

平乱电子资源交易平台docsriver.com入驻商家巨力法律书

律政通<sup>®</sup>企业法律风险管理丛书

# 企业法律风险 管理导论

高志宏 党存红 · 著



绘制企业法律风险“全景图”

编制企业法律风险“管理网”

构筑企业法律风险“防火墙”



东南大学出版社  
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS


律政通® 企业法律风险管理丛书

# 企业法律风险管理导论

高志宏 党存红 著



D922.291.914  
195

 东南大学出版社  
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS  
· 南京 ·



北航

C1725087

图书在版编目(CIP)数据

企业法律风险管理导论 / 高志宏, 党存红著. —南京:  
东南大学出版社, 2014. 4

(律政通®企业法律风险管理丛书)

ISBN 978-7-5641-4769-3

I. ①企… II. ①高…②党… III. ①企业-研究  
-中国 IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 038237 号

企业法律风险管理导论

---

出版发行 东南大学出版社  
出版人 江建中  
社址 南京市四牌楼2号(邮编:210096)  
网址 <http://www.seupress.com>  
责任编辑 孙松茜(E-mail:ssq19972002@aliyun.com)  
经 销 全国各地新华书店  
印 刷 南京玉河印刷厂  
开 本 700mm×1000mm 1/16  
印 张 12.5  
字 数 252千字  
版 次 2014年1月第1版  
印 次 2014年1月第1次印刷  
书 号 ISBN 978-7-5641-4769-3  
定 价 39.80元

---

(本社图书若有印装质量问题,请直接与营销部联系。电话:025-83791830)

◇ 小故事,大道理

青蛙的最后一跃

很不幸,有三只青蛙同时掉到了一个牛奶桶里。

第一只青蛙在桶里游了一圈,发现根本没有出路,就放松四肢,等待死亡。

第二只青蛙在桶里游了两圈,发现找不到出路,在桶里呱呱大叫,希望有人来救援。

第三只青蛙在桶里游了三圈,发现没有出路,它潜入桶底,发现也没有出路,但是它发现桶是倾斜的,于是在较低的那一面拼命地跳跃。

跳了又跳,跳了再跳,终于踩到了一小块凝结的乳酪,再拼命最后一跃,成功地跳出了牛奶桶。

前两只青蛙一直到死,都想不通第三只青蛙是怎么跳出去的。

同样,我们的企业有时也会面临风险甚至陷入困境。此时,我们一定要沉住气,冷静分析各方面的影响因素,学会在各种不利条件中发现机会、创造机会、抓住机会,找到对自己有利的一面并锲而不舍地尝试突围的方法,坚持到最后,实现“最后一跃”。



凡事豫则立,不豫则废。言前定则不跲,事前定则不困,行前定则不疚,道前定则不穷。

——《礼记·中庸》



## 序

改革开放的三十余年,是中国产业国际竞争力大幅提升的三十余年,也是中国社会主义市场经济法治逐步完善的三十余年。以法律制度为核心的制度建设是支撑改革开放三十余年的关键之一,执法和司法环境大大改善。

法律对企业到底意味着什么?究竟能为企业带来什么?在社会转型时期,也许有企业因为“制度缺失”而发展壮大,也许有“冒险家”因为“制度漏洞”而成为亿万富翁。诚然,在相当长的一个时期,因法制不健全、外部干扰严重、游戏规则不平等,企业和企业家为争取生存发展空间,不得不“打擦边球”、钻法律空子。

市场经济是规则经济,规则经济就是法治经济。在法商时代,企业的任何行为都需要经受法律的评判,法律是企业经营活动的行为准则,企业的发展壮大具有举足轻重的意义。从本质上而言,法律即是管理制度,是最为基本的管理制度。企业作为市场主体,必须了解市场规则、运用市场规则、自觉遵守市场规则,否则就要付出代价甚至被逐出市场。

在经济全球化的背景下,企业可以在更大的范围和更广的领域合理配置资源,但市场竞争也将更加充分和空前激烈。我国加入WTO后,国内外市场正在逐步走向融合,市场竞争规则越来越规范和透明。由于法律规范的变化、社会主体法律水平的提高以及经济活动内容的变化,国内企业面临的市场竞争环境变得更为复杂,在国内和国际市场上面临的法律风险日益增多。

合规合法经营是企业必由之路。如果说,20世纪是质量管理的时代,那么,21世纪必将是风险管理的时代。如今我国入世已十余年,市场化、国际化和规则化特征更加凸显,企业运营规律亦随之发生了重大变化,企业管理的内涵和外延也发生了质的飞跃:法律和规则成为管理的前提和基础。无论是民营企业还是国有企业都应当在统一的标准和尺度——法律和规则内运营,以营销为核心的商业风险管理将向以法律风险管理为核心的企业管理转变。法律风险管理已成为企业风险管理的重要内容,已成为全球企业管理制度的整体趋势。

与其他风险相比,法律风险具有更强的可预知性和可控制性。然而,在企业风险管理水平整体大幅提升的前提下,法律风险管理却成了我国企业风险管理“木桶”中的“短板”。与国外优秀企业相比,我国企业面临着更多更大的法律风险。英国路伟国际律师事务所发布的《中国企业100强法律风险报告》和北京大学金融法研究中心公布的《中国上市公司法律风险评估报告》都显示,中国企业全面法律风

险管理措施与其所面临的法律风险环境不相符,中国企业全面法律风险管理水平亟待提高。

2012年2月1日,国家标准化管理委员会《企业法律风险管理指南》(下简称《指南》)发布实施。《指南》是企业法律工作领域第一个国家标准,《指南》是在《风险管理原则与实施指南》(GB/T 24353—2009)的框架下,结合国内外的有关研究,制定的一套企业法律风险管理的规范性指南,包括企业法律风险管理的步骤以及识别、分析、评价和应对法律风险的方法和工具。它明确了企业风险管理不仅要确认法律风险环境信息,还要进行法律风险评估、法律风险应对并进行监督和检查。这一标准适用于各种类型和规模的企业,可指导企业在其整个生命周期和所有经营环节中开展法律风险管理活动。《指南》开启了我国企业法律风险管理的新纪元。《指南》是目前世界上唯一的国家级法律风险管理标准,是我国在企业法律风险管理领域的一项创新,也填补了企业法律风险管理国家标准的世界空白,是我国唯一一个通过自主创新取得的领先世界的管理标准。《指南》的发布实施,对于帮助广大中国企业建立健全企业法律风险管理体系,有效管理法律风险有着指导性的意义。《指南》的标准术语定义,有利于企业迅速统一内外部思想认识;《指南》的标准管理框架结构,为企业提供了强有力的法律风险管理工具,有利于企业建立完善的法律风险管理体系,有利于外部监管机构和政府部门对企业的法律风险管理工作进行考核和评价。《指南》更深层次的意义在于,在时机成熟时可向国际标准化组织提出法律风险管理国际标准提案,从而能够对形成企业法律风险管理的国际标准作出实质性贡献。

我们永远不可能消除风险,因为我们消除风险的每一决策本身即蕴涵着风险。企业风险是客观存在的,但在风险面前企业并不是束手无策,被动防御,而是可以有所作为。我们能够做到的就是建立有效的风险管理机制,将风险控制在一个合理的水平。本书以《指南》和国内外企业法律风险管理实践为研究对象,系统分析了企业法律风险管理的背景、特性、历程、要素等问题,以期对我国企业法律风险管理和企业百年基业长青有所裨益。由于我国企业法律风险管理研究还处于摸索阶段,企业法律风险管理实践还不成熟,本书仅起到抛砖引玉之作用,还存在很多不足甚至谬误,恳请读者提出批评指正。

是为序。

高志宏

2014年元月14日于南大和园

## 目 录

第一章 中国社会转型与企业风险管理升级 .....	1
1.1 当今时代的三大特征 .....	2
1.2 中国社会转型及其法治意蕴 .....	7
1.3 企业风险管理重心的转变 .....	14
第二章 企业法律风险的可控性 .....	19
2.1 企业法律风险界定 .....	20
2.2 企业法律风险的特征 .....	26
2.3 企业法律风险的主要表现 .....	30
2.4 企业法律风险的成因 .....	37
2.5 企业法律风险的后果 .....	39
2.6 企业法律风险管理的必要性与可行性 .....	40
第三章 法律风险管理的起源与发展 .....	45
3.1 风险管理的产生 .....	46
3.2 风险管理及相关概念 .....	47
3.3 发达国家法律风险管理经验 .....	51
3.4 中国企业风险管理实践 .....	51
3.5 中国企业法律风险管理经验 .....	55
第四章 企业法律风险管理主要规范 .....	63
4.1 国外企业风险管理规范 .....	64
4.2 国内企业风险管理规范 .....	69
4.3 《企业法律风险管理指南》 .....	73
第五章 企业法律风险管理的理念 .....	79
5.1 企业法律风险管理基本理念 .....	80
5.2 企业法律风险防范机制 .....	85
5.3 企业法律风险体检 .....	91
第六章 企业法律风险管理目标与原则 .....	95
6.1 企业法律风险管理目标 .....	96
6.2 企业法律风险管理原则 .....	96
6.3 企业法律风险管理难点 .....	100
第七章 企业法律风险管理过程(上) .....	101
7.1 概述 .....	102

7.2	明确法律风险环境信息 .....	103
7.3	法律风险评估 .....	106
7.4	法律风险应对 .....	116
<b>第八章</b>	<b>企业法律风险管理过程(下) .....</b>	<b>121</b>
8.1	监督和检查 .....	122
8.2	反馈与修正 .....	123
8.3	沟通和记录 .....	124
8.4	法律风险评估报告 .....	124
8.5	法律风险排查 .....	126
<b>第九章</b>	<b>法律风险管理的方法与工具 .....</b>	<b>131</b>
9.1	风险管理常用技术方法 .....	132
9.2	风险管理术语与技术 .....	134
9.3	法律风险点管理法 .....	136
9.4	预案管理法 .....	145
<b>第十章</b>	<b>企业法律风险管理的实施 .....</b>	<b>153</b>
10.1	法律风险管理方针 .....	154
10.2	法律风险管理计划 .....	155
10.3	法律风险管理组织 .....	157
10.4	法律风险管理的资源配置 .....	161
10.5	法律风险管理的实施机制 .....	161
10.6	法律风险管理策略 .....	162
<b>第十一章</b>	<b>企业法律风险管理制度与文化 .....</b>	<b>165</b>
11.1	企业法律风险管理能力 .....	166
11.2	企业法律风险管理制度 .....	171
11.3	企业法律风险管理文化 .....	177
<b>第十二章</b>	<b>中国企业风险管理模式重构 .....</b>	<b>179</b>
12.1	中国企业法律风险管理困境及其根源 .....	180
12.2	中国传统的法律顾问模式 .....	182
12.3	中国企业法律风险管理滞后 .....	185
12.4	企业法律风险管理发展趋势 .....	187
12.5	中国企业法律风险管理创新 .....	188
<b>后 记</b>	<b>.....</b>	<b>191</b>

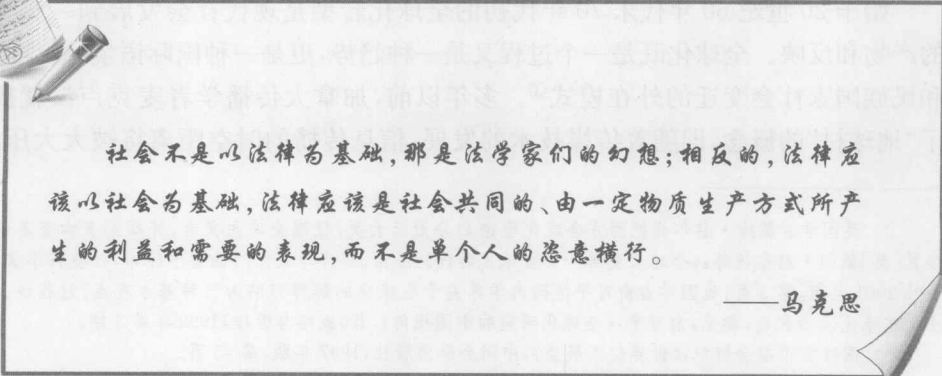
## 第一章 中国社会转型与企业风险管理升级

### ◇小故事，大道理

#### 毛毛虫实验

法国科学家法柏曾做过一个著名的毛毛虫实验。他把若干个毛毛虫放在一个花盆的边缘上，首尾相连，围成一圈，并在花盆周围不到6英尺的地方撒了一些毛毛虫最爱吃的松针。毛毛虫开始一个跟着一个，绕着花盆一圈又一圈地走，一个小时过去了，一天过去了，又一天过去了，毛毛虫还是不停地围绕着花盆在转圈，一连走了七天七夜，它们终于因饥饿和精疲力竭而死去。

毛毛虫的悲剧在于盲从。其实，只要有一只毛毛虫能越雷池一步，打破固有的习惯及随从的习性，就会逃脱死亡的陷阱。对企业而言，又何尝不是如此。盲目跟随别人或随大流而不去创新、不思变革，就会死亡。



社会不是以法律为基础，那是法学家们的幻想；相反的，法律应该以社会为基础，法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个人的恣意横行。

——马克思





## 1.1 当今时代的三大特征

当今时代最显著的特征是什么？由于每个人的成长环境、生活经历、受教育程度以及角度立场不同，其答案可能不尽一致。

有人认为，这是一个信仰缺失的时代，有人认为这是一个金钱至上的时代，有人认为这是一个疯狂造假的时代，有人认为这是一个以官为尊的时代，有人认为这是一个浮躁浮夸的时代，有人认为这是一个相互仇视鄙视的时代，有人认为这是一个没有诚信的时代，有人认为这是一个潜规则丛生的时代。

其实，我们所处的时代是一个多元化时代，不能仅用一个特征来表达，任何一个特征都不能完整地描述这个时代。从人类发展的整体结构看，全球化、信息化和法治化是当今时代最显著的特征。

### 1.1.1 全球化

自从1985年美国经济学家提奥多尔·莱维特发表《市场全球化》一文之后，“全球化”概念被越来越多的人频繁使用，甚至已经滥化。无论是“过程论”者，还是“资本主义扩张论”者，抑或是“西化论”者<sup>①</sup>，都认为全球化是一个现实的、深刻的变革过程。

“全球化”(Globalization)，首先是一种概念，是一种人类社会发展的现象过程。目前对“全球化”有诸多定义，通常意义上的全球化是指全球联系的不断增强以及全球意识的崛起所导致的人类社会生活在全球规模的基础上不断发展国与国之间在政治、经济贸易上互相依存。国际货币基金组织在其发表的一份报告中称：“全球化是指跨国商品与服务交易及国际资本流动规模和形式的增加，以及技术的广泛迅速传播使世界各国经济的相互依赖性增强。”<sup>②</sup>

始于20世纪60年代末70年代初的全球化转型是现代社会发展到一定程度的产物和反映。全球化既是一个过程又是一种趋势，更是一种国际语境、思维方式和民族国家社会变迁的外在模式<sup>③</sup>。多年以前，加拿大传播学者麦克卢汉就提出了“地球村”的概念，即随着传媒技术的发展，信息传播的时空距离将被大大压缩，

<sup>①</sup> 英国学者戴维·赫尔德把西方全球化理论划分为三大类：极端全球主义者、怀疑论者和变革论者，参见[英]戴维·赫尔德等：《全球大变革——全球化时代的政治、经济与文化》，杨雪冬等译，社会科学文献出版社2001年版，第3页；我国学者俞可平把国内学界关于全球化的解释归纳为三种基本观点：过程论、资本主义扩张论及西化论，参见：俞可平：《全球化研究的中国视角》，载《战略与管理》1999年第3期。

<sup>②</sup> 国际货币基金组织：《世界经济展望》，中国金融出版社，1997年版，第45页。

<sup>③</sup> 戚攻：《中国社会转型的全球化、本土化、制度化》，载《学术论坛》2003年第5期。



地球变得越来越“小”，人们生活在地球上就像生活在一个村落里。目前全球化进程正是麦克卢汉预言的现实写照。

对于全球化的利弊，见仁见智。虽然国家的边界还远没有达到要消失的地步，但不可否认，我们正处在全球化进程中，其越来越影响经济、政治、文化等社会发展的方方面面。全球化是当代世界经济的重要特征之一，也是世界发展的重要趋势。

全球化作为世界各国、各民族、各地区之间联系日益密切的必然历史进程，虽然是一个多维概念，但其基础与核心还是经济全球化。在全球化时期，包括资金、技术、资源、劳动力、市场、服务、管理等在内的诸生产要素超越民族国家的界限，在全世界范围内自由流动和有效配置，世界经济活动的相互依赖性日益增强。

经济全球化是市场经济发展到一定阶段的必然产物，也是市场规律的本质要求。经济全球化，有利于资源和生产要素在全球的合理配置，有利于资本和 product 在全球性流动，有利于科技全球性的扩张，有利于促进不发达地区经济的发展，是人类发展进步的表现，是世界经济发展的必然结果。但它对每个国家来说，都是一柄双刃剑，既是机遇，也是挑战。特别是对经济实力薄弱和科学技术比较落后的发展中国家，面对全球性的激烈竞争，所遇到的风险、挑战将更加严峻。

对于企业而言，全球化既意味着机遇的增加，也意味着风险的增多。风险具有扩展性，世界任何一个角落的风险都有可能瞬间传遍全球，产生连锁反应。企业的跨国活动，更是大大增加了企业风险管理的难度。

### 1.1.2 信息化

回顾人类发展历史，人类曾经历过四次重大技术革命，分别对应工业革命时代，蒸汽机和铁路时代，电力、钢铁和重型机械制造时代，汽车和大规模生产时代。目前是正在经历第五次技术革命，即以信息通信技术为标志的知识经济时代<sup>①</sup>。信息化是我们当前所处时代的显著特征。

<sup>①</sup> 有学者认为，第六次科技革命正向我们走来。一些重要科技领域已显现出革命性突破的先兆，新技术革命和产业革命初现端倪，世界正处于新一轮科技革命的“拂晓”。从科学角度看，可能是一次“新生物学革命”；从技术角度看，可能是一次“创生和再生革命”；从产业角度看，可能是一次“仿生和再生革命”；从文明角度看，可能是一次“再生和永生革命”。参见：中国科学院院长白春礼在2011年9月21日举行的第十三届中国科协年会上所作的题为《新科技革命的拂晓》的报告。<http://business.sohu.com/20111102/n324274552.shtml>。访问日期：2012年3月12日。

表 1-1 人类社会技术革命阶段表

名称	内容	影响
第一次科技革命 (18 世纪 60 年代)	以珍妮机的发明和使用为标志,以棉纺织业为开始部门,以 1840 年前后大机器生产成为工业生产的主要方式为完成标志	又称工业革命,大机器生产成为工业生产的主要方式,创造了巨大生产力,使社会面貌发生了翻天覆地的变化,资本主义最终战胜了封建主义。率先完成工业革命的西方资本主义国家逐步确立起对世界的统治,世界形成了西方先进、东方落后的局面
第二次科技革命 (19 世纪 70 年代)	资本积累和对殖民的肆意掠夺积累了大量资金,自然科学取得突破性进展,世界市场的出现和资本主义世界体系的形成,进一步扩大了对商品的需求	被称为第二次工业革命,资本主义制度在世界范围内确立
第三次科技革命 (20 世纪四五十年代)	直接推动力是二战及战后各国对高科技迫切的需要	二战后,资本主义推行福利制度与国家垄断资本主义,政局稳定,促进了 20 世纪初科学理论的重大突破和一定的物质、技术基础的形成
第四次科技革命 (20 世纪后期)	以系统科学的兴起到系统生物科学的形成为标志,系统科学、计算机科学、纳米科学与生命科学的理论与技术整合,形成系统生物科学与技术体系,包括系统生物学与合成生物学、系统遗传学与系统生物工程、系统医学与系统生物技术等学科体系,导致转化医学、生物产业的产业革命。发展新能源被看成是第四次科技革命的核心任务	以生物技术为重点的第四次科技革命,已经实现或者即将实现:塑料将不以石油为原料而完全以玉米替代;建筑材料将由亚麻等纤维类作物替代;石油的枯竭也不再可怕,因为用秸秆完全可以替代;2050 年人类的寿命有可能达到 120 岁;5 亿亩的不毛之地、盐碱地将会成为植物的生长乐园
第五次科技革命 (当今)	以电子和信息技术的普及应用为开端,以互联网技术的普及和移动互联网的发展为最新动向	全球正处于半个世纪以来的又一次重大技术周期之中,不久的将来,移动宽带会覆盖到所有人群,而现在正处于从导入期到拓展期的转折点。从固定电话到移动通信再到物联网,人与人之间的联系更加紧密便捷

“信息化”(Informationalization)这一概念首先由日本学者梅棹忠夫在 20 世纪 60 年代所提出。西方社会普遍使用“信息社会”和“信息化”的概念是 70 年代后期才开始的。

我国于 1997 年召开的首届全国信息化工作会议,对信息化和国家信息化定义为:“信息化是指培育、发展以智能化工具为代表的新的生产力并使之造福于社会的历史过程。国家信息化就是在国家统一规划和组织下,在农业、工业、科学技术、国防及社会生活各个方面应用现代信息技术,深入开发广泛利用信息资源,加速实现国家现代化进程。”

根据 2006—2020 年国家信息化发展战略,信息化是充分利用信息技术,开发利用信息资源,促进信息交流和知识共享,提高经济增长质量,推动经济社会发展



转型的历史进程。实现信息化就要构筑和完善七要素(开发利用信息资源,建设国家信息网络,推进信息技术应用,发展信息技术和产业,培育信息化人才,制定、完善信息化政策和信息安全)的国家信息化体系。

对企业而言,信息化要求实现产品信息化、管理信息化、服务信息化;对国家而言,信息化要求实现产业信息化、政务管理信息化、行政内部管理信息化;对社会而言,要实现生活信息化。产品信息化是产业信息化的基础,也是整个国民经济和社会生活信息化的基础。其包含两层意义:一是产品所含各类信息比重日益增大、物质比重日益降低,产品日益由物质产品的特征向信息产品的特征迈进;二是越来越多的产品中嵌入了智能化元器件,使产品具有越来越强的信息处理功能。

信息技术的兴起为提升企业竞争力提供了重要契机,同时也大大增加了企业风险尤其是法律风险。原来在小范围内传播的企业风险可能会由于信息技术的发展而迅速扩散,从而加大控制难度以及加重风险后果,甚至给企业带来危机。

然而,信息技术的传播对企业管理提出了更高的要求,亦为企业管理创新提供了可能。随着企业业务模式不断转变、组织规模不断扩大、市场环境不断变化,企业信息管理也逐步从总部向基层、从局部向整体、从简单向复合进行演变,逐步由窄至宽、由浅至深、由简至繁发生演变。我国企业信息化建设已经不断优化、升级、扩展和升迁,这一成长路径与信息化的时代要求密不可分,也与世界发展趋势相吻合。

对于企业法律风险管理而言,管理理念、管理模式和管理手段的信息化是信息时代企业风险管理的迫切需求,也是提升企业竞争力的必然选择。企业法律风险管理信息化的目的在于提高法律风险管理效率,降低法律风险管理成本,提高企业竞争优势。企业法律风险信息化管理以计算机技术、网络技术、数据库技术、通讯技术等现代信息技术为依托手段,实现法律风险信息的收集、存储、处理、更新、维护等管理活动信息化。

企业法律风险管理信息化涉及企业的设计、生产、经营、管理等职能部门,是一个循序渐进的系统过程,更是一个观念创新、机制创新和工具创新的过程。实施和实现企业法律风险管理信息化需要制定企业法律风险管理信息化战略,需要实施企业法律风险信息化管理机制,更需要研发和使用法律风险管理工具。

### 1.1.3 法治化

法治文明是现代文明的重要组成部分,也是人类社会发展到一定阶段的必然历史图景。所谓“法治化”,是指以市场经济、商品社会为基础,以行为的规范化和民主的制度化为主要内容,以国家和社会治理方式由人治和专治向法治的转变为核心,以法治社会的形成为目标指向的社会变迁过程。



法治是西方发达国家留给全人类的文明遗产。早在两千多年前的古希腊,就发生了一场关于“人治”与“法治”的著名争论。柏拉图倡导人治,主张贤人政治;柏拉图的学生亚里士多德则厌恶人治,极力主张法治,并对“法治”做了经典论述:“法治应包含两重含义:已经成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”<sup>①</sup>亚里士多德的法治思想成为西方法治社会的理论渊源。在西方资产阶级革命时期,涌现出一大批著名的启蒙思想家,如洛克、孟德斯鸠、卢梭、霍布斯、杰弗逊等等,这些思想家不仅继承并发展了古代法治理论,而且把这些法治理论付诸革命运动和治国实践,极大地促进了西方法治社会的进程。

在我国春秋战国时期,也有过“法治”与“人治”(不同于“专制”,是“贤人之治”)。儒家的代表人物孔孟主张“人治”、法家的代表人物韩非子主张“法治”。倡导法家思想的秦国逐步壮大,最终统一了中国,直到西汉董仲舒“罢黜百家,独尊儒术”后,儒家(该思想已并非春秋战国时期儒家思想的原貌,而是糅合了道家、法家、阴阳五行家的一些思想)思想才成为两千多年来中国传统文化的正统和主流思想。

我们曾经错误地把法治当作资本主义的专利和糟粕加以排斥,使民主法治遭到严重破坏。事实证明,社会的健康发展,离不开法治保障。以党的十一届三中全会为标志,中国社会主义开始迈入法治化轨道,法律成为治理国家与社会的主要手段。尤其是随着以市场为取向的社会主义经济体制改革的深化,法治经济、法治政治、法治文化、法治社会逐渐生成,党的十五大明确提出了“依法治国,建设社会主义法治国家”的宏伟目标,社会主义法治化趋势不可逆转。

“人类社会发展的过程,从某种意义上说,就是一个由传统的非法治社会向近代法治社会转化的过程。”<sup>②</sup>法治化的过程是专制制度逐步被民主制度取代的过程,是国家公权渐受限制、公民私权渐次扩大的过程,是个人权威崇拜逐步被法律权威取代的过程。法治化的最终目标是形成法治国家和法治社会,即包括国家机关、企业组织、公民个人在内的一切社会主体都严格按照“良法”运作,法律成为最基本最主要的行为规范。

社会主义法治化既是对资本主义法治文明的借鉴和超越,又是实现社会主义现代化的必然要求。随着社会主义法治化进程的加快,社会主义经济运行也相应进入法治化的快车道。法律成为调整和规范企业生产经营活动、社会经济生活的主要手段,产品研发、生产、销售、分配、消费等各个环节都主要由法律来引导,法律成为规范市场行为、维护竞争秩序最常规的手段。同时,法治的完善也意味着企业法律风险的增加。

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,商务印书馆,1995年版,第199页。

② 蒋先福:《契约文明:法治文明的源与流》,上海人民出版社,1999年版,第31页。



## 1.2 中国社会转型及其法治意蕴

### 1.2.1 中国社会转型的内涵

“社会转型”(Social Transformation)范畴源自西方社会学的现代化理论,较早使用“社会转型”一词的是社会学学者 D. 哈利生。在中国,关于社会转型问题的研究,一般认为是由李培林发表在《中国社会科学》1992年第5期的《“另一只看不见的手”:社会结构转型》一文最早提出并系统阐述的。随后,“社会转型”问题一直是学界探讨的一个热点问题。关于社会转型的含义,学者有不同的看法。代表性的观点有:

社会转型是指中国社会从传统社会向现代社会、从农业社会向工业社会和信息社会、从封闭性社会向开放性社会的社会变迁和发展<sup>①</sup>。

社会转型是指人类历史从民族地域历史向世界历史的转变,是指人类社会从传统农业文明社会向现代工业文明社会的跃迁<sup>②</sup>。

社会转型是指构成社会的诸要素如政治、经济、文化、价值体系在不同的社会形态之间发生的质变或同一社会形态内部发生的部分质变或量变过程<sup>③</sup>。

社会转型是指一种特定的社会发展过程,它包括三个方面:一是指社会从传统型向现代型转变的过程;二是指传统因素与现代因素此消彼长的进化过程;三是指一种整体性的社会发展过程<sup>④</sup>。

综观学者对社会转型的定义,可以看出,一般都是在立足于本学科实际特点和研究需要来使用这一概念的。有的是从中国国情角度出发论述中国社会转型,如第一种观点;有的是从整个人类社会角度出发论述人类社会转型,如第二种观点;有的是从社会形态角度出发论述社会形态转变,如第三种观点;有的则是从社会发展角度出发论述社会发展历程,如第四种观点,等等。应当说,社会转型作为一个复杂的概念,可以而且应当能够从多角度、多层次、多方法对其进行界定,从而使我们从不同的方位、不同的视角对社会转型有更加全面的了解。

西方社会学家普遍认为,20世纪70年代以后的人类社会发生了(着)深刻的变化,即由传统工业社会向另一种社会形态变革(变迁),丹尼尔·贝尔称之为“后工业社会”,马尔库塞称之为“单向度的社会”,吉登斯称之为“现代性社会”,利奥塔

① 郭德宏:《中国现代社会转型研究评述》,载《安徽史学》2003年第1期。

② 荆学民:《现代社会转型的性质、运演和趋势》,载《上海行政学院学报》2001年第4期。

③ 王永进,邹泽天:《我国当前社会转型的主要特征》,载《社会科学家》2004年第6期。

④ 刘祖云:《社会转型:一种特定的社会发展过程》,载《华中师范大学学报》(哲社版)1997年第6期。



称之为“后现代社会”，更多学者称之为“信息社会”或者“知识经济社会”。

我们认为，从不同的学科可以对社会转型作出不同的解读。从社会学角度出发，社会转型就是从一个社会形态转变为另一个社会形态，现代社会转型主要是指从乡村社会向城市社会、从农业文明向工业文明、从封闭性社会向开放性社会的变迁和发展，这是社会转型研究的主要维度。从历史学角度出发，社会转型是一种全面的整体的结构性变动，其中，经济结构的转换具有根本性和决定性意义，这主要是马克思主义的研究维度。从哲学角度出发，社会转型表征着人类社会的全面发展和全面进步，体现着社会结构及社会形态的变迁，以及人们生产方式和生活方式的改变<sup>①</sup>，也即是说，社会转型不仅在于社会结构的转变，更重要的是在于实现人的现代化，这主要是方法论的研究维度。

本书语境中的社会转型特指中国社会转型，其起点是1978年党的十一届三中全会<sup>②</sup>。也即是说，本书语境中的社会转型主要指改革开放以来中国社会结构的变化，即是指完成经济、政治和文化等领域全面性的社会变革，由传统农业社会向现代工业社会转变，由高度集中的计划经济体制向社会主义市场经济体制转变，由政治国家向公民社会转变，实现中国特色的社会主义现代化，意味着经济市场化、政治民主化、文化多样化的万象图景<sup>③</sup>。

至于近代中国社会转型至今是否完成，大多数学者持否定的态度<sup>④</sup>。“中华民族自1840年以来之所以内忧外患、灾难深重，其深层原因即在于直至20世纪中叶中华民族仍旧未能实现传统农业文明向现代工业文明的全面转型。”<sup>⑤</sup>“中国近代社会转型，已持续了150年之久，至今尚未最后完成。”<sup>⑥</sup>

① 王雅林：《中国社会转型研究的理论维度》，载《社会科学研究》2003年第1期。

② 关于我国社会转型原点结构及起始点的判定，我国学界主要有四种观点：第一种观点认为中国社会转型是始于清前期，参见高翔：《论清前期中国社会的近代化趋势》，载《中国社会科学》2000年第4期。第二种观点认为中国社会转型始于鸦片战争，这也是大多数学者的观点，参见马敏：《有关中国近代社会转型的几点思考》，载《天津社会科学》1997年第4期；郑杭生：《中国社会大转型》，载《中国软科学》1994年第1期。第三种观点认为中国社会转型始于1860年的洋务运动的开始，参见陈国庆：《中国近代社会转型与议》，载《华夏文化》2001年第2期。第四种观点认为中国社会转型始于1978年我党的十一届三中全会。夏东民：《中国社会转型起始点论析》，载《南京林业大学学报》（人文社会科学版）2006年第3期。

③ 朱志萍：《首届“社会转型与社会心态”学术研讨会综述》，载《哲学动态》2000年第5期。

④ 当然，也有学者提出不同的见解。如有的学者认为，至1949年，在中国社会经济结构呈现“非新非旧、新旧混合型”的社会转变时，“资本主义近代工业虽未能与传统农业和家庭手工业平分天下，但它已成为整个经济结构中异质的对立因素和不可忽略的子系统。这种二元化、混合型经济结构的成型，标志着中国近代社会转型的完成”。参见陈曼娜等：《论近代中国社会结构的转型》，载《河南大学学报》，1996年第4期。

⑤ 葛金芳等：《试论百年中国历史的外显形态与内在主题》，载《湖北大学成人教育学院学报》2001年第4期。

⑥ 马敏：《有关中国近代社会转型的几点思考》，载《天津社会科学》1997年第4期。



我们今天所关注的社会转型,实质上与现代化是同一个问题,是传统型社会向现代型社会过渡的过程。在此过程中,传统因素与现代因素此消彼长,社会的结构发生整体性变革。

### 1.2.2 中国社会转型的背景

中国社会转型是在特定的国际、国内背景下进行的,受到历史、现实等诸多因素的影响。它不是孤立进行的,离不开国际社会转型的大环境,更离不开中国的特定时空。

目前学术界对近代中国社会转型的动因主要有两种看法:一种是近代中国社会若没有外来刺激,中国无法出现市场经济;一种是中国传统的社会内部结构的冲突和近代国家文明冲击形成的合力,促进了近代中国社会转型。应当说,这两种观点是从不同的侧面和角度对中国近代社会转型进行了分析,都具有一定的道理和合理性。我们可以把世界各国的社会转型分为三类:“早发内生型”、“后发外生型”和“后发内生型”,西方发达国家的社会转型属于“早发内生型”,中国近代社会转型属于“后发外生型”,中国改革开放以后开始的当代社会转型应当属于“后发内生型”。中国当代社会转型不仅仅是对外现代化挑战的一种自觉的回应,而且是本社会内部现代性不断成熟和积累的结果。相对于“后发外生型”的近代中国社会转型而言,它的被动性和防御性降低,社会转型的急功近利色彩淡化,社会转型的自觉意识增强,呈现出自主性和统一性的特点。中国社会转型表现为现代因素由外到内、由表及里、由名到实的生成和发展过程<sup>①</sup>。

中国社会转型虽然具有社会转型的一般特征,但它更多地是立足于中国国情。如前文所述,当今社会已经进入了不同于工业社会的信息社会,席卷全球的数字化、知识化、信息化浪潮已经成为全球发展的动力系统和新型生产力结构。中国作为后发现代化国家,其社会变迁呈现出不同于传统工业国家社会变迁的特征,即我国不仅要实现工业化,而且还要同时实现信息化。换句话说,发达国家的工业化、信息化是两个历史时态过程,而中国的现代化则要同时经历农业社会向工业社会的转型以及工业社会向信息社会转型,社会转型时空高度压缩。

中国社会转型,从空间上看是全方位、多角度、多层次的<sup>②</sup>,从时间上看是加速度的,从程度上看则是深层次的,从难度上看具有复杂性、艰巨性,从动力上看具有自觉性、计划性、系统性和配套性,从性质上看具有非同源性<sup>③</sup>。

① 刘祖云:《社会转型:一种特定的社会发展过程》,载《华中师范大学学报》1997年第6期。

② 王永进、郭泽天:《我国当前社会转型的主要特征》,载《社会科学家》,2004年第6期。

③ 戚攻:《社会转型·社会治理·社会回应机制链》,载《西南师范大学学报》(人文社会科学版)2006年第6期。



### 1.2.3 中国社会转型的内容

当今中国的社会转型是以经济、政治体制改革为先导,在实行社会主义制度的自我发展与自我完善的基础上,通过政治、经济、文化、社会认同等层面的互动,不断推进与加速社会结构的其他方面转变。其内容包括经济转轨即由高度集中的计划经济体制向市场经济体制转型;政治民主化,即由传统权力高度集中的政治体制向现代民主政治体制转型;文化现代化,即由过去封闭、单一、僵化的传统文化向开放、多元、批判性的现代文化转型。

我国的经济转轨是从传统的计划经济体制、半自给的自然经济社会向社会主义市场经济体制的转化;是社会主义社会的模式转换,即从苏联模式的社会主义转换为有中国特色的社会主义;是经济增长方式由粗放型向集约型转变。经济转轨的内容主要包括以下几方面:① 经济体制转型:由计划经济体制向市场经济体制的转型,建立起通过市场调节社会经济活动、配置社会资源的经济组织形式。② 发展战略转型:由单纯性的量化发展战略向整体性的现代化发展战略转型。③ 经济增长方式转型:由粗放型增长方式向集约型增长方式转型。④ 经济结构转型:对国民经济重大比例关系进行战略性调整,使之协调和优化。中国的经济转型具有本质性、渐进性、艰巨性、长期性、主导性等特点。

推进政治体制改革是进一步消除我国传统政治体制弊端的需要,是建设社会主义民主政治的需要,是克服消极腐败现象、加强和改善党的领导的需要,是深化经济体制改革、建立和完善社会主义市场经济体制的需要。我国政治体制改革的目标,就是按照民主化和法治化紧密结合的要求,努力建设社会主义的民主政治。政治体制改革包括多方面的内容,其中最主要的包括以下三方面:一是由伦理道德基础上的“人治”社会向民主法治社会转型<sup>①</sup>;二是实现政府职能的转换,即实现由审批型政府向服务型政府转变;三是在建设物质文明、精神文明、制度文明的同时,必须加强政治文明建设。

社会转型的完成不仅需要完成经济、政治等表层结构的转换,更需要社会的深层结构或隐性部分特别是价值观念的转换,这个深层的结构就是文化。社会转型意味着现有的文化模式受到摇撼和震动,现有的核心价值观念和主导规范遭到颠覆和冲击,新的文化形态和模式以及价值观念以不可遏制的力量纷纷出现,并与旧文化相互抗衡、彼此冲突,最终解构、战胜和取代旧文化。

<sup>①</sup> 连珩、杨森:《中国社会转型特殊性探论》,载《社会纵横》2004年第4期。

## 1.2.4 社会转型对中国法治的影响

从经济建设转向制度建设,从伦理社会转向法治社会是中国社会转型的重要表现。在转型期,政治秩序发生变迁,阶层分化明显,利益差距扩大,社会风险增加。贝克把转型社会称之为“风险社会”,他不无忧虑地指出“人类正处于文明的火山口上”<sup>①</sup>。

法律是控制社会风险的主要手段,也是促进社会顺利转型的重要保障。反过来,转型对法律的变革也是极其深刻的,这体现在立法、执法、司法等多方面。

### 1.2.4.1 社会转型对中国立法的影响

法律是社会不同主体之间价值追求和利益博弈的制度性体现。市场经济导致了利益分化和价值多元化,必然在立法中有所体现。社会转型对中国立法的影响主要表现为中国立法模式的转变以及立法内容的变化。

与法治现代化的内源发展型和外源发展型两种途径相一致<sup>②</sup>,现代立法模式大体可以分为“变法性立法”模式和“自发性立法”模式两种。所谓“变法性立法”模式是指立法机关在创制法律的过程中,以法的适应性为核心,为了使法律适应不断发展变化的社会环境,甚至是剧烈的社会更迭,由立法主动地稳定社会或推动社会实现跨越式的快速发展所实行的一种立法模式,其充分体现立法内在价值——效率。所谓“自发性立法”模式是指立法机关在创制法律时,主要依靠社会自身的力量表达,把民间已经形成的习惯或惯例制定出法律规则,使社会在和谐与平稳中缓慢地进行良性的制度积累,从而使社会实现可持续发展,其充分体现立法内在价值——民主<sup>③</sup>。

我国转型时期的立法模式主要是“变法性立法”,具体表现为:采取以经济建设为中心的立法思路、自上而下的立法启动程序、精英决策的立法过程,行政机关在立法启动方面具有支配性优势,推崇“前瞻性立法”以及鼓励“实验性立法”<sup>④</sup>。

① Ulrich Beck: Risk Society, London Press, 1992. 27.

② 所谓“内源发展型”,又称“自发模式”,是指通过传统社会内部的自发因素而实现法治现代化的发展路径;所谓“外源发展型”,又称“变法模式”,是指在外部的压力下通过变革而实现法治现代化的发展路径。“内源发展型”模式属于诱致性制度变迁,即现行制度安排的变更或替代由个人或一群人,在响应获利机会时自发倡导、组织实行;“外源发展型”模式属于强制性制度变迁,由政府命令和法律来推动社会的变革。相关内容可参见林毅夫:《关于制度变迁的经济学理论:诱致性变迁与强制性变迁》,载R. 科斯、A. 阿尔钦、D. 诺斯等著:《财产权利与制度变迁——产权学派与新制度学派译文集》,上海三联书店、上海人民出版社1994年第1版,第391页。

③ 秦前红:《宪政视野下的中国立法模式变迁》,载《中国法学》2005年第3期。

④ 这种“实验性立法”体现在时间维度的“试行立法”和空间维度的“试点立法”、“授权立法”和“特别行政区划立法”等,具体表现在数量庞大的行政立法和地方立法。



不可否认，“变法性立法”模式对于解决改革开放初期中国的贫穷落后与现代化发展的“共时性”问题，缩短法治化和现代化的赶超时间，有效降低制度安排成本，实现法治和社会的“超常规”发展，发挥了不可替代的作用。

但是，随着中国经济、政治、文化等社会各个方面的发展，这种“变法性立法”模式的弊端越来越明显。经历了 20 世纪六七十年代法律虚无主义时期后，中国似乎患了“法律饥渴症”，认为法律能解决一切问题，无论市场出了什么问题，只要通过制定相应法律就能“法到病除”，政府也往往通过立法这种干预市场方法把自己的想法上升为国家法律，实现对市场的强制。那么，在这种“有比没有好，快比慢好，多比少好”立法思想的指导下，法律数量急剧膨胀，且更多地体现了“政府偏好”。

“变法性立法”模式在本质上属于法律工具主义，也是法治简单化的表现。易言之，立法的主要目的和主要功能不在于限制公权、保护私权，而在于保护改革的顺利进行，法律成为改革的助推器。通过国家立法程序，使得国家政策、官方意志甚至个别领导人的想法合法化，这种功利性立法模式越来越不适应社会的发展，突出体现在法律、法规、规章之间的矛盾与冲突非常普遍，这不仅极大地浪费了国家立法资源、增加了立法成本，而且导致国家执法和司法处于无所适从的两难境地，极大地破坏了法制统一，甚至减弱了国家法律的权威，销蚀了人们的法律信仰。

从西方国家的法治经验来看，法治传统应当是在市场经济发展过程中自然逐渐演化形成的，自发模式应当成为法治发展的成熟模式。在西方国家漫长的自然秩序发展过程中，不是没有国家制定法，相反，国家颁布了大量的财产、合同、担保、海商、保险等法律法规。但是，这些与市场经济相适应的产权制度和交易规则是在市场经济发展过程中自然而然地被修改、废除、制定的，法治传统也是在市场经济发展过程中逐渐演化形成的，其内容也大多是国家对已经通行于市民社会中的习惯性制度的认可，而不是或不主要是法学家或政治家的创造<sup>①</sup>。

在成熟的市场经济社会，自由公平竞争是根基，市场调节是主要调节方式，政府角色和政府调节退居次要地位，国家立法更要慎重。是否立法以及立多少法，都是由市场需要来决定的。因此，随着我国社会转型的逐步完成以及市场经济社会的逐步形成，我国立法模式应当实现从“变法性立法”模式向“自发性立法”模式转变，实现法律制度的渐进的自我变革。

<sup>①</sup> [美]道格拉斯·诺思、罗伯斯·托马斯：《西方世界的兴起》，厉以平、蔡磊译，华夏出版社 1989 年版，第 59 页。

### 1.2.4.2 社会转型对中国执法的影响

在社会转型时期,中国往往采取“运动执法”,最典型的表现当属“严打”<sup>①</sup>。为了解决改革开放初期法律无效、有法不依、执法不严等问题,政府经常开展各种各样的“执法运动”,集中人力、财力、物力在特定时间、空间进行飓风式的大检查、大整顿。最常规的做法是:组织一批人马、成立一个机构,对当前需要解决处理的问题进行直接强制管理,强制市场主体为或者不为某种行为,而不过多地考虑这种强制是否合法,有没有侵犯市场主体的权利<sup>②</sup>。

这种“运动执法”,在短期内效果很明显,也是迅速扭转一个地方社会治安面貌、打击违法犯罪分子的有效手段。但是,运动执法是治标而非治本,它使得执法者疲于应付运动,而怠于平时执法,也助长了选择性和随意性执法行为,更为严重的是,运动执法违背了法治平等原则、普遍化原则,较容易产生冤假错案,冲淡了人们对法治的信念。

随着时间的推移、社会的变迁、政治经济文化治安等诸多因素的变化,“运动执法”模式已显得不合时宜。只有在平时注意防微杜渐,才能使社会长治久安。所以,我们可以想象得到,常态性执法将成为我国今后政府管理社会的主要体现。

### 1.2.4.3 社会转型对中国司法的影响

司法为“国之公器”,是法律正义的守护神;司法权是一种终极权力,是维护社会正义的最后一道防线。随着经济体制改革、政治体制改革的逐步深化,司法改革也在稳步进行。

司法改革的内容体现在多方面:有物质层面的改革,如办公楼、法庭、法锤的购置,法袍的更换等等;有行为层面的改革,如增强调解能力,加大调解力度;有制度层面的改革,如从审判模式中的法院中心主义到当事人中心主义转变等等。但司法改革的主要目的是促进司法的公正、高效、廉洁、和谐。

随着我国法治化进程的加快,司法机关在持续推进社会矛盾化解、社会管理创新和公正廉洁执法等重点工作上将发挥越来越大的作用,司法将越来越公正、高效、廉洁、规范、文明。

<sup>①</sup> “严打”是依法从重从快,“严厉打击刑事犯罪分子活动”的简略表述,是解决一定时期中突出的社会治安问题而依法进行的打击严重刑事犯罪的活动。中国共有三次严打运动。1983年首次提出“严打”这个概念,并进行第一次“严打”;1996年进行了第二次“严打”;2000—2001年进行了第三次“严打”,增加了网上追捕逃犯的行动,也被称为“新世纪严打”。2010年6月中旬,公安部宣布,在全国开展7个月的“严打”行动,锁定的重点为个人极端暴力犯罪、涉枪涉暴犯罪、黑恶势力犯罪等。

<sup>②</sup> 陈云良:《政府干预市场方法之批判》,载《新东方》2002年第4期。





## 1.3 企业风险管理重心的转变

### 1.3.1 中国企业法律风险环境

中国企业经营管理的法治环境发生了重大变化。改革开放的三十余年,是中国产业国际竞争力大幅提升的三十余年,也是中国社会主义市场经济法治逐步完善的三十余年。以法律制度为核心的制度建设是支撑改革开放三十余年的关键因素之一,执法和司法状况大大改善。中国社会在经济、政治、文化等方面的变迁对企业的运营环境和运营规律产生了重大影响。

#### 1.3.1.1 中国企业立法环境

改革开放三十多年来,我国法治建设快速推进和发展,大体上可以划分为三个阶段<sup>①</sup>:

表 1-2 中国法治进程阶段表

立法阶段	立法背景	立法内容	立法影响
第一阶段 从 1978 年到 1992 年党的 十四大召开	适应党和国家工作重心从以阶级斗争为纲向以经济建设为中心转变的要求	致力于法治的恢复与重建	我国的法治建设受到极大重视,现行宪法和规范政治、经济、社会生活的重要法律法规相继颁布实施,“文革”期间基本瘫痪的各政法机关逐步建立健全,法律的地位和权威得到确立
第二阶段 从 1992 年到 2002 年党的 十六大召开	适应从计划经济体制向社会主义市场经济体制转变的要求	确立依法治国的基本方略	建设社会主义法治国家成为我国法治建设的目标和方向,一批直接规范与保障市场经济的重要法律法规相继制定和颁布,社会主义市场经济法律制度逐步建立;依法行政全方位推进
第三阶段 从 2002 年至今	适应全面建设小康社会的要求	坚持依法治国、依法执政、依法行政相互推进,加快建设社会主义法治国家	明确提出树立社会主义法治理念,坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上,中国特色社会主义法律体系基本形成,依法执政被确定为“新的历史条件下党执政的一个基本方式”,《全面推进依法行政实施纲要》颁布施行,首次提出 10 年左右基本实现建设法治政府的目标

改革开放三十多年来,我国法治建设取得了重大成就。经济发展、政治生活、社会生活等领域都有了相关法律,解决了有法可依的问题。人民群众在生产生活中越来越感受到法律的权威和尊严,感受到法律带来的实际利益。

2011 年 3 月 10 日,全国人大常委会委员长吴邦国在十一届全国人大四次会议

<sup>①</sup> 韩大元:《改革开放三十年与中国法制建设》,在“百名法学家百场报告会”上海市委党校专场的演讲。



上宣布,中国特色社会主义法律体系已经形成。截至2011年3月10日,已颁布(现生效)法律239部,行政法规690多件,地方性法规8800件,自治条例、单行条例700多件,部门规章、行业规定及地方规定数以万计。

以国有企业立法为例,据笔者统计,截至2012年9月15日,国家颁布的国有企业相关的法律有106部,行政法规390件,司法解释67件,部门规章2435件,团体规定145件,行业规定118件。内容涉及国有企业改制、国有企业富余职工安置、国有企业财产监督管理、国有企业治理、国有企业产权转让、国有企业破产等方面。

但是,还应当清醒地认识到,我国的法治建设离人民群众的期待还有一定差距,法律的社会效用和生命力还有待于进一步加强,执法难、执法不公的问题还没有根本解决,上访、信访问题依然突出。从立法来看,“法出多门”的情况依然严重<sup>①</sup>,立法水平参差不齐,立法规划不尽科学,立法利益偏向明显,立法成本居高不下。

### 1.3.1.2 中国企业执法环境

法律规范体系是一种影响企业法律风险环境的静态的、基本的因素,而行政部门、司法机关对于法律的理解和执行则是影响企业法律风险环境的动态因素。因此,企业要想全面了解和把握本行业、本地区从事商业行为的法律风险,除了把握国家和地方的法律法规外,还应当把握法律法规的执行情况。

由于法律规范不可能事无巨细,对于同一法律事务在执法和司法中存在不同的理解实属正常。但是,对于企业而言,不同地区、不同主体的“个性化”执法无疑增加了其法律环境中存在的不确定因素,增加了防范和化解法律风险的难度和成本。

虽然我国现阶段执法比以往有了很大改观,但由于仍处于社会转型期,行政执法还存在一些不容忽视的问题,主要有:①执法权过于分散,执法机关设置较混乱,执法权限划分不清;②执法权交叉问题严重,执法机关之间缺乏协调配合,各自为政、相互扯皮现象普遍存在;③“自费执法”现象严重,执法趋利明显,执法效

<sup>①</sup> 根据《宪法》和《立法法》的规定,现行的立法体制可以概括为“一元两级三个层次”。“一元”是指全国人大及其常委会;“两级”是指中央和地方;“三个层次”是指在中央和地方每一级中都有三类立法主体。在中央一级,全国人大及其常委会制定基本法律和其他法律,国务院制定行政法规,国务院所属各部门制定部门规章;在地方一级,地方人大及其常委会制定和批准地方性法规,省级人民政府制定政府规章,较大的市人民政府也可制定政府规章。此外,较大的市级人大及其常委会也可制定地方性法规,民族自治地区可制定自治条例、单行条例,经济特区也获得授权得以立法。根据现行宪法、组织法和有关法律的规定,中国的立法主体有300多个,其中还不包括法律没有明确规定的其他授权立法主体。庞大的立法主体导致法律和规章政出多门,人们无所适从。参见田湘波:《中国的立法体制现状》,载[美]《当代中国研究》ISSN1053-1076。



能较差；④ 执法主体依法行政观念有待进一步提高，有法不依、执法不严、执法违法现象依然存在；⑤ 执法监督机制不健全，包括党的监督、人大监督、检察监督、监察监督、上级监督等自我约束机制和外部监督机制都尚未完全发挥监督效能；⑥ 行政执法人员整体素质有待进一步提高。这些执法不公、执法混乱、无效行政问题的存在，大大增加了企业的法律风险。

### 1.3.1.3 中国企业司法环境

前已述及，我国正处于社会转型的关键时期，社会矛盾整体还处于一个上升阶段，群体性、突发性事件越来越多，作为社会正义最后一道防线的司法也在经历着严峻考验。

对企业而言，应当全面了解我国司法环境：司法地方保护主义、部门保护主义普遍存在，司法权威性不够，滥用自由裁判权现象明显。国家为了解决这些问题，已经或者正在采取一些措施，比如，为了解决执行难，实行异地执行措施；为了解决行政诉讼问题，实行政诉讼异地管辖措施。从整体而言，我国司法将必然朝着更公正、更高效、更清廉、更文明的方向发展，企业的司法环境将越来越好。

### 1.3.2 社会转型对企业的影响

以法律制度为核心的制度建设是支撑我国改革开放三十多年的关键因素之一，执法和司法环境大大改善。正如中国人世首席谈判代表龙永图在接受记者采访时所说，入世(复关)谈判十几年感受最深的就是中国市场的逐步规则化和法治化。

法律对企业到底意味着什么？究竟能为企业带来什么？在社会转型时期，也许有企业因为“制度缺失”而发展壮大，也许有“冒险家”因为“制度漏洞”而成为亿万富翁。诚然，在相当长的一个时期，因法制不健全、外部干扰严重、游戏规则不平等，企业和企业家为争取生存发展空间，不得不“打擦边球”、钻法律空子。然而，随着中国社会主义市场经济体系的建立，法制化、规范化的加深，“打擦边球”、钻法律空子的时代已经结束。

市场经济是规则经济，规则经济就是法治经济。在法商时代，企业的任何行为都需要经受法律的评判，法律是企业经营活动的行为准则，企业的发展壮大具有举足轻重的意义<sup>①</sup>。从本质上而言，法律即是管理制度，是最为基本的管理制度。企业作为市场主体，必须了解市场规则、运用市场规则、自觉遵守市场规则，否则就要付出代价甚至被逐出市场。

<sup>①</sup> zhongsclawyer 的博客：《论法律风险管理对企业发展的作用》：[http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_51fa1dfa0100bd11.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_51fa1dfa0100bd11.html)。2009-2-4。

中国社会在经济、政治、文化等方面的变迁对企业的运营环境和运营规律产生了重大影响。在经济全球化的背景下,企业可以在更大的范围和更广的领域合理配置资源,但市场竞争也将更加充分和空前激烈。我国加入WTO后,国内外市场正在逐步走向融合,市场竞争规则越来越规范和透明。由于法律规范的变化、社会主体法律水平的提高以及经济活动内容的变化,国内企业面临的市场竞争环境变得更为复杂,在国内和国际市场上面临的法律风险日益增多。

### 1.3.3 法律风险管理成为企业风险管理的核心

改革开放的三十余年,是中国产业国际竞争力大幅提升的三十余年。此间,一大批的民族品牌产生,“中国制造”遍布全球。此间,也有许多企业因为“制度缺失”而发展壮大,也有许多“冒险家”因为“制度漏洞”而成为亿万富翁。

改革开放的三十余年,是中国市场经济法制逐步完善的三十余年。在这一社会转型过程中,许多财富创造舞台上的耀眼明星而泯灭了神采:年广久、牟其中、禹作敏、褚时健、胡志标、唐万新、孙大午、陈久霖、郑俊怀、顾雏军、李经纬、戴国芳、张文中、龚家龙、陈同海……许多企业因为“非常事件”而震惊业界:中航油亏损、长虹被拖欠巨额货款、中国人寿被诉、海信商标被抢注……

在社会转型时期,有人将部分知名企业家的个人遭遇归结于“原罪”,认为是当时的机制存在问题,而不是企业家个人的错。的确,在相当长的一个时期,因法制不健全、外部干扰严重、游戏规则不平等,企业和企业家的财产权缺乏合理的保障,为争取生存发展空间而“打擦边球”,实属无奈之举。

市场经济是有序经济,有序经济就是规则经济,规则经济就是法治经济。如果还想着靠钻法律空子来发展,就十分危险了。不按规则办事的行为必将受到规则的处罚,不按规则运行的企业必将出局。

总体来讲,风险管理历经了两大阶段:一是传统风险管理阶段。20世纪90年代以前,风险管理的侧重点主要在于关注纯粹风险,其目标着重于损失的最小化,这个阶段被称之为传统风险管理阶段。第二个阶段是现代风险管理阶段。进入21世纪后,人们通过实践发现,过分强调风险会丧失某些机会,自然科学的发展也证明除了可能造成损失的纯粹风险以外,风险还存在着另一种概率分布的形态,即机会风险。也就是说,有些风险只有一种可能的结果,那就是造成损失;还有一类风险其损失和收益的可能性是并存的,对待这一类的风险如果一味地强调规避、防范的话,将使企业丧失发展的基础。随着人们对机会风险认识的不断深入和发展,绩效最大化管理、收益平衡管理等现代风险管理理念逐步树立并不断发展。

随着对法律作用的不断认识 and 市场经济的不断发展,法律的指引、评价、预测作用更加突出。这些作用在法律风险的管理方面也得到了快速发展。法律风险的



管理工作也进入了一个全新的时期,由过去只管理纯粹法律风险上升到纯粹与机会风险共同管理阶段。

企业面临的风险有很多,如自然风险、市场风险、信用风险、法律风险等,但绝大部分风险都能通过一定的方法和工具予以防范、控制和化解。应当说,经过市场经济的洗礼,中国企业的经营管理水平整体有了大幅度的提升。但是,无数“明星企业”的破灭一再证明,中国企业的抗风险能力还有待于进一步提高,风险管理成为中国企业风险管理“木桶”中的“短板”。为此,国务院国资委在2006年颁布的《中央企业全面风险管理指引》中明确提出了中央企业全面风险管理的目标、内容和方法,各省市有关部门也作出了相应的具体工作部署。其中,把法律风险作为企业全面风险管理的重要组成部分。这对非国有企业、地方企业也具有重要的指导意义。

如果说,20世纪是质量管理的时代,那么,21世纪必将是风险管理的时代。如今我国入世已十余年,市场化、国际化和规则化特征更加凸显,企业运营规律亦随之发了生了重大变化,企业管理的内涵和外延也发生了质的飞跃:法律和规则成为了管理的前提和基础。无论是民营企业还是国有企业都应当在统一的标准和尺度——法律和规则内运营,以营销为核心的商业风险管理将向以法律风险管理为核心的企业管理转变。法律风险管理已成为企业风险管理的重要内容,已成为全球企业管理制度的整体趋势。

## 第二章 企业法律风险的可控性

### ◇小故事，大道理

#### 煮青蛙的启示

有一个大家非常熟知的关于青蛙适应能力的实验：

第一次实验：实验人员把青蛙放在40~50℃热水的锅里，青蛙一时无法忍受，立即跳出来跑掉了。

第二次试验：实验人员把青蛙放在凉水锅里，青蛙自由自在地在水里游。然后，实验人员在锅底加热，锅里的水温度上升到50℃时，也未见到青蛙跳出来。于是，实验人员继续加热，直到煮死，青蛙也没有跳出这个热水锅。锅外的人大惑不解，锅里的青蛙更是死不瞑目。

与其说是热水煮死了青蛙，不如说青蛙对渐变环境中的惰性害死了自己。对企业来说又何尝不是如此？企业周边的环境瞬间“滚烫”的情形很少见，而“小火”徐煨的情况非常普遍。那么，我们会不会也像青蛙一样至死不解其变呢？因此，时刻向现状和惰性挑战，是青蛙锅中丧命留给我们的警戒。



创新开始于有一种思想。思想类似于婴孩，刚诞生时是很小的，不成熟、没有定型的。类似于婴孩的思想就是新观念。这种新观念难能可贵，但它像婴儿，很脆弱、易夭折、易失败，需要细心监护。

——彼得·德鲁克





## 2.1 企业法律风险界定

### 2.1.1 风险与企业风险

关于“风险”(Risk)一词的内涵,有不同的看法。

COSO《内部控制——整合框架》称“风险”是任何可能影响目标实现的负面因素;COSO《企业风险管理——整合框架》称“风险”是一个事项将会发生并给目标实现带来负面影响的可能性。

国际标准化组织(ISO)在其公布的《风险管理原则与实施指南(ISO31000:2009)》中对“风险”的定义是“不确定性对目标的影响”。其中的“影响”是指与预期的偏差,这种偏差可能是积极的,也可能是消极的,而“风险”通常被描述为潜在事件和结果以及他们的组合。

国务院国有资产监督管理委员会发布的《中央企业全面风险管理指引》中把(企业)“风险”定义为“未来的不确定性对企业实现其经营目标的影响”。

通常而言,风险是由风险因素、风险事故和损失三者构成的统一体,风险因素引起或增加风险事故;风险事故发生可能造成损失。风险因素是指引起或增加风险事故发生的机会或扩大损失幅度的条件,是风险事故发生的潜在原因;风险事故是造成生命财产损失的偶发事件,是造成损失的直接的或外在的原因,意味着损失的可能成为现实,即风险发生,起着媒介作用;损失是指非故意的、非预期的和非计划的经济价值的减少。

因此,我们可以把“风险”定义为:某一特定不利结果发生的不确定性。其具有以下几方面特征:

(1) 风险具有不确定性。风险是相对于未来而言的,风险事件是否发生,风险结果是否发生以及损害程度的大小都是不确定的。也就是说,风险事件是否发生、何时发生以及发生之后会造成什么样的后果等,都是不确定的。因此,风险一般会限制在某一时间段、某个领域来研究。就企业风险而言,企业是在一个变化的、多样的、复杂的环境中进行经营活动,企业经营所处环境中的任何一项因素诸如全球化、技术、重组、变化中的市场、竞争和管制、战略战术选择等,都会导致不确定性。企业风险的不确定性可分为客观不确定性和主观不确定性。客观不确定性是事件结果本身的不确定性,也就是该事件按自身运动规律发展出现的各种可能性,是不依赖人们的主观意识而存在的,它是客观环境或客观条件变化的产物。主观不确定性是人们对事件认识或估计上的不确定性,当人们有意识地观察事件时,会对事件发生与否、发生的时间、发生状况及未来结果等做出种种的推测,由于个人的认



识、经验、精神和心理状态的不同,对于相同的客观风险,不同的人会有不同的主观预计,从而形成主观的不确定性。

(2) 风险具有客观性。风险虽然具有不确定性,但其是客观存在的。风险的客观性体现在两个方面:其一,风险本身是客观存在的,是不以人的意志为转移的;其二,风险只要产生,其大小多少,都是客观存在的。企业的任何实现目标的活动,都或多或少伴随着风险的发生、风险的增长或者风险的消解。风险是企业经营活动过程各种能给企业带来不确定性结果的事项的集合体,而任何事项都只能是客观存在的事项。

(3) 风险具有相对性。风险的相对性包括两层含义:其一,没有绝对的风险。不同的主体对同一事件的感受和处理方式不同,风险便不相同。不同的主体对风险的承受能力不同,风险事件所产生的风险力也不相同。而主体的承受能力受时间、空间的限制,具有个体差异。其二,风险是相对于机会而言的风险。从相对论的意义上讲,没有机会,也没有风险。从风险与收益的相关性上讲,一般而言,风险大,收益也大;风险小,收益也相对减少。风险的这种相对性,使得我们应对风险保持正确的应对态度和认识理念。

(4) 风险具有可变性。任何风险都是一定条件下的风险,是一定时空内的风险。当条件发生变化时,风险便随之变化。风险的可变性表现为风险性质的变化、风险量的变化和风险结果的变化。风险既可以从无到有,也可能从有到无;既可以从大到小,也可以从小到大。对风险的这种可变性认识的最大的价值在于,风险在一定条件下,可以转化为机会。有人将风险的这种可变性称之为风险与收益一体共生性,不无道理。

(5) 风险具有可认识性。风险是可以被认知的。人们既可以认识风险的性质和大小,也可以认识其结果。人们可以运用科学技术手段和各种调查研究方法,认识和判断企业在经营管理活动中,是否存在风险、存在哪种风险以及风险发生的概率和结果。随着社会的发展,人们的生产经验在不断积累,人们的文化积累在不断发展,人们对风险的认识也越来越接近客观实际。只有人们意识到风险是可以而且能够被认识的,人们便会采取各种手段和方法来回避、降低或者转化风险。风险可认识性特征的价值在于,风险一旦是可认识的,便是可预测的,那么也是可控制的。

风险与企业经营目标紧密相关。一般来说,企业目标定得越高风险越大,目标定得越低风险越小。风险对企业经营目标的影响表现在实际行为与目标的差距,这种差距可能是结果的差距,也可能是实现路径的差距。我们把风险对企业经营目标的影响分为正面影响与负面影响。把风险纯粹看作是负面的东西,有利于防范风险发生的负面效应,但同时可能忽视风险中蕴藏的机会,也正因为此,对风险



的管理显得尤为重要。

## 2.1.2 何谓企业法律风险

### 2.1.2.1 企业法律风险的概念

企业面临的风险往往是多方面的,包括自然风险、投资风险、技术风险、市场风险、经营风险、财务风险、法律风险等等。在企业面临的众多风险中,甄别哪些风险属于法律风险,明确企业法律风险的内涵和外延,找出企业法律风险和其他风险的界限,是企业法律风险管理工作的前提。

无论是加拿大司法部发布的《法律风险管理责任和治理结构框架》(AFGS),还是我国国务院国资委发布的《中央企业全面风险管理指引》,都仅仅有关于法律风险分类以及法律风险管理的相关论述,而对于法律风险的定义、特点、起因、后果、责任等相关内容则语焉不详。究其原因可能有二:其一,这些文献认为法律风险是一个理应知晓的前提,社会对法律风险的内涵和外延已经有了比较一致的认识和理解,无需做严格的界定;其二,直接给法律风险下定义比较困难,因而有意回避了这一问题。

实际上,对于法律风险的概念,目前学术界、企业界尚未形成普遍共识的定义。国际上对法律风险的典型定义有:

《巴塞尔新资本协议》认为:法律风险包括但不限于因监管措施和解决民商事争议而支付的罚款、罚金或者惩罚性赔偿所导致的风险敞口(Risk Exposure)。

国际律师协会(IBA)认为:法律风险是指银行因经营活动不合法法律规定或者外部法律事件导致风险敞口的可能性。

全球企业法律顾问协会(ACC)认为:法律风险是指企业所承担的发生潜在经济损失或其他损害的风险。

加拿大司法部发布的《法律风险管理责任和治理结构框架》(AFGS)指出,法律风险管理是包括作出相关决策并执行的过程,以减少法律问题发生的频率和降低其影响的严重性,因这些问题影响政府实现目标的能力。

路伟国际律师事务所认为:法律风险是企业面临的另一种类型的商业风险,法律风险可能造成经济损失。

英国学者 Roger McCormick 在其《金融市场中的法律风险》一书中,将“由于违反法律或监管规则而被起诉、成为索赔或诉讼对象的风险,或由于侵权行为引起民事责任的风险,比如过失或某些其他行为”称为 I 类风险,将“在金融市场中,法律风险还经常被用来指由于在交易实施方式中存在技术缺陷,从而导致交易参与者损失,有时是非常严重的财务损失的风险”称为 II 类风险。

在我国,对法律风险的界定有代表性的观点有:

《企业法律风险管理指南》指出：企业法律风险是指基于法律规定、监管要求或合同约定，由于企业外部环境及其变化，或企业及其利益相关者的作为或不作为，对企业目标产生的影响。该定义是结合国际标准中关于“风险”的定义，也是目前我国最新的、由权威部门发布的定义。

《国有企业法律顾问管理办法》指出：所谓“企业法律风险”是指在法律实施过程中，由于行为人做出的具体法律行为不规范而导致的、与企业所期望达到的目标相违背的法律不利后果发生的可能性。

时任国务院国资委政策法规局副局长于吉在《借鉴国内外成功经验做法 加强国有企业法律风险防范机制建设》中认为，企业法律风险是指企业与其与未来实际结果发生差异导致企业必须承担法律责任，并因此给企业造成损害的可能性，法律风险是企业的经营中由于故意或过失违反法律义务或约定义务可能承担的责任和损失。

向飞、陈友春在《企业法律风险评估》中将企业法律风险定义为：法律实施过程中，由于行为人做出的具体法律行为不规范导致的，与其所期望达到的目标相违背的法律不利后果发生的可能性。

王正志、王怀在《公司法律风险防范与管理》中将企业法律风险定义为：企业因法律法规因素所致的由公司企业承担的潜在经济损失或其他损失的风险。

金容奎在《企业法律风险的界定与防控》中将企业法律风险定义为：由于企业自身或其对方违法犯罪、侵权违约而使本企业遭受与法律有关的损失的可能性。

纵观目前各方对法律风险的定义，主要是从风险的动因和风险结果两方面来阐释，动因上包括法律法规等外部法律环境的变化、企业自身和相关行为主体的行为，行为包括法律行为和非法律行为；后果包括法律上规定承担的法律后果（民事、行政、刑事责任）和非法律后果（如形象、名誉受损等），即认为法律风险是一种给企业造成损失或带来不利后果的可能性。

结合对风险的定义，我们认为，法律风险是指因为行为人不学法、不守法、不用法而带来的否定性评价，并给其带来物质上、精神上、身体上、声誉上的损失。企业法律风险是企业生产经营过程中由于企业外部的法律环境发生变化或企业故意或过失违反法律义务或约定义务或未按照法律规定行使权利而对企业造成的负面后果的可能性或可能承担的责任和损失。

对该定义，可以从以下三方面理解：

（1）不确定性是基于法律因素所产生的。市场经济作为法治经济，其构建与运行有赖于市场规则的建立与完善；市场规则由商业习惯、公序良俗、法律规则等组成，而其他市场规则则有赖于法律规则的保障。简单地说，企业法律风险即企业在经营管理过程中因不了解或违反法律规范而产生不利结果的风险。作为一个现代企业，其从成立、日常经营管理到解散终止都离不开法律规范的保障与约束。无



论是决策、人事的方面,还是财务、商业等管理和运营方面的风险,只要因不了解或违反有关市场主体、市场运营、行业管制、劳动和人事制度保障等各方面的法律和法规而可能产生不利后果的,最终都可归结到法律上的风险。因为产生企业运营管理风险的深层次原因都离不开最终通过国家法律予以调整的企业运营不可避免的涉及国家、社会、企业自身和个人等方面利益冲突,而这些利益和矛盾冲突就是产生企业运营法律风险的一系列原因或条件。法律因素包括外部的法律环境、内部的法律支持与法律行为。外部的法律环境包括法律体系、执法力度、法治观念等;内部的法律支持包括企业的法务支持、制度管理等。法律因素的不确定性是法律风险产生的诱因,如法律的规定或法律主体做出的合同约定等。

(2) 引起风险或者说给企业经营带来影响的直接原因,是企业内外部法律环境的变化及企业自身或其他当事人做出了某种行为或没有做出某种行为,即作为或不作为。

(3) 法律风险的后果是给企业经营带来的影响,该影响是或者说最终会表现为法律方面的影响,即对企业的权利义务造成了影响,产生、变更或消灭了某种法律关系。

当然,法律风险不等于违法风险。虽然所有导致法律风险的行为都具有不规范性,但法律风险的成因更为宽泛,既包括违法行为,也包括自甘冒险行为、法律的不确定性、法律环境的不完善性以及法律监控活动的不规范性等。

### 2.1.2.2 企业法律风险的判断

那么,我们在企业管理过程中,如何判断某一项风险事件是属于法律风险还是属于战略风险、财务风险、市场风险、运营风险、自然风险、不可抗力风险等其他风险呢?这就涉及企业法律风险的判断标准,该标准是分析、控制和化解企业法律风险的前提,对于企业法律风险管理具有至关重要的作用。

结合企业法律风险管理和理论和实践,我们认为,判断一项风险是否属于企业法律风险,仍应基于法律风险的内涵,也即是说,一项风险同时具备了基础要素、成因要素、结果要素等三个要素,即可认定为法律风险,如表 2-1 所示。

表 2-1 法律风险构成要素表

要素类别	要素内容	要素理解	要素意义
基础要素	(1) 法律规定 (2) 合同约定	法律风险的产生往往是基于法律规定和协议约定的规则、条款	基础要素是法律风险基础数据库的构建依据,用以比对企业行为或事件的发生,是否会产生对企业经营不利的后果,从而识别法律风险

续表 2-1

要素类别	要素内容		要素理解	要素意义
成因要素	事件	(1) 法律法规等外部法律环境的变化 (2) 企业内部制度、机制的变化	从外部原因来讲,企业法律风险有法律环境变化的影响问题;有国家法律调整变化的问题;有国家立法不完备,行政机关执法不严、不公正的问题;有个别企业和个人恶意合同违约、合同欺诈等	事件行为分为法律行为和事实行为,法律行为是主体设立、变更、终止权利义务关系的行为,会形成、变更、终止法律关系的原因之一,事实行为和事件,如果法律规定了某一事实行为或事件的法律结果,那么该行为或事件则会导致法律关系的产生,其法律后果可能给企业造成不利影响,则属于法律风险
	行为	(3) 企业自身的作为或不作为 (4) 相关行为主体的作为或不作为	从内部原因来讲,企业自身法律意识淡薄,防范法律风险的意识不强,对社会法律大环境认知不足,在经营决策中不考虑法律因素,存在侥幸心理打擦边球甚至故意违法经营等	
结果要素	对企业产生不利后果的可能性		不存在产生不利后果的可能性,不属于法律风险。法律风险的影响,包括法律方面的影响和非法律方面的影响,法律方面的影响包括企业法律权利受损、法律义务承担以及法律责任承担的可能性,非法律方面的影响包括企业形象、名誉、信誉损失等的可能性	法律风险给企业带来的结果都是灾难性的,或者导致经营成本异常增加,资金难以回收或者失去商机或优势,严重的将导致企业难以生存甚至破产

我们在判断企业法律风险时,应注意以下两个问题:

其一,对于因不可控制因素引发的法律风险,不宜纳入企业法律风险管理的对象。引发企业法律风险的因素可以分为企业内生因素和外生变量两方面。所谓内生因素,是指企业可以控制的引发法律风险的内部因素;所谓外生变量,是指企业自身以外的引发法律风险的因素。在企业法律风险管理实务中,一般对那些因内生因素引发的法律风险,才能设计出相应的管理方案加以控制,对于因不可控制因素引发的法律风险通常不纳入企业法律风险管理的范畴。

其二,对于理论上发生概率趋近于零的法律风险,不应纳入企业法律风险管理的对象。企业法律风险管理主要是针对那些实际发生过(不限于本企业)的风险事件,对于那些理论上可能存在,但本企业、本行业甚至其他企业均未发生过的法律风险事件,我们不应将其列入风险清单。当然,对此不能一概而论。因为,从理论上讲,某一事件即使现实中还没有发生,但具有发生的可能性,那么我们就应当认为其是风险事件,尤其是随着一部新的法律法规的出台而产生的风险,其发生概率处于不应忽视的程度,要进行着重的定性分析,将其作为风险点,列入风险清单,将其划入法律风险管理工作范畴。

关于企业法律风险的判断,应当与本书第六章第二节企业法律风险识别的相关内容结合起来。





## 2.2 企业法律风险的特征

### 2.2.1 风险的分类

我们可以从不同角度,按照不同的标准对风险进行分类,比较常见的风险分类标准有以下几种:

#### 1. 根据风险的性质分类

根据风险的性质,即根据未来不确定性的结果是否具有获利性,可以把风险分为纯粹风险、投机风险与收益风险。

纯粹风险是指只有损失可能而无获利机会的风险,即只会造成损失可能性的风险,其所致结果有两种:损失和无损失。例如交通事故只可能给人民的生命财产带来危害,而决不会有利益可得。在现实生活中,纯粹风险是普遍存在的,如地震、水灾、火灾、疾病、意外事故等都可能造成巨大损害。但是,这种灾害事故何时发生,损害后果多大,往往无法事先确定,于是,它就成为保险的主要对象。人们通常所称的“危险”,也就是指这种纯粹风险。

投机风险是指既可能造成损害,也可能产生收益的风险,其所致结果有三种:损失、无损失和赢利。例如股市,股票价格的下跌可使投资者蒙受损失,股票价格不变无损失,但是股票价格的上涨却可使投资者获得利益。再如赌博、市场风险等,这些风险都带有一定的诱惑性,可以促使某些人为了获利而甘冒风险。在保险业务中,投机风险一般是不能纳入可保风险之列的。

收益风险是指只会产生收益而不会导致损失的风险,例如接受教育,其可使人终身受益,但受教育者的得益程度是无法进行精确计算的,其与个人因素、客观条件和机遇有密切关系。对不同的个人来说,虽然付出的代价是相同的,但其收益可能是大相径庭的,因此这也可以称之为收益风险,这种风险当然也不能成为保险的对象。

#### 2. 按风险损害的对象分类

根据风险损害的对象,即根据风险造成损失的后果,可以把风险分为财产风险、人身风险、责任风险和信用风险。

财产风险是指导致财产发生毁损、灭失和贬值的风险。如房屋有遭受火灾、地震的风险,机动车有发生车祸的风险,财产价值因经济因素有贬值的风险。

人身风险是指因生、老、病、死、残等原因而导致经济损失的风险。例如因为年老而丧失劳动能力或由于疾病、伤残、死亡、失业等导致个人、家庭经济收入减少,造成经济困难。生、老、病、死虽然是人生的必然现象,但在何时发生并不确定,一

且发生,将给其本人或家属在精神和经济生活上造成困难。

责任风险是指因侵权或违约,依法对他人遭受的人身伤亡或财产损失应负的赔偿责任的风险。最典型的就是由于驾驶人的过失发生了交通事故,驾驶人应当承担对受害人或家属给付赔偿金的责任;再如,根据合同以及法律规定,雇主对其雇员在从事工作范围内的活动中,造成身体伤害所承担的经济给付责任。

信用风险是指在经济交往中,权利人与义务人之间,由于一方违约或犯罪而造成对方经济损失的风险。

### 3. 根据风险的范围分类

根据风险的范围,即风险来自于外部因素或内部因素,可以把风险分为外部风险与内部风险。

外部风险是指由于外部因素引发的风险,包括法律风险、政治风险、经济风险等。当然,法律风险、政治风险和经济风险是相互影响、相互联系的。法律越健全,政治也就越相对稳定,市场竞争就越公平,经济风险就越小。

内部风险是指由于内部因素引发的风险,包括战略风险、财务风险、经营风险等。与外部风险相比,内部风险一般更容易辨识和管理,可以通过一定的控制手段将其降低到可以接受的水平。

### 4. 根据风险管理职能分类

根据风险的内容,可以把风险分为战略风险、财务风险、市场风险、运营风险、法律风险等,这也是《中央企业全面风险管理指引》对风险的分类。

战略风险是指不确定因素对企业实现战略发展目标和事实发展规划的影响。为减少这些影响,企业要结合市场情况保持企业的核心竞争优势,选择合适的产品组合,抓住发展机会,规避市场损失等方面的风险因素。

财务风险包括利率和汇率的变动、原材料或产品价格波动、信用政策等不确定因素对企业现金流的影响以及公司在理财方面的行为对企业财务目标的影响。

市场风险是指未来市场价格(利率、汇率、股票价格和商品价格)的不确定性对企业实现其既定目标的影响。市场风险可以分为利率风险、汇率风险、股票价格风险和市场价格风险。这些市场因素可能直接对企业产生影响,也可能是通过对竞争者、供应商或者消费者间接对企业产生影响。

运营风险是指供应链的管理、运营资源的合理调配、关键人员的流动、法律合规、监督检查等涉及公司运营方面的不确定性因素对公司运营目标方面的影响。

法律风险是指不同国家或地区法律法规环境的差异性、具体法律法规的新制定和变更给企业带来的影响。



### 2.2.2 法律风险与其他风险的关系

企业面临的风险是多方面的,包括自然风险、投资风险、技术风险、市场风险、经营风险、财务风险、法律风险等等,并且各类风险之间是相互联系和转化的。其中,自然风险、商业风险和法律风险是企业面临的主要风险,自然风险和商业风险以不可抗力和市场因素为特征,法律风险以法律法规和企业管理要素为特征。

我们进行企业法律风险管理,首先要解决的一个问题就是,在企业面临的众多风险中,甄别哪些风险属于法律风险。定义企业法律风险,明确企业法律风险的内涵和外延,找出企业法律风险和其他风险的界限,是企业法律风险管理工作的前提。然而,由于企业的各种风险互为联系并相互交织,在实际的法律风险管理当中,明确区分出法律风险并不是一件容易完成的工作,甚至不要指望“精准地”将企业法律风险同其他风险区别开。

首先,由于法律风险常常是其他风险的表现形式,任何一种风险最终都会以法律风险的形式表现出来,法律手段也经常成为其他风险的最终解决途径。因而,如果找不到一个清晰的界分标准来从众多风险中辨别出法律风险,我们就会发现,几乎全部风险都可以归为法律风险,这将使得法律风险识别工作变得极为困难。

其次,多数情况下,企业的各种风险是相互伴生、同时出现的。比如,企业推出一款新产品,可能同时面临市场风险和产品质量风险;一家外商投资企业的一个投资行为,可能会同时面临投资风险、财务风险和法律风险。这就要求我们要能够从一个行为或一个事件所包含的各类风险中,辨别出法律风险。

最后,企业面临的各种不同风险之间经常存在互为因果的情况。例如,企业的财务风险可能会引发法律风险,企业的法律风险可能会引发企业投资失败风险等,但如果将这些风险都纳入到法律风险当中,法律风险管理者将面临众多法律以外的专业问题,如企业财务成本管理问题、投资决策问题、市场分析问题等,会造成企业法律风险管理工作上的混乱。

对于法律风险,我们不能作泛化的理解,而应当明确区分法律风险同其他风险的界限,对于风险伴生及风险互为因果的情况,我们要通过一些辨识因素和方法将法律风险剥离出来,从法律的角度,分析研究各项风险指标,设计出相应的管理措施和方案。与其他风险相比法律风险具有更强的可预知性,法律风险是其他风险的一个源头、后果或表现形式,是企业整体风险的风向标,是影响公司质量的重要因素。

### 2.2.3 法律风险的特点

法律风险与其他类型的风险相比,有其独有的特征,表现在以下几方面:

### 1. 发生的原因具有法定性、约定性

法律风险是由于法律法规的因素引致的风险,通常产生于违反有关法律法规、合同违约、侵权或怠于行使公司的法律权利等。

表 2-2 法律风险的因素特征

表现形态	内涵	风险示例
1 违规风险	违反法律法规导致的风险	招投标违规 宣传违规
2 违约风险	合同当事人违反合同约定、不履行或不适当履行义务导致的风险	设备采购违约 技术服务违约
3 侵权风险	侵犯他人合法权益导致的风险	广告内容侵权
4 怠于行使权利风险	未及时或未适当行使法定权利或约定权利导致的风险	商标管理工作中怠于行使权利
5 行为不当风险	不属于上述四种情况,但基于法律原因,其行为可能会给公司带来负面后果导致的风险	商业秘密保护失策 民事诉讼措施不当

### 2. 发生的结果具有强制性

企业经营活动中如果违反法律法规,或侵害其他企业、单位或个人的合法权益,势必承担相应的民事责任、行政责任或刑事责任。民事责任形式有违约金、赔偿损失、赔礼道歉、消除妨害等;行政责任包括罚款、没收违法所得、吊销营业执照等;刑事责任包括单位承担罚金,主管领导也要承担刑事责任。法律风险一旦发生,企业必然处于被动承受其结果的窘迫境地。

### 3. 发生的领域具有广泛性

法律风险存在于企业经营发展的每一个环节。企业所有的经营活动都离不开法律规范的调整,企业实施任何行为都需要遵守法律规定,法律是贯穿企业经营活动始终的一个基本依据。因此,企业法律风险存在与企业生产经营各个环节和各项业务活动之中,存在于企业从设立到终止的全过程。

### 4. 发生的形式具有关联性

法律风险和其他风险紧密相关,许多风险并不是截然分开的,往往可能互相转化,存在交叉和重叠。法律风险与其他各种风险的联系最为密切,关联度最高。如企业发生财务风险、销售风险,往往也包含法律风险。由于法律风险是依据法定原因产生的,而遵守法律法规是企业生产经营中最基本的要求,因此,法律风险是企业风险体系中最需要防范的基本风险。

### 5. 发生的后果具有可预见性

法律风险是有法律规定的原因产生的法定后果。因此事前是可预见的,是可以通过各种有效手段加以防范和控制。企业法律风险事前可防可控与企业事后对法律责任的追究难以自主操控,正是基于法律风险的可预见性而言的。



## 6. 法律风险有较强的可控制性

引发企业法律风险最为常见的原因是企业自身做出了某种违反法律规定或合同约定的行为。在这种情况下,可以通过规范企业自身行为,使其符合法律规定或合同约定的要求,进而避免风险的发生。换言之,对于企业来说,大多数的法律风险是可以通过相应的有效措施予以防范和控制的。

## 2.3 企业法律风险的主要表现

根据不同的标准,可以对企业法律风险进行不同的分类。根据引起法律法律风险的因素,可以把企业法律风险分为直接法律风险与间接法律风险;根据法律风险涉及的范围,可以把企业法律风险分为内部法律风险和外部法律风险;根据导致法律风险行为的性质,可以把企业法律风险分为作为的法律风险和不作为的法律风险。

巴塞尔委员会颁布的《有效银行监管核心原则》将法律风险的主要表现分为以下内容:① 不完善或者不正确的法律意见或者业务文件;② 现有法律可能无法解决与银行有关的法律问题;③ 法院针对特定银行作出的判决;④ 影响银行和其他商业机构的法律可能发生变化;⑤ 开拓新业务且交易对手的法律权利不明确,等等。

我国《企业法律风险管理指南》把企业法律风险分为违规风险、违约风险、侵权风险、怠于行使权利风险、行为不当风险等。

可以说,企业自从设立之日起就面临着各种法律风险,涉及公司法、竞争法、税收法、知识产权法、合同法、物权法等法律法规,其表现形式复杂多样。按照风险点管理法,我们把企业法律风险分为资本运作法律风险、市场营销法律风险、公共关系法律风险、公司治理法律风险、财务税务法律风险、资产管理法律风险、知识产权法律风险、人力资源法律风险、合同管理法律风险、争议解决法律风险十大领域。

### 2.3.1 资本运作法律风险

资本运作(Capital Operation),又称资本运营、资本经营,是中国内地企业界创造的概念,它指利用市场法则,通过资本本身的技巧性运作或资本的科学运动,实现价值增值、效益增长的一种经营方式。资本运作以价值管理为特征,以企业资本和生产要素的优化配置和产权结构、产业结构的动态调整为内容,以综合有效运营资本为方法,以资本增值最大化为根本目的。

资本运作内涵丰富,其不仅包括企业的银行融资、公司上市、企业重组、兼并或收购等方式,企业对外投资经营、吸收外部投资、企业租赁、托管等都属于资本运作



的范畴。整体而言,资本运作包含资本融通、资本管理和资本运营三个层次的内容。

企业资本的生命就在于其流动性,资本运作具有重要意义。资本运作是企业整合资源的法宝,是企业发展壮大 的捷径,也是企业快速实现自身价值的利器。正确的资本运作,是按企业生命周期和经济周期适时进出,分享企业成长和经济增长的成果,既可以回避直接投资创业期的艰辛和衰落期的迷茫,也可以回避经济衰退期的痛苦,从而实现企业资本的增值和避险。由产品经营转向资本运营,利用资本市场配置资源,是现代企业发展到一定阶段的应然选择,也是企业经营模式的升华。随着我国企业改革的不断深化和资本市场的不断完善,企业资产管理方式正在从“管资产”向“管资本”转变,客观上也要求一些优秀的企业从“资产经营型”向“资本经营型”企业转型,这是实现产权管理多元化发展的趋势。

当然,资本运作是一柄双刃剑,运作成功可以使企业资本获得几何倍数的增长,而运作失败则可能使企业在资本运作中倒闭。资本运作是以事先的运筹、规划和科学决策为基础,不是传统意义上的企业经营活动,其涉及财务、税务、法律等多方面知识,法律法规对资本运作的条件、方式、方法等有着严格的限制。由于资本市场自身的功能缺陷、结构缺陷、机制缺陷等,资本运作可能成为企业管理失败、企业财务危机的导火线。因此,资本运作中存在诸多法律风险。

资本运作法律风险包括债权融资法律风险、股权融资法律风险、上市融资法律风险、内部融资法律风险、项目融资法律风险、政策融资法律风险等。尤其是非法集资、风险投资普遍存在的当下,企业如何防范民间借贷的法律风险,远离非法集资怪圈,控制风险投资中的法律风险,从容驾驭风险投资,慎对企业委托理财经营,活用融资租赁经营,合法运作管理层收购,是企业无法回避的问题。

### 2.3.2 市场营销法律风险

市场营销是计划和执行关于商品、服务和创意的观念、定价、促销和分销,以创造符合个人和组织目标的交换的一种过程。市场营销风险,是指企业在开展市场营销活动过程中,由于出现不利的环境因素而导致市场营销活动受损甚至失败的可能性。

市场营销风险包括产品风险、定价风险、分销渠道风险、促销风险等,而法律风险蕴涵于上述各个风险之中。比如,产品质量问题,低价销售问题,价格同谋问题,市场垄断问题,夸大宣传、虚假宣传问题,等等。在市场经济体制下,为了维护公平的竞争环境,长期以来形成了一系列规则规范、法律法规(如国家有关的法律法规、行业行为规范、惯例等),如果某一企业的营销活动违反了市场规则规范,必然会面临严重的法律风险。随着经济全球化的不断发展,国内市场与国际市场逐渐融合,