



广东律师系列丛书之二

The practice of lawyer
on civil and commercial law
New practice and new exploration



广东省律师协会 编

民商事律师实务

新业务与新探索



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D926.5/67

2008

广东律师系列丛书之二

民商事律师实务： 新业务与新探索

广东省律师协会 编

主 编：薛云华

副 主 编：朱征夫

执行主编：叶 港

编 辑：徐敏彪 邓 捷

编 校：湛 平

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商事律师实务:新业务与新探索 / 广东律师协会编.
—北京:法律出版社,2008.5
(广东律师系列丛书:2)
ISBN 978-7-5036-8422-7

I. 民… II. 广… III. ①民法—律师业务—中国
②商法—律师业务—中国 IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 054368 号

©法律出版社·中国

责任编辑/薛 晗

装帧设计/马 帅

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/13.75 字数/374 千

版本/2008 年 6 月第 1 版

印次/2008 年 6 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

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

书号:ISBN 978-7-5036-8422-7

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

近年来,国内律师界对民商法的理论研究日趋活跃,广东律师在这方面的努力不但取得了一定成效,而且在参与处理的大量民商事案件中,不少案件的成功代理在国内外产生了较大的影响,为业内同行处理同类案件提供了有价值的参考依据,也为繁荣我国民商法学、推动民商立法做出了积极的贡献。

为深入探讨民商法与市场经济的关系、我国民商法基本制度及其体系、民商法在司法实践中的应用等基本问题,促进我国民商事立法和民商事法律实务的科学发展,不断提升律师的民商法理论水平,广东省律师协会组织编写了广东律师系列丛书之二《民商事律师实务:新业务与新探讨》。此书共收录了47篇广东律师在省级以上刊物发表的优秀论文,论文内容主要涉及民事、公司、建设工程、知识产权、涉外、房地产和劳动等类别,这些内容多为近年来民商法界的热点和前沿问题,初步总结了我省律师在这一领域所取得的创新性理论和阶段性实践成果。

本书对于从事民商法律实务工作的律师具有一定的借鉴意义,对有志于民商法律理论研究的人们也会有所裨益。我们期望全省广大律师继续加强包括民商法在内的法律理论与实务研究,不断提升业务素质和依法执业的能力,为促进经济社会和谐稳定发展、推动依法治国进程做出新的更大的贡献。

是以以为序。

广东省司法厅副厅长 马军港

目 录

一、民事类

	特许加盟亟待法律规范	
3	——评上海美申快餐诉珠海开心汤姆特许加盟合同纠纷	崔 峰
10	尽快建立完善我国信用法律体系	陈紫芸
	民事诉讼模式转换的先声	
15	——《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》评析	郭星亚 陈惠忠
23	“五月花”爆炸案人身损害赔偿法律适用的思考	黄雄周
28	消费者信用权益法定化之可行性分析	曹春和 杨建学
	邮件错投,该谁赔偿?	
34	——关于第三人利益合同的思考	汪良宏
39	民事诉讼,能否由律师做主?	陈卓伦 赵 飞
46	内地与香港离婚制度的比较	詹小彤
	民事起诉权与民事实体权的对应与分离	
51	——兼评郑传本律师民事起诉被驳回案	崔 峰
58	谈抵押期间与抵押人的责任	林杰坤
65	动产让与担保制度及其创设条件分析	徐焕茹
78	《合同法》制度在民商实务中的适用	蔡岱依

87	律师办理诉讼业务的诉前准备与风险控制 有谁在意被保险人的合法权益?	周舟
93	——保险事故索赔期间的法律分析	刘文光 何玲丽 陈晓东
98	“长线投资”行为的法律界定	谢晓航

二、公司类

105	关于我国引入独立董事制度的法律思考	陈默 官欣荣
111	我国企业在涉外购并中的若干法律问题	陈卓伦
116	解读新《公司法》,抓住律师新业务	揭英汉 王爱
121	MBO 的信托解决方式及其法律问题	刁金梅
127	论对我国上市公司董事的监控	陈卓伦
131	新设公司承担原企业债务的法律思考	曹春和 周涌
136	企业并购中的律师尽职调查	郑海珠 陈默
143	论上市公司终止上市后原流通股股东权利之 法律保护	马辉 苏军华

三、建设工程类

157	工程款结算与计息的法律问题	黄振辉 冉华才
163	项目招标中标人与项目公司法律关系的构建	苏祖耀
169	工程款拖欠的预防对策	王玲
175	建筑企业怎样正确行使优先受偿权	陈卓伦 吴昊

四、房地产类

- | | | | |
|-----|---------------------------|-----|-----|
| | 原告被告不相识,房地产产不完整 | | |
| 181 | ——关于抵押权登记变动与物权公信原则
的思考 | | 黄 然 |
| 187 | 拆迁:为什么这么乱 | | 赵志成 |
| | 业主在物业管理纠纷中的维权困境和对策 | | |
| 194 | ——以“A小区”物业管理权纠纷事件为例 | 欧永良 | 刘国华 |
| 205 | 房地产交易纠纷是否适用“双倍赔偿”规定 | 杨青燕 | 唐 玲 |
| 211 | 全国首例刑事附带民事诉讼要求出租屋主赔偿案 | | 钟 坚 |
| 215 | 境外公司在中国内地购置物业用于出租的法律思考 | | 梁传安 |
| 222 | 浅谈逾期交楼的违约责任 | | 白冬红 |

五、劳动类

- | | | | |
|-----|---------------------|---------|-----|
| 233 | 60位下岗工人161万经济补偿 | | 何富杰 |
| | 是劳动争议还是一般民事纠纷 | | |
| 239 | ——从一起劳动手册纠纷谈案件管辖权问题 | | 裴红艳 |
| 243 | “小费”不能代替工资 | 汪腾锋 陈宜良 | 陈亚莉 |
| 247 | 浅析工伤和第三人侵权竞合的双份赔偿 | | 蔡岱依 |

六、知识产权类

- | | | | |
|-----|-----------------|--|-----|
| 255 | 论我国未注册驰名商标的法律救济 | | 陈国翔 |
| 262 | 网络空间与商业秘密的保护 | | 杨小菁 |
| 268 | 浅析网上版权保护的侵权归责原则 | | 裴红艳 |
| 274 | 近似商标认定的若干问题 | | 詹小彤 |

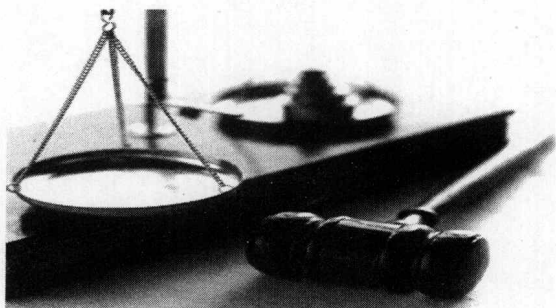
- 278 | 加入 WTO 后如何加强企业知识产权的保护? 朱列玉

七、涉外类

- 287 | 关税同盟或自由贸易区背景下保障措施的适用 王先东 胡建国
- 298 | 规范和拓展律师涉外法律服务 黄永东
- 304 | 中国缘何频遭国外反倾销 汪腾锋
- WTO 与中国律师
- 311 | ——律师在 WTO 争端解决机制中的作用
王晓华 全朝晖 胡 东

附 录

- 317 | 律师办理民事诉讼案件规范
- 338 | 律师从事证券法律业务规范(试行)
- 342 | 律师承办有限责任公司收购业务指引
- 349 | 律师办理国有企业改制与相关公司治理业务指引
- 365 | 律师办理拆迁法律业务操作指引
- 386 | 律师办理商品房交易业务操作指引(试行)



一、民事类

特许加盟亟待法律规范

——评上海美申快餐诉珠海开心汤姆特许加盟合同纠纷

崔 峰

尽快建立完善我国信用法律体系

陈紫芸

民事诉讼模式转换的先声

——《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》评析

郭星亚 陈惠忠

“五月花”爆炸案人身损害赔偿法律适用的思考

黄雄周

消费者信用权益法定化之可行性分析

曹春和 杨建学

邮件错投,该谁赔偿?

——关于第三人利益合同的思考

汪良宏

民事诉讼,能否由律师做主?

陈卓伦 赵 飞

内地与香港离婚制度的比较

詹小彤

民事起诉权与民事实体权的对应与分离

——兼评郑传本律师民事起诉被驳回案

崔 峰

谈抵押期间与抵押人的责任

林杰坤

动产让与担保制度及其创设条件分析

徐焕茹

《合同法》制度在民商实务中的适用

蔡岱依

律师办理诉讼业务的诉前准备与风险控制

周 舟

有谁在意被保险人的合法权益?

——保险事故索赔期间的法律分析

刘文光 何玲丽 陈晓东

“长线投资”行为的法律界定

谢晓航



特许加盟亟待法律规范

——评上海美申快餐诉珠海开心汤姆特许加盟合同纠纷*

崔 峰**

上海美申快餐有限公司诉开心汤姆美式快餐(珠海)有限公司特许加盟合同纠纷案,境内外多家媒体进行了跟踪报道。笔者作为本案原告的代理人,参与了本案的全部诉讼活动。

一、案情简介

从1999年初开始,一家名为“开心汤姆美式快餐(珠海)有限公司”的企业在《珠海特区报》和《参考消息》等报纸上沸沸扬扬地做起了广告。广告宣称“继麦当劳、肯德基之后又一重要快餐品牌”的开心汤姆进入中国市场,并在全国邀加盟商。这些报纸广告对开心汤姆及其连锁情况用如下的语言进行了描绘:“开心汤姆(HAPPY—TOM)——源自美国,美式快餐连锁重要品牌”,“开心汤姆在中国的数十家连锁店,业已成为成功经营的美式快餐典范”。他们称珠海为其“美国开心汤姆亚洲区总部”。

毋庸置疑,这些描绘用语极具煽动性,对意欲投资的潜在加盟商而言具有极大的诱惑力。于是,在较短的时间内,开心汤姆美式快餐(珠

* 本文刊登于《中国律师》2003年第9期。

** 广东晨光律师事务所。

海)有限公司(以下简称开心汤姆珠海公司)就吸引了北京、南宁、无锡、海口等地的16家加盟商,上海美申快餐有限公司(以下简称美申公司)即是其中的一个。

美申公司与开心汤姆珠海公司于1999年8月8日签订《特许加盟合同》,并依约向开心汤姆珠海公司支付了加盟费、权利金和广告基金,并在其指派人员指导下,选定了上海淮海路繁华商业区的店址,按其《装修手册》及其提供的设计图进行了装修,按其《设备手册》及其指定的设备供应商采购了设备。1999年8月27日,美申公司开办的上海开心汤姆餐厅正式开业,但开业仅10余天,因设备及配送货品的质量等问题,餐厅于1999年9月6日即被迫停业关闭,造成各种直接损失共计人民币160余万元。美申公司遂以开心汤姆珠海公司存在欺诈行为为由向珠海市香洲区人民法院提起诉讼,要求确认《特许加盟合同》为无效合同,并要求开心汤姆珠海公司赔偿其投资损失。

在一审期间,美申公司向法院提交了19份证据,这些证据环环相扣,形成了完整的证据链,证明开心汤姆珠海公司利用人们对美式快餐及特许加盟知识了解甚少,从而编造出“开心汤姆”这个虚幻的“国际品牌”并大肆进行宣传推广,骗取加盟费的商业欺诈伎俩。而且所有证据均在开庭时进行了质证。

根据美申公司了解的事实真相,在美国根本就没有开心汤姆公司及品牌,除了1999年4月在珠海开业的一家“开心汤姆”快餐店以外,在世界上找不到比此店更早的“开心汤姆”餐厅。

而开心汤姆珠海公司在一审期间,没有提供任何可以证明“开心汤姆”在世界上其他国家有直营店或加盟连锁店的证据。其声称的开心汤姆有“几十年”的经营美式快餐经验,也没有相应的证据证明。

尽管如此,一审法院却认为,“虽然被告(指开心汤姆珠海公司)通过其印制的资料或通过新闻媒体对‘开心汤姆’快餐店的直营店、连锁店等作了某些夸大的报道,但这些并不是被告发出的要约或承诺,充其量仅属于一些要约引诱。且并非虚构事实,不构成欺诈”。因此,一审法院判令驳回美申公司的诉讼请求。美申公司不服,认为一审法院认定

事实完全错误,向珠海市中级人民法院提起了上诉。

2001年7月某日,面对久拖不决的情况,美申公司与被上诉人在法院的支持下,达成调解协议,开心汤姆珠海公司退还加盟费,美申公司放弃损失赔偿的请求。

二、案件评析

本案在开庭时,原被告双方曾就被告的广告及宣传行为是否构成欺诈进行了激烈的辩论。一审法院在判决中认定,开心汤姆珠海公司对“开心汤姆”快餐店、连锁店作了某些夸大的报道,但不构成欺诈。

我们认为,“夸大”和“虚构”之间存在本质的不同,夸大是指对事物“量”的夸张,而虚构则是对事物“质”的编造;夸大表现为以少充多、以次充好,而虚构则表现为凭空捏造、无中生有。开心汤姆珠海公司在《加盟合同》的主要内容中,即商标及技术、经营管理体系及经验的使用价值方面,大肆歪曲事实、隐瞒真相,对美申公司作出不切实际的承诺与保证,构成了欺诈。

首先,就“开心汤姆”这一商标品牌而言,开心汤姆珠海公司在各种场合对该商标所作的描述均着意渲染该商标的国际性、知名性及重要性。如在其印制的《加盟手册》中称开心汤姆为“国际级品牌”、“西方速食代言人、高知名度、第一品牌”、“国际知名品牌”等。但开心汤姆珠海公司却不能提供该品牌在美国及国际上得以树立形象的方法和过程,更不能提供该商标在美国及其他国家的注册证明。不仅如此,开心汤姆珠海公司对商标的使用、管理也极为混乱,具体表现为:

(1)开心汤姆珠海公司在《加盟手册》中写道,“特许各连锁店使用‘开心汤姆’商标”,而在其与美申公司签订的《加盟合同》中,其允许美申公司使用的商标则为“汤姆”,到美申公司开业经营时被获准使用的商标又是“开心汤姆”。试问,到底哪一个商标才是开心汤姆珠海公司所说的国际知名品牌呢?如果是“开心汤姆”,为什么开心汤姆珠海公司在《加盟合同》中只允许美申公司使用“汤姆”商标呢?这是否表明开心汤姆珠海公司违约呢?

(2)开心汤姆珠海公司的“汤姆”商标,于2000年4月21日才获中

国注册,首次成为注册商标。而“开心汤姆”商标至今仍未获任何国家注册,且开心汤姆珠海公司提出注册申请的日期为1999年9月15日。也就是说,在开心汤姆珠海公司与美申公司签订《加盟合同》时,无论是“汤姆”还是“开心汤姆”,两个商标均未获注册,“开心汤姆”甚至还未提出注册申请。这种未经注册的商标得不到法律保护,根本不得对抗第三人。试问,其国际性、重要性、知名度到底体现在何处呢?更甚者,开心汤姆珠海公司让毫不知情的美申公司及其他十几家加盟商使用此商标,丝毫未对它们提及使用商标可能出现的风险,开心汤姆珠海公司的此种做法难道不违背诚实信用原则吗?难道不能说是欺诈吗?

以上开心汤姆珠海公司对商标使用及管理上的混乱情况足以使人产生质疑:从商标使用的时间及地域范围来看,其许可加盟商使用的商标到底是不是诚如其说的属于国际知名品牌呢?该商标究竟在多大程度上具有使用价值呢?

其次,开心汤姆珠海公司许可美申公司使用的技术,即美式快餐的制作技术,根本不是什么“专用技术”,不值得美申公司为其支出30余万元的加盟费用。

从开心汤姆珠海公司三个股东签订的《合资经营合同》中可知,作为三个股东中唯一具有从事美式快餐经营记录的股东——美方股东,仅占20%股份(出资40万元人民币),占股份总额的1/5,而且其出资方式为现金而并非技术。这充分说明美方股东所有的美式快餐制作技术不仅不具备举足轻重的地位,甚至可以说是无足轻重。更何况,这种技术是美国的任何一个普通家庭妇女都在驾轻就熟地天天使用的。换言之,开心汤姆珠海公司所谓的“专有技术”和中餐中的煎、炒、煮、炸一样简单,属于普通技术,只要稍加指点培训或买本书照书操作即可掌握。这样的普通技术还需要许可使用吗?还有许可使用的价值吗?

最后,开心汤姆珠海公司在《加盟合同》中称,由其发放的特许权的核心内容之一是“经营管理标准”,且看开心汤姆珠海公司的所谓“经营管理标准”是怎样的:

1999年9月8日,开心汤姆珠海公司派往上海担任开心汤姆餐厅

经理的刘娟利,在上海店关闭后的第二天,从上海向开心汤姆珠海公司通过传真发了一份报告。报告中用了大量详细的材料说明上海店关闭的主要原因之一是经营管理极不成熟,甚至可以说是混乱。

开心汤姆珠海公司经营管理上的混乱还可从以下证据中得到印证。开心汤姆珠海公司分别向美申公司指定了不同的食品、设备供应商,而嘉美达公司于1999年8月12日向美申公司提供食品及厨房设备时,却将两项完全不同的货品开具在同一发票上。更有甚者,开具发票的既非食品供应商也非设备供应商,而是与食品、设备供应商无任何关系的另一家贸易公司。试想,连最基本的财务制度尚且如此混乱,哪里还有什么经营管理标准可言呢?

除此之外,开心汤姆珠海公司在《加盟合同》中承诺,向美申公司“提供合格的设备及食品原料或指定经营手续完备的供货厂家”,《加盟合同说明细则》中向美申公司保证,“已经在中国选择了数家大型食品配送企业和供应商”。而事实上,开心汤姆珠海公司向美申公司指定的食品配送商——珠海嘉美达有限公司,成立于1999年6月23日,比《加盟合同》的签订时间只早了月余(实际上,美申公司在5月20日交加盟费时,嘉美达公司还未成立),其注册资金仅50万元,且经营范围中不含食品类。试问,50万元的注册资金称得上“大型”吗?超出经营范围从事食品配送能算“经营手续完备”吗?此外,在刘娟利的报告中,配送的设备不合格也是导致经营失败的关键原因。

不仅如此,从主观上讲,开心汤姆珠海公司从事上述行为并非是基于商业宣传上“夸大”的需要,而是无可辩驳的欺诈。

珠特引外贸字(1998)093号《关于合资经营开心汤姆美式快餐(珠海)有限公司(即开心汤姆珠海公司)合同书及章程的批复》中第9条明确指出:“合资企业的其余事项,按合资企业合同书、章程及我国有关法律和规定执行。”成立后的开心汤姆珠海公司在中国从事的是特许经营,而当时国家对特许经营作出专门规定的只有1997年11月14日国内贸易部发布的《商业特许经营管理办法(试行)》。也就是说,根据上述的批复,开心汤姆珠海公司无疑是应该而且必须知晓该管理办法的。事实

上,该管理办法被开心汤姆珠海公司当做宣传资料印刷并交给了每一个加盟商。该管理办法第6条第2款规定,“特许者必须具备下列条件:具有注册商标、商号、产品、专利和独特的、可传授的经营管理技术或诀窍,并有一年以上良好的经营业绩”,第12条规定,“特许者……向特许申请者提供真实的有关特许经营的基本资料”。但开心汤姆珠海公司许可美申公司使用的商标却未注册,提供的技术既非独特更谈不上绝窍,开心汤姆珠海公司与美申公司签订《加盟合同》时仅成立8个月,不可能有一年以上良好的经营业绩,更不要说开心汤姆珠海公司向美申公司作出的其他大量虚假陈述了。

由此可见,开心汤姆珠海公司在明知其行为违反必须遵守的相关规定的前提下,仍然对美申公司及公众作出上述行为,对美申公司进行欺诈。这足以证明开心汤姆珠海公司的行为是恶意的,是不折不扣的欺诈。

值得一提的是,对于同样的案由,广西南宁的张培源(开心汤姆珠海公司在广西发展的加盟商)则幸运得多,他对开心汤姆公司提起的诉讼已由南宁市新城区人民法院作出判决,判决判令开心汤姆珠海公司返还张培源特许加盟费,并按同期银行流动资金贷款利率向其支付利息,该判决现已生效。

三、几点启示

笔者通过办理这一案件有以下几点想法,现提出来以引起相关部门及投资者的注意:

(1)我国关于特许加盟的立法亟须完善。至今为止,我国只有原国内贸易部发布的《商业特许经营管理办法(试行)》这一行政规章涉及特许加盟问题,而由于这一规定仅属行政规章,从立法层面讲,层次较低。如涉及合同效力等问题,则无法律依据。因此,亟须立法对特许加盟进行规范。

(2)投资者在选择加盟商时,一定要注意识别真名牌还是假名牌。特许加盟的许可是基于包括著名商标使用权在内的一整套无形资产的使用权许可。因此,对许可方的资信、品牌、历史、业绩等情况的了解是

十分必要的。本案的原告方就是轻信了许可方(被告)的夸张性的宣传而草率地与对方签约的。

(3) 司法部门应加大对违反诚信原则的商事活动的惩罚力度。在当前的社会转型期,由于法制不健全、道德失范,导致违法犯罪活动的人所付出的经济成本、心理成本都太低。如果不严格执法、加大惩罚力度,就根本无法遏制违反诚信的行为。最终导致的是整个社会的诚信体系解崩,建设文明、法制的小康社会只能成为空谈。

以上案例无疑是敲响了一记警钟,因为特许加盟性质的特殊性(涉及面广、影响大),迫切需要有关的立法对其加以规范。否则,这种新潮的经营方式不仅不会带来预期的社会与经济利益,反而会对良好的经济秩序及投资环境造成破坏。