



企业法律风险

实务分析与应对

李 林◎著



上海社会科学院出版社

企业法律风险

实务分析与应对

李 林◎著



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

企业法律风险实务分析与应对/李林著. —上海:
上海社会科学院出版社, 2014
ISBN 978-7-5520-0597-4

I. ①企… II. ①李… 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(2014)第 098257 号



企业法律风险实务分析与应对

著 者: 李 林

责任编辑: 赵玉琴

封面设计: 黄婧昉

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

http://www.sassp.org.cn E-mail: sassp@sass.org.cn

照 排: 南京理工出版信息技术有限公司

印 刷: 凤凰数码印务有限公司

开 本: 710×1010 毫米 1/16 开

印 张: 28.25

字 数: 443 千字

版 次: 2014 年 9 月第 1 版 2014 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5520-0597-4/D·277

定价: 68.00 元

版权所有 翻印必究



作者简介

李 林，律师、注册税务师，民商法学硕士，2006 年起开始律师执业，主要从事公司相关法律实务工作，致力于企业经营过程中的法律风险分析与预防，在公司一般法律事务、企业法律风险控制、并购重组、税务咨询与纳税筹划、人力资源管理、诉讼仲裁等方面拥有丰富的实践经验。

QQ：2892707089

电子邮箱：avilyskin@hotmail.com

目 录

第一章 企业组织运营法律风险控制	1
第一节 企业设立法律风险	1
一、不重视签订股东协议的法律风险	1
二、公司章程缺少个性化条款的法律风险	4
三、公司未成立即从事经营活动的法律风险	8
四、外商投资企业审批程序管理中的法律风险	10
五、忽视企业注册前置行政许可的法律风险	13
六、行政许可证件管理不当的法律风险	15
七、企业异地经营的法律风险	17
八、股东出资瑕疵的法律风险	21
九、股东以知识产权出资的法律风险	24
十、股东抽回投资的法律风险	26
十一、提供虚假信息注册公司的法律风险	28
十二、隐名出资股权代持的法律风险	30
十三、企业产权不明的法律风险	35
第二节 企业运营法律风险	37
一、公司成立后持续六个月不营业的法律风险	37
二、超出经营范围从事业务活动的法律风险	38
三、注册事项变化怠于办理工商变更手续的法律风险	41
四、股东消极行使股东权利的法律风险	43
五、控股股东滥用股东权利的法律风险	45

六、股东与公司人格混同的法律风险	48
七、公司管理机构决议不合法的法律风险	50
八、董事消极行使职权的法律风险	53
九、董事违反法定义务的法律风险	56
十、股权转让优先购买权的法律风险	58
十一、公司未按规定提取法定公积金的法律风险	61
十二、印章和介绍信管理混乱的法律风险	63
十三、印章和介绍信使用失控无应急方案的法律风险	65
第三节 企业终止法律风险	66
一、公司出现财务危机的法律风险	66
二、合并、分立或减资未依法通知债权人的法律风险	68
三、企业终止未清算的法律风险	70
四、清算程序疏于公告法定事项的法律风险	72
五、清算组成员失职的法律风险	74
六、公司以欺诈手段进行清算的法律风险	75
七、清算未清偿债务前分配公司财产的法律风险	77
八、清算期间进行经营活动的法律风险	78
第二章 企业合同管理法律风险控制	81
第一节 签约前法律风险	81
一、虚构主体签订合同的法律风险	81
二、委托代理签订合同的法律风险	84
三、签约能力禁止的法律风险	87
四、合同相对方履约不能的法律风险	90
五、合同文本选择的法律风险	92
六、不重视律师参与合同签订的法律风险	95
第二节 合同条款审查法律风险	98
一、合同主体名称不准确的法律风险	98

二、合同主体指代错误的法律风险	100
三、合同生效条款约定不当的法律风险	102
四、合同标的物不具唯一性的法律风险	105
五、标的物侵害他人知识产权的法律风险	107
六、价款支付方式约定的法律风险	108
七、质量标准条款的法律风险	110
八、赠予条款不可强制执行的法律风险	113
九、合同法律条款审查的法律风险	115
十、争议处理条款约定的法律风险	119
十一、合同条文措辞的法律风险	122
第三节 合同履行法律风险	124
一、合同信息管理法律风险	124
二、合同档案管理法律风险	127
三、履约证据保管的法律风险	130
四、合同履行中期限管理的法律风险	133
五、合同价款支付的法律风险	137
第四节 违约救济法律风险	141
一、抗辩权行使的法律风险	141
二、合同保全的法律风险	145
三、合同违约的法律风险	148
四、不可抗力救济的法律风险	152
 第三章 企业劳动用工法律风险控制	 156
第一节 招聘录用法律风险	156
一、招聘与录用条件设定的法律风险	156
二、招聘员工信息告知的法律风险	159
三、招聘员工扣押财物的法律风险	163
四、录用员工由第三人提供担保的法律风险	165

五、招聘外籍员工的法律风险	167
六、违法约定违约金的法律风险	170
七、录用离退休人员的法律风险	173
八、招聘未解除前劳动关系员工的法律风险	176
九、招聘环节员工职业病管理的法律风险	179
第二节 用工管理法律风险	182
一、企业规章制度制定的法律风险	182
二、未签订书面劳动合同的法律风险	187
三、劳动合同无效的法律风险	196
四、试用期约定的法律风险	201
五、服务期约定的法律风险	209
六、竞业禁止约定的法律风险	217
七、工资支付的法律风险	226
八、员工假期管理的法律风险	234
九、社会保险缴纳的法律风险	241
第三节 离职解聘法律风险	248
一、协商一致解除劳动合同的法律风险	248
二、劳动者申请离职的法律风险	251
三、用人单位发生过错解除劳动关系的法律风险	255
四、劳动者发生过错解除劳动关系的法律风险	259
五、管理不当违法解除劳动关系的法律风险	263
六、劳动关系解除程序的法律风险	266
第四章 企业财税法律风险控制	270
第一节 投融资管理法律风险	270
一、名为投资实为借贷的法律风险	270
二、企业之间相互借贷的法律风险	272
三、企业融资变非法集资的法律风险	275

四、借款证据保管不当的法律风险	278
五、借款合同无效保证人承担责任的法律风险	280
六、越权担保的法律风险	281
七、以贷还贷的担保法律风险	284
八、标的物禁止设定抵押的法律风险	286
九、抵押权未经登记的法律风险	288
十、流押/流质条款约定的法律风险	290
十一、企业融资租赁设备的法律风险	292
第二节 财务法律风险	295
一、违规使用现金的法律风险	295
二、交易价格含税约定不明的法律风险	296
三、收取不符合规定的增值税专用发票的法律风险	298
四、开具发票信息不准确的法律风险	300
五、增值税专用发票未按期认证的法律风险	301
六、票据遗失的法律风险	304
七、接受伪造、变造票据的法律风险	306
八、票据背书不连续的法律风险	307
第三节 税务法律风险	309
一、增值税纳税人身份选择的税务法律风险	309
二、混合销售行为与兼营行为的税务法律风险	312
三、折扣销售的税务法律风险	314
四、价外费用的税务法律风险	316
五、包装物押金的税务法律风险	318
六、建筑企业为本单位提供预制构件的税务法律风险	319
七、软件产品缴纳税款的税务法律风险	321
八、代购货物税务法律风险	323
九、平销返利销售行为的税务法律风险	325
十、兼营不同税率的应税消费品的税务法律风险	328

十一、未办理土地使用证转让土地的税务法律风险	329
十二、买一赠一销售行为的税务法律风险	331
十三、广告费、业务招待费税务法律风险	333
十四、企业捐赠税务法律风险	342
十五、关联交易的税务法律风险	343
十六、资本弱化的税务法律风险	346
十七、出口退税的税务法律风险	349
第五章 企业并购重组法律风险控制	353
第一节 并购重组的系统风险	353
第二节 目标公司的法律风险	355
一、目标公司股权关系不实的法律风险	355
二、目标公司注册资本未全额缴付的法律风险	357
三、目标公司关键业务合同无法转让的法律风险	359
四、目标公司财务披露不实的法律风险	361
五、目标公司资产不实的法律风险	363
六、目标公司知识产权保护的 legal 风险	365
七、目标公司债务承担的法律风险	368
八、目标公司员工安置的法律风险	370
九、目标公司章程规定反收购条款的法律风险	373
第三节 并购交易的法律风险	375
一、股权并购未经其他股东书面同意的法律风险	375
二、资产或股权转让协议签署主体错误的法律风险	377
三、未及时办理股权变更登记的法律风险	379
四、国有资产挂牌交易的法律风险	381
五、并购遭遇股东诉讼的法律风险	384
六、并购中制度与文化差异的法律风险	385

七、并购遇股东对抗收购的法律风险	387
八、敌意收购的法律风险	388
第六章 企业诉讼法律风险控制	393
第一节 诉前准备法律风险	393
一、诉讼时效经过的法律风险	393
二、提起诉讼的被告选择法律风险	396
三、确定诉讼请求的法律风险	399
四、法院管辖选择的法律风险	401
五、经营地址变更未及时登记的法律风险	405
第二节 诉讼程序法律风险	408
一、举证不能的法律风险	408
二、举证期限错过的法律风险	411
三、证据质证的法律风险	415
四、国外证据未经公证认证的法律风险	419
五、不出庭应诉的法律风险	421
六、错过上诉期间的法律风险	423
七、其他诉讼期限的法律风险	426
第三节 判决执行法律风险	429
一、逾期申请执行的法律风险	429
二、无财产可供执行的法律风险	432
三、案外人提出执行异议的法律风险	436

第一章 企业组织运营法律风险控制

第一节 企业设立法律风险

一、不重视签订股东协议的法律风险

【典型案例】

钱甲、王乙和李丙三人是生意场上多年朋友，钱甲经营一家印染厂、王乙拥有一家制衣厂、李丙从事多年的贸易生意，三人虽在不同行业打拼，但也常有合作，相互之间彼此信任，私交甚好。随着各自生意不断扩大，手中掌握的资源日益增多，三人决定强强联手，合资组建一家大型家纺公司，打造全球家纺龙头企业。三人口头约定钱甲出资 5 000 万建造厂房、王乙将其制衣公司搬入新建厂房内、李丙出资 3 000 万作为装潢费用和流动资金。三人说干就干，不到一月投资资金全部到位，厂房建设一年内竣工验收，王乙制衣厂所有设备和人员全部迁入新建厂房并开始投入生产。但是，正式投产不到一年，三人因为经营问题以及其他各方原因出现严重分歧，矛盾激化，于是决定结束合资。但是，由于当初没有签订股东协议，也没有注册合资公司的法律实体，想当然以为王乙将其制衣厂搬迁至新厂房就已经完成合资行为，在处理企业解散事宜时，产生了一系列的法律纠纷：钱甲诉王乙将其制衣公司迁出新建厂房、王乙诉钱甲返还厂房装潢补偿并赔偿生产损失、李丙起诉王乙返还装潢借款 3 000 万元。

【案例简析】

这个案例反映了经济活动中二人以上合资经营企业普遍存在的法律风险，即筹集项目投资时忽视签订合资合同或股东协议，其中原因，有些是没

有签订法律文件的意识,有些是因为当时大家感情甚好,以为什么事情都好商量,如果提出签订法律文件,会搞僵相互之间的信任关系,影响合资企业发展。但是,项目投产运营后,无论是盈利还是亏损,因为涉及利益关系,很容易导致关系破裂。案例中钱甲、王乙、李丙三人投资时各重要事项均为口头协商,投资后很快发生法律纠纷,由于当初没有对合资项目、投资方式、出资比例、经营管理、公司僵局、纠纷解决等重大问题做出书面约定,最后导致不必要的法律纠纷。

股东协议,又称合资合同,是股东之间就合作项目进行投资并持续经营过程中诸多法律事项作出约定并具有法律约束力的内部协议,也是股东之间进行合作的框架性协议,内容主要包括合资各方、出资份额和出资方式、项目规划、项目进程、利润分配、违约责任等重大问题。通常投资方在合资注册公司时,根据法律规定,需要提交一份股东签署的公司章程,公司章程也会约定投资活动中的诸多重要法律事项。但是合资合同不同于公司章程,后者是公司运营的根本性文件,不仅对股东有效,对公司的董事、监事、经理也有约束力,而合资合同仅对股东具有约束力。其次,公司章程一般在公司注册成立后生效,用于规范公司成立后的公司行为及公司与股东、董事、监事、高级管理人员、债权人之间的关系,而合资协议在公司设立阶段、存续期间及公司清算阶段都具有约束力。最后,公司章程需要到工商登记机关备案,有些事项不便于记载于章程之中,一些地方的注册机关都有自己的公司章程范本,企业如果用于备案的章程与其公布的范本存在差异,注册机关很可能拒绝备案或要求企业按照注册机关提供的示范文本进行修改,而合资协议由于属于内部文件,因此可以约定股东之间的任何事项,只要该项约定不违反法律法规强行性规定。

此外,虽然《公司法》就股东之间的关系对很多事项作了原则性的规定,但缺乏可操作性,如果没有合资协议或合资协议对这些事项同样没有可供执行的细则,不仅法律成为空文,股东之间的关系很难进行调整。因此,股东协议具有公司章程不可替代的地位和作用,也是规范股东之间关系的重要法律文件,应该引起投资人的重视。

【法律风险】

投资方合资经营企业,如果不重视签订股东协议或合资合同,会产生一

系列的法律风险,这些风险主要包括:

1. 《公司法》第 28 条、93 条规定股东有缴付出资的义务,如果违反该义务不仅要对公司承担法律责任,而且还要向其他股东承担违约责任。但是,违约责任的方式、金额、比例等内容法律没有规定,需要股东在合资协议中予以明确,如果没有签订合资协议或股东协议,不按期缴纳出资的股东违约责任的追究很难落到实处。

2. 《公司法》第 30 条、93 条规定部分股东非货币出资不实的,公司设立时的其他股东应当承担连带责任。如果没有股东协议或者股东协议约定不明确,其他股东承担连带责任后向出资不实的股东行使追偿权的赔偿标准很难确定。

3. 《公司法》第 34 条规定股东可以不按照出资比例分取红利或认缴新增资本,但这项例外性规定也应以股东协议中作出约定为前提。

4. 部分股东不愿意以自己的名义持有公司股权,从而导致名义股东和实际出资人即隐名股东不一致的情形,因为公司章程和注册信息列示的都是名义股东,如果没有股东协议,其他股东可能不会承认隐名股东的股东地位,其作为股东的权益很难在股东会上得到实现。

5. 尽管公司法对公司各机构职权有明确规定,但在实际经营过程中有有限责任公司具有很强的人合性,没有股东协议的约束,很可能导致股东和公司人格混同的情况,最终损害公司或其他股东的利益。

6. 在股东之间存在争议时,股东诉诸诉讼或仲裁程序费时费力,争议长久得不到解决导致公司无法正常运转,股东之间缺少股东协议这一事先预防机制。

7. 为了促进企业发展,通常需要确定公司的中长期发展规划以及在实现规划目标过程中股东应承担的义务和责任,而这些内容只有规定在合资协议框架范围内。

8. 股东可以在股东协议中约定公司董事会成员及总经理人选的选任和安排,避免股东内部之间的矛盾以及股东对公司的控制。

【防范建议】

为防范合资法律风险,建议投资方在共同投资设立企业前采取如下风险防范措施:

1. 公司发起人或股东应事先确定合作框架、合作目标以及基本的合作方式,明确每位股东应对公司承担的责任。

2. 聘请专业律师事务所拟定合资协议或股东协议,以书面的形式约定合资各方及其出资份额、交付期限和方式、合作计划、经营管理安排、利润分配、亏损承担等合作事项,明确各方的权利和义务,尽量避免因意见分歧产生纠纷。

二、公司章程缺少个性化条款的法律风险

【典型案例】

凯莱公司成立于2002年1月,林某与戴某系该公司股东,各占50%的股份,戴某任公司法定代表人及执行董事,林某任公司总经理兼公司监事。凯莱公司章程明确规定:股东会的决议须经代表二分之一以上表决权的股东通过。股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。2006年起,林某与戴某两人之间的矛盾逐渐显现。同年5月9日,林某提议并通知召开股东会,由于戴某认为林某没有召集会议的权利,会议未能召开。同年6月6日、8月8日、9月16日、10月10日、10月17日,林某委托律师向凯莱公司和戴某发函称,因股东权益受到严重侵害,林某作为享有公司股东会二分之一表决权的股东,已按公司章程规定的程序表决并通过了解散凯莱公司的决议,要求戴某提供凯莱公司的财务账册等资料,并对凯莱公司进行清算。同年6月17日、9月7日、10月13日,戴某回函称,林某作出的股东会决议没有合法依据,戴某不同意解散公司,并要求林某交出公司财务资料。同年11月15日、25日,林某再次向凯莱公司和戴某发函,要求凯莱公司和戴某提供公司财务账册等供其查阅、分配公司收入、解散公司未果,遂起诉法院请求解散公司。

法院审理认为,凯莱公司的经营管理已发生严重困难。根据公司法第183条和公司法司法解释(二)第1条,判断公司的经营管理是否出现严重困难,应当从公司的股东会、董事会或执行董事及监事会或监事的运行现状进行综合分析。“公司经营管理发生严重困难”的侧重点在于公司管理方面存有严重内部障碍,如股东会机制失灵、无法就公司的经营管理进行决策等,

不应片面理解为公司资金缺乏、严重亏损等经营性困难。本案中,由于双方股权对等,公司章程又规定“股东会的决议须经代表二分之一以上表决权的股东通过”,且各方当事人一致认可该“二分之一以上”不包括本数,两名股东的意见长期存有分歧、互不配合,已经持续4年无法形成有效表决,股东会、执行董事、监事均无法正常履行职责,内部机制已无法正常运行,无法对公司的经营作出决策,即使尚未处于亏损状况,也不能改变该公司的经营管理已发生严重困难的事实,因此判决支持原告诉讼请求,解散公司。

【案例简析】

案例中两位股东的股权对等,双方势均力敌,由于家族因素、利益纠葛、经营理念差异等原因,很容易产生矛盾对立,由于公司章程缺少相应的矛盾化解机制,必然会导致公司僵局。所谓公司僵局,指公司在存续运行中由于股东、董事之间矛盾激化而处于僵持状况,导致股东会、董事会等公司机关不能按照法定程序作出决策,从而使公司陷入非正常运转状态。公司僵局产生的原因,在于公司的本质上属于资合性和人合性相结合的团体,资金的联合和股东间的信任是其两个不可或缺的信用基础。但是,在现实生活中,很多家族式企业往往人合因素大于资合因素,二者必然发生冲突,如果公司章程中没有相应机制化解矛盾,僵局将会持续下去导致公司运营困难甚至解散清算。因此,公司章程在保证公司正常运营过程中具有重要的作用。

但是,在公司注册登记实务中,政府机关为了提高行政效率,会制定并公布一些标准的示范文本供投资者使用。对于不具备专业知识的投资人而言,使用国家制定的公司章程示范格式可以避免出现自己拟定的条款不符合法律规定而遭拒的事情发生。但是,有些投资人过于依赖工商机关公布的示范文本,而注册机关为了降低自己的风险,往往会排斥甚至拒绝接受公司自己提供的公司章程文本,导致几乎所有注册的公司章程千篇一律,往往只是简单摘抄公司法条款,忽视了每家公司的特殊情况,失去其应有的作用。案例正是此类情况,由于忽视了股东持股比例相当的事实,没有对格式章程个性化,未能事先在章程条款中预防公司运营中可能出现的风险和纠纷,公司出现僵局后无法求助公司章程化解,致使公司无法运营只能申请强制清算。

【法律规定】

我国新修改的公司法一个突出的特点是尊重企业的经营自主权,删掉了很多强行性规定条款,公司开展经营活动中的很多诸多重要事项,如公司经营范围、法定代表人的任命、股东权利的限制、股东会决议的合法性、股东出资份额的确定、股东会会议召开和表决程序、董事会的产生、职权及议事规则、监事会的议事规则、股权转让程序、董事、监事、高级管理人员的义务和责任等都可以公司章程中作出约定,即使章程的规定和公司法规定相冲突也承认章程的优先效力,从而尽可能保证公司的私法自治,也为公司章程制定的个性化提供了法律依据。具体条款可以参见《公司法》第 11、12、13、16、20、22、28、30、39、41、42、43、44、45、46、48、50、53、55、70、75、83、93、100、104、105、112、119、123、147、148、149、152、165、169、180 条。

【法律风险】

结合《公司法》有关公司章程规定,股东设立公司不对本公司章程予以个性化,没有根据公司具体情况在公司章程中拟定各项制度,可能产生如下法律风险:

1. 公司对外投资和担保是对公司影响重大的现金流活动,上述活动的决定权限必须要在公司章程中作出明确规定,否则掌握公司控制权的一方任意进行对外投资或提供担保将不利于公司的稳定及发展。

2. 股东会是公司最高权力机构,因此股东的权力不会像董事会一样需要有明确的界限且接受股东会和监事的监督,如果公司章程没有预防性约定,股东很容易滥用权力损害公司、其他股东或者债权人利益,甚至导致股东和公司人格的混同。

3. 公司法明确股东会或董事会的会议召集程序、表决方式和决议内容违反公司章程规定,股东有权请求法院予以撤销,如何落实这项规定,需要在章程中对该等事项作出尽可能详尽的规定,否则,股东不能依据章程行使撤销权,公司或者小股东的利益会受到根据多数决原则作出的股东会或董事会决议的侵害。

4. 法律规定股东不履行出资义务需对其他股东或发起人承担违约责任,但是违约责任的承担应以公司章程中明确了违约责任金额和责任方式为基础,否则违约责任请求权无法真正得到实现。