
企业法律管理与 风险防范实务

**Corporate Legal Management
and Risk Control**

主 编 / 谢 彪

副主编 / 王 强 孙 淼

D922.291.914
201231

企业法律管理与风险防范实务

Corporate Legal Management and Risk Control

主 编 谢 彪

副主编 王 强 孙 森



中国财政经济出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

企业法律管理与风险防范实务/谢彪主编. —北京: 中国财政经济出版社, 2011. 11

ISBN 978 - 7 - 5095 - 3226 - 3

I. ①企… II. ①谢… III. ①企业法 - 中国 - 文集 IV. ①D922. 291. 914 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 228194 号

责任编辑: 樊 闽

责任校对: 杨瑞琦

封面设计: 孙俪铭



中国财政经济出版社出版

URL: <http://www.cfeph.cn>

E-mail: cfeph@cfeph.cn

(版权所有 翻印必究)

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮政编码: 100142

发行处电话: 88190406 财经书店电话: 64033436 84041336

涿州市新华印刷有限公司印刷 各地新华书店经销

787 × 1092 毫米 16 开 19 印张 281 000 字

2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月涿州第 1 次印刷

定价: 56.00 元

ISBN 978 - 7 - 5095 - 3226 - 3/D · 0162

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

本社质量投诉电话: 010 - 88190744

前 言

中国机械工业集团有限公司（国机集团）成立于1997年1月，隶属国务院国有资产监督管理委员会直接管理，是中国机械工业规模最大、覆盖面最广、业务链最完善、研发能力最强的大型中央企业集团，旗下拥有50家全资及控股子公司，7家上市公司，员工总数近10万人。国机集团连续多年保持30%以上的高速增长，2010年营业收入达1522亿元，2011年在世界500强企业中的排名第435位。

在国机集团保持健康、持续、快速发展的过程中，公司领导始终高度重视企业法制建设和法律风险防范工作，将其视为企业改革和发展的必要保障。目前，国机集团总部和重要子公司已建立了企业总法律顾问制度，大部分子公司设立了专职法律机构，拥有一支超过200人的企业法律顾问队伍。各企业法律顾问对企业规章制度、重大经济合同和重要决策的法律审核把关，处理历史遗留的重大法律纠纷案件等方面开展了大量工作，全面完成了国务院国资委2008年提出的中央企业法制工作三年目标，为保障企业又好又快发展作出了突出贡献。

建立健全企业法律风险防范机制，不断提高依法治企水平，提高法律人员的专业服务能力，是中央企业做强做优、成为具有国际竞争力的世界一流企业的基本要求。国机集团法律事务部每年都通过举办集中培训、组织专题研讨、编纂典型案例等形式，促进内部法律人员之间的交流和学习，提高法律人员队伍的整体专业素质和服务水平。2011年5月，国机集团法律事务部从集团法律人员中收集了80余篇文章，内容涉及面广，专业性强，其中既有

企业发生的真实案例分析,也有法律工作经验总结,很多文章的主题具有较强的典型性和代表性。本书选择了其中的48篇,按照业务领域编辑整理成册,希望能够对企业经营管理人员和法律工作人员的日常工作有所帮助和启发,以共同促进企业法律管理和风险防范水平的提高。

由于时间仓促,水平有限,难免有疏漏错误之处,敬请读者批评指正。

目 录

外贸进出口业务篇

谨防代理进口业务中的仓储风险

——中盛粮油盗卖代储棕榈油一案的启示 姜 琼 (2)

签订“转委托”进口代理合同能否规避付款责任

——A 公司代理进口纠纷仲裁案解析 曾维佳 (5)

进口代理业务中, 货物抵港后国内运输风险如何分担

——A 公司代理进口货物抵港后受损索赔案例分析 柳 江 (9)

倒签提单三天, 索赔巨款千万

——一起铜矿石进口贸易中的海事欺诈案货差损失追款纪实
..... 姜 琼 (18)

我还是我, 你已不是你

——谨慎查明出口合同签约主体 周 强 (25)

忽视客户资信调查, 盲目涉足新业务, 代理出口遭欺诈

——A 公司石材出口业务中的经验教训 张 丹 (28)

当十年的客户情分遭遇金融危机

——一起国际货物买卖合同纠纷案件回顾 莫春华 (31)

纠正“国外赔偿国内补”的思维定式

——A 公司与常州某服装公司出口货物质量争议案的反思 ... 杨国峰 (34)

浅析外贸企业船舶出口业务中的法律风险及对策	容 冰 (37)
-----------------------------	------------

国际工程承包业务篇

议国际工程项目中分包合同附条件付款条款	孙 森 (44)
临时仲裁与机构仲裁比较分析	
——以 UNCITRAL 与 ICC 仲裁规则为视角的探析	段向威 (51)
英国法定支付令制度介绍与评析	
——从一则成功的海外应收账款追收案例说起	纪晓刚 (57)
先分包后联营, 合同关系不清导致巨额垫资款无法收回	
——A 公司中东某国土建工程项目损失分析	韩 冰 (64)

融资、保函及担保篇

国际项目融资中的风险识别	张立明 (70)
合同条款未能协商一致, 业主能否没收承包商的投标保证金	
——投标保证金潜在风险分析及应对	容 冰 (81)
对我国当前银行独立保函问题的思考	
——论我国银行独立保函的司法现状及由此产生的交易影响	
.....	杨伟忠 靖学闯 (85)
银行保函适用的国际惯例及适用时应注意的问题	孙 森 (94)
国内政府 BT 项目回购担保问题探析	徐昭曦 (101)

国内工程业务篇

揽工程不易, 追工程款更难	
——一起工程施工合同纠纷案件的分析总结及经验教训 ...	齐晓特 (110)
承包人和分包人同时起诉, 发包人如何应对	
——与某桩基公司工程款纠纷案的办案体会	田华仁 (114)
工程总承包合同中转包的法律风险及其防范	陈爱君 (118)

项目经理表见代理的法律风险与防范	祁雁辉 (126)
国内施工合同示范文本的应用	张若辰 (130)
建设工程合同评审常见法律问题分析	刘 彬 (138)
建设工程施工合同纠纷中的若干法律问题	
——基于对最高人民法院有关司法解释的分析理解	丁 汀 (148)
浅谈企业合同审查及谈判过程中的语言使用	白 涛 (154)

知识产权篇

商标管理与法律风险防范	贺战彬 (158)
企业商标管理和保护若干案例简析	容 冰 (168)
定牌生产防侵权, 商标核查需先行	莫春华 (173)
关于企业加强商业秘密保护的几点认识	张 宏 (176)
企业名称被抢注成网络域名, 被判恶意抢注承担侵权责任	
——某研究所企业名称维权案简介	曾维佳 (182)

公司、股东责任篇

对我国《公司法》若干问题的理解	江 海 (186)
浅析公司章程在公司治理中的作用	张 宏 (191)
不规范转让和收回投资, 招致多起纠纷诉讼	
——A 公司被诉股东责任案简析	董夏佳 (197)
股东未尽出资义务之解析	
——基于《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(三)》的分析	王 萍 韩 岱 (200)

劳动人事管理篇

剪不断, 理还乱的“加班费”问题	周向云 (208)
职工移交工作和单位出具劳动合同终止证明是否互为条件	唐 云 (212)

中职学校学生顶岗实习管理及法律问题探析	梁义斌 (216)
《劳动合同法》实施后用人单位应注意的事项	秦建辉 (222)
施工企业劳动用工应注意的五个方面	杨 平 (229)
新破产法下企业职工权益的保护	
——破产管理人制度的利弊实践分析	于 潜 (235)

法律风险管理篇

试论企业合同风险管理	唐智强 (242)
建设工程合同法律风险防范探析	田华仁 (253)
浅谈建设施工合同的法律风险与防范	蔡 伟 (258)
施工企业法律风险防范工作的几点体会	黄晓润 (268)
国际工程承包企业法律风险防控体系的构建	段向威 (273)
科技型企业合同和知识产权管理与保护工作体会	陈自强 (284)
构筑企业法律风险管理文化的认识和实践	杜文红 (290)

外贸进出口业务篇

谨防代理进口业务中的仓储风险

签订“转委托”进口代理合同能否规避付款责任

进口代理业务中，货物抵港后国内运输风险如何分担

倒签提单三天，索赔巨款千万

我还是我，你已不是你

忽视客户资信调查，盲目涉足新业务，代理出口遭欺诈

当十年的客户情分遭遇金融危机

纠正“国外赔偿国内补”的思维定式

浅析外贸企业船舶出口业务中的法律风险及对策

谨防代理进口业务中的仓储风险

——中盛粮油盗卖代储棕榈油一案的启示

◎ 姜 琼

笔者曾在网上追踪中盛粮油工业（天津）有限公司（下称“中盛粮油”）涉嫌盗卖代客存储的棕榈油一案的相关报道。作为国内最大的民营食用油进口商之一，天津中盛粮油在中国粮油进出口行业中举足轻重，该公司涉案的消息无疑是在平静的池水中丢下了一颗重磅炸弹。据业内人士估计，该案案值可能超 10 亿元，受影响的企业十分广泛。尽管我们作为外部观察者对这样一个堪称“全国粮油第一案”的天津中盛粮油案，未必能窥其全貌，但汇总这一案件发生的前因后果，其中暴露出的问题值得我们从业务层面深思并警惕。

据网上相关报道，我们首先了解了该案背后的业务操作模式，这对外贸公司而言是再熟悉不过了，即外贸公司接受客户委托代理进口，开出信用证对外付款并委托仓储货物。本案能掀起如此狂澜大波是源于中盛粮油的老板王某以进口棕榈油为名，利用其控制下的关联企业——宁波杉科公司和浙江协凯公司，找到实力雄厚的外贸公司代理进口，其真正目的是借用外贸公司在银行的信用额度开出信用证，融资付款进货，并将进口棕榈油指定运送存放至中盛粮油的天津保税区仓库，然后以低价迅速转卖套现资金。等发现委托人拖欠货款，外贸公司到仓库要求提取存储的货物充抵货款时，中盛粮油仓库已无货可交，导致外贸公司钱货两空。中盛粮油利用货物从存放到提取的时间差和市场价格差，监守自盗，通过近一年时间的如此“运作”，盗卖的棕榈油价值约 20 亿元。事情败露后，事主纷纷采取法律行动，向公安部门以“诈骗”或“骗贷”为由报案并向法院提起诉讼，同时申请查封天津中盛粮油资产。该案受害单位为分布于浙江、天津、北京、上海、云南、江苏等地

的 20 多家进出口公司，还有宁波农行和浙江交行等金融机构。江苏另一家大型外贸公司涉案其中，起诉中盛粮油标的为 1.97 亿元，因为这一案件未能挽回全部损失，现已被其他外贸公司并购。

此案的爆发让我们清醒地看到代理进口业务的风险所在，其主要如下：

第一，客户诚信缺失，恶意诈骗，同时又谙熟外贸代理进口的操作流程，利用外贸公司业务人员不熟悉商品特性和行业特点，内外串通骗款骗货。从表面看客户与外贸公司签订代理进口合同、仓储保管协议等均非常规范，货物进口及存货各个环节非常顺畅。外贸公司在收取委托方 10% ~ 30% 不等的开证保证金后，控制着进口货物。即使委托人后续违约，棕榈油作为市场流通性很强的物资，也随时可以变现。货物存放的仓库所属天津中盛粮油在业内颇有知名度，又有上市公司背景，它在天津保税区的食用油仓库，系大连商品期货交易所指定的食用油交割仓库，进出货物俱受海关监管，一般代理进口商对此仓储安全颇为放心。然而，受害单位在接受委托并存放货物之时根本没想到委托人和仓库之间实际为同一人控制，他们串通一气，恶意设置了一个套用资金的连环贸易。尽管受害单位多为知名的外贸公司，业务人员个个都是外贸商务操作高手，但是对棕榈油行业内幕知之甚少，对交易的商品知识了解不足，却迫于扩大进口业务的冲动和百分之几的代理利润的诱惑，从一开始即深陷骗局而不知。

第二，贸易公司对仓库监管不力，对货物仓储特点了解不透，监管查货流于形式。因为存入仓库的棕榈油都是同一种毛油，谁家的货来了都是存进仓库的罐子里，属于混藏仓储。这类货物有一定的保质期限，在仓储时遵循“先进先出”的原则，取出的货不一定是存入的货，但一定是同种质地的货。这类货物不像别的商品，可以分得清这批货是什么型号，是哪家存入的。法律上称之为“种类物”，而不是“特定物”。外贸公司物流管理人员去现场查货的话，只能查到仓库的记录，表面看记在本单位名下的货一点也没少，但储罐中存储的油量也许只能供少数几家提货，如果多家同时提货可能就提不到实物。中盛粮油正是利用了该存储货物的特点，在缺乏外界监管的情况下，擅自动用货主的存货牟取私利，惊天盗货案就不可避免地发生了。

第三，此案暴露了外贸公司在进口业务管理中的诸多薄弱环节。外贸公司急于扩张贸易规模，轻易涉足不熟悉的行业或商品；业务人员做业务心切，

未能认真研究行业特点、商品特点及业务背景。在天津中盛案中，大多数接受委托代理进口的受害公司之前都没有从事过粮油类贸易，“对这行和这个圈子不了解”，也没有获得过进口棕榈油的资质。因此，在委托代理合同中都规定由委托方宁波杉科公司来“搞定许可证问题”。具体地说，就是上述受害公司在与宁波杉科签订合同时约定，宁波杉科“去搞一张许可证”，于是宁波杉科就出具了进口商为天津中盛粮油、收货人为外贸公司的进口许可证，交给外贸公司作为进口报关之用。因许可证抬头为中盛粮油公司，该货在入境后报关前必然先存入中盛粮油在天津的保税仓库。据网上不同版本报道，中盛粮油的老板王某具有复杂的背景，先后涉足上海房地产亏本，国际期货市场炒作失利，还与浙江地下钱庄有关联。外贸公司一旦与他们联系上，稍有疏忽，放松警惕，便会在各种利益的诱惑下，一步步陷入他们设计的骗局中。

值得庆幸的是，这样的案子没有发生在我们身上，但此案提醒我们：我们和那些受害的外贸公司都同样身处一个诚信缺失、复杂恶劣的贸易环境中，贸易风险无处不在。这次灾难虽然没有落在我们头上，但我们应当认真审视自己企业内部风险防范的堤坝，是否构筑得比他们更坚实。

（作者单位：江苏苏美达集团公司法律事务部）

签订“转委托”进口代理合同 能否规避付款责任

——A 公司代理进口纠纷仲裁案解析

◎ 曾维佳

一、案情介绍

自 2006 年起, A 公司就开始代理北京元通公司进口化工原料 PTA。操作模式为: 元通公司与 A 公司签订代理协议, 并向 A 公司支付 20% 的货款作为预付款, A 公司与元通公司指定国外卖方签订进口合同, 并以自有资金向银行提供货款 80% 的金额作为保证金, 向卖方开出 90 天远期信用证。信用证到期前 5 天, 元通公司向 A 公司支付 80% 货款和 1.2% 的代理费。

双方按照上述模式完成十几单业务后, 由于资金紧张, A 公司无法独立完成该项代理业务的融资。2008 年, A 公司找到上海益佳贸易公司合作完成该项代理业务。随后的操作方式变为: 元通公司需要进口货物时, 还是直接与 A 公司签订一份进口代理协议, 指示 A 公司按照确定的金额、数量、支付方式等条件与美国卖方签订进口合同。同一天, A 公司依照元通公司指示的基本内容, 以自己名义与益佳公司另行签订一份进口代理协议, 并指示益佳公司与元通公司指定的卖方签订进口合同。业务的资金操作是: 元通公司按照 A 公司指示, 将 20% 货款的预付款支付到益佳公司账户。益佳公司收到预付款后再以自有资金作为银行保证金, 向卖方开出 90 天远期信用证。信用证到期日前 5 天, 元通公司按照 A 公司指示将 80% 货款支付到益佳公司账户。益佳公司向银行赎回货权凭证后交付给元通公司。A 公司收取 1.2% 的代理费

后，将其中的1%支付给益佳公司。元通公司知道益佳公司是A公司的合作伙伴，但从未与益佳公司发生直接往来。

2008年9月，受金融危机影响，国内化工原料PTA价格暴跌。在一批货物的信用证到期后，元通公司拒绝支付剩余80%货款，导致益佳公司的保证金被银行没收，被迫垫付2200万元货款。益佳公司与A公司几经交涉未果，根据代理协议约定提起仲裁，要求A公司支付垫付货款2200万元及代理费28万元。

二、法律分析

在仲裁庭审过程中，A公司答辩称：A公司受元通公司委托代理进口货物，但A公司由于自身资金问题，经元通公司同意，将元通公司委托事项转委托给了上海益佳公司。因此，A公司是以元通公司代理人身份与上海益佳公司签订代理协议的，元通公司是两份代理协议的实际委托人和权利义务主体。本案也是因为元通公司拒绝支付80%的货款而引发的，A公司并无任何过错，故上海益佳公司应当直接起诉元通公司。

A公司列举了两份代理协议的有关条款来支持自己的上述主张：（1）元通公司和A公司的代理协议明确约定：“乙方（指A公司）与上海益佳公司共同融资操作此单，上海益佳公司负责开证，并与甲方（指元通公司）指定的美国客户签订进口合同。”上述条款证明元通公司知道上海益佳公司的存在并同意A公司将委托进口事务转委托给上海益佳公司办理。（2）A公司与上海益佳公司的代理协议中明确约定：“开证前，甲方（指A公司）客户支付合同金额20%的预付款，信用证到期前5个工作日，甲方客户支付80%货款和合同金额1%的代理费。否则乙方（指上海益佳公司）有权处置合同项下的货物。”上述约定说明，益佳公司知道A公司是受其客户委托代理进口货物的，A公司与之签订代理协议是一种转委托行为，益佳公司收取的代理费也是A公司的客户支付的。（3）上海益佳公司与美国卖方签订的进口合同前言中明确规定：“买方受北京元通公司委托签订此合同。”说明上海益佳公司理解并知悉元通公司是真正的委托人，A公司只是元通公司的代理人。综上，上海益佳公司完成委托事务并垫资的情况下，应当向真正的委托人元通公司

主张权利，而不应向其代理人 A 公司主张权利。

仲裁庭认为，根据各方提供的证据，本案的事实情况是：A 公司始终介于元通公司和上海益佳公司之间以自己名义两头操作，先作为受托人与元通公司签订“代理协议”，然后作为委托人与上海益佳公司签订“代理协议”。在前“代理协议”中，上海益佳公司仅被描述成 A 公司的融资伙伴而已，且 A 公司从未向元通公司表示过上海益佳公司是“转委托代理人”。在后“代理协议”中，A 公司并没有向上海益佳公司披露前“代理协议”的具体细节和内容，只是有选择地将前“代理协议”的内容复制到后“代理协议”中。在 A 公司与上海益佳公司发生争议前的往来函件中，A 公司一直称元通公司为“我司客户”，从没有表述为“上海益佳公司的委托人”。因此，从事实上看，两份“代理协议”签订时，并不存在“转委托”关系的连接点，应当认定为两份独立的协议。

关于进口合同前言中的表述，仲裁庭认为，即使进口合同前言中有“受北京元通公司委托签订此合同”的表述，但不能因此证明该二者之间存在委托法律关系，也不能替代和免除 A 公司和益佳公司之间的“代理协议”规定的权利和义务。益佳公司只是签署了 A 公司提供的进口合同文本，此前并没有和元通公司有任何接触。因此，仅凭上述文句来推定“转委托”关系的法律依据不足。《合同法》第四百零三条规定：“受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相对人。”即使将元通公司、A 公司、益佳公司之间的关系看做《合同法》第四百零三条规定的委托人、受托人、第三人，在 A 公司向益佳公司披露了元通公司为委托人后，益佳公司仍有权选择向 A 公司主张权利。关于 A 公司和益佳公司“代理协议”中规定，货款给付由 A 公司客户负担。仲裁庭认为，此类约定属于涉他性合同。根据合同法的一般原则，合同双方不能在合同中为第三人设定义务，除非在合同履行过程中，第三人认可该义务。因此，益佳公司无权根据上述约定向元通公司主张货款，只能向合同相对方 A 公司主张。综上，仲裁庭最终判决 A 公司败诉。

三、法律建议

近年来，一些企业开展了大量融资垫资外贸代理业务。此类业务的特点是：为客户提供融资或先行垫付大部分甚至全部货款，赚取比例很低的代理费，同时承担着巨大的收款风险。但是企业为追求业务规模和保持客户关系，疏于风险防范，超过承受能力开展融资垫资业务，这其中隐含着巨大的潜在风险。

本案中，A公司采用分摊代理费的模式找合作伙伴。A公司原本以为通过寻找融资伙伴，自己既可以保留客户，又可以在无任何成本投入的情况下获得0.2%的代理费。但A公司没有考虑到，自己在大幅度让渡代理费的同时，风险并没有转移。在合同履行出现问题时，一方面不得不依据与元通公司的“代理协议”向元通公司主张货款、代理费及违约金，另一方面还有面对上海益佳公司的诉讼，最终也没有能够摆脱自己的责任。

企业在从事在外贸代理业务时，必须进行客户资信调查和市场调查，不能贸然进入陌生的产品或业务领域。其次，要根据实际情况采取有效的预付款、保证金、第三方担保、货权凭证保留等风险防范措施，然后再承担开立信用证或者其他融资的义务。同时，在合同履行过程中，要随时关注代理货物的市场价格波动等风险，与客户进行沟通，提前做好风险预案。这样才能尽可能地降低风险发生的概率。

(作者单位：国机集团法律事务部)