

企业法律
风险防控
系列丛书



商品购销的 法律风险 与防控

◎主编 李振华



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

企业法律
风险防控
系列丛书

商品购销的 法律风险 与防控

◎主 编 李振华

◎撰稿人（按姓氏笔画排列）

占光胜 刘 华 李振华 张将勇 杨 蕾
周小萍 葛 梅 程 艳 颜 强



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

商品购销的法律风险与防控/李振华主编. —杭州:
浙江大学出版社, 2013. 3

ISBN 978-7-308-11267-3

I. ①商… II. ①李… III. ①商法—研究—中国
IV. ①D923. 994

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 042589 号

商品购销的法律风险与防控

主编 李振华

责任编辑 吴伟伟 weiweiwu@zju.edu.cn

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州林智广告有限公司

印 刷 浙江万盛达实业有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 11

字 数 186 千

版 印 次 2013 年 3 月第 1 版 2013 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-11267-3

定 价 25.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571) 88925591

丛书前言

企业要追求利益最大化必然要防控企业法律风险,要防控企业法律风险必然要认识企业法律风险,从行业、企业的经营管理流程中识别法律风险。近年来,不论是企业界还是法学界都越来越重视对企业法律风险的研究,虽然说法不一,但对企业法律风险的认识日趋成熟、对企业法律风险管理的探索日趋深入。人们几乎共同认识到企业防控法律风险的必由之路是:认识企业法律风险,从经营管理的流程中识别本行业、本企业所面临的法律风险并由此建设企业法律风险管理体系,从而有效防控企业法律风险。

风险是一种不确定性,是与人们的愿望相背的不确定性。人在认真做一件事前总会对事情的结果有所期许,如果总是事遂人愿、心想事成甚至意外惊喜、喜出望外,也就无所谓风险了。但世事往往不能尽如人意,结果常常不能实现人们事前期许的目标,甚至事与愿违,不但预期目标大打折扣,还会造成损失、损害,这种与事前期许相背的不确定性,就是风险。当结局只能是损失、损害,不确定的只是损失的大小时,风险也就与危险无异了。

企业的经营和管理活动一定有其预期的目标,目标有大、有小、有近、有远,还可分解为业务、财务、安全、利润等方面的目标,目标众多,不一而足。企业经营者当然希望目标逐一实现、任务超额完成。但事实上虽然努力经营、尽心管理,事与愿违的结果时有发生,企业亏损甚至破产、受罚甚至被吊销营业执照,经营管理人员受到处罚甚至承担严重的刑事法律责任的结局也不鲜见。这就是企业的风险,在企业的诸多风险中有一种普遍存在且后果可能会十分严重的风险,那就是企业法律风险。

企业法律风险是企业经营管理过程中的行为违法违规、违约或因外部法律环境的因素而致使企业及相关责任人被强制接受包括不能实现预期目标、承担民事责任、接受行政或刑事处罚等不利后果的可能性。

企业的经营管理,指的是以企业为行为主体的一切行为。企业的行为归根结底是人的行为,是与企业的经营管理相关的所有人员的职务行为,也包括

企业授权从事与企业经营管理相关行为的被授权人在授权范围内的行为,所有这些行为并不以加盖企业公章或企业法定代表人的签字为必要条件,不以行为人是否懂法为必要条件,也不以是否故意为必要条件。换言之,所有这些人员的行为并无固定的行为模式也不论是否故意,是否懂法,都很容易被视为企业的行为并由企业及相关责任人承担不利后果。

违法违规,是指企业在经营管理过程中不遵守我国宪法、法律、法规、规章、其他规范性文件以及行业自律规定等对企业行为有规范作用的规范性文件的规定,或在某些情况下不遵守必须或承诺遵守的国外、境外法律或其他规范性文件的规定,由此可能招致相应的处罚或接受其他不利后果的行为。这种违反规定的行为不论是否故意,只要事实上违反法律法规规章及其他规定的,就是违法违规的行为。我们将此统称为违规。

违约,是指企业在经营管理过程中故意或过失没有遵守与相对人的约定或业已对社会、公众发布的承诺,从而可能招致相对人依法追究违约责任而承担不利后果的行为。违约最常见的表现形式是合同违约。违规和违约是导致企业法律风险的主要原因。

外部法律环境因素,系指立法不完备、司法不公、司法腐败、执法不公、权力寻租以及相对人不守诚信、违约甚至欺诈等因素致使企业承担不利后果。随着社会主义法治国家建设的稳步推进、和谐社会构建的日益完善,因外部法律因素导致的企业法律风险会越来越少。但毋庸讳言,目前外部法律的因素是导致企业法律风险的重要原因。相对人的不诚信甚至欺诈往往使依法诚信经营的企业防不胜防,而司法腐败、执法不公等因素又使企业处于被动和弱勢地位,有时外部诸多法律因素可能会叠加,并且可能在企业自身有违规或违约行为时共同作祟,使企业蒙受巨大损失。对于这一风险源企业也应当予以足够的重视。

根据我们对企业法律风险的初步认识,我们认为企业法律风险有五个基本特征:

第一,产生原因的特殊性。之所以将企业的一种风险称为法律风险,主要是因为它的产生的原因的特殊性。如前所述,原因主要来自两个方面,一是企业自身违规、违约,二是致使企业或相关人员可能被强制接受对自己不利后果的外部法律因素,诸如立法不完备、司法不公、权力寻租、相对人不诚信等等。以上因素可能叠加、相互作用从而形成更大的法律风险。

第二,普遍性。企业法律风险产生原因的特殊性决定了企业法律风险的

普遍性。企业法律风险存在于一个企业发起之初到清算或破产、被吊销之后的任一时期,而且在任一时期的任一方面都会存在企业法律风险。一个企业无论是设立还是消亡一定是法律行为。不依法,既无法使企业“出生”,也难以让企业“死亡”,而在企业存在的生命周期里,无论面对不特定的社会公众、经营的相对人还是针对企业内部员工,企业的经营管理行为几乎离不开法律法规的约束,从某种意义上说,企业的经营管理行为也是一种执行法律的行为。企业一方面在长期的存续期间,因不懂法、不知法而违法,为眼前利故意违法的也时常可见,甚至在遇到危机时铤而走险“以身试法”的事也时有发生;另一方面,对于大企业而言,经营管理人员众多,往往个人的职务行为即是企业行为,这些人履行职务的行为随时会因各种原因致使企业违法、违规、违约而形成企业法律风险;此外,企业经营管理中的其他风险,诸如用工风险、财务风险等等,也因实际上有过违规、违约事件或可能被强制接受不利后果而最终表现为企业的法律风险。至于外部法律因素则更是不以企业意志为转移而客观存在、难以躲避又时刻会遇上的风险,司法不公、司法腐败、执法不公、权力寻租、地方保护等不正常现象可能会存在相当长的时间,相对人不诚信、违约、欺诈的情况也难以遁迹,相反在利益驱使之下甚至会愈演愈烈,“水平”越来越高、手段越来越多。可以说,企业自其设立之日起法律风险就在各个方面如影随形。

第三,严重性。企业法律风险一旦成为风险事实,对企业会有多方面的损害,既涉及企业近期或长远的经济指标、管理目标,也涉及包括企业形象、知识产权在内企业的无形资产,既包括一定的经济损失、形象毁损、一定程度的处罚,也包括巨大的资产(包括无形资产)损失直至企业被社会抛弃、破产或被吊销而使企业“死亡”,并且使相关的责任人被追究刑事责任。通常而言,因企业法律风险而使企业或责任人承担的责任不外乎民事责任、行政责任和刑事责任。刑事责任是指依据国家刑事法律规定,对犯罪分子依照刑事法律的规定追究的法律责任。我国刑法所界定的犯罪主体,除了自然人之外,还包括单位。单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体实施的依法应当承担刑事责任的危害社会的行为。单位犯罪往往是法律风险防控不到位造成的,例如,很多企业被认定为构成我国刑法规定的“虚开增值税发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪”的根本原因是没有对不规范开具增值税发票等行为可能引发的法律风险作出评估并加以防控。虽然,单位犯罪不会产生死刑、有期徒刑等自然人犯罪所要遭受的刑罚,但我国刑法规定,单位犯罪的,对单位判处

罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。这种法律后果不论于企业还是于个人都是很严重的。企业的经营除了面对刑事责任这根绝对高压线外,还要面临可能产生的行政责任。行政责任是指因为违反行政法律规范而应承担的法律责任,例如行政处罚。我国存在大量的行政法律法规且相对不完善,这就导致企业在经营过程中特别容易背上行政责任。这也彰显出企业防范此类风险的重要意义。最后,法律风险引发的法律责任形式是民事责任。民事责任是民事主体在民事活动中,因实施了民事违法行为,根据民法所承担的对其不利的民事法律后果或者基于法律特别规定而应承担的民事法律责任。民事责任的承担往往会直接致使企业遭受经济损失。可以说由企业法律风险引起的后果可能让企业及其责任人承担最严厉的处罚、接受最严重的后果。也可以说,当一个企业或其责任人遭受最严厉处罚时,一定是由法律风险所导致的,即便最初表现为其他风险,此时也一定表现为法律风险且承担严重后果。对于企业而言,除了战争、破坏、自然灾害,几乎没有比法律风险更大、更严重的风险了。

第四,强制性。没有一个企业会主动、自觉地接受对自己不利的后果,但当企业法律风险成为风险事实时,不论企业是否愿意,也不论责任人是否情愿,行政部门、相对人都可以通过司法救济,请求司法机关强制执行,即由国家机器强制企业或其责任人接受不利后果,对于被执行的企业或责任人而言,只能接受,没有侥幸。

第五,形成风险事实的可能性,或者说企业法律风险的可防控性。虽然企业法律风险普遍存在且结果可能十分严重,但风险毕竟是风险,当我们还称之为法律风险时,它具有不确定性,是一种可能,并非必然会产生不利后果。所谓不确定性、可能性是相对而言的,它相对于人们的愿望、期许,有了愿望之后会有计划,然后实施。实施过程会随时有新情况、新因素的加入,最终共同作用形成结果。当所有的情况和因素及其共同作用确定后必然形成相应的结果,从这个层面而言没有不确定性,不确定的是人们的愿望、期许和为之作出的计划与结果之间加入了哪些新情况、新因素?它们又是怎么共同作用的?如果我们能够较好地把握这些情况、因素,了解它们如何共同作用,那么结果对于愿望而言就是确定或基本确定的。由此看企业法律风险,有两方面的不确定性、可能性。一是企业的目标、愿望能否实现的不确定性,如果在目标实现之前加入了企业的违规、违约行为或受到外部法律因素的作用,就会因企业的法律风险而使目标的实现有了不确定性;二是企业法律风险形成后产生风

险结果的不确定性,法律风险形成后往往不会立即产生不利后果,在后果产生之前仍可能有包括侥幸因素在内的其他情况和因素介入而使不利后果不再产生。企业法律风险的这一特征,使我们在识别企业法律风险的基础上采取有效措施去防控企业法律风险成为可能。我们有可能在经营管理过程中,摒除违规、违约行为,关注外部法律环境变化并采取相应措施,从而使法律风险的可能性不再转化为现实性,使企业的既定目标和愿望得以实现。

基于对企业法律风险的基本认识,我们认为企业法律风险贯穿于企业生命周期的始终、存在于企业经营管理的各个方面,其发生的频率很高、“门槛”很低,而且可能是让企业及其相关责任人强制接受严重后果的重大风险。但同时企业法律风险也是可以被识别和事先防控的。对于企业而言,识别法律风险并有效防控法律风险是经营管理中的一项十分重要的工作,也是企业法律事务的重要内容。

防控企业法律风险实质就是企业在经营管理过程中自身依法管理、诚信经营,做到不违规、不违约,同时让外部法律因素的负面作用降低,使之不能形成对企业的不利后果。要达到这样的效果,我们认为应当建立以合规管理为核心内容的有效的企业法律风险防控管理机制。

何谓合规管理?合规管理(也称为合规风险管理)一词较早出现在银行业当中,并且与《巴塞尔协议》关系密切。1974年,两家著名跨国银行——前联邦德国的赫尔斯塔银行(Herstatt Bank)和美国的富兰克林国民银行(Franklin National Bank)相继倒闭,促使各国金融当局加强跨国银行监管的国际合作,美国、英国、法国、德国、意大利、日本、荷兰、加拿大、比利时、瑞典10国的中央银行于1974年年底共同成立巴塞尔银行监管委员会(简称巴塞尔委员会)。巴塞尔委员会自成立以来,以跨国银行的风险监管为核心,先后制定、达成了一系列原则和协议,例如《对银行国外机构监管原则》(1975)、修改后的《对银行国外机构监管原则》(1983)、《统一资本计量与资本标准的国际协议》(1988)、《国际银行监管最低标准法》(1992)等等。前三个文件习惯上被称为《巴塞尔协议》,或称巴塞尔第一、第二、第三协议。巴塞尔第三协议(该协议于2003年修改完成,2006年开始实施)与前两份协议相比,取得了实质性进步,也最为著名。

巴塞尔第三协议最重要的贡献之一是将监管视角从银行外部转向银行内部。此前的协议都注重如何为银行的稳定经营创造良好的国内、国际环境,强调政府的督促作用以及政府间的分工协作,对银行本身尤其是对银行防范风

险屏障的资本没有作出任何有实际意义和可行标准的要求。巴塞尔第三协议则从资本标准及资产风险两个方面对银行提出明确要求,这实质上是要求银行从自身防范风险。这意味着对银行的管理开始由资产负债管理向风险管理过渡。1998年9月,巴塞尔委员会在《银行业组织内部控制体系框架》中,将“合法和合规性”列为银行内部控制框架的重要因素之一。2003年10月,巴塞尔委员会就合规问题专门发布了《银行内部合规部门》的指引性文件,明确合规风险管理是一项日趋重要且独立的风险管理职能。2005年4月29日,巴塞尔委员会又修订发布了《合规与银行合规职能》指引,明确指出:银行的活动必须与所适用的法律、监管规定、规则、自律性组织制定的有关准则,以及适用于银行自身业务活动的行为准则相一致。合规管理一词在银行业中广泛运用开来,在银行合规管理逐步取得成效后,其他市场主体也开始引入合规管理制度,以降低经营风险。

合规管理的本义有两个重要理念:一是合规;二是着力于自身管理,即要防控风险,必须加强自身的合规管理。我们认为源于银行界的合规管理的理念非常契合企业法律风险的防控,在这样的理念之下思考企业法律风险管理必然将合规管理作为核心内容。

合规之“规”,即规矩之规,从狭义上看,仅指企业的内部规章制度;从广义上看,除了企业的内部规章制度外,还包括宪法、法律、法规、规章及其他规范性文件、自律性组织的行业准则、行为守则和职业操守。从更广泛的角度而言,作为企业,与相对人签订的合同约定、对外发布的承诺等也应是应遵守之规矩,因而也是“规”的内容。合规之“规”是从最广义的角度上来理解的。

合规之“合”,相当于“法律实施”范畴。法律实施,也叫法的实施,它的本义是指法在社会生活中被人们实际施行,包括执法、司法、守法和法律监督。法律实施是实现立法者目的、实现法律的作用的前提,是实现法的价值的必由之路,正如有的学者指出的,法律的生命在于它的实行。合规管理之“合”侧重法的实施的“守法”,主要是指对“规”的遵守。

合规管理的合规,也就是遵守宪法、法律、法规、规章、其他规范性文件、行业自律规范以及与相对人签订的合同约定、企业对外发布的各种承诺,它包含了守法和诚信的双重含义。显然,合规管理的“合规”就是力图使企业的经营管理与违规、违约作“切割”,从而从源头上防控企业法律风险。

合规管理强调企业自身的合规,如何防控外部法律因素形成的法律风险呢?因为合规之“规”包含了企业内部规章制度,也包含企业向社会公众的承

诺以及与相对人的合同约定,企业的这些行为是自主的、主动的行为,企业都处于主动作为的地位,可以利用这种地位,充分分析不断变化的外部法律因素,在规章制度中设置相应的应对措施,在对外发布的承诺和与相对人签约的程序以及内容里,充分注意外部法律因素,将防控的措施体现在制度中、写进合同里,并且面对不断变化的外部法律因素调整这些内容。当然,这个防控过程专业性很强,需要一支专业化的队伍,也需要整个企业的协调行动。但毕竟通过合规管理,企业是可以对外部法律环境产生的法律风险防控有所作为并取得防控效果的。

合规管理是企业法律风险防控管理的核心内容,企业法律风险防控至少还有以下三个方面:

一是建立总法律顾问制度或与企业实际相匹配的企业法律顾问制度。企业总法律顾问制度是近十年来国资委要求从特大型国有企业开始逐步在国有企业中建立的重要制度,实践表明,这项制度对企业防控法律风险起到了关键的作用,效果非常明显,它是企业法律风险防控管理的关键所在。这项制度的核心是,以制度的形式确定企业要有一支在总法律顾问领导下的懂法律且熟悉本企业经营管理的专业法律工作者队伍,参与企业的规章制度、重大经营决策制定,对合同及重大经营项目实施全过程的法律事务管理,从而从企业内部筑成堡垒,有效防控企业法律风险。近年来,总法律顾问制度的实践表明,切实做好企业法律事务,对企业而言是实现既定目标的支撑和保障,从事企业法律事务这支专业队伍(企业内部的法律顾问),是企业的卫士和斗士,以其责任和担当加上对行业、企业的熟知及对法律的精通而成为企业防控法律风险的核心力量,这支队伍为特定行业、企业所特有,无法替代,否则难以发挥其应有作用。因此,企业对企业法律事务势必投入有成本(据悉,发达国家的一些知名企业,对企业法律事务的投入占企业销售额的1%左右),同时对企业法律事务的投入也是企业的效益,效益不仅直接体现在防控法律风险、诉讼维权等带来的直接经济效益上,更在于规范管理从而降低风险、提升企业形象以提高企业的软实力等诸多更高层次的效益。

二是建立有效的法律风险防控机制。建立一种机制,使企业内部专业法律工作者队伍,紧盯不断变化的外部法律因素,结合企业自身的经营管理实际,适时出具本企业法律风险报告;结合经营管理的实际操作过程,识别、梳理本企业面临的法律风险并提出相应防控措施,将这些报告、分析和建议措施传达到管理者和每个相应的岗位,落实到每个经营管理者的行为中。以制度的

形式确保这一机制顺畅。建立这一机制的基础无疑是完善的总法律顾问制度。

三是企业领导的法治理念。法律意识是一个人对法律的基本看法,其中理性化的法律意识是一个人的法治理念。企业的领导者,尤其是主要领导,是企业的核心,在企业法律风险防控过程中处于核心地位。很难想象,在法制日益完善的市场经济社会里,一个企业的领导者法治观念不强、风险意识淡薄而能领导一个企业有效防控法律风险,实现企业发展目标。一个企业领导人的法治理念由诸多理性化的法律意识构成,它们至少包括主动的知法意识、严格的守法意识、自觉的自律意识、清醒的风险意识、强烈的维权意识、精确的实效意识、敏感的证据意识和严肃的合同意识,企业领导的这些理性化的法律意识来自于对法律知识的学习和掌握,也源自关于法治理念的直接灌输教育。我们国家非常重视法律的普及教育,至今已经进入第六个五年普法教育计划,并且在近期的普法教育计划中特别强调社会主义法治理念教育。作为企业的领导人,不一定成为法律专家,但是必须在法律知识的学习中、在法治理念的灌输中、也在企业经营管理的经验教训中,建立起社会主义法治理念,否则企业的法律风险防控将无从谈起,企业的法律风险会失控,企业一定难以实现其既定目标,甚至会消失在风险的海洋里。企业领导人只有在自觉的法治理念之下,才会重视法律风险的防控工作,才会合理安排投入,才会引领强有力的制度建设,才会建立有效防控机制。从某种意义而言,企业领导人尤其是主要领导人的法治理念和对企业法律事务的重视是企业法律风险防控的决定因素。

从理论上认识企业法律风险,从本行业、本企业的经营管理流程中识别企业法律风险,依托总法律顾问制度,以健全的相关制度和有效的机制有针对性地采取相应措施防控企业法律风险,是企业实现利益最大化的必由之路。基于这样的认识,我们分行业编写企业法律风险防控系列丛书,希望对不同行业的企业法律风险防控工作有所帮助。

编写说明

基于对企业法律风险的基本认识,浙江省企业法律顾问协会组织相关专家,以产品购销的基本管理和经营流程为主线,识别可能产生的法律风险,提出风险防控对策和措施。本书是企业法律风险防控系列丛书的一个组成部分。希望本书能为产品购销领域的经营管理人员防控该领域法律风险提供帮助,并为企业法律风险研究的理论工作者提供参考。产品购销业务流程长,情况复杂,加上编写者水平有限,难免有理论上的不成熟和风险列举上的挂一漏万,希望不断得到专家及产品购销行业经营管理者的批评指正。我们也将进一步对这一行业的法律风险进行研究,在汲取各方意见的基础上,不断加以改进、完善。

物流仓储是产品购销的组成部分,限于篇幅,本书没有具体展开。物流仓储方面的法律风险及防控将在丛书的其他部分中具体阐述。

本书由李振华主编,编写分工情况如下:前言,李振华;第一章,张将勇、杨蕾;第二章,占光胜、周小萍;第三章,刘华;第四章,杨蕾、李振华;第五章,程艳、葛梅;第六章、第七章,占光胜、李振华;第八章,颜强。李振华、于立岳、占光胜负责全书的统稿。

本书得到了中国石化油品购销、非油品业务、油品仓储专家组的关心和帮助,并参考了专家组的部分成果,在此表示衷心的感谢。

目 录

第一章 选择交易对象的法律风险与防控	(1)
第一节 通过商务谈判选择交易对象的法律风险与防控	(1)
第二节 通过招投标方式选择交易对象的法律风险与防控	(5)
第三节 典型案例	(24)
第二章 合同订立的法律风险与防控	(26)
第一节 合同形式的法律风险与防控	(26)
第二节 格式合同的法律风险与防控	(27)
第三节 起草合同的法律风险与防控	(30)
第四节 典型案例	(48)
第三章 仓储的法律风险与防控	(51)
第一节 仓储合同概述	(51)
第二节 仓储的法律风险	(53)
第三节 仓储合同的法律风险防控	(57)
第四节 典型案例	(60)
第四章 交付、结算的法律风险与防控	(64)
第一节 标的物交付的法律风险与防控	(64)
第二节 标的物所有权转移的法律风险与防控	(68)
第三节 标的物风险负担的法律风险与防控	(71)
第四节 标的物孳息归属的规范应对	(74)
第五节 标的物瑕疵担保的规范应对	(75)
第六节 标的物价款支付的法律风险与防控	(77)
第七节 标的物受领、检验、通知的法律风险与防控	(78)

第八节 典型案例	(80)
第五章 零售销售的法律风险与防控	(82)
第一节 零售销售的主要业务	(82)
第二节 零售销售的法律风险与防控	(84)
第三节 典型案例	(105)
第六章 贸易担保的法律风险与防控	(107)
第一节 保证	(107)
第二节 抵押	(112)
第三节 质押	(117)
第四节 留置	(123)
第五节 定金	(127)
第六节 典型案例	(129)
第七章 电子商务法律风险与防控	(133)
第一节 电子商务和法律风险	(133)
第二节 电子商务存在的法律风险	(133)
第三节 电子商务法律风险防控措施	(136)
第四节 典型案例	(137)
第八章 买卖合同通用条款所涉及的法律风险与防控	(142)
第一节 生效条款的法律风险与防控	(142)
第二节 保密条款的法律风险与防控	(146)
第三节 不可抗力条款的法律风险与防控	(148)
第四节 违约责任条款的法律风险与防控	(150)
第五节 争议解决条款的法律风险与防控	(154)
第六节 其他通用条款的法律风险与防控	(156)
第七节 典型案例	(158)
参考文献	(160)

第一章 选择交易对象的法律风险与防控

第一节 通过商务谈判选择交易对象的法律风险与防控

一、交易对象的定义与分类

交易对象,是指参加交易法律关系、享有权利、承担义务的民事主体,也就是合同当事人。交易对象包括自然人、法人和其他组织。

(一)自然人

所谓自然人,是指依自然规律产生,具有五官百骸,区别于其他动物的生物体。民法通则规定,18周岁以上的公民是成年人,具有完全民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。16周岁以上不满18周岁的公民,以自己的劳动收入为主要生活来源的,视为完全民事行为能力人。10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动,其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。不满10周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。

(二)法人

法人,是指具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织,包括机关法人、事业单位法人、社会团体法人和企业法人。机关法人是指依照法律和行政命令组建的、享有公权力的、以从事国家管理活动为目的的各级国家机关。事业单位法人是指从事非营利性的社会各项公益事业的各类法人,例如从事教育、广播、电影、电视等事业的法人。社会团

体法人是指中国公民自愿组成,为实现会员共同意愿,按照其章程开展活动的非营利性社会组织,如妇女联合会、工商业联合会等。企业法人是指具有民事权利能力和民事行为能力,依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。企业法人根据设立依据,可以分为公司制企业法人与非公司制企业法人。前者是指按照《公司法》的要求设立的企业法人,后者是按照其他法律法规设立的企业法人。公司制企业法人包括有限公司(含一人有限责任公司、国有独资公司)和股份有限公司。

(三)其他组织

其他组织,是指合法成立、有一定的组织机构和财产,但又不具备法人资格的组织,主要包括:

- (1)依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织。
- (2)依法登记领取营业执照的合伙型联营企业。
- (3)依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业。
- (4)经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体。
- (5)法人依法设立并领取营业执照的分支机构。
- (6)中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构。
- (7)中国人民保险公司设在各地的分支机构。
- (8)经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业。

在此,需要特别注意分公司与子公司的区别。分公司与子公司的区别表现为:其一,主体资格不同。子公司具有独立的主体资格,享有独立的法人地位;而分公司则不具有独立的民事和商事主体资格,仅仅是本公司的分支机构,不具有法人资格。其二,称谓不同。分公司不具有独立的名称,必须冠以某某分公司以提醒当事人;而子公司有自己独立的名称。其三,意志关系不同。子公司作为独立的法人,在法律上其意志是独立的,母公司对子公司的经营管理活动不能进行直接的命令指挥;而分公司作为本公司的分支机构,其业务的执行、资金的调动完全受制于本公司,与本公司之间是一种被管理与管理的关系。其四,财产关系不同。在财产关系结构上,子公司尽管有母公司的参与,但仍有属于自己的财产;而分公司的财产则全属于本公司,是本公司财产不可分割的组成部分。因此,分公司不存在独立的法律财产,而子公司的财产则具有完全的独立性。其五,财产责任不同。子公司作为独立的法律主体,自主经营、独立核算,其一切后果包括财产责任均完全由自己承受,而分公司作

为非独立主体,既没有自己独立的财产,也没有自己独立的意志,因此其经营后果应当归属本公司,由此而产生的财产责任亦由本公司承担。但分公司作为一种相对独立的公司经营机构,仍具有经营的能力和资格,为此,分公司需要向公司登记机关依法办理登记,领取营业执照。分公司可以以自己的名义独立订立合同,也可以以自己的名义独立参加诉讼。

二、通过商务谈判选择交易对象的法律风险

(一)交易对象不具备基本资质

根据《民法通则》第五十八条关于无民事行为能力人实施的民事行为无效的规定,无民事行为能力人订立的合同无效。限制民事行为能力人订立的合同,根据《合同法》第四十七条的规定,该合同的效力有待法定代理人追认,如果法定代理人拒绝追认,该合同无效。

交易对象系法人或者其他组织的,如果其未取得营业执照,就意味着其未获得市场主体的资格,其订立的合同同样会面临合同无效的风险。

(二)交易对象不具备特别资质

在一些技术性要求很强的行业,从业者必须具备国家许可的特别资质才可对外进行经营活动。例如,成品油、建筑、医药等行业。如果与不具备相应资质的相对人签订合同,一旦发生纠纷,合同一般会被认定为无效。

(三)交易对象为无处分权人或无完全处分权人

当合同主体无权处分合同标的物时,相对人与之签订的合同就存在归于无效的风险。与无处分权人订立合同,若权利人不追认、不认可,合同就会归于无效。当合同主体为共有人之一时,其处分权是不完全的,与之签订合同,同样面临着不被追认而致所签订合同无效的风险。

(四)交易对象违反法律禁止性规定

法律禁止一些主体从事特定交易活动,比如《担保法》规定:国家机关、学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位不得作为保证人。如果与以上主体签订担保合同,就会因为违反法律强制性规定而无效,不会得到任何实质性的保证。