

· 经济代理系列 ·

民商法律事务代理

M INSHANG FALÜ SHIWU DAILI

陈文君 主 编

蒋光辉 周文杰 周国华 副主编

 上海财经大学出版社

经济代理系列

民商法律事务代理

陈文君 主 编
蒋光辉 周文杰 周国华 副主编

 上海财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民商法律事务代理/陈文君主编,蒋光辉、周文杰、周国华副主编. —
上海:上海财经大学出版社,2004. 11

(经济代理系列)

ISBN 7-81098-242-7/F·213

I. 民… II. ①陈… ②蒋…③周…④周 III. 民事诉讼-代理(法律)
-中国 IV. D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 100842 号

□责任编辑 宋澄宇

□封面设计 周卫民

□责任出版 朱静怡

MINSHANG FALÜ SHIWU DAILI

民 商 法 律 事 务 代 理

陈文君 主 编
蒋光辉 周文杰 周国华 副主编

上海财经大学出版社出版发行
(上海市武东路 321 号乙 邮编 200434)

网 址: <http://www.sufep.com>

电子邮箱: webmaster@sufep.com

全国新华书店经销

同济大学印刷厂印刷

上海浦东东北联装订厂装订

2004 年 11 月第 1 版 2004 年 11 月第 1 次印刷

890mm×1240mm 1/32 19.75 印张 495 千字

印数: 0 001—4 000 定价: 34.00 元

前 言

■ 现代社会的分工越来越细，代理活动的分类也越来越多，民商法律事务代理是最常见的一种。法律工作者担任了代理人的角色，为维护委托人的合法利益而工作。担任民商法律事务代理人的以律师为主，还包括企业的法律顾问和接受委托的、具有一定法律知识的其他公民。

民商法律事务代理(本书简称“法律代理”)有以下特点：

1. 跨学科。民商法律事务代理是复杂的代理活动，代理人既需要掌握法律知识又需要了解民商事活动的内在规律。而民商事是个很大的范畴，代理人不必也不可能面面俱到，一般都选取自己的擅长，专攻某个方向。

2. 个案特征鲜明。民商法律事务代理是“个案化”的，而非“原理化”的。正如世界上没有两片完全相同的树叶一样，世界上也没有两个完全相同的民商事个案。代理人的工作是具体的、实践的、应用型的，是在法律领域里运用知

识解决实际问题。所有的理论都不能生搬硬套地运用在实践中,应讲究经验的积累,讲究技巧的运用。

3. 代理人的资格限制严格。不同于其他代理,民商事法律规定了很多代理只能由律师,甚至拥有专长的律师才能担任。即使有些代理没有资格的规定,代理人也必须具备相应的法律素养。

4. 服务性。民商事法律事务代理的代理人和被代理人双方是服务与被服务的关系。代理人必须为维护被代理人的合法利益而努力。

尽管民商事法律代理在我国日益繁荣,并且涌现了大批优秀的代理人,但对民商事法律代理作专门讨论的著作较少。针对民商事法律代理的特点,本书在编写中从我国实际出发,以民商事法律业务操作为核心进行阐述。在内容的选取上力求做到务实、创新和全面,以期提供民商事法律代理活动的比较完整的构架,给法律从业人员、法律爱好者和高等院校学生提供思考和解决问题的新思路。为达到此目的,在本书编写中我们邀请了多年从事民商事代理实务的从业人员和高校专业教师一起合作,详细介绍业务操作规范以突出实践性。同时,我们在大量收集有关业务的最新资料的基础上进行选择和分析,使本书具有一定的前瞻性和指导性。

本书由陈文君任主编,蒋光辉、周文杰和周国华任副主编,并由陈文君总纂定稿。参加编写的人员有陈文君(第八章、第九章、第十章、第十七章、第十八章)、蒋光辉(第一章、第二章、第三章、第四章)、周文杰(第十一章)周国华(第十四章、第十五章)、李克俭(第五章、第六章、第七章)、张艳(第十二章)、钟翔(第十六章)、李俊杰(第十

三章)。

本书适用于法律顾问从业人员阅读,也可供全日制大专院校、成人高等院校经济、法律类各专业教学使用。

在本书的编写过程中,上海市大华律师事务所给予了很大的支持和帮助,此致感谢!

受编写人员的水平限制,加之我国改革实践的不断深化,未成定论的理论不断变化和法律法规不断完善,本书缺点和不妥之处在所难免,望各位专家和读者批评指正。

编者

2004年9月

目 录

■
前言/1

第一章 代理原理/1

第一节 代理的概念和特征/1

第二节 代理的类型/5

第三节 代理权的取得、行使、终止/8

第四节 无权代理/15

第五节 《合同法》中的间接代理制度/21

本章小结/28

思考题/29

第二章 诉讼代理关系的确立/35

第一节 接受委托前的会见/35

第二节 诉讼委托手续的办理/41

本章小结/43

思考题/44

第三章 起诉准备阶段的代理及技巧/48

第一节 诉讼当事人的确定/48

- 第二节 诉讼请求的确定/53
- 第三节 管辖法院的确定/59
- 第四节 财产保全和证据保全/62
- 第五节 起诉状和相关法律文书的起草/66
- 本章小结/68
- 思考题/68

第四章 被告诉讼代理人在庭审前的代理/77

- 第一节 拟订代理方案/77
- 第二节 庭审前的答辩/82
- 第三节 诉讼代理人的反诉代理技巧/91
- 第四节 被告方相关文书的起草/94
- 本章小结/98
- 思考题/98

第五章 诉讼代理人的举证技巧/99

- 第一节 证据的收集/99
- 第二节 举证责任的分配/105
- 第三节 举证时限的掌握/115
- 第四节 证据的审查/120
- 本章小结/123
- 思考题/123

第六章 诉讼代理人的出庭代理技巧/124

- 第一节 法庭调查阶段的代理/125
- 第二节 法庭辩论技巧/132
- 本章小结/137

思考题/137

第七章 执行阶段的代理/138

第一节 执行开始阶段的代理及其技巧/138

第二节 执行的财产范围及执行措施/145

第三节 执行程序中的其他问题/153

本章小结/157

思考题/157

第八章 仲裁代理/158

第一节 仲裁范围和原则/158

第二节 仲裁的程序/170

第三节 常见的仲裁种类/181

本章小结/198

思考题/199

第九章 工商登记代理/200

第一节 企业登记代理人/200

第二节 设立登记/205

第三节 变更登记和注销登记/217

本章小结/225

思考题/225

第十章 公司资本运作中的法律代理/226

第一节 企业改制和上市的法律代理/227

第二节 企业并购中的法律代理/244

第三节 风险投资中的法律代理/260

本章小结/266

思考题/266

第十一章 企业破产清算中的代理/267

第一节 全面组织企业破产清算工作/268

第二节 破产企业资产的清理/277

第三节 破产企业负债的清理/287

第四节 拟订破产财产分配方案/290

第五节 制定破产清算工作报告/294

本章小结/296

思考题/296

第十二章 商务谈判中的代理/297

第一节 商务谈判的特点和基本原则/298

第二节 谈判前的准备/306

第三节 代理人在商务谈判中的工作技巧/320

本章小结/330

思考题/331

第十三章 反倾销和反补贴的法律代理/332

第一节 我国境外反倾销的法律代理/332

第二节 我国境内反倾销的法律代理/352

第三节 反补贴中的法律代理/362

本章小结/377

思考题/378

第十四章	税务关系中的法律代理/379
第一节	纳税的法律代理/379
第二节	增值税的法律代理/389
第三节	个人所得税的法律代理/399
第四节	企业所得税的法律筹划/414
第五节	营业税的法律代理/428
	本章小结/449
	思考题/450
第十五章	企业融资中的法律代理/451
第一节	企业贷款中的法律代理/451
第二节	融资租赁中的法律代理/468
	本章小结/490
	思考题/490
第十六章	不动产买卖和租赁中的代理/491
第一节	商品房(新房)买卖中的代理/491
第二节	二手房买卖中的代理/528
第三节	不动产租赁关系中的法律代理/533
	本章小结/547
	思考题/547
第十七章	外商投资中的法律代理/548
第一节	外商投资企业的设立/548
第二节	外商投资特殊行业的法律代理/558
第三节	外商投资企业的纳税和退税/570
第四节	外商投资企业的借款/576

本章小结/579

思考题/579

第十八章 个人经济事务的法律代理/580

第一节 商品交易中的维权代理/580

第二节 消费者协会/592

第三节 个人住房贷款中的法律代理/596

第四节 个人投资理财中的法律代理/605

本章小结/615

思考题/616

参考文献/617

第一章

代理原理

第一节 代理的概念和特征

一、代理的概念

所谓代理,是指根据被代理人的授权或委托,并在被代理人确定的代理权限范围内,代理人以被代理人的名义独立地与第三人进行民事法律行为,由此产生的法律后果直接由被代理人承受的一种法律制度。^①代替他人实施民事法律行为的人称为代理人;授权或委托他人实施民事法律行为的人称为被代理人或本人;与代理人进行民事法律行为,民事法律后果归结为被代理人(本人)与其之间权利义务

^① 本书第一章至第五章所指的代理都是传统的代理,即直接代理。本书第六章所提及的是根据《中华人民共和国合同法》所规定的间接代理。

的人则称为相对人或第三人。

案例：甲需购买房屋一间，但他对如何确定房屋地段、质量不内行，便委托房产专业人士乙代为购买，并写下委托书：自委托书出具之日起3个月内，甲委托乙购买S市范围内房屋一间，三房二厅，总价在50万元以内。签名：甲 ××年×月×日。

乙拿着甲的授权，按照甲的要求在S市找到一房源，并以甲的名义与开发商丙签订售房合同。

在这个案例中，甲就是被代理人或本人，乙就是代理人，丙就是第三人或称为相对人。甲的委托书书面内容就是代理人乙的代理权限范围。代理的结果是甲和开发商丙之间达成买卖房屋的法律关系，而不是乙和开发商达成房屋买卖关系。

代理制度是一项极其重要的民事法律制度。它的实行使人们可以不亲自进行民事法律行为而由其信赖的代理人进行，并同样可以享受由此带来的法律后果，使公民、法人及其他组织能利用他人的能力和专业知识进行民事活动，实现自己的权利和利益，打破了自身能力或精力的局限。代理制度大大扩大了人们参与各种经济、民事活动的机会。

二、代理的特征

根据《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)的规定，代理主要有以下特征：

1. 代理是代理人以被代理人的名义进行的民事法律活动

代理人进行代理行为时，是以被代理人的名义，而不是以自己的名义进行。

2. 代理人必须在代理权限范围内从事代理活动

代理人从事代理活动的法律后果由被代理人来承受，因此，对被代理人的影响是相当重大的。被代理人在委托代理人进行民事

法律行为时必然要确定一个代理权限范围,由代理人在权限范围内独立地进行所代理的民事法律活动。代理人必须在该代理权限范围内相当谨慎地从事代理活动,而不能任意地予以发挥。代理人在代理权限范围内从事代理活动不管给被代理人带来利益或损失,均将由被代理人来承受。而超过代理权限范围的代理活动,则或者根据被代理人的意思进行追认,或者根据法律或委托合同约定承担相应的法律责任。

3. 代理人在代理权限内独立进行意思表示

由于代理的结果是归属于被代理人的,对被代理人的利益影响巨大,因此一般被代理人都要对代理人设立一些限制条件,以对代理人的代理行为进行约束。但是,代理人在代理民事法律行为过程中并非没有独立性。代理人在代理过程中,对代理事项可以根据自己的经验、知识、专业独立决定并表达意思。当然,根据不同的代理权限,其独立决定的程度可能大些,也可能小些。代理的该特征把代理和居间很好地区别开来。居间只是在当事人之间进行介绍,促使双方达成交易或缔约,双方成立民事法律行为过程中,并没有居间人自己的意思。而代理则是以自己的意思表示为被代理人设定权利义务。

4. 代理实施的行为必须是有法律后果的行为

代理人的代理行为能使被代理人与第三人设立、变更、终止民事权利义务关系。如果不产生法律后果,虽然在形式上是受人委托进行某项活动,但不是民法上所规定的代理。

5. 代理人进行的民事法律行为的法律后果归属于被代理人

代理人进行代理行为,目的并非使自己受到其法律后果的约束,而是以被代理人的名义进行,法律后果由被代理人承担。即使是由于代理人的过失造成的不利后果,被代理人也必须承受。如果代理人所进行的民事行为是无效的,请求人民法院撤销的权利

也属于被代理人。

注意区别代理人与法定代表人，两者的地位不同。法定代表人在代表法人时，自己的人格被法人吸收，法定代表人的行为就是法人的行为；代理人在代理时，仍是以自己的意思独立实施行为，只是该行为的法律效果归属于被代理人。

三、代理人的资格

所有的民事主体都可以成为被代理人，包括无民事行为能力人和限制民事行为能力人。但是被代理人授权他人代理时，其自身必须具有相应的民事权利能力，否则被代理人所进行的民事行为将被视为无效。

案例：某已进入破产程序的公司，它的民事权利能力是进行破产清算和清理债权债务，如该公司委托律师代为追索债权，该代理是有效的。但它已不具备从事经营的民事权利能力，不再具备委托他人从事经营方面代理行为的主体资格，因此，它委托他人购买生产物资、开拓市场等行为都是无效的。

自然人和法人都可以充当代理人。自然人充当代理人时，应当具备完全民事行为能力。因为在代理进行的民事法律行为中，代理人是行为人，所以必须有相应的完全民事行为能力。关于限制民事行为能力人是否可以成为委托代理中的代理人，我国法律没有明确的规定。但是从理论上说，只要代理进行的民事法律行为与限制民事行为能力人的年龄、智力和精神健康状况相适应，或征得法定代理人的同意，应当认为可以成为代理人。根据有关规定，法定代理和指定代理的代理人不能是限制行为能力人。

法人充当代理人时，亦应注意不得超过其民事行为能力范围，特别是法律有特别规定的商事代理，非经商业登记，不得从事该代理。例如证券代理买卖，不具有证券业务资格的商事特别法人，不

得从事该业务。

四、法律代理的范围

一般的民事法律行为都可以代理,但是依照法律规定或按照当事人的约定,应当由本人亲自进行的民事法律行为,不得代理。如遗嘱、结婚等具有人身性质的行为不能代理。

被代理人无权进行的行为也不得代理。如被代理人无权处分的财产,不得代理进行处分。

违法的事项也不得代理。由于以违反法律的事项为内容的民事行为是无效的,不发生法律效力,所以“代理”进行违法事项根本不存在将法律后果归属于被代理人的问题。如果代理人和被代理人都明知代理事项违法,却仍然施行,则表明双方是共同进行违法行为,应当共同承担民事责任。

第二节 代理的类型

一、委托代理、法定代理和指定代理

根据代理权产生原因或依据不同,代理可以分为委托代理、法定代理和指定代理三种。

1. 委托代理

委托代理是基于被代理人授予代理人代理权的行为而产生。只要被代理人作出单方的授权意思表示,代理人就取得了代理权。根据《民法通则》第六十五条规定,授予代理权的形式可以是书面形式,也可以用口头形式,法律规定用书面形式的,应当用书面形式。授权书或委托书一般要写明代理人的姓名、名称,委托事项(或代理事项),代理权限和期间,并由授权人签名或盖章。如果授