



军工企事业单位 法律风险防范指南

主 编◎李申田 顾 炜

本书注重理论与实践相结合，突出军工企事业单位特点，具有很强的针对性、指导性、实用性和原创性。

本书的出版，不仅对各军工企事业单位做好法律风险防范工作，构建和完善法律风险防范机制，提高依法决策、

依法经营管理水平大有裨益，对国防科技工业又好又快发展也将起到积极的保障和推动作用。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



军工企事业单位 法律风险防范指南



独角兽工作室

平面设计

ISBN 978-7-5036-8080-9



9 787503 680809 >

定价：38.00元



军工企事业单位 法律风险防范指南

主 编◎李申田 顾 炜



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

军工企事业单位法律风险防范指南/李申田,顾炜主编.
—北京:法律出版社,2008.1
ISBN 978-7-5036-8080-9

I. 军… II. ①李…②顾… III. 法律-中国-指南
IV. D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 201099 号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘秀丽

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

开本/A5

印张/15.75 字数/415 千

版本/2008 年 2 月第 1 版

印次/2008 年 2 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/010-63939796/9632

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 978-7-5036-8080-9

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《军工企事业单位法律风险防范指南》

编 委 会

主 任:虞列贵 张维民

副主任:张嘉浩 李申田 顾 炜

委 员:李朝晖 巴日斯 王耀国 郑晓沙 汤建新

安晓非 莘国梁 刘志刚 杨晓峰 吕梦江

袁苏泰 李洪彦 吴巍薇 赵文彬 罗笑春

黄建国 叶惠君 金海淑 黄 震 孙大洪

主 编:李申田 顾 炜

副主编:李朝晖

审 稿:李申田 顾 炜 李朝晖 汤建新 叶惠君

法律审核:张长青

文字校改:汪兆富

军事法律出版社

PDG

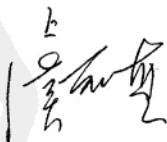
序

随着我国社会主义市场经济的不断完善,改革开放的不断深入,国防科技工业自身条件和客观环境都发生了深刻变化,在保障国家安全和促进国防建设与国民经济建设协调发展的前提下,国防科技工业已成为军民结合型产业。为了落实科学发展观,不断提高军工产业的实力和竞争力,促进国防科技工业又好又快发展,国家相继出台了鼓励非公有制经济参与国防科技工业建设、推进军工企事业单位实行股份制改造、投资体制改革等一系列政策。这些政策的出台,不仅有力推动国防科技工业体制机制创新,同时对军工企事业单位改革发展带来机遇和挑战。军工企事业单位将越来越多面对来自各个领域资源、人才、技术、产品和服务的市场竞争。同时,在经济的全球化不断扩大和加速的情况下,军工企事业单位又面临国际、国内两个市场、两种资源,在全球范围内优化配置的机遇。机遇与挑战同在,挑战与风险并存。市场经济是法制经济,在激烈的市场竞争面前,军工企事业单位面临的法律风险也会越来越大。因此,正确认识 and 了解法律风险的形成原因和特点,有针对性地研究不同领域法律风险的防范措施,建立健全企事业单位的法律风险防范机制十分必要。这既是企事业单位自身加强风险管理,增强企业抗风险能力,保障生产经营和技术与产品

研发顺利开展的内在要求,也是适应经济全球化,提高市场竞争力的客观需要。

军工企协法律工作委员会在国防科工委政策法规司的指导下,适时地组织行业内外专家就军工企事业单位法律风险问题进行专题研究,在系统研究法律风险基本理论的基础上,从军工企事业单位的生产经营管理实际情况出发,对军工企事业单位与民用领域企事业单位共有及特殊的法律风险进行归纳阐述,认真分析合同管理、劳动关系、投融资、涉外经营、纠纷处理等科研生产与经营管理各环节存在的主要法律风险,并针对这些法律风险点,提出各种防范对策和措施。在此基础上,他们将这些成果编著成《军工企事业单位法律风险防范指南》,该《指南》注重理论与实践相结合,突出军工企事业单位特点,具有很强的针对性、指导性、实用性和原创性。我相信《指南》的出版,不仅对各军工企事业单位做好法律风险防范工作,构建和完善法律风险防范机制,提高依法决策、依法经营管理水平大有裨益,对国防科技工业又好又快发展也将起到积极的保障和推动作用。

国防科工委副主任



目录

1	第一章	企业法律风险概述
1	第一节	企业法律风险的概念
6	第二节	企业法律风险的特征
8	第三节	企业法律风险的分类
10	第四节	企业法律风险的直接成因
15	第五节	企业法律风险防范的原则和流程
21	第六节	企业法律风险防范的保障和要求
25	第二章	军工企事业单位特殊法律风险与防范
25	第一节	概述
29	第二节	军品科研生产、营销法律风险与防范
42	第三节	军品贸易法律风险与防范
48	第三章	企业法人治理中的法律风险与防范
48	第一节	股东会治理中的法律风险与防范
52	第二节	董事会治理中的法律风险与防范
58	第三节	监事会治理中的法律风险与防范
62	第四节	高管人员履行职责的法律风险与防范
64	第五节	一人公司的法律风险与防范
71	第四章	企业改革重组中的法律风险与防范
71	第一节	企业改革法律风险与防范综述
74	第二节	企业整体改制中的法律风险与防范
86	第三节	企业债转股中的法律风险与防范
94	第四节	主辅分离中的法律风险与防范
111	第五节	资产重组中的法律风险与防范

118	第六节	企业破产的法律风险与防范
122	第五章	企业投融资的法律风险与防范
122	第一节	企业融资法律风险与防范
134	第二节	企业投资法律风险与防范
146	第六章	公司上市的法律风险与防范
146	第一节	公司上市方式及相关法律风险与防范
161	第二节	公司上市过程中的法律风险与防范
176	第三节	公司上市后的特殊法律风险与防范
196	第四节	公司境外上市的法律风险与防范
200	第七章	合同管理的法律风险与防范
200	第一节	合同签订准备阶段的法律风险与防范
204	第二节	合同签订阶段的法律风险与防范
215	第三节	合同履行阶段的法律风险与防范
223	第四节	合同变更、转让和终止的法律风险与防范
236	第五节	合同违约的法律风险与防范
246	第八章	担保的法律风险与防范
246	第一节	担保的法律风险与防范概述
252	第二节	保证的法律风险与防范
262	第三节	抵押的法律风险与防范
274	第四节	质押的法律风险与防范
285	第五节	留置的法律风险与防范
291	第六节	其他担保方式的法律风险与防范
296	第九章	知识产权的法律风险与防范
296	第一节	专利的法律风险与防范
311	第二节	商标的法律风险与防范
323	第三节	著作权的法律风险与防范
334	第四节	商业秘密的法律风险与防范
346	第十章	企事业单位的劳动法律风险与防范
346	第一节	劳动合同的法律风险与防范

362	第二节	工作时间与休假的法律风险与防范
367	第三节	工资支付的法律风险与防范
370	第四节	劳动安全卫生的法律风险与防范
372	第五节	社会保险的法律风险与防范
373	第六节	涉密人员的管理法律风险与防范
376	第七节	劳动争议的法律风险与防范
381	第十一章	产品质量责任的法律风险与防范
381	第一节	设计与生产环节的法律风险与防范
386	第二节	经营管理环节的法律风险与防范
393	第三节	涉外经营环节的法律风险与防范
396	第十二章	企业税务的法律风险与防范
396	第一节	企业税务法律风险概述
400	第二节	企业不同阶段纳税筹划的法律风险与防范
410	第三节	企业主要税种纳税筹划的法律风险与防范
425	第十三章	企业对外贸易中的法律风险与防范
425	第一节	国际货物贸易的法律风险与防范
442	第二节	国际技术贸易的法律风险与防范
453	第三节	国际工程承包的法律风险与防范
464	第十四章	诉讼(仲裁)的法律风险与防范
464	第一节	纠纷解决方式的法律风险与防范
469	第二节	诉讼时效中的法律风险与防范
474	第三节	诉讼中举证责任的法律风险与防范
477	第四节	民事诉讼中的法律风险与防范
484	第五节	民事仲裁中的法律风险与防范
487	第六节	行政诉讼中的法律风险与防范
492		编后记



第一章 企业法律风险概述

第一节 企业法律风险的概念

一、企业法律风险概念的提出

2005年3月,国务院常务会议讨论通过的《国务院关于2005年深化经济体制改革的意见》明确提出:“积极推进企业法律顾问制度建设,建立健全国有企业法律风险防范机制。”正式向国有企业提出防范法律风险的要求。同月,国务院国资委法规局与全球企业法律顾问协会联合在北京举办了国有重点企业法律风险防范国际论坛。400多位中央企业的主管领导和总法律顾问,与跨国公司的总法律顾问和国际性律师事务所的律师就企业法律风险问题进行了广泛的交流和探讨。企业法律风险的防范开始进入国有企业的视野并引起广泛关注。

2006年4月,国务院国资委在京西宾馆召开了中央企业主要负责人和总法律顾问参加的中央企业法律风险防范机制建设工作会议,国务院有关部委的领导也出席了这次会议。会议明确要求,中央企业“要高度重视企业法律风险的防范,建立健全以总法律顾问制度为核心的法律风险防范体系”。^①“要把加快推进以总法律顾问制度为核心的法律顾问制度建设,建立健全法律风险防范机制作为企业法制建设的主

^① 李荣融:《全面落实科学发展观,加快建立健全中央企业法律风险防范机制》,2006年。

要任务,切实加强法律风险的防范和控制。”^①企业法律风险防范开始列入企业主要领导的议程,成为企业总法律顾问和法律部门的重要工作。

2006年6月,国务院国资委印发了《中央企业全面风险管理指引》。指引列出企业的五种主要风险,法律风险是其中之一。指引进一步明确了企业全面风险管理的概念、总体目标以及风险管理的基本流程,为企业的风险管理和法律风险的防范提供了重要依据并指明了操作方法。企业法律风险防范这一课题得到了企业界、法律界以及相关方面的广泛研究和深入探讨,许多企业开始进行法律风险防范的实际操作。

二、企业法律风险概念的形成和发展

企业法律风险的概念源于企业风险管理,而风险管理则始于20世纪50年代的美国。经过半个世纪的实践探索和理论研究,风险管理已被公认为管理领域的重要组成部分,并逐渐形成新兴的风险管理学科。这一学科的形成和发展又进一步推动了风险管理的实践,特别是金融业、保险业更处于风险管理领域的领先地位。随着经济全球化的不断扩大、跨国公司的崛起和发展,由于不同地域、不同法律体系、不同法律环境的影响和制约,特别是不同国家的交易双方在交易活动中出现的法律冲突和法律适用,使跨国公司在企业风险管理中更加重视法律风险的防控。因为法律的约束是最根本性的、最强制的约束,没有法律保障的经济活动是企业最大的风险。包括法律风险防范在内的企业全面风险管理的理念和方法从20世纪90年代开始在跨国公司中广泛采用,跨国公司在经营管理中对法律事务的重视也日显突出。

企业法律风险的理论之所以形成和发展并为不同国家、不同企业普遍接受,根本在于它的客观存在,它的影响重大,并且不以企业的所有者、经营者的意志为转移。可以说企业凡是经营活动都有风险,凡是有风险都会有相应的法律风险。其原因在于:

第一,市场经济是法治经济。市场经济主体多元化,交易行为多样

^① 黄淑和:《以加强法律风险防范机制建设为重点,进一步把中央企业法制建设推上一个新台阶》,2006年。

化,而政府的管理只能是宏观管理、法律管理,主要是制定维护市场运行规则、保障交易平等安全的法律法规,并监督实施。企业经营管理活动必须以法律为依据,而违反法律、不符合法律规定的行为,不管是有意还是无意,都要承担法律责任,裁判企业之间交易活动的唯一依据就是法律。因此法律风险的防控在全面风险管理中的地位日益重要。

第二,随着国际社会民主法治的进程,法治管理是当今世界的主导理念。经过第二次世界大战及其战后经济的发展,不论是国内的经济活动还是国际上不同国家之间的经济活动,政府利用法律手段管理经济活动的趋势正在不断加强。国内规范经济活动的法律法规不断出台和完善,国家间的条约、规则日益增多,企业的经营活动都必须在法律的范围内,必须有可靠的法律依据和法律保障,否则就会在法律上被否定,成为无效的行为、负面的行为。因此法律风险的防控是企业决策者、经营者必须首先予以考虑的。

第三,进入 21 世纪以来,经济全球化的进程进一步加快,特别是 WTO 的成立和大多数国家的加入,极大地促进了企业的跨国经济活动。海外业务不断发展,企业对进出口贸易的依存度越来越高,不同国家企业之间的合资合作、投资并购方兴未艾。企业面对的法律环境从国内到国外、从一国到多国,经济活动涉及的法律规范越来越复杂,导致企业法律风险明显增多。即使一些企业的经营活动尚未走出国门,它所面对的国内市场早已不是过去那样简单。因为大量的外国经营者正在不断地涌入,并享受同等的国民待遇。从某种意义上讲,今天的国内市场已经并正在成为国际市场。企业在国内市场上的竞争中,不断遇到与跨国公司有关的新的法律问题,面对的法律风险日趋复杂。这一点已被许多案例所证实。近年来出现的英国巴林银行倒闭,美国安然、世通公司的破产,国内德隆集团的坍塌以及中航油的巨额损失无一不是企业法律风险生动的例证。

基于上述的原因,企业法律风险防范的概念和理论势必会不断发展和完善,并为企业广泛地运用和实践。

三、企业法律风险的定义

企业法律风险是客观存在的,要想很好地加以防范,就必须准确地理解和把握法律风险的概念,特别是它的定义。由于法律风险这一概念进入我国的时间不长,到目前为止,尚未有被理论界所公认的概念和定义。不同的学者有不同的表述,可谓百家争鸣、百花齐放。而准确地定义法律风险,首先要明确风险的概念和定义。在这方面,国内外学者已有大量的论述并逐渐形成风险理论的不同学派。据有关专家的研究,“风险”一词来自英文“risk”的中文翻译。而“risk”这个单词于17世纪中期出现在“英文世界”(Flanagan and Norman,1993)里。它源自法文“risque”,意指航行于危崖间,而法文“risque”一词,又来源于意大利文“risicare”,意思是胆敢,而意大利文的“risicare”的源头则是希腊文的“risk”。^①

对于风险这一概念的认识和表述,较早出现在19世纪的50年代,以美国学者为代表,他们认为,“风险意味着损失的可能性”,是“不希望发生的事件发生的不确定性”。它包含两层意思:一是风险是客观存在的现象;二是风险的本质与核心具有不确定性。进入20世纪60年代,随着时代的发展,现实风险的变化,学术界对风险的认识也不断深化。日本学者认为风险是特定环境中和特定期间内自然存在导致经济损失的变化,包括风险是客观存在的、风险与不确定性有差异、风险可以被测量三个要素。美国学者更直截了当地指出:“风险是有关损失的不确定性。”20世纪90年代以来,由于国际金融市场的变化、汇率的浮动,在经济与财务风险概念上,不仅强调风险的损失层面,而且还包括风险的获利层面。^②在国内有关“风险”理论研究中,较有代表性的西南财经大学卓志教授认为:风险可以从两个方面加以定义,从易于定性分析要求看,风险可描述为与不确定性相联系的损失可能性;从易于定量分析要求看,风险可描述为实际结果偏离预期结果而导致损

^① 卓志主编:《风险管理理论研究》,中国金融出版社2006年版,第3页。

^② 卓志主编:《风险管理理论研究》,中国金融出版社2006年版,第5页。

失的可能性。

国务院国资委《中央企业全面风险管理指引》对企业风险做出了定义。该指引第3条明确:“本指引所称企业风险,指未来的不确定性对企业实现其经营目标的影响。企业风险一般可分为战略风险、财务风险、市场风险、运营风险、法律风险等;也可以能否为企业带来盈利等机会为标志,将风险分为纯粹风险(只有带来损失一种可能性)和机会风险(带来损失和盈利的可能性并存)。”但该指引未对企业法律风险进行进一步的明确和定义,而企业法律风险虽然是企业风险的一种,但与其他风险相比而言,它毕竟有其自己的领域和特点。

国务院国资委政策法规局组织的、作者也参加的《在完善国有企业法人治理结构中,加快建立企业法律风险防范机制》的课题报告中,对企业法律风险做出了明确的定义。该报告第二部分指出:企业法律风险是“指企业预期与未来实际结果发生差异而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”。作者赞同和支持这一定义。但长期在企业第一线从事法律事务工作的实践使作者深切感到,企业法律风险防范问题虽然高层领导不断强调,许多企业也已开始重视,但这一工作还远不到位,特别是与一些跨国公司相比,差距就更大。据路伟律师事务所的调查分析,世界100强企业在防范法律风险方面的投入相当于我国100强企业的几十倍。众所周知,这两个100强企业在今天已基本上处在大体相同的法律环境,面对着基本相同的法律问题。为有助于企业,特别是国有企业的主要经营者和决策层、管理层对法律风险的尽快认同和把握,有助于企业法律风险防范的实际操作,作者认为对企业法律风险应作下述定义:“企业法律风险是指,企业在科研生产经营管理活动中,由于客观上法律环境发生变化或主观上没有遵守法律法规的有关规定;没有正确地运用法律处理经营活动中出现的各种问题;没有充分利用法律有效维护自己的合法权益,导致现实与预期出现负面差异,从而使企业必须承担法律责任并因此造成经济损失发生的可能或实际造成经济损失。”这一定义与国资委课题组对企业法律风险的定义在主旨上是一致的,但充实了内容并加以细化,同时强调的

时间节点也稍有区别,这对当前推动企业法律风险防范是非常必要的。一是这一定义把法律风险发生的范围扩展为“科研、生产、经营、管理”,这意味着“科研”领域也有法律风险,所以企业法律风险在事业单位也同样存在;二是这一定义直接点明了法律风险的主要成因:“一个变化,三个没有”,这对增强法律风险的直观认识和突出防范的重点与可操作性很有必要;三是这一定义强调现实与预期差异的负面性,认为法律风险主要表现为“纯粹风险”,更多的是损失,以引起企业领导者的高度关注;四是这一定义认为,由于法律因素给企业造成实际经济损失,仍直接归属于法律风险。这有利于企业在法律风险已发生的情况下,果断采取有效的补救措施,排除或化解法律风险,以降低对企业的不利影响,减少经济损失。

作者相信随着企业对法律风险认识的深化和防范机制形成,企业法律风险的概念将会进一步得到完善和广泛的认同。

第二节 企业法律风险的特征

一、以企业各种经营活动为载体,广泛存在于企业的科研、生产、经营、管理各种领域和各个环节

基于前一节的分析,企业的所有经营活动都离不开法律的规范和调整,企业的任何行为都必须在法律的范围之内,都不能违反法律的规定。横向上,企业与政府、企业与企业、企业与消费者、企业与职工的全方位关系;纵向上,从企业的设立、变更、运行到终止的全过程都会发生法律风险。而法律风险与其他风险也并非各自孤立、截然分开,它们相互之间密切关联,存在交叉和重叠,往往会出现相互转化的情况。因此,企业法律风险具有广泛性、客观性和关联性。

二、以法律为确定的依据

判断企业的行为是否会导致法律风险或识别企业面临的风险是否

属于法律风险,其确定的主要依据是法律,是法律因素引发的法律责任。依据企业法律风险的三种情况:首先是企业的行为直接违反了法律,特别是强制性规范,必然会导致法律风险,其判定的依据自然是法律;其次,企业面临的法律环境发生变化,可能使企业原来合法的行为,变成法律所不许或禁止,这种法律风险的判定依据仍然是法律;第三,由于管理上的疏漏,企业未能严格依据法律保障自己的权益,导致承担法律责任,这类法律风险判定的依据,实质上也是法律,只不过不像前两类情况那样直接而已。因此企业法律风险有明显的法定性。

三、以违法、违规、违约为主要引发因素

法律风险是由于法律的因素引发的,尽管企业所处法律环境的变化,包括国家立法的调整也会导致企业的法律风险,但绝大多数法律风险的出现是由于企业在经营活动中违反了法律、法规、规章的有关规定。而企业在交易过程中的违约行为,从另一个角度看也是一种违法行为。法律的出发点是维护公平正义,保护交易活动的安全和秩序。因此,企业必须为自己的违法、违规、违约行为承担相应的法律风险,这与法治的理念和本质是一致的。在法律变化的情况下,之所以构成法律风险,也是因为企业的行为违反了新的法律规定。由于企业法律风险以企业的违法、违规、违约为主要引发因素,所以企业法律风险是可以预测的,也是可以防范的。

四、以企业承担法律责任为核心特征

企业法律风险最重要的体现,就是企业承担相应的法律责任。法律责任是指法律主体(企业)不履行法律义务,实施违法违约的行为,或者进行法律禁止的活动,而应承担的不利的法律后果。法律责任具有赔偿性和惩罚性,由国家司法机关或授权的行政机关裁定和追究,以国家的强制力予以保障。法律责任包括民事责任、行政责任和刑事责任。法律责任是由法律明确规定的,任何企业都不能以自己的理解为准,任何机关也不能随意解释和增减。由于承担法律责任是企业法律风险的