

中小企业经营者的必备工具文库！
中小企业管理研究学者的推荐读物！

走向卓越

Towards
Excellence

中小企业领导者经营管理必备文库

曾强 / 主编

法律风险与防范

大众文艺出版社

走向卓越——中小企业领导者经营管理必备文库

中小企业法律风险与防范

曾强 主编

大众文艺出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中小企业法律风险与防范/曾强主编.—北京:大众文艺出版社,2009.8

(走向卓越:中小企业领导者经营管理必备文库.运营综合卷)

ISBN 978-7-80240-331-4

I.中… II.曾… III.中小企业—企业法—中国 IV.D922.291.91

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第127687号

中小企业法律风险与防范

走向卓越——中小企业领导者经营管理必备文库(运营综合卷)

责任编辑:冰 宏

出 版:大众文艺出版社

地 址:北京市东城区交道口菊儿胡同7号 邮编 100009

印 刷:北京市昌平北七家印刷厂

开 本:787×1092 1/16

印 张:65

字 数:1060千字

版 次:2009年7月第1版 2009年7月第1次印刷

定 价:225.00元(全5册)

前 言

中小企业管理研究专家指出，有五项目因素使中小企业暂时获得了成功，一是机会主义者，二是行动者，三是冒险精神，四是充满自信，五是身心健康。大部份中小企业随着规模的发展壮大，其创业因素并没有转化为管理优势，或者说根本就无法转化为优势，反而升级成为企业致命的疾患。随着全球经济一体化进程的加快与市场信息时代的到来，特别是这一轮金融危机的冲击，残酷的市场环境越来越考验中小企业的软实力，迫切需要其营管理者提高自身素质，补充现代经营管理知识。而大部份管理者由于忙于应酬，没有太多休闲时间来系统学习管理，或者更看重自身的工作经验积累，使企业在管理方面出现严重“短板”。

在中国的经济大环境与政策之下，要想解决管理上的问题，就要真正做到以中小企业为本，照搬知名大企业的成功案例无异于望梅止渴，套用业界流行的管理新概念也往往令企业陷入尴尬。基于此，我编委会对全国 5000 多家中小企业进行了翔实的市场调研，并联合中小企业研究学者、具有丰富管理经验的中小企业经营者与资深的企业管理顾问，推出了国内第一套针对中小企业管理的工具丛书。我们不是向企业主阐述新观念、新理论，而是提出方法和建议，这套丛书的最大特点就是“突出工具性，即学即用”，解决问题简单、直接、一针见血。

丛书分为经、史、子、集 4 大系列：经——解读政策，正面危机。史——分析案例，以史鉴今；子——诸子百家，实战精要；集——实用管理文案的集大成者。22 册图书专注现代中小企业成功的每一个关键环节，解决中小企业经营 22 个领域的问题，真正做到“增加经营知识、提高管理素质、满足工作需要、掌握实际技能”。

目 录

第1章 中小企业设立中的法律风险与防范	1
第1节 中小企业企业类型选择的法律风险与防范	2
第2节 中小企业章程制定的法律风险与防范	8
第3节 企业出资与验资的法律风险与防范	11
第4节 中小企业股权设置的法律风险与防范	15
第2章 中小企业治理法律风险与防范	19
第1节 中小企业公司股东与股东会法律风险与防范	21
第2节 中小企业董事会制度的法律风险与防范	26
第3节 中小企业高管制度的法律风险与防范	30
第3章 中小企业人力资源管理法律风险与防范	35
第1节 中小企业人力资源管理中的法律风险与防范	36
第2节 中小企业劳动合同的签订、履行与终止中的法律风险与防范	39
第3节 中小企业劳动者权利和社会保障中的法律风险与防范	48
第4节 中小企业劳动争议解决的法律风险与防范	54
第4章 中小企业融资法律风险与防范	61
第1节 中小企业融资现状	62
第2节 民间融资成为中小企业融资的主要渠道	64
第3节 化解中小企业融资难题	67
第4节 中小企业民间融资中的法律问题	70
第5章 中小企业交易合同管理中的法律风险与防范	77
第1节 中小企业合同订立与成立中的法律风险与防范	78

第2节	中小企业合同效力与履行中的法律风险与防范	85
第3节	中小企业合同变更、转让与终止中的法律风险与防范	94
第4节	中小企业合同违约责任承担中的法律风险与防范	101
第6章	中小企业纳税筹划中的法律风险与防范	107
第1节	中小企业纳税筹划中面临的法律风险	109
第2节	中小企业纳税筹划基本思路及法律风险	115
第3节	中小企业纳税筹划技巧及法律风险	119
第4节	纳税筹划相关的管理及法律风险	126
第7章	中小企业上市的法律风险与防范	131
第1节	中小企业上市概述	133
第2节	中小企业上市的风险来源	136
第3节	中小企业上市中的法律风险与防范	137
第8章	中小企业国际化发展的法律风险与防范	143
第1节	设立外商投资企业的法律风险与防范	144
第2节	国际贸易中的法律风险与防范	151
第3节	信用证法律风险与防范	160
第4节	提单法律风险与防范	166
第9章	中小企业知识产权法律风险与防范	171
第1节	中小企业专利管理中的法律风险与防范	173
第2节	中小企业商标管理中的法律风险与防范	181
第3节	中小企业著作权管理中的法律风险与防范	187
第4节	中小企业商业秘密保护中的法律风险与防范	193

第1章 中小企业设立中的法律风险防范

中小企业法律风险防范

第1节 中小企业企业类型选择的法律风险与防范

中小企业的设立是指企业的投资者依照法律的规定履行相应的出资义务并办理相关工商登记手续的行为。法律对不同类型的企业规定了不同的设立条件，企业的投资者设立相关企业必须符合法律的规定。投资者在设立企业时既要考虑其商业利益，同时也要考虑法律上的可行性。本章对企业设立中较为突出的问题——企业类型的选择和出资应该注意的法律问题，以及股权转让中的法律风险等内容均做了分析。

中小企业是以营利为目的的经济组织，不同的企业类型其出资方式、责任承担等要求不同，因此，设立企业之初，首先要清楚企业有哪些类型以及每种类型的特点。

一、企业的分类

设立企业，应该根据法律对不同企业的具体规定，根据具体情况，考虑设置哪种类型的企业才能实现自己的目的和利益。从不同的角度可以对企业类型做不同的划分。

1. 按照企业所有制形式划分。可以分为全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业、混合所有制企业等。

全民所有制企业是由国家投资设立的，依法自主经营、自负盈亏、独立核算的商品生产和经营单位。全民所有制企业具有法人资格。企业财产属于全民所有，国家依照所有权和经营权分离的原则授予企业经营管理。企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利，以国家授予其经营管理的财产承担民事责任。

集体所有制企业包括城镇集体所有制企业、乡村集体企业和乡镇企业等。集体所有制企业是财产属于劳动群众集体所有，实行共同劳动，在分配方式上以按劳分配为主体的社会主义经济组织。符合企业法人条件的集体所有制企业，依法取得企业法人资格。

混合所有制企业是投资主体多元化的产物，由不同所有制企业、组织或者公民个人投资设立的，公司就是典型的混合所有制形式。

2. 按照企业组织形式划分。可以分为个人企业、合伙企业、公司等。

合伙企业，是指依照我国合伙企业法的规定，在中国境内设立的由各合伙人订立合伙协议，共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。

个人独资企业，是指依照我国个人独资企业法的规定，在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

公司是依照我国公司法的规定，在中国境内设立的，以营利为目的而组织生产和经营活动的经济组织。我国《公司法》所称公司包括有限责任公司和股份有限公司两类。

3. 按照企业的法律地位划分。可以分为法人企业和非法人企业。所谓法人企业是具有法人资格的企业，如依照《公司法》组建的公司。非法人企业是指不具有法人资格的企业，如依照《个人独资企业法》组建的个人独资企业。

4. 按照投资主体的国籍和企业组织形式划分。可以分为内资企业和外商投资企业。

内资企业是指依照中华人民共和国法律的规定，全部由中国投资者投资设立的企业。

外商投资企业是指依照中华人民共和国法律的规定，在中国境内设立的，由中国投资者和外国投资者共同投资或者仅由外国投资者投资设立的企业，包括中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业等。

二、不同企业的特征

（一）合伙企业

1. 合伙企业是建立在合伙协议基础上的一种企业。合伙人之间签订合伙协议，规定各合伙人在合伙中的权利和义务。也就是说，即使合伙企业设立一定的组织机构负责日常的业务，其内部关系仍然主要适用合伙协议的有关规定。

2. 合伙企业是人合组织，合伙人的死亡、破产、退出等都影响到合伙企业的存续和发展。

3. 合伙人可以固定资产的实物、货币或知识产权等作为合伙企业的出资，亦可以劳务作为出资。

4. 合伙人对合伙企业的债务负无限连带责任。合伙人以个人的全部财产作为合伙债务的担保。一旦合伙企业的财产不足以清偿其债务，债权人有权向任何一位合伙人请求履行全部债务。

5. 合伙人原则上均享有平等参与管理合伙事物的权利。除非合伙协议另有约定，每

个合伙人均有权对外代表合伙企业从事业务活动。

6. 合伙企业不具有法人资格。合伙企业的财产由全体合伙人依法共同管理和使用。合伙企业存续期间,合伙人的出资和所有以合伙企业名义取得的收益均为合伙企业的财产。

7. 合伙企业各合伙人间的利益分配及债务承担依合伙协议的约定和法律的规定执行。合伙人在分享企业利益以及承担合伙企业债务时,依合伙企业的约定。没有约定的,依照法律的规定办理。

(二) 个人独资企业

1. 个人独资企业由一个自然人投资。

2. 个人独资企业的财产归投资人所有。

3. 投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任,投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的,应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

4. 法律对个人独资企业的注册资金无最低数额限制。

5. 个人独资企业在管理上采取灵活的方式,既可自行管理,也可委托他人管理。

(三) 有限责任公司

有限责任公司也称有限公司,指由一定人数的股东组成,每个股东仅以其出资额为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任的公司。

1. 有限责任公司的股东,仅以其出资额为限对公司承担责任。

① 股东只对公司负责,而不直接面对债权人;

② 公司债务由公司以其全部资产对债权人负责;

③ 股东对公司承担的是有限责任,即公司股东仅以其出资额为限对公司承担责任,如果公司财产不足以清偿全部债务,股东也没有以个人财产清偿债务的义务。

2. 有限责任公司的股东不仅有最低人数限制,一般都有最高人数限制。我国《公司法》规定,有限责任公司由2个以上50个以下股东共同出资设立。股东人数少于2人,不利于将个人财产相区分。由于有限责任公司法定资本限额较低,并主要适用于中小企业,因而股东人数高于50人可能会给社会公众带来比较大的投资风险,也不利于中小企业的经营决策。

3. 有限责任公司在设立、组织机构等方面具有非公开性。有限责任公司只有发起设立,没有募集设立。不向社会公开发行股票,并且,设立的程序非常简单,可以由几个发起人订立公司章程,交纳所认出资后,便可以向主管机关申请登记。

有限责任公司的组织机构也比较简单,《公司法》规定,股东人数较少和规模较小的,可不设董事会和监事会,只设一名执行董事代表股东执行公司业务,设1~2名监事行使监督权。有限责任公司的股东会的定期会议直接按照公司章程的规定召开,不像股份公司由法律直接规定。对股东会议的方式,也没有用法律的形式加以严格的限制,只规定对特别事项的决议经代表2/3以上表决权的股东一致同意,对普通事项的决议程序则授权公司章程规定。另外,有限责任公司的财务和经营无须公开。

在有限责任公司中。还有国有独资公司。所谓国有独资公司,是指国家授权投资的机构或者国家授权投资的部门单独投资设立的有限责任公司。

国有独资公司是一人公司,是有限责任公司中的一个特例。《公司法》规定,国务院确定的生产特殊产品的公司或者属于特定行业公司,应当采取国有独资公司的形式。

(四) 股份有限公司

股份有限公司是指依法由一定人数的股东发起成立,全部资本分为等额股份,股东仅以其所持股份为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司的债务承担责任的公司组织形式。

1. 股份有限公司的股东应为法定最低人数以上。股份有限公司设立的目的之一,就是向社会广泛募集资金,因此,各国公司法都规定,一定的发起人人数是成立股份有限公司的必备条件。并且,与有限责任公司不同,股份有限公司的股东只规定下限而不规定上限。我国《公司法》规定:“设立股份有限公司,应当以五人以上为发起人,其中须有过半数的发起人在中国境内有住所。国有企业改建为股份有限公司的,发起人可以少于五人,但应当采取募集设立方式。”

2. 股份有限公司全部资本分为等额股份,并以股票形式表现出来。股份有限公司的资本是由股份有限公司的股东出资形成的,也称股本,是在“公司登记机关登记的实收股本总额”,它具有确定性和相对稳定性。公司资本的增加与减少,都必须严格按照法律规定的程序办理。股份有限公司的全部资本划分为价值相等的若干份额即股份,并以股票的形式加以反映。

3. 股份有限公司的股票可以依照法律的规定自由转让。股份有限公司是典型的合资公司,是以资本作为生产经营的信用基础的。股东之间仅仅是投资者之间的共同投资关系,不含有身人的因素。股东部分地或者全部转让其股东权利的载体——股票,只会引起构成公司股东成员的变化,对公司的资本额和法律地位并无直接影响,这使股票的自由转让成为可能。也正是由于股票的可转让性,使股份有限公司吸引了大量的投资者。因此,股票

可以依法自由转让成为股份有限公司区别于有限责任公司等其他公司类型的一个主要特征。

4. 股份有限公司的股东负有限责任。股份有限公司的股东仅以其认购的股份为限对公司债务承担责任,承担的是有限责任。公司以其全部资产对公司债务负责。

三、选择企业类型时应注意的问题

(一) 区分企业是否具有法人资格

法人是相对于自然人而言的,它是社会组织在法律上的人格化。《民法通则》规定:“法人是具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织”。

法人应当具备下列条件:①依法成立;②有必要的财产或者经费;③有自己的名称、组织机构和场所;④能够独立承担民事责任。

企业法人是从事生产经营活动,以获取利润为目的的法人。非企业法人则是非生产性、非营利性的法人。公司、全民所有制企业、集体所有制企业、“三资”企业等都是企业法人。而合伙企业、个人独资企业虽然也是企业但不具有法人资格。企业的分支机构,如企业的车间、分厂、分公司等,不能独立地享有民事权利,独立地承担民事责任,也不具有法人资格。

(二) 区分股东(出资人)的有限责任与无限责任

我国的法律规定个人独资企业的投资人对企业债务承担无限责任。合伙企业的合伙人对合伙企业的债务承担无限连带责任。公司承担的是有限的财产责任,即仅以公司的财产清偿债务。股东对债权人不再负任何清偿义务。

(三) 慎重设立合伙企业

1. 设立合伙企业的优点。一是手续比较简单,费用较少;二是可以集中起比个人企业较多的资金;三是每个合伙人都有参与管理的权利,对企业经营管理、企业的发展等问题有较多的控制权和发言权;四是经营管理有较大的自由和灵活性,不需公开财务账目和年度报告。

2. 设立合伙企业的不利之处。一是人数有限,很难募集大量资金,因而规模一般不大;二是合伙人对合伙企业的债务承担无限连带责任,一旦经营失败,很容易导致倾家荡产;三是每一合伙人都参与管理不利于企业管理的集中和统一,不利于实行科学化的管理;四是合伙企业的存续时间不稳定。一旦合伙人死亡或者退伙,合伙企业一般就解散了,不利

于合伙企业的稳定发展。

综上所述，合伙企业主要是一种适合中小规模企业或者家族企业经营的组织形式。

3. 设立合伙企业要慎重选择合伙人。

合伙企业是一种人身信赖性非常强的集合，具有典型的人合性特征，所有合伙人对其他合伙人的过错导致的损失都负有连带责任。因此，设立合伙企业时一定要慎重选择合伙人。

（四）考虑不同企业的出资额

不同类型的企业法律规定的出资额是不同的，投资者应当根据自己的财力情况，决定设立哪种企业。如果资金较为充足，可以考虑设立有限责任公司或者股份有限公司；如果财力有限，可以考虑设立个人独资企业，或者与他人合伙。

（五）考虑不同企业的税收

根据 2000 年国发（2000）16 号《国务院关于个人独资企业和合伙企业征收所得税问题的通知》，为公平税负，支持和鼓励个人投资兴办企业，促进国民经济持续、快速、健康发展，国务院决定，自 2000 年 1 月 1 日起，对个人独资企业和合伙企业停止征收企业所得税，其投资者的生产经营所得，比照个体工商户的生产、经营所得征收个人所得税。

第2节 中小企业章程制定的法律风险与防范

章程作为中小企业的自治规则，对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力，是维持公司高效有序运转的基础性文件，在西方国家有着“公司宪章”之美誉，一直得到投资者的高度重视。然而，在我国，有很多投资者或者企业家认为，公司章程仅仅是工商登记机关要求提交的一份普通文件，如果不提交这份文件，公司就有可能完成不了注册，认识不到公司章程既是一种权利约束机制，同时也是一种权利保障机制。他们很少会从公司的实际情况出发，制定出一份具有可操作性的公司章程，更多的是拿来工商登记机关提供的格式章程文本，在空白处随便填写以应付了事。这种现象，在中小型企业中表现得尤为突出。

淡薄的公司章程意识，使得很多人认识不到其中潜藏着大量的法律风险，只有那些经历过股权之争、红利之争、人事之争等纠纷的投资者，在吃了“几堑”之后，才意识到公司章程的重要性，意识到防范法律风险的必要性。

一、公司章程中存在的问题

当前，在公司法律实务中，公司章程存在着以下共性问题：

1、公司章程大量照抄照搬公司法的规定，没有根据自身的特点和实际情况制定切实可行的章程条款，对许多重要事项未进行详细的规定，造成公司章程的可操作性不强，制定出来后也往往被束之高阁。

2、公司章程中一些条款的内容明显不符合公司法精神，甚至有剥夺或者变相剥夺股东固有权利的情形，对董事、监事和经理的诚信义务强调不够，对公司管理层的权力边界界定的不够清晰，不能有效地保护中小股东的权益，往往会给公司的正常运作带来许多不利影响。

3、绝大多数公司章程几乎是一样的，差异只是表现为股东的姓名、住所、资本规模等方面。各个公司的章程都只是在简单地照抄照搬公司法的规定。

上述问题的普遍存在，使得公司章程这个非常重要的公司自治机制，在面对公司与股东之间的争议、股东之间的争议、股东与高级管理人员之间的争议时形同废纸，很难发挥应有的定分止争的作用，反而又加强了人们对公司章程中潜在法律风险的漠视，其后果将会更加难以控制。

二、如何防范公司章程中的潜在风险

就目前众多中小型企业而言，多采取有限责任公司的形式，要化解公司章程中潜在的法律风险，关键在于做好以下四个方面的防范：

1. 关于公司组织和活动的基本准则

我国公司法对有限责任公司的许多重要事项并没有做出具体规定，而是明确授权股东通过公司章程规定。例如，公司法第四十条第二款：“股东会定期会议应当依照公司章程的规定按时召开。”第四十三条：“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。”第四十四条：“股东会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。”第四十五条第三款：“董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。”第四十九条：“董事会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。”对于上述情形，如果公司章程中没有相应的具体规定，那么，公司相应的组织和会议将会因无章可循而陷入混乱。

2. 关于股权的转让

公司法第七十二条第二款：“股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。”第四款：“公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。”由于公司法对此作原则性表述，因此，如何理解“必须经其他股东多半数同意”并进行适当操作，理论和实践上存在着不少争议。假设某公司只有两个股东，其中一个股东拟向外转让股权，该如何操作，如果公司章程对此没有规定详尽的操作程序，很可能会引起两个股东间纠纷和摩擦。

3. 关于股东会的决议事项

公司法第三十八条列举了股东会行使的十二项职权，其中第十二项职权为：“公司章程规定的其他职权”。根据对公司经营影响的程度不同，诸如发行公司债券，是否需要股

东会做出特别决议。再如，公司法规定董事在任期届满前，不得无故解除其职务。何谓有故？何谓无故？公司章程如果不对可以解除董事职务的事由做出具体规定，只是简单地重复公司法的规定，这样的公司章程没有太大的意义和价值。公司内部决策、执行、监督环节的人为摩擦会不断增多，企业运营风险也会加大。

4. 关于股东会和董事会的关系

公司法第三十八条规定，股东会有权决定公司的经营方针和投资计划。第四十七条规定，董事会有权决定公司的经营计划和投资方案。何谓经营方针？何谓经营计划？何谓投资计划？何谓投资方案？如果公司章程对此没有明确界定的话，在实践中很多公司的这两大机构之间经常出现争端。

公司章程应当记载的事项，公司法已经以绝对必要记载事项的方式做出了明确规定，所以对投资者来讲，需要注意的是怎么做出更加具体的规定，以及在绝对记载事项之外，还应当增加规定哪些具体内容。只有这样，才能制定出一个适合实际需要的公司章程，在公司运作过程中，针对章程的不足和问题，适时修改完善，为公司的健康发展打好基础，防范和控制公司法律风险的发生。

第3节 企业出资与验资的法律风险防范

企业出资是企业设立的必要条件之一，出资包括货币出资、实物投资和无形资产入股等形式。对各类形式的出资法律有何规定，对一些特殊情况下的出资，如隐名投资等问题，都是企业设立初时就需要清楚掌握的。

一、企业出资基本问题概述

（一）合伙企业出资

《合伙企业法》规定，合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资；上述出资应当是合伙人的合法财产及财产权利。

对货币以外的出资需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构进行评估。

经全体合伙人协商一致，合伙人也可以用劳务出资，其评估办法由全体合伙人协商确定。这是合伙企业中合伙人出资的特殊性。

合伙人应当按照合伙协议约定的出资方式、数额和缴付出资的期限，履行出资义务。各合伙人按照合伙协议实际缴付的出资，为对合伙企业的出资。

（二）个人独资企业出资

个人独资企业可以用资金、实物、劳务、知识产权出资。因为法律对个人独资企业的注册资金无最低数额限制，因此个人独资企业的出资相对较为灵活，只要能满足企业经营的需要即可。

（三）公司的出资

1. 公司注册资本的最低限额。《公司法》对有限责任公司和股份有限公司规定了不同的注册资金。

《公司法》规定，有限责任公司的注册资本不得少于下列最低限额：①以生产经营、商品批发为主的公司人民币 50 万元；②以商业零售为主的公司人民币 30 万元；③科技、