

◆ 企业识别、评估、防范法律风险指南

向飞 陈友春◎著

企业法律风险评估

LEGAL RISK ASSESSMENT
FOR ENTERPRISE



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

企业法律风险评估

向飞 陈友春◎著

图书在版编目(CIP)数据

企业法律风险评估/ 向飞, 陈友春著. —北京: 法律出版社, 2006. 3
ISBN 7-5036-6207-7

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 016982 号

©法律出版社·中国

责任编辑/吴剑虹

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

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/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/22.5 字数/346千

版本/2006年4月第1版

印次/2006年4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

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6207-7/D·5924

定价:39.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

企业以营利为目的,而任何利润的获取,必然伴随风险。大体上可以说,利润越高,风险越大。聪明的商人当然会想办法既要获取利润,又要规避风险,同时他们会懂得,任何风险的规避总是要付出成本的,如同火灾的预防,防火材料是要出钱买的,灭火器也是要出钱买的。而在企业追求其自身利益最大化的活动中,法律风险有可能是最大的风险之一:君不见,有多少腰缠万贯、气壮如牛的企业大家为一场始料不及的诉讼而倾家荡产、一贫如洗;又有多少名声显赫、不可一世的商界英豪因一个不足为道的小小失误而身陷囹圄、追悔莫及。

企业的法律风险存在于企业经营的各个领域、各个环节,其可能造成的损失不可估量。有风险即有规避风险的方法,这个方法就是企业经营中法律成本的投入。但长期以来,中国商人与外国商人的重大区别之一,便在于对法律成本投入的不同态度。所以,咱中国老板在和外国老板谈判的时候,常常对外国老板动辄请出一大群律师、抱出一大摞合同文本、想象出一大堆将来完全有可能不会扯皮的问题反复纠缠而深感厌倦。中国企业舍得花大把的钱做产品广告或者一掷千金请客送礼,舍得在打官司的时候花大把的钱请最好的律师讨个说法或者出口怨气,但舍不得花较少的钱养几个自己的法律顾问或者请几个法律高手事前出出主意。外国人常说,企业的兴旺要靠两个人:一个是会计师,一个是律师。在咱中国,会计师有可能是企业老总的座上宾;而律师在没事的时候通常只能具有低级打工仔的地位。事实上,在没事的时候,老总看

律师的眼神,总带些瞧骗子或者瞧小偷的意味。而且多数老总也多半不会从无休止的应酬中抽出点时间学一点实用的法律。倒是有些极其聪明又极其执著的企业家,遇到官司,自认有理,非得打赢不可,于是刻苦钻研法律,不相信世界上有攻不破的城,几年下来,谈到法律,口若悬河,半癫半痴,官司没赢,厂房却早变成了一堆废墟。这样的法律成本又未免太大了些。

律师也有问题。企业家不相信律师,和一些律师不值得相信也有很大关系。在学校学了点死理论,知道些法律条文,便凭想象提供法律服务,既不知道企业运作的基本方法,也不了解企业法律风险在于何处,更不知道规避风险的必要技巧,便信口开河出馊主意,误了别人,也毁了自己。差的律师没业务,闲着无事,却宁肯荡来荡去,也不愿静下心来读几本用得着的书,所以就一直差下去;好的律师太忙,累得半死不活,没有时间和精力静下心来总结总结经验教训,官司赢了并不知道为什么赢,输了并不知道为什么输,天长日久,世事变迁,忽然有一天发现自己已经被淘汰了,便瞪着眼睛骂现在的年轻人不像话!

能够像向飞律师、陈友春律师一样坚持不懈地思考问题,总想把自己的知识提升到新的高度,这不是件容易做的事情。

建议企业家和律师都来读读这本关于企业法律风险分析的书。这本书内容很丰富,很实用,也很实在。相信我,读了有好处,真的。

是为序。

北京大学法学院 尹田
2006年1月

前 言

本书的写作想法产生于2004年年底,一次偶然的探讨,让我们意识到目前的法律服务实践很难解决两个问题:其一企业到底面临多大的法律风险,是否在企业的承担能力范围之内,这个问题正是企业经营者关心但又没有途径了解的问题;其二如何实现真正的法律风险事前防范,使法律风险的产生机制改变,而不仅仅是控制法律风险不发生损害。

该书通过建立一种综合的、整体性的衡量企业法律风险的方法和模式,结合在法律服务领域内的法律风险管理实践,试图从一种全新的角度看待和衡量企业法律风险。

简言之,法律风险对一个企业的影响主要由两方面决定:一是法律风险的大小,一是企业的法律风险承受能力。正如尼尔·A·多尔蒂(Neil A. Doherty)所说:“公司承受任何一种风险的能力是由其当时面临的其他风险所决定的。”因此要了解企业面临的法律风险究竟有多大,甚至单一法律风险对企业的真实影响力,都需要综合地、整体地了解企业法律风险状况。整体性的法律风险评估则成为必需。

在本书中我们介绍给读者的正是整体性理解、评估、管理法律风险的崭新概念。全书共分三编:

第一编企业法律风险理论。该编分为三章,第一章主要讲述了法律风险及法律风险评估在现今企业运营中的重要性;第二章从理论上阐释了法律风险的内涵、特征、分类等,有助于系统理解法律风险;第三章系统介绍了法律风险评估原理、法律风险评估流程及法律风险评估方法。

第二编企业法律风险表现。该编按照企业运营中经常遇到的法律问题具体讲述了各个领域的企业法律风险形式及其评估要点,其中穿插着企业法律风险的防范和化解实务方法。

第三编企业法律风险评估实务。该编着重介绍了企业法律风险评估的各种方法运用及法律风险对策。该编的法律风险对策仍然坚持以整体化的思路,即从整体上如何减少法律风险发生概率及如何降低法律风险的损害影响。

写作之初国内几乎难以看到“法律风险”(Legal Risk)的表述,资料收集颇为困难。所幸写作过程中,恰逢国资委法律风险研讨会召开,此后国内法律风险成为热门词汇,这更坚定了我们写作该书的决心。

在本书出版过程中,得到不少人的帮助,在此特别需要感谢法律出版社吴剑虹女士,在本书的写作和修改过程中提供了大量宝贵意见,感谢北京大学尹田教授在百忙之中抽空为本书题序,感谢泰和泰律师事务所程守太律师、陶洁律师以及其他事务所同仁给予的莫大帮助,感谢深圳市律师协会会长徐建律师在本书写作过程中给予的支持和鼓励。

本书出版之际,身为作者甚为惶恐,法律风险评估课题之大,并非本书能够详述,将数学原理及管理知识与法律相结合,既是有意义的尝试,又是巨大的挑战。然而,若能吸引更多人参与到企业法律风险评估和管理的研究和实践中来,我们已经甚感欣慰。限于作者水平,书中的错误和不妥之处在所难免,恳切希望读者提出宝贵意见。意见请直接发送至 legalrisk@126.com。

向飞 陈友春
2006年2月于深圳

写作分工

向飞:第一编

第二编第四章、第五章、第七章

第三编

陈友春:第二编第六章、第八章、第九章

第一编

企业法律风险理论

第一章 法商时代的法律风险认识 3

- 第一节 法律与商业 4
- 第二节 商业经营与法律风险 6
- 第三节 法律在企业中的作用 8
- 第四节 中国企业法律风险现状 10
- 第五节 法律风险意识和评估 13

第二章 法律风险概述 16

- 第一节 法律风险的概念 16
- 第二节 法律风险的成因 21
- 第三节 法律风险的分类 32
- 第四节 法律风险与法律危机 39
- 第五节 法律风险与诉讼 45
- 第六节 法律风险的特殊性 50
- 第七节 法律风险的影响 53

第三章 法律风险评估概述 55

- 第一节 风险管理发展与法律风险评估 56
- 第二节 法律风险评估与律师 58
- 第三节 法律风险评估流程 63
- 第四节 法律风险形成评估因素 71
- 第五节 法律风险自身评估因素 76
- 第六节 法律风险评估方法 81

第二编

企业法律风险表现

第四章 企业设立中的法律风险 95

- 第一节 企业法律形态选择及法律风险 96
- 第二节 企业设置法律文件及法律风险 108
- 第三节 企业权益分配及法律风险 121

第五章 交易法律风险 135

- 第一节 合同签订过程的法律风险 136
- 第二节 交易主体法律风险 144
- 第三节 合同条款的法律风险 153
- 第四节 合同履行过程法律风险 162
- 第五节 合同救济的法律风险 166

第六章 企业并购法律风险 172

- 第一节 企业并购及法律风险概述 173
- 第二节 企业兼并的法律规划 176
- 第三节 企业并购的法律风险评估要点 180
- 第四节 企业并购中的法律风险避让 186

第七章 知识产权法律风险 191

- 第一节 知识产权法律风险概述 191
- 第二节 企业专利法律风险 197
- 第三节 企业商标法律风险 211
- 第四节 企业商业秘密法律风险 220

第八章 人力资源管理法律风险 230

- 第一节 劳动合同及法律风险 231
- 第二节 劳动者社会保障及法律风险 247
- 第三节 劳动争议解决及法律风险 252

第九章 企业税收法律风险 262

- 第一节 纳税筹划法律风险概述 263
- 第二节 纳税筹划基本思路及法律风险 269
- 第三节 常见纳税筹划技巧及法律风险 273
- 第四节 纳税筹划相关的管理及法律风险 281
- 第五节 纳税人权益保护及法律风险 286

第三编

企业法律风险评估实务

第十章 企业法律风险评估实务操作 293

- 第一节 法律风险识别实务 294
- 第二节 企业法律风险定性分析 302
- 第三节 企业法律风险定量分析 312
- 第四节 企业法律风险关联性分析 320

第十一章 法律风险对策 328

- 第一节 法律风险解决方法 329
- 第二节 法律风险对策的实施 336
- 第三节 法律风险评估的局限性 339
- 第四节 法律风险评估报告 343

结语 350

第一编
企业法律风险理论

1

Part One



第一章

法商时代的法律风险认识

现代企业的一个重要标志就是企业内部管理规范化、制度化。作为一名成功的企业家(或企业管理者),并不是事无巨细地亲自组织和指挥企业的一切工作,而主要的是保证企业经营管理步入正常轨道,由规范化、制度化的东西加以引导和约束。由此,企业管理制度的健全与否,对于一个企业的成败具有至关重要的影响。而法律风险伴随着企业经营管理的全过程,在这个法律与商业充分结合的时代,法律运用得当将为企业带来更多的商业机会,法律上的失策将可能给企业带来致命的打击。

在经济全球化的背景下,由于市场竞争最终将达到一种均衡状态,期望通过涉足暴利行业或者从事某些具有冒险性的商业活动获取高额利润,不再具有普遍意义。大多数企业只能赚取合理的平均利润,因此,企业更多应该考虑如何避免风险,将自己获取的平均利润安全地保有。

然而法律的复杂性又不是每一个经营者都能够掌握的,如何了解企业内部的法律风险成为这个时代企业、律师必须面对的事务。我们大多的律师每天的工作就是在解决各种各样的法律风险,遗憾的是直到现在还没有一本系统的、整体性研究企业法律风险的著作。风险解决个体化是目前法律服务的特点,这个特点无疑在某种程度上增加了企业成本。在以下的内容我们将努力为你揭示一个全新的法律风险视角,首先我们从法律和商业的关系谈起。

第一节 法律与商业

现在是一个法商结合的时代,商业脱离不了法律的规范及应用,法律也在每时每刻地影响着商业。每一个理性的企业都会在法律的框架下寻求自己利益的最大化。

市场经济意味着资源的配置和产品的流通靠市场来调节,用法学的语言来讲就是靠契约来调节。19世纪末有一位美国律师曾这样描述当时美国的法律:“一切的权利,一切的义务,一切的责任,都是由契约产生的。”这句话虽然有些过火,但是表现了法商时代的到来。法律与商业的关系更为紧密,表现在以下几个方面:

第一,商业活动必须在合法的前提下进行。企业依法经营管理,是社会主义市场经济体制的必然要求。在市场经济体制下,政府与企业的关系,企业与企业的关系,企业内部的各种关系,都应该通过相应的法律来调整和规范。政府对企业的管理,应该从过去的以行政手段为主过渡到以经济手段和法律手段为主。企业与企业是平等主体之间的关系,只能依靠合同法、担保法、票据法等民事商事方面的法律来调整和规范。企业内部各种关系,包括企业与职工的关系,必须按照劳动法、会计法、产品质量法等法律来调整和规范。可以说,企业经营管理须臾离不开法律的调整和规范。

第二,法律是保障企业经营活动的利器。法者度也,只有靠法律的力量才能制衡作为权力主体的国家(政府)的干预与作为权利主体的市场参加者(生产者、经营者)的行为之间的关系,使之均不失度、越轨,才能抵制各种不利因素对市场经济发展的破坏。而且法律的规范性作用在于使社会“摆脱单纯的偶然性或任意性”的支配,以有效地防止政府权力的滥用和国家计划的随意性,保障市场机制的自主、独立和稳定。从而保障企业能够自主经营,为企业创造规范、公平、和谐的市场环境,保障企业的合法权益。

第三,企业参与国际竞争,更应当注重法律。随着中国加入WTO,中国企业已被置于同国外企业同一市场规则的法律环境中。企业不管是在国内还是在海外经营,不论在技术和管理上与国外企业存在多大差距,都必须按照同样

的游戏规则开展竞争。因此,要缩小与国外知名企业的差距,我国的企业就必须尽快具备与竞争伙伴同等的法律运用力量。企业依法经营管理,是我国加入世贸组织的重要保障。世贸组织在过去 50 多年的发展中,已经形成了一套为世贸组织成员共同接受的多边经贸协定和协议。这些协定和协议几乎涉及国际贸易法的所有领域。作为国际经济贸易的基本规范,世贸组织规则是世贸组织成员之间开展国际经贸合作与竞争的基本“游戏规则”。加入世贸组织后,我们还要接受世贸组织一整套贸易政策审议机制的审议。这就要求广大企业更自觉、更严格地遵守世贸组织规则,进一步做到依法经营管理。只有如此,才能使我国更好地与国际通行的经贸规则接轨。

法律与商业的关系,表现在法律对商业经营的调整,主要包括调整商业实体和调整商业交易。中世纪的商人为了自己长久的商业利益,创造了商法规则,对于商人而言规则是非常重要的,只有有序的社会才能让企业行为有施展空间。在这个崇拜成功、褒扬奋斗精神的商业年代,我们的企业更应该学会运用法律规则。

有这样一个故事:一个犹太人带着一头牛和一只鸡去集市,在途中遇到洪水,在他就要被淹死的时候,他祷告说:“如果上帝能够救我,我就把卖牛的钱捐给教堂。”上帝听到后就把他救了起来。犹太人平安后内心不想再把卖牛的钱捐出来,但是自己作出了承诺必须履行。聪明的犹太人到了集市上把牛以鸡的价格卖掉,同时有一个条件对方必须以一头牛的价格买他的鸡,之后把卖牛的钱捐给了教堂。聪明的犹太人既遵守了自己的承诺,同时又利用规则中的“漏洞”使自己的“损失”减到最小。

重视法律规则,企业必须思考如何利用好法律人才作为法律参谋、法律保障、法律培训、法律监督的作用。经济学中著名的“木桶理论”认为,决定木桶能盛多少水不在于最长的一块木板,而在于最短的那一块。不难想象,如果我国企业对企业法律风险评估和管理的重要性认识不足,那极可能成为企业“最短的桶板之一”,无疑是升华企业管理水准的一项隐蔽性障碍。

第二节 商业经营与法律风险

商业经营风险是每个企业经营者无时无刻不在思索的,然而企业法律风险却很少有经营者认真考虑。我们身边有不少的企业因为一场诉讼,或者一次经营决策违法而从竞争市场中消失。企业经营者在感慨他们“运气”不好时,是不是也应该思考一下自己如何才能“运气”一直好下去?

公司的运营与风险是一对并蒂莲。法律风险等于商业风险,其带来的结果都是商业性的,要么导致企业花费增加,要么失去商机或商业优势。在法制社会之下,法律已成为企业经营者应重视之一环,企业经营者,如果仍昧于旧时代的想法,轻视法律风险的存在,企业之未来将充满危机。公司发展的初期法律风险一般处于次要的地位。公司走过发展的萌芽期,进入快速成长阶段,法律风险则与日俱增,防范和解决法律风险便成为重要的工作。很多企业在高速发展过程中,经营者努力思考着和避免着各种商业经营风险,但是却对经营过程中日益增加的法律风险缺少关注。这当然有经营者自身对法律认识的欠缺,但更多的是经营者对法律的偏见。一些经营者认为企业发展有不规范、不合法的操作是理所当然的,甚至一些经营者将违反法律规定看做是经营获利的机会。一旦法律风险转化为实实在在的法律障碍、法律危机的时候,企业将为此付出沉重的代价。一个企业存在法律风险并不可怕,可怕的是企业存在潜在法律风险而不自知。企业经营者最大的误区就是认为只有打官司才是法律问题,或者只有在企业无法正常运转时,才考虑法律关系该如何理顺。然而,这种时候往往已经丧失了最好的处理方法,只能是一种阵痛性的法律修复,或者是法律意义的死亡宣判。

我们都知道《扁鹊见蔡恒公》的故事,扁鹊第一次见蔡恒公说:病菌在皮肤里,不治将加深病情。蔡恒公不以为然。第二次,扁鹊说:病菌在肉里,汤药可以治。蔡恒公认为他危言耸听。第三次,扁鹊说:病菌在五脏六腑,针灸可以治。蔡恒公仍然不理睬。第四次,扁鹊转身就跑,蔡恒公问他为何,他说:病菌深入骨髓,无药可救。我们一大批瞬间死亡的企业就是在法律风险没有发作的时候不以为然,在法律风险发作时就已经无药可救了。每次看到这样的新