

公司运行中的 法律问题研究

曹颖 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

公司运行中的 法律问题研究

曹颖 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

公司运行中的法律问题研究 / 曹颖著. —北京:
知识产权出版社, 2017.3

ISBN 978-7-5130-4799-9

I. ①公… II. ①曹… III. ①公司法—研究—中国
IV. ①D922.291.914

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 050226 号

责任编辑: 刘 睿 刘 江
封面设计: 张国仓

责任校对: 潘凤越
责任出版: 刘译文

公司运行中的法律问题研究

Gongsi Yunxing Zhong de Falü Wenti Yanjiu

曹 颖 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区西外太平庄55号

责编电话: 010-82000860 转 8344

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 保定市中美美凯印刷有限公司

开 本: 880 mm×1230 mm 1/32

版 次: 2017年3月第1版

字 数: 134千字

ISBN 978-7-5130-4799-9

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: liujiang@cnipr.com

发行传真: 010-82005070/82000893

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 7

印 次: 2017年3月第1次印刷

定 价: 28.00元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序 言

“法律只有在社会生活实践中才会更生动。”自己就是带着这样一份好奇、热情和对已逝去求学生涯的眷恋，从法学院毕业走入社会进入律所开始律师执业生涯。一晃十年过去了，时光总是一点点流逝，该是要留下一点点纪念，可能在他人眼里，这不会是一本畅销书，却真实地记载了，一个对法学极度热爱、极度痴迷的人如何在律师执业生涯中，从理论走入社会生活，渐渐完成一个法律职业人的转变。在此，我将从理论到实践再回归理论的一点点体会留于笔端，以作分享。

自执业以来，代理过诸多案件，案件类型纷繁复杂，案件中反映的问题各有特色，但基本都是以公司为主体，涉及公司经营管理的各个环节，是公司经营管理过程中问题的集中反映。因此，本书将以自己实际承办案例为引导，从公司的劳资关系、公司与交易相对方的合同关系、公司的知识产权保护等民商事法律关系以及公司运行过程中的刑事犯罪风险防控问题等方面，深入挖掘公司经营过程中发生的突出问题和前沿问题，深入研究现有法律

规定在公司经营管理中的具体适用情况，深刻剖析相关法律法规规定的基本原理、适用原则和使用规则，指出现有法律规定的优势和弊端，并进而从实务层面提出规范公司经营管理、防范公司运行风险、降低公司运行成本、提高公司经济和社会效益的针对性、可行性和建设性意见和建议，以更好地促进我国社会主义市场经济的关键主体——公司的稳定、有序、高效发展。

目 录

一、合同篇

契约自由原则及其限制	3
合同履行的认定规则	17
双方违约及其违约责任承担	32
违约可得利益的赔偿规则	50
违约金酌减的司法分析	60
法人人格否认制度在关联企业中的适用	69

二、劳动篇

关于企业委托第三方代缴社会保险费法律问题之浅析	89
严重违纪解除劳动合同的司法裁判适用研究	101
经济补偿条款与竞业限制协议认定规则	118
涉外劳动用工法律风险分析	132

三、知识产权篇

论商标在先使用权的认定	155
-------------------	-----

四、执行篇

民事执行程序中的参与分配制度理论与实务探析	169
-----------------------------	-----

五、刑事篇

浅析渎职罪主体之界定	
——对《立案标准》附则（三）的解读	191
浅析单位犯罪之自首认定	209

契约自由原则及其限制

【本文要旨】

契约自由是私法的基本原则，是合同法的基石和灵魂，是贯穿合同法始终的主线，对合同法律制度的发展具有深刻的影响。契约自由意味着当事人意思自治，即当事人可以依照自身意愿和法则去创设权利和义务，且必须按照契约完全地履行自己的义务，法官裁判也必须按照契约的条款予以裁判。契约自由充分尊重并保障当事人的自由选择，使当事人的“自主意志”得到充分展现，极大地推动经济发展、促进社会进步。但任何自由都不是无限制、无边界的，且契约自由所立足的经济基础也发生了深刻的变化，社会主体呈现多样性，社会关系逐渐复杂化，社会矛盾日益突出，两极分化现象严重，完全恪守绝对的契约自由，则会损害社会的公平正义，阻碍经济和社会进步。在现代社会，为了保障契约的真正自由，实现契约的实质正义，一方面要高举契约自由的伟大旗帜，严格坚守契约自由原则，另一方面要对其加以限制，以防止契约自由的滥用。

【案情简介】

A与B文化经纪有限公司（以下简称“B经纪公司”）于2008年10月1日签订了为期13年的代理合同，约定由B经纪公司作为A的经纪人，独家全权代理A处理其在全世界范围内的演艺事业，由B经纪公司A进行“重点推广”。合同签订后，A参与了一些影视剧的演出，并成为一些广告的代言人，拥有了一定的社会知名度，获得了相应的经济收益。2010年9月20日，A以B经纪公司不是合同所承诺的具有从事演艺经纪代理能力、经验及资质的专业演艺经纪公司，且严重违反合同义务和承诺为由，单方解除了与B经纪公司签订的代理合同。B经纪公司A的单方解约行为严重损害了其合法权益并给其造成巨大的经济损失为由，向北京仲裁委员会申请仲裁，请求A偿付B经纪公司为其演艺事业支出的全部成本，并赔偿其给B经纪公司造成的其他损失。

【审理结果】

北京仲裁委员会审理后，认为双方于2008年10月1日签订的代理合同是双方当事人的真实意思表示，合法有效，应作为确定双方当事人权利义务和本案裁判的依据；虽然A在履行合同的将近2年内并没有违约行为，而B经纪公司未按照合同的约定办理“营业性演出许可证”，且对A提供的经纪服务不专业，在履行合同期间存在一定瑕疵，但本

案合同没有明确约定“重点推广”的标准，也没有约定培训的时间和内容，没有证据证明上述瑕疵影响本案合同目的的实现，故双方均应承担一定的责任，同时考虑到本案合同期限为13年，至解除时仅履行了近2年，A提出解除合同，并非完全是“不可归责于该当事人”的情形，因此，认定A对解除合同仍应承担一定的赔偿责任。根据本案合同约定的“独家经纪委托”的性质和年限、签订合同的“前提条件”以及A的权利和义务，A参与的影视剧的演出和成为广告代言人，均是在本案合同履行期间，故认定这些行为直接构成或推定为B经纪公司履行本案合同义务的行为。即使仲裁庭主观上甚至可能认为某些行业惯例可能难为普通人所接受，但在不违反法律的强制性规定和公序良俗的前提下，仲裁庭无权干预，而且应当尊重当事人自治和某些行业习惯所形成的合同条款。所以，A在解除合同时，应当给予B经纪公司合理的经济赔偿。

【理论探讨】

一、合同法律关系中必须坚持契约自由的基本原则

本案将基于双方当事人的意思自治而形成的合同作为认定双方权利义务的依据和仲裁的依据，充分保障了当事人的意思自治，强调了合同法律关系坚持契约自由的重要性。契约自由思想起源于“商品生产者社会的第一个世界性法

律”——罗马法，并在19世纪的自由经济时代得到全面推崇，成为一项法律基本原则予以确立。契约自由原则的坚持和运用，对经济和社会的发展具有积极的推动作用。

（一）契约自由的内在规定性决定其存在的合理性

契约自由意味着“缔约不受强制”。（1）在契约订立之前，契约自由是指“是否缔约的自由”和“选择缔约相对人的自由”。即每个人基于自己的利益或需要，有权决定自己是否与他人缔约，以及与谁发生契约关系，任何人都不得强迫他必须缔约或与特定的人缔约，充分尊重个人的意愿和选择，是个人自由的充分体现，这是契约对其产生约束力的前提条件和正当性基础。（2）在契约的订立过程中，契约自由是指“决定缔约内容和契约形式的自由”。即契约的当事人根据交易需要自由确立交易目的、明确契约标的、约定履约方式、分配交易责任等，并自由决定契约采取口头、书面或电子等形式。这是契约双方在契约中“整体自由”的实现，他们通过缔结契约形成专属于他们的特定关系，这一关系不受任何关系之外的人或组织的干预，具有封闭性和排外性，充分保障契约关系作为独立整体不受外界干预的自由。而契约的内容是基于双方当事人的协商而形成的，其必然包含个人部分权益的让渡或放弃，而在契约自由原则下，这种让渡或放弃完全是基于个人自愿的，这就决定了权利和义务行使的正当性基础和保障。

契约自由意味着“约定必须遵守”。基于“个人自由意志”而订立的契约，是双方当事人在充分考虑自身和对方需求、权衡各方利害关系的情况下，相互自愿为对方和自己设定权利和义务的结果，是在当时的条件下实现自身利益最大化的最佳途径，当事人为了最大限度地实现自己的权益，必然会自觉遵守并要求对方遵守契约的规定，以保障契约的正常履行。

契约自由意味着“违约应负责任”。契约是双方经自由协商共同选择的一种权益关系，各方为了实现自身的利益，在契约中自愿地设定了违约责任，由当事人承担践约的责任，是契约自由的内在要求和最后保障。个人自由包括行为的自由，既有实施履约行为的自由，也有实施违约行为的自由，那么在个人实施违约行为时，由其承担自由行为的后果即违约责任则是必然结果。

契约自由的内在规定性，符合人们追求自由、实现自身利益的基本要求，能使人们在自愿的前提下，自觉接受契约的约束，是社会生产力和人自身发展的必然要求和结果。

（二）契约自由的基本价值决定其存在的必要性

契约自由原则是经济发展的产物，具有重要的经济价值。利益是市场经济发展的驱动力，追求利益的最大化是人们进行交易活动的目标和动机，这就要求人们寻求一种途径能充分地保障利益的实现，契约作为交易的最主要方

式应运而生，而契约作为不同于身份的最大优势就是其对自由的确立。契约自由意味着对人的绝对尊重，保证了人们交易地位的平等，在交易的过程中，人们根据自身的需求、商品及其价格等，充分谈判、自由选择、自主决策、自我救济，从而使契约双方在对各自都最有利的情况下完成交易，实现自身利益进而促进社会利益的实现。同时，契约关系的存在打破了身份关系的等级制约和特权观念，促进了平等、自由的市场竞争环境的形成，扩大了人们交易的范围，打破了交易的地域限制，促进了世界市场的形成，极大地推动了全球经济的发展。

契约自由作为私法的基本原则，具有重要的法律价值。（1）有利于当事人根据自己的选择预见行为的法律后果，形成权利义务的有效预期，以维护交易的稳定、降低交易的风险。契约是当事人根据自己的自由意志，通过平等协商，形成的相互之间的权利义务关系，对双方当事人具有法律的约束力，是当事人行使权利和履行义务的依据，也是司法裁判的依据。当事人全面履行契约的义务时，就会实现其应有的权利、获得可预见的利益；当其违反契约义务时，就要承担契约所约定的责任。基于这种权责的预见，当事人权衡利益得失之后，其履行契约的主动性和积极性会大大提高，从而确保了契约法律关系的实践性和有效性。（2）契约的明确约定及契约关系的相对独立性，有利于争议的迅速解决，节约了交易的成本。契约争

议的解决方式及违约责任是契约的重要组成部分，在契约中会予以明确的约定，契约具备责任追究、自我修复和补救能力，能在发生争议的情况下，双方依据契约的规定，在第一时间自行解决，而无须社会其他力量的参与，极大地节约了时间成本和社会成本。

（三）契约自由的发展历程决定其存在的必然性

契约自由作为一种观念，早在古罗马时期已经存在，推动了古罗马经济的发展和罗马帝国的强盛。虽然在欧洲宗教统治的中世纪，契约自由思想受到压制，但人们对自由的追求始终没有停止。15世纪欧洲文艺复兴运动的兴起，使自由主义思想大放异彩，18~19世纪资产阶级革命的成功，将个人自由推崇到了至高无上的地位，契约自由再次登上历史的舞台，并达到绝对化的鼎盛时期。1804年的《法国民法典》将契约自由作为契约法的基本原则予以确立，随后的1896年的《德国民法典》《瑞士债务法》、美国的“宪法修正案”等均明确了“契约自由”的法律基本原则，契约自由成为近代资本主义国家民法的至高原则乃至宪法的基础，推动资本主义世界经济的飞速发展和世界市场的逐渐形成。在20世纪及21世纪的今天，世界已不再是自由经济时代，但契约自由仍然是市场交易的基本要求，是私法领域的基本原则，并在全世界范围内得以推广，在各国的法律中得以确认。契约自由的产生、发展，

顺应了社会生产力的发展趋势，满足了人们的发展需要，是人类社会发展的必然要求和结果。

二、契约自由必须予以适度的限制

本案中，北京仲裁委员会在认定合同的效力时，明确了合同有效的前提条件，即“不违反法律的强制性规定和公序良俗”。所以，要保证契约自由的真正实现，必须对自由加以适当的限制。

（一）契约自由的假设前提条件，必须依靠外在干预保障其实现

契约自由是以契约主体均为理性人为假设前提的，而人格平等和自由是理性人的必要前提。平等有两种含义，即形式上的平等和实质上的平等，或者称为法律上的平等和事实上的平等。法律上的平等是指一切自然人、法人在法律意义上的抽象的人格平等；而事实平等是指在现实生活中的平等。而现实生活中，由于年龄、出身、职业、民族、国籍等不同，人们的认知能力、收入水平、生活条件、经济环境等存在重大的差异。特别是在经济突飞猛进的今天，经济发展不平衡成为普遍现象，贫富差距加大，交易主体的经济条件差距明显，事实上不可能平等地进行交易，处于弱势地位的交易主体迫于客观原因，必须屈从于强势一方的意愿，契约双方的权利义务无法实现平衡，尤其是在法人大量崛起并在交易中占据主导地位时，自然

人相对于法人而言，明显处于弱势地位，很难实现二者的平等交易。交易主体地位的不平等，必然产生交易行为的不自由，导致交易的不公平、社会的不公正，促使社会矛盾的加剧，阻碍经济的发展，影响社会的和谐。

（二）契约自由自身固有的缺陷决定必须对其加以限制

契约自由是建立在自由市场经济的基础上，自由经济条件下的竞争，各经济主体相互独立，且仅以自身利益最大化为目标，必然会导致盲目竞争，产生个人资源和社会资源的极大浪费。同时，由于彼此的孤立，会导致信息的闭塞和不对称。在交易过程中，由于一部分人了解信息，另一部分人不了解信息，就会使信息优势方利用信息优势，在追逐利润最大化的驱动下，不惜采取伪造、假冒、欺诈、威胁等手段，损害弱势群体的利益，这种不正当竞争必然导致资本越来越向少数优势群体集中而形成垄断组织，进而损害社会绝大多数人的利益。这就要求通过政府干预，实现资源和信息的共享，防止竞争的盲目性和不合理性。

（三）经济和社会发展要求对契约自由加以限制

随着自由经济过渡到垄断经济时代，社会财富越来越向少数大企业集中，交易的不平等现象越来越严重，契约自由的实质逐渐消失，贫富分化和两极对立加剧，社会竞争秩序遭到破坏，社会公正受到挑战，社会整体利益受到