

企业法律纠纷的 防范与处理

法律·经济大全
青苹果电子图书系列

企业法律纠纷的防范与处理

目 录

第 1 章 企业法律纠纷总述	1
1.1 概述	1
1.2 企业法律纠纷的解决渠道	2
1.2.1 协商解决	2
1.2.2 调解解决	3
1.2.3 仲裁解决	3
1.2.4 诉讼解决	5
1.2.5 协商、调解、仲裁和诉讼四者之间的关系	7
第 2 章 公司（企业）基本法律制度	10
2.1 公司的设立与变更制度	10
2.1.1 公司的设立制度	10
2.1.2 公司的名称与住所	14
2.1.3 公司的合并与分立	15
2.1.4 公司的清算制度	19
2.2 公司的财产制度	21
2.2.1 公司财产制度内容	22
2.2.2 公司法人财产权	23
2.2.3 公司资本三原则	25
2.3 公司的管理与财会制度	27

2.3.1	公司的管理制度	27
2.3.2	公司的财务会计制度	29
2.4	公司的组织制度	34
2.4.1	股份有限公司组织机构	35
2.4.2	有限责任公司组织机构	40
2.5	劳动用工制度	45
2.5.1	我国《劳动法》的适用范围	45
2.5.2	劳动合同	46
2.5.3	劳动争议	54
第3章	企业一般法律纠纷与处理	58
3.1	合同制度	58
3.1.1	合同总论	58
3.1.2	合同纠纷的防范	70
3.2	反不正当竞争	89
3.2.1	《反不正当竞争法》	89
3.2.2	《反不正当竞争法》实务防范	90
3.3	产品质量与消费者权益保护	96
3.3.1	《产品质量法》	96
3.3.2	《消费者权益保护法》	97
3.3.3	《产品质量法》实务防范	97
3.3.4	消费者权益保护纠纷实务防范	102
第4章	工业产权纠纷的防范与处理	106
4.1	商标权	106
4.1.1	《商标法》	106
4.1.2	《商标法》实务防范	107

4.2	专利权	117
4.2.1	专利概述	117
4.2.2	《专利法》实务防范	119
第5章	行政机关与企业间法律纠纷的防范与处理	133
5.1	行政概述	133
5.2	行政复议	134
5.2.1	复议范围	134
5.2.2	申请	136
5.2.3	受理	138
5.2.4	行政复议的法律防范	139
5.3	行政诉讼	140
5.3.1	起诉	141
5.3.2	起诉的条件	141
5.3.3	起诉的程序	144
5.4	行政赔偿	150
5.4.1	赔偿请求人	151
5.4.2	行政赔偿机关	152
5.4.3	行政赔偿程序	154
5.4.4	行政赔偿时效	154

第 1 章 企业法律纠纷总述

1.1 概述

一个工商企业的生产经营以至生存和发展，要受到内外部环境的影响和限制。商品经济的发展，使不同的生产者、不同的经营者纷纷出现，而且不同企业之间的关系也日益复杂。特别在改革开放以后，企业面临的环境及挑战日益复杂，周围环境越复杂，企业就越会产生纠纷。纠纷种类多多，包括生产建设、交通运输、流通、消费、科研等，如何处理企业面临的各种纠纷已成为企业的一件大事，而这些纠纷大都涉及到法律，都可以受到法律的调整，所以又叫企业法律纠纷。

企业法律纠纷是指企业经营活动中，双方当事人对事件或问题所发生的争执。法律纠纷是多种多样的，如产权纠纷，债务纠纷，商标纠纷，环境污染纠纷以及涉外经济纠纷等。

法律纠纷产生的原因，一般有两种：一种是由于客观上的原因，义务的一方不能履行义务；另一种是由于当事人一方故意不按规定办事，当事人一方或双方都有履行不适当行为。

对于企业法律纠纷，需要及时解决，否则会影响生产，破坏经济秩序，不仅争议双方会受到经济损失，还会影响国家

利益。对涉外经济纠纷，如不及时解决，就会使国家在政治上、经济上蒙受重大损失，损害我国的声誉。

处理企业法律纠纷，必须懂得解决纠纷的渠道和方法，还要通晓法律知识，学会运用法律武器，保护企业的合法权益。

1.2 企业法律纠纷的解决渠道

企业在经济活动中常会出现一些法律纠纷，因此，也就需要有解决纠纷的渠道及机构。解决法律纠纷的渠道有四条：

①协商解决。②调解解决。③仲裁解决。④诉讼解决。

1.2.1 协商解决

这是指争议发生后，由双方当事人本着客观分析原因、正确对待自己和对方，从实际出发的原则进行磋商，双方都做出一定的让步，在彼此都认为可以接受的基础上达成和解协议。例如，由违约的一方付给对方一定数额的金钱作为赔偿；或补交一批货物替代不合格的货物；或答应下次交易中在价格上给予照顾，以补偿对方的损失或者本着按物论价的原则对货物的价格进行调整等等。

协商解决的好处是：毋须经过仲裁和司法诉讼程序，省去仲裁和诉讼的麻烦及费用，而且不伤和气，灵活性也较大，有利于双方经济关系的进一步巩固和发展。因此在通常情况下，当事人双方遇到争议后，一般都愿先进行友好协商，宁愿做出一定的让步，分担一点损失，使争议得到友好解决，而不愿进行仲裁或到法院去进行诉讼。

1.2.2 调解解决

调解是另一种解决争端的常用方式。

调解是在第三者查明事实，分清是非的基础上，用说服动员的方式，使双方当事人之间达到互相谅解而解决其纠纷的一种方法。调解有以下几种：

(1) 人民调解。人们调解是指城乡群众性调解组织——人民调解委员会所进行的民间一般民事纠纷和轻微刑事案件的调解。

(2) 行政执法机关的调解。根据合同法规定，合同管理机关有一定调解合同纠纷的权力。

(3) 法院调解。法院调解是指人民法院受理民事经济案件，在审理过程中所进行的调解。

在调解过程中，通过向当事人进行说服教育，讲解宣传有关法律、法令、政策，促使当事人自愿协商，相互谅解达成协议。其协议内容都必须符合国家法律、政策，不得损害社会公共利益。调整必须贯彻自愿原则，调解是在双方自愿的基础上进行的，不得压制和强迫当事人接受调解人员的意见。调解，只有双方当事人同意并就其纠纷的具体解决办法取得一致意见，才能成立。

1.2.3 仲裁解决

应该看到，通过调解解决纠纷是有限度的。在某些情况下，当事人双方的要求相差甚远很难达成和解。比如，争议所涉及的金额巨大，双方都不做出太大的让步；或者一方故

意毁约，根本没有协商解决问题的诚意；或者双方各执一端，相持不下，虽经反复调解，仍无法达成调解协议等。遇到这些情况，就必须采取其他方式解决，仲裁就是其中的一种。

根据有关规定或者当事人之间的协议，由一定的机构以第三者的身份，对双方发生的争议，在事实上做出判断，在权利义务上做出裁决，称为仲裁。

关于仲裁的种类，依据不同的标准可以作不同的划分。以仲裁员是否必须按照法律做出裁决为标准，可以将仲裁分为友谊仲裁和依法仲裁。友谊仲裁不是以任何实体法为依据，而是由仲裁员根据自己认为公正的标准做出裁决。这种裁决与依法裁决一样对双方当事人具有约束力。是否进行友谊仲裁完全取决于当事人的意愿。如果未经明确授权，就不得按公平、合理原则进行裁决。友谊仲裁与调解虽有相似之处，但在性质上则属于两个不同的范畴。任何一方当事人如果不愿接受调解，就可以立即终止调解程序，这和争议各方事前授权仲裁庭进行友谊仲裁的情况有所不同。因为一经授权，仲裁庭即有权根据本人认为公平合理的概念做出对当事人双方均有约束力的裁决。依法仲裁是仲裁员必须按照法律做出裁决，不能像调停人那样，不依法，而按照所谓公平合理原则做出裁决。应当指出的是，仲裁庭依法仲裁并不排斥它在根据法律的同时以折衷或调和的方式来做出决定。这从表面看，类似于友谊仲裁，但实际上则是仲裁员在其职责范围内行使自由裁量的权力，争端双方当事人对此均有服从的义务。

以经济争议发生在一国还是涉及到他国为标准，可以把仲裁划分为国内仲裁和国际仲裁。国内仲裁，主要指一国内

部对经济合同纠纷的仲裁。国际仲裁，是指当事人一方或双方是外国企业或组织，因经济贸易等争议，由一定机构按照一定程序，进行判断后做出的裁决。目前，国内许多学者往往把涉外仲裁看成是与国内仲裁、国际仲裁并列的第三种仲裁。其实，涉外仲裁由于当事人涉及到外国，或争议的标的涉及外国，所以可以把它列入国际仲裁之列。

1.2.4 诉讼解决

所谓诉讼解决，是指在发生经济争议以后，当事人一方到法院去起诉，请法院来解决纠纷。

根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定，我国的审判权由地方各级人民法院、专门人民法院和最高人民法院行使。地方各级人民法院为：基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院。专门人民法院包括：军事法院、铁道运输法院、水上运输法院、森林法院和其他专门法院。有关经济的一审案件，分别由地方人民法院或有关专门人民法院受理。经济纠纷发生后，根据《中华人民共和国民事诉讼法》应向被告户籍所在地人民法院提起诉讼，被告的户籍所在地与居住地不一致的，可向被告的居住地人民法院提起诉讼。对企事业单位、机关、团体提起的民事诉讼，可向被诉单位所在地人民法院提起诉讼。例如：甲市的药材公司与乙市的×××因一批药材交易发生纠纷，甲市的药材公司向甲市人民法院提起诉讼，甲市人民法院就到乙市去捕人，这是知法犯法的违纪行为。甲市法院这种越俎代庖的做法是错误的。甲市药材公司，应向×××的户口所在地乙市人民法院起诉才

对。经济合同纠纷的原告向人民法院提起诉讼时，应当向法院提交书面起诉状，因为这既利于全面、确切地表达原告（起诉人）的意思，又便于被告（被诉人）得知被起诉的事由及其根据，以便做好应诉的准备。

随着经济的发展和经济纠纷案件的增多，许多国家都很重视经济诉讼并逐步建立了相应的经济司法机构和制度，把它从民事审判制度中分离出来。

经济诉讼与行政诉讼是不同的。经济诉讼保护的是经济活动领域中的权利；行政诉讼保护的是一切社会关系领域中的行政权利。经济诉讼的参加者多是企业、组织；而行政诉讼的参加者很多是公民。

经济诉讼与民事诉讼也不完全相同：调整对象不同。就当前情况而言，经济审判工作主要是审理各种经济组织之间和直接或间接地由计划而产生的以生产资料公有制为基础的厂矿企业、生产单位之间的产、供、运、销合同纠纷以及基建、财税、专利、信贷、保险、商标等经济争议。从调整的经济关系性质来看，经济法所调整的是生产领域中的商品关系，这种商品关系的基础是生产资料的公有制。民事审判工作主要是审理公民与公民之间，公民与集体之间，因财产权益，家庭婚姻等方面的问题而产生的纠纷案件。民法所调整的是一定财产关系和人身非财产关系。这种财产关系是属于消费领域的商品关系，是指公民以劳动所得用商品交换形式获得自己所需的消费品。这种商品关系的基础是生产资料的个人所有。所谓人身非财产关系，就是特定人关于创造、享有或支配一定的精神财富（非财产）而发生的社会关系。权

利主体不同。经济纠纷的诉讼双方包括国家机关、企业、事业单位、社会团体以及其他社会组织，还有特殊情况下的个体经营户、农村村民等公民个人。民事诉讼的诉讼双方主要是公民与公民、公民与社会组织。其中大量的公民与公民。收案范围不同。经济审判庭受理的，主要是法人之间的经济合同纠纷案件以及涉外经济纠纷案件。民事审判庭受理的主要是婚姻家庭、继承、房屋、宅基地、损害赔偿案件，此外还有土地、山林、水利、农具、耕畜等纠纷以及涉外民事案件等。执行方式不同。经济纠纷案件的判决一般是由业务主管部门及有关经济部门，如工商、财政、税收、银行等单位协同监督强制执行。而民事纠纷案件的判决一般都是法庭自己派出执行员或审判人员负责办理。

1.2.5 协商、调解、仲裁和诉讼四者之间的关系

仲裁不同于协商和解。协商解决经济纠纷，是争议双方在平等互利、自愿的基础上，依照有关法律，经过充分讨论，就争议事项，达成新的协议，它没有第三者参加。

仲裁与调解虽然都是在第三者的参加下进行，但两者也是不一样的。调解，虽然有第三者参加，但第三者是以调解员不是以仲裁员的身份参加。因此，调解经济纠纷的第三者，决不能对争议双方施加强制力，不能作公断或裁决，争议双方是否互相谅解达成新的协议，完全取决于双方的自愿（这一点又同协商和解相同）；而仲裁则可以不考虑双方当事人的自愿，由仲裁机关做出裁决。

仲裁，特别是国际仲裁与司法诉讼也有很大区别。第一，法院是国家机器的一个重要组成部分，具有法定的管辖权，当一方向法院起诉时，无需事先征得对方的同意，而由有管辖权的法院发出传票，传唤对方出庭。但仲裁机构是民间组织，它没有法定的管辖权，只是受理双方当事人根据仲裁协议提交给它处理的案件，因此仲裁是在自愿的基础上进行的，如果双方当事人没有达成仲裁协议，任何一方都不能迫使对方同意仲裁。第二，法院的法官都是由国家任命或由选举产生的，双方当事人都没有任意选派法官的权利，而仲裁员则不是由国家任命而是由双方当事人指定的。第三，仲裁员也不像法官那样必须严格执行法律，而可以更多地考虑商业惯例。第四，仲裁程序也不同于诉讼程序，仲裁程序没有陪审等制度，也没有普通程序、简易程序和特别程序等区别，仲裁一般是不公开进行的，仲裁裁决也不像法院判决那样在报纸或官方刊物上公布。第五，仲裁机构做出的裁决一般是终局的，不允许再向任何机构提出变更的要求。败诉一方如不自动执行裁决，胜诉一方可向法院提出申请，要求强制执行。而法院的判决，根据法律规定，一般是允许上诉的。

最后，关于仲裁与法院审判的关系，各国法律大体做出了三种规定：一是仲裁与法院平行设置，各自行使职权。属于仲裁的经济纠纷，不归法院主管，当事人对仲裁裁决，不得向法院声明不服，仲裁的确定裁决，由仲裁机构自己执行，与法院不发生任何关系。俄罗斯国内经济纠纷的仲裁，属于这种类型。二是只审不裁。纠纷发生后，当事人协商解决，协商不成，任何一方当事人都可以向法院起诉，要求法院解决，

不需要经过仲裁程序。东欧许多国家采取只审不裁的制度。以上两种解决仲裁与法院关系的办法，各有其优点和缺点。采取苏联的办法，仲裁与法院脱钩，凡属仲裁机构解决的纠纷，法院无权过问。只裁不审，不经司法程序，避免了复杂的诉讼手续，纠纷处理得比较迅速。但是，仲裁机构与法院各自独立，仲裁变成了独立于法院之外的又一个审判系统。这与我们审判权由人民法院统一使用的原则不符，不适合我国的国情。采取只审不裁的办法，减少了仲裁程序，审判权也归法院统一行使。但是，经济合同纠纷需要及时处理，司法程序一般比较迟缓，有了仲裁机构，大量经济合同纠纷，会得到迅速解决，不服仲裁裁决到法院起诉的，只是少数。如果不要仲裁制度，只审不裁，大量经济合同纠纷都要通过诉讼程序去解决，势必因为诉讼程序复杂，进展较缓，而影响经济工作的进行。鉴于上述情况，我国法律，仲裁与法院的关系是一个又裁又审的关系。经济纠纷发生以后，当事人既可以通过仲裁解决，也可以通过司法诉讼解决。不服仲裁裁决的，依据一定的条件，当事人还可以向法院起诉。

在实际中，企事业单位之间发生经济纠纷，如果争议较小，大多通过互相协商或通过第三者调解，即可达到双方满意的效果。反之，如果两者之间的经济纠纷涉及的资金额大，哪一方轻易认输都要受到较大的经济损失，故双方都不肯让步，那就只有通过仲裁或者司法解决。而经济纠纷的仲裁解决或司法解决，都要通过相应的机关受理，并有一定的方法，程序及原则，并不像前两种方法灵活。

第 2 章 公司（企业） 基本法律制度

各国公司法都比较详尽地规定了公司的各种基本法律制度，我国公司法也不例外。公司的设立与变更制度、清算制度、财产制度、管理制度、组织制度、财会制度和劳动用工制度以及法律责任等均是我国公司依法生存、运作与发展的重要制度。

2.1 公司的设立与变更制度

2.1.1 公司的设立制度

依《中华人民共和国公司法》规定，在公司成立之前循序、连续进行的，目的在于取得公司法人资格的活动，称为设立。据此，公司的设立有三个要件：第一，设立行为只发生在中国公司成立之前；第二，设立行为应符合《公司法》规定的程序；第三，设立行为的目的在于取得公司法人资格。在我国，公司的设立分为有限责任公司和股份有限公司的设立。

1. 有限责任公司的设立制度

设立公司，是一种法律行为，其制度内容包括设立的条件、设立的方式、设立的程序及设立的原则等。

有限责任公司设立的法定条件是：

- (1) 股东符合法定人数。
- (2) 股东出资达到法定资本最低限额。
- (3) 股东共同制定公司章程。
- (4) 有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构。
- (5) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

对股东人数、股东出资方式及资本最低限额、章程必备条款、组织机构设置等，《公司法》均作了明确而具体的规定，所有设立有限责任公司的，都必须完全按照执行。

设立的方式是：股东共同出资设立，即不向社会公众募股，由股东共同发起设立。

设立的程序是：具备法定条件后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向登记机关提出设立登记的申请；登记机关审核申请人按规定提交的文件，认定其是否符合法定条件；决定是否予以登记；准予登记的，发给公司营业执照，有限责任公司即正式成立。

2. 股份有限公司的设立制度

股份有限公司的设立制度，除与有限责任公司有共性外，还有自身的突出特征，主要表现在设立方式、设立程序和设

立责任等方面。

股份有限公司设立的法定条件是：

(1) 发起人符合法定人数。

(2) 发起人认缴和社会公开募集的股本达到法定资本最低限额。

(3) 股份发行筹办事项符合法律规定。

(4) 发起人制订公司章程，并经创立大会通过。

(5) 有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构。

(6) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

以上 6 个条件缺一不可。

发起人是指依法筹办创立股份有限公司的人，可以是法人，也可以是自然人；可以是中国公民、法人，也可以是外国公民、法人。发起人对于创立股份有限公司至关重要。因为股份有限公司是一种资合性质的公司，股东人数很多，股票上市以后股东的不确定性又很强，相互之间关系也很松散，《公司法》规定 5 人以上为发起人，他们对公司的组织和行为负有法定责任，这无论对于设立股份有限公司还是公司成立之后的运行，都有重要意义。为了保证发起人可以有效地履行责任，《公司法》规定“其中须有过半数的发起人在中国境内有住所”，即要求发起人中公民的经常居住地或法人的主要办事机构半数以上在中国境内。同时规定，发起设立的，发起人须认购公司全部股份，募集方式设立的，发起人认购的股份不得少于公司总股份的 35%。公司章程是公司组织及行为的基本规则，要载明《公司法》规定的必备条款，并经创

立大会通过。建立符合股份有限公司要求的组织机构是指公司必须依照《公司法》的规定，建立股东大会作为公司的权力机构；组建董事会并依法聘任经理，负责公司经营管理的决策和执行日常管理任务；组建监事会，行使对管理者的监督权。

设立的方式有两种：一种是发起设立，指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。另一种是募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余部分向社会公开募集而设立公司。

设立和程序，股份有限公司与有限责任公司有所不同，主要区别在于：股份有限公司的设立需要由国务院授权的部门或者省级人民政府批准，其中以募集方式设立的，在向社会公开募集股份时，还需经国务院证券管理部门批准。同时，在正式申请设立登记前，以募集方式设立的股份有限公司还要召开有代表股份总数二分之一以上的认股人出席的创立大会，讨论决定公司设立的有关重大事项。股份有限公司登记成立后，还应依照《公司法》的规定进行公告，以保护广大社会公众的利益。采取募集方式设立的，还有一个备案程序，即要将募集股份的情况报国务院证券管理部门备案。

股份公司的设立因为涉及到债权人和社会公众的利益，因此《公司法》还专门规定了发起人在公司不能设立时，无论主观上是否有过错，都应当对设立行为所产生的债务和费用负清偿责任，发起人之间负连带责任。因发起人的主观过失给公司造成损害的，主观上有过失的发起人负责赔偿因其过失而使公司受到的损失。

2.1.2 公司的名称与住所

1. 公司的名称

公司名称，是公司人格特定化的标记，公司借自身的名称区别于其他民事主体。公司的名称，在各国公司法中占有重要的地位。《公司法》规定，一个公司只能有一个名称，在一定范围内，只有一个公司能使用特定的经过注册的名称。禁止同类业务的公司使用相同或类似名称，是保护工业产权、防止不正当竞争、防止商业欺诈的一项重要法律措施。这是因为，公司名称本身就是一种财富，一个好的公司名称可以说是无价之宝，因为它与公司的信誉和前程休戚相关，它也可以作为资本直接用于投资。

凡是依《公司法》设立的公司，必须在公司名称中标明有限责任公司或股份有限公司的字样。公司名称登记一般与公司开业登记同时进行。但是，如有特殊原因，可以在开业登记前，预先单独申请公司名称登记。公司名称登记之后，由登记机关发给企业名称登记证书。

我国有关公司登记的法规还禁止在公司名称中出现下列内容、文字。①有损国家、社会公共利益的；②可能对公众造成欺骗或误解的；③外国国家名称、国际组织名称；④政党名称、党政军机关名称、群众组织名称、社会团体名称及部队名称；⑤汉语拼音字母、数字；⑥其他法律、行政法规禁止的。此外，全国性公司、大型进出口公司、大企业集团符合一定条件的，才可以在公司名称中使用“中国”、“中

华”、“全国”、“国际”字样。

2. 公司的住所

西方国家的公司法都把住所作为设立公司的首要条件之一。英国公司法规定，每个公司必须建立住所，其地址应在公司成立后 14 天内通知政府主管部门。美国标准公司法规定，每个公司应在本州始终保持一个住所。

我国《公司法》第 10 条规定，公司以其主要办事机构所在地为住所。第 22 条第 2 项、第 79 条第 1 项又规定，住所是公司章程的必备条款，而公司章程又是申请公司注册的必备文件。住所为公司注册登记的事项之一。根据《公司登记管理条例》的规定，在申请公司成立登记时，申请人必须向登记机关出具“住所证明”，而“住所证明”是指能够证明公司对其住所享有使用权的文件”。一般来讲，公司住所在我国具有以下法律意义：①在民事诉讼中，住所地是确认地域管辖和诉讼文书送达地的一项基本标准。②在合同关系中，倘若履行地不明确，住所地是确认合同履行地的惟一标准。③在工商行政管理关系，住所地通常与工商行政管辖范围一致。④在涉外民事关系中，住所地是认定选用何种法律的依据之一。因此，《公司法》有关住所的规定是十分必要的。

2.1.3 公司的合并与分立

1. 公司的合并制度

公司合并是指两个或两个以上的公司依法变更为一个公

司的法律行为。这是公司调整产品结构、扩大经营规模、提高竞争能力所经常采取的一种形式。

公司合并有两种形式：

一种是吸收式合并，指两个或两个以上的公司合并时，一个公司吸收其他公司，吸收的公司合并后继续存在，被吸收的公司解散，不复存在。这种合并形式一般适用于合并的公司实力强弱差别较大的情况，由实力较强的公司吸收实力较弱的公司，扩大实力和规模，在原有较强实力的公司的基础上，进一步提高竞争力。

另一种形式是新设合并，指两个或两个以上的公司进行合并时，原来的公司全部解散，依法设立一个新的公司。这种合并方式较多地适用于合并各方实力相当的情况，即所谓强强联合，以发挥优势，谋求更大发展。

无论是吸收合并还是新设合并，都不仅涉及公司利益，而且给公司股东、债权人、债务人、经营管理人员和其他员工利益带来影响，因此，都必须依照《公司法》规定的法定程序进行，违反法定程序，该合并行为无效。公司合并的程序主要有以下几个步骤：

(1) 依法签订合并协议。合并协议是指经合并各方同意并订立的有关合并具体事项的书面文件。文件应充分、准确地反映合并各方的合作意向，以及在探讨协商基础上就有关合并事项达成的一致意见，并由同意合并的公司在文件上签名盖章。

(2) 编制资产负债表及财产清单。

(3) 各公司做出决议。就公司合并及其有关事项，各公

司均要由股东会做出具有法律效力的决议。国有独资公司则要报请国家授权的投资机构或国家授权的部门同意，股份有限公司须经国务院授权的部门或省级人民政府批准后，合并行为才能进行。

(4) 通知债权人。公司合并的法律后果，很重要的方面是体现在债权债务关系上，公司各方的债权债务，吸收合并的由继续存在的公司承继；新设合并的由新设立的公司承继。因此，各公司在依法做出合并决议后，自决议之日起10日内，应以公司章程裁明的通知办法，将准备合并的情况通知所有债权人，并在30日内，在报纸上公告不少于3次。债权人在《公司法》规定的期限内，有权要求公司清偿其债务或对债务提供相应担保。公司不清偿或者不担保的，不得进行合并。

(5) 依法登记。公司履行完上述程序并依法合并股份、转移财产、完成合并工作后，即应依法向公司登记机关申请办理有关登记。合并后解散的公司办理注销登记，存续的公司办理变更登记，新设的公司办理设立登记。

公司合并经登记后发生法律效力。因合并而消灭的公司的股东，可以以其持有的出资额或股份数，按合并协议确定的比例，换取存续公司或新设公司的出资或股份。

2. 公司的分立制度

公司分立是指一个公司依法变更为两个或两个以上的公司的法律行为。公司为了实现多角经营战略，以更灵活地适应市场的需要，在必要的时候可以采取公司分立的形式。

公司分立同样涉及到公司及公司股东、债权人、经营管

理人员和其他员工的利益，因此，也必须依照《公司法》规定的法定程序进行，否则分立行为不发生法律效力。

(1) 分割财产。即将现在公司的财产分割为分立后各公司的财产，但应注意分割给每一个公司的财产均不能低于公司注册资本的法定最低限额。

(2) 编制资产负债表及财产清单。准确地反映公司的财务及经营状况。

(3) 做出公司分立的决议。公司分立属公司生产经营中的重大事项，要由股东会做出决议方才有效。国有独资公司分立的决议要报由国家授权投资的机构或国家授权的部门做出。股份有限公司的分立，还必须经过国务院授权的部门或省级人民政府的批准后才能进行。

(4) 通知债权人。公司在依法做出分立的决议后，自决议之日起 10 日内，应以公司章程载明的通知办法，将准备分立的情况通知所有债权人，并在 30 日内，在报纸上公告不少于 3 次。债权人在《公司法》规定的期限内，有权要求公司清偿其债务或对债务提供相应的担保。公司不清偿或不担保的，不得进行分立。

(5) 依法登记。分立后原公司继续存在的，该公司应依法向登记机关办理变更登记；分立后原公司不存在的，依法办理注销登记；分立后新设立的公司，依法办理公司设立登记。

公司分立的效力主要表现在：对公司而言，分立后原公司不存在的，无须经过清算程序，一旦分立登记完成，其法人资格自然终止。对债权人而言，公司分立前的债务按公司

分立决议由分立后的公司分别承担。对股东而言,进行分立的公司股东,可以以其持有的出资额或股份数,按照分立协议确定的比例,换取分立后的公司出资或者股份。

2.1.4 公司的清算制度

1. 公司清算的概念及分类

公司清算是指公司在决议解散之后,为了终结公司现存的各种法律关系,了结公司债务,而对公司资产、债权债务关系等进行清理、处分的法律行为。清算有破产清算与非破产清算两种,由于公司因破产引起的解散虽然也需要清算,但由于破产的特殊性,它不适用于《公司法》规定的清算制度,而是适用《破产法》的有关规定。按照我国《公司法》第189条的规定,公司因不能清偿到期债务,被依法宣告破产的,由人民法院依照有关法律的规定,组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组,对公司进行破产清算。

非破产清算又分为普通清算的特别清算。按照《公司法》第190条的规定,公司有下列情形之一的,可以解散。

(1) 公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现时。

(2) 股东会决议解散。

(3) 因公司合并或者分立需要解散的。

上述三种解散适用普通清算程序。《公司法》第192条规定的公司因违反法律、行政法规被依法责令关闭而引起的解散,应当适用特别清算程序。在我国,特别清算与普通清算

的主要区别是：前者由“主管机关”或由法院指定清算组组成人员，后者从公司内产生清算组组成人员。

2. 清算组

按照《公司法》第 191 条的规定，公司应在解散后 15 日内成立清算组，逾期未成立清算组的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组。在清算范围和期限内，清算组取代董事会，接管董事会的全部权力，对外代表法人表示意思，对内执行清算事务。董事、经理的职权随着清算组的成立而解除。根据我国《公司法》第 193 条的规定，清算组在清算期间行使下列职权：

- (1) 清算公司财产、分别编制资产负债表和财产清单。
- (2) 通知或公告债权人。
- (3) 处理与清算有关的公司未了结事务。
- (4) 清缴所欠税款。
- (5) 清理债权、债务。
- (6) 处理公司清偿债务后的剩余财产。
- (7) 代表公司参与民事诉讼活动。

按照《公司法》第 217 条的规定，清算组隐匿财产，对资产负债表或财产清单作虚伪记载或者未清偿债务前分配公司财产的，责令改正，对公司处以隐匿财产或未清偿债务前分配公司金额百分之一以上百分之五以下的罚款。公司进行清算，不按照规定通知或者公告债权人的，责令改正，对公司处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。

清算组成员对公司、股东均负有诚实信用义务，维护公

司和股东权利。《公司法》第 198 条规定，清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。清算组成员因故意或重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

3. 公司清算的程序

公司清算事关重大，直接影响着股东和债权人的利益，因此公司清算严格依照法律规定的程序进行。

(1) 清理公司财产。

(2) 催报债权。

(3) 了结公司债务，收取债权。

(4) 公司财产不足以清偿债务时，申请破产。

(5) 处分公司财产：①支付清算费用；②支付职工工资和劳动保险费用；③缴纳税款；④清偿债务；⑤分配剩余财产。

(6) 结束清算，提交清算报告，办理公司注销登记。

2.2 公司的财产制度

公司财产制度即公司的法人独立财产制度，是以公司的法人财产为基础，以股东（出资者）财产所有权、公司法人财产权和公司经营权相互分离为特征，以股东会、董事会、执行机构作为法人治理结构来明确各自权利、义务和利益的企业财产制度。

2.2.1 公司财产制度内容

1. 公司对其拥有的财产享有独立的支配权

公司一旦成立，作为新的民事主体的公司法人，对股东出资的财产及在此基础上增值的财产享有独立的支配权。

2. 公司以其全部财产承担责任

公司的独立财产责任制度，表明公司对外独立承担民事责任，公司承担民事责任的财产基础是公司拥有独立的法人财产。公司成立后，股东出资的财产和该财产的增值部分及公司在运营过程中作为民事主体依法所拥有的财产是公司法人的全部财产。公司以自己的名义凭借其拥有的全部法人财产与其他民事主体发生民事关系，参与各项民事活动，并以其全部财产作为从事民事活动的财产担保，以具体的财产清偿其债务。

3. 公司的财产由公司法人治理结构来运营。

公司通过股东会、董事会、执行机构等公司的治理机构的设置和运作，明确各自的权利、义务和利益，在股东、公司法人、经营者和职工之间形成一种制衡和约束机制，利用这种制约机制来运营公司的所有财产，从而保证公司利润的最大化。

2.2.2 公司法人财产权

所谓法人财产权，是指法人作为民事主体依法对其拥有的全部法人财产所享有的具有财产内容的各项民事权利的总称。它包括占有权、使用权、收益权和处分权。

公司法人财产权是公司以其法人的身份所享有的一种综合性的民事权利。这种权利具体分为以下几种情况：

(1) 公司对全体股东出资形成的公司资本和公司在运营过程中资本增值部分以及公司作为民事主体依法承受的其他财产享有独立的支配权。

(2) 公司依法享有的他物权，包括用益物权和担保物权。

(3) 公司依法按照合同约定或依法所享有的债权。

(4) 公司依法享有的知识产权包括专利权、商标权和著作权中的财产权。

法人财产权作为公司法人享有的一种特殊的民事权利，有以下几个特点：

(1) 公司的法人财产权是由公司的内部组织机构和法人代表来行使的。公司对其法人财产的占有、使用、收益和处分的权利，都是通过公司机关具体行使其职能而实现的。不论是公司的意思机关还是其他机关，只要在其职权范围内对公司法人财产所为的行为，均为公司的行为。

(2) 公司法人财产权是以法人的名义所享有的民事权利。在公司成立后，公司全体股东出资的财产成为公司的法人财产。从法律上来说，该项出资财产也就实现了由股东的财产所有权到公司法人财产权的过渡，这也就意味着不能再以股

东个人的名义对公司的法人财产行使各项财产权利，而只能以公司的名义行使法人财产权。这是公司的法人财产权与公司股东以个人的名义行使股东权的主要区别之一。

公司法人财产权与股东权的关系。

股权，又称股东权。投资者成为公司的股东之后，即享有股东权，它是公司的股东基于其股东资格而享有的权利。从法律上看，股权既不同于传统民法上的物权，也不同于债权，而是一种综合性的权利：

(1) 对股票或其他股份凭证的所有权。股东是股票或其他股份凭证的所有者，对其拥有的股票或其他股份凭证有处分权，如转让、赠与抵押等。

(2) 对公司决策的参与权。股东享有出席股东会并对有关决议进行表决的权利。

(3) 公司收益分配权。股东有权获得股息和红利。公司清算后，股东有权分得剩余财产。

(4) 其他权利，如优先购买公司股票的权利等。

股东权与公司的法人财产权有密切的关系，具体表现如下：

(1) 股权与法人财产权是股东出让财产所有权的結果。股东出资后，他对出资的财产的所有权就转化为股权，其财产的占有、使用、收益和处分的权利也随之转由公司法人享有，股东通过股权来体现所有者的权益，股权和法人财产权是财产的所有权和经营管理权相分离的结果。

(2) 股权是法人财产权的源泉。公司的法人财产权是公司股东出让财产所有权的結果。所以股权是公司法人财产权

的源泉。从公司运作的形式来看，也体现了这一点。公司行使法人财产权是通过其内部的组织机构来实现的，股东通过行使股权决定公司的组织机构的组成及其职权，体现股东的意志。股东在公司内部以集体行使股权的方式从根本上决定着公司对其法人财产权的行使。因此，公司的法人财产权与股权相互依存，如影随行，须臾不可分离。

2.2.3 公司资本三原则

所谓公司资本三原则，是指《公司法》中要求公司在成立时确定一定数额的资本并持续保持相当此数额资本的财产的资本原则，包括资本确定原则、资本维持原则和资本不变原则。

(1) 资本确定原则，是指公司在成立时必须按章程中所确定的资本额认购足或募集足。

各国公司制度和公司法通常采取三种方式实现公司资本三原则，这三种方式分别是法定资本制、授权资本制和折衷资本制。

法定资本制主要有三方面的规定：①由发起人为公司设定一个确定的资本总额，并记载于公司的章程之中。②股份的发行只能采取一次发行的方式，由发起人和认购人在公司成立时全部认购完毕。③公司以后如果增加或减少资本，必须严格按照《公司法》程序进行。大陆法系的国家通常采取资本法定制。

授权资本制，是指公司发起人在公司章程中证明公司资本总额及首期发行的股份数额，记载于公司章程中的公司资

本不一定在公司成立时一次认购足。公司发起人和股份认购人只要认购足首期发行的股份，公司即可成立。尚未认购的股份，授权董事会在公司成立之后，根据公司发展业务的需要在适当的时候予以发行。英美法系的国家通常采取授权资本制。

折衷资本制，是在综合法定资本制和授权资本制特点的基础上形成的一种有限制的授权资本制。它同授权资本制大致相同，只是公司法或其他相关的法律对首期发行的股份占公司批发行的股份总额的比例有规定。日本就是采取折衷资本制。

(2) 资本维持原则，是指公司在存续期间应当维持与公司章程规定的资本总额相应的财产。资本维持原则主要是为防止亏损以外的原因使公司实际拥有的资本与公司章程所规定的资本额不一致，从而侵害公司债权人的合法权益。为了保障这一原则的实现，各国公司法为此做了许多具体的规定。如公司不得以低于股票票面金额的价格发行股票；公司不得随意收购已发行的股份，公司不得接受股份持有人以公司发行的股票作为抵押品；对公司的资产折旧制度、公积金制度和盈余分配制度等有具体的规定。我国《公司法》的具体规定有：累计较投资不得超过总资产的 50%（第 12 条）；有限责任公司的初始股东对现款之外的出资价值承担连带责任（第 28 条）；股份有限公司不得以低于票面额的价格发行股份（第 131 条）；除依照《公司法》规定的目的和程序以外，公司不得收购本公司发行的股票（第 149 条）；公司在弥补亏损、提取公积金、公益金之前，不得向公司分配利润（第 177

条)。

(3) 资本不变原则,是指公司的资本总额确定后,非经法定程序不得任意变动。资本不变原则是资本确定原则和资本维持原则的延伸和保障。如果不坚持资本不变原则,允许公司资本随意变动,则上述两项原则就失去意义。资本不变原则有两个目的:其一是防止公司的资本减少而侵害债权人的利益;其二是防止公司资本过剩而使股东承担过多的风险。我国《公司法》规定:增加和减少资本均须股东会决议通过(第38条和103条);公司减少注册资本必须编制资产负债表及财产清单,向债权人发出通知;30日内在报纸上至少公告3次(第186条)。

公司资本三原则是确保公司资本充足和稳定的基本原则,有助于保障交易的安全和维护债权人的合法权益。

2.3 公司的管理与财会制度

2.3.1 公司的管理制度

公司管理制度是公司最重要的基本制度之一。没有科学的管理,任何公司都是搞不好的。公司的管理制度,概括起来,大体上有以下几个方面:

(1) 基本制度,指保证公司正确方向,实现公司目标和任务的带有根本性质的制度。包括公司领导制度和责任制度。

《公司法》第6条规定,公司实行权责分明、管理科学、激励和约束相结合的内部管理体制。这是《公司法》对权责

分明的管理体制的规定。权责分明的管理体制是指公司内部机关的权限清楚，公司的机关必须在自己的职权范围内行使职权，如有超越职权给公司造成损失的应当承担法律责任。《公司法》所规定的管理体制为公司的股东会、董事会（或者执行董事）和监事会（或者监事）相互制衡的领导体制。即公司的股东会代表出资者行使股东权，公司的重大问题由公司的股东会决定；公司的董事会是受公司的股东会的委托行使公司的业务执行权，并行使自己职权范围内的决策权，同时向股东会负责；公司的监事会受公司的股东会的委托对公司的董事会行使监督权，向股东会负责。三个机关是相互制约、互为补充。

（2）工作制度，指按照公司生产经营活动的客观规律要求，对各项管理的范围、内容、程序和方法等所作的规定，主要包括生产技术规程和各项业务管理工作制度。最重要的是财务会计管理制度。

（3）岗位权责制度，指依据社会化大生产对劳动分工和协作的要求，按照生产、工作岗位建立的岗位权责制。它具体规定着公司每个成员的自己岗位上应该承担的任务和责任，以及相应的权力。一般分为职工个人的权责制和部门、单位的集体权责制两种形式。无论何种权责制，要做到责任到人，就要权力到人。只有责任，没有权力，责任制就会落空。

管理制度对于公司的生产经营活动有序地进行，并取得良好的经济效益，具有重要的保证作用；管理制度对于调动公司广大员工的积极性有着重要的作用；管理制度对于提高公司领导和管理人员工作的效率具有重要意义。

值得指出的是，我们要按照市场经济要求，强化公司经营管理。目前，相当多的公司放松经营管理，出现管理滑坡现象，必须引起高度重视。我们要提高对加强公司经营管理必要性和紧迫性的认识，引导公司面向市场，加强管理；着力抓好基础管理、质量管理、资产管理、成本管理和安全管理；建立和完善公司管理制度，提高市场适应能力和竞争能力，从严依法治理；加强公司的思想政治工作和职业道德建设，调动职工积极性。公司要积极开展“转机制，抓管理，练内功，增效益”活动。要加强对公司员工特别是领导干部的培训工作，提高公司干部和员工队伍的思想素质和知识水平，努力做到公司管理工作制度化、规范化。

2.3.2 公司的财务会计制度

在我国，公司属“企业”之一种，其财务、会计事项自然适用《会计法》、《企业会计准则》、《企业财务通则》的一般规定。然而，由于公司与其他企业仍有所不同，所以《公司法》专设第6章对公司的财务、会计做出特别规定，优先于其他法律、法规、行政规章而适用于公司。

1. 公司财务会计制度的基本原则

《公司法》第174条规定，公司应当依照法律、行政法规和国务院财政主管部门的规定建立本公司的财务会计制度。《公司法》规定了公司财务、会计的两项基本原则：一是建立公司财务、会计制度原则，要求公司必须设置财务会计管理部门；同时要求公司在现有的财务会计制度的基础上健全本

公司的各项财务会计制度，编制各种财务会计表册。二是财务会计公开原则，要求公司的财务会计应对股东公开和对公司的债权人、社会公众、执法部门公开。《公司法》第 176 条规定，有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务报告送交各股东。股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会 20 日前置备于本公司，供股东查阅。同时还要求，公司的董事会或执行董事，不得拒绝股东合理查阅有关文件。否则，股东有权在股东会议上建议罢免有关人员。《公司法》规定，募集设立的股份有限公司必须公告其财务会计报告。股票上市的公司还必须公告其上市报告，并将其被批准上市的有关文件存放于指定地点供社会公众查阅，同时还须按照国家规定，定期公告其财务状况和经营情况，每会计年度半年内公布一次财务会计报告。

2. 公司年度财务会计报告

公司年度财务会计报告是指公司的董事会或执行董事在某一会计年度（我国法律规定为日历年度，即每年的 1 月 1 日至 12 月 31 日）终了后，根据国家规定制作的反映公司财务会计状况和经营成果并经股东大会认可的书面文件。公司的财务会计报告应当向国务院规定的财政、税收、审计、统计等有关行政主管部门报送，并且该报告应当由法定的验资机构进行验证和出具证明。公司的财务会计报告应当全面反映公司的财务状况和经营成果，对于重要的经济业务应单独反映。《公司法》第 175 条规定，公司应当在每一会计年度终了时制作财务会计报告，并依法审查验证。

年度会计报表通常应同时列出期初或上一会计年度的数字，以便比较前后期的增减方向和幅度，从而揭示财务和经营上的变化与趋势。国家对不同组织形式的公司的年度会计报表的种类、格式、编制方法和报送程序等，分别都有统一规定。这些规定一般要求：公司年度会计报表要清晰明了，项目分类要明确，报表的编制应遵循正确、及时、客观、充分反映以及连贯性的规范原则。可以说，年度会计报表全面地反映公司的财务及经营情况。资产负债表通过反映在年度终了时公司拥有什么和欠人什么，揭示出公司财务状况的好坏；损益表告诉公司在整个年度是赚了还是赔了，与往年相比的进展如何；财务状况变动表则说明了公司在一年内各种资产和权益的增减变化，反映出资金的取得来源和资金的流出用途。但是年度会计报表基本上只提供数字资料，这对非专业人员是难于领会的，因此公司会计报表必须有财务情况说明书，对报表进行文字叙述并加以分析解释。财务情况说明书还应对一切会影响报表读者决策的事实和潜在因素做出全面的和易于理解的说明。

财务会计年度报告应当包括下列财务会计报表及附属明细表。

(1) 资产负债表。资产负债表是反映公司在某一特定日期财务状况的报表。它反映公司此时所拥有的资产和现实负债以及二者相抵后的净值的完整情况。所以资产负债表也称资金平衡表。公司资产可以分为流动资产、长期投资、固定资产、无形资产、递延资产等。负债包括流动负债、长期负债等。股东权益分为股本或资本、资本公积金、盈余公积金、

未分配利润等。资产负债表从静态的角度反映了企业的财务状况，不仅为公司内部的管理当局制订决策所必需，企业外部的投资者、债权人以及政府管理部门也要分别从不同的角度来利用它。

(2) 损益表。损益表也称收益表或损益计算书，是用以反映公司在某一会计期间经营成果及分配情况的会计报表。在损益表中，要把一个会计期间的收入与同一会计期间的费用进行对比，即以一个会计期间的全部营业收入减去该期间的全部费用得出企业的损益，再将此结果减去所得税，便得到纯益或纯损。损益表的目的在于公正、正确地表明企业各期的经营结果，因而在确定各期的收入及费用时要遵循规范的会计原则和政府管理部门的有关规定。损益表从动态的角度反映了公司的获利或亏损或亏损情况。它是公司在整个会计期间的营业活动记录。盈利的高低是管理效能优劣最重要的指标，因此，对公司管理者来说，损益表在指导企业决策方面非常重要。另外，公司的投资者或债权人，都日益重视公司的获利能力，认为它比财务状况更重要。损益表上所表明净利直接关系到投资者的投资净收益。而对于债权人来说，除非公司有足够可变化的抵押品，最终的偿债能力还是来自于企业的不断获利，至于政府管理部门和统计部门，也要凭损益表来了解公司经营成果的大小，并预测其今后发展的趋势。

(3) 财务状况变动表。财务状况变动表是综合反映一定会计期间内营运资金来源和运用及其增减变动情况的报表。财务状况变动表的项目分为营运资金来源和营运资金运用。

(4) 财务情况说明书。财务情况说明书是对公司一定会计期间内财务、成本情况进行分析总结的书面文字报告。其主要内容有：①公司的生产经营情况，②利润的实现及分配情况，③资金增减和周转情况，④税金交纳情况，⑤各种财产物资的变动情况，⑥资本结构及其变动情况，⑦会计核算方法的变更情况，⑧资产负债表日后至报出财务报告前发生的对公司财务情况变动的重大影响事项，⑨需要说明的其他事项。

(5) 利润分配表。利润分配表是关于公司的盈余分配情况的会计报表。它主要反映公司的利润分配情况和公司年末未分配利润的结余情况，是帮助理解损益表的一种会计报表。

公积金是《公司法》规定公司从公司利润或其他收入中提取的作为公司扩大再生产、弥补公司亏损的储备金。《公司法》第177条规定，公积金分为法定公积金和法定公益金。法定公积金为公司分配当年税后利润的10%，公司法定公积金累计额为公司注册资本的50%以上时，可不再提取。公司的法定公积金不足以弥补上一年度公司亏损的，在依照前款规定提取法定公积金和法定公益金以前，应当先用当年利润弥补亏损。法定公益金是公司从缴纳税后的纯益中提取的、用于职工集体福利的基金，按公司税后利润的5%~10%提取。公司在从税后利润中提取法定公积金后，经股东会议决议，可以提取任意公积金。

公司弥补亏损和提取公积金、法定公益金后所余利润，有限责任公司按股东的出资比例分配；股份有限公司按股东持有的股份比例分配。股东会或董事会违反前款规定，在公司

弥补亏损和提取法定公积金、法定公益金之前向股东分配利润的，必须将违反规定分配的利润退还公司。

资本公积金是公司因接受捐赠、因资本折算产生差额、法定财产重估增值、资本溢价等而得到的。《公司法》第 178 条规定，股份有限公司依照本法规定，以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款及国务院财政主管部门规定列入资本公积金的其他收入，应当列为公司资本公积金。第 179 条规定，公司的公积金用于弥补公司的亏损，扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。股份有限公司经股东大会决议将公积金转为公司资本时，所留存的该项公积金不得少于注册资本的 25%。

《公司法》第 181 条规定，公司除法定的会计账册外，不得另立会计账册。对公司资产，不得以任何个人名义开立账户储存。

2.4 公司的组织制度

公司的组织制度主要指公司组织机构的设置、管理等一系列制度。

公司的组织机构，又称公司的机关，是指公司依法设立的管理公司事务的法定机构。公司作为企业法人，具有一定的权利能力与行为能力，能够独立享有民事权利和承担民事义务，公司权利的行使和义务的承担是通过公司的机关进行的，公司机关所作的决定和所为的法律行为就是公司的决定和法律行为。

公司在经营管理活动中的三项基本职能即决策职能、经营职能和监督职能，公司的组织机构分别为股东大会、董事会、监事会。

(1) 股份有限公司领导体制。

《公司法》规定，股份有限公司设股东大会，为公司权力机构；设董事会，为公司的经营决策和业务执行机构；设监事会、为公司业务活动的监督机构。依此规定，公司的决策职能，经营职能和监督职能分别由股东大会、董事会、监事会三机关分别行使。

(2) 有限责任公司领导体制。

我国《公司法》规定，有限责任公司设股东会，股东会由全体股东组成。国有独资公司不设股东会，但重大问题由国家授权投资的机构或授权的部门决定。有限责任公司设立董事会，其成员为 3~13 人。国有独资公司设立董事会，成员为 3~9 人。有限责任公司，经营规模较大的，设立监事会，其成员不得少于 3 人。规模较小且股东人数较少的可以设 1~2 名监事。

2.4.1 股份有限公司组织机构

1. 股东大会

(1) 股东大会职权。一般来说，股东大会，既是指依照《公司法》的规定定期或临时举行的由全体股东或股东代表参加的会议，又是指一种非常设的由全体股东或股东代表组成的公司最高权力机关。我国《公司法》第 102 条规定，股东

大会由股份有限公司的股东组成，股东大会是公司的最高权力机构，依照本法行使职权。《公司法》第104条规定，股份有限公司的股东大会为年会和临时股东大会。第103条规定股东年会的主要职权有：

- ①决定公司的经营方针和投资计划。
- ②选举和更换董事，决定有关董事的报酬事项。
- ③选举和更换由股东代表出任的监事，决定有关监事的报酬事项。
- ④审议批准董事会、监事会的报告。
- ⑤审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案。
- ⑥审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案。
- ⑦对公司增加或者减少注册资本做出决议。
- ⑧对发行公司债券做出决议。
- ⑨对公司合并、分立、解散和清算等事项做出决议。
- ⑩修改公司章程等。

(2) 股东大会的召集。股东会的召集，既有实体问题，也有程序问题，主要涉及到召集时间、召集人员、通知内容等内容。我国《公司法》规定，股东大会每年召开一次，何时召开，《公司法》未做规定。临时股东大会的召集，《公司法》规定，董事会在下列情形之一时，应当在两个月内召开临时股东大会：董事人数不足本法规定的人数或公司章程所定人数的三分之二时；公司未弥补的亏损达股本总额三分之一时；待有公司股份10%以上的股东请求时；董事会、监事会认为必要时。

召集权人，又称召集者，是指根据法律和公司章程，有

权提议召开股东会的机关或个人。我国《公司法》第105条规定，股东大会由董事会依照本法规定负责召集，或依据监事会的提议、代表公司股东10%以上的股东请求时召集。

我国《公司法》中关于召集股东大会的通知方式规定了“通知”和“公告”两种。

我国《公司法》对于股东大会的出席人数未做规定，公司章程可对此做出规定。《公司法》第108条规定，股东可以委托代理人出席股东大会，代理人应当向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使表决权。

(3) 股东大会的表决，是指股东基于股东资格而对股东大会的议案表示同意、反对或弃权的行为。表决权的行使，我国《公司法》第106条规定，股东出席股东大会，所持每一股份有一表决权。我国《公司法》对表决权没有限制。股东大会做出决议，必须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过。股东大会对公司合并、分立或者解散公司做出决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。《公司法》第107条规定，修改公司章程必须经出席股东大会的股东所持表决权的三分之二以上通过。我国《公司法》对股东会的表决方式没有规定，一般由公司章程规定，可采用举手方式，也可采用投票方式。

(4) 股东会的会议记录。股东大会讨论的是公司经营的重大决策问题，因此，我国《公司法》第109条规定，股东大会应当对所议事项的决定做成会议记录，由出席会议的董事签名。会议记录应当与出席股东的签名册及代理出席的委托书一并保存。

2. 董事会

(1) 董事会职权。它既是指依照《公司法》或公司章程的规定由董事参加的会议，也是指依照公司法或公司章程规定设立的由全体董事参加的公司的法定常设的业务执行机关。我国《公司法》第 112 条规定，股份有限公司设董事会，董事会对股东大会负责，行使下列职权：

- ①负责召集股东大会，并向股东大会报告工作。
- ②执行股东大会的决议。
- ③决定公司的经营计划的投资方案。
- ④制订公司的年度财务预算方案、决策方案。
- ⑤制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案。
- ⑥制订公司增、减资本的方案以及发行公司债券的方案。
- ⑦拟订公司合并、分立、解散的方案。
- ⑧决定公司内部管理机构的设置。
- ⑨聘任或解聘公司经理，根据经理的提名，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项。
- ⑩制定公司的基本管理制度。

(2) 董事会组成。董事会由董事组成，《公司法》第 112 条规定，股份有限公司董事会为 5~19 人。第 113 条规定董事会设董事长 1 人，可以设副董事长 1~2 人。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。董事长为公司的法定代表人。第 114 条规定，董事长行使下列职权：

- ①主持股东大会和召集、主持董事会会议。
- ②检查董事会决议的实施情况。

③签署公司股票、公司债券。

副董事长协助董事长工作，董事长不能履行职权时，由董事长指定的副董事长代行职权。我国《公司法》第103、115条规定董事由股东大会更换，董事在任期届满前，股东大会不得无故解除其职务。

(3) 董事会会议。《公司法》第116条规定，董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应于会议召开10日前通知全体董事。临时会议，可以另定召集董事会的通知时限。第117条规定，董事会会议应由二分之一以上的董事出席方可举行。董事会做出决议须经全体董事的过半数通过。第118条规定，董事本人应出席董事会会议。董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席董事会，委托书中应载明授权范围。董事会应当对会议所议事项的决定做成会议记录，出席会议的董事和记录员在会议记录上签名。董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或公司章程，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。第120条规定，公司根据需要，可以由董事会授权董事长在董事会闭会期间，行使董事会的部分职权。

3. 监事会

(1) 监事会组成。监事会，又称监察委员会，是股份有限公司依照《公司法》、公司章程所设立的对股份有限公司的公司事务进行监督的机构。其职责是对董事会的活动实行监督，其内容包括一般业务上的监察，也包括会计事务上的监

察，但监事会一般不能参与公司的业务决策和管理，对外也无权代表公司。《公司法》第 124 条规定，股份有限公司设监事会，其成员不得少于 3 人。监事会应在其组成人员中推选一名召集人。监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。董事、经理及财务负责人不得兼任监事。

(2) 监事会职权。《公司法》第 126 条规定。股份有限公司的监事会行使下列职权：

①检查公司的财务。

②对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督。

③在董事和经理的行为损害公司的利益时，要求董事和经理予以纠正。

④提议召开临时股东大会。

⑤公司章程规定的其他职权。

监事列席董事会会议。监事应当依照法律、行政法规、公司章程，忠实履行监督职责。我国《公司法》第 57、58、59 条，第 62、63 条有关不得担任监事的规定以及监事义务、责任的规定，适用于股份有限公司的监事。

2.4.2 有限责任公司组织机构

1. 股东会

有限责任公司的股东会是公司的非常设的最高权力机

关。它同股份有限公司的股东会在性质、职权、类型、召集、表决、决议等方面有许多相同或相似之处。但是，有限责任公司与股份有限公司在股东、股份上的许多差别，又决定了有限责任公司的股东会具有不同于股份有限公司股东会的一些特点。我国《公司法》第 37 条规定，有限责任公司股东会由全体股东组成，股东会是公司的权力机构，依照本法行使职权。我国的《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》均没有规定有限责任公司设股东会，有关股东会的职权由董事会代为行使。

(1) 股东会的职权。我国《公司法》第 38 条规定，股东会行使下列职权：

- ① 决定公司的经营方针和投资计划。
- ② 选举和更换董事，决定有关董事的报酬事项。
- ③ 选举和更换由股东代表出任的监事，决定有关监事的报酬事项。
- ④ 审议批准董事会、监事会或监事的报告。
- ⑤ 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案。
- ⑥ 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案。
- ⑦ 对公司增、减注册资本做出决议。
- ⑧ 对发行公司债券做出决议。
- ⑨ 对股东向股东以外的人转让出资做出决议。
- ⑩ 对公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算等事项做出决议。

(2) 股东会议。我国《公司法》第 43 条规定，股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议应当按照公司章程的

规定按时召开。代表四分之一以上表决权的股东，三分之一以上董事，或者监事，可以提议召开临时会议。《公司法》第42条规定，股东会的首次会议由出资最多的股东召集和主持。第43条规定，公司设董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持，董事长因特殊原因不能履行职务时，由董事长指定的副董事长或其他董事主持。

《公司法》第39条和第40条规定，股东会对公司增加或者减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式、修改公司章程的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。第41条规定，股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。《公司法》第44条规定，股东会应当对所议事项的决定做成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。

2. 董事会

(1) 董事会组成。有限责任公司的业务执行机关与股份公司有所不同。按照我国《公司法》第45条的规定，有限责任公司设董事会，其成员为3~13人。第51条规定，有限责任公司股东人数较少和规模较小的，可以设一名执行董事，不设立董事会。执行董事的职权与董事会的职权相同。第68条规定，国有独资公司设立董事会，其成员为3~9人。

(2) 董事会的职权。《公司法》第46条规定，董事会对股东会负责，行使下列职权：

- ①负责召集股东会，并向股东会报告工作。
- ②执行股东会的决议。
- ③决定公司的经营计划和投资方案。

④制订公司的年度财务预算方案、决算方案。

⑤制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案。

⑥制订公司增、减注册资本的方案。

⑦拟订公司合并、分立和变更公司形式、解散的方案。

⑧决定公司内部管理机构的设置。

⑨聘任或者解聘公司经理，根据经理的提名，聘任或解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项。

⑩制定公司的基本管理制度。

执行董事的职权参照第 46 条的规定执行。国有独资公司不设股东会，董事会经国家授权的投资机构或国家授权的部门授权行使股东会的一部分职权。

董事长为有限责任公司的法定代表人。有限责任公司不设董事会的，执行董事为公司的法定代表人。

(3) 董事会会议。董事会会议由董事长召集和主持，董事长因特殊原因不能履行职务时，由董事长指定副董事长或其他董事召集和主持。三分之一以上董事可以提议召开董事会会议。《公司法》第 49 条规定，董事会应对会议所议事项的决定做成会议记录，由出席会议的董事签名。

(4) 有限责任公司的经理。《公司法》第 50 条规定，有限责任公司设经理，由董事会聘任或解聘。经理对董事会负责，行使下列职权：

①主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议。

②组织实施公司年度经营计划和投资方案。

③拟订公司内部管理机构设置方案。

④拟定公司的基本管理制度。

⑤制定公司的具体规章。

⑥提请聘任或解聘公司副经理、财务负责人。

⑦聘任或解聘除应由董事会聘任或解聘以外的负责管理人员。

⑧公司章程和董事会授予的其他职权。经理列席董事会会议。

3. 监事会

(1) 监事会组成。我国《公司法》第 52 条规定，有限责任公司，经营规模较大的，设立监事会，其成员不得少于 3 人。监事会应在其组成人员中推选 1 名召集人。监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。有限责任公司，股东人数较少和规模较小的，可以设 1~2 名监事。董事、经理及财务负责人不得兼任监事。国家公务员不得兼任监事。

(2) 监事会的职权。《公司法》第 54 条规定，有限责任公司的监事会或者监事行使下列职权：

①检查公司财务。

②对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督。

③在董事和经理的行为损害公司的利益时，要求董事和经理予以纠正。

④提议召开临时股东会。

⑤公司章程规定的其他职权。监事列席董事会会议。

我国《公司法》第 38 条规定，监事的报酬由股东会确定。

2.5 劳动用工制度

公司的劳动用工制度主要指公司聘用员工、员工管理等相关制度的总和。劳动用工制度通过劳动法来调整。劳动法是调整劳动关系以及劳动关系密切联系的其他法律规范的总和，劳动法是以劳动者权益保护为宗旨、融实体法与程序法于一体的独立法律部门。

2.5.1 我国《劳动法》的适用范围

《中华人民共和国劳动法》第 2 条明确规定：“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。”根据这一规定及有关劳动行政法规和劳动规章的规定，《中华人民共和国劳动法》对人的适用范围如下：

（1）在中国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者。这里的“企业”包括国有企业、集体所有制企业、中外合资企业、中外合作企业、外商独资企业、股份制企业、混合形企业、港澳台企业、私营企业、联营企业、乡镇企业等。个体经济组织是指雇工在 7 人以下的个体工商户。

（2）国家机关、事业组织、社会团体实行劳动合同制度的以及按规定应实行劳动合同制度的工勤人员；其他通过劳动合同与国家机关、事业组织、社会团体建立劳动关系的劳

动者，适用《中华人民共和国劳动法》。

(3) 实行企业化管理的事业组织的人员。实行企业化管理的事业组织是指国家不再核拨经费，实行独立核算、自负盈亏的事业组织。

2.5.2 劳动合同

1. 劳动合同的概念

劳动合同，是劳动者与用人单位之间确立劳动关系，明确双方权利和义务的书面协议。

2. 劳动合同的订立

劳动合同的订立是劳动者与用人单位之间确立劳动关系，明确双方权利义务的法律行为。

(1) 劳动合同订立的原则。

《劳动法》第17条规定：“订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则；不得违反法律、行政法规的规定。”根据这一规定，订立劳动合同必须遵守下列原则：

①合法原则。

即劳动合同必须依法订立，不得违反法律、行政法规的规定。合法原则的具体要求如下：

a. 劳动合同的主体合法。

即劳动合同的当事人必须具备合法资格，劳动者应是年满16周岁，身体健康，具有劳动权利能力和劳动行为能力的公民，可以是中国人、外国人、无国籍人。用人单位应是依

法成立或核准登记的企业、个体经济组织、国家机关、事业组织、社会团体，具有用人的权利能力和行为能力。

b. 劳动合同的内容合法。

劳动合同的内容是对劳动合同双方当事人劳动权利义务的具体规定，其内容必须符合国家法律、行政法规的规定，包括国家的劳动法律、法规，也包括国家的其他法律、行政法规。

c. 劳动合同订立的程序和形式合法。

劳动合同订立的程序必须符合法律规定，未经双方协商一致、强迫订立的劳动合同无效。《劳动法》第19条规定：“劳动合同应当以书面形式订立。”

②平等自愿、协商一致的原则。

平等是指在订立劳动合同过程中，双方当事人的法律地位平等，不存在管理与服从的关系；自愿是指劳动合同的订立及其合同内容的达成，完全出于当事人自己的意志，是其真实意思的表示，任何一方不得将自己的意志强加于对方，也不允许第三者非法干预；协商一致是指经过双方当事人充分协商，达成一致意见，签订劳动合同。

(2) 劳动合同的效力。

劳动合同的生效，一般情况下，劳动合同依法成立，即双方当事人意思表示一致，签订劳动合同之日，即产生法律效力；双方当事人约定须鉴证或公证的劳动合同，其生效时间始于鉴证或公证之日。

劳动合同的无效是指由于当事人违反法律、行政法规，致使签订的劳动合同不具有法律效力。劳动合同的无效有下列

情形：①订立劳动合同的主体不合法。即合同双方当事人不具备法律规定的主体资格。②订立劳动合同的程序或形式不合法。劳动合同要求采用书面形式，要求经平等协商。③违反法律、行政法规的劳动合同。④采用欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。

无效的劳动合同，从订立时起，就没有法律效力。确认劳动合同部分无效的，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。

劳动合同的无效，由劳动争议仲裁委员会或者人民法院确认。

无效劳动合同不仅没有法律效力，责任者还应承担相应的法律责任。我国劳动法规定，由于用人单位的原因订立的无效劳动合同，对劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

3. 劳动合同的履行

劳动合同的履行是指劳动合同的双方当事人按照合同规定，履行各自应承担义务的行为。劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行合同规定的义务。任何第三方不得非法干预劳动合同的履行。履行劳动合同应遵循如下原则：

(1) 亲自履行原则，是指双方当事人必须自己亲自履行合同规定的义务，不得由他人代替履行或委托他人履行。

(2) 全面履行原则，是指双方当事人必须履行合同规定的全部内容，承担全部义务。这是判断劳动合同是否履行、是否违约的法律标准。

(3) 协作履行原则，是指双方当事人相互协作，保证劳动合同得以履行。

4. 劳动合同的变更

劳动合同的变更是指当事人双方对尚未履行或尚未完全履行的劳动合同，依照法律规定的条件和程序，对原劳动合同进行修改或增删的法律行为。劳动合同变更应遵循平等自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。任何一方不得擅自变更，否则要承担相应的法律责任。根据我国劳动法规的规定，允许变更劳动合同的情形如下：

(1) 双方当事人经协商达成变更的协议。

(2) 订立劳动合同时所依据的法律、行政法规和规章已经修改或废止。

(3) 劳动合同条款与集体合同规定不同的。

(4) 企业经上级主管部门批准或根据市场变化决定转产或调整生产任务。

(5) 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行。如用人单位发生分立或合并。

(6) 企业严重亏损或因发生自然灾害，确实无法按照原约定的条件履行劳动合同的。

(7) 劳动者因健康状况而不能从事原工作的。

(8) 法律、法规允许的其他情况。

在劳动合同没有变更的情况下，用人单位不得安排职工从事合同规定以外的工作，但下列情况除外：①发生事故或遇灾害，需要及时抢修或救灾；②因工作需要而临时调动工

作；③发生短期停工；④法律允许的其他情况。

5. 劳动合同的解除

劳动合同的解除是指劳动合同当事人在劳动合同期限届满之前终止劳动合同关系的法律行为。劳动合同的解除可分为协商解除、用人单位单方解除、劳动者单方解除以及自行解除等。

(1) 双方协商解除劳动合同。《劳动法》第24条规定：“经劳动合同当事人协商一致，劳动合同可以解除。”双方协商解除劳动合同的条件：一是双方自愿；二是平等协商；三是不得损害另一方利益；四是双方达成解除劳动合同的书面协议。

(2) 用人单位单方解除劳动合同。即具备法律规定的条件时，用人单位享有单方解除权，无需双方协商达成一致意见。用人单位单方解除劳动合同有三种情况：

①即时解除，即用人单位无需以任何形式提前告之劳动者，可随时通知劳动者解除合同。一般适用于因劳动者不符合录用条件或者严重违纪、违法的情形。

②需预告的解除，即用人单位应当提前30日以书面形式通知劳动者本人方可解除合同。

③经济性裁员，《劳动法》第27条规定：“用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，确需裁减人员的，应当提前30日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动部门报告后，可以裁减人员。用人单位依照本条规定裁减人员，在6个月内录

用人员的，应当优先录用被裁减的人员。”

(3) 劳动者单方解除劳动合同，即具备法律规定的条件时，劳动者享有单方解除权，无需双方协商达成一致意见。劳动者单方解除劳动合同有两种情况：

①预告解除，劳动者应当提前 30 日以书面形式通知用人单位方可解除劳动合同。劳动者无需说明任何法定事由，只需提前预先告之用人单位即可解除劳动合同，超过 30 日，劳动者可以向用人单位提出办理解除劳动合同的手续，用人单位应予办理。

②无需预告的解除，即劳动者不需提前预告用人单位，只要具备法律规定的正当理由，劳动者可随时通知用人单位解除劳动合同，还应对因用人单位的违约行为和侵权行为造成的损失要求用人单位予以赔偿，并有权提请有关机关追究用人单位的行政责任、刑事责任。适用于有下列情形之一的：a. 劳动者在试用期内；b. 用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动；c. 用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的。

(4) 劳动合同自行解除。

劳动合同自行解除是指因法律规定的特殊情况发生而导致劳动合同自行提前终止法律效力。它只适用于法律规定的特殊情况，并且无需履行解除劳动合同的手续。根据有关劳动法规的规定，劳动者被开除、除名或因违纪被辞退，劳动合同自行解除。

6. 劳动合同的终止

劳动合同的终止是指符合法律规定或当事人约定的情形时，劳动合同的效力即行终止。我国《劳动法》规定：劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止。劳动合同终止的情形有：

- (1) 劳动合同期限届满；
- (2) 企业宣告破产或依法被解散、关闭、撤销；
- (3) 劳动者被开除、除名或因违纪被辞退；
- (4) 劳动者完全丧失劳动能力或死亡；
- (5) 劳动者达到退休年龄；
- (6) 法律、法规规定的其他情况。

7. 违反劳动合同的赔偿责任

违反劳动合同的赔偿责任，是指当事人由于自己的过错造成劳动合同的不履行或不适当履行，所应承担的相应的经济责任。

- (1) 用人单位应承担的赔偿责任。

用人单位在下列情形下承担赔偿责任：①用人单位故意拖延不订立劳动合同，即招用后故意不按规定订立劳动合同以及劳动合同到期后故意不及时续订劳动合同的；②由于用人单位的原因订立无效或部分无效劳动合同的；③用人单位违反规定或劳动合同的约定侵害女职工或未成年工合法权益的；④用人单位违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同的。

用人单位有上述情形之一，对劳动者造成损害的，按下

列规定予以赔偿：①造成劳动者工资收入损失的，按劳动者本人应得工资收入支付给劳动者，并加付应得工资收入 25% 的赔偿费用；②造成劳动者劳动保护待遇损失的，应按国家规定补足劳动者的劳动保护津贴和用品；③造成劳动者工伤、医疗待遇损失的，除按国家规定为劳动者提供工伤、医疗待遇外，还应支付劳动者相当于医疗费用 25% 的赔偿费用；④造成女职工和未成年工身体健康损害的，除按国家规定提供治疗期间的医疗待遇外，还应支付相当于医疗费用 25% 的赔偿费用；⑤劳动合同约定的其他赔偿费用。

（2）劳动者承担的赔偿责任。

劳动者违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同，对用人单位造成损失的，劳动者应赔偿用人单位下列损失：①用人单位招收录用其所支付的费用；②用人单位为其支付的培训费用，双方另有约定的按约定办理；③对生产、经营和工作造成的直接经济损失；④劳动合同约定的其他赔偿费用。

劳动者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，按《反不正当竞争法》第 20 条的规定支付用人单位赔偿费用。

（3）连带赔偿责任。

用人单位招用未解除劳动合同的劳动者，给原用人单位造成经济损失的，除该劳动者承担直接赔偿责任外，该用人单位应当承担连带赔偿责任。其连带赔偿的份额应不低于对原用人单位造成经济损失总额的 70%。向原用人单位赔偿下列损失：①对生产、经营和工作造成的直接经济损失；②因获取商业秘密给用人单位造成的经济损失。

赔偿因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失，按《反不正当竞争法》第20条的规定执行。

2.5.3 劳动争议

1. 劳动争议的概念

劳动争议又称劳动纠纷，是指劳动关系双方当事人因执行劳动法律、法规或履行劳动合同、集体合同发生的纠纷。

劳动争议发生在劳动者与用人单位之间，即：在中国境内的企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者之间；在我国境内签订、履行的劳动合同的当事人之间，如中国境外的企业或劳动者与我国境内企业和公民之间；国家机关、事业组织、社会团体与本单位工人以及与之建立劳动合同关系的劳动者之间；个体工商户与帮工、学徒之间，以及军队、武警部队的事业组织及其无军籍的职工之间。

2. 劳动争议的处理机构

(1) 劳动争议调解机构。

劳动争议调解委员会（以下简称调解委员会）是依法成立调解本单位发生的劳动争议的群众性组织。

《劳动法》第80条规定：“在用人单位内，可以设立劳动争议调解委员会。劳动争议调解委员会由职工代表、用人单位代表和工会代表组成。”职工代表由职工代表大会（或职工大会）推举产生；用人单位代表由法定代表人指定；工会代表由工会委员会指定。调解委员会组成人员的具体人数由职

工代表大会提出，并与单位法定代表人协商确定，用人单位代表的人数不得超过调解委员会总数的 1/3。调解委员会主任由用人单位工会代表担任。调解委员会的办事机构设在工会委员会。没有建立工会组织的用人单位，调解委员会的设立及其组成由职工代表和用人单位代表协商决定。

调解委员会在当地工会和劳动争议仲裁委员会的指导下工作。其职责主要有：①负责调解本单位内发生的劳动争议。其调解范围为：劳动者辞职、自动离职发生的争议；因履行劳动合同发生的争议；因工作时间和休息休假、工资、劳动安全卫生、女职工和未成年工特殊保护、职业培训、社会保险和福利发生的争议；法律、法规规定应予调解的其他劳动争议。本单位发生的劳动争议一般均可由调解委员会进行调解，但调解委员会一般不调解因开除、除名、辞退违纪职工而发生的劳动争议。②检查、督促争议双方当事人履行调解协议。③开展劳动法制宣传，预防和减少劳动争议的发生。

（2）劳动争议仲裁机构。

劳动争议仲裁委员会是国家授权、依法独立地对劳动争议案件进行仲裁的专门机构。我国在县、市、市辖区设立劳动争议仲裁委员会，负责仲裁本行政区域内发生的劳动争议。

劳动争议仲裁委员会由下列人员组成：劳动保障行政部门的代表、工会代表和企业代表。上列三方代表人数相等；仲裁委员会的总数应为单数，仲裁委员会主任由同级劳动行政机关的负责人担任；其办事机构设在劳动保障行政机关的劳动争议处理机构内。

劳动争议仲裁委员会仲裁劳动争议，实行仲裁庭、仲裁

制度。仲裁庭仲裁实行少数服从多数的原则。

仲裁委员会受理本行政区域内的下列劳动争议案件：当事人直接向仲裁委员会申请仲裁的因开除、除名、辞退违纪职工和职工辞职、自动离职发生的劳动争议；因履行劳动合同和集体合同，因工作时间和休息休假，因工资、劳动安全卫生、女职工和未成年工特殊保护、职业培训、社会保险和福利发生的劳动争议；因认定无效劳动合同和特定条件下订立劳动合同发生的争议；关于是否续订劳动合同的劳动争议；因职工流动、停薪留职、从事第二职业发生的争议；因用人单位裁减人员而发生的争议；因经济补偿和赔偿发生的争议；因用人单位录用职工非法收费而发生的争议；法律、法规规定受理的其他劳动争议案件。此外，还受理经调解委员会调解不成的劳动争议案件。

劳动争议的仲裁管辖，主要有如下规定：县、市、市辖区仲裁委员会负责处理本行政区域内发生的劳动争议案件，设区的市的仲裁委员会和市辖区的仲裁委员会受理劳动争议案件的范围，由省、自治区人民政府规定；劳动争议案件的双方当事人不在同一地区的，由职工当事人工资关系所在地的仲裁委员会受理；我国公民与国（境）外企业签订的劳动合同，因履行而发生争议，若履行地在我国领域内，由劳动（工作）合同履行地仲裁委员会管辖，也可以在合同中约定。对各级仲裁委员会受理劳动争议案件的范围，通常规定，省级仲裁委员会和设区的市仲裁委员会，负责处理外商投资企业发生的劳动争议案件和在全省（市）有重大影响的劳动争议案件。

劳动争议仲裁委员会依法进行仲裁，依法决定劳动争议案件的受理、仲裁庭的组成、仲裁员的回避；依法对案件进行调查、研究、进行调解和做出裁决。

(3) 人民法院。

审理劳动争议案件的是各级人民法院的民事审判庭。其受案范围为对劳动争议仲裁委员会的裁决不服在法定期限内起诉到人民法院的劳动争议案件，人民法院不直接受理劳动争议案件。

第 3 章 企业一般法律 纠纷与处理

3.1 合同制度

3.1.1 合同总论

1. 合同的概念和分类

(1) 合同的概念。

合同，就是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。我国民法所谓合同，仅指债权合同，是狭义的合同。

合同的法律特征为：①合同是一种民事法律行为；②合同是双方或多方的民事法律行为；③合同作为各方当事人意思表示一致的法律行为，各方当事人的法律地位平等；④合同是合法行为，不是违法行为；⑤合同的目的是设立、变更、终止民事关系。

(2) 合同的分类。

社会经济生活的复杂性，决定了合同种类的多样性，根据不同标准可以将合同分成不同种类。合同分类的意义在于，通过分类清楚地看出不同类型的合同成立、生效的条件、特

点等。最常见的分类有以下几种：

①有偿合同与无偿合同。

根据当事人之间的权利义务是否互为对等，可以将合同分为有偿合同和无偿合同。有偿合同，就是指因享有权利而必须偿付代价的合同，如租赁、买卖合同等。无偿合同，就是指只享有合同权利而不偿付任何代价的合同，如赠与、无偿借用合同等。区分有偿合同与无偿合同的意义在于，当事人的责任不同。有偿合同中，债务人对故意和一切过失负责；而无偿合同中，债务人仅对故意及重大过失负责。另外，有偿合同与无偿合同对缔约人的要求及对物权追及力的阻碍程度不同。

②双务合同与单务合同。

根据当事人双方对权利义务的分担方式，把合同分为双务合同与单务合同。双务合同，就是指合同当事人相互享有权利和负有义务的合同，如买卖合同等。单务合同，是指当事人一方只享有权利，他方只负有义务的合同，如赠与合同等。区分双务合同与单务合同的法律意义在于：双务合同有对待给付及同时履行抗辩等特殊规则，而单务合同不存在这些问题。

③诺成合同与实践合同。

根据合同的成立是否要交付标的物为要件，将合同分为诺成合同与实践合同。诺成合同，就是指当事人意思表示一致，合同即告成立的合同，如买卖合同；实践合同，就是指除当事人协商一致外，还必须交付标的物或完成其他给付才能成立的合同，如借贷合同等。区分诺成合同与实践合同的

法律意义在于：两种合同成立的条件、时间不同。

④要式合同与不要式合同。

根据合同成立是否需要特定的方式划分的。要式合同，是指法律要求必须具备一定的形式和手续的合同。不要式合同，是指法律不要求必须具备一定的形式和手续的合同。

⑤主合同与从合同。

根据合同的地位不同而划分的。主合同，是指不以他种合同存在为前提而独立存在的合同。从合同，是指必须以他种合同的存在为前提才能成立的合同。如担保合同等是从合同。

2. 合同的订立

(1) 合同订立的一般程序。

订立合同要在当事人双方根据法律规定就合同的内容进行协商，双方达成一致意见后，合同即告成立。签订合同一般要经过要约和承诺两个步骤。

①要约。

要约，是指当事人一方向另一方提出订立合同的愿望和要求。提出要约的一方，叫要约人；另一方叫受要约人，简称受约人。要约包括签订合同的愿望和要求，合同的主要条款及要求受约人做出答复的期限等。要约人的意思表示必须清楚，要约内容要合法，主要条款必须具体、明确。

要约是一种具有法律约束力和产生法律后果的法律行为。主要表现在：要约人发出要约后，要约人在约定的期限内受自己要约的约束，不得将同一要约同时向第三人发出，与

第三人订立合同，否则因此给对方造成损失的，要约人要承担相应的责任；在要约期限内，不能变更、撤回要约。要约在被承诺前并不产生法定权利，并可在一定条件下终止。

② 承诺。

承诺，是指接受要约的一方，无条件接受要约人所提出的签订合同的内容的一种意思表示。接受要约的一方叫做承诺人。

法律上有效的承诺要符合下列条件：a. 承诺人必须完全同意要约人提出的各项条款；b. 由承诺人本人提出承诺，其他人提出的无效；c. 在约定的有效期内做出明确答复。

承诺的法律后果表现为：a. 如果承诺人完全接受要约，并在约定时间内送达要约人，合同即成立；b. 如果改变已经生效的承诺，要承担违约责任；c. 如果承诺人发出承诺后又反悔，必须在承诺生效前撤回承诺。

(2) 合同的形式。

合同的形式，是指当事人双方订立合同采取的方式。通常有口头和书面两种。

口头合同，是用口头交谈进行意思表示而订立的合同，口头合同适用于即时清结的合同关系。书面合同，是以书面形式进行意思表示而订立的合同，实践中最普遍使用，包括用书信、电报等所订立的合同。

(3) 合同的内容。

合同的内容，是指合同当事人双方经过协商达成一致同意的各项条款。合同的内容主要有：

① 标的。合同的标的，是合同权利义务共同指向的对象。

合同的标的要规定得明确具体。

②价款或酬金。价款或酬金，是当事人一方取得标的物或者接受劳务向对方偿付的代价。

③期限、地点和方式。合同期限包括合同签订期限、有效期限和履行期限。

④数量和质量。

⑤违约责任。

合同必须符合国家的法律、法规及政策，并应遵循平等互利、协商一致的原则。

3. 合同的变更和解除

(1) 合同变更和解除的概念。

合同的变更，是指合同签订后尚未履行或未完全履行时，签约双方当事人依照法律规定的条件和程序，对原合同条款进行修改或补充。合同的变更可以是合同标的、数量、价格、期限的变更。合同的解除，是指合同没有履行或没有完全履行之前，签约双方当事人依照法律规定的条件和程序，解除合同的权利义务关系，终止合同的法律效力。

合同具有法律效力，双方当事人要严格履行合同，不得擅自变更或解除合同，但是，经济生活千变万化，在继续履行合同已成为不必要或不可能时，双方当事人应该对原合同进行修改和补充，甚至解除合同，以避免更大的损失。

(2) 合同变更和解除的条件。

①当事人双方经过协商同意，并且不因此损害国家利益和社会公共利益。因为合同是经双方协商一致而订立的，变

更或解除合同也要经当事人双方平等协商,达成一致意见。任何一方不能单方变更或解除合同。

②由于不可抗力致使合同无法履行。不可抗力,是指人们无法预料和抗拒的客观事实,在合同中是指当事人在订立合同时不能预见,对其发生和结果不能避免并不能克服的事件。包括自然现象中不可抗拒的事实,如地震、水灾等;社会因素中不可抗拒的事实,如战争、紧急行动等。

③由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同。如果当事人一方不履行合同,造成违约,使另一方利益受损害,该合同的履行便无意义。变更或解除合同的前提是一方违反合同的事实,变更或解除合同的权力只能是无过错方享有。另外,法律对某一类合同的变更或解除,另有具体的解除条件。

(3) 合同变更和解除的法定程序。

变更、解除合同的程序,即变更、解除合同的方式和步骤。变更、解除合同,是重新确定当事人双方权利义务关系,废止原合同,达成新协议的过程。变更、解除合同的程序,与订立合同的程序基本相同。

①提出变更或解除合同的书面建议。建议书包括:变更或解除合同的理由;赔偿责任;善后处理意见;答复期限。

②对变更或解除合同建议的答复。合同当事人一方接到对方变更或解除合同的通知书后,如没有异议,即发生变更或解除合同的效力;如提出异议则不发生变更或解除效力。当事人一方的答复可以是肯定的,也可以是否定的,或是部分肯定,部分否定。

建议和答复都要在规定的期限内提出:有法律统一规定

期限的，在法定期限内提出；无法律统一规定的，由当事人双方在约定的期限内提出。提出变更、解除合同的一方，可指定对方答复期限。对方当事人接到另一方变更或解除合同的建议后，如果建议方没有指明答复时间，那就按通常适用的期限答复；如果答复方在通常的期限内没予答复，则视为接受变更、解除合同的建议；如果答复方附有条件地接受建议，则需要双方协商，取得一致意见后达成新的协议。

经过鉴证或公证的合同，变更或解除合同的协议要送原鉴证或公证机关审查备案。

4. 合同的有效与无效

(1) 合同有效的认定。

合同的有效，是指合同因具备一定的要件而在其双方当事人之间发生法律效力。这种法律效力的发生，可以使债权人有所凭借而请求债务人必须做成某种行为（作为或不作为）；债务人如不履行其义务，债权人可以以此为根据请求国家司法机关强制债务人清偿并对债务人予以法律制裁。合同有效与合同成立不同，前者是指合同双方当事人之间所达成的一定的债权债务关系已得到法律的承认和保护并可随时予以实现，后者则是指合同双方当事人相互之间虽已同意确立一定的债权债务关系，但是由于某种原因的存在，这种债权债务关系是否为法律所认可并受到法律保障，这种法律的认可和保障能否继续，还处于不确定的状态之中，或者这种债权债务关系的实现以及能否保持还必须加以等待。上述使已经成立的合同不能生效的原因，主要包括合同附以条件或附

以期限这两种情况。

（2）合同无效的认定。

合同的无效，是指不具备法律规定的有效成立要件的合同，自始不具有任何法律效力。合同既然必须具备法律规定的有效成立的要件才能具有法律效力，那么，不具备有效成立要件的合同，则当然无效。并且，这种无效，是自始无效，即指合同在法律上根本没有成立，更不具有任何效力。合同无效与合同的撤销不同，前者是指合同在其双方当事人之间从未也不可能发生法律效力，而后者则是指法律在一定情况下，对于已经有效成立的合同，准许当事人请求司法机关予以撤销。撤销后，合同自始不具有法律效力。由此可见，所谓撤销，是指取消已经有效成立的合同的法律效力，使合同失去原来已有的或应该发生的效力，而不是指自始就无效的合同。

5. 合同的履行

（1）合同履行的概念。

合同履行，亦称债的清偿，是指债务人（合同当事人）按照合同的约定或法律的直接规定，为实现合同标的而实施的给付法律行为。在这一概念里，首先需要注意的是，给付有两种含义：第一，给付是指义务，即指债务人因合同有效成立而负担的给付义务（作为和不作为的义务）。这里，给付与合同内容、合同标的为同一含义。合同法理论称之为静态意义上的给付；第二，给付是指行为，即指债务人为履行上述给付义务（履行或清偿债务）而采取的给付行为（作为或不

作为)。这时,给付与合同履行、债务清偿为同一含义。合同法理论称之为动态意义上的给付。因此,所谓为实现合同标的,即是指为实现给付义务。而所谓给付行为,即是指合同履行或债务清偿。其次需要注意的是,合同履行和债的清偿虽为同一概念,但这两个概念是从不同的角度来使用的。合同履行是从合同效力的角度来使用的,而债的清偿则是从债的消灭的角度来使用的。

(2) 合同履行的性质。

合同依法成立,则给付义务必须履行(合同的法律效力)。同时,给付义务的履行又导致合同关系的消灭。可见,合同履行是合同关系的主要问题。对合同履行的性质,存在着合同法理论上不同的学说:①法律行为说,认为合同履行必须具有履行意思(效力意思);②非法律行为说,认为履行无须具有履行意思。这一学说为通说,因此,只要有履行行为,而无需履行意思,合同关系即消灭。

(3) 合同履行的主要问题。

①合同主体。合同主体,是指合同关系的双方当事人。在一般情况下,合同主体就是合同履行主体。合同履行主体是指履行合同义务的债务人和接受履行的债权人,包括:债务人及其代理人 and 债权人及其代理人。但在不影响债务人和债权人利益的情况下,第三人亦可以作为合同履行主体。

②合同内容。合同内容,是指合同主要条款和非主要条款的内容,包括:履行标的、履行地点、履行期限和履行方法等。根据合同自由原则,合同的条款应由双方当事人自由加以确定;在双方当事人约定不明确时,法律通常仅做补充

性的规定。

6. 合同的担保

(1) 合同担保的概念及特征。

合同担保，是指从保障合同债权的实现为目的而由合同双方当事人约定或法律直接规定的保证法律行为。

合同担保，如果由双方当事人约定，则为双方法律行为，也就是担保合同。而担保合同为从合同和主合同的关系。合同担保，如果是由法律直接规定，则为单方法律行为。而依照法律的直接规定所产生的担保，仍照从属于被担保合同（与担保合同类似）。而合同担保无论是何种原因发生，对于因担保的设立而使其合同债权得以实现的合同当事人（债权人）来说，均为一种民事权利。

综上所述，合同担保具有以下法律特征：

①合同担保以保障被担保合同债权的实现为目的。所谓保障合同债权实现，即保障合同债务（给付义务）的履行。合同担保是合同双方当事人以合同债权的实现（即债务的履行）为目的而采用的法律保障方法。

②合同担保是保证法律行为。无论是双方当事人约定，还是由法律直接规定，合同担保均为一种保证法律行为。

③合同担保所产生的担保合同法律关系和其他担保法律关系，从属于被担保合同。即担保法律关系以被担保合同的存在为前提，其本身不能独立存在。因此，担保法律关系随着被担保合同转移而转移，并随着被担保合同的消灭而消灭。

(2) 合同担保的分类。

①人的担保和物的担保。

根据合同担保是以债权为担保还是以物权为担保，合同担保可以分为人的担保和物的担保。人的担保，是指以合同债权为担保。其实质是以从合同债权来保证主合同债权的实现。因此，主合同债权能否实现，最终并不是取决于主合同债务人，而是取决于从合同债务人。人的担保主要包括：保证、连带债务人等。物的担保，是指以物权（通过物权合同或法律规定）为担保。其实质是在特定财产上设定物权来保证被担保合同债权的实现。由于物权在法律上的排他性和优先性，所以物的担保能够确实保障合同债权的实现。物的担保主要包括：抵押权、质权、留置权等。

②各种具体担保形式。

根据合同担保的法律形式，可以将合同担保分为以下几类：a. 保证；b. 抵押；c. 质权；d. 定金；e. 留置权。《民法通则》第89条对以上几种形式的合同担保均做了规定，《中华人民共和国担保法》做出了具体的规定。

7. 合同违约责任

合同违约责任，是当事人不履行合同时，依法应承担的责任。违约责任分为：法定违约责任、约定违约责任及法律和合同共同确定的违约责任。违约责任是一种法律责任，并且主要是财产责任，具有适当的补偿性。

（1）构成合同违约责任的条件。

①违约事实，即当事人有不履行或不完全履行合同的行為。包括不履行和不完全履行。不履行是指当事人根本没有

履行合同规定的条款。不完全履行是指当事人没有履行全部合同条款。不履行和不完全履行的事实，是追究当事人违约责任的客观条件。

②过错事实，即由于当事人的故意或过失导致违反合同的事实。过错是指违反合同的一方具有故意或过失的心理状态。故意，是指当事人明知自己的行为会引起违约后果，但主观上希望这种后果发生。过失，是指当事人应该知道自己的行为会引起违约后果，然而由于疏忽大意而未预见，或者虽有预见却轻信这种后果不会发生。

(2) 承担合同违约责任的方式。

承担合同违约责任的方式，就是指违约方依法律或合同约定应承担的责任措施。

①违约金。是指当事人因过错不履行或不完全履行合同时，依法律规定或合同约定向对方支付一定数额的货币。违约金是当事人进行担保，督促当事人履行合同的一种手段。

违约金一般分为法定违约金和约定违约金。法定违约金，是指法律直接规定的违约金，其中包括浮动比率的违约金和固定比例的违约金。约定违约金，是指当事人在合同条款中规定的违约金。约定违约金数额或比例要适当，不能过高或过低。

②赔偿金。是指当事人一方过错违约，给对方造成的损失超过违约金数额时，由违约方支付给对方一定数额的补偿货币。赔偿金只是补偿性质的货币。

(3) 合同违约责任的承担原则。

①赔偿实际损失原则。赔偿实际损失原则，就是当事人

一方给对方造成损失后，要进行赔偿。这里“实际损失”是指违约方因自己的违约行为而给对方造成财产的损坏、减少，甚至灭失。包括直接损失和间接损失。直接损失，是指违约方已经给对方造成的财产损坏、减少及灭失。直接损失是可以计算的。间接损失，是指合同履行后，应得到的预期利益。间接损失无法计算。

②过错责任原则。过错责任原则，是指在发生违约事实时，当事人必须有过错，才能承担违约责任。有过错者，承担违约责任，无过错者，免除责任；一方的过错，一方承担责任；双方的过错，双方各自承担自己的责任。

③依法免除责任原则。因某些客观原因使当事人无法履行合同，依法律规定，违约人可以免除违约责任。具体范围是：a. 发生不可抗力；b. 因法律法规或合同约定。

当事人在出现以上客观情况后，可以免除违约责任，但当事人仍负有积极补救、举证及催告责任。

3.1.2 合同纠纷的防范

如前所述，出现经济合同误区，首先受害的就是与合同有关的经济人。因此，从操作的层面上讲，最有效的防范，也得先从经济人自身的防范做起。即每个经济人在进行经济合同的订立、履行等活动时，既应在思想上加强防范意识，同时还应在行动上采取必要的防范措施，以免自己陷入合同的误区。具体来讲，防范经济合同误区，应从以下方面着手：

1. 慎重考虑己方情况

“知己知彼，百战不殆”，在通常情况下，人们在签约时，都会对对方做一定的了解。这当然是非常必要的。不过需要注意的是，“知彼”固然重要，“知己”也不可小视。实际上，很多人认为自己对自己非常了解，所以在签约前，没有对自己的情况再仔细地检视。由于缺乏相应的心理准备，在协商订立合同过程，对于对方提出的问题无法做出准确判断，只为被对方牵着鼻子走，结果最后给自己造成非常不利的局面。例如某铸造厂推销员方某，在与一家安装公司订购销合同前，未对己方的生产能力和产品质量作仔细的考察。当安装公司提出以较高的价格购买直径为 2.5cm 的钢管 3000 米时，方某以为有了一笔大买卖，随即与安装公司订立了合同，在合同中方某还答应安装公司送货上门。当方某回厂组织发货时，才得知厂里积压的产品主要是直径为 1.5cm 的钢管，而直径为 2.5cm 的钢管仅剩下 200 多米。更为糟糕的是，目前厂里原材料所剩不多，而且日产量只有 500 米的规模。而合同上规定的送货期限只剩 3 天时间了。无奈，方某一面让厂里赶快组织生产约定型号的钢管，同时出去到别的厂组织货源。尽管如此，到发货时限时，厂里仅生产了 2000 米，而方某又没有从别处组织到货。由于未能按约足量供货，方某所在铸造厂为此承担了 5000 元的违约金责任。从这个案例，我们可以看出订约前对己方情况进行认真了解是非常重要的。需要了解己方情况根据合同性质有所不同，但常见的主要事项有：己方的生产能力；己方产品的质量；己方的技术水平；己方

资金到位情况；己方的经营范围；己方的运输能力等等。

2. 熟悉与所订合同有关的法律、法规和政策

订立合同作为民事法律行为，必须合法，违反法律、法规或政策的合同，根据新《合同法》第 52 条的规定是无效合同。由于无效合同不发生法律效力，合同当事人也不能据此实现预想的经济目的。因此，在订立合同前，对与合同有关的法律法规和政策作相应的了解是非常必要的。了解法律、法规 and 政策的途径很多。既可以亲自查阅有关的法律书籍，也可以向律师事务所等专门的咨询服务机构询问。此外，还可以聘请懂法律、政策的专业人士参与合同的订立，以对合同条款内容的合法性进行必要的审查，以免其中出现违背法律、法规或政策的条款。

3. 了解相对方

在对自己的情况了然于胸，熟悉相关法律、法规和政策的基础上，还要对合同相对方的情况进行调查了解。首先要了解的是相对方是否具合法的主体资格。根据《中华人民共和国民法通则》的有关规定，无民事行为能力人所从事的民事行为无效，而限制民事行为能力则只能从事与其智力和年龄相适应的民事行为。如果在调查中发现对方当事人是无民事行为能力人，就不能与其订立合同，也不能抱着侥幸心理利用对方无民事行为能力蒙骗对方订立合同，因为无论如何这样订立的合同都是无效合同。倘若相对方是限制民事行为能力人，在订立合同时就只能就与其智力和年龄相适应的事

项订立合同，而不能超出这些事项，否则，订立的合同也是无效的。实际上，在订立经济合同的场合，合同的相对方多是单位。在相对方为单位时，要注意①如果相对方是企业法人或其他营利性组织，应查明其是否具有法人资格，其经营范围是什么，不要与其在其经营范围以外订立合同；②如果相对方当事人是机关法人、事业法人、社会团体法人及其他非营利性组织时，应当注意其订立合同是否超越其活动范围，不与之订立其依法不能订立的合同。

在委托代理的场合，如果要与委托代理人签订合同，应该查验代理人的身份以及代理权限，只在其授权委托书许可的范围内与其订立合同。

此外，如果订立的合同为担保合同，对保证人的主体资格也要特别注意审查。不仅要审查作为保证人的公民或组织是否具有代偿能力，同时更要审查人为保证人的组织是否为国家机关或学校、幼儿园、医院等以公益为目的事业单位和社会团体。因为这些组织根据《中华人民共和国担保法》的有关规定，是不能充当保证人的。如果对这些情况不加了解，贸然与不符合保证人资格的组织或冒充具有保证人资格的组织订立担保合同，那么，不仅合同无效，徒费精力和时间，而且还有可能因此上当受骗。所以对此要严加防范。

在保证相对方的主体资格合法的前提下，还要对相对方的资信情况进行了解。所谓资信情况，主要包括两个方面：一是相对方的履约能力，具体包括相对方的资金实力、产品质量、生产能力、技术水平，服务质量，生产设备等情况；二是相对方的信用，即相对方以往践约的情况如何。只有履约

能力和信用都很好的情况下才能与之签订合同。实践中，有的合同当事人在订约时往往只看到相对方有很强的履约能力，就盲目相信相对方的信用也良好。于是，贸然与相对方订约，结果相对方不守信用，使合同最终未能履行，从而给自己方造成损失。由此可见履约能力和信用是两码事。有履约能力并不等于有信用，反之亦然。

那么，如何才能了解相对方的资信情况呢？通常情况下，调查相对方的资信情况可以通过如下途径：

(1) 实地考察。对于涉及一些重大项目的合同，为保证合同安全，在可能的情况下，非常有必要对相对人的资信作实地考察。即深入到相对方生产地、经营地、服务场所等，对其生产设备、产品货样、固定资产等进行了解。在很多情况下，如果对方不具备履约能力或缺乏履约诚意，就会寻找各种借口拒绝对其进行实地考察。出现此种情况要特别注意，最好不要急于与之订约。有时，一些不具备履约能力的相对人会接受对其考察，但在考察中或者移花接木，让考察方考察其他有履约能力者的状况，或者对自己的状况百般掩饰。但不管采取哪种手法，只要考察时多加留心，相对方的不实之处一般是可以识破的。

(2) 访问相对方以前的客户。相对方以前的客户，由于曾与相对方订过合同甚至履行过合同，对相对方的资信情况一般都有了解。通过对相对方以前客户的访问调查，就会对相对方的资信情况有一定的掌握。比如，据报载，国内一家非常有名的民营企业，对外宣称拥有几十亿资产，不少单位就轻信其有履约能力、信用良好，结果轻易与其签约，最后

大都受骗上当。根据记者的采访，这家民营企业行骗已有多年。试想，如果后来被骗的企业不轻易被这家民营企业的名气所蒙蔽，在与其订约前，对其以前的客户稍作调查，就可查知这家民营企业的真面目，也不至于跟着受骗。

(3) 通过工商行政管理机关进行调查。工商行政管理机关作为对经营性组织进行专门管理的国家机关，负责对经营性组织设立的审查批准，注册资金查验，设立后经营状况的监督等。对经营性组织的资信情况一般都比较了解，向工商行政机关查询相对方的资信情况是一种简捷的途径。

(4) 向银行查询。这也是调查相对方资信情况最常见和有效的途径之一。按照国际惯例调查商户的资信情况属于一些金融机构的业务范围，这种咨询一般不收费或只收取很少的通讯费用。此外，在不便直接向银行查询时，也可以通过要求相对方提供由银行开具的资金证明文件等，间接了解相对方的资信情况，以决定是否与相对方签订合同。

(5) 通过律师事务所或其他专业的咨询调查机构进行调查。随着律师事务所业务范围的不拓展，资信调查逐渐成为其一项重要的非讼业务。另外，一些专门的咨询公司往往也承揽有关资信调查的业务。这些专门的机构通常拥有熟悉法律、精通调查技巧的专业人士。利用它们对相对方的资信情况进行调查，不仅会提高效率、节省时间，而且做起来也不露声色，避免相对方对自己产生不信任感。

(6) 通过驻外机构进行调查，在国际贸易中，以上介绍的几种方法有时不便应用。较便捷的方法是通过驻外机构进行调查，其中主要是驻外的领事馆或大的商业机构。这些机

构由于长驻国外，对当地的情况比较熟悉。了解驻在当地的相对人的资信情况更为方便。在订立国际贸易合同前，委托驻外机构对相对方的情况进行调查了解，往往会获得意想不到的良好效果。

4. 认真审查合同

这是在合同订立阶段需要认真做好的工作。对合同的审查通常分为形式审查和实质审查。

(1) 所谓形式审查，是指对合同的表现形式以及必要条款及成立程序的审查。

首先是合同的表现形式。根据新《合同法》第10条的规定，“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。”也就是说，依照合同法，经济合同的表现形式有两种，一种为口头形式，另一种为书面形式。口头形式只能用于即时清结的场合，即合同当事人双方在订立合同的同时就履行了合同，经济合同的订立、履行和终止几乎是同时完成中间没有间断的情况。书面形式则是指合同书、信件以及数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。对于法律要求必须采用书面形式才能成立的合同，如果只是口头上达成了协议，则不能认为合同已经成立。所以双方若有诚意订约就应当采用书面形式。在对书面合同进行审查时，不仅要审查其主件，还要审查其附件。所谓附件主要是指对合同主要条款内容所作的文字或图表说明，以及当事人协商同意的有关修改合同的文书、电报和图表。

在对合同的表现形式审查完毕确保形式合法的基础上,还要对合同的主要条款进行审查,看是否遗漏了必要条款。按照《合同法》第12条的规定,经济合同“一般包括以下条款:①当事人的名称或者姓名和住所;②标的;③数量;④质量;⑤价款或者报酬;⑥履行期限;⑦履行地点和方式;⑧违约责任;⑨解决争议的方法。”另外,一些特殊种类合同其条款要求可能有一定的差异。如《中华人民共和国担保法》第15条规定,“保证合同应当包括以下内容:①被保证的主债权种类、数额;②债务人履行债务的期限;③保证的方式;④保证担保的范围;⑤保证的期间;⑥双方认为需要约定的其他事项。”对于这些法律明确规定要具备的条款,在审查时如果发现有所遗漏,必须及时协商补正。

关于形式审查,通常认为还包括对程序要件的审查。所谓程序要件,是指法律规定合同订立后须履行法定程序才能成立,而这个履行法定程序的合同成立条件,就是程序要件。根据法律规定,合同的程序要件通常包括以下几种情况:

①自行成立。即双方当事人以书面形式达成协议并签字、盖章后,合同便正式成立,不须经过其他程序。

②保证成立。对于当事人约定必须有第三人作保证人保证的合同,自保证人和被保证人在合同上签名、盖章后成立。

③确认成立。这通常是指通过信件、电报、电传、电子邮件达成协议,一方当事人要求签订确认书的,签订确认书后,合同才成立。确认成立包含两层含义:一是一方要求签订确认书而另一方不签确认书的,合同不能成立;二是双方都未提出签订确认书要求的,则合同成立。确认书分两种,简

式确认书一般由确认方签字,繁式确认书应由双方共同签字。

④批准成立。合同订立前和订立后,需经由国家有关部门批准才成立的合同,必须经过批准。

对于上述四种合同成立程序,在对合同进行审查时,要根据法律和当事人的要求,确定合同的成立程序是否合法或合乎双方的约定。如果不符合,应及时予以协商补正。

(2) 对实质要件的审查。

合同的实质要件,是指影响合同成立的根本条件。经济合同的实质要件通常包括两个方面:一是双方意思一致,也即是合同法规定的“协商一致”。所谓“协商”就是双方在平等的基础上协议商量。“一致”就是双方就合同的内容有共同的意见。如果合同的内容仅代表一方意见,而不反映另一方的意见,则不能认为达成了“一致”。所以如果在审查合同时,发现双方对合同有误解,理解不一,或者一方将自己的意思强加于另一方,都应认为合同没有成立,双方应重新进行协商。二是合同的内容要合法,这里的合法不仅是指合同的主体要合法,还包括合同的标的物、履行的方法、地点、时间等也要合法。如果在审查合同时,发现合同中有条款违反法律规定,就应当及时指出来,予以修改。如果双方不能就修改达成一致意见,该合同就没有成立。

5. 密切监督合同的履行

合同的订立固然重要,但哪怕是订立得再完备合法的合同,如果得不到切实的履行,欲定的经济目的都难以实现。因此,保证合同得到充分遵守和履行也就成了整个合同行为中

最关键的一环。

保证合同履行不仅仅是对合同相对方的要求，同时也是对己方的要求。在实践中，有些合同最终没有履行，原因不是出在相对方，而是出在己方。一些经济人合同意识淡薄，在脑子里总认为合同是人制订的，人也可以随意撕毁，不予遵守。在合同履行的过程中，履约行为随意性大，而不是严格按照合同的约定办事，在出现一些对己方不利的情形或事先未预料到的情形时，不与相对方商量随意终止或变更合同的履行，而且事后也不及时通知相对方。殊不知这些做法不仅违反约定，而且也是合同法所不允许的。一旦无视合同、法律约定，一意孤行，最终必然要承担违约责任，吃亏的还是自己。故此，诚心做交易的经济人，既然与相对方订立了合同，就首先从自己做起，忠实践约。为防范步入合同误区，对于己方来讲应做到哪些呢！

（1）要再次严格审查合同是否生效。

合同的履行是以合同生效为前提。如果在合同尚未生效时，就予以履行，一旦对方对该履行不予追认，那么，就很有可能给自己造成损失。所以，为避免风险，在履行合同前很有必要对合同是否生效进行严格的审查。

那么，什么情况下合同才算生效了呢？实践中；有不少人认为合同一经订立就发生了法律效力。换言之，把合同的成立等同于合同生效。其实不然，合同成立固然是合同生效的前提，但并不是每一个成立的合同都自动具有了法律效力。具体来讲，二者的区别在于：

①构成要件不合。合同成立的要件包括实质要件、形式

要件和程序要件，而合同生效除包括上述要件外，还包括有效要件。没有有效要件的合同，尽管合同已经成立，但不能生效，对双方没有法律约束力，也不受法律保护。

②合同关系的阶段不同。合同成立属于合同订立阶段，是要约、承诺过程的终结，不存在合同义务和合同责任问题，而合同生效是在合同订立终结后，开始实现合同目的，开始履行合同义务，处于履行阶段，因而存在必须履行义务及违约责任等问题。

③确认权的归属不同。合同成立的确认权，一般属于当事人双方，它是合同当事人的自主权利，而合同生效的确认权从根本上说属于合同仲裁机构和人民法院，只有符合法律的要求，合同才能生效。

我国《合同法》第44条第1款规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”这一规定也表明合同生效有别于合同成立。因为合同成立只有符合法律规定时，才是有效成立，进而才能发生法律效力。

对于合同生效的条件，我国《合同法》第3章做了详尽的规定，与以往的法律、法规相比，新《合同法》关于合同效力规定的一个显著特点是保护交易，缩小了合同无效的范围。因此，在审查合同是否生效时，要注意这一变化。根据新《合同法》第3章的规定，在判定一份合同是否生效时，要区别以下情况来对待：

①批准生效的合同。

国家为了保证对一些事关国计民生的重要经济活动进行有效监管，在法律上规定有些合同必须办理批准、登记手续。

对于法律的这些强制性规定必须遵守。在未办理批准、登记手续前，该合同尚未发生效力，对这样的合同就不能贸然履行。

②附生效或解除条件的合同。

有些合同，当事人在订立时约定当某些条件成就时合同生效或者解除。那么，条件的成就与否对于判定合同是否生效就至关重要。附条件生效的合同，只有在约定的条件成就时，合同才生效，也才应该履行。而附条件解除的合同则刚好相反，一旦约定的条件成就，就意味着合同自动解除，就不能再继续履行合同。此外要注意：《合同法》第43条第2款规定：“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件成就；不正当地促成条件成就的视为条件不成就。”据此规定，在附条件生效或解除合同的场合，经济人首先自己不能为了某种目的不正当地阻止或促成条件成就，因为这样做是违反法律规定的，条件的成就无效。在这种情况下履行或解除合同都是不应当的，可能为此还要承担相应的法律责任。同时，对于相对人不正当地阻止或促成约定条件成就的，要及时向相对方指出其行为违法之处和法律后果，并以条件未成就来对待处理。

③附期限的合同。

附期限的合同分两种，一种是附生效期限的合同，对于该类合同，期限届满合同才生效，否则，就不要履行。另一种是附终止期限的合同，对于该类合同，与前一种刚好相好，约定的期限届满前合同有效，应当履行，约定的期限一旦届满，就意味着合同已经失效。再对该合同予以履行，就失去

了根据，很有可能给自己造成损失。

④合同形式不符合法律规定的合同。

有些合同法律规定必须采用书面形式，如果当事人未采用书面形式，只是口头上达成了一致意见。一般不要轻易履行，因为此时，依法合同尚未生效。

⑤限制民事行为能力人订立的合同。

限制民事行为能力人一般只能订立与其年龄、智力、精神健康状况相适应的合同，超出了这个范围，一般来讲，就是无效合同，对于这种无效合同，也不要轻易履行。不过要注意，也有例外情况：一是即使限制民事行为能力人超出与其年龄、智力和精神健康状况相适应的范围订立的合同，但如果该合同是限制民事行为能力人纯获利的合同，该合同依然是有效合同，应当履行；二是虽然限制民事行为能力人订立的合同超出了与其年龄、智力、精神健康状况相适应的范围，但是该合同得到了其法定代理人的追认，那么，该合同得到了其法定代理人的追认，那么，该合同也是有效合同，也必须遵守履行。

⑥无权代理订立的合同。

无权代理订立的合同，是指行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同。由于行为人的主体资格不合法，所以一般情况下该合同对被代理人不发生效力。所以，在履行合同前，如果发现相对人无代理权而以被代理人的名义订立合同，则应慎重，最好的办法是先向相对人指出其行为的违法性，然后协商变更合同的主体为相对人自己，如果相对人不同意变更，则不要履行该合同。

但是要注意，倘若行为人在无权代理的情况下订立合同，而该合同得到了被代理人的及时追认，那么，该合同对被代理人具有效力。可以向被代理人履行合同。

⑦越权合同。

这里的越权合同，是指法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同。对于这类合同，如果己方如果明知或根据当时的情况应当知道相对人是越权订立合同，那么，依据《合同法》第50条的规定，该合同对于被代表的法人或其他组织是无效合同，所以，不要贸然向法人或其他组织履行。正确的做法是，向相对人指出其行为越权的违法性、并与其协商修改合同，如果对方不同意修改，则不予履行已订立的合同。

⑧无处分权人擅自处分他人财产的合同。

根据《合同法》第51条规定，无处分权的人为处分他人财产而订立的合同，如果得不到权利人追认或合同订立后处分人仍未取得处分权，那么，该合同也是无效合同，不必履行。

⑨无效合同。

《合同法》第52条明确规定：“有下列情形之一的，合同无效：a. 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益的；b. 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；c. 以合法形式掩盖非法目的的；d. 损害社会公共利益；e. 违反法律、行政法规的强制性规定的。”对于该类合同，己方除了要避免订立外，如果发现相对方有符合该条规定的情形，就要告知对方该合同无效，不要履行。

除了上述几种情形下须认真判定合同是否生效外，还有两种情况也须注意：一是合同一方以欺诈、胁迫的手段或乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同的效力问题。该类合同，在旧合同法中被明确规定为无效，但新合同法为了保护交易，没有将该类合同规定为无效，但赋予受害方向法院或仲裁机构对合同予以变更或撤销的请求权。因此，己方在订合同时，千万不要强人所难，欺诈，胁迫或乘人之危订立合同，因为这样的合同一经对方向有关机构申请被变更或撤销，受损的往往是不诚信者本人。但如果是相对方对乙方使用欺诈、胁迫手段或乘己方之危而使乙方违心立约，那么，可以向法院或仲裁机构申请撤销或变更该合同。不过要注意，如果乙方既不申请撤销或变更，又不履约就不合法了。换言之，如果不打算申请变更或撤销合同，就应该认真去履行该合同。二是合同部分条款无效。对于合同部分条款违反法律，被法律规定为无效条款的，如新《合同法》第53条的规定即是，倘若该条款的无效不影响整个合同的履行的，不应当不履行合同。

（2）认真履行合同。

在履行合同时，一般应遵循以下原则：

①实际履行原则。

实际履行，是指当事人对合同只能按照其中规定的标的履行。实际履行是指对合同的标的而言的履行而言的，也就是要求负有义务的当事人必须严格执行合同的标的条款，合同要求交付何种财物便交付何种财物，合同要求实施某种行为便实施某种行为。

②全面履行原则。

全面履行原则，又称为完全履行原则，是指当事人除按照合同规定的标的，还要按照合同规定的数量、质量、履行期限、履行地点，履行方式等全面完成承担的义务。可见，全面履行是对合同的任何条款而言的

③协作履行原则。

协作履行原则，则是指合同当事人双方在履行合同过程中，密切合作、互相督促和帮助，完成合同规定的义务。

以上主要是针对己方为避免步入合同误区对履行合同如何操作的问题。在实践中经常遇到的另一个问题是：如何保证相对方切实履行合同。对于相对方不象对己方的行为那样随时检视、容易把握，但这并不意味着己方就无所作为，天听由命。实际上，针对合同履行的不同阶段、不同特点，保持高度的警惕，会在很大程度对相对方履行合同起到督促作用，即使履行过程中，出现了问题也可以及时得到处理，防范自己的权益受到损害。具体来讲，监督相对方履行合同主要应从以下方面着手：

第一，与相对方保持密切的联系。

与相对方订立合同，办理完合同生效的手续，仅仅是合同关系的开始，远不意味着万事大吉，坐等其成。实践中，有的合同当事人订立完合同后，或由于轻信相对方会自动履约，或由于还有其他事务要处理，于是对相对方的履约情况不管不问。殊不知，这种疏忽是非常危险。因为有不少合同纠纷或欺诈案件之所以发生，就是由于合同订立后，一方当事人疏于对履行的监督，结果使另一方误以为对方对履约不予重

视，所以在践约上也就不那么严肃，甚至恶意毁约。例如，某新成立的铝材厂与一冶炼厂订立了一份铝锭买卖合同，合同订立后，铝材厂由于忙于其他事务，对冶炼厂是否准备履约不管不问。其间，冶炼厂由于又与另外一家铝材交易中心订约，且该交易中心不时催要供货。结果，冶炼厂就把生产出来的铝锭先卖给了交易中心。等铝材厂与冶炼厂订的合同履行期限届满时，冶炼厂才发现此时存货不多，无法足额向铝材厂履约。而铝材厂由于冶炼厂没有足够的铝锭供应，原计划的开业日子只好推迟。此时，市场上铝材价格正在上涨。虽然，最后冶炼厂为不能按时履约承担了违约责任。但铝材厂不能按时开业造成的经济损失要远远大于冶炼厂对其赔偿的违约金。本案再次提醒合同当事人，在合同订立生效后要经常与相对方保持联系，必要和可能的情况下，还可以派人到相对方处协助并督促相对方履约。

第二，在接受履约时要认真检验合同标的。

合同的标的是合同权利、义务指向的对象，合同标的是否合约直接影响着合同是否实际履行，所以对合同标的及时查验非常重要。查验合同标的时，既要查验其质量，也要查验其数量，看是否符合合同约定。在合同标的数量不多，能全部查验的尽量要全部查验。即使标的物数量较多，不便全部查验，只能抽查时，也要多选一些有代表性的标的物进行查验。所谓有代表性的标的物是指能代表一批货装载、运输状况的标的物。比如一批货，可能分装几个集装箱，每个集装箱都要抽出标的物查验，因为一个集装箱内的标的物质量，代表不了另一集装箱中标的物的质量。查验时，不能嫌麻烦，

既要看装在表面的货，也要看装在不易查看的角落的货。有些标的物的质量靠目测不能有足够把握，需要借助仪器时，一定要利用相关的仪器进行检测。查验检测时，要做详细的记录。如果相对方在场，检测后的记录上也应让相对方签字。即使相对方不在场，可能的话，也可以邀请其他没有利害关系的在场人在查验记录上签字。

在查验中，如果发现相对方履行的标的不符合合同要求，在将此情况记录的同时，应当立即将标的不符合要求的情况向相对方通报，并敦促相对方采取相应的补救措施，如果查验时，发现相对方交付的标的物发生损害，而且这种损害还有可能进一步扩大，己方应该积极采取措施阻止损害的扩大。否则，将来己方要为进一步扩大的损失承担责任。

第三，针对合同履行中出现的变故积极寻求对策。

在合同的履行中，有时会出现合同订立时没有预料到的情况，而这些情况又直接影响到合同的履行。这些情况主要有：

①国家的法律、政策发生变化。合同的订立和履行法律、政策性极强，一些法律、政策的变化可能会导致合同的性质发生变化。比如合同中约定的标的物。原来依法为允许流通物，但法律、政策变化后将其规定为限制流通物或禁止流通物。那么，在此情况下继续履行合同就是违反法律的。遇此变故，合同当事人双方应立即互相通报，并协商变更或解除合同，并就由此造成损失本着公平合理的原则进行分担。

②一方当事人有违约倾向。在合同的履行中，如果发现相对人有违约倾向，如转移、隐匿财产、抽逃资金或经营状

况严重恶化、严重丧失商业信誉等丧失或可能丧失履行债务能力等情形。应及时向相对人指出其行为的违法性及后果，同时己方中止履行合同，以进一步观察相对方的态度。此时，为确保合同的履行，可以与相对方协商，让相对方提供担保。如果在合理期限内相对方既没改变状况，也不提供担保的，己方可以解除合同。

③出现可行使法定撤销权的情形。在合同的履行中，如果发现相对方为逃避履行合同债务，而对其其他到期债权故意放弃或者无偿转让，并给另一方当事人（己方）造成损害的，依照新《合同法》第74条规定，受害方可以请求人民法院撤销相对方的上述行为，并由相对人承担由此造成的损失。此外，如果相对方为逃避债务，以明显不合理的低价转让财产，对己方造成损害，并且受让人知道该情形的，己方也可以请求人民法撤销相对方的转让行为并让其承担由此造成的损失。

己方在行使上述撤销权时，一定要及时，按照法律规定，应当在自知道撤销事由之日起一年内或者相对方的行为发生之日起五年内行使。否则，该撤销权就依法消灭。

④出现可行使代位权的情形。如果己方在履行合同中，发现相对方有到期债权却怠于行使，并对己方造成损害，己方就可以依法请求人民法院以自己的名义代位行使相对方的债权。但该债权专属于相对方的自身的除外。

己方在行使代位权时，应以己方的债权为限，己方行使代位权的必要费有，由相对方负担。

⑤发生了情势变迁。在合同履行中，由于客观情势发生

了巨大变化，致使履行合同将对己方没有意义或者造成重大损害，而这种变化是当事人在订立合同时不能预见并且不能克服的，那么己方就可以要求相对方就合同的内容重新协商；协商不成的，可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。不过，己方在行使该项请求权时要注意，这里的客观情势变化，不包括商业风险在内。换言之，如果是商业活动中出现的正常变化，如价格升降等，则不能行使该项请求权。

3.2 反不正当竞争

3.2.1 《反不正当竞争法》

《反不正当竞争法》是市场经济下的最基本规范准则。它是以市场经济下的竞争关系为调整对象，以保护正当竞争行为为宗旨，以防止和制裁不正当竞争行为为核心内容的法律规范总和。反不正当竞争法对市场经济体制的形成、对社会经济良好秩序的维持具有巨大作用。它能促进公平自由竞争，调动生产经营者的积极性，确保消费者的利益，从而推动社会经济持续、稳定与健全发展。

竞争既是商品经济的产物，又是市场经济最重要的运行机制。在任何竞争过程中，都会不可避免地出现两种竞争行为，即正当竞争行为与不正当竞争行为。正当竞争行为有助于提高经济效率，加快经济增长。因而，对此要保护。不正当竞争行为则可能诱发消极因素，冲击、破坏公平而自由的竞争秩序与环境。因而，对此要防止和制裁。为此，大凡实

行市场经济的国家，无论其社会政治制度如何，都将反不正当竞争法作为规范市场经济关系与竞争行为的主要法律手段。无数事实也已证明：反不正当竞争法对保障市场经济健康有序发展确实“功不可没”。

全国人大常委会法制工作委员会、国务院法制局非常重视反不正当竞争法的制订工作，在反复研究，广泛征求不同部门专家、学者意见的基础上，形成了《反不正当竞争法》草案，并于1993年9月2日通过颁布，同年12月1日起施行。这样，一部反映中国社会主义市场经济客观要求的重要经济法律——《反不正当竞争法》就出台了。

3.2.2 《反不正当竞争法》实务防范

1. 什么是不正当竞争行为

经营者采取不正当的手段，排挤、控制、贬低其他经营者，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为统称为不正当竞争行为。不正当竞争行为具有如下法律特征：①它主要是指经营者的竞争行为。不正当竞争往往是在商业行为中产生的，因而其主体必然是经营者。但是当政府或其所属部门实施了限制竞争行为、妨碍竞争行为的，也可构成不正当竞争行为的实施主体；②不正当竞争行为是一种违法行为。不正当竞争行为违反了不正当竞争法和有关法律、法规。比如，设计、制作、发布虚假广告的行为，不仅违反了反不正当竞争法，而且违反了《广告法》。不正当竞争行为在本质上违反了竞争原则，损害了国家、社会和其他经营者的

合法权益，因而具有违法性；③它是损害其他经营者合法权益的行为。损人利己是实施不正当竞争行为所要达到的最终目的，因此必然会损害其他经营者的合法权益；④不正当竞争行为是一种扰乱社会经济秩序的行为。

2. 不正当竞争中的混同行为

混同行为是不正当竞争中的一种常见行为。该行为是指经营者采取不正当的手段混淆自己的产品同其他经营者的产品的界限，使用户和消费者造成错觉的行为。这里所讲的不正当手段，包括假冒、非授权使用、伪造等。下列行为属于混同行为：①假冒他人注册商标，如为了使自己所生产的家用电器能打开销路，假冒知名电器品牌的行为；②擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品的；③擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；④在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假宣传。

3. 不正当竞争中的诋毁行为

诋毁行为是指经营者通过捏造、散布虚假事实，损害竞争对手的商业信誉、商品信誉，使其占有市场的份额和销售商品产生困难，以扩大自己的市场，销售自己的商品。

4. 不正当竞争中的串通招标投标行为

串通招标投标行为是指在招标投标中，投标者和招标者相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争和投标者串通投标，抬高标价或者压低标价的行为。招标投标是在贸易活动中经常采用的一种竞争形式。实行招标投标，必须坚持平等、公平和诚实信用，不得恶意串通，利用招标投标以损害他人的合法权益。

5. 限制竞争行为

限制竞争行为是指公用企业或其他依法具有独占地位的经营者，限定他人购买或其指定的经营者的商品，以排斥其他经营者的公平竞争。我国法律禁止的公用企业限制竞争行为有以下几类：①限定用户、消费者只能购买和使用其所附带提供的相关商品，而不得购买和使用其他经营者提供的符合技术要求的同类商品；②限定用户、消费者只能购买和使用其指定的经营者生产或经销的商品，而不得购买和使用其他经营者提供的符合技术标准要求的同类商品；③强制用户、消费者购买其指定的经营者提供不必要的商品；④以检验商品质量、性能为借口，阻碍用户、消费者购买、使用其他经营者提供的符合技术标准的其他商品；⑤对不接受其不合理条件的用户、消费者，拒绝、中断或者削减供应相关商品，或者滥收费用。

6. 商业中的回扣

商业中的回扣是指在出售或购买商品时，购买方或出卖方所给予的一定补偿。任何人在商业行为中对于接受的回扣都应依法入账，绝不能暗饱私囊，否则，按受贿论处，而给付回扣的一方也应如实入账，否则，按行贿论处。经营者销售或购买商品，可以以明示方式给对方折扣，可以给中间人佣金。但给付、接受的双方都必须如实入账。

7. 什么样的有奖销售才是违法

国家对于有奖销售并不是一味禁止的，有的有奖销售国家采取保护的政策，但对违法有奖销售则坚决制止。

违法有奖销售行为是指经营者销售商品或提供服务，附带地向购买者提供物品、金钱或其他经济上的利益，并违反法律的行为。1993年12月24日，国家工商行政管理局颁布了《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》。该规定划定了有奖销售中不正当竞争行为同正当竞争行为的界限。有奖销售中不正当竞争行为有以下几类：①欺骗性有奖销售活动。包括 a. 谎称有奖销售或者对所设奖的种类、中奖概率、最高金额、总金额、奖品种类、数量、质量、提供方法等作虚假不实的表示；b. 采取不正当的手段故意让内定人员中奖；c. 故意将设有中奖标志的商品、奖券不投放市场或者不与商品奖券同时投放市场；故意将带有不同奖金或者奖品标志的商品、奖券按不同时间投入市场；d. 其他欺骗性有奖销售行为。指由省级以上工商行政管理机关认定，由国

家工商行政管理局备案的具有欺骗性的有奖销售行为。②最高金额超过 5000 元人民币的抽奖式有奖销售。所谓抽奖式有奖销售，是指以抽签、摇号等带有偶然性的方法决定购买者是否中奖的销售行为。它是普通的奖售行为，在国外称之为悬卖式或抽彩式的有奖销售。考虑到我国的国情，国家允许奖金额度较小的抽奖式销售。但是超过 5000 元人民币或等价的非现金物品和其他经济利益的抽奖销售，视为非法。③利用有奖销售的手段推销质次价高的商品。“质次价高”由工商行政管理机关根据同期市场同类商品的价格、质量和购买者的投诉进行认定，必要时，会同有关部门认定。

8. 滥用行政权力的不正当竞争行为

滥用行政权力是指政府及其所属部门滥用行政权力限制竞争的行为，主要有两大类：一是政府及其所属部门滥用行政权力，限定他人购买指定的经营者的商品，限制其他经营者的正当的经营活动；二是政府及其所属部门滥用行政权力，限制外地商品进入本地市场，或者本地商品流入外地市场。

9. 侵犯商业秘密的不正当行为

商业秘密是指不为公众所悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。成为商业秘密的技术信息和经营信息须具备以下条件：①经权利人采取保密措施；②能为权利人带来经济利益或潜在的竞争优势，具有实用性；③不为公众所知悉。

我国《反不正当竞争法》规定了四种侵犯他人商业秘密

的形式：①以盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段获取权利人商业秘密的行为；②披露、使用或者允许他人使用以盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段而获取商业秘密；③违反约定或违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露，使用或允许他人使用其所掌握的商业秘密；④第三人在明知或应知前三种侵权行为的情况下，仍然从侵犯商业秘密的行为人那里获取、使用或者披露他人商业秘密的。

10. 虚假宣传和诋毁他人商誉的不正当竞争行为

《反不正当竞争法》第9条规定经营者不得利用广告或其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。同时经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品信誉。上述两种不正当竞争行为具有重合性。

11. 注意倾销行为的不正当竞争行为

倾销是指以排挤竞争对手为目的，低于成本的价格销售商品。倾销有两个特点：一是行为者以排挤竞争对手为目的；二是以低于成本的价格销售商品。后者是判断销售行为是否属于倾销行为的根本标准。倾销行为违背了公平贸易的原则，冲击了正常的市场秩序，影响了市场正常的生产、交换的发展，因而，各国都把它视为不正当竞争而加以制止。但下列情形不属于不正当竞争：①销售鲜活商品，如销售新鲜蔬菜、鸡、鱼、肉等，它们受自然条件严格限制，为确保销售方的

合法权益，法律将它们视倾销之外；②处理有效期将到的商品或者其他积压的商品；③季节性降价；④因清偿债务、转产歇业降价销售商品。

3.3 产品质量与消费者权益保护

3.3.1 《产品质量法》

产品质量问题日益成为当前社会经济生活中的“热点”。某一国家产品质量的优劣在一定程度上反映其经济发展水平与综合素质。《产品质量法》就是调整有关产品质量关系的法律规范总和。这里的产品质量关系既包括产品生产、经营者与国家管理机关（非平等主体）之间的质量监督管理关系，又包括在生产、交换过程中，产品生产者、销售者和消费者（平等主体）之间的涉及产品质量的债权债务关系。《产品质量法》是一种重要的经济法律。世界上许多国家，不论其经济体制如何，也不论其政府对经济的干预程度如何，一般都有成文的《产品质量法》。

1993年2月22日，人大常委会第三十次会议审议通过了《中华人民共和国产品质量法》（以下简称《产品质量法》），并于1993年9月1日起正式实施。该法调整在中华人民共和国境内，从事产品的生产、销售以及对产品质量进行监督管理过程中所发生的权利、义务和责任关系。它是企业、消费者以及国家管理机关在产品质量方面的基本行为准则。

3.3.2 《消费者权益保护法》

《消费者权益保护法》是我国重要的市场法规之一。它是有关保护消费者权益的法律规范总称。也可以说，它是国家所有保护消费者权益措施在法律条文方面的集中表现。消费者权益保护法对于切实保护消费者合法权益，加强对商品和服务的社会监督，促进社会主义市场经济的稳步发展，维护社会安定团结，都具有十分重要的意义。

我国《消费者权益保护法》在起草制定过程中所遵循的指导思想与基础原则为：从我国的实际情况出发，以现行宪法和有关法律为依据，以建立和发展社会主义市场经济、改善全社会生活消费与确保消费者权益为宗旨，参考国内地方立法的成果，借鉴国外立法的先进经验，力求与国际惯例相接轨。

3.3.3 《产品质量法》实务防范

1. 什么是产品质量义务

产品质量义务是产品质量法律关系的内容之一。具体来讲是指产品的生产者、经营者必须为保证产品质量做出一定行为或不得做出一定的行为。产品质量义务分为积极的义务和消极义务。我国《产品质量法》规定，销售者应当执行进货检查制度，验明产品合格证明和其他标识。这是一种积极的义务。另外该法还规定，生产者不得生产国家明令淘汰的产品。这便是一种消极的义务。产品质量法律关系的主体不

履行产品质量义务,将产生不履行产品质量义务的法律后果。这种法律后果就表现为承担产品质量责任。

2. 生产者应承担哪些产品质量义务

生产者应承担的产品质量义务有: ①对产品内在质量承担担保义务, 这种担保包括明示担保和默示担保。明示担保是指生产者以文字或行为表示对产品质量承担保证义务, 违反义务就承担责任的法律行为。它通常载有产品功能、保质期、质量等内容说明书来表示。生产者以实物样品或者广告、宣传等公众可以了解产品质量的方式表明产品质量状况时, 也是一种明示担保。明示担保是生产者履行合同义务的一种表示, 当产品质量不符合明示担保义务时, 产品的购买者可以根据合同的约定, 追究生产者的违约责任。默示担保义务是依法产生的, 它并不取决于双方当事人的意思表示, 如《产品质量法》所规定的产品应当具备产品应当具备的使用性能; 生产产品应当符合安全、卫生标准的要求, 不存在危及人身、财产安全的不合理危险等。②标注产品标识的义务。《产品质量法》规定, 生产者应当在产品上标注以下标识: 产品质量检验合格证明, 产品的名称、规格、型号、生产厂厂名、厂址、标准编号, 产品的成份名称、含量、生产日期、安全使用期、生效日期、警示标志、中文警示说明等等。③对产品包装承担义务。产品包装是指为在产品运输、储存、销售等流通过程中保护产品, 方便储运, 促进销售, 按照一定技术方法而采用的容器、材料及辅助物品的总称。生产者对产品的包装义务由两方面组成: 一是合同约定的对产品的包

装义务；二是由法律规定的生产者对包装所承担的义务。《产品质量法》还规定，剧毒、危险、易碎等特殊要求的产品，其包装必须符合相应的要求，有警示标志或者中文警示说明储运注意事项。④生产者不得生产国家明令淘汰的产品；不得伪造产地、伪造或者冒用他人的厂名和厂址，不得伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志；不得掺劣使假、以假充真、以次充好；不得以不合格产品充合格产品。

3. 销售者应承担哪些质量责任

销售者包括批发商、零售商及批零兼营商。根据《产品质量法》的规定，销售者应承担以下义务：

①进货检查验收。进货检查验收义务包括两个方面：a. 销售者依合同约定对产品进行检查验收，对于不符合合同约定质量标准的，要在法律规定的期限内向另一方当事人提出异议；b. 销售者按法律规定的要求对产品质量进行检查验收。②加强对产品的保管，保持产品的质量。③不得销售失效、变质产品。④不得违反《产品质量法》的禁止性规定。

4. 什么是产品责任

产品责任又称产品瑕疵责任，是指产品的生产者或销售者因产品的瑕疵给消费者及其他受害人造成人身伤害或缺陷产品以外的其他财产损害应承担的民事责任。在我国，产品责任属于一种特殊的侵权责任。产品责任是由缺陷产品致人损害而承担的赔偿责任，其前提是产品存在缺陷，它加害于消费者的方式是通过缺陷产品的使用或消费间接作用于消费

者的人身或财产，而不是加害人的直接加害行为所致。构成产品责任必须符合以下三个条件：①产品质量不合格，即产品存在质量瑕疵或者不合理的危险。瑕疵是指产品不符合质量标准，或者不符合合同对质量的约定，存在质量问题。瑕疵主要包括：a. 设计上的瑕疵，即因设计的错误而使商品具有缺陷；b. 制造上的瑕疵，即因生产零部件及组装过程中使产品不符合质量要求；c. 指示上的缺陷，即生产者对产品的特点及使用方法未做适当说明或警告，致使消费者在使用产品时遭到损害。②产品的质量瑕疵在销售时已存在。消费者对产品的质量问题的责任，而生产者或销售者没有在销售前消除产品瑕疵或不合理危险，从而违反了质量担保的义务。③由于产品瑕疵而给消费者或其他受害人造成了损害，而且产品瑕疵是造成损害的直接原因。经营者承担产品责任，要有损害事实的客观存在，损害的范围包括产品以外的其他财产损害和人身损害。如果产品质量瑕疵仅产生产品本身价值的降低或减少而未引起其他财产和人身损害，则属于产品质量责任而不属于产品责任。

5. 承担产品责任的主体有哪些

承担产品责任的主体有：①生产者。从广义上讲，生产者包括成品的制造者、原材料的生产者、零部件的制造者。②销售者。从广义上讲，销售者包括进口商、批发商、零售商以及批零兼营商。③运输者、仓储者。一般说来，运输者、仓储者不可能成为产品责任的承租主体，这是因为运输、仓储并不与产品的最终使用者发生法律上的关系。但是在实践中，

因运输和保管不慎而引起产品缺陷是可能发生的，因此，运输者和保管人成为产品责任主体是有根据的。《民法通则》第122条规定，运输者、仓储者对产品缺陷的产生负有责任的，产品制造者、销售者有权要求赔偿。

6. 产品责任的免责事由有哪些

《产品质量法》规定了产品责任的免责事由，即①未将产品投入流通。是指虽然生产出产品但未出厂、销售的。②产品流通时，引起损害的缺陷尚不存在的。也就是说产品缺陷是由销售者，或者运输者、仓储者造成的。③产品投入流通时科学技术水平尚不能发现缺陷存在的。判断生产者是否知道或者应当知道产品投入流通时是否存在产品缺陷，并不是依据生产者所掌握的科学技术为依据，而是以当时社会所具有的科学技术为依据。

7. 产品责任的诉讼时效多长

《产品质量法》规定，因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为2年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算；因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初用户、消费者满10年丧失；但是尚未超过明示的安全使用期的除外。

3.3.4 消费者权益保护纠纷实务防范

1. 经营者造成消费者财产损害时，应如何承担民事责任

我国《消费者权益保护法》第44条规定，经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当按照消费者的要求，以修理、重做、更换、退货、补足商品数量、退还货款或服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任。对这一规定和《消费者权益保护法》中其他有关赔偿损失的规定，在实践中应从几个方面理解：①经营者造成消费者财产损害，凡已无法以其他方式承担民事责任的，均可以折价以赔偿损失的方式承担民事责任。②经营者造成消费者财产损害，应予赔偿损失的，实行全部赔偿原则，即造成消费者财产损失是多少，就要赔偿多少。有关实物价值的折算，可按有关规定进行折算。③经营者造成消费者财产损害，实行全部赔偿原则，赔偿范围不仅包括直接损失，也包括间接损失。所谓直接损失，是指现有财产的直接减少。所谓间接损失，是指因侵权行为而使受害人丧失的可得利益。如《消费者权益保护法》第47条规定，经营者未按照约定提供商品或服务的，并应支付预付款的利息，即属于赔偿间接损失性质。④我国有关赔偿损失的法律规定，一般属于纯粹赔偿性的，但也有属于补偿兼惩罚性的，如《消费者权益保护法》第49条规定，经营者提供商品或服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商

品的价款或者接受服务的费用的一倍。这一赔偿规定属于补偿性兼惩罚性。

2. 经营者义务的基本内容是什么

消费者所享有的权利，就是经营者的义务。我国《消费者权益保护法》以专章的形式对经营者的义务做了全面、系统的规定。此外，我国的《产品质量法》、《反不正当竞争法》、《商标法》、《广告法》、《食品卫生法》、《药品管理法》等法律也就经营者对消费者承担的义务从不同的角度做了相应规定。这里就简单对经营者的义务介绍一下：①听取消费者意见，接受消费者监督的义务。②警示说明的义务。③提供真实信息的义务。④标明真实名称和标记的义务。⑤出具购货凭证或者服务单据的义务。⑥保证商品或者服务质量的义务。⑦“三包”义务。⑧不得以格式合同等方式损害消费者利益的义务。⑨不得侵犯消费者人格尊严和人身自由的义务。

3. 经营者的义务类型

经营者的义务可分为法定义务和约定义务两种：①法定义务。法定义务是指由法律、法规直接规定的经营者应当承担的义务。从我国现有的立法看，除《消费者权益保护法》对经营者的义务做了较系统的规定外，其他涉及到消费者权益保护的法律、法规还有许多，故对经营者而言，其法定义务除《消费者权益保护法》规定的外，还散见于其他有关法律、法规之中。经营者的法定义务是消费者与经营者进行交易时，无需另行约定的义务，经营者必须依法予以履行，经营者对

法定义务的不履行将导致相应法律后果的产生。②约定义务。根据民事活动的意思自治原则，经营者与消费者在进行某项具体交易时，可以就双方的义务进行约定，此种义务即为约定义务。在市场经济条件下，随着竞争的加剧，买方市场的逐渐形成，经营者为提高自己的竞争力，往往在法定义务的基础上，再增加自己的义务内容。因此，约定义务在很大程度上是经营者义务的扩大化。不过，需明确的是，经营者与消费者的约定义务不得违背法律、法规的规定，否则就会因违法而无效。同时，就约定义务与法定义务的关系而言，法定义务是对经营者最起码的要求，是经营者应履行的义务的最低标准，它具有不可抛弃性与不可更改性。因此，经营者与消费者的约定义务，不得减轻或免除经营者的法定义务。经营者对消费者的约定义务一旦依法确立，对经营者就具有法律约束力，经营者必须依法予以履行。经营者违反约定义务时，同样应承担相应的法律责任，消费者也有权请求有关部门处理，追究经营者的违约责任。

4. 经营者的“三包”义务

“三包”义务又叫严格履行与消费者合法约定的义务。《消费者权益保护法》第23条规定，经营者提供商品或者服务，按照国家规定或者与消费者的约定，承担包修、包换、包退或者其他责任的，应当按照国家规定或者约定履行，不是故意拖延或者无理拒绝。

为了使经营者很好地履行与消费者约定的义务，本法还专门规定，经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规

定或者商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。这里所称的购货凭证，是商品的销售者在买卖合同履行后同商品购买者出具的证明合同履行的书面凭据。服务单据是服务的提供者在服务合同履行后向服务对象出具的证明合同履行的书面凭据。这两种东西实质是相同的，其表现形式是多种多样的，发票、购货证、服务卡、价格单、保修证等。购货凭证或服务单据的内容一般包括商品的销售或服务的名称、数量、规格、质量等级、价格、售货或提供服务的时间等等。

到目前为止，我国还没有就购货凭证或服务单据问题制定统一的专门规定，但类似国家对部分商品实行“三包”等具体规定，就与经营者向消费者出具购货凭证有着直接关系，将来国家会逐步完善这方面的规定。凡是国家做出规定的，经营者都应严格遵照执行。

第 4 章 工业产权纠纷的 防范与处理

4.1 商标权

4.1.1 《商标法》

《商标法》是市场经济重要法律之一。国外发达国家均十分重视商标立法，大都有成文的商标法律法规。所谓《商标法》，是指规定商标的注册、使用、管理，确认商标所有权，保护商标专用权，调整商标使用过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。商标，即商品的特定标记，是指商品生产者或经营者为使自己生产或经销的商品与其他商品生产者或经营者的同一种商品或同类商品相区别而在商品表面上或商品包装上使用的标记。商标通常是用文字、图形或者是文字和图形的组合构成的。商标是商品经济的产物，它随着商品经济的产生而产生、发展而发展。商标能够区别不同的生产者或经营者所生产或经营的同一种类商品，表示商品的来源，便于消费者认牌购货；能够促使商品生产者或经营者明确责任，保证商品质量和维护商标信誉；能够增强商品广告宣传，提高竞争能力，拓宽市场渠道。对企业而言，商标是企业的

工业产权无形资产，是“软黄金”。企业争创名牌商标，就是进行增值储蓄，就是创造民族工业精华。人们所说“千金易得，名牌难求”，也就说明了商标对企业的重要作用。

4.1.2 《商标法》实务防范

1. 商标注册原则

世界各国对商标权的取得大体上采用三种方式：注册原则、使用原则和混合原则。我国采用的是注册原则，该原则又分成自愿注册原则和强制注册原则。对于自愿注册和强制注册原则的使用，不同的国家有不同的规定，同一个国家在不同的历史时期也可能采用不同的注册原则。我国的情况正是如此。

所谓自愿注册原则，又称任意注册主义，是指商标使用人可以根据自己的需要和意愿，自行决定是否申请商标注册，愿意注册就申请注册，不愿意注册的可以不申请注册。未经注册的商标，在不侵害他人注册商标的前提下，可以使用，但不受法律保护，也不能取得商标专用权，不得违反有关法律的规定。

所谓强制注册，是指商标使用人对其生产的商品必须使用注册商标。不使用注册商标，则不得销售。这类商品是人用药品和烟草制品，以及极少数商品如食品、化妆品等。根据《商标法实施细则》的规定，对必须注册的商标，未注册就从事生产经营销售活动的，工商行政管理部门有权禁止其商品销售和广告宣传，封存或收缴其商标标识，并可根据其

情节处以非法经营额 10% 以下罚款。

2. 注册商标的变更申请和另行申请

商标注册人的名义、地址或者其他注册事项都是商标注册中重要的内容，不允许自行变动，否则，商标注册便无任何意义，也不利于保护商标专用权。商标注册人名义、地址或者其他注册事项的变更，不涉及到注册商标的文字、图形、商品使用的范围及商品专用权的实质性改变，仅仅是商标所有人因各种客观原因，如企业兼并或合并调整、企业转产、企业破产、企业拍卖、恢复老企业名称、迁移厂址、商标权人死亡或丧失生产经营能力等使商标注册人的名义、地址或其他注册事项发生了变更，在这种情况下，如需继续使用注册商标，应及时提出变更申请，办理变更手续，确保正确地使用商标，使商标使用活动受到法律保护。

商标申请注册后，如果要扩大其商品使用范围或变更其文字、图形等，应当另行或重新提出注册申请。

《商标法》第 13 条规定：“注册商标需要在同一类的其他商品上使用的，应当另行提出注册申请。”这是因为，商标注册后取得的商标专用权，仅以商标局核定使用的商品为限。即商标权人不能擅自扩大使用商品的范围，否则，就构成对权利的滥用。如果由于企业自身的竞争和经营需要而要扩大注册商标的商品使用范围，则须重新填报《商标注册申请书》，即应当另行注册。这就从根本上确保商标专用权严格以核准注册的商标和核定使用的商品为限。

《商标法》第 14 条规定：“注册商标需要改变文字、图形

的，应当重新提出注册申请。”这是因为，注册商标专用权是以商标局核准的文字、图形或其组合为依据的。商标注册人如果随意改变文字、图形或其组合，就会构成对权利的滥用，或脱离原注册商标专用权的核准范围，易与其他注册商标出现相同或类似现象，甚至侵犯他人的注册商标专用权。

3. 商标异议

(1) 商标异议的主体。

一般来说，商标异议人主要是注册商标权人，商标注册申请在先、初步审定在先的申请人，注册商标许可使用的被许可人等利害关系人，但也可以是任何人，包括所有机关、团体、企业、个人在内，还可以是外国的自然人或法人。

对商标异议申请不收费，以促使全社会都关心、监督商标局的有关商标注册工作。

(2) 商标异议裁定。

商标异议人应向商标局提出书面的商标异议申请书。如果异议人是利害关系人，应依《商标法实施细则》规定的书式填写《异议申请书》；如果异议人不是利害关系人，《异议申请书》可以采用书信形式。

《商标异议申请书》一式两份。申请书中必须写明被异议的初步审定商标的名称、商品类别、申请人、审定编号和所在《商标公告》的期数、页数。商标局将《商标异议申请书》转交被异议人，并令其限期答辩。被异议人未答辩或拒绝答辩，异议裁定照常进行。

商标局对当事人双方陈述的事实和理由，进行调查研究，

依《商标法》有关规定做出异议裁定。结果有二：①异议理由成立，符合《商标法》有关规定，商标局撤销初步审定并予公告的商标，不予核准注册；②异议理由不成立，异议被驳回，继续予以初步审定并公告，直至异议期满，无其他情况，申请商标准予注册。所谓“其他情况”是指提出异议复审或以其他理由提出异议等。

商标异议裁定以书面形式通知异议双方当事人。任何一方对商标局的裁定不服的，可以在收到异议裁定通知 15 天内向商标评审委员会申请复审。双方当事人服从裁定或者在收到异议裁定通知 15 天内未依法申请复审，商标异议裁定即产生法律效力。

（3）商标异议复审。

商标异议复审，又称为“再异议”，是商标异议的继续和发展。商标异议和商标异议复审是商标异议程序中的两个阶段，但不是所有的商标异议都需经过这两个阶段。异议双方服从商标异议裁定的，商标局的异议裁定即告终结，只有异议双方的任何一方不服商标局的异议裁定，并在规定期限内提出复审申请的，才进入异议的第二个阶段。

商标异议复审的裁定机关是商标评审委员会。原异议双方当事人中任何一方对商标局异议裁定不服的，都可在收到商标局异议裁定书 15 天内，向商标评审委员会申请异议复审裁定。

商标异议复审申请人须填写《商标异议裁定复审申请书》一式两份，并缴纳评审费。商标评审委员会收到异议复审申请后，将副本速转异议对方，并令其在规定期限内答辩，

限期内不答辩或拒绝答辩，裁定照常进行。

商标评审委员会听取双方理由，经集体讨论，根据多数委员的意见和理由，做出书面裁定，即为终结，双方当事人必须服从。终局裁定的结果，一是维持初步审定的商标；二是撤销初步审定的商标。终局裁定由商标局执行，用书面通知双方当事人，不得再申诉。终局裁定文件送达后，即发生法律效力。对此，《商标法》第19条、第21条、第22条和《商标法实施细则》第19条均有明文规定。

商标注册须经初步审定并公告，异议及异议复审程序方能核准注册的做法为许多国家所采用，这可在很大程度上维护和保持法律的稳定性。

4. 商标使用权许可制度

商标使用许可制度是目前国际通行的一种制度，对许可人、被许可人双方都是互惠互利的实施行为。

(1) 注册商标使用许可合同的订立。

商标权人将自己的注册商标许可他人使用，应当和被许可人签订商标使用许可合同。

① 注册商标的使用许可应当履行法定手续。

a. 商标权人许可他人使用其注册商标，被许可人必须符合商标注册申请人的资格条件，也即必须是符合《商标法实施细则》第2条规定的具备主体资格的法人或公民及符合《商标法》第9条规定的外国人或外国企业。

b. 许可他人使用国家规定必须注册的商品商标的，许可人应当提交主管部门的证明文件。

c. 许可人和被许可人应当在许可合同签订之日起 3 个月内, 将许可合同副本送交其所在地县级工商行政管理机关存查, 由许可人所在地县级工商行政管理机关报送商标局备案, 并由商标局予以公告。这样, 使用许可合同起码应有正本一式两份, 双方当事人各执一份, 副本两份, 一份送当地工商行政管理部门存查, 一份送商标局备案。

根据《商标法实施细则》的规定, 如果商标权人许可他人使用其注册商标, 没有签订书面的商标使用许可合同, 或者未按规定将使用许可合同交送存查备案, 工商行政管理机关有权责令其限期改正; 许可人拒不改正的, 处以 1 万元以下罚款, 直至报请商标局撤销其注册商标, 并收缴被许可人的商标标识。注册商标一旦被撤销, 使用许可合同即随之终止。

② 商标使用许可合同应符合下列要求。

a. 商标使用许可合同许可使用的商标必须是注册商标, 商标使用许可人必须是该商标的注册人。

b. 许可使用的商标, 以核准注册的商标名称、图形和核定使用的商品为限。

c. 商标使用许可合同的期限不得超出注册商标的有效期限, 在注册商标办理续展手续后, 如合同双方要求继续履行合同关系, 须重新签订使用许可合同, 并报商标局备案。

d. 在商标使用许可合同的有效期内, 如当事人双方变更或解除许可合同, 应由双方协商后向当地工商行政管理机关和商标局提出书面声明。

e. 商标注册人如许可他人使用两个或两个以上的注册

商标，应分别签订商标使用许可合同。

f. 出口商品的商标使用许可合同除遵守上述要求外，还应符合《出口商品商标管理办法》的有关规定。

③使用许可合同的内容。

商标使用许可合同，是当事人双方在平等自愿、互利有偿、诚实信用原则的基础上签订的。一般来说，许可合同应具备以下内容：双方当事人的名称、姓名及地址；使用许可的形式；许可使用的商标名称；商标注册证号码；许可使用注册商标的商品范围和期限；许可使用费的数额及支付方式；许可人监督被许可人使用注册商标的商品质量的措施；违约责任等。

(2) 当事人双方的主要义务。

商标使用许可合同依法成立，即具有法律约束力，当事人双方必须全面履行合同，任何一方不得擅自变更或解除合同。当事人双方均享有一定的权利，同时应承担相应的义务，确保双方利益不受损害。许可人和被许可人的权利与义务是对等的，一方的权利就是他方的义务，而一方的义务正是他方的权利。因此，指明了当事人双方的义务，也就表明了当事人双方的权利。

①许可人的主要义务。

a. 保证被许可人在法律规定的和合同约定的范围内自由使用注册商标；

b. 未经被许可人同意，不得将注册商标擅自转让给第三人；

c. 不得申请注销或放弃续展注册；

- d. 不得以合同条款阻止被许可人使用其他商标；
- e. 保证其注册商标不被宣告无效；
- f. 保证向被许可人提供相应的技术；
- g. 许可使用的商标保证与其注册商标相一致，且以核定使用商品为限。

使用许可合同的效力，是以许可人对作为合同标的的注册商标拥有商标权为基础的。如果许可人擅自将其注册商标转让给第三者，或是注册商标期限届满而放弃续展注册，则未到期的使用许可合同会因许可人商标权的丧失而失去其法律效力，使被许可人的利益受到不可避免的侵害。因此，许可人的权利也须做相应的限制，以保证被许可人在合同有效期内都能行使对许可使用的商标的使用权。

②被许可人的主要义务。

- a. 保证使用注册商标的商品质量，接受许可人的监督，维护注册商标的信誉；
- b. 必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地；
- c. 按合同规定交纳使用许可费；
- d. 未经许可人的书面授权，不得将使用权再许可给第三人。

如被许可人不履行上述义务，其所在地工商行政管理机关有权要求其限期改正，收缴其商标标识，并可根据情节轻重处以 5 万元以下罚款。

商标使用许可费，可按商品利润计算，可按商品销售额计算，也可将商标使用费与技术转让费（如两者结合在一起

许可他人使用) 结合在一起计算。

5. 商标专用权

商标专用权是依《商标法》而赋予商标专用权人的权利, 有其特定的范围。商标专用权的范围与商标专用权的保护范围是有所区别的。

商标专用权的范围是以核准注册的商标和核定使用的商品为限, 也即仅限于商标权人对其注册商标所享有的“使用权”。

具体地说, 注册商标专用权的范围限于以下四个方面:

- 一是限于注册时核定使用的商品;
- 二是限于核准注册的文字、图形或其组合;
- 三是只在规定的有效期限内使用才属有效;
- 四是只在注册的国家或地区有效。

对于商标专用权的保护, 《商标法》通过正反两方面加以规定的。一方面, 对申请注册的商标规定审查和异议程序, 对已注册的商标规定了争议、无效和注册不当等方面的程序。因此, 凡申请注册的商标与他人注册或申请在先的商标相抵触, 则驳回其申请, 不予公告; 初步审定并公告后在规定期限 3 个月内有人提出异议, 或核准注册之后在规定期限 1 年内有人提出争议, 或核准注册后有人发现注册不当, 经审查异议、争议成立或确属注册不当, 则不予核准注册或撤销商标注册。另一方面, 对于假冒注册商标或以其他形式侵犯商标专用权的违法行为, 则依法予以制止和制裁。对于前者, 申请商标注册行为乃是一种合法行为, 如违反《商标法》的有关规定, 只

能不予核准注册或按有关法律程序加以撤销，不以侵权行为论处，注册申请人或注册商标人不会承担其他法律责任。对于后者，则属于违法的商标侵权行为，如给他人造成损失的，应当给予赔偿；情节严重的，还要以假冒商标罪论处，依法追究违法者相应的法律责任，并处以民事和刑事两种制裁。

6. 商标侵权、赔偿

赔偿数额的确定及赔偿途径是处理商标侵权赔偿纠纷的一个十分重要的问题，关系到当事人的切身利益。

我国《商标法》第39条规定：“赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失。”这一规定说明被侵权人可以选择其中一种方法来确定赔偿数额。

7. 外国商标的保护

我国《商标法》第3条规定：“经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护。”该条规定对于外国商标亦适用。由商标权的地域性特征所决定，外国商标要获得法律保护，必须首先在中国申请商标注册，成为注册商标。

（1）外国商标在我国申请注册应遵循的原则。

外国商标是指商标所有人为外国国籍的商标。这是与商标所有人为我国国籍的本国商标相对的概念。《商标法》第9条规定：“外国人或者外国企业在中国申请商标注册的，应当按其所属国和中华人民共和国签订的协议或者共同参加的国

际条约办理，或者按对等原则办理。”这就规定了外国商标在中国申请注册时应遵循的原则。

①遵循双边协议原则。

②遵循共同参加的国际条约原则。

③遵循对等原则。

(2) 外国商标在我国申请注册实行委托代理制度。

《商标法》第10条和《商标法实施细则》第3条第2款规定：外国人或者外国企业在中国申请商标注册或者办理其他商标事宜，应当委托国家工商行政管理局指定的商标代理组织代理。这种委托代理是强制性的而非自愿性的，即申请人必须委托我国指定的代理组织代为办理，这与国内商标的自愿代理在性质上是不同的。目前，国家工商行政管理局已指定中国国际贸易促进委员会、中国专利代理（香港）有限公司、中国商标事务所、永新商标专利代理公司、上海专利事务所等为外国商标的代理组织，负责代理外国人或企业在中国申请商标注册或办理其他商标事宜。

4.2 专利权

4.2.1 专利概述

一个现代企业不可避免的要碰到专利问题，专利是专利权的另一种称谓，当今的社会已经步入信息社会的门槛，新科技、新技术层出不穷，作为一个现代企业，必需要处理好与企业有关的专利权问题，才能使企业不断进步，永远领先，

在现代竞争中立于不败之地，任何固步自封偷机取巧的思想和作法都是不足取的。

专利权是指专利权人在法律规定的期限内对其发明创造所享有的一种独占权或专有权。专利权是知识产权的一个重要组成部分，它具有知识产权的普遍特征：即具有专有性、地域性和时间性。所谓专有性，又称独占性、排他性、垄断性，是指专利权人可通过独家制造、使用和销售专利发明创造来获取物质利益，满足自己的需要，并排除他人实施该项发明创造。所谓地域性，是指一个国家授予的专利权，仅在该国地域内有效，在其他国家没有法律效力。所谓时间性，是指专利权有法定的保护期限，在这一期限内，专利权人享有独占权，期限届满，专利权就自行失效，该发明创造即可由社会上的任何人自由使用。专利权受《专利法》的调整和保护。

《专利法》是由国家制定和认可的，调整因确认发明创造的所有权和因利用发明创造而产生的各种社会关系的法律规范的总称。

《专利法》一般包括以下主要内容：专利申请权和专利权的归属；授予专利权的条件；专利的申请和审查批准程序；专利权人的权利和义务；专利权的期限、终止和无效；专利权的强制许可；专利权的保护以及专利纠纷的处理等；专利法保护专利法律关系。

专利法律关系是指由专利法所确认和保护的社会关系。专利法律关系与一般的民事法律关系一样，也由主体、客体和内容三要素构成。

专利法律关系的主体是指有权申请专利，取得专利权并

承担与此相适应的义务的人。他们既可以是公民，也可以是法人，既可以是本国人，也可以是外国人。

专利法律关系的客体是指专利法律关系主体的权利义务所指向的对象，也就是专利法所保护的发明创造，根据我国专利法的规定，具体包括发明、实用新型和外观设计三类。

专利法律关系的内容是指专利法律关系主体依法享有的权利和承担的义务。我国《专利法》规定了发明人、专利申请人和专利权人应享有的各种权利，同时也规定了他们应尽的义务，以保护全社会的利益。

4.2.2 《专利法》实务防范

1. 专利权人

专利权的主体，即专利权人，是指有权申请并获得专利权，并承担与此相应的义务的自然人或法人。一般而言，各国的自然人、法人及外国人均可成为本国专利权的主体。我国《专利法》规定，发明人和设计人，共同发明人或共同设计人，发明人和设计人所属的单位，外国人，都可成为专利权的主体。

(1) 发明人或设计人。

我国《专利法》所称的发明创造，是指发明、实用新型和外观设计。发明人或设计人是指做出有关发明或设计的人，即发明人是指完成发明的人，设计人是指完成实用新型或外观设计的人。

(2) 共同发明人或共同设计人。

共同发明人是指两个或两个以上都对同一项发明共同构思并都做出创造性贡献的人。对于共同的非职务发明创造,其专利申请权和获得的专利权,归共同发明人或共同设计人共同所有。共同专利的申请,必须由共同发明人或设计人共同提出,其中任何人都无权单独提出专利申请,否则,即使获得了专利权也是无效的。

(3) 职务发明创造人的单位。

职务发明创造,是指因执行本单位的任务或者主要利用本单位的物质条件所完成的发明创造。主要包括:发明人或设计人在本职工作中完成的发明创造;履行本单位交付的本职工作之外的任务时所完成的发明创造;辞职、退休或调离工作一年内做出的,与其在原单位承担的本职工作或分配的任务有关的发明创造;主要利用本单位的物质条件所完成的发明创造。

按照我国《专利法》规定,职务发明创造的发明人或设计人享有人身权利,即发明人或设计人有在专利文件中写明自己是发明人或设计人的权利,及一定的财产权利。

(4) 合法受让人。

专利申请权和专利权是可以依法转让的。发明人或设计人可以通过赠与、买卖或继承等方式将其所拥有的专利申请权和专利权依法转让给他们的合法受让人。转让发生后,转让人就不再享有专利申请权和专利权,而由合法受让人享有这些权利。但发明人或设计人所享有的署名权和获得精神奖励等权利并不同时转让。合法受让人在取得专利申请权和专利权后,并不因此而成为发明人或设计人。

(5) 外国人。

外国人是指具有外国国籍的自然人和依照外国法律设立并在外国登记注册的法人。我国《专利法》规定，外国人可以在中国申请和获得专利权。

2. 共同发明的权利归属

(1) 共同专利的主体及类别。

共同专利的主体是指共同发明人或共同设计人。共同发明人、共同设计人，是指两个或两个以上共同完成某项发明创造的人。这种发明创造，称为共同发明创造。经专利局批准授予专利权后，即为共同专利。作为共同发明人或设计人，应该是对完成同一项发明创造都做出了创造性贡献的共同合作人。

共同专利可以依法律规定而产生，也可依合同、继承或转让关系而产生。一般包括以下情况：①两个以上的人共同完成一项发明，共同发明人都是专利权人；②两个以上单位协作研究，共同完成一项发明，这两个以上单位都是专利权人；③某些单位与不属于该单位的自然人共同完成一项发明，这些单位和自然人为专利权人；④提供研究经费（委托他人完成研究、设计任务）的人与发明人共同成为专利权人；⑤两个以上的申请人在同一日期分别就同样的发明创造申请专利，而共有专利申请权和专利权；⑥一个专利权人将整个专利的共同利益一部分转让给另一人后，两人共有专利申请权和专利权；⑦一个专利权人死亡后由两个以上有权继承的人共同继承，这共同继承人成为共同专利权人。

（2）共同专利的权利归属。

对于共同非职务的发明创造，其专利申请权和专利权归共同发明人或设计人共同所有。

（3）共同专利对专利使用许可的影响。

任何一个共同专利权人如自己实施，则有权实施整个专利技术。共同专利遭他人侵权时，每一共同专利权人应有权单独起诉，因为单独起诉对其他共有人有利而无弊。

这三个要件，方为有效转让。只有是有效转让行为，受让人才具备诉讼主体资格，依法对其他违约或侵权者起诉。本案中，研究所与ZY厂之间两次签订的都是独占实施许可合同，不是专利权转让合同，作为研究所自身无权实施更无权转让，而ZY厂也并未成为“便携式电磁波辐射治疗器”实用新型专利的专利权人。ZY厂法人代表王某与ZY厂之间的转让行为确已符合上述第一、第二个条件，但不具备第三个条件，因而这种转让协议属无效民事行为，ZY厂不能成为两项外观设计专利的专利权人，不具备诉讼主体资格。具体地说，本案中原告诉ZY厂诉被告XS厂侵权是错误的，原告应对研究所提起违约赔偿诉讼。被告XS厂的“东方胜灯”与原告“ZY圣灯”在实用新型专利技术方面相同，但被告是根据其与专利权人研究所签订的专利实施许可合同而生产的，故不构成侵权。本案中，ZY厂与研究所签订的实施许可合同授权ZY厂全国独家生产、经营、销售，就预示在全国范围内只允许ZY厂实施“便携式电磁波辐射治疗器”实用新型专利技术，专利权人研究所也无权实施，更无权许可他人实施该专利，属于独占实施许可合同。后研究所又将该专利许可给被

告XS厂实施,研究所已构成违约行为,如原告ZY厂起诉研究所则必定胜诉。原告法定代表人王某拥有的两项外观设计专利转让给本厂,未办理法定手续,协议归于无效,专利权人仍为王某。ZY厂不能成为两项外观设计专利权人,因此不具备诉讼主体资格,无权起诉XS厂侵犯其“ZY圣灯治疗器”产品外观设计专利权。

据此,一审法院审理认为:被告XS厂并未构成对原告专利侵权。理由是,XS厂的“东方胜灯”是根据其与专利权人研究所签订的实施许可合同而生产的,故不构成侵权。至于两项外观设计专利,虽然专利权人王某与ZY厂签有专利转让协议,但未到国家专利局办理有关手续,故该协议未生效。ZY厂既非专利权人,又非利害关系人,其不具备诉讼主体资格。因ZY厂的诉讼请求无法律依据,其申请财产保全是错误的,ZY厂应对XS厂因此造成的损失承担赔偿责任。XS厂的反诉因与本诉不是基于同一事实或同一法律关系,其反诉不当,应承担相应责任。据此,一审判决驳回原告ZY厂的诉讼请求,由原告ZY厂赔偿因错误申请财产保全给被告XS厂造成的损失299139.6元;被告XS厂的反诉请求不予支持。原告不服一审判决提起上诉,二审法院判决驳回原告上诉,维持原判。

3. 专利权利

专利权包括精神方面的权利和物质方面的权利,前者是与发明人、设计人的人身相联系的非物质财产权,其中最为重要的是署名权,即在专利文件和专利申请文件中写明自己

是发明人或设计人的权利，这是一种永远属于发明人或设计人的权利，不因该项专利的转让或继承而改变。专利权人物质方面的权利又称财产权利，是具有经济内容的权利。专利权主要包括以下几方面的内容。

(1) 独占权。

除法律另有规定以外，专利权人有自己制造、使用、销售和进口其专利产品或者使用其专利方法的专有权，未经专利权人许可，任何单位或者个人不得以生产经营为目的擅自实施其专利。

(2) 许可权。

许可权是指专利权人（称为许可方）通过签订合同的方式，允许他人（被许可方）在一定条件下使用其取得专利权的发明创造的全部或部分技术的权利。

(3) 转让权。

专利权的转让是指专利权的主体发生了变更，这种变更可以依专利权人的意愿而发生，如买卖、交换或赠与；也可以由法定原因而发生，如继承。

(4) 标记权。

标记权是指专利权人在其专利产品或者该产品的包装上标明专利标记和专利号的权利。

(5) 署名权。

根据我国《专利法》的有关规定，发明人或者设计人有在专利文件中写明自己是发明人或设计人的权利。这是发明人或设计人的一种精神专利，它依附于特定的人身，永远属于发明人或设计人。

4. 专利许可合同

专利许可合同不同于一般的经济合同，法律对此有特殊的要求，包括合同主体资格、合同内容及形式、双方权利与义务的规定是否合法等。

(1) 合同主体资格的确认。

①许可人必须是专利权人，如果许可人不是专利权人，则其与他人订立的专利许可合同便属无效；如果许可人是共有专利权人，则其中一方在未经其他共有人同意的情况下与他人擅自签订专利许可合同，也属于无效合同。

②许可人提供的专利是否为职务发明。如果是职务发明，则其发明人或设计人无权将此专利擅自许可他人使用，其所签订的专利实施许可合同也属无效合同。

③被许可人是否具备实施专利的条件和支付专利实施许可费用的能力。否则，其所签订的专利许可合同应确认无效。

另外，专利许可合同如果涉及国家秘密或由国家强制许可实施的专利技术，专利权人未经国家有关部门批准，擅自与他人签订专利许可合同，该合同也认定为无效。

(2) 专利许可合同的类型。

被许可人所获得的专利类型及具体内容，该专利权限的大小及使用范围的界定，以及双方所承担的民事责任等，都需要通过签订具体的专利实施许可合同来确定。一般而言，专利实施许可合同可分为以下四类：

①独占许可合同。即许可方允许被许可方在合同规定的区域和期限内对该专利技术享有独占使用权，即被许可方是

惟一可以使用该专利技术的人，排除许可方及第三方在该期限和该区域内使用该专利技术。

②独家许可合同。即许可方允许被许可方在规定的区域和期限内有权使用自己的专利技术，并不再与第三方签订同样的许可合同，但许可方自己仍有权使用。

③普通许可合同。即许可方在允许被许可方使用自己的专利技术时，自己仍有权继续使用或向第三方许可使用。这是最常见的一种专利许可合同。

④分（售）许可合同。即是指被许可方在取得许可证后，又和第三方签订专利许可合同。一般而言，除非在原专利许可合同中订立授权条款，否则被许可方无权再签订分许可合同。

根据《专利实施许可合同签订指南》有关规定，专利许可合同应包括如下内容和条款：专利技术内容、要求和工业化开发程序；技术资料及其提交期限、地点和方式；本项目技术秘密的范围和保密期限；专利许可合同的种类；验收标准和方法；使用费及支付方式；技术服务地点、方式及费用；后续改进技术的提供与分享；专利权无效和侵权的处理方法；违约金或者损失赔偿额的计算方法；合同的变更与终止；争议的解决办法；名词和术语的解释；其他未尽事宜。专利许可合同作为规定许可双方的权利和义务的法律文件，必须明确说明双方的权利、义务、履行方式及有关具体事项。上述内容和条款只是其中最重要的和基本的内容。除此之外，专利实施许可合同还应包括不可抗力或情势变更、争议的解决与法律适用等一般合同所具备的条款。

专利实施许可合同还应向有关部门备案。《专利法实施细则》第 13 条规定：“专利权人与他人订立的专利实施许可合同，应当自合同生效之日起 3 个月内向专利局备案。”

中国专利权人与他人签订的专利实施许可合同，应在合同生效后 3 个月内由专利权人向其所在地区或所属部门的专利管理机关提交实施专利许可合同备案表和合同副本各一式两份，由专利管理机关提交一份给中国专利局备案。

外国专利权人与他人签订的专利实施许可合同，应在合同生效后 3 个月内，由专利权人委托涉外专利代理机构向中国专利局提交实施专利许可合同备案表和合同副本，进行备案。

5. 授予专利权条件

我国《专利法》第 22 条规定，授予专利权的发明和实用新型，应当具备新颖性、创造性和实用性。这是授予发明和实用新型专利权的实质条件。

（1）新颖性。

这是获得发明、实用新型专利的首要条件。新颖性的判断，除须遵循公开标准、时间标准、地区标准外，其具体判断方法必须采用单独对比方法，即把该发明创造与一项现有技术进行比较，而不是把它与多项现有技术综合起来进行比较。

（2）创造性。

创造性是指申请专利的发明创造与现有技术相比，有着对所属技术领域的普通技术人员来说是非显而易见的本质上

的差异，即发明具有突出的实质性特点和显著的进步，实用新型具有实质性特点和进步。

(3) 实用性。

实用性，是指该发明或者实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极效果。”这是授予发明或实用新型的第三个条件。

6. 专利权的终止

专利权的终止，是有其法定条件的。专利权的终止，是因专利权保护期限届满而自然灭失，专利保护期限前因不缴纳年费或自动放弃专利或专利权无人继承而自行灭失。前者是自行终止，后者是依据法律规定令其终止。专利权终止应由专利局予以登记和公告。我国《专利法》规定，专利权终止后，发明创造即成为人类的公共财富，任何人都可自由使用。

(1) 专利权有效期限届满而终止专利权。

(2) 没有按时缴纳年费而终止专利权。

缴纳年费是维持专利权效力的法律依据。专利权人在专利保护期限届满前必须按规定时间缴纳年费。不按时缴纳年费的，应当认为专利权人从经济上考虑已经失去了维持专利权的兴趣，必然导致专利权失效的法律后果。

(3) 专利权人自动放弃而终止专利权。

专利权人以书面声明放弃其专利权的，他的专利权自然应当终止。

(4) 专利权人死亡后无人继承而终止。

专利权人死亡后无人继承的，其专利权也告终止。在专利权有效期限内，当专利权人去世（指非职务发明创造的情形）后，没有法定继承人继承该专利，则该专利权便也自动终止。

7. 专利权的保护范围

（1）专利权的保护范围。

根据我国《专利法》及《专利法实施细则》的规定，发明和实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准；权利要求书应说明发明或者实用新型的技术特征，清楚和简要地表述请求保护的范围；独立权利要求应从整体上反映发明或者实用新型的主要技术特征，记载构成发明或者实用新型必要的技术特征；说明书和附图可用于解释权利要求。

外观设计专利权的保护范围以表示在图片或照片中的该外观设计专利产品为准。外观设计专利权的权利要求往往体现在其专利产品的不同角度和不同侧面、不同状态的“主视图”、“俯视图”、“斜视图”、“剖视图”等图片中。发明或实用新型专利权的保护范围仅限于相同的发明或实用新型，而外观设计专利权的保护范围既包括相同产品上使用相同的外观设计，也包括类似产品上使用相似的外观设计。

但是，下列三种设计不在外观设计专利权的保护范围之内：①不以商业上散发或者销售为目的而摹仿一项外观设计；②将用于二维产品的二维平面设计应用于三维产品，或者将三维产品的三维设计用于二维产品，即平面设计与立体设计间的转用；③将一项外观设计的复制品编在一本著作中。

(2) 判定发明或实用新型侵权行为的基本标准。

根据上述有关法律规定的原则，实践中主要有以下几项判断标准：

①被控侵权产品或方法的技术特征覆盖专利权利要求书中的全部必要技术特征时，侵权成立。这种侵权也称直接仿制。

②被控侵权产品或方法的技术特征与权利要求的必要技术特征有部分或全部不同，但该不相同部分是以实质上相同的方式或手段即等效手段代替专利保护中部分或全部必要技术特征，且产生实质上相同的效果时，构成侵权。

③被控侵权的产品或方法的技术特征不仅包含了专利权利要求书中的全部必要技术特征，而且稍加改进增加了新的技术特征，仍然构成侵权。

④被控侵权的产品或方法的一个或几个技术特征与专利的必要技术特征不同，且不属于等效手段，则不构成侵权。

⑤被控侵权产品或方法缺少专利独立权利要求中的一个或几个必要技术特征，则不构成侵权。

8. 专利侵权行为

专利侵权行为包括直接侵权行为和间接侵权行为两类。

(1) 直接侵权行为。

直接侵权行为的特点是：行为人本身的行为直接构成专利侵权行为。在专利实务中，常见的直接侵权行为有以下几种：

①制造专利产品的行为。

- ②使用专利产品的行为。
- ③销售专利产品的行为。
- ④进口专利产品的行为。
- ⑤使用专利方法的行为。
- ⑥使用依照专利方法直接获得产品的行为。
- ⑦销售依照专利方法直接获得的产品的行为。
- ⑧进口依照专利方法直接获得的产品的行为。
- ⑨被许可人与违约行为竞合的侵权行为。
- ⑩计划许可和强制许可情况下实施者的侵权行为。
- ⑪假冒他人专利、尚未构成犯罪的行为。

(2) 间接侵权行为。

间接侵权行为的特点是：行为人本身的行为并不构成侵权，但却与侵权人的专利侵权行为有着密不可分的联系。在专利实务中，常见的间接侵权行为有以下几种：

①以营利为目的故意制造或销售专用于或适用于专利发明的重要部件的行为。

②专利权共有人的侵权行为。

专利权共有人的侵权行为主要有以下两种：a. 专利权共有人未经其他共有人同意而许可他人实施该专利的行为，侵犯了其他共有人所享有的专利权；如果被许可方实施了该专利，则与许可人一起构成共同侵权。b. 专利权共有人未经其他共有人同意而转让超过其应有份额的专利权的行为，侵犯了其他共有人的权利；如果接受方明知对方越权而仍然接受的，与转让方一起构成共同侵权。

③冒充专利权人许可他人实施专利技术的行为。

④专利实施许可合同的被许可方，未经专利权人同意擅自许可第三方实施该专利。

⑤计划许可和强制许可情况下实施者擅自允许他人实施该项专利的行为。

⑥采取委托加工、订立加工承揽合同方式，向第三方提供专利产品样机、技术资料的行为。

间接侵权行为常是直接侵权行为发生的前提，间接侵权人与直接侵权人之间，常存在可以推定的共同故意。因此，直接侵权人与间接侵权人的行为为共同侵权行为，由此而给专利权人造成的损害，应由双方共同承担侵权赔偿责任。

第 5 章 行政机关与企业间 法律纠纷的防范与处理

5.1 行政概述

企业是社会主义市场经济的主体。企业的发展必须接受国家行政机关的宏观管理为社会主义市场经济建设服务。国家通过各级行政机关对企业实施具体管理。而各级行政机关在行使权力履行国家行政职能时与企业必然产生行政管理关系。从而形成了行政机关同企业之间法律上的权利义务关系。

在行政法律关系中，行政主体一方处于管理者地位。拥有管理权、强制权、制裁权等权力；而做为行政相对人地位的企业处于服从管理的地位，双方地位不平等，企业必须慎重对待行政机关的管理行为。鉴于我们国家客观实际情况，行政机关管理存在有许多弊端，企业的正常发展时常受到制约缺乏一个良好的运营环境。企业要想得到更好的发展，必须借助于法律的帮助，在处理企业同行政机关管理关系中，法律的作用尤为显著。如企业与行政机关发生管理纠纷，企业应当采取法律手段，捍卫自己的利益。

5.2 行政复议

是指行政机关在行使行政管理职权时，与作为被管理对象的人就已生效的具体行政行为发生争议，根据相对人的申请，由该行政机关的上一级行政机关对引起争议的具体行政行为进行复查并做出决定的一种法律制度。

5.2.1 复议范围

复议范围也称受案范围，是指行政复议机关受理行政复议案件的权限范围。

根据《行政复议条例》规定，法人或者其他组织对行政机关做出的具体行政行为不服，可以申请复议的事项有以下几方面：

(1) 对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的，可概言之为对关系人身权、财产权的行政处罚不服的。

(2) 对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的，可以概言之为对关系人身权、财产权的行政强制措施不服的。

①限制人身自由的强制措施。主要有：

第一，劳动教养。这是对违反治安管理经处罚不改，或有轻微犯罪行为，但尚不够刑罚处罚，且又有劳动能力的人所实施的一种在一定期限内强制性教育改造措施。

第二，扣留。这是有权的行政机关对走私嫌疑人采取的

短时间限制其人身自由的一种行政强制措施。

②对财产的强制措施。主要有：

第一，查封。这是行政机关依法将财产所有人的财产就地封存，防止财产所有人对其进行转移、处分的一种强制措施。查封的特点是就地封存，未经查封机关的允许，任何人不得启封，否则就会承担法律责任。

第二，扣押。这是行政机关依法将财产所有人的财产扣留置于一定地点，并禁止处分和移动的一种强制措施。扣押一般是异地进行，并把被扣押的财产置于扣押人的实际控制之下。

第三，冻结。这是银行根据行政机关的请求，不准存款人动用存款的一种强制措施。

此外，还有强行拆除违章建筑物等。

③认为行政机关侵犯法律、法规规定的经营自主权的。

经营自主权是经济活动主体依法享有的一种基本经济权利。其内容包括经营主体对财产的占有权和自主使用权，对收益的自主支配权，对资产的处分权。凡是对经营主体依法行使上述各项权利的活动进行非法干预，都属于侵犯经营自主权。

④认为符合法定条件申请颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的。

⑤申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的。

相对人申请负有保护人身权、财产权法定职责的行政机关履行这些法定职责，行政机关拒绝履行或不予答复是一种

失职行为，相对人有权申请复议。

⑥认为行政机关违法要求履行义务的。

在行政法上，公民、法人或者其他组织应当承担什么义务，是由法律、法规规定的。因此，行政机关要求公民、法人或者其他组织承担某种义务，必须有明确的法律依据。在没有法律、法规依据的情况下，如果令公民、法人或者其他组织承担某种义务，则属于违法要求履行义务，这实际上就是对其合法权益的侵犯，因而也属于违法的行政行为，如乱收费、乱摊派等行为。公民、法人或者其他组织对此有权申请行政复议。

⑦认为行政机关侵犯其他人身权、财产权的。

⑧法律、法规规定可以提起行政诉讼或者可以申请复议的其他具体行政行为。

考虑到行政复议在行政层级监督中的地位和作用，以及与行政诉讼的承接关系，《行政复议条例》规定，凡是行政诉讼法规定可以提起行政诉讼的具体行政行为，都可以申请行政复议。对于没有规定可以提起行政诉讼的具体行政行为，只要单行法律、法规规定了可以申请复议的，如果公民、法人或者其他组织不服，也可以申请复议。例如，集会游行示威法规定，申请举行集会、游行、示威不被许可，不能提起行政诉讼，但其组织者如果不服，则可以申请复议。

5.2.2 申请

复议申请，是指公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，依法向有管辖权的行政机

关提出的对该具体行政行为进行复查和处理的请求。这是法律赋予公民、法人或者其他组织的一项权利。

1. 申请期限

申请期限也称复议时效,是复议申请权在时间上的限制。在一般情况下,超过了法定的申请期限,相对人的复议申请权即告消灭。

依照《行政复议条例》第29条第1款规定:“公民、法人或者其他组织向有管辖权的行政机关申请复议,应当在知道具体行政行为之日起15日内提出。法律、法规另有规定的除外。”

如果在法定期限内因不可抗力或者其他特殊情况耽误了申请的,在障碍消除后的10日内,可以申请延长期限。但是否准许,由有管辖权的行政机关决定。

2. 申请复议与提起诉讼的关系

我国现行的多数法律、法规对公民、法人或者其他组织不服行政机关的具体行政行为应如何申请复议或提起行政诉讼做了不同的规定,概括起来,大致有以下四种情况:①是申请复议还是提起诉讼,由申请人自由选择;②规定必须先申请复议,对复议决定不服,再提起诉讼;③规定由行政机关最终裁决;④只规定行政处理,未规定可以申请复议或提起诉讼。为了解决申请复议和提起诉讼的关系问题,《行政复议条例》第30条做了如下规定:

(1) 公民、法人或者其他组织向人民法院起诉,人民法

院已经受理的，不得申请复议。

(2) 公民、法人或者其他组织向复议机关申请复议，复议机关已经受理的，在法定复议期限内不得向人民法院起诉。

5.2.3 受理

受理是指复议机关通过对申请人提出的复议申请进行审查，对符合法定条件的申请予以接受的行为。

1. 受理的期限和对申请的审查处理

依照《行政复议条例》规定，复议机关应当自收到复议申请书之日起 10 日内，对复议申请书进行认真审查并做出处理。

(1) 对于符合申请条件，没有重复申请复议，申请书符合法定要求，没有向人民法院起诉，并且是在法定申请复议期限内提出复议申请，应依法予以受理。

(2) 对于不符合申请复议条件之一的复议申请，复议机关应当裁决不予受理并告之理由。

(3) 对于复议申请书的内容不符合法定要求之一，不予补正就无法进行复议的，应当把复议申请书发还申请人，限期补正。如果申请人过期不补正，则视为未申请。

在复议审理中，只有查明被申请人的具体行政行为给申请人造成的损害事实符合以上三个条件并且申请人请求赔偿时，复议机关才能责令被申请人按照有关法律、法规的规定负责赔偿。被申请人赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的国家公务员或者受委托的组织或者个人承担部分或者

全部赔偿费用。

2. 复议决定的执行与提起诉讼

复议机关对复议案件经过审理后做出的复议决定一经送达即发生法律效力，当事人双方对复议决定必须履行。除法律规定终局的复议以外，如果申请人对复议决定不服，可以在收到复议决定书之日起 15 日内，或者法律、法规规定的其他限期内向人民法院起诉。在诉讼期间，除《行政诉讼法》第 44 条规定的三种情形之外，不停止具体行政行为的执行。

对于申请人逾期不起诉又不履行复议决定的，应分别不同情况做出以下处理：①维持原具体行政行为的复议决定，由最初做出具体行政行为的行政机关申请人民法院强制执行，或者依法强制执行；②改变原具体行政行为的复议决定，由复议机关申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。

5.2.4 行政复议的法律防范

行政复议制度作为一种行政层级监督和对相对人的行政补救制度，为了确保复议活动能够合法、高效地顺利进行，应当根据其性质和特点规定相应的法律防范措施。行政复议的法律防范就是通过对违反《行政复议条例》规定应承担的法律责任来实现的。

1. 拒绝履行复议决定的被申请人的法律责任

依照《行政复议条例》第 52 条规定：“被申请人拒绝履行复议决定的，复议机关可以直接或者建议有关部门对其法

定代表人给予行政处分。”

2. 复议人员失职、违纪、违法的法律责任

依照《行政复议条例》第 53 条规定：“复议人员失职、徇私舞弊的，复议机关或者有关部门应当批评教育或者给予行政处分，情节严重，构成犯罪的，依法追究其刑事责任。”

3. 复议参加人或者其他妨碍复议人员依法执行职务的法律责任

依照《行政复议条例》第 54 条规定：复议参加人或者其他人员拒绝、阻碍复议人员依法执行职务未使用暴力、威胁方法的，由公安机关依照治安管理处罚条例第 19 条的规定，处 15 日以下拘留、200 元以下罚款或者警告。以暴力、威胁方法阻碍复议人员依法执行职务的，依法追究其刑事责任。

5.3 行政诉讼

企业在运营过程中，认为自己的合法权益受到了行政机关具体行政行为的侵犯，可通过行政诉讼保护自己的正当权利。

行政诉讼是指公民法人或其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，依照《行政诉讼法》的规定请求人民法院予以保护的权力。

5.3.1 起诉

起诉是指公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益、依法请求人民法院行使国家审判权给予司法补救的诉讼行为。它是原告单方面行使法律赋予的起诉权的行为，包含以下几方面的内容：

(1) 起诉是当事人向人民法院提起的，针对行政机关的具体行政行为的诉讼行为；而不是向行政复议机关或其他国家机关提出的申请。

(2) 起诉是当事人单方面行使诉讼权利（起诉权）的行为，它的行使不需要其他机关、团体、个人的批准和同意。

(3) 起诉权行使的主体具有特定性，即只有被管理一方的公民、法人或者其他组织才有起诉权。法律、法规另有规定的除外。

(4) 当事人起诉请求司法补救（保护）的是自己的权益而非他人的权益，故需以自己名义进行。

(5) 起诉的根本目的在于请求人民法院的司法保护，以法律手段补救自己的合法权益，对抗行政机关违法的具体行政行为的侵害。

(6) 起诉必须符合法律规定的条件、程序和方式。

5.3.2 起诉的条件

人民法院对行政诉讼采取“不告不理”的原则。原告的起诉是行政诉讼程序发生的前提条件。起诉一旦成立（决定受理立案），即当事人提起行政诉讼，必须符合法律规定。根

据《行政诉讼法》第 41 条的规定，提起行政诉讼应符合以下条件：

(1)原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织。

本条是关于原告资格条件的规定，这一条件包含以下几层含义：①侵犯原告合法权益的是行政行为而不是非行政行为，是具体行政行为而不是抽象行政行为。并且，具体行政行为必须是已经发生法律效力的，经过所有行政程序终局决定。对正在形成中的具体行政行为或已撤销或已失效的具体行政行为，不能提起诉讼。

②原告必须是受具体行政行为侵犯的本人而不能是他人。

③原告认为被行政机关的违法具体行政行为侵犯的合法权益，只是一种“认为”。

④原告不一定单一的是两个或两个以上的当事人对同一具体行政行为不服，可以作为共同原告提起诉讼。

(2)有明确的被告。

即原告起诉需明确指出实施具体行政行为的行政机关、法律、法规授权组织的名称。理解该条件应注意以下内容：

①被告必须是国家行政机关或法律、法规授权的组织。行政被告是以组织的形式出现的，而不是个人。因此，行政机关工作人员或其他个人不能成为被告。

②被告参加行政诉讼并不一定是因为其做出了违法的具体行政行为，而是原告因认为其做出的具体行政行为侵犯其合法权益而提出指控。

③被告参加行政诉讼是经原告指控，并由人民法院通知应诉。

④非行政机关不能成为行政诉讼的被告，故原告不能以非行政机关为被告提起行政诉讼。但法律、法规授权的组织除外。

⑤确认被告资格以《行政诉讼法》第 25 条规定为准。

(3) 有具体的诉讼请求和事实根据。

所谓诉讼请求，是当事人通过人民法院对被告提出的，并希望获得人民法院司法保护的实体权利要求。在不同的诉讼种类中，这种诉讼请求各不相同。一般而论，在行政诉讼中，当事人提出的诉讼请求有：确认之诉、撤销之诉、变更之诉、赔偿之诉和履行之诉几种。

所谓事实根据，是指原告向法院起诉所依据的事实和根据。包括案件的案情事实和证据事实。案情事实是指行政法律关系变动的事实及合法权益因此而受到损害（侵犯）的事实和与行政机关存在对该行政法律关系发生行政争议的事实。证据事实，是指证明这些案件事实客观存在的必要根据。缺少事实根据，就不能证明原告起诉能否成立。

(4) 属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。

所谓属于人民法院受案范围即原告请求人民法院保护的权益，是人民法院行政审判权作用的领域。受案范围与起诉权的行使具有直接的关系，受案范围决定了当事人起诉权的范围，当事人只能在人民法院的受案范围内享有起诉权。受案范围既对当事人的起诉权有直接约束力，对人民法院的审判权的行使也有直接约束力。因此，不属于人民法院受案范围的，当事人不能起诉，

人民法院也无权受理。所谓属于受诉人民法院管辖，是指当事人起诉的行政案件，既属于人民法院的受案范围，同时也依法属于接受起诉状的人民法院管辖。但应该注意的是，当事人因选择管辖上的错误，将诉状递交无管辖权的人民法院并不直接导致诉讼期限延误，当事人并不因此丧失诉权。受诉人民法院应将诉状移送有管辖权的法院或通知（告知）当事人向有管辖权的法院起诉。

5.3.3 起诉的程序

符合起诉条件，只是符合法律规定的起诉的实体性规定。起诉权的合法行使还须符合法定的程序要求，主要是符合法律规定的起诉期限和与行政复议的关系。

1. 行政诉讼与行政复议的关系

我国行政诉讼法没有把行政复议程序作为当事人提起行政诉讼的前置条件，但是行政诉讼法肯定了在其他法律、法规中规定的复议前置条件对起诉的约束力。

根据我国现行法律、法规的规定，规定行政复议前置原则的情况主要有：

（1）当事人对具体行政行为不服，可以选择向上一级行政机关申请复议，或直接向人民法院起诉。这两种选择，当事人只能选择其一而为之。并且，选择行政复议的，行政复议决定即为发生法律效力的终局裁判，当事人也因选择复议而丧失起诉权，不得再提起诉讼。是谓强制性选择。按《行政诉讼法》的规定，只有法律（全国人大及其常委会制定的

法律)才能规定行政机关的终局裁决权。比如,《公民出境入境管理法》第15条的规定,《外国人入境出境管理法》第29条规定等。

(2) 当事人对具体行政行为不服,必须经上一级行政机关复议,对复议不服的,才可向法院起诉,否则,人民法院不予受理。这是一级复议前置的规定。一般有关税收的法律、法规都规定了一级复议前置原则。如《中外合资经营企业所得税法》第15条规定,《治安管理处罚条例》第39条规定皆是。

(3) 当事人对具体行政行为不服,必须向上一级行政机关申请复议,对该复议决定不服的,需要向再上一级机关复议,对最终复议决定不服的,才可向人民法院起诉。这是二级复议前置程序。当事人没有穷尽行政补救的手段不能向法院起诉。如《海关法》第46条规定。

(4) 法律、法规中只规定对某类具体行政行为不服,可以申请复议,没有规定可以向人民法院起诉,而《行政诉讼法》规定可以向人民法院起诉的,当事人应先向行政机关申请复议,对复议不服的,才可向人民法院起诉。这是复议前置程序的特殊情况。

(5) 法律、法规规定,当事人对具体行政行为不服,必须经过复议才能向人民法院起诉的,如果行政机关在复议决定中追加当事人,被追加的当事人对复议决定不服的,可以直接向人民法院起诉。

2. 起诉期限

起诉必须在法律规定的期限内提出。起诉超过法定期限，起诉将无效，当事人也将因起诉时效届满而丧失诉权，人民法院对超过起诉期限的起诉可以拒绝受理。《行政诉讼法》规定了起诉期限，分为一般期限和特殊期限两类。一般期限是指《行政诉讼法》规定的，适用于其他法律、法规未做明确规定的起诉期限。特殊期限是指《行政诉讼法》承认的，其他法律、法规规定的起诉期限。比如，《行政诉讼法》第38条第2款规定：“申请人不服复议决定的，可以在收到复议决定书之日起15日内向人民法院提起诉讼，复议机关逾期不作决定的，申请人可以在复议期满之日起15日内向人民法院起诉。法律另有规定的除外。”这就是一般期限。该条适用于须经复议的行政案件（复议前置）。只要法律未做特殊规定的，对行政复议决定不服的行政案件都必须在收到复议决定书之日起15日内起诉，否则，即丧失诉权。《行政诉讼法》第39条规定的是当事人直接向人民法院起诉的一般期限，该条是这样规定的：“公民、法人或者组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道做出具体行政行为之日起3个月内提出。法律另有规定的除外。”只要法律未做特别限制，当事人直接向人民法院起诉，都应遵守这一期限，否则即为丧失诉权。明确一般期限与特殊期限的关系对当事人行使诉权有直接的意义。一般期限的规定，适用于其他法律、法规未规定当事人起诉，或未规定当事人起诉期限，当事人可依据《行政诉讼法》规定的一般期限行使诉权。当各单行法律、法规具体规

定了当事人起诉期限即特殊期限时，一般期限即不能适用。这时，当事人起诉，必须按各具体法律、法规规定的期限行使诉权。

在实践中，本着切实维护当事人的诉权的基本考虑，在法律适用上，应坚持对当事人有利的原则，将法规规定的对复议决定不服（或直接起诉的）的起诉期限少于15日（3个月）的按15日（3个月）对待，对超过15日（3个月）的，按法规规定办。只有这样，才符合行政诉讼的宗旨，才能切实保障当事人的诉讼权利。

（1）《行政诉讼法》第39条规定，公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道做出具体行政行为之日起3个月内提出，法律另有规定的除外。

如果行政机关未履行告知义务，则当事人行使起诉的期限则可以1年为期，在1年内的任何时候均可起诉。逾期则丧失诉权。当然行政机关未告知诉权和诉期，当事人也可在法定期限内行使诉权，这一点并不受任何限制。

根据我国现行法律、法规的规定，《行政诉讼法》规定的特殊期限，主要有以下几种：

①起诉期限为5日，如《治安管理处罚条例》第39条的规定。

②起诉期限为15日，如《邮政法》、《统计法》等。

③起诉期限为30日，如《森林法》、《海关法》、《渔业法》等。

④起诉期限为3个月，如《专利法》等。

⑤未规定起诉期限。各单行法律、法规未规定起诉期限，

一般有两种情形：一是肯定了当事人的诉权，但未规定诉权行使的期限；二是未规定当事人的诉权，而依《行政诉讼法》规定，当事人又享有诉权可以起诉。这种情况，应按《行政诉讼法》规定的一般期限行使诉权。

在诉讼期限上，有值得注意的几种情形：

(1) 行政机关在一个具体行政行为中，依据不同法律、法规，分别做出不同处理的，起诉期限应按照相应的法律法规的规定，分别计算。人民法院对未超过起诉期限部分的起诉应当受理，对已超过起诉期限部分的起诉不予受理。

(2) 行政机关根据两个以上法律、法规做出的一个具体行政行为中，只有一项处理内容。如果法律、法规规定的起诉期限不一致，当事人起诉时，只要未超过最长的起诉期限，人民法院应予受理。

(3) 行政机关对当事人的申请拒不答复等不作为行为，当事人的起诉期限应从何时计算的问题，由于《行政程序法》的规定不统一或未规定，《行政诉讼法》对此也未做明确规定。考虑我国实际，结合司法实践，对行政机关不作为的行政案件的起诉期限应根据不同情况不同处理。

① 法律、法规规定了期限的，行政机关超过期限仍不作为的，以该期限届满之日起计算起诉期限。如《治安管理处罚条例》第 39 条规定：“……上一级公安机关在接到申诉后 5 日内做出裁决……”如果上一级公安机关在 5 日内没有做出裁决，当事人即可于该期限届满后 5 日内向人民法院起诉。

② 法律、法规未规定答复期限的，对复议申请拒不答复的，当事人则可按《行政诉讼法》第 38 条第 1 款规定的：

“公民、法人或者其他组织向行政机关申请复议的复议机关应当在收到复议申请书之日起 2 个月内做出决定。法律、法规另有规定的除外。”如果复议机关在 2 个月内不做决定，即在 2 个月期满之日起计算起诉期间（按第 38 条第 1 款类推）。由行政机关对公民、法人或其他组织申请不予答复的，计算期限应以 3 个月为限（按《行政诉讼法》第 39 条规定类推适用）。

（4）起诉期限耽误的处理。所谓起诉期限的耽误，又叫起诉期限的迟误，是指起诉行为在法定期限内未能进行或未能完成，当事人又在期限届满后再为或续为的诉讼行为。我国《行政诉讼法》第 40 条规定：“公民、法人或者其他组织因不可抗力或者其他特殊情况耽误法定期限的，障碍消除后 10 日内，可以申请延长期限，是否准许，由人民法院决定。”从本条规定看，要延长起诉期限应符合以下三个条件：

① 起诉期限耽误的原因须是不可抗力事由或其他特殊情况。所谓不可抗力，是当事人无力克服或无法预防也无法避免的事由，如自然灾害、战争等。其他特殊情况，是指除不可抗力事由之外，阻碍事由的发生，不是由于本人的主观过错而耽误了期限的事由，如原告病重、因公出差在外，或受意外伤害不能在起诉期内完成起诉行为等。此外还有一种情况，即由于行政机关未告知公民、法人或其他组织诉权或诉讼期限而致公民、法人或其他组织耽误诉期的，也是特殊情况。

② 由于法定事由耽误起诉期限的，在障碍消除后的 10 日内，可以申请延长期限。这种延长，应是顺延，即把因法定

事由而耽误的期限补足，而不是重新计算期限。如法定期限为15日，在期限开始后第5日发生了某种障碍，原告在该障碍消除后10日内，即应申请顺延补足15日，也就是该申请若能得到法院批准，原告仍有10日的起诉期限，而不是还有15日的起诉期限。

③当事人申请延长期限应由人民法院决定。当事人延长起诉期限的申请应在障碍消除后10日内，向人民法院提出。人民法院收到申请后，经过审查，如果认为延长起诉期限的申请有理由，就应当顺延当事人的起诉期限，如果认为期限的耽误没有正当理由，可以用裁定驳回当事人的申请。

5.4 行政赔偿

国家行政机关及其工作人员违法行使职权，侵犯公民、法人或其他组织的合法权益并造成损害将由国家承担赔偿责任。

国家对具体行政行为 and 违法行使职权的事实行为造成的损害予以赔偿，对与行使职权无关的个人行为造成的损害，因受害人自己的行为致使损害发生与行政机关行为无关的情形不予赔偿。

行政机关的违法侵权行为分两类：①违法的具体行政行为，即行政机关实施的产生行政法效力的行为，如行政处罚、行政许可、强制执行等。②事实行为，如行政机关对公民的辱骂、殴打、违法使用武器致人伤害等行为。

《国家赔偿法》第3条规定：行政机关及其工作人员在行

使职权时有下列侵犯人身权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：①违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的。②非法拘禁或者以其他方法剥夺公民人身自由的。③以殴打等暴力行为或者唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或者死亡的。④造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。该法第4条同时规定：行政机关及其工作人员行使职权时有下列侵犯财产权情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：①违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的。②违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的。③违反国家规定征收财物、摊派费用的。④造成损害的其他情形。

5.4.1 赔偿请求人

在行政赔偿中，存在两方当事人，一方为受到行政机关及其工作人员违法侵害的赔偿请求人；另一方为承担赔偿责任的行政机关。行政赔偿请求人是指因行政机关及其工作人员违法执行职务而遭受损害，有权请求国家予以赔偿的人。赔偿请求人既可以是公民，也可以是法人或者其他组织。

行政赔偿中，有权提出赔偿请求的法人有以下几种：①受到行政侵权的法人或者其他组织。②受害的法人或其他组织终止，承受其权利的法人或其他组织有权要求赔偿。但是下列情形不发生赔偿请求权转移：①法人或其他组织被行政机关吊销许可证或执照，但该法人或组织仍有权以自己的名义提出赔偿请求，不发生请求权转移的问题。②法人或其他组织破产，也不发生赔偿请求权转移的问题。破产程序尚未终结时，破产企业仍有权就此

前的行政侵权损害取得国家赔偿。③法人或其他组织被主管行政机关决定撤销，也不发生赔偿请求权转移问题。

5.4.2 行政赔偿机关

依法履行赔偿义务、接受赔偿请求、支付赔偿费用、参加赔偿诉讼程序的行政机关。

有以下几种：①行政机关为赔偿义务机关。行政机关和行政机关工作人员在行使职权时侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，该行政机关或工作人员所在的行政机关为赔偿义务机关。②共同赔偿行政机关，两个以上行政机关共同实施违法行政行为造成损害的，应由该两个以上行政机关为共同赔偿义务机关，承担连带赔偿责任，共同赔偿义务机关之间的责任是连带责任，即受害人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个提出赔偿请求，该机关必须单独与其他赔偿义务机关共同支付赔偿费用，承担赔偿责任。一个机关履行了赔偿义务并不免除其他赔偿义务机关的义务。所谓共同行使职权，就是两个以上行政机关分别就各自名义对同一对象做出某种行为。③法律、法规授权的组织为赔偿义务机关。法律、法规授权的组织在行使被授予的行政职权时，侵犯公民、法人或其他组织合法权益造成损害的，该法律、法规授权的组织为赔偿义务机关。我国除各级人民政府及其所属行政部门行使行政权力外，还有一部分由法律、法规授权的具有公共事务管理职能的企事业单位也行使行政职权。如卫生防疫站、烟草公司、盐业公司等根据法律、法规授权可以行使行政职权，这些组织的行为侵犯公民、法人或其他组

织合法权益的，国家应当负责赔偿。④委托机关为赔偿义务机关。行政机关出于工作需要，有时依照法律、法规和规章将自己的职权委托给其他行政机关或社会组织去行使，如公安机关委托居委会维护交通秩序等。接受委托的行政机关行使行政职权时，享有与行政机关同样的权力，其行为与行政行为有同样的法律后果。但受委托的组织行使职权的范围是由行政机关决定的，是以行政机关的名义行使的，产生的法律责任当然由委托机关承担。因此，当行政机关委托其他组织行使职权引起赔偿责任时，应由委托的机关承担法律责任，充当赔偿义务机关。即使受委托的组织超越了委托权限，违法滥用该委托权力，委托机关仍然应承担引起的法律责任。

⑤经行政复议后的赔偿义务机关。经复议的案件，由最初做出具体行政行为的行政机关为赔偿义务机关。但是复议机关的复议决定加重损害的，复议机关对加重部分履行赔偿义务。

⑥行政赔偿义务机关被撤后的责任承担。行政机关实施侵权行为给他人造成损害后又被撤销的，一般由继续行使职权的行政机关为赔偿义务机关。如果没有继续行使其职权的行政机关，撤销该赔偿义务机关的行政机关为赔偿义务机关。行政赔偿义务机关被撤销一般有两种情形：一是受害人提出赔偿请求，赔偿义务机关尚未做出最终裁决时，该赔偿义务机关被撤销；二是受害人已向法院提起行政诉讼后，赔偿义务机关被撤销。前一种情形下，由继续行使其职权的行政机关为赔偿义务机关；在后一种情形下，受害人应以赔偿义务机关被撤销后继续行使职权的行政机关为被告，如果没有继续行使职权的行政机关，则应以撤销赔偿义务机关的行政机关

为被告。

5.4.3 行政赔偿程序

我国的行政赔偿分为两种途径：一种是单独就赔偿问题向行政机关及人民法院提出；另一种是在行政复议、行政诉讼中一并提出。受害人单独提起行政赔偿请求的，应当首先向赔偿义务机关提出，在赔偿义务机关不予赔偿或赔偿请求人对数额有异议的，赔偿请求人可以向上级机关申请复议或直接向法院提起诉讼。这种赔偿程序要求赔偿请求人必须首先向赔偿义务机关提出。受害人一方一并提出行政赔偿请求，是指请求人在申请行政复议、提起行政诉中一并提出赔偿请求，其特点是将确认行政行为违法同要求赔偿二项请求一并提出，并要求并案审理。复议机关或人民法院通常先确认行政行为的合法性，然后再决定是否赔偿。

《国家赔偿法》规定，请求人根据受到的不同损害，可以同时提出数项赔偿请求。但应当说明的是，这些损失只是直接损失，而不包括间接损失。

5.4.4 行政赔偿时效

行政赔偿义务机关应当自收到申请书之后，经审查认为赔偿申请符合条件的，应当通知请求人，并在2个月内做出处理决定。逾期不予赔偿或者赔偿请求人对赔偿数额有异议的，请求人自期间届满之日起3个月内向人民法院提起诉讼。赔偿请求人应严格遵守以上时间的限制，否则将丧失要求人民法院给予保护的权力。