识,并将之以章程的形式进行确认,而不是在未来孤注一掷地把重大分歧寄希望于在派系分裂、权力斗争中自动解决。