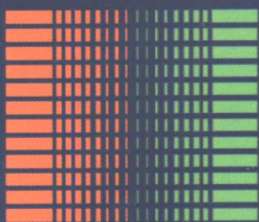




商务的法律

刘弓强 主编



气象出版社



商务的法律

刘弓强 主编

包家出版社

内容提要

本书以有助于商务人员全面系统地学习和掌握商务法律知识为基本点,通过商务活动中所普遍存在和经常发生的法律问题作为背景材料进行系统的剖析。在内容上力求完整、准确地阐述商务法律的基本原理和基础知识,并努力使该书在具体的商务活动中具有实用性和可操作性。该书可以作为商务人员以及企业系统学习商务法律知识的材料和案头书,也可以作为大专院校的学生学习经济法和商法的教材。

图书在版编目(CIP)数据

商务的法律/刘弓强主编. —北京:气象出版社,2000.9

ISBN 7-5029-3239-9

I. 商… II. 刘… III. 商业经济-经济管理-经济法-基本知识-中国 IV. D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 064674 号

商务的法律

刘弓强 主编

责任编辑:苏振生 终审:纪乃晋

封面设计:刘雄 责任校对:叶素

·气象出版社出版

(北京市海淀区中关村南大街46号/邮编:100081)

北京振华胶印厂印刷

新华书店总店北京发行所发行 全国各地新华书店经销

2001年10月第1版 2001年10月第1次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:9 字数:234千字

印数 1-4000册

ISBN 7-5029-3239-9/D·0030

定价:18.00元

前 言

英美国家出版了大量的 Business law 方面的书籍,日本的经营的法律等刊物同样经久不衰。这些书籍为商务人员在经营、管理以及保护自己权益方面提供了必备的法律知识,同时,也为商务人员遨游商海起到了导航和护航的作用。

随着我国法律制度的日臻完善,商务人员运用法律知识从事经贸活动成为立足市场的必备条件。在此前提下,如何为我国的商务人员提供一本符合我国国情的 Business law 或经营的法律的书籍,已成为我国出版行业的当务之急。基于以上考虑,笔者在大量参阅国内外文献的基础上,从我国的实际情况出发,根据我国商务人员的需要,编写出版了《商务的法律》一书。

该书以商务人员全面系统地学习和掌握商务法律知识为基本点,通过商务活动中所普遍存在和经常发生的法律问题作为背景材料进行系统的剖析,在内容上力求完整、准确地阐述商务法律的基本原理和基础知识,并努力使该书在具体的商务活动中富有实用性和可操作性。该书可以作为商务人员以及企业系统学习商务法律知识的材料和案头书,也可以作为大专院校的学生学习经济法和商法的教材。

本书的作者为长期从事商务法律实务工作和研究的大学教师、律师和法官,同时,部分经贸法律专业的研究生参加了本书的写作。本书各章节的撰稿人的顺序如下:

刘弓强(序章)、蔡云红(第一章引言、第一、二、三节)、崔奇洙(第一章第四节一)、樊荣(第一章第四节二(一)、(二)、(三))、权守镛(第一章第四节二(四))、李重东(第一章第四节二(五)、(六)、(七))、张法水(第二章)、高雅(第三章)、任艳(第四章)、郝刚(第五章)、李思刚(第六章)。

全书由刘弓强策划,最后由刘弓强对全书进行统稿。

在本书的写作过程中,本书的编辑苏振生先生为此付出了大量的心血,谨在此表示诚挚的谢意。

由于作者的水平有限,加之时间仓促,书中难免出现遗漏和差错,敬祈读者批评指正。

编 者

2001年8月

目 录

序 章 什么是商务的法律	(1)
第一节 商务法律的内容.....	(1)
第二节 商务法律的特征.....	(3)
第三节 运用商务法律的注意要点.....	(5)
第一章 如何兴办企业	(9)
引 言.....	(9)
第一节 如何兴办个人独资企业	(11)
第二节 如何兴办合伙企业	(23)
第三节 如何兴办有限责任公司	(42)
第四节 如何兴办股份有限公司	(54)
第二章 如何签订合同	(70)
引 言	(70)
第一节 什么是合同	(71)
第二节 合同法的重要常识	(73)
第三节 如何订立合同	(94)
第三章 企业内部管理的法律制度	(114)
引 言.....	(114)
第一节 企业内部员工管理的法律制度.....	(115)
第二节 企业知识产权管理的法律制度.....	(146)
一、商标管理的法律制度	(146)
二、专利管理的法律制度	(155)
三、商号管理的法律制度	(165)
四、商业秘密管理的法律制度	(171)
第四章 委托他人为自己从事商务活动的法律知识	(178)
引 言.....	(178)

第一节	委托他人為自己从事商务活动的前提	
	——委托合同·····	(179)
第二节	受托人的义务和权利·····	(192)
第三节	委托人的义务和权利·····	(202)
第四节	委托合同关系的终止·····	(205)
第五章	如何追究他人的法律责任 ·····	(209)
引 言	·····	(209)
第一节	违约应承担的法律责任·····	(209)
第二节	侵权应承担的法律责任·····	(227)
第六章	如何解决商务纠纷 ·····	(243)
引 言	·····	(243)
第一节	如何解决与当事人间所产生的纠纷·····	(243)
第二节	如何同行政机关打官司·····	(269)

序章 什么是商务的法律

第一节 商务法律的内容

什么是商务的法律,最简单地讲就是关于商业事务活动的法律。

既然如此,那么,什么是商务,商务的法律又包括哪些内容呢?

对于上述问题,通常认为,所谓商务,即有关企业的经营活动。从这一基本概念出发,商务的法律内容当然是关于企业经营活动的法律。

在日常的商务活动中,除了企业之外,还会经常听到法人一词,那么,什么是企业,企业与法人又是什么关系呢?

关于企业,一般认为,企业是指为追求营利为目的,投入一定的财力和物力所进行经营活动的组织体,而法人则是能够独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

由以上概念可以看出,企业并非都是法人,只有符合法人条件的企业才能够成为法人。

根据我国的法律,企业要成为法人必须具备以下的条件:

1. 依法成立;
2. 有必要的财产或者经费;
3. 有自己的名称、组织机构和场所;
4. 能够独立承担民事责任。

既然上述企业是为追求营利为目的,投入一定的财力和物力所进行经营活动的组织体,那么,企业具体主要表现为哪些组织形式呢?

根据我国的法律,企业的组织形式为:

1. 股份有限公司；
2. 有限责任公司；
3. 合伙企业；
4. 个人独资企业；

在上述几种企业组织形式中,股份有限公司和有限责任公司因具备了作为法人的条件,因而成为了法人,而合伙企业,个人独资企业则因不具备法人的条件,因而为非法人。

企业是否为法人,在商务活动中其意义主要在于是否独立承担民事责任上。因法人独立承担民事责任,所以,股份有限公司和有限责任公司独立于自然人独自承担民事责任,而作为股东的自然人无论是公司发生亏损还是破产,仅仅以自己的出资额为限对公司承担责任,这样便大大地减轻了出资者的商务风险。相反,合伙企业、个人独资企业由于不是法人,因此,上述这些企业组织的资产在不能偿还债务的情况下,作为这些企业的出资者还必须以自己所有的财产偿还企业的债务,这样便大大加大了出资者的负担。

由以上可以归纳总结出,企业追求营利,必须投入一定的财力和物力而形成一定的组织体,规范上述的法律构成了商务法律内容中的重要部分。在此方面,我国的法律主要存在于公司法(规定了股份有限公司和有限责任公司)、合伙企业法、个人独资企业法、以及民法通则中。这是需要明确的第一要点。

第二、企业要达到营利的目的,必须从事经营活动。企业在从事经营活动时,往往以合同为媒介与他公司或消费者发生关系。掌握合同的有关知识,对于企业或商务人员来讲可以说是至关重要的。关于合同方面的法律规定主要集中在合同法中。

第三、在企业的资产中,除资金和设备等有形资产外,还存在着诸如商号、商标、专利以及商业秘密等无形资产。良好的企业经营管理应充分认识到上述这些无形资产的价值,同时,监督和管理董事、经理等企业经营管理阶层以及普通员工对企业的经营活动

也具有十分重要的意义。上述这些内容也可以称之为商务法律中的精髓部分,这些法律规定主要表现在民法通则、商标法、专利法、反不正当竞争法、公司法以及劳动法中。

第四、企业在经营活动中,除依靠本身的物力和财力外,往往还需要借助他人之手来开展业务。其间,企业最经常采取的方法为委托代理。因受托人并非为本企业所属的机构或人员,如何监督受托人,同时,受托人如何维护自身的利益,这对于企业来讲也是必备的常识,关于此方面,主要规定在合同法之中。

第五、企业在经营活动中难免发生纠纷,企业如何采取妥善的方式解决纠纷或避免纠纷的加剧,这对于企业的经营来讲是极为重要的一个课题,我国的民事诉讼法、仲裁法、行政诉讼法以及行政复议法规定了此方面的内容。

从以上的角度本书系统归纳总结出商务法律所覆盖的主要内容,熟悉掌握这些内容,可以说是给商务人员提供了一把宝剑,愿这把宝剑能披荆斩棘,同时又起到护身的作用。

第二节 商务法律的特征

上述已谈到商务的法律是关于企业经营的法律,那么,企业在开展经营活动追求营利时,一定会在许多场合表现出不同于我们一般百姓在日常生活中的表现出的特点。对此,作为规范企业经营的法律,必定在规范企业活动时表现出其独自的一些特征。

对于规范企业经营活动中的特征,有的国家专门制定出了商法典,我国虽然没有制定商法典,但在规范企业经营活动的许多法律中表现出了不同于规范一般百姓日常生活问题的一些独自特征,这些法律特征主要表现在以下方面:

1. 营利性以及有偿性

营利为企业从事经营活动的首要目的,因此,在商务的法律中充分体现了这一特征。比如说在我国合同法的借款合同中作出了

如下规定：自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或约定不明确的，视为不支付利息。该规定言外之意即企业之间对支付利息没有约定或约定不明确的，则不受上述条款的约束，理应支付利息。

2. 合同的定型性

企业在经营活动中，为了同大量的客户进行快速交易，在签订合同时往往采取格式合同或格式合同条款的形式，我国的合同法对此也作了肯定。所谓格式合同或格式合同条款是指，当事人为了重复使用而预先拟订，并在订立合同时未与对方协商的条款。因此，此类的合同并不需要像我们在日常生活中签订合同时所必须进行的充分的协商，该格式合同与经过充分协商而签订的合同同样具有法律的效力。

3. 尊重外观性

企业在经营活动中为达到营利的目的，离不开安全的交易环境和提供抓住商机的机遇。为此，在我国的合同法中作出了如下的规定：法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。通过上述的法律规定，企业在同他企业进行交易的时候不需要对对方企业的内部情况一一进行调查，这样便大大地节省了交易的时间，同时，在交易的安全性上得到了保障。

4. 公示主义的特性

在交易活动中为避免对方的欺诈和不诚实，保障交易活动的安全，在我国的商务法律中采取了公示主义的原则。比如说我国的公司登记管理条例和企业法人登记管理条例中规定，公司的设立、变更、终止，应当办理公司登记。公司的登记事项包括：名称、住所、法定代表人、注册资本、企业类型、经营范围、营业期限、有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的姓名或者名称。同时，上述条例中还要求企业应将《企业法人营业执照》正本或者《营业执照》正本置于公司住所或者分公司营业场所的醒目位置。通过以上

的法律手段,为当事人一方提供了解对方真实情况的途径,以达到保障交易的安全性。

5. 加重企业的责任

企业在追求营利的同时一方面负有一定的社会责任,另一方面也为防止因当事人间力量和地位的不平等所带来的弊端,在我国的商务法律中加重了企业的责任。

比如说在我国的规定中,采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。再比如说在我们日常生活中最常见的消费者保护问题上,让企业承担无过错责任等也鲜明地表现出了这一特征。

要注意的是,以上的法律特征仅仅是为满足企业经营活动的特殊需要而制订出的特别规定,企业在经营活动中同一般百姓在日常生活中的地方,当然没有必要重复单独地进行规定,因此,在此方面企业同一般百姓在日常生活中的法律是相同的,以上商务法律的特征仅仅是对规范企业在经营活动中所表现出的最具有个性的问题而言。

第三节 运用商务法律的注意要点

企业以及商务人员在运用商务的法律进行商务活动以及保护自己的权益时,尤其要注意以下几个方面:

一、注意商业习惯对商务活动的影响

法律是由人制订的,人所制订的法律不可能毫无缺陷,在商务活动中如果出现法律真空的情况时,商业惯例在此实际起到了法律的作用,同时,在有的场合下,商业惯例在适用上还优先于法律。因此,商务人员在学习商务的法律的同时,还应熟悉掌握商业惯例。在这点上不仅国内的商务活动是这样,国际商务活动更加如此。相对而言,在国内的商务活动中所适用商业习惯较国际的商务

活动所适用的商业习惯要少,但是,为确保自己立于不败之地,只有熟悉掌握商业惯例,才能自由自在地遨游商海。

在商业习惯适用的问题上,我国法律主要所采取的态度是:

1. 在合同的履行方面,合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。

由上述条款可以看出,双方当事人在质量、价款或者报酬、履行地点等问题上,如果出现没有约定或者约定不明确的情况时,对此,商业习惯便起到了决定性的作用。

2. 当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。

由上述条款可以看出,在决定合同的真实意思方面,商业习惯同样发挥着极其重要的作用。

3. 众所周知,订立合同需要有要约与承诺这两个步骤,只有要约与承诺达成一致时,合同方可成立生效。

对于一方的要约,通常要求另一方的承诺应当以通知的方式作出,但是,根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。同时,我国的法律还规定,承诺的生效,原则上以承诺通知到达要约人时生效,承诺不需要通知的,根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。

由上述法律规定可以看出,在特定的情况下,商业习惯在承诺是否需要以通知的方式作出以及承诺的生效的时间上,商业惯例优先于法律。

二、理解格式合同

通常双方当事人在签订合同时一般需要对具体条款进行协商,但是,在商务活动中,为追求快捷性和合同内容的一致性,往往采取格式合同的方法来签订合同,这点特别在运输、金融保险、仓

库寄存等方面表现的尤为突出。

通过格式合同的方式签订合同,这在满足商务活动的快捷性和合同内容的一致性的同时,也容易产生一些弊端。比如说,提供格式合同的一方凭借自己的经验和地位,在格式合同中订立免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利等内容的条款。对于此类合同,我国的法律出于对一方当事人的保护,明确规定上述的条款无效,同时,还就格式合同所产生的争议作了如下的规定:

对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常的理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。

根据上述的法律规定,企业或者商务人员在商务活动中遇到当事人一方利用其经验和地位,在其所提供的格式合同中插入免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利等内容的条款时,不要因为是已签订的合同而屈服对方,从维护自己权益的角度出发积极主张该合同条款无效。同时,在利用格式合同签订合同时,当双方当事人对合同的条款理解不一致以及在利用格式合同签订合同的同时,双方当事人还就合同的条款内容进行协商达成合意时,如果出现双方当事人对格式合同内容理解的不一致以及格式合同条款的内容与双方所达成的合同相互矛盾的情况,企业或者商务人员应注意该格式合同条款是由哪方提供的,如果是对方提供的,应积极主张合同的内容应依自方的内容为准。

三、留意外观信赖问题

商务活动追求快速性,因此,商务活动容不得当事人一方对他方的信用情况进行仔细、彻底的调查。要调查,必定花费大量的时间,如此只能贻误商机。

为保证商务活动的快速性,同时,为商务活动提供一个安全的交易平台,在我国的商务法律中引进了外观信赖的思想。

所谓外观信赖,也就是讲,即使外观表象与真实情况不符,提供该外观表象的责任者不得以外观表象与真实情况不符为由推脱其所应当承担的责任。外观信赖的思想有时也称之为禁反言的法理。

我国的商务法律在外观信赖方面主要表现在了以下几个方面:

1. 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。

2. 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立合同,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。

从上述的法律规定可以看出,在我国的商务法律中表现了重视外观信赖的思想,我国通过制订该制度起到了保障交易的安全以及交易的快速性。

但是,要注意的是,外观信赖制度犹如一把双刃剑,一方面外观信赖制度在保护善意的当事人方面具有无可比拟的优越性,而另一方面则加重了企业内部管理的负担,对此,企业或商务认识应有一个清醒的认识。比如说,企业的外部人员拿着企业的授权书、公章证明等文件与对方签订合同,虽然这些文件证明是企业的外部人员从企业偷盗得到的,在对方企业不知道该事实的情况下,企业对上述外部人员与对方所签订的合同无权主张该合同无效,企业依旧受该合同的束缚,负有履行的义务。由此看来,外观信赖制度保护了对方企业的利益,同时,该制度从另一个侧面也提醒了企业在经营活动中有必要对自己的重要证明进行妥善保管的重要性。

第一章 如何兴办企业

引言 在现代社会投资方式多种多样,但不外乎三种方式:一是购买财物以保值;二是出借金钱获取利息;三是投资或合资设立企业组织。显然,第三种投资活动是所有社会生存的基础。因为任何社会都离不开生产和经营活动。而生产经营活动的方式即企业组织方式则在不断演进和变化,因而出现了许多可供人们选择的企业形态,人类也因这种形式多样的安排而变得丰富多彩。

企业投资是一种通过建立稳定组织依靠长期营业活动而获利的投资活动,因而不同于一般市场交易。首先它不是用一定的对价购买或交换一定的财物,而是建立从事生产经营活动的物质条件、雇用一定的劳动力并建立以投资者(亦即企业所有人)为核心的管理机构,协调完成企业的生产经营任务;企业能否盈利取决于它向社会提供的产品或服务的成本是否低于生产成本和社会对其产品或服务购买量的多少。由于受政治、经济、人的心理等因素影响,市场总是变幻莫测,因此企业投资是一种风险事业,而不是可重复选择、随时撤出的市场交易活动。其次企业投资具有长期性,而且企业作为一种营利事业也贵在它的长期性。这不仅是因为投资的回收是一个长期的过程,而且是因为企业生存的命根子——商誉是一个长期积累的过程。企业生存时间越长,资本积累规模越大,商誉越高,企业营利的可能性就越大。如何让企业长期稳定发展是摆在企业投资者和企业家们面前的永久性课题。

从根本上说,保障企业长期发展的途径有二。一是选择适当的企业形态并建立相应的制度保证机制;二是有效的经营管理,随时解决企业运行中内部和外部矛盾(内部问题主要是和企业全体成成员的心力于一处;外部问题主要是使消费者信赖企业)。两者相互依赖,但本质上前者更具有重要意义,因为投资者只有建立与自己

情况相适应的企业形态,才能建立合适的组织管理机构,为以后企业运营——有效的管理打下基础。因此,欲投资设立企业的人必须慎重选择,从一开始建立良好的企业发展基础。

企业形态是一个国家法律认可的企业组织方式,也称企业的法律形态。企业形态也可以说是一个国家企业的基本类型,这些不同类型的企业具有不同的特征,为人们从事营业活动提供了选择余地。

划分企业形态的因素主要有三个:投资者人数为一人还是多人;投资者承担有限责任还是无限责任;企业是否具有法人资格。按照这三个因素组合,可组成许多种类的企业形态;但是企业形态不是由当事人自由设置的,而是由法律规定的,具有强制性。人们只能在法律规定的范围内进行选择。世界各国普遍认可的企业形态有三个,即独资企业、合伙企业和公司。但各个国家对每个企业形态赋予的特征与内容并不完全一样。在我国,独资企业是一个与个体工商户相区别的概念;合伙企业完全由普通合伙人组成;而公司只包括有限责任公司与股份有限公司。当事人只能在这些形态及其分类中进行选择。

一个人投资设立企业在我国只有一种企业形态可供选择即独资企业,但是从投资方式来看独资与合伙并不是不可替代的。在投资人为两人的情况下,合伙和公司之间存在替代性选择问题;特别是在合伙与有限责任公司之间,在法律没有特殊限制的情况下当事人可以有充分的选择余地。

企业形态的选择受许多因素的影响。大致说来取决于以下这些因素或投资者对他们的看法:投资者的人数与种类与规模及其风险程度;投资财产或股份的可转让性;管理机构或投资人对管理的参与程度;营业的持续性或永久性;资金来源或对资金的需求量;税收;等等。这些因素在不同的企业形态有不同的表现,并不因为不同的人的具体运用而使企业呈现出各自的特色。

企业形态的选择及其具体安排是一个非常重要且十分复杂的