

第一篇 经济法总论

第一章 经济法基础理论

学习目标

1. 掌握经济法的概念、调整对象以及经济法律关系的构成要素;掌握法律行为、代理制度;
2. 了解经济法的产生和发展、经济法的渊源等基础知识;
3. 明确法的定义、特征、本质以及社会主义法的本质、特征和社会主义法的体系。

第一节 法的基础知识

一、法的定义、特征和本质

(一) 法的定义

法是由国家制定或认可,并由国家强制力保证实施的行为规范体系,它通过规定权利和义务来规范人们的行为,从而确认、保证和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。“法律”一词通常有广义和狭义之分。广义的法律是指法的整体,是抽象意义的,包括由国家制定的宪法、法律、行政法规、行政规章等规范性法律文件和国家认可的政策、判例、习惯等。狭义的法律是具体意义上的,指有立法权的国家机关依照立法程序制定的规范性法律文件。中国仅指全国人大制定的基本法律和全国人大常委会制定的除基本法律以外的其他法律。

(二) 法的特征

法是作为一种社会规范,一种社会规则,与其他社会规则相比较,法具有以下一些基本特征:

1. 法是一种特殊的社会规范

人类社会的存在和正常发展离不开各种各样的行为规范。法作为一种特殊的社会规范,具有规范性、概括性和可预测性等特点。法律规定了人们的行为模式,从而成为评价人们行为合法不合法的标准。

2. 法具有国家意志性

法是由国家制定或者认可的,体现了国家的意志。

3. 法以权利义务调节人们的行为

法的核心内容在于通过规定人们在一定社会关系中的权利和义务来确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。

4. 法具有国家强制性

法作为一种特殊的社会规范,它是由国家权力的力量即国家强制力来保证实施的,而且这种强制力具有普遍性。

(三) 法律本质

法律现象是法律的外部联系,是法律本质的外部表现,它是表面的、浅层的、相对易变的,是人们通过感官就可以感知的。

法律本质是法律的内在联系,是法律区别于其他社会规范的根本属性。马克思主义法理学认为,法律本质可以概括为以下三个层次的属性:

(1) 国家意志性。从初级本质上看,法律有国家意志性,即法律是国家意志的表现,表现为国家创制和国家强制力保证实施。

(2) 阶级性。从二级本质上看,法律有阶级性,即法律是统治阶级意志的体现。(个人意志—阶级意志—国家意志—社会共同意志)。

(3) 物质制约性。从终极本质上看,法律有物质制约性,即法律所体现的统治阶级意志的内容是由该阶级的物质生活条件所决定的。

法律本质是由三个层次的属性所构成的有机整体。法律物质制约性表明法在社会结构中处于上层建筑领域;法律阶级性表明法律是统治阶级意志的体现;法律国家意志性表明法律是被上升为国家意志的统治阶级意志。在认识法律本质时,必须始终把握住法律本质的多层次性。

二、法律规范、法律责任与制裁

(一) 法律规范的概念和结构

1. 法律规范的概念

法律规范(法律规则)是指由国家制定或认可,并由国家强制力保证实施的行为规则,它是一种特殊的社会规范。

2. 法律规范与其他社会规范的关系

法律规范与其他社会规范的共同性有:

(1) 抽象性。法律规范调整的对象是抽象的人。

(2) 一般性。(或称概括性)法律规范调整的社会关系具有典型的意义。

(3) 反复适用性。法律规范能针对同类调整对象反复适用。

法律规范与其他社会规范的区别:法律规范具有国家意志性;法律规范具有国家强制性;法律规范具有普遍约束力;法律规范具有特殊的逻辑结构和内容。

3. 法律规范的结构要素

法律规范的逻辑结构包括三个组成要素,即适用条件,行为模式和法律后果。

适用条件,是指法律规范中规定的适用该规范的条件和情况。即在一定范围内,具备

一定条件时,该法律规范才对人的行为产生效力,是正确适用法律规则的前提和条件。

行为模式,是行为规则本身,是指法律规范中具体规定的人们的行为规则。它包括可以做什么(可为),应该做什么(应为),不得做什么(勿为)三种模式。行为模式是法律规范中的主体部分和核心内容,也就是法律权利和义务的具体表现。

法律后果,是指法律规范中规定的遵守或违反该规范的行为模式所引起的法律后果。它包括肯定性法律后果和否定性法律后果。

(二) 法律责任与法律制裁

1. 法律责任的概念

法律责任是指违法行为和法律制裁相联系的法律后果,即违法者对自己违法行为必须承担的责任,本节所讲的法律责任是狭义的法律责任。

法律责任与其他社会责任,如政治责任、道义责任等,有原则的区别。其特点在于:

- (1) 法律责任与违法有密不可分的联系,违法是承担法律责任的根据。
- (2) 法律责任是由法律规定的。法律责任的大小、范围、期限、性质,都是由法律明确规定的。
- (3) 法律责任的认定和追究必须由国家专门机关通过法定程序来进行,其他组织和个人无此项权力。
- (4) 法律责任的承担以国家强制力作保证。

2. 法律责任的种类

依据不同的标准,从不同的角度,可以对法律责任做不同的分类。其中最主要、最基本的分类是根据违法行为的不同性质区分的。具体分为以下几种不同性质的法律责任。

(1) 违宪责任。违宪责任是指由于违宪行为而必须承担的法律责任。违宪责任是法律责任中最为特殊的一种,其特殊性主要表现为政治上的、领导上的责任。它的责任主体、追究和责任实现形式也是特殊的。

(2) 刑事责任。刑事责任是指由于刑事犯罪行为而承担的法律责任。刑事责任是所有法律责任中性质最为严重、制裁最为严厉的一种。刑事责任主要是人身责任,刑事责任的主体主要是公民,但也可以是法人。

(3) 民事责任。民事责任是指由于民事违法行为而承担的法律责任,民事责任主要表现为一种财产上的责任。民事责任的主体主要是公民或法人。

(4) 行政责任。行政责任指由于行政违法行为而承担的法律责任。行政责任的主体比较广泛,除了国家机关和国家公务人员之外,还可以是普通公民或其他组织、团体。

3. 法律制裁

(1) 法律制裁的概念。法律制裁是指国家专门机关对违法者依其所应承担的法律责任而实施的强制性惩罚措施。

法律制裁与法律责任有逻辑上的联系。违法行为必须承担法律责任,而追究法律责任,一般都必须实施法律制裁。

法律制裁的目的是:恢复被破坏的法律秩序;教育违法者本人;保护现行的社会制度和社会秩序。

(2) 法律制裁种类。根据违法行为和法律责任的性质不同,法律制裁可以分为违宪制裁、刑事制裁、民事制裁、行政制裁。

违宪制裁是对违宪行为的制裁。制裁的措施有:撤销同宪法相抵触的法律、行政法规、地方性法规,罢免国家机关的领导成员。

刑事制裁,也称刑罚,是人民法院对于犯罪行为实施的惩罚措施。刑罚是最严厉的一种法律制裁,包括主刑和附加刑。主刑有管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑,附加刑有罚金、剥夺政治权利和没收财产。

民事制裁是人民法院对民事违法行为实施的强制性惩罚措施。民事制裁的形式是多种多样的,主要包括:停止侵害、排除妨碍、消除危险;返还财产;恢复原状;修理、重作、更换;赔偿损失;支付违约金;消除影响,恢复名誉;赔礼道歉等。此外,还可处以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得等。

行政制裁是国家行政机关对违法行为所实施的强制性惩罚措施。行政制裁分为行政处分、行政处罚和劳动教养三种。行政处分主要有警告、记过、记大过、降职、撤职、留用察看、开除等形式。行政处罚有警告、罚款、拘留等。劳动教养是由专门的行政机关对违反行政法规定、破坏社会秩序而尚不构成犯罪的违法行为所实施的惩罚措施。

三、中国社会主义法

(一) 中国社会主义法的本质

1. 法是工人阶级领导的广大人民的共同意志

中国宪法第一条就明确规定:中华人民共和国是工人阶级领导的,以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。与此相适应,社会主义法的本质同社会主义国家本质一样,都是阶级统治的工具,具有鲜明的阶级性,是工人阶级和广大人民共同意志的体现。

2. 法是上升为国家意志的以工人阶级为领导的广大人民的共同意志

马克思主义认为,法的本质是国家意志,同样,社会主义法也是社会主义的国家意志。社会主义国家的性质决定了要把工人阶级和以工农联盟为基础的广大人民的共同意志上升为国家意志,成为人人必须遵守的行为规范,即社会主义的法。

3. 法的内容是由工人阶级和广大人民群众的物质生活条件决定的

社会主义法是建立在社会主义经济基础之上的上层建筑,它必然反映自己的经济基础,受自己经济基础的制约并为之服务。因此,社会主义法的内容,是由工人阶级和广大人民群众的物质生活条件决定的。

(二) 中国社会主义法的特征

中国社会主义法,既具有法的一般特征,也具有一切剥削阶级类型的法所不具有的新特征。

1. 中国社会主义法体现了社会主义原则、人民民主原则、民族平等原则、权利和义务一致性原则

(1) 中国社会主义法体现了社会主义原则。社会主义社会的性质和基本特征决定了社会主义法的性质,它必然与社会主义经济、政治制度相适应并为之服务。“社会主义

法”,顾名思义就是社会主义性质的法。因此,中国社会主义法必然要体现社会主义原则。

(2) 中国社会主义法体现了人民民主原则。

(3) 中国社会主义法体现了民族平等的原则。

(4) 中国社会主义法体现了权利义务一致性原则。

2. 中国社会主义法是由国家强制力和广大人民自觉遵守相结合来保障实施的

众所周知,法是由国家强制力保证其实施的。由于国家的阶级本质不同,法的国家强制性在性质上就迥然有别。中国是人民民主专政的国家,在人民内部实行民主,对敌人实行专政。因此,社会主义强制的锋芒是针对极少数敌视和破坏社会主义的敌对分子以及严重危害社会治安的刑事犯罪分子的。

(三) 中国社会主义的法律体系

法律体系是指一国现在全部的现行法律规范划分为各种法律部门,并由各部门法按照一定的逻辑所组成的、互相协调一致的有机统一体。其中的法律部门主要是以法律规范所调整的社会关系为标准。据此将中国法律划分为若干部门,并由这些部门法组成中国的法律体系。这些部门法主要有:

1. 宪法法律部门

宪法是国家根本大法,规定了国家的根本任务和各种根本制度,以及公民的基本权利和义务,在中国法律体系中居于中心和主导地位。其包括《中华人民共和国宪法》及其修正案;国家机关组织法,如全国人民代表大会组织法、国务院组织法、人民法院组织法、人民检察院组织法等;国家权力机关议事规则及人民代表法;选举法;民族区域自治法;特别行政区基本法;立法法;国籍法等。

2. 行政法律部门

行政法律部门是指有关调整国家行政管理活动中形成的社会关系的法律规范的总称。主要包括国务院制定的有关一般行政管理的行政法规,全国人大及其常委会制定的有关行政管理的法律或地方国家机关制定的有关行政管理的地方性法规。行政法律部门没有行政法典,而多是单行法律、法规,如行政处罚法、治安管理处罚法等。

3. 民商法律部门

民商法律部门是指调整平等主体的公民与公民之间、法人与法人之间、公民与法人之间财产关系和人身关系以及商事关系的法律规范的总称。许多国家有较为完整的民法典和商法典作为民商法律部门的轴心法律规范。中国目前尚无完整的民法典或商法典,而只有《中华人民共和国民法通则》作为民商法律部门的轴心法律规范,其余则是单行民商事法律法规,主要有侵权责任法、物权法、合同法、婚姻法、继承法、公司法、专利法、著作权法、商标法、保险法、证券法、海商法、票据法等。

4. 经济法律部门

经济法是调整国家在干预经济活动中发生的各种社会关系的法律规范的总称。目前,各国法律部门并没有统一的经济法典,而多是单行法律法规呈现。中国经济法主要包括消费者权益保护法、产品质量法、税法、金融法律法规、财政法律法规、环境保护法律法规、资源法律法规等。

5. 刑法法律部门

刑法是关于犯罪和刑罚的法律规范的总称。适用于那些实施了具有社会危害性、已经触犯了刑事法律规范的行为的犯罪人,调整方法是最严厉的一种法律制裁方法即刑罚的方法。刑法法律部门主要包括《中华人民共和国刑法》及其修正案等。

6. 诉讼法律部门

诉讼法律部门是指有关诉讼程序的法律规范的总称,主要包括民事诉讼法、行政诉讼法、刑事诉讼法等。

7. 军事法律部门

军事法律部门是指关于军事管理和国防建设方面的法律规范的总称,主要包括军事设施保护法、现役军官法、兵役法、预备役军官法、中国人民解放军军官军衔条例、中国人民解放军军事训练条例,等等。

(四) 社会主义法的功能和作用

1. 社会主义法的功能

(1) 指引功能。法的指引功能是指法为人们的行为提供一个模式、标准和方向,将人们的行为导向合法轨道,主要有授权性、命令性、禁止性指引三种行为模式,是对本人行为的指引。

(2) 评价功能。法的评价功能是指法作为人们的行为准则,为判断、衡量人们行为是否合法提供了标准和尺度,是对他人行为的评价。

(3) 教育功能。法的教育功能是指法在调整人们的行为时,以一种精神力量直接或间接地影响人们的政治、法律、道德、文化等观念,是对一般人的教育。

(4) 预测功能。法的预测功能是指人们通过法可能预见自己或他人行为将会带来何种法律后果,是对人们的相互行为进行预测。

(5) 强制功能。法的强制功能是指法具有国家强制性,其内容含有国家权威性的命令,对违法犯罪行为给予制裁、惩罚和警戒,是对违法犯罪分子实行强制。

2. 社会主义法的作用

(1) 促进和保障社会主义物质文明建设。中国法律促进和保障生产力特别是先进生产力的解放和发展;促进和保障社会主义的基本经济制度和分配制度的运行;促进和保障社会主义市场经济体制的建立和完善;促进和保障社会主义经济体制改革的顺利进行。

(2) 社会主义法促进和保障社会主义政治文明建设。中国法律促进和保障人民当家做主的地位;法律是正确处理人民内部纠纷的重要工具;法律是实行对敌人专政,打击各种刑事犯罪的有力武器。

(3) 社会主义法促进和保障社会主义精神文明建设。中国社会主义法保障和促进中国特色社会主义科学文化教育事业的发展;为进行思想道德建设提供了重要手段。

(4) 社会主义法促进和保障对外经济、政治、文化关系的发展。中国法律不仅执行着广泛的对内职能,而且执行着广泛的对外职能,在促进和保障对外经济交流与合作、对外政治关系对外文化交流中,也发挥着重要作用。

第二节 经济法概述

一、经济法的概念和特征

(一) 经济法的概念

经济法指在调整经济管理和经济协作过程中产生的经济关系的法律规范的总称。经济法的产生源于国家对经济运行管理和协调的必要性,它通过确立国家管理、协调经济运行方式促进了生产力的发展,为社会的发展尤其是经济的发展作出了巨大贡献。

(二) 经济法的特征

经济法具有一般法律的基本特征,即国家意志性、特殊的规范性和应有的强制性。经济法与其他法律相比较,又有自己的一些特点,具体表现在以下几个方面。

1. 综合性

经济法的综合性表明其不限于单一的范围,主要表现在:

(1) 在调整手段上,经济法将各种法律调整手段有机地结合起来对经济关系进行综合调整,这主要表现在经济法往往运用民事的、行政的、刑事的、程序的、专业及技术的等手段作用于某一经济领域,以达到维护社会经济秩序的目的。

(2) 在规范构成上,经济法既有高阶层法律,也有低阶层的法令、条例、细则和办法;既有实体法规范,又有程序法规范;既包括强制性规范和任意性规范,又包括指导性规范和诱导性规范。

(3) 在调整范围上,既包括宏观经济领域的管理和调控关系,也包括微观经济领域的管理和协作关系。

2. 经济性

经济法经济性的重要表现是经济法往往把经济制度、经济活动的内容和要求直接规定为法律。此外,经济法反映了经济生活的基本经济规律,受经济基础的决定和制约。再之,经济法调整手段主要是经济手段,这与行政、刑事手段不同。

3. 行政主导性

作为国家特殊意志在法律上反映,经济法更浓重地体现了法的强制性、授权性、指导性的色彩,并多以限制或禁止性规定来规范主体的作为或不作为,还常以奖励与惩罚并用的方法来促进主体的行为符合社会经济利益的整体需要。这与民法规范不同。

4. 政策性

经济法具有显著的政策性特征,这主要表现在经济法随时根据国家意志的需要赋予政策以法的效力,并根据政策的变化而变化,在经济法的执法和司法力度方面,也无不受政策的影响。

二、经济法的调整对象

经济法所调整的是特定的经济关系,是国家在宏观调控和协调社会经济运行中发生的经济关系。具体有以下几种关系。

(1) 经济管理关系,它是指各级国家机关之间,国家机关与经济组织、公民之间在国民经济管理活动中产生的经济关系。

(2) 经济协作关系,它是指法人、其他经济组织以及公民相互之间在经济往来中产生的经济关系。

(3) 市场经济主体在内部经济管理中产生的经济关系,它是指企业、其他经济组织在内部经济管理中产生的经济关系。这种经济关系一方面是经济组织内部机构相互之间的组织管理关系,另一方面是经济组织内部贯彻实行经济责任制过程中产生的经济管理和经济协作关系。

(4) 涉外经济关系,包括涉外经济管理关系和涉外经济协作关系。经济管理关系和经济协作关系既相互区别又相互联系,由中国经济法统一地、综合地进行调整。经济法调整经济管理关系和经济协作关系的统一性和综合性,在关系国计民生的行业中,在地区、行业的经济协调中表现得尤为明显。

三、经济法的基本原则

经济法的基本原则是指由经济法的本质所决定的,贯穿于经济法始终的、在管理和协调经济运行中必须遵循的根本准则。

(一) 国家适度干预原则

国家适度干预原则,是体现经济法突出特征的原则。经济法是为了适应国家对社会经济的干预产生的一种法律形式。国家的干预要适度,绝不可以过于强硬或干预过多。市场经济主要是由价值规律、供求规律和竞争规律决定的。充分发挥市场机制的作用是必然的。但是由于市场调节不可避免的滞后性与盲目性,国家干预成为对经济稳定与发展的一种必不可少的调节方式。但国家对经济的干预是适度调节,主要是从宏观上对市场主体的市场行为进行指导、扶持与约束,国家对经济的干预要同时体现国家协调、促进经济发展的重要功能。

(二) 市场主体独立平等原则

市场经济的本质要求是交易自由、竞争自由。这就要求法律必须赋予市场以独立的主体资格,为实现交易自由创造最基本的条件。在此基础上,法律必须承认这些独立的市场主体在法律上一律平等,一概受到法律的同等保护,他们在交易关系中应共同遵循平等、自愿、公平、等价有偿和诚实信用等准则,任何主体都不能享有特殊的权利和承担额外的义务。

(三) 维护公平竞争原则

竞争是市场机制的灵魂,公平竞争是市场经济健康发展的基本要求。发展市场经济必须维护公平竞争。维护公平竞争原则的基本要求是:营造并维护一个平等、公正统一和有序的外部竞争环境;保护和促进市场主体之间的公平的、有效的自由竞争,以维护市场经济的活力和有效运行;对妨碍公平竞争的垄断行为、限制竞争行为和不正当竞争行为予以制止和制裁;对竞争进行适度控制,以防止过度竞争所带来的消极后果发生;弘扬优良商业道德,树立威信、公平的基本理念,要求市场主体在不损害其他竞争者、不损害社会公共利益和市场道德秩序的前提下追求利润的最大化。

（四）平衡协调原则

平衡协调原则是由经济法的社会性和公私交融性所决定的一项普遍原则,是不同社会经济体制的经济法所共同遵循的一项主导性原则。作为现代新兴法律部门的经济法,已经不再是国家与私人极端对立之下维护任何一方利益的工具。通过经济法的平衡协调原则,使社会整体利益与个体利益之间得以协调,维护国家利益、社会利益和个体利益之间的公正合理的平衡,最终创造一个能使自由市场机制和民法得以充分发挥作用的外部环境。

四、经济法的渊源

经济法的渊源,亦称经济法的形式,是指经济法的存在或表现形式。经济法一般没有法典这一法律表现形式。

（一）宪法

宪法是由国家最高权力机关(全国人民代表大会)制定的根本大法,具有最高的法律地位和法律效力,其制定和修改程序与一般的法律均有所不同。其他任何部门制定的法律、法规都不得与宪法相抵触。

（二）法律

法律是由国家最高权力机关及其常设机构(全国人大及常委会)制定、颁布的规范性文件(狭义法律),法律的地位和效力低于宪法,高于其他国家机关制定的各种规范性文件。

（三）行政法规

行政法规是由国家最高行政机关(国务院)制定、颁布的规范性文件。行政法规的法律地位低于法律,高于地方各级权力机关和行政机关制定、发布的各种规范性文件。

（四）地方性法规

地方性法规是由省、自治区、直辖市及省、自治区政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的权力机关根据本行政区域内的具体情况和实际需求,在法定权限内所制定、发布,并报全国人大常委会或国务院备案的规范性文件。地方性法规只在本行政区域内有效,而且不能与宪法、法律和行政法规相抵触。

（五）规章

规章主要指国务院组成部门及直属机构,省、自治区、直辖市人民政府及省、自治区政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府,在它们的职权范围内,为执行法律、法规,需要制定的事项或属于本行政区域的具体行政管理事项而制定的规范性文件。规章因级别不同效力等级也不同。

（六）国际条约或协定

国际条约或协定是指中国作为国际法主体同外国或地区缔结的双边、多边协议和其他具有条约、协定性质的文件。

五、经济法的体系

经济法体系是由经济法律、法规按一定逻辑关系建立起来的各个经济法部门所组成的有机联系的统一整体,与经济法的调整对象相适应的经济法的体系如下:

(一) 市场主体法

市场主体主要指在市场上从事直接和间接交易活动的经济组织。市场主体是构成一国国民经济体系的最基础的环节。国家对经济进行干预,首先须对市场主体的入市资格进行法律上的确认。由于中国关于市场主体方面的立法正在调整之中,公司法与企业法并存。公司法强调以责任形式认识经济组织,而企业法则强调以企业资产所有制来认识企业。由此,市场主体法律便包括:企业法、国有企业法、个人独资企业法、合伙企业法、公司法、外商投资企业法、破产法等。

(二) 市场运行规制法

维护公平竞争是国家协调发展经济活动的重要方面。这一关系是指国家为了维持市场经济的正常运行和保持其活力,采取相应的措施维护、促进或限制竞争的过程中形成的社会经济关系。垄断和不正当竞争是妨碍市场经济发展的大敌,这就必须通过制定经济法规对市场经济关系加以协调,以完善市场规则,维护自由竞争的经济秩序。这方面的法律包括:物权法、合同法、担保法、反不正当竞争法、反垄断法、产品质量法、消费者权益保护法、价格法、商标法、著作权法、专利法等。

(三) 宏观调控法

宏观调控,是指国家为了实现经济总量的基本平衡,促进经济结构的优化,引导国民经济持续、快速、健康发展,对国民经济总体活动进行的调节和控制。宏观调控立法有助于发挥其宏观性、整体性优势,克服市场缺陷,防止并消除经济总量的失衡和经济结构的失调,优化资源配置,促进经济个体与社会整体共同发展。这部分的法律包括:财政法、税收法、银行法、票据法、证券法、外汇管理法、会计法、环境法、对外贸易法等。

(四) 劳动和社会保障法

劳动关系和社会保障关系是经济法调整的重要内容。社会主义法律保障劳动者的合法权益,调动广大劳动者的积极性,为社会主义建设服务。同时,通过法律对社会资源进行合理的再分配,以保障低收入阶层及老、弱、病、残者得到社会的救助,保障社会成员的基本生活权利,维护社会的稳定。这方面的法律法规包括劳动法、劳动合同法、工会法、失业保险条例、社会保险费征缴暂行条例、妇女权益保障法、残疾人权益保障法等。

第三节 经济法律关系

一、经济法律关系的概念

经济法律关系是法律关系的一种表现形式。为了更好地理解经济法律关系,这里先介绍一下法律关系。

(一) 法律关系概念与基本特征

法律关系是指法律规范在调整人们行为过程中形成的权利义务关系。即法律关系是指社会关系被法律规范调整之后所形成的权利和义务关系。其构成要素包括法律关系的主体、法律关系的内容、法律关系的客体。其与其他社会关系相比较,具有以下特征:

(1) 法律关系是一种意志关系,属上层建筑范畴。这里的意志是指国家的意志和行

为人的意志,法律关系是反映统治者意志及行为人意志而形成的关系。

(2) 法律关系是由法律规定和调整的关系。法律关系的产生、变更和消灭是以得到法律认可为前提的,因而法律规范是法律关系存废的前提条件。

(3) 法律关系是以权利义务为内容的关系。法律规定和调整人们的行为是通过界定行为人的权利义务得以实现的,因而,没有权利义务的法律关系是不存在的。

(4) 法律关系是受国家强制力保证实施的关系。法律规范是由国家强制力保证实施的行为规范,故由此而形成的关系就受国家强制力的保护。

在法律关系中,由于其反映的物质社会关系的不同,从而会形成不同的法律关系。以调整平等主体之间的财产关系和人身非财产关系而形成的法律关系,称为民事法律关系;调整婚姻家庭关系而形成的法律关系,称为婚姻家庭法律关系;以调整行政管理关系而形成的法律关系,称为行政法律关系;以调整刑事犯罪与惩罚关系而形成的法律关系,称为刑事法律关系;以调整经济管理与协调关系而形成的法律关系,称为经济法律关系等。

(二) 经济法律关系

经济法律关系是指经济法主体在进行经济管理和经济活动过程中所形成的,由经济法加以确认的经济权利和经济义务关系。

(1) 经济法律关系是在经济领域中发生的意志关系,属于上层建筑。经济法律关系产生于经济领域,这一关系体现的是国家意志和当事人意志,而后者必须以前者为依据,不能违背前者的基本内容,与此同时,后者又是前者的归宿,即国家意志最终是靠当事人意志来实现调整经济关系的目的,没有当事人意志,经济法律关系既不能形成,也不可能实现。

(2) 经济法律关系是以经济法律规范的存在为前提的。由于经济法规是经济法律关系产生和其内容得以实现的前提,因而,没有经济法规的具体规定,该法律关系不能产生,其内容亦无法实现。从此意义而言,经济法律关系也是经济法规调整经济关系的必然结果。

(3) 经济法律关系是主体之间具有经济内容的权利义务关系。权利义务是法律关系的核心理,法律确认某一法律关系的目的是依靠确认权利义务来实现的。经济法律关系所体现的权利义务则具有经济内容,即是为了完成一定的经济任务和实现一定的经济目的。权利义务关系的确定是经济法律关系形成的标志,其变更也是经济法律关系变更的依据,其实现也是当事人参与经济法律关系的根本目的。

(4) 经济法律关系是由国家强制力保证实施的权利义务关系。经济法律关系的权利义务一旦形成,即受国家强制力保护,任何一方当事人都不得违背。如果某一方不履行经济法律关系确定的义务,将会受到法律的追究,任何一方的权利受到侵害,都可请求法律的保护。

任何经济法律关系都具有3个基本构成要素,即主体、内容和客体。这3个要素缺一不可,其中任何一项内容发生变更,都可能会引起经济法律关系的变更。

二、经济法律关系的构成

(一) 经济法律关系主体

1. 概念

经济法律关系的主体是指在经济管理、协调过程中依法独立享受一定权利和承担一

定义义务的当事人。享有一定权利的当事人叫作权利主体,承担一定义务的当事人则称为义务主体。但双方当事人在许多情况下既享受经济权利又承担经济义务。

经济法律关系主体有以下特点:能够以自己名义独立地参加经济法律关系;是经济法律关系中权利和义务的担当者;能够独立地承担经济法律责任。

2. 资格

经济法律关系的主体必须具备一定的主体资格。只有具有法律关系主体资格的当事人,才能参与经济法律关系,享受一定权利和承担一定义务。经济法律关系的主体资格的认可,一般用法律规定一定条件或规定一定程序成立的方式予以确认,包括:依照宪法和法律由国家各级权力机关批准成立;依照法律和法规由国家各级行政机关批准成立;依照法律、法规或章程由经济组织自身批准成立;依照法律由主体自己向国家有关机关申请并经核准登记而成立;由法律、法规直接赋予一定身份而成立等各种情形。

3. 范围

经济法律关系主体范围是由经济法调整的对象范围决定的。由于经济法调整对象范围的广泛性,这一主体范围十分广泛,其大致可分为以下两大类。

(1) 经济管理主体。经济管理主体主要是国务院及其承担经济管理职能的部、委、局、会、行和地方及其相应机构,也包括各级权力机关,以及由国家和法律授权而承担某种经济管理职能的其他组织等。主要有三类:一是综合管理机关,主要负责对国民经济进行宏观调控;二是行业管理部门,负责对国民经济特定部门、行业进行管理;三是专门职能部门,如国家工商行政管理局、国家税务总局等。

(2) 经济活动的主体。经济活动主体是指依据民法、经济法、行政法以及其他法律、法规设立,从事经济活动的组织和个人。这类主体主要包括:各类企业、事业单位、社会团体、农村承包经营户、个体工商户、公民个人。此外,经济组织的内部机构,虽不具有独立法律人格,但在一定条件下也是经济法律关系的主体,如担负企业一定生产经营职能的分支机构、职能科室和基层业务活动的组织等,依法与企业订立承包租赁等责任制合同;分公司、分店等依法作为纳税人参加税收法律等。

在某些情况下,国家也可以作为经济法的主体参与经济法律关系。如发行国债,以政府名义与外国签订经济贸易协定等。

(二) 经济法律关系的内容

经济法律关系的内容是指经济法律关系主体享有的权利和承担的义务。这是经济法律关系的核心,直接体现了经济法主体的利益和要求,因而,没有权利和义务的经济法律关系是不存在的。

1. 权利

权利是指经济法律关系的主体依法具有的为自己为一定行为或不为一定行为和要求他人作为一定行为或不作为一定行为的资格。它包括以下几个方面的含义。

(1) 经济法律关系的主体在法定范围内依照自己的利益需要,根据自己的意志实施一定的经济行为。这一行为包括作为和不作为,前者指按其意志进行某种行为,后者则是依其意志不进行某种行为。

(2) 经济法律关系的主体有权依法要求负有义务的人作出或不作出一定的行为,以

实现自己的利益。如:税务机关有权要求纳税人依法纳税;消费者有权要求商户提供符合产品质量要求的产品等。

(3) 经济法律关系的主体在其合法权利受到侵害或不能实现时,有权依法请求国家机关给予强制力保护。

权利本质在于满足经济法律关系主体的经济利益。经济法律关系主体通过权利的行使,在实现自身利益的过程中,同时也实现了国家利益和社会利益。因此,经济利益是权利的实质和核心内容。经济法赋予经济法律关系主体一定的权利,就意味着经济法律关系主体获得了实现经济利益的自由。

2. 义务

义务是指经济法律关系主体为了满足特定的权利主体的权利,在法律规定的范围内必须实施或不实施某种经济行为。这是以相对权利而存在的,是法律对经济法律关系主体行为的限制和约束。它包括以下三个方面的含义。

(1) 义务主体必须作出或者不作出一定行为。这一行为的目的在于满足权利主体的利益需要。

(2) 义务主体实施的义务行为是在法定的范围内进行的。超越法律规定的限度,义务主体则不受限制和约束。

(3) 义务主体不依法履行义务,就应承担相应的法律责任,受到法律的制裁。

(三) 经济法律关系客体

经济法律关系的客体是指经济法律关系的主体享有权利和承担义务所共同指向的对象。客体是确立权利义务关系性质和具体内容的依据,也是确定权利是否行使、义务是否履行的客观标准。如果没有客体,权利义务就失去了依附的目标和载体,也不可能发生权利义务。因此,客体是经济法律关系不可缺少的要素之一。

1. 物

这是指可以为人们控制或支配,有一定经济价值并以物质形态表现出来的物体。有些物不能为人所控制或支配,或即使可为人们控制或支配,但无一定经济价值的物,都不能作为经济法律关系的客体。从法的角度来看,物亦可作多种划分,如:生产资料和生活资料;流通物与限制流通物;特定物和种类物;有形物与无形物;主物与从物等。

2. 行为

这是指经济法律关系的主体为达到一定经济目的所进行的行为。它包括经济管理行为、完成一定工作的行为和提供一定劳务的行为。

3. 智力成果

这是指人们创造的能够带来经济价值的创造性脑力劳动成果,如专利权、专有技术、著作权等。随着社会进步和科学技术的发展,智力成果在社会财富中将日益重要,其成为经济法律关系的客体也是一种必然。

4. 经济权利

经济权利本是经济法律关系的内容,但是,当某种权利成为另一权利的对象时,该权利就成为客体的组成部分。如土地使用权的客体是土地,但是,当土地使用权在土地出让和转让法律关系中成为这一法律关系指向的对象时,土地使用权就构成该法律关系的客体。

第四节 法律行为与代理

一、法律行为

(一) 法律行为的概念和特征

法律行为是一个民法上的概念,但现在被广泛用于法理学和其他法律学科,并被赋予不同的含义,这里所述的法律行为是指民事法律行为,即指以意思表示为要素,设立、变更或终止权利义务的合法行为。其具有以下特征:

(1) 以意思表示为要素。意思表示指行为人将进行法律行为,达到某种预期法律后果的内在意思表现于外的行为。意思表示是法律行为的核心,也是法律行为与非表意行为,如事实行为等相区别的重要标志。

(2) 以设立、变更或终止权利义务为目的。法律行为是行为人的自觉自愿行为,而非受胁迫、受欺诈的行为,否则,就达不到行为人的目的。侵权行为往往也会导致一定的法律后果,却是与行为人的预期目的相悖的。

(3) 是一种合法行为。中国法律确认法律行为的合法性的意义在于,通过建立法律行为的行为模式,以指导人们何可为何不可为,何为法律认同何不为法律认同,从而达到维护社会正常秩序的目的。

法律行为的上述 3 种特征构成法律行为制度的理论基础。

(二) 法律行为分类

法律行为从不同角度可作不同的分类。不同的法律行为在法律上具有不同的法律意义。

1. 单方的法律行为和多方的法律行为

单方的法律行为是根据一方当事人的意思表示而成立的法律行为。该法律行为仅有一方当事人的意思表示而无须他方的同意即可发生法律效力,如委托代理的撤销、债务的免除、无权代理的追认等。多方的法律行为是两个或两个以上的当事人意思表示一致而成立的法律行为。该法律行为的当事人有两个或两个以上,不仅各自需要进行意思表示,而且意思表示还需一致,如合同行为等。

2. 有偿的法律行为和无偿的法律行为

有偿的法律行为是指当事人互为给付一定代价(包括金钱、财产、劳务)的法律行为,如买方为获得对方的货物而支付价款、承揽人为获得对方的报酬而提供劳务等。无偿的法律行为是指一方当事人承担给付一定代价的义务,而他方当事人不承担相应给付义务的法律行为,如赠与行为、无偿委托、无偿消费借贷等。

3. 要式的法律行为和不要式的法律行为

要式的法律行为是指法律规定必须采取一定形式或者履行一定的程序才能成立的法律行为。不要式的法律行为是指法律不要求采取一定形式,当事人自由选择一种形式即可成立的法律行为。该类法律行为的形式可由当事人协商确定。

4. 主法律行为和从法律行为

主法律行为是指不需要有其他法律行为的存在就可以独立成立的法律行为。从法律

行为是指从属于其他法律行为而存在的法律行为。从法律行为的效力依附于主法律行为:主法律行为不成立,从法律行为则不能成立;主法律行为无效,从法律行为亦不能生效。但是,主法律行为履行完毕,并不必然导致从法律行为效力的丧失。

法律行为除以上分类外,还有双务法律行为和单务法律行为、独立的法律行为和辅助的法律行为等之分。

(三) 法律行为的有效要件

法律行为的有效是指法律行为足以引起权利义务的设立、变更、终止的法律效力。法律行为的成立是法律行为有效的前提,但是,已成立的法律行为不一定必然发生法律效力,只有具备一定有效要件的法律行为,才能产生预期的法律效果。法律行为的有效要件分为实质有效要件和形式有效要件。

1. 法律行为的实质有效要件

(1) 行为人具有相应的民事行为能力。只有具有相应的民事行为能力的人才能进行民事法律行为。对于自然人而言,无行为能力人进行的行为不具有法律效力,限制行为能力人只能进行与其能力相当的法律行为,完全行为能力人也只有在其权利能力范围内,才具有相应的行为能力。对于法人来说,只有具有与权利能力范围相适应的行为能力,其进行的法律行为方为有效。

(2) 意思表示真实。当事人在自愿的基础上作出的意思表示与其内心的真实意愿是一致的。如果行为人的意思表示是基于胁迫、欺诈的原因而作出的,则不能反映行为人的真实意志,这就不能产生法律上的效力。

(3) 不违反法律或者社会公共利益。法律行为的内容不得与法律的强制性或禁止性规定相抵触,也不得滥用法律的授权性或任意性规定达到规避法律强制规范的目的。法律行为在目的上和效果上不得有损社会经济秩序、社会公共秩序和社会公德,不得损害国家及各类社会组织和个人的利益。

2. 法律行为的形式有效要件

《民法通则》第56条规定:“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的,应当依照法律规定。”如果行为人进行某项特定的法律行为时,未能采用法律规定的特定形式的,则不能产生法律效力。书面形式有一般书面形式和特殊书面形式。特殊书面形式主要是指公证形式、审核批准形式、登记公告形式等。一般而言,书面形式优于口头形式,特殊书面形式优于一般书面形式。此外,还有一种既不是语言也不是书面而是以沉默的方式进行意思表示的形式。该形式只有在法律有规定或当事人有约定的情况下才能产生法律效力。

(四) 附条件和附期限的法律行为

1. 附条件的法律行为

附条件的法律行为是指在法律行为中指定一定的条件,把该条件的成就或不成就作为法律行为效力的发生或终止的根据。

法律行为中所附的条件可以是事件,也可以是行为,但是能够作为法律行为所附的事必须必须具备以下要件。

(1) 须属于将来发生的事实,既成的事实不能被设定为条件。

(2) 须属于成就与否不能确定的事实,必成的事实和根本就不能发生的事实都不能设定为条件。

(3) 须属于合法的事实,违法的事实不能设定为条件。

(4) 须被设定为控制合同效力的条件。否则,该合同不是严格意义上的附条件的合同。

当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就,视为条件已成就;不正当地促成条件成就的视为条件不成就。

2. 附期限的法律行为

附期限的法律行为是指在法律行为中指明一定的期限,把期限的到来作为法律行为生效或终止的依据。期限是必然到来的事实,这与附条件的法律行为所附的条件不同。法律行为附期限可以是明确的期限,如某年某月某日,也可以是不确定的期限,如“某人死亡之日”“果实成熟之时”等。

附条件的和附期限的合同的主要区别在于,期限为将来确定要发生的事实;而所附条件将来可能发生,也可能不发生,是不确定的事实。

(五) 无效的民事行为

无效的民事行为是指虽然成立但因欠缺有效要件而不具有法律约束力的行为。在民事行为不符合有效条件时,就不能按照当事人的意思设立、变更或者消灭民事法律关系,而产生其他法律规定的后果。

按照中国《民法通则》第 58 条的规定,无效的民事行为具有下列情况:

- (1) 无民事行为能力人实施的;
- (2) 限制民事行为能力人依法不能独立实施的;
- (3) 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下所为的;
- (4) 恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益的;
- (5) 违反法律或者社会公共利益的;
- (6) 经济合同违反国家指令性计划的;
- (7) 以合法形式掩盖非法目的的。

另外,中国《合同法》除将乘人之危的合同纳入到可撤销的合同外,还将欺诈、胁迫的合同进行区分,将不损害国家利益的欺诈、胁迫合同纳入可撤销的合同之列。

(六) 可撤销的民事行为

1. 可撤销民事行为的概念和特征

可撤销民事行为指欠缺民事行为的有效条件但又并不当然无效,而由当事人自主决定是否使其归于无效的民事行为。该行为与无效的民事行为相比有以下特征:

- (1) 在该行为撤销前,其效力已经发生,未经撤销,其效力不消灭。
- (2) 该行为的效力消灭,以撤销为条件。
- (3) 该行为的撤销,应由撤销权人提出并实施,其他人不能主张其效力的消灭。
- (4) 该行为一经撤销,其效力溯及于行为开始时无效。

2. 可撤销民事行为的种类

(1) 欺诈、胁迫民事行为: 欺诈是指一方当事人故意告知对方虚假情况, 或者故意隐瞒真实情况, 诱使对方当事人作出错误意思表示的行为, 可以认定为欺诈行为。胁迫指以给公民及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害, 或者给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟, 迫使对方作出违背真实的意思表示的行为。欺诈、胁迫行为, 也是不损害国家利益时, 构成可撤销民事行为, 否则, 为无效民事行为。

(2) 乘人之危的民事行为: 这是指一方当事人乘对方处于危难之机, 为牟取不正当利益, 迫使对方作出不真实的意思表示, 严重损害对方利益的行为。

(3) 重大误解的民事行为: 这是指行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量的错误认识, 使行为的后果与自己的意思相悖, 并造成较大损失的行为。

(4) 显失公平的民事行为: 这是指一方当事人利用优势或者利用对方没有经验, 致使双方的权利义务明显违反公平和等价有偿原则的行为。

(七) 民事行为无效或者被撤销的法律后果

1. 返还财产

所谓返还财产, 是指民事行为被确认为无效或者被撤销后, 当事人因该行为取得的财产, 应当返还给受损失的一方。如果一方取得, 取得方应该将该财产返还给对方; 如果双方取得, 双方相互返还。如果原物存在应以原物返还, 否则应以种类物返还, 不能以种类物返还时, 应作价偿还。

2. 赔偿损失

所谓赔偿损失, 是指民事行为被确认无效或者被撤销后, 对民事行为无效或者被撤销有过错的一方应当赔偿对方因此所受的经济损失; 双方都有过错的, 依各自过错大小相抵后赔偿对方损失。

3. 追缴财产

所谓追缴财产, 是指双方恶意串通, 实施民事行为损害国家、集体或者第三人利益的, 应当追缴双方取得的财产, 收归国家、集体所有或者返还第三人。如果是从国家或集体那里取得的财产, 就应当将其收归国家或集体所有; 如果是从第三人那里取得的财产, 就应当返还给第三人。

二、代理

(一) 代理的概念

代理是指代理人在代理权限范围内, 以被代理人的名义与第三人进行法律行为, 其权利义务后果直接由被代理人承担的一种法律制度。

法律行为通常是行为人亲自进行的, 但是随着社会的发展, 尤其是经济的发展, 人们的社会交往面越来越宽, 同时许多业务专业性越来越强, 公民或者法人既没有足够时间也没有全面的专业知识亲自处理所有的事情, 因此就产生了代理制度。例如, 诉讼、报关、海事、金融、结算、知识产权等需要聘请有专门知识的人或机构代理。

根据代理权产生的根据不同, 代理一般分为法定代理、指定代理、委托代理三类。其

中,委托代理是民商事活动中最常见的一种代理方式,指代理人根据被代理人的委托授权而产生的代理关系。在实践中,被代理人的委托授权既可以是口头的,也可以是书面的。书面形式的授权书一般应对代理的事项、权限、期限、报酬、责任等予以明确约定。委托书授权不明的,被代理人应向第三人承担民事责任,代理人负连带责任。法定代理是指基于法律的直接规定而发生的代理。法定代理通常适用于被代理人是无行为能力人、限制行为能力人的情况。指定代理是基于人民法院或者有关单位的指定行为而发生的代理。指定代理适用于既无委托代理人,又无法定代理人而又有特定事项需要代理人的情况。

(二) 代理的法律特征

(1) 代理行为是具有法律意义的行为。代理是民事法律行为的一种,能够引起民事权利和民事义务关系的建立、变更或终止的法律后果。

(2) 代理行为是在代理权限内通过独立意思表示而实施的行为。代理人有权根据被代理人的授权和第三人提出的条件提出自己的主张,从而在被代理人与第三人之间产生权利与义务关系。

(3) 代理行为是以被代理人的意志和名义进行代理活动。

(4) 代理行为的法律后果直接归属被代理人。代理行为所产生的权利、义务和民事责任,均由被代理人承担。

(三) 代理权行使的规则

1. 代理人必须认真履行职责,维护被代理人的利益

由于代理人行为的法律后果最终是由被代理人承担,因此,作为代理人应当勤勉工作,谨慎、认真地进行代理活动,尽可能维护好被代理人的利益,不得损害被代理人的利益。

2. 代理人必须亲自完成代理事务

代理关系的形成包含着被代理人对代理人的信任或代理人与被代理人的特殊身份关系。代理人是否亲自履行代理职责,完成代理事务,与被代理人的利益有重大关系。因此,原则上不得转委托,只有出现特殊的法律允许的例外情况时,代理人才可以委托他人。

3. 必须履行报告义务

这主要是指委托代理,特别是商务代理中,代理人应将处理代理事务的一切重要情况向被代理人报告,以便被代理人知道代理事务的进展情况以及自己利益的损益情况。在代理事务执行完毕之后,代理人还应向被代理人报告执行任务的过程和结果,并提交必要的文件材料。

4. 必须遵守保密义务

代理人在执行代理任务的过程中知晓的被代理人的个人秘密和商业秘密不得向外界泄漏,更不得利用其同被代理人进行不正当竞争。

(四) 表见代理与表见代表

表见代理,指无权代理人的代理行为客观上存在足以使相对人相信其有代理权的情况,且相对人主观上为善意且无过失,由此产生的法律效果依法归于本人承担的代理。

表见代表,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,除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外,该代表行为有效。法人也应对此行为承受其法

律后果。

法律确立表见代理和表见代表规则的主要意义在于维护人们对代理制度的信赖,保护善意无过失的相对人,从而保障交易安全。

(五) 代理权滥用的禁止

代理人不得滥用代理权。常见代理权滥用的情况有:代理他人与自己进行民事活动;代理双方当事人进行同一民事行为;代理人与第三人恶意串通,损害被代理人的利益。滥用代理权的行为视为无效代理。代理人滥用代理权给被代理人及他人造成损害的,必须承担赔偿责任。

(六) 无权代理

无权代理是指没有代理权而以他人名义进行的民事行为。无权代理包括三种情况:没有代理权的代理;超越代理权的代理;代理权终止后而为之代理。无权代理一般不发生法律效力。但是如果经过本人追认或者本人知道他人以本人名义实施民事行为而不作否认表示的,无权代理人所为代理行为的法律效果归属于被代理人,视为有效代理。另外,无权代理如果符合表见代理的情况代理有效。

本章小结

本章首先介绍了法的基础知识如法的定义、特征和本质,法律规范、法律责任;其次介绍了社会主义法的本质和体系以及社会主义法的功能和作用;最后重点介绍了经济法的概念、特征、渊源;并结合中国《民法通则》等的相关规定,界定了经济法律关系的概念和特征以及法律关系的构成要素(主体、客体、内容)等基本理论;阐述了经济法律关系主体(自然人、法人)制度、民事法律行为制度、代理制度、时效制度、经济法律责任制度等市场经济所必需的法律制度,以及民事法律行为的有效要件、无效及可撤销民事行为的认定和财产处理、代理等重要法律规定。

思考题

1. 简述法的概念、本质和特征。
2. 简述社会主义法的功能和作用。
3. 简述经济法的概念和调整对象。
4. 简述经济法律关系的构成要素。
5. 简述可撤销民事行为与无效民事行为的区别。
6. 简述代理权的行使规则。

练习题

1. 某市为了促进地区经济的发展,决定扶持本市针织业。为此,该市聘请了专家来授课,并派技术人员到外地学习,投入了大量的资金。很快,针织品在本市打开了局面,刺

激了本地经济的发展。可是不久后发现,相邻市一家针织企业由于花样品种更多而且宣传策略得当,迅速占领了本地市场。为此,该市经济主管部门给全市有关部门发文,凡需针织品应从本市针织厂购买,并以税务局的名义通知相邻市针织厂将提高税率。问:本案中该市经济主管部门的做法是否违反了经济法的基本原则?经济法的基本原则有哪些?

2. 某建筑公司承包修建一座桥梁的建筑工程,为此招收了一批建筑工人,在招工表中注明“工伤概不负责”。建筑工人李某在施工过程中被断裂的桥梁砸死,其家属要求建筑公司承担赔偿责任,建筑公司以已经订立“工伤概不负责”条款为由拒绝赔偿。李某的家属起诉到法院。问:法院应如何判决,为什么?

练习题答案

1. 答案:该市经济主管部门的做法违反了经济法的国家适度干预的原则,该原则要求国家授权政府在法律规定的范围内对经济进行干预,这种干预应当适度,不能过多也不能过少。经济法的基本原则有国家适度干预原则、市场主体独立平等原则、维护公平竞争原则、平衡协调原则。

2. 答案:建筑公司与雇工之间订立合同,是一种民事法律行为。在主要内容上,双方当事人的约定是符合法律要求的,是具有法律效力的。但是,双方当事人在合同中约定“工伤概不负责”,这一方面并不是受雇方的真实意思表示,另一方面也违反了法律的规定,属于无效的人身伤害的预先免责条款。因此,法院应判定该免责条款无效,建筑公司应当负赔偿责任。

第二章 经济纠纷解决机制

学习目标

1. 掌握仲裁的范围、条件和仲裁协议的内容及诉讼的管辖、诉讼时效等问题；掌握行政复议的范围、管辖；
2. 了解仲裁、行政复议和民事诉讼的特点和基本内容；了解仲裁的基本原则；
3. 明确仲裁、行政复议和民事诉讼的程序。

第一节 仲 裁

一、仲裁概述

（一）仲裁的概念

仲裁是指双方当事人依照事前或事后达成的协议，自愿把争议交给第三方（仲裁机构）并作出对争议双方有约束力的裁决，从而解决争议的法律制度。仲裁作为解决经济纠纷的一种有效方式，在现实生活中被广泛应用，与其他解决纠纷的方式相比更为灵活便利，已在国际上得到普遍认可和采用。仲裁的基本法律是1994年8月31日第八届全国人大常委会第七次会议通过，并于1995年9月1日起施行的《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）。

（二）仲裁的特征

1. 仲裁是一种灵活、便利的解决争议的方式

仲裁与解决争议的其他方式相比，具有极大的灵活性和便利性。体现在当事人有权选择是否仲裁，有权选择仲裁员，有权协议约定仲裁程序，所以仲裁能得到当事人的信任，可以避免诉讼中的烦琐程序，可以及时地处理争议而节约人力、物力和财力。

2. 提交仲裁以双方当事人自愿为前提

仲裁的发生以双方当事人自愿为前提。当事人采用仲裁方式解决纠纷，应由双方自愿达成仲裁协议。仲裁协议可以在争议发生前达成也可以在争议发生后达成。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁机构不予受理；当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。

3. 仲裁必须遵循一定的程序

仲裁活动要遵循一定的程序，包括申请和答辩、庭审方式、调查取证、对仲裁程序司法上的协助等。

4. 仲裁的客体是当事人之间发生的一定范围的争议

可仲裁争议的范围，不仅取决于当事人的意愿，而且取决于法律或司法习惯，大体包括经济纠纷、劳动纠纷、对外经济贸易纠纷、海事纠纷等。

5. 仲裁裁决对当事人具有约束力

当事人一旦选择仲裁解决争议,仲裁机构所做的裁决即具有法律效力,对当事人双方均具有约束力,当事人应当履行,否则权利人可以向法院申请强制执行。

二、仲裁法的基本内容

(一) 仲裁法的适用范围

根据《仲裁法》的规定,平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以申请仲裁。婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷不能仲裁;依法应当由行政机关处理的行政争议不能仲裁;劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁,由法律另行规定。

(二) 仲裁法的基本原则

1. 自愿原则

自愿原则是仲裁法律制度的一项重要法律原则。这一原则的主要表现为:当事人采取仲裁方式解决纠纷是完全出于共同自愿,不能有任何强迫的成分。如果一方不同意仲裁,没有仲裁协议,仲裁机构则不能仲裁。说俗了,就是“不让你管,你就管不着”。

2. 依法公平合理解决纠纷原则

根据仲裁法的规定,仲裁委员会在处理仲裁案件时,必须在查明事实的基础上,分清是非曲直,按法律规定裁决或调解,如果法律没有规定则按普遍被人们接受的习惯,作出不偏不倚的裁决。

3. 当事人协议选定仲裁委员会的原则

中国《仲裁法》第16条规定,当事人可以协议选定仲裁委员会,这就是说,要选择哪个仲裁委员会,完全由自己定。其中之意包含了仲裁机构并不以当事人所在地、纠纷发生地等而受到地域管辖的限制,也不会因争议标的的多少而受级别管辖的制约,还意味着各仲裁机构相互独立彼此没有隶属关系。同此,仲裁机构对特定案件的仲裁权是当事人赋予的。

4. 独立仲裁的原则

中国《仲裁法》第8条规定,仲裁独立进行,不受行政机关、社会团体和个人的干涉,这是基于当事人对仲裁这种解决问题方式的本质要求所决定的。但这并不是说仲裁可以脱离法律监督。

5. 一裁终局原则

中国《仲裁法》第9条规定了仲裁实行一裁终局的法律制度,仲裁机构对仲裁案件作出裁决后即发生法律效力。除法律规定的以外,当事人不得就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉。

(三) 仲裁协议

1. 仲裁协议的概念和形式

仲裁协议是指当事人自愿达成的采用仲裁方式解决纠纷的协议。包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。

当事人双方自愿达成仲裁协议,是提请仲裁的前提。仲裁协议是仲裁制度的基石,如

果没有仲裁协议,那么严格意义上的仲裁制度是不存在的。实际上,仲裁制度的许多特点和优点都是通过仲裁协议得以实现的。实行协议仲裁制度,就意味着承认民事主体有选择解决实体权利义务纠纷的自由。

2. 仲裁协议的内容

《仲裁法》规定:仲裁协议应具备书面形式。书面的仲裁协议应当写明以下内容:请求仲裁的意思表示;仲裁事项和选定的仲裁委员会。仲裁协议对仲裁事项或仲裁委员会没有约定或约定不明确的,当事人可以补充协议;达不成补充协议的,仲裁协议无效。

3. 仲裁协议的效力

仲裁协议一经双方当事人签字即合法成立。仲裁协议为当事人设定了一定义务,即把争议提交仲裁并不能任意更改、终止或撤销仲裁协议;合法有效的仲裁协议对当事人诉权的行使产生一定的限制,在当事人双方发生协议约定的争议时,任何一方只能将争议提交仲裁,而不应向法院起诉。仲裁协议独立存在,合同的解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的效力。

当事人对仲裁协议的效力有异议,应当在仲裁庭首次开庭前提出。当事人对仲裁协议效力的异议,可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定,另一方请求人民法院作出裁定的,由人民法院裁定。

4. 仲裁协议的无效

有下列情形之一的,仲裁协议无效:约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的;无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议;一方采取胁迫手段,迫使对方订立仲裁协议的;仲裁协议对仲裁事项或仲裁委员会没有约定或约定不明确的,当事人之间不能达成补充协议的。

(四) 仲裁程序

1. 仲裁的申请和受理

当事人申请仲裁应当符合下列条件:有仲裁协议;有具体的仲裁请求和事实、理由;属于仲裁委员会的受理范围。同时应当向仲裁委员会提交仲裁协议、仲裁申请书及副本。仲裁申请书应当载明下列事项:当事人的姓名、性别、职业、工作单位和住所,法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务;仲裁请求和所根据的事实、理由;证据和证据来源、证人姓名和住所。

仲裁委员会收到仲裁申请书之日起五日内,认为符合受理条件的,应当受理,并通知当事人;认为不符合受理条件的,应当书面通知当事人不予受理,并说明理由。

当事人达成仲裁协议,一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议,人民法院受理后,另一方在首次开庭前提交仲裁协议的,人民法院应当驳回起诉,但仲裁协议无效的除外;另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的,视为放弃仲裁协议,人民法院应当继续审理。

2. 仲裁庭的组成

仲裁庭可以由三名仲裁员或一名仲裁员组成。由三名仲裁员组成的,设首席仲裁员。

当事人约定由一名仲裁员成立仲裁庭的,应当由当事人共同指定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员。

当事人约定由三名仲裁员组成仲裁庭的,应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定一名仲裁员,第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。第三名仲裁员是首席仲裁员。

当事人未在仲裁规则规定的期限内约定仲裁庭的组成方式或者仲裁员的,由仲裁委员会主任指定。

仲裁庭组成后,仲裁委员会应当将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

仲裁员有下列情形之一的,必须回避,当事人也有权提出回避申请:是本案当事人或当事人、代理人的近亲属;与本案有利害关系;与本案当事人、代理人有其他关系,可能影响公正仲裁的;私自会见当事人、代理人或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

仲裁员是否回避,由仲裁委员会主任决定;仲裁委员会主任担任仲裁员时,由仲裁委员会集体决定。

仲裁员因回避或者其他原因不能履行职责的,应当依照仲裁法规定重新选定或者指定仲裁员。因回避而重新选定或者指定仲裁员后,当事人可以请求已进行的仲裁程序重新进行,是否准许,由仲裁庭决定;仲裁庭也可自行决定已进行的仲裁程序是否重新进行。

3. 仲裁的开庭和裁决

仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的,仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。仲裁一般不公开进行。当事人协议公开的,可以公开进行,但涉及国家秘密的除外。

仲裁委员会应当在仲裁规则规定的期限内将开庭日期通知双方当事人。当事人有正当理由,可以在仲裁规则规定的期限内请求延期开庭。是否延期,由仲裁庭决定。申请人经书面通知,无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的,可视为撤回仲裁申请。被申请人经书面通知,无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的,可以缺席裁决。

当事人应当对自己的主张提供证据。仲裁庭认为有必要收集的证据,可以自行收集。证据应当在开庭时出示,当事人可以质证。在仲裁过程中有权进行辩论,辩论终结后,仲裁庭应当征求当事人的最后意见。

申请仲裁后,当事人可以自行和解。达成和解协议的可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书,也可以撤回仲裁申请。达成和解协议,撤回仲裁申请后反悔的,可以根据仲裁协议申请仲裁。

仲裁庭在作出裁决前,可以进行调解。当事人自愿调解的,仲裁庭应当调解。调解书和裁决书具有同等法律效力。调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名,加盖仲裁委员会印章,送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后,即发生法律效力。

在调解书签收前反悔的,仲裁庭应当及时作出裁决。裁决应当按照多数仲裁员的意见作出,少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时,裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。裁决书自作出之日起发生法律效力。

当事人应当履行仲裁裁决。一方当事人不履行的,另一方当事人可以根据《民事诉讼法》的有关规定向人民法院申请执行。

当事人提出证据证明裁决有依法应撤销情况的,应当在收到裁决书之日起六个月内向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决。人民法院受理后组成合议庭审查核实裁决有下列情形之一的:没有仲裁协议的;裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的;仲裁庭的组成或者仲裁程序违反法定程序的;裁决所根据的证据是伪造的;对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的,人民法院认定该裁决违背社会公共利益的,应当裁定撤销裁决。

第二节 行政复议

一、行政复议的概念和特征

行政复议是指公民、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,依法向上一级行政机关或法律、法规规定的其他机关提出申请,由受理申请的行政机关对原具体行政行为的合法性和适当性进行审查作出裁决的活动。

行政复议的特征有:

- (1) 行政复议以行政争议为处理对象。
- (2) 行政复议以当事人不服行政处理决定为前提。
- (3) 行政复议由不服行政处理决定的当事人提出。
- (4) 行政复议由上一级行政机关或法律规定的复议机关对有争议的具体行政行为进行审查。
- (5) 行政复议一般以书面审理为形式,以不调解为原则。

二、行政复议机关的概念及其特点

行政复议机关是指依照法律的规定,有权受理行政复议申请,依法对具体行政行为进行审查并作出裁决的行政机关。

这种组织的特征是:第一,行政复议机关是行政机关;第二,行政复议机关是有权行使行政复议权的行政机关;第三,行政复议机关是能以自己的名义行使行政复议权,并对行为后果独立承担法律责任的行政机关。如各级人民政府、各级政府的组成部门包括公安、司法、海关、工商管理、教育、卫生等部门,都可以作为行政复议机关。

三、行政复议的范围与管辖

(一) 行政复议的范围

行政复议的范围是指公民、法人或者其他组织对哪些行政争议可以申请行政复议所规定的范围。并不是任何行政争议都可以向行政复议机关申请复议,只有法律规定的属于可以申请行政复议范围内的行政争议才可以申请复议。

中国《行政复议法》第6条规定,有下列情形之一的,公民、法人或者其他组织可以依照本法申请行政复议:

(1) 对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等行政处罚决定不服的。

(2) 对行政机关作出的限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等行政强制措施决定不服的。

(3) 对行政机关作出的有关许可证、执照、资质证、资格证等证书变更、中止、撤销的决定不服的。

(4) 对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的。

(5) 认为行政机关侵犯合法的经营自主权的。

(6) 认为行政机关变更或者废止农业承包合同,侵犯其合法权益的。

(7) 认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的。

(8) 认为符合法定条件,申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书,或者申请行政机关审批、登记有关事项,行政机关没有依法办理的。

(9) 申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责,行政机关没有依法履行的。

(10) 申请行政机关依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费,行政机关没有依法发放的。

(11) 认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。此外,《行政复议法》第7条还把具体行政行为所依据的政府或其部门规定列为行政复议的范围。

(二) 行政复议的管辖

1. 上级行政机关的管辖

上级行政机关的管辖是行政复议的最基本、最主要的形式。它包括3种情况:

(1) 各级人民政府内的管辖。这是指对某一级人民政府的具体行政行为不服申请的复议,由这级政府的上一级人民政府管辖。比如对乡(镇)人民政府的具体行政行为不服,提起申请复议,由县级人民政府管辖。

(2) 县以上各级人民政府工作部门之间的级别管辖。对地方人民政府工作部门的具体行政行为不服申请的复议,由作出具体行政行为部门的同级人民政府或上一级人民政府主管部门管辖。如对县级人民政府工商行政管理部门的具体行政行为不服申请的复议,由县人民政府或市工商局管辖。

(3) 设立派出机关的人民政府与派出机关的管辖。派出机关在行政管理中作出的具体行政行为,如果引起复议,要由设立派出机关的人民政府管辖。

2. 原行政机关管辖

原行政机关管辖即行政机关复议自己做出的具体行政行为的对与错。主要有2种:

(1) 对省级人民政府作出的具体行政行为不服申请的复议,由作出具体行政行为的政府管辖。

(2) 对国务院各部门的具体行政行为不服申请的复议,由作出具体行政行为的部门管辖。

3. 共同上一级行政机关管辖

对两个或两个以上的行政机关以共同名义作出的具体行政行为即共同行政行为,由作出具体行政行为机关共同的上一级机关管辖,具体包括以下4种情况。

(1) 作出行为的上级行政机关从属于同一个人民政府的,由该人民政府管辖。

(2) 作出行为的各级行政机关不属于同一个人民政府的,但属于职责相同上下级管理部门,由其中最高级别的行政机关的上一级主管部门管辖。

(3) 作出行为的各级行政机关不属于同一个人民政府,但属于相同职能的管理部门,由共同的上一级主管部门管辖。

(4) 作出行为的各级行政机关不属于同一个人民政府并且不属于上述第(2)与第(3)两种情况的,由他们的共同上一级人民政府管辖。

4. 裁定管辖

当管辖不明确时,相应的行政机关有权决定具体管辖机关,包括指定管辖、移送管辖。

(1) 指定管辖是指当两个或两个以上行政机关对一个复议案件管辖发生争议时,应当报共同的上一级行政机关指定,被指定的行政机关应当立即受理。

(2) 移送管辖是指某一机关将自己已经受理的复议申请移送另一个有管辖权的行政机关受理。

除此以外,还应注意对需要逐级批准的具体行政行为不服,由最终批准机关管辖;对被撤销的行政机关在撤销前做出决定不服申请复议,由继续行使职权的机关管辖。

四、行政复议的原则与程序

(一) 行政复议的原则

1. 合法原则

合法原则是任何行政复议机关履行行政复议职责时都必须遵守的原则,行政复议机关在处理行政复议案件时,必须以事实为根据,以法律为准绳。

2. 公正原则

行政复议机关履行行政复议职责,应当遵循公正原则。

3. 公开原则

公开原则是行政合理性原则的核心内容。行政复议制度本身就具有很强的民主性,在整个行政复议过程中,应当保证复议申请人的权利通过公开原则的贯彻,得到实际上的保障。

4. 及时原则

及时原则指行政复议机关应当在法律规定的期限内,完成行政复议案件的审理工作。这一原则的核心内容是,行政复议机关必须按照《行政复议法》所规定的受理、审理以及作出决定的期限执行,延长期限也必须严格按照法律规定,要有法律依据。

5. 便民原则

便民原则就是要求行政复议活动方便老百姓,不因行政复议造成拖累。人民群众因为不方便,往往为很简单的事磨破嘴、跑断腿,造成不必要的损失。

(二) 行政复议程序

行政复议程序是指行政复议机关在复议解决行政争议过程中复议机关、当事人及其他参加人从事各项活动所必须遵守的法定顺序和形式。复议的程序大体上须依次经过以下几个阶段:

(1) 行政管理相对人提出复议申请。即公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,可以自知道该具体行政行为之日起 60 日内(法律规定的申请期限超过 60 日的除外)依法向有复议管辖权的机关作出对原具体行政行为进行审查并作出裁决的意思表示,行政复议正是由行政管理相对人提出复议申请而引起的。

(2) 复议申请的受理。即行政复议机关收到行政复议申请后,应当在 5 日内进行审查,对不符合本法规定的行政复议申请,决定不予受理,并书面告知申请人;对符合本法规定,但是不属于本机关受理的行政复议申请,应当告知申请人向有关行政复议机关提出。

(3) 对具体行政行为的审查和调查,即复议的审理阶段。即行政复议机关对具体行政行为从法律依据和事实依据两个方面所进行的审查和调查活动阶段,这是行政复议正确解决行政争议的核心阶段。同时法律规定行政复议机关应当自受理申请之日起 60 日内作出行政复议决定;但是法律规定的行政复议期限少于 60 日的除外。情况复杂,不能在规定期限内作出行政复议决定的,经行政复议机关的负责人批准,可以适当延长,并告知申请人和被申请人;但是延长期限最多不超过 30 日。

(4) 作出复议决定。即行政复议机关在对引起争议的具体行政行为进行合法性审查和事实证据调查的基础上做出维持、撤销或改变原具体行政行为的裁决,这是行政复议正确解决行政争议的决定性阶段。公民、法人或者其他组织对行政复议决定不服的,可以依照行政诉讼法的规定向人民法院提起行政诉讼,但是法律规定行政复议决定为最终裁决的除外。

(5) 对复议决定的执行。即复议裁决的最终实现活动。包括两个方面:一是有执行义务的行政机关或行政管理相对人自觉履行裁决义务;二是符合强制执行条件的,由人民法院或法律法规授权的组织强制义务人履行裁决义务。

第三节 诉 讼

诉讼通常是指国家司法机关按照一定程序和方式解决纠纷的活动。诉讼的本质是国家对解决社会成员之间争议的一种干预,其目的在于制止对他人权益的侵害,建立正常的社会秩序。因此,诉讼对于国家而言是一种职能,对于纠纷当事人而言是维护其权益的一种手段。根据国家解决当事人之间争议的内容和方式的区别,通常把诉讼分为刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼 3 种类型。由于解决经济纠纷所涉及的诉讼大多是民事诉讼,因此本节主要对民事诉讼予以介绍。

一、民事案件管辖

民事案件的管辖,是指确定各级人民法院之间和同级人民法院之间受理第一审民事、

经济纠纷案件的分工和权限。正确确定民事案件的管辖,对审判实践具有重要的意义。《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)规定的民事案件的管辖,包括级别管辖、地域管辖和移送管辖与指定管辖 3 种情况。

(一) 级别管辖

中国人民法院分为基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院、最高人民法院。

级别管辖,是指划分各级人民法院受理第一审民事案件的分工和权限。

中国四级人民法院由于职能分工不同,受理第一审民事案件的权限范围也不同。确定不同级别的人民法院管辖第一审民事案件的主要依据是:案件的性质、案件影响的大小、诉讼标的的金额大小等。级别管辖主要包括以下内容:

1. 基层人民法院管辖的第一审民事案件

《民事诉讼法》第 17 条规定:“基层人民法院管辖第一审民事案件,但本法另有规定的除外。”所以,第一审民事案件原则上由基层人民法院管辖。由于民事纠纷的发生地、当事人住所地或者争议的财产所在地都与基层人民法院辖区相联系,因此,由基层人民法院作为第一审法院,既方便当事人诉讼,又方便人民法院审理。

2. 中级人民法院管辖的第一审民事案件

《民事诉讼法》第 18 条规定,中级人民法院管辖下列第一审民事案件:重大涉外案件;在本辖区有重大影响的案件;最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。

3. 高级人民法院管辖的第一审民事案件

《民事诉讼法》第 19 条规定,高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件。

4. 最高人民法院管辖的第一审民事案件

最高人民法院是中国最高审判机关,其主要任务是指导和监督地方各级人民法院和各专门人民法院的审判工作,审理不服高级人民法院裁判的上诉案件,并对审判过程中如何具体适用法律进行司法解释。根据《民事诉讼法》第 20 条规定,它只受理以下第一审民事案件:在全国有重大影响的案件;认为应当由本院审理的案件。

(二) 地域管辖

地域管辖,是指同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。

地域管辖是在级别管辖的基础上划分的,只有在级别管辖明确的前提下,再通过地域管辖来进一步具体落实受诉法院。地域管辖分为一般地域管辖、特殊地域管辖、专属地域管辖、协议管辖和共同管辖。

1. 一般地域管辖

一般地域管辖是以当事人住所地与法院辖区的关系来确定管辖法院。一般地域管辖的原则是“原告就被告”,即民事诉讼由被告所在地人民法院管辖。《民事诉讼法》第 21 条规定:对公民提起的民事诉讼,由被告住所地人民法院管辖;被告住所地与经常居住地不一致的,由经常居住地人民法院管辖。对法人或者其他组织提起的民事诉讼,由被告住所地人民法院管辖。同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上人民法院辖区的,各该人民法院都有管辖权。这里所说的住所地,是指公民的户籍所在地;经常居住地,是指公民离开住所地至起诉时连续居住一年以上的地方,但公民住院就医的地方除外。

一般地域管辖的例外情形《民事诉讼法》第22条规定:下列民事诉讼,由原告住所地人民法院管辖;原告住所地与经常居住地不一致的,由原告经常居住地人民法院管辖:对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼;对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼;对被采取强制性教育措施的人提起的诉讼;对被监禁的人提起的诉讼。

2. 特殊地域管辖

特殊地域管辖,又称特别地域管辖,是指以诉讼标的所在地或者引起民事法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地为标准确定的管辖。

(1) 因合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖,但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

(2) 因保险合同纠纷提起的诉讼,由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。

(3) 因票据纠纷提起的诉讼,由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。

(4) 因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼,由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。

(5) 因侵权行为提起的诉讼,由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖等。

3. 专属管辖

专属管辖是指对某些特定类型的案件,法律强制规定只能由特定的人民法院行使管辖权。《民事诉讼法》第33条规定下列案件由人民法院专属管辖:因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖;因港口作业中发生纠纷提起的诉讼,由港口所在地人民法院管辖;因继承遗产纠纷提起的诉讼,由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

4. 协议管辖

《民事诉讼法》第34条规定:合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地管辖,但不得违反民事诉讼法对级别管辖和专属管辖的规定。

5. 共同管辖

共同管辖是指依照法律规定两个或两个以上的人民法院对同一诉讼案件都有管辖权。《民事诉讼法》第35条规定:同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个或两个以上人民法院辖区的,各人民法院都有管辖权。原告可以向其中任一法院起诉。如果原告向两个或两个以上有管辖权的人民法院起诉,由最先立案的人民法院管辖。

(三) 移送管辖和指定管辖

指受诉法院发现受理的案件不属于本院管辖的应当移送有管辖权的人民法院,接受移送的人民法院应当受理。

有管辖权的人民法院由于特殊原因,不能行使管辖权的,由上级人民法院指定管辖。人民法院之间因管辖权发生争议的,由争议双方协商解决;协商解决不了的,报请他们的共同上级人民法院指定管辖。

人民法院受理案件后,当事人对管辖权有异议的,应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人的异议,应当审查。异议成立的,裁定将案件移送有管辖权的人民法院;异议不成立的,裁定驳回。对驳回的裁定,当事人可以上诉。

二、诉讼参加人

当事人是指公民、法人和其他组织因经济权益发生争议或受到侵害,以自己的名义进行诉讼,并受人民法院调解或裁判约束的利害关系人。通常,当事人指原告与被告,广义的当事人还包括共同诉讼人和诉讼第三人。

诉讼代理人,是指以被代理人的名义,在代理权限范围内,为了维护被代理人的合法权益而进行诉讼的人。代理人包括法定代理人、指定代理人和委托代理人。

无诉讼行为能力人由他的监护人作为法定代理人代为诉讼。法定代理人之间互相推诿代理责任的,由人民法院指定其中一人代为诉讼。当事人有权委托代理人,提出回避申请,收集、提供证据,进行辩论,请求调解,提起上诉,申请执行。律师、当事人的近亲属、有关的社会团体或者所在单位推荐的人、经人民法院许可的其他公民,都可以被委托为诉讼代理人。

三、诉讼时效制度

(一) 诉讼时效的概念和特征

诉讼时效是指权利人的权利受到不法侵害后,在法定期间内未向侵权人主张权利或未向法院提起诉讼请求保护其权利,即丧失了请求法院以诉讼程序强制义务人履行义务的制度。诉讼时效是消灭时效,以权利人不行使其法定权利的事实状态为前提,以权利人丧失胜诉权为后果,与取得时效有根本区别。诉讼时效的期间和后果由法律明文规定,具有强制性,任何人不得单方或通过协议改变。所以,当事人不得预先抛弃时效利益。诉讼时效具有普遍性,除法律另有规定外,适用于各种民事权利。

(二) 诉讼时效期间

1. 民法规定的诉讼时效期间

民法规定的诉讼时效期间包括两种类型的期间:一是普通诉讼时效期间,可适用于除法律另有规定的各类民事法律关系。普通诉讼时效的期间为2年。二是特殊诉讼时效期间,以下4种情况的诉讼时效期间为1年:身体受到伤害要求赔偿的;出售质量不合格的商品未声明的;延付或拒付租金的;寄存财物被丢失或损毁的。

2. 其他单行法律、法规规定的诉讼时效期间

其他单行法律、法规对特定纠纷的诉讼时效也有规定。如《合同法》规定,国际货物买卖合同和技术进出口合同的争议提起诉讼或申请仲裁的期限为4年。《公司法》规定对股东会决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权,自股东会会议决议通过之日起60日内,股东与公司不能达成股权收购协议的,股东可以自股东会会议决议通过之日起90日内向人民法院提起诉讼。《商标法》和《专利法》规定商标和专利侵权纠纷的诉讼时效期间是2年。《合伙企业法》规定,被除名的合伙人对除名决议有异议的,向法院起诉的法定期间是30天。

其他单行法律、法规对诉讼时效期间有规定的,适用其规定。

(三) 诉讼时效期间的开始、中止、中断

1. 诉讼时效期间开始

诉讼时效期间从权利人知道或应当知道其权利受到侵害时(可以行使请求权时)起开始计算。

2. 诉讼时效期间中止

诉讼时效期间中止,指在诉讼时效期间进行过程中的最后 6 个月内,因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的,诉讼时效中止,暂停计算诉讼时效期间。从中止时效的原因消除之日起,时效期间继续计算。

3. 诉讼时效期间中断

诉讼时效期间中断,指在诉讼时效期间进行过程中,因起诉(权利人向法院提起诉讼)、请求(权利人向义务人提出履行义务的要求)、认诺(义务人承认其义务或履行义务)而中断。诉讼时效期间中断后,原有诉讼期间停止计算,从中断时起,诉讼时效期间重新开始计算。

四、民事诉讼程序

(一) 第一审程序

第一审程序是各级人民法院审理第一审民事案件适用的程序,分为普通程序和简易程序。普通程序是指人民法院在审理第一审民事争议案件时通常适用的审判程序。除了简单的民事案件外,其他案件都要依照普通程序进行审理。普通程序主要包括以下内容:

1. 起诉和受理

起诉是指一方当事人向人民法院请求审理案件的活动,是诉讼过程的开始、审理案件的前提。起诉必须符合以下条件:原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织;有明确的被告;有具体的诉讼请求和事实、理由;属于人民法院受理案件的范围和受诉人民法院管辖。起诉应向人民法院递交起诉状,并按照被告人数提出副本。

人民法院对起诉状经审查认为符合受理条件的,即应当在 7 日内立案受理,并通知当事人;对认为不符合起诉条件的,法院应当在 7 日内裁定不予受理。原告对裁定不服的,可以提起上诉。

人民法院应当在立案后 5 日内将起诉状副本发送被告,被告在收到起诉书副本后 15 日内提出答辩状。被告提出答辩状的,人民法院应当在收到之日起 5 日内将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的,不影响人民法院审理。

2. 开庭审理

人民法院审理民事案件,除涉及国家秘密、个人隐私或者法律另有规定的以外,应当公开审理;离婚案件,涉及商业秘密的案件,当事人申请不公开审理的,可以不公开审理。

(1) 开庭前准备。开庭前作好以下准备:在开庭 3 日前通知当事人和其他诉讼参与人;对公开审理的案件发布公告;由书记员在庭审前查明有关人员是否到庭,宣布法庭纪律;由审判人员核对当事人身份,宣布案由及审判人员、书记员名单,告知当事人诉讼权利和义务。

(2) 法庭调查。法庭调查一般按照下列顺序进行:原告陈述诉讼请求、事实及理由,并提供证据;被告提出答辩或者反驳意见,并提供证据;出示证据(当事人提供的证据、证人证言、鉴定结论等),对证据进行质证。

(3) 法庭辩论。法庭辩论按照下列顺序进行:原告及其代理人发言;被告及其代理人发言;如有第三人参加,由第三人及其代理人发言或答辩;相互辩论。

法庭辩论终结,由审判长按照原告、被告、第三人的先后顺序征询各方最后意见。

3. 调解和判决

法院对受理的民事案件,应当根据自愿和合法的原则进行调解;调解不成的,应当及时判决。调解成立时,法院应制作调解书,由审判员、书记员署名,盖人民法院印章。调解书经双方当事人签字后,即发生法律效力。未达成调解协议或者调解书送达前一方反悔的,人民法院应当及时判决。判决可以当庭宣判,也可以定期宣判。人民法院适用普通程序审理的案件,应当在立案之日起 6 个月内审结,有特殊情况需要延长的,由本院院长批准,可以延长 6 个月;还需要延长的,报请上级人民法院批准。

(二) 简易程序

基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的第一审民事案件,可以采用简易程序,由一名审判员对案件独立进行调解或者审判。人民法院适用简易程序审理案件,应当在立案之日起 3 个月内审结。

(三) 第二审程序

第二审程序又叫上诉程序,指当事人不服一审判决时,在法定期限内向上一级人民法院提起上诉,上一级人民法院对未发生法律效力的判决、裁定的案件重新审理的法律程序。当事人不服一审判决,可在判决书送达之日起 15 日内向上一级人民法院提起上诉;不服一审裁定的,有权在裁定书送达之日起 10 日内提起上诉。第二审人民法院对上诉案件,组成合议庭,重新审理案件。

二审法院对上诉案件,经过审理,可作出以下处理:

- (1) 原判决认定事实清楚,适用法律正确的,判决驳回上诉,维持原判;
- (2) 原判决适用法律错误的,依法改判;
- (3) 原判决认定事实错误,或者原判决认定事实不清、证据不足,裁定撤销原判决,发回原审人民法院重审,或者查清事实后改判;
- (4) 判决违反法定程序,可能影响案件正确判决的,裁定撤销原判决,发回原审法院重审。

人民法院审理上诉案件,一般应当在二审立案之日起 3 个月内审结,有特殊情况需要延长的,由本院院长批准。人民法院对裁定的上诉案件,应当在二审立案之日起 30 日内作出终审裁定。第二审人民法院的判决、裁定,是终审的判决、裁定。

(四) 审判监督程序

审判监督程序,也称再审程序,是人民法院对已经发生效力的判决、裁定调解书,发现确有错误依法重新审理案件的程序。各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决、裁定,发现确有错误,认为需要再审的,应当提交审判委员会讨论决定。最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,上级人民法院对下级人民法院已经

发生法律效力判决、裁定,发现确有错误,有权提审或者指令下级人民法院再审。最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定,上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定发现确有错误的有权按照审判监督程序提出抗诉。人民检察院提出抗诉的案件,人民法院应当再审。当事人对已经发生法律效力的判决、裁定,认为有错误的,可以向原审法院或上一级法院申请再审,但不停止判决、裁定的执行。当事人对已经发生法律效力的调解书,提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的,可以申请再审。当事人申请再审,应当在判决、裁定发生法律效力后2年内提出。人民法院对不符合规定的申请,予以驳回。当事人对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决,不得申请再审。按照审判监督程序决定再审的案件,裁定中止原判决的执行。

(五) 督促程序

债权人请求债务人给付金钱、有价证券符合法定条件的,可以向有管辖权的基层人民法院申请支付令。人民法院受理申请后,经审查债权人提供的事实、证据,对债权债务关系明确、合法的,应当在受理之日起15日内向债务人发出支付令;申请不成立的应当裁定予以驳回。债务人应当在收到支付令之日起15日内清偿债务,或者向人民法院提出书面异议。债务人在规定的期间不提出异议又不履行支付令的,债权人可以向人民法院申请强制执行。

申请支付令必须符合下列条件:(1)债权人与债务人没有其他债务纠纷;(2)支付令能够送达债务人。申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据,向有管辖权的基层人民法院提出。

(六) 公示催告程序

按照规定可以背书转让的票据持有人,因票据被盗、遗失或者灭失,可以向票据支付地的基层人民法院申请公示催告。申请人申请公示催告应当向人民法院递交申请书,写明票面金额、发票人、持票人、背书人等票据主要内容和申请的理由、事实。人民法院决定受理申请的,应当同时通知支付人停止支付,并在3日内发出公告,催促利害关系人申报权利。公示催告的期间,由人民法院根据情况决定,但不得少于60日。支付人收到人民法院停止支付的通知,应当停止支付,至公示催告程序终结。公示催告期间,转让票据权利的行为无效。

在公示催告期间,有利害关系人向人民法院申报权利的,人民法院应当裁定终结公示催告程序,并通知申请人和支付人;没有人申报的,人民法院应当根据申请人的申请,作出判决,宣告票据无效。判决应当公告,并通知支付人。自判决公告之日起,申请人有权向支付人请求支付。

(七) 执行程序

对于已经发生效力的判决书、裁定书、调解书及其他应由人民法院执行的法律文书,当事人必须履行。拒绝履行的,享有权利一方可向人民法院申请强制执行。申请执行的期间为2年,执行员接到申请执行书或者移交执行书,应当向被执行人发出执行通知,并可以立即采取强制执行措施。

人民法院的执行措施主要有:冻结、划拨被执行人的银行存款;扣留、提取被执行人应

当履行义务部分的收入;查封、扣押、冻结、拍卖、变卖被执行人应当履行义务部分的财产;强制被执行人交付财物或者票证;强制被执行人迁出房屋或者退出土地;强制被执行人执行法律文书指定的行为等。被执行人不履行法律文书确定的义务,并隐匿财产的,人民法院有权发出搜查令,对被执行人及其住所或者财产隐匿地进行搜查。

本章小结

在经济法律关系中,当事人之间就其权利义务发生争议,可以通过协商、调解、仲裁、申请行政复议或司法诉讼等方式解决纠纷。本章围绕仲裁法律制度、行政复议制度和民事诉讼法律制度,着重介绍了仲裁的基本原则、仲裁机构设置和管辖以及仲裁程序;行政复议的范围和管辖、行政复议的原则和程序;民事诉讼管辖、民事案件审理程序以及执行程序等内容。

思考题

1. 商事仲裁区别于民事诉讼的特点有哪些?为什么有这样的区别?
2. 简述民事案件的管辖。
3. 简述仲裁申请和提起诉讼的条件。
4. 简述行政复议的范围和管辖。

练习题

一、2015年7月,石家庄市奥龙健身房与广州市健身器械公司签订了一份购销合同。合同中的仲裁条款规定:“因履行合同发生的争议,由双方协商解决;无法协商解决的,由仲裁机构仲裁。”2015年9月,双方发生争议,奥龙健身房向其所在地的石家庄市仲裁委员会递交了仲裁申请书,但健身器械公司拒绝答辩。同年11月,双方经过协商,重新签订了一份仲裁协议,并商定将此合同争议提交该健身器械公司所在地的广州市仲裁委员会仲裁。事后奥龙健身房担心广州市仲裁委员会实行地方保护主义,偏袒健身器械公司,故未申请仲裁,而向合同履行地人民法院提起诉讼,且起诉时说明此前两次约定仲裁的情况,法院受理此案,并向健身器械公司送达了起诉状副本,该器械公司向法院提交了答辩状。法院经审理判决被告健身器械公司败诉,被告不服,理由是双方事先有仲裁协议,法院判决无效。问:

1. 购销合同中的仲裁条款是否有效?为什么?
2. 争议发生后,双方签订的协议是否有效?为什么?
3. 原告奥龙健身房向法院提起诉讼正确与否?为什么?
4. 人民法院审理本案是否正确,为什么?
5. 被告健身器械公司的上诉理由是否正确,为什么?
6. 被告是否具有上诉权,为什么?

二、2012年个体户王某与某镇政府签订了对1000亩荒滩50年承包经营的合同,并规定王某每年上交承包费10万元。2015年底镇政府要求王某每年上交承包费增加到30万元,否则终止合同,王某不同意。镇政府于2016年3月20日单方撤销了该承包合同。3月28日王某知道这一事实,并于2016年5月22日向上级行政机关提出复议申请,5月27日上级机关发出受理通知。并向王某收取5000元的复议费,王某收到通知后处于等待状态,7月10日王某尚未收到复议决定,便决定向人民法院提出起诉。问:

1. 该纠纷是否属于行政复议的范围?
2. 王某申请行政复议的期限是否有效?
3. 王某于7月10日向法院提起诉讼,法院是否受理?
4. 复议机关收取复议费是否应该?

练习题答案

一、答案

1. 仲裁条款无效。因为该仲裁条款未指明具体的仲裁委员会,致使无法履行而无效。
2. 双方重新签订的仲裁协议有效。因为该协议指明了具体的仲裁委员会。
3. 起诉不正确。因为双方的仲裁协议有效,就排除了法院的管辖权。
4. 人民法院的审理合法。因为原告起诉后,被告未提出管辖权异议,视为人民法院有管辖权。
5. 上诉理由不成立。因为本案中人民法院的审理和判决都是有效的。
6. 被告享有上诉权。因为无论上诉理由是否正确,被告享有上诉权并不受影响。

二、答案

1. 该纠纷属于行政复议范围。《行政复议法》规定,公民、法人或者其他组织,认为行政机关关于变更或盲目农业承包合同,侵犯其合法权益的,可以申请行政复议。
2. 王某申请行政复议的期限有效。法律规定,申请人可以自知道该具体行政行为之日起60日内提出复议申请。
3. 王某向法院提出诉讼,法院不予受理。因公民、法人申请行政复议,行政复议机关已经依法受理的,或者法律规定应先申请行政复议的,在法定复议期限内不得向人民法院提起诉讼,否则,法院不予受理。本例中,王某的行政复议申请已受理,且在60天的复议期内。
4. 复议机关收取复议费错误。法律规定,行政复议机关受理行政复议申请的,不得向申请人收取任何费用,所需经费,应列入本机关的行政费,由本级财政予以保障。

第二篇 市场主体法

第三章 企业法

学习目标

1. 掌握国有企业、个人独资企业、合伙企业的特征,设立的条件,事务管理;特别掌握普通合伙、特殊的普通合伙企业与有限合伙企业的异同。
2. 了解中国企业的概念、特征和分类及立法状况。
3. 明确全民所有制企业的组织机构和监督机构;明确合伙企业的财产与第三人的关系、入伙、退伙;明确个人独资企业的权利与义务。

第一节 企业法概述

一、企业的概念、特征和种类

(一) 企业的概念和特征

企业是指依法设立的以营利为目的,从事生产经营活动和服务活动的独立核算的经济组织。企业具有如下特征:

(1) 企业是社会经济组织。企业是现代社会中人们进行生产经营活动的基本单位,是一定的生产要素有机结合而形成的集体,具有一定的组织形式,而企业从事生产经济活动,必须有相应的财产。因此企业是一定人员和一定财产的组合。

(2) 企业是依法设立的社会经济组织。企业必须依照法律规定的设立条件和设立程序才能成立,从而取得相应的法律地位、权利能力和行为能力。企业通过依法设立,可以获得合法身份,得到国家法律的认可和保护。

(3) 企业是以营利为目的的社会经济组织。企业从事生产经营活动以营利为目的。追求利润最大化是企业的最终目的,以营利为目的企业的本质特征。

(4) 企业是实行独立核算的社会经济组织。实行独立核算,是要单独计算成本费用,以收抵支,计算盈亏,并对经济业务做出全面反映和控制。不实行独立核算的社会经济组织不能被称为企业。

(二) 企业的分类

划分不同的企业种类,目的是为了明确各种企业的特质及其法律地位,以确定和规范

各类企业的行为,维护社会经济秩序。依据不同的分类标准可以对企业作不同的分类。

1. 按企业财产所有制性质

按企业财产所有性质,可将企业分为全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业和混合所有制企业。这种划分是中国传统意义上的企业分类标准。随着市场经济的发展和现代公司制度的适用,中国依照所有制性质的差别而在立法、政策上对企业区别对待的做法已被逐渐淡化。

2. 按企业投资者的组成是否含有涉外因素

按企业投资者的组成是否含有涉外因素为标准,可将企业分为内资企业、外资企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业和港澳台商投资企业。采用这种方法,既能适应国家统计、宏观决策的需要,又能适应国家管理的需要。

3. 按企业法律地位

按企业法律地位的不同,可将企业划分为法人企业和非法人企业。法人企业主要有公司企业、非公司制法人企业;非法人企业主要有个人独资企业、合伙企业等。这样划分明确地反映企业的法律地位及能力,不仅有利于国家管理,而且有利于企业间的经济交往。

除上述分类外,企业还可依据其他标准进行分类,如按企业规模大小的不同,可将企业分为大型企业、中型企业、小型企业;按企业的组织形式不同,可将企业分为独资企业、合伙企业、公司企业等。

二、企业法的概念和体系

企业法是调整企业的设立、变更和终止以及企业的组织结构,明确企业权利义务关系的法律规范的总称。

企业法体系是企业法律规范的有机统一体。中国的企业法体系结构清晰、内容齐全,具体有:《中华人民共和国全民所有制工业企业法》《中华人民共和国合伙企业法》《中华人民共和国中外合资经营企业法》《中华人民共和国中外合作经营企业法》《中华人民共和国外资企业法》《中华人民共和国乡镇企业法》《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》《中华人民共和国私营企业暂行条例》等,以及国务院制定的有关行政法规和国务院部门制定的有关部门规章。这些法律法规针对中国各类企业的情况,对不同企业的法律地位、设立条件、组织机构、活动要求等分别作出了细致全面的规定。

第二节 国有企业法

一、国有企业法律制度概述

(一) 国有企业的概念和特征

1. 国有企业的概念

国有企业,也称为国营企业、全民所有制企业,是指企业资产所有权属于国家,依照法律程序设立,能从事生产经营活动的,依法自主经营、自负盈亏、独立核算的商品生产者和

商业经营者,具有一定权利和义务的法人组织。

国有企业的财产属于全民所有,国家依照所有权和经营权分离的原则授权企业经营管理。企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分权利。国有企业依法取得法人资格,以国家授予其经营管理的财产承担民事责任。

应注意的是,国有企业的概念在中国的使用,不同环境所指的对象范围是不一致的。因此,它的概念在严格意义上讲,有广义和狭义之分。广义的国有企业包括全民所有制企业和国家控股的股份有限公司与有限责任公司、国有独资公司,而狭义的国有企业仅指全民所有制企业和国有独资公司。

近几年来,国企改革和国有资产管理体制改革取得了重要进展,规范国有企业改革和产权转让行为,转变身份,国有企业在数量上将更进一步减少,以优化国有经济布局 and 结构。

2. 国有企业的特征

- (1) 企业的资产属于国家所有,即全民所有;
- (2) 国有企业,无论其规模大小,均有法人资格;
- (3) 国有企业实行所有权和经营权相分离的经营管理制度。

(二) 全民所有制工业企业法的概念及其适用范围

全民所有制工业企业法有狭义和广义之分。狭义的全民所有制工业企业法是指国家最高立法机关依法制定的、调整国家在管理全民所有制工业企业以及全民所有制工业企业在生产经营活动中所发生的各种经济关系的法律,即《中华人民共和国全民所有制工业企业法》(以下简称《企业法》)。该法自 1988 年 8 月 1 日起施行。广义的全民所有制工业企业法是指国家立法机关或者国家其他机关依法制定的、调整国家在管理全民所有制工业企业以及全民所有制工业企业在生产经营活动中所发生的各种经济关系的法律规范的总称。由此,除《企业法》外,国家有关法律、行政法规和规章中关于全民所有制工业企业的法律规范也属于全民所有制工业企业法律范畴。

全民所有制工业企业法除了适用于全民所有制工业企业外,其原则也适用于全民所有制交通运输、邮电、地质勘探、建筑安装、商业、外贸、物资、农林、水利企业等。因此,全民所有制工业企业法也称为全民所有制企业法。

随着国企改革的纵深发展,建立比较完善的现代企业制度,继续推进股份制改革,着力完善产权结构、公司法人治理结构和激励约束机制,推进企业制度创新、管理创新和技术创新已不可逆转。

二、全民所有制企业的设立、变更和终止

(一) 全民所有制企业的设立

全民所有制企业的设立,是指依法组建全民所有制企业并使之成为企业法人的活动。

1. 全民所有制企业设立的条件

根据法律的规定,申请设立全民所有制企业需要具备以下条件:

- (1) 产品为社会所需要。
- (2) 有能源、原材料、交通运输的必要条件。

(3) 有自己的名称和生产经营场所。

名称是企业的标志。生产经营场所包括企业的住所和与生产经营相适应的场所。住所是企业的主要办事机构所在地,是企业的法定地址。

(4) 有符合国家规定的资金。

(5) 有自己的组织机构。

企业的组织机构是指企业的法人机关。其职责是对外代表企业承担各项事务,对内实施管理活动。

(6) 有明确的经营范围。

经营范围是企业所要从事生产经营活动的内容界定。

(7) 法律、法规规定的其他条件。

2. 全民所有制企业设立的程序

(1) 必须依照法律和国务院规定,报请政府或者政府主管部门审核批准。对一些从事特殊经营范围的企业,还须经有关监督管理部门或者人民政府批准,如生产医药品、食品、金银制品、音像制品企业等。

(2) 必须办理工商登记。工商登记是企业取得合法地位的一种法律行为,企业只有在登记主管机关依法核准登记,并领取营业执照后,企业才能正式成立。根据《企业法人登记管理条例》的规定,企业登记主管机关是国家工商行政管理总局和地方各级工商行政管理局。企业办理开业登记,应当在审批机关批准后 30 日内,向登记主管机关提出申请。登记主管机关应当在受理申请后 30 日内,作出核准登记或者不予登记的决定。经登记主管机关审核决定予以登记注册的,领取《企业法人营业执照》,企业即告成立。企业成立后,企业法人凭据其营业执照可以刻制公章、开设银行账户、签订合同,在核准登记的范围内从事生产经营活动,其合法权益受法律保护。

(二) 全民所有制企业的变更

1. 全民所有制企业变更的形式

全民所有制企业变更的形式包括企业合并、企业分立及企业其他事项的变更:

(1) 企业合并是指两个以上的企业依照法律、法规的规定程序,变为一个企业的行为,包括吸收合并和新设合并两种形式。

(2) 企业分立是指一个企业依法分为两个以上的企业的行为。企业分立也有两种方式:一是派生分立,即企业以一部分财产或业务另设一个新企业,原企业存续;二是新设分立,即企业以全部财产和业务新设两个或两个以上企业,原企业解散。

(3) 企业其他事项的变更是指企业在国家工商行政管理机关已登记的其他事项的变更。如改变企业名称、住所、经营场所、法定代表人、经济性质、经营范围、经营方式、注册资本、经营期限以及增设或者撤销分支机构等。

2. 全民所有制企业变更的程序

全民所有制企业的变更一般经过如下程序:

(1) 报经有关部门批准。

(2) 办理变更登记手续。

(3) 公告。

（三）全民所有制企业的终止

全民所有制企业的终止,是指全民所有制企业法人资格消灭,企业丧失权利能力和行为能力,不能再继续从事生产经营活动。

根据《企业法》的规定,全民所有制企业由于下列原因之一而终止:

(1) 违反法律、法规被撤销。有权决定撤销全民所有制企业的是政府及政府有关部门,其他非授权单位均无权撤销全民所有制企业。

(2) 政府主管部门依照法律、法规的规定决定对其实行解散。企业解散的原因一般有5种:①企业存续届满;②企业设立的宗旨已经实现或者企业经营的业务已经完成;③企业章程规定的其他解散事由已出现;④企业因合并或分立需要解散;⑤企业所有者决定解散。全民所有制企业的解散由政府主管部门依照法律、法规的规定作出决定。

(3) 依法被宣告破产。

(4) 其他原因。

三、全民所有制企业的权利和义务

（一）全民所有制企业的权利

根据《企业法》和《转换经营机制条例》的规定,全民所有制企业的权利主要包括以下内容:(1)生产经营决策权;(2)产品、劳务定价权;(3)产品销售权;(4)物资采购权;(5)进出口权;(6)投资决策权;(7)留用资金支配权;(8)资产处置权;(9)联营、兼并权;(10)劳动用工权;(11)人事管理权;(12)工资、奖金分配权;(13)内部机构设置权;(14)拒绝摊派权。

（二）全民所有制企业的义务

根据《企业法》和《转换经营机制条例》的规定,全民所有制企业的义务主要包括:遵守国家的法律、法规;确保国有资产的保值、增值;依法缴纳税费、利润、费用,接受财政、税务、审计等机关的监督;维护生产经营秩序,保护国家财产不受侵犯。

四、全民所有制企业的组织机构

（一）全民所有制企业的厂长负责制

《全民所有制工业企业法》规定,全民所有制企业实行厂长负责制。厂长负责制是指全民所有制工业企业的经营管理工作由厂长统一领导和全面负责的一种企业内部领导制度。

1. 厂长的法律地位

《全民所有制工业企业法》规定,厂长是企业的法定代表人,企业建立以厂长为首的生产经营管理系统,厂长对企业的物质文明建设和精神文明建设负全面责任。

(1) 厂长在企业里,对内是生产经营管理系统的中心。企业的生产经营活动以及其他非经营活动都由厂长负责。企业的各个部门、各种形式的民主管理组织都要听从厂长的指挥,或是协助厂长决定企业的重大问题。

(2) 厂长在企业中,对外是企业的法定代表人。即厂长依法代表企业行使权利进行民事经济活动,如代表企业对外签订合同、进行各种诉讼活动等。

2. 厂长的职权

《全民所有制工业企业法》规定,厂长领导企业的生产管理工作,行使下列职权:

- (1) 依照法律和国务院的规定,决定或者报请审查批准企业的各项计划。
- (2) 决定企业行政机构的设置。
- (3) 据请政府主管部门任免或者聘任、解聘副厂级行政领导干部(法律和国务院另有规定的除外)。
- (4) 任免或者聘任、解聘企业中层行政领导干部(法律另有规定的除外)。
- (5) 提出工资调整方案、奖金分配方案和重要的规章制度,提请职工代表大会审查同意;提出福利基金使用方案和其他有关职工生活福利的重大事项的建议,提请职工代表大会审议决定。
- (6) 依法奖惩职工,提请政府主管部门奖惩副厂级行政领导干部。

3. 厂长的产生和任免

《全民所有制工业企业法》规定,厂长的产生除国务院另有规定外,由政府主管部门根据企业的情况采取下列方式中的一种:

- (1) 政府主管部门委任或者招聘;
- (2) 企业职工代表大会选举。

政府主管部门委任或者招聘的厂长人选,须征求职工代表的意见;企业职工代表大会选举的厂长,须报政府主管部门批准。

政府主管部门委任或者招聘的厂长,由政府主管部门免职或者解聘,并须征求职工代表的意见;企业职工代表大会选举的厂长,由企业职工代表大会罢免,并须报政府主管部门批准。

(二) 职工代表大会制度

1. 职工代表大会的性质

职工代表大会是企业实行民主管理的基本形式,是职工行使民主管理权力的机构。这表明了职工代表大会既不是企业内部的咨询机构或者参谋机构,也不能视为企业的权力机构。

2. 职工代表大会的职权

根据《企业法》规定,职工代表大会行使以下职权:

- (1) 听取和审议厂长关于企业的经营方针、长远规划、年度计划等,提出意见和建议。
- (2) 审查同意或者否决企业的工资调整方案、奖金分配方案、劳动保护措施、奖惩办法以及其他重要的规章制度。
- (3) 审议决定有关职工生活福利的重大事项。
- (4) 评议、监督企业各级行政领导干部,提出奖惩和任免的建议。
- (5) 根据政府主管部门的决定选举厂长,报政府主管部门批准。

3. 职工代表大会的组织制度

职工代表大会的组织制度包括职工代表大会的组织机构和职工代表大会的会议制度两方面内容。

- (1) 职工代表大会的组织机构。

职工代表大会的组织机构包括开会期间选出的主席团、工会委员会、专门小组(或专门委员会,下略)。主席团成员由工人、技术人员、管理人员和企业的领导干部组成,其中工人、技术人员、管理人员应超过半数。主席团只负责主持会议。工会委员会是职工代表大会的工作机构,负责职工代表大会的日常工作。专门小组由职工代表大会根据需要设立,它可以是临时性的,也可以是经常性的;其成员可以是职工代表,也可以是非职工代表,只要经职工代表大会通过即可。

(2) 职工代表大会的会议制度。

职工代表大会至少每半年召开一次。每次会议必须有 2/3 以上的职工代表出席。遇有重大事项,经厂长、工会委员会或 1/3 以上职工代表提议,可以召开临时会议。职工代表大会进行选举或者作出决议,必须经全体职工代表过半数通过。职工代表大会在其职权范围内决定的事项,非经职工代表大会同意不得修改。

在职工代表大会闭会期间,需要临时解决的重要问题,由企业工会委员会召集职工代表团(组)长和专门小组负责人联席会议,协商处理,并向下一次职工代表大会报告予以确认。联席会议可以根据会议内容,邀请企业党政负责人或其他有关人员参加。

五、国有企业监事会

国有企业监事会是政府监督机构根据需要派出的对国有企业财产保值增值状况实施监督的组织。根据《国有企业监事会暂行条例》的规定,由国务院向国有重点大型企业派出监事会,代表国家对国有重点大型企业的国有资产保值增值状况实施监督。国有资产监管机构要认真履行出资人职责,加强国有资产监管,规范监管方式,充分发挥监事会的作用。

(一) 国有企业监事会的组成

国有企业监事会由主席 1 人、监事若干人组成。监事会成员不少于 3 人。监事分为专职监事和兼职监事。从有关部门和单位选任的监事,为专职;监事会中国务院有关部门、单位派出代表和企业职工代表担任的监事,为兼职。监事会主席人选按照规定程序,由国务院任命,专职监事由监事会管理机构任命。监事会中的企业职工代表由企业职工代表大会民主选举产生,报监事会管理机构批准。企业负责人不得担任监事会中的企业职工代表。监事会成员每届任期 3 年,其中监事会主席和专职监事、派出监事不得在同一企业连任。

(二) 国有企业监事会的职责

- (1) 检查企业贯彻执行有关法律、行政法规和规章制度的情况;
- (2) 检查企业财务,查阅企业的财务会计资料及与企业经营管理活动有关的其他资料,验证企业财务会计报告的真实性、合法性;
- (3) 检查企业的经营效益、利润分配、国有资产保值增值、资产运营等情况;
- (4) 检查企业负责人的经营行为,并对其经营管理业绩进行评价,提出奖惩、任免建议。

(三) 国有企业监事会的工作方式

根据《国有企业监事会暂行条例》的规定,国有企业监事会开展监督检查,可以采取下

列方式:

(1) 听取企业负责人有关财务、资产状况和经营管理情况的汇报,在企业召开与监督检查事项有关的会议;

(2) 查阅企业的财务会计报告、会计凭证、会计账簿等财务会计资料以及与经营管理活动有关的其他资料;

(3) 核查企业的财务、资产状况,向职工了解情况、听取意见,必要时要求企业负责人作出说明;

(4) 向财政、工商、税务、审计、海关等有关部门和银行调查了解企业的财务状况和经营管理情况。

监事会主席根据监督检查的需要,可以列席或者委派监事会其他成员列席企业有关会议。

国有企业监事会成员不得接受企业的任何馈赠,不得参加由企业安排、组织或者支付费用的宴请、娱乐、旅游、出访等活动,不得在企业中为自己、亲友或者其他人员牟取私利。监事会主席和专职监事、派出监事不得接受企业的任何报酬、福利待遇,不得在企业报销任何费用。监事会成员不得干预企业的经营权,不得泄露企业的商业秘密。

第三节 个人独资企业法

一、个人独资企业的概念和特征

(一) 概念

个人独资企业是指依法在中国境内设立,由一个自然人投资,财产为投资人个人所有,投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

(二) 特征

(1) 有一个自然人投资。在中国,设立个人独资企业只能是一个自然人,法人、其他组织以及事业单位、社会团体都不能投资设立个人独资企业。而且个人独资企业所指的自然人只能是中国公民。

(2) 企业的财产为投资人个人所有。个人独资企业的财产为投资者一人所有。投资者即业主对企业全部财产拥有包含所有权在内的全部财产权。企业的全部财产,包括投资者投入的财产和企业经营中以企业的名义所获得的各种收益,均归投资者一人所有。

(3) 企业的内部机构设置简单,经营管理方式灵活。投资人既是企业的所有者,又可以是企业的经营者。因此,其内部机构的设置较为简单,决策程序也较为灵活。

(4) 企业投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任。个人独资企业的资产不足以清偿到期债务时,投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。此一特征使之与一人公司区别开来。

(5) 个人独资企业是非法人企业。个人独资企业不具有法人资格,也无独立承担民事责任的能力。但个人独资企业是独立的民事主体,可以自己的名义从事民事活动。

二、个人独资企业的设立

(一) 个人独资企业的设立条件

根据《个人独资企业法》第8条的规定,个人独资企业的设立应当具备以下条件:

(1) 投资人为一个自然人。该自然人是指具有中华人民共和国国籍的自然人,外国公民在中国境内设立独资企业的,应适用《外资企业法》规定,而不适用本法。

(2) 有合法的企业名称。个人独资企业的名称中不得使用“有限”“有限责任”或者“公司”字样,个人独资企业的名称可以叫厂、店、部、中心、工作室等。

(3) 有投资人申报的出资。《个人独资企业法》对设立个人独资企业的出资数额未作限制。设立个人独资企业可以用货币出资,也可以用实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资。以家庭共有财产作为个人出资的,投资人应当在设立(变更)登记申请书上予以注明。

(4) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。这是关于个人独资企业存续与经营的基本物质条件的规定,可以根据个人独资企业的具体情况来确定。

(5) 有必要的从业人员。即要有与其生产经营范围、规模相适应的从业人员。

(二) 个人独资企业的设立程序

1. 申请

个人独资企业实行直接登记制,即投资人设立个人独资企业,除从事法律、行政法规规定须报经有关部门审批的业务应先行经有关部门的批准外,可直接到工商行政管理机关申请设立登记。可以由投资人本人提出申请,也可以委托代理人代为申请。委托代理人申请设立登记时,应当出具投资人的委托书和代理人的合法证明。

申请设立个人独资企业应当向企业所在地的工商行政管理机关提交设立申请书、投资人身份证明、生产经营场所使用证明等文件。根据《个人独资企业法》第10条的规定,设立申请书应当载明下列事项:企业的名称和住所;投资人的姓名和居所;投资人的出资额和出资方式;经营范围。

2. 登记

工商行政管理机关应当在收到设立申请文件之日起15日内,对符合规定条件的予以登记,发给营业执照;对不符合规定条件的,不予登记,并应当给予书面答复,说明理由。个人独资企业的营业执照签发日期为个人独资企业成立日期。

3. 设立分支机构

个人独资企业的分支机构是指个人独资企业在住所地以外设立的从事业务活动的办事机构。《个人独资企业法》第14条规定,个人独资企业设立分支机构,应当由投资人或者其委托的代理人向分支机构所在地的工商行政管理机关申请登记,领取营业执照。分支机构经核准登记后,应当将登记情况报该分支机构隶属的个人独资企业的登记机关备案。根据法律规定,分支机构的民事责任由设立该分支机构的个人独资企业承担。

4. 变更登记

《个人独资企业法》第15条规定,个人独资企业存续期间登记事项发生变更的,应当在作出变更决定之日起15日内依法向登记机关申请办理变更登记。

三、个人独资企业的投资人及事务管理

(一) 个人独资企业的投资人

个人独资企业的投资人为一个具有中国国籍的自然人,但法律、行政法规规定禁止从事营利性活动的人,不得作为投资人申请设立个人独资企业。根据中国有关法律、行政法规规定,国家公务员、党政机关领导干部、警官、法官、检察官、商业银行工作人员等人员不得作为投资人申请设立个人独资企业。投资人对个人独资企业的财产依法享有所有权,其有关权利可以依法进行转让或继承。个人独资企业投资人在申请企业设立登记时,明确以其家庭共有财产作为个人出资的,应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

(二) 个人独资企业的事务管理

个人独资企业投资人可以自行管理企业事务,也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务,应当与受托人或者被聘用的人签订书面合同。投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制,不得对抗善意第三人。投资人委托或者聘用的管理个人独资企业事务的人员不得有法律规定的禁止行为,包括:

- (1) 利用职务上的便利,索取或者收受贿赂;
- (2) 利用职务或者工作上的便利侵占企业财产;
- (3) 挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人;
- (4) 擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立账户储存;
- (5) 擅自以企业财产提供担保;
- (6) 未经投资人同意,从事与本企业相竞争的业务;
- (7) 未经投资人同意,同本企业订立合同或者进行交易;
- (8) 未经投资人同意,擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用;
- (9) 泄露本企业的商业秘密;
- (10) 法律、行政法规禁止的其他行为。

四、个人独资企业的权利和义务

(一) 权利

个人独资企业可以依法申请金融机构贷款,通过各种合法方式取得土地使用权,并享有法律、行政法规规定的其他权利。

任何单位和个人不得违反法律、行政法规的规定,以任何方式强制个人独资企业提供财力、物力、人力;对于违法强制提供财力、物力、人力的行为,个人独资企业有权拒绝。

(二) 义务

个人独资企业应当依法设置会计账簿,进行会计核算。

个人独资企业招用职工的,应当依法与职工签订劳动合同,保障职工的劳动安全,按时、足额发放职工工资。

个人独资企业应当按照国家规定参加社会保险,为职工缴纳社会保险费。

五、个人独资企业的解散和清算

(一) 个人独资企业的解散

个人独资企业有下列情形之一时,应当解散:

- (1) 投资人决定解散;
- (2) 投资人死亡或者被宣告死亡,无继承人或者继承人决定放弃继承;
- (3) 被依法吊销营业执照;
- (4) 法律、行政法规规定的其他情形。

(二) 个人独资企业的清算

个人独资企业解散时,由投资人自行清算或者由债权人申请人民法院指定清算人进行清算。

(1) 个人独资企业清算前 15 日书面通知债权人,无法通知的,应当公告。债权人应当在接到通知之日起 30 日内,未接到通知的应当公告之日起 60 日内,向投资人申报其债权。

(2) 个人独资企业解散时,财产按照下列顺序清偿:①所欠职工工资和社会保险费用;②所欠税款;③其他债务。个人独资企业财产不足以清偿债务时,投资人以其个人的其他财产予以清偿。

(3) 清算期间,个人独资企业不得开展与清算目的无关的经营活动。在按前述财产清偿顺序清偿债务前,投资人不得转移、隐匿财产。

(4) 个人独资企业解散后,原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任,但债权人在 5 年内未向债务人提出偿债请求的,该责任消灭。

(5) 清算结束后,应当办理注销登记。

六、法律责任

(一) 个人独资企业的法律责任

(1) 提交虚假文件或采取其他欺骗手段,取得企业登记的,责令改正,处以 5 000 元以下的罚款;情节严重的,并处吊销营业执照。

(2) 个人独资企业使用的名称与其在登记机关登记的名称不相符合的,责令限期改正,处以 2 000 元以下的罚款。

(3) 涂改、出租、转让营业执照的,责令改正,没收违法所得,处以 3 000 元以下的罚款;情节严重的,吊销营业执照。伪造营业执照的,责令停业,没收违法所得,处以 5 000 元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(4) 个人独资企业成立后无正当理由超过 6 个月未开业的,或者开业后自行停业连续 6 个月以上的,吊销营业执照。

(5) 未领取营业执照,以个人独资企业名义从事经营活动的,责令停止经营活动,处以 3 000 元以下的罚款。个人独资企业登记事项发生变更时,未按本法规定办理有关变更登记,责令限期办理变更登记;逾期不办理的,处以 2 000 元以下的罚款。

(6) 侵犯职工合法权益,未保障职工劳动安全,不缴纳社会保险费用的,按照有关法

律、行政法规予以处罚,并追究有关责任人员的责任。

(二) 受托人或被聘用人员的法律责任

(1) 投资人委托或者聘用的人员管理个人独资企业事务时违反双方订立的合同,给投资人造成损害的,承担民事赔偿责任。

(2) 投资人委托或者聘用的人员违反规定,侵犯个人独资企业财产权益的,责令退还侵占的财产;给企业造成损失的,依法承担赔偿责任;有违法所得的,没收违法所得;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(三) 登记机关的法律责任

(1) 登记机关对不符合《个人独资企业法》规定条件的个人独资企业予以登记,或者对符合《个人独资企业法》规定条件的企业不予登记的,对直接责任人员依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(2) 登记机关的上级部门的有关主管人员强令登记机关对不符合《个人独资企业法》规定条件的企业予以登记,或者对符合《个人独资企业法》规定条件的企业不予登记的,或者对登记机关的违法登记行为进行包庇的,对直接责任人员依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(3) 登记机关对符合法定条件的申请不予登记或者超过法定时限不予答复的,当事人可依法申请行政复议或提起行政诉讼。

第四节 合伙企业法

一、合伙企业法概述

(一) 合伙企业的概念

合伙是指两个以上的自然人、法人或其他组织为了共同目的,以协议的方式约定共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险的营利性组织。合伙企业是指自然人、法人和其他组织依法在中国境内设立的由各合伙人订立合伙协议、共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险的营利性组织。合伙企业分为普通合伙企业和有限合伙企业。

普通合伙企业由普通合伙人组成,合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。法律另有规定的,从其规定。有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成,普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任,有限合伙人以其认缴的出资额为限,对合伙企业债务承担责任。

(二) 合伙企业法

合伙企业法有广义和狭义之分。狭义的合伙企业法是指由国家最高立法机关依法制定的规范合伙企业合伙人关系的专门法律,即《中华人民共和国合伙企业法》(以下简称《合伙企业法》)。该法由第八届全国人大常委会第二十四次会议于1997年2月通过,自1997年8月1日起施行。广义的合伙企业法是指国家立法机关或者其他有关机关依法制定的,调整合伙企业合伙关系的各种法律规范的总称。因此除《合伙企业法》之外,国家有关法律、行政法规和规章中关于合伙企业的法律规范,都属于合伙企业法的范畴。

《合伙企业法》适用于按照现行行政管理划分规定应由工商行政管理机关登记管理的合伙企业。非企业专业服务机构依据有关法律采取合伙制的,其合伙人承担责任的形式可以适用合伙企业法关于特殊的普通合伙企业合伙人承担责任的规定。

二、普通合伙企业

(一) 设立条件

申请设立合伙企业,应当向企业登记机关提交登记申请书、合伙协议书、合伙人身份证明等文件。合伙企业的经营范围中有属于法律、行政法规规定在登记前须经批准的项目,该项经营业务应当依法经过批准,并在登记时提交批准文件。

1. 有两个以上合伙人

合伙人为自然人的,应当具有完全民事行为能力。合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的,经其他合伙人一致同意,可以依法转为有限合伙人,普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的,该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。普通合伙人依法承担无限责任。国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

2. 有书面合伙协议

合伙协议是由各合伙人通过协商,共同决定相互间的权利义务,达成的具有法律约束力的文件。合伙协议应当依法由全体合伙人协商一致,以书面形式订立。订立合伙协议、设立合伙企业,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用原则。

合伙协议应当载明下列事项:合伙企业的名称和主要经营场所的地点;合伙目的和合伙企业经营范围;合伙人的姓名及其住所;合伙人出资的方式、数额和缴付出资的期限;利润分配和亏损分担办法;合伙企业事务的执行;入伙与退伙;争议解决办法;合伙企业的解散与清算;违约责任。

合伙协议经全体合伙人签名,盖章后生效。合伙人依照合伙协议享有权利,履行义务。合伙协议生效后,全体合伙人可以在协商一致的基础上,对该合伙协议加以修改或者补充。合伙协议未约定或者约定不明确的事项,由合伙人协商决定;协商不成的,依照《合伙企业法》和其他有关法律、行政法规的规定处理。

3. 有各合伙人实际缴付的出资

合伙协议生效后,合伙人应当按照合伙协议的规定缴纳出资。合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利缴纳出资。此外,经全体合伙人协商一致,合伙人也可以用劳务出资。

4. 有合伙企业名称和生产经营场所

普通合伙企业在其名称中应当标明“普通合伙”的字样,不得使用“有限”或者“有限责任公司”的字样。经企业登记机关登记的合伙企业主要经营场所只能有一个,并且应当在其企业登记机关登记管辖区域内。

申请人提交的登记申请材料齐全、符合法定形式,企业登记机关能够当场登记的,应予当场登记,发给营业执照。合伙企业的营业执照签发日期,为合伙企业成立日期。

合伙企业设立分支机构,应当向分支机构所在地的企业登记机关申请登记,领取营业

依照。合伙企业登记事项发生变更的,执行合伙事务的合伙人应当自作出变更决定或者发生变更事由之日起 15 日内,向企业登记机关申请办理变更登记。

(二) 企业财产

合伙企业存续期间,合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产,均为合伙企业的财产。

1. 合伙企业财产的性质

合伙企业的财产只能由全体合伙人共同管理和使用;在合伙企业存续期间,除非有合伙人退伙等法定事由,合伙人不得请求分割合伙企业的财产。合伙企业的合伙财产具有共有财产的性质,对合伙财产的占有、使用、收益和处分,均应当依据全体合伙人的共同意志进行。

2. 合伙企业财产的转让

合伙企业存续期间,合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时,须经其他合伙人一致同意;合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时,应当通知其他合伙人;合伙人依法转让其财产份额时,在同等条件下,其他合伙人有优先受让的权利;合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的,须经其他合伙人一致同意,未经其他合伙人一致同意,其行为无效,由此给第三人造成损失的,由行为人依法承担赔偿责任。

经全体合伙人同意,合伙人以外的人依法受让合伙企业财产份额时,经修改合伙协议即成为合伙企业新的合伙人,合伙企业的各合伙人依照修改后的合伙协议享有权利和承担责任。

(三) 合伙事务执行

1. 合伙事务执行的形式

合伙人执行合伙企业事务的形式有全体合伙人共同执行合伙企业事务和委托一名或数名合伙人执行合伙企业事务两种形式。

委托一名或数名合伙人执行合伙企业事务,其他合伙人不再执行合伙事务。除合伙协议另有约定外,合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意:

- (1) 改变合伙企业的名称;
- (2) 改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点;
- (3) 处分合伙企业的不动产;
- (4) 转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利;
- (5) 以合伙企业名义为他人提供担保;
- (6) 聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

2. 合伙人在执行合伙事务中的权利和义务

合伙人在执行合伙事务中的权利主要有:合伙人平等享有合伙事务执行权;执行合伙事务的合伙人对外代表合伙企业;不参加执行事务的合伙人有权监督执行事务的合伙人,检查其执行合伙企业事务的情况;各合伙人有权查阅合伙企业的账簿和其他有关文件;合伙人提出异议权和撤销委托执行事务权;按照合同约定或法律规定参与表决。

合伙人在执行合伙事务中的义务主要有:合伙人不得自营或者同他人合作经营与本

合伙企业相竞争的业务;除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外,合伙人不得同本合伙企业进行交易;合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。

3. 合伙损益分配原则

合伙损益由合伙人依照合伙协议约定的比例分配和分担;合伙协议未约定合伙损益分配比例的,由合伙人协商决定,协商不成的,由合伙人按照出资比例分配、分担;无法确定出资比例的,由各合伙人平均分配和分担;合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部责任。

4. 非合伙人参与经营管理

被聘任的合伙企业的的经营管理人员应当在合伙企业授权范围内履行职务;超越合伙企业授权范围从事经营活动,或者因故意或者重大过失给合伙企业造成损失的,依法承担赔偿责任。

(四) 与第三人关系

合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制,不得对抗善意第三人。合伙企业对其债务,应先以其全部财产进行清偿。合伙企业财产不足清偿到期债务的,各合伙人应当承担无限连带清偿责任。合伙人实际支付的债务数额超过其应当承担的部分,有权就超过部分向其他未支付或者未足额支付应承担数额的合伙人追偿。

合伙人发生与合伙企业无关的债务,相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务;也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的,该合伙人可以从其合伙企业中分取的收益用于清偿;债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

(五) 入伙与退伙

1. 入伙

入伙是指在合伙企业存续期间,合伙人以外的第三人加入合伙企业并取得合伙人资格的行为。新合伙人入伙时,应当经全体合伙人同意,并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时,原合伙人应当向新合伙人告知原合伙企业经营状况和财务状况。入伙的新合伙人与原合伙人享有同等的权利,承担同等的责任。入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。

2. 退伙

退伙是指合伙人退出合伙企业,从而丧失合伙人资格。合伙人退伙,一般有两种原因:一是自愿退伙;二是法定退伙。

自愿退伙,是指合伙人基于自愿的意思表示而退伙。自愿退伙可以分为协议退伙和通知退伙两种。合伙协议约定合伙企业的经营期限的,有下列情形之一的,合伙人可以退伙:(1)合伙协议约定的退伙事由出现;(2)经全体合伙人同意退伙;(3)发生合伙人难以继续参加合伙企业的事由;(4)其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。合伙协议未约定合伙企业的经营期限的,合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下,可以退伙,但应当提前 30 日通知其他合伙人。合伙人违反上述规定擅自退伙的,应当赔偿由此给其他合伙人造成的损失。

法定退伙,是指合伙人因出现法律规定的事由而退伙。法定退伙分为当然退伙和除

名退伙两类。合伙人有下列情形之一的,当然退伙:(1)死亡或者被依法宣告死亡;(2)被依法宣告为无民事行为能力人(经其他合伙人一致同意,也可以依法转为有限合伙人,普通合伙企业依法相应转为有限合伙企业);(3)个人丧失偿债能力;(4)被人民法院强制执行在合伙企业中的全部财产份额。当然退伙以法定事由实际发生之日为退伙生效日。合伙人有下列情形之一的,经其他合伙人一致同意,可以决议将其除名:(1)未履行出资义务;(2)因故意或者重大过失给合伙企业造成损失;(3)执行合伙企业事务时有不正当行为;(4)合伙协议约定的其他事由。对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人,被除名人自接到除名通知之日起,除名生效,被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的,可以在接到除名通知之日起 30 日内,向人民法院起诉。合伙人退伙时,享有财产继承或返回财产份额的权力,同时退伙人退伙后仍对其退伙前已发生的合伙企业债务,与其他合伙人承担连带责任。

(六) 特殊的普通合伙企业

以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构,可以设立为特殊的普通合伙企业。特殊的普通合伙企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样。

特殊的普通合伙企业的责任:一个合伙人或者数个合伙人在执行活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的,应当承担无限责任或者无限连带责任,其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任并对给企业造成的损失承担赔偿责任;合伙人在执行活动中非因故意或者重大失误造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务,由全体合伙人承担无限责任;合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务,以合伙企业财产对外承担责任后,该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金,并办理执业保险。执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务。执业风险基金应当单独立户管理。

三、有限合伙企业

(一) 设立条件

(1) 除法律另有规定外,有限合伙企业应有 2 个以上 50 个以下合伙人,合伙人中至少有一个为普通合伙人。

(2) 有书面合伙协议。有限合伙企业合伙协议除包括普通合伙企业内容外,还应当载明下列事项:①普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所;②执行事务合伙人应具备的条件和选择程序;③执行事务合伙人权限与违约处理办法;④执行事务合伙人的除名条件和交换程序;⑤有限合伙人入伙、退伙条件、程序以及相关责任;⑥有限合伙人和普通合伙人相互转变程序。

(3) 有各合伙人实际缴付的出资。有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资。有限合伙人不得以劳务出资。有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资;未按期足额缴纳的,应当承担补缴义务,并对其他合伙人承担违约责任。

(4) 有合伙企业名称。有限合伙企业在其名称中应当注明“有限合伙”字样。

(5) 有营业场所和从事经营的必备条件。

(二) 合伙事务的执行

1. 合伙事务执行形式

有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务,有限合伙人不得对外代表有限合伙企业。有限合伙人的下列行为,不视为执行合伙事务:(1)参与决定合伙人入伙、退伙;(2)对企业的经营管理提出建议;(3)参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所;(4)获取经审计的有限合伙企业财务会计报告;(5)对涉及自身利益的情况,查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料;(6)在有限合伙企业中的利益受到侵害时,向有责任的合伙人主张权利或提起诉讼;(7)执行事务合伙人怠于行使权利时,督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼;(8)依法为本企业提供担保。

2. 合伙人的权利和义务

执行合伙事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬的提取方式。除合伙协议另有约定外,有限合伙人可以同本合伙企业进行交易;可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务;可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质。有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中财产份额,但应当提前 30 日通知其他合伙人。有限合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的,该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿;债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在有限合伙企业中的财产份额用于清偿,但执行时应当通知全体合伙人。在同等条件下,其他合伙人有优先购买权。第三人理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的,该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易,给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的,该有限合伙人应当承担赔偿责任。

(三) 入伙、退伙

新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务,以其认缴的出资额为限承担责任。普通合伙人转变为有限合伙人,或者有限合伙人转变为普通合伙人,应当经全体合伙人一致同意。有限合伙人转变为普通合伙人的,对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任;普通合伙人转变为有限合伙人的,对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

有限合伙人有下列情形之一的视为当然退伙:(1)作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡;(2)作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者被宣告破产;(3)法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格;(4)合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行为能力的,其他合伙人不得因此要求其退伙。作为有限合伙人的自然人死亡,被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时,其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。有限合伙人退伙后,对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务,以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

四、合伙企业解散与清算

(一) 解散

合伙企业解散是指各合伙人解除合伙协议,合伙企业终止活动。合伙企业有下列情形之一的,应当解散:(1)合伙协议约定的经营期限届满,合伙人不愿意继续经营的;(2)合伙协议约定的解散事由出现;(3)全体合伙人决定解散;(4)合伙人已不具备法定人数满30天;(5)合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现;(6)被依法吊销营业执照;(7)出现法律、行政法规规定的合伙企业解散的其他原因。

有限合伙企业仅剩有限合伙人的应当解散;有限合伙企业仅剩普通合伙人的,转为普通合伙企业。

(二) 清算

合伙企业解散时,应当进行清算。

1. 确定清算人

清算人由全体合伙人担任;经全体合伙人过半数同意,可以自合伙企业解散后15日内指定一名或者数名合伙人,或者委托第三人担任清算人。自合伙企业解散事由出现之日起15日内未确定清算人的,合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

清算人在清算期间履行下列职责:(1)清理合伙企业财产,分别编制资产负债表和财产清单;(2)处理与清算有关的合伙企业未了结的事务;(3)清缴所欠税款;(4)清理债权、债务;(5)处理合伙企业清偿债务后的剩余财产;(6)代表合伙企业参与民事诉讼活动。

2. 通知、公告债权人

清算人自被确定之日起10天内将合伙企业解散事项通知债权人,并于60天内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起30日内,未接到通知书的自公告之日起45天内,向清算人申报债权。债权人申报债权,应当说明债权的有关事项,并提供证明材料,清算人应当对债权进行登记。清算期间,合伙企业存续,但不得开展与清算无关的经营活动。

3. 财产清偿顺序

合伙企业财产在支付清算费用后,按下列顺序清偿:(1)合伙企业所欠招用的职工工资和劳动保险费用;(2)合伙企业所欠税款;(3)合伙企业的债务;(4)返还合伙人的出资;(5)分配利润。

4. 清算结束

在清算期间,如果全体合伙人以个人财产承担清偿责任后,仍不足清偿合伙企业债务的,应当结束清算程序。对于未能清偿的债务,由原普通合伙人继续承担无限连带清偿责任。

清算结束后,清算人应当编制清算报告,经全体合伙人签名、盖章后,在15日内向企业登记机关报送清算报告,办理合伙企业注销登记。

五、违反合伙企业法的法律责任

(1)违反合伙企业法规定,提交虚假文件或者采取其他欺骗手段,取得企业登记的,

责令改正,可以处以 5 000 元以上 50 000 元以下的罚款;情节严重的,撤销企业登记,并处以 5 万元以上 20 万元以下的罚款。

(2) 违反合伙企业法规定,未在合伙企业名称中标明“普通合伙”“特殊普通合伙”或者“有限合伙”字样的,责令限期改正,可以处以 2 000 元以上 1 万元以下的罚款。

(3) 违反合伙企业法规定,未依法领取营业执照而以合伙企业名义从事经营活动的,责令停止经营活动,可以处以 5 000 元以上 50 000 元以下的罚款。

(4) 合伙企业登记事项发生变更时,未按照合伙企业法的规定办理有关变更登记的,责令限期登记;逾期不登记的,处以 2 000 元以上 20 000 元以下的罚款。由此给其他人造成的损失,由执行合伙事务的合伙人承担赔偿责任。

(5) 合伙人在执行合伙企业事务中,将应当归合伙企业的利润据为己有的,或者采取其他手段侵占合伙企业财产的,责令将该利益和财产退还合伙企业;给合伙企业或者其他合伙人造成损失的,依法承担赔偿责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(6) 合伙人对合伙企业法规定或者合伙协议约定必须经全体合伙人同意才能执行的事务擅自处理,给合伙企业或者其他合伙人造成损失的,依法承担赔偿责任。

(7) 具有合伙事务执行权的合伙人,擅自执行合伙企业的事务给合伙企业或者其他合伙人造成损失的,依法承担赔偿责任。

(8) 合伙人违反合伙企业法的规定或者合伙协议的约定,从事与本合伙企业相竞争的业务或者与本合伙企业进行交易的,该收益归合伙企业所有;给合伙企业或者其他合伙人造成损失的,依法承担赔偿责任。

(9) 合伙人违反合伙协议的,应当依法承担违约责任。合伙人履行合伙协议发生争议的,合伙人可以通过协商或者调解解决。合伙人不愿意通过协商、调解解决或者协商、调解不成的,可以依据合伙协议中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议,向仲裁机构申请仲裁。当事人没有在合伙协议中订立仲裁条款,事后又没有达成书面仲裁协议的,可以向人民法院起诉。

(10) 合伙企业清算人违反合伙企业法规定,隐匿、转移合伙企业财产,对资产负债表或者财产清单作虚假记载,或者在未清偿债务前分配企业财产的,责令改正;损害债权人利益的,依法承担赔偿责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(11) 合伙企业行政管理机关及其人员违反合伙企业法的规定,滥用职权、徇私舞弊、收受贿赂、侵占合伙企业合法权益的,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

本章小结

企业是经济活动中的重要法律主体,其进入市场、从事经营活动都必须严格遵循相应的法律规定。本章简单介绍了各类企业的法律地位和基本制度,着重介绍了普通合伙企业的概念、特征、设立条件以及事务管理;特殊的普通合伙企业的特殊性;有限合伙企业的概念、设立条件、入伙与退伙等内容。

思 考 题

1. 什么是厂长负责制? 试分析全民所有制企业厂长(经理)的法律地位和职权。
2. 全民所有制工业企业的权利和义务有哪些?
3. 试述普通合伙企业、特殊的普通合伙企业和有限合伙企业的债务清偿。

练 习 题

2015年1月,甲、乙、丙3人合伙开办了合伙企业,甲出资3万元、乙出资2万元,丙以劳务出资,合伙协议订立得比较简单,未约定利润分配和亏损分担比例,只约定3人共同管理企业。2015年6月,甲想把自己的一部分财产份额转让给丁,乙同意但丙不同意,因多数合伙人同意丁入伙成为新的合伙人,丙便提出退伙,甲、乙表示同意丙退伙,丁入伙。此时,该合伙企业欠长城公司货款3万元一直未还。2015年10月,甲私自以合伙企业的名义为其朋友的4万元贷款提供担保,银行对甲的私自行为并不知情。2016年4月,由于经营不善,该合伙企业宣告解散,企业又负债9万元无法清偿。

根据案情,请回答下列问题:

1. 丁认为长城公司的欠款是其入伙之前发生的,与自己无关,自己不应该对该笔债务承担责任,丁的看法是否正确?
2. 丙认为其早已于2015年6月退伙,该合伙企业的债务与其无关,丙的看法是否正确?
3. 若甲的朋友到期不能清偿贷款,银行是否有权要求合伙企业承担担保责任?
4. 若其他合伙人在得知甲私自以合伙企业的财产提供担保后一致同意将其除名,该决议是否有效?
5. 在合伙企业清算后,长城公司、贷款银行和该合伙企业的债权人认为乙个人资金雄厚,要求其做全部的清偿,这些债权人的要求是否可以得到支持?
6. 乙满足了合伙企业债权人的要求后,甲的朋友向乙支付了4万元,乙应如何向其他合伙人进行追偿?

练习题答案

1. 丁的看法不正确。尽管合伙企业对长城公司的欠款是在丁入伙之前发生的,但合伙企业法规定,入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任,因此,丁需要对该笔债务承担连带责任。
2. 丙的看法并不完全正确。尽管丙早已于2015年6月退伙,但退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务,与其他合伙人承担连带责任,因此,该合伙企业的债务并不是与丙一点关系都没有,丙对于2015年6月前的企业债务如长城公司的欠款就要与其他的合伙人一起承担连带责任。

3. 若甲的朋友到期不能清偿 4 万元贷款,银行有权要求合伙企业承担担保责任。尽管以合伙企业名义为他人提供担保需要经过全体合伙人同意,但由于该合伙企业是全体合伙人共同执行合伙企业事务的,全体合伙人都有权对外代表合伙企业,而甲私自提供了担保的行为银行并不知情,合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制,不得对抗不知情的善意第三人,因此,合伙企业应向银行承担担保责任。

4. 若其他合伙人在得知甲私自以合伙企业的财产提供担保后一致同意将其除名,该决议是有效的。因为合伙人因故意或者重大过失给合伙企业造成损失,或者执行合伙企业事务时有不正当行为的,经其他合伙人一致同意,可以决议将其除名。

5. 在合伙企业清算后,长城公司、贷款银行和该合伙企业的债权人认为乙个人资金雄厚,要求其做全部的清偿,这些债权人的要求可以得到支持。因为以合伙企业财产清偿合伙企业债务时,其不足的部分由各合伙人按照合伙企业分担亏损的比例,用其在合伙企业出资以外的财产承担清偿责任。但合伙人之间的分担比例对债权人没有约束力,债权人可以根据自己的清偿利益,请求全体合伙人中的一人或数人承担全部清偿责任,也可以按照自己确定的比例向各合伙人分别追索。承担了清偿责任的合伙人有权向其他合伙人进行追偿。

6. 由于乙承担了合伙企业的全部清偿责任,而其实际支付的清偿数额超过了依照既定比例所应承担的数额,因此,其将就超过的部分,向未支付或者未足额支付应承担数额的合伙人追偿。丙退伙前合伙企业的债务是欠长城公司货款 3 万元,承担清偿责任的是甲、乙、丙 3 个原合伙人和丁新入伙的合伙人。由于该企业的合伙协议未约定亏损承担的比例,所以,应由各合伙人平均分担,即甲、乙、丙、丁各承担 7 500 元。由于甲的朋友已向乙支付了 4 万元,因此,丙退伙后合伙企业的债务是 9 万元,同样,合伙人要平均分担,即甲、乙、丁各承担 3 万元。所以,乙有权向甲追偿 37 500 元,向丙追偿 7 500 元,向丁追偿 37 500 元。

第四章 公 司 法

学习目标

1. 掌握公司的概念；
2. 了解有限责任公司和股份有限公司的设立、组织机构及其职责；
3. 明确股份发行与转让和公司利润分配。

第一节 公司法概述

现行《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)是 1993 年 12 月 29 日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过的,1999 年 12 月 25 日第九届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议第一次修正,2004 年 8 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议第二次修正,2005 年 10 月 27 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议第三次修订,2013 年 12 月 28 日第十二届全国人民代表大会常务委员会第六次会议第四次修订,并于 2014 年 3 月 1 日起施行。2014 年最新《公司法》共修改了 12 个条款,将公司注册资本实缴登记制改为认缴登记制,取消公司注册资本最低限额,放宽注册资本登记条件,简化登记事项和登记文件等。

一、公司的特征

公司是指以股东的投资行为为基础,依法设立的,以营利为目的的法人企业。企业是从事商品生产、流通、服务活动的有一定独立地位的营利性经济组织。中国公司主要有 4 个特征:

(一) 以股东的投资行为为基础

公司设立以股东的投资行为为基础。公司的财产源于股东的投资。股东一旦将资产投入公司,便丧失对该财产的直接支配权,只享有对公司的股权,公司股东依法享有资产受益、参与重大决策和选择管理者等权利,实行共同出资、共享利润、共担风险、自主经营、自负盈亏的制度;而公司享有由股东投资形成的法人财产,并依法对该财产行使占有、使用、收益、处分的直接支配权利,即法人财产权。

(二) 依法设立

公司必须依照法定条件和法定程序设立。普通公司依照公司法规定的条件和程序设立,特殊公司还要遵循商业银行法、保险法、证券法等行业管理法律。例如,保险公司的设立除了依照公司法规定的条件和程序外,还必须符合保险法的规定。

(三) 以营利为目的

股东投资设立公司的目的是营利,即从公司经营中取得利润。营利目的不仅要求公司本身为营利而活动,而且要求公司有盈利时应当将利润分配给股东。

（四）法人企业

企业是指以营利为目的的经济组织。企业在法律上分为法人企业和非法人企业。公司是法人企业,符合民法规定的法人条件,有独立的法人财产,能独立承担民事责任。中国《公司法》规定的有限责任公司和股份有限公司均具有法人资格,股东以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担有限责任。公司以其全部财产对公司的经营活动产生的债务承担责任,而不是限定在股东实际缴纳的出资或注册资本的数额范围内。

二、公司的分类

（一）总公司与分公司

根据公司组织管辖系统,可将公司分为总公司和分公司。总公司又称本公司,是指依法设立并管辖公司全部组织的具有企业法人资格的总机构。分公司是指业务、资金、人事等方面受总公司管辖和控制而不具有法人资格的分支机构。分公司不具备法人资格,其实只是公司的分支机构,并非真正意义上的公司,分公司没有独立的公司名称、公司章程,没有独立的财产,但可领取营业执照,进行经营活动,其一切行为均代表总公司,其一切法律后果均由总公司承担。

（二）母公司与子公司

依据公司之间的控制和依附关系,可以将公司分为母公司和子公司。母公司是指拥有其他公司一定数额的股份或根据协议能够控制其他公司的各种事项的公司。子公司是指一定数额的股份被另一公司控制或依照协议被另一公司实际控制、支配的公司。他们都具有法人资格,在法律上是彼此独立的企业。

（三）上市公司与非上市公司

依据公司股东股份能否在证券市场上自由转让为标准,可以将公司分为上市公司与非上市公司。上市公司是指可以按法定程序公开招股,股东人数无法定限制,股份可以在证券市场上公开自由转让的公司。非上市公司是指公司股本全部由设立公司的股东拥有,且其股份不能在证券市场上自由转让的公司。

（四）本国公司与外国公司

依据公司的国籍不同,可以将公司分为本国公司和外国公司。本国公司是指依照中国法律并在中国境内设立的公司。外国公司是指依照外国法律在中国境外登记成立的公司。

（五）国内公司与跨国公司

以公司的组织机构和经营活动是否局限于一国为标准,可将公司分为国内公司与跨国公司。跨国公司是一个由控制公司与设在各国的众多附属公司形成的国际公司集团。

（六）有限责任公司和股份有限公司

有限责任公司是指由法定数额的股东共同出资设立,股东以其认缴的出资额为限对公司债务承担有限责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业法人。股份有限公司也称股份公司,是指全部资本分为等额股份,股东以其认购的股份为限对公司承担责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业法人。中国《公司法》规定:“本法所称公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”

三、公司法的概念

公司法是规定公司法律地位,调整公司组织关系,规范公司在设立、变更与终止过程中的组织行为的法律规范的总称。狭义的公司法是指《中华人民共和国公司法》,广义的公司法还包括其他有关公司的法律规定,例如《公司登记管理条例》《民法通则》《中外合资经营企业法》等法律、法规和司法解释。

第二节 有限责任公司的设立与组织机构

一、有限责任公司的设立

(一) 有限责任公司设立的条件

有限责任公司是指由法定数额的股东共同出资设立,股东以其认缴的出资额为限对公司债务承担有限责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的法人企业。有限责任公司设立的条件有:

1. 股东符合法定人数

有限责任公司由 50 个以下股东组成。

2. 股东出资方式

有限责任公司的股东出资方式可以是多样的,货币、实物、知识产权、非专利技术、土地使用权都可以用来出资。以实物、知识产权、非专利技术、土地使用权出资的,必须进行评估作价,核实财产,不得高估或低估作价。同时全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的 30%,以此来保障公司设立后的正常经营。

3. 有股东共同制定的公司章程

公司章程是指公司所必备的,规定其名称、宗旨、资本、组织机构等对内对外事务的基本法律文件。公司章程是规范公司组织和活动的基本规则。股东应当在公司章程上签名、盖章。有限责任公司的章程由公司股东制定,对全体股东、董事、监事、高级管理人员都具有约束力,他们都必须遵守公司章程,依照公司章程的规定行使职权。公司章程记载内容通常根据公司立法的不同要求分为:绝对必要记载事项、相对必要记载事项和选择性记载事项。绝对必要记载事项是公司立法规定章程必须具备的内容,如有缺少便导致章程无效。相对必要记载事项是公司立法规定章程应当具备的内容,但如果未加记载的,可由法律规定推定其内容,不影响整个章程的效力。选择性记载事项是公司立法无强制记载规定,股东认为应当在章程中记载的内容。根据公司法规定,有限责任公司章程应当载明下列事项:公司名称和住所;公司经营范围;公司注册资本;股东的姓名或者名称;股东的出资方式、出资额和出资时间;公司的机构及其产生办法、职权、议事规则;公司法定代表人;股东会会议认为需要规定的其他事项。

4. 有公司的名称和住所

公司名称通常由 4 部分组成:地名、字号、经营业务和法律性质。设立有限责任公司,必须在名称中标明有限责任公司或者有限公司字样。有限责任公司名称中不得包含下列

内容和文字:有损国家或社会公共利益;可能对公众造成欺骗或误解;外国国家(地区)名称;国际组织名称;政党名称;党政军机关名称;群众组织、社会团体名称;军队番号;汉语拼音字母(外文名称中使用的除外)、数字。

5. 建立符合有限责任公司要求的组织机构

(二) 有限责任公司的设立程序

1. 订立公司章程

设立有限责任公司,必须依照《公司法》的规定由全体股东制定公司章程。全体股东必须在公司章程上签名盖章。

2. 公司向有关登记管理机关申请设立登记

有限责任公司的股东全部出资经法定验资机构验资后,应由全体股东指定的代表人或共同委托的代理人作为申请人向所在地的工商行政管理机关申请设立登记,并提交公司登记申请书、公司章程、验资证明文件。法律、法规规定需要经有关部门审批的,还应提交审批文件。

3. 公司设立登记

有限责任公司所在地的工商行政管理机关对公司设立登记申请进行审查,认为符合条件的,进行核准登记,颁发营业执照,公司即告成立,并取得法人资格。公司营业执照签发之日,为公司成立之日。

二、有限责任公司的组织机构

一般的有限责任公司的组织机构由股东会、董事会、监事会和高级管理人员组成。股东人数较少和规模较小的有限责任公司可依法以执行董事代替董事会,以一名至两名监事代替监事会。此外,一人有限责任公司和国有独资公司中的组织机构也有所不同。

(一) 股东会

1. 股东会的组成和职权

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,依法行使职权。股东会是非常设机关,而仅以会议形式存在,只有在召开股东会会议时,股东会才作为公司机关存在。股东会享有以下职权:决定公司的经营方针和投资计划;选举和更换不是由职工代表担任的董事、监事,决定有关董事、监事的报酬事项;审议批准董事会的报告;审议批准监事会或者监事的报告;审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案;审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案;对公司增加或者减少注册资本作出决议;对发行公司债券作出决议;对公司合并、分立、变更公司形式,解散和清算等事项作出决议;修改公司章程;公司章程规定的其他职权。对以上所列事项股东以书面形式一致表示同意的,可以不召开股东会会议,直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章。

2. 股东会的召开和决议

股东会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。股东会的首次会议由出资最多的股东召集和主持,依法行使职权。代表 1/10 以上表决权的股东、1/3 以上董事、监事会或者不设监事会的公司的监事,可以提议召开临时会议。有限责任公司设立董事会的,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

能履行职务或不履行职务时,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务时,由半数以上董事共同推举一名董事主持。有限责任公司不设董事会的,股东会会议由执行董事召集和主持。召开股东会会议时,应当在会议召开 15 日以前通知全体股东,但是公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。股东会会议由股东按照出资比例行使表决权,但是公司章程另有规定的除外。股东会对修改公司章程、增加或者减少注册资本,分立、合并、解散或者变更公司形式作出决议,必须经代表 $2/3$ 以上表决权的股东通过。

(二) 董事会

1. 董事会的性质和组成

董事会是有限责任公司股东会的执行机关,向股东会负责,享有业务执行权和日常经营的决策权。有限责任公司的董事会,其成员为 3 人至 13 人。两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司,其董事会成员中应当有公司职工代表;其他有限责任公司董事会成员中也可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。董事会设董事长 1 人,可以设副董事长 1 人至 2 人。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。董事会成员每届任期不得超过 3 年,董事任期届满,可连选连任。董事长是公司的法定代表人。股东人数较少和规模比较小的有限责任公司,可以只设一名执行董事,不设董事会;执行董事可以兼任公司经理,执行董事是公司的法定代表人。

2. 董事会的职权

董事会享有以下职权:召集股东会会议,并向股东会报告工作;执行股东会的决议;决定公司的经营计划和投资方案;制订公司的年度财务预算方案、决算方案;制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案;制订公司增加或者减少注册资本及发行公司债券的方案;制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案;决定公司内部管理机构的设置;决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项,并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项;制定公司的基本管理制度;公司章程规定的其他职权。

3. 董事会的召开和决议

董事会分为定期会议和临时会议两种。董事会的定期会议应当按照公司章程的规定按时召开,通常每半年至少召开一次。董事会的临时会议仅在必要时召开。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或不履行职务时,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务时,由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。 $1/3$ 以上董事可以提议召开董事会会议。召开董事会会议时,应当于会议召开 10 日以前通知全体董事。董事会的议事方式和表决程序,由公司章程规定,但《公司法》另有规定的除外。董事会决议的表决实行一人一票。董事会应当对所议事项的决议作成会议记录,出席会议的董事应当在会议记录上签名。

(三) 经理

有限责任公司可以设经理,由董事会决定聘任或者解聘。公司章程可以规定不设经理,而设总裁,首席执行官等职务,行使公司的管理权。经理对董事会负责,公司经理在日常管理活动中,行使下列职权:主持公司的生产经营管理工作,组织实施董事会决议;组织

实施公司年度经营计划和投资方案;拟订公司内部管理机构设置方案;拟订公司的基本管理制度;制定公司的具体规章;提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人;聘任或者解聘除应由董事会聘任或者解聘以外的负责管理人员;公司章程和董事会授予的其他职权。经理列席董事会会议。公司章程对经理职权另有规定的,从其规定。

(四) 监事会

1. 监事会的性质及其组成

有限责任公司设监事会,其成员不得少于3人,是有限责任公司的常设监督机关,专司监督职能。监事会对股东会负责,并向股东会报告工作。监事会设主席一人,由全体监事过半数选举产生。股东人数较少和规模较小的有限责任公司,可以不设监事会,仅设1~2名监事。监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成,其中职工代表的比例不得低于1/3,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。高级管理人员不得兼任监事。监事的任期每届为3年,监事任期届满,可以连选连任。

2. 监事会的职权

监事会或者监事行使下列职权:检查公司财务;对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督,对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免建议;当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时,要对董事、高级管理人员予以纠正;提议召开临时股东会会议,在董事会不履行公司法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议;向股东会会议提出提案;依照《公司法》的规定,对董事、高级管理人员提起诉讼;公司章程规定的其他职权。

3. 监事会的召开和决议

监事会每年度至少召开一次会议,监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序,除《公司法》有规定的外,由公司章程规定。监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录,出席会议的监事应当在会议记录上签名。

三、一人有限责任公司的特别规定

(一) 一人有限责任公司的设立

一人有限责任公司是指只有一个自然人股东或一个法人股东的有限责任公司。一人有限责任公司的股东只有一个,而且可以是自然人也可以是法人。一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司,禁止其设立多个一人有限责任公司,而且该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。一人有限公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资,并在营业执照中载明。

(二) 一人有限责任公司的运营

一人有限公司章程由股东制定,不设股东会。法律规定的股东会职权由股东行使,当股东行使相应职权作出决定时,应当采用书面形式,并由股东签字后置备于公司。一人有限责任公司应当于每一会计年度终了时编制财务会计报告,并经注册会计师事务所审计。

(三) 一人有限责任公司法人人格的否定

为防止一人有限责任公司的股东滥用公司法人人格与有限责任制度,将公司财产混同于个人财产,抽逃出资,损害债权人的利益,《公司法》规定一人有限责任公司的股东不能证明公司的财产独立于股东自己财产的,应当对公司债务承担连带责任。

四、国有独资公司的特别规定

(一) 国有独资公司的概念和特征

国有独资公司是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府委托本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。其特征有:国有独资公司的出资主体只能是国家;国有独资公司以有限责任公司的形式存在,除关于设立组织机构的规定外,其他规定适用于有限责任公司的规定;国有独资公司不设立股东会,股东会的职权由国有资产监督管理机构行使;国有独资公司章程应由国有资产监督管理机构制定,或者由董事会制定报国有资产监督管理机构批准。

(二) 国有独资公司的组织机构及其职权

1. 董事会

国有独资公司不设股东会,由国有资产监督管理机构行使股东会的职权。国有公司的董事会是其执行机构,公司董事会经国有资产监督管理机构授权可以行使股东会的部分职权,决定公司的重大事项。国有公司的董事会由董事长一人、副董事长若干人和董事若干人组成。董事会成员中应当有公司职工代表。董事会成员由国有资产监督管理机构委派,董事会成员中的公司职工代表,由公司职工代表大会选举产生。董事每届任期不得超过3年。

2. 经理

国有独资公司可以设经理,由董事会聘任或者解聘。经国有资产监督管理机构同意,董事会成员可以兼任经理。国有独资公司经理的职权与普通有限责任公司经理的职权相同。

3. 监事会

监事会是国有独资公司的监督机构,其职权适用于有限责任公司的规定和国务院的有关规定。国有独资公司监事会职权的范围小于普通有限责任公司的监事会。国有独资公司监事会的成员不得少于5人,其中职工代表的比例不得低于1/3,具体比例由公司章程规定。监事会成员由国有资产监督管理机构委派,但是监事会中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。

第三节 股份有限公司的设立与组织机构

一、股份有限公司的设立

(一) 股份有限公司设立的条件

股份有限公司也称股份公司,是指全部资本分为等额股份,股东以其认购的股份为限

对公司承担责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业法人。股份有限公司设立的条件有:

(1) 发起人符合法定人数。设立股份有限公司,应当有 2 人以上 200 人以下发起人,其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。股份有限公司发起人承担公司筹办事务。发起人应当签订发起人协议,明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

(2) 发起人认购和募集的股本达到法定资本最低限额。股份有限公司注册资本的最低限额为人民币 500 万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的,从其规定。

(3) 股份发行、筹办事项符合法律规定。

(4) 发起人制定公司章程,对于采取募集方式设立的公司,公司章程需经创立大会通过。股份有限公司章程应当载明下列事项:公司名称和住所;公司经营范围;公司设立方式;公司股份总数、每股金额和注册资本;发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间;董事会的组成、职权、任期和议事规则;公司法定代表人;监事会的组成、职权、任期和议事规则;公司利润分配办法;公司的解散事由与清算办法;公司的通知和公告办法;股东大会会议认为需要规定的其他事项。此外,上市公司应在其公司章程中规定股东大会的召开和表决程序,包括通知、登记、提案的审议、投票、计票、表决结果的宣布、会议决议的形成、会议记录及其签署、公告等,还应在公司章程中规定股东大会对董事会的授权原则,授权内容应明确具体。

(5) 有公司名称,建立符合股份有限公司要求的组织机构。

(6) 有公司的住所。

(二) 股份有限公司的设立方式

1. 发起设立

发起设立是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。发起设立的程序分为以下 5 个步骤:

(1) 发起人制定公司章程。

(2) 发起人认购股份。采取发起设立方式设立的股份有限公司,注册资本是在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的 20%,其余部分由发起人自公司成立之日起 2 年内缴足;其中,投资公司可以在 5 年内缴足。在缴足前,不得向他人募集股份。

(3) 发起人缴清股款。以发起设立方式设立股份有限公司的,发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份;一次缴纳的,应即缴纳全部出资;分期缴纳的,应即缴纳首期出资。以非货币财产出资的,应当依法办理其财产权的转移手续。发起人不依照前款规定缴纳出资的,应当按照发起人协议承担违约责任。

(4) 发起人组建公司机构。发起人缴清全部股款并验资后,应当选举产生董事会和监事会,组建公司机构。

(5) 申请设立登记。董事会应于创立大会结束后 30 日内,向公司登记机关报送下列文件,申请设立登记:有关主管部门的批准文件;创立大会的会议记录;公司章程;筹办公司的财务审计报告;验资证明;董事会、监事会成员姓名及住所;法定代表人的姓名、住所。

公司登记机关自接到股份有限公司设立登记申请之日起 30 日内作出是否予以登记的决定。对符合条件的,予以登记,发给公司营业执照;对不符合条件的,不予登记。公司营业执照签发日期,为公司成立日期。公司成立后,应当进行公告。

2. 募集设立

募集设立是指由发起人认购公司应发行股份的一部分,其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。募集设立需经过以下程序:

(1) 发起人订立公司章程并认购股份。股份有限公司采取募集方式设立的,注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。发起人认购的股份不得少于公司股份总数的 35%,其余股份应当向社会公开募集。法律、行政法规另有规定的,从其规定。

(2) 制作招股说明书。发起人向社会公开募集股份,必须公告招股说明书,并制作认股书。认股人按照所认股数缴纳股款。招股说明书应当附有发起人制定的公司章程,并载明下列事项:发起人认购的股份数;每股的票面金额和发行价格;无记名股票的发行总数;认股人的权利、义务;募集资金的用途;本次募股的起止期限及逾期未募足时认股人可撤回所认股份的说明。

(3) 签订承销协议和代收股款协议。发起人向社会公开募集股份,应当同银行签订代销、代收股款协议。代收股款的银行应当按照协议代收和保存股款,向缴纳股款的认股人出具收款单据,并负有向有关部门出具收款证明的义务。

(4) 公开募集股份。发起人向社会公开募集股份,必须公告招股说明书,并制作认股书。认股书应当载明公司法所列事项,由认股人填写认购股数、金额、住所,并签名、盖章。认股人按照所认购股数缴纳股款。

(5) 召开创立大会。发起人应当自股款缴足之日起 30 日内主持召开公司创立大会。创立大会由发起人、认股人组成。发行的股份超过招股说明书规定的截止期限尚未募足的,或者发行股份的股款缴足后,发起人在 30 日内未召开创立大会的,认股人可以按照所缴股款并加算银行同期存款利息,要求发起人返还。发起人应当在创立大会召开 15 日前将会议日期通知各认股人或者予以公告。创立大会应有代表股份总数过半数的发起人、认股人出席,方可举行。发行股份的股款缴足后,经法定的验资机构验资并出具证明。发起人应当在 30 日内主持召开公司创立大会,创立大会由认股人组成。

(6) 进行设立登记。公司在创立大会结束后 30 日内,由董事会向公司登记机关申请设立登记,并按照公司登记管理条例的规定,提交有关文件。登记管理机关对于符合条件的,发给营业执照。

二、股份有限公司的组织机构

(一) 股东大会

1. 股东大会的性质和组成

股东大会是由全体股东组成的公司的权力机构,是股份有限公司的最高权力机关。股份有限公司股东大会的性质和组成与有限责任公司股东会的性质和组成相同。

2. 股东大会的职权

股份有限公司股东大会的职权与有限责任公司股东会职权相同。

3. 股东大会的召开

股东大会应当每年召开一次年会。股东大会会议由董事会召集,董事长主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事主持。董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的,监事会应当及时召集和主持;监事会不召集和主持的,连续 90 日以上单独或者合计持有公司 10% 以上股份的股东可以自行召集和主持。

4. 股东大会的决议

股东大会的决议实行股份多数决定原则,即股东大会依据持有多数股份的股东的意愿作出决议。股东出席股东大会,所持每一股份拥有一表决权。但是,公司持有的本公司股份没有表决权。股东大会作出决议,一般事项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,修改公司章程或变更公司的形式等作出决议,必须经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。股东大会应当对所议事项的决定作成会议记录,主持人、出席会议的董事应当在会议记录上签名。

(二) 董事会

1. 董事会的性质和组成

董事会是股份有限公司股东大会的执行机关,由股东大会选举产生,向股东大会负责,享有业务执行权和日常经营的决策权。董事会由全体董事组成,成员为 5 人至 19 人。董事会设董事长 1 人,可以设副董事长 1 人至 2 人,由董事会以全体董事的过半数选举产生。董事任期由公司章程规定,但每届任期不得超过 3 年。董事任期届满,可以连选连任。董事在任期届满前,股东大会不得无故解除其职务。

2. 董事会的职权

股份有限公司董事会职权与有限责任公司董事会职权相同。

3. 董事会会议

董事会每年度至少召开两次会议,每次会议应当于会议召开 10 日以前通知全体董事和监事。代表 1/10 以上表决权的股东、1/3 以上董事或者监事会,可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后 10 日内,召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议,可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。董事长召集和主持董事会会议,检查董事会决议的实施情况。副董事长协助董事长工作,董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长履行职务;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事履行职务。董事会会议应有 1/2 以上的董事出席方可举行。董事会决议的表决,实行一人一票。董事会作出决议,必须经全体董事过半数通过。董事会会议应由董事本人出席;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。

4. 董事长

董事长是公司的法定代表人,负责主持股东大会和召集、主持董事会会议;检查董事会决议的实施情况;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其职权。

(三) 经理

经理是对股份有限公司的日常管理负有全面责任的高级管理人员,由董事会聘任或解聘,对董事会负责。经董事会决定,可以由董事兼任经理。经理行使的职权适用有限责任公司关于经理职权的规定。

(四) 监事会

1. 监事会的性质及组成

监事会是股份有限公司的监察机构,对公司的财务及业务的执行情况进行监督。股份有限公司设监事会,其成员不得少于3人。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表,其中职工代表的比例不得低于1/3,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通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。监事会设主席1人,可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议;监事会主席不能履行职务或者不履行职务的,由监事会副主席召集和主持监事会会议;监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。董事、高级管理人员不得兼任监事。监事的任期每届为3年,监事任期届满,可以连选连任。

2. 监事会的职权

有限责任公司监事会职权的规定,适用于股份有限公司监事会。监事会行使职权所必需的费用,由公司承担。

三、上市公司组织机构的特别规定

上市公司,是指其股票在证券交易所上市交易的股份有限公司。《公司法》对上市公司组织机构与活动原则的特别规定主要有:第一,增加股东大会特别决议事项。上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额30%的,应当由股东大会作出决议,并经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。第二,上市公司设立独立董事。独立董事,是指不在公司担任除董事以外的其他职务,并与其所聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系的董事。独立董事除了应履行董事的一般职责外,主要职责在于对控股股东及其选任的上市公司的董事、高级管理人员,以及其与公司进行的关联交易等进行监督。第三,上市公司设立董事会秘书,负责公司股东大会和董事会会议的筹备、文件保管以及公司股权管理,办理信息披露事务等事宜。第四,增设关联关系董事的表决权排除制度。上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的,不得对该项决议行使表决权,也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行,董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足3人的,应将该事项提交上市公司股东大会审议。

此外,为促进上市公司建立、健全激励与约束机制,可以由上市公司以本公司股票为标的实行股权激励机制。股权激励计划的激励对象可以包括上市公司的董事、监事、高级管理人员、核心技术(业务)人员,以及公司认为应当激励的其他员工,但不应当包括独立董事。

第四节 股份有限公司的股份发行与转让

一、股份有限公司的股份

(一) 股份的概念和特征

1. 股份的概念

股份是指由股份有限公司发行的、以股票的形式表现出来的、证明持有者是公司股东的公司资本的最基本构成单位。股份是构成股份有限公司资本的最小单位,是公司全部资本分成的均等份额。它是确定股东权利义务大小的基础。股份在股份有限公司成立后,以股票形式出现。《公司法》规定:“股份有限公司的资本划分为股份,每一股的金额相等。”

2. 股份的特征

股份具有以下特征:

(1) 股份特指股份有限公司资本的成本。其他类型的公司,无论是有限责任公司还是无限公司、两合公司的资本,都不能用股份的名称和作为计量单位。

(2) 股份具平等性。每次发行的股份价格,每一股的金额一致,每一股份所表现的股东权利和义务相等。

(3) 股份具可发行性。它是股份有限公司的集资手段。在公司成立前,它以认股形式发行,所认股份总额为公司资本总额;在公司成立后,它以股票的形式发行。股份可以在发起人内部发行,也可以向社会公众公开发行。

(4) 股份具不可分性。股份是公司资本的最小均等单位,不可再分。

(5) 股份具可转让性。股份可以自由买卖和转让。除特别规定外,股东只要持有股份,该股份就可以转让,这是由股份有限公司的资合特征所决定的,因为股东的权益随股份的转让而转移,而公司的资本不随之变化。

(6) 股份责任的有限性。持有股份的股东对公司所承担的责任仅限于股份的金额,即只负有限责任。

(7) 股份的有价证券性。股份有限公司设立后,股份即以股票形式出现,以证明股东对股份的权利和便于股份的转让。股票是股份的证券形式,股份所代表的权利及义务均记载于股票之上,它可以像其他有价证券那样自由转让、流通,合法取得股票者即取得公司的股份权。

(二) 股票

1. 股票的概念

股份有限公司的股份采取股票的形式,股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。它是股份有限公司的股份证书,是确定股东与公司之间权利和义务关系的一种凭证。股票是股份的表现形式,是股份的载体,是股东借以取得利息、行使管理权、取得清盘资产或在证券交易市场上转让的有价证券。股票一般应记载下列事项:公司名称;公司成立日期;股票种类、票面金额及代表的股份数;股票的编号。股票由法定代表人签名,公司盖

章。发起人的股票,应当标明发起人股票字样。所以,股票是股份有限公司公开发行的证明股东在公司中拥有权益的一种有价证券。

2. 股票的特征

(1) 股票是一种权利义务证书。股东合法持有股票,就有权利分享公司的利益,参与公司的决策和管理,同时也要承担公司的责任和风险。

(2) 股票是一种票式证券。股票是代表股东所持有的股份的具体形式,表明所拥有的具体份额。股票的制作和记载事项必须按法律的要求,如有些国家的公司立法规定股票要由董事签名并经有关机关审查核准、登记方可发行,否则无效。

(3) 股票是一种有价证券,它既不是债权证券,也不是物权证券,而是一种具有财产内容的权利。它可以自由流通和转让,其转让即为股东权的转让。

(4) 股票是一种从属性的有价证券。股东所享有的权利并非由股票独创,股票并不设定权利,它只是把已经存在的基于对股份的拥有而产生的股东权表现为证券的形式。

(5) 股票具风险性。股票一经购买,便不能退还本金。股东能否获得预期利润,完全取决于公司的生产经营状况和股票价格升降以及其他诸因素,当公司破产时可能连本金都难以保住。

(6) 股票是在股份有限公司成立后签发的。只有公司成立了,才会出现股票,而只有经过公司签发和在公司成立后交付的股票才具有法律效力,受到保护。股份有限公司登记成立后,即向股东正式交付股票。公司登记成立前不得向股东交付股票。

3. 股票的种类

(1) 普通股和优先股。按股东承担的风险和享有的权益的大小为标准,可分为普通股和优先股。普通股是指对公司的财产享有的权利都平等的股份,它是公司资本构成中最基本的股份。普通股在公司支付了公司债券利息和优先股的股息后才可获得股息,但其股息是不固定的,根据公司净利润的变化而变化;当公司破产进行清算时,普通股在公司债权人、优先股股东之后分得公司的剩余财产;当股东大会讨论公司重大问题时,普通股拥有表决权。优先股又称特别股,是与普通股相对而言,对公司的资产、利润享有更优越权利的股份。优先股在分配利润时可优先获得股息,其股息往往是固定的,不因公司营业的好坏而变化;在公司清算时可优先获得分配公司资产;但优先股往往无表决权。目前,中国市场上发行的股票一般为普通股股票。

(2) 记名股和无记名股。根据公司发行的股票上是否记载股东的姓名或名称,可将股票分为记名股和无记名股。记名股票是在股票上载有股东姓名或名称并将其载入公司股东名册的一种股票。记名股的转让,一定要把受让人的姓名或法人的名称记载于股票、股东名册上,即要办理过户手续。股票须交付给受让人,方能生效。记名股不得私自转让。公司向发起人、法人发行的股票,应当为记名股票,并应当记载该发起人、法人的名称,不得另立户名或者以代表人姓名记名。只有记名股的股东本人才有资格行使其股权。无记名股票就是没有记载股东姓名或名称的股票。无记名股票的转让,只需将股票交付给受让人即发生法律效力。持有股票者,即可取得股东资格。因此,无记名股的发行、转让都比较简便,但公司对其不容易控制,无记名股的发行数目往往依公司需要而定,不能超过股份总数的一定比例或要得到有关政府部门的批准。对社会公众发行的股票,可以为记

名股票,也可以为无记名股票。

(3) 票面值股和无票面值股。根据股票上是否标明面额分为票面值股和无票面值股。股票上标有固定的面额或面值的股票为票面值股。票面值股原则上不得以低于票面值的价格发行。无票面值股又称比例股和部分股,即不标明票面金额,只标明每股占公司总额比例的股票,其价值随公司财产的增减而升降,股东享有的股份利润,按票面规定的比例来确定。但发行无票面值股票,会影响公司资本的确定性,还容易产生欺诈行为。因此在公司法中明确规定允许发行无票面值股的国家还不多。

(4) 表决权股、限制表决权股和无表决权股。根据持有股份的股东是否享有表决权,可将股份分为表决权股、限制表决权股和无表决权股。表决权股是指股东所持有的在股东大会上享有表决权的股份;限制表决权股是指股东持有的在股东大会上享有的表决权受到公司章程限制的股份;无表决权股是指股东所持有的在股东大会上不享有表决权的股份。

此外,以所持股票的主体为标准,可分为国家股、法人股和个人股。目前中国证券市场上还有诸如 A 股、B 股、H 股的划分等。

4. 股票的样式和内容

股票的样式即其印刷格式及制作材料的要求。股票的内容即记载在股票上的事项。在西方国家的公司法中,股票样式一般有专门要求,如纸面形式或簿记形式,而且凡在证券交易所进行交易的股票必须是镌版印刷,以防伪造,扰乱社会经济秩序。股票的内容则往往由法律直接规定,而不能由公司董事会自行决定,主要包括:公司名称;公司注册地点及据以设立的法律;股票的编号;公司发行股票的总数、类别;各类别股票的面额及其数量;股票所表示的类别,面值及数量;股票持有人的名称或姓名;股票转让或生效的条件;股票发行公司的董事长签字;股票的发行时间等。记名股票的背面,一般都印有一张表格,以供出让人和受让人双方签字。

二、股份有限公司的股份发行

(一) 股份发行的原则和方式

1. 股票发行的原则

股份的发行,实行公开、公平、公正的原则,必须同股同权,同股同利。同次发行的股票,每股的发行条件和价格应当相同。任何单位或者个人所认购的股份,每股应当支付相同价额。

2. 股票发行的方式

股票发行的方式分为设立发行和新股发行。设立发行指为了设立新的股份有限公司而发行股票。发起设立的公司,由发起人一次全部认购发行的股份,不向外公开招募股票。募集设立的公司则是先由发起人认购发行股份的一部分,其余股份向社会招募。新股发行指已设立的股份有限公司为增加资本而发行股票。公司为拓展业务,扩大经营规模,需要不断扩充自有资本,而发行股票是极为有效的一种方法。

(二) 新股发行的有关规定

新股的发行是股份有限公司成立后再向社会公开募集股份的法律行为。新股的发行

必须符合一定的条件并遵循法定的程序进行。

1. 发行新股的条件

公司发行新股,必须具备下列条件:前一次发行的股份已募足,并间隔1年以上;公司在最近3年内连续盈利,并可向股东支付股利;公司在最近3年内财务会计文件无虚假记载;公司预期利润率可达同期银行存款利率。公司以当年利润分派新股,不受前述第2项限制。

2. 发行新股的程序

发行新股应遵循以下程序:

(1) 股东大会决议。公司发行新股,股东大会应当对下列事项作出决议:新股种类及数额;新股发行价格;新股发行的起止日期;向原有股东发行新股的种类及数额。

(2) 申请审批。股东大会作出发行新股的决议后,董事会必须向国务院授权的部门或者省级人民政府申请批准。属于向社会公开募集的,须经国务院证券管理部门批准。

(3) 制作招股说明书。公司可参照募集设立公司的招股说明书的内容进行修订而制作招股说明书。一般应包括:招股原因、公司经营情况、拟发行新股的总额、份数、每股金额、发行期限、代收股款银行、承销机构等内容。

(4) 公开招股和缴款。公司经批准向社会公开发行新股时,必须公告新股招股说明书和财务会计报表及附属明细表,并制作认股书。公司向社会公开发行新股,应当由依法设立的证券经营机构承销,签订承销协议。新股的认购人在填写了认股书后在指定的时间到承销机构缴纳所认购的新股的股款及领取股票。

(5) 变更登记和公告。公司发行新股募足股款后,必须向公司登记机关办理变更登记,并公告。这里的变更登记,主要是指针对公司资本状况的变化。

3. 新股发行的价格

公司发行新股,可根据公司连续盈利情况和财产增值情况,确定其作价方案。但同时必须满足股票发行价格的一般规定。股票发行价格可以按票面金额,也可以超过票面金额,但不得低于票面金额。以超过票面金额为股票发行价格的,须经国务院证券管理部门批准。以超过票面金额发行股票所得溢价款列入公司资本公积金。股票溢价发行的具体管理办法由国务院另行规定。

三、股份有限公司的股份转让

(一) 股份转让及其场所

股东持有的股份可以依法转让。股东转让其股份,必须在依法设立的证券交易所进行。

(二) 记名股的转让

记名股票由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让。记名股票的转让,由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。股东大会召开前30日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内,不得进行前款规定的股东名册的变更登记。因此,中国股份有限公司记名股票的转让,要经背书或其他法定方式,转让后在股票上及股东名册中都要记载股票受让人的姓名或名称及住所。在一定期限内不进行股东名册的

变更登记是为了方便股东大会的通知及股利分配的顺利进行,保护股东的合法权益。

(三) 无记名股的转让

无记名股票的转让,由股东在依法设立的证券交易场所将该股票交付给受让人即发生转让的效力。在现代证券市场上,这种转让一般是通过券商(经纪人)在证券交易所发出指令,由电脑系统撮合成交的,无须持股人与受让人见面,转让效率比记名股票显然要高。

(四) 股份转让的限制

发起人持有的本公司股份,自公司成立之日起 3 年内不得转让。公司董事、监事、经理应当向公司申报所持有的本公司的股份,并在任职期间内不得转让。国家授权投资的机构可以依法转让其持有的股份,也可以购买其他股东持有的股份。但这种转让或购买必须经过审批,具体转让或者购买股份的审批权限、管理办法,由法律、行政法规另行规定。公司不得收购本公司的股票,但为减少公司资本而注销股份或者与持有本公司股票的其他公司合并时除外。公司依照规定收购本公司的股票后,必须在 10 日内注销该部分股份,依照法律、行政法规办理变更登记,并公告。

四、上市公司股份发行与转让的特别规定

(一) 上市公司应具备的条件

上市公司是指所发行的股票经国务院或者国务院授权证券管理部门批准在证券交易场所上市交易的股份有限公司。股份有限公司申请其股票上市必须符合下列条件:股票经国务院证券管理部门批准已向社会公开发行;公司股本总额不少于人民币 5 000 万元;开业时间在 3 年以上,最近 3 年连续盈利;原国有企业依法改建而设立的,或者本法实施后新组建成立,其主要发起人为国有大中型企业的,可连续计算;持有股票面值达人民币 1 000 元以上的股东人数不少于 1 000 人,向社会公开发行的股份达公司股份总数的 25% 以上;公司股本总额超过人民币 1 亿元的,其向社会公开发行股份的比例为 15% 以上;公司在最近 3 年内无重大违法行为,财务会计报告无虚假记载;国务院规定的其他条件。

(二) 申请股票上市的程序

1. 向国务院或者国务院授权的证券管理部门提出申请

符合上市公司必备条件的股份有限公司,将申请股票上市的有关文件,如申请报告书、公司登记文件、公司经营近况、上市条件的书面证明等,报送国务院或国务院授权的证券管理部门,就股票上市请求予以批准。

2. 国务院或国务院授权的证券管理部门的审查批准

对于申请股票上市的股份有限公司报送的文件,国务院或国务院授权的证券管理部门依法严格进行审查,符合条件的,予以批准,否则,不予批准。为保证审查的严肃性与合法性,国务院证券管理部门对不符合本法规定条件的募集股份、股票上市和债券发行的申请予以批准,情节严重的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

3. 向证券交易所提出申请股票上市请求

股票上市必须在国务院证券管理部门批准的可进行股票交易的证券交易所进行。因

此,申请股票上市的股份有限公司必须向证券交易所提出申请,报送申请书、股票公开发行的批准文件、公司登记注册文件、合法公正的财务报告和审计报告等证券交易所要求的相关文件,请求证券交易所准予股票上市交易。

4. 公告

股市交易的申请获得证券交易所批准后,公司应将其股票获准在证券交易所上市交易的批文、日期,股票发行情况,股权结构,最大 10 名股东的名单和持股数,公司同意股票上市交易的决议,公司近 3 年经营业绩及下一年的盈利预测等上市报告向社会公开,并将其申请文件存放指定地点让公众查阅、了解。

(三) 对上市公司的股票交易的原则性规定

股份有限公司的股票上市后,股票价格将随生产经营情况及公众对公司股票的需求情况发生升降。经批准的上市公司的股份,依照有关法律、行政法规上市交易。上市公司必须按照法律、行政法规的规定,定期公开其财务状况和经营情况,在每会计年度内半年公布一次财务会计报告。

(四) 股票上市的暂停和终止

1. 股票上市的暂停

上市公司有下列情形之一的,由国务院证券管理部门决定暂停其股票上市:公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件;公司不按规定公开其财务状况,或者对财务会计报告作虚假记载;公司有重大违法行为;公司最近 3 年连续亏损。因此,只要上述情况任何之一出现,国务院证券管理部门即可决定暂停该上市公司的股票上市,并令其限期消除。因为股票上市是影响面很大的事情,必须严格依法而行,对不符合条件及经营状况恶劣,欺骗公众的上市公司的股票上市暂停,可以减少或避免对社会公众利益的损害,维护股票市场的正常运行和社会的稳定。

2. 股票上市的终止

国务院证券管理部门对出现以下情形之一的上市公司决定终止其股票上市:上市公司不按规定公开其财务状况,或者对财务会计报告作虚假记载,经查实后果严重的;上市公司有重大违法行为,经查实后果严重的;上市公司的股本总额、股权分布等变化不再具备上市条件,在指定期限内未能消除,不具备上市条件的;上市公司最近 3 年连续亏损,在限期内未能扭亏为盈,不具备上市条件的;公司决议解散的;此决议须在股东大会上经出席会议的持 2/3 以上表决权的股东同意通过;被行政主管部门依法责令关闭的;被人民法院宣告破产的。以上任一情形出现,国务院证券管理部门有权决定终止该上市公司的股票上市,以真正维护股东利益,建立健康繁荣的股票交易市场,促进社会经济的发展。

第五节 公司董事、监事、高级管理人员的任职资格和义务

一、董事、监事、高级管理人员的任职资格

有下列情形之一的,不得担任公司的董事、监事、高级管理人员:无民事行为能力或者限制民事行为能力;因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序,

被判处有期徒刑,执行期满未逾 5 年,或者因犯罪被剥夺政治权利,执行期满未逾 5 年;担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理,对该公司、企业的破产负有个人责任的,自该公司、企业破产清算完结之日起未逾 3 年;担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人,并负有个人责任的,自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾 3 年;个人所负数额较大的债务到期未清偿。

公司违反上述规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的,该选举、委派或者聘任无效。公司董事、监事、高级管理人员在任职期间出现上述情形的,公司应当解除其职务。

二、董事、监事、高级管理人员的义务

(一) 忠实、勤勉义务

董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程,对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得有下列行为:挪用公司资金;将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储;违反公司章程的规定,未经股东会、股东大会或者董事会同意,将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保;违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意,与本公司订立合同或者进行交易;未经股东会或者股东大会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务;接受他人与公司交易的佣金归为己有;擅自披露公司秘密;违反对公司忠实义务的其他行为。

(二) 接受监督的义务

股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的,董事、监事、高级管理人员应当列席并接受股东的质询。董事、高级管理人员应当如实向监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事提供有关情况 and 资料,不得妨碍监事会或者监事行使职权。董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。

第六节 公 司 债 券

一、公司债券的概念

公司债券是指公司依照法定程序发行的,约定在一定期限内向债券的购买者或持有者还本付息的有价证券。公司符合法定条件的可以向社会公开发行债券。

二、公司债券的特征

第一,公司债券由公司发行,但只有股份有限公司和特定的有限责任公司才有资格发行。

第二,公司债券是一种有价证券,同时也是一种权利。公司债券是证券的一种,在其上应当标明债券的价值。公司债券的持有人是公司的债权人,其享有到期收回本金和收

取利息的权利,而公司作为债务人,负有到期还本付息的义务。

第三,公司债券可以依法自由在证券交易市场上自由转让,也可依法进行质押和继承。

第四,公司债券具有利率固定、风险较小、易于吸收投资者资金的优点。

三、公司债券的种类

(一) 记名公司债券和无记名公司债券

根据在公司债券上是否记载了债权人姓名,可以将公司债券分为记名公司债券和无记名公司债券。记名公司债券是指在公司债券上记载了债权人姓名的公司债券;无记名公司债券是指在公司债券上没有记载债权人姓名的公司债券。中国目前所发行的公司债券绝大多数是无记名公司债券。两者的区别是转让方式不同:记名公司债券以背书的形式转让,只要背书人签名即发生权利转让效力。但未在公司办理过户手续的,该转让不发生对抗公司的效力。无记名公司债券不用办理过户手续,将债券交付给对方就算转让。

(二) 有担保公司债券和无担保公司债券

根据公司债券有无担保,可以将公司债券分为有担保公司债券和无担保公司债券。有担保公司债券以公司的财产为债券提供担保或由第三人为公司债券提供担保,作为清偿公司债务的保证。否则就是无担保的公司债券。

(三) 可转换公司债券和不可转换公司债券

根据公司债券能否转化为公司的股权,可以将公司债券分为可转换公司债券和不可转换公司债券。可转换公司债券是指可以转换为公司股权的公司债券;不可转换公司债券是指不能转换为公司股权的公司债券。

四、公司债券的发行

(一) 公司债券发行的条件

发行公司债券,应当符合的条件有:股份有限公司的净资产不低于人民币 3 000 万元,有限责任公司的净资产不低于人民币 6 000 万元;公司的生产经营符合法律、行政法规和公司章程的规定,符合国家产业政策,而且各项公司债券筹集的资金,必须用于审批机关批准的用途,不得用于弥补亏损和非生产性支出;债券的利率不得超过国务院限定的利率水平;公司内部控制制度健全,内部控制制度的完整性、合理性、有效性不存在重大缺陷;经资信评级机构评级,债券信用级别良好;公司最近一期末经审计的净资产额应符合法律、行政法规和中国证监会的有关规定;最近 3 个会计年度实现的年均可分配利润不少于公司债券一年的利息;本次发行后累计公司债券余额不超过最近一期末净资产额的 40%;金融类公司的累计公司债券余额按金融企业的有关规定计算;国务院规定的其他条件。

(二) 公司债券发行的程序

1. 作出决议或决定

股份有限公司、有限责任公司发行公司债券,要由董事会制订发行公司债券的方案,提交股东会审议作出决议。

2. 提出申请

公司应当向国务院证券管理部门提出发行公司债券的申请,并提交下列文件:公司登记证明;公司章程;公司债券募集办法;资产评估报告和验资报告。

3. 经主管部门批准

国务院证券管理部门对公司提交的发行公司债券的申请进行审查,对符合公司法规定的,予以批准;对不符合规定的不予批准。国务院证券管理部门在审批公司债券的发行时,不得超过国务院确定的公司债券的发行规模。国务院证券管理部门对已作出发行公司债券的批准,如发现不符合公司法规定的,应予以撤销。尚未发行公司债券的,停止发行;已经发行公司债券的,发行的公司应当向认购人退还所缴款项并加算银行同期存款利息。

4. 公司债券的募集方式

公司债券的募集方式,可分为直接发行和间接发行两种。直接发行就是由公司自己向社会公众募集和接受应募。间接发行就是公司委托他人(通常为证券商)向社会公众募集和接受应募。间接发行又称承销发行,分为包销和代销两种。包销是指将公司债券的发行全部交与证券商承销,承销期结束时,无论公司债券是否发行完毕,证券承销商均应向公司付清全部价款。代销是指将公司债券的发行委托给证券商承销,代销人只收取代销手续费,并且对未被售出的公司债券不承担责任。

5. 公告公司债券募集方法

发行公司债券的申请批准后,应当公告公司债券募集办法。公司债券募集办法应当载明下列主要事项:公司名称;债券总额和债券的票面金额;债券的利率;还本付息的期限和方式;债券发行的起止日期;公司净资产额;已发行的尚未到期的公司债券总额;公司债券的承销机构。发行公告上还应载明公司债券的发行价格和发行地点。

6. 认购公司债券

社会公众认购公司债券以应募行为表示。应募的方式,可以是先填写应募书,而后履行按期缴清价款的义务;也可以是当场以现金支付购买。当认购人缴足价款时,发行人负有在价款收讫时交付公司债券的义务。

7. 置备存根簿

公司发行公司债券应当置备公司债券存根簿,应当载明下列事项:债券持有人的姓名或者名称及住所;债券持有人取得债券的日期及债券的编号;债券总额,债券的票面金额,债券的利率,债券的还本付息的期限和方式;债券的发行日期。发行无记名公司债券的,应当在公司债券存根簿上载明债券总额、利率、偿还期限和方式、发行日期及债券的编号。

第七节 公司财务、会计

一、公司财务会计制度的作用

(一) 有利于保护投资者和债权人的利益

投资者除参与决定一些重大事项外,一般不参与日常的生活经营活动,投资者了解公司的生产经营状况和公司的财务状况,往往是为了维护自身利益。公司的资产作为其对

债权人的担保,资产状况如何,资产的经营状况如何,直接涉及债权人的债权是否能得到清偿。财务会计工作的规范化,可以保证公司正确核算经营成果,合理分配利润;可以保证公司资产的完整;使债券人的利益得到保护。

(二) 有利于吸收社会投资

公司财务会计制度的规范化和公开化,可使社会各方面都能方便地了解到公司的经营状况和盈利能力。对经营状况比较好的公司,可以起到吸收社会投资的作用。

(三) 有利于政府的宏观管理

公司在统一的财务会计制度规定下筹集分配资金,记录反映经济业务,这有利于政府掌握情况,制定政策,实施管理。

二、公司财务、会计的基本要求

公司应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定建立本公司的财务、会计制度。公司除法定的会计账簿外,不得另立会计账簿。对公司资产,不得以任何个人名义开立账户存储。公司聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所,依照公司章程的规定,由股东会、股东大会或者董事会决定。公司股东会、股东大会或者董事会就解聘会计师事务所进行表决时,应当允许会计师事务所陈述意见。公司应当向聘用的会计师事务所提供真实、完整的会计凭证、会计账簿、财务会计报告及其他会计资料,不得拒绝、隐匿、谎报。

三、公司财务会计报告的编制与报送

(一) 公司财务会计报告的编制与报送的基本要求

公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告,并依法经会计师事务所审计。财务会计报告应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定制作。公司财务会计报告,是指公司对外提供的反映公司某一特定日期财务状况和某一会计期间经营成果、现金流量的文件。财务会计报告分为年度、半年度、季度和月度财务会计报告。其中,年度、半年度财务会计报告应当包括:会计报表、会计报表附注、财务情况说明书。会计报表应当包括资产负债表、利润表、现金流量表及相关附表。季度、月度财务会计报告通常仅指会计报表,会计报表至少应当包括资产负债表和利润表。国家统一的会计制度规定季度、月度财务会计报告需要编制会计报表附注的,从其规定。

(二) 公司财务会计报告的主要内容

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。资产负债表应当按照资产、负债和所有者权益(或者股东权益,下同)分类分项列示。资产应当按照其流动性分类分项列示,包括流动资产、长期投资、固定资产、无形资产及其他资产;负债应当按照其流动性分类分项列示,包括流动负债、长期负债等;所有者权益应当按照实收资本(或者股本)、资本公积、盈余公积、未分配利润等项目分项列示。

2. 利润表

利润表是反映公司在一定会计期间经营成果的报表。利润表应当按照各项收入、费用以及构成利润的各个项目分类分项列示。收入不包括为第三方或者客户代收的款项。

费用应当按照其性质分项列示。利润应当按照营业利润、利润总额和净利润等利润的构成分类分项列示。

3. 现金流量表

现金流量表是反映公司一定会计期间现金和现金等价物(以下简称现金)流入和流出的报表。现金流量表应当按照经营活动、投资活动和筹资活动的现金流量分类分项列示。其中,经营活动、投资活动和筹资活动的定义及列示应当遵循下列规定:有限责任公司应当依照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东;股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的20日前置备于本公司,供股东查阅;公开发行股票的股份有限公司必须公告其财务会计报告。

四、公司利润的分配

(一) 公司利润的分配顺序

公司的利润是公司一定时期内从事生产经营活动的财务成果,包括营业利润、投资收益和营业外收支净额。公司应当按照下列顺序进行利润分配:弥补以前年度亏损但不得超过税法规定的弥补期限;交纳所得税;弥补在税前利润弥补亏损之后仍然存在的亏损;提取法定公积金;提取任意公积金;向股东分配利润。股东会、股东大会或者董事会在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的,股东必须将违反规定分配的利润退还公司。公司持有的本公司股份不得分配利润。

(二) 公积金

公积金是公司在资本之外所保留的资金金额,又称为附加资本或准备金。公积金分为盈余公积金和资本公积金两类。盈余公积金是从公司税后利润中提取的公积金,分为法定公积金和任意公积金两种。公司分配当年税后利润时,应当提取利润的10%列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的50%以上的,可以不再提取。公司从税后利润中提取法定公积金后,经股东会或者股东大会决议,还可以从税后利润中提取任意公积金。股份有限公司以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款以及国务院财政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。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。但是,资本公积金不得用于弥补公司的亏损。法定公积金转为资本时,所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的25%。

第八节 公司的合并、分立、增资和减资

一、公司的合并和分立

(一) 公司的合并

1. 公司合并的概念

公司合并是指将两个以上的公司按照《公司法》的规定及协议约定,不经过清算程序,直接结合成为一个公司。公司合并就是几个公司结合成一个公司,其目的主要是增强竞

争能力,扩大经营范围。

2. 公司合并的种类

公司合并可以分为两种:吸收合并和新设合并。吸收合并是指一个公司吸收了其他公司,被吸收的公司终止。新设合并是指两个以上的公司合并设立一个新的公司,合并各方均终止。

3. 公司合并的程序

公司合并需经过以下程序:

(1) 股东会或股东大会作出合并决议。有限责任公司的合并由股东会作出决议,必须由代表 2/3 以上表决权的股东通过才有效。股份有限公司的合并,由股东大会作出决议,必须由出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过方为有效,而且还必须经国务院授权的部门或省级人民政府批准。

(2) 合并公司各方签订合并协议。合并协议应当包括下列内容:合并各方的名称、住所;合并后存续公司或新设公司的名称、住所;合并各方资产状况及其处理方法;合并各方的债权债务处理办法等。

(3) 编制资产负债表和财产清单,并通知债权人。公司合并各方签订合并协议后,应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起 10 日内通知债权人,并于 30 日内在报纸上至少公告 3 次。债权人自接到通知书之日起 30 日内,未接到通知书的自第一次公告之日起 45 日内,有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。不清偿债务或者不提供相应的担保的,公司不得合并。

(4) 依法进行登记。公司合并后,应当依法向公司登记机关办理相应的变更登记、注销登记和设立登记。公司合并之后,应当自合并决议或决定作出之日起 90 日内向公司登记管理机关申请合并登记。在吸收合并的情况下,吸收方办理变更登记,被吸收方办理注销登记。在新设情况下,合并各方均办理注销登记,新设的公司办理设立登记。

4. 公司合并后的法律后果

公司合并后对公司的法人资格和合并各方的债权、债务都将产生深刻的影响。

(1) 对公司的法人资格产生了深刻的影响。在吸收合并中,吸收方的法人资格继续存在,被吸收方的法人资格消灭,并办理注销登记。在新设合并中,合并各方的法人资格均消灭,重新设立新的法人。

(2) 对合并各方的债权和债务产生了深刻的影响。公司合并时,合并各方的债权、债务,应当由合并后存续的公司或者新设的公司继承。在吸收合并中,被吸收的公司的原债权人有权要求吸收的公司清偿债务。在新设合并中,合并各方的债权债务由新成立的法人承受,原债权人有权要求新成立的公司清偿债务。

(二) 公司的分立

1. 公司分立的概念

公司分立是指根据《公司法》的规定和双方协议约定,不经过清算程序,将一个公司变为两个或两个以上公司的法律行为。

2. 公司分立的种类

公司的分立可以分为两种:派生分立和新设分立。派生分立是指一个公司以其部分

资产另设数个新公司,原公司继续存在。新设分立是指一个公司以全部资产另设数个新公司,原公司被解散。

3. 公司分立的程序

公司分立应当遵循下列程序:

(1) 股东会或股东大会作出分立决议。有限责任公司的分立由股东会作出决议,必须由代表 2/3 以上表决权的股东通过方为有效。股份有限公司的分立,由股东大会作出决议,必须由出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过方为有效,而且还必须经国务院授权的部门或省级人民政府批准。不同意公司分立的股东在知道公司分立之后有权购回他持有的公司股份,公司应当允许。

(2) 分立公司各方签订合并协议。分立协议应当包括下列内容:分立各方的名称、住所;分立后存续公司或新设公司的名称、住所;分立各方资产状况及处理方法;分立各方的债权债务处理办法等。

(3) 编制资产负债表和财产清单,并通知债权人。公司分立各方签订分立协议后,应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起 10 日内通知债权人,并于 30 日内在报纸上至少公告 3 次。债权人自接到通知书之日起 30 日内,未接到通知书的自第一次公告之日起 45 日内,有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。不清偿债务或者不提供相应担保的,公司不得分立。

(4) 公司分立登记。公司分立之后,应当自分立决议或决定作出之日起 90 日内向公司登记管理机关申请分立登记。在派生分立的情况下,原公司办理变更登记,新设立的公司办理设立登记。在新设分立情况下,原公司办理注销登记,新设的公司办理设立登记。

4. 公司分立后的法律后果

公司分立后,除债权人和债务人另有约定的以外,由分立后的公司对合同的权利和义务享有连带债权,承担连带债务。

二、公司的增资和减资

(一) 公司的增资

有限责任公司增加注册资本时,股东认缴新增资本的出资,依照《公司法》设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。股份有限公司为增加注册资本发行新股时,股东认购新股,依照《公司法》设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。股份有限公司以公开发行新股方式或者上市公司以非公开发行新股方式增加注册资本的,还应当提交国务院证券监督管理机构的核准文件。公司增加注册资本,应当依法向公司登记机关办理变更登记。

(二) 公司的减资

公司需要减少注册资本时,必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自做出减少注册资本决议之日起 10 日内通知债权人,并于 30 日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起 30 日内,未接到通知书的自公告之日起 45 日内,有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。公司减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。公司减少注册资本,应当依法向公司登记机关办理变更登记。

第九节 公司解散和清算

一、公司解散

(一) 公司解散的概念

公司解散是指已经成立的公司基于一定的法定事由使公司消灭的法律行为。公司解散后,公司的法人资格终止,丧失了民事权利能力和民事行为能力,公司消灭。

(二) 公司解散的原因

公司解散的原因有两种:一般解散原因和强制解散原因。一般解散的原因主要有: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;股东会或者股东大会决议解散;因公司合并或者分立需要解散。强制解散的原因主要有:有关公司主管机关决定解散;公司因违反法律、行政法规被有关机关责令关闭;公司被吊销营业执照;公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权 10% 以上的股东,可以请求人民法院解散公司。

二、公司的清算

(一) 公司清算的概念

公司清算是指终止被解散公司的一切法律关系,处理公司剩余财产。根据中国《公司法》的有关规定,公司除因合并或分立解散无须清算,以及因破产而解散的公司适用破产清算程序外,其他解散的公司,都应当按照公司的有关规定进行清算。

(二) 公司清算的程序

1. 清算组的组成和职权

被解散的公司应当自解散之日起 15 日内成立清算组,对公司的财产进行依法清算。有限责任公司的清算组由股东组成,股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的,债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请,并及时组织清算组进行清算。清算组在清算期间行使下列职权:清理公司财产,分别编制资产负债表和财产清单;通知或者公告债权人;处理与清算有关的公司未了结业务;清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款;清理债权、债务;处理公司清偿债务后的剩余财产;代表公司参与民事诉讼活动。清算组在公司清算期间代表公司进行民事活动,全权处理公司事务。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,不得侵占公司财产。清算组成员因故意或者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。

2. 申报债权

清算组应当自成立之日起 10 日内通知债权人,并于 60 日内在报纸公告。债权人应当自接到通知书之日起 30 日内,未接到通知书的自第一次公告之日起 45 日内,向清算组申报其债权。债权人申报债权,应当说明债权的有关事项,并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间,清算组不得对债权人进行清偿。

3. 清理公司的财产,制订清算方案

清算组应当对公司的资产、债权、债务进行清理,编制资产负债表和财产清单,制订清算方案,并报股东会、股东大会或者人民法院确认。在清算组清算期间,公司不得开展新的业务。未经清算组批准,任何人不得私自处分公司财产。清算组在对公司的资产、债权、债务进行清理,编制资产负债表和财产清单后,发现公司财产不足清偿债务的,应当依法向人民法院申请宣告破产。公司经人民法院裁定宣告破产后,清算组应当将清算事务移交给人民法院。

4. 清偿债务

清算组应当按照下列顺序进行清偿:支付清偿费用;职工工资、劳动保险费用和法定补偿金;缴纳所欠税款;清偿公司的债务;按照股东出资比例或者按照股东持有的股份比例分配剩余财产。

5. 清算终结,公告公司终止

公司清算结束后,清算组应当制作清算报告,提交股东会或股东大会或者人民法院确认,并报送公司登记机关。清算组应当自公司清算结束之日起 30 日内,向公司登记机关申请注销登记,公告公司终止。

第十节 违反《公司法》的法律责任

一、公司发起人、股东违反《公司法》的法律责任

公司的发起人、股东虚假出资,未交付或者未按期交付作为出资的货币或者非货币财产的,由公司登记机关责令改正,处以虚假出资金额 5% 以上 15% 以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

公司的发起人、股东在公司成立后,抽逃其出资的,由公司登记机关责令改正,处以所抽逃出资金额 5% 以上 15% 以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

二、公司违反《公司法》的法律责任

公司违反《公司法》规定,在法定的会计账簿以外另立会计账簿的,由县级以上人民政府财政部门责令改正,处以 5 万元以上 50 万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

公司在依法向有关主管部门提供的财务会计报告等材料上作虚假记载或者隐瞒重要事实的,由有关主管部门对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以 3 万元以上 30 万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

公司不依照本法规定提取法定公积金的,由县级以上人民政府财政部门责令如数补足应当提取的金额,可以对公司处以 20 万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时,不依照本法规定通知或者公告债权人的,由公司登记机关责令改正,对公司处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。公司在

进行清算时,隐匿财产,对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者在未清偿债务前分配公司财产的,由公司登记机关责令改正,对公司处以隐匿财产或者未清偿债务前分配公司财产金额5%以上10%以下的罚款;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以1万元以上10万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

公司在清算期间开展与清算无关的经营活动的,由公司登记机关予以警告,没收违法所得。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司,而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的,或者未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司的分公司,而冒用有限责任公司或者股份有限公司的分公司名义的,由公司登记机关责令改正或者予以取缔,可以并处10万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

公司成立后无正当理由超过6个月未开业的,或者开业后自行停业连续6个月以上的,可以由公司登记机关吊销营业执照。公司登记事项发生变更时,未依照本法规定办理有关变更登记的,由公司登记机关责令限期登记;逾期不登记的,处以1万元以上10万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

外国公司违反本法规定,擅自在中国境内设立分支机构的,由公司登记机关责令改正或者关闭,可以并处5万元以上20万元以下的罚款。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

利用公司名义从事危害国家安全、社会公共利益的严重违法行为的,吊销营业执照。构成犯罪的,依法追究刑事责任。

三、公司董事、监事、经理以及其他高级管理人员违反《公司法》的法律责任

董事、监事、经理以及其他高级管理人员执行职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的应当承担赔偿责任。构成犯罪的要承担刑事责任。

本章小结

公司是指以股东的投资行为为基础,依法设立的,以营利为目的法人企业。通过本章的学习,学生应掌握有限责任公司和股份有限公司的设立与组织机构,股份有限公司股份的发行与转让,公司债券,公司利润分配顺序及相关规定;理解《公司法》的适用范围,公司财务会计报告,股份有限公司股票上市的有关规定;了解公司的种类,公司的分立、解散与清算的有关规定;并能运用所学的知识分析和解决有关公司的具体法律问题。

思考题

1. 比较有限责任公司和股份有限公司的异同。
2. 股东会、董事会、经理和监事会之间有何关系?
3. 《公司法》对一人公司有哪些特殊规定?

练 习 题

一、单项选择题

1. 2016 年 8 月 5 日,甲、乙、丙共同出资设立一有限责任公司。其中,丙以房产出资 30 万元。公司成立后又吸收丁入股。后查明,丙作为出资的房产仅值 20 万元,丙 现有可执行的个人财产 6 万元。下列处理方式中,符合公司法律制度规定的是()。
- A. 丙以现有可执行财产补交差额,不足部分由丙从公司分得的利润予以补足
 - B. 丙以现有可执行财产补交差额,不足部分由甲、乙补足
 - C. 丙以现有可执行财产补交差额,不足部分由甲、乙、丁补足
 - D. 丙无须补交差额,甲、乙、丁都不承担补足出资的连带责任
2. 根据现行《公司法》的规定,下列有关公司组织机构的表述中,正确的是()。
- A. 股东人数较少或者规模较小的有限责任公司可以不设监事会,也可以不设监事
 - B. 一人有限责任公司不设股东会
 - C. 国有独资公司的董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生
 - D. 股份有限公司的董事会成员应当有公司职工代表
3. 某有限责任公司股东会通过了解散公司的决议,并决定在 15 日内成立清算组。下列有关该公司清算组的组成中,符合现行公司法律制度规定的是()。
- A. 由人民法院指定股东、有关机关及有关专业人员组成
 - B. 由公司的股东组成
 - C. 由公司股东会确定的人员组成
 - D. 由主管部门指定股东、有关机关及有关专业人员组成

二、多项选择题

1. 2016 年 7 月 16 日,甲公司、乙公司与刘某、谢某欲共同设立一个注册资本为 200 万元的有限责任公司,他们在拟订公司章程时约定各自的出资方式中,不符合《公司法》规定的是()。
- A. 甲公司以其企业商誉评估作价 80 万元出资
 - B. 乙公司以其获得的某知名品牌特许经营权评估作价 60 万元出资
 - C. 刘某以劳务作价 20 万元出资
 - D. 谢某以其设定了抵押担保的房屋评估作价 40 万元出资
2. 根据现行公司法律制度的规定,下列各项中,需要办理变更登记的有()。
- A. 公司的经理发生变化
 - B. 公司的住所发生变化
 - C. 公司的实收资本发生变化
 - D. 公司的名称发生变化
3. 根据现行《公司法》的规定,下列选项中,属于一人有限责任公司与其他有限责任公司不

同之处的有()。

- A. 关于股东人数限制的规定
- B. 关于公司组织机构的规定
- C. 关于年终财务报告是否须经会计师事务所审计的规定
- D. 关于股东是否承担有限责任的规定

4. 2016年6月6日,李某花1.5万元购买了某股份公司发行的股票2000股,但该公司股票尚未上市,现李某欲退还已购股票。下列情况中,李某可以要求发起人退还股款的是()。

- A. 发起人未按期召开创立大会
- B. 公司股东大会同意
- C. 公司董事会同意
- D. 公司未按期募足股份

5. 甲公司为有限责任公司,根据现行公司法律制度的规定,下列各项中,属于甲公司解散事由的有()。

- A. 甲公司章程规定的营业期限届满
- B. 甲公司被丁公司吸收合并
- C. 经代表2/3以上表决权的股东同意,甲公司股东会通过了解散公司的决议
- D. 甲公司依法被吊销营业执照

练习题答案

一、单项选择题

1. B 2. B 3. B

二、多项选择题

1. ABCD 2. BCD 3. AB 4. AD 5. ABCD

第五章 外商投资企业法

学习目标

1. 了解中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的概念和特征;掌握《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》《外资企业法》的概念和特征;
2. 掌握中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的设立、组织机构、经营期限、终止与清算以及经营管理的法律规定;
3. 明确《中外合资企业法》《中外合作企业法》《外资企业法》在现实社会中的地位 and 作用;
4. 掌握《中外合资经营企业法》《中外合作经营企业法》和《外资企业法》的有关内容,在实际中学会应用和分析;
5. 能够运用《外商投资企业法》的相关知识,分析、判断社会经济生活中存在的经济法律关系问题。

第一节 外商投资企业法概述

(一) 外商投资企业的概念

外商投资企业,是指依照中国法律的规定,在中国境内设立的,由中国投资者和外国投资者共同投资或者仅由外国投资者投资的企业。

(二) 外商投资企业的类型

1. 中外合资经营企业

中外合资经营企业亦称股权式合营企业。它是由外国公司、企业和其他经济组织或者个人同中国的公司、企业或者其他经济组织,依照中国的法律和行政法规,经中国政府批准,在中国境内设立的,由双方共同投资、共同经营,按照各自的出资比例共担风险、共负盈亏的企业。这种企业形式较多地应用于投资多、技术性强、合作时间长的项目。

2. 中外合作经营企业

中外合作经营企业亦称契约式合营企业。它是由外国公司、企业和其他经济组织或者个人同中国的公司、企业或者其他经济组织,依照中国的法律和行政法规,经中国政府批准,在中国境内设立的,由双方通过合作经营企业合同约定各自的权利和义务的企业。这种形式的特点是合作方式较为灵活。

3. 外资企业

外资企业亦称外商独资企业。它是指外国的公司、企业和其他经济组织或者个人,依照中国的法律和行政法规,经中国政府批准,在中国境内设立的,全部资本由外国投资者投资的企业。

4. 中外合资股份有限公司

中外合资股份有限公司,是指外国的公司、企业和其他经济组织或者个人同中国的公司、

企业或者其他经济组织,依照中国的法律和行政法规,在中国境内设立的,全部资本由等额股份构成,股东以其所认购的股份对公司承担责任,公司以其全部财产对公司债务承担责任,中外股东共同持有公司股份的企业法人。

(三) 外商投资企业的投资项目

外商投资企业的投资项目分为鼓励、允许、限制和禁止 4 类。

1. 鼓励类外商投资项目

鼓励类外商投资项目包括:属于农业新技术、农业综合开发和能源、交通、重要原材料工业的;属于高新技术、先进适用技术,能够改进产品性能、提高企业技术经济效益或者生产国内生产能力不足的新设备、新材料的;适应市场需求,能够提高产品档次、开拓新市场或者增加产品国际竞争能力的;属于新技术、新设备,能够节约能源和原材料、综合利用资源和再生资源以及防治环境污染的;能够发挥中西部地区的人力和资源优势,并符合国家产业政策的。

鼓励类外商投资项目,除依照有关法律、行政法规的规定享受优惠待遇外,从事投资额大、回收期长的能源、交通、城市基础设施建设、经营的,经批准,可以扩大与其相关的经营范围。

2. 允许类外商投资项目

允许类外商投资项目,不属于鼓励类、限制类和禁止类的外商投资项目。产品全部直接出口的允许类外商投资项目,视为鼓励类外商投资项目。产品出口销售额占其产品销售总额 70% 以上的限制类外商投资项目,经省、自治区、直辖市及计划单列市人民政府或者国务院主管部门批准,可以视为允许类外商投资项目。

3. 限制类外商投资项目

限制类外商投资项目包括:技术水平落后的;不利于节约资源和改善生态环境的;从事国家规定实行保护性开采的特定矿种勘探、开采的;属于国家逐步开放的产业的;法律、行政法规规定的其他情形。

4. 禁止类外商投资项目

禁止类外商投资项目包括:危害国家安全或者损害社会公众利益的;对环境造成污染损害,破坏自然资源或者损害人体健康的;占用大量耕地,不利于保护、开发土地资源的;危害军事设施安全和使用效能的;运用中国特有工艺或者技术生产产品的;法律、行政法规规定的其他情形。

(四) 外商投资企业的出资

1. 外商投资企业的出资方式

外商投资企业的出资方式有:现金、实物、场地使用权、工业产权、专有技术和其他财产权利。

(1) 现金出资。外方投资者以现金出资时,只能以外币缴付出资。中方投资者用人民币缴付出资。经审批机关批准,外国投资者也可以用其从中国境内举办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。

(2) 实物、工业产权和专有技术出资。中外投资者以实物出资需要作价时,由中外投资各方协商确定,或者聘请双方同意的第三者评定。

中外投资者用作投资的实物,必须为自己所有,且未设立任何担保物权,并应当出具其拥有所有权和处置权的有效证明,任何一方都不得用以企业名义取得的贷款、租赁的设备或其财

产,以及用他人财产作为自己的实物出资,也不得以企业或者投资他方的财产和权益为其出资担保。外方投资者用以投资的机器设备或者其他物料,还应报审查批准机关批准。此外,外方投资者以机器设备或者其他物料出资的,应符合下列条件:①为企业生产所必需的;②作价不得高于同类机器设备或者其他物料当时的国际市场价格。

以工业产权、专有技术出资的,根据中国有关法律规定,外方投资者出资的工业产权、专有技术必须符合下列条件之一:①能显著改进现有产品的性能、质量、提高生产效率;②能显著节约原材料、燃料、动力。

(3) 场地使用权出资。在举办中外合资经营企业和中外合作经营企业时,中方投资者可以用场地使用权作为出资。如果未用场地使用权作为中方投资者出资的,则举办的外商投资企业应向中国政府缴纳场地使用费。中方投资者以场地使用权作价出资的,其作价金额应与取得同类场地使用权所应缴纳的使用费相同。

(4) 中外双方除了可以用以上资产作为出资或者合作条件外,还可以用其他财产权利出资或作为合作条件。主要包括:①国有企业的经营权;②国有自然资源的使用经营权;③公民或集体组织的承包经营权;④公司股份或其他形式的权益等。

2. 外商投资企业的出资比例

在中外合资经营企业中,外国合营者的投资比例一般不得低于合营企业注册资本的 25%。在中外合作经营企业中,对取得法人资格的合作企业,外国合作者投资比例一般不得低于注册资本的 25%;对不具备法人资格的合作企业,合作各方的投资比例或合作条件,由国务院对外经济贸易主管部门规定。在外资企业中,外资企业的注册资本全部由外国投资者投入。在中外合资股份有限公司中,外国股东购买并持有的股份应不低于公司的注册资本的 25%。

对外国投资者的出资比例低于 25%的,除法律、行政法规另有规定外,均应按照设立外商投资企业的审批登记程序进行审批和登记。通过审批的,颁发加注“外资比例低于 25%”字样的外商投资企业批准证书;取得登记的,颁发在“企业类型”后加注“外资比例低于 25%”字样的外商投资企业营业执照。

3. 外商投资企业的出资期限

外商投资企业的投资应按照项目进度,在合同、章程中明确规定出资期限。未作规定的,审批机关不予批准,登记机关不予登记注册。外商投资企业合同中规定一次缴付出资的,投资各方应当自营业执照签发之日起 6 个月内缴清;合同中规定分期缴付出资的,投资各方第一期出资不得低于各自认缴出资额的 15%,并且应当在营业执照签发之日起 3 个月内缴清。外商投资企业各方未能在规定的期限内缴付出资的,视同外商投资企业自动解散,外商投资企业批准证书自动失效。外商投资企业应当向工商行政管理机关办理注销登记手续,缴销营业执照;不办理注销登记手续和缴销营业执照的,由工商行政管理机关吊销其营业执照,并予以公告。外商投资企业投资一方未按照合同的规定如期缴付或者缴清其出资的,即构成违约。守约方应当催告违约方在 1 个月内缴付或者缴清出资,逾期仍未缴付或者缴清的,视同违约方自动退出外商投资企业。守约方应当在逾期 1 个月内,向原审批机关申请批准解散外商投资企业或者另找外国投资者承担违约方在合同中的权利和义务。守约方可以依法要求违约方赔偿因未缴付或者缴清出资造成的经济损失。如守约方未按照有关规定向原审批机关申请批准解散外商投资企业或者申请批准另找外国投资者的,审批机关有权吊销对该外商投资企业的批准证

书。批准证书吊销后,外商投资企业应当向工商行政管理机关办理注销登记手续,缴销营业执照;不办理注销登记手续和缴销营业执照的,工商行政管理机关有权吊销其营业执照,并予以公告。

外商投资企业合同经审批后,如确因特殊情况需要超过合同规定的缴资期限延期缴资的,应报原审批机关批准和登记机关备案,并办理相关手续。

为了进一步加强对外商投资企业的出资管理,1997年9月29日,发布了《〈中外合资经营企业合营各方出资的若干规定〉的补充规定》,对外商投资企业出资管理作出如下补充规定:

(1) 对通过收购国内企业资产或股权设立外商投资企业的中外投资者,应自外商投资企业营业执照颁发之日起3个月内支付全部购买金。对特殊情况需延长支付者,经审批机关批准后,应自营业执照颁发之日起6个月内支付购买总金额的60%以上,在1年内付清全部购买金,并按实际缴付的出资额的比例分配收益,控股投资者在付清全部购买金额之前,不能取得企业决策权,不得将其在企业中的权益、资产以合并报表的方式纳入该投资者的财务报表。

(2) 中外合资经营企业的投资者均须按合同规定的比例和期限同步缴付认缴的出资额。因特殊情况不能同步缴付的,应报原审批机关批准,并按实际缴付的出资额比例分配收益。对中外合资经营企业中控股的投资者,在其实际缴付的投资额未达到其认缴的全部出资额之前,不能取得企业决策权,不得将其在企业中的权益、资产以合并报表的方式纳入该投资者的财务报表。

中外合作经营企业和外资企业比照中外合资经营企业的规定执行。

第二节 中外合资经营企业法

(一) 中外合资经营企业的特点

中外合资经营企业简称为合营企业,其特点主要体现在以下几个方面:

1. 合营企业的一方为外国合营者,另一方为中国合营者。外国合营者可以是公司、企业、其他经济组织或者个人。中国合营者可以是公司、企业或者其他经济组织。
2. 中外合营各方共同投资、共同经营,按各自的出资比例共担风险、共负盈亏。
3. 合营企业的组织形式为有限责任公司,合营各方对合营企业的责任以各自认缴的出资额为限。
4. 合营企业是经中国政府批准设立的中国法人,必须遵守中国的法律和行政法规,并受中国的法律和行政法规的保护。

(二) 中外合资经营企业的设立条件和程序

1. 设立合营企业的条件

国家鼓励、允许、限制或者禁止设立合营企业的行业,按照国家指导外商投资方向的规定及外商投资产业指导目录执行。

申请设立合营企业有下列情况之一的,不予批准:(1)有损中国主权的;(2)违反中国法律的;(3)不符合中国国民经济发展要求的;(4)造成环境污染的;(5)签订的协议、合同、章程显属不公平,损害合营一方权益的。

2. 设立合营企业的审批机关

设立合营企业的审批机关是国务院商务部门。国家规定的限额以下、限制投资和涉及配额、许可证管理的合营企业的设立由国务院商务部门负责核准。当拟设立的合营企业的投资总额在国务院规定的投资审批权限以内,中国合营者的资金来源已经落实,并且不需要国家增拨原材料,不影响燃料、动力、交通运输、外贸出口配额等全国平衡的情况下,可由国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府及国务院有关行政机关审批,报国务院对外经济贸易主管部门备案。

3. 设立合营企业的法律程序

设立合营企业一般要经过以下几个步骤:

(1) 申请设立合营企业,中外合营者须共同向审批机关提交下列文件:设立合营企业的申请书;合营各方共同编制的可行性研究报告;由合营各方授权代表签署的合营企业协议、合同和章程;由合营各方委派的合营企业董事长、副董事长、董事人选名单;审批机关规定的其他文件。

(2) 审批机关审批。审批机关应当在收到全部文件之日起3个月内决定修改,否则不予批准。合营企业经批准后由审批机关发给批准证书。须经国务院商务部门审批批准的,由其发给批准证书;国务院授权的省级人民政府或国务院有关部门审批批准的,应当报国务院商务部门备案,并由国务院商务部门发给批准证书。

(3) 合营企业应当自收到批准证书后1个月内按照国家有关规定,向工商行政管理机关办理登记手续,领取营业执照,开始营业。合营企业的营业执照签发日期,即为该合营企业的成立日期。

(三) 中外合资经营企业的注册资本与投资总额

1. 合营企业的注册资本

合营企业的注册资本,是指为设立合营企业在工商行政管理机关登记注册的资本,应为合营各方认缴的出资额之和。外国合营者的出资比例一般不得低于25%。

合营企业在合营期限内,不得减少其注册资本。但因投资总额和生产经营规模等发生变化,确需减少注册资本的,须经审批机关批准。合营企业增加注册资本应当经合营各方协商一致,并由董事会会议通过,报经原审批机关核准。合营企业增加、减少注册资本,应当修改合营企业章程,并办理变更注册资本登记手续。

2. 合营企业的投资总额

合营企业的投资总额,是指按照合营企业的合同、章程规定的生产规模需要投入的基本建设资金和生产流动资金的总和。由注册资本与借款构成。合营企业的借款是指为弥补投资总额的不足,以合营企业的名义向金融机构借入的款项。合营企业的注册资本和投资总额之间应当保持正确、合理的比例关系:(1)投资总额在300万(含300万)美元以下的,注册资本至少应占投资总额的 $\frac{7}{10}$;(2)投资总额在300万美元以上至1000万(含1000万)美元的,注册资本至少应占投资总额的 $\frac{1}{2}$,其中投资总额在420万美元以下的,注册资本不得低于210万美元;(3)投资总额在1000万美元以上至3000万(含3000万)美元的,注册资本至少应占投资总额的 $\frac{2}{5}$,其中投资总额在1250万美元以上的,注册资本不得低于500万美元;(4)投资总额在3000万美元以上的,注册资本至少应占投

资总额的 1/3,其中投资总额在 3 600 万美元以下的,注册资本不得低于 1 200 万美元。

(四) 中外合资经营企业的组织机构

1. 董事会

董事会是合营企业的最高权力机构,根据合营企业章程的规定,讨论决定合营企业的一切重大问题。董事会由董事长、副董事长及董事组成。董事会成员不得少于 3 人。董事长、副董事长由合营各方协商确定或者由董事会选举产生。中外合营者一方担任董事长的,他方担任副董事长。董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定,董事由合营各方按照分配的名额委派和撤换。董事任期 4 年,可以连任。

董事会会议由董事长召集,董事长不能召集时,可以由董事长委托副董事长或者其他董事召集。董事会每年至少召开一次董事会会议,经 1/3 以上董事提议,可以召开临时会议。董事会会议讨论的重大问题具体包括:企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业以及总经理、副总经理等高级管理人员的任命或聘请及其职权和待遇等。董事会会议应有 2/3 以上董事出席,其决议方式可以根据合营企业章程载明的议事规则作出。但涉及合营企业的下列事项,必须经出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议:(1)合营企业章程的修改;(2)合营企业的终止、解散;(3)合营企业注册资本的增加、减少;(4)合营企业的合并、分立。

2. 经营管理机构

经营管理机构负责合营企业的日常经营管理工作,设总经理 1 人,副总经理若干,其他高级管理人员若干。总经理的职责主要有:执行董事会会议的各项决议;组织领导合营企业的日常经营管理工作;在董事会的授权范围内,代表合营企业对外进行各项经营业务;任免下属人员;董事会授予的其他职权。

(五) 中外合资经营企业的经营管理

1. 生产经营管理

合营企业在其合同规定和批准的经营范围内,享有生产经营自主权。

(1) 购买物资。合营企业所需的机器设备、原材料、燃料、配套件、运输工具和办公用品等,有权自行决定在中国市场购买或者在国际市场购买。合营企业需要在中国购置的办公、生活用品,按需要量购买,不受限制。

(2) 销售产品。国家鼓励合营企业向国际市场销售产品。合营企业有权自行出口其产品,也可以委托外国合营者的销售机构或中国的外贸公司代销或经销。

2. 财务会计管理

合营企业应当建立健全财务会计管理机构,根据中国法律和财务会计制度,制定适合本企业的财务会计制度,报当地财政、税务机关备案。合营企业应向合营各方、当地税务机关、财政机关报送季度和年度会计报表。年度会计报表应抄报原审批机关。

合营企业的下列文件、报表、证件,应经中国注册会计师验证和出具证明方为有效:(1)合营各方的出资证明书;(2)合营企业的年度会计报表;(3)合营企业清算的会计报表。

3. 劳动用工管理

合营企业在劳动用工方面享有自主权,同时也要遵守中国的法律和行政法规的规定。合营企业用工实行劳动合同制,劳动合同由合营企业同本企业的工会组织代表职工集体

签订,规模较小的合营企业,也可以由合营企业同职工个人签订。

合营企业职工有权建立基层工会组织,开展工会活动。合营企业董事会议研究决定有关职工奖惩、工资制度、生活福利、劳动保护和保险等问题时,工会的代表有权列席会议,董事会应当听取工会意见。

(六) 中外合资经营企业出资额的转让

合营企业出资额的转让是指在合营企业中合营一方将其全部或部分出资额转让给合营企业另一方或第三者。

1. 合营企业出资额的转让条件

合营企业出资额的转让必须具备如下条件,才能具有法律效力:

(1) 合营企业出资额的转让须经合营各方同意。虽然出资额的转让是转让方与受让方之间的协议,但转让生效后,受让方成为合营企业的主体,参与企业的经营管理,必然涉及合营他方的利益。为了保护合营他方的合法权益,出资额的转让必须经合营各方同意。

(2) 为了维护国家利益和加强对合营企业的管理,合营企业出资额的转让必须经董事会会议通过后报原审批机关批准,接受国家对出资额转让的审查。

(3) 合营企业一方转让其全部或部分出资额时,合营他方有优先购买权。即合营一方同第三者转让出资额的条件,不得比向合营他方转让的条件优惠。

2. 合营企业出资的转让程序

(1) 申请出资额转让。当合营一方提出转让出资额要求时,合营他方同意的,合营他方应作出明确表示同意转让。同时合营他方应考虑是否购买部分或全部转让的出资额,如决定不买,应及时通过对方寻找第三者。在此基础上,由合营企业提出出资额转让的书面申请。

(2) 董事会审查决定。在确定合营企业出资额转让时,董事会应召集董事会会议进行审查。董事会审查时应注意掌握:①出资额的转让是否经合营各方同意;②出资额的转让是否经董事会会议通过;③是否对出资额的受让方进行了资格审查,是否符合转让条件。

(3) 报告审批机关批准。合营企业出资额转让经董事会审查后,应报原审批机关批准。审批机关受理后,应在3个月内作出批准或不批准的决定。

(4) 办理变更登记手续。转让出资额经审批机关批准后,合营企业应向原登记管理机关办理变更登记手续。

(七) 中外合资经营企业的期限、解散和清算

1. 合营企业的期限

合营企业的期限,是指合营各方根据中国法律,在合同中对合营企业存续期间的规定。合营期限,可以按不同行业、不同情况约定。规定如下:

(1) 举办合营企业,属于下列行业的,合营各方依法在合营合同中约定合营期限:服务性行业的;从事土地开发及经营房地产的;从事资源勘查开发的;国家规定限制投资项目的;国家其他法律、法规规定需要约定合营期限的。

合营期限原则上为10年到30年。投资大、建设周期长、资金利润率低的项目以及由外国合营者提供先进技术或者关键技术生产尖端产品项目,或者在国际上有竞争能力的

产品项目,其合营期限可以延长到 50 年。经国务院特别批准的,可以在 50 年以上。

对属于国家规定鼓励投资和允许投资项目的合营企业,除上述行业外,合营各方可以约定合营期限,也可以不约定。

(2) 合营期满合营各方同意延长的,应在距合营期满 6 个月前向审查批准机关提出申请。审查批准机关应当自收到申请之日起 1 个月内决定批准或者不批准。合营企业各方如一致同意将合营合同修改为不约定合营期限的,应提出申请,报原审批机关审查。原审批机关应当自收到上述申请文件之日起 90 日内决定批准或不批准。

(3) 合营企业经营期限在 10 年以上的,从开始获利的年度起,第 1 年和第 2 年免征所得税,第 3 年到第 5 年减半征收企业所得税。

2. 中外合资经营企业的解散

合营企业解散的原因主要有以下几项:

(1) 合营企业合同或章程确定的合营期限已经到期,而投资各方又无意继续延长合营期限,则合营企业解散。

(2) 企业因经营管理不善或者其他原因,造成严重亏损,企业无力继续经营,则合营企业解散。

(3) 合营一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务,致使企业无法继续经营。

(4) 因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失,无法继续经营。

(5) 合营企业未达到其经营目的,同时又无发展前途。

(6) 合营合同、章程所规定的其他解散原因已经出现。

上述第(2)、(4)、(5)、(6)项情况发生的,由董事会提出解散申请书,报审批机关批准。第(3)项情况发生的,由履行合同一方提出申请,报审批机关批准。

(7) 企业无力偿还到期债务的,企业债权人可以向法院要求宣告该企业破产;企业也可以自行申请破产。法院宣告企业破产后,企业应予解散。

3. 中外合资经营企业的清算

合营企业宣告解散时,应当进行清算。合营企业的清算应成立清算委员会,负责清算事宜。

清算委员会的成员一般应当在合营企业的董事中选任。董事不能担任或者不适合担任清算委员会成员时,合营企业可以聘请中国的注册会计师、律师担任。审批机关认为必要时,可以派人进行监督。

清算委员会的任务主要有:(1)对合营企业财产、债权、债务进行全面清查;(2)编制资产负债表和财产目录,提出财产作价依据,制订清算方案;(3)履行企业偿债义务。清算委员会制订的清算方案经董事会通过后,由清算委员会代合营企业履行偿债义务,偿债顺序按照国家有关法律和行政法规执行;(4)清算期间,清算委员会代表该合营企业起诉或应诉。

合营企业以全部资产对其债务承担责任。合营企业清偿债务后的剩余财产按照合营各方的出资比例进行分配,但合营企业协议、合同、章程另有规定的除外。合营企业解散时,其资产净额或者剩余财产减除企业未分配利润、各项基金和清算费用后的余额,超过实缴资本的部分为清算所得,应当依法缴纳所得税。

清算工作结束后,由清算委员会提出清算结束报告,提请董事会会议通过后,报告审批机关,向登记管理机关办理注销登记手续,缴销营业执照。

第三节 中外合作经营企业法

(一) 中外合作经营企业的特点

1. 中外合作经营企业(简称为合作企业)的特点

(1) 合作企业的一方为外国合作者,另一方为中国合作者。外国合作者可以是公司、企业、其他经济组织或者个人。中国合作者可以是公司、企业或者其他经济组织。

(2) 合作企业合作各方的权利和义务都在签订的合同中确定,包括投资者合作条件、利润的分配、风险和亏损的分担、经营管理方式和合作企业解散时财产的归属等事项。

(3) 合作企业的法人资格有可选择性。合作企业可以依法取得中国法人资格,也可以不具备法人资格。具备法人资格的合作企业为有限责任公司,以其投资或者提供的合作条件为限对合作企业承担责任;不具备法人资格的合作企业及其合作各方,依照中国民事法律的有关规定承担民事责任。

(4) 合作企业中的外国合作者可以先行回收投资。合作期满后,合作企业的全部固定资产一般归中国合作者所有。

(5) 合作企业的管理机构具有多样性。合作企业可以采用董事会制,也可以采用联合管理委员会制,还可以采用委托管理制。

2. 合营企业与合作企业特点的区别

(1) 合营方式不同。合营企业属于股权式合营,中外合营各方共同投资、共同经营、按各自的出资比例共担风险、共负盈亏;而合作企业属于契约式的合营,中外合作各方不以投资数额、股权等作为利润分配的依据,而是通过签订合同具体确定各方的权利和义务。

(2) 组织形式不同。合营企业必须依法取得中国法人资格,为有限责任公司,以其拥有的全部财产承担有限责任;而合作企业可以是取得中国法人资格的企业,也可以是不具备中国法人资格的企业。

(3) 投资回收方式不同。在合营企业存续期内,外国合营者不能收回自己的资本;而合作企业的外国投资者可以先行回收投资。

(4) 经营管理机构不同。合营企业的经营管理机构是董事会及董事会领导下的经营管理机构,董事会为最高权力机构;而合作企业的经营管理机构则具有多样性。

(5) 利润分配方式不同。合营企业是按各方的股权比例进行分配;而合作企业是按合同约定的方式和比例分配利润,可以采取净利润分成、产品分成或产值分成等分配方式。

(二) 设立中外合作经营企业的条件和法律程序

1. 设立合作企业的条件

在中国境内设立合作企业,应当符合国家的发展政策和产业政策,遵守国家关于指导

外商投资方向的规定。国家鼓励举办的合作企业:(1)产品出口的生产型合作企业。这是指企业产品主要用于出口创汇的生产型合作企业。(2)技术先进的生产型合作企业。这是指外国合作者提供先进技术,从事新产品的开发,实现产品升级换代,以增加出口创汇或者替代进口的生产型合作企业。

2. 设立合作企业的法律程序

(1) 由中国合作者向审查批准机关报送有关文件。包括:①设立合作企业的项目建议书;②合作各方共同编制的可行性研究报告;③合作企业协议、合同、章程;④合作各方的营业执照或注册登记证明、资信证明及法定代表人的有效证明文件;⑤合作各方协商确定的合作企业董事长、副董事长、董事或者联合管理委员会主任、副主任、委员的人选名单;⑥审查批准机关要求报送的其他文件。

(2) 审查批准机关审批。审查批准机关应当自收到规定的全部文件之日起 45 日内决定批准或者不予批准。审查批准机关认为报送的文件不全或者有不当之处的,有权要求合作各方在指定期间内补正或修正。

(3) 批准设立的合作企业依法向工商行政管理机关申请登记,领取营业执照。

以上所称审查批准机关,是指国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方人民政府。国务院对外经济贸易主管部门和国务院授权的部门批准设立的合作企业,由国务院对外经济贸易主管部门颁发批准证书;国务院授权的地方人民政府批准设立的合作企业,由有关地方人民政府颁发批准证书,并自批准之日起 30 日内将有关批准文件报送国务院对外经济贸易主管部门备案。

(三) 中外合作经营企业的组织机构

合作企业设立董事会或者联合管理委员会。具备法人资格的合作企业,一般设立董事会;不具备法人资格的合作企业一般设立联合管理委员会。董事会或者联合管理委员会是合作企业的权力机构,按照合作企业章程规定,决定合作企业的重大问题。董事会或者联合管理委员会成员不得少于 3 人,其名额的分配由中外合作者参照其投资或者提供的合作条件协商确定。董事会或者联合管理委员会成员由合作各方自行委派或者撤换。董事会董事长、副董事长或者联合管理委员会主任、副主任的产生办法由合作企业章程规定;中外合作者的一方担任董事长、主任的,他方担任副董事长、副主任。董事或者委员的任期由合作企业章程规定,每届任期不得超过 3 年。董事或者委员任期届满,委派方继续委任的可连任。

董事会会议或者联合管理委员会会议每年至少召开一次,由董事长或者主任召集并主持。董事长或者主任因特殊情况不能履行职务时,由指定的副董事长、副主任或者其他董事、委员召集并主持。1/3 以上的董事或者委员可以提议召开董事会会议或者联合管理委员会会议。董事会议或者联合管理委员会会议应当有 2/3 以上董事或者委员出席方能举行。董事会会议或者联合管理委员会会议作出决议,须经全体董事或者委员过半数通过。但对合作企业章程的修改、注册资本的增减、资产抵押以及合作企业的合并、分立、解散等事项,应由出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或者委员一致通过。

合作企业成立后,改为委托合作各方以外的他人经营管理的,必须经董事会或者联合管理委员会一致同意,报审查批准机关批准,并向工商行政管理机关办理变更登记手续。

(四) 中外合作经营企业的合同和章程

1. 合作企业的合同

合作企业的合同是指合作各方为设立合作企业就相互之间的权利、义务关系达成一致意见后形成的书面文件。合作企业中合作各方的权利、义务都是在合作企业合同中确定的。

合作企业合同一般包括以下主要条款:合作各方名称、注册地、住所及法定代表人的姓名、职务、国籍(外国合作者是自然人的,其姓名、国籍和住所);合作企业的名称、住所、经营范围;合作企业的投资总额、注册资本,合作各方投资或者提供合作条件的方式、期限;合作各方投资或者提供的合作条件的转让;合作各方收益或者产品的分配,风险或者亏损的分担;合作企业董事会或者联合管理委员会的组成,董事或者联合管理委员会委员名额的分配,总经理及其他高级管理人员的职责和聘任、解聘办法;采用的主要生产设备、生产技术及其来源;产品在中国境内销售和境外销售的安排;合作企业外汇收支安排;合作企业的期限、解散和清算;合作各方其他义务以及违反合同的责任;财务、会计、审计的处理原则;合作各方之间争议的处理;合作企业合同的修改程序。

合作企业合同自审查批准机关颁发批准证书之日起生效。在合作期限内,合作企业合同有重大变更的,须经审查批准机关批准。

2. 合作企业的章程

合作企业的章程是指按照合作企业合同约定,经合作各方一致同意,约定合作企业的组织原则、经营管理方法等事项的书面文件。合作企业章程的内容与合作企业合同不一致的,以合作企业合同为准。合作企业章程自审查批准机关颁发批准证书之日起生效。在合作期限内,合作企业章程有重大变更的,须经审查批准机关批准。

合作企业的章程主要包括下列内容:合作企业名称及住所;合作企业的经营范围和合作期限;合作各方的名称、注册地、住所及法定代表人的姓名、职务和国籍;合作企业的投资总额、注册资本,合作各方投资或者提供合作条件的方式、期限;合作各方收益或者产品的分配,风险或者亏损的分担;合作企业董事会或者联合管理委员会的组成、职权和议事规则,董事会董事或者联合管理委员会的任期,董事长、副董事长或者联合管理委员会主任、副主任的职责;经营管理机构的设置、职权、办事规则,总经理及其他高级管理人员的职责和聘任、解聘办法;有关职工招聘、培训、劳动合同、工资、社会保险、福利、职工安全卫生等劳动管理事项的规定;合作企业财务、会计和审计制度;合作企业解散和清算办法;合作企业章程的修改程序。

(五) 外商先行回收投资的规定

1. 外商先行回收投资的法定条件

外国合作者在合作期限内先行回收投资应符合下列法定条件:(1)中外合作经营者在合作企业合同中约定合作期限届满时,合作企业的全部固定资产无偿归中国合作者所有;(2)对于税前回收投资的,必须向财政税务机关提出申请,并由财政税务机关依法审查批准;(3)中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定,对合作企业的债务承担责任;(4)外国合作者提出先行回收投资的申请,并具体说明先行回收投资的总额、期限和方式,经财政税务机关审查同意后,报审查批准机关审批;(5)外国合作者应在合作企业的亏损弥补之后,才能先行回收投资。

2. 外商先行回收投资的方式

外国合作者在合作期限内可以下列方式先行回收其投资:(1)在按照投资或者提供合作条件进行分配的基础上,在合作企业合同中约定扩大外国合作者的收益分配比例;(2)经财政税务机关审查批准,外国合作者在合作企业缴纳所得税前回收投资;(3)经财政税务机关和审查批准机关批准的其他回收投资方式。

(六) 中外合作经营企业的期限、解散和清算

1. 合作企业的期限

合作企业的期限由中外合作者协商确定,在合作企业合同中订明。合作企业期限届满,合作各方协商同意要求延长合同期限的,应当在期限届满的 180 日前向审查批准机关提出申请,说明原合作企业合同执行情况,延长合作期限的原因,同时报送合作各方就延长的期限内各方的权利、义务等事项所达成的协议。审查批准机关应当自接到申请之日起 30 日内,决定批准或者不批准。经批准延长合作期限的,合作企业凭批准文件向工商行政管理机关办理变更登记手续。

合作企业合同约定外国合作者先行回收投资,并且投资已经回收完毕的,合作企业期限届满不再延长。但外国合作者增加投资的,经合作各方协商同意,可以向审查批准机关申请延长合作期限。

2. 合作企业的解散事由

合作企业解散的事由主要有:

- (1) 合作期限届满;
- (2) 合作企业发生严重亏损,或者因不可抗力遭受严重损失,无力继续经营;
- (3) 中外合作者一方或者数方不履行合作企业合同、章程规定的义务,致使合作企业无法继续经营;
- (4) 合作企业合同、章程中规定的其他解散原因;
- (5) 合作企业违反法律、行政法规,被依法责令关闭。

上述第(2)项、第(4)项所列情形发生,应当由合作企业的董事会或者联合管理委员会作出决定,报审查批准机关批准。在第(3)项所列情形下,不履行合作企业合同、章程规定义务的中外合作者一方或者数方,应当对守约他方遭受的损失承担赔偿责任。守约一方或者数方有权向审查批准机关申请解散合作企业。

3. 合作企业的清算

合作企业期满或者提前终止时,应当依照法定程序对资产和债权、债务进行清算。中外合作者应当依照合作企业合同的约定确定合作企业财产的归属。

第四节 外资企业法

(一) 外资企业的特点

- (1) 外资企业是依照中国的法律规定在中国境内设立的法人企业。
- (2) 外资企业的全部资本由外国投资者投入。这是外资企业与中外合资经营企业、

中外合作经营企业的主要区别。

(3) 外国企业和其他经济组织在中国境内设立的分支机构,属于外国企业的分公司,不属于中国外资企业法的调整范围。

(4) 外资企业是一个独立的经济实体,独立核算,自负盈亏,独立承担法律责任。

(二) 外资企业的设立条件和程序

1. 外资企业的设立条件

设立外资企业,必须有利于中国国民经济的发展,能够取得显著的经济效益。国家鼓励外资企业采用先进技术和设备,从事新产品开发,实现产品升级换代,节约能源和原材料,并鼓励举办产品出口的外资企业。

申请设立外资企业,有下列情况之一的,不予批准:有损中国主权或者社会公共利益的;危及中国国家安全的;违反中国法律、法规的;不符合中国国民经济发展要求的;可能造成环境污染的。

2. 外资企业的设立程序

设立外资企业的法律程序一般有申请、审批和登记 3 个阶段。申请时,须经企业所在地县级或者县级以上人民政府签署意见。设立外资企业的具体步骤是:

(1) 外国投资者向拟设外资企业所在地的县级或者县级以上人民政府提交报告。报告的内容包括:设立外资企业的宗旨;经营范围、规模;生产的产品;使用的技术设备;用地面积及要求;需要的能源条件和数量;对公共设施的要求等。收到报告的人民政府应自收到之日起 30 日内以书面形式答复外国投资者。

(2) 外国投资者通过外资企业所在地的县级或者县级以上人民政府向审批机关提出申请,并报送下列文件:设立外资企业申请书;可行性研究报告;外资企业章程;外资企业法定代表人名单;外国投资者的法律证明文件和资信证明文件;拟设立外资企业所在地的县级或者县级以上人民政府的书面答复;需要进口的物资清单等。

(3) 审批机关(国务院对外经济贸易主管部门及国务院授权的省级人民政府和计划单列市、经济特区人民政府)在收到申请文件之日起 90 日内决定批准或者不批准。

(4) 外国投资者在收到批准证书之日起 30 日内向工商行政管理机关申请登记,领取营业执照。外资企业的营业执照签发之日为企业成立日期。外国投资者在收到批准证书之日起满 30 日未向工商行政管理机关申请登记的,外资企业批准证书自动失效。外资企业在企业成立之日起 30 日内向税务机关办理税务登记。

外资企业的分立、合并或者由于其他原因导致资本发生重大变化,须经审批机关批准,并应当聘请中国的注册会计师验证和出具验资报告;经审批机关批准后,向工商行政管理机关办理变更登记手续。

(三) 外资企业的组织机构和经营管理

1. 外资企业的组织形式

外资企业的组织形式为有限责任公司,经批准也可以为其他责任形式。外资企业为有限责任公司的,外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限;外资企业为其他责任形式的,外国投资者对企业的责任适用有关法律的规定。

2. 外资企业的组织机构

外资企业的组织机构可以由外国投资者根据企业不同情况自行设置。

如果企业由多个外国投资者出资建立的,董事会董事的名额应按照每个股东的出资比例分配。外资企业设立的董事会应推选出董事长。董事长是企业的法定代表人,须向中国政府申报备案。

3. 外资企业的经营管理

(1) 生产经营管理。外资企业在制订生产经营计划、购买物资、销售产品等方面享有与中外合资经营企业大致相同的自主权。

(2) 劳动管理。外资企业在中国境内雇用职工,应当依照中国的法律签订劳动合同。外资企业不得雇用童工。外资企业职工有权建立工会组织,开展工会活动。外资企业研究决定有关职工奖惩、工资制度、生活福利、劳动保护和保险问题时,工会代表有权列席会议。外资企业应当听取工会的意见,与工会充分合作。外资企业应当每月按照企业职工实发工资总额的2%拨交工会经费,由本企业工会依照有关工会经费管理办法使用。

(3) 财务会计管理。外资企业应当执行国家统一的财务会计制度,并根据中国有关法律和财务会计制度的规定,制定适合本企业的财务会计制度,报当地财政、税务机关备案。

外资企业依照缴纳所得税后的利润,应当提取储备基金、职工奖励及福利基金。储备基金提取比例不得低于税后利润的10%,当累计提取金额达到注册资本的50%时,可以不再提取。职工奖励及福利基金的提取比例由外资企业自行确定。外资企业以往会计年度的亏损未弥补前,不得分配利润;以往会计年度未分配的利润,可与本会计年度可分配的利润一并分配。

外资企业的年度会计报表和清算会计报表,应依照中国法律编制。以外币编报会计报表的,应同时编报外币折合为人民币的会计报表,外资企业的年度会计报表和清算会计报表,应当聘请中国的注册会计师出具的报告,应当在规定的时间内报送财政、税务机关,并报审批机关和工商行政管理机关备案。

(四) 外资企业的期限、终止和清算

1. 外资企业的期限

外资企业的经营期限,根据不同行业的具体情况,由外国投资者在设立外资企业的申请书中拟订,经审批机关批准。外资企业的经营期限,从其营业执照签发之日起计算。

外资企业经营期满需要延长经营期限的,应当在距经营期限满180日前向审批机关报送延长经营期限的申请书。审批机关应当在收到申请书之日起30日内决定批准或者不批准。外资企业经批准延长经营期限的,应当自收到批准延长期限文件之日起30日内,向工商行政管理机关办理变更登记手续。

2. 外资企业的终止

外资企业有下列情形之一的应予终止:(1)经营期限届满;(2)经营不善,严重亏损,外国投资者决定解散;(3)因自然灾害、战争等不可抗力而遭受严重损失,无法继续经营;(4)破产;(5)违反中国法律、法规,危害社会公共利益被依法撤销;(6)外资企业章程规定的其他解散的事由已经出现。

外资企业如存在上述第(2)、(3)、(4)项所列情形,应自行提交终止申请书,报审批机

关核准,审批机关作出核准的日期为企业的终止日期。

3. 外资企业的清算

外资企业宣告终止时,应当进行清算。除企业破产或者撤销清算,应当按照中国有关法律规定进行清算外,外资企业的清算应由外资企业提出清算程序、原则和清算委员会人选,报审批机关审核后,进行清算。清算委员会应当由外资企业的法定代表人、债权人代表以及有关主管机关的代表组成,并聘请中国的注册会计师、律师等参加。

外资企业清算结束,其资产净额和剩余财产超过注册资本的部分视同利润,应当依照中国税法缴纳所得税。同时,应当向工商行政管理机关办理注销登记手续,缴销营业执照。

本章小结

外商投资企业法,是调整国家协调经济运行过程中发生的关于外商投资企业的经济关系的法律规范的总称。其主要内容包括外商投资企业的组织形式、设立条件、法律地位、组织机构、经营管理与中外双方的权利和义务;外商投资企业的解散与清算等。通过本章学习,学生应掌握中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业的概念,了解外商投资企业、中外合作经营企业、外商独资企业的设立,组织机构经营期限,终止及清算的相关法律规定;明确中外合资经营企业法、中外合作企业法、外商独资企业法在现实社会中的地位和作用。在实际中学会应用和分析外商投资企业法的相关知识。

练习题

一、单项选择题

- ()的股权完全属于外国投资者。
A. 中外合资经营企业 B. 中外合作经营企业
C. 外资企业 D. 中外合资股份有限公司
- 中外合资经营企业中,外国合营者的投资比例一般不得抵于合营企业注册资本的()。
A. 20% B. 25% C. 30% D. 35%
- 外商投资企业合同中规定一次缴付出资的,投资各方应当自营业执照签发之日起()内缴清。
A. 3个月 B. 5个月 C. 6个月 D. 9个月
- 外商投资企业合同中规定分期缴付出资的,投资各方第一期出资不得低于各自认缴出资额的(),而且应当在营业执照签发之日起3个月内缴清。
A. 10% B. 15% C. 20% D. 25%
- 外商投资企业投资者分期出资,注册资本在50万美元以下(含50万美元)的,自营业执照核发之日起()内,应将资本全部缴齐。
A. 一年 B. 一年半 C. 二年 D. 三年

6. 外商投资企业投资者分期出资,注册资本在()的,自营业执照核发之日起二年内,应将资本全部缴齐。

- A. 50 万美元以下(含 50 万美元)
- B. 50 万美元以上、100 万美元以下(含 100 万美元)
- C. 100 万美元以上、300 万美元以下(含 300 万美元)
- D. 300 万美元以上、1 000 万美元以下(含 1 000 万美元)

7. 外商投资企业投资者分期出资,注册资本在()的,出资期限由审批机关根据实际情况审定。

- A. 500 万美元以上
- B. 1 000 万美元以上
- C. 2 000 万美元以上
- D. 3 000 万美元以上

8. 中外合作经营企业亦称()。

- A. 股权式合营企业
- B. 契约式合营企业
- C. 外商独资经营企业
- D. 股份式合营企业

9. 中外合资经营企业的组织形式是()。

- A. 无限公司
- B. 股份有限公司
- C. 有限责任公司
- D. 合营公司

10. 中外合资经营企业的注册资本应符合《公司法》规定的有限责任公司的注册资本的最低限额,以生产经营为主的公司为人民币()万元。

- A. 10
- B. 20
- C. 30
- D. 50

二、多项选择题

1. 在中外合资经营企业中,中外双方均可选择使用的出资方式包括下列哪几项?

- A. 非专利技术
- B. 原材料
- C. 场地使用权
- D. 商标使用权

2. 中外合资经营企业注册资本的最低限额分别为()。

- A. 以生产经营为主的公司人民币 50 万元
- B. 以商品批发为主的公司人民币 50 万元
- C. 以商业零售为主的公司人民币 30 万元
- D. 科技开发、咨询、服务性公司人民币 10 万元

3. 根据《中外合资经营企业法》,下列有关合营企业董事长产生方式的表述中()是正确的。

- A. 合营企业的董事和既可以由中方担任,也可以由外方担任
- B. 合营企业的董事长由出资最多的一方担任
- C. 合营企业的董事长由一方担任的,副董事长必须由他方担任
- D. 合营企业的董事长由一方担任的,总经理必须由他方担任

4. 中外合资经营企业出资额的转让程序包括()。

- A. 申请出资额转让
- B. 董事会审查决定
- C. 报告审批机构批准
- D. 办理变更登记手续

5. 按有关规定,对合营企业的优惠条件是以其经营期限为前提的,从开始获利的年度起()。

- A. 第一年和第二年免征所得税
- B. 第一年至第三年免征所得税
- C. 第三年至第五年减半征收企业所得税
- D. 第四年至第六年减半征收企业所得税

三、问答题

1. 外商投资企业有哪几种类型? 它们的权利和义务是什么?
2. 中外合资经营企业的注册资本应当符合哪些规定?
3. 中外合资经营企业的投资总额与注册资本之间应当有什么样的比例关系?
4. 中外合资经营企业出资额的转让应当具备哪些条件?
5. 中外合资经营企业终止的原因有哪些?

四、案例分析题

1. 某国外一投资公司拟在 H 市设立一外资企业——H 市信托投资公司,从事信托投资业务。由于对设立程序不清楚,就向一家涉外律师事务所进行咨询。在获得有关知识后,该公司开始着手有关申请活动,但是该公司将有关文件报送给 H 市人民政府后,却没被批准。

问题:

- (1) 设立外资企业的条件和法律程序是什么?
- (2) 为什么某公司的申请没有得到 H 市人民政府的批准?

2. 某省外贸总公司与国外某公司合资创办了一家电子有限公司,投资总额为人民币 720 万元。注册资本为人民币 20 万元,两者比例为 36 : 1,其中,国外某公司的出资额为 6 万元人民币,另 14 万元为中方投资。

问题:本案例投资总额与注册资本的比例是否恰当?

练习题答案

一、1. D 2. B 3. C 4. B 5. A

6. C 7. B 8. B 9. C 10. A

二、1. ABD 2. ABCD 3. AC 4. ABCD 5. AC

三、1. 中国目前的外商投资企业主要有以下几种:

- (1) 中外合资经营企业;
- (2) 中外合作经营企业;
- (3) 外资企业;
- (4) 中外合资股份有限公司。

外商投资企业享有的权利主要表现在:

- (1) 生产经营计划权;
- (2) 资金筹措使用权;
- (3) 物资采购权;
- (4) 产品销售权;
- (5) 外汇收入使用权;
- (6) 劳动用工管理权;
- (7) 机构设置和人员编制权。

外商投资企业必须承担以下义务:

- (1) 必须遵守中国的法律、行政法规,不得损害中国的社会公共利益;
- (2) 必须履行依法签订的协议、合同、章程。
- (3) 必须依照中国税法的规定缴纳税款;
- (4) 应及时向有关部门报告生产和经营情况,接受中国政府有关部门的管理和监督;
- (5) 应承担中国法律、行政法规规定的其他义务。

2. 依照中国有关法律、法规的规定,合营企业的注册资本应符合下列要求:

- (1) 在合营企业的注册资本中,外国合营者的出资比例一般不得低于 25%。
- (2) 合营企业在合营期限内,不得减少其注册资本。
- (3) 合营企业的注册资本应符合《公司法》规定的有限责任公司的注册资本的最低

限额。

3. 合营企业注册资本与投资总额的比例是:

- (1) 投资总额在 300 万美元以下的(含 300 万),注册资本至少应占投资总额的 7/10;
- (2) 投资总额在 300 万美元以上的到 1 000 万(含 1 000 万)美元的,注册资本至少应

占投资总额的 1/2;

(3) 投资总额在 1 000 万美元以上的到 3 000 万(含 3 000 万)美元的,注册资本至少应占投资总额的 2/5,其中投资总额在 1 250 万美元以下的,注册资本不得低于 500 万美元;

(4) 投资总额在 3 000 万美元以上的,注册资本至少应占投资总额的 1/3,其中投资总额在 3 600 万美元以下的,注册资本不得低于 1 200 万美元。

4. 合营企业出资额的转让必须具备如下条件,才能具有法律效力:

- (1) 合营企业出资额的转让须经各方同意。
- (2) 合营企业出资额的转让须经董事会会议通过后,报原审批机构批准。
- (3) 合营企业一方转让其全部或部分出资额时,合营他方有优先购买权。

5. 合营企业终止的原因主要有以下几项:

- (1) 合同期限届满。
- (2) 合营企业发生严重亏损,无力继续经营。
- (3) 合营一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务,致使企业无法继续经营。
- (4) 因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失,无法继续经营。
- (5) 合营企业未达到其经营目的,同时又无发展前途。
- (6) 合营企业、章程所规定的其他终止原因已经出现。

(7) 根据《破产法》规定,企业无力偿还到期债务的,企业债权人可以向法院要求宣告该企业破产,企业也可以自行申请破产。法院宣告企业破产后,企业应予终止。

四、1.(1) 设立外资企业,必须有利于中国国民经济的发展,能够取得显著的经济效益,并应当至少符合下列一项条件:

第一,采用先进技术和设备,从事新产品开发,节约能源和原材料,实现产品升级换代,可以替代进口的;

第二,年出口产品的产值达到当年全部产品产值 50% 以上,实现外汇收支平衡或者节余的。

根据《外资企业法》及其实施细则的规定,设立外资企业的法律程序一般有申请、审批和登记 3 个阶段。但在申请之前,须经企业所在地县级或者县级以上人民政府签署意见。设立外资企业的具体步骤是:

第一,外国投资者向拟设外资企业所在地县级或者县级以上人民政府提交报告。报告内容包括:设立宗旨;经营范围、规模;生产产品、使用的技术设备;产品在中国市场和外国市场的销售比例;用地面积及要求。需要的能源条件和数量;对公共设施的要求等。

第二,外国投资者通过外资企业所在地县级或者县级以上人民政府向审计机关提出申请,并报送下列文件:设立外资企业申请书;可行性研究报告;外资企业章程;外资企业法定代表人名单;外国投资者的法律证明文件和资信证明文件;拟设外资企业所在地县级或者县级以上人民政府的书面答复;需要进口的物资清单等。

第三,审计机关在收到申请文件之日起 90 日内决定批准或者不批准。

第四,外国投资者在收到批准证书之日起 30 天内向工商行政管理机关申请登记,领取营业执照。

(2) 本案例中国外某公司拟设立的 H 市信托投资公司,不符合设立外资企业的两项条件,所以,H 市政府在审查后给予不批准的答复。

2. 根据《中外合资经营企业法实施条例》的规定,合营企业的投资总额是指按照章程规定的生产规模需要投入的基本建设资金和生产流动资金的总和。由注册资本和借款构成。合营企业的借款是指为弥补投资总额的不足,以合营企业的名义向金融机构借入的款项。合营企业的注册资本是指为设立合营企业在工商行政管理机关报登记注册的资本,应为合营各方认缴的出资额之和。合营企业的注册资本和投资总额之间应当保持正确、合理的比例关系。《关于中外合资经营企业注册资本与投资总额比例的暂行规定》中规定投资总额在 300 万美元以下的,其注册资本至少应占投资总额的 70%。

本案例中投资总额为 720 万元人民币,在 300 万美元以下,和注册资本之比为 36 : 1。注册资本和投资总额之比大大低于 70%,不符合法律规定,因而不恰当的,中国法律不允许设立这样的公司。另外,外方认缴的出资额占投资总额的比例极低,这在注册资本和借贷资本的比例过小的情况下,对中方尤为不利。如果企业盈利,外方将获得近 3 成分红,如果亏损乃至破产,外方的最大损失不过 6 万元人民币,而合营企业的借款是由中方担保或者由中国银行贷款的,其风险将全部转嫁给中方,这也极为不合理。