

BUSINESS
&
LAW

法商实务系列
企业法律顾问

以案说法，提供有效的**风险提示与应对方案**
企业经营·人力资源管理·品牌运营及维护

张扬 蒋丹青◎著

Tips from
the Legal Counsel

企业常见

法律问题及风险防范

管理者身边的法律顾问



企业的良言与警示
普通合伙企业与一人公司
公司的高层治理
公司的特殊经营
企业人力资源管理
企业品牌的知识产权保护
企业经营中的经济犯罪



Enterprise
legal adviser

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

企业常见 法律问题及风险防范 管理者身边的法律顾问

张扬 蒋丹青 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

企业常见法律问题及风险防范: 管理者身边的法律顾问 / 张扬, 蒋丹青著.
—北京: 中国法制出版社, 2014.9

ISBN 978-7-5093-5648-7

I. ①企… II. ①张… ②蒋… III. ①企业法—研究—中国
IV. ① D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 214108 号



责任编辑: 王佩琳 (editor_wangpl@163.com)

封面设计: 李 宁

企业常见法律问题及风险防范: 管理者身边的法律顾问

QIYE CHANGJIAN FALÜ WENTI JI FENGXIAN FANGFAN: GUANLIZHE SHENBIAN DE FALÜ GUWEN

著者 / 张 扬 蒋丹青

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本 / 710 × 1000 毫米 16

印张 / 23.5 字数 / 360 千

版次 / 2014 年 11 月第 1 版

2014 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-5648-7

定价: 68.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66038139

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

序

接受企业或个人的聘请，为其提供日常法律服务的专业律师一般被称为法律顾问。笔者认为优秀的法律顾问除了擅长处理诉讼事务之外，还需要懂得如何为企业规避法律风险，以及一旦发生纠纷如何帮助企业尽量避免损失。

为企业规避法律风险，并不是只在形式上做到对企业有利，而且需要从发生纠纷的角度来考虑最佳解决办法。

笔者曾经遇到一个这样的案例：甲乙双方需要就一个项目进行合作，两公司的总部都在广州。因为涉案项目在鄂尔多斯，乙公司在鄂尔多斯另设立了分公司丙公司，因此合同签订方为甲公司与丙公司。在合同条款沟通过程中，乙公司的一位法务专员以“合同为格式版本不能修改”为由，要求必须将合同中的管辖权条款写为“若合同在履行的过程中出现纠纷，双方将纠纷提交丙公司所在地法院诉讼解决”。从字面上，这样约定管辖对于丙方有利，但是从实际出发，该项目合作一直由丙公司在广州的总公司乙公司进行处理，双方总部都在广州，一旦发生纠纷，难道就近的法院不去，还要大老远地飞到鄂尔多斯的法院去解决问题吗？

一些管理者认为“为企业购买法律服务”没有必要，或认为企业内部已有法务专员，没有聘请专业律师做企业法律顾问的必要。笔者认为，企业法务专员与律师担任的法律顾问，可以对企业的发展起到互补的作用。法务专员属于企业内部的员工，因受限于上下级关系，有时很难从法律专业角度上对领导提出并坚持异议。此外，法务专员的日常工作更倾向于企业内部合规建设，诉讼事务上的经验也相对缺乏。目前越来越多的企业在聘请1—2名法务专员处理企业日常法律事务之外，同时聘请具有系统理论知识、

丰富实务经验的专业律师来协助企业管理，规避法律风险、维护企业权益。

常见一些企业管理者抱怨，聘请的法律顾问对企业似乎没有太大的帮助。对此，笔者认为作为法律顾问的律师肯定有责任，同时，企业管理者也有一定的责任。从律师的角度，担任企业的法律顾问，不仅需要被动接受咨询，更应该主动为企业出谋划策，及早发现问题并及时提出解决方案。企业管理者也应该多与企业法律顾问进行沟通，让律师随时了解企业的状况。

在归纳总结企业常见法律问题的基础上，结合实务工作经验及不断地学习反思，笔者撰写了此书。书中所选取的案例均为真实发生，部分为笔者以及律所同事所经办的有代表性的案件，其余选自各级法院公开的裁判文书。希望读者通过阅读此书，可以在了解基本的法律规定的基础上，发现企业存在的类似问题，并从本书的应对方案或风险提示中获得启发与帮助。

在此需要特别说明的是，因篇幅所限以及内容具有一定的概括性，书中所提观点并不能当具体个案的法律意见来做援引。企业在遇到法律纠纷时，应尽快咨询律师。在阅读本书的过程中，如有相关问题、建议或批评意见，欢迎读者与笔者联系。

愿这本书能成为企业管理者身边的“法律顾问”！

张扬 蒋丹青

二〇一四年九月于广州

目 录

第一章 公司的设立与终止	001
第一节 公司的设立 / 003	
一、公司注册地的法律意义及重要性 / 003	
二、出资并不代表法定股东资格的确认 / 006	
三、公司筹备阶段所产生的债务该如何承担? / 009	
四、注册资金的新规定: 商事登记改革——从审查制向登记制的 转变 / 012	
第二节 公司出资纠纷 / 016	
一、代缴出资的股东如何保护自己的债权? / 016	
二、实缴出资与股份占有并不必然成正比 / 018	
三、抽逃出资的认定情形以及处罚 / 021	
四、作为注册资本的知识产权贬值时如何处理? / 024	
五、干股的赠予 / 026	
第三节 公司的终止 / 029	
一、股东起诉要求公司解散的条件及方法 / 029	
二、有限责任公司人格的否定 / 034	
三、公司在清算期间应注意的法律问题 / 039	
四、公司被吊销与公司恶意注销后的法律责任 / 043	
第二章 普通合伙企业与一人公司	047
第一节 普通合伙企业与一般公司法人的区别 / 049	

第二节 一人公司 / 052

一、一人公司的优势和法律风险 / 052

二、一人公司的担保 / 054

第三章 公司的内部治理 057

第一节 公司章程与股东协议 / 059

一、章程——公司的“宪法” / 059

二、股东协议与章程之间存在冲突时如何适用？ / 065

第二节 股东会与董事会 / 069

一、开会啦！——股东会的召开与临时股东会 / 069

二、投票吧！——股东会的表决机制 / 075

三、董事会 / 077

第三节 股东的权利 / 082

一、股东资格的认定与隐名股东 / 082

二、股东资格的继承 / 089

三、有限责任公司的股权转让规则 / 092

四、新股东加入公司，是否应承继原来的公司债务？ / 100

五、51%对49%——大股东的权益体现 / 103

六、小股东的利益如何保护？ / 105

七、“两事一高”的忠实与勤勉义务 / 112

第四节 公司的人事架构及管理权限 / 115

一、公司的公章究竟该谁拿？——公司的控制权 / 115

二、公司监督机制如何充分发挥作用？ / 118

第四章 公司的对外经营 121

第一节 合同的签订 / 123

一、合同签订前的合作方审查 / 123

二、格式条款的效力 / 125

三、定金与订金 / 128

四、预开发票的法律风险 / 132

五、司法争议解决中诉讼与仲裁的选择 / 134	
六、合同上的内容能否涂改? / 137	
七、合同被撤销的法律风险 / 139	
八、几种常见的合同范本 / 142	
第二节 抵押担保与借贷 / 146	
一、公司与银行的贷款法律纠纷 / 146	
二、公司为他人提供担保的法律责任 / 149	
三、民间借贷法律问题 / 152	
四、民间担保抵押债权人的权利保护 / 156	
第三节 民事纠纷中的法律责任 / 159	
一、分公司与子公司的法律责任承担 / 159	
二、违约责任与抗辩权 / 162	
三、违约金与违约赔偿 / 167	
四、让败诉方支付胜诉方律师费的方法 / 170	
第四节 其他常见的经济纠纷 / 173	
一、公章的使用规范 / 173	
二、代理、授权以及员工职务行为的认定 / 177	
三、关联公司在经营上的法律风险 / 180	
四、公司应收账款的法律风险以及对账单与催款函的制作 / 184	
五、公司合并、分立后的债务承担 / 187	
第五章 企业人力资源管理 191	
第一节 现行劳动法律的适用 / 193	
第二节 公司内部人事管理 / 196	
一、公司招聘员工应注意哪些问题? / 196	
二、劳动合同该如何制作与签订? / 200	
三、不签订劳动合同的双倍工资计算标准 / 204	
四、退休员工的聘用 / 208	
五、大学生顶岗实习 / 209	

第三节 劳动用工制度 / 214

- 一、公司规章制度如何做到合法有效? / 214
- 二、调岗与减薪 / 221
- 三、解雇员工要“缓” / 225
- 四、公司能否与员工约定违约金条款? / 230
- 五、非全日制劳动用工 / 233
- 六、劳务派遣的新规定 / 238

第四节 劳动报酬与劳动待遇 / 242

- 一、工资表中的项目明细与加班费之间的法律关系 / 242
- 二、公司在考勤制度上容易犯的错误 / 247
- 三、工伤的认定 / 250
- 四、员工因病或非因工死亡待遇 / 255
- 五、公司为员工提供培训后的服务期约定 / 257

第五节 竞业限制与保密义务 / 261

- 一、劳动合同法中的竞业限制 / 261
- 二、员工违反保密条款的认定 / 264

第六节 劳动纠纷仲裁与诉讼 / 267

- 一、劳动争议案件的受理范围 / 267
- 二、劳动纠纷中的“举证责任倒置” / 269

第六章 企业品牌的知识产权保护 273

第一节 企业设立初期的知识产权保护 / 275

- 一、企业应该如何起名? / 275
- 二、企业字号被他人抢注, 怎么办? / 279
- 三、保护好网络域名 / 284
- 四、知识产权入股的权利人变更 / 288

第二节 企业对内经营管理中的知识产权保护 / 290

- 一、核心技术人员带走企业商业秘密的处理方法 / 290
- 二、员工是否可以将工作成果以个人的名义结集出版? / 295
- 三、利用专利保护好企业的技术成果 / 299

四、善用管辖权向异地网络侵权者进行维权 / 303	
第三节 公司对外推广过程中的知识产权保护 / 305	
一、商品包装、装潢莫踏入侵权误区 / 305	
二、网络销售中的知识产权保护 / 311	
三、宣传广告的图片与字体应避免侵权 / 315	
四、勿为他人做嫁妆——商标的授权使用 / 318	
五、商标许可期届满后，商家对印有许可人商标的积压产品 能否继续销售？ / 321	
六、公开征集 LOGO 的注意事项 / 323	
七、企业微博微信公众账号的运营维护 / 327	
八、合资公司的知识产权在清算时的处理 / 331	
第七章 企业经营中的经济犯罪	335
第一节 管理者容易触犯的经济犯罪 / 337	
一、职务侵占罪 / 337	
二、商业贿赂 / 339	
三、合同诈骗罪 / 341	
四、非法吸收公众存款罪及集资诈骗罪 / 344	
五、挪用资金罪 / 348	
六、骗取贷款罪和贷款诈骗罪 / 350	
七、损害商业信誉、商品声誉罪 / 353	
第二节 单位犯罪 / 355	
第三节 面临经济犯罪刑事指控时需注意的问题 / 358	
一、刑事和解 / 358	
二、口供很重要 / 361	
后 记 / 363	
参考书目 / 365	

第一章

公司的设立与终止

导 读

我国《公司法》自1993年年底出台，直至2014年，共经历了三次修正（1999年、2004年和2013年）、一次修订（2005年）；最高人民法院相应出台了三个司法解释（其中2006年司法解释是针对公司法实施前后的法律适用问题；2008年司法解释主要是针对公司解散和清算进行规定；2011年司法解释主要是明晰关于公司的设立、出资和股权确认的一些规定）。当然，随着市场情况的变化，针对不断出现的新的争议问题，立法机关还将对公司法进行修订，最高人民法院还将发布具有针对性的司法解释。

本章将围绕一般有限责任公司的设立与终止所涉及的常见法律问题展开讲解。在有限责任公司设立和解散的过程中，程序上需符合法律的规定至关重要，纠纷的出现多是因为设立和解散过程中程序不合法而导致，如主要涉及股东或第三人代缴出资的纠纷、股东提起解散公司的纠纷，没有严格按照法律规定的程序要求进行处理，就有可能出现权利不被法院所认可的情况。另外，认缴资本与股份占有额、公司注册地与经营地不一致、公司法人格否认制度，也是企业常会遇到的法律问题。

第一节 公司的设立

一、公司注册地的法律意义及重要性

公司成立时，需将自己的主要办事机构的地址进行登记，作为公司的注册地。根据《公司法》第10条的规定，公司以其主要办事机构所在地为住所。因此公司的注册地，也称之为公司的住所。《公司登记管理条例》第12条还规定：“公司的住所是公司主要办事机构所在地，经公司登记机关登记的公司的住所只能有一个，公司的住所应当在其公司登记机关辖区内。”

住所法律上主要有三点意义：（1）确认诉讼中的管辖。我国《民事诉讼法》规定的一般诉讼管辖原则是“原告就被告”，当被告为公司的时候，被告的所在地即为公司的住所地。法院的诉讼文书都会送达到工商登记中所显示的公司住所处。又如在公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等诉讼中，《民事诉讼法》规定了由公司住所地的法院管辖。（2）合同的债务履行地问题。《合同法》第62条第3项规定，在合同约定的履行地点不明确且没有补充协议的约定以及不能按照合同有关条款或者交易习惯确定的情况下，给付货币的在接受货币一方所在地履行，交付不动产的在不动产所在地履行，其他标的在履行义务一方所在地履行。对此，公司若为接受货币一方或者非货币及不动产标的的履行义务的一方，其住所就是法律义务的履行地。（3）公司的住所，决定了公司所属的行政管辖区域。公司受到当地地区政府的管理，同时也会有可能享受当地行政区域的优惠政策。如公司的住所在开发区，则有可能会享有开发区税收减免的优惠政策，公司也需要向所属行政区政府缴纳税费及接受管理。

公司的注册地与实际经营地不同，会面临怎样的法律处罚？《公司登记管理条例》第69条规定：“公司登记事项发生变更时，未依照本条例规定办理有关变更登记的，由公司登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以1万元以上10万元以下的罚款……”

以案说法

司法机关向公司送达法律文书的地址一概以公司注册地为准

A公司自2010年成立，为了避税等原因，公司的注册地在广州的从化区，而实际办公地在广州市中心的CBD商务区。2012年某月，A公司与B公司存在货款纠纷，B公司向法院提起诉讼，法院将传票送到A公司在从化的办公地址，随后法院在A公司不到庭参加诉讼的情况下作出了缺席判决。

【律师评析】

在一审判决败诉后，A公司负责人希望委托笔者作为诉讼代理人向法院提起上诉。该公司负责人询问，公司能否以“注册地无人办公，公司不清楚开庭时间”为由提起上诉？

公司的这个上诉理由是完全得不到二审法院的支持的。法院寄送传票，一定会以公司的注册地址作为传票和诉讼文书的送达地址，即使法院知道公司的实际办公地与注册地不一致，也不会将实际办公地作为送达地址。除非A公司有诉讼代理人，在诉讼过程中向法院签署了相关的送达地址确认书，法院才会在日后按照确认书的地址寄送材料。

应对方案

1. 目前公司注册地与实际经营地不一致的情况较为普遍，虽然《公司登记管理条例》第69条对此情况规定了相应的处罚措施，但是目前行政机关对此并没有太严格的处罚力度。即使处罚力度不大，如果有当事人投诉举报并经过查实，工商行政部门仍然会作出处罚。

2. 尽量避免出现公司注册地与经营地不一致的情况，实在无法避免的，建议公司注册地还是安排人员驻守或者不定期地到公司注册地查收邮件。否则公司注册地人去楼空，容易发生上述案例中的诉讼风险以及行政处罚风险。

3. 公司注册地这个问题看似简单，实际上，目前有很多公司都没有按照规定执行。原因有很多，避税、减少设立公司的成本是最常见的。笔者见过有公司在郊区登记设立，租用一间小型办公室放几台电脑，实际上的办公地

在市区的某高档写字楼。有一次某公司收到其客户发来的律师函，笔者第一时间告知公司负责人，近期一定要常留意注册地，看是否有法院发来的传票，以防成了被告自己还不知情。

4. 成本与风险这两者之间的权重，需要管理者根据自己公司的实际情况分析考虑。

法规速递

《公司法》

第十条 公司以其主要办事机构所在地为住所。

《民事诉讼法》

第二十一条 对法人或者其他组织提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖。

第二十六条 因公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷提起的诉讼，由公司住所地人民法院管辖。

《合同法》

第六十二条

……

(三) 履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

……

《公司登记管理条例》

第十二条 公司的住所是公司主要办事机构所在地。经公司登记机关登记的公司的住所只能有一个。公司的住所应当在其公司登记机关辖区内。

第六十九条 公司登记事项发生变更时，未依照本条例规定办理有关变更登记的，由公司登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以1万元以上10万元以下的罚款……

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》

第二十四条 解散公司诉讼案件和公司清算案件由公司住所地人民法

院管辖。公司住所地是指公司主要办事机构所在地。公司办事机构所在地不明确的，由其注册地人民法院管辖。

基层人民法院管辖县、县级市或者区的公司登记机关核准登记公司的解散诉讼案件和公司清算案件；中级人民法院管辖地区、地级市以上的公司登记机关核准登记公司的解散诉讼案件和公司清算案件。

二、出资并不代表法定股东资格的确认

出资，并不仅仅是支付注册资金，而是泛指一切公司投资人向公司支付投资款的行为。

2013年12月《公司法》修正，对成立公司已没有注册资金的最低要求，成立公司初期也不强制实缴注册资本，但股东仍然需要按照约定认缴注册资本，且需要根据自己的认缴额承担相应的责任。新加入公司做股东，也需要向公司缴纳投资款项。但是当你足额出资了，是否就必然成为了公司的股东呢？其实，缴纳了注册资金、向公司支付了投资款，就认为自己已经成为了股东，是很多人常会陷入的误区。

《公司法》第32条第2款规定：“记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。”也即是说，只有登记在股东名册上的人才是法律意义上的股东。股东对外的体现，是工商局打印的企业注册基本资料中所出现的投资人名称。若在公司股东名册上面没有作出登记，而且在工商局打印的企业注册基本资料中也没有自己的名字，那么即使自己已向公司注资，也并不必然能成为法律上的股东。

以案说法

没有登记的投资人并不具有股东身份，不享有完全的股东权利

2010年，陈某与A公司原有股东甲、乙两人约定，三人同意由陈某向A公司投资300万，加入公司的管理层并参加公司的经营及决策。三人只签订了一份投资协议。在其后的公司日常经营过程中，陈某自己及公司上下均认定陈某为股东。2013年3月，因为部分投资决策等问题，陈某与甲、

乙之间意见不合产生矛盾，陈某向法院提起诉讼，认为自己是股东，要求行使股东知情权，对公司的账簿进行查阅。甲、乙二人以陈某并非公司实际股东为由提出抗辩。

【律师评析】

若只有一份投资协议，陈某在法律上难以被认定为具有股东的身份，陈某顶多只是一个投资者的角色。《公司法》规定了股东需登记在公司的股东名册中。实践中，有很多公司尤其是中小企业，内部并没有制作股东名册，法院在审理这类案件时会查阅公司的工商登记资料，若工商登记资料中的股东信息中没有记载陈某的信息，则法院会判决陈某败诉。

经营范围： 零售：预包装食品、散装食品、乳制品（含婴幼儿配方乳粉）；				
注册地址： 广州市天河区...				
股东信息：				
股东名称	出资额(万元)	出资比例		
广州市...有限公司	170.0000	34.0000%		
广州市...有限公司	284.0000	56.8000%		
黄...	45.0000	9.0000%		
周...	5.0000	1.0000%		
广州市...	46.0000	9.2000%		
股权出质：				
出质人	质权人	质押金额(万元)	出质股权占企业股权的比例	被担保债权数额(万元)
...
备注：				

以上信息由广州市工商局信息中心提供，仅供参考，以企业登记档案为准。




图 1-1 有限责任公司在工商登记资料中的股东信息

风险提示

1. 一些公司的投资人、领导层人士，在公司的经营过程中自称自己是公司股东，公司内部也都承认其身份地位，他们对公司的经营决策也有发言权和决定权。但实际上，在工商部门查档的时候却发现股东资料中并没有将他作为股东身份进行登记。在这种情况下，这类人实际上并非股东。

2. 投资人作为发起人缴纳注册资本，必须要在投资协议中约定自己是